JURISPRUDENCIA CONCURSAL SISTEMATIZADA

Copyright (c) por las notas y la recopilación y sistematización,

Antonio Baró Casals

2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2017.

Se permite la copia y distribución, total o parcial, de este documento bajo los términos de la Licencia Creative Commons (Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5) que se incluye el final del mismo.

Notas:

Las sentencias de primera instancia se muestran en color azul; las de segunda instancia y de casación, en rojo. Otros documentos aparecen en color verde.

Para su incorporación a posteriores revisiones de este documento, agradeceré la remisión de resoluciones de interés, preferentemente en formato texto, al correo **abc@bufete-baro.com** o **antonio.baro@lacaixa.es**

Agradeceré, asimismo, cualquier observación o sugerencia (excepto la precisión del artículo 1.6 del Código Civil).

TOMO I – ARTÍCULOS 1 A 73

Versión 14 28.08.2017

Puede obtenerse la ultima versión disponible en

http://www.bufete-baro.com/pub-docs/jurisprudencia-concursal.pdf

Legislación actualizada a 28.08.2017

Jurisprudencia TS actualizada a 28.08.2017

Jurisprudencia AP actualizada a 31.07.2015

LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

0. Concepto y finalidad del concurso

" La reforma concursal operada en nuestro ordenamiento por la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, complementada con las previsiones de la Ley Orgánica 8/2003 para la Reforma Concursal, de la misma fecha, ambas en vigor desde el pasado 1 de septiembre de 2004, persigue como objetivo actualizar la legislación concursal, que adolecía de notables deficiencias, según la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (LC), habiendo optado el legislador por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, de forma que el concurso de acreedores, se aplica a todas las situaciones de insolvencia -provisional y definitiva- y a todos los deudores –comerciantes y no comerciantes-, superándose la dispersión normativa anterior, y la diversidad de procedimientos -quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos y, quita y espera-.
El concurso de acreedores se puede definir como un procedimiento judicial (que precisa de la declaración del juez), que tiene por finalidad esencial (aunque no única) la satisfacción de una pluralidad de acreedores, en los casos de insolvencia del deudor común, sin distinguir entre insolvencia provisional o definitiva, ni entre deudores comerciantes o no comerciantes; produciéndose de dicha declaración de concurso importantes efectos tanto en la esfera personal como patrimonial del deudor, así como sobre los acreedores, los contratos y los actos perjudiciales para la masa activa. La Ley Concursal lo configura además como un procedimiento de reestructuración empresarial, que persigue no sólo el interés de los acreedores sino también la satisfacción de un interés público, cual es la estabilidad en el empleo y continuidad de las empresas, por lo que en principio, y como regla general, la declaración de concurso no interrumpe la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 44 LC), fomentándose la consecución de un convenio como solución normal del concurso, para permitir dicha continuidad empresarial.
PULGAR EZQUERRA lo define como "un proceso judicial en el que confluye una pluralidad de intereses afectados por la crisis económica de un deudor que, teniendo una pluralidad de acreedores, se encuentra inmerso en una situación económica de insuficiencia patrimonial que no le permite cumplir sus obligaciones frente a todos los acreedores". Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

TÍTULO I - DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

CAPÍTULO I - De los presupuestos del concurso

Artículo 1. Presupuesto subjetivo.

1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica.

Art. 1.1

0. Especialidad del concurso de entidades de crédito: Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

*Vigencia: desde 15.11.2012 ["*Disposición final vigésima segunda. *Entrada en vigor:* Esta Ley entrará en vigor desde el momento de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».].

Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. (BOE 15.11.2012), Disposición adicional quinta. Efectos de los procesos de actuación temprana, reestructuración y de resolución sobre la continuidad de las actividades de las entidades de crédito

En su "Disposición final sexta. Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal" se especifica que:

" El párrafo k) del apartado 2 de la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, quedará redactado en los siguientes términos:

«k) La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.» "

1. Desde la apertura de los procesos de reestructuración y resolución, los jueces no podrán admitir las solicitudes de concurso de la entidad de crédito. Tales actuaciones serán nulas de pleno derecho.

2. Solicitado el concurso de una entidad de crédito, el juez de lo mercantil, suspendiendo la tramitación de la solicitud, lo notificará al FROB para que en el plazo de catorce días le comunique si va a abrir un proceso de reestructuración o de resolución de la entidad. En caso de que se vaya a abrir cualquiera de estos dos procesos, el juez de lo mercantil inadmitirá aquella solicitud.

1. Concurso de sociedad mercantil irregular

Congreso 2005

“Se planteó que la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y concretamente el art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no debe llevar a confundir los requisitos subjetivos para ser declarado en concurso con la capacidad procesal para poder solicitar un concurso. En el primer punto, la regulación de la Ley Concursal exige para ser declarado en concurso el tener personalidad jurídica –art. 1.1, que exige la procedencia de la declaración de concurso de cualquier persona natural o jurídica-, no siendo posible la declaración de concurso de entes sin personalidad jurídica o patrimonios separados, con la excepción de la herencia yacente –art. 1.2 de la Ley Concursal-. Sin embargo, se plantearon dudas sobre este último extremo como consecuencia de la existencia de resoluciones de la DRGN que permiten la inscripción registral de inmuebles a masas patrimoniales que actúan en el tráfico jurídico de forma separada de sus titulares –v.g., sociedades civiles-.
Se entendió que es posible la declaración de concurso de la sociedad mercantil irregular, sin perjuicio de que la aplicación a la misma de las normas de la sociedad colectiva (artículo 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) imponga la extensión a los socios de la responsabilidad por las deudas de la sociedad (artículo 48.5 de la Ley Concursal, en relación con el artículo 237 del Código de Comercio), lo que quedaría confirmado por la previsión del art. 24.3 de la Ley Concursal en relación al art. 322 del Reglamento del Registro Mercantil.”: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 2)

2. Concurso de Agrupación de Interés Económico

Congreso 2005

“ Asimismo se entendió posible la declaración de concurso de las Agrupaciones de Interés Económico reguladas por la Ley 12/1991, de 29 abril 1991, sobre Agrupaciones de Interés Económico, dado que las mismas sí tienen personalidad jurídica conforme resulta del art. 1 de dicha ley, y pueden por tanto ser declaradas en concurso, como resulta corroborado por el art. 18.1º-3 y 2º de dicha ley, en la redacción dada por la Disposición Final 25 de la Ley Concursal. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 2)

3. Procedencia del concurso de la filial, no afectada por el procedimiento concursal "Chapter 11" de la matriz en EEUU

JM-1 Cádiz

“PRIMERO.- Conforme a los artículos 8 y 10 de la Ley Concursal (LC), es competente para declarar y tramitar el presente concurso el Juzgado de lo Mercantil de Cádiz, con jurisdicción en toda la provincia (art. 86 bis LOPJ), por ser el lugar donde se encuentra el centro de los intereses principales de la sociedad solicitante, definido legalmente como "el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses" (art. 10.1 párrafo 2º LC). A estos efectos, la Ley Concursal, en el mismo precepto, presume que en caso del deudor persona jurídica, el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. En el presente caso, según se desprende de la documentación aportada, y en concreto, de la certificación del Registro Mercantil de Cádiz acompañada como documento 2 con la solicitud, la sociedad solicitante se constituyó y tiene su domicilio en Puerto Real, siendo su objeto social "actividades industriales y comerciales, relativas a la confección, fabricación, almacenamiento y venta de equipos mecánicos, eléctricos y electrónicos para toda clase de vehículos terrestres, marítimos, aéreos e industriales".
Se trata de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, siendo su socio único DELPHI AUTOMOTIVE SYSTEMS HOLDING INCORPORATED (DASHI), con domicilio en Troy-Michigan. Pertenece a un grupo de empresas, siendo filial al 100% del socio único, que a su vez se encuentra inmerso en el proceso concursal denominado "Chapter 11" en los EEUU, y bajo la supervisión del Tribunal Federal de Quiebras del Distrito Sur de Nueva York. Asimismo, el socio único y matriz de DASHI, la compañía mercantil norteamericana DELPHI CORPORATION, está inmersa en el mismo proceso concursal, junto con otras sociedades del grupo (doc. 4, 5 y 6 de la solicitud y traducciones aportadas).
A efectos de competencia, podríamos plantearnos la incidencia que pueda tener el sometimiento al Chapter 11 en EEUU de la matriz de la solicitante y de la matriz del grupo.
Uno de los procesos concursales previstos en la Compilación de Leyes Concursales (Bankruptcy Code) de EEUU, es el mencionado Capítulo 11 (Chapter 11), que consiste en un procedimiento para la reorganización de los asuntos financieros de un deudor, normalmente una empresa, mediante un plan propuesto para la aprobación tanto de los acreedores como del Juez. Ahora bien, el sometimiento a este procedimiento, en el caso de empresas multinacionales, de la sociedad matriz, no afecta en sede de competencia, a las filiales que tengan su domicilio fuera de EEUU, como ocurre con la solicitante del concurso, ya que tratándose de una sociedad con personalidad jurídica propia, constituida con arreglo a la legislación española, ha de someterse a la misma (art. 200 LC), resultando competente para conocer de la solicitud de declaración de concurso este Juzgado, como se ha dicho, al tener la sociedad, el centro de sus intereses principales en la provincia de Cádiz

(art. 10.1 LC). Como consta en el Plan de Transformación presentado ante el Tribunal de EEUU por DELPHI CORPORATION (matriz del grupo) y aportado como documento 3.b., y en el documento 2.b, referente al procedimiento de Chapter 11, aportados ambos en cumplimiento del requerimiento efectuado por providencia de 29 de marzo de 2007, "las filiales no estadounidenses de Delphi que no estaban incluidas en las presentaciones, siguen desarrollando sus operaciones comerciales sin la supervisión del Tribunal y no están sujetas a los requisitos del Código de Insolvencia (…) El dato determinante conforme al art. 1.1 LC, para la atribución de la denominada por el profesor ROJO "capacidad concursal", es la personalidad jurídica careciendo de aquélla, las entidades que carezcan de personalidad jurídica. Por tanto, se trata de determinar si una filial, a pesar de la dependencia de la matriz del grupo, posee dicha personalidad jurídica. La respuesta ha de ser afirmativa. De una parte, las sociedades mercantiles, y entre ellas, las de responsabilidad limitada, en cuanto que tienen personalidad jurídica, pueden ser declaradas en concurso de acreedores. Conforme al art. 11 LSRL, la sociedad de responsabilidad limitada ha de constituirse mediante escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, adquiriendo personalidad jurídica con la inscripción. En el presente caso, la sociedad solicitante consta inscrita en el Registro Mercantil de Cádiz (doc. 2 de la solicitud), y de conformidad con el art. 11 LSRL tiene personalidad jurídica, y por tanto, capacidad para ser declarada en concurso. Por otra parte, aun tratándose de una filial, en cuanto que las filiales (a diferencia de las sucursales) gozan de personalidad jurídica, pueden ser declaradas en concurso." :AJM-1 Cádiz 13.04.2007 (Concurso 84/2007)

4. Denegación de anotación registral del concurso de "sociedad conyugal", por carecer de personalidad jurídica

DGRN

"**PRIMERO** La cuestión que se plantea en el presente recurso es interpretar el contenido de un Auto de declaración de concurso y su correspondiente diligencia ampliatoria, cuando dice concurso abreviado 117/09 de la sociedad conyugal de M. J. G. I. y E. P. A. T, instado por las personas físicas y cónyuges M. J. G. I. y E. P. A. T. En opinión de la Registradora no es posible la declaración de concurso de «la sociedad conyugal»; en tanto que para la recurrente estamos ante un supuesto de solicitud conjunta de concursos de las personas físicas don M. J. G. I. y doña E. P. A. T., cónyuges.
SEGUNDO De los documentos tenidos a la vista no parece que ?en el caso concreto? estemos ante un exceso de rigor formal en la calificación, dada la trascendencia que tiene la cuestión en el ámbito tanto civil como registral. No teniendo en nuestro Derecho la sociedad conyugal personalidad jurídica, no puede instarse su declaración de concurso. El artículo 25.3 de la Ley Concursal sí contempla expresamente la posibilidad de que, una vez declarados en concurso ambos cónyuges, la administración concursal de cualquiera de ellos pueda solicitar del Juez la acumulación al procedimiento del concurso del otro cónyuge. Ciertamente no contempla expresamente la Ley Concursal la posibilidad de solicitud conjunta de concurso, es decir, desde el inicio del procedimiento. Esta posibilidad sólo se prevé cuando el concurso es «necesario», en los supuestos contemplados en el artículo 3.5 de la Ley, esto es, en situaciones de confusión de patrimonios entre los deudores, o, siendo éstos, personas jurídicas, formen parte de un mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. Sin embargo, la práctica judicial ha admitido una interpretación extensiva de los supuestos en que procedería una declaración conjunta del concurso de ambos cónyuges, no sólo en supuestos de concurso necesario, sino incluso en supuestos de concurso voluntario, decidiendo de oficio el Juez competente.
La declaración conjunta del concurso de los cónyuges implica su tramitación conjunta y acumulada desde su solicitud, pero no confunde los concursos, sino que unifica su administración concursal. Tampoco hay identidad de masas activas y pasivas, debiendo determinarse para cada uno de los concursados, aun cuando sustancialmente coincidan, tanto los bienes y derechos que deban conformar el activo, como las deudas a incluir en el pasivo, pudiendo condicionarse, conforme al artículo 101.2 de la Ley Concursal la propuesta de convenio que presente uno de los concursados a la aprobación judicial de otro u otros.
En todo caso, la declaración conjunta del concurso sólo procederá cuando el Juez estime la existencia de verdadera confusión de patrimonios (cfr. artículo 3.5 de la Ley Concursal).
TERCERO En el presente caso, se solicita la anotación preventiva de concurso de la «sociedad conyugal» instado por ambos cónyuges. Dado que no existe la posibilidad de concurso de sociedad conyugal por carecer de personalidad jurídica, y dado el carácter excepcional que tiene la solicitud conjunta de concurso por ambos cónyuges, es necesario que por parte del Juzgado competente se manifieste de manera inequívoca que estamos ante un supuesto de concurso conjunto de ambos cónyuges, como personas físicas, al objeto de que lo que se publique en los Libros Registrales sin error el exacto proceso judicial en trámite, dado que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y se presumen exactos (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria).": RDGRN 24.09.2010 (RJ 2010/5141)>

2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.

Art. 1.2 Concurso de la herencia

AP Pontevedra

"**SEGUNDO** En primer lugar señalar que la ambigüedad, calculada o no, en que se mueve la parte solicitante y

recurrente, no puede beneficiarle. Además de los acertados argumentos del Juez de lo mercantil que la Sala comparte, queda en la duda e incertidumbre el mismo requisito subjetivo sobre la persona del deudor, y su relación con los presupuestos o requisitos objetivos.
La solicitud de concurso se realiza, inicialmente, de forma conjunta por el apelante y su madre, DoñaSocorro, siendo además el fundamento de la solicitud que ha fallecido el cabeza de familiar, padre y esposo de los anteriores respectivamente, no estando distribuido aún el patrimonio de la herencia, para evitar su malversación, refiriéndose además el apelante en su recurso a la herencia yacente.
Cuestionada por el Juzgado la posibilidad de declaración conjunta del concurso de ambas personas físicas, que previamente, ante la ambigüedad, se concretaron como los dos deudores cuyo concurso se insta, se solucionó solicitando el apelante ser declarado sólo él en concurso, sin perjuicio de presentar otra solicitud independiente su madre, dejando anunciada una posible acumulación en el futuro. Pero curiosamente esa reducción de dos deudores a uno, no conlleva modificación alguna respecto de la masa activa o de la masa pasiva. Lo cual extraña sobremanera cuando además en la solicitud consta que el causante tiene otros cinco hijos más, también designados herederos en testamento.
La conclusión a que nos lleva lo anterior es a poder afirmar que no está acreditado en modo alguno que el solicitante, y ahora apelante, tenga la consideración de deudor de los créditos hipotecarios sobre los que pretende su declaración de concurso. Como hemos indicado, cita el apelante en su recurso a la herencia yacente, de la que se dice representante. Figura propia de sistemas en que, como el español, la herencia se adquiere mediante aceptación, de forma que se denomina herencia yacente a la situación en que se encuentra la herencia entre la muerte del causante (apertura de la sucesión) y la aceptación por el heredero (que produce su adquisición). Entre tanto, el patrimonio activo y pasivo que forma el contenido de la herencia se encuentra sin titular, y es considerado como un patrimonio independiente (art. 1026 CC), reconocido a efectos de capacidad para ser parte (art. 6.1.4º LEC), y más concretamente para ser declarado en concurso, como establece elart. 1.2 LC.
Por lo tanto, si el mismo apelante habla de herencia yacente, ésta y no él, será la deudora que pudiera ser declarada en concurso. Es más, si todos los herederos, cuya aceptación no consta, la aceptaran a beneficio de inventario, podría continuar el concurso de la herencia, o ser declarado el concurso de la misma ya que no se produce confusión de patrimonios del aceptante y caudal hereditario. O, en todo caso, podría concursar un patrimonio separado del heredero, pero que no justificaría por sí mismo una declaración del concurso ya que sólo respondería de las deudas del causante con el caudal relicto, no con el resto de su patrimonio.": AAP Pontevedra 29.04.2009 (AC 2009/1607; Auto 72/2009; Rollo 190/2009)

3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

Art. 1.3

1. Concurso de sociedad mercantil con capital 100% público y objeto no público

JM-1 Málaga

"SEGUNDO Sin duda alguna el punto crucial a determinar en la presente solicitud es el presupuesto subjetivo del concurso en tanto queda acreditado, con la documental presentada la situación de insolvencia de la sociedad y por ello el presupuesto objetivo partiendo de una sociedad sin actividad, que depende de expectativas de derechos de crédito que parten del Ayuntamiento de Marbella y con una cuantiosa deuda, cercana a los veinte millones de euros, gravadas con embargos y fruto de múltiples reclamaciones judiciales contra la sociedad misma. Este es, también, el elemento del que debemos partir pues la propia solicitante reconoce que se trata de una sociedad cien por cien de participación pública, que en su día se constituyó por otras sociedades y en donde, tal y como se ha acreditado, existen indicios serios de responsabilidad criminal que están siendo investigados en los juzgados de Marbella.
En el análisis del objeto de la sociedad y de los Estatutos de la misma aparece como sociedad puramente mercantil con objeto mercantil sin relación alguna con servicios públicos. Su consideración de pública parte de que se afirma y acredita la titularidad de la participación exclusiva del Ayuntamiento de Marbella y la conformación del Consejo de Administración por autoridades de dicho Ayuntamiento. Las deudas son privadas y alguna de ellas acreditada en cuanto a servicios de la misma por sentencias o autos condenatorios y ejecutorios respecto de la citada sociedad. Existe, sin embargo, confusión absoluta entre lo que es la sociedad y la actividad realizada por la misma en virtud de la cual ha existido y se genera la deuda pues parece más un instrumento utilizado por el citado Ayuntamiento con el que- así ha sido reconocido en alguna de las sentencias aportadas- se ha venido sorteando la normativa pública de contratación.
Elartículo 1.3 de la Ley Concursal recoge que " no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público". Se trata, sin duda, de una excepción planteada por el legislador que pretende evitar que los mismos puedan ser declarados en concurso de acreedores precisamente por los mecanismos paraconcursales que pueden servir al salvamento y por los intereses públicos o el orden público que pudiera resultar afectado.
Tomando en consideración laLey 6/1997 de 14 abril 1997 (Organización de la Administración Central del Estado) podemos configurar el marco de definiciones necesarias para los distintos supuestos:
a)La organización territorial está formada por todos los órganos de las administraciones públicas según sus respectivas normas y con personalidad jurídica única bien estén descentralizados o desconcentrados.

b)Hablamos de organismos públicos (artículos 1 y 41LOFAGE) en la definición dada por el citado precepto: son las Entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta. Elartículo 2.3 del mismo texto nos dice que los Organismos públicos previstos en el tít. IIIde esta ley tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado; dependen de ésta y se adscriben, directamente o a través de otro Organismo público, al Ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine. Elartículo 43de la norma recoge las diferentes definiciones: Los Organismos públicos se clasifican en: a) Organismos autónomos. b) Entidades públicas empresariales. c) Agencias Estatales, que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por esta Ley.
c)Elartículo 2 de la Ley 47/2003 de 26 noviembre 2003 (Ley General Presupuestaria) nos define quienes conforman el sector público estatal incluyendo a La Administración General del Estado, Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado, Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella, Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados, Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones, Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado, Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren losarts. 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicasy del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de laLey 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando unoo varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.
d)LaLey 33/2003 de 3 noviembre 2003 (Patrimonio de las Administraciones Públicas) nos define las sociedades mercantiles estatales a efectos del patrimonio del Estado. En suartículo 166. c) nos dice que las sociedades mercantiles estatales, entendiendo por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en elReal Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de laLey General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50por ciento. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas. Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en elart. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valoresrespecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por el presente título y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.
e)Elartículo 2.2 de la Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992 (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicasy del Procedimiento Administrativo Común,señala que "las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación"
f)A efectos locales laLey 7/1985 de 2 abril 1985 (Reguladora de Bases de Régimen Local) nos dice que el Municipio es la entidad local básica de la organización territorial del Estado. Tiene personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Los servicios públicos atribuidos a las mismas podrán prestarse en gestión directa o indirecta. La Gestión directa podrá realizarse por la propia entidad local, por un organismo autónomo local, por entidad pública empresarial local o por sociedad mercantil local con titularidad pública. Y por Gestión indirecta mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público. En ningún caso podrá realizarse por sociedad mercantil de capital exclusivamente local cuando se refiera a servicios públicos que impliquen el ejercicio de autoridad. En el mismo sentido podremos verlo en el Texto Refundido 781/1986.
A partir de lo anterior no podrán ser declarados en concurso las entidades instrumentales dependientes de las administraciones territoriales que con carácter heterogéneo han venido desarrollándose y que hace referencia a las entidades jurídico-públicas de forma diferente a las entidades jurídico-privadas. En materia local, por tanto, la entidad instrumental local y entidad pública empresarial no podría ser declarada en concurso, es decir aquellas que tienen personificación jurídico-pública, pero si aquellas que tienen personificación jurídico-privada. Este es, precisamente el presente caso en donde se trata de una sociedad mercantil (Sociedad Limitada) con un objeto social privado sin intervención pública o de servicio público o de ejercicio de autoridad cuya característica esencial es la plena participación pública que no le quita la naturaleza privada. Sustraer a la misma del derecho privado cuando concurre en el mercado, no aplicándole la normativa concursal, supone un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia.

Es por ello que su naturaleza queda también cubierta en tanto a las reclamaciones realizadas por los acreedores y que no pueden abstraerse de la par conditio creditorum en base a dichos principios en función de criterios delimitadores del pago al margen de la norma concursal. No es posible que el Ayuntamiento fije criterios de pago respecto de una sociedad al margen de la propia sociedad y tampoco que los pagos se sustancien sobre embargos en una carrera por conseguir la preferencia o privilegio al margen de dicho principio.
La responsabilidad que pudiera devenir del Ayuntamiento en cuanto al sistema de abonos aprobado por el pleno del mismo queda al margen de esa concurrencia paritaria concursal. Activo y pasivo deben quedar delimitados conforme a las reglas concursales en virtud de los principios de universalidad que la norma establece.
La situación de la entidad se ha acreditado con la presentación de la documentación legal de la misma.
Todo lo anterior nos lleva a entender que la sociedad solicitante se encuentra efectivamente en causa de declaración de CONCURSO.
El concurso ha de ser declarado como VOLUNTARIO, al haberlo solicitado la propia entidad de conformidad a lo previsto en elartículo 22 de la LC, al no constar ningún dato referido a su calificación como necesario.”: AJM-1 Málaga 13.04.2009 (Concurso 526/2009)

JM-1 Palma de Mallorca

“Tercero: con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley Concursal, procede la declaración de concurso respecto de cualquier deudor, sea persona física o jurídica, que se encuentre en estado de insolvencia, por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, debiendo justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia actual o inminente. Se considera en situación de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.
En este punto del análisis, debemos reflexionar si procede la declaración de concurso de la solicitante [Radio i Television de Mallorca SAU], partiendo de la posible consideración de entidad pública en base a que se afirma y acredita la titularidad de la participación exclusiva del Consell de Mallorca y la conformación del Consejo de Administración por autoridades de dicha Institución. Amén que su única fuente de financiación (como se deriva de los informes acompañados a la memoria económica) reside en el citado Consell insular.
Todo ello teniendo presente que la deudora adopta la forma de entidad de derecho privado, una sociedad anónima, y que de su objeto social y de los Estatutos de la misma aparece como sociedad puramente mercantil con objeto mercantil sin relación alguna con servicios públicos. A ello sumamos el hecho de que las deudas son privadas, especialmente la derivada de la reclamación efectuada por Tema Concesionaria SA (reconocida en sentencia de 14 de octubre de 201 1 y dictada por el Juzgado de Primera Instancia n018 de Palma de En este punto recordamos que el artículo 1.3 de la Ley Concursal recoge que "no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público". Como recuerda el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de 13 de abril de 2009, que se transcribe literalmente por ser de directa aplicación a1 supuesto de autos, "se trata, sin duda, de una excepción planteada por el legislador que pretende evitar que los mismos puedan ser declarados en concurso de acreedores precisamente por los mecanismos paraconcursales que pueden servir a1 salvamento y por los intereses públicos o el orden público que pudiera resultar afectado. Tomando en consideración la Ley 6/1997 de 14 abril 1997 (Organización de la Administración Central del Estado) podemos configurar el marco de definiciones necesarias para los distintos supuestos:
a) La organización territorial está formada por todos los órganos de las administraciones públicas según sus respectivas normas y con personalidad jurídica única bien estén descentralizados o desconcentrados.
b) Hablamos de organismos públicos (artículos 1 y 41 LOFAGE) en la definición dada por el citado precepto: son las Entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de esta. El artículo 2.3 del mismo texto nos dice que los Organismos públicos previstos en el tít. III de esta ley tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de foment0 o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado; dependen de esta y se adscriben, directamente o a través de otro Organism0 público, a1 Ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine. El artículo 43 de la norma recoge las diferentes definiciones: Los Organismos públicos se clasifican en: a)
Organismos autónomos. b) Entidades públicas empresariales. c) Agencias Estatales, que se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por esta Ley.
C) El artículo 2 de la Ley 4712003 de 26 noviembre 2003 (Ley General Presupuestaria) nos define quienes conforman el sector público estatal incluyendo a La Administración General del Estado, Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado, Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella, Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados, Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Publicas, Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones, Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado, Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se

refieren los arts. 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente a1 poder de decisión de un organ0 del Estado.)
d) La Ley 33/2003 de 3 noviembre 2003 (Patrimonio de las Administraciones Publicas) nos define las sociedades mercantiles estatales a efectos del patrimonio del Estado. En su artículo 166.c) nos dice que las sociedades mercantiles estatales, entendiendo por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, superior a1 50 por ciento. Para la determinación de este porcentaje, se sumaran las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el so de que en el capital social participen varias de ellas. Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el art.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración general del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por el presente título y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.
e) El artículo 2.2 de la Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992 (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), señala que "las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación"
f) A efectos locales la Ley 711985 de 2 abril 1985 (Reguladora de Bases de Régimen Local) nos dice que el Municipio es la entidad local básica de la organización territorial del Estado.
Tiene personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Los servicios públicos atribuidos a las mismas podrán prestarse en gestión directa o indirecta. La Gestión directa podrá realizarse por la propia entidad local, por un organismo autónomo local, por entidad pública empresarial local o por sociedad mercantil local con titularidad pública. Y por Gestión indirecta mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público. En ningún caso podrá realizarse por sociedad mercantil de capital exclusivamente local cuando se refiera a servicios públicos que impliquen el ejercicio de autoridad. En el mismo sentido podremos verlo en el Texto Refundido 781/1986. A partir de lo anterior no podrán ser declarados en concurso las entidades instrumentales dependientes de las administraciones territoriales que con carácter heterogéneo han venido desarrollándose y que hace referencia a las entidades jurídicopúblicas de forma diferente a las entidades jurídico-privadas. En materia local, por tanto, la entidad instrumental local y entidad pública empresarial no podría ser declarada en concurso, es decir aquellas que tienen personificación jurídico-pública, pero si aquellas que tienen personificación jurídico-privada. Este es, precisamente el presente caso en donde se trata de una sociedad mercantil con un objeto social privado sin intervención pública o de servicio público o de ejercicio de autoridad cuya característica esencial es la plena participación pública que no le quita la naturaleza privada. Sustraer a la misma del derecho privado cuando concurre en el mercado, no aplicándole la normativa concursal, supone un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia."
Todo lo expuesto nos permite concluir que no estamos ante una entidad pública y por ende una persona de ámbito mercantil privado, que comporta que pueda ser declarada en concurso si se diesen los presupuestos para ello." AJM-1 Palma de Mallorca 20.02.2012 (Concurso 52/2012)

2. Concurso de sociedad mixta con capital municipal minoritario

AP Madrid

"TERCERO.- Consideran las apelantes que la resolución recurrida infringe la prohibición contenida en el Art. 1-3 de la Ley Concursal a cuyo tenor "No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público". Y ello por entender, básicamente, que la mercantil PLAZA DE ESPAÑA SAN FERNANDO S.L. es una sociedad instrumental del Ayuntamiento de San Fernando de Henares a través de la cual esta corporación pública gestiona un servicio público como lo es, en su sentir, la ejecución del plan de urbanismo en la parte afectante a la Plaza de España situada dentro de dicha población.
Partimos de la base de que, de las categorías que maneja el referido Art. 1-3 de la Ley Concursal, ninguna de las apelantes ha sostenido, por razones obvias, que la mercantil concursada se integre dentro de la primera de ellas, es decir, dentro de la "organización territorial del Estado" (Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Administración Local). Tampoco se ha sostenido que se trate de un "organismo público", segunda de dichas categorías, y ello bajo ninguna de las dos modalidades que caben dentro de esta acepción según los Arts. 1 y 2 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, a saber, organismos autónomos y entidades públicas empresariales. Lógicamente y de modo coherente, tampoco se aduce que la concursada participe de la naturaleza de las dos

figuras que dentro de la Administración Local guardan paralelismo con las ya mencionadas de acuerdo con el Art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, a saber, organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales. Por el contrario, lo que se ha sostenido, atendiendo a la naturaleza de las funciones que la concursada desarrolla y a la preeminencia que dentro de su gobierno interno ostenta la corporación local, es que PLAZA DE ESPAÑA SAN FERNANDO S.L. encaja dentro de la categoría residual relativa a los "demás entes de derecho público" que recoge el mencionado Art. 1-3 de la Ley Concursal en su inciso final.

La precedente consideración, unida a la circunstancia de que la sociedad concursada nace con vocación de operar en el ámbito de la administración local, simplifica en cierta medida el problema suscitado y nos excusa de entrar en el análisis de la compleja taxonomía de las personas jurídicas instrumentales de las que las administraciones públicas pueden servirse para la realización de cometidos diversos.

CUARTO.- La noción genérica de "ente de derecho público" aparece recogida en el Art. 2-2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a cuyo tenor "Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación".

Una de las características esenciales de los entes de derecho público, además de su personificación jurídico-pública, estriba, por lo tanto, en que, al margen del desarrollo de otras actividades que en cada caso dispongan sus normas de creación, se trata de personas instrumentales que ejercen potestades administrativas, característica esta que no concurre por la mera circunstancia de que el ente de que se trate contribuya a la prestación de un servicio público y que, en todo caso, es difícilmente predicable de una sociedad mercantil mixta como la que ahora nos ocupa en la que el Ayuntamiento de San Fernando de Henares ni siquiera detenta la mayoría de su capital social.

Se ha aducido por la concursada que, sin perjuicio de su interés y trascendencia pública, la actuación de dicha entidad en el desarrollo urbanístico de la UE-1 no integra técnicamente la prestación de un servicio público. No entraremos en ese debate porque, en atención a lo que vamos a razonar, lo juzgamos innecesario, y partiremos, por el contrario, a efectos meramente dialécticos, de la base de que sí nos encontramos ante la prestación de un verdadero servicio público.

De acuerdo con el Art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, la gestión directa de un servicio público puede llevarse a cabo tanto por la propia entidad local como a través de un "organismo autónomo local" o de una "entidad pública empresarial local" (figuras estas que, como ya hemos indicado, las apelantes no identifican con la sociedad concursada). Pero también puede llevarse a cabo esa gestión directa a través de una "sociedad mercantil local", denominación esta que reciben las sociedades cuyo capital pertenezca en su integridad a la corporación local, circunstancia que, desde luego, no concurre en la sociedad concursada. Una sociedad cuyo capital es de composición mixta como la que ahora nos ocupa únicamente podría acceder a la gestión indirecta de un servicio público de acuerdo con el referido Art. 85,b), que nos remite al Texto Refundido e la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo Art. 277 contempla la encomienda del servicio a una "sociedad de economía mixta" (entendiéndose por tal aquella en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas) como una modalidad más de contratación administrativa. Huelga indicar, por lo tanto, que si una "sociedad mercantil local", en la que todo su capital es directa o indirectamente de titularidad pública, no participa de las características de un ente de derecho público, menos aún podrá hacerlo una "sociedad de economía mixta".

Pues bien, lo que nos dice el Artículo 85 ter de la Ley de Bases de Régimen Local respecto de esas "sociedades mercantiles locales" es, además de que deberá adoptar, en cuanto a su personificación, alguna de las formas previstas en la Ley de Sociedades de Capital, que "...se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación...". En similar sentido se pronuncia el Art. 103 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

Pues bien, ya las sentencias de 4 de mayo de 2004 y 11 de noviembre de 2004 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al contemplar las actuaciones de la EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES DE MADRID, S.A., indicaron que, "...la citada empresa no es una entidad de Derecho Público sino una sociedad mercantil sometida al Derecho Privado por más que su accionista sea el Ayuntamiento de Madrid...". Y en la reciente sentencia de 22 de diciembre de 2014 el Alto Tribunal, refiriéndose a la empresa METRO DE MADRID S.A., descarta que se trate de un ente de derecho público de los contemplados en el Art. 2-2 de la Ley 39/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señalando que "...no es una entidad de Derecho Público, sino una sociedad anónima que se rige por la normativa propia del Derecho privado (art. 2 y 58 de la Ley 1/84 de 19 de enero), y por ello no se incluye entre las entidades de Derecho Público, a que se refiere el art. 2.2 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, no tratándose por ello de una Administración Pública...".

Por lo tanto, reiteramos que si una "sociedad mercantil local", en la que todo su capital es directa o indirectamente de titularidad pública, no participa de las características de un ente de derecho público, menos aún podrá hacerlo una "sociedad de economía mixta".

Respecto de estas últimas, el Art. 104 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, tras declarar su aptitud para la gestión solamente indirecta de los servicios de la entidad local, nos indica que "...En el

acuerdo constitutivo podrán establecerse las especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria aplicable, en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta de carácter mercantil o cooperativo...". Pues bien, aun cuando esas eventuales especialidades internas carecerían de la capacidad de erigir a la sociedad mixta en un ente de derecho público, lo cierto es que no vemos que en el origen o acto constitutivo de PLAZA DE ESPAÑA SAN FERNANDO S.L. se introdujeran especialidades significativas por las que se exceptuase la legislación mercantil que le resulta aplicable. De hecho, uno de los aspectos en los que mayor hincapié han hecho las apelantes -la privación del derecho de voto a la mayor parte del capital privado- ni siquiera constituye una excepción derogatoria de la legislación societaria al encontrarse esta posibilidad perfectamente prevista en los Arts. 98 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital. Y, desde luego, no vemos que en el origen fundacional de dicha sociedad se introdujera el menor temperamento capaz de obstaculizar cualquiera de las dos salidas naturales de un proceso concursal: el convenio o la liquidación.
QUINTO.- Conscientes, probablemente, de las dificultades con que tropieza el empeño de incardinar conceptualmente a la concursada dentro de la categoría de los "demás entes de derecho público" a que hace referencia el Art. 1-3 de la Ley Concursal, han pretendido también las apelantes derivar dicha caracterización del hecho de que, atendiendo a la mayoría de derechos de voto que en su seno ostenta la corporación local y a su poder para nombrar a la mayor parte de los miembros de su órgano de gobierno, debería considerarse dicha sociedad incardinada dentro del "sector público" de acuerdo con el Art. 2-1 del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, aprobatorio del reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria (hoy, Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera).
Pues bien, tampoco compartimos esa derivación argumental. La pertenencia de un ente cualquiera al denominado "sector público" no implica otra cosa que su sometimiento a un determinado régimen legal de disciplina en materia de sostenibilidad financiera, entendiéndose por tal la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en la ley, la normativa sobre morosidad y la normativa europea (Art. 4-2 de la Ley Orgánica 2/2012). Pero la circunstancia de que una sociedad mercantil, constituida y regida en su funcionamiento con arreglo a normas de derecho privado, pueda quedar integrada dentro del "sector público" y sometida por ello a esa clase de disciplina no implica que se trate también de un "ente de derecho público". No abordaremos el acierto o desacierto de cuantas consideraciones conducen a la apelante a entender que ello debiera ser así. Nos basta con indicar que, más allá de la oportunidad que "de lege ferenda" pueda atribuirse a tales consideraciones, para su operatividad sería preciso un cambio legislativo mediante el que la expresión "demás entes de derecho público" contenida en el Art. 1-3 de la Ley Concursal fuera sustituida por la más amplia noción de "entes integrantes del sector público", cambio legislativo que, obvio es decirlo, no se ha producido. De ahí que consideremos completamente estéril el debate mantenido acerca de si en la actualidad la concursada se encuentra o no incluida en el inventario de entidades pertenecientes al sector público local.
Por lo demás, hemos de señalar, con pleno respeto a las opiniones doctrinales invocadas por las apelantes que son favorables a la ampliación a las sociedades de capital público o semipúblico del régimen de interdicción del Art. 1-3 de la Ley Concursal, que tampoco son escasas las voces que propugnan una aplicación restrictiva de dicho precepto legal en la medida en que el privilegio que para tales sociedades representaría su inmunidad frente al riesgo de desenlace concursal podría comportar vulneración del Derecho de la Unión Europea en tanto que ayuda de estado proscrita por el antiguo Art. 87 TCE, hoy Art. 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (PULGAR EZQUERRA, DEL GUAYO CASTIELLA).”: AAP Madrid (Sección 28) 06.04.2015 (Auto 73/2015; Rollo 311/2013)

JM-1 Almería

“1 Este Juzgado tiene jurisdicción para la declaración del presente concurso [voluntario presentado por EMPRESA MIXTA DE SERVICIOS MUNICIPALES DE EL EJIDO SA]. Una primera cuestión en la presente petición es la posible consideración de la legitimada como entidad de derecho público, que, en principio, no pude ser declarada en concurso. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público (art. 1.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). Por tanto, procederá examinar si una sociedad que tiene vínculos importantes con el Ayuntamiento de El Ejido es una entidad de Derecho Público, esto es, si en el presente caso concurre el presupuesto objetivo del concurso.
2 Según el art. 2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, son administraciones públicas la Administración General del Estado, la de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local. Y añade el apartado 2 que las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la Ley 30/1992 cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación. En igual sentido indica el art. 1.2 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que son Administraciones públicas, además de la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración local, las Entidades de derecho

público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

3 En el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley 6/1997, de 14 abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado dispone que quedan integradas en ella los órganos de la Administración General del Estado y los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad. Éstos últimos son Entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta (art. 1), realizan actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado; dependen de ésta y se adscriben, directamente o a través de otro Organismo público, al Ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine (art. 2.3). Pueden ser organismos autónomos, Entidades públicas empresariales y Agencias Estatales (art. 43.1). Los primeros realizan de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos y se rigen fundamentalmente por el Derecho administrativo (art. 45), lo segundos realizan actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, y se rigen por el der5echo privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria (art. 53). Respecto de las agencias estatales, se rigen por su normativa específica y, supletoriamente, por el derecho administrativo (art. 43.1.c).

4 Estas últimas fueron introducidas por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales, para la mejora de los servicios públicos, y expresamente se dice de ellas que son entidades de Derecho público, ejercen potestades administrativas, y son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. En consecuencia, se rigen por el derecho administrativo, y, en su marco, por sus estatutos, y, supletoriamente por las normas aplicables a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que les correspondan en cada caso. Y, en consecuencia, las resoluciones del Consejo Rector y del Director de la Agencia ponen fin la vía administrativa (art. 2). Estas entidades son de Derecho Público, por lo que no pueden ser declaradas en concurso. Su extinción se produce por el transcurso del tiempo de vigencia establecido en el Estatuto, el cumplimiento de sus fines o sus objetivos o por Real Decreto del Consejo de Ministros. Tras su extinción, se abre un período de liquidación en la forma que se determine en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y en su Estatuto (art. 6).

5 Mención específica corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional del Sector Postal, y a las que una disposición legal les reconozca expresamente la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado. Estas entidades se regirán por el Derecho Administrativo, en toda su integridad, con una prelación de fuentes inversa -su ley especifica y el resto del Derecho administrativo como supletorio- (disposición Adicional Quinta de la Ley 6/1997). El resto de organismos autónomos se rigen por el derecho administrativo (art. 45.1 LOFAGE), y sus resoluciones son impugnables en vía administrativa (art. 52 LOFAGE). En consecuencia, su supresión o extinción es también un acto de las Administraciones públicas territoriales de las que dependan (art. 11 de la Ley 30/1992 y 5 LOFAGE).

6 La discusión, en el ámbito de la Administración General del Estado, lo constituyen las entidades públicas empresariales. Estas forman parten del sector público estatal, pero, junto a ellas, están las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), que se incluyen en el sector público empresarial (art. 3.2), pero sólo a efectos presupuestos (los Presupuestos Generales del Estado incluyen los presupuestos de operaciones corrientes y los de operaciones de capital y financieras de las entidades del sector público empresarial y del sector público fundacional, según el art. 33.1.b) y 64 y siguientes), pero no en materia contable, que serán las normas comunes (art. 121.3 y 130.1.b).

7 Ahora bien, respecto de las entidades públicas empresariales, no se incluyen en el patrimonio del Estado sus recursos de tesorería (art. 3.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). El resto sí que está sometido a las reglas de las administraciones públicas (art. 166.1.a). Y se precisa que las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por la legislación de patrimonio y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación (art. 166.2). Asimismo, son sociedades mercantiles estatales, aquéllas en las que la participación del Estado, directa o indirecta, en su capital social sea superior al 50 por ciento (art 166.1.c). Aun cuando su creación pueda ser previa a la toma de participación estatal, el matiz viene determinado por su supresión. Estas sociedades no se suprimen, como ocurren con los organismos autónomos y agencias estatales, sino que se extinguen conforme al ordenamiento jurídico privado, pero esa extinción necesita de una autorización administrativa (art. 169.f).

8 En consecuencia, podemos llegar ya a una conclusión de acuerdo con la normativa básica (art. 149.1.18º) y supletoria (art. 149.3 de la Constitución) del Estado. El proceso concursal finalizará por un convenio, o con la apertura de la liquidación, que necesariamente implica la disolución de la sociedad concursada (art. 145.3 de la Ley Concursal). La resolución de apertura de liquidación y disolución de la concursada debe ser libre, en el sentido de que no puede estar sometida a trabas administrativas. Si existiesen, estamos ante una Entidad de

Derecho Público, que no puede ser declarada en concurso (art. 1.3 LC). Y existen cuando estamos ante una entidad pública empresarial o sociedad estatal en cuyo capital sea, de la Administración General del Estado o de su s organismos públicos dependientes, al menos en 50 %, puesto que en ese caso la resolución final de liquidación no tiene efecto alguno: se necesitaría autorización del Consejo de Ministros. En los demás supuestos en los que no se da esta circunstancia es posible el dictado del auto de liquidación, que se lleva aparejada la disolución y apertura de liquidación, libre de cualquier atadura administrativa, auto que producirá todos sus efectos. El juzgador considera que sólo en estos supuestos estamos ante una entidad mercantil vinculada a una Administración Pública que no es entidad de Derecho Público en el sentido del art. 1.3 de la Ley Concursal. Sólo en estos supuetos estamos ante una entidad sujeta en su integridad al Derecho Privado, cuya intervención por las administraciones públicas sólo puede venir por la extraordinaria intervención en el convenio de acreedores según el art. 10.1.II de la Ley Concursal.
9 Por lo que a la Administración Local se refiere, según el art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 abril, de Bases del Régimen Local, son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias (art. 85.1). Sus competencias vienen establecidas en el art. 25, entre las cuales se encuentran las de suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales (letra l del apartado 2, parte de los cuales desarrolla la entidad legitimada). Estos servicios podrán desarrollarse mediante Gestión directa (por la propia entidad local, Organismo autónomo local, Entidad pública empresarial local, y Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública) y Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público (art. 85.2). El juzgador considera que los servicios municipales que presta la legitimada no implican ejercicio de autoridad, por lo que pueden gestionarse indirectamente (art. 85.3).
10 En el ámbito andaluz, la gestión directa puede llevarse a cabo mediante Prestación por la propia entidad local, Agencia pública administrativa local, Agencia pública empresarial local, Agencia especial local, Sociedad mercantil local, Sociedad interlocal y Fundación pública local (art. 33.3 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía). Las agencias necesitan un acto administrativo para su creación y supresión (art. 37), las sociedades mercantiles locales tienen un régimen de gestión específico, puesto que se confunden los órganos administrativos con los órganos societarios (art. 38.4). Pero, distinta de los anteriores, se encuentra la empresa mixta de colaboración público-privada (art. 43). Este es el supuesto de Elsur. Según dicho precepto, los entes locales pueden gestionar los servicios locales de interés económico general mediante la constitución o participación en empresas mixtas. La empresa mixta es una sociedad mercantil con limitación de responsabilidad cuyo capital sólo parcialmente pertenece, directa o indirectamente, a la entidad local. En todo caso, el proceso de constitución de estas sociedades tiene que asegurar la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado, por lo que la selección del socio privado estará sujeta a los procedimientos de concurrencia que resulten de aplicación según la legislación de contratos del sector público. En suma, estas empresas son entidades de Derecho Privado, en cuyo capital interviene, sólo parcialmente, una administración pública territorial. La cuestión es el grado de intervención.
11 Pues bien, según se deduce de la memoria y de la hoja registral de la legitimada, Elsur se constituyó mediante escritura de 6 de noviembre de 1994 por el Excmo Ayuntamiento de El Ejido y por Abensurasa AIE (hoy Aguas y Gestión de Servicos Urbanos SL), para la gestión de servicios locales antes referidos, expresamente como Sociedad Mercantil de capital mixto, con un capital social de 200.000.000 pesetas, con dos clases de acciones: clase A, 60 acciones, de titularidad municipal, y clase B, 140 acciones, de titularidad privada, y que tienen ciertos derechos preferentes para su reembolso. A su resultas, es claro que nos encontramos ante una empresa de servicios que no implica el ejercicio de autoridad, en la que el capital público es minoritario, y donde las facultades de disolución y liquidación no requieren de ningún tipo de obstáculo administrativo, según se desprende del art. 29 de los Estatutos. Más aún, no se especifica nada en materia de disolución, por lo que habrán de aplicarse las reglas ordinarias de la legislación sobre sociedades de capital. No constan, al respecto, modificaciones estatutarias a esta estructura, siendo así que la sociedad puede disolverse por acuerdo adoptado en Junta General según se deduce de dicho art. 29 de los Estatutos. Desde esta perspectiva, caso de adopción de una decisión de liquidación, ésta estará libre de toda traba administrativa, por lo que la legitimada no es una corporación de Derecho Público en el sentido del art. 1.3 LC, y en ella concurre el presupuesto subjetivo para la declaración del concurso. ": AJM-1 Almería 22.06.2011 (Concurso 325/2011)

3. No concurso de sociedad mercantil con capital 100% público y objeto público. Archivo por ineficacia ab initio de su declaración

AP Valencia

"PRIMERO.-El Juzgado de lo Mercantil dictó Auto por el que se acuerda el archivo del procedimiento concursal abreviado instado por la entidad SOCIETAT PUBLICA DE GESTIÓ D'ALBAIDA SLU –GESTIONA-, al estimar que no concurre respecto de la misma el presupuesto subjetivo conforme a lo establecido en el artículo 1 de la LC.
Interpone recurso de apelación contra dicha resolución la citada entidad, en base a las siguientes alegaciones: 1) Infracción de los principios rectores que informan la Ley Concursal, unidad legal, unidad de disciplina y unidad de procedimiento-, debiendo prevalecer la finalidad finalista y acorde a la realidad social del tiempo de la normativa concursal, que tiene a preservar el orden en el tráfico jurídico mercantil, la protección de los acreedores y del deudor mediante la conservación de la masa activa y de la pars condictio creditorum. 2)

Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, del principio pro actione y del principio de conservación de los actos procesales. Las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa dada la vigencia del primero de los principios mencionados. Se está decretando la nulidad de lo actuado hasta la fecha dejando al margen del excepcional incidente nulidad de actuaciones. 3) No es posible la conclusión del concurso en base al artículo 176 LC. 4) Procedencia de la declaración del concurso, pues está suficientemente cumplido el presupuesto subjetivo, no existiendo traba administrativa alguna al cumplimiento del convenio o en su caso la liquidación dentro del concurso. 5) Actividad mercantil de GESTIONA. Existe previsión legal para que la prestación de servicios públicos se lleve a cabo a través de una sociedad mercantil local, siempre que no supongan ejercicio del principio de autoridad. La situación de GESTIONA impone la obligación de presentar la solicitud del concurso. Termina solicitando nueva resolución por la que, con revocación del dictado en la instancia, se acuerde la continuación del procedimiento concursal.
La representación procesal de las entidades GESTION INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS SA (GIRSA) y ADADE ALZIRA SL, solicitaron la confirmación del auto dictado en la instancia con arreglo a las alegaciones que constan en sus respectivos escritos de oposición al recurso de apelación que consta debidamente unido a los autos.
SEGUNDO.-Las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso de apelación no desvirtúan los razonamientos jurídicos de la resolución apelada por los que se viene a declarar el archivo del procedimiento concursal abreviado instado por la representación de la entidad GESTIONA, motivación que se considera suficiente y que ha de darse por reproducida a los efectos de su confirmación por no quedar aquélla desvirtuada por las alegaciones de la parte apelante. En tal sentido, puede, y debe, la Sala remitir a dicha fundamentación a los fines de dar cumplimiento a la obligación que el artículo 120.3 de la Constitución Española impone a los Jueces y Tribunales, cual es la de dar a conocer a las partes las razones para su decisión, obligación que igualmente se contiene en el artículo 218 de la LEC. Al respecto debe recordarse que tanto la doctrina dimanante del Tribunal Constitucional (sentencias 174/1987, 11/1995, 24/1996, 115/1996, 105/97, 231/97, 36/98, 116/98, 181/98, 187/2000), como del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de octubre de 1998, 19 de octubre de 1999, 3 y 23 de febrero, 28 de marzo, 30 de marzo, 9 de junio, ó 21 de julio de 2000, 2 y 23 de noviembre de 2001), permite y admite la motivación por remisión a una resolución anterior, cuando la misma haya de ser confirmada y precisamente, porque en ella se exponían argumentos correctos y bastantes que fundamentasen en su caso la decisión adoptada, de forma que en tales supuestos, como precisa la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 20 de octubre de 1997, subsiste la motivación de la sentencia de instancia puesto que la asume explícitamente el Tribunal de segundo grado. En consecuencia, si la resolución de primer grado es acertada, la que la confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir argumentos, pues en aras de la economía procesal debe corregir sólo aquello que resulte necesario (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre y 5 de noviembre de 1992, 19 de abril de 1993, 5 de octubre de 1998, y 30 de marzo y 19 de octubre de 1999).
No obstante el envío a los razonamientos de la sentencia apelada, y dados los términos del escrito de interposición del recurso de la entidad GESTIONA, son de añadir las consideraciones que siguen. En primer lugar, el Juzgador a quo ha decidido el archivo del procedimiento en atención a las disposiciones de la Ley Concursal, en particular la que regula el presupuesto subjetivo necesario para la declaración del concurso, -artículo 1 LC-, por lo que resulta imposible acoger las alegaciones relativas a la infracción de los principios rectores de la LC, de la tutela judicial efectiva, del principio pro actione y el de conservación de los actos procesales, pues todos ellos, en cualquier caso, tienen su cauce de expresión a través del sometimiento de las decisiones judiciales a lo dispuesto en la Ley. Ciertamente los principios jurídicos mencionados inspiran las normas legales y su aplicación al caso concreto, pero en modo alguno pueden servir para eludir la aplicación y el cumplimiento de una norma, máxime si esta, en tanto de carácter procesal, tiene la condición de disposición de orden público sustraída, por tanto, al principio dispositivo de las partes. Ello, por otra parte, determina la imposibilidad de apreciar, como se alega por la parte recurrente, una declaración encubierta de nulidad de actuaciones al margen de las normas propias que regulan dicho incidente –arts. 225 LEC y correlativos de la LOPJ-, en tanto el archivo de las actuaciones resulta de la falta del ineludible presupuesto subjetivo para la declaración del concurso. El concurso fue inicialmente admitido a trámite por razón, precisamente, de la imagen ofrecida por la entidad GESTIONA en su escrito de solicitud, -sociedad mercantil local con personalidad jurídica privada ajena al servicio público y no afecta al ejercicio de la autoridad-, pero ha sido el examen pormenorizado de las circunstancias de dicha entidad por el Administrador Concursal el que ha permitido una valoración distinta, apreciándose entonces la concurrencia de la prohibición prevista en el artículo
1.3 LC, supuesto que no está incluido en el artículo 176 LC y que no ha sido aplicado por el Juzgador a quo para decretar el archivo.
TERCERO.-El Auto objeto del presente recurso analiza con detalle los proyectos acometidos por la entidad GESTIONA, -debiendo remitirnos al respecto al fundamento jurídico quinto de la resolución-y de los que resulta posible concluir que, no obstante tratarse de una sociedad mercantil, su finalidad y objetivo no es otro que el de subrogarse en las actuaciones del Ayuntamiento de Albaida, de tal modo que es posible incluir aquella entidad en el ámbito del apartado 3 del artículo 1 de la LC,conforme al cual “no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”.
Cierto es que, como alega la parte recurrente, el artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) permite que los servicios públicos de competencia local que no impliquen ejercicio de autoridad puedan gestionarse mediante una sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública, pero este no es el caso de autos ya que, como indica el Administrador Concursal, la actividad de GESTIONA no responde a una actividad económica empresarial sino al ejercicio de la función pública propia de la entidad

local –Ayuntamiento de Albaida-, que luego es trasladada a la sociedad, y de lo que es clara expresión la forma en que se han llevado a cabo la ejecución de los distintos proyectos (Albaida Humida, Salvem les Vistes, Circuit de Velocitat d'Albaida) en los que la toma de decisiones estratégicas y negociación con terceros, -incluso operando en el tráfico económico como entidad responsable de la actuación-, se ha realizado por el Ayuntamiento, limitándose la entidad GESTIONA a ser mero titular formal de los contratos concertados por la corporación municipal.
En definitiva, dándose el supuesto de prohibición de declaración del concurso a que se refiere el artículo 1.3 de la LC respecto de la mercantil GESTIONA, se ha de estimar la corrección del Juzgador a quo al decretar el archivo del procedimiento concursal, con la consiguiente confirmación de la resolución dictada en la instancia.": AAP Valencia (Sección 9) 05.05.2014 (Auto 230/2014; Rollo 1022/2013)

JM-3 Valencia

"PRIMERO.- Como primera cuestión de orden debe decirse que consta documentalmente acreditado que la entidad SOCIETAT PUBLICA DE GESTIO D'ALBAIDA, S.L.U. (GESTIONA), es una sociedad mercantil que se encuentra participada al 100% por el Ayuntamiento de Albaida. Su capital social corresponde en su integridad a la precitada Corporación Municipal.
Asimismo, procede decir que su objeto social, según reza en el Registro Mercantil, es la realización de las siguientes actividades, con la finalidad de defensa del interés público en cuanto supone un beneficio social o económico para los habitantes de la ciudad de Albaida, por lo que participará en cuantas actividades económicas y sociales contribuyan al desarrollo del entorno socio-económico, potenciando iniciativas generadoras de riqueza y empleo: 1.- La adquisición y preparación de suelo para el asentamiento de industrias y servicios, así como su correspondiente equipamiento, con el fin de contribuir a la creación de empleo a impulsar el desarrollo socioeconómico de Albaida. 2.- La adquisición y preparación de suelo
urbano, así como la promoción pública y construcción de vivienda de tipo social. 3.- Con excepción de actividades bancarias, captar recursos ajenos para canalizaciones hacia las citadas industrias y servicios. 4.- Promover la iniciativa privada en cuanto a la creación de industrias y servicios. 5.- Asesorar a la pequeña y mediana empresa así como a las cooperativas, con orientación sobre sus posibilidades, sectores económicos apropiados, productos, mercados y cuantas gestiones sean beneficiosas a un desarrollo socio-económico
equilibrado. 6.- Ofrecer cursos de formación de todo tipo, tanto a la pequeña y mediana empresa como a las cooperativas y particulares. 7.- Fomentar el asociacionismo, comercial con el apoyo material y humano necesario. 8.- Promocionar toda iniciativa de creación de empleo para deficientes físicos o psíquicos a través de Centros Especiales. 9.- Realizar cuantas actividades sean necesarias para la consecución de primer empleo respecto a los jóvenes de Albaida.
SEGUNDO.- Para ir tomando posicionamientos debe puntualizarse que la entidad SOCIETAT PUBLICA DE GESTIO D'ALBAIDA, S.L.U. (GESTIONA), 'es una entidad mercantil de naturaleza municipal (del Ayuntamiento de la localidad de Albaida.)". No admite dudas y es absolutamente exacta la calificación jurídica que se hace de la concursada como sociedad de naturaleza municipal, si por tal se entiende, a tenor de lo prevenido en los artículos 85.2.d y 85 *ter* de la Ley 711985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, en la
redacción de la Ley 5712003, la "mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma". Y debe apuntarse también que es el Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de Albaida quien tiene estatutariamente reservada la Presidencia del Consejo de Administración y de sus Juntas; lo que evidencia el alto protagonismo que a la entidad local corresponde en la mercantil participada.
TERCERO.- Por lo que a la Administración Local se refiere, según el art. 85 de la Ley 711985, de 2 abril, de Bases del Régimen Local, son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias (art. 85.1). Sus competencias vienen establecidas en el art. 25, entre las cuales se encuentran las siguientes: *d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales.*
Estos servicios podrán desarrollarse mediante Gestión directa (por la propia entidad local, Organismo autónomo local, Entidad pública empresarial local, y Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea
de titularidad pública) y Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público (art. 85.2). De acuerdo con el artículo 85.3 de la Ley 711985, de 2 abril, de Bases del Régimen Local, en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad. Así las cosas, en línea de principio podrían considerarse que los servicios municipales que presta la concursada no implican ejercicio de autoridad, por lo que pueden gestionarse indirectamente (art. 85.3). Como pone de relieve *Mario Garcés Sanagustín, XXXIII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado; La Legislación Concursal: respuestas jurídicas para una crisis; Madrid, 23 y 24 de noviembre de 2011,* allí donde una sociedad mercantil es una mera prolongación instrumental u orgánica de una actividad donde se está prestando un servicio de interés público, que apliquen las reglas generales del
Derecho Público; ahí donde estemos ante una sociedad que actúa en un mercado imperfecto, pero donde yo no tengo la obligación jurídico material de inyectar capital para sanear esa entidad, aquí no persigue ningún fin de interés público. Es decir, eso no es un fin de interés general, será un fin de interés social, y desde luego no tiene nada que ver con el prurito de gestión de los intereses públicos ni de los intereses generales. Pero, claro, hablamos de contratación pública, pero ese concepto no se ha acuñado ni se ha gestado en el ámbito
del Derecho Mercantil, en el ámbito del Derecho del concurso, y entonces por eso algún autor ha venido a decir, en concreto Jiménez Blanco, que el concepto precisamente de interés es hábil, es completamente

evanescente, y que va a depender caso por caso de lo queramos que sea interés público o no. Y que por eso al fin y al cabo estamos en el ámbito del puro decisionismo. Todo esto nos conduce a decidir si hay que someterse a una regla estrictamente nominal o, por el contrario someterse a un criterio funcional. Y desde luego, la propia naturaleza de las cosas parece inclinarnos por la elección y utilización de un criterio funcional.

CUARTO.- Dice la Administración Concursal y dice bien, que la sociedad mercantil municipal resulta a la postre una fórmula artificiosa pues si, por una parte, está dotada de personalidad jurídica propia, distinta de la Corporación que la constituye y, en consecuencia, existen legalmente dos voluntades, la realidad es que sólo la voluntad de la Administración matriz rige los destinos de la sociedad filial. Externamente en sus relaciones con terceros, la personalidad de la sociedad se desarrolla según el régimen de derecho privado, pero internamente es sólo un instrumento de la Administración que mantiene sobre aquélla un doble control: el jurídico-privado derivado de su condición de socio y el jurídico-público que deviene de su cualidad de titular del servicio gestionado por la sociedad. Contundente es la manifestación de D. RICARDO TORRES BALAGUER - Administrador Concursal - relativa a que GESTIONA no interviene en el mercado con criterios empresariales, sino en el ejercicio de la función pública siguiendo principios ajenos al ánimo de lucro propio de la actividad económica. Y prosigue: si se examinan los principales proyectos desarrollados por GESTIONA, queda patente que no responden a una actividad económica-empresarial, sino al ejercicio de la función pública propia de la Entidad Local, quien diseña las operaciones que luego traslada a la sociedad una vez contraídas las obligaciones como ente público.

QUINTO.- Si se analizan los distintos proyectos acometidos por la concursada: a) PROYECTO ALBAIDA HUMIDA; b) PROYECTO SALVEM LES VISTES; c) PROYECTO CIRCUIT DE VELOCITAT D'ALBAIDA, todo lo cual está debidamente acreditado documentalmente, se llega a las siguientes conclusiones: respecto del PROYECTO ALBAIDA HUMIDA, que se trata de una operación urbanística circunscrita al Plan de Mejora de Municipios de la Comunidad Valenciana, 2006-2010, se evidencia que el Ayuntamiento diseña la operación de compra, derribo y apertura de la calle. Esta operación se redacta y perfila en el seno de la Corporación municipal, que llega a solicitar una subvencion para el Ayuntamiento por esta actuación. Ahora bien, el proyecto una vez diseñado y establecidas las bases de actuación, se traslada a la sociedad mercantil local GESTIONA, a través de la cual el Ayuntamiento ejecuta su proyecto. La sociedad mercantil en ningún caso participa en el mercado dado que ninguna facultad de decisión tiene sobre lo que es el objeto del proyecto. Circunstancia que qeda patente por el hecho de que cuando la Dirección General del Territorio pone objeciones a la subvención que recibe el Ayuntamiento por una actuación realizada por la sociedad local, se decide trasladar el proyecto de GESTIONA al Ayuntamiento, con total dependencia de la sociedad de los intereses municipales. Por lo que se refiere al PROYECTO SALVEM LES VISTES, el Ayuntamiento pretendía adquirir una serie de inmuebles con la finalidad de recuperar la vista dlAlbaida, favoreciendo la ordenación territorial de dicha zona del casco urbano. La finalidad es construir en ese terreno una plaza y adecuar10 para aparcamientoc, ubicación de feria u otra finalidad pública municipal. El Ayuntamiento decide que GESTIONA adquiera el solar descrito, en ejecución del contrato firmado por el Consistorio en fecha 22.01.2003. Así en el Pleno municipal de 27.12.2006 se acuerda ceder los derechos y obligaciones del contrato de compraventa del solar de referencia a favor de GESTIONA, haciendo uso el Ayuntamiento de la cláusula segunda del Anexo modificativo del contrato inicial. En virtud de dicho acuerdo municipal, la sociedad local queda subrogada en un contrato que celebró la entidad local. Dicha subrogación por cesión del contrato se produce sin que GESTIONA tenga facultad alguna de negociación con los terceros, convirtiéndose en mero ejecutor de la voluntad políticopública del Ayuntamiento que le traslada de nuevo un proyecto ya definido y en marcha a la entidad mercantil. Todo ello ajeno a cualquier interés privado o empresarial. Finalmente, en orden a) PROYECTO CIRCUIT DE VELOCITAT D'ALBAIDA, el Ayuntamiento se plantea la necesidad de actuar en el circuito de la Vega de Albaida con el fin de dar un nuevo impulso que recoja y amplíe sus posibilidades para un mayor aprovechamiento de la instalación. Así en fecha 9.11.2000, el Ayuntamiento acuerda con el propietario de las parcelas el arrendamiento con opción a compra de las parcelas situadas en el paraje de La Vega, con la finalidad de construir y explorar la actividad deportiva y lúdica del circuito de motos. El 27.11.2009, se otorgó escritura de compraventa por la que el Ayuntamiento ejercita la opción de compra descrita y adquiere para el municipio las parcelas donde ubicar el circuito de motocross. El pasado 26.06.2009 la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo, autoriza habilitar el crédito correspondiente a la anualidad 2009 en la aplicación presupuestaria para el proyecto de adquisición de terrenos de circuito de velocidad dlAlbaida. Este dinero lo percibirá el Ayuntamiento en un solo pago en el año 2010, según resolución de la Consellería de fecha 14.01.2010. Una vez adquiridas las parcelas, y ya en julio de 2010, el Ayuntamiento concede a la entidad PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. el contrato de ejecución del proyecto de adquisición de terrenos del circuito de velocidad dlAlbaida y adecuación, con un presupuesto de 89.696,38 **f.** Uno de los objetivos de ese proyecto era la finalización y adecuación en la zona asfaltada destinada a padock, con la colocación de la acera perimetral y el asfaltado especial que permite un circuito Super Motard, un Circuito de cars, un circuito de minimotos y un jardín del motor. A pesar de ser un proyecto municipal, contratado y presupuestado desde el Ayuntamiento, en fecha 23.01.2008, la sociedad GESTIONA adquiere las fincas donde debe radicar el aparcamiento del proyecto, que a fecha de hoy aun está pendiente de ejecución. Es decir, vuelve a darse una traslación de una operación vinculada a la función pública, planteada y contratada con el Ayuntamiento, pero que se deriva a la sociedad de forma unilateral y obviando cualquier interés empresarial para GESTIONA.

De cuanto acaba de dejarse expuesto se colige que es el Ayuntamiento quien toma las decisiones estratégicas de los proyectos descritos, negocia con terceros contrayendo obligaciones e incluso opera en el tráfico económico como entidad responsable de la actuación; y siendo ello así en modo alguno la mera traslación de

la titularidad del contrato a la sociedad GESTIONA puede servir para someterse al derecho privado. Por tanto, se constata con meridiana claridad que GESTIONA tiene como objetivo y fin subrogarse en actuaciones del Ayuntamiento dlAlbaida, para atender a necesidades del servicio público encomendado al ente local. Lo que no empece que esté constituida como sociedad mercantil y frente a terceros haya actuado con sujeción al derecho privado.

SEXTO.- Finalmente, es verdad que la Ley Concursal no regula expresamente la conclusión del concurso por la carencia o falta de un presupuesto objetivo exigido legalmente, no apreciado inicialmente, por la simple y llana razón de su absoluta imposibilidad. Ya que sólo en la medida y capacidad que la Administración entre en el iter procedimental del concurso se constata la auténtica realidad del concurso. De sobras es conocido que para que sea posible la declaración de un concurso, sea necesario o voluntario, hace falta la concurrencia de presupuestos de carácter subjetivo y de carácter objetivo. Respecto de los presupuestos de carácter objetivo (art 2 LC) ningún problema se plantea en el presente supuesto, pero sí en la concurrencia de los presupuestos de carácter subjetivo. Estos se encuentran recogidos en el artículo 1 de la LC que principia diciendo que: "1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. 2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. 3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. El presupuesto subjetivo responde a la pregunta de frente a qué sujeto cabe la apertura de un proceso concursal. La Ley Concursal instaura el llamado por su Exposición de Motivos principios de unidad de disciplina. De esta manera se unifica el tratamiento de los deudores comerciantes y no comerciantes y, en consecuencia, se regula un único régimen para el concurso de acreedores. Así las cosas, tras el minucioso y exhaustivo análisis de la Administración concursal, ha quedado verificado que no se da en el presente concurso el requisito subjetivo inexcusable para la declaración de concurso, cual es, se repite, el mencionado en el número 3 del artículo 1 de la LC. La atipicidad que aquí se produce es que el concurso fue declarado y, posteriormente, se ha acreditado -dada su enorme dificultad del Administrador Concursal *ab initio,* y que ha necesitado de un tiempo más que considerable para llegar a la conclusión que ha comunicado al Juzgado, que no se daba el presupuesto objetivo para su declaración. Y siendo todo ello de este modo, no comparte este Juzgador que el concurso debe concluirse con base en el artículo 176 de la LC, por resultar forzada, artificiosa y de difícil encaje, habida cuenta el supuesto motivador. Debe entenderse y considerarse, aplicando la doctrina civilista, que se está a presencia de una auténtica inexistencia; el concurso nunca nació a la vida, ha resultado ineficaz *ab initio,* desde sus orígenes.": SJM-3 Valencia 15.11.2012 (Concurso 1019/2011)

4. Concurso de Cofradía de Pescadores

JM-1 La Coruña

"PRIMERO.- Sostiene el recurrente que debe revocarse el Auto de fecha 27 de marzo de 2.015, por el que se acordaba inadmitir a trámite la solicitud de concurso voluntario de la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO.

La cuestión esencial a fin de resolver si procede la estimación del recurso de reposición interpuesto por parte de la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO es determinar si la misma tiene o no la consideración de ente de Derecho Público, pues el artículo 1.3 LC en cuanto al presupuesto subjetivo del concurso dispone que "no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público".

El Auto recurrido ha considerado que la dependencia de la Cofradía respecto de la Administración Pública permite entender que se trata de una entidad de Derecho Público en el sentido del art. 1 2 d) LJCA y, desde esta perspectiva, de un ente de Derecho Público.

Sin embargo, han de acogerse los motivos esgrimidos por la recurrente a fin de considerar que la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO no tiene la condición de ente de Derecho Público, sino que se trata de una entidad de origen de base asociativa privada ya que defiende intereses económicos y corporativos profesionales del sector y de sus asociados.

El art. 1 de la LC impide que sean declarados en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos (definidos en la Ley 6/1997, LOFAGE) y los entes de Derecho Público.

Las Corporaciones de Derecho Público, y por ende la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO, no están comprendidas en tal consideración (art. 1 Decreto 8/2014). La Cofradía tiene una naturaleza mixta, ya que actúa como órgano de consulta de la administración pública competente y privada, en cuanto presta servicios a sus miembros y representa y defiende sus intereses y administra los recursos propios de su patrimonio.

El informe emitido por la Asesoría Jurídica de Puertos de Galicia (documento nº 13 de la solicitud) considera que la Cofradía es una entidad de origen de base asociativa privada y la deuda se deriva de una naturaleza privada, por lo que debería poder acogerse a la LC.

Por otra parte, el art. 2 del Decreto 8/2014 de Cofradías de Pescadores de Galicia dispone "La contratación de personal por parte de la cofradía, su actividad patrimonial de carácter mercantil o comercial, su régimen disciplinario, así como todas aquellas otras cuestiones de naturaleza jurídica distinta a la señalada en el punto anterior, se regirán por las normas que les sean de aplicación con sometimiento al órgano jurisdiccional competente".

En consecuencia, ha de estimarse el recurso de reposición interpuesto y acordar la declaración de concurso de la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO, ya que si bien su

naturaleza de Corporación Pública de base privada lleva implícita cierta conexión con la administración pública y control sobre parte de su actividad, si bien no excluye su función representativa de intereses económicos, prestando servicios a sus miembros y representar y defender sus intereses.": AJM-1 La Coruña 03.06.2015 (Concurso 147/2015)

Artículo 2. Presupuesto objetivo.

Nota: Disposición adicional única del Real Decreto-ley 10/2008

Téngase en cuenta lo establecido en la Disposición adicional única del Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias, en virtud de la cual, para determinados ejercicios, "respecto del cumplimiento del presupuesto objetivo del concurso contemplado en el artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias o de préstamos y partidas a cobrar."

1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.

Art. 2.1

0. Denegación de la declaración de concurso por falta de activo

Nota: *Vid. el nuevo art 176 bis introducido por Ley 38/2011, que, entre otros extremos, regula en su apartado 4 la conclusión del concurso, por insuficiencia de masa, acordada en el propio auto de declaración.*

0.1 Concurso necesario

0.1.1 No debe denegarse

AP Alicante

"En primer lugar, la dicción del artículo 14 de la Ley Concursal establece con carácter imperativo que el Juez dictará el Auto que declare el concurso si de la documentación aportada resulta la existencia de algún hecho revelador de la insolvencia del deudor, sin que en ningún momento condicione esa decisión al dato de la cuantía del activo referido en el inventario de bienes y derechos.
En segundo lugar, el artículo 30 del Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia prevé que la legislación del Estado miembro en el que se haya solicitado la apertura de un procedimiento secundario exija que el activo sea suficiente para cubrir, total o parcialmente, los gastos y costas del procedimiento. Sin embargo, en nuestra legislación no consta esta posibilidad.
En tercer lugar, el artículo 403.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente en virtud de lo dispuesto de la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal, declara que las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley. Si aplicamos ese precepto a nuestro caso, no cabe la inadmisión de la solicitud del concurso por insuficiencia de activo porque no está prevista expresamente en la Ley Concursal.
En cuarto lugar, frente a las poderosas razones de utilidad que esgrime el Magistrado de instancia para fundamentar su resolución de inadmisión, existen otras razones poderosas como es el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución pues se priva al solicitante de iniciar un procedimiento judicial cuando concurren todos los presupuestos materiales y formales para su apertura, máxime cuando, en nuestro caso, el artículo 5 de la Ley Concursal impone la obligación de solicitarla en el plazo de los dos meses desde el conocimiento de la situación de insolvencia.
En quinto lugar, no parece que con la sola información facilitada por el deudor pueda conocerse su situación patrimonial real por lo que debe darse la oportunidad a los acreedores y a la administración concursal para facilitar información sobre la existencia de bienes y derechos distintos que puedan formar de la masa activa del concurso. No existe seguridad de que el Juez del concurso pueda, sin más, decidir sobre la realidad del activo patrimonial indicado por el deudor en su inventario.
En sexto lugar, se elude el riguroso procedimiento previsto en el artículo 176 de la Ley Concursal para declarar la conclusión del concurso por inexistencia de activo que exige informe de la administración concursal, audiencia a los acreedores y eventual incidente en el caso de que existiera oposición a la conclusión del concurso.
En séptimo lugar, se impide el ejercicio de la acción rescisoria concursal que es un potente procedimiento previsto ad hoc en la Ley Concursal para conseguir la reintegración a la masa activa de los bienes que indebidamente salieron del patrimonio del deudor." : AAP Alicante (Sección 8) 27.06.2007 y 21.09.2009, citados por AAP Valencia 21.10.2009

"Las razones de fondo expuestas en el Auto impugnado para inadmitir la solicitud de concurso se pueden concretar en: 1.-) un activo insuficiente impide que el concurso pueda cumplir sus fines propios como es la

satisfacción de los acreedores pues ni puede haber convenio porque no hay recursos con los que proponerlo, ni puede haber liquidación porque no hay nada que realizar; 2.-) no hay dato alguno que permita creer en el éxito de un eventual ejercicio de acciones rescisorias; 3.-) genera gastos de procedimiento (publicaciones, honorarios de Letrado y aranceles de Procurador y de la administración concursal) que no van a ser atendidos y, en todo caso, serían satisfechos con carácter preferente a los créditos concursales; 4.-) en lugar de perjudicar a los acreedores, más bien, les beneficia porque sus derechos de crédito no quedan alterados y las posibilidades de ser satisfechos no disminuyen.
Frente a las razones anteriores, este Tribunal ya se pronunció sobre la imposibilidad de inadmitir la solicitud de concurso por la insuficiencia de activo en elAuto de 27 de junio de 2007 de modo que, al mantener este mismo criterio en la presente resolución, también debe estimarse el recurso en este particular. Los argumentos que sustentan nuestro criterio, compartidos también en losAutos de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de febrero y de 14 de junio de 2007, son los siguientes:
En primer lugar, la dicción delartículo 14 de la Ley Concursal establece con carácter imperativo que el Juez dictará el Auto que declare el concurso si de la documentación aportada resulta la existencia de algún hecho revelador de la insolvencia del deudor, sin que en ningún momento condicione esa decisión al dato de la cuantía del activo referido en el inventario de bienes y derechos.
En segundo lugar, elartículo 30 del Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia prevé que la legislación del Estado miembro en el que se haya solicitado la apertura de un procedimiento secundario exija que el activo sea suficiente para cubrir, total o parcialmente, los gastos y costas del procedimiento. Sin embargo, en nuestra legislación no consta esta posibilidad.
En tercer lugar, elartículo 403.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente en virtud de lo dispuesto de laDisposición Final Quinta de la Ley Concursal, declara que las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley. Si aplicamos ese precepto a nuestro caso, no cabe la inadmisión de la solicitud del concurso por insuficiencia de activo porque no está prevista expresamente en la Ley Concursal.
En cuarto lugar, frente a las poderosas razones de utilidad que esgrime el Magistrado de instancia para fundamentar su resolución de inadmisión, existen otras razones poderosas como es el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en elartículo 24 de la Constitución pues se priva al solicitante de iniciar un procedimiento judicial cuando concurren todos los presupuestos materiales y formales para su apertura, máxime cuando, en nuestro caso, elartículo 5 de la Ley Concursal impone la obligación de solicitarla en el plazo de los dos meses desde el conocimiento de la situación de insolvencia.
En quinto lugar, no parece que con la sola información facilitada por el deudor pueda conocerse su situación patrimonial real por lo que debe darse la oportunidad a los acreedores y a la administración concursal para facilitar información sobre la existencia de bienes y derechos distintos que puedan formar de la masa activa del concurso. No existe seguridad de que el Juez del concurso pueda, sin más, decidir sobre la realidad del activo patrimonial indicado por el deudor en su inventario.
En sexto lugar, se elude el riguroso procedimiento previsto en elartículo 176 de la Ley Concursal para declarar la conclusión del concurso por inexistencia de activo que exige informe de la administración concursal, audiencia a los acreedores y eventual incidente en el caso de que existiera oposición a la conclusión del concurso.
En séptimo lugar, se impide el ejercicio de la acción rescisoria concursal que es un potente procedimiento previsto ad hoc en la Ley Concursal para conseguir la reintegración a la masa activa de los bienes que indebidamente salieron del patrimonio del deudor". AAP Alicante 21.01.2009, citado por SAP Alicante (sección 8) 05.11.2009 (JUR 2010/63506; Sentencia 416/2009; Rollo 188/2009)

AP Oviedo

“PRIMERO.- El Auto de fecha 27 febrero 2009 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo en el Procedimiento de Concurso Abreviado 261/2008 acuerda no haber lugar a declarar la situación de concurso necesario de la mercantil "Zeltica de Asesoría y Calidad, S.L." tal y como había sido solicitado por la acreedora "Oniet Servicios de Obras, S.L." y ello habida cuenta de la ausencia de masa activa en la sociedad deudora. Los motivos expuestos por la recurrida para fundamentar tal decisión vienen a ser primeramente que ninguna las finalidades que persigue el procedimiento concursal -a saber, satisfacción de los acreedores y continuidad de la empresa, por ese orden según se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal- se satisfacen en un concurso sin activo suficiente; razones evidentes de economía procesal pues carece de sentido iniciar el procedimiento solicitado cuando ya se conoce ad limine que va a resultar infructuoso; razones de economía material dado que la falta de activo impide que las publicaciones edictales que resultan preceptivas se efectúen tempestivamente o que se pueda retribuir a los administradores concursales. Se rechaza asimismo que se pueda acudir al ejercicio de acciones de reintegración o al embargo preventivo de los administradores sociales al tropezar nuevamente con la ausencia de fondos con los que afrontar los gastos que tales medidas exigen así como que pueda imputarse a la decisión de inadmisión una vulneración de la tutela judicial efectiva o una infracción de lo dispuesto en el art. 403 LEC. Frente al anterior pronunciamiento se alza en apelación la solicitante del concurso necesario "Oniet Servicios de Obras, S.L." alegando en el recurso que la reforma de la Ley Concursal operada por el RDL 3/2009 de 27 marzo viene a prever la tramitación de concursos sin masa o con una masa insuficiente para cubrir si quiera la retribución del administrador concursal, así como que no cabe confundir la regulación que la L.C. dedica a la inadmisión del concurso con las normas que regulan su conclusión.
SEGUNDO.- Para comenzar con el examen del motivo planteado en el recurso que nos ocupa y que no es otro

que la admisibilidad del concurso de acreedores cuando el deudor carece de activo, esta Sala debe comenzar advirtiendo que no desconoce los problemas y las disfunciones que en la práctica del Juzgado supone la tramitación de un concurso de estas características, consideración que sin embargo no puede erigirse en único obstáculo para el rechazo de las solicitudes de este tipo. Cabe añadir además que se comparten algunas de las afirmaciones contenidas en la recurrida tales como que no puede atribuirse a una decisión como la que aquí se discute una vulneración del principio de tutela judicial efectiva pues es sabido que éste se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (STC 198/2000, de 24 de julio, y 89/2001, de 2 de abril 2001). De igual manera se comparte el razonamiento referido a que tampoco se estaría infringiendo la regla proclamada en el art. 403 LEC cuando limita los supuestos de inadmisión de una demanda a los casos y a las causas expresamente previstas en esa Ley, dado que la Ley Concursal contiene por su parte un régimen propio y específico a este respecto. Existen no obstante otra serie de argumentos que abonan la procedencia de la admisión por parte del Juzgado de los concursos carentes de masa activa, algunos de los cuales ya han sido puestos de manifiesto por otros Tribunales (A.A.P. Barcelona, Secc. 15ª de 22-2 y 14-6-2007, 5-5-2008; A.A.P. Alicante, Secc. 8ª de 21-1-2009; A.A.P. Valencia, Secc. 9ª de 2-10-2009) entre los cuales puede citarse el carácter imperativo con que se pronuncia el art. 14 L.C., al ordenar al Juez que declare el concurso si de la documentación aportada junto con la solicitud resulte la existencia de algunos de los hechos reveladores de la insolvencia previstos en el art. 2-4 L.C. u otros que acrediten la insolvencia del deudor, sin hacer mención alguna, como presupuesto de admisibilidad, a la suficiencia de la masa activa. Se menciona asimismo que el Reglamento (CE) 1346/2000 de 29 mayo sobre Procedimientos de Insolvencia prevé en su art. 30 la posibilidad de que la legislación de un Estado miembro pueda exigir que el activo del deudor sea suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento, posibilidad que no ha sido atendida en nuestra legislación.

A todo ello pueden añadirse otra serie de consideraciones que abundan en la misma idea, algunas de ellas ya apuntadas por la doctrina tales como la inseguridad jurídica que se podría generar para quien acuda a solicitar la declaración de concurso, incertidumbre que atenta gravemente contra la predecibilidad de la respuesta judicial que debe presidir en este ámbito. Se habla igualmente de los comportamientos perversos a que puede conducir la solución de la exigencia de un mínimo activo realizable, pues el deudor encontraría en la eliminación de su patrimonio un mecanismo eficaz para enervar la declaración de concurso. Por otra parte hemos de tener presente que en el ámbito del concurso necesario no resulta en principio posible pronunciarse ad limine acerca de la suficiencia del activo del deudor habida cuenta de que no se dispone en ese momento procesal de toda la información al respecto, aún cuando en el caso que ahora examinamos el juzgador se apoya para llegar a tal conclusión en la circunstancia de que había precedido a la presente otra solicitud de concurso voluntario en el que el propio deudor ya había reconocido dicha situación patrimonial.

TERCERO.- El argumento que en última instancia es utilizado por la recurrida para acordar en los términos arriba expuestos y que subyace en toda su motivación continúa siendo la consideración de que en la Ley Concursal coexisten junto a una serie de requisitos o presupuestos explícitos para acceder a la declaración judicial de concurso, otros implícitos o tácitos como son la concurrencia de una pluralidad de acreedores y la existencia de un activo patrimonial mínimo o suficiente. A este último respecto aún cuando resulta pacífico la efectiva exigencia de una pluralidad de acreedores como presupuesto material del concurso - pues a ello conduce no solo la conceptuación del proceso concursal como uno de ejecución colectiva sino los propios términos utilizados por el art. 2 L.C. cuando al definir el presupuesto objetivo señala que la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del "deudor común", adjetivo este último que denota y exige la pertenencia o extensión del crédito a más de una persona- no parece que pueda extenderse tal conclusión a la exigencia de un activo mínimo realizable, pues se trata de dos masas, pasiva y activa, con distintas notas configuradoras, estática la una y dinámica la otra. Por otro lado cabe recordar que la reforma operada en la Ley Concursal por el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 marzo parece excluir definitivamente, aún cuando de modo implícito, la exigencia que nos ocupa al introducir varias medidas que vienen a posibilitar la tramitación del concurso en los supuestos en que no exista activo suficiente. En primer lugar el art. 23 L.C. ha pasado ahora a señalar en su apartado 1º que el extracto de la declaración de concurso se publicará "de forma gratuita" en el Boletín Oficial del Estado, y en su apartado 4º que las demás resoluciones que conforme a dicha Ley deban ser publicadas mediante edictos, lo serán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado, medidas todas ellas que suponen una remoción del obstáculo que venía suponiendo hasta ahora la carencia de fondos suficientes con los que afrontar el abono de la publicación de los primeros edictos. Pero con mayor claridad aún el art. 34-2 L.C. dispone en su apartado d), con ocasión de instaurar con rango de legalidad la regla de efectividad del arancel de derechos de los administradores concursales, que en aquellos concursos en que "la masa sea insuficiente", se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente mediante la creación de una cuenta de garantía arancelaria, norma que viene a incidir nuevamente en la idea de que la ausencia de activo no podrá servir por sí sola como causa impeditiva para admitir la tramitación del concurso.

CUARTO.- Pero es en el ámbito del deudor persona jurídica con forma societaria donde con mayor claridad aparece la necesidad de desterrar la falta de activo como argumento para la inadmisión de la solicitud de declaración de concurso. Así encontramos primeramente que si se le vedara el acceso a la vía judicial para la tramitación del concurso existirá un perjuicio añadido que viene dado por la imposibilidad de que la sociedad insolvente, una vez disuelta y liquida extrajudicialmente, pueda obtener la cancelación de sus asientos registrales al no poder dar cumplimiento al mandato legal que exige la constatación de que se haya procedido previamente a la satisfacción de los acreedores o a la consignación o aseguramiento de sus créditos, viniendo

obligada a solicitar el concurso si no tuviera bienes suficientes para hacer frente a tales pagos (arts. 277 L.S.A., 121 b) L.S.R.L. y art. 247-2-3º R.R.M.). Es por ello que únicamente en el curso del procedimiento concursal se podría lograr dicha cancelación al disponer el art. 178-3 L.C. como uno de los efectos anudados a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica la extinción de esta última y el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda.
Pero el motivo de mayor peso para la admisión de la solicitud de concurso en los supuestos en que el deudor sea una sociedad mercantil viene dado porque el obstáculo de la carencia de masa activa podría ser remediado en el seno del propio concurso acudiendo a las vías de acrecimiento de dicha masa que constituyen, en su caso, el ejercicio de las acciones de reintegración y de las acciones de responsabilidad concursal, previstas respectivamente en los arts. 71 y 172-3 LC. El conjunto de razones expuestas conducen por lo tanto a concluir señalando la procedencia de revocar la resolución recurrida para acordar en su lugar que la negativa a declarar el concurso necesario no podrá fundamentarse en la circunstancia de la falta de activo del deudor, debiendo el juzgador de primera instancia resolver conforme la situación de insolvencia que pueda apreciar en el deudor.": AAP Oviedo 12.03.2010 (Auto 33/2010; Rollo 405/2009)

AP Barcelona

"SEGUNDO.- Según el artículo 15 de la LC, cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor, *"el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse."*
Como vemos, nuestra LC se pronuncia en términos imperativos, señalando que, cuando se ha presentado una solicitud de concurso necesario que reúne los requisitos exigidos por el artículo 7, el camino a seguir es la admisión a trámite de la misma y el emplazamiento al deudor, quien podrá en su caso oponerse a la declaración del concurso. Así lo verificó en este caso el Juzgado de lo Mercantil. Pero, como ya hemos indicado en otras ocasiones (por todas, auto de esta Sala de fecha 22 de febrero de 2007, RA 557/2006), a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, el artículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en relación con el artículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que *" (l)as demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley",* ello no debería conducirnos al archivo de la solicitud.
No obstante, también es cierto que, de una forma mucho más flexible, vaga si se quiere, la LC señala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que *"la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto"*, pudiéndose admitir, así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso no presentes en los artículos 2, 3, 6 y 7 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado de lo Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (resaltamos que para el Sr. Magistrado el archivo no se basa en razones de comodidad u oportunidad, sino en la utilidad intrínseca de las normas jurídicas), existen razones más poderosas para admitir a trámite y, en su caso, declarar el concurso.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un acreedor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando o siendo pacífico el estado de insolvencia del deudor y con una solicitud válida, se le niega el concurso.
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial de la solicitud que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del acreedor, sin dar oportunidad a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros

responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la solicitud del concurso necesario.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la admisión a trámite de la solicitud o se procede a su archivo.
Concluimos, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en el artículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia o insuficiencia de activo realizable (que es concretamente el caso de autos, deducida de la imposibilidad de hallar a la entidad deudora o a su administrador), según la documentación del acreedor y cumplimentada formalmente su solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso necesario.”: Auto AP Barcelona 14.06.2007 (Sección 15) (Rollo 155/2007)

AP Girona

“Tercero. Compartimos el criterio general expuesto por el juez de instancia de que la previsión del artículo 18.1 de la LC no se puede interpretar de manera literal y automática en el sentido de que siempre que no haya oposición al concurso hay que declararlo como tal. No únicamente el examen judicial previsto en el artículo 15 de la LC sobre los requisitos del artículo 7 tiene que condicionar *a posteriori* aquel examen posterior. Este también es el criterio mayoritario de la doctrina más autorizada.
Nos encontramos, en este caso, en que el propio solicitante del concurso necesario ya nos reitera en el procedimiento de instancia y en el recurso que la sociedad por la que insta el concurso es una sociedad inactiva desde 1993, descapitalizada (según él por la actuación de su socio mayoritario) a lo largo del procedimiento que ha durado cerca de 25 años hasta que ha llegado a la Sentencia del Tribunal Supremo, y que, pese a ser consciente de que no habrán bienes y derechos para hacer frente a la elevada deuda reconocida por el Tribunal Supremo, lo que le interesa es la declaración de culpabilidad en la pieza de calificación del concurso “.....*por haberse alzado el deudor con la totalidad de los bienes retrasando, dificultando, impidiendo el embargo de bienes... y al haber dejado insolvente a la sociedad permitiría la declaración de culpabilidad del concurso y la posibilidad de extender responsabilidad del pago de los créditos de los diferentes acreedores de Mont Verd,SA a su administrador único Juan Aceña Puig, quien sí tiene patrimonio suficiente para pagar no solos a sus acreedores personales sino a los diversos acreedores que por sentencia firme del Tribunal Supremo lo son de Mont Verd.SA*”.
Cuarto. Resulta evidente pues cuál es la finalidad perseguida por el solicitante: la responsabilidad del administrador único de la sociedad de la cual insta el concurso. Pero la cuestión está en si, por esta finalidad (y en el hipotético caso de que sea ajustado a la realidad todo cuanto relata sobre la vida de la sociedad), la vía legal adecuada es la vía del concurso. Y la respuesta debe ser positiva. La finalidad principal del concurso de acreedores no es otra que la de, o bien salvar un patrimonio organizado como actividad empresarial mediante un pago ordenado y proporcional de las deudas en favor de sus acreedores, o bien la liquidación ordenada de un patrimonio a fin de satisfacer lo máximo los derechos de los acreedores, sin malgastar los recursos existentes por mor de una desorganizada liquidación. Pero esta finalidad que normalmente se puede corresponder en el primer caso con el concurso voluntario, y en el segundo con el concurso necesario a pesar de ser la más básica no es la única que preocupa al legislador de la LC.
También hay la preocupación del legislador de atender a las responsabilidades de terceros, como puede ser el caso de los administradores y de ahí que se condicione la declaración de conclusión del concurso. Así vemos en el artículo 176.3 de la LC que no podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos (del concursado) mientras se está tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración a la masa activa o de exigencia de responsabilidades de terceros.
También en el número 4 del mismo artículo 176, se dispone la obligación de que el informe favorable de la administración concursal a la conclusión por falta de bienes y derechos, afirme y razone inexcusablemente que no estén pendientes demandas de reintegración a la masa activa o de exigencia de responsabilidades de terceros.
Todo eso sin olvidar que el informe ordinario (art. 75) de la administración concursal podrá corroborar o no con mayor conocimiento de causa y objetividad la existencia o no de activo y los hechos y circunstancias alegadas por el acreedor instante, y también podrá proponer, si procede, tanto las medidas del artículo 48.3 de la LEC, como incluir en el informe de la sección de calificación, si procede, aquello que contempla el artículo 169 de la LC. Resulta evidente la importancia que para el legislador tiene no sólo el patrimonio del deudor sino también la preocupación para ver si hay patrimonio de terceros responsables que pueda también hacer frente a las deudas sociales.

En conclusión, pues, procede dejar sin efecto la resolución y tiene que proseguir el procedimiento con la declaración de concurso prevista en el artículo 21 de la LC y con todos los pronunciamientos que el precepto exige.”: Auto AP Girona 07.02.2007 (Rollo 97/2006, Auto 25/2007)

AP Granada

“PRIMERO.-La apelante, que insto la declaración de concurso necesario de Promociones Adarcom Granada 2005 SL, recurre la resolución del Juez de lo mercantil, que encontrándose en la situación del artículo 184.7 de la Ley Concursal, una vez comprobada la desaparición de su domicilio de la entidad de cuyo concurso se trata, tras agotar los medios de averiguación de domicilio de la sociedad y de quienes según el Registro Mercantil eran sus administradores y apoderados, declara no haber lugar a la declaración de concurso necesario, en base a las alegaciones realizadas por el acreedor solicitante, documentación aportada y averiguaciones efectuadas, pese a considerar que se cuenta con "alguna información para entender que la sociedad se encuentra en estado de insolvencia", por entender pese a ello "inviable la declaración de concurso sin integrar de forma debida la masa activa, sobre la que no existen datos mínimamente indiciarios".
Es decir realmente, en la resolución recurrida, se rechaza declarar el concurso, pese al reconocimiento de indicios sobre la situación de insolvencia, prescindiendo de los hechos reveladores de tal estado, tomando en cuenta elementos ajenos al presupuesto requerido para la declaración de concurso necesario, olvidando que resulta obligatoria la declaración del concurso cuando se prueba la incapacidad del deudor de atender regularmente el pago de las obligaciones exigibles (AP Barcelona, Secc. 15ª, de 30 de noviembre de 2006 y 11 de junio de 2007), como resulta en este caso mediante la justificación del hecho revelador de la insolvencia alegado, artículo 2.4.1º LC, es decir el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones.
Debemos aclarar, que la inexistencia de datos sobre la masa activa, en los términos fijados en la resolución recurrida, no plantea la cuestión del presupuesto objetivo para la declaración de concurso, insolvencia, cuando también se sostiene que existen datos para estimar que la sociedad se encuentra en tal situación. Es decir, la última afirmación, insolvencia, hace que carezca de sentido la primera, cuando se trata de proceder a la declaración de concurso, ya que teniendo en cuenta que la insolvencia no se identifica con desbalance (AP Córdoba, Secc. 3ª, 9 de enero de 2007), no cabe desconocer que, al partirse del reconocimiento de la situación de insolvencia, se está admitiendo, en definitiva, que se cuenta, al tiempo de acordar sobre la declaración de concurso necesario, con los datos necesarios y suficientes para emitir tal pronunciamiento en relación con la masa activa, es decir que resulta insuficiente, a tenor de los datos aportados, para hacer frente al pago de las obligaciones, único dato trascendente respecto de la masa activa a la hora de valorar la procedencia de la declaración de concurso.
SEGUNDO.-A juicio de esta Sala, el planteamiento de la cuestión, insolvencia, pero ausencia de datos sobre la masa activa, verdaderamente nos lleva al problema de la inexistencia o falta de masa activa, situación donde obviamente tampoco el Juez contara, como en este caso, con datos sobre ella y respecto de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor.
En este caso la posición predominante, es la de entender que la inexistencia de activo, no puede esgrimirse como causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento (AP Barcelona, Secc. 15, de 22 de febrero, 14 de junio de 2007 y 16 de Septiembre del 2010, AP Alicante, Secc. 8ª, de 27 de junio de 2007, AP Castellón Secc. 3ª de 27 de Abril del 2009, AP Valencia, Secc. 9ª de 2 de octubre de 2009 y AP Asturias Secc. 1ª de 12 de marzo de 2010).
En nuestra norma, no existe ningún precepto que sujete la declaración de concurso a la comprobación previa del activo o a la demostración de un mínimo activo realizable, y pese a reconocer la incómoda posición en que se coloca al Juzgado Mercantil, abriendo un procedimiento que puede resultar antieconómico, también debemos destacar, que ello no puede permitir que se eluda el mandato legal, remitiéndonos en este punto a la conocida posición expresada en tales resoluciones, y dado que sobre todo no podemos hacer desaparecer para los acreedores las posibilidades de cobro que abre la Ley Concursal, destacando como tal norma ha previsto la posibilidad de indagar, por parte de la administración concursal, bienes y derechos inicialmente no contemplados, pudiendo promover incluso el ejercicio de acciones de reintegración de la masa activa, teniendo a su vez en cuenta los efectos que, por la apertura de la sección de calificación, pueden generarse, dado que nada de ello tendrían a su alcance los acreedores si se deniega la declaración de concurso por la insuficiencia de la masa activa o de los datos conocidos sobre ella, pero en todo caso suficientes, para conocer que resulta insuficiente para afrontar el pago regularmente de las obligaciones del deudor, no puede por ello denegarse la declaración de concurso. Por otra parte hemos de tener presente, que en el ámbito de la declaración de concurso necesario, no resulta en principio posible pronunciarse ad limine acerca de la suficiencia del activo del deudor, habida cuenta de que no se dispone en ese momento procesal de toda la información al respecto.
Realmente en este caso procede la declaración de concurso necesario cuando tras acreditar el acreedor instante su condición, con los albaranes de entrega y facturas aportadas, invocándose en la solicitud de concurso necesario, como manifestación externa de la insolvencia, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, tipificada en el punto 1º del artículo 2.4 de la Ley Concursal, se ha demostrado la desaparición de la sociedad de su domicilio, el cese de su actividad, así como los embargos trabados, y los numerosos procesos de ejecución iniciados por la Agencia Tributaria y la Seguridad Social, que ponen de manifiesto y revelan el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor, actual y generalizado, no esporádico o puntual, que exterioriza, una imposibilidad absoluta de pagar, y la insuficiencia de sus activos para atender regularmente sus obligaciones, justificando así la incapacidad del deudor de atender regularmente al pago de la obligaciones exigibles, determinante de la situación de insolvencia, que debe en definitiva provocar la declaración de concurso necesario, conforme a lo dispuesto en el articulo 187.4

LC, con base a las alegaciones, documentos aportados y averiguaciones realizadas obrantes en las actuaciones. “: AAP Granada (Sección 3) 17.06.2011 (Auto 76/2011; Rollo 152/2011)

AP Las Palmas

“PRIMERO.- Solicitada la declaración de concurso necesario de la deudora SISTEMAS KLASSE UNO, S.L., el Juzgado de lo Mercantil no 2 de Las Palmas, por auto de 13 de julio de 2010, inadmitió tácitamente la solicitud a trámite acordando sobreseer el expediente sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales. Contra dicho auto interpuso recurso de apelación la solicitante de la declaración del concurso que fundó en la improcedencia de sobreseer los concursos de acreedores por insuficiencia de masa activa en el momento inicial del concurso, cuando aún no se ha emitido siquiera el informe de la administración concursal, así como en que, contra lo que se sostiene en el auto recurrido, existe masa activa de la que es titular la deudora (tres inmuebles, dos de ellos hipotecados -sin que conste qué cantidad pueda quedar pendiente de pago de las obligaciones garantizadas con la hipoteca- y el tercero embargado). Y anadiendo que la no apertura del concurso le causaba graves perjuicios cuando, como era el caso, el crédito del solicitante del concurso es un crédito privilegiado (que por tanto podría tener derecho a cobrar con preferencia al créditorespecto al que se había anotado el embargo en la hoja registral de finca propiedad de la entidad cuya declaración de concurso se solicitaba, lo que no sucedería si no se declaraba previamente el concurso).
El recurso debe ser estimado. Ya razonó ampliamente esta Sala en su auto de 7 de septiembre de 2009 dictado en el rollo de apelación 296/2009 en un supuesto similar al que nos ocupa, que contra el auto que inadmite la declaración de concurso cabe la interposición de recuso de apelación. Y en cuanto al fondo del asunto, que en el supuesto que se examinaba:
'nos encontramos ante un auto dictado en concurso voluntario, en el que la primera resolución que se dicta (sin por tanto ofrecer plazo alguno para subsanación de defectos de documentación) es el auto de 27 de enero de 2008 confirmado por el recurrido en apelación de 19 de febrero de 2009 que inadmite a trámite el concurso por considerar que existe 'insuficiencia de activo' con el que satisfacer a los acreedores. Se trata así de un auto que ha de incardinarse no en el art. 13,2 LC (no se dicta inadmitiendo a trámite el concurso por defectos no subsanables o no subsanados de la solicitud presentada y documentación exigida) sino en el art. 14,2 LC, pretendiendo desestimar de modo definitivo la solicitud de declaración de concurso voluntario. En todo caso procede recurso de apelación contra dicho auto tanto si se hubiere dictado tras requerir la subsanación de la documentación presentada como si se dicta, como se ha hecho, sin requerirla, puesto que la razón de desestimación excede las causas previstas en el art. 13,2 LC y supone 'anticipar' al momento inicial la resolución prevista en el art. 176,1,4a de la Ley Concursal.
Sin necesidad de abundar en las múltiples razones que impiden la inadmisión del concurso ad límine litis por insuficiencia de activo, que han sido expuestas en múltiples resoluciones -entre ellas los Autos de la A.P. de Barcelona de 17 de junio de 2007 y 3 de abril de 2008- y, magistralmente de modo que se comparte por la Sala por la profesora PULGAR EZQUERRA en su estudio 'La inexistencia o insuficiencia de masa activa en sede de declaración del concurso de acreedores' (en págs. 2007 y siguientes del Tomo III de la obra 'Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal', libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde), lo cierto es que en el supuesto que examinamos ni siquiera existe la pretendida insuficiencia de bienes.
El concurso que se solicita, atendiendo lo que se expone en la solicitud y documentación adjunta, en modo alguno carece de masa activa, tan sólo resulta que la masa activa podría ser (en este momento del procedimiento y sin que se haya posibilitado su integración mediante el ejercicio de acciones de reintegración) aparentemente de valor inferior al de la masa pasiva, supuesto en el que habría insolvencia actual y no inminente. Pero existiendo bienes sobre los que seguir la ejecución (nada menos que tres bienes inmuebles) y pluralidad de acreedores es indudable que ha de seguirse y tramitarse el concurso y con el producto de venta de dichos bienes satisfacerse (en caso de que no se apruebe un convenio) los derechos de los acreedores por el orden y con la prelación legalmente establecidos.'
Doctrina sostenida por esta Sala, además, en nuestro auto de 12 de junio de 2008, dictada en rollo de apelación número 739/2007 en relación con un sobreseimiento de procedimiento de quiebra conforme a la legislación anterior a la Ley concursal.
A esa doctrina no puede oponerse el hecho de que la entidad cuya declaración de concurso se pretende y su administrador estén en desconocido paradero, ni el que al estarlo no vayan a facilitar la documentación prevista en el artículo 6 de la Ley Concursal, ya que de lo contrario bastaría a la empresa con ocultar a sus administradores -o con no cumplir la obligación establecida en el artículo 6 de la Ley Concursal, o con ocultar la existencia de sus bienes- para evitar cualquier declaración de concurso que pudiera instar legítimamente cualquiera de sus acreedores, debiendo anadirse que los Administradores Concursales deben hacer las correspondientes averiguaciones sobre bienes y deudas de la entidad concursada, ocupando los papeles de la concursada -para lo que pueden pedir el auxilio del Juzgado, conforme al artículo 43 de la LC -y haciendo propuestas de ejercicio de acciones de reintegración en el informe. Tampoco el que no existan fondos para asegurar la publicidad del concurso, cuestión que fue resuelta con la reforma de la Ley Concursal operada por el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo, estableciendo la publicidad gratuita del concurso, y en todo caso si se llegara a entender que la gratuidad de las publicaciones y edictos lo es sólo desde la declaración del concurso contra lo que parece el espíritu del precepto -especialmente del artículo 23,4 LC en su vigente redacción-, nada obstaría que el solicitante adelantara los fondos para esa primera publicación edictal como expresamente apunta el propio juzgador en el auto recurrido.
Lo cierto es que la actora, que alega haber instado y tramitado sin lograr cobrar un procedimiento cambiario completo, en el que se reclamaba no uno sino hasta 5 pagarés impagados (con vencimientos entre el 20 de

octubre de 2006 y 27 de diciembre de 2006), hallando únicamente bienes hipotecados o embargados respecto a los que su derecho de crédito -si no se declara el concurso- se encontraría pospuesto y previsiblemente quedaría sin cobrar, ha solicitado la declaración de concurso necesario sobre cuya procedencia debe pronunciarse el juzgado de lo mercantil, para lo cual es necesaria la previa admisión a trámite de la solicitud de concurso.
Debe pues estimarse el recurso de apelación formulado, revocando el sobreseimiento de las actuaciones acordado por el Juez a quo en el momento inicial del procedimiento, y en su lugar acordar la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario formulada ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la LC": AAP Las Palmas (Sección 4) 06.05.2011 (Auto 72/2011; Rollo 699/2010)

AP Lleida

"QUART. La falta d'actiu, admesa per la deutora, només pot servir, en la fase inicial del procés concursal en la qual ens trobem ara, per considerar acreditat que concorre el requisit objectiu de la situació de concurs, és a dir, que la deutora es troba en situació d'insolvència sense poder complir regularment amb les seves obligacions exigibles (art. 2.2). No existeix cap precepte a la llei concursal que obligui a que hagi un mínim actiu realitzable perquè pugui ser declarat el concurs. Fer-ho d'una altra forma, com demana la recorrent, suposaria deixar en situació d'indefensió al creditor que ha complert amb tots els requisits necessaris per obtenir un pronunciament judicial favorable a la seva pretensió de declaració de concurs, mentre que, correlativament, el deutor incompleix amb l'obligació que li imposa l'art. 5 de demanar ell mateix el concurs voluntari. Tampoc es pot oblidar que tot i que el deutor afirmi la inexistència de cap mena de patrimoni realitzable, no es pot privar als creditors de la possibilitat d'efectuar les indagacions pertinents al respecte, dintre de l'àmbit del procediment concursal, o que en el mateix es puguin realitzar els actes necessaris per assolir la reintegració de la massa activa i, fins i tot, que declarat culpable el concurs, es determini la responsabilitat de l'administrador de fet o de dret de la societat deutora, de forma que amb el seu patrimoni es pugui satisfer la massa passiva en la quantia que hagi quedat insatisfeta després de la liquidació de la deutora (art. 176.1.4º). A més, l'art. 176 de la LC només admet la conclusió del concurs per manca d'actiu previ informe favorable de l'administració concursal, com a garantia pels creditors conforme s'han efectuat tots els esbrinaments possibles per torbar béns i drets realitzables, per reintegrar la massa activa i per dirigir-se contra possibles tercers responsables.": AAP Lleida (sección 2) 21.05.2009 (JUR 2009/409465; Auto 87/2009; Rollo 133/2008)

AP Valencia

"PRIMERO.- Por la representación de María Inmaculada Poza Otero se formaliza recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juez de lo Mercantil 3 de Valencia en fecha 30 de Abril pasado, por el que se inadmite la solicitud de concurso voluntario presentada por la misma al considerar el magistrado "a quo" como motivo de inadmisión la insuficiencia de bienes bastantes y de tesorería para hacer frente a los gastos que genera el concurso, sin que la reforma operada en la Ley concursal atenúe tal conclusión, puesto que, además, se abrirían unas expectativas a los acreedores irremediablemente condenadas al fracaso, sin que tampoco exista perjuicio para los acreedores –según argumenta- ya que las ventajas que otorga a aquellos el procedimiento concursal son, en este caso, pura especulación, y ello no justifica la admisión de la solicitud.
Se alza en apelación la indicada representación procesal argumentando que la causa expresada por el Juzgador "a quo" fundada en la inexistencia de activos suficientes, no es suficiente para la inadmisión del concurso, que con ello se ha interpretado en forma errónea tanto el artículo 176,3 como el artículo 4 de la Ley concursal y la Jurisprudencia que los interpreta, conculcando, asimismo, el artículo 24 de la Constitución Española, pues al considerar que con los muy limitados bienes que posee la instante de aquel no puede alcanzarse el fin último de la Ley concursal, el Juzgador reconoce la existencia de criterios dispares en las distintas audiencias, y que existen otras resoluciones que mantienen justamente que la inexistencia de activo realizable no es formalmente causa de inadmisión del concurso, por lo que tal resolución supone una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, solicitando, en consecuencia, la revocación del auto recurrido y la admisión a trámite de la solicitud de concurso voluntario presentada por esta parte.
SEGUNDO.- Delimitado que ha sido el objeto de la apelación, la cuestión que se somete a la decisión de la Sala no es otra que la relativa a valorar si la insuficiencia de activos para atender los gastos del concurso es causa de inadmisión de la solicitud – como se desprende del contenido del auto apelado, o si por el contrario incumbe únicamente al Juez de lo Mercantil el examen de la concurrencia de los presupuestos que resultan del contenido de los artículo 2.3, 6 y 14 de la Ley Concursal.
No cabe desconocer que la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia en Auto de 30 de enero de 2006 (Pte. Sr. Moreno Millán) desestimó – en un supuesto en que se había instado el concurso necesario, que no el voluntario - un recurso de apelación contra la resolución del Juzgado de lo Mercantil que había rechazado la pretensión de declaración del concurso por inexistencia de bienes, argumentando – con interpretación del contenido del artículo 176 de la Ley Concursal - que carece de toda lógica y sentido, tanto procesal, como práctico, que se ponga en marcha todo el procedimiento concursal, con los gastos que conlleva, cuando inicialmente se conoce la inexistencia de bienes y por tanto la consecución del fin principal del mismo se revela inalcanzable. Decía la Audiencia de Murcia:
Entiende, por ello, este Tribunal que aunque, como hemos examinado, el artículo 176 de la Ley Concursal no

contempla la posibilidad de acordar inicialmente la conclusión del concurso, por inexistencia de bienes y derechos del deudor, es igualmente cierto también que evidentes y fundadas razones de economía procesal y seguridad jurídica, permiten la acogida por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la precedente regulación del procedimiento de insolvencia, que otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de conclusión "ab initio" del concurso, en los casos de acreditación de inexistencia de bienes y derechos del deudor, aún cuando tampoco existía entonces una previsión legal en tal sentido, silenciada u omitida también ahora en el marco de la actual Ley Concursal. Estamos en presencia de una resolución de conclusión del concurso que ha de calificarse de provisional o temporal y susceptible en cualquier momento de reapertura.

En la misma línea se ha pronunciado la Audiencia Provincial de la Rioja en fecha 6 de julio de 2007, o la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, en resolución de 12 de julio de 2007.

Pero la cuestión es controvertida, pues frente a las resoluciones indicadas, hay otras Audiencias Provinciales que se pronuncian en diverso sentido, al entender que la insuficiencia de activos para soportar los gastos del concurso no constituye causa de inadmisión ad limine litis.

La Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia sobre el tema en Autos 22 de febrero y de 14 de junio de 2007, y 5 de mayo de 2008, explayando como argumentos los que se recogen, posteriormente en el Auto de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de enero de 2009 (Pte. Sr. García Chamón Cervera), en el que la Sala revoca el auto del Juzgado de lo Mercantil por el que se inadmitía a trámite el concurso voluntario de persona física por incumplimientos formales y por insuficiencia del activo para atender a los gastos del concurso, habiéndose pronunciado con anterioridad en el mismo sentido en el Auto de 27 de junio de 2007. Los argumentos – en los términos expresados por la Sección Octava de la Audiencia de Alicante - son los siguientes:

En primer lugar, la dicción del artículo 14 de la Ley Concursal establece con carácter imperativo que el Juez dictará el Auto que declare el concurso si de la documentación aportada resulta la existencia de algún hecho revelador de la insolvencia del deudor, sin que en ningún momento condicione esa decisión al dato de la cuantía del activo referido en el inventario de bienes y derechos.

En segundo lugar, el artículo 30 del Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia prevé que la legislación del Estado miembro en el que se haya solicitado la apertura de un procedimiento secundario exija que el activo sea suficiente para cubrir, total o parcialmente, los gastos y costas del procedimiento. Sin embargo, en nuestra legislación no consta esta posibilidad.

En tercer lugar, el artículo 403.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente en virtud de lo dispuesto de la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal, declara que las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley. Si aplicamos ese precepto a nuestro caso, no cabe la inadmisión de la solicitud del concurso por insuficiencia de activo porque no está prevista expresamente en la Ley Concursal.

En cuarto lugar, frente a las poderosas razones de utilidad que esgrime el Magistrado de instancia para fundamentar su resolución de inadmisión, existen otras razones poderosas como es el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución pues se priva al solicitante de iniciar un procedimiento judicial cuando concurren todos los presupuestos materiales y formales para su apertura, máxime cuando, en nuestro caso, el artículo 5 de la Ley Concursal impone la obligación de solicitarla en el plazo de los dos meses desde el conocimiento de la situación de insolvencia.

En quinto lugar, no parece que con la sola información facilitada por el deudor pueda conocerse su situación patrimonial real por lo que debe darse la oportunidad a los acreedores y a la administración concursal para facilitar información sobre la existencia de bienes y derechos distintos que puedan formar de la masa activa del concurso. No existe seguridad de que el Juez del concurso pueda, sin más, decidir sobre la realidad del activo patrimonial indicado por el deudor en su inventario.

En sexto lugar, se elude el riguroso procedimiento previsto en el artículo 176 de la Ley Concursal para declarar la conclusión del concurso por inexistencia de activo que exige informe de la administración concursal, audiencia a los acreedores y eventual incidente en el caso de que existiera oposición a la conclusión del concurso.

En séptimo lugar, se impide el ejercicio de la acción rescisoria concursal que es un potente procedimiento previsto ad hoc en la Ley Concursal para conseguir la reintegración a la masa activa de los bienes que indebidamente salieron del patrimonio del deudor.

La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón en Auto de 27 de abril de 2009 (Pte. Sra. Bardón Martínez), con análisis de la posición doctrinal y de las Audiencias Provinciales concluye que resulta necesaria la admisión del procedimiento a trámite, sin perjuicio de que una vez que se constate, de acuerdo a lo establecido en el artículo 176-1-4º de la Ley Concursal, la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes por la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables, se proceda a la conclusión del concurso.

Y recientemente, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas en Auto de 7 de septiembre de 2009 (Pte. Sra. Corral Losada), que sigue el criterio que resulta de las resoluciones precedentemente citadas de la Audiencia Provincial de Barcelona.

De entre las posiciones precedentemente descritas, esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia se alinea con la expresada en segundo término, y no sólo por las razones que han quedado apuntadas con ocasión de la cita de las resoluciones de la Audiencia de Barcelona y Alicante, sino además por razón del contenido de la reforma de la LC operada por RDL 3/2009 de 27 de marzo, de cuya interpretación se concluye que la insuficiencia de activos para soportar los costes del concurso no constituye óbice para su admisión a trámite.

Así, del contenido de su Exposición de Motivos se deduce que una de las finalidades que se persigue con la reforma es la de abaratamiento de los costes del concurso, que se materializa tanto en lo relativo a los costes de publicidad como en lo referente a los honorarios de la administración concursal. El artículo 23.1 en su actual redacción indica que el extracto de la declaración de concurso se publicara de forma gratuita en el BOE y el artículo 34.2 d) - relativo a las reglas a que ha de ajustarse el arancel en la determinación de la retribución de los administradores concursales – dice literalmente en referencia al parámetro de efectividad: "En aquellos concursos en que la masa activa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. …", lo que viene a poner de manifiesto que el legislador no contempla como causa de inadmisión a trámite de los concursos la insuficiencia de activos para atender a los gastos necesarios para su tramitación, previendo, incluso la constitución de una cuenta de garantía arancelaria para retribuir a los administradores concursales designados en los mismos. Finalmente, se ha de tener presente el contenido de las Disposiciones Transitorias Segunda – relativa al régimen de publicidad – y Tercera – respecto de la administración concursal -, resultando de la primera de las indicadas la aplicación del artículo 23.1 modificado a los concursos que se hallaran en trámite al tiempo de la entrada en vigor de la norma conforme a la disposición final tercera, esto es, al día siguiente de su publicación en el BOE.
TERCERO.- Cierto es, al hilo de lo expuesto, que la Juzgadora de primera instancia toma en consideración igualmente, antes de resolver, el cambio legislativo a que hemos aludido precedentemente, y, no obstante, inadmite por la razón, ya reiterada, el concurso que nos ocupa. No desconoce la Sala que los bienes descritos son muy limitados, y todas las demás circunstancias que el auto recurrido pone de manifiesto, pero, desde el punto de vista estrictamente procesal –y este es el aspecto exclusivamente valorable en este momento- la consideración extraída finalmente por la Sala, tras valorar y ponderar el aspecto debatido, es que no resulta factible la inadmisión en virtud de precepto invocado, aunque razones *prácticas* pudieran aconsejar otra resolución, puesto que precisamente el artículo 176 LC prevé esta contingencia y la forma de actuación en tales supuestos, en cualquier momento y en sede del propio concurso, por lo que procede, en consecuencia, resolver como se dirá. ": AAP Valencia (Sección 9) 02.10.2009 (Rollo 476/2009; Auto 384/2009)

0.1.2 Debe denegarse

AP Murcia

"PRIMERO.- La parte recurrente pretende la revocación del auto del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, por el que se desestima su pretensión de declaración de concurso, respecto de la mercantil "Transnamur, S.L.", entendiendo que es imperativa la declaración concursal, por cuanto la solicitante es acreedora de la citada mercantil y ha obtenido despacho para la ejecución de su crédito, sin que hayan aparecido bienes de la deudora para la satisfacción de éste, desprendiéndose, por tanto, la situación de insolvencia de la misma. Se alega la vulneración de lo dispuesto en el artículo 176.2, 3 y 4 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.- El concurso de acreedores requiere para su viabilidad procesal, entre otros requisitos, no cuestionados en el caso objeto de revisión en esta alzada, la existencia de un patrimonio del deudor, con el que satisfacer el cumplimiento de las obligaciones contraídas con sus acreedores ("pars conditio creditorum"), que constituye el fin y objetivo esencial de este procedimiento como proclama la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y en general también de los pretéritos procedimientos de insolvencia regulados en nuestra legislación mercantil.
En este caso no se ha podido acreditar, ni existe constancia alguna de que la deudora "Transnamur, S.L." sea titular de cualquier clase de bienes o derechos.
TERCERO.- De acuerdo con tal situación patrimonial y conforme a las causas del conclusión del concurso que establece el artículo 176 de la Ley Concursal, es evidente que en puridad de técnica jurídica, el caso que analizamos no encuentra acomodo alguno en dicha normativa.
En efecto, el contenido del artículo 176.4 en relación con el apartado 3 de dicho precepto, exige, por un lado, que ese estado de inexistencia de bienes y derechos se compruebe y verifique en cualquier estado del procedimiento, lo que comportaría necesariamente la decisión judicial de inicio del procedimiento, con la consiguiente tramitación de sus diferentes etapas o fases procesales.
Por otro lado, el apartado 3 del citado precepto dispone que en caso de estar tramitándose la sección de calificación o en el supuesto de pendencia de demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad a terceros, no podrá dictarse el auto de conclusión del concurso basado o fundamentado en dicha inexistencia de patrimonio del deudor. Por tanto, la aplicación de dicho precepto conllevaría incluso la necesidad de adoptar dicha decisión de conclusión en un avanzado estado procesal del procedimiento, tras la tramitación de la denominada fase común e inicio de la fase de liquidación, conforme a los requisitos señalados en el artículo 163 de la Ley Concursal, que se alza como presupuesto "sine qua non" para la apertura de dicha sección de calificación.
Entiende el Tribunal, conforme a dicha normativa, que la exigencia legal de residenciar la decisión judicial de conclusión por la causa de referencia, bien en el marco procesal de la fase común, o bien en el ámbito de la fase de liquidación, implica necesariamente, no obstante, la inexistencia de bienes a repartir, la necesidad del desembolso de unas importantes partidas de gastos, derivados, entre otros trámites procesales, de la designación de administradores, informe de la administración concursal, etc., que en modo alguno van a poder sufragarse con los bienes del deudor, dada su acreditada inexistencia.

CUARTO.- En consecuencia, hemos de concluir, tras el análisis de la normativa indicada, que tal precepto está pensado por el legislador para el caso de que se llegue a una fase del proceso en la que se agoten los bienes del deudor (pago a acreedores preferentes, pérdida o cualquier otra causa diferente a la carencia de bienes "ab initio" del deudor), pues, como antes decíamos, carece de toda lógica y sentido, tanto procesal, como práctico, que se ponga en marcha todo el procedimiento concursal, con los gastos que conlleva, cuando inicialmente se conoce la inexistencia de bienes y por tanto la consecución del fin principal del mismo se revela inalcanzable. De ahí que el cumplimiento de los requisitos señalados por el citado artículo en su apartado 2, es decir, el informe de la administración concursal favorable a la conclusión y la audiencia de las partes por término de 15 días, no constituye obstáculo procesal, cuando la inexistencia de bienes se verifica inicialmente.
Entiende, por ello, este Tribunal que aunque, como hemos examinado, el artículo 176 de la Ley Concursal no contempla la posibilidad de acordar inicialmente la conclusión del concurso, por inexistencia de bienes y derechos del deudor, es igualmente cierto también que evidentes y fundadas razones de economía procesal y seguridad jurídica, permiten la acogida por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la precedente regulación del procedimiento de insolvencia, que otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de conclusión "ab initio" del concurso, en los casos de acreditación de inexistencia de bienes y derechos del deudor, aún cuando tampoco existía entonces una previsión legal en tal sentido, silenciada u omitida también ahora en el marco de la actual Ley Concursal. Estamos en presencia de una resolución de conclusión del concurso que ha de calificarse de provisional o temporal y susceptible en cualquier momento de reapertura.
Finalmente entendemos que esta interpretación normativa que acoge la Sala no genera indefensión alguna a la mercantil promotora de este procedimiento concursal, pues la decisión judicial de conclusión de concurso que declaramos, ratificando y confirmando así lo acordado por la Sra. Juez del Juzgado de lo Mercantil, no constituye óbice alguno para que dicha sociedad acreedora pueda ejercitar su derecho en el marco de otros procedimientos diferentes mediante el ejercicio de las acciones civiles que correspondan, e incluso acudiendo, en su caso, a la vía penal, si existiesen indicios fundados acerca de una conducta de la mercantil deudora que pudiera subsumirse en los preceptos penales tipificadores de la insolvencia punible u otros comportamientos defraudatorios realizados en el ámbito de la vida societaria.
Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.": Sentencia AP Murcia 30.01.2006 (Rollo 356/2005)

AP Baleares

"SEGUNDO En relación con la falta de activo, como presupuesto objetivo para la declaración de un concurso, laLey Concursal no contiene norma específica, sino que tal situación se regula en el artículo 176.1.4 de la misma como una causa de conclusión del concurso, en cualquier estado del procedimiento, "cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores.", y lo deberá ser por auto, previo informe de la administración concursal, lo cual implica que el concurso ha sido declarado y nombrada la citada administración.
En atención a tales circunstancias se suscita la controversia sobre si puede denegar la declaración de concurso por falta de activo con que satisfacer a los acreedores, situación no prevista específicamente en la LC, y esta Sala entiende que no existe óbice para ello, dado que el artículo antes citado lo permite en cualquier estado del procedimiento, si bien debe efectuarse con carácter restrictivo y en supuestos muy notorios, pues en la práctica en muchas ocasiones, con la sola petición de un concurso necesario es muy difícil conocer si serán posibles la interposición de acciones contra posibles terceros responsables, o acciones de reintegración de la masa activa.
Por la doctrina mayoritaria se reseña que, si no existe activo, ni son viables aquellas acciones, ni es viable el concurso como procedimiento, los gastos y costas judiciales deben atenderse con cargo a la masa (artículo 84.2, 2º), lo cual supone que no podrá recurrirse a un letrado que promueva las acciones de reintegración o de responsabilidad que sean pertinentes, ni se podrán abonar los honorarios de la administración concursal. Es más, tampoco podrán publicarse los edictos ni llevarse a cabo el llamamiento a los acreedores delartículo 21.1-5º, ni se podría alcanzarse la doble finalidad perseguida por el concurso: la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio. Si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse, y existen mecanismos extraconcursales, como las acciones rescisorias o de responsabilidad de administradores al amparo de la normativa societaria.
La SAP Badajoz de 10 de noviembre de 2.004 sigue dicha postura, y señala que en el caso de que "las acciones de reintegración no son viables ni lo es el curso del procedimiento ya que no se pueden pagar los honorarios de letrados ni los de la Administración concursal, la finalidad de satisfacción de los acreedores y liquidación ordenada del patrimonio no se puede conseguir si no hay activo; el acreedor puede salvaguardar su derecho a través de acciones rescisorias individuales o a través de la normativa societaria".
En conclusión, estimamos que un concurso puede no ser admitido por falta notoria de activo.
TERCERO En el caso concreto, no compartimos la situación de falta de activo, sino, por el contrario, la existencia del mismo, en concreto … " : AAP Baleares (sección 5) 25.06.2009 (AC 2009/1738; Auto 142/2009; Rollo 214/2009)

AP Cuenca

"PRIMERO Analizaremos el primer motivo de recurso.
Al respecto debe indicarse lo siguiente:

1. Al acreedor solicitante del concurso necesario le incumbe, (en base alartículo 217 de la L.E.Civil y en consonancia con lo establecido en la exposición de motivos de la Ley Concursal respecto de la carga probatoria), la carga de la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud.
Pues bien, la solicitud de declaración de concurso necesario se presentó el 14.09.2009, (véanse los sellos que figuran en el primer folio de la demanda), y la documentación obrante en autos no acredita que en aquella concreta época la sociedad MONTAJES Y PROYECTOS ELÉCTRICOS A.C., S.L., fuera la dueña de la pretendida parcela de terreno y nave industrial adosada, (por lo que coincidimos con el Juzgador de instancia cuando establece, en el segundo de los fundamentos de derecho del Auto impugnado, "... no constando que la empresa... tenga algún bien..."), ya que la documentación acompañada a la demanda es de fecha muy anterior a la presentación de la solicitud de concurso, (pues obsérvese como una de las escrituras de préstamo hipotecario es de fecha 01.07.2003, -folio 71 de las actuaciones-, y la otra escritura de préstamo hipotecario es de fecha 14.01.2009, -folio 91 de las actuaciones-, resultando que la nota simple informativa aportada del Registro de la Propiedad de Alcorcón nº 3 fue emitida en fecha 08.11.2000, -como resulta de los folios 131 y 132 de las actuaciones-), y podría haber sucedido que la mercantil MONTAJES Y PROYECTOS ELÉCTRICOS A.C., S.L., (habiendo sido antes efectivamente dueña de la pretendida parcela y nave industrial adosada; con arreglo a la documentación que acaba de indicarse), hubiese transmitido dicha propiedad antes de la presentación de la demanda. Si el mencionado inmueble figurase inscrito en el Registro de la Propiedad nº 3 de Alcorcón a nombre de MONTAJES Y PROYECTOS ELÉCTRICOS A.C., S.L., (como pretende la parte recurrente partiendo del documento nº 6 bis en su día acompañado; folios 131 y 132 de las actuaciones), lo lógico hubiera sido que la parte apelante, (tras conocer el contenido de la certificación emitida por el Registro de la Propiedad nº 2 de Alcorcón, -en la que se indicaba que no aparecen bienes ni derechos inscritos a favor de MONTAJES Y PROYECTOS en la demarcación de ese Registro; y ello con arreglo al folio 252 de las actuaciones-, y en contestación al traslado para alegaciones conferido por el Juzgado mediante Diligencia de Ordenación de 07.06.2010, -folio 258 de los autos-), hubiese solicitado una diligencia final, que no solicitó, (consistente en interesar la oportuna certificación del Registro de la Propiedad nº 3 de Alcorcón, -no del nº 2-, para disipar cualquier duda relativa a la propiedad del inmueble), o que al menos hubiera contestado al traslado conferido por el Juzgado, (y no contestó; como resulta de los folios 258 a 264 de los autos), poniendo en conocimiento del Órgano Judicial el pretendido e hipotético error en cuanto al nº del Registro de la Propiedad que debía emitir la certificación.
En conclusión, con la documental obrante en autos no se acredita la propiedad de MONTAJES Y PROYECTOS ELÉCTRICOS A.C., S.L., respecto del inmueble pretendido.
2. Tampoco el interrogatorio de Dª.Covadonga acredita que en la época de presentación de la solicitud de declaración del concurso MONTAJES Y PROYECTOS ELÉCTRICOS A.C., S.L., fuera la propietaria del ya referido inmueble; y ello porque, (como se constata en la grabación de la vista), nadie preguntó a la Sra.Covadonga sobre la propiedad en aquella época de la parcela de terreno y nave industrial adosada, (las manifestaciones de la Sra.Covadonga iban referidas a épocas pasadas, relacionadas con laSentencia de divorcio de fecha 30.06.2006).
3. Sin desconocer esta Sala las diferentes posturas de las Audiencias Provinciales sobre la viabilidad o no de un procedimiento concursal por la inexistencia de masa activa, (se niega tal viabilidad, por ejemplo y entre otras, en las Resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, en fecha 30 de enero de 2006, por la Audiencia Provincial de la Rioja en fecha 6 de julio de 2007 o por la de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, en fecha 12 de julio de 2007;pronunciándose en sentido contrario, por ejemplo, los Autos de fecha 22 de febrero de 2007 yde 14 de junio de 2007 de la Sección 15ª, Mercantil, de la Audiencia Provincial de Barcelona), negamos la viabilidad del procedimiento concursal ante la inexistencia de masa activa; y ello por lo siguiente:
-siendo el fin la satisfacción a los acreedores de los créditos impagados, en la medida de lo posible, en el caso de inexistencia de bienes resultan imposibles las soluciones que la Ley Concursal establece para el concurso, ya que la carencia de masa activa no permite ni el convenio ni la liquidación, por falta de objeto, ya que en el primer caso no existe contraprestación posible y en el segundo resulta irrealizable lo que no existe.
Y con la conclusión expuesta no se produce, (en contra de lo pretendido en el recurso), falta de tutela judicial efectiva; y ello porque el Tribunal Constitucional ya ha señalado, de forma reiterada, que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, (motivada y fundada en Derecho, que resuelva acerca del fondo de la pretensión de las partes), como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho, y no arbitraria, de una causa legal debidamente acreditada, (por todas,Ss. del T.C. 198/2000, de 24 de Julio, y89/2001, de 2 de abril).
En consecuencia, y por todo lo argumentado, el primer motivo de recurso debe rechazarse.": AP Cuenca 05.04.2011 (JUR 2011/187120; Auto 24/2011; Rollo 66/2010)

JM-1 Málaga

"PRIMERO: Se solicita la declaración de concurso necesario de una sociedad desaparecida del tráfico e ilocalizable conforme nos muestran tanto los intentos infructuosos de localización en el concurso como en el procedimiento de ejecución singular iniciado por el hoy solicitante. En dicho procedimiento se ha intentado embargo siendo infructuoso.
SEGUNDO: Aunque la doctrina es unánimemente reticente a la inadmisión a trámite de la declaración de concurso por falta de bienes algunos juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales se han mostrado favorables a dicha inadmisión utilizando el concepto de "comunidad de pérdidas". La doctrina rechaza dicha

posición partiendo de la posición estricta del artículo 176 de la Ley Concursal que prevé supuestos de conclusión del concurso por falta de bienes.
Sin embargo dicha posición puede y debe rechazarse pues no se puede aplicar la normativa de conclusión (176 LC) cuando ni siquiera se ha iniciado el procedimiento con una resolución de inadmisión ad limine litis.
Desde este último planteamiento es posible comprender esas resoluciones judiciales que permiten la inadmisión a trámite del concurso de un deudor si no se acredita la existencia de bienes o derechos.
Argumento en contra de esto es la posibilidad de rescisión o viabilidad de acciones contra el concursado en cuanto a los negocios realizados que vendrían a integrar la masa activa del concurso aunque también puede ser rechazada dicha argumentación sobre el concepto de deudor en insolvencia a partir del artículo 2.2 de la Ley Concursal: " Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". De esta forma se rechazaría cualquier declaración de concurso del deudor buscada voluntariamente por la utilización del verbo " poder" y no el que se motiva a partir, como es el caso, de la desaparición voluntaria de la sociedad del tráfico jurídico tanto en cuanto a su estructura orgánica como en cuanto a patrimonio partiendo de que no es posible establecer una comunidad de pérdidas cuando no existen bienes y derechos respecto de los que establecerlo.
La Sentencia de 30 de enero de 2006 de la Audiencia provincial de Murcia justifica la inadmisión a trámite de un proceso concursal por falta de bienes con los siguientes argumentos:
De acuerdo con tal situación patrimonial y conforme a las causas del conclusión del concurso que establece el artículo 176 de la Ley Concursal, es evidente que en puridad de técnica jurídica, el caso que analizamos no encuentra acomodo alguno en dicha normativa.
En efecto, el contenido del artículo 176.4 en relación con el apartado 3 de dicho precepto, exige, por un lado, que ese estado de inexistencia de bienes y derechos se compruebe y verifique en cualquier estado del procedimiento, lo que comportaría necesariamente la decisión judicial de inicio del procedimiento, con la consiguiente tramitación de sus diferentes etapas o fases procesales.
Por otro lado, el apartado 3 del citado precepto dispone que en caso de estar tramitándose la sección de calificación o en el supuesto de pendencia de demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad a terceros, no podrá dictarse el auto de conclusión del concurso basado o fundamentado en dicha inexistencia de patrimonio del deudor. Por tanto, la aplicación de dicho precepto conllevaría incluso la necesidad de adoptar dicha decisión de conclusión en un avanzado estado procesal del procedimiento, tras la tramitación de la denominada fase común e inicio de la fase de liquidación, conforme a los requisitos señalados en el artículo 163 de la Ley Concursal, que se alza como presupuesto "sine qua non" para la apertura de dicha sección de calificación.
Entiende el Tribunal, conforme a dicha normativa, que la exigencia legal de residenciar la decisión judicial de conclusión por la causa de referencia, bien en el marco procesal de la fase común, o bien en el ámbito de la fase de liquidación, implica necesariamente, no obstante, la inexistencia de bienes a repartir, la necesidad del desembolso de unas importantes partidas de gastos, derivados, entre otros trámites procesales, de la designación de administradores, informe de la administración concursal, etc., que en modo alguno van a poder sufragarse con los bienes del deudor, dada su acreditada inexistencia.
En consecuencia, hemos de concluir, tras el análisis de la normativa indicada, que tal precepto está pensado por el legislador para el caso de que se llegue a una fase del proceso en la que se agoten los bienes del deudor (pago a acreedores preferentes, pérdida o cualquier otra causa diferente a la carencia de bienes "ab initio" del deudor), pues, como antes decíamos, carece de toda lógica y sentido, tanto procesal, como práctico, que se ponga en marcha todo el procedimiento concursal, con los gastos que conlleva, cuando inicialmente se conoce la inexistencia de bienes y por tanto la consecución del fin principal del mismo se revela inalcanzable. De ahí que el cumplimiento de los requisitos señalados por el citado artículo en su apartado 2, es decir, el informe de la administración concursal favorable a la conclusión y la audiencia de las partes por término de 15 días, no constituye obstáculo procesal, cuando la inexistencia de bienes se verifica inicialmente.
Entiende, por ello, este Tribunal que aunque, como hemos examinado, el artículo 176 de la Ley Concursal no contempla la posibilidad de acordar inicialmente la conclusión del concurso, por inexistencia de bienes y derechos del deudor, es igualmente cierto también que evidentes y fundadas razones de economía procesal y seguridad jurídica, permiten la acogida por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la precedente regulación del procedimiento de insolvencia, que otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de conclusión "ab initio" del concurso, en los casos de acreditación de inexistencia de bienes y derechos del deudor, aún cuando tampoco existía entonces una previsión legal en tal sentido, silenciada u omitida también ahora en el marco de la actual Ley Concursal. Estamos en presencia de una resolución de conclusión del concurso que ha de calificarse de provisional o temporal y susceptible en cualquier momento de reapertura.
Finalmente entendemos que esta interpretación normativa que acoge la Sala no genera indefensión alguna a la mercantil promotora de este procedimiento concursal, pues la decisión judicial de conclusión de concurso que declaramos, ratificando y confirmando así lo acordado por la Sra. Juez del Juzgado de lo Mercantil, no constituye óbice alguno para que dicha sociedad acreedora pueda ejercitar su derecho en el marco de otros procedimientos diferentes mediante el ejercicio de las acciones civiles que correspondan, e incluso acudiendo, en su caso, a la vía penal, si existiesen indicios fundados acerca de una conducta de la mercantil deudora que pudiera subsumirse en los preceptos penales tipificadores de la insolvencia punible u otros comportamientos defraudatorios realizados en el ámbito de la vida societaria.
El auto de la AP de Barcelona (Sección 15ª) de fecha 22 de febrero de 2007, RA 557/2006, considera, sin embargo que no es posible dicha inadmisión a trámite por defectos de bienes partiendo de diferentes argumentos. Asi considera que es aplicable el artículo 403.1 de la LEC estableciendo la excepcion de

inadmisión pero no estamos hablando de demandas sino de solicitud para generar un estado concreto que no puede venir motivado, como veremos, si no existen bienes y derechos para formar la citada comunidad. Igualmente entiende que el carácter imperativo del artículo 14 LC no deja lugar a la posición imperativa de la norma aunque se matiza en los supuestos de los artículos 13 y 14 sobre el no cumplimiento de los requisitos formales o de insolvencia. Este último es, como también veremos, el de la existencia necesaria de bienes y derechos. No existe infracción de la tutela judicial efectiva entendiendo que los cauces otorgados por el derecho son paralelos pero se generan en función de las circunstancias. O se elige la ejecución singular cuando se dispone de título para ello o se elige la vía del concurso cuando se cumplen los requisitos. Por tanto el no cumplimiento de los presupuestos daría lugar a otra vía diferente y por tanto no mermando la tutela judicial efectiva. Igualmente el camino del artículo 176.14 LC es una vía abierta una vez que el proceso está declarado y no es posible aplicar analógicamente una norma a un procedimiento todavía no declarado. En último lugar las vías de cobro que abre la ley concursal no es una vía concedida a los acreedores como principio en la ley concursal; las vías de cobro son posibilidades abiertas para la recuperación de la masa activa y en protección de todos los intereses en juego. Por ello el marco concursal sólo permitirá que se abran dichas vías cuando se justifique inicialmente el cumplimiento de los presupuestos necesarios para la declaración de concurso.
TERCERO: El texto de la norma concursal nos permite – y debemos partir del mismo- entender que la existencia de bienes y derechos debe postularse como causa esencial de esa comunidad a la que le aplicaremos el principio de " par conditio creditorum" sin necesidad de tomar en cuenta el artículo 176 de la Ley Concursal que supone la tramitación de un procedimiento concursal ya declarado.
El artículo 18 de la Ley Concursal es interpretado unánimemente en la necesidad de determinar que se da una situación de insolvencia ya comparezca, se oponga o no, se solicite declaración de concurso voluntario o no comparezca el deudor.
CUARTO. Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho procede hacer un análisis de las causas que motivan, a juicio del legislador, la declaración de concurso partiendo de que el artículo 21 de la Ley Concursal ya recoge, en su apartado 2º, al referirse al auto de declaración del concurso que deberá determinarse los " efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio..." lo que supone que debe existir un patrimonio al cual afectar y por tanto partiendo de que el auto debe tener en cuenta la existencia de dicho patrimonio.
Entre las diferentes causas de necesaria aplicación indiciaria para la declaración del concurso necesario, el artículo 2.4 LC parte igualmente de la existencia de dicho patrimonio inicial:
a) Cuando se refiere a auto por el que se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago, supone la existencia de bienes (sean o no libres) pero insuficientes. No se contempla – en puridad- la inexistencia de bienes o derechos sino en la existencia de bienes suficientes.
b) Cuando hablamos de un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, la expresión " corriente" nos lleva a tener en cuenta, en personas jurídicas, su propia existencia real y no la desaparición del tráfico jurídico-económico y por tanto en una empresa con generación comercial y existencia de bienes y derechos y obligaciones y cargas.
c) Cuando se refiere a existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, habla en concreto de un patrimonio y por tanto descartando que dicha posibilidad se pueda dar sin existencia de un mínimo patrimonial de bienes y derechos.
d) En el supuesto de alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor también partimos de este patrimonio que está desapareciendo bien por estar alzándose o liquidándose apresuradamente.
e) En el supuesto de incumplimiento generalizado de obligaciones de las que recoge el artículo 2.4.4º LC supone, al recoger periodos concretos de las tres últimas mensualidades, la existencia de la sociedad (con una situación patrimonial concreta, sea la que sea)pues es difícil concebir que en los tres meses anteriores a la solicitud del concurso se de impago de obligaciones tributarias o de seguridad social o de salarios e indemnizaciones sin actividad y ello supone la existencia de actividad en la sociedad, de localización de la misma y de un patrimonio contable o real concreto.
La razón de ser en todo ello no está solo, como afirma la Audiencia Provincial de Murcia, en la eficacia del proceso concursal respecto del proceso individual sino, también, en la necesidad de contribuir a una protección de los intereses en juego de forma conjunta (concursales, de los acreedores, de los trabajadores, del deudor, et) y también del deber de partir de una situación clara: no es insolvente el deudor que busca la insolvencia voluntariamente sino el que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones, al menos no lo es en los términos fijados en la ley concursal pues de otro modo se podría burlar el sistema protector de la ley concursal.": Auto JM-1 Málaga 03.04.2007 (Auto 157/2007)

0.2 Concurso voluntario

0.2.1 No debe denegarse

AP Alicante

"PRIMERO.-En la resolución recurrida se inadmite a limine litis la solicitud de concurso porque se reconoce en la solicitud que no existe ningún activo lo que hace imposible cumplir los fines propios del procedimiento concursal.

El recurso alega, en esencia, que no es posible la inadmisión de la solicitud de concurso por inexistencia de activo al no estar prevista esa causa en la Ley Concursal.
Antes de entrar a examinar el recurso debe destacarse que la legislación vigente al tiempo de la presentación de la solicitud era la Ley Concursal antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.
SEGUNDO.-Las razones expuestas en el Auto impugnado para inadmitir la solicitud de concurso se pueden concretar en: 1.-) un activo insuficiente impide que el concurso pueda cumplir sus fines propios como es la satisfacción de los acreedores pues ni puede haber convenio porque no hay recursos con los que proponerlo, ni puede haber liquidación porque no hay nada que realizar; 2.-) no hay dato alguno que permita creer en el éxito de un eventual ejercicio de acciones rescisorias; 3.-) genera gastos de procedimiento (publicaciones, honorarios de Letrado y aranceles de Procurador y de la administración concursal) que no van a ser atendidos y, en todo caso, serían satisfechos con carácter preferente a los créditos concursales; 4.-) en lugar de perjudicar a los acreedores, más bien, les beneficia porque sus derechos de crédito no quedan alterados y las posibilidades de ser satisfechos no disminuyen; 5.-) la solicitante ya ha llevado a cabo con anterioridad la liquidación de su patrimonio.
Frente a las razones anteriores, este Tribunal ya se pronunció sobre la imposibilidad de inadmitir la solicitud de concurso por la insuficiencia de activo en los Autos de 27 de junio de 2007 y de 21 de enero de 2009 que, al mantener este mismo criterio en la presente resolución, también debe estimarse el recurso en este particular. Los argumentos que sustentan nuestro criterio, compartidos también en los Autos de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de febrero y de 14 de junio de 2007, son los siguientes:
En primer lugar, la dicción del artículo 14 de la Ley Concursal establece con carácter imperativo que el Juez dictará el Auto que declare el concurso si de la documentación aportada resulta la existencia de algún hecho revelador de la insolvencia del deudor, sin que en ningún momento condicione esa decisión al dato de la cuantía del activo referido en el inventario de bienes y derechos.
En segundo lugar, el artículo 30 del Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia prevé que la legislación del Estado miembro en el que se haya solicitado la apertura de un procedimiento secundario exija que el activo sea suficiente para cubrir, total o parcialmente, los gastos y costas del procedimiento. Sin embargo, en nuestra legislación no consta esta posibilidad.
En tercer lugar, el artículo 403.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente en virtud de lo dispuesto de la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal, declara que las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley. Si aplicamos ese precepto a nuestro caso, no cabe la inadmisión de la solicitud del concurso por insuficiencia de activo porque no está prevista expresamente en la Ley Concursal.
En cuarto lugar, frente a las poderosas razones de utilidad que esgrime el Magistrado de instancia para fundamentar su resolución de inadmisión, existen otras razones poderosas como es el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución pues se priva al solicitante de iniciar un procedimiento judicial cuando concurren todos los presupuestos materiales y formales para su apertura, máxime cuando, en nuestro caso, el artículo 5 de la Ley Concursal impone la obligación de solicitarla en el plazo de los dos meses desde el conocimiento de la situación de insolvencia.
En quinto lugar, no parece que con la sola información facilitada por el deudor pueda conocerse su situación patrimonial real por lo que debe darse la oportunidad a los acreedores y a la administración concursal para facilitar información sobre la existencia de bienes y derechos distintos que puedan formar de la masa activa del concurso. No existe seguridad de que el Juez del concurso pueda, sin más, decidir sobre la realidad del activo patrimonial indicado por el deudor en su inventario.
En sexto lugar, se elude el riguroso procedimiento previsto en el anterior artículo 176 de la Ley Concursal (actual artículo 176.bis de la Ley Concursal) para declarar la conclusión del concurso por inexistencia de activo que exige informe de la administración concursal, audiencia a los acreedores y eventual incidente en el caso de que existiera oposición a la conclusión del concurso.”: AAP Alicante (Sección 8) 14.02.2012 (Auto 14/2012; Rollo 809/2011)

AP Barcelona

“PRIMERO.- El recurso de apelación, ciertamente escueto, que formula la representación de la solicitante, ASLE SERVICIOS DE REFORMA Y PROMOCIÓN S.L, pretende la revocación del auto dictado con fecha 23 de marzo de 2006, confirmado en reposición por otro posterior de 24 de abril, por el cual el Juzgado de lo Mercantil inadmitió a trámite su solicitud para ser declarada en concurso voluntario. El argumento del Juzgado a quo, del que discrepa la apelante, ha sido la inexistencia de activo en la sociedad solicitante, en un contexto de insolvencia perfectamente determinada, que impide por completo a la sociedad el cumplimiento de sus obligaciones exigibles (art. 2 LC) y habiéndose cumplido, bien es cierto que tras los requerimientos del Juzgado, con las exigencias formales y documentales del artículo 6 de la LC.
La resolución combatida, planteando la cuestión sobre la base del artículo 176.1.4ª, que permite la conclusión del concurso cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado y no consten terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores, se pregunta si un concurso que desde el mismo inicio está llamado a una conclusión casi inmediata necesariamente debe pasar por la declaración previa, sin opciones reales de satisfacer, no sólo los créditos concursales, sino los propios gastos y deudas contra la masa.
El Sr. Magistrado opta por resolver la cuestión en sentido negativo, poniendo de relieve cómo el abogado, procurador y administrador concursal de este procedimiento concursal abreviado cobrarían sumas prácticamente simbólicas y no existe garantía de pago de los gastos procesales de publicación; y aunque la LC exige para archivar el concurso que se haya acreditado antes que no existe posibilidad de iniciar acciones de reintegración de la masa activa y deja a salvo la sección de calificación, considera que el recurso a las acciones de reintegración

extraconcursales, vía que el artículo 71 deja expedita, y las acciones penales o civiles de responsabilidad del administrador social, pueden cubrir las necesidades de los acreedores y evitar su indefensión real.
SEGUNDO.- Dice el artículo 14 de la LC:
"*1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del art. 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.*
2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada.
3. Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición."
Como vemos, nuestra LC se pronuncia en términos imperativos, señalando que, cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y que se han cumplido las exigencias documentales del artículo 6, el camino a seguir es la declaración del concurso.
A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, el artículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en relación con el artículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que *" (l)as demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley",* debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso.
No obstante, también es cierto que, de una forma mucho más flexible, vaga si se quiere, la LC señala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que *"la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto"*, pudiéndose admitir, así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en los artículos 2, 3 y 6 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
TERCERO.- Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado de lo Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan.
Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (resaltamos que el mismo Sr. Magistrado, en la resolución recurrida, expresamente afirma que la inadmisión no se ha basado en razones de comodidad u oportunidad, sino en la utilidad intrínseca de las normas jurídicas), existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC).
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados (en nuestro caso, la misma solicitante menciona en su recurso de reposición previo créditos a su favor que ignoró en la solicitud), lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del

administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.
Concluimos, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en el artículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.”: Auto AP Barcelona 22.02.2007 (Rollo 557/2006)

“PRIMERO El recurso de apelación que formula la representación de la solicitante, CENTURY DEVELOPMENT S.L, pretende la revocación del auto por el que el Juzgado de lo Mercantil inadmitió a trámite su solicitud para ser declarada en concurso voluntario. El argumento del Juzgado a quo, del que discrepa la apelante, ha sido la inexistencia de activo en la sociedad solicitante ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores. La resolución combatida, planteando la cuestión sobre la base del artículo 176.1.4ª, que permite la conclusión del concurso cuando, en efecto, se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado y no consten terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores, opta por entender que en tal caso no es viable el concurso ni las acciones de reintegración, poniendo de relieve cómo la administración concursal no cobraría y no existe garantía de pago de los gastos procesales de publicación.
SEGUNDO Dice el artículo 14 de la LC :
"1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del art. 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.
2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada.
3. Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición."
Como vemos, nuestra LC se pronuncia en términos imperativos, señalando que, cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y que se han cumplido las exigencias documentales del artículo 6, el camino a seguir es la declaración del concurso. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, el artículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo [LCEur 2000, 1557], sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en relación con el artículo 403.1 de la LECiv (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que " (l)as demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley", debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso.
No obstante, también es cierto que, de una forma mucho más flexible, vaga si se quiere, la LC señala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir, así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en los artículos 2, 3 y 6 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
TERCERO Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado de lo Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (resaltamos que el Sr. Magistrado, en la resolución recurrida, no afirma que la inadmisión se haya basado en razones de comodidad u oportunidad, sino en la utilidad intrínseca de las normas jurídicas), existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC).
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y

archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.
Concluimos, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en el artículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario. Máxime cuando, como ocurre en este caso, el Juzgado desecha los créditos que aparecen en el inventario a favor de la deudora por considerarlos incobrables, algo que no consta y que, en el contexto del artículo 14 LC, no es momento de determinar sin la administración concursal.”: AAP Barcelona (sección 15) 03.04.2008 (AC 2008\1024; Auto 141/2008; Rollo 882/2007)

“PRIMERO El recurso de apelación pretende la revocación del Auto que inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por la citada sociedad, por entender el Sr. Magistrado que la inexistencia o insuficiencia de activos declarados impide la puesta en marcha del procedimiento concursal ante la anticipada constancia de que, por tal razón, sus fines no podrán ser alcanzados.
SEGUNDO En situaciones como la presente hemos estimado, sobre las bases legales, la procedencia de la admisión del concurso. Así, en Auto de 22 de febrero de 2007 (Rollo de Apelación núm. 557/06 [JUR 2007, 244838]), manteníamos que el art. 14 de la Ley Concursal se pronuncia en términos imperativos al señalar que cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y se han cumplido las exigencias documentales del artículo 6, el camino a seguir es la declaración del concurso. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, el artículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en relación con el artículo 403.1 de la LECiv (aplicable supletoriamente al concurso por virtud de la Disp. Final 5ª LC), que establece que "las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley", debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso.
No obstante, también es cierto que, de una forma mucho más flexible, vaga si se quiere, la LC señala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir, así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en los artículos 2, 3 y 6 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo inicial que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo inicial o de partida, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero, no siendo ésta una cuestión de comodidad, existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y

materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC).
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.
Debe estimarse, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en el artículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.”: AAP Barcelona (Sección 15) 05.05.2008 (AC 2008\1087; auto 184/2008; Rollo 107/2008)

“PRIMERO La resolución recurrida inadmite a trámite la solicitud de concurso voluntario deJose Luispor falta de activo suficiente que, además de sufragar los gastos del procedimiento, justifique las operaciones concursales de convenio o de liquidación y pago, anticipando con ello lo dispuesto en elart. 176 LC. En su recurso de apelación, el instante del concurso argumenta que la falta de activo no constituye un motivo para la inadmisión del procedimiento, razón por la cual, si se cumplen los presupuestos legales, debe ser admitida su solicitud.
SEGUNDO La cuestión controvertida en este recurso, si es posible inadmitir una solicitud de concurso por falta de activo, ya ha sido objeto de resolución por estaAudiencia en ocasiones anteriores, en concreto en los autos de 22 de febrero de 2007 (JUR 2007, 244838) (RA 557/06) y 14 de junio de 2007 (JUR 2007, 286038) (RA 155/2007), que operan respecto de la presente causa como un precedente judicial que debemos seguir salvo que se hayan aportado nuevas razones o argumentos que exijan un replanteamiento de la interpretación realizada.
Como argumentábamos en aquellas resoluciones, debemos partir de lo previsto en el precepto que regula la admisión del concurso solicitado a instancia del propio deudor, esto es, delart. 14 LC :
"1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en elapartado 4 del art. 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.
2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada.
3. Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición."
Según este precepto, una vez constatado, como en este caso, que el deudor se encuentra en estado de insolvencia o, cuando menos, en insolvencia inminente, si se aporta la documentación prevista en elart. 6 LC, procede la admisión del concurso, sin que se prevea expresamente la inadmisión por falta de activo suficiente para sufragar los gastos del procedimiento y justificar las operaciones concursales.
A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exige cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, elartículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo (LCEur 2000, 1557), sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en relación con elartículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ªLC), que establece que " (l)as demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en estaLey", debería conducirnos a la aplicación del artículo 14y a la consiguiente declaración del concurso.
Aunque es cierto que en alguna ocasión se ha admitido la falta de pluralidad de acreedores como un presupuesto del concurso, sin que se recoja expresamente en la Ley, no cabe decir lo mismo de la falta de activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida, pues esta exigencia no es consustancial al procedimiento concursal, que además prevé algunos

trámites a través de los cuales por una parte puede reintegrarse la masa activa con lo indebidamente dispuesto en el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración de concurso (arts. 71y ss.), y por otra puede juzgarse sobre las causas de la generación y/o agravación de la insolvencia, que permite en algunos casos garantizar la satisfación total o parcial de los créditos de los acreedores concursales con la condena de los administradores o liquidadores de la sociedad al pago total o parcial de estos créditos (art. 172.3 LC).
Además, como afirmamos en nuestroauto de 22 de febrero de 2007 (JUR 2007, 244838) (RA 557/06), "no podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (...), existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC).
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en elartículo 176.1.4ºque lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo elartículo 176.2 y 4 de la LCun informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y elartículo 176.3impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario. Máxime en un caso como el presente, en que el deudor concursado es una persona natural que manifiesta percibir un sueldo mensual, pues conforme alart. 76 LCformarían parte de la masa activa no sólo lo bienes actuales sino también los fututos, entre los que deberíamos incluir los salarios futuros con las limitaciones marcadas por elart. 607 LECpara el embargo de sueldos y pensiones.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados (en nuestro caso, la misma solicitante menciona en su recurso de reposición previo créditos a su favor que ignoró en la solicitud), lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso".
Todo lo cual nos lleva a reiterar que, sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en elartículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.”: AAP Barcelona (Sección 15) 10.12.2008 (JUR 2009/144183; Auto 379/2008; Rollo 593/2008)

“PRIMERO El recurso de apelación pretende la revocación del auto que inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por la citada sociedad, por entender el Sr. Magistrado que la inexistencia o insuficiencia de patrimonio y liquidez, siquiera para atender los gastos ocasionados por la publicación de la declaración del concurso, impide la puesta en marcha del procedimiento concursal ante la anticipada constancia de que, por tal razón, sus fines no podrán ser alcanzados.
SEGUNDO En situaciones como la presente hemos estimado, sobre las bases legales, la procedencia de la admisión del concurso. Así, enAuto de 22 de febrero de 2007 (Rollo de Apelación nº 557/06), manteníamos que elart. 14 de la Ley Concursal se pronuncia en términos imperativos al señalar que cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y se han cumplido las exigencias documentales delartículo 6, el camino a seguir es la declaración del concurso. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, elartículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto

en relación con elartículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que "las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en estaLey", debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso.
No obstante, también es cierto que, de una forma mucho más flexible, vaga si se quiere, la LC señala en suartículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir, así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en losartículos 2, 3 y 6 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento. No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero, no siendo ésta una cuestión de comodidad, existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC).
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en elartículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo elartículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y elartículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.
Debe estimarse, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en elartículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.
TERCERO Por lo demás, ya advierte el Juzgado que de acuerdo con lo que dispone elart. 26.2.7º en relación con elart. 29, ambos de la LEC, los gastos de publicación y otros inherentes al concurso deben quedar cubiertos inicialmente por la parte instante, y además, en el presente caso, la deudora ha declarado activos realizables en el inventario (vehículos, material de comunicaciones, maquinaria y existencias) por un valor total que cifra en 9.544,09 euros, a lo que se suma una serie de créditos frente a Gas Natural (f. 69) de los que ha anunciado el probable cobro, por lo menos, de 4.282 euros (f. 145).”: AAP Barcelona (Sección 15) 18.02.2009 (JUR 2009/411656; Auto 52/2009; Rollo 680/2008)

“PRIMERO El recurso de apelación pretende la revocación del auto que inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por la citada persona física, por entender el Sr. Magistrado que la inexistencia o insuficiencia de patrimonio y liquidez, impide la puesta en marcha del procedimiento concursal ante la anticipada constancia de que, por tal razón, sus fines no podrán ser alcanzados.

SEGUNDO En situaciones como la presente hemos estimado, sobre las bases legales, la procedencia de la admisión del concurso. Así, enAuto de 22 de febrero de 2007 (Rollo de Apelación nº 557/06), manteníamos que elart. 14 de la Ley Concursal se pronuncia en términos imperativos al señalar que cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y se han cumplido las exigencias documentales delartículo 6, el camino a seguir es la declaración del concurso. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, elartículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en relación con elartículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que "las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en estaLey", debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso.

No obstante, también es cierto que, de una forma mucho más flexible, vaga si se quiere, la LC señala en suartículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir, así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en losartículos 2, 3 y 6 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.

Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento. No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que el deudor carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero, no siendo ésta una cuestión de comodidad, existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.

De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC).

Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en elartículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y elartículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.

Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.

Debe estimarse, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en elartículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.”: AAP Barcelona (Sección 15) 17.12.2009 (JUR 2010/116681; Auto 215/2009; Rollo 226/2009)

“PRIMERO. El recurso de apelación pretende la revocación del auto que inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por la citada sociedad, por entender el Sr. Magistrado que la inexistencia o insuficiencia de patrimonio y liquidez impide la puesta en marcha del procedimiento concursal ante la anticipada constancia de que, por tal razón, sus fines no podrán ser alcanzados.
SEGUNDO. En situaciones como la presente hemos estimado, sobre las bases legales, la procedencia de la admisión del concurso. Así, en Auto de 22 de febrero de 2007 (Rollo de Apelación nº 557/06), manteníamos que el art. 14 de la Ley Concursal se pronuncia en términos imperativos al señalar que cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y se han cumplido las exigencias documentales del artículo 6, el camino a seguir es la declaración del concurso. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, el artículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en relación con el artículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que "las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley", debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso.
No obstante, también es cierto que, de una forma mucho más flexible, vaga si se quiere, la LC señala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir, así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en los artículos 2, 3 y 6 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento. No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero, no siendo ésta una cuestión de comodidad, existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC). Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia
de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o
parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.
Debe estimarse, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en el artículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada

la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.”: AAP Barcelona (Sección 15) 15.03.2010 (Auto 37/2010; Rollo 429/2009)

“PRIMERO El recurso de apelación pretende la revocación del auto que inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por la citada sociedad, por entender el Sr. Magistrado que la inexistencia o insuficiencia de patrimonio y liquidez impide la puesta en marcha del procedimiento concursal ante la anticipada constancia de que, por tal razón, sus fines no podrán ser alcanzados.
SEGUNDO En situaciones como la presente hemos estimado, sobre las bases legales, la procedencia de la admisión del concurso. Así, enAuto de 22 de febrero de 2007 (Rollo de Apelación nº 557/06), manteníamos que elart. 14 de la Ley Concursal se pronuncia en términos imperativos al señalar que cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y se han cumplido las exigencias documentales delartículo 6, el camino a seguir es la declaración del concurso. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, elartículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en relación con elartículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que "las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en estaLey", debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso.
No obstante, también es cierto que, de una forma mucho más flexible, vaga si se quiere, la LC señala en suartículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir, así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en losartículos 2, 3 y 6 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento. No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero, no siendo ésta una cuestión de comodidad, existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso(art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso(art. 5 LC).
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en elartículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo elartículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y elartículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad(art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.

Debe estimarse, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en elartículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.
Por lo demás, de acuerdo con lo que dispone elart. 26.2.7º en relación con elart. 29, ambos de la LEC, los gastos de publicación y otros inherentes al concurso deben quedar cubiertos inicialmente por la parte instante.
Estimado el recurso, no procede imponer costas.": AAP Barcelona (Sección 15) 26.03.2010 (JUR 2010/244089; Rollo 391/2009)

"PRIMERO: La resolución recurrida inadmite a trámite la solicitud de concurso voluntario de la entidad RIPARBA 2002, S.L. por falta de activo suficiente que, además de sufragar los gastos del procedimiento, justifique las operaciones concursales de convenio o de liquidación y pago, anticipando con ello lo dispuesto en el art. 176 LC.
En su recurso de apelación, la instante del concurso además de argumentar que la falta de activo no constituye un motivo para la inadmisión del procedimiento, aduce que tampoco es cierto que la instante carezca de activos, pues ostenta un crédito reconocido por sentencia de 64.720,82 euros.
SEGUNDO: La cuestión controvertida en este recurso, si es posible inadmitir una solicitud de concurso por falta de activo, ya ha sido objeto de resolución por esta Audiencia en ocasiones anteriores, en concreto en los autos de 22 de febrero de 2007 (RA 557/06) y 14 de junio de 2007 (RA 155/2007), que operan respecto de la presente causa como un precedente judicial que debemos seguir salvo que se hayan aportado nuevas razones o argumentos que exijan un replanteamiento de la interpretación realizada.
Como argumentábamos en aquellas resoluciones, debemos partir de lo previsto en el precepto que regula la admisión del concurso solicitado a instancia del propio deudor, esto es, del art. 14 LC :
"1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del art. 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.
2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada.
3. Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición."
Según este precepto, una vez constatado, como en este caso, que el deudor se encuentra en estado de insolvencia o, cuando menos, en insolvencia inminente, si se aporta la documentación prevista en el art. 6 LC, procede la admisión del concurso, sin que se prevea expresamente la inadmisión por falta de activo suficiente para sufragar los gastos del procedimiento y justificar las operaciones concursales.
A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, el artículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en
relación con el artículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que "(l)as demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley", debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso.
Aunque es cierto que en alguna ocasión se ha admitido la falta de pluralidad de acreedores como un presupuesto del concurso, aunque no se recoja expresamente en la Ley, no cabe decir lo mismo de la falta de activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida, pues esta exigencia no es consustancial al procedimiento concursal, que además prevé algunos trámites a través de los cuales por una parte puede reintegrarse la masa activa con lo indebidamente dispuesto en el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración de concurso (arts. 71 y ss.), y por otra puede juzgarse sobre las causas de la generación y/o agravación de la insolvencia, que permite en algunos casos garantizar la satisfacción total o parcial de los créditos de los
acreedores concursales con la condena de los administradores o liquidadores de la sociedad al pago total o parcial de estos créditos (art. 172.3 LC).
Como afirmamos en nuestro auto de 22 de febrero de 2007 (RA 557/06), "no podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (...), existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC). Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las

apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados (en nuestro caso, la misma solicitante menciona en su recurso de reposición previo créditos a su favor que ignoró en la solicitud), lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en
su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso".
Todo lo cual nos lleva a reiterar que, sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en el artículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.”: AAP Barcelona (Sección 15) 16.09.2010 (Auto 146/2010; Rollo 267/2010)

“PRIMERO El recurso de apelación pretende la revocación del auto que inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario solicitado por Don.Pablo Jesús como persona física, por entender el Sr. Magistrado que la inexistencia o insuficiencia de patrimonio y liquidez, siquiera para atender los gastos ocasionados por la publicación de la declaración del concurso, impide la puesta en marcha del procedimiento concursal ante la anticipada constancia de que, por tal razón, sus fines no podrán ser alcanzados.
SEGUNDO En situaciones como la presente hemos estimado, sobre las bases legales, la procedencia de la admisión del concurso. Así, en Auto de 22 de febrero de 2007 (Rollo de Apelación nº 557/06), manteníamos que elart. 14 de la Ley Concursal se pronuncia en términos imperativos al señalar que cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y se han cumplido las exigencias documentales delartículo 6, el camino a seguir es la declaración del concurso. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exige cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, elartículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en relación con elartículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que "las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en estaLey", debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso.
No obstante, también es cierto que, de una forma mucho más flexible, vaga si se quiere, la LC señala en suartículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir, así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en losartículos 2, 3 y 6 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento. No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero, no siendo ésta una cuestión de comodidad, existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso(art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia

y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso(art. 5 LC).
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en elartículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y elartículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad(art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.
Debe estimarse, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en elartículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.": AAP Barcelona (Sección 15) 08.10.2010 (JUR 2011/82965; Auto 162/2010; Rollo 273/2010)

"PRIMERO. Se interpone recurso de apelación frente a la resolución dictada por el juzgado mercantil en primera instancia no admitiendo a trámite un concurso voluntario por falta de activos suficientes con los que afrontar los propios gastos que el concurso implica.
Recurre el solicitante que aduce que concurren los presupuestos objetivo y subjetivo que la declaración del concurso exige, por lo que la declaración es procedente. También cuestiona que sea cierto que el solicitante carezca de patrimonio y aduce que tiene unos ingresos mensuales de 624,40 euros al mes, con lo que pretende que sus acreedores, a los que adeuda 11.192,08 euros, le aprueben un convenio con una quita de un 50 %, afirmando que tendría capacidad suficiente para abonarles un importe máximo de 93,27 euros/mes.
La cuestión que se suscita en el recurso ya ha sido objeto de otras resoluciones de este Tribunal en ocasiones anteriores. En el auto de fecha 22 de Febrero del 2007 (ROJ : AAP B 1859/2007) ya tuvimos ocasión exponer el criterio de la Sala sobre esa cuestión y lo hicimos afirmando que (...) *la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (...), existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.*
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC).
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro

que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados (en nuestro caso, la misma solicitante menciona en su recurso de reposición previo créditos a su favor que ignoró en la solicitud), lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.
Concluimos, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en el artículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.
TERCERO. En similar sentido nos hemos pronunciado en resoluciones posteriores, tales como la de 16 de Septiembre del 2010 (ROJ: AAP B 4703/2010), entre otras muchas, en la que se añade: << *A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, el artículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en relación con el artículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que "(l)as demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley", debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso*.
Y ello con independencia de que podamos compartir con el Sr. magistrado mercantil la inutilidad práctica a la que muy probablemente puede conducir la apertura del proceso concursal, atendidas las escasísimas probabilidades de que exista una solución concursal razonable, por cuanto ni es previsible que pueda conseguirse un convenio ni existe patrimonio que pueda justificar una liquidación.
CUARTO. El *Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo,* de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica se hace eco de esa idea cuando en su *art. 7* modifica el *art. 34.2 LC* e introduce en su apartado d) una regla dirigida a afrontar el principal de los problemas prácticos que plantea la sustanciación de este tipo de concursos: garantizar algún tipo de remuneración al administrador concursal designado. Este es un argumento más a favor de la tesis que se expone en el fundamento anterior, pues, con independencia de la suerte que haya podido correr el desarrollo reglamentario de tal novedad legislativa, la misma es indicativa de que el legislador no contempla la inadmisión o el archivo prematuro como solución para los concursos sin masa.
Todo ello sin perjuicio de que, tal y como se afirma en el recurso, tampoco puede aceptarse que no exista masa en el concurso cuando se afirma que el solicitante es titular de un inmueble. Es razonable que se pueda dudar de la oportunidad de instar el concurso, así como de su utilidad para el deudor o para sus acreedores, si bien esas consideraciones de oportunidad práctica no pueden ser tomadas en consideración.”: AAP Barcelona (Sección 15) 10.03.2011 (Auto 32/2011; Rollo 646/2010)

“PRIMERO. El recurso de apelación pretende la revocación del auto que inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por la citada persona física, al entender el Sr. Magistrado que la inexistencia o insuficiencia de patrimonio y liquidez, ni siquiera para atender los gastos de tramitación del procedimiento, impide la puesta en marcha del mismo ante la anticipada constancia de que, por tal razón, sus fines no podrán ser alcanzados.
SEGUNDO. En situaciones como la presente hemos estimado, sobre las bases legales, la procedencia de la admisión del concurso. Así, en Auto de 22 de febrero de 2007 (Rollo de Apelación nº 557/06), manteníamos que el art. 14 de la Ley Concursal se pronuncia en términos imperativos al señalar que cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y se han cumplido las exigencias documentales del artículo 6, el camino a seguir es la declaración del concurso. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, el artículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable. Puesto esto en relación con el artículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que "las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley", debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso.
No obstante, también es cierto que, de una forma mucho más flexible, vaga si se quiere, la LC señala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto",

pudiéndose admitir, así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en los artículos 2, 3 y 6 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento. No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero, no siendo ésta una cuestión de comodidad, existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC).
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de losacreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.
Debe estimarse, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en el artículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario. ”: AAP Barcelona (Sección 15) 19.07.2011 (Auto 129/2011; Rollo 272/2011)

“PRIMERO. La solicitante Construcciones More Quesada, S.L. interpone recurso de apelación frente a la resolución dictada por el juzgado mercantil inadmitiendo a trámite su solicitud de concurso voluntario. El juzgado consideró que de la solicitud se derivaba la inexistencia en el patrimonio de la solicitante de bienes co derechos suficientes para atender los gastos que el procedimiento genere, lo que era razón para rechazar de plano la solicitud.
El recurso se funda en que: (i) no es cierto que no existan en la masa activa del concurso bienes suficientes con los que atender al pago de las deudas sino que, a pesar de que en el balance aparezca un activo de 741,40 euros, existe una cuenta de clientes por importe de 475.813,70 euros, si bien la misma se encuentra provisionada por aplicación de la normativa contable, lo que no significa que sean créditos inexistentes; y (ii) la Ley Concursal no permite la posibilidad de que el concurso se inadmita por la inexistencia de bienes o derechos en la masa del solicitante.
SEGUNDO. La cuestión que se suscita en el recurso ya ha sido objeto de otras resoluciones de este Tribunal en ocasiones anteriores. En el auto de fecha 22 de Febrero del 2007 (ROJ : AAP B 1859/2007) ya tuvimos ocasión exponer el criterio de la Sala sobre esa cuestión y lo hicimos afirmando que (...) *la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a*

sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (...), existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC).
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la xistencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario. Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, esclaro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados (en nuestro caso, la misma solicitante menciona en su recurso de reposición previo créditos a su favor que ignoró en la solicitud), lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.
Concluimos, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en el artículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario>>.
Ese criterio lo hemos venido reiterando de forma unánime en multitud de resoluciones posteriores, en todas las cuales hemos considerado que procedía admitir a trámite la solicitud.
TERCERO. El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica se hace eco de esa idea cuando en su art. 7 modifica el art. 34.2 LC e introduce en su apartado d) una regla dirigida a afrontar el principal de los problemas prácticos que plantea la sustanciación de este tipo de concursos: garantizar algún tipo de remuneración al administrador concursal designado. Este es un argumento más a favor de la tesis que se expone en el fundamento anterior, pues, con independencia de la suerte que haya podido correr el desarrollo reglamentario de tal novedad legislativa, la misma es indicativa de que el legislador no contempla la inadmisión o el archivo prematuro como solución para los concursos sin masa.
Todo ello sin perjuicio de que, tal y como se afirma en el recurso, tampoco puede aceptarse que no exista masa en el concurso cuando se afirma y acredita que el solicitante es titular de diversos derechos de crédito, alguno de ellos reconocido por medio de sentencia firme (por importe de 13.893,64 euros) y otro reconocido por sentencia no firme (se afirma que por importe de 208.229,47 euros).”: AAP Barcelona (Sección 15) 30.11.2011 (Auto 193/2011; Rollo 546/2011)

AP Castellón

“PRIMERO El Juez mercantil desestimó la solicitud de declaración de estado de concurso voluntario de los cónyugesMarí Jose yTorcuato presentada por la carencia de un activo mínimo para hacer frente a las costas del procedimiento y permitir, aun cuando fuera prima facie, cualquiera de las soluciones posibles para satisfacer el interés de los acreedores.
Reconoce que este requisito como tal no se recoge explícitamente en la Ley Concursal, pero se desprende al ser esta una de las causas de finalización del concurso, de acuerdo a lo establecido en elartículo 176-4 de la Ley Concursal, por lo que también lo debe ser desde un principio donde es necesaria liquidez para atender a los gastos iniciales que conlleva poner en marcha el procedimiento, comprometiendo su viabilidad.
Recurre en apelación dicha resolución la parte solicitante de la declaración del recurso. Indica que es presupuesto de dicha declaración la insolvencia del deudor y respecto a la inexistencia de metálico insiste en que existe la posibilidad de que algún miembro de la familia consiga un nuevo puesto de trabajo que permita hacer frente a las deudas familiares, evitando una liquidación personal individualizada, a lo que añade que

ostentan el Derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita y detalla lo que eso comporta. Cita por último el contenido de dos resoluciones de la Audiencia Provincial de Barcelona acordes a su planteamiento, solicitando que se admita la solicitud de estado de concurso voluntario interesado.
SEGUNDO Debemos comenzar la resolución del recurso partiendo de lo polémica que resulta la cuestión planteada toda vez que admitir el inicio de un procedimiento concursal cuando se conoce en un principio, o al menos se supone, la inexistencia de un activo mínimo para hacer frente a las costas de dicho procedimiento, parece abocar al mismo a una conclusión anunciada, lo que ha propiciado diferentes posturas de las Audiencia Provinciales al respecto.
Niegan la admisibilidad de un procedimiento concursal por la falta de existencia de masa activa, entre otras, las resoluciones dictadas por laAudiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 30 de enero de 2006, de la Audiencia Provincial de la Rioja de fecha 6 de julio de 2007 o la de laAudiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 12 de julio de 2007.
También algunos comentaristas de la Ley Concursal, como es el caso de Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, en Comentario alartículo 7 de la Ley Concursal, en "Derecho Concursal Práctico", Editorial La Ley, han defendido que es un presupuesto objetivo del concurso la masa suficiente para atender, cuando menos, los gastos de tramitación procesal.
Pero igualmente, como alega el recurrente, se ha pronunciado otras Audiencia Provinciales, como es el caso de la de Barcelona, Sección 15ª, de la que podemos citar el contenido de los dos autos que menciona el recurrente, el nº 55 de fecha 22 de febrero de 2007 (JUR 2007, 244838) y el nº 185 de 14 de junio de 2007 (JUR 2007, 286038), admitiendo el inicio del procedimiento en estos casos, con unos argumentos que entendemos más convincentes como son la inexistencia de previsión legal y la obligación por el contrario de efectuar la declaración del concurso cuando se han cumplido la exigencia de que el deudor solicitante esté en estado de insolvencia y se cumplan los presupuestos delartículo 6 de la Ley Concursal.
Entienden por el contrario que la existencia de un activo mínimo realizable, no puede esgrimirse como causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento, lesionando en caso contrario el derecho a la tutela judicial efectiva y el ocaso al proceso.
Destacan la dificultad inicial de valorar la inexistencia de activo, con la sola declaración del deudor y sin haber oído previamente a los acreedores, exigiendo elartículo 176-2 y 4 de la Ley un informe motivado de los administradores concursales para decretar la conclusión del concurso, sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, siendo necesario la terminación de la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad para terceros.
E indican por último que con esa inicial inadmisión se priva a los acreedores de las alternativas de cobro que el concurso abre, con la posibilidad de una reintegración de la masa activa o de declaración de culpabilidad del concurso y en su caso de responsabilidad del administrador, lo que posibilitaría pagar todos o parte de los créditos no satisfechos, además de poder reabrir un concurso cerrado si aparecieran bienes con posterioridad.
A estos argumentos, que compartimos, podemos añadir el de la obligación legal del deudor de solicitar el concurso, de acuerdo a lo establecido en elartículo 5 de la Ley Concursal y la sanción que impone en caso contrario al mismo elartículo 165 de dicha norma, como presunción iuris tantum, de dolo o culpa grave del deudor en la generación de la insolvencia al incumplir el deber de solicitar esa declaración, lo que parece incompatible con ese archivo inicial. Puede además fomentar la posibilidad, sino se admiten los concursos sin masa, de descapitalización de empresas por el simple expediente de vaciamiento patrimonial, según defienden José María Rifá Soler, en "La Declaración del concurso", en "Las Claves de laLey Concursal", Editorial Thomson-Aranzadi 2005 y Juana Pulgar Ezquerra en "La Declaración del Concurso de Acreedores" Editorial La Ley.
Entendemos por tanto que resulta necesario, como pretende el recurrente, la admisión del procedimiento a trámite, sin perjuicio de que una vez que se constate, de acuerdo a lo establecido en elartículo 176-1-4º de la Ley Concursal, con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, por la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables, de proceder a la conclusión del concurso.": AAP Castellón (Sección 3) 27.04.2009 (JUR 2009/345872; Auto 100/2009; Rollo 44/2009)

"PRIMERO El Juez mercantil desestimó la solicitud de declaración de concurso de la mercantil Picking Cerámica SL. Aunque hace alguna referencia a la falta de cumplimiento del requisito consistente en fijar de manera estimativa el valor del activo, funda su decisión en la carencia de un activo mínimo para hacer frente a las costas del procedimiento y permitir, aun cuando fuera prima facie, cualquiera de las soluciones posibles para satisfacer el interés de los acreedores.
Digamos, en relación con el defecto a que hemos hecho alusión, que por providencia de 9 de marzo de 2009 se acordó requerir a la solicitante para que precisara tanto el valor estimado del activo, como la falta de vencimiento de los créditos. Y la requerida presentó el día 18 de marzo escrito en el que decía cumplir con lo requerido, sin que el Juzgado se haya pronunciado al respecto hasta la referencia que, como hemos indicado, se hace en el Auto denegatorio de la declaración de concurso acerca de la falta de subsanación de la deficiencia atinente al valor de los bienes, si bien deja este motivo expresamente al margen de su resolución.
Y, recurrida la resolución judicial en apelación, hemos de pronunciarnos acerca de si el motivo a que se refiere el juez de instancia es bastante para denegar la declaración de concurso, teniendo en cuenta de que se adopta la decisión en el umbral del proceso.
SEGUNDO Sobre la cuestión planteada en esta alzada ya se ha pronunciado este Tribunal con anterioridad. Así, la misma fue objeto delAuto num. 100 de 27 de abril de 2009 (JUR 2009, 345872), dictado por esta misma Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón.

Reiteraremos lo que entonces dijimos.
Como la resolución apelada reconoce, el requisito de contar con un activo mínimo no se recoge explícitamente en la Ley Concursal, aunque a criterio del resolvente de primer grado resulta el mismo en la medida en que dicha falta es una de las causas de finalización del concurso, de acuerdo con lo establecido en elartículo 176.4 de la Ley Concursal, por lo que también lo debe ser impeditiva de la tramitación desde un principio, pues es necesaria liquidez para atender a los gastos iniciales que conlleva poner en marcha el procedimiento, por lo que la carencia de activo compromete su viabilidad.
No ignoramos lo polémico de la cuestión planteada. Si ya al inicio del proceso se supone la inexistencia de un activo mínimo para hacer frente a las costas del procedimiento, parece que resulta obvia, por anunciada, cuál ha de ser el final del proceso, lo que ha propiciado diferentes posturas de las Audiencia Provinciales al respecto.
Así, se niega la viabilidad de un procedimiento concursal por la falta de existencia de masa activa, entre otras, en las resoluciones dictadas por laAudiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 30 de enero de 2006, por la Audiencia Provincial de la Rioja de fecha 6 de julio de 2007 (JUR 2007, 308136) y por la de laAudiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 12 de julio de 2007.
También algunos comentaristas de la Ley Concursal han defendido que es un presupuesto objetivo del concurso la masa suficiente para atender, cuando menos, los gastos de tramitación procesal FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. Comentario alartículo 7 de la Ley Concursal. "Derecho Concursal Práctico", Editorial La Ley).
Pero no faltan pronunciamientos en sentido contrario. En este sentido, podemos citar losAutos núm. 55 de fecha 22 de febrero de 2007 (JUR 2007, 244838) y el nº 185 de 14 de junio de 2007 (JUR 2007, 286038), de la Secc. 15ª (Mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona.
Consideramos más convincentes los argumentos favorables a la admisión del concurso en tales casos de aparente falta de activo. En este sentido, se alude a la inexistencia de previsión legal y a la obligación de efectuar la declaración del concurso cuando se ha cumplido la exigencia de que el deudor solicitante esté en estado de insolvencia y se cumplan los presupuestos delartículo 6 de la Ley Concursal. Con esta base, se dice que la existencia de un activo mínimo realizable no es requisito imprescindible para la declaración del concurso y se dice que lo contrario podría ser lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).
Se hace también referencia a la dificultad inicial de valorar la inexistencia de activo con la sola declaración del deudor y sin haber oído previamente a los acreedores, a lo que se añade que elartículo 176.2 y 4 de la Ley exige un informe motivado de los administradores concursales para decretar la conclusión del concurso sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables. Y se hace necesaria la terminación de la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad de terceros.
Otro motivo favorable a la declaración de concurso en tales casos de aparente falta inicial de activo es que con la inicial inadmisión se priva a los acreedores de las alternativas de cobro que el concurso abre, con la posibilidad de una reintegración de la masa activa o de declaración de culpabilidad del concurso y en su caso de responsabilidad del administrador, lo que posibilitaría pagar todos o parte de los créditos no satisfechos, además de poder reabrir un concurso cerrado si aparecieran bienes con posterioridad.
A estos argumentos, que compartimos, podemos añadir el de la obligación legal del deudor de solicitar el concurso, de acuerdo a lo establecido en elartículo 5 de la Ley Concursal y la sanción que impone en caso contrario al mismo elartículo 165 de dicha norma, como presunción iuris tantum, de dolo o culpa grave del deudor en la generación de la insolvencia al incumplir el deber de solicitar esa declaración, lo que parece incompatible con ese archivo inicial. Puede además fomentar la posibilidad, si no se admiten los concursos sin aparente masa, de descapitalización de empresas por el simple expediente de vaciamiento patrimonial (RIFÁ SOLER, J.M., "La Declaración del concurso" en Las Claves de laLey Concursal. Ed. Thomson-Aranzadi 2005. PULGAR EZQUERRA, J., "La Declaración del Concurso de Acreedores". Ed. La Ley).
En el mismo sentido favorable a la declaración del concurso en tales supuestos de inicial apariencia de falta de activo se sigue pronunciando la citada Secc. 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Tanto en elAuto de 3 de abril de 2008 (AC 2008, 1024), invocado por la parte apelante, como en el posterior de 5 de mayo de 2008 (AC 2008, 1087). Se recuerda en estas resoluciones que la negativa a la declaración de concurso en el umbral del proceso y por el motivo a que nos venimos refiriendo es causa de que
"los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso".
Entendemos por tanto que resulta necesario, como pretende el recurrente, la admisión del procedimiento a trámite, sin perjuicio de que una vez que se constate, de acuerdo a lo establecido en elartículo 176.1.4º de la Ley Concursal, mediando los debidos informes, la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes por la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros que pudieran haber sido declarados responsables, se proceda a la conclusión del concurso.”: AAP Castellón (Sección 3) 15.07.2009 (JUR 2009/434299; Auto 153/2009; Rollo 267/2009)

“SEGUNDO Dos son los motivos en que se fundamenta la resolución denegatoria de la petición formulada por la recurrente, a saber: 1. La falta de activo. 2. La inexistencia de pluralidad de acreedores.
Analizaremos por separado si coincidimos o discrepamos del criterio del resolvente de primer grado, en el bien entendido que es suficiente la ausencia de cualquiera de los requisitos enumerados para que no proceda la declaración de concurso.
1. Sobre la falta de activo
El juez de instancia funda su decisión en la carencia de un activo mínimo para hacer frente a las costas del procedimiento y permitir, aun cuando fuera prima facie, cualquiera de las soluciones posibles para satisfacer el interés de los acreedores.
Se trata de una cuestión sobre la que ya se ha pronunciado este Tribunal con anterioridad. Así, la misma ha sido objeto de losAutos núm. 100 de 27 de abril de 2009 y núm. 153 de 15 de julio 2009, dictados por esta misma Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón.
Reiteraremos lo que entonces dijimos.
Como la resolución apelada reconoce, el requisito de contar con un activo mínimo no se recoge explícitamente en la Ley Concursal, aunque a criterio del resolvente de primer grado resulta exigible en la medida en que dicha falta es una de las causas de finalización del concurso, de acuerdo con lo establecido en elartículo 176.4 de la Ley Concursal, por lo que también debe ser impeditiva de la tramitación desde un principio, pues es necesaria liquidez para atender a los gastos iniciales que conlleva poner en marcha el procedimiento, por lo que la carencia de activo compromete su viabilidad.
No ignoramos lo polémico de la cuestión planteada. Si ya al inicio del proceso se supone la inexistencia de un activo mínimo para hacer frente a las costas del procedimiento, parece que resulta obvio, por anunciado, cuál ha de ser el final del proceso, lo que ha propiciado diferentes posturas de las Audiencia Provinciales al respecto.
Así, se niega la viabilidad de un procedimiento concursal por la falta de existencia de masa activa, entre otras, en las resoluciones dictadas por laAudiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 30 de enero de 2006, por la Audiencia Provincial de la Rioja de fecha 6 de julio de 2007 y por la de laAudiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 12 de julio de 2007.
También algunos comentaristas de la Ley Concursal han defendido que es un presupuesto objetivo del concurso la masa suficiente para atender, cuando menos, los gastos de tramitación procesal FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. Comentario alartículo 7 de la Ley Concursal. "Derecho Concursal Práctico", Editorial La Ley).
Pero no faltan pronunciamientos en sentido contrario. En este sentido, podemos citar losAutos núm. 55 de fecha 22 de febrero de 2007 y el nº 185 de 14 de junio de 2007, ambos de la Secc. 15ª (Mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona.
Consideramos más convincentes los argumentos favorables a la admisión del concurso en tales casos de aparente falta de activo. En este sentido, se alude a la inexistencia de previsión legal y a la obligación de efectuar la declaración del concurso cuando se ha cumplido la exigencia de que el deudor solicitante esté en estado de insolvencia y se cumplan los presupuestos de losartículos 2 y 6 de la Ley Concursal. Con esta base, se dice que la existencia de un activo mínimo realizable no es requisito imprescindible para la declaración del concurso y que lo contrario podría ser lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).
Se hace también referencia a la dificultad inicial de valorar la inexistencia de activo con la sola declaración del deudor y sin haber oído previamente a los acreedores, a lo que se añade que elartículo 176.2 y 4 de la Ley exige un informe motivado de los administradores concursales para decretar la conclusión del concurso sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables. Y se hace necesaria la terminación de la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad de terceros.
Otro motivo favorable a la declaración de concurso en tales casos de aparente falta inicial de activo es que con la temprana inadmisión se priva a los acreedores de las alternativas de cobro que el concurso abre, con la posibilidad de una reintegración de la masa activa o de declaración de culpabilidad del concurso y en su caso de responsabilidad del administrador, lo que posibilitaría el pago de todos o parte de los créditos no satisfechos, además de poder reabrir un concurso cerrado si aparecieran bienes con posterioridad.
A estos argumentos, que compartimos, podemos añadir el de la obligación legal del deudor de solicitar el concurso, de acuerdo a lo establecido en elartículo 5 de la Ley Concursal y la sanción que impone en caso contrario al mismo elartículo 165 de dicha norma, como presunción iuris tantum, de dolo o culpa grave del deudor en la generación de la insolvencia al incumplir el deber de solicitar esa declaración, lo que parece incompatible con ese archivo inicial. Puede además fomentar la posibilidad, si no se admiten los concursos sin aparente masa, de descapitalización de empresas por el simple expediente de vaciamiento patrimonial (RIFÁ SOLER, J.M., "La Declaración del concurso" en Las Claves de laLey Concursal. Ed. Thomson-Aranzadi 2005. PULGAR EZQUERRA, J., "La Declaración del Concurso de Acreedores". Ed. La Ley).
En el mismo sentido favorable a la declaración del concurso en tales supuestos de inicial apariencia de falta de activo se sigue pronunciando la citada Secc. 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Tanto en elAuto de 3 de abril de 2008 (AC 20008,1024), como en el posterior de 5 de mayo de 2008 (AC 2008,1087). Se recuerda en estas resoluciones que la negativa a la declaración de concurso en el umbral del proceso y por el motivo a que nos venimos refiriendo es causa de que
"los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador

de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso".
Entendemos por tanto que resulta necesario, como pretende el recurrente, la admisión del procedimiento a trámite, sin perjuicio de que una vez que se constate, de acuerdo a lo establecido en elartículo 176.1.4º de la Ley Concursal, mediando los debidos informes, la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes por la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros que pudieran haber sido declarados responsables, se proceda a la conclusión del concurso.": AAP Castellón (Sección 3) 08.10.2009 (JUR 2010\52631; Auto 206/2009; Rollo 380/2009)

"PRIMERO Interpone recurso de apelación la representación procesal de la mercantil Movimientos de Materiales Sólidos S.A. frente a la resolución del juzgado de lo mercantil que acuerda denegar su solicitud de que se declare su estado de concurso voluntario.
El único motivo para la inadmisión, según se razona en la resolución apelada, es el no concurrir el requisito de contar con un activo mínimo suficiente para atender las finalidades del concurso no permitiendo el que cuenta la sociedad atendiendo la relación del activo presentada con su demanda ni satisfacer los gastos del concurso ni los intereses de los acreedores.
Alega la recurrente la existencia de infracción de losartículos 2, 6 y 14 de la Ley Concursal exponiendo en el recurso el criterio de que la insuficiencia e incluso la inexistencia de masa activa no es motivo para la inadmisión de la declaración de concurso de forma razonada, invocando diversas resoluciones en apoyo de su postura, entre ellas elAuto dictado por esta misma Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón número 100 de 27 de abril de 2009.
SEGUNDO Debemos pronunciarnos para resolver el objeto de este recurso sobre una cuestión que ya hemos decidido anteriormente, no solo en elAuto invocado en el recurso, sino también en otros posteriores, los números 153 de fecha 15 de julio de 2009 y número 206 de fecha 8 de octubre de 2009, en los que mantenemos el mismo criterio, con argumentos que reiteramos ahora en la presente resolución recogiendo lo que entonces dijimos para resolver idéntica cuestión a la que ahora es objeto de la alzada.
Como la resolución apelada reconoce, el requisito de contar con un activo mínimo no se recoge explícitamente en la Ley Concursal, aunque a criterio del resolvente de primer grado resulta el mismo en la medida en que dicha falta es una de las causas de finalización del concurso, de acuerdo con lo establecido en elartículo 176.4 de la Ley Concursal, por lo que también lo debe ser impeditiva de la tramitación desde un principio, pues es necesaria liquidez para atender a los gastos iniciales que conlleva poner en marcha el procedimiento, por lo que la carencia de activo compromete su viabilidad.
No ignoramos lo polémico de la cuestión planteada. Si ya al inicio del proceso se supone la inexistencia de un activo mínimo para hacer frente a las costas del procedimiento, parece que resulta obvia, por anunciada, cuál ha de ser el final del proceso, lo que ha propiciado diferentes posturas de las Audiencia Provinciales al respecto.
Así, se niega la viabilidad de un procedimiento concursal por la falta de existencia de masa activa, entre otras, en las resoluciones dictadas por laAudiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 30 de enero de 2006, por la Audiencia Provincial de la Rioja de fecha 6 de julio de 2007 y por la de laAudiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 12 de julio de 2007.
También algunos comentaristas de la Ley Concursal han defendido que es un presupuesto objetivo del concurso la masa suficiente para atender, cuando menos, los gastos de tramitación procesal FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. Comentario alartículo 7 de la Ley Concursal. "Derecho Concursal Práctico", Editorial La Ley).
Pero no faltan pronunciamientos en sentido contrario. En este sentido, podemos citar losAutos núm. 55 de fecha 22 de febrero de 2007 y el nº 185 de 14 de junio de 2007, de la Secc. 15ª (Mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona.
Consideramos más convincentes los argumentos favorables a la admisión del concurso en tales casos de aparente falta de activo. En este sentido, se alude a la inexistencia de previsión legal y a la obligación de efectuar la declaración del concurso cuando se ha cumplido la exigencia de que el deudor solicitante esté en estado de insolvencia y se cumplan los presupuestos delartículo 6 de la Ley Concursal. Con esta base, se dice que la existencia de un activo mínimo realizable no es requisito imprescindible para la declaración del concurso y se dice que lo contrario podría ser lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).
Se hace también referencia a la dificultad inicial de valorar la inexistencia de activo con la sola declaración del deudor y sin haber oído previamente a los acreedores, a lo que se añade que elartículo 176.2 y 4 de la Ley exige un informe motivado de los administradores concursales para decretar la conclusión del concurso sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables. Y se hace necesaria la terminación de la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad de terceros.
Otro motivo favorable a la declaración de concurso en tales casos de aparente falta inicial de activo es que con la inicial inadmisión se priva a los acreedores de las alternativas de cobro que el concurso abre, con la posibilidad de una reintegración de la masa activa o de declaración de culpabilidad del concurso y en su caso de responsabilidad del administrador, lo que posibilitaría pagar todos o parte de los créditos no satisfechos, además de poder reabrir un concurso cerrado si aparecieran bienes con posterioridad.
A estos argumentos, que compartimos, podemos añadir el de la obligación legal del deudor de solicitar el concurso, de acuerdo a lo establecido en elartículo 5 de la Ley Concursal y la sanción que impone en caso contrario al mismo elartículo 165 de dicha norma, como presunción iuris tantum, de dolo o culpa grave del

deudor en la generación de la insolvencia al incumplir el deber de solicitar esa declaración, lo que parece incompatible con ese archivo inicial. Puede además fomentar la posibilidad, si no se admiten los concursos sin aparente masa, de descapitalización de empresas por el simple expediente de vaciamiento patrimonial (RIFÁ SOLER, J.M., "La Declaración del concurso" en Las Claves de laLey Concursal. Ed. Thomson-Aranzadi 2005. PULGAR EZQUERRA, J., "La Declaración del Concurso de Acreedores". Ed. La Ley).
En el mismo sentido favorable a la declaración del concurso en tales supuestos de inicial apariencia de falta de activo se sigue pronunciando la citada Secc. 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Tanto en elAuto de 3 de abril de 2008 (AC 20008,1024), invocado por la parte apelante, como en el posterior de 5 de mayo de 2008 (AC 2008,1087). Se recuerda en estas resoluciones que la negativa a la declaración de concurso en el umbral del proceso y por el motivo a que nos venimos refiriendo es causa de que
"los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso".
Entendemos por tanto que resulta necesario, como pretende el recurrente, la admisión del procedimiento a trámite, sin perjuicio de que una vez que se constate, de acuerdo a lo establecido en elartículo 176.1.4º de la Ley Concursal, mediando los debidos informes, la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes por la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros que pudieran haber sido declarados responsables, se proceda a la conclusión del concurso.
Conforme a todo lo razonado que da respuesta a lo ahora alegado en este supuesto por la parte recurrente, estimamos su recurso y estimamos que procede, conforme interesa, la admisión de la declaración de concurso solicitada.": AAP Castellón (Sección 3) 22.12.2009 (JUR 2010/116132; Auto 276/2009; Rollo 492/2009)

"PRIMERO.- El Juez mercantil desestimó la solicitud de declaración de concurso de la mercantil Angulo Medioambiente SL. Funda su decisión en la carencia de un activo mínimo para hacer frente a las costas del procedimiento y permitir, aun cuando fuera "prima facie", cualquiera de las soluciones posibles para satisfacer el interés de los acreedores. En su resolución hace asimismo referencia al requisito de pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso, si bien debemos entender efectuado el correspondiente razonamiento en términos generales, en la medida en que, por una parte, la decisión
denegatoria de la petición no se funda en concreto en dicha ausencia de varios acreedores y en que, de otro lado, de la documentación adjunta a la petición inicial resulta que sí hay tal pluralidad, pues seis son los acreedores relacionados en el documento núm. 5 acompañado por la mercantil solicitante.
Y, recurrida la resolución judicial en apelación, hemos de pronunciarnos acerca de si el motivo de falta de activo a que se refiere el juez de instancia es bastante para denegar la declaración de concurso, teniendo en cuenta de que se adopta la decisión en el umbral del proceso.
En el "suplica" del escrito de interposición del recurso se pide que la resolución de esta Sala, que se pretende estimatoria, sea "con condena en costas", si bien entendemos que se trata de un error material de la parte, pues la eventual estimación del recurso no debería conllevar imposición de costas y menos a la propia parte apelante, única actuante en este trámite.
Debemos, por lo tanto, abordar el examen de si la aparente falta de activo de la solicitante del
concurso voluntario justifica la negativa judicial a al declaración pedida.
SEGUNDO.- Sobre la cuestión planteada en esta alzada ya se ha pronunciado este Tribunal con anterioridad. Así, la misma fue objeto de los Autos num. 100 de 27 de abril de 2009, núm. 153 de 15 de julio 2009. y núm. 206 de 8 de octubre de 2009, todos ellos dictados por esta misma Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón.
Sin perjuicio de lo que a continuación diremos, hemos de tener en cuenta en el presente caso que ni siquiera puede hablarse de total falta de activo de la recurrente, ya que en la relación de créditos contenida en el documento 4 de los adjuntados a su solicitud figura que el monto de los mismos, pendientes de cobro, asciende a un total de 8.669,92 euros.
Reiteraremos lo que dijimos en las resoluciones citadas. Como la resolución apelada reconoce, el requisito de contar con un activo mínimo no se recoge explícitamente en la Ley Concursal, aunque a criterio del resolvente de primer grado resulta el mismo en la medida en que dicha falta es una de las causas de finalización del concurso, de acuerdo con lo establecido
en el artículo 176.4 de la Ley Concursal, por lo que también lo debe ser impeditiva de la tramitación desde un principio, pues es necesaria liquidez para atender a los gastos iniciales que conlleva poner en marcha el procedimiento, por lo que la carencia de activo compromete su viabilidad.
No ignoramos lo polémico de la cuestión planteada. Si ya al inicio del proceso se supone la inexistencia de un activo mínimo para hacer frente a las costas del procedimiento, parece que resulta obvia, por anunciada, cuál ha de ser el final del proceso, lo que ha propiciado diferentes posturas de las Audiencia Provinciales al respecto.
Así, se niega la viabilidad de un procedimiento concursal por la falta de existencia de masa activa, entre otras, en las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 30 de enero de 2006, por la

Audiencia Provincial de la Rioja de fecha 6 de julio de 2007 y por la de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 12 de julio de 2007.
También algunos comentaristas de la Ley Concursal han defendido que es un presupuesto objetivo del concurso la masa suficiente para atender, cuando menos, los gastos de tramitación procesal (FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. Comentario al artículo 7 de la Ley Concursal. "Derecho Concursal Práctico", Editorial La Ley).
Pero no faltan pronunciamientos en sentido contrario. En este sentido, podemos citar los Autos núm. 55 de fecha 22 de febrero de 2007 y el nº 185 de 14 de junio de 2007, de la Secc. 15ª (Mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona.
Consideramos más convincentes los argumentos favorables a la admisión del concurso en tales casos de aparente falta de activo. En este sentido, se alude a la inexistencia de previsión legal y a la obligación de efectuar la declaración del concurso cuando se ha cumplido la exigencia de que el deudor solicitante esté en estado de insolvencia y se cumplan los presupuestos del artículo 6 de la Ley Concursal.
Con esta base, se dice que la existencia de un activo mínimo realizable no es requisito imprescindible para la declaración del concurso y se dice que lo contrario podría ser lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).
Se hace también referencia a la dificultad inicial de valorar la inexistencia de activo con la sola
declaración del deudor y sin haber oído previamente a los acreedores, a lo que se añade que el artículo 176.2 y 4 de la Ley exige un informe motivado de los administradores concursales para decretar la conclusión del concurso sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables. Y se hace necesaria la terminación de la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad de terceros.
Otro motivo favorable a la declaración de concurso en tales casos de aparente falta inicial de activo es que con la inicial inadmisión se priva a los acreedores de las alternativas de cobro que el concurso abre, con la posibilidad de una reintegración de la masa activa o de declaración de culpabilidad del concurso y en su caso de responsabilidad del administrador, lo que posibilitaría pagar todos o parte de los créditos no satisfechos, además de poder reabrir un concurso cerrado si aparecieran bienes con posterioridad.
A estos argumentos, que compartimos, podemos añadir el de la obligación legal del deudor de solicitar el concurso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley Concursal y la sanción que impone en caso contrario al mismo el artículo 165 de dicha norma, como presunción iuris tantum, de dolo o culpa grave del deudor en la generación de la insolvencia al incumplir el deber de solicitar esa declaración, lo que parece incompatible con ese archivo inicial. Puede además fomentar la posibilidad, si no se admiten los concursos sin aparente masa, de descapitalización de empresas por el simple expediente de vaciamiento patrimonial (RIFÁ SOLER, J.M., "La Declaración del concurso" en Las Claves de la Ley Concursal. Ed. Thomson-Aranzadi 2005. PULGAR EZQUERRA, J., "La Declaración del Concurso de Acreedores". Ed. La Ley).
En el mismo sentido favorable a la declaración del concurso en tales supuestos de inicial apariencia de falta de activo se sigue pronunciando la citada Secc. 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Tanto en el Auto de 3 de abril de 2008 (AC 20008,1024), invocado por la parte apelante, como en el posterior de 5 de mayo de 2008 (AC 2008,1087). Se recuerda en estas resoluciones que la negativa a la declaración de concurso en el umbral del proceso y por el motivo a que nos venimos refiriendo es causa de que
"los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso".
Entendemos por tanto que resulta necesario, como pretende el recurrente, la admisión del procedimiento a trámite, sin perjuicio de que una vez que se constate, de acuerdo a lo establecido en el artículo 176.1.4º de la Ley Concursal, mediando los debidos informes, la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes por la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros que pudieran haber sido declarados responsables, se proceda a la conclusión del concurso.”: AAP Castellón (Sección 3) 19.04.2010 (Auto 69/2010; Rollo 57/2010)

“PRIMERO.- Interpone recurso de apelación la representación procesal de don Fabio frente a la resolución del Juzgado de lo Mercantil de fecha 11 de Julio de 2009 que acuerda denegar su solicitud de que se declare su estado de concurso voluntario, solicitando la revocación de este pronunciamiento y que se acuerde haber lugar a declarar en estado de concurso voluntario al recurrente.
En el apartado primero del recurso se hacen alegaciones destinadas a justificar que concurre el
requisito de pluralidad de acreedores, resultando irrelevantes y por ello innecesario entrar en el examen de las mismas, dado que la resolución de instancia no rechaza la petición de que se declare el estado de concurso voluntario de don Fabio por faltar este requisito, siendo el único motivo de que se inadmita su petición, según se razona en la resolución apelada, el no concurrir el requisito de contar con un activo mínimo suficiente para atender a las finalidades del concurso, afirmándose que atendida la relación del activo presentado con la demanda queda reducido a unas sumas monetarias limitadas que impiden de partida cualquiera de las

soluciones posibles para satisfacer el interés de los acreedores y que su destino será exclusivamente el satisfacer los propios gastos del concurso.
La parte recurrente alega que existe activo suficiente para hacer frente a los gastos del concurso y que en la Ley Concursal no se indica nada al respecto, cumpliéndose los requisitos legales para que se declare el concurso en el presente supuesto, afirmando que el recurrente ejerce su derecho y obligación de solicitar el concurso voluntario.
Pues bien, ya nos hemos pronunciado en resoluciones anteriores sobre la cuestión que es objeto del presente recurso, si la inexistencia de un activo mínimo realizable para poder satisfacer los gastos del concurso y los créditos concurrentes es causa de inadmisión a trámite del procedimiento, entendiendo esta Sección Tercera que no es causa determinante de la inadmisión de forma uniforme en las distintas resoluciones en que se ha planteado y decidido, entre ellas los Autos número 100 de 27 de Abril de 2009, número 153 de fecha 15 de Julio de 2009 y número 276 de 22 de Diciembre de 2009.
En todos estos supuestos la inadmisión de la petición de la declaración de concurso se había fundado en la falta de activo y se acordó la revocación de la resolución apelada y la procedencia de la declaración de concurso, debiendo ahora reiterar los argumentos expuestos al decidir esta cuestión, señalando que estos argumentos son idénticos en cuanto se refriere a la misma a los que se exponen en la resolución del recurso formulado en su día por doña Pilar (siendo esta una de las socias del recurrente a que se hace referencia en el recurso) mediante Auto número 206 de fecha 8 de Octubre de 2009, si bien en aquel supuesto el recurso se rechazó y se mantuvo la resolución denegatoria de su petición de declaración de Concurso en cuanto que se fundaba además en la falta del requisito de pluralidad de acreedores.
Pues bien, reiteramos lo que dijimos en estas resoluciones para resolver idéntica cuestión a la que ahora se plantea: Como la resolución apelada reconoce, el requisito de contar con un activo mínimo no se recoge explícitamente en la Ley Concursal, aunque a criterio del resolvente de primer grado resulta el mismo en la medida en que dicha falta es una de las causas de finalización del concurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 176.4 de la Ley Concursal, por lo que también lo debe ser impeditiva de la tramitación desde un principio, pues es necesaria liquidez para atender a los gastos iniciales que conlleva poner en marcha el procedimiento, por lo que la carencia de activo compromete su viabilidad.
No ignoramos lo polémico de la cuestión planteada. Si ya al inicio del proceso se supone la inexistencia de un activo mínimo para hacer frente a las costas del procedimiento, parece que resulta obvia, por anunciada, cuál ha de ser el final del proceso, lo que ha propiciado diferentes posturas de las Audiencia Provinciales al respecto.
Así, se niega la viabilidad de un procedimiento concursal por la falta de existencia de masa activa, entre otras, en las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 30 de enero de 2006, por la Audiencia Provincial de la Rioja de fecha 6 de julio de 2007 y por la de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 12 de julio de 2007.
También algunos comentaristas de la Ley Concursal han defendido que es un presupuesto objetivo del concurso la masa suficiente para atender, cuando menos, los gastos de tramitación procesal (FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. Comentario al artículo 7 de la Ley Concursal. "Derecho Concursal Práctico", Editorial La Ley).
Pero no faltan pronunciamientos en sentido contrario. En este sentido, podemos citar los Autos núm. 55 de fecha 22 de febrero de 2007 y el nº 185 de 14 de junio de 2007, de la Secc. 15ª (Mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona.
Consideramos más convincentes los argumentos favorables a la admisión del concurso en tales casos de aparente falta de activo. En este sentido, se alude a la inexistencia de previsión legal y a la obligación de efectuar la declaración del concurso cuando se ha cumplido la exigencia de que el deudor solicitante esté en estado de insolvencia y se cumplan los presupuestos del artículo 6 de la Ley Concursal.
Con esta base, se dice que la existencia de un activo mínimo realizable no es requisito imprescindible para la declaración del concurso y se dice que lo contrario podría ser lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).
Se hace también referencia a la dificultad inicial de valorar la inexistencia de activo con la sola
declaración del deudor y sin haber oído previamente a los acreedores, a lo que se añade que el artículo 176.2 y 4 de la Ley exige un informe motivado de los administradores concursales para decretar la conclusión del concurso sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables. Y se hace necesaria la terminación de la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad de terceros.
Otro motivo favorable a la declaración de concurso en tales casos de aparente falta inicial de activo es que con la inicial inadmisión se priva a los acreedores de las alternativas de cobro que el concurso abre, con la posibilidad de una reintegración de la masa activa o de declaración de culpabilidad del concurso y en su caso de responsabilidad del administrador, lo que posibilitaría pagar todos o parte de los créditos no satisfechos, además de poder reabrir un concurso cerrado si aparecieran bienes con posterioridad.
A estos argumentos, que compartimos, podemos añadir el de la obligación legal del deudor de solicitar el concurso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley Concursal y la sanción que impone en caso contrario al mismo el artículo 165 de dicha norma, como presunción iuris tantum, de dolo o culpa grave del deudor en la generación de la insolvencia al incumplir el deber de solicitar esa declaración, lo que parece incompatible con ese archivo inicial. Puede además fomentar la posibilidad, si no se admiten los concursos sin aparente masa, de descapitalización de empresas por el simple expediente de vaciamiento patrimonial (RIFÁ SOLER, J.M., "La Declaración del concurso" en Las Claves de la Ley Concursal. Ed. Thomson-Aranzadi 2005. PULGAR EZQUERRA, J., "La Declaración del Concurso de Acreedores". Ed. La Ley).

En el mismo sentido favorable a la declaración del concurso en tales supuestos de inicial apariencia de falta de activo se sigue pronunciando la citada Secc. 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Tanto en el Auto de 3 de abril de 2008 (AC 20008,1024), invocado por la parte apelante, como en el posterior de 5 de mayo de 2008 (AC 2008,1087). Se recuerda en estas resoluciones que la negativa a la declaración de concurso en el umbral del proceso y por el motivo a que nos venimos refiriendo es causa de que "los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso".
Entendemos por tanto que resulta necesario, como pretende el recurrente, la admisión del procedimiento a trámite, sin perjuicio de que una vez que se constate, de acuerdo a lo establecido en el artículo 176.1.4º de la Ley Concursal, mediando los debidos informes, la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes por la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros que pudieran haber sido declarados responsables, se proceda a la conclusión del concurso.
Conforme a todo lo razonado que da respuesta a lo alegado en este caso por la parte recurrente sobre la cuestión que es objeto de la alzada, ya que la posible acumulación al concurso de la mercantil Indemne Habitat S.L no ha sido objeto de la resolución recurrida y en consecuencia tampoco puede serlo de la presente, procede la estimación del recurso de apelación acordando, conforme a lo interesado en el mismo, la admisión de la declaración de concurso solicitada por el recurrente.”: AAP Castellón (Sección 3) 25.06.2010 (Auto 137/2010; Rollo 463/2009)

AAP Girona 2012

“PRIMERO.-La parte actora solicitó que ser declarado en concurso de acreedores por encontrarse en situación de insolvencia al no poder hacer frente a sus obligaciones.
A la vista del inventario del que resulta que el único activo con el que cuenta el solicitante es su pensión de jubilación cuyo importe, 774 euros mensuales, es en su mayor parte inembargable, el juzgado considera que falta uno de los presupuestos del concurso, la existencia de un mínimo de masa activa que permita hacer frente a los gastos que genera el propio concurso.
El solicitante se alza contra la resolución de inadmisión por entender, aunque sin decirlo expresamente, que incurre en error de derecho en tanto contraviene lo dispuesto en el artículo 176 del al Ley Concursal.
SEGUNDO.-La Ley concursal no establece de forma expresa la existencia de activo como uno de los presupuestos de la declaración de concurso, es cierto que, si tenemos en cuenta la finalidad principal del procedimiento, esto es la ordenación del patrimonio del deudor para hacer pago de forma total o parcial, pero en cualquier caso, razonable a los acreedores, la existencia de una masa activa mínima que permita dar cumplimiento a dicho fin, podría parecer que se constituye en un presupuesto implícito de la declaración de concurso.
Pese a ello hay que tener en cuenta que el artículo 176.1.4º, en sede de conclusión del concurso establece que procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en "cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores" y añade en el apartado 4 que "El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas" permiten concluir que no es posible, aun cuando pudiera parecer lo más razonable desde un punto de vista práctico en un supuesto como el presente, la inadmisión ad limine de la solicitud de concurso con base en la inexistencia de bienes. De ambos preceptos resulta el mandato legal de, en supuestos como el presente en que la masa activa es insuficiente no sólo para satisfacer a los acreedores, sino también para satisfacer los costes del procedimiento, admitir el concurso, sin perjuicio de declararlo posteriormente concluso, pero habiendo comprobado previamente la imposibilidad de ejercitar acciones que pudieran redundar en un aumento de la masa activa o en una ampliación de los sujetos responsables o de los patrimonios que pudieran responder. La ratio de los preceptos transcritos, que impiden la inadmisión ad limine del concurso en supuestos como el presente, no es otra que la necesidad de que el administrador concursal nombrado valore la posibilidad de a) ejercitar acciones de reintegración, b) ejercitar acciones de responsabilidad frente a terceros, c) declarar, mediante la sección de calificación, la responsabilidad personal y patrimonial de quien aparezca como culpable.
Ciertamente la cuestión no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, por lo que existen resoluciones contradictorias de las audiencias, peor lo cierto es que la dicción literal de los preceptos transcritos obliga a declarar el concurso, sin perjuicio de su posterior conclusión una vez comprobada la imposibilidad de reintegrar o reconstruir el activo de la concursada mediante el ejercicio de las acciones mencionadas. A mayor abundamiento conviene señalar que la reforma de la Ley Concursal que entra en vigor el 1 de enero de 2012, por lo tanto no resulta aplicable a este supuesto, regula en el artículo 176 bis la conclusión del concurso sin masa, interpretando con ello la legislación anterior. Resulta evidente que dicha interpretación va en la línea ya expuesta de rechazar la posibilidad de inadmisión de una solicitud de concurso, sin perjuicio de que proceda su

conclusión inmediata en el propio auto de declaración.”: AAP Girona (Sección 1) 10.01.2012 (Auto 1/2012; Rollo 600/2011)

“PRIMERO.-Frente al auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Girona en que inadmite la solicitud formulada por la parte actora en que solicitó ser declarado en concurso de acreedores por encontrarse en situación de insolvencia al no poder hacer frente a sus obligaciones, se alza el mismo contra dicha resolución invocando una errónea aplicación del derecho.
El auto recurrido fundamenta la inadmisión del concurso voluntario instado por el apelante en la inexistencia de un solo bien que pueda ser realizado en el procedimiento concursal, ni siquiera para cubrir los eventuales y seguros gastos que el procedimiento concursal conlleva, y ello en aplicación de la normativa contenida en el Art 176.1 3 º y 176 bis 4) ambos de la Ley Concursal, y en atención al criterio mantenido por esta Sala en las resoluciones citadas en el auto recurrido.
SEGUNDO.-Las resoluciones que han venido manteniendo el criterio de esta Sala se basan, ya que de forma explícita la Ley concursal no prevé el estado de insolvencia o la falta de todo bien y derecho como causa de inadmisión de la solicitud, en razones de economía procesal y seguridad jurídica que permiten la acogida, por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la anterior regulación legal del procedimiento de insolvencia, en la que se otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de la conclusión "ab initio" del concurso en los casos en que quedaba acreditada la inexistencia de bienes y derechos del deudor, aunque tampoco en aquel marco legal existía una previsión legal en tal sentido.
Si bien esta Sala ha venido manteniendo el criterio que recoge el auto apelado, y siendo una cuestión que no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, en atención a la reforma de la Ley Concursal que entro en vigor el 1 de enero de 2012, el Art 176 bis regula la conclusión del concurso sin masa, interpretando con ello la legislación anterior. Resulta evidente que dicha interpretación va en la línea contraria a la mantenida anteriormente por esta Sala de rechazar la posibilidad de inadmisión de una solicitud de concurso, y en este sentido ya ha sido resuelto por esta Sala en auto de fecha 10 de enero de 2012, en el Rollo de apelación 600/2011, en dicha resolución se acordó a la vista de las circunstancias del caso sometido a deliberación que se estimaba el recurso si bien ya se razonaba que lo procedente en casos como el presente era admitir y archivar el concurso y ello en base a la regulación del Art 176.1.4º que, en sede de conclusión del concurso, establece que procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en "cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores" y añade en el apartado 4 que "El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas" habremos de concluir que no es posible, aun cuando pudiera parecer lo más razonable en un supuesto como el presente, la inadmisión ad limine de la solicitud de concurso con base en la inexistencia de bienes. De los preceptos transcritos resulta que lo procedente es admitir el concurso, aun en supuestos como el presente en que la masa activa es insuficiente para satisfacer a los acreedores, sin perjuicio de declararlo posteriormente concluso, pero habiendo comprobado previamente la imposibilidad de ejercitar acciones que pudieran redundar en un aumento de la masa activa o en una ampliación de los sujetos responsables o de los patrimonios que pudieran responder. La ratio de los preceptos transcritos no es otra que la necesidad de que el administrador concursal nombrado valore la posibilidad de a) ejercitar acciones de reintegración, b) ejercitar acciones de responsabilidad frente a terceros, c) lograr, mediante la sección de calificación, la declaración de responsabilidad personal y patrimonial de quien aparezca como culpable."
Sentado lo anterior y como hemos referido el art. 176.1o L.C. apartado cuarto, dispone que se procederá a la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Como se ha indicado, la resolución recurrida alude a esta norma al entender que, si ya desde un principio, por indicarlo así la solicitante en la propia petición de declaración de concurso, se puede constatar la inexistencia de bienes y derechos propios ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Cierto que, la norma del art. 176 no es, por sí sola, suficiente para sustentar la inadmisión "ad limine litis"; es propiamente una causa de conclusión que, además, exige con carácter previo la admisión a trámite del concurso y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendiente de ser ejercida y que puedan dar lugar a la ampliación de los patrimonio Pero ese obstáculo formal es más teórico que real en el caso examinado; ya se ha repetido que la finalidad del concurso es la de satisfacer a los acreedores, para lo que es imprescindible la existencia de bienes o derechos con que garantizar sus créditos o, cuanto menos, que haya una mínima certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal puede llegara surgir dicho patrimonio, o quedar vinculados otros patrimonios diferentes al del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.
Es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir a otros patrimonios para satisfacción de los acreedores lo que se erige en un obstáculo para la inadmisión inicial.
En este caso no hay el menor atisbo de procedencia y viabilidad de acciones de reintegración (arts. 71 y ss. L.C.), ni de acciones rescisorias ni de otras de impugnación de actos del solicitante que puedan ejercitarse ante el juez del concurso (art. 71.6o).
Al tratarse de una persona natural y no jurídica, resultan además inaplicables la mayoría de los supuestos que prevé la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o añadir a este otros que también tengan que

responder para completar el pago a los acreedores. Así, no cabe la reclamación de desembolsos de aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 L.C.), ni acudir a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios (art. 48.5 L.C.) ni a la responsabilidad en que dieran incurrir los administradores de hechos o de derecho o los liquidadores (art. 172.3), con la posibilidad de recurrir al embargo del Art. 48.5; ni cabe hablar de terceros que pudieran resultar cómplices (art. 166 L.C.), pues, en el caso que nos ocupa no hay indicio alguno de la intervención de tales terceros, no participando la solicitante en sociedad ni en actividad mercantil alguna.
Finalmente, al no ser una persona jurídica, tampoco cabe acudir a las posibles acciones de responsabilidad de los administradores sociales, ya por incumplimiento del deber de instar la declaración del concurso en el plazo legal (arts. 105.5o L.S.R.L. y 262 L.S.A.) o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y ss. L.S.A., a los que se remite la L.S.R.L.)
En definitiva, en este caso no hay sino un patrimonio inicial del deudor, negativo, sin posibilidad alguna de que se altere a lo largo del concurso. Siendo tal patrimonio inexistente, la satisfacción de los acreedores, fin del concurso, no puede cumplirse de ninguna manera.
Como señala la A.P. de Pontevedra en el auto de 15-4-2.009, que "lo hasta ahora expuesto no implica tanto una inadmisión de la solicitud por motivos formales cuanto una desestimación de la misma por motivos de fondo. Y cumple recordar, en alusión a la falta de tutela judicial efectiva, que el Tribunal Constitucional, de forma reiterada ha senalado que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo del asunto de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas, SS.T.C. 198/2.000 de 24 de julioy89/2.001 de 2 de abril)".
En el caso presente del inventario relacionado y valorado por el Juez " a quo ", la única finca de la que es propietario corresponde al solicitante por mitades indivisas, la cual en el año 2007 fue valorada en 302.000 euros y responde de una deuda garantizadas con un préstamo hipotecario del que retarían 215.285 euros pendientes de pago y la misma es objeto de una ejecución hipotecaria en un procedimiento ejecutivo que se sigue ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santa Coloma de Farners, y, como recoge el auto apelado de conformidad con lo dispuesto en el Art 55 y 58.1 de la LC al no estar afecta dicha vivienda a una actividad productiva del concursado no existe obstáculo alguno para la ejecución siga adelante y se proceda a la realización del único bien de que dispone el apelante en consecuencia no consta la existencia de bien alguno. A la vista de lo cual deberá de estarse a lo resuelto anteriormente, es decir admitir a trámite sin perjuicio de que se proceda a su conclusión inmediata en el propio auto de declaración, como ya se resolvió en el auto de esta Sala referido anteriormente, lo cual conlleva a la estimación parcial del recurso“.AAP Girona (Sección 1) 25.04.2012 (Auto 73/2012; Rollo 190/2012)

AP Las Palmas

“PRIMERO Constituye el objeto del recuro se apelación elauto de fecha 12 de diciembre del 2.008, que a su vez desestimó el recurso de reposición interpuesto contra elauto de fecha 3 de noviembre del 2.008 por el que se inadmitía la solicitud de concurso voluntario instada por los recurrentes al considerar la Juez a Quo que no existía masa activa suficiente con la que satisfacer parte de los créditos al carecer los actores de bienes a excepción de una vivienda que es objeto de un procedimiento de ejecución judicial y frente a dicho auto se alza la parte apelante alegando que sí que existe masa activa suficiente.
SEGUNDO Esta Sala en contra de lo que se sostiene por la Juez a quo, estima que existen razones que impiden la inadmisión ad limine litis del concurso voluntario por insuficiencia de activo, siendo este el criterio mayoritario expuesto en numerosas resoluciones de otras Audiencias como los autos de laAudiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio del 2007 o 3 de abril del 2.008 y efectivamente y como ya apuntan dichas resoluciones, laLey Concursal señala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir y así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso no presentes en losartículos 2, 3, 6 y 7 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que el deudor carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado de lo Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (resaltamos que para el Sr. Magistrado el archivo no se basa en razones de comodidad u oportunidad, sino en la utilidad intrínseca de las normas jurídicas), existen razones más poderosas para admitir a trámite y, en su caso, declarar el concurso.

De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando o siendo pacífico su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso.
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en elartículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial de la solicitud que no existe activo alguno realizable. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo elartículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y elartículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la solicitud del concurso.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, la LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC).
Concluimos, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en elartículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia o insuficiencia de activo realizable (que es concretamente el caso de autos, deducida por la Juez a quo del procedimiento de ejecución judicial contra el inmueble de los actores, silenciando que los mismos cuentas con nóminas regulares de trabajo que también forma parte del activo) no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso necesario.
Por todo lo expuesto esta Sala considera que debe estimarse el recurso de apelación interpuesto contra elauto de fecha 12 de diciembre del 2.008, dejando sin efecto lo acordado en el mismo, debiendo en su consecuencia el Juez a quo proceder a la declaración del concurso voluntario promovido por la representación procesal de DONJosé y D ªElena o en caso de estimar insuficiente la documental aportada por los mimos requerirlos en la forma que ordena elartículo 14 de la Ley Concursal, sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre costas.”: AAP Las Palmas (Sección 4) 17.09.2009 (JUR 2009/484326: Auto 195/2009; Rollo 366/2009)

“PRIMERO Los actores, matrimonio en régimen de gananciales, presentaron solicitud de declaración de concurso voluntario, aportando justificantes de encontrarse el Sr. Dueña inscrito en el Servicio Canario de Empleo, percibiendo el subsidio por desempleo, alegando que los únicos bienes son su vivienda habitual y un vehículo Ford, aportando copias simples de las escrituras de compraventa de la vivienda y de crédito abierto con garantía hipotecaria con La Caixa, de igual fecha, y de contrato financiación a comprador de vehículos, asi como la relación de cuatro acreedores, BBVA, FCE BANK, Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona y CITIFIN, con deudas por importes respectivos de 14.500 ?, 7.318,79 ?, 185.373,17 ? y 6.486 ?, aportando las certificaciones correspondientes como documentos nº 6, 7, 8 y 9, así como el requerimiento efectuado por CITIFIN, habiendo sido reclamada la deuda que tiene con La Caixa en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Las Palmas (Pdto. de Ejecución Judicial 163/08), habiendo actuado en la presente demanda de concurso voluntario con Abogado de oficio y Procurador de oficio, por ser beneficiarios de justicia gratuita. Con base en dichas consideraciones, se sostiene en la demanda que existe una situación de insolvencia, con imposibilidad de cumplir con sus obligaciones.
El Auto apelado desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Auto que inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario, por carecer de bienes el instante e incluso de numerario con el que hacer frente a la primera publicación del concurso.
SEGUNDO El criterio mantenido por esta Sala sobre la cuestión planteada se contiene en elAuto de 17 de septiembre de 2009, dictado en el Rollo 366/2009, cuyo Fundamento Segundo se transcribe a continuación.
" Esta Sala en contra de lo que se sostiene por la Juez a quo, estima que existen razones que impiden la inadmisión ad limine litis del concurso voluntario por insuficiencia de activo, siendo este el criterio mayoritario expuesto en numerosas resoluciones de otras Audiencias como los autos de laAudiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio del 2007 o 3 de abril del 2.008 y efectivamente y como ya apuntan dichas resoluciones, laLey Concursal señala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir y así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso no presentes en losartículos 2, 3, 6 y 7 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.

Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que el deudor carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado de lo Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (resaltamos que para el Sr. Magistrado el archivo no se basa en razones de comodidad u oportunidad, sino en la utilidad intrínseca de las normas jurídicas), existen razones más poderosas para admitir a trámite y, en su caso, declarar el concurso.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando o siendo pacífico su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso.
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en elartículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial de la solicitud que no existe activo alguno realizable. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo elartículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y elartículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la solicitud del concurso.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, la LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC).
Concluimos, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en elartículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia o insuficiencia de activo realizable (que es concretamente el caso de autos, deducida por la Juez a quo del procedimiento de ejecución judicial contra el inmueble de los actores, silenciando que los mismos cuentan con nóminas regulares de trabajo que también forma parte del activo) no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario".
TERCERO El anterior razonamiento es aplicable el caso de autos dada la identidad sustancial de supuestos, deduciéndose, en consecuencia, la procedencia de estimar el recurso, interpuesto, revocando la resolución recurrida, debiendo en su consecuencia el Juez a quo proceder a la declaración del concurso voluntario, o en caso de estimar insuficiente la documental aportada, requerirlos en la forma que ordena elartículo 14 de la Ley Concursal, sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre costas.”: AAP Las Palmas (Sección 4) 10.11.2009 (Auto 251/2009; Rollo 447/2009)

“PRIMERO Constituye el objeto del recuro se apelación elauto de fecha 19 de mayo del 2.009, que a su vez desestimó el recurso de reposición interpuesto contra elauto de fecha 5 de marzo del 2.009 por el que se desestimaba la solicitud de concurso voluntario formulada por la representación procesal de DONLuis Miguel al considerar básicamente el Juez a Quo que no existía masa activa suficiente con la que satisfacer los créditos de los deudores al contar únicamente el actor con la mitad indivisa de una vivienda con garantía hipotecario y frente a dicho auto se alza la parte apelante alegando que el actor sí posee bienes y patrimonio.
SEGUNDO Esta Sala en contra de lo que se sostiene por el Juez a quo, estima que existen razones que impiden la inadmisión ad limine litis del concurso voluntario por insuficiencia de activo, siendo este el criterio mayoritario expuesto en numerosas resoluciones de otras Audiencias como los autos de laAudiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio del 2007 o 3 de abril del 2.008 y efectivamente y como ya apuntan dichas resoluciones, laLey Concursal señala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir y así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso no presentes en losartículos 2, 3, 6 y 7 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la

declaración del concurso desde el primer momento No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que el deudor carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado de lo Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (resaltamos que para el Sr. Magistrado el archivo no se basa en razones de comodidad u oportunidad, sino en la utilidad intrínseca de las normas jurídicas), existen razones más poderosas para admitir a trámite y, en su caso, declarar el concurso.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando o siendo pacífico su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso.
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en elartículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial de la solicitud que no existe activo alguno realizable. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo elartículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y elartículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la solicitud del concurso.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, la LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC).
Concluimos, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en elartículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia o insuficiencia de activo realizable (que es concretamente el caso de autos, deducida por el Juez a quo de que el actor solo cuenta con su prestación por desempleo temporal de 796?11 euros y la mitad indivisa de una casa gravada con una hipoteca de 219.211 euros, contando con otras deudas personales) no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.
Por todo lo expuesto esta Sala considera que debe estimarse el recurso de apelación interpuesto contra elauto de fecha 19 de mayo del 2.009, dejando sin efecto lo acordado en el mismo, debiendo en su consecuencia el Juez a quo proceder a la declaración del concurso voluntario promovido por la representación procesal de DONLuis Miguel o en caso de estimar insuficiente la documental aportada por el mimo requerirlo en la forma que ordena elartículo 14 de la Ley Concursal, sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre costas.”: AAP Las Palmas (Sección 4) 19.11.2009 (JUR 2010/77609; Auto 259/2009; Rollo 657/2009)

“PRIMERO Constituye el objeto del recuro se apelación elauto de fecha 19 de mayo del 2.009, que a su vez desestimó el recurso de reposición interpuesto contra elauto de fecha 5 de marzo del 2.009 por el que se desestimaba la solicitud de concurso voluntario formulada por la representación procesal de donAnton y doñaFrida al considerar básicamente el Juez a Quo que no existía masa activa con la que satisfacer los créditos de los deudores y frente a dicho auto se alza la parte apelante alegando que concurren los requisitos necesarios para que se declare en situación de concurso voluntario visto su estado de insolvencia actual y la concurrencia de los demás requisitos necesarios para ello.
SEGUNDO Esta Sala en contra de lo que se sostiene por el Juez a quo, estima que existen razones que impiden la inadmisión ad limine litis del concurso voluntario por insuficiencia de activo, siendo este el criterio mayoritario expuesto en numerosas resoluciones de otras Audiencias como los autos de laAudiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio del 2007 o 3 de abril del 2.008 y efectivamente y como ya apuntan dichas resoluciones, laLey Concursal señala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir y así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso no presentes en losartículos 2, 3, 6 y 7 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.
Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento. No podemos desconocer que la declaración del concurso,

cuando consta ab initio que el deudor carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado de lo Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (resaltamos que para el Sr. Magistrado el archivo no se basa en razones de comodidad u oportunidad, sino en la utilidad intrínseca de las normas jurídicas), existen razones más poderosas para admitir a trámite y, en su caso, declarar el concurso.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando o siendo pacífico su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso.
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en elartículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial de la solicitud que no existe activo alguno realizable. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo elartículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y elartículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la solicitud del concurso.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, la LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC).
Concluimos, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en elartículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia o insuficiencia de activo realizable. En el caso los recurrentes cuentan al menos con una vivienda de unos 122 m2 que pertenece a su sociedad de gananciales y una cuenta corriente que se nutre con el salario que percibe la esposa..
Por todo lo expuesto esta Sala considera que debe estimarse el recurso de apelación interpuesto contra elauto de fecha 19 de mayo del 2.009, dejando sin efecto lo acordado en el mismo, debiendo en su consecuencia el Juez a quo proceder a la declaración del concurso voluntario promovido por la representación procesal de donAnton y doñaFrida o en caso de estimar insuficiente la documental aportada por el mimo requerirlo en la forma que ordena elartículo 14 de la Ley Concursal, sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre costas.”: AAP Las Palmas (Sección 4) 23.12.2009 (JUR 2010/159784; Auto 288/2009; Rollo 658/2009)

“PRIMERO.- Constituye el objeto del recuro se apelación el auto de fecha 27 de abril del 2.009 y su derivado de fecha 21 de mayo del 2009 por el que se inadmitía la solicitud de concurso voluntario instada por el recurrente al considerar la Juez a Quo que el solicitante del concurso no tenía bienes y derechos con los que satisfacer a los acreederos, esto es por iniexistencia de masa activa suficiente con la que satisfacer parte de los créditos, pues solo contaba el actor con una vivienda y dos plazas de garajes que estaban hipotecadas, siendo así que su valor de tasación en el ano 2006, ano de mayor bonanza económica ascendía a 245.778 euros, cantidad inferior a la totalidad del pasivo que se manifiesta de 295.556#12 euros y frente a dicho auto se alza la parte apelante alegando en síntesis que la insuficiencia de activo no es causa legal de inadmisión del concurso, denunciándose la infracción de lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.- Esta Sala y siguiendo un criterio contrario al que se sostiene por la Juez a quo y como ya ha establecido en anteriores resoluciones de fechas 17 de septiembre del 2009, recaída en el rollo de apelación 366/3009 o de 19 de noviembre del 2009, recaída en el rollo de apelación 657/2009, estima que existen razones que impiden la inadmisión ad limine litis del concurso voluntario por insuficiencia de activo, siendo este el criterio mayoritario expuesto en numerosas resoluciones de otras Audiencias como los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio del 2007 o 3 de abril del 2.008 o la más reciente de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 22 de diciembre del 2009, y efectivamente y como ya apuntan dichas resoluciones, la Ley Concursal senala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que "la solicitud o la documentación que la acompana adolecen de algún defecto", pudiéndose admitir y así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso no presentes en los artículos 2, 3, 6 y 7 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.

Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que el deudor carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado de lo Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan. Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (resaltamos que para el Sr. Magistrado el archivo no se basa en razones de comodidad u oportunidad, sino en la utilidad intrínseca de las normas jurídicas), existen razones más poderosas para admitir a trámite y, en su caso, declarar el concurso.
De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando o siendo pacífico su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso.
Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4o que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial de la solicitud que no existe activo alguno realizable. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la solicitud del concurso.
Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, la LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC).
Concluimos, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en el artículo 176.1.4o de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia o insuficiencia de activo realizable (que es concretamente el caso de autos, deducida por la Juez a quo de que el pasivo es superior al activo) no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso necesario.
Por todo lo expuesto esta Sala considera que debe estimarse el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 21 de mayo del 2.009, dejando sin efecto lo acordado en el mismo, debiendo en su consecuencia el Juez a quo proceder a la declaración del concurso voluntario promovido por la representación procesal de DON Florentino o en caso de estimar insuficiente la documental aportada por el mimo requerirlo en la forma que ordena el artículo 14 de la Ley Concursal, sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre costas.”: AAP Las Palmas (Sección 4) 14.01.2011 (Auto 7/2011; Rollo 390/2010)

AP Madrid

“En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía otro recurso que el de reposición y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad del recurso de apelación operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, procede desestimar el recurso de apelación ahora examinado por más que este tribunal comparta -como efectivamente comparte- el punto de vista de la apelante, ya que la inexistencia o insuficiencia de activos no constituye circunstancia capaz de determinar la desestimación "ab initio" de una solicitud de concurso, y no solo porque, en ausencia de informe de la Administración Concursal, no es posible afirmar con certeza que no existan bienes actuales susceptibles de realización, sino también -y acaso fundamentalmente- porque en ese momento se desconoce por completo si existen acciones de reintegración viables o de exigencia de responsabilidad de terceros(Art. 176-3 de la Ley Concursal), y, por lo tanto, si concurre o no una razonable probabilidad de que la ingresen en la masa bienes o derechos susceptibles de dar satisfacción, siquiera parcial o limitada, a los acreedores.”: AAP Madrid (Sección 28) 11.02.2011 (AC 2011/396; Auto 22/2011; Rollo 231/2010)

AP Vizcaya

“PRIMERO. - Frente al Auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil, que inadmite a trámite la solicitud de concurso voluntario presentado por la mercantil Gas Butano Innova SL, se alza la mercantil postulante de la declaración de concurso con la pretensión de revocación de la resolución recurrida y el dictado de otra en su lugar que admita a trámite la solicitud, alegando, como fundamento del recurso, infracción del art. 24 CE y de los arts. 2 y 5 L.C., 14 LC con relación al art. 403 LEC y error en la interpretación de la prueba documental.

SEGUNDO. - La alegación de infracción del art. 24 CE se fundamenta por el apelante en el cierre del acceso al procedimiento concursal que comporta la resolución recurrida.
La STC 27 de noviembre de 2000 dice que "Es reiterada la doctrina de este Tribunal en el sentido de que las decisiones judiciales, en todos los grados jurisdiccionales y cualesquiera que sean su contenido, sustantivo o procesal, y su sentido, favorable o desfavorable, han de exteriorizar el proceso mental que ha llevado a la parte dispositiva(...)el principio hermenéutico "pro actione" no puede ser utilizado para decidir si la acción existe o no. El ámbito en el que dicho principio opera con intensidad es el de la hora de acceder al sistema judicial para resolver, precisamente, los problemas del enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción, pero no el de la decisión del problema previo sobre si la acción existe o no, que es el que se suscita y resuelve en este proceso.
En aplicación del criterio expuesto no procede apreciar infracción del art. 24 CE pues la resolución recurrida explica las razones por las que considera que no procede admitir a tramite la solicitud de declaración de concurso, sustancialmente la insuficiencia de medios de la solicitante para atender los gastos del procedimiento concursal. Cuestión distinta es que se comporta o no el criterio del Juzgador "a quo" respecto a la procedencia de inadmisión a tramite de la declaración de concurso en el caso de insuficiencia de medios económicos del concursado.
TERCERO. -De los términos en los que se pronuncia los diversos preceptos de la Ley Concursal respecto a la presentación por el deudor de solicitud de concurso voluntario resulta tanto la obligatoriedad de la presentación de la solicitud como de la apertura de la declaración del concurso. Así, el art. 5 LC dispone en su nº 1 que "El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia." y en el número 3 exime de la obligación al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado conversaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. El art. 6 preceptúa que el deudor deberá expresar si el estado de insolvencia es provisional o definitivo y relaciona los documentos que deberá presentar el deudor con la solicitud de declaración de concurso. El art. 14 LC establece que cuando la solicitud se hubiera presentado por el deudor, el juez dictará Auto que declare el concurso si la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos a los que se refiere el art. 4.2 u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor, mientras que el art. 13 dispone que en el supuesto de que la solicitud o la documentación acompañada adolecieren de algún defecto señalará al solicitante plazo de justificación o subsanación. De otro lado, el art 176. LC, referente a causas de conclusión del concurso, dispone en el nº 4 que en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores. Por su parte, el art. 403.1 LEC, al que se remite la DA quinta LEC dispone en su número 1 que " las demandas unicamente se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente establecidas en la ley".
De los preceptos indicados infiere el Tribunal que la existencia de activo realizable no es un presupuesto de la declaración de concurso, pues los arts. 5 y 14 se expresan categóricamente sobre la obligación del deudor de solicitar el concurso y del Juez de declararlo, y si el legislador hubiera querido que la insuficiencia de activo realizable fuera causa de inadmisión de la declaración del concurso lo hubiera declarado expresamente como causa de inadmisión.
Y es que, como señala el AAP Barcelona 19 de julio de 2011 "...de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario. Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso".
En consecuencia, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, y estimando que la inexistencia de activo realizable no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario, procede admitir a tramite la solicitud de declaración de concurso.": AAP Vizcaya (Sección 4) 26.03.2012 (Auto 215/2012; Rollo 990/2011)

0.2.2 Debe denegarse

AP Baleares

“PRIMERO.-Es objeto de recurso un auto de inadmisión de un concurso voluntario, y debemos tener en cuenta los siguientes antecedentes:
1) La representación de la entidad Trust Loma Verde Internacional SL, dice que tiene su domicilio social en la Calle Castelló nº 24 de Madrid, pero opera en Alcudia, y se dedica a la compra, venta y alquiler de inmuebles, así como al asesoramiento jurídico y consultoría en materia inmobiliaria y urbanística; cuenta con una propiedad en la Calle Garrovers de Alcudia, que está alquilada con una renta de 650 euros al mes y cuenta con acuerdos de asesoramiento jurídico que comportarían unos ingresos de 2.000 euros al mes, y la situación de insolvencia se debe al retraso en la ejecución de dichos convenios de asesoramiento; que tiene como acreedores a Sa Nostra con un crédito hipotecario sobre el aludido inmueble con un capital no devuelto de 611.253,39 euros, más 94.800 euros como intereses y costas del procedimiento, objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria nº 402/09 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Inca; y por la Agencia Tributaria, un IBI de 995,64 euros y tasas de basuras por 100,50 euros relativos a dicho inmueble, ambos en fase ejecutiva.
2) En el auto recurrido se deniega la admisión de dicho concurso voluntario por dos motivos: A) Formalmente existen dos acreedores, pero, realmente en función de los fines del concurso, no existe ninguno; Sa Nostra ostenta un crédito hipotecario sobre el único activo de que dispone la sociedad, crédito que se está ejecutando en los Juzgados de Inca, y que tiene derecho a ejecución separada, sin perjuicio de un hipotético sometimiento voluntario a un eventual convenio, difícil de imaginar el presente asunto; se pretende desvirtuar el objeto del proceso para suspender una ejecución hipotecaria; que la Administración pública también ostenta un derecho de ejecución separada en los términos del artículo 55 de la LC, lo que permite sostener que tampoco se someterá a las directrices propias del procedimiento concursal, y, por tanto, podemos considerar como acreedor a los efectos que nos ocupan; y en tales circunstancias no aparece justificado un procedimiento concursal. B) Inexistencia de activo con el que afrontar el trámite pretendido, teniendo en cuenta las reglas del artículo 155 de la LC, con un privilegio especial.
3) Dicha resolución es apelada por la representación de la solicitante del concurso con referencia a que considera se cumplen los presupuestos objetivos y subjetivos exigidos por los artículos 1 y 2 de la LC, respecto de cualquier deudor y en una situación de insolvencia en la que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles; que el artículo 5 LC dice que además de un derecho, es un deber, con el cual ha cumplido diligentemente al solicitar la declaración de concurso; con la inadmisión se ha vulnerado el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva, sin que ninguna norma exija el requisito de la pluralidad de acreedores; que con tal inadmisión se prescinde de las normas esenciales de procedimiento; y la norma impone un deber dentro del plazo de los dos meses desde que se conoce la situación de insolvencia.
SEGUNDO.-En el auto de 25 de junio de 2.009, rollo 214/2.009 se trató en abstracto sobre la posible inadmisibilidad de un concurso por falta de activo, y se señaló: " En relación con la falta de activo, como presupuesto objetivo para la declaración de un concurso, la Ley Concursal no contiene norma específica, sino que tal situación se regula en el artículo 176.1.4 de la misma como una causa de conclusión del concurso, en cualquier estado del procedimiento, "cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores.", y lo deberá ser por auto, previo informe de la administración concursal, lo cual implica que el concurso ha sido declarado y nombrada la citada administración.
En atención a tales circunstancias se suscita la controversia sobre si puede denegar la declaración de concurso por falta de activo con que satisfacer a los acreedores, situación no prevista específicamente en la LC, y esta Sala entiende que no existe óbice para ello, dado que el artículo antes citado lo permite en cualquier estado del procedimiento, si bien debe efectuarse con carácter restrictivo y en supuestos muy notorios, pues en la práctica en muchas ocasiones, con la sola petición de un concurso necesario es muy difícil conocer si serán posibles la interposición de acciones contra posibles terceros responsables, o acciones de reintegración de la masa activa.
Por la doctrina mayoritaria se reseña que, si no existe activo, ni son viables aquellas acciones ni es viable el concurso como procedimiento, los gastos y costas judiciales deben atenderse con cargo a la masa (artículo 84.2, 2º), lo cual supone que no podrá recurrirse a un letrado que promueva las acciones de reintegración o de responsabilidad que sean pertinentes, ni se podrán abonar los honorarios de la administración concursal. Es más, tampoco podrán publicarse los edictos ni llevarse a cabo el llamamiento a los acreedores del artículo 21.1-5º, ni se podría alcanzarse la doble finalidad perseguida por el concurso: la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio..... En conclusión, estimamos que un concurso puede no ser admitido por falta notoria de activo."
En el caso concreto existe un solo bien en el activo, un inmueble gravado con hipoteca en ejecución. Es evidente que la finalidad del solicitante del concurso es únicamente la suspensión de este procedimiento de ejecución al menos durante un año. Concordamos los argumentos recogidos en el auto recurrido, resaltando que ambos acreedores ostentan el beneficio de la ejecución separada, y si bien hipotéticamente pueden adherirse a un convenio, parece difícil de imaginar tal eventualidad, sin que aparezcan otros acreedores. Debemos recordar que conforme a la exposición de motivos de la Ley Concursal: A) La finalidad que se pretende alcanzar es lograr la satisfacción de los acreedores. B) Que la finalidad de la suspensión durante un año en las ejecuciones hipotecarias es procurar que "el normal desarrollo del procedimiento concursal no impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva...

paralización en tanto se negocia un convenio o se abra la liquidación con un máximo de un año desde la declaración del concurso...Este efecto de limitada y obligatoria espera se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva más beneficiosa del estado de insolvencia... el convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado que puede cumplirse a través de un convenio... salvar las empresas que se consideren total o parcialmente viables en beneficio no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses"
Concordamos el argumento que con dicha específica situación carece totalmente de eficacia práctica el nombramiento de un administrador concursal con sus gastos correspondientes, y con dos acreedores con derecho de ejecución separada es impensable que se acojan a convenio alguno y es imposible que se obtenga alguna de las finalidades expresadas en la exposición de motivos.
Ciertamente el artículo 5 LC recoge una obligación del deudor, y la misma ha sido cumplida, al igual parece que "prima facie" y a los limitados efectos que nos ocupan, se produce una situación de insolvencia en el sentido expresado por la norma, pero en tales circunstancias, la situación es equivalente a un concurso con total falta de activo a repartir entre unos inexistentes acreedores concursales sin derecho a ejecución separada, y en un supuesto en el que sólo se persigue una suspensión de la ejecución hipotecaria. Además el hecho de que exista más de un deudor es artificioso, pues con la cuantía de dos mensualidades de renta podían abonarse el IBI y la tasa.
El segundo motivo se presenta más dudoso porque siempre queda la posibilidad de si puede incrementarse el activo por el ejercicio de acciones de reintegración o de acciones de responsabilidad personal contra administradores de la sociedad, lo que es imposible predecir en un trámite previo. No obstante, la apreciación del motivo anterior es suficiente para entender desestimado el recurso de apelación.”: AAP Baleares (Sección 5) 25.01.2012 (Auto 14/2012; Rollo 454/2011)

AP Cáceres

Sólo en caso de falta absoluta de bienes

“PRIMERO En fecha 24 de septiembre de 2008 se dictó auto por el juzgado de primera instancia, denegando la admisión a trámite de la solicitud de concurso de acreedores promovida por la mercantil IBERGLODISA, S.L., y ello, por carecer la sociedad deudora de toda clase de bienes, lo que impide cumplir la finalidad del concurso, y disconforme la representación de la solicitante, se alza el recurso de apelación, alegando los siguientes motivos :1º) Que se rechaza la admisión del Concurso de acreedores "ad límine litis", sin ninguna actuación procesal y desconociendo datos técnicos o informes profesionales sobre la existencia del patrimonio. En el patrimonio figura el crédito frente a SETOVICH, S.L., que, de realizarse, cubre en exceso el pasivo social. Según elArt. 403 LEC, sólo es posible la inadmisión de la demanda en supuestos excepcionales, que no es el caso, pues elArt. 176.4 1º LC contempla la conclusión del Concurso en cualquier estado del procedimiento en el que se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado, con que satisfacer a los acreedores. Además, con carácter previo se exige informe de la Administración Concursal, favorable a la conclusión, y debe pronunciarse sobre los extremos del apartado 4º, y en todo caso, previa audiencia de las partes, como establece elArt. 176.2 LC. Tal es así, que basta para que una parte se oponga para que no sea posible la conclusión del procedimiento. Asimismo, elArt. 176.3 LCregula otro supuesto en el que no es posible la conclusión, aún no existiendo bienes y derechos. 2º) No es posible inadmitir a trámite la demanda por causas no previstas expresamente en la Ley, privando a las partes del derecho de defensa, impidiendo una resolución sobre el fondo de la cuestión, impidiendo adoptar medidas como la declaración de retroacción y otras que puedan satisfacer los derechos de los acreedores. 3º) La mercantil deudora está obligada a solicitar el Concurso, como le exige elArt. 5 LC, y cumpliendo la solicitud con todos los requisitos delArt. 6 LC, procede resolver de conformidad con elArt. 14 LC. En definitiva, la valoración t decisión de la existencia o no de bienes que permita aplicar elArt. 176 LC, requiere una mínima intervención técnica, un análisis del Administrador Judicial, por todo lo cual, solicita la revocación de la resolución recurrida, y en su lugar, se ordena la admisión a trámite del Concurso de Acreedores, solicitada por la mercantil IBERGLODISA, S.L.
SEGUNDO Centrados los términos del recurso, comenzar diciendo que el Juzgador de instancia ha denegado la admisión a trámite del Concurso de Acreedores con apoyo en elArt. 176.1.4º LC, al estimar que no existen bienes o derechos del concursado, alegando el recurrente, que ello no es posible porque ningún precepto de la Ley Concursal, ni de la LEC, permite acordar "ad límine litis" la inadmisión a trámite del concurso de acreedores, pues aún cuando se quiera aplicar elArt. 176.1.4º LC, como se dice en la resolución recurrida, debe cumplirse previamente lo dispuesto en elapartado 2 del mismo precepto, esto es, que en los tresúltimos casos del apartado anterior, entre los que se encuentra el apartado 4º, la conclusión se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas.
Además, el apartado 4, del mismo precepto, establece que "El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas.
En consecuencia, considera el recurrente que no es legalmente posible acordar la inadmisión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor, sin que previamente, se cumplan los trámites procesales y el perceptivo informe antes señalados.

TERCERO Pues bien, laLey Concursal establece en su Art. 2el presupuesto objetivo para que proceda la declaración del concurso, en caso de insolvencia del deudor común, encontrándose en dicha situación el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.
Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. El deudor que se encuentre en esa situación, no solo tiene el derecho, sino el deber de solicitar la declaración del concurso, expresando su estado de insolvencia y acompañando los documentos a que alude elapartado segundo del Art. 6 LC.
ElArt. 13 LC, establece que en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa, proveerá conforme a losArts. 14 ó 15, y si el juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto, señalará al solicitante un plazo de justificación o subsanación, que no podrá exceder de cinco días.
Justificado o subsanado dentro del plazo, el juez en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil proveerá conforme a losArts. 14 ó 15. En otro caso, el juez dictará auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud. Esta resolución será susceptible de recurso de reposición.
Es decir, es cierto que sólo contempla la Ley la posibilidad de declarar no haber lugar a la admisión de la solicitud, cuando se estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto, y éste no se justifique o subsane en el plazo legal., como también es cierto que no concurriendo ninguno de esos defectos, necesariamente, de forma obligatoria e imperativa, en aplicación delArt. 14.1 LC, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en elapartado 4 del Art. 2otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.
En todo caso, si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada, que no es el caso.
Finalmente, todo lo anterior ha de ponerse en relación con elArt. 176 LCque regula las causas de conclusión del concurso y su posterior archivo, entre las que se encuentra la prevista en su apartado 4, "En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores."
CUARTO La cuestión sobre si es posible declarar el concurso de un deudor sin masa, ha sido analizado por la doctrina y alguna jurisprudencia, no exenta de cierta polémica, desde el momento que no hay previsión expresa en la Ley Concursal que permite la no admisión de una solicitud de un deudor insolvente por falta de masa. Asimismo, como hemos visto, una de las causas de conclusión del concurso es, precisamente, la ausencia de bienes y derechos del concursado o de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores, como dispone elArt. 176.1.4 LCque permite acordar la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento".
Dicho precepto permite, que inmediatamente a ser declarado el concurso pueda concluirse por inexistencia de bienes o derechos con los que satisfacer a los acreedores, lo cual es lógico dadas las finalidades del concurso. No puede haber convenio, porque no hay recursos con los que proponerlo, ni puede haber liquidación porque nada hay que realizar.
Distintas son las razones invocadas sobre si es admisible un concurso, cuando el propio solicitante manifieste desde el principio, e incluso posteriormente, cuando fuere requerido para presentar inventario de bienes y derechos, que no hay absolutamente ningún bien o derecho que realizar.
Se han pronunciado a favor de la admisión losAutos de la Sección 15ª de la Audiencia de Barcelona, de 22 de febrero de 2006, y 14 de junio de 2007 (JUR 2007, 286038), revocando la inadmisión de la solicitud del concurso por falta de masa activa, mientras que otras Audiencias han estimado ajustado a Derecho la inadmisión cuando no existe ningún bien o derecho que realizar, como losAutos de la AP de Murcia, sección 4ª, de 30 enero 2006, o de la AP de Pontevedra, Secc. 1ª, de 12 de julio de 2007.
QUINTO Esta Audiencia Provincial no ha tenido ocasión de pronunciarse hasta ahora sobre esta cuestión, pero sí debemos convenir con aquellos razonamientos que se apoyan en que si no es posible convenio, porque no hay bienes para ofrecer la continuidad de la empresa, y no cabe liquidación, pues nada hay que liquidar, careciendo de finalidad el concurso solicitado, no siendo suficiente acudir al cumplimiento de la obligación prevista en elArt. 5 LC, y ello, porque el concurso se debiera haber presentado antes de quedarse sin bienes, y no aguardar a que no reste ni un solo elemento de su activo para reclamar tal declaración.
La obligación delArt. 5se impone en el término de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer de su estado de insolvencia, de modo que no puede considerarse que la solicitud del concurso atiende el requerimiento legal, pues cuando debió hacerse no se hizo, y cuando se hace, no quedan bienes para cumplir alguna de las finalidades del concurso.
Otro importante argumento es que la Ley Concursal no persigue que el deudor concursado se declare en concurso, ni que se tramite el proceso, lo que se permite a través de este procedimiento, es que aprovechándose de los beneficios que otorga el procedimiento concursal, se alcance un acuerdo con los acreedores que permita superar la insolvencia o se proceda a la liquidación ordenada, sin el caos y las prioridades que ocasionaría la concurrencia de varias ejecuciones singulares sobre los distintos activos del patrimonio del deudor. En consecuencia, parece obvio que ninguna de esas finalidades puede cumplirse, si se declara el concurso, pero después no puede haber convenio ni liquidación.
Otras razones de índole económica, con efectos para terceros, sería el impago a los profesionales que intervienen en dicho procedimiento, como el procurador que carecería de fondos para las preceptivas publicaciones, se designaría una administración concursal que no podrá percibir sus honorarios, y finalmente, no será posible alcanzar un convenio con los acreedores, ni liquidar un activo inexistente.

En consecuencia, sin perjuicio de los fundados motivos que se pueden utilizar en contra, esta Sala considera que es posible declarar la inadmisión a trámite del concurso voluntario cuando no existan bienes o derechos de clase alguna, con apoyo en los anteriores argumentos y en aras a la pura lógica, además de evitar un procedimiento que, en todo caso, se vería desprovisto de su verdadera finalidad. Es más, ante la absoluta falta de bienes, en el mismo momento en que el administrador concursal tome posesión debe plantear su conclusión por falta de masa,
SEXTO Ahora bien, en el supuesto examinado no estamos en presencia de la solicitud de un concurso con absoluta falta de bienes y derechos, porque examinada la solicitud, y documentación adjunta, podemos comprobar que se acompaña el preceptivo Inventario de bienes y derechos, existiendo al menos un vehículo automóvil, además del eventual crédito que ostenta contra la mercantil SETOVICH, S..L. que estima necesario para poder hacer frente a sus acreedores.
En conclusión, y con independencia de lo dicho anteriormente, es lo cierto, que en supuesto examinado, no estamos ante una absoluta falta de bienes y derechos, y por tanto no es de aplicación directa elArt. 176.4 LC, procediendo estimar el recurso, revocar la resolución recurrida y en su lugar, deberá admitirse a trámite el concurso de acreedores voluntario solicitado por la recurrente, si concurren los demás requisitos legales.”: AAP Cáceres 24.11.2008 (JUR 2009/104190; Auto 171/2008; Rollo 425/2008)

AP Girona 2009

“SEGUNDO El auto apelado inadmite a trámite la solicitud de declaración de concurso voluntario formulado porAlberto, dada la inexistencia de bienes y derechos del concursado con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.1.4º LC), de forma que el objetivo del concurso deviene imposible, siendo que ningún sentido tiene poner en marcha un procedimiento concursal si además se considera el monto previsible de las deudas de la masa, así como el costo de la administración y del proceso mismo. Asimismo, el auto apelado se hace eco de distintas resoluciones que confirman la posibilidad de inadmisión ad limine de la solicitud de concurso en supuestos de falta de activo realizable.
La parte recurrente alega que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva pues no existe previsión legal expresa que avale la resolución adoptada por el Juzgado mercantil, a saber, que la existencia de un activo mínimo sea un presupuesto objetivo del concurso.
Pues bien, tal y como se recoge en el auto impugnado, analizando el inventario del solicitante, resulta que el mismo únicamente tiene una vivienda valorada en 168.960 euros que se halla gravada con un préstamo hipotecario de 103.891,19 euros, un aval por importe de 25.538,13 euros y otro de 16.928,49 euros, además de un préstamo por importe de 33.401,69 euros. A este pasivo hay que sumar deudas con el Ayuntamiento de Salt por impago de diferentes impuestos y que ascienden a más de 900 euros. En conclusión, en el supuesto que nos ocupa concurre una inexistencia de bienes y derechos del deudor que, ciertamente, y a pesar de la falta de previsión legal expresa en la legislación concursal, hacen perfectamente viable la inadmisión ab initio de la solicitud de concurso pues ya desde un principio se advierte que no existen bienes o derechos con los que hacer frente siquiera a los gastos del proceso, y mucho menos satisfacer mínimamente a los acreedores.
Por otra parte, no es óbice para la inadmisión inicial de la solicitud de concurso la posible existencia de acciones o responsabilidades contra terceros a que alude la parte recurrente que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir otros patrimonios para satisfacer a los acreedores, pues dicha posibilidad, en el caso que nos ocupa, es absolutamente teórica y en modo alguno real, siendo que no existe un mínimo de base indiciaria de que con la puesta en marcha del procedimiento concursal, puede surgir dicho patrimonio y se puedan rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados. Así, en el supuesto de autos no existe el menor indicio de la procedencia y viabilidad de acciones de reintegración, ni de acciones rescisorias, ni de otras acciones de impugnación. A mayor abundamiento, al ser el concursado una persona física y no jurídica, resultan inaplicables la mayoría de los supuestos previstos en la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o añadir otros patrimonios ajenos al deudor que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores.
TERCERO En definitiva, entiende la Sala que resuelve que cuando la inexistencia de masa activa con que poder satisfacer a los acreedores resulta evidente a la luz de la propia solicitud del deudor, al igual que evidente resulta la imposibilidad de crear dicha masa activa o completarla con los mecanismos previstos en el proceso concursal, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que este cumpla su finalidad y, en consecuencia y de forma excepcional, procede la inadmisión de la solicitud de concurso en base a una aplicación razonada de la Ley.”: AAP Girona 01.12.2009 (JUR 2010/86439; Auto 327/2009; Rollo 543/2009)

AP La Coruña

“PRIMERO Solicitado por parte de los hijos-herederos del fallecido deudor concurso voluntario, el Juzgado de lo Mercantil lo desestimó al llegar a la conclusión de tratarse de un supuesto equivalente al de inexistencia de masa activa que, al igual que abocaría a la conclusión del concurso conforme alartículo 176 de la Ley Concursal, por la misma razón y fundamento impediría su incoación, careciendo de sentido el costoso procedimiento para ejecutar en su seno las hipotecas y contrario a la finalidad del concurso. Desestimado un previo recurso de reposición, se dio trámite al de apelación en el que se alega acerca de la improcedencia de tal inadmisión por motivos no previstos expresamente en la ley, sin que el caso presentado sea de inexistencia de masa sino de masa afectada por garantías reales, por lo que no sería aplicable el artículo citado, el cual requeriría de la previa tramitación del procedimiento, investigación, reintegraciones a que hubiere lugar, e

informe de la administración concursal, además de no ser la suficiencia de bienes presupuesto del concurso y lo frecuente de su insuficiencia, debiendo determinarse más adelante, todo ello en beneficio de los acreedores.
SEGUNDO No obstante los serios y meditados motivos esgrimidos por los apelantes, el Tribunal considera acertada la valoración de las circunstancias de la solicitud, así como el criterio seguido y la conclusión alcanzada en los autos objeto de recurso.
TERCERO Al margen de si cabe o no en estos casos recurso de apelación (arts. 14.3 y 197.2 LC), motivo por el que una parte de los Tribunales de las Audiencias Provinciales que opinan negativamente ya no se pronuncian sobre la polémica, la aplicación supletoria de laLey de Enjuiciamiento Civil y de su artículo 403.1, no quita en la provisión de la solicitud del concurso la verificación judicial no solo de los presupuestos y requisitos procesales formales sino también de otros de tipo material, entre los que cabe incluir el de la inexistencia de bienes o derechos y carencia de objeto del concurso, no obstante que no venga específicamente recogido en la Ley, al tratar de la cuestión, o de la respetable postura contraria de un sector de las Audiencias Provinciales, como la Sección 15ª-mercantil de la de Barcelona (autos de 22/2 y 14/6/2007, 3/4/2008, etc) que apunta también el mismo argumento procesal invocado en el presente recurso, en relación alartículo 30 del Reglamento Europeo de 29/5/2000sobre procedimientos de insolvencia, que sí prevee que los Estados puedan establecer la exigencia de un activo mínimo para gastos y costas (más bien se trata de anticipos para abrir procedimientos secundarios en otro Estado), y razones basadas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24Constitución), la obligación de instar el concurso (art. 5 LC),o el presuponer elartículo 176la incoación del procedimiento, para poder indagar o confirmar los acreedores y, sobre todo, la administración concursal la ausencia de activos realizables, difícil de valorar al momento inicial, requiriendo la posterior conclusión de un previo informe de ésta, audiencia de las partes personadas y lo atinente a las posibles responsabilidades o acciones de reintegración.
CUARTO Este Tribunal se adhiere al criterio favorable a la inadmisión del concurso en estos supuestos. Y es que, posibilidades en la vida, en abstracto, hay muchas, pero a lo que hay que estar en concreto es a la situación real, según los términos y circunstancias planteadas en la solicitud, por lo que si la Ley ordena la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el Tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos" (art. 176.1-4º), lógicamente, sin precipitación y de manera justificada, habremos de predicar lo mismo cuando se trate de adoptar la decisión inicial, convirtiéndose en impedimento para la admisión a trámite del concurso, al resultar paradójica y jurídicamente absurda su incoación en tal situación, con sus elevados costes, que mal van a poder ser afrontados, como tampoco cumplir con la finalidad de todo concurso indicada en el auto apelado, si tampoco son posibles o no se vislumbran reintegros o responsabilidades de interés y los herederos ahora apelantes ya asumieron el deber de instar la declaración concursal. Los autos del Juzgado de lo Mercantil abundan en ello y en las circunstancias concurrentes, cuyas razones se aceptan aquí dándolas por reproducidas para evitar repeticiones innecesarias. En palabras del auto de la Audiencia Provincial (1ª) de Pontevedra de 12/7/2007, citado por el Juzgado: "La finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principio básico, la "par conditio creditorum", tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares. Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso". En la misma línea, otros autos como los de laAudiencia Provincial (4ª) de Murcia de 30/1/2006, La Rioja (1ª) de 22/3/2007, o Cáceres (1ª) de 24/11/2008. Añadir: que la práctica forense anterior a la Ley Concursal ya admitía esta solución; y que los trámites o requisitos del 176.2 a 5 tienen sentido cuando ya se hubiera incoado un procedimiento inicialmente viable y de sus vicisitudes se llegase a un agotamiento de los activos realizables o a la constatación posterior de su insuficiencia.
QUINTO Coincidiendo con lo considerado por el Juzgado de lo Mercantil, tampoco se cumpliría la finalidad del concurso si, como sucede en el caso que nos ocupa, los únicos bienes existentes son inmuebles, si ni siquiera están ya afectos a actividad profesional, empresarial o productiva, y si todos ellos están hipotecados, el endeudamiento es cuando menos equivalente a su valor económico, y, en fin, los tres acreedores se verían legalmente favorecidos en el concurso con privilegio especial, por razón de sus respectivas garantías reales, con el consecuente derecho de ejecución separada, sin perjuicio de un hipotético sometimiento voluntario a un eventual convenio, difícil de imaginar en el presente asunto, además de no admitir la Ley propuestas de cesión conjunta o liquidación global del patrimonio, o en otro caso realizándose el pago a cada uno en la liquidación con cargo a los respectivos bienes vinculados, al no ser tampoco factible en el supuesto enjuiciado la alternativa de la administración concursal para atender de otra forma los pagos sin realización de tales bienes (arts. 55, 56, 57, 90.1-1º, 100, 123, 134, 136, 155y concordantes). En definitiva, y sin entrar en otros temas o problemas, como el de la competencia objetiva, no creemos que legalmente se pueda pretender desvirtuar el objeto del concurso para convertirlo en una ejecución hipotecaria.
SEXTO Lo demás gira alrededor de lo mismo y, en todo caso, no altera su resultado, siendo lo dicho aquí y por el Juzgado suficiente para la desestimación del recurso, sin mención especial de las costas al no haber contraparte opositora, además de la problemática y circunstancias examinadas.”: AAP La Coruña (sección 4) 26.03.2009 (JUR 2009\232902)

“PRIMERO La solicitante del concurso voluntario recurre en esta apelación contra el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña desestimatorio de la declaración de concurso basada en la insuficiencia de recursos y bienes de la persona física para pagar sus propios costes (únicamente la nómina de funcionaria y un

vehículo), lo que abocaría a la conclusión del concurso conforme alartículo 176.4 de la Ley Concursal e igualmente impediría su incoación, al ser contrario a su finalidad, todo ello con apoyo también en una serie de resoluciones judiciales que, no obstante otras opuestas, siguen este criterio y entre ellas losautos de esta Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 29/4/2010 (JUR 2010, 330548) yde Pontevedra (1ª) de 12/7/2007 (AC 2009, 2148). Se alega en el recurso vulneración de losartículos 2.1, 13.1 y 14.1 LC al no prever tal causa de inadmisión sino la declaración imperativa del concurso, sin que el caso presentado sea de falta de patrimonio al contar con ingresos de 1770 euros mensuales y un coche, por lo que no sería la misma situación que la delauto citado de 29/4/2010, se podrían cubrir los costes y no sería tema de cuantía embargable sino de concurso y convenio con los acreedores, invocando el criterio opuesto de otras Audiencias, como también se deduciría por activa o pasiva de la reforma concursal 3/2009, elReglamento CE 1346/2000 (LCEur 2000, 1557 y LCEur 2002, 2380) y el artículo 403.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), denegando el auto la tutela judicial efectiva.

SEGUNDO No obstante los serios motivos alegados por la parte apelante, el Tribunal considera acertada la valoración de las circunstancias de la solicitud, así como el criterio seguido y la conclusión alcanzada en los autos objeto de recurso, habida cuenta de sus razonamientos, que ya tuvieron en cuenta la polémica existente sobre la cuestión alineándose con la solución aceptada por estaSección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña encargada de los asuntos mercantiles en otros precedentes como el auto de 29/4/2010,también sobre funcionario, o el de 26/3/2009 sobre otras circunstancias. Básicamente los argumentos del recurso vienen a ser los esgrimidos por aquellos otros tribunales que siguen el criterio contrario al rechazo ab initio de la solicitud por el aludido motivo.

TERCERO Al margen de si cabe o no en estos casos recurso de apelación(arts. 14.3 y 197.2 LC), motivo por el que una parte de los Tribunales de las Audiencias Provinciales ya ni se pronuncian sobre la cuestión que nos ocupa, hay que entender que la aplicación supletoria de laLey de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y de su artículo 403.1 no quita en la provisión de la solicitud del concurso la verificación judicial no solo de los presupuestos y requisitos procesales formales sino también de otros de tipo material, entre los que cabe incluir el de la inexistencia de bienes o derechos y la carencia de objeto del concurso, no obstante que no venga específicamente recogido en la Ley o de la respetable postura contraria de un sector de las Audiencias (AAP de Barcelona 15ª de 22/2 y 14/6/2007, 3/4/2008 o 16/9/2010, Las Palmas 4ª de 23/12/2009, Castellón 3ª de 15/7/2009 y 25/6/2010, o Tarragona 1ª de 10 y 30/9/2010), que apunta también el mismo argumento procesal, en relación alartículo 30 del Reglamento Europeo de 29/5/2000 (LCEur 2000, 1557) sobre procedimientos de insolvencia, que sí prevé que los Estados puedan establecer la exigencia de un activo mínimo para gastos y costas (más bien se trata de anticipos para abrir procedimientos secundarios en otro Estado), y razones basadas en el derecho a la tutela judicial efectiva(art. 24 Constitución), la obligación de instar el concurso(art. 5 LC), o el presuponer el mismoartículo 176 la incoación del procedimiento, para poder indagar o confirmar los acreedores y, sobre todo, la administración concursal la ausencia de activos realizables, difícil de valorar al momento inicial, requiriendo la posterior conclusión de un previo informe de ésta, audiencia de las partes personadas y lo atinente a las posibles responsabilidades o acciones de reintegración.

CUARTO Este Tribunal se adhiere al criterio favorable a la inadmisión anticipada del concurso en estos supuestos (tambiénAAP de Pontevedra 1ª de 12/7/2007 (AC 2009, 2148),29/4/2009 y14/1/2010,Murcia 4ª de 30/1/2006,La Rioja 1ª de 22/3/2007 (AC 2007, 1482) o19/7/2010,Cáceres 1ª de 24/11/2008 (JUR 2009, 104190),Girona 1ª de 1/12/2009 (JUR 2010, 86439),Tenerife 4ª de 16/12/2009 y10/3/2010, oSalamanca 1ª de 23/12/2009 (JUR 2010, 83886)). Si la Ley ordena la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el Tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos"(art. 176.1-4º), lo mismo habrá que entender excepcionalmente cuando se trate de adoptar la decisión inicial, en una situación de clara insuficiencia de activos realizables, al resultar paradójica y jurídicamente absurda su incoación, con sus elevados costes que mal van a poder ser afrontados, como tampoco cumplir con la finalidad de todo concurso, si tampoco son posibles o no se vislumbran reintegros o responsabilidades. Y es que el concurso tiene una finalidad eminentemente práctica, ya apuntada en los autos objeto de impugnación, de alcanzar un convenio con los acreedores o una liquidación para la satisfacción ordenada y en la medida de lo posible de los derechos de la pluralidad de acreedores de un mismo deudor a través del proceso universal, careciendo de objeto en otro caso. De manera que es un principio general de nuestro sistema concursal el de que el concurso ha de poder alimentarse a sí mismo, ya con sus propios activos ya con los allegados de terceros por acciones rescisorias o de responsabilidad, pues sino está abocado a su fracaso y a la generación de mayores deudas (deudas contra la masa), con la consecuencia de que el propio concurso habría de entrar en concurso (concurso del concurso), solución ésta no aceptada en nuestraLey sino que ordena su terminación "en cualquier estado del procedimiento" (art. 176.1-4º), con la única salvedad, en coherencia con lo sostenido, de que sobrevenga cuando ya se estuviera tramitando la sección de calificación o las acciones de responsabilidad(art. 176.3). Añadir: que la práctica forense anterior a la Ley Concursal ya admitía el criterio aquí defendido; que los trámites o requisitos del 176. 2 a 5 tienen sentido cuando ya se hubiera incoado un procedimiento inicialmente viable y de sus vicisitudes se llegase a un agotamiento de los activos realizables o a la constatación posterior de su insuficiencia; y que como señala el auto de Pontevedra 1ª de 15/4/2009 (al considerar que más que de inadmisión por motivos formales se trataría de una desestimación por motivos de fondo), conforme a la doctrina constitucional, la tutela judicial efectiva(art. 24 CE) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo del asunto de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada.

QUINTO Es verdad que el presente caso el sueldo de la solicitante (sobre 1700 euros al mes si incluyéramos pagas extras prorrateadas) y la cantidad legalmente embargable (sobre 593 euros en tal caso) es mayor que

en el delauto de esta Sección 4ª de 29/4/2010 e incluso tiene un vehículo, pero el valor de éste sería de solo 1500 euros y las diferencias tampoco son relevantes, además del volumen del pasivo manifestado (más de 70 mil euros).
SEXTO Lo dicho es suficiente para la desestimación del recurso, sin mención especial de las costas al no haber contraparte opositora, además de tratarse de una cuestión jurídicamente polémica y con pérdida del depósito para recurrir (D.A. 15ªLOPJ).": AAP La Coruña (Sección 4) 25.02.2011 (Auto 21/2011; Rollo 7/2011)

"PRIMERO El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en la alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto, radica en la impugnación del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta población, que no admite a trámite la solicitud de concurso voluntario presentado por una persona física, que manifiesta, en el escrito promotor, carecer de cualquier clase de bienes que no sea su sueldo como trabajador por cuenta ajena de 813,73 euros al mes. Desestimada la admisión a trámite de dicho concurso voluntario, contra la precitada resolución se interpone el recurso de apelación, cuya decisión nos corresponde, el cual debe ser desestimado, en función de los argumentos siguientes.
SEGUNDO En primer lugar, dados los recursos económicos con los que cuenta el actor de tan solo 813,73 euros al mes, con una posibilidad de traba de los mismos, por aplicación delart. 607 de la LEC, para la segunda parte que exceda del salario mínimo interprofesional de un 30%, con lo que, siendo éste de 641,40 euros al mes inembargable (art. 1 de Real Decreto 1795/2010, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2011), la retención máxima susceptible de ser objeto de traba sería la de 51,69 euros mensuales, constituyendo la misma la única aportación factible a la masa activa del concurso, que no cubriría siquiera los gastos de la administración.
Se carece de cualquier clase de bienes inmuebles u otra fuente de ingresos.
No nos encontramos ante una persona jurídica con la posibilidad de exigencia de responsabilidad civil a sus administradores.
En tal situación excepcional admitir a trámite el concurso carece de sentido, pues se iría en contra de su finalidad que no es otra que alcanzar un convenio con los acreedores, difícilmente viable en las condiciones expuestas, o una liquidación imposible por ausencia de bienes.
Es más ya el legislador previendo situaciones como la presente, y a los efectos de evitar el denominado concurso del concurso, señala que procederá su conclusión, en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.4 LC), situación extrapolable excepcionalmente a supuestos como el presente, en el que la admisión a trámite del concurso carece de sentido, incluso diríamos vendría a perjudicar a los acreedores.
Así se ha pronunciado el auto del Juzgado de lo Mercantil, cuyos argumentos hace propios el Tribunal, solución que es compartida por los autos de los Juzgados de lo Mercantil de Murcia de 27 de junio de 2005, Barcelona nº 4, de 31 de enero de 2006, así como de la denominada jurisprudencia menor plasmada en losautos de las Audiencias Provinciales de Murcia de 30 de enero de 2006,Pontevedra de 12 de julio de 2007,La Rioja de 6 de julio de 2007,Cáceres de 24 de noviembre de 2008,Tenerife 10 de marzo de 2010,Girona de 1 de diciembre de 2009,Salamanca 23 de diciembre de 2009, y esta mismasección de la Audiencia Provincial de A Coruña en autos de 26 de marzo de 2009,29 de abril de 2010 y25 de febrero de 2011.
Como señala el auto de la A.P. Pontevedra de 18 de junio de 2009: "Cuando la inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia en el articulado de la Ley Concursal: con la solicitud de concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado(art. 5.2.3º L.C.), el auto de declaración del concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelarse que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo(art. 21.1.4º L.C.), elart. 40, en relación con elart. 21.1.2º, hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, lo que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración del concurso; elart. 43 L.C. hace referencia a la administración y conservación de la masa activa; elart. 76 y ss. regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal(art. 82 L.C.); y, fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que debe procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación(arts. 142 y ss. L.C."
Ennuestro auto de 25 de febrero de 2011, ya señalábamos que: "Este Tribunal se adhiere al criterio favorable a la inadmisión anticipada del concurso en estos supuestos (tambiénAAP de Pontevedra 1ª de 12/7/2007,29/4/2009 y14/1/2010,Murcia 4ª de 30/1/2006,La Rioja 1ª de 22/3/2007 o19/7/2010,Cáceres 1ª de 24/11/2008,Girona 1ª de 1/12/2009,Tenerife 4ª de 16/12/2009 y10/3/2010, oSalamanca 1ª de 23/12/2009). Si la Ley ordena la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el Tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos"(art. 176.1-4º), lo mismo habrá que entender excepcionalmente cuando se trate de adoptar la decisión inicial, en una situación de clara insuficiencia de activos realizables, al resultar paradójica y jurídicamente absurda su incoación, con sus elevados costes que mal van a poder ser afrontados, como tampoco cumplir con la finalidad de todo concurso, si tampoco son posibles o no se vislumbran reintegros o responsabilidades. Y es que el concurso tiene una finalidad eminentemente práctica, ya apuntada en los autos objeto de impugnación, de alcanzar un convenio con los acreedores o una liquidación para la satisfacción

ordenada y en la medida de lo posible de los derechos de la pluralidad de acreedores de un mismo deudor a través del proceso universal, careciendo de objeto en otro caso. De manera que es un principio general de nuestro sistema concursal el de que el concurso ha de poder alimentarse a sí mismo, ya con sus propios activos ya con los allegados de terceros por acciones rescisorias o de responsabilidad, pues sino está abocado a su fracaso y a la generación de mayores deudas (deudas contra la masa), con la consecuencia de que el propio concurso habría de entrar en concurso (concurso del concurso), solución ésta no aceptada en nuestraLey sino que ordena su terminación "en cualquier estado del procedimiento" (art. 176.1-4º), con la única salvedad, en coherencia con lo sostenido, de que sobrevenga cuando ya se estuviera tramitando la sección de calificación o las acciones de responsabilidad(art. 176.3). Añadir: que la práctica forense anterior a la Ley Concursal ya admitía el criterio aquí defendido; que los trámites o requisitos del 176. 2 a 5 tienen sentido cuando ya se hubiera incoado un procedimiento inicialmente viable y de sus vicisitudes se llegase a un agotamiento de los activos realizables o a la constatación posterior de su insuficiencia; y que como señala el auto de Pontevedra 1ª de 15/4/2009 (al considerar que más que de inadmisión por motivos formales se trataría de una desestimación por motivos de fondo), conforme a la doctrina constitucional, la tutela judicial efectiva(art. 24 CE) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo del asunto de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada".
Por todo ello, el presente recurso de apelación no puede ser estimado, ratificándose el auto recurrido.": AAP La Coruña (Sección 4) 24.03.2011 (JUR 2011/189564; Auto 36/2011; Rollo 97/2011)

"PRIMERO: El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en la alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto, radica en la impugnación del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta población, que no admite a trámite la solicitud de concurso voluntario presentado por entidad actora, resolución contra se interpone el recurso de apelación, cuya decisión nos corresponde, el cual debe ser desestimado, en función de los argumentos siguientes.
SEGUNDO: En primer lugar, la propia concursada en su propuesta de liquidación acompañada con la documentación aportada para la presentación del concurso reconoce expresamente que: "no existen bienes ni derechos en el acto de la compañía". Se carece, pues, de cualquier clase de bienes muebles, inmuebles u otra fuente de ingresos para satisfacer los créditos de los acreedores.
En tal situación excepcional admitir a trámite el concurso carece de sentido, pues se iría en contra de su finalidad que no es otra que alcanzar un convenio con los acreedores, que ya se descarta, o una liquidación imposible por ausencia de bienes.
Es más ya el legislador previendo situaciones como la presente, y a los efectos de evitar el denominado concurso del concurso, señala que procederá su conclusión, en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.4 LC), situación extrapolable excepcionalmente a supuestos como el presente, en el que la admisión a trámite del concurso carece de sentido, al no poder cumplir sus finalidades típicas y para las que además fue concebido.
Así se ha pronunciado el auto del Juzgado de lo Mercantil, cuyos argumentos hace propios el Tribunal, solución que es compartida por los autos de los Juzgados de lo Mercantil de Murcia de 27 de junio de 2005, Barcelona nº 4, de 31 de enero de 2006, así como de la denominada jurisprudencia menor plasmada en los autos de las Audiencias Provinciales de Murcia de 30 de enero de 2006, Pontevedra de 12 de julio de 2007, La Rioja de 6 de julio de 2007, Cáceres de 24 de noviembre de 2008, Tenerife 10 de marzo de 2010, Girona de 1 de diciembre de 2009, Salamanca 23 de diciembre de 2009, y esta misma sección de la Audiencia Provincial de A Coruña en autos de 26 de marzo de 2009, 29 de abril de 2010 y 25 de febrero y 24 de marzo de 2011.
Como señala el auto de la A.P. Pontevedra de 18 de junio de 2009: "Cuando la inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia en el articulado de la Ley Concursal: con la solicitud de concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3º L.C.), el auto de declaración del concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelarse que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4º L.C.), el art. 40, en relación con el art. 21.1.2º, hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, lo que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración del concurso; el art. 43 L.C. hace referencia a la administración y conservación de la masa activa; el art. 76 y ss. regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 L.C.); y, fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que debe procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss. L.C.)"
En nuestro autos de 25 de febrero y 24 de marzo de 2011, ya señalábamos que: "Este Tribunal se adhiere al criterio favorable a la inadmisión anticipada del concurso en estos supuestos (también AAP de Pontevedra 1ª de 12/7/2007, 29/4/2009 y 14/1/2010, Murcia 4ª de 30/1/2006, La Rioja 1ª de 22/3/2007 o 19/7/2010, Cáceres 1ª de 24/11/2008, Girona 1ª de 1/12/2009, Tenerife 4ª de 16/12/2009 y 10/3/2010, o Salamanca 1ª de 23/12/2009). Si la Ley ordena la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el Tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos" (art. 176.1-4º), lo mismo habrá que entender excepcionalmente cuando se trate de adoptar la decisión inicial, en una situación de clara

insuficiencia de activos realizables, al resultar paradójica y jurídicamente absurda su incoación, con sus elevados costes que mal van a poder ser afrontados, como tampoco cumplir con la finalidad de todo concurso, si tampoco son posibles o no se vislumbran reintegros o responsabilidades. Y es que el concurso tiene una finalidad eminentemente práctica, ya apuntada en los autos objeto de impugnación, de alcanzar un convenio con los acreedores o una liquidación para la satisfacción ordenada y en la medida de lo posible de los derechos de la pluralidad de acreedores de un mismo deudor a través del proceso universal, careciendo de objeto en otro caso. De manera que es un principio general de nuestro sistema concursal el de que el concurso ha de poder alimentarse a sí mismo, ya con sus propios activos ya con los allegados de terceros por acciones rescisorias
o de responsabilidad, pues sino está abocado a su fracaso y a la generación de mayores deudas (deudas contra la masa), con la consecuencia de que el propio concurso habría de entrar en concurso (concurso del concurso), solución ésta no aceptada en nuestra Ley sino que ordena su terminación "en cualquier estado del procedimiento" (art. 176.1-4º), con la única salvedad, en coherencia con lo sostenido, de que sobrevenga cuando ya se estuviera tramitando la sección de calificación o las acciones de responsabilidad (art. 176.3). Añadir: que la práctica forense anterior a la Ley Concursal ya admitía el criterio aquí defendido; que los trámites o requisitos del 176. 2 a 5 tienen sentido cuando ya se hubiera incoado un procedimiento inicialmente viable y de sus vicisitudes se llegase a un agotamiento de los activos realizables o a la constatación posterior de su insuficiencia; y que como señala el auto de Pontevedra 1ª de 15/4/2009 (al considerar que más que de inadmisión por motivos formales se trataría de una desestimación por motivos de fondo), conforme a la doctrina constitucional, la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo del asunto de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada".
Por todo ello, el presente recurso de apelación no puede ser estimado, ratificándose el auto recurrido. Se alega en el recurso que la única posibilidad de disolver la sociedad es instar el concurso citando al respecto el art. 363.1 d) de la Ley de Sociedades de Capital, lo que no es de recibo, Un sociedad tanto puede disolverse por razones legales y estatutarias, éstas últimas fruto de la libre autonomía de la voluntad de los socios, pactadas en los estatutos. Si los socios mediante la concorde expresión de sus voluntades crearon la sociedad ellos también pueden dar por finalizada la misma cuando lo consideren procedente, siempre que no se violen normas imperativas de obligado cumplimiento que no es el caso. En los estatutos de la presente sociedad, en su art. 42, figura como causa de disolución: "Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca". Igualmente por acuerdo de la Junta general de Extraordinaria. En cualquier caso, se ha solicitado el concurso, cumpliendo la previsión legal, lo que sucede es que el mismo no se consideró procedente, por las razones expuestas de carencia de toda clase de activos patrimoniales, proceder a su admisión a trámite.”: AAP La Coruña (Sección 4) 15.09.2011 (Auto 103/2011; Rollo 316/2011)

AP La Rioja

“"la reforma concursal operada en nuestro ordenamiento por la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, complementada con las previsiones de la LO 8/2003 para la Reforma Concursal, de la misma fecha, ambas en vigor desde el día 1 de septiembre de 2004, tiene como objetivo primordial actualizar la legislación concursal española, que adolecía de importantes deficiencias, según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley. El Legislador en este propósito ha optado por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, de forma que el concurso de acreedores se aplica a todas las situaciones de insolvencia -provisional y definitiva- y a todos los deudores -comerciantes y no comerciantes-, superándose de este modo la dispersión normativa anterior, y la diversidad de procedimientos judiciales -quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos y quita y espera-. Los artículos 1 y 2 de la Ley Concursal determinan que procede la declaración de concurso respecto de cualquier deudor, sea una persona física o jurídica, que se encuentre en estado de insolvencia, por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, mientras que el artículo 22 establece la distinción entre concurso voluntario y necesario, siendo voluntario, como regla general, cuando la primera de las solicitudes ha sido presentada por el deudor, y necesario en los demás casos.
Tal y como ocurre en el supuesto de autos, presentada la solicitud de declaración de concurso por parte del deudor, el artículo 2.3 de la Ley Concursal exige que justifique su endeudamiento y su estado de insolvencia, que puede ser actual o inminente. Habiendo sido presentada la solicitud por el deudor, conforme al artículo 14, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de algunos de los hechos previstos en el artículo 2.4, u otros que acrediten la insolvencia actual alegada por el deudor, definida en el artículo 1.2, que expresa que "se encuentra en estado de insolvencia (actual) el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles".
A partir de esta situación, en la resolución recurrida se cita el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 30 de mayo de 2006, en el que se afirma que la falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario, sino hasta resulta una obligación del deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Concursal. Ahora bien, la obligación legal del deudor de instar su propio concurso no determina que necesariamente el tribunal deba declararlo. Pues bien, tal y como se afirma, teniendo en cuenta que el artículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores", si el deudor, en su solicitud, admite que no tiene activo, ésta no debe admitirse a trámite.

Se añade en la citada resolución que, si no existe activo, ni son viables aquellas acciones ni es viable el concurso como procedimiento y los gastos y costas judiciales deben atenderse con cargo a la masa (artículo 84.2, 2º). Por tanto, cuando el deudor valora en cero euros su activo, ni podrá recurrirse a un letrado que promueva las acciones de reintegración o de responsabilidad que sean pertinentes, ni se podrán abonar los honorarios de la administración concursal. Es más, tampoco podrán publicarse en su momento los edictos ni llevarse a cabo el llamamiento a los acreedores del artículo 21.1-5º.
Puesto que el concurso persigue la doble finalidad de la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio, si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse. La recurrente, en el presente caso, no puede alcanzar acuerdo alguno con sus acreedores para el pago de los créditos y no hay nada que liquidar y no parece razonable que el concurso deba admitirse y continuar": Auto AP La Rioja 19.12.2006 (Rollo 137/2006)

“PRIMERO.- Es objeto de recurso de apelación elAuto de 27 de abril de 2007, resolutorio a su vez del recurso de reposición interpuesto contra elAuto de 28 de marzo de 2007, ambos dictados por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroñoen el procedimiento de concurso voluntario ordinario iniciado por la recurrente "AITOR CONTRATAS AUXILIARES PARA LA CONSTRUCCION SL". En la primera de las resoluciones se inadmite la solicitud de concurso voluntario de acreedores, presentada por la Procuradora de los Tribunales doña María Luisa Rivero Francia, en representación de la mercantil "AITOR CONTRATAS AUXILIARES PARA LA CONSTRUCCION SL", razonándose por la juzgadora de instancia que, siendo la finalidad esencial del concurso la satisfacción de los acreedores, ha de contarse en este tipo de procedimientos, como presupuesto básico, con la existencia de algún activo económico para liquidar que pueda ser destinado a esta finalidad.
En el supuesto de autos la propia recurrente afirmó, y hoy mantiene, que la resolución recurrida vulnera losartículos 2, 5, 82 y 176.4, así como la totalidad del Capítulo I del Título IV de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, afirmando, por un lado, que la causa expresada por la juzgadora de instancia, aún de ser cierta, no es suficiente para la inadmisión del concurso. Por otro lado, reitera que el valor real del activo de la recurrente es superior al valor contable del mismo, como se hizo constar en el hecho tercero de la solicitud, en clara alusión de a bienes inventariados, pues tratándose de maquinaria de construcción tienen un valor en mercado notablemente superior al contable expresado, por cuanto que este último se determina en función de los criterios de amortización empleados. Del mismo modo y acerca de la ubicación de los bienes inventariados, precisa que se encuentran en depósito y bajo la custodia de los administradores de la mercantil, en locales y oficinas que han sido cedidos gratuitamente a la solicitante y sin que por este concepto se haya generado obligación alguna.
SEGUNDO.- Frente a lo expresado y en relación con la resolución recurrida, como reflejara esta Sala en elAuto dictado en el Rollo núm. 433/06, sólo cabe añadir a lo que en ella se expresa que la reforma concursal operada en nuestro ordenamiento por laLey Concursal 22/2003 de 9 de julio, complementada con las previsiones de la LO 8/2003para la Reforma Concursal, de la misma fecha, ambas en vigor desde el día 1 de septiembre de 2004, tiene como objetivo primordial actualizar la legislación concursal española, que adolecía de importantes deficiencias, según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley. El Legislador en este propósito ha optado por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, de forma que el concurso de acreedores se aplica a todas las situaciones de insolvencia -provisional y definitiva- y a todos los deudores -comerciantes y no comerciantes-, superándose de este modo la dispersión normativa anterior y la diversidad de procedimientos judiciales -quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos y quita y espera-. Losartículos 1 y 2 de la Ley Concursaldeterminan que procede la declaración de concurso respecto de cualquier deudor, sea una persona física o jurídica, que se encuentre en estado de insolvencia, por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, mientras que elartículo 22establece la distinción entre concurso voluntario y necesario, siendo voluntario, como regla general, cuando la primera de las solicitudes ha sido presentada por el deudor, y necesario en los demás casos.
Tal y como ocurre en el supuesto de autos, presentada la solicitud de declaración de concurso por parte del deudor, elartículo 2.3 de la Ley Concursalexige que justifique su endeudamiento y su estado de insolvencia, que puede ser actual o inminente. Habiendo sido presentada la solicitud por el deudor, conforme alartículo 14, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de algunos de los hechos previstos en elartículo 2.4, u otros que acrediten la insolvencia actual alegada por el deudor, definida en elartículo 1.2, que expresa que "se encuentra en estado de insolvencia (actual) el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles".
A partir de esta situación, en la resolución recurrida se cita elAuto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 30 de mayo de 2006, en el que se afirma que la falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario, sino hasta resulta una obligación del deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en elartículo 5 de la Ley Concursal. Ahora bien, la obligación legal del deudor de instar su propio concurso no determina que necesariamente el tribunal deba declararlo. Pues bien, tal y como se afirma, teniendo en cuenta que elartículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores", si el deudor, en su solicitud, admite que no tiene activo suficiente o así consta de forma evidente, ésta no debería admitirse a trámite.
Se añade en la citada resolución que, si no existe activo, ni son viables aquellas acciones ni es viable el concurso como procedimiento y los gastos y costas judiciales deben atenderse con cargo a la masa (artículo 84.2, 2º). Por tanto, cuando el deudor valora en cero euros su activo o éste es insignificante, ni podrá recurrirse a un letrado que promueva las acciones de reintegración o de responsabilidad que sean pertinentes, ni se

podrán abonar los honorarios de la administración concursal. Es más, tampoco podrán publicarse en su momento los edictos ni llevarse a cabo el llamamiento a los acreedores delartículo 21.1-5º de la Ley Concursal.
TERCERO.- Puesto que el concurso persigue la doble finalidad de la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio, si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse.
La recurrente, en el presente caso, carece de bienes suficientes incluso para costear los gastos del procedimiento, por cuanto que posee un activo de sólo 11.542,91 euros, mientras que el pasivo se cifra en 151.318,09 euros y carece de dinero en las cuentas corrientes o de cantidades pendientes de devolución por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Con esta notable desproporción, por mucho que se insista en que los bienes inventariados poseen un valor de mercado superior al valor contable expresado (lo cual es más que dudoso), este incremento difícilmente habría de suponer una posibilidad de hacer frente siquiera a los importantes gastos que genera el procedimiento, y ello sin contar con los gastos generados por la conservación de estos bienes, por más que se afirme en que el depósito constituido no habría de suponer el pago de rentas a los administradores. Es más, las cantidades líquidas de las que dispone la solicitante (1130 euros) ni siquiera le permiten hacer frente a los gastos de publicación de edictos, y menos aún el pago a la administración concursal. Con ello es evidente que la recurrente no puede alcanzar acuerdo alguno con sus acreedores para el pago de los créditos ni obtenerse tampoco este pago por vía de liquidación, ya que al llegar a este momento carecería por completo de bienes, por lo que no parece razonable que el concurso deba admitirse y continuar al estar abocado a un archivo casi inmediato.
Es por todo ello por lo que ha de ser desestimado el recurso y confirmada la resolución recurrida, cuyos argumentos se asumen plenamente y se completan con los aquí expresados.”: Auto AP La Rioja 6.07.2007 (JUR 2007/308135)

“PRIMERO Dada la cuestión que se somete a la consideración de la Sala, hemos de señalar inicialmente, como ya se hiciera por este Tribunal en autos nº137/2006, de 19 de diciembre y de 22 de marzo de 2007 nº38/2007 (AC 2007, 1482), que "la reforma concursal operada en nuestro ordenamiento por laLey Concursal 22/2003 de 9 de julio, complementada con las previsiones de la LO 8/2003 para la Reforma Concursal, de la misma fecha, ambas en vigor desde el día 1 de septiembre de 2004, tiene como objetivo primordial actualizar la legislación concursal española, que adolecía de importantes deficiencias, según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley. El Legislador en este propósito ha optado por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, de forma que el concurso de acreedores se aplica a todas las situaciones de insolvencia -provisional y definitiva- y a todos los deudores -comerciantes y no comerciantes-, superándose de este modo la dispersión normativa anterior, y la diversidad de procedimientos judiciales -quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos y quita y espera-. Losartículos 1 y 2 de la Ley Concursaldeterminan que procede la declaración de concurso respecto de cualquier deudor, sea una persona física o jurídica, que se encuentre en estado de insolvencia, por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, mientras que elartículo 22establece la distinción entre concurso voluntario y necesario, siendo voluntario, como regla general, cuando la primera de las solicitudes ha sido presentada por el deudor, y necesario en los demás casos.
Tal y como ocurre en el supuesto de autos, presentada la solicitud de declaración de concurso por parte del deudor, elartículo 2.3 de la Ley Concursalexige que justifique su endeudamiento y su estado de insolvencia, que puede ser actual o inminente. Habiendo sido presentada la solicitud por el deudor, conforme alartículo 14, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de algunos de los hechos previstos en elartículo 2.4, u otros que acrediten la insolvencia actual alegada por el deudor, definida en elartículo 1.2, que expresa que "se encuentra en estado de insolvencia (actual) el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles".
A partir de esta situación, en la resolución recurrida se cita elAuto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 30 de mayo de 2006, en el que se afirma que la falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario, sino hasta resulta una obligación del deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en elartículo 5 de la Ley Concursal. Ahora bien, la obligación legal del deudor de instar su propio concurso no determina que necesariamente el tribunal deba declararlo. Pues bien, tal y como se afirma, teniendo en cuenta que elartículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores", si el deudor, en su solicitud, admite que no tiene activo, ésta no debe admitirse a trámite.
Se añade en la citada resolución que, si no existe activo, ni son viables aquellas acciones ni es viable el concurso como procedimiento y los gastos y costas judiciales deben atenderse con cargo a la masa (artículo 84.2, 2º). Por tanto, cuando el deudor valora en cero euros su activo, ni podrá recurrirse a un letrado que promueva las acciones de reintegración o de responsabilidad que sean pertinentes, ni se podrán abonar los honorarios de la administración concursal. Es más, tampoco podrán publicarse en su momento los edictos ni llevarse a cabo el llamamiento a los acreedores delartículo 21.1-5º.
Puesto que el concurso persigue la doble finalidad de la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio, si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse. La recurrente, en el presente caso, no puede alcanzar acuerdo alguno con sus acreedores para el pago de los créditos y no hay nada que liquidar y no parece razonable que el concurso deba admitirse y continuar".
En el mismo sentido elauto número 8/2006, de 30 de enero del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelonaque es el que cita el auto objeto del recurso.

Siguiendo el criterio expuesto, teniendo en cuenta que, conforme alartículo 176-1 de la Ley Concursal. "Procederá la conclusión de concurso y el archivo de las actuaciones..." "4º. En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores", el recurso ha de ser rechazado y confirmada la resolución recurrida, en tanto, no pudiéndose cumplir la finalidad principal del concurso, no tiene objeto su continuación.
SEGUNDO No obstante lo expuesto en el precedente, en el caso que nos ocupa la decisión de inadmitir a trámite el concurso resulta inadecuada, ya que no se comprueba la inexistencia de bienes y derechos del concursado con que satisfacer a los acreedores; por el contrario, la deudora-apelante insiste en la existencia de activo suficiente a tal fin, El Juez a quo inadmite el concurso por falta de activo sustentándose meramente en sus apreciaciones, sin dar oportunidad a la administración concursal de confirmar o no la inexistencia de activo, cuando en este caso, a la vista de la documentación aportada con la solicitud no puede concluirse la inexistencia o insuficiencia de activo en este momento inicial, como establece la resolución impugnada con sustento en apreciaciones del juzgador discrepantes de las que expone la documentación adjunta a la solicitud inicial.
Por tanto, sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso, en su caso, con base en elartículo 176-1-4º de la Ley Concursal, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia o insuficiencia de activo realizable, en este caso, conforme a las circunstancias que se dan en el momento inicial, no puede estimarse como causa de inadmisión de la solicitud de concurso, por lo que el recurso ha de ser estimado.”: AAP La Rioja 19.12.2008 (JUR 2009\114911)

“PRIMERO Por la representación procesal de la mercantil "Riflober S. L." se interpone recurso de apelación contra elauto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño de fecha 12 de septiembre de 2008, que acuerda ratificar la inadmisión de la solicitud concurso voluntario presentado.
Alega la defensa de la recurrente que la solicitud presentada que la insuficiencia inicial del activo del deudor no está prevista legalmente como cauda de inadmisión del concurso voluntario y a tal efecto invoca elauto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de fecha 22 de febrero de 2007, así como el posteriorauto de 14 de junio de 2007, y, en definitiva sostiene que cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y se han cumplido las exigencias documentales delartículo 6el único camino a seguir es la declaración de concurso, toda vez que existe un activo real cuantificado y valorado.
SEGUNDO En un examen de los autos resultan acreditados los siguientes hechos relevantes:
1) En fecha 24 de julio de 2008 por la mercantil ""Riflober S. L." se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño solicitud de concurso voluntario.
2) Respecto al inventario de bienes y derechos en la solicitud se hace constar expresamente que "el inventario que aportamos es el mismo que consta como documento nº 6 en la anterior solicitud del concurso", dicho inventario valora los bienes de la empresa en la suma de 39.617 ?. Debe sin embargo matizarse al respecto que con ocasión de la anterior solicitud de concurso voluntario, también rechazada por insuficiencia de activo, dicho activo fue reducido, tras informe pericial requerido por elJuzgado a la suma de 25.537 ?, y como ya indicó el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroñoal rechazar la solicitud que "salvo un vehículo valorado en 12.260 ?, los elementos del activo son mobiliario y material de oficina de difícil venta y depreciación constante".
3) En el apartado decimocuarto de la solicitud se indica que según el Informe elaborado por la economista-auditora Dña.María Virtudesla situación real de la empresa presenta un activo de 59.854 ? y un pasivo de 95.132 ?.
TERCERO Respecto a la cuestión planteada en el recurso que nos ocupa, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse enAuto de 27 de abril de 2007, que declaraba: "la reforma concursal operada en nuestro ordenamiento por laLey Concursal 22/2003 de 9 de julio, complementada con las previsiones de la LO 8/2003para la Reforma Concursal, de la misma fecha, ambas en vigor desde el día 1 de septiembre de 2004, tiene como objetivo primordial actualizar la legislación concursal española, que adolecía de importantes deficiencias, según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley. El Legislador en este propósito ha optado por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, de forma que el concurso de acreedores se aplica a todas las situaciones de insolvencia -provisional y definitiva- y a todos los deudores -comerciantes y no comerciantes-, superándose de este modo la dispersión normativa anterior y la diversidad de procedimientos judiciales -quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos y quita y espera-. Losartículos 1 y 2 de la Ley Concursaldeterminan que procede la declaración de concurso respecto de cualquier deudor, sea una persona física o jurídica, que se encuentre en estado de insolvencia, por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, mientras que elartículo 22establece la distinción entre concurso voluntario y necesario, siendo voluntario, como regla general, cuando la primera de las solicitudes ha sido presentada por el deudor, y necesario en los demás casos".
Tal y como ocurre en el supuesto de autos, presentada la solicitud de declaración de concurso por parte del deudor, elartículo 2.3 de la Ley Concursalexige que justifique su endeudamiento y su estado de insolvencia, que puede ser actual o inminente. Habiendo sido presentada la solicitud por el deudor, conforme alartículo 14, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de algunos de los hechos previstos en elartículo 2.4, u otros que acrediten la insolvencia actual alegada por el deudor, definida en elartículo 1.2, que expresa que "se encuentra en estado de insolvencia (actual) el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles".
A partir de esta situación, en la resolución recurrida se cita elAuto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 30 de mayo de 2006, en el que se afirma que la falta de activo, en principio, no está contemplada

como causa de inadmisión del concurso voluntario, sino hasta resulta una obligación del deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en elartículo 5 de la Ley Concursal. Ahora bien, la obligación legal del deudor de instar su propio concurso no determina que necesariamente el tribunal deba declararlo. Pues bien, tal y como se afirma, teniendo en cuenta que elartículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores", si el deudor, en su solicitud, admite que no tiene activo suficiente o así consta de forma evidente, ésta no debería admitirse a trámite (...) Puesto que el concurso persigue la doble finalidad de la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio, si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse".
En el caso que nos ocupa, reconoce la propia mercantil instante del concurso que su activo, al margen de las discrepancias existentes, es inferior al pasivo reconocido, contando en el mejor de los casos de un activo de 59.854 ? frente a un pasivo de 95.132 ?, aunque elauto recurrido valora el activo en 25.537? y el pasivo de 235.000 ?, valoración esta última que se acerca más a la realidad, pues no queda suficientemente claro el incremento de activo desde la ultima solicitud, pero en cualquier caso, siendo evidente que admitido por la mercantil solicitante que su pasivo supera al activo, siendo esta diferencia notable, debe considerarse que resulta absurdo el inicio de un procedimiento concursal cuando desde su inicio se sabe, tal y como ocurre en el supuesto que nos ocupa, que la sociedad carece de activo suficiente realizable, todo ello, además sin contar con los importantes gastos que el procedimiento concursal va a generar, lo que, inevitablemente abocaría en virtud de los dispuesto en elartículo 176.1.4ºal archivo de las actuaciones y conclusión del concurso. Por consiguiente, cabe concluir que es posible la inadmisión de la solicitud del concurso no sólo en aquellos supuestos en que exista ausencia total de activo, sino también cuando este sea notablemente inferior al pasivo, de manera que se haga inviable la prosperabilidad del concurso, tal y como sucede en el presente caso, lo que conduce a desestimar el motivo de impugnación alegado.”. AAP La Rioja 10.03.2009 (JUR 2009\235951)

“PRIMERO.- Conforma consta en las actuaciones y se manifestó por la mercantil recurrente la difícil situación del misma y se alegaba la existencia de un pasivo vencido en la fecha de declaración de concurso que ascendía la cantidad de 385.318,19.- euros frente a un activo de 4.379,12.-euros de devolución de IVA e Impuesto de Sociedades, así como un elemento más del activo sería un ordenador.
Esta Sala ha tenido ocasión de manifestarse reiteradamente en el sentido de admitir la procedencia de la inadmisión del concurso, como ahora ocurre, en supuestos en los que hay, en su misma presentación una notable desproporción entre el pasivo y el activo en el sentido de que el "...pasivo supera al activo, siendo esta diferencia notable, debe considerarse que resulta absurdo el inicio de un procedimiento concursal cuando desde su inicio se sabe, tal y como ocurre en el supuesto que nos ocupa, que la sociedad carece de activo suficiente realizable, todo ello, además sin contar con los importantes gastos que el procedimiento concursal va a generar, lo que, inevitablemente abocaría en virtud de los dispuesto en el
artículo 176.1.4º al archivo de las actuaciones y conclusión del concurso. Por consiguiente, cabe concluir que es posible la inadmisión de la solicitud del concurso no sólo en aquellos supuestos en que exista ausencia total de activo, sino también cuando este sea notablemente inferior al pasivo, de manera que se haga inviable la prosperabilidad del concurso, tal y como sucede en el presente caso, lo que conduce a desestimar el motivo de impugnación alegado..." y así se recogió en el Auto de 10-3-2009 (siendo este el criterio seguido en los Autos de 22-3-2007, 6-7-2007 o 19-12-2007), con cita del artículo 176.1º de la Ley Concursal por cuanto que el activo indicado difícilmente haría frente siquiera a los gastos del propio procedimiento concursal”: AAP La Rioja 16.07.2010 (Auto 94/2010; Rollo 130/2010)

AP Murcia

“PRIMERO.-En el recurso de apelación interpuesto en nombre de D. Benjamín se pretende que se revoque el auto recurrido, dictándose en su lugar otro por el que se acuerde la admisión a trámite de la solicitud de concurso formulada en nombre del apelante. Se reconoce en el recurso que la admisión del concurso sin masa no es pacífica, aludiéndose a los a los artículos 403.1 de la LEC y 176.4 de la LC.
El auto recurrido inadmite la solicitud de concurso presentada por D. Benjamín, por inexistencia de bienes o derechos, con mención de los artículos 176.1.4º en relación con los artículos 6, 76, 85l y 142 bis de la LC.
SEGUNDO.-Que tras el examen de los autos resulta que en la providencia de fecha 23 de septiembre de 2011 se indica que no se había presentado inventario de bienes y derechos, concediéndose a la parte solicitante del concurso un plazo de diez días para que subsanara el defecto advertido. En escrito de fecha 30 de septiembre de 2011 se manifiesta que D. Benjamín carece de bienes a su nombre.
En el artículo 176.1.3º, se establece: "Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos: En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa "
En el artículo 176 bis, añadido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se dispone. "1. Desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente ".
A la vista de los preceptos referidos no hay lugar a la admisión a trámite de la solicitud de concurso, entendiéndose que no se vulnera el derecho de tutela judicial efectiva ni los preceptos que se refieren de la

LEC y LC, pues al no existir ningún tipo de bienes ni derechos a nombre del apelante no está justificado la admisión a trámite, ya que no se podrán hacer efectivos los gastos ocasionados por el propio el concurso, ello en concordancia con el hecho de que no es previsible, a tenor de lo referido en el escrito de solicitud, el ejercicio de acciones de reintegración o de impugnación, ni datos tampoco para pensar el concurso solicitado pueda calificarse como culpable a estos efectos.”: AAP Murcia (Sección 4) 14.03.2012 (Auto 56/2012; Rollo 103/2012)

“PRIMERO.-En el recurso de apelación formulado en nombre de D. Teodulfo se pretende que se revoque la resolución de instancia, dictándose en su lugar otra por la que se acuerde la admisión a trámite de la solicitud de concurso. Se alega error en la aplicación del artículo 176.1 de la Ley Concursal y vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, artículo 24 de la CE; que en el presente caso no concurre el supuesto previsto en el artículo 176.1 de la LC, de inexistencia de bienes, pues la parte apelante es titular del patrimonio que se refiere en el inventario; que se ha cumplido el requisito subjetivo y objetivo exigido para la admisión de la solicitud de concurso; que la inadmisión del concurso niega la posibilidad de llegar a un acuerdo con los acreedores o, en su defecto, instar la liquidación de sus bienes, generándose indefensión, aludiéndose, finalmente, al deber de instar la declaración de concurso a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la LC.

El auto recurrido acuerda la inadmisión de la solicitud de concurso al no constar la existencia de bienes y derechos propiedad de D. Teodulfo. Se indica que hay un requisito o presupuesto necesario para la declaración de concurso no previsto expresamente en la LC, pero que puede entenderse implícito en su regulación, y es la existencia de un mínimo de bienes y derechos del deudor para abrir el proceso. Se hace mención a los varios criterios mantenidos por la jurisprudencia en orden a la admisión o no de los concursos sin masa. Se refiere el auto de la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, de fecha 30 de enero de 2006, favorable a la inadmisión de los concursos si no consta desde el inicio que hay un mínimo de masa activa. Se refiere el auto de esta Sección IV, de fecha 16 de febrero de 2010, favorable a la admisión a trámite del concurso tras la modificación de la LC por el RL 3/09, indicándose en relación con lo sostenido en éste que todavía no se ha desarrollado reglamentariamente el artículo 34.2 de la LC. Se indica que la reforma de la LC, por la Ley 38/11, ha suplido el silencio normativo existente hasta ahora al respecto y regula, no solo el archivo sobrevenido del procedimiento concursal ya iniciado cuando se constate la falta de bienes, sino también el archivo inicial, o mejor, la inadmisión inicial por esa causa, citándose lo dispuesto en el artículo 176.3 y el artículo 176 bis. Se exponen los argumentos en favor de la posición que considera la necesidad de masa como requisito para la admisión de la declaración de concurso. Que en el presente caso el solicitante, D. Teodulfo manifiesta que cuenta con una vivienda en propiedad gravada con un préstamo hipotecario, cuyo acreedor lo es con privilegio general y, por tanto, no afectado por la solución que pudiera alcanzarse en el concurso. Además cuenta con un vehículo, y sin ningún ingreso, pues reseña que se encuentra dado de alta como demandante de empleo, pero sin ninguna prestación por desempleo ni es titular de ninguna pensión, toda vez que con los bienes reseñados (vivienda hipotecada que se está ejecutando y un vehículo) no podría hacer frente siquiera a los gastos que genera el procedimiento concursal. Que a tenor de lo manifestado en el escrito de solicitud, la verdadera intención del instante es pretender utilizar el procedimiento concursal como vía para lograr la suspensión de procedimiento de ejecución hipotecaria nº 1687/2011, que se sigue en el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de esta ciudad, a instancia del BANCO CAM S.A.U, lo que no es viable a tenor de lo dispuesto en el artículo 56, apartado 1º de Ley Concursal, pues sólo pueden suspenderse la ejecuciones con garantías reales cuando recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, requisito que no se da en el presente caso.

SEGUNDO.-Que tras el examen de los autos resulta que en la solicitud de declaración de concurso voluntario, presentada en nombre de D. Teodulfo, se indica que éste no percibe prestación de desempleo ni pensión, figurando en el inventario de bienes un vehículo Renault Megane, matrícula.... BLQ, y una vivienda adquirida por escritura de 3 de diciembre de 2004, finca registral NUM000, por un precio de 65.246,26 #, gravada con una hipoteca por importe de 52.000 #, siguiéndose respecto de ésta procedimiento de ejecución hipotecara a instancia del BANCO CAM S.A.U., por importe de 39.770 # de principal, y 8.410 # por intereses devengados y costas, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de esta capital, autos 1678/11. En el escrito de interposición del recuso de indica que el apelante goza del beneficio de justicia gratuita.

En el artículo 176.1.3º, se establece: "Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos: En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa".

En el artículo 176 bis, añadido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se dispone."1. Desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente".

A la vista de lo antes referido procede desestimar la pretensión revocatoria, pues se considera que la resolución de instancia no infringe por interpretación errónea los preceptos citados de la Ley Concursal ni vulnera el derecho de tutela judicial efectiva, pues en el presente caso se está en presencia de una manifiesta insuficiencia de activo patrimonial, que no justifica la admisión a trámite de la declaración de concurso, ya que respecto de la vivienda se sigue procedimiento de ejecución hipotecaria, siendo el mismo susceptible de ejecución separada, no procediendo la suspensión por no concurrir ninguna de las circunstancias que se refieren en instancia a tenor de lo dispuesto en el artículo 56.1 de la LC, y en cuanto al otro bien, vehículo, se puede afirmar razonablemente que su valor de mercando no cubrirá ni tan siquiera los costes del procedimiento concursal, siendo también razonable sostener a la vista de lo relatado en el propio escrito de

solicitud de la declaración de concurso que no es previsible el ejercicio de acciones de reintegración ni la calificación del concurso como culpable.
Procede, pues, desestimar el recurso de apelación al aceptarse por esta Sala los razonamientos que se exponen en el auto recurrido, no entendiéndose desvirtuados por las alegaciones formuladas en el recurso de apelación.": AAP Murcia (Sección 4) 14.03.2012 (Auto 59/2012; Rollo 73/2012)

AP Pontevedra

"PRIMERO. El Juzgado de lo Mercantil dicta auto en fecha 10 mayo 2007 por el que inadmite a trámite la solicitud de declaración de concurso voluntario formulado por Doña María Angélica Pilar C.B., dada la inexistencia de bienes y derechos de la concursada ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.4 LC), dejando breve constancia de la polémica doctrinal y en la práxis judicial, acerca de la posibilidad de dicha inadmisión en el mismo inicio del proceso.
Contra dicha resolución se alza la solicitante interesando la revocación del auto y ser declarada en situación legal de concurso al entender que concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley Concursal, tanto los presupuestos subjetivos como los objetivos previstos en los arts. 1 y 2 LC, siendo además su obligación instar dicha declaración (art. 5 LC), so pena de sanción a la hora de calificar el concurso (arts. 163 y 164 LC).
El supuesto de hecho a enjuiciar se compone de los siguientes datos :
- La solicitante del concurso voluntario es una persona física.
- Se trata de un comerciante individual que explotaba un negocio de venta de ropa infantil, sin la colaboración ni intervención de ninguna otra persona.
- El negocio ha cerrado como se deriva de la baja solicitada y concedida a la apelante en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
- La solicitante carece de bien alguno, como ella misma ha señalado, no constando la intervención de ninguna otra persona en relación con la explotación del negocio. No consta crédito alguno que pueda ser realizado.
Surge así, de forma clara e ineludible el supuesto que la doctrina denomina "concursos sin masa", es decir, aquellos en que se manifiesta una total y aboluta inexistencia de bienes y derechos del deudor. A pesar de tal planteamiento y la conveniencia de una respuesta clara del ordenamiento, debe admitirse que la inadmisión "ab initio" de la solicitud de concurso no goza de una previsión legal expresa en la legislación concursal.
Ahora bien, no es menos cierto que la cuestión tiene un mayor alcance cuando planteándose en sede de declaración del concurso, y percibiéndose desde un inicio sin lugar a dudas que, no existen bienes o derechos con los que hacer frente si quiera los gastos del proceso, y mucho menos satisfacer mínimamente a los acreedores, debe entenderse que, cuando menos de forma implícita, debe configurarse al existencia, al menos de algún bien o derecho, como presupuesto de la declaración del concurso, al igual que se ha considerado la pluralidad de acreedores, que tampoco goza de una expresa previsión en cuanto tal presupuesto de la declaración del concurso de acreedores.
SEGUNDO. La falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia.
El artículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Y sobre esta norma se asiente la resolución impugnada, al entender que, si desde un inicio se comprueba que no existe bien o derecho alguno del concursado ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Sin embargo la norma del art. 176.1.4º LC se estima, por sí sola, insuficiente para fundar la inadmisión "ad limine litis". Teniendo en cuenta su ubicación sistemática y la rúbrica que la ampara, "De la conclusión y de la reapertura del concurso", se pone en evidencia que estamos ante una causa de conclusión, no de inadmisión. Causa que, además, viene a exigir con carácter previo, la admisión a trámite del concurso, y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, y que pueden dar lugar a la ampliación de patrimonios responsables.
Y es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir otros patrimonios para satisfacer a los acreedores, lo que se erige en un obstáculo a la inadmisión inicial.
Pero esta obstáculo es mas teórico que real en supuestos como el que nos ocupa. La finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principo básico, la "par conditio creditorum", tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares.
Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.
TERCERO. En el supuesto que nos ocupa no existe el menor atisbo de la procedencia y viabilidad de acciones de reintegración (arts. 71 y ss LC), ni de acciones rescisorias, ni de otras acciones de impugnación de actos de la recurrente que procedan ejercitarse ante el Juez del concurso (art. 71.6 LC). Del mismo modo, al tratarse de

una persona natural, no de una persona jurídica, resultan inaplicables la mayoría de los supuestos previstos en la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o añadir otros patrimonios ajenos al deudor que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Así no cabe acudir a reclamar desembolsos de aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumpliento (art. 48.4 LC), ni a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios (art. 48.5 LC), ni a la responsabilidad en que puedan incurrir administradores de hecho o de derecho, o liquidadores en determinados supuestos al calificarse el concurso (art. 172.3 LC, con la posibilidad del embargo cautelar del art. 48.3 LC), o terceros que puedan ser considerados cómplices (art. 166 LC, cuando no se deduce el menor atisbo de intervención de terceros en un supuesto como el que nos ocupa de explotación de un pequeño comercio dedicado a la venta de ropa infantil regentado únicamente por la apelante, en cuanto persona natual.

De igual modo, por no ser una persona jurídica, tampoco puede acudirse a posibles acciones de responsabilidad de administradores sociales ya fuera por incumpliento del deber de instar la declaración de concurso en el plazo legal (arts. 105.5 LSRL y art. 262.5 LSA), o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y ss LSA).

CUARTO. En resumen, no se cuenta mas que con el patrimonio de la deudora, sin posiblidad de que la inicial masa de hecho pueda ser alterada durante el concurso con el ejercicio de las diversas acciones antes aludidas. Resultando que tal patrimonio es totalmente inexistente, tal y como ha manifestado la apelante en su solicitud, sin que en esta alzada realice ninguna otra manifestación al respecto. Por lo tanto la satisfacción de los acreedores, que es la finalidad esencial del concurso, no puede cumplirse ni en un mínimo grado.

Llegados a este punto, cabe hacer referencia al Auto de la AP de Murcia, sección 4ª, de 30 enero 2006 que deniega la apertura de concurso por insuficiencia de masa activa acudiendo también a evidentes y fundadas razones de economía procesal y seguridad jurídica, que permiten la acogida por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la precedente regulación del procedimiento de insolvencia, que otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de conclusión “ab initio” del concurso, en los casos de acreditación de inexistencia de bienes y derechos del deudor, aún cuando tampoco existía entonces una previsión legal en tal sentido, silenciada u omitida también ahora en el marco de la actual Ley Concursal.

El texto de la norma concursal nos permite – y debemos partir del mismo- entender que la existencia de bienes y derechos debe postularse como causa esencial de esa comunidad a la que le aplicaremos el principio de “ par conditio creditorum” sin necesidad de tomar en cuenta el artículo 176 de la Ley Concursal que supone la tramitación de un procedimiento concursal ya declarado.

El concurso persigue su finalidad de satisfacer a los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio. Si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse. La solicitante, en el presente caso, no puede alcanzar acuerdo alguno con sus acreedores para el pago de los créditos, máxime cuando ya ha puesto fin a su actividad comercial, constando la baja en el Régimen de Autónomos, y no hay nada que liquidar. Las acciones de reintegración o la responsabilidad de terceros que cumplen una finalidad accesoria o secundaria y, en todo caso, complementaria de alguna de las finalidades primordiales -el convenio o la liquidación- devienen en el presente caso inviables, sin que nada en contra se haya manifestado por la solicitante.

Cuando esta inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que este cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia a lo largo del articulado de la Ley Concursal : Con la solicitud del concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3º LC); el auto de declaración de concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4º LC); el art. 40 LC en relación con el art. 21.1.2º LC hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración de concurso; el art. 43 LC hace referencia a la conservación y administración de la masa activa; el art. 76 y ss regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 LC); y fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que ha de procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss LC).

Por todo ello, no puede entenderse la existencia de un proceso concursal sin bienes o derechos con los que se puedan satisfacer los créditos de los acreedores, configurándose así como un presupuesto objetivo de crucial relevancia que, en caso de ponerse en evidencia su ausencia desde un principio, puede provocar la inadmisión de la solicitud de concurso. Si bien con la matización de que tal inadmisión debe ser interpretada restrictivamente, de forma que, solo en supuestos excepcionales como el presente, en que se evidencia la falta total y absoluta de masa activa, y la imposibilidad de crearla o completarla con los mecanismos concursales antes expuestos, procede tal resolución. Y ello sin perjuicio de que, de adquirir algún bien o derecho en el futuro que pueda aplicarse al pago de los acreedores, pueda instarse el concurso.

Finalmente señalar que lo hasta ahora expuesto no implica tanto una inadmisión de la solicitud por motivos formales, cuanto una desestimación de la solicitud por motivos de fondo. Y cumple recordar, en alusión a la falta de tutela judicial efectiva que el Tribunal Constituciona, de forma reiterada ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas, STC 198/2000, de 24 de julio, y 89/2001, de 2 de abril 2001). ”: Auto AP Pontevedra

12.07.2007 (Rollo 58/2007)

“PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil dicta auto en fecha 9 de junio de 2009 por el que inadmite a trámite la solicitud de declaración de concurso voluntario formulado por Don Luis Alberto, dada la inexistencia de bienes y derechos de la concursada ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.4 LC), dejando breve constancia de la polémica doctrinal y en la praxis judicial, acerca de la posibilidad de dicha inadmisión en el mismo inicio del proceso.
Contra dicha resolución se alza la solicitante interesando la revocación del auto y ser declarada en situación legal de concurso al entender que concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley Concursal, tanto los presupuestos subjetivos como los objetivos previstos en los arts. 1 y 2 LC, siendo además su obligación instar dicha declaración (art. 5 LC), so pena de sanción a la hora de calificar el concurso (arts. 163 y 164 LC), además goza del servicio de asistencia jurídica gratuita que obvia los posibles problemas de costas.
El supuesto de hecho a enjuiciar se compone de los siguientes datos:
- La solicitante del concurso voluntario es una persona física.
- Se trata de un albañil que ha trabajado por cuenta ajean durante algo más de tres años, estuvo afiliado a la seguridad social y ha extinguido la prestación por desempleo.
- El solicitante carece de bien alguno, como él misma ha señalado. No consta crédito alguno que pueda ser realizado.
Surge así, de forma clara e ineludible el supuesto que la doctrina denomina "concursos sin masa", es decir, aquellos en que se manifiesta una total y absoluta inexistencia de bienes y derechos del deudor. A pesar de tal planteamiento y la conveniencia de una respuesta clara del ordenamiento, debe admitirse que la inadmisión "ab initio" de la solicitud de concurso no goza de una previsión legal expresa en la legislación concursal.
Ahora bien, no es menos cierto que la cuestión tiene un mayor alcance cuando planteándose en sede de declaración del concurso, y percibiéndose desde un inicio sin lugar a dudas que, no existen bienes o derechos con los que hacer frente si quiera los gastos del proceso, y mucho menos satisfacer mínimamente a los acreedores, debe entenderse que, cuando menos de forma implícita, debe configurarse la existencia, al menos de algún bien o derecho, como presupuesto de la declaración del concurso, al igual que se ha considerado la pluralidad de acreedores, que tampoco goza de una expresa previsión en cuanto tal presupuesto de la declaración del concurso de acreedores.
SEGUNDO.- La falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia. Así resolvimos ya en nuestro Auto de 12 de julio de 2007 (Pnte. Sr. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ) del que el presente no es sino su reproducción por identidad de razón.
El artículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Y sobre esta norma se asiente la resolución impugnada, al entender que, si desde un inicio se comprueba que no existe bien o derecho alguno del concursado ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Sin embargo, la norma del art. 176.1.4º LC se estima, por sí sola, insuficiente para fundar la inadmisión "ad limine litis". Teniendo en cuenta su ubicación sistemática y la rúbrica que la ampara, "De la conclusión y de la reapertura del concurso", se pone en evidencia que estamos ante una causa de conclusión, no de inadmisión. Causa que, además, viene a exigir con carácter previo, la admisión a trámite del concurso, y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, y que pueden dar lugar a la ampliación de patrimonios responsables.
Y es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir otros patrimonios para satisfacer a los acreedores, lo que se erige en un obstáculo a la inadmisión inicial.
Pero esta obstáculo es mas teórico que real en supuestos como el que nos ocupa. La finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principio básico, la "par conditio creditorum", tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares.
Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.
TERCERO.- En el supuesto que nos ocupa no existe el menor atisbo de la procedencia y viabilidad de acciones de reintegración (arts. 71 y ss LC), ni de acciones rescisorias, ni de otras acciones de impugnación de actos de la recurrente que procedan ejercitarse ante el Juez del concurso (art. 71.6 LC). Del mismo modo, al tratarse de una persona natural, no de una persona jurídica, resultan inaplicables la mayoría de los supuestos previstos en la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o añadir otros patrimonios ajenos al deudor que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Así no cabe acudir a reclamar desembolsos de aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 LC), ni a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios (art. 48.5 LC), ni a la responsabilidad en que puedan incurrir administradores de hecho o de derecho, o liquidadores en determinados supuestos al

calificarse el concurso (art. 172.3 LC, con la posibilidad del embargo cautelar del art. 48.3 LC), o terceros que puedan ser considerados cómplices (art. 166 LC), cuando no se deduce el menor atisbo de intervención de terceros en un supuesto como el que nos ocupa de explotación de un pequeño comercio dedicado a la venta de ropa infantil regentado únicamente por la apelante, en cuanto persona natural.
De igual modo, por no ser una persona jurídica, tampoco puede acudirse a posibles acciones de responsabilidad de administradores sociales ya fuera por incumplimiento del deber de instar la declaración de concurso en el plazo legal (arts. 105.5 LSRL y art. 262.5 LSA), o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y ss LSA).
CUARTO.- En resumen, no se cuenta más que con el patrimonio del deudora, sin posibilidad de que la inicial masa de hecho pueda ser alterada durante el concurso con el ejercicio de las diversas acciones antes aludidas. Resultando que tal patrimonio es totalmente inexistente, tal y como ha manifestado el apelante en su solicitud, sin que en esta alzada realice ninguna otra manifestación al respecto. Por lo tanto la satisfacción de los acreedores, que es la finalidad esencial del concurso, no puede cumplirse ni en un mínimo grado.
Llegados a este punto, cabe hacer referencia al Auto de la AP de Murcia, sección 4ª, de 30 enero 2006 que deniega la apertura de concurso por insuficiencia de masa activa acudiendo también a evidentes y fundadas razones de economía procesal y seguridad jurídica, que permiten la acogida por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la precedente regulación del procedimiento de insolvencia, que otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de conclusión "ab initio" del concurso, en los casos de acreditación de inexistencia de bienes y derechos del deudor, aún cuando tampoco existía entonces una previsión legal en tal sentido, silenciada u omitida también ahora en el marco de la actual Ley Concursal.
El texto de la norma concursal nos permite -y debemos partir del mismo- entender que la existencia de bienes y derechos debe postularse como causa esencial de esa comunidad a la que le aplicaremos el principio de "par conditio creditorum" sin necesidad de tomar en cuenta el artículo 176 de la Ley Concursal que supone la tramitación de un procedimiento concursal ya declarado.
El concurso persigue su finalidad de satisfacer a los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio. Si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse. La solicitante, en el presente caso, no puede alcanzar acuerdo alguno con sus acreedores para el pago de los créditos, máxime cuando ya ha puesto fin a su actividad comercial, constando la baja en el Régimen de Autónomos, y no hay nada que liquidar. Las acciones de reintegración o la responsabilidad de terceros que cumplen una finalidad accesoria o secundaria y, en todo caso, complementaria de alguna de las finalidades primordiales -el convenio o la liquidación- devienen en el presente caso inviables, sin que nada en contra se haya manifestado por la solicitante.
Cuando esta inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que este cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia a lo largo del articulado de la Ley Concursal: Con la solicitud del concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3º LC); el auto de declaración de concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4º LC); el art. 40 LC en relación con el art. 21.1.2º LC hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración de concurso; el art. 43 LC hace referencia a la conservación y administración de la masa activa; el art. 76 y ss regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 LC); y fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que ha de procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss LC).
Por todo ello, no puede entenderse la existencia de un proceso concursal sin bienes o derechos con los que se puedan satisfacer los créditos de los acreedores, configurándose así como un presupuesto objetivo de crucial relevancia que, en caso de ponerse en evidencia su ausencia desde un principio, puede provocar la inadmisión de la solicitud de concurso. Si bien con la matización de que tal inadmisión debe ser interpretada restrictivamente, de forma que, solo en supuestos excepcionales como el presente, en que se evidencia la falta total y absoluta de masa activa, y la imposibilidad de crearla o completarla con los mecanismos concursales antes expuestos, procede tal resolución.
Finalmente señalar que lo hasta ahora expuesto no implica tanto una inadmisión de la solicitud por motivos formales, cuanto una desestimación de la solicitud por motivos de fondo. Y cumple recordar, en alusión a la falta de tutela judicial efectiva que el Tribunal Constitucional, de forma reiterada ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas, STC 198/2000, de 24 de julio, y 89/2001, de 2 de abril 2001). “:AAP Pontevedra 09.09.2009 (Rollo 485/2009; Auto 141/2009)

"Que debo INADMITIR a trámite la solicitud de concurso voluntario promovida por el Procurador Sra. Martínez en la representación acreditada. "
SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por DñaMaría Virtudes se formuló recurso de apelación, el cual fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a estaSala y señalándose el día diecisiete

de diciembre para la deliberación de este recurso, designándose ponente al Magistrado D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ, quien expresa el parecer de la Sala.
TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han seguido las prescripciones y términos legales.
FUNDAMENTOS DE DERECHO
“UNICO La Sala comparte íntegramente los argumentos ofrecidos en la resolución de primer grado, que hace suyos y que se añaden a los que se exponen a continuación, con el efecto de la desestimación del recurso de apelación.
De conformidad con lo dispuesto en elart. 176.1º.4º LC, procede la conclusión del concurso, cualquiera que sea el estado del procedimiento, cuando el tribunal compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado o de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores. De toda evidencia, el concurso presenta como finalidad principal, caso de que no sea posible la obtención del convenio, la liquidación ordenada del patrimonio del deudor con el designio esencial de satisfacer el interés de sus acreedores, tal como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal.
En el presente supuesto, tanto de la solicitud de declaración presentada por el deudor, como de la documentación que la acompaña, resulta con claridad la ausencia de bienes, de clase alguna, para hacer frente al pasivo. La solicitante manifiesta que no obtiene ningún tipo de ingreso, más allá de una exigua prestación por desempleo que, como acierta a poner de manifiesto el juzgador a quo, no habrá de formar parte de la masa activa. Tampoco se pone de manifiesto ninguna previsión de obtención de ingresos en un futuro próximo. El único activo que se reconoce es un vehículo del que se desconoce la matrícula y la fecha de fabricación, que ha sido financiado con un préstamo por importe de 21.967 euros, del que restan por amortizar 14.049 euros.
De los anteriores hechos se toma la convicción de que el concurso carece de finalidad. No podrá obtenerse acuerdo alguno si no hay activo, y la carencia de bienes permite afirmar que la liquidación ordenada carece de objeto. No sólo no se aporta indicio alguno de la posible existencia de acciones de reintegración, sino que el texto de los documentos aportados permite afirmar que dichas acciones no sólo no son viables sino que, aún antes, ni siquiera existen. Es más, los gastos que habrían de afrontarse si se incoara el procedimiento serían, ya de inicio, inatendibles, lo que se erige, también, como obstáculo esencial. Razones elementales de economía procesal hacen ver que los gastos de edictos, administración concursal y representación procesal no podrán atenderse, incrementándose las responsabilidades a que tendrá que hacer frente el solicitante.
Este criterio ha presidido la interpretación seguida por estaaudiencia provincial, en diversas resoluciones, entre las que cabe citar la más reciente, de 9 de septiembre de 2009, en la que dijimos que "SEGUNDO.- La falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en elartículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia. Así resolvimos ya en nuestroAuto de 12 de julio de 2007 (Ponte. Sr. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ) del que el presente no es sino su reproducción por identidad de razón.
Elartículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Y sobre esta norma se asiente la resolución impugnada, al entender que, si desde un inicio se comprueba que no existe bien o derecho alguno del concursado ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Sin embargo, la norma delart. 176.1.4º LC se estima, por sí sola, insuficiente para fundar la inadmisión "ad limine litis". Teniendo en cuenta su ubicación sistemática y la rúbrica que la ampara, "De la conclusión y de la reapertura del concurso", se pone en evidencia que estamos ante una causa de conclusión, no de inadmisión. Causa que, además, viene a exigir con carácter previo, la admisión a trámite del concurso, y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, y que pueden dar lugar a la ampliación de patrimonios responsables.
Y es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir otros patrimonios para satisfacer a los acreedores, lo que se erige en un obstáculo a la inadmisión inicial.
Pero este obstáculo es más teórico que real en supuestos como el que nos ocupa. La finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principio básico, la "par conditio creditorum", tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares.
Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso."
En caso contrario, por tanto, el concurso carece de finalidad y no ha de ser admitido a trámite. En el supuesto analizado se está ante una práctica ausencia de bienes, como ha quedado dicho y ante la convicción, -la conducta del apelante así lo demuestra-, de la improcedencia de acciones de reintegración o de la posible vinculación de patrimonios de refuerzo. No existen dudas sobre que el concurso no podrá alcanzar ninguna de sus finalidades. Este criterio, -que se sabe no compartido por algunos órganos provinciales-, aparece recogido en el Reglamento CE 1346/2000, de 29 de mayo como uno de los supuestos en los que las legislaciones nacionales pueden condicionar la apertura del proceso. Este órgano judicial, -ya se ha dicho-, comparte esta forma de ver las cosas y se encuentra persuadido de que tal forma de resolver no sólo no vulnera la efectividad

de la tutela judicial, sino que satisface más adecuadamente que la interpretación basada en el mero positivismo legalista los intereses en presencia, singularmente el de los acreedores del deudor, cuya protección, se insiste, se encuentra en la base de todo el ordenamiento concursal.”: AAP Pontevedra 17.12.2009 (JUR 2010/68547; Auto 229/2009; Rollo 669/2009)

“UNICO Es objeto de recurso el auto dictado por el juzgado de lo mercantil por el que se acordaba la inadmisión a trámite de la solicitud de concurso voluntario por ausencia de masa activa. Considera el apelante que la Ley Concursal no permite inadmitir a trámite el concurso cuando concurran los presupuestos objetivo y subjetivo, siendo, además, que la solicitante cuenta con ingresos suficientes, constituidos por el importe de su nómina como trabajadora por cuenta ajena.
La cuestión, como de sobra es sabido, continúa siendo polémica en los tribunales y en la opinión de los autores. Sin embargo, esta audiencia provincial viene considerando que, en los casos de concurso de personas físicas, resulta esencial la presencia de un activo mínimo con el que hacer frente tanto a los gastos esenciales de puesta en marcha del procedimiento, como, fundamentalmente, atender la finalidad esencial del proceso concursal, que no es otra que la ordenada satisfacción de los créditos, bien a través de un convenio, bien por el procedimiento de la liquidación de los bienes del deudor.
En esta línea de razonamiento, en elauto de esta sección de 9 de septiembre de 2009 ya dijimos que "para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso" y se añadía: "...del mismo modo, al tratarse de una persona natural, no de una persona jurídica, resultan inaplicables la mayoría de los supuestos previstos en la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o añadir otros patrimonios ajenos al deudor que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Así no cabe acudir a reclamar desembolsos de aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 LC), ni a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios (art. 48.5 LC), ni a la responsabilidad en que puedan incurrir administradores de hecho o de derecho, o liquidadores en determinados supuestos al calificarse el concurso (art. 172.3 LC, con la posibilidad del embargo cautelar delart. 48.3 LC), o terceros que puedan ser considerados cómplices (art. 166 LC), cuando no se deduce el menor atisbo de intervención de terceros en un supuesto como el que nos ocupa de explotación de un pequeño comercio dedicado a la venta de ropa infantil regentado únicamente por la apelante, en cuanto persona natural. De igual modo, por no ser una persona jurídica, tampoco puede acudirse a posibles acciones de responsabilidad de administradores sociales ya fuera por incumplimiento del deber de instar la declaración de concurso en el plazo legal (arts. 105.5 LSRL yart. 262.5 LSA), o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y ss LSA)."
Quiere decirse que si el deudor no cuenta con un activo mínimo, capaz de satisfacer aquellas finalidades de una forma razonable, el concurso carece de objeto, por lo que procede su inadmisión a trámite.
Más recientemente, en resolución de 14 de enero de 2010 dijimos: "cuando esta inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que este cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia a lo largo del articulado de la Ley Concursal: Con la solicitud del concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3º LC); el auto de declaración de concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4º LC); elart. 40 LC en relación con elart. 21.1.2º LC hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración de concurso; elart. 43 LC hace referencia a la conservación y administración de la masa activa; elart. 76 y ss regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 LC); y fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que ha de procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss LC). Por todo ello, no puede entenderse la existencia de un proceso concursal sin bienes o derechos con los que se puedan satisfacer los créditos de los acreedores, configurándose así como un presupuesto objetivo de crucial relevancia que, en caso de ponerse en evidencia su ausencia desde un principio, puede provocar la inadmisión de la solicitud de concurso. Si bien con la matización de que tal inadmisión debe ser interpretada restrictivamente, de forma que, solo en supuestos excepcionales como el presente, en que se evidencia la falta total y absoluta de masa activa, y la imposibilidad de crearla o completarla con los mecanismos concursales, procede tal resolución. Y ello sin perjuicio de que, de adquirir algún bien o derecho en el futuro que pueda aplicarse al pago de los acreedores, pueda instarse el concurso."
Esto es lo que sucede en el caso que ocupa, como acertadamente ha entendido la juez de primer grado. La solicitante en su memoria manifiesta que carece de otros bienes que un vehículo que no valora, cuando su pasivo, -según la relación de saldos pendientes-, alcanza la suma de 73.069 euros. Contrariamente a lo que alega el recurrente, la memoria no hacía indicación alguna de la percepción de ingresos por cuenta ajena en la suma de 1.600 euros en 16 pagas; tan sólo se hacía referencia al desempeño de funciones como auxiliar de clínica, sin otra mención. Es este, por tanto, un hecho nuevo, introducido en fase de apelación, que por tal motivo no puede considerarse en esta alzada. El activo es valorado tan sólo en 4.000 euros y el pasivo en

77.944, sin mención alguna a otra clase de ingresos o de bienes que pudieran garantizar el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el deudor.
Ello así, resulta forzoso concluir que no se cuenta más que con el patrimonio del deudora, sin posibilidad de que la inicial masa de hecho pueda ser alterada durante el concurso con el ejercicio de las diversas acciones antes aludidas.
Resultando que tal patrimonio es prácticamente inexistente. Por lo tanto la satisfacción de los acreedores, que es la finalidad esencial del concurso, no puede cumplirse en un mínimo grado, lo que justifica la corrección de la decisión alcanzada en la instancia. Se desestima el recurso.": AAP Pontevedra 07.04.2010 (JUR 2010/174859; Auto 74/2010; Rollo 165/2010)

Caso en que todos los activos están hipotecados

"PRIMERO El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta ciudad dictaauto en fecha 26 enero de 2009 por el que inadmite a trámite la solicitud de declaración de concurso voluntario formulado por DoñaSerafina, dada la inexistencia de bienes y derechos de la concursada ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.4 LC), dejando breve constancia de la polémica doctrinal y en la praxis judicial, acerca de la posibilidad de dicha inadmisión en el mismo inicio del proceso.
Contra dicha resolución se alza la solicitante interesando la revocación del auto y ser declarada en situación legal de concurso al entender que concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos por laLey Concursal, tanto los presupuestos subjetivos como los objetivos previstos en los arts. 1 y 2 LC, siendo además su obligación instar dicha declaración (art. 5 LC), so pena de sanción a la hora de calificar el concurso (arts. 163 y 164 LC).
El supuesto de hecho a enjuiciar se compone de los siguientes datos:
- La solicitante del concurso voluntario es una persona física.
- Se trata de un comerciante individual que explotaba un negocio de hostelería junto con su esposo.
- El negocio precisaba efectuar algunas reformas por lo que el 30 de enero de 2007 y 17 de julio del mismo año se formalizaron dos préstamos con garantía hipotecaria sobre la vivienda situada en elBARRIO000 nº NUM000 de Gondomar por importes de ciento veinte mil y ciento cincuenta y un mil doscientos euros.
Ambas deudas están en fase de ejecución hipotecaria en dos juzgados de primera instancia de Vigo.
- La solicitante carece de bien alguno, salvo el usufructo del inmueble como ella misma ha señalado, no constando la intervención de ninguna otra persona en relación con la explotación del negocio. No consta crédito alguno que pueda ser realizado y percibe una pensión de 330 euros como único ingreso.
Ya decíamos en nuestroAuto de doce de julio de 2007 (Pte. Ilmo. Sr. Menéndez Estébanez) que: "Surge así, de forma clara e ineludible el supuesto que la doctrina denomina "concursos sin masa", es decir, aquellos en que se manifiesta una total y absoluta inexistencia de bienes y derechos del deudor. A pesar de tal planteamiento y la conveniencia de una respuesta clara del ordenamiento, debe admitirse que la inadmisión "ab initio" de la solicitud de concurso no goza de una previsión legal expresa en la legislación concursal.
Ahora bien, no es menos cierto que la cuestión tiene un mayor alcance cuando planteándose en sede de declaración del concurso, y percibiéndose desde un inicio sin lugar a dudas que, no existen bienes o derechos con los que hacer frente si quiera los gastos del proceso, y mucho menos satisfacer mínimamente a los acreedores, debe entenderse que, cuando menos de forma implícita, debe configurarse al existencia, al menos de algún bien o derecho, como presupuesto de la declaración del concurso, al igual que se ha considerado la pluralidad de acreedores, que tampoco goza de una expresa previsión en cuanto tal presupuesto de la declaración del concurso de acreedores.
SEGUNDO La falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en elartículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia.
Elartículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Y sobre esta norma se asiente la resolución impugnada, al entender que, si desde un inicio se comprueba que no existe bien o derecho alguno del concursado ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Sin embargo la norma delart. 176.1.4º LC se estima, por sí sola, insuficiente para fundar la inadmisión "ad limine litis". Teniendo en cuenta su ubicación sistemática y la rúbrica que la ampara, "De la conclusión y de la reapertura del concurso", se pone en evidencia que estamos ante una causa de conclusión, no de inadmisión. Causa que, además, viene a exigir con carácter previo, la admisión a trámite del concurso, y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, y que pueden dar lugar a la ampliación de patrimonios responsables.
Y es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir otros patrimonios para satisfacer a los acreedores, lo que se erige en un obstáculo a la inadmisión inicial.
Pero este obstáculo es más teórico que real en supuestos como el que nos ocupa. La finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principio básico, la "par conditio creditorum", tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares.

Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso."

TERCERO En el supuesto que nos ocupa no existe el menor atisbo de la procedencia y viabilidad de acciones de reintegración (arts. 71 y ss LC), ni de acciones rescisorias, ni de otras acciones de impugnación de actos de la recurrente que procedan ejercitarse ante el Juez del concurso (art. 71.6 LC). Del mismo modo, al tratarse de una persona natural, no de una persona jurídica, resultan inaplicables la mayoría de los supuestos previstos en la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o añadir otros patrimonios ajenos al deudor que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Así no cabe acudir a reclamar desembolsos de aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 LC), ni a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios (art. 48.5 LC), ni a la responsabilidad en que puedan incurrir administradores de hecho o de derecho, o liquidadores en determinados supuestos al calificarse el concurso (art. 172.3 LC, con la posibilidad del embargo cautelar delart. 48.3 LC), o terceros que puedan ser considerados cómplices (art. 166 LC), cuando no se deduce el menor atisbo de intervención de terceros en un supuesto como el que nos ocupa de explotación de un pequeño comercio dedicado a la venta de ropa infantil regentado únicamente por la apelante, en cuanto persona natural.

De igual modo, por no ser una persona jurídica, tampoco puede acudirse a posibles acciones de responsabilidad de administradores sociales ya fuera por incumplimiento del deber de instar la declaración de concurso en el plazo legal (arts. 105.5 LSRL yart. 262.5 LSA), o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y ss LSA).

CUARTO En resumen, no se cuenta más que con el patrimonio de la deudora, sin posibilidad de que la inicial masa de hecho pueda ser alterada durante el concurso con el ejercicio de las diversas acciones antes aludidas. Resultando que tal patrimonio es totalmente inexistente, tal y como ha manifestado la apelante en su solicitud, sin que en esta alzada realice ninguna otra manifestación al respecto. Por lo tanto la satisfacción de los acreedores, que es la finalidad esencial del concurso, no puede cumplirse ni en un mínimo grado.

Llegados a este punto, cabe hacer referencia alAuto de la AP de Murcia, sección 4ª, de 30 enero 2006 que deniega la apertura de concurso por insuficiencia de masa activa acudiendo también a evidentes y fundadas razones de economía procesal y seguridad jurídica, que permiten la acogida por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la precedente regulación del procedimiento de insolvencia, que otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de conclusión "ab initio" del concurso, en los casos de acreditación de inexistencia de bienes y derechos del deudor, aún cuando tampoco existía entonces una previsión legal en tal sentido, silenciada u omitida también ahora en el marco de la actual Ley Concursal.

El texto de la norma concursal nos permite - y debemos partir del mismo- entender que la existencia de bienes y derechos debe postularse como causa esencial de esa comunidad a la que le aplicaremos el principio de "par conditio creditorum" sin necesidad de tomar en cuenta el artículo 176 de la Ley Concursal que supone la tramitación de un procedimiento concursal ya declarado.

El concurso persigue su finalidad de satisfacer a los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio. Si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse. La solicitante, en el presente caso, no puede alcanzar acuerdo alguno con sus acreedores para el pago de los créditos, máxime cuando ya ha puesto fin a su actividad comercial, constando la baja en el Régimen de Autónomos, y no hay nada que liquidar. Las acciones de reintegración o la responsabilidad de terceros que cumplen una finalidad accesoria o secundaria y, en todo caso, complementaria de alguna de las finalidades primordiales -el convenio o la liquidación- devienen en el presente caso inviables, sin que nada en contra se haya manifestado por la solicitante.

Cuando esta inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que este cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia a lo largo del articulado de la Ley Concursal: Con la solicitud del concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art.5.2.3º LC); el auto de declaración de concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4º LC); elart. 40 LC en relación con elart. 21.1.2º LC hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración de concurso; elart. 43 LC hace referencia a la conservación y administración de la masa activa; elart. 76 y ss regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 LC); y fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que ha de procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss LC).

Por todo ello, no puede entenderse la existencia de un proceso concursal sin bienes o derechos con los que se puedan satisfacer los créditos de los acreedores, configurándose así como un presupuesto objetivo de crucial relevancia que, en caso de ponerse en evidencia su ausencia desde un principio, puede provocar la inadmisión de la solicitud de concurso. Si bien con la matización de que tal inadmisión debe ser interpretada restrictivamente, de forma que, solo en supuestos excepcionales como el presente, en que se evidencia la falta total y absoluta de masa activa, y la imposibilidad de crearla o completarla con los mecanismos concursales antes expuestos, procede tal resolución. Y ello sin perjuicio de que, de adquirir algún bien o derecho en el futuro que pueda aplicarse al pago de los acreedores, pueda instarse el concurso.

Coincidiendo con lo considerado por el Juzgado de lo Mercantil, tampoco se cumpliría la finalidad del concurso si, como sucede en el caso que nos ocupa, los únicos bienes existentes son inmuebles, si ni siquiera están ya afectos a actividad profesional, empresarial o productiva, y si todos ellos están hipotecados, el endeudamiento es cuando menos equivalente a su valor económico, y, en fin, los dos acreedores se verían legalmente favorecidos en el concurso con privilegio especial, por razón de sus respectivas garantías reales, con el consecuente derecho de ejecución separada, sin perjuicio de un hipotético sometimiento voluntario a un eventual convenio, difícil de imaginar en el presente asunto, además de no admitir la Ley propuestas de cesión conjunta o liquidación global del patrimonio, o en otro caso realizándose el pago a cada uno en la liquidación con cargo a los respectivos bienes vinculados, al no ser tampoco factible en el supuesto enjuiciado la alternativa de la administración concursal para atender de otra forma los pagos sin realización de tales bienes (arts. 55, 56, 57, 90.1-1º, 100, 123, 134, 136, 155 y concordantes).
Finalmente señalar que lo hasta ahora expuesto no implica tanto una inadmisión de la solicitud por motivos formales, cuanto una desestimación de la solicitud por motivos de fondo. Y cumple recordar, en alusión a la falta de tutela judicial efectiva que el Tribunal Constitucional, de forma reiterada ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas,STC 198/2000, de 24 de julio, y 89/2001, de 2 de abril 2001).
Lo demás gira alrededor de lo mismo y, en todo caso, no altera su resultado, siendo lo dicho aquí y por el Juzgado suficiente para la desestimación del recurso, sin mención especial de las costas al no haber contraparte opositora, además de la problemática y circunstancias examinadas.”: AAP Pontevedra 15.04.2009 (JUR 2009/426699; Auto 60/2009; Rollo 184/2009)

“TERCERO Lo expuesto con anterioridad es suficiente para desestimar el recurso, limitándose el recurrente a describir una situación económica de la existencia de unos créditos hipotecarios que se van a ejecutar, e implicará la pérdida del patrimonio familiar. Pero en modo alguno combate los acertados argumentos jurídicos del auto impugnado. La situación de la existencia de dos préstamos hipotecarios y las consecuencias de su devolución mediante la realización de las garantías reales, no justifican por sí mismos una situación de insolvencia que sirva de presupuesto a la declaración de un concurso.
Además de deducirse de la propia exposición de la situación económica y la valoración del activo y pasivo que realiza el apelante en su solicitud, que el activo es muy superior al pasivo (en más de 400.000 euros), y por lo tanto resulta imposible incardinar esta situación en el concepto de insolvencia, atendiendo a las circunstancias del caso, hemos de ahondar en la consideración de que los acreedores son acreedores con privilegio especial por garantía real delart. 90.1.1º LC. Por lo tanto con ejecución separada ya iniciada, y cuya suspensión o paralización no procede al tratarse de bienes que no están afectos a la actividad profesional o empresarial del apelante (art. 56 LC), siendo la extensión analógica que propugna el apelante al considerar que tales bienes se dedican a la obtención de los medios de vida del solicitante y su madre, absolutamente desproporcionada y carente de lógica, pues tal interpretación dejaría en realidad sin sentido la diferenciación que establece elart. 56 LC, ya que todo inmueble, de una u otra forma dado su intrínseco valor patrimonial, podría conceptuarse de dicha manera. No olvidemos que tales inmuebles son, la residencia familiar del solicitante y 42 fincas rústicas, según consta en el inventario de bienes que presenta con la solicitud.
Llegados a este punto lo que nos planteamos es si en realidad puede decirse que existen bienes susceptibles de integrar la masa activa del concurso, o estamos ante un supuesto de inexistencia de bienes y derechos que, permitiendo la conclusión del concurso en cualquier estado del procedimiento, pueda igualmente justificar la inadmisión a límine de la solicitud de concurso, con fundamento en elart. 176.1.4º LC.
CUARTO Esta misma Sala enauto de 12 de julio de 2007 admite la posibilidad de inadmisibilidad por inexistencia de bienes y derechos constatable ya al examinar la solicitud de concurso. Señalábamos que "....la falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en elartículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia.
Elartículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Y sobre esta norma se asiente la resolución impugnada, al entender que, si desde un inicio se comprueba que no existe bien o derecho alguno del concursado ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Sin embargo la norma delart. 176.1.4º LC se estima, por sí sola, insuficiente para fundar la inadmisión "ad limine litis". Teniendo en cuenta su ubicación sistemática y la rúbrica que la ampara, "De la conclusión y de la reapertura del concurso", se pone en evidencia que estamos ante una causa de conclusión, no de inadmisión. Causa que, además, viene a exigir con carácter previo, la admisión a trámite del concurso, y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, y que pueden dar lugar a la ampliación de patrimonios responsables.
Y es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir otros patrimonios para satisfacer a los acreedores, lo que se erige en un obstáculo a la inadmisión inicial.
Pero este obstáculo es más teórico que real en supuestos como el que nos ocupa. La finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función

solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principio básico, la "par conditio creditorum", tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares.
Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.".
Y en esta línea se viene inclinando la jurisprudencia menor, citando elAuto de la AP A Coruña (sección 4ª), de 26 de marzo de 2009 (JUR 2009, 232902) otras resoluciones como los autos de laAudiencia Provincial (4ª) de Murcia de 30/1/2006, La Rioja (1ª) de 22/3/2007 (AC 2007, 1482), o Cáceres (1ª) de 24/11/2008 (JUR 2009, 104190). Añadiendo dicho auto que la práctica forense anterior a la Ley Concursal ya admitía esta solución; y que los trámites o requisitos del 176.2 a 5 tienen sentido cuando ya se hubiera incoado un procedimiento inicialmente viable y de sus vicisitudes se llegase a un agotamiento de los activos realizables o a la constatación posterior de su insuficiencia.
QUINTO Precisamente el citadoauto de la AP A Coruña (sección 4ª), de 26 de marzo de 2009, establece en su fundamento jurídico cuarto que "Coincidiendo con lo considerado por el Juzgado de lo Mercantil, tampoco se cumpliría la finalidad del concurso si, como sucede en el caso que nos ocupa, los únicos bienes existentes son inmuebles, si ni siquiera están ya afectos a actividad profesional, empresarial o productiva, y si todos ellos están hipotecados, el endeudamiento es cuando menos equivalente a su valor económico, y, en fin, los tres acreedores se verían legalmente favorecidos en el concurso con privilegio especial, por razón de sus respectivas garantías reales, con el consecuente derecho de ejecución separada, sin perjuicio de un hipotético sometimiento voluntario a un eventual convenio, difícil de imaginar en el presente asunto, además de no admitir la Ley propuestas de cesión conjunta o liquidación global del patrimonio, o en otro caso realizándose el pago a cada uno en la liquidación con cargo a los respectivos bienes vinculados, al no ser tampoco factible en el supuesto enjuiciado la alternativa de la administración concursal para atender de otra forma los pagos sin realización de tales bienes (arts. 55, 56, 57, 90.1-1º, 100, 123, 134, 136, 155 y concordantes). En definitiva, y sin entrar en otros temas o problemas, como el de la competencia objetiva, no creemos que legalmente se pueda pretender desvirtuar el objeto del concurso para convertirlo en una ejecución hipotecaria.".
Esto es lo que subyace en las consideraciones de algún autor (Carrasco Perera) que en el examen del supuesto que recoge elart. 176.1.4º LC sobre conclusión del concurso por inexistencia de bienes o derechos con que satisfacer a los acreedores, se refiere a todos los acreedores o sólo a los acreedores sin privilegio especial, inclinándose por esta segunda respuesta ya que si los bienes sujetos a privilegio especial son suficientes para pagar los créditos afectos, pero no los restantes, debe ponerse fin al concurso, y a los efectos que le son propios. Más aún, sostiene que, aunque la LC no da pie de modo expreso a esta construcción, sería absurdo que el juez del concurso declarara éste cuando el deudor, con pocos o muchos acreedores, sólo tiene un activo realizable, y éste está sujeto a garantía. No tiene ningún sentido centuplicar los costes de la masa con la entronización de un absurdo procedimiento concursal que no tiene otro objeto que generar costes que los acreedores garantizados se podrían ahorrar si cada uno de ellos obrase a su propia cuenta. No existirá un interés del concurso, como tal, por lo que no puede explicarse el sacrificio de los acreedores privilegiados, que precisamente son los únicos. El interés del concurso termina, o ni siquiera existe, cuando no existe posibilidad de encontrar bienes libres con los que poder pagar a los acreedores ordinarios o con privilegio especial.": AAP Pontevedra 29.04.2009 (AC 2009/1607; Auto 72/2009; Rollo 190/2009)

"PRIMERO El Juzgado de lo Mercantil dictaauto con fecha 4 de Febrero de 2009 por el que inadmite a trámite la solicitud de declaración de concurso voluntario formulada por Dña.Matilde, con el argumento de que " (...) podemos afirmar que no se encuentra propiamente en situación de insolvencia quien tiene activo suficiente y de realización sencilla, bien sea voluntaria o por venta judicial, para proceder al pago de sus créditos, que es lo que ocurre en la solicitud examinada, cuando la lista inicial presentada por el deudor tiene, como deuda principal un crédito especialmente garantizado por hipoteca con ejecución ya iniciada, insusceptible de suspensión por no estar afecto el bien a actividad profesional del deudor. La ejecución hipotecaria, de mediar sobrante -cosa probable en atención a la cantidad debida- supondrá la posibilidad de atender el resto de los pagos, y es una solución equivalente a la de la venta de la vivienda que propone el deudor, cuestión que no le está vedada fuera del concurso, y que dentro de éste está sometida a autorización judicial". A ello agrega que el resto de los bienes propiedad de la solicitante son inembargables y no pueden formar parte del activo.
Contra dicha resolución se alza la solicitante interesando la revocación del auto y ser declarada en situación legal de concurso, al entender que la venta del bien en ningún caso sería suficiente para pagar todas las deudas contraídas. Al tiempo alude a la firma por la demandante de un nuevo contrato de trabajo que le otorga ingresos mensuales de 821 euros, que sí serían embargables.
El supuesto de hecho a enjuiciar se compone de los siguientes datos:
- La solicitante del concurso voluntario es una persona física.
- Ejerce la profesión de limpiadora y se encuentra en la actualidad en paro, percibiendo hasta el 18 de Septiembre de 2008 (documento 1, folio 6) unos ingresos mensuales de 413 euros por ayuda familiar.
- El activo se integra únicamente con los ingresos indicados (extintos al tiempo de la presentación de la solicitud); la pensión de alimentos a favor de la hija, que asciende a 240 euros, actualmente impagada por su esposo y que se encuentra en fase de ejecución; y un piso sito en la localidad de Vigo, concretamente en la calle Conde de Torrecedeira.
- El pasivo se integra a) por un préstamo con garantía hipotecaria que pesa sobre el reseñado inmueble, respecto del cual se ha despachado ejecución y por importe total de 113.720,21 euros (Ejecución Hipotecaria

526/2008, seguida ante elJuzgado de Primera Instancia nº 10 de Vigo, ver folios 19-21); b) préstamo otorgado, como el anterior, por la entidad Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., por el cual asimismo se ha despachado ejecución por un importe superior a 13.000 euros (Ejecución de Títulos Judiciales 541/2008, seguida ante elJuzgado de Primera Instancia nº 13 de Vigo, ver folios 15-18); c) préstamo personal de la entidad Citifinancial, restando por pagar 3.564,94 euros (ver folio 22); d) préstamo por uso de la tarjeta Barclays, que ha cedido el crédito a la entidad Link Finanzas, restando por abonar 3.397,25 euros (ver folio 25); e) préstamos por uso de tarjeta BBVA, restando por pagar 776 euros (ver folio 24); y f) deuda con la entidad Fénix Cartera S.A.R.L., quedando por pagar la suma de 437,45 euros (ver folio 23).
SEGUNDO Así las cosas, la resolución de instancia ha de ser confirmada pero no por las razones que esgrime el Juzgador a quo, por cuanto el examen del expediente pone de manifiesto cómo no consta en documento alguno (puesto que, entre otras cosas, no fue aportada la escritura pública de constitución de la hipoteca en garantía del préstamo otorgado por la entidad Unión de Créditos Inmobiliarios) el valor del bien inmueble, único cuya titularidad dominical corresponde a la demandante. Por ello se le antoja a la Sala dificultoso alcanzar la misma conclusión que el Juez de instancia, puesto que no contamos con elemento objetivo alguno que permita apreciar la posibilidad -meramente hipotética, pues- de que tras la ejecución hipotecaria del piso reste un sobrante con el que sufragar el resto de las deudas. La considerable cuantía del pasivo, unida al hecho de carecerse de una valoración del inmueble, siquiera aproximada, ahonda en la tesis de la actora esgrimida en el escrito de recurso para afirmar su situación de insolvencia.
Por otra parte, hemos de señalar que, como más arriba ya se adelantó, a la fecha de presentación de la solicitud ya se había extinguido la prestación que la solicitante de concurso venía percibiendo por importe de 413 euros por ayuda familiar, y que el hecho alegado en el punto cuarto de su escrito de recurso carece de la suficiente acreditación como para ser tomado en consideración (y ello al margen de que, de apreciar la percepción salarial mencionada por importe mensual de 821 euros, a la misma habría que aplicar la escala y porcentajes previstos en elartículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de lo que resultaría una parte embargable del salario manifiestamente insuficiente para cubrir ni tan siquiera los gastos mínimos del procedimiento).
TERCERO Llegados a este punto lo que nos planteamos es si en realidad puede decirse que existen bienes susceptibles de integrar la masa activa del concurso, o estamos ante un supuesto de inexistencia de bienes y derechos que, permitiendo la conclusión del concurso en cualquier estado del procedimiento, pueda igualmente justificar la inadmisión a límine de la solicitud de concurso, con fundamento en elart. 176.1.4º LC.
Esta misma Sala enauto de 12 de julio de 2007 admite la posibilidad de inadmisibilidad por inexistencia de bienes y derechos constatable ya al examinar la solicitud de concurso. Señalábamos que "....la falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en elartículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia.
Elartículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Y sobre esta norma se asiente la resolución impugnada, al entender que, si desde un inicio se comprueba que no existe bien o derecho alguno del concursado ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Sin embargo la norma delart. 176.1.4º LC se estima, por sí sola, insuficiente para fundar la inadmisión "ad limine litis". Teniendo en cuenta su ubicación sistemática y la rúbrica que la ampara, "De la conclusión y de la reapertura del concurso", se pone en evidencia que estamos ante una causa de conclusión, no de inadmisión. Causa que, además, viene a exigir con carácter previo, la admisión a trámite del concurso, y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, y que pueden dar lugar a la ampliación de patrimonios responsables.
Y es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir otros patrimonios para satisfacer a los acreedores, lo que se erige en un obstáculo a la inadmisión inicial.
Pero este obstáculo es más teórico que real en supuestos como el que nos ocupa. La finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principo básico, la "par conditio creditorum", tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares.
Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.".
Y en esta línea se viene inclinando la jurisprudencia menor, citando elAuto de la AP A Coruña (sección 4ª), de 26 de marzo de 2009 otras resoluciones como los autos de laAudiencia Provincial (4ª) de Murcia de 30/1/2006, La Rioja (1ª) de 22/3/2007, o Cáceres (1ª) de 24/11/2008. Añadiendo dicho auto que la práctica forense anterior a la Ley Concursal ya admitía esta solución; y que los trámites o requisitos del 176.2 a 5 tienen sentido cuando ya se hubiera incoado un procedimiento inicialmente viable y de sus vicisitudes se llegase a un agotamiento de los activos realizables o a la constatación posterior de su insuficiencia.
CUARTO Precisamente el citadoauto de la AP A Coruña (sección 4ª), de 26 de marzo de 2009, establece en su fundamento jurídico cuarto que "Coincidiendo con lo considerado por el Juzgado de lo Mercantil, tampoco se

cumpliría la finalidad del concurso si, como sucede en el caso que nos ocupa, los únicos bienes existentes son inmuebles, si ni siquiera están ya afectos a actividad profesional, empresarial o productiva, y si todos ellos están hipotecados, el endeudamiento es cuando menos equivalente a su valor económico, y, en fin, los tres acreedores se verían legalmente favorecidos en el concurso con privilegio especial, por razón de sus respectivas garantías reales, con el consecuente derecho de ejecución separada, sin perjuicio de un hipotético sometimiento voluntario a un eventual convenio, difícil de imaginar en el presente asunto, además de no admitir la Ley propuestas de cesión conjunta o liquidación global del patrimonio, o en otro caso realizándose el pago a cada uno en la liquidación con cargo a los respectivos bienes vinculados, al no ser tampoco factible en el supuesto enjuiciado la alternativa de la administración concursal para atender de otra forma los pagos sin realización de tales bienes (arts. 55, 56, 57, 90.1-1º, 100, 123, 134, 136, 155 y concordantes). En definitiva, y sin entrar en otros temas o problemas, como el de la competencia objetiva, no creemos que legalmente se pueda pretender desvirtuar el objeto del concurso para convertirlo en una ejecución hipotecaria.".
Esto es lo que subyace en las consideraciones de algún autor (Carrasco Perera) que en el examen del supuesto que recoge elart. 176.1.4º LC sobre conclusión del concurso por inexistencia de bienes o derechos con que satisfacer a los acreedores, se refiere a todos los acreedores o sólo a los acreedores sin privilegio especial, inclinándose por esta segunda respuesta ya que si los bienes sujetos a privilegio especial son suficientes para pagar los créditos afectos, pero no los restantes, debe ponerse fin al concurso, y a los efectos que le son propios. Más aún, sostiene que, aunque la LC no da pie de modo expreso a esta construcción, sería absurdo que el juez del concurso declarara éste cuando el deudor, con pocos o muchos acreedores, sólo tiene un activo realizable, y éste está sujeto a garantía. No tiene ningún sentido centuplicar los costes de la masa con la entronización de un absurdo procedimiento concursal que no tiene otro objeto que general costes que los acreedores garantizados se podrían ahorrar si cada uno de ellos obrase a su propia cuenta. No existirá un interés del concurso, como tal, por lo que no puede explicarse el sacrificio de los acreedores privilegiados, que precisamente son los únicos. El interés del concurso termina, o ni siquiera existe, cuando no existe posibilidad de encontrar bienes libres con los que poder pagar a los acreedores ordinarios o con privilegio especial.
QUINTO Tratándose de una cuestión sobre la que existen serias dudas de derecho, no ha lugar a expresa imposición de costas.”: AAP Pontevedra 18.06.2009 (JUR 2009/426411; Auto 103/2009; Rollo 286/2009)

“PRIMERO El Juzgado de lo Mercantil dictaauto con fecha 29 de Enero de 2009 por el que inadmite a trámite la solicitud de declaración de concurso voluntario formulado por D.Jose Pedro y Dña.Inés, dada la inexistencia de bienes y derechos de los concursados ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.4 LC), y señalando específicamente que "como concurso sin masa debe calificarse aquél en el que el único patrimonio que compone la masa activa con el que atender la masa pasiva es la parte embargable del salario (...)", dejando breve constancia de la polémica doctrinal y en la práxis judicial, acerca de la posibilidad de dicha inadmisión en el mismo inicio del proceso.
Contra dicha resolución se alzan los solicitantes interesando la revocación del auto y ser declarados en situación legal de concurso al entender que concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos por laLey Concursal, tanto los presupuestos subjetivos como los objetivos previstos en los arts. 1 y 2 LC, siendo así que la circunstancia concreta de la falta de un activo mínimo que permita iniciar el concurso, no debería llevar al archivo de la solicitud, por cuanto la misma no puede considerarse como un presupuesto objetivo del concurso. A tal efecto invocan el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) y, a mayores, argumentan que "será en todo caso la administración concursal la que a través de su informe motivado confirme o no la posibilidad de hacer frente a los acreedores con el activo mínimo existente".
El supuesto de hecho a enjuiciar se compone de los siguientes datos:
- Los solicitantes del concurso voluntario son personas físicas y matrimonio.
- Al Sr.Jose Pedro se la ha retirado una pensión de invalidez que venía percibiendo de Suiza, en una cuantía mensual de unos 2.000 euros. Dicha decisión se encuentra pendiente de recurso.
- Los únicos ingresos con los que actualmente cuenta el matrimonio ascienden a unos 1.200 euros mensuales, procedentes de un fondo de compensación suizo.
- Los solicitantes carecen de bienes privativos, siendo propietarios, con carácter ganancial de una finca sobre la que se ha contraído la casa destinada a vivienda unifamiliar, compuesta de semisótano, planta baja y planta de ático; inmueble que se halla gravado con un préstamo hipotecario a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid por importe de 340.000 euros.
- Asimismo, son titulares de un vehículo de segunda mano con un valor asignado, dada su antigüedad, de 1.500 euros.
- Son deudores solidarios frente a las entidades financieras Banco de Galicia (préstamo de 31 de Marzo de 2006, por importe de 4.900 euros), Caixanova (préstamo de 7 de Junio de 2005, por importe de 14.000 euros) y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (préstamo personal de 14 de Noviembre de 2006, por importe de 12.000 euros; y préstamo hipotecario de 19 de Septiembre de 2006, por importe de 340.000 euros).
- Como ya se ha expuesto por esta misma Sección en elauto de 12 de Julio de 2007 (ponente: Sr. Menéndez Estébanez), surge así, de forma clara e ineludible el supuesto que la doctrina denomina "concursos sin masa", es decir, aquellos en que se manifiesta una total y absoluta inexistencia de bienes y derechos del deudor. A pesar de tal planteamiento y la conveniencia de una respuesta clara del ordenamiento, debe admitirse que la inadmisión "ab initio" de la solicitud de concurso no goza de una previsión legal expresa en la legislación concursal.
Ahora bien, no es menos cierto que la cuestión tiene un mayor alcance cuando planteándose en sede de declaración del concurso, y percibiéndose desde un inicio sin lugar a dudas que no existen bienes o derechos con los que hacer frente siquiera a los gastos del proceso, y mucho menos satisfacer mínimamente a los

acreedores, debe entenderse que, cuando menos de forma implícita, debe configurarse la existencia, al menos de algún bien o derecho, como presupuesto de la declaración del concurso, al igual que se ha considerado la pluralidad de acreedores, que tampoco goza de una expresa previsión en cuanto tal presupuesto de la declaración del concurso de acreedores.
SEGUNDO La falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en elartículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia.
Elartículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Y sobre esta norma se asienta la resolución impugnada, al entender que, si desde un inicio se comprueba que no existe bien o derecho alguno del concursado ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Sin embargo la norma delart. 176.1.4º LC se estima, por sí sola, insuficiente para fundar la inadmisión "ad limine litis". Teniendo en cuenta su ubicación sistemática y la rúbrica que la ampara, "De la conclusión y de la reapertura del concurso", se pone en evidencia que estamos ante una causa de conclusión, no de inadmisión. Causa que, además, viene a exigir con carácter previo, la admisión a trámite del concurso, y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, y que pueden dar lugar a la ampliación de patrimonios responsables.
Y es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir otros patrimonios para satisfacer a los acreedores, lo que se erige en un obstáculo a la inadmisión inicial.
Pero este obstáculo es más teórico que real en supuestos como el que nos ocupa. La finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principio básico, la "par conditio creditorum", tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares.
Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.
TERCERO En el supuesto que nos ocupa no existe el menor atisbo de la procedencia y viabilidad de acciones de reintegración (arts. 71 y ss LC), ni de acciones rescisorias, ni de otras acciones de impugnación de actos de la recurrente que procedan ejercitarse ante el Juez del concurso (art. 71.6 LC). Del mismo modo, al tratarse de personas naturales, no de una persona jurídica, resultan inaplicables la mayoría de los supuestos previstos en la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o añadir otros patrimonios ajenos al deudor que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Así, no cabe acudir a reclamar desembolsos de aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 LC), ni a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios (art. 48.5 LC), ni a la responsabilidad en que puedan incurrir administradores de hecho o de derecho, o liquidadores en determinados supuestos al calificarse el concurso (art. 172.3 LC, con la posibilidad del embargo cautelar delart. 48.3 LC), o terceros que puedan ser considerados cómplices (art. 166 LC).
De igual modo, por no ser una persona jurídica, tampoco puede acudirse a posibles acciones de responsabilidad de administradores sociales ya fuera por incumplimiento del deber de instar la declaración de concurso en el plazo legal (arts. 105.5 LSRL yart. 262.5 LSA), o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y ss LSA).
CUARTO En resumen, no se cuenta más que con el patrimonio de los deudores, sin posibilidad de que la inicial masa de hecho pueda ser alterada durante el concurso con el ejercicio de las diversas acciones antes aludidas. Resultando que tal patrimonio es prácticamente inexistente, tal y como ya se desprende de lo que manifiesta la apelante en su solicitud, puesto que -y dado que sobre el bien inmueble ganancial pesa una garantía hipotecaria- a la postre únicamente se cuenta, en definitiva, con la parte embargable del salario que percibe el Sr.Jose Pedro. Por lo tanto la satisfacción de los acreedores, que es la finalidad esencial del concurso, no puede cumplirse ni en un mínimo grado.
Llegados a este punto, cabe hacer referencia alAuto de la AP de Murcia, sección 4ª, de 30 enero 2006 que deniega la apertura de concurso por insuficiencia de masa activa acudiendo también a evidentes y fundadas razones de economía procesal y seguridad jurídica, que permiten la acogida por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la precedente regulación del procedimiento de insolvencia, que otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de conclusión "ab initio" del concurso, en los casos de acreditación de inexistencia de bienes y derechos del deudor, aún cuando tampoco existía entonces una previsión legal en tal sentido, silenciada u omitida también ahora en el marco de la actual Ley Concursal. En esta misma línea, se viene inclinando la jurisprudencia menor, citando elAuto de la AP A Coruña (sección 4ª) de 26 de marzo de 2009, y otras resoluciones como los autos de laAudiencia Provincial La Rioja (1ª) de 22/3/2007, o Cáceres (1ª) de 24/11/2008.
Aluden los apelantes a la posibilidad de que, aun cuando la vivienda esté gravada con un crédito con privilegio especial, como es una garantía hipotecaria, "con su ejecución, aunque separada, podría satisfacerse no sólo dicha deuda sino también el resto de deudas existentes de haber sobrante". Ahora bien, tal posibilidad no nos consta, puesto que, pese al indudable valor que tiene el inmueble -400.400 euros-, el mismo se nos antoja

insuficiente para cubrir el más que considerable pasivo que afecta al matrimonio -por lo que nos quedaríamos en el terreno de la mera hipótesis-. De otro lado, hemos de tener en cuenta la consideración de los acreedores hipotecarios como con un privilegio especial por garantía real delartículo 90.1.1º LC, por lo tanto con ejecución separada y cuya suspensión o paralización no procede al tratarse de un bien que no está afecto a la actividad profesional o empresarial de la apelante (artículo 56 LC). Precisamente el citadoauto de la AP A Coruña (sección 4ª), de 26 de marzo de 2009, establece en su fundamento jurídico cuarto que "Coincidiendo con lo considerado por el Juzgado de lo Mercantil, tampoco se cumpliría la finalidad del concurso si, como sucede en el caso que nos ocupa, los únicos bienes existentes son inmuebles, si ni siquiera están ya afectos a actividad profesional, empresarial o productiva, y si todos ellos están hipotecados, el endeudamiento es cuando menos equivalente a su valor económico, y, en fin, los tres acreedores se verían legalmente favorecidos en el concurso con privilegio especial, por razón de sus respectivas garantías reales, con el consecuente derecho de ejecución separada, sin perjuicio de un hipotético sometimiento voluntario a un eventual convenio, difícil de imaginar en el presente asunto, además de no admitir la Ley propuestas de cesión conjunta o liquidación global del patrimonio, o en otro caso realizándose el pago a cada uno en la liquidación con cargo a los respectivos bienes vinculados, al no ser tampoco factible en el supuesto enjuiciado la alternativa de la administración concursal para atender de otra forma los pagos sin realización de tales bienes (arts. 55, 56, 57, 90.1-1º, 100, 123, 134, 136, 155 y concordantes). En definitiva, y sin entrar en otros temas o problemas, como el de la competencia objetiva, no creemos que legalmente se pueda pretender desvirtuar el objeto del concurso para convertirlo en una ejecución hipotecaria.".

Esto es lo que subyace en las consideraciones de algún autor (Carrasco Perera) que en el examen del supuesto que recoge elart. 176.1.4º LC sobre conclusión del concurso por inexistencia de bienes o derechos con que satisfacer a los acreedores, se refiere a todos los acreedores o sólo a los acreedores sin privilegio especial, inclinándose por esta segunda respuesta ya que si los bienes sujetos a privilegio especial son suficientes para pagar los créditos afectos, pero no los restantes, debe ponerse fin al concurso, y a los efectos que le son propios. Más aún, sostiene que, aunque la LC no da pie de modo expreso a esta construcción, sería absurdo que el juez del concurso declarara éste cuando el deudor, con pocos o muchos acreedores, sólo tiene un activo realizable, y éste está sujeto a garantía. No tiene ningún sentido centuplicar los costes de la masa con la entronización de un absurdo procedimiento concursal que no tiene otro objeto que generar costes que los acreedores garantizados se podrían ahorrar si cada uno de ellos obrase a su propia cuenta. No existirá un interés del concurso, como tal, por lo que no puede explicarse el sacrificio de los acreedores privilegiados, que precisamente son los únicos. El interés del concurso termina, o ni siquiera existe, cuando no existe posibilidad de encontrar bienes libres con los que poder pagar a los acreedores ordinarios o con privilegio especial.

El texto de la norma concursal nos permite -y debemos partir del mismo- entender que la existencia de bienes y derechos debe postularse como causa esencial de esa comunidad a la que le aplicaremos el principio de "par conditio creditorum" sin necesidad de tomar en cuenta el artículo 176 de la Ley Concursal que supone la tramitación de un procedimiento concursal ya declarado.

El concurso persigue su finalidad de satisfacer a los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio. Si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse. Los solicitantes, en el presente caso, no pueden alcanzar acuerdo alguno con sus acreedores para el pago de los créditos, dada la inexistencia de masa activa, por lo que no hay nada que liquidar. Las acciones de reintegración o la responsabilidad de terceros que cumplen una finalidad accesoria o secundaria y, en todo caso, complementaria de alguna de las finalidades primordiales -el convenio o la liquidación- devienen en el presente caso inviables por inexistentes, sin que nada en contra se haya manifestado por la solicitante.

Cuando esta inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que este cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia a lo largo del articulado de la Ley Concursal: Con la solicitud del concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3º LC); el auto de declaración de concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4º LC); elart. 40 LC en relación con elart. 21.1.2º LC hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración de concurso; elart. 43 LC hace referencia a la conservación y administración de la masa activa; elart. 76 y ss regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 LC); y fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que ha de procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss LC).

Por todo ello, no puede entenderse la existencia de un proceso concursal sin bienes o derechos con los que se puedan satisfacer los créditos de los acreedores, configurándose así como un presupuesto objetivo de crucial relevancia que, en caso de ponerse en evidencia su ausencia desde un principio, puede provocar la inadmisión de la solicitud de concurso. Si bien con la matización de que tal inadmisión debe ser interpretada restrictivamente, de forma que, sólo en supuestos excepcionales como el presente, en que se evidencia la falta total y absoluta de masa activa, y la imposibilidad de crearla o completarla con los mecanismos concursales antes expuestos, procede tal resolución. Y ello sin perjuicio de que, de adquirir algún bien o derecho en el futuro que pueda aplicarse al pago de los acreedores, pueda instarse el concurso.

Finalmente señalar que lo hasta ahora expuesto no implica tanto una inadmisión de la solicitud por motivos formales, cuanto una desestimación de la solicitud por motivos de fondo. Y cumple recordar, en alusión a la falta de tutela judicial efectiva que el Tribunal Constitucional, de forma reiterada ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas,STC 198/2000, de 24 de julio, y 89/2001, de 2 de abril 2001).": AAP Pontevedra 18.06.2009 (JUR 2009/426411; Auto 104/2009; Rollo 222/2009)

"PRIMERO El Juzgado de lo Mercantil dictaauto en fecha 8 de octubre de 2009 por el que inadmite a trámite la solicitud de declaración de concurso voluntario formulada por D.Alonso al considerar que no se puede cumplir la finalidad del proceso concursal cuando el único bien existente se encuentra gravado con hipoteca, por lo que este acreedor, con privilegio especial, tiene un derecho de ejecución separada cuya suspensión no cabe en el presente caso pues el demandante no desarrolla actividad empresarial o profesional alguna en la actualidad.
Contra dicha resolución se alza la solicitante interesando la revocación del auto y ser declarada en situación legal de concurso al entender que concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley Concursal, estando justificado el endeudamiento del solicitante y su estado de insolvencia, en términos de imposibilidad de cumplimiento regular de sus obligaciones, la existencia de un bien actual susceptible de realización y de los futuros que pueda obtener, al tratarse de personal física, considerando que no cabe la inadmisión ab initio, pudiendo verse lesionado su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva si se le cierra la vía concursal.
SEGUNDO Se plantea así, nuevamente, la cuestión acerca de si en realidad puede decirse que existen bienes susceptibles de integrar la masa activa del concurso, o estamos ante un supuesto de inexistencia de bienes y derechos que, permitiendo la conclusión del concurso en cualquier estado del procedimiento, pueda igualmente justificar la inadmisión a límine de la solicitud de concurso, con fundamento en elart. 176.1.4º LC.
Esta mismaSala en autos de 12 de julio de 2007 y 29 de abril de 2009, admite la posibilidad de inadmisibilidad por inexistencia de bienes y derechos constatable ya al examinar la solicitud de concurso. Señalábamos que "....la falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en elartículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia.
Elartículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Y sobre esta norma se asiente la resolución impugnada, al entender que, si desde un inicio se comprueba que no existe bien o derecho alguno del concursado ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Sin embargo la norma delart. 176.1.4º LC se estima, por sí sola, insuficiente para fundar la inadmisión "ad limine litis". Teniendo en cuenta su ubicación sistemática y la rúbrica que la ampara, "De la conclusión y de la reapertura del concurso", se pone en evidencia que estamos ante una causa de conclusión, no de inadmisión. Causa que, además, viene a exigir con carácter previo, la admisión a trámite del concurso, y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, y que pueden dar lugar a la ampliación de patrimonios responsables.
Y es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir otros patrimonios para satisfacer a los acreedores, lo que se erige en un obstáculo a la inadmisión inicial.
Pero este obstáculo es más teórico que real en supuestos como el que nos ocupa. La finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principio básico, la "par conditio creditorum", tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares.
Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.".
Y en esta línea se viene inclinando la jurisprudencia menor, citando elAuto de la AP A Coruña (sección 4ª), de 26 de marzo de 2009 otras resoluciones como los autos de laAudiencia Provincial (4ª) de Murcia de 30/1/2006, La Rioja (1ª) de 22/3/2007, o Cáceres (1ª) de 24/11/2008. Añadiendo dicho auto que la práctica forense anterior a la Ley Concursal ya admitía esta solución; y que los trámites o requisitos del 176.2 a 5 tienen sentido cuando ya se hubiera incoado un procedimiento inicialmente viable y de sus vicisitudes se llegase a un agotamiento de los activos realizables o a la constatación posterior de su insuficiencia.
TERCERO Precisamente el citadoauto de la AP A Coruña (sección 4ª), de 26 de marzo de 2009, establece en su fundamento jurídico cuarto que "Coincidiendo con lo considerado por el Juzgado de lo Mercantil, tampoco se cumpliría la finalidad del concurso si, como sucede en el caso que nos ocupa, los únicos bienes existentes son inmuebles, si ni siquiera están ya afectos a actividad profesional, empresarial o productiva, y si todos ellos están hipotecados, el endeudamiento es cuando menos equivalente a su valor económico, y, en fin, los tres acreedores se verían legalmente favorecidos en el concurso con privilegio especial, por razón de sus respectivas garantías reales, con el consecuente derecho de ejecución separada, sin perjuicio de un hipotético sometimiento voluntario a un eventual convenio, difícil de imaginar en el presente asunto, además de no admitir

la Ley propuestas de cesión conjunta o liquidación global del patrimonio, o en otro caso realizándose el pago a cada uno en la liquidación con cargo a los respectivos bienes vinculados, al no ser tampoco factible en el supuesto enjuiciado la alternativa de la administración concursal para atender de otra forma los pagos sin realización de tales bienes (arts. 55, 56, 57, 90.1-1º, 100, 123, 134, 136, 155 y concordantes). En definitiva, y sin entrar en otros temas o problemas, como el de la competencia objetiva, no creemos que legalmente se pueda pretender desvirtuar el objeto del concurso para convertirlo en una ejecución hipotecaria.".
Esto es lo que subyace en las consideraciones de algún autor (Carrasco Perera) que en el examen del supuesto que recoge elart. 176.1.4º LC sobre conclusión del concurso por inexistencia de bienes o derechos con que satisfacer a los acreedores, se refiere a todos los acreedores o sólo a los acreedores sin privilegio especial, inclinándose por esta segunda respuesta ya que si los bienes sujetos a privilegio especial son suficientes para pagar los créditos afectos, pero no los restantes, debe ponerse fin al concurso, y a los efectos que le son propios. Más aún, sostiene que, aunque la LC no da pie de modo expreso a esta construcción, sería absurdo que el juez del concurso declarara éste cuando el deudor, con pocos o muchos acreedores, sólo tiene un activo realizable, y éste está sujeto a garantía. No tiene ningún sentido centuplicar los costes de la masa con la entronización de un absurdo procedimiento concursal que no tiene otro objeto que generar costes que los acreedores garantizados se podrían ahorrar si cada uno de ellos obrase a su propia cuenta. No existirá un interés del concurso, como tal, por lo que no puede explicarse el sacrificio de los acreedores privilegiados, que precisamente son los únicos con posibilidades de cobro. El interés del concurso termina, o ni siquiera existe, cuando no existe posibilidad de encontrar bienes libres con los que poder pagar a los acreedores ordinarios o con privilegio general.
Además es de resaltar en el presente caso la ambigüedad, calculada o no, en que se mueve el apelante cuando habla de deudas de una sociedad limitada, por lo tanto no de él como persona física cuando el concurso se pretende de ésta, no de la anterior, y si bien es cierto que prevé tener que hacer frente a las deudas de aquella en su calidad de avalista, nada se acredita sobre este particular. Y sin embargo la única deuda que en realidad aparece como una amenaza real y directa contra su patrimonio, es la derivada del préstamo con garantía hipotecaria, del que dice haber sido ya requerido de pago por la entidad prestamista, superando esta deuda más de los dos tercios del pasivo alegado por el apelante (161,572,32 euros de 228.186,89 euros).
Como ya señalamos en nuestroAuto de 12 de julio de 2007, el concurso persigue su finalidad de satisfacer a los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio. Si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse.
Cuando esta inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que este cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia a lo largo del articulado de la Ley Concursal: Con la solicitud del concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3º LC); el auto de declaración de concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4º LC); elart. 40 LC en relación con elart. 21.1.2º LC hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración de concurso; elart. 43 LC hace referencia a la conservación y administración de la masa activa; elart. 76 y ss regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 LC); y fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que ha de procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss LC).
Por todo ello, no puede entenderse la existencia de un proceso concursal sin bienes o derechos con los que se puedan satisfacer los créditos de los acreedores, configurándose así como un presupuesto objetivo de crucial relevancia que, en caso de ponerse en evidencia su ausencia desde un principio, puede provocar la inadmisión de la solicitud de concurso. Si bien con la matización de que tal inadmisión debe ser interpretada restrictivamente, de forma que, solo en supuestos excepcionales como el presente, en que se evidencia la falta total y absoluta de masa activa, y la imposibilidad de crearla o completarla con los mecanismos concursales, procede tal resolución. Y ello sin perjuicio de que, de adquirir algún bien o derecho en el futuro que pueda aplicarse al pago de los acreedores, pueda instarse el concurso.
Esta situación se produce también, como se ha indicado, cuando el único bien que reconoce el solicitando de concurso voluntario está sujeto a la garantía real de hipoteca susceptible de ejecución separada, pues el mismo servirá únicamente para satisfacer a este acreedor fuera del proceso concursal. Para el resto de acreedores no existe bien alguno con cuya realización pueda verse satisfecho su interés.
CUARTO Finalmente cumple recordar, en alusión a la falta de tutela judicial efectiva que, el Tribunal Constitucional, de forma reiterada ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas,STC 198/2000, de 24 de julio, y 89/2001, de 2 de abril 2001).”: AAP Pontevedra 14.01.2010 (JUR 2010/83213; Auto 7/2010; Rollo 779/2009)

“PRIMERO.-El Juzgado de lo Mercantil nº2 de Pontevedra dicta auto en fecha 14 diciembre 2011 por el que inadmite a trámite la solicitud de declaración de concurso voluntario formulado por los cónyuges Doña Estibaliz y D. Faustino, dada la inexistencia de bienes y derechos de aquéllos ni de terceros responsables con los que

satisfacer a los acreedores (art. 176.4 LC.
Contra dicha resolución se alzan ambos solicitantes interesando la revocación del auto y ser declarados en situación legal de concurso al entender que concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley Concursal, considerando que por la resolución impugnada se vulneran los arts. 176 y 176 bis LC así como los arts. 14 y 2 LC, de forma que la conclusión del concurso que permiten los arts. 176 y 176 bis LC (este segundo en realidad entró en vigor el 1 enero 2012), no permiten la inadmisión inicial, sino que sólo se producirá mediante la comprobación sobre bienes y créditos a realizar una vez admitido a trámite el concurso.
En el supuesto de hecho a enjuiciar los datos que proporcionan los mismos solicitantes respecto de los bienes con los que cuentan para hacer frente a sus acreedores son una vivienda, trastero y plaza de garaje, gravados con una hipoteca de la que aún queda por amortizar 137.528,88 euros, constando como valor de compra 96.000 euros más IVA y se dice que su valor estimado es de 120.000 euros, por lo que ni aunque se realizara por ese importe, lo que es bastante improbable, se cubriría el importe de lo adeudado. La Sra. Estibaliz percibe un salario que por su cuantía es inembargable, y el Sr. Faustino con un salario reconocido de unos 1150 euros, del que sólo sería embargable un 30% de lo que sobrepase el salario mínimo interprofesional y hasta el doble del mismo, y además ya reconoce que tiene un embargo trabado, por lo que, según los criterios del art. 607 LEC, no cabría más embargo. En todo caso la cantidad a embargar será alrededor de los 150 euros.
Siendo así, los únicos bienes que constan para hacer frente son unos inmuebles sobre los que pende la garantía hipotecaria antes referida.
SEGUNDO.-Se plantea así, nuevamente, la cuestión acerca de si en realidad puede decirse que existen bienes susceptibles de integrar la masa activa del concurso, o estamos ante un supuesto de inexistencia de bienes y derechos que, permitiendo la conclusión del concurso en cualquier estado del procedimiento, pueda igualmente justificar la inadmisión *a límine* de la solicitud de concurso, con fundamento en el art. 176.1.4º LC.
Esta misma Sala en autos de 12 de julio de 2007, 29 de abril de 2009, y 16 diciembre 2010, entre otros, admite la posibilidad de inadmisibilidad por inexistencia de bienes y derechos constatable ya al examinar la solicitud de concurso. Señalábamos que "*.... la falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia.*
El artículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Y sobre esta norma se asiente la resolución impugnada, al entender que, si desde un inicio se comprueba que no existe bien o derecho alguno del concursado ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Sin embargo la norma del art. 176.1.4º LC se estima, por sí sola, insuficiente para fundar la inadmisión "ad limine litis". Teniendo en cuenta su ubicación sistemática y la rúbrica que la ampara, "De la conclusión y de la reapertura del concurso", se pone en evidencia que estamos ante una causa de conclusión, no de inadmisión. Causa que, además, viene a exigir con carácter previo, la admisión a trámite del concurso, y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, y que pueden dar lugar a la ampliación de patrimonios responsables.
Y es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir otros patrimonios para satisfacer a los acreedores, lo que se erige en un obstáculo a la inadmisión inicial.
Pero este obstáculo es más teórico que real en supuestos como el que nos ocupa. La finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principo básico, la "par conditio creditorum", tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares.
Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso. ".
Y en esta línea se viene inclinando la jurisprudencia menor, citando el Auto de la AP A Coruña (sección 4ª), de 26 de marzo de 2009 otras resoluciones como los autos de la Audiencia Provincial (4ª) de Murcia de 30/1/2006, La Rioja (1ª) de 22/3/2007, o Cáceres (1ª) de 24/11/2008. Añadiendo dicho auto que la práctica forense anterior a la Ley Concursal ya admitía esta solución; y que los trámites o requisitos del 176.2 a 5 tienen sentido cuando ya se hubiera incoado un procedimiento inicialmente viable y de sus vicisitudes se llegase a un agotamiento de los activos realizables o a la constatación posterior de su insuficiencia.
TERCERO. Precisamente el citado auto de la AP A Coruña (sección 4ª), de 26 de marzo de 2009, establece en su fundamento jurídico cuarto que " *Coincidiendo con lo considerado por el Juzgado de lo Mercantil, tampoco se cumpliría la finalidad del concurso si, como sucede en el caso que nos ocupa, los únicos bienes existentes son inmuebles, si ni siquiera están ya afectos a actividad profesional, empresarial o productiva, y si todos ellos están hipotecados, el endeudamiento es cuando menos equivalente a su valor económico, y, en fin, los tres acreedores se verían legalmente favorecidos en el concurso con privilegio especial, por razón de sus respectivas garantías reales, con el consecuente derecho de ejecución separada, sin perjuicio de un hipotético sometimiento voluntario a un eventual convenio, difícil de imaginar en el presente asunto, además de no admitir la Ley propuestas de cesión conjunta o liquidación global del patrimonio, o en otro caso realizándose el pago a cada uno en la liquidación con cargo a los respectivos bienes vinculados, al no ser tampoco factible en el*

supuesto enjuiciado la alternativa de la administración concursal para atender de otra forma los pagos sin realización de tales bienes (arts. 55, 56, 57, 90.1-1º, 100, 123, 134, 136, 155 y concordantes). En definitiva, y sin entrar en otros temas o problemas, como el de la competencia objetiva, no creemos que legalmente se pueda pretender desvirtuar el objeto del concurso para convertirlo en una ejecución hipotecaria. ".

Esto es lo que subyace en las consideraciones de algún autor (Carrasco Perera) que en el examen del supuesto que recoge el art. 176.1.4º LC sobre conclusión del concurso por inexistencia de bienes o derechos con que satisfacer a los acreedores, se refiere a todos los acreedores o sólo a los acreedores sin privilegio especial, inclinándose por esta segunda respuesta ya que si los bienes sujetos a privilegio especial son suficientes para pagar los créditos afectos, pero no los restantes, debe ponerse fin al concurso, y a los efectos que le son propios. Más aún, sostiene que, aunque la LC no da pie de modo expreso a esta construcción, sería absurdo que el juez del concurso declarara éste cuando el deudor, con pocos o muchos acreedores, sólo tiene un activo realizable, y éste está sujeto a garantía. No tiene ningún sentido centuplicar los costes de la masa con la entronización de un absurdo procedimiento concursal que no tiene otro objeto que generar costes que los acreedores garantizados se podrían ahorrar si cada uno de ellos obrase a su propia cuenta. No existirá un interés del concurso, como tal, por lo que no puede explicarse el sacrificio de los acreedores privilegiados, que precisamente son los únicos con posibilidades de cobro. El interés del concurso termina, o ni siquiera existe, cuando no existe posibilidad de encontrar bienes libres con los que poder pagar a los acreedores ordinarios o con privilegio general.

Como ya señalamos en nuestro Auto de 12 de julio de 2007, el concurso persigue su finalidad de satisfacer a los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio. Si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse.

Cuando esta inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que este cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia a lo largo del articulado de la Ley Concursal : Con la solicitud del concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3º LC); el auto de declaración de concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4º LC); el art. 40 LC en relación con el art. 21.1.2º LC hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración de concurso; el art. 43 LC hace referencia a la conservación y administración de la masa activa; el art. 76 y ss regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 LC); y fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que ha de procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss LC).

Por todo ello, no puede entenderse la existencia de un proceso concursal sin bienes o derechos con los que se puedan satisfacer los créditos de los acreedores, configurándose así como un presupuesto objetivo de crucial relevancia que, en caso de ponerse en evidencia su ausencia desde un principio, puede provocar la inadmisión de la solicitud de concurso. Si bien con la matización de que tal inadmisión debe ser interpretada restrictivamente, de forma que, solo en supuestos excepcionales como el presente, en que se evidencia la falta total y absoluta de masa activa, y la imposibilidad de crearla o completarla con los mecanismos concursales, procede tal resolución. Y ello sin perjuicio de que, de adquirir algún bien o derecho en el futuro que pueda aplicarse al pago de los acreedores, pueda instarse el concurso.

Esta situación se produce también, como se ha indicado, cuando el único bien que reconoce el solicitando de concurso voluntario está sujeto a la garantía real de hipoteca susceptible de ejecución separada, pues el mismo servirá únicamente para satisfacer a este acreedor fuera del proceso concursal. Para el resto de acreedores no existe bien alguno con cuya realización pueda verse satisfecho su interés.

CUARTO. En esta línea se entiende la reforma operada por la Ley 38/2011, que entró en vigor el 1 enero 2012. Así el preámbulo de la Ley 38/2011, al final de su apartado VIII establece: *También merece destacarse la fijación de un orden de pago de los créditos contra la masa en caso de que resulte insuficiente la masa activa, lo que conecta directamente con una regulación más detallada de la insuficiencia de la masa (concursos sin masa), que la experiencia ha demostrado que constituye una forma extendida de conclusión del concurso*.

Pero va más allá, no solamente establece una graduación para el pago de los créditos contra la masa una vez que conste que la masa activa es insuficiente para su pago, sino que además, en el apartado cuarto del nuevo art. 176 bis LC, se establece una conclusión inmediata, sin solución de continuidad, en el mismo auto de declaración del concurso, cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

Con la reforma se toma partido por la tesis sostenida por esta Sala pues la conclusión en el auto de declaración de concurso es tanto como la inadmisión del mismo, y ni siquiera se exige una falta absoluta de bienes o derechos, si no que es suficiente para esta conclusión anticipada al momento mismo de la declaración, que se aprecie de manera evidente que el patrimonio es insuficiente para cubrir los previsibles créditos contra la masa, y no sea previsible el ejercicio de acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.”: AAP Pontevedra (Sección 1) 17.04.2012 (Auto 50/2012; Rollo 139/2012)

AP Salamanca

“PRIMERO Por la representación procesal de D.Nemesio, se interpone recurso de apelación contra el Auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 4 (competencia en materia mercantil) el 15 de Septiembre de 2009, que declaró NO ADMITIR la solicitud de declaración de concurso voluntario, planteada por la Procuradora Doña Soledad González González, en representación de D.Nemesio.
SEGUNDO El Auto apelado razona la inadmisión de la solicitud de declaración de concurso voluntario, en cuanto que el solicitante ha reconocido que carece por completo de bien alguno, por lo que estamos, pura y simplemente, ante el supuesto de concurso sin masa, y si bien es cierto que no hay previsión expresa en la Ley Concursal que permita la no admisión de una solicitud de un deudor insolvente por falta de masa, es lo cierto que, tal Ley prevé como una de las causas de conclusión del concurso, la ausencia de bienes y derechos del concursado o de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.1.4º de la LC).-
Los extensos razonamientos que al efecto contiene el auto apelado, deben ponerse en relación con las alegaciones del recurso que, en síntesis, manifiesta que si bien, carece de bienes inmuebles, muebles, con saldos negativos en cuentas corrientes, y, con numerosas deudas, varias de las cuales están siendo reclamadas judicialmente, en definitiva, carece en absoluto de patrimonio, y además cuantiosas deudas, entiende que debe admitir la solicitud del concurso voluntario, por cuanto, tiene un " activo" cual es el fruto de su trabajo, que le permitirá " salir adelante", de tal manera que se trata de un activo que, aunque a día de hoy carece de contenido económico que puede ser ofrecido a los acreedores, representado tal " activo" en la gerencia que realiza de una empresa hostelera. La falta de bienes mencionada, que refleja la situación precaria del apelante, se ha puesto de relieve en la Memoria presentada al efecto.
La cuestión, por tanto, que se ha de resolver, en función de las alegaciones contenidas en el recurso, se centra en determinar si se puede estimar suficiente la alegación del solicitante de la declaración del concurso, de estimar como " activo" el deseo de " salir adelante", mediante su trabajo gerenciando una empresa - bar-hostelera, a los efectos de estimar que el apelante tiene una patrimonio que, aunque afectado por las deudas, pueda estimarse como masa para los acreedores, y que permita reunir los requisitos precisos para poder contemplar, en su día, el convenio y la liquidación que son las dos soluciones en las que puede desenvolver la fase común del concurso; y finalmente, la calificación del concurso, de la que depende que el concursado pueda o no seguir ejerciendo la actividad empresarial.
Las alegaciones del recurso para entender que concurren los presupuestos para la declaración del concurso, no resultan admisibles, pues una patrimonio que no existe, carente de activo, gráficamente expresado en el auto apelado, nace "muerto", e impide cumplir con los fines del concurso de acreedores, cuales son el convenio y la liquidación, pues cabe preguntarse cómo puede pueden incidir las deudas sobre un patrimonio inexistente, en el que nada hay para liquidar, por lo que no puede encerrarse la solicitud del concurso en el simple cumplimiento de la obligación que dispone elart. 5 LC, como mero deber de promover el concurso.
Carece de eficacia para promover el concurso, manifestar que debe estimarse como " activo" la simple afirmación del apelante en cuanto sostiene que podrá " salir adelante", mediante su actividad de gerente de una empresa hostelera, que le permitirá, con lo obtenido con sus trabajo, liberar progresivamente las deudas, lo cual no es más que un desideratum del apelante, sin base económica, y, que de admitirse, supondría que la simple buena intención, como es el caso, podría estimarse como cumplimiento de los requisitos necesarios para la declaración del concurso.
En consecuencia, procede desestimar el recurso.”: AAP Salamanca 23.12.2009 (JUR 2010/83886; Auto 155/2009; Rollo 630/2009)

AP Tenerife

“PRIMERO El juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por DªInés por entender la juzgadora, en síntesis, que la falta de activo de la misma hace inviable cualquier acción de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros, situación de insolvencia que impedirá incluso hacer frente a los gastos propios del proceso concursal (honorarios de los administradores, publicación de edictos o llamamiento de acreedores). Concluye, en definitiva, que en una situación de inexistencia de bienes como la presente, el concurso no puede cumplir ninguna de las dos finalidades que le son propias: la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la ordenada liquidación del patrimonio.
SEGUNDO La solicitante se alza contra dicha resolución alegando básicamente lo siguiente: que la inadmisión del concurso, "ab limine litis", no está contemplada legalmente; que la situación de insolvencia del deudor que solicite la declaración el concurso es un requisito o presupuesto previsto en elart. 3.2º de la Ley Concursal y que la norma delart. 176 de dicha ley, citada en el Auto que se recurre, no sirve para fundar la inadmisión, pues contempla una causa de conclusión del concurso.
Cita en su apoyo elAuto de 3 de abril de 2.008 de la Audiencia Provincial (Sección 15ª) de Barcelona.
TERCERO Este tema ha suscitado cierta polémica doctrinal y ha dado lugar a resoluciones distintas en las Audiencias.
Pero mayoritariamente se decantan por la solución deljuzgado de lo Mercantil; así, en ese sentido los autos de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007 (AC 2009, 2148) (citado en el auto recurrido), y de 15-4 y 18-6 de 2.009; de laA.P. de Murcia de 30-1-2.006; de la Rioja de 22-3-2.007 (AC 2007, 1482); Cáceres de 24-11-2.008 (JUR 2009, 104190) o A Coruña de 26-3 (JUR 2009, 232902) del presente año.
En todas estas resoluciones se reconoce que, explícitamente, la Ley concursal no prevé el estado de insolvencia o la falta de todo bien y derecho como causa de inadmisión de la solicitud, pero se exponen razones de economía procesal y seguridad jurídica que permiten la acogida, por vía analógica, de la doctrina

elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la anterior regulación legal del procedimiento de insolvencia, en la que se otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de la conclusión "ab initio" del concurso en los casos en que quedaba acreditada la inexistencia de bienes y derechos del deudor, aunque tampoco en aquel marco legal existía una previsión legal en tal sentido.
En cuanto a la situación de insolvencia como presupuesto de la declaración del concurso, obliga al deudor a solicitarla (art. 5 L.C.), pero ello no determina que el tribunal deba necesariamente declararlo.
Dada la finalidad del procedimiento concursal que ya se apuntó, que no es otra que la satisfacción de los acreedores (bien mediante un convenio bien mediante la liquidación del patrimonio del deudor) no parece ilógico entender que (como dice elAuto de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007 (AC 2009, 2148)) "cuanto menos de forma implícita, debe configurarse la existencia de, al menos, algún bien o derecho, como presupuesto para la declaración del concurso, al igual que se ha considerado la existencia de una pluralidad de acreedores, que tampoco goza de una expresa previsión en cuanto tal presupuesto de la declaración del concurso de acreedores".
Si no existen bienes, ninguna de las dos soluciones del concurso puede lograrse y menos, como se verá, cuando el solicitante es una persona física y se halla en determinadas condiciones.
No se podrá llegar a un acuerdo con los acreedores ni liquidar bien alguno con el que hacer frente a las deudas.
Dice elAuto de la A.P. Pontevedra de 18-6-2.009 que "Cuando la inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia en el articulado de la Ley Concursal: con la solicitud de concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3º L.C.), el auto de declaración del concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelarse que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4º L.C.), elart. 40, en relación con elart. 21.1.2º, hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, lo que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración del concurso; el art. 43 L.C. hace referencia a la administración y conservación de la masa activa; elart. 76 y ss. regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 L.C.); y, fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que debe procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss. L.C.)"
CUARTO En el presente caso las circunstancias concurrentes son las siguientes:
- La solicitante del concurso, DªInés, es una persona física.
- Carece de trabajo e ingresos, salvo una pensión por invalidez no contributiva de una cuantía de 279,17 euros mensuales.
- Su esposo D.Rubén también tiene reconocida una pensión del mismo tipo, de 304,74 euros al mes.
- El matrimonio tiene a su cargo una hija menor.
- La solicitante carece de bienes libres (la vivienda de que es titular esta gravada con un crédito hipotecario que consumirá todo su valor, si es el que se dice, que no se acredita, en el inventario).
- No consta a su favor crédito alguno que pueda ser realizado.
- El pasivo se integra por una serie de créditos, superando al activo.
Elart. 176.1º L.C. apartado cuarto, dispone que se procederá a la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Como se ha indicado, la resolución recurrida alude a esta norma al entender que, si ya desde un principio, por indicarlo así la solicitante en la propia petición de declaración de concurso, se puede constatar la inexistencia de bienes y derechos propios ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Cierto que, como se alega en el recurso, la norma delart. 176 no es, por sí sola, suficiente para sustentar la inadmisión "ad limine litis"; es propiamente una causa de conclusión que, además, exige con carácter previo la admisión a trámite del concurso y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendiente de ser ejercida y que puedan dar lugar a la ampliación de los patrimonios responsables. Es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir a otros patrimonios para satisfacción de los acreedores lo que se erige en un obstáculo para la inadmisión inicial.
QUINTO Pero ese obstáculo formal es más teórico que real en el caso examinado; ya se ha repetido que la finalidad del concurso es la de satisfacer a los acreedores, para lo que es imprescindible la existencia de bienes o derechos con que garantizar sus créditos o, cuanto menos, que haya una mínima certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal puede llegara surgir dicho patrimonio, o quedar vinculados otros patrimonios diferentes al del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.
En este caso no hay el menor atisbo de procedencia y viabilidad de acciones de reintegración (arts. 71 y ss. L.C.), ni de acciones rescisorias ni de otras de impugnación de actos de la solicitante que puedan ejercitarse ante el juez del concurso (art. 71.6º).
Al tratarse de una persona natural y no jurídica, resultan además inaplicables la mayoría de los supuestos que prevé la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o añadir a este otros que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Así, no cabe la reclamación de desembolsos de

aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 L.C.), ni acudir a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios (art. 48.5 L.C.) ni a la responsabilidad en que dieran incurrir los administradores de hechos o de derecho o los liquidadores (art. 172.3), con la posibilidad de recurrir al embargo delart. 48.5; ni cabe hablar de terceros que pudieran resultar cómplices (art. 166 L.C.), pues, en el caso que nos ocupa no hay indicio alguno de la intervención de tales terceros, no participando la solicitante en sociedad ni en actividad mercantil alguna.
Finalmente, al no ser una persona jurídica, tanpoco cabe acudir a las posibles acciones de responsabilidad de los administradores sociales, ya por incumplimiento del deber de instar la declaración del concurso en el plazo legal (arts. 105.5º L.S.R.L. y 262 L.S.A.) o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y ss. L.S.A., a los que se remite la L.S.R.L.)
En resumen, en este caso no hay sino un patrimonio inicial de la deudora, negativo, sin posibilidad alguna de que se altere a lo largo del concurso. Siendo tal patrimonio inexistente, la satisfacción de los acreedores, fin del concurso, no puede cumplirse de ninguna manera.
Conviene señalar, como hace laA.P. de Pontevedra en el auto de 15-4-2.009 (JUR 2009, 426699), que "lo hasta ahora expuesto no implica tanto una inadmisión de la solicitud por motivos formales cuanto una desestimación de la misma por motivos de fondo. Y cumple recordar, en alusión a la falta de tutela judicial efectiva, que elTribunal Constitucional, de forma reiterada ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva 8art. 24 C.E..) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo del asunto de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas,SS.T.C. 198/2.000 (RTC 2000, 198) de 24 de julio y 89/2.001 (RTC 2001, 89) de 2 de abril)".
SEXTO En atención a todo lo dicho es claro que el recurso no puede prosperar.": AAP Tenerife (Sección 4) 16.12.2009 (JUR 2010/138515; Auto 252/2009; Rollo 433/2009)

"PRIMERO.-El juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por Dª Elsa por entender la juzgadora, en síntesis, que la falta de activo de la misma hace inviable cualquier acción de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros, situación de insolvencia que impedirá incluso hacer frente a los gastos propios del proceso concursal. Concluye, en definitiva, que en una situación de inexistencia de bienes como la presente, el concurso no puede cumplir ninguna de las dos finalidades que le son propias: la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la ordenada liquidación del patrimonio.
SEGUNDO.-La solicitante se alza contra dicha resolución alegando básicamente lo siguiente: que la inadmisión del concurso, "ab limine litis", no está contemplada legalmente; que la situación de insolvencia del deudor que solicite la declaración el concurso es un requisito o presupuesto previsto en el art. 3.2º de la Ley Concursal y que la norma del art. 176 de dicha ley, citada en el Auto que se recurre, no sirve para fundar la inadmisión, pues contempla una causa de conclusión del concurso.
TERCERO.-Este tema ha suscitado cierta polémica doctrinal y ha dado lugar a resoluciones distintas en las Audiencias. Pero mayoritariamente se decantan por la solución del juzgado de lo Mercantil; así, en ese sentido los autos de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007 (citado en el auto recurrido), y de 15-4 y 18-6 de 2.009; de la A.P. de Murcia de 30-1-2.006; de la Rioja de 22-3-2.007; Cáceres de 24-11-2.008 o A Coruña de 26-3 del presente año.
En esta misma línea se ha posicionado esta Audiencia, resolviendo un caso básicamente igual al
presente, en su resolución de 16 de diciembre del pasado año, en la que, con referencia a las resoluciones citadas, se dice lo que sigue:
"En todas estas resoluciones se reconoce que, explícitamente, la Ley concursal no prevé el estado de insolvencia o la falta de todo bien y derecho como causa de inadmisión de la solicitud, pero se exponen razones de economía procesal y seguridad jurídica que permiten la acogida, por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la anterior regulación legal del procedimiento de insolvencia, en la que se otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de la conclusión "ab initio" del concurso en los casos en que quedaba acreditada la inexistencia de bienes y derechos del deudor, aunque tampoco en aquel marco legal existía una previsión legal en tal sentido. En cuanto a la situación de insolvencia como presupuesto de la declaración del concurso, obliga al deudor a solicitarla (art. 5 L.C.), pero ello no determina que el tribunal deba necesariamente declararlo.
Dada la finalidad del procedimiento concursal que ya se apuntó, que no es otra que la satisfacción de los acreedores (bien mediante un convenio bien mediante la liquidación del patrimonio del deudor) no parece ilógico entender que (como dice el Auto de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007) "cuanto menos de forma implícita, debe configurarse la existencia de, al menos, algún bien o derecho, como presupuesto para la declaración del concurso, al igual que se ha considerado la existencia de una pluralidad de acreedores, que tampoco goza de una expresa previsión en cuanto tal presupuesto de la declaración del concurso de acreedores".
Si no existen bienes, ninguna de las dos soluciones del concurso puede lograrse y menos, como se verá, cuando el solicitante es una persona física y se halla en determinadas condiciones.
No se podrá llegar a un acuerdo con los acreedores ni liquidar bien alguno con el que hacer frente a las deudas.
Dice el Auto de la A.P. Pontevedra de 18-6-2.009 que "Cuando la inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que cumpla su

finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia en el articulado de la Ley Concursal: con la solicitud de concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3º L.C.), el auto de declaración del concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelarse que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4º L.C.), el art. 40, en relación con el art. 21.1.2º, hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, lo que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración del concurso; el art. 43 L.C. hace referencia a la administración y conservación de la masa activa; el art. 76 y ss. regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 L.C.); y, fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que debe procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss. L.C.)"

CUARTO.-En el presente caso las circunstancias concurrentes son las siguientes:

-La solicitante del concurso, Dª Elsa, es una persona física.

-Como únicos ingresos cuenta con los derivados de su trabajo como dependienta en la empresa Tramoisan S.L., de unos 870 euros mensuales.

-La solicitante carece de todo tipo de bienes, según manifiesta

-No consta a su favor crédito alguno que pueda ser realizado.

-El pasivo se integra por una serie de créditos, superando al activo: ocho préstamos bancarios pendientes de liquidar por importe, a la fecha de la petición de concurso, de 35.649,68 euros más una deuda derivada de tres tarjetas de crédito por un total de 10.072,97 euros.

Es decir, frente a los citados ingresos, el pasivo asciende a más de 45.000 euros, y ello sin tener en cuenta los intereses de demora que se estarán devengando. La evidente desproporción impide que pueda acogerse el argumento de la recurrente (en cierta medida contradictorio con su tesis principal de ser la insolvencia un requisito necesario para la declaración de concurso) referente a que no estamos ante una situación de "falta de patrimonio".

Como ya se dijo en el mentado Auto de 16-12-2.009 de esta Sala, "El art. 176.1º L. C. apartado cuarto, dispone que se procederá a la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Como se ha indicado, la resolución recurrida alude a esta norma al entender que, si ya desde un principio, por indicarlo así la solicitante en la propia petición de declaración de concurso, se puede constatar la inexistencia de bienes y derechos propios ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.

Cierto que, como se alega en el recurso, la norma del art. 176 no es, por sí sola, suficiente para sustentar la inadmisión "ad limine litis"; es propiamente una causa de conclusión que, además, exige con carácter previo la admisión a trámite del concurso y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendiente de ser ejercida y que puedan dar lugar a la ampliación de los patrimonios responsables. Es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir a otros patrimonios para satisfacción de los acreedores lo que se erige en un obstáculo para la inadmisión inicial".

QUINTO.-Igualmente se indica en dicha resolución que "ese obstáculo formal es más teórico que real en el caso examinado; ya se ha repetido que la finalidad del concurso es la de satisfacer a los acreedores, para lo que es imprescindible la existencia de bienes o derechos con que garantizar sus créditos o, cuanto menos, que haya una mínima certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal puede llegara surgir dicho patrimonio, o quedar vinculados otros patrimonios diferentes al del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.

En este caso no hay el menor atisbo de procedencia y viabilidad de acciones de reintegración (arts. 71 y ss. L.C.), ni de acciones rescisorias ni de otras de impugnación de actos de la solicitante que puedan ejercitarse ante el juez del concurso (art. 71.6º).

Al tratarse de una persona natural y no jurídica, resultan además inaplicables la mayoría de los supuestos que prevé la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o añadir a este otros que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Así, no cabe la reclamación de desembolsos de aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 L.C.), ni acudir a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios(art. 48.5 L.C.) ni a la responsabilidad en que dieran incurrir los administradores de hechos o de derecho o los liquidadores (art.172.3), con la posibilidad de recurrir al embargo del art. 48.5; ni cabe hablar de terceros que pudieran resultar cómplices (art. 166 L.C.), pues, en el caso que nos ocupa no hay indicio alguno de la intervención de tales terceros, no participando la solicitante en sociedad ni en actividad mercantil alguna. Finalmente, al no ser una persona jurídica, tampoco cabe acudir a las posibles acciones de responsabilidad de los administradores sociales, ya por incumplimiento del deber de instar la declaración del concurso en el plazo legal (arts. 105.5º L.S.R.L. y 262 L.S.A.) o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y ss. L.S.A., a los que se remite la L.S.R.L.)

En resumen, en este caso no hay sino un patrimonio inicial de la deudora, negativo, sin posibilidad alguna de que se altere a lo largo del concurso. Siendo tal patrimonio inexistente, la satisfacción de los acreedores, fin del concurso, no puede cumplirse de ninguna manera.

Conviene señalar, como hace la A.P. de Pontevedra en el auto de 15-4-2.009, que "lo hasta ahora expuesto no implica tanto una inadmisión de la solicitud por motivos formales cuanto una desestimación de la misma por

motivos de fondo. Y cumple recordar, en alusión a la falta de tutela judicial efectiva, que el Tribunal Constitucional, de forma reiterada ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva 8art. 24 C.E.) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo del asunto de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas, SS.T.C. 198/2.000 de 24 de julio y 89/2.001 de 2 de abril)".
SEXTO.-En atención a todo lo expuesto el recurso no puede ser atendido. ": AAP Tenerife (Sección 4) 10.03.2010 (Auto 38/2010:; Rollo 11/2010)

"PRIMERO El juzgado de lo Mercantil no 1 de Santa Cruz de Tenerife inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por DaValle, por entender la juzgadora, en síntesis, que la falta de activo de la misma hace inviable cualquier acción de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros, situación de insolvencia que impediría incluso hacer frente a los gastos propios del proceso concursal (honorarios de los administradores, publicación de edictos o llamamiento de acreedores). Concluye, en definitiva, que en una situación de inexistencia de bienes como la presente, el concurso no puede cumplir ninguna de las dos finalidades que le son propias: la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la ordenada liquidación del patrimonio.
SEGUNDO La solicitante se alza contra dicha resolución alegando básicamente lo siguiente: que la inadmisión del concurso, "ab limine litis", no está contemplada legalmente, debiendo el juez limitarse a examinar si se cumplen o no los requisitos previstos en losarts. 1, 2, 3 6, 13 y 14 de la Ley Concursal; que la situación de insolvencia del deudor que solicite la declaración el concurso es precisamente uno de estos requisitos o presupuestos(ex art. 3.2o); que dicha situación, en el caso presente, está plenamente acreditada y que la norma delart. 176 de dicha ley, citada en el Auto que se recurre, no sirve para fundar la inadmisión, pues contempla una causa de conclusión del concurso. Cita en su apoyo la sentencia de 10 de diciembre de 2.008 de la Audiencia Provincial (Sección 15a) de Barcelona.
De otra parte aduce que la falta de patrimonio que se dice en el auto apelado no es tal, ya que la solicitante tiene una vivienda, un coche, y cuneta con ingresos regulares.
TERCERO El tema e que se trata tema ha suscitado cierta polémica doctrinal y ha dado lugar a resoluciones distintas en las Audiencias.
Pero mayoritariamente se decantan por la solución deljuzgado de lo Mercantil; así, en ese sentido los autos de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007 yde 15-4 y18-6 de 2.009;de la A.P. de Murcia de 30-1-2.006;de la Rioja de 22-3-2.007;Cáceres de 24-11-2.008 o A Coruna de 26-3 de 2.010.
En todas estas resoluciones se reconoce que, explícitamente, la Ley concursal no prevé el estado de insolvencia o la falta de todo bien y derecho como causa de inadmisión de la solicitud, pero se exponen razones de economía procesal y seguridad jurídica que permiten la acogida, por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la anterior regulación legal del procedimiento de insolvencia, en la que se otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de la conclusión "ab initio" del concurso en los casos en que quedaba acreditada la inexistencia de bienes y derechos del deudor, aunque tampoco en aquel marco legal existía una previsión legal en tal sentido.
Esta Sala comparte esa doctrina, y como ya declarara en su resolución de 16 de diciembre de 2.009, entiende lo siguiente:
"En cuanto a la situación de insolvencia como presupuesto de la declaración del concurso, obliga al deudor a solicitarla(art. 5 L.C.), pero ello no determina que el tribunal deba necesariamente declararlo.
Dada la finalidad del procedimiento concursal que ya se apuntó, que no es otra que la satisfacción de los acreedores (bien mediante un convenio bien mediante la liquidación del patrimonio del deudor) no parece ilógico entender que (como dice elAuto de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007) "cuanto menos de forma implícita, debe configurarse la existencia de, al menos, algún bien o derecho, como presupuesto para la declaración del concurso, al igual que se ha considerado la existencia de una pluralidad de acreedores, que tampoco goza de una expresa previsión en cuanto tal presupuesto de la declaración del concurso de acreedores".
Si no existen bienes, ninguna de las dos soluciones del concurso puede lograrse y menos, como se verá, cuando el solicitante es una persona física y se halla en determinadas condiciones.
No se podrá llegar a un acuerdo con los acreedores ni liquidar bien alguno con el que hacer frente a las deudas".
Dice el Auto de la A.P. Pontevedra de 18-6-2.009 que "Cuando la inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia en el articulado de la Ley Concursal: con la solicitud de concurso el deudor debe acompanar inventario de bienes y derechos detallado(art. 5.2.3o L.C.), el auto de declaración del concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelarse que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo(art. 21.1.4o L.C.), elart. 40, en relación con elart. 21.1.2o, hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, lo que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración del concurso; elart. 43 L.C. hace referencia a la administración y conservación de la masa activa; elart. 76 y ss. regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal(art. 82

L.C.); y, fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que debe procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación(arts. 142 y ss. L.C.)"
CUARTO En el presente caso las circunstancias concurrentes son las siguientes:
- La solicitante del concurso, DaValle, es una persona física.
- Carece de trabajo e ingresos, salvo un subsidio de desempleo de una cuantía de 421,79 euros mensuales, cuya duración se desconoce.
- Tiene a su cargo dos hijos menores, para cuyo atendimiento, según se desprende del contenido de la demanda, no cuenta con ayuda del padre.
- La solicitante carece de bienes libres: la vivienda de que es titular está gravada con un crédito hipotecario que ha sido ya objeto de reclamación judicial; su vehículo fue adquirido con pacto de reserva de dominio a favor de la financiera, quien igualmente ha instando procedimiento monitorio para el pago del préstamo.
- No consta a su favor crédito alguno que pueda ser realizado.
- El pasivo se integra por una serie de créditos, superando al activo.
Elart. 176.1o L.C. apartado cuarto, dispone que se procederá a la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Como se ha indicado, la resolución recurrida alude a esta norma al entender que, si ya desde un principio, por indicarlo así la solicitante en la propia petición de declaración de concurso, se puede constatar la inexistencia de bienes y derechos propios ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Cierto que, como se dice en el auto de esta Sala ya citado, la norma delart. 176 no es, por sí sola, suficiente para sustentar la inadmisión "ad limine litis"; es propiamente una causa de conclusión que, además, exige con carácter previo la admisión a trámite del concurso y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendiente de ser ejercida y que puedan dar lugar a la ampliación de los patrimonios responsables. Es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o anadir a otros patrimonios para satisfacción de los acreedores lo que se erige en un obstáculo para la inadmisión inicial.
QUINTO Pero ese obstáculo formal es más teórico que real en el caso examinado; ya se ha repetido que la finalidad del concurso es la de satisfacer a los acreedores, para lo que es imprescindible la existencia de bienes o derechos con que garantizar sus créditos o, cuanto menos, que haya una mínima certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal puede llegara surgir dicho patrimonio, o quedar vinculados otros patrimonios diferentes al del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.
En este caso no hay el menor atisbo de procedencia y viabilidad de acciones de reintegración(arts. 71 y ss. L.C.), ni de acciones rescisorias ni de otras de impugnación de actos de la solicitante que puedan ejercitarse ante el juez del concurso(art. 71.6o).
Al tratarse de una persona natural y no jurídica, resultan además inaplicables la mayoría de los supuestos que prevé la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o anadir a este otros que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Así, no cabe la reclamación de desembolsos de aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 L.C.), ni acudir a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios(art. 48.5 L.C.) ni a la responsabilidad en que dieran incurrir los administradores de hechos o de derecho o los liquidadores(art. 172.3), con la posibilidad de recurrir al embargo delart. 48.5; ni cabe hablar de terceros que pudieran resultar cómplices(art. 166 L.C.), pues, en el caso que nos ocupa no hay indicio alguno de la intervención de tales terceros, no participando la solicitante en sociedad ni en actividad mercantil alguna.
Finalmente, al no ser una persona jurídica, tanpoco cabe acudir a las posibles acciones de responsabilidad de los administradores sociales, ya por incumplimiento del deber de instar la declaración del concurso en el plazo legal(arts. 105.5o L.S.R.L. y 262 L.S.A.) o por su negligente actuación(arts. 127 y 133 y ss. L.S.A., a los que se remite la L.S.R.L.)
En resumen, en este caso no hay sino un patrimonio inicial de la deudora, negativo, sin posibilidad alguna de que se altere a lo largo del concurso. Siendo tal patrimonio inexistente, la satisfacción de los acreedores, fin del concurso, no puede cumplirse de ninguna manera.
Conviene senalar, como hace la A.P. de Pontevedra en elauto de 15-4-2.009, que "lo hasta ahora expuesto no implica tanto una inadmisión de la solicitud por motivos formales cuanto una desestimación de la misma por motivos de fondo. Y cumple recordar, en alusión a la falta de tutela judicial efectiva, que el Tribunal Constitucional, de forma reiterada ha senalado que el derecho a la tutela judicial efectiva(art. 24 C.E.) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo del asunto de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas,SS.T.C. 198/2.000 de 24 de julio y89/2.001 de 2 de abril)".
SEXTO En atención a todo lo dicho es claro que el recurso no puede prosperar.": AAP Tenerife (sección 4) 10.02.2011 (JUR 2011/218463; Auto 17/2011; Rollo 617/2010)

"PRIMERO.- El auto apelado, confirmando el anterior de 23 de febrero, inadmite a trámite la solicitud de declaración de concurso voluntario al entender la juzgadora, en síntesis, que en la situación concurrente (la demandante tiene como único bien una vivienda gravada con una hipoteca) no se podrían alcanzar las finalidades del concurso, que son, de una parte, la satisfacción de los acreedores lograda a través de un convenio con el deudor, y de otra, si ello no fuera posible, la liquidación ordenada del patrimonio de este último.
(...)

CUARTO.- Como segundo motivo del recurso se alega, ya con argumentos de fondo, que se ha infringido el ordenamiento jurídico (se entiende que la Ley Concursal), por estimar que el plan de viabilidad propuesto acredita que sí existe patrimonio (ya se ha admitido ese hecho, si bien con la particularidad de estar gravado por una hipoteca) que excede a las deudas, por lo que podrían lograrse las finalidades del procedimiento concursal.
QUINTO.- El tema objeto de este recurso ha suscitado cierta polémica doctrinal y ha dado lugar a resoluciones distintas en las Audiencias.
Pero mayoritariamente se decantan por la solución del juzgado de lo Mercantil; así, en ese sentido los autos de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007 (citado en el auto recurrido), de 15-4 y 18-6 de 2.009 y de 14 de eenro de 2. 010; de la A.P. de Murcia de 30-1-2.006; de la Rioja de 22-3-2.007; Cáceres de 24-11-2.008 o A Coruna de 26-3 de 2.009. En igual sentido se ha pronunciado esta Audiencia, entre otras, en sus resoluciones de 16 de diciembre de 2.009
En todas estas resoluciones se reconoce que, explícitamente, la Ley concursal no prevé el estado de insolvencia o la falta de todo bien y derecho como causa de inadmisión de la solicitud, pero se exponen razones de economía procesal y seguridad jurídica que permiten la acogida, por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la anterior regulación legal del procedimiento de insolvencia, en la que se otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de la conclusión "ab initio" del concurso en los casos en que quedaba acreditada la inexistencia de bienes y derechos del deudor, aunque tampoco en aquel marco legal existía una previsión legal en tal sentido.
En cuanto a la situación de insolvencia como presupuesto de la declaración del concurso, obliga al deudor a solicitarla (art. 5 L.C.), pero ello no determina que el tribunal deba necesariamente declararlo.
Dada la finalidad del procedimiento concursal que ya se apuntó, que no es otra que la satisfacción de los acreedores (bien mediante un convenio bien mediante la liquidación del patrimonio del deudor) no parece ilógico entender que (como dice el Auto de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007) "cuanto menos de forma implícita, debe configurarse la existencia de, al menos, algún bien o derecho, como presupuesto para la declaración del concurso, al igual que se ha considerado la existencia de una pluralidad de acreedores, que tampoco goza de una expresa previsión en cuanto tal presupuesto de la declaración del concurso de acreedores".
Si no existen bienes, ninguna de las dos soluciones del concurso puede lograrse y menos, como se verá, cuando el solicitante es una persona física y se halla en determinadas condiciones.
No se podrá llegar a un acuerdo con los acreedores ni liquidar bien alguno con el que hacer frente a las deudas.
Lo dicho es aplicable al caso de que, aún habiendo bienes, el gravamen existente sobre ellos suponga la inviabilidad de aplicar su valor a la satisfacción de las deudas del pretendido concursado.
En uno de tales casos dice el Auto de la A.P. Pontevedra de 18-6-2.009 que "Cuando la inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia en el articulado de la Ley Concursal: con la solicitud de concurso el deudor debe acompanar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3o L.C.), el auto de declaración del concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelarse que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4o L.C.), el art. 40, en relación con el art. 21.1.2o, hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, lo que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración del concurso; el art. 43 L.C. hace referencia a la administración y conservación de la masa activa; el art. 76 y ss. regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 L.C.); y, fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que debe procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss. L.C.)"
En el caso examinado por esta Audiencia en que se aplicó la antedicha doctrina, en el auto de 16 de enero de 2.009, las circunstancias concurrentes eran las siguientes:
-La solicitante del concurso era una persona física.
-Carecía de trabajo e ingresos, salvo una pensión por invalidez no contributiva de una cuantía de 279,17 euros mensuales.
-Su esposo también tenía reconocida una pensión del mismo tipo, de 304,74 euros al mes.
-El matrimonio tenía a su cargo una hija menor.
-La solicitante carecía de bienes libres (la vivienda de que era titular esta gravada con un crédito hipotecario que consumiría todo su valor)
-No constaba a su favor crédito alguno que pueda ser realizado.
-El pasivo se integraba por una serie de créditos, superando al activo.
En el caso ahora sometido a la Sala, las circunstancias son las que siguen:
-La solicitante es una persona física.
-Al parecer cuenta con empleo por cuenta ajena, si bien se deduce que de forma temporal y se ignoran sus ingresos.
-Su esposo se haya desempleado, cobrando un subsidio de 319,50 euros mensuales, a la fecha de presentación de la solicitud de concurso, que ha terminado el pasado mes de abril.
-El matrimonio tiene dos hijos menores de edad a su cargo.

-La solicitante tiene como único bien el inmueble que constituye su vivienda habitual, gravado con una hipoteca, que a la fecha de constitución de la misma (enero de 2.006) tenía un valor de 130.000 euros. El crédito hipotecario es de 90.000 euros. Los bienes muebles (ajuar doméstico) ascienden a un valor de 1.000 euros.
-No consta crédito alguno a su favor susceptible de ser realizado.
-El pasivo, integrado por varios préstamos, además del hipotecario, asciende a 125.752,93 euros.
SEXTO.- El art. 176.1o L.C. apartado cuarto, dispone que se procederá a la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Por tanto, si ya desde un principio, por indicarlo así la solicitante en la propia petición de declaración de concurso, se puede constatar la inexistencia de bienes libres y derechos propios ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Cierto que la norma del art. 176 no es, por sí sola, suficiente para sustentar la inadmisión "ad limine litis"; es propiamente una causa de conclusión que, además, exige con carácter previo la admisión a trámite del concurso y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendiente de ser ejercida y que puedan dar lugar a la ampliación de los patrimonios responsables. Es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o anadir a otros patrimonios para satisfacción de los acreedores lo que se erige en un obstáculo para la inadmisión inicial.
Pero ese obstáculo formal es más teórico que real en el caso examinado; ya se ha repetido que la finalidad del concurso es la de satisfacer a los acreedores, para lo que es imprescindible la existencia de bienes o derechos con que garantizar sus créditos o, cuanto menos, que haya una mínima certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal puede llegara surgir dicho patrimonio, o quedar vinculados otros patrimonios diferentes al del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.
En este caso no hay el menor atisbo de procedencia y viabilidad de acciones de reintegración (arts. 71 y ss. L.C.), ni de acciones rescisorias ni de otras de impugnación de actos de la solicitante que puedan ejercitarse ante el juez del concurso (art. 71.6o).
El plan de viabilidad presentado adolece de garantía alguna, toda vez que se basa en "los ingresos de la solicitante" y en "la posibilidad por parte del acreedor y su esposo de obtener un empleo indefinido", lo que en las circunstancias económicas actuales no parece fácil.
Al tratarse de una persona natural y no jurídica, resultan además inaplicables la mayoría de los supuestos que prevé la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o anadir a este otros que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Así, no cabe la reclamación de desembolsos de aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 L.C.), ni acudir a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios(art. 48.5 L.C.) ni a la responsabilidad en que dieran incurrir los administradores de hechos o de derecho o los liquidadores (art. 172.3), con la posibilidad de recurrir al embargo del art. 48.5; ni cabe hablar de terceros que pudieran resultar cómplices (art. 166 L.C.), pues, en el caso que nos ocupa no hay indicio alguno de la intervención de tales terceros, no participando la solicitante en sociedad ni en actividad mercantil alguna.
Finalmente, al no ser una persona jurídica, tampoco cabe acudir a las posibles acciones de responsabilidad de los administradores sociales, ya por incumplimiento del deber de instar la declaración del concurso en el plazo legal (arts. 105.5o L.S.R.L. y 262 L.S.A.) o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y ss. L.S.A., a los que se remite la L.S.R.L.) ”: AAP Tenerife (Sección 4) 24.11.2011 (Auto 148/2011; Rollo 509/2011)

“PRIMERO.- Procede confirmar el auto dictado en primera instancia *[inadmisión a trámite de la solicitud de concurso voluntario formulada por persona física]* por sus propios fundamentos (que se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones), que no han sido desvirtuados por las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso.
SEGUNDO.- Todas las cuestiones planteadas en el recurso fueron acertadamente tratadas y resueltas por el tribunal de primera instancia, sin que esta Sala tenga mucho más que anadir
No obstante, hemos de referirnos al criterio que mantiene esta Sección de la Audiencia Provincial sobre la cuestión planteada en el presente recurso, que se refleja en los autos número 252/09, de 16 de Diciembre, y el más reciente 148/11, de 24 de Noviembre, que en lo que aquí interesa es reproducción del primero, el cual, por su similitud con el caso que nos ocupa, pasamos a transcribir: <<PRIMERO.- El juzgado de lo Mercantil no 1 de Santa Cruz de Tenerife inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por Da Ángeles por entender la juzgadora, en síntesis, que la falta de activo de la misma hace inviable cualquier acción de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros, situación de insolvencia que impedirá incluso hacer frente a los gastos propios del proceso concursal (honorarios de los administradores, publicación de edictos o llamamiento de acreedores). Concluye, en definitiva, que en una situación de inexistencia de bienes como la presente, el concurso no puede cumplir ninguna de las dos finalidades que le son propias: la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la ordenada liquidación del patrimonio. SEGUNDO.- La solicitante se alza contra dicha resolución alegando básicamente lo siguiente: que la inadmisión del concurso, "ad límine litis", no está contemplada legalmente; que la situación de insolvencia del deudor que solicite la declaración el concurso es un requisito o presupuesto previsto en el art. 3.2o de la Ley Concursal y que la norma del art. 176 de dicha ley, citada en el Auto que se recurre, no sirve para fundar la inadmisión, pues contempla una causa de conclusión del concurso. Cita en su apoyo el Auto de 3 de abril de 2.008 de la Audiencia Provincial (Sección 15a) de Barcelona. TERCERO.- Este tema ha suscitado cierta polémica doctrinal y ha dado lugar a resoluciones distintas en las Audiencias. Pero mayoritariamente se

decantan por la solución del juzgado de lo Mercantil; así, en ese sentido los autos de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007 (citado en el auto recurrido), y de 15-4 y 18-6 de 2.009; de la A.P. de Murcia de 30-1-2.006; de la Rioja de 22-3-2.007; Cáceres de 24-11-2.008 o A Coruna de 26-3 del presente ano. En todas estas resoluciones se reconoce que, explícitamente, la Ley concursal no prevé el estado de insolvencia o la falta de todo bien y derecho como causa de inadmisión de la solicitud, pero se exponen razones de economía procesal y seguridad jurídica que permiten la acogida, por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la anterior regulación legal del procedimiento de insolvencia, en la que se otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de la conclusión "ab initio" del concurso en los casos en que quedaba acreditada la inexistencia de bienes y derechos del deudor, aunque tampoco en aquel marco legal existía una previsión legal en tal sentido. En cuanto a la situación de insolvencia como presupuesto de la declaración del concurso, obliga al deudor a solicitarla (art. 5 L.C.), pero ello no determina que el tribunal deba necesariamente declararlo. Dada la finalidad del procedimiento concursal que ya se apuntó, que no es otra que la satisfacción de los acreedores (bien mediante un convenio bien mediante la liquidación del patrimonio del deudor) no parece ilógico entender que (como dice el Auto de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007) "cuanto menos de forma implícita, debe configurarse la existencia de, al menos, algún bien o derecho, como presupuesto para la declaración del concurso, al igual que se ha considerado la existencia de una pluralidad de acreedores, que tampoco goza de una expresa previsión en cuanto tal presupuesto de la declaración del concurso de acreedores". Si no existen bienes, ninguna de las dos soluciones del concurso puede lograrse y menos, como se verá, cuando el solicitante es una persona física y se halla en determinadas condiciones. No se podrá llegar a un acuerdo con los acreedores ni liquidar bien alguno con el que hacer frente a las deudas. Dice el Auto de la A.P. Pontevedra de 18-6-2.009 que "Cuando la inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia en el articulado de la Ley Concursal: con la solicitud de concurso el deudor debe acompanar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3o L.C.), el auto de declaración del concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelarse que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4o L.C.), el art. 40, en relación con el art. 21.1.2o, hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, lo que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración del concurso; el art. 43 L.C. hace referencia a la administración y conservación de la masa activa; el art. 76 y ss. regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 L.C.); y, fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que debe procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss. L.C.)". CUARTO.- En el presente caso las circunstancias concurrentes son las siguientes:- La solicitante del concurso, Da Ángeles, es una persona física.- Carece de trabajo e ingresos, salvo una pensión por invalidez no contributiva de una cuantía de 279,17 euros mensuales.
-Su esposo D. Alexis también tiene reconocida una pensión del mismo tipo, de 304,74 euros al mes. - El matrimonio tiene a su cargo una hija menor. - La solicitante carece de bienes libres (la vivienda de que es titular esta gravada con un crédito hipotecario que consumirá todo su valor, si es el que se dice, que no se acredita, en el inventario).- No consta a su favor crédito alguno que pueda ser realizado.- El pasivo se integra por una serie de créditos, superando al activo. El art. 176.1o L.C. apartado cuarto, dispone que se procederá a la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Como se ha indicado, la resolución recurrida alude a esta norma al entender que, si ya desde un principio, por indicarlo así la solicitante en la propia petición de declaración de concurso, se puede constatar la inexistencia de bienes y derechos propios ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite. Cierto que, como se alega en el recurso, la norma del art. 176 no es, por sí sola, suficiente para sustentar la inadmisión "ad limine litis"; es propiamente una causa de conclusión que, además, exige con carácter previo la admisión a trámite del concurso y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendiente de ser ejercida y que puedan dar lugar a la ampliación de los patrimonios responsables. Es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o anadir a otros patrimonios para satisfacción de los acreedores lo que se erige en un obstáculo para la inadmisión inicial. QUINTO.- Pero ese obstáculo formal es más teórico que real en el caso examinado; ya se ha repetido que la finalidad del concurso es la de satisfacer a los acreedores, para lo que es imprescindible la existencia de bienes o derechos con que garantizar sus créditos o, cuanto menos, que haya una mínima certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal puede llegara surgir dicho patrimonio, o quedar vinculados otros patrimonios diferentes al del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso. En este caso no hay el menor atisbo de procedencia y viabilidad de acciones de reintegración (arts. 71 y ss. L.C.), ni de acciones rescisorias ni de otras de impugnación de actos de la solicitante que puedan ejercitarse ante el juez del concurso (art. 71.6o). Al tratarse de una persona natural y no jurídica, resultan además inaplicables la mayoría de los supuestos que prevé la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o anadir a éste otros que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Así, no cabe la reclamación de desembolsos de aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 L.C.), ni acudir a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios(art. 48.5 L.C.) ni a la responsabilidad en que dieran incurrir los administradores de hechos o de derecho o los liquidadores (art. 172.3), con la

posibilidad de recurrir al embargo del art. 48.5; ni cabe hablar de terceros que pudieran resultar cómplices (art. 166 L.C.), pues, en el caso que nos ocupa no hay indicio alguno de la intervención de tales terceros, no participando la solicitante en sociedad ni en actividad mercantil alguna. Finalmente, al no ser una persona jurídica, tampoco cabe acudir a las posibles acciones de responsabilidad de los administradores sociales, ya por incumplimiento del deber de instar la declaración del concurso en el plazo legal (arts. 105.5o L.S.R.L. y 262 L.S.A.) o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y ss. L.S.A., a los que se remite la L.S.R.L.) En resumen, en este caso no hay sino un patrimonio inicial de la deudora, negativo, sin posibilidad alguna de que se altere a lo largo del concurso. Siendo tal patrimonio inexistente, la satisfacción de los acreedores, fin del concurso, no puede cumplirse de ninguna manera. Conviene senalar, como hace la A.P. de Pontevedra en el auto de 15-4-2.009, que "lo hasta ahora expuesto no implica tanto una inadmisión de la solicitud por motivos formales cuanto una desestimación de la misma por motivos de fondo. Y cumple recordar, en alusión a la falta de tutela judicial efectiva, que el Tribunal Constitucional, de forma reiterada ha senalado que el derecho a la tutela judicial efectiva 8 art. 24 C.E.) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo del asunto de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas, SS.T.C. 198/2.000 de 24 de julio y 89/2.001 de 2 de abril)".>>
El apelante insiste en que existen ingresos con los que pudiera llegarse a un convenio con los acreedores, pero tales ingresos se contraen, según expone en la demanda, a una ayuda para desempleados mayores de 45 anos, que percibe del INEM, con la cual, según manifiesta, no llega a cubrir las necesidades básicas para la vida, con lo que su situación de insolvencia es clara, sin que, por otra parte, responda a criterios de justicia admitir a trámite un procedimiento que podría dejarle sin poder cubrir esas necesidades básicas. “: AAP Tenerife (Sección 4) 01.12.2011 (Auto 160/2011; Rollo 623/2011)

“PRIMERO.- El juzgado de lo Mercantil no 1 de Santa Cruz de Tenerife inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por. Maximino y Da Sacramento entender la juzgadora, en síntesis, que la falta de activo de los mismos hace inviable cualquier acción de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros, concluyendo, en definitiva, que en una situación de inexistencia de bienes libres como la presente, el concurso no puede cumplir ninguna de las dos finalidades que le son propias: la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la ordenada liquidación del patrimonio.
SEGUNDO.- La recurrente alega básicamente vulneración de los arts. 1.1 o y 100 de la Ley Concursal (en adelante L.C.) que prevén, receptivamente, la viabilidad de que el concursado sea una persona física y la posibilidad de acordar con los acreedores una quita y espera, que es lo que proponen los demandantes. Igualmente se entiende infringido el art. 9o de la Constitución, relativo al la libertad e igualdad de los ciudadanos y al debido sometimiento de los organismos públicos al respeto de la ley.
TERCERO.- En relación con en primer punto, decir que no se niega a los actores la posibilidad de la declaración concursal, es más, se parte de que es su obligación solicitarla al no poder hacer frente a sus deudas; pero, por las razones comentadas, concluye la juzgadora que, en este caso concreto, debe inadmitirse a trámite "ad limine litis" dicha solicitud.
Este tema ha suscitado cierta polémica doctrinal y ha dado lugar a resoluciones distintas en las Audiencias.
Pero mayoritariamente se decantan por la solución del juzgado de lo Mercantil; así, en ese sentido los autos de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007, de 15-4 y 18-6 de 2.009; de la A.P. de Murcia de 30-1-2.006; de la Rioja de 22-3-2.007; Cáceres de 24-11-2.008 o A Coruna de 26-3 de 2.009, 25-2 y 24-3-2.011.
En todas estas resoluciones se reconoce que, explícitamente, la Ley concursal no prevé el estado de insolvencia o la falta de todo bien y derecho como causa de inadmisión de la solicitud, pero se exponen razones de economía procesal y seguridad jurídica que permiten la acogida, por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la anterior regulación legal del procedimiento de insolvencia, en la que se otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de la conclusión "ab initio" del concurso en los casos en que quedaba acreditada la inexistencia de bienes y derechos del deudor, aunque tampoco en aquel marco legal existía una previsión legal en tal sentido.
En cuanto a la situación de insolvencia como presupuesto de la declaración del concurso, obliga al deudor a solicitarla (art. 5 L.C.), pero ello no determina que el tribunal deba necesariamente declararlo.
Dada la finalidad del procedimiento concursal que ya se apuntó, que no es otra que la satisfacción de los acreedores (bien mediante un convenio bien mediante la liquidación del patrimonio del deudor) no parece ilógico entender que (como dice el Auto de la A.P. de Pontevedra de 12-7-2.007) "cuanto menos de forma implícita, debe configurarse la existencia de, al menos, algún bien o derecho, como presupuesto para la declaración del concurso, al igual que se ha considerado la existencia de una pluralidad de acreedores, que tampoco goza de una expresa previsión en cuanto tal presupuesto de la declaración del concurso de acreedores".
Si no existen bienes, ninguna de las dos soluciones del concurso puede lograrse y menos, como se verá, cuando el solicitante es una persona física y se halla en determinadas condiciones.
No se podrá llegar a un acuerdo con los acreedores ni liquidar bien alguno con el que hacer frente a las deudas.
Dice el Auto de la A.P. Pontevedra de 18-6-2.009 que "Cuando la inexistencia definitiva de masa activa con que satisfacer a los acreedores se pone de manifiesto de forma clara con la propia solicitud del deudor, se produce la certidumbre de la inexistencia de un presupuesto básico del proceso concursal para que cumpla su finalidad. Presupuesto que, al igual que la pluralidad de acreedores, se pone en evidencia en el articulado de la Ley Concursal: con la solicitud de concurso el deudor debe acompanar inventario de bienes y derechos

detallado (art. 5.2.3o L.C.), el auto de declaración del concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelarse que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación
o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4o L.C.), el art. 40, en relación con el art. 21.1.2o, hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, lo que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración del concurso; el art. 43 L.C. hace referencia a la administración y conservación de la masa activa; el art. 76 y ss. regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 L.C.); y, fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que debe procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (arts. 142 y ss. L.C.)"
En igual sentido se ha pronunciado esta Sala, entre otras, en sus resoluciones de 16-12-2.009 y 24-11-2.011.
CUARTO.- En el presente caso las circunstancias concurrentes son las siguientes:
-Los solicitantes del concurso son personas físicas.
-D. Maximino trabaja como profesor, percibiendo un sueldo de 1.479,18 euros mensuales, mientras que Da Sacramento lo hace en una pastelería, con un salario mensual de 762,93 euros. En ambos casos se supera el salario mínimo interprofesional fijado para 2.012 (641,40 euros/mes) por lo que son parcialmente embargables.
-El matrimonio tiene a su cargo una hija menor.
-Los solicitantes carecen de bienes libres (la vivienda de que son titulares esta gravada con un crédito hipotecario susceptible de ejecución separada, al igual que el vehículo, adquirido con un préstamo financiero.
-No consta a su favor crédito alguno que pueda ser realizado.
-El pasivo se integra por una serie de créditos que superan con mucho al activo.
El art. 176.1o L.C. apartado cuarto, dispone que se procederá a la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Como se ha indicado, la resolución recurrida alude a esta norma al entender que, si ya desde un principio, por indicarlo así la solicitante en la propia petición de declaración de concurso, se puede constatar la inexistencia de bienes y derechos propios ni de terceros responsables, la solicitud no debe admitirse a trámite.
Cierto que, como se alega en el recurso, la norma del art. 176 no es, por sí sola, suficiente para sustentar la inadmisión "ad limine litis"; es propiamente una causa de conclusión que, además, exige con carácter previo la admisión a trámite del concurso y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendiente de ser ejercida y que puedan dar lugar a la ampliación de los patrimonios responsables. Es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o anadir a otros patrimonios para satisfacción de los acreedores lo que se erige en un obstáculo para la inadmisión inicial.
QUINTO.- Pero ese obstáculo formal es más teórico que real en el caso examinado; ya se ha repetido que la finalidad del concurso es la de satisfacer a los acreedores, para lo que es imprescindible la existencia de bienes o derechos con que garantizar sus créditos o, cuanto menos, que haya una mínima certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal puede llegara surgir dicho patrimonio, o quedar vinculados otros patrimonios diferentes al del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso.
En este caso no hay el menor atisbo de procedencia y viabilidad de acciones de reintegración (arts. 71 y ss. L.C.), ni de acciones rescisorias ni de otras de impugnación de actos de la solicitante que puedan ejercitarse ante el juez del concurso (art. 71.6o).
Al tratarse de una persona natural y no jurídica, resultan además inaplicables la mayoría de los supuestos que prevé la Ley concursal para completar el patrimonio del deudor, o anadir a este otros que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Así, no cabe la reclamación de desembolsos de aportaciones o de prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 L.C.), ni acudir a la responsabilidad patrimonial personal subsidiaria de los socios(art. 48.5 L.C.) ni a la responsabilidad en que dieran incurrir los administradores de hechos o de derecho o los liquidadores (art. 172.3), con la posibilidad de recurrir al embargo del art. 48.5; ni cabe hablar de terceros que pudieran resultar cómplices (art. 166 L.C.), pues, en el caso que nos ocupa no hay indicio alguno de la intervención de tales terceros, no participando la solicitante en sociedad ni en actividad mercantil alguna.
Finalmente, al no ser una persona jurídica, tampoco cabe acudir a las posibles acciones de responsabilidad de los administradores sociales, ya por incumplimiento del deber de instar la declaración del concurso en el plazo legal (arts. 105.5o L.S.R.L. y 262 L.S.A.) o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y ss. L.S.A., a los que se remite la L.S.R.L.)
En resumen, en este caso no hay sino un patrimonio inicial de la deudora, negativo, sin posibilidad alguna de que se altere a lo largo del concurso. Siendo tal patrimonio inexistente, la satisfacción de los acreedores, fin del concurso, no puede cumplirse de ninguna manera.
Conviene senalar, como hace la A.P. de Pontevedra en el auto de 15-4-2.009, que "lo hasta ahora expuesto no implica tanto una inadmisión de la solicitud por motivos formales cuanto una desestimación de la misma por motivos de fondo. Y cumple recordar, en alusión a la falta de tutela judicial efectiva, que el Tribunal Constitucional, de forma reiterada ha senalado que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.) se satisface tanto mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho que resuelva acerca del fondo del asunto de la pretensión de las partes, como cuando se inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas, SS.T.C. 198/2.000 de 24 de julio y 89/2.001 de 2 de abril)".": AAP Tenerife (Sección 4) 24.01.2012 (Auto 9/2012; Rollo

622/2011)

No: finca hipotecada afecta a la actividad

“PRIMERO.- Al auto recurrido confirmó en reposición el anterior que no admitió a trámite la petición de declaración de concurso voluntario de la entidad apelante (OGLIS, S.A.) por inexistencia de activo, pues su único bien se encuentra gravado con una garantía hipotecaria susceptible de ejecución en un procedimiento separado, senalando, además y por último, que la afección del bien hipotecado a la actividad empresarial no impide que la entidad ejecutante acuda a un procedimiento separado atendido el privilegio que ostenta el acreedor hipotecario.
SEGUNDO.- La inadmisión a trámite de la petición de declaración de concurso cuando el peticionario carece de activo realizable es una cuestión que no ha sido resuelta de manera unánime en la denominada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Algunas de éstas (por ejemplo la Sección 15a de Audiencia de Barcelona en su auto de 16 de febrero de 2009 y en los que se citan en él) mantiene que no es posible la inadmisión in liminis, sin perjuicio de que una vez iniciado el procedimiento se pueda aplicar el art. 176.4o de la Ley Concursal -LC- y concluir el concurso cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos con los que satisfacer a los acreedores. Sin embargo, otras Audiencias (quizá la mayoría) sostienen que ya desde el principio se puede advertir y comprobar esa circunstancia y no dar lugar a la admisión de un concurso que se encuentra abocado ya desde el principio a no poder cumplir con su finalidad.
Esta Sección ha seguido, por ejemplo en las resoluciones que se citan en el auto recurrido, el segundo de los criterios senalados pero ha de precisarse que si ello es así es, precisamente, porque no se plantee ninguna duda del supuesto que la hace aplicable (la inexistencia de activo).
TERCERO.- La particularidad del presente caso radica, sin embargo, en que la entidad peticionaria de la declaración del concurso, que tiene como actividad empresarial la promoción inmobiliaria, es titular de una serie de fincas que, no obstante, se encuentra hipotecadas, entendiendo la resolución apelada que ello no excluye la inexistencia de activo realizable que impide admitir a trámite la petición en la medida en que no excluye la posibilidad de que el acreedor hipotecario acuda a un procedimiento separado dado el privilegio de la garantía.
Sin embargo, la Sala no comparte del todo esta conclusión sobre todo se los bienes hipotecados en encuentran afectos a la actividad empresarial y el peticionario sigue mantiene esa actividad, pues en tal caso la ejecución hipotecaria de esos bienes se encuentran sujetos a unas condiciones especiales (art. 56 de la LC) que si bien no excluyen la realización a favor del acreedor privilegiado, permiten la continuación de la explotación durante un período de tiempo con la posibilidad, precisamente, de obtener nuevos activos realizables durante el mismo.
Por otro lado, es cierto que alguna Audiencia Provincial ha seguido también el criterio de la inadmisión incluso existiendo bienes hipotecados (como por ejemplo, las Audiencias Provinciales de Pontevedra -auto de 14 de enero de 2010 - y de La Coruna -auto de 26 de marzo de 2009-) si bien hay que matizar que tales resoluciones parece que se refiere a la hipoteca sobre bienes no afectos; además y por las consideraciones que se hacen en los mismos con base en determinada doctrina, esa posibilidad se encuentra supeditada además a que los bienes sujetos a privilegio especial sean suficientes para pagar los créditos afectos pero no los restantes, en cuyo caso debe ponerse fin al concurso.
CUARTO.- En este caso, sin embargo, la entidad peticionario no ha dejado la actividad propia de su objeto social y hay indicios suficientes para calificar de afectos los bines hipotecados que integran la mayor parte de su activo; pero es que, además, y según resulta de la documentación aportado, el valor de esos bienes afectos según las valoración efectuada por una entidad conocida de tasación (TINSA) asciende a la cantidad de 817.361,05 #, siendo de 751.09,38 el valor de subasta de la hipoteca y de 719.357,82 el valor contable de precio más gastos de adquisición, siendo así que el importe del préstamo hipotecario que grava el edificio es de 475.00o euros.
En tales circunstancias, considera la Sala que no resulta procedente la inadmisión a trámite de la petición de concurso voluntario por las razones senaladas en el auto apelado, sin perjuicio de la aplicación que en momento posterior se pueda hacer del art. 174.4 ya citado, de manera que debe estimarse el recurso de apelación interpuesto sin que, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 398.2 de la LEC, procede imposición especial sobre las costas originadas con el recurso. ”: AAP Tenerife (Sección 4) 21.09.2011 (Auto 111/2011; Rollo 339/2011)

JM-2 Barcelona

“PRIMERO.- Que la falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia. Ahora bien, la obligación legal del deudor de instar su propio concurso no determina que necesariamente el tribunal deba declararlo. Pues bien, teniendo en cuenta que el artículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, “en cualquier estado del procedimiento”, cuando el tribunal “compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores”, si el deudor, en su solicitud, admite que no tiene activo, ésta no debe admitirse a trámite. Se suele aducir que la conclusión por falta de activo sólo es

posible si la administración concursal justifica que no son viables acciones de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros (apartado tercero del artículo 176); y ello sólo es posible si el concurso llega a admitirse a trámite. Ahora bien, si no existe activo, ni son viables aquellas acciones ni es viable el concurso como procedimiento. Los gastos y costas judiciales deben atenderse con cargo a la masa (artículo 84.2, 2º). Por tanto, cuando el deudor valora en cero euros su activo, ni podrá recurrirse a un letrado que promueva las acciones de reintegración o de responsabilidad que sean pertinentes, ni se podrán abonar los honorarios de la administración concursal. Es más, tampoco podrán publicarse los edictos ni llevarse a cabo el llamamiento a los acreedores del artículo 21.1-5º.
SEGUNDO.- El concurso persigue una doble finalidad; la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio. Si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse. La solicitante, en el presente caso, no puede alcanzar acuerdo alguno con sus acreedores para el pago de los créditos -la propia demandante admite que la empresa no es viable- y no hay nada que liquidar. Las acciones de reintegración o la responsabilidad de terceros cumplen una finalidad accesoria o secundaria y, en todo caso, complementaria de alguna de las finalidades primordiales -el convenio o la liquidación-. No parece razonable que el concurso deba admitirse y continuar para perseguir un fin accesorio cuando no puede cumplir la finalidad principal, máxime cuando para la consecución de aquél fin es necesario un mínimo de activo y cuando, en buena medida, puede lograrse mediante otros mecanismos extraconcursales que nuestro Ordenamiento prevé -otras acciones rescisorias o de responsabilidad al amparo de la normativa societaria-. En consecuencia, debe rechazarse la solicitud y acordar el archivo de las actuaciones.”: Auto JM-2 Barcelona 30.01.2006 (JUR 2006/47834)

JM-1 Bilbao

“SEGUNDO.- Concurso sin masa.- El solicitante insta la declaración de concurso voluntario por insolvencia actual, conforme a la Ley Concursal, reconociendo sin ambages que carece de bienes. Lo hizo constar en la solicitud, y ante la intimación del juzgado para que subsanara la inexistencia del inventario al que alude el art. 6.2.3º LC, lo ha reiterado al pretender la subsanación manifestando que carece de cualquier clase de bienes o derechos y que la finca a la que alude en su solicitud fue enajenada con anterioridad a la declaración de concurso.
En este caso se plantea de forma descarnada lo que en otras solicitudes se presenta con algún disimulo, alegando la existencia de bienes con nulo valor en el mercado o pretendidos derechos frente a terceros que luego se demuestran perfectamente incobrables. Como la crudeza de la solicitud, reiterada en trámite de subsanación, no obliga como en aquellos casos a suponer la existencia de eventuales activos que formen parte de la masa activa, ha de resolverse si es posible declarar el concurso de un deudor sin masa.
Para ello hay que resaltar dos hechos incontestables. El primero, que no hay previsión expresa en la Ley Concursal que permite la no admisión de una solicitud de un deudor insolvente por falta de masa. El segundo, que una de las causas de conclusión del concurso es, precisamente, la ausencia de bienes y derechos del concursado o de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores. Así lo dispone el art. 176.1.4º LC que permite acordar la conclusión del concurso "*en cualquier estado del procedimiento*".
La norma admite, en consecuencia, que inmediatamente a ser declarado el concurso pueda concluirse por inexistencia de bienes o derechos con los que satisfacer a los acreedores, en una decisión legislativa perfectamente razonable dadas las finalidades del concurso. No puede haber convenio, porque no hay recursos con los que proponerlo, ni puede haber liquidación porque nada hay que realizar.
Situadas así las cosas, es decir, la tajante afirmación de inexistencia de bienes, la inexistencia de previsión sobre la inadmisibilidad de un concurso sin masa, y la posibilidad de concluir el concurso por dicha causa en cualquier estado del procedimiento, la cuestión es si es admisible un concurso en el que, con la sinceridad planteada por el solicitante, se anuncia desde la solicitud y se reitera al ser requerido al respecto, que no hay absolutamente ningún bien o derecho que realizar.
TERCERO.- Sobre las razones para admitir la solicitud.- Han sido reacios a que pueda admitirse un concurso algunos autores que ha comentado la cuestión y los Autos de la Sección 15ª de la Audiencia de Barcelona, de 22 de febrero, RA 557/2006, y 14 de junio de 2007, en ambos casos revocando la inadmisión de la solicitud del concurso por falta de masa activa. En cambio otras audiencias han ratificado esa decisión del Juzgado de lo Mercantil, como los Autos de la AP de Murcia, sección 4ª, de 30 enero 2006, o de la AP de Pontevedra, Secc. 1ª, de 12 de julio de 2007.
Nuestra Audiencia Provincial no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, de manera que aún no hay criterio firme al que acogerse en el territorio histórico de Bizkaia. En consecuencia, dada la división en la doctrina de las Audiencias, habrá que decidir cómo proceder en este caso, en el que, como se ha dicho, consta lisa, llana y repetidamente afirmado que no hay un solo bien en la masa.
Si no es posible convenio, porque no hay bienes para ofrecer la continuidad de la empresa, y no cabe liquidación, pues nada hay que liquidar, hay que preguntarse cuál sea la finalidad del concurso solicitado. Desde luego no es tan simple como sostener que consiste en el cumplimiento de la obligación que dispone el art. 5 LC. Si fuera así, debiera haberse solicitado el concurso mucho tiempo ha, pues dice el solicitante ante el requerimiento de que aporte el inventario de bienes, que no puede hacerlo porque el 27 de septiembre de 2006, hace más de diecisiete meses, vendió todos los bienes de su patrimonio.
Cuando menos entonces, o en los dos meses siguientes, y es probable que la administración social lo conociera antes, debiera haberse solicitado el concurso, y no aguardar a que no reste ni un solo elemento de su activo para reclamar tal declaración. La obligación del art. 5 se impone en el término de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer de su estado de insolvencia, de modo que no

puede considerarse que la solicitud del concurso atiende el requerimiento legal, pues cuando debió hacerse no se hizo, y cuando se hace, no quedan bienes para cumplir alguna de las finalidades del concurso.
La doctrina y resoluciones que entienden procedente la declaración de concurso sostienen que hay que tener en cuenta el estado que tendría la masa activa si se ejercitaran acciones de reintegración, atendido el ventajoso sistema rescisorio que disponen los arts. 71 a 73 LC. Tales acciones deben ser emprendidas por la administración concursal, que obviamente nada podrá percibir como remuneración hasta su resultado. Tampoco el abogado al que se encargue semejante cometido podrá reclamar provisión de fondos, porque no hay.
No es sólido el argumento de que podría hacerlo el propio abogado de la administración concursal, porque cuando el concurso es abreviado el administrador único puede no ser letrado (art. 191.2 y 27.3.3º LC). Si lo hubiera, por ser concurso ordinario, no se explica como se atendería el art. 241.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), cómo podrá reclamar documentación, encargar dictámenes periciales o anticipar los gastos del proceso como indemnizaciones de testigos o suplidos, si no hay bienes. Salvo que se quiera, que no parece razonable, que la administración concursal designada anticipe de su propio peculio los gastos necesarios para acometer estas acciones.
Se sostiene también que se fomentaría la descapitalización de la sociedad, que evitaría el concurso sustrayendo sus bienes. En este caso tal afirmación poco fundamento tendría, porque la sociedad que en febrero de 2008 pide el concurso, en septiembre de 2006 había vendido todos sus bienes. Por otro lado parece excesivo suponer, dada la experiencia que ponen de manifiesto las estadísticas sobre aplicación de la Ley Concursal, que decisiones judiciales de inadmisión puedan determinar una práctica tan reprochable como la descapitalización de la sociedad, que por otro lado podría tener acarrear consecuencias punibles atendidas las previsiones del Código Penal.
Se recurre también en la literalidad del art. 14.1 LC, que obligada a declarar el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta de la existencia de algunos de los hechos previstos en el art. 2.4 o la insolvencia, lo que a su vez se relaciona con el derecho a acceder al proceso consecuencia de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.
Según tal argumento, constatada la insolvencia se ha de declarar el concurso aunque no haya activos, garantizando tal declaración y el acceso al proceso. Con ello la norma española se aparta de la previsión del art. 30 del Reglamento CE 1346/2000, de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que abre la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento. Relacionando tal previsión con la restricción sobre la inadmisión de demandas del art. 403.1 LEC y el art. 24 CE, se concluiría la imposibilidad de rechazar la solicitud.
Sin embargo no puede obviarse que ni la solicitud de declaración de concurso ni el acceso al proceso son fines por sí mismos. La Ley Concursal no persigue que el deudor concursado se declare en concurso, ni que se tramite el proceso. Lo que permite la norma, a través del procedimiento que pone en marcha, es que aprovechándose de los beneficios que otorga el procedimiento concursal, se alcance un acuerdo con los acreedores que permita superar la insolvencia o se proceda a la liquidación ordenada, sin el caos y las prioridades que ocasionaría la concurrencia de varias ejecuciones singulares sobre los distintos activos del patrimonio del deudor. Ninguna de esas finalidades puede cumplirse, de modo que sí, se declararía el concurso, pero no habría ni convenio ni liquidación.
CUARTO.- Sobre las razones para no admitir la solicitud.- Varias son las razones que pueden exponerse para no admitir la solicitud de concurso. En primer lugar, obviamente, la inutilidad de lo pretendido. Sea cual sea el resultado del concurso, que posiblemente embarrancará irremediablemente si el Procurador carece de fondos para las preceptivas publicaciones -y sin perjuicio de su responsabilidad-, no será posible alcanzar un convenio ni liquidar un activo inexistente.
Se designará una administración concursal que no podrá percibir sus honorarios, se abrirán unas expectativas a los acreedores irremediablemente destinadas al fracaso, se colocará al procedimiento en una tesitura inaceptable ante la imposibilidad de proceder cuando alguna publicación no se verifique, se arriesgará la responsabilidad civil de los administradores concursales que sean designados, y en definitiva, se estarán dilapidando recursos públicos, los que sostienen la administración de justicia, para un fin irrelevante.
Una segunda razón es que no existe perjuicio de los acreedores. Nos encontramos ante una petición del deudor, un concurso voluntario, de modo que ningún acreedor ha comparecido al juzgado para solicitar la declaración. Las ventajas que otorgan a los acreedores el procedimiento concursal son en este caso, pura especulación. Si la hubiera, sería comprensible que se instara el concurso de necesario, que no es el caso. No padecen tampoco las acciones no concursales que a todo acreedor asisten frente a los administradores sociales.
Hay que reconocer, no obstante, que la admisión de un concurso sin masa concede, sin duda alguna, la evidente ventaja de que muchos preceptos de la Ley Concursal no habrán de aplicarse. Al declarar el concurso, por ejemplo, no se tendría que disponer conforme al art. 21.1.2º LC si se mantiene o priva al deudor de las facultades de administración o disposición, porque nada hay que acordar al no existir bienes. Ningún auxilio tendrán que solicitar los administradores concursales para conservar o administrar la inexistente masa activa como dispone el art. 43. No podrá aplicarse el art. 82, pues la administración concursal ningún inventario tendrá que hacer de lo que no existe, y finalmente, serán inútiles las previsiones de abono a los acreedores en fase de liquidación del capítulo II del Título V, porque no hay nada con lo que abonar. La atractiva simplificación del procedimiento que se produce ante la circunstancia de la inexistencia de masa no es, sin embargo, razón suficiente para admitir la solicitud.
En definitiva, ante argumento recurrente de que el legislador no ha admitido la no admisión del concurso, que se compadece mal con la posibilidad de que en el mismo momento en que el administrador concursal tome

posesión pueda plantear su conclusión por falta de masa, habrá que concluir que por todas las razones dichas, y buscando también alguna seriedad al proceso que ha de tramitarse, debe ser desestimada la solicitud.
QUINTO.- El incumplimiento de requisitos.- Además de lo dicho hasta aquí, concurre en este caso causa legal para no admitir el concurso. El art. 13.2 LC dispone que se la solicitud o documentación adoleciera de algún efecto, se señalará un plazo para subsanarlo. La providencia de 23 de febrero acuerda solicitar la subsanación de la omisión del inventario de bienes y derechos con los requisitos legales que dispone el art. 6.2.3º LC.
El solicitante no ha subsanado esa omisión, limitándose a indicar que no hay bienes, por lo que no puede haber inventario. Acompaña, eso sí, un inventario de los que existían el 27 de septiembre de 2006, fecha en que se dicen transmitidos todos los bienes. Pues bien, se ha reclamado al solicitante un documento esencial para la declaración de concurso, como el inventario de bienes y derechos, y no se ha aportado, por lo que hay justificación legal, ante el incumplimiento de las exigencias legales, para no admitir el concurso.
SEXTO.- Sobre el recurso procedente.- Al acordarse la inadmisión de la solicitud por causa diferente a las previstas de modo expreso en la Ley Concursal, ha de concederse recurso de apelación contra esta resolución como tiene indicado nuestra Audiencia en su Auto AP Bizkaia, Secc. 4ª, de 5 de octubre 2006, JUR 2006\99807. ": AJM-1 Bilbao 04.03.2008 (AC 2008\920; Auto 139/2008; Autos 75/2008)

JM-1 Alicante

"Segundo.- La persona física solicitante pone de manifiesto que se encuentra en situación de insolvencia, consta apoderamiento especial para solicitar el concurso, y la documentación que une a su solicitud, completada y justificada en trámite de subsanación cumplen, en esencia, los requisitos formales del art. 3 y 6 LC revela la insolencia alegada, pues aporta una relación de acreedores que asciende a 91.200 € en tanto que el único activo de que dispone, según se dice, es el salario que percibe mensualmente que asciende a una suma alrededor de 500 €, siendo inferior en unos meses, y en otros figura una suma de 628,12 €, que en la mejor de las hipótesis implica la suma embargable de 8,44 € (el 30% del tramo que excede del salario mínimo interprofesional fijado en 600 € mensuales para el año 2008 según Real Decreto 1763/2007, de 28 diciembre); única suma que conforma la masa activa (artículo 76.2 LC y art. 607 LEC)
Esta circunstancia de la masa activa obliga a plantearse si procede en estos casos la admisión del proceso concursal
Tercero.-Se discute abiertamente si la existencia de bienes es requisito de la admisión a trámite de la solicitud
Aunque no hay previsión expresa en la Ley Concursal que diga que procede la no admisión de una solicitud de un deudor insolvente por falta de masa, sí se prevé como una de las causas de conclusión del concurso la ausencia de bienes y derechos del concursado o de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.1.4º LC) ya que en tales circunstancias no se puede cumplir la finalidad del concurso: satisfacción de acreedores, pues ni puede haber convenio, porque no hay recursos con los que proponerlo, ni puede haber liquidación porque nada hay que realizar.
Han sido reacios a que pueda inadmitirse un concurso algunos autores que ha comentado la cuestión y los Autos de la Sección 15ª de la Audiencia de Barcelona, de 22 de febrero, y 14 de junio de 2007, en ambos casos revocando la inadmisión de la solicitud del concurso por falta de masa activa. En cambio otras audiencias han ratificado esa decisión del Juzgado de lo Mercantil de inadmisión, como los Autos de la AP de Murcia, sección 4ª, de 30 enero 2006, o de la AP de Pontevedra, Secc. 1ª, de 12 de julio de 2007.
El argumento primordial de los primeros acerca de que es procedente la declaración de concurso (que la ausencia de masa puede no ser definitiva, y que precisamente el concurso permite que desaparezca ese obstáculo inicial) no parece que sea trasladable al caso presente: en primer lugar, en cuanto al incremento de masa mediante el ejercicio de acciones de reintegración, atendido el ventajoso sistema rescisorio que disponen los arts. 71 a 73 LC, parece poco atendible en el caso presente al ser una persona física deudora no comerciante de la que no hay dato alguno en la solicitud para pensar en este momento que haya realizado actos incardinables en los art. 71 y ss LC, además de la dificultad de atender gastos (dictámenes periciales o anticipar los gastos del proceso como indemnizaciones de testigos o suplidos, si no hay bienes) ya que no parece razonable, que la administración concursal designada anticipe de su propio peculio los gastos necesarios para acometer estas acciones. En segundo lugar, tampoco vale aquí la invocación del art. 172.3 LC para reparar a los acreedores, al no entrar en juego. Y en tercer lugar, igual ocurre con las reclamaciones de prestaciones accesorias o dividendos pasivos a las que se refiere el art. 48.4 LC o acciones contra el socio subsidiariamente responsable de deudas de la concursada del art. 48.5 LC, pensadas para la hipótesis de personas jurídicas deudoras
Parece, pues, que no procede su admisión a trámite por carecer de objeto (art. 22LEC por extensión) pues deviene en esas circunstancias imposibles atender su finalidad satisfactiva: no será posible alcanzar un convenio ni liquidar un activo inexistente.
Además se apuntan otros argumentos: i) los daños que ocasiona, por imposibilidad de atender retribución de los administradores concursales y se estarán dilapidando recursos públicos, los que sostienen la administración de justicia, para un fin imposible; ii) no existe perjuicio de los acreedores. Nos encontramos ante una petición del deudor, un concurso voluntario, de modo que ningún acreedor ha comparecido al juzgado para solicitar la declaración; iii) se evita que con esa medida se produzcan efectos (interrupción de intereses) que solo se entienden si el procedimiento se abre para saldar, en todo o en parte, a los acreedores comunes
En este sentido y tratándose de un concurso voluntario de persona física, se pronuncia el Auto de la AP de Pontevedra, Secc. 1ª, de 12 de julio de 2007
Cuarto.- Por este juzgador se asume esta ultima tesis en el caso concreto de personas físicas, por las razones indicadas y que conlleva la inadmisión de la solicitud de concurso de la solicitante, ya como concurso sin masa

debe calificarse aquél en el que el único patrimonio que compone la masa activa con el que atender la masa pasiva es la parte embargable del salario (en el mejor de los casos no superior a 10 € mensuales), y que sin necesidades de especiales razonamientos aparecen como manifiestamente insuficientes para cubrir siquiera remotamente los gastos mínimos del procedimiento (gastos de publicaciones, honorarios de letrado y derechos arancelarios de procurador y administración concursal), que como créditos contra la masa, son prededucibles; ínfima cuantía que además es de cobro periódico y no cierto, condicionado a la prestación de servicios por cuenta ajena, por lo que sólo se podrá tener en cuenta a estos efectos las sumas efectivamente devengadas
La ausencia de bienes y derechos no puede interpretarse en sentido absoluto sino finalista o funcional, es decir, si el activo es insignificante o irrelevante para atender las finalidades del concurso es equiparable a falta de activo, o dicho de otra manera, se encuentra incluido en esa categoría. En este sentido, y al tratar el requisito de la pluralidad de acreedores como requisito del proceso concursal se pronuncia la AP de Alicante, en auto de 26/6/2008. Lo contrario conduce a resultados absurdos ya que implicaría la apertura del proceso concursal con generación de gastos procesales contra la masa para cuyo pago se destinarían los escasísimos recursos embargable del deudor, con la consecuencia de que los acreedores concursales verían frustrados doblemente sus derechos: no solamente no cobrarían sino que verían como terceros posteriores se benefician de las mínimas sumas en un proceso que, no olvidemos, tiene como finalidad buscar la satisfacción ordenada y colectiva de los acreedores del deudor. No se trata, pues de una decisión inocua, sino que claramente se limitan sus expectativas de cobro del crédito en una ejecución singular, que por efecto del concurso se verían sin posibilidades de iniciar, así como de los correspondientes intereses que en compensación de la falta de cobro prevé el ordenamiento jurídico.
Con ese exiguo activo ni cabe una solución convenida ni una liquidatoria, por lo que resulte procedente la inadmisión, inclusive si se quiere, por economía procesal, pues de admitirse a trámite inmediatamente debería procederse a su conclusión ex art. 176 de la Ley Concursal, pero con la consiguiente generación de gastos que de esta manera se evita, sin que por las circunstancias concurrentes en esta clase de deudores con este activo tan delimitado y con una actividad por cuenta ajena aparezca como imprescindible pare ese juicio de inexistencia de activos el informe de la admón. concursal previsto en sede de conclusión ":AJM-1 Alicante 12.09.2008 (Concurso 399/2008)

JM-1Oviedo

"Juntamente con éstos requisitos de carácter explícito concurren otros de carácter implícito entre los que se encuentra la necesidad de que la masa activa sea suficiente para sufragar los gastos que el concurso haya de generar.
A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos de nuestro entorno, como el alemán (art. 26 de la Ordenanza de Insolvencia de 1994), no existe en nuestro Derecho, como hemos visto, una norma que de forma expresa supedite la declaración de concurso a la existencia o suficiencia de la masa activa. Tal circunstancia sólo se prevé en el art. 176.1. 4º, que permite al Juez declarar la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones "en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores", si bien condiciona la conclusión por falta de activo a una serie de requisitos, procesales y sustantivos. Entre los primeros, un informe de la administración concursal - que puede ser el mismo del art. 75 u otro independiente, según la fase en que se vaya a declarar concluso el concurso- y la audiencia a las partes personadas; entre los segundos, que no estén pendientes la sección de calificación ni acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad de terceros, extremo este último sobre el que necesariamente deberá pronunciarse la administración concursal en su informe.
El nº 4 del art. 176.1 no exige, a diferencia del nº 5º, que ya haya concluido la fase común para poder concluir el concurso por falta de activo. Una vez aceptado el cargo por la administración concursal si ésta comprueba, dentro del plazo para emitir el informe del art. 75, que no existen bienes y derechos suficientes para cubrir los créditos contra la masa derivados del procedimiento concursal, podrá y deberá solicitar del Juez del concurso la declaración de conclusión justificando simplemente los extremos a que se refiere el apartado 4 del art. 176, decayendo la necesidad de confeccionar la lista de acreedores, que deviene innecesaria al no ir a tramitarse incidentes concursales.
No obstante, algún sector de la doctrina sostiene la necesidad de que la fase común haya finalizado para poder concluir el concurso con base en que el art. 176 precisa que haya finalizado la pieza de calificación y se hayan sustanciado las acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros. Sin embargo eso no es lo que dispone el precepto citado. El art. 176.3 lo único que exige es que no se esté tramitando la sección de calificación ni que se hallen pendientes acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros, no que hayan finalizado, por lo que, con plena sujeción al texto legal, podrá concluirse el concurso por falta de activo si no se han iniciado ni la una ni las otras.
Sin embargo, el supuesto que nos ocupa no es la conclusión anticipada por falta de activo, sino la inadmisión a trámite de la solicitud.
El legislador español, obviando el Derecho comparado, al que tantas veces ha acudido para dar vida a nuestras leyes, y desoyendo las Recomendaciones de la Guía de Insolvencia de UNCITRAL que recoge la conveniencia de que las legislaciones en materia concursal contemplen el tratamiento a dar en situaciones de inexistencia o insuficiencia de masa activa no sólo en relación a la conclusión del concurso sino, también y sobre todo, en sede de declaración, para evitar que el deudor pueda prevalerse de una previsión legal al

respecto para sustraer bienes de su patrimonio con el fin de evitar la declaración de un procedimiento concursal y las sanciones a éste conectadas, omite toda referencia a la suficiencia de masa activa como presupuesto de la declaración de concurso.
No obstante, tal omisión puede ser superada al no existir obstáculos insalvables en la ley que impidan configurar a la suficiencia de la masa activa como un presupuesto para la declaración de concurso. Antes al contrario existen numerosos argumentos a favor; a saber: 1.- En primer lugar la propia finalidad del proceso concursal: aunque en nuestro Derecho no existe una declaración programática de los fines del concurso al contrario de lo que acontece en el Derecho alemán (art. 1 InSo) o francés (Ley 620.1 Code de Commerce), del propio texto legal y de la Exposición de Motivos que lo precede pueden extraerse sin dificultad los fines que la inspiran; éstos es, la satisfacción de los acreedores y la continuidad de la empresa, por este orden. Pues bien, ni la una ni la otra se consiguen en un concurso con activo insuficiente. La satisfacción de los acreedores no sólo resulta utópica sino que el pasivo se ve incrementado con nuevos créditos contra la masa, con lo que el concurso, lejos de dar solución al problema, lo agrava, pues en Derecho español la conclusión del concurso por falta de activo no libera al deudor de su obligación de hacer frente al pasivo insatisfecho. Así, si la satisfacción de los acreedores es ilusoria, también lo es la continuidad de la empresa, pues difícil, por no decir imposible, es continuar algo que ya llega “muerto” al Juzgado y generalmente acompañado de un petición de liquidación, vinculante para el Juez del concurso; 2.- Razones evidentes de economía procesal; íntimamente ligadas a lo anterior aparecen razones de economía procesal, pues carece de sentido iniciar un procedimiento de una duración media de 2-3 años cuando ya el Juez del concurso percibe ad limine litis, que el mismo va a resultar infructuoso; 3.- Razones de economía “material”: si el proceso concursal es ya de por sí complejo, si a su natural complejidad le añadimos además la carencia de bienes con que afrontar su coste, el buen fin del procedimiento, entendido éste como la mayor satisfacción posible de los acreedores, se advierte como un horizonte inalcanzable. En efecto, declarado el concurso, surge la necesidad de publicar los edictos, cuyo coste es elevado. Ante la insuficiencia de masa activa o, simplemente, ante la carencia de tesorería, el Procurador del solicitante, carente en la mayoría de las ocasiones de provisión de fondos (por falta de activo en el caso del concurso voluntario y de interés del acreedor en el necesario), se suele mostrar renuente a hacer frente al gasto que supone su publicación lo que lleva las más de las veces a que el edicto en el BOE vea la luz una vez expirado el plazo inicial y el prorrogado para que la administración concursal presente su informe, lo que obliga a ésta, para no incurrir en responsabilidad, a elaborar una lista de acreedores provisional con lo que resulte de la contabilidad del deudor al faltar la oportuna comunicación de los créditos, informe provisional al que el Juez del concurso, dada su provisionalidad, no da la publicidad que prescribe el art. 95.2. Antes esta situación el juzgador se ve obligado, con carácter previo a la admisión a trámite del concurso, a exigir al procurador instante que justifique documentalmente que le han hecho la provisión de fondos necesaria para la publicación de los edictos, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite (en este sentido art. 30 Reglamento 1346/2000 sobre Procedimientos de insolvencia). El siguiente obstáculo que se presenta son las mínimas posibilidades de que el trabajo del administrador concursal sea retribuido siquiera mínimamente al no prever nuestro ordenamiento, ni siquiera en los supuestos de justicia gratuita, mecanismos sustitutivos ante la carencia de bienes del concursado, a diferencia del Derecho alemán, en que el administrador concursal que ve insatisfecha su retribución adquiere un derecho de crédito contra la Administración de Justicia; del italiano, en que se anticipan los fondos por el Estado; o del inglés, en que se opta directamente por que la función de los administradores concursales sea asumida por funcionarios públicos.
Si uno de los argumentos que más enérgicamente se agitan en contra de la inadmisión a trámite en esta hipótesis de falta de activo es que se cierra la posibilidad al ejercicio de acciones de reintegración, a ello debe oponerse que la dificultad jurídica que encierra el ejercicio de tales acciones obliga en no pocos casos a contratar con cargo a la masa el informe de un experto independiente que valore su viabilidad (art. 83), con especial incidencia en los concursos abreviados en los que se cuenta con la sola presencia de un profesional de formación económica. Ni que decir tiene que la aceptación del encargo por parte del experto independiente será muy difícil, por no decir imposible, cuando el mismo no va a ser retribuido.
En caso de que, no obstante lo anterior, el concurso avance y se solicite y conceda, al amparo del art. 48.3, el embargo preventivo de bienes de los administradores sociales, nuevamente nos enfrentamos ante la imposibilidad de hacer frente a los gastos registrales para la anotación de los embargos trabados. En efecto, acordada la medida cautelar y entregados los mandamientos a la administración concursal para que se encargue de su diligenciamiento, ésta no dispone de efectivo para pagar los honorarios del Registrador de la Propiedad, por lo que en ocasiones, y ante la negativa de la Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia a hacer frente a cualquier tipo de gastos en procedimientos civiles salvo en caso de justicia gratuita, estamos recurriendo a remitir los mandamiento desde el Juzgado haciendo constar que los honorarios serán incluidos como crédito contra la masa, lo que en definitiva supone apelar a la buena voluntad del Registrador correspondiente para hacer efectivos los embargos.
Por último, debe rechazarse que la inadmisión a trámite suponga una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (vid. en esta línea el reciente Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de Febrero de 2007) al negar el derecho a que se declare el concurso si concurren los presupuestos legales para ello. En primer lugar, porque si aceptamos, como acepta nuestra jurisprudencia y la práctica generalidad de la doctrina mercantilista, que la pluralidad de acreedores es un presupuesto implícito del concurso cuya inobservancia debe conllevar la inadmisión del concurso sin que entonces se cuestione la constitucionalidad de la decisión judicial, no se aprecia la razón de otorgar un tratamiento distinto a lo que no deja de ser otro presupuesto implícito, la suficiencia de la masa activa. En segundo término, si el concurso es voluntario resulta palmario, salvo casos ciertamente infrecuentes de crisis súbita de la empresa, que si no existen bienes es porque no se ha respetado el deber que proclama el art. 5 de solicitar la declaración de concurso en tiempo,

por lo que, si el proceso no es materialmente viable por causa únicamente imputable al deudor, no es admisible, en buena lógica, que ante la inadmisión se pueda denunciar que se ha conculcado su derecho a obtener una tutela judicial efectiva que él mismo ha impedido; y en el caso del concurso necesario la tutela que puede dispensarse dista mucho de ser efectiva, no sólo para el acreedor instante, sino también para el resto de acreedores que hayan de conformar la masa pasiva, pues el objetivo fundamental de quien solicita el concurso es ver satisfecho, en todo o en parte su crédito, lo que, como hemos visto, no es previsible. A ello hemos de añadir que nuestro ordenamiento contempla mecanismos alternativos tanto civiles (acciones rescisorias, pauliana, de responsabilidad de los administradores) como penales (arts. 257 y ss. CP en relación con los arts. 109 y ss) para que el acreedor deje de serlo. Por último tampoco cabe alegar infracción del art. 403 LEC, pues tal precepto no resulta aplicable subsidiariamente en virtud de la D.F. 5ª LC, al estar específicamente previsto para la inadmisión de demandas en procesos declarativos civiles, cuya naturaleza dista en gran medida de la propia del proceso concursal.
SEGUNDO. Pues bien, si atendemos al contenido de la solicitud, la misma adolece de carencias que exceden de lo razonablemente asumible por cuanto no se acompañan ni uno solo de los documentos del art. 6 antedicho, carencia ésta tan grosera y de tal magnitud que la hace no susceptible de subsanación de conformidad con lo dispuesto en el art.14 de la LC en cuanto dispone que "Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.
2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada".
Y en el caso presente no existe una insuficiencia de documentación sino una absoluta y total falta de la documentación legalmente exigible sin justificación alguna en relación a su imposibilidad de presentación y no susceptible de subsanación en los términos antedichos, que no permite a éste juzgador examinar la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para proceder a la admisión a trámite de la presente solicitud, con lo que no procede sino declarar la inadmisión a trámite del presente concurso.": AJM-1 Oviedo (Asturias) 26.02.2009

JM-1 LLeida

"PRIMERO La finalidad del procedimiento concursal está en el principio de «par conditio creditorum», o comunidad de pérdidas, por el cual se procede a la ejecución universal y ordenada del patrimonio del deudor entre todos los acreedores; todo ello en sustitución del principio de prevención, o «prior in tempore, potior iure» que inspira la ejecución singular y que solo puede cumplir su función mientras el patrimonio del deudor se bastante para satisfacer la totalidad de las deudas.
Por tanto el concurso es un proceso de ejecución universal porque se proyecta sobre todo el patrimonio del deudor (art. 76 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal) y sobre la totalidad de sus acreedores (art. 49 Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal) (La nueva Ley concursal; Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, «Algunas cuestiones sobre la apertura del Concurso» Miguel Angel Fernandez-Ballesteros, PAG. 23).
SEGUNDO Ello conduce a que, aún cuando no está específicamente señalado en el art. 2 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal; como presupuesto objetivo, la existencia de activo suficiente realizable, ya que sin él, no tiene sentido jurídico y económico el concurso. Así lo ha entendido la Jurisprudencia (entre otras, A.A.P. Badajoz 15-11-1995 [AC 1995, 2238]).
Y es más lógico aún con la nueva regulación del concurso conforme a la Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal. Ésta impone en el convenio el límite de una quita del 50% y una espera de máximo 5 años (art. 100). Por tanto si el inventario de bienes que anuncia el solicitud, es claramente insuficiente para alcanzar el convenio, partiendo además de la obligación de colaboración e información que se impone a la deudora (art. 42), por tanto se debe entender que la declaración es exhaustiva, no parece razonable iniciar el procedimiento concursal, con efectos importantes para los acreedores, como el cese de devengo de intereses (art. 59), imposibilidad de ejecución singular para aquel acreedor diligente, (ex. art. 54), sin que vayan a obtener de forma objetiva posibilidad alguna de cobro, precisamente por clara insuficiencia de bienes en el inventario.
TERCERO Y en este caso los bienes que aporta la parte deudora son exclusivamente un coche y un remolque acondicionado a su actividad como autónomo, todo valorado por el deudor en 25.000 ?; por tanto son bienes de los que no se puede disponer en principio, pues están sujetos a la actividad que condiciona toda expectativa de cobro por parte de los acreedores.
El pasivo en un primer momento se fija en 104.968,68 ? aproximadamente, y posteriormente se concretan pasivo ajustados a 74.913,43 ? más 17.000 ? que aproxima. En total 9191343 ?, sobre los que solo hay una reclamación judicial, y si multiples requerimientos extrajudiciales.
Efectivamente el Sr. Pons tiene una actividad profesional muy especializada, pero NO ha acreditado por esta actividad, ingreso alguno pese a que ha sido requerido expresamente en la providencia de 30 de junio de 2008.
Y finalmente, la propia propuesta de pago realiza la parte deudora, incurre en irregularidades. Propone un pago inicial de 600 ?/mes el primer año, 800 ?/mes el segundo, y 1.000 ?/mes a partir de allí, durante 8 años, cuando el límite de legal de espera son de 5 años conforme a la LCON.
CUARTO Por tanto no parece que los bienes enunciados por la parte solicitante, a la que se ha requerido que lo haga de forma exhaustiva, sean suficientes ni para cubrir los gastos de publicación y administración concursal derivados de este procedimiento, ya que el inventario declarado no alcanza el 25% del pasivo, ?en su interpretación más baja? alejado de cualquier posibilidad de aprobación de convenio. Siendo además bienes

no realizables en el plan de viabilidad, no hay dinero ni para iniciar en un mínimo de condiciones el concurso. Por todo lo cual, hay motivos suficientes para considerar como no razonable la tramitación del mismo, todo ello con soporte en la interpretación del art. 176-4º de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal.”: AJM-1 Lleida 15.07.2008 (JUR 2009/184907; Autos 137/2008)

0.2.3. Tesis intermedias a partir de RDL 3/2009

AP Murcia

“PRIMERO Pretende la parte recurrente en esta alzada el dictado de una nueva resolución judicial que revoque la de instancia y declare la admisión a trámite de la solicitud de concurso voluntario formulado por la citada representación procesal, por entender que en este caso no se estaría en presencia de una absoluta falta de bienes y derechos, sino por el contrario ante bienes y derechos suficientes que en su momento permitiría la obtención de un convenio entre el deudor y los acreedores.
En este sentido y en aras a la solución de la cuestión objeto de debate, debemos traer a colación lo ya manifestado por este Tribunal en distintas resoluciones judiciales dictadas al respecto, entre ellas elauto de 3 de Abril de 2009 que se pronunciaba en los siguientes términos... "Este Tribunal ya desde elauto de 31 de Enero de 2006, en que se pronunciaba por primera vez sobre este tema, hasta las últimas resoluciones más recientes (auto de 21 de Enero de 2008 y auto de 12 de Diciembre de 2008), viene proclamando la inadmisión a trámite de la solicitud del llamado "concurso sin masa", en base a razones de economía procesal y de orden práctico y en definitiva por entender que aunque no existe una específica previsión legal al respecto, es cierto que la propia finalidad y objeto del procedimiento concursal, es decir el logro de la "par conditio creditorum", resultaría inalcanzable en estos casos de inexistencia de masa activa.
Como decimos, este Tribunal en defensa de su conocida línea interpretativa, parte de que efectivamente la única referencia normativa en laLey Concursal a estos casos, es la contemplada en el artº. 176.1.4º. donde se prevé como causa de conclusión del concurso, tras su admisión a trámite, y en cualquier estado del procedimiento "la inexistencia de bienes y derechos del concursado, ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Pero como señala el precepto, ello se encuentra condicionado a la concurrencia de determinados presupuestos tanto de orden procesal, como sustantivo, figurando entre los primeros la existencia de un procedimiento en tramitación, y entre los segundos la necesidad de haber terminado la pieza de calificación o las demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad a terceros, requiriéndose además el correspondiente informe de los administradores.
Se añade, como antes decíamos, que este presupuesto de un mínimo activo patrimonial, silenciado por la Ley Concursal, viene exigido por la propia finalidad y objetivos de la institución concursal, como también lo es la existencia de una pluralidad de acreedores, asimismo no contemplado legalmente como requisito material para la admisión "ab initio" del concurso, pero exigida su concurrencia en la práctica diaria de los Juzgados y Tribunales. Nos hallamos, por tanto, en esta cuestión frente a una regulación escasa y oscura, como ya decíamos en elauto de 21 de enero de 2008, que en su momento pudo prever el legislador, máxime cuando en nuestro derecho comparado del entorno más próximo de la Unión Europea, otras legislaciones, como el derecho alemán, establecen como presupuesto material para la admisión a trámite del concurso la exigencia de un patrimonio mínimo en el concursado.
Además y como también hemos manifestado en precedentes resoluciones esta regulación legal contraviene las recomendaciones contenidas en la Guía Legislativa de Uncitral sobre régimen de la insolvencia (Recomendaciones 8 a 13) donde se señala la conveniencia de que las legislaciones en materia concursal contemplen el tratamiento a dar en situaciones de inexistencia e insuficiencia de masa activa, no sólo en relación a la conclusión del concurso, sino también y sobre todo, en sede de declaración del procedimiento, para evitar que el deudor pueda prevalerse de una ausencia de previsión legal al respecto para sustraer bienes de su patrimonio, con el fin de evitar la declaración de un procedimiento concursal y las sanciones a éste conectadas".
SEGUNDO Por otro lado y frente al criterio interpretativo que proclamamos, existe otra línea doctrinal contenida entre otras en las resoluciones de laAudiencia Provincial de Barcelona Sección 15ª de 22 de Febrero (JUR 2007, 244838) y 14 de Junio de 2007 (JUR 2007, 268038), que mantiene una corriente interpretativa diferente.
Resumidamente se sintetizan de la siguiente manera: La admisión de la solicitud de concurso tanto voluntario (artº. 14) como necesario (artº. 15) viene regulada con carácter imperativo en nuestra legislación. Por otro lado, no es posible rechazar una demanda que cumple los presupuestos legales tal y como resulta delart. 403.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (aplicable supletoriamente al concurso conforme a la Disp. Final 5ª LC), que establece que "las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en estaley". También invocan el artículo 24 de la Constitución, en cuanto recoge el principio de tutela judicial efectiva. Por último, señalan que en ese primer momento el Juez no cuenta con todos los datos para saber si hay o no masa activa, pues para determinarla es esencial la actividad de los administradores que han de nombrarse, por todo lo cual concluyen que deben admitirse a trámite las solicitudes, pese a los problemas prácticos que plantean, sin perjuicio de que, después, una vez desplegada la actividad de integración del patrimonio del concursado por los administradores, pueda decidirse sobre la conclusión anticipada por falta de bienes.
Por otro lado y tras la reforma llevada a cabo en la Ley Concursal a través delReal Decreto-Ley 3/2009, se ha tratado de solucionar de forma indirecta el debate interpretativo al que antes se ha hecho mención, estableciendo para ello el expreso reconocimiento de los denominados "concursos sin masa", y a su vez una

concreta modificación de determinadospreceptos en orden al cumplimiento de uno de los objetivos de dicha Reforma, consistente en la reducción de los costes de tramitación.
En este sentido se regula en elartº. 23.1 de la Ley Concursal la inserción gratuita del extracto de la declaración de concurso en la página "web" del B.O.E. Se excluye la obligación de publicar edictos en un periódico de difusión en la provincia donde se encuentre el domicilio del deudor, al tiempo que las demás resoluciones a publicar por edictos lo serán a través del Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado.
Además se anuncia un nuevo arancel en orden a determinar la retribución de los miembros de la Administración Concursal.
TERCERO De conformidad con tal planteamiento jurídico, entiende este Tribunal que debe otorgarse éxito a la pretensión objeto de recurso.
La parte recurrente fundamenta su impugnación y por tanto la viabilidad de dicha pretensión en dos hechos: de un lado, en la condición de funcionario público del Sr.Jesús con nivel administrativo superior y con una retribución mensual de más de 3.000 ? (3.063 ? según nómina aportada de los meses de julio de agosto de 2008), más las correspondientes pagas extraordinarias; y de otro lado en la titularidad dominical de un bien inmueble sito en la población de Jumilla.
Es cierto que este bien inmueble, dadas sus circunstancias y en concreto su sujeción a carga hipotecaria a favor de "La Caixa" para responder de 157.000 ? de principal, 6.201 de intereses ordinarios, 32.734 ? de intereses de demora y otros 16.240 ? de costas y gastos, con plazo final de amortización de 30 de Junio de 2026, no podría incorporarse a la masa activa del concurso, al ostentar la citada entidad bancaria un crédito con privilegio especial.
Pero es también cierto, que en cambio el sueldo del recurrente, dada su condición de funcionario público, si gozaría de tales características y se podría encontrar afecto por la posible solución que en su día, pudiera acordarse a nivel concursal.
Es por ello, que no concurriendo un claro y evidente supuesto de "concurso sin masa", es legal y procesalmente viable su admisión a trámite y en efecto así habrá de acordarse.": AAP Murcia (Sección 4) 04.03.2010 (JUR 2010/154888; Auto 61/2010; Rollo 51/2010)

AP Tarragona

"PRIMERO Pretende la parte recurrente en esta alzada el dictado de una nueva resolución judicial que revoque la de instancia y declare la admisión a trámite de la solicitud de concurso voluntario formulado por la citada representación procesal, por entender que en este caso no se estaría en presencia de una absoluta falta de bienes y derechos, sino por el contrario ante bienes y derechos suficientes que en su momento permitiría la obtención de un convenio entre el deudor y los acreedores.
En este sentido y en aras a la solución de la cuestión objeto de debate, debemos traer a colación lo ya manifestado en distintas resoluciones judiciales dictadas al respecto, entre ellas el auto de 3 de Abril de 2009 de la AP Murcia que se pronunciaba en los siguientes términos... "Este Tribunal ya desde el auto de 31 de Enero de 2006, en que se pronunciaba por primera vez sobre este tema, hasta las últimas resoluciones más recientes (auto de 21 de Enero de 2008 y auto de 12 de Diciembre de 2008), viene proclamando la inadmisión a trámite de la solicitud del llamado "concurso sin masa", en base a razones de economía procesal y de orden práctico y en definitiva por entender que aunque no existe una específica previsión legal al respecto, es cierto que la propia finalidad y objeto del procedimiento concursal, es decir el logro de la "par conditio creditorum", resultaría inalcanzable en estos casos de inexistencia de masa activa.
Como decimos, se parte de que efectivamente la única referencia normativa en laLey Concursal a estos casos, es la contemplada en el artº. 176.1.4º. donde se prevé como causa de conclusión del concurso, tras su admisión a trámite, y en cualquier estado del procedimiento "la inexistencia de bienes y derechos del concursado, ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Pero como señala el precepto, ello se encuentra condicionado a la concurrencia de determinados presupuestos tanto de orden procesal, como sustantivo, figurando entre los primeros la existencia de un procedimiento en tramitación, y entre los segundos la necesidad de haber terminado la pieza de calificación o las demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad a terceros, requiriéndose además el correspondiente informe de los administradores.
Se añade, como antes decíamos, que este presupuesto de un mínimo activo patrimonial, silenciado por la Ley Concursal, viene exigido por la propia finalidad y objetivos de la institución concursal, como también lo es la existencia de una pluralidad de acreedores, asimismo no contemplado legalmente como requisito material para la admisión "ab initio" del concurso, pero exigida su concurrencia en la práctica diaria de los Juzgados y Tribunales. Nos hallamos, por tanto, en esta cuestión frente a una regulación escasa y oscura que en su momento pudo prever el legislador, máxime cuando en nuestro derecho comparado del entorno más próximo de la Unión Europea, otras legislaciones, como el derecho alemán, establecen como presupuesto material para la admisión a trámite del concurso la exigencia de un patrimonio mínimo en el concursado.
Además, esta regulación legal contraviene las recomendaciones contenidas en la Guía Legislativa de Uncitral sobre régimen de la insolvencia (Recomendaciones 8 a 13) donde se señala la conveniencia de que las legislaciones en materia concursal contemplen el tratamiento a dar en situaciones de inexistencia e insuficiencia de masa activa, no sólo en relación a la conclusión del concurso, sino también y sobre todo, en sede de declaración del procedimiento, para evitar que el deudor pueda prevalerse de una ausencia de previsión legal al respecto para sustraer bienes de su patrimonio, con el fin de evitar la declaración de un procedimiento concursal y las sanciones a éste conectadas".

SEGUNDO Por otro lado y frente al anterior criterio interpretativo que proclamamos, existe otra línea doctrinal contenida entre otras en las resoluciones de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 15ª de 22 de Febrero (JUR 2007, 244838) y 14 de Junio de 2007 (JUR 2007, 286038), que mantiene una corriente interpretativa diferente.
Resumidamente se sintetizan de la siguiente manera: La admisión de la solicitud de concurso tanto voluntario(artº. 14) como necesario(artº. 15) viene regulada con carácter imperativo en nuestra legislación. Por otro lado, no es posible rechazar una demanda que cumple los presupuestos legales tal y como resulta delart. 403.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) (aplicable supletoriamente al concurso conforme a la Disp. Final 5ª LC), que establece que "las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en estaley". También invocan el artículo 24 de la Constitución, en cuanto recoge el principio de tutela judicial efectiva. Por último, señalan que en ese primer momento el Juez no cuenta con todos los datos para saber si hay o no masa activa, pues para determinarla es esencial la actividad de los administradores que han de nombrarse, por todo lo cual concluyen que deben admitirse a trámite las solicitudes, pese a los problemas prácticos que plantean, sin perjuicio de que, después, una vez desplegada la actividad de integración del patrimonio del concursado por los administradores, pueda decidirse sobre la conclusión anticipada por falta de bienes.
Por otro lado y tras la reforma llevada a cabo en la Ley Concursal a través delReal Decreto-Ley 3/2009 (RCL 2009, 682), se ha tratado de solucionar de forma indirecta el debate interpretativo al que antes se ha hecho mención, estableciendo para ello el expreso reconocimiento de los denominados "concursos sin masa", y a su vez una concreta modificación de determinadospreceptos en orden al cumplimiento de uno de los objetivos de dicha Reforma, consistente en la reducción de los costes de tramitación.
En este sentido se regula en elartº. 23.1 de la Ley Concursal la inserción gratuita del extracto de la declaración de concurso en la página "web" del B.O.E. Se excluye la obligación de publicar edictos en un periódico de difusión en la provincia donde se encuentre el domicilio del deudor, al tiempo que las demás resoluciones a publicar por edictos lo serán a través del Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado.
Además se anuncia un nuevo arancel en orden a determinar la retribución de los miembros de la Administración Concursal.
TERCERO De conformidad con tal planteamiento jurídico, entiende este Tribunal que debe otorgarse éxito a la pretensión objeto de recurso.
La parte recurrente fundamenta su impugnación y por tanto la viabilidad de dicha pretensión en la existencia de masa, que viene formada por la titularidad de un inmueble (vivienda) en la que además se dice que se desempeña la actividad empresarial del deudor, con las consecuencias legales que en su caso, de admitirse el concurso pudieran derivarse, y siendo partícipe además en otras sociedades mercantiles siendo por ello legal y procesalmente viable la admisión a trámite del concurso y en efecto así habrá de acordarse.": AAP Tarragona 28.10.2010 (AC 2011/112; Rollo 121/2010)

1. El presupuesto de la pluralidad de acreedores

1.0 Doctrina general

AP Baleares

"Siguiendo la mejor doctrina, el art. 2.1 de la LC dice que: «La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común».
Dos elementos contiene la norma; uno, puramente objetivo, es el estado económico de insolvencia; otro, relativo al sujeto que lo padece, está relacionado con el presupuesto subjetivo, el deudor, calificado aquí con el adjetivo «común», referido a una pluralidad de acreedores.
El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la LC no contempla el caso -realmente extraño- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por inexistencia de deudor común. Sin embargo, la LC no exige la prueba o justificación específica de ese requisito. Interpretando las normas de la LC, que si la declaración de concurso la solicita el propio deudor y de la «relación de acreedores» que ha de acompañar (art. 6.2.4º) no resulta esa pluralidad, el juez no debe acceder a la solicitud. Si, por el contrario, la solicitud es de acreedor o de otro legitimado, los hechos en que ha de basarse (arts. 2.4 y 7) presuponen, normalmente, la pluralidad de obligaciones, aunque no expresamente de acreedores; así, en los núm. 1º y 2º («sobreseimiento general» y «embargos por ejecuciones que afecten de una manera general al patrimonio del deudor»), y en el 4º, a no ser que el solicitante invoque el incumplimiento generalizado de las obligaciones de las que sea acreedor exclusivo. En el núm. 3º no hay relación ni con el número de acreedores ni con el de las obligaciones (alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor).
Aun no exigiendo expresamente el requisito de la pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, ese dato está presente en la LC. El art. 4 contempla en su supuesto de hecho el elemento «de la existencia de una pluralidad de acreedores» a los efectos de la «intervención del Ministerio Fiscal». El art. 20.4 se refiere asimismo a «la existencia de otros posibles acreedores» en caso de incomparecencia o falta de ratificación del solicitante de la declaración de concurso. En ambos preceptos se trata de estimular la solicitud de concurso necesario si aparecen indicios de insolvencia y de existencia de una pluralidad de acreedores.": Auto AP Baleares 11.04.2006 (AC 2006/902)

“PRIMERO La entidad Sociedad de Inversiones El Toro de Mallorca, SL, dedicada principalmente a la promoción de construcción de edificaciones para su venta, instó en fecha 18-V-2007 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma que se declarara su estado de concurso voluntario dada su condición de insolvencia debida sustancialmente a no haber podido acometer últimamente nuevas promociones tanto por la escasez de suelo edificable como por la absurdidad del precio del mismo; en estas circunstancias, resultaba que no podía cumplir con la única obligación exigible que tenía y que era con la Hacienda Pública por un montante de 347.095,51 ?, deuda que se había detectado inesperadamente en una inspección fiscal.
El Juzgado inadmitió a trámite la demanda y, tras recurrir en reposición esta decisión la solicitante del concurso, procedió a recurrir en apelación el Auto en virtud del cual el Juzgador de instancia ratificaba la no admisión de la demanda.
SEGUNDO La Sociedad de Inversiones El Toro de Mallorca, SL sostiene en su recurso de apelación lo que ha mantenido en todo momento consistente en que, si bien la Jurisprudencia ha venido estableciendo que para la declaración del concurso se exige la existencia de mas de un acreedor, la nueva Ley Concursal no establece este requisito; debiéndose tener en cuenta que si se hubiese obviado la nominación de algún acreedor ya sea por error o porque no venía contemplado en la contabilidad, se le podría causar un perjuicio al haberse desestimado el concurso por existir ab initio sólo un acreedor; también invoca el Pert.5 de la LC y el art. 262.5 de la LSA en su redacción dada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre.
Desde luego que, tal como menciona el recurrente, no recoge la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, un concreto artículo que se refiera a la específica cuestión ahora objeto de debate, pero sí que existen razones para entender que la decisión adoptada por el Juzgador de instancia en el auto recurrido es totalmente correcta a la vez que debida y cuidadosamente motivada.
En efecto, por una parte, la Exposición de motivos de la Ley en cuestión menciona en el párrafo quinto de su apartado II que El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común.
Por otra parte, el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que deriva del art. 1911 del Código Civil según el cual el deudor responde de sus obligaciones con todos su bienes, presentes y futuros, hace innecesario el procedimiento concursal cuando existe un solo acreedor, pues en una sola ejecución singular podrían ejecutarse todos los bienes del deudor.
Asimismo, el propio texto legal concursal utiliza unas expresiones que abundan en la tesis de que para que proceda la declaración de concurso deben de concurrir varios acreedores; así por ejemplo en el art. 2.1, al establecerse el presupuesto objetivo del concurso, se indica -como ya hacía la exposición de motivos- que la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del "deudor común".Esta expresión se refiere lógicamente a la existencia de varios acreedores que tienen en común un solo deudor, el mismo para todos; por lo tanto, si hay un "deudor común" es que existe una pluralidad de acreedores que concurren frente al patrimonio de aquél, cada uno con la legítima pretensión de ver satisfechos sus respectivos créditos. Si hubiera un solo acreedor, no habría deudor "común", sino "deudor", y por lo tanto, no podría haber concurrencia ni en consecuencia, concurso.En el art.3.1, referido a la legitimación, ésta se concede al "deudor y cualquiera de sus acreedores", lo que hace pensar en la existencia de varios. En el art. 4 impone la Ley al Fiscal la obligación de instar del juez penal que ponga en conocimiento del Juez de lo Mercantil la situación de quien esté en insolvencia si le consta la "existencia de una pluralidad de acreedores".En el art. 6.2.4º se impone a quien solicita el concurso voluntario que presente una "relación de acreedores, por orden alfabético...".Es decir, siempre contempla una pluralidad de acreedores, y no sólo en los art. mencionados sino en otros muchos -art. 15.2, 19.3, 21.1.5º, 49 y 76 y ss., etc.- cuyo contenido ya no se menciona para no ser exhaustivos.
La mejor doctrina - Fernández Ballesteros (Cuadernos de Derecho Judicial núm. XVIII de 2003, Herrera Cuevas (Manual de la reforma Concursal), Bercovitz, Olivenza Ruiz, etc.-concluyen en el sentido que se ha expresado mas arriba pues consideran que la esencia misma del concurso exige una pluralidad de acreedores, que, si en el momento de la solicitud no consta la existencia de esa pluralidad de acreedores (y más aún si lo que consta es que es uno solo el acreedor) el Juez debe denegar la apertura del concurso, y que si el presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor "común" (art. 2.1 LECO) y la norma utiliza siempre el plural -acreedores-, siendo el concurso una limitación legal a la ejecución singular por la concurrencia de créditos no satisfactibles en un patrimonio escaso, resulta menester una pluralidad de acreedores para la declaración de concurso.
Por último, la jurisprudencia ha optado por la misma tesis, cuestión que la propia solicitante del concurso y hoy apelante reconoce en su recurso.
TERCERO Así las cosas, resulta que el recurso de apelación a que se contrae la presente alzada merece ser desestimado por ser totalmente ajustada a derecho la resolución contra la que se recurrió cuya motivación acoge la Sala sustancialmente al proceder a su confirmación.”: AAP Baleares (sección 5) 06.03.2008 (JUR 2008\323610; Auto 29/2008; Rollo 396/2007)

“SEGUNDO Por la recurrente se suscita el tema de si la pluralidad de acreedores es un requisito exigido por la declaración de un concurso, y expone su criterio y argumentación al respecto. Nos hallamos ante una controversia sobre la que ya se ha pronunciado esta Sala en el auto de 11 de abril del 2.006, en el cual se indica:
" Siguiendo la mejor doctrina, elartículo 2.1 de la LCdice que la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. Dos elementos contiene la norma: uno, puramente objetivo, es el estado

económico de insolvencia; otro, relativo al sujeto que lo padece, está relacionado con el presupuesto subjetivo, el deudor, calificado aquí con el adjetivo común referido a una pluralidad de acreedores.
El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la LC no contempla el caso - realmente extraño- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por la prueba o justificación específica de este requisito. Interpretando las normas de la LC, que si la declaración de concurso la solicita el propio deudor y de la relación de acreedores que ha de acompañar (art. 6.2.4º) no resulta esa pluralidad, el juez no debe acceder a la solicitud. Si, por el contrario, la solicitud es de acreedor o de otro legitimado, los hechos en que ha de basarse (art. 2.4 y 7) presuponen, normalmente la pluralidad de obligaciones, aunque no expresamente de acreedores; así, en los números 1 y 2 ("sobreseimiento general" y "embargos por ejecuciones que afecten de una manera general al patrimonio del deudor") y en el 4º, a no ser que el solicitante invoque el incumplimiento generalizado de las obligaciones de las que sea acreedor exclusivo. En el número 3º no hay relación ni con el número de acreedores ni con el de las obligaciones (alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor).
Aún no exigiendo expresamente el requisito de la pluralidad de acreedores para la declaración del concurso, ese dato está presente en la LC. El artículo 4 contempla un supuesto de hecho, el elemento de la existencia de una pluralidad de acreedores a los efectos de la intervención del Ministerio Fiscal. El artículo 20.4se refiere asimismo a la "existencia de otros posibles acreedores" en caso de incomparecencia o falta de ratificación del solicitante de la declaración del concurso. En ambos preceptos se trata de estimular la solicitud de concurso necesario si aparecen indicios de insolvencia y de existencia de una pluralidad de acreedores. Sin embargo, la reducción de la masa pasiva a un solo acreedor no figura entre las causas legales de conclusión del concurso (artículo 176) ": AAP Baleares (Sección 5) 29.04.2009 (JUR 2009\283628)

“El 2.2 de la LC en su apartado 4 establece que si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, lo cual no concurre en el presente supuesto, o en la existencia de algunos hechos como por ejemplo el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Se cita este hecho en concreto porque es el que aduce el apelante en esta litis. Pues bien, la documental acompañada se refiere a créditos de Antián 98 S.L. contra Son Vanrell S.L. por impago de unos pagarés, pero no se aporta documentación alguna relativa a otras deudas (como por ejemplo con la TGSS o impago de otras obligaciones tributarias) ni correspondiente a procedimientos judiciales existentes contra la entidad cuya declaración de concurso necesario se solicita; no quedando justificada la pluralidad de acreedores de Son Vanrell S.L. que invoca la instante del concurso, no los designa ni tampoco hace lo propio con las posibles reclamaciones, todo lo cual hace que no pueda considerarse que concurran las circunstancias precisas para que pueda darse trámite a la mencionada solicitud toda vez que la pluralidad de acreedores viene prácticamente a formar parte de lo que constituye el núcleo del proceso concursal, siendo que su objetivo primordial es el de dar satisfacción total y conjuntamente a los créditos existentes respecto de la entidad cuyo concurso se interesa.
La jurisprudencia de las audiencias provinciales se ha pronunciado en este sentido, y, concretamente esta propia Sección 5ª de laAudiencia Provincial de Palma de Mallorca manifestó en resolución de 29-III-2007 que: No obstante, dicha admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario precisa, aun cuando no lo exija expresamente elart. 7 LC, la acreditación de la existencia de una pluralidad de acreedores, derivando la exigencia de este presupuesto de la misma naturaleza universal del concurso de acreedores debiendo concurrir dicha pluralidad no solo en supuestos en que la solicitud la presente un acreedor sino, también, en aquellos otros en que provenga de legitimado distinto al acreedor, conforme alart. 3 LC.”: AAP Baleares (Sección 5) 05.10.2009 (JUR 2009\469869; auto 195/2009; Rollo 260/2009)

“Junto a ello, y aún cuando la ley concursal no lo establece expresamente, los tribunales vienen entendiendo que se ha de justificar igualmente la existencia de una pluralidad de acreedores, pues precisamente el propio procedimiento concursal sólo tiene sentido si concurre mas de un acreedor.
En tal sentido se dice, nos encontramos ante un procedimiento universal dirigido a la satisfacción de los acreedores, bien mediante convenio entre estos y el deudor común, bien mediante la liquidación ordenada del patrimonio de aquél; y una u otra solución solamente cobra sentido si existe una pluralidad de titulares de crédito, ya que de lo contrario, entraría en juego la posibilidad que establece el ordenamiento jurídico de la ejecución individual o singular. Las normas sobre respeto a las pars condictio creditorum que inspira toda regulación concursal, calificación de créditos, mayorías de convenio o graduación en los pagos, etc., no se explican si es un solo acreedor.
La propia denominación de la norma,Ley Concursal, pone de manifiesto la necesidad de dicha concurrencia, y así lo indica el párrafo quinto del aparatado II de su Exposición de Motivos, al decir "el nombre elegido para denominar el procedimiento único es de concurso, expresión clásica... y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común"
Aún mas, de numerosos preceptos de la Ley se deriva esta exigencia, como elart. 2.1, al exigir un "deudor común" a varios acreedores;art. 3 que menciona a los acreedores en plural; elart. 4 que habla de "pluralidad de acreedores"; elart. 6.2º que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una "relación de acreedores, por orden alfabético..."; elart. 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor; elart. 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud; elart. 21.1.5º en el llamamiento a los "acreedores"; losarts. 49 y 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o

el art. 75.2.2º que hace otro tanto para la elaboración de una "lista de acreedores" por la administración concursal, etc. etc. (AP VIZCAYA DE 5 DE MAYO DE 2006 (AC 2007, 352)). Doctrina ya acogida por esta Sección de laAudiencia Provincial de Baleares, entre otras, en resoluciones de fecha 11-04-2006 (AC 2006, 902), 6-03-2008 (JUR 2008, 323610) y 29-04-2009 (JUR 2009, 283628).": AAP Baleares (sección 5) 27.01.2010 (JUR 2010/101507; Auto 7/2010; Rollo 537/2009)

AP Barcelona

"PRIMERO Presupuesto necesario, aunque implícito, de la declaración de concurso es la existencia de una pluralidad de acreedores, sin la cual el procedimiento universal carece de sentido; así, se habla en la Ley Concursal del "deudor común", de la obligación de presentar una "relación de acreedores", de la incapacidad para cumplir "sus obligaciones exigibles", del "incumplimiento generalizado de sus obligaciones", de la legitimación de "cualquiera de sus acreedores" para solicitar el concurso, de "la concurrencia de acreedores", etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por una pluralidad de acreedores.
El Juez mercantil constató la inexistencia de este presupuesto ya que en su solicitud, la Sra.Andrea, además de exponer que es pensionista y divorciada, indicaba la existencia de un único acreedor: la Caixa D'Estalvis de Sabadell, que ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Vilanova, en ejecución de la única finca de la que es titular la solicitante.
SEGUNDO En el recurso de apelación no se afirma la existencia de más acreedores, sino que se combate la resolución recurrida por razón de los efectos que la declaración de concurso produciría, en el decir de la parte apelante, sobre la ejecución singular en trámite. Pero, como se ha dicho, no se desvirtúa una realidad que la propia solicitud presenta como cierta: la existencia de un único acreedor. Y si es así no cabe la declaración de concurso, que pierde su razón de ser ante un solo acreedor.": AAP Barcelona (Sección 15) 12.09.2008 (JUR 2009/41926; Auto 300/2008; Rollo 341/2008)

"SEGUNDO Es importante partir de una premisa básica, como es que la recurrente no cuestiona en realidad que, de existir un solo acreedor la decisión oportuna sería, en efecto, la de archivar el concurso. No existe discusión sobre este extremo, al que el auto recurrido, por remisión al primeramente dictado para archivar el proceso, dedicó buena parte de su fundamentación y que confirmamos en su integridad: la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre el carácter colectivo del procedimiento de quiebra (vgr.STS 9 de enero 1984) y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC como un presupuesto del concurso. Si la solicitud la presenta sólo un acreedor, es patente que, a la vista delartículo 3.1 de la LC, que permite a cualquiera de ellos plantear el concurso necesario, su legitimación no sería problemática; pero si esa solicitud viene referida a un único acreedor, aunque abarque varios créditos, el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor previsto en elartículo 1911 del Código Civil, el ejercicio de las acciones prevista en dichoCódigo para los actos realizados en fraude de acreedores (art. 1291-3º), o por medio de las acciones revocatoria o pauliana (art. 1111), y los mecanismos de ejecución singular que prevé la LEC contra todo su patrimonio para hacer efectivo el derecho o derechos del mencionado acreedor, harían innecesario el procedimiento concursal.
Si hablamos de concurso, según explicita la Exposición de Motivos de la misma LC, con alusión a la clásica denominación de Salgado de Somoza, es para describir "la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común". En consecuencia, es preciso, de un lado, un deudor común, al que sí alude expresamente elartículo 2.1 de la LCcomo presupuesto subjetivo del concurso; y de otro lado, aunque no se explicita de igual forma, que varios acreedores que concurran entre sí ante el patrimonio del deudor que tienen en común, pues se trata con ello, sin perjuicio de procurar una continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, de lograr darles satisfacción a todos ellos en un proceso ordenado y sujeto al principio de paridad en el trato y comunidad en las pérdidas.
Este presupuesto implícito está presente también en el resto del articulado de la LC, que impone al Fiscal la obligación de instar del juez penal que ponga en conocimiento del Juez de lo Mercantil la situación de quien esté en insolvencia si le consta la "existencia de una pluralidad de acreedores" (art. 4.1); impone al deudor que solicita el concurso voluntario la obligación de presentar una "relación de acreedores, por orden alfabético..." (art. 6.2.4º); prevé la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos (arts. 49 y 76y ss.), o la elaboración de una "lista de acreedores" por la administración concursal (art. 75.2.2º).": AAP Barcelona (Sección 15) 27.11.2008 (JUR 2009/175890; Auto 366/2008; Rollo 475/2008)

"Fundamentos de derecho.—I. Como hemos señalado en el Auto de 12 de sep-tiembre de 2008, que cita la resolución apelada, el presupuesto necesario de la declara-ción de concurso es la existencia de una pluralidad de acreedores, sin la cual el procedimiento universal carece de sentido: así, se habla en la LC del «deudor común», de la obligación de presentar una «relación de acreedores», de la incapacidad para cumplir «sus obligaciones exigibles», del «incumplimiento generalizado de sus obli-gaciones», de la legitimación de «cualquiera de sus acreedores» para solicitar el con-curso, de «la concurrencia de acreedores», etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por una pluralidad de acreedores.
Por no existir este presupuesto necesario el auto apelado rechazó la solicitud de concurso necesario que formuló «M., S.L.», en la que expresamente se decía que tan sólo existía un acreedor (una compañía de seguros), siendo ese único acreedor el que integraba la lista de acreedores acompañada.
II. En el recurso de apelación se argumenta que la resolución judicial infringe el art. 105.5 de la Ley de

Sociedades de Responsabilidad Limitada.
Dicho precepto, al igual que el 262.5 del TRLSA, obliga al administrador a pro-mover la disolución de la sociedad en un determinado plazo (dos meses) desde la manifestación de alguna de las causas de disolución imperativa que enumera el art.
104.1 de dicha Ley (o en su caso el art. 260 del TRLSA), con la consecuencia de que si el administrador incumple aquel deber, o el de solicitar el concurso de la sociedad «*si procediere*», responderá solidariamente de las obligaciones posteriores al acaeci-miento de la causa de disolución.
Como se ve, es jurídicamente imposible que la resolución judicial que inadmite a trámite o desestima la solicitud de concurso voluntario por no existir una pluralidad de acreedores vulnere esos preceptos, que operan en un plano distinto. Una cosa es el de-ber del administrador de promover en el plazo legal la disolución de la sociedad o de solicitar el concurso «*si procediere*», conforme a dichas normas societarias, y sus con-siguientes efectos, y otra, que no tiene nada que ver, si concurren los presupuestos y requisitos para admitir y declarar el concurso voluntario o necesario, y uno de ellos es que exista una pluralidad de acreedores, pues de otro modo, si sólo existe uno, el concurso carece de sentido y finalidad jurídica y práctica.
Por lo demás, como en el recurso se reitera (pág. 4) que tan sólo existe un acreedor, no podemos corregir la decisión del Magistrado mercantil, por ser plenamente correcta, y nada más hemos de añadir a su fundamentación para rechazar la solicitud y desestimar el recurso.”: AAP Barcelona (Sección 15) 16.03.2009 (Rollo 710/2008; RJC 107)

“PRIMERO El auto recurrido inadmite la solicitud de concurso voluntario de la entidad CONSTRUCCIONES EURO BARBERA, S.L. por falta de pluralidad de acreedores, al considerar que se incumple uno de los presupuestos básicos del concurso de acreedores. El recurso de apelación argumenta que la Ley Concursal tan sólo establece como requisito que el deudor se encuentre en estado de insolvencia inminente o actual para que pueda instarse por la propia deudora, a través de sus órganos de administración o, como en este caso, de liquidación, sin que sea necesario que haya una pluralidad de acreedores.
SEGUNDO La controversia suscitada en esta alzada es estrictamente jurídica, pues el recurso no discute la cuestión fáctica de que tan sólo tiene un solo acreedor, y esta cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala en alguna otra ocasión anterior, por ejemplo en elauto de 12 de septiembre de 2008 (RA 341/08). En aquella ocasión, ya declaramos que: "presupuesto necesario, aunque implícito, de la declaración de concurso es la existencia de una pluralidad de acreedores, sin la cual el procedimiento universal carece de sentido; así, se habla en la Ley Concursal del "deudor común", de la obligacio?n de presentar una "relación de acreedores", de la incapacidad para cumplir "sus obligaciones exigibles", del "incumplimiento generalizado de sus obligaciones", de la legitimación de "cualquiera de sus acreedores" para solicitar el concurso, de "la concurrencia de acreedores", etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por una pluralidad de acreedores".
Desde el momento en que el deudor que se presenta en concurso reconoce que tan sólo tiene un solo acreedor, no existe concurrencia de acreedores que justifique el tratamiento concursal de la insolvencia.
El concurso solicitado, en que concurre un solo acreedor, no se adecúa a la finalidad de la institución, que pretende la satisfacción de los créditos de los acreedores y también facilitar la continuidad de la actividad del deudor mediante un convenio o acuerdo con sus acreedores. El convenio tan sólo podría existir entre el único acreedor y su deudor, y para su consecución no resulta ni necesario ni conveniente la apertura de un proceso concursal. Y, al mismo tiempo, no se da el presupuesto que justifique la imposición de una regla de paridad en el pago (par condicio creditorum), pues tan sólo hay un acreedor, quien, además, puede cobrar mejor a través de una ejecución singular.
En consecuencia, procede confirmar el auto recurrido, sin hacer expresa condena en costas.”. AAP Barcelona (sección 15) 03.07.2009 (JUR 2009/46818; Auto 132/2009; Rollo 68/2009)

“PRIMERO. El Juzgado mercantil inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por MARFELS INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA por apreciar que faltaba el presupuesto previo y básico para la apertura del procedimiento concursal cual es la existencia de una pluralidad de acreedores, ya que en la solicitud y en la relación de acreedores presentada tan sólo se menciona una obligación o deuda existente y exigible.
La solicitante fundaba la declaración de concurso voluntario en atención a su estado de insolvencia inminente, de conformidad con el art. 2.3 LC. Indicaba que, como puede apreciarse de la documentación aportada (la memoria de su historia económica, el inventario de bienes y la relación de acreedores; no vemos que se hayan aportado las cuentas anuales), carece de liquidez suficiente para atender las deudas que se devengarán en los próximos meses.
En la memoria aportada se manifiesta que los ingresos ordinarios de la sociedad proceden de la actividad de intermediación en la compraventa y arrendamiento de inmuebles; no utiliza financiación bancaria; los gastos ordinarios los soporta la tesorería de la empresa; dispone de un renting sobre un vehículo y no tiene deudas con proveedores ni entidades de crédito.
En el inventario de bienes y derechos figura únicamente un derecho de crédito contra un tercero por importe de 41.830,47 euros, por virtud de sentencia condenatoria dictada por un juzgado de esta ciudad, que ha sido apelada por la parte condenada.
En la relación de acreedores se hace constar una única deuda exigible, frente a la entidad Hydemisol S.L., a la que la solicitante debe restituir la suma de 36.055 euros (más intereses y costas procesales) tras haber sido revocada en la segunda instancia la sentencia del juzgado que le reconoció un crédito por la citada cantidad, que percibió en ejecución provisional.

Añade que tiene concertado contrato de arrendamiento financiero con Caixa Renting sobre un vehículo, con una cuota mensual de 885 euros, que actualmente está al corriente de pago; que por el alquiler del local comercial abona una renta mensual de 722 euros, que está al corriente de pago; y que todos los servicios y suministros están también al corriente de pago.
En un escrito presentado con posterioridad, MARFELS ponía de manifiesto que el hecho desencadenante de la solicitud de concurso es la obligación de restituir a Hydemisol S.L. la citada cantidad que percibió en ejecución provisional, al haberse dictado sentencia en segunda instancia que revoca la condena, pues no cuenta con esa cantidad de dinero.
En el recurso de apelación la solicitante argumenta sobre la procedencia de la declaración de concurso sin que exista una pluralidad de acreedores, en particular cuando se prevea la insolvencia inminente como consecuencia de la ejecución singular instada o que pueda instar el único acreedor, que motivará el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones exigibles. Y alega así mismo que ha surgido una nueva deuda tras la presentación de la solicitud, consistente en una sanción de 6.500 euros impuesta por la Inspección de Trabajo, si bien -dice- de momento tan sólo ha de dar lugar a una provisión contable ya que no será exigible en tanto no se resuelva el correspondiente recurso administrativo.
SEGUNDO. Como hemos señalado en anteriores resoluciones, y en ello existe unanimidad doctrinal, la razón de ser y finalidad del procedimiento concursal, que por ello es de carácter colectivo, presupone la concurrencia de una pluralidad de acreedores, y sin esta circunstancia no cabe la declaración de concurso. Se trata de un presupuesto necesario, no expreso pero sí implícito, y de ahí que la Ley Concursal se refiera al "deudor común", a la obligación de presentar una "relación de acreedores", a la incapacidad para cumplir "sus obligaciones exigibles", al "incumplimiento generalizado de sus obligaciones", a la legitimación de "cualquiera de sus acreedores" para solicitar el concurso, a "la concurrencia de acreedores", a una "pluralidad de acreedores", etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por varios acreedores, lo que deriva igualmente del término concurso, que significa la concurrencia de varios. De no existir, el medio adecuado para la satisfacción del crédito es el procedimiento y ejecución singular, al margen de cualesquiera otras acciones que asistan al acreedor para reintegrar el patrimonio de su deudor y hacer efectivo el principio de responsabilidad patrimonial universal, o para extender la responsabilidad por la deuda a otras personas de acuerdo con la normativa correspondiente, en particular la societaria.
En el caso de solicitud de concurso necesario y en el de concurso voluntario con estado de insolvencia actual, esta exigencia se traduce en la concurrencia de varios acreedores (por lo menos dos) con créditos exigibles, pues así deriva del art. 2.2 LC, que configura el presupuesto objetivo del concurso: "se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". Es preciso, por tanto, que sobre el deudor pesen dos o más deudas, en el sentido de créditos impagados u obligaciones insatisfechas, a favor de acreedores diversos, que no sólo se hayan devengado, sino que además sean exigibles (de ahí su consideración de créditos impagados).
Junto al concurso justificado por la insolvencia actual del deudor, la LC admite, con carácter potestativo, la declaración de concurso voluntario basado en la insolvencia inminente, de conformidad con los arts. 2.3 y 6.1 LC. Conforme al primero, "si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones"; y de acuerdo con el segundo "en el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente". En todo caso, la situación de insolvencia inminente debe ser justificada por el solicitante, pues así deriva del art. 14 LC, no atribuyéndose a la solicitud un valor confesorio.
La LC, sin embargo, deja sin resolver los problemas que plantea la declaración del concurso basado en la insolvencia inminente, que viene a anticipar en el tiempo el momento de la apertura del concurso (es el denominado concurso preventivo). En estos casos, el presupuesto objetivo (la insolvencia) no concurre en la actualidad, sino que, simplemente, es previsible que acaezca en un plazo de tiempo más o menos próximo, lo que conlleva un pronóstico o predicción y la consiguiente incertidumbre e inseguridad jurídica, que puede propiciar en la práctica una anticipación excesiva, con efectos concursales prematuros que pueden dar lugar a situaciones absurdas o por lo menos anómalas desde el punto de vista concursal: así, entre otras, que no existan créditos concursales, integrados en la masa pasiva, porque al tiempo de la declaración de concurso no existían obligaciones incumplidas, de modo que todos los créditos, en su caso, serían contra la masa, lo que determinaría un concurso sin masa pasiva, que revelaría la improcedencia de su originaria declaración, y seguramente su conclusión o archivo al no existir acreedores concursales. La operatividad del concurso requiere que la administración concursal pueda incluir, conforme a las normas concursales, por lo menos dos créditos con este carácter en la lista de acreedores, no bastando siquiera un único acreedor concursal, ya que entonces el concurso carecería de justificación.
Para evitar esta anómala situación y, al mismo tiempo, asegurar la eficacia de la facultad del deudor (que no deber) de anticipar en el tiempo la declaración de concurso, debe ser objeto de una adecuada ponderación el grado de exigencia en la acreditación de la inminencia de la insolvencia y del presupuesto previo y básico de la pluralidad de acreedores que han de conformar la masa pasiva. Es cierto que en estos supuestos de concurso preventivo, uno y otro requisito pueden llegar a conectarse con dependencia directamente proporcional: cuantos más acreedores con créditos exigibles haya al tiempo de la solicitud, mayor será la intensidad de la justificación de la inminencia de la insolvencia, y a la inversa. Y por ello pueden llegar a confundirse, pero es posible en todo caso un deslinde conceptual y práctico entre uno y otro, de tal modo que pueda apreciarse acreditada la situación de insolvencia inminente, en atención a un pronóstico fundado de incumplimiento

regular y puntual de las obligaciones en un futuro próximo (art. 2.3 LC), y, de otro, el aseguramiento de una masa pasiva con por lo menos dos acreedores concursales.
En conclusión, aun en el caso de concurso basado en la insolvencia inminente, es necesario que con anterioridad a su declaración concurran por lo menos dos acreedores con créditos insatisfechos, en general que existan obligaciones incumplidas, lo que implica que se han devengado (se ha producido el hecho que genera la obligación y el correlativo derecho de crédito), y además, siendo exigibles, no se han pagado.
TERCERO. En este caso, al momento de la solicitud y al tiempo en que el juez mercantil debía pronunciarse sobre la declaración de concurso, tan sólo existía un crédito exigible, y ninguno otro devengado (la sociedad estaba al corriente en el pago de las obligaciones generadas por las relaciones de tracto sucesivo), y esta situación, conforme a lo que hemos expuesto, no es tributaria de la declaración de concurso, por no asegurar la existencia de una masa pasiva conformada por más de un acreedor. Al mismo tiempo, por esta razón, y aunque la materia objeto del recurso no es propiamente la relativa a la justificación de la inminencia de la insolvencia, la circunstancia descrita impide apreciar que el pronóstico de la insolvencia esté suficientemente fundado: no se han aportado las cuentas anuales (en la demanda se dice que se aportan como documento 10, pero no obran en las actuaciones), ni ningún otro dato que permita confirmar el juicio de previsibilidad que afirma la solicitante, y que funda, tan sólo, en sus propias manifestaciones.
Por último, el nuevo crédito que se alega, declarado por una resolución administrativa de fecha posterior a la resolución apelada, además de que no es de significado importe, no constituye una obligación todavía exigible, como la propia solicitante admite.
CUARTO. Procede por todo ello confirmar la resolución apelada, con imposición de las costas al apelante (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).”: AAP Barcelona (Sección 15) 16.03.2011 (Auto 34/2011; Rollo 514/2010)

“PRIMERO. El juzgado mercantil inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por GLOBALSLANG EUROPA S.L. por faltar el presupuesto previo y básico para la apertura del procedimiento concursal, cual es la existencia de una pluralidad de acreedores, ya que en la propia solicitud se afirmaba que tan solo existe un acreedor, Manufacturas del Cobre S.A., que ha obtenido una sentencia que condena a la solicitante al pago de la cantidad de 35.000 euros.
La solicitante fundaba la declaración de concurso voluntario en su estado de insolvencia actual, ya que no puede pagar el importe de la condena, debido a la caída de las ventas y a la penosa situación del mercado, y solicitaba la liquidación de la empresa.
En el recurso, de apenas cinco líneas, no se alega la existencia de ningún otro acreedor, ni el error de valoración jurídica, ni se argumenta sobre la procedencia de declarar un concurso de acreedores para satisfacer solamente a un acreedor concursal.
SEGUNDO.1. Como hemos declarado en anteriores resoluciones, y en ello existe unanimidad doctrinal, la razón de ser y finalidad del procedimiento concursal, que por ello es de carácter colectivo (concurso implica el llamamiento a varios o la concurrencia de varios), presupone la existencia de una pluralidad de acreedores, y sin esta circunstancia no cabe su declaración. Se trata de un presupuesto necesario, no expreso pero sí implícito, y de ahí que la Ley Concursal se refiera al "deudor común", a la obligación de presentar una "relación de acreedores", a la incapacidad para cumplir "sus obligaciones exigibles", al "incumplimiento generalizado de sus obligaciones", a la legitimación de "cualquiera de sus acreedores" para solicitar el concurso, a "la concurrencia de acreedores", a una "pluralidad de acreedores", a un convenio con los acreedores, etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por varios acreedores concursales. De no existir, no tiene sentido la formación de una masa activa en un procedimiento concursal para satisfacer a un solo acreedor, el nombramiento de administradores concursales para liquidar esa masa patrimonial, un convenio de pago con un solo acreedor, etc.
Si el deudor se encuentra en estado de insolvencia pero sólo tiene un acreedor, con crédito vencido y exigible, bastará la ejecución singular de su patrimonio para hacerle pago, aunque no sea suficiente, pero la solución concursal, como se ha dicho, carece de sentido.
En el caso de solicitud de concurso necesario y en el de concurso voluntario con estado de insolvencia actual (es lo que se alegó en la solicitud) esta exigencia se traduce en la concurrencia de por lo menos dos acreedores con créditos exigibles, pues así deriva del art. 2.2 LC, que configura el presupuesto objetivo del concurso: "se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". Es preciso, por tanto, que sobre el deudor pesen dos o más deudas, en el sentido de créditos impagados u obligaciones insatisfechas, a favor de acreedores diversos, que no sólo se hayan devengado, sino que además sean exigibles (de ahí su consideración de créditos impagados).
2. Incluso en el caso de que la solicitud de concurso se base en la insolvencia inminente (arts. 2.3 y 6.1 LC), hemos considerado en otras resoluciones que también es necesario que al tiempo de la solicitud, o por lo menos al tiempo de la declaración, exista una pluralidad de acreedores. En tales casos de insolvencia inminente, el presupuesto objetivo (la insolvencia) no concurre en la actualidad, sino que, simplemente, es previsible que acaezca en un plazo de tiempo más o menos próximo, lo que conlleva un pronóstico o predicción y la consiguiente incertidumbre e inseguridad jurídica, que puede propiciar en la práctica una anticipación excesiva, con efectos concursales prematuros que pueden dar lugar a situaciones absurdas o por lo menos anómalas desde el punto de vista concursal: así, entre otras, que no existan créditos concursales, integrados en la masa pasiva, porque al tiempo de la declaración de concurso no existían obligaciones incumplidas, de modo que todos los créditos, en su caso, serían contra la masa, lo que determinaría un concurso sin masa pasiva, que revelaría la improcedencia de su originaria declaración, y seguramente su conclusión o archivo al no existir acreedores concursales. La operatividad del concurso requiere que la administración concursal pueda incluir, conforme a las normas concursales, por lo menos dos créditos con este

carácter en la lista de acreedores, no bastando siquiera un único acreedor concursal, ya que entonces el concurso carecería de justificación.
Para evitar esta anómala situación y, al mismo tiempo, asegurar la eficacia de la facultad del deudor (que no deber) de anticipar en el tiempo la declaración de concurso, debe ser objeto de una adecuada ponderación el grado de exigencia en la acreditación de la inminencia de la insolvencia y del presupuesto previo y básico de la pluralidad de acreedores que han de conformar la masa pasiva. Es cierto que en estos supuestos de concurso preventivo, uno y otro requisito pueden llegar a conectarse con dependencia directamente proporcional: cuantos más acreedores con créditos exigibles haya al tiempo de la solicitud, mayor será la intensidad de la justificación de la inminencia de la insolvencia, y a la inversa. Y por ello pueden llegar a confundirse, pero es posible en todo caso un deslinde conceptual y práctico entre uno y otro, de tal modo que pueda apreciarse acreditada la situación de insolvencia inminente, en atención a un pronóstico fundado de incumplimiento regular y puntual de las obligaciones en un futuro próximo (art. 2.3 LC), y, de otro, el aseguramiento de una masa pasiva con por lo menos dos acreedores concursales.
En conclusión, aun en el caso de concurso basado en la insolvencia inminente, es necesario que con anterioridad a su declaración concurran por lo menos dos acreedores con créditos insatisfechos, en general que existan obligaciones incumplidas, lo que implica que se han devengado (se ha producido el hecho que genera la obligación y el correlativo derecho de crédito), y además, siendo exigibles, no se han pagado.
3. En las cinco líneas del recurso se menciona, genéricamente, una situación de insolvencia actual o inminente. Al margen de que la insolvencia inminente ha de ser objeto de justificación (así deriva del art. 14 LC) y de que aquí no lo ha sido, se trataría de una cuestión nueva (pues no se alegó en la solicitud), y en cualquier caso, como se ha dicho, la solución sería la misma al no existir, al tiempo de la solicitud, una pluralidad de acreedores.”: AAP Barcelona (Sección 15) 25.05.2011 (Auto 71/2011; Rollo 13/2011)

“3. La parte solicitante basa su recurso en argumentos tan breves como ineficaces: admitiendo que existe solo un acreedor y que la masa activa es insuficiente para cubrir los gastos del concurso, sostiene que la inexistencia de activo y el hecho de que inicialmente exista un solo acreedor no puede ser causa del archivo o conclusión del concurso.
4. El hecho de que exista un solo acreedor ya es causa para inadmitir la solicitud de concurso, y la inexistencia de activo es causa legal para declarar la conclusión del concurso en la propia resolución de su declaración, pues así lo permite el art. 176 bis, apartado 4, de la Ley Concursal.
La apertura del procedimiento concursal tiene por presupuesto la existencia de una pluralidad de acreedores; sin ese concurso o concurrencia de varios acreedores, el procedimiento colectivo carece de sentido, pues no se trataría ya de repartir el haber del deudor entre varios receptores, sino de entregarlo a uno solo, y en ese caso basta con el procedimiento de ejecución individual.“: AAP Barcelona (Sección 15) 19.12.2012 (Auto 158/2012; Rollo 399/2012)

AP Castellón

“SEGUNDO Dos son los motivos en que se fundamenta la resolución denegatoria de la petición formulada por la recurrente, a saber: 1. La falta de activo. 2. La inexistencia de pluralidad de acreedores.
Analizaremos por separado si coincidimos o discrepamos del criterio del resolvente de primer grado, en el bien entendido que es suficiente la ausencia de cualquiera de los requisitos enumerados para que no proceda la declaración de concurso. (…)
2. Sobre la pluralidad de acreedores.
La existencia de una pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso del deudor no es un requisito expresamente enunciado como tal en la vigente disciplina legal. Pero no cabe cuestionar su vigencia.
a) En primer lugar, por razones de simple etimología. La palabra concurso, derivada del latín "concursus", significa concurrencia de varios en un mismo lugar o sobre un objeto. En suma, pluralidad, que en el caso ha de ser de acreedores respecto de un mismo deudor, pues si no es así no tiene sentido el orden procedimental a que obliga el proceso concursal. Dicho de otro modo, si no hay varios acreedores del mismo deudor, carece de sentido la declaración judicial de concurso, pues ni cabe poner orden en la pretensión de un solo acreedor, ni es necesario dicho cauce procesal, cuando a la satisfacción del crédito vigente ya sirve el procedimiento singular.
b) Por otro lado, la falta de expresa mención en la Ley Concursal no excluye la evidencia de que dicho requisito se encuentra implícito en la misma.
Así resulta de la Exposición de Motivos, que se refiere a la finalidad de lograr igualdad de trato entre los acreedores, al orden de prelación que debe establecerse entre los mismos, señala que finalidad principal del concurso es la satisfacción de los acreedores, cita la denominación de "concurso" como expresiva de la concurrencia de varios acreedores sobre el patrimonio del deudor común, señala a los acreedores como legitimados para solicitar el concurso del deudor, menciona la lista de acreedores (lo que exige pluralidad, pues en otro caso no tiene sentido la existencia de una lista), habla de los efectos sobre los acreedores y de la Junta de acreedores, pondera el principio de igualdad de trato entre los acreedores, indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor, etcétera.
También de varios de sus preceptos se deriva esa exigencia, como elart. 2.1, al exigir un «deudor común» a varios acreedores, elart. 3 que menciona a los acreedores en plural, el 4 que habla de "pluralidad de acreedores", el 6.2º que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una «relación de acreedores, por orden alfabético...», el 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor, elart. 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no

comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud, el 21.1.5º en el llamamiento a los acreedores, elart. 49 y elart. 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o el 75.2.2º que hace otro tanto para la elaboración de una lista de acreedores por la administración concursal y, en fin, otros varios, como losarts. 27, 48.4,art. 51.1, 54.4.,arts. 55.3, 84.2, 86.1,. etc. En definitiva, el proceso concursal solamente se concibe si existe una pluralidad de acreedores, etc (en este mismo sentido,Auto AP Vizcaya, secc. 4ª, de 5 de mayo de 2007 -AC 2007,352 - entre otras resoluciones).
Pues bien, en el caso de autos, también por falta de este requisito se ha denegado la declaración de concurso. Y en este punto estamos de acuerdo con el juez de instancia. En el recurso no se combate este criterio, por más que se insista en las bondades de la situación concursal, incluso para el acreedor Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, único que cita la recurrente, por otra parte.
En cuanto a la posibilidad a que se refiere el recurso de que, con arreglo alart. 25.1 LC, el administrador concursal pueda "solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica", solo cabe recordar que para que se de esta posibilidad primero deberá haberse declarado el concurso del socio personalmente responsable de la persona jurídica, que es precisamente lo que ahora se está dilucidando.
Carece, finalmente, de razón la parte apelante cuando arguye que la ley deja "este tipo de cuestiones" (sic) al administrador concursal, pese a que es más cierto que es el Juez competente quien debe examinar la procedencia de la petición y proveer la misma, tal como resulta delart. 14 de la Ley Concursal
Por lo tanto, procede la confirmación de la resolución denegatoria, si bien únicamente por la falta de pluralidad de acreedores.”: AAP Castellón (Sección 3) 08.10.2009 (JUR 2010\52631; Auto 206/2009; Rollo 380/2009)

“SEGUNDO Realiza por tanto diferentes alegaciones el recurrente referidas alguna de ellas a lo que es ajeno al objeto de decisión en el presente procedimiento, ya que como tal debemos calificar la cuestión de la acumulación de procedimiento y la del activo de la sociedad, ya que si bien en cuanto a esta última realiza determinadas consideraciones la resolución recurrida, lo cierto es que este es un motivo que no analiza en el caso enjuiciado, al estimar que no concurre un presupuesto necesario de la declaración del concurso como es la pluralidad de acreedores.
Debemos por ello centrarnos en esta última cuestión a fin de determinar si ha sido correcto el criterio del Juez de instancia o si por el contrario procede la declaración de concurso que se solicita.
No se niega en el recurso que existe un único acreedor que pueda integrarse en la masa pasiva del concurso, el BBVA, si bien se realizan determinadas consideraciones que rechazamos, ya que a partir de admitir la existencia de un acreedor único, no es posible la declaración del concurso interesada.
Esta no es la primera que nos hemos pronunciado sobre esta cuestión, habiéndolo hecho ya en anteriores resoluciones de esta Sala, las dos últimas referidas a socios de la misma mercantil de quien insta la declaración de concurso voluntario en el presente procedimiento.
Conviene recordar a este respecto lo que ya hemos expuesto en nuestroAuto nº 206 de 8 de octubre de 2009, cuando nos referíamos a que "La existencia de una pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso del deudor no es un requisito expresamente enunciado como tal en la vigente disciplina legal. Pero no cabe cuestionar su vigencia.
a) En primer lugar, por razones de simple etimología. La palabra concurso, derivada del latín "concursus", significa concurrencia de varios en un mismo lugar o sobre un objeto. En suma, pluralidad, que en el caso ha de ser de acreedores respecto de un mismo deudor, pues si no es así no tiene sentido el orden procedimental a que obliga el proceso concursal. Dicho de otro modo, si no hay varios acreedores del mismo deudor, carece de sentido la declaración judicial de concurso, pues ni cabe poner orden en la pretensión de un solo acreedor, ni es necesario dicho cauce procesal, cuando a la satisfacción del crédito vigente ya sirve el procedimiento singular.
b) Por otro lado, la falta de expresa mención en la Ley Concursal no excluye la evidencia de que dicho requisito se encuentra implícito en la misma.
Así resulta de la Exposición de Motivos, que se refiere a la finalidad de lograr igualdad de trato entre los acreedores, al orden de prelación que debe establecerse entre los mismos, señala que finalidad principal del concurso es la satisfacción de los acreedores, cita la denominación de "concurso" como expresiva de la concurrencia de varios acreedores sobre el patrimonio del deudor común, señala a los acreedores como legitimados para solicitar el concurso del deudor, menciona la lista de acreedores (lo que exige pluralidad, pues en otro caso no tiene sentido la existencia de una lista), habla de los efectos sobre los acreedores y de la Junta de acreedores, pondera el principio de igualdad de trato entre los acreedores, indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor, etcétera.
También de varios de sus preceptos se deriva esa exigencia, como elart. 2.1, al exigir un «deudor común» a varios acreedores, elart. 3 que menciona a los acreedores en plural, el 4 que habla de "pluralidad de acreedores", el 6.2º que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una «relación de acreedores, por orden alfabético...», el 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor, elart. 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud, el 21.1.5º en el llamamiento a los acreedores, elart. 49 y elart. 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o el 75.2.2º que hace otro tanto para la elaboración de una lista de acreedores por la administración concursal y, en fin, otros varios, como losarts. 27, 48.4,art. 51.1, 54.4.,arts. 55.3, 84.2, 86.1,. etc. En definitiva, el proceso concursal solamente se concibe si existe una pluralidad de acreedores, etc (en este mismo sentido,Auto AP Vizcaya, secc. 4ª, de 5 de mayo de 2007 -AC 2007,352 - entre otras resoluciones).

Pues bien, en el caso de autos, también por falta de este requisito se ha denegado la declaración de concurso. Y en este punto estamos de acuerdo con el juez de instancia. En el recurso no se combate este criterio, por más que se insista en las bondades de la situación concursal, incluso para el acreedor Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, único que cita la recurrente, por otra parte.
En cuanto a la posibilidad a que se refiere el recurso de que, con arreglo alart. 25.1 LC, el administrador concursal pueda "solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica", solo cabe recordar que para que se de esta posibilidad primero deberá haberse declarado el concurso del socio personalmente responsable de la persona jurídica, que es precisamente lo que ahora se está dilucidando.
Carece, finalmente, de razón la parte apelante cuando arguye que la ley deja "este tipo de cuestiones" (sic) al administrador concursal, pese a que es más cierto que es el Juez competente quien debe examinar la procedencia de la petición y proveer la misma, tal como resulta delart. 14 de la Ley Concursal."
Podemos citar en el mismo sentido las resoluciones dictadas por la Sección 15ª de laAudiencia Provincial de Barcelona de fecha 14 de junio de 2007, y de la Audiencia Provincial de Baleares de fechas 11 de abril de 2006 y 29 de abril de 2009.
Procede por lo expuesto la confirmación de la resolución recurrida y la desestimación del recurso de apelación.”: AAP Castellón (Sección 3) 25.11.2009 (JUR 2010/118786; Auto 244/2009; Rollo 450/2009)

“Entrando en el motivo que entendemos fundamental para confirmar la denegación de la declaración del concurso, se refiere el Juez mercantil a la falta de una pluralidad de acreedores, ya que el único que como tal consta es el BBVA y si bien se citan otros acreedores, dice el Juez "a quo", que merecen el calificativo de residuales y que no pueden integrar la masa pasiva.
Esto no se niega en el recurso, sin embargo se dice que es una cuestión que el Administrador Concursal ha de decidir al calificar los créditos, insistiendo en que tienen tres hipotecas con el BBVA y que lo que se busca es un convenio y pagar la totalidad de la deuda.
No se desvirtúa con ello ni se opone que existe un único acreedor que como tal puede integrar la masa pasiva que es el BBVA. Como se indicaba en laSentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2007, 286038) (Sección 15ª) nº 185 de fecha 14 de junio de 2007, existen otros presupuestos del concurso no presentes expresamente en losartículos 2, 3, 6 y 7 de la LEC que determinan su inadmisión cuando no concurren, como es la existencia de una pluralidad de acreedores.
En el mismo sentido podemos citar lasSentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de fecha 11 de abril de 2006 (AC 2006, 902) y de fecha 29 de abril de 2009 (JUR 2009, 283628).
También esta misma Sección Tercera de laAudiencia Provincial de Castellón, en nuestra resolución nº 206 (JUR 2010, 52631), de fecha 8 de octubre de 2009, en el supuesto de una petición de concurso de una socia del aquí recurrente, examinábamos dicha cuestión, argumentando que "La existencia de una pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso del deudor no es un requisito expresamente enunciado como tal en la vigente disciplina legal. Pero no cabe cuestionar su vigencia.
a) En primer lugar, por razones de simple etimología. La palabra concurso, derivada del latín "concursus", significa concurrencia de varios en un mismo lugar o sobre un objeto. En suma, pluralidad, que en el caso ha de ser de acreedores respecto de un mismo deudor, pues si no es así no tiene sentido el orden procedimental a que obliga el proceso concursal. Dicho de otro modo, si no hay varios acreedores del mismo deudor, carece de sentido la declaración judicial de concurso, pues ni cabe poner orden en la pretensión de un solo acreedor, ni es necesario dicho cauce procesal, cuando a la satisfacción del crédito vigente ya sirve el procedimiento singular.
b) Por otro lado, la falta de expresa mención en la Ley Concursal no excluye la evidencia de que dicho requisito se encuentra implícito en la misma.
Así resulta de la Exposición de Motivos, que se refiere a la finalidad de lograr igualdad de trato entre los acreedores, al orden de prelación que debe establecerse entre los mismos, señala que finalidad principal del concurso es la satisfacción de los acreedores, cita la denominación de "concurso" como expresiva de la concurrencia de varios acreedores sobre el patrimonio del deudor común, señala a los acreedores como legitimados para solicitar el concurso del deudor, menciona la lista de acreedores (lo que exige pluralidad, pues en otro caso no tiene sentido la existencia de una lista), habla de los efectos sobre los acreedores y de la Junta de acreedores, pondera el principio de igualdad de trato entre los acreedores, indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor, etcétera.
También de varios de sus preceptos se deriva esa exigencia, como elart. 2.1, al exigir un «deudor común» a varios acreedores, elart. 3 que menciona a los acreedores en plural, el 4 que habla de "pluralidad de acreedores", el 6.2º que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una «relación de acreedores, por orden alfabético...», el 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor, elart. 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud, el 21.1.5º en el llamamiento a los acreedores, elart. 49 y elart. 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o el 75.2.2º que hace otro tanto para la elaboración de una lista de acreedores por la administración concursal y, en fin, otros varios, como losarts. 27, 48.4,art. 51.1, 54.4.,arts. 55.3, 84.2, 86.1,. etc. En definitiva, el proceso concursal solamente se concibe si existe una pluralidad de acreedores, etc (en este mismo sentido,Auto AP Vizcaya, secc. 4ª, de 5 de mayo de 2007 (AC 2007, 352) entre otras resoluciones).
Pues bien, en el caso de autos, también por falta de este requisito se ha denegado la declaración de concurso. Y en este punto estamos de acuerdo con el juez de instancia. En el recurso no se combate este criterio, por

más que se insista en las bondades de la situación concursal, incluso para el acreedor Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, único que cita la recurrente, por otra parte.
En cuanto a la posibilidad a que se refiere el recurso de que, con arreglo alart. 25.1 LC, el administrador concursal pueda "solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica", solo cabe recordar que para que se dé esta posibilidad primero deberá haberse declarado el concurso del socio personalmente responsable de la persona jurídica, que es precisamente lo que ahora se está dilucidando.
Carece, finalmente, de razón la parte apelante cuando arguye que la ley deja "este tipo de cuestiones" (sic) al administrador concursal, pese a que es más cierto que es el Juez competente quien debe examinar la procedencia de la petición y proveer la misma, tal como resulta delart. 14 de la Ley Concursal "
Procede por ello y en definitiva desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución recurrida.": AAP Castellón (Sección 3) 25.11.2009 (JUR 2010/118786; Auto 244/2009; Rollo 450/2009)

"Tampoco hemos de abundar en el requisito de que debe existir una pluralidad de acreedores lo que, sin aparecer expresamente exigido en la LC como uno de los requisitos, se deduce del contenido de varios preceptos, como el art. 2.1, al exigir un «deudor común» a varios acreedores, el art. 3 que menciona a los acreedores en plural, el 4 que habla de "pluralidad de acreedores", el 6.2º que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una «relación de acreedores, por orden alfabético...», el 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor, el art. 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud, el 21.1.5º en el llamamiento a los acreedores, el art. 49 y el art. 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o el 75.2.2º que hace otro tanto para la elaboración de una lista de acreedores por la administración concursal y, en fin, otros varios, como los arts. 27, 48.4, art. 51.1, 54.4., arts. 55.3, 84.2, 86.1,.etc. Es por otra parte una exigencia que los recurrentes no discuten, aunque en el escrito de recurso se detengan en ella.": AAP Castellón (Sección 3) 16.11.2011 (Auto 129/2011; Rollo 348/2011)

AP Córdoba

"PRIMERO.- La Ley Concursal no establece expresamente en su articulado el requisito de la pluralidad de acreedores como uno de los presupuestos del concurso, si bien puede considerarse que está recogido tácitamente, al darlo por sobreentendido, tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, que indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores (en plural), e incluso en diversos preceptos de los que se derivaría esa exigencia, como son el artículo 2.1, al exigir un "deudor" común a varios acreedores; el artículo 3, que menciona a los acreedores en plural; el artículo 4, que menciona expresamente la "pluralidad de acreedores"; el 6.2.4º, que exige respecto del concurso voluntario la obligación de presentar junto con la solicitud una "relación de acreedores, por orden alfabético..."; el 15, al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor; el 19.3, que prevé el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud y el juez considere que concurre el presupuesto objetivo del concurso; el 21.1.5º, respecto al llamamiento a los "acreedores"; y los artículos 49 y 75.2.2º, que disponen la integración de los acreedores en la masa pasiva y su relación en una lista, presuponiendo su pluralidad.": AAP Cordoba (Sección 3) 13.05.2010 (Auto 44/2010; Rollo 89/2010)

AP Girona

"Segundo. En el presente recurso de apelación se plantea la circunstancia de que el juez de instancia no da lugar a la declaración de concurso de acreedores pese a que no se ha presentado ninguna oposición a su declaración por parte del concursado. Considera el juez de instancia que la previsión del artículo 18.1 de la Ley Concursal (LC) no puede ser interpretada de manera literal y automática sino que es preciso tener en cuenta los objetivos y presupuestos de todo concurso para evitar que se puedan amparar fraudes de ley.
La razón por la que el juez considera que no se puede proceder a la declaración del concurso es la de que no estamos ante una pluralidad de acreedores sino de un solo acreedor y una sola deuda reconocida en una Sentencia del Tribunal Supremo en un litigio previo entre el acreedor y el concursado. Entonces, considera que tiene que ir a la ejecución singular de aquella sentencia y no a un procedimiento universal de ejecución.
No compartimos la fundamentación de su fallo en el hecho de que, a la vista de la Sentencia del Tribunal Supremo (que confirma la del Juzgado de Instancia 1 de Girona en detrimento de la dictada por esta Sección el año 1998), sólo haya un solo acreedor porque del propio fallo de la sentencia a ejecutar se constata la existencia de otros posibles acreedores que son beneficiarios de las indicadas decisiones judiciales. Y es preciso que tengan oportunidad de ser oídos.": Auto AP Girona 07.02.2007 (Rollo 97/2006, Auto 25/2007)

AP Las Palmas

"ÚNICO El Juzgado de lo Mercantil inadmitió a trámite la pretensión de declaración de concurso voluntario del solicitante, persona física, la cual señala como único acreedor suyo, la entidad Caja Madrid, por razón de un crédito garantizado con hipoteca y un crédito personal.
Tal y como se indica en elAuto de 22 de enero de 2009, confirmatorio en reposición de la inadmisión a trámite, es doctrina generalizada que la existencia de una pluralidad de acreedores es presupuesto necesario para admitir la solicitud de declaración de concurso.

En este sentido, elAuto de esta Sección Cuarta, de fecha 17 de septiembre de 2009, dictado en el Recurso de Apelación nº 366/2009, Concurso Voluntario nº 52/2008, Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, declara: "pudiéndose admitir y así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso no presentes en losartículos 2,3,6 y 7 de la Ley Concursal, que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores"; "la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la L.C. como un presupuesto del concurso", de manera que la ausencia de dicho presupuesto determina el acuerdo de inadmisión a trámite de la presente solicitud de concurso voluntario.
Por tanto, procede desestimar el recurso, confirmando el Auto apelado.": AAP Las Palmas (Sección 4) 18.09.2009 (JUR 2009/484282; Auto 196/2009; Rollo 278/2009)

"PRIMERO Afirma el recurrente que contra lo afirmado en el auto recurrido la existencia de una pluralidad de acreedores no es requisito subjetivo que venga establecido en la Ley Concursal para admitir a trámite el concurso de acreedores, sin embargo, aunque ciertamente no existe ningún precepto que expresamente lo diga la mejor doctrina viene sosteniendo que la esencia misma del concurso exige una pluralidad de acreedores, luego si, cualquiera que sea la causa, en el momento de la solicitud no consta la existencia de esa pluralidad de acreedores (y más aún si lo que consta es que es uno solo el acreedor) el Juez debe denegar la apertura del concurso (auto Audiencia Provincial Islas Baleares de 6 de marzo de 2008). Así expresa la referida resolución que para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en «Comentarios a la Ley Concursal»,«el requisito de la pluralidad de deudores parece imprescindible, aunque su acreditación junto con la solicitud del acreedor o de los demás legitimados (delart. 7) pueda resultar problemática», y que «...debería aceptarse también como causa de conclusión del concurso el supuesto en que el desistimiento o la renuncia sea de todos los acreedores reconocidos, menos uno». Para el profesor OLIVENZA RUIZ, en la «El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la LC no contempla el caso --realmente extraño-- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por inexistencia de deudor común». La Exposición de motivos de laLey Concursal menciona en el párrafo quinto de su apartado II que El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común.
Asimismo, el propio texto legal concursal utiliza unas expresiones que abundan en la tesis de que para que proceda la declaración de concurso deben de concurrir varios acreedores; así por ejemplo en elart. 2.1, al establecerse el presupuesto objetivo del concurso, se indica que la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del "deudor común", lo que implica el reconocimiento de la existencia de varios acreedores que tienen en común un solo deudor, y si hay un "deudor común" es que existe una pluralidad de acreedores que concurren frente al patrimonio de aquél. Si hubiera un solo acreedor, no habría deudor "común", sino "deudor", y por lo tanto, no podría haber concurrencia ni en consecuencia, concurso. En elart.3.1, referido a la legitimación, ésta se concede al "deudor y cualquiera de sus acreedores", lo que hace pensar en la existencia de varios. En elart. 4 impone la ley al Fiscal la obligación de instar del juez penal que ponga en conocimiento del Juez de lo Mercantil la situación de quien esté en insolvencia si le consta la "existencia de una pluralidad de acreedores". En elart. 6.2.4º se impone a quien solicita el concurso voluntario que presente una "relación de acreedores, por orden alfabético..." Es decir, siempre contempla una pluralidad de acreedores, y no sólo en los art. mencionados sino en otros muchos-art. 15.2, 19.3, 21.1.5º, 49 y 76 y ss,etc.
Por otra parte, el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que deriva delart. 1911 del Código Civil según el cual el deudor responde de sus obligaciones con todos su bienes, presentes y futuros, hace innecesario el procedimiento concursal cuando existe un solo acreedor, pues en una sola ejecución singular podrían ejecutarse todos los bienes del deudor.
Pues bien, en la relación de acreedores presentada por el deudor con su solicitud de concurso voluntario, en cumplimiento de lo dispuesto en elart. 6.2. 4º LC, figura un solo acreedor que es La Caja Insular de Ahorros de Canarias haciendo constar expresamente el recurrente que al tiempo de la solicitud de concurso no tenía ninguna deuda personal, tratándose de fianzas o garantías constituidas a favor de la sociedad Egalux, SL, de la que el Sr.Ismael es administrador único. Sociedad mercantil que previamente había solicitado la declaración de concurso voluntario admitiéndose a trámite porauto de 24 de noviembre de 2008. No obstante, el recurrente adjuntó a su recurso de reposición contra elauto de 26 de enero de 2009 nueva relación de acreedores en la que, además de la Caja Insular de Ahorros de Canarias, figuran otros acreedores y en base a ello estima justificada la existencia de una pluralidad de acreedores. Sin embargo, la pluralidad de acreedores constituye un requisito que ha de concurrir al tiempo de la solicitud del concurso y en ese momento existía un solo acreedor, la Caja Insular de Ahorros de Canarias, de modo que esta exigencia no constituye requisito subsanable como ocurre con la justificación de la insolvencia víaart. 14.2 LC, sino que si aparece un hecho nuevo cual es haber contraído el deudor con posterioridad otras deudas con diferentes acreedores habrá de presentar una nueva solicitud de concurso voluntario, y ello porque no se puede subsanar la falta de concurrencia de un presupuesto necesario para la declaración del concurso, sino solo su falta de acreditación o justificación y en el caso al tiempo de la solicitud del deudor había un único acreedor. En su consecuencia, el recurso de apelación ha de ser desestimado.": AAP Las Palmas (Sección 4) 04.12.2009 (JUR 2010/150924; Auto 271/2009; Rollo 374/2009)

AP Lleida

“PRIMERO.-La parte actora recurre contra el auto del juzgado de lo mercantil que le deniega la declaración de concurso necesario de acreedores y lo hace reiterando que ni es cierto que haya un solo acreedor ni tampoco que sea requisito preciso la pluralidad de acreedores para poder declarar el concurso. Así sostiene que el crédito del BBVA ha de figurar en la masa pasiva del concurso y aunque sometida a condición, la finanza de la Sra. Montserrat está sujeta a la disciplina del concurso. Además aquella no es una mera cofiadora de su padre sino que antes había sido deudora ordinaria del BBVA en razón del aval prestado a AVICULTURA Y GANADERIA, SL, sociedad que incumplió totalmente sus obligaciones con ese banco. Añade que en todo caso, la propia representación y defensa de la recurrente se habrían convertido en acreedores de la demandada al haber obtenido la cesión de los derechos de la actora en las costas generadas en el procedimiento ordinario 147/2009 entre esas mismas partes. Solicita en definitiva la revocación del auto recurrido y la admisión del concurso.
La parte demandada se opone y solicita la íntegra confirmación del auto recurrido al considerar que no se aporta argumento alguno que desvirtúe lo resuelto por el juez a quo.
SEGUNDO.-El concurso funda su eficiencia en reducir los costes de coordinación de los acreedores. Se trata de facilitar el acuerdo entre ellos para dar al patrimonio del deudor común el destino que maximice su valor. Pero si existe un único acreedor, lo sensato es aplicar las reglas normales sobre la ejecución de las deudas, no las reglas especiales de ejecución colectiva.
Efectivamente, aunque la vigente Ley Concursal no exige expresamente que exista una pluralidad de acreedores para que se declare a un deudor en situación concursal, la mayoría de los comentaristas infieren la existencia de tal presupuesto no sólo de la propia Exposición de Motivos sino de los numerosos preceptos que se refieren a esa pluralidad de acreedores. Así, también se considera con base en la naturaleza y los principios del procedimiento, que no se dirigen a satisfacer a un acreedor individual, ya que éste cuenta con el proceso de ejecución singular. Así, según el párrafo quinto del apartado II de dicho preámbulo, «El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de "concurso", expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (" Tractatus de concursu ", 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (" Labyrinthus creditorum concurrentium ", 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común...». Según el artículo 2.1 la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del «deudor común» (de lo que evidencia la existencia de varios acreedores); y se refieren a los acreedores, en plural, los artículos 3.1, 3.4, 4, 6.2.4º, 19.3, 21.1.5º, 21.4, 27.1.3º, 36.1, 36.7, 48.5, 49, 51.1, 54.1, 55.4, 56.1, 57.3, 72.1, 75.2.2º, 76 y siguientes, entre otros.
Esta interpretación tiene apoyo mayoritario, frente a algún autor que la ha puesto en duda por entender que la existencia de intereses públicos dignos de tutela, harían aconsejable la apertura del concurso también en caso de un solo acreedor. Según esto, la pluralidad de acreedores es una característica natural pero no esencial del procedimiento concursal, de modo que debe éste admitirse también como medio de ejecución universal para satisfacer el derecho de un único acreedor. No obstante y partiendo de lo que ha sido la praxis judicial en estos últimos tiempos parece acertado sostener la postura de quienes han entendido que se exige una pluralidad de acreedores y que es precisamente el acreedor quien debe de probar que existen otros acreedores, aunque sea sumariamente ya que no a todos ellos (bancos, hacienda, etc..) les ha de resultar fácil dicha prueba. Pueden hacerlo mediante documentos (cartas por ejemplo dirigidas a varios acreedores) o como es mas normal, a través de testigos, por bien que ello no será prueba bastante a la vista del articulo 7.2 LC. Asimismo habrá que entender que corresponde al juez en fase de apertura, la verificación de la pluralidad de acreedores y de los impagos. Si un solo acreedor tiene una pluralidad de deudas insatisfechas lo que debe de hacer es acudir a la vía ejecutiva singular y no a un procedimiento concursal que conlleva graves consecuencias en la esfera patrimonial del deudor y cuyo fundamento estriba en un reparto o colectivización del déficit patrimonial entre una pluralidad de acreedores sobre la base del par conditio creditorum. Ello, repetimos, parece derivarse además de del articulo 2.1 de la LC que, al delimitar la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso, hace referencia al deudor común, esto es, al deudor deuna pluralidad de acreedores, también parece inferirse del articulo 3.1 de la LC en que se concede legitimación para solicitar el concurso a "cualquiera de sus acreedores".
En definitiva entendemos que el requisito de la existencia de una pluralidad de acreedores es exigible y lo es a limine por lo que este motivo de recurso habrá de ser desestimado.
TERCERO. - Así las cosas manifiesta la parte apelante que habría como mínimo 2 acreedores ya que la Sra. Montserrat es fiadora en la operación hipotecaria de su padre sobre una nave que antes había sido de su propiedad. No podemos estar de acuerdo ya que en ningún caso un afianzamiento, per se, es crédito alguno sino solamente una garantía que puede llegar a convertirse o no en crédito a favor de tercero y puede estar condicionado, no solo al impago por parte del deudor principal sino incluso a la excusión de todos los bienes de aquel o a la división de la deuda entre los diversos fiadores si los hubiere. La LC no contempla a los afianzamientos como posibles créditos de la masa. De hecho ni tan solo consta que el deudor principal haya dejado de hacer pago de las cuotas hipotecarias, ni que en el caso de que así fuera, la hipotecante optará por ejecutar la fianza y no dirigirse contra el bien hipotecado.
Por lo que se refiere al nuevo crédito que se dice que ostentan el abogado y procurador del actor por cesión efectuada, por la parte por ellos representada, de las costas del procedimiento ordinario 147/2009, tampoco puede ese presunto crédito considerarse como tal a los efectos de la existencia de una pluralidad de acreedores y ello por varias razones. En primer lugar porque es posterior a la solicitud de declaración de concurso y contrario a la perpetuatio jurisditionis; en segundo lugar porque es un crédito que no es liquido ni

exigible al no haberse producido la tasación de costas, y vaya por delante, que a pesar de que el requisito de la exigibilidad no esté específicamente contemplado en la LC ni deriva automáticamente de la declaración de concurso (sí sucedía en la regulación anterior con la declaración de quiebra) se infiere del mismo concepto de "insolvencia actual" que debe de concurrir en al solicitud del concurso necesario y que se define como la situación en que el deudor no puede cumplir sus obligaciones exigibles (art 2.2), convirtiendo a esa exigibilidad en requisito de la insolvencia y por ende de uno de los presupuestos objetivos de la declaración de concurso; en ultimo termino porque parece estar buscado de propósito (no es nada habitual ni está justificada esa actitud) y por lo tanto podría constituir un fraude de ley.
CUARTO.-Por ultimo resaltar que ni siquiera procedería la acción de reintegración sobre la dación en pago efectuada en fecha 30 de diciembre de 2008 ya que habrían transcurrido los dos años que la ley prevé para el ejercicio de tal acción y que hay que computar desde la declaración de concurso y no desde la solicitud como parece entender el apelante, siendo que a día de hoy todavía no se ha declarado el concurso, y incluso el auto que se repone con el ahora recurrido era de enero de 2011.
QUINTO.-Por lo que se refiere a las costas seria procedente su imposición dado el vencimiento al que se ha visto sometido el recurrente, a pesar de lo cual entendemos que concurren dudas de derecho ya que, como hemos manifestado a lo largo del fundamento de derecho segundo de esta resolución, no faltan los autores que sostienen que bastaría un solo acreedor para la declaración del concurso, a pesar que finalmente esta sala haya optado por acogerse a la doctrina mayoritaria. Mas y sobretodo, porque esta sala no se había pronunciado nunca en relación a este extremo.”: AAP Lleida (Sección 2) 15.03.2012 (Auto 33/2012; Rollo 230/2011)

AP Madrid

“TERCERO.- Efectuadas las anteriores precisiones deben ya examinarse los motivos de impugnación articulados en el escrito de interposición del recurso de apelación al que, en todo caso, debe ceñirse esta resolución.
En primer lugar, se alega la inexistencia de una pluralidad de acreedores como requisito para la declaración de concurso.
Aunque la Ley Concursal no establece expresamente como requisito de la declaración de concurso que se justifique en fase de declaración la existencia de una pluralidad de acreedores, tal requisito es consustancial al propio concurso que sólo tiene sentido si concurre más de un acreedor.
La exigencia de dicho requisito se deduce implícitamente delartículo 2 de la Ley Concursalal configurar como presupuesto objetivo del concurso la insolvencia del deudor "común", así como delartículo 4 de la misma Leyque alude expresamente a la existencia de una pluralidad de acreedores, a los efectos de que el juez de instrucción que conozca de una causa por delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico y aprecie indicios de insolvencia en el deudor, lo ponga en conocimiento, a instancias del Ministerio Fiscal, del juez de lo mercantil territorialmente competente, a los efectos pertinentes.
Admitida la necesidad de justificar, al menos indiciariamente, la existencia de una pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, dicho requisito fue admitido por la propia doñaPatriciaen el acto de la vista de oposición, al reconocer que a algunos proveedores se les debía dinero (19¿ 55¿¿ y siguientes de la grabación), lo que ya es suficiente para dar por cumplido el requisito ahora analizado. “:AAP Madrid (sección 28) 10.04.2008 (JUR 2008/150216)

“Pues bien, si la solicitante es la única acreedora de la deudora RANCO es evidente que no procede la declaración de ésta en concurso, puesto que es requisito para que proceda tal declaración la existencia de una pluralidad de acreedores, ya que conforme alart. 2.1 de la Ley Concursal, para que un deudor pueda ser declarado en concurso debe ser común, de una pluralidad de acreedores (Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15, de 30 de noviembre de 2006 y 22 de febrero de 2007, Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Secc. 4, de 5 mayo de 2006 y Auto de esta Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de abril de 2008).”:.”. AAP Madrid (sección 28) 17.04.2008 (JUR 2008/188168)

AP Tarragona

“PRIMERO Dado que la parte recurrente se limita, sustancialmente, a reproducir en su recurso de apelación, los argumentos vertidos en su día en el previo recurso de reposición contra la resolución de instancia que acuerda inadmitir a trámite su solicitud por falta de justificación del presupuesto objetivo del concurso en el que la parte instante pretendía fundar su solicitud y que no es otro que la indiferencia respecto del requisito exigido por el Juzgador a quo de la necesaria existencia, para declarar el concurso, de una pluralidad de acreedores.
Junto a ello, y aún cuando la ley concursal no lo establece expresamente, los tribunales vienen entendiendo que se ha de justificar igualmente la existencia de una pluralidad de acreedores, pues precisamente el propio procedimiento concursal sólo tiene sentido si concurre mas de un acreedor.
En tal sentido se dice, nos encontramos ante un procedimiento universal dirigido a la satisfacción de los acreedores, bien mediante convenio entre estos y el deudor común, bien mediante la liquidación ordenada del patrimonio de aquél; y una u otra solución solamente cobra sentido si existe una pluralidad de titulares de crédito, ya que de lo contrario, entraría en juego la posibilidad que establece el ordenamiento jurídico de la ejecución individual o singular. Las normas sobre respeto a las pars condictio creditorum que inspira toda regulación concursal, calificación de créditos, mayorías de convenio o graduación en los pagos, etc., no se explican si es un solo acreedor.

La propia denominación de la norma,Ley Concursal, pone de manifiesto la necesidad de dicha concurrencia, y así lo indica el párrafo quinto del apartado II de su Exposición de Motivos, al decir "el nombre elegido para denominar el procedimiento único es de concurso, expresión clásica... y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común"
Aún mas, de numerosos preceptos de la Ley se deriva esta exigencia, como elart. 2.1, al exigir un "deudor común" a varios acreedores;art. 3 que menciona a los acreedores en plural; elart. 4 que habla de "pluralidad de acreedores"; elart. 6.2º que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una "relación de acreedores, por orden alfabético..."; elart. 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor; elart. 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud; elart. 21.1.5º en el llamamiento a los "acreedores"; losarts. 49 y 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o elart. 75.2.2º que hace otro tanto para la elaboración de una "lista de acreedores" por la administración concursal, etc. etc. (AP VIZCAYA DE 5 DE MAYO DE 2006). Doctrina ya acogida por esta Sección de la Audiencia Provincial de Baleares, entre otras, en resoluciones de fecha 11-04-2006, 6-03-2008 y 29-04-2009.
SEGUNDO Partiendo de dicha doctrina, y dado que la parte recurrente insiste en la resolución recurrida vulnera losarts. 1, 2 y 5 de la Ley Concursal, y de forma sucinta debe decirse que el concurso no se diseña legalmente para que el deudor pueda negocias con "su acreedor", sea o no este suministrador de productos del deudor. Si el deudor quiere negociar, puede hacerlo al margen del concurso por lo que no es argumento este suficiente para proceder a su declaración. Tampoco se vulnera elart. 2 LC, pues como ya se ha dicho este presupone la pluralidad de acreedores. Finalmente, respecto del deber delart. 5 LC de que el deudor que se encuentre en estado de insolvencia solicita la declaración de concurso debe recordarse que el citado deber no está vinculado a la obligación del Juez de declarar el concurso en todo caso, sino únicamente cuando concurran los presupuestos legales para ello, que en el presente caso y por la ya expuesto no se dan.": AAP Tarragona 20.01.2011 (JUR 2011/148986; Auto 10/2011; Rollo 336/2010)

AP Tenerife

"SEGUNDO.-Todas las cuestiones planteadas en el recurso fueron acertadamente tratadas y resueltas por el tribunal de primera instancia.
Así, en el presente caso, el propio apelante reconoce que la finalidad del concurso no es otra que "la satisfacción de los acreedores, como expresamente asevera la Exposición de Motivos de la Ley Concursal", finalidad que no se alcanzaría con el procedimiento que se pretende iniciar, pues aparte de contrariar la propia esencia del "concurso", que exige una pluralidad de acreedores, cuando sólo existe uno, la admisión a trámite del concurso sólo favorecería al concursado, que no al acreedor, que se vería imposibilitado de acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria para realizar la garantía del crédito concedido, debiendo someterse a los condicionantes de un procedimiento más dilatado para conseguir lo mismo, pues las demás ofertas que realiza el solicitante del concurso no parecen realistas.
TERCERO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las costas del recurso de apelación se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones impugnatorias.": AAP Tenerife (Sección 4) 15.06.2011 (Auto 79/2011; Rollo 256/2011)

JM-1 Bilbao

"PRIMERO.- Los presupuestos del concurso**.-** La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) ha establecido ciertos presupuestos para que proceda la declaración de concursos. De su redacción se desprende, en primer lugar, que es presupuesto subjetivo la existencia de un deudor, pues así lo declara el art. 1, y presupuesto subjetivo su situación de insolvencia, según el art. 2, que le impide cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC).
Por otro lado el art. 7 de la misma norma dispone los requisitos que ha de satisfacer el acreedor solicitante, todos los cuales, tras el trámite de subsanación que se ha concedido, han sido atendidos. Consta así el origen, importe, fecha de adquisición y vencimiento y situación actual de los créditos que mantiene contra el deudor, ya que el testimonio aportado de la ejecutoria seguida en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Getxo (Bizkaia), es suficientemente expresivo.
Sin embargo ha de analizarse si la norma legal exige otro presupuesto subjetivo que no cita expresamente, por lo que es dudoso concurra. Se trata de la existencia de una pluralidad de acreedores, ya que si sólo hubiera un acreedor, aunque fuera titular de varios créditos, el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que deriva del art. 1911 del Código Civil (CC), según el cual el deudor responde de sus obligaciones con todos su bienes, presentes y futuros, haría innecesario el procedimiento concursal, pues en una sola ejecución singular, precisamente la que se ha seguido en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Getxo, podrían ejecutarse todos los bienes del deudor.
En efecto, en un solo procedimiento de ejecución universal puede perseguir el acreedor todos los bienes de su deudor para hacer efectivo su crédito, ya sea reconocido por título judicial o extrajudicial. Como se indica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LECiv), la persecución del patrimonio del deudor cabe contra todos sus bienes si es preciso para «los fines de la ejecución» (art. 584), con los límites previstos en los arts. 605 y ss.
No se trata de dilucidar si un solo acreedor está legitimado para instar el concurso. No hay duda de tal eventualidad, porque la norma es clara al autorizar a «cualquiera de sus acreedores» a plantear el concurso

necesario de su deudor (art. 3.1). Lo que debe analizarse es si con tal expresión y otras semejantes que jalonan la Ley Concursal, se está partiendo del presupuesto subjetivo de una pluralidad de acreedores o basta con la existencia de uno para iniciar el procedimiento concursal.
SEGUNDO.- Sobre la necesariedad o no de una pluralidad de acreedores.- El cambio legislativo que supone la Ley Concursal afecta a la naturaleza tradicionalmente atribuida al mismo, que tiene alguna relevancia para la cuestión que se analiza. El procedimiento de quiebra ha sido considerado tradicionalmente como un procedimiento de «ejecución universal», y así se recogía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que se refería a ese tipo de procedimientos como «juicios universales» en el art. 4.3º (innecesariedad de procurador para comparecer a presentar títulos de créditos o derechos o concurrir en juntas), o en el 161.3º en casos de acumulación.
Quizá ahora los numerosos llamamientos que hace la LC a la continuidad de la actividad del deudor maticen esa consideración, pues no nos hayamos ante un procedimiento de ejecución, salvo que se opte directamente por la liquidación, sino un sistema dirigido esencialmente a alcanzar un acuerdo con los acreedores del deudor para tratar de abonar los créditos de forma ordenada, a través de un plan o convenio que éstos acepten.
Como se ha indicado, la LC no exige expresamente una pluralidad de acreedores para que se declare a un deudor en situación concursal. Sin embargo la propia denominación de la norma, Ley Concursal, pone de manifiesto que hay una «concurrencia» de los mismos. Así lo indica el párrafo quinto del apartado II de la Exposición de Motivos, en el que se dice:
«El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de "concurso", expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador R. ("Tractatus de concursu", 1616) y de Francisco S. de S. ("Labyrinthus creditorum concurrentium", 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común».
Dice por lo tanto la exposición de motivos que la razón de que se denomine así la Ley es la existencia de una concurrencia de acreedores sobre un solo patrimonio, el del deudor «común». Y en el mismo párrafo continúa indicando significativamente que «No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones».
Y justo en el párrafo anterior la Exposición de Motivos deja claro que es «la satisfacción de los acreedores» la «finalidad esencial del concurso», lo que revela que sería inconcebible si no hubiera una pluralidad de los mismos.
De la Exposición de Motivos lo que se deduce, en consecuencia, es que la norma se denomina «Ley Concursal» porque concurren varios acreedores y que en lugar de seguirse, para cada uno de ellos, un procedimiento de ejecución singular, el concurso significa que habrá un solo procedimiento para los casos en que el deudor insolvente tenga que afrontar esa situación frente a una pluralidad de acreedores.
Pasando entonces al texto legal lo primero en lo que se repara es que el artículo 2.1, al establecer el presupuesto objetivo del concurso, indica como ya hacía la exposición de motivos, que la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del «deudor común». Esta expresión no puede referirse al género del deudor, sino lógicamente, a la existencia de varios acreedores que tienen en común un solo deudor, el mismo para todos.
En consecuencia si hay un «deudor común» es que existe una pluralidad de acreedores, que concurren frente a su patrimonio cada uno con la legítima pretensión de ver satisfechos sus respectivos créditos. Si hubiera un solo acreedor, no habría deudor «común», sino «deudor», y por lo tanto, no podría haber concurrencia ni en consecuencia, concurso.
Más adelante la LC también parece decantarse por la idea de que existen varios acreedores. Así cuando concede legitimación en el art. 3.1 lo hace al «deudor y cualquiera de sus acreedores», de manera que presume la existencia de varios. Otro tanto sucede en el 3.4 LC aunque en el 3.5 la referencia lo es a un solo acreedor, que puede instar el concurso de varios de sus deudores.
A pesar de esa referencia singular, de nuevo el art. 4 parece inclinarse por la necesidad de una pluralidad de los mismos, porque en su primer párrafo impone al Fiscal la obligación de instar del juez penal que ponga en conocimiento del Juez de lo Mercantil la situación de quien esté en insolvencia si le consta la «existencia de una pluralidad de acreedores».
Y más tarde impone al deudor que solicita el concurso voluntario la obligación de presentar una «relación de acreedores, por orden alfabético...» (art. 6.2.4º), previene la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor (art. 15.2), el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud (art. 19.3), el llamamiento a los «acreedores» (art. 21.1.5º), la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos (arts. 49 y 76 y ss.), o la elaboración de una «lista de acreedores» por la administración concursal (art. 75.2.2º), entre otras muchas referencias.
En el ámbito comunitario el Reglamento CE núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo, sobre Procedimientos de Insolvencia, establece en su art. 1º, al regular el ámbito de aplicación de la norma, que «el presente reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico». La referencia a procedimiento «colectivo» evidencia que ha de existir una pluralidad de acreedores pues no sería necesario adjetivarlo así si se refiriera a un único procedimiento que afectara a la totalidad del patrimonio del deudor.
La doctrina que ha estudiado esta cuestión así lo concluye también. El prof. F. B. dice que «la esencia misma del concurso exige una pluralidad de acreedores», y luego que «si, cualquiera que sea la causa, en el

momento de la solicitud no consta la existencia de esa pluralidad de acreedores (y más aún si lo que consta es que es uno solo el acreedor) el Juez debe denegar la apertura del concurso» («Algunas Cuestiones sobre la Apertura del Concurso» en «La Ley Concursal », Cuadernos de Derecho Judicial XVIII, 2003, Madrid 2004, Pág. 56).
Por otro lado H. C. («Manual de la Reforma Concursal», Europea del Derecho Madrid, 2003, pp. 149 y 150) sostiene también que «... si el presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor "común" (art. 2.1 LECO) y la norma utiliza siempre el plural -acreedores-, siendo el concurso una limitación legal a la ejecución singular por la concurrencia de créditos no satisfactibles en un patrimonio escaso, resulta menester una pluralidad de acreedores para la declaración de concurso».
También B. R.-C. en «Comentarios a la Ley Concursal», Tecnos, Madrid, 2004, pp. 39 y 40 mantiene que «el requisito de la pluralidad de deudores parece imprescindible, aunque su acreditación junto con la solicitud del acreedor o de los demás legitimados (del art. 7) pueda resultar problemática», afirmando más adelante que «deberá acreditarse aunque sea indirectamente, la existencia de una pluralidad de deudores» o a pie de página que «... debería aceptarse también como causa de conclusión del concurso el supuesto en que el desistimiento o la renuncia sea de todos los acreedores reconocidos, menos uno».
Y el Profesor O. R., en la pg. 14 de la ponencia «La Declaración de Concurso» dentro del curso «La Nueva Ley Concursal», organizada por el CGPJ los días 15 a 17 de diciembre de 2004 dice «El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la LC no contempla el caso -realmente extraño- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por inexistencia de deudor común».
No sólo la Ley y la doctrina tienen clara la cuestión. La jurisprudencia ha optado por la misma tesis. Así la STS 9 de enero 1984 dice «la naturaleza misma y fin de la quiebra que no es otro, como, con todo acierto, apunta la sentencia inicial, que el de sujetar la masa patrimonial de un comerciante, insuficiente para enfrentar todas las deudas que sobre ella pesan, a las responsabilidades económicas contraídas, mediante un proceso de ejecución general, de modo que si no existe la necesidad de repartir el total patrimonio del deudor, entre sus acreedores particulares de la manera justa que el procedimiento universal de quiebra garantiza, porque las reclamaciones individuales, a que, en principio, tienen derecho los acreedores, caben en el activo patrimonial del comerciante, por exceder del montante de ellas, no puede hablarse de situación de quiebra como contenido de una declaración...».
La misma doctrina han seguido las Audiencias Provinciales. Así el AAP Madrid de 10 de septiembre de 1993, que dijo: «... la necesidad de una pluralidad de acreedores que traigan causa de un mismo comerciante deudor confirma la ratio legis de la declaración de la quiebra, pues la misma hace posible, por su naturaleza universal, la distribución de los bienes entre los diferentes acreedores»; el auto AP Sevilla 26 de enero de 1996 que dice «... es éste un procedimiento incompatible con la idea de existencia de un solo acreedor que pretenda cobrar con el importe de los bienes del quebrado...»; la SAP Barcelona de 19 de octubre de 1995, «... en ausencia de expresa regulación legal constituye parecer doctrinal prácticamente unánime, plenamente compartido por esta Sala, que la concurrencia de una pluralidad de acreedores que pretendan obtener la satisfacción de su crédito sobre el patrimonio del deudor constituye, por hipótesis, uno de los presupuestos objetivos de la declaración de quiebra, pues de existir un solo acreedor, el procedimiento concursal, que es, al fin, una liquidación colectiva, resulta innecesario e injustificado, ya que el crédito de aquél puede ser realizado a través de la ejecución singular, aunque con ésta se agoten los bienes del obligado; en consecuencia la declaración de quiebra de un comerciante con un solo acreedor, sería, ciertamente, improcedente, como afirma la actora incidental...».
La SAP Sevilla de 25 de octubre de 1995 dice que «... la inexistencia de dos acreedores, teniendo en cuenta que la Hacienda Pública no lo es, hace inviable y sin sentido un procedimiento de ejecución universal como es el de quiebra cuyos principios fundamentales son, el tratamiento igualitario de los acreedores y el posibilitar una ejecución paritaria entre los diversos créditos concurrentes, dada la situación de insolvencia del deudor...».
El Auto AP Badajoz de 15 de noviembre de 1995 dispone «... las normas del procedimiento de quiebra no se adaptan a la ejecución singular; el ahora acreedor -único conocido- puede eludir este procedimiento universal y, en su beneficio, proponer la ejecución singularizada de su crédito sin sujetarse a las limitaciones que le impondría la concurrencia de otros de igual o mejor derecho. En este sentido la imposición de la quiebra viene en aminorar, incluso, sus derechos...»; y de la misma Audiencia en auto de 18 de marzo de 1997, dice «... lo que a criterio de este Tribunal no ha quedado acreditado es la existencia de una pluralidad de acreedores...».
La SAP Pontevedra de 11 de abril 1997, dice que «la declaración de quiebra requiere de una pluralidad de acreedores, aunque el que la solicite sea solamente uno de ellos». Por último la SAP Castellón de 5 de febrero de 2000, dispone «Finalmente, se exige como requisito la concurrencia de acreedores. Debe ser alegada y probada por el peticionario de la quiebra, conforme dispone el art. 1325.2 LECiv, en forma suficiente, ya sea documentalmente, ya por testigos».
Ese conjunto de datos ponen de manifiesto que el concurso sólo es posible si existe una pluralidad de acreedores. Sin aquélla, lo procedente es que el afectado continúe la ejecución singular frente a su deudor, pues el principio de responsabilidad patrimonial universal derivado del citado art. 1911 del CC le permite perseguir todo su patrimonio para hacer efectivo su crédito o los créditos que tenga frente al mismo, en ese sólo y único procedimiento de ejecución.
Porque no tiene sentido que todo el proceso concursal se ponga en marcha, nombrando la administración concursal, para que finalmente lo que conste sea lo mismo que en el proceso de ejecución singular, es decir, que hay un solo acreedor y el inventario de los bienes del deudor. No hay razón para la junta o el convenio,

pues existe un solo acreedor que obviamente puede llegar a pactos puntuales o generales con su deudor como consecuencia del principio de libertad contractual que proclama el art. 1255 del CC, ni para abrir el complicado sistema previsto en la LC que se sostiene sólo si existe una pluralidad de acreedores cuyos créditos concurren frente un deudor común. ": Auto JM-1 Bilbao 3.12.2004 (AC 2005/58)

"Requerida también la parte instante para que manifieste la existencia de otros acreedores, se limita a indicar que conoce, a través de dos edictos publicados en el año 1999, que hubo dos procedimientos de ejecución contra los hoy concursados. Tales procedimientos, sin embargo, constan archivados desde hace seis años, por lo que falta el presupuesto preciso para que pueda entenderse procedente un procedimiento concursal.
El concurso instado es inadmisible al faltar el requisito de pluralidad de acreedores (STS 9 de enero de 1984 [RJ 1984, 342], AAP Madrid 10 de septiembre de 1993 [AC 1993, 1674], AAP Sevilla 26 de enero de 1996 [AC 1996, 179], SAP Barcelona de 19 de octubre de 1995 [AC 1995, 2123], SAP Sevilla de 25 de octubre de 1995 [AC 1995, 1880], AAP Badajoz de 15 de noviembre de 1995 [AC 1995, 2238], SAP Ávila de 11 de abril 1997 [AC 1997, 708]).
Tras la LC queda proclamado ese principio no sólo en la Exposición de Motivos, que indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, sino de numerosos preceptos de los que se deriva esa exigencia, como el art. 2.1, al exigir un «deudor común» a varios acreedores, art. 3 que menciona a los acreedores en plural, el 4 que habla de «pluralidad de acreedores», el 6.2º que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una «relación de acreedores, por orden alfabético...», el 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor, 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud, el 21.1.5º en el llamamiento a los «acreedores», el 49 y 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o el 75.2.2º que hace otro tanto para la elaboración de una «lista de acreedores» por la administración concursal.
En todo caso, y aun cuando no concurra este requisito, la LC no ha derogado el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que deriva del art. 1911 CC, según el cual el deudor responde de sus obligaciones con todos su bienes, presentes y futuros, de manera que el hoy solicitante puede seguir indagando sobre eventuales nuevos elementos patrimoniales en el procedimiento de ejecución que tramita en el Juzgado de Getxo": Auto JM-1 Bilbao 11.05.2005 (AC 2005/940)

JM-1 Tarragona

"Siguiendo la mejor doctrina, el art. 2.1 de la LC dice que: «La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común».
Dos elementos contiene la norma; uno, puramente objetivo, es el estado económico de insolvencia; otro, relativo al sujeto que lo padece, está relacionado con el presupuesto subjetivo, el deudor, calificado aquí con el adjetivo «común», referido a una pluralidad de acreedores.
El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la LC no contempla el caso -realmente extraño- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por inexistencia de deudor común. Sin embargo, la LC no exige la prueba o justificación específica de ese requisito. Interpretando las normas de la LC, que si la declaración de concurso la solicita el propio deudor y de la «relación de acreedores» que ha de acompañar (art. 6.2.4°) no resulta esa pluralidad, el juez no debe acceder a la solicitud. Si, por el contrario, la solicitud es de acreedor o de otro legitimado, los hechos en que ha de basarse (arts. 2.4 y 7) presuponen, normalmente, la pluralidad de obligaciones, aunque no expresamente de acreedores; así, en los núm. 1° y 2° («sobreseimiento general» y «embargos por ejecuciones que afecten de una manera general al patrimonio del deudor»), y en el 4°, a no ser que el solicitante invoque el incumplimiento generalizado de las obligaciones de las que sea acreedor exclusivo. En el núm. 3° no hay relación ni con el número de acreedores ni con el de las obligaciones (alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor).
Aun no exigiendo expresamente el requisito de la pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, ese dato está presente en la LC. El art. 4 contempla en su supuesto de hecho el elemento «de la existencia de una pluralidad de acreedores» a los efectos de la «intervención del Ministerio Fiscal». El art. 20.4 se refiere asimismo a «la existencia de otros posibles acreedores» en caso de incomparecencia o falta de ratificación del solicitante de la declaración de concurso. En ambos preceptos se trata de estimular la solicitud de concurso necesario si aparecen indicios de insolvencia y de existencia de una pluralidad de acreedores. (Auto AP Baleares 11.04.2006)
La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) ha establecido ciertos presupuestos para que proceda la declaración de concursos. De su redacción se desprende, en primer lugar, que es presupuesto subjetivo la existencia de un deudor, pues así lo declara el art. 1, y presupuesto objetivo su situación de insolvencia, según el art. 2, que le impide cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC).
Por otro lado el art. 7 de la misma norma dispone los requisitos que ha de satisfacer el acreedor solicitante, todos los cuales, han sido atendidos. Consta así el origen, importe, fecha de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito que mantiene contra el deudor, ya que es suficientemente expresiva la documental aportada y la testifical practicada (no haciéndose valoración exclusiva de la prueba testifical - art. 7. 2 in fine - pero sí la misma debe tenerse por confirmatoria de las alegaciones de la demandante) en el acto de la vista, constando acreditada la pluralidad de acreedores y a su vez, como no podía ser de otra forma, la pluralidad de deudas.

Como se ha indicado, la LC no exige expresamente una pluralidad de acreedores para que se declare a un deudor en situación concursal. Sin embargo la propia denominación de la norma, Ley Concursal, pone de manifiesto que hay una «concurrencia» de los mismos. Así lo indica el párrafo quinto del apartado II de la Exposición de Motivos, en el que se dice: «El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de "concurso", expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador R. ("Tractatus de concursu", 1616) y de Francisco S. de S. ("Labyrinthus creditorum Pese a todo podría argumentarse que el sistema que estatuye la Ley Concursal no obliga al acreedor a demostrar la existencia de una pluralidad de acreedores, ya que el art. 2 sólo dispone que ha de indicarse la concurrencia del presupuesto objetivo, la insolvencia, y el art. 7 las exigencias precisas para que se pueda instar el concurso necesario, entre las que no se encuentra tal indicación. No obstante en el presente supuesto, como ya se apuntó, concurren esa pluralidad de acreedores, incluso con publicación de deudas en el BOE.": Auto JM-1 Tarragona 06.03.2008 (Concurso 265/2007)

JM-1 Alicante

"Segundo.- Según tesis ya expuesta por este Juzgado en autos de 21 de abril de 2005, de 21 de abril, 17 de julio de 2006 y 22 de febrero de 2008, el procedimiento concursal solamente tiene sentido existe una pluralidad de acreedores.
os encontramos ante un procedimiento universal dirigido a la satisfacción de los acreedores, bien mediante un convenio entre estos y el deudor común, bien mediante la liquidación ordenada del patrimonio de aquel; y una y otra solución solamente cobre sentido sí existe una pluralidad de titulares de crédito, ya que de lo contrario, entraría en juego la posibilidad que establece el ordenamiento jurídico de la ejecución individual o singular. Las normas sobre respeto a la pars condictio creditorum que inspira toda regulación concursal, calificación de créditos, mayorías de convenios o graduación en los pagos, etc no se explican si es uno solo el acreedor.
Así lo ha venido estableciendo la jurisprudencia en interpretación de la legislación derogada (STS 9/1/94, AP de Avila de 1/4/97; Madrid, de 10/9/92; Barcelona de 19/10/95; Palma de Mallorca, Sección 38, Sentencia de 24 Feb. 1990; Barcelona, Sección 11ª, Auto de 25 Ene. 1991, Ávila, Sentencia 22.5.96; Castellón, Sentencia de 25 Abr. 1998 y Alicante de 22 de mayo de 2002) que es de aplicación al nuevo texto legal.
Postura que encuentra su apoyo normativo en el art. 2.1 al indicar que "procederá la declaración de concurso en caso de insolvencia del deudor común"; adjetivos este último que no hace referencia a género sino a pluralidad de acreedores. Refuerza ello la Exposición de Motivos al explicar el nombre elegido para denominar el procedimiento y que " por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común".
Este es el criterio mantenido por la doctrina científica (entre otros, Rodrigo Bercovitz Rodriguez Cano, Juana Pulgar Ezquerro y Miguel Ángel Fernández Ballesteros), los Juzgados de lo Mercantil (AJM número dos de Madrid, de 16 de diciembre 2004 y de Bilbao, de 3 diciembre 2004, entre otros) y la llamada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, de especial interés en estos momentos de la nueva Ley ante la ausencia todavía de pronunciamientos del Tribunal Supremo, como el Auto de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4), de 5 mayo de 2006
Tercero.- En el caso presente solo se contiene un acreedor en la lista aportada (doc num 5) y se afirma expresamente "No hay ningún otro acreedor ", por lo que atendiendo a las consideraciones anteriores carece de rigor y de sentido la incoación del procedimiento concursal, sino que en la situación descrita lo que procede si lo insta el acreedor que se ejecute su crédito hipotecario a través de la ejecución singular, pero no sustituir tales mecanismos por el proceso concursal
El concurso tiene por finalidad la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor común bien mediante la solución convenida bien mediante la solución liquidatoria, con realización de los bienes y derechos económicos para distribución ordenada a los acreedores de su producto.
En estas circunstancias fácticas ni es posible, por su propia naturaleza, un convenio de continuación (no hay actividad) ni propiamente tiene sentido hablar de liquidación ordenada, a la vista de la configuración del pasivo"; AJM-1 Alicante 08.07.2008 (Concurso 360/2008)

JM-1 Lleida

"PRIMERO La finalidad del procedimiento concursal está en el principio de «par conditio creditorum», o comunidad de pérdidas, por el cual se procede a la ejecución universal y ordenada del patrimonio del deudor entre todos los acreedores; todo ello en sustitución del principio de prevención, o «prior in tempore, potior iure» que inspira la ejecución singular y que solo puede cumplir su función mientras el patrimonio del deudor se bastante para satisfacer la totalidad de las deudas.
Por tanto el concurso es un proceso de ejecución universal porque proyecta sobre todo el patrimonio del deudor (art. 76 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal) y sobre la totalidad de sus acreedores (art. 49 Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal) (La nueva Ley concursal; Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, «Algunas cuestiones sobre la apertura del Concurso» Miguel Angel Fernandez-Ballesteros, PAG. 23).
SEGUNDO Ahora bien no se puede hacer abstracción del hecho que el concurso es un procedimiento universal, de manera que se forma la masa de bienes en beneficio de la totalidad de los acreedores, es decir, la participación de la masa de acreedores en el convenio o la liquidación y bienes que sean titularidad de la sociedad concursada.
Es un criterio ya asentado la exigencia de pluralidad de acreedores para poder aceptar la solicitud de concurso, y ésta no se da. Entre otras, A.P. Vizcaya, Secc. 4ª Auto 5-5-2006 (AC 2007, 352), y se fundamenta

en que no sólo la Exposición de Motivos indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, sino que numerosos preceptos de los se deriva esta existencia como el art. 2.1, cuando exige un «deudor común» a varios acreedores; el art. 3 que menciona acreedores en plural; el art. 4 que habla de «pluralidad de acreedores»; el art. 6.2º que exige la presentación de un listado de acreedores por orden alfabético; el art. 15 cuando prevé peticiones sucesivas de acreedores de un mismo deudor, el art. 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados; el art. 49 y 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los acreedores; o el art. 75.2.2 que remite también a los acreedores.
TERCERO En este caso, la totalidad de la masa pasiva que reconoce la propia solicitante es a un solo acreedor, y además en garantía, sin que conste ejecución singular alguna. No hay ningún crédito más en este momento. Y no puede sostenerse incluso la insolvencia previsible, porque el activo del solicitante es un inmueble entero, sin cargas, cuando la deuda es de 30.000 €.
Por tanto ni se da el requisito de pluralidad de acreedores ni consta en modo alguno el elemento objetivo de insolvencia, ni actual ni inminente.": AJM-1 Lleida 22.10.2008 (JUR 2009/184914; Autos 244/2008)

1.1 La alegación y prueba del presupuesto de la pluralidad de acreedores

AP Barcelona

"Fundamentos de derecho.—I. Como hemos mantenido en anteriores resolu-ciones, y en ello existe unanimidad doctrinal, la razón de ser y finalidad del procedi-miento concursal, que por ello es de carácter colectivo, presupone la concurrencia de una pluralidad de acreedores, y sin esta circunstancia no cabe la declaración de con-curso. Se trata de un presupuesto necesario, aunque implícito, y de ahí que la LC se re-fiera al «deudor común», a la obligación de presentar una «relación de acreedores», a la incapacidad para cumplir «sus obligaciones exigibles», al «incumplimiento genera-lizado de sus obligaciones», a la legitimación de «cualquiera de sus acreedores» para solicitar el concurso, a «la concurrencia de acreedores», etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por una pluralidad de acree-dores. De no existir, el medio adecuado para la satisfacción del crédito es el procedi-miento y ejecución singular, al margen de cualesquiera otras acciones que asistan al acreedor para reintegrar el patrimonio de su deudor y hacer efectivo el principio de res-ponsabilidad patrimonial universal, o para extender la responsabilidad por la deuda a otras personas de acuerdo con la normativa correspondiente, en particular la societaria.
El Juez mercantil, aunque con la expresión de una duda (por ello no impuso las costas procesales de la primera instancia), consideró, a la vista de la oposición formulada por la sociedad deudora y de la prueba practicada en el incidente contradictorio, que este esencial presupuesto no concurría en el caso y por ello denegó la declaración de concurso necesario de «C., S.L.», que fue solicitada por «I., S.A.», que invocaba un crédito reconocido judicialmente y cuya ejecución judicial resultó infructuosa por insuficiencia de bienes realizables (art. 2.4 LC).
II. La parte solicitante apela la decisión judicial y alega, entre otros argumen-tos, que la carga procesal de acreditar la inexistencia de otros acreedores corresponde a quien por su proximidad con las fuentes de prueba estaba en mejor disposición de ha-cerlo, es decir, la sociedad deudora, debiendo resolverse las dudas en su contra, sin perjuicio de que, una vez declarado el concurso y tras el período de comunicación de créditos, si se acredita que no existen más acreedores, se proceda al archivo del pro-cedimiento.
III. Como relata el recurso, la sociedad deudora aportó, a requerimiento de la acreedora instante, diversa documentación contable, en particular un balance de si-tuación a enero de 2008 que refleja un pasivo corriente por importe de 441.243,43 eu-ros, en el que no se incluía la deuda con la solicitante (reconocida por la demandada en un acuerdo trasaccional que fue aprobado judicialmente por auto de 24 de abril de 2007). En este balance constan unos fondos propios positivos por importe de 89.670,17 euros (ascendiendo el capital social a 450.000 euros). De otra parte, de las cuentas anuales de 2007 resulta así mismo un pasivo exigible por 441.243,43 euros (y unos fondos propios por 89.670,17 euros). No obstante, la sociedad deudora aportó también un balance de situación a junio de 2008 («de enero a junio», figura en el balance, cons-tando como «fecha de listado» el 18 de noviembre de 2008, folio 182) en el que el pa-sivo corriente de 441.243,17 euros (en el que no se había incluido el crédito de la so-licitante) había quedado reducido a 103.457,46 euros, importe del crédito de la solicitante, que aparecía como única acreedora.
El administrador de la sociedad deudora, M.B.A.P. (nombrado en junta general cu-yos acuerdos se elevaron a públicos el 1 de agosto de 2007), «con respuestas vagas e imprecisas», dice el auto apelado, admitió que su incorporación a la compañía res-pondía a una estrategia de liquidación ordenada, realizando sin embargo una labor me-ramente formal, ya que las operaciones eran decididas por el socio mayoritario M.U.A., anterior administrador único.
La acreedora instante interesó como medio de prueba, así mismo, el requerimien-to a la demandada para que acreditara documentalmente el pago a todos y cada uno de los acreedores que conforman el pasivo exigible resultante de la documentación con-table, y que se librara oficio por el Juzgado a todos esos acreedores para que infor-maran por escrito si la demandada les adeuda alguna cantidad y su importe. La socie-dad deudora no atendió el primer requerimiento, y los oficios no se llegaron a librar pese a que, por lo que parece, fue admitido este medio de prueba. No obstante, la so-licitante ahora apelante no ha interesado en su escrito de recurso que en la segunda ins-tancia se practique este medio de prueba en su día admitido (conforme al art. 460.2.2.º LEC).
Con este material, el Juez mercantil, bien que admitiendo una duda sobre la verdadera situación de la sociedad, se decantó, para fundar su decisión, por considerar la documentación contable aportada, de la que

«por lo menos formalmente» resulta un único acreedor, la sociedad instante, dado que el resto han visto atendidos sus crédi-tos, que han sido cancelados en la contabilidad. Añadió que ningún otro acreedor se ha personado y que en la vista del juicio no se articuló la prueba de dirigirse al listado de acreedores que aparecía en la contabilidad para corroborar el pago de sus créditos. Ya hemos visto que esta prueba sí fue propuesta por la solicitante, y fue admitida, pero no se practicó, y no ha sido interesada en la segunda instancia. Además, finali-zaba el señor Magistrado, pese a que los estados contables aportados puedan generar dudas sobre la verdadera situación de la sociedad (sembradas por el actual adminis-trador), no hay ninguna base para concluir que ha sido manipulada.
A la vista de lo actuado, que la Sala ha revisado, esta conclusión resulta razonable. En principio, la duda que puede existir sobre la verdadera situación económico-patri-monial de la sociedad a la fecha en que es solicitado el concurso (julio de 2008), sembrada, como indica la sentencia, por las vagas y evasivas manifestaciones del ad-ministrador actual (por lo que parece, un mero testaferro), no han de resolverse nece-sariamente en contra de la sociedad demandada, que por lo que aquí puede deducirse está y ha sido gestionada de hecho por el antiguo administrador señor U. con finalidad de liquidación (liquidación de hecho, porque no consta que se haya acordado la diso-lución), cuando se han aportado estados contables de 2008 que reflejan la existencia de un solo acreedor, después de haberse cancelado los pasivos anteriores, según refle-ja la contabilidad. Es cierto que el crédito de la solicitante debió quedar reflejado en la contabilidad por lo menos al cierre del ejercicio de 2007, ya que en abril de ese año la sociedad demandada lo reconoció en el acuerdo transaccional, y fue despachada eje-cución en su contra, por ese crédito, por auto de 10 de septiembre de 2007, pero de su falta de reflejo contable al cierre de dicho ejercicio y de su ulterior inclusión en el balance de junio de 2008 no cabe deducir que este último balance esté falseado por ocultar pasivos reales, los correspondientes a los acreedores que aparecían en el balance de enero de 2008, cuyo pago se afirma por la demandada y refleja su contabilidad. A falta de una prueba pericial a cargo de un perito contable que la haya examinado y verificado los documentos justificativos que le sirven de soporte, la conclusión de su manipulación o, en definitiva, de su falsedad, no deja de ser una mera conjetura.
Al margen de ella, lo cierto es que no hay constancia de ningún acreedor más, ni de la existencia de otras ejecuciones singulares contra la demandada, ni de deudas con entidades financieras ni con organismos públicos. Y reiteramos que el medio de prue-ba propuesto en su día y no practicado, de recabar información de los acreedores que refleja la contabilidad al cierre de 2007 acerca del efectivo cobro de sus créditos, no ha sido reproducida en esta instancia.”: AAP Barcelona (Sección 15) 18.09.2009 (Rollo 256/2009; RJC 108)

“PRIMERO. La solicitante Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares, SANOSTRA, hoy Banco Mare Nostrum, S.A., que se afirma acreedora de la solicitada Barnet, S.L., interpone recurso de apelación frente a la resolución dictada por el juzgado mercantil que no admite a trámite la solicitud de concurso necesario de la referida sociedad. El juzgado consideró que de la solicitud se deriva que únicamente existe un acreedor de la solicitada Barnet, la propia solicitante, razón por la que no concurre uno de los presupuestos necesarios para la declaración del concurso, la existencia de una pluralidad de acreedores.
El recurso de la solicitante se funda en que no es cierto que exista un único acreedor sino que de los propios documentos aportados con la solicitud deriva la existencia de al menos otro crédito distinto del suyo y correspondiente a la hipoteca que grava la finca núm. 178, propiedad de la solicitada. También se alega que no tiene la carga de acreditar la existencia de una pluralidad de acreedores para que se admita a trámite la solicitud sino exclusivamente acreditar la existencia de su crédito, cosa que la resolución recurrida no cuestiona, y los indicios de insolvencia en los que se encuentra incurso el deudor, requisitos que ha cumplido.
SEGUNDO. Es cierto que hemos venido afirmando, tal como la resolución recurrida recoge, que la existencia de una pluralidad de acreedores constituye presupuesto para que pueda ser declarado un concurso, tal y como resulta del propio art. 2.1 LC, que habla del deudor "común", lo que presupone la existencia de más de un acreedor, y del propio carácter colectivo del proceso concursal.
No obstante, ello no significa que hayamos interpretado, ni que se pueda interpretar, que el acreedor instante tenga la carga adicional de acreditar la existencia de una pluralidad de acreedores, porque ello le puede suponer una carga irrazonable y que la Ley Concursal no le atribuye. Para que la solicitud se admita a trámite, tal y como resulta del art. 7.1 de la Ley Concursal, basta que el solicitante acredite los hechos indicativos de su legitimación, esto es, la existencia de su crédito y los indicios de insolvencia en los que se funde, cuestiones que la resolución recurrida no cuestiona.
Por consiguiente, la solicitud debe considerarse incorrectamente inadmitida a trámite por esa circunstancia.
TERCERO. Ello no significa que por esta causa (la falta de acreditación de la existencia de una pluralidad de acreedores) no pueda rechazarse en ningún caso la admisión a trámite de la solicitud en este trámite inicial. En supuestos de solicitud de concurso voluntario sí hemos admitido que la inexistencia de pluralidad de acreedores que resulta de los datos ofrecidos por el propio solicitante, es causa que justifica que la solicitud no se admita a trámite. Pero la situación es distinta en el caso de concurso necesario, en el que habrá que esperar a un trámite ulterior, caso de oposición del deudor, para enjuiciar si concurre este requisito.
Por consiguiente, el recurso debe ser admitido y con ello devueltas las actuaciones al juzgado para que, sin más demora, se pronuncie sobre la admisión a trámite de la solicitud y prosiga con su tramitación.”: AAP Barcelona (Sección 15) 27.04.2012 (Auto 63/2012; Rollo 60/2012)

JM-1 Bilbao

“TERCERO.- A quien corresponde alegar la existencia de una pluralidad de acreedores.- Pese a todo podría argumentarse que el sistema que estatuye la Ley Concursal no obliga al acreedor a demostrar la existencia

de una pluralidad de acreedores, ya que el art. 2 sólo dispone que ha de indicarse la concurrencia del presupuesto objetivo, la insolvencia, y el art. 7 las exigencias precisas para que se pueda instar el concurso necesario, entre las que no se encuentra tal indicación.
El sistema que se ha ideado en la LC para la declaración del concurso necesario en los arts. 15 y 19 permitiría al deudor responder al emplazamiento y oponer que no existe pluralidad de acreedores. Podría argumentarse que efectivamente hay persecución de su patrimonio, pero sólo por el solicitante y no por terceros, de modo que no tendría sentido acometer el procedimiento concursal.
Tal sistema, sin embargo, se sustenta en que el deudor se oponga. Pero si no comparece, o si lo hace y no se opone, o si se allana, habría que declarar de modo forzoso el concurso, pese a que no conste la existencia de la pluralidad de acreedores que hemos visto en el anterior fundamento que es precisa para que un procedimiento de la naturaleza del concursal pueda tener sentido.
No puede depender por ello la declaración de concurso de la actividad que despliegue el deudor. El Juzgado que conocerá del concurso debe constatar, al menos de modo indiciario, la existencia de tal pluralidad.
En cuanto al acreedor, sin duda puede tratar de acreditar este extremo. Por ello el art. 7.2 de la Ley Concursal le autoriza a proponer en la solicitud de concurso necesario los medios de prueba que considere precisos para acreditar los hechos en los que la fundamenta. El incidente puede servir, en consecuencia, también para demostrar la pluralidad de acreedores precisa.
Sin embargo esa prueba planteada se supedita a la existencia de oposición (art. 18.1 LC) del deudor. Sin aquélla el Juzgado está obligado a declarar el concurso, sin analizar siquiera los medios de prueba que se propusieron. Pero lo que es más importante, en este caso el solicitante manifiesta que «no le consta» si existen otros acreedores, de manera que sencillamente no se puede intentar probar lo que desconoce. La prueba tiene que servir para acreditar una afirmación, no para indagar sobre la existencia o no de un presupuesto del concurso.
Hay que tener en cuenta, además, que en este caso el solicitante ha planteado un procedimiento de ejecución judicial previo, el menor cuantía 64/98 seguido en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Getxo, en el que no hay un solo dato en el que conste la existencia de varios acreedores. De la documentación que presenta la entidad solicitante del concurso lo que se deduce es que no existen bienes, pero no que haya otros acreedores.
Preguntada sobre el particular en la providencia de subsanación, el solicitante manifiesta que no le consta que existan otros acreedores. Por eso mismo no tiene sentido la solicitud, ya que ha iniciado un procedimiento de ejecución singular, ha perseguido el patrimonio del acreedor, ha resultado insuficiente y no constan otros acreedores.
En estos casos puede sin duda el ejecutante conocer otros créditos de terceros. Así si persigue bienes inmuebles y los encuentra, pero embargados por otros procedimientos de ejecución de la naturaleza que sea. Pretende hacer efectiva la garantía patrimonial universal que se deriva del art. 1911 del CC frente a su deudor, inicia un procedimiento de ejecución singular contra su patrimonio y se topa con embargos anteriores que hacen insuficiente los recursos del deudor para responder de su deuda.
Ante tal situación, sin duda puede el acreedor interesado acudir al concurso necesario. La ejecución singular que mantiene contra el deudor concurre con otra anterior de acreedores diversos, y por lo tanto, ya tiene sentido poner el marcha todo el complicado mecanismo que se idea en la Ley Concursal para tratar de alcanzar un convenio con el deudor «común» o para liquidar su patrimonio de forma ordenada, sin las preferencias que se derivan de la rapidez con la que el acreedor o la administración de justicia hayan actuado para sujetar los bienes del afectado.
Pero en este caso no consta en absoluto tal situación. Lo único que nos encontramos es ante un patrimonio insuficiente para responder del crédito del que es legítimo titular el acreedor solicitante, que no choca con ningún otro, pues ni se deriva de la documentación presentada, la copia del procedimiento de ejecutoria judicial, ni se manifiesta que pueda concurrir por el propio interesado en el procedimiento concursal.
Tampoco tiene sentido que se pretenda iniciar el procedimiento concursal para el ejercicio de algunas de las acciones de reintegración a las que se refiere la Ley Concursal en los arts. 71 y ss., puesto que idénticas posibilidades se abren al acreedor para verificarlo a través del ejercicio de las acciones prevista en el CC para los actos realizados en fraude de acreedores (art. 1291-3º), o por medio de las acciones revocatoria o pauliana (art. 1111).
Estas acciones pueden ejercitarse por cualquier acreedor cuando tiene constancia de la insuficiencia del patrimonio actual de su deudor para responder de la deuda. Puede tratar en consecuencia de reintegrar al patrimonio del mismo aquellos bienes que hayan sido transmitidos en fraude de sus derechos o con una voluntad defraudatoria o de insolventarse, en vía civil o incluso, en los casos de mayor gravedad, a través de las acciones penales que regulan el alzamiento de bienes (art. 257 Código Penal, CP) o cualquiera otra de las insolvencias punibles.
Por otro lado la finalidad esencial del concurso es alcanzar un acuerdo con el deudor para establecer un plan de pagos, que se facilita mediante quitas y/o esperas, de manera que si no se alcanza, se procede a la liquidación ordenada de su patrimonio. Pero esa misma finalidad, si existe un solo acreedor, puede lograrse mediante un pacto con el ejecutado, perfectamente admisible conforme al art. 1255 del CC, de manera que es innecesario el concurso para facilitarlo.
Y si se argumenta que un solo acreedor puede tener varios créditos, que den lugar a distintos procedimientos de ejecución, que quiere ordenar en uno sólo, puede oponerse que la LECiv admite la posibilidad de acumulación de ejecuciones seguidas entre un mismo acreedor y un mismo deudor (art. 555) y que, en todo caso, si es el único acreedor no habrá problema alguno para que sus distintos créditos sean satisfechos por el

orden que proceda, pues ningún perjuicio puede padecer por ello, al irlos cobrando de modo sucesivo sin que terceros se interpongan.
En definitiva, es el acreedor que persigue bienes de su deudor y que constata la insuficiencia de su patrimonio quien debe alegar la existencia de otros acreedores, para que el Juzgado pueda apreciar la concurrencia del presupuesto subjetivo del concurso que constituye la pluralidad de acreedores. Sin tal alegación, o sin la constancia a través de cualquier indicio de que hay varios, no puede ser declarado el concurso, porque el deudor sigue teniendo a su disposición el procedimiento de ejecución singular que le permite perseguir la totalidad del patrimonio del deudor y las acciones, civiles y penales, que le autorizan a tratar de reintegrar al mismo aquellos elementos patrimoniales que lo han abandonado indebidamente.
Todo ello conduce a la inadmisión de la solicitud presentada, ante la falta de constancia o alegación de la existencia de una pluralidad de acreedores de la persona física cuyo concurso se insta." : Auto JM-1Bilbao de 3.12.2004 (AC 2005/58)

"Con tales circunstancias lo procedente es acordar la inadmisión de la solicitud. Al respecto conviene reiterar los argumentos utilizados por este mismo Juzgado en auto de tres de diciembre de 2004, donde se indicaba que «pese a todo podría argumentarse que el sistema que estatuye la Ley Concursal no obliga al acreedor a demostrar la existencia de una pluralidad de acreedores, ya que el art. 2 sólo dispone que ha de indicarse la concurrencia del presupuesto objetivo, la insolvencia, y el art. 7 las exigencias precisas para que se pueda instar el concurso necesario, entre las que no se encuentra tal indicación.
El sistema que se ha ideado en la LC para la declaración del concurso necesario en los arts. 15 y 19 permitiría al deudor concurrir y oponer que no existe pluralidad de acreedores. Podría argumentar que efectivamente hay persecución de su patrimonio, pero sólo por el solicitante y no por terceros, de modo que no tendría sentido acometer el procedimiento concursal.
Tal sistema, sin embargo, se sustenta en que el deudor se oponga. Pero si no comparece, o si lo hace y no se opone, o si se allana, habría que declarar de modo forzoso el concurso, pese a que no conste la existencia de la pluralidad de acreedores que hemos visto en el anterior fundamento que es precisa para que un procedimiento de la naturaleza del concursal pueda tener sentido.
No puede depender por ello la declaración de concurso de la actividad que despliegue el deudor. El Juzgado que conocerá del concurso debe constatar, al menos de modo indiciario, la existencia de tal pluralidad.
En cuanto al acreedor, sin duda puede tratar de acreditar este extremo. Por ello el art. 7.2 de la Ley Concursal le autoriza a proponer en la solicitud de concurso necesario los medios de prueba que considere precisos para acreditar los hechos en los que la fundamenta. El incidente puede servir, en consecuencia, también para demostrar la pluralidad de acreedores precisa.
Sin embargo esa prueba planteada se supedita a la existencia de oposición (art. 18.1 LC) del deudor. Sin aquélla el Juzgado está obligado a declarar el concurso, sin analizar siquiera los medios de prueba que se propusieron. Pero lo que es más importante, en este caso el solicitante manifiesta que "no le consta" si existen otros acreedores, de manera que sencillamente no se puede intentar probar lo que desconoce. La prueba tiene que servir para acreditar una afirmación, no para indagar sobre la existencia o no de un presupuesto del concurso (...).
Tampoco tiene sentido que se pretenda iniciar el procedimiento concursal para el ejercicio de algunas de las acciones de reintegración a las que se refiere la Ley Concursal en los arts. 71 y ss., puesto que idénticas posibilidades se abren al acreedor para verificarlo a través del ejercicio de las acciones prevista en el CC para los actos realizados en fraude de acreedores (art. 1291-3º), o por medio de las acciones revocatoria o pauliana (art. 1111).
Estas acciones pueden ejercitarse por cualquier acreedor cuando tiene constancia de la insuficiencia del patrimonio actual de su deudor para responder de la deuda. Puede tratar en consecuencia de reintegrar al patrimonio del mismo aquellos bienes que hayan sido transmitidos en fraude de sus derechos o con una voluntad defraudatoria o de insolventarse, en vía civil o incluso, en los casos de mayor gravedad, a través de las acciones penales que regulan el alzamiento de bienes (art. 257 Código Penal, CP) o cualquiera otra de las insolvencias punibles.
Por otro lado la finalidad esencial del concurso es alcanzar un acuerdo con el deudor para establecer un plan de pagos, que se facilita mediante quitas y/o esperas, de manera que si no se alcanza, se procede a la liquidación ordenada de su patrimonio. Pero esa misma finalidad, si existe un solo acreedor, puede lograrse mediante un pacto con el ejecutado, perfectamente admisible conforme al art. 1255 del CC, de manera que es innecesario el concurso para facilitarlo.
Y si se argumenta que un solo acreedor puede tener varios créditos, que den lugar a distintos procedimientos de ejecución, que quiere ordenar en uno solo, puede oponerse que la LECiv admite la posibilidad de acumulación de ejecuciones seguidas entre un mismo acreedor y un mismo deudor (art. 555) y que, en todo caso, si es el único acreedor no habrá problema alguno para que sus distintos créditos sean satisfechos por el orden que proceda, pues ningún perjuicio puede padecer por ello, al irlos cobrando de modo sucesivo sin que terceros se interpongan.
En definitiva, es el acreedor que persigue bienes de su deudor y que constata la insuficiencia de su patrimonio quien debe alegar la existencia de otros acreedores que también lo están haciendo, para que el Juzgado pueda apreciar la concurrencia del presupuesto subjetivo del concurso que constituye la pluralidad de acreedores. Sin tal alegación, o sin la constancia a través de cualquier indicio de que hay varios, no puede ser declarado el concurso, porque el deudor sigue teniendo a su disposición el procedimiento de ejecución singular que le permite perseguir la totalidad del patrimonio del deudor y las acciones, civiles y penales, que le

autorizan a tratar de reintegrar al mismo aquellos elementos patrimoniales que lo han abandonado indebidamente».
Como sería absurdo y antieconómico poner en marcha el procedimiento concursal, nombrar una administración con tal fin, para que en definitiva se constate la misma situación patrimonial que la que refleja la ejecutoria que el hoy solicitante sigue contra los deudores, es decir, un acreedor y varios deudores sin patrimonio, lo procedente es inadmitir la solicitud ante la imposibilidad de que proceda frente a varios deudores solidarios si no existe confusión de patrimonios y ante la falta de pluralidad de acreedores." Auto JM-1 Bilbao 11.05.2005 (AC 2005/940)

JM-1 Almería

"1 Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor, el juez dictará auto admitiéndola a trámite(art. 15.1 LC). El dictado de dicho auto y su motivación necesaria implican que el juez del concurso debe estudiar el fundamento de la solicitud de concurso necesario y la concurrencia, prima facie, de los presupuestos del concurso, pues, caso de que la solicitud no cumpla con estos presupuesto previos, al menos en un primer examen, el auto a dictar es el de inadmisión a trámite de la solicitud.
2 En el caso de concurso necesario, el acreedor deberá expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual de su crédito, del que acompañará documento acreditativo, y expresará los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante, fundamentalmente documental, para acreditar los hechos en que la fundamente. En el presente caso, el acreedor, aun cuando no ha presentado en todos los casos los documentos originales en que funda su derecho, sí que parece tener, con las copias de los documentos presentados, un crédito con origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición, vencimiento y situación actual determinada.
3 Fuera de lo anterior, dispone elart. 2.1 LC que la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. Este "deudor común" tiene diversas configuraciones y precisiones, expuestas por la doctrina científica y la jurisprudencia, una de las cuales es que sólo es deudor común el sujeto que debe a varios acreedores. El deudor que debe a un solo acreedor es deudor especial, no común, y respecto de él no cabe la declaración de concurso, por no cumplirse el presupuesto subjetivo de la declaración de concurso. Si sólo hubiera un acreedor, aunque fuera titular de varios créditos, el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que deriva delart. 1911 del Código Civil (LEG 1889, 27), y la posibilidad del acreedor de sujetar todo el patrimonio del deudor o deudores conjuntos que establece elart. 584 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), haría inútil el procedimiento concursal. Como la propia denominación de laLey 22/2003 indica, debe haber una "concurrencia" de acreedores, una "pluralidad de acreedores (art. 4 LC). El procedimiento concursal va dirigido a dejar constancia de todos los acreedores sociales, mediante comunicación o insinuación necesaria(art. 85 y 86 LC), su clasificación en grupos(arts. 89 y siguientes LC), formación de una lista de todos los acreedores(arts. 94 y siguientes), con el fin de fijar el patrimonio para conseguir la continuidad de la empresa, bien mediante un convenio(art. 100.2.2º LC) o mediante la liquidación del patrimonio(art. 149.1.1ª LC). Por tanto, es necesario que existan varios acreedores y que así lo acredite el solicitante; en el caso del deudor mediante la lista de acreedores que, como documento necesario, debe acompañar a su solicitud de concurso voluntario(art. 6.2.4º LC). Y en el caso del acreedor, debe acreditar que él no es sólo el único acreedor del deudor, sino que existe, al menos, otro. La Exposición de Motivos deja claro que "la satisfacción de los acreedores" es la "finalidad esencial del concurso", lo que revela que sería inconcebible si no hubiera una pluralidad de los mismos. No se trata de negar la legitimación activa del acreedor para solicitar el concurso de acreedores, sino que este acreedor debe justificar que el deudor debe a él y a otro acreedor al menos (art. 7.1 LC).
4 Y en el presente caso, es evidente que el acreedor no ha llevado una diligente búsqueda de otros acreedores, sino que se ha limitado a describir su crédito contra su deudor, una vez reclamado judicialmente. El solicitante no busca la aplicación de la Ley Concursal en su propio espíritu (en palabras de la EM de la Ley la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, es decir, la continuidad empresarial), sino la reclamación directa de su crédito, sin que conste, de la documentación presentada por el acreedor, que los deudores le deban a otro deudor que no sea la instante. Por tanto, no justificada, y ni siquiera esbozada, la existencia de una pluralidad de acreedores, ha de dar lugar a la inadmisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso.": AJM-1 Almería 21.10.2008 (AC 2009/2174; Concurso 291/2008)

1.2 La pluralidad de acreedores en el tiempo

1.2.1 Falta de pluralidad sobrevenida tras la declaración: irrelevancia

AP Baleares

"Aun no exigiendo expresamente el requisito de la pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, ese dato está presente en la LC. El art. 4 contempla en su supuesto de hecho el elemento «de la existencia de una pluralidad de acreedores» a los efectos de la «intervención del Ministerio Fiscal». El art. 20.4 se refiere asimismo a «la existencia de otros posibles acreedores» en caso de incomparecencia o falta de ratificación del solicitante de la declaración de concurso. En ambos preceptos se trata de estimular la solicitud de concurso necesario si aparecen indicios de insolvencia y de existencia de una pluralidad de acreedores.

Sin embargo, la reducción de la masa pasiva a un solo acreedor no figura entre las causas legales de conclusión del concurso (art. 176).
De otro lado, tampoco se contempla como causa de conclusión del concurso la que podríamos denominar «unipersonalidad crediticia sobrevenida», esto es, el concurso en el que en fase de apertura concurre una pluralidad de acreedores y durante el mismo esa pluralidad queda reducida a un acreedor. En efecto, ello en modo alguno determinaría la conclusión del procedimiento, como deriva del art. 176 de la LC que, al regular las causas de conclusión del concurso, no solo no contempla la reducción durante el concurso del número de acreedores a uno sino que, inversamente, establece que el concurso no concluirá hasta que se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (art. 176.1.3º LC), por lo que, aun cuando sea solo uno el acreedor insatisfecho, el concurso seguirá tramitándose, no constituyendo, por tanto, la pluralidad de acreedores condición de la prosecución del proceso.": Auto AP Baleares 11.04.2006 (AC 2006/902)

AP Córdoba

"PRIMERO.- La Ley Concursal no establece expresamente en su articulado el requisito de la pluralidad de acreedores como uno de los presupuestos del concurso, si bien puede considerarse que está recogido tácitamente, al darlo por sobreentendido, tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, que indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores (en plural), e incluso en diversos preceptos de los que se derivaría esa exigencia, como son el artículo 2.1, al exigir un "deudor" común a varios acreedores; el artículo 3, que menciona a los acreedores en plural; el artículo 4, que menciona expresamente la "pluralidad de acreedores"; el 6.2.4º, que exige respecto del concurso voluntario la obligación de presentar junto con la solicitud una "relación de acreedores, por orden alfabético..."; el 15, al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor; el 19.3, que prevé el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud y el juez considere que concurre el presupuesto objetivo del concurso; el 21.1.5º, respecto al llamamiento a los "acreedores"; y los artículos 49 y 75.2.2º, que disponen la integración de los acreedores en la masa pasiva y su relación en una lista, presuponiendo su pluralidad.
SEGUNDO.- Ahora bien, la exigencia de la pluralidad de acreedores debe entenderse referida al momento inicial del concurso, es decir, que es presupuesto de la declaración del concurso; pero no puede extenderse a momentos posteriores, ya que puede ser posible que llegue un momento en que, declarado un concurso, quede un único acreedor, bien por desistimiento, renuncia, satisfacción por otros medios o falta de reconocimiento de su crédito de los demás acreedores, o bien porque todos los demás ya han sido pagados en el proceso liquidatorio. La Ley Concursal, en su artículo 176, no contempla como causa de conclusión del concurso lo que se ha denominado "unipersonalidad crediticia sobrevenida", es decir, el concurso en el que al momento de su declaración concurre una pluralidad de acreedores y durante su tramitación queda un único deudor; posiblemente porque parte del presupuesto contrario, ya que establece que el concurso no concluirá hasta que se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (artículo 176.1-3º de la Ley Concursal). ": AAP Cordoba (Sección 3) 13.05.2010 (Auto 44/2010; Rollo 89/2010)

1.2.2 Pluralidad de acreedores en el momento de la solicitud de concurso necesario, quedando sólo uno al resolverse la oposición: irrelevancia

AP Baleares

"SEGUNDO Como indica la mejor doctrina, la litispendencia produce la denominada perpetuatio jurisdictionis, que es el efecto más característico y complejo. En tal sentido, «los presupuestos de actuación de los Tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda, siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad, tanto respecto de los hechos cuanto respecto de la norma jurídica. Dicha doctrina debe ser entendida relativa a los nuevos hechos o a las nuevas normas, pero no a la determinación de tales hechos y tales normas en el curso del proceso. Este presupuesto no sólo tiende a dar fijeza a los presupuestos de actuación de los tribunales, señalando el momento en que deben ser determinados»
En cuanto al cambio de los hechos que se pueden producir a lo largo del desarrollo del proceso, en principio, ha de entenderse que son irrelevantes.
La jurisprudencia del TS tiene declarado que la resolución debe concretarse a los hechos existentes en el momento de producirse la demanda y su contestación, ya que el principio de la perpetuatio jurisdictionis obliga al Juez a estimar incoado un proceso y decidirlo en los términos planteados, y obliga, también, a las partes a mantener los planteamientos iniciales con el fin de que exista correspondencia entre el objeto del proceso y la sentencia (SSTS de 19 de octubre de 1960 y 28 de septiembre de 1989 [RJ 1989\ 6385]). En la misma línea, tiene declarado el TS en SS, entre otras, de 20 de marzo de 1958, 27 de febrero, 5 de mayo de 1960 y 5 de mayo de 1961, que las sentencias deben dictarse en concordancia con la situación de hecho y de derecho, existentes en el momento de iniciarse el pleito, por lo que lo pactado después por el demandado con uno de los demandantes, solamente puede tener consecuencias entre ellos.
En definitiva, fuera de supuestos excepcionales, la alteración de los hechos, sobre todo si es por obra de una actuación unilateral del demandado, no afectan al contenido del fallo, aunque sí pueden incidir en su ejecución, haciéndola, incluso, innecesaria. Así, es muy frecuente en casos de reclamación de cantidad que se pague la

deuda, en todo o en parte, una vez trabada la litis, y sin que se produzca un allanamiento expreso u otra forma de terminación anormal del proceso (desistimiento, transacción): en este caso debe dictarse sentencia de fondo, que, si es estimatoria dará lugar a las consecuencias inherentes a tal situación, en el período de ejecución de sentencia. En tal sentido se resuelve, estimándolo, el recurso de reposición contra la Providencia de 7-marzo-06, tramitado en esta alzada.
Consiguientemente, para una adecuada decisión derivada de las cuestiones planteadas deberá partirse de la situación crediticia (acreedores) de la entidad «Malva D'Arbre, S.L» a la fecha de la solicitud de la declaración de concurso necesario, es decir, a 7-abril-2005, tanto en lo que respecta a sus acreedores reales como a la cuantificación de sus respectivos créditos, y consiguientemente si concurría, a tal fecha, el presupuesto objetivo de la insolvencia como estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles; y siendo que los solicitantes del concurso necesario deben probar los hechos en que fundamenten su solicitud.
Y procede recordar que la Ley Concursal prevé como uno de los modos normales de conclusión del concurso la íntegra satisfacción de todos los acreedores, y el anormal modo, por el ejercicio del derecho de disposición de las partes por desistimiento o renuncia de todos los acreedores reconocidos, pero que sólo pueden operar una vez terminada la fase común del procedimiento y se exige aceptación y homologación judicial, pero en el caso aún no se ha admitido el concurso y en cambio se ha satisfecho a la mayoría (no a todos) de los acreedores, aún con posterioridad a la fecha de solicitud de la declaración en estado legal de concurso.
La parte solicitante basa su petición en los hechos de sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones por parte del deudor «Malva D'Arbre, S.L» (art. 2.4.1º) y en la liquidación apresurada de sus bienes (art. 2.4.3º de la Ley Concursal 22/2003, de 9-julio). Y, opuesto el deudor, habiendo manifestado su solvencia, incumbe a él la prueba sobre la misma, y en este caso, no ha consignado todas las cantidades, adeudadas y reconocidas, a todos los solicitantes y a acreedores posteriores.
En el caso de autos, hay varios acreedores, unos activos realizables e insolvencia del deudor común, en el momento de la solicitud por sobreseimiento en el pago corriente, unida a la venta de activos relevantes para pago de determinadas, no todas, deudas, en vez de liquidarlas todas ordenadamente. Y el principio de orden público procesal obliga a analizar todos los intereses en juego, los de las partes formales y personados, y también al amplio colectivo de acreedores a quienes puede afectar, aunque sólo quede uno sobrevenidamente. No basta, pues, que desistan algunos coadyuvantes sino, además, que lo hagan el acreedor instante y los restantes conocidos para que no puede declararse el concurso, o deba finalizar el procedimiento una vez declarado.
TERCERO Por otra parte, la relación jurídica con la instante ha sido seguida en régimen de franquicia, y no aislado, puntual o esporádica, y el impago al instar el concurso era actual y generalizado, amén de que las dificultades económicas de «Malva D'Arbre, S.L» no resultaron ser meramente pasajeras ni se superaron sino vendiendo activos de forma apresurada, contraviniendo el espíritu de las normas reguladoras del concurso, que pretende el logro de un convenio del deudor común con sus acreedores u ordenar la liquidación de su patrimonio. En definitiva, no procede simular solvencia de ningún modo, ya sea terceros rebajando el pasivo, o condonando, o renuncia al total o parcial de créditos, desistiendo algunos de los acreedores, ya cediendo fraudulentamente los créditos o fraccionándolos, ya simulando créditos o su pago para satisfacer a varios y no a todos los acreedores, pero si concurre la venta apresurada de bienes y la simultánea anticipación del vencimiento de créditos, al inicio del procedimiento, no es necesario conocer la realidad o existencia de la pluralidad de acreedores, cuyo requisito sí se requiere para el desenvolvimiento posterior del concurso, que se encamina a obtener la «par conditio creditorum».
Siguiendo la mejor doctrina, el art. 2.1 de la LC dice que: «La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común».
Dos elementos contiene la norma; uno, puramente objetivo, es el estado económico de insolvencia; otro, relativo al sujeto que lo padece, está relacionado con el presupuesto subjetivo, el deudor, calificado aquí con el adjetivo «común», referido a una pluralidad de acreedores.
El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la LC no contempla el caso -realmente extraño- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por inexistencia de deudor común. Sin embargo, la LC no exige la prueba o justificación específica de ese requisito. Interpretando las normas de la LC, que si la declaración de concurso la solicita el propio deudor y de la «relación de acreedores» que ha de acompañar (art. 6.2.4º) no resulta esa pluralidad, el juez no debe acceder a la solicitud. Si, por el contrario, la solicitud es de acreedor o de otro legitimado, los hechos en que ha de basarse (arts. 2.4 y 7) presuponen, normalmente, la pluralidad de obligaciones, aunque no expresamente de acreedores; así, en los núm. 1º y 2º («sobreseimiento general» y «embargos por ejecuciones que afecten de una manera general al patrimonio del deudor»), y en el 4º, a no ser que el solicitante invoque el incumplimiento generalizado de las obligaciones de las que sea acreedor exclusivo. En el núm. 3º no hay relación ni con el número de acreedores ni con el de las obligaciones (alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor).
Aun no exigiendo expresamente el requisito de la pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, ese dato está presente en la LC. El art. 4 contempla en su supuesto de hecho el elemento «de la existencia de una pluralidad de acreedores» a los efectos de la «intervención del Ministerio Fiscal». El art. 20.4 se refiere asimismo a «la existencia de otros posibles acreedores» en caso de incomparecencia o falta de ratificación del solicitante de la declaración de concurso. En ambos preceptos se trata de estimular la solicitud de concurso necesario si aparecen indicios de insolvencia y de existencia de una pluralidad de acreedores.
Sin embargo, la reducción de la masa pasiva a un solo acreedor no figura entre las causas legales de conclusión del concurso (art. 176).

De otro lado, tampoco se contempla como causa de conclusión del concurso la que podríamos denominar «unipersonalidad crediticia sobrevenida», esto es, el concurso en el que en fase de apertura concurre una pluralidad de acreedores y durante el mismo esa pluralidad queda reducida a un acreedor. En efecto, ello en modo alguno determinaría la conclusión del procedimiento, como deriva del art. 176 de la LC que, al regular las causas de conclusión del concurso, no solo no contempla la reducción durante el concurso del número de acreedores a uno sino que, inversamente, establece que el concurso no concluirá hasta que se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (art. 176.1.3º LC), por lo que, aun cuando sea solo uno el acreedor insatisfecho, el concurso seguirá tramitándose, no constituyendo, por tanto, la pluralidad de acreedores condición de la prosecución del proceso.

CUARTO Aplicando al supuesto específico de autos la doctrina jurisprudencial breve y precedentemente reseñada, este Tribunal concluye en la concurrencia de varios acreedores del deudor y afirmativamente sobre su estado de insolvencia, a la fecha de solicitud de declaración en concurso necesario de la entidad «Malva D'Arbre, S.L», a 7-abril-2005, a tenor de los elementos objetivos y circunstancias siguientes:

a) sobre el crédito que ostenta la entidad instante «Moyá Sans e Hijos, S.A» procede de facturas impagadas, determinando la aludida un importe a su favor de 189.505,91 euros. Se trata del primer acreedor inicial, cuya deuda es impugnada pero reconocida, si bien a descontar las existencias y el inmovilizado del establecimiento de Son Servera, reduciéndola, y calificando las facturas como de unilaterales: lo cierto es que a 25-enero-05 se notifican unos abonos, por devolución de género de 32.540 Euros, 3.641,91 euros y 21.485,55 euros, igualmente impugnados, cifrando la oponente y consignando el adeudo en la suma de 6.028,86 euros. Con todo, y reconocida parcialmente la deuda, la liquidación final excede de la solicitud presente, y debe ser bien objeto de reconocimiento del crédito o bien fijarla en el juicio ordinario correspondiente. Lo cierto es que el inventario fue realizado por personal de «Moyá Sans e Hijos» y de «Malva D'Arbre», si bien la primera comunicó el valor final, impugnado por la segunda, para reducir la deuda existente.

b) sobre el crédito que ostenta la entidad «Frutas Servera, S.A», procede de facturas y pagarés desatendidos, tratándose del segundo acreedor inicial hasta 17.886,34 Euros, cosolicitante de la declaración de concurso necesario, y ha sido reconocida por el deudor común, a 7-abril-05. Se presenta un documento de finiquito, datado a 15-junio-05, desconociéndose las cantidades abonadas, y para desistir y renunciar como instante del procedimiento concursal necesario de «Malva D'Arbre, S.L» (f. 179 de autos). Tal desistimiento y renuncia no ha sido ratificado ni homologado judicialmente.

c) sobre el crédito que ostenta Dª Carmen (Frutas Yasu), determinado inicialmente en 36.809,72 Euros. Se trata del tercer acreedor, y coadyuvante de la solicitud a 3- mayo-05, y reconocida por el deudor común. Se presenta un documento de finiquito, datado a 17- mayo-05, desconociéndose las cantidades abonadas, y para desistir y renunciar como coadyuvante del procedimiento concursal contra «Malva D'Arbre, S.L» (f. 178 de autos). Tal desistimiento y renuncia tampoco ha sido ratificado ni homologado judicialmente.

d) a 28-abril-05 la deuda con la Tercería General de la Seguridad Social ascendía a 37,58 Euros, que a 21-junio ya estaba cancelada, si bien se intuye que la deuda fue aplazada de común acuerdo pues la última situación controlada es en abril-05.

e) la entidad «Pescados Oliver, S.A» se personó como segundo coadyuvante a la solicitud (quinto acreedor), a 17-junio-05, por facturas y pagarés desatendidos hasta un total de 6.050,27 Euros, si bien se opuso, sospechosamente, a la declaración de concurso a 29-septiembre, invirtiendo su inicial posición procesal, y coadyuvando ahora a una inadmisible, por intentada, unidad crediticia.

f) consta un sexto acreedor como es la arrendadora del local, Srª Lourdes, a quien se le adeudan cinco mensualidades de renta (10.882,75 Euros) y el importe del Impuesto de Residuos Sólidos del ejercicio 2003 (1.590,64 Euros), la cual ratificó en el acto de la vista que «Malva D'Arbre, S.L» le adeuda 12.473 Euros, que no ha cobrado, y que no ha condonado la deuda a la arrendataria.

Por demás, la entidad «Malva D'Arbre, S.L» explotaba tres supermercados (en Son Servera, Porreres y Montuiri), y a modo de liquidación apresurada dejaron de explotar el de Son Servera, y vendieron el de Montuiri a «Hipercentro», precisamente competencia directa de la entidad instante, siendo que «Malva D'Arbre, S.L» ha cuidado de no aportar fecha, condiciones, precio, etc. de la indicada venta, además de haber vendido otro inmueble (fincas registrales núm. 72.135 de Palma, y 13.357 de Montuiri), de los que eran titulares los Sres. Jose Daniel y Juan Francisco. Item más, «Malva D'Arbre, S.L» resolvió el contrato de arrendamiento de local que le permitía explotar el supermercado de Son Servera, cuyo débito frente a la Sra. Lourdes ya ha sido reseñado, explotando únicamente en la actualidad el «Supermercado Ca'n Murtó», de Porreres; y que con el precio obtenido, los aludidos han abonado los créditos sociales frente a bancos y personales como fiadores, para eludir cualquier responsabilidad en el futuro ante las entidades bancarias. En definitiva, se ha vulnerado por el deudor común el principio general de «par conditio creditorum», al beneficiar a algunos acreedores en el cobro respecto de otros, máxime cuando la Ley Concursal vigente precisamente permite al concursado impedir o actuar ante posibles vencimientos anticipados y rehabilitar contratos, y por el contrario, se han realizado en períodos sospechosos unas amortizaciones totales de dos préstamos personales con «Sa Nostra» a 14-febrero-05 cuando vencían a 31-enero-07, y se amortiza una cuenta corriente de crédito personal, que vencía a 31- diciembre-04 en fecha 14-febrero-05; igualmente se realiza en período sospechoso la cancelación de las pólizas de crédito, a 14-febrero-05 que vencían en mayo y julio-05, suscritas entre «Malva D'Arbre, S.L» y «Barclays» (antes Banco Zaragozano). Resulta totalmente impensable que, dada la deuda a corto y a largo plazo con proveedores, los saldos de proveedores cancelados o amortizados provengan sólo de los beneficios generados por su actividad económica, sino es con lo obtenido con la venta de activos relevantes. Item más, en fecha 11-febrero-2005 se cancelaron anticipadamente sendos préstamos suscritos con la «Banca March»; operaciones todas las cuales, al igual que los pagos posteriores a la solicitud a otros acreedores, podrían dar

lugar al ejercicio de acciones rescisorias u otras de reintegración.
Y correspondía a «Malva D'Arbre, S.L» justificar que todos los acreedores de su listado habían cobrado o que las deudas (saldos) eran meramente corrientes, a la fecha de solicitud de la declaración del concurso, y los motivos del porqué ahora paga al contado si no ha perdido -como alega- capacidad financiera y crediticia; todo lo descrito contrasta, en discordancia, con los elevados saldos deudores de «empresas del grupo» (cta 551), con conceptos desconocidos (cta 221 y 217) y con el saldo de la cuenta corriente de «socios-administradores», y de los de acreedores a corto plazo, a tenor de la documental acompañada.
La entidad demandada reconoció expresamente la lista manuscrita propia, como relación de acreedores y deudas; y concluye este Tribunal que, a 7-abril-2005, la entidad «Malva D'Arbre, S.L» tenía pluralidad de acreedores y carecía de solvencia para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y, a pesar de haber liquidado la deuda con algunos de sus acreedores, procede admitir la solicitud de concurso necesario y ordenar la continuación del procedimiento instado por dos acreedores, y coadyuvando por otros tres, a los que deben unirse los que anticiparon el cobro de deudas no vencidas.": Auto AP Baleares 11.04.2006 (AC 2006/902)

1.2.3 Constatación a posteriori de la falta inicial de pluralidad: archivo

AP Barcelona

"PRIMERO El recurso de apelación que formula la representación de la solicitante del concurso, la mercantil BACINONA 55 S.L, pretende la revocación delauto dictado con fecha 2 de abril de 2008, por el cual el Juzgado de lo Mercantil mantuvo su anterior decisión de archivar el concurso por falta de una pluralidad de acreedores. A su juicio, el Juzgado se ha basado exclusivamente en un informe de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL que no se ajusta a las exigencias de losartículos 74, 75 y 86 de la LC, que no ha analizado el activo y el pasivo de la entidad ni sus cuentas; además, no se ha dictado auto de conclusión. Por todo ello, aportando la cita de dos acreedores que insisten en la existencia de créditos a su favor tras la oposición al archivo decretado inicialmente, se solicita la continuación del proceso concursal. La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL rechaza esta pretensión e interesa la confirmación del auto recurrido.
SEGUNDO Es importante partir de una premisa básica, como es que la recurrente no cuestiona en realidad que, de existir un solo acreedor la decisión oportuna sería, en efecto, la de archivar el concurso. No existe discusión sobre este extremo, al que el auto recurrido, por remisión al primeramente dictado para archivar el proceso, dedicó buena parte de su fundamentación y que confirmamos en su integridad: la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre el carácter colectivo del procedimiento de quiebra (vgr.STS 9 de enero 1984) y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC como un presupuesto del concurso. Si la solicitud la presenta sólo un acreedor, es patente que, a la vista delartículo 3.1 de la LC, que permite a cualquiera de ellos plantear el concurso necesario, su legitimación no sería problemática; pero si esa solicitud viene referida a un único acreedor, aunque abarque varios créditos, el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor previsto en elartículo 1911 del Código Civil, el ejercicio de las acciones prevista en dichoCódigo para los actos realizados en fraude de acreedores (art. 1291-3º), o por medio de las acciones revocatoria o pauliana (art. 1111), y los mecanismos de ejecución singular que prevé la LEC contra todo su patrimonio para hacer efectivo el derecho o derechos del mencionado acreedor, harían innecesario el procedimiento concursal.
Si hablamos de concurso, según explicita la Exposición de Motivos de la misma LC, con alusión a la clásica denominación de Salgado de Somoza, es para describir "la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común". En consecuencia, es preciso, de un lado, un deudor común, al que sí alude expresamente elartículo 2.1 de la LCcomo presupuesto subjetivo del concurso; y de otro lado, aunque no se explicita de igual forma, que varios acreedores que concurran entre sí ante el patrimonio del deudor que tienen en común, pues se trata con ello, sin perjuicio de procurar una continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, de lograr darles satisfacción a todos ellos en un proceso ordenado y sujeto al principio de paridad en el trato y comunidad en las pérdidas.
Este presupuesto implícito está presente también en el resto del articulado de la LC, que impone al Fiscal la obligación de instar del juez penal que ponga en conocimiento del Juez de lo Mercantil la situación de quien esté en insolvencia si le consta la "existencia de una pluralidad de acreedores" (art. 4.1); impone al deudor que solicita el concurso voluntario la obligación de presentar una "relación de acreedores, por orden alfabético..." (art. 6.2.4º); prevé la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos (arts. 49 y 76y ss.), o la elaboración de una "lista de acreedores" por la administración concursal (art. 75.2.2º).
TERCERO En nuestro caso, las alegaciones de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, tras un examen perfectamente razonado de la información disponible y lo manifestado por los socios de la concursada, merecen ser atendidas. El administrador de BACINONA 55 S.L, letrado firmante de la solicitud del concurso, pone en marcha el mecanismo concursal para lograr que sus socios, a los que se les entregó una suma en concepto de préstamo y derivada de la venta de un inmueble de la entidad, devolvieran esas sumas. Se trata de pagar con ellas a la AEAT, porque el remanente de aquella venta que se destinó a ese efecto ya no está disponible, algo que el Juzgado ha tratado de explicar y sobre lo que no cuenta aún con una información razonable. El concurso, pues, se orienta a una acción de reintegración que permita obtener de nuevo esos fondos, tal y como consta explícitamente reconocido en la misma solicitud.
La viabilidad de que la entidad reclame a sus socios estas prestaciones, concedidas bajo la forma de préstamos, es ajena a este proceso, aunque resulta relevante en la finalidad misma que debe perseguir un procedimiento concursal; pero sí que es relevante que aquéllos podrían ser considerados como una pluralidad

de deudores y que el concurso precisa, como vimos, de una pluralidad de acreedores. Para ello, la solicitud incluyó ab initio una relación de más de 45 acreedores y "facturas pendientes de formalizar" (que no pendientes de pago, sino de formalización), los cuales, cuando se requirió mayor información sobre esos créditos al amparo delartículo 6.2.4º LC, pasaron a ser cinco, entre ellos la AEAT. Esos cinco, cuando se pidió documentación de dichos créditos, pasaron a ser dos, además de Hacienda: PROSANITAS S.A y el Sr.Eduardo, un abogado que había asistido a la entidad en ciertas diligencias penales, todavía en fase de instrucción.
Sin embargo, éste manifestó expresamente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL que su crédito no existía, pues sus honorarios fueron pagados por un socio de la compañía. Y respecto a PROSANITAS, resulta ser una entidad que tiene el mismo domicilio que la concursada, que fue administrada por el mismo letrado firmante y administrador de la concursada, que es su accionista, y que factura a la concursada, no por su objeto social (venta al por mayor de medicamentos y productos farmacéuticos), sino por "servicios administrativos y teléfono" "análisis contable 2002 a 2006" "coordinación con contabilidad de DªConcepción", "coordinación con saldos de las empresas del grupo", "simulaciones de reparto de beneficios" o "alquiler de despacho". Estas facturas, firmadas por el propio administrador y letrado firmante del concurso de BACINONA 55, a las que significativamente no se hace ni referencia en el recurso de apelación, evidencian la verdadera situación subyacente a este concurso, comprobada tras la inexistencia de reclamación alguna tras finalizar el plazo para la insinuación de créditos: el único acreedor real de la concursada es la AEAT, cuya vía de apremio, ya iniciada, se trata de detener obteniendo fondos de los socios.
La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL no ha presentado ni se ha propuesto presentar el informe delartículo 74 de la LC, sino que informa de sus averiguaciones y de la situación real de este concurso, por lo que las alegaciones formales del recurso carecen de relevancia. Por otra parte, la instante del concurso ha podido defender y controvertir su posición, de forma que lo decisivo es la falta de acreedores plurales, hecho éste que permanece incólume cualquiera que sea la tramitación dada por el Juzgado a quo. Sobre esto, la parte instante del concurso no ha aportado, algo que evidentemente le incumbe y que estaría a su alcance, ninguna documentación que permita afirmar que, más allá del conflicto interno que late en el seno de la entidad, existe una pluralidad de acreedores concurrentes que justifiquen el concurso abierto en su día con la información aportada, por lo que la decisión del Sr. Magistrado debe ser confirmada.": AAP Barcelona (Sección 15) 27.11.2008 (JUR 2009/175890; Auto 366/2008; Rollo 475/2008)

1. Según resulta de las actuaciones del juzgado remitidas a este tribunal:
1) El concurso voluntario de MITTENNAU CATALUNYA S.L. (en adelante, MITTENNAU) se declaró por auto de 25 de febrero de 2010.
2) En escrito presentado el 20 de mayo de 2010, la Agencia Tributaria (AEAT) expuso que el informe inicial de la administración concursal (AC) de 7 de abril de 2010 hacía constar como único acreedor de la concursada a la AEAT, con un crédito de 791.888,39 euros. La AEAT solicitaba la conclusión y el archivo del procedimiento concursal, por no cumplirse el requisito de la pluralidad de acreedores.
3) Conferido traslado de la petición, la AC se opuso y alegó que habían sido reconocidos créditos a tres acreedores.
4) También se opuso al archivo la concursada, que alegó la extemporaneidad de la petición de la AEAT y la existencia de una pluralidad de acreedores.
2. El auto del juzgado mercantil de 1 de septiembre de 2010, que acuerda el archivo del concurso, aquí impugnado, acoge la solicitud de la AEAT porque considera que la documentación acompañada con la solicitud de concurso pone de manifiesto que, en realidad, hay un solo acreedor, la propia AEAT, y que el concurso se presenta para evitar o retrasar la ejecución de la AEAT. La Sra. magistrada observa que la memoria presentada por la concursada no hace referencia al devenir del negocio, a la situación de insolvencia, a la fecha en que comienza la imposibilidad de afrontar los pagos ordinarios, ni siquiera a los otros dos acreedores.
En relación con esos dos créditos (al parecer, de unos 2.000 euros, de la empresa que efectuó un estudio para recurrir ante la AEAT y de la sociedad para la que factura la letrada que presentó el concurso -letrada que, en escrito de 9 de marzo, manifestó haber recibido 18.000 euros en concepto de provisión de fondos), la juez concluye que han sido buscados con la finalidad de presentar el concurso y que se está ante un fraude de ley que no puede admitirse.
3. Contra el auto, MITTENNAU interpone recurso de reposición que es desestimado. A partir de ese momento, las actuaciones procesales siguen una intrincada dinámica de recursos y de resoluciones de admisión y de inadmisión hasta que, finalmente, el juzgado admite el recurso de apelación en examen, que reitera las alegaciones efectuadas ante el juzgado e impugna la conclusión del procedimiento alegando: a) la existencia de una pluralidad de acreedores y b) la ausencia de previsión legal de tal causa de conclusión del concurso.
4. Son razonables las dudas de la Sra. juez mercantil sobre la admisibilidad del recurso de apelación. Se recurre contra un auto que rechazaba la reposición de un auto anterior y, como tal, no sería susceptible de apelación, conforme a la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Ahora bien, el artículo 197 de la Ley concursal (LC) permite que las partes reproduzcan la cuestión en la apelación más próxima. Visto el contenido del auto apelado, que pone fin al procedimiento, no existe esa posibilidad de diferir la apelación. Esa razón está en la base de la admisión del recurso.
5. El primer argumento del recurso es el relativo a la existencia de varios acreedores. La parte apelante reconoce expresamente que la pluralidad de acreedores constituye un presupuesto para la declaración de concurso, tal como ha entendido la Sra. magistrada, lo cual nos releva de mayores razonamientos al respecto.
No contamos, en esta segunda instancia, con el informe de la AC -original ni copia- en el que la AEAT fundamentó su solicitud de archivo. A partir de las alegaciones de los diferentes intervinientes en el

procedimiento, debemos concluir que, en la relación correspondiente, junto a la AEAT aparecen otros dos acreedores (DIAGONAL ECONOMISTES, S.L. y ASSESSORAMENT D'EMPRESES AC2 SAP). Así lo alegan la concursada y el AC y así lo reconoce expresamente la AEAT.
También el auto impugnado parte de la inclusión en la lista de esos dos créditos y del de la AEAT. Sin embargo, la Sra. magistrada aprecia un fraude de ley, en los términos descritos en el fundamento de derecho 2 de esta resolución. No se desvirtúan en esta segunda instancia los datos fácticos en que el auto del juzgado fundamenta la conclusión de uso desviado del procedimiento de concurso: la naturaleza y la titularidad de los dos créditos de alrededor de 2.000 euros que acompañan al crédito de casi 800.000 euros de la AEAT (crédito de la empresa que asesoró a la concursada para recurrir ante la AEAT y crédito de la sociedad por la que factura la letrada que presenta el concurso); la ausencia, en la memoria de la solicitud de concurso, de datos sobre el devenir del negocio, sobre la situación de insolvencia y sobre la fecha en que comienza la imposibilidad de hacer frente a los pagos ordinarios; la ausencia de otros acreedores y la falta incluso de mención de los dos supuestos acreedores que completan la apariencia inicial de pluralidad. La memoria queda limitada a la narración del devenir de la deuda con la AEAT.
6. La sociedad apelante -y entramos así en la segunda de las alegaciones del recurso- alega que, por otra parte, una vez iniciado el concurso, la inexistencia, sobrevenida o no, de una pluralidad de acreedores no podría motivar, en ningún caso, la conclusión del procedimiento, puesto que aquélla no se halla entre las causas prevista en el artículo 176 LC.
Es cierto que el artículo 176 LC, en la redacción vigente al dictarse el auto impugnado, no contenía ninguna previsión específica en ese sentido. Sin embargo, las mismas razones que abonan la necesidad -no discutida por la recurrente- de una pluralidad de créditos como requisito para la admisión del concurso, han de determinar, lógicamente, la conclusión del procedimiento cuando se advierte que esa pluralidad no existe. Ni uno ni otro supuesto están regulados en un precepto específico de la LC: sus efectos derivan de la naturaleza misma del concurso (concursus) como procedimiento universal.
A la vista de las actuaciones, consideramos, como la juez mercantil, que la pluralidad aparente de créditos que permitió la admisión se ha revelado ficticia y que la solicitud de la deudora estaba orientada a finalidades distintas de las que son propias del procedimiento concursal. Por ello, debemos desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto impugnado.
7. La desestimación del recurso determina la imposición de las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículos 398.1 y 394.1 LEC).": AAP Barcelona (Sección 15) 16.10.2012 (Auto 120/2012; Rollo 236/2012)

AP Zaragoza

"PRIMERO.-La Sentencia del Juzgado estima la demanda incidental interpuesta por la Sra. Abogada del Estado, no dando lugar a su tramitación, en atención, básicamente, a dos consideraciones, como son, por una parte, que no existe pluralidad de partes, y por otra parte, que no existe más que un solo crédito contra la concursada, que es de la administración tributaria, y no lo es el otro que se pretende, que se presenta con relación a otra entidad, perteneciente al mismo grupo de empresas, de semejante nombre, con la misma administración y sede social, pero que es diferente de la que se pretende pasar por deudora. La concursada recurre la Sentencia del Juzgado, impugnando los dos hechos anteriores, que entiende que no se corresponde con la realidad de los hechos ni son admisibles en Derecho.
SEGUNDO. -La primera cuestión que se plantea en el recurso es de carácter formal. En ella se alega que la inadmisión de la demanda concursal debería haberse hecho valer interponiendo los recursos pertinente, como se regula en los artículos 20 y concordantes de la Ley reguladora de la ejecución colectiva, y por el contrario no por vía incidental que se establece en el artículo 192 de la misma Ley, que tiene otro ámbito, como son las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación, debiendo haberse formulado previo al apreciarse con la presentación de la demanda el defecto que se dice existente. La objeción no puede ser admisible: el escrito de solicitud de recurso ha de contener ciertos datos, que son los exigidos por la Ley, que el promotor del expediente cumple con expresar formalmente, según los dictados de la norma; en la fase preliminar del procedimiento, iniciado su trámite y realizadas las primeras averiguaciones, aquellos hechos quedan constatados, y así queda determinada la persona del deudor, la cuantía de la deuda, las razones de la misma, el número de acreedores, el modo que se propone de pago, etc. Es entonces, cuando conocidos verdaderamente los hechos en que se fundamenta el concurso, las partes pueden apreciar la posible falta de alguno de ellos, y por tanto la improcedencia de tramitar el concurso, cuando el tiempo para interponer el recurso ya se ha agotado, debiendo recurrir aquel artículo 192 dicho, con un contenido muy amplio, sin restricción alguna, -"Todas las cuestiones que se susciten durante le concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal"--, por cuyo medio se puede impugnar la falta de uno o varios requisitos para que se pueda iniciar el procedimiento, tal como la parte ha hecho en este procedimiento, sin que se sepa -porque no se dice- las razones por las que no se puede acudir a esta vía incidental para instar la inadmisión de la demanda por falta de alguno de sus requisitos, cuando, por lo demás, este procedimiento permite mayores garantías para las partes, con la alegación de los hechos que consideren pertinentes en favor de sus intereses y en contra de los del adversario, proponiendo la prueba que puedan justificar unos y otros, por lo que los derechos de las partes han de quedar mejor protegidos que por la vía de recurso, cuando --se dice-- los hechos configuradores del procedimiento no han podido quedar totalmente perfilados en el acto de presentación de la demanda con la exposición de unos hechos en tal momento carentes del necesario contraste, que es exactamente lo que ocurre en el presente caso, respecto de la existencia de ese otro acreedor que se dice concurrente, de incierta precisión en el inicio

del procedimiento, comprobándose luego que no era tal, como después se dirá, faltando pues la necesaria concurrencia de una pluralidad de acreedores, por lo que no cabe la tramitación del pleito concursal en caso de estimarse el incidente planteado.
TERCERO. -Porque, respecto de este requisito que se acaba de mencionar, el procedimiento concursal requiere una pluralidad de acreedores, entre los cuales repartir, conforme a las normas que se aprueben en el convenio, el patrimonio insuficiente del deudor, constituyendo requisito primero y esencial del proceso, y ya no sólo por imposición jurídica, sino por su propio concepto e incluso significación etimológica. La Sra, Abogada del Estado, en su escrito de oposición al recurso, recopila, de modo exhaustivo y meritorio trabajo, las muchas Sentencias dictadas recientemente por las Audiencias Provinciales de España en las que se exige la concurrencia de este requisito -pluralidad de acreedores--, sin el cual no puede existir concurso, no hay procedimiento colectivo de ejecución, y al contenido de aquellas resoluciones habrá de estarse, siendo innecesaria su cita, pues no se haría otra cosa que repetir lo que aquella parte ha trascrito, y siendo tan completa la relación existe muy fundada duda sobre que pueda existir alguna otra Sentencia con el mismo contenido que haya quedado sin mencionar y acotar. Sea ya suficiente, para terminar este párrafo, que el artículo 4º de la Ley -como no podía ser de otra manera-- se refiere al requisito de "La pluralidad de acreedores".
CUARTO-La cuestión de la posible existencia de ese segundo acreedor que el recurrente afirma concurre es el tema que debe resolverse a continuación. La Sentencia del Juzgado contiene unas acertadas consideraciones sobre el particular cuando al final del fundamentos jurídico segundo señala que "De las hojas contables de la concursada y de su presunto acreedor Jesús Benavente SL se acredita que el supuesto segundo crédito que presuntamente tendría Jesús Benavente SL frente a la concursada en realidad lo es frente a otra sociedad distinta, Sociedad Agrícola Sanchurriega en virtud de reconocimiento de préstamo, tal y como consta en la cuenta corriente de Jesús Benavente SL con la concursada donde el crédito de ésta es 0,00, y así se reconoció en el concurso de Franco, donde ese crédito figura a nombre de Sociedad Agrícola Sanchurriaga, informe no impugnado resultando que la contabilidad de la concursada de forma interesada no está debidamente actualizada, faltando apuntes contables por operaciones que la misma no puede desconocer ya que su socia única resulta ser deudora real actual de dicho crédito". La Sra. Abogada del Estado abunda en esta cuestión en el fundamento cuarto que aparece recogido en el folio 431 de las actuaciones, al señalar que: "1º.- Por el propio tenor literal del último apunte de la contabilidad de Jesús Benavente SL reseñada, donde el traspaso es contra la cuenta 2423000005, que efectivamente es a largo plazo, identificando clara y sin ningún genero de dudas a la Sociedad Agrícola Sanchurriaga SL. 2º.- Porque la cuenta 242300005 lo es Sociedad Agrícola Sanchurriaga SL como se confirma comparando los apuntes 1º y 7º de la hoja de mayor de Jesús Benavente SL. Si el último apunte se refiriera a Sachurriaga, como se pretende, tendría otra terminación, y no podría coincidir con la misma cuenta contable a largo plazo, que es la Sociedad Agrícola Sanchurriaga SL como constata el primer apunte", que son hechos todos ellos que resultan de la prueba practicada, en debida forma constatada, y que en ningún caso queda desvirtuada por los hechos que expone la parte ni por los motivos en que fundamenta su recurso de apelación. Y a todo ello aún debe añadirse, en efecto, que Bencelcón SL tiene como administrador único a Benigno, y son socios al 50% el propio Franco y su esposa Ruth, es decir los padres de Benigno, administrador único tanto de de Sanchurriaga como de Sociedad Agrícola Sanchurriaga SL, teniendo el mismo domicilio que las dos anteriores, como resulta de la escritura de cesión de crédito que fue aportado en la vista, tal como aparece en el cuadro sinóptico que se trascribe al folio 433 de los mismos autos. Por ello resulta evidentemente cierto lo que se ha referido sobre que el segundo crédito que presuntamente tendría Jesús Benavente SL frente a la concursada, en realidad lo es frente a otra sociedad distinta, como es Sociedad Agrícola Sanchurriega en virtud del aludido reconocimiento de préstamo. Los argumentos que expone la recurrente, sobre que el saldo apareciera con 0,00 euros no tiene su causa en la cancelación del préstamo sino en su reclasificación a largo plazo, u otros errores padecidos por confusión como consecuencia del parecido de los nombres, cuya trascendencia -dice-- ha de circunscribirse sólo al procedimiento en que aquellos se produjeron, o el hecho que Jesús Benavente SL no impugnara aquella situación no puede entenderse como un reconocimiento de su inexistencia, etc., debieron ser objeto de la correspondiente confrontación documental que aclararán la posible deuda, lo que no se consigue de forma suficiente con los documentos 3 y 4 del escrito de oposición incidental, que se comentan en el motivo cuarto del recurso, en que se dice aparecen documentados los préstamos e intereses que conforman el crédito objeto de la controversia, pero que no compaginan con los argumentos más arriba expuestos y evidente confusionismo existente en la conformación de las sociedades.": SAP Zaragoza (Sección 5) 27.06.2014 (Sentencia 230/2014; Rollo 203/2014)

1.3 Pluralidad escasa ¿Bastan dos cualesquiera acreedores?

AP Madrid

"PRIMERO Solicitada por parte de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LADIRECCION000 NUM000,NUM001 yNUM002 de MADRID la declaración de concurso necesario de su deudora, la mercantil ARCO OBRAS MAD S.A., elJuzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid, tras la sustanciación de dicha solicitud con arreglo a los trámites legales, dictó con fecha 21 de octubre de 2009 auto desestimando tal pretensión por entender que no había quedado acreditada la concurrencia de una pluralidad de acreedores que constituye presupuesto inherente a toda declaración de concurso. Disconforme con dicha resolución, contra la misma interpone la solicitante el presente recurso de apelación.

Asiste la razón al juez de lo mercantil cuando razona que es requisito conceptual inherente a toda declaración de concurso el relativo a la existencia de un número de acreedores plural y concurrente, elemento esencial sobre el que pivota toda la institución concursal y cuya ineludible exigencia se encuentra implícita tanto en elArt. 2-1 de la Ley Concursal ("..La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común..") y en elArt. 2-2 ("..Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles..") como en la Exposición de Motivos de la ley en la que se indica que "..El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común..". Todo ello sin perjuicio, naturalmente, del derecho del acreedor único a instar y a continuar, hasta su culminación, con el trámite ejecutivo propio de la ejecución singular. Dicho lo cual, no es menos acertado indicar que el requisito de la pluralidad se cumple tan pronto como el número de acreedores de un mismo deudor excede de la unidad, de manera que basta que concurran dos acreedores sobre un deudor común para que se encuentre justificada la aplicación del principio de comunidad de pérdidas al que, en esencia, responde la institución concursal.
En el caso ahora examinado, no cuestionada por la entidad ARCO OBRAS MAD S.A. la deuda mantenida con la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS demandante por importe de 163.335 Ñ, deuda que además aparece reconocida por sentencia firme, tampoco resultó controvertido que esta misma entidad mantenía con la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL la deuda que ya había sido invocada en la solicitud inicial (Documento 11 de la solicitud). Y, reconocida esta última deuda, ninguna virtualidad cabe atribuir al argumento de dicha deudora -argumento que solo en esta segunda instancia ha hecho valer- con arreglo al cual la referida deuda no debiera tomarse en consideración al encontrarse garantizada por el embargo de un turismo Seat Ibiza valorado en 2.900 Ñ, pues innecesario resulta indicar que el embargo de bienes no se encuentra legalmente configurado como un modo de extinción de las obligaciones en elArt. 1156 del Código Civil, no pudiendo atribuirse efectos extintivos más que al pago eventualmente consecutivo al seguimiento de la vía de apremio sobre el bien embargado, hecho este que no consta acaecido en la fecha en que se formula la solicitud de declaración de concurso, como tampoco en la fecha en que se dicta el auto ahora recurrido que rechazó dicha declaración.": AAP Madrid (Sección 28) 17.12.2010 (JUR 2011/95224; Auto 198/2010; Rollo 223/2010)

"TERCERO.- Como indicamos en nuestro auto de 17 de diciembre de 2010 : «es requisito conceptual inherente a toda declaración de concurso el relativo a la existencia de un número de acreedores plural y concurrente, elemento esencial sobre el que pivota toda la institución concursal y cuya ineludible exigencia se encuentra implícita tanto en el Art. 2-1 de la Ley Concursal ("..La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común..") y en el Art. 2-2 ("..Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles..") como en la Exposición de Motivos de la ley en la que se indica que "..El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común..". Todo ello sin perjuicio, naturalmente, del derecho del acreedor único a instar y a continuar, hasta su culminación, con el trámite ejecutivo propio de la ejecución singular. Dicho lo cual, no es menos acertado indicar que el requisito de la pluralidad se cumple tan pronto como el número de acreedores de un mismo deudor excede de la unidad, de manera que basta que concurran dos acreedores sobre un deudor común para que se encuentre justificada la aplicación del principio de comunidad de pérdidas al que, en esencia, responde la institución concursal».
Precisado lo anterior, el tribunal no alcanza a comprender la tozudez del recurrente al insistir en la inexistencia del requisito de la pluralidad de acreedores cuando la misma parte admite que la entidad CAIXA D¿ESTALVIS LAIETANA también es su acreedora en virtud de un préstamo hipotecario que, en todo caso, aparece documentado a los folios 56 a 70.
Que esté al corriente de pago con dicho acreedor, mientras exista deuda pendiente de pago, vencida o no, sea o no exigible, como es natural, no priva al acreedor de su condición, ni a la concursada de su condición de deudora. Es más, la necesidad de instar el concurso necesario por parte de los acreedores es directamente proporcional a la constatación de la conducta del deudor común que caprichosamente y con grave quebranto de la par condicio creditorum atiende unos créditos dejando impagados otros a su conveniencia.
Como es elemental, el vencimiento y la exigibilidad de los créditos en nada afecta a la existencia del crédito, ni su falta priva al acreedor de su condición. Otra cosa es la incidencia que pudiera tener tal circunstancia para comprobar el hecho externo de la insolvencia consistente en el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones (artículo 2.4.1º de la Ley Concursal), que ni siquiera es el invocado por el acreedor instante del concurso.
Además, en la vista el acreedor instante acreditó la condición de acreedor de la Agencia Tributaria de Madrid mediante la aportación de los Boletines Oficiales de la Comunidad de Madrid de fecha 20 de octubre de 2009 y 5 de agosto de 2010, por los que se notificaban al deudor diversas resoluciones dictadas en el correspondiente procedimiento de apremio seguido por dicho acreedor contra la deudora.
Alega el deudor que en la vista impugnó dichos documentos porque los boletines eran de fecha muy anterior a la solicitud del concurso y de ellos no resultaba a qué deuda se referían, lo que le impedía acreditar si la misma estaba o no saldada.

Acreditada la tramitación de un procedimiento de apremio contra el deudor, si lo que éste pretende es negar la condición de acreedor de la Agencia Tributaria de Madrid, a dicho deudor corresponde probar cumplidamente la satisfacción de la deuda con la administración pública. Por lo demás, la defensa del deudor se limitó a señalar en la vista que no constaba que no estuviera abonada la deuda, cuando, como indicamos, la prueba del pago incumbía al propio deudor (artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), señalando, además, que se trataba de un tributo local de una cuantía muy pequeña lo que impedía tener a la Agencia Tributaria como acreedor (7¿ 45¿¿ y ss de la grabación), argumento que se descalifica por sí mismo. En todo caso, resulta irrelevante para que la deuda exista, la naturaleza del tributo y el importe mayor o menor de su cuantía y más aún que sea necesario haber promovido la ejecución para que se tenga al acreedor como tal, al margen de que la deuda se acredita, precisamente, con la publicación de resoluciones dictadas en la vía de apremio.": AAP Madrid (Sección 28) 04.05.2012 (Auto 73/2012; Rollo 308/2011)

1.3.1 Existe además del crédito del instante, un crédito hipotecario en ejecución. Suficiencia.

AP Baleares

"SEGUNDO Por la recurrente se suscita el tema de si la pluralidad de acreedores es un requisito exigido por la declaración de un concurso, y expone su criterio y argumentación al respecto. Nos hallamos ante una controversia sobre la que ya se ha pronunciado esta Sala en el auto de 11 de abril del 2.006, en el cual se indica:
" Siguiendo la mejor doctrina, elartículo 2.1 de la LCdice que la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. Dos elementos contiene la norma: uno, puramente objetivo, es el estado económico de insolvencia; otro, relativo al sujeto que lo padece, está relacionado con el presupuesto subjetivo, el deudor, calificado aquí con el adjetivo común referido a una pluralidad de acreedores.
El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la LC no contempla el caso - realmente extraño- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por la prueba o justificación específica de este requisito. Interpretando las normas de la LC, que si la declaración de concurso la solicita el propio deudor y de la relación de acreedores que ha de acompañar (art. 6.2.4º) no resulta esa pluralidad, el juez no debe acceder a la solicitud. Si, por el contrario, la solicitud es de acreedor o de otro legitimado, los hechos en que ha de basarse (art. 2.4 y 7) presuponen, normalmente la pluralidad de obligaciones, aunque no expresamente de acreedores; así, en los números 1 y 2 ("sobreseimiento general" y "embargos por ejecuciones que afecten de una manera general al patrimonio del deudor") y en el 4º, a no ser que el solicitante invoque el incumplimiento generalizado de las obligaciones de las que sea acreedor exclusivo. En el número 3º no hay relación ni con el número de acreedores ni con el de las obligaciones (alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor).
Aún no exigiendo expresamente el requisito de la pluralidad de acreedores para la declaración del concurso, ese dato está presente en la LC. El artículo 4 contempla un supuesto de hecho, el elemento de la existencia de una pluralidad de acreedores a los efectos de la intervención del Ministerio Fiscal. El artículo 20.4se refiere asimismo a la "existencia de otros posibles acreedores" en caso de incomparecencia o falta de ratificación del solicitante de la declaración del concurso. En ambos preceptos se trata de estimular la solicitud de concurso necesario si aparecen indicios de insolvencia y de existencia de una pluralidad de acreedores. Sin embargo, la reducción de la masa pasiva a un solo acreedor no figura entre las causas legales de conclusión del concurso (artículo 176) ".
En conclusión, procede desestimar este motivo del recurso.
TERCERO En cuanto al fondo, el único documento relativo a una pluralidad de acreedores que obra en la litis, y que no es objeto de referencia en el auto ahora recurrido, es el obrante al folio 180 de las actuaciones, y señalado en el apartado B) del fundamento primero de esta resolución, que es de fecha 11 de julio de 2.007, esto es, posterior a la solicitud de este concurso. Esta fotocopia de un documento del Registro de la Propiedad cuya autenticidad no ha sido impugnada por la contraparte, pone de relieve la existencia de una deuda personal de D.Jesús Carloscon el BBVA, garantizada con la hipoteca de un aparcamiento a nombre de dicha persona, que es objeto de un procedimiento hipotecario, y ha sido expedida la certificación de cargas, si bien no consta subastado ni adjudicado. Este documento pone de relieve la existencia de otro acreedor, y correspondía al demandado haber acreditado la extinción de la deuda por cualquier medio hábil en derecho. En consecuencia, procede estimar dicho motivo del recurso, al acreditar la existencia de otro posible acreedor del SrJesús Carlos.": AAP Baleares (Sección 5) 29.04.2009 (JUR 2009\283628)

1.3.2 Sólo existe un crédito hipotecario y un crédito tributario. Suficiencia

AP Córdoba

"TERCERO.- En este caso, en el momento de presentarse la solicitud de concurso voluntario se cumplía dicho requisito de la pluralidad de acreedores, que se ha mantenido durante la tramitación del procedimiento, puesto que en el informe de la administración concursal consta, en la lista de acreedores, la existencia de dos acreedores concursales (Cajasur y la Hacienda Local) y un acreedor contra la masa (la administradora concursal). Este tribunal entiende perfectamente la argumentación del Juzgado, que considera absurdo, por antieconómico, el mantenimiento de un proceso concursal con solo dos acreedores, uno de los cuales tiene además unos créditos de muy escasa cuantía, por lo que la tramitación del concurso lo único que hace es

aumentar el pasivo, con los gastos generados como créditos contra la masa (que tampoco irán más allá de los honorarios de la administración concursal, dado que el concursado tiene reconocido el beneficio de justicia gratuita); sin que el proceso tenga más finalidad aparente que la paralización temporal de la ejecución hipotecaria sobre los inmuebles, puesto que la obtención de un convenio con un acreedor que tiene el 99,75% del pasivo concursal no necesita de la tramitación del concurso, sino que podría lograrse igual mediante un pacto con la entidad crediticia, que no se va a ver inclinada a admitirlo o denegarlo en función de que exista o no concurso. Es decir, se trata de la utilización más o menos torticera del procedimiento concursal para ganar tiempo ante una previsible ejecución hipotecaria. Sin embargo, pese a todo ello y a compartir la frustración del juzgador de instancia ante este uso poco loable del procedimiento, no se encuentra base legal para ordenar la conclusión del concurso, puesto que formalmente el requisito de la pluralidad de acreedores está cumplido –aunque sea mínimamente- y la situación descrita no tiene encaje en las causas de conclusión previstas en el artículo 176 de la Ley Concursal (de hecho, el auto no declara la conclusión del concurso –en cuyo caso no cabría recurso contra el mismo, ex artículo 177.1 de la Ley Concursal-, sino que se limita a ordenar el archivo del procedimiento).”: AAP Cordoba (Sección 3) 13.05.2010 (Auto 44/2010; Rollo 89/2010)

1.3.3 Pluralidad artificiosa o dudosa

AP Barcelona

“PRIMERO El auto recurrido inadmite la solicitud de concurso voluntario de la entidad PRIMARENT 2004, S.L. por falta de pluralidad de acreedores, al considerar que se incumple uno de los presupuestos básicos del concurso de acreedores. El recurso de apelación argumenta que la Ley Concursal tan sólo establece como requisito que el deudor se encuentre en estado de insolvencia inminente o actual para que pueda instarse por la propia deudora, a través de sus órganos de administración, sin que sea necesario que haya una pluralidad de acreedores; y, en segundo lugar, advierte que en este caso hay tres acreedores, sin que pueda obviarse a dos de ellos, pues la Ley Concursal no discrimina en función de la relación obligacional ni de la cuantía de los créditos.
SEGUNDO Dos son las cuestiones que se suscitan en esta alzada: la primera de ellas, estrictamente jurídica, si la falta de pluralidad de acreedores justifica la inadmisión de la solicitud de concurso; y, la segunda, si en este caso, a la vista de los tres créditos referidos en la lista de acreedores, puede hablarse de una falta de pluralidad de acreedores.
La primera cuestión, ya ha sido resuelta por esta Sala en alguna otra ocasión anterior, por ejemplo en elAuto de 12 de septiembre de 2008 (RA 341/08). En aquella ocasión, ya declaramos que: "presupuesto necesario, aunque implícito, de la declaración de concurso es la existencia de una pluralidad de acreedores, sin la cual el procedimiento universal carece de sentido; así, se habla en la Ley Concursal del "deudor común", de la obligacio?n de presentar una "relación de acreedores", de la incapacidad para cumplir "sus obligaciones exigibles", del "incumplimiento generalizado de sus obligaciones", de la legitimación de "cualquiera de sus acreedores" para solicitar el concurso, de "la concurrencia de acreedores", etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por una pluralidad de acreedores".
El concurso solicitado en que concurre un solo acreedor no se adecúa a la finalidad de la institución, que pretende la satisfacción de los créditos de los acreedores y también facilitar la continuidad de la actividad del deudor mediante un convenio o acuerdo con sus acreedores. El convenio tan sólo podría existir entre el único acreedor y su deudor, y para su consecución no resulta ni necesario ni conveniente la apertura de un proceso concursal. Y, al mismo tiempo, no se da el presupuesto que justifique la imposición de una regla de paridad en el pago (par condicio creditorum), pues tan sólo hay un acreedor, quien, además, puede cobrar mejor a través de una ejecución singular.
TERCERO En nuestro caso, el instante presenta una lista con tres acreedores (documento nº 5 de la solicitud):
1º AEAT, con un crédito de 124.843? por principal e intereses, y 30.649,29? por recargo;
2º MMG96, S.L.U., con un crédito de 1.051,13?;
3º PICH Y ASOCIADOS, S.L., con un crédito de 872,96?
Formalmente y al margen de su justificación, que propiamente corresponde a la fase de reconocimiento y clasificación de créditos, se refiere la existencia de tres acreedores. Pero si se examina con detenimiento la lista, se advierte claramente que dos de los créditos carecen de relevancia, en atención a sus respectivas cuantías y en comparación con la cuantía del otro crédito, y ponen en evidencia que su pendencia viene justificada por la intención de presentar el concurso de acreedores y mostrar una situación de concurrencia de créditos. Es muy significativo que, como puso de relieve el juez mercantil, uno de estos créditos se corresponda con servicios de la misma firma a la que pertenece la abogada que presenta el concurso. Este hecho, unido a la escasa cuantía de dichos créditos en relación con el coste de la solicitud de concurso y con el otro crédito, muestran claramente que la pendencia de aquellos dos créditos únicamente se justifica por la intención de mostrar una apariencia de concurrencia de acreedores, y que, en realidad, tan sólo existe un acreedor, la Hacienda Pública.
En consecuencia, procede confirmar el auto recurrido, sin hacer expresa condena en costas.”: AAP Barcelona (Sección 15) 16.12.2009 (JUR 2010/116882; Auto 206/2009; Rollo 335/2009)

“SEXTO. A la fecha de solicitud del concurso (casi un mes después de la venta de la finca), existe un acreedor cierto y reconocido por un crédito líquido y exigible, que es la propia socia instante, por el importede las aportaciones que hizo a la sociedad a título de préstamo. El otro acreedor es controvertido: la sociedad

deudora niega este otro crédito a favor de Nassar Arquitectes S.L., que fue insinuado (en el sentido literal del término) en el escrito de solicitud del concurso y tan sólo se manifestó en el acto de la vista, al comparecer el arquitecto Sr. Alberto y aportar una factura proforma por importe de 19.022 #, por el concepto de "40 % Projecte Executiu". Este crédito fue negado por la sociedad deudora en su escrito de
oposición y vuelve a negarse por vía de impugnación de la sentencia, ya que el Sr. Magistrado terminó por estimar su existencia, con ciertos matices.
En la oposición (f. 198) la deudora manifestó que, pese a que no se realizó promoción alguna en la finca, el proyecto básico de la promoción se encargó a Alberto Arquitectes S.L., que emitió una factura de fecha 5 de noviembre de 2007 por importe de 70.539 #, y que fue pagada el 30 de noviembre de 2007 (documentos 26 y 27). Esta factura responde a los conceptos de "Project bàsic" y "estudi de seguretat i salut" (f. 460).
Sobre la efectiva existencia de este crédito, relativo al 40 % del proyecto ejecutivo, ciertamente se generan dudas: no hay constancia de la existencia del encargo a misión completa; el arquitecto manifestó que nunca ha reclamado este crédito a la sociedad y reconoció que no ha entregado a la compañía plano alguno correspondiente a los trabajos que detalla en dicha factura proforma; indicó que pese a haber mantenido una reunión con el director financiero Sr. Everardo no le manifestó la existencia de este crédito. En particular resulta extraño que, datando la factura proforma de septiembre de 2007, no haya sido girada la factura definitiva y no haya sido formalmente exigida a la sociedad en un período de dos años.
En tales circunstancias, ante la incertidumbre que genera la real existencia de este crédito no cabe apreciar, a estos efectos, una concurrencia de acreedores, que es presupuesto necesario del concurso.": AAP Barcelona (Sección 15) 15.07.2010 (Auto 132/2010; Rollo 161/2010)

"TERCERO Como ya hemos declarado en otras ocasiones, por ejemplo en el Auto de 12 de septiembre de 2008 (RA 341/08), "presupuesto necesario, aunque implícito, de la declaración de concurso es la existencia de una pluralidad de acreedores, sin la cual el procedimiento universal carece de sentido; así, se habla en la Ley Concursal del "deudor común", de la obligación de presentar una "relación de acreedores", de la incapacidad para cumplir "sus obligaciones exigibles", del "incumplimiento generalizado de sus obligaciones", de la legitimación de "cualquiera de sus acreedores" para solicitar el concurso, de "la concurrencia de acreedores", etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por una pluralidad de acreedores".
Cuando el instante del concurso solicitó su declaración, el 10 de julio de 2009, omitió cualquier referencia a que existiera una pluralidad de acreedores, y tan sólo alegó la existencia de los créditos de los que era titularAraceli, a quien había sucedido hereditariamente, al haber aceptado el testamento. Es cierto que con posterioridad adujo la existencia de otro crédito a favor de DESTRA LIMITED, pero sin hacer referencia ni a su cuantía ni a su origen. Esta sociedad habría sido la compradora de dos fincas vendidas porEzequiel en 1998, actuando en representación de su madreAraceli. Al margen de la eficacia de dichas compraventas, y a los meros efectos que ahora nos interesa, de advertir la concurrencia de una pluralidad de acreedores, se dan una serie de circunstancias que nos llevan a negarle relevancia a este supuesto crédito. No porque neguemos su existencia, que no es el momento, sino porque DESTRA LIMITED es él único acreedor mencionado, además del instante, y entre ellos existe una indudable relación o vinculación. Así se desprende del hecho de que el crédito invocado fuera el correspondiente a los derechos de la letrada, que es la misma que firma el escrito deEzequiel instando el concurso, y porque consta que en la escritura pública de 5 de febrero de 2003 por la que se eleva a público el contrato privado de compraventa de inmuebles, la misma persona, el letrado Adolfo Milán Juncosa, intervino como apoderado de DESTRA LIMITED y deAraceli.
El concurso solicitado, en que concurre un solo acreedor o, en este caso, otro que está estrechamente vinculado a él, no se adecua a la finalidad de la institución, que pretende la satisfacción de los créditos de los acreedores y también facilitar la continuidad de la actividad del deudor mediante un convenio o acuerdo con sus acreedores. El convenio tan sólo podría existir entre los únicos dos acreedores, con intereses comunes, y su deudor, y para su consecución no resulta ni necesario ni conveniente la apertura de un proceso concursal. Y, al mismo tiempo, no se da el presupuesto que justifique la imposición de una regla de paridad en el pago (par condicio creditorum), pues el acreedor instante puede cobrar mejor a través de una ejecución singular.": AAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2011 (JUR 2011/182592; Auto 11/2011; Rollo 318/2010)

1. Según resulta de las actuaciones del juzgado remitidas a este tribunal:
1) El concurso voluntario de MITTENNAU CATALUNYA S.L. (en adelante, MITTENNAU) se declaró por auto de 25 de febrero de 2010.
2) En escrito presentado el 20 de mayo de 2010, la Agencia Tributaria (AEAT) expuso que el informe inicial de la administración concursal (AC) de 7 de abril de 2010 hacía constar como único acreedor de la concursada a la AEAT, con un crédito de 791.888,39 euros. La AEAT solicitaba la conclusión y el archivo del procedimiento concursal, por no cumplirse el requisito de la pluralidad de acreedores.
3) Conferido traslado de la petición, la AC se opuso y alegó que habían sido reconocidos créditos a tres acreedores.
4) También se opuso al archivo la concursada, que alegó la extemporaneidad de la petición de la AEAT y la existencia de una pluralidad de acreedores.
2. El auto del juzgado mercantil de 1 de septiembre de 2010, que acuerda el archivo del concurso, aquí impugnado, acoge la solicitud de la AEAT porque considera que la documentación acompañada con la solicitud de concurso pone de manifiesto que, en realidad, hay un solo acreedor, la propia AEAT, y que el concurso se presenta para evitar o retrasar la ejecución de la AEAT. La Sra. magistrada observa que la memoria

presentada por la concursada no hace referencia al devenir del negocio, a la situación de insolvencia, a la fecha en que comienza la imposibilidad de afrontar los pagos ordinarios, ni siquiera a los otros dos acreedores.
En relación con esos dos créditos (al parecer, de unos 2.000 euros, de la empresa que efectuó un estudio para recurrir ante la AEAT y de la sociedad para la que factura la letrada que presentó el concurso -letrada que, en escrito de 9 de marzo, manifestó haber recibido 18.000 euros en concepto de provisión de fondos), la juez concluye que han sido buscados con la finalidad de presentar el concurso y que se está ante un fraude de ley que no puede admitirse.
3. Contra el auto, MITTENNAU interpone recurso de reposición que es desestimado. A partir de ese momento, las actuaciones procesales siguen una intrincada dinámica de recursos y de resoluciones de admisión y de inadmisión hasta que, finalmente, el juzgado admite el recurso de apelación en examen, que reitera las alegaciones efectuadas ante el juzgado e impugna la conclusión del procedimiento alegando: a) la existencia de una pluralidad de acreedores y b) la ausencia de previsión legal de tal causa de conclusión del concurso.
4. Son razonables las dudas de la Sra. juez mercantil sobre la admisibilidad del recurso de apelación. Se recurre contra un auto que rechazaba la reposición de un auto anterior y, como tal, no sería susceptible de apelación, conforme a la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Ahora bien, el artículo 197 de la Ley concursal (LC) permite que las partes reproduzcan la cuestión en la apelación más próxima. Visto el contenido del auto apelado, que pone fin al procedimiento, no existe esa posibilidad de diferir la apelación. Esa razón está en la base de la admisión del recurso.
5. El primer argumento del recurso es el relativo a la existencia de varios acreedores. La parte apelante reconoce expresamente que la pluralidad de acreedores constituye un presupuesto para la declaración de concurso, tal como ha entendido la Sra. magistrada, lo cual nos releva de mayores razonamientos al respecto.
No contamos, en esta segunda instancia, con el informe de la AC -original ni copia- en el que la AEAT fundamentó su solicitud de archivo. A partir de las alegaciones de los diferentes intervinientes en el procedimiento, debemos concluir que, en la relación correspondiente, junto a la AEAT aparecen otros dos acreedores (DIAGONAL ECONOMISTES, S.L. y ASSESSORAMENT D'EMPRESES AC2 SAP). Así lo alegan la concursada y el AC y así lo reconoce expresamente la AEAT.
También el auto impugnado parte de la inclusión en la lista de esos dos créditos y del de la AEAT. Sin embargo, la Sra. magistrada aprecia un fraude de ley, en los términos descritos en el fundamento de derecho 2 de esta resolución. No se desvirtúan en esta segunda instancia los datos fácticos en que el auto del juzgado fundamenta la conclusión de uso desviado del procedimiento de concurso: la naturaleza y la titularidad de los dos créditos de alrededor de 2.000 euros que acompañan al crédito de casi 800.000 euros de la AEAT (crédito de la empresa que asesoró a la concursada para recurrir ante la AEAT y crédito de la sociedad por la que factura la letrada que presenta el concurso); la ausencia, en la memoria de la solicitud de concurso, de datos sobre el devenir del negocio, sobre la situación de insolvencia y sobre la fecha en que comienza la imposibilidad de hacer frente a los pagos ordinarios; la ausencia de otros acreedores y la falta incluso de mención de los dos supuestos acreedores que completan la apariencia inicial de pluralidad. La memoria queda limitada a la narración del devenir de la deuda con la AEAT.
6. La sociedad apelante -y entramos así en la segunda de las alegaciones del recurso- alega que, por otra parte, una vez iniciado el concurso, la inexistencia, sobrevenida o no, de una pluralidad de acreedores no podría motivar, en ningún caso, la conclusión del procedimiento, puesto que aquélla no se halla entre las causas prevista en el artículo 176 LC.
Es cierto que el artículo 176 LC, en la redacción vigente al dictarse el auto impugnado, no contenía ninguna previsión específica en ese sentido. Sin embargo, las mismas razones que abonan la necesidad -no discutida por la recurrente- de una pluralidad de créditos como requisito para la admisión del concurso, han de determinar, lógicamente, la conclusión del procedimiento cuando se advierte que esa pluralidad no existe. Ni uno ni otro supuesto están regulados en un precepto específico de la LC: sus efectos derivan de la naturaleza misma del concurso (concursus) como procedimiento universal.
A la vista de las actuaciones, consideramos, como la juez mercantil, que la pluralidad aparente de créditos que permitió la admisión se ha revelado ficticia y que la solicitud de la deudora estaba orientada a finalidades distintas de las que son propias del procedimiento concursal. Por ello, debemos desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto impugnado.
7. La desestimación del recurso determina la imposición de las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículos 398.1 y 394.1 LEC).”: AAP Barcelona (Sección 15) 16.10.2012 (Auto 120/2012; Rollo 236/2012)

JM-1 Alicante

“Segundo.- Según tesis ya expuesta por este Juzgado en autos de 21 de abril de 2005, de 21 de abril y 17 de julio de 2006, el procedimiento concursal solamente tiene sentido existe una pluralidad de acreedores.
Nos encontramos ante un procedimiento universal dirigido a la satisfacción de los acreedores, bien mediante un convenio entre estos y el deudor común, bien mediante la liquidación ordenada del patrimonio de aquel; y una y otra solución solamente cobre sentido sí existe una pluralidad de titulares de crédito, ya que de lo contrario, entraría en juego la posibilidad que establece el ordenamiento jurídico de la ejecución individual o singular. Las normas sobre respeto a la pars condictio creditorum que inspira toda regulación concursal, calificación de créditos, mayorías de convenios o graduación en los pagos, etc. no se explican si es uno solo el acreedor.
Así lo ha venido estableciendo la jurisprudencia en interpretación de la legislación derogada (STS 9/1/94, AP de Avila de 1/4/97; Madrid, de 10/9/92; Barcelona de 19/10/95; Palma de Mallorca, Sección 38, Sentencia de

24 Feb. 1990; Barcelona, Sección 11ª, Auto de 25 Ene. 1991, Ávila, Sentencia 22.5.96; Castellón, Sentencia de 25 Abr. 1998 y Alicante de 22 de mayo de 2002) que es de aplicación al nuevo texto legal.
Postura que encuentra su apoyo normativo en el art. 2.1 al indicar que "procederá la declaración de concurso en caso de insolvencia del deudor común"; adjetivos este último que no hace referencia a género sino a pluralidad de acreedores. Refuerza ello la Exposición de Motivos al explicar el nombre elegido para denominar el procedimiento y que " por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común".
Este es el criterio mantenido por la doctrina científica (entre otros, Rodrigo Bercovitz Rodriguez Cano, Juana Pulgar Ezquerro y Miguel Ángel Fernández Ballesteros), los Juzgados de lo Mercantil (AJM número dos de Madrid, de 16 de diciembre 2004 y de Bilbao, de 3 diciembre 2004, entre otros) y la llamada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, de especial interés en estos momentos de la nueva Ley ante la ausencia todavía de pronunciamientos del Tribunal Supremo, como el Auto de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4), de 5 mayo de 2006
Tercero.- En el caso presente son tres los acreedores que figuran en la relación de acreedores que la mercantil solicitante aporta: Catalana de Occidente (124.604,37€), Hacienda Publica (2.579.07 €) y Moldtrans Internacional SA (87,17€)
Expresamente requerido al efecto el solicitante en proveído de 31/1/2008 sobre tales acreedores, indica que ya se ha atendido la deuda de Hacienda y que el crédito a favor de Moldtrans Internacional SA se remonta a dos facturas de 2005 no reclamadas nunca, a pesar de que se afirma que existe tesorería superior a 4.000 € y la deuda de Catalana de Occidente deriva de una sentencia del TS de 9/7/2007 (que confirma la de la AP de 2000).
Asimismo consta que el 7/9/2007 la mercantil acuerda su disolución y apertura de liquidación, sin que tenga actividad económica desde noviembre de 2007..
Ello permite considerar que, en realidad, carece de rigor y de sentido hablar de pluralidad de acreedores, pues no solo uno de ellos es de ínfima cuantía sino que parece que se deja sin atender el mismo solo para poder hablar de pluralidad, lo cual puede implicar un fraude de ley, y conseguir con ello determinadas efectos ligados a la declaración de concurso (cese de devengo de intereses) que sin tal cobertura no sería posible.
Cuarto.- En la situación descrita lo que procede es atender en el proceso de liquidación societario iniciado con los bienes existentes al deudor, o si lo insta el acreedor Catalana de Occidente, que se ejecute la sentencia que fija el crédito a su favor a través de la ejecución singular, pero no sustituir tales mecanismos por el proceso concursal.
El concurso tiene por finalidad la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor común bien mediante la solución convenida bien mediante la solución liquidatoria, con realización de los bienes y derechos económicos para distribución ordenada a los acreedores de su producto.
En las circunstancias fácticas ni es posible, por su propia naturaleza, un convenio de continuación (no hay actividad) ni propiamente tiene sentido hablar de liquidación ordenada, a la vista de la configuración del pasivo, cuando parece que realidad debe haberse verificado extrajudicialmente tal operación liquidatoria de pago a los restantes acreedores que pudo tener la solicitante
En definitiva, no aparece ahora, con ese residual acreedor, justificado un procedimiento concursal para suplir aquello que no se verificó en su día y por ello ha de rechazarse, como permite el art. 11.2 LOPJ.": SJM-1 Alicante 22.02.2008 (Concurso 693/2007)

JM-3 Pontevedra

"PRIMERO -El análisis que el Juez de lo Mercantil ha de realizar antes de decidir sobre la admisión a trámite de una solicitud de concurso necesario(artículo 13.1 de la Ley Concursal) debe comprender fundamentalmente el de los requisitos y presupuestos procesales que aquélla debe cumplir, debiendo hacerse extensivo a la detección de aquellos supuestos en que la petición de declaración de concurso se revele desde un principio del todo punto improcedente.
Ello afecta no sólo al presupuesto objetivo- la insolvencia como imposibilidad de cumplimiento del deudor de sus obligaciones comunes, sea ésta actual o inminente- sino también al presupuesto subjetivo, que afecta en una doble vertiente a la condición de deudor-artículo 1.1 lecon- y a la pluralidad de acreedores.
SEGUNDO - Como dice la SJM nº1 de Alicante de 22-2-08, el procedimiento concursal solamente tiene sentido existe una pluralidad de acreedores.
Nos encontramos ante un procedimiento universal dirigido a la satisfacción de los acreedores, bien mediante un convenio entre estos y el deudor común, bien mediante la liquidación ordenada del patrimonio de aquel; y una y otra solución solamente cobre sentido sí existe una pluralidad de titulares de crédito, ya que de lo contrario, entraría en juego la posibilidad que establece el ordenamiento jurídico de la ejecución individual o singular. Las normas sobre respeto a la par conditio creditorum que inspira toda regulación concursal, calificación de créditos, mayorías de convenios o graduación en los pagos, etc no se explican si es uno solo el acreedor.
Así lo ha venido estableciendo la jurisprudencia en interpretación de la legislación derogada (STS 9/1/94,AP de Avila de 1/4/97;Madrid, de 10/9/92;Barcelona de 19/10/95;Palma de Mallorca, Sección 38, Sentencia de 24 Feb. 1990;Barcelona, Sección 11ª, Auto de 25 Ene. 1991,Ávila, Sentencia 22.5.96;Castellón, Sentencia de 25 Abr. 1998 yAlicante de 22 de mayo de 2002) que es de aplicación al nuevo texto legal.
Postura que encuentra su apoyo normativo en elart. 2.1 al indicar que "procederá la declaración de concurso en caso de insolvencia del deudor común"; adjetivos este último que no hace referencia a género sino a pluralidad de acreedores. Refuerza ello la Exposición de Motivos al explicar el nombre elegido para denominar

el procedimiento y que " por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común".
Este es el criterio mantenido por la doctrina científica (entre otros, Rodrigo Bercovitz Rodriguez Cano, Juana Pulgar Ezquerra y Miguel Ángel Fernández Ballesteros), los Juzgados de lo Mercantil (AJM número dos de Madrid, de 16 de diciembre 2004 y de Bilbao, de 3 diciembre 2004, entre otros) y la llamada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, de especial interés en estos momentos de la nueva Ley ante la ausencia todavía de pronunciamientos del Tribunal Supremo, como elAuto de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4), de 5 mayo de 2006
TERCERO - Un examen somero de los autos nos lleva a la siguientes consideraciones; la lista de acreedores está formada únicamente por dos, uno de ellos de tan acusada naturaleza extraconcursal y prededucible como los honorarios del letrado instante, que son sin lugar a dudas créditos contra la masa, en atención a lo dispuesto en elartículo 84.2.2º. Su mención en la solicitud de concurso parece ir únicamente dirigida a la búsqueda del requisito de la pluralidad de acreedores para conseguir determinados efectos de su declaración, olvidando que esa pluralidad habrá de atañer como mínimo a los créditos concursales.
La labor de control de los presupuestos legales de la adopción del concurso no suplanta la labor de la Administración concursal, que es quien ha de calificarlos, pues nos llevaría a un alargamiento del proceso absurdo y antieconómico-gastos de publicaciones, honorarios de la propia Administración concursal y representación y defensa del concursado- para el propio solicitante.
Tampoco el hecho de que el llamamiento público a los acreedores pueda suponer variación de la lista inicial ha de justificar su admisión; una cosa es la eventual alteración de esa lista inicial, y otra bien distinta que la solicitud inicial, per se, no encuentre acomodo en los presupuestos del concurso.": AJM-3 Pontevedra 08.11.2010 (JUR 2011/140294; Concurso 329/2010)

1.3.3.1 Determina el archivo del con

1.3.4 Bastan dos acreedores no relacionados

AP Barcelona

"1. La entidad esplugues barna, S.L. pidió que se le declarara en concurso de acreedores. Con la solicitud aportó la documentación exigida por el art. 6 LC. En ella tan sólo aparecían dos acreedores: servicios y suministros café, s.a. por un crédito de 534.212,21 euros y centro para el desarrollo tecnológico industrial (CDTI) por un crédito de 790.765,69 euros.
El juzgado mercantil acordó inadmitir la solicitud de concurso de acreedores por falta del requisito de la pluralidad de acreedores, ya que, aunque formalmente aparezcan dos acreedores, en realidad sólo existía uno CDTI, ya que el otro, servicios y suministros café, s.a., "era el afianzado por la concursada frente a CDTI".
Recurre en apelación entidad esplugues barna, S.L., quien, sin negar la exigencia de la pluralidad de acreedores, argumenta que en este caso se cumple ya que los créditos de los dos acreedores que aparecen en la lista de acreedores son distintos. El crédito de servicios y suministros café, s.a., por un importe de 534.212,21 euros, deriva de un préstamo otorgado por dicha entidad acreedora; y el crédito de centro para el desarrollo tecnológico industrial (CDTI), por un importe de 790.765,69 euros, proviene de la ejecución de un afianzamiento solidario concedido por esplugues barna, S.L. en el marco de un contrato suscrito entre las sociedades servicios y suministros café, s.a. y centro para el desarrollo tecnológico industrial (CDTI).
2. Las partes no discuten que presupuesto necesario, aunque implícito, de la declaración de concurso es la existencia de una pluralidad de acreedores, sin la cual el procedimiento universal carece de sentido. Así, la Ley Concursal hace referencia al "deudor común", a la obligacio#n de presentar una "relación de acreedores", a la incapacidad para cumplir "sus obligaciones exigibles", al "incumplimiento generalizado de sus obligaciones", a la legitimación de "cualquiera de sus acreedores" para solicitar el concurso, de "la concurrencia de acreedores", etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por una pluralidad de acreedores.
La cuestión controvertida radica en si en este caso concreto existe o no esta pluralidad de acreedores. Y a este respecto, hay que reconocer que los créditos que se atribuyen a los dos acreedores de la lista son distintos: el crédito de servicios y suministros café, s.a. por un importe de 534.212,21 euros deriva de la obligación de devolver las cantidades entregadas en préstamo por servicios y suministros café, s.a. a esplugues barna, S.L. durante los ejercicios económicos 2007, 2008 y 2009; por su parte, el crédito de de centro para el desarrollo tecnológico industrial (CDTI) por un importe de 790.765,69 euros, proviene de una operación de préstamo suscrita con CDTI en el año 2006 y que ha sido reclamada en el 2009.
No concurre pues la circunstancia fáctica apreciada por el juez mercantil para considerar que no existía pluralidad de acreedores, cual era que uno de los acreedores, en su calidad de fiador frente al otro acreedor (CDTI) de una deuda que esplugues barna, S.L. tenía como acreedor principal, ostentaba en realidad un crédito contingente que coincidiría con parte del crédito de CDTI.
Los créditos de ambos acreedores son distintos y no guardan relación, razón por la cual cabe apreciar la concurrencia del requisito de la pluralidad de acreedores, y por ello procede revocar el auto recurrido.": AAP Barcelona (Sección 15) 04.05.2011 (Auto 58/2011; Rollo 48/2011)

1.4 Son acreedores todos los titulares de créditos, incluso no vencidos

AP Barcelona

"QUINTO.-Por lo que se refiere al presupuesto objetivo, es cierto que el concurso exige una pluralidad de acreedores y que tal requisito constituye un presupuesto de la declaración. Ese requisito se deriva de la naturaleza misma del concurso como procedimiento universal y se infiere de innumerables preceptos de la Ley Concursal, como del artículo 2.1º, que se refiere al "deudor común", del artículo 6.2º, que exige una "relación de acreedores" por orden alfabético o del artículo 21.1.5 º, que contempla el "llamamiento a los acreedores" del concursado. Cuando sólo existe un acreedor, el principio de responsabilidad patrimonial universal plasmado en el artículo 1911 del Código Civil hace innecesario el procedimiento concursal.
Hemos sostenido (auto de 16 de octubre de 2012, Rollo 536/2012), además, que las mismas razones que abonan la necesidad de una pluralidad de créditos como requisito para la admisión del concurso, han de determinar, lógicamente, la conclusión cuando se advierte que esa pluralidad no existe.
En el presente caso la concurrencia de varios acreedores es incuestionable. En primer lugar, son dos los instantes del concurso necesario (KOTA y el Sr. Severiano), por mucha que sea la vinculación entre ambos. En segundo lugar, la propia recurrente admite que el Juzgado de Primera Instancia 20 de Barcelona ha condenado a IPME 2012 S.A. al pago de 11.622,46 euros (sentencia de 15 de noviembre de 2012), crédito a favor de Don Cecilio que es de reconocimiento necesario en el concurso y por su cuantía (artículos 86.1 º y 87.3º de la LEC). El que la concursada haya interpuesto recurso de apelación contra la sentencia es irrelevante a estos efectos. Por último tampoco es controvertido que en la cuenta de proveedores figuran 22 acreedores con créditos por importe de 40.821,54 euros. La concursada alega que se trata de "deuda no vencida" y por ello "inexigible". Sin embargo no por ello esos acreedores dejan de serlo y deben ser excluidos del concurso. Así resulta del artículo 19 de la LC, que regula la oposición al concurso necesario, contemplando el requisito de la consignación por el deudor del crédito del instante salvo que éste no estuviera vencido.": AAP Barcelona (Sección 28) 11.11.2014 (Auto 141/2014; Rollo 261/2014)

2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Art. 2.2 Estado de insolvencia

Tribunal Supremo

"4.-Tales motivos se fundamentan, sintéticamente, en que la sentencia recurrida confunde la insolvencia, presupuesto objetivo del concurso, con el desequilibrio patrimonial o con la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas, presupuesto de la acción de responsabilidad por deudas del art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas.
Por ello, se dice, la sentencia fija en 2003 el momento en que se produjo la insolvencia, y no en enero de 2007, que es cuando por primera vez se deja de pagar a los trabajadores. La audiencia, alegan los recurrentes, no intenta siquiera establecer en qué momento se dejaron de cumplir regularmente las obligaciones de pago porque para ella el único elemento determinante de la insolvencia es el desequilibrio patrimonial, concluyen los recurrentes.
DECIMOTERCERO.-Valoración de la Sala. La insolvencia a efectos del concurso. Responsabilidad de los administradores por déficit concursal y responsabilidad societaria por deudas de la sociedad
1.-Las sentencias de instancia aplican incorrectamente el art. 2.2 en relación con el 5.1 y el 165.1, todos ellos de la Ley Concursal, al considerar que la sociedad CASERO HERMANOS se encontraba en situación de insolvencia en el año 2003 porque en tal ejercicio incurrió en la causa legal de disolución por pérdidas agravadas, al quedar reducido su patrimonio a menos de la mitad del capital social, situación en la que permaneció hasta la declaración de concurso.
2.-No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria.
En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual.
Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art. 165.1 de la Ley Concursal es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas.
Esta sala, en su sentencia 590/2013, de 15 de octubre, realizó las siguientes afirmaciones sobre esta cuestión, que son de plena aplicación al supuesto objeto del recurso pese a que fueron realizadas en un litigio de naturaleza societaria:

«No cabe confundir, como parece que hacen la demanda y la sentencia recurrida, entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que, como veremos a continuación, sí constituye causa de disolución.
»Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incursa en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito, antes en los arts. 262 TRLSA y 105 LSRL, y ahora en el art. 365 LSC. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC). De ahí que la imprecisión apreciada por la sentencia de apelación debería haber conducido a confirmar la desestimación de la acción de responsabilidad por falta de justificación de los requisitos legales, y al no hacerlo, la audiencia infringió los preceptos mencionados».
3.-Ahora bien, tampoco es correcta la equiparación que hacen los recurrentes entre insolvencia y cesación de pagos, al afirmar que la insolvencia se produjo en enero de 2007 pues fue en ese momento cuando se produjo la cesación general en los pagos por parte del deudor común.
El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor constituye uno de los hechos reveladores de la insolvencia según el art. 2.4 de la Ley Concursal. Pero una solicitud de declaración de concurso necesario fundado en alguno de estos "hechos reveladores", entre ellos el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, puede ser objeto de oposición por el deudor, no solo alegando que el hecho revelador alegado no existe, sino también manteniendo que aun existiendo el hecho revelador, no se encuentra en estado de insolvencia (art. 18.2 de la Ley Concursal).
Y, al contrario, es posible que incluso no existiendo un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones exista una situación de insolvencia, porque el deudor haya acudido a mecanismos extraordinarios para obtener liquidez (por ejemplo, la venta apresurada de activos) al no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.
4.-No obstante esta confusión, lleva razón el recurso cuando afirma que las sentencias de instancia equiparan incorrectamente la insolvencia con la concurrencia de causa legal de disolución por pérdidas agravadas que hayan dejado reducido el patrimonio a menos de la mitad del capital social. Al no computar el plazo de dos meses previsto en el art. 5.1 de la Ley Concursal desde que el deudor conoció o debió conocer su situación de insolvencia, esto es, que no podía cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y no fijar siquiera cuándo se produjo tal circunstancia, se ha producido la infracción legal denunciada.
5.-La existencia de la infracción indicada supone la revocación de la calificación del concurso como culpable y, consiguientemente, la de los pronunciamientos condenatorios de los administradores sociales en tanto que personas afectadas por la calificación.
Como hemos expresado anteriormente, las sentencias de instancia no están considerando dos conductas diferentes para encuadrarlas, respectivamente, en los arts. 165.1 y 164.1 de la Ley Concursal. Están considerando la misma conducta (no haber adoptado las medidas exigidas en las normas societarias pese a la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas) para aplicar dichos preceptos de la Ley Concursal, y ello al confundir la situación de pérdidas agravadas con el estado de insolvencia.
Al no aplicar correctamente el precepto que define el estado de insolvencia a efectos de la Ley Concursal, se han aplicado incorrectamente los arts. 164.1 de la Ley Concursal y, en tanto que concreción de aquel, 165.1 de la Ley Concursal.
En cuanto al art. 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, vigente cuando sucedieron los hechos relevantes para el litigio, el mismo regula la responsabilidad societaria de los administradores sociales. Pero no es esa responsabilidad la que se exige en la sección de calificación del concurso, por lo que la invocación de dicho precepto legal no es pertinente.
Por todo lo cual procede estimar los recursos de casación, casar la sentencia de la Audiencia Provincial y, en su lugar, dictar otra por la que se estime el recurso de apelación interpuesto por los hoy recurrentes y se declare fortuito el concurso.”: STS 01.04.2014 (Sentencia 122/2014; Recurso 541/2012)

AP Barcelona

“Por tanto, para que el juzgado proceda a la declaración del concurso es precisa la situación de insolvencia del deudor, presupuesto sin el cual cualquier solicitud, sea del deudor sea de un acreedor, se asienta en el vacío. El presupuesto objetivo del concurso es una cuestión previa a cualquier disquisición sobre las características y funcionamiento de cualquier proceso concursal, y constituye además un importante problema de política legislativa, pues equivale a determinar en la práctica los criterios conservativos o liquidativos de las empresas en crisis: hay que encontrar el equilibrio entre la necesidad de anticipar el concurso y evitar que cuando éste se plantea ya sea ineficaz por ausencia o insuficiencia de la masa activa, y la necesidad de impedir que las acciones ejecutivas universales solapen el ejercicio de las acciones individuales y ocupen un espacio que no es el suyo.
La LC opta por un único y común presupuesto económico, la insolvencia del deudor: “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. Con ello el art. 2 LC define la insolvencia sobre la base de la imposibilidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones, sin que ello deba coincidir necesariamente con un desbalance patrimonial o deba reducirse a una mera cesación en los pagos. No obstante, al diseñar los mecanismos que permitan justificar este estado de insolvencia al solicitar la

declaración del concurso, el legislador hace operar a la insolvencia de modo distinto según el concurso sea voluntario o necesario. En el primer caso, en el que es el deudor quien pide su declaración de concurso, la insolvencia opera a modo de cláusula general, sin que el legislador tase sus manifestaciones externas. Véase al efecto el art. 14.2 LC, que permite declarar el concurso voluntario si concurren los hechos externos del art. 2.4 LC "u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor". En el segundo caso, por el contrario, la LC sí que tasa los hechos que manifiestan esa imposibilidad de pago que permiten al acreedor pedir el concurso, comprobándose luego la insolvencia subyacente. Se trata de una enumeración, más limitada respecto a la que inicialmente se incluía en el precepto (por ejemplo, falta de pago de rentas arrendaticias o de cuotas hipotecarias), que incluye a los tradicionales hechos de quiebra, objeto en la nueva legislación de un sistema de comprobación a priori: en el caso de la solicitud del deudor, la comprobación de si existe o no una auténtica situación de insolvencia actual o inminente se convierte en un trámite necesario, según se ve en el art. 14 LC.
Pero en el caso del concurso necesario, por el contrario, no se exige al acreedor en la fase de apertura que demuestre en ese momento la insolvencia, sino sólo que justifique la concurrencia de algunos de los hechos externos del art. 2.4 LC, ya expuestos, de modo que la declaración del concurso acontecerá cuando, admitida la solicitud y dado traslado al deudor, éste no se oponga u, opuesto a la declaración, su oposición sea desestimada por los cauces que establece los arts. 18 a 20 LC.": AAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2006 (Rollo 816/2005)

"II. Conforme al art. 2.1 LC, para que un deudor pueda ser declarado en concurso debe ser común, de una pluralidad de acreedores, y ha de ser insolvente. El art. 2.2 LC aclara que un deudor se encuentra en estado de insolvencia cuando "no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". Para facilitar la petición de con-curso necesario, en este caso a instancia de un acreedor, y en concreto la acredita-ción de la insolvencia, el art. 2.4 LC enumera una serie de hechos reveladores de la insolvencia, de modo que en principio basta invocar alguno de ellos para justifi-carla. En este caso, el instante del concurso acreditó su condición de acreedor, reco-nocido por sentencia firme, e invocó como hecho revelador de la insolvencia que se había despachado ejecución contra la sociedad deudora sin que se hubiera logrado encontrar bienes sobre los que trabar embargo. En el trámite de audiencia previa al deudor, prevista en los arts. 15 y ss. LC para la petición de concurso necesario, la sociedad Bovedillas Arrúe SL no negó el crédito del actor ni la existencia del des-pacho de ejecución, pero conforme al art. 18 LC se opuso a la declaración de con-curso alegando que no se encuentra en situación de insolvencia. Conviene advertir que esta situación de insolvencia es la que describe el art. 2.2 LC (incapacidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles), y que corresponde a la sociedad deudora la prueba de su solvencia, que debe basarse en la contabilidad que lleve conforme a Derecho. (...)
La no aportación de los libros, debidamente legalizados, impide constatar si, como extrajo el magistrado mercantil de la prueba testifical (del auditor don J.L., de la interventora judicial doña M.C., y de varios trabajadores y proveedores) y del referido balance de situación, la sociedad se encuentra en una situación de solven-cia. A estos efectos, conviene no perder de vista que el presupuesto del concurso no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que ello pueda operar como hecho revelador de la insolvencia (art. 2.4.1º LC), sino la inca-pacidad del deudor de atender regularmente al pago de la obligaciones exigibles. Es por ello que no tiene tanta trascendencia que exista o no una situación de cesación generalizada de los pagos, no siendo por ello determinante que la sociedad deman-dada esté al corriente en el pago de los salarios y proveedores, y el crédito de la Seguridad Social sea muy reducido, como concluye el magistrado de la valoración de la prueba testifical. Lo verdaderamente relevante es si la deudora tiene capaci-dad de afrontar de forma regular sus obligaciones, y consta una deuda de 99.291,12 euros, reconocida en sentencia y por la que se ha despachado ejecución, que ha resultado infructuosa, que además de servir de apoyo para pedir la situación de insolvencia, la presume. Aunque sería posible que este hecho fuera compatible con un estado de solvencia, ello le corresponde acreditarlo al deudor, y ha de hacerlo necesariamente sobre la base de sus libros de contabilidad. Su falta de aportación, determina por sí misma la desestimación de la oposición a la declaración de con-curso basada en la "solvencia" invocada, sin que quepa justificar esta situación de solvencia únicamente con el resto de los medios de prueba aportados.": AAP Barcelona (Sección 15) 30.11.2006 (Rollo 568/2006)

"III. El presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor *común* (lo que presupone la existencia de una pluralidad de acreedores), y ese estado concu-rre, dice el art. 2.2 LC, cuando el deudor *"no puede cumplir regularmente sus obli-gaciones exigibles"*, entendiéndose por tanto la expresión "estado de insolvencia" en un sentido flexible, que se identifica con la situación de incapacidad actual (en el caso de concurso necesario) para el cumplimiento regular de las obligaciones, aunque la imposibilidad se deba a una situación de iliquidez pero con activo supe-rior al pasivo exigible. Es cierto que lo relevante a estos efectos no es la situación de desbalance patrimonial o de desequilibrio entre activo y pasivo (lo que no impide que pueda considerarse esta situación como dato a valorar, incluso significado, en cierto contexto), sino la incapacidad de atender de forma regular las obligaciones exigibles, de modo que la insolvencia que contempla la Ley Concursal puede venir determinada por falta de liquidez o de financiación que coloque al deudor en esa situación, pese a que cuente con un patrimonio neto contable expresado con signo positivo.
Para facilitar la declaración de concurso necesario, en este caso a instancia de un acreedor, y en concreto la acreditación de la insolvencia, el art. 2.4 LC enumera una serie de hechos reveladores de tal estado, de modo que en principio basta invocar alguno de ellos para justificarla, entre otros, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Pero se debe precisar que el presupuesto del concurso no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que pueda operar como hecho revelador de la insolvencia, sino la incapa-cidad del deudor de atender regularmente el pago de las

obligaciones exigibles. Es por ello que no tiene tanta trascendencia que exista o no una situación de cesación generalizada en los pagos, no siendo por ello decisivo que la sociedad demandada esté al corriente en el pago de las obligaciones regulares o corrientes (salarios, pro-veedores, etc.); lo verdaderamente relevante es si el deudor tiene capacidad para afrontar de forma regular sus obligaciones, y la prueba de su solvencia corresponde al propio deudor sobre la base de sus libros de contabilidad (art. 18.2 LC). ": AAP Barcelona (Sección 15) 10.10.2007 (Rollo 292/2007)

AP Córdoba

" 3.- En relación con este resultado probatorio, debe tenerse en cuenta que, como se deriva del artículo 2.2 de la Ley Concursal, se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Lo relevante es, por tanto, la imposibilidad de cumplimiento, siendo indiferente la causa de dicha imposibilidad. En la Ley Concursal, la insolvencia no se identifica con el desbalance, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder éste seguir cumpliendo con sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal o por otros medios (ejercicio de acciones revocatorias, actualización de balances, etc.); y a su vez, el activo puede ser superior al pasivo pero ser liquidable a muy largo plazo, lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones. Pues bien, en este caso, los datos ya expuestos acreditan que "Horcofruit, S.L." no se encuentra en situación de atender sus obligaciones corrientes, pues mantiene deudas por una cantidad próxima a los 600.000 euros –como mínimo-, que le están siendo reclamadas extrajudicialmente, en procedimientos judiciales y en procedimientos administrativos de apremio, sin que haya acreditado tener recursos para pagarlas, así como el resto de sus obligaciones respecto de las que no consta reclamación.": AAP Córdoba (sección 3) 13.03.2008 (Rollo 60/2008)

AP Madrid

"Asimismo, que concurra la causa de disolución obligatoria delart. 260.1.4º de la Ley de Sociedades Anónimaspodrá tener otras consecuencias (señaladamente las derivadas delart. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas), pero no constituye presupuesto suficiente para la declaración en concurso, puesto que ni es un hecho revelador de los enumerados en elart. 2.4 de la Ley Concursalni equivale a la insolvencia. En la Ley Concursal, la insolvencia no se identifica con el desbalance, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder éste seguir cumpliendo con sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal o por otros medios (ejercicio de acciones revocatorias, actualización de balances, etc.); y a su vez, el activo puede ser superior al pasivo pero ser liquidable a muy largo plazo, lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones (Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Secc. 3, 9 de enero de 2007). AAP Madrid (sección 28) 17.04.2008 (JUR 2008/188168)

AP Pontevedra

"La insolvencia viene definida en elartículo 2 de la Ley concursal como el estado de quien no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Nuestra legislación vigente ha venido, de este modo, a superar la concepción meramente formal de la insolvencia que se manifestaba por la cesación de pagos y se fundamenta en una concepción material de la misma que implica la imposibilidad de hacer frente a las deudas, lo que supone que estará en situación de insolvencia actual quien no puede atender sus obligaciones sin acudir a mecanismos extraordinarios de financiación, venta de activos, cierre de determinadas líneas de explotación o del propio negocio; estableciendo el propio precepto que esa insolvencia se calificará de inminente y motivará la declaración del concurso cuando se prevea la imposibilidad de cumplir las obligaciones no solo regularmente, sino también puntualmente. De lo expuesto cabe concluir que la Ley tiene en cuenta el factor liquidez como determinante de la situación concursal y al mismo habrá que acudir necesariamente para determinar si existe o no tal insolvencia, y es evidente que también en este caso con la demora -al margen de lo dicho en párrafos más arriba sobre la innecesaria exigencia de relación de causalidad entre la insolvencia y la acción culposa- incluso también se vio favorecida con esta conducta omisiva porque por no ordenar debidamente a la mercantil a su debido tiempo, la deuda no sólo se mantuvo, sino que creció según se constata de la documentación obrante en autos y se deduce de la lectura de la evolución de los fondos propios.": SAP Pontevedra 27.05.2009 (AC 2009/1577; Sentencia 240/2009; Rollo 128/2009)

AP Lleida

"El segundo de los motivos de recurso se refiere a que la concursada no estaría en situación de insolvencia. Al respecto es necesario hacer una serie de precisiones. Así, en Derecho concursal, cierto es que la insolvencia del deudor es un presupuesto objetivo de la declaración judicial de concurso de acreedores(art. 2 LC).
Dicho presupuesto se define como imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles al deudor(art. 2.2 del cuerpo legal señalado). La Ley Concursal acoge así la noción económica de insolvencia, equiparándola a impotencia de pago, normalmente nacida de la falta de crédito del deudor y, sobre todo, de su situación de neto patrimonial negativo (más deudas que bienes y créditos). Paralelamente, se distancia el legislador relativamente de la noción jurídica de insolvencia-impago, vinculada a la iliquidez económica(art. 874 CCom derogado, que definía la quiebra como cese en los pagos, como falta general de pago o cese en la atención de los créditos). El CCom, en efecto, no atendía en sede conceptual, como la Ley Concursal, al origen

o causa de la insolvencia para configurar o estructurar el presupuesto objetivo, aunque luego también regía un sistema indiciario o de señales para probar aquélla, análogo al de los indicios de insolvencia que hoy contempla elart. 2.4 LC, sede más correcta para ubicar el incumplimiento generalizado, que debe constituir señal o indicio, no causa, de la insolvencia. La causa de la insolvencia sólo puede ser el"Uberschuldung", la sobredimensión del pasivo, unida a la falta de crédito, al imposible rehinchado de la financiación externa.
El sobreendeudamiento que regula laLey Concursal (art. 2.3) no es estático, sino dinámico, pues la insolvencia prevista como inmediata se equipara a la actual, ajustándose mejor así los empresarios, principales sujetos en bancarrota, altiming idóneo para proveer la declaración voluntaria de concurso, en beneficio propio y también de la masa pasiva conformada por los acreedores.
En el caso de autos la insolvencia de la concursada apelante resulta evidente a la vista de la documentación que consta en actuaciones y en especial a la vista del informe de la administración concursal acompañado como prueba en esta segunda instancia. De él resulta que la situación de desbalance de la concursada es más que evidente superando su pasivo a su activo; su posibilidad de acudir al crédito o a la financiación externa está también en entredicho habida cuenta su nivel actual de endeudamiento y las limitadas garantías que puede ofrecer. En definitiva la situación de insolvencia ha sido correctamente valorada por el juez a quo haciéndose procedente la desestimación del recurso y la confirmación delAuto de 15 de septiembre de 2009 por el que se declaraba a la apelante en concurso.": AAP Lleida (Sección 2) 29.03.2011 (JUR 2011/209476; Auto 34/2011; Rollo 166/2010)

JM-1 Santander

"Aún cuando dicha regulación *[art. 2.4]* podría ser entendida como que cada uno de los supuestos de hecho a que se refiere constituye una presupuesto objetivo del concurso, una interpretación conjunta del artículo 2, 16 y 18 permiten concluir que la Ley Concursal, coherente con su principio de unidad, opta por la existencia de un presupuesto objetivo único: la insolvencia. Este presupuesto no se encuentra definido aunque sí descrito en el artículo 2, que se refiere a él como la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles. Por otro lado, el artículo 18 de la Ley Concursal permite que el deudor se oponga a la solicitud de concurso alegando la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aún existiendo, no se encuentra en situación de insolvencia, correspondiendo en este caso al deudor la prueba de su solvencia.": Auto JM-1 Santander (Cantabria) 23/12/2005 (JUR 2006/41814)

JM-1 Cádiz

" Según el Diccionario, es insolvente el que no tiene con qué pagar. La LC configura la insolvencia como un estado, y la define diciendo que se encuentra en dicho estado "el deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles" (art. 2.2 LC). A. ROJO la define como "la imposibilidad de cumplir de modo normal las obligaciones a medida de que venzan y sean exigibles por los acreedores". La configuración de la insolvencia como un estado significa que debe referirse a un periodo de tiempo determinado que cree *estado,* y no a un retraso momentáneo. La Ley Concursal no diferencia el estado de insolvencia desde el punto de vista financiero (iliquidez) o desde el patrimonial (pasivo superior al activo). Se impone el principio de unidad de procedimiento, y frente a la legislación anterior, no se establecen procedimientos distintos para los casos de insolvencia provisional y de insolvencia definitiva.": Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

JM-5 Madrid

"TERCERO La solicitud cumple las condiciones y se acompañan los documentos que se expresan en elartículo 6 de la Ley Concursaly de la documentación aportada apreciada en su conjunto se desprende el estado de insolvencia del deudor. Con relación a este hecho, que constituye el presupuesto objetivo de la declaración del concurso, conviene recordar que nuestra legislación vigente ha venido a superar la concepción meramente formal de la insolvencia que se manifestaba por la cesación de pagos y se fundamenta en una concepción material de la misma que implica la imposibilidad de hacer frente a las deudas.
Se entiende por insolvencia (artículo 2.2 LC) la imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, de lo que se puede deducir la necesaria concurrencia de 3 requisitos, la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones, que éstas sean exigibles, y por último que se trate de obligaciones regulares. Respecto al incumplimiento lo relevante es esa imposibilidad de cumplir con independencia de la causa que la origine sin que sea necesario un incumplimiento total bastando que sea generalizado (AAP de Madrid de 8 de mayo de 2008). Como indica la profesora Pulgar Ezquerra (Comentarios a la Legislación Concursal, de Dyckinson S.L., pags 102 y ss) no se debe identificar necesariamente con la situación de desbalance donde el activo es inferior al pasivo porque puede ocurrir que siendo el activo inferior se pueda cumplir con las obligaciones mediante la obtención de préstamos; por otro lado no debe olvidar que la apreciación de esta situación de desbalance a la vista de la contabilidad podría no ser determinante de imposibilidad de cumplimiento, en aquellos supuestos en los casos en los que hay activos minusvalorados pudiendo actualizarse los balances y en ese caso ya no existiría esa situación. Por otro lado es posible que el activo sea bastante superior al pasivo, pero sin embargo no se podría liquidar hasta transcurrido un largo plazo lo que impediría cumplir con las obligaciones": AJM-5 Madrid 08.09.2008 (JUR 2009\135724)

1. Concepto de cumplimiento "regular"

AP Jaén

"En efecto, entendiendo por tal la situación en que se encuentra al deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles,artículo 2 de la Ley Concursal, ha de concluirse, como ya se hizo, que se encontraba en insolvencia. La clave de la cuestión se sitúa en el término regularmente, que ha de ser entendido como acudiendo a medios ordinarios de mercado ya sea de financiación o de consecución de activos o liquidez para hacer frente a la deuda.": SAP Jaén 10.03.2008 (JUR 2008\227040; Sentencia 55/2008; Rollo 24/2008)

JM-1 Santander

"TERCERO Sentando lo anterior, se plantea la concurrencia de una situación de insolvencia actual. Sin embargo, tras el examen de los documentos obrantes en autos no se aprecia aquella.
En efecto, entendiendo por tal la situación en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, no puede concluirse que la herencia se encuentre en dicho supuesto. La clave de la cuestión se sitúa en el término regularmente, que ha de ser entendido como acudiendo a medios ordinarios de mercado ya sea de financiación o de consecución de activos o liquidez para hacer frente a la deuda. Este término, no obstante la anterior definición general, ha de ser puesto en relación con las circunstancias concurrentes en cada supuesto, de modo que, verbigracia, no existirá regularidad en el pago cuando un deudor que para hacer frente a sus deudas exigibles haya de acudir a un crédito usurario ni cuando tenga que vender para ello la sede física en la que desarrolla su actividad principal. En cambio, sí se puede considerar regular el pago a los acreedores mediante la venta sea judicial por la existencia de embargos judiciales trabados, o por cualquier otro medio, de bienes pertenecientes al activo del deudor que no son necesarios para el ejercicio de actividad empresarial o profesional ni para el alojamiento y vivienda en caso de persona física, cuando sus bienes son suficientes para pagar las deudas, especialmente si el deudor es un patrimonio separado como es el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario.
Lo anterior es una consecuencia de la flexibilidad de la Ley Concursal que conjuga la existencia de un único procedimiento con un presupuesto único con la realidad derivada de la pluralidad de situaciones fácticas, económicas y jurídicas. Por esta razón, el examen del presupuesto objetivo no puede desvincularse de la realidad a la que viene referido. Esto se colige necesariamente de la interpretación sistemática del artículo 2 con los artículos 14 y 18 de la Ley Concursal. De ellos se extrae que el único presupuesto objetivo es la situación de insolvencia, sin perjuicio de que la Ley establezca una serie de supuestos en los que se presume situación de insolvencia (artículo 2.4 referido a la solicitud del acreedor y 14 en cuanto a la solicitud del deudor). Así, a pesar de que concurran dichos supuestos, si el deudor justifica o de la documentación obrante en autos se extrae que no se encuentra en situación de insolvencia puesto que puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, no puede declararse el concurso.
CUARTO Como se ha adelantado, analizando comparativamente el activo y pasivo de la herencia yacente que se extrae del inventario y la lista de acreedores presentada con la solicitud, no se aprecia situación de insolvencia. Es cierto que el solicitante valora el activo en una cantidad inferior al pasivo pero no han de desconocerse dos datos fundamentales.
En primer término, el concurso de esta herencia fue ya solicitado ante este Juzgado y el inventario fue valorado en una cantidad notablemente superior a la actual, especialmente los bienes inmuebles, aspecto que ha de ser tenido en cuenta atendiendo a que el objetivo del análisis de la solicitud es conocer la efectiva situación de insolvencia, evitando la declaración irreversible de concurso en situaciones en las que no procede. Así, la participación de la herencia en los inmuebles coincidentes en ambos inventarios fue valorada en el presentado con la primera solicitud, en el menor de los casos, en el doble de la valoración ahora presentada. Así mismo, en la primera solicitud se incluyen en el activo bienes inmuebles que no se incluyen en el inventario presentado, en concreto un local y una vivienda cuya participación se valoró en más de 180.000 euros. De la misma manera, se realiza una valoración superior de las joyas, mobiliarios y enseres superior en 8.000 euros al ahora presentado.
Dicha primera solicitud fue desestimada por no apreciarse situación de insolvencia atendiendo a la valoración del activo y del pasivo, entendiendo que se podía proceder a cumplir las obligaciones regularmente. Llama la atención poderosamente que en la solicitud se obvie cualquier referencia a esta previa solicitud y que no se justifique en modo alguno la diferencia en valoración del activo, especialmente, dada su más que evidente diferencia y repercusión en cuanto a la determinación de la concurrencia de presupuesto objetivo del concurso. Esta conducta, por la ausencia de toda referencia a la solicitud anterior y a la ausencia total de justificación de la diferente valoración del activo, con la trascendencia que ello posee según se extrae de los datos anteriormente expuestos, permite apreciar en la solicitante una actitud no sólo cercana sino rayana a la mala fe procesal por reiterar una solicitud previamente desestimada con una variación absoluta de las valoraciones injustificada.
QUINTO Por otro lado, ha de ser especialmente tenido en cuenta otro dato fundamental que se extrae del simple análisis del inventario. En él, además de no incluirse las rentas derivadas de los contratos de arrendamientos vigentes, el valor dado a los inmuebles incluidos en el inventario es manifiestamente inferior al valor real y no se corresponde con la realidad del mercado mobiliario tal y como se concluye sin que sean preciso especiales conocimientos. Así, la mitad indivisa de un local de oficina sito en Torrelavega se valora en 12.300 euros, la mitad indivisa de una vivienda en Suances en 22.400 euros, la mitad indivisa de una finca de más de once áreas en la que se encuentra construida una vivienda en 30.000 euros y la mitad indivisa de un

piso en la localidad de Reinosa en 10.000 euros. Dichas cantidades, multiplicadas por dos no se corresponden con el valor real de bienes inmuebles de sus características registrales y son manifiestamente inferiores. Además, dicha valoración resulta inferior en el menor de los casos en más de la mitad de la atribuida en la primera solicitud, lo cual no deja de ser llamativo puesto que a pesar del manifiesto incremento del índice de precios en el mercado inmobiliario y del transcurso de más de un año desde la solicitud, según el solicitante, su valor ha disminuido aunque no lo justifique.
SEXTO Además, en la solicitud faltan datos esenciales cuyo desconocimiento por la solicitante no puede entenderse en modo alguno justificado con sus alegaciones, como es el valor de las joyas que teniendo en cuenta la valoración irreal dada a los inmuebles puede presumirse igualmente inferior a la real, especialmente dada la falta de determinación de las existentes y la diferencia con la valoración de la primera solicitud.
De un modo similar, falta la determinación de las rentas provenientes de los arrendamientos resultando difícil sino imposible entender justificada la ausencia de dicho dato con las alegaciones dadas en el inventario, y entender que tras más de dos años de expediente de aceptación de la herencia a beneficio de inventario aún se desconozca ese dato.
SÉPTIMO Teniendo en cuanto los dos datos anteriores, que el valor dado por la solicitante al activo en la primera solicitud fue muy superior al dado en la presente, que no se incluyen sin justificación alguna en el activo algunos inmuebles que sí lo fueron en el originario, resultar notable y evidentemente desproporcionado el valor de mercado dado a los inmuebles con el valor real de los mismos, que no desarrolla actividad empresarial o profesional alguna y que resulta perfectamente posible el pago de los acreedores mediante la venta de los bienes de la herencia, que es lo que piden en el plan de liquidación, no puede concluirse que exista imposibilidad de cumplir regularmente la obligaciones exigibles puesto que, a la vista de las circunstancias, puede considerarse como cumplimiento regular la venta de los bienes para el pago con lo que resultaría un líquido suficiente para atender a las obligaciones. Esto, teniendo en cuenta que las valoraciones contenidas en el inventario no pueden ser consideradas como reales sino muy inferiores a éstas y que de los datos anteriores se extrae que con su enajenación por su valor real sí podrían atenderse las deudas.
En realidad, parece que lo buscado es la unificación en un solo procedimiento de todas las operaciones de venta y liquidación de bienes de la herencia y el pago a los acreedores de ésta al igual que sucedió con la primera solicitud. Sin embargo, y reiterando lo resulto en aquella ocasión, el cauce instado no es el adecuado para ello, puesto que el concurso es un proceso destinado a la resolución de las situaciones de crisis de insolvencia que en modo alguno se aprecia en este caso.
Junto a todo lo anterior, tal y como se adelantó más arriba, se considera rayana en la mala fe la conducta de la solicitante al reiterar la solicitud que le fue denegada con idéntico objetivo, excluyendo cualquier referencia a la primera y presentando una valoración desproporcionada e injustificada con relación incluso a sus propios actos anteriores, sin incluir en el inventario la totalidad de los bienes de la primera.
En consecuencia, no se aprecia la concurrencia del presupuesto objetivo o material del concurso recogido en el artículo 2 LC, debiéndose desestimar la solicitud de concurso.”: Auto JM-1 Santander (Cantabria) 28.04.2006 (AC 2006/1471)

“SEGUNDO Se alega en la solicitud que la solicitante se encuentra en situación de insolvencia. Sin embargo, valorados los datos extraídos de la documentación presentada junto a la solicitud no se aprecia dicha situación.
En efecto, entendiendo por tal la situación en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (artículo 2 LC), ha de concluirse que la solicitante no se encuentra en insolvencia. La clave de la cuestión se sitúa en el término regularmente, que ha de ser entendido como acudiendo a medios ordinarios de mercado ya sea de financiación o de consecución de activos o liquidez para hacer frente a la deuda. Este término, no obstante la anterior definición general, ha de ser puesto en relación con las circunstancias concurrentes en cada supuesto, de modo que, verbigracia, no existirá regularidad en el pago cuando un deudor que para hacer frente a sus deudas exigibles haya de acudir a un crédito usurario ni cuando tenga que vender para ello la sede física en la que desarrolla su actividad principal. En cambio, sí se puede considerar regular el pago a los acreedores mediante la venta sea judicial por la existencia de embargos judiciales trabados, o por cualquier otro medio, de bienes pertenecientes al activo del deudor que no son necesarios para el ejercicio de actividad empresarial o profesional ni para el alojamiento y vivienda en caso de persona física, cuando sus bienes son suficientes para pagar las deudas.
Lo anterior es una consecuencia de la flexibilidad de la Ley Concursal que conjuga la existencia de un único procedimiento con un presupuesto único con la realidad derivada de la pluralidad de situaciones fácticas, económicas y jurídicas. Por esta razón, el examen del presupuesto objetivo no puede desvincularse de la realidad a la que viene referido. Esto se colige necesariamente de la interpretación sistemática del artículo 2 con los artículos 14 y 18 de la Ley Concursal. De ellos se extrae que el único presupuesto objetivo es la situación de insolvencia, sin perjuicio de que la Ley establezca una serie de supuestos en los que se presume situación de insolvencia (artículo 2.4 referido a la solicitud del acreedor y 14 en cuanto a la solicitud del deudor). Así, a pesar de que concurran dichos supuestos, si el deudor justifica o de la documentación obrante en autos se extrae que no se encuentra en situación de insolvencia puesto que puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, no puede declararse el concurso.
TERCERO Como se ha adelantado, analizando comparativamente el activo y pasivo de la solicitante que se extrae del inventario y la lista de acreedores presentada con la solicitud, no se aprecia situación de insolvencia.
Ha de tenerse en cuenta, en primer término, que por Junta General se acordó la disolución de la solicitante, habiendo cesado su actividad y solicitándose en el escrito iniciador de este procedimiento la apertura de la fase de liquidación. Por otro lado, el valor real que se otorga en la documentación anexa a la solicitud a los bienes y derechos que conforman el inventario resulta muy superior al pasivo, doblándolo. Teniendo en cuenta que la

solicitante opta en la solicitud por la liquidación y a tal efecto alude a una propuesta de compra de sus bienes sobre cuya base ha valorado el activo en una cantidad superior a 300.000 euros, resulta claro que la enajenación de los bienes y derechos que integran el activo resulta suficiente para atender al pasivo. Valorando que se ha adoptado por la Junta General de la sociedad su disolución y que el objetivo pretendido es la realización de su activo para atender al pasivo, no puede entenderse esta enajenación como un modo de cumplimiento anormal, máxime teniendo en cuenta la valoración real de los activos que se realizan en el inventario y que se corresponde con una oferta en el mercado y que no hay actividad empresarial ni viabilidad patrimonial que garantizar.
Por todo ello, se considera que la concursada se encuentra en situación de cumplir regularmente sus obligaciones, entendiendo como medio de cumplimiento normal, valorando las circunstancias del caso, la realización del activo atendiendo a su valor real, operación suficiente para atender al pasivo.
Para la comprensión de lo anterior ha de comprenderse que el concurso no es un procedimiento a acudir en los supuestos en que sea preciso liquidar un patrimonio o en los casos de disolución de una sociedad sino que resulta pertinente únicamente en los supuestos en que concurre una situación de insolvencia. Por ello, la disolución de una sociedad no es motivo o causa suficiente para la declaración de concurso puesto que no refleja el cumplimiento del presupuesto objetivo que viene dado en todos los supuestos por la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles.
En consecuencia, y reiterando lo anterior, no puede concluirse que exista imposibilidad de cumplir regularmente la obligaciones exigibles puesto que, a la vista de las circunstancias anteriores, se considera como cumplimiento regular la venta de los bienes para el pago con lo que resultaría un líquido suficiente para atender a las obligaciones.
Por ello, no apreciándose la concurrencia del presupuesto objetivo o material del concurso recogido en el artículo 2 LC, debe desestimarse la solicitud de concurso.”: Auto JM-1 Santander 08.05.2006 (AC 2006/1218)

JM-1 Tarragona

“Por otro lado la clave de la cuestión se sitúa en el término "regularmente" del art. 2, que ha de ser entendido como iliquidez para hacer frente a la deuda (no una pura iliquidez ya que en tal caso no estariamos ante una situación de concurso sino iliquidez entendida como insuficiencia patrimonial que va a conducir irremisiblemente a la insolvencia). Este término, no obstante la anterior definición general, ha de ser puesto en relación con las circunstancias concurrentes en cada supuesto, de modo que, verbigracia, no existirá regularidad en el pago cuando un deudor que para hacer frente a sus deudas exigibles haya de acudir a un crédito usurario ni cuando tenga que vender para ello la sede física en la que desarrolla su actividad principal (hecho que sucede en el presente supuesto). En cambio, sí se puede considerar regular el pago a los acreedores mediante la venta sea judicial por la existencia de embargos judiciales trabados, o por cualquier otro medio, de bienes pertenecientes al activo del deudor que no son necesarios para el ejercicio de actividad empresarial o profesional ni para el alojamiento y vivienda en caso de persona física, cuando sus bienes son suficientes para pagar las deudas, (lo que no se produce o no se prueba en el presente supuesto) especialmente si el deudor es un patrimonio separado como es el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario.
Lo anterior es una consecuencia de la flexibilidad de la Ley Concursal que conjuga la existencia de un único procedimiento con un presupuesto único con la realidad derivada de la pluralidad de situaciones fácticas, económicas y jurídicas. Por esta razón, el examen del presupuesto objetivo no puede desvincularse de la realidad a la que viene referido. Esto se colige necesariamente de la interpretación sistemática del artículo 2 con los artículos 14 y 18 de la Ley Concursal. De ellos se extrae que el único presupuesto objetivo es la situación de insolvencia (no iliquidez pura), sin perjuicio de que la Ley establezca una serie de supuestos en los que se presume situación de insolvencia (artículo 2.4 referido a la solicitud del acreedor y 14 en cuanto a la solicitud del deudor). Así, a pesar de que concurran dichos supuestos, si el deudor justifica o de la documentación obrante en autos se extrae que no se encuentra en situación de insolvencia puesto que puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, no puede declararse el concurso.
Ello en tanto que de la documentación contable aportada en autos y del resto de documentos presentados se aprecia que la solicitante carece de un activo que le vaya a permitir cumplir regularmente sus obligaciones, más cabe presumir lo contrario. La demandada no solo vende su sede (cuestión que podría justificarse) si no que mantiene inumerables deudas a las que no hace frente, incluidos procedimientos ejecutivos, todos ellos citados. Efectivamente, la previsible cuantificación de dicha deuda permite apreciar, en este momento, que una vez concretadas las mismas, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones por carece de activo suficiente para ello.
Pero es que además, y como de manera puntual se menciona en la solicitud de concurso, el estado contable de dicha mercantil, deducible de la documentación por ella aportada, y en concreto las cifras correspondientes al pasivo, fondos propios, capital circulante y pérdidas de los últimos ejercicios, detalladamente reflejadas en la contabilidad aportada, permiten al Tribunal obtener la conclusión sobre la ausencia total de actividad económica de la sociedad, el elevado nivel de endeudamiento y la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones, a lo que cabe añadir el traspaso de activos de forma más o menos precipitadamente o ruinosa (cual es el caso citado de la venta del "Casalot" por el 50% de su valor, según tasaciones aportadas).
Estos datos constituyen sólidos indicios determinantes y sustentadores de la insolvencia de la mercantil "INCUR" y, por tanto, de la concurrencia del comentado presupuesto objetivo cuestionado sin éxito por la misma.”: Auto JM-1 Tarragona 06.03.2008 (Concurso 265/2007)

JM-5 Madrid

"En cuanto al requisito de la regularidad, se producirá un cumplimiento irregular cuando es realizado a costa de un endeudamiento excesivo que aumenta el pasivo o de una anormal disminución del activo, lo que incrementa el desequilibrio patrimonial y el déficit. Esto quiere decir, que aunque sea posible cumplir sus obligaciones si se acude a una de esas medidas para su cumplimiento no estaríamos ante este cumplimiento regular, que no debemos olvidar que es uno de los requisitos para la insolvencia y en consecuencia sí concurriría la situación de insolvencia prevista legalmente.
Tampoco es posible incluir dentro del supuesto de insolvencia el incumplimiento impuntual transitorio, lo que supondría que se permite satisfacer o cumplir las obligaciones pero con retraso; ahora bien esta situación debe ser analizada en el caso concreto, ya que si esa transitoriedad se prolonga en el tiempo ya no estaríamos ante un mero retraso sino ante un auténtico incumplimiento de las obligaciones. Esto quiere decir que no es elemento de la regularidad la puntualidad en el pago, a la vista de las distintas enmiendas sufridas en la tramitación parlamentario por elart 2.2 de la LC, pero que no puede prescindirse de su examen en el caso concreto ya que esa impuntualidad puede suponer una manifestación de incumplimiento regular.": AJM-5 Madrid 08.09.2008 (JUR 2009\135724)

2. La insolvencia no se identifica con el desbalance ni la iliquidez ni la causade disolución societaria sino con el sobreseimiento en los pagos en tanto que revelador de la imposibilidad de efectuarlos

Tribunal Supremo

"2.-No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria.
En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual.
Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art. 165.1 de la Ley Concursal es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas.
Esta sala, en su sentencia 590/2013, de 15 de octubre, realizó las siguientes afirmaciones sobre esta cuestión, que son de plena aplicación al supuesto objeto del recurso pese a que fueron realizadas en un litigio de naturaleza societaria:
«No cabe confundir, como parece que hacen la demanda y la sentencia recurrida, entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que, como veremos a continuación, sí constituye causa de disolución.
»Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incursa en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito, antes en los arts. 262 TRLSA y 105 LSRL, y ahora en el art. 365 LSC. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC). De ahí que la imprecisión apreciada por la sentencia de apelación debería haber conducido a confirmar la desestimación de la acción de responsabilidad por falta de justificación de los requisitos legales, y al no hacerlo, la audiencia infringió los preceptos mencionados».
3.-Ahora bien, tampoco es correcta la equiparación que hacen los recurrentes entre insolvencia y cesación de pagos, al afirmar que la insolvencia se produjo en enero de 2007 pues fue en ese momento cuando se produjo la cesación general en los pagos por parte del deudor común.
El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor constituye uno de los hechos reveladores de la insolvencia según el art. 2.4 de la Ley Concursal. Pero una solicitud de declaración de concurso necesario fundado en alguno de estos "hechos reveladores", entre ellos el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, puede ser objeto de oposición por el deudor, no solo alegando que el hecho revelador alegado no existe, sino también manteniendo que aun existiendo el hecho revelador, no se encuentra en estado de insolvencia (art. 18.2 de la Ley Concursal).
Y, al contrario, es posible que incluso no existiendo un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones exista una situación de insolvencia, porque el deudor haya acudido a mecanismos extraordinarios

para obtener liquidez (por ejemplo, la venta apresurada de activos) al no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.
4.-No obstante esta confusión, lleva razón el recurso cuando afirma que las sentencias de instancia equiparan incorrectamente la insolvencia con la concurrencia de causa legal de disolución por pérdidas agravadas que hayan dejado reducido el patrimonio a menos de la mitad del capital social. Al no computar el plazo de dos meses previsto en el art. 5.1 de la Ley Concursal desde que el deudor conoció o debió conocer su situación de insolvencia, esto es, que no podía cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y no fijar siquiera cuándo se produjo tal circunstancia, se ha producido la infracción legal denunciada..": STS 01.04.2014 (Sentencia 122/2014; Recurso 541/2012)

AP Baleares

"Asimismo, y como apuntan laAP de Córdoba en resolución de 9 de enero de 2007 o la AP de Madrid en resolución de 17 de abril de 2008 (JUR 2008, 188168), es preciso distinguir entre la situación de insolvencia y las causas de disolución obligatoria contempladas en la normativa societaria, que podrá tener otras consecuencias, pero no constituye presupuesto suficiente para la declaración de concurso, puesto que ni es un hecho revelador de los enumerados en elartículo 2.4 de la Ley Concursal, ni equivale a insolvencia. En la Ley concursal, la insolvencia no se identifica con el desbalance, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder éste seguir cumpliendo regularmente sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal y, a su vez, el activo puede ser superior al pasivo pero ser liquidable a muy largo plazo, lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones. Debe tenerse en cuenta que el concurso no es un procedimiento a acudir en los supuestos en que sea preciso liquidar un patrimonio o en los casos de disolución de una sociedad sino que resulta pertinente, única y exclusivamente, en los supuestos en que concurre la situación del insolvencia. La aparición de pérdidas que determine que una sociedad mercantil se encuentra incursa en causa de disolución, puede llevar a la sociedad a ampliar su capital, incluso a disolver y liquidar la entidad, sin necesidad de acudir al expediente concursal, siendo que las propias leyes societarias establecen mecanismos de responsabilidad no concursales que determinan que los administradores puedan ser declarados responsables solidarios de las deudas sociales. La insolvencia, pues, no se identifica con el desbalance ni la iliquidez ni la causa de disolución societaria, sino con el sobreseimiento en los pagos.": AAP Baleares (sección 5) 27.01.2010 (JUR 2010/101507; Auto 7/2010; Rollo 537/2009)

AP Huelva

"El sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor deber ser actual y generalizado y como notas esenciales debemos destacar que no sea esporádico, ni aislado sino definitivo, general y completo, implicando un autentico cese general de actividad.
En este mismo sentido y con relación a la situación de insolvencia generalizada es preciso distinguir entre la situación de insolvencia y las causas de disolución obligatorias contempladas en la legislación societaria, causas que tendrán sus especificas consecuencias pero que no equivalen por si solas a los hechos reveladores contemplados en el citado articulo 2.4 de la Ley Concursal y así se estudia en la Resolución combatida el Informe Pericial aportado por la recurrente en donde se afirma que Raya S.L. esta incurso en causa de Disolución mas el Juez a quo analiza dicho dictamen acertadamente bajo la necesaria separación de los conceptos de insolvencia concursal y déficit patrimonial, afectante la primera a una valoración real de la situación patrimonial y así la existencia de perdidas que impliquen una situación de disolución conforme a la legislación societaria no supone ex lega causa de Concurso, la insolvencia a estos efectos ha de identificarse no con una situación de iliquidez o con una causa de disolucion societaria sino con el sobreseimiento de pagos, conclusión esta que ha sido motivadamente rechazada. ": AAP Huelva (Sección 3) 11.10.2011 (Auto 81/2011; Rollo 184/2011)

AP Sevilla

"SEGUNDO.-La cuestión discutida es la existencia, la concurrencia, o no, del presupuesto objetivo que necesariamente han de concurrir para el concurso, al que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal, como es la insolvencia del deudor común. Aclara la citada norma que se encuentra en estado de insolvencia, el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. En definitiva, se exige la existencia constatada de una situación de cesación generalizada de pagos, que no sea eventual esporádica o transitoria, sino permanente y absoluta, que no se puede solventar con medios normales, con independencia de la causa económica que lo motiva. No es esencial que nos encontremos ante una situación de desbalance patrimonial, constituido por un pasivo superior al activo, en este caso, se puede recurrir al mercado crediticio, incluso que el activo sea superior al pasivo. No es trascendente, en el supuesto de persona jurídica, que esté incursa en causa de disolución, sino que lo importante es que no se pueda afrontar el pago de las deudas.": AAP Sevilla (Sección 5) 20.01.2012 (Auto 13/2012; Rollo 8615/2011)

AP Alava

"TERCERO.-Sobre la existencia de patrimonio
El segundo argumento del recurrente es que hay patrimonio suficiente, señalando el inmobiliario, para atender

las obligaciones del acreedor instante. En su opinión no se han perseguido bienes inmuebles que podían haberse realizado, omisión que imputa al acreedor que promueve su declaración de concurso necesario.
Si se analiza la norma de manera sistemática se puede concluir que en realidad más que a la insolvencia, la norma se refiere al estado de insolvencia como presupuesto habilitante para la declaración de concurso. Ya lo apunta la doctrina más autorizada, que niega que incumplimientos puntuales o aislados puedan justificar la declaración de concurso necesario. Es necesario, atendiendo al art. 2.2 LC, que el deudor no pueda cumplir, es decir, que su incapacidad sea persistente y continuada. O como indica la SAP Madrid, Secc. 28ª, de 18 de noviembre de 2008, AC 2009\\ 67, " como ha señalado la doctrina especializada a propósito de la interpretación del Art. 2-2 de la Ley Concursal, es indiferente la causa de la imposibilidad de cumplir: es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio suficiente, por falta de liquidez y, a la postre, por falta de crédito.
De cualquier forma en este caso no hay prueba de que exista patrimonio suficiente. Dice, al respecto, el párrafo sexto del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal que son hechos " presuntos reveladores de la insolvencia... desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento general o sectorial... ". Luego el texto articulado establece en el art. 2.4 LC que " si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago... ". Justamente esto aporta el solicitante con los docs. nº 2 a 5, que son las dos sentencias, el auto que declara la insolvencia y el archivo de la ejecutoria.
Esos documentos desmienten la afirmación de la deudora. No hay bienes libres suficientes para atender al acreedor, porque el Juzgado de lo Social no los encontró cuando los buscaba para hacer efectivo el crédito que ejecutaba. Tampoco consta que se señalaran por la sociedad deudora, como ordena el art. 247 del RDL 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en el mismo modo que autoriza el art. 589 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Por si no fuera suficiente, tampoco los ha especificado el deudor al oponerse a la solicitud de concurso, pues ni los menciona en su oposición ni acredita la existencia de esos inmuebles, pues solo aporta tres documentos: poder, información del Registro Mercantil e informe del economista/auditor.": AAP Alava (Sección 1) 15.02.2011 (Auto 23/2011; Rollo 528/2010)

AP Madrid

"Por otra parte se confunde en el recurso la falta de liquidez con la insolvencia, y se desliga la recurrente del sistema de numerus clausus en los hechos reveladores que se dispone en el artículo 2.4 LC para desprender sin más de la falta de consignación la declaración de insolvencia. Debemos efectuar algunas precisiones en relación a estas dos cuestiones.
El presupuesto objetivo del concurso recae sobre el estado de insolvencia, en el que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. El incumplimiento puede deberse a diversas causas. Sin embargo la insolvencia no puede identificarse con una situación de desbalance contable o de falta de liquidez o incluso de pérdidas. El activo del deudor puede ser inferior al pasivo y pese a ello puede seguir siendo capaz de cumplir con sus obligaciones acudiendo al crédito o mediante actualización de balances en atención al principio contable de imagen fiel si hay activos minusvalorados. A su vez el activo puede ser superior al pasivo y determinar una situación de incumplimiento de las obligaciones por resultar el activo liquidable a muy largo plazo, al margen de que el pago que se efectúe con el activo deba provenir de medios regulares. Por ello tampoco cabe desprender directamente de las cuentas el hecho concreto de sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.
Por otra parte solo determina la declaración de concurso la insolvencia definitiva y no aquellas situaciones temporales que dificultarían a corto plazo el cumplimiento de las obligaciones, pero no lo imposibilitarían.
Las situaciones transitorias de impuntualidad en el cumplimiento deben ser excluidas, referencia ésta que se eliminó del artículo 2.2 LC. La incursión en mora puede traer causa en una situación de iliquidez reveladora de dificultades, pero si es posible satisfacer las obligaciones, aunque sea con retraso, la situación no puede calificarse de insolvencia. No lo es por tanto el pago retrasado. No hay que olvidar por otra parte que la regularidad en el cumplimiento se refiere a los medios empleados y no al momento de cumplimiento.
Tampoco las pérdidas societarias son sinónimo de insolvencia, sin perjuicio de sus consecuencias, que pudieran dar lugar a una reducción de capital o a la disolución.": AAP Madrid (Sección 28) 13.03.2012 (Auto 41/2012; Rollo 323/2011)

JM-3 Barcelona

"Sexto.- La consideración jurídica de los hechos declarados probados en orden a la sentencia de calificación: Cuestiones generales.-

6.1 Habitualmente en los procedimientos concursales se encadenan tres circunstancias o hechos conceptualmente sencillos de distinguir: Crisis empresarial, pérdidas que determinen que la compañía se encuentre incursa en una causa de disolución, sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de las obligaciones ordinarias.

6.2 Como se ha indicado en el punto anterior estos tres factores coinciden en los escenarios concursales y pueden determinar que quien ha de examinarlos o evaluarlos pueda confundirlos o entender que deben ser tratados jurídicamente del mismo modo, aunque lo cierto es que tanto conceptual como legalmente son factores o hechos de distinta naturaleza.

6.2.01 Bajo la referencia crisis empresarial no se hace sino identificar una circunstancia económica que afecta a una empresa, a la actividad comercial o empresarial de una sociedad mercantil. Esa crisis empresarial puede dar lugar a un procedimiento concursal o puede solucionarse sin acudir al concurso mediante una reestructuración de la compañía si sigue gozando de la confianza de proveedores, financieros, trabajadores y clientes.

6.2.01.01 Incluso en un escenario concursal una crisis empresarial puede concluirse por medio de un convenio de continuidad de la actividad y valerse de las instituciones concursales – quitas, esperas, extinciones de contratos, cierres de unidades de negocio, reactivación de contratos … - para sanear la compañía conforme a un plan de viabilidad y un plan de pagos aceptado por los acreedores ordinarios.

6.2.02. La aparición de perdidas que determinen que una sociedad mercantil se encuentre incursa en una causa de disolución – artículo 260.1.4ª de la Ley de Sociedades Anónimas – puede llevar a la sociedad a ampliar o reducir capital, incluso a disolver y liquidar la compañía sin necesidad de acudir al expediente concursal.

6.2.02.01 El tráfico económico en ocasiones incluso acepta que una sociedad se encuentre incursa en una causa de disolución y, sin adoptar remedios legales, sin embargo goce de la confianza del mercado bien por la articulación de garantías complementarias ajenas a la compañía, bien por la solvencia de los socios que genere confianza en el tráfico, bien por las propias posibilidades de la compañía que lleven a proveedores, clientes, trabajadores y financieros a considerar que la situación es coyuntural y que podrá ser solventada por la propia empresa.

6.2.02.02 En estos casos las leyes societarias establecen mecanismos de responsabilidad no concursales – el artículo 262.5 de la Ley de Anónimas – que determinan que los administradores puedan ser declarados responsables solidarios de las deudas generadas tras la concurrencia de una causa de disolución si en el plazo de dos meses desde que el administrador conociera la causa de disolución o hubiera podido conocerla no hubiera convocado junta para disolver, para ampliar o reducir capital, o para solicitar el concurso. Como se ha indicado este mecanismo de responsabilidad no es el concursal.

6.2.02.03 Además el propio artículo 260.5 de la Ley de Sociedades Anónimas permite que pueda solicitarse el concurso sin que esa solicitud lleve aparejada de modo automático la disolución de la compañía.

6.2.03. El tercer factor es el exclusivamente concursal, el que afecta a la insolvencia, entendida como imposibilidad de la compañía para hacer frente a su pagos, a sus obligaciones ordinarias, insolvencia que puede producirse sin que concurra una causa de disolución – una sociedad con un inmovilizado muy valioso pero con graves problemas de tesorería a corto y medio plazo y sin opciones o voluntad de abrir vías alternativas de financiación -, incluso un escenario de insolvencia de una compañía con socios o administradores muy solventes pero que han dejado de creer en el negocio o han decidido no realizar nuevos desembolsos.

6.2.03.01. Se han presentado concursos en los que constatada la insolvencia se ha podido pagar la totalidad del pasivo – situaciones no habituales -, y – con más habitualidad – concursos presentados justamente para evitar que los acreedores pudieran derivar responsabilidades contra los administradores de la sociedad por la tardanza en la disolución de la compañía.

6.4. Concurran todas y cada una de estas circunstancias en sus más variadas posibilidades, o concurra sólo alguna de ellas – crisis, pérdidas o insolvencia – lo cierto es que la sección de calificación concluirá con el grave reproche de la declaración de culpabilidad sólo con referencia a la generación o agravación de ese estado de insolvencia, es decir, sólo cuando en el origen de la insolvencia hubiera dolo o culpa grave del concursado o de sus órganos de gestión, o cuando esa situación de insolvencia se hubiera agravado con dolo o culpa grave del concursado o de sus administradores o liquidadores – artículo 164.1 de la Ley Concursal.

6.4.01. Por lo tanto las crisis empresariales sólo tendrán trascendencia para la calificación del concurso cuando las mismas no sólo hayan determinado la insolvencia de la compañía, sino cuando en la gestión de esas crisis haya incurrido la compañía o sus órganos en dolo o culpa grave. No todas las crisis empresariales llevan aparejada la culpabilidad concursal.

6.4.02. De igual modo no toda situación de pérdidas de la compañía que determine la concurrencia de una causa de disolución llevará consigo el reproche de la culpabilidad concursal, sino sólo aquellas situaciones de pérdidas que hayan generado o agravado el sobreseimiento en los pagos y siempre con la apreciación del dolo o la culpa grave. Hay que indicar, como así ha hecho ya la doctrina, que el régimen de responsabilidades por retardo en reaccionar frente a una causa de disolución puede ser mucho más severo para el administrador que la responsabilidad concursal, con el factor añadido de que un procedimiento de responsabilidad de administradores al amparo del artículo 262.5 de la Ley de Anónimas puede y debe tramitarse por un procedimiento declarativo regulado por la LEC, con pronunciamientos que benefician directamente al acreedor que insta el procedimiento y con expectativas de un trámite más corto y sencillo que un procedimiento universal.- En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid – sección 28ª – de 8 de noviembre de 2007: *"Aunque por lo general coincidan, no pueden confundirse ambos conceptos (insolvencia y reducción del capital social en los indicados términos), porque la insolvencia es la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles (art. 2.2 de la Ley Concursal), lo cual puede ocurrirle a una empresa con superávit patrimonial pero con deudas a corto plazo y activos no realizables con inmediatez, y, al contrario, una sociedad con importante déficit patrimonial pero con un activo realizable y obligaciones a muy largo plazo puede que sea solvente, porque durante un tiempo razonable pueda cumplir*

regularmente el cumplimiento de sus obligaciones o incluso no deje de cumplirlas si viniera a mejor fortuna en su actividad empresarial, pero que su patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social".

6.5. Por lo tanto el elemento determinante para la calificación de un concurso como culpable y la posibilidad de extender los efectos de la culpabilidad hacia los administradores o liquidadores de la compañía, o los cómplices del concurso, depende primordialmente de la identificación del momento en el que se sobreseen los pagos, del momento de la insolvencia y la circunstancia de que dicha insolvencia haya podido verse agravada. Por lo tanto la identificación del momento en el que pudo concurrir una causa de disolución de la compañía puede ser de interés para los acreedores en orden a iniciar acciones personales contra los administradores del concursado, pero no en cuanto a la calificación.

6.6. La doctrina se encuentra en este momento en pleno debate sobre la naturaleza de la acción concursal derivada de la calificación y pese a que las discrepancias son muy profundas lo cierto es que el consenso es absoluto en entender que la acción o acciones derivadas de la calificación del concurso no son en modo alguno idénticas a las acciones de responsabilidad societarias, sin perjuicio de que la Ley Concursal permita a los acreedores aguardar a la conclusión del concurso para el ejercicio de estas acciones de responsabilidad ya que la declaración de concurso interrumpe la prescripción de estas acciones contra el deudor o sus administradores – artículo 60 de la Ley Concursal.

6.7. Desde esta perspectiva es encomiable el esfuerzo hecho por la administración concursal para intentar fijar la fecha en la que la concursada podría haberse visto inmersa en una causa de disolución, pero lo cierto es que ese esfuerzo sólo será trascendente para la sección de calificación en la medida en la que pueda vincularse a las irregularidades que hubieran podido determinar la insolvencia o agravarla, o al retraso en la solicitud de concurso.": SJM-3 Barcelona 18.02.2008 Incidente Concursal 515/2005)

JM-2 Bilbao

"Se ha discutido en este incidente sobre el concepto de insolvencia, y desde luego, no va a surgir de su resolución una definición que cancele la discusión en general, pero para solventar el deber de art. 5 LECO, de un lado, tiene que partirse de la noción legal de art. 2.2 LECO, que es la que ha de jugar en este campo, y no de conceptos de escuela, y de otro, no puede orillarse que en el preciso concurso de Asegarce, además, la declaración judicial considera un presupuesto objetivo consistente, no en insolvencia actual, sino de insolvencia inminente, la cual faculta pero no obliga a solicitar el concurso. La insolvencia inminente tuvo como material deducido al Juzgado y analizado por éste un balance de situación en que el total activo era inferior a pasivo exigible, y en que las pérdidas demediaban el capital social, y sin embargo se razonó acerca de los datos sobre amenaza de impotencia para atender a corto o medio plazo el pago de obligaciones exigibles con un razonable regularidad, siendo los recursos previsonados los que se alegaban. En efecto, si los datos deducidos no fueran los exactos, y los recursos alegados tampoco, nada significaría en la calificación la insolvencia inminente analizada -por demás de verterse en resolución sobre un acto de jurisdicción voluntaria, sin cosa juzgada material-, pero no se prueban ni unos ni otros falsos, como luego se insiste.

De cualquiera de las maneras, incluso si se reputaran falsas las bases para el análisis de la insolvencia inminente, en LECO la insolvencia no se identifica con el desbalance patrimonial, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder éste seguir cumpliendo con sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal o por otros medios (ejercicio de acciones revocatorias, actualización de balances, etc.), lo mismo que a la inversa, el activo puede ser superior al pasivo y mediar la insolvencia, como en más de una ocasión ha adverado el Juzgador y declarado el concurso, puesto que el inmovilizado sólo era liquidable a muy largo plazo y entretanto no podía la compañía cumplir sus obligaciones. Lo que cataloga la insolvencia en términos concursales es la suficiencia del valor realizable en tiempo oportuno de los bienes a disposición del deudor para cubrir en su totalidad a su vencimiento las obligaciones contraídas. Ni la iliquidez, ni el desequilibrio patrimonial contable permite afirmar que una empresa sea objetivamente inviable, ni hace de sus órganos o titulares sujetos incompetentes desde un punto de vista mercantil y económico (AAAP Alicante -8ª- de 26 de enero de 2006 o Córdoba -3ª- de 9 de enero de 2007).

El régimen de responsabilidades por retardo en reaccionar frente a una causa de disolución es de ordinario más severo para el administrador social que la responsabilidad concursal, y en particular la causa por pérdidas significativas arraiga en unos datos contables frente a los que los administradores tienen que reaccionar proponiendo medidas que tocan al capital o activar la disolución, pero en cuanto al deber de solicitar el concurso, pecha a la sociedad y no necesariamente transmite responsabilidad al administrador, no debiéndose confundir la "insolvencia/impotencia solutoria regular" para la calificación culpable basada en la presunción de art. 165.1º LECO, con la "insolvencia-reducción de capital". Recientemente, la SAP Madrid -28ª- de 8 de noviembre de 2007 enseña que es normal que ambos conceptos coincidan, pero no necesariamente, puesto que la inviabilidad de cumplir pagos regulares cual puede ocurrirle a una empresa con superávit patrimonial pero con deudas a corto plazo y activos no realizables con inmediatez, y, al contrario, una sociedad con importante déficit patrimonial pero con un activo realizable y obligaciones a muy largo plazo puede que sea solvente, porque durante un tiempo razonable pueda cumplir regularmente el cumplimiento de sus obligaciones o incluso no deje de cumplirlas si viniera a mejor fortuna en su actividad empresarial, pero que su patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social. De suyo, este último ejemplo es el que mejor cabe asignar a la situación vigente de Asegarce con su convenio en cumplimiento.

Es unánime la doctrina -como no lo es para lo demás de este campo- en que la naturaleza de la acción concursal derivada de la calificación no se identifica con las acciones de responsabilidad societarias, sin perjuicio de que se interrumpa la prescripción de éstas por el lapso del procedimiento concursal en art. 60.1

LECO.
Hay que añadir, porque expresamente ha habido debate, que el recurso al préstamo de empresa del grupo, cabalmente con relaciones bilaterales lucrativas que se alimentan con el mantenimiento de la actividad, puede eludir, a efectos del deber de colocarse el concurso, una repetida situación de fondos propios negativos, mientras que el sobreseimiento no se actualice. De suyo, si la junta general y todos y cada uno de los socios no se enfrentan a esa situación, es claro que los acreedores tienen que esperar a ver infringido su derecho exigible para activar la responsabilidad de los administradores, no sólo en la acción directa, que es indemnizatoria, sino en la prevista en arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, puesto que la legitimación activa para solidarizar el crédito social al administrador reside en el crédito exigible.Por consiguiente, el referente temporal que debe tenerse en cuenta para la calificación de un concurso como culpable por vulneración del deber de solicitar el concurso es aquel en que se sobreseen los pagos, y no aquel en que concurre causa de disolución de la compañía, de interés en otro plano.": SJM-2 Bilbao 05.03.2008 (Incidente Concursal 16/2008)

3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

Art. 2.3 Presupuesto objetivo del concurso voluntario

1. Insolvencia inminente

1.1 Concepto de Insolvencia inminente

AP Girona

"SEGUNDO La norma delart. 2.2 LECO desenvuelve lo que debe entenderse como insolvencia inminente, de modo que se configura como un estado de pronóstico cierto de la insolvencia todavía no actual («el deudor que prevea que no podrá cumplir»), pero referido no sólo a la regularidad, como en el modelo de insolvencia actual, sino también referido a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones. No se trata, por supuesto, de un estado psicológico del deudor que insta su concurso sino que debe, amén de justificar un determinado endeudamiento, hacerlo con la realidad de dicha previsión, es decir, que el déficit de liquidez y crédito se traducirá verosímilmente en ausencia de liquidez y crédito. En el Derecho germánico se describe la insolvencia «amenazante» como la previsión de la situación de no poder atender a las obligaciones existentes en el momento de su vencimiento, y el correlato de insolvencia inminente de LECO es más amplio, ya que la previsión habilitante puede ser, no de la falta de atención al vencimiento, impuntualidad o morosidad, sino de falta de atención mediante operaciones regulares, es decir, dentro del giro o tráfico habitual de la empresa, de modo que una previsión de sobreseimiento por impuntualidad o irregularidad de una deuda tiene expectativas de generalizarse a la mayor parte de las deudas.
Resulta obvio que el legislador desea propiciar en el concurso a instancias del deudor esa función preventiva de las instituciones concursales dentro de una unidad de procedimiento, y la insolvencia inminente pertenece a una de esas situaciones indefinidas, anteriores a la crisis ya instaurada, en que es posible pronosticar la insolvencia («entreprise en difficulté» del Derecho francés, o «financial distress» de la literatura anglosajona). Se coloca, pues, la insolvencia en un momento de pronóstico, desde la insuficiencia económica, sobre la incapacidad de cumplimiento, con la finalidad de que los mecanismos de solución convencional o liquidadora tengan un sentido real, de modo que el concurso obedezca al saneamiento del tejido empresarial, a la medicina curativa, por decirlo en términos metafóricos, y no siempre a la medicina forense.
La distinción entre insolvencia actual e inminente procede del acogimiento del concepto del Derecho concursal alemán contemporáneo de la «drohende Zahlungsunfälligkeit» del par. 18 InsO, que allí alude no tanto a la idea de inminencia, de innegable sentido temporal en castellano, como a la idea del riesgo, peligro o amenaza de actualización del sobreseimiento. Si un endeudamiento que preocupa tiene vencimientos a medio plazo, pero la amenaza de no poder cumplir cierta, la insolvencia es amenazadora, aunque no inminente en realidad (así, en la doctrina alemana se entiende razonable la previsión en un plazo de hasta tres años).
Resulta lógicamente imposible pedir que tenga el Juez por acreditada la insolvencia inminente, al tratarse de un juicio sobre datos futuribles, de modo que, a la luz de la apreciación conjunta de documentos aportados, lo más que puede emitir es un juicio condicional coincidente con el correlativo de «autoprevisión» de insolvencia del que solicita, el cual será positivo siempre que no se deje de ofrecer un criterio que, objetivamente, permita apoyar aquélla. Lo inminente es más bien amenazante, a fin de que tenga sentido la vocación preventiva, y no puede reducirse a la insolvencia que está a punto de ser adverada, y ni siquiera debe marcarse un determinado plazo corto o medio, puesto que lo único preciso es advertir esa razonabilidad o verosimilitud del cálculo objetivo del solicitante acerca de que las obligaciones nacederas no podrán cumplirse puntual y regularmente, aunque se vayan a incumplir dentro de tres o seis meses, o un año.": AAP Girona 30.04.2009 (JUR 2009/410638; Auto 122/2009; Rollo 193/2009)

JM-1 Cádiz

"El deudor alega que se encuentra en estado de insolvencia inminente, aduciendo que tiene una retención de la Agencia Tributaria por importe de 1.970.206,34 euros, y que en consecuencia no puede asumir los pagos. El estado de insolvencia inminente se define en el art. 2.3 in fine LC, conforme al cual "se encuentra en

estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles". Por su parte, el art. 1.2 LC señala que "se encuentra en estado de insolvencia (actual) el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". En el presente caso no puede decirse que la insolvencia sea inminente, sino que es actual, ya que todos los créditos están vencidos. En la delimitación del contenido objetivo de la insolvencia inminente (que tiene su precedente en el art. 18 de la InsolvenzOrdnung alemana de 1994), debemos partir del dato de que se trata de una situación de futuro, de forma que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello vaya a acontecer, de forma que el incumplimiento de las obligaciones aún no debe de haberse producido, ya que en otro caso la insolvencia sería actual y no inminente; teniendo el deudor obligación de solicitar el concurso en el primer caso (art. 5 LC), mientras que si la insolvencia es inminente no tiene dicho deber legal. En este sentido, el solicitante confunde dicha obligación legal en el Hecho 2º de la solicitud, ya que manifiesta que a efectos con lo dispuesto en el art. 5 LC, la solicitud se presenta dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que se puso de manifiesto la insolvencia inminente. Como se ha expuesto, dicha obligación legal que se impone al deudor sólo se aplica a los supuestos de insolvencia actual. En cualquier caso, en el presente supuesto la insolvencia no es inminente sino actual, sin que la diferencia radique en conceptos económicos como el de iliquidez, sino en el incumplimiento (actual) o la previsión de incumplimiento de obligaciones (inminente).": Auto JM-1 Cádiz 2.11.2005 (JUR 2005/241130)

JM-2 Bilbao

"La distinción entre insolvencia actual e inminente procede del acogimiento del concepto del Derecho concursal alemán contemporáneo de la «drohende Zahlungsunfälligkeit» del par. 18 InsO, que allí alude no tanto a la idea de inminencia, de innegable sentido temporal en castellano, como a la idea del riesgo, peligro o amenaza de actualización del sobreseimiento. Si un endeudamiento que preocupa tiene vencimientos a medio plazo, pero la amenaza de no poder cumplir cierta, la insolvencia es amenazadora, aunque no inminente en realidad (así, en la doctrina alemana se entiende razonable la previsión en un plazo de hasta tres años).
Resulta obvio que el legislador desea propiciar en el concurso a instancias del deudor esa función preventiva de las instituciones concursales dentro de una unidad de procedimiento, y la insolvencia inminente pertenece a una de esas situaciones indefinidas, anteriores a la crisis ya instaurada, en que es posible pronosticar la insolvencia («entreprise en difficulté» del Derecho francés, o «financial distress» de la literatura anglosajona). Se coloca, pues, la insolvencia en un momento de pronóstico, desde la insuficiencia económica, sobre la incapacidad de cumplimiento, con la finalidad de que los mecanismos de solución convencional o liquidadora tengan un sentido real, de modo que el concurso obedezca al saneamiento del tejido empresarial, a la medicina curativa, por decirlo en términos metafóricos, y no siempre a la medicina forense.
La norma del art. 2.2 LECO desenvuelve lo que debe entenderse como insolvencia inminente, de modo que se configura como un estado de pronóstico cierto de la insolvencia todavía no actual («el deudor que prevea que no podrá cumplir»), pero referido no sólo a la regularidad, como en el modelo de insolvencia actual, sino también referido a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones. No se trata, por supuesto, de un estado psicológico del deudor que insta su concurso sino que debe, amén de justificar un determinado endeudamiento, hacerlo con la realidad de dicha previsión, es decir, que el déficit de liquidez y crédito se traducirá verosímilmente en ausencia de liquidez y crédito. En el Derecho germánico se describe la insolvencia «amenazante» como la previsión de la situación de no poder atender a las obligaciones existentes en el momento de su vencimiento, y el correlato de insolvencia inminente de LECO es más amplio, ya que la previsión habilitante puede ser, no de la falta de atención al vencimiento, impuntualidad o morosidad, sino de falta de atención mediante operaciones regulares, es decir, dentro del giro o tráfico habitual de la empresa, de modo que una previsión de sobreseimiento por impuntualidad o irregularidad de una deuda tiene expectativas de generalizarse a la mayor parte de las deudas.
Recuperar por LECO la vocación preventiva de las instituciones concursales, general en Derecho comparado próximo, sin configurar un específico procedimiento concordatario cuando aún no hay insolvencia, pero ésta es previsible, sino a través del método de avanzar el concurso potestativamente para el deudor -cual es el régimen por el que se decanta el legislador, renunciando discutiblemente a los convenios extrajudiciales-, no deja de encerrar el peligro del uso táctico de una excesivamente avanzada constitución del concurso a la sola voluntad del deudor para enervar la ejecución singular de los acreedores. Debe tenerse en cuenta que, sin arriesgar resultados represivos, y sin perder el control el empresario, más que sujetándose a una intervención (art. 40.1 LECO) puede, con presentarse en concurso, lograr la paralización de ejecuciones sin derecho de separación (art. 55 LECO) y «enfriar» las ejecuciones de garantías reales y asimilados (arts. 56 y 57 LECO), y manteniendo la actividad, «forzar» un convenio de la máxima condonación y aplazamiento.
El concurso es salvedad del proceso de ejecución singular, integrado en el derecho a tutela judicial, y en su caso, en la capacidad de autotutela de la Administración, y sólo se hallará constitucionalmente amparada dicha excepción cuando se constate la base real objetiva de la insuficiencia de respuesta patrimonial ante la pluralidad de acreedores concurrentes. En otro caso, quedaría privada de proporcionalidad. Por ello, la desaparición legal de la eficacia confesoria de la solicitud de concurso voluntario, de modo que la insolvencia no se debe reconocer por la mera afirmación en la solicitud del deudor (cfr.: art. 14 LECO).
Ahora bien, en el supuesto de la insolvencia inminente, debe admitirse que:
1.º) No hay, en realidad, grandes incentivos que persuadan a los deudores para solicitar anticipadamente el concurso, teniendo en cuenta que los mensajes perversos para los gestores de empresas en «precrisis» son poderosos, y las ventajas de presentarse en concurso limitadas, así como las sanciones por no hacerlo, en el deber de disolución de mercantiles para los administradores sociales, ya preexisten en el Derecho de

sociedades. Por lo tanto, no está en la línea del sistema el excesivo escrúpulo en las declaraciones de concurso por solicitudes basadas en insolvencia inminente (Exposición de Motivos de LECO II, p. 9).
2.º) Resulta lógicamente imposible pedir que tenga el Juez por acreditada la insolvencia inminente, al tratarse de un juicio sobre datos futuribles, de modo que, a la luz de la apreciación conjunta de documentos aportados, lo más que puede emitir es un juicio condicional coincidente con el correlativo de «autoprevisión» de insolvencia del que solicita, el cual será positivo siempre que no se deje de ofrecer un criterio que, objetivamente, permita apoyar aquélla.
3.º) Aunque el art. 18.2 LECO parece «a contrario» conducir a la constatación contable de la prueba de la insolvencia actual en el concurso necesario para quien tiene deber de llevanza de contabilidad, no debiera restringirse a aquélla el predicho criterio objetivo de la «autoprevisión» de insolvencia inminente, sino que podrá consistir en un razonamiento basado en documentos no contables o hechos notorios.
4.º) Como queda indicado en su antecedencia comparada, lo inminente es más bien amenazante, a fin de que tenga sentido la vocación preventiva, y no puede reducirse a la insolvencia que está a punto de ser adverada, y ni siquiera debe marcarse un determinado plazo corto o medio, puesto que lo único preciso es advertir esa razonabilidad o verosimilitud del cálculo objetivo del solicitante acerca de que las obligaciones nacederas no podrán cumplirse puntual y regularmente, aunque se vayan a incumplir dentro de tres o seis meses, o un año.
La «autoprevisión» razonable de insolvencia que amenaza puede proceder lógicamente de tres panoramas, entreverados o no: 1.º) La importancia del sobreendeudamiento; 2.º) El desfase entre la liquidez del activo y la exigibilidad del pasivo; 3.º) La inviabilidad de cumplir en el corto plazo.
Y el futuro de insolvencia pronosticado, como orientación, y sin limitarlo a las cuentas como fundamento del razonar, según se ha dicho, bien puede tenerse por razonable cuando aparecen esos factores que implican dudas para el auditor de «la capacidad de la entidad de seguir como empresa en funcionamiento», de la Resolución de 31 de mayo de 1993 del ICAC, que aprueba la Norma de Auditoría sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento: resultados económicos y/o «cash-flow» negativo significativo y continuado (1); fondo de maniobra negativo significativo y continuado (2); pérdida de intangibles muy importantes para la actividad (3); reducción de pedidos significativa o pérdida de algún cliente muy importante (4); gran inversión en producto sin éxito (5); contratos a largo plazo no rentables (6), etc.
Claro que esos factores indiciarios de insolvencia futura, en cualquiera de los panoramas, se disipa mediante otros contraindicadores, como serían todos los relativos a inyecciones financieras por los accionistas o una sociedad dominante, la aptitud para generar fondos propios, ayudas o subvenciones públicas, disponibilidad de líneas de crédito por contar con garantías, aplazamientos posibles, reestructuración de la actividad, sustitución de pedidos, clientes, proveedores, capacidad de reducir la actividad coyunturalmente, etc. Ahora bien, como hecho negativo la de falta de tales, no puede exigirse a la solicitud de declaración de concurso.
En el caso de Asegarce, el balance provisional al 6 de marzo de 2006 desvela que el panorama no es exactamente de sobreendeudamiento, como basta con comprobar los saldos ajustados de acreedores al día 14 siguiente, en que descuellan esencialmente el crédito a largo de Bainet Media y los acreedores institucionales, Hacienda Foral por IVA, y la Seguridad Social por recaudación de cuotas. Tampoco se aprecia una iliquidez del circulante, que se integra por la taquilla de los partidos de pelota y los precios de cesión de derechos de emisión radiofónica y televisiva, siendo los ingresos estables y en crecimiento sostenido respecto de los gastos, en los datos de las cuentas de pérdidas y ganancias. Lo que se alega y parece objetivarse como juicio condicional o de pronóstico es la patente inviabilidad de cumplir en el corto plazo. Y este corto plazo se identifica con la acumulación de impagos de cuotas de cotización al RGSS por la plantilla de deportistas profesionales, no provisionadas en los ejercicios anteriores a 2004, y que asciende a la fecha de 14 de marzo de 2006 a 27.005,23 euros, y otros 477.451,23 euros provisionados, junto con 14.239 euros por IVA, y otros 217,382,80 euros de retenciones. En 2000 el importe de las cargas sociales por cuotas empresariales de cotización a la Seguridad Social era de 42.325,20 euros, en 2001 de 49.830,27 euros, en 2002 de 78.550,63 euros, multiplicándose por cinco en 2003, a 387.993,41 euros, por razón de encuadramiento forzoso desde 1 de abril de 2003 en RGSS, sin que los ingresos experimenten incremento más que moderado. En la cuenta de pérdidas y ganancias los ingresos de explotación (1.387.953,43 euros), no superiores a los que cabría esperar con cifras para el ejercicio que se cerraba en agosto de 2004, apenas contienen la suma de gastos de personal (1.253.656.40 euros), que ya suman débito por cuotas patronales de cotización por 226.464,53 euros.
Como esta verosímil situación de morosidad a corto plazo se aprecia en relación a una sociedad con pérdidas significativas continuadas iniciales, que consigue beneficios de 55.522,06 euros en 2001/2002, y de 95.368,57 euros en 2002/2003, pero que cae en pérdidas en 2003/2004 de nada menos que 365.777,71 euros, y que manifiesta han quedado en 2004/2005 de 56.025,27 euros, cuando reestructuró gastos, después ya de recibido el impacto del incremento de cargas de Seguridad Social, se opina que está objetivada la amenaza de insolvencia, según declara la solicitante.
No es menester, pues, requerir un pronóstico financiero o de liquidez mediante esas pericias económicas que recomienda la mejor doctrina.
Así lo expuesto, procede dictar auto que declare en concurso a Asegarce Pelota S.A., el cual debe calificarse de voluntario por haber sido instado por el propio deudor, sin que haya mediado otro previo instado por ningún otro legitimado, según dispone el art. 22 LECO.”**: Auto JM-2 Bilbao 17.02.2006 (La Ley, 497, 2006)**

JM-5 Madrid

“Por último no debemos olvidar que tal como indica elAAP de Madrid (sec 28ª) de 8 de mayo de 2008, el vencimiento y exigibilidad de las deudas son requisitos que deben ser analizados para apreciar la situación de insolvencia.

La deudora ha indicado que se encuentra en situación de insolvencia inminente y que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones. Según elartículo 2.3 de la LCse encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles. Siguiendo a la profesora Pulgar Ezquerra (op citada) la insolvencia inminente que sigue el modelo alemán de la InsolvenzOrdnung alemana de 1994 (artículo 18), se configura en torno a la puntualidad en el pago, presentándose así como una situación de futuro, dado que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello se produzca en un plazo más o menos próximo, no delimitado legalmente. Concurrirá la insolvencia inminente no solo cuando el deudor prevea que no puede cumplir sus obligaciones en el futuro, sino también cuando las puede cumplir, pero con retraso o puede cumplirlas de forma irregular.
Las razones invocadas por la deudora en su solicitud y en su memoria son plenamente justificativas de su insolvencia inminente, que en la actualidad vienen reforzadas por la declaración en concurso de la entidad MARTINSA FADESA. La deudora tiene como actividad principal la tenencia de participaciones de otras compañías (tal como se aprecia en el inventario), y el principal activo corresponde a las acciones que posee en la sociedad MARTINSA FADESA, entidad que en la actualidad se encuentra en concurso, por lo que el valor de estas acciones ha disminuido considerablemente. No tiene otra actividad, por lo que la obtención de dinero para hacer frente a sus pagos solo procede de lo que pueda obtener de las acciones que posee, y en este punto, fundamentalmente de MARTINSA FADESA, que era la que fundamentalmente le concedía los fondos para hacer frente a sus obligaciones (según manifiesta en su memoria), y esta situación en la actualidad no podrá producirse dada la situación concursal en la que se encuentra la empresa. Además las acciones que ostenta en MARTINSA FADESA están pignoradas. Del resto de activos no se aprecia que pueda disponer de ellos en un tiempo relativamente corto para hacer frente a las próximas deudas que tienen. Por último el activo de la empresa es de 27.826.007´67 ?
Junto a esta ausencia de fondos para hacer frente a sus deudas, se observa que en un periodo de tiempo no muy largo va a tener que hacer frente al pago de varias e importantes deudas como la contraída con el BSCH por casi 3.000.000 ? y la deuda con Hacienda Pública por 2.000.000 ? que tendría que abonar en los próximos meses (2º pago9 aunque manifiesta que ha pedido el aplazamiento no constando su concesión. Es además avalista de una deuda de 125.000.000 ? que tiene FT Castellana y que le han pedido nuevas garantías el BBVA sin que disponga de medios ninguna de las dos para responder. Su pasivo en la fecha de presentación del escrito de subsanación es de 5.139.999´18 ?
En consecuencia debemos concluir que aparece acredita la situación de insolvencia inminente y procede declarar el concurso.”: AJM-5 Madrid 08.09.2008 (JUR 2009\135724)

1.2. Supuestos concretos de insolvencia inminente

1.2.1 Insolvencia inminente por sentencia firme de condena pendiente de cuantificación

“TERCERO.- La solicitud cumple las condiciones y se acompañan los documentos que se expresan en el artículo 6 de la LC y de la documentación aportada apreciada en su conjunto se desprende el estado de insolvencia del deudor.
Ello en tanto que de la documentación contable aportada en autos y del resto de documentos presentados se aprecia que la solicitante carece de un activo que le vaya a permitir cumplir regularmente sus obligaciones, especialmente, en virtud de la condena recogida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2004. Si bien es cierto que en la referida sentencia no se fija la cantidad liquida a percibir por cada uno de los beneficiados por ella ni se cuantifica el coste de las reparaciones a que se condena a la deudora, la experiencia y la ejecución provisional seguida, permiten concluir que su montante económico no podrá ser sufragado de un modo regular por Construcciones López Pablo, S.A., por no ser su activo suficiente para hacer frente a dicha contingencia. Efectivamente, la previsible cuantificación de dicha condena permite apreciar, en este momento, que una vez concretadas las partidas anteriores, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones por carece de activo suficiente para ello. Por otro lado, la inminencia que se aproxima a certeza en este caso, proviene de la existencia de esa condena firme, y por ello, de una condena y consiguiente deuda a cargo de la solicitante, de la que únicamente resta su determinación cuantitativa. Todo lo anterior, determina la concurrencia del presupuesto del concurso, esto es, la situación de insolvencia inminente.”: Auto JM-1 Santander 07.12.2004 (Concurso 123/2004)

1.2.2 Sección de crédito de cooperativa. Alarma social

“Según el artículo 6.3 LC, se encuentra en situación de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Ha de tenerse en cuenta que la insolvencia inminente, por tratarse de una situación futura y previsible, presenta un margen de incertidumbre, siendo preciso atender a la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto para valorar que esa incertidumbre es mínima y se acerca a la certeza del hecho futuro.
La solicitante desarrolla su actividad en tres ámbitos, agrícola, obras sociales y sección de crédito. Analizando la memoria presentada, inventario y lista de acreedores, se extrae que la mayor parte del endeudamiento de la solicitante proviene de la sección de crédito, algo más de 22.200.000 euros en su mayoría inmediatamente exigibles, frente a los aproximadamente 73.800 provenientes de la sección de almacén. Respecto al activo, se señala como activo neto la cantidad aproximada de 22.800.000, de los cuales corresponde, siempre en cantidades aproximadas, a tesorería 2.800.000 euros, inmovilizado material 8.500.000 euros, existencias

43.000 euros, deudores de almacén 507.000 euros y como partida principal, deudores de la sección de crédito 19.500.000 euros, de la que hay que deducir la cantidad en concepto de dotación de deudores de dicha sección. De dichos datos se extrae que la diferencia entre el pasivo exigible y el activo líquido presenta una diferencia superior a 19.000.000 euros.

De lo anterior y del relato de la historia económica y jurídica de la solicitante contenida en la memoria, se extrae que la sección de crédito constituye la actividad principal de la cooperativa tanto por el número de operaciones como por su volumen económico. Sin perjuicio de que la misma desarrolla su actividad en tres sectores, agrícola, obras sociales y sección de crédito, según se colige de la memoria y de los documentos presentados junto a la solicitud, no parece que las dos primeras las actividades fundamentales desde el punto de vista económico. Específicamente, por lo que hace referencia al ámbito agrario, en la propia memoria se especifica que el descenso del sector agrario y la propia modificación de la configuración física y urbanística de Monte ha hecho que descienda notablemente su actividad. Por lo anterior, podemos concluir que la actividad principal desarrollada desde el punto de vista económico es la correspondiente a la sección de crédito, como se ha dicho.

Retomando el análisis del activo y pasivo de la solicitante y partiendo de la consideración efectuada sobre el carácter principal de la actividad desarrollada por la sección de crédito respecto a la totalidad de la cooperativa, ha de señalarse que la diferencia entre el pasivo exigible y el activo líquido no es por sí sola determinante de la situación de insolvencia inminente. Ha de tenerse en cuenta que la propia dinámica de las entidades de crédito y, por extensión, las secciones de crédito de las cooperativas que aunque no tienen dicha naturaleza llevan a cabo una actuación, en parte, similar, el activo líquido siempre se muestra inferior al pasivo exigible, sin que ello sea determinante de una situación de insolvencia inminente porque lo contrario podría llevar al derrumbe del propio sistema de funcionamiento de las entidades de crédito.

No obstante, en la memoria se relatan unos hechos relativos a la posible comisión de una serie de hechos delictivos que tras su comunicación a los depositantes ha originado, según se expone en la misma y, respecto a algunos de ellos, se extrae de la documentación aportada con el escrito de solicitud de concurso, un temor por riesgo de insatisfacción de los depositantes de la sección de crédito que ha provocado, en varios casos, la exigibilidad inmediata de sus depósitos. De dichos hechos parece extraerse una cierta alarma entre los cooperativistas y depositantes que puede derivar, como en principio parece que está haciendo, en la petición de retirada inmediata de los fondos depositados por parte de los impositores.

Ante esta situación, teniendo en cuenta el volumen de los depósitos obrantes en la sección de crédito que, en la práctica, representa el aspecto más importante cuantitativamente de la actividad de la cooperativa tanto por el número de actuaciones como por su volumen económico, y que según afirma el deudor son todos ellos exigibles, resulta previsible que la solicitante no vaya a poder hacer frente a sus obligaciones puntual y regularmente, entendiendo que en este caso el cumplimiento puntual vendrá referido al cumplimiento en el momento en que se solicite la retirada de los depósitos por los acreedores de la sección de crédito en tanto que son inmediatamente exigibles.

Teniendo en cuenta el volumen del pasivo de la sección de crédito y que en su práctica totalidad se corresponden con depósitos exigibles, el activo líquido es manifiestamente insuficiente para atender a estas reclamaciones. Por otro lado, atendiendo al resto de bienes y derechos que forman parte del activo, la aparente alarma creada y las actuaciones descritas en la memoria relativas a la posible comisión de una serie de hechos delictivos relacionados con la sección de crédito, permiten apreciar que no se va a poder atender a dichas obligaciones representadas por los depósitos exigibles de un modo regular, esto es, acudiendo a medios normales y ordinarios de mercado, en condiciones habituales de financiación, sin que aparentemente la venta del principal inmueble sea suficiente para atender a este cumplimiento y teniendo en cuenta que una parte importante de los créditos de la sección de crédito que forman parte del activo (aproximadamente 12.900.000 euros) provienen, según la solicitante, de la presunta comisión de hechos delictivos.

En último término, respecto a la valoración del margen de incertidumbre de la previsión de futuro, analizando de nuevo los hechos descritos en la memoria y especialmente la alarma creada por los hechos acontecidos y que a comenzado a materializarse en la solicitud de retirada de depósitos, parece efectivamente previsible que se vaya a producir una petición generalizada de retirada de depósitos a la que no va a poder hacer frente la solicitante previsiblemente de un modo regular y puntual.

La reiterada relevancia de las sección de crédito de la cooperativa desde un punto de vista económico-contable respecto a la cooperativa considerada globalmente, permite entender la repercusión de la situación puesta de manifiesto en la memoria por la que en la actualidad atraviesa la sección de crédito, como consecuencia, según el solicitante, de los hechos descritos en su solicitud, con la creación de una importante alarma entre los depositantes de la que ha habido manifestaciones, en la totalidad de la cooperativa. Esto, de manera que la situación económica de la sección de crédito determina, en definitiva, la de la cooperativa por la proporción que representa dentro de ésta, tal y como se extrae de los datos económico-contables reseñados en la memoria y extraídos de la documentación que lo acompañan, sin que analizada globalmente la cooperativa, como se ha hecho anteriormente, la situación económico-financiera de la misma permita extraer una conclusión diferente a la de que se encuentra en una situación de insolvencia inminente siendo previsible que de los dos otros ámbitos de actuación, agrícola y obras sociales, no se vayan a generar recursos o activos suficientes para paliar la situación, directamente o permitiendo acceso a financiación, esto es, efectuando un cumplimiento regular.

Atendiendo a todo ello, y entendiendo por los hechos descritos que resulta previsible que la solicitante no va a poder atender puntual y regularmente a sus obligaciones exigibles puesto que resulta previsible que los depósitos vayan a ser exigidos y la situación descrita manifiesta que es previsible, igualmente, que no se encuentre en condiciones de acudir a medios ordinarios para satisfacerlos, se aprecia una situación de

insolvencia inminente, por lo que procede, de conformidad con el artículo 14 de la LC, dictar auto declarando en concurso a la parte solicitante.": Auto JM-1 Santander (Cantabria) 29.03.2006 (AC 2006/1473)

1.2.3 Filial española de matriz sujeta a procedimiento concursal "Chapter 11" en EEUU

"Para analizar si la solicitante se encuentra en situación de insolvencia inminente, se ha de partir de la evolución financiera de la sociedad en el periodo comprendido entre 2004 y 2006, según los datos que constan en la Memoria explicativa del concurso (documento 3 de la solicitud), y en el informe de la compañía KPMG (doc. 3.c de la solicitud). La cifra de negocios de DASE en dicho periodo ha seguido una tendencia descendente, habiendo disminuido en 2005 en aproximadamente 12,5 millones de euros, y en el cierre provisional de 2006 ascendió a 220,7 millones de euros, que supone 38,6 millones de euros inferior a la del ejercicio 2005, es decir en los tres últimos ejercicios, la cifra de negocios de la sociedad ha descendido en 51,2 millones de euros. Por el contrario, el consumo de materiales, al haber aumentado el precio, se ha incrementado, habiendo pasado de un 55% en 2003 al 59% en 2006. Estos factores han erosionado el margen bruto de la sociedad que ha pasado de 117,6 millones de euros (43% sobre la cifra de negocios) a 76,1 millones de euros en octubre de 2006 (41% sobre la cifra de negocios). Y en el cierre provisional de 2006, el margen bruto ascendió aproximadamente a 89,6 millones de euros, es decir, que según dichos datos, en los últimos tres años, la sociedad habría perdido 28 millones de margen bruto. Como consecuencia del ERE de 2005, la plantilla se redujo entre finales de 2005 y octubre de 2006, en aproximadamente 150 personas. Sin embargo esta reducción no ha seguido el mismo decrecimiento que la cifra de negocios, por lo que el gasto de personal sobre la cifra de negocio se ha incrementado, pasando a representar un 33% de la cifra de negocio en 2006. Es decir, que del 41% del margen bruto, un 33% se destina a los gastos de personal, y el 8% restante a otros gastos de explotación. Estos gastos suponían a 31 de octubre de 2006, un 13% de las ventas de la sociedad, lo que determina que la sociedad pierda, por los que es la operación de su negocio (resultado operativo o EBITDA), un 5,3% de la cifra de negocio, y acumulaba a octubre de 2006, unas pérdidas operativas de 9,9 millones de euros; siendo el análisis similar en el cierre provisional de 2006, siendo el resultado operativo o EBITDA generado en 2006 negativo en aproximadamente 12,6 millones, que representa el 5,7% de la cifra de negocios. Si además se añade a las pérdidas operativas el efecto de las amortizaciones, las pérdidas de explotación ascendían a 31 de octubre de 2006, a unos 26,8 millones de euros, y en el cierre provisional de 2006, a 32,9 millones de euros, aproximadamente. Y las pérdidas de explotación acumuladas de los tres últimos ejercicios suponen un importe aproximado de 58,4 millones de euros. Las pérdidas de actividades ordinarias ascendían, a octubre de 2006, a 32,7 millones de euros, y en el cierre provisional de 2006, a 40,2 millones de euros. Durante los tres últimos ejercicios DASE acumula unas pérdidas de las actividades ordinarias de 72,7 millones de euros.

En el ejercicio 2007, se ha continuado con la tendencia descendente de los negocios, habiendo descendido las previsiones de ventas. En la Memoria se recoge como última previsión (una vez conocidas las ventas reales de febrero), de unas ventas totales en el periodo febrero-junio de 55,9 millones de euros (inferior a la previsión del informe de KPMG y a la previsión una vez conocidas las ventas reales de enero). Según refleja la contabilidad, la sociedad presenta fondos propios negativos desde el año 2003, situación que se ha visto agravada en 2005 y 2006. En el cierre provisional de 2006, los fondos propios negativos ascienden aproximadamente a 132,5 millones de euros. En 2005 se concedieron préstamos participativos por sociedades del grupo para evitar incurrir en causa de disolución por pérdidas. No obstante, a 31 de octubre de 2006, las pérdidas de dicho ejercicio que ascendían a 25,2 millones de euros, minoraban el patrimonio contable hasta 8,8 millones de euros, inferior al 50% del capital social (que es de 20.100.220,20 euros), incurriendo nuevamente en causa de disolución, si bien para evitarlo, el socio único, como se ha expuesto, procedió en diciembre de 2006, a restablecer el equilibrio. De esta forma, entre el 31 de diciembre de 2005 y el 31 de octubre de 2006, el endeudamiento neto con empresas del grupo ha pasado de 129,5 millones de euros aproximadamente a 152,2 millones de euros.

En cuanto a las previsiones para 2007, según la solicitante, determinan la inminencia de la insolvencia, de forma que se produciría un sobreseimiento generalizado a primero de mayo próximo, según consta en el escrito presentado en el día de la fecha, dado el estado de tesorería. Conforme a las citadas previsiones, la contracción del negocio estimada por la finalización de contratos e imposibilidad de su renovación o sustitución, provocará un estrechamiento del margen bruto en 18,2 millones de euros con respecto a 2006, siendo insuficiente para absorber los costes de producción de las diferentes plantas, estimando que el margen de producción en 2007 será negativo en 4,9 millones de euros aproximadamente. Los costes de estructura no podrán ser absorbidos, con lo que se agravará la posición de margen de contribución negativo hasta los 20,6 millones de euros a 31 de diciembre de 2007 (pag. 85 del informe de KPMG aportado como doc. 3c. de la solicitud). Posiblemente la sociedad para la fecha señalada podría verse incursa nuevamente en causa de disolución por pérdidas, según consta en la Memoria. En el informe de KPMG, respecto de las proyecciones de tesorería, se hace constar una previsión de flujos de caja negativos de 20,3 millones en apenas dos meses y medio de 2007, sin que la inyección de fondos proporcionada por la matriz por importe de 20,8 millones sea suficiente, requiriendo necesidades adicionales, que el citado informe fija en la segunda quincena de marzo de 2007, de forma que entre la segunda quincena de abril y mayo, la insolvencia pasaría a ser actual.

En el escrito presentado en cumplimiento del requerimiento efectuado por providencia de 4 de abril de 2007, se hace constar que el estado de tesorería y las últimas previsiones indican que a primeros del mes de mayo, la sociedad no podrá hacer frente puntualmente a sus obligaciones de pago. Dichas previsiones incluyen el diferimiento hasta el mes de junio de los intereses ya vencidos debidos a las compañías del grupo, así como un cierto nivel de pagos anticipados a proveedores para evitar detener el proceso productivo, y que les han sido

exigidos a raíz de la presentación de la solicitud de concurso. Se acompaña un gráfico con las previsiones de caja para 2007, en el que consta una caja inicial para mayo de 2,67 millones de euros, un consumo de caja de - 7,20 millones de euros (ya que la deuda inicial es de -175,74 millones y la final, de -182,943 euros), por lo que la caja final en mayo será de -4,52 millones de euros.

Partiendo de los datos mencionados, podemos colegir que la sociedad se encuentra en situación de insolvencia inminente de conformidad con el art. 2.3 LC, ya que resulta previsible que la sociedad en el mes de mayo, no pueda cumplir "regular y puntualmente", con sus obligaciones exigibles. En la lista de acreedores, consta un pasivo de 246.243.993,12 euros, que incluye, fundamentalmente, los créditos laborales, los de sociedades del grupo, y créditos de proveedores. Las deudas son de vencimiento próximo, e incluso algunas de ellas están vencidas a la fecha del presente auto. Respecto de los créditos laborales la solicitante manifiesta en el escrito presentado en cumplimiento del requerimiento de fecha 29 de marzo de 2007, que se han producido 29 extinciones de contratos de trabajo con fecha 31 de marzo de 2007, y que han sido abonadas las nóminas que vencían a finales de de marzo. En cualquier caso, habrán continuado devengándose los créditos laborables. Respecto de los créditos de proveedores, algunos tiene un vencimiento anterior a la fecha del Auto, si bien la solicitante, como se ha expuesto, en escrito presentado en el día de la fecha ha manifestado, que con posterioridad a la presentación de la lista de acreedores, han sido abonados créditos a proveedores, y que incluso, han debido hacerse pagos anticipados para impedir la interrupción del proceso productivo. Respecto de los créditos con otras sociedades del grupo, por un elevado importe, no son los idóneos para justificar la situación de insolvencia, y menos con el carácter de inminente, si bien, dadas las previsiones de tesorería para el mes de mayo, y los créditos (laborales y a proveedores) de próximo vencimiento, puede colegirse la inminencia de la insolvencia, como se ha expuesto.

Restan por analizar las causas alegadas de la insolvencia, a efectos de determinar si la misma puede evitarse o paliarse de alguna forma. Entre dichas causas, algunas son de origen, digamos externo, es decir, dependen de factores ajenos a la empresa, y otros podemos entender que dependen de factores, en cierta forma, internos o, relacionados con la propia sociedad o, con el grupo. Entre las primeras, pueden mencionarse los cambios estructurales en la industria de automoción, las políticas de reducción de precios de venta por los fabricantes de automóviles, las dificultades de atraer negocios por el estancamiento de la demanda en Europa y EEUU, y el entorno competitivo de los principales competidores externos de DASE, y el incremento de costes de las materias primas y de gastos de personal.

Ahora bien, una de las principales causas de la insolvencia se deriva precisamente de la circunstancia de que la sociedad, como ha quedado patente en la exposición de la evolución de los negocios, depende financieramente de la matriz. Así consta en la página 25 de la Memoria donde se dice que "la sociedad depende financieramente del grupo Delphi para mantener sus negocios operativos". El problema es que se ha manifestado la imposibilidad del socio único de seguir aportando fondos, al encontrarse incurso, al igual que la matriz del grupo, en el proceso concursal denominado Chapter 11 en EEUU y, haberse acordado en el Plan de Reestructuración o Transformation Plan, la decisión de desinvertir en todas las líneas de negocio que opera la sociedad. Y en concreto, respecto de la Planta 41, se ha excluido del proceso de venta de la División de Steering de Delplhi, al no haber manifestado el comprador (Platinum Equity) interés en el centro de Puerto Real, a lo que además habría que añadir la ausencia de rentabilidad de la planta 40, en la que el margen de producción ha sido negativo durante los últimos ejercicios, y la anunciada pérdida del principal negocio de la planta U1 (rodamientos para Ford) a favor de la competencia.

A efectos de clarificar esta causa de insolvencia se van a exponer a continuación de forma breve unas notas sobre el mencionado procedimiento Chapter 11.

En el "Bankruptcy Code" de EEUU están regulados todos los procedimientos concursales que el sistema norteamericano pone a disposición de los interesados para la solución de las crisis económico-financieras tanto de las personas físicas como jurídicas, y entre ellos, se regula el procedimiento de reorganización conocido como Chapter 11 o Capítulo 11 (del Título 11 del Código de los EEUU o Ley de Quiebras), que es frecuentemente identificado como capítulo de la reorganización, cuya mecánica permite que el deudor continúe con la operación normal de la empresa aún durante el periodo en que la empresa se encuentra sujeta a este proceso concursal. En cuanto al tipo de deudor (aunque suele ser utilizado por grandes empresas), se aplica tanto a personas físicas como jurídicas, siempre que tengan su residencia, domicilio, centro de operaciones o bienes en EEUU; y en cuanto al presupuesto objetivo, cuando sea solicitada por el deudor, la sola petición constituye una causa automática de apertura del procedimiento. A grandes rasgos, pueden identificarse dos fases en el procedimiento, una primera de apertura, que en el caso de presentación por el deudor (como ha ocurrido con la matriz de la solicitante, y es el supuesto que expondremos), deberá aportar determinada documentación relativa al activo y al pasivo. El deudor continuará manteniendo la posesión, gestión y administración de sus bienes pudiendo continuar un desarrollo normal de sus negocios. Esta forma de operar es lo que se llama "debtor-in-possesion", es decir, deudor en posesión (excepcionalmente puede designarse un "trustee" o curador). El efecto principal de la apertura del procedimiento es la cesación automática de todos los cobros, con paralización de acciones judiciales y administrativas contra el deudor, incluidos embargos, y el órgano judicial de oficio deberá constituir un comité de acreedores y uno de accionistas. La segunda fase es de reorganización, y es necesario que el deudor presente un plan de reorganización (Transformation Plan), que constituye el centro de gravedad del proceso, que ha de tener un contenido obligatorio, que ha de ser homologado por el Tribunal ("confirmation"), y otro voluntario. El Plan debe contener disposiciones en dos direcciones, de un lado, para solucionar el cumplimiento de pago de los pasivos, y de otra, para lograr la conservación de la empresa a través de la "Reorganización". El Plan se somete a su aprobación en dos fases, una primera por los grupos de acreedores y accionistas, y una segunda por el juez; si bien, para la homologación por el juez no es precisa la aprobación por parte de todos los grupos afectados.

En el presente caso, se ha acreditado la presentación por la matriz de la solicitante y por la matriz del grupo (así como por diversas filiales) de la solicitud de apertura de Chapter 11, y la apertura del procedimiento (doc. 4, 5 y 6 de la solicitud y traducciones aportadas), y en la documentación aportada en cumplimiento del requerimiento efectuado por providencia de 29 de marzo de 2007, consta que aún no se ha sometido a aprobación, lo que no impide que el Plan pueda comenzar a implementarse.
La solicitante manifiesta que el socio único, por estar sometido a este procedimiento, no puede aportar más fondos. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que nos encontramos con una sociedad de responsabilidad limitada y que las relaciones o dependencia con la sociedad matriz, y su posible responsabilidad en la generación o agravación de la insolvencia, podrán ser tenidas en cuenta, en su caso, en sede de calificación, pero no en sede de declaración de concurso. Tanto estas cuestiones, como otras relativas, por ejemplo, a la resolución del contrato de financiación intercompañía, no pueden ser tomadas en consideración a efectos de la declaración de concurso. Por otra parte, ya se ha indicado, que aunque se tratara de un supuesto de deslocalización de empresas, ello no impide la aplicación de la normativa concursal a una empresa constituida en España, aunque pertenezca a una multinacional.
Por último, resta por examinar la cuestión de la ayuda pública que le fue concedida a la solicitante y que debía percibir en el mes de marzo (documentación aportada en cumplimiento del requerimiento efectuado por providencia de 29 de marzo de 2007), si bien alega, que dadas las circunstancias, y no cumpliendo las condiciones, ha optado por no percibirla. Evidentemente, no puede entrar a enjuiciarse en esta resolución sobre el cumplimiento de las condiciones de la subvención. En cualquier caso, atendiendo a su importe (4,26 millones de euros), y atendiendo a las previsiones que constan en el informe de KPMG, podría concluirse que de haberse percibido, se hubiera podido retrasar si acaso la inminencia de la insolvencia, pero con los datos obrantes en las actuaciones, y según la alegada pérdida de contratos e imposibilidad de sustitución o renovación, parece que no hubiera sido suficiente para paliar la situación financiera de la sociedad. Y en el mismo sentido, respecto de la posibilidad de financiación externa, la solicitante, en contestación al requerimiento efectuado por providencia de 4 de abril de 2007, ha señalado que han contactado con diversas entidades bancarias que han rechazado prestarle financiación por la situación de pérdidas.
Por todo lo expuesto, se ha de colegir que la sociedad se encuentra en situación de insolvencia inminente, resultando procedente la declaración de CONCURSO VOLUNTARIO del deudor, la entidad mercantil DELPHI AUTOMOTIVE SYSTEMS ESPAÑA, S.L. (DASE). ":AJM-1 Cádiz 13.04.2007 (Concurso 84/2007)

1.2.4 Intentos financiación fallidos. Crisis sector inmobiliario

"TERCERO La solicitud cumple las condiciones y se acompañan los documentos que se expresan en elartículo 6 de la LC y de la documentación aportada apreciada en su conjunto se desprende el estado de insolvencia inminente del deudor.
Según elartículo 2.3 LC, se encuentra en situación de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Ha de tenerse en cuenta que la insolvencia inminente, por tratarse de una situación futura y previsible, presenta un margen de incertidumbre, siendo preciso atender a la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto para valorar que esa incertidumbre sea mínima y se acerque a la certeza del hecho futuro. Dentro de éstas, cobran especial relevancia, en ocasiones, las coyunturales relacionadas con el ritmo económico general y el específico en que desarrolle el deudor su actividad.
En el presente caso, la solicitante manifiesta que prevé que no va a poder cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles y analizando los documentos obrantes en autos se alcanza la misma conclusión. En primer término, de la lista de acreedores se extrae que pesan sobre la solicitante deudas vencidas con anterioridad a la solicitud de concurso (en concreto, los meses de julio y agosto, especialmente) que no han sido atendidas. Igualmente, al día siguiente de la presentación de la solicitud de concurso vencían un elevado número de deudas. Junto a ello, se aprecia un importante déficit de tesorería (aumentado por los impagos y devoluciones de clientes) que impide atender a dichas deudas sin acudir a fuentes de financiación. Por otro lado, documentalmente se ha acreditado el intento fallido de acudir a esa financiación a través de distintas entidades crediticias.
A los datos objetivos anteriores han de añadirse otros coyunturales derivados de la concreta situación económica actual que se proyecta especialmente en el sector en el que la solicitante desarrolla su actividad, la construcción de edificaciones y urbanizaciones y la promoción de viviendas. La ralentización del sector inmobiliario constituye un hecho constatado que se traduce en el descenso de operaciones de venta de inmuebles, la paralización o retraso de algunas promociones en ejecución y las dificultades de acceder al mercado crediticio, lo que indudablemente se proyecta en la solicitante.
Partiendo de las circunstancias anteriores y uniendo a ellas las que en la memoria se denominan "endógenas" relativas a la incidencia de la anulación de licencias de la obra de Arnuero y la operación con Fadesa respecto a unos terrenos en el Ayuntamiento de Bezana, puede concluirse que la actora efectivamente se encuentra en la situación de insolvencia inminente que se anuncia, con el suficiente grado de certeza necesario que permite afirmar que las dificultades de tesorería, el volumen de deudas vencidas y de inmediato vencimiento y la evolución general del sector inmobiliario, entre otras circunstancias, impedirán a la solicitante cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles, sin que esté capacitada para acudir a fuentes económico-financieras que le permitan conseguir tal finalidad.
Por todo lo expuesto, y como señala elartículo 14 de la LC, procede dictar auto declarando en concurso a la parte solicitante al apreciarse la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, esto es, la situación de insolvencia inminente del deudor.". AJM-1 Santander 14.10.2008 (JUR 2009/79814; Concurso 433/2008)

1.3 No cabe alegar insolvencia "inminente" cuando todas las deudas están vencidas

JM-1 Santander

"SEGUNDO Se alega en la solicitud que la herencia yacente se encuentra en situación de insolvencia inminente ante la imposibilidad de atender a los pagos de sus acreedores que pueden acelerar procedimientos judiciales e incurrir en cuantiosos gastos.
Sin embargo, valorados los datos extraídos de la documentación presentada junto a la solicitud no se aprecia dicha situación. Según el artículo 2.3 LC, se encuentra en situación de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Ha de tenerse en cuenta que la insolvencia inminente, por tratarse de una situación futura y previsible, presenta un margen de incertidumbre, siendo preciso atender a la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto para valorar que esa incertidumbre es mínima y se acerca a la certeza del hecho futuro.
En el presente caso, la totalidad de las deudas se encuentran vencidas por lo que no nos encontramos la previsión de falta de puntualidad a que alude el artículo 2.3, puesto que todo el pasivo está vencido. Por otro lado, el negocio titularidad de la demandada carece de actividad por lo que no se aprecia aspecto dinámico alguno que permita aventurar esa futura insolvencia.
La justificación de la solicitud, por los procedimientos judiciales que se puedan provocar por estar impagadas las deudas vencidas con los gastos consiguientes no son fuente de valoración de la insolvencia inminente puesto que obedecen a unos gastos futuros y absolutamente incierto, máxime cuando hay activo para hacerlos frente.
En consecuencia, y por lo anterior, estando vencidas todas las deudas sin que se encuentre ninguna de ellas pendientes de vencimiento, no se aprecia la situación de insolvencia inminente alegada.": Auto JM-1 Santander (Cantabria) 28.04.2006 (AC 2006/1471)

2. No procede a efectos de determinar la insolvencia excluir el crédito ostentado por el socio titular del 99% del capital social

AP Barcelona

"PRIMERO: El auto recurrido inadmite la solicitud de concurso voluntario de la entidad ANOIA BOTONS, S.L. porque no queda acreditada la insolvencia, pues si del pasivo se descuenta el crédito que la sociedad tiene con un socio titular del 99% de las participaciones, es muy inferior al activo.
El recurso de apelación argumenta que los créditos de socio principal están perfectamente documentados y acreditados contablemente, por lo que no pueden ser excluidos a la hora de valorar la situación de insolvencia del deudor, con independencia de la clasificación como créditos subordinados que dichos créditos merezcan, al amparo del art. 92.5º LC.
SEGUNDO: En el presente supuesto, fue la propia deudora, una sociedad mercantil, quien a través de su liquidador instó su propio concurso, cumpliendo con lo prescrito en el art. 5 LC, en relación con los arts. 2.3 y 3.1 LC.
El presupuesto objetivo del concurso, ya sea este solicitado por el deudor o por cualquier otro legitimado para ello en el art. 3 LC, es que el deudor se encuentre en estado de insolvencia, conforme al art. 2.2 LC, aunque el apartado 3 de este artículo permite al deudor pedir su concurso también cuando se encuentre en una situación de insolvencia inminente.
De este modo, el art. 6 LC antes de especificar la documentación que el deudor debe aportar junto con su solicitud de concurso voluntario, le impone el deber de especificar en su solicitud si la insolvencia es actual o inminente, además de su acreditación, ordinariamente con la documentación contable. Y ello porque el Juez ante quien se solicita el concurso debe examinar no sólo si el instante puede ser declarado en concurso conforme al art. 1 LC y concordantes (presupuesto subjetivo) y si ha aportado la documentación prevista en el referido art. 6 LC (presupuesto formal), así como la competencia del Juzgado (art. 10 LC) y la legitimación del instante (art. 3 LC), sino también si concurre el presupuesto objetivo, esto es si el deudor se halla en estado de insolvencia o próximo a ella.
En la fundamentación jurídica de la demanda, el instante afirma que se encuentra en estado de insolvencia actual, por no poder cumplir regularmente con sus obligaciones, citando expresamente el art. 2.2 LC.
La actora para justificar esta situación aportó el último balance de situación, a fecha 30 de abril de 2007, en el que se advierte que para entonces los acreedores a corto plazo lo eran por un importe de 232.208,14 euros. Si tenemos en consideración que los activos financieros en ese momento ascendían a 48.047,18 euros, las deudas de los terceros con la entidad sumaban 36.949,50 euros, el valor contable de las existencias era 181.818 euros y el inmovilizado estaba contabilizado en 27.458,65 euros, advertiremos que al tiempo de instar el concurso, la sociedad no podía atender regularmente al pago de sus obligaciones exigibles a corto plazo, pues no tenía crédito para ello.
El hecho considerado por el Juzgado de que uno de los principales acreedores de la sociedad fuera su socio principal, titular del 99% de las participaciones, Josep Nogue, no justifica que dicho crédito no se tenga en consideración a los efectos de juzgar sobre el estado de insolvencia, pues mientras no se justifique lo contrario, el crédito, a los efectos de valorar la insolvencia, existe, es igualmente exigible que el resto, con independencia de que por tratarse su acreedor de una persona especialmente relacionada con el deudor, pudiera ser clasificado en su día como crédito subordinado (art. 92.5º LC).

En consecuencia, procede revocar el auto recurrido y acordar la apertura del concurso de acreedores de la entidad ANOIA BOTONS, S.L, sin hacer expresa condena en costas.": Auto AP Barcelona (sección 15) 15.02.2008 (Rollo 781/2007)

3. Inadmisión de concurso voluntario por insolvencia inminente si la insolvencia es actual

JM-1 Málaga

"La solicitud de concurso se fundamenta en insolvencia inminente, tratándose de una empresa en funcionamiento cuya viabilidad se justifica en la continuación con un convenio. El marco de dicha viabilidad y de la inminencia debe ser analizado a través de lo previsto en laLey Concursal y en concreto en su artículo 2, en tanto señala que se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. En función de ello (y de la necesidad de que el deudor justifique tanto su endeudamiento como su estado de insolvencia) los elementos a tener en cuenta son los instrumentos legales aportados y de necesaria aportación. Así elartículo 18 de la Ley Concursalseñala - en supuestos de concurso necesario- que el deudor podrá acreditar que no se encuentra en estado de insolvencia probando la misma y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho. Por lo tanto es la contabilidad presentada la que debe servirnos para determinar lo señalado como inminente. En el presente caso las circunstancias alegadas parten de perdidas en los ejercicios 2004 y 2005 pero de ganancias (que compensan dichas pérdidas en parte) en 2006. Sin embargo la contabilidad arroja resultados adversos. En el balance provisional aportado del ejercicio en curso los fondos propios de la sociedad se mantienen respecto del ejercicio 2006 en donde se situaban muy por debajo del capital social. No obstante se señalan - y se aporta lista de acreedores al efecto- acreedores a corto y largo plazo por cuantía cercana al millón de euros de pasivo. Si tenemos en cuenta que se señalan como vencidos y que la generación de beneficios en el ejercicio anterior no es suficiente para atender dichos pagos, la situación es efectivamente de insolvencia actual y no de insolvencia inminente. El no poder cumplir en próximos (puntual y regularmente) pagos y el no poder cumplir sus obligaciones exigibles es la diferencia entre uno y otro de notoria importancia, como veremos. La situación prevista a fecha de concurso nos estabiliza los fondos propios pero sigue manteniendo acreedores a corto y largo plazo por cuantías cercanas al millón de euros con créditos ya vencidos y por tanto no de incumplimiento puntual y regularmente previsible como imposible sino de incumplimiento de pago regular de sus obligaciones.
TERCERO Hemos señalado en otras ocasiones que si el concurso es solicitado como inminente cuando la situación concreta es de insolvencia actual, no procede ni la subsanación ni la admisión a trámite.
No es posible la subsanación porque no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en losartículos 13.2 y 14.2 de la Ley Concursal. No corresponde al juzgador solicitar el material fáctico a las partes salvo que aprecie- que no es el caso- que falta alguno de los exigidos legalmente (art. 6 LC) o que crea necesario que acredite la situación de insolvencia alegada. En el presente supuesto la situación de insolvencia ha sido acreditada pero se constata una insolvencia actual y no inminente.
En cuanto a la situación de solicitud por inminente y de declaración de la misma no es posible atender sino al principio dispositivo. Si se pide inminente el juez no podrá convertirla en actual porque los instrumentos son diferentes legal y fácticos. Legalmente la declaración de insolvencia como inminente tendría consecuencias en elartículo 5y concordantes de la calificación en cuanto al cumplimiento de las obligaciones de las partes. También en cuanto a la opción intervención o suspensión como excepcional. Afectaría a los efectos del concurso en cuanto se señalan como pendientes pagos que ya están vencidos y que tendría consecuencias en losartículos 61 y ss. Fácticamente porque se afectaría el derecho de tercerosy acreedores en la publicitación de la misma.
A la vista de cuanto se expone procede la inadmisión a trámite de la solicitud.": AJM-1 Málaga 30.05.2008 (JUR 2009/18900; Auto 323/2008: Concurso 414/2008)

4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

Art. 2.4

1. Concurso necesario: hechos reveladores. Numerus clausus

AP Baleares

"PRIMERO Dado que la parte recurrente se limita, sustancialmente, a reproducir en su recurso de apelación, los argumentos vertidos en su día en el previo recurso de reposición contra la resolución de instancia que acuerda inadmitir a trámite su solicitud por falta de justificación del presupuesto objetivo del concurso en el que la parte instante pretendía fundar su solicitud y que no es otro que el sobreseimiento general en el pago de corriente de las obligaciones, se estima oportuno comenzar señalando que tal y como se desprende del tenor literal delartículo 2.4 de la Ley Concursal, cuando la solicitud de declaración de concurso la presente el acreedor, no le bastará con acreditar la insolvencia, sino que para el éxito de su solicitud se precisa acreditar la concurrencia de algunas de las manifestaciones externas de la insolvencia enumeradas en dicho precepto y que de manera unánime es considerado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un sistema de "numerus clausus", donde la legitimación del acreedor para la solicitud del concurso necesario no puede

sostenerse sobre la noción mas o menos difusa de insolvencia, sino que ha de cimentarse ("fundar") excluyentemente en la concurrencia de un número determinado de hipótesis legalmente tipificadas, los denominados "hechos reveladores". Tan es así, que la propia Exposición de Motivos refiere "la unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario. Los legitimados para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecta al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados". ":AAP Baleares (sección 5) 27.01.2010 (JUR 2010/101507; Auto 7/2010; Rollo 537/2009)

AP Cuenca

"2. El presupuesto objetivo del concurso de acreedores es la insolvencia del deudor, estableciendo elart. 2.1 de la Ley Concursal que la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. Ahora bien, cuando la solicitud de concurso proviene de un acreedor, (como sucede en el caso que nos ocupa), éste debe fundar su petición en un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio, sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los hechos que recoge elart. 2.4 de la Ley Concursal. Hechos externos que son reveladores de la insolvencia, de forma que sólo la insolvencia que se manifiesta a través de alguno de los hechos enumerados taxativamente en el citado precepto, a modo de relación cerrada, puede servir para fundamentar la declaración de concurso necesario. No puede acudir el acreedor a una situación general de insolvencia para instar la declaración, sino que únicamente puede obtenerla si concurre, y acredita, uno de esos hechos externos. Por tanto, hemos de centrarnos en los hechos externos invocados por la parte solicitante del concurso, (a los que elart. 2.4 de la Ley Concursal considera legalmente suficientes para fundar la solicitud de concurso), y que vienen a ser, por un lado, el impago de obligaciones tributarias, (como viene a referirse en el antepenúltimo párrafo de la página cuatro de la demanda; folio 6 de los autos), y, por otro lado, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, (como viene a sostenerse en el penúltimo párrafo de la página cuatro de la demanda; también folio 6 de los autos).": AP Cuenca 05.04.2011 (JUR 2011/187120; Auto 24/2011; Rollo 66/2010)

AP Madrid

"SEGUNDO Conforme al artículo 2 de la Ley Concursal se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, correspondiendo al acreedor instante justificar alguno de los hechos que como presupuestos reveladores de la insolvencia enumera con carácter de numerus clausus el artículo 2.4. de la Ley Concursal.
Esto es, el acreedor no debe ni legalmente puede acreditar la insolvencia sino que, necesariamente, para el éxito de su solicitud ha de acreditar la concurrencia de alguna de las manifestaciones externas de la insolvencia enumeradas en dicho precepto.
Frente a esa pretensión el deudor puede negar el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante o acreditar su solvencia (artículo 18.2 de la Ley Concursal).": AAP Madrid (Sección 28) 06.03.2008 (JUR 2008\143194; Auto 93/2008; Rollo 197/2008)

"SEGUNDO.- Conforme alartículo 2 de la Ley Concursalse encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, correspondiendo al acreedor instante justificar alguno de los hechos que como presupuestos reveladores de la insolvencia enumera con carácter de numerus clausus elartículo 2.4. de la Ley Concursal.
Esto es, el acreedor no debe ni legalmente puede acreditar la insolvencia sino que, necesariamente, para el éxito de su solicitud ha de acreditar la concurrencia de alguna de las manifestaciones externas de la insolvencia enumeradas en dicho precepto.
Frente a esa pretensión el deudor puede oponerse a la solicitud negando el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante o acreditar su solvencia (artículo 18.2 de la Ley Concursal).": AAP Madrid (sección 28) 10.04.2008 (JUR 2008/150216)

"Conforme alartículo 2 de la Ley Concursal se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, correspondiendo al acreedor instante justificar alguno de los hechos que como presupuestos reveladores de la insolvencia enumera con carácter de numerus clausus elartículo 2.4 de la Ley Concursal.
Esto es, el acreedor no debe ni legalmente puede acreditar la insolvencia sino que, necesariamente, para el éxito de su solicitud ha de acreditar la concurrencia de alguna de las manifestaciones externas de la insolvencia enumeradas en dicho precepto.
Frente a esa pretensión el deudor puede negar el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante o acreditar su solvencia (artículo 18.2 de la Ley Concursal).": AAP Madrid (Sección 28) 20.11.2008 (AC 2009/104; Auto 234/2008; Rollo 35/2008)

“TERCERO Dentro del clima de cierta imprecisión que ya caracterizaba a la solicitud inicial, en el acto de la vista el letrado de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS solicitante de concurso aludió a que se había logrado acreditar la insolvencia de ARCO OBRAS MAD S.A., no quedando excesivamente claro si dicho alegato perseguía el propósito de fundamentar la ya alegada ejecución singular infructuosa o si pretendía erigirse en un hecho de concurso autónomo distinto de los previstos en elArt. 2-4 de la Ley Concursal. Pues bien, por si este fuera el caso, no está de más poner de relieve que, a diferencia de lo que sucedía con el Anteproyecto deLey Concursal de 1983, en el que se propugnaba un criterio de "numerus apertus" a partir del cual hubiera resultado admisible que el acreedor fundase su solicitud en cualquier dato, contemplado o no legalmente, indiciariamente revelador de insolvencia, sin embargo en el texto definitivo de la Ley Concursal el legislador optó por eludir el notable grado de inseguridad jurídica a que dicho método pudiera conducir adoptando un sistema de "numerus clausus" donde la legitimación del acreedor para la solicitud de concurso necesario no puede sostenerse sobre la noción más o menos difusa de la insolvencia (válida solo para la solicitud del deudor en el concurso voluntario) sino que ha de cimentarse excluyentemente en la concurrencia de un número determinado de hipótesis legalmente tipificadas (los denominados "hechos reveladores" o "hechos de concurso") que, aunque ordinariamente denotativas de una situación de incapacidad patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, no han de identificarse necesariamente con ella. Interpretación la apuntada que es sostenida por la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema. Así, ANGEL ROJO ("Comentario de laLey Concursal", Thomson Civitas, pags. 180 y 426), para quien en los supuestos de concurso necesario "..se exige no solo que exista insolvencia, sino que se trate de una insolvencia cualificada, es decir, que la situación de insolvencia actual se tiene que haber manifestado a través de alguno de los hechos externos que taxativamente enumera la ley..", abundando dicho autor en la ineludible carga que pesa sobre el solicitante de acreditar la realidad del hecho revelador que específicamente invoque cuando -como en el caso- la concurrencia del mismo sea negada por el presunto concursado haciendo uso de la primera de las fórmulas de oposición contempladas por elArt. 18 L.C.. Opinión que comparte BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO ("Comentarios a laLey Concursal", Tomo I, pág. 39, Ed. TECNOS). A idéntica conclusión llega también SANCHEZ-CALERO GUILARTE ("Comentarios a la Legislación Concursal", Tomo I pag.123, Ed. LEX NOVA), quien aduce como fundamento de la solución que finalmente ha prevalecido en el texto definitivo la necesidad de armonizar el reconocimiento a los acreedores de un ámbito de legitimación amplio para solicitar el concurso de sus deudores con la conveniencia de conjurar "..los riesgos que un ejercicio abusivo de tal facultad puede comportar..", especialmente a la luz de la experiencia acumulada en la práctica forense desarrollada al amparo de la legislación concursal precedente. En el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA entiende que la sistemática delArt. 2-4 para el concurso necesario responde a un criterio de "numerus clausus" ("Comentarios a laLey Concursal", coordinada por PULGAR EZQUERRA y ALONSO UREBA entre otros, pag. 118). Igualmente,comentando los presupuestos del concurso necesario, FERNANDEZ-BALLESTEROS indica : "..dice elArt. 2.1 que la causa del concurso es la insolvencia; pero lo que en realidad debe analizar el Juez de lo Mercantil para abrir o denegar la apertura del concurso es la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en elnúmero 4 del Art. 2 que, aunque la evoquen, no son ellos mismos insolvencia.." ("Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso"; Cuadernos de Derecho Judicial,C.G.P.J., XVIII 2003, pag. 63).
Por lo demás, existen otras razones que abonan la tesis mayoritaria del "numerus clausus". Así :
1.- Con carácter general, un argumento de cierta entidad en apoyo de la expresada exégesis lo constituye elArt. 18 de la Ley Concursal que, si bien admite que el deudor demuestre su solvencia a pesar de la constatación plena de alguno de los "hechos reveladores" invocados por el acreedor (los delArt. 2-4), no contempla, en cambio, la hipótesis inversa, es decir, no atribuye efecto alguno al hecho de que el acreedor instante del concurso necesario pruebe la insolvencia de su deudor cuando la concurrencia del hecho revelador invocado se encuentre huérfana de prueba.
2.- Es la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal la que nos indica de manera elocuente que "..Los legitimados para solicitar el concurso del deudor...han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley : desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados.....Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud..".
Improsperable resulta, pues, en vista de los precedentes planteamientos, el recurso de apelación interpuesto.”: AAP Madrid (Sección 28) 17.12.2010 (JUR 2011/95224; Auto 198/2010; Rollo 223/2010)

“A diferencia de lo que sucedía con el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en el que se propugnaba un criterio de "numerus apertus" a partir del cual hubiera resultado admisible que el acreedor fundase su solicitud en cualquier dato, contemplado o no legalmente, indiciariamente revelador de insolvencia, sin embargo en el texto definitivo de la Ley Concursal el legislador optó por eludir el notable grado de inseguridad jurídica a que dicho método pudiera conducir adoptando un sistema de "numerus clausus" donde la legitimación del acreedor para la solicitud de concurso necesario no puede sostenerse sobre la noción más o menos difusa de la insolvencia (válida solo para la solicitud del deudor en el concurso voluntario) sino que ha de cimentarse excluyentemente en la concurrencia de un numero determinado de hipótesis legalmente tipificadas (los denominados "hechos de concurso" o "hechos reveladores") que, aunque ordinariamente denotativas de una situación de incapacidad patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, no han de identificarse necesariamente con ella. Interpretación la apuntada que es sostenida por la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema. Así, ANGEL ROJO ("Comentario de la Ley Concursal", Thomson Civitas, pags. 180 y 426), para quien en los supuestos de concurso necesario "..se exige no solo que exista insolvencia, sino que se trate de una insolvencia cualificada, es decir, que la situación de insolvencia actual se tiene que haber

manifestado a través de alguno de los hechos externos que taxativamente enumera la ley..", abundando dicho autor en la ineludible carga que pesa sobre el solicitante de acreditar la realidad del hecho revelador que específicamente invoque cuando -como en el caso- la concurrencia del mismo sea negada por el presunto concursado haciendo uso de la primera de las fórmulas de oposición contempladas por el Art. 18 L.C.. Opinión que comparte BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO ("Comentarios a la Ley Concursal", Tomo I, pág. 39, Ed. TECNOS). A idéntica conclusión llega también SANCHEZ-CALERO GUILARTE ("Comentarios a la Legislación Concursal", Tomo I pag.123, Ed. LEX NOVA), quien aduce como fundamento de la solución que finalmente ha prevalecido en el texto definitivo la necesidad de armonizar el reconocimiento a los acreedores de un ámbito de legitimación amplio para solicitar el concurso de sus deudores con la conveniencia de conjurar "..los riesgos que un ejercicio abusivo de tal facultad puede comportar..", especialmente a la luz de la experiencia acumulada en la práctica forense desarrollada al amparo de la legislación concursal precedente. En el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA entiende que la sistemática del Art. 2-4 para el concurso necesario responde a un criterio de "numerus clausus" ("Comentarios a la Ley Concursal ", coordinada por PULGAR EZQUERRA y ALONSO UREBA entre otros, pag. 118). Igualmente, comentando los presupuestos del concurso necesario, FERNANDEZ-BALLESTEROS indica : "..dice el Art. 2.1 que la causa del concurso es la insolvencia; pero lo que en realidad debe analizar el Juez de lo Mercantil para abrir o denegar la apertura del concurso es la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en el número 4 del Art. 2 que, aunque la evoquen, no son ellos mismos insolvencia.." ("Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso"; Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., XVIII 2003, pag. 63).
Por lo demás, al margen de lo ya expuesto, existen otras razones que abonan la tesis mayoritaria del "numerus clausus". Así : 1.- Con carácter general, un argumento de cierta entidad en apoyo de la expresada exégesis lo constituye el Art. 18 de la Ley Concursal que, si bien admite que el deudor demuestre su solvencia a pesar de la constatación plena de alguno de los "hechos reveladores" invocados por el acreedor (los del Art. 2-4), no contempla, en cambio, la hipótesis inversa, es decir, no atribuye efecto alguno al hecho de que el acreedor instante del concurso necesario pruebe la insolvencia de su deudor cuando la concurrencia del hecho revelador invocado se encuentre huérfana de prueba. 2.- Es la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal la que nos indica de manera elocuente que "..Los legitimados para solicitar el concurso del deudor...han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley : desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados.....Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud..".": AAP Madrid (Sección 15) 20.02.2012 (Auto 28/2012; Rollo 181/2011)

“El que la solicitud sea efectuada por el propio deudor o por un tercero encierra notables diferencias en relación a las manifestaciones externas de la insolvencia. Cuando es el deudor quien solicita su propio concurso la insolvencia opera a modo de cláusula general, sin que se enumeren por el legislador sus manifestaciones externas. El deudor puede fundar su solicitud tanto en los hechos del art. 2.4 LC como en cualquier otro hecho no contenido en la enumeración legal, por lo que se sigue un sistema de numerus apertus en las manifestaciones externas de la insolvencia. Cuando son los acreedores quienes instan la declaración de concurso, la existencia de una enumeración legal de manifestaciones externas opera con el carácter de numerus clausus. En realidad este sistema facilita al acreedor que pueda reunir las condiciones para solicitar el concurso, dado que solo el deudor puede conocer su situación económica de fondo. El acreedor solo puede solicitar la declaración de concurso por la concurrencia de alguno de los hechos tasados en el artículo 2.4 LC y no por otros, a diferencia del deudor. Por ello en el caso del concurso voluntario la comprobación puede resultar complicada para el juez en la práctica, pues el solicitante solo viene obligado a presentar la documentación exigida en el artículo 7 LC, sin que se exija documentación relativa a la situación económica de fondo.
La oposición a la declaración de concurso puede sostenerse tanto en la inexistencia de los hechos en que el acreedor fundó su solicitud, en la acreditación de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, aun siendo posteriores a la solicitud, como, reconociéndose los hechos reveladores previstos en la ley, en la inexistencia de una situación de insolvencia.(...)
Se alega como tercero de los motivos del recurso la situación patrimonial que se desprende de las cuentas anuales. La recurrente prescinde de los fundamentos del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil, en cuanto ya se indicó que no puede sustentarse la declaración en una supuesta insolvencia derivada de las cuentas de la sociedad dado que el sistema de numerus clausus obliga al solicitante a sustentar dicha solicitud en uno de los hechos contemplados en el artículo 2.4 LC, sin que resulte admisible una pretendida situación de insolvencia derivada de las cuentas que ni siquiera se alegó en la demanda, como tampoco de las propias valoraciones de la demandante puede extraerse otra cosa que su particular opinión, sin la existencia de un informe pericial que asocie la información contable con alguno de los hechos reveladores específicamente previstos en la Ley Concursal, en este caso el sobreseimiento general, que debe referirse a créditos y acreedores concretos, y menos cabe confundir los presupuestos del concurso necesario con los del concurso voluntario, que se asienta sobre un sistema de númerus apertus, al margen en ese caso de las dificultades que ya hemos señalado para apreciar la procedencia de la solicitud. En suma, una cosa es que las cuentas reflejen la existencia de acreedores y las dificultades por las que atraviesa la sociedad, incluso la situación de pérdidas o de pasivo superior al activo, como hemos visto, y otra que ello se identifique con la insolvencia, y menos representa el hecho concreto o hecho revelador previsto en la Ley en que debe sustentarse la solicitud y que debe ser convenientemente acreditado por el solicitante, en este caso el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.”: AAP Madrid (Sección 28) 13.03.2012 (Auto 41/2012; Rollo 323/2011)

“SEGUNDO.-El contenido del escrito de solicitud de concurso necesario, que es al que debe ceñirse el juzgador al enjuiciar la procedencia de su declaración, debe acomodarse a las exigencias de los artículos 2, 3 y 7 de la LC. Ningún sentido tiene presentar, como ha ocurrido en este caso, una solicitud que se asemeja más al planteamiento propio de una querella criminal por un supuesto delito de estafa o incluso al relato de hechos que pudieran ilustrar una demanda de nulidad de negocios jurídicos. No hay que confundirse, pues ni la eventual comisión de un delito ni tampoco las deficiencias que pudiera presentar la dinámica contractual desplegada por la entidad BOSQUES NATURALES SA constituyen hechos relevantes para la declaración en concurso de la misma si no se integran en los que específicamente prevé el artículo 2.4 de la LC. Lo mismo hemos de decir respecto de la alegada pérdida de valor de las acciones de BOSQUES NATURALES SA, pues no es para la protección de los intereses de los accionistas de dicha entidad para lo que está previsto el concurso sino para la tutela colectiva de los derechos de sus acreedores.
A la parte solicitante del concurso le incumbe la carga procesal de identificar y acreditar, tomando como referencia temporal el momento de presentación de su solicitud, la concurrencia de alguna o varias de las manifestaciones externas reveladoras del estado de insolvencia específicamente previstas en el artículo 2.4 de la LC. Éste contempla un "numerus clausus" de específicas manifestaciones externas de la insolvencia (que se haya despachado ejecución o apremio contra el deudor sin resultar bienes libres bastantes para el pago, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes o el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, de la Seguridad Social o laborales durante los tres meses anteriores a la solicitud), que operan a modo de causas justificativas para instar el concurso necesario, y la parte instante debe identificar cuáles, en concreto, alega y aportar además los elementos de prueba para demostrar su concurrencia, de manera que sólo si así se hiciese debería ser luego el deudor que se opusiera a ser declarado en concurso el que desvirtuase la apariencia de insolvencia que se dedujera de tales hechos, bien demostrando que no se daba en realidad la concurrencia del o de los alegados o que, a pesar de ello, gozaba de solvencia.
Cabe, no obstante, la posibilidad de que el solicitante pudiera alegar más tarde la concurrencia de acontecimientos de nueva noticia que integrasen los supuestos de hecho previstos en la norma como reveladores de la insolvencia, siempre que encajasen en la categoría de los que hubiesen sido alegados en tiempo y forma en la propia solicitud. Si, como explicó este tribunal en los autos de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de junio de 2010 y 27 de abril de 2012, se tratase de impagos anteriores a la solicitud, que hubiesen podido ser conocidos por el solicitante con posterioridad, o de ulteriores que revelarían que la situación de sobreseimiento, que ya había sido suficientemente explicitada y justificada en la solicitud, no habría sido superada, el solicitante debería poder alegarlo durante la vista, al amparo del artículo 286.1 de la LEC (que es de aplicación supletoria al proceso concursal - disposición final quinta de la LC). Ahora bien, lo que no debe convertirse dicho trámite es en un medio para introducir en el debate, con vulneración del principio de preclusión en las alegaciones (artículo 400.1 de la LEC) y de la buena fe exigible a los intervinientes en el proceso (artículo 247.1 de la LEC en relación con los artículos 11 de la LOPJ y 7.1 del C. Civil), material fáctico que pueda estimarse que, sin excusa, ya debería haber figurado antes en él, ni mucho menos en un instrumento para dar entrada a la alegación de categorías de hechos reveladores de la insolvencia que no hubiesen sido tempestivamente aducidos en la solicitud de concurso necesario. Lo que no puede utilizarse la solicitud de concurso necesario es como un mecanismo de tanteo de la situación del deudor ("fishing expedition") ni como un arma de presión contra éste, por lo que el juez debe exigir que aquélla esté, en la medida de lo disponible para el acreedor solicitante, sólidamente fundada.”: AAP Madrid (Sección 28) 21.06.2013 (Auto 100/2013; Rollo 870/2012)

AP Pontevedra

“SEGUNDO El presupuesto objetivo del concurso de acreedores es la insolvencia del deudor, estableciendo elart. 2.1 LC que la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.
Ahora bien, cuando la iniciativa, la solicitud de concurso proviene de un acreedor, éste debe fundar su petición en un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los hechos que recoge elart. 2.4.1º LC. Hechos externos que son reveladores de la insolvencia, de forma que solo la insolvencia que se manifiesta a través de alguno de los hechos enumerados taxativamente, a modo denúmeros clausus en el art. 2.4.1º LC, puede servir para fundamentar la declaración de concurso necesario.
No puede acudir el acreedor a una situación general de insolvencia para instar la declaración, sino que únicamente puede obtenerla si concurre, y acredita, uno de esos hechos externos. Por lo tanto hemos de centrarnos en el hecho externo invocado por la parte apelante al que elart. 2.4.1º LC considera legalmente suficiente para fundar la solicitud de concurso: el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.
Eso sí, en la dinámica de la oposición, el deudor no solo puede basarla en la inexistencia de ese hecho sobre el que se fundamenta la solicitud, sino que, aún existiendo tal hecho, puede acreditar que no se encuentra en estado de insolvencia (art. 18.2 LC).”: AAP Pontevedra 11.02.2008 (JUR 2009/426944; Auto 26/2008; Rollo 17/2008)

AP Cantabria

“SEGUNDO: A efectos de dar cabal respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso debe partirse de la consideración de que, como ya se expone en el auto apelado, la declaración de concurso a instancia de los acreedores está sometida por la Ley Concursal a rigurosas exigencias, de manera que no basta simplemente la situación insolvencia del deudor, sino que es preciso que esta haya trascendido afectando directamente al acreedor o al conjunto de los acreedores y se haya manifestado a través de alguno de los hechos contemplados en el art. 4,2 LC; como indican, por ejemplo, las Audiencias de las Palmas (Auto de 21 de Junio de 2011, o de Palma de Mallorca (Auto 27 de Enero de 2010), al acreedor, no le basta con acreditar la insolvencia, aunque esta es la base y presupuesto de todo concurso, sino que para el éxito de su solicitud se precisa acreditar la concurrencia de algunas de las manifestaciones externas de la insolvencia enumeradas en dicho precepto y que de manera unánime es considerado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un sistema de "numerus clausus"; la propia Exposición de Motivos refiere que " *la unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario. Los legitimados para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecta al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados* ". Por ello, la simple situación e insolvencia no es bastante para declarar el concurso, sin perjuicio de que pueda tener consecuencias en otro orden de cosas, como la obligación de disolución o la responsabilidad de los administradores conforme a la legislación societaria, pues legal y conceptualmente el concurso y la concurrencia de causas de disolución de una sociedad son realidades distintas que pueden coincidir o no. Como indican la AP de Córdoba en resolución de 9 de enero de 2007 o la AP de Madrid en resolución de 17 de abril de 2008, las causas de disolución obligatoria contempladas en la normativa societaria no constituyen "per se" presupuesto suficiente para la declaración de concurso, puesto que no son hechos de los enumerados en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, ni equivalen a insolvencia a efectos concursales; y como expresa la A.P. Las Palmas (Auto 21 Junio 2011), *"en la Ley concursal, la insolvencia no se identifica con el desbalance, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder éste seguir cumpliendo regularmente sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal y, a su vez, el activo puede ser superior al pasivo pero ser liquidable a muy largo plazo, lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones. (...)La aparición de pérdidas que determine que una sociedad mercantil se encuentra incursa en causa de disolución, puede llevar a la sociedad a ampliar su capital, incluso a disolver y liquidar la entidad, sin necesidad de acudir al expediente concursal, siendo que las propias leyes societarias establecen mecanismos de responsabilidad no concursales que determinan que los administradores puedan ser declarados responsables solidarios de las deudas sociales. La insolvencia, pues, no se identifica con el desbalance ni la iliquidez ni la causa de disolución societaria, sino con el sobreseimiento en los pagos"*.”: AAP Cantabria (Sección 2) 26.01.2012 (Auto 8/2012; Rollo 394/2010)

AP Sevilla

“SEGUNDO.-La cuestión discutida es la existencia, la concurrencia, o no, del presupuesto objetivo que necesariamente han de concurrir para el concurso, al que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal, como es la insolvencia del deudor común. Aclara la citada norma que se encuentra en estado de insolvencia, el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. En definitiva, se exige la existencia constatada de una situación de cesación generalizada de pagos, que no sea eventual esporádica o transitoria, sino permanente y absoluta, que no se puede solventar con medios normales, con independencia de la causa económica que lo motiva. No es esencial que nos encontremos ante una situación de desbalance patrimonial, constituido por un pasivo superior al activo, en este caso, se puede recurrir al mercado crediticio, incluso que el activo sea superior al pasivo. No es trascendente, en el supuesto de persona jurídica, que esté incursa en causa de disolución, sino que lo importante es que no se pueda afrontar el pago de las deudas.

Sin embargo cuando la solicitud de declaración del concurso se realice por un acreedor, como expresamente señala el artículo 2.4 de la Ley Concursal, no es suficiente la situación de insolvencia, sino que han de concurrir otros requisitos, que realmente son manifestaciones externas de esa suspensión generalizada de pagos. En estos términos es clarificadora la propia Exposición de Motivos de la Ley cuando declara que: "La unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario. Los legitimados para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados.

Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud; en todo caso, la declaración ha de hacerse con respeto de las garantías procesales del deudor, quien habrá de ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud, basándose en la inexistencia del hecho en que ésta se fundamente o en la de su estado de insolvencia, incumbiéndole en este caso la prueba de su solvencia. Las garantías del deudor se complementan con la posibilidad de recurrir la declaración de concurso".

Por un lado, exige que deba fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio, sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:
1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
2º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
4º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. ": AAP Sevilla (Sección 5) 20.01.2012 (Auto 13/2012; Rollo 8615/2011)

JM-2 Madrid

"**TERCERO** Así las cosas, el vacío probatorio descrito nos conduce a la inexorable conclusión de que la solicitante SGAE no ha logrado acreditar la concurrencia de la hipótesis por ella invocada en apoyo de su solicitud de concurso (la prevista en el art. 2-4, inciso primero, de la Ley Concursal, lo que inevitablemente determina la desestimación de aquélla. Pues, aun cuando es patente que la presunta concursada no se encuentra actualmente en condiciones de verificar un pago puntual ni regular de la obligación en cuyo descubierto se funda la solicitud de concurso presentada (la satisfacción del crédito habría de ser fruto del apremio judicial), no es menos cierto que, a diferencia de lo que sucedía con el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en el que se propugnaba un criterio de «numerus apertus» a partir del cual hubiera resultado admisible que el acreedor fundase su solicitud en cualquier dato, contemplado o no legalmente, indiciariamente revelador de insolvencia, sin embargo en el texto definitivo de la Ley Concursal el legislador optó por eludir el notable grado de inseguridad jurídica a que dicho método pudiera conducir adoptando un sistema de «numerus clausus» donde la legitimación del acreedor para la solicitud de concurso necesario no puede sostenerse sobre la noción más o menos difusa de la insolvencia (válida sólo para la solicitud del deudor en el concurso voluntario) sino que ha de cimentarse excluyentemente en la concurrencia de un numero determinado de hipótesis legalmente tipificadas (los denominados « **hechos reveladores**») que, aunque ordinariamente denotativas de una situación de incapacidad patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, no han de identificarse necesariamente con ella. Interpretación la apuntada que es sostenida por la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema. Así, Bercovitz Rodriguez-Cano («Comentarios a la Ley Concursal», Tomo 1, pg. 39, Ed. Tecnos). En idéntico sentido, Herrera Cuevas («Manual de la Reforma Concursal», pg. 45, Ed. Europea de Derecho), quien mantiene la expresada opción interpretativa sin por ello dejar de poner de relieve algunos de los inconvenientes prácticos que pueden seguirse del criterio finalmente adoptado por el legislador cual el del «... riesgo de consagrar determinadas situaciones de insolvencia real, en las que la situación económica de fondo del deudor común, impidiendo de suyo cumplir todas las obligaciones puntual y regularmente con su patrimonio actual, no llegue a expresarse cabalmente por medio de ninguno de los hechos reveladores (se refiere a los hechos reveladores del art. 2-4 L.C)...». A idéntica conclusión llega también Sanchez-Calero Guilarte («Comentarios a la Legislación Concursal», Tomo 1, pg. 123, Ed. Lex Nova), quien aduce como fundamento de la solución que finalmente ha prevalecido en el texto definitivo la necesidad de armonizar el reconocimiento a los acreedores de un ámbito de legitimación amplio para solicitar el concurso de sus deudores con la conveniencia de conjurar «Los riesgos que un ejercicio abusivo de tal facultad puede comportar....; especialmente a la luz de la experiencia acumulada en la práctica forense desarrollada al amparo de la legislación concursal precedente. Igualmente, comentando los presupuestos del concurso necesario, Fernandez Ballesteros indica: «... dice el art. 2.1 que la causa del concurso es la insolvencia; pero lo que en realidad debe analizar el Juez de lo Mercantil para abrir o denegar la apertura del concurso es la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en el número 4 del art. 2 que, aunque la evoquen, no son ellos mismos insolvencia» («Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XVIII, 2003, pg. 63).
Ciertamente, no falta algún autor que mantiene la tesis del «numerus apertus» en la interpretación del propio texto vigente (así, Mercadal Vidal en «Comentarios a la Ley Concursal», Tomo 1, pag. 36, Ed. Bosch), pero se trata de un criterio minoritario en el actual panorama doctrinal. Por lo demás, al margen de lo ya expuesto, existen otras razones que nos inclinan también a optar por la tesis mayoritaria del «numerus clausus». Así:
1. Con carácter general, un argumento de cierta entidad en apoyo de la expresada exégesis lo constituye el art. 18 de la Ley Concursal que, si bien admite que el deudor demuestre su solvencia a pesar de la constatación plena de alguno de los *hechos reveladores* invocados por el acreedor (los del art. 2-4), no contempla, en cambio, la hipótesis inversa, es decir, no atribuye efecto alguno al hecho de que el acreedor instante del concurso necesario pruebe la insolvencia de su deudor cuando la concurrencia del *hecho revelador* invocado se encuentre -como en el supuesto ahora examinado- huérfana de prueba.
2. En especial, el hecho revelador concretamente invocado por la SGAE en los presentes autos (existencia de «... título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago...») es (a diferencia, v. gr., de los contemplados en los números 1° y 2° del art. 2-4 LC) de aquellos que tienden a poner de relieve, simplemente, la frustración de una acción o iniciativa ejecutiva aislada y de carácter individual, de tal suerte que, en ausencia de prueba sobre el indicado hecho revelador, nada autoriza a suponer, ni siquiera indiciariamente, que concurra en el supuesto examinado el requisito

conceptual inherente a toda declaración de concurso, esto es, el relativo a la existencia de **un número de acreedores plural y concurrente**, elemento esencial sobre el que pivota toda la institución concursal y cuya ineludible exigencia se encuentra implícita en el art. 2-1 de la Ley Concursal («La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor **común**». Todo ello sin perjuicio, naturalmente, del derecho del acreedor solicitante a continuar, hasta su culminación, con el trámite ejecutivo propio de la ejecución singular.
3. Finalmente, es la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal la que nos indica de manera elocuente que «... Los legitimados para solicitar el concurso del deudor... han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la Ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la Ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros **hechos tasados** incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud...».
Consideraciones las precedentes que, en definitiva, determinan forzosamente la desestimación de la solicitud formulada." : Auto JM-2 Madrid, Madrid 16.12.2004 (AC 2004/2083)

"SEXTO Las precedentes consideraciones nos conducen a la inevitable conclusión de que Dainur, SL no ha logrado acreditar la concurrencia de la hipótesis por ella invocada en apoyo de su solicitud de concurso (la prevista en el art. 2-4, 1º de la Ley Concursal), y ello no tanto porque no haya demostrado la realidad de los hechos que invoca (realidad que en algunos casos ha sido admitida por la propia Tenfa, SL) como porque tales hechos resultarían en todo caso inconsistentes en orden a fundar la apreciación de la hipótesis de «sobreseimiento general» de que se trata, y ello determina forzosamente la desestimación de su pretensión. Pues, aún cuando operásemos con la suposición de que la entidad Tenfa, SL no se encuentra actualmente en condiciones de verificar un pago regular de sus obligaciones exigibles, lo cierto es que, a diferencia de lo que sucedía con el Anteproyecto de Ley Concursal de 2003, en el que se propugnaba un criterio de «numerus apertus» a partir del cual hubiera resultado admisible que el acreedor fundase su solicitud en cualquier dato, contemplado o no legalmente, indiciariamente revelador de insolvencia, sin embargo en el texto definitivo de la Ley Concursal el legislador optó por eludir el notable grado de inseguridad jurídica a que dicho método pudiera conducir adoptando un sistema de «numerus clausus» donde la legitimación del acreedor para la solicitud de concurso necesario no puede sostenerse sobre la noción más o menos difusa de la insolvencia (válida solo para la solicitud del deudor en el concurso voluntario) sino que ha de cimentarse excluyentemente en la concurrencia de un numero determinado de hipótesis legalmente tipificadas (los denominados «hechos reveladores») que, aunque ordinariamente denotativas de una situación de incapacidad patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, no han de identificarse necesariamente con ella. Interpretación la apuntada que es sostenida por la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema. Así, Angel Rojo («Comentario de la Ley Concursal», Thomson Civitas, pags. 180 y 426), para quien en los supuestos de concurso necesario «... se exige no solo que exista insolvencia, sino que se trate de una insolvencia cualificada, es decir, que la situación de insolvencia actual se tiene que haber manifestado a través de alguno de los hechos externos que taxativamente enumera la Ley...», abundando dicho autor en la ineludible carga que pesa sobre el solicitante de acreditar la realidad del hecho revelador que específicamente invoque cuando -como en el caso- la concurrencia del mismo sea negada por el presunto concursado haciendo uso de la primera de las fórmulas de oposición contempladas por el art. 18 LC. Opinión que comparte Bercovitz Rodriguez-Cano («Comentarios a la Ley Concursal», Tomo I, pg. 39, Ed. Tecnos). En idéntico sentido, Herrera Cuevas («Manual de la Reforma Concursal», pg.45, Ed. Europea de Derecho), quien mantiene la expresada opción interpretativa sin por ello dejar de poner de relieve algunos de los inconvenientes prácticos que pueden seguirse del criterio finalmente adoptado por el legislador cual el del «... riesgo de consagrar determinadas situaciones de insolvencia real, en las que la situación económica de fondo del deudor común, impidiendo de suyo cumplir todas las obligaciones puntual y regularmente con su patrimonio actual, no llegue a expresarse cabalmente por medio de ninguno de los hechos reveladores (se refiere a los hechos reveladores del art. 2-4 LC)». A idéntica conclusión llega también Sanchez-Calero Guilarte («Comentarios a la Legislación Concursal», Tomo I pag.123, Ed. Lex Nova), quien aduce como fundamento de la solución que finalmente ha prevalecido en el texto definitivo la necesidad de armonizar el reconocimiento a los acreedores de un ámbito de legitimación amplio para solicitar el concurso de sus deudores con la conveniencia de conjurar «... los riesgos que un ejercicio abusivo de tal facultad puede comportar...», especialmente a la luz de la experiencia acumulada en la práctica forense desarrollada al amparo de la legislación concursal precedente, reflexión ésta última que, «prima facie», parece de especial pertinencia en un supuesto como el ahora analizado en vista de la debilidad -que se infiere de lo razonado en los precedentes numerales- del hecho fundamentador en que se basa la solicitud deducida por Dainur, SL. Igualmente, comentando los presupuestos del concurso necesario, Fernandez-Ballesteros indica: «... dice el art. 2.1 que la causa del concurso es la insolvencia; pero lo que en realidad debe analizar el Juez de lo Mercantil para abrir o denegar la apertura del concurso es la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en el número 4 del art. 2 que, aunque la evoquen, no son ellos mismos insolvencia...» («Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso»; Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XVIII 2003, pag. 63).
Ciertamente, no falta algún autor que mantiene la tesis del «numerus apertus» en la interpretación del propio texto vigente (así, Mercadal Vidal en «Comentarios a la Ley Concursal», Tomo I, pag. 36, Ed. Bosch), pero se trata de un criterio minoritario en el actual panorama doctrinal. Por lo demás, al margen de lo ya expuesto, existen otras razones que abonan la tesis mayoritaria del «numerus clausus». Así:
1.-Con carácter general, un argumento de cierta entidad en apoyo de la expresada exégesis lo constituye el art. 18 de la Ley Concursal que, si bien admite que el deudor demuestre su solvencia a pesar de la constatación plena de alguno de los «hechos reveladores» invocados por el acreedor (los del art. 2-4), no contempla, en cambio, la hipótesis inversa, es decir, no atribuye efecto alguno al hecho de que el acreedor instante del

concurso necesario pruebe la insolvencia de su deudor cuando la concurrencia del hecho revelador invocado se encuentre -como en el supuesto ahora examinado- huérfana de prueba.
2.-Es la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal la que nos indica de manera elocuente que «... Los legitimados para solicitar el concurso del deudor...han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la Ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la Ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados. Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud»..": Auto JM-2 Madrid 29.11.2005 (AC 2005/1970)

"la prueba de la concurrencia de alguna de las circunstancias definidas en el Art. 2-4 de la Ley Concursal en el concurso necesario incumbe por entero al solicitante y que, a diferencia de lo que sucedía con el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en el que se propugnaba un criterio de "numerus apertus" a partir del cual hubiera resultado admisible que el acreedor fundase su solicitud en cualquier dato, contemplado o no legalmente, indiciariamente revelador de insolvencia, sin embargo en el texto definitivo de la Ley Concursal el legislador optó por eludir el notable grado de inseguridad jurídica a que dicho método pudiera conducir adoptando un sistema de "numerus clausus" donde la legitimación del acreedor para la solicitud de concurso necesario no puede sostenerse sobre la noción más o menos difusa de la insolvencia (válida solo para la solicitud del deudor en el concurso voluntario) sino que ha de cimentarse excluyentemente en la concurrencia de un numero determinado de hipótesis legalmente tipificadas (los denominados "hechos de concurso" o "hechos reveladores") que, aunque ordinariamente denotativas de una situación de incapacidad patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, no han de identificarse necesariamente con ella. Interpretación la apuntada que es sostenida por la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema. Así, ANGEL ROJO ("Comentario de la Ley Concursal", Thomson Civitas, pags. 180 y 426), para quien en los supuestos de concurso necesario "..se exige no solo que exista insolvencia, sino que se trate de una insolvencia cualificada, es decir, que la situación de insolvencia actual se tiene que haber manifestado a través de alguno de los hechos externos que taxativamente enumera la ley..", abundando dicho autor en la ineludible carga que pesa sobre el solicitante de acreditar la realidad del hecho revelador que específicamente invoque cuando -como en el caso- la concurrencia del mismo sea negada por el presunto concursado haciendo uso de la primera de las fórmulas de oposición contempladas por el Art. 18 L.C.. Opinión que comparte BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO ("Comentarios a la Ley Concursal", Tomo I, pág. 39, Ed. TECNOS). En idéntico sentido, HERRERA CUEVAS ("Manual de la Reforma Concursal", pág.45, Ed. EUROPEA DE DERECHIO), quien mantiene la expresada opción interpretativa sin por ello dejar de poner de relieve algunos de los inconvenientes prácticos que pueden seguirse del criterio finalmente adoptado por el legislador cual el del "..riesgo de consagrar determinadas situaciones de insolvencia real, en las que la situación económica de fondo del deudor común, impidiendo de suyo cumplir todas las obligaciones puntual y regularmente con su patrimonio actual, no llegue a expresarse cabalmente por medio de ninguno de los hechos reveladores..". A idéntica conclusión llega también SANCHEZ-CALERO GUILARTE ("Comentarios a la Legislación Concursal", Tomo I pag.123, Ed. LEX NOVA), quien aduce como fundamento de la solución que finalmente ha prevalecido en el texto definitivo la necesidad de armonizar el reconocimiento a los acreedores de un ámbito de legitimación amplio para solicitar el concurso de sus deudores con la conveniencia de conjurar "..los riesgos que un ejercicio abusivo de tal facultad puede comportar..", especialmente a la luz de la experiencia acumulada en la práctica forense desarrollada al amparo de la legislación concursal precedente. En el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA entiende que la sistemática del Art. 2-4 para el concurso necesario responde a un criterio de "numerus clausus" ("Comentarios a la Ley Concursal", coordinada por PULGAR EZQUERRA y ALONSO UREBA entre otros, pag. 118). Igualmente, comentando los presupuestos del concurso necesario, FERNANDEZ-BALLESTEROS indica : "..dice el Art. 2.1 que la causa del concurso es la insolvencia; pero lo que en realidad debe analizar el Juez de lo Mercantil para abrir o denegar la apertura del concurso es la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en el número 4 del Art. 2 que, aunque la evoquen, no son ellos mismos insolvencia.." ("Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso"; Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., XVIII 2003, pag. 63). Por lo demás, al margen de lo ya expuesto, existen a juicio de quien provee otras razones que abonan la tesis mayoritaria del "numerus clausus". Así : 1.- Con carácter general, un argumento de cierta entidad en apoyo de la expresada exégesis lo constituye el Art. 18 de la Ley Concursal que, si bien admite que el deudor demuestre su solvencia a pesar de la constatación plena de alguno de los "hechos reveladores" invocados por el acreedor (los del Art. 2-4), no contempla, en cambio, la hipótesis inversa, es decir, no atribuye efecto alguno al hecho de que el acreedor instante del concurso necesario pruebe la insolvencia de su deudor cuando la concurrencia del hecho revelador invocado se encuentre huérfana de prueba. 2.- Es la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal la que nos indica de manera elocuente que "..Los legitimados para solicitar el concurso del deudor...han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley : desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados.....Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud..".": AJM-2 Madrid 05.05.2009 (Concurso 567/2008)

JM-1 La Coruña

“TERCERO Si la legitimación del solicitante en tanto que acreedor de Cogenracion y Biomasa, SA no ha quedado demostrada, tampoco concurre en este caso ninguno de los indicadores de insolvencia a que se refiere el artículo 2. 4 de la Ley concursal. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, excluido el crédito invocado por la solicitante por las razones antes expuestas, no sólo carece de cualquier apoyatura probatoria sino que está desmentido por la documentación aportada en el acto de la vista por la representación de Cogenracion y Biomasa, SA. No consta la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de cualquier manera al patrimonio del deudor, ni hay tampoco hechos o al menos indicios que apunten a un alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes. La sociedad no tiene personal y no tiene por ello incumplidas obligaciones laborales o de seguridad social (certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social aportada como doc. núm. 15 en el acto de la vista) y está al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias (certificación de la AEAT, doc. núm. 14 de la contestación). En tales circunstancias es obligado desestimar la solicitud, de conformidad con lo establecido en el artículo 20. 1 de la Ley concursal.”: Auto JM-1 La Coruña 13.07.2005 (JUR 2005/234787)

JM-5 Barcelona

“SEXTO.- La cuestión del presupuesto objetivo y los hechos reveladores.
Tanto en el escrito de solicitud como en el acto de la vista de oposición, la parte solicitante, ASEFA SEGUROS, ha señalado reiteradamente que la situación de AISA es la de insolvencia, ya que no puede cumplir regularmente sus obligaciones, ya actual ya inminentemente, lo que constituye el presupuesto objetivo de la declaración de concurso, art. 2.2 LC. Y para sostener tal argumento presenta dos pruebas fundamentales, de carácter pericial contable, la del perito Sr. N.R., con informe obrante en el anexo documental y su intervención en el acto de la vista, cuyo contenido esencial ya ha sido expuesto y analizado en el RJ 1º de esta resolución, y el informe de auditoria de BDO Auditores sobre las cuentas de AISA cerradas a fecha de 31 de diciembre de 2007. Básicamente este informe, que deniega la opinión del auditor, vd. tomo III, reseña que de acuerdo con la normativa contable vigente, AISA debe revisar el valor contable otorgado a sus participaciones en empresas de su grupo, con minusvaloración, ya que no puede contablemente tenerse presente las plusvalías tácitas del patrimonio inmobiliario de tales sociedades del grupo, titulares de fincas, con independencia de que económicamente existan o no.
Desde una perspectiva material, uno y otro informe evidencian que la deudora AISA atraviesa por graves dificultades económicas, sin que ello, no obstante, sea de modo inmediato equiparable al concepto jurídico de insolvencia del art. 2.2 LC, ya que esa delicada situación económica puede o no llegar a grado tal que determine la imposibilidad de cumplimiento regular de sus obligaciones exigibles. Pero la concurrencia efectiva de esa circunstancia, esto es, que la situación económica determine si puede o no cumplir con sus obligaciones, debe ser valorada por el propio deudor, en cuanto que la misma integra el concepto jurídico de insolvencia.
En efecto, los acreedores, como legitimados en el art. 3 LC para solicitar la declaración de concurso necesario de su deudor, quedan sometidos para tal solicitud a la invocación y prueba de los hechos fijados en el art. 2.4 LC, sin que directamente puedan, prescindiendo de la existencia de tales hechos, o incluso en ausencia de los mismos, invocar el estado de insolvencia del deudor para obtener la declaración de concurso. En tal sentido, el art. 2.4 LC dispone que “si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existència de algun de los siguin-te ecos: 1.- El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 2.- La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 3.- El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. 4.- El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades”. Por tanto, cuando se trata de acreedores solicitantes, la LC ha optado por el sistema de sometimiento a la presencia de hecho revelador de la insolvencia, hechos que se encuentran tipificados y catalogados de modo cerrado en la propia LC.
Y tanto es así, que de deducirse oposición a la declaración por el deudor, este puede tanto negar que esté en tal situación, como optar simplemente por negar la concurrencia de los hechos reveladores invocados por el acreedor, al señalar el art. 18.2 LC que “el deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia”.
Por tanto, cuando de solicitud de concurso necesario se trata, no puede invocarse de modo directo por el acreedor la situación de insolvencia del deudor para obtener tal declaración, sino que se ha alegar y probar por aquel solicitante la existencia de alguno de los cuatro hechos tipificados en el art. 2.4 LC. Si no concurre ninguno de los mismos, no puede ser declarado el concurso con apoyo en la alegación general de insolvencia del art. 2.2 LC.
Como ya se ha expuesto en extenso, no concurre en el caso de AISA, a la fecha de presentación de la solicitud de concurso por ASEFA SEGUROS, ninguno de los hechos reveladores del art. 2.4 LC invocados por aquella, por lo que no puede prosperar su pretensión, sin perjuicio de cual sea la situación económica de la sociedad deudora. Por supuesto, esta declaración para nada enerva, si fuera el caso, el deber legal del deudor de solicitar el concurso voluntario, art. 5 LC, cuya petición sí puede fundarse inmediata y directamente en la situación de insolvencia, sin hecho revelador alguno, ni la responsabilidad derivada de un posible retraso

en hacerlo, art. 165.1º LC, y siempre sin perjuicio de la consideración que deba merecer tal concurso, de acuerdo con lo previsto en el art. 22.2 LC. ":AJM-5 Barcelona 25.06.2008 (Concurso 205/2008)

2. Caso de solicitud basada título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago

AP Alava

"Sin embargo el presupuesto del art. 2.4 LC concurre. Lo hace por partida doble, pues la norma distingue dos posibilidades en que el acreedor puede fundar su solicitud: título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, por un lado, o alguno de los indicios que desgrana a continuación, por otro.
Lo primero, puesto que la demandante, por entonces NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS S.A. suscribió el 21 de noviembre de 2003 con PROCONSOL VIÑAS Y BODEGAS S.A. un contrato para la ejecución, en la localidad alavesa de El Ciego, de una moderna y relevante, desde el punto de vista arquitectónico, "bodega de crianza". El 8 de mayo de 2008 PROCONSOL BODEGA ANTION S.L. sustituye como pagador a la anterior sociedad, y el 30 de octubre del mismo año se realiza un reconocimiento notarial de deuda con intervención de ambas mercantiles y la constructora, ya con su denominación actual por un importe total, IVA incluido, de 5.003.069,43 #, todo lo cual aparece en la escritura pública aportada como doc. nº 2 de la solicitud (folios 10 y ss del Tomo I de los autos). En tal acuerdo se disponía que en sesenta días se garantizaría tal importe con hipoteca sobre la bodega o sobre el proyecto de reparcelación de Playa de Arroz, a elección de la acreedora.
Incumplido el calendario de pagos previsto, se presentó demanda de juicio ordinario el 11 de enero de 2010, turnada al Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Vitoria-Gasteiz, que el 24 de junio siguiente dicta sentencia íntegramente estimatoria que condena a PROCONSOL BODEGA ANTION S.L. al abono de 5.003.069,43 #. Firme tal resolución, mediante auto de 7 de octubre de 2010 del mismo juzgado, adoptado en el procedimiento de ejecución de título judicial nº 1337/2010, se despacha ejecución contra tal sociedad por el principal citado, 49.799,99 # de intereses vencidos y otros 1.250.000 # presupuestados para intereses y costas de la ejecución, en la que se requiere al ejecutado a que manifieste relación de bienes suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, y se ordena indagar sobre los bienes de su propiedad. No se contestó al requerimiento de manifestación de bienes, y tras las correspondientes actuaciones ejecutivas, no se encuentra ningún saldo en Caja Vital, Caja Ahorros de la Rioja y Caja Rural de Aragón, se traban 0,13 # en una cuenta de Cajastur, y se embargan dos vehículos y una parcela en El Ciego. Esta última está gravada con sendas hipotecas de Caja Rioja, por importe de 5.194.940 #, Caja Vital, de 6.169.940 #, Cajalón, de 6.669.940 #, y Cajastur, de 5.700.000 #.
Se ha acreditado, por tanto, que se funda la solicitud en título por el que se ha despachado ejecución sin que hayan resultado bienes libres bastantes para el pago. Los habidos son insuficientes, pues el saldo bancario es prácticamente inexistente, el valor de los vehículos no se acerca al principal y la finca se encuentra gravada con varias hipotecas por importes que hacen presumible que, si se insta un procedimiento de ejecución, no puedan lograrse sumas por encima del valor garantizado. (...)
Desde tales premisas hay que concluir, en primer lugar, que la primera de las causas que permiten declarar el concurso necesario concurre, y no se desmiente con los argumentos expuestos por la deudora. El solicitante dispone de título, insta la ejecución y no encuentra bienes libres. Aunque se oponga que podría haberse solicitado el embargo de la finca, ésta fue tasada en 25.732.000 #, cuando sólo en cargas hipotecarias está comprometidos 20.564.123,67 #. En el mejor de los casos el solicitante se situaría tras los acreedores con dichas garantías, de modo que es improbable que su crédito pudiera hacerse efectivo, pues resulta notoria la dificultad para obtener resultados suficientes en las subastas de hipotecas.
En cuanto al reproche de que el ejecutante no pidiera manifestación de bienes, hay que recordar que el apartado 1 del Decreto de la Sra. Secretaria Judicial del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Vitoria-Gasteiz, de 6 de octubre de 2010, que adopta medidas ejecutivas como consecuencia de la orden general de ejecución que adopta el Juez de 1ª Instancia nº 3 en la ejecutoria 1337/2010, ordenó al deudor hacer manifestación de bienes, sin que lo verificara. Todo ello permite concluir que no había bienes libres suficientes, que es lo que el art. 2.4 LC exige, para poder hacer efectivo su crédito. Porque ni se señalan por el ejecutado, ni la finca está libre de cargas, sino afectada por unas obligaciones de complicada realización.
En definitiva, el presupuesto que dispone la norma en su art. 2.1, la insolvencia, entendida según el art. 2.2 LC como imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles del deudor, concurre, pues se acredita la previsión del art. 2.4 LC, dato que, por sí solo, permite la declaración de concurso necesario.": AAP Alava (Sección 1) 30.03.2012 (Auto 44/2012; Rollo 65/2012)

AP Barcelona

"Conforme al art. 2.1 LC, para que un deudor pueda ser declarado en concurso de-be serlo común, de una pluralidad de acreedores, y ha de ser insolvente. El art. 2.2 LC aclara que un deudor se encuentra en estado de insolvencia cuando «no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». Para facilitar la petición de concurso nece-sario, en este caso a instancia e un acreedor, y en concreto la acreditación de la insol-vencia, el art. 2.4 LC enumera una serie de hechos reveladores de la insolvencia, de mo-do que en principio basta invocar alguno de ellos para justificarla. En este caso, el instante del concurso acreditó su condición de

acreedor, mediante una serie de facturas, e invocó como hechos reveladores de la insolvencia: primero que para el pago de los créditos del instante la deudora extendió varios pagarés que podrían justificar un des-pacho de ejecución; y segundo el sobreseimiento general en los pagos del deudor.
En cuanto al primero, el art. 2.4 LC permite al acreedor instante del concurso jus-tificar el estado de insolvencia del deudor, en primer lugar, mediante la aportación de un título en virtud del cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del em-bargo hayan resultado bienes bastantes para el pago. Para que se cumpla este presu-puesto legal no basta con invocar un título cambiario que a través de un proceso es-pecial podría dar lugar al embargo de los bienes del deudor, ni tampoco un título ejecutivo del art. 517 LEC, sino que es necesario acreditar que en virtud de ese tí-tulo se ha instado la ejecución y que en el curso de ella no ha sido posible trabar em-bargo de bienes suficiente para el pago del crédito objeto de ejecución. El instante del concurso se limita a afirmar que es titular de unos pagarés, que no aporta, y que po-drían justificar un despacho de ejecución. Claramente este hecho es insuficiente y por ello carece de relevancia para fundar la declaración de concurso. ": AAP Barcelona (Sección 15) 22.02.2010 (Rollo 216/2010; RJC 111)

"SEXTO.-En tercer lugar la concursada afirma que no es cierto que en el proceso de ejecución se haya verificado la "insuficiencia definitiva" del patrimonio del deudor. Añade, a tal efecto, que en el balance de la sociedad figura "activos contabilizados y validados por auditor" por un importe superior a 33 millones de euros (frente al crédito de 20,6 millones de euros del ejecutante).
Recordemos que el embargo infructuoso, como hecho revelador de la insolvencia, exige, junto a la presentación por el acreedor de un título en virtud del cual se haya despachado ejecución, que "del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago". La norma no ha de interpretarse en su literalidad, entendiendo por "bienes libres" los bienes no afectos a garantías reales o a embargos anteriores. El hecho revelador de la insolvencia se dará si los bienes embargados, estén o no gravados, son insuficientes para satisfacer el crédito del ejecutante. Para ello habrá que deducir del valor de los bienes el importe de las cargas preferentes.
No es necesario, en cualquier caso, agotar el proceso de ejecución para apreciar la existencia del embargo infructuoso. Bastará con que se haya despachado ejecución, que se hayan realizado las medidas de averiguación pertinentes y que se constate que los bienes trabados no son suficientes para cubrir la deuda.
La resolución apelada realiza un certero análisis del resultado de la ejecución, concluyendo que concurre en el presente caso el supuesto contemplado en el artículo 2.4º de la LC, conclusión que compartimos. En efecto, no es controvertido que el saldo trabado en las cuentas de IPME 2012 apenas alcanza los 18.000 euros. Tampoco es controvertido que los inmuebles de la concursada que figuran en el balance (documento 13 de la oposición) están valorados en poco más de 1.300.000 euros. Su principal activo, desde una perspectiva estrictamente contable, son los créditos por un importe total de 31 millones de euros frente a una sociedad de su grupo (MULTINMUEBLE S.L.). Sin embargo, según resulta de la memoria aportada por el propio deudor al concurso (folio 1849), esos créditos vencen el 1 de junio de 2017 y el 17 de enero de 2028, esto es, son derechos no realizables y de dudoso valor real.
En definitiva, la insuficiencia patrimonial manifestada en el proceso de ejecución promovido por los instantes del concurso es evidente.": AAP Barcelona (Sección 28) 11.11.2014 (Auto 141/2014; Rollo 261/2014)

AP Madrid

"QUINTO.- También se niega por la apelante doñaEstefaníala concurrencia de los hechos externos apreciados en la resolución recurrida determinantes de la declaración de concurso.
Conforme alartículo 2 de la Ley Concursalse encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, correspondiendo al acreedor instante justificar alguno de los hechos que como presupuestos reveladores de la insolvencia enumera con carácter de numerus clausus elartículo 2.4. de la Ley Concursal.
Esto es, el acreedor no debe ni legalmente puede acreditar la insolvencia sino que, necesariamente, para el éxito de su solicitud ha de acreditar la concurrencia de alguna de las manifestaciones externas de la insolvencia enumerada en dicho precepto.
Frente a esa pretensión el deudor puede negar el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante o acreditar su solvencia (artículo 18.2 de la Ley Concursal).
En el supuesto de autos la solicitud de concurso se funda ven título por el que se ha despachado ejecución, consistentes en tres pólizas de crédito (documentos nº 3, 5 y 7 de la solicitud), por importes respectivos de 779.775,40, 278.730,27 y 239.669,26 euros de principal y 233.000, 83.000 y 71.900 euros presupuestados para intereses y costas, en total 1.686.074,93 euros, sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago (artículo 2.4. de la Ley Concursal).
Así, por auto de fecha dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid, autos de ejecución de títulos no judiciales nº 24/04, a instancia de la CAJA DE AHORRROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, se embargaron a los cónyuges las fincas registralesNUM002 (piso en laDIRECCION000nºNUM000de Madrid de 135 metros cuadrados),NUM003 (cuatro plazas de garaje en el inmueble sito en laDIRECCION000nºNUM000de Madrid) yNUM004 (nueve plazas de garaje en el inmueble sito en laDIRECCION000nºNUM000de Madrid).
Los embargos sobre las mencionadas fincas se han anotado como letras H (el piso y nueve plazas de garaje), G (cuatro plazas de garaje) y B (inmueble en Tarrasa).
El piso está gravado con una hipoteca y 8 embargos anteriores al de ejecutante por un importe total de más de 2.250.000 euros; cada una de las cuatro plazas de garaje con un hipoteca y siete embargos anteriores al

de la ejecutante por importe de más de 1.400.000 euros; cada una de las nueve plazas de garaje con un hipoteca y ocho embargos anteriores al de la ejecutante por importe de 1.250.000 euros; y la finca de Tarrasa con un embargo anterior por importe de 244.520, 37 euros.
Resulta patente que el embargo ha resultado infructuoso al ser notorio que las cargas preferentes a las del instante superan el valor de los bienes sin que ni siquiera se haya practicado la prueba pericial solicitada por doñaEstefanía, admitida en esta instancia, para determinar el valor de los inmuebles, deducidas las cargas, por no haber abonado la provisión solicitada por el perito. Además, respecto de las otras dos ejecuciones (autos nº 24/04 delJuzgado de Primera instancia nº 38 de Madrid y autos nº 34/04 del Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Madrid), existen incluso otros muchos embargos anotados con posterioridad al practicado con motivo de la primera ejecución despachada a instancias del solicitante (autos de ejecución de títulos no judiciales nº 24/04 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid) lo que pone de manifiesto, además, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones de los deudores.
Desde luego no es necesario que se haya ultimado el apremio para apreciar la existencia del embargo infructuoso pues basta el mero despacho de ejecución y que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago, como es el caso, aun cuando no se haya iniciado y menos ultimado el apremio respecto de los bienes (artículos 634 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
Además, como ya se ha indicado, de lo expuesto se constata el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones por parte de los deudores que ha dado lugar a que se promuevan contra ellos hasta 19 procesos judiciales, como resulta de las anotaciones practicadas (artículo 2.4.1º de la Ley Concursal), lo que también evidencia el embargo generalizado de sus bienes por ejecuciones pendientes, pues consta que, al menos, algunos de dichos procesos lo son por ejecución de títulos no judiciales (artículo 2.4.2º de la Ley Concursal).
Acreditada la concurrencia, al menos, de los hechos externos de la insolvencia antes analizados sin que los deudores hayan acreditado su solvencia, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por doñaEstefanía.": ": AAP Madrid (sección 28) 27.03.2008 (JUR 2008/151496)

"SEGUNDO No compartiendo, pues, este tribunal las razones que han determinado la desestimación de la pretensión ejercitada, debemos comenzar indicando que, a tenor del relato de hechos que se proporciona en la solicitud inicial, aquella pretensión se ha fundado en el primero de los hechos de concurso que contempla elArt. 2-4 de la Ley Concursal (ejecución singular infructuosa) al establecer que "Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago..". Debe repararse al respecto en que, pese a la relativa imprecisión de la que adolece el escrito inicial, lo único que en él se relata es la imposibilidad en que la acreedora se ha visto de obtener el pago del crédito que le fuera reconocido por sentencia en el seno del proceso de ejecución al que dio lugar esa misma sentencia. Bien es verdad que en la fundamentación jurídica de la escueta solicitud de concurso la solicitante reproduce la integridad delArt. 2-4 anteriormente mencionado y, por tanto, la totalidad de los supuestos en base a cuya concurrencia es posible pretender una declaración de concurso necesario. Sin embargo, es patente que no basta la reproducción literal de esos cuatro supuestos adicionales cuando del relato fáctico no se extrae ningún dato que quepa incardinar, ni siquiera teóricamente, dentro de alguna de tales hipótesis de concurso necesario. Buena prueba de ello es que la valoración que la propia solicitante efectúa en la página 3 de la solicitud de los documentos relacionados en la página 2 (los acompañados a dicho escrito) denota que es la ejecución singular infructuosa el único hecho de concurso en base al cual ejercita su pretensión. El único documento no estrictamente encaminado a ese fin (el número 13) no persigue otro propósito -según ella misma nos indica- que el de poner de relieve cuál es el domicilio social de la deudora, quienes sus administradores y la falta de depósito de sus cuentas, ninguno de cuyos extremos guarda la menor relación con la justificación de los hechos de concurso relacionados en losnúmeros 1º a 4º del Art. 2-4 de la Ley Concursal.
Centrando, pues, nuestra atención en la prueba suministrada por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS para acreditar el infructuoso resultado de la ejecución singular del título judicial representado por la sentencia que condena a la deudora al pago de 163.335,26 Ñ, debemos indicar que, pese a constar acreditado que ARCO OBRAS MAD S.A. no disponía de saldo en diversas entidades bancarias que fueron consultadas a elección de la acreedora, lo cierto es que a instancia de esta se trabó embargo (folio 29) sobre un turismo BENTLEY CONTINENTAL GT MOD 40, matrículaDWW..... Pues bien, la única actuación posterior a esa declaración de embargo que se produjo por providencia de 20 de octubre de 2008 del Juzgado de 1ª Instancia número 64 de Madrid, fue la presentación del mandamiento de embargo correspondiente ante el Registro Provincial de Bienes Muebles de Madrid, de quien obtuvo una simple comunicación indicativa de que la anotación de embargo quedaba a la espera de ser despachada por existir asientos de presentación previos pendientes del correspondiente trámite. Por lo tanto, no es cierto -como indicó la solicitante en el acto de la vista- que la respuesta del Registro a la anotación de embargo fuese negativa: solamente se le informó de la necesidad de aguardar turno, sin que con posterioridad conste que la ejecutante haya desarrollado iniciativa alguna tendente a conocer cual pueda ser el estado del trámite registral ni cual la naturaleza de los asientos que hubieran de ser practicados con carácter previo al suyo propio, ni, en consecuencia, si eran virtualmente impeditivos de la anotación de embargo-
Así las cosas, este tribunal podría deducir por vía presuntiva la insuficiencia del bien trabado para atender una deuda de cierta entidad, como lo es la representada por la condena al pago de 163.335,26 euros, si lo embargado hubiera sido un turismo normal. Sin embargo, constituye un hecho relativamente notorio que los de la marca BENTLEY son vehículos de altísima gama que alcanzan muy elevado valor en el mercado, por lo que, dentro de este contexto de notoriedad relativa, cobran especial valor los indicios de naturaleza

documental (información extraída de internet) suministrados por ARCO OBRAS MAD S.A. con arreglo a los cuales el precio de mercado de un vehículo como el que fue objeto de embargo por parte de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS solicitante puede estar situado entre los 169.900 euros y los 231.900 euros. En tales circunstancias, y, aun resultando presumible que la realización de dicho bien a través de subasta judicial implicará cierto demérito de su valor, resultaría excesivamente forzado para este tribunal deducir por vía presuntiva que la resultante de dicha realización haya de ser necesariamente la de la insuficiencia del líquido que pueda obtenerse para cubrir el crédito que dicha solicitante ostenta, sin que resulte consecuente que, ante las dudas que esa expectativa nos suscita, podamos suplir en este terreno la pasividad observada por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, quien no solamente se ha abstenido de indagar el devenir registral del mandamiento de embargo que obtuvo sino que, además, no consta que haya instado la garantía del embargo mediante la diligencia prevista en elArt. 624 L.E.C. con el consiguiente depósito del vehículo, y, lo que es más importante, se ha abstenido también de instar el avalúo de dicho bien, trámite imprescindible para poder suministrar, al menos "prima facie", una información mínimamente fiable en torno a su insuficiencia para cubrir la deuda.
Pues bien, lo que resulta importante destacar es que el precepto legal en base al cual se formula la solicitud y que configura como hecho de concurso la ejecución singular infructuosa, no exige solamente la existencia de una ejecución despachada sino, además, la concurrencia de un segundo requisito de carácter negativo consistente en que del embargo no hayan resultado bienes libres bastantes para el pago, requisito difícilmente apreciable en un supuesto como el presente por las razones ya apuntadas. En tal sentido, se ha insistido en el terreno doctrinal en que la apreciabilidad de la circunstancia que comentamos debe siempre supeditarse a que la ejecución se encuentre en un estado lo suficientemente avanzado como para que la inexistencia o insuficiencia de bienes pueda afirmarse con algún grado de consistencia ("Comentarios a laLey Concursal", coordinada por PULGAR EZQUERRA y ALONSO UREBA, entre otros, pags. 122 y s.s.).”: AAP Madrid (Sección 28) 17.12.2010 (JUR 2011/95224; Auto 198/2010; Rollo 223/2010)

AP Cantabria

“CUARTO: No obstante lo anterior, debe acogerse la pretensión de la recurrente con base en el hecho alegado relativo a que ostentando un titulo por el que se ha despachado ejecución, no se han podido trabar bienes libres bastantes para el pago; se trata del primero de los hechos contemplados en el art. 2, 4 LC para facultar al acreedor a solicitar el concurso, y no exige que haya embargos generalizados, ni que tengan mayor o menor importancia cuantitativa o cualitativa, sino simplemente que se haya producido esa imposibilidad de embargar un bien libre y bastante para cubrir una deuda. Pues bien, de lo actuado se desprende que, en efecto, en el juicio de menor cuantía 356/1996 en que la demandada fue condenada a pagar a la actora la suma de 3.521.864 pts. mas sus intereses y costas, en fecha 24 de Mayo de 2002 se despachó ejecución por el importe de estas últimas, 3.634,24 euros, más 1.092,72 euros calculados para costas; y por providencia de 2 de Julio de 2002 se amplió ese despacho, hasta una suma total de 6.458 euros más 1.092,72 euros calculados para costas, se ordenó la investigación de bienes de la deudora; en fecha 31 de Julio de 2008 se dictó providencia en la misma ejecutoria 356/1996, según acredita la copia simple aportada en el acto de la vista -correctamente admitida como prueba conforme a lo dispuesto en los arts. 19 y 20 LC -, y obrante en los autos (folio 364), decretando el embargo de la indemnización que pudiera corresponder a la recurrida a resultas de un recurso de casación, embargo que se decretó por la suma de 21.166,72 euros, importe del principal adeudado, acreditándose a sí la vigencia y pendencia de la ejecución. A la vista de lo actuado y de las manifestaciones de las partes, pronto se advierte que tal embargo es actualmente insuficiente a los efectos que nos ocupan, pues al margen de que la sentencia del Tribunal Supremo que se aporta por la apelante de fecha 23 de Octubre de 2009 no consta que se refiera al recurso de casación indicado en aquella providencia, ni en ella se resuelve sobre ninguna pretensión de INMOBILIRIA ARNUERO S.A., como esta misma razona, consta reconocido por la apelada que la indemnización a que en su caso pueda tener derecho como consecuencia de la nulidad de determinados actos administrativos y subsiguiente demolición de lo construido en su día y aún de su propiedad no está reconocida por la administración y si únicamente solicitada en vía administrativa en Abril de 2010, de suerte que en rigor no nos hallamos ante un derecho de crédito reconocido y realizable actualmente por el acreedor, sino ante un eventual derecho de crédito cuya traba no puede reputarse bastante a estos efectos. Por lo demás, y aun cuando no conste aportada documentación sobre el resultado negativo de aquella investigación de bienes en su día acordada, se infiere que fue efectivamente infructuoso del hecho de haberse trabado embargo de aquella indemnización varios años después; no constan otros bienes de la deudora embargables, libres y bastantes, pues no lo son las fincas que figuran inscritas en el registro de la propiedad a nombre de la demandada, hipotecadas y además, en parte ya demolidas o sometidas a una orden demolición; y la demandada, que contaba con la mayor facilidad probatoria al respecto, no ha acreditado disponer de otros bienes que pudieran haber sido embargados, lo que es por demás congruente con la situación de insolvencia que se desprende de la contabilidad aportada y que ya fue reconocida por la propia demandada en el año 2002 en las actuaciones del juicio ordinario 164/2002 y sus mediadas cautelares, situación que a la vista de la contabilidad aportada no ha variado. En definitiva, procede la declaración de concurso solicitada, debiendo revocarse la decisión del juzgado y ordenar al Juzgado de lo mercantil que proceda a hacer dicha declaración con los demás pronunciamientos inherentes.”: AAP Cantabria (Sección 2) 26.01.2012 (Auto 8/2012; Rollo 394/2010)

JM-1 Alicante

“Tercero - Del hecho cuarto y fundamento jurídico sexto de la solicitud se deduce que se solicita el concurso por concurrir el supuesto del Art.. 2.4 párrafo primero que exige la concurrencia de los siguientes requisitos:
i) Existencia de titulo a favor del acreedor que lleve aparejada ejecución.
ii) Que en virtud de este título se haya despachado ejecución o apremio.
iii) Que el embargo intentado o practicado en esa ejecución judicial o administrativa haya sido infructuoso al no “resultar bienes libres bastante para pago”
En el caso presente ocurren los requisitos i y ii) pero nada hay en las actuaciones que permitan aseverar la concurrencia del iii), pues solo se aporta una copia del auto despachando ejecución frente a la deudora, en el que figuran designados unos bienes, pero se desconoce i) si fueron o no trabados; ii) si están afectos o no al pago de créditos distintos al crédito del ejecutante; iii) si estando afectos, son suficientes para atender créditos distintos al del solicitante y al de este y iv) si son los únicos bienes existentes del deudor, al haber resultado negativas las diligencia de búsqueda y traba de otros bienes susceptibles de apremio (Art. 590 LEC).
En definitivo, el embargo es infructuoso si ha consecuencia de ese proceso de búsqueda y selección el resultado es insatisfactorio por no ser suficiente para cubrir la totalidad del crédito ejecutado, y tal exigencia aquí no consta.
Por ello procede desestimar la solicitud del concurso”: AJM-1 Alicante 18.07.2008 (Concurso 589/2007)

- 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

Art. 2.4.1º - Sobreseimiento

1. Necesidad de sobreseimiento definitivo, general y completo

AP Alicante

“De cualquier modo, a mayor abundamiento, para juzgar sobre la concurrencia de este "hecho revelador de la insolvencia" ha de atenderse, primeramente, a qué se entiende por "sobreseimiento general en los pagos", siendo varios los aspectos habitualmente detallados por el Tribunal Supremo (en asuntos de quiebra) y por los órganos judiciales de lo mercantil: respecto del carácter general de la cesación en los pagos, no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual (SSTS de 29 de diciembre de 1927, 18 de octubre de 1985, 7 de octubre de 1989, 10 de marzo de 1990, si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo (STS de 18 de abril de 1929); o total (STS de 4 de julio de 1968); en resumen, tal y como sintetizó la STS de 27 de febrero de 1965, el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo. “:AAP Alicante (Sección 8) 03.02.2011 (Auto 7/2011; Rollo 625/2010)

AP Baleares

“SEGUNDO Partiendo de dicha doctrina, y dado que la parte recurrente insiste en que su solicitud se funda en el hecho revelador contenido en elapartado 1º, del artículo 2.4 de la Ley Concursal, esto es, "el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor", decir que los tribunales, siguiendo las líneas trazadas por la jurisprudencia para la antigua quiebra, han declarado que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo, debiendo implicar, exteriorizar, una imposibilidad absoluta de pagar (AAP Barcelona 27-01-2006 (JUR 2009, 176685) y 24-03-2006 (AC 2006, 1557)), pues en efecto, la negativa de una persona al cumplimiento de una obligación, no constituye conducta de significación unívoca ni necesariamente denotativa de insolvencia, pues bien pudiera revelar la existencia de profundas discrepancias en torno a la existencia, certeza y exigibilidad del derecho de crédito; de manera que lo característico del sobreseimiento generalizado al que se refiere elartículo 2.4.1º de la Ley Concursal, es que el deudor se halle en una situación en la que, con independencia de la causa que lo motive, no pueda atender por medios normales el cumplimiento de sus obligaciones frente a una pluralidad de acreedores insatisfechos
Asimismo, y como apuntan laAP de Córdoba en resolución de 9 de enero de 2007 o la AP de Madrid en resolución de 17 de abril de 2008 (JUR 2008, 188168), es preciso distinguir entre la situación de insolvencia y las causas de disolución obligatoria contempladas en la normativa societaria, que podrá tener otras consecuencias, pero no constituye presupuesto suficiente para la declaración de concurso, puesto que ni es un hecho revelador de los enumerados en elartículo 2.4 de la Ley Concursal, ni equivale a insolvencia. En la Ley concursal, la insolvencia no se identifica con el desbalance, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder éste seguir cumpliendo regularmente sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal y, a su vez, el activo puede ser superior al pasivo pero ser liquidable a muy largo plazo, lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones. Debe tenerse en cuenta que el concurso no es un procedimiento a acudir en los supuestos en que sea preciso liquidar un patrimonio o en los casos de disolución de una sociedad sino que resulta pertinente, única y exclusivamente, en los supuestos en que concurre la situación del insolvencia. La aparición de pérdidas que determine que una sociedad mercantil se encuentra incursa en causa de disolución, puede llevar a la sociedad a ampliar su capital, incluso a disolver y liquidar la entidad, sin necesidad de acudir al expediente concursal, siendo que las propias leyes societarias

establecen mecanismos de responsabilidad no concursales que determinan que los administradores puedan ser declarados responsables solidarios de las deudas sociales. La insolvencia, pues, no se identifica con el desbalance ni la iliquidez ni la causa de disolución societaria, sino con el sobreseimiento en los pagos.": AAP Baleares (sección 5) 27.01.2010 (JUR 2010/101507; Auto 7/2010; Rollo 537/2009)

AP Barcelona

"III. Una vez apreciado que el instante del concurso gozaba de legitimación para pedirlo, debemos adentrarnos en el segundo de los motivos de oposición, aducidos por «L.» en la audiencia prevista en el art. 18 LC: que no se cumple el hecho revelador de la insolvencia invocado en la solicitud. Esto es, el deudor niega que se encuentre en un caso de sobreseimiento general en los pagos.
Para juzgar sobre la concurrencia de este «hecho revelador de la insolvencia», de-bemos atender, primeramente, a qué se entiende por «sobreseimiento general en los pagos», para lo que, como ya hicimos en nuestro anterior auto de 24 de marzo de 2006 (RA 624/05), podemos servirnos de la jurisprudencia anterior que interpretó el so-breseimiento general en los pagos del art. 876.II Ccom, como presupuesto objetivo de la quiebra. Respecto del carácter general de la cesación en los pagos se afirman dos ex-tremos: no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún cré-dito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; y no hay sobre-seimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual [Ss TS de 29 de diciembre de 1927, 18 de octubre de 1985, 7 de octubre de 1989, 10 de marzo de 1990, si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo (S TS de 18 de abril de 1929); o total (S TS de 4 de julio de 1968)]. En resumen, tal y como sintetizó la S TS de 27 de febrero de 1965, podemos concluir que el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo.
En nuestro caso, el instante del concurso justificó el sobreseimiento general en laexistencia de los siguientes créditos pendientes de pago: 1.º un crédito de A. Ó. por im-porte de 9.015,16 euros; 2.º un crédito de la Comunidad de propietarios de M. de La Manga por importe de 12.880,55 euros, correspondiente a las cuotas comunitarias de los meses de diciembre de 2007, y enero y febrero de 2008; 3.º un crédito de la letra-da instante del concurso, por importe de 11.651,72 euros; 4.º un crédito de la procu-radora M. del M.T. por importe de 1.300 euros; 5.º las cuotas hipotecarias impagadas desde agosto de 2007 a la CAM y al Banco...
Frente a ello, «L.» acredita documentalmente haber abonado la deuda con M. del M.T., el 27 de marzo de 2008, y con la comunidad de propietarios de M. de la Manga, el día 6 de marzo de 2008 (doc. n.º 25 de la oposición a la declaración de concurso). En cuanto a las cuotas adeudadas al Banco..., el documento anterior acredita que se abonaron las pendientes, y el doc. n.º 26 que se ha novado la obligación merced a una escritura firmada con el Banco el 13 de febrero de 2008.
Respecto de los demás créditos, aunque se ha reconocido el impago de las cuotas del préstamo otorgado en su día por la C., no constan ni el importe de dichas cuotas ni que la prestataria haya resuelto el contrato por impago de cuotas vencidas. En esta si-tuación, los otros dos créditos, y al margen de su justificación, los del señor Ó., de 9.015,16 euros (la demandada aduce que consta en un pagaré firmado en noviembre de 2007, pocos días antes de que el anterior administrador cesara) y de la letrada J.G. (que ahora lo es de la actora) por un importe de 11.651,72 euros, carecen por sus im-portes de suficiente relevancia como para apreciar en este caso un sobreseimiento ge-neral en los pagos, máxime si atendemos al importe de los créditos que a largo plazo (24.681.625 euros) y a corto plazo (14.548.966 euros) aparecían en las últimas cuentas anuales depositadas. Se trata pues de pocos créditos, algunos de ellos discutidos por la demandada, y de escasa relevancia, que constituyen en su caso impagos puntuales y no un incumplimiento generalizado, que encubra una imposibilidad de atender al pago de los créditos exigibles.": AAP Barcelona (Sección 15) 19.06.2009 (Rollo 739/2008; RJC 110)

"En cuanto al segundo de los hechos aducidos, que es el sobreseimiento general en los pagos, el actor se limita a afirmar que el deudor adeuda unos 100.000 euros a dos acreedores («A., S.A.» y «F., S.L.»). En otras ocasiones hemos partido del concepto de sobreseimiento general en los pagos empleado por la jurisprudencia para interpre-tar el art. 876.II Ccom, como presupuesto objetivo de la quiebra (Auto de 12 de di-ciembre de 2006 RA 624/05). Respecto del carácter general de la cesación en los pa-gos se afirman dos extremos: no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; y no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obli-gaciones o un impago esporádico y eventual [S TS 29 de diciembre de 1927 (JC 179/124), Ss TS 18 de octubre de 1985 (RJ 1985/4904), 7 de octubre de 1989 (RJ 1989/6895), 10 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1686), si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo: S TS 18 de abril de 1929 (JC 188/226); o total: S TS 4 de julio de 1968 (RJ 1968/3614)]. En resumen, tal y como sintetizó la S TS 27 de febrero de 1965 (RJ 1965/1151), podemos concluir que el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo.
A luz de esta doctrina, el instante del concurso aduce que el deudor tiene deudas frente a tres acreedores (él mismo, y otros dos acreedores), y que la deuda total as-cendería a unos 258.000 euros. Lo anterior no es suficiente para acreditar que la ce-sación de pagos es definitiva, general y completa, pues para ello el acreedor hubiera debido aportar, cuando menos, las cuentas del deudor depositadas en el Registro Mer-cantil, para que pudiéramos apreciar en qué medida, a la vista de dicha información contable, los impagos denunciados eran suficientemente significativos para poner en evidencia el sobreseimiento generalizado en los pagos. ": AAP Barcelona (Sección 15) 22.02.2010 (Rollo 216/2010; RJC 111)

“QUINTO. 1. Alega el apelante en el siguiente motivo la indebida valoración de la prueba practicada en relación con la aplicación del art. 2.4.1 LC (el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor), porque estima que esta situación se da incluso si se consideran los hechos nuevos alegados.
2. El presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor común (lo que presupone la existencia de una pluralidad de acreedores), y ese estado concurre, dice el art. 2.2 LC, cuando el deudor "no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles".
Para facilitar la petición de concurso necesario, en este caso a instancia de un acreedor, y en concreto la acreditación de la insolvencia, el art. 2.4 LC enumera una serie de hechos reveladores de tal estado, de modo que en principio basta invocar alguno de ellos para justificarla, entre otros, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Pero se debe precisar que el presupuesto del concurso no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que ello pueda operar como hecho revelador de la insolvencia, sino la incapacidad del deudor de atender regularmente el pago de las obligaciones exigibles. Es por ello que no tiene tanta trascendencia que exista o no una situación de cesación generalizada de los pagos, no siendo por ello decisivo que la sociedad demandada esté al corriente en el pago de los salarios y proveedores; lo verdaderamente relevante es si el deudor tiene capacidad para afrontar de forma regular sus obligaciones, y la prueba de la solvencia corresponde al propio deudor sobre la base de sus libros de contabilidad (art. 18.2 LC).
Como hemos señalado, entre otras resoluciones, en nuestro Auto de 19 de junio de 2009, para juzgar la concurrencia de este "hecho revelador de la insolvencia", debemos atender, primeramente, a qué se entiende por "sobreseimiento general en los pagos", para lo que, como ya hicimos en nuestro anterior auto de 24 de marzo de 2006), podemos servirnos de la jurisprudencia anterior que interpretó el sobreseimiento general en los pagos del art. 876.II Ccom, como presupuesto objetivo de la quiebra.
Respecto del carácter general de la cesación en los pagos se afirman dos extremos: no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; y no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual (SSTS de 29 de diciembre de 1927, 18 de octubre de 1985, 7 de octubre de 1989, 10 de marzo de 1990), si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo (STS de 18 de abril de 1929) o total (STS de 4 de julio de 1968). En resumen, tal y como sintetizó la STS de 27 de febrero de 1965, podemos concluir que el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo.”: AAP Barcelona (Sección 15) 01.06.2011 (Auto 76/2011; Rollo 520/2010)

“2. El sobreseimiento en el pago de las obligaciones debe ser generalizado, esto es, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo, como de forma reiterada hemos venido sosteniendo (entre otras, puede verse nuestro auto de 29 de junio de 2009 -ROJ : AAP B 6505/2009-).
La recurrente pretende haber acreditado ese indicio de insolvencia a través de los tres datos concretos que indicó en la solicitud: (i) el impago de su propio crédito, de 27.767, 93 euros; (ii) la existencia de dos créditos impagos publicados en el RAI por otros 17.652,86 euros; y (iii) el resultado negativo en 19.160 euros del ejercicio 2009.
Debemos compartir la apreciación del juzgado mercantil y considerar que esos datos no son suficientemente indicativos del sobreseimiento general en los pagos. El último de ellos puede indicar la mala situación por la que pasaba el patrimonio social, si bien ello no necesariamente implica un sobreseimiento general en los pagos o insolvencia. Y el hecho de que haya dejado de pagar tres créditos, dos de los cuales se encuentran anotados en el RAI, tampoco lo podemos considerar un dato indicativo del sobreseimiento general en los pagos, pues no es muestra de que se haya cesado de forma general y definitiva en los pagos sino exclusivamente de tres impagos puntuales.”: AAP Barcelona (Sección 15) 19.07.2011 (Auto 128/2011; Rollo 284/2011)

“En otras ocasiones hemos partido del concepto de sobreseimiento general en los pagos empleado por la jurisprudencia para interpretar el art. 876.II Ccom, como presupuesto objetivo de la quiebra. Respecto del carácter general de la cesación en los pagos se afirman dos extremos: no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; y no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual [STS 29-XII-1927 (JC 179/124), SSTS 18-X-1985 (RJ 1985/4904), 7-X-1989 (RJ 1989/6895), 10-III-1990 (RJ 1990, 1686), si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo: STS 18-IV-1929 (JC 188/226); o total: STS 4-VII-1968 (RJ 1968/3614)]. En resumen, tal y como sintetizó la STS 27-II-1965 (RJ 1965/1151), podemos concluir que el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo.
La demanda de solicitud de concurso no menciona la existencia de otros acreedores y, lo que es más importante, no aporta justificación documental del sobreseimiento. Al respecto debemos recordar al apelante que estamos juzgando si el Auto de 17 de febrero de 2011 es correcto, esto es, si está justificado que inadmitiera la solicitud de concurso, sin que el defecto advertido por este auto pueda considerarse subsanado por la documentación aportada con el recurso de reposición. Muy probablemente, ahora, con la información aportada en el recurso de reposición podría justificarse el sobreseimiento general, pues se aporta una nota del RAI de la que se deduce deudas pendientes de pago y otra nota del Registro Mercantil que informa de que no se depositaron las cuentas de los dos ejercicios económicos anteriores, lo que impide contrastar la relevancia de los impagos, siendo imputable al deudor esta imposibilidad. Pero, como ya apuntábamos, debemos juzgar si la solicitud inicial fue completa y si estaba justificada la inadmisión. Realmente lo estaba, pues la demanda apenas menciona el sobreseimiento general en los pagos, sin dar explicación ni justificación del mismo. No

cabe entender subsanados los defectos por medio de la aportación de información posterior, con motivo del recurso de reposición.
De este modo, procede confirmar la decisión del juez mercantil, sin perjuicio de que el acreedor instante pueda volver a pedir el concurso con la documental acreditativa del sobreseimiento general": AAP Barcelona (Sección 15) 13.02.2012 (Auto 33/2012; Rollo 460/2011)

"2. Las circunstancias concretas, de las referidas en el art. 2.4 LC, que pueden considerarse invocadas en la solicitud son tres: (i) la del apartado 1º, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones;
(ii) la del apartado 2º, existencia de embargos que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; y
(iii) la del apartado 4º, por incumplimiento generalizado de las obligaciones por salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de la relación laboral correspondientes a las tres últimas mensualidades.
De esas circunstancias, la que la solicitud invoca es que se ha producido un sobreseimiento general en los pagos por parte de la solicitada.
3. La recurrente pretende que acreditó ese indicio de insolvencia a través de los tres datos concretos que indicó en la solicitud: (i) el impago de sus propios créditos, esto es, créditos de siete acreedores distintos, impagos todos ellos producidos entre los meses de junio y octubre de 2008, por importe de 881.532,46 euros;
(ii) ha sido condenada a pagar a otra sociedad (Petromiralles 3, S.L.) la cantidad de 367.884,17 euros, sin que haya hecho efectivo su importe; y (iii) que no ha venido presentando en el Registro Mercantil sus cuentas anuales a partir de las correspondientes al año 2005 (inclusive).
Como de forma reiterada hemos venido sosteniendo (puede verse nuestros autos de 29 de junio de 2009 -ROJ : AAP B 6505/2009-, de 20 de octubre de 2010 -Rollo 216/2010- y de 22 de febrero de 2010 -Rollo 416/09-, entre otros muchos), el sobreseimiento en el pago de las obligaciones debe ser generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo, tal y como viniera entendiendo la jurisprudencia al interpretar el sobreseimiento en el ámbito del art. 876.II CCom. De forma que no contradice a lo anterior el hecho de que no sea total, esto es, que pueda existir algún pago.
La solicitud cumple suficientemente con el requisito de acreditar que el solicitado ha sobreseído de forma generalizada en los pagos pues no únicamente ofrece indicios de que ha dejado de pagar el crédito de 7 acreedores distintos que tienen la condición de ser proveedores de la solicitada, por importe de casi un millón de euros, sino que más tarde ofrece un dato adicional, que también ha dejado de pagar el crédito de un octavo proveedor por importe de 367.884,17 euros y propone prueba relativa a que ha dejado de pagar los créditos de la Administración Tributaria y la Tesorería de la Seguridad Social, además de acreditar que la solicitada no ha aportado al Registro Mercantil sus cuentas anuales correspondientes al año 2005 y a todos los posteriores. Todos esos datos, conjuntamente considerados, son suficientemente indicativos, en el momento de la admisión a trámite de la solicitud, de la seriedad y posible concurrencia de la causa indicativa de insolvencia que se ha invocado en la solicitud. Con ello es suficiente para que no podamos compartir que la solicitud se podía inadmitir por este motivo.": AAP Barcelona (Sección 15) 16.02.2012 (Auto 34/2012; Rollo 682/2011)

"TERCERO. El presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor común (lo que presupone la existencia de una pluralidad de acreedores), y ese estado concurre, dice el art. 2.2 LC, cuando el deudor "no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles".
Para facilitar la petición de concurso necesario, en este caso a instancia de un acreedor, y en concreto la acreditación de la insolvencia, el art. 2.4 LC enumera una serie de hechos reveladores de tal estado, de modo que, en principio, basta invocar alguno de ellos para justificarla, entre otros, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Pero se debe precisar que el presupuesto del concurso no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que ello pueda operar como hecho revelador de la insolvencia, sino la incapacidad del deudor de atender regularmente el pago de las obligaciones exigibles. Es por ello que no tiene tanta trascendencia que exista o no una situación de cesación generalizada de los pagos; lo verdaderamente relevante es si el deudor tiene capacidad para afrontar de forma regular sus obligaciones, y la prueba de la solvencia corresponde al propio deudor sobre la base de sus libros de contabilidad (art. 18.2 LC).
Como hemos señalado, entre otras resoluciones, en nuestro Auto de 19 de junio de 2009, para juzgar la concurrencia de este hecho revelador de la insolvencia, debe atenderse, primeramente, a qué se entiende por "sobreseimiento general en los pagos", para lo que (como ya hicimos en nuestro anterior auto de 24 de marzo de 2006) podemos servirnos de la jurisprudencia anterior que interpretó el sobreseimiento general en los pagos del art. 876.II Ccom, como presupuesto objetivo de la quiebra.
Respecto del carácter general de la cesación en los pagos se afirman dos extremos: no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; y no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual (SSTS de 29 de diciembre de 1927, 18 de octubre de 1985, 7 de octubre de 1989, 10 de marzo de 1990), si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo (STS de 18 de abril de 1929) o total (STS de 4 de julio de 1968). En resumen, tal y como sintetizó la STS de 27 de febrero de 1965, podemos concluir que el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo. ": AAP Barcelona (Sección 15) 12.06.2012 (Auto 78/2012; Rollo 56/2012)

"Previamente hemos de advertir que la cesación en el pago corriente de las obligaciones del deudor, en cuanto situación reveladora de la insolvencia en el sentido del art. 2.2 LC, debe ser, como el precepto indica, generalizada, es decir, no equivalente a impagos esporádicos o aislados, sino que el sobreseimiento ha de ser definitivo, general y completo, afectando a la generalidad de las obligaciones corrientes, como de forma

reiterada hemos venido sosteniendo (entre otras, auto de 29 de junio de 2009- ROJ: AAP B 6505/2009-). ":AAP Barcelona (Sección 15) 12.12.2012 (Auto 151/2012; Rollo 369/2012)

AP Castellón

"Debemos decidir a continuación si concurren los requisitos exigidos para la declaración del concurso necesario de acreedores que como recuerda el demandado, según la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal se trata de hechos tasados, siendo estos los establecidos en el artículo 2 de dicha norma.
Así en el apartado 4 de la misma se indica que "Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago, o la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1º el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor".
Siendo en el caso enjuiciado este sobreseimiento general en el pago de las obligaciones por el deudor, lo que se ha alegado en el acto del juicio, no es necesario entrar en el examen de los otros tres hechos que también enumera la norma y a los que ni siquiera se refiere la parte en su demanda.
Recordábamos en un supuesto similar de esta Sala, que fue el resuelto por el Auto núm. 205, de fecha 15 de Noviembre de 2010 que "1) Dados los efectos de todo tipo anudados a la admisión de una petición de declaración de concurso necesario, en especial, la procedencia de su declaración caso de no formulación de oposición, deviene precisa una mínima justificación, siquiera indiciaria, de la concurrencia de alguno de los supuestos legales, así como las debidas concreciones, especialmente necesarias en el caso del sobreseimiento en contraposición al resto de supuestos legales por su contenido, en orden a poder valorar debidamente su existencia y, a la par, permitir al demandado oponerse en condiciones, sin posible infracción de su derecho de defensa.. Por otro lado, porque no se puede declarar un concurso sin concurrencia de sus presupuestos, lo que exige la debida valoración sobre la base de lo aducido en la demanda y documentación adjuntada a la misma, teniendo presente al efecto la actividad probatoria a desplegar en su caso al efecto conforme al art. 7.2 de la Ley Concursal y declaración ligada a la ausencia de oposición del deudor ya reseñada...
2) Debemos discrepar nuevamente de la parte apelante en la configuración del sobreseimiento general en los pagos como presupuesto del concurso necesario que verifica en su recurso, dado que es preciso que sea definitivo y completo, lo que exige un esfuerzo adicional a la mera referencia genérica a la existencia de otros acreedores en la parte que se ampara en su existencia. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 27 de enero de 2006, expresa que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, símple o aislado, sino a definitivo, general y completo, desprendiéndose además de esta resolución como no basta una mera referencia a un sobreseimiento general en los pagos y como debe exteriorizarse la forma en que se alcanza la convicción de su presencia." ":
En el caso enjuiciado, partiendo de estas consideraciones, entendemos que tampoco se ha justificado siquiera mínimamente la existencia de otras deudas que pudieran fundamentar la alegación que se realiza en la demanda de que concurre un sobreseimiento general de pagos, para lo que se enumeran las dos deudas que se dicen ostentar frente a la entidad cuya declaración de concurso se interesa, y que en el acto de la vista ya quedaron reducidas a una sola, sin concretar ni justificar en ninguna otra forma la existencia de ninguna otra deuda, que pudiera ser indiciaria de una situación de insolvencia generalizada, y ahora en el recurso se argumenta que con la prueba documental y testifical, que ya había solicitado y con la que iba a pedir en dicho acto, iba a acreditar la existencia de otras deudas tributarias o con la Seguridad Social, lo que no solo no ha hecho, dejando decaer su derecho sobre esta prueba, tal y como ya hemos expuesto, sino que además con el escrito de demanda ni siquiera se alegaba ni acreditaba en forma alguna la existencia de otras deudas, cuya existencia no consta, no pudiendo trasladar esa carga de la prueba en los términos antes expuestos a la parte contraria, siendo además impertinentes las informaciones que se pudieran pretender a organismos públicos al no conectarse con aspectos concretos de la demanda.
Y respecto de la propia deuda, coincidimos con el Juez Mercantil, respecto a que se ha acompañado por la parte demandada documentación que determina que la deuda no puede entenderse vencida, líquida y exigible, habiendo aportado el acuerdo alcanzado por ambas partes en fecha 3 de Septiembre de 2008, en la que ambas finiquitaban las relaciones habidas. Y se ha acreditado además que se sigue un procedimiento ante los Juzgados de Vinaroz en el que deberá determinarse sí EMA 2001 S.L adeuda una cantidad a Promociones verde Cas S.L. similar a la que aquí se alega como fundamento de la declaración de concurso que se ha interesado, lo que no puede ser objeto de discusión y de resolución en un procedimiento concursal.
Concluimos por todo ello que ha sido correcta la decisión del Juez Mercantil, que por ello debe ahora ratificarse, desestimando el recurso de apelación.": AAP Castellón (Sección 3) 23.03.2011 (Auto 28/2011; Rollo 562/2010)

"TERCERO.-Idéntica suerte deben correr el resto de motivos esgrimidos en el recurso, con la consiguiente procedencia de su desestimación. Dejando a un lado el punto relativo al crédito invocado en la solicitud y que se conecta con esa legitimación activa que viene a rechazarse por la contraparte, desde el momento en que ésta niega el presupuesto objetivo del concurso invocado en la demanda (que no ha sido otro que el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor dadas las manifestaciones verificadas en la demanda en relación con el art. 2.4 de la Ley Concursal) estamos ante un hecho controvertido cuya prueba incumbe a la parte actora (en caso contrario valdría la mera afirmación en la demanda y carecería de sentido el art. 7.2 de la Ley Concursal), acreditación ésta que no debe confundirse con la de la solvencia

para el caso de que se siente la concurrencia del presupuesto objetivo como hecho externo revelador de la insolvencia en la regulación legal (art. 18.2 de la Ley Concursal, del que igualmente se desprende la carga probatoria reseñada).
Partiendo de dicha premisa consideramos que, a la vista del acervo probatorio, reducido a la documental aportada a la demanda dado el comportamiento procesal de la propia parte apelante ya referido, dicho sobreseimiento general en los pagos no puede entenderse debidamente fijado y demostrado, teniendo presente al respecto, como expusimos en nuestro Auto de fecha 15 de noviembre de 2010, que dicho sobreseimiento " es preciso que sea definitivo y completo, lo que exige un esfuerzo adicional en la parte que se ampara en su existencia a la mera referencia genérica a la existencia de otros acreedores. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 27 de enero de 2006, expresa que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo, desprendiéndose además de esta resolución como no basta una mera referencia a un sobreseimiento general en los pagos y como debe exteriorizarse la forma en que se alcanza la convicción de su presencia ".
Téngase en cuenta al respecto que únicamente se cuenta con un informe económico acerca del riesgo de insolvencia de la demandada, en el que constan una serie de incidencias con la Agencia Tributaria publicadas en el BOE, y unos ejemplares del BOP de Castelló a través del que se notifican a la demandada la imposición de determinadas sanciones pecuniarias en resolución de expedientes sancionadores. Dichos medios probatorios consideramos que son claramente insuficientes a los efectos que nos ocupan, pues realmente no permiten vislumbrar esa cesación general en los pagos con las notas antedichas, desconociéndose cualquier circunstancia concreta sobre esas otras deudas que vienen a aducirse propiamente por la demandante. Así, en relación con el informe económico, como dijimos en la resolución antes citada y en parte transcrita, por su carencia de datos concretos al respecto (en este sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, S.5, de 27 de enero de 2010, mientras que las incidencias con la Agencia Tributaria se desconocen en cuanto a su contenido y efectos, lo que es extensible al punto de las sanciones administrativas antedichas, máxime cuando éstas no se refieren al periodo inmediatamente anterior a la presentación de la demanda (que tuvo lugar en fecha 17 de febrero de 2010, siendo las publicaciones oficiales referidas el 10 de enero y el 8 de septiembre de 2009). ”: AAP Castellón (Sección 3) 08.04.2011 (Auto 47/2011; Rollo 502/2010)

“La razón de que se haya denegado la declaración de concurso es, como con acierto se dice en la resolución recurrida, la falta de acreditación de alguno de los llamados hechos reveladores de la insolvencia que enumera el art. 2.4 LC. Tampoco que las mercantiles respecto de las que se solicita la declaración en situación de concurso necesario no puedan cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.1 LC), o se encuentren en situación de "sobreseimiento general en los pagos" que, atendiendo a la jurisprudencia anterior a la Ley Concursal, debe entenderse como una cesación definitiva, general y completa, por lo que debe excluirse dicho concepto cuando el impago sea esporádico, simple o aislado. Es decir, no sobresee el pago de las obligaciones quien incurre en un proceso de mora revelador de simples dificultades económicas pasajeras, explicitándose además que el sobreseimiento debe afectar al pago "corriente", de modo que el incumplimiento de determinadas obligaciones que pudieran ser litigiosas o dudosas, no puede determinar por sí ni justificar una declaración de quiebra (por ejemplo, STS 7-10-1989 (RJ 1989, 6895)).”: AAP Castellón Sección 3) 16.11.2011 (Auto 129/2011; Rollo 348/2011)

“2. Con arreglo a lo que dispone el art. 2.1 LC, la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del deudor común, a cuyo respecto precisa o, más bien, define el art. 2.2 LC que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Cuando, como es el caso, la solicitud de declaración de concurso la presentan acreedores, deben fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de determinados hechos, como pueden ser la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, o el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades (art. 2.4 LC).
Esta Sección ha dicho en Autos de 15 de noviembre de 2010 y 8 de abril de 2011 que el sobreseimiento en los pagos que fundamenta el concurso (art. 2.4.1 LC) "es preciso que sea definitivo y completo, lo que exige un esfuerzo adicional en la parte que se ampara en su existencia a la mera referencia genérica a la existencia de otros acreedores. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 27 de enero de 2006, expresa que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo, desprendiéndose además de esta resolución como no basta una mera referencia a un sobreseimiento general en los pagos y como debe exteriorizarse la forma en que se alcanza la convicción de su presencia": AAP Castellón (Sección 3) 10.01.2014 (Auto 6/2014; Rollo 408/2013)

AP Huelva

“El sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor deber ser actual y generalizado y como notas

esenciales debemos destacar que no sea esporádico, ni aislado sino definitivo, general y completo, implicando un autentico cese general de actividad.": AAP Huelva (Sección 3) 11.10.2011 (Auto 81/2011; Rollo 184/2011)

AP Madrid

"QUINTO.- Excluida la concurrencia del alzamiento de bienes, el otro hecho revelador cuya concurrencia alega EUROFACTORS es el del sobreseimiento general en el pago de las obligaciones.
Sobre este hecho revelador, los órganos jurisdiccionales de lo mercantil, siguiendo las líneas trazadas por la jurisprudencia para la antigua quiebra, han declarado que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo, debiendo implicar, exteriorizar, una imposibilidad absoluta de pagar (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15ª, 27 de enero y 24 de marzo de 2006).": AAP Madrid (sección 28) 17.04.2008 (JUR 2008/188168)

"SEXTO.- El sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones, al que se refiere el nº 4.1º del artículo 2 de la LC como hecho revelador del estado de insolvencia, significa que el deudor estaría atravesando una situación en la que, con independencia de la causa que lo motivase, ya fuese de modo temporal o definitivo (en cualquier caso no de manera puntual o aislada), no podía atender por medios normales el cumplimiento de sus obligaciones (pecuniarias o de la naturaleza que fuesen) frente a una pluralidad de acreedores que tuviesen pendiente la satisfacción de sus derechos.
Ahora bien, como ya tuvimos ocasión de puntualizar en el auto de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 12 de marzo de 2011, hay que deslindar de ese tipo de situaciones aquellas otras que pudieran considerarse como meras fases transitorias de simple impuntualidad en el cumplimiento. Las dificultades de tesorería, si pueden ser solventadas en un plazo razonable, no equivalen a insolvencia, ya que el deudor podrá cumplir en cuanto se solventen, por lo que deberían ser excluidas como justificativas para la declaración de concurso (precisamente esta referencia se eliminó del artículo 2.2 de la LC). La incursión en mora puede traer causa en un momento de iliquidez, revelador de posibles dificultades, pero si, aun así, fuese posible satisfacer las obligaciones, aunque fuese con cierto retraso, la situación no debería calificarse de insolvencia. No podrá considerarse como tal, por lo tanto, la consecuente a meros pagos retrasados, si son sólo fruto de una dificultad transitoria y no de una definitiva cesación en los mismos por la imposibilidad del deudor de cumplir con sus obligaciones. No obstante, sería ya más propio de lo segundo que de lo primero las situaciones de retraso sistemático y continuado en los pagos, porque ya no responderían a un momento concreto sino a una situación continuada de iliquidez.
Sin embargo, hemos de reconocer que el hecho externo que puede ser conocido en muchos casos por el acreedor no es otro que el que su deudor ha dejado de pagar, por lo que si constata lo que aparece, con cierto fundamento, como un sobreseimiento generalizado podría dar el paso de solicitar su declaración en concurso. En tal caso será en la fase de oposición en la que dispondrá el deudor de la oportunidad de justificar que se trataba de meros retrasos y evitar así tal declaración. ": AAP Madrid (Sección 28) 27.04.2012 (Auto 68/2012; Rollo 318/2011)

"TERCERO.-El único de los hechos alegados en la demanda que podía tener, al menos en teoría, una cierta relevancia para interesar la declaración en concurso de BOSQUES NATURALES SA era el sobreseimiento general en el cumplimiento de sus obligaciones. Éste sí supondría uno de los hechos reveladores que conforme al artículo 2.4 de la LC podría dar lugar a tal declaración y reconocemos que la parte solicitante así lo adujo en su solicitud.
Ahora bien, el sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones, al que se refiere el nº 4.1º del artículo 2 de la LC como hecho revelador del estado de insolvencia, significa que el deudor estaría atravesando una situación en la que, con independencia de la causa que lo motivase, ya fuese de modo temporal o definitivo (en cualquier caso no de manera puntual o aislada), no podía atender por medios normales el cumplimiento de sus obligaciones (pecuniarias o de la naturaleza que fuesen) frente a una pluralidad de acreedores que tuviesen pendiente la satisfacción de sus derechos.
Sin embargo, como ya tuvimos ocasión de puntualizar en el auto de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 12 de marzo de 2011, hay que deslindar de ese tipo de situaciones aquellas otras que pudieran considerarse como meras fases transitorias de simple impuntualidad en el cumplimiento. Las dificultades de tesorería, si pueden ser solventadas en un plazo razonable, no equivalen a insolvencia, ya que el deudor podrá cumplir en cuanto se solventen, por lo que deberían ser excluidas como justificativas para la declaración de concurso (precisamente esta referencia se eliminó del artículo 2.2 de la LC). La incursión en mora puede traer causa en un momento de iliquidez, revelador de posibles dificultades, pero si, aun así, fuera posible satisfacer las obligaciones, aunque fuese con cierto retraso, la situación no debería calificarse de insolvencia. No podrá considerarse como tal, por lo tanto, la consecuente a meros pagos retrasados, si son sólo fruto de una dificultad transitoria y no de una definitiva cesación en los mismos por la imposibilidad del deudor de cumplir con sus obligaciones. No obstante, sería ya más propio de lo segundo que de lo primero las situaciones de retraso sistemático y continuado en los pagos, porque ya no responderían a un momento concreto sino a una situación continuada de iliquidez.
Por otro lado, tampoco equivalen a sobreseimiento aquellas situaciones en las que el impago pueda deberse a la resistencia que, en función de las circunstancias del caso, puede estimarse legítima frente a las reclamaciones procedentes de otro. La decisión de no pagar, si responde a la defensa de un derecho, no

puede equiparse a mero sobreseimiento, que a lo que ha de responder es a la imposibilidad para cumplir con las obligaciones adquiridas.
Pues bien, ocurre que en el caso de la solicitud de concurso que aquí nos ocupa no quedó demostrado que el hecho aducido gozase de verdadera relevancia cuantitativa o cualitativa como para justificar la declaración de concurso. Los solicitantes simplemente aludían en su escrito a que no habían percibido el pago comprometido por BOSQUES NATURALES SA en la cláusula 15ª de algunos de los contratos con ellos suscritos; sin embargo, tal estipulación contractual se refería tan sólo a un mero aspecto accesorio, cual era la aplicación de unas determinadas bonificaciones ligadas a la duración de la relación, cuya significación económica resultaba ciertamente exigua (se mencionaba 3,25 euros por árbol a partir de los cinco años). No puede ser ese el motivo para poner de manifiesto ante un juzgado el sobreseimiento generalizado en el cumplimento de sus obligaciones por parte de una entidad mercantil que habría de serlo en los términos manifiestos y significativos que hemos explicado con anterioridad (es revelador a este respecto que la consignación de la parte demandada para cubrir posibles descubiertos en relación con tal circunstancia ascendiese a poco más de 300 euros). De hecho, no advertimos en el recurso que se haga especial incidencia a este respecto, pese a que era lo único que técnicamente podía extraerse de la solicitud como motivo para solicitar el concurso. Tal vez la exigua cuantía que se puso de manifiesto por este concepto puso en evidencia que no se compadecía con una iniciativa tan trascendente como la de solicitar el concurso necesario.”: AAP Madrid (Sección 28) 21.06.2013 (Auto 100/2013; Rollo 870/2012)

AP Pontevedra

“Centrándonos en el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, para indagar en tal concepto podemos servirnos de la jurisprudencia anterior que interpretó el sobreseimiento general en los pagos delart. 876.II Com, como presupuesto objetivo de la quiebra. Respecto del carácter general de la cesación en los pagos se afirman dos extremos: no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; y no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual (STS 29-XII-1927, SSTS 18-X-1985, 7-X-1989, 10-III-1990, si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo:STS 18-IV-1929; o total:STS 4-VII-1968). En resumen, tal y como sintetizó la STS 27-II-1965, podemos concluir que el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo. No se precisan límites temporales del sobreseimiento, pero ha de entenderse que deberá ser definitivo en el sentido de irreversible, pues solo este determinará la imposibilidad del deudor de cumplir regularmente sus obligaciones, determinante de la insolvencia.
No parece que este sea el supuesto ante el que nos encontramos. Por un lado, a pesar de la cantidad de impagos que invoca la parte apelante, es de resaltar que la mayoría de ellos obedecen al pago de diversas compraventas de grúas a la sociedad METALBO (folios 69 y ss), en el marco de un mismo negocio, para cuyo pago se libraron diversas letras. Pero sin perjuicio de los principios y normas que rigen en el derecho cambiario, no es menos cierto que la parte deudora acredita la interposición de una querella contra los representantes legales de dicha sociedad por haber no haber devuelto las letras a la deudora, y ponerlas en circulación cuando las grúas le habían sido pagadas a través de unos contratos de leasing o arrendamiento financiero, que también acredita.
Al mismo tiempo, también se pone en evidencia que, de mas de 20 de esos efectos impagados, la vendedora METALBO la liberaba del pago de los mismos, sin perjuicio de la eficacia que pueda tener en el ámbito cambiario, de lo que se deduce el pago de los mismos (folio 142, entre otros).
Igualmente la mayoría de los efectos tienen vencimiento en la misma fecha, el 20 de marzo de 2007. Lo que revela que la falta de pago, aunque sea de un número elevado de efectos, es puntual, en un determinado momento, pero no prolongado en el tiempo, por lo que de su impago no puede deducirse que sea definitivo e irreversible.
Además acredita la parte deudora estar al día en el pago de deudas laborales y tributarias, así como seguir pagando algunos de los efectos impagados inicialmente.
Finalmente, como le exige elart. 18 LC, el deudor que pretenda acreditar su solvencia y esté obligado a llevar contabilidad, ha de acreditarlo con la que llevara conforme a derecho. Y así sucede en el presente caso en que se aportan las cuentas anuales de los años 2005 y 2006, así como un informe pericial positivo en cuanto a la situación contable y empresarial de la deudora. En las cuentas anuales del año 2006 figuran unos fondos propios de 1.115.575,08 euros, con unos beneficios en el ejercicio de 221.077,98 euros. Del contraste de la evolución de la sociedad entre los años 2000 y 2006, se desprende una evolución positiva y expansionista del negocio, aumentando año a año su volumen, haciendo siempre frente a las deudas.
Todas estas circunstancias, evidencian una situación económica que, sin perjuicio de los problemas que están causando el tráfico de unas letras que están siendo cuestionadas en un proceso penal, la situación de la deudora no puede calificarse de insolvencia, según la prueba practicada, ni puede considerarse que exista un sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones en el sentido y con la interpretación antes expuesta.”: AAP Pontevedra 11.02.2008 (JUR 2009/426944; Auto 26/2008; Rollo 17/2008)

AP Sevilla

“Primero.- El hecho en el que la parte apelante fundamenta su petición de concurso necesario, de conformidad con lo exigido por los artículos 2.4 y 7.1 de la Ley Concursal, es una situación de sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Esta causa implica que el acreedor debe acreditar no la mera

cesación en los pagos, sino una cesación generalizada y no ocasional, y que ello ocurre por ser el deudor insolvente y no por otro motivo. Es decir debe acreditarse con la suficiente certeza que el sobreseimiento es definitivo, general, completo y permanente.
En su recurso, sin embargo, la entidad apelante sólo alega dos impagos, su propio crédito por importe de 367.159,51 #, y el relativo a una entidad de crédito por importe de 20.139,74 #. Como señala la resolución apelada de estos datos puntuales no cabe deducir un sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones corrientes. Por el contrario el recurso no desvirtúa el detallado y razonado análisis que de las cuentas de la demandada realiza dicha resolución. Conforme a la misma, de acuerdo con los datos obrantes en autos, en absoluto puede afirmarse una incapacidad definitiva, general, completa y permanente para hacer frente al cuplimiento de sus obligaciones, por lo que no puede apreciarse la concurrencia del requisito alegado por la entidad apelante para justificar su petición de concurso necesario.": AAP Sevilla (Sección 5) 12.09.2012 (Auto 144/2012; Rollo 4417/2012)

AP Zaragoza

"Y en lo que comprende al sobreseimiento en el pago de obligaciones, lo primero es señalar que en la insolvencia actual en que se basa la petición de quiebra necesaria no pueden ser tenidas en consideración más deudas que las exigibles, como con toda claridad señala elart. 2.2 LC, por lo que carece de toda relevancia la mención de los aplazamientos que el deudor ha convenido con alguno de sus acreedores.
Por otro lado, no compartimos la tesis del recurrente de que en contra de lo que sucedía en la legislación anterior, la nueva LC no exige para que el concurso necesario pueda ser declarado que el sobreseimiento en los pagos sea definitivo, total y completo, pues en contra de tal opinión se han venido pronunciado la generalidad de las resoluciones judiciales, cual ocurre con lasSAP Barcelona de 20- y 24-3 2006que se inclinan por mantener la vigencia de la jurisprudencia anterior." Auto AP Zaragoza (Sección 4) 17.09.2007 (Rollo 292/2007)

"CUARTO.- Por lo que se refiere al sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones.
Para juzgar sobre la concurrencia de este "hecho revelador de la insolvencia", debemos atender, primeramente, a qué se entiende por "sobreseimiento general en los pagos", para lo que, como ya hemos indicado en otra ocasión (AAP Zaragoza, 5ª, nº 499/2007) podemos servirnos de la jurisprudencia anterior que interpretó el sobreseimiento general en los pagos del art. 876.II Ccom, como presupuesto objetivo de la quiebra, jurisprudencia que resume el AAP Barcelona, 15ª,de 19-6-2009:
"Respecto del carácter general de la cesación en los pagos se afirman dos extremos: no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; y no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual SSTS de 29 de diciembre de 1927, 18 de octubre de 1985, 7 de octubre de 1989, 10 de marzo de 1990, si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo (STS de 18 de abril de 1929); o total (STS de 4 de julio de 1968). En resumen, tal y como sintetizó la STS de 27 de febrero de 1965, podemos concluir que el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo"
El promotor sí ha acreditado la existencia de tres ejecuciones seguidas contra el deudor (nº 1190 JPI nº 9 Zaragoza; nº 2054/2008, JPI nº 7 Zaragoza, y nº 730/2009, JPI Jaca), así como un saldo deudor en una tarjeta de crédito, aparte de los propios créditos que ostenta contra la deudora, y frente a ello ésta se ha limitado a aportar certificados que acreditan que se hallaba al corriente en sus pagos con la Administración Tributaria (certificado de fecha 3-3-2010 al folio 555), y con la Tesorería General de la Seguridad Socia (certificado de fecha 2-3-2010, al folio 245), lo que en modo alguno implica dato que oponer a la afirmación de cesación en el pago, pues, como razona la recurrente, no obedecen a la realización de pagos, sino a la inexistencia de deudas con las administraciones tributaria y de la tesorería de la seguridad social debida a la total falta de actividad económica.
En definitiva, de lo actuado resulta que la totalidad de las deudas de las que se tiene noticia han sido impagadas por la deudora. En tales circunstancias, esta Sala entiende que existen elementos de prueba bastantes para que quepa concluir que la deudora ha cesado en forma general en los pagos en forma tal que revela la insolvencia que sirve de presupuesto para la declaración de concurso necesario a instancia de los acreedores con arreglo a lo prevenido en el art. 2.4 LC. ": AAP Zaragoza (Sección 5) 28.01.2011 (Auto 53/2011; Rollo 4/2011)

JM-1 Cádiz

"1. Sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones: Es la causa más frecuente en el caso del concurso voluntario y deberá valorarse en cada supuesto concreto. Debe tratarse de un sobreseimiento general, en el sentido expuesto por la jurisprudencia anterior a la reforma (SSTS 29 diciembre 1927, 12 julio 1940, 12 marzo 1986 y 7 octubre 1989), es decir definitivo, no esporádico, aunque no se precisa que sea completo, ya que como decía RAMIREZ, no significa que el deudor deba estar en situación de incumplimiento de todas las obligaciones": Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

JM-2 Madrid

“Dice el Art. 2-4 de la Ley Concursal que “..Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla …en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor..”. A la hora de aquilatar este concepto de sobreseimiento general, nos dice el Auto de la Sección 28ª (Especializada en materia mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de abril de 2008 que “..los órganos jurisdiccionales de lo mercantil, siguiendo las líneas trazadas por la jurisprudencia para la antigua quiebra, han declarado que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo, debiendo implicar, exteriorizar, una imposibilidad absoluta de pagar (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15ª, 27 de enero y 24 de marzo de 2006)..”. Y el Auto de la misma Sala de 21 de septiembre de 2006 matiza que “..las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos, analizadas con detalle en el auto recurrido, y a las que se ha hecho breve referencia en esta resolución, muestran que en el caso de autos la existencia de tales litigios judiciales o de créditos controvertidos o futuros no pueden interpretarse como un sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones por parte de la deudora, tanto más cuando el volumen de lo que se le ha reclamado en tales litigios o de los créditos controvertidos tiene una importancia relativa habida cuenta del volumen de facturación de la deudora, y cuando los documentos aportados por la deudora.. acreditan que en los meses inmediatamente anteriores ha realizado pagos a sus acreedores por un importe elevado, que ha cancelado operaciones de crédito, alguna incluso antes de su vencimiento (docs. 14 y 15) y que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones tributarias y de seguridad social (docs. 16 y 17)..”. Por otro lado, en la interpretación del concepto de sobreseimiento, a propósito del Derecho concursal hoy derogado, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo (las de 12 de marzo de 1986, 7 de marzo de 1988, 7 de octubre de 1989 o la STS de 27 de febrero de 1965, que cita a su vez las de 21 de diciembre de 1898, 21 de noviembre de 1900, 28 de diciembre de 1901, 29 noviembre de 1905, 5 y 26 de octubre de 1907, 8 de mayo de 1913, 5 de junio de 1917, 4 de junio de 1929, 26 de enero de 1933, 16 de febrero de 1933 y 1 de junio de 1936, entre otras) en las que se indica que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones supone una cesación definitiva, general y completa, por lo que debe excluirse dicho concepto cuando el impago sea esporádico, simple o aislado; esto es, que no sobresee el pago de las obligaciones quien incurre en un proceso de mora revelador de simples dificultades económicas pasajeras, explicitándose además que el sobreseimiento debe afectar al pago "corriente", de modo que el incumplimiento de determinadas obligaciones que pudieran ser litigiosas o dudosas, no puede determinar por sí ni justificar una declaración de quiebra (por ejemplo, STS 7-10-1989). “: AJM-2 Madrid 05.05.2009 (Concurso 567/2008)

1.2 Inexistencia de sobreseimiento: impago de deudas bancarias, en negociación

JM-5 Barcelona

“No de modo expreso, ya que no se cita el hecho, pero a lo largo del escrito de solicitud de ASEFA SEGUROS se insiste la falta de capacidad de pago de AISA frente a sus deudas, vd. alegación III, pg. 6, y alegación V, pg. 8, como posible sustrato fáctico del hecho revelador previsto en el art. 2.4.1º LC, “sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor”, a lo que se hizo referencia en los informes de la vista de oposición.
Pero lo cierto y verdadero es que, como resulta de la pericial del Sr. A.A., la que tiene por preciso objeto tal extremo, a diferencia del objeto al que se dedica la del perito Sr. N.R., la única deuda impagada por AISA a fecha de solicitud de concurso es la suma de 19.501.499€, frente a un pasivo exigible de 385.485.154€, es decir, consta un impago del 5% de tal pasivo exigible. Tal cuantía, es su aspecto relativo, impide tener tal falta de pago por el general sobreseimiento de pago exigido en el art. 2.4.1º LC.
Pero además de tal criterio cuantitativo, concurre una segunda circunstancia de valoración, derivada de un dato subjetivo. De esos 19.501.499€ impagados, 16.658.516€ lo son con entidades bancarias, si además se tiene presente que los 2.721.234€, derivados de proveedores, restantes se encontraban sometidos a controversia judicial, y que la principal ha terminado, Cosmani SL, ha de concluirse que de lo impagado, más del 90% lo es solo con entidades bancarias. Por tanto, la deuda impagada a la fecha de presentación de la solicitud de concurso lo es con una categoría determinada y específica de acreedores, no con la generalidad de los mismos.
Cuando el art. 2.4.1º LC fija como hecho revelador de la insolvencia el sobreseimiento general de pago, lo referencia en todo caso a la masa general de acreedores del deudor común, y frente a ello, como excepción que delimita el alcance de ese hecho, únicamente concurre hecho revelador cuando tal impago se presenta para algunos acreedores específicos que precisamente individualiza el art. 2.4.4º LC, esto es, impagos generalizados de obligaciones tributarias, de Seguridad Social o laborales, no otras, ni en particular las bancarias. Por tanto, cuando el impago únicamente afecta a una categoría determinada de acreedores distintos de los individualizados en el art. 2.4.4º LC, acreedores cuyo impago no es superior al 5% del pasivo exigible, no es posible sostener la generalidad en el sobreseimiento de pago, recogida en el art. 2.4.1º LC.
Además, ninguno de tales acreedores pertenecientes a tal grupo afectado ha procedido a reclamación, ni ha dado por vencido el derecho de crédito en cuestión, manteniendo por tanto la prórroga tácita en las operaciones de financiación. Incluso al contrario, en sus comunicaciones algunas de tales entidades indican que tal deuda se encuentra en renegociación, y así, en fecha de 30 de abril de 2008 Caixa Penedes y Caja Castilla-La Mancha informan que está estudiando la renovación de póliza de crédito, y por su parte, la entidad Ahorro Corporación Financiera SV SA comunica en fecha de 28 de

mayo de 2008 que se esta produciendo un estudio para renegociación de la deuda mantenida con AISA respecto a las entidades sujetas al crédito bancario sindicado de fecha 2 de agosto de 2006, copia del mismo con designa de tales entidades en el tomo V. El hecho de tal negociación de nuevas condiciones y de ausencia no sólo de reclamaciones, sino del ejercicio de dar por resuelto el contrato de financiación, se confirma en el propio informe de auditoria de BDO, apartado nº 9 pf. 2º, al final del tomo III. ":AJM-5 Barcelona 25.06.2008 (Concurso 205/2008)

2. La mera existencia de procedimientos judiciales por créditos controvertidos no implica sobreseimiento

JM-2 Madrid

"Pues bien, ni éste último crédito virtual ni ninguno de los anteriormente relacionados permite afirmar con solvencia que Tenfa, SL haya podido incurrir en sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones, y ello aún en la hipótesis de que no hubiera recaído sentencia alguna en el aludido período intermedio ni se hubieran llevado a cabo consignaciones judiciales. Pues, en efecto, la negativa de una persona al cumplimiento de una reclamación cualquiera que otra persona pueda formularle no constituye conducta de significación unívoca ni necesariamente denotativa de morosidad, pudiendo, con iguales o mayores probabilidades de acierto, revelar la existencia de profundas discrepancias entre los contendientes en torno a la existencia, certeza y exigibilidad del derecho de crédito que se reclama, especialmente cuando, como sucede en el caso, se dan las siguientes circunstancias: 1.-Se trata de controversias que se están dirimiendo judicialmente; 2.-Atendida la envergadura de la empresa Tenfa, SL, puesta de relieve por su volumen de facturación, el número de litigios que Dainur, SL invoca como fundamento de su pretensión no puede considerarse ni significativo ni alarmante en comparación con el volumen ordinario de litigiosidad que suelen soportar otras empresas de similares características, y, finalmente, 3.-La contabilidad de la demandada revela la constante realización de pagos a muy diversos acreedores de cuantía igual o superior a la de los créditos que son objeto de las demandas mencionadas. (…) A la vista de tales circunstancias, y, si tenemos en cuenta que se trata de créditos que Tenfa, SL no reconoce por el momento, bien en lo relativo a su misma existencia, bien en lo concerniente a su cuantía (lo que, cuando menos, les restaría liquidez y exigibilidad inmediata), damos aquí por reproducidas las reflexiones efectuadas en el numeral anterior en la medida en que, existiendo controversia al respecto (controversia que ni siquiera ha sido judicialmente concretada en los casos que ahora examinamos), la decisión de la sociedad de posponer el pago a la comprobación aludida y al resultado de la investigación criminal constituye un tipo de determinación que, aunque de oportunidad o validez sin duda discutible, no puede decirse que carezca por completo de fundamento, por cuyo motivo no cabe atribuir al impago provisional que es consecuencia de tal decisión el alcance que la solicitante pretende al considerarlo como síntoma del sobreseimiento, y mucho menos de un sobreseimiento que, a tenor del art. 2-4, 1º LC, ha de tener el carácter de «general».": Auto JM-2 Madrid 29.11.2005 (AC 2005/1970)

3. Caso de sobreseimiento en el pago de obligaciones no dinerarias

AP Madrid

"QUINTO.- El pago, según el artículo 1157 del C Civil, no solo consiste en dar al acreedor el dinero adeudado sino que comprende la entrega de la cosa debida o la realización de la prestación que corresponda. De manera que lo característico del sobreseimiento generalizado al que se refiere el nº 4.1º del artículo 2 de la LC es que el deudor se halle en una situación en la que, con independencia de la causa que lo motive, no pueda atender por medios normales el cumplimiento de sus obligaciones (pecuniarias o de la naturaleza que fuesen) frente a una pluralidad de acreedores insatisfechos.
SEXTO.- La existencia de tal sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la recurrente AIR MADRID LÍNEAS AÉREAS SA al tiempo en que el concurso fue solicitado resulta de hechos tan evidentes como: 1º) el comunicado público de la propia compañía aérea anunciando que suspendía su actividad y remitía la relación de pasajeros afectados a la Dirección General de Aviación Civil para que ésta adoptase las medidas que considerase convenientes, lo que significa que dejó de cumplir con una pluralidad de clientes, que habían pagado sus billetes, la prestación de transporte con ellos comprometida (para con unos ya antes de la fecha de la referida solicitud de concurso y para con algunos otros después); y 2º) la prueba aportada en esta segunda instancia de la que resulta que a 18 de diciembre de 2006 dicha empresa aérea ya tenía cuantiosísimas deudas vencidas y pendientes de pago con diversas entidades, clientes y proveedores suyos, tales como AIRCRAFT INTERIOR REFURBISCHMENT ESPAÑA SL, CEPSA, LSG SKY CHEFS ESPAÑA SA, REPSOL Y EL CORTE INGLÉS.
Si la propia AIR MADRID LÍNEAS AÉREAS SA reconoció públicamente, mediante el citado comunicado y las intervenciones en la prensa de sus representantes, con anterioridad a que se solicitase su concurso, que se hallaba ante *"una imposibilidad absoluta de desarrollar con la normalidad requerida su actividad"* y estaba sumida "*en una gravísima crisis de todo orden, que le impide desarrollar su actividad"*, anunciando simultáneamente que no iba a realizar los vuelos previstos y dejando la suerte de cientos de pasajeros en manos de la administración pública, no tiene sentido que niegue ahora haber incurrido entonces en el sobreseimiento a que se refiere la LC, pues todo indica que atravesaba una situación que le imposibilitaba atender por sí misma, ya fuese de modo temporal o definitivo (en cualquier caso no de manera puntual o

aislada), el regular cumplimiento de las obligaciones contraídas al no ser ni tan siquiera posible el normal funcionamiento de la entidad.": Auto AP Madrid 08.05.2008 (Rollo 305/2007)

4. Irrelevancia de la causa del sobreseimiento

AP Madrid

"SÉPTIMO.- Para el derecho concursal español lo relevante es que el deudor no pueda cumplir de modo regular sus obligaciones, con independencia de la razón que lo motive y, por tanto, de que ello se deba o no a causa que le resulte imputable a aquél. Por lo que no suponía impedimento para la solicitud de concurso necesario que hubiesen mediado actuaciones administrativas que, según la recurrente, hubieran podido influir en la decisión de AIR MADRID LÍNEAS AÉREAS SA de no atender sus compromisos con los viajeros. Bastaba el hecho mismo de que la entidad los hubiese incumplido de modo generalizado (no es preciso que fuese total), como así ocurrió, para que pudiera afirmarse que la apelante no podía atender con normalidad la realización de las prestaciones comprometidas con los pasajeros, al margen del resto de obligaciones pecuniarias que luego se ha podido constatar que, en cuantía relevante, también tenía ya pendientes de pago. Concurría con ello el hecho externo revelador de insolvencia previsto en el artículo 2.4.1º de la LC, que es lo que el acreedor podía conocer, siendo a partir de ahí problema del deudor, porque así lo prevé el artículo 18.2 de la LC, el demostrar que era realmente solvente, sobre lo que en este recurso nada se ha argumentado.
El hecho de que la Dirección General de Aviación Civil haya podido tener que atender a los pasajeros no significa que AIR MADRID LÍNEAS AÉREAS SA haya cumplido con éstos y no impide que puedan ejercitar las acciones que les incumban por la insatisfacción de sus derechos. Precisamente el fundamento de esa ejecución subsidiaria, como con corrección se reseñaba en la resolución recurrida, era el incumplimiento de AIR MADRID para con sus pasajeros, estando sujeta aquélla a disponibilidad y a criterios de preferencia que suponía primar los viajes de retorno y las situaciones de urgencia o necesidad. Poco tiene que ver esto con el regular cumplimento de sus obligaciones que aduce la recurrente.": Auto AP Madrid 08.05.2008 (Rollo 305/2007)

5. Sobreseimiento probado

AP Alava

"Pero además concurre uno de los indicios que dispone el art. 2.4 LC, en particular el art. 2.4.1º LC, el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones del deudor, pues al infructuoso procedimiento de ejecución instado por la solicitante, se une la existencia de anotación de embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social de 11.794 #, Seguriber Compañía de Seguros Generales S.L, de 9.992,02 # y Prodher TV S.A. por 91.350 #. Aunque las cuantías son reducidas, la existencia de varios embargos muestra la imposibilidad de atender, siquiera, a estos importes, propiciando las trabas que constan en el Registro de la Propiedad. Hay, por ello, un sobreseimiento generalizado de las obligaciones del deudor.
Queda acreditada, en conclusión, la concurrencia de hasta dos razones para declarar el concurso necesario conforme al art. 2.4 y 2.4.1º LC.(...)
TERCERO.-Sobre el sobreseimiento general de las obligaciones del deudor
Pero como el auto recurrido se sostiene esencialmente en que no hay sobreseimiento generalizado de las obligaciones que permita aplicar el art. 2.4.1º LC, se analizará también la cuestión sucintamente. Consta que no se ha abonado el crédito de la empresa solicitante del concurso necesario pese a la ejecución de la obra, el reconocimiento de deuda, la sentencia condenatoria, la ejecutoria y la solicitud de concurso necesario, ya que no se consignó el importe reclamado por dispone el art. 19.2 LC. También hay prueba de embargos anotados por la TGSS, una empresa de seguros y otra de televisión.
Frente a tal dato, se dice que la deudora ha acreditado la refinanciación de su deuda con las entidades financieras. Lo que consta al respecto es la información registral facilitada, que evidencia la constitución de varias hipotecas sobre la finca de El Ciego que constituye su elemento patrimonial más sustancioso, todas de 2008 y 2009, y novadas en 2010 (información registral en folios 95 y ss del tomo I de los autos). La pretendida refinanciación no ha impedido que la deuda de ACCIONA no fuera satisfecha, ni que otros acreedores se hayan visto obligados a acudir a los tribunales para obtener embargos. Las entidades financieras han conseguido importantes garantías reales para garantizar sus propios créditos, pero no consta que la denominada refinanciación haya permitido afrontar las demás deudas de la empresa.
Respecto a que se mantiene actividad empresarial y se abonan entre enero y abril de 2010 a acreedores por valor de 80.159,65 #, debe oponerse que no dispone la bodega de bienes para afrontar los créditos de los acreedores que han inscrito embargos, que no hizo manifestación de bienes que evidencien la actividad, y que no tiene una sola cuenta bancaria con algún saldo apreciable. Los pagos, por lo tanto, pueden haberse producido, quizá por entregas de terceros integrantes del grupo empresarial. Pero en el momento de la solicitud la deudora carece de saldo o crédito para abonar sus deudas pendientes, algunas tan modestas como las de la TGSS.
En cuanto a la existencia de un inmovilizado de 5.750.451,25 # o existencias de vino y barrica por valor de 2.909.664,10 #, no ha sido la deudora capaz de obtener con tal respaldo el crédito suficiente para abonar a los acreedores. La circunstancia de que Prodher TV S.A. haya desistido del concurso necesario que instó pone de manifiesto que las quejas de los acreedores parecen serias si ha habido hasta dos solicitudes de concurso. No hay constancia de las razones del desistimiento, mientras que persiste el embargo, por lo que

no cabe sostener en este indicio que haya prueba de la falta de sobreseimiento general de las obligaciones del deudor.
En definitiva, la falta de saldos bancarios, de bienes libres para garantizar los pagos, la multiplicidad de embargos, junto al crédito tan largamente reclamado de la solicitante ponen de manifiesto el sobreseimiento general de las obligaciones a que alude el art. 2.4.1º LC, como ya dijimos en nuestro AAP Álava, Secc. 1ª, de 15 de febrero de 2011, Rec. 528-2010, o señaló el AAP Barcelona, Secc. 15ª, de 27 de enero de 2006, AC 2009\\ 176685, en tanto que, como señala el art. 2.2 LC, no puede la sociedad cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. La SAP Madrid, Secc. 28ª, de 18 de noviembre de 2008, AC 2009 \\ 67, lo expresa con notable claridad: " como ha señalado la doctrina especializada a propósito de la interpretación del Art. 2-2 de la Ley Concursal, es indiferente la causa de la imposibilidad de cumplir: es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio suficiente, por falta de liquidez y, a la postre, por falta de crédito ".
No hay regularidad en los pagos, en el sentido que dispone el art. 2.2 LC, si ha habido dos solicitudes recientes de concurso necesario, no se consigna en la presente conforme al art. 19.2 LC, si se abonan 80.000 # pero se adeudan más de cinco millones, si no se dispone de cuentas bancarias con las que operar que tengan algún saldo y si varios acreedores han tenido que optar por garantizar su crédito con hipotecas o perseguir el pago obteniendo embargos. Lo que se aprecia, por el contrario, es la imposibilidad de verificar tales pagos, es decir, de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, lo que supone constatar la situación de insolvencia que describe el art. 2.2 LC y que es presupuesto objetivo para la declaración de concurso conforme al art. 2.1, en relación con el 2.4.1º LC. En definitiva, hay razones suficientes para apreciar el sobreseimiento generalizado lo que abunda, junto al motivo anterior, en la situación de insolvencia que justifica la estimación del recurso.”: AAP Alava (Sección 1) 30.03.2012 (Auto 44/2012; Rollo 65/2012)

AP Alicante

“TERCERO.- Así las cosas, hemos de partir de que la solicitud de declaración de concurso se basaba en la concurrencia del hecho indiciario de la insolvencia previsto en el artículo 2.4.1º de la Ley Concursal, esto es, el sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones. De la prueba practicada llegamos a la conclusión de que concurre este hecho revelador de la insolvencia del deudor:
En primer lugar, el deudor reconoce que, como máximo, adeuda al acreedor instante la suma de 86.313,92.- #.
En segundo lugar, en el informe aportado como documento número 20 de la solicitud consta que en el RAI constan siete impagados por un importe conjunto de 58.024,43.- #.
En tercer lugar, en el informe aportado como documento número 22, de fecha posterior y, aportado por el instante en el acto de la vista, consta que en el RAI se ha elevado el número de impagados a 15 y la suma adeudada se eleva a 135.005,62.- #.
En cuarto lugar, pudo el deudor haber probado la inexactitud de los datos suministrador por el RAI de conformidad con el principio de facilidad y de accesibilidad a la fuente de la prueba (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, sin embargo, no ha practicado ninguna prueba dirigida a ese fin.
En quinto lugar, en las cuentas anuales del ejercicio 2009 consta que el pasivo corriente (463.794,04.- #) es superior al activo corriente (335.871,56.- #), lo que le pone en una situación de dificultad para poder atender puntualmente las deudas de próximo vencimiento.
En sexto lugar, el deudor ha sufrido unas pérdidas en el ejercicio 2009 que se elevan a 74.289,08.- #. Todas las circunstancias que se acaban de reseñar permiten concluir que concurre en nuestro caso la situación de sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada”: AAP Alicante (Sección 8) 24.11.2011 (Auto 211/2011; Rollo 588/2011)

AP Barcelona

“II. Conforme al art. 2.1 LC, para que un deudor pueda ser declarado en concurso debe ser común, de una pluralidad de acreedores, y ha de ser insolvente. El art. 2.2 LC aclara que un deudor se encuentra en estado de insolvencia cuando “*no puedecumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”. Para facilitar la petición de concurso necesario, en este caso a instancia de un acreedor, y en concreto la acredita-ción de la insolvencia, el art. 2.4 LC enumera una serie de hechos reveladores de la insolvencia, de modo que en principio basta invocar alguno de ellos para justifi-carla. En este caso, el instante del concurso acreditó su condición de acreedor, mediante la aportación de cuatro pagarés, e invocó como hecho revelador de la insolvencia que el deudor había incurrido en el sobreseimiento general en los pagos y la existencia de embargos. Como el demandado ha negado estos hechos, además de afirmar su solvencia, correspondía la acreditación de aquellos hechos a la actora.
La actora, para justificar el sobreseimiento ha aportado dos informes mercanti-les (documentos 10 y 11), la publicación en el BOP de Barcelona de los embargos sobre bienes del concursado (documentos 13-18), así como notas simples del Registro de la Propiedad correspondientes a tres fincas titularidad del concursado, en la que aparecen embargos. Aunque Serveis i Construccions Terrassa SA ha acre-ditado que alguno de estos embargos ha sido levantado, como es el caso del trabado en la ejecución laboral (ff. 34-36), el resto siguen constando como gravámenes de dichas fincas. Si a ello unimos que la propia deudora reconoció que estaba inactiva y en proceso de disolución no formalizado, y que los únicos bienes aducidos son inmuebles, que se

encuentran muy gravados, como lo demuestran las reseñadas notas registrales, es posible concluir que el impago del crédito del instante es con-secuencia de un sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones, con inde-pendencia de que, una vez cesado en su actividad, estas deudas no sean muchas y algunas gocen de garantía real. Y cuando menos, lo que resulta indudable, es la exis-tencia de embargos sobre los bienes que aparecen bajo la titularidad del deudor, cumpliéndose así los hechos reveladores invocados y previstos en el art. 2.4.1º y 2º LC. ": AAP Barcelona (Sección 15) 19.05.2008 (Rollo 117/2008)

AP Castellón

"2. Con arreglo a lo que dispone el art. 2.1 LC, la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del deudor común, a cuyo respecto precisa o, más bien, define el art. 2.2 LC que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Cuando, como es el caso, la solicitud de declaración de concurso la presentan acreedores, deben fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de determinados hechos, como pueden ser la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, o el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades (art. 2.4 LC).
Esta Sección ha dicho en Autos de 15 de noviembre de 2010 y 8 de abril de 2011 que el sobreseimiento en los pagos que fundamenta el concurso (art. 2.4.1 LC) "es preciso que sea definitivo y completo, lo que exige un esfuerzo adicional en la parte que se ampara en su existencia a la mera referencia genérica a la existencia de otros acreedores. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 27 de enero de 2006, expresa que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo, desprendiéndose además de esta resolución como no basta una mera referencia a un sobreseimiento general en los pagos y como debe exteriorizarse la forma en que se alcanza la convicción de su presencia".
3. Partiendo de lo que acaba de exponerse, las mercantiles solicitantes acreditan suficientemente su condición de acreedoras de la recurrente, lo que viene a reconocer ésta en su escrito al alegar que por la cobertura del seguro de crédito Crédito y Caución SA ha satisfecho parte de los que ostentan. Concurre, por lo tanto, el presupuesto subjetivo consistente en la condición de acreedoras de aquéllas, así como el objetivo relativo al sobreseimiento en los pagos.
En el escrito de recurso viene la concursada a relativizar, minimizándola, la importancia de las deudas con las peticionarias, en relación con el volumen de negocio de Frigoríficos del Maestrazgo SL. Sin embargo, coincidimos con el resolvente de primer grado en que los créditos de más de 40.000 euros, más de 37.000 euros y superiores a 91.000 euros que ostentan frente a ella, respectivamente Agroalimentaria de Teruel SA, Masía Nolle SL e Integraciones Ganaderas Valencia, S.A., son de suficiente importancia para fundar la petición, a lo que cabe añadir los reflejados en la documentación acompañada a la petición.
Carece de virtualidad el alegato de que buena parte de dichas cantidades ha sido abonada a las acreedoras por la aseguradora de sus créditos. En primer lugar, porque si se entiende que ésta ha quedado subrogada en la posición acreedora por el importe satisfecho a las empresas aseguradas (arts. 43 y 72 LCS) lo único que sucedería es que, siendo las mismas las cuantías adeudadas, a dichas mercantiles se sumaría como acreedor la aseguradora que ha atendido los respectivos siniestros. En segundo término porque, como ha dicho este tribunal en varias resoluciones, el artículo 72.3 de la Ley de Contrato de Seguro obliga al asegurado a " ceder al asegurador, cuando éste lo solicite, el crédito que tenga contra el deudor una vez satisfecha la indemnización ". Es la aplicación a este concreto seguro de lo dispuesto en el artículo 43 LCS, que recoge este deber de colaboración del asegurado, con la finalidad de facilitar la subrogación del asegurador en la indemnización satisfecha frente al tercero responsable del siniestro; este principio de subrogación tiene su ámbito natural en todos los seguros de daños. Y en el presente caso ignoramos si se ha producido la cesión de crédito, por cuanto no consta la existencia de la solicitud en tal sentido por parte de Crédito y Caución, a lo que cabe añadir que lo percibido por las aseguradas solicitantes del concurso y acreedoras de la recurrente fue con carácter provisional y a cuenta de la indemnización definitiva (art. 70 in fine LCS), que no consta haya sido pagada. Por lo tanto, admitiendo el pago de parte de la deuda por la aseguradora, no se sabe si el pago ha sido en concepto de liquidación provisional (art 70 LCS), o como resto pendiente de porcentaje pactado de la pérdida final (art. 71 LCS), sin que pueda afirmarse que se haya producido la subrogación de la aseguradora en los derechos de las mercantiles apeladas (Sentencias núm. 2 de 10/1/2003, núm. 51 de 3/2/2005, núm. 122 de 10/3/2006).
4. A los hechos a que acaba de hacerse referencia y, aun teniendo en cuenta que con arreglo al art. 2.4 LC, basta la concurrencia de alguno de los hechos que enumera (título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago o, en su defecto, sobreseimiento general en el pago, o embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, o bien el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes por el deudor, o, en los tres meses previos a la solicitud, el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, pago de cuotas de la Seguridad Social, etc), se suma el incumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, por más que lo cuestione la mercantil concursada.

En tal sentido, y aun admitiendo que de la documentación aportada a los autos no resulta que el incumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social date de los tres meses previos a la presentación de la solicitud, sí se acredita la existencia de deudas de tal clase derivadas obviamente de incumplimientos, y por cuantías de importancias.
Así, atendiendo al contenido de la sección primera del procedimiento, a los folios 231 y ss informa el día 1 de marzo de 2011 la Tesorería General de la Seguridad Social la existencia de una deuda de 105.424,14 euros; la Agencia Tributaria el día 14 de marzo de 2011 ilustra sobre la pendencia de deudas tributarias por IVA y retenciones de IRPF, así como el impago de sanciones por un importe de 37.832,39 y a fecha 7 de abril de 2011 informa la Consellería de Economía la pendencia del ingreso de liquidaciones tributarias por 24.182,98 euros.
Con independencia de la fecha del devengo y de que varias de las partidas que integran el total adeudado por estos conceptos datan de fecha posterior a la presentación de la solicitud, lo que por lo menos sugiere que no ha mejorado la solvencia de la recurrente, se trata de cantidades de importancia que abundan en la situación objetiva de la insolvencia que ha dado lugar a la declaración de concurso.”: AAP Castellón (Sección 3) 10.01.2014 (Auto 6/2014; Rollo 408/2013)

AP Ciudad Real

“Pero yendo ya a el núcleo del recurso, tampoco puede dársele la razón al recurrente; es decir, cuando se presenta la solicitud por el acreedor "Obras Losemer, S.L.U", el 28 de Noviembre de 2008, el apelante ya se encontraba en la situación invocada en la demanda de la mercantil citada, esto es el hecho 1º del art. 2.4. LC. No es ya el reconocimiento que por el administrador del apelante se hace en el acto de la vista respecto a los créditos que reclama Obras Losemer, Pavimentos Conejero, S.L. ó Yesos Hilario, S.L. El hecho revelador especialmente significativo del sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones deviene del reconocimiento que expresa y explícitamente resulta del "convenio" depositado por el ahora recurrente en la Notaría de Pedro Muñoz, en el que, a fecha 31 de Octubre de 2008 -esto es, un mes antes de la demanda - reconoce la existencia de 654 acreedores a quienes debe, a dicha fecha, un total de 19.145.734,40 #. Acreedores que, con los administradores del concurso ascienden a 928 por una deuda de, además de la reconocida por la apelante, otros 11.113.418,39 #. Esto ya excusa, por ejemplo de citar lo que resulta del RAI a fecha 26 de Noviembre de 2008, que informa de unos impagos registrados de 335, por importe de 2.231.229,21 # -que traducido a las antiguas pesetas suponen 371.245.303,33 millones -, que eso, sí, a 27 de Abril superan ya los 7.629.012,94 #.
El convenio que se ha citado y que se deposita en una Notaría de Pedro Muñoz por el apelante, evidencia de forma palmaria que el deudor se encuentra negociando con sus acreedores una propuesta anticipada; es el convenio al que precisamente se refiere el art. 5.3 LC, introducido por el número uno del art. 10 del R.D. Ley 3/2009, de 27 de Marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal (BOE 31 Marzo) con vigencia desde el 1 de Abril de 2009; precepto con el que "El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente".
Artículo, el trascrito que supone una excepción al deber de presentar la declaración de concurso y opera respecto del deudor que se encuentra en insolvencia actual, no en situación de insolvencia inminente prevista en el art. 2.3 LC. En el caso, insolvencia actual, a fecha 31 de Octubre de 2008, y que deviene del sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, admitido y reconocido por el recurrente con ese documento, del que se colige la imposibilidad absoluta de pagar a los 654 acreedores que relaciona y a la fecha referida, Octubre 2008, antes, por tanto, de la presentación de la demanda inicial. ”: AAP Ciudad Real (Sección 2) 28.05.2010 (Auto 69/2010; Rollo 1/2010)

AP Madrid

“Además, como ya se ha indicado, de lo expuesto se constata el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones por parte de los deudores que ha dado lugar a que se promuevan contra ellos hasta 19 procesos judiciales, como resulta de las anotaciones practicadas (artículo 2.4.1º de la Ley Concursal), lo que también evidencia el embargo generalizado de sus bienes por ejecuciones pendientes, pues consta que, al menos, algunos de dichos procesos lo son por ejecución de títulos no judiciales (artículo 2.4.2º de la Ley Concursal).
Acreditada la concurrencia, al menos, de los hechos externos de la insolvencia antes analizados sin que los deudores hayan acreditado su solvencia, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por doñaEstefanía.”: ”: AAP Madrid (sección 28) 27.03.2008 (JUR 2008/151496)

“TERCERO.- Debemos precisar que, en nuestra opinión, al tiempo de instarse el concurso, en el mes de noviembre de 2008, la entidad NOZAR SA había incurrido en el sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones, incumpliéndolas a medida que vencían y resultaban exigibles. Así lo entendemos puesto que se le había acumulado, según constaba en el registro de morosos RAI, un descubierto por efectos mercantiles no atendidos a su vencimiento por importe superior a los 800.000 euros (824.460,40) y además la

deuda vencida con las entidades financiaras rebasaba entonces los 115 millones de euros (en concreto, 115.265.405), según se admitió por el testigo Sr. Ruiz Labordette, director financiero de NOZAR SA. Son datos de suficiente relevancia como para apreciar que al tiempo de presentarse la solicitud de concurso la entidad NOZAR SA estaba incursa en un sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones, al que se refiere el nº 4.1º del artículo 2 de la LC, pues atravesaba una situación en la que, con independencia de la causa que lo motivase, ya fuese de modo temporal o definitivo (en cualquier caso no de manera puntual o aislada), no estaba atendiendo sus obligaciones frente a una pluralidad de acreedores que tenían pendiente la satisfacción de sus derechos (en este caso, sus proveedores y las entidades financieras).
CUARTO.- No podemos aceptar la argumentación merced a la que NOZAR SA pretendía restar relevancia a dichas cifras, tratando de diluir su significado, pues para ello ha intentado tomar como referencia unos términos inadecuados en sede concursal, como ocurre con los empleados en el informe emitido a su instancia por el perito Sr. Laínez (ACIF). No se pueden obtener conclusiones válidas, a efectos de determinar la relevancia del sobreseimiento sobre deuda exigible (que es lo que contempla la LC), si se efectúan comparaciones, como se hace en dicho dictamen, entre: a) el volumen efectivo de impagados bancarios a noviembre de 2008 y la deuda total con bancos e instituciones de crédito reflejada en las cuentas del año 2007, pues ésta, además de referirse a un momento pretérito, el de cierre de ese ejercicio y no el ulterior en casi un año en el que se pidió el concurso, incluiría tanto la vencida como la no vencida, cuando sólo la primera nos interesaría como término de comparación; y b) el impago constatado de efectos comerciales a noviembre de 2008 con la deuda a acreedores comerciales reseñada en las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2007, pues también aquí se estaría jugando con partidas no homogéneas y momentos temporales diferentes (casi distantes en un año) que no nos permiten el cálculo porcentual que se nos pretende presentar si éste ha de ir referido al momento de solicitud del concurso y a la deuda que entonces resultase exigible, no al volumen total de aquélla. Entendemos que, muy probablemente, el porcentaje del sobreseimiento debería ser mucho más alto que el que pretende presentarnos NOZAR SA (5 % y 0,1 %, respectivamente), puesto que lo que habría que cotejar, si verdaderamente se quisiera evidenciar la relevancia porcentual del sobreseimiento, sería la entidad de lo incumplido en relación con lo que estaba vencido al tiempo de solicitarse el concurso. De ahí que los cálculos que presenta la deudora no nos resulten más fiables que los que apunta la solicitante, que eleva las referencias hasta el 20 % e incluso razona que el porcentaje podrían subir muy por encima de éste.
La parte solicitante cumplió con la carga que le incumbía, es decir, la de acreditar la concurrencia del hecho externo que, a tenor de lo alegado en su solicitud, operaba como indicio o manifestación externa de insolvencia con apoyo en el artículo 2.4 de la LC; en concreto, que la deudora había incurrido en un sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones con sus acreedores comerciales y financieros. Basta con que lo fuese de modo generalizado, sin que resultase preciso que se comprobase que fuese de modo absoluto; y así lo apreciamos puesto que el impago de deuda vencida afectaba a una pluralidad más que significativa de aquéllos y por un montante que suponía una cuantía bastante elevada.": AAP Madrid (Sección 28) 28.06.2010 (Rollo 348/2009)

AP Murcia

"TERCERO.- Idéntica suerte desestimatoria cabe atribuir también al siguiente motivo de controversia planteado en esta alzada, referido a la inexistencia del estado de insolvencia de la recurrente.
Y es lo cierto que ese estado de insolvencia, fundado en el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, encuentra adecuado fundamento en las pruebas practicadas.
Obsérvese que, ya inicialmente, el contenido de la comentada escritura de constitución de hipoteca unilateral aportada con la demanda es expresión del reconocimiento de la deudora de ese estado de insolvencia, dada la imposibilidad que tiene de hacer frente al pago de sus deudas en un plazo inferior a veinte años, y bastaría por sí misma para otorgar viabilidad al presupuesto objetivo de insolvencia que prevé el artículo 2 de la Ley Concursal.
Pero es que además, y como de manera puntual se menciona en la resolución apelada, el estado contable de dicha mercantil, deducible de la documentación por ella aportada, y en concreto las cifras correspondientes al pasivo, fondos propios, capital circulante y pérdidas de los últimos ejercicios (años 2002 y 2003), detalladamente reflejadas en el auto de instancia, permiten al Tribunal obtener la conclusión sobre la ausencia total de actividad económica de la sociedad, el elevado nivel de endeudamiento y la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones.
Estos datos constituyen sólidos indicios determinantes y sustentadores de la insolvencia de la mercantil "Interkatian S.L." y, por tanto, de la concurrencia del comentado presupuesto objetivo cuestionado sin éxito por la recurrente en esta alzada.": Auto AP Murcia 31.05.2005 (Rollo 120/2005)

AP Zaragoza

"PRIMERO Mediante una secuencia de argumentos de distinta progenie la recurrente pretende que por este Tribunal se admita su solicitud de concurso necesario respecto de la sociedad Aragonesa de Proyectos Urbanísticos, 2.003, S.L. que, según se ha podido constatar por la documental, testificales e interrogatorio del representante de la sociedad liquidadora, se encuentra endeudada y en trance de liquidación.
SEGUNDO Con ocasión de dos reuniones celebradas a instancia de la sociedad cuya declaración en concurso se solicita, por ésta, a través de sus letrados, se solicitó una colaboración a sus acreedores que mostraba con

claridad su situación patrimonial de no poder cumplir regular y puntualmente sus obligaciones pendientes. En este sentido, ofreció un compromiso de pago con pocas garantías de cumplimiento.
En coherencia con esta situación de desarreglo patrimonial, que no ha sido desmentida por su representante legal el Sr.Luis Francisco, éste afirmó en la vista que la sociedad no está realizando trabajo alguno y que no tiene bienes inmuebles, para afirmar, sin más refrendo que su palabra, que puede pagar de mil maneras.
En franca contradicción con la declaración anterior, sorprendentemente la sociedad en su oposición afirmó dedicarse, en la actualidad, a la reforma de edificios y viviendas y encontrarse en una situación de iliquidez transitoria. Tampoco se compadece con esta declaración que luce en el texto de la oposición la circunstancia no menor siguiente. Consta en los autos una certificación registral que da noticia de que el pasado 29 de mayo de 2.008 la junta adoptó el acuerdo unánime de disolver la sociedad. Asimismo, el documento público referido consigna que no resulta del registro el inventario y la memoria presentada junto con el acuerdo de disolución. También se refiere que no figuran depositadas las cuentas anuales del ejercicio 2.007, por no haber sido presentadas en el Registro Mercantil de Zaragoza.
Esta situación ha impulsado al acreedor, Sr.Daniel, y antes a otros, a solicitar el concurso de su deudor común.
TERCERO Pues bien, a juicio de esta Sala la garantía que para el común de los acreedores supone la declaración en concurso solicitada ocasionará, en su caso, que la realización de los activos sociales, muebles y créditos pendientes de cobro, según refirió Don.Luis Francisco, sea conforme al principio par conditio creditorum o de igualdad de derechos de los acreedores en la satisfacción efectiva de sus créditos. Es decir, parece lógico dar preferencia a una liquidación ordenada bajo los principios concursales dada la situación económica advertida, frente a la liquidación arbitraria de la sociedad que sólo puede ocasionar desigualdades de trato entre los acreedores. Desconocemos el acceso al crédito que pueda tener la sociedad, pero con la información disponible en este instante el procedimiento debe iniciarse por encontrarnos ante una situación de endeudamiento cuyos efectos en punto al pago de obligaciones pendientes son evidentes.”: AAP Zaragoza (sección 5) 31.03.2009 (JUR 2009\232251)

“CUARTO.- Por lo que se refiere al sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones.
Para juzgar sobre la concurrencia de este "hecho revelador de la insolvencia", debemos atender, primeramente, a qué se entiende por "sobreseimiento general en los pagos", para lo que, como ya hemos indicado en otra ocasión (AAP Zaragoza, 5ª, nº 499/2007) podemos servirnos de la jurisprudencia anterior que interpretó el sobreseimiento general en los pagos del art. 876.II Ccom, como presupuesto objetivo de la quiebra, jurisprudencia que resume el AAP Barcelona, 15ª,de 19-6-2009:
"Respecto del carácter general de la cesación en los pagos se afirman dos extremos: no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; y no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual SSTS de 29 de diciembre de 1927, 18 de octubre de 1985, 7 de octubre de 1989, 10 de marzo de 1990, si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo (STS de 18 de abril de 1929); o total (STS de 4 de julio de 1968). En resumen, tal y como sintetizó la STS de 27 de febrero de 1965, podemos concluir que el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo"
El promotor sí ha acreditado la existencia de tres ejecuciones seguidas contra el deudor (nº 1190 JPI nº 9 Zaragoza; nº 2054/2008, JPI nº 7 Zaragoza, y nº 730/2009, JPI Jaca), así como un saldo deudor en una tarjeta de crédito, aparte de los propios créditos que ostenta contra la deudora, y frente a ello ésta se ha limitado a aportar certificados que acreditan que se hallaba al corriente en sus pagos con la Administración Tributaria (certificado de fecha 3-3-2010 al folio 555), y con la Tesorería General de la Seguridad Socia (certificado de fecha 2-3-2010, al folio 245), lo que en modo alguno implica dato que oponer a la afirmación de cesación en el pago, pues, como razona la recurrente, no obedecen a la realización de pagos, sino a la inexistencia de deudas con las administraciones tributaria y de la tesorería de la seguridad social debida a la total falta de actividad económica.
En definitiva, de lo actuado resulta que la totalidad de las deudas de las que se tiene noticia han sido impagadas por la deudora. En tales circunstancias, esta Sala entiende que existen elementos de prueba bastantes para que quepa concluir que la deudora ha cesado en forma general en los pagos en forma tal que revela la insolvencia que sirve de presupuesto para la declaración de concurso necesario a instancia de los acreedores con arreglo a lo prevenido en el art. 2.4 LC. ”: AAP Zaragoza (Sección 5) 28.01.2011 (Auto 53/2011; Rollo 4/2011)

JM-2 Bilbao

“De entre los hechos relevantes de preceptiva manifestación, que pertenecen a la técnica del canon de indicios, operativos como lista taxativa o "numerus clausus" (art. 2.4 LECO), ha seleccionado la parte solicitante el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor (art. 2.4.1º LECO), del que la insolvencia resulta una presunción legal (cfr.: arts. 217.5 y 385.1 LEC).
En las presunciones legales se dispensa la carga de probar el hecho-consecuencia (insolvencia), y se suple por la prueba de unos hechos-base o indicios concretos de los que aquél se induce por decisión legislativa "iuris tantum" (sobreseimiento general), por lo que se traslada la carga al deudor, como pretendiente de oposición, de negar el hecho constitutivo, bien negando la insolvencia en sí, o la realidad del indicio presentado. Pero en art. 2.4 LECO se prohíbe que el que solicita pueda alegar y probar el dato presunto sin probar el dato indiciario.

Dicho dato es un concepto acuñado tradicionalmente, y dentro de la indeterminación del calificativo "general" del sobreseimiento de pagos, tiene que declararse probado que se ha producido en el caso, ya que Aeroteam S.A. no ha atendido sus pagos corrientes en general. Si el mayor crédito del solicitante puede, al estar discutido en proceso civil eximir de considerarse su insatisfacción un sobreseimiento, no así con los de entidades financieras, como está documentado, créditos ejeutivos del BSCH, por arrendamientos financieros, reclamadas en Instancia nº 4 y nº 7 de Bilbao, por descubierto en póliza de negociación de efectos y en póliza de crédito, reclamadas en los Juzgados de Primera Instancia nos. 2 y 7, y descubiertos en cuentas por más de 15.2000 euros, al 23 de mayo de 2007; de Ipar Kutxa Caja Rural Vasca, Coop., ejecutanto en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Bilbao por deuda principal de 263.504,95 euros, o de Caixanova, con descubierto de más de 32.000 euros; y con las compañías acreedoras que han enviado a sus representantes a la vista de este proceso para testificar, Talleres Allus S.A. o Deltacad S.A., quienes han vencido en juicio, en dos instancias a Aeroteam S.L., y no han conseguido cobrar sus créditos ejecutivos, o la Sociedad de Garantía Recíproca Oiñarri, que tiene reclamada en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vitoria/Gasteiz un deuda de 441.635,01 euros.
Son más de treinta procesos del orden civil, muchos ejecutivos o de requerimiento de pago, informados en el Decanato de Bilbao, no faltando casi diez procesos del orden social abiertos.
Ninguna prueba existe sobre que exista disposición para el pago de las deudas, y resulta patente la generalidad del impago.
Debe asumirse que, desconociendo los acreedores la verdadera situación del deudor, tienen que actuar por síntomas, y no es razonable pensar que resulte más exigente la prueba del síntoma (impagos abundantes de obligaciones corrientes), que la de la patología en sí misma (insolvencia).
Los motivos por los cuales se produce el sobreseimiento, incluso si el protagonismo puede atribuirse al acreedor solicitante, tiene variedad de tratamientos jurídicos, pero no interfieren en el hecho probado." Auto JM-2 Bilbao 28.05.2007 (Concurso 70/2007)

6. Sobreseimiento no probado

AP Baleares

"TERCERO Pues bien, resulta que en el caso que nos ocupa, el sobreseimiento general de pagos alegado por la solicitante consiste, en realidad, en el impago de un pagaré de la que es tenedora que presentado para su cobro ante la entidad bancaria no fue atendido, en una supuesta situación de desbalance patrimonial y en la aparición del deudor en el fichero de morosos "RAI", datos que conforme a la doctrina expuesta y conforme a lo ya argumentando por el juez de instancia, no revelan un sobreseimiento general en los pagos, sino tan solo y a lo sumo, que el solicitante es titular de un crédito cuyo pago no ha sido atendido por la entidad domiciliataria, desconociéndose su causa, y del que ni tan siquiera se ha intentado seguir un procedimiento de ejecución singular que le permita perseguir la totalidad del patrimonio del deudor y en su caso, constatar, tras la diligencia de embargo, que su deudor carece de bienes libres bastantes para el pago.": AAP Baleares (sección 5) 27.01.2010 (JUR 2010/101507; Auto 7/2010; Rollo 537/2009)

AP Barcelona

"3. El auto apelado, que realiza un exahustivo análisis de la prueba practicada, tiene por acreditados, y no se ha rebatido, los siguientes hechos:
a) Por virtud del mencionado convenio modificativo de 29 de mayo de 2009, la deudora SOLMAR ha pagado al Ayuntamiento de LLoret de Mar la deuda exigible por importe de 2 millones de euros, sus recargos e intereses, alzándose todos los embargos trabados sobre fincas propiedad de SOLMAR, de modo que dicha promotora puede continuar las obras de construcción a que se refiere el convenio originario de octubre de 2005.
Además, se ha convenido el aplazamiento del pago de 8 millones de euros a que SOLMAR quedaba obligada por virtud del citado convenio, de modo que esta deuda no es actualmente exigible.
b) El pago de la deuda existente con la TGSS, ascendente a 75.362,52 # (certificada a f. 885), ha sido objeto de un fraccionamiento y aplazamiento en el tiempo mediante acuerdo alcanzado el 31 de agosto con la TGSS (escrito de hechos nuevos presentado el día de la vista de 7 de septiembre de 2009, y documentación acompañada).
c) Los créditos del Sr. Mateo, que motivaron varios embargos, han sido pagados mediante transacción alcanzada con dicho acreedor en fecha 9 de julio de 2009, liquidándose por 80.000 euros (se le adeudaban 188.489 #) y alzándose los embargos (escrito de hechos nuevos presentado el 24 de julio -f. 1032- y documentación acompañada).
d) Consta el pago a acreedores que habían interpuesto acciones judiciales y obtenido embargos (los concretamos ahora, a partir de la documentación obrante en autos):
-Al acreedor Thermothecnic Confort se le ha pagado el total reclamado, 40.397,40 # más intereses y costas, en febrero e 2008 (f. 791); se le ha abonado así mismo la cantidad de 82.897 #, reclamada en un juicio cambiario (f. 851);
-a TELEFONICA se le ha pagado lo adeudado (2.175,85 # más intereses y costas) (f. 858);
-a Materiales para la Construcción Julia Cuevas Celma SL se le ha adjudicado una finca en pago de la deuda reclamada (47.799 # más intereses y costas, en febrero de 2009) (f. 866);
-las reclamaciones de Caixa D'Estalvis de Manresa se han archivado por cumplimiento de la prestación debida, así como la jura de cuentas (f. 884);

-con la acreedora Especialistas en Cimentaciones y Obras S.L.U. se ha alcanzado un acuerdo transaccional de fecha 4 de septiembre de 2009, en el que se conviene un pago parcial y el aplazamiento del resto de la deuda (que queda fijada en 597.939,16 #) (documento 2 del escrito de hechos nuevos presentado el 7 de septiembre);
-se ha cancelado el embargo anotado a instancia de Construcciones Penco Tarín SL, en reclamación de 157.821,43 # (documento 4 del escrito de hechos nuevos de 8 de junio).
e) Los embargos subsistentes responden a las reclamaciones de los acreedores, Puyol-Saforcada S.L. (por 583.909 #) y Toro Construcciones y obras S.L. (por 1.160.000 #).
Las anotaciones de embargo son practicadas en 20 inmuebles propiedad de SOLMAR, constando sin embargo en autos la certificación de 31 inmuebles libres de traba.
Debe tenerse en cuenta también que con fecha 29 de mayo de 2009 SOLMAR ha obtenido de Caixa Laietana un préstamo a 33 años por 2.800.000 euros, que se garantiza con una hipoteca sobre una finca previamente hipotecada a dicha entidad.
El auto apelado considera también el valor contable de las existencias (los inmuebles propiedad de SOLMAR) que refleja las cuentas anuales de 2007, por importe de más de 25 millones de euros, y que, según dichas cuentas, los fondos propios ascienden a 393.274 #.
Tiene en cuenta así mismo que en el balance cerrado a 31 de diciembre de 2008 se contabiliza una tesorería por 448.742 #.
Y del balance de situación cerrado a 31 de julio de 2009 (aportado con el escrito de hechos nuevos de 7 de septiembre) resultan unos fondos propios por 752.982,87 #, cifrándose el resultado del ejercicio en 582.521,06 #; las existencias están contabilizadas por valor de 25.738.795 #; en tesorería constan 2.085.968 #; y el pasivo corriente asciende a 3.446.673 #.
En este contexto, el auto apelado considera que el volumen de deudas que todavía perviven, entre ellas las de las dos solicitantes del concurso, tiene una importancia relativa a la vista de la facturación de la deudora y del patrimonio inmobiliario que acredita. Concluye que no concurre un actual (y sí un pasado y pretérito) incumplimiento general de las obligaciones exigibles, ni existen embargos que afecten de modo generalizado al patrimonio del deudor (la deudora dispone de 31 inmuebles libres de trabas).
Ciertamente, existen acreedores impagados, entre ellos las dos solicitantes, que reclaman 412.797 # y 97.126 #. Otros acreedores, que reclaman sus créditos en vía de apremio, son Puyol-Saforcada S.L., por 583.909 #, y Toro Construcciones y Obras S.L., por 1.160.000 #. Y hay constancia de otras reclamaciones judiciales en curso, como la de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000, que reclama por defectos constructivos (1.772.967 #; f. 776); Securitas Direct, que reclama 22.095 # (f. 799); Home System, por 10.623 # (f. 802); y Procens Promotora de Derechos Reales SL, por 219.807 # (f. 879).
Pero coincidimos con el auto apelado en que ni los embargos afectan a la generalidad del patrimonio de la deudora, ni puede apreciarse un sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones exigibles, en el sentido indicado de definitivo, general y completo.
Esos créditos, algunos controvertidos en fase declarativa y otros ya en vía de apremio, suman unos 4.300.000 #. Sin embargo: la sociedad está activa y viene desarrollando, en el marco del citado convenio urbanístico, la construcción de un edificio que proyecta arrendar a Carrefour con expectativa de obtener entre 80.000 y 90.000 # de renta mensual; ha logrado el alzamiento de los embargos que se trabaron sobre la mayor parte de su patrimonio; ha obtenido financiación de Caixa Laietana; ha venido pagando a la mayoría de sus acreedores comerciales o proveedores y de servicios durante 2008 y 2009; ha extinguido la deuda con la TGSS; viene pagando los salarios a sus trabajadores; el activo patrimonial contabilizado como existencias (inmuebles) asciende a 25.354.271 #; hay 31 inmuebles libres de cargas; a 31 de julio de 2009 cuenta con fondos propios positivos por 752.982,87 #, ha obtenido resultados positivos por 582.521,06 # y en tesorería constan 2.085.968 #.
Este conjunto de datos impide apreciar, en el momento en que se celebra la vista de 7 de septiembre de 2009, el presupuesto objetivo del concurso, identificado con el estado de insolvencia, pues esas obligaciones subsistentes a las que se ha hecho mención, que sumarían, de ser declaradas por los tribunales las que están en fase controvertida, unos 4.300.000 #, aparecen respaldadas por un patrimonio inmobiliario por valor contable de 25 millones de euros y 31 fincas libres de cargas, así como por el importe de la tesorería, la facturación y la expectativa de rendimiento que proporcionan las obras en curso y los negocios resultantes. Se trata de pocos créditos, que constituyen en su caso impagos puntuales y no un incumplimiento generalizado que encubra una imposibilidad de atender al pago de los créditos exigibles.”: AAP Barcelona (Sección 15) 01.06.2011 (Auto 76/2011; Rollo 520/2010)

“En cuanto al presupuesto objetivo del concurso, parece necesario recordar el contenido de la norma, ya transcrita en el auto del juzgado. Conforme al artículo 2 de la LC, " 1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles ".
El artículo 2.4, relativo a la solicitud de declaración de concurso presentada por un acreedor, establece que " deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:
1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor [...]"
Éste y no otro es el hecho en el cual URBASA funda la solicitud de concurso. Tanto la insolvencia como el sobreseimiento general en el pago corriente, que sería el hecho revelador de la insolvencia, fueron negados por GOLF PEAK.

El juez, antes de entrar a valorar la acreditación del hecho en el caso examinado, recordó que, para apreciar el sobreseimiento previsto en el artículo 2.4.1. de la LC, no bastaba un impago esporádico o aislado sino que debía tratarse de un sobreseimiento completo y generalizado. Y, seguidamente, razonó que las meras alegaciones de la solicitante junto con los documentos aportados conducían necesariamente a desestimar la solicitud.
Tenemos que compartir los razonamientos y las conclusiones del Sr. magistrado. En la solicitud de concurso se afirma la existencia de un único acreedor, que sería la sociedad solicitante. No se alega -ni menos se acredita- la existencia de ninguna otra deuda de GOLF PEAK. En cuanto al informe de censor jurado de cuentas aportado con la solicitud, titulado "certificación de hechos constatados sin realización de auditoría", no acredita tampoco el hecho del sobreseimiento general en los pagos, sino, en su caso, una situación diferente, la de inexistencia de movimientos relevantes en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias de GOLF PEAK, en el ejercicio de 2008 y el del incremento del endeudamiento de la sociedad, a 31 de diciembre de 2008. Ese endeudamiento no significa que la sociedad haya sobreseído en los pagos, como requiere la norma aplicable.”: AAP Barcelona (Sección 15) 15.03.2012 (Auto 47/2012; Rollo 461/2011)

“CUARTO. 1. Los argumentos que ofrece el apelante en su recurso, en el que alega error en la valoración de la prueba, no son convincentes de una realidad distinta de la que recoge el auto apelado, y es que no se ha acreditado ni el hecho que sería revelador de la insolvencia, esto es, el sobreseimiento generalizado en los pagos exigibles, ni el propio estado de insolvencia. Antes al contrario, aparece justificado, por lo menos indiciariamente, que al tiempo de ser presentada la solicitud de concurso (en noviembre de 2009) y al tiempo de ser celebrada la vista (diciembre de 2010), y ya en fase de conclusiones (octubre de 2011), la promotora BLACK OPAL no ha sobreseído de una manera generalizada en los pagos y, en apariencia no desvirtuada, no está incapacitada para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.
2. Tras la revisión de lo actuado, hemos de dar por reproducidos todos los elementos de juicio que a estos efectos menciona el auto apelado para fundar su conclusión, e incidimos en los siguientes aspectos y medios probatorios.
a) Consta que el 10 de noviembre de 2008 (es decir, un año antes de la presentación de solicitud de concurso necesario), la promotora dirigió un burofax a la constructora CRS (documento 2 de la oposición) detallando las partidas y repasos pendientes de realizar en la obra referenciada, lo que revela que ya entonces, y un año antes del dictamen pericial aportado (emitido en octubre de 2009), la promotora reprochaba a la contratista la falta de terminación de las obras. Dicho dictamen constata un año después que persisten partidas sin ejecutar y existen defectos constructivos.
Hay constancia de que la promotora ha realizado pagos a terceros industriales durante 2009 por la ejecución de partidas de obra pendientes (documentos 3 a 7), y ha hecho pagos también durante 2009 a industriales y proveedores subcontratados por la constructora CRS (documentos 8 a 10), y pagos al Ayuntamiento de Manresa por multas y tasas (documento 11).
Como documento 15 se aporta un cuadro detallado de pagos efectuados por la promotora en relación con la obra de referencia desde abril de 2009 hasta agosto de 2010, y documentación acreditativa; y como bloque de documentos nº 16 facturas pagadas a industriales, todo ello en acreditación del destino aplicado a la ampliación del préstamo hipotecario que grava la finca de Manresa objeto del contrato de ejecución de obra.
Son datos de los que no podemos prescindir pues muestran no sólo que la promotora estaba en condiciones de atender, durante 2009, los gastos de la obra para lograr su completa terminación, sino también que si se han impagado los pagarés que reseña la demanda y la factura de extras de CRS no es por una situación de insolvencia, sino por discrepancias con la contratista en cuanto a la liquidación de los trabajos realizados. No debe olvidarse, así mismo, que si hay subcontratistas beneficiarios de pagarés es por indicación de la propia constructora, y que, en todo caso, la promotora, en octubre de 2009, solicitó su devolución por no estar conforme.
b) La contabilidad aportada no refleja una situación patrimonial de incapacidad para atender las obligaciones exigibles durante 2008 y 2009. El balance aportado con la solicitud de concurso necesario (que publica AXESOR, f. 78-79), cerrado al 31 de diciembre de 2008, muestra unos fondos propios superiores a la cifra del capital social, al igual que las cuentas de 2009, y en ambos años una cifra de activo corriente o circulante superior al pasivo corriente.
c) La promotora cuenta con un amplio patrimonio inmobiliario (así resulta de la página 11 de la solicitud de concurso y de las notas registrales aportadas), y no hay constancia de que ninguna de las fincas de las que es propietaria haya sido embargada para responder de deudas con terceros. Es cierto que las fincas, por lo menos las integrantes del edificio de Manresa, están gravadas con hipoteca, pero, aparte de que este medio de financiación es habitual y lógico en una empresa promotora inmobiliaria, las cuotas del préstamo hipotecario vienen pagándose con normalidad.
d) La ampliación del préstamo hipotecario en abril de 2009 indica que la promotora estaba en condiciones de obtener financiación bancaria, es decir, contaba con la confianza de las entidades financieras, y su aplicación, con pagos a industriales, ha quedado justificada (documentos 15 y 16).
e) Varios pisos de la edificación de Manresa están arrendados a terceros y la promotora percibe las correspondientes rentas (documento 18).
En definitiva, hemos de confirmar la valoración y conclusión que alcanza el auto apelado, pues no apreciamos que la sociedad BLACK OPAL, a tenor de lo actuado, haya sobreseído de una manera generalizada el pago de sus obligaciones exigibles, ni en noviembre de 2009 ni a la fecha de la vista ni a la de la fase de conclusiones, sin que haya quedado demostrada su incapacidad o imposibilidad de atender al pago corriente de sus

obligaciones, y sin perjuicio de que existan créditos controvertidos, como el de las solicitantes, que no implican un impago generalizado.”: AAP Barcelona (Sección 15) 12.06.2012 (Auto 78/2012; Rollo 56/2012)

“6. Pese a contar con un título cambiario que lleva aparejada ejecución, la solicitante no ha iniciado el correspondiente procedimiento de ejecución singular que hubiera podido mostrar el resultado infructuoso de los embargos por ausencia o insuficiencia de bienes libres bastantes para el pago de su crédito (art. 2.4 LC), situación que hubiera determinado la declaración de concurso necesario sin previo emplazamiento del deudor, de acuerdo con el art. 15.1 LC. Ha optado por acudir directamente a la solicitud de concurso alegando el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones (art. 2.4.1º LC), hecho que intenta justificar mediante los datos indiciarios que, valorados a estos efectos por el juez mercantil, seguidamente exponemos.
Previamente hemos de advertir que la cesación en el pago corriente de las obligaciones del deudor, en cuanto situación reveladora de la insolvencia en el sentido del art. 2.2 LC, debe ser, como el precepto indica, generalizada, es decir, no equivalente a impagos esporádicos o aislados, sino que el sobreseimiento ha de ser definitivo, general y completo, afectando a la generalidad de las obligaciones corrientes, como de forma reiterada hemos venido sosteniendo (entre otras, auto de 29 de junio de 2009- ROJ: AAP B 6505/2009-).
QUINTO. 7. En justificación del hecho alegado, la solicitante mencionaba las cuentas anuales de la sociedad deudora del ejercicio de 2010, por revelar una situación de dificultad financiera.
Examinadas tales cuentas comprobamos los siguientes datos contables: el activo corriente se cifra en 1.676.263 # (incluye, entre otras partidas, existencias por 567.703 # y deudores comerciales por 1.032.071 #); el pasivo corriente a 1.265.712 #; el resultado del ejercicio es positivo por 64.467 #; la cifra de negocios asciende a 2.242.227 #, y el patrimonio neto (positivo) a 375.847 # (con un capital social de 50.010 #).
De tales datos no es deducible una situación patrimonial o financiera reveladora de la incapacidad para cumplir regularmente las obligaciones exigibles, al margen de la escasa significación económica del crédito alegado (10.986 #) y de que la solicitud de concurso es presentada en febrero de 2012.
8. A los mismos efectos fue aportado el mencionado informe de AXESOR (" *Informe básico de riesgo para la toma de decisiones de concesión o denegación de crédito comercial")*, que refleja, al día 16 de enero de 2012, que *"no consta deuda alguna en lo referente a impagos con las Administraciones Públicas o por demandas presentadas por particulares ante Juzgados y Tribunales..."*.
Ello no obstante, el informe dice haber *"detectado un comportamiento en pagos irregular, no atendiendo puntualmente al pago de todas sus obligaciones",* y que la deudora *"presenta un excesivo endeudamiento a corto plazo que podría comprometer su equilibrio patrimonial",* calificando la *"probabilidad estimada de impago para los próximos 12 meses: 100 % riesgo máximo".* Tales conclusiones parecen sustentadas en que constan registradas *"12 operaciones impagadas por un importe de 126.684 # en el Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI)",* constando como "fecha inicio" (que suponemos es la fecha de la inclusión en el RAI) la de 14 de enero de 2012.
De otro lado, se aporta un "Informe de prospección" emitido por ASNEF, aparentemente de la misma fecha (16 de enero de 2012), en el que figura que la deudora *"no tiene ninguna reclamación ni incidencia judicial".* No obstante, hace constar la existencia de 4 operaciones impagadas por un saldo de 34.159 euros" y " *nº sectores acreedores 3* ".
9. Estimamos que tales datos fueron correctamente valorados por la resolución apelada, pues de ellos no resulta un impago generalizado, a febrero de 2012, de las obligaciones corrientes que pesan sobre la parte solicitada, frente a la cual no existe ninguna reclamación judicial en curso ni constan deudas frente a organismos públicos. La existencia de cuatro operaciones impagadas, según el informe ASNEF, por importe de 34.159 #, o de 12 impagos por importe de 126.684 # según el Informe AXESOR a partir del RAI, en enero de 2012 (sin especificar si se trata de un mismo acreedor o de varios), no es indicio suficiente para admitir una cesación generalizada en los pagos, cuando no se identifican acreedores, la anotación en el RAI es muy reciente, el saldo deudor no parece relevante en contraste con la cifra de negocios de la sociedad alcanzado en 2010, y no se aporta una investigación patrimonial de la compañía deudora. La situación analizada podría ser indicativa de impagos puntuales, pero no de un sobreseimiento generalizado.
SEXTO. 10. Procede por ello desestimar el recurso con imposición de las costas al apelante (art. 398.1 LEC).”: AAP Barcelona (Sección 15) 12.12.2012 (Auto 151/2012; Rollo 369/2012)

AP Castellón

“Debemos decidir a continuación si concurren los requisitos exigidos para la declaración del concurso necesario de acreedores que como recuerda el demandado, según la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal se trata de hechos tasados, siendo estos los establecidos en el artículo 2 de dicha norma.
Así en el apartado 4 de la misma se indica que "Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago, o la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1º el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor".
Siendo en el caso enjuiciado este sobreseimiento general en el pago de las obligaciones por el deudor, lo que se ha alegado en el acto del juicio, no es necesario entrar en el examen de los otros tres hechos que también enumera la norma y a los que ni siquiera se refiere la parte en su demanda.
Recordábamos en un supuesto similar de esta Sala, que fue el resuelto por el Auto núm. 205, de fecha 15 de Noviembre de 2010 que "1) Dados los efectos de todo tipo anudados a la admisión de una petición de declaración de concurso necesario, en especial, la procedencia de su declaración caso de no formulación de

oposición, deviene precisa una mínima justificación, siquiera indiciaria, de la concurrencia de alguno de los supuestos legales, así como las debidas concreciones, especialmente necesarias en el caso del sobreseimiento en contraposición al resto de supuestos legales por su contenido, en orden a poder valorar debidamente su existencia y, a la par, permitir al demandado oponerse en condiciones, sin posible infracción de su derecho de defensa.. Por otro lado, porque no se puede declarar un concurso sin concurrencia de sus presupuestos, lo que exige la debida valoración sobre la base de lo aducido en la demanda y documentación adjuntada a la misma, teniendo presente al efecto la actividad probatoria a desplegar en su caso al efecto conforme al art. 7.2 de la Ley Concursal y declaración ligada a la ausencia de oposición del deudor ya reseñada...
2) Debemos discrepar nuevamente de la parte apelante en la configuración del sobreseimiento general en los pagos como presupuesto del concurso necesario que verifica en su recurso, dado que es preciso que sea definitivo y completo, lo que exige un esfuerzo adicional a la mera referencia genérica a la existencia de otros acreedores en la parte que se ampara en su existencia. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 27 de enero de 2006, expresa que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, símple o aislado, sino a definitivo, general y completo, desprendiéndose además de esta resolución como no basta una mera referencia a un sobreseimiento general en los pagos y como debe exteriorizarse la forma en que se alcanza la convicción de su presencia."
En el caso enjuiciado, partiendo de estas consideraciones, entendemos que tampoco se ha justificado siquiera mínimamente la existencia de otras deudas que pudieran fundamentar la alegación que se realiza en la demanda de que concurre un sobreseimiento general de pagos, para lo que se enumeran las dos deudas que se dicen ostentar frente a la entidad cuya declaración de concurso se interesa, y que en el acto de la vista ya quedaron reducidas a una sola, sin concretar ni justificar en ninguna otra forma la existencia de ninguna otra deuda, que pudiera ser indiciaria de una situación de insolvencia generalizada, y ahora en el recurso se argumenta que con la prueba documental y testifical, que ya había solicitado y con la que iba a pedir en dicho acto, iba a acreditar la existencia de otras deudas tributarias o con la Seguridad Social, lo que no solo no ha hecho, dejando decaer su derecho sobre esta prueba, tal y como ya hemos expuesto, sino que además con el escrito de demanda ni siquiera se alegaba ni acreditaba en forma alguna la existencia de otras deudas, cuya existencia no consta, no pudiendo trasladar esa carga de la prueba en los términos antes expuestos a la parte contraria, siendo además impertinentes las informaciones que se pudieran pretender a organismos públicos al no conectarse con aspectos concretos de la demanda.
Y respecto de la propia deuda, coincidimos con el Juez Mercantil, respecto a que se ha acompañado por la parte demandada documentación que determina que la deuda no puede entenderse vencida, líquida y exigible, habiendo aportado el acuerdo alcanzado por ambas partes en fecha 3 de Septiembre de 2008, en la que ambas finiquitaban las relaciones habidas. Y se ha acreditado además que se sigue un procedimiento ante los Juzgados de Vinaroz en el que deberá determinarse sí EMA 2001 S.L adeuda una cantidad a Promociones verde Cas S.L. similar a la que aquí se alega como fundamento de la declaración de concurso que se ha interesado, lo que no puede ser objeto de discusión y de resolución en un procedimiento concursal.
Concluimos por todo ello que ha sido correcta la decisión del Juez Mercantil, que por ello debe ahora ratificarse, desestimando el recurso de apelación.”: AAP Castellón (Sección 3) 23.03.2011 (Auto 28/2011; Rollo 562/2010)

“Partiendo de dicha premisa consideramos que, a la vista del acervo probatorio, reducido a la documental aportada a la demanda dado el comportamiento procesal de la propia parte apelante ya referido, dicho sobreseimiento general en los pagos no puede entenderse debidamente fijado y demostrado, teniendo presente al respecto, como expusimos en nuestro Auto de fecha 15 de noviembre de 2010, que dicho sobreseimiento " es preciso que sea definitivo y completo, lo que exige un esfuerzo adicional en la parte que se ampara en su existencia a la mera referencia genérica a la existencia de otros acreedores. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 27 de enero de 2006, expresa que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo, desprendiéndose además de esta resolución como no basta una mera referencia a un sobreseimiento general en los pagos y como debe exteriorizarse la forma en que se alcanza la convicción de su presencia ".
Téngase en cuenta al respecto que únicamente se cuenta con un informe económico acerca del riesgo de insolvencia de la demandada, en el que constan una serie de incidencias con la Agencia Tributaria publicadas en el BOE, y unos ejemplares del BOP de Castelló a través del que se notifican a la demandada la imposición de determinadas sanciones pecuniarias en resolución de expedientes sancionadores. Dichos medios probatorios consideramos que son claramente insuficientes a los efectos que nos ocupan, pues realmente no permiten vislumbrar esa cesación general en los pagos con las notas antedichas, desconociéndose cualquier circunstancia concreta sobre esas otras deudas que vienen a aducirse propiamente por la demandante. Así, en relación con el informe económico, como dijimos en la resolución antes citada y en parte transcrita, por su carencia de datos concretos al respecto (en este sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, S.5, de 27 de enero de 2010, mientras que las incidencias con la Agencia Tributaria se desconocen en cuanto a su contenido y efectos, lo que es extensible al punto de las sanciones administrativas antedichas, máxime cuando éstas no se refieren al periodo inmediatamente anterior a la presentación de la demanda (que tuvo lugar en fecha 17 de febrero de 2010, siendo las publicaciones oficiales referidas el 10 de enero y el 8 de septiembre de 2009). ”: AAP Castellón (Sección 3) 08.04.2011 (Auto 47/2011; Rollo 502/2010)

AP Cuenca

“Consideramos que el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones debe acreditarse con la aportación de los libros contables, (pues en definitiva esos libros son los que sirven para constatar si la Sociedad se encuentra o no en situación de insolvencia, como vienen sosteniendo los Tribunales; en tal sentido, por ejemplo,Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, de 01.04.2009, recurso 419/2008), y el solicitante del concurso no aportó en tiempo dichos libros, (como resulta del acta de la vista). Y sin la aportación de tales libros carecen de relevancia tanto las manifestaciones del perito como el documento notarial aportado como número 1 junto a la solicitud de concurso, (folios 11 y siguientes de los autos), ya que sin dicha documentación, (libros contables), ni el Juzgado de instancia podía contrastar ni esta Sala puede comprobar la exactitud de los datos referidos por el perito y la Notaria; y si se diera validez a las simples manifestaciones de dicho perito o al simple documento notarial, (sin que, como se ha dicho, se pueda contrastar en sede judicial la exactitud de sus datos), resultaría que en realidad el pleito lo estarían decidiendo ellos, (el perito o la Notaria), y no el Órgano Jurisdiccional. Por tanto, todas las argumentaciones que al respecto se contienen en el segundo motivo de recurso también deben decaer.
En consecuencia, y por todo lo razonado, el segundo motivo de recurso también debe rechazarse.”: AP Cuenca 05.04.2011 (JUR 2011/187120; Auto 24/2011; Rollo 66/2010)

AP Madrid

“QUINTO.- Excluida la concurrencia del alzamiento de bienes, el otro hecho revelador cuya concurrencia alega EUROFACTORS es el del sobreseimiento general en el pago de las obligaciones.
Sobre este hecho revelador, los órganos jurisdiccionales de lo mercantil, siguiendo las líneas trazadas por la jurisprudencia para la antigua quiebra, han declarado que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo, debiendo implicar, exteriorizar, una imposibilidad absoluta de pagar (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15ª, 27 de enero y 24 de marzo de 2006).
El sobreseimiento general de pagos alegado por la solicitante del concurso consiste, en realidad, en el impago de las deudas que mantiene con la propia solicitante y en una supuesta situación de desbalance patrimonial, puesto que en la solicitud se alega al respecto: "ello ha llevado a PLÁSTICOS RANCO, S.L. a incumplir de forma regular y generalizada con las obligaciones exigibles que ostentan contra la misma sus acreedores, especialmente mi representada que es con mucho el máximo, por no decir el único, acreedor de PLÁSTICOS RANCO, S.L. Además de ello. la mercantil PLÁSTICOS RANCO, S.L. se encuentra en la situación de disolución obligatoria que establece elapartado 4º del art. 260 de la Ley de Sociedades Anónimas". (…)
Asimismo, que concurra la causa de disolución obligatoria delart. 260.1.4º de la Ley de Sociedades Anónimaspodrá tener otras consecuencias (señaladamente las derivadas delart. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas), pero no constituye presupuesto suficiente para la declaración en concurso, puesto que ni es un hecho revelador de los enumerados en elart. 2.4 de la Ley Concursalni equivale a la insolvencia. En la Ley Concursal, la insolvencia no se identifica con el desbalance, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder éste seguir cumpliendo con sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal o por otros medios (ejercicio de acciones revocatorias, actualización de balances, etc.); y a su vez, el activo puede ser superior al pasivo pero ser liquidable a muy largo plazo, lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones (Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Secc. 3, 9 de enero de 2007).
Por otra parte, la deudora ha acreditado que durante los primeros once meses del ejercicio 2005 realizó pagos por importe de 9.140.589,72 euros (f. 67 y siguientes), y de diciembre de 2005 a junio de 2006, ambos inclusive, por importe de 3.619.548,88 euros (doc. 11 aportado por la deudora en la vista), que tiene una considerable cantidad de efectivo en tesorería y que se encuentra al día en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, por lo que difícilmente puede aceptarse que concurra una situación de sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones con las notas exigidas por la jurisprudencia.
Las críticas de la solicitante a las pruebas practicadas sobre estos extremos no pueden aceptarse. La valoración de las "certificaciones" emitidas por el economista Sr. I., que ha comparecido como perito en el acto de la vista, llevan a la convicción de la fuerza probatoria de su contenido, sin que sea admisible la pretensión de la solicitante de que lo procedente no era la aportación de tal prueba, sino de todos los justificantes contables de tales pagos, para que el tribunal los hubiese valorado, puesto que es improcedente la aportación en un proceso judicial de una cantidad tal de documentación que exija al tribunal una labor técnica propia de un perito economista o contable, revisando todos los documentos contables justificativos de pagos en poder de una determinada empresa y sumando sus importes, de una envergadura tal que excede de lo que puede considerarse propiamente como valoración jurídica de una prueba documental. Por otra parte, de carecer dicha prueba de valor, como pretende la solicitante en su recurso, el resultado a efectos de estimar o desestimar la solicitud de concurso sería el mismo, puesto que es a la solicitante a la que incumbe la prueba de la concurrencia de los hechos reveladores, en concreto del sobreseimiento general de pagos, una vez que los mismos han sido negados por la deudora, y ha de recordarse que no se ha practicado prueba suficiente de que la deudora haya dejado impagado otros créditos distintos del que mantiene con la propia solicitante, y mucho menos que exista una situación de sobreseimiento general de pagos con los requisitos exigidos jurisprudencialmente.

SEXTO.- Lo expuesto hasta ahora lleva a la Sala a la conclusión de que las incidencias surgidas en las relaciones entre las partes, puestas de manifiesto a raíz de que la deudora decidiera resolver el contrato que mantenía con una filial de la solicitante y ésta le exigiese el pago de las deudas que consideraba mantenía con ella la deudora en virtud del contrato de joint venture, no constituyen ninguno de los hechos reveladores alegados por EUROFACTORS para solicitar la declaración de concurso necesario de RANCO. Y faltando la prueba de los hechos reveladores alegados en la solicitud de concurso necesario, la oposición del deudor ha de ser acogida y la solicitud de declaración de concurso ha de ser desestimada.": AAP Madrid (sección 28) 17.04.2008 (JUR 2008/188168)

"TERCERO.- Establecido cuanto antecede, procedemos a continuación al examen de los diferentes hechos que la apelante considera configuradores del sobreseimiento general invocado. Son los siguientes:
1.- Crédito de la solicitante de concurso.-
La solicitante BELLIDO S.A. alegó ostentar contra FRANCISCO MUÑOZ S.L. dos créditos: uno de 71.875,55 euros a que asciende el importe de cinco pagarés que resultaron insatisfechos y que fueron emitidos para pago de certificaciones referentes a obras ejecutadas por la primera de dichas entidades por encargo de la segunda, y otro por importe de 126.646,27 euros correspondiente a retenciones practicadas por FRANCISCO MUÑOS S.L. respecto de certificaciones pretéritas.
Con relación a los tres primeros pagarés, FRANCISCO MUÑOZ S.L. aduce que los mismos fueron renovados y, en lo referente a los dos últimos, indica que se trata de deudas de otras entidades respecto de las cuales ella habría firmado los efectos en el simple concepto de firma de favor o de complacencia. Sin embargo, no es posible atribuir a ninguno de estos argumentos especial relevancia: en cuanto al primero de ellos, porque carece de interés el hecho mismo de la renovación de los pagarés presentados cuando no consta tampoco que se hayan abonado los efectos entregados en su sustitución, y en relación con el segundo, porque no se ve qué trascendencia podría atribuirse al hecho de que se trate de deudas originalmente ajenas cuando, por virtud de la firma de los efectos aceptada por el acreedor, FRANCISCO MUÑOZ S.L. habría llevado a cabo un negocio de asunción de deuda dotado de los efectos previstos en el Art. 1205 del Código Civil.
Ahora bien, dicho esto, forzoso resulta también poner de relieve que la negativa de una persona al inmediato pago de una deuda no constituye conducta de significación unívoca ni necesariamente denotativa de morosidad, pudiendo, con iguales o mayores probabilidades de acierto, revelar la existencia de profundas discrepancias entre los contratantes en torno a la existencia, certeza y exigibilidad del derecho de crédito que se reclama, con la consecuencia de que en aquellos supuestos -como el que ahora nos ocupa- en los que el solicitante invoca como "hecho de concurso" el consistente en el sobreseimiento general del deudor en el pago de sus obligaciones, pueda llegar a resultar improcedente computar el crédito que aquel invoca entre el elenco de pagos incorrientes eventualmente capaces de poner de relieve la concurrencia de dicho supuesto legal. En tal sentido, indicó esta misma Sala en su auto de 21 de septiembre de 2006 lo siguiente:
".En cuanto a otros créditos a los que se hace referencia, mantenidos concretamente con otras personas y entidades, algunas de ellas socios de la deudora, consta en autos la existencia de controversia respecto de su procedencia y cuantía, con interposición de una querella criminal en relación con la anterior gestión de la sociedad. Sin entrar a valorar lo fundado que pueda estar la decisión de la deudora de posponer el pago de tales supuestos créditos, lo puntual de los mismos y la existencia de controversia al menos sobre algunos de tales créditos hace que tampoco pueda considerarse como constitutivo de un sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones.", añadiendo más adelante lo siguiente:
".La existencia de litigios dirigidos contra la sociedad, o la controversia sobre la existencia de ciertos créditos mantenidos con socios o personas que han prestado servicios a la sociedad, o el compromiso de abonar los costes de urbanización que se vayan devengando, no significa necesariamente que la deudora haya incurrido en el sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones. Y las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos, analizadas con detalle en el auto recurrido, y a las que se ha hecho breve referencia en esta resolución, muestran que en el caso de autos la existencia de tales litigios judiciales o de créditos controvertidos o futuros no pueden interpretarse como un sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones por parte de la deudora, tanto más cuando el volumen de lo que se le ha reclamado en tales litigios o de los créditos controvertidos tiene una importancia relativa habida cuenta del volumen de facturación de la deudora.".
Pues bien, en el supuesto que nos ocupa debemos indicar que resulta verdaderamente abrumador, a la vista de la copiosa prueba documental incorporada al proceso, el número de quejas recibidas por FRANCISCO MUÑOZ S.L. de los adquirentes de las viviendas que por su encargo construyó BELLIDO S.A., así como de las comunidades de propietarios resultantes, en relación con deficiencias constructivas que, además, no solamente han sido objeto de diversos informes técnicos sino que, al parecer, la propia solicitante de concurso asumió en buena medida al suscribir diferentes documentos (Documentos 11 y 12 de la oposición). De hecho, tales deficiencias, unidas a la alegación de retrasos puestos de relieve por la propia arquitecta técnica de las obras Doña Bárbara, motivan que en la actualidad se esté manteniendo un litigio en el que FRANCISCO MUÑOZ S.L. está reclamando de BELLIDO S.A. por tales conceptos una cantidad cercana a los 700.000 euros, cantidad que triplica el importe del crédito que esta última invoca en el presente proceso. No entraremos, como es natural, a valorar en qué medida dicha reclamación por razón de deficiencias y otros conceptos se pueda encontrar justificada, pero lo que desde luego sí se desprende de la muy abundante documental obrante en autos es que el conflicto existente entre las partes por tales motivos en torno a las dos promociones materialmente acometidas por BELLIDO S.A. es un conflicto serio y, sobre todo, un conflicto prexistente a la solicitud de concurso; conflicto respecto del cual no concurre el menor indicio de improvisación ni la menor sospecha de artificialidad, es decir, de que haya podido ser elaborado de manera preordenada y

con el propósito de ser presentado en este expediente como argumento defensivo frente a la solicitud de concurso. En tales circunstancias, podrá discutirse, como se puso de relieve por este mismo tribunal en la resolución anteriormente comentada, si resulta jurídicamente aceptable desatender los vencimientos de los pagarés a la espera de que se dilucide si, en definitiva, no será FRANCISCO MUÑOZ S.L. quien ostenta frente a BELLIDO
S.A. un crédito de importe notablemente superior, pero lo que sí puede afirmarse, cuando menos desde el punto de vista concursal, es que tal conducta no posee la significación propia de un sobreseimiento en cuanto no denota incapacidad para el pago sino que obedece al simple convencimiento del obligado de que, por virtud del mecanismo de la compensación y aun cuando esta no pueda resultar aún operativa a falta de declaración judicial de su propio crédito, la deuda que se le atribuye es inexistente. Convencimiento que descansa en razones "prima facie" atendibles y en modo alguno reveladoras de vacía morosidad.
Y si las precedentes razones son predicables, en general, de la totalidad del crédito que BELLIDO S.A. dice ostentar, con mayor motivo resultan aplicables al concepto de "retenciones" que dicha entidad invoca por importe de 126.646,27 euros y donde ni siquiera puede afirmarse que haya llegado a nacer en favor de la dicha entidad un auténtico derecho de crédito. Téngase en cuenta que el de retención es un derecho de garantía que ostenta FRANCISCO MUÑOZ S.L. en virtud del contrato de obra que le vincula con BELLIDO S.A., derecho que solo desaparecerá en el momento en que se reciba la obra a satisfacción del promotor, satisfacción que, en vista de la naturaleza del conflicto anteriormente aludido, difícilmente podría afirmarse que concurre en el supuesto examinado, y ello sin necesidad de entrar a valorar -lo que no nos compete- si la disconformidad se encuentra o no justificada. De hecho, la testigo Doña Bárbara, arquitecta técnica de las obras que depuso a instancia de la solicitante de concurso, puso de relieve la existencia de multitud de deficiencias cuyo coste de subsanación nunca estaría por debajo de la cantidad retenida (126.646,27 euros). En suma, pues, en lo referente a este concepto ni siquiera se trataría de que el impago carezca -como sucede con el importe de los pagarés- de la significación propia del sobreseimiento a efectos concursales: se trata, simple y llanamente, de que no puede afirmarse que exista impago desde el momento en que BELLIDO S.A. no ha acreditado que la obligación haya llegado a ser exigible, o lo que es igual, que el derecho de retención haya desaparecido.
No es posible, por lo tanto, computar los créditos invocados por BELLIDO S.A. dentro de la evaluación del sobreseimiento. Y es que una cosa es que BELLIDO S.A. haya justificado su legitimación para formular la solicitud de concurso, legitimación que no exige una prueba cumplida y completa sobre la existencia del crédito y que ni siquiera requiere que el mismo haya devenido exigible (Art. 7-1 de la Ley Concursal), y otra cosa bien distinta que la naturaleza y situación de las relaciones existentes entre los contratantes resulten irrelevantes a la hora de caracterizar y llenar de contenido a un concepto como el del sobreseimiento general.
2.- Certificaciones del R.A.I.-
Habiéndose presentado la solicitud de concurso el 24 de octubre de 2008, la documentación que a ella se acompañó en relación con el indicado fichero de morosidad pondría de relieve lo siguiente: 1.- Que durante los 30 meses anteriores al 17 de julio de 2008, es decir, desde el 17 de enero de 2006, no se había producido ningún apunte indicativo de impagos atribuibles a la sociedad FRANCISCO MUÑOZ S.A., no constando tampoco que con anterioridad al 17 de enero de 2006 se hubiera producido alguna incidencia de la expresada naturaleza (folio 109); 2.- Que entre el 17 de julio y el 29 de septiembre de 2008 se anotan en el indicado archivo 13 impagos por importe acumulado de 164.846,90 euros.
BELLIDO S.A. no indicó en su solicitud inicial de qué deudas se trataba ni quienes eran los acreedores correspondientes, pero FRANCISCO MUÑOZ S.A. señaló en su escrito de contestación que parte de esos impagos corresponde, precisamente, a los pagarés que se encuentran en poder de BELLIDO S.A., afirmación esta que debemos considerar aceptada desde el momento en que dicha mercantil, además de no haber adoptado iniciativa probatoria alguna para desmentirla, no ha cuestionado en momento alguno su veracidad. Significa ello, en definitiva, que, a efectos de evaluación del sobreseimiento, únicamente podría computarse la diferencia, esto es, la cantidad de 92.971,35 euros (164.846,90 - 71.875,55 euros). Aun así, dentro de la referida cantidad cabe efectuar una nueva acotación. Por vía de remisión a los Documentos 204 y 205 de su oposición (folios 1.690 y ss.) FRANCISCO MUÑOZ S.A. adujo que se trataba de deudas que mantenía con la mercantil DE TODO SE SALE S.L., afirmación esta que tampoco generó controversia. Pues bien, el Documento 205 acredita que 50.845,52 euros ya fueron abonados a dicha acreedora con anterioridad a la solicitud de concurso, con lo que, en definitiva, solamente la diferencia de 42.125,83 euros, respecto de la cual se acredita algún pago aunque posterior a la fecha de la solicitud (Documento 204 de la oposición), sería computable a efectos de valorar la concurrencia de sobreseimiento en la indicada fecha.
Más tarde, ya en el momento de la vista, BELLIDO S.A. aportó una nueva certificación del R.A.I. indicativa de que en la fecha de su emisión (18 de junio de 2009) el importe de los impagados ascendía a 322.087,33 euros. Sin embargo, la diferencia entre dicha suma y el importe consignado en la primitiva certificación, esto es, la cantidad de 157.240,43 euros, no puede tampoco computarse, de acuerdo con lo razonado en el Fundamento de Derecho precedente, al tratarse de impagos que se habrían producido con posterioridad a la solicitud de concurso.
3.- Certificación del Ayuntamiento de Alovera.-
Se trata de un documento obrante al folio 1735 que pone de relieve, efectivamente, que FRANCISCO MUÑOZ S.A. ".tiene pendiente de ingreso." la suma de 15.929,50 euros por razón de la tramitación de una licencia. Ahora bien, además de tratarse de una deuda no invocada en la solicitud y, por lo tanto, de un documento aportado sorpresivamente en el acto de la vista, lo cierto es que el mismo se encuentra fechado el día 12 de junio de 2009, sin que en él se indique la fecha en la que nació la deuda a cargo de dicha entidad, con lo que, en definitiva, carecemos de la menor certeza de que el devengo tuviera lugar, precisamente, con anterioridad al 24 de octubre de 2008 que es cuando se presenta la solicitud de concurso necesario. En todo caso, aun

cuando el crédito municipal se encontrase en mora cuando se solicita el concurso, no parece que, aisladamente considerado, pueda denotar sobreseimiento general cuando nos encontramos en presencia de una compañía mercantil cuya cifra de negocios en los últimos ejercicios se sitúa en torno a los 3.000.000 euros.

4.-Certificados de la mercantil ESARPE S.L.P. ARQUITECTURA Y URBANISMO.

Se trata de documentos obrantes a los folios 1736 y ss. que, además de lo indicado en relación con el documento examinado en el párrafo anterior, lo que ponen de relieve es no solo que el virtual impago se habría producido con posterioridad a la solicitud de concurso sino que es la propia deuda que documentan la que habría nacido después de esa fecha, pues no en vano se indica en todos ellos que dicha deuda surgió de un contrato celebrado el día 19 de diciembre de 2008.

5.- Certificaciones de dos comunidades de propietarios.-

Por más que los documentos en cuestión reciban el nombre de "certificaciones", lo cierto es que se trata de simples declaraciones emitidas por las respectivas comunidades que carecen de presunción legal de veracidad y que solo expresan cual es el parecer de quienes las emiten acerca de la realidad y cuantía de la deuda mantenida por un determinado propietario. Pues bien, FRANCISCO MUÑOZ S.L. ha negado rotundamente la existencia de tales deudas y, de hecho, consta en autos que se siguen procesos judiciales en reclamación de las mismas, procesos en cuyo seno la indicada mercantil está haciendo valer argumentos que, en principio y sin que sea prejuzgar, parecen cuando menos tan atendibles como los de las comunidades demandantes (folios 636 y ss.). Así pues, retomando conceptos ya examinados anteriormente, no puede computarse tampoco esta partida, cuya cuantía -en todo caso- es también relativamente discreta (del orden de 18.000 euros en conjunto), a efectos de evaluar el sobreseimiento.

6.- Certificado de deuda de la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA por importe de 257.188,48 euros.-

La certificación administrativa en cuestión, referente también a una deuda no invocada en la solicitud y aducida por primera vez en el acto de la vista, lo que pone de relieve (folio 1.787) es que el periodo voluntario para el pago de dicha deuda tributaria expiró el 20 de mayo de 2009, con lo que solamente a partir de dicha fecha podría afirmarse con propiedad que FRANCISCO MUÑOZ S.L. incurrió en descubierto respecto de la misma.

Lo propio cabe indicar -y por idénticas razones- de la deuda tributaria certificada por el Ayuntamiento de El Escorial, pues no consta que aquella parte de esa deuda que se encuentra en recaudación ejecutiva (81.208,64 euros) ingresase en dicha fase administrativa con anterioridad al 24 de octubre de 2008, y, de hecho, la certificación obrante en autos se emite el 3 de septiembre de 2009, casi un año después de la solicitud de concurso.

Por lo demás, resulta significativo el hecho de que tales débitos tributarios no vayan acompañados -como resulta habitual observar en situaciones concursales o preconcursales- de descubierto alguno en relación con la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL o con los trabajadores de la empresa.

7.- Certificación de EXPERIAN BUREAU DE CRÉDITO S.A.-

Se trata de un nuevo fichero de morosidad que certifica un descubierto de 53.857,26 euros con la entidad BANCO GUIPUZCOANO. Pues bien, con independencia de que FRANCISCO MUÑOZ S.L. ha negado la existencia de tal incidencia sin que BELLIDO S.A. haya adoptado iniciativa probatoria alguna a fin de que a través del órgano judicial pudiera recabarse información de la propia entidad crediticia virtualmente afectada por el impago, lo cierto, una vez más, es que el descubierto de que se trata se habría producido el 25 de mayo de 2009 (folio 1.862), es decir, siete meses después de la solicitud de concurso.

8.- Deuda con CAJA NAVARRA.-

Se trata de dos deudas correspondientes a sendos créditos hipotecarios concedidos, en calidad de promotora, a FRANCISCO MUÑOZ S.L. Aunque nada se dijo tampoco en la solicitud inicial, lo cierto es que, en respuesta al oficio que el juzgado le remitió como parte de la prueba solicitada por BELLIDO S.A., la entidad CAJA NAVARRA certificó de que, efectivamente, existían esos dos créditos pero no dio cuenta de que respecto de ellos y de su programa de amortización se hubiera producido la menor incidencia, certificación que se emite con fecha 30 de octubre de 2009 (folio 1.782), lo que significa, en definitiva, que un año después de la solicitud de concurso la entidad FRANCISCO MUÑOZ S.A. no había experimentado el menor problema para satisfacer los vencimientos correspondientes a dichos créditos. Solo con posterioridad se certifica por parte del fichero ASNEF que se produjeron en relación con ambos préstamos incidencias fechadas el 7 de diciembre de 2009 (folio 1.803). Es patente, pues, la incapacidad de tales datos para justificar que el 24 de octubre de 2008 la mercantil FRANCISCO MIÑOZ S.L. estuviera incursa en una situación de sobreseimiento generalizado. Y si tal conclusión ha de alcanzarse forzosamente a partir de la expresada documentación, cuánto no habría obtenerse a la luz del hecho -al que se ha contraído la prueba en esta segunda instanciade que con posterioridad CAJA NAVARRA haya iniciado los trámites judiciales para la ejecución de ambas hipotecas, pues se trata de un hecho no ya posterior a la solicitud de concurso sino posterior, incluso, a la resolución que ahora se recurre. De hecho, caso de tomarlo en consideración, este tribunal no estaría actuando como tribunal de apelación, cuya misión consiste en examinar la corrección de la resolución dictada en función de los fundamentos fácticos y jurídicos hechos valer ante el órgano de primera instancia (Art. 456-1 L.E.C.), sino que se estaría comportando como un órgano de primera instancia al entrar a valorar si FRANCISCO MUÑOZ S.L. ha incurrido o no, en la actualidad, en sobreseimiento general de pagos, lo que no daría respuesta a la solicitud en su día formulada sino a una solicitud de concurso virtual o hipotética que se estuviera formulando en este preciso momento procesal.

Improsperable resulta, pues, atendidas las precedentes razones en su conjunto, el recurso de apelación interpuesto, ya que, de acuerdo con la sistemática legal (Art. 18-2 de la Ley Concursal), no justificada la existencia de alguno de los "hechos de concurso" relacionados en el Art. 2-4, innecesario resulta entrar en el

examen del grado de solvencia con que FRANCISCO MUÑOZ S.A. pudiera contar en la fecha de referencia, ya que ese análisis solamente devendría necesario con carácter subsidiario y para el caso opuesto, a saber: el caso en que el hecho revelador sí gozase de respaldo probatorio. No está de más indicar, en cualquier caso, que, si hubiéramos de dar crédito al discutible punto de vista del economista Don Modesto (informe obrante a los folios 1882 y ss.) cuando, para alcanzar sus conclusiones sobre la situación económica de FRANCISCO MUÑOZ S.L., invoca la actual coyuntura económica y excluye en base a ella del activo circulante a las existencias, lo cierto es que la dificultad de sacar al mercado esas existencias (viviendas) que pudiera concurrir en la época de la solicitud de concurso no sería otra cosa que un augurio o un vaticinio y, por lo tanto, un dato a tener en cuenta solamente a efectos de evaluar una posible situación de insolvencia inminente, situación que, como ya hemos razonado, carece por completo de relevancia a la hora de justificar la declaración de concurso necesario.": AAP Madrid (Sección 15) 20.02.2012 (Auto 28/2012; Rollo 181/2011)

"El motivo en que se sustenta la solicitud es el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones y ello sobre las incidencias en un registro de impagados que, como se desprende de la propia demanda, se refieren a los mismos efectos que se libraron para el pago de la deuda a la solicitante, dado que sus importes, excluidos gastos, coinciden con el que figura por los ocho impagos registrados. En definitiva la demandante pretendía sostener el sobreseimiento generalizado en su propia deuda, sin que los referidos ocho impagos comprendan otros acreedores. Por otra parte en la contestación se acreditó la irrelevancia de las pretendidas deudas tributarias, al margen de que fueran satisfechas.
El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones que se contempla como hecho externo en el artículo 2.4 LC no puede ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, en el sentido de irreversible. El sobreseimiento no se identifica con la incursión en mora, como tampoco con la existencia de impagos aislados y ocasionales.
La solicitud de aplazamiento del IVA no constituye el hecho revelador que nos ocupa, puesto que ni siquiera cabe apreciar que el cumplimiento de la obligación hubiera entrado en fase ejecutiva, porque, de haber vencido el periodo de pago, no se trataría más que del retraso en el cumplimiento de una obligación, y porque tal cuestión no se suscitó en la demanda como fundamento del sobreseimiento generalizado, ni en la vista, ya que quien alegó la ausencia de deudas frente a la Hacienda Pública es la demandada, que acreditó el pago de las obligaciones frente a la AEAT en que se sustentaba la solicitud añadiendo que incluso se efectuaron devoluciones por Hacienda (f. 221) y que se solicitó el fraccionamiento en el pago del IVA (f. 217) para justificar que nada se adeudaba a la Hacienda Pública. En suma, esta alegación no puede ser considerada a los efectos de evaluar el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.
Otro tanto sucede con la alegación de nuevos embargos, de fecha posterior a la solicitud, que no justifica por sí, y menos con relación a los extremos ya analizados, el pretendido sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones. Por otra parte tampoco se justifican esos créditos. En el acto de la vista se aportaron diversas notificaciones de liquidaciones en vía ejecutiva que se efectúan por la AEAT a través del BOE. Si comprobamos dichos documentos podemos apreciar que constan dos folios con el rótulo de la sección de anuncios del BOE de fecha 24 de septiembre de 2010 y 29 de octubre de 2010 sin que conste nada más (ff. 212 y 213). A continuación aparecen notificaciones en las que ya figuran listados de obligados tributarios y en concreto la demandada, de fechas 18 de septiembre, 17 de julio y 3 de abril de 2009 respectivamente (ff. 214, 215 y 216). En realidad estos listados son los mismos que los presentados con la demanda (ff. 24, 25 y 26). Es decir, lo único que aparece son las mismas incidencias frente a la AEAT a las que nos hemos referido, de escasa relevancia y ya satisfechas.": AAP Madrid (Sección 28) 13.03.2012 (Auto 41/2012; Rollo 323/2011)

"SEXTO.- El sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones, al que se refiere el nº 4.1º del artículo 2 de la LC como hecho revelador del estado de insolvencia, significa que el deudor estaría atravesando una situación en la que, con independencia de la causa que lo motivase, ya fuese de modo temporal o definitivo (en cualquier caso no de manera puntual o aislada), no podía atender por medios normales el cumplimiento de sus obligaciones (pecuniarias o de la naturaleza que fuesen) frente a una pluralidad de acreedores que tuviesen pendiente la satisfacción de sus derechos.
Ahora bien, como ya tuvimos ocasión de puntualizar en el auto de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 12 de marzo de 2011, hay que deslindar de ese tipo de situaciones aquellas otras que pudieran considerarse como meras fases transitorias de simple impuntualidad en el cumplimiento. Las dificultades de tesorería, si pueden ser solventadas en un plazo razonable, no equivalen a insolvencia, ya que el deudor podrá cumplir en cuanto se solventen, por lo que deberían ser excluidas como justificativas para la declaración de concurso (precisamente esta referencia se eliminó del artículo 2.2 de la LC). La incursión en mora puede traer causa en un momento de iliquidez, revelador de posibles dificultades, pero si, aun así, fuese posible satisfacer las obligaciones, aunque fuese con cierto retraso, la situación no debería calificarse de insolvencia. No podrá considerarse como tal, por lo tanto, la consecuente a meros pagos retrasados, si son sólo fruto de una dificultad transitoria y no de una definitiva cesación en los mismos por la imposibilidad del deudor de cumplir con sus obligaciones. No obstante, sería ya más propio de lo segundo que de lo primero las situaciones de retraso sistemático y continuado en los pagos, porque ya no responderían a un momento concreto sino a una situación continuada de iliquidez.
Sin embargo, hemos de reconocer que el hecho externo que puede ser conocido en muchos casos por el acreedor no es otro que el que su deudor ha dejado de pagar, por lo que si constata lo que aparece, con cierto fundamento, como un sobreseimiento generalizado podría dar el paso de solicitar su declaración en concurso. En tal caso será en la fase de oposición en la que dispondrá el deudor de la oportunidad de justificar que se trataba de meros retrasos y evitar así tal declaración.

SÉPTIMO.- A tenor de nuestros precedentes razonamientos puede comprenderse que lo que debería haberse analizado en el seno del incidente de oposición cuya apelación aquí nos ocupa es si al tiempo de instarse el concurso necesario por parte de MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL, en fecha 30 de mayo de 2008, la entidad GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA había ya incurrido en el sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones. Sin embargo, en la resolución recurrida no se efectuó tal análisis de ese modo, sino que se atendió al tiempo de dictar la resolución sobre el trámite de oposición, el 16 de marzo de 2009, tras celebrar la vista el precedente 4 de marzo, es decir, casi diez meses después del momento de presentación de la solicitud inicial. A esa fecha la demandada ya no discutía que había llegado a verse sumida en una situación de insolvencia, pero niega que lo hubiera estado casi un año antes.
Al examinar este tribunal los justificantes de pago que fueron aportados por la entidad oponente con la finalidad de demostrar que los créditos relacionados por la solicitante estaban satisfechos hemos podido comprobar que, efectivamente, la totalidad de ellos habían sido pagados, si bien, a primeros de junio de 2008, es decir, poco después de la presentación de la solicitud de concurso (30 de mayo de 2008), pero mucho antes de haber sido la deudora emplazada por ese motivo; además, tales pagos se produjeron con una dilación aproximada, como término medio, de tan sólo una decena de días con respecto a la fecha de vencimiento de los pagarés (25 de mayo de 2008) en los que se había instrumentado la forma de satisfacer tales deudas. Asimismo la entidad demandada también aportó prueba documental de que, en términos generales, estaba entonces al corriente de pago con sus trabajadores, con la Seguridad Sociedad, con la Agencia Tributaria y con sus proveedores.
Las consecuencias que podemos extraer de ello es que la parte demandada desvirtuó la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia que había sido aducido en su solicitud de concurso necesario por parte del acreedor MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL, pues no se trataba de que la entidad GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA estuviese sumida a finales de mayo de 2008 en una verdadera situación de sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones, sino que se ha demostrado que se trató, en realidad, de una fase transitoria de simple impuntualidad en el cumplimiento. Así lo ha acreditado al justificar que los efectos mercantiles aludidos por la solicitante se habían pagado con una dilación de unos diez días y se estaban atendiendo entonces las demás obligaciones significativas que pesaban sobre la entidad GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA. No es incompatible con esta apreciación el que pudiera quedar pendiente de satisfacción algún concepto puntual (como los gastos bancarios de los efectos, etc), pues lo relevante es la generalización del sobreseimiento y no los impagos episódicos, ni tampoco el hecho de que diez meses después, es decir, en un contexto temporal más tardío, la situación se hubiese podido agravar y desembocar en una insolvencia que la apelante reconoce que a esa época ya no podría discutir.
Desvirtuado el hecho revelador que se aducía en la solicitud de concurso ni tan siquiera es preciso abordar el análisis de la solvencia de la entidad GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA a fecha 30 de mayo de 2008, pues sólo si se hubiese constatado aquél resultaría preceptivo plantearse esto último. La presunción iuris tantum de la situación de insolvencia, que en cierto modo se deriva del artículo 18.2 de la LC en el seno del mecanismo previo a la declaración del concurso necesario, solo se genera tras la acreditación por el demandante de uno de los hechos previstos como reveladores de la misma, que específicamente señala el artículo 2.4 de la LC, o merced al reconocimiento, expreso o tácito, de los mismos por parte del deudor. ”: AAP Madrid (Sección 28) 27.04.2012 (Auto 68/2012; Rollo 318/2011)

AP Cantabria

“TERCERO: La recurrente reproduce en su escrito de recurso esencialmente las alegaciones ya realizadas en la instancia sobre la concurrencia de un sobreseimiento general de sus obligaciones por la demandada, analizando la contabilidad obrante en los autos; pues bien, aun cuando de esa contabilidad de la demandada que ha sido aportada se desprende una clara situación de insolvencia que dura varios años y la existencia de una pluralidad de acreedores -no solo del grupo CENAVI cuya deuda no resulta exigible en razón a su propia declaración de espera que consta documentada-, lo cierto es que habida cuenta de las especiales circunstancias de la demandada, que no realiza propiamente actividad mercantil real - no figura como empresario a efectos de sistema de la Seguridad Social ni en el IAE-, y se encuentra prácticamente en estado de latencia, sin el apoyo de una prueba pericial de expertos en contabilidad que pudiera arrojar luz al respecto este tribunal no puede afirmar el sobreseimiento generalizado de los pagos, lo que es algo distinto de la mera constancia contable de las deudas, como ya se indica en la recurrida y se ha vuelto a exponer al principio de esta resolución; sobreseimiento que es negado por la demandada, que aporta evidencias de realización de pagos recientes, y frente a cuyas afirmaciones no se alza prueba directa alguna de otras deudas liquidas, vencidas y exigibles que haya desatendido y que esto haya ocurrido además de forma generalizada. Por lo demás, tampoco puede afirmarse que INMOBILIARIA ARNUERO S.A. haya incurrido en incumplimiento generalizado de algunas de las obligaciones especiales a que se refiere el art. 2, 4,4 LC obligaciones tributarias exigibles, pagos de cuotas de seguridad social, salarios, etc.-, o que tenga embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general a su patrimonio, pues tan solo se ha acreditado otro proceso judicial de otros acreedores (ordinario 164/2002 y sus medidas cautelares), que no consta que diera lugar a proceso de ejecución propiamente dicho. Además cabe añadir que la pertenencia de INARSA al grupo CENAVI, que se reconoce por la primera en sus escritos aunque se niegue confusión de patrimonios o identidad sustancial de

sus miembros y unidad en la toma de decisiones, aspectos fácticos que no han sido acreditados, no autoriza sin más a declararla en concurso por el solo hecho de que CENAVI se encuentre en situación de concurso, ni nos hallamos ante el supuesto de declaración conjunta del concurso a que se refiere el art. 3, 5 LC invocado; y, en fin, es cuestión nueva y por tanto vedada en esta alzada (art. 456 LEC) la posible concurrencia de un alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de los bienes del deudor, por demás no reconocible en el hecho de dar cumplimiento a una orden judicial de demolición. ": AAP Cantabria (Sección 2) 26.01.2012 (Auto 8/2012; Rollo 394/2010)

AP Sevilla

"TERCERO.-Si analizamos los hechos controvertidos, bajo la premisa de las anteriores consideraciones, necesariamente ha de concluirse, como acertadamente razona el Juez a quo, que no queda acreditado por la entidad actora, a quien le corresponde con arreglo a la regla de la carga de la prueba, que efectivamente se haya producido ese sobreseimiento generalizado en el pago, para estimar que concurre ese presupuesto objetivo para que se declare en concurso a la entidad Aguibur, Sociedad Limitada.
Es cierto, que el único bien que se ha acreditado que integra el patrimonio de la entidad demandada, es la finca registral 36.653 del Registro de la Propiedad núm. 1 de Utrera. Dicha finca ha sido tasada, y no se ha desvirtuado la valoración, por Agente de la Propiedad Inmobiliaria, en 233.010 euros. La citada finca está gravada con una hipoteca en garantía de 175.100 euros, un embargo del Ayuntamiento de Utrera por 9.590,67 euros, y otros dos a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social por importes de 10.598,15 euros y 12.368,04 euros. Con determinada deuda, que mantiene con el mencionado Organismo del Estado, ha llegado a formalizar un convenio de pago aplazado.
No se ha acreditado ni que existan procedimientos judiciales contra la demandada donde se le reclamen otras deudas, ni que existan otras deudas, distintas de las ya mencionadas. Ni puede afirmarse que la deuda que sustenta la pretensión de la actora ascienda a la cuantía que afirma, ya que la demandada reconoce que es deudora, pero no en la cuantía que se refleja en la demanda, de modo que el pretendido impago no se puede sostener, porque no se ha acreditado, que sea debida a insolvencia. Frente a ello, la demandada acredita que tiene un crédito reconocido contra la entidad Miguel Ángel Corral, S.L., cuya ejecución judicial ha instado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Logroño, autos 2217/09, por importe principal de 19.413,97 euros.
Por último, del examen de las cuentas anuales aportadas, como se refleja en el Auto recurrido, se puede deducir una situación ciertamente complicada, pero no esa insolvencia generalizada, que es necesaria para la declaración concursal que interesa.": AAP Sevilla (Sección 5) 20.01.2012 (Auto 13/2012; Rollo 8615/2011)

"Pero además de lo anterior, tras el examen de las actuaciones hemos de coincidir con la Juez a quo en la falta de acreditación tanto del sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, como en que haya incurrido en un alzamiento o liquidación apresurada de sus bienes. Dice la apelante que la transmisión de las participaciones en EMED TARTESSUS se habría hecho sin contraprestación alguna. Pero se trata de una simple afirmación no constatada en estas actuaciones. Y debe tenerse en cuenta que la acreditación de la concurrencia de alguno de los hechos externos previstos en el art. 2.4 LC determinantes de la situación de insolvencia, incumbe al solicitante del concurso necesario.
Por otro lado, la prueba documental aportada y la testifical practicada en el acto de la vista (especialmente la documental obrante a los folios 1017 y 1026 de las actuaciones y las declaraciones testificales de Dª Elisabeth, representante de EMED, y de Vicente, que fue director administrativo y responsable de la contabilidad de MANTESUR desde su fundación hasta diciembre de 2007, y posteriormente Director Financiero de EMED), ponen de relieve que con ocasión de la cesión de los activos a EMED por el 49% de las participaciones sociales, el grupo EMED se hizo cargo de todas las deudas de la entidad MANTESUR, habiendo abonado EMED TARTESSUS 912.000 # entre julio y diciembre de 2007, quedando MANTESUR sin ninguna deuda con terceros, habiéndose pagado facturas presentadas por la entidad "Empresarios Petrolíferos S.L." y el bufete ARAOZ y RUEDA S.L.; desde el momento en que se abonaron por EMED las deudas de MANTESUR la compañía dejó de tener actividad, no teniendo en ese momento ninguna deuda, declarando el testigo D. Vicente que ya no tuvo que hacer más apuntes contables ni declaraciones fiscales; asimismo en las Due dilligence que se hicieron y en todas las negociaciones para adquirir los activos de MANTESUR en las que intervinieron los señores D. Aurelio y D. Bruno, precisamente los firmantes del contrato de arrendamiento en nombre de MANTESUR, nunca se puso de manifiesto la existencia del contrato de arrendamiento con ZEITUNG, ni deuda alguna derivada de este contrato.
En definitiva, tras la renovada valoración probatoria efectuada en esta alzada llegamos a la conclusión de que no se ha acreditado la situación de insolvencia, que el solicitante ha pretendido fundar en el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones de MANTESUR y en el alzamiento o liquidación apresurada de bienes, ninguno de cuyos dos hechos previstos en la Ley concursal como reveladores de la insolvencia del deudor han resultado acreditados en estas actuaciones.": AAP Sevilla (Sección 5) 16.02.2012 (Auto 35/2012; Rollo 8095/2011)

JM-2 Madrid

"Aclarado lo anterior, dos son las circunstancias sobre las que AVALATRANSA pretende fundamentar la concurrencia de este "hecho de concurso" : haber incurrido NOZAR en descubierto con entidades bancarias por impago de deudas cuyo importe total asciende a 115.265.405 € (páginas 13 y 14 de la solicitud) y haber

resultado incorrientes pagarés firmados por dicha entidad por importe total de 828.460,40 € (páginas 15 y 16 de la solicitud).
Importa indicar que, no cuestionada la existencia de los descubiertos bancarios, NOZAR ha aportado al proceso abundante documentación (conjunto documental número 15) acreditativa de que buena parte de esa deuda estaba ya siendo renegociada con las entidades de crédito acreedoras desde mediados de 2008, es decir, con anterioridad a la presentación de la solicitud de concurso, habiendo declarado la mayor parte de dichas entidades que, como consecuencia de ese proceso negociador, no consideran en la actualidad vencidas las deudas contraídas por NOZAR, expresión esta que, cualquiera que fuere su significado desde el punto de vista técnico jurídico, pone de manifiesto la voluntad de las entidades firmantes de no hacer exigibles las sumas adeudadas durante la pendencia de la negociación, lo que indudablemente comporta el otorgamiento expreso de una moratoria. Por su parte, de la información suministrada por el R.A.I. (Registro de Aceptaciones Impagadas), se deduce que la totalidad de los pagarés incorrientes por importe global de 828.460,40 € a los que se aludía en la solicitud han sido dados de baja de dicho registro en fechas próximas -aunque ulteriores- a la declaración de concurso, lo que indica que todos ellos han sido ya satisfechos.
Pese a esas dos consideraciones, nos situaremos a efectos de análisis en la hipótesis mas favorable a las tesis de AVALATRANSA : aquella en la que ni los descubiertos bancarios se estuvieran renegociando ni los pagarés hubieran sido abonados, e incluso en la hipótesis en la que unos y otros estuvieran siendo objeto de reclamaciones judiciales. Frente al planteamiento del perito propuesto por NOZAR, Prof. LAÍNEZ GADEA, cuando afirmó que la deuda bancaria de 115.265.405 € no llegaba a representar siquiera un 5% de la deuda total de 2.214.439.901 € que NOZAR mantenía a 31 de diciembre de 2007 con bancos e instituciones de crédito, y que los pagarés incorrientes por importe de 826.460 € representaban tan solo el 0,11% de los 723.606.081 € de deudas que NOZAR mantenía a idéntica fecha con acreedores comerciales, el letrado de AVALATRANSA replicó que para valorar la concurrencia de sobreseimiento general la comparativa habría de establecerse no entre los descubiertos y la totalidad de la deuda contraída sino entre los descubiertos y aquella parte de dicha deuda que se encontrase vencida. Se trata de un punto de vista sin duda acertado pero su solo enunciado revela que, al lamentar que no exista en el proceso el dato exacto de la deuda vencida a efectos de establecer la comparación, AVALATRANSA soslaya cual es el régimen de distribución de la carga de la prueba en relación con la acreditación de los “hechos de concurso”. Pues una cosa es que quien solicita el concurso deba contar necesariamente con ventajas o facilidades que alivien su condición de persona extraña a las fuentes de información correspondientes (vgr. criterios de disponibilidad del Art. 217-6 L.E.C., cargas o deberes de exhibición documental de los Arts. 328 y s.s. L.E.C., etc.) y otra cosa bien distinta que en atención a ello se vea dispensado de la iniciativa probatoria que le impone el Art. 217-2 L.E.C., o que se encuentre facultado para hacer descansar el éxito de su pretensión sobre una mera duda abstracta acerca de la cuantía más o menos exacta de la deuda vencida. En definitiva, no se trata tanto de determinar si NOZAR ha demostrado o no esa cuantía exacta como de dilucidar si AVALATRANSA ha adoptado o no las iniciativas necesarias en el seno del proceso para alcanzar el referido dato.
Pues bien, a partir del precedente planteamiento se ha de indicar que fue precisamente AVALATRANSA quien acompañó a su solicitud las cuentas de NOZAR correspondientes al ejercicio 2007 en las que, como es natural, se indica cual es la cifra de pasivo corriente, esto es, de pasivo vencido o por vencer a lo largo del año 2008 (1.954.517.479 €). Y es igualmente importante destacar que, pese a haber aportado también un informe pericial en el que se cuestionan algunos aspectos de los resultados que tales cuentas arrojan, lo cierto es que las discrepancias que dicho informe plantea se refieren a la fidelidad de otras variables diferentes (cifra de fondos propios resultante de la depreciación experimentada por la cartera de valores de NOZAR), de manera que, no habiendo sido objeto de refutación alguna un dato -el del pasivo corriente- que aparece incorporado a un documento que la propia AVALATRANSA ha presentado, hemos de partir de la base de que dicha entidad acepta ese dato o, cuando menos, que no lo cuestiona. Se ha de considerar, por otra parte, que tanto las altas de los descubiertos en el R.A.I. como el inicio de negociaciones de refinanciación con entidades bancarias se produce en el curso de ejercicio 2008, época en la que, por tanto, hechos de situar temporalmente los vencimientos respectivos. Pues bien, si tenemos en cuenta que a lo largo de dicha anualidad habrían de vencer deudas de NOZAR por importe total de 1.954.517.479 €, nos encontramos con que los descubiertos a los que alude AVALATRANSA en su solicitud de concurso representan tan solo, s.e.u.o., el 5,93% de las deudas a vencer durante la referida anualidad de 2008. Tal vez pudiera considerarse que la precedente conclusión es la resultante de un análisis tosco y poco afinado de la situación, pero es el único análisis que puede acometerse al partir del material probatorio suministrado por AVALATRANSA quien, como se ha indicado, no ha adoptado las iniciativas procesales precisas para la obtención de una adecuada pericia de la que eventualmente pudiera deducirse que la correlación “impagados/deuda vencida” se ajusta a otros parámetros distintos de los precedentemente examinados.
Y si el hecho de haber incurrido en un descubierto coyuntural de tan solo el 5,93% de la deuda vencida en dicho periodo de tiempo no es, abstractamente considerado, susceptible de incardinación dentro de la noción de sobreseimiento general que deriva de los criterios jurisprudenciales precedentemente expuestos, mal podría obtenerse la conclusión de que concurre la aludida hipótesis legal si en concreto observamos que, además, buena parte de la deuda bancaria goza temporalmente de una moratoria iniciada con anterioridad a la solicitud de concurso y concretada en la manifestación efectuada por numerosos bancos en el sentido de no considerar por el momento “vencida” la deuda que con ellos se mantiene, y si, a la vez, tenemos en cuenta que la deuda relativamente discreta por razón de los pagarés incorrientes ha sido solventada en fechas posteriores y en todo caso próximas a la solicitud de concurso.”: AJM-2 Madrid 05.05.2009 (Concurso 567/2008)

7. Inexistencia de sobreseimiento, probado que se han satisfecho la inmensa mayoría de los créditos que dieron lugar a la comunicación del art 5.3 y a una posterior solicitud de concurso voluntario hace un año

AP Castellón

"PRIMERO.- Interpone recurso de apelación la representación procesal de Molaris S.L frente a la resolución del Juzgado de lo Mercantil de fecha 6 de Abril de 2011 que acuerda denegar su solicitud de declaración del concurso necesario de Talleres Jois S.A, solicitando la revocación de este pronunciamiento y que se acuerde haber lugar a declarar en estado de concurso necesario a dicha mercantil.
En el recurso se hacen alegaciones destinadas a justificar que concurre el hecho del sobreseimiento general de pagos por parte de Talleres Jois S.A y se basa la recurrente esencialmente en que con carácter previo a su demanda de solicitud de concurso necesario formulada en fecha 25 de mayo de 2010 Talleres Jois S.L presentó, en fecha 30 de octubre de 2009, escrito comunicando al Juzgado estar en la situación prevista en el articulo 5.3 de la Ley Concursal, reconociendo su estado de insolvencia y las deudas a sus acreedores, y que posteriormente, en fecha 1 de marzo de 2010, formuló demanda solicitando la declaración voluntaria de concurso, siendo por tanto un hecho reconocido la pluralidad de acreedores que tiene y el hecho de haber dejado de atender los pagos de forma generalizada. Se dice que no se ha acreditado el supuesto pago a la totalidad de acreedores contenidos en las listas presentadas y que el testigo-perito propuesto por la demandada en el acto de la vista reconoció que algunos de los acreedores contenidos en la relación aportada no habían cobrado sus créditos.
Respecto al informe de auditoria presentado por la demandada, se alega que se corresponde con el ejercicio 2009 y no puede servir para rebatir la situación de insolvencia. La cuestión que plantea la parte recurrente se ciñe a revisar la valoración probatoria realizada por la Juez "a quo" y conclusión alcanzada respecto del hecho del sobreseimiento general en los pagos y estado de insolvencia de Talleres Jois S.A que no se ha estimado probado, ya que la legitimación de la actora ahora recurrente para instar el concurso necesario se aprecia que existe en la resolución de instancia, en base al soporte documental, pagaré aportado, y lo manifestado por el legal representante de la demandada, que afirmó haber pagado a todos sus acreedores menos a Molaris, sin que las razones alegadas para ello, referidas al negocio jurídico origen de la deuda, y relativas a la defectuosa instalación de la maquinaria, priven a la actora de esta condición y sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse por la demandada. Pues bien, examinada la prueba aportada al procedimiento estimamos que es correcta la conclusión que alcanza la Juez de instancia que aprecia que no concurren al tiempo de decidir sobre la petición de la declaración del concurso el hecho del sobreseimiento general en el pago de las obligaciones corrientes al no haber constancia de otros acreedores de manera generalizada y estima que ha quedado probado que la empresa Talleres Jois S.A no se encuentra en situación de insolvencia. Resulta prueba fundamental para ello la declaración prestada por don Carlos Manuel, auditor-censor jurado de cuentas, quien no se limitó a referirse al informe de auditoria sobre las cuentas anuales del ejercicio de 2009, precisando respecto de este informe que en el año 2009 se hizo la solicitud del articulo 5.3 debido a la situación de insolvencia que había y que después se presentó la solicitud de concurso voluntario, que se retiró al haber alcanzado un pacto de refinanciación con las entidades financieras, y que con el dinero que se obtuvo se pagó a una gran cantidad de proveedores y al personal, afirmando que prácticamente la mayoría de las deudas están todas pagadas. El testigo-perito a la pregunta de cual era la situación económica de Talleres Jois S.A a la vista de las cuentas anuales del ejercicio de 2010 (documento que obra a los folios 153 a 155) contestó que no tenía ninguna situación de insolvencia porque había refinanciado su deuda, estaba al día, y el pasivo corriente era inferior al activo corriente.
Procede por lo expuesto la desestimación del recurso, ya que compartimos plenamente el criterio de la Juez "a quo" al valorar que no existe la situación de insolvencia al tiempo en que se dicta la resolución desestimatoria de la solicitud de declaración de concurso necesario, sin que pueda obviarse la evolución de la situación económica y financiera de la mercantil respecto de la que se pretende la declaración de concurso necesario como hace la recurrente.
Solo cabe añadir que no nos parece razonable apreciar que concurre el requisito de pluralidad de acreedores en base a la relación de acreedores aportada por Talleres Jois S.A con su solicitud de concurso voluntario, ya que, como hemos dicho, se ha aportado prueba suficiente para justificar que se han satisfecho la mayor parte de las deudas con posterioridad, habiéndose pagado a la mayoría de los acreedores, cuantitativa y cualitativamente, según dijo el Sr. Carlos Manuel a preguntas del Letrado defensor de la ahora recurrente, sin que la existencia de los pocos que seguidamente mencionó el auditor-censor jurado de cuentas permita considerar que existe un impago que afecta a una pluralidad de acreedores como sostiene la parte en el recurso, pues ello supondría que se ha dejado de atender a los pagos de forma generalizada y no es eso lo que se desprende de la prueba referida.": AAP Castellón (Sección 3) 30.11.2011 (Auto 136/2011; Rollo 394/2011)

- 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

Art. 2.4.2º - Embargo generalizado

AP Tarragona

“PRIMERO.- Se insiste en la solicitud de declaración de Concurso con fundamento en elart. 2.4 L.C., alegando la legitimación de la entidad solicitante acreedora de un crédito no controvertido y la concurrencia de otros acreedores como manifestación de un sobreseimiento general en el pago de las obligaciones del deudor, que concreta en la existencia de otras dos deudas: una ejecutada en Expediente Administrativo y otra objeto de un Procedimiento Ejecutivo.
Cuestiona la relevancia que el Auto apelado concede al hecho de que la primera deuda referida esté pagada, por haberse efectuado el pago después de presentada esta solicitud; así como la relatividad atribuida a la deuda del Juicio Ejecutivo negando que se trate de un crédito litigioso. También indica otras deudas contabilizadas en el balance aportado por la demandada.
El pago de la deuda administrativa se produjo con anterioridad a la solicitud, según resulta de la documentación aportada lo que, no sólo desvirtúa la pretendida existencia de la deuda al presentarse la solicitud de Concurso, sino que revela una actitud de la sociedad tendente al cumplimiento de sus obligaciones.
Respecto a la deuda objeto del Proceso Ejecutivo pocos datos constan, además de la anotación de embargo y la tramitación de Diligencias por falso testimonio, habiéndose manifestado que ha sido causa de suspensión de la ejecución y resultando del contenido de la querella que el ejecutado cuestiona esta deuda por compensación. Tal planteamiento no permite prescindir de la condición de crédito litigioso y, además, muestra una justificación del impago diferente al incumplimiento generalizado que se alega.
SEGUNDO.- El "Presupuesto objetivo" previsto en elart. 2 L.C. para el Concurso de Acreedores es "insolvencia del deudor común" definida en el mismo precepto como "el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". En este sentido, el concurso necesario requiere que el acreedor funde su solicitud en determinados supuestos que evidencian esta situación de insolvencia o imposibilidad de cumplimiento general de las obligaciones. Entre ellos, el que aquí se alega es el previsto en el apartado 2º de este precepto "la existencia de embargo por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor". Tal como explica el auto apelado, este presupuesto no cabe apreciarlo en la existencia de un embargo en proceso ejecutivo, referente a una deuda cuestionada en la situación antes descrita, y cuya incidencia en el patrimonio del deudor no le afecta "de una manera general" como exige la ley, dada la diferencia entre la deuda alegada y la tasación del patrimonio de la sociedad deudora, según el dictamen inicialmente aportado de la finca, en cuanto supera el importe del embargo y de esta deuda; sin que conste iniciativa de esta acreedora para ejecutar su crédito ni razón suficiente para suponer el fracaso de una ejecución particular, que es la justificación que permite al acreedor imponer la situación concursal por haberse revelado un sobreseimiento general en los pagos.
Aunque el balance presentado por la deudora refleje otras deudas, al carecer de datos sobre ellas, no cabe afirmar una actitud de impago por la mera contabilización en tanto no conste su vencimiento. Tal como razona el auto apelado, carece de prueba el alegado sobreseimiento general revelador de la pretendida insolvencia. Sin que sea el concurso un medio adecuado de investigación sobre otras deudas, como se pretende, cuando no está acreditado el presupuesto necesario para declararlo.”: AAP Tarragona 29.05.2008 (JUR 2008\274764)

AP Madrid

“Además, como ya se ha indicado, de lo expuesto se constata el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones por parte de los deudores que ha dado lugar a que se promuevan contra ellos hasta 19 procesos judiciales, como resulta de las anotaciones practicadas (artículo 2.4.1º de la Ley Concursal), lo que también evidencia el embargo generalizado de sus bienes por ejecuciones pendientes, pues consta que, al menos, algunos de dichos procesos lo son por ejecución de títulos no judiciales (artículo 2.4.2º de la Ley Concursal).
Acreditada la concurrencia, al menos, de los hechos externos de la insolvencia antes analizados sin que los deudores hayan acreditado su solvencia, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por doñaEstefanía.”: ”: AAP Madrid (sección 28) 27.03.2008 (JUR 2008/151496)

JM-1 Santander

“CUARTO.- A mayor abundamiento, tampoco han sido acreditados los hechos en que doña Frida funda su solicitud. En primer lugar alega la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectan de una manera general al patrimonio del deudor. Esto porque don Ernesto ha acreditado que únicamente persiste un embargo sobre su vivienda, habiéndose levantado el que recaía sobre el garaje, además de que no se ha acreditado ni alegado la existencia de cualesquiera otros embargos sobre otros bienes de don Ernesto, tales como los bienes de su negocio que en su caso sí se explota a título personal y no a través de una sociedad.”: Auto JM-1 Santander (Cantabria) 23/12/2005 (JUR 2006/41814)

JM-1 Cádiz

“2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. - Es decir, embargo generalizado de bienes. Supone pluralidad de ejecuciones y embargos. La diferencia con el embargo infructuoso radica en que en este caso no se exige que el solicitante tenga título ejecutivo, ni que se haya despachado ejecución a su instancia frente al deudor.”: Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

JM-5 Barcelona

"A).- En la pg. 7 del escrito de solicitud se reseña, en primer lugar, la concurrencia del supuesto previsto en el art. 2.4.2º LC, "existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio de deudor".
En el escrito de la parte solicitante, ASEFA SEGUROS, se reseñan 5 procedimientos judiciales, de los que sólo uno se apunta como procedimiento de ejecución, nº 1348/2007, del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, siendo todos los demás procesos declarativos, aunque en 3 de ellos con posibilidad de embargo, no ejecutivo, sino preventivo, por la propia naturaleza del proceso cambiario. En cuanto al proceso declarativo ordinario seguido por Cosmani SL contra AISA, por una cuantía de 2.000.000€, tal proceso se encuentra archivada por transacción judicial en fecha de 21 de febrero de 2008, documento nº 9 del escrito de oposición, tomo II.
De igual forma, en cuanto al pleito seguido por Pilar Vázquez Belmonte contra AISA, en reclamación de la cuantía de 401.293,14€, por los trámites del juicio cambiario, por tanto con embargo preventivo del art. 821 LEC, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 28 de Barcelona, consta el mismo archivado por auto de fecha 10 de abril de 2008, testimonio en el tomo V de este procedimiento.
Finalmente, se seguía procedimiento de ejecución dineraria a instancia de Barclays Bank SA, en reclamación de 4.621.926€, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 47 de Barcelona, se encuentra finalizado por Auto de fecha 26 de marzo de 2008, derivado de acuerdo extrajudicial.
Por tanto, en los términos literales del art. 2.4.2º LC, en el momento de solicitud de concurso ni existen ejecuciones pendientes ni embargos derivados de las mismas que afecten de un modo generalizado al patrimonio del deudor, ya que ni penden tales proceso de ejecución de modo general, ni su cuantía es significativa respecto al activo del deudor.
No de un modo expreso, pero sí es posible deducir del escrito de solicitud de concurso necesario que por parte de la solicitante se asimila el hecho revelador contemplado en el art. 2.4.2º LC con la situación de existencia de garantías reales hipotecarias otorgadas a favor de terceros sobre los bienes propios de la deudora, AISA, como se aprecia en la alegación VI, pg. 15 y ss. del escrito de solicitud. No obstante, esa asimilación no es jurídicamente posible, ya que los gravámenes de sujeción procesal a los que se refiere literalmente el art. 2.4.2º LC presuponen la pendencia, esto es, tramitación en curso, de ejecuciones seguidas en trámite contra el deudor. Por tanto, requiere la expresa actividad de ciertos acreedores que ya se hayan dirigido de un modo efectivo contra el patrimonio del deudor, y no de cualquier manera, sino precisamente en vía ejecutiva, lo que determinará la proximidad del momento de desmembramiento desordenado en cada proceso de ejecución aislado de la mayor parte de su patrimonio, de ahí el calificativo de afectación general, como resultado de esa ejecuciones separadas. Tal supuesto de hecho no es equiparable jurídicamente a la existencia de garantías prestadas sobre bienes propios, cuando las mismas no hayan dado lugar a proceso de ejecución alguno. De hecho, la situación de presentar buena parte del patrimonio sujeto a garantías hipotecarias es común en el tráfico económico, de personas jurídicas y físicas, incluso en el desarrollo normal y ordinario de la empresa a la que se encuentre dedicado el deudor, ya que ello suele ser la única forma de obtener recursos ajenos para la financiación de proyectos, sin que tal circunstancia pueda originar per se el incurrir en el hecho revelador del art. 2.4.2º LC, que exige la pendencia de ejecuciones pendientes.
Además, no es cierto que AISA tenga todos los inmuebles de los que es titular sometidos a garantía hipotecaria, ya que de las certificaciones del Registro de la Propiedad contenidas en los documentos nº 19, 20, 21, 26 y 34 del escrito de solicitud de concurso necesario se aprecia que la deudora es cotitular, junto con otras sociedades, de la fincas consignadas en tales certificaciones, las que en algunos casos están gravadas con hipoteca, pero prestadas por otros de los cotitulares dominicales, de manera que la cuota de participación de la deudora no está grabada. ":AJM-5 Barcelona 25.06.2008 (Concurso 205/2008)

Incluso si se trata de ejecución provisional de sentencia no firme

AP Madrid

"CUARTO También se niega por el apelante la concurrencia del hecho externo apreciado en la resolución recurrida determinante de la declaración de concurso que no es otro que el despacho de ejecución sin que del embargo hayan resultado bienes libres bastantes para el pago.
Conforme alartículo 2 de la Ley Concursal se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, correspondiendo al acreedor instante justificar alguno de los hechos que como presupuestos reveladores de la insolvencia enumera con carácter de numerus clausus elartículo 2.4 de la Ley Concursal.
Esto es, el acreedor no debe ni legalmente puede acreditar la insolvencia sino que, necesariamente, para el éxito de su solicitud ha de acreditar la concurrencia de alguna de las manifestaciones externas de la insolvencia enumeradas en dicho precepto.
Frente a esa pretensión el deudor puede negar el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante o acreditar su solvencia (artículo 18.2 de la Ley Concursal).
En el supuesto de autos la solicitud de concurso se funda, entre otros, en título por el que se ha despachado ejecución, consistente en elauto del Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid, de fecha 6 de abril de 2006, dictado en ejecución provisional de lasentencia recaída en el procedimiento seguido con el

nº 1298/03, por el que se requiere al deudor para el cumplimiento de determinadas obligaciones y se ordena el embargo de bienes por la cantidad de 4.364.342,34 euros de principal más 1.200.000 euros presupuestados para intereses y costas.
No se alega ni se pretende probar la solvencia del deudor sino que se niega la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia al entender, en primer término, que no lo integra el despacho de ejecución de una sentencia no firme y, en segundo lugar, se rechaza no se hayan localizado bienes bastantes para el pago.
Que el título ejecutivo se haya dictado en virtud de una sentencia no firme es irrelevante para apreciar la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia, pues lo decisivo es que se haya despachado ejecución, provisional o definitiva, sin que del embargo resulten bienes suficientes para el pago. Cuestión distinta es la relativa a la legitimación derivada de un crédito discutido judicialmente hasta el punto de que el acreedor instante puede serlo en virtud de un crédito no discutido y fundar la solicitud en una ejecución provisional infructuosa instada por otro acreedor e incluso el acreedor instante puede ser titular de diversos créditos unos litigiosos y otros no, e invocar como hecho revelador de la insolvencia la ejecución provisional infructuosa de uno de los créditos inicialmente litigiosos. Que el deudor confunda ambas cuestiones hasta el punto de tratar esta cuestión a propósito de la legitimación del acreedor no implica que deba admitirse tal planteamiento al ser presupuestos diferentes.
También a propósito de la legitimación el deudor alega en el recurso que los bienes embargados son suficientes para el pago, pero tal cuestión no fue objeto de alegación ni en el escrito de oposición ni en la vista por lo que constituye cuestión nueva, circunstancia que justifica su rechazo en esta instancia.
En todo caso, resulta patente que el embargo ha resultado infructuoso. Basta pensar que se ha despachado ejecución por importe de 4.364.342,34 euros de principal más 1.200.000 euros presupuestados para intereses y costas cuando el propio deudor en el inventario de bienes que ha presentado en el concurso reconoce un activo de 446.991,20 euros, sin que figuren la inmensa mayoría de los bienes que resultaron embargados, lo que indica que no son de su titularidad lo que hace que sean de imposible realización en dicha ejecución. Tampoco resulta la suficiencia del embargo trabado sobre el producto de la ejecución provisional de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid, en lo que afecta a los pronunciamiento efectuados a su favor, dado que su importe total asciende a 1.158.433,73 euros de principal.
Además, no es necesario que se haya ultimado el apremio para apreciar la existencia del embargo infructuoso pues basta el mero despacho de ejecución y que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago, como es el caso por lo antes apuntado, aun cuando no se haya iniciado y menos agotado el apremio respecto de los bienes (artículos 634 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
Acreditado el hecho externo revelador de la insolvencia es irrelevante la opinión de uno de los administradores concursales de la entidad "CONSTRUCCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A.", declaración testifical que nada aporta pues en el contexto de una pregunta sobre la procedencia de instar el concurso de otras sociedades del grupo o del propio donLuis Miguel, se limitó a afirmar que: no lo ponían de manifiesto en el informe ni en ese momento se lo planteaba la administración concursal, lo que, como es obvio, no desvirtúa la concurrencia del hecho externo revelador de la insolvencia apreciado en la resolución impugnada.
Por último, el deudor niega el sobreseimiento general de pagos, lo que es irrelevante al no haber fundado el auto impugnado la apreciación del presupuesto objetivo del concurso en ese hecho revelador de la insolvencia sino en la ejecución infructuosa.”: AAP Madrid (Sección 28) 20.11.2008 (AC 2009/104; Auto 234/2008; Rollo 35/2008)

Incluso existiendo participaciones societarias no embargadas

AP Alicante

“PRIMERO.- Deniega el Juzgado de lo Mercantil la declaración del Concurso.
Se sustenta tal denegación en los siguientes argumentos.
Que el hecho externo de la insolvencia de los fiadores deudores de la Sociedad instante que se aduce como fundamento de la petición de declaración del concurso, acreedora de aquellos por importe de 693.537,25 euros, es la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectarían de manera generalizada al patrimonio de los deudores - art 2-4-2º LC -. Que en efecto está probado, no solo la condición acreedora de la Sociedad solicitante sino que sobre las cuatro fincas que integran el patrimonio inmobiliario de los deudores hay trabados embargos a favor de entidades crediticias -Banco Popular, Caja Madrid y BBVA- por razón de los procedimientos de ejecución 203/2009 y 679/2009, seguidos en los Juzgados de Alcoy. Esto no obstante, como los deudores son también titulares de participaciones sociales en cinco sociedades de responsabilidad limitada, participaciones de las que las pertenecientes a tres de las sociedades sin gravamen alguno están valoradas en 888.175,36 euros, perteneciendo por mitad a cada deudor, no puede afirmarse que exista una situación de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera generalizada al patrimonio y, por tanto, concluye el Juzgado, no puede afirmarse que exista el presupuesto objetivo a que se refiere el artículo 2-4-2º de la Ley Concursal.
En conclusión, para el Juzgado, la existencia de activos mobiliarios por valor superior al importe de la deuda que se mantiene con la Sociedad instante del concurso impide considerar que se de en el caso el hecho descrito en la Ley Concursal pues no cabe excluir de la exigencia de embargos por ejecuciones

pendientes a otros activos distintos a los inmobiliarios que en el caso, en efecto, sí están gravados y pendientes de ejecuciones. (...)
Pues bien, en el caso, está en disputa la concurrencia del hecho exteriorizador de la insolvencia y la propia solvencia de los deudores. Del hecho se discute si la existencia de embargos por ejecuciones pendientes recayentes sobre la totalidad del patrimonio inmobiliario de los deudores, con la excepción de su titularidad sobre un conjunto de participaciones societarias, constituye o no el caso del artículo 2-4-2º de la Ley Concursal y de la solvencia se discute si el patrimonio inmobiliario y el mobiliario representado por las participaciones sociales determinan un activo superior al pasivo que se puede ejecutar mediante acciones individuales sin restricción o limitación de los derechos de los restantes acreedores de los deudores. (...)
TERCERO.-Clarificado por tanto el dato de la deuda y la posición de los demandados de concurso en relación al acreedor solicitante hemos de señalar lo siguiente.
Que sobre el total patrimonio inmobiliario de los demandados hay embargos trabados derivados de ejecuciones pendientes en procedimientos judiciales instados por tres entidades crediticias y por los importes descritos en el Auto recurrido -Fundamento cuarto, hechos relevantes- que son embargos para el rescate de un capital de 640.338,70 euros, importe que no adiciona las cuantías presupuestadas por intereses y costas que pueden suponer una importante cantidad a la vista de los presupuestos que se describen en el propio Auto. Se da además la circunstancia de que dichas fincas están hipotecadas por un valor total de 973.870,19 euros.
Además está acreditado que los demandados son titulares de participaciones sociales en cinco mercantiles, incluidas las afianzadas de las que deriva el crédito reclamado por la Sociedad instante del concurso y que, según valoración declarada en el Impuesto del Patrimonio del año 2007 ascienden a un total de 1.762.950,11 euros, si bien, parte de esas acciones podrían estar afectadas por las situaciones crisis financiera de las mercantiles que representan -Servifil S.L. e Hilados y Filamentos S.L., restando como valor de las participaciones sin afectación conocida el de 888.175,36 euros.
Pues bien, es precisamente la existencia de estos activos lo que motiva al Juzgado la desestimación de la pretensión de declaración del concurso pues entiende el Juzgado de instancia, lo que resulta de estos datos es que no puede afirmarse que haya embargos que afecten de manera general el patrimonio del deudor de manera general.
Pues bien, este Tribunal no comparte tal afirmación.
Lo que exige el artículo 2-4-2º de la Ley Concursal es que existan una pluralidad de procesos ejecutivos pendientes, lo que en el caso está fuera de cuestión, y que tales actuaciones deriven embargos que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
No es sin embargo presupuesto del caso contemplado en la citada norma, a diferencia del caso del art 2-4 de la Ley Concursal, que existan bienes libres bastantes para el pago. Ello es así porque la norma está contemplando la previsión del acreedor ante una situación de pluralidad de embargos procedentes de procedimientos ejecutivos ajenos a él que le haga preveer que de intentar una ejecución no podrá obtener el importe de su crédito. Y es en esta consideración que el dato de menor valor inmobiliario por razón de los gravámenes reales que soporta resulta relevante.
Así en el caso resulta aceptable considerar que si la totalidad del patrimonio inmobiliario de los deudores está embargado en procedimientos judiciales diversos, que tales embargos lo son por razón de ejecuciones pendientes por cuantías que pueden ser iguales o superiores al crédito que se ostenta, que además dicho patrimonio está hipotecado, es decir, está sometido a garantías reales por otros créditos, por importe superior al crédito del solicitante crédito, y que el resto del patrimonio de los deudores son valores mobiliarios que, de un lado, en más de la mitad, puede tener un valor afectado por razón de la crisis de la sociedad que representan -es el caso de las participaciones en las sociedades avaladas- y que el resto tienen un valor que, aun atendido el fijado en el año 2007, sin duda afectado por las fluctuaciones del mercado y por tanto, de escasa garantía de permanencia, es inferior al del crédito, la conclusión que alcanzamos es que, primero, existiendo un patrimonio plural inmobiliario que en su totalidad está embargado, restando solo valores mobiliarios libres, la nota de generalidad sí se produce pues es evidente que aquella conjuga no solo el aspecto cuantitativo sino también el cualitativo y, en segundo lugar, que difícilmente puede afirmarse la existencia de la solvencia de los deudores pues aun disponiendo de las participaciones sociales sanas, no cubrirían su crédito, que tampoco podrían enfrentar con casi plena certeza, con la venta inmobiliaria dado el gravamen judicial e hipotecario que padecen.
Procede en consecuencia estimar el recurso de apelación, procediendo la revocación del Auto y mandando proceder a la declaración del concurso necesario correspondiente, estimación que obviamente implica la desestimación de la impugnación que en materia de costas procesales formularon los demandados pues la estimación del recurso y la consiguiente declaración del concurso deriva, al contrario de los pedido por los demandados, en su expresa condena en costas -art 20 LC -que adquirirá la condición de crédito contra la masa.”: AAP Alicante (Sección 8) 11.01.2012 (Auto 1/2012; Rollo 704/2011)

- 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

Art. 2.4.3º - Alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa

AP Madrid

“CUARTO.- EUROFACTORS alegaba en su solicitud la existencia de un alzamiento de bienes por cuanto que RANCO estaría utilizando sus ingresos para pagar deudas de terceros, concretamente de la entidad

MULTYOIL, S.A. (en adelante, MULTYOIL), mientras dejaba sin pagar las deudas que mantenía con sus acreedores.
Entendido el alzamiento de bienes como un acto imputable al deudor, realizado con ánimo de defraudar a sus acreedores, mediante el que se consigue la desaparición u ocultación de bienes o derechos, el hecho de que el deudor haya abonado deudas de terceros tiene difícil encaje en el alzamiento de bienes. Pero si además el deudor venía obligado a abonar tales deudas en virtud de un negocio jurídico del que resultaba su obligación de afrontar las deudas de la entidad MULTYOIL (estipulación 2ª contrato de 16 de diciembre de 2002, doc. 17 aportado por el deudor), obligación de la que además tenía conocimiento el acreedor instante del concurso (estipulación 3.2 del contrato de joint venture celebrado entre RANCO y EUROFACTORS, doc. 2 aportado por el acreedor, en relación al anexo 3, doc. 3, aportado también por el acreedor), la existencia del alzamiento de bienes ha de descartarse completamente. Que para atender a dichas obligaciones la deudora haya utilizado o no recursos superiores a los previstos en el contrato de joint venture podrá tener trascendencia cara al posible incumplimiento contractual de la deudora, pero es intrascendente cara a la existencia de un alzamiento de bienes, que ha de ser excluido.". AAP Madrid (sección 28) 17.04.2008 (JUR 2008/188168)

AP Barcelona

"QUINTO. Compartimos con el Sr. Magistrado que debe descartarse como hecho presuntivo del presupuesto objetivo del concurso (la insolvencia) el supuesto de liquidación apresurada o ruinosa de los bienes (art. 2.4.3º LC).
El fracaso del proyecto empresarial no cabe duda que deviene en una época de crisis económica/financiera que castiga profundamente al sector inmobiliario. Los socios ya detectaron durante el año 2008 la inviabilidad de la empresa específica que proyectaron (la promoción inmobiliaria en el terreno adquirido en Montcada i Reixach) y buscaron soluciones que, inevitablemente, pasaban por la venta de los terrenos a tal efecto adquiridos. En febrero de 2008 esta solución ya se contemplaba incluso por BAL-RAT, como revela el documento 29 (f. 469) consistente en un correo electrónico en el que el Sr. Bonamusa (vinculado a BAL-RAT) se dirige al Sr. Everardo (de CULTIVAR GRUP) indicando que está ofreciendo los terrenos para su venta. A finales de 2008, en la junta de17 de diciembre, los socios son más que conscientes del difícil momento que atraviesa la sociedad y de que urge una solución liquidatoria ante el impago de las cuotas hipotecarias una vez que han rechazado las ampliaciones de capital; se plantea incluso la solicitud de concurso, pero se faculta a los administradores para negociar con los acreedores, que son, así afirma la propia BAL-RAT, los propios socios y la acreedora hipotecaria. Las negociaciones con la acreedora hipotecaria se desarrollaron durante el primer semestre de 2009 y culminaron con la venta de la finca el 29 de junio. Previamente se solicitaron dos tasaciones a dos sociedades de tasación independientes, que valoraron la finca en 2.310.530 # a junio de 2008, y en 2.190.000 # a diciembre de 2008 (documentos 30 y 31 de la oposición).
La finca logró venderse a una filial de La Caixa por 2.904.451,29 # (f. 343), que supera, como se ve, el valor de mercado atribuido por las compañías de tasación. Aunque la venta por ese precio haya supuesto una pérdida a la sociedad en relación con el valor contable de la finca (coste de adquisición más gastos), no cabe duda, por los datos con que contamos, de que se obtuvo, tras un período temporal relativamente largo de gestación y desenvolvimiento, con el conocimiento de los socios, un valor satisfactorio al estar por encima del valor de mercado según las tasaciones, valor éste, sin duda, condicionado por la crisis del sector inmobiliario. Todo ello es suficiente para rechazar una liquidación apresurada y/o ruinosa.": AAP Barcelona (Sección 15) 15.07.2010 (Auto 132/2010; Rollo 161/2010)

"SEXTO. 1. En el último motivo de apelación alega el recurso la indebida valoración de la prueba en relación con los hechos que fundamentan la situación descrita por el art. 2.4.3 LC, esto es, "el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor".
Este hecho revelador de la insolvencia concurre a juicio de la apelante porque, con el nuevo convenio alcanzado con el Ayuntamiento de Lloret de Mar (el 29 de mayo de 2009), se está privilegiando al Ayuntamiento en perjuicio del resto de los acreedores, ya que se le ha abonado créditos, por importe de 783.403 #, que en el concurso tendrían la consideración de subordinados, pues responden a recargos e intereses. Además, se le privilegia porque se constituye una hipoteca en garantía del pago de 8 millones de euros, de modo así se le otorga un privilegio especial del que carecía. Y de otro lado, se ha privilegiado a Caixa Laietana al constituir a su favor una hipoteca en garantía de la devolución del préstamo de 2. 800.000 #.
2. La constitución de la hipoteca a favior de Caixa Laietana responde a una garantía por la simultánea obtención de un préstamo por dicho importe, destinado a financiar la referida construcción.
El pago al Ayuntamiento de LLoret de cantidades en concepto de recargos e intereses no responde más que a la voluntad, y seguramente necesidad, de pagar a dicho acreedor una deuda real y cierta, que había motivado el embargo de los bienes inmuebles de SOLMAR y la paralización de las obras de construcción (la licencia de obras fue suspendida y las obras paralizadas), por lo que con ese pago no sólo se extinguía un pasivo real sino que, al igual que la garantía hipotecaria que SOLMAR se comprometía a constituir (y que no consta con certeza que haya constituido), procuraba la consecución de un acuerdo con el Ayuntamiento para desbloquear el proyecto urbanístico y poder continuar las obras de construcción, de las que evidentemente, una vez terminadas, cabe esperar un rendimiento económico.
Ni unos ni otros actos, contrariamente a lo que sostiene la apelante, constituyen una liquidación apresurada o ruinosa del patrimonio del deudor, sino que, precisamente, se encaminaban a la continuación de la actividad empresarial de la deudora y a la liberación de las fincas trabadas.": AAP Barcelona (Sección 15) 01.06.2011 (Auto 76/2011; Rollo 520/2010)

JM-1 Cádiz

"*3. Alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de bienes:* El precepto contiene dos conductas del deudor: el alzamiento y la liquidación apresurada o ruinosa.
- *Alzamiento*: El profesor ROJO señala los siguientes requisitos para que puede hablarse de alzamiento:
a) Un acto imputable al deudor consistente en la ocultación o desaparición de bienes o derechos
b) Que el acto haya producido como resultado real o potencial, la lesión (total o parcial) del derecho de crédito de uno o varios acreedores.
c) Que el acto se haya realizado con ánimo de defraudar a uno o varios acreedores.
- *Liquidación* apresurada o ruinosa de bienes: Es necesario que el deudor haya ya comenzado la liquidación de su patrimonio, y que ésta sea apresurada (realizada con especial prisa o rapidez) o ruinosa (con pérdida particularmente grave)": Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

JM-5 Barcelona

" B).- En la pg. 22 del escrito de solicitud, ASEFA SEGUROS reseña de modo expreso un segundo posible hecho revelador, el previsto en el art. 2.4.3º LC, "el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor".
Para justificar la concurrencia de tal hecho, ASEFA SEGUROS reseña que las principales partidas de activo de AISA, participaciones financieras en empresas del grupo, por valor de 229.905.000€, existencias en curso, 297.624.000€, y préstamos a empresa del grupo, 92.232.000€, no ofrecen posibilidad alguna de liquidez a la deudora frente a sus deudas a corto plazo, por que o no son realizables en plazo o no pueden tener el valor que se les otorga, debido a la fluctuación del mercado de bienes inmuebles. Este argumento, en buena medida, ha sido ya analizado con anterioridad y se volverá sobre ello.
No obstante, por alzamiento ha de entenderse, en técnica jurídica civil, la desaparición o la ocultación de bienes por parte del deudor con la finalidad de frustrar los legítimos derechos de sus acreedores, mediante actos voluntarios, ya materiales ya jurídicos, ejecutados por el deudor o por terceros en su colaboración, por los que se ponga o se pueda poner a salvo tales bienes de posibles responsabilidades patrimoniales. No existe ningún hecho siquiera alegado por la parte solicitante que sea asimilable al comportamiento recogido en el art. 2.4.3º LC.
En la vista de oposición, celebrada en fecha de 5 de mayo de 2008, la parte solicitante ha pretendido asimilar al acto de alzamiento el otorgamiento de ciertas garantías hipotecarias o la dación en pago de bienes, las que supuestamente habrían, v. gr., determinado la finalización de algunos de los procesos antes indicados. Lo cierto es que ello no consta en los presentes autos de forma alguna, y en todo caso, la existencia de tales actos jurídicos no pueden por su sola presencia justificar el alzamiento de bienes, ya que la prestación de garantía hipotecaria, de darse, puede tener su causa en refinanciación de deudas a las que se otorguen nuevas condiciones, y el análisis de si ello es o no un acto de alzamiento de bienes ha de hacerse en ante el supuesto concreto, aquí no aportado. Otro tanto puede señalarse de la dación en pago, prevista como medio solutorio de obligaciones en los arts. 1.156 y 1.175 CC, por lo que si para el art. 2.2 LC insolvencia es la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, y el Derecho admite expresamente tal forma de cumplimiento, dentro de la categoría conceptual de los subrogados del cumplimiento, su eficacia es idéntica al pago, por lo que tal acto no justifica por sí solo el alzamiento, sin una prueba acabada de la ausencia de justificación de tal pago, v. gr. por la falta de vencimiento de la obligación saldada, o por el desequilibrio económico entre el valor del bien entregado y la deuda pagada. Esa prueba no ha sido aportada a las presentes actuaciones. ":AJM-5 Barcelona 25.06.2008 (Concurso 205/2008)

JM-2 Madrid

"Según el Art. 2-4 de la Ley Concursal, "..Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla...en la existencia de alguno de los siguientes hechos:..3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor..". De entre las tres hipótesis que dicho precepto contempla - alzamiento de bienes, liquidación apresurada de bienes y liquidación ruinosa de bienes- AVALATRANSA solamente invocó la concurrencia de la última, es decir, la consistente en la liquidación ruinosa de sus bienes por parte de NOZAR (página 18 de la solicitud, al inicio del Hecho Séptimo) por mas que en el acto de la vista su letrado indicara que desde su punto de vista la liquidación apresurada y la liquidación ruinosa eran vocablos sinónimos. Sin embargo, pese a que la diferenciación semántica entre ambos términos aparezca avalada por la más autorizada doctrina (ANGEL ROJO, obra citada, página 193), lo cierto es que su aplicación en el caso examinado posee escasa proyección práctica como veremos a continuación a propósito del examen de los acontecimientos aducidos por AVALATRANSA para fundamentar la concurrencia de este "hecho de concurso". Son los siguientes :
1.- Operación con INMOBILIARIA COLONIAL, S.A.
Se alude bajo este epígrafe a la venta de un edificio y varios terrenos en Madrid que NOZAR efectuó a favor de INMOBILIARIA COLONIAL, S.A. en julio de 2007, contratos que quedaron resueltos al no cumplirse las condiciones suspensivas a las que se habría supeditado su eficacia, determinando esa resolución la obligación de NOZAR de restituir la parte del precio que había recibido, a cuyo fin habría emitido reconocimiento de deuda y habría constituido segunda hipoteca sobre los propios bienes vendidos y garantía pignoraticia sobre sus acciones en la sociedad BOI TAULL. Pues bien, lo primero que llama la atención al respecto es que este hecho

ni siquiera resulta conceptualmente subsumible dentro de la noción legal de “liquidación” (ya apresurada, ya ruinosa) a la que hace referencia el Art. 2-4, 3º de la Ley Concursal, pues, si bien es cierto que la constitución de garantías reales sobre los propios bienes integra, al igual que la venta, un acto de naturaleza dispositiva, no implica, sin embargo, enajenación o liquidación de clase alguna al continuar los bienes gravados bajo la titularidad de su propietario. Consciente acaso de esa imposibilidad de incardinar el hecho bajo la definición del supuesto legal, AVALATRANSA trató de ligar dicha operación con la presunción de rescindibilidad que a propósito de las acciones de reintegración de la masa activa contempla el Art. 71-3,2º (“.. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:..2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas..”). Sin embargo resulta completamente obvio que ninguna relación guarda dicha norma con la problemática que nos ocupa. Los preceptos reguladores de las acciones de reintegración de la masa activa, concebidos para salvaguardar la “par conditio creditorum”, poseen una proyección netamente intraconcursal, o lo que es igual, se dirigen a posibilitar la integridad del patrimonio del concursado en provecho del común de sus acreedores, pero por ello mismo carecen por completo de sentido fuera del concurso. En otras palabras, determinadas operaciones son rescindibles, aun en ausencia de intención fraudulenta, como indica el Art. 71-1, solamente porque se ha declarado en situación de concurso a aquél que las ha llevado a cabo. Fuera del concurso, en cambio, se trata de operaciones perfectamente normales y habituales en el tráfico cuya eficacia jurídica no cabe cuestionar, y, en todo caso, no se trata de operaciones contempladas como “hechos de concurso” por el Art. 2-4 de la Ley Concursal ni, en consecuencia, cabe pretender en base a ellas obtener la declaración de concurso del deudor. En definitiva, al invocar dicho precepto, AVALATRANSA hace supuesto de la cuestión pues para obtener la declaración de concurso opera como si este ya hubiera sido declarado. Y no está de más indicar, en todo caso, que los gravámenes que NOZAR constituyó no lo fueron en garantía de obligaciones preexistentes o de obligaciones nacidas en sustitución (que son las hipótesis que contempla la norma invocada) sino en garantía de una obligación de devolución del precio que nacía para ella “ex novo” y como consecuencia de la resolución contractual operada en virtud de vicisitudes previstas en los propios contratos.

2.- Operación con REYAL URBIS, S.A.

Se refiere aquí AVALATRANSA a una operación por la que NOZAR adquirió de REYAL URIS, S.A. el 4% de las acciones de INMOBILIARIA COLONIAL, S.A., habiendo pagado una parte de su precio al contado y habiendo quedado diferida la otra parte para su pago el 10 de diciembre de 2008. Pues bien, tomando por base el informe de auditoría de las cuentas de REYAL URBIS, S.A., AVALATRANSA considera que NOZAR se verá en dificultades para abonar en la referida fecha de vencimiento la parte aplazada del precio de las acciones que adquirió.

Nos encontramos aquí ante un nuevo supuesto de difícil encaje -no ya jurídico sino intelectual o conceptual- dentro de la hipótesis definida por el Art. 2-4,3º de la Ley Concursal, referido, como venimos diciendo, a la liquidación ruinosa -o, si se quiere, apresurada- de los propios bienes, pues basta examinar la operación descrita para comprobar que nos encontramos ante un caso de compra de bienes y no de venta o liquidación de los mismos. Por si ello no fuera suficiente, se nos habla de un impago del precio (que desde luego tendría mejor encaje entre las hipótesis de sobreseimiento) no actual sino futuro, ya que se funda AVALATRANSA en un descubierto que, cuando ella formula su solicitud de concurso, aún no ha tenido lugar aun cuando augura que el mismo se producirá verosímilmente. Es, pues, patente, y no precisa de mayores comentarios, la inconsistencia del dato que se invoca en apoyo del “hecho de concurso” del que ahora tratamos, sin perjuicio de lo cual no está de más indicar, en todo caso, que, ante la vertiginosa caída de las acciones de COLONIAL, la entidad NOZAR ha alcanzado un acuerdo con su vendedora REYAL URBIS en orden a la resolución de la mencionada operación y dicho acuerdo ha sido notificado, en calidad de hecho relevante, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Documento 22 de la oposición). En virtud del mismo, NOZAR asume la obligación de indemnizar a REYAL URBIS en 70.000.000 €, pero de ese modo consigue deshacerse de un paquete accionarial con el que habría experimentado una pérdida de nada menos que 427.132.629,76 € a consecuencia del fulgurante descenso que su cotización experimentó. Lo que, cuando menos desde el punto de vista del profano en materia empresarial, no parece en absoluto una operación ruinosa y, en todo caso, así se razona adecuadamente en el informe pericial de los Profesores LAINEZ GADEA y GARCIA AYUSO que NOZAR acompañó a su oposición como Documento número 3, complementado con las explicaciones que en el acto de la vista suministró el primero de dichos expertos.

3.- Venta de terrenos a CAJA DE AHORROS INMACULADA

Asegura AVALATRANSA en su solicitud de concurso que, habiendo adquirido NOZAR en noviembre de 2006 determinados terrenos en Zaragoza por 82.000.000 €, en abril de 2008 habría vendido esos mismos terrenos a la CAJA DE AHORROS INMACULADA por tan solo 43.000.000 €. El problema de este alegato es que para llevarlo a cabo a AVALATRANSA le bastó con consultar un artículo periodístico (Documento número 13 de la solicitud), absteniéndose en cambio de contrastarlo el dato -como podría haberlo efectuado- en el Registro de la Propiedad. De haberlo hecho, habría podido comprobar que el precio al que NOZAR enajenó dichos terrenos no fue el de 43.000.000 € sino el de 72.000.000 €, precio que, además, resultó ser esencialmente coincidente con el valor de mercado de las fincas en el momento en que la enajenación se llevó a cabo (véanse los Documentos 24 y 25 de la oposición). Desde dicha perspectiva, no podemos compartir el punto de vista expresado por AVALATRANSA con arreglo al cual para ponderar el carácter ruinoso de una operación han de ser comparados el precio al que se adquiere con el precio al que se vende. Contrariamente, y, particularmente en el sector inmobiliario, especialmente azotado por la actual crisis económica, los precios de los inmuebles fluctúan con arreglo a leyes del mercado que actúan de modo inexorable y cuyos efectos no son provocados -sino más bien padecidos- por el propietario de los bienes que los experimentan. De ahí que si, pese a venderse

un bien a precio inferior de aquél al que se adquirió, dicho precio no se encuentra por debajo del de mercado en el momento de la venta, no pueda hablarse en absoluto de venta ruinosa.
Debe indicarse que en los últimos tiempos NOZAR no ha llevado a cabo únicamente la enajenación de los terrenos de Zaragoza de los que ahora tratamos. Su legal representante reconoció en el acto de la vista que desde hacía mas de un año la empresa se encontraba llevando a cabo un profundo proceso de desinversión por el que, ante la envergadura de la actual crisis económica, no solo se conseguía obtener liquidez sino que se posibilitaba la desvinculación de la empresa respecto de activos de los que por el momento no era posible obtener la rentabilidad consecutiva a su fin natural (el proceso de edificación), y, en definitiva, se evitaba, en vista de la evolución a la baja de los precios, el padecimiento de aquéllas pérdidas que, de no acometerse a tiempo dicho proceso, podrían ser consecutivas a una intensificación de esa tendencia bajista. Así lo explica también el informe pericial aludido en unos términos que, a falta de eficaz contraprueba, no hay por qué no juzgar verosímiles. Nada parecido, por tanto, a una liquidación apresurada o ruinosa.
4.- Venta de fincas "La Talá" a BEYOS Y PONGA, S.A.U.
Alude aquí AVALATRANSA a la venta de unas fincas en Asturias a la sociedad BEYOS Y PONGA, S.A.U., filial de CAJASTUR. Desde luego, el hecho de que la propietaria -y por tanto vendedora- de las fincas no fuera NOZAR sino otra sociedad de su grupo denominada DESARROLLOS URBANISTICOS NOZAR-MASAVEU, S.L. excusaría de cualquier comentario al respecto. En todo caso, llama la atención que, pese a incluirse este hecho entre los supuestos que permitirían acreditar una liquidación ruinosa, no nos indique AVALATRANSA dato alguno del que pudiera inferirse el carácter antieconómico de la operación. Contrariamente, es la propia demandada quien, sin estar obligada a ello, nos acredita que la venta se produjo por encima del precio de mercado de la finca, ya que se enajenó por 41.000.000 € cuando la misma había sido tasada en tal solo 36.486.108 € (Documentos 28 y 29 de la oposición).
5.- Hipotecas a favor de Estado
Se refiere aquí la solicitud de concurso a la constitución por parte de NOZAR de garantías hipotecarias para obtener de la A.E.A.T., por el procedimiento legalmente previsto, el aplazamiento de determinada deuda tributaria. AVALATRANSA no nos razona por qué ve en este hecho un supuesto de liquidación ruinosa de sus bienes por parte de NOZAR, y este juzgador -que desde luego tampoco aprecia tal cosa- se ve en la imposibilidad de proporcionar razones que expliquen esa falta de apreciación, ya que resulta intelectualmente imposible brindar argumentos con el fin de rebatir aquello que nunca se ha argumentado.
Resultando inapreciables, por tanto, en vista de los precedentes planteamientos, los concretos "hechos de concurso" invocados por AVALATRANSA en su solicitud, innecesario resulta ya entrar en el análisis de la solvencia de NOZAR (Art. 18 de la Ley Concursal), pues, como señala el Auto de la Sección 28ª (Especializada en materia mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 2006, "..La falta de una prueba suficiente de la existencia de hechos reveladores de la insolvencia de la sociedad deudora, concretamente del sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones, hace innecesario entrar a valorar otros extremos de la resolución recurrida y controvertidos en el recurso, puesto que tal falta de prueba suficiente de tales hechos conlleva la desestimación de la solicitud de declaración de concurso necesario. Asimismo, que concurra la causa de disolución obligatoria del art. 260.1.4º de la Ley de Sociedades Anónimas podrá tener otras consecuencias (señaladamente las derivadas del art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas), pero no constituye presupuesto suficiente para la declaración en concurso, puesto que ni es un hecho revelador de los enumerados en el art. 2.4 de la Ley Concursal ni equivale a la insolvencia. En la Ley Concursal, la insolvencia no se identifica con el desbalance, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder éste seguir cumpliendo con sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal o por otros medios (ejercicio de acciones revocatorias, actualización de balances, etc.); y a su vez, el activo puede ser superior al pasivo pero ser liquidable a muy largo plazo, lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones (Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Secc. 3, 9 de enero de 2007)..".
En todo caso, en el caso examinado no está de más añadir, como simple reflexión "ex abundantia", que, además de no poder identificarse con la insolvencia a efectos concursales, la situación de desbalance o de pérdidas cualificadas a la que alude el Profesor MORAL BELLO en el informe que emitió a petición de AVALATRANSA ni siquiera puede considerarse acreditada, toda vez que, exhibiendo NOZAR al cierre del ejercicio 2007 una cifra positiva de fondos propios, las conclusiones de dicho perito resultan más que discutibles si se tiene en cuenta que la actualización que pretende llevar a cabo a través de su informe se funda en una sola variable (la depreciación de la cartera de NOZAR concretada en las acciones de AFIRMA y COLONIAL) sin contemplar al propio tiempo adecuadamente la cifra positiva que arroja la diferencia entre plusvalías latentes y minusvalías, como se pone de relieve, entre otros elementos de crítica, en el informe de los Profesores LAINEZ GADEA y GARCIA AYUSO. ":AJM-2 Madrid 05.05.2009 (Concurso 567/2008)

- 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Art. 2.4.4º - Incumplimiento tributario o social

JM-1 Cádiz

"4. Incumplimiento generalizado de obligaciones significativas, que son:
a) Falta de pago de obligaciones tributarias (frente a Hacienda Pública, CCAA y Haciendas Locales) durante los tres meses anteriores a la declaración de concurso. Se trata de obligaciones de pago de tributos, que han de ser exigibles en los tres meses anteriores a la declaración de concurso.
b) Falta de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante los tres meses anteriores a la declaración de concurso. El precepto se refiere a los créditos por cuotas y a las exacciones de recaudación conjunta del art. 1.2 del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGRSS).
c) Falta de pago de salarios, indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de relaciones laborales, de las tres últimas mensualidades. El concepto de salario lo proporciona el art. 26 ET, conforme al cual: *"Se considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración o los periodos de descanso computables como de trabajo"*. En cuanto a las indemnizaciones, se incluyen:
- Indemnizaciones derivadas de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (art. 50 ET)
- Indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas del contrato de trabajo (art. 51 ET)
- Indemnizaciones derivadas de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (art. 52 ET)
- Indemnizaciones derivadas de extinción por despido disciplinario (art. 54 ET).": Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

1. El art. 2.4.4º requiere incumplimiento "generalizado"

JM-2 Madrid

"QUINTO Mención especial merece un crédito que, además de no mencionado en la solicitud inicial, no fue invocado por la parte solicitante al inicio de la vista en calidad de hecho de nueva noticia, sino que fue introducido en plena fase probatoria por la vía indirecta de incorporar un informe pericial que lo contempla, informe elaborado por el auditor Don Darío. Se trata del mantenimiento por parte de Tenfa, SL, a la fecha de solicitud de concurso, de una deuda tributaria de 515.034,22 € correspondiente al tercer pago fraccionado del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio 2004. Pues bien, con independencia de la extemporaneidad del atípico alegato, debe indicarse lo siguiente en relación con dicha cuestión:
1.-Que, a falta de otros datos sobre el montante total de las obligaciones fiscales de Tenfa, SL, nada autorizaría a considerar que ese incumplimiento de una determinada fracción de la carga tributaria expresada tuviera el carácter «generalizado» que exige el número 4º del art. 2-4 de la Ley Concursal para poder estimar concurrente el «hecho revelador» que el expresado número contempla («... El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades»). Hecho revelador que, en cualquier caso, debiera haber sido objeto de expresa invocación, dada la especificidad que el supuesto presenta en relación con la hipótesis definida por el número 1º del mismo precepto legal. ": Auto JM-2 Madrid 29.11.2005 (AC 2005/1970).

2. Impagos subsanados

JM-1 Santander

"Finalmente se alegó el incumplimiento del pago de las cuotas de la seguridad social durante un periodo de tres meses anteriores a la solicitud de concurso. Dicha deuda, según ha acreditado don Ernesto a través de los oficios de la Tesorería General de la Seguridad Social, ha sido extinguida, por lo que teniendo en cuenta especialmente lo dicho en cuanto a la legitimación activa y que la finalidad de los hechos del artículo 2.4 LC no es buscar cualquier vía para declarar el concurso de una persona sino determinar la existencia de hechos claros que el legislador considera como una especie de indicios de insolvencia, al haber desaparecido el supuesto de hecho en que fundamentaba la petición, ha de rechazarse la solicitud por la concurrencia de esta causa.": Auto JM-1 Santander (Cantabria) 23/12/2005 (JUR 2006/41814)

Artículo 3. Legitimación.

1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores.
Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación. *[Redacción inicial]*

1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudo, ~~y~~ cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley.
~~Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.~~

[Nueva redacción del art. 3.1. por Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Capítulo V de su Título I, art. 21, Uno) (BOE 28.09.2013), con entrada en vigor el 19.10.2013:

" Disposición final decimotercera.Entrada en vigor.

Esta Ley entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante:

a) El Capítulo V del Título I entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Aplicable a los concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor: "Disposición transitoria. Régimen transitorio en materia concursal.Los concursos declarados antes de la fecha de entrada en vigor de esta norma, en cuanto a las normas establecidas en el Capítulo V del Título I, seguirán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley."

Literalmente parecería que se derogaba el segundo párrafo, que no aparecía en la nueva redacción del apartado 3.1 sin que tampoco se indicase que ésta se limitaba al primer párrafo: "Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 3 que queda redactado de la siguiente manera".

El error se solucionó mediante nueva redacción por Ley 40/2015, que se limita a reintroducir el segundo párrafo]

1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley.
Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.

[Nueva redacción del apartado 1 del art. 3 por Disposición final quinta, Uno, de Ley 40/2015. Entrada en vigor: 03.10.2015

"2. No obstante, entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (…) los puntos uno a tres de la disposición final quinta, de modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (…)": Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 02.10.2015, Disposición final decimoctava. Entrada en vigor, apartado 2)]

Art. 3.1 Legitimación activa

1. Concurso voluntario

1.1 De persona jurídica. Órgano competente para decidir sobre la solicitud

1.1.1 Sociedades mercantiles. Caso de la sociedad anónima

"En cuanto a la legitimación para solicitar la declaración de concurso, el principal problema que se planteó es el de la legitimación de los órganos de administración de las sociedades mercantiles para solicitar la declaración de concurso. Cuando el art. 3.1.II de la Ley Concursal establece que "si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación", se está estableciendo una regla de atribución de competencia al órgano de administración o de liquidación de la sociedad mercantil para decidir sobre la procedencia de solicitar la declaración de concurso. A tal efecto, han de aplicarse las reglas para la formación de voluntad por parte del órgano de administración de la sociedad: actuación conjunta de los administradores mancomunados, acuerdo adoptado en el consejo de administración (art. 140 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas) o decisión adoptada por consejero delegado dentro del ámbito de las funciones objeto de delegación, actuación de cualquier administrador solidario. Una vez tomada la decisión por el órgano de administración, se formulará la solicitud ante el Juzgado conforme a las reglas que rijan la representación de la sociedad por el órgano de administración (por ejemplo, es posible que la decisión se adopte por el consejo de administración, por no estar delegada esa función, pero el poder especial a Procurador para presentar la solicitud se otorgue por el consejero delegado).
No se debe trasladar el problema de responsabilidad por no solicitud de concurso –art. 262-5 de la Ley de Sociedades Anónimas- a sede de legitimación para solicitar el concurso –art. 3.1.II de la Ley Concursal-, aplicando reglas de legitimación distintas de las exigibles para que se entienda emitida una declaración de voluntad por el órgano de administración. Cuestión distinta a la legitimación para solicitar la declaración del concurso es que en la apreciación de la responsabilidad solidaria por deudas sociales por la no solicitud de concurso se apliquen las reglas del art. 133.3 de la Ley de Sociedades Anónimas para el caso de órgano de administración compuesto por varios miembros, en el sentido de quedar exculpado el miembro que conste hizo todo lo conveniente para "evitar el daño" –no solicitar la declaración de concurso- o al menos se opuso expresamente a la decisión de no solicitar el concurso. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 2)

1.1.2 Caso de la sociedad de responsabilidad limitada

“Respecto del régimen de las sociedades de responsabilidad limitada, se entendió, si bien no de forma unánime, que lo fiscalizable por el juez es que haya una solicitud realizada por quien según el art. 3.1.II de la Ley Concursal es competente para decidir sobre la solicitud, es decir, el órgano de administración o de liquidación. La cuestión de que no haya existido antes, en el caso de sociedad de responsabilidad limitada, un acuerdo de la junta de socios, como exige el art. 105.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dará lugar en todo caso a la responsabilidad de los administradores por actos u omisiones contrarios a la ley. Además, la obligación de convocar a junta de socios para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso existe cuando se está en alguno de los supuestos previstos en los apartados c) a g) del art. 104.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Pero puede que exista una situación de insolvencia actual o inminente, que obliga al deudor –en este caso, a su órgano de representación- a solicitar la declaración de concurso, art. 5 de la Ley Concursal, sin que se haya producido causa de disolución de los apartados c) a g) del art. 104.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, concretamente sin que se hayan producido “pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social” –art. 104.1.e de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada-. Por tanto, es perfectamente posible que concurra la obligación del administrador de una sociedad de responsabilidad limitada de solicitar la declaración de concurso sin que concurra su deber de convocar a junta de socios para solicitar la disolución judicial o el concurso. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 2)

1.1.3 El órgano de administración, tanto por insolvencia actual como inminente

“CUARTO Sin olvidar en ningún momento las circunstancias en las que ha de adoptarse esta decisión dado que hay un trascendente procedimiento concursal en puertas de ser examinado, lo cierto es que el buen derecho en base al cual dice ampararse el demandado se basa en una interpretación doctrinal respetable pero minoritaria relativa a un artículo concreto de la Ley Concursal -el artículo 5- en el que no se distingue entre los escenarios de la insolvencia actual y la inminente para cifrar la obligación de los administradores de una sociedad mercantil de solicitar el concurso, atribuyendo el artículo 3.1 de la Ley en ambos casos -actual o inminente- al órgano de administración de una sociedad mercantil. Ese criterio doctrinal es el que considera que la Ley concursal ha de interpretarse en el sentido de entender que siendo inminente la insolvencia la decisión de solicitar el concurso ha de adoptarla la junta de accionistas de la sociedad y no sus administradores puesto que se considera que en estos supuestos no hay ni una verdadera obligación ni un verdadero riesgo para el administrador.
Ciertamente en los anteproyectos y borradores de anteproyectos a la normativa concursal -los de 1956 y 1983- se partía de esa distinción entre situaciones de deber o inexistencia de deber, pero dichas tesis fueron desechadas en el anteproyecto de 1995.
La cuestión fue abordada por los Jueces mercantiles en su primer encuentro celebrado en Valencia en diciembre de 2004 y, con las prevenciones con las que deben tratarse este tipo de conclusiones, lo cierto es que se analizaba y planteaba que la legitimación para solicitar el concurso no debía trasladarse al problema de la responsabilidad de los órganos de administración por no solicitar el concurso. Siendo planos distintos parece claro del artículo 3.1 de la Ley Concursal que el órgano de administración, el consejo en este caso, está legitimado en todo caso, sin perjuicio del rechazo que esta regulación pueda tener en el plano doctrinal. Siguiendo a la doctrina más acertada la solicitud de concurso es un derecho del deudor afirmando el profesor ROJO -Comentarios de la Ley Concursal coordinados por los profesores Rojo y Beltrán para Thomson Civitas- que la Ley "estimula la presentación de la solicitud a través de un importante medio indirecto: como regla general, en caso de que el concurso sea voluntario, el deudor conserva las facultades de administración y disposición". Es interesante también en orden a esta cuestión las consideraciones que la profesora PULGAR realiza en su libro Declaración del Concurso de Acreedores -Editorial La Ley-.
En definitiva no puede prima facie apreciarse un buen derecho que permita al actor la adopción de tan trascendente medidas cautelares, cuando la base de la pretensión no es sino la opinión crítica de autores reputados pero minoritario en la medida en la que trasladan el debate respecto del derecho o el deber de los órganos de administración en orden a eludir posibles responsabilidades, con las cuestiones de legitimación. El hecho de que puedan existir voces doctrinales discrepantes (GARCÍA VIDAL o ALCOVER) respecto del criterio de interpretación de una norma en principio clara no debe ser argumento suficiente como para adoptar las medidas reclamadas, sin perjuicio de realizar un profundo debate respecto de las diversas posiciones que la doctrina haya podido plantear respecto de la legitimación para solicitar el concurso voluntario por insolvencia inminente.”: AJM-3 Barcelona 03.12.2008 (AC 2008\2088)

1.1.4 Falta de legitimación: firma sólo uno de los administradores o li quidadores mancomunados

AP Badajoz

“UNICO El recurso interpuesto no debe prosperar. Se circunscribe el presente procedimiento a la solicitud de declaración judicial de concurso voluntario ante la actual situación de insolvencia de la empresa Bodegas Ortiz S.L. que ha sido inadmitida a trámite por el Juzgador de instancia ante la falta de legitimación de los firmantes de la misma, por tratarse de una sociedad mercantil, y siendo el peticionario administrador mancomunado conforme exige elart. 3.1 párrafo 2º de la Ley Concursal, la legitimación corresponde al órgano de administración lo que hace preciso el concurso del otro administrador mancomunado el Sr.Agapito, en cuanto

que expresión de la voluntad social y no individual, que, por contra, ha hecho constar en autos, su oposición a dicha declaración (folio 199). Por ello, encontrando plenamente ajustada a Derecho, la resolución apelada, cuyos acertados razonamientos damos aquí por reproducidos en aras de la brevedad, debemos desestimar el recurso de apelación y confirmar la misma, sin que pueda valorarse la cuestión ajena al objeto de esta litis que plantea de forma subsidiaria "ex novo" en la alzada, sobre la admisión del concurso con el carácter de necesario.": AAP Badajoz (Secciòn 3) 05.06.2009 (JUR 2009/289671; Auto 101/2009; Rollo 69/2009)

AP Vizcaya

"PRIMERO.-Grupo LLantada Seco SL compareció ante los Juzgados de lo Mercantil de Bilbao para pedir que fuera declarada en concurso voluntario de acreedores, alegando que en la Junta de 15 de enero de 2.009 se acordó la disolución de la Sociedad cesando de su cargo los dos administradores mancomunados y nombrando liquidadores mancomunados a D. Teodoro y a Dña. Benita <doc. nº 12 de la solicitud al folio 61 y ss >, y que en la Junta de 18 de marzo de 2.009 no existió acuerdo entre los dos socios igualitarios de la Sociedad para solicitar el concurso <doc nº 13 de la demanda a los folios 63 y ss de autos>.
Se dictó Auto de inadmisión de la solicitud de concurso planteada por la liquidadora mancomunda Dña. Benita, en nombre y representación del Grupo Llantada Seco SL, al no concurrir acuerdo de los liquidadores mancomunados a los efectos de solicitar el concurso voluntario de Grupo Llantada Seco SL, de conformidad con el art. 3.1 de la Ley Concursal.
La instante del concurso, Grupo LLantada Seco SL, recurre en apelación basándose en un error en la valoración de la situación actual del órgano de administración de la Mercantil demandante y de los poderes otorgados entre los administradores mancomunados, los cuales les facultan a cada uno de ellos para poder acudir a todas las instancias judiciales por separado, según escritura pública otorgada el 10 de mayo de 2.004 en la que se apodera a la Sra. Benita en la actuación de prácticas procesales como comparecer en los Juzgados y Tribunales.
SEGUNDO.-El recurso de apelación no puede prosperar.
En el caso de autos, quien ha solicitado el concurso ha sido la deudora Grupo LLantada Seco SL, es decir, persona jurídica, por lo que es de aplicación el art. 3.1 de la Ley Concursal, "si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación". Se está estableciendo una regla de atribución de competencia al órgano de administración o de liquidación de la sociedad mercantil para decidir sobre la procedencia de solicitar la declaración de concurso. A tal efecto han de aplicarse las reglas para la formación de voluntad por parte del órgano de administración de la sociedad: actuación conjunta de los administradores mancomunados, acuerdo adoptado en el consejo de administración o decisión adoptado por consejero delegado dentro del ámbito de las funciones objeto de delegación, o actuación de cualquier administrador solidario. Por un lado, no consta la actuación conjunta de los liquidadores mancomunados en orden a solicitar el concurso de acreedores, sino dicrepancias entre los mismos.
Por otro lado, en la solicitud del concurso se omitió toda referencia a la legitimación, siendo que, en la providencia de fecha 3 de julio de 2.009, se concedió plazo (art. 14.2 de la LECO) a la solicitante para la subsanación de una serie de deficiencias, entre las que se encontraba la omisión del acuerdo de los liquidadores mancomunados para solicituar el concurso (3.1 de la LECO), siendo contestada en el sentido de que la Sra. Benita ha presentado concurso voluntario por entender que la Sociedad se encuentra en causa de concurso y para evitar posibles responsabilidades de los liquidadores. En las actuaciones de primera instancia no consta la aportación de la escritura pública de 10 de mayo de 2.004, a pesar de constar su referencia en el apoderamiento a favor del Procurador apud acta, siendo que se ha alegado extemporáneamente la alegada delegación en esta alzada, donde está proscrita el examen de cuestiones nuevas no planteadas en la primera instancia. En todo caso y a la vista de la mencionada escritura pública de apoderamiento, la Sra. Benita no está facultada para solicitar el concurso voluntario al quedar al margen del ámbito de las funciones objeto de delegación, puesto que la realización de actos procesales ante los Juzgados y Tribunales lo es "para el ejercicio de las facultades conferidas", es decir, actos de administración, cobros y pagos y títulos valores y práctica bancaria de operaciones cuya cuantía sea igual o inferior a la de 3.000 euros. Por último precisar que entre los requisitos de la solicitud de concurso voluntario está, según el art. 6.2.1 de la LECO, el poder especial para solicitar el concurso, que si bien puede ser sustituído mediante la realización de apoderamiento apud acta, como tal debe entenderse el otorgado concretamente para la solicitud del concurso, por lo que no reúne tal condición el simple poder especial para pleitos aunque esté concebido en términos tanto generales que permita interpretar incluída la facultad de ejercicio de cualesquiera acciones, ni, incluso, tampoco el que expresa la facultad genérica para instar procesos concursales o actuar en ellos que no refleja la expresión de la voluntad actual de la persona jurídica.
Téngase en consideración que la Sra. Benita no ha solicitado el concurso de Grupo LLantada Seco SL ni al amparo del art. 3.3 de la Ley Concursal que también legitima para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica "a los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella", en cuyo caso estaríamos en un concurso necesario, ni al amparo del art. 3.1 y 7 de la Ley Concursal como acreedora con la concurrencia del presupuesto objetivo del estado de insolvencia.": AAP Vizcaya (sección 4) 30.03.2009 (Auto 272/2010; Rollo 528/2009)

AP La Rioja

"PRIMERO.-Impugnado el auto de declaración de concurso voluntario de Solo Deportes S.A. por D. Luis Antonio y Dª Custodia, siendo el primero uno de los dos administradores mancomunados de la sociedad y

representando los recurrentes el 50% del capital social, y atendidas las alegaciones en que se sustenta el recurso, se impone la consideración previa de la alegación de falta de legitimación activa, en tanto, la solicitud de declaración de concurso voluntario de la mercantil Solo Deportes S.A., se presenta por D. Roque, como administrador mancomunado, con oposición expresa del otro administrador mancomunado (folios 387 y 388 del testimonio remitido al Tribunal).
Dado que se trataría de un concurso voluntario, en tanto lo solicita el deudor, la legitimación para instar la declaración de concurso, en el caso que nos ocupa de deudor persona jurídica, corresponde conforme al artículo 3-1 de la Ley Concursal al órgano de administración, por lo que ineludible resulta la concurrencia del otro administrador mancomunado, el ahora recurrente, D. Luis Antonio, por ser preciso que la solicitud se corresponda con la expresión de la voluntad social, y no meramente individual, constando, además en este caso la oposición de D. Luis Antonio a la declaración de concurso.
Conforme a lo expuesto, sin necesidad de entrar en la consideración del resto de alegaciones que sustentan el recurso, el recurso ha de ser estimado, declarando que no procede la admisión a trámite de la solicitud de concurso voluntario formulada por dicha entidad mercantil, sin que la alegación de bloqueo del órgano de administración, por el desacuerdo entre los dos administradores, permita obviar el requisito de legitimación que la Ley Concursal establece, así como las previsiones que el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas establece. “:AAP La Rioja 27.12.2010 (Auto 140/2010; Rollo 329/2010)

1.1.5 Falta de legitimación: solicitud por los herederos de las participaciones de la S.L. deudora

AP Girona

“PRIMERO Frente al auto inadmitiendo a trámite el concurso voluntario a instancias de la entidad MANUEL BAENA S.L.U se alza la misma alegando, básicamente, que contrariamente a lo sostenido en la resolución recurrida, los instantes como herederos de la herencia dentro de cuto caudal hereditario se encuentran las acciones de la sociedad si están legitimados para instar el concurso voluntario de la sociedad.
No estando la cuestión planteada en esta alzada regulada de manera en la Ley Concursal, ya que como recoge el Juez " a quo " en su resolución, en el supuesto presente la solicitud de concurso lo es de una sociedad unipersonal cuyo socio único falleció con anterioridad a la presentación del concurso y los poderes especiales para la presentación de la solicitud fueron otorgados por los legítimos herederos del mismo y a requerimiento del Juzgado estos acreditaron que la herencia había sido aceptada por todos ellos a beneficio de inventario. De todos estos hechos, lógicamente el Juez aplica lo dispuesto en elart. 1.2en conexión con elart. 3.4 de la LCque recogen que cuando la herencia no sea aceptada pura y simplemente por los herederos podrá tramitarse la herencia yacente del fallecido. Si ello es así, con arreglo a la normativa correctamente aplicada en la resolución, el concreto caso de autos plantea un supuesto especial para cuya resolución deberemos de acudir a determinar con carácter previo la situación de los herederos y de la herencia en los supuestos de aceptación a beneficio de inventario en el CCC. Para ello deberá traerse a colación lo resuelto en elauto dictado por esta Sala en fecha 10 de octubre de 2001 (JUR 2002, 6023)en el Rollo de apelación núm 288/2001, que al referirse a las peculiaridades de la herencia aceptada a beneficio de inventario en el derecho catalán decía: "que una vez aceptada la herencia a beneficio de inventario, ya no se trata de una herencia yacente. Y el heredero que acepta una herencia a beneficio de inventario es un verdadero heredero, y por tanto, titular de los derechos y deudas del causante, y es responsable de su definitiva satisfacción, pero con la limitación del patrimonio del causante. Por esta razón, elArt. 26 del CS (LCAT 1992, 46, 205), establece que el beneficio de inventario no impide al heredero adquirir la herencia, tomar posesión de la misma y administrarla, pero hasta que no se paguen todos los acreedores conocidos la tiene que llevar en administración especial. Por tanto, administrador es el mismo heredero que puede actuar por sí mismo o por medio de un representante. El heredero administrador tiene legitimación activa y pasiva para demandar y ser demandado, vender bienes para poder pagar a los acreedores y realizar cualquier acto o negocio inherente a su facultad de disposición, con la única limitación que no puede hacerlo en fraude de sus acreedores ya que entonces perdería el beneficio (Art36.3 CS). Cuando son diversos los herederos y mientras no se lleva a cabo la partición, que obviamente no puede llevarse mientras no se paguen todas las deudas a todos les corresponde la administración del caudal hereditario, salvo que hayan designado un administrador judicial (Art. 47 CS). El régimen de la comunidad hereditaria no se regula de una forma completa ni en la anterior compilación ni en el Código de Sucesiones, ni tampoco en el Código Civil. Por ello en relación a la administración de los bienes que integran la herencia, se aplicará elArt. 398 del CC, según el cual para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, y se entiende por mayoría, el acuerdo favorable de los herederos que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la Comunidad hereditaria. ". Aplicándolo al supuesto de autos y teniendo en cuenta que el concurso voluntario que solicitan los herederos no es de DÁngelsino de la entidad MANUEL BAENA, S.L.U, que como la misma parte recurrente sostiene es una persona jurídica con personalidad propia e independiente de la de sus socios y en consecuencia con arreglo a lo dispuesto en elArt.3.1 LC que " Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores. Si el deudor fuera una persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación ", debe concluirse que los legitimados para instar el concurso voluntario son los administradores de la sociedad, ya que en el caso de autos no sería de aplicación lo dispuesto en elArt. 3.3 de la LC, que viene también a atribuir legitimación para instar el concurso de una persona jurídica a los socios, miembros e integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella, ya que en el supuesto de autos al haber aceptado los herederos la herencia a beneficio de inventario, en ningún caso serían deudores de las

deudas de la sociedad. En atención a todo ello y partiendo de lo de lo expuesto anteriormente, en el sentido de que los herederos son los administradores de la herencia y en consecuencia los titulares de las participaciones de la misma pero no administradores de la sociedad, la única persona legitimada para solicitar el concurso será el administrador de la misma, lo que requerirá que previamente a instar el concurso los herederos, como titulares de las participaciones de la sociedad procedan con arreglo a la normativa aplicable a convocar una Junta y nombrar un administrador de la sociedad y verificado que sea ello, será el administrador o administradores nombrados quienes estarán legitimados para instar la solicitud de concurso si fuera procedente y concurrieran todos los demás requisitos para la admisión a trámite de la misma.
En cuanto a la alegación relativa a la existencia de unos poderes otorgados por DÁngela favor de su esposa DªMercedes, la misma carece de toda legitimación para actuar en nombre de la sociedad, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en elArt. 1732.3 del Código Civil el mandato se acaba : por muerte,.....del mandante o del mandatario ", de tal modo que fallecido el mandante se extinguen los poderes concedidos y el único que hubiera podido ratificarlos, expresa o tácitamente hubiera sido el nuevo administrador de la sociedad, el cual no consta haya sido nombrado. Procediendo en consecuencia desestimar el recurso por los motivos y fundamentos recogidos y confirmar la resolución recurrida.": AAP Girona 23.01.2009 (JUR 2009/142250; Auto 23/2009; Rollo 605/2008)

1.1.6 Legitimaciòn de la AC de la matriz en un caso en que había sustituido a los administradores de las filiales

AP Barcelona

"ORE INVESTMENTS S.A., LOGISPARK WORLD S.L. y CORE ENERGY S.L. recurren en apelación el auto de declaración conjunta, a instancia de la administración concursal de CORE INVESTMENTS S.A., del concurso voluntario de distintas sociedades pertenecientes al mismo grupo. Pues bien, para la resolución del recurso hemos de considerar los siguientes hechos:
1°) Por auto de 2 de abril de 2012 se declaró el concurso necesario de las entidades mercantiles CORE INVESTMENTS S.A., LOGISPARK WORLD S.L. y CORE ENERGY S.L. En el auto de declaración se hizo constar que CORE INVESTMENTS S.A. era la sociedad matriz de un grupo en la que se integraban las otras dos sociedades. En el mismo auto se suspendieron las facultades patrimoniales de las concursadas, designándose administrador concursal a DELOITTE S.L.
2°) El 7 de mayo de 2012 el Juzgado acuerda por auto extender la suspensión de facultades de administración y disposición a todas las sociedades en las que CORE INVESTMENTS S.A. ostentaba la totalidad o la mayor parte del capital social, directa o indirectamente, siendo sustituida por la administración concursal.
3°) A instancia de la administración concursal, por auto de 3 de julio de 2012 el Juzgado acuerda la suspensión de los derechos políticos de la mercantil CORE INVESTMENTS en las sociedades participadas y la anotación preventiva de la declaración de concurso en el Registro Mercantil —en las hojas regístrales de aquellas sociedades-.septiembre de 2012 se autorizó a la administración concursal de CORE INVESTMENTS S.A. a instar los concursos voluntarios de las sociedades que, dentro del grupo CORE INVESTMENT S.A., se encontraran en situación de insolvencia actual o inminente.
5°) Fruto de esa autorización, por escritos de 31 de octubre de 2012 se solicitó el concurso voluntario de ACTIVAPARK MALAGA S.L.U. y 27 filiales más de CORE INVESTMENTS S.A. La solicitud se formuló por la procuradora de los tribunales Doña Eva Morcillo Villanueva, que acompañó un poder para pleitos otorgado por la administración concursal de CORE INVESTMENTS S.A.
6°) Por auto de 20 de noviembre de 2012 se declara conjuntamente el concurso voluntario de 28 sociedades participadas por CORE INVESTMENT S.A., que tenían como administradora única a esa misma entidad. Se acuerda la intervención de las facultades de administración y disposición y se designa como administradores concursales a DELOrTTE S.L. y a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. En la misma resolución se acuerda la acumulación de los concursos declarados al concurso necesario de CORE INVESTMENT S.A. "para su tramitación conjunta ¬dice la parte dispositiva del auto- ante la confusión de patrimonios".
SEGUNDO.- El auto es recurrido por CORE INVESTMENTS S.A., LOGISPARK WORLD S.L. y CORE ENERGY S.L., que alegan, en primer lugar, nulidad de actuaciones por no habérseles dado traslado de las solicitudes de concurso voluntario presentadas por la administración concursal. Consideran, en tal sentido, que se ha violentado el principio de contradicción y su derecho de defensa.
En segundo lugar niegan la legitimación activa de la administración concursal de CORE INVESTMENTS S.A. para solicitar el concurso voluntario de las sociedades filiales, dado que sólo el órgano de administración de cada una de ellas está legitimado para instar el concurso. En apoyo de esa alegación, citan el auto de esta misma Sección de 17 de marzo de 2008.
En tercer lugar sostienen que las solicitantes de los concursos deberían haber acreditado que se encontraban en situación de insolvencia, circunstancia que niegan.
Por último rechazan que exista confusión de patrimonios y que pueda acordarse de oficio la acumulación de los concursos a los ya declarados como necesarios. Entienden las recurrentes, por tanto, que la resolución recurrida infringe los artículos 25, 25 bis y 25 ter de la Ley Concursal.
representación de las sociedades declaradas en concurso, se opone al recurso de apelación y solicita se confirme la resolución recurrida. Además de refutar los cuatro motivos de impugnación, aduce la falta de legitimación de las recurrentes para interponer el recurso y para oponerse a la declaración de concurso, dado que, al haber sido suspendidas en sus facultades de administración y disposición, no ostentan la representación de las concursadas (folios 120 y 121).

TERCERO.- Hemos de partir, en el análisis de las distintas cuestiones que se suscitan en este recurso, de unas consideraciones básicas sobre la incidencia de la declaración de concurso en los órganos de la sociedad y, más en concreto, sobre las funciones de administración y representación que tienen atribuidas. En este sentido, debemos recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Concursal, durante la tramitación del concurso "se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración o disposición". Declarado el concurso, en definitiva, coexisten los órganos de la sociedad con los del concurso. El órgano de administración, por tanto, no queda inhabilitado; la intervención o suspensión del artículo 40 se circunscribe a las facultades de disposición y administración "sobre su patrimonio" (apartados primero y segundo). Como reitera el apartado sexto del citado artículo 40, la intervención y suspensión se refiere exclusivamente a las facultades de administración y disposición "sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso ".

Obviamente, la injerencia de los administradores concursales en las facultades de administración y disposición sobre los bienes de la concursada es mayor si se acuerda el régimen de suspensión. En tal caso, los administradores concursales "sustituyen" al deudor, sustitución que implicará, en algunos casos, actuaciones en su nombre o por cuenta del concursado. De este modo, el artículo 54 de la Ley Concursal reconoce a la administración concursal legitimación para el ejercicio de acciones de índole no personal en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición.

Sólo con la apertura de la liquidación se acuerda el cese de los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, "que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte" (artículo 145.3°). Es decir, incluso en liquidación, una vez cesados los administradores, éstos conservan la representación de la concursada en el procedimiento.capacidad procesal para recurrir en apelación el auto impugnado. La tendrían en liquidación, conforme al articulo 145.3° y, con más motivo, la tienen durante la fase común, en la que se mantienen los órganos de la sociedad (artículo 48.1°). Las limitaciones en las facultades de administración y disposición sobre los bienes de su patrimonio, por relevantes que sean, no le apartan del procedimiento. Esas limitaciones tampoco determinan que sea la administración concursal la que, en el ejercicio de sus funciones, asuma la representación de las concursadas.

Por otro lado, aunque la recurrente postule la nulidad y alegue que se han infringido normas esenciales del procedimiento, causándole indefensión, el problema que se plantea en el recurso no es de tramitación procesal sino de legitimación para solicitar el concurso voluntario. La declaración de concurso, cuando se solicita por el deudor, se realiza sin más trámite, salvo que la solicitud o la documentación que la acompaña adolezcan de algún defecto procesal o material o sea ésta insuficiente (artículos 13.2° y 14 de la Ley Concursal). El Juzgado, por tanto, no venía obligado a prestar audiencia a quienes figuraban como parte en el concurso necesario. Sólo debía valorar si concurrían los presupuestos procesales de competencia y legitimación que deben analizarse de oficio, entre los que se encuentra la legitimación del solicitante.

QUINTO.- El artículo 3.3° de la Ley Concursal dispone que para solicitar la declaración de concurso del deudor persona jurídica será competente el órgano de administración y disposición. Por tanto, en principio, la administración concursal de CORE INVESTMENTS S.A. no está legitimada para instar el concurso de las sociedades de las que ésta es administradora única. Y ello por cuanto, como venimos exponiendo, la suspensión se circunscribe a las facultades de administración y disposición de los bienes que se integran en la masa activa del concurso. De igual modo, la sustitución del deudor por el administrador concursal lo es en el ejercicio de esas facultades de índole patrimonial. No asume para sí la representación de la concursada. Tampoco ostenta, lógicamente, la representación de las sociedades que CORE INVESTMENTS S.A. administra.

Ahora bien, en el presente caso el Juzgado adoptó una serie de resoluciones, que no se ha discutido hayan alcanzado firmeza —tampoco consta que fueran impugnadas-, que implicaban la atribución a la administración concursal de la capacidad suficiente para instar el concurso de sus filiales. En efecto, por auto de 7 de mayo de 2012 el Juzgado acordó extender la suspensión de las facultades de administración y disposición a todas las sociedades participadas por CORE INVESTIMENTS S.A., que fue sustituida por la administración concursal. En segundo lugar, por auto de 3 de julio de 2012 el Juzgado suspendió cautelarmente los derechos políticos de CORE INVESTMENTS en las sociedades participadas. No consta en el testimonio remitido a esta Sala copia de esas resoluciones, si bien cabe colegir de ellas que el Juzgado confirió la administración de esas sociedades a los administradores concursales, con amplísimas facultades, y, con ello, también la legitimación para solicitar el concurso, al igual que el artículo 54 confiere directamente a la administración concursal legitimación para el ejercicio de todas las acciones patrimoniales. Así resulta, por otro lado, del auto de 6 de septiembre de 2012 que autoriza a la administración concursal a instar el concurso de 28 sociedades participadas.

El auto de esta misma Sección de 17 de marzo de 2008 (ROJ 2083/2008), citado por la recurrente, contempla un supuesto distinto. En aquel caso la administración concursal de la sociedad dominante solicitó directamente el concurso necesario de la filial. Ya en esa resolución advertimos que el concurso, en su caso, podría haber sido instado como voluntario por el administrador judicial que se había designado en el mismo concurso. Es ésa, en definitiva, la situación que se ha creado en este expediente, por lo que debemos rechazar la falta de legitimación activa alegada por las concursadas": AAP Barcelona (Sección 15) 30.10.2013 (Auto 133/2013; Rollo 234/2013)

2. Concurso necesario

2.1 No cabe declaración de oficio

“En cualquier caso, como propio de las pretensiones constitutivas, y perteneciente a la más rancia tradición del ordenamiento histórico de la quiebra, resulta inexcusable a fin de pronunciarse sobre la presencia del presupuesto objetivo que la solicitud se produzca por el tercero legitimado en la Ley para el concurso necesario.
La declaración de concurso no puede realizarse "ex officio iudicis", sin que exista una acción pública para concursar, sino que ha de alegarse y demostrarse una clásica causa privada de legitimación. Ahora bien, el procedimiento concursal modernamente, por su vocación solutoria, se endereza al logro de la conservación de empresas viables y al expurgo del mercado de las inviables, aunque siempre preservando la propiedad privada y manteniendo como función primordial la tutela del crédito. De tal manera, el Juez, por motivos de orden público y de amparo del mercado, no puede proceder, aún en los casos de notorio sobreseimiento general de pagos, a declarar el concurso necesario, el cual, a la postre significa una razonable constricción de las facultades ejecutivas del crédito, insertas en el derecho a la tutela judicial efectiva, y por ende, derecho subjetivo patrimonial constitucionalizado, que se dispensa sólo ante la formal petición de quien es titular del mismo (acreedor), o puede verse afectado por el mismo (corresponsable), en relación con un determinado deudor. No obstante, por esa vocación de la Ley, tampoco debe propiciase una interpretación "ad restringenda" de los requisitos de legitimación activa.
Así pues, si aduce el Sr. S. ser acreedor de Aeroteam S.L., -por más de ser socio minoritario de la mercantil, pero no personalmente responsable de los débitos de la persona jurídica en tal condición-, no demostrándose, ante la protesta de quien se sostiene deudor, tendrá que denegarse la declaración de concurso, con independencia de que sobre el administrador social sigue gravitando el deber de colocar la sociedad en concurso, supuesta la insolvencia en términos legales, conforme art. 5 LECO, y de que ello sea objetivamente mejor o peor para el futuro de la actividad de Aeroteam S.L. Pero demostrándose, tampoco tienen relevancia juicios de oportunidad.”: Auto JM-2 Bilbao 28.05.2007 (Concurso 70/2007)

2.2 Basta un principio de prueba del crédito, incluso no vencido o no reclamado.

AP Barcelona

“..La negación de la condición de acreedor del instante del concurso, en el trámite de oposición a su declaración, tan sólo alcanza a la revisión del cumplimiento de los requisitos del art. 7.1 LC, esto es, la aportación de un documento acreditativo del crédito, sin que sea necesario una prueba plena de su existencia, que en todo caso corresponderá a una fase posterior, cual es la de reconocimiento de créditos. Y ello porque el art. 18 LC no prevé entre las causas de oposición la inexistencia del crédito del instante, centrándose en la inexistencia del hecho invocado para evidenciar la insolvencia o la propia situación de insolvencia, de modo que la excepción de falta de legitimación activa derivada de la inexistencia del crédito del instante tan sólo puede dar lugar a una revisión del correcto cumplimiento de la justificación documental exigida por el art. 7.1 LC, pero no cabe entrar a resolver sobre la efectiva realidad del crédito..” AAP Barcelona (Sección 15) 24.03.2006

“..Conforme al art. 3.1 LC, los acreedores están legitimados para solicitar el concurso de acreedores de su deudor, siempre y cuando se cumpla con el presupuesto objetivo del estado de insolvencia. Para justificar esta condición de acreedor, el art. 7.1 LC exige a este instante del concurso que exprese "en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo".La actora en su demanda de solicitud de concurso expone en el hecho segundo su condición de acreedora por un importe de 43.832,20 euros, por suministros de accesorios para automóviles, y aporta las correspondientes facturas (documentos 1 a 29) y los abonos admitidos por devolución de algunos de los productos suministrados (documentos 30 a 149). Con ello, en principio cumplió con el requisito exigido en el art. 7.1 LC, por lo que fue correctamente admitida a trámite la solicitud por el Magistrado de lo mercantil. Cuando se emplaza al deudor cuyo concurso de solicita, éste se opone a la declaración a través del cauce previsto en el art. 18 LC, si bien no se limita a afirmar su solvencia, sino que con carácter previo niega que el instante reúna la condición de acreedor, porque considera que sus créditos ya han sido liquidados con la devolución del los productos suministrados. Conviene advertir que si bien la legitimación activa es un requisito previo para instar el concurso, y que por ello puede ser revisada si se niega la condición de acreedor en este trámite de oposición a la declaración de concurso necesario, no por ello puede convertirse dicho trámite en el idóneo para juzgar sobre la existencia y cuantía del crédito del instante, que en su caso debería hacerse a través de la comunicación y reconocimiento de créditos y, en su caso, en el incidente de impugnación de la lista de acreedores. Al tiempo de instarse el concurso tan sólo puede examinarse si se aporta la acreditación documental justificativa del crédito que se aduce, lo que indudablemente ha hecho la actora, y si en el trámite en oposición se argumenta la extinción del crédito, sólo podrá admitirse en caso de ser manifiesta, pero no en el presente caso en que la extinción se quiere derivar del abono que se argumenta correspondería por la devolución de una serie de productos. No consta que exista un documento de liquidación en el que la actora diera por saldadas sus deudas con la devolución del género, y basta que no haya aceptado la devolución de parte de los productos suministrados, para que se estime justificada su condición de acreedora, a los efectos de legitimar la petición de concurso..”: AAP Barcelona (Sección 15) 03.05.2007 (Rollo 69/2007)

“..Trasladado el criterio legal a la fase de declaración, la solución sigue siendo la misma, y se refuerza en atención a que (como hemos declarado en Auto de 3 de mayo de 2007, Rollo 69/2007, y en Auto de 24 de marzo de 2006, Rollo 624/2005), si bien la legitimación activa es un requisito previo para instar el concurso y por ello puede ser revisada si se niega la condición de acreedor en la fase de oposición a la declaración de concurso necesario, no por ello puede convertirse este trámite en el idóneo para juzgar sobre la existencia y cuantía del crédito del instante, que en su caso debería hacerse a través de la comunicación y reconocimiento de créditos o bien mediante el incidente de impugnación de la lista de acreedores. Al tiempo de instarse el concurso tan sólo puede examinarse si se aporta la acreditación documental justificativa del crédito que se invoca, conforme al art. 7.1 LC, sin que sea necesario una prueba plena de su existencia, sino una justificación suficiente a partir de un "documento acreditativo". Así, el art. 18 LC no prevé entre las causas de oposición la inexistencia del crédito del instante, centrándose en la inexistencia del hecho invocado para evidenciar la insolvencia o en la propia situación de insolvencia, de modo que la excepción de falta de legitimación activa derivada de la inexistencia del crédito del instante tan sólo puede dar lugar a una revisión del correcto cumplimiento de la justificación documental exigida por el art. 7.1 LC, pero no cabe entrar a resolver sobre la efectiva realidad del crédito..” : AAP Barcelona (Sección 15) 11.06.2007

“Fundamentos de derecho.—I. Con motivo del recurso de apelación que ha in-terpuesto «D., S.L.» contra el auto que denegó la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario que formuló frente a «G., S.L.», se plantean en esta segunda ins-tancia dos cuestiones: (...) b) el grado de intensidad re-querido en la justificación del presupuesto de la legitimación, en cuanto a la condición de acreedor, en la fase de admisión a trámite de la solicitud (de conformidad con el art. 7.1 LC).
II. La citada instante, además de alegar en su escrito inicial que la deudora se ha-llaba en situación de insolvencia y que había sobreseído de manera general el pago de sus obligaciones, afirmó ser titular de un crédito por importe de 220.332,42 euros, generado por trabajos de albañilería efectuados por encargo de «G., S.L.» para la cons-trucción de un edificio de apartamentos propiedad de esta última. En justificación de su crédito la instante aportó una factura, emitida el 27 de diciembre de 2005, por el concepto «certificaciones obra según presupuesto», por importe, con IVA, de 658.749,44 euros, si bien alegaba que dicho saldo deudor ha sido minorado a la suma antes indicada por virtud de pagos parciales, aportando así mismo un extracto del Li-bro Mayor de la propia «G., S.L.» que recoge los movimientos de la cuenta contable mantenida con la instante «D.», del que resulta dicho saldo, por 220.332,42 euros.
El señor Magistrado, conforme le permite el art. 13.2 LC, requirió a la parte instante para que aportara: a) el presupuesto y el contrato de obra a los que se refiere la factura aportada; y b) las certificaciones de obra. La instante respondió, a la vez que manifestaba su queja ante lo que consideraba un exceso de control por el juez en esta fase previa, que no dispone de tales documentos ya que ambas sociedades y otras más forman parte de un grupo empresarial dedicado a la promoción inmobiliaria y a la construcción, y en el entramado societario las certificaciones de obra las descontaba en el banco otra empresa del grupo, no existiendo un contrato documentado por escrito.
Fue dictado seguidamente el auto ahora apelado, que no admitió a trámite la solicitud por falta de justificación suficiente de la legitimación del solicitante en cuanto acreedor (señalando así mismo el anómalo proceder del administrador de la sociedad instante, señor A.R., que instó con anterioridad el concurso voluntario de «G., S.L.» en su condición de administrador de esta última, sin serlo realmente a la fecha de esta anterior solicitud, ya que previamente había sido cesado en el cargo). (...)
V. La admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario, a petición de un acreedor (art. 3.1 LC), con el efecto que previene el art. 15.1 LC (la apertura de la fa-se contradictoria de declaración), requiere, de un lado y conforme al art. 2.4 LC, en re-lación con el presupuesto objetivo del concurso, que la solicitud se funde en alguno de los hechos que describe dicha norma, y de otro, una inicial justificación del presu-puesto de la legitimación activa, esto es, de la existencia del crédito que confiere la condición de acreedor, conforme al art. 7 LC. Esta justificación se cumple con la ex-presión del origen, naturaleza, importe y demás circunstancias del crédito y con la aportación de un «documento acreditativo» de dicho crédito.
El art. 13.2 ordena al juez un examen de oficio de la solicitud o la documentación y si estima que adolecen de algún defecto señalará al solicitante un plazo de justifica-ción o subsanación. No prevé la Ley, por tanto, una reacción judicial automática de admisión de la solicitud, sino que impone un control inicial sobre la regularidad y jus-tificación de la solicitud o la documentación, aunque, claro está, sin entrar a valorar en este momento y en profundidad la suficiencia de la justificación o acreditamento ofre-cido para fundar el presupuesto objetivo del concurso y el subjetivo relativo a la con-dición de acreedor. Se trata, con la aportación de tales justificaciones, de que el deu-dor pueda luego posicionarse, en la fase de declaración, con suficiente conocimiento de causa frente a la pretensión de concurso. Pero, a la hora de resolver sobre la admi-sión a trámite, la LC no impone al juez un grado de control que alcance la convicción de la existencia del crédito, en primer lugar porque lo que se exige al acreedor es la aportación de un principio de prueba mediante un «documento acreditativo», sin re-querir un documento que haga prueba plena y fehaciente; basta con una prueba docu-mental razonable, dotada de la verosimilitud que proporciona el principio de nor-malidad en la documentación de los negocios jurídicos. En segundo lugar, y en consecuencia, porque en esta fase preliminar, de admisión, no se juzga sobre la exis-tencia y vigencia del crédito del que se presenta como acreedor, sino sólo el cumpli-miento del requisito afectante a la legitimación en los términos del art. 7 LC, que de-be entenderse integrado con la aportación de un documento justificativo, de los habitualmente observados en la normalidad del tráfico, que permita un juicio favora-ble de verosimilitud. Incluso, una vez admitida a trámite la solicitud, si bien el deu-dor puede negar la existencia del crédito, la fase declarativa contradictoria no resulta del todo idónea para juzgar definitivamente

su existencia, vigencia o cuantía, pues pa-ra ello está el trámite de reconocimiento de créditos y el eventual incidente de im-pugnación de la lista de acreedores.
Al tiempo de instarse el concurso, como hemos señalado en otras resoluciones, tan sólo puede examinarse, en relación con el presupuesto de la legitimación, si se aporta el «documento acreditativo» del crédito, entendido como un soporte documental dotado de una mínima apariencia de regularidad que, de acuerdo con un criterio de normalidad en el sector de que se trate, proporcione no ya la seguridad de su existencia si-no un razonable grado de verosimilitud.
VI. Prescindiendo de la actuación anterior del administrador de «D., S.L.» al so-licitar el concurso voluntario de «G., S.L.», lo cierto es que, con las explicaciones y la documentación acompañada, deben entenderse satisfechas las exigencias del art. 7.1 LC, aunque no se haya aportado el contrato de obra con el presupuesto ni las certifi-caciones de obra, siendo suficiente a tales efectos, en este trámite preliminar, de ad-misión a trámite, la factura aportada y el extracto de la cuenta del libro mayor de la propia sociedad deudora, sin perjuicio de la controversia que pueda surgir en la fase declarativa en relación con la real existencia y/o vigencia de dicho crédito.": AAP Barcelona (Sección 15) 11.10.2010 (Rollo 181/2010; RJC 117)

"3. Ya hemos anunciado que en esta alzada se discute la legitimacin activa de algunos de los instantes del concurso. El juzgado se la niega a tres de las sociedades instantes del concurso: nova azimat, sorini y tat lee.
En alguna ocasión anterior nos hemos pronunciado sobre el grado de acreditación y certeza del crédito del acreedor instante del concurso de acreedores de su deudor. El art. 3.1 LC legitima al acreedor para pedir el concurso de su deudor, siempre y cuando, eso sí, se encuentre en estado de insolvencia. Para justificar su condición de acreedor, el art. 7.1 LC exige a este instante del concurso que exprese " en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo ".
Como ya recordamos en nuestro Auto de 3 de mayo de 2007 (rollo de apelación 69/07), la legitimación activa es un requisito previo para instar el concurso y puede ser revisada si se niega la condición de acreedor en el trámite de oposición a la declaración de concurso necesario. Pero no por ello puede convertirse dicho trámite en el idóneo para juzgar sobre la existencia y cuantía del crédito del instante, que debería hacerse a través de la comunicación y reconocimiento de créditos y, en su caso, en el incidente de impugnación de la lista de acreedores. Al tiempo de instarse el concurso tan sólo puede examinarse si se aporta la acreditación documental justificativa del crédito que se aduce, lo que indudablemente ha hecho la actora, y si en el trámite de oposición se argumenta la extinción del crédito, sólo podrá admitirse en caso de ser manifiesta.
4. nova azimat compareció como titular de un crédito de 1.000.000 euros, derivado de un préstamo realizado a favor de cea por la sociedad austriaca geschwandter verwaltungs g.m.b.h, quien se lo habría cedido a nova azimat el 16 de enero de 2009. Con la petición de concurso se aportó un justificante documental de la transferencia de 1.000.000 euros, en el que puede leerse como indicación de la causa del mismo "adelanto" (ff. 56-61) y la escritura de cesión de créditos (ff. 62-63). Si bien, como ya hemos apuntado, no cabía en este momento entrar a juzgar sobre la existencia y la causa del crédito, en nuestro caso contamos con una sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona de 5 de noviembre de 2010 (ff. 1285 y ss.), que considera este crédito satisfecho merced a una dación en pago por la cual cea transmitió todo su negocio. La escritura de dación en pago data del día 16 de enero de 2009 (ff. 431 y ss.), y valora los activos de cea en 3.819.200 euros, que son entregados a cambio del pago de una deuda de 4.000.000 euros, entre la que se encontraba el crédito invocado por nova azimat. De este modo, la reseñada sentencia corrobora el juicio realizado por la juez mercantil que estimó no acreditada la subsistencia del crédito invocado, como consecuencia de la dación en pago.
Por su parte, sorini justificó su condición de acreedor, aportando once facturas por un importe total de 332.096,78 euros (ff. 65-104), y tat lee para justificar un crédito total de 554.158 $ aportó doce facturas (ff. 105-162). En principio, estos documentos son suficientes para justificar la existencia de los créditos, sin que haya quedado justificado de forma evidente su extinción. La sentencia justifica la falta de legitimación activa en que, junto con la dación en pago, Víctor asumió la deuda que cea tenía con los bancos, así como el pago de los grupos preferentes de acreedores, entre los que se encontraban sorini y tat lee, y esta asunción de deuda habría sido aceptada tácitamente por estos dos acreedores. La sentencia se apoya en el testimonio de la Sra. Encarnacion, contable de cea, quien refiere que, conforme a la carta de intención de 18 de octubre de 2008, en el que Víctor refiere su compromiso de adquirir cea con todos sus activos y pasivos (ff. 404-407), desde noviembre de 2008, el Sr. Víctor se hizo cargo de la administración de cea, dando instrucciones de que se respetaran los pagos a sorini y tat lee, de modo que si cea carecía de tesorería para hacerlo, lo haría nova azimat. Lo anterior queda corroborado por un e-mail de 5 de mayo de 2009, en el que claramente se asume un pago a sorini por nova azimat (ff. 530-531), y otros posteriores de 19 y 22 de febrero de 2009, en el que nova azimat asume deudas con tat lee (ff. 539-540).
Pero una cosa es que la dación en pago conllevara también una asunción de deudas de cea con terceros, y otra distinta es el efecto que esta asunción de deudas pudiera tener para estos terceros acreedores. Conforme al art. 1205 CC, para que la asunción de deuda liberara a cea, sería necesario el consentimiento del acreedor, en este caso, de sorini y tat lee. No consta su consentimiento expreso y, a falta del mismo, resulta muy difícil que dentro del estrecho margen de enjuiciamiento que admite la verificación del cumplimiento de la exigencia del art. 7.1 LC, podamos apreciar la existencia de hechos concluyentes que permitan concluir inequívocamente el consentimiento de sorini y tat lee en la asunción de deuda. Los pagos realizados por nova azimat y la correspondencia reseñada lo que sí acreditan es el interés de nova azimat y del Sr. Víctor en asegurar el pago de los créditos de estos proveedores preferentes.

Por esta razón no cabe negar a sorini y tat lee legitimación activa para pedir el concurso, en cuanto titulares de créditos documentados.": AAP Barcelona (Sección 15) 05.07.2011 (Auto 108/2011; Rollo 132/2011)

"No procede examinar de nuevo en esta instancia la primera de las alegaciones de URBASA, puesto que el auto impugnado ya acogió la tesis de la hoy apelante sobre el particular. El fundamento de derecho segundo de la resolución del juzgado se dedica al examen de la legitimación activa de URBASA, que había sido negada por la parte contraria. El Sr. magistrado concluye, con cita de un auto de esta Sección 15ª (de 24 de marzo de 2006) y tras el examen de los documentos aportados con la solicitud de concurso, que URBASA tiene legitimación activa, a los efectos de los artículos 2.4, 3 y 7 de la LC, con la provisionalidad y el carácter indiciario propio de esta declaración, que no tiene por objeto resolver con carácter definitivo el contencioso entre las partes sobre la existencia del crédito y su cuantía.": AAP Barcelona (Sección 15) 15.03.2012 (Auto 47/2012; Rollo 461/2011)

AP Valencia

"SEGUNDO. La cuestión litigiosa que se somete a consideración de esta Sala, radica esencialmente en si la entidad instante del concurso necesario, SA, ostenta legitimación para interesar tal tutela judicial frente a SLU y en concreto si presenta crédito frente a dicha entidad.
Con la demanda inicial se aportan diversos pagarés a la orden de la demandante librados por… a cuya fecha de vencimiento, presentados al cobro, resultaron impagados, efectuándose la declaración cambiaria de impago. La resolución apelada motiva que dichos pagarés no se libraron con finalidad de pago sino como garantía de una obligación y por ende representan una obligación accesoria, no significando un crédito vencido, por lo que niega legitimación por la mera tenencia de tales pagarés a la instante para pedir el concurso.
De entrada esta Sala no puede compartir la vulneración de garantía procesal que se denuncia en el escrito de recurso de apelación sobre la falta de motivación de la resolución del Juzgado toda vez que la resolución combatida explicita la razón de su decisión al negar legitimación a la demandante por cuanto el título de crédito presentado carece de tal cualidad al no ser los pagarés instrumentos de pago y no estar el crédito vencido, por lo que se cumple con el artículo 208-2 y 218-2 de la Ley Enjuiciamiento Civil, no entendiéndose que se diga por el recurrente que no constan los motivos concretos que han llevado a la decisión del Juez, cuando la motivación es clara y explicitada; no se admite la declaración de concurso necesario por carecer la demandante de legitimación porque los pagarés no representan un crédito vencido. Por tanto la demandante conoce por dicha motivación cual es la razón de la decisión y le permite su control a través del sistema de recursos legalmente establecido. Ciertamente la resolución recurrida podía haber sido mas explicita en cuanto al examen de la prueba practicada, pero ello en modo alguno puede conllevar a la falta de motivación (a la que el recurrente por otro lado no anuda efecto jurídico alguno) pues la razón que sustenta la decisión del Juez está claramente razonada y apoyada en prueba documental.
TERCERO. La Sala en orden lógico en el tratamiento de la cuestión objeto de recurso, cual es el motivo por el que se denegó la tutela impetrada por la demandante, pasa a analizar conjuntamente los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso de apelación.
En primer lugar esta Sala tiene que precisar conforme a los dictados de la Ley Concursal, que cualquier acreedor tiene legitimación para instar el concurso del deudor (artículo 3) y se le impone la carga de aportar con la solicitud un documento acreditativo del crédito, expresando en la solicitud su naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y su situación actual por mor del artículo 7.1 de la citada Ley. Ese presupuesto subjetivo de legitimidad para instar esta concreta tutela ha de concurrir al momento de la solicitud. En modo alguno el precepto exige que el crédito esté vencido y sea exigible, es mas de la redacción del artículos 19.2 párrafo primero se permite que el crédito del instante no esté vencido a tal momento, luego no es requisito para estimar o denegar la legitimación del acreedor instante del concurso, sino sólo impone como indica el artículo 7 comentado la aportación de un instrumento que exprese una relación jurídica de la que se desprende la obligación del deudor cuyo concurso se impetra.
En segundo lugar, entendemos al igual que la resolución invocada por la parte recurrente de la sección 15 de Audiencia de Barcelona de 24 de Marzo de 2006 (recurso 624/2005) en la interpretación del artículo 18 – 2 de la Ley Concursal que en el trámite de oposición a la declaración de concurso, el deudor podrá invocar el incumplimiento por el acreedor instante de la exigencia del artículo 7 de la Ley Concursal, es decir la falta de aportación de un documento o que éste no reporte validez, pero no si la deuda representada o justificada documentalmente está vencida o es exigible, propia de una fase posterior cual es la de reconocimiento de crédito. El artículo 18-2 Ley Concursal prevé entre las causas de oposición la inexistencia del hecho invocado para evidenciar la insolvencia (artículo 2-4 que no refiere a la legitimación activa) o la propia situación de insolvencia, no la exigibilidad o vencimiento del crédito justificado documentalmente, es decir su realidad plena y efectiva. Por consiguiente la invocada falta de legitimación del demandante encauzada por el mentado trámite de oposición debe ceñirse a si el promotor del concurso ha cumplido con la justificación instrumental exigida en el artículo 7 de la Ley Concursal.
Teniendo en cuanta tal doctrina legal, resulta evidente que SA aporta con la demanda inicial unos documentos (pagarés) que acreditan ser acreedora de SLU. Además, de la prueba aportada en momento ulterior se desprende que los mismos se han librado con motivo de un contrato de suministro concertado entre las litigantes. Dichos pagarés están vencidos, fueron presentados al cobro, resultaron impagados y llevan aparejados la declaración cambiaria de su impago, amen de reconocidos como válidos. En consecuencia la demandante ha cumplido justificadamente con su legitimación atendidos los términos del artículo 7 de la Ley

Concursal y no puede admitirse se niegue dicha condición por el hecho de que el crédito no esté vencido al librarse tales instrumentos como aval o garantía del cumplimiento de las obligaciones por parte de SLU, pues, a parte de haber un conjunto instrumental aportada en el acto de la vista por la parte demandante (requerimientos por diversas vías comunicativas, actuaciones judiciales etc.) que ponen de relieve el incumplimiento de las obligaciones en dicho contrato por parte de SLU, es que dicha cuestión resulta improcedente por lo expuesto para ser encauzada en el trámite inicial de oposición a la declaración de concurso, como su examen por el Juzgador para denegar la legitimación del instante. Por último, en este punto, indicar en cumplimiento del artículo 271 –2 de la Ley Enjuiciamiento Civil que los documentos aportados en esta alzada por la parte apelante, admisibles por ser de fecha posterior incluso a la resolución recurrida, reiteran la legitimación que ostentaba SA para presentar el concurso necesario, pues ha sido incluida por la administración concursal del proceso voluntario como acreedora y no es atendible que ello no tenga incidencia alguna como se contesta de contrario al decir que ello no es mas que el efecto de la a los administradores por parte de SA, pues no se compagina con el dictado de los artículos 86-1 y 94 de la Ley al ostentar la función de reconocer y calificar el crédito y la Ley Concursal no sienta esa inclusión por la mera del acreedor, sino por el reconocimiento del crédito por los administradores concursales que habrán por ende efectuado la comprobación correspondiente a la vista de la respectiva y ello sin perjuicio de que la decisión de exclusión o inclusión en la oportuna Lista pueda ser impugnada en el correspondiente incidente.
Colofón a tales consideraciones, los pagarés adjuntados con el escrito inicial y los datos sobre su libramiento, vencimiento, importe etc., cumplen con las exigencias del artículo 7 y por tanto resulta desacertado negar legitimación a SA para obtener la tutela pretendida, infringiéndose en la resolución apelada los artículos 3 y 7 de la Ley Concursal.": AAP Valencia 13.06.2007

AP Madrid

"Dicho esto, carece de trascendencia la controversia existente entre las partes sobre la cuantía exacta y otros pormenores de la deuda, por cuanto que las menciones exigidas en elart. 7.1 de la Ley Concursalresultan de modo suficiente de la solicitud de concurso en relación con la extensa documentación aportada, y el trámite de apertura del procedimiento de concurso no es el momento procesal adecuado para precisar la naturaleza y cuantía exacta de la deuda, pues para ello está el trámite de comunicación y reconocimiento de créditos, así como su impugnación mediante el correspondiente incidente (en este sentido,Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15ª, de de 3 de mayo y 11 de junio de 2007).": AAP Madrid (sección 28) 17.04.2008 (JUR 2008/188168)

"TERCERO.- Si es además imprescindible que el derecho de crédito que ostenta el acreedor deba estar ya vencido y resulte exigible para que pueda solicitarse el concurso necesario supone un problema que es objeto de controversia doctrinal. El artículo 2.2 de la LC menciona el requisito de que se trate de obligaciones exigibles, pero lo hace al tratar de definir el estado de insolvencia del deudor. Nada precisa al respecto, sin embargo, el artículo 3 de la LC al tratar la legitimación para instar el concurso. Sin embargo, el nº 4 del artículo 19 de la LC alude a la posibilidad de que el crédito del instante no estuviese vencido, dejando en manos del juez, tras audiencia de las partes, valorar la procedencia o no de la declaración de concurso. Resulta incuestionable que el titular de un derecho de crédito existente, que por tener valor patrimonial puede ser objeto del tráfico mercantil, pues puede disponer de él (enajenándolo, etc.), si no pudiera todavía dirigirse al deudor para reclamar su cumplimiento, si debería poder ejercer, al menos, las acciones tendentes a la conservación del mismo. De manera que a efectos de instar el concurso necesario lo relevante es que se ostente la titularidad de un crédito, esté o no vencido y sea ya exigible o no, y que el deudor se halle en alguno de los hechos externos que revelan, según el artículo 2.4 de la LC, la existencia de una situación de insolvencia. Eso sería suficiente para solicitar el concurso, incumbiéndole entonces al deudor que desee oponerse a la declaración de concurso el probar, como establece el artículo 18.2 de la LC, si a pesar de esa apariencia era realmente solvente porque podía entonces cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. El vencimiento y la exigibilidad de las deudas se configura, por tanto, como un requisito que deberá valorarse al analizar la solvencia del deudor, mas no es una premisa que deba reunir precisamente el crédito del acreedor solicitante, al que de lo contrario se le impediría ejercitar una de las posibles actuaciones para la conservación de su derecho, sin que tenga sentido que, ostentando ya un interés legítimo, se le obligue a permanecer impertérrito cuando le consta la aparente insolvencia del deudor y el paso del tiempo puede conllevar el agravamiento de ésta y con ello el deterioro del principio de igualdad de trato para los acreedores ("par conditio creditorum").
CUARTO.- Los solicitantes del concurso eran acreedores a la prestación por parte de AIR MADRID LÍNEAS AÉREAS SA de un servicio de transporte Madrid–Buenos Aires, ida y vuelta, cuyo precio ya habían pagado (2.852,32 euros). Es cierto que la ida del viaje estaba prevista para el día 22 de diciembre de 2006 y que la solicitud de concurso se presentó con anterioridad, en concreto el 19 de diciembre de 2006. Sin embargo, a los solicitantes les constaba con certeza a esta última fecha que la compañía aérea no iba a cumplir su compromiso de transportarles, pues así lo hizo público la propia AIR MADRID LÍNEAS AÉREAS SA mediante un comunicado en su página web el 15 de diciembre de 2006. Asimismo tenían constancia, por ser un hecho notorio en esa época del que se hizo eco la prensa con amplia cobertura, que en esa misma situación se encontraban una pluralidad de afectados, con viajes previstos con anterioridad o posterioridad al de ellos. Por lo que puede afirmarse que disponían de un derecho de crédito para obtener una prestación de la entidad deudora y que podían adoptar iniciativas legítimas para protegerlo. Entre tales iniciativas puede comprenderse, dada la trascendencia de la situación creada, el instar el concurso. Esta iniciativa tenía además especial

sentido en el presente caso dada la peculiar índole de la prestación de hacer con ellos comprometida, pues no debe olvidarse que el Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, contempla el derecho del pasajero a optar por el reembolso del precio del billete y, en su caso, compensaciones en dinero, resultando legítimo que los solicitantes aspirasen también a proteger el derecho a percibir estas cantidades como consecuencia legal del anunciado incumplimiento de la obligación de transporte asumida por la compañía.": Auto AP Madrid 08.05.2008 (Rollo 305/2007)

"Y, por último, entendemos que ha quedado fuera de la discusión en esta segunda instancia, aunque fue materia debatida durante la primera, la legitimación que asiste a AVALATRANSA SA para instar el concurso necesario de NOZAR SA. Esta disponía de la posibilidad de negar a la solicitante, en trámite de oposición del concurso, que aquélla reuniese los requisitos de los artículos 3 y 7 de la LC, entre los que se encuentra, además de tener que identificar en su solicitud al deudor y determinar el hecho externo acreditativo de la situación de insolvencia, teniendo en cuenta los que se describen en el artículo 2.4 de la Ley Concursal -indicios del presupuesto objetivo-, el de que ostentase legitimación para solicitar la declaración de concurso de su deudor. Ahora bien, consideramos, dados los términos del escrito de oposición y las manifestaciones de su defensa en el acto de la vista, que no se controvierte de modo expreso en la apelación sobre la corrección con la que el juez de lo mercantil zanjó el problema, al atenerse a los precedentes marcados por este tribunal (autos de la sección 28ª de la AP de Madrid de 17 de abril de 2008, 8 de mayo de 2008 y 13 de febrero de 2009), conforme a los cuales al acreedor que insta la declaración del concurso (artículo 7.1 de la Ley Concursal) le basta con justificar documentalmente la titularidad de un crédito, fuese o no dinerario, para acreditar su legitimación y, salvo que fuese patente que se había producido su completa extinción (vía pago, compensación u otro subrogado del cumplimiento) o resultase diáfano que se había perjudicado cualquier posibilidad de reclamarlo (por caducidad del derecho, prescripción de la acción, etc), el debate sobre su correcta cuantificación u otras incidencias debía ser remitido al trámite de comunicación y reconocimiento de créditos, así como a su posible impugnación mediante el correspondiente incidente (artículo 96 de la LC), sin que debiera abordarse más de lo estrictamente imprescindible, según los términos apuntados, en esta fase inicial del concurso. No dedicaremos, por lo tanto, más atención a este asunto a tenor de la exigencia del artículo 465 de la LEC de que el tribunal se atenga a los puntos y cuestiones planteados en el recurso y en el escrito de oposición, ya que en éste, aunque sí se menciona el debate que se sostuvo, se opta finalmente por no impugnar la decisión que adoptó el juez al respecto.": AAP Madrid (Sección 28) 28.06.2010 (Rollo 348/2009)

"PRIMERO.-Basa la parte apelante su recurso contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid declarando en concurso necesario a la herencia de D. Benjamín en la inexistencia de derecho de crédito contra esta última a favor de JEBRIMONT, S.A., declarada a su vez en quiebra, negándole por ello la necesaria legitimación que habilitaría a la sindicatura de la quiebra para formular la solicitud que dio lugar a la declaración de concurso.
En el desarrollo del único motivo de impugnación en que se articula el recurso, la parte apelante se limita a reproducir los argumentos que, en relación con la cuestión que nos ocupa, expuso al formular oposición a la solicitud de declaración de concurso deducida por la sindicatura de la quiebra de JEBRIMONT, S.A. de la que trae causa la resolución impugnada. Se trata, en definitiva, de los siguientes (se exponen en el mismo orden en que aparecen en el escrito del recurso): (i) niega que la deuda que se imputa a la herencia yacente de D. Benjamín esté acreditada; (ii) considera que, en cualquier caso, para determinar si existe o no deuda alguna a cargo de aquella deberían haberse tenido en cuenta las deudas contraidas por JEBRIMONT, S.A. con el Sr. Benjamín y la herencia yacente del mismo a la fecha en que la referida mercantil fue declarada en quiebra, con particular mención de las rentas arrendaticias correspondientes a los locales que ocupaba esta última, entendiendo que deben entenderse compensadas las unas con las otras; (iii) mantiene que las disposiciones de efectivo en caja por parte del Sr. Benjamín responden en realidad a actuaciones en nombre de la referida sociedad; (iv) por último, afirma que la herencia de D. Benjamín es titular de sendos derechos de crédito contra JEBRIMONT, S.A. derivados de los avales prestados en su día por el Sr. Benjamín a favor de dicha mercantil y de rentas arrendaticias no satisfechas, por un importe total que excedería en mucho del de la presunta deuda alegada en la solicitud de la declaración de concurso, que debería por ello considerarse extinguida por compensación ("absorción" es el término que, en concreto, se utiliza).
SEGUNDO.-Como ya se adelantó, el escrito del recurso consituye un mero ejercicio repetitivo del escrito formulando oposición a la solicitud de declaración de concurso. No se efectúa en él análisis crítico alguno de la motivación por la que en la resolución impugnada se justifica el rechazo de los alegatos esgrimidos en aquella fase del trámite, impidiendo de esta forma conocer las razones por las que, a juicio de la parte, resulta cuestionable la decisión del juez a quo, razones que, por lo demás, este tribunal tampoco alcanza a descubrir. En efecto, ningún motivo de censura se aprecia en la forma en que el juez de la primera instancia valoró los documentos aportados con la solicitud de declaración de concurso para considerar acreditados por ellos la condición de acreedor de JEBRIMONT, S.A., que es, en definitiva de lo que se trata, debiendo recordarse aquí que si la discusión se centra en la cuantificación del crédito el problema no corresponde a la fase inicial del concurso sino al trámite de comunicación y reconocimiento de créditos, así como a su posible impugnación mediante el correspondiente incidente (como ya indicamos en autos de 17 de abril y 8 de mayo de 2008). Del mismo modo se estima acertada la aplicación que en la resolución recurrida se hace de la doctrina establecida durante la vigencia de la normativa anterior a la Ley Concursal en relación con la limitada operatividad del

instituto de la compensación en situaciones de quiebra": AAP Madrid (sección 28) 19.11.2010 (Auto 166/2010; Rollo 35/2010)

"QUINTO También se niega por la apelante su condición de deudora respecto de la entidad instante del concurso, esto es, se niega la legitimación de la entidad "TRANSPORTES FRANCISCO BERMEJO, S.L." para instar el concurso por no tener la cualidad de acreedora.
La condición de acreedor de la entidad instante del concurso está expresamente reconocida por la deudora desde el mismo escrito de oposición cuando en su página 21 (folio 243 vuelto) se afirma que: "La deuda en su mayor parte es inexistente, evidentemente no es la que se reclama, y por tanto es discutida por mi representada", lo que constituye una expresa admisión de la condición de acreedora de la instante del concurso, discutiendo el importe de la deuda.
Por si hubiera alguna duda, en la prueba de interrogatorio de parte, quien compareció como representante legal de la deudora admitió expresamente que se adeudaba a la entidad "TRANSPORTES FRANCISCO BERMEJO, S.L." unos 4.000 o 5.000 euros (1h 05¿ 14¿¿ y ss de la grabación).
No es relevante, a efectos de declarar el concurso a instancias de un acreedor, la exacta determinación cuantitativa de su crédito, lo que corresponde a otra fase del procedimiento y, en consecuencia, carece de transcendencia la confusión provocada por el propio instante del concurso aportando con el escrito de solicitud una serie de facturas que documentaban un crédito por importe de 31.012,08 euros (documentos nº 1 a 15) que, en realidad, según él mismo ha reconocido, en parte comprendían créditos que se ostentan frente a la mercantil "REDIA, S.L.", habiendo quedado reducido el crédito frente a FERMO, S.L." a 13.064,99 euros, tal y como se aclaró en el acto de la vista celebrada el día 10 de julio de 2007, sustituyéndose las facturas originalmente aportadas por otras unidas al escrito presentado el día 21 de noviembre de 2008.
Además, la resolución apelada admite la condición de acreedor del instante del concurso con base en los pagarés que se acompañaron a la solicitud como documentos nº 16 a 21 emitidos por la deudora y que no consta hayan sido íntegramente satisfechos, pagarés cuya autenticidad ha sido reconocida por quien compareció al acto de la vista celebrada el día 26 de enero de 2009 como representante legal de la concursada (1h 05¿ 31¿¿ y ss de la grabación). Por otra parte, la concursada con evidente mala fe, deslealtad procesal y manifiesto ánimo de engañar al tribunal, lo que resulta intolerable, afirma sin rubor alguno en el escrito de interposición del recurso de apelación que la instante en el acto de la vista celebrada el día 10 de julio de 2007 renunció a hacer uso de los pagarés como título de deuda frente a la concursada con motivo de la solicitud de suspensión de las actuaciones por la alegada prejudicialidad penal -acogida por el juzgado y dejada sin efecto por este tribunal en el correspondiente recurso de apelación-. Dicha afirmación es, sencillamente, falsa y basta para constatarlo con el paciente visionado del correspondiente soporte audiovisual, en tanto que a lo que renunció el letrado de la acreedora es a las facturas aportadas como documentos nº 1 a 15 de la solicitud inicial (14¿ 37¿¿ y ss de la grabación y 23¿ 35¿¿ y ss) pero nunca a los pagarés (documentos nº 16 a 21) hasta el punto de que se alega su impago (5¿ 27¿¿ y ss de la grabación) y se dan por reproducidos como medio de prueba (14¿ 54¿¿ y ss de la grabación). En consecuencia, resulta mendaz sostener que: "se ha dictado una resolución declaratoria del concurso basada en un título (los pagarés) que el propio demandante ha repudiado.".": AAP Madrid (Sección 28) 11.02.2011 (JUR 2011/134229; Auto 20/2011; Rollo 158/2010)

JM-2 Bilbao

"El importe del crédito enarbolado resulta indiferente en los términos de art. 3.1 LECO, y si se atiende a la prevención del contenido necesario de la solicitud de declaración de concurso en art. 7.1 LECO, es claro que, como se previene el deber de manifestar la fecha de vencimiento y el estado actual del crédito, se admite expresamente que el solicitante se presente con un crédito no vencido, o en un estado de inexigibilidad actual, por lo que no puede rechazarse la legitimación activa del titular de crédito no exigible o de vencimiento ulterior a la solicitud.
Pudiera pensarse, más allá, que no siendo requisito de admisión de la solicitud la exigibilidad del crédito alegado, represente un requisito de fondo para la declaración del concurso, ante la oposición del deudor por causa la inexigibilidad. En favor de que "cualquiera de su acreedores" pueda solicitar el concurso del deudor por crédito no necesariamente exigible y vencido milita el que la exigibilidad de los créditos que regularmente no se satisfacen, a fin de percibir la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso (art. 2.2 LECO) no es constituye un requerimiento legitimador individual (art. 3.1 LECO), sino la habilitación genérica del presupuesto objetivo, de modo que el acreedor solicitante puede no detentar crédito actualmente exigible, mientras que la declaración del concurso dependerá de los créditos exigibles que otros detenten, y de que se justifiquen los indicios cualificados de la insolvencia. Una interpretación restrictiva, donde la Ley calla, está destarrada por las predichas finalidades del concurso.
Además, el vencimiento del crédito de titularidad del solicitante para cuando pudiera consignar para pago el deudor, según se deriva del tenor de art. 19.2 y 4 LECO, se considera una posibilidad, pero no una necesidad.
Cuando se opone por el deudor la negativa del hecho mismo de la existencia del crédito, y explícitamente manifiesta que no produce consignación por ello, así las cosas, tampoco debe reclamarse del solicitante que se postula acreedor la prueba de un crédito líquido, vencido, exigible, y ejecutivo, sino un principio de prueba de su crédito, pasándose después al análisis del presupuesto objetivo, de manera que, si se declara el concurso, en fase de reconocimiento de arts. 85 a 88 LECO, se adverará la exigibilidad, cuantía y clasificación.
Entonces, documenta la solicitud que el Sr. S. ostenta un crédito ejecutivo por salarios impagados en proceso por despido ante el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao en cifra de 1.390,97 euros (1); el crédito en costas por condena en sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta Villa en juicio ordinario nº 131/06 en

suma de Tasación por 1.905,52 euros (2); el crédito por el reembolso como deudor ejecutivo solidario con la propia Aeroteam S.L. respecto del Banco Pastor S.A. de 32,61 euros, en ETJ nº 696/06 seguido por el Juzgado de Primera Instancia nº 12, en por un lado está la situación de insolvencia del art. 2.2 LECO, por principal de 159.386,66 euros (3); y el crédito por la diferencia en más de la aportación ingresada en cuenta de la compañía y la correspondiente a la adquisición de nuevas participaciones en la ampliación de capital escriturada el 16 de enero de 2003, ascendente a 1.230 euros (4).
Pues bien, si en el escrito de oposición de Aeroteam S.L. se mantiene que el crédito del Sr. S. es de 0,00 euros, en la vista la defensa de la sociedad sostuvo que el solicitante no es acreedor, sino deudor de aquélla.
El crédito (1) se documenta liquidado mediante abonaré en la cuenta de consignaciones del Juzgado de 1 de marzo de 2007.
El crédito (4) es litigioso precisamente ante este mismo Juzgado, como porción del objeto de juicio ordinario nº 59/97.
Con relación a los otros dos créditos, se alega por un lado, la inexigibilidad del crédito (2), y la insignificancia y falta de reclamación del crédito (3).
Se agrega en la vista, un contracrédito de Aeroteam S.L. por costas en otro de estos numerosos procesos en que se han enfrentado el socio minoritario, desde su despido, y la sociedad, que se argumenta de la misma calidad, esto es, pendiente de liquidación aunque ejecutivo, por costas procesales, que el (2).
Pues bien, la reclamación del crédito al deudor no es un requisito de existencia, y no lo ha sido en la tradición de la quiebra necesaria (véase STS de 17 de abril de 1991), y el importe, se repite que no tiene trascendencia.
Por otra parte, la exigibilidad, según se ha razonado, no tiene por qué urgirse en sede de legitimación activa. Y en fin, no se cumplen los requisitos institucionales de la compensación de art. 1.196 CCiv entre el crédito del socio frente a la sociedad y de ésta frente a aquél, derivados del gasto de litigios de suerte variada, según quien alega expresamente admite, de modo que, si se asumiera una compensación judicial ejecutiva del reintegro de costas en diversos procesos entre las mismas partes, habría de admitirse una vez consentida su liquidación, o resuelta en firme la impugnación correspondiente, por el Juez ejecutor. La posición subjetiva en este plano es diferente entre quien solicita frente al insolvente, y éste que enarbole un crédito frente a aquél, puesto que el solicitante, acreditando la realidad y titularidad del crédito mediante un documento judicial ejecutivo, puede legitimar pasivamente a quien sobresee pagos en el procedimiento de declaración del concurso, mientras que el insolvente no puede oponer un crédito ilíquido para compensar. Al contrario, si se declara el concurso, el acreedor concursal solicitante no podrá compensar su deuda frente a la sociedad con su crédito en la masa.
Por consiguiente, no hay fórmula de negar la legitimación activa como acreedor del Sr. S., sentado lo precedente, fundada en juicios de intenciones, y ha de pasarse a analizar la situación económica de Aeroteam S.L. para continuar en el mercado sin cambiar su "status". ": Auto JM-2 Bilbao 28.05.2007 (Concurso 70/2007)

JM-5 Barcelona

"SEGUNDO.- Sobre la legitimación de la solicitante..- Por parte de la deudora AISA se sostiene que al no encontrase vencido el crédito invocado por la parte solicitante del concurso para afirmar su condición de acreedora, la misma no cuenta con legitimación para instar el concurso.
Ha de afirmarse la legitimación de los acreedores titulares de créditos no vencidos para deducir solicitud de concurso de su deudor. En primer término, el art. 3.1 LC establece que la legitimación para la solicitud de concurso necesario del deudor común recae en "cualquiera de sus acreedores", sin distinción ni especificaciones. Y es indiscutible, en dogmática jurídico civil, que merece la calificación de acreedor el titular de un derecho de crédito aún no vencido pero sí existente, art. 1.113 y 1.125 CC, por cuanto la fijación de plazo influye sobre la eficacia del derecho de crédito, no sobre su existencia. Tanto es así que el art. 1.121 CC dispone que "el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho".
Por otro lado, el art. 19.4 LC, al regular las actuaciones posibles ante la oposición del deudor a su declaración de concurso necesario, prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor solicitante no disponga de título vencido, para aparejar a ello la consecuencia de que, en tal supuesto, no será precisa la consignación del importe de lo debido por el deudor, prevista en el art. 19.2 LC. ": AJM-5 Barcelona 25.06.2008 (Concurso 205/2008)

JM-2 Madrid

"En todo caso, una vez establecido lo anterior, debe indicarse que, con pleno respeto a las autorizadas opiniones hechas valer por NOZAR, este juzgador no comparte su punto de vista con arreglo al cual la falta de acreditación plena y rotunda en esta fase del proceso del crédito invocado por el solicitante de concurso impediría la declaración de éste y la entrada en el debate relativo a la procedencia o improcedencia de esa misma declaración. Piénsese que, de admitirse que esa clase de debate ha de tener lugar en este momento procesal y con el alcance impeditivo aludido, no habría razón alguna, en presencia de una verdadera discusión en torno a la realidad del crédito, para discriminar entre controversias simples y controversias complejas. Lo que, ante una hipótesis como la ahora examinada donde buena parte de la polémica se centra en la procedencia o improcedencia de los pagos efectuados por NOZAR a terceros subcontratistas, nos conduciría a una pintoresca situación en la que el debate relativo a la existencia o inexistencia de méritos para la declaración de concurso debería verse precedido de un intrincado litigio y de la práctica de complejas pericias tendentes a determinar si fueron o no de recibo los acabados y remates constructivos ejecutados por el virtual acreedor, y todo ello, además, en el curso de las escasas audiencias que

autoriza a celebrar el Art. 19 de la Ley Concursal como presupuesto previo a la adopción de una resolución sobre el concurso. Pues bien, lo cierto es que no son solo razones de puro pragmatismo las que obligan a descartar la tesis manejada por NOZAR al respecto. Es que es la propia Ley Concursal la que contempla y asume como hipótesis normal aquella en la que se declara el concurso de una entidad a instancia de quien se presenta como su acreedor y que, sin embargo, se desvele en una fase mas avanzada del proceso que dicho solicitante no ostentaba en absoluto tal condición; y que se desvele, además, mediante una sentencia revestida de plena eficacia de cosa juzgada (Art. 196-4 de la Ley Concursal). En efecto, La Ley Concursal no solamente no incluye el crédito del instante del concurso necesario entre aquellos que han de ser objeto de reconocimiento obligatorio por parte de la Administración Concursal (Art. 86-2) sino que, de hecho, no contiene tampoco temperamento alguno del que quepa deducir que en la fase común del concurso -fase que lógicamente implica que este ha sido ya declarado- se encuentre excluida de la posibilidad de debate la existencia o inexistencia del crédito invocado por el acreedor que solicitó la declaración de concurso. De ello se deduce que en el trámite incidental definido por el Art. 96 de la Ley Concursal (impugnación de la lista de acreedores) caben las siguientes posibilidades : a) Que, no habiendo reconocido la Administración Concursal en su informe el crédito del solicitante de concurso, este entable demanda incidental tendente a obtener ese reconocimiento y que tal demanda fracase totalmente. b) Que, habiéndose incluido el crédito en el informe de la Administración Concursal, sea la propia concursada u otro interesado quien impugne tal reconocimiento por idéntica vía incidental y que la demanda en tal sentido deducida prospere íntegramente. La resultante en ambos casos es, pues, la misma : se habrá determinado judicialmente, con eficacia de cosa juzgada, la inexistencia de aquél crédito cuya inicial apariencia bastó para desencadenar a instancia de su virtual titular la declaración de concurso, de donde se colige -se insiste- que es la propia Ley Concursal quien no juzga imprescindible la acreditación plena del crédito insinuado para que resulte factible aquella declaración.
En tal sentido se ha pronunciado la la Sección 28ª (Especializada en materia mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid a través de diferentes resoluciones :
-En el Auto de 17 de abril de 2008 se dijo :

> *"..carece de trascendencia la controversia existente entre las partes sobre la cuantía exacta y otros pormenores de la deuda, por cuanto que las menciones exigidas en el art. 7.1 de la Ley Concursal resultan de modo suficiente de la solicitud de concurso en relación con la extensa documentación aportada, y el trámite de apertura del procedimiento de concurso no es el momento procesal adecuado para precisar la naturaleza y cuantía exacta de la deuda, pues para ello está el trámite de comunicación y reconocimiento de créditos, así como su impugnación mediante el correspondiente incidente (en este sentido, Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15ª, de de 3 de mayo y 11 de junio de 2007)..".*

-Según el Auto de 8 de mayo de 2008,

> *"..El artículo 7.1 de la Ley Concursal exige del acreedor que inste la declaración de concurso que señale las características de su crédito. Por lo que al instante le bastará con justificar documentalmente la titularidad de un crédito, sea o no dinerario, para instar el concurso (legitimación), identificando al deudor (presupuesto subjetivo) y determinando el hecho externo acreditativo de la situación de insolvencia, teniendo en cuenta los que se describen en el artículo 2.4 de la Ley Concursal (indicios del presupuesto objetivo). Si existiese discusión respecto a su correcta cuantificación el problema ya no corresponderá a la fase inicial del concurso sino, como han apuntado cuando ha mediado polémica respecto a las características concretas del crédito del instante los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15ª, de 3 de mayo y 11 de junio de 2007 y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 28ª, de 17 de abril de 2008, al trámite de comunicación y reconocimiento de créditos, así como a su posible impugnación mediante el correspondiente incidente..".*

Como vemos, en estas dos resoluciones la Sala excluye de debate en esta fase declarativa del proceso concursal las disquisiciones que puedan tener por objeto la cuantía del crédito del instante del concurso y no hace alusión a eventuales controversias que giren en torno a la existencia misma de ese crédito. En cambio, en el más reciente Auto de 13 de febrero de 2009 incorpora también esta última exclusión. En el se dice que

> *"..Cabe, en efecto, en trámite de oposición negar al solicitante del concurso que reúna los requisitos de los artículos 3 y 7 de la LEC. Ahora bien, estimamos que la parte apelada quiere suscitar una controversia baldía a este respecto, pues en la resolución recurrida ya se explica que ningún reparo puede oponerse a la legitimación del Sr. B., poseedor de un cheque impagado por el deudor por importe de 2.400 euros. A los efectos que aquí nos interesan, de simple examen de legitimación,* ***no de reconocimiento de créditos*** *ni de su cuantía, ni el pago ni la compensación..son motivo suficiente para negarle legitimación a aquél para instar el concurso.."* (énfasis añadido).

Por su parte, la Sección 15ª (Especializada en materia mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona ha expresado el mismo parecer en los supuestos en que esta cuestión ha sido sometida a su examen. Así,
-En el Auto de 24 de marzo de 2006 se dice :

> *- "..La negación de la condición de acreedor del instante del concurso, en el trámite de oposición a su declaración, tan sólo alcanza a la revisión del cumplimiento de los requisitos del art. 7.1 LC, esto es, la aportación de un documento acreditativo del crédito,* ***sin que sea necesario una prueba plena de su existencia****, que en todo caso corresponderá a una fase posterior, cual es la de reconocimiento de créditos. Y ello porque el art. 18 LC no prevé entre las causas de oposición la inexistencia del crédito del instante, centrándose en la inexistencia del hecho invocado para evidenciar la insolvencia o la propia situación de insolvencia, de modo que la excepción de falta de legitimación activa derivada de la inexistencia del crédito del instante tan sólo puede dar lugar a una revisión del correcto cumplimiento de la justificación documental exigida por el art. 7.1 LC, pero no cabe entrar a resolver sobre la efectiva realidad del crédito.."* (énfasis añadido)

-El Auto de 3 de mayo de 2007 indica que

"..Conforme al art. 3.1 LC, los acreedores están legitimados para solicitar el concurso de acreedores de su deudor, siempre y cuando se cumpla con el presupuesto objetivo del estado de insolvencia. Para justificar esta condición de acreedor, el art. 7.1 LC exige a este instante del concurso que exprese "en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo".La actora en su demanda de solicitud de concurso expone en el hecho segundo su condición de acreedora por un importe de 43.832,20 euros, por suministros de accesorios para automóviles, y aporta las correspondientes facturas (documentos 1 a 29) y los abonos admitidos por devolución de algunos de los productos suministrados (documentos 30 a 149). Con ello, en principio cumplió con el requisito exigido en el art. 7.1 LC, por lo que fue correctamente admitida a trámite la solicitud por el Magistrado de lo mercantil. Cuando se emplaza al deudor cuyo concurso de solicita, éste se opone a la declaración a través del cauce previsto en el art. 18 LC, si bien no se limita a afirmar su solvencia, sino que con carácter previo niega que el instante reúna la condición de acreedor, porque considera que sus créditos ya han sido liquidados con la devolución del los productos suministrados. Conviene advertir que si bien la legitimación activa es un requisito previo para instar el concurso, y que por ello puede ser revisada si se niega la condición de acreedor en este trámite de oposición a la declaración de concurso necesario, ***no por ello puede convertirse dicho trámite en el idóneo para juzgar sobre la existencia y cuantía del crédito del instante****, que en su caso debería hacerse a través de la comunicación y reconocimiento de créditos y, en su caso, en el incidente de impugnación de la lista de acreedores. Al tiempo de instarse el concurso tan sólo puede examinarse si se aporta la acreditación documental justificativa del crédito que se aduce, lo que indudablemente ha hecho la actora, y si en el trámite en oposición se argumenta la extinción del crédito, sólo podrá admitirse en caso de ser manifiesta, pero no en el presente caso en que la extinción se quiere derivar del abono que se argumenta correspondería por la devolución de una serie de productos. No consta que exista un documento de liquidación en el que la actora diera por saldadas sus deudas con la devolución del género, y basta que no haya aceptado la devolución de parte de los productos suministrados, para que se estime justificada su condición de acreedora, a los efectos de legitimar la petición de concurso.."* (énfasis añadido).

-Finalmente, en el Auto de 11 de junio de 2007 la Sección 15ª dijo que

"..Trasladado el criterio legal a la fase de declaración, la solución sigue siendo la misma, y se refuerza en atención a que (como hemos declarado en Auto de 3 de mayo de 2007, Rollo 69/2007, y en Auto de 24 de marzo de 2006, Rollo 624/2005), si bien la legitimación activa es un requisito previo para instar el concurso y por ello puede ser revisada si se niega la condición de acreedor en la fase de oposición a la declaración de concurso necesario, no por ello puede convertirse este trámite en el idóneo para juzgar sobre la existencia y cuantía del crédito del instante, que en su caso debería hacerse a través de la comunicación y reconocimiento de créditos o bien mediante el incidente de impugnación de la lista de acreedores. ***Al tiempo de instarse el concurso tan sólo puede examinarse si se aporta la acreditación documental justificativa del crédito que se invoca, conforme al art. 7.1 LC, sin que sea necesario una prueba plena de su existencia, sino una justificación suficiente a partir de un "documento acreditativo"****. Así, el art. 18 LC no prevé entre las causas de oposición la inexistencia del crédito del instante, centrándose en la inexistencia del hecho invocado para evidenciar la insolvencia o en la propia situación de insolvencia, de modo que la excepción de falta de legitimación activa derivada de la inexistencia del crédito del instante tan sólo puede dar lugar a una revisión del correcto cumplimiento de la justificación documental exigida por el art. 7.1 LC, pero no cabe entrar a resolver sobre la efectiva realidad del crédito.."* (énfasis añadido).

De cuanto se lleva expuesto deducimos, por tanto, que no es esta la fase procesal idónea para determinar la existencia del crédito cuando -como sucede en el caso- esa existencia es sometida a controversia, y que, aun cuando otro punto de vista se mantuviera al respecto, aún subsistiría, al menos en apariencia, la condición de acreedor en AVALATRANSA por la suma de 34.558,91 €, suma que no por modesta priva a dicha entidad de tal condición. En todo caso, el saldo del debate mantenido al respecto incorpora al presente proceso un componente de indudable valor : la mercantil NOZAR ha aportado pruebas y ha hecho valer argumentos consistentes que, sin que sea prejuzgar y a reserva de lo que se pueda decidir en el proceso correspondiente, otorgan a su negativa a pagar la deuda que AVALATRANSA invoca -y que, por cierto, nunca le ha reclamado judicialmente- el aspecto propio de una actitud seria y consecuente y en modo alguno la apariencia de una conducta ligera, evasiva o carente de rigor. Pues bien, hemos de indicar al respecto que la negativa de una persona al cumplimiento de una reclamación dineraria cualquiera que otra persona pueda formularle no constituye conducta de significación unívoca ni necesariamente denotativa de morosidad, pudiendo, con iguales o mayores probabilidades de acierto, revelar la existencia de profundas discrepancias entre los contendientes en torno a la existencia, certeza y exigibilidad del derecho de crédito que se reclama, especialmente cuando, atendida la envergadura del supuesto deudor puesta de relieve por su volumen de negocio, se pone de relieve -así sucede en el caso- la constante realización de pagos a muy diversos acreedores de cuantía notoriamente superior a la del crédito que se insinúa por la solicitante de concurso. Y la consecuencia inmediata de la precedente consideración es la de que en aquellos supuestos -como el que nos ocupa- en los que el solicitante invoca como "hecho de concurso" el consistente en el sobreseimiento general del deudor en el pago de sus obligaciones, el crédito que aquél invoca no pueda ser computado a los efectos de valorar la concurrencia de dicho supuesto legal. ": AJM-2 Madrid 05.05.2009 (Concurso 567/2008)

2.3 No es necesario que se trate de un crédito dinerario

AP Madrid

“A tal fin esgrime diversos argumentos que pueden sistematizarse en los siguientes apartados: 1º) cuestiona que pueda declararse el concurso a instancia del acreedor que invoque la titularidad de una obligación de hacer, defendiendo que sólo cabría hacerlo si se esgrime un crédito dinerario; (...) **SEGUNDO.-** Los derechos de crédito se caracterizan porque tienen por objeto la obtención de una prestación por parte del deudor que el acreedor puede exigirle. Dicha prestación es denominada deuda y puede ser de muy diversa índole (de dar, hacer o no hacer, según el artículo 1088 del C Civil) con tal que sea posible, lícita y determinada. Las consecuencias de su incumplimiento determinan la sujeción a responsabilidad patrimonial del obligado.
El dinero constituye el principal instrumento de intermediación en el intercambio de bienes y servicios y suele ser, por tanto, el objeto principal de una posible prestación en el marco de una relación obligatoria. Sin embargo, no puede afirmarse que la LC constriña el concurso a los incumplimientos de obligaciones pecuniarias, pues el nº 1 del artículo 3 de la LC atribuye legitimación a cualquier acreedor, sin distingo alguno, por lo que al no quedar excluidas, resulta admisible la solicitud de concurso fundada en el incumplimiento de prestaciones no dinerarias. Cuestión diferente es que, en aras a la finalidad del concurso, tales obligaciones deberán ser objeto de valoración económica, lo que ordinariamente resulta posible, ya que en caso de incumplimiento puede acudirse a su sustitución por su equivalente pecuniario (“id quod interest”) o a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (artículo 1101 del C Civil). De ahí que el artículo 146 de la LC contemple la necesidad de su conversión a dinero alcanzada la fase de liquidación en el concurso.
El artículo 7.1 de la Ley Concursal exige del acreedor que inste la declaración de concurso que señale las características de su crédito. Por lo que al instante le bastará con justificar documentalmente la titularidad de un crédito, sea o no dinerario, para instar el concurso (legitimación), identificando al deudor (presupuesto subjetivo) y determinando el hecho externo acreditativo de la situación de insolvencia, teniendo en cuenta los que se describen en el artículo 2.4 de la Ley Concursal (indicios del presupuesto objetivo). Si existiese discusión respecto a su correcta cuantificación el problema ya no corresponderá a la fase inicial del concurso sino, como han apuntado cuando ha mediado polémica respecto a las características concretas del crédito del instante los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15ª, de 3 de mayo y 11 de junio de 2007 y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 28ª, de 17 de abril de 2008, al trámite de comunicación y reconocimiento de créditos, así como a su posible impugnación mediante el correspondiente incidente.”: Auto AP Madrid 08.05.2008 (Rollo 305/2007)

AP Vizcaya

“TERCERO.-La desestimación de la nulidad de actuaciones conlleva confirmar el auto recurrido por el que se declara el concurso de Kinter Inversiones SL al amparo del art. 19.2º de la Ley Concursal, que hace innecesario abordar el resto de los motivos de apelación, consistentes en reiterar la falta de legitimación de los instantes que no son acreedores porque precisarían, atendiendo a los arts. 1.124 y 1.504 del Código Civil, que previamente se declare la resolución de sus contratos de compraventa, siendo que en el caso de autos no han cumplido los pagos aplazados, y, en la no concurrencia de presupuestos para la declaración del concurso.
Simplemente ratificar la legitimación de los solicitantes al amparo del art. 3.1º y 7.1º de la Ley Concursal, al ostentar la condición de acreedores por estar vinculados con la concursada por contratos de compraventa con el derecho de que se les entregue el objeto vendido una vez ya ha vencido el plazo para ello.
Transcribir lo recogido en la ya citada resolucion de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de mayo de 2.008: " Los derechos de crédito se caracterizan porque tienen por objeto la obtención de una prestación por parte del deudor que el acreedor puede exigirle. Dicha prestación es denominada deuda y puede ser de muy diversa índole (de dar, hacer o no hacer, según el artículo 1088 del C Civil) con tal que sea posible, lícita y determinada. Las consecuencias de su incumplimiento determinan la sujeción a responsabilidad patrimonial del obligado.
El dinero constituye el principal instrumento de intermediación en el intercambio de bienes y servicios y suele ser, por tanto, el objeto principal de una posible prestación en el marco de una relación obligatoria. Sin embargo, no puede afirmarse que la LC constriña el concurso a los incumplimientos de obligaciones pecuniarias, pues el nº 1 del artículo 3 de la LC atribuye legitimación a cualquier acreedor, sin distingo alguno, por lo que al no quedar excluidas, resulta admisible la solicitud de concurso fundada en el incumplimiento de prestaciones no dinerarias. Cuestión diferente es que, en aras a la finalidad del concurso, tales obligaciones deberán ser objeto de valoración económica, lo que ordinariamente resulta posible, ya que en caso de incumplimiento puede acudirse a su sustitución por su equivalente pecuniario ("id quod interest") o a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios(artículo 1101 del C Civil). De ahí que elartículo 146 de la LCcontemple la necesidad de su conversión a dinero alcanzada la fase de liquidación en el concurso.
El artículo 7.1 de la Ley Concursal exige del acreedor que inste la declaración de concurso que señale las características de su crédito. Por lo que al instante le bastará con justificar documentalmente la titularidad de un crédito, sea o no dinerario, para instar el concurso (legitimación), identificando al deudor (presupuesto subjetivo) y determinando el hecho externo acreditativo de la situación de insolvencia, teniendo en cuenta los que se describen en elartículo 2.4 de la Ley Concursal (indicios del presupuesto objetivo). Si existiese discusión respecto a su correcta cuantificación el problema ya no corresponderá a la fase inicial del concurso sino, como han apuntado cuando ha mediado polémica respecto a las características concretas del crédito del instante los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15ª, de 3 de mayo y 11 de junio de 2007 y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 28ª, de 17 de abril de 2008, al trámite de comunicación y reconocimiento de créditos, así como a su posible impugnación mediante el correspondiente incidente...".
Si es además imprescindible que el derecho de crédito que ostenta el acreedor deba estar ya vencido y resulte exigible para que pueda solicitarse el concurso necesario supone un problema que es objeto de controversia

doctrinal. El artículo 2.2 de la LC menciona el requisito de que se trate de obligaciones exigibles, pero lo hace al tratar de definir el estado de insolvencia del deudor. Nada precisa al respecto, sin embargo, el artículo 3 de la LC al tratar la legitimación para instar el concurso. Sin embargo, el nº 4 del artículo 19 de la LC alude a la posibilidad de que el crédito del instante no estuviese vencido, dejando en manos del juez, tras audiencia de las partes, valorar la procedencia o no de la declaración de concurso. Resulta incuestionable que el titular de un derecho de crédito existente, que por tener valor patrimonial puede ser objeto del tráfico mercantil, pues puede disponer de él (enajenándolo, etc), si no pudiera todavía dirigirse al deudor para reclamar su cumplimiento, si debería poder ejercer, al menos, las acciones tendentes a la conservación del mismo. De manera que a efectos de instar el concurso necesario lo relevante es que se ostente la titularidad de un crédito, esté o no vencido y sea ya exigible o no, y que el deudor se halle en alguno de los hechos externos que revelan, según el artículo 2.4 de la LC, la existencia de una situación de insolvencia. Eso sería suficiente para solicitar el concurso, incumbiéndole entonces al deudor que desee oponerse a la declaración de concurso el probar, como establece elartículo 18.2 de la LC, si a pesar de esa apariencia era realmente solvente porque podía entonces cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. El vencimiento y la exigibilidad de las deudas se configura, por tanto, como un requisito que deberá valorarse al analizar la solvencia del deudor, mas no es una premisa que deba reunir precisamente el crédito del acreedor solicitante, al que de lo contrario se le impediría ejercitar una de las posibles actuaciones para la conservación de su derecho, sin que tenga sentido que, ostentando ya un interés legítimo, se le obligue a permanecer impertérrito cuando le consta la aparente insolvencia del deudor y el paso del tiempo puede conllevar el agravamiento de ésta y con ello el deterioro del principio de igualdad de trato para los acreedores ("par conditio creditorum").
En cuanto a la alegación de que no concurren los presupuestos para declarar la existencia del concurso, alegando que se ha incurrido en una errónea valoración de la prueba consistente en que las notas registrales de embargos no pueden sostener la situación de insolvencia, basta decir que en su escrito de fecha 19 de abril de 2.001 la concursada circunscribe su motivo de oposición exclusivamente a la falta de legitimación activa de los instantes, no discutiendo ni la existencia del hecho en que se fundamenta la solicitud ni el estado de insolvencia. Lleva razón la parte recurrida cuando afirma que, además de que no ha acreditado la deudora la prueba de su solvencia atendiendo al art. 18.2 de la Ley Concursal, por vía de recurso se plantea una cuestión nueva que no puede ser admitida.
La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en susentencia de fecha 22 de marzo de 2002 dice: "El planteamiento se rechaza porque constituyen una cuestión nueva, ya que no se suscitó en el momento procesal adecuado (fase de alegaciones), por lo que se contradicen los principios "lite pendente nihil innovetur" y "iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium...".
El recurso de apelación no abre un nuevo proceso, sino una fase procesal ante un órgano judicial diferente del que conoció del asunto en primera instancia, y con una finalidad muy concreta: revisión de la sentencia y de lo actuado en la primera instancia. No cabe, por lo tanto, introducir pretensiones nuevas no planteadas previamente ante quien conoció del asunto en primera instancia. Y en este sentido, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 9 de junio de 1997 : "Por ello, debe decaer este motivo casacional, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala de la que es buena muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1992 : "en relación con el principio de congruencia que han de respetar las sentencias y los límites del recurso de apelación, es doctrina reiterada de esta Sala, de la que son manifestación, entre otras lassentencias de 28 de noviembre y 2 de diciembre de 1983, 6 de marzo de 1984, 20 de mayo y 7 de julio de 1986 y 19 de julio de 1989, la de que no pueden tenerse en cuenta, a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas en el acto de la vista del recurso de apelación, al ser trámite no procedente a tal propósito, pues el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintas de los planteados en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho "pendente apellatione, nihil innovetur".
CUARTO.-La desestimación del presente recurso de apelación conlleva la imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante, de conformidad con el art. 398.1º de la LECn. ": AAP Vizcaya (Sección 4) 30.06.2011 (Auto 488/2011; Rollo 198/2011)

2.4 Falta de legitimación

2.4.1 Crédito prescrito

AP Barcelona

"PRIMERO:Lázaro y Rosendo comparecieron como acreedores de la sociedad GUANTER RODRIGUEZ CATALUÑA, S.L. para pedir que esta última fuera declarada en concurso necesario. Frente a esta solicitud, se opuso la propia GUANTER RODRIGUEZ CATALUÑA, S.L., quien negó en primer lugar legitimación activa a los instantes del concurso, porque como consecuencia de la prescripción de los créditos invocados carecen de la condición de acreedores, y en segundo lugar negó que haya una pluralidad de acreedores y que se haya producido un sobreseimiento general en el cumplimiento de las obligaciones. El auto que resuelve el incidente estimó la oposición al apreciar que los créditos invocados, ya sean los fundados en la acción cambiaria, ya sea los amparados en la relación contractual en el curso de la cual nacieron, se encuentran prescritos.
Los instantes del concurso recurren en apelación argumentando que el Magistrado de lo Mercantil no ha tenido en cuenta que la prescripción fue interrumpida por las diligencias previas 1495/2001 tramitadas por elJuzgado

de Instrucción nº 2 de Mollet, que se archivaron por auto de 30 de abril de 2004, por el Juicio cambiario 106/2002 ante elJuzgado de Primera Instancia nº 2 de Mollet y por la denuncia presentada en julio de 2006ante la Fiscalía de Barcelona. A juicio de la parte apelante, puesto que los pagarés librados para el cobro vencían entre febrero y mayo de 2001, el plazo de tres años de prescripción de la acción cambiaria que comenzó a computarse a partir de entonces fue interrumpido al iniciarse las diligencias previas 1495/2001, y su cómputo no volvió a reanudarse hasta el archivo de tales diligencias, el 30 de abril de 2004, sin que desde entonces hasta que se instó el concurso (11 de julio de 2006) hubiera transcurrido el referido plazo de prescripción.
SEGUNDO: Conforme alart. 3.1 LC, los acreedores están legitimados para solicitar el concurso de acreedores de su deudor, siempre y cuando se cumpla con el presupuesto objetivo del estado de insolvencia. Para justificar esta condición de acreedor, elart. 7.1 LCexige a este instante del concurso que exprese "en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo".
Los instantes del concurso justificaron su legitimación aduciendo ser acreedores de una serie de pagarés librados por la demandada para el pago de los portes de transportes realizados para la entidad GUANTER RODRIGUEZ CATALUÑA, S.L., que vencían entre febrero y mayo de 2001.
GUANTER RODRIGUEZ CATALUÑA, S.L. no discute ni la veracidad de los transportes ni las consiguientes deudas por transporte, ni tampoco que para su pago librara los pagarés aportados por los instantes del concurso. Tiene razón el Magistrado de lo Mercantil que elart. 951 del Códigode comercio dispone un plazo de prescripción de seis meses para la reclamación de los portes y que en todo caso la acción cambiara prescribe para el firmante de los pagarés a los tres años desde el vencimiento (arts. 88 y 96 LCCh).
Los servicios de transporte son cuando menos anteriores a febrero de 2001 y los efectos vencieron entre los meses de febrero y mayo de 2001.
Con posterioridad al nacimiento de las acciones basadas en el contrato de transporte y las cambiarias no consta que se hubiere interrumpido la prescripción. Según elart. 1973 CCcabe interrumpir la prescripción mediante el ejercicio de las acciones ante los tribunales, su reclamación extrajudicial o el acto de conciliación.
Los actos que los acreedores invocan como suficientes para interrumpir la prescripción son:
En primer lugar la interposición de un juicio cambiario, tramitado por elJuzgado de Primera Instancia nº 2 de Mollet, con el número 106/2002. Consta aportada a los autos la copia de la demanda de juicio cambiario que data del día 25 de febrero de 2002 (ff. 293 y ss), así como elauto de admisión a trámite de 23 de abrilde ese mismo año (ff. 287 y ss.). La interposición del juicio cambiario, por ser una reclamación de al menos alguno de los créditos cambiarios sí constituye una reclamación judicial que interrumpe la prescripción, pero como no se ha aportado ninguna diligencia posterior en dicho procedimiento, debemos considerar interrumpido el plazo y reanudado su cómputo en la fecha de la ultima actuación aportada, el 23 de abril de 2002, y desde entonces hasta la presentación de la solicitud de concurso (11 de julio de 2006) constan transcurridos más de tres años de prescripción de la acción cambiaria y los seis meses de la acción de reclamación de portes.
La denuncia presentada ante la Fiscalía el 7 de julio de 2006 (ff. 489 y ss.), por un supuesto delito de estafa y de insolvencia punible no constituye propiamente ninguna reclamación judicial de los referidos créditos, por lo que carece de eficacia para interrumpir el plazo de prescripción. Y lo mismo cabe decir de las diligencias previas tramitadas bajo el número de referencia 1495/2001 por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Mollet, pues como se describe en el auto de archivo (ff. 502 y ss.), los delitos imputados eran de estafa y alzamiento de bienes, sin que tales diligencias entrañen una reclamación de un crédito contractual ni puedan considerarse necesarias para su determinación.
Las referidas actuaciones penales no constituían ningún acto de reclamación de los créditos invocados por los actores al pedir el concurso, ni su reclamación se veía condicionada o afectada por las referidas actuaciones penales, pues surgían directamente del contrato de transporte y de los pagarés firmados por el demandado, de tal modo que podían haber sido reclamados desde el principio. De ahí que la demora en la reclamación, sin que se justifique la misma por las actuaciones penales que no interrumpen la prescripción de tales acciones, da lugar a que entendamos, como hace el Magistrado de lo Mercantil, claramente prescritas las referidas acciones y por lo tanto la extinción de los créditos reclamados. Pero entiéndase bien que debido al ámbito limitado de enjuiciamiento que supone el incidente previo a la declaración de concurso, tal pronunciamiento lo es a los efectos de ratificar la inadmisión de concurso necesario por no quedar acreditada la legitimación activa de los acreedores, al no probar su condición de acreedores, tal y como exige elart. 7 LC.
Basta la constatación de la falta de legitimación activa del instante del concurso para que proceda la inadmisión de la solicitud de concurso, sin que sea necesario entrar a enjuiciar la concurrencia de los otros requisitos también controvertidos por el deudor, la pluralidad de acreedores y el sobreseimiento general en el cumplimiento de las obligaciones.”: AAP Barcelona (sección 15) 15.11.2007 (Rollo 367/2007; JUR 2008/127734)

Voto particular

“Fundamentos de derecho. Único. Con absoluto respeto al razonamiento jurídico y consecuente decisión de la mayoría, sin duda razonable y fundada en derecho, formulo esta opinión discrepante porque creo que el conflicto, a la vista de lo actuado y de la normativa aplicable, debió determinar otra solución, por las siguientes razones.
I. El criterio acogido por la mayoría, a mi juicio, pudiera aproximarse al de la “certeza del derecho”, en relación con el crédito de la parte solicitante, a la hora de verificar el requisito de la legitimación activa (art. 7.1 LC), ya que parece exigir una prueba plena y fehaciente de la vigencia del crédito, cuando en esta fase, previa o preliminar a una declaración jurisdiccional del derecho del acreedor (así lo

entiendo), no puede reclamarse una prueba plena o absoluta sobre ello. Me he referido a la vigencia o subsistencia del derecho de crédito, porque su nacimiento y veracidad no han sido cuestionados, sino sólo la extinción de la acción para reclamarlo.

No es exigible, desde luego, la prueba plena o la certeza del derecho de crédito, en el sentido de un revestimiento o blindaje de inatacabilidad jurídica, porque la Ley no exige que el acreedor tenga siempre y en todo caso que aportar, para justi-ficar su legitimación, una sentencia firme que reconozca su derecho, bastando con la aportación de un *"documento acreditativo"* (art. 7.1 LC). Será suficiente, por tanto, una prueba semi-plena, o un principio de prueba, o una justificación *aprio-rística*, que, a criterio del tribunal que conoce el concurso, aparezca dotada de la verosimilitud que proporciona el principio de normalidad en la documentación de los negocios jurídicos.

El deudor puede, claro está, negar la legitimación activa por sostener que el cré-dito no existe o que no puede ser exigido su pago (es mera apariencia creada *ad hoc*, carece de una causa real y lícita; ha quedado extinguido; no se debe por incumpli-miento contrario, etc.), pero no debe olvidarse que en este trámite no se juzga defi-nitivamente el derecho de crédito del que se presenta como acreedor. De modo que para tener por cumplido el requisito de la legitimación activa bastará con una justi-ficación razonable, sin perjuicio de que, declarado el concurso (si es que concurren los demás requisitos, el objetivo y el de la pluralidad de acreedores), pueda discu-tirse en un procedimiento contradictorio con oportunidad probatoria la real existen-cia del crédito (mediante el incidente concursal).

Así, hemos declarado en otras resoluciones [por ejemplo, auto de 3 de mayo de 2007 (rollo 69/2007) y en auto de 24 de marzo de 2006 (rollo 624/2005)], que *si bien la legitimación activa es un requisito previo para instar el concurso y por ellopuede ser revisada si se niega la condición de acreedor en la fase de oposición a ladeclaración de concurso necesario, no por ello puede convertirse este trámite en elidóneo para juzgar sobre la existencia y cuantía del crédito del instante, que en sucaso debería hacerse a través de la comunicación y reconocimiento de créditos obien mediante el incidente de impugnación de la lista de acreedores. Al tiempo deinstarse el concurso tan sólo puede examinarse si se aporta la acreditación docu-mental justificativa del crédito que se invoca, conforme al art. 7.1 LC, sin que seanecesario una prueba plena de su existencia, sino una justificación suficiente a par-tir de un "documento acreditativo". Así, el art. 18 LC no prevé entre las causas deoposición la inexistencia del crédito del instante, centrándose en la inexistencia delhecho invocado para evidenciar la insolvencia o en la propia situación de insol-vencia, de modo que la excepción de falta de legitimación activa derivada de la ine-xistencia del crédito del instante tan sólo puede dar lugar a una revisión delcorrecto cumplimiento de la justificación documental exigida por el art. 7.1 LC,pero no cabe entrar a resolver sobre la efectiva realidad del crédito*.

II. Entiendo que el criterio de la mayoría viene a juzgar la existencia del crédito de la parte solicitante (la vigencia de la acción para hacerlo efectivo) con demasiado rigor, sólo propio de un procedimiento contradictorio con ese objeto, porque consi-dera que no se ha producido la interrupción de la prescripción a partir de datos que no revelan, necesariamente, esa conclusión, la cual debiera diferirse al trámite de reconocimiento de créditos.

Para el pago de la deuda (sujeta, en principio, al plazo de prescripción de seis meses del art. 951 CCom) se libraron ciertos pagarés con vencimiento en febrero y mayo de 2001, lo que supuso el nacimiento de la acción cambiaria (que se super-pone a la causal), que prescribe por el transcurso de tres años desde el vencimiento, admitiéndose los medios de interrupción del art. 1973 CC (arts. 88 y 89 LCCh).

Alegada la prescripción por el deudor, pues el concurso fue solicitado en julio de 2006, se desplaza hacia el solicitante la carga de justificar (entiendo que en ese grado de *semi-plena probatio*) que se ha producido la interrupción del plazo pres-criptivo por actos idóneos

Y a mi modo de ver así ha quedado justificado, en grado razonable de acredita-miento, sin perjuicio de que otra cosa pueda ser probada en el incidente de impug-nación de la lista de acreedores por inclusión o exclusión de créditos. Así lo estimo porque obra en autos copia de la demanda de juicio cambiario y del auto del juz-gado por el que la admite a trámite y requiere de pago al deudor (conforme al art.

821.2 LEC), que es dictado el 23 de abril de 2002, que constituye una reclamación judicial que interrumpe la prescripción (art. 1973 CC). Es cierto que la parte solici-tante ha sido poco generosa en la aportación documental pues no obran en autos más testimonios de actuaciones seguidas en dicho juicio cambiario, pero induda-blemente las hubo, porque el auto ordena diligencias y éstas hubieron de practi-carse, con resultado positivo o negativo, y quizá la última de las actuaciones data de julio de 2003, con lo que el derecho de crédito no habría prescrito, al volver a interrumpirse de nuevo con la solicitud de concurso en julio de 2006, que consti-tuye una nueva reclamación del crédito. Pero considero que esa incertidumbre debiera quedar esclarecida en el incidente de impugnación de créditos una vez admitido el concurso.

Pero es que, en cualquier caso, consta que la parte solicitante interpuso querella criminal que fue admitida a trámite y se tramitó durante 2002 hasta el 30 de abril de 2004, fecha en que recayó resolución de archivo, querella en la que se imputaba un delito de estafa y de alzamiento de bienes por el impago y absoluto desentendi-miento del pago de la deuda contraída por la sociedad deudora con la actora. Y se ha tener en cuenta que por disposición del art. 111 LECrim, mientras estuviese pen-diente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme, y de acuerdo con el art. 112 de la misma Ley, ejer-citada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase

expresamente para ejercitarla des-pués de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar; y conforme establece el art. 114 LECrim, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole, si lo hubiere, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.
De modo que, promovida la acción penal y debiéndose entender que con ella también la acción civil accesoria en reclamación del crédito defraudado, no podía seguirse una acción civil paralela hasta el archivo de las actuaciones penales, con lo que el plazo de tres años para la reclamación en vía civil del crédito cambiario no se habría extinguido, al presentarse la solicitud de concurso en julio de 2006.
Con ello no quiere decirse que la acción no esté prescrita, sino que, a mi juicio, se ha justificado en este estadio preliminar, en grado suficiente, la legitimación de los solicitantes, a los efectos del art. 7.1 LC, debiendo diferirse la discusión sobre el efecto interruptivo al oportuno incidente concursal. En mi opinión basta aquí con aportar los datos que se han aportado, porque de ellos no se deduce clara y manifiestamente que el crédito haya prescrito.
Todo ello sin perjuicio de que se entiendan o no acreditados los demás requisi-tos para la declaración del concurso, el objetivo y el de la pluralidad de acreedores, en cuyo análisis no entro.“: Voto particular a AAP Barcelona (sección 15) 15.11.2007 (Rollo 367/2007; JUR 2008/127734)

JM-2 Barcelona

“SEGUNDO.- En lo que al primer motivo de oposición se refiere, la demandada, como se ha indicado, alega la prescripción del crédito de los instantes. La extinción de la deuda por prescripción no está contemplada expresamente como causa de oposición en el artículo 18.2º, si bien debe entenderse implícitamente prevista en dicho precepto al mencionar la "inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud". Si el instante del concurso no tiene la condición de acreedor, obviamente, carece de legitimación activa (artículo 7 de la Ley Concursal) y el concurso no puede ser declarado. Pues bien, en el presente caso los actores justifican su crédito con facturas por servicios de transporte prestados en el año 2.001 y con pagarés emitidos y con vencimiento en el primer semestre de dicho año. El artículo 51 del Código de Comercio dispone que prescribirán a los seis meses -a contar desde la entrega- las "acciones relativas al cobro de portes". Las acciones cambiarias, por su parte, prescriben a los tres años, "contados desde la fecha de su vencimiento". No consta, por otro lado, la existencia de acto alguno que permita tener por interrumpido el cómputo del plazo. La representación de los instantes alude a una causa criminal; sin embargo sólo se ha aportado una denuncia ante la fiscalía, contra los responsables de GUANTER RODRIGUEZ CATALUÑA S.L., presentada en julio de 2.006. Por tanto, los créditos de los actores, incuestionablemente, han quedado extinguidos por haber prescrito las acciones para hacerlos efectivos. Ciertamente, la vista ha revelado la existencia de otros muchos acreedores, con créditos de igual naturaleza y la misma antigüedad que el de los instantes. El representante de la deudora, por otro lado, reconoce deudas que superan los seiscientos mil euros y que la sociedad está inactiva desde el año 2.002. Sin embargo, entiendo que no es posible dar la oportunidad a otros acreedores para que sostengan la declaración del concurso, posibilidad que el artículo 19.3º de la Ley Concursal sólo contempla para aquellos supuestos en que el solicitante no compareciera a la vista o, habiéndolo hecho, no se ratificase en su solicitud. En el presente caso, celebrada la vista, se advierte la "inexistencia del hecho" en que se fundamentó la solicitud, por carecer los instantes de legitimación al haberse extinguido sus créditos. Por todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Concursal, debe desestimarse la solicitud.”: Auto JM-2 Barcelona 29.01.2007 (Concurso 521/2006)

2.4.2 Crédito controvertido derivado de contrato bilateral resuelto. Insuficiencia

“PRIMERO A salvo los supuestos contemplados en los apartados 3 y 4 del artículo 3 de la Ley concursal, la legitimación activa para solicitar la declaración de concurso necesario corresponde a los acreedores del deudor. El acreedor solicitante debe fundar su solicitud o bien en un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio -se debe entender que a su instancia- sin que del embargo resultaren bienes libres bastantes para el pago, o bien en la existencia de alguno de los indicadores de insolvencia contemplados en los cuatro subapartados del artículo 2. 4 de la Ley concursal. En el primer caso la prueba de la legitimación del solicitante va implícita en la aportación del título ejecutivo, que lo identificará como acreedor de la persona respecto de la cual solicita la declaración de concurso; en el segundo caso, el solicitante debe acreditar su legitimación demostrando al tribunal las circunstancias relativas al origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo (artículo 7 de la LC). Puede ocurrir, sin embargo, que el crédito que esgrime el acreedor que carece o no ha obtenido previamente título ejecutivo sea cuestionado por el deudor que formula oposición a la declaración de concurso, negando por consiguiente la legitimación del solicitante en tanto que acreedor, y ante esa eventualidad no cabe pretender del tribunal que debe decidir sobre la declaración de concurso necesario que examine el fondo de relaciones contractuales complejas entre las partes para determinar si efectivamente el solicitante es acreedor de la persona respecto de la cual se pide la declaración de concurso o si, como ésta sostiene, no sólo no es deudora sino que por el contrario es acreedora de la solicitante. El juez del concurso debe ciertamente examinar el título de crédito invocado y los motivos esgrimidos por la otra parte para negar la legitimación del solicitante, pero no puede suplir al órgano jurisdiccional o arbitral al que corresponde dirimir el litigio entre las partes para decidir cual de los contendientes es acreedor del otro.

SEGUNDO En este caso el crédito que esgrime la solicitante, Siemens, SA, procede de un contrato de ejecución de obra con suministro de materiales de fecha 17 de marzo de 2000 que tenía por objeto la construcción de una planta de cogeneración eléctrica por cuenta de Cogeneración y Biomasa, SA. Sostiene la solicitante que del precio total e inicial del contrato -176.000.000 de ptas., equivalentes a 1.057.781,30 €- tan solo pagó la dueña de la obra un anticipo de 36.624.000 ptas., de modo que adeuda, una vez finalizada la obra y computados los aumentos, 1.042.972,36 €, más los intereses devengados. Cogeneración y Biomasa, SA, en liquidación, no niega, en lo esencial, la realidad del contrato de ejecución de obra y la inefectividad de la práctica totalidad del precio, pero sostiene que el contrato quedó válidamente resuelto en aplicación de la cláusula undécima, apartado E) del contrato, por incumplimientos esenciales imputables a la contratista, en virtud de comunicación vía burofax de 24 de septiembre de 2002 como consecuencia de la cual no sólo no adeuda cantidad alguna a la contratista, sino que, por el contrario, le adeuda ésta 84.622,50 €. La solicitante, a pesar de haber omitido en su solicitud inicial toda referencia a este hecho, no ha negado en la vista la realidad de la comunicación resolutoria ni su fecha, si bien sostiene que la resolución está injustificada y que, en definitiva, no se trató sino de una maniobra dilatoria de la deudora para tratar de eludir o encubrir su propio incumplimiento.
Pues bien, siendo el contrato de ejecución de obra bilateral y generador de obligaciones para ambas partes contratantes de cuyo incumplimiento se han de derivar, conforme al contrato, consecuencias diversas, no cabe decidir en esta sede si la resolución unilateralmente decidida por la dueña de la obra estaba o no justificada, ni examinar el alcance del cumplimiento de las obligaciones que cada una de las partes asumió. Importa en cambio el hecho acreditado de que la resolución es anterior en más de dos años y medio a la solicitud de concurso, que desde entonces no ha ejercitado la contratista las acciones que le asisten para la declaración y efectividad de su derecho, y que tan largo período de tiempo transcurrido excluye la posibilidad de que se trate de una simple maniobra fraudulenta de la deudora para ponerse a cubierto de una posible demanda de quiebra o de concurso de acreedores. Con razón o sin ella la dueña de la obra resolvió el contrato y considera, en consecuencia, que no sólo nada adeuda a la contratista sino que, por el contrario, es acreedora de ésta por el importe de una penalización prevista en el contrato. La STS de 17 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1408), que reitera la jurisprudencia ya resumida en la STS de 30 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2308) dice que «la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva -claro está- que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada». En el mismo sentido la STS de 20 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7491) : «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, pero son los Tribunales quienes tienen la facultad de decretar esta resolución, cuando una parte la reclame frente a su contraria que se opone». Lo que no cabe es ignorar la resolución y, sin vencer judicialmente (arbitralmente en este caso) la resistencia de la otra parte, solicitar su declaración de concurso esgrimiendo una condición, la de acreedor, que le ha sido negada y acerca de la cual ni tribunales ni árbitros se han pronunciado hasta la fecha. No es posible atribuir al título esgrimido por la solicitante mayor virtualidad a estos efectos que a la documentación acreditativa de la resolución contractual posterior, en principio válida y eficaz en tanto no se haya declarado lo contrario.”: Auto JM-1 La Coruña 13.07.2005 (JUR 2005/234787)

2.4.3 Crédito extinguido

“PRIMERO Guadalupe,Abilio,Belarmino,Diego,Paula,Vanesa yGaspar comparecieron como sucesores deJosé, acreedor de la sociedad ASURIN, S.A., y pidieron el concurso de acreedores de esta entidad. ASURIN, S.A. se opuso a la declaración de concurso por considerar que los instantes carecían de legitimación activa, ya que su crédito había quedado satisfecho en la ejecución iniciada al efecto, mediante la adjudicación de las participaciones que la ejecutada, ASURIN, tenía en la sociedad AGAMENON 26 INMOBILIARIA, S.L., pues tal adjudicación se hizo al amparo delart. 651 LEC, y por tanto en satisfacción del crédito ejecutado. ASURIN también se opuso porque no constaba la existencia de una pluralidad de acreedores. El auto que resuelve el incidente estimó la oposición al apreciar que el crédito invocado ya estaba extinguido, con la adjudicación de 63.500 participaciones que ASURIN tenía en la sociedad AGAMENON 26 INMOBILIARIA, S.L., y por lo tanto los instantes del concurso carecen de legitimación para pedir el concurso. El auto también deja constancia de que no queda acreditado que exista una pluralidad de acreedores.
Los instantes del concurso recurren en apelación argumentando que no ha quedado acreditado que la deudora hubiera abonado el crédito dinerario, reconocido porsentencia, invocado para pedir el concurso, pues no consta que fueran entregadas las 63.500 participaciones de AGAMENON 26 INMOBILIARIA, S.L., que habían sido adjudicadas, ni que fuera pagado el crédito en virtud del cual se instó la ejecución. El recurso también impugna la denegación del concurso por ausencia de pluralidad de acreedores, porque este no es un requisito exigido por la Ley, cuya ausencia justifique la inadmisión.
SEGUNDO Conforme alart. 3.1 LC, los acreedores están legitimados para solicitar el concurso de acreedores de su deudor, siempre y cuando se cumpla con el presupuesto objetivo del estado de insolvencia. Para justificar esta condición de acreedor, elart. 7.1 LC exige a este instante del concurso que exprese "en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo". En ocasiones anteriores (sentencia de RA 367/07) hemos considerado que a los meros efectos de justificar la condición de acreedor que le legitima para pedir el concurso y en supuestos en que sea manifiesta la inexistencia del crédito o, mejor dicho, no se acredite

mínimamente su persistencia, es posible negar legitimación al instante del concurso y por ello desestimar la solicitud de concurso.
En nuestro caso, los instantes son los sucesores deJosé, quien ha quedado acreditado documentalmente que tenía un crédito frente a la sociedad ASURIN, S.A., reconocido por sentencia firme, que además dio lugar a una ejecución judicial (ff. 16 y ss.). Esta misma documentación, que es el testimonio del procedimiento de ejecución, prueba que en el curso de la misma se embargaron 63.500 participaciones sociales de AGAMENON 26 INMOBILIARIA, S.L. (las números 3.001 a 66.500), que pertenecían a ASURIN, S.A. Como los propios apelantes reconocen en su escrito de solicitud de concurso, esta adjudicación se hizo acogiéndose a la facultad que les concedía elart. 651 LEC, y por lo tanto por la cantidad que se les debía en todos los conceptos. Esta adjudicación supuso la extinción del crédito en virtud del cual instaron la ejecución, que se daba por satisfecho. Es por ello que, al margen de la posible actuación fraudulenta de vaciamiento del contenido de patrimonial de la sociedad que se adjudicaron los apelantes en la ejecución, que en su caso debería dar lugar a las actuaciones que el ordenamiento jurídico reserva para la persecución del fraude, penal o civil, lo cierto es que a lo efectos de contar con legitimación para pedir el concurso, los instantes carecen de ella porque consintieron en que su crédito quedara satisfecho con la adjudicación de las participaciones de AGAMENON 26 INMOBILIARIA, S.L.
Por esta razón, confirmamos la decisión del Juez Mercantil, de desestimar la solicitud de concurso de acreedores, sin perjuicio de que advirtamos indicios de un posible fraude en relación con la extinción del crédito esgrimido, que debería perseguirse, insistimos, en otra instancia, lo que justifica que no proceda la imposición de costas ni en primera instancia ni en esta alzada.": AAP Barcelona (Sección 15) 27.04.2009 (JUR 2009/410429; Auto 82/2009; Rollo 691/2008)

2.4.4 No la tiene el administrador judicial de los deudores (sic, concurso necesario)

"PRIMERO.- El recurso de apelación que formula D. CARLES pretende la revocación del auto dictado con fecha 17 de abril de 2007, por el cual el Juzgado de lo Mercantil desestimó a su vez el recurso de reposición interpuesto por el solicitante contra el auto precedente de 13 de marzo, que archivó su solicitud para la declaración en concurso necesario de Dña. ANGELIKA HEINS NITZ y diez sociedades mercantiles. El Juzgado a quo, en efecto, acordó la inadmisión a trámite de la solicitud de concurso que presentó el Sr. C., administrador judicial de los deudores según fue designado en unas diligencias penales anteriores por el Juzgado de Instrucción nº 19 de Barcelona (DP 4860/1997), entendiendo que el mismo ni es acreedor de la persona física deudora o de las sociedades mercantiles demandadas, ni representa a los acreedores en su conjunto, careciendo por ello de legitimación activa con arreglo al artículo 3 de la LC. Contra ello se alza el demandante instante del concurso, insistiendo en su petición inicial y argumentando que el Juzgado no puede negar su legitimación como representante de los acreedores y perjudicados en el seno de las diligencias penales que han motivado su nombramiento como administrador judicial de las personas contra las que se dirige la solicitud de concurso, no entrando en la cuestión de fondo atinente a la situación de las deudoras, por lo que se infringe su derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de nuestra Constitución.
SEGUNDO.- Examinadas las actuaciones, entendemos que no existe afección alguna al derecho fundamental de tutela judicial efectiva que consagra el texto constitucional, que como es bien sabido no protege el derecho a obtener resoluciones judiciales favorables a las pretensiones deducidas, sino el derecho a obtener pronunciamientos judiciales basados en Derecho y suficientemente motivados, como así ha ocurrido en nuestro caso: el Sr. Magistrado ha expresado con perfecta claridad cuál es el motivo de la falta de legitimación del Sr. M. para solicitar el concurso de las personas demandadas, apoyándose en el artículo 3 de la LC, lo que obvia cualquier otra consideración sobre la pertinencia o no del concurso de las mismas.
Esta decisión es, por otra parte, enteramente correcta. Es importante tener presente que el apelante formula una solicitud de concurso necesario, es decir, a instancia de los acreedores (art. 22 LC), y no un concurso voluntario o a instancia de los mismos deudores. Esta delimitación importa porque el recurso, con cita incluso de resoluciones de esta Audiencia Provincial (Secc. 16ª) sobre los efectos del artículo 632 de la LEC, mezcla aspectos que debieron quedar diferenciados ab initio: leída la solicitud y los recursos formulados por el solicitante, es obvio que lo que se pide es el concurso necesario, por lo que resulta incoherente afirmar que, con arreglo al artículo 632 LEC, el administrador judicial sustituye a los administradores de la sociedades deudoras o, yendo más allá, incluso a la misma persona física deudora, la Sra. H. En lo que hace a ésta última, es patente que el artículo 632 no es de aplicación; y respecto a las mercantiles incluidas en la solicitud de concurso, también es claro que ni el administrador judicial de frutos y rentas sustituye a la administración ordinaria de la entidad, ya que sólo opera en relación a alguna facultad patrimonial en relación a los mismos, ni el actor ha pretendido siquiera que ello ocurriera: no es objeto de estos autos ni será tratada la cuestión, discutida doctrinalmente, de hasta qué punto el administrador orgánico de la entidad deudora puede pedir el concurso sin la previa autorización del órgano soberano de la sociedad, integrando el artículo 3 de la LC con lo dispuesto en los artículos 105.5 LSRL y 262.5 de la LSA, y ello porque, en nuestro caso, incluso de entender que un administrador judicial ha podido sustituir a los administradores anteriores en las sociedades demandadas, lo que negamos, su decisión de pedir su concurso hubiera derivado en su caso en un concurso voluntario, algo que el apelante dista mucho de haber pretendido.
El centro nuclear de su argumento es, por el contrario, que al haber sido designado por el Juzgado de Instrucción nº 19 como administrador judicial de las personas deudoras, aquéllas contra las que se dirigen las acciones penales que pueden ser civilmente responsables, su actuación se dirige a proteger los intereses de los perjudicados, y por tanto, de los acreedores, a quienes representa. Afirmada esta representación, la

inclusión del Sr. M. en el concepto de los acreedores a que hace referencia el artículo 3 de la LC permitiría afirmar su legitimación para el concurso necesario.
Sin embargo, no se acaba de comprender en qué basar esa pretendida representación. Tal y como consta en las actuaciones, el Sr. M. es tan sólo el administrador designado en unas actuaciones penales para garantizar el embargo cautelar de frutos y rentas de las personas imputadas. El Juzgado de Instrucción, tratando de asegurar las responsabilidades civiles que puedan concurrir como consecuencia de los delitos investigados, acude al artículo 630.2 de la LEC, que efectivamente permite designar un administrador judicial para garantía del embargo de frutos y rentas que recaiga sobre las administradas. Esta posible administración interna de las empresas para evitar que la traba quede sin contenido favorece a los posibles perjudicados de las actividades delictivas investigadas, pero ello no convierte al administrador en representante de los acreedores ni en gestor de sus derechos, sino en auxiliar del Juzgado de Instrucción, ante quien dará cuentas de la gestión efectuada. Pretender que ello ampare la facultad para instar la declaración de concurso de las entidades y la señora demandada, que puede dar lugar, en caso de liquidación, incluso a la disolución de las primeras, exigiría que el actor participara de la condición de acreedor, ya sea directa y en nombre propio, que evidentemente no concurre, ya sea por vía representativa, que también está ausente y que su nombramiento no otorga. Este sólo permite una estricta gestión patrimonial de la empresa administrada, orientada a salvaguardar sus frutos y rentas. El apelante, en consecuencia, sin perjuicio de criterios de oportunidad, más o menos relevantes pero ajenos a la LC, carece de legitimación activa para solicitar el concurso, por lo que el recurso debe decaer.": Auto AP Barcelona 28.11.2007 (Rollo 529/2007, Auto 390/2007)

2.4.5 No la tiene la Administración (Concursal) de la sociedad dominante (concursada)

"PRIMERO. Fue declarado el concurso necesario de EUROCUBA 2000 S.L. a instancia de la Administración Concursal de STAR QUALITY S.A., sociedad ésta que es titular del 62,67 % del capital de la primera. Como antecedente necesario hay que indicar que por resolución de 8 de febrero de 2006, recaída en el concurso de STAR QUALITY, fue nombrado un administrador judicial para la sociedad participada, EUROCUBA 2000, a petición de la Administración Concursal de la sociedad dominante, a modo de auxilio necesario para el ejercicio de sus funciones, al amparo del art. 43 de la Ley Concursal. El administrador judicial designado presentó diversos informes dando cuenta de su gestión y de la situación económica, patrimonial y financiera de la sociedad participada, interesando que, vista su inactividad y la situación de insolvencia constatada, fuera declarada su disolución o bien se instara el concurso necesario, lo que así solicitó la Administración Concursal de STAR QUALITY en abril de 2006, manifestando su conformidad el administrador judicial de EUROCUBA 2000.
SEGUNDO. La representación orgánica originaria de EUROCUBA 2000 S.L., es decir, su administrador único, que fue suspendido en sus funciones y sustituido por el administrador judicial, formuló oposición a la declaración de concurso, que fue desestimada por el Auto que dicha sociedad apela, reiterando en su recurso la falta de legitimación de la Administración Concursal de STAR QUALITY S.A. para instar el concurso de la sociedad participada, de la que no es acreedora.
I) La Administración Concursal de STAR QUALITY, tal como deriva de la configuración legal de dicho órgano del concurso, siendo éste necesario, sustituye a los órganos de la persona jurídica deudora en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición de su patrimonio, que quedan suspendidas con la declaración de concurso necesario, si bien, durante la tramitación del mismo, los órganos de la sociedad deudora se mantienen, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la suspensión de sus facultades de administración y disposición, como indica el art. 48 LC (y a salvo el supuesto de su cese como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación). Así mismo, a la Administración Concursal le compete, pues así lo dispone el art. 54 LC, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal que correspondan al concursado (art. 54.4 LC). De otro lado, el art. 25 LC faculta a la Administración Concursal, en el caso de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, para solicitar del juez la acumulación a dicho procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo. Esta legitimación se reduce, como vemos, a la solicitud de acumulación de otro concurso (en este caso sería el de la sociedad dominada), que ya ha sido declarado, pero no alcanza a la solicitud de declaración del concurso de la sociedad dominada, o de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica.
Ningún precepto, en fin, reconoce legitimación a la Administración Concursal de la sociedad dominante para instar el concurso de una sociedad participada o dominada, por esta simple circunstancia.
II) En realidad no nos consta con claridad cual sea el título legitimador aducido por la Administración Concursal de STAR QUALITY para instar el concurso necesario de la sociedad participada EUROCUBA 2000. La cualidad legitimadora no se hace derivar de la condición de acreedora de la sociedad matriz respecto de la filial (de hecho, no se ha identificado un crédito cierto y documentado, tal como exige el art. 7.1 LC cuando la solicitud procede de un acreedor), ni se ha justificado por la instante, ni por el Auto apelado, que el art. 54 LC faculte a la Administración Concursal para solicitar el concurso necesario de una persona, sea física o jurídica, deudora de la concursada. Tampoco puede invocarse el supuesto del art. 3.3 LC pues, en todo caso, una sociedad anónima o limitada dominante de otra no es personalmente responsable, conforme a la legislación vigente, de las deudas de la dominada.
III) La Administración Concursal de STAR QUALITY tampoco ostenta la representación orgánica de EUROCUBA 2000, ni por tanto la solicitud puede entenderse efectuada por su órgano de administración cual si

se diera el supuesto prevenido por el art. 3.1 LC: “si el deudor fuera persona jurídica será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación”, en cuyo caso, no se olvide, el concurso de dicha sociedad tendría la consideración de voluntario y no necesario (art. 22.1 LC).
Las facultades de administración y disposición sobre la masa activa y, en particular, del activo consistente en el paquete accionarial mayoritario de que es titular la concursada en otra sociedad, cuyo ejercicio se ha desplazado, tras la declaración del concurso necesario, a la Administración Concursal, no permiten reconocer, sin más, a dicho órgano del concurso la legitimación para solicitar el concurso necesario de la sociedad dominada. Precisamente el citado art. 3.1 LC dispone que la competencia para decidir sobre la solicitud de concurso corresponde al órgano de administración o de liquidación de la persona jurídica (aquí EUROCUBA 2000), no al socio mayoritario por sí mismo.
IV) Siquiera cabe entrar aquí en la posible legitimación del administrador judicial nombrado para EUROCUBA 2000, ya que la solicitud no procede de éste (y en cuyo caso, de admitirse, no se explica por qué razón ha de ser considerado necesario, y no voluntario), sino de la Administración Concursal de la dominante, que ha pretendido el concurso necesario.
Por lo que se ve, ha sido nombrado un administrador judicial no para ejercer, por delegación, las facultades de administración y disposición del activo accionarial de la concursada en otra sociedad (de ese 62,67 % en el capital de EUROCUBA), en calidad de auxiliar delegado de la Administración Concursal de conformidad con el art. 32 LC. La medida acordada ha sido, a modo de auxilio en interés de la Administración Concursal (art. 43.1 LC) y de acuerdo con lo que disponen los arts. 630 y siguientes de la LEC, la constitución de una administración judicial sobre la sociedad EUROCUBA 2000 S.L., designándose un administrador judicial en sustitución de los administradores preexistentes, a los que se ha cesado (en la misma resolución judicial de nombramiento se ordena que se libre mandamiento al Registro Mercantil para la inscripción del designado y el cese de los “administradores anteriores”). Pero, incluso si se admitiera en este supuesto la legitimación del administrador judicial para instar el concurso, tampoco se explica, como se ha dicho, que el concurso sea necesario (el administrador judicial no representa a los acreedores de la sociedad); y no se olvide que el administrador judicial, dados los términos del nombramiento, lo es por sí mismo, no como auxiliar delegado de la Administración Concursal (así consta en el Registro Mercantil y así resulta de la resolución de nombramiento).
TERCERO. Procede por todo lo expuesto revocar la resolución que declaró el concurso ecesario de EUROCUBA 2000 S.L. y desestimar la solicitud por falta de legitimación activa, con imposición de costas a la parte instante.”: Auto AP Barcelona (Sección 15) 17.03.2008 (Auto 129/2008; Rollo 584/2007)

2.4.6 Falta de prueba del crédito. Crédito por supuesta responsabilidad no declarada

AP Barcelona

“Fundamentos de derecho.— I. Don J.E.A., que alega haber demandado previamente a la sociedad contratista Serveis Especials del Garraf SL por las obras realizadas y no pagadas, y a su administrador, don J.A.G.M., por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de presentación de cuentas, solicita ahora el concurso de acreedores de ambos.
El juzgado mercantil rechaza esta solicitud, porque no se aporta con ella el documento justificativo del crédito del actor, y porque se pretende una declaración conjunta de dos concursos de acreedores en un supuesto no previsto por el art. 3.5 LC.
Este auto es recurrido en apelación por el instante del concurso, quien se limita a insistir que ya aportó justificación documental de su crédito.
II. En principio, tratándose de una solicitud de concurso necesario, el acreedor está legitimado para solicitarlo (art. 3.1 LC), siempre que justifique documentalmente su crédito (art. 7.1 LC). Al mismo tiempo, el art. 3.5 LC legitima al acreedor para instar la declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores “cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, forman parte del mismo grupo, con identidad sustancial de miembros, y unidad en la toma de decisiones”.
Al margen de la cuestión de si cabe pedir la declaración conjunta del concurso de acreedores de una sociedad y del de su administrador, en el presente caso el instante tiene que acreditar conforme al art. 7.1 LC, en relación con el art. 3.5 LC, que es acreedor de ambos, y presentar con su solicitud un documento acreditativo de su crédito.
En el presente caso, el actor además de no expresar con claridad el importe del crédito, su origen y naturaleza, no aporta ninguna justificación documental del mismo. Se limita a manifestar que Serveis Especials del Garraf SL le adeuda por las obras realizadas y no pagadas más de 15.000 euros. Aunque en el recurso se hace referencia a facturas aportadas, lo cierto es que en los autos no consta ninguna de ellas, sin perjuicio de una remisión genérica de otros autos. En todo caso, el instante tendría que saber que con la solicitud de concurso debería haber acompañado el testimonio, previamente obtenido, de los documentos que se hubieran aportado a otros autos, conforme a lo previsto en los arts. 256 y ss. LEC, sin que pueda considerarse cumplido este requisito con una remisión a los documentos aportados en otro juicio anterior.
Además, y respecto del administrador don J.A.G.M., no se invoca ningún crédito contractual, sino el derivado de la responsabilidad como administrador. Pero ello no deja de ser una deuda de valor que requiere para su existencia de su previa declaración judicial, motivo por el cual, mientras no exista ningún pronunciamiento judicial en tal sentido no cabe invocarlo para pedir su concurso de acreedores.”: AAP Barcelona (sección 15) 06.05.2008 (Rollo 932/2007)

AP Baleares

“PRIMERO.-La demanda que da lugar a este recurso tiene por objeto la solicitud de declaración de concurso necesario contra la mercantil ESAVI 2005 S.L.
El derecho de crédito que esgrime es una obligación de hacer-más bien varias obligacionesincumplidas, derivadas de la compraventa de una vivienda vacacional en Ibiza.
Pretende el actor que la promotora cuya declaración de insolvencia definitiva promueve acceda a que se plasme en escritura pública el contrato de compraventa que según la demandante liga a las partes, previo pago por la sociedad ESAVI S.L. de las cargas hipotecarias inscritas a favor de la entidad BANCAJA y demás gravámenes así como tras la resolución de una cuestión administrativa relativa a la unidad de parcelación de la finca.
La adquisición trae causa en cuanto a la finca registral NUM000 descrita en el expositivo III de la demanda mediante contrato privado fechado el 5 de abril de 2007, en esa fecha también, según la solicitud de concurso necesario, a través de un contrato verbal ESAVI vendía y transmitía la propiedad de un 50% o mitad indivisa de la finca reseñada en el expositivo anterior.
En conclusión, la parte correspondiente a la FAMILIA Pablo Jesús Jose Antonio se concretaba en la finca registral NUM001 y la mitad indivisa colindante con la finca NUM002. Esavi debía entregar a la familia Pablo Jesús Jose Antonio una única entidad registral que comprendiera la suma de las dos fincas referidas: el precio por todo el conjunto se cifró en 1.165.519 euros los cuales a fecha de hoy están íntegramente desembolsados y liquidados por la familia Pablo Jesús Jose Antonio quienes desde el año 2007 vive y habita en la parcela reseñada compuesta por las fincas NUM001 y la mitad de a NUM000.
La propiedad sigue inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de la mercantil y constan cargas y gravámenes por un elevado importe: Cuantía en la cifra su crédito si bien desconoce si, por ejemplo la carga hipotecaria ha sido satisfecha en todo o en parte. Así como la causa de una de las cargas que le constan.
La Magistrada "a quo" inadmite a trámite la solicitud apreciando que no se ha cumplido con lo que dispone el art. 7 LC por cuanto el tenor literal vigente aplicable a este proceso dice : *"1. El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo."*
La apelante insiste en que su crédito cumple los requisitos que exige la ley y reclama la declaración de concurso necesario en la segunda instancia.
SEGUNDO.-De la lectura de los hechos expuestos en la solicitud la Sala confirma la pertinencia de la inadmisión a trámite de la misma por cuanto no consta el documento acreditativo del título del acreedor.
No desconoce la Sala las distintas resoluciones que han ido perfilando los requisitos exigibles o no al acreedor que insta el concurso para estar legitimado.
Por mencionar una de las más recientes la Audiencia Provincial de Alicante (SECCIÓN OCTAVA) dictada el de 2 de mayo de 2012 concluye que es suficiente el crédito litigioso para acreditar la condición de acreedor. Precisamente en nuestro supuesto, el objeto del proceso que promueven los actores no es la declaración de voluntad del vendedor, ni la prestación que correspondiera al pretendido incumplimiento, no hay litigio alguno en trámite.
El haz de prestaciones descritas, sus conclusiones y la conversión a un crédito aparecen concretadas en la solicitud del concurso.
Entre los documentos acompañados obra un requerimiento notarial con varias y variadas obligaciones de hacer; previa a alguna de ellas subyacen obligaciones de pago a los terceros que han trabado la finca transmitida a los actores y/o expedientes administrativos.
En supuesto de la resolución dictada por la Audiencia de Alicante razonaba ante la causa de oposición del concursado " *En segundo lugar, el artículo 18.2 de la Ley Concursal señala como causas de oposición del deudor las de la inexistencia del hecho en que se fundamente la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentre en estado de insolvencia. No se encuentra entre las causas de oposición la de la falta de legitimación activa del acreedor pero se admite en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (AAP Madrid Sección 28ª de 28 de junio de 2010) que pueda oponerse la falta de legitimación activa del acreedor en los casos en que sea patente la extinción de su crédito (vía pago, compensación o por otro subrogado del cumplimiento)*
o porque resulte diáfano que se había perjudicado cualquier posibilidad de reclamarlo (por caducidad del derecho, prescripción de la acción, etc.), incluso se señala que las controversias que puedan suscitarse sobre la existencia y cuantía del crédito del acreedor instante del concurso se resolverán mediante el trámite del reconocimiento por parte de la Administración Concursal (artículo 86 de la Ley Concursal) o, en su caso, mediante el incidente de impugnación de la Lista de Acreedores. Así pues, no excluye la legitimación activa del acreedor el hecho de que esté pendiente de resolución el proceso en el que insta el reconocimiento judicial de su crédito."
También es diáfano desde la resolución de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid que menciona el recurrente, que la obligación de hacer puede ser título suficiente -aquel que documenta la obligación de hacer incumplida-así en el auto dictado de 8 de mayo de 2008:(CASO AIR MADRID) *"Por lo que puede afirmarse que disponían de un derecho de crédito para obtener una prestación de la entidad deudora y que podían adoptar iniciativas legítimas para protegerlo. Entre tales iniciativas puede comprenderse, dada la trascendencia de la situación creada, el instar el concurso. Esta iniciativa tenía además especial sentido en el presente caso dada la peculiar índole de la prestación de hacer con ellos comprometida, pues no debe olvidarse que el Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de*

embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, contempla el derecho del pasajero a optar por el reembolso del precio del billete y, en su caso, compensaciones en dinero, resultando legítimo que los solicitantes aspirasen también a proteger el derecho a percibir estas cantidades como consecuencia legal del anunciado incumplimiento de la obligación de transporte asumida por la compañía".

Pero en este caso la pretensión no ha sido documentada ni muchos menos aporta un título cuantificando, la prestación debida a juicio del instante es el cumplimiento de varias obligaciones de hacer (cfr folio 132 -doc 13-15) concretadas en un requerimiento notarial que concede plazos y establece condiciones y que, según parece, fue entregado el 1 de diciembre de 2010 a una empleada del despacho de la mercantil.En dicho requerimiento se detallan las obligaciones:

-Que por parte de promociones ESAVI 2005 S.L. se facilite el estado de cargas actualizado que pesa sobre las fincas registrales propiedad de la familia Pablo Jesús Jose Antonio.

-Que en virtud de lo establecido en virtud de escritura de opción de compra de fecha 13 de octubre de 2006 se conmine a Promociones Esavi 2005 a levantar la carga hipotecaria que pesa sobre la finca registral NUM001 que una vez libre de toda carga proceda a la inscripción de la finca a favor de la familia Pablo Jesús Jose Antonio.

Cumplido lo anterior se concede un año para que, a partir de la inscripción en el registro la mercantil, cumpla con sus obligaciones par lograr los permisos y licencias administrativas necesarias para lograr una única finca registral....etc etc..."

La prestación que los solicitantes entienden debida dista mucho de reunir los requisitos del art 7 LC.

Ya en una resolución de 6 de mayo de 2008 la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2008\267416) razonó sobre la obligación del juez a quo del control del crédito del instante:" *En todo caso, el instante tendría que saber que con la solicitud de concurso debería haber acompañado el testimonio, previamente obtenido, de los documentos que se hubieran aportado a otros autos, conforme a lo previsto en los arts. 256 y ss. LEC, sin que pueda considerarse cumplido este requisito con una remisión a los documentos aportados en otro juicio anterior."*

Y la resolución dictada en el ROLLO 816/2005 sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona dictada el 27 de Enero del 2006 (ROJ: AAP B 8618/2006) analiza la obligación del Juez de lo mercantil respecto a la verificación del título que requiere el art. 7 LC : " *SEGUNDO.- Si se examina la solicitud de concurso de la apelante, es patente la procedencia del auto recurrido. La pretensión ha podido ser centrada tras un examen conjunto de la documentación aportada y el texto de dicha solicitud, pues ésta es confusa e imprecisa al exponer los hechos en que se basa. En efecto, aunque el concurso sea un instrumento económico de primer orden para el saneamiento de las empresas en crisis y la satisfacción ordenada de los créditos concurrentes, asistimos en todo caso a un proceso de naturaleza concursal, cuya fase previa de declaración está regida por el principio dispositivo, lo que se traduce en la imposibilidad de que el Juez declare el concurso de oficio y en la necesidad de hacerlo siempre a instancia de parte.*

Cuando de un concurso necesario se trata, el artículo 7.1 de la LC señala que "el acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fecha de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo." No se exige, por tanto, que el crédito en sí conste de forma documental, sino que se acompañe algún documento que acredite su existencia y, no debe olvidarse, el resto de las circunstancias señaladas, pues es de ellas que depende la legitimación o no del solicitante con arreglo al artículo 3 de la LC.

Pero no basta con que el acreedor presente un título que le legitime, es preciso además según el mismo precepto que exprese, "en todo caso", los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse para acreditar sus hechos constitutivos, al tratarse de un proceso de declaración posiblemente contradictorio, en el que debe garantizarse que el deudor conoce los argumentos del acreedor solicitante, no bastando por sí sola la prueba testifical.....

" *TERCERO.- Es este contenido el que debe ser objeto de examen en el juicio de admisibilidad del artículo 13 de la LC, pues si no concurren tales indicaciones básicas debidamente sustentadas, ni siquiera tras el requerimiento para justificar o subsanar las carencias detectadas, el legislador autoriza al Juez para la inadmisión a trámite de la solicitud.*

Es importante destacar que este control judicial de la solicitud del acreedor se centra en sus aspectos procesales: no se trata en modo alguno de valorar en este momento si la documentación acompañada para probar, o intentar probar en su día, el crédito o el hecho externo de insolvencia en que fundamenta su solicitud es bastante o no a ese efecto, pues tal valoración se realizará a posteriori, en una eventual oposición del deudor. Se trata de confirmar que el tribunal tiene jurisdicción y competencia, que el solicitante es procesalmente capaz, que comparece cumpliendo los correspondientes requisitos de postulación y defensa, que se han pagado las tasas y, por supuesto, que el acreedor solicitante está legitimado y la petición está fundamentada en algún hecho externo de insolvencia..... Esta perspectiva procesal, sin embargo, no ampara la admisión automática de cualquier solicitud. Precisamente porque en el concurso necesario su estimación final pasa por la oposición o no del deudor al que afecta, el acreedor instante deberá explicitar por qué considera que el deudor está en estado de insolvencia, lo que con arreglo al sistema ya descrito se traduce en la explicación de qué hecho externo concurre y cómo alcanza la convicción de que concurre. Más tarde podrá entrarse en la exactitud o no de sus apreciaciones. Las expresiones genéricas, meramente rituales y orientadas a satisfacer superficialmente el artículo 7, sin fundamento en el cuerpo de la solicitud, por el contrario, causarían una evidente indefensión al deudor, que sería obligado a comparecer para plantear su oposición....."

TERCERO.- En el presente caso, la prolija exposición fáctica del instante no es suficiente para dar por cumplido el requisito del documento acreditativo exigido en el precitado artículo art 7 LC sin perjuicio del

ejercicio de las acciones que a su derecho convengan ante jurisdicción civil a fin de obtener y/o delimitar su pretendido crédito con la consiguiente cuantificación.
Admitido,pese a las discrepancias entre las distintas Audiencias, que en los casos concretos analizados el crédito derivado de una obligación de hacer, o un crédito litigioso o en ejecución provisional ha dado lugar a la admisión a trámite de la solicitud, la indeterminación que en este supuesto apreció la Juez "a quo" se mantiene en esta alzada. El auto de 17 de junio recurrido en reposición, expresamente refiere: " *Sustenta el solicitante la existencia del mismo en una serie de relaciones contractuales habidas con la entidad.... no acompaña documento del que resulte la efectiva compraventa ni las condiciones en las que se llevó al efecto; al propio tiempo, en relación a otra finca se refiere haber operado la adquisición mediante contrato verbal y que no se plasman en documento alguno....sin perjuicio de las acciones que pudieran asistirle ante los órganos competentes* ".Conclusión que,tras el análisis de los documentos aportados,es mantenida por la Sala con la consiguiente desestimación del recurso.": AAP Baleares (Sección 5) 26.10.2012 (Auto 155/2012; Rollo 340/2012)

2.4.7 No la tiene el fiador que no ha pagado la deuda garantizada

"SEGUNDO A mayor abundamiento, aunque ello no se considerase así, el recurso interpuesto tampoco puede ser admitido. Los apelantes basan su legitimación activa en su condición de fiadores de la sociedad "Excatrans Sarri SL", a tenor de una póliza de préstamo. A raíz de la misma, la entidad financiera ha instado procedimiento de ejecución de título judicial, tanto contra la deudora principal como contra todos los cofiadores, sin que conste que se ha iniciado la vía de apremio contra los bienes embargados. En consecuencia, no puede atribuirse a los ahora recurrentes la condición de acreedores de la sociedad afianzada, puesto que esa condición solamente la adquirirán en caso que hayan efectuado el pago de la deuda, tal y como resulta de losarts. 1838, 1839, 1158, 1159 y 1210 del C.c. Solo con el pago el fiador se subroga en los derechos del acreedor para dirigirse contra el deudor principal. Así lo tiene declarado, por ejemplo, laSTS de 5-12-01, que indica: "hasta el momento del pago el fiador no es acreedor del deudor afianzado. Durante la vigencia de la fianza sólo posee aquél la facultad de pedirle que le releve de la fianza o le otorgue una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y de los peligros de insolvencia del deudor (art. 1843 Código Civil).... Antes del pago obviamente no hay subrogación de ningún tipo, y una vez producida adquiere el fiador la cualidad de acreedor del deudor". En su escrito de recurso indican los apelantes que han pagado y que están pagando "determinadas cantidades que correspondían pagar" al deudor principal. Sin embargo, es esta una alegación introducida ahora por primera vez en el proceso, lo que impide su análisis, y que, además, está huérfana de toda prueba, sin que pueda considerarse como tal las retenciones acordadas en el procedimiento de ejecución de título no judicial dirigido contra ellos, del saldo de una cuenta bancaria, por el escaso importe de 112,96 ?, o de otra retención de prestaciones del INEM por el importe de 24,65 ?. Resulta ocioso, por lo demás, proceder a analizar, como hacen los recurrentes, sobre hace falta para instar una declaración de concurso necesario que el crédito sea vencido, líquido y exigible, pues, como se ha indicado, no ostentan aún la cualidad de acreedores.": AAP Lleida (Sección 2) 17.04.1009 (JUR 2009/393881; Auto 66/2009; Rollo 127/2009)

2.4.8 Crédito por contrato dudoso

"CUARTO.-En su escrito de oposición MANTESUR alegó en primer lugar la inexistencia del crédito reclamado, calificando de falso el documento en que se fundamenta, es decir, el contrato de arrendamiento. Con lo cual está negando la legitimación del solicitante en cuanto carente de la condición de acreedor.
El contrato de arrendamiento que se aporta por la entidad solicitante resulta dudoso. Es un documento privado fechado el 1 de marzo de 2005, y que en su estipulación tercera hace referencia al "Decreto de la Junta de Andalucía nº 281/02 de 12/11/02 que regula el Régimen de Autorización y Control de Depósitos de efluentes líquidos o lodos procedentes de las actividades industriales, mineras y agrarias publicado en el BOJA nº 152 de 26/12/02 y modificado por el Decreto de la Junta de Andalucía 167/05 de 12/07/05 publicado en el BOJA nº 137 de 15/07/05". Es obvio que el contrato no puede ser de 1 de marzo de 2005, no habiéndose dado por la entidad arrendadora explicación alguna a esta circunstancia. Si bien es verdad que en el momento de decidir sobre la declaración de concurso necesario no es precisa una prueba plena de la existencia y cuantía del crédito del solicitante, sí que es necesario que aporte documentación suficiente de la que resulte su legitimación. Y la contradicción existente en el mencionado documento introduce tales incertidumbres que permiten cuestionar la legitimación de la entidad Construcciones Zeitung para instar la declaración del concurso. Máxime si lo ponemos en relación con las declaraciones en la vista de los testigos Dª Elisabeth y D. Vicente. Este último que fue el Director Administrativo de MANTESUR y se encargaba de contabilizar todas las facturas, manifestó en el acto de la vista que nunca tuvo constancia del contrato de arrendamiento con Construcciones ZEITUNG S.L., ni de la existencia de deuda alguna con dicha sociedad.": AAP Sevilla (Sección 5) 16.02.2012 (Auto 35/2012; Rollo 8095/2011)

2.5 Existencia de legitmación

2.5.1 No enerva la condición de acreedor la mera percepción de pagos por un seguro de crédito

“SEGUNDO.- La desestimación y no acogida del primer motivo de apelación se impone de manera evidente, reiterando los razonamientos contenidos en la resolución apelada.
Conviene no obstante tener en cuenta que, en puridad de técnica procesal, ese primer motivo de debate se identifica más exactamente con la denominada falta de legitimación activa ad causam de “Agrupalmería S.A.”, entendida como la relación y conexión directa de la actora con la cuestión de fondo planteada, es decir, a su interés y vinculación con el objeto de la litis y, por tanto, al derecho que le asiste de dirigir su acción contra la demandada haciéndola destinataria de su pretensión.
En este sentido estimamos que, en efecto, “Agrupalmería S.A.” goza de tal interés y derecho pues, conforme consta acreditado, ostenta la legítima tenencia de los títulos fundamentadores de su pretensión.
El hecho de que la compañía aseguradora “Crédito y Caución S.A.” haya abonado parcialmente a la actora y a otros acreedores la deuda de referencia, en virtud del correspondiente contrato de seguro de crédito suscrito, no conlleva necesariamente que la titularidad de ese crédito pertenezca a la aseguradora y sea ésta la única legitimada para el ejercicio de la acción objeto de estos autos.
Téngase en cuenta que para que opere la subrogación prescrita en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro es necesario no sólo el pago y la liquidación definitiva del crédito sino, además, y como expresa el artículo 72.3 de dicha normativa, la voluntad de la compañía de seguros de subrogarse en el ejercicio de los derechos de la asegurada, lo que en modo alguno consta probado en estos autos. Nótese finalmente que esa subrogación y la correspondiente cesión del crédito no se produce o es consecuencia automática del pago, sino que por el contrario responde a una naturaleza claramente convencional, inexistente como decíamos en este caso, tal y como ya esta Sección Cuarta expuso en su sentencia de 4 de Mayo de 2005. En el mismo sentido se pronunció la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial en sentencias de 4 de Mayo de 1999 y 13 de Enero de 2004.
Finalmente, y como se expone en la resolución apelada, tan controvertida legitimación encuentra además cobertura en los propios actos y conducta de quien ahora, y de forma totalmente gratuita, cuestiona a la actora tal condición de acreedor.
Nótese que el contenido de la escritura de constitución de hipoteca unilateral sobre bienes inmuebles propiedad del administrador único y socio de “Interkatian S.L.” aportada a estos autos constituye un expreso y directo reconocimiento por dicha mercantil de la condición de “Agrupalmería S.A.” como acreedora.
De ahí que el sostenimiento ahora de una postura o criterio distinto constituya una clara vulneración de la prohibición del venire contra factum propium, que implica actuar contra la buena fe.
Procede, en consecuencia, la desestimación de este primero motivo del recurso.”: Auto AP Murcia 31.05.2005 (Rollo 120/2005)

2.5.2 Inexistencia de confusión patrimonial entre la instante y la concursada

“QUINTO.- Por último, la apelante afirma que existe confusión de personalidades y patrimonios entre la instante "A3 CARISMA, S.L." y la concursada "MODAS PUNTOSOL S.L.", por lo que en definitiva, niega la condición de acreedor del instante al ser la misma entidad acreedor y deudor.
El motivo carece de consistencia si tenemos en cuenta que doñaPatriciaes titular del 50% del capital social de la entidad "MODAS PUNTOSOL S.L." y administradora solidaria de la misma, siendo completamente ajena a la entidad "A3 CARISMA, S.L.", de la que, en su día, fue mera empleada.
El hecho de que el otro socio de la mercantil "MODAS PUNTOSOL S.L.", donJuan Alberto, sea socio único y administrador de la sociedad instante, no determina confusión patrimonial ni menos aún de personalidades.
Como resalta lasentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2005respecto de la técnica del levantamiento del velo, la misma ". supone un procedimiento para descubrir, y reprimir en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso. Como se ha reiterado en nuestra mejor doctrina, y en la extranjera, se pretende tan sólo que la forma de la sociedad anónima. - (lo que también es aplicable a la de responsabilidad limitada) no siga siendo (sea) un asilo intangible ante el que haya de detenerse la eficacia de los principios fundamentales del Derecho, de los de la buena fe, simulación, abuso del derecho y fraude, pues la persona jurídica no está para chocar con los fundamentos del respectivo ordenamiento social y económico. Se destaca la idea de que si bien es cierto que el respeto a la forma externa y a la confianza que ella produce no conviene que sea quebrantada (lo exige la seguridad jurídica), sin embargo ello se puede predicar a favor de la generalidad, pero nunca en beneficio de quienes la utilizan para fines extraños o contrarios a los que justifican la figura misma de la sociedad anónima".
Por otra parte, el propio documento nº 13 aportado por la apelante con el escrito de oposición a la solicitud de concurso revela la inexistencia de confusión patrimonial. En dicho documento, precisamente, donJuan Alberto, insiste al IMADE, con motivo del alquiler de las naves que ocupan ambas entidades, en la necesidad de efectuar dos contratos de arrendamiento, al ser dos sociedades que fabrican artículos distintos, por lo que cada una debía soportar sus propios gastos. Además, cada sociedad tiene abiertas sus propias cuentas corrientes, como afirma el auto apelado y no ha sido desvirtuado de contrario.
En definitiva, no existe el menor indicio de confusión patrimonial ni de personalidades, sin que pueda confundirse aquélla con la supuesta actuación irregular, según la apelante, de donJuan Albertocomo administrador solidario de la concursada.
Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación interpuesto por doñaPatricia.”“: AAP Madrid (sección 28) 10.04.2008 (JUR 2008/150216)

2.5.3 Acreedor por crédito documentario

“SEGUNDO.- Ha de examinarse en primer lugar la impugnación referida al motivo por el que el Juzgado de lo Mercantil desestimó la solicitud, consistente en la falta del documento acreditativo del crédito del solicitante.
Elart. 7.1 de la Ley Concursalexige del acreedor que inste la declaración de concurso que detalle el origen, naturaleza, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, así como que acompañe el documento acreditativo.
Dado que la solicitud de declaración de concurso presentada por el acreedor no se basa en la existencia de un "hecho revelador" consistente en un título por el que se ha despachado ejecución o apremio sin resultar bienes libres bastantes para el pago, sino que los "hechos reveladores" alegados son el sobreseimiento general del pago de las obligaciones del deudor y el alzamiento de bienes, no es preciso exigir que el documento acreditativo del crédito del solicitante de la declaración de concurso presente unas características especiales. Basta con que se acredite que el solicitante presenta la cualidad de acreedor de aquél contra quien se presenta la solicitud.
Dicho esto, no pueden compartirse las conclusiones del deudor sobre este particular, formuladas por escrito (f. 483 y 484) y hechas suyas acríticamente por la Juez "a quo" al trascribir literalmente, punto por punto, la mayoría de estas conclusiones. Desde el momento en que se reconoce por RANCO (f. 40) y se admite en el auto recurrido que RANCO dejó de abonar una parte sustancial (470.607,94 euros) de una de las facturas giradas por EUROFACTORS en base a los servicios prestados, cuya procedencia no se discute, y por tanto EUROFACTORS es titular de un crédito contra RANCO, se cumple el requisito delart. 7.1 de la Ley Concursal. El documento núm. 15 (sin foliar), aportado por la deudora en la vista, no justifica tal impago pues en él lo único que se hace es indicarle los datos de una nueva cuenta bancaria en la que deben realizar los pagos.
Tampoco la alegación de la deudora, hecha suya por la Juez "a quo", de que los créditos documentarios no lo eran a favor de PLÁSTICOS RANCO puede admitirse, puesto que, como pone de relieve la recurrente, supondría desconocer lo que es un crédito documentario.
Elart. 2de las Reglas y Usos Uniformes relativas al Crédito documentario, en su versión de 1993 (UPC 500), define el crédito documentario, como
"todo acuerdo por el que un banco («Banco Emisor»), obrando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente («Ordenante») o en su propio nombre:
I se obliga a hacer un pago a un tercero («Beneficiario») o a su orden, o a aceptar y pagar letras de cambio (instrumento/s de giro) librados por el beneficiario, o
II autoriza a otro banco para que efectúe el pago o para que acepte y pague tales instrumentos de giro, o
III autoriza a otro banco para que negocie
contra la entrega del/de los documento/s exigido/s, siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones del crédito".
Por tanto, los llamados créditos documentarios integran, junto con la transferencia y el giro bancarios, las denominadas "operaciones de mediación en los pagos". Por lo común, el comprador no quiere pagar sin tener cierta seguridad o garantía sobre la entrega de las mercancías; y el vendedor no querrá desprenderse de las mismas sin asegurarse el cobro del precio. A tal efecto pactan la mediación de un Banco que por cuenta del comprador pagará el precio al vendedor contra entrega, entre otros, de los denominados "documentos representativos de las mercaderías" (v gr., el conocimiento de embarque), desligándose de esta forma el Banco del estado, cuantía, etc., de las mercancías y operando sólo sobre la base de los documentos. El vendedor asegura así al comprador, por medio del Banco, el cobro del precio y, a su vez, el comprador se asegura también por la medición del Banco la posesión mediata y la disponibilidad de las mercancías a través de los documentos representativos de las mismas.
De esta forma el crédito documentario surge ligado a la llamada "compraventa sobre documentos", que supone un supuesto típico de " traditio " simbólica, en el sentido de que la entrega se opera no por medio de la entrega material de las mercancías, sino través de la entrega de los títulos representativos de las mismas, de modo que recibidos éstos por el Banco por cuenta del comprador, será a su vez exigible el pago del precio, manteniéndose por tanto la bilateralidad y sinalagma propio de la compraventa (art. 339 del Código de Comercio). No obstante, la abstracción que representan los títulos representativos de las mercaderías es limitada, pues la recepción material efectiva de las mismas por el comprador seguirá siendo el momento relevante en cuanto a la denuncia de vicios o defectos (arts. 336 y 342 del Código de Comercio) y, de otro lado, la pérdida de posesión de las mismas por el vendedor al entregarlas al porteador será el momento relevante en orden a la transmisión de los riesgos (arts. 331 y 333 del Código de Comercio), uniéndose así a las notas de la compraventa sobre documentos las que a su vez son propias de las "ventas de plaza a plaza", supuesto éste común al tráfico internacional y que es el que subyace en su origen a la operación llamada de crédito documentario.
Por tanto, es propio de la naturaleza del crédito documentario que el destinatario del importe del crédito no sea el comprador (en este caso, RANCO) sino las "firmas fabricantes de polímeros vendedoras a la demandante" que se dicen en el auto. Ahora bien, RANCO estaba obligada a abonar a EUROFACTORS el importe de los créditos documentarios conseguidos por ésta para posibilitar la compra de mercancía por aquélla, como se preveía en el contrato de joint venture celebrado entre ambas, y no solamente los gastos y comisiones derivados de tal actividad.
Dicho esto, carece de trascendencia la controversia existente entre las partes sobre la cuantía exacta y otros pormenores de la deuda, por cuanto que las menciones exigidas en elart. 7.1 de la Ley Concursalresultan de modo suficiente de la solicitud de concurso en relación con la extensa documentación aportada, y el trámite de apertura del procedimiento de concurso no es el momento procesal adecuado para precisar la naturaleza y

cuantía exacta de la deuda, pues para ello está el trámite de comunicación y reconocimiento de créditos, así como su impugnación mediante el correspondiente incidente (en este sentido,Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15ª, de de 3 de mayo y 11 de junio de 2007).": AAP Madrid (sección 28) 17.04.2008 (JUR 2008/188168)

2.5.4 Comprador que ha entregado cantidades a cuenta. Contrato no resuelto.

"SEGUNDO En segundo lugar hemos de tomar en consideración la legitimación del propio solicitante a cuyos efectos debemos partir delartículo 3 LC. En su primer apartado señala que " para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores". Sin perjuicio de otros supuestos, el acreedor es considerado en laLey concursal a partir de los supuestos (algunos) del artículo 84LC o de losartículos 89y ss de la misma.
El hoy solicitante es comprador de viviendas que señala ser acreedor porque es comprador y ha entregado cantidades acuenta de compras de viviendas. Aunque la cuestión viene siendo discutida por la doctrina lo cierto es que dicho comprador entrega cantidades y que por ello o le entregan la vivienda o el dinero (o este e indemnización en caso de incumplimiento). Pero mientras tanto la situación concreta está sujeta a plazo o es condicional, según los casos. Lo cierto es que para que se convierta en acreedor debe resolver el contrato. La conjunción de losartículos 1124 y 1504 Cc. exigen previo requerimiento. En el presente supuesto existe una demanda, según se acredita en la documental aportada, de resolución contractual presentada por ante los juzgados de primera instancia y por ello pendiente procesalmente (desde 5 de diciembre de 2008) lo que hace que no exista esa cualidad de acreedor hasta que dicha resolución no se dicte pues mientras tanto no se sabe si se resolverá o no o si en su caso deberá cumplirse o no el contrato. El requerimiento previo de resolución- no acreditado- tiene carácter obligacional y si no se produce voluntariamente la demanda judicial presentada debe esperar a ser resuelta.
Es por ello que el solicitante no es uno de los legitimados conforme a lo que se reseña.
TERCERO En último lugar la solicitud no puede admitirse a trámite dado que nada se ha reseñado respecto de lo previsto en elartículo 2 LCen relación a ese crédito que dice obstentar. Aunque se ha señalado el " sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones exigibles" y al margen de que ni indiciariamente esto se ha acreditado, lo cierto es que ciertamente su crédito no cumple- entendiendo que hipotéticamente pudiera así determinarse- los criterios delartículo 7 LC: naturaleza, importe, fechas de adquisición, vencimiento, situación actual del crédito, porque el mismo es litigioso. Y nada impide que un crédito litigioso pudiera devenir como suficiente a los efectos de la legitimación para solicitar el concurso si bien la discusión parte de la propia indeterminación de si este existirá o no. Pero es que además el planteamiento debe ser rechazado porque ningún principio de prueba se ha ofrecido- ni tampoco puede ofrecerse- en la relación del citado crédito con las causas delartículo 2.4 LCpuesto que el sobreseimiento generalizado que se señala no tiene porqué obedecer a razones de incumplimiento de su contrato por sistema a menos que se ofrezca un principio de prueba huérfano en el presente.": AJM-1 Málaga 05.02.2009 (JUR 2009/238519)

2.5.5 Crédito en sentencia no firme: suficiencia

"TERCERO En el escrito de interposición del recurso de apelación se niega la condición de acreedor del instante, al afirmar que éste funda su derecho de crédito en la escritura pública de compraventa de acciones de la entidad "COURBASA, S.A." -titular del 96,85% del PERI 6-7 denominado Tiziano Dulcinea en Madrid- de fecha 23 de diciembre de 2002, en virtud de la cual los accionistas, y entre ellos el instante del concurso, vendieron la totalidad de las acciones a donLuis Miguelque, en realidad, actuaba por razones fiscales como mero testaferro de la sociedad "SOMERSEN, S.A.", actualmente denominada "PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A.", también declarada en concurso, hasta el punto de que con posterioridad mediante una ampliación de capital de la mercantil "SOMERSEN, S.A." a la que concurrió la entidad "COURBASA, S.A.", previo cambio de denominación social por el de "QUANTIA INVERSIONES, S.A. UNIPERSONAL", ésta suscribió la totalidad del aumento en la cuantía de 14.116.000 euros mediante la aportación no dineraria de una rama de actividad integrada por determinadas partidas del activo y del pasivo de la citada sociedad y, entre otras, los derecho de la entidad "COURBASA, S.A." en el PERI 6-7 Tiziano Dulcinea.
El deudor afirma que toda la operación se hizo con conocimiento y consentimiento de los vendedores de las acciones de "COURBASA, S.A." lo que supone "la transmisión pasiva de la obligación del Sr.Luis Miguela SOMERSEN, S.A.", lo que cabe deducir incluso de la insinuación del instante en el concurso de la entidad "PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A." (antes "SOMERSEN, S.A."), por las mismas cantidades y conceptos que el crédito en virtud del cual se insta el presente concurso, estando reconocido en aquél como crédito contingente por litigioso.
En los términos que en la apelación se plantea por el deudor la falta de legitimación del instante es una cuestión nueva, lo que por sí sólo justificaría su rechazo. En su escrito de oposición el deudor junto a referencias a los anteriores hechos admite la legitimación del instante y así consta expresamente en el primero de los fundamentos de derecho de carácter procesal que reitera lo expuesto en el sexto de los hechos cuando se reconoce que ". D.Luis Miguelno tiene acreedores, salvo sus vendedores cuyos créditos son litigiosos", entre los que se encuentra el del instante del concurso.
Por si hubiera alguna duda, dada la falta de sistemática del escrito de oposición, en el acto de la vista en ningún momento el deudor en trámite de alegaciones alude a que el instante carezca de la condición de acreedor, limitándose a reseñar respecto del crédito del instante que ninguno de los créditos es ". una obligación de pago (sic), todas son obligaciones de hacer" (14¿ 50¿¿ y ss de la grabación), que el crédito tiene

la consideración de litigioso y que el mismo crédito ha sido insinuado en el concurso de la entidad "PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A.", sin que se fijara, con la conformidad de las partes, entre los hechos discutidos la condición de acreedor del instante y sí sólo, en lo que aquí interesa, las cuestiones antes reseñadas, esto es, si podía declararse el concurso en virtud de obligaciones de hacer, si cabe hacerlo en virtud de título judicial no firme y si puede declararse en virtud de obligaciones que en otro concurso han sido declaradas como créditos contingentes (21¿40¿¿ y ss de la grabación). Al quedar así fijado el debate en el acto de la vista, éstas y no otras son las cuestiones resueltas en la sentencia sin que puedan introducirse por la vía del recurso otras distintas.

En todo caso, aun cuando éste no es el cauce procesal adecuado para declararlo, indicar, al menos, que no consta que el deudor actuase como mero testaferro de la sociedad "SOMERSEN, S.A." en la compra de las acciones de "COURBASA, S.A." que origina el crédito que legitima al instante, hasta el punto de que es el propio deudor el que en virtud de la mencionada operación de compraventa y en nombre propio acciona contra el aquí instante, entre otros, como consecuencia de determinados incumplimientos, lo que dio origen al proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid en el que se formuló reconvención por el solicitante del concurso, siendo estimada parcialmente tanto la demanda como la reconvención por lasentencia dictada el día 6 de mayo de 2005.

Por otra parte, del hecho de que el deudor comprara la totalidad de las acciones representativas del capital social de la entidad "COURBASA, S.A." y luego esta sociedad concurriera a una ampliación de capital de la entidad "SOMERSEN, S.A." (ahora, "PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A."), suscrita mediante la aportación no dineraria de una rama de actividad integrada por determinas partidas del activo y pasivo del balance de la sociedad "COURBASA, S.A.", no cabe deducir, sin más, el carácter de testaferro del comprador que por esta operación no pierde la condición de titular de la acciones compradas, entre otros, al instante del concurso.

Continuando con la legitimación del instante, ya no se discute en esta alzada, a diferencia de lo mantenido en el escrito de oposición y en la vista, la posibilidad de que se declare el concurso a petición de un acreedor por obligaciones de hacer, por otra parte admitido en elauto de este tribunal de fecha 8 de mayo de 2008, sino que se trata de obligaciones cuyo cumplimiento depende de un tercero, la mercantil "SOMERSEN, S.A.", que ha quedado subrogada en la posición deudora con el consentimiento del acreedor, por lo que se pone en duda, de nuevo, la condición de acreedor del instante, cualidad que ya ha sido admitida en esta resolución.

También se insiste en el recurso en que lasentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Madrid en los autos 1298/03no es firme y, en consecuencia, las obligaciones no están vencidas ni resultan exigibles, efectuando a continuación una extensa argumentación que en nada afecta a la legitimación y sí al hecho revelador de la insolvencia, entremezclando continuamente a lo largo del recurso alegaciones relativas a ambos conceptos, lo que dificulta su análisis y sistemática respuesta.

Desde luego, el hecho de que la sentencia que reconoce las obligaciones a cargo del deudor no sea firme no implica que se trate de obligaciones no vencidas ni exigibles, por el contrario, precisamente la propia resolución evidencia que las obligaciones estaban vencidas y eran exigibles, otra cosa es que la sentencia no sea firme lo que plantea dos cuestiones completamente distintas al vencimiento y exigibilidad que tampoco cabe confundir ni dar un tratamiento unitario, como se hace en el recurso, cuales son: a) la incidencia en la legitimación de la consideración del crédito del instante como litigioso; y b) si puede integrar el hecho revelador de la insolvencia una ejecución infructuosa despachada en virtud de sentencia no firme, esto es, que se trate de una ejecución provisional.

Aunque ya hemos señalado que no cabe confundir vencimiento y exigibilidad con la firmeza de la sentencia, lo que es una obviedad, la cuestión sería irrelevante pues dada la amplitud de los términos delartículo 3no puede restringirse la legitimación a los acreedores en quienes concurran determinados requisitos respecto del contenido de la prestación a la que tengan derecho o de su vencimiento, pues dicho precepto atribuye la legitimación "a cualquiera de los acreedores" sin limitación ni distinción alguna.

Por otra parte, es evidente el interés del acreedor por crédito no vencido para instar el concurso del deudor común en aras a salvaguardar el principio de comunidad de pérdidas e igualdad de trato entre los acreedores sin que unos puedan ver satisfechos sus créditos en perjuicio de otros, legitimación cuyo reconocimiento legal se deduce incluso delartículo 19.2 y 4 de la Ley Concursal.

Más compleja es la cuestión relativa a si puede promover el concurso un acreedor en virtud de un crédito litigioso, lo que integra un problema de legitimación y es independiente del hecho revelador de la insolvencia que se invoque, el cual puede estar integrado por una ejecución (promovida a su instancia o de tercero, ya veremos luego si definitiva o provisional) infructuosa o por cualquier otro de los hechos contemplados en elartículo 2.4 de la Ley Concursal.

Conforme al artículo 1535 del Código Civil, el crédito es litigioso desde que se contesta a la demanda y, desde el punto de vista concursal los créditos litigiosos han de ser reconocidos en el concurso como créditos contingentes y sin cuantía propia y con la calificación que corresponda sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y cobro, pero su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional otorga a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación (artículo 87.3 de la Ley Concursal), por lo que no existe obstáculo alguno para que el titular de un crédito reconocido en sentencia susceptible de ejecución provisional, como es el caso, inste el concurso pues ni siquiera tendrá a efectos concursales la consideración de crédito litigioso, cuestión distinta es si no estando aún confirmado por sentencia el crédito discutido judicialmente el acreedor puede o no instar el concurso, pero no es éste el supuesto objeto de autos.

Por último, es irrelevante que el acreedor instante haya insinuado el mismo crédito en el concurso de la entidad "PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A.", antes "SOMERSEN, S.A." y que en dicho concurso tenga la clasificación de contingente por litigioso.
A los efectos de la declaración del concurso de donLuis Miguelha quedado justificada debidamente la condición de acreedor del instante, cuestión distinta es si éste es además acreedor de la entidad concursada "PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A.", lo que, como es obvio, debe ventilarse en dicho concurso, si bien debe indicarse que el hecho de que el acreedor se haya insinuado en el concurso de la citada entidad no implica un reconocimiento de que no es acreedor de donLuis Miguelpues se afirma tener distinto título frente a uno y otro y así se mantiene en la demanda incidental de impugnación de la clasificación del crédito como litigioso en dicho concurso (entre otras, en páginas 5 y 6 de la demanda, aportada como documento nº 6 del escrito de oposición a la declaración del concurso), todo ello, en su caso, sin perjuicio de la futura coordinación de los pagos en uno u otro concurso (artículo 161 de la Ley Concursal).": AAP Madrid (Sección 28) 20.11.2008 (AC 2009/104; Auto 234/2008; Rollo 35/2008)

"QUINTO.- Por último la apelante alude, sin extraer ninguna conclusión respecto de la declaración de concurso, a que la ejecución promovida por el acreedor instante del concurso es provisional al estar apelada la sentencia que reconoce su crédito y, en consecuencia, no es firme el título en virtud del cual se despachó ejecución.
En el supuesto de autos la solicitud de concurso se funda en título por el que se ha despachado ejecución, consistente en el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid, de fecha 6 de noviembre de 2009, dictado en ejecución provisional de la sentencia recaída en el procedimiento seguido con el nº 360/08, por el que se ordena el embargo de bienes de la deudora por la cantidad de 540.000 euros de principal más 76.410 euros de intereses, más 184.923 euros presupuestados para intereses y costas.
Como indicamos en nuestro auto de fecha 20 de noviembre de 2008, que el título ejecutivo se haya dictado en virtud de una sentencia no firme es irrelevante para apreciar la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia, pues lo decisivo es que se haya despachado ejecución, provisional o definitiva, sin que del embargo resulten bienes suficientes para el pago. Cuestión distinta es la relativa a la legitimación derivada de un crédito discutido judicialmente hasta el punto de que el acreedor instante puede serlo en virtud de un crédito no discutido y fundar la solicitud en una ejecución provisional infructuosa instada por otro acreedor e incluso el acreedor instante puede ser titular de diversos créditos unos litigiosos y otros no, e invocar como hecho revelador de la insolvencia la ejecución provisional infructuosa de uno de los créditos inicialmente litigiosos.
En todo caso y aun cuando realmente no se ha planteado la cuestión, conviene precisar que conforme al artículo 1535 del Código Civil el crédito es litigioso desde que se contesta a la demanda y, desde el punto de vista concursal, los créditos litigiosos han de ser reconocidos en el concurso como créditos contingentes y sin cuantía propia y con la calificación que corresponda sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y cobro, pero su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional otorga a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación (artículo 87.3 de la Ley Concursal), por lo que no existe obstáculo alguno para que el titular de un crédito reconocido en sentencia susceptible de ejecución provisional, como es el caso, inste el concurso pues ni siquiera tendrá a efectos concursales la consideración de crédito litigioso": AAP Madrid (Sección 28) 04.05.2012 (Auto 73/2012; Rollo 308/2011)

2.5.6 Ex administradores condenados a responder de las deudas sociales. Si las abonan son acreedores ex art. 1145 CC

"TERCERO. Los administradores condenados como acreedores de la sociedad.- Cuestión distinta es si dichos administradores pueden ser considerados o no acreedores de la sociedad, pues como tales sí disponen de legitimación conforme a los arts. 3.1 y 7.1 de la Ley Concursal. Al respecto es indudable que un administrador que ha sido condenado solidariamente con la sociedad, se convierte en acreedor de ésta cuando atiende la condena.
El Código Civil (CC) así lo dispone en el art. 1145, que autoriza al deudor que hizo el pago reclamar a sus codeudores la parte que a cada uno corresponde, con los intereses de su anticipo. Por dicha razón la segunda providencia de subsanación, una vez se aclaró tras la primera que la causa por la que se sostenía tenían legitimación era que se consideraban responsables solidariamente con base en el art. 3.3 por unas condenas judiciales que se dictan por su actuación como administradores sociales, permitía a los solicitantes que en el plazo concedido se subsanase la omisión de los documentos que acreditaran, como exige el art. 7.1 de la Ley Concursal, el origen, naturaleza, importe, fecha de adquisición y vencimiento y situación actual de sus créditos.
En efecto, como se ha dicho hasta aquí, un acreedor tiene legitimación, como establece el art. 3.1 de la LC, para solicitar que su deudor sea declarado en situación de concurso. Es indiferente, al respecto, el título por el que se haya constituido en tal acreedor. Lo habitual es que derive de relaciones económicas, en particular las comerciales, pero es posible también que como corresponsable de alguna obligación o, como es el caso, como deudor solidario de un tercero, se constituya como tal al hacer frente a su obligación solidaria.
Desde el momento en que los solicitantes en este procedimiento atienden el abono de las condenas que han recaído, se convierten de derecho en acreedores de la sociedad por la parte que, en su caso, puedan repetir, esté o no determinada. Sin embargo cuando se presentó la solicitud, ningún documento se había aportado para justificar ese abono y, en consecuencia, su condición de acreedores de Akidne Construcciones, SL.

Para remediar tal omisión la segunda providencia de subsanación requiere a los solicitantes para que presenten la documentación que exige el art. 7.1 de la LC, esto es, el «documento acreditativo» del origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito.
El requerimiento ha sido finalmente atendido, puesto que en el último escrito presentado se acompañan fotocopias de lo actuado en la ejecutoria 473/04 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 12 de Bilbao, en la que constan diversas retenciones practicadas a ambos solicitantes, lo que determina que al ejecutante en aquel procedimiento ya se le han hecho pagos y que, en consecuencia, en la parte que proceda conforme al art. 1145 del CC, los solicitantes pueden reclamar frente a Akidne Construcciones, SL".:Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 27.01.2005 (AC 2005/6)

2.5.7 Crédito objeto de litigio pero de existencia no controvertida

AP Lleida

"PRIMER Planteja la societat recorrent la manca de legitimació activa de MITSUBISHI Electric Europe, pel fet que el seu crèdit és litigiós, a l'haver originat el procediment ordinari núm. 5/07, contemporani amb la sol·licitud de concurs necessari. L'art. 3.1 d ela LC atorga legitimació activa per instar el concurs als creditors, sent-ne l'única excepció que preveu la contemplada al seu paràgraf segon, on no s'inclou el supòsit de crèdits litigiosos. Que aquesta qualitat del crèdit pugui arribar a produir determinades conseqüències jurídiques dintre del concurs, com la que l'apel·lant denuncia al esmentar l' art. 87.3 de la LC, en res impedeix al creditor poder instar el concurs necessari del seu deutor, especialment, quan la llei no li ho prohibeix o impedeix de forma expressa. Per altra banda, tal i com apunta la creditora, seria il·lògic negar la legitimació del creditor quan el seu deutor, en el procediment judicial ordinari, ha adoptat la postura processal de la rebel·lia i, a més, en la vista celebrada arran de la seva oposició, ha admès l'existència del deute, limitant-se a justificar la manca de pagament en un pretès acord o pacte d'espera que no ha quedat acreditat. Fins i tot, consta aportat al procés un fax enviat per la deutora al seu creditor, el dia 31-8-06, és a dir, set mesos abans de la presentació de la sol·licitud de declaració de concurs, en el qual es reconeix que no es podrà satisfer el deute i, a més, es demana un ajornament. De fet, no és nega la condició de creditor de MITSUBISHI, si no el simple caràcter de litigiós del seu crèdit. L'únic que exigeix la llei al creditor és que aporti els documents justificatius del seu crèdit (art. 7.1), sense que ni tan sols s'exigeixi que estigui vençut (art. 19.2), per la qual cosa, l'existència d'un procediment judicial adreçat a reclamar el crèdit, no pot comportar la conseqüència desorbitada de llevar-li la legitimació activa per instar la declaració de concurs. A més, l'esmentat procediment ordinari va acabar amb sentència de primera instància de data 20-3-07, i per la sentència d'aquesta Sala de 17-7-08, tot admetent la deutora que va intentar recurs de cassació, que no va ser admès a tràmit. (…)
TERCER. Es torna a insistir en el caràcter de crèdit litigiós per negar la condició de creditora de MITSUBISHI, amb l'argument que només un pronunciament judicial positiu a la seva pretensió li atorgarà aquest caràcter. L'argument és inconsistent, especialment quan no es nega l'existència d'aquest crèdit, ni en el procediment ordinari, on la deutora s'ha mantingut en situació de rebel·lia, ni en aquest procediment concursal, havent-se admès el deute, tan extrajudicialment a través del fax de 31-8-06, com a l'acta de la vista. La litigiositat del crèdit ve determinada, doncs, no perquè es discuteixi la seva existència, la seva quantia o la seva liquiditat, si no per la seva simple falta de satisfacció. Tampoc constitueix un fet impeditiu del procediment concursal, o que hagi de provocar la seva suspensió, el fet que, conjuntament amb l'acció de reclamació del crèdit, s'hagués acumulat una acció de responsabilitat de l'administrador de la societat deutora (art. 51).": AAP Lleida (sección 2) 21.05.2009 (JUR 2009/409465; Auto 87/2009; Rollo 133/2008)

AP Alicante

"PRIMERO.-La resolución impugnada desestima la solicitud de concurso al apreciar la falta de legitimación activa de la solicitante porque sus créditos están siendo objeto de reclamación judicial en un proceso anterior sin que hubiera recaído una resolución favorable, siquiera provisional y, no impone las costas del incidente de oposición a la solicitud de concurso a ninguna de las partes al apreciar la concurrencia de serias dudas de hecho y de Derecho.
Frente a la misma se han alzado ambas partes: de un lado, la acreedora instante porque entiende que la reclamación judicial previa de sus créditos no le priva de legitimación activa para solicitar el concurso del deudor y; de otro lado, la deudora, al considerar que procede imponer las costas al acreedor solicitante.
Atendiendo al momento en el que se ha instado la declaración del concurso la legislación aplicable es la Ley Concursal vigente antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.
SEGUNDO.-Recurso de apelación deducido por la acreedora solicitante del concurso, ELECTRICIDAD BEVIA, S.L.
ELECTRICIDAD BEVIA, S.L. recurre el Auto porque la existencia de dos previos procedimientos judiciales en curso (autos de Juicio Monitorio número 1256/10 y autos de Juicio Cambiario número 1257/10 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Novelda y en los que no consta que aún se haya requerido de pago a la deudora) dirigidos contra DONISSA, S.L., cuyas respectivas pretensiones se fundan en los mismos títulos ahora invocados para justificar su condición de acreedor no le priva de legitimación activa para solicitar el concurso de su deudora.
La Sala estima el recurso de apelación en atención a las siguientes razones:
En primer lugar, el artículo 3.1 de la Ley Concursal confiere legitimación para solicitar el concurso a "cualquiera de sus acreedores" y el artículo 7.1.I de la misma Ley señala que: "el acreedor que inste la declaración de

concurso deberá expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del mismo, del que acompañará documento acreditativo." De ambos preceptos se infiere que está legitimado para solicitar el concurso cualquier acreedor bastando con que justifique documentalmente la existencia de su crédito. En ningún caso se priva de legitimación activa para instar el concurso a un acreedor que esté reclamando judicialmente su crédito al deudor cuando aporta en la solicitud de la declaración de concurso los mismos documentos justificativos de su crédito invocados en el proceso judicial anterior.
En segundo lugar, el artículo 18.2 de la Ley Concursal señala como causas de oposición del deudor las de la inexistencia del hecho en que se fundamente la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentre en estado de insolvencia. No se encuentra entre las causas de oposición la de la falta de legitimación activa del acreedor pero se admite en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (AAP Madrid Sección 28ª de 28 de junio de 2010) que pueda oponerse la falta de legitimación activa del acreedor en los casos en que sea patente la extinción de su crédito (vía pago, compensación o por otro subrogado del cumplimiento) o porque resulte diáfano que se había perjudicado cualquier posibilidad de reclamarlo (por caducidad del derecho, prescripción de la acción, etc.), incluso se señala que las controversias que puedan suscitarse sobre la existencia y cuantía del crédito del acreedor instante del concurso se resolverán mediante el trámite del reconocimiento por parte de la Administración Concursal (artículo 86 de la Ley Concursal) o, en su caso, mediante el incidente de impugnación de la Lista de Acreedores. Así pues, no excluye la legitimación activa del acreedor el hecho de que esté pendiente de resolución el proceso en el que insta el reconocimiento judicial de su crédito.
En tercer lugar, el artículo 87.3 de la Ley Concursal atribuye la condición de créditos contingentes a los créditos litigiosos "admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro." No consta como límite expreso de los acreedores litigiosos el de instar el concurso.
En cuarto lugar, privar del derecho a instar el concurso al titular de un crédito litigioso sitúa en peor lugar al acreedor que ha iniciado un procedimiento judicial para el reconocimiento de su crédito que el acreedor que no ha instado ese procedimiento judicial y su crédito está fundado en un título de la misma naturaleza o calidad que el anterior. En ambos casos, los dos acreedores disponen del mismo documento acreditativo de su crédito como exige el artículo 7.1.I de la Ley Concursal.
En conclusión, se estima el recurso y se revoca la resolución que inadmite la solicitud del concurso debiendo el Magistrado de instancia examinar el resto de causas de oposición invocadas por el deudor distintas de la falta de legitimación activa al objeto de resolver sobre la solicitud de concurso necesario.": AAP Alicante (Sección 8) 02.05.2012 (Auto 39/2012; Rollo 78/2012)

2.5.8 Controversia irrelevante sobre la titularidad del crédito

"SEGUNDO De acuerdo con elart. 7 LC, la legitimación del instante del concurso,Ezequiel, deriva de su condición de acreedor deAraceli. Para justificarlo aporta un documento justificativo del crédito queAraceli tenía frente a su hijaAraceli, así como la justificación de queEzequiel es heredero deAraceli y en tal condición ha sucedido a la acreedora originaria en la titularidad del crédito esgrimido para instar el concurso. El hecho de que el testamento en el que se le instituía heredero haya sido impugnado, en concreto que exista un juicio pendiente en un juzgado de primera instancia en el que se discute la nulidad del testamento, no es suficiente para negarle legitimación aEzequiel para instar el concurso pues, mientras no se declare la nulidad, debemos considerarle sucesor deAraceli en el crédito que ésta tenía contraAraceli. Y la pendencia del procedimiento civil tampoco justifica la suspensión del presente procedimiento de concurso de acreedores ya que, en atención a la especial naturaleza universal del procedimiento, y a los meros efectos de declarar el concurso, resulta poco relevante que el crédito esgrimido sea titularidad del instante o que, finalmente, lo sea de un tercero. ":AAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2011 (JUR 2011/182592; Auto 11/2011; Rollo 318/2010)

2.5.9 Fiador solidario que ha satisfecho la deuda al acreedor inicial

"SEGUNDO.- En lo que atañe a la legitimación del actor.
Conforme al art. 3.1 LC se hallan legitimados para solicitar la declaración de concurso el deudor y cualquier de los acreedores. Éstos últimos, según exige el art. 7 LC, habrán de expresar en su solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que habrán de acompañar documento acreditativo.
La juzgadora de primer grado entiende que el actor no probó ser titular de un crédito vencido, líquido y exigible contra la deudora porque no consta que el pago hecho su condición de fiador de ésta hubiere sido precedido de intimación del acreedor ni tampoco que se tratara de un crédito, vencido, líquido y exigible, y que si bien ha acreditado haber realizado como socio aportaciones a la sociedad para llevar a cabo inversiones en Rumania, no concurre en él la condición de responsable personal de las deudas sociales, como exige el art. 3.3 LC.
Tales argumentos no pueden ser acogidos. Conforme al certificado emitido por el Banco de Valencia, aportado por el promotor y que obra al folio 27, y los justificantes de ingresos aportados por dicha parte unidos a los folios siguientes, resulta que D. Borja le pagó, los días 14 y 15 de noviembre de 2008, y en su condición de fiador solidario, 121.397'11 # de nominal de la cuenta de crédito nº 0093 6030 60 2000002023 de la que la deudora era titular, y 6.032'61 como resultado de la liquidación de su posición deudora.
En su condición de fiador solidario, D. Borja tenía en sus relaciones con el acreedor la consideración de deudor principal en la expresada cuenta conforme a lo prevenido en el art. 1822 CC y la jurisprudencia que lo interpreta (STS 20-12-1910, 3-2-1995, 17-9-2002...), y según expresa el certificado de mención, la deuda había vencido, y había sido liquidada, por lo que ningún reparo puede hacerse a su condición de acreedor de la

afianzada tras el pago, pues ostenta contra ella el crédito que se deriva de la facultad de repetición en la relación interna con el afianzado, regida por las normas propias de la fianza (arts.1383 CC y ss, y STS 29-12-1987), sin necesidad de intimación previa de género alguno.
Por lo demás, no es aplicable al caso la previsión contenida en el art. 3.3 LC, que cita la juzgadora de primer grado, pues el promotor no basa su legitimación en su condición de socio responsable de las deudas sociales, sino en la de acreedor.
Por todo ello es de estimar el recurso en cuanto sostiene la legitimación del recurrente para instar la declaración de concurso en su condición de acreedor, y ello sin perjuicio de que de la prueba practicada no quepa entender que es acreedor de la sociedad por razón de las aportaciones efectuadas u otros pagos a tercero que afirma y que obran en la cuenta nº NUM000 abierta a D. Borja en el libro mayor en el ejercicio 2010, pues según declaró D. Federico, que era quien se ocupaba de la contabilidad social, no había sido decidido si habían sido hechos con la consideración de préstamos o a fondo perdido, como donaciones a la sociedad.": AAP Zaragoza (Sección 5) 28.01.2011 (Auto 53/2011; Rollo 4/2011)

2.5.10 Acreedor cambiario y causal suficientemente legitimado, aunque inicialmente no aportase los pagarés originales

"13. A su vez, la falta de legitimación activa de la solicitante del concurso, la fundamentan las demandadas en: a) que HINO carece de la condición de acreedora y no ha aportado oportunamente los pagarés originales y b) que la prestada por VIÑA DEL REY, ALELLA CAN JONC y MAYLAMAR es una fianza mancomunada.
Sobre la condición de acreedor de HINO, compartimos la conclusión sostenida por el Sr. magistrado. La documentación aportada con la solicitud de concurso es suficiente para estimar, a los efectos que ahora interesan, la condición de acreedor de HINO respecto de todas las sociedades demandadas.
En realidad, las demandadas reconocen expresamente que GARCÍA MUNTANÉ firmó el pagaré a favor de HINO, por importe de 251.332,27 euros, con vencimiento el 6 de junio de 2008, es decir, anterior a la petición de concurso, y que VIÑA DEL REY, ALELLA CAN JONC y MAYLAMAR lo firmaron asimismo, como avalistas de GARCÍA MUNTANÉ. Reconocen también que en esas mismas condiciones de obligado principal y avalistas, firmaron el pagaré por importe de 753.996,81 euros, con vencimiento el 23 de mayo de 2010. Admiten que no han abonado el importe de ninguno de los pagarés. Por tanto, carece de relevancia que no se aportara junto a la solicitud el pagaré que fue incorporado más tarde a los autos mediante copia protocolizada y, después, con el título original.
Además del título cambiario, debe considerarse el contrato causal entre las partes, tal como entendió el juez mercantil. No se ha discutido que todas las sociedades intervinientes en este procedimiento suscribieron la que denominaron transacción extrajudicial, de fecha 6 de junio de 2008, que tuvo como antecedente, según expone el propio documento, el contrato de compraventa de maquinaria celebrado entre ellas el 5 de junio de 2006. Sin entrar en un análisis exhaustivo de todas y cada una de las cláusulas del contrato de 2008, del que traen causa los pagarés -análisis impropio de este examen de los presupuestos para la admisión del concursosí resulta con claridad de la referida transacción que GARCÍA MUNTANÉ se obligó a satisfacer a HINO, como precio de la maquinaria, el importe de los pagarés. El hecho de que se pactara que la compradora de la maquinaria (GARCÍA MUNTANÉ) debía entregar a HINO, antes del vencimiento de los pagarés, el importe que obtuviera por cada máquina que consiguiera revender, en cuyo caso se sustituiría el pagaré por otro nuevo con idéntico vencimiento pero con deducción del importe ya abonado, no altera, obviamente, la condición de acreedor y deudor de una y otra sociedad, sino que pone de manifiesto el régimen de pagos pactado, tendente a la satisfacción más inmediata posible del crédito de HINO.
Tampoco la facultad pactada a favor de la acreedora, que se reservó el derecho de disponer, si fuera de su interés, de la maquinaria no vendida por GARCÍA MUNTANÉ, altera la condición de HINO de acreedora por el importe de los pagarés, ya que no consta -probado ni alegado- que HINO hiciera uso de esa facultad y hubiera extinguido así el crédito, en todo o parte. Que los pagarés se entregaran en garantía del pago del crédito causal, como señala la demandada, no hace sino confirmar la relación obligacional entre las partes.
15. La siguiente alegación de VIÑA DEL REY, ALELLA CAN JONC y MAYLAMAR es la de su naturaleza de fiadoras mancomunadas. Según la parte, en virtud de tal condición, las sociedades fiadoras tendrían el beneficio de excusión que impediría instar contra ellas el concurso necesario. La parte se refiere a lo dispuesto en el artículo 1830 del Código civil, conforme al cual, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor.
Es cierto que la fianza, en el contrato de 6 de junio de 2008, no se pactó como solidaria. Sin embargo, la propia parte demandada reconoce que las sociedades VIÑA DEL REY, ALELLA CAN JONC y MAYLAMAR, de acuerdo con lo pactado en ese contrato, firmaron los pagarés como avalistas de GARCÍA MUNTANÉ y que el régimen de ese aval, aun compartiendo la naturaleza de garantía personal de la fianza, difiere de ésta en la autonomía característica del aval cambiario. El avalista responde de igual manera que el avalado (artículo 37.1 de la Ley cambiaria y del cheque). Ese régimen de responsabilidad es inherente al título cambiario, aplicable dentro o fuera de juicio y, en consecuencia, no sólo en el seno de un juicio cambiario, como pretenden las avalistas. ":AAP Barcelona (Sección 15) 04.05.2011 (Auto 59/2011; Rollo 550/2010)

2.2.11 Contratista, pese a que el subcontratista haya instado la acción directa ex art 1597 CC, en tanto no se haya pagado el crédito

"Fundamentos de derecho.—I. La entidad «T., S.L.» (en adelante «T.») com-pareció como acreedora de la sociedad «L., S.L.» (en adelante «L.») e instó el con-curso necesario de esta última, y para justificar su estado

de insolvencia invocó como único hecho revelador que su deudora «ha sobreseído de forma general en el pago corriente de sus obligaciones». Frente a esta solicitud, «L.» se opuso por dos razones esenciales: porque el instante del concurso carece de legitimación activa pues no es acreedor; y porque no existe sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones. El Juez Mercantil estimó la oposición por la primera razón invocada, y consideró que los créditos invocados, si bien surgieron a favor del instante del concurso como conse-cuencia del contrato de obra que mediaba entre las partes, al tiempo de solicitarse el concurso ya no eran exigibles por «T.» porque los subcontratistas habían ejercitado la acción directa del art. 1597 CC respecto de ellos.
La actora recurre en apelación porque a su juicio el auto incurre en un error, ya que según la jurisprudencia, «cuando se ejercita la acción directa del art. 1597 CC, no se excluye al deudor directo». Además, entiende que como «L.» no ha pagado a ninguno de los acreedores subcontratistas que ejercitan la acción directa del art. 1597 CC, la contratista puede dirigirse contra la comitente de las obras, razón por la cual está legitimada para instar el concurso. Finalmente, argumenta la concurrencia del sobreseimiento general en los pagos.
En esta alzada dos son las cuestiones controvertidas: la legitimación del instante del concurso para solicitarlo y, en concreto, la exigibilidad de los créditos invocados; y el sobreseimiento general en los pagos.
II. Conforme al art. 3.1 LC, los acreedores están legitimados para solicitar el con-curso de acreedores de su deudor, siempre y cuando se cumpla con el presupuesto objetivo del estado de insolvencia. Para justificar esta condición de acreedor, el art. 7.1 LC exige al instante del concurso que exprese «en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo».
Los créditos invocados por la actora aparecen documentados en dos pagarés, por importe de 9.634,58 euros y 92.532,33 euros, que vencían el 15 de diciembre de 2007, y que, según declara acreditado la sentencia y resulta indiscutido en esta alzada, se co-rresponden a trabajos realizados por la contratista «T.» a favor de la comitente de las obras «L.». Las partes también admiten en esta alzada que respecto de esta deuda de «L.» frente a «T.», los subcontratistas, acreedores de la contratista «T.», han ejercita-do la acción directa ex art. 1597 CC frente a la comitente de las obras, «L.», a través de dos requerimientos extrajudiciales de 29 de octubre de 2007 y de 29 de marzo de 2008. Por lo tanto, el primero de estos requerimientos era anterior a la solicitud de con-curso de «L.» (28 de febrero de 2008). Como recordábamos en nuestra sentencia de 2 de marzo de 2006 (RA 682/05), el art. 1597 del Código civil establece que «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que este adeude a aquel cuando se hace la reclama-ción». Es decir, que aunque quien ha realizado la obra puede reclamar el pago co-rrespondiente al contratista que se obligó a ello, actuando contra el otro contratante y respetando así el principio de relatividad de los contratos, el Código Civil permite el ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra, entendiéndose que ambas obligaciones son solidarias, de suerte que el subcontratista puede dirigirse indistinta-mente contra uno u otro, aunque el comitente o dueño de la obra solamente respon-derá hasta el límite que el precepto señala (Ss TS de 29 de abril de 1991, 11 de octu-bre de 1994, 2 de julio de 1997, 22 de diciembre de 1999, 6 de junio y 27 de julio de 2000).
La doctrina del Tribunal Supremo arranca con sentencias como las de 11 de junio de 1928, 15 de octubre de 1915 o 29 de junio de 1936, y se reitera posteriormente, refiriendo la eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena, formado por quie-nes al fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materiales, son los verdaderos artífi-ces de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquel o aquellos que directamente les hubiera contratado. Compendio de esa jurisprudencia del art. 1597 CC es la S TS de 2 de julio de 1997, si bien, tras destacar los caracteres de la acción directa contemplada en dicho artículo como una excepción al principio de relatividad del contrato, en ella se atiende a la realidad social de nuestros días, con la frecuente aparición de subcontratos encadenados, para justificar la aplicación de la acción directa del art. 1597 del Código Civil con planteamientos distintos a los que se enfrentó el Código Civil del año 1889. La razón de ser de esta norma y el tratamiento privilegiado que supone se ha encontrado en criterios de equidad, en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, en la pro-tección de un derecho a manera de refacción, o una especie de subrogación general de-rivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también deudor mío».
Pero el hecho de que la jurisprudencia entienda que, una vez ejercitada esta acción contra el dueño de la obra, este a quien debe abonar su importe es al reclamante que in-tervino en el proceso constructivo y no a la contratista principal, como consecuencia de la naturaleza solidaria de la responsabilidad del dueño de la obra y contratista para con los subcontratistas de este último que intervienen en la misma (S TS de 14 de marzo de 2004), no significa que, mientras el crédito no se haya pagado, el contratista siga sien-do acreedor frente al comitente de la obra y que lo sea por el importe de dicho crédito. El ejercicio de la acción directa no supone, como pretende la representación de «L.», una novación subjetiva del crédito, con la pérdida por parte del contratista de la obra de su condición de acreedor, del mismo modo que el ejercicio de una acción de reclamación frente a uno de los deudores solidarios tampoco supone la extinción del crédito frente al resto, sin perjuicio de que el pago del comitente al subcontratista, hasta el importe al que alcanza el crédito del contratista, sí suponga su extinción. Por lo tanto, como está ad-mitido que el ejercicio de la acción directa no ha dado lugar al pago a los subcontratistas del crédito que el contratista «T.» tenía frente «L.», debemos considerar existente el cré-dito y a «T.» acreedora de «L.», y, por lo tanto, legitimada para instar el concurso.
El art. 7.1 LC no exige que el crédito del instante del concurso sea exigible, al tiempo de la solicitud, sino simplemente que exista, y que, como consecuencia de él, goce de la condición de acreedor de aquel de quien se pide la declaración de concurso. Todo lo cual queda acreditado en este caso.": AAP Barcelona (Sección 15) 19.06.2009 (Rollo 739/2008; RJC 110)

2.2.12 Crédito que resulta de laudo pendiente de demanda de nulidad

"SEGUNDO.-KOTA y Don Severiano presentaron solicitud de concurso necesario de IPME 2012 S.A., fundada en el artículo 2.4º de la Ley Concursal - título por el que se ha despachado ejecución o apremio sin que del embargo hayan resultado bienes libres bastantes para el pago-. Además los instantes adujeron otros hechos reveladores de la insolvencia, en concreto: (i) El sobreseimiento general en el pago de las obligaciones; y (ii) el alzamiento o liquidación apresurada de los bienes por parte del deudor.
Admitida a trámite la solicitud y formulada oposición por IPME 2012, el juzgado, tras dar a la oposición el trámite correspondiente, dictó auto declarando el concurso necesario (resolución apelada), al constatar que, despachada ejecución, los bienes trabados eran manifiestamente insuficientes para responder de la deuda. A partir de ahí, la juez a quo concluye que de la contabilidad de la concursada no podía deducirse la solvencia del deudor. La resolución apelada también desestima las excepciones de falta de legitimación pasiva y litispendencia impropia invocadas por la demandada, así como la falta del presupuesto objetivo del concurso, que en la oposición se vinculó con la inexistencia de una pluralidad de acreedores.
TERCERO.-El auto es recurrido por la concursada, que alega, en síntesis, los siguientes motivos de impugnación:
1º) Infracción del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de los artículos 421 y 222 de la citada Ley (litispendencia impropia). Alega la recurrente que, al estar pendiente de resolver la demanda de nulidad del laudo arbitral, la condición de acreedor de los instantes del concurso no es definitiva, pues depende que sea corroborada por el TSJC. (...)

CUARTO.-Descartamos, de entrada, que el procedimiento de anulación del laudo, pendiente de resolución al tiempo de presentarse la solicitud de concurso necesario, tenga carácter prejudicial respecto del proceso concursal. Tampoco genera una situación de litispendencia impropia ni incide en la legitimación activa de los instantes. No es posible suspender la tramitación del concurso, conforme al artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni cabe acoger la excepción de litispendencia (artículo 421).
El crédito de los demandantes no nacerá con la sentencia que resuelva de nulidad del laudo. Ni siquiera se genera con éste, que simplemente lo reconoce y documenta. Recordemos, además, que el artículo 45 de la Ley de Arbitraje dispone que el laudo arbitral "es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación". El laudo, por tanto, legitima a los actores para instar el concurso (artículo 7 de la LC) y, como título que lleva aparejada ejecución, habilita al acreedor para invocar como hecho revelador de la insolvencia el apremio infructuoso de bienes (artículo 2.4º). Es más, incluso aunque la ejecución tuviera carácter provisional (que en este caso no lo es), el acreedor tendría abierta esta vía para instar el concurso, como hemos sostenido en auto de 5 de septiembre de 2013 (Rollo 22-2103).
En definitiva, los demandantes tienen legitimación activa como acreedores de IPME 2012, siendo su crédito de reconocimiento necesario en el concurso (artículo 86.2º de la Ley Concursal), sin ningún tipo de limitación ni contingencia, ya que la pendencia de la acción de anulación no lo convierte en litigioso (artículo 87.3º de la LC).
A todo ello hemos de añadir que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por sentencia de 14 de julio de 2014, ha desestimado la demanda de anulación del laudo arbitral.": AAP Barcelona (Sección 28) 11.11.2014 (Auto 141/2014; Rollo 261/2014)

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos ínter vivos y a título singular, después de su vencimiento.

Art. 3.2 Excepción: acreedor derivativo no legitimado

"Los requisitos de fondo son los presupuestos sustantivos del concurso y deberán concurrir cuando se formule la solicitud –v.g., si el crédito se adquirió por el solicitante del concurso necesario una vez vencido y 5 meses y 29 días antes de presentar la solicitud, es indiferente que se cumplan los 6 meses en el plazo de subsanación-, por lo que parece que sólo serán subsanables los defectos de alegación y acreditación.": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 5)

3. Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla.

Art. 3.3 Legitimación de los miembros personalmente responsables de las deudas

1. No es aplicable el art. 3.3 cuando los socios no son responsables de las deudas sociales por su condición de socios sino por la de administradores

JM-1 Bilbao

"SEGUNDO. Inaplicabilidad del art. 3.3. de la Ley Concursal.- Pretenden los dos solicitantes de este concurso necesario que se declare en situación de concurso a la sociedad Akidne Construcciones, SL de la que ambos son socios. Argumentan que han sido administradores de la misma, que han sido condenados por el impago de ciertas cantidades que adeudaba la sociedad, y que dicha condena ha sido solidaria por el incumplimiento de deberes propios de tales administradores.

Su pretensión se sustenta en que ya no son administradores de tal sociedad y por lo tanto no pueden instar el concurso voluntario, pero que entienden aplicable el art. 3.3 de la LC, que legitima para solicitar el concurso de una persona jurídica, como es el caso, a «los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla».
El art. 3 de la LC reserva la legitimación para solicitar la declaración de concurso al propio deudor, cuando constata que se encuentra en situación insolvencia actual o inminente, y a sus acreedores. Esa legitimación se amplía en ciertos casos, como el concurso de la herencia (art. 3.4 LC) y también en el de personas jurídicas, pues pueden plantearlo los socios de ésta, cuando las Leyes los declaran personalmente responsables de las deudas sociales.
La razón de esta legitimación que la doctrina ha llamado excepcional o extraordinaria, a la que pretenden acogerse los solicitantes, es que hay casos en que, por disposición legal (lo que excluye las obligaciones voluntarias derivadas del aval o fianza), los socios de cierto tipo de sociedades o cuando concurren ciertas circunstancias, responden personalmente de las deudas sociales, sin que se diferencie patrimonio social, único afecto al objeto propio de la sociedad, y el personal de los socios que la integran. Así acontece con las sociedades regulares colectivas, pues lo dispone expresamente el art. 127 del Código de Comercio (CCom), con las comanditarias, conforme al 148 CCom, en las comanditarias por acciones (art. 151 Ccom), por establecerlo el art. 151 CCom, en las sociedades irregulares señaladas en el art. 16 del RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), con los socios únicos de las sociedades anónimas o limitadas cuando la unipersonalidad sobrevenida no se inscribe tras seis meses (arts. 129 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada -LSRL- y art. 311 de la LSA), o con las Agrupaciones de Interés Económico de la Ley 12/1991, de 29 de abril, cuyos socios son según su art. 5 responsables subsidiarios de las deudas de aquéllas.
Pues bien, los solicitantes sostienen que pese a ser socios de una sociedad de responsabilidad limitada, cuyo régimen supone la completa separación de la responsabilidad social de la propia de cada uno de los socios (art. 1 LSRL), se encuentran incursos en el supuesto del art. 3.3 de la Ley Concursal, porque fueron administradores sociales y han sido condenados en dos ocasiones por diferentes juzgados, de manera solidaria con la sociedad.
Efectivamente la LSRL en sus arts. 69 y 105.2, dispone la eventual responsabilidad de los administradores en forma semejante a lo previsto en los arts. 133 a 135 y 262 de la LSA. Pero de esos preceptos, aplicados por los juzgados que han condenado a los solicitantes no como socios de la sociedad limitada, sino como administradores de las mismas, no puede deducirse que haya una responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales.
En primer lugar, como se ha apuntado, porque esa responsabilidad lo es de los administradores, no de los socios. Como es sabido el art. 58.2 de la LSRL permite que sean administradores personas que no sean socios, salvo que los estatutos sociales dispongan lo contrario. Cuando el art. 3.3 de la LC se refiere a los socios que deban responder personalmente de las deudas sociales en virtud de norma legal está refiriéndose a las sociedades regulares colectivas, comanditarias o comanditarias por acciones, las civiles, las sociedades irregulares o los socios únicos en sociedades unipersonales no inscritas tras seis meses de unipersonalidad, además de otros casos previstos en las Leyes, supuestos en los que hay socios que, por disponerlo así la Ley, responden con su patrimonio personal de las deudas sociales.
Obviamente esto no acontece en las sociedades de responsabilidad limitada, que como indica su nombre y como dispone el art. 1 de su norma reguladora, distingue claramente entre los patrimonios social y personal de cada partícipe, sin permitir pasar de uno a otro.
Por otro lado la finalidad de la norma es asegurar un instrumento en beneficio de los socios que observen que la sociedad de cuyas deudas responden puede situarse en situación de insolvencia, no de quienes han incurrido en las causas de sanción o en la falta de diligencia exigible como administradores. Nada tiene que ver el régimen de responsabilidad patrimonial de los socios, que deriva de la organización misma de la empresa, con la de los administradores, que dimana de sus incumplimientos o de la sanción por no disolver la sociedad cuando concurre causa legal por pérdidas que disminuyen el capital social por debajo de los límites fijados en la norma.
En definitiva, no puede considerarse incluido en el art. 3.3 de la LC a los administradores sociales condenados solidaria o subsidiariamente a la empresa, porque la norma se está refiriendo a socios, no a administradores, y concede legitimación exclusivamente a éstos cuando responden personalmente, lo que no sucede con los socios de las sociedades limitadas.”:Auto JM-1 Bilbao 27.01.2005 (AC 2005/6)

JM-1 Cádiz

“Si el deudor es una persona jurídica, como ocurre en el presente caso, el art. 3.1 párrafo 2º LC atribuye la legitimación para decidir sobre la solicitud al órgano de administración o de liquidación. Y además en su art. 3.3, también legitima para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica a «los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla».
El solicitante invoca dicho precepto para fundamentar su legitimación, aduciendo que es socio, titular del 12,5% de as participaciones sociales, y que, al haber sido administrador de la sociedad desde el 29 de mayo de 1999 hasta el 27 de julio de 2005, podría resultar responsable de las deudas sociales. En primer lugar, y antes de entrar a analizar si en el solicitante concurren los presupuestos de legitimación previstos en el precepto, conviene aclarar que en el supuesto que se contempla, no se trataría de un concurso voluntario, como se solicita, sino de un concurso necesario, ya que, conforme al art. 22 LC, el concurso de acreedores

tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes hubiera sido presentada por el deudor, siendo necesario en los demás casos; y en el supuesto enjuiciado, el solicitante aduce actuar en su propio nombre, como así hace constar en el poder que acompaña. No obstante este defecto sería subsanable, debiendo darse al concurso la correcta tramitación, si bien, deberá quedar acreditada la legitimación del solicitante.
Para determinar qué «socios, miembros o integrantes» pueden tener legitimación para la solicitud de declaración de concurso en virtud del art. 3.3. LC, es necesario analizar, en qué casos la Ley establece esa responsabilidad de los socios, lo que nos lleva en primer lugar a las sociedades de base personalista, y más concretamente a los socios colectivos de las sociedades colectivas y comanditaria simple, y también, (aun tratándose de una sociedad de capital) a los socios colectivos de la sociedad comanditaria por acciones (arts. 127, 148 y 151 CC); y a los socios comanditarios en el caso del art. 147 C. de C. (inclusión del nombre del socio comanditario en la razón social). Asimismo se incluyen los miembros de una agrupación de interés económico (art. 5 Ley 12/1991 de 29 de abril de Agrupaciones de Interés Económico).
Los accionistas de las sociedades anónimas y los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, no pueden amparase en dicho precepto al no responder personalmente de las deudas sociales (art. 1 LSA y art. 1 LSRL); excepción hecha del socio único de una sociedad de capital que tendría dicha legitimación en los casos previstos en el art. 129 LSRL y 311 LSA, es decir, cuando por falta de publicidad de la unipersonalidad, responde personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales durante el período de la unipersonalidad. Asimismo tendrán legitimación conforme al art. 3.3. los socios de las cooperativas en el supuesto de baja previsto en el art. 15.4 y 5 LGC, aunque se limite su responsabilidad.
Ahora bien, el art. 3.3 LC se está refiriendo a todos aquellos casos en que los socios, miembros o integrantes, con carácter general, responden personalmente de las deudas sociales en cuanto tales, pero no se refiere a casos particulares, como el presente, en los que un socio pueda llegar a resultar responsable de las deudas sociales, no en su condición de tal, sino en cuanto administrador de la sociedad. Es decir, ni el socio administrador ni el administrador no socio tienen legitimación a título singular para instar la declaración de concurso conforme al art. 3.3. LC. Para que la responsabilidad personal del socio pueda ser fundamento de legitimación, parece necesario que no pueda evitarse esa responsabilidad legal, lo que no ocurre en el caso del socio administrador, que podrá excluir su responsabilidad con una actuación diligente (arts. 262 LSA y 105 LSRL). De otra parte, el texto definitivo de la LC no contempla, como hacía la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1999, la legitimación de los socios que fueran titulares al menos de un 5% del capital social, y ello sin perjuicio de las facultades que la normativa societaria otorga al socio para requerir a los administradores para que convoquen Junta General si estiman que existe causa legítima para la disolución o el concurso (arts. 262.2 LSA y 105.1 LSRL), o para solicitar la convocatoria judicial de Junta (arts. 101 LSA y 45 LSRL).”: Auto JM-1 Cádiz 14.09.2005 (JUR 2005/239883)

2. No es aplicable el art. 3.3 cuando los socios no son responsables de las deudas sociales por su condición de socios sino por la de fiadores

“PRIMERO El recurrente, socio de "Restaurante Arrocería El Pichón, S.L.", no está conforme con elauto del Juzgado de lo Mercantil de Albacete de fecha 27 de noviembre de 2.009, que inadmitió su solicitud de concurso necesario de la mencionada mercantil.
En dicho auto se consideró al recurrente carente de legitimación activa para solicitar el concurso, porque en elart. 3 apartado 3 de la Ley Concursal se atribuye tal legitimación, para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, también "a los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella", y porque un socio, como tal, no es responsable legalmente de las deudas de una sociedad limitada.
SEGUNDO El recurrente argumenta que sí que tiene responsabilidad personal patrimonial por las deudas de la sociedad, ya que es avalista de diversas deudas de la misma, por importe de 112.015,71 €, y también es fiador en el contrato de arrendamiento de local de negocio en el que desarrolla la industria objeto social.
Sin embargo, no llega a sostener que, en virtud de tales avales o fianza, y por haber pagado todas o parte de las deudas garantizadas, sea acreedor de la sociedad. Por ello puede descartarse que esté legitimado activamente al amparo delapartado 1 del art. 3 de la Ley Concursal.
Por otro lado, su responsabilidad por las deudas sociales no le viene "por ley" de su condición de socio, sino de su condición de avalista o fiador, condición que es totalmente independiente de la de socio, ya que, obviamente se puede ser socio y no ser avalista y se puede ser avalista de una sociedad sin ser socio de ella. Y la ley no otorga legitimación activa, para instar el concurso, a los avalistas. Además, no tendría sentido que solo estuvieran legitimados activamente los avalistas de las personas jurídicas (a las que se refiere elart. 3.3 de la L.C.), y no los de las personas físicas. Y tampoco tendría sentido que solo los avalistas que, además, fueran socios estuvieran legitimados, y no los que no lo fueran. Si la Ley hubiera querido otorgar legitimación activa a los avalistas se la habría otorgado tanto a los socios como a los no socios, y tanto en relación a personas físicas como a personas jurídicas.
TERCERO Elart. 3 de la LC reserva la legitimación para solicitar la declaración de concurso al propio deudor, cuando constata que se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente, y a sus acreedores. Esa legitimación se amplía en ciertos casos, como el concurso de la herencia(art. 3.4 LC) y también en el de personas jurídicas, pues, como ya se ha expuesto, pueden plantearlo los socios de ésta, cuando las Leyes los declaran personalmente responsables de las deudas sociales. La razón de esta legitimación, que la Doctrina ha llamado excepcional o extraordinaria, a la que pretende acogerse el solicitante, es que hay casos en que, por disposición legal (lo que excluye las obligaciones voluntarias derivadas del aval o fianza), los socios de

cierto tipo de sociedades o cuando concurren ciertas circunstancias, responden personalmente de las deudas sociales, sin que se diferencie patrimonio social, único afecto al objeto propio de la sociedad, y el personal de los socios que la integran. Así acontece con las sociedades regulares colectivas, con las comanditarias, con las comanditarias por acciones, con las sociedades irregulares, con los socios únicos de las sociedades anónimas o limitadas cuando la unipersonalidad sobrevenida no se inscribe tras seis meses, o con las Agrupaciones de Interés Económico.": AAP Albacete 23.06.2010 (JUR 2010/265844; Auto 50/2010; Rollo 87/2010)

4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Art. 3.4 Legitimación concurso herencia

1. Legitimación del administrador judicial de la herencia

"SEGUNDO A. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL DE LA HERENCIA PARA SOLICITAR EL CONCURSO.
El artículo 3.4 de la Ley Concursal señala que "los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario".
La presente solicitud parte del "administrador judicial" nombrado en un proceso de medidas cautelares por auto del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Málaga, en el procedimiento tramitado ante el mismo en los autos 1826/06 y en la pieza separada 1025/07.
La Ley concursal recoge la posibilidad de dicha solicitud siempre que partamos de una herencia no aceptada pura y simplemente a los efectos de la responsabilidad patrimonial universal que en tal caso se produce a tenor de lo previsto en los artículos 995, 1003 y 1911 del Código Civil. Los supuestos, por tanto, que se pueden dar son o bien la no aceptación, incluso repudio, o la aceptación a beneficio de inventario o durante el tiempo en que ejerza su derecho a deliberar.
El administrador de la herencia debe analizarse a partir de lo previsto en el Código Civil si bien, procesalmente, es posible que dicho administrador se nombre como "administrador judicial" a los efectos de un procedimiento -como en el presente caso- pendiente de determinación de la validez de los actos de última voluntad del fallecido.
El administrador judicial (administrador de la herencia) estará sujeto a los límites previstos en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 632 y 633) en cuanto a su nombramiento para un determinado pleito y a las normas aplicables particularmente a la administración del caudal hereditario, en cuanto le sean aplicables (arts. 797 y ss. LEC).
Encuadrado en la normativa de derecho común sobre aceptación de la herencia, el artículo 1026 del Código Civil recoge que "hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma". Asimismo el artículo 798 de la LECiv señala que mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o estuvieren principiados al fallecer el causante y ejercitará en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos. Precepto que concuerda con lo establecido en el artículo 632 de la LECiv.
De conformidad a lo anterior el "administrador judicial" es el administrador de la herencia y ha de promover todos los pleitos y realizar todas las actuaciones necesarias para la conservación de la herencia en los términos previstos en el código civil.
La Ley Concursal legitima tanto a este como al administrador nombrado en procedimientos de división de patrimonios hereditarios, albacea y otros, para solicitar la declaración de concurso.
B. SOBRE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO VOLUNTARIO.
A la vista de lo anterior la solicitud de declaración del concurso de la herencia debe considerarse necesariamente voluntaria y no necesaria, aunque el artículo 40. 5 LC establezca limitaciones sobre la administración y disposición diferentes al supuesto genérico de declaración de concurso voluntario. El artículo 1.2 de la Ley Concursal señala que "el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente" lo que significa que es la propia herencia, a través de sus representantes, la que debe considerarse deudora y por tanto sus representantes lo son por ella misma y no respecto de los que son adeudados. El artículo 40.6.2º LC recoge el supuesto de concurso sobre la herencia, cuando existe el concurso previo del deudor (con posibilidad de testar) pero sujeto el patrimonio a dicho concurso.": AJM-1 Málaga 23.06.2008 (AC 2008/1568; Auto 366/2008; Concurso 346/2008)

El siguiente apartado 3.5 fue derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)

En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

5. El acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.

Art. 3.5 Declaración conjunta

1. Otros posibles casos de declaración conjunta. Art. 3.5 y art. 25

Congreso 2005

"Se discutió en primer lugar si la declaración conjunta de concurso, o acumulación inicial de concursos, prevista en el art. 3.5 de la Ley Concursal puede producirse, en primer lugar, cuando se trata de un concurso voluntario y, en segundo lugar, si además de en los dos supuestos previstos en el art. 3.5 de la Ley Concursal (confusión patrimonial entre deudores y personas jurídicas que formen parte del mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones) en los otros supuestos previstos en el art. 25 de la Ley Concursal para la acumulación sucesiva de concursos (concursos del deudor persona jurídica y de sus socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de esa persona jurídica, art. 25.2, y concursos de cónyuges). Se dieron argumentos a favor y en contra sin llegar a una conclusión unitaria.
A favor de la posibilidad de declaración conjunta en caso de concurso voluntario o de supuestos del art. 25 no previstos en el art. 3.5 se argumentó fundamentalmente el ahorro económico que supone la tramitación inicial de los concursos de forma acumulada con una misma administración concursal, así como la mayor eficacia derivada de dicha tramitación conjunta inicial frente a los problemas derivados de ir acumulando sucesivamente concursos, acumulación cuya tramitación supone necesariamente una cierta demora.
En contra se argumentó tanto la literalidad del art. 3.5, que limita la posibilidad de declaración inicial conjunta al concurso necesario instado por el acreedor respecto de varios de sus deudores –porque todos los deudores cuyo concurso se declare conjuntamente han de ser deudores del acreedor instante- y sólo en los dos supuestos expresados, como que en la tramitación parlamentaria se rechazaron enmiendas dirigidas a permitir la declaración conjunta en el caso de concurso necesario. Asimismo, se expuso que será la administración concursal quien esté en mejores condiciones de estimar si es conveniente acumular los concursos, instándolo del modo previsto en el art. 25, la dificultad de apreciar "ab initio" la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 3.5 de la Ley Concursal para la declaración conjunta en caso de solicitud de concurso voluntario, así como que no siempre supone una mayor simplicidad y eficacia la tramitación conjunta, desde el principio, de varios concursos. " (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 1)

JM-3 Barcelona

"1. El artículo 25 de la Ley Concursal establece que "en los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo". El párrafo 4 del mismo precepto advierte que la acumulación prevista en este artículo procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados.
2. Antes de entrar a analizar los motivos que llevan, en su caso, a solicitar o rechazar la acumulación solicitada debe tenerse en cuenta que el mencionado artículo 25 ha de complementarse con el contenido del artículo 3.5 de la propia Ley concursal que reconoce, respecto del concurso necesario, que el acreedor pueda instar la declaración judicial conjunta del concurso de varios deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o siendo personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.
3. Como se indica en el párrafo anterior el artículo 25 y el 3.5 de la Ley Concursal deben considerarse preceptos complementarios en la medida en la que, entre ambos, se establece el marco legal en el que resulta posible la acumulación de procedimientos concursales. No tendría sentido ni procesal ni material que el legislador hubiera establecido un marco distinto para la acumulación según fuera el concurso necesario o voluntario.": Auto JM-3 Barcelona 21.03.2006 (JUR 2006/113976)

2. Declaración conjunta del concurso voluntario

2.1 De los cónyuges

JM-3 Barcelona

"En principio la redacción del artículo 25 de la Ley Concursal indica que los mecanismos de acumulación de los concursos de personas casadas sólo puede producirse una vez ha sido declarado el concurso y a

instancia de la administración concursal, sin embargo no tiene sentido ni procesal ni material tener que aguardar a dicha declaración para poder tramitar los concursos de modo acumulado desde su arranque, declaración conjunta que permite la Ley en los concursos necesarios (artículo 3.5).
Acreditada la situación de insolvencia de ambos cónyuges -cuestión que se examinará en el fundamento siguiente- la declaración de concurso de ambos cónyuges, su tramitación coordinada y el mantenimiento de una misma administración concursal sin duda facilitará la tramitación del procedimiento y permitirá una tramitación más ágil y beneficiosa para los deudores y, fundamentalmente, para los acreedores. La acumulación de procedimientos no debe suponer la confusión de masas, confusión que perjudicaría a los acreedores, sino la tramitación coordinada de los procesos concursales determinando las deudas privativas y las comunes así como los acreedores de uno y otro cónyuge y los que pudieran ser comunes.": Auto JM-3 Barcelona de 29.12.2004 (AC 2005/161)

JM-1 Santander

"PRIMERO El artículo 25 de la Ley Concursal articula la posibilidad de acumular los concursos de ambos cónyuges una vez declarados, a instancias de la administración concursal. En cambio, elartículo 3.5 LC, únicamente admite la solicitud de declaración conjunta del concurso cuando la formula un acreedor.
Lo anterior, en principio, conlleva la inadmisibilidad de las solicitudes conjuntas de concurso voluntario.
No obstante, razones de economía procesal y la necesidad de coordinación entre el concurso de ambos cónyuges, máxime como es el caso, cuando rige entre ellos el régimen general de la sociedad legal de gananciales, justifica la admisión de la solicitud conjunta. En cualquier modo, de apreciarse los presupuestos para su declaración, lo anterior no ha de traducirse en la confusión de activo y pasivo, debiéndose deslindar los de uno y otro, mediante los correspondientes informes de la administración concursal, entendiéndose que únicamente conlleva la tramitación coordinada de ambos concursos que se acumulan ab initio.
Por ello, aún cuando en el escrito iniciador de este procedimiento se alude a una única solicitud de concurso y a la declaración de un único concurso, lo procedente, en su caso, es la declaración de dos concursos, uno respecto a cada uno de los solicitantes, cada uno de ellos con su propia administración concursal (sin perjuicio de que recaiga el cargo en la misma persona) y su tramitación diferenciada aunque coordinada.
SEGUNDO Por otro lado, este Juzgado es competente territorialmente para conocer de la solicitud de concurso expresada en los antecedentes, por tener el deudor, su centro de intereses principales en el territorio de esta circunscripción (apartado 1 del artículo 10 de la LC).
TERCERO Los solicitantes reúnen los requisitos de capacidad procesal, postulación y legitimación exigidos para esta petición en losartículos 3 y 184.2 de la LC.
CUARTO La solicitud cumple las condiciones y se acompañan los documentos que se expresan en elartículo 6 de la LC y de la documentación aportada apreciada en su conjunto se desprende el estado de insolvencia de ambos deudores.
Así, resulta común en ellos la insuficiencia de su activo para hacer frente a las numerosas deudas vencidas y de próximo vencimiento que pesan sobre ellos, teniendo en cuanto la escasez de sus ingresos y la gran carga financiera que soportan. Todo lo anterior determina que su capacidad económica hace imposible que puedan acudir a fuentes económico-financieras en condiciones ordinarias de mercado, que les permitan cumplir sus obligaciones de una manera regular.
Cabría plantearse la conveniencia de la declaración de concurso atendiendo a la escasez de bienes, teniendo en cuenta que sobre el principal (la vivienda), pesa una garantía hipotecaria. En este sentido, se ha llegado a defender por algún autor que en supuestos como el que nos ocupa, y partiendo de la existencia de un presupuesto tácito en la ley concursal que exige la existencia de un activo mínimo para afrontar los gastos del concurso, no resulta procedente su declaración. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva y el propio articulado de la ley que únicamente otorga trascendencia a la inexistencia de bienes y derechos tras la declaración de concurso, permite concluir que tal presupuesto no es exigible. Por ello, aún cuando pueda considerarse antieconómico en supuestos como el que nos ocupa la declaración de concurso por los importantes costes que supone (publicaciones, administración concursal) que va a aumentar notablemente el pasivo con nuevas deudas, la situación de insolvencia constatada exige su declaración.
Por lo expuesto, y como señala elartículo 14 de la LC, procede dictar auto declarando en concurso a cada uno de los dossolicitantes al apreciar que ambos se encuentran en situación de insolvencia.": AJM-1 Santander 18.07.2008 (JUR 2009\82746)

2.2 De sociedades pertenecientes al mismo grupo

JM-1 Segovia

"ÚNICO.- Se solicita la declaración de concurso de las sociedades PROINSERGA INVERSIONES S.A., CASTILEON 2000 S.A., CONSORCIO GANADERO S.L., PRIMAYOR ALIMENTACIÓN ANDALUCIA S.A., ALIMENTOS REFRIGERADOS S.A. Y PRIMAYOR ELABORADOS S.L. de forma acumulada y voluntaria. La vigente Ley Concursal introduce como novedad la posibilidad de los concursos acumulados, ya sea en solicitud inicial como en acumulación de procedimientos en trámite. La primera se prevé expresamente en el concurso necesario en el art. 3.5 y la segunda se prevé a solicitud de la administración concursal en el art. 25. El presupuesto es que se trate, entre otros casos, de sociedades dominadas pertenecientes al mismo en expresión del art. 25, o de personas jurídicas que formen parte del mismo grupo con identidad sustancial de

sus miembros y unidad en la toma de decisiones en expresión del art. 3.5. El concepto de grupo puede tomarse del art. 42 del Codigo de Comercio en el que se habla de la obligación de presentar cuentas consolidadas cuando existe un Grupo, y que Grupo existe cuando varias sociedades constituyen una unidad de decisión, precisando algunos supuestos en los que tal circunstancia se presume. En este caso la demanda presentada describe unas relaciones entre las sociedades solicitantes según las cuales Proinserga Inversiones S.A. es cabecera de un Grupo, es la socia única de CASTILEON 2000 S.A. y dueña del 56,9% de CONSORCIO GANADERO S.L.; Consorcio Ganadero S.L., a su vez a través de su participada al 100% PRIMAYOR FOOD,S S.L., cuyo concurso voluntario declarado por auto de fecha 20 de abril de 2.007 se tramita ante este Juzgado bajo número de autos 262/07, es propietaria del 100% del capital social de PRIMAYOR ANDALUCIA S.A.; por otro lado, PROINSERGA INVERSIONES S.A. a través de INVERSORA SEGOVIANA S.A. de la que es socia única, es titular del 60& de ALIMENTOS REFRIGERADOS S.A (ALRESA), mientras que del otro 40% es titular de forma directa; y ALIMENTOS REFRIGERADOS S.A. (ALRESA) resulta ser propietaria al 100% de PRIMAYOR ELABORADOS S.L. Por tanto estamos ante un supuesto en que es admisible la acumulación. Y aunque no hay previsión expresa en la Ley de la acumulación subjetiva en el concurso voluntario, tampoco hay norma prohibitiva que la impida y razones de economía procesal y de eficacia aconsejan la admisión de la solicitud acumulada tal como se formula, justificado el endeudamiento y estado de insolvencia de todas y cada una de las sociedades demandantes, habiéndose presentado la documentación exigida por todas ellas. Sin que ello implique confusión de patrimonios ni confusión de acreedores y deudores, se tratará de concursos de personas jurídicas distintas que se tramitarán acumuladamente de formas coordinada, y a cuyo efecto se formarán las piezas separadas que resulten necesarias para la correcta ordenación del procedimiento, con los demás efectos legales inherentes a esta declaración.”: Auto JM-1 Segovia 11.07.2007 (Concurso 475/2007)

JM-2 Bilbao

“ ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.- Por el Procurador Sr. LÓPEZ MARTÍNEZ, en nombre y representación de URAZCA S.A. (CIF A-48469795), URAZCA ESTACIONAMIENTOS S.A.U. (CIF B-82823535), URAZCA PROYECTOS URBANOS S.L.U. (CIF B-83115063), URAZCA PROMOCION DE EMPRESAS S.L.U. (CIF B-95150710), URAZCA PROMOCIONES INMOBILIARIAS S.L. (CIF B-95150710) y URAZCA CONSTRUCCIONES S.A. (CIF A-48763148), se ha presentado escrito solicitando la declaración de concurso de su representado, acompañando los documentos expresados en el artículo 6 de la Ley Concursal (LECO). (...)
FUNDAMENTOS DE DERECHO.- (...) Parece que el legislador ha ideado regímenes procesales distintos a los supuestos de acumulación:
a) De los concursos necesarios, en los que los acreedores, al amparo del art. 3.5 LECO pueden promover la tramitación acumulada del procedimiento para concursar a más de un deudor insolvente, o acumulación inicial de solicitudes de declaración concursal, al socaire de unos términos legales aptos para amparar el supuesto de grupo de concertación u horizontal, abarcando todo tipo de empresarios y no sólo sociedades. Ello se corresponde con la noción realista del grupo de empresa, y pertenece a un estadio más evolucionado del proyecto legislativo de la reforma concursal, que proviene desde la concepción de art. 4 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), que como se sabe, ha evolucionado, por impulso del Derecho derivado de la Unión Europea, desde la idea de unidad directiva a la del poder de control directo o indirecto, mientras que ha quedado en LECO, en el supuesto de personas jurídicas, en identidad sustancial de miembros --suerte de metáfora del levantamiento del velo en estructura jerarquizada--, y unidad en la toma de decisiones --que permite incluir los grupos horizontales o de coordinación--.
b) De concursos voluntarios, en que la interpretación literal de los preceptos de art. 25 LECO, obligaría a tramitar varios procedimientos, en principio independientes, y que sólo cabría acumular una vez declarados, previéndose siempre grupos verticales, y de sociedades mercantiles. Ello perteneciente al concepto formalista del grupo, y a una primitiva versión legislativa en que éste se contemplaba en el concurso voluntario como simple deber de información (Cfr.: arts. 6.3.4º LECO), y cuya plasmación legal en orden a la consolidación contable de comerciantes (art. 42 CCom.), en la defensa de los partícipes del capital social (art. 87 LSA), ya ha sido actualmente superada, como se indicaba antes, por el concepto de la capacidad de control -.aparente en otras normas posteriores e igualmente acordes con «modernización» de índole comunitaria europea, como en art. 7 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia--.
Los Juzgados de lo Mercantil han admitido la solicitud conjunta de concurso de sujetos de un mismo grupo o acumulación inicial de solicitud de declaración de concurso voluntario desde el pionero AJMER Barcelona n.º 3 de 15 de noviembre de 2004, puesto que nada lo prohibe en la Ley, y resulta indudable su practicidad, ya que no se fuerzan procedimientos separados para unirlos con ulterioridad, con el mismo resultado.
Ahora bien, no se confunden los concursos tramitados en conjunto, puesto que no es el concurso de un ente sin personalidad integrado por diversas sociedades, sino que se desenvuelve el procedimiento en unos mismos autos pero con varios concursos, con sus respectivas masas, y una administración concursal común.
Una consecuencia de estas acumulaciones es la posible alteración de la competencia. En un grupo de empresa vertical, la competencia para acumular procedimientos en la solicitud sería por analogía la correspondiente a la de concursos ya declarados: el fuero de la sociedad dominante de un grupo, en el supuesto URAZCA S.A., Bilbao, amén de que las sociedades implicadas con domicilio social fuera de Bizkaia, tienen su centro de intereses principales, al margen de la jerarquización de decisiones corporativas en dicho Territorio Histórico. “:Auto JM-2 Bilbao 09.05.2008 (concurso 213/2008, LA LEY 25861/2008)

JM-1 Cádiz

"TERCERO.- DE LA PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN CONJUNTA DE CONCURSO DE INMOBILIARIA AMUERGA, S.L. Y JALE CONSTRUCCIONES, S.A.U.- Según se dice en las solicitudes de concurso, ambas entidades forman parte de un mismo grupo (conocido como GRUPO JALE), siendo la entidad INVERLUNA, S.L., la sociedad matriz o dominante. Esta sociedad es titular del 94,23% de INMOBILIARIA AMUERGA, y es accionista único de la sociedad JALE CONSTRUCCIONES. En las Memorias aportadas constan 26 sociedades dependientes de INVERLUNA, de las cuales 8 están participadas al 100% por INVERLUNA, y en casi todas las restantes ostenta un porcentaje mayoritario del capital social (págs. 18 a 21 de la Memoria de INMOBILIARIA AMUERGA y págs. 12 a 15 de la Memoria de JALE CONSTRUCCIONES). Ahora bien, no se han formulado las cuentas consolidadas del grupo, como se hace constar en las solicitudes.

La Ley Concursal dedica escasos preceptos al concurso de sociedades pertenecientes al mismo grupo. En primer lugar establece preceptos procesales, y en concreto, los arts. 3.5 y 25 LC, que permiten respectivamente la declaración conjunta de concurso de sociedades del mismo grupo, y la acumulación sobrevenida de concursos de sociedades, y el art. 10.4 que establece la regla de competencia para conocer de estos concursos. Asimismo, con la solicitud de concurso, el deudor persona jurídica, ha de indicar si pertenece a un grupo de empresas (art. 6.2.2º), debiendo presentar las cuentas y el informe de gestión consolidados (art. 6.3.4º). En cuanto a la administración concursal, el art. 28.2 excluye del límite máximo de nombramientos, a los administradores concursales de sociedades del mismo grupo, y el art. 28.3 tiene en cuenta la pertenencia al grupo para las incompatibilidades de los administradores. En cuanto a las consecuencias de naturaleza sustantiva, se recogen en el art. 93.2.3º LC, que considera personas especialmente relacionadas con la sociedad declarada en concurso, a las sociedades del mismo grupo y a sus socios, lo que se traduce en la subordinación de los créditos de los que sean titulares (art. 92.5º LC) y en la privación del derecho de voto en junta de acreedores (art. 122 LC). Y en sede de convenio, el art. 101 LC prevé que en caso de concurso declarado conjuntamente o acumulado, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros.

A estos efectos, no obstante, no puede hablarse de concurso del grupo de sociedades. De la regulación concursal puede colegirse, de una parte, que la existencia de un grupo de sociedades (que es reconocida por la concursada en la solicitud de declaración de concurso), no impide que puedan ser declaradas en concurso las sociedades del grupo, pues así se desprende del art. 3.5 LC que permite la declaración conjunta de concurso de varias personas jurídicas cuando *"formen parte del mismo grupo, con unidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones"*; y de otra parte, se deduce que la declaración de concurso de la matriz no arrastra a las demás sociedades del grupo y viceversa. Como señala JUANA PULGAR ("La declaración del concurso de acreedores"), interpretando el art. 3.5 LC, no es el grupo el que queda sometido a concurso. Según esta autora, *"no se contemplan en la reforma, a diferencia de los que acontecía en el ALC de 1983, supuestos de extensión del concurso de una sociedad concursada a la dominante que había ejercido su actividad empresarial a través de la entidad dominada declarada en concurso, ni ningún otro supuesto de extensión ascendente dentro del grupo, no debiendo interpretarse la acumulación de concursos ya declarados contemplada en el art. 25.1 LC como un supuesto de extensión de la declaración de concurso de la sociedad dominante a la dominada/as perteneciente/s al mismo grupo"*.

En esta línea, se critica (SANCHEZ-CALERO GUILARTE: "Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades", en Anuario de Derecho Concursal, nº 5 de 2005) que el Reglamento 1346/2000 no dedique mención alguna a los grupos de sociedades, en oposición a la solución dada por el Derecho estadounidense (Capítulo 11 de la Bancktruptcy Act), que admite al grupo como sujeto del procedimiento.

Por tanto, no puede hablarse de concurso del grupo, y sí de concurso de sociedades del mismo grupo, precisando que no han de ser todas, ni tampoco es necesario que sea declarada la matriz.

Precisa EMBID IRUJO ("Sobre el concepto y significado del concepto de grupo en la Ley Concursal", *RDCP*), que *"el grupo es una singular forma de empresa que condiciona, por su funcionamiento conjunto, la trayectoria económica de sus sociedades integrantes, y que, por ello mismo, puede ser el motivo de la insolvencia desencadenante del concurso de una, varias o todas ellas, supuesto este último que bien podría calificarse de "concurso de grupo", aunque no desde un riguroso criterio jurídico".*

Se echa en falta en nuestro ordenamiento un concepto claro y unitario de grupo, llamando la atención las sucesivas modificaciones del art. 42 C. de C., que ofrece un concepto a efectos contables, y que ha sufrido una reforma reciente que viene a cambiar nuevamente el criterio determinante sobre el que construir el concepto. En la anterior redacción del art. 42 C. de C., dada por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, se decía que *"existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión".* La "unidad de decisión" es precisamente también el elemento definitorio utilizado por la Ley de Mercado de Valores, en su artículo 4. El art. 87 LSA (que se remite al art. 42 C. de C.), habla de influencia dominante.

La reforma de 4 de julio de 2007, ha desplazado la "unidad de decisión" por el concepto de "control directo o indirecto".

Señala el art. 42.1 en la redacción vigente:

"Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.
A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona."

En el presente caso, y pese a que no se han formulado cuentas anuales consolidadas, y a efectos de la normativa concursal sobre grupo de sociedades, podemos decir que con los datos de los que se dispone, las sociedades solicitantes se encuentran en situación de dependencia respecto de la entidad INVERLUNA, S.L., concurriendo, al menos, las circunstancias de los apartados a) y b) del art. 42.1 C. de C. Debe tenerse en cuenta que son las propias solicitantes las que manifiestan que forman parte de un grupo de sociedades aunque no se hayan formulado las cuentas consolidadas. Y a mayor abundamiento, aunque no consten dichas cuentas, la regulación de las cuentas anuales de la sociedad anónima permite tener constancia de la pertenencia de la sociedad a un grupo de sociedades (arts. 176.3, 177 apartados 2º y 3º, 180.1º.6 y 7, 183.3º, 189.1.7 y b.5, y 200.7ª LSA). Y en este sentido, en el balance de las cuentas anuales de ambas sociedades (doc. 6, 7 y 8), constan participaciones en empresas del grupo, y deudas con empresas del grupo, y asimismo en las Memorias se hacen constar los saldos con empresas del grupo y asociadas.

Como se ha expuesto, el art. 3.5 LC permite al acreedor solicitar el concurso de varias personas jurídicas (dos o más), cuando formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros, y unidad en la toma de decisiones. Con una interpretación literal del precepto, ha de entenderse que se trata de los casos de concurso necesario, y además no se distingue entre sociedades dominantes o dominadas. Es decir, según la dicción del mismo, podría declararse el concurso de varias sociedades dominadas, aunque la sociedad dominante no se encuentre en insolvencia, o de la sociedad dominante y además una, o varias, o todas las dominadas. Lo que resulta imprescindible es que concurra el presupuesto objetivo de la insolvencia (art. 2 LC), en todas las sociedades cuyo concurso se insta. Por el contrario, el art. 25 LC recoge el supuesto de acumulación de concursos ya declarados de varias sociedades del mismo grupo, pero en este caso, la legitimación para solicitarlo, se atribuye a la administración concursal de la sociedad dominante, y es necesario que se haya declarado el concurso de la sociedad dominante, y la acumulación ha de ser a dicho concurso. Es decir, con una interpretación literal, no contempla la acumulación de concursos ya declarados de sociedades dominadas, cuando la matriz no se encuentra en insolvencia.

Se ha planteado la posibilidad de extender los supuestos del art. 25, de mayor extensión, a la acumulación inicial. El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 29 de diciembre de 2004 realizando una interpretación integradora de ambos preceptos, declaró el concurso de dos cónyuges, que formularon una única solicitud, a pesar de que el art. 3.5 LC, no recoge la acumulación inicial de concurso de los cónyuges. Asimismo se trataba de un concurso voluntario, cuando el art. 3.5 se limita a los casos de concurso necesario, al atribuir la legitimación para solicitar la declaración conjunta de concurso al acreedor.

Y así podría también plantearse si declarado el concurso de dos sociedades del mismo grupo, pueden acumularse posteriormente dichos concursos, a pesar de que la sociedad dominante no haya sido declarada en concurso. Con una interpretación literal del art. 25, no, ya que según se colige de dicho precepto, no cabe la acumulación del concurso de dos dominadas cuando no ha sido declarada en concurso la sociedad dominante, si bien se podría plantear una interpretación extensiva y la aplicación analógica del art. 3.5. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 30 de diciembre de 2004.

De otra parte, otro tema que se cuestiona es si en los grupos de sociedades, es posible la declaración conjunta de concurso en caso de solicitud por las sociedades deudoras (concurso voluntario). Esta es precisamente la cuestión que se plantea en este caso, ya que, aunque han sido presentadas dos solicitudes de dos sociedades (dominadas) de un mismo grupo, por medio de otrosídigo, se ha interesado en ambas solicitudes, la tramitación conjunta. En línea con lo expuesto, no es posible si hacemos una interpretación literal del art. 3.5 ya que la acumulación originaria sólo puede solicitarla el acreedor. En el caso de la acumulación sobrevenida, es posible si la solicitara la administración concursal de cualquiera de los concursos. No obstante, como se ha reseñado, podría admitirse la acumulación originaria si se hace una interpretación flexible.

Un sector doctrinal (GONZALEZ CARRASCO, en "Comentarios a la Ley Concursal", BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, coord.) mantiene una posición más estricta, y estima que la posibilidad de solicitud de declaraciones conjuntas de concurso sólo se contempla en relación con el concurso necesario. Las enmiendas (nº 237 presentada por el Grupo Parlamentario socialista y nº 65 del Grupo Parlamentario *Entesa catalana de Progrés)* que propusieron la posibilidad de presentación conjunta de la solicitud de concurso por varios deudores fueron rechazadas. Este es un argumento para proponer una interpretación no extensiva del precepto. La doctrina citada considera que el rechazo fue correcto ya que en el caso de varios deudores la identidad de causa de pedir que exige el art. 72.2 LEC no es en general la insolvencia genérica sino la concreta situación de insolvencia de cada uno. Por otro lado, también se dice que no parece correcto que los deudores puedan instrumentar la confusión patrimonial creada por ellos mismos en su propio beneficio. Por el contrario, otro sector (ROJO, en "Comentario de la Ley Concursal"), admite la posibilidad de declaración conjunta de concurso voluntario ya que la Ley aunque no lo recoge tampoco lo prohíbe expresamente, y considera que

para que el Juez pueda admitir la solicitud de declaración conjunta debería requerirse que los deudores tuvieran la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 93 LC), siendo indiferente que uno o varios sean personas físicas y los otros personas jurídicas, que unos se encuentran en insolvencia inminente y otros en insolvencia actual. Según dicho autor, será Juez competente el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor de mayor pasivo, y si se trata de sociedades del mismo grupo el de la sociedad dominante si figura entre las solicitantes, en otro caso, el de la sociedad que tenga mayor pasivo. También es favorable en la doctrina a esta postura integradora, SANCHEZ CALERO ("Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades").

No hay unanimidad entre los Jueces de lo Mercantil respecto de estas cuestiones, dependerá de que se adopte una postura más estricta y acorde con la letra de la ley, o por el contrario, más integradora en línea con las citadas resoluciones. En el I Encuentro de la Especialidad Mercantil celebrado en Valencia los días 9 y 10 de diciembre de 2005 se abordó la relación entre estos preceptos sin que se adoptara por los Jueces de lo Mercantil una solución unitaria. Entre el primer sector, admitiendo la posibilidad de declaración conjunta de concurso voluntario de sociedades del mismo grupo, pueden citarse los Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 15 de noviembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 15 de noviembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 29 de noviembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 25 de enero de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia de 2 de octubre de 2007, y el Auto de este Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 7 de abril de 2006 que declaró el concurso voluntario de tres sociedades pertenecientes al mismo grupo.

Partiendo de la aplicación al caso del art. 3.5, y estimando acreditado que las sociedades solicitantes pertenecen al mismo grupo, es necesario además, que concurran cumulativamente dos requisitos: unidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. Respecto del primero, ambas sociedades están participadas por la matriz. En concreto, el capital social de JALE CONSTRUCCIONES, S.A.U., pertenece al 100% a INVERLUNA, S.L., que ostenta el 94,23% del capital social de INMOBILIARIA AMUERGA, S.L. En cuanto a la unidad en la toma de decisiones, como ha quedado expuesto, se considera que concurre una dirección unitaria en El Puerto de Santa María (Cádiz), lugar donde residen la mayor parte de los administradores, y también tienen su residencia en la provincia, el Director Financiero y el Auditor de Cuentas, que son los mismo en ambas sociedades, y existe una dirección financiera unitaria del grupo, como demuestran las garantías recíprocas prestadas entre las empresas del grupo, y en concreto, entre las solicitantes.

Además de las razones jurídicas expuestas, que hacen tomar postura favorable a la declaración conjunta de concurso, se añaden razones de índole práctica y de economía procesal, que aconsejan dicha decisión, como son las genéricas, de nombramiento de una única administración concursal y menor coste de publicaciones, a las que hay que añadir en el caso concreto, la estrecha vinculación entre ambas sociedades, como demuestran las numerosas relaciones comerciales cruzadas entre ambas (la inmobiliaria es cliente y deudora de la constructora), la existencia de líneas de crédito o cuentas corrientes entre ambas sociedades, y las operaciones en las que una sociedad avala a la otra o ambas a una tercera (documento 17 de la solicitud de JALE CONSTRUCCIONES). ": Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

JM-1 Bilbao

"SEGUNDO.- Grupo de Sociedades.- Es admisible la solicitud conjunta de parte de las sociedades del grupo. Igual que el art. 3.5 LC permite al acreedor instar el concurso de varias personas que formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones, el 10.4 autoriza la declaración conjunta de concurso de varios deudores, mencionando expresamente el caso de un grupo de sociedades.

Otros preceptos autorizan esta interpretación, pues el art. 6.2.2º LC establece la obligación de indicar si se pertenece a un grupo de empresas, el 6.3.4º exige la presentación de cuentas e informe de gestión consolidados, el art. 25 la eventual acumulación de concursos, el art. 28.2 regula el nombramiento de administradores concursales en supuestos de concurso de grupos de sociedades, el mismo art. 28, en su apartado 3, regula las incompatibilidades de los administradores, y el art. 93.2.3º donde califica de personas especialmente relacionadas las integradas en un grupo de empresas.

Se ha explicado en la solicitud que las tres sociedades pertenecen al 100 % a METALES SINTETIZADOS S.L. (METASINT). Sus orígenes son semejantes, manifiestan que ha habido un tradicional flujo de recurso humanos y materiales entre ellas, existe semejante objeto social y relación comercial, prestándose asistencia financiera y garantías cruzadas, y coincidencia o relación parental entre las personas físicas integrantes de los respectivos órganos de administración.

En definitiva, es posible la declaración conjunta del concurso de una o varias sociedades de un grupo de empresas o sociedades, que vista la relación existente en las tres solicitantes, debe acordarse del modo solicitado. ":AJM-1 Bilbao 04.05.2009 (Concurso 251/2009)

2.3 De sociedades y personas físicas

JM-1 Cádiz

" Según se dice en las solicitudes de concurso, las tres entidades solicitantes comparten un control directo y unidad de decisión al tener socios comunes y miembros de los órganos de administración o altos directivos

(apoderados generales) compartidos entre ellas, teniendo además relaciones comerciales cruzadas y operaciones avaladas entre sí, siendo además, los miembros de la familia, avalistas de las sociedades. Y añaden que se trata de una familia cuyos miembros (cónyuges e hijos) conforman la totalidad del capital social de las sociedades así como los órganos de administración, altos directivos y la disposición patrimonial de todas las sociedades, y además han avalado personalmente lasa deudas sociales.

En los respectivos procedimientos se acordó requerir a todos los solicitantes para que acreditaran, a efectos de la acumulación que se solicita, que en las sociedades, aun no constituyendo formalmente un grupo, hay unidad en la toma de decisiones e identidad sustancial de sus miembros, o que, existe confusión de patrimonios entre las mismas. Y respecto de las personas físicas, para que acreditaran que hay confusión patrimonial con las personas jurídicas con cuyo concurso solicitan la acumulación, u otra circunstancia que, conforme a los arts. 3.5 o 25 LC, permita la acumulación.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta que los socios de la entidad HIERROS VICENTE BLANCO, S.L. son D. VBF, Dª AMMH, D. RBM y D. DBM, siendo administrador único D. VBF. Los socios de HIERROS BLANCO BAHIA, S.L. son D. RBM y Dª CMRV, siendo administrador único D. RBM. Los socios de HIERROS BLANCOSUR, S.L. son D. DBM y Dª IEL, siendo administrador único D. DBM.

En contestación a los mencionados requerimientos, por los solicitantes se hace constar que existe confusión patrimonial entre las personas jurídicas, aportando declaración jurada del propietario y administrador único de la mercantil Dirección y Asesoramiento Fiscal DAFIS, S.L., entidad que presta asesoramiento económico, financiero y fiscal a las sociedades y a la familia, en la que expone el funcionamiento conjunto de las sociedades, existiendo unidad de caja, unidad de gestión y unidad administrativa a través de D. VBF, Dª AMMH, y D. RBM. Añade que el cash management, característica habitual de los grupos, implica una única gestión de la tesorería de las empresas vinculadas, que conlleva la existencia de posiciones acreedores y deudoras entre las mismas. Asimismo, alega para justificar la confusión patrimonial, que la entidad HIERROS VICENTE BLANCO, S.L. es propietaria de la nave industrial que constituye el domicilio social y la sede de la mercantil HIERROS BLANCO BAHIA, S.L., y asimismo que HIERROS VICENTE BLANCO, S.L. es avalista del préstamo hipotecario que la entidad HIERROS BLANCOSUR, S.L. solicitó para la adquisición de la nave industrial de su propiedad. Y señala que la entidad HIERROS VICENTE BLANCO, S.L. ha efectuado numerosos afianzamientos a favor de las otras sociedades.

Respecto del matrimonio se alega que hay confusión de patrimonios entre la sociedad de gananciales y las personas jurídicas cuya acumulación se solicita, que se acredita por la propiedad por la sociedad de gananciales de las participaciones sociales en el capital de las sociedades, siendo socios de HIERROS VICENTE BLANCO, S.L., y que la vivienda de Sevilla, que constituye su segunda residencia es propiedad de HIERROS VICENTE BLANCO, S.L., y además ambos cónyuges son avalistas de numerosas operaciones financieras de las tres sociedades, y añaden que son los socios mayoritarios de la entidad HIERROS VICENTE BLANCO, S.L., que es la preeminente en el grupo familiar de sociedades, dado que afianza operaciones financieras de las demás.

Se aportan varios contratos de afianzamiento y emplazamientos judiciales en procedimientos de ejecución que comprenden a las sociedades y a los miembros de la familia.

La Ley Concursal dedica escasos preceptos al concurso de sociedades pertenecientes al mismo grupo. En primer lugar establece preceptos procesales, y en concreto, los arts. 3.5 y 25 LC, que permiten respectivamente la declaración conjunta de concurso de sociedades del mismo grupo, y la acumulación sobrevenida de concursos de sociedades, y el art. 10.4 que establece la regla de competencia para conocer de estos concursos. Asimismo, con la solicitud de concurso, el deudor persona jurídica, ha de indicar si pertenece a un grupo de empresas (art. 6.2.2º), debiendo presentar las cuentas y el informe de gestión consolidados (art. 6.3.4º). En cuanto a la administración concursal, el art. 28.2 excluye del límite máximo de nombramientos, a los administradores concursales de sociedades del mismo grupo, y el art. 28.3 tiene en cuenta la pertenencia al grupo para las incompatibilidades de los administradores. En cuanto a las consecuencias de naturaleza sustantiva, se recogen en el art. 93.2.3º LC, que considera personas especialmente relacionadas con la sociedad declarada en concurso, a las sociedades del mismo grupo y a sus socios, lo que se traduce en la subordinación de los créditos de los que sean titulares (art. 92.5º LC) y en la privación del derecho de voto en junta de acreedores (art. 122 LC). Y en sede de convenio, el art. 101 LC prevé que en caso de concurso declarado conjuntamente o acumulado, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros.

A estos efectos, no obstante, no puede hablarse de concurso del grupo de sociedades. De la regulación concursal puede colegirse, de una parte, que la existencia de un grupo de sociedades, no impide que puedan ser declaradas en concurso las sociedades del grupo, pues así se desprende del art. 3.5 LC que permite la declaración conjunta de concurso de varias personas jurídicas cuando “formen parte del mismo grupo, con unidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones”; y de otra parte, se deduce que la declaración de concurso de la matriz no arrastra a las demás sociedades del grupo y viceversa. Como señala JUANA PULGAR (“La declaración del concurso de acreedores”), interpretando el art. 3.5 LC, no es el grupo el que queda sometido a concurso. Según esta autora, “no se contemplan en la reforma, a diferencia de los que acontecía en el ALC de 1983, supuestos de extensión del concurso de una sociedad concursada a la dominante que había ejercido su actividad empresarial a través de la entidad dominada declarada en concurso, ni ningún otro supuesto de extensión ascendente dentro del grupo, no debiendo interpretarse la acumulación de concursos ya declarados contemplada en el art. 25.1 LC como un supuesto de extensión de la declaración de concurso de la sociedad dominante a la dominada/as perteneciente/s al mismo grupo”.

En esta línea, se critica (SANCHEZ-CALERO GUILARTE: “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades”, en Anuario de Derecho Concursal, nº 5 de 2005) que el Reglamento 1346/2000 no

dedique mención alguna a los grupos de sociedades, en oposición a la solución dada por el Derecho estadounidense (Capítulo 11 de la Bancktruptcy Act), que admite al grupo como sujeto del procedimiento.
Por tanto, no puede hablarse de concurso del grupo, y sí de concurso de sociedades del mismo grupo, precisando que no han de ser todas, ni tampoco es necesario que sea declarada la matriz.
Precisa EMBID IRUJO ("Sobre el concepto y significado del concepto de grupo en la Ley Concursal", RDCP), que "el grupo es una singular forma de empresa que condiciona, por su funcionamiento conjunto, la trayectoria económica de sus sociedades integrantes, y que, por ello mismo, puede ser el motivo de la insolvencia desencadenante del concurso de una, varias o todas ellas, supuesto este último que bien podría calificarse de "concurso de grupo", aunque no desde un riguroso criterio jurídico".
Se echa en falta en nuestro ordenamiento un concepto claro y unitario de grupo, llamando la atención las sucesivas modificaciones del art. 42 C. de C., que ofrece un concepto a efectos contables, y que ha sufrido una reforma reciente que viene a cambiar nuevamente el criterio determinante sobre el que construir el concepto. En la anterior redacción del art. 42 C. de C., dada por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, se decía que "existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión". La "unidad de decisión" es precisamente también el elemento definitorio utilizado por la Ley de Mercado de Valores, en su artículo 4. El art. 87 LSA (que se remite al art. 42 C. de C.), habla de influencia dominante.
La reforma de 4 de julio de 2007, ha desplazado la "unidad de decisión" por el concepto de "control directo o indirecto".
Señala el art. 42.1 del C. de C. en la redacción vigente:
"Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.
En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:
a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.
A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona."
En el presente caso, a efectos de la normativa concursal sobre grupo de sociedades, podemos decir que con los datos de los que se dispone no se puede hablar de grupo de sociedades, aunque son evidentes las vinculaciones entre las tres sociedades. Efectivamente, la entidad HIERROS VICENTE BLANCO, S.L. está administrada por D. VBFa, y las otras dos sociedades HIERROS BLANCO BAHIA, S.L. y HIERROS BLANCOSUR, S.L., respectivamente, por sus dos hijos, D. RBM y D. DBM. Los mismos administradores, en las respectivas solicitudes, certifican que las sociedades no forman parte de un grupo ni como sociedad dominante ni dominada. Y de los datos de los socios y administradores, en principio, no puede colegirse que estemos ante sociedades del mismo grupo conforme al artículo 42 del C. de C.
En los escritos presentados para justificar la solicitud de acumulación se invoca la confusión patrimonial entre las sociedades y con las personas físicas que instan el concurso.
El art. 3.5 LC permite al acreedor, igualmente, solicitar el concurso de varios deudores cuando exista confusión patrimonial entre ellos. Con una interpretación literal del precepto, ha de entenderse que se trata de los casos de concurso necesario. El precepto ha sido objeto de diferente interpretación por la doctrina y práctica judicial. Un sector doctrinal (GONZALEZ CARRASCO, en "Comentarios a la Ley Concursal", BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, coord.) mantiene una posición más estricta, y estima que la posibilidad de solicitud de declaraciones conjuntas de concurso sólo se contempla en relación con el concurso necesario. Las enmiendas (nº 237 presentada por el Grupo Parlamentario socialista y nº 65 del Grupo Parlamentario Entesa catalana de Progrés) que propusieron la posibilidad de presentación conjunta de la solicitud de concurso por varios deudores fueron rechazadas. Este es un argumento para proponer una interpretación no extensiva del precepto. La doctrina citada considera que el rechazo fue correcto ya que en el caso de varios deudores la identidad de causa de pedir que exige el art. 72.2 LEC no es en general la insolvencia genérica sino la concreta situación de insolvencia de cada uno. Por otro lado, también se dice que no parece correcto que los deudores puedan instrumentar la confusión patrimonial creada por ellos mismos en su propio beneficio. Por el contrario, otro sector (ROJO, en "Comentario de la Ley Concursal"), admite la posibilidad de declaración conjunta de concurso voluntario ya que la Ley aunque no lo recoge tampoco lo prohíbe expresamente, y considera que para que el Juez pueda admitir la solicitud de declaración conjunta debería requerirse que los deudores tuvieran la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 93 LC), siendo indiferente que uno o varios sean personas físicas y los otros personas jurídicas, que unos se encuentran en insolvencia inminente y otros en insolvencia actual. Según dicho autor, será Juez competente el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor de mayor pasivo, y si se trata de sociedades del mismo grupo el

de la sociedad dominante si figura entre las solicitantes, en otro caso, el de la sociedad que tenga mayor pasivo. También es favorable en la doctrina a esta postura integradora, SANCHEZ CALERO ("Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades").

No hay unanimidad entre los Jueces de lo Mercantil respecto de estas cuestiones, dependerá de que se adopte una postura más estricta y acorde con la letra de la ley, o por el contrario, más integradora en línea con las citadas resoluciones. En el I Encuentro de la Especialidad Mercantil celebrado en Valencia los días 9 y 10 de diciembre de 2005 se abordó la relación entre estos preceptos sin que se adoptara por los Jueces de lo Mercantil una solución unitaria. Entre el primer sector, admitiendo la posibilidad de declaración conjunta de concurso voluntario, pueden citarse los Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 15 de noviembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 15 de noviembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 29 de noviembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 25 de enero de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia de 2 de octubre de 2007, y los Autos de este Juzgado de 7 de abril de 2006 y 4 de marzo de 2008.

Aceptada por esta Juzgadora la posibilidad de declaración conjunta de concurso voluntario, se trata de analizar si en este caso hay confusión patrimonial.

La confusión de patrimonios constituye uno de los grupos de casos de la institución del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, por lo que se han de hacer unas breves notas sobre la misma.

La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, utilizada por la jurisprudencia norteamericana del "disregard of legal entity", es de construcción jurisprudencial, y tiene sus antecedentes en España en la llamada "doctrina de terceros" (SSTS 7-7-1927, 8-10-1929, 12-12-1950, 26-1-1952, 22-5-1956, 5-5-1958, 30-4-1959 y 21-2-1969), que parte de la base de considerar a la sociedad como tercero, valorando la buena fe y la existencia de fraude. Su plasmación jurisprudencial como tal doctrina tiene lugar en España con la STS de 28 de mayo de 1984, mientras que en la jurisprudencia anglosajona data de finales del siglo XIX. Se trata de penetrar en el sustrato de la persona jurídica para evitar que bajo dicha ficción se puedan perjudicar derechos de terceros o ser utilizada en fraude de ley. Señala la referida Sentencia: "Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (art. 1.1º y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (CC art. 7.1º), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a los efectos que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto-, se pueda perjudicar ya intereses privados o públicos bien ser utilizada como camino del fraude (CC art. 6.4º), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar –levantar el velo jurídico- en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (CC art. 7.2º), en daño ajeno o de los derechos de los demás (Cons art. 10) o contra los intereses de los socios, es decir de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (CC art. 7.2º)". Y añade el TS que quien maneja internamente de modo unitario y global un organismo, no puede invocar frente a sus acreedores que existen varias organizaciones independientes, sobre todo en aquellos casos en los que el control social efectivo está en manos de una persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad. La jurisprudencia posterior ha extendido el ámbito de aplicación de la doctrina a todos aquellos supuestos en el que la separación de la personalidad jurídica constituye una ficción para obtener un fin fraudulento como el cumplimiento de un contrato, la elusión de responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia u otros similares (SSTS 3-6-1991, 13-3-1992, 24-4-1992, 16-2-1994 y 8-4-1996). Entre la jurisprudencia más reciente destacan las SSTS 15-3-2002, 30-7-20024-10-2002, 11-11-2002, 17-12-2002, 25-4-2003, 19-5-2003, 10-7-2003, 11-7-2003, 13-11-2003, 11-9-2003.

Resulta ilustrativa la Sentencia de 15 de octubre de 1997 que señala "la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona disregard y de la germana Durchgriff, que tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la sentencia de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las sentencias de 16 de julio de 1987, 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio de 1991, 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la sentencia de 3 de junio de 1991 se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros; o que reiteran las de 16 de marzo de 1992, 24 de abril de 1992, 16 de febrero de 1994, y la de 8 de abril de 1996"; sentencias posteriores reiteran la doctrina: 23 de enero de 1998, 25 de mayo de 1998, 11 de octubre de 1999, 31 de enero de 2000, 11 de octubre de 2000, 22 de noviembre de 2000."

La jurisprudencia viene admitiendo la aplicación de esta teoría en cuatro grupos de casos:

Abuso de las formas jurídicas o utilización en fraude de ley.

Identidad de personas o esferas de actuación o confusión de patrimonios, que se muestra en la existencia de una comunidad de gestión, de intereses y de beneficios.

Control o dirección efectiva interna.

Infracapitalización o descapitalización societaria.

La Ley Concursal permite pues la solicitud inicial conjunta de concurso de varios deudores cuando exista confusión patrimonial entre los mismos, que se haga patente, conforme a la jurisprudencia reseñada, por la existencia de una comunidad de gestión, de intereses y de beneficios. No menciona el precepto que deban

tratarse de personas jurídicas, aunque será el supuesto habitual, si bien también podrá tratarse de una persona física y una persona jurídica. En cualquier caso, el presupuesto objetivo del concurso debe darse en todos los deudores. Y el problema, insistimos, es la omisión por la Ley Concursal de los rasgos definitorios de la confusión patrimonial. El profesor OLIVENCIA mantiene que la confusión de patrimonios existe "cuando aun apareciendo patrimonios distintos, titulados por personas diferentes, las facultades, derechos o potestades de dirección que el ordenamiento jurídico confiere al titular de un patrimonio se ejercitan de hecho, también o exclusivamente, por persona diversa de su titular jurídico, y cuando las consecuencias económicas de los beneficios o pérdidas experimentados por un patrimonio repercuten de hecho en otro distinto".

MARIA JOSE MORILLAS recoge los supuestos en los que la doctrina considera que se produce la confusión patrimonial, y aquellos otros que pueden extraerse de la jurisprudencia. Entre los primeros dicha autora menciona como indicios de confusión los siguientes:

Director, gerente o mandatario de una sociedad que en su provecho personal utiliza bienes de la compañía

Realización de actos por interés personal con la cobertura de la personalidad jurídica de la sociedad

Obtención reiterada de préstamos bancarios, pero acreditándose los fondos en la cuenta propia del socio gerente

Libre manejo de las cuentas bancarias y coincidencia (en fecha y cuantía) entre los créditos por importantes sumas que aparecen en la cuenta del socio gerente y los débitos que figuran en la cuenta de la sociedad

La participación del consocio como garante en las obligaciones bancarias

La falta de explicación satisfactoria de estos comportamientos de gestión y confusión de una importante porción de pasivos

Atribución por parte de los socios en declaraciones juradas de la propiedad de mercaderías de la sociedad que importan la mayor parte de su activo

Traspaso de masas de bienes mediante enajenaciones a favor de otra persona

Actuación de un testaferro al frente de un patrimonio que pertenece a un dominus oculto

Gestión de la empresa mediante un titular aparente.

Y entre los supuestos de confusión reconocidos en sentencias, MORILLAS (con ejemplos tomados de la jurisprudencia argentina) recoge los siguientes:

Asunción por una sociedad de una deuda por suministros efectuados a otra

Transmisión de una explotación de una sociedad a otra, pese a la cual la primera continúa asumiendo los gastos de funcionamiento del bien transmitido

Pago indistinto del costo de servicios comunes entre dos sociedades

Compra conjunta de materias primas y materiales destinados a dos sociedades por la oficina perteneciente a una de ellas

Contabilización de operaciones en libros de diferentes sujetos que no se corresponde con la realidad de actividad ínter empresarial

Administración común.

En el presente caso, las vinculaciones societarias y familiares entre los solicitantes de concurso, se estima que permiten hablar de confusión de patrimonios, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia expuestas por los siguientes motivos expuestos por los solicitantes y acreditados con la documentación aportada:

Hay unidad de caja, unidad de gestión y unidad administrativa, fundamentalmente a través de D. VBF, administrador de HIERROS VICENTE BLANCO, S.L., padre de los otros administradores, que ha sido socio de las otras dos sociedades, siendo en la actualidad sus hijos socios mayoritarios de las mismas y administradores.

Una única gestión de la tesorería de las empresas vinculadas, que conlleva la existencia de posiciones acreedores y deudoras entre las mismas.

La entidad HIERROS VICENTE BLANCO, S.L. es propietaria de la nave industrial que constituye el domicilio social y la sede de la mercantil HIERROS BLANCO BAHIA, S.L.

La entidad HIERROS VICENTE BLANCO, S.L. ha avalado el préstamo hipotecario para la adquisición por la entidad HIERROS BLANCOSUR, S.L., de la nave industrial de su propiedad.

La entidad HIERROS VICENTE BLANCO, S.L. ha efectuado numerosos afianzamientos a favor de las otras sociedades

Ambos cónyuges son avalistas de numerosas operaciones financieras de las tres sociedades, y son socios mayoritarios de la entidad HIERROS VICENTE BLANCO, S.L., que es la preeminente en el grupo familiar de sociedades, dado que afianza operaciones financieras de las demás.

Por ello, se estima acreditada la confusión patrimonial entre las tres sociedades que justifica la declaración conjunta de concurso. En cuanto a las personas físicas, de los datos aportados, puede colegirse que D. VBF administra y gestiona la sociedad preeminente. Y que consta que es el fundador y que constituyó las otras dos sociedades, por lo que puede entenderse que dirige la gestión de las tres sociedades. Asimismo, el afianzamiento personal de operaciones de las otras dos sociedades, y la confusión patrimonial con la sociedad de la que es administrador, justifican la acumulación de su concurso, al de las tres sociedades, caso de concurrir el presupuesto objetivo de la insolvencia. En cuanto a su esposa, Dª AMM, aun cuando se dice que está dedicada a las labores del hogar, debe tenerse en cuenta que está casada en régimen de gananciales y que ha afianzado igualmente las operaciones de las sociedades, coincidiendo el activo y el pasivo con el de su esposo. De otras parte, conforme al artículo 25 LC, procedería la acumulación al concurso de su esposo, y estimándose procedente la acumulación del concurso de D. VBo al de las sociedades, por las mismas razones, procede la acumulación del concurso de Dª AMM al de las sociedades y al de su esposo.

Respecto de la declaración conjunta de concurso de los cónyuges, se ha planteado la posibilidad de extender los supuestos del art. 25, de mayor extensión, a la acumulación inicial. El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3

de Barcelona de 29 de diciembre de 2004 realizando una interpretación integradora de ambos preceptos, declaró el concurso de dos cónyuges, que formularon una única solicitud, a pesar de que el art. 3.5 LC, no recoge la acumulación inicial de concurso de los cónyuges. Asimismo se trataba de un concurso voluntario, cuando el art. 3.5 se limita a los casos de concurso necesario, al atribuir la legitimación para solicitar la declaración conjunta de concurso al acreedor. Compartiendo dicho criterio, constituye otro argumento más a favor de la acumulación solicitada.

En cualquier caso, para que proceda la declaración conjunta de concurso, deberá concurrir el presupuesto objetivo de la insolvencia en todos los deudores.": AJM-1 Cádiz 10.10.2008 (Autos nº 395/08, 396/08, 397/08, 398/08 y 401/08)

2.3.1.1 No declaración conjunta del concurso voluntario de la sociedad y un socio o fiador

AP Girona

"TERCERO Asimismo en el supuesto de autos se aprecia otro motivo de inadmisión en cuanto a la solicitud formulada de forma conjunta.

Si bien es cierto que en la LC no se prevé en supuestos de concurso voluntario la posibilidad de solicitar el concurso de forma conjunta y su consiguiente declaración conjunta, si que es cierto que ha sido admitido por diversos Juzgados de la Mercantil dicha posibilidad, mayoritariamente en supuestos de deudores unidos por vínculo matrimonial o en supuestos de de sociedades y sus administradores.

La parte instante parte de la posibilidad de la instar conjuntamente en el caso presente dado el carácter solidario de las deudas bancarias y el carácter indiviso de la nave que constituye la finca registralNUM000 de Sant Feliu de Guixols.

La posibilidad de admitir la declaración conjunta de concurso de los recurrentes no esta prevista legalmente en supuestos como el presente en que el concurso es voluntario y si solo respecto al necesario en elArt. 3.5 de la Ley Concursal que permite solicitar al acreedor la declaración judicial conjunta de concurso de sus deudores y siempre que concurran los requisitos de de confusión patrimonial en los instantes.

El fundamento de la posibilidad de solicitar la declaración conjunta de concurso radica en la imposibilidad en casos concretos de no poderse determinar con seguridad si los bienes afectos a la responsabilidad patrimonial del deudor pertenecen a uno u otro de los deudores o, cuando existe un entrelazamiento patrimonial tan intrincado que no es posible desentrañar e individualizar la titularidad de los elementos del activo y del pasivo para atribuirlos a uno u otro deudor o que para verificarlo exige un esfuerzo desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse.

En supuestos de socios y sociedades el TS. Según la más autorizada doctrina, la confusión patrimonial que es uno de los supuestos en que elartículo 3.5 de la Ley Concursal permite solicitar al acreedor la declaración judicial conjunta de concurso de sus deudores, implica que no pueda determinarse con seguridad si los bienes afectos a la responsabilidad patrimonial del deudor pertenecen a uno u otro de los deudores o, como también se ha indicado, cuando existe un entrelazamiento patrimonial tan intrincado que no es posible desentrañar e individualizar la titularidad de los elementos del activo y del pasivo para atribuirlos a uno u otro deudor o que para verificarlo exige un esfuerzo desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse.

Además, con carácter general el Tribunal Supremo también aprecia la existencia de confusión patrimonial entre socios y sociedad cuando no existe separación alguna de patrimonios ni de personalidades, utilizándose la aparente autonomía jurídica del socio y de la sociedad para distraer las responsabilidades de ésta, por cuanto ello constituye un abuso de la personalidad formal que se utiliza como vehículo de fraude, lo que contradice los principios de la buena fe y equidad y vulnera la prohibición del fraude y el abuso de derecho (sentencia del tribunal Supremo de 21 de mayo de 2002), lo que sería aplicable a supuestos concursales a efectos de apreciar situaciones de confusión patrimonial entre la sociedad y los socios.

Por último, la confusión patrimonial tiene un reconocimiento legal en elartículo 285 del Código de Comercio, al regular los factores mercantiles, declarando también su responsabilidad para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en nombre de su comitente para el caso de los patrimonios del principal y del factor estén confundidos.

.El fundamento de la posibilidad de solicitar la declaración conjunta de concurso radica en la imposibilidad en casos concretos de no poderse determinar con seguridad si los bienes afectos a la responsabilidad patrimonial del deudor pertenecen a uno u otro de los deudores o, cuando existe un entrelazamiento patrimonial tan intrincado que no es posible desentrañar e individualizar la titularidad de los elementos del activo y del pasivo para atribuirlos a uno u otro deudor o que para verificarlo exige un esfuerzo desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse, lo cual no parece que acontece en el caso de autos en que aparentemente las responsabilidades de los instantes están perfectamente delimitadas y ello sin perjuicio de la posibilidad de que los instantes pudieran instar la acumulación de concursos una vez admitidos a trámite.": AAP Girona 02.12.2009 (JUR 2010/86302; Auto 328/2009; Rollo 542/2009)

AP Cáceres

"PRIMERO.-El Juzgado Mercantil inadmite a trámite la solicitud conjunta de concurso voluntario, presentada por Don Lázaro y la entidad HIGH RUSTIC INVESTMENTS, S.L., y contra dicha resolución se interpone recurso de apelación basado en la infracción de lo dispuesto en los artículos 3.5 y 25 de la Ley Concursal.

SEGUNDO.-La Ley Concursal establece en el artículo 3.5 que "el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o

siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones". Y el artículo 25.1 dispone que "en los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal mediante escrito razonado podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo".
Se produce por tanto un silencio legal en relación con la posibilidad de declarar conjuntamente el concurso voluntario de varios deudores. Es cierto que existe una opinión en la doctrina y en los juzgados mercantiles que admite por razones de economía procesal, que se declare conjuntamente el concurso voluntario de varios deudores, sin tener que esperar a su acumulación posterior. Sin embargo, la regulación legal es clara y no deja lugar a duda, y su interpretación literal implica la no admisión de la declaración conjunta de los concursos voluntarios de acreedores de las empresas de un mismo grupo. Deben tenerse en cuenta las dificultades que presenta la determinación o apreciación de la concurrencia de dichos requisitos ab initio y las dificultades que pueden plantearse en la tramitación en un único procedimiento concursal de los concursos de acreedores de varios deudores, pues en ningún caso se producirá la confusión de patrimonios pues cada uno tiene sus propios patrimonios y acreedores. El legislador no ha previsto expresamente la declaración conjunta de los concursos voluntarios de varios deudores, a diferencia de lo que sí se establece para los concursos necesarios, y las razones de economía procesal no son suficientes para realizar una interpretación analógica o extensiva de los preceptos legales expuestos. Razones que por otro lado, como ya se ha expuesto no son tales, pues la tramitación conjunta puede incluso complicar y dilatar más la tramitación del procedimiento concursal.
TERCERO.-Pero aún cuando se admitiera la posibilidad de solicitar la declaración conjunta del concurso voluntario de varios deudores, en el caso de autos no concurre ninguno de los presupuestos invocados para fundamentar dicha petición.
Lo primero que debe señalarse es que en la solicitud de declaración conjunta del concurso de acreedores de la entidad HIGH RUSTIC INVESTMENTS, S.L. y de Don Lázaro, no se justificó en ningún momento porqué se pretendía que se declarara en una misma resolución y en un mismo procedimiento el concurso voluntario de ambos deudores. Es después, al formularse el recurso de apelación cuando la parte aclara que, entre otras circunstancias, en el caso planteado los bienes intervenidos, contabilidades reflejadas en los distintos libros, acreedores, avales, responsabilidades, deudas, etc, de ambos deudores se encuentran tan entrelazados que hacen imposible diferenciar a quién de ellos pertenecen, invocándose el artículo 25.1 LC que regula la acumulación de concursos de la persona jurídica y de sus socios o administradores que deban responder personalmente de sus deudas, y el artículo 3.5 LC por existir confusión de patrimonios.
En relación con el primero de los motivos invocados, Don Lázaro es administrador y socio único de la sociedad HIGH RUSTIC INVESTMENT, S.L. pero estas circunstancias no determinan por sí solas que deba responder de las deudas sociales. No es este el supuesto a que se refiere el artículo 25.1 LC. Una de las características de las sociedades de responsabilidad limitada es que los socios no responden de las deudas de la sociedad, tal y como establece el artículo 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, salvo en los supuestos excepcionales como el previsto en el artículo 129 para las sociedades limitadas unipersonales. Incluso el artículo 128 diferencia las responsabilidades del socio y de la sociedad en supuestos de contratación entre ambos, cuando se declare el concurso de acreedores de cualquiera de ellos. Además, para que los administradores deban responder de dichas deudas, es preciso que se declare dicha responsabilidad por concurrir los presupuestos legales previstos para ello, por ejemplo, en el artículo
105.5 del mismo texto legal. En consecuencia, el socio y administrador de una sociedad limitada no debe responder de las deudas de la sociedad, como ocurre por ejemplo en las sociedades colectivas o comanditarias, a las que sí resulta de aplicación el precepto invocado.
En relación a la supuesta confusión de patrimonios, de la documentación aportada con la solicitud de concurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 6 LC no puede deducirse tal confusión. De dichos documentos se deduce con claridad que los acreedores de ambos solicitantes no son comunes y tampoco existen bienes comunes, por lo que no resulta acreditada la supuesta confusión que se alega por la parte, ni que exista cotitularidad de bienes, ni identidad entre los acreedores. Ningún otro documento y ningún otro dato se ha aportado al procedimiento del que se pueda deducir la necesaria comunidad de gestión, de intereses y de beneficios, que justificaría la confusión de patrimonios. El hecho de que uno de los deudores sea el socio y administrador único de la sociedad, no justifica por sí solo la confusión de patrimonios entre ambos. Sería preciso que se hubieran aportado pruebas que acreditaran algunos de los indicios suficientes para concluir la existencia de confusión de patrimonios, por ejemplo, que se acreditara la realización por el administrador de actos por interés personal utilizando la cobertura de la persona jurídica, o que se utilizaran libremente las cuentas bancarias de la sociedad de manera que sólo los débitos y no los créditos figuraran en la cuenta de la sociedad, o cualquier otro indicio o dato. Sin embargo, la parte se ha limitado a afirmar y dar por supuesta la confusión de patrimonios, que no puede deducirse de la prueba documental aportada.
Por ello, tampoco concurren los requisitos establecidos en la ley para que pudiera declararse conjuntamente el concurso de acreedores de ambos solicitantes. ”: AAP Cáceres 24.05.2010 (Auto 96/2010; Rollo 152/2010)

3. Declaración conjunta del concurso necesario

3.1 De cónyuges en régimen de gananciales

“Como es obvio, el examen del motivo va a limitarse a la concurrencia o no de confusión patrimonial respecto de los cónyuges donLuis Miguely doñaEstefaníaal no haberse solicitado ni, evidentemente, declarado el concurso de la citada sociedad.
Según la más autorizada doctrina, la confusión patrimonial que es uno de los supuestos en que elartículo 3.5 de la Ley Concursalpermite solicitar al acreedor la declaración judicial conjunta de concurso de sus deudores, implica que no pueda determinarse con seguridad si los bienes afectos a la responsabilidad patrimonial del deudor pertenecen a uno u otro de los deudores o, como también se ha indicado, cuando existe un entrelazamiento patrimonial tan intrincado que no es posible desentrañar e individualizar la titularidad de los elementos del activo y del pasivo para atribuirlos a uno u otro deudor o que para verificarlo exige un esfuerzo desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse.
Además, con carácter general el Tribunal Supremo también aprecia la existencia de confusión patrimonial entre socios y sociedad cuando no existe separación alguna de patrimonios ni de personalidades, utilizándose la aparente autonomía jurídica del socio y de la sociedad para distraer las responsabilidades de ésta, por cuanto ello constituye un abuso de la personalidad formal que se utiliza como vehículo de fraude, lo que contradice los principios de la buena fe y equidad y vulnera la prohibición del fraude y el abuso de derecho (sentencia del tribunal Supremo de 21 de mayo de 2002), lo que sería aplicable a supuestos concursales a efectos de apreciar situaciones de confusión patrimonial entre la sociedad y los socios.
Por último, la confusión patrimonial tiene un reconocimiento legal en elartículo 285 del Código de Comercio, al regular los factores mercantiles, declarando también su responsabilidad para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en nombre de su comitente para el caso de los patrimonios del principal y del factor estén confundidos.
En el supuesto de autos, no se discute que los deudores están casados bajo el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales y como es sabido durante el matrimonio la sociedad de gananciales prevista en losartículos 1.344 a 1.410 del Código civil, no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en losartículos 392y siguientes del mismo texto legal, al no hallarse presente en tal regulación la idea de parte alícuota propia de la comunidad de tipo romano, lo que supone la atribución, a tal régimen ganancial, de las características propias de la comunidad germánica denominada de mano en común o manos reunidas, en la que cada uno de los diversos bienes o derechos comunes no se imputa individualmente por cuotas, en este caso, por mitad, sino que su cotitularidad recae sobre la total masa patrimonial que conforma dicha sociedad, lo que, en definitiva, implica que, durante la vigencia de tal comunidad, no quepa atribuir directamente a cualquiera de los cónyuges la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, en este sentidosentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1990, 26 de febrero de 2004 y 10 de junio de 2004.
Al no ser los cónyuges en régimen de gananciales titulares de una concreta cuota respecto de cada uno de los bienes que la integran recayendo su derecho sobre el conjunto del patrimonio ganancial no teniendo aquéllos, en su individualidad, sino un derecho expectante en la proporción que los mismos tienen en la sociedad, es decir, por mitad, para el día que se disuelva dicha sociedad, puede implicar una situación de confusión patrimonial.
La propia Ley Concursal se ocupa de perfilar cuándo pueden y deben incluirse en el activo los bienes gananciales en el concurso de cualquiera de los cónyuges y, sin perjuicio de que el otro inste la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Así en la masa activa se incluirán los bienes privativos de cada cónyuge y los gananciales siempre que deban responder de las obligaciones del concursado (artículo 77.2 de la Ley Concursal), lo que viene determinado por el Código de Comercio (artículos 6 y siguientes) y el Código Civil (1362y siguientes) e incluso los privativos del cónyuge no deudor que no sea comerciante cuando lo hubiera consentido expresamente (artículo 9 del Código de Comercio).
Por otro lado, en la masa pasiva se incluyen todas las deudas del concursado aunque también sean a cargo de la sociedad legal de gananciales, quedando excluidos los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad de gananciales (artículo 84.1 de la Ley Concursal).
En el caso de que ambos cónyuges sean insolventes (lo que no tiene que darse necesariamente en atención a los bienes privativos de cada uno), y estando sujetos al régimen económico matrimonial de la sociedad legal de gananciales, cuando no existen bienes privativos o sean cuantitativamente irrelevantes, debe afirmarse la situación de confusión patrimonial pues la regla general será la concurrencia común de unas mismas deudas de las que responderán los mismos bienes gananciales (y esto aunque las deudas fueran propias de cada uno de los cónyuges, al responder los bienes gananciales a falta de bienes privativos por aplicación delartículo 1.373 del Código Civil), resultando absurdo que tengan que efectuarse dos solicitudes separadas para una vez declarado el concurso acumularse (artículo 25.3 de la Ley Concursal).
En el supuesto de autos sólo consta un bien de carácter privativo de donLuis Miguel, concretamente una finca en Tarrasa (documento nº 22 de la solicitud), en tanto que las fincas en Hijas habían sido enajenadas con anterioridad (documento nº 23 de la solicitud) y sin que se haya acreditado el carácter privativo de las acciones de la sociedad "COMERCIAL HISPANA DE PLÁSTICOS, S.A." (artículo 1361 del Código Civil).
Precisado lo anterior, careciendo, al menos, doñaEstefaníade bienes privativos, respondiendo los bienes gananciales de las deudas, al menos por aplicación de lo dispuesto en elartículo 1373 del Código Civil, pues sobre este extremo nada han ilustrado las partes al tribunal, debe apreciarse la situación de confusión de patrimonios que permite la declaración judicial conjunta de concurso, confusión que no se exige que sea total, siendo en este caso sustancial al ser la práctica totalidad de los bienes y derechos de los cónyuges de carácter ganancial.
Como es obvio, la declaración conjunta de concurso de los cónyuges implica la tramitación conjunta y acumulada desde la solicitud de ambos concursos pero no la identidad de masa activa y pasiva, debiendo determinarse para cada uno de los concursados aun cuando sustancialmente coincidan tanto los bienes y

derechos que deban conformar el activo como las deudas a incluir en el pasivo": AAP Madrid (sección 28) 27.03.2008 (JUR 2008/151496)

3.1.1 Previa acumulación de oficio de las simúltaneas solicitudes

"OCTAVO Posibilidad de acumulación de concursos.- La ley concursal regula la materia de acumulación de concursos de distintas personas en 2 preceptos, elartículo 3.5 y el 25. El primero (3.5LC) permite a un acreedor instar la declaración judicial de varias personas jurídicas cuando formen parte del mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. Se trata de un supuesto en el que en la misma solicitud se pide la declaración concursal de varias sociedades, por lo tanto aún no están declaradas y en una misma resolución así se acuerda, pero que exige que cada una de ellas se encuentre en situación de insolvencia.
Por su parte elartículo 25permite la acumulación de varias sociedades ya declaradas en concurso, acumulándose al concurso de la sociedad dominante el de las dominadas.
En los dos preceptos mencionados, la legitimación para bien declarar el concurso o bien interesar la acumulación no corresponde al deudor, sino que se atribuye, al acreedor de todas las sociedades o a la administración concursal de la sociedad dominante concursada. Esto supone, que en principio, y según una interpretación literal de la norma, no sería posible que varios deudores pidieran su concurso conjunto o que el juez del concurso de la sociedad dominante adoptara de oficio la acumulación de las dominadas. Sin embargo, en la práctica forense se ha llevado a cabe una interpretación amplia de estos preceptos y así se ha admitido de forma más o menos generalizada, especialmente en el caso de concurso de personas físicas casadas, la posibilidad de solicitud conjunta de varios deudores, pero siempre claro está que concurra alguno de los supuestos previstos en elart 3.5 o 25 de la ley. Así se ha venido diciendo que la declaración de concurso de esas personas (físicas o jurídicas), la tramitación coordinada y la existencia de una sola administración concursal facilitará la tramitación del procedimiento permitiendo una sustanciación más ágil y beneficiosa para los deudores, y fundamentalmente para los acreedores, sin que ello implique que se produzca una confusión de masas (perjudicial para los acreedores), sino una tramitación coordinada de los procesos concursales (en este sentido se expresó el AJM nº 3 de Barcelona de 29 de diciembre de 2004).
Por el contrario mayores problemas plantea la posibilidad de acumulación de oficio de personas ya declaradas en concurso, porque en muchas ocasiones no se disponen de los medios necesarios para poder determinar y examinar si estamos en presencia de un grupo de sociedades, especialmente cuando la solicitudes se encuentran en distintos juzgados, y en estos casos es más conveniente que la solicitud se efectúe por la Administración Concursal que es la que en realidad está legitimada para instarla, realizando un escrito motivado e indicando los motivos para apreciar ese grupo. Esto nos lleva a entender que como regla general no cabe admitir la posibilidad de acumulación de oficio de concursos por el juzgado. Sin embargo en algunos supuestos podría admitirse esa excepción a la regla general que impide la acumulación.
Debe tratarse de supuestos en los que la mejor solución para la tramitación del concurso suponga que desde el primer momento se deba proceder a la acumulación de solicitudes o concursos declarados, lográndose así una mejor sustanciación de los concursos que facilita la toma de decisiones por la Administración Concursal en forma más satisfactoria para los intereses de los acreedores, que no debemos olvidar es el fin último delo concurso. En estos supuestos la intervención judicial aconseja que desde el primer momento conozca de todas las entidades que se encuentran en situación concursal para poder adoptar la mejor solución, ya que si desde el primer momento se conoce la situación económica y jurídica de todas las sociedades, las decisiones que se adopten y que pueden afectar al grupo serán coordinadas con lo que se logrará un resultado más satisfactorio. Evidentemente para que el órgano judicial pueda adoptar de oficio esta acumulación, que ya hemos dicho es una solución excepcional adoptada en interés de los acreedores, es necesario que todas las solicitudes se hayan repartido al mismo juzgado (lo que ocurre en el presente supuesto), ya que así dispondrá de todos los elementos necesarios para saber si existe o no ese grupo y qué sociedad es la dominante; además al disponer de toda la documentación de las sociedades podrá conocer con mayor claridad las distintas relaciones no solo societarias, sino fundamentalmente financiera existentes entre ellas, lo que puede ayudar a examinar mejor la posible situación de insolvencia de las sociedades. Además la acumulación de concursos o solicitudes de grupos es una exigencia de las relaciones de poder que existen entre dominante y dominada, en virtud de las cuales se produce una unidad económica funcional, aun cuando las partes integrantes pertenezcan jurídicamente a varia sociedades formalmente independientes. Por último la existencia deudores concursados acumulados, tiene una ventaja más que es la posibilidad de nombrar desde el principio una misma administración concursal para las sociedades. Esta posibilidad tiene la ventaja de que el nombramiento cuente como uno solo a los efectos delartículo 28.2 LC, y además es posible que se pueda nombrar al mismo acreedor como administrador concursal, si se dispone de la relación de acreedores de las sociedades; en otro caso, se podría nombrar a un acreedor que no lo fuera de las otras, cuando sí existe uno que lo es de todas. Estas circunstancias excepcionales, que favorecen la tramitación del procedimiento, evitando ciertos retrasos que pueda generar esperar a que la Administración concursal tomo conocimiento de la situación de la sociedad y pida la acumulación, con el consiguiente tiempo que transcurre hasta que se adopta judicialmente la decisión, permiten por economía procesal acordar la acumulación. En última instancia no debemos olvidar que si desde el primer momento se adoptan por la Administración Concursal las medidas teniendo en cuenta que existe un grupo se logrará una solución más beneficiosa para los acreedores de todas las sociedades.
En consecuencia, no existe obstáculo, siempre que estemos en presencia de un grupo de sociedades, en acumular a este concurso el de FT Castellana Consultores Inmobiliarios SA y Almarfe SL que también se siguen en este juzgado.

Para ello es necesario examinar si estamos en presencia de un grupo de sociedades. Nuestra ley concursal no establece un concepto de grupo por lo que es necesario acudir a las distintas disposiciones previstas en nuestro Ordenamiento Jurídico y que aluden al grupo. Varios son los preceptos que aluden al grupo de sociedades, concretamente podemos destacar elartículo 42 del Cdc, elartículo 4 LM y el 87delo TRLSA, pero en todos ellos se aprecia como idea o característica decisiva, tal como ha mantenido la doctrina, la existencia de una unidad de dirección entre varias sociedades que integran el grupo. Esta unidad de dirección implica unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo, sin perjuicio de que pueda modalizarse en cada una de las entidades agrupadas en el marco de libertad de gestión de cada sociedad. La formación de política común se puede producir de manera centralizada desde la sociedad dominante o por medio de cooperación entre todos los integrantes. Además esta unidad debe afectar al menos al ámbito de la financiación, producción, comercialización y política social.
Aunque elartículo 42 del Cdcse refiere a la necesidad de formulación de cuentas anuales consolidadas por la sociedad dominante del grupo, es posible extraer una serie de notas que nos permita configurar un concepto de grupo de sociedades, al menos nos proporciona las notas para estar en presencia de uno.
Dice esteprecepto (en su redacción dada por ley 16/2007 de 4 de julio) que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Para facilitar esta difícil labor de examen del control, el legislador ha establecido una presunción de existencia de control, y ello ocurre cuando una sociedad (dominante) se encuentre en relación con otra en alguna de estas situaciones:
Posea la mayoría de los derechos de voto.
Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación, si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo.
A estos efectos se añadirán a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por éstas, así como a otras personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de alguna de aquéllas.
El AAP de Baleares de 29 de marzo de 2007nos da un concepto de grupo, entendiendo por tal cuando hay unidad de decisión y ésta se produce, en el ámbito societario, fundamentalmente a través del concepto de dominio, que implica la existencia de una sociedad dominante, que es socio de la sociedad filial de forma directa o de forma indirecta a través de otra filial, y asimismo el "control" de la dominante sobre las dominadas a través de cualquiera de estos medios: a) posea la mayoría de los derechos de voto: b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto; d) haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este control no tienen por que se efectivo, basta que sea potencial. Y, como se ha dicho, no tiene porqué ser directo, sino que puede ser indirecto,
Por otro lado, no podemos ignorar que la ley concursal menciona la identidad sustancial de miembros, pero ello no se ha de equiparar con identidad de todos los miembros; es suficiente que haya una identidad de personas que supongan la mayoría que permita adoptar acuerdos en las juntas generales. El adjetivo sustancial no implica por lo tanto identidad personal, sino que, utilizando los medios que ofrece el ordenamiento, el grupo dominante de una sociedad deudora pueda decidir también la otra sociedad deudora cuando ambas tienen el mismo acreedor que insta la declaración conjunta del concurso de ambas. Los entrecruzamientos de participaciones de las sociedades del grupo pueden crear esta situación, con mayoría estable de participación.
Aplicadas las anteriores consideraciones al caso concreto se debe concluir que estamos en presencia de un grupo de sociedades, donde la sociedad dominante es FEMARAL SL, y las dominadas son FT Castellana Consultores Inmobiliarios SA y Almarfe SL, ya que aquella posee el 100% del capital social de FT castellana y el 99´472% de Almarfe, de manera que controla ambas sociedades existiendo unidad de decisión al disponer de la mayoría de los derechos de voto en esas sociedades y sin perjuicio de poder nombrar o destituir a los miembros del órgano de administración de esas sociedades. Existiendo además identidad sustancial de sus miembros, por lo que al estar en presencia de un grupo de sociedad, por los motivos expuestos, procede acumular a este concurso el de las mencionadas sociedades que se sigue en estejuzgado con los números 374/08 y 375/08, cuya declaración concursal se ha efectuado en el día de hoy.”: AJM-5 Madrid 08.09.2008 (JUR 2009\135724)

3.1.2 No acumulación sino mero nombramiento de los mismos Administradores Concursales

“QUINTO Se han presentado concurso además de tres sociedades, que forman grupo con la ahora solicitante. En este caso la petición la formula el propio concursado. Y no tiene legitimidad para solicitar la acumulación.
La solución pasa por valorar la finalidad tiene el literal del art. 3.5 de la Ley Concursal, Ley 22/03 de 9 de julio. Éste artículo dice: «El acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones». Obviamente

se entiende que así el acreedor tiene más garantías, de forma que «lo que importa es que exista, en relación con los bienes con los que se deba hacer frente a la deuda, una situación de confusión o comunidad que justifique esa declaración conjunta de concurso» (LA NUEVA REGULACIÓN CONCURSAL. Instituto de Empresa. Edt. Colex). Y esta situación se da tanto en peticiones que puedan partir del acreedor, como las que puedan hacerlo del propio deudor. Por tanto aún cuando formalmente no esté previsto, no aparece ningún impedimento que excluya la tramitación conjunta o coordinada de concursos a instancia del deudor.
Y esa posibilidad de coordinación está reconocida en el propio artículo 101-2ª de la Ley Concursal, Ley 22/03 de 9 de julio, señala que «?en caso de concursos que se hubieran declarado conjuntamente o cuya tramitación se hubiera acumulado, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros». Por tanto, aún cuando no está previsto expresamente legalmente, la necesidad de llegar en ambos concursos, de una forma coordinada sobre todo, a la fase de convenio en la Sección 5ª, no puede excluirse.
SEXTO Pero no cabe duda que formalmente no puede ni tramitarse conjuntamente ni acumularse, al menos en este caso, si no lo pide alguna de las administraciones concursales.
La solución práctica pasa por nombrar la misma administración en ambos concursos e impulsar procesalmente todos los concursos de forma paralela. Al menos hasta que no se solicite por la administración concursal de alguno de ellos, la utilidad ?que no tiene porque darse en todo caso? de la acumulación.
Y cabe nombrar la misma administración, ya que el art. 28-2º dice textualmente «2.?En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo». Como en este caso se trata de cuatro sociedades, la condición previa para determinar si se puede nombrar la misma administración es concretar si se trata de un mismo grupo de empresas.
La definición de lo que es un grupo de empresas, en lo que en este momento interesa, se contiene en el art. 42-2º del CCom, que señala a estos efectos señala «2. Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta». Y así mismo el BOICAC núm. 62/junio 2005 ?y referido a la obligación de presentar cuentas consolidadas?, también admite la existencia de grupo, cuando «conjunto de sociedades con los mismos accionistas personas físicas, aún no pertenecientes éstas a su órgano de administración, así como a un conjunto de sociedades con el mismo administrador» En este caso, todas las sociedades que presentan la solicitud está íntegramente participada por Antonio Simo 2000, SL, ésta que ahora lo solicitida Por tanto que en este caso hay grupo de empresas no hay duda”: AJM-1 Lleida 19.09.2008 (JUR 2009/184911; Concurso 184/2008)

3.2 De sociedades con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones

“16. Resta examinar la impugnación de GARCÍA MUNTANÉ, VIÑA DEL REY, ALELLA CAN JONC y MAYLAMAR relativa a la apreciación de existencia de grupo de sociedades. El artículo 3.5 LC establece que " el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones."
Las demandadas admiten expresamente que GARCÍA MUNTANÉ y MAYLAMAR forman un grupo de sociedades, pero niega que integren dicho grupo VIÑA DEL REY y ALELLA CAN JONC. Al respecto, conviene señalar los datos fácticos que obran en autos.
Por lo que respecta a la titularidad del capital, las demandadas han reconocido que los socios de GARCÍA MUNTANÉ, VIÑA DEL REY y ALELLA CAN JONC son los mismos: los hermanos don Juan Ignacio, don Everardo y don Candido, que ostentan los siguientes porcentajes respectivos, según admiten las demandadas:
-33,33 %, 33,33 % y 33,33 %, en GARCÍA MUNTANÉ -sociedad de la que es administrador único don Juan Ignacio y apoderados don Lucas, don Candido y don Everardo (ff. 570 y ss.).
-33,40 %, 33,40 % y 33,20 %, en ALELLA CAN JONC -de la que son administradores mancomunados don Juan Ignacio, don Everardo y don Candido. Es apoderado don Lucas (f. 187).
-33,33 %, 33,34 % y 33,33 %, en VIÑA DEL REY -de la que es administrador único don Lucas, padre de los Sres. Juan Ignacio Candido Everardo. Constan como apoderados los Sres. don Juan Ignacio, don Everardo y don Candido (nota registral, f. 153). En el histórico de dicha sociedad (ff. 591 y ss), aparece como administrador, de 2001 a 2006, don Juan Ignacio, que cesa en 2006 para convertirse en apoderado; consta como apoderado, desde 2001, don Lucas, hasta pasar a ser administrador en 2006; constan como apoderados, desde 2003, don Candido y don Everardo.
En cuanto a MAYLAMAR, los accionistas son GARCÍA MUNTANÉ, en un 97,15 % y don Juan Ignacio, en un 2,85 %. Es administrador único don Juan Ignacio y apoderado don Lucas.
La transacción y los pagarés aportados al juicio fueron firmados únicamente por don Lucas en representación, como apoderado, de todas las sociedades (GARCÍA MUNTANÉ, VIÑA DEL REY, ALELLA CAN JONC y MAYLAMAR).
El domicilio de GARCÍA MUNTANÉ y MAYLAMAR está en Premià de Dalt, calle Montseny, 1. Ese mismo domicilio tuvo VIÑA DEL REY desde 2002 hasta 2005. En cuanto al dato de la no aportación de los libros de

contabilidad de ninguna de las sociedades, la defensa y representación común a todas ellas lo explica por el hecho de que el director de contabilidad, también común a todas las sociedades, habría incumplido el deber de llevanza de la contabilidad obligatoria.
A partir del conjunto de datos expuestos, compartimos con el juez mercantil la consideración de que concurren los elementos tenidos en cuenta en el artículo 3.5 LC, a los efectos de la solicitud de la declaración judicial conjunta de concurso de varios acreedores: la identidad de los miembros de las sociedades (los hermanos Juan Ignacio, Candido y Everardo y, en un caso, la sociedad GARCÍA MUNTANÉ integrada por dichos hermanos) y la unidad en la toma de decisiones, atendida, esencialmente y en el contexto descrito, la identidad en la titularidad de acciones y participaciones de las diferentes sociedades; la gestión de las cuatro entidades por los tres socios citados y el apoderado con amplias facultades en todas ellas, padre de los anteriores, don Lucas; la constancia en el procedimiento de la firma por el Sr. Lucas -en representación de la deudora principal y de las fiadoras y avalistas- del contrato causal y de los pagarés en virtud de los cuales la actora ostenta la condición de acreedora de las demandadas.
Por lo expuesto, consideramos procedente estimar el recurso de apelación de HINO y desestimar la impugnación de GARCÍA MUNTANÉ, VIÑA DEL REY, ALELLA CAN JONC y MAYLAMAR. ”: AAP Barcelona (Sección 15) 04.05.2011 (Auto 59/2011; Rollo 550/2010)

4. Declaración del concurso voluntario de la sociedad dominada como acumulado al previo concurso de la dominante

“SEGUNDO La petición de la parte actora no sólo se centra en pedir la declaración de concurso ante los Juzgados mercantiles de Barcelona, sino que además reclama que el concurso de Tracoinsa Servicios, SA se declare acumulado desde un inicio al concurso voluntario de la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA, petición que se realiza al amparo del artículo 25 de la Ley Concursal.
Tal y como aparece redactado el artículo 25 la acumulación de concursos en los supuestos de grupos de empresa sólo es posible una vez declarados previamente los concursos de la sociedad dominante y las dominadas. Es decir, los procedimientos concursales arrancan deslindados procesal y materialmente y se inicia la acumulación previa solicitud de los administradores del concurso.
Una primera lectura del artículo 25 de la Ley Concursal lleva a considerar que el legislador ha establecido regímenes procesales distintos a los supuestos de acumulación de concursos necesarios en los que los acreedores al amparo del artículo 3.5 pueden instar desde un inicio la tramitación acumulada de los procedimientos -y de concursos voluntarios- en los que la interpretación literal del artículo 25 obligaría a tramitar dos procedimientos en principio independientes y que sólo podrían acumularse una vez declarados.
Esa primera lectura plantea claros problemas de índole práctico que han llevado a los primeros comentaristas de la Ley Concursal a plantear una interpretación integradora del artículo 25 y el 3.5 de la Ley que permitiera la solicitud conjunta de concursos de empresas de un mismo grupo y su tramitación coordinada al objeto de que por los mismos administradores concursales se asuman las responsabilidades de ambos concursos en el sentido de realizar el informe de las sociedades afectadas y realizar las funciones propias de la administración en ambos concursos atendiendo a las circunstancias del grupo y a los intereses que pudieran corresponder a los acreedores de cada una de las entidades concursadas. A estos efectos, conforme establece el artículo 28.2 de la Ley Concursal los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo.
En definitiva este Juzgado mercantil asume la declaración del concurso voluntario de Tracoinsa Servicios, SA, se aprecia la concurrencia en el supuesto de autos de las circunstancias previstas respecto de los grupos de empresa identificando como sociedad dominante la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA y como dominada a Tracoinsa Servicios, SA. Una vez declarado el concurso de la mercantil Tracoinsa Servicios, SA se tramitará de modo acumulado al de la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA, acumulación que no ha de suponer la «confusión» de ambos procedimientos, sino su tramitación coordinada.”: Auto JM-3 Barcelona 15.11.2004 (AC 2004/1896)

5. La declaración de responsabilidad solidaria de los administradores no implica confusión de sus patrimonios con el de la sociedad, no acreditada. Improcedencia de la declaración conjunta

“El art. 3.5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) permite al acreedor instar la declaración judicial conjunta de varios de sus deudores, cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o siendo personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.
El actor no explicaba en su solicitud la razón por la que solicitaba la declaración conjunta de tres personas físicas y una jurídica, por lo que en providencia se reclamó se aclarara. Al verificarlo dice el solicitante que la razón de tal confusión es la declaración que hace la sentencia de 23 de septiembre de 2000, recaída en procedimiento de menor cuantía instado por la solicitante frente a los que hoy pretende sean declarados en concurso, sentencia que acompañaba en su solicitud como uno de los documentos que justificaban el crédito que ostenta y la situación de insolvencia de los deudores.
Efectivamente dicha sentencia condena a King Systems, SL por incumplimiento de contrato a abonar cierta cantidad, y al mismo tiempo declara la responsabilidad solidaria de sus tres administradores sociales, por incumplimiento de sus obligaciones al estar dicha sociedad incursa en causa de disolución sin que se adoptaran las medidas que dispone el ordenamiento jurídico como obligatorias para los administradores sociales.

Hay en consecuencia, solidaridad en la condena. Pero tal solidaridad no supone, en modo alguno, confusión de patrimonios. La confusión de éstos supone imposibilidad de distinguir quién sea el titular de derecho u obligaciones en cada caso, pues el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 del Código Civil (CC) queda desdibujado al no conocerse si los elementos que integran el patrimonio pertenecen a ese deudor supuestamente insolvente o a otro que se encuentra en la misma situación. Por lo tanto, algo que nada tiene que ver con la clase de obligación a la que se refieren los arts. 1137 y ss. del Código Civil.
La posibilidad de confusión en el patrimonio de personas físicas o jurídicas o entre unas y otra ha sido recogida en algunas sentencias (SSTS 21 de mayo 2002 [RJ 2002, 4848], 17 diciembre 2002 [RJ 2002, 10751]), de manera que no es posibilidad extraña en la jurisprudencia.
Además la confusión patrimonial se reconoce legalmente por el art. 285 del Código de Comercio (CCom), al regular la responsabilidad de los factores mercantiles, para el caso de que su patrimonio pueda confundirse con el de su principal. Supone, en consecuencia, vinculación patrimonial, identidad sustancial, mientras que la solidaridad pasiva, como la que recoge la sentencia, trae consigo un trato indiferenciado frente al acreedor sin perjuicio de la relación interna (art. 1145 CC).
Si un acreedor se encuentra ante la imposibilidad de distinguir los patrimonios de sus deudores, ya sea de manera total o parcial pero relevante, de modo que encuentra el obstáculo al perseguirlos de tal falta de definición en la titularidad de elementos patrimoniales sobre los que hacer efectiva su pretensión, puede, según la LC, solicitar el concurso de todos ellos si concurren los presupuestos legales. De lo contrario, es decir, si el patrimonio de cada uno de ellos es distinto y no hay confusión, no puede instar el concurso de todos sus deudores, al carecer de legitimación legal para reclamarlo.
El demandante narra cómo ha intentado hacer efectivo el pronunciamiento judicial en una ejecutoria en la que no ha habido bienes disponibles sobre el que hacerlo efectivo. Pero no explica en qué forma existe confusión de patrimonios entre tres personas cuyo único lazo en común es que fueron administradores de una sociedad y condenados solidariamente a responder de deudas sociales. La sola existencia de la condena solidaria no constituye una causa de confusión patrimonial, pues no hay ningún dato o indicio que contribuya a tal convicción.
Por último sólo resta añadir que aunque el acreedor nada alegaba, el Juzgado dio término para subsanar esta omisión, que se ha verificado, y que ni con la solicitud ni ulteriormente se ha propuesto prueba para tratar de acreditar este extremo, como autoriza el art. 7.2 de la LC.": Auto JM-1 Bilbao 11.05.2005 (AC 2005/940)

6. Efectos de la declaración conjunta: coordinación, no confusión de masas

AP Madrid

"Como es obvio, la declaración conjunta de concurso de los cónyuges implica la tramitación conjunta y acumulada desde la solicitud de ambos concursos pero no la identidad de masa activa y pasiva, debiendo determinarse para cada uno de los concursados aun cuando sustancialmente coincidan tanto los bienes y derechos que deban conformar el activo como las deudas a incluir en el pasivo": AAP Madrid (sección 28) 27.03.2008 (JUR 2008/151496)

AP Valencia

" la cuestión que se suscita en el presente procedimiento, es -a juicio de la Sala -una cuestión de contenido marcadamente jurídico, pues se trata de determinar -como la propia recurrente pide -si es o no posible extender a las empresas del grupo concursadas la responsabilidad de la codemandada SANIHOGAR SL para con GRUPO BERTOLIN SAU y NIVEL Y PLOMADA SL, pues considera la actora que por razón de la pertenencia al grupo Serrano Niñerola y por su composición accionarial, identidad de domicilios, etc; las codemandadas deben responder solidariamente frente a la deuda, ya por el mecanismo de la extensión de la responsabilidad amparada en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, bien por incorporar a la actora como acreedora en los tres concursos tramitados, o finalmente por la configuración para todos ellos de una única masa activa y pasiva.
Y tal pretensión de extensión de responsabilidad a las demás empresas del grupo interesada por la actora, no puede prosperar en ninguna de las modalidades que articula la recurrente, máxime cuando no podemos perder de vista que el marco en el que se sustenta esta pretensión incidental es el de la impugnación del inventario y de la lista de acreedores del informe de la Administración Concursal, lo que no es una cuestión baladí, ya que de hecho dio lugar a la alegación por las codemandadas de la excepción de inadecuación de procedimiento con cita de los artículos 95 y 96 de la Ley Concursal -refiriendo el último de los preceptos citados en sus apartados 2 y 3 en qué consiste el objeto de la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, que no es precisamente lo que se debate ahora -, cuestión ésta que desestimada en la instancia ha sido consentida por la parte a quien perjudicaba el pronunciamiento, quedando vetado su conocimiento en alzada a este Tribunal.
1.-Como señala la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón de 17 de marzo de 2006 (Pte. Sr. Marco Cos): "La problemática planteada por la existencia de grupos de empresas carece de una regulación unitaria en nuestro derecho, aunque varios preceptos contemplan su existencia y dan respuesta a algunos aspectos o problemas que puede suscitar. Así, por ejemplo, el artículo 42 del Código de Comercio, art 4 de la Ley de Mercado de Valores, arts. 79, 87, 89, 105, 181 y 185 de la Ley de Sociedades Anónimas, art. 10 de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada y, más recientemente, los artículos 6, 10 ó 25 de la Ley Concursal." A lo que añade, a los efectos que ahora nos interesa que de ninguna de tales

normas: "...cabe extraer la conclusión de que la sociedad dominante del grupo deba en todo caso correr la misma suerte que cualquiera de las empresas del grupo, que es lo que parece pretender la parte recurrente. Antes bien, la normativa vigente no prescinde de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas del grupo por lo que, como señala la doctrina autorizada, para que sea exigible la responsabilidad civil a la sociedad dominante será necesario, como principio general, que a la estructura del grupo se una la prueba de comportamientos de la sociedad dominante que justifiquen dicha responsabilidad..."
En lo que se refiere a la aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo" conviene recordar con la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2004, su carácter excepcional y que tal aplicación debe hacerse con carácter moderado y ponderado, lo que exige rigor en la prueba de que la insolvencia de la empresa deudora hubiese sido provocada por su descapitalización a favor de las otras, existiendo un trasvase de bienes entre ellas, por ser todas en sustancia la misma entidad con los mismos bienes, y todo ello con la evidente intención de perjudicar los intereses de terceros.
Como razona el magistrado "a quo" y ha sido admitido, las mercantiles codemandadas en concurso pertenecen a un mismo grupo de empresas, pero la coincidencia en su composición accionarial, domicilio, o servidor de correo electrónico, no puede conducir como pretende la recurrente a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para obtener a través de esta figura la percepción de las cantidades que SANIHOGAR SL adeuda a las demandantes.
Lo primero que se ha de destacar al respecto es que en la demanda incidental se limitó a invocar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo sin exponer más que el hecho no controvertido de que las codemandas pertenecen a un mismo grupo empresarial -lo que desarrolló más extensamente en la vista -, sin exponer entonces ningún argumento fáctico que permitiera llegar a la conclusión de que esta integración, ni la actuación posterior de las sociedades codemandadas, se hubiera realizado con fines espurios. Tampoco se aportaron entonces los documentos que trajo a la vista, si bien indicó estar en proceso de elaboración de un "informe económico relativo a la confusión patrimonial entre las empresas del grupo y las causas que deben llevar a una declaración de responsabilidad solidaria entre las empresas que lo componen declaradas en concurso", que es en el que se sustentan los principales argumentos que se exponen en el escrito de formalización del recurso, que constituye -en realidad -la descripción y análisis de dicho informe confeccionado para apoyar su pretensión de extensión de responsabilidad a las codemandadas.
La Administración Concursal, en su escrito de contestación a la demanda incidental ya puso de manifiesto que en el supuesto enjuiciado no cabía apreciar intención defraudatoria, no existiendo confusión de patrimonios ni evidencia de contabilidad única, ni entrelazamiento patrimonial no susceptible de ser individualizado, no concurriendo los presupuestos necesarios para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.
Y no apreciamos error en la valoración de la prueba documental aportada por las demandantes en la vista, compartiendo con el magistrado "a quo" la conclusión de que la relación negocial se ha venido manteniendo únicamente con la entidad SANIHOGAR, sin que del hecho de que las sociedades del grupo compartan dirección o servidor de correo electrónico pueda conducir a una conclusión distinta, aún a pesar del contenido del informe pericial aportado por la demandante confeccionado "ex profeso" para reforzar y justificar la pretensión de la actora en orden a la extensión de responsabilidad por la inadecuada vía de la impugnación del inventario y listado de acreedores.
Y ello se concluye de la propia lectura del informe en el que se especifica que el encargo es la determinación de la existencia de causas económica encauzadas a la extensión de la responsabilidad de las codemandadas respecto de la deuda contraída por SANIHOGAR con las demandantes, de manera el que trabajo realizado se ciñe -según se indica -a la obtención de evidencias sobre los objetivos indicados, sin que las cifras y documentos examinados hayan sido sometidas a procesos especiales de validación como en el mismo se expresa -, por lo que considera el Tribunal que se ha de estar a las conclusiones expuestas por la Administración Concursal -más imparciales y objetivas -que igualmente resultan del contenido del dictamen aportado, uno de cuyos objetivos es también el relativo a combatir el contenido de las conclusiones de la Administración concursal.
2.-No cabe la configuración de una única masa activa y pasiva respecto de los concursos de las tres empresas en concurso pertenecientes al Grupo Serrano Niñerola, ni cabe la consideración de las demandantes como acreedoras de cada una de las tres mercantiles frente a las que se dirige la demanda incidental.
Se ha venido declarando por la doctrina y por los Juzgados de lo Mercantil en interpretación de los artículos 3.5 y 25 de la Ley Concursal que ni la declaración conjunta de concursos ni la acumulación sobrevenida implican confusión, sino coordinación de los procedimientos, no siendo posible la realización de una "consolidación sustantiva o sustancial" del patrimonio de todas ellas, en los términos que pretende la parte recurrente.
Ya tuvimos ocasión de declarar en auto antiguo de 20 de diciembre de 2005 (Pte. Sra. A Cuenca) en referencia al sistema de retribución de los administradores y en los supuestos de concurso de entidades pertenecientes a un mismo grupo de empresas, que se trata de distintos concursos pese a tratarse de sociedades pertenecientes a un mismo grupo de empresas, por lo que -en lo que entonces se enjuiciaba la retribución había de ser fijada de forma independiente para cada una de las mercantiles afectadas, rechazando la tesis que entonces mantuvo la AEAT que consideraba que lo procedente sería aplicar las normas previstas para una única persona jurídica.
Decíamos entonces en relación con aquella cuestión:
"... no existe argumento legal suficiente, más allá de unas alegaciones que vierte la parte recurrente, para revocar la resolución dictada, y ello, esencialmente, por las siguientes razones:

a)Porque el texto de la Ley concursal, como resalta la propia administración concursal en el escrito presentado, prevé la posibilidad de acumulación de varios concursos, y así se refiere en plural a los mismos, aunque se tramiten el seno del mismo procedimiento, y, en tal sentido, el artículo 25 y especialmente, el 28,2, primer párrafo, in fine, al referirse a los nombramientos en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas, lo que abunda en la existencia plural de concursos, y no en un único concurso.
b)Los trámites que detalla la propia administración concursal se han de llevar a cabo de forma independiente y para cada una de las sociedades, tratándose de ocho concursos individualizados en que, en cada caso, se presentan listas de acreedores, impugnaciones y demás en forma particular, y pudiendo, en cada caso, presentarse un convenio distinto, que habrá de evaluarse particularmente, y concluir, en forma igualmente independiente, el concurso para cada una de las sociedades, pudiendo solicitarse liquidación desde el principio por algunas u otras no, y concluir de forma independiente, por lo que, evidentemente, no se trata de variar la tramitación de cada uno de los concursos, sino de utilizar el mismo procedimiento para todos aquellos relacionados o acumulados por alguno de los motivos que ello determinen.
c)Las expresiones contenidas en las normas jurídicas de aplicación, ya indicadas en el auto recurrido se refieren al activo y pasivo de cada uno de los concursos, sin que proceda la acumulación de unos y otros, como se pretende por la parte recurrente, ni la consideración del activo o pasivo vinculados al inventario consolidado ya que el artículo 4.4 del RDA establece con claridad que hasta que el inventario y la lista tengan carácter definitivo el juez aplicará el arancel considerando como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, y el de la masa pasiva de la relación de acreedores presentada por el deudor, lo que, además de haberse seguido en este caso literalmente impide, por no tener cabida en la redacción del precepto, entendemos, la acumulación de activos o pasivos que la norma no prevé y que haría, además, inviable adaptar las retribuciones a los avatares de cada uno de los concursos seguidos en el mismo procedimiento."
Por otra parte en el supuesto sometido a nuestra consideración no se está ante el caso contemplado en el artículo 3.5 de la Ley Concursal -según refiere la Administración Concursal y no ha sido combatido -, del que resulta la legitimación del acreedor para pedir la declaración conjunta de varios de sus deudores cuando formen parte de un grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.
Como declara la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en Auto de 26 de marzo de 2009, "...el texto legal sólo prevé la petición conjunta del concurso de varios deudores cuando concurran requisitos que hacen sumamente restrictivo el ámbito de aplicación del precepto. En primer lugar, exige que las personas cuya declaración de concurso sean deudores. En segundo lugar, que pertenezcan a un mismo grupo de empresas. Y, en tercer lugar, que las relaciones entre estos deudores sean muy estrechas y se manifiesten en una identidad sustancial -no total-de sus miembros y que exista una unidad en la toma de decisiones" A lo que añade: "...El efecto de la declaración conjunta de los concursos de varios deudores es en principio, que los procedimientos habrán de seguirse ante un mismo juez, siguiendo trámites separados para cada concurso, y, llegado el caso, manteniendo las series de acreedores de cada uno de los deudores concursados: el acreedor instante del concurso conjunto figurará como acreedor, por la cuantía y el rango de su crédito, en cada uno de los concursos declarados, tratando de cobrar la totalidad de su crédito mediante la reunión de las cuotas que le correspondan hasta la total cobertura."
Pero es que además, en el caso ahora enjuiciado -y como ya se ha dicho -, ni los actores solicitaron el concurso conjunto ni siquiera lo podrían haber hecho porque no ostentan la cualidad de acreedores de todas y cada una de las sociedades codemandadas en el incidente.
Es obvio, por ello, que no puede ser acogida la petición que deduce de ser incluido como acreedor en los concursos de CONSTRUCCIONES SERRANO SA y VIDRE URBANO SL no siendo -como no son -las demandantes acreedoras de las expresadas entidades. En el ordinal noveno del escrito de formalización del recurso de apelación se reconoce que a partir de finales de 2004 las recurrentes únicamente mantuvieron relaciones contractuales con la entidad SANIHOGAR SL, lo que resulta asimismo de la propia documental aportada (documentos 2 a 11), que se trae por la actora al proceso para justificar el cambio en relación contractual iniciada con el Grupo Serrano Niñerola en el 2003 y consolidada exclusivamente con Sanihogar SL, a partir de finales de 2004.
Por todo lo expuesto, no cabe sino la desestimación de la demanda incidental pues este Tribunal comparte la conclusión que se contiene en la sentencia apelada en orden a que no cabe la formación de una masa activa y pasiva única como pretende la recurrente, con la única finalidad de poder obtener de quien no es su deudor la satisfacción del crédito que mantiene con Sanihogar SL. “:SAP Valencia (Sección 9) 22.03.2010 (Sentencia 89/2010; Rollo 93/2010)

JM-3 Barcelona

“En definitiva este Juzgado mercantil asume la declaración del concurso voluntario de Tracoinsa Servicios, SA, se aprecia la concurrencia en el supuesto de autos de las circunstancias previstas respecto de los grupos de empresa identificando como sociedad dominante la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA y como dominada a Tracoinsa Servicios, SA. Una vez declarado el concurso de la mercantil Tracoinsa Servicios, SA se tramitará de modo acumulado al de la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA, acumulación que no ha de suponer la «confusión» de ambos procedimientos, sino su tramitación coordinada.”: Auto JM-3 Barcelona 15.11.2004 (AC 2004/1896)

“Acreditada la situación de insolvencia de ambos cónyuges -cuestión que se examinará en el fundamento siguiente- la declaración de concurso de ambos cónyuges, su tramitación coordinada y el mantenimiento de

una misma administración concursal sin duda facilitará la tramitación del procedimiento y permitirá una tramitación más ágil y beneficiosa para los deudores y, fundamentalmente, para los acreedores. La acumulación de procedimientos no debe suponer la confusión de masas, confusión que perjudicaría a los acreedores, sino la tramitación coordinada de los procesos concursales determinando las deudas privativas y las comunes así como los acreedores de uno y otro cónyuge y los que pudieran ser comunes.": Auto JM-3 Barcelona de 29.12.2004 (AC 2005/161)

JM-1 Segovia

"Y aunque no hay previsión expresa en la Ley de la acumulación subjetiva en el concurso voluntario, tampoco hay norma prohibitiva que la impida y razones de economía procesal y de eficacia aconsejan la admisión de la solicitud acumulada tal como se formula, justificado el endeudamiento y estado de insolvencia de todas y cada una de las sociedades demandantes, habiéndose presentado la documentación exigida por todas ellas. Sin que ello implique confusión de patrimonios ni confusión de acreedores y deudores, se tratará de concursos de personas jurídicas distintas que se tramitarán acumuladamente de formas coordinada, y a cuyo efecto se formarán las piezas separadas que resulten necesarias para la correcta ordenación del procedimiento, con los demás efectos legales inherentes a esta declaración.": Auto JM-1 Segovia 11.07.2007 (Concurso 475/2007)

JM-1 Cádiz

"QUINTO.- DE LA TRAMITACION COORDINADA DE CONCURSOS**.-** La declaración conjunta de concursos a que se refiere el art. 3.5 LC supone una única declaración de concurso, pero no significa tramitación única sino tramitación conjunta. Es más, en el presente caso, se han presentado dos solicitudes independientes, y se ha interesado en cada una de ellas, la tramitación acumulada *ab initio* de las solicitudes de concurso de ambas sociedades, y subsidiariamente, el nombramiento de los mismos administradores concursales, en aras a la eventual acumulación ex art. 25 LC, que pudiera ser solicitada por la administración concursal.

La tramitación acumulada *ab initio* pasa necesariamente por la aplicación analógica del citado art. 3.5 LC, y por tanto, se ha de dictar un solo Auto de declaración de concurso. Ahora bien, acumulación (inicial o sobrevenida) de concursos, no significa confusión sino coordinación de los procedimientos.

Sobre este punto, resulta ilustrativa la exposición del catedrático de la Universidad de Munich, HORST EIDENMÜLLER ("Coordinación de procedimientos en los concursos de los grupos de empresas"), que se muestra favorable a la coordinación de los procedimientos relativos a varios sujetos de derecho, como modo de superar la insolvencia de las sociedades de un grupo, señalando la ventaja de minimizar los costes directos e indirectos, y proponiendo soluciones para llevar a cabo dicha coordinación.

Como señala SARAZÁ JIMENEZ ("Responsabilidad concursal y grupos de sociedades"), la declaración conjunta o acumulación de concursos, no permite realizar una "consolidación sustantiva o sustancial" del patrimonio de todas ellas (la jurisprudencia americana sí la ha aplicado con criterios restrictivos), y la declaración tiene efectos meramente procesales limitados a la competencia territorial (art. 10.4 LC), al nombramientos de los mismos administradores (art. 28.2 LC), a la posibilidad de condicionar los convenios (art. 101 LC), y al abaratamiento de costes.

En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO ("Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades"), recordando que el art. 3.5 contiene una norma de legitimación, y aunque favorable a la extensión a otros supuestos, mantiene que *"la declaración conjunta del concurso no puede ser entendida como una vía abierta al tratamiento compartido en un mismo procedimiento de insolvencia de las sociedades afectadas (…). El concurso es siempre individual, incluso cuando se tramita coordinadamente con otro",* sin que puedan confundirse las masas activa y pasiva correspondientes, y añade que, tanto la tramitación como la terminación obligan a tratar de forma separada a ambas sociedades, con independencia de que se parta de una declaración conjunta basada en su vinculación. Del mismo modo, ESPINIELLA ("Competencia concursal en caso de pluralidad de deudores"), a propósito del art. 3.5 LC, habla de una única declaración pero de varios concursos.

Compartiendo dichos argumentos, se van a hacer unas precisiones sobre la tramitación procesal de los concursos, dada la parquedad de la normativa y las dificultades que pueden plantearse. Habiendo sido incoados dos procedimientos con distinto número, y dictándose un único Auto de declaración de concurso, a efectos prácticos, procede mantener la numeración independiente, a modo de piezas separadas (art. 183 LC), incorporando esta resolución a ambos, sin perjuicio de continuar la tramitación de forma coordinada, lo que significa que por cada sociedad deberá presentarse un informe, y deberán determinarse la masa activa y pasiva de cada una de ellas, y la solución de cada uno de los concursos declarados conjuntamente podrá ser diversa. Es decir cabe que uno de ellos concluya con convenio y otro por liquidación. También pueden ser objeto de una calificación distinta. Dada la finalidad eminentemente práctica y de economía procesal que se persigue con la declaración conjunta de concursos o acumulación sobrevenida, procede el nombramiento de una única administración concursal, a la que le resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 28.2 LC, que establece que a efectos del límite máximo de tres concursos en dos años, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo. Respecto de la Sección 2ª, procede la apertura de una única, aun cuando se haga constar la referencia a la numeración de los dos procedimientos 157/08 y 158/08.": Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

JM-2 Bilbao

“Los Juzgados de lo Mercantil han admitido la solicitud conjunta de concurso de sujetos de un mismo grupo o acumulación inicial de solicitud de declaración de concurso voluntario desde el pionero AJMER Barcelona n.º 3 de 15 de noviembre de 2004, puesto que nada lo prohibe en la Ley, y resulta indudable su practicidad, ya que no se fuerzan procedimientos separados para unirlos con ulterioridad, con el mismo resultado.
Ahora bien, no se confunden los concursos tramitados en conjunto, puesto que no es el concurso de un ente sin personalidad integrado por diversas sociedades, sino que se desenvuelve el procedimiento en unos mismos autos pero con varios concursos, con sus respectivas masas, y una administración concursal común.“:Auto JM-2 Bilbao 09.05.2008 (concurso 213/2008, LA LEY 25861/2008)

6.1 Salvo en caso de levantamiento de velo

AP Barcelona

“1. La sentencia ahora apelada resuelve dos impugnaciones de la lista de acreedores formuladas por ESTRUCTURAS VILANOVA y por BANCO GUIPUZCOANO. (…) La sentencia desestima la segunda impugnación y argumenta sobre la procedencia, en este caso, de unificar en una sola masa pasiva a todos los acreedores y en una sola masa activa todos los bienes y derechos de contenido patrimonial, en atención a la confusión de patrimonios que existía entre las tres sociedades en concur so (BCN COMERCIAL FERRICA, COFESA FERRICA 2003 y GTA ACEROS Y MONTAJES). 3
En sus respectivos recursos de apelación, ambos apelantes argumentan sobre la improcedencia de consolidar una sola masa pasiva de acreedores, frente a una sola masa activa, pues no es ese el efecto legal previsto en caso de acumulación de concurso. Insisten en que con ello se están defraudando los legítimos derechos de los acreedores de cada uno de los concursos, que ven alterada su perspectiva de cobro. (…)
3. La segunda cuestión controvertida versa sobre los efectos de la acumulación de concursos de las entidades BCN COMERCIAL FERRICA, COFESA FERRICA 2003 y GTA ACEROS Y MONTAJES. Como muy bien argumenta el propio juez mercantil, la Ley Concursal, al permitir la declaración conjunta de varios concursos o la acumulación de los inicialmente declarados por separado, lo hace con una perspectiva de efectos limitados y precisos: facilitar su tramitación mediante el nombramiento de administradores concursales comunes y la realización de bienes cuya titularidad sea conjunta en un régimen de comunidad que no sea por cuotas, así como también facilitar la obtención de convenios vinculados y por ello condicionados (art. 101.2 LC). En cualquier caso, la Ley no ha previsto la consolidación de masas activas y pasivas, esto es, tramitar estos concursos como si sólo fuera uno, mediante la incorporación de todos los acreedores en la misma masa pasiva y la formación de una sola masa patrimonial con los bienes y derechos de todos los deudores concursados. Ni siquiera se prevé esto en los casos de confusión de patrimonios, como pudiera ser el de los cónyuges deudores con un régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales o equivalente. En este supuesto, tan sólo se prevé la necesidad de indicar los bienes gananciales (art. 77.2 LC) y los acreedores que tienen derecho a cobrar con cargo a los bienes gananciales (art. 86.3 LC), con vistas a la realización de las operaciones propias de la liquidación de este régimen de comunidad.
En última instancia, la no consolidación de masas activas y pasivas de los distintos deudores cuyos concursos se tramitan acumuladamente es una exigencia del respeto a la personalidad jurídica, en este caso de las sociedades afectadas. Este respeto a la personalidad jurídica, en el caso del grupo de sociedades, preserva los legítimos derechos de los socios minoritarios que no tengan intereses o vinculación con el resto de las sociedades, y sobre todo de los acreedores, porque cada uno de ellos ha contratado con una determinada sociedad y es acreedor de una o, caso de haber recabado garantías, de varias, en el marco de la confianza que le reporta el patrimonio concreto de cada uno de sus deudores, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, plasmado extraconcursalmente en el art. 1911 CC y concursalmente en el art. 76 LC. Mezclar masas activas y pasivas puede perjudicar la posición de algunos acreedores, que de otro modo, por la proporción de acreedores y bienes/derechos de cada uno de sus deudores, tendrían más expectativas de cobro que al mezclarse con todos los acreedores del resto de las sociedades del grupo. Por esta razón, en principio, no procedería la consolidación realizada.
4. Ahora bien, de la misma manera que de forma excepcional, en el curso de una reclamación extraconcursal, cabe levantar el velo de una sociedad en los casos de confusión de patrimonios, para hacer responsable de las deudas de una determinada sociedad a otras del mismo grupo, no debería haber inconveniente para que, también de forma excepcional, el concurso de las sociedades de un mismo grupo que tuvieran confusión de patrimonios y que hubieran operado en el mercado como una sola empresa, no sólo se tramitaran conjuntamente sino como una sola entidad deudora, consolidando todos sus activos y pasivos.
“En ocasiones -recuerda la STS de 29 de julio de 2005 (Roj: STS 5207/2005)-, la jurisprudencia ha evitado sancionar consecuencias que, no obstante resultar inadmisibles en nuestro sistema jurídico, quedarían amparadas por una concepción hermética de la personalidad de las sociedades (normalmente, pero no únicamente, de capital), mediante la técnica de penetrar, según los descriptivos términos de la sentencia de 28 de mayo de 1984, en su substratum personal, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), con posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los

demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un ejercicio antisocial".
Y así, argumenta la citada STS de 29 de julio de 2005 (Roj: STS 5207/2005), "en particular, los grupos de sociedades, caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario), constituye un ámbito propicio para la aplicación de la referida técnica, precisamente en casos en que la necesidad de satisfacer el interés del conjunto se traduzca en sacrificio del de las sociedades dependientes, con daño para ellas y, por repercusión, para sus acreedores".
5. En nuestro caso, el juez mercantil, haciéndose eco de lo manifestado por la administración concursal, justifica esta consolidación por la confusión de patrimonios de las tres sociedades y porque actuaban como si de una sola empresa se tratara. En concreto, refiere una serie de hechos, que no han sido contradichos por las apelantes, y que a la postre son determinantes para justificar el levantamiento del velo y la consolidación de masas activas y pasivas:
a) Las tres sociedades coinciden en socios, administradores, domicilio social y objeto social;
b) La finalidad de mantener tres sociedades diferentes para realizar la misma actividad, según reconocieron los administradores sociales, era obtener mejor calificación de las compañías de seguro de crédito;
c) La imagen corporativa de las tres compañías era la misma y las tres compartían teléfono, fax y dirección de correo electrónico;
d) Las tres sociedades compartían departamento de administración, equipos informáticos y software;
e) Los trabajadores y las máquinas realizaban servicios indistintamente para las tres;
f) La administración concursal detectó en las cuentas bancarias de las tres entidades decenas de transferencias, que únicamente obedecían a necesidades puntuales de tesorería de cada una de ellas, pero no a operaciones contractuales reales. Llega a ser tal la confusión que, según refiere la administración concursal, resulta imposible determinar la situación real de créditos y deudas entre unas y otras compañías.
En este contexto fáctico, resulta justificado el levantamiento del velo, para adecuar el tratamiento concursal de estas tres sociedades a la realidad: si operaban frente a terceros como una sola entidad y se valían de los mismos medios humanos y materiales para desarrollar su actividad, resulta justificado consolidar en una sola masa todos sus activos y en otra sola masa todas sus deudas.
En realidad, la única pega manifestada por los apelantes es la imposibilidad de realizarlo dentro del concurso, por no ser éstos los efectos de la tramitación conjunta del concurso de varios deudores. Pero esta objeción no es suficiente para impedirlo, acudiendo, de forma excepcional, a la doctrina del levantamiento del velo.
6. Es cierto que, extraconcursalmente, cuando se solicita y se acuerda el levantamiento del velo lo es a instancia de uno de los perjudicados por la utilización abusiva de la personalidad jurídica y a través de un juicio contradictorio. En nuestro caso, en que los administradores concursales han procedido de facto a levantar el velo de las tres sociedades del grupo y a tramitar su concurso como si de una sociedad se tratara, podría parecer que tal decisión se habría realizado sin contar con el parecer de los afectados, que no habrían gozado de un juicio contradictorio para oponerse. Pero ello es así sólo aparentemente, pues en realidad todos los afectados han tenido conocimiento del levantamiento del velo que supone la consolidación de masas y han gozado de la posibilidad, como los ahora apelantes, de oponerse mediante la impugnación del inventario y de la lista de acreedores. De tal forma que será este trámite el adecuado para dilucidar la procedencia o improcedencia de dicha consolidación de masas.
En consecuencia, procede confirmar la resolución recurrida en este extremo y considerar adecuadamente levantado el velo de las tres sociedades en concurso, a los efectos de consolidar sus masas activas y pasivas.": SAP Barcelona (Sección 15) 28,06.2011 (Sentencia 284/2011; Rollo 46/2011)

7. Rechazo del concurso necesario de todas las sociedades del grupo, declarándose sólo el de aquéllas de las que el solicitante es acreedor

"PRIMERO.- La presente solicitud de concurso se formula por un acreedor frente a una pluralidad de deudores.
El artículo 3.5. LC permite la declaración conjunta de varios sujetos deudores, bien cuando exista confusión patrimonial entre estas, bien siendo personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, por existir identidad sustancial entre los distintos componentes y unidad de decisión.
Prevé, pues, la Ley, la acumulación inicial de concurso necesario, guardando silencio sobre la de concurso voluntario, sin que esa diferenciación aparezca en el caso de acumulación sobrevenida de concursos ya declarados (art. 25).
Al margen de afirmaciones contenidas en los escritos del deudor, más propios de otros ordenes jurisdiccionales, desde la óptica concursal son varias las cuestiones que se suscitan en orden a la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario (art 15): a) si es posible la admisión a trámite respecto de todas la mercantiles,o solo respecto de algunas de ellas y b) la competencia territorial
SEGUNDO.- Respecto de lo primero, se viene a decir en la solicitud que se interesa la declaración de concurso necesario de "todo el fraudulento grupo empresarial"
Frente a la tesis que se infiere de los escritos de la acreedora que pretende la declaración de concurso de un grupo empresarial, debe ponerse de manifiesto que la acumulación o solicitud inicial no supone la tramitación de un único concurso, sino varios tramitados coordinadamente (Conclusión del primer Encuentro de la Especialidad Mercantil, Diciembre del 2004), de manera que en la solicitud el acreedor o acreedores deben indicar el crédito (con sus especificaciones) que ostentan contra todos y cada uno de los deudores respecto de las que pide que se declare en concurso, y acompañar el documento acreditativo.

Son variados los razonamientos que justifican tal conclusión:

i) la lectura del art. 3.5 LC, especialmente del empleo del adverbio " sus" pone de manifiesto que el solicitante debe ser acreedor de cada uno de los sujetos pasivos, que debe reunir la condición de deudor (art 1)

ii) el grupo como tal no tiene personalidad jurídica propia y solo pueden ser declarados en concurso las personas jurídicas o las naturales (art 1) o aquellas masas patrimoniales específicamente contempladas en la norma (herencia yacente)

iii) el art 3.5 LC no hace desaparecer el presupuesto objetivo de la insolvencia, en los términos definidos en el art 2, que debe concurrir respecto de cada uno de los deudores en particular; esto es, no cabe que la declaración de concurso de una sociedad del grupo conlleve la de otras del mismo, si estas no son insolventes

iv) la existencia de grupo permite la solicitud conjunta, y su tramitación ordenada, pero no hace desaparecer la personalidad jurídica independiente de cada una de las sociedades u otros entes que lo componen. Consiguientemente cada uno de los deudores dará lugar a un concurso, con su masa activa y pasiva, aunque coordinada. Ello explica la previsión del art 101.2 LC

iv) el art 3.5 LC tiene un alcance procesal –tramitación coordinada de concursos ab initio - pero no tiene implicaciones sustantivas: no implica la desaparición de la personalidad jurídica de cada uno de los entes que conforman el grupo y desde el punto de vista patrimonial, la consolidación y responsabilidad de todas las empresas del grupo frente a terceros. Ello no significa que la existencia del grupo no tenga trascendencia, como en materia de competencia (art 10), nombramiento de administradores (art 28), calificación de créditos (art 92 y 93), derechos de adhesión y voto (art 122) o la posibilidad de reintegrar bienes/derechos realizados en perjuicio de acreedores (art 71 y ss), pero no en los términos interesados

En el derecho derogado, pero cuya ratio se considera trasladable, el TS en resolución de 20 de julio de 1996 ya dijo que " En caso de quiebra, la situación de ambas sociedades viene a ser análoga a la que prevé el art. 923 del Código de Comercio, en el que la quiebra de la sociedad arrastra la de los socios, «pero manteniéndose siempre separadas las liquidaciones respectivas». No hay unificación de todos los bienes de los quebrados, como es lógico dado que pueden existir acreedores de la sociedad y acreedores de los socios a los que aquella unificación perjudique", criterio seguido por los juzgados mercantiles con la nueva ley concursal (AJM num 3 de Barcelona de 29/12/2004, entre otros)

Esta es, por otra parte, la opinión de la doctrina científica entre la que podemos citar a Maria del Carmen González Carrasco (en Comentarios a la Ley Concursal, coordinada por Rodrigo Bezcovitz, Rodríguez Cano), Angel Rojo, en sus Comentarios de la Ley Concursal) o Juan Sánchez-Calero Guilarte (en Anuario de Derecho Concursal, num 5), entre otros

No es obstáculo a la anterior conclusión la invocación de la doctrina del levantamiento del velo.

La responsabilidad de la empresa dominante, o en general de las distintas que conforman el grupo, de las deudas de una de ellas frente a terceros pasa por la superación de la personalidad jurídica. La sentencia del TS de 1/2/2008 se hace eco de la conocida como doctrina del levantamiento del velo indicando que " puede operar tanto en la perspectiva de un socio respecto de una sociedad, como en la utilización de varias sociedades, a las cuales debe extenderse la responsabilidad exigible a cualquiera de ellas. La actuación fraudulenta se produce mediante la articulación o manejo unitario, directamente o a través de testaferros, de varios personalidades jurídico-sociales con el resultado de desviar o eludir responsabilidades con perjuicio de terceros o daño de los acreedores, rompiendo con ello el principio de la buena fe negocial" y recuerda la STS de 29/9/2004 que "Para corregir tales fraudes, buscados o aprovechados, es mecanismo jurídico adecuado el utilizado por las Sentencias de instancia, pues las circunstancias del caso justifican plenamente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, al darse una situación de instrumentación jurídica y económica en perjuicio de tercero, con actuación abusiva y disconforme con las exigencias de la buena fe, por lo que nada repugna a la excepcionalidad, y carácter moderado y ponderado, con que debe aplicarse dicha doctrina, como aconseja la doctrina y postula la jurisprudencia"

No parece que sin contradicción alguna y ab initio puedan entenderse que concurren los exigentes presupuestos para la aplicación de tal doctrina, apuntando además de esta inhabilidad del cauce procesal, que si lo que se busca es extender la responsabilidad de la mercantil con la que entabló relaciones el acreedor solicitante a otras del grupo (especialmente a la patrimonial) nos encontramos, en definitiva, ante una pretensión no frente al patrimonio de la deudora y futura concursada sino frente a otra mercantil, y por ende, en principio fuera del catálogo competencial del juez del concurso en los términos definidos en el art 86ter LOPJ y 8LC. Cosa distinta desde el punto de vista competencial es que se arrogue a la dominante el papel de administrador de hecho a los efectos de calificación

TERCERO.- Sentado lo anterior, y atendido los requisitos del art 7 en sintonía con el art 3.5 y a los efectos del art 15 LC, únicamente debe admitirse a trámite la solicitud respeto de las mercantiles acerca de las cuales la solicitante es acreedora": AJM-1 Alicante 13.10.2008 (Concurso 486/2008)

"PRIMERO.- La presente solicitud de concurso se formula por un acreedor frente a una pluralidad de deudores.

El artículo 3.5. LC permite la declaración conjunta de varios sujetos deudores, bien cuando exista confusión patrimonial entre estas, bien siendo personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, por existir identidad sustancial entre los distintos componentes y unidad de decisión.

Prevé, pues, la Ley, la acumulación inicial de concurso necesario, guardando silencio sobre la de concurso voluntario, sin que esa diferenciación aparezca en el caso de acumulación sobrevenida de concursos ya declarados (art. 25).

Al margen de afirmaciones contenidas en los escritos del deudor, más propios de otros ordenes jurisdiccionales, desde la óptica concursal, frente a la tesis que se infiere de los escritos de la acreedora que pretende la declaración de concurso de un grupo empresarial, debe ponerse de manifiesto que la acumulación o solicitud inicial no supone la tramitación de un único concurso, sino varios tramitados coordinadamente (Conclusión del primer Encuentro de la Especialidad Mercantil, Diciembre del 2004), de manera que en la solicitud el acreedor o acreedores deben indicar el crédito (con sus especificaciones) que ostentan contra todos y cada uno de los deudores respecto de las que pide que se declare en concurso, y acompañar el documento acreditativo.

Son variados los razonamientos que justifican tal conclusión:

i) la lectura del art. 3.5 LC, especialmente del empleo del adverbio "sus" pone de manifiesto que el solicitante debe ser acreedor de cada uno de los sujetos pasivos, que debe reunir la condición de deudor (art 1)

ii) el grupo como tal no tiene personalidad jurídica propia y solo pueden ser declarados en concurso las personas jurídicas o las naturales (art 1) o aquellas masas patrimoniales específicamente contempladas en la norma (herencia yacente)

iii) el art 3.5 LC no hace desaparecer el presupuesto objetivo de la insolvencia, en los términos definidos en el art 2, que debe concurrir respecto de cada uno de los deudores en particular; esto es, no cabe que la declaración de concurso de una sociedad del grupo conlleve la de otras del mismo, si estas no son insolventes

iv) la existencia de grupo permite la solicitud conjunta, y su tramitación ordenada, pero no hace desaparecer la personalidad jurídica independiente de cada una de las sociedades u otros entes que lo componen. Consiguientemente cada uno de los deudores dará lugar a un concurso, con su masa activa y pasiva, aunque coordinada. Ello explica la previsión del art 101.2 LC

iv) el art 3.5 LC tiene un alcance procesal –tramitación coordinada de concursos ab initio - pero no tiene implicaciones sustantivas: no implica la desaparición de la personalidad jurídica de cada uno de los entes que conforman el grupo y desde el punto de vista patrimonial, la consolidación y responsabilidad de todas las empresas del grupo frente a terceros. Ello no significa que la existencia del grupo no tenga trascendencia, como en materia de competencia (art 10), nombramiento de administradores (art 28), calificación de créditos (art 92 y 93), derechos de adhesión y voto (art 122) o la posibilidad de reintegrar bienes/derechos realizados en perjuicio de acreedores (art 71 y ss), pero no en los términos interesados

En el derecho derogado, pero cuya ratio se considera trasladable, el TS en resolución de 20 de julio de 1996 ya dijo que " En caso de quiebra, la situación de ambas sociedades viene a ser análoga a la que prevé el art. 923 del Código de Comercio, en el que la quiebra de la sociedad arrastra la de los socios, «pero manteniéndose siempre separadas las liquidaciones respectivas». No hay unificación de todos los bienes de los quebrados, como es lógico dado que pueden existir acreedores de la sociedad y acreedores de los socios a los que aquella unificación perjudique", criterio seguido por los juzgados mercantiles con la nueva ley concursal (AJM num 3 de Barcelona de 29/12/2004, entre otros)

Esta es, por otra parte, la opinión de la doctrina científica entre la que podemos citar a Maria del Carmen González Carrasco (en Comentarios a la Ley Concursal, coordinada por Rodrigo Bezcovitz, Rodríguez Cano), Angel Rojo, en sus Comentarios de la Ley Concursal) o Juan Sánchez-Calero Guilarte (en Anuario de Derecho Concursal, num 5), entre otros

No es obstáculo a la anterior conclusión la invocación de la doctrina del levantamiento del velo.

La responsabilidad de la empresa dominante, o en general de las distintas que conforman el grupo, de las deudas de una de ellas frente a terceros pasa por la superación de la personalidad jurídica. La sentencia del TS de 1/2/2008 se hace eco de la conocida como doctrina del levantamiento del velo indicando que " puede operar tanto en la perspectiva de un socio respecto de una sociedad, como en la utilización de varias sociedades, a las cuales debe extenderse la responsabilidad exigible a cualquiera de ellas. La actuación fraudulenta se produce mediante la articulación o manejo unitario, directamente o a través de testaferros, de varios personalidades jurídico-sociales con el resultado de desviar o eludir responsabilidades con perjuicio de terceros o daño de los acreedores, rompiendo con ello el principio de la buena fe negocial" y recuerda la STS de 29/9/2004 que "Para corregir tales fraudes, buscados o aprovechados, es mecanismo jurídico adecuado el utilizado por las Sentencias de instancia, pues las circunstancias del caso justifican plenamente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, al darse una situación de instrumentación jurídica y económica en perjuicio de tercero, con actuación abusiva y disconforme con las exigencias de la buena fe, por lo que nada repugna a la excepcionalidad, y carácter moderado y ponderado, con que debe aplicarse dicha doctrina, como aconseja la doctrina y postula la jurisprudencia"

No parece que sin contradicción alguna y ab initio puedan entenderse que concurren los exigentes presupuestos para la aplicación de tal doctrina, apuntando además de esta inhabilidad del cauce procesal, que si lo que se busca es extender la responsabilidad de la mercantil con la que entabló relaciones el acreedor solicitante a otras del grupo (especialmente a la patrimonial) nos encontramos, en definitiva, ante una pretensión no frente al patrimonio de la deudora y futura concursada sino frente a otra mercantil, y por ende, en principio fuera del catálogo competencial del juez del concurso en los términos definidos en el art 86ter LOPJ y 8LC. Cosa distinta desde el punto de vista competencial es que se arrogue a la dominante el papel de administrador de hecho a los efectos de calificación"

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, y atendido los requisitos del art 7 en sintonía con el art 3.5 y a los efectos del art 15 LC, únicamente debe admitirse a trámite la solicitud respeto de las mercantiles acerca de las cuales la solicitante es acreedora (CONSTRUCCIONES GARCIA CERDAN SL y ALEMAR GARCIA CERDAN SL) y no por tanto respecto de SERVICONS FUENTE ALAMO que no lo es

Ahora bien, si respecto de la primera -CONSTRUCCIONES GARCIA CERDAN SL- ya consta su previa declaración de concurso, que se identifica como el num 1021/2009 del Juzgado de PI y Mercantil de Albacete, evidentemente no cabe su admisión a trámite (art 15 y 22 LC por analogía) y deviene la solicitud superflua, e innecesario el análisis de si el domicilio social de la sociedad que se dice dominante del grupo se corresponda con el centro de intereses principales, pues al no admitirse respecto de ella, no resulta determinante para fijar el fuero territorial
Finalmente respecto de ALEMAR GARCIA CERDAN SL, de la que sí se acredita la condición de acreedora, tampoco procede su admisión a trámite ya que: i) no se indica qué hecho revelador de insolvencia del art 2.4 LC le afecta, pues el sobreseimiento general en el pago y el alzamiento de bienes imputado se predican de CONSTRUCCIONES GARCIA CERDAN SL y ii) se afirma en al solicitud que ALEMAR GARCIA CERDAN SL es una empresa saneada ": AJM-1 Alicante 20.10.2009 (Concurso 813/2009)

8. Admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario de todas las sociedades del grupo, incluso aquellas de las que el solicitante no es acreedor, por posible levantamiento del velo, sin perjuicio de lo que resulte de la posible oposición

"PRIMERO Para la adecuada resolución de los motivos de impugnación esgrimidos por la parte recurrente, se estima necesario hacer una breve reseña de los antecedentes a que se contrae el presente procedimiento. Y así resulta que por las entidades apelantes se promovió solicitud de que se declare en concurso necesario al grupo de empresas conformado por las sociedades PORORISA S.L., CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES PONSRIC S.L. ESTRUCTURAS INCA S.L. Y BORDONERA S.L., alegando a tal fin y por lo que a su legitimación activa se refiere, ser acreedores de tres de las entidades según créditos que aparecen documentados en los pagarés que aporta y a que sus respectivos vencimientos resultaron impagados; por lo que a los presupuestos subjetivos se refiere, que las sociedades demandadas, conforman un grupo de empresas, que se evidencia por su unidad de decisión y confusión patrimonial de todas ellas; y por último y respecto al presupuesto objetivo, alegan que sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones, basado no tan solo el importe de sus créditos, sino por el conocimiento de otras numerosas deudas vencidas e impagadas, embargos trabajos por la Consellería d'Economia, Hisenda i Innovació del Govern de les Illes Balears, Tesoreria General de la Seguridad Social, Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la inexistencia de bienes libres para responder de las deudas que, hasta ahora, han ido venciendo.
Dicha pretensión fue desestimada en la instancia, con fundamento principal, según se relaciona en losAutos de fecha 2 y 22 de abril de 2008, a que para instar la declaración judicial conjunta, a tenor de lo dispuesto en elartículo 3.5 de la Ley Concursal, se exige que aquellos respecto de los que se inste de forma acumulada la declaración de concurso ostenten la condición de deudores de los instantes, exigencia que no se cumple en el supuesto de autos, toda vez que los instantes no ostentan crédito frente a todas las entidades contra las que se dirige su solicitud, sin que sea posible en esta fase inicial de admisión a trámite hacer un juicio sobre la eventual responsabilidad de quien no aparece como deudor, con fundamento a la doctrina relativa al levantamiento del velo.
SEGUNDO Partiendo de tales antecedentes, es evidente que la cuestión a que se contrae la presente alzada, se centra exclusivamente en determinar si siendo el derecho concursal un sector del ordenamiento dirigido a hacer posible y a mejorar, en su caso, la tutela de los acreedores del deudor insolvente, qué sucede en aquellos supuestos en los que ese deudor insolvente forma parte de un grupo de sociedades, tratando de determinar los instrumentos de tutela de que puedan disfrutar con base a dicho ordenamiento concursal los acreedores frente a la sociedad, que merced al ejercicio de dirección unitaria, podría haber determinado la insolvencia de todas aquéllas.
Pues bien, tales cuestiones ya han sido abordadas por este Tribunal en resoluciones de fecha 29 de enero de 2007 y 29 de marzo de 2007 (AC 2007, 1707) y en las que como relaciona la propia parte recurrente, se resuelve un caso similar al que nos ocupa, en orden a la declaración de concurso necesario frente a distintas sociedades, sobre la necesidad o no, a efectos del legitimación activa, de que el instante sea acreedor de todas ellas, sobre los requisitos básicos necesarios para la integración de un grupo de sociedades, y sobre la posibilidad de que determinada a priori la existencia de grupo de sociedades, por confusión de patrimonio e identidad de administración, decisión y control, se pueda levantar el velo, sin perjuicio de que una o varias o todas las sociedades contra las que se inste el concurso y se encuentren en estado de insolvencia, puedan formular oposición en el trámite que en el marco de la legislación concursal confiere con carácter previo a la declaración del concurso.
Y así en aquellas resoluciones, destacando los pronunciamientos más relevantes al caso que nos ocupa, se dice, en primer lugar y en orden a los requisitos que deben concurrir a la solicitud de concurso necesario:
"según la propia Exposición de Motivos de laLey 22/2003, Concursal, se ha optado por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, e incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud, siendo que el deudor deberá ser emplazado y oponerse a la misma basándose en la inexistencia del hecho fundamentador o en la de su estado de insolvencia que, de contrario, incumbe al deudor, amén de poder recurrir, en su caso la declaración del concurso, en este supuesto solicitada conjuntamente. A los ahora solicitantes les basta acompañar a la solicitud el origen, naturaleza, importe, fecha de adquisición y vencimiento, y la situación actual del crédito, proponer los medios de prueba para acreditar el apremio sin bienes libres bastantes, o el sobreseimiento general, o la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten al patrimonio, o alzamiento, liquidación apresurada o ruinosa, o el incumplimiento generalizado de pago de obligaciones tributarias o cuotas de la TGSS, o salarios

o indemnizaciones, anteriores a la solicitud. Por tanto, acreditada la legitimación y concurriendo indicios de insolvencia en todas las sociedades, procedía admitir a trámite la solicitud, emplazar a los deudores a fin de que pudieran formular oposición en plazo y proponer medios de prueba, o allanarse a la pretensión de los solicitantes (artículos 15 a 20 de la Ley Concursal). En el caso, los solicitantes han cumplimentado los presupuestos procesales y materiales del concurso respecto de la solicitud, para ser admitida a trámite.
El acreedor y los demás legitimados deberán acreditar con su solicitud -de modo paralelo a lo que se exigía con anterioridad a la reforma (art. 1325 LEC)-dos extremos distintos: de un lado, su legitimación activa (presupuesto procesal) y, de otro, el fundamento de la solicitud de concurso (presupuesto material), a lo que debe añadirse, no obstante, no venir expresamente exigido en la Ley, la necesaria acreditación por el solicitante de la existencia de una pluralidad inicial de acreedores (presupuesto material) que, constituye condicio sine qua non de la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario.
La acreditación de estos extremos, que debe plantearse de manera distinta en función de que la solicitud provenga del acreedor o de otro legitimado, debe producirse en el momento mismo de la presentación de la solicitud de declaración de concurso y no en un momento posterior (AAP Madrid, 19 de octubre de 1994, y no determinando la acreditación de los mencionados extremos la declaración del concurso necesario -que solo se producirá conforme a lo establecido en losarts. 15, 18, 19 y 20 LC-sino la mera admisión a trámite de la solicitud de concurso, que se rechazará de oficio por el juez cuando falte la acreditación de alguno de los señalados extremos. Se distingue, por tanto, en supuestos de concurso necesario, de modo paralelo a lo que acontecía en la anterior suspensión de pagos entre la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario (art 7, en conexión con elart. 13 LC) y la declaración misma del concurso.
No basta, para que la solicitud de concurso necesario sea admitida a trámite, con que el solicitante acredite su legitimación y fundamente su solicitud sino que, además, ha de "expresar" en su solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse para acreditar los hechos en que fundamente su solicitud, debiendo resaltarse que el legislador exige al solicitante sólo que "exprese" cuáles serán esos medios de prueba, no debiendo el juez en este momento sobre su admisión, lo que procederá sólo si el deudor formula oposición con arreglo a lo establecido en losarts. 15 y 18 LC.".
"En definitiva, con arreglo al tenor literal delart. 7 LC, acreditados por el solicitante los extremos relativos a la legitimación activa para solicitar el concurso y a la fundamentación del concurso, el juez admitirá a trámite la solicitud conforme a lo dispuesto en elart. 13 LCy proveerá conforme a losarts. 15, 18 y 19, en orden a la declaración del concurso necesario que, frente a lo que acontecía con anterioridad a la reforma, en todo caso vendrá precedida del emplazamiento y audiencia al deudor.
No obstante, dicha admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario precisa, aun cuando no lo exija expresamente elart. 7 LC, la acreditación de la existencia de una pluralidad de acreedores, derivando la exigencia de este presupuesto de la misma naturaleza universal del concurso de acreedores debiendo concurrir dicha pluralidad no solo en supuestos en que la solicitud la presente un acreedor sino, también, en aquellos otros en que provenga de legitimado distinto al acreedor, conforme alart. 3 LC.
Elart. 15.1 LCdispone, en supuestos de admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario, su traslado al deudor al que se emplazará para que comparezca, representado por procurador y asistido de letrado (art. 184.2 LC), en el plazo de cinco días dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.
La necesidad de que, en todo caso, a la declaración del concurso de acreedores preceda el emplazamiento y la audiencia del deudor declarándose, por tanto, el procedimiento previo contradictorio entre el deudor y sus acreedores, constituye una de las novedades más importantes introducidas por la reforma pues, como se sabe, era tradicional en nuestro Derecho la declaración de la quiebra "in audita parte debitoris". En efecto, elart. 1325 LEC de 1881, preveía la declaración de la quiebra solicitada por cualquier legitimado distinto al deudor sin previa audiencia al deudor y sin contradictorio entre deudor y acreedores pudiendo, no obstante, el deudor oponerse a la declaración de quiebra (arts. 1028 del C. de C. de 1829 y 1326 LEC de 1881) una vez declarado el procedimiento, a través de un contradictorio con los acreedores (art. 1029 del C. de C. de 1829), lo que había suscitado entre nuestra doctrina dudas sobre la constitucionalidad de dicho precepto por suponer una posible violación del derecho a la defensa jurídica reconocido en elart. 24 de la CE, de forma paralela a lo que acontece en relación al todavía vigenteart. 15 de la Legge Fallimentare italiana de 1942, que recoge el carácter facultativo para el juez de la audiencia al deudor en fase de apertura del "fallimento".
No obstante, y frente a lo que había acontecido en el Derecho italiano, en el que el Tribunal Constitucional resolvió declarar la inconstitucionalidad delart. 15de la Legge Fallimentar (S 16 de julio de 1970, F. it 70, I 2039), no se había producido un pronunciamiento en este sentido por nuestro Tribunal Constitucional, que ha venido declarando ajustada a los principios constitucionales la declaración de la quiebra "inaudita parte debitoris" (AATTC de 18 de diciembre de 1985 y 21 de julio de 1989). En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha venido rechazando el recurso contra el Auto declarativo de quiebra basado en la falta de citación yaudiencia al deudor (en este sentido, vid. por todas la STS de 19 de junio de 1989).
El emplazamiento se efectuará, si se conoce el domicilio del deudor, en la forma prevista en losarts. 155 y ss. LECy conforme a lo establecido en elart. 184.7 LCen supuestos en que se desconozca el domicilio del deudor o el emplazamiento haya resultado negativo.
La audiencia al deudor en fase de apertura del concurso, con anterioridad a su declaración, introducida con la reforma, no ha sido en todo caso valorada positivamente por nuestra doctrina no solo porque, tanto el Tribunal Supremo como el constitucional ha considerado ajustada a los principios constitucionales la declaración del concurso "inaudita parte debitoris" sino, además, por los posibles riesgos que para los acreedores conlleva dicha audiencia (riesgo de fuga) y la prolongación en el tiempo de la fase de declaración del concurso.

La audiencia al deudor con anterioridad a la declaración de un procedimiento concursal constituye un problema conectado no tanto a la duración del procedimiento sólo en 15 o 20 días, cuanto a la defensa del deudor y a las garantías de los acreedores frente a la posible realización por el sujeto"alertado" de actos en perjuicio de la masa, lo que conecta con el sistema de comprobación del presupuesto objetivo y la posibilidad de adopción judicial de medidas cautelares en protección de los acreedores.
No obstante, tras la reforma se produce el tránsito de un sistema de comprobación a posteriori del presupuesto objetivo de los institutos concursales a un sistema de comprobación a priori, en el que precede a la declaración del concurso necesario la comprobación de la insolvencia como situación económica de fondo, aun cuando, con arreglo al tenor literal de la Ley, no en todo caso sino condicionada a la oposición del deudor.
Por ello, en el marco de la nueva legislación concursal, la audiencia al deudor en fase de apertura tiene por finalidad ponerle de manifiesto los autos y ofrecerle la posibilidad de que ejercite su derecho de defensa, formulando oposición a la solicitud proponiendo los medios de prueba de que intente valerse, conectándose a dicha oposición la comprobación de la insolvencia, evitándose así los riesgos derivados de la audiencia tras la declaración del concurso".
Pues bien en el presente caso no hay duda de que concurren los requisitos expuestos, desde el momento de que con la solicitud se aportan no tan sólo los documentos acreditativos de los créditos que ostentan contra tres de las entidades demandadas, sino igualmente la acreditación presuntiva de la inexistencia de bienes libres suficientes, la concurrencia de otros acreedores y embargos decretados contra su patrimonio y en definitiva la insolvencia de todas las demandadas, proponiendo prueba suficientes para acreditar tales extremos.
TERCERO En segundo lugar, y respecto a la legitimación pasiva y mas en concreto, sobre la posibilidad de solicitar el concurso acumulado contra todas las demandadas por conformar un grupo de empresas, se dice:
"No existe un concepto unitario de grupo en derecho español. La doctrina se decanta por el concepto de UNIDAD DE DECISIÓN.
No es necesario que las personas jurídicas cuya declaración de concurso conjunta se solicita formen parte de un mismo grupo si existe confusión patrimonial entre ellas. La propia redacción del escrito así lo indica. (utiliza "o"). De todas maneras, si hay confusión patrimonial, está claro que formen parte de un mismo grupo.
Surge la duda de si es posible solicitar el concurso necesario de varios deudores aplicando la doctrina del levantamiento del velo; y
a) Aunque existe alguna resolución que lo ha admitido, hay Juzgados que entienden que ello sólo se puede hacer si previamente hay una resolución de un Juzgado que levante el velo.
b) Elauto del Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya, Bilbao nº Uno, de 11 de mayo de 2005, estudia una solicitud de concurso necesario de varias personas sobre las que se dice que hay confusión de patrimonios. El Auto inadmite la petición y para ello no alega que sería necesaria una previa resolución judicial, sino simplemente que no se ha probado la confusión de patrimonios.
Es claro que es necesario que cada una de las empresas cuya declaración de concurso se solicita se encuentre en estado de insolvencia. La confusión patrimonial existente no puede beneficiar al acreedor que solicita el concurso, en el sentido de que le basta acreditar la insolvencia sólo de una sociedad. Debe acreditar la insolvencia de todas las sociedades.
En este caso concreto, es evidente -por lo que se expondrá- la existencia de un grupo de sociedades, confusión de patrimonios e identidad de administración, decisión y control, y que la insolvencia de cada sociedad viene determinada por carencia de bienes y falta de actividad, y ello sin necesidad de que se ostente un crédito contra todas ellas: si hay confusión de patrimonios, se puede levantar el velo, y así los créditos son contra todos los insolventes. Por ello, la ley autoriza la oposición en base a que una, varias o todas las sociedades de hallen en estado insolvencia al momento de la declaración de concurso. Laley habla de fundar, y no de probar o acreditar, con la solicitud (artículos 2.4, 7.2), y basta alegar los hechos reveladores, sin perjuicio de posterior prueba; y a efectos de grupo, habrá de estarse a si existe o no unidad de decisión, y en el presente caso hay clara diferenciación entre las entidades cuya declaración de concurso se interesa, el grupo de empresas al que pertenecen y las personas empresarios individuales. Sobre el levantamiento del velo, procede por la estrechísima vinculación de las personas físicas y las sociedades, y ante la utilización del fraude de ley: la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, utilizada por la jurisprudencia norteamericana "sreagard of legal entity", es de construcción jurisprudencial, y tiene sus antecedentes en España en la llamada"doctrina a terceros" (SSTS 7-7-1927, 8-10-1929, 12-12-1950, 16-1-1952, 22-5-1956, 5-5-1958, 30-4-1959 Y 21-2-1969), que parte de considerar a la sociedad como tercero, valorando la buena fe y la existencia de fraude. Su plasmación jurisprudencial como tal doctrina tiene lugar en España con laSTS de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800), mientras que en la jurisprudencia anglosajona data de finales del siglo XIX. Se trata de penetrar en el sustrato de la persona jurídica para evitar que bajo dictación se puedan perjudicar derechos de terceros o ser utilizada en fraude de ley. Señala la referida Sentencia: "Que ya, desde puntos de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores consagrados en la Constitución (art. 1. 1º y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según los casos y circunstancias, por aplicar vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (CCart. 7.1º), la tesis y práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a los efectos que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que,bajode esta ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto-, se pueda perjudicar ya intereses privados o públicos por utilizada como camino del fraude (CC art. 6.4º), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar -levantar lo jurídico-en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (CCart. 7.2º), entrar en lo ajeno o de los derechos de los demás o contra los intereses de los

socios, es decir de un mal uso de la personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (CCart. 7.2º)".Y añade el TS que quien maneja internamente de modo solitario y global un organismo, no puede invocar frente a sus acreedores que existen varias organizaciones independientes, sobre todo en aquellos casos en los que el control social efectivo está en manos de una persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad. La jurisprudencia posterior ha extendido el ámbito de aplicación de la doctrina a todos aquellos propuestos en el que la separación de la personalidad jurídica constituye una ficción para obtener un fin fraudulento como cumplimiento de un contrato, la elusión de responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia u otros similares (STS 3-6-1991 (RJ 1991, 4411), 13-3-1992, 24-4-1992, 16-2-1994 y 8-4-1996). Entre la jurisprudencia más reciente destacan lasSSTS 15-3-2002, 30-7-2002, 4-10-2002, 11-11-2002, 17-12-2002, 25-4-2003, 19-5-2003 (RJ 2003, 5213), 10-7-2003, 13-11-2003.
Resulta ilustrativa laSTS de 19-5-2003 (RJ 2003, 5213)que recoge la doctrina jurisprudencial, y declara:
Como dice lasentencia de 15 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7267), "la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona Disregard y de la germana Durchgriff, que tiene como función evitar el uso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficcionar fraudulentas, tal como dice lasentencia de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800), verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por lassentencias de 16 de julio de 1987 (RJ 1987, 5795), 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6194), 5 de octubre de 1988, 20 de junio de 1991, 12 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8234), 12 de febrero de 1993 (RJ 1993, 763). Cuestión básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato para aludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice lasentencia de 3 de junio de 1991, se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude deley o perjudican derechos de terceros",los que reiteran las de 16 de marzo de 1992, 24 de abril de 1992 (RJ 1992, 3410), 16 de febrero de 1994, y la de 8 de abril de 1996; sentencias posteriores reiteran la doctrina: 23 de enero 1998, 25 de mayo de 1998, 11 de octubre de 1999, 31n de enero de 2000, 11 de octubre 2000, 22 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9314).
La jurisprudencia viene admitiendo la aplicación de esta teoría en cuatro grupos de casos:
-El uso de las formas jurídicas o utilización en fraude de ley.
-La entidad de personas o esferas de actuación o confusión de patrimonios, que se muestra en la existencia de una comunidad, gestión, de intereses y de beneficios.
-Control o dirección efectiva interna.
-Infracapitalización o descapitalización societaria; ad exemplumSAP Baleares de 28-7-2000 (JUR 2000, 297953), 1-6-2000 (JUR 2000, 240718), 2-7-1998, 20-5-2002 (JUR 2002, 189753)y 23-7-99.
Es la confusión de patrimonios el elemento que ha de probar el acreedor que solicite la declaración conjunta de los varios deudores cuyos patrimonios se hallen en situación de confusión. El supuesto de hecho no exige que los deudores se encuentren en una relación de grupo de empresas o de sociedades. Pero si además concurre esta situación (típicamente contemplada en el segundo supuesto), el acreedor, sea persona física o persona jurídica (como se ha indicado antes) no necesita probar otro elemento distinto a la confusión de patrimonios.
La confusión de patrimonios a la que se refiere el artículo no es, obviamente, la confusión de las cualidades de acreedor y deudor que extingue las obligaciones. Es, al contrario, una situación en que los dos polos subjetivos (uno de ellos, el de los deudores, es plural) permanecen distintos. En el polo subjetivo de los deudores, no se produce tampoco la extinción subjetiva de uno o varios de los deudores, sino que subsiste plenamente desde el punto de vista subjetivo dos (o varias) personas deudoras, y lo que ha sucedido es patrimonial.
La confusión -evidenciada por ejemplo en una contabilidad única-existe cuando el entrelazamiento patrimonial es tan intrincado que desentrañar e individualizar la titularidad de cada elemento del activo o cada atribución de los elementos del pasivo sea tan ardua que el esfuerzo -en tiempo y en gastos-necesario para ello sea desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse si, intentada la operación de individualización patrimonial, se alcanzara un resultado positivo.
El segundo término delart. 3.5contempla la existencia de una relación de grupo entre los varios deudores, personas jurídicas, de un acreedor, relación que le legitima para pedir como en el caso anterior la "declaración judicial conjunta" de los varios deudores. Pero además, en la relación del grupo, deben concurrir dos características adicionales: identidad sustancial de sus miembros, y unidad en la toma de decisiones.
El elemento central para la aplicación delart. 3.5en su último inciso, es la existencia de un grupo. La LC no define lo que debe entenderse por grupo, aunque contempla esta relación entre entidades jurídicas, bien hablando de "grupo" sin más (art. 3.5), de "grupo de sociedades" (art. 10.4) o de "grupo de empresas" (art. 6.2.2º.III;art.6.3.3.4º). Y, por supuesto, de "entidades integradas" en un grupo (art. 6.2.3º.III), de "sociedad dominante" (art. 10.4º;art. 6.3.4º), de "sociedad dominante de un grupo" (art. 25.1) o de "sociedad dominada de un mismo grupo" (art. 25.3).
Por esta razón el concepto de grupo ha de ser determinado teniendo presentes las normas que el ordenamiento haya establecido para este fenómeno de la vida empresarial. Pero el derecho español no establece un único concepto de grupo, sino que se encuentran varios preceptos con distintos conceptos para servir finalidades concretas propias de cada una de las leyes en que se encuentra inscrito.
En el derecho español se percibe un proceso de aproximación normativa de los diversos textos legales que, a efectos de la aplicación de las leyes en que se contenían, establecían un concepto de grupos de empresas.

El paso legislativo más reciente es el dado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales..., que modifica losapartados 1 y 2 del art. 42 CCom, donde se contiene la descripción de la situación en que varias sociedades se encuentran interrelacionadas y al que hacían referencia mediante remisiones a su contenido otras normas del ordenamiento para establecer una presunción de supuesto de grupo.
En su redacción originaria elart. 42. CComdisponía:
"1. Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, en la forma prevista en este Código y en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes:
a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
b) Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo.
2. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se añadirán a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por ésta, así como a otras personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de alguna de aquéllas".
Y. El nuevoart. 42.1 CCom:
Elart. 42 CComestá dictado a los efectos de establecer el supuesto que obliga a una sociedad considerada como dominante a redactar cuentas anuales consolidadas. Pero a este precepto se remiten las normas más significativas del ordenamiento en el que se establecen, para satisfacer otras finalidades de política jurídica, un concepto de grupo de empresas o un concepto relacionado con el mismo fenómeno. Son elart. 87 del TRLSA y elart. 4 LMV. Ambos marcan el ámbito de su aplicación que, después de las sucesivas de estos artículos y la última delart. 42 CCom, coinciden básicamente en contenido de los supuestos calificables como grupos. En efecto, la lectura comparada delart. 4 LMVy delart. 42 CComen su nueva redacción pone de manifiesto que elart. 42.2 CCom ha incorporado supuestos que ya habían tratado como grupo en los primerosartículos citados.
Elart. 4 LMVestablecía:
"A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.
Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en elnúmero 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más unode los Consejeros de la dominada sean Consejero o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.
A efectos de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona".
Por su lado, elart. 87 TRLSA, después de su reforma, definía el concepto de sociedad dominante, a los efectos del tráfico de acciones propias o de acciones de sociedades en situación de grupo o semejantes:
"1. A los efectos de esta sección se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación.
2. En particular, se presumirá que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre con relación a ésta en alguno de los supuestos previos en elnúmero 1 del artículo 42 del Código de Comercio o, cuando menos, la mitad más unode los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta.
A efectos de lo previsto en el presente artículo, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de otras personas que actúen por cuenta de la sociedad dominante o de otras dominadas o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona".
En realidad, la característica decisiva es la existencia de una unidad de dirección entre las varias sociedades integrantes de un grupo. Por otro lado, también es de señalar que se da importancia no sólo a la existencia de personas comunes en los órganos de administración de las sociedades que constituyen el grupo sino, además, a los "altos directivos de la sociedad dominante o de la otra dominada por ésta". Con este inciso se introduce la relevancia de los administradores de hecho que también juegan un papel importante en la nueva ordenación del concurso (v.art. 92.5 y 93.1 y 2LC).
La nueva redacción delart. 42.1establece la obligación esencial de redactar cuentas consolidadas en un grupo de sociedades por subordinación a la sociedad dominante:
"Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección. En aquellos grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante, esta obligación recaerá en la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación".

El grupo se determina por la unidad de dirección como en losarts. 4 LMV y 87TRLSA. Un grupo se presume que existe por este elemento caracterizador; como ya se ha reseñado:
"Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones:
a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
d) Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado".
Pero, como parte final se introduce un precepto nuevo en el que la relación de grupo se funda no en una situación de sociedad socia de otra sociedad en la que concurren determinadas circunstancias que hacen presumir la existencia de grupo, sino que se funda en cualesquiera otros medios. Así se afirma que:
"Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta".
La identidad sustancial de sus miembros es una situación que se da con frecuencia en las sociedades comunes.
Es importante señalar que no se exige la identidad de todos los miembros, sino una identidad sustancial. Esto significa que es suficiente que haya una identidad de personas que supongan la mayoría que permita adoptar acuerdos en las juntas generales. El adjetivo sustancial no implica por lo tanto identidad personal, sino que, utilizando los medios que ofrece el ordenamiento, el grupo dominante de una sociedad deudora pueda decidir también la otra sociedad deudora cuando ambas tienen el mismo acreedor que insta la declaración conjunta del concurso de ambas. Los entrecruzamientos de participaciones de las sociedades del grupo pueden crear esta situación, con mayoría estable de participación.
Para determinar la situación habrá que aplicar elart. 42.1.II CCom, que establece la regla de que la cuantía de la participación de una sociedad se obtendrá mediante la suma de las participaciones que posea directamente y de las participaciones indirectas que posea a través de otras sociedades dependientes o de aquellas personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de cualesquiera otras personas de quienes la sociedad dominante disponga concertadamente.
Por otro lado, se exige la unidad de dirección. La unidad de dirección-elemento común a los grupos jerárquicos o por subordinación y a los grupos igualitarios o por coordinación (art. 42.2 CCom)-implica la unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo aunque puedan después moralizarse en cada una de las entidades agrupadas en el marco de la libertad de gestión que cada sociedad posea por decisión de la misma ley o del contrato en que se estableció el grupo o de los límites derivados de la autonomía inderogable derivada de la independencia jurídica. La formación de la política común del grupo puede realizarse de una manera centralizada desde la sociedad dominante o estar abierta a a una cooperación entre todos los integrantes del grupo o a una cierta competencia en la ejecución de las líneas generales de la dirección única.
No está determinado ni el contenido ni el ámbito en que la dirección única se ejerce, pero se admite que debe afectar por lo menos al ámbito de la financiación, producción, comercialización y de la política social.
Elart 42.2 CComreformado ha recogido los supuestos que se habían venido recogiendo en otros supuestos en que se definía el grupo.
La unidad de dirección se presume cuando una sociedad (dominante) es socia de otra (dependiente) y se encuentra en una de las situaciones previstas en elart. 42.1 CCom:
"Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ésta en alguna de las situaciones".
También se presume que existe "igualmente" unidad de dirección:
"Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta".
El juez competente para la declaración conjunta del concurso de varios deudores que integren un grupo de sociedades será el del lugar donde tenga el domicilio la sociedad dominante (art. 10.4). El artículo se refiere inmediatamente antes para determinar el juez competente en el supuesto general de declaración conjunta al del "lugar donde tenga el centro e sus intereses principales el deudor con mayor pasivo". Teniendo en cuenta la complejidad de la estructura de un grupo, parece más conveniente acudir al del domicilio (art. 6 TRLSA) de la sociedad dominante.
Sólo con la declaración conjunta se coadyuva a una verificación efectiva del principio de coordinación en orden a asegurar el buen fin del concurso.

La posibilidad de acumulación de los concursos de sociedades de un mismo grupo no es la única mención que hace la Ley Concursal de los grupos, sino que son diversas las cuestiones relacionadas con los mismos tratadas en la Leu. Así, la Ley Concursal prevé en caso de la existencia de un grupo empresarial una serie de posibles hipótesis procesales, como son la posibilidad de declaración conjunta de concurso, (art. 3.5), o de acumulación de los concursos de los distintos integrantes del grupo (art. 25.1), pero también el condicionamiento del convenio a la aprobación judicial del convenio de otro u otros miembros del grupo declarados también en concurso (art. 101.2), la prohibición de nombrar administradores del concurso a los miembros del grupo o sus administradores de derecho o de hecho o socios de referencia (ar. 28.1), etc".

"Y que afirmado, pues, que la existencia de hecho o de derecho de un grupo empresarial es una cuestión trascendente para la tramitación del concurso y el cumplimiento de sus finalidades, surge el problema de que la Ley Concursal no contiene un concepto de lo que ha de entenderse por grupo; que se ve agravado, a su vez, porque en el resto de nuestro ordenamiento jurídico tampoco hay un concepto de grupo unitario o que valga para todos los sectores del ordenamiento. Además, la jurisprudencia apenas ha tratado la problemática de los grupos de sociedades, salvo con la aplicación de la denominada teoría del levantamiento del velo, a los meros efectos de extensión de la responsabilidad intragrupo.

Tras la reforma operada por elart. 106.2 de Ley 62/2003, de 30 diciembre, que dio nueva redacción alart. 42 del CCom., introduciendo el concepto fundamental de "unidad de decisión" (ya contenida en elart. 4 de la LMV) en el concepto de grupo de sociedades a efectos contables y pese al carácter sectorial delart. 42 del CCom., encaminado a establecer la obligación de formulación de una contabilidad consolidada en los grupos de sociedades, se considera (repetimos) que este precepto es decisivo a efectos de determinar cuando existe un grupo de sociedades. La unidad de decisión regulada por el actualart. 42 de CCom, puede producirse por medios societarios o extrasocietarios.

Por medios societarios, se produce la unidad de decisión fundamentalmente a través del concepto de dominio, que implica la existencia de una sociedad dominante, que es socio de la sociedad filial de forma directa o de forma indirecta a través de otra filial, y asimismo el "control" de la dominante sobre las dominadas a través de cualquiera de estos medios: a) posea la mayoría de los derechos de voto: b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto; d) haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este control no tienen por que se efectivo, basta que sea potencial. Y, como se ha dicho, no tiene porqué ser directo, sino que puede ser indirecto, puesto que conforme al últimoapartado del art. 42.1 de CCom., a estos efectos, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes. Por tanto, forman parte del grupo no solamente la sociedad dominante y las que ésta domina de forma directa, sino también las que domina de forma indirecta a través de otras dominadas.

Pero es que en el mencionado precepto tienen también cabida aquellas situaciones en las que hay una unidad de decisión por medios extrasocietarios y también en las que el grupo no es jerárquico o vertical, sino horizontal o de coordinación. Así, elart. 42.2 del CCom. admite que la unidad de dirección se produzca sin que una sociedad sea, directa o indirectamente, socia de otra, al prever que "se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única". Estos otros medios pueden ser, la coincidencia de consejeros o altos directivos, los que se ha denominado "consejos compartidos", previstos en elart. 87.2 in fine de la LSA y 6 4.IIde la LMV: cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la sociedad dominada sean consejeros o altos directivos. También se admite que esos otros medios que aseguren que varas sociedades se encuentran bajo dirección única pueden ser contractuales, mediante, lo que se ha venido en denominar "contrato de dominación". Así parece desprenderse de la previsión contenida en el últimopárrafo del art. 42.1cuando establece que "a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán...aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona". Del mismo modo, además del tradicional grupo vertical o jerárquico, se abre la puerta a los grupos horizontales o por coordinación, dado que, se prevé la posibilidad de que haya grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante (supuesto en que la obligación de formular las cuentas y el informe de gestión consolidado se atribuye a la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación), o se habla de que existe unidad de decisión cuando varias sociedades se hallen bajo dirección única, sin hablar necesariamente de dominante y dominada.

Por tanto, tras la reforma delart. 42 del CCom., se establece un concepto de grupo de sociedades acorde con la noción que resultaba delart. 4 de la LMVy, en cierto modo, delart. 87 de la LSA, armonizando la normativa societaria al respecto, y emergiendo como noción fundamental la de "unidad de decisión", más acorde con la realidad económico-empresarial, y que permite integrar en le concepto de grupos no sólo aquellos casos de grupo vertical en el que una sociedad domina a otras por medios societarios directos, sino también otras situaciones de control indirecto, dirección única de varias personas físicas o jurídicas que actúan sistemáticamente en concierto, utilización de testaferros o de derechos de terceras personas de los que se dispone por medios contractuales. Se incluyen, pues, diversas tipologías de grupos societarios: 1) fácticos (participación de la dominante en las filiales) y contractuales; 2) jerárquicos, en los que hay una persona que realiza funciones de alta dirección: por alto directivo puede entenderse, conforme al RD 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, toda persona que ejerza poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa con autonomía y plena responsabilidad, aunque limitada por las instrucciones de la administración social, y con poderes relativos a los objetivos

generales de la empresa física o jurídica dominante, y horizontales o de coordinación; 3) con mayor o menor centralización, con una mayor o menor intensidad de la referida unidad de decisión, según se otorgue un grado menor o mayor de autonomía a los administradores de las sociedades integrantes del grupo.
La utilidad de la acumulación de los grupos de sociedades es la misma que la de los demás supuestos de acumulación, y en cuanto a su finalidad "la acumulación de los concursos de sociedades de un mismo grupo es una exigencia de las relaciones de poder que existen entre dominante y dominada/s, en virtud de las cuales se produce una unidad económica funcional, aun cuando las partes integrantes pertenezcan jurídicamente a varia sociedades formalmente independientes".
Pues bien, descartada, conforme a lo expuesto, la necesidad de que el acreedor ostente un crédito contra todas la entidades, cuando estas conforman un grupo de sociedades, también se aprecia que con la solicitud se fundamentan hechos reveladores de la existencia de dicho grupo, sin perjuicio, claro esta, de lo que pudiera resultar definitivamente probado en caso de oposición, tanto en lo relativo a la insolvencia real de todas las sociedades integrantes, como respecto a la constatación real de aquellos hechos reveladores del grupo; tales hechos son: las entidades PORORISA S.L. Y BORDENERA S.L., tienen el mismo domicilio social (Carretera de Artá s/n, Restaurante Maristany del Puerto de Alcudia s/n), por su parte las entidades CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES PONSRISC S.L. Y ESTRUCTURAS INCA S.L., tienen a su vez idéntico domicilio social (Avenida de Lluch nº 262, bajos de Inca); existen identidad en el objeto de social de todas las entidades (promoción, construcción, explotación, parcelación, compra, venta, alquiler y arrendamiento de bienes inmuebles), la unidad de dirección queda evidenciada no tan solo por la identidad de los administradores de las distintas entidades (D.Héctory D.Nemesio), sino igualmente por el hecho de los que los pedidos y la facturación se realice indistintamente por cualquiera de ellas, así como que todos los pagares aportados aparecen librados contra una misma sucursal bancaria, sita en el Alcudia; anuncian su actividad indistintamente en un u otro domicilio social (fotografías obrantes a los folios 45 y ss).
CUARTO En concordancia con lo expuesto, se considera que concurren en el supuesto de autos, los requisitos procesales y materiales, que autorizan a admitir a trámite la solicitud conjunta del Concurso necesario instado por la apelante, sin perjuicio, como ya se dijo en elAuto de este Tribunal de fecha 29 de marzo de 2007 (AC 2007, 1707), ya citado, de que "en la oposición podrán las demandada, en su caso, negar la constitución del grupo, el abuso en la forma jurídica, la confusión de activos o esferas patrimoniales e incluso la sucesión o sustitución de empresas, o la subrogación de hecho en el tráfico mercantil y en la misa actividad; o la solvencia de una o ambas entidades, y si ambas son independientes en su funcionamiento y económicamente, y sobre la procedencia o no de declaración conjunta en concurso necesario", por lo que debe estimarse el recurso de apelación interpuesto, revocando en tal sentido la resolución de instancia y con las efectos que se dirán en la parte dispositiva de la presente resolución.": AAP Baleares (Sección 5) 20.10.2008 (JUR 2009/277485; Auto 130/2008; Rollo 181/2008)

9. No extensión del concurso de la dominante a las demás sociedades del grupo

"PRIMERO.-Encofrados Mufer S.L., promueve juicio cambiario frente a Trazas Estructuras S.A., reclamando el pago de efectos cambiarios.
El juzgado admite a trámite la demanda y requiere de pago a la deudora y, al no pagar ni oponerse ésta, se dicta auto el 26 de febrero de 2009 despachando ejecución.
La mercantil Trazas Europa Tecnología Avanzada S.L., comparece después del despacho de la ejecución y alega, aportando copia del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid (concurso 471/10) y de la escritura de constitución de la mercantil Trazas Estructuras S.A., que ha sido declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 23 de julio de 2010 y que es sociedad matriz y administradora de Trazas Estructuras S.A., constando en la escritura de constitución de la última que aporta, de 17 de noviembre de 2005, que Trazas Europa Tecnología Avanzada S.L., tiene una participación mayoritaria en Trazas Estructuras S.A., 5.900 acciones de las 6.020 acciones al portador en que se distribuye el capital social de Trazas Estructuras S.A., y que aquélla es administradora única de ésta (por seis años).
El juzgado dicta auto el 15 de noviembre de 2010 y, razonando que aplica los artículos 50.1 y 8 de la Ley Concursal, se abstiene de conocer por estimar que corresponde el conocimiento del asunto al Juzgado de lo Mercantil número 8 de los de Madrid y deja sin efecto el auto dictado el 26 de febrero de 2009, por el que despachó ejecución, y ordena archivar el procedimiento.
La ejecutante, Encofrados Mufer S.L., interpone recurso de apelación contra dicho auto alegando que la concursada no es la deudora Trazas Estructuras S.A., sino Trazas Europa Tecnología Avanzada S.L., y se ha infringido el artículo 50, en relación con el artículo 8, ambos de la Ley Concursal, por no ser de aplicación.
SEGUNDO.-Dice el auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 5ª, de fecha 24 de marzo de 2009 : "(...) la normativa concursal toma como referencia la situación patrimonial de una determinada persona, física o jurídica. Por ello, de principio para la Ley concursal es indiferente que una empresa con personalidad jurídica propia se encuentre o no integrada dentro de un grupo de sociedades, pues lo que se declara en concurso es a cada persona jurídica. No obstante, debe advertirse también que uno de los principios informadores de la nueva legislación concursal es lo que denominaríamos la unidad de tratamiento. Desde el punto de vista procedimental cabe resaltar que la nueva legislación concursal pretende responder a las situaciones de insolvencia empresarial de forma unitaria, coordinada y coherente a las múltiples y complicadas aristas que surgen en el contexto de una insolvencia empresarial; respuesta unitaria frente a los diferentes intereses en juego, para atender equilibradamente al conjunto de sujetos afectados y perjudicados por la situación concursal, para la búsqueda de una solución efectiva que procure conjugar debidamente las variadas opciones posibles. Como afirma expresamente la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, se

opta por "los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema". Por tanto, puede comprobarse que la propia legislación concursal propicia que se ascienda un nivel más, por encima de la empresa, en términos tales que habilita para que la situación a contemplar tome en consideración el conjunto de un grupo de empresas. En efecto, la nueva Ley Concursal lo prevé a través de dos vías. De un lado, contempla la posibilidad de que el acreedor pueda "instar la declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones "(art. 3.5 LC). Las consecuencias de ello, son que si se produce tal resultado, lo significativo es que el procedimiento concursal discurrirá a partir de entonces de forma unitaria a lo largo de toda su tramitación. Cuestión, sin embargo, no claramente resuelta por el texto de la ley es si en estos casos se actúa a todos los efectos como si se tratase de un único patrimonio o, por el contrario, se trata de un análisis unitario en lo procedimental pero diferenciado en lo sustancial. En el primer caso, el órgano judicial procedería a analizar al grupo como un todo unitario desde el punto de vista económico, lo que comportaría agrupar al conjunto de los acreedores, así como de los trabajadores, de modo que la masa del concurso fuera una única. En el segundo de los casos, se trataría de tomar en consideración la interinfluencia de las decisiones de una empresa del grupo sobre las restantes, pero manteniendo la idea de que se trata de concursos diferenciados para cada empresa, con acreedores y trabajadores igualmente diferenciados, con un inventario y una masa distinta para cada uno de los concursos. Probablemente la falta de concreción se deba a que la respuesta haya de ser distinta según el tipo de grupo. La fórmula más razonable, es la de distinguir según que se trate de grupos ficticios o de grupos reales. En el primer caso de grupo ficticios, lo que la ley contempla cuando se refiere a una situación de confusión de patrimonios, que habría que extender a la jurisprudencia social identificativa de los supuestos desencadenantes de la responsabilidad solidaria entre las diversas empresas del grupo, procedería efectuar un tratamiento unitario tanto en lo procedimental como en lo material. En el segundo caso de grupos reales, la unidad debería ser exclusivamente en lo procedimental, que no en lo material".
Por tanto, y partiendo de que la pertenencia de una sociedad a un grupo de empresas no le priva de personalidad jurídica y, en principio, no se produce comunicación entre su activo y pasivo y los activos y pasivos del resto de sociedades integradas en el grupo, el hecho de que una empresa con personalidad jurídica propia se encuentre integrada dentro de un grupo de sociedades no significa que el concurso de la misma alcance automáticamente a las demás, pues lo que se declara en concurso es a cada persona jurídica, de modo que en el concurso de una empresa que forme parte de un grupo tendrán cabida los créditos que el acreedor tenga frente a la concreta sociedad concursada con personalidad jurídica propia, no los créditos que se ostenten frente a otra de las empresas del grupo cuyo concurso no haya sido declarado.
En cualquier caso, lo relevante es la declaración de concurso que el juzgado de lo mercantil correspondiente haya efectuado.
En el presente caso, la filial de la concursada, aquí Trazas Estructuras S.A., no forma parte del concurso de su matriz (concurso 471/10 del Juzgado de lo Mercantil número 8 de los de Madrid), porque en el auto que declara en concurso de acreedores a la matriz Trazas Europa Tecnología Avanzada S.L., no se declara el concurso del grupo de empresas, sino únicamente el concurso de aquélla, y no ha sido declarado el concurso de Trazas Estructuras S.A., y, por ello, los créditos de Trazas Estructuras S.A., no se van a insinuar ni reconocer en el concurso de la matriz como créditos del mismo, ni quedan sometidos a dicho concurso.
La consecuencia es la revocación del auto apelado y la declaración de que debe continuar la ejecución despachada. ": AAP Madrid (Sección 14) 22.02.2012 (Auto 37/2012; Rollo 815/2011)

Artículo 4. De la intervención del Ministerio Fiscal.

Cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de éste se encontrase en tramitación un procedimiento concursal.
Asimismo, instará el Ministerio Fiscal del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso.

1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

Art. 5.1

1. Inexistencia en caso de insolvencia inminente

"Por otro lado, la administración concursal señala que la obligación de presentar el concurso derivó del estado de insolvencia inminente de la concursada, cuando lo cierto es que, tal y como señala laSAP de Madrid de 8 de mayo de 2.009 es pacífica la doctrina que, interpretando conjuntamente elartículo 5.1 con elartículo. 2.2, ambos de la Ley Concursal, consideran que sólo si el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual existe

como tal el deber de solicitar del juez la declaración de concurso. Si la insolvencia no es actual sino inminente (esto es, que el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones,artículo 2.3 "in fine" de la Ley Concursal) no existe un deber legal de solicitar la declaración del concurso. Por ello, el deudor que se encuentra en estado de insolvencia inminente y que no solicita la declaración de concurso en el plazo de dos meses no incumple obligación alguna y, consecuentemente, no se da el supuesto de hecho delartículo 165.1 de la Ley Concursal ":SAP Valladolid (Sección 3) 15.12.2009 (JUR 2010/76267; Sentencia 361/2009; Rollo 316/2009)

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente.

Art. 5.3 (derogado)

[Nuevo apartado 5.3 introducido por el art. 10-uno del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009), en vigor desde el día 10.04.2009]

[Este apartado 5.3 fue derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

3. El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.

1. Requisitos o presupuestos

"SEGUNDO.- Los requisitos que se establecen en el nº 3 del artículo 5 de la Ley Concursal (previsión que fue añadida por reforma a la Ley 22/2003 instrumentada mediante el RDL 3/2009, de 27 de marzo) para que proceda efectuar ante el Juzgado de lo Mercantil la comunicación preconcursal allí mencionada, con los efectos legales que a ella se anudan, son los siguientes: 1º) que el solicitante se halle en situación de insolvencia actual; 2º) que dicho deudor haya iniciado negociaciones con sus acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; y 3º) que la solicitud, que debe ir dirigida al juzgado que sería competente para su declaración de concurso, se plantee dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que el peticionario hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.": AAP Madrid (Sección 28) 05.02.2010 (Auto 21/2010; Rollo 248/2009)

1.1 Estado de insolvencia actual

1.1.1 Improcedenca en caso de insolvencia meramente inminente

AP Madrid

TERCERO.- En el caso que se somete a este recurso el solicitante no cumplía, al tiempo de efectuar su comunicación, ninguno de los dos primeros requisitos antes referenciados para que pudieran desencadenarse las consecuencias explicadas.
En primer lugar, como se expone con toda claridad en el escrito iniciador del expediente, la entidad solicitante PROINFOT SA no se encontraba al presentar su solicitud en estado de insolvencia actual, sino inminente. Por lo tanto, no encajaba en la previsión legal del nº 3 del artículo 5 de la Ley Concursal. La apelante nos pide que efectuemos un esfuerzo interpretativo para dar paso a su pretensión. Sin embargo, lo que plantea es más propio de una innovación legislativa, pues excede no solo del texto sino de la finalidad perseguida de "lege data". Si debe darse cauce a comunicaciones de negociación con los acreedores por parte de deudores que estén en insolvencia inminente y si ello debería tener relevancia ante un futuro expediente concursal es materia propia, tal vez, de una regulación más ambiciosa de las situaciones preconcursales que todavía no existe en nuestro país. El legislador ha introducido una reforma legislativa con una vocación muy definida, cual es dar un mayor margen de tiempo al deudor que ya se encuadra en insolvencia actual, y sometido por tanto al deber de someterse al concurso en un plazo predeterminado, para que pueda acabar de negociar con ellos una salida más ágil y deseable mediante un convenio anticipado. Es en esos términos en los que debe comprenderse la modificación legislativa, que está ligada a unos presupuestos y finalidad muy acotados que no cabe desbordar con la excusa de una labor interpretativa que, en los términos en los que se pide, resultaría exorbitante

respecto a aquello en que debe consistir esa tarea, según el artículo 3.1 del C Civil.": AAP Madrid (Sección 28) 05.02.2010 (Auto 21/2010; Rollo 248/2009)

JM-5 Madrid

"ÚNICO: El recurso debe ser desestimado porque los argumentos vertidos en el mismo no desvirtúan lo acordado en la resolución recurrida.
Para la resolución del recurso debemos tener en cuenta dos datos. El primero es que ha sido la propia recurrente la que en su escrito de solicitud ha manifestado expresamente que su situación de insolvencia es inminente. En segundo lugar, no ha aportado con su solicitud justificación documental de los extremos exigidos por el art 5.3 de la LC
Entiende el recurrente que basta encontrarse en situación de insolvencia para poder recurrir a cualquiera de las modalidades recogidas en la ley concursal y que por ello se le debe dar eficacia a la comunicación.
En la resolución recurrida se indicaron los motivos por los que no se concedía eficacia a la comunicación y las razones por las que en caso de insolvencia inminente ningún efecto tiene la presentación de la solicitud del art 5.3.
Debe reiterarse que el art 5.3 de la LC habla de insolvencia actual, porque deja sin efecto el deber de solicitar la declaración de concurso del deudor. Es por tanto necesario apreciar los supuestos en los que existe ese deber, y en este caso, el art 5.1 de la LC lo menciona de forma clara cuando haya conocido su estado de insolvencia y el párrafo 2º establece una presunción de supuestos en los que el deudor conoce el estado de insolvencia, lo que nos da a entender que solo existe la obligación de solicitar el concurso en caso de insolvencia actual; entender que en caso de insolvencia inminente también es obligatoria la presentación de concurso supondría una interpretación extensiva de una norma imperativa y restrictiva de derechos lo que no es admisible, máxime cuando dicho incumplimiento puede dar lugar a la calificación del concurso como culpable. En esta situación observamos que la situación de insolvencia inminente no se ve afectada por el art 5.1 de la ley, y en consecuencia el efecto pretendido pro el art 5.3 no se cumple, ya que reiteramos no existe obligación de presentar concurso. Otra cosa es que el que se encuentra en situación de insolvencia inminente quiera iniciar negociaciones para conseguir adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, pero la comunicación de este dato al juzgado no suspende el deber de solicitar la declaración de concurso, sencillamente porque no existe dicho deber.
En segundo lugar, otra de las consecuencias que conlleva la comunicación es la de no proveer las solicitudes de concurso necesario. Sin embargo, en este caso, tampoco se vería afectado y ello, porque no cabe la declaración de concurso necesario en caso de insolvencia inminente. El acreedor debe justificar su pretensión en alguno de los presupuestos del art 2.4 de la LC, y éstos exteriorizan una situación de insolvencia actual, es decir, aluden a hechos que reflejan una situación de insolvencia actual. Prueba de ello es que el art 2.3 de la LC solo alude a la situación de insolvencia inminente en caso de solicitud del deudor. En conclusión una solicitud del acreedor basada en la situación de insolvencia inminente no podría desembocar en la declaración de concurso, pero es que además tampoco podría admitirse a trámite, porque es necesario que fundamente su solicitud en alguno de las causas del art 2.4 de la ley, y ninguna de éstas menciona la situación de insolvencia inminente. Por lo tanto, tampoco afecta la comunicación al régimen de admisión de solicitudes necesarias.
Por último no debemos dejar de mencionar que la recurrente no ha aportado, tampoco en este acto el inicio de conversaciones para conseguir una adhesión a una propuesta anticipada de convenio, sino que lo que adjunta es un plan de refinanciación de una sociedad, y tampoco ha justificado su situación de insolvencia actual. Precisamente para evitar la aportación de dicha documentación y agilizar los efectos de la efectividad de la solicitud se ha efectuado unan interpretación flexible del precepto considerando que no era este el momento de acreditación de dichos extremos, interpretación que en modo alguno puede calificarse como restrictiva, sino que además es la solución más lógica de la norma.": AJM-5 Madrid 17.04.2009 (Autos 402/2009)

"En segundo lugar se exige que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual, lo que es inherente a la propia naturaleza del deber del art. 5.1 de la ley, ya que solo surge el deber de presentar la solicitud cuando concurra situación de insolvencia actual. No es por lo tanto admisible la comunicación de inicio de negociaciones cuando la inminencia es inminente; mejor dicho, la comunicación de inicio de negociaciones para alcanzar un convenio anticipado carece de efecto alguno cuando se tata de una insolvencia inminente, porque en este supuesto no existe el deber de solicitar la declaración del concurso impuesto por el art. 5.1, deber que solo existe cuando la insolvencia es actual. Solo cuando hay insolvencia actual hay posibilidad de incumplir el deber de solicitar el concurso y solo cuando se incumple puede tener consecuencias perniciosas para el afectado, vía art. 165 L.C. En consecuencia en los supuestos de insolvencia inminente no tienen trascendencia la comunicación del inicio de negociaciones, con el efecto de no exigir el deber de solicitar la declaración de concurso, y por lo tanto la comunicación que se efectúe no puede desprender los efectos pretendidos por el legislador.
Por lo tanto, a la vista de las anteriores consideraciones, y en la medida que la propia instante ha comunicado que se encuentra en situación de insolvencia inminente, y no actual, no se debe atribuir eficacia, a los efectos del art. 5.3 de la ley, a la comunicación del instante de inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.": AJM-5 Madrid 17.04.2009 (autos 420/2009)

1.2. Inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio

“En segundo término, la solicitante tampoco cumplía, estricto sensu, el segundo de los requisitos legales, pues lo que se justificaba con su escrito no era que se estuvieran siguiendo negociaciones por parte de la comunicante para obtener una propuesta anticipada de convenio con sus propios acreedores, sino que el ámbito de la negociación era el de la consecución de un convenio entre la entidad ESOMAG SL y los acreedores de ésta. Que la apelante, PROINFOT SA, que esgrime su condición de avalista de la citada sociedad, tenga la expectativa de salir beneficiada, de algún modo, merced al convenio concursal que negocia el deudor principal, no entraña, sin perjuicio de los efectos a que se refiere el artículo 135 de la Ley Concursal para los obligados solidarios, fiadores o avalistas, que pueda confundirse, sin más, entre uno y otro sujeto.”: AAP Madrid (Sección 28) 05.02.2010 (Auto 21/2010; Rollo 248/2009)

1.3 Temporaneidad de la solicitud

1.3.1. Rechazo de segunda comunicación, por extemporaneidad, agotados los efectos de la primera

AP Sevilla

“Primero.- La parte que presenta la comunicación previa de estado de insolvencia al amparo del artículo 5.3 de la Ley Concursal recurre el auto que la inadmite alegando, en esencia, que sostiene su petición de que se admita a trámite su petición de fecha 26 de marzo de 2.010, a pesar de haber existido una anterior comunicación anterior de fecha 27 de octubre de 2.009, inadmitida por el Juzgado por decisión revocada por esta misma Sala, que la admitió, a los exclusivos efectos de evitar que si finalmente los efectos de la primera comunicación realizada conforme al artículo 5.3 de la Ley Concursal se entiende que se refieren al período vencido el 27 de febrero de 2.010, se de curso al concurso necesario instado con posterioridad contra ella.
Segundo.- La comunicación presentada por la parte apelante no es admisible por la sencilla razón de que se basa en las mismas circunstancias ya expresadas en la comunicación de fecha 27 de octubre de 2.009. Es obvio que si esta primera comunicación se realizó dentro del plazo expresado en el artículo 5.1 de la Ley Concursal, dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, la comunicación de 26 de marzo de 2.010, realizada casi seis meses después, necesariamente tiene que estar fuera de dicho plazo, por lo que no puede ser admitida a la vista del tenor literal del apartado 3 del citado artículo 5.
Si la comunicación presentada el día 27 de octubre de 2.009 hubiera sido rechazada por entender inexistente la situación de insolvencia, cabría pensar en la presentación de una comunicación nueva basada en un estado de insolvencia acaecido con posterioridad. Pero además de que esta no es la tesis de la parte apelante, que basa la segunda comunicación en la misma situación que ya exponía en la primera, en todo caso tal comunicación inicialmente rechazada por el Juzgado de lo Mercantil, fue posteriormente admitida por esta misma Sección al resolver recurso de apelación contra la decisión del Juzgado. Por tanto hecha válidamente la primera comunicación, sea cual sea la interpretación que se haga del plazo para presentar concurso voluntario y los hechos que se aleguen, lo cierto es que, reconocida una situación de insolvencia por una resolución judicial firme anterior a la primera comunicación, la segunda comunicación sería improcedente por estar presentada ya fuera de plazo.”: AAP Sevilla (Sección 5) 22.11.2011 (Auto 230/2011; Rollo 6919/2011)

2. Sobre la necesidad de acreditación de los presupuestos de la comuncación

2.1 Basta la mera comunicación del deudor, sin acreditación alguna en este momento

AP Pontevedra

“PRIMERO En virtud del precedente Recurso por la apelante Rocas Elaboradas S.L. se pretende la revocación delAuto de 31 de julio de 2009 dictado en las Diligencias Preliminares al Concurso nº 508/09 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta ciudad que denegó tener por comunicado al Juzgado la formalización del inicio de negociaciones con los acreedores para la adhesión al Concurso por incumplimiento de los requisitos previstos en elart. 5.3 de la Ley Concursal : a)que el deudor justifique en la misma forma prevista en elart. 2 su situación de insolvencia actual; b) que ofrezca justificación de haber iniciado las negociaciones con los acreedores para la obtención de adhesiones; y c) que el deudor no se encuentre sometido a prohibición conforme alart. 105 de presentar propuesta de convenio anticipado.
Argumenta el apelante que no se precisan en elart. 5.3 LC los requisitos exigidos por el Juzgado a quo, sino que solo ponga en conocimiento del Juzgado su estado de insolvencia actual como excepción al deber de solicitar la declaración del concurso, y de admitirse la solución de instancia se estaría anticipando la declaración de concurso voluntario puesto que se habrían cumplido todos los requisitos legales para ello. Sólo se trata de mantener conversaciones con los acreedores para ir conociendo su posición con el fin de tomar debido conocimiento de la posibilidad de la futura presentación de un convenio que recoja todas sus sugerencias. Por otra parte, constituye una excepción a laregla del art. 5.1 de la LC al deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debiera conocer la insolvencia, aplazando tres meses esta obligación evitando las consecuencias que solicitudes posteriores, las mencionadas en elart. 15.3 de la LC puedan modificar la consideración de voluntario del futuro convenio eliminando las dificultades que podrían derivar delapartado 3 a 6 del art. 105 en la redacción anterior al R.D. L 3/2009.

SEGUNDO Tras la reforma operada en elart. 5.3 de la LC por el RDL 3/09 dicho precepto sólo contiene una manifestación del deudor de estar en negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta de convenio anticipado; ahora bien, como toda nueva norma es susceptible de interpretaciones que pueden ser dispares, si bien no debe ser controvertido que la misma no genera procedimiento alguno susceptible de terminación anticipada salvo por otras causas expresamente previstas en la misma Ley.
El citado precepto establece el deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, esto es establece una prórroga del deber de presentación de la solicitud de concurso para el deudor que está en situación de insolvencia actual y la imposibilidad de presentar nuevas solicitudes de concurso necesario durante ese tiempo puesto que elart. 15.3 establece claramente que:
"Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación delartículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme alartículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes."
La comunicación previa, en definitiva, produce dos efectos importantes: de un lado, atempera el deber de solicitar la declaración de concurso en plazo, lo que resulta muy relevante ante una eventual apertura posterior de la sección de calificación y la consideración del concurso como culpable por concurso extemporáneo, según elartículo 165.1º de la LC; de otro, conduce a la declaración del concurso como voluntario desde la misma comunicación previa a pesar de que posteriormente se presenten otras solicitudes de personas legitimadas, siempre que la solicitud del deudor se presente en el plazo de un mes al que alude elartículo 5.3.
En consecuencia, a la declaración del deudor en los términos solicitados sólo pueden seguirse los efectos sustantivos que le corresponden, en particular no prejuzga el hecho de que el deudor pueda encontrarse en situación de insolvencia actual, por ello no consideramos necesario que haya de presentarse documentación acreditativa de la insolvencia, al mismo tiempo que tampoco determinará si el concurso que después se presente será o no culpable por infracción del deber de presentación tempestiva. La manifestación del deudor no condicionará la posterior resolución en caso de solicitud de concurso necesario; si el deudor ha de justificar, como presupuesto objetivo del concurso voluntario, su insolvencia y su estado de endeudamiento.
Por otra parte, de aceptarse el contenido de la resolución de instancia elart. 5.3 incorporado con la reforma del R.D.L. 3/09 resultaría inútil porque lo que ha querido la misma es aplazar la declaración de concurso cuando el deudor se encuentra negociando con los acreedores una propuesta anticipada, evitando por virtud delart. 15.3 LC las consecuencias de solicitudes posteriores que puedan modificar la consideración de voluntario del eventual concurso. De ahí que, como dice elAuto del J. Mercantil nº 1 de Vizcaya de 2 de junio pasado, elR.D.L citado también introduce un nuevo párrafo segundo en el apartado primero del art. 22 LC y facilita la propuesta anticipada de convenio con la solicitud al reducir en el reformadoart. 106.1 LC las adhesiones de acreedores "de cualquier clase" al diez por ciento del pasivo que el deudor declara en ese momento.
Entendemos pues que esta y no otra era la finalidad del legislador al introducir el citado precepto eliminando los anteriores requisitos previstos en elart. 105.1 (nº 3 a 6º) para la admisión de la propuesta anticipada de convenio que como dice aquélla resolución no viene sino a reafirmar esta posición.". AAP Pontevedra 21.01.2010 (JUR 2010/101708; Auto 13/2010; Rollo 830/2009) y, en términos prácticamente idénticos, AAP Pontevedra 27.01.2010 (JUR 2010/113343; Auto 16/2010; Rollo 3/2010).

AP Sevilla

"PRIMERO.- El juzgador "a quo" no accedió a la solicitud de Padi, Asesoramiento Integral de Inversiones, S.L., de que se tuviera por formulada la comunicación previa a que se refiere el apartado 3 del artículo 5 de la Ley Concursal, introducido por la reforma de la misma operada por Real Decreto Ley 3/2.009, de 27 de Marzo, relativa al inicio de negociaciones para conseguir adhesiones a una propuesta de convenido anticipado.
SEGUNDO.- Por el contrario, el tribunal, tras el examen de lo actuado, no advierte motivos para denegar dicha solicitud, que no tiene otra finalidad que la de aplazar el cumplimiento del deber que impone la ley al deudor que se encuentra en estado de insolvencia, de solicitar la declaración de concurso, cuando está negociando una propuesta de convenio anticipado, evitando las consecuencias perjudiciales que acarrearía tal omisión.
Y es que concurren en la misma todos y cada uno de los presupuestos que resultan de dicho precepto, como son, que el deudor alegue que se encuentra en estado de insolvencia, que no haya transcurrido dos meses desde la fecha en que tuvo conocimiento de dicho estado, que haya iniciado negociaciones para obtener las adhesiones que una propuesta anticipada de convenio exige, y que lo ponga en conocimiento del juzgado que sea competente para la declaración de concurso.
Si concurren o no los presupuestos de éste es algo a solventar en su día, cuando se formule la correspondiente solicitud, y lo mismo ocurre respecto de los requisitos de la propuesta anticipada de convenio, sobre los que se decidirá en su momento, una vez se obtengan las adhesiones precisas y presentada la misma, si es que llegan a obtenerse tales adhesiones y a presentarse la propuesta.
TERCERO.- Poco importa ahora la cuestión de si existe o no una pluralidad de acreedores, requisito que, por otra parte, no se explicita de forma clara en la actual Ley Concursal y que se presenta discutible, cuando

resulta que la reducción de la masa pasiva a un solo acreedor no figura entre las causas legales de conclusión del concurso (artículo 176). Y de la misma manera, poco importa el contenido de la propuesta anticipada de convenio, aún no formulada, ni si el deudor se encuentra incurso en alguna de las causas que inhabilitan para su presentación.
CUARTO.- Por otra parte, no es necesario que se acredite el estado de insolvencia, que parece incompatible con la pretensión de facilitar la propuesta anticipada de convenio y, del tenor del precepto en cuestión, se deduce que tampoco es preciso que se acrediten las gestiones realizadas en orden a obtener adhesiones a la misma, sino, únicamente, la comunicación por parte del deudor de su inicio, ni es necesario que se acredite la existencia de una concreta propuesta al tiempo de la comunicación efectuada al Juzgado de lo Mercantil.
SEXTO.- Consecuentemente y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar la resolución apelada, a fin de que, a contrario imperio, se tenga por formulada la comunicación referida, a los efectos legales procedentes, sin que proceda hacer pronunciamiento acerca de las costas causadas en esta alzada.": AAP Sevilla (Sección 5) 17.03.2010 (Auto 70/2010; Rollo 8827/2009)

"PRIMERO.- La representación procesal de la entidad ASTILLEROS DE SEVILLA S.A. se alza contra el Auto dictado en la instancia, que inadmite la solicitud de comunicación previa formulada por la misma al amparo del art. 5.3 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.- El Real Decreto-Ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, modificó, entre otros muchos los artículos 5 y 15 de la Ley Concursal, introduciendo sendos nuevos apartados en ambos. Dice el artículo 5.3: El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el
deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.
Por su parte el artículo 15.3 establece: Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del art. 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al art. 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.
La Resolución recurrida hace una errónea interpretación del artículo 5.3 de la LC, contraria al espíritu y finalidad del mismo, por cuanto que al deudor en estado de insolvencia actual que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio le exige el cumplimiento de unos requisitos que la reforma de la Ley Concursal no ha establecido. Como decíamos en el Auto dictado por esta misma Sección Quinta el día 17 de marzo de 2010 (Rollo 8827/10), las finalidades del nuevo artículo 5.3 LC no son otras que las de aplazar durante tres meses más el cumplimiento del deber que impone la ley concursal al deudor que se encuentra en estado de insolvencia de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses desde que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, cuando está negociando una propuesta de convenio anticipado, evitando las consecuencias perjudiciales que acarrearía tal omisión, así como la de protegerse frente a posibles solicitudes de concurso necesario durante ese plazo ampliado, de conformidad con la previsión del artículo 15.3 LC. Para tales fines la Ley Concursal sólo exige que el deudor en estado de insolvencia actual comunique al Juzgado competente para su declaración de concurso que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta de convenio. Basta la mera puesta en conocimiento del órgano judicial de la existencia de negociaciones con acreedores para obtener su aceptación de una propuesta de convenio. Lo que no establece el precepto legal es que el deudor deba acreditar o presentar en el Juzgado la documentación que justifique el contenido de un convenio definido o desarrollado (lo que sería ciertamente difícil pues lo que el deudor está intentando en ese tiempo es negociar con sus acreedores un convenio que sea aceptable por aquellos, por lo que la definición precisa y concreta de los términos del mismo es algo que se alcanzará en el momento final en el que se produzca el acuerdo de voluntades, para lo que la Ley concursal le está concediendo un plazo de tres meses), ni tampoco se le exige justificación de ningún tipo acreditativa del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio.
Si la propuesta anticipada de convenio reúne o no los requisitos mínimos imprescindibles que establece la Ley Concursal para su viabilidad es algo que habrá de decidirse una vez que se presente la solicitud de declaración de concurso, la propuesta anticipada de convenio y se aporten las adhesiones al mismo, La finalidad de la comunicación previa al Juzgado no es esa como hemos indicado anteriormente, sino la de ampliar el plazo del que dispone el deudor en estado de insolvencia actual para solicitar la declaración de concurso, a fin de que pueda en ese tiempo negociar un convenio con sus acreedores y obtener las adhesiones necesarias para su aprobación. Lo que se enmarca en los objetivos pretendidos por el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo que declara en su exposición de motivos: "facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos." Objetivos para cuyo cumplimiento el RDL 3/2009 también introduce un nuevo párrafo segundo en el apartado 1 del art. 22 LC, y facilita la propuesta anticipada de convenio con la solicitud al reducir, en el reformado art. 106.1 LC, las adhesiones de acreedores "de cualquier clase", al diez por ciento del pasivo que el deudor declara en ese momento.

En definitiva, el art. 5.3 sólo establece una manifestación del deudor efectuada ante el Juzgado competente, con lo que se pretende que quede constancia y fehaciencia pública de que el deudor en estado de insolvencia actual ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio. Una vez hecha esa manifestación en documento público, con la consiguiente carga de responsabilidad que ello conlleva para el deudor, los efectos son inmediatos y se producen ope legis: ampliación del plazo para la solicitud de declaración de concurso, y protección frente a posibles solicitudes de concurso necesario que pudieran presentarse durante ese plazo ampliado. Sin que haya más requisitos que puedan exigirse.
TERCERO.- Por lo expuesto, procede la estimación del recurso de apelación formulado y, con revocación de la Resolución recurrida, se acuerda tener por realizada la comunicación por ASTILLEROS DE SEVILLA S.A. del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio, a los efectos previstos en el artículo 5.3 de la Ley Concursal.": AAP Sevilla (Sección 5) 19.05.2010 (Auto 122/2010; Rollo 2357/2009)

"PRIMERO.- Por el Procurador Don Ignacio Pérez de los Santos, en nombre y representación de la entidad Loborale Inversiones, S.L., se presentó solicitud de comunicación previa de estado de insolvencia, que fue inadmitida por el Juzgado por Auto de 29 de julio de 2.009. Contra la citada resolución se interpuso recurso de apelación por la promotora, al estimar que concurrían los requisitos legales.
SEGUNDO.- La cuestión analizada en los presentes autos ha sido analizada, en supuestos parecidos por esta Sala. Así en el Rollo 2357/10 decíamos que: "El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, modificó, entre otros muchos los artículos 5 y 15 de la Ley Concursal, introduciendo sendos nuevos apartados en ambos. Dice el artículo 5.3 : El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenido y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.
Por su parte el artículo 15.3 establece: Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del art. 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al art. 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.
La Resolución recurrida hace una errónea interpretación del artículo 5.3 de la LC, contraria al espíritu y finalidad del mismo, por cuanto que al deudor en estado de insolvencia actual que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio le exige el cumplimiento de unos requisitos que la reforma de la Ley Concursal no ha establecido.
Como decíamos en el Auto dictado por esta misma Sección Quinta el día 17 de marzo de 2010 (Rollo 8827/10), las finalidades del nuevo artículo 5.3 LC no son otras que las de aplazar durante tres meses más el cumplimiento del deber que impone la ley concursal al deudor que se encuentra en situación de insolvencia de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses desde que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, cuando está negociando una propuesta de convenio anticipado, evitando las consecuencias perjudiciales que acarrearía tal omisión, así como la de protegerse frente a posibles solicitudes de concurso necesario durante ese plazo ampliado, de conformidad con la previsión del artículo 5.3 LC. Para tales fines la Ley _Concursal sólo exige que el deudor en estado de insolvencia actual comunique al Juzgado competente para su declaración de concurso que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta de convenio. Basta la mera puesta en conocimiento del órgano judicial de la existencia de negociaciones con acreedores para obtener su aceptación de una propuesta de convenio. Lo que no establece el precepto legal es que el deudor deba acreditar o presentar en el Juzgado la documentación que justifique el contenido de un convenio definido o desarrollado(lo que sería ciertamente difícil pues lo que el deudor está intentado en ese tiempo es negociar con sus acreedores un convenio que sea aceptable por aquellos, por lo que la definición precisa y concreta de los términos del mismo es algo que se alcanzará en el momento final en el que se produzca el acuerdo de voluntades, para lo que la Ley concursal le está concediendo un plazo de tres meses), ni tampoco se le exige que justificación de ningún tipo acreditativa del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio.
Si la propuesta anticipada de convenio reúne o no los requisitos mínimos imprescindibles que establece la Ley Concursal para su viabilidad es algo que habrá de decidirse una vez que se presente la solicitud de declaración de concurso, la propuesta anticipada de convenio y se aporten las adhesiones al mismo. La finalidad de la comunicación previa al Juzgado no es esa como hemos indicado anteriormente, sino la de ampliar el plazo de que dispone el deudor en estado de insolvencia actual para solicitar la declaración de concurso, a fin de que pueda en ese tiempo negociar un convenio con sus acreedores y obtener las adhesiones necesarias para su aprobación. Lo que se enmarca en los objetivos pretendidos por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo que declara en su exposición de motivos: "facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectado por procedimientos colectivos". Objetivos para cumplimiento el RDL 3/2009 también introduce un nuevo párrafo segundo en el apartado 1 del art. 22 LC, y facilita la propuesta anticipada de convenio con la solicitud de reducir, en elreformado art. 106.1 LC, las adhesiones de acreedores "de cualquier clase", al diez por ciento del pasivo que el deudor declara en ese momento.

En definitiva, el art. 5.3 sólo establece una manifestación del deudor efectuada ante el Juzgado competente, con lo que se pretende que quede constancia y fehaciencia pública de que el deudor en estado de insolvencia actual ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio. Una vez hecha esa manifestación en documento público, con la consiguiente carga de responsabilidad que ello conlleva para el deudor, los efectos son inmediatos y se producen ope legis: ampliación del plazo para la solicitud de declaración de concurso, y protección frente a posibles solicitudes de concurso necesario que pudieran presentarse durante ese plazo ampliado. Sin que haya más requisitos que puedan exigirse.
TERCERO.- Las precedentes consideraciones han de conducir, con estimación del recurso de
apelación, a la revocación del Auto recurrido y, en su lugar, se acuerda tener por realizada la comunicación por Loborale Inversiones, S.L., del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio, a los efectos previsto en el artículo 5.3 de la Ley Concursal, sin que proceda hacer declaraciones sobre costas.": AAP Sevilla (sección 5) 06.07.2010 (Auto 153/2010; Rollo 8871/2010)

"PRIMERO.- La representación procesal de la entidad CENTRAL XXI GESTION PRASUR S.L. se alza contra el Auto dictado en la instancia, que inadmite la solicitud de comunicación previa formulada por la misma al amparo delart. 5.3 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.- ElReal Decreto-Ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, modificó, entre otros muchos losartículos 5 y 15 de la Ley Concursal, introduciendo sendos nuevos apartados en ambos. Dice elartículo 5.3 :El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.
Por su parte elartículo 15.3 establece:Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del art. 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al art. 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.
La Resolución recurrida hace una errónea interpretación delartículo 5.3 de la LC, contraria al espíritu y finalidad del mismo, por cuanto que al deudor en estado de insolvencia actual que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio le exige el cumplimiento de unos requisitos que la reforma de la Ley Concursal no ha establecido.
Como decíamos en losAutos dictados por esta misma Sección Quinta los días 17 de marzo de 2010 (Rollo 8827/09), y19 de mayo de 2010 (Rollo 2357/10), las finalidades del nuevoartículo 5.3 LC no son otras que las de aplazar durante tres meses más el cumplimiento del deber que impone la ley concursal al deudor que se encuentra en estado de insolvencia de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses desde que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, cuando está negociando una propuesta de convenio anticipado, evitando las consecuencias perjudiciales que acarrearía tal omisión, así como la de protegerse frente a posibles solicitudes de concurso necesario durante ese plazo ampliado, de conformidad con la previsión delartículo 15.3 LC. Para tales fines la Ley Concursal sólo exige que el deudor en estado de insolvencia actual comunique al Juzgado competente para su declaración de concurso que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta de convenio. Basta la mera puesta en conocimiento del órgano judicial de la existencia de negociaciones con acreedores para obtener su aceptación de una propuesta de convenio. Lo que no establece el precepto legal es que el deudor deba acreditar o presentar en el Juzgado la documentación que justifique el contenido de un convenio definido o desarrollado (lo que sería ciertamente difícil pues lo que el deudor está intentando en ese tiempo es negociar con sus acreedores un convenio que sea aceptable por aquellos, por lo que la definición precisa y concreta de los términos del mismo es algo que se alcanzará en el momento final en el que se produzca el acuerdo de voluntades, para lo que la Ley concursal le está concediendo un plazo de tres meses), ni tampoco se le exige justificación de ningún tipo acreditativa del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio.
Si la propuesta anticipada de convenio reúne o no los requisitos mínimos imprescindibles que establece la Ley Concursal para su viabilidad es algo que habrá de decidirse una vez que se presente la solicitud de declaración de concurso, la propuesta anticipada de convenio y se aporten las adhesiones al mismo, La finalidad de la comunicación previa al Juzgado no es esa como hemos indicado anteriormente, sino la de ampliar el plazo del que dispone el deudor en estado de insolvencia actual para solicitar la declaración de concurso, a fin de que pueda en ese tiempo negociar un convenio con sus acreedores y obtener las adhesiones necesarias para su aprobación. Lo que se enmarca en los objetivos pretendidos por elReal Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo que declara en su exposición de motivos: "facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos." Objetivos para cuyo cumplimiento el RDL 3/2009 también introduce un nuevopárrafo segundo en el apartado 1 del art. 22 LC, y facilita la propuesta anticipada de convenio con la solicitud al reducir, en el reformadoart. 106.1 LC, las adhesiones de acreedores "de cualquier clase", al diez por ciento del pasivo que el deudor declara en ese momento.

En definitiva, elart. 5.3 sólo establece una manifestación del deudor efectuada ante el Juzgado competente, con lo que se pretende que quede constancia y fehaciencia pública de que el deudor en estado de insolvencia actual ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio. Una vez hecha esa manifestación en documento público, con la consiguiente carga de responsabilidad que ello conlleva para el deudor, los efectos son inmediatos y se producenope legis : ampliación del plazo para la solicitud de declaración de concurso, y protección frente a posibles solicitudes de concurso necesario que pudieran presentarse durante ese plazo ampliado. Sin que haya más requisitos que puedan exigirse.": AAP Sevilla (sección 5) 22.10.2010 (JUR 2011/123576; Rollo 4591/2010)

"PRIMERO.- La parte apelante considera que la comunicación que hizo al amparo delartículo 5.3 de la Ley Concursal se ajusta a lo ordenado en dicho precepto, sin que el Juzgado deba comprobar la realidad de las alegaciones que se efectúan o el cumplimiento de requisitos, ni resolver en realidad nada, sino simplemente darse por enterado de la comunicación que se efectúa.
SEGUNDO.- Conforme al principio general que establece elartículo 403.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 y RCL 2001, 1892), las demandas y, en general, las solicitudes de cualquier clase que se dirijan a los tribunales no pueden ser inadmitidas sino en los casos y por las causas expresamente previstas en la Ley.
Elartículo 5.3 de la Ley Concursal se limita conceder un aplazamiento de tres meses con respecto al deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses en que hubiese conocido o debido conocer su estado de insolvencia, al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y lo comunique al Juzgado dentro de esos dos meses. El precepto no exige al deudor probar ni justificar nada, lo que por otra parte no tendría lógica, ya que nadie que no esté en situación de insolvencia puede tener interés en hacer una comunicación que le obliga a presentar el concurso en tres meses. Tampoco es lógico exigir que se pruebe la existencia de una propuesta anticipada de convenio, puesto que su elaboración dependerá del curso de la negociación, ni que se prueben las propias negociaciones, dada la dificultad que puede conllevar el probarlas al no exigir el precepto ningún carácter formal a las mismas. En definitiva el artículo se limita a otorgar a quien meramente afirme estar en estado de insolvencia un plazo para negociar un acuerdo con sus acreedores, y lo único que se exige para ello es una mera puesta en conocimiento del Juzgado, es decir, que haga pública su situación, para que los acreedores sepan a qué atenerse. Por tanto, como acertadamente se señala en el recurso, el Juzgado nada tiene que comprobar ni resolver, simplemente debe darse por enterado de la comunicación, cuya veracidad por lo demás es responsabilidad exclusiva del deudor.
Carece pues de cualquier base legal, e infringe por tanto el citadoartículo 403.1, el rechazar tal comunicación por el incumplimiento de unos requisitos que no se exigen realmente por la Ley.": AAP Sevilla (sección 5) 22.11.2010 (AC 2011/695; Auto 237/2010; Rollo 4376/2010)

"PRIMERO.- La parte apelante considera que la comunicación que hizo al amparo delartículo 5.3 de la Ley Concursal se ajusta a lo ordenado en dicho precepto, sin que el Juzgado deba comprobar la realidad de las alegaciones que se efectúan o el cumplimiento de requisitos, ni resolver en realidad nada, sino simplemente darse por enterado de la comunicación que se efectúa.
SEGUNDO.- Conforme al principio general que establece elartículo 403.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandas y, en general, las solicitudes de cualquier clase que se dirijan a los tribunales no pueden ser inadmitidas sino en los casos y por las causas expresamente previstas en la Ley.
Como ya tiene reiteradamente dicho esta Sala, elartículo 5.3 de la Ley Concursal se limita conceder un aplazamiento de tres meses con respecto al deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses en que hubiese conocido o debido conocer su estado de insolvencia, al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y lo comunique al Juzgado dentro de esos dos meses. El precepto no exige al deudor probar ni justificar nada, lo que por otra parte no tendría lógica, ya que nadie que no esté en situación de insolvencia puede tener interés en hacer una comunicación que le obliga a presentar el concurso en tres meses. Tampoco es lógico exigir que se pruebe la existencia de una propuesta anticipada de convenio, puesto que su elaboración dependerá del curso de la negociación, ni que se prueben las propias negociaciones, dada la dificultad que puede conllevar el probarlas al no exigir el precepto ningún carácter formal a las mismas. En definitiva el artículo se limita a otorgar a quien meramente afirme estar en estado de insolvencia un plazo para negociar un acuerdo con sus acreedores, y lo único que se exige para ello es una simple puesta en conocimiento del Juzgado, es decir, que haga pública su situación, para que los acreedores sepan a qué atenerse. Por tanto, como acertadamente se señala en el recurso, el Juzgado nada tiene que comprobar ni resolver, simplemente debe darse por enterado de la comunicación, cuya veracidad por lo demás es responsabilidad exclusiva del deudor.
Carece pues de cualquier base legal, e infringe por tanto el citadoartículo 403.1, el rechazar tal comunicación por el incumplimiento de unos requisitos que no se exigen realmente por la Ley.": AAP Sevilla (sección 5) 02.03.2011 (JUR 2011/217354; Auto 47/2011; Rollo 8525/2010)

AP León

"El artículo 5.3 de la Ley Concursal en su redacción dada por R.D.L. 3/2009, de 27 de marzo establece que el deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del

plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.
Los únicos efectos que derivan de la solicitud en los términos del art. 5.3 L.C., son únicamente concursales, esto es ampliar el plazo que el art. 5.1 concede al deudor para solicitar la declaración de concurso, con el objeto de que éste pueda iniciar negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de Convenio antes de la solicitud de la declaración de Concurso; impidiendo de este modo pueda ser declarado en concurso en dicho plazo. Es decir los efectos que provoca consisten en la paralización de las peticiones de declaración de concurso.
La parte recurrente realmente discrepa de la admisión del procedimiento de comunicación ahora archivado pero al respecto debe señalarse que el artículo 5.3 de la Ley Concursal no exige al deudor probar ni justificar nada, lo que por otra parte no tendría lógica, ya que nadie que no esté en situación de insolvencia puede tener interés en hacer una comunicación que le obliga a presentar el concurso en tres meses. Tampoco es lógico exigir que se pruebe la existencia de una propuesta anticipada de convenio, puesto que su elaboración dependerá del curso de la negociación, ni que se prueben las propias negociaciones, dada la dificultad que puede conllevar el probarlas al no exigir el precepto ningún carácter formal a las mismas. En definitiva el artículo se limita a otorgar a quien meramente afirme estar en estado de insolvencia un plazo para negociar un acuerdo con sus acreedores, y lo único que se exige para ello es una simple puesta en conocimiento del Juzgado, es decir, que haga pública su situación, para que los acreedores sepan a qué atenerse. Por tanto, el Juzgado nada tiene que comprobar ni resolver, simplemente debe darse por enterado de la comunicación, cuya veracidad por lo demás es responsabilidad exclusiva del deudor y en consecuencia carecería de base legal el rechazo de tal comunicación por el incumplimiento de unos requisitos que no se exigen por la Ley.
En definitiva, el art. 5.3 solo establece una manifestación del deudor efectuada ante el Juzgado competente, con lo que se pretende que quede constancia y fehaciencia pública de que el deudor en estado de insolvencia actual ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio. Una vez hecha esa manifestación en documento público, con la consiguiente carga de responsabilidad que ello conlleva para el deudor, los efectos son inmediatos y se producen ope legis: ampliación del plazo para la solicitud de declaración de concurso, y protección frente a posibles solicitudes de concurso necesario que pudieran presentarse durante ese plazo ampliado. Sin que haya más requisitos que puedan exigirse.”: AAP León (Sección 1) 03.02.2012 (Auto 4/2012; Rollo 516/2011)

JM-8 Barcelona

“1. La representación en autos de la entidad mercantil HEMERETIK S.L. puso en conocimiento del juzgado que había iniciado las negociaciones con diferentes acreedores con el fin de obtener las adhesiones necesarias para poder presentar una propuesta anticipada de convenio. Esta comunicación se realizaba con los efectos previstos en el artículo 5.3 de la Ley concursal (Ley 22/2003) en su redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.
2. El artículo 10 del mencionado Real Decreto introduce en la Ley Concursal un nuevo párrafo en el artículo 5, el párrafo tercero, que literalmente establece que “el deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar a declaración de concurso dentro del mes siguiente”.
3. Vinculado a este precepto también se reforma el artículo 15.3 de la propia Ley Concursal, que advierte que: “Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes”.
4. No establece la mercantil HEMERETIK S.L. qué concretos efectos solicita que tenga su comunicación al Juzgado, acogiéndose a la fórmula de suplicar al juzgado que se tenga por efectuada la manifestación contenida en el mismo a los efectos legales oportunos.
5. La novedad de la normativa citada – entró en vigor el día 1 de abril de 2009 y la solicitud accede al decanato el 8 de abril – y la parquedad de las disposiciones reproducidas – los artículos 5.3 y 15.3 de la Ley Concursal -, obliga al Juzgado a dotar de contenido efectivo la comunicación de referencia.
6. Puesto que el solicitante tiene su domicilio en Barcelona, de conformidad con el artículo 10.1.II de la Ley Concursal, la competencia para el conocimiento de este procedimiento corresponde a los Juzgados Mercantiles de Barcelona; por lo tanto se acepta la competencia territorial.
7. Dado que el solicitante se ampara en el artículo 5.3 de la Ley Concursal debe entenderse que la mercantil HEMERETIK S.L. se encuentra en estado de insolvencia actual y que su instancia ante el Juzgado se ha realizado dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que conoció el estado de insolvencia.

8. No se facilita relación de acreedores, ni se cuantifica el pasivo, ni se aporta propuesta de convenio o borrador de la misma. Tampoco se indican las gestiones iniciadas en orden a la negociación de la propuesta. El artículo 5.3 de la Ley Concursal no establece ningún requisito formal y, por lo tanto la mera comunicación por parte del deudor permitirá presuponer que todas estas exigencias se dan, sin perjuicio del resultado de esa negociación.
9. El efecto que prevé la Ley Concursal en sus preceptos mencionados es de naturaleza eminentemente procesal dado que durante tres meses computados desde la solicitud – es decir hasta el 8 de julio de 2009 – no se podrán proveer solicitudes de concurso necesario contra la citada mercantil.
10. Transcurrido dicho plazo de tres meses la mercantil HEMERETIK S.L. se compromete a presentar durante el mes siguiente la solicitud de concurso voluntario, haya alcanzado las adhesiones fijadas para la propuesta de convenio anticipado o no. ":AJM-8 Barcelona 11.05.2009 (Diligencias 333/2009)

JM-1 Bilbao

"SEGUNDO.- La información de las negociaciones para obtener adhesiones a propuesta anticipada de convenio
El nuevo art. 5.3 LC ha establecido una excepción al deber de solicitar la declaración de concurso que proclamaba el art. 5.1 LC. Si la regla del art. 5.1 LC es que el deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, al poner en conocimiento del juzgado, conforme al nuevo art. 5.3, que se han iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se aplaza tres meses tal obligación, con la consecuente matización de la aplicación de la presunción de dolo o culpa grave del art. 165.1º LC y la consideración del concurso como voluntario, pese a solicitudes posteriores.
La excepción opera respecto del deudor que se encuentra en insolvencia actual, no en situación de insolvencia inminente prevista en el art. 2.3 LC. Como toda norma nueva, plantea problemas de interpretación. La cuestión es si ahora es preciso acreditar la situación de insolvencia. Al margen del paso que podría entenderse dado con esta reforma hacia una mayor eficacia confesoria de la declaración del deudor para entender demostrada la insolvencia, cuestión sobre la que ahora no es momento de extenderse, no parece que el RDL 3/2009 haya querido exigir la acreditación de la insolvencia, como presupuesto objetivo del concurso en la forma disciplinada por el art. 2.2 y 2.3 LC.
Si fuera así, sería irrelevante la reforma, porque el deudor habría de preparar toda la documentación que exige el art. 6.2 LC, algo que parece incompatible con la pretensión de facilitar la propuesta anticipada de convenio. Además la exigencia de acreditar la insolvencia contraría la técnica de exceptuar el deber legal de solicitud de declaración de concurso que emplea el art. 5.3 LC. Lo que hace la norma es aplazar el cumplimiento de ese deber.
Parece, por lo tanto, que el nuevo art. 5.3 LC ha querido simplemente aplazar el deber de solicitud de declaración de concurso cuando el deudor se encuentra negociando con sus acreedores una propuesta anticipada, evitando las consecuencias que solicitudes posteriores, las mencionadas en el nuevo art. 15.3 LC, puedan modificar la consideración de voluntario del futuro concurso. Por la misma razón el RDL 3/2009 también introduce un nuevo párrafo segundo en el apartado 1 del art. 22 LC, y facilita la propuesta anticipada de convenio con la solicitud al reducir, en el reformado art. 106.1 LC, las adhesiones de acreedores "de cualquier clase", al diez por ciento del pasivo que el deudor declara en ese momento.
Poco más puede ahora este juzgado acordar, pues el art. 5.3 LC sólo impone una exigencia al deudor, que es la de poner en conocimiento del juzgado esa circunstancia. Lo ha hecho, y hasta que transcurra el término concedido en la citada norma, no hay otros requisitos añadidos que puedan exigirse, en tanto que la finalidad perseguida y manifestada ante el juzgado, la negociación de una propuesta anticipada de convenio, merece amparo legal y judicial, pues supone atender la finalidad principal del concurso, tantas veces proclamada en la Ley Concursal, ahora reforzada con la supresión de las dificultades que se ponían al deudor en los derogados apartados 3º a 6º del art. 105.1 LC.
TERCERO.- Efectos de la admisión
Admitidas estas "diligencias preparatorias de concurso", sus efectos serán los previstos en la norma. Por lo tanto, conforme al nuevo art. 15.3 LC no podrán proveerse las solicitudes de concurso que se presenten con posterioridad al 28 de mayo pasado, que sólo serán respondidas cuando haya vencido el plazo de un mes para solicitar la declaración de concurso, plazo previsto en el art. 5.3 LC que computa desde que, a su vez, transcurre el término de negociación de propuesta anticipada de convenio. Esto significa, apartado el mes de agosto por inhábil, que hasta el 28 de octubre próximo no se podrán proveer estas solicitudes.
En segundo lugar, por disponerlo el art. 5.3 LC, transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, es decir, a partir del 28 de septiembre próximo, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente. No ha dispuesto el nuevo precepto una sanción al incumplimiento de tal deber, por lo que parece que quedará en semejante situación al deudor que no atiende el deber general impuesto en el art. 5.1 LC, de forma que el incumplimiento de esa obligación sólo será relevante si ulteriormente se declara un concurso a instancia de legitimado distinto del deudor. ":AJM-1 Bilbao 02.06.2009 (Diligencias preparatorias de concurso 313/2009)

JM-2 Bilbao

“ANTECEDENTES DE HECHO.- ÚNICO.- Con fecha de entrada 29-4-09 se presentó escrito por la procuradora Sra. Á., en representación de URRESTI 2001, S.L. UNIPERSONAL interesando que se tenga por presentada la comunicación prevista en el apartado 3 del artículo 5 de la Ley Concursal -introducido por el art. 10.1 del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal-, y, en consecuencia, se tenga por comunicado el inicio de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio a los efectos previstos en el citado precepto legal.
FUNDAMENTOS DE DERECHO.- ÚNICO.- El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, publicado en el B.O.E. de 31-3-2009, ha añadido un punto 3 al art. 5 de la Ley Concursal, con el siguiente contenido:
"3. El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente."
En consecuencia, procederá acordar conforme a lo anterior, llamándose igualmente la atención a propósito de los preceptos de la LECO -de redacción vigente- vinculados al artículo anteriormente trascrito, esto es, especialmente, los arts. 15.3 y 22.1 pfo. 2º de la LECO. “:AJM-2 Bilbao 30.04.2009 (Diligencias 337/2009)

JM-2 Madrid

“ A través del escrito precedente las mercantiles NOZAR, S.A. y LENA CONSTRUCCIONES, S.A. efectUan una comunicación a este Juzgado que se adecua al contenido del expresado precepto, por cuyo motivo se está en el caso de tener por realizada dicha comunicación. Y, como quiera que el objeto del presente expediente no es otro que el de dejar debida constancia del expresado hecho, procédase a continuación al archivo del mismo.
SEGUNDO.- La aceptacidn de la comunicación conjunta llevada a cabo por las dos referidas sociedades no implica que con posterioridad s e haya de admitir también una solicitud concurso realizada de manera conjunta.
” AJM-2 Madrid 18.05.2009 (Auto 159/2009; Comunicación 379/2009)

JM-5 Madrid

“SEGUNDO.- El solicitante ha comunicado al Juzgado el inicio de conversaciones para obtener un convenio, lo que le exime del deber de presentar el concurso dentro el plazo previsto en el art 5.1 de la ley.
El art 5.3 de la LC, introducido por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, señala que “el deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.
La finalidad pretendida por la reforma de la ley concursal es facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de, agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación y mejorar la posición jurídica e los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos. Dentro de la finalidad de agilizar los trámites procesales y reducir los costes de la tramitación se podrían encuadrar las reformas incluidas en materia del convenio que vienen, además a ahondar en la posición mantenida por el legislador concursal. En la exposición de motivos se consagra al convenio como la solución normal del concurso (apartado VI), y para dar cumplimiento a dicha solución se han establecido una serie de medidas que están orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo, incluyéndose dentro de esas medidas la propuesta anticipada de convenio. De esta forma la reforma refuerza la decisión del legislador de considerar al convenio como solución normal del concurso y fomenta la posibilidad de la propuesta anticipada, regulando tímidamente las negociaciones preconcursales.
El precepto mencionado exige el inicio de negociaciones para obtener un convenio. En este punto sería conveniente la acreditación de ese inicio, sin embargo en aras de lograr un convenio anticipado, se puede prescindir de su acreditación en este momento procesal. No debemos olvidar que la consecuencia de esta comunicación es suspender la exigibilidad del deber de solicitar la declaración del concurso. El art 5.1 de la ley señala el plazo de 2 meses para presentar la solicitud, estableciéndose en el apartado 2º una presunción del conocimiento de la situación de insolvencia. La consecuencia del incumplimiento de ese deber viene prevista en el art 165 de la LC, regulándose este incumplimiento como presunción iuris tantum del elemento intencional para calificar el concurso como culpable. En consecuencia, la acreditación del inicio de esas negociaciones tendrá su plena virtualidad en caso de propuesta de calificación del concurso como culpable por concurrir la presunción mencionada, y ello supondrá desvirtuar la presunción del art 165. No es por lo tanto necesario justificarla en este momento procesal para tener por efectuada la comunicación del art 5.3 de la ley.
En segundo lugar se exige que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual, lo que es inherente a la propia naturaleza del deber del art 5.1 de la ley, ya que solo surge el deber de presentar la solicitud cuando concurra situación de insolvencia actual
Por lo tanto, a la vista de las anteriores consideraciones se debe tener por efectuada la comunicación del instante a los efectos previstos en el art 5.3 de la ley, debiendo señalarse que dispone de un plazo de 3 meses

desde la comunicación para las negociaciones, transcurrido el cual deberá presentar la solicitud dentro del mes siguiente, significándole que en caso de que no se presente se entendería que habría incumplido el deber de solicitarlo.
Por último no debe olvidarse que conforme al art 15.3 de la ley (introducido por la mencionada reforma) si el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.": AJM-5 Madrid 14.04.2009 (Autos 402/2009)

JM-8 Madrid

"ANTECEDENTES DE HECHO
ÚNICO.- Dada cuenta por parte del Secretario Judicial de esteJuzgado de la presentación en fecha de 22 de diciembre de 2009, del escrito de la mercantil "AIR COMET, S.A." cuyo objeto es comunicar al Juzgado el inicio por tal persona de negociaciones con sus acreedores a fin de alcanzar una propuesta de convenio concursal anticipado, previa a la presentación misma de la solicitud de concurso voluntario.
RAZONAMIENTOS JURÍDICOS
PRIMERO Se impone legalmente al deudor en estado de insolvencia el deber de instar su propia declaración de concurso, y además de hacerlo en plazo perentorio, al reseñar elart. 5.1 LC que "el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia". Con ello se pretende dar una respuesta necesaria y pronta a la concurrencia de acreedores sobre un patrimonio del deudor insuficiente, por medio de la intervención judicial de tal patrimonio,art. 40 LC, y la clasificación de los créditos,art. 89 LC. Para el cómputo de tal plazo, elart. 5.2 LC establece que "salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme alapartado 4 del art. 2, y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente".
La infracción de tal deber de instar el propio concurso en el plazo señalado conlleva ciertas sanciones, como la imposibilidad de poder obtener convenio de acreedores,art. 105.1.6º LC, o la posibilidad de calificar el concurso como culpable,art. 165.1º LC.
Sin embargo, con el fin de permitir la negociación entre el deudor y sus acreedores sobre las distintas soluciones concursales, elart. 5.3 LC, en redacción dada por el D-Ley 3/2009, de 27 de marzo, dispone que "el deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente". Con ello se permite enervar, si efectivamente es el caso, las sanciones por el retardo en la solicitud de concurso.
Y así, por "AIR COMET, S.A." se comunica que, encontrándose tal entidad en estado de insolvencia actual, de acuerdo con lo dispuesto en elart. 2 LC, ha comenzado ya conversaciones para la obtención de una propuesta de convenio anticipado y de adhesiones al mismo para su posterior admisión a trámite junto con la declaración de solicitud de concurso que en su día se deducirá.
SEGUNDO Como efecto frente a terceros de tal comunicación, en cuanto a las posibles solicitudes de concurso necesario que pudiera ser dirigidas por otros legitimados contra AIR COMET, S.A., ya que se encuentra efectivamente en estado de insolvencia actual, y se da por tanto el presupuesto objetivo, según su declaración, elart. 15.3 LC establece que "para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación delartículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme alartículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes".
En virtud de lo expuesto, dicto la siguiente
PARTE DISPOSITIVA
1º Tener por efectuada comunicación por AIR COMET, S.A. sobre su estado de insolvencia actual y el inicio de negociaciones para la obtención de adhesiones a propuesta de convenio anticipado, todo ello anterior a la solicitud de concurso. 2º.- Dar inicio al cómputo máximo de 3 meses de negociación, el cual expirará en fecha de 29 de marzo de 2010, y abrirá el de presentación de solicitud de concurso, dentro del mes siguiente a tal fecha. 3º.- Para el caso de presentarse solicitudes de concurso necesario por legitimados contra AIR COMET, S.A., denegar su tramitación, con testimonio de la presente resolución, hasta que expire el plazo final indicado de solicitud de concurso voluntario, quedando esas peticiones a la espera del mismo. 4º.- Esta resolución no presume ni prejuzga que la señala comunicación del deudor haya sido hecha en el plazo de los 2 mes siguientes al momento en que el mismo tuvo conocimiento de su estado de insolvencia. 5º.- Archívese sin ulterior trámite el presente expediente.": AJM-8 Madrid 29.12.2009 (JUR 2010/75227; Autos 588/2009)

2.2. Debe aportarse un principio de prueba de la insolvencia actual y del inicio de negociaciones

JM-1 Granada

"PRIMERO Según el artículo 5.3 de la LC, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2009 de 27 de marzo, en vigor desde el 1 de abril de 2009, no es exigible al deudor que se encuentra en estado de insolvencia actual el deber de solicitar la declaración de concurso conforme al mismo artículo 5 si ha iniciado negociaciones con sus acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, siempre que, dentro del plazo previsto en el artículo 5.1, es decir, los dos meses siguientes a haber conocido o debido conocer su estado de insolvencia, lo ponga en conocimiento del Juzgado competente para conocer de su declaración de concurso. Hecha esta comunicación, se abre un período de tres meses, transcurridos los cuales, se haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada, el deudor tendrá un plazo de un mes para cumplir con su obligación de instar la declaración de concurso voluntario.
De esta forma, y según los artículos 15.3 y 22.1 de la LC, si el deudor presenta la solicitud en ese plazo, deberá tramitarse con concurso voluntario, tomando como fecha no la propia de dicho escrito, sino la fecha de la comunicación previa; si se accediere a la declaración del concurso voluntario, las demás solicitudes que hayan podido presentarse, tanto previa como posteriormente, se unirán a los autos, teniendo a los solicitantes como comparecidos. En consecuencia, las solicitudes posteriores a la comunicación previa sólo se proveerán cuando el plazo de un mes haya transcurrido por completo y el deudor no haya instado su declaración en concurso.
La comunicación previa, en definitiva, produce dos efectos importantes: de un lado, modula el deber de solicitar la declaración de concurso en plazo, lo que resulta muy relevante ante una eventual apertura posterior de la sección de calificación y la consideración del concurso como culpable por concurso extemporáneo, según el artículo 165.1º de la LC; de otro, conduce a la declaración del concurso como voluntario desde la misma comunicación previa a pesar de que posteriormente se presenten otras solicitudes de personas legitimadas, siempre que la solicitud del deudor se presente en el plazo de un mes al que alude el artículo 5.3. Se trata, pues, de efectos muy relevantes en el contexto del concurso que habrá venir y de evidente incidencia para los acreedores que lleguen a concurrir
Para que estos efectos se produzcan es necesario, por tanto, que se den tres requisitos: el primero, que se acredite el estado de insolvencia actual del comunicante; el segundo, que se acredite el inicio de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a «una propuesta anticipada de convenio»; el tercero, que no conste que el solicitante se encuentra incurso en alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 105 de la LC, pues de lo contrario le estará vedada la presentación de la propuesta anticipada, sin perjuicio de que, presentada ésta en su caso junto a la solicitud de concurso voluntario, resultara finalmente inadmitida si se incurriera en alguna de esas prohibiciones..
Cabría pensar, también, en que es preciso presentar la propuesta anticipada concreta destinada a las adhesiones. Sin embargo, este requisito no aparece amparado por la letra del precepto, que emplea el artículo indeterminado «una» (propuesta anticipada de convenio) en vez del determinado «la» (propuesta anticipada de convenio): parece que en la mente del legislador no está presente la exigencia de una propuesta concreta en el momento de esta comunicación previa, que por lo demás tenderá a modificarse durante esos tres meses de lo que se ha dado llamar escudo protector, tratando con ello de lograr efectivamente las adhesiones necesarias de cara a los artículos 104 y 106.2 de la LC. De lo contrario, una tesis demasiado rígida produciría el efecto de que la comunicación previa se admitió a trámite en relación a una propuesta diferente de la posteriormente dotada de suficientes adhesiones, que será la que el Juez trámite.
SEGUNDO En el presente caso, no se entiende suficiente la justificación presentada sobre el estado de insolvencia actual del solicitante, avalista personal de la entidad Almena Costa S.L y Almena Obras y Proyectos S.L, que derivaría sustancialmente de que parte de sus derechos de crédito están sujetos a los concursos ya declarados de Espacio 2005 S.A y Almena Costa S.L, lo que puede impedir hacer frente a las elevadas responsabilidades que como garante personal van a surgir si no se satisface los créditos concurrentes contra la avalada. Ello, sin embargo, no alude a una insolvencia actual, sino a lo sumo inminente, y en todo caso es precisa la justificación de la concurrencia del estado de insolvencia al que alude el artículo 2 de la LC, pues así lo dispone el nuevo artículo 5.3.
Pero sobre todo, no basta con una mera alusión genérica a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado, como hace el Sr. P., sino aportar un principio de prueba de que tales negociaciones son reales, se han iniciado ya ?pues de lo contrario no se justifica la activación del mecanismo protector del artículo 5.3? y versan sobre una propuesta anticipada de convenio que permita superar la insolvencia actual del solicitante. Ninguno de estos requisitos concurre, por lo que la comunicación previa formulada no puede ser admitida.": AJM-1 Granada 11.05.2009 (JUR 2009/21005)

"PRIMERO.- Según el artículo 5.3 de la LC, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2009 de 27 de marzo, en vigor desde el 1 de abril de 2009, no es exigible al deudor que se encuentra en estado de insolvencia actual el deber de solicitar la declaración de concurso conforme al mismo artículo 5 si ha iniciado negociaciones con sus acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, siempre que, dentro del plazo previsto en el artículo 5.1, es decir, los dos meses siguientes a haber conocido o debido conocer su estado de insolvencia, lo ponga en conocimiento del Juzgado competente para conocer de su declaración de concurso. Hecha esta comunicación, se abre un periodo de tres meses, transcurridos los cuales, se haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta

anticipada, el deudor tendrá un plazo de un mes para cumplir con su obligación de instar la declaración de concurso voluntario.
De esta forma, y según los artículos 15.3 y 22.1 de la LC, si el deudor presenta la solicitud en ese plazo, deberá tramitarse como concurso voluntario, tomando como fecha no la propia de dicho escrito, sino la fecha de la comunicación previa; si se accediere a la declaración del concurso voluntario, las demás solicitudes que hayan podido presentarse, tanto previa como posteriormente, se unirán a los autos, teniendo a los solicitantes como comparecidos. En consecuencia, las solicitudes posteriores a la comunicación previa sólo se proveerán cuando el plazo de un mes haya transcurrido por completo y el deudor no haya instado su declaración en concurso.
La comunicación previa, en definitiva, produce dos efectos importantes: de un lado, modula el deber de solicitar la declaración de concurso en plazo, lo que resulta muy relevante ante una eventual apertura posterior de la sección de calificación y la consideración del concurso como culpable por concurso extemporáneo, según el artículo 165.1º de la LC; de otro, conduce a la declaración del concurso como voluntario desde la misma comunicación previa a pesar de que posteriormente se presenten otras solicitudes de personas legitimadas, siempre que la solicitud del deudor se presente en el plazo de un mes al que alude el artículo 5.3. Se trata, pues, de efectos muy relevantes en el contexto del concurso que habrá venir y de evidente incidencia para los acreedores que lleguen a concurrir
Para que estos efectos se produzcan es necesario, por tanto, que se den tres requisitos: el primero, que se acredite el estado de insolvencia actual del comunicante; el segundo, que se acredite el inicio de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a “una propuesta anticipada de convenio”; el tercero, que no conste que el solicitante se encuentra incurso en alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 105 de la LC, pues de lo contrario le estará vedada la presentación de la propuesta anticipada, sin perjuicio de que, presentada ésta en su caso junto a la solicitud de concurso voluntario, resultara finalmente inadmitida si se incurriera en alguna de esas prohibiciones.
Cabría pensar, también, en que es preciso presentar la propuesta anticipada concreta destinada a las adhesiones. Sin embargo, este requisito no aparece amparado por la letra del precepto, que emplea el artículo indeterminado “una” (propuesta anticipada de convenio) en vez del determinado “la” (propuesta anticipada de convenio): parece que en la mente del legislador no está presente la exigencia de una propuesta concreta en el momento de esta comunicación previa, que por lo demás tenderá a modificarse durante esos tres meses de lo que se ha dado llamar escudo protector, tratando con ello de lograr efectivamente las adhesiones necesarias de cara a los artículos 104 y 106.2 de la LC. De lo contrario, una tesis demasiado rígida produciría el efecto de que la comunicación previa se admitió a trámite en relación a una propuesta diferente de la posteriormente dotada de suficientes adhesiones, que será la que el Juez tramite.
En relación a la mencionada rigidez, cabe enfatizar que la concurrencia de los requisitos señalados no tiene por qué ser, en este momento, objeto de una prueba absoluta y definitiva, pero sin duda no cabe dar carta de naturaleza a la comunicación previa sin un principio de prueba de los mismos. No considero que una resolución judicial sea la sede adecuada para dar cumplida respuesta a las objeciones, cuando no críticas frontales, que recibe una determinada tesis jurídica, pues, tanto cuándo ésta se enuncia como cuándo se confirma, el Juez debe limitarse a dar una respuesta fundada en Derecho al concreto caso que se le plantea. No obstante, dado que las observaciones que dirijo a GARASA pueden ser valoradas por terceros, insistiré y diré que el artículo 5.3 dista mucho de otras instituciones preconcursales y preventivas propias de algunos ordenamientos de nuestro entorno, mucho más flexibles y destinadas a la mera homologación judicial de la solución procurada a la crisis de la empresa; que la insolvencia del solicitante debe concurrir, pues el precepto ha querido imponerlo y la propuesta anticipada de convenio la supone, de forma que, no siendo necesario concretar ahora la propuesta, sí que es preciso acreditar la insolvencia de quien pretende ampararse ya en el artículo 5.3, vista su eficacia; que para ello, la prueba completa y definitiva de dicha insolvencia actual (concepto jurídico diferente de la insolvencia inminente, que sin duda el legislador conoce y distingue) debe desplazarse, por supuesto, al momento de la solicitud del concurso voluntario, pero que para que operen los efectos del tan mencionado escudo protector desde la fecha de la comunicación previa es necesario un principio de prueba de dicho estado, como ya señalé en el anterior auto de 11 de mayo de 2009; que no es posible activar este mecanismo si no se aporta, de nuevo, un principio de prueba de que existen negociaciones en marcha para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, y no, por ejemplo, para preparar la liquidación.
SEGUNDO.- En el presente caso, la justificación presentada sobre el estado de insolvencia actual de la solicitante y el inicio de negociaciones con sus acreedores satisface las exigencias de la Ley Concursal: se cuenta con informes técnicos, elaborados por el director financiero de la entidad, que informan sobre un importante déficit de tesorería, reflejado coherentemente en la existencia de un impago generalizado de deudas vencidas a lo largo del mes de abril y mayo de 2009, que ha trascendido al RAI, sin que la previsión elaborada por los técnicos de la compañía apunte a una próxima generación de liquidez que palíe esta situación, por lo que puede afirmarse que, en efecto, la solicitante puede encontrarse en un estado de insolvencia actual, presentándose la comunicación previa justo tras constatarse este extremo; se ha acreditado de forma racionalmente bastante, merced a la serie de burofaxes remitidos, que se han iniciado negociaciones con los acreedores destinados a condicionar la admisión de la propuesta anticipada que vaya a negociarse, pues es ésta la voluntad de la deudora; y no consta que la entidad esté incursa en prohibición alguna de las recogidas en el artículo 105 de la LC, figurando el depósito regular de sus cuentas en el Registro Mercantil.
Con estos mimbres, GARASA ESÑECO S.A se encuentra legitimada y en situación de ampararse en el periodo concedido por el legislador para sus negociaciones, por lo que la comunicación previa será admitida, comenzando a surtir sus efectos. “:AJM-1 Granada 03.06.2009

JM-1 Pamplona

“Dada cuenta; por presentado el anterior escrito por el Procurador Sr. Hermida, en nombre y representación de PAGO SAN GABRIEL, SL según acredita mediante copia de poder para pleitos que acompaña, por medio del que manifiesta efectuar la comunicación prevista en el art. 5.3 Ley Concursal, fórmese expediente de jurisdicción voluntaria, regístrese y désele número entre los de su clase.
Antes de acordar lo procedente sobre la admisión a trámite de la comunicación recibida:
Complétese la comunicación presentada indicando los hechos reveladores de la situación de insolvencia actual que alega y manifieste si se encuentra incurso o no en alguna de las prohibiciones del art. 105 LC.
Preséntese la oportuna justificación o principio de prueba del inicio de negociaciones con acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio a los efectos del art. 5.3 LC.
Para ello se fija a la solicitante un plazo de cinco días.“: PJM-1 Pamplona 15.06.2010 (Autos 390/2010)

“HECHOS.- PRIMERO.- En fecha 11 de junio de 2010, por el Procurador D. Carlos Hermida Santos, actuando en representación de la Mercantil "PAGO DE SAN GABRIEL, SL" ha presentó escrito de comunicación de inicio de negociaciones con acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, debido a la situación de insolvencia actual en que se encuentra la entidad mencionada, y todo ello con los efectos previstos en el art. 5.3°. de la Ley Concursal.
SEGUNDO.- Por resolución de 15 de junio de 2010, fue requerida la parte al objeto de subsanar los defectos observados en la solicitud, presentándose por ésta escrito evacuando el requerimiento efectuado.
RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.- PRIMERO.- La solicitante no ha presentado un principio de prueba sobre el inicio de conversaciones con sus acreedores tendente a obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.
Lo que presenta es una propuesta de reestructuración por ella elaborada pero ningún principio de prueba relativo al inicio efectivo de conversaciones.
Tal exigencia tiene su justificación en evitar que el mecanismo del art. 5.3 LC pueda ser utilizado con la simple finalidad de impedir la presentación de solicitudes de concurso necesario por los acreedores; no basta con una mera alusión genérica a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado, sino que es preciso aportar un principio de prueba de que tales negociaciones son reales, se han iniciado ya y versan sobre una propuesta anticipada de convenio que permita superar la insolvencia actual del solicitante, pues de lo contrario no se justifica la activación del mecanismo protector del artículo 5.3 LC que impide la presentación de solicitudes de concurso necesario, lo cual no puede dejarse a la simple discrecionalidad de la solicitante, debiendo ser objeto de supervisión judicial.
En consecuencia no procede admitir a trámite la referida solicitud.”: AJM-1 Pamplona 28.06.2010 (Auto 230/2010; procedimiento 390/2010)

3. Efectos de la admisión de la comunicación

AP Madrid

“Si se cumplen tales premisas el juzgado deberá admitir a tramite tal comunicación y con ello se desencadenarían los siguientes efectos: 1º) al solicitante no le sería exigible, durante cierto período, el deber de solicitar el concurso, que por regla general ha de hacerse en el plazo marcado en el artículo 5.1 de la Ley Concursal, lo que le permitiría eludir las consecuencias legales inherentes al incumplimiento de esa obligación; 2º) el peticionario dispondrá del plazo de tres meses, contados desde su comunicación, para acabar de negociar y obtener las adhesiones, tras lo cual, lo haya conseguido o no en la medida suficiente para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, dispondrá de un mes para solicitar la declaración de concurso; y 3º) las solicitudes de concurso necesario que puedan presentarse con posterioridad a la comunicación del deudor quedarán sujetas a una espera durante ese período, gozando de preferencia la voluntaria que finalmente pueda presentar el deudor si se atiene a los plazos legales.”: AAP Madrid (Sección 28) 05.02.2010 (Auto 21/2010; Rollo 248/2009)

AP Pontevedra

“SEGUNDO Tras la reforma operada en elart. 5.3 de la LC por el RDL 3/09 dicho precepto sólo contiene una manifestación del deudor de estar en negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta de convenio anticipado; ahora bien, como toda nueva norma es susceptible de interpretaciones que pueden ser dispares, si bien no debe ser controvertido que la misma no genera procedimiento alguno susceptible de terminación anticipada salvo por otras causas expresamente previstas en la misma Ley.
El citado precepto establece el deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, esto es establece una prórroga del deber de presentación de la solicitud de concurso para el deudor que está en situación de

insolvencia actual y la imposibilidad de presentar nuevas solicitudes de concurso necesario durante ese tiempo puesto que elart. 15.3 establece claramente que:
"Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación delartículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme alartículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes."
La comunicación previa, en definitiva, produce dos efectos importantes: de un lado, atempera el deber de solicitar la declaración de concurso en plazo, lo que resulta muy relevante ante una eventual apertura posterior de la sección de calificación y la consideración del concurso como culpable por concurso extemporáneo, según elartículo 165.1º de la LC; de otro, conduce a la declaración del concurso como voluntario desde la misma comunicación previa a pesar de que posteriormente se presenten otras solicitudes de personas legitimadas, siempre que la solicitud del deudor se presente en el plazo de un mes al que alude elartículo 5.3.
En consecuencia, a la declaración del deudor en los términos solicitados sólo pueden seguirse los efectos sustantivos que le corresponden, en particular no prejuzga el hecho de que el deudor pueda encontrarse en situación de insolvencia actual, por ello no consideramos necesario que haya de presentarse documentación acreditativa de la insolvencia, al mismo tiempo que tampoco determinará si el concurso que después se presente será o no culpable por infracción del deber de presentación tempestiva. La manifestación del deudor no condicionará la posterior resolución en caso de solicitud de concurso necesario; si el deudor ha de justificar, como presupuesto objetivo del concurso voluntario, su insolvencia y su estado de endeudamiento.". AAP Pontevedra 21.01.2010 (JUR 2010/101708; Auto 13/2010; Rollo 830/2009) y, en términos prácticamente idénticos, AAP Pontevedra 27.01.2010 (JUR 2010/113343; Auto 16/2010; Rollo 3/2010)

AP Sevilla

"En definitiva, elart. 5.3 sólo establece una manifestación del deudor efectuada ante el Juzgado competente, con lo que se pretende que quede constancia y fehaciencia pública de que el deudor en estado de insolvencia actual ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio. Una vez hecha esa manifestación en documento público, con la consiguiente carga de responsabilidad que ello conlleva para el deudor, los efectos son inmediatos y se producenope legis : ampliación del plazo para la solicitud de declaración de concurso, y protección frente a posibles solicitudes de concurso necesario que pudieran presentarse durante ese plazo ampliado. Sin que haya más requisitos que puedan exigirse.": AAP Sevilla (sección 5) 22.10.2010 (JUR 2011/123576; Rollo 4591/2010)

JM-1 Alicante

"PRIMERO- El artículo 5.3 LC tras la reforma operada por RDL 3/09 sólo contiene una manifestación del deudor de estar en negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta de convenio anticipado.
Los únicos efectos de dicha comunicación, al margen de los procesales propios de la incoación de unas denominadas "Diligencias preliminares de concurso" a efectos informáticos y de registro, son: a) la prórroga del deber de presentación de la solicitud de concurso para el deudor que está en situación de insolvencia actual, de modo que "Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente" y b) la suspensión temporal o "blindaje" frente a las solicitudes de concurso necesario que durante ese tiempo se presenten (art. 15.3)
SEGUNDO- Transcurrido el plazo de cuatro meses (3 + 1) estas diligencias carecen de sentido y lo que procede es su archivo si el deudor no presenta solicitud de concurso a tramitar por el cauce del art. 14 LC (al que se remite el art.15.3) ni hay solicitudes de concurso necesario presentadas y cuya tramitación está paralizada por el efecto suspensivo de la comunicación (art.15.3).": AJM-1 Alicante 21.12.2009 (Concurso 893/2009)

3.1 Inexistencia de otros efectos

AP Barcelona

"En este sentido, el artículo 5.3 de la Ley Concursal dice: "3. El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente." Por otra parte, es necesario recordar también el artículo 22 LC cuando establece: "El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario. A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada en el plazo del artículo 5.3 se entenderá presentada cuando lo fue la comunicación prevista en ese artículo."

En este punto cabe recordar lo señalado por la doctrina (GONZALEZ NAVARRO) que considera que "el auto que concede los efectos del artículo 5.3, ciertamente, valora y aprecia la insolvencia actual (al menos, sostengo, debe hacerlo), pero no declara al deudor en concurso, que es cosa distinta, por lo que esa improbable asimilación no es posible. Para confirmarlo, es de observar que el artículo 22.1 de la Ley Concursal, al dar efectos a la fecha de la comunicación previa cuando posteriormente se presenta la solicitud de concurso voluntario, retrotrae la fecha de solicitud, nunca la fecha de la declaración. Ello quiere decir, pues, que la acción directa ejercitada en el plazo de negociación concedido por el artículo 5.3. seguiría siendo anterior a la declaración de concurso, por lo que, mientras el legislador no se ocupe de recular los diversos aspectos que el artículo 1.597 del Código Civil produce en la esfera concursal, debe entenderse que la masa activa del contratista deudor sí que se ve minorada, debiendo el promotor pagar, no a él, sino al subcontratista. La realidad normativa, por tanto, es contraria al blindaje frente a la acción directa si ésta es anterior a la declaración." Postura que comparte este Tribunal.
En consecuencia, tanto por el vencimiento anterior a la comunicación previa como por la falta de efectos de la comunicación previa en la acción del artículo 1.597 CC, cabe considerar que todas las facturas son exigibles. “:SAP Barcelona (Sección 1) 25.07.2012 (Sentencia 366/2012; Rollo 120/2011)

3.1.1 No suspensión de las ejecuciones contra el deudor

AP Barcelona

“PRIMERO. - La resolución dictada en la instancia desestima en su integridad la oposición formalizada por la mercantil PROYECTOS DEPORTIVOS, S.A. al no basarse en ninguna de las causas legales ni haber sido declarada en concurso. Frente a la misma insiste el recurrente en la falta de competencia objetiva y jurisdiccional por entender que al hallarse inmersa en una petición de insolvencia provisional al amparo del art. 5.3 de la Ley concursal, ante el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona, procedimiento 451/2010, debe ser dicha Jurisdicción la que conozca del presente procedimiento de Ejecución de Título Judicial, debiendo declinarse la competencia ante aquella jurisdicción.
SEGUNDO.-El artículo 5.3 de la Ley Concursal en su redacción dada por R.D.L. 3/2009, de 27 de marzo establece que el deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.
Aún cuando no tenemos ninguna constancia de que la mercantil PROYECTOS DEPORTIVOS, S.A. haya efectuado la solicitud a que se refiere el art. 5.3 de la ley mencionada ante los Juzgado de lo Mercantil, lo cual de por si ya evitaría el debate jurídico que plantea el recurrente en su recurso, el único efecto que provoca la petición de la solicitud del art. 5.3 de la Ley Concursal no es en modo alguno la suspensión de las ejecuciones pendientes, tal y como prevé la declaración de concurso -art. 55 L. Concursal-; ya fuere prohibiendo las ejecuciones singulares despues de la declaración de concurso -(art.55.a)- ya fuere mediante la suspensión de las ejecuciones en tramitación en la fecha de la declaración del concurso (art. 55.2). Los únicos efectos de la que deriva la solicitud en los terminos del art. 5.3 L. Concursal son unicamente concursales, esto es ampliar el plazo que el art. 5.1 concede al deudor para solicitar la declaración de concurso, con el objeto de que éste pueda iniciar negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de Convenio antes de la solicitud de la declaración de Concurso; impidiendo de este modo pueda ser declarado en concurso en dicho plazo. Es decir los efectos que provoca se limitan a la paralización de las peticiones de declaración de concurso pero no a paralizar las ejecuciones ya iniciadas o que se tuvieren que iniciar. El plazo otorgado por el artículo 5.3 de la Ley Concursal lo es a los efectos de obtener una propuesta anticipada de convenio. Mas ningún otro efecto se deriva de la solicitud del art. 5.3 L. Concursal, que la meramente concursal antes expuesta y detallada.
Pero es que además de los artículos 8 y 55 de la Ley Concursal tampoco se deriva el efecto pretendido por el recurrente; esto es la atracción a la jurisdicción mercantil del expediente de ejecución seguido ante la jurisdicción civi, sino que los únicos efectos que se derivan son la suspensión de las ejecuciones pendientes en la fecha de declaración de concurso y la prohibición de iniciar ejecuciones singulares tras aquella declaración. Y además si finalmente la recurrente presenta concurso voluntario el único efecto que conllevaria seria la suspensión del procedimiento de ejecución de titulo no judicial única y exclusivamente en relación a la mercantil concursal, pero no respecto al otro codemandado D. Evaristo. En ningún caso establece el citado art. 55 de la Ley concursal que a partir de dicho momento los autos de ejecución deban seguirse ante el Juzgado Mercantil ni tampoco que se suspenda la ejecución frente al otro ejecutado no declarado en concurso.
Por todo ello debe el recurso decaer. ”: AAP Barcelona (Sección 19) 10.03.2011 (Auto 46/2011; Rollo 739/2010)

3.1.2 No suspensión del devengo de intereses

AP Madrid

“TERCERO.-La Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, fue modificada por Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo, que, añadiendo el apartado 3 al artículo 5, introdujo una fasepreconcursal, durante la cual, el deudor

insolvente, inicia negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, poniéndolo en conocimiento del Juzgado de lo Mercantil competente para su declaración de concurso. Posteriormente, esta fase preconcursal, fue objeto de una regulación más completa y precisa, mediante la modificación de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011 de 10 de octubre (con entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el B.O.E. -12 de octubre de 2011-).
En el presente caso los hechos tienen lugar después de la entrada en vigor del Real Decreto Ley de 2009 y antes de la Ley de 2011.
El día 25 de abril de 2009, Portillo Empresa Constructora s.a.u. pone en conocimiento, del Juzgado de lo Mercantil, que se encuentra en estado de insolvencia y que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Ante lo cual, se dicta auto el día 29 de abril de 2009 teniendo por efectuada la comunicación con la advertencia del plazo fijado en la ley para presentar la solicitud de declaración de concurso. Y, dentro de este plazo legal, en concreto el día 26 de agosto de 2009, presenta la solicitud de concurso voluntario. Ante lo cual, se dicta providencia, el día 17 de septiembre de 2009, requiriéndole para que subsane una serie de deficiencias observadas en la solicitud y en los documentos de preceptivo acompañamiento. Dictándose el día 26 de octubre de 2009 auto por el que se declara en concurso, que tiene carácter de voluntario, al deudor Portillo Empresa Constructora s.a.u.
La finalidad fundamental de la solicitud de una fase preconcursal es evitar que las solicitudes de concurso a instancia de los acreedores de lugar a un concurso necesario, el cual continuara siendo voluntario. Pero el deudor, lejos de quedar dispensado, tiene que solicitar, dentro de un plazo fijado en la ley, la declaración de concurso, que dará lugar, en su caso, al auto de declaración de concurso. Y, respecto de este auto, se dice "ab initio" del apartado 1 del artículo 59 de la Ley Concursal, que: "Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengode los intereses legales o convencionales". Luego "a contrario sensu" no se produce la suspensión del devengo de los intereses antes del auto de declaración del concurso.": AAP Madrid (Sección 21) 10.07.2012 (Auto 380/2012; Rollo 442/2010)

3.1.3 No suspensión de solicitudes de concurso necesario anteriores

AP Castellón

"SEGUNDO.-En primer lugar y respecto a la alegación planteada en cuanto a que se ha comunicado al juzgado negociaciones previas amparadas en el artículo 5.3 LC, decir que según las propias manifestaciones de la parte recurrente, dicha comunicación fue efectuada el 22 de julio de 2010, mientras que la demanda germen del presente procedimiento lo es en fecha anterior, y concretamente tal y como consta en el sello de entrada en los juzgados de Castellón el 29 de octubre de 2009 (folio 2), prácticamente un año antes.
Dice el artículo 15.3 de la LC en el texto vigente al momento en que se presentó la comunicación de negociaciones referida por el apelante que "Para el caso de que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presente con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes".
Como es de ver dicho artículo sólo protege al deudor que haya comunicado las conversaciones acogiéndose a lo previsto en el art. 5.3 LC, en el periodo comprendido entre la presentación del escrito de comunicación y los cuatro meses posteriores, de las posibles demandas de concurso necesario presentadas por los acreedores.
Una interpretación contraria, tal y como defiende el apelante, sería tanto como dar un salvoconducto a los deudores que tuvieran presentada una demanda de concurso necesario, para paralizar todos los procedimientos y poder presentar el concurso voluntario, tal y como así lo pretendió el recurrente, con lo que siendo claras las fechas de presentación de la demanda de concurso necesario, y la comunicación en fecha muy posterior de la amparada en el artículo 5.3 LC, se desestima el presente motivo, estimando correcta la fundamentación establecida en el auto recurrido.": AAP Castellón (Sección 3) 19.04.2012 (Auto 68/2012; Rollo 583/2011)

4. Naturaleza y cómputo del plazo

JM-1 Alicante

"SEGUNDO- Transcurrido el plazo de cuatro meses (3 + 1) estas diligencias carecen de sentido y lo que procede es su archivo si el deudor no presenta solicitud de concurso a tramitar por el cauce del art. 14 LC (al que se remite el art.15.3) ni hay solicitudes de concurso necesario presentadas y cuya tramitación está paralizada por el efecto suspensivo de la comunicación (art.15.3).
Plazo cuya naturaleza -sustantiva o procesal- ha de resolverse partiendo de la idea de que sólo poseen carácter procesal los que tienen su origen o punto de partida en una actuación de igual clase, es decir, los que comienzan a partir de una citación, notificación, emplazamiento o requerimiento (Sentencias de 25 de junio de 1968, de 1 de febrero de 1982 y 25 de septiembre de 2001), por lo que hay que predicar su naturaleza sustantiva, ya que no depende de ninguna actuación procesal, dado que el único que efecto que provoca la comunicación es prorrogar el plazo para solicitar el concurso, cuya carácter sustantivo no parece dudoso al ser la actuación que pone en marcha el proceso concursal, sin que esa comunicación ex art. 5.3 LC tenga la virtualidad de mutar la naturaleza del plazo de solicitud de concurso, máxime cuando como se desprende del

art. 5.3 (“Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado”) el dies a quo no depende de acto procesal alguno, siendo ese dies inicial es el de la comunicación al Juzgado, al margen de la fecha de la resolución judicial que tenga por hecha la comunicación.
En todo caso debe aclararse que ello no afecta a su cómputo “de fecha a fecha”, indicando la ley que “cuando en el mes de vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del computo, se entenderá que el plazo expira el último del mes” (art. 5.1 CC, aplicable también para el cómputo de plazos procesales, art. 185 LOPJ y de igual modo art. 133.3 LEC). Cómputo de fecha a fecha que implica que el último día es el que equivale (en la fracción - mes o año- correspondiente) al día en que se inicia el cómputo. Así se desprende de la literalidad de la expresión «fecha a fecha», y la previsión relativa a la hipótesis de que en el mes de vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, equivalencia que ha de interpretarse en el sentido de que ese día entre dentro de los que integran el plazo; criterio sentado por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 25/9/2001 y la Sala Tercera, sentencias de 16 junio y 24 noviembre 1981, 17 diciembre 1983, 5 julio y 24 septiembre 1984, 9 marzo, 30 septiembre y 20 diciembre de 1988 y 12 mayo 1989, entre otras etc.), que el Tribunal Constitucional ha ratificado en la Sentencia número 32/1989, de 13 febrero, y que es la seguida por la DGRN en Resolución de 20/9/2007 al interpretar el plazo de un mes del art. 97 TRLSA (que estima que no se incumple en el caso de una junta celebrada el 27 de octubre de 2006 siendo el último de convocatoria el 27 de septiembre del mismo año).
El único problema que se suscita es cuando el día final es inhábil. Si el plazo se considera procesal se entenderá prorrogado al día siguiente hábil (art. 185.2.LOPJ y 133.4 LEC), pero en el caso de los plazos sustantivos, la jurisprudencia está dividida: mientras una línea jurisprudencial mantiene que no es posible prorrogar el día final (AP de Madrid en la sentencia de 19 de mayo de 2003), otra sostiene que si el plazo vence en día inhábil, debe prorrogarse al siguiente día hábil cuando el derecho deba exigirse judicialmente, ya que en día inhábil es imposible presentar la demanda, sin que sea posible presentarla en los juzgados de guardia, y que por venir exigido por el art. 24CE y el principio de la tutela judicial efectiva es la seguida por la SAP de Alicante, de 7 de noviembre de 2005. Tesis esta última que se asume, sin que ello implique la aplicación del art. 135 LEC, al no encontrarnos ante un plazo procesal, dado que es la solicitud de concurso la que pone en marcha el proceso concursal y no esta sujeta su presentación, como se ha dicho, a acto procesal alguno
Por tanto, en el caso presente, efectuada la comunicación por escrito presentado el 29/07/2009, el plazo para presentar la solicitud vencía el 29/11/2009, y al ser inhábil se prorroga al día hábil siguiente 30/11/2009.
Dado que en esa fecha no había solicitud que tramitar, el expediente debe ser archivado.”: AJM-1 Alicante 21.12.2009 (Concurso 893/2009)

4.1 Sobre el dies a quo

AP Sevilla

“Primero.- La entidad acreedora que promueve el concurso necesario recurre el auto que ordena la supeditación del mismo al concurso voluntario promovido por la entidad concursada alegando, en esencia, que los efectos de la primera comunicación previa efectuada por la concursada el 27 de octubre de 2.009 al amparo del artículo 5.3 de la Ley Concursal, inadmitida a trámite, lo que se revocó en apelación por auto de 19 de mayo de 2.010, agotaba sus efectos el 27 de febrero de 2.010, fecha tope para presentar concurso voluntario, dado que no se presentó petición de nulidad de actuaciones, de de suspensión del procedimiento y la revocación del auto se produjo con posterioridad a esa fecha, por lo que la presentación de la solicitud de concurso necesario llevada a cabo el 19 de mayo de 2.010 no estaba afectada por la misma, ampliándose por la resolución recurrida de forma desproporcionada el tiempo para llevar a cabo negociaciones por la concursada. Por otro lado alega, igualmente en esencia, que siendo correcta la acumulación del concurso necesario al posterior concurso voluntario, el concurso en todo caso debe tener la consideración de necesario por la razón de haberse presentado este con anterioridad. Todo ello además con base a la falta de efectos suspensivos que el artículo 456.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye a los recursos contra autos que pongan fin al proceso.
Segundo.- Ciertamente, el recurso de apelación contra la resolución que inadmitía a trámite la comunicación previa de 27 de octubre de 2.009 carecía de efectos suspensivos, pero revocada la resolución y dictada otra por la que se admitía a trámite dicha comunicación previa, los efectos de la misma deben producirse desde que se tenga por hecha la comunicación por el órgano judicial. El vigente artículo 5.3 establece claramente que la obligación del deudor de solicitar el concurso surge "transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado". El artículo 5 bis que sustituye a esta apartado 3 a partir del día 1 de enero de 2.012 es aún más claro, puesto que en su apartado 3 determina que el secretario judicial deberá dejar constancia de la comunicación. Es obvio que mientras no se produzca la constatación judicial de la comunicación no puede empezar a transcurrir el plazo de los tres meses. Como en el caso de autos no se produjo tal constatación por cuanto que el juez estimó que no concurrían los requisitos para aplicar el artículo 5.3, el plazo no podrá empezar a computarse sino desde el momento en que se produce la decisión de admitir la comunicación y tomar constancia judicial de la misma, lo que no tiene lugar sino hasta que por esta Sección se revoca el auto inicialmente dictado.
Tercero.- Ello quiere decir que, tal y como sostiene el auto recurrido, el plazo deberá empezar a computarse desde el día 19 de mayo de 2.010, por lo que la solicitud de concurso presentada por el deudor que ha dado lugar a los autos 924/2010 ha de entenderse presentada dentro del plazo del artículo 5.3, y la de concurso necesario afectada por lo dispuesto en el artículo 15.3 de la Ley Concursal, siendo procedente, a pesar de su carácter previo, su unión a los autos de concurso voluntario, teniendo por comparecido al acreedor solicitante.

Esta decisión no infringe el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al comienzo de la litispendencia, por cuanto que no se trata de un problema de litispendencia, sino del cumplimiento del presupuesto al que se supedita el inicio del cómputo de un plazo, presupuesto que no se da, como se ha razonado, hasta el día 19 de mayo de 2.010.
Es cierto que el artículo 456.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no otorga efectos suspensivos al recurso de apelación contra el auto que pone fin a un procedimiento, pero no lo es menos que revocado el auto quedan automáticamente sin efecto todas las actuaciones que se apoyen o basen en la decisión que se rectifica. Por tanto, despareciendo el presupuesto sobre el que se admitió el concurso necesario, la inexistencia de comunicación, la consecuencia no puede ser otra que el que el concurso promovido por el deudor, tal y como previene el artículo 15.3, debe tramitarse en primer lugar y unirse a el las solicitudes previamente formuladas por los acreedores. Tampoco se infringen en consecuencia los artículos 20.1 y 91.6 de la Ley Concursal,por estar previstos para una solicitud de concurso por un acreedor no precedida por una solicitud válida del deudor.": AAP Sevilla (Sección 5) 23.11.2011 (Auto 232/2011; Rollo 4378/2011)

AP Barcelona

"6. El segon motiu del recurs sosté que s'ha computat de manera incorrecta el termini de l' article 5.3 LC, perquè va ser el 4 de març de 2011 quan el jutjat va tenir per feta la comunicació de l' article 5.3 LC i, per tant, fins al 4 de juliol de 2011 no hauria transcorregut el termini de quatre mesos del precepte. Per tant, la interlocutòria d'arxiu de 8 de juny de 2011 seria, segons l'apel· lant, prematura.

El laconisme de la interlocutòria impugnada no ens permet establir quina ha estat la data inicial tinguda en consideració pel Sr. magistrat per computar el termini.
Com s'ha exposat en relacionar les actuacions que resulten acreditades, la presentació de la comunicació va ser, inicialment, el dia 2 de febrer de 2011. Des d'aquella data fins al 8 de juny de 2011, van transcórrer quatre mesos, és a dir, els tres mesos previstos en l' article 5.3 LC per obtenir les adhesions i el mes següent, dins el qual el deutor havia de sol·licitar el concurs.
Ara bé, amb la comunicació inicial no s'adjuntava l'apoderament necessari, el qual no es va aportar al jutjat fins un més després - la part va demanar una pròrroga per haver extraviat l'escriptura corresponent. Aquest retard el considerem anòmal. La LC és taxativa sobre el termini per presentar el concurs i ho és també, l' article 5.3 LC. Cal evitar tant els eventuals abusos com els equívocs sobre la situació en presència.
El proveïment de 4 de març de 2011, però, es va limitar a dir que es tenia per feta la comunicació prevista en l' article 5.3 LC, amb els efectes de l'article 15.3 de la mateixa llei. En no especificar que aquests efectes s'entenien retrotrets a la presentació inicial - si és aquesta la consideració que rau en la resolució impugnada- entenem que es va poder generar a la part la interpretació que el còmput s'iniciava el 4 de març.
7. No obstant, considerem també que aquesta imprecisió no va generar indefensió a la part, malgrat el que afirma en el tercer motiu del recurs d'apel·lació, en el qual al·lega la conculcació de l' article 24.1 de la Constitució. I ho fonamentem en les al· legacions posteriors del mateix recurs.
En concret, el recurrent reconeix obertament que, a la data de redactar el recurs, 30 de setembre de 2011, transcorregut amb escreix el termini de l' article 5.3 LC, no ha pogut encara obtenir la documentació necessària per presentar el concurs, ja que l'anterior administrador de la societat no ha procedit al lliurament. Afegeix que s'ha vist obligat a sol·licitar la pràctica de diligències preliminars davant un altre jutjat. La pendència d'aquestes diligències preliminars és erigida per la part apel·lant en el quart i últim motiu d'apel·lació.
L'existència de qüestions societàries internes relatives a la documentació, aliena a l'òrgan jurisdiccional i als creditors, no enerva de cap manera l'actuació dels terminis del tan citat article 5.3. No insistirem en la impossibilitat d'ultrapassar-los. Per tant, cap efecte suspensiu produeixen en aquest procediment les diligències preliminars de referència.
Establert, per tant, que la part no ha presentat el concurs voluntari d'STIM CV abans del 4 de juliol de 2011, data que, segons la mateixa recurrent, finalitzava el termini de l' article 5.3 LC, hem de desestimar el recurs i confirmar la resolució del jutjat.": AAP Barcelona (Sección 15) 18.06.2012 (Auto 85/2012; Rollo 161/2012)

5. Archivo por manifestación del deudor. Efectos.

JM-1 Pontevedra

"HECHOS.- PRIMERO- Por el procurador Sr. Portela se presentó escrito de fecha 14 -5-09 poniendo en conocimiento que se habían iniciado conversaciones previas para la presentación de concurso con propuesta anticipada de convenio.
SEGUNDO- Por providencia de fecha 18-5-09 se admitió a trámite dicha solicitud.
TERCERO- Por escrito de fecha 6-7-09 por el Procurador Sr. Portela en la representación acreditada de Granitos Montefaro SA, se solicitó la terminación del procedimiento por carencia sobrevenida de objeto.
FUNDAMENTOS DE DERECHO.- PRIMERO- El artículo 5.3 Lecon tras la reforma operada por RDL 3/09 sólo contiene una manifestación del deudor de estar en negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta de convenio anticipado; aunque existan discrepancias entre juzgados de lo mercantil acerca de los requisitos que han de exigirse a dicha comunicación, no debe ser controvertido que la misma no genera procedimiento alguno susceptible de terminación anticipada al amparo del artículo 22 Lec. Propiamente hablando, el proceso que empieza es el concursal, que es posterior, y que tiene sus propias causas de finalización.

Los únicos efectos sustantivos de dicha comunicación, al margen de los formales propios de la incoación de unas denominadas “Diligencias preliminares de concurso” a efectos informáticos y de registro, son la prórroga del deber de presentación de la solicitud de concurso para el deudor que está en situación de insolvencia actual y el cierre temporal o blindaje frente a las solicitudes de concurso necesario que durante ese tiempo se presenten.
SEGUNDO- Cierto que la remoción de la causa de insolvencia no es una de las posibilidades previstas por el legislador, quien considera que el concursado en situación de insolvencia actual ha de presentar concurso necesariamente, sin perjuicio de posponer la obligación de presentarlo en los tempos de dicho precepto- que pasa de dos a seis meses-, con la pretensión de favorecer la presentación con el concurso de propuesta anticipada de convenio- en tanto que la propuesta presentada inicialmente sólo requiere adhesiones de la décima parte del pasivo, frente a una quinta parte si se presenta en un momento posterior-.
Esto no significa que la causa de insolvencia no pueda removerse en ese ínterin, pero a la mera manifestación sin prueba de la parte que lo propuso no se le puede atribuir otra consecuencia jurídica que la de una declaración de intenciones: que como consecuencia de las negociaciones para la concesión de un préstamo consorciado con un sindicato de Bancos y como consecuencia de haberse aprobado un aumento de capital, la causa que provocó la comunicación ha desparecido.
Y a dicha declaración sólo pueden anudarse los efectos sustantivos que le corresponden, en particular:
No prejuzga el hecho de que el deudor pueda encontrarse en situación de insolvencia actual y volver a presentar un 5.3 con posterioridad, o directamente la solicitud de concurso. De hecho, con fecha 31-7-09 se ha cursado la solicitud de concurso voluntario.
No prejuzga si el concurso que después se ha presentado será o no culpable por infracción del deber de presentación tempestiva.
Es una renuncia al plazo máximo legalmente concedido, y por tanto se vuelve a abrir automáticamente la posibilidad de que los acreedores presenten concurso necesario sin esperar al mes desde el que resurge la obligación de presentar concurso, en los términos del artículo 15.3 Lecon. Esta consecuencia queda alterada por la presentación posterior del concurso voluntario, por lo que vuelve a operar el 15.2 Lecon-acumulación de las posteriores solicitudes a la inicial-.
No pueden anudarse otros efectos diversos como la acreditación de la remoción del estado de insolvencia actual; esa manifestación del deudor no prejuzgaría en absoluto la posterior resolución en caso de solicitud de concurso necesario; si el deudor ha de justificar, como presupuesto objetivo del concurso voluntario, su insolvencia y su estado de endeudamiento- artículo 2.3 Lecon-, también deberá justificar su solvencia si corresponde, esto es, en la vista de oposición al concurso necesario que eventualmente pueda presentarse.”: AJM-1 Pontevedra 01.09.2009 (Diligencias Preliminares de Concurso 299/09)

JM-1 Córdoba

“UNICO.- Si bien la dicción literal del artículo 5,3 de la Ley Concursal no resulta muy afortunada en cuanto que parece contemplar como única actuación posible del solicitante la presentación de la solicitud de concurso (con o sin propuesta anticipada de convenio) obviando otras posibilidades como son el incumplimiento de esta obligación legal, nos podemos encontrar con otras situaciones como un posible acuerdo de refinanciación que determine que la inicial situación de insolvencia (actual o inminente) de la solicitante pudiera desaparecer. Resulta evidente que, la desaparición del presupuesto objetivo de la solicitud del concurso según el criterio del instante del presente expediente, legitima al solicitante para desistir de la inicial solicitud preconcursal de conformidad con lo previsto en los artículos 19 y 20 LEC en relación con la Disposición Final Quinta LC, y por consiguiente la desaparición de los efectos previstos en el artículo 5,3 LC. “:AJM-1 Córdoba 10.09.2009 (Solicitud Preconcursal 187/09)

6. Archivo por transcurso del plazo

“5. El primer motiu d'apel·lació retreu al Sr. magistrat una interpretació indeguda de l' article 5.3 LC. Segons la part, tot i que hagi transcorregut el termini previst en el precepte (de tres mesos, més un), no és procedent l'arxiu del procediment judicial generat per la comunicació. Considerem que l'al·legació manca de base. Les resolucions d'altres tribunals, que es transcriuen en l'escrit de recurs, no contradiuen sinó que, en tot cas, reforcen la interpretació que ha efectuat el jutge. Encara que s'accepti que les finalitats preteses en fer ús de l' article 5.3 LC són, bàsicament, com afirma la recurrent, ajornar el deure de sol·licitar concurs en cas d'insolvència -durant el termini del precepte- i protegir-se de sol·licituds eventuals de concurs necessari en aquell període -no indefinidament-, això no exclou que les negociacions que es comuniquen al jutjat i que justifiquen l'ajornament tenen un marc temporal limitat, que la norma precisa. Esgotat aquest termini legal, la decisió d'arxiu s'ha de considerar procedent. “:AAP Barcelona (Sección 15) 18.06.2012 (Auto 85/2012; Rollo 161/2012)

6.1 Pese a solicitud de concurso tras su extinción

“SEGUNDO- Transcurrido el plazo de cuatro meses (3 + 1) estas diligencias carecen de sentido y lo que procede es su archivo si el deudor no presenta solicitud de concurso a tramitar por el cauce del art. 14 LC (al que se remite el art.15.3) ni hay solicitudes de concurso necesario presentadas y cuya tramitación está paralizada por el efecto suspensivo de la comunicación (art.15.3).

(…) Por tanto, en el caso presente, efectuada la comunicación por escrito presentado el 29/07/2009, el plazo para presentar la solicitud vencía el 29/11/2009, y al ser inhábil se prorroga al día hábil siguiente 30/11/2009. Dado que en esa fecha no había solicitud que tramitar, el expediente debe ser archivado.
TERCERO.- La consecuencia anterior no desaparece porque con posterioridad a esa fecha se haya presentado directamente a este Juzgado por el comunicante solicitud de concurso voluntario respecto de… SL. No cabe admitir a trámite esa solicitud de concurso, ya que lo impone el art. 68 LEC: no cabe cursar ningún asunto a reparto si no constare en él la diligencia correspondiente, sin que quepa presentación directa fuera del plazo de 4 meses previsto en el art. 5.3 LC. Dicho de otra manera, una vez sobrepasado ese plazo no cabe asunción directa alguna por antecedentes con base a la primigenia comunicación que da lugar a las diligencias preparatorias de concurso, por lo que procede es ordenar que el asunto pase a reparto.": AJM-1 Alicante 21.12.2009 (Concurso 893/2009)

7. Comunicación conjunta por varias sociedades

AP Sevilla

"PRIMERO La parte apelante recurre el auto que deniega la posibilidad de que las empresas solicitantes, que forman parte de un mismo grupo de empresas, puedan presentar conjuntamente una comunicación previa concursal, y posteriormente una solicitud de concurso, alegando, en esencia, que la presentación individualmente por parte de cada una de las empresas de la solicitud de concurso multiplicaría innecesariamente los gastos que podrían conducir al cese de la actividad mercantil, sin que exista razón alguna para inadmitir la acumulación del concurso de las sociedades que pertenecen a un mismo grupo y están estrechamente vinculadas, ya que no lo prohíbe la Ley Concursal, siendo de aplicación, conforme a ladisposición final quinta de dicha Ley como derecho supletorio laLey de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 72 es de aplicación al caso de autos
SEGUNDO La cuestión que plantea el recurso es, en definitiva, si es posible si es Juez competente del concurso a los efectos de los previsto en elartículo 5.3 de la Ley Concursal el del domicilio de la empresa principal o el de la mayoría de las empresas, cuando la comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio la hacen la totalidad de las empresas que forman el grupo. La respuesta a esta cuestión viene condicionada a la respuesta que se de a la posibilidad de que todas las empresas que forman el grupo puedan hacer una petición conjunta de concurso. Si se admite esta posibilidad es evidente que podrán hacer la comunicación. Si por el contrario, se entiende que cada empresa sólo puede solicitar su propio concurso, sin perjuicio de una posterior acumulación cuando concurran las condiciones previstas en elartículo 25 de la Ley Concursal, entonces también cada empresa deberá efectuar de forma individual su propia comunicación.
La Ley Concursal no se pronuncia de manera explícita sobre la posibilidad de acumular inicialmente, en el momento de la presentación de la solicitud de concurso voluntario, peticiones que afecten a una pluralidad de deudores y sí contempla de manera expresa tanto la posibilidad de que se acumulen inicialmente una pluralidad de solicitudes de concurso necesario, como que, en determinados supuestos como ya se ha comentado, una pluralidad de concursos ya declarados, sin hacer distinción entre la naturaleza voluntaria o necesaria de aquellos, puedan ser acumulados a los efectos de su tramitación coordinada.
TERCERO Pues bien, las razones por las que la Ley Concursal permite la acumulación de concursos previamente declarados son plenamente aplicables en un estadio procesal anterior a la de declaración judicial del concurso. Y pueden ser igualmente alcanzadas si la pluralidad de peticiones de concursos voluntarios se acumulan en una inicial y única solicitud, por lo que no tiene sentido interpretar el silencio de la Ley al respecto sobre este supuesto como equivalente a su prohibición. En apoyo de esta tesis puede citarse la Exposición de Motivos cuando dice que "(...)además, la LC concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como(...)la acumulación de concursos...".
Por tanto es muy razonable, como argumenta el apelante acudir a la previsión delartículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable en virtud de la remisión genérica que a a dichaLey hace la disposición final quinta, y considerar admisible al amparo del mismo la acumulación inicial de solicitudes de concursos voluntarios. Precepto que es de aplicación al caso de autos al pertenecer todas las entidades solicitantes a un mismo grupo de empresas y fundarse su petición conjunta en unas deudas que afectan a todas ellas.
CUARTO Por lo demás concurren todos y cada uno de los presupuestos que resultan delartículo 5.3 de la Ley Concursal, como son que los deudores aleguen que se encuentran en estado de insolvencia, que no hayan transcurrido dos meses desde la fecha en que tuvieron conocimiento de dicho estado, que hayan iniciado negociaciones para obtener las adhesiones que una propuesta de convenio anticipada exige y que lo ponga en conocimiento del juzgado que sea competente para la declaración del concurso, al tener su domicilio la mayoría de ellas en esta provincia, donde tienen su núcleo principal de operaciones, como lo acredita que sea el lugar de residencia de los administradores que son comunes a todas ellas, siendo por tanto el lugar en el que bajo el principio de unidad de decisión, se rige y controla todo el grupo. Por todo ello deberá tenerse por hecha la comunicación, con los efectos que prevé elartículo 5.3 de la Ley Concursal.": AAP Sevilla 01.06.2010 (Sección 5) (JUR 2010/377741; Auto 132/2010; Rollo 2199/2010)

JM-2 Madrid

" A través del escrito precedente las mercantiles NOZAR, S.A. y LENA CONSTRUCCIONES, S.A. efectUan una comunicación a este Juzgado que se adecua al contenido del expresado precepto, por cuyo motivo se está en el caso de tener por realizada dicha comunicación. Y, como quiera que el objeto del presente expediente no es otro que el de dejar debida constancia del expresado hecho, procédase a continuación al archivo del mismo. SEGUNDO.- La aceptacidn de la comunicación conjunta llevada a cabo por las dos referidas sociedades no implica que con posterioridad s e haya de admitir también una solicitud concurso realizada de manera conjunta. " AJM-2 Madrid 18.05.2009 (Auto 159/2009; Comunicación 379/2009)

Artículo 5 bis. Comunicación de negociaciones y efectos ~~sobre el deber de solicitud de concurso~~.

Redacción por Ley 38/2011

[Nuevo art. 5 bis introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011.
En vigor desde 12 de octubre 2011 (Disposición final tercera, 2, Ley 38/2011, día siguiente a su publicación en el BOE), siendo aplicable a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria tercera,1, Ley 38/2011)]

1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley.

2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

3. El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor.

4. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia.

Redacción por Ley 14/2013

*[*Nueva redacción de los apartados 1, 3 y 4 del art 5 bis, con los cambios que se señalan, por *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* (Capítulo V de su Título I, art. 21, Dos) (BOE 28.09.2013), con entrada en vigor el 19.10.2013: " Disposición final decimotercera.*Entrada en vigor.* Esta Ley entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante: a) El Capítulo V del Título I entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».
Aplicable a los concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor: "Disposición transitoria. *Régimen transitorio en materia concursal.* Los concursos declarados antes de la fecha de entrada en vigor de esta norma, en cuanto a las normas establecidas en el Capítulo V del Título I, seguirán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley."]

1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley.
<u>En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso</u>

2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

3. El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor <u>o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil</u>.

4. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación<u>, un acuerdo extrajudicial de pagos</u> o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que <u>ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o</u> no se encontrara en estado de insolvencia.

Redacción por RDL 4/2014

[Nueva redacción del art. 5 bis por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014), con los cambios que se señalan.
Entrada en vigor: el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014)].

Artículo 5 bis. Comunicación de negociaciones y efectos ~~sobre el deber de solicitud de concurso..~~

1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.
En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.

2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

3. El secretario judicial,~~sin más trámite, procederá a dejar~~ ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen.
Caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución.
El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento.

4. Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente.
Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.
Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado.
Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

5. Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

6. Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año

Nota:
Véanse también las resoluciones recaídas en aplicaciòn del derogado art 5.3

Nota 2:

A tener en cuenta, desde su entrada en vigor en fecha 09.03.2014, lo dispuesto en el apartado 1 del art. 568 LEC tras su modificación(se añade lo subrayado) por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014)
Entrada en vigor: el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014).

«Artículo 568. Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales.
1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución.
2. El Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.
3. Si existieran varios demandados, y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto al que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás »

Redacción por Ley 17/2014 y Ley 9/2015

[Nueva redacción, con las variaciones señaladas, por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014). Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

[Nueva redacción del apartado 4 por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Cuatro, 1.
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)
Régimen transitorio: "1. Lo dispuesto en los números 1 y 3 del apartado cuatro del artículo único, será de aplicación a las negociaciones previstas en el artículo 5 bis, que no hayan concluido o en las que no haya transcurrido el plazo de tres meses desde su comunicación al juzgado" (Disposición transitoria primera. Régimen transitorio aplicable a los procedimientos concursales en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley; apartado 1)

Artículo 5 bis. Comunicación de negociaciones y efectos.

1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición~~disposición~~ adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.
En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.

2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

3. El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen.
Caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución.
El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento.

4. Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente.
Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado.
Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

4. Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor,~~y~~ hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1;

b)~~, o~~ se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación;

c)~~, o~~ se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos;

d)~~, o~~ se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio;

e) o tenga lugar la declaración de concurso.

En su comunicación el deudor indicará qué~~, no podrán iniciarse~~ ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuálesjudiciales de ellas recaen sobre bienes que considereresulten necesarios para la continuidad de su~~la~~ actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso.
~~deudor.~~ Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismasquedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y, en todo caso,~~los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas~~ una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente.
Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor~~,~~ siempre que se acredite documentalmentejustifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.
Lo dispuesto en los cuatro~~dos~~ párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas~~hayan transcurrido los plazos previstos~~ en el primer párrafo de este apartado o haya transcurrido el plazo previsto en el siguiente apartado.
Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público

[Nueva redacción del apartado 4 por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Cuatro, 1.
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)
Régimen transitorio: "1. Lo dispuesto en los números 1 y 3 del apartado cuatro del artículo único, será de aplicación a las negociaciones previstas en el artículo 5 bis, que no hayan concluido o en las que no haya transcurrido el plazo de tres meses desde su comunicación al juzgado" (Disposición transitoria primera. Régimen transitorio aplicable a los procedimientos concursales en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley; apartado 1)

5. Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

6. Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.

Nota:
Véanse también las resoluciones recaídas en aplicaciòn del derogado art 5.3

Nota 2:

A tener en cuenta, desde su entrada en vigor en fecha 09.03.2014, lo dispuesto en el apartado 1 del art. 568 LEC tras su modificación(se añade lo subrayado) por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014)
Entrada en vigor: el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014).

Idéntica redacción se reitera por la Disposición final Undécima de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014). Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado").

> *«Artículo 568. Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales.*
> *1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución.*
> *2. El Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.*
> *3. Si existieran varios demandados, y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto al que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás »*

0. Exposición de motivos RDL 4/2014

"Así, en primer lugar, se modifica el artículo 5 bis, permitiendo que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones para alcanzar determinados acuerdos pueda suspender, durante el plazo previsto para llevarlas a efecto, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. También se permite la suspensión del resto de ejecuciones singulares promovidas por los acreedores financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de acreedores de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del correspondiente acuerdo de refinanciación. Quedan excluidos de la suspensión, en todo caso, los procedimientos que tengan su origen en créditos de derecho público. Se pretende de este modo que el artículo 5 bis fomente una negociación eficaz sin acelerar la situación de insolvencia del deudor por razón de una precipitada ejecución de garantías sobre determinados bienes." (Exposición de motivos RDL 4/2014, IV)

00. Indemnidad de los acuerdos de compensación contractual y garantías financieras del RDL 5/2005 y de las reglas de la Ley 41/1999 sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores

> "Debe recordarse que las modificaciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, introducidas en este real decreto-ley se circunscriben exclusivamente a su ámbito de aplicación y, por lo tanto, la legislación especial seguirá rigiendo el concurso de entidades financieras y sus situaciones preconcursales. Adicionalmente, quedan a salvo, entre otras, las previsiones del capítulo II del título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública." (Exposición de motivos, IV, in fine, del RDL 4/2014)

> "A los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo."

> > *(Disposición adicional primera. Medidas de saneamiento en situaciones preconcursales, del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. (BOE 06.09.2014)*
> > *En vigor desde 07.09.2014 (Disposición final quinta).*

> "A los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de medidas de saneamiento. Serán de aplicación a estas actuaciones los mismos efectos que establece para la apertura de concurso el capítulo II del título I de dicho Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.
>
> A los efectos de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tendrán la consideración de procedimientos de insolvencia. Serán de aplicación a estas actuaciones los efectos previstos en el capítulo IV de dicha Ley 41/1999, de 12 de noviembre.

[Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015) Disposición adicional primera, "Medidas de saneamiento y procedimientos de insolvencia en situaciones preconcursales"
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)]

000. Aplicabilidad a las solicitudes en curso al entrar en vigor la reforma

JM- Granada

"Segundo : La aprobación del RD 4/2014 de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda parte de su entrada en vigor al día siguiente a la publicación en el BOE con fecha de 8 de marzo de 2014. El régimen transitorio que recoge señala que " en los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de este real decreto-ley se estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la Ley Concursal, resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor, si el deudor ya hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis 1 en la redacción dada por el presente real decreto -ley.
Por lo tanto entendemos que fuera de dicho supuesto es disponible por las partes la posibilidad mejorada de acogimiento a los efectos de la actual norma en vigor, máxime cuando la resolución de tener por hecha la presentación se realiza una vez (tempus regit actum) que la misma se encuentra operativa.
Es por lo tanto posible dicha ampliación y por lo tanto el acogimiento a lo previsto en el citado RDL en cuanto a situación intertemporal partiendo, no obstante, de que el plazo debe ser computado- al no señalar otra cosa la transitoria- desde la fecha de presentación y por tanto desde 7 de marzo de 2014 en cualquier caso.": AJM-1 Granada 17.03.2014 (Exp. 386/2014)

1. Determinación del carácter necesario del bien

1.1 Antes de la Ley 9/2015

1.1.1 No corresponde al juez de la comunicación sino al de la ejecución

JM-1 Alicante

"Único: La controversia se limita a determinar si este Juzgado es competente para realizar la declaración de necesidad de determinados activos de la deudora que ha comunicado previamente el inicio de negociación del art 5bis LC a los efectos de paralizar la ejeccuion que se sigue contra los mismos
En la redacción aplicable (la dada por el RDL 4/2014) su apartado 4 en su parte relevante dice ". *Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente",* a completar con la nueva redacción dada al artículo 568.1. (Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales) según el cual "*1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución*.». Norma que ha pasado a Ley 17/2014 con la sola adición de las ejecuciones extrajudiciales, además de las judiciales
No se comparte la tesis de la deudora, amparada en unas resolución del JM de Granada de 17 marzo y 16 junio 2014 asi como de la AP de Jaén de 26 junio de 2014-, según la cual ese juicio de necesidad corresponde efectuarlo a este Juzgado. Y ello por variadas razones
1º No es de aplicación el art. 56 LC, dado que no existe proceso concursal, a no confundir con la sola comunicación del art. 5 bis LC, que no da pie siquiera a intervención judicial alguna, pues es el secretario judicial quien ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen, salvo que se acuerde su carácter reservado
2º No se explica la aplicación analógica del art 56 LC, dado que no concurre identidad de razón (art 4CC), dado que en el expediente preconcursal del art. 5 Bis LC, al contrario del art 56: i) no hay intervención judicial alguna, como se ha dicho; ii) no hay partes que puedan ser oídas respecto de lo interesado; iii) no se tiene información alguna por el Juez, al no existir ni solicitud de concurso, y iv) no hay posibilidad de interesar informe a la Administración concursal, aquí inexistente, además de que la finalidad es distinta, pues aquí lo que se busca es mantener pacífico el periodo de negociación

3º. La no ejecución/suspensión respecto de bienes necesarios es una incidencia del proceso de ejecución, que funcionalmente corresponde al Juzgado que conoce de la ejecución (art. 61 LEC), como puede serlo la declracion de inembargabilidad de los instrumentos necesarios para el ejecicio de la profesión previsto en el art 606, 3º LEC, que realiza el secretario, revisable judicialmente si se entiende nulo (art 609)
4º. No se prevé resolución del Juez Mercantil para que no se dicte auto despachando ejecución respecto de esos bienes (art. 568 LEC), y respecto de los que están en tramitación, se prevé la suspensión con la presentación de la resolución del Secretario dando constancia de la comunicación del art. 5 bis LC, sin contemplar resolución judicial alguna del juez mercantil
5º. La atribución de competencias al Juez Mercantil en fase previa al proceso concursal precisa previsión legal expresa, como ocurre en la Disposición Adicional 4º LC. ":AJM-1 Alicante 27.10.2014

JM-1 Jaén

"PRIMERO.- El artículo 5 bis. 4 de la Ley Concursal establece que "desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación_no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor...lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre lo que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado"
Como indica la parte solicitante, el legislador no ha o muy afortunado en la redacción del precepto creando un vacío legal en cuanto a fijar que juzgado será el competente para determinar si un bien es o no necesario; esto es, si corresponde al juzgado mercantil donde se ha presentado la solicitud del art. 5 bis, o al juzgado de Instancia que esté conociendo de la ejecución. Cuestión ésta que no tiene todavía resolución a nivel jurisprudencial y es objeto de discusión doctrinal.
SEGUNDO.- Son fundadas las razones que expone la parte para mantener la competencia de este juzgado basándose en resumen:
.- El paralelismo con el art. 56.5 que claramente establece la competencia del juez del concurso para determinar que bienes son o no necesarios.
.- La mayor especialización de éste para determinar el carácter de necesario de un bien
.- Razones de economía procesal.
Pero frente a ello entiendo que no puede corresponder la competencia al juez mercantil, y ello porque no es juez del concurso dado que no hay tal concurso; es más, tan siquiera hay intervención del juez dado que el artículo 5 bis únicamente prevé que el secretario dejará constancia de su presentación sin que se requiera ningún tipo de resolución por parte del juzgador.
TERCERO.- Cierto que el art. 56 determina la competencia del juez del concurso para declarar el carácter necesario del bien, pero como se ha expuesto, ahora no hay juez del concurso. El concurso no está abierto y no existe razón alguna en base a lo dispuesto en el art. 8 LC y 86 ter LOPJ para que haya nacido la competencia exclusiva y excluyente del juzgado mercantil; y de la misma forma que pese a la presentación del art. 5 bis, siguen siendo competentes los juzgados de instancia para conocer de las pretensiones que se dirijan contra el solicitante, sin que tenga competencia alguna del jugado mercantil, lo serían para conocer de la pretensión sobre el carecer necesario del bien.
La mayor especialización o la mejor posición que puede tener el juzgado mercantil para establecer la necesariedad en estos supuestos no es tal. Declarado un concurso, el juez cuenta con el informe de la administración concursal, órgano independiente de los posibles interesados en la ejecución, el cual le proporciona información objetiva para que el juez del concurso pueda decidir sobre el carácter del bien. Ahora, en principio, únicamente cuenta con la solicitud que deduce el ejecutado, que evidentemente está interesado en tal suspensión; mientras que el juez de Instancia, aún cuando tampoco cuente con la colaboración de un órgano independiente, se apoya en un proceso abierto a solicitud de la otra parte que entre otros documentos ha aportado el título ejecutivo (que no es que vaya a clarificar el carácter del bien, pero algo a lo mejor se puede deducir, mientras que el juez mercantil tan siquiera tiene esa documentación) e incluso puede derivar de un declarativo anterior que le permite tener un mejor conocimiento de la actividad empresarial y la necesidad del bien para mantener la misma.
Hay igualmente razones de economía procesal. Como mínimo, si se admitiera la competencia del juzgado mercantil, éste antes de decidir debería dar traslado de la solicitud al ejecutante, que no está personado en las actuaciones a diferencia de lo que ocurre en la ejecución que se pretende suspender. Y la tramitación de esta audiencia unido al retraso en los procesos judiciales podría motivar que la resolución declarando el carácter necesario del bien fuera a recaer cuando ya han pasado los cuatro meses previstos en el artículo 5 bis. El juez de instancia en cambio tiene personados a ejecutante y ejecutado siendo una tramitación más rápida y que a la vez le permite conocer las razones de uno y otro para resolver.
Por último, del art. 568 LECi (tras la reforma por RDL 4/ 4) parece (sólo parece, porque tampoco aclara) que la competencia corresponde al juzgado de Instancia. Dispone "no se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo". Parece pues, que el juez de Instancia al despachar ejecución frente a un solicitante del art. 5 bis, no lo hará respecto de los bienes a que se refiere este artículo, previa determinación por el mismo si se trata o no de bienes necesarios.
Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA
Que debía declarar y declaraba la incompetencia objetiva del juzgado de lo mercantil para conocer del carácter necesario o no del bien, correspondiendo al juez de Instancia que esté conociendo de la ejecución": AJM-1 Jaén 25.04.2014 (Asunto 346/2014)

1.2 Corresponde al juez de la comunicación

AP Jaén

"Primero.- La resolución recurrida declara la incompetencia del Juez de lo Mercantil, ante quien se ha presentado por la deudora comunicación de iniciación de negociaciones con los acreedores, al amparo del art. 5 bis de la Ley Concursa!, para determinar si el bien que se está ejecutando a instancias de Mare Nostrum en el Juzgado de Primera Instancia es o no necesario para continuar la actividad empresarial de aquella y por tanto suspender dicha ejecución, por considerar que carece de competencia al no haber concurso abierto, no contar con el titulo ejecutivo para valorar el carácter necesario del bien, no estar personado el ejecutante en este incidente, y que la nueva redacción del art. 568 LEC parece atribuirla al Juez de Instancia cuando dispone que no despachará ejecución cuando el demandado esté en situación de concurso o haya efectuado la comunicación del art. 5 bis de la LC respecto a kos bienes necesarios para su actividad,
Se interpone recurso de apelación por la deudora, insistiendo en que es el Juez de lo Mercantil que tramita la comunicación del art. 5 bis el competente para conocer del carácter o no necesario del bien, lo que fundamenta en que la nueva redacción de dicho precepto dada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, a diferencia de lo que ocurría antes, posibilita la suspensión de las ejecuciones frente a bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, suspensión que acuerda el Juez de Instancia que esté conociendo de la ejecución pero previa comunicación del Juez del concurso si el bien ejecutado es necesario para la actividad del deudor, para lo que entiende aplicable por analogía los arts. 55 y 56 LC, que claramente dice que corresponde al Juez del concurso determinar si un bien del concursado es necesario para la continuidad de la actividad del deudor, además de alegar razones de especialización del órgano jurisdiccional y de economía procesal.
Segundo.- El artículo 5 bis de la Ley Concursa], en la nueva redacción dada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, acerca de la comunicación por el deudor de negociaciones con sus acreedores y sus efectos, dispone en su apdo. 1 que "El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el articulo 71 bis.1 y en la disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convento en los términos previstos en esta Ley...." y en el apdo. 4 que "Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el articulo 71 bls.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación quedarán suspendidas con [a presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en los incisos anteriores quedarán en todo caso levantadas una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente".
Aun cuando no se dice expresamente qué órgano judicial es el competente para suspender las ejecuciones sobre bienes necesarios para la actividad del deudor, y es por ello que se plantea si lo es el Juez de lo Mercantil o el Juzgado de Primera Instancia que conoce de la tramitación de la ejecución, ha de considerarse que lo es el Juez de lo Mercantil.
El art. 56.5 LC establece que corresponderá al Juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Se argumenta en el auto que esta competencia le viene dada al Juez Mercantil porque hay concurso, y aquí todavía no lo hay.
Sin embargo, el propio el art. 5 bis prevé que la comunicación del deudor de inicio de negociaciones con sus acreedores se dirija o se presente "ante el Juez competente para la declaración de su concurso", y ello en una fase previa, como la presente de comunicación, en que lo que se trata es de que no haya concurso, por lo que siendo el Juzgado Mercantil el competente para tramitar el expediente de comunicación, su competencia debe alcanzar también lógicamente a determinar la necesidad o no del bien para la actividad del deudor, pues será la resolución sobre su carácter de bien necesario lo que permitirá no iniciar o suspender la ejecución sobre el mismo, suspensión que se llevará cabo por el Juez de Instancia (así lo dispone el art. 568 LEC, tras la reforma del RDL 4/2014, de 7 de marzo: no se dictará auto autorizando y despachando ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el art. 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho articulo"), pero previa resolución del Juez Mercantil, la cual puede adaptarse con la documentación aportada al expediente.
En consecuencia, se estima el recurso interpuesto.": AAP Jaén (Sección 1) 26.06.2014 (Auto 172/2014; Rollo 471/2014)

JM-1 Granada

“Cuarto: Sobre la competencia para determinar o no la necesidad del bien nada ha dicho el legislador que parte de, siempre, una comunicación en todo caso al juez del concurso y que por ello le atrae funcionalmente esta competencia. Se parte en el apartado primero de que la comunicación lo es al juzgado competente para la declaración de concurso y por ello una interpretación sistemática debería llevarnos igualmente a un mandato funcional respecto de la declaración de necesidad de dichos bienes y derechos y el cumplimiento de los requisitos antes señalados.
De hecho nos señala que las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación quedarán suspendidas con la simple presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación y por ello esta última (la comunicación) se constituye en el único requisito para dicha suspensión.
Pero la necesidad del bien podrá ser atendida, o el cumplimiento de los citados requisitos, en el marco del mismo expediente de comunicación puesto que ninguna actividad o trámite se prevé en el proceso de origen de la ejecución señalada.
A tales efectos tampoco la norma establece un trámite específico de declaración de necesidad del bien partiendo de que la unica referencia la tenemos en los artículos 55, 56 y 57 de la Ley Concursal habiendo señalado el Tribunal de Conflictos que su declaración corresponde al juez del concurso.
Desde ahí consideramos que las opciones serían dos:
1º. Que la comunicación y consiguiente resolución deben incluir aquellos bienes, sin más declaración, que el solicitante (quien comunica) considera necesarios para la actividad. En este caso se deberá dejar simplemente constancia de dicha comunicación.
2º. Que será posible ampliar (y evidentemente justificar) la declaración de dicho bien como necesario cuando se justifique dicha necesidad en función de la documentación (viabilidad y otros) que se aporte a tal efecto.
Todo ello es consecuente con los efectos automáticos que la ley parece querer dar a la citada comunicación sin más discusión al respecto.
En el presente caso simplemente se señala la primera parte.”: AJM-1 Granada 17.03.2014 (Exp. 386/2014)

JM-4 Madrid

“SEGUNDO.-Para resolver la cuestión suscitada, por el cauce de las medidas cautelares y solicitud concursal [-en el caso de GRUPO CANTOBLANCO-] debe recordarse que la nueva redacción del art. 5.bis L.Co., en su apartado 4º, ordena la paralización de las ejecuciones judiciales mediante la prohibición de su inicio, así como impone la suspensión de dichas ejecuciones judiciales en el estado en que se hallen; todo ello por los periodos máximos señalados en la Ley.
Tratándose de ejecuciones con garantía real [-como las que nos ocupa-], y resultando irrelevante se trate de ejecución judicial o extrajudicial, su admisión a trámite por la Notaría o el Juzgado requiere que dichas Autoridades se pronuncien expresamente sobre la naturaleza necesaria o no necesaria de los bienes sujetos a ejecución singular por garantía real; y ello bajo su exclusiva responsabilidad, en cuanto si bien el art. 56.5 L.Co. atribuye al Juez del concurso dicha competencia exclusiva, tal atribución requiere la presencia de concurso declarado, lo que no acaece en el presente supuesto.
Una vez que el Notario o Juzgado Civil o Social ha dictaminado y acordado aquella necesidad o no, realizará lo ordenado por el inciso 2º del apartado 4º del art. 5.bis L.Co., de tal modo que si estima el carácter no necesario [-atendiendo para ello, si así lo estima oportuno, a la relevante jurisprudencia emanada de los distintos Juzgados de lo Mercantil, debiendo optar entre las dos amplias corrientes interpretativas del concepto de necesidad-] procederá con los trámites de la ejecución real hasta su finalización; pero si estima dicho bien necesario, deberá paralizar dicha ejecución nada más incoar e iniciar la misma, que quedará suspendida por los plazos del art. 56.1 L.Co.
Resulta de todo ello que ninguna competencia objetiva y funcional ostenta el Juzgado conocedor de las comunicaciones del art. 5.bis L.Co. para intimar a otras Autoridades judiciales y extrajudiciales para indicarles en sentido del ejercicio de sus propias potestades, funciones y responsabilidades.
TERCERO.-Tampoco encuentra encaje la solicitud de medidas en el art. 17 L.Co., pues referido el mismo a la solicitud de concurso necesario, la realizada por GRUPO CANTOBLANCO es voluntaria [-por todas, Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, de 6.10.2011 -], no pudiendo ser objeto de aquellas medidas la suspensión de ejecución por garantía real previa al concurso [-por todas, Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, de 27.11.2009 -].
Tampoco resulta de aplicación el Real Decreto Ley 5/2005 y la excepción que supone a la legislación concursal, pues tratándose el presente de préstamo entre particulares sin intervención de entidad financiera alguna, falta el presupuesto objetivo de aquella especialidad ejecutiva y su inmunidad ante las especialidades concursales; por lo que a esta legislación debe estarse.
Si procede, por el contrario, remitir a la Sra. Notaria atento mandamiento, a los fines de desvirtuar una posible adquisición de buena fe por el ejecutante y permitir el examen de la ejecución en sede concursal judicial posterior.”: AJM-4 Madrid 25.08.2014 (Exp. 368/2014)

1.2.1 Pero sin entrar a valorar ni revisar la declaraciòn del solicitante sobre la necesidad o no, ni admitirse contradicción

JM-1 Granada

“ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 23 de abril de 2014 se presentó escrito de inicio de negociaciones, 5 bis LC, por la sociedad LEIBI GLOBAL SL. Mediante Decreto de fecha 8 de mayo de 2014 se tuvo por hecha tal comunicación.
Segundo: Mediante escrito de fecha 12 de mayo de 2014 LEIBI GLOBAL SL solicitaba se tuviera por notirifaca Ejecución Hipotecaria número 455/2014 seguida en el Juzgado de Primera Instancia n 6 de Granada solicitando la declaración de necesidad del bien embargado.
Tercero: Mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2014 se personó en el mismo Banco Popular Español SA solicitando asimismo la declaración o no de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor de determinados bienes que enumeraba. En fecha 4 de junio de 2014 volvió a presentar escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Mediante auto de 17 de marzo de 2014 se acordó determinar el régimen que seguiría este juzgado en el marco del reformado artículo 5 bis LC tras el RDL 4/2014.
A tales efectos conviene señalar que la citada reforma también operó respecto del ratículo 568 (se modifica el título y el apartado 1 por la disposición final 1 del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo.). El referido contenido (que no se ha llevado a otras jurisdicciones en cuanto a la reforma) recoge que : "No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución." Se trata, por tanto, de un mandato imperativo que deviene de la presentación, en el caso, del artículo 5 bis LC como comunicacion dirigida al juzgado mercantil competente para conocer el concurso que pudiera declararse en su momento.
Segundo: Se ha discutido (y todavía es una cuestión no resuelta) por los diferentes tribunales sobre la competencia o no para determinar, al amparo del apartado 4 de dicho precepto, la necesidad de un determinado bien al que le serán aplicables los efectos señalados en el mismo. El legislador no ha estado claro en ello y ha motivado posiciones doctrinales y jurisdiccionales de sentido contrario.
Entendemos que la competencia- conforme se dirá- es del juzgado de lo mercantil partiendo de que dicha declaración no es sino la manifestación propia de quien solicita la comunicación y sin perjuicio del resultado de las negociaciones e incluso de la responsabilidad que pudiera devenir por ello (en tanto a daños y perjuicios) en un futuro procedimiento concursal. De otra forma dicho y tal y como se expuso en el auto que hemos referido en el primer fundamento de derecho: El solicitante comunicaca no solo que inicia negociaciones sino también aquellos bienes que considera necesarios para la continuidad de la actividad profesional a los efectos de la paralización o suspensión que se prevé en el precepto. El juzgado, a través de Decreto, resuelve teniendo en consideración que se ha notificado en tal forma y se han señalado tales bienes como necesarios, sin perjuicio del posterior concurso y de lo que pudiera devenir.
Tercero: las razones son múltiples pero trataremos de resumir las más importantes:
1. Pueden existir decisiones contrarias e incluso contradictorias entre otros juzgados sobre la necesidad o no de un determinado bien resultando entonces que respecto de este pudiera ocurrir que créditos posteriores cobraran preferencia en ejecución o embargos respecto de un bien simplemente porque uno de los tribunales ha resuelto de una forma y otro de otras.
2. El precepto se sitúa en el marco del proceso concursal (preconcursal) y por lo tanto siempre referido al juez del concurso. Si lo es del posible concurso o no es cuestión distinta.
3. La comunicación se enmarca en el régimen de las instituciones preconcursales y desde la idea de que sea el juez del concurso que pudiera declararse el que conozca la situación societaria o patrimonial que pudiera devenir. Los efectos posteriormente son múltiples en cuanto al momento de solicitud, en cuanto al plazo de reintegración en su caso, en cuanto a la liquidación automática en algunos supuestos, etc.
4. La referencia legal a bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, es una referencia conocida en el ámbito concursal; en concreto en el artículo 56 LC y por ello la interpretación de que es el juez del concurso posible en su caso el que deba pronunciarse parece evidente por mucho que se quiera extraer del mismo precisamente por la inexistencia de concurso declarado. Tampoco existe concurso declarado y se comunica dicho periodo de negociaciones, se pueden iniciar incidentes concursales de oposición a la homologación, se tramita un incidente de homologación, se comunica la existencia de un AEP con determinados efectos que exceden de esta resolución, etc.
5. Si nos fijamos en el 5 bis 4.3º LC el precepto señala que tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidad por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siemrpe que se justifique que un procentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones..... El propio precepto señala que lo será " siempre que se justifique" y esa justificación solo podrá hacerse por ante el juzgado de lo mercantil, que podrá conocer del concurso, sin concurso declarado puesto que es allí donde se presenta la comunicación.
Cuarto: La redacción del precepto señala que " las ejecuciones de dichos bienes (necesarios) que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. " Es decir que el sistema prevé que sea la misma resolución del secretario el que produzca dichos efectos y lo haga respecto de - también- esos bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional y empresarial del deudor, simplemente porque este lo señala como tal y durante un periodo concreto y limitado.

En virtud de ello basta una comunicación y referencia a esos bienes que se entienden necesarios para que se produzcan los efectos señalados sin necesidad de declaración como tales puesto que esto quedará pendiente de la existencia de un proceso posterior concursal con contradicción entre las partes afectadas. Y evidentemente al margen de que posteriormente lo sean o no en un futuro procedimiento concursal en donde deberá declararse con contradicción.
Así se pronuncia la exposición de motivos de la reforma RDL 4/2014 que señala que se modifica el artículo 5 bis, permitiendo que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones para alcanzar determinados acuerdos pueda suspender.... Es decir es la propia comunicación la que suspende y por tanto la que determina la necesidad de dichos bienes. De igual forma se señala que se pretende de este modo que el artículo 5 bis fomente una negociación eficaz sin acelerar la situación de insolvencia del deudor por razón de una precipitada ejecución de garantías sobre determinados bienes. Nuevamente es la referencia a la comunicación la que debemos considerar. En la misma reforma el legislador modifica el artículo 56 LC que es donde se recoge la referencia concursal a dichos bienes necesarios.
Por tanto es la propia comunicación y la declaración del comunicante (deudor) de que dichos bienes son necesarios los que producen los efectos señalados en el corto plazo que se determina, sin necesidad de entrar a valorar más al no establecerse un precepto que en tal sentido lo señale. En semejante forma (pero sin procedimiento) a lo establecido en los artículos 387 y ss LEC para las cuestiones de previo pronunciamiento.
Quinto. De conformidad a lo anterior y en relación a los escritos referidos:
1º. Procede pronunciarse en tal sentido conforme a lo pedido por el deudor.
2º. Procede no tener por personada en la presente comunicación a Banco Popular Español SA sin que haya lugar a pronunciarse sobre lo pedido.
PARTE DISPOSITIVA
DECIDO TENER POR notificado por el deudor que ha iniciado la comunicación y periodo de notificaciones la necesidad del bien objeto de ejecución en el procedimiento de Ejecución Hipotecaria 455/2014 seguida por ante el Juzgado de Primera Instancia 6 de Granada.
No ha lugar a tener por personada en la presente a Banco Popular Español SA y por tanto no ha lugar a la declaración solicitada.”: AJM-1 Granada 16.06.2014 (Exp. 658/2014)

1.2 Tras Ley 9/2015

AP Alava

“El art. 5 bis LC, en la redacción vigente en el momento de presentación de la comunicación, no establecía ninguna norma en relación con qué bienes de los sometidos a proceso de ejecución eran necesarios para la continuidad de la actividad. Por ello la interpretación conjunta del referido art. 5 bis.4 y el art. 568 LEC, permitia deducir que la simple presentación del referido Decreto justificaba ya la resolución del Secretario acordando la paralización ex lege del procedimiento de ejecución, siendo la propia ejecutante quien obstenta legitimación para la eventual impugnación de tal resolución o para recabar la declaración de que los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad.
El actual art. 5 bis LC, tras la modificación producida por la ley 9/2015, de 25 de mayo, en vigor desde el 6 de junio, establece lo siguiente:
En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que se harán constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada la comunicación del expediente. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso.
*Las **ejecuciones** de dichos bienes que estén en tramitación se suspenderán **por el juez que estuviere conociendo de las mismas** con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el **juez competente para conocer del concurso** resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución **no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial** y, en todo caso, una vez transcurridos los plazos previstos en el apartado siguiente*.
Por tanto la simple presentación del Decreto del Secretario, donde deben constar los bienes necesarios para la continuidad que el propio deudor mencione en su escrito de comunicación de inicio de negociaciones, propicia la suspensión ante el Juez que conoce de la ejecución, que será el competente para acordarlo.
Sólo es competente el Juez de lo Mercantil para resolver si, a instancia de parte, se suscitara ante él cuestión sobre la no necesidad de los bienes para la continuidad de la actividad.
La reforma confirma que la propia iniciativa del ejecutado al presentar la solucitud preconcursal delimita el ámbito de los bienes objeto de alguna ejecución y que son necesarios para la continuidad de la actividad. Lo cual se plasma, sin calificación previa, en el Decreto del Secretario que tiene por formulada la comunicación, cuya copia es documento suficiente para que el Juez que estuviere conociendo de la ejecución acuerde la paralización.
La norma no preve la intervención del ejecutante y por ello, si discrepara sobre la necesidad de los bienes para la continuidad de la actividad, a éste sólo le cabe promover el correspondiente incidente ante el Juez competente para conocer en su caso del concurso, con el fin de obtener una declaración de que tales bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad y con ello solicitar ante el juez de la ejecución el levantamiento de la suspensión.

Trasladando la nueva regulación de carácter procesal al supuesto de autos podemos concluir que la extravagante remisión de exhortos por al Sra. Secretaria del Servicio Común de Ejecución, incluso al propio tribunal que conoce de la ejecución, no es ajustada a derecho y por
tanto no podemos tener por suscitada la cuestión de competencia en los términos que establece el auto de 13 de mayo de 2015, del Juzgado de lo Mercantil Núm. Uno de Vitoria-Gasteiz. Pues sin perjuicio de la razonabilidad y coherencia de sus argumentos, en relación con su fecha, lo que debió rechazar es el planteamiento de la cuestión, cuando la Sra. Secretaria, como se ha dicho, debió acordar la suspensión de la ejecución, denegarla o remitir la petición al Juez de la ejecución para que resolviera, siendo posteriormente las partes las que podrían suscitar la cuestión de si los bienes no son necesarios, y con ello si es procedente alzar la suspensión. En cuyo caso bien las partes o el propio Juez de oficio podrían haber cuestionado la competencia del tribunal.
Cuestión sobre la cual ya no cabe abundar, dada la nueva regulación en la que se establece con claridad la competencia del juez del concurso para resolver si los bienes "no son necesarios para la continuidad". Lo cual requiere que previamente, cual se ha razonado, se consideren como tales por la simple afirmación del ejecutado de que son necesarios para la continuidad de la actividad y que la cuestión sea promovida por parte legítima.
En definitiva la eventual decisión sobre ésa cuestión tiene como base la previa la suspensión. Suspensión que en su caso corresponde acordar al Juez de la ejecución.
Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5 bis.5 LC, conforme al cual:
Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.": AAP Alava (Sección 1) 26.06.2015 (Auto 52/2015; Rollo 331/2015)

2. Alcance de la "suspensión": ¿levantamiento de los embargos?

JM-1 Granada

"Quinto: Sobre qué se considere a los efectos de la suspensión que la norma quiere es también algo que el legislador ha dejado sin regular. En el presente caso se señala no solo la ejecución sino también que se ha acordado el embargo de bienes y saldo de cuentas y depósitos en entidades financieras y tesorería que también se señalan necesarios para la continuidad de la actividad. Es evidente que el citado embargo conlleva, de ser así y sin que se haya acreditado, una paralización de la actividad y en su propia naturaleza la necesidad de dichos bienes.
La norma nos habla de suspensión de las ejecuciones singulares (o imposibilidad de iniciar ejecución). El efecto será un acuerdo o refinanciación o el concurso, en caso de ser infructuoso. La operatividad de la medida sería escasa si no atendemos a que la suspensión conlleva igualmente la cancelación de embargos que pudieran pesar, a partir de la ejecución, sobre dichos bienes y derechos, embargos, anotaciones, etc. Pues de otra forma resultaría que la medida no es operativa. En este sentido cabría plantearse la siguiente problemática:
1º. Respecto de los bienes o derechos concretos referidos a la ejecución de garantía real es evidente que la norma quiere la posibilidad de iniciarla y su paralización. Este término es diferente a suspensión y por lo tanto las medidas adoptadas respecto del vinculado bien o derecho al crédito deberían permanecer.
2º. Si se trata de otros bienes o derechos afectados la medida debería ser el levantamiento de dichos embargos puesto que de otra forma dificultaría o imposibilitaría el acuerdo o la misma continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor que es lo que se quiere mantener (analogía con el art. 55 LC).
En tales supuestos también nos planteamos si la medida de suspensión y consiguiente levantamiento de lo señalado en el apartado segundo parte solo de la comunicación o es necesaria una resolución a tal efecto por el juzgador. Y en este caso si lo es por el juez de origen de la ejecución o por el propio juez del concurso.
Entendemos nuevamente que el juez de origen queda vinculado por la comunicación y que esta se presenta ante el juzgado que sería competente para tramitar el concurso. Por tanto volvemos a estar en cualesquiera de las dos opciones que hemos previsto anteriormente: o bien con la propia manifestación sin perjuicio de oposición por parte del acreedor; o bien con la justificación, con audiencia del acreedor, por ante el juez del concurso.": AJM-1 Granada 17.03.2014 (Exp. 386/2014)

3. ¿Extensión de los efectos de la suspensión a los pactos de compensación y retención?

JM-8 Madrid

"Determinación del alcance de los efectos.
(5).- Solicitud. Se pretende por ARIES INGENIERIA Y SISTEMAS SA que los efectos de la comunicación del art. 5 bis LC, generales de paralización de ejecuciones individuales sobre bienes que se consideren necesarios para el mantenimiento de una actividad productiva, sea extensible a los pactos contractuales de compensación y retención de saldos, previstos en los contratos bancarios de financiación, descuento y prestación de avales frente a terceros.

(6).- Valoración. El art. 5 bis. 4 LC dispone que "*Desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1, o se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o se adopte el acuerdo extrajudicial, o se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas*". Si puede o no, tal cual pretende ARIES INGENIERIA Y SISTEMAS SA, cobijarse en dicha previsión la prohibición de aplicación de la cláusula contractual, es una valoración harto dificultosa para un trámite procesal tan estrecho como el previsto para la mera comunicación del art. 5 bis LC, donde el legislador ha ido orillando la intervención judicial, remitida a la mera constancia del Secretario judicial, y la intervención misma de los acreedores afectados.
Con toda cautela y prudencia, pues, debe realizarse la siguiente argumentación sobre ello:
(i).- El espíritu de la norma contenida en el art. 5 bis LC es que el deudor con posibilidades efectivas y reales de reconducir su situación financiera mediante una refinanciación, ya concursal ya extraconcursal, pueda contar con un periodo general de espera de ejecuciones, si con ello va a mantener una actividad productiva en funcionamiento. Todo ello además, y de modo especial, con el periodo de tranquilidad frente a solicitudes de concurso necesarios, art. 15.3 LC.
(ii).- Dicho periodo general de espera es tan fuerte que incluso alcanza a ejecuciones de créditos que gocen de garantía real, al disponer el art. 5 bis.4 pf. 3º LC que "*Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado*", efecto de paralización que en cambio es meramente relativo cuando ya está declarado el concurso, arts. 56 y 57 LC, lo que evidencia hasta que punto pretende el art. 5 bis LC ofrecer dicho beneficio de espera.
(iii).- El propio precepto se refiere tanto a ejecuciones judiciales como "*extrajudiciales*", es decir, aquellos medios de realización que hayan podido establecer bajo pacto las partes contractuales, cuales quiera que sea su forma, siempre y cuando recojan la efectiva actuación de un derecho de crédito vencido, líquido y exigible contra el patrimonio del deudor, y siempre fuera del ámbito estricto de la compensación de créditos del art. 1.195 CC, que opera con automatismo legal.
(iv).- De hecho, en este sentido, en el ámbito concursal se prohíbe por tal razón el ejercicio o mantenimiento de derechos de retención, incluso aún que el mismo tuviere origen legal, no ya siquiera convencional, al disponer el art. 59 bis LC que "*Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa*", y ello con la única y exclusiva excepción del ap. 3 del citado art. 59 bis LC, al señalar "*no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social*", pero sí a todas las demás.
(v).- Los pactos contractuales que obran en los contratos de financiación aportados con el recurso de reposición de ARIES INGENIERIA Y SISTEMAS SA, evidencian que la posibilidad de retención de saldos, y de realización de depósitos está constituida como forma de garantía de los derechos de crédito que resulten a favor de las entidades financieras, con toda abstracción a derechos de compensación legal. Por tanto, son equiparables, a estos meros efectos y en el marco estricto de esta valoración, a formas abiertas de realización del propio derecho, fuera de la vía judicial, pactadas contractualmente.
(vi).- Cuando la realización automática y unilateral del derecho de crédito por el propio acreedor, en atención al cobro contra bienes de naturaleza pecuniaria, vd. art. 634.1 LEC, se realiza con base en un pacto contractual, es equiparable a una ejecución extrajudicial, y resultaría contrario al espíritu del art. 5 bis LC, apuntado en el ap. (i) de este argumentario, excluirlo de los efectos de la norma.
(vii).- Tanto es así, que cuando la legislación ha querido proteger como forma propia de realización extrajudicial del derecho de crédito la compensación prevista contractualmente, lo ha explicitado, como ocurre en los supuestos de autotutela de las garantías financieras, en el Decreto Ley 5/2005, extremo que no parece extensible a garantías diferentes, asentadas en pactos contractuales de retención y cobro contra depósitos.
(viii).- Desde luego la objeción más seria a las anteriores conclusiones debe provenir de la doctrina jurisprudencial expuesta en la *STS 428/2014, de 24 de julio, pt. Sr. Sancho Gargallo, FJ 5º*, que admite pese a la pendencia del concurso la compensación de cantidades siempre que la relación contractual siga vigente tras la declaración de concurso, al existir un interés en ello por parte del concurso, y esté prevista como parte de tal relación el pacto de compensación con depósitos del concursado. Parecería que si esto ha de ser así con el concurso pendiente, con mayor razón debería serlo dentro del plazo de espera de la comunicación del art. 5 bis LC. No obstante, concurren circunstancias de hecho especiales que determinan que este supuesto son sea cobijable bajo dicha doctrina jurisprudencial:
(viii.1).- Cuando opera la paralización de ejecuciones judiciales o extrajudiciales el art. 5 bis.4 LC, lo es respecto de bienes estrictamente necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor. Esa es su especialidad respecto de aquella doctrina jurisprudencial de la *STS 428/2014*, donde dicha compensación no se realiza sobre numerario que se haya estimado necesario para la continuidad de tal actividad, y puede entenderse que tal doctrina que admite la compensación, de modo excepcional a la disposición del art. 58 LC, precisamente por que no se estimaron precisas las sumas depositadas sobre las que debía recaer dicha compensación.
(viii.2).- La admisión de la eficacia de la cláusula de compensación lo fue en atención al interés del concurso en mantener la vigencia del contrato del que dicha cláusula pendía, de modo que la conservación de tal contrato permitía sostener la actividad productiva del concursado, y resultaba injusto imponer su mantenimiento al

contratante *in bonis*, y en cambio extirparle parte de él, la cláusula de compensación. En cambio, en este supuesto, ocurre lo contrario, la aplicación de dicha cláusula conlleva el cercenamiento de toda posibilidad de continuación de la actividad empresarial del deudor, lo que no parece el espíritu de aquella doctrina.
(viii.3).- La duración del concurso, al que se somete la vigencia del contrato y de su pacto de compensación, en aquella doctrina de la STS 428/2014, es indefinida, sometida a lo que duren sus plazos procesales en la realidad judicial, mientras que la del expediente del art. 5 bis LC, y su plazo de espera, es taxativa y limitada, lo que justifica dicha paralización de ejecuciones y realizaciones asimilables a las mismas.
(7).- Se declarará pues la necesidad de tales bienes y la extensión de los efectos, pero dada la novedad en la aplicación de la norma, y la dificultad de valoración de las circunstancias, dado el precario cauce procesal del art. 5 bis LC, se permitirá a las entidades afectadas recurrir en reposición el presente auto, art. 451 y ss. LEC y 197 LC, a fin de evidenciar posibles errores de valoración jurídica o fáctica, incluso sobre la interpretación de la norma hecha.": AJM-8 Madrid 28.04.2015 (Exp. 104/2015)

4.Nombramiento voluntario de administrador judicial interino

JM-3 Barcelona

"FUNDAMENTOS DE DERECHO
1. La entidad mercantil CUBIGEL COMPRESSOR S.A. comunicó el 16 de noviembre de 2011 que había iniciado negociaciones con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación u obtener las adhesiones necesarias para una propuesta anticipada de convenio.
2. Como consecuencia de esta comunicación el Juzgado dictó el 1 de diciembre de 2011 decreto por el cual no se admitirían solicitudes de concurso necesario durante el plazo de tres meses, todo ello conforme al artículo 5 bis y 15.3 de la Ley Concursal.
3. En esta situación previa o preliminar al concurso la mercantil CUBIGEL COMPRESSOR S.A. solicita, como medida de cautelar, el nombramiento de un órgano interino de administración concursal que permita tutelar alguna de las actuaciones que realice la deudora durante este plazo, así como supervisar la preparación del posible procedimiento concursal; medida solicitada con el objetivo de garantizar que si se presentara finalmente el concurso se podría tramitar con la agilidad y eficacia que exige una empresa que cuenta con más de 500 trabajadores en plantilla.
4. Ciertamente no hay en la Ley concursal ningún precepto que permita directamente el nombramiento de un órgano interino de administración concursal – tampoco hay una prohibición expresa – de ahí que se acuda a un expediente de jurisdicción voluntaria para articular esa solicitud.
5. En el derecho comparado hay fórmulas de administración o tutela interina de empresas que se encuentran en situación de insolvencia actual o inminente; estas fórmulas de tutela interina tienen por objeto la supervisión de las decisiones que toma el deudor durante el período previo a la solicitud de una declaración de insolvencia, así como la toma de contacto con la compañía en orden a permitir una correcta y ágil tramitación del procedimiento concursal si finalmente se declarara. Esta situación de tutela interina es especialmente importante cuando se trata de empresas en funcionamiento que tengan actividad industrial y que den empleo directo o indirecto a un número importante de trabajadores.
6. Ante el vacío legal la mercantil CUBIGEL COMPRESSORS S.A. ha acudido a un expediente de jurisdicción voluntaria, expediente que sigue regulado por la LEC de 1881. El artículo 1811 de la LEC de 1881 establece que: "Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas".
7. En el supuesto de autos no consta controversia alguna, se solicita la intervención del juez y dicha intervención parece razonable siempre y cuando se fijen con claridad los perfiles de esta tutela interina, tutela que supone anticipar algunas de las tareas de administración concursal, aquellas que no supongan facultades de decisión directa ni supongan la sustitución o intervención de las actuaciones del deudor.
8. En base a estos parámetros parece razonable, como se ha indicado, poder realizar una designa interina de las personas que, reuniendo los requisitos para ser administradores concursales, pudieran tutelar interinamente las actuaciones de la deudora durante el plazo de vigencia de las diligencias preliminares, así como familiarizarse con los datos y circunstancias de la compañía para garantizar con ello la agilidad que permita en su caso y en su día tramitar un procedimiento abreviado en los términos que prevé el artículo 190 y 191 de la Ley Concursal en su redacción dada tras la reforma de 2011, es decir, tramitando de modo preferente y abreviado una propuesta anticipada de convenio.
9. Con la medida solicitada se da cierta cobertura a la actuación del deudor en orden a llegar a un acuerdo con sus principales acreedores, evita la desconexión entre esas actuaciones y el nombramiento de administradores concursales si se declarara el concurso, facilitando con ello cierta continuidad en la toma de decisiones de la compañía tanto en la fase preconcursal como, en su caso y en su día, declarado el concurso.
10. Sin perjuicio de la fórmula que pudiera adoptarse si finalmente se declara el concurso en esta fase previa parece justificado designar para esta situación de tutela interina a un abogado y a un economista.
Visto lo cual
DISPONGO que estimando la solicitud de designa de administrador judicial interino en el procedimiento de diligencias preconcursales de la mercantil CUBIGEL COMPRESSORS S.L., se designa para tales funciones a don A., abogado en ejercicio, y a don B., economista.
Sus funciones serán las de supervisión, sin facultades de intervención o decisión, de las actuaciones que pudiera realizar la deudora durante el tiempo de vigencia de las diligencias preliminares; así como recabar la

información imprescindible para poder realizar las funciones de administración concursal caso de solicitarse concurso en los plazos, términos y condiciones legales.
Se requiere a las personas designadas para que en plazo de 5 días acepten la encomienda.": AJM-3 Barcelona 09.01.2012 (exp. 809/2011)

Artículo 6. Solicitud del deudor.

1. En el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente.

2. A la solicitud se acompañarán los documentos siguientes:

- 1.º Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento apud acta.

- 2.º La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial.

  Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.

  Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.

  Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.

- 3.º Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

  Nueva redacción del art. 6.2.4º según la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
  En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

- 4.º Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

- 4.º Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

  Nuevo apartado 6.2.5º introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
  En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

- 5.º La plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere

3. Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además:

- 1.º Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoria correspondientes a los tres últimos ejercicios.

- 2.º Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

- 3.º Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.
- 4.º En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

4. En el supuesto previsto en el artículo 142.1.1.º deberá acompañarse propuesta de plan de liquidación.

[Apartado 6.4 derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

5. Cuando no se acompañe alguno de los documentos mencionados en este artículo o faltara en ellos alguno de los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motivara.

Nota: ***Véanse las resoluciones incluidas en el art. 13***

Artículo 7. Solicitud del acreedor y de los demás legitimados.

1. El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el título o hecho en el que de acuerdo con el artículo 2.4 funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo.

[Lo subrayado añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011).
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Los demás legitimados deberán expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla.

Art. 7.1

1. El único documento que preceptivamente ha de acompañar el acreedor es el justificativo de su crédito

"Si se trata de una solicitud de concurso necesario, el solicitante deberá justificar los hechos enumerados en el art. 2.4 de la Ley Concursal, que son alternativos, no cumulativos. ¿Qué documentos ha de presentar para acreditar los hechos de art. 2.4.1º a 4º de la Ley Concursal?, ¿Basta con expresar los medios de prueba de que quieren valerse, art. 7.2 de la Ley Concursal?. Puede entenderse que sólo el solicitante acreedor está obligado a acreditar documentalmente su título de crédito vencido. En cuanto a los demás extremos de la solicitud basta una alegación suficiente de los hechos en que se basa su solicitud, que sean encuadrables en los supuestos legales del art, 2.4 de la Ley Concursal y la proposición de la prueba de que pretenda valerse, que no consista exclusivamente la prueba testifical –art. 7.2 de la Ley Concursal-. Incluso en el caso de otro legitimado que no sea acreedor, puede no acompañar el documento del que resulte u legitimación, sino proponer prueba que la acredite. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 5)

2. El escrito de solicitud no es una demanda ni está sujeto a especiales requisitos rituarios

"SEGUNDO El deudor pretende el sobreseimiento del proceso, de la demanda incidental se dice en el escrito de oposición, al haber incurrido la misma en el defecto insubsanable de no incluir en el suplico la petición de que se declare el concurso del deudor.
El tribunal comparte y asume los razonamientos efectuados en el auto recurrido sobre el rigorismo formal del deudor sin que exista duda alguna de la petición efectuada en el escrito inicial del acreedor que no es otra que la declaración de concurso de donLuis Miguel.
El deudor parte de un error de concepto cual es atribuir al escrito inicial del acreedor instando el concurso de su deudor la consideración de demanda incidental si bien, en rigor, tampoco determinaría una solución distinta a la dada en la resolución impugnada.

El escrito de solicitud de concurso necesario no está sujeto a especiales requisitos de forma, limitándose elartículo 7 de la Ley Concursal a imponer al acreedor que inste la declaración de concurso que exprese en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo.
Resulta una obviedad afirmar que en el escrito de solicitud de declaración de concurso el acreedor debe instar tal declaración (e incluso indicar los datos del instante para saber quién efectúa la solicitud) y en el supuesto analizado consta desde la primera hoja del escrito inicial que el acreedor pide tal declaración hasta el punto de que puede leerse que el instante formula frente a donLuis Miguelsolicitud de concurso necesario sin que el hecho de que en el suplico del escrito se limite a interesar que se tenga por presentado el escrito, por comparecido y parte al Procurador, mandando formar el oportuno expediente y ordenar su preceptiva sustanciación, practicándose la prueba que a continuación se propone, impida tener por formulada la petición de que se declare en concurso al deudor cuando dicha petición ya ha sido efectuada, reiteramos, desde la primera hoja del escrito sin que éste deba reunir necesariamente la forma de demanda.
En todo caso, de conformidad con laDisposición Final Quinta de la Ley Concursalresultaría de aplicación elartículo 424.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual sólo podría decretarse el sobreseimiento del proceso si no fuere en absoluto posible determinar en qué consisten la pretensiones formuladas o frente a qué sujetos jurídicos se formulan y, en supuesto de autos, no existe la menor sombra de duda sobre la petición de la declaración de concurso de donLuis Miguel, sin perjuicio de que el supuesto defecto quedó subsanado en la vista (1¿33¿¿ y siguiente de la grabación).
Solicitada la declaración de concurso de donLuis Miguella resolución que así lo declara no puede ser tachada de incongruente.": AAP Madrid (Sección 28) 20.11.2008 (AC 2009/104; Auto 234/2008; Rollo 35/2008)

3. Irrelevancia de la omisión de algunas menciones sobre el crédito en el cuerpo del escrito de solicitud

"SEGON. Al·lega la deutora que la sol·licitud de la seva creditora pateix del defecte de no complir amb els requisits establerts a l'art. 7.1 de la LC. Torna a insistir, un cop més, en el caràcter litigiós del crèdit que, com ja s'ha indicat, no constitueix cap fet excloent de la legitimació del creditor, segons les previsions legals reguladores del concurs. Es queixa l'apel·lant que no es va fer constar a la sol·licitud de concurs necessari la data de venciment del crèdit ni l'estat del procediment judicial instat per la creditora en reclamació del deute. L'argument és inconsistent, atès que als documents aportats per la creditora en justificació del seu dret ja indiquen la data del seu venciment, com la pròpia apel·lant ve a admetre en un fragment del seu extens escrit de recurs, quan reconeix que a les factures aportades figuren diferents terminis de venciment, que són: el 15-9, 15-10 i 20-10, tots ells de 2006, i anteriors a la data de presentació de la sol·licitud de concurs, que és el 23-3-07. Així, la manca d'indicació de la data de venciment dels crèdits a l'escrit de sol·licitud del concurs és un defecte intranscendent atès que ja resulta de la pròpia documentació aportada amb la mateixa, i, per altra banda, es tracta d'una deficiència que no impedeix apreciar la situació d'insolvència de la deutora. Tampoc és admissible considerar que aquest defecte impedeix a la deutora complir amb l'obligació de consignació del seu import (art. 19.2), atès que, tal i com s'ha dit, la documentació aportada permet esbrinar sense dubtes que es tractava de crèdits ja vençuts a la data de presentació de la sol· licitud del concurs i, per altra banda, la consignació de l'import del crèdit vençut es dibuixa a l'art. 19.2 i 4 com un mecanisme que pot arribar a comportar l'acabament del procés, sempre i quan el creditor, malgrat la consignació, no es ratifiqui en la seva sol·licitud. Així, doncs, ni es va privar a la deutora de la possibilitat d'eludir el procés concursal mitjançant la consignació, atès que a la documentació aportada ja constava el venciment del deute, i tampoc es tracta d'un dret exclusiu i incondicionat del deutor, atès que, fins i tot, malgrat consignar, el procediment continua si el creditor es ratifica en la seva sol·licitud malgrat la consignació. S'oposa també que no s'acredita que les factures no van ser ateses, la negació al seu pagament ni la presentació dels rebuts a cobrament, amb oblit, primer, que les factures no han estat pagades; segon, que el legal representant de la demandada ha admès el deute; tercer, que ja el va reconèixer mitjançant el fax enviat a la creditora el 31-8-06, en el qual també es reconeixia el seu venciment; i finalment, amb oblit que les obligacions mercantils a termini són exigibles al dia següent del seu venciment (art. 63.1 del C. de c.), sense que calgui cap intimació ni reclamació prèvia. Pel que fa a la manca d'indicació de l'existència del procediment judicial ordinari núm. 5/07 i del seu estat, cap transcendència pot tenir en la fase inicial del procediment concursal, i menys encara la pretesa per la recorrent.": AAP Lleida (sección 2) 21.05.2009 (JUR 2009/409465; Auto 87/2009; Rollo 133/2008)

2. En todo caso, se expresarán en la solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente. La prueba testifical no será bastante por sí sola.

Art. 7.2

1. Sobre la necesidad de expresar en la solicitud los medios de prueba

"A propósito de los medios de prueba que el acreedor solicitante ha de expresar en su solicitud (art. 7-2 L.C.) se plantea la posibilidad de interpretar esta norma como la articulación de una previa demostración ante el Juez del estado de insolvencia que aqueja al deudor, todo ello antes de la admisión a trámite de la solicitud, lo que al mismo tiempo permitiría explicar la libertad para proponer prueba de que goza el solicitante en la fase de la vista (art. 19-4) eliminando así la contradicción entre ambas normas. Se trataría de una información ofrecida al Juez al modo de lo que ocurría en la quiebra en el trámite previsto en el art. 1325 LEC de 1881 en que se podía proponer a tal fin prueba documental y testifical (y que venía corroborado por la dicción del nuevo art. 7-2

al precisar ahora que “La prueba testifical no será bastante por sí sola”). Ocurre, sin embargo, que dicho trámite preliminar no está previsto expresamente en la Ley Concursal la que, por el contrario, dispone la automática admisión a trámite de la solicitud y emplazamiento del deudor (art. 15-1 L.C.). El único resquicio para la posibilidad comentada se encuentra en el art. 184-7 L.C. al establecer in fine que cuando el deudor se encuentre en paradero desconocido y no sea hallado podrá declararse la situación de concurso con apoyo en los documentos y alegaciones de los
acreedores y en “las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión”, lo que permite entender la existencia de una cierta actividad instructora como aquella a la que nos referimos, si bien por tratarse de un supuesto marginal resulta dudoso que por sí solo pueda servir de sustento para mantener esta interpretación. También podría entenderse que la necesidad de proponer prueba en la solicitud de concurso necesario establecida por el art. 7.2 de la Ley Concursal supone un requisito similar a la aportación de un principio de prueba que el ordenamiento jurídico exige en ocasiones para la simple admisión a trámite de una demanda, como acreditación inicial e indiciaria de, al menos, cierta seriedad en la pretensión, y que los tribunales han entendido que se satisface con la mera alegación de la prueba que se pretende proponer para acreditar los hechos fundamentos de la pretensión. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

Subsanación de defectos en la solicitud de concurso voluntario o necesario

“5. Subsanación de defectos, consecuencias de la no subsanación: arts. 11.3 y 243.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 13.2, 14.2 y 106.2.III de la Ley Concursal, y 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal.
Respecto de los requisitos “procesales” (poder especial, asistencia letrada, portación de determinados documentos, realización de determinadas alegaciones, etc.),en la solicitud de concurso voluntario es subsanable la no aportación o la aportación defectuosa de los documentos exigidos por los apartados 2, 3 y 4 del art. 6 de la Ley Concursal, y la no realización, o la realización defectuosa, de las alegaciones de los apartados 1 y 5 del art. 6 de la Ley Concursal.
En la solicitud de concurso necesario podrá subsanarse la no realización, o realización defectuosa, de las alegaciones y solicitud previstas en los apartados 1 y 2 del art. 7, y la no aportación o aportación defectuosa de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante previstos en el art. 7.1.I y II de la Ley Concursal, con la precisión de que en el supuesto del art. 7.1.II –legitimado distinto del acreedor- basta con proponer la prueba para acreditar la legitimación, por lo que lo que será subsanable será la falta de proposición o proposición defectuosa de la prueba.
Junto con la ausencia o defectuosa alegación o acreditación de los extremos exigidos en los arts. 6 y 7 en relación a los apartados 3 y 4 del art. 2, parece razonable que puede exigirse la subsanación de otros defectos de alegación o acreditación: alegación del domicilio o centro de los intereses principales del deudor para que pueda examinarse de oficio la competencia territorial (art. 10.5 en relación a 10.1 de la Ley Concursal), o de los datos de los que resulta la procedencia del concurso ordinario o abreviado. Si con la solicitud de concurso voluntario se presenta una propuesta anticipada de convenio, la subsanación de defectos está regulada específicamente en el art. 106.2.III de la Ley Concursal. Aunque parece razonable que en caso de presentarse tal propuesta con la solicitud de concurso voluntario se abra la sección 5ª, del convenio, o en todo caso una pieza separada de la sección 1ª, para tramitar la subsanación y demás extremos relativos a la admisión y trámite de la propuesta anticipada, el art. 106.2.I de la Ley Concursal prevé que la resolución habrá de adoptarse en el mismo auto de declaración de concurso. Pero el plazo de subsanación es fijo, de 3 días, mientras que los plazos de subsanación de los arts. 13.2 y 14.2 son de hasta 5 días, por lo que habrá que esperar al transcurso del mayor de los plazos concedidos, caso de ser de distinta duración, para dictar la resolución de estimación o desestimación de la solicitud de concurso voluntario y, caso de ser estimatoria de la solicitud de concurso, admitiendo o inadmitiendo a trámite la propuesta anticipada de convenio.
Por último, la no subsanación de alguno de los defectos apreciados en la solicitud de concurso no determina necesariamente una resolución de inadmisión de la solicitud. Ha de recordarse que conforme al art. 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la inadmisión de una demanda es preciso que se trate de un caso y por causas expresamente previstas en la ley. El propio art. 6.5 de la Ley Concursal prevé que pueda no acompañarse alguno de los documentos previstos en los apartados 2 a 4 del art. 6, si bien en tal caso deberá expresar en su solicitud la causa que lo motive
Respecto de la no aportación de los documentos contables previstos en el art. 6.3 de la Ley Concursal, ha de tenerse en cuenta que el art. 164.2.1º de la Ley Concursal prevé como causa de calificación como culpable del concurso el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, de lo que se deduce que incluso en los casos de ausencia de contabilidad por parte del obligado a llevarla, el concurso ha de ser admitido a trámite, sin perjuicio de las consecuencias que ello lleve consigo en la pieza de calificación
En todo caso, ha de valorarse si la no subsanación de ciertos defectos de la solicitud de concurso voluntario, aun no siendo causa de inadmisión a trámite de la solicitud, sí que puede en ciertos casos considerarse como una falta de colaboración inicial por parte del deudor o como hecho indicativo de indicios de una conducta irregular del deudor que, por ejemplo, pueden motivar que se acuerde un régimen de suspensión de sus facultades patrimoniales en vez del régimen de intervención previsto como el normal en caso de concurso voluntario (art. 40.1 a 3 de la Ley Concursal).”: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 5)

CAPÍTULO II - Del procedimiento de declaración

SECCIÓN 1 - JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Artículo 8. Juez del concurso.

Nota para el caso de convenio: cese de la vis atractiva

Para el caso de convenio, téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 133.2 LC, conforme al cual desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, de modo que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 LC. Véase la jurisprudencia incluida en el citado art. 133.2

[Véanse también las resoluciones incluidas con los arts. 50 y ss.]

Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

0. Abstención / Recusación del Juez del concurso

0.1 Abstención por tener interés indirecto (concurso de SAD)

"PRIMERO El art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoce a toda persona «el derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial».
El art. 2.2 de la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia, Montreal 10 de junio de 1983 dice «Los Jueces individualmente deben ser libres. Su función consiste en decidir los asuntos desde su imparcialidad, y de acuerdo con su conocimiento de los hechos y del Derecho, sin ninguna restricción, influencia, inducción, presión, amenaza o interferencia, directa o indirecta, de cualquier instancia o por cualquier razón».
El Tribunal Constitucional, S 60/1995 de 17 de marzo (RTC 1995\ 60), entre otras muchas, declara que la garantía de imparcialidad del Juez es la primera manifestación del derecho a un proceso justo con todas las garantías a que se refiere el art. 24.2 CE.
Existen dos perspectivas desde la que poder valorar si el Juez en un caso concreto puede ser considerado imparcial. La subjetiva que trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno, a fin de excluir que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. La objetiva, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto.
Los dos instrumentos que arbitra el derecho para asegurar la exigencia de imparcialidad del juez, la confianza del justiciable en una justicia objetiva y libre, fuera de toda sombra de duda, prejuicio o prevención son la abstención y la recusación.
La abstención es el acto procesal del órgano jurisdiccional o la determinación espontánea de aquél mediante la cual se aparta del conocimiento de un asunto por reconocer que carece, o puede carecer, de las condiciones necesarias subjetivas ?neutralidad, ecuanimidad, rectitud, imparcialidad? para obrar independientemente en él. (TS 2. S 22 Abr. 1983 [RJ 1983\ 2300].-Ponente: Sr. Vivas Marzal). Es decir, el juez renuncia voluntariamente, ex oficio, a intervenir en un determinado proceso por entender que concurre una causa que afecta a su imparcialidad.
La recusación es el acto procesal de parte en virtud del cual se insta la separación del afectado que conoce de un proceso por concurrir en él una causa que pone en duda su necesaria imparcialidad.
El art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial enumera las causas de abstención y, en su caso, de recusación de los Jueces o Magistrados. En principio se trata de un sistema cerrado o de numerus clausus en el que no cabe alegar otros motivos que los regulados en la Ley que, además, no admiten una interpretación extensiva o analógica y así se ha venido pronunciando nuestro TS expresando que:
«La recusación exige el señalamiento concreto de cual de los motivos previstos por la Ley es el concurrente, sin cuya determinación es totalmente imposible enjuiciar la seriedad y viabilidad de la recusación, no bastando, la genérica invocación de una sospecha de parcialidad en el designado como Instructor, sin determinar la causa legal de la cual se desprende la sospecha expresada.» (TS 4. S 26 Abr. 1980 [RJ 1980\ 2655]).
Insistiendo en ello la STS, 2, de 29 de abril de 1985 (RJ 1985\ 2144), al decir que «En el sistema español no se admiten otras causas de recusación que las específicamente establecidas en la Ley casuística y exhaustivamente, sin posibilidad alguna para la interpretación extensiva o analógica, siendo preciso diferenciar aquellas causas puramente objetivas, que enmarcan circunstancias fácticas incuestionables e inconcusas, de aquellas otras que abundan en juicios de valor, como acontece con el interés directo o indirecto, la amistad

íntima y la enemistad manifiesta».
No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro TC ha ido derivando hacia una interpretación más flexible o extensiva de las causas de abstención o recusación por ser lo más acorde al derecho a un proceso justo con todas las garantías. Así la STC de 27 de septiembre de 1999 (RTC 1999\ 162) afirma que «si bien a este tribunal no compete determinar en cada caso si concurren o no las causas de recusación alegadas en la vía judicial (SSTC 234/1994 [RTC 1994\ 234] y 205/1998 [RTC 1998\ 205]), corresponde únicamente analizar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, ha sido respetado el contenido del derecho fundamental a ser juzgado por un tribunal imparcial».
No cabe duda pues de que por esta vía se puede efectuar una valoración sobre la imparcialidad de un determinado juez admitiendo la existencia de supuestos de hecho que comprometan su imparcialidad, aunque no puedan ser subsumidos en la causa de abstención alegada por el mismo o de recusación reportada por la parte recusante. Es decir el derecho a un juez imparcial no se agota en las causas de abstención y recusación, y en este contexto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene siendo muy sensible con los problemas de la imparcialidad judicial en su doble faceta subjetiva, consistente en la relación desapasionada del juez con el asunto y, en especial, en que no haya contactos indebidos con las partes, y objetiva, insistiendo en que no haya sombra de duda sobre el tribunal por cualesquiera otras circunstancias.
SEGUNDO Sentado lo anterior, la parquedad fáctica del escrito o exposición razonada elevada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Mercantil a esta Sala explicitando las causas que en esta fase procesal le llevan a abstenerse en el proceso concursal núm. 6/2004 de la entidad Unión Deportiva Las Palmas, SAD, y la dificultad de residenciarlas en la literalidad de los números que cita, el 9º y 16º del art. 219 LOPJ con sustento en un criterio analógico, obliga a esta Sala a examinar sí lo en su escrito alegado referido al cuestionamiento de su objetividad e imparcialidad tiene refrendo objetivo a la vista de las circunstancias de toda índole concurrentes en su actuación como Juez del referido concurso de acreedores, en la fase procesal en que se plantea, algunas conocidas por esta Sala en propia vía jurisdiccional con ocasión de la resolución de un incidente de recusación anterior, y otras que por su notoriedad absoluta y general no necesitan mayor acreditamiento (art. 281. 4 LECiv).
En el auto de 7 de febrero de 2006 dictado por esta Sala en el incidente de recusación núm. 737/2005 (PROV 2006\ 134654), promovido por Argoen, SL decíamos, entre otros razonamientos jurídicos, que «habida cuenta de la propia admisión de la recusación por el propio recusado así como del hecho de que externamente y por ello, con trascendencia objetiva, se atribuya (el recusado) el carácter de «empresario» (esto es directivo de la empresa, de la sociedad deportiva concursada) a la par de «director» de los administradores concursales (concepto más amplio que el de «supervisor» que señala la Ley Concursal ?art. 35.6) rompiéndose así la necesaria equidistancia que entre las partes en cualquier litigio o proceso ha de mantener el órgano judicial, aunque subjetivamente no aparece acreditada la falta de imparcialidad, desde el punto de vista objetivo tales auto-calificativos pueden fundadamente hacer dudar a la parte recusante de la imparcialidad que ha de mantener el juez del concurso en el incidente por ella planteado frente a la sociedad concursada y por ello procede estimar la recusación con base a la causa 10ª del art. 219 de la LOPJ debiendo el recusado, conforme previene el art. 228 de dicha Ley, apartarse definitivamente del conocimiento del incidente concursal planteado por el recusante».
Abundando en lo anterior cierto es que Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, facilitando la flexibilidad del proceso y su adecuación a las circunstancias de cada caso, según reza en su Exposición de Motivos, y que la finalidad del concurso es «alcanzar la satisfacción de los acreedores intentando al mismo tiempo la conservación de la actividad de la empresa», más ello no significa que el juez del concurso con facultades omnímodas se convierta en empresario, supla o coadyuve con éste, sino que sus decisiones se orienten hacia la consecución de esos dos objetivos, empero sin desequilibrar la balanza convirtiéndose en juez y parte, poniendo en peor posición a una de ellas, o sustituyendo la imparcialidad que le corresponde por el activismo bien intencionado a favor de una de ellas. No se trata aquí, obviamente, de enjuiciar si las resoluciones judiciales dictadas por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez Mercantil son o no ajustadas a derecho, (ni su intachable trayectoria profesional, ni somos quien para ello), sino de sí las dudas sobre su imparcialidad están o no razonablemente fundadas en hechos objetivos y si realmente se ha producido una toma de posición anímica a favor de una de las partes, la sociedad mercantil concursada, quebrando con ello la confianza en su imparcialidad existiendo o pudiendo existir la inclinación hacia una solución determinada del caso.
El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Mercantil se ha abstenido de seguir conociendo el concurso de acreedores de la UD Las Palmas, SAD pretextando la necesidad de «despejar cualquier duda sobre la objetividad e imparcialidad que debe imperar en la emisión de resoluciones judiciales en dicho procedimiento». Con su abstención trata de eliminar los recelos o sospechas que su actuación puede haber despertado y entendemos que el propio Magistrado-Juez al hacerlo así, al abstenerse voluntariamente apartándose de seguir conociendo del concurso, es porque reconoce motu propio que carece o puede carecer o puede pensarse razonablemente por las partes en litigio que carece de las condiciones necesarias subjetivas para seguir obrando con neutralidad o imparcialidad dentro del proceso concursal, pues en otro caso, de no tener esa convicción no se habría abstenido sin perjuicio de que hubiera sido recusado, y en cuanto que los jueces y tribunales tienen la obligación de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan (art. 1.7 CC) pudiendo incurrir incluso en responsabilidad disciplinaria, por falta grave, si dejaran de hacerlo absteniéndose de juzgar sin causa justificada para ello (art. 418. 15 LOPJ).
TERCERO La ratio essendi de la abstención y de la recusación, según la doctrina, estriba en la necesidad de eliminar los recelos o sospechas nacidos de la condición humana del Juez, conectados, normalmente, con pasiones o intereses, estimando que no es conveniente que el Juzgador pueda perder la serenidad de juicio,

aun involuntaria o inconscientemente, cuando un interés o pasión personal se interfiera en su recto e íntegro criterio (TS 2. S 9 jun. 1980 [RJ 1980\ 2570].-Ponente: Sr. Vivas Marzal).
Un juez debe ser y parecer imparcial, debiendo abstenerse de intervenir en un asunto cuando existan dudas razonables de su imparcialidad, así como cuando haya exteriorizado actitudes o revelado decisiones anticipadas orientadas en un sentido determinado. Así, en el primer aspecto sus propios sentimientos personales de profunda simpatía hacia la UD Las Palmas cuando se reflejan y exteriorizan de manera excesiva, con reiteradas muestras públicas de entusiasmo desmesurado hacia «los colores del equipo» o «afecto amarillo» (v.g. vistiendo su camiseta en el estadio), por muy respetable que su sentimiento deportivo sea, ocurre que al salir de su fuero interno y hacer ostensible su pasión deportiva, el Juez del Concurso produce o puede producir una merma de las garantías subjetivas de imparcialidad que exigen la discreción y el distanciamiento del juez con respecto al objeto y a los sujetos del litigio haciendo dudar, en términos de razonabilidad, de la necesaria imparcialidad que ha de ostentar y mostrar respecto a todas las partes.
El TEDH ha insistido en la importancia que en la función de juzgar tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables (TC Pleno S 12 jul. 1988 [RTC 1988\ 145].-Ponente: Sr. Latorre Segura).
E igual ocurre con ciertos comportamientos extraprocesales inspirando la convocatoria de una «junta» o reunión con antiguos administradores de la sociedad concursada al objeto de explicarles las consecuencias jurídicas de la liquidación de la sociedad anónima deportiva y su incidencia en la calificación del concurso o la coincidencia temporal de su precipitada incorporación voluntaria al Juzgado Mercantil renunciando a su baja laboral al objeto de acordar una, públicamente anunciada, medida cautelar de embargo de bienes de los antiguos administradores de la UD Las Palmas, SAD, para al día siguiente, al parecer comprometidos los avales, anunciar también públicamente en rueda de prensa convocada al efecto, fuera por tanto del cauce de las resoluciones judiciales, la cancelación de los embargos acordados.
Las actuaciones citadas, cuya legalidad evidentemente no juzgamos, y manifestaciones públicas efectuadas en pro de la concursada, en esta fase procesal en que la abstención se plantea, siembran el prejuicio o la actuación decididamente partidaria del órgano judicial que conoce del asunto orientada a «la salvación» a toda costa o por cualquier medio de la concursada, capaz de menoscabar la imparcialidad subjetiva del Juez concursal residenciándose las circunstancias concurrentes en la causa 10ª del art. 219 LOPJ aunque el Ilmo Sr. Magistrado abstenido cite la aplicación analógica de la 9ª causa referida a amistad íntima con cualquiera de las partes, deduciéndose en realidad de su exposición razonada la concurrencia de la causa 10 ª consistente en «Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa». Se trata de un interés indirecto, de toma de posición a favor de la concursada. Interés en su acepción de «inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona o una narración» tal y como define el término el Real Diccionario de la Lengua Española.
En definitiva, la manifestación o expresión pública de decisiones y medidas judiciales, la adopción de conductas y actitudes públicas y privadas relacionadas con el objeto del proceso y las partes litigantes ciertamente permiten, razonablemente, hacer pensar, aun involuntaria o inconscientemente, en su posicionamiento a favor de una de las parte en conflicto, la concursada UD Las Palmas SAD, y es por ello que esta Sala coincidiendo con lo acordado por el propio Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Mercantil, apartándose voluntariamente de seguir conociendo el asunto, en cuanto puede carecer de la necesaria serenidad de ánimo y neutralidad exigible, y al objeto de evitar la persistente sospecha de actuación subjetiva o parcial y «despejar cualquier duda sobre la objetividad e imparcialidad que debe imperar en la emisión de resoluciones judiciales en dicho procedimiento» tal y como el Ilmo. Sr. Eusebio expone en su escrito absteniéndose, esta Sala considera suficientemente justificada la abstención planteada por éste Ilmo. Sr. Magistrado en el procedimiento concursal núm. 6/2004 de la UD LAS Palmas, SAD y, en su consecuencia, procédase por el abstenido conforme a lo dispuesto en los arts. 102. 4 LECiv y 221.4 LOPJ": Auto AP Las Palmas 12.04.2006 (AC 2006/904)

0.2 Abstención por ser hermano del letrado de uno de los acreedores

"PRIMERO.-Tal y como se expone en la Parte Dispositiva del auto de 31 de enero del 2011, el magistrado se ha abstenido del conocimiento del incidente concursal por cuanto el letrado de uno de los acreedores concursales, D. Marcelino, es su hermano, razón por la que considera que concurre la causa de abstención prevista en el art. 219.2 LOPJ. El citado Sr. Marcelino es demandante en un incidente concursal, promovido en el seno del concurso n.º 744 / 09, sobre nulidad de crédito reconocido en escritura pública.
El conocimiento de la causa de abstención por parte del magistrado que se abstiene queda acreditado que se produce a consecuencia de la presentación de un escrito, por la representación legal de LACOCINA, SL, en el procedimiento de concurso de acreedores n.º 744 / 09, el día 18 de enero del 2011 (con entrada en el Juzgado de lo Mercantil el día 20 de enero), en el que, tras efectuar una serie de disquisiciones, se acompañaba un escrito presentado por la representación del citado Sr. Marcelino, y firmado por D. Manuel Fuentes Devesa en su calidad de abogado, en las Diligencias Previas n.º 894 / 07, del Juzgado de Instancia n.º 2 (antiguo mixto n.º 2 de Orihuela), en el que, literalmente, y a colación de aportar una documental al procedimiento, se aludía a una " sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante en fecha15 / 11 / 2010, en los autos "incidente de impugnación de créditos" 1300 / 2009, promovida por nuestro cliente Marcelino)".
LACOCINA, SL es la concursada y, como ya se ha dicho, el citado Sr. Marcelino es acreedor concursal, que venía interviniendo en el incidente con la asistencia letrada de D.ª Susana Maja Bejarano, que es compañera de despacho de D. Manuel Fuentes Devesa.
Pues bien, desde el momento en que el abogado D. Manuel Fuentes reconoce que el referido acreedor

concursal es "nuestro cliente", está admitiendo que, desde la presentación de dicho escrito, también lo es de él, o puede serlo, en el marco del incidente concursal, máxime cuando dicho escrito pone en conocimiento del Juzgado de Orihuela de diversos avatares acaecidos en el procedimiento concursal, lo que revela la interconexión de ambos procesos y la más que posible intervención del letrado en ambos, no sólo en las diligencias previas.
Entendemos, pues, que la causa de abstención invocada por el magistrado, que es la prevista en el número 2 del art. 219 LOPJ, ha quedado suficientemente acreditada, por las manifestaciones vertidas en el auto ya mencionado y la documental que lo acompaña.
Considerando, pues, justificada la abstención, en atención a los hechos relatados en el auto de abstención, de conformidad con el art. 221.4 LOPJ y 102.3 LEC, lo procedente es dictar auto en dicho sentido, debiendo procederse conforme prescriben los mencionados preceptos, de modo que el magistrado se aparte definitivamente del asunto (procedimiento concursal n.º 744 / 09) y remita las actuaciones a quien deba sustituirlo. Que la abstención haya de afectar a la totalidad del procedimiento concusal, y no sólo al incidente concreto en que la causa se ha puesto de manifiesto, es criterio ya establecido con anterioridad por este Tribunal en anterior resolución dictada con motivo de la abstención, en otro procedimiento concursal, del titular del Juzgado de lo Mercantil n.º NUM000 de DIRECCION000, fundada igualmente en la causa del art. 219.2 LOPJ, debiendo tenerse en cuenta, además, que en el caso que nos ocupa, la concursada ha presentado el escrito en el que pone de manifiesto la causa de abstención en el procedimiento concursal (con vocación, por tanto, de extensión a todo él) y no en el incidente en el que se resuelve sobre ella.": AAP Alicante (sección 8) 16.02.2011 (Auto 9/2011; Rollo 68/2011)

0.3 Rechazo recusación por supuesto interés en el concurso. Sanción al recusante por mala fe

"PRIMERO La entidad AVALATRANSA SA, en su día instante del concurso necesario de la entidad NOZAR SA, petición ésta que fue finalmente rechazada por el Juzgado de lo Mercantil nºNUM001 deDIRECCION000, plantea en el seno del presente incidente la recusación del Magistrado titular de dicho órgano judicial, D.Gaspar, porque considera que tiene interés directo o indirecto en los procesos relacionados con el devenir concursal de dicha entidad (concurso necesario nº 567/2008, comunicación de negociación previa nºNUM000 y concurso voluntario nº 837/2009), con el alcance y contenido que deriva del derecho al juez imparcial delartículo 24 de la Constitución.
Los hechos en los que se sustenta la recusación son los siguientes:
1º) AVALATRANSA SA presentó solicitud de concurso necesario contra NOZAR SA, que fue admitida a trámite porauto de 23 de enero de 2009, mediante el que el titular del Juzgado de lo Mercantil nºNUM001 deDIRECCION000, D.Gaspar, revocaba la inicial decisión inadmisoria dictada el 15 de diciembre de 2008 por otro juez.
2º) NOZAR SA se opuso a tal pretensión y, tras los preceptivos trámites, el titular del Juzgado de lo Mercantil nºNUM001 deDIRECCION000, D.Gaspar, dictóauto, con fecha 5 de mayo de 2009, por el que desestimó la solicitud de AVALATRANSA SA.
3º) a mediados de mayo de 2009 NOZAR SA presentó un escrito acogiéndose a la reforma concursal que posibilita, en situaciones de insolvencia actual, posponer la solicitud de concurso voluntario comunicando al Juzgado de lo Mercantil nºNUM001 deDIRECCION000 que se había iniciado una negociación para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; señala la recusante que ello generó críticas en un determinado medio periodístico (un artículo publicado por el diario El Mundo) sobre la paradoja de que el juez hubiese rechazado recientemente la solicitud de AVALATRANSA SA.
4º) el 11 de septiembre de 2009 la entidad NOZAR presentó solicitud de concurso voluntario.
5º) el periódico Cinco Días publicó una entrevista en su edición de 12 y 13 de septiembre de 2009, realizada el precedente día 11, bajo el titular "El concurso no es una opción, es una obligación", del siguiente tenor:
"Gaspar es juez titular del Juzgado de lo Mercantil númeroNUM001 deDIRECCION000 desde que se aprobara laLey Concursal, en septiembre de 2004. Este año ha juzgado la solicitud de concurso contra Nozar. La entrevista se realiza con la condición de no referirse a casos particulares.
¿Cuándo debe un empresario solicitar concursoÑ
Un empresario está obligado a ello cuando se encuentra en una situación de insolvencia actual, que es aquella en la que el empresario comprueba que no puede hacer frente a sus obligaciones exigibles de manera regular; este matiz es importante porque puede darse el caso de que el empresario disponga de bienes cuyo valor supere al importe de sus deudas, pero en este caso también está en insolvencia y está obligado a solicitar concurso. El concurso no es una opción, es una obligación legal.
¿Debe un acreedor solicitar concurso contra su deudorÑ
El acreedor debe asegurarse de disponer de los medios probatorios suficientes porque si no es así puede verse obligado a indemnizar por daños y perjuicios al supuesto deudor. Lo lógico es que acuda a la vía normal, a un pleito normal.
Algunas compañías se quejan de recibir solicitudes fraudulentas de concurso.
Hay una parte de la Ley Concursal que genera una dinámica perversa: cuando un acreedor insta concurso contra alguien que considera deudor el juez, si la solicitud está correctamente formulada, debe admitirla sin pedir pruebas. El juez no valora si hay indicios de concurso o no. Pero existe la creencia errónea de que cuando se admite a trámite una solicitud de concurso es porque hay algo, y la mera noticia de admisión de trámite genera desconfianza en proveedores y puede llegar a cerrar la financiación de la empresa demandada. Así puede darse el caso de que una empresa contra la que se insta el concurso al principio no lo está y durante el proceso la compañía se ve abocada a ello con lo que la admisión a trámite del concurso funciona como una

profecía falsa. La solución puede estar en que se exija que para la simple admisión a trámite el juez deba exigir un principio de prueba.
¿Qué otra modificación de la ley puede ser positivaÑ
Debería acometerse una legislación más completa sobre los requisitos que se necesitan para la enajenación de activos inmobiliarios; hay otros temas pero tratarlo sería muy extenso. Debería dotarse de más medios a los juzgados y motivar más a los funcionarios. En España contamos con la mitad de la media del número de jueces por número de habitantes de los países avanzados. Los asuntos que se tramitan en los mercantiles son complejos y muy estresantes y los funcionarios, no se lo reprocho, prefieren otros destinos. El 99% de los funcionarios que estaban en este juzgado cuando yo comencé ya no están, han solicitado el traslado. Debería primarse económicamente su trabajo como se ha hecho en los juzgados de violencia doméstica."
Este tribunal ha podido además comprobar que el siguiente 15 de septiembre el periódico Cinco Días publicó una aclaración a petición del Magistrado D.Gaspar que reseñaba, además de unas precisiones atinentes a cómo debería haberse reflejado correctamente la primera de sus respuestas, que la citada entrevista se había gestionado a través del Gabinete de Comunicación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Considera la recusante que tras esa entrevista el Magistrado D.Gaspar habría dejado de ser imparcial en relación a NOZAR SA, al posicionarse de manera pública e indiscutible a favor de las tesis de ésta y en contra de las de AVALATRANSA SA, presentando a la una como víctima de la otra.
SEGUNDO -El derecho al juez imparcial, consagrado no sólo en elart. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 1979) sino también en elartículo 24 de la Constitución española, puesto que el Tribunal Constitucional lo ha incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías previsto en tal precepto constitucional (entre otras,SSTC 145/1984, 164/1988 y 64/1997), constituye la base de la institución de la recusación. El incidente al que ésta se reconduce es «el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión» (SSTC 137/1994 y 64/1997, entre otras). Pero ese derecho a un juez imparcial, esa imparcialidad subjetiva y objetiva exigible al juez del proceso, que supone el sustento de la institución, no constituye ninguna de las causas legales de recusación previstas en el ordenamiento jurídico (art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Como el propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar (SSTC 157/1993, de 6 de mayo, 32/1994, de 31 de enero, 137/1994, de 9 de mayo y 140/2004, de 1 de septiembre, entre otras), el derecho a plantear la recusación, inserto, a su vez, en el derecho a la imparcialidad del juzgador, está sujeto a configuración legal en las normas orgánicas y procesales, siendo un elemento fundamental la enumeración de una serie de causas por las que se puede recusar al juez del proceso y la exigencia de expresar concreta y claramente la causa legal de recusación en el escrito que la formula. Cualquiera que sea la quiebra de imparcialidad que se alegue ha de ser reconducida a una de las mencionadas causas legales (ATC 64/1984, de 2 de febrero), lo que en ningún modo supone que pueda prescindirse en la recusación de las consideraciones constitucionales sobre la imparcialidad, pues, en definitiva, las causas de abstención y recusación no son sino los medios legales para garantizarla, de modo que dicha garantía constitucional de imparcialidad es el fin al que tienden dichas causas, a cuya luz deben ser interpretadas.
TERCERO Como ha declarado reiteradamente elTribunal Constitucional (SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, 69/2001, de 17 de marzo, 140/2004, de 13 de septiembre) para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda quedar apartado del conocimiento de un asunto concreto, es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. No basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.
CUARTO El incidente de recusación no puede convertirse en un medio alternativo de controlar la legalidad de las resoluciones dictadas por el recusado, permitiendo, si se estima que no se ajustaron a la legalidad, apartar al juez del conocimiento del litigio y revocar y dejar sin efecto las resoluciones dictadas por dicho juez. Son los recursos contra tales resoluciones (o la proposición en segunda instancia, previo el oportuno recurso y protesta, de los medios de prueba indebidamente inadmitidos en primera instancia) los medios que el ordenamiento jurídico prevé para solucionar las discrepancias de las partes respecto de la legalidad de las resoluciones judiciales, pero no la recusación del juez y su apartamiento del litigio. Hacer depender del sentido de las resoluciones judiciales la existencia de parcialidad subjetiva es ciertamente peligroso para el derecho de las partes a que el litigio sea conocido y resuelto por el juez predeterminado por la ley (en este caso, el Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil al que correspondió el asunto por reparto), pues permitiría a una de las partes apartar del caso al juez cuando no está obteniendo resoluciones favorables.
QUINTO El núcleo del razonamiento sobre el que se sustenta la recusación planteada por AVALATRANSA SA es el siguiente: el Magistrado D.Gaspar, con la finalidad de salvar su prestigio profesional, que habría resultado dañado por su decisión de no admitir el concurso instado por AVALATRANSA SA contra NOZAR SA, ya que seis días después la propia deudora reconoció su insolvencia, habría decidido tratar de justificarse públicamente cargando en una entrevista periodística contra la mencionada solicitante, presentando a la segunda de las citadas sociedades como una víctima de la primera. En opinión del recusante dicho Magistrado habría dejado de ser imparcial en relación con el concurso de NOZAR SA, pues se habría posicionado entonces de manera pública e indiscutible a favor de las tesis de ésta y en contra de las de AVALATRANSA SA.

Antes de analizar tal argumentación conviene no perder de vista a qué responde la entrevista periodística que motiva la recusación. Según está acreditado por la prueba documental aportada, la iniciativa no partió del juez, sino que su intervención fue promovida por vía institucional a requerimiento del Gabinete de Comunicación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que apelaba a la necesidad de efectuar, con ocasión de la petición de un periódico, una divulgación suficiente sobre el trabajo de los jueces en el ámbito de lo concursal. Tampoco el momento fue buscado de propósito por aquél, pues la petición, que provenía del periódico "Cinco Días", databa del mes de julio de 2009 y si se materializó en una entrevista a primeros de septiembre, en concreto el día 11, fue por previo acuerdo con el periodista al intermediar el mes vacacional. Es más, el Gabinete de Comunicación del Tribunal Superior de Madrid, al recibir noticia de que en esa misma fecha se había dado la circunstancia, conocida después de realizarse la entrevista, de la desafortunada coincidencia con la presentación del concurso voluntario de NOZAR, pidió a "Cinco Días" que retrasase la publicación y la dejase para más adelante, pero este medio no atendió tal ruego y la hizo pública al día siguiente. Por lo tanto, decae cualquier insinuación referida a que la concesión de la entrevista hubiese podido ser un instrumento buscado por el juez para lavar públicamente, según la tesis de la recusante, su dañado prestigio, lo que no deja, por otro lado, de ser una apreciación subjetiva de dicha parte, porque el que las resoluciones judiciales, con razón o sin ella, puedan ser objeto de crítica en un medio de comunicación forma parte del acontecer diario en un contexto de normalidad del libre ejercicio del derecho a opinar sobre el desempeño de los cargos públicos y sobre sus decisiones; es más, no podemos deducir de una sola opinión vertida en un único reportaje que se hubiese suscitado un clamor crítico contra la resolución inadmisoria del juez como el que la recusante pretende hacer ver en su escrito (exacerbando la situación hasta el punto de entender comprometido el prestigio del propio juez) con la obvia finalidad de crear el escenario que le interesa para plantear la recusación.

SEXTO Difícil resulta sostener que con la opinión vertida en la entrevista, de carácter general, pudiera estar prejuzgándose sobre una decisión de un caso determinado (y menos aún cuando se trataba de algo ya resuelto meses antes). El examen del texto de la entrevista y, especialmente, la respuesta a la tercera pregunta, que es lo que despierta la queja de la recusante, simplemente esboza, en estricta contestación a aquello por lo que se le cuestionaba, una situación que podría darse en la práctica, explicando de modo muy sencillo, desde un punto de vista general y sin indicación de detalles relacionados con ningún caso concreto, las consecuencias indeseables que pueden devenir de la mera admisión a trámite en determinados casos de un concurso necesario, apuntando cuál pudiera ser, en su opinión, fruto de su conocimiento de la doctrina concursal (donde, en efecto, ha sido estudiada con atención una coyuntura de esa índole) y de su experiencia, la solución para prevenir alarmas que generen problemas de financiación por la simple noticia de la existencia de una solicitud concursal. Las alusiones que la recusante pretende encontrar hacia su caso concreto, inexistentes en las palabras del Magistrado que constan en el texto publicado, teniendo en cuenta, además, que se han difundido en este período otras noticias relativas a solicitudes concursales referidas a diferentes empresas que también han sido desestimadas, son el fruto de aprovechar, de modo interesado, circunstancias ajenas por completo a la voluntad del juez y a la finalidad con la que está plenamente probado que fue concedida la entrevista (que no solo está explicitada en el propio texto periodístico, donde se advierte que se otorgó con la condición previa de no efectuar referencia a casos concretos, sino que además así lo ratificó el informe del director del Gabinete de Comunicación del Tribunal Superior de Madrid).

SÉPTIMO Asimismo, el posicionamiento del juez en la polémica entre AVALATRANSA SA y NOZAR SA no se produjo en la entrevista, sino en su precedente resolución judicial, que databa de primeros del mes de mayo de 2009, donde en el desempeño de su profesión desestimó la solicitud de aquélla. Que tal decisión pudiera no ser del gusto de AVALATRANSA SA le legitimaba para combatirla por vía del correspondiente recurso de apelación, sometiendo el debate a la consideración de la Audiencia Provincial que tiene competencia para revisar, si procediese, dicha resolución judicial. Mas tal discrepancia no le autorizaba a poner en entredicho la imparcialidad del juzgador con la endeble excusa de que éste pudiera estar dando a entender en la posterior entrevista de septiembre que la pretérita solicitud de AVALATRANSA SA hubiese carecido de fundamento. De manera que no solo la recusante está haciendo un juicio de intenciones hacia el juzgador de carácter absolutamente subjetivo, sino que además resulta gratuito que lo haga, pues aquél ya se había pronunciado al respecto de modo público, expreso y explícito en su previa resolución judicial. La suerte final de la inicial petición de concurso necesario ni siquiera estaba desde entonces en sus manos, sino en las de la Audiencia Provincial, que es el órgano judicial que debe resolver sobre la apelación planteada en sede del incidente de oposición contra la solicitud de AVALATRANSA SA. Lo que obviamente no constituía impedimento para que el Magistrado siguiese conociendo de cualquier evento ulterior relacionado con la situación concursal de NOZAR, como su comunicación de negociación previa o su ulterior solicitud de concurso voluntario, cuando la ley y las normas de reparto de los Juzgados de Madrid no solo le facultan sino que le obligan a que su juzgado tenga que hacerse cargo de ello.

OCTAVO Sólo un exceso de susceptibilidad por parte de los representantes de AVALATRANSA SA ante el rechazo en mayo de su solicitud de concurso puede explicar el planteamiento de la recusación por causa de la entrevista del mes de septiembre, mas no justificarlo, porque ese sentimiento ante lo que consideraban una decisión procesal incorrecta no debería haber enturbiado la formación de un juicio objetivo sobre la imparcialidad del juzgador. Nos resulta patente que la recusante decidió aprovecharse de circunstancias meramente periféricas, como el contexto en el que el editor de "Cinco Días" decidió insertar la entrevista (en la misma página en la que también daban la noticia de la presentación del concurso voluntario de NOZAR SA) o la manifestación imputable al periodista en la introducción, que al presentar al público al entrevistado aludía a que había juzgado la solicitud de concurso contra NOZAR, para plantear el incidente de recusación con un evidente ánimo de valerse de esas coincidencias para cargar contra el juez que no había fallado según su deseo, al que pretendía apartar del conocimiento futuro de todo lo relacionado con las actuaciones concursales

relativas a NOZAR SA..
NOVENO A tenor de las precedentes consideraciones este tribunal puede concluir que la recusación aquí planteada se funda en una apreciación en exceso subjetiva de los hechos acaecidos y en una interpretación extensiva de las causas de recusación previstas en la legislación como desarrollo de las exigencias delart. 24.1 de la Constitución, interpretado a la luz delart. 6.1 del Convenio de Roma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que lo desarrolla (que por el juego conjunto de losarts. 10.2 de la Constitución y 32 y 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, informa la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales), pues no alcanzamos a apreciar, a propósito de lacausa prevista en el art. 219.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se alegaba por la recusante, en qué podría radicar el interés directo o indirecto que pudiese albergar el juez recusado en relación con el concurso de NOZAR SA. Lo por él realizado no serían sino las actuaciones procesales consecuentes con su decisión de rechazo de la solicitud de concurso necesario y la posterior tramitación de la comunicación previa y del concurso voluntario. La entrevista concedida en el ínterin fue un evento no buscado por él y el tenor de sus manifestaciones en ella no permite advertir la expresión de una voluntad, explícita ni implícita, en relación con las actuaciones en las que estuviera interviniendo y tuviera que seguir haciéndolo en relación al concurso de NOZAR SA.
De manera que se estaría intentando convertir el incidente de recusación en un medio para dejar sin contenido efectivo el derecho que tienen los demás litigantes a que el litigio sea conocido y resuelto por el juez predeterminado por la Ley, mediante el mecanismo de apartar del proceso al juzgador que no es del agrado del recusante. Pero la imparcialidad del juez no consiste en que favorezca o perjudique en sus resoluciones a las partes, sino en que la pretensión sea decidida exclusivamente por un tercero ajeno a ellas y a los intereses en litigio, y que se someta exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio, tal como enseña laSTC 140/2004, de 13 septiembre. Lo que no procede es que este tribunal entre a valorar en el marco de este incidente sobre la conformidad o no a Derecho de las resoluciones dictadas por el recusado. Por lo que la conclusión que alcanzamos es que la solicitud de recusación debe ser rechazada.
DÉCIMO Conforme disponen losartículos 288.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "el auto que desestime la recusación acordará devolver al recusado el conocimiento del pleito o causa, en el estado en que se hallare y condenará en las costas al recusante, salvo que concurrieren circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento. Cuando la resolución que decida el incidente declare expresamente la existencia de mala fe en el recusante, se podrá imponer a éste una multa de 180 a 6.000 euros".
En consecuencia, debemos acordar en el presente caso lo siguiente: 1º) la devolución al recusado del conocimiento de los citados procesos, en el estado en que se hallaren; 2º) la condena a la recusante al pago de las costas derivadas del incidente de recusación; y 3º) la expresa declaración de que, a tenor de las circunstancias en que se ha producido su actuación, apreciamos mala fe por parte de la recusante al promover este incidente para tratar, sin razón objetiva para ello, de apartar del conocimiento del asunto al juez que había fallado en su contra, lo que poco tiene que ver con el legítimo derecho a defenderse en un proceso; la multa correspondiente la impondremos en la referencia media-alta que nos posibilita laley, es decir, 5.000 euros, pues entendemos que no puede justificarse que la recusante haya querido aprovecharse del contexto periodístico en el que el propio medio de comunicación insertó la entrevista para emprender tan equivocada estrategia procesal contra el juez.”: AAP Madrid (Sección 28) 18.12.2009 (Auto 216/2009; Rollo 402/2009)

0.4 Rechazo recusación por la causa del art 219.13 LOPJ

“PRIMERO.- Se interesa la recusación del Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº, que se encuentra conociendo del Incidente Concursal 780/11 por incurrir en la causa legal prevista del art. 219.16ª de la LOPJ, causa del siguiente tenor literal:
"Haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad".
Según se alega la concurrencia de tal causa de recusación, se objetivaría del examen de las resoluciones previas dictadas por el Magistrado recusado en la tramitación del incidente en el que se plantea la recusación, actuaciones que permitirían afirmar fundadamente que el Juez del proceso...< no utilizará en el futuro como criterio de juicio el previsto por la ley, al tener ya decidida la cuestión, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico que pueden influir al resolver sobre la cuestión enjuiciada, circunstancias que deben llevar a que sea apartado del asunto>.
SEGUNDO.-Se observa por tanto, que si bien se invoca la concurrencia de la causa de recusación recogida en el apartado 16ª del art. 219 de la LOPJ, al manifestar que el conocimiento del litigio, lo ha obtenido de su participación directa en su tramitación, en realidad la causa invocada sería la del apartado 13, que dispone que es causa de abstención y recusación: "Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales [el Juez o Magistrado] haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo".
El motivo de recusación en cualquier caso debe de ser rechazado, pues si bien el de Magistrado es un cargo público, los cargos públicos a los que se refieren los preceptos mencionados, no tienen nada que ver con el desempeño de la Judicatura en el seno de los procesos que le son propios.
Así lo ha establecido el TC en su auto de 17 de Febrero de 2005, en el que se dice:
" Es indudable que, como afirma el recusante, los Magistrados constitucionales son cargos públicos.
Sin embargo, resulta evidente que los cargos públicos cuyo desempeño impide juzgar asuntos objeto de pleitos o causas, a los que aluden los números 13 y 16 del art. 219 LOPJ, en su nueva redacción, no tienen nada que

ver con el desempeño de la magistratura constitucional en el seno de los procesos que son competencia del Tribunal Constitucional. Cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial veda a un Magistrado enjuiciar un pleito o causa que tenga por objeto un asunto en el que haya participado ocupando un cargo público (art. 219.13 LOPJ), o de cuyo objeto haya podido tener conocimiento y formar criterio en detrimento de la indebida imparcialidad (art. 219.16), en modo alguno se refiere a asuntos de los que haya conocido en sede judicial, con todas las garantías procesales, en su calidad de Juez o Magistrado.
Así lo afirmó este Tribunal en la Sentencia 69/2001, de 17 de marzo (FFJJ 15, 21 y ss.), donde enjuició alegaciones surgidas en una situación de hecho que es la prevista por la norma: una actuación judicial realizada por quien, se alegaba, había tomado parte en los hechos enjuiciados antes y fuera del proceso judicial, concretamente cuando ocupaba un cargo en el mismo Ministerio donde habían desempeñado otros los luego acusados, o que se había enemistado con quienes luego comparecían como partes en el proceso judicial. Situación que es de todo punto ajena a la del Magistrado que conoce de hechos a través del proceso mismo y que se encuentra sometido a las prohibiciones de juzgar en causa penal que haya instruido o en el pleito o causa que haya resuelto en instancia anterior (art. 219.11 LOPJ.
Por tanto, cuando el conocimiento del litigio se haya obtenido con ocasión de su cargo judicial, únicamente entraría en aplicación la causa del art. 219.1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, causa que además de no invocada, no es posible interpretar analógicamente y aplicar los criterios propios de la instrucción penal, a cualquier conocimiento previo del asunto obtenido en sede judicial, y durante la tramitación de una causa que hubiera podido tener un juez civil. Por otro lado, tampoco es posible extrapolar la previsión legal que impide al juez que ha resuelto el caso en primera instancia, que lo resuelva en una instancia superior, a cualquier situación de conocimiento previo en sede judicial, que hubiera podido tener el juez.
En consecuencia, debe desestimarse la recusación y devolver al recusado el conocimiento del pleito, con imposición al recusante de las costas del incidente (art. 228 de la LOPJ). ": AAP Vizcaya (Sección 4) 15.02.2012 (Auto 90/2012; Rollo 96/2012)

0.5 Rechazo recusación por inexistente amistad íntima con el administrador concursal

"PRIMERO.- Es cierto que la prohibición del "non liquet" o imposibilidad de la negativa a juzgar bajo cualquier pretexto realizada por un juez y el derecho al juez natural como efecto del derecho al juez predeterminado por la Ley se conculcaría de forma flagrante si se admitiera causas de abstención o recusación por hechos no previstos legalmente pero también es cierto, como se indica por el Ministerio Fiscal en su informe de este incidente, que el derecho a un Juez imparcial, con imparcialidad subjetiva y objetiva, es otro de los pilares básicos en el desarrollo de las facultades jurisdiccionales debiéndose en estos supuestos en los que se ha formulado una reacusación no aceptada analizar ambos principios en atención a velar por el estricto cumplimiento de los derechos fundamentales que como derivados del derecho a un proceso con todas las garantías pueden verse influenciados.
SEGUNDO.-Bajo este crisma no puede admitirse la reacusación ahora formulada y ello sobre la base de las siguientes consideraciones:
No se ha acreditado la amistad intima del Magistrado recusado con los administradores concursales que se mencionan, estos y aquel lo niegan y no hay dato objetivo alguno que hiciera sospechar la mas leve contradicción con esa negativa, toda vez que la circunstancia de que los administradores concursales formen parte del claustro de un master académico que dirige el Magistrado recusado no puede suponer un indicio de esa amistad y mucho menos de su naturaleza de intima ya que no es en virtud de esa consideración sino de los conocimientos técnicos del profesorado, la justificación del nombramiento.
No se ha acreditado que los administradores concursales estén subordinados o lo hayan estado al Juez recusado, mas allá del propio desarrollo del cargo de administrador recusado, toda vez que la relación académica proveniente del master al que se ha hecho referencia en modo alguno puede considerarse como una subordinación laboral o profesional que no cabe ni en el plano pedagógico ni en el plano científico.
Los administradores concursales no tienen la consideración de parte en el proceso en el que actúan y aunque si pudieran tener esa naturaleza en el proceso en el que se le exigiera responsabilidades, proceso que la ley también atribuye (de forma cuando memos discutible) al Juez del concurso, la recusación se formula en el proceso principal del concurso en el que, como se ha dicho, los administradores concursales no tienen la consideración de parte, motivo de no poderse admitir la recusación planteada que también la Ley excluye en ese otro caso de exigencia de responsabilidad a los administradores concursales el atribuir al Juez del concurso esa competencia.": AAP Sevilla (Sección 8) 14.05.2012 (Auto 84/2012; Rollo 2798/2012)

1. Falta de jurisdicción en materias de derecho administrativo

1.1 Para la resolución de un contrato administrativo

AP Valencia

"PRIMERO La representación procesal de la entidad MIDASCON SL, concurriendo con la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de dicha mercantil, promovió ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2, demanda incidental de resolución del contrato de ejecución de obras entre el Ayuntamiento de Almassera y la citada mercantil relativo a la Urbanización del Sector Norte del Plan General de dicha población, contrato que había sido suscrito en fecha 20 de junio de 2005, previa adjudicación por Acuerdo de dicho Ayuntamiento de fecha 9 de mayo de 2005 y constitución de fianza por la mercantil MIDASCON. En concreto solicitaba del Juzgado, en primer lugar la previa comparecencia regulada en elartículo 61 de la Ley Concursal, a fin de que se declare la resolución de

dicho contrato y, subsidiariamente, la resolución del contrato acordando la devolución de la garantía definitiva por importe de 467.064'32 Euros por parte del Ayuntamiento a la mercantil MIDASCON.
El Ayuntamiento de Almassera contestó a la demanda de contrario formulada alegando con carácter previo, si bien sin formular declinatoria de jurisdicción, la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil con arreglo a la legislación aplicable, en tanto se trataba de la resolución de un contrato administrativo para cuyo conocimiento era competente la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En cuanto al fondo, si bien no se oponía a la resolución contractual, si alegaba no proceder la misma por la mera declaración del concurso, denegando la devolución de la fianza, debiendo estar en todo caso a lo ya resuelto por la Administración con posterioridad a la formulación de la demanda, absolviendo al Ayuntamiento frente a las pretensiones de los demandantes.
El Juzgado de lo Mercantil sin citar a las partes a la comparecencia que señala elartículo 61.2 de la Ley Concursal, dictó sentencia por la que estima la demanda, declarando la resolución del contrato y ordenando al Ayuntamiento de Almassera a la devolución al concurso de la garantía definitiva. Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación el Ayuntamiento alegando la infracción de lo dispuesto en el citadoartículo 61.2 LC, no ser la resolución del contrato cuestión delartículo 62.3 de la citada Ley, en interés del concurso, poniendo de manifiesto que el Ayuntamiento a través del correspondiente Decreto había acordado la incautación de la fianza por el incumplimiento de la entidad MIDASCON,ser de aplicación al caso la normativa especial y propia de los contratos administrativos a los efectos de su resolución, e incongruencia por omisión, falta de motivación y exhaustividad.
A dicho recurso se opuso la parte demandada por las razones que constan en su escrito de oposición al recurso de apelación que consta unido a los autos, así como la representación procesal de la mercantil SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, "SGR", a quien se tuvo como parte del procedimiento tras haberse dictado sentencia en la instancia.
Advertido por la Sala la posible concurrencia de supuesto de nulidad de actuaciones por una eventual falta de jurisdicción del órgano judicial que había conocido el procedimiento, se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de efectuar alegaciones en el plazo al efecto concedido.
La representación procesal del Ayuntamiento de Almassera presentó escrito solicitando la declaración de nulidad de actuaciones por falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la reclamación instada por la entidad MIDASCON SL y la Administración Concursal de dicha entidad, indicando haber alegado como cuestión previa en la instancia la excepción procesal de falta de jurisdicción y citando al efecto de tal falta de jurisdicción lasdisposiciones de la Ley 28/1998, Reguladora de la Jurisdicción contencioso Administrativa, de la Ley Concursal y de la Ley de Contratos de la Administración Pública que estimaba de aplicación al caso.
La representación procesal de la SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA "SGR", alegó la competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer del procedimiento, dada la vis atractiva que, respecto del Juez del concurso, ha de operar en todo lo relacionado con lo concursal, atendiendo para ello al contenido de laLey Concursal y considerando que el artículo 67 de la citada norma prevé expresamente la declaración del concurso como causa de resolución contractual, considerando ajustada a derecho la decisión en tal sentido adoptada por el Juzgado de lo Mercantil.
Ni el Ministerio Fiscal ni el resto de las partes litigantes presentaron escrito de alegaciones en el término al efecto conferido.
SEGUNDO En relación con la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil alegada por el Ayuntamiento demandado, indica la sentencia de la instancia que elartículo 67 de la Ley concursal obliga a interpretar que la remisión a la legislación administrativa se hace exclusivamente para delimitar las causas de resolución, sin que tal normativa sea óbice para la aplicación de la ley Concursal y la competencia del Juez del Concurso, tesis ésta que la Sala no comparte en atención a lo que a continuación se expone.
Cierto es que, según resulta de los autos, el Ayuntamiento demandado no formuló declinatoria de jurisdicción -artículos 63 y siguientes de la LEC -, limitándose a alegar tal cuestión como excepción en su escrito de contestación a la demanda, pero no menos cierto que lo anterior es que la falta de jurisdicción es apreciable de oficio, tal y como indica nuestroTribunal Supremo en Sentencia, entre otras, de fecha 23 de junio de 2010 al establecer que "La jurisdicción, como atribución del conocimiento de un asunto a un orden jurisdiccional determinado, tiene carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico-procesal, de manera, que aun no denunciada su carencia por las partes, su apreciación incumbe al órgano jurisdiccional de oficio (SSTS de 18 de julio de 2005, RC n.º 634 / 1999 yde 11 de septiembre de 2009, RC n.º 1997 / 2002). Su control no puede negarse al tribunal superior que tiene la competencia para conocer y resolver los recursos que ante el mismo se interpongan, cuando consta claramente su falta (STC 113/1990, de 18 de junio, FJ 2)".
En atención a ello, y dadas las circunstancias concurrentes, ha de procederse a estimar de oficio la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la presente reclamación, teniendo en cuenta para ello las siguientes consideraciones:
1) LaLey Orgánica del Poder Judicial al determinar en el artículo 86 ter 1. la competencia de los Juzgados de lo Mercantil de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, establece que la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado -con la excepción contenida en el apartado 1º-, de las acciones sociales en los supuestos que establece el apartado 2º, de la ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, de las medidas cautelares que afecte al patrimonio del concursado, de la asistencia jurídica gratuita y de las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil que se señalan en el apartado 6º.
Ninguno de los apartados delnúmero 1 del artículo 86 ter establece la competencia del Juzgado de lo Mercantil en relación con las acciones referidas a los contratos administrativos.

2) Tal precepto, a su vez, ha de ponerse en relación con lo dispuesto en elartículo 50.2 de la Ley Concursal que establece que los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase. Resulta con claridad de este precepto que no se sustrae a la competencia de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo el conocimiento de las acciones que, debiendo ser ventiladas en dicho orden jurisdiccional, tengan trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que a su vez guarda la debida relación con elartículo 67 de la Ley Concursal conforme al cual los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial, mientras que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción por lo establecido en la Ley Concursal
3) Por su parte, elartículo 91 de la LOPJ señala que los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán, en primera o única instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra actos que expresamente les atribuya la ley, mientras que elartículo 74 de la misma Ley atribuye a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos que se deduzcan en relación con los actos de las Entidades Locales cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.
4) Elartículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa determina que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas.
5) Finalmente, elartículo 5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, determina que los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección, siendo que las entidades que integran la Administración Local forman parte del sector público tal y como determina elartículo 3 de la citada Ley.
En el caso de autos la parte actora pretende la resolución de un contrato de ejecución de obras suscrito con el Ayuntamiento de Almassera en fecha 20 de junio de 2005 relativo a la urbanización del Sector Norte del Plan General de dicha población, contrato éste que, con arreglo a lo expuesto, tiene la consideración de contrato administrativo y para cuyo conocimiento es competente la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin perjuicio de que ejercitada la acción correspondiente ante el juez o tribunal del orden contencioso-administrativo se emplace a la administración concursal como parte del procedimiento, por lo que necesario es concluir la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la demanda formulada por la entidad MIDASCON SL y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y, por ende, la procedencia de declarar la nulidad de las actuaciones procesales desde el momento de la admisión a trámite de la demanda de conformidad con lo establecido en elartículo 225.1º en el que se establece la nulidad de pleno derecho de los actos procesales "cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción".": SAP Valencia (Sección 9) 14.03.2011 (JUR 2011/190839; Sentencia 108/1011; Rollo 792/2010)

“PRIMERO.-El recurso objeto de resolución se plantea por el Ayuntamiento de Manises contra la Sentencia de 28 de Octubre de 2010 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia recaída en el incidente concursal 808/2009 relativo a la demanda de resolución contractual del contrato de ejecución de obras entre el expresado Ayuntamiento y la concursada demandante MIDASCON SL con la Administración Concursal, y referente a la edificación de la escuela de Teatro. Previamente, por Auto de 31 de Mayo de 2010, el Juzgado había rechazado la cuestión de competencia por declinatoria de jurisdicción -aunque erróneamente se expresaba en el texto de la resolución "cuestión de competencia territorial"- planteado por la representación procesal del Ayuntamiento de Manises y acordaba mantener la jurisdicción y competencia para el conocimiento del asunto. Con fecha 28 de Octubre de 2010 se dictó sentencia por el Juzgado mercantil, que estimaba la demanda incidental promovida por MIDASCON SL y por la administración concursal del concurso 1364/08 contra Ayuntamiento de Manises, sobre la obra de referencia, ordenando la devolución de las garantías definitivas por importe de 285.253'34 Euros, sin expresa imposición de costas, con expresa invocación del artículo 62,3 LC, dictando auto, seguidamente, con fecha 19-1-11 que acordaba requerir al Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 6 o, en supuesto de remisión de las actuaciones al superior, a la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJCV a la que hubiera correspondido su conocimiento, para que deje de conocer el asunto tramitado en esa instancia, rechazando dicha sala de lo Contencioso-administrativo (Sección 5ª) aceptar el requerimiento de inhibición formulado, remitiendo actuaciones a la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, que resolvió, por auto de 3-10- 11, resolver el conflicto positivo de competencia en el sentido de que es conforme el rechazo del requerimiento de inhibición por parte del Tribunal respecto del formulado por el Juzgado Mercantil 2 de Valencia, lo que comporta la competencia de los órganos de lo contencioso administrativo para resolución de la cuestión suscitada.
Frente a aquella resolución promovió recurso de apelación el AYUNTAMIENTO DE Manises, en el que argumenta esencialmente que en su momento promovió declinatoria por incompetencia de jurisdicción que fue rechazada por el Juzgado mercantil, y que finalmente la Sala de conflictos del Tribunal Supremo reconoce la competencia, en este supuesto concreto, del TSJCV, afirmando que no obsta a ello la situación concursal debiendo estarse, en cualquier caso, a lo dispuesto en el artículo 50,2 LC. Solicita la recurrente el archivo de las actuaciones aquí practicadas por falta de *competencia jurisdiccional* del orden civil.

Se opone al recurso de apelación y a las pretensiones de nulidad articuladas por la recurrente la representación de MIDASCON SL concurriendo con la administración concursal por las razones que se exponen en el escrito presentado, argumentando, por su parte, que la Sala especial de conflictos ha mantenido, en otros supuestos, posiciones contrarias a la aquí reseñada, solicitando la confirmación de la resolución combatida, y quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.
TERCERO.- La sala, teniendo presentes las respectivas alegaciones vertidas por las partes en referencia a la nulidad de actuaciones postulada en la presente litis, así como los antecedentes obrantes en el expediente remitido a esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, considera - conforme a lo establecido en los artículos 459 y 465 en relación con los artículos 218 y 227 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - que procede acoger las alegaciones efectuadas por el Ayuntamiento de Manises, si bien declarando la nulidad de actuaciones desde la fecha en que se procedió a la admisión a trámite del incidente concursal y procediendo, en consecuencia, a su archivo.
Al respecto ya había tenido ocasión de pronunciarse esta Sección de la Audiencia Provincial de Valencia en el Rollo de Apelación 792 de 2010, en el que fueron parte la entidad concursada Midascon SL -concurriendo, como ahora con la Administración Concursal -y el Ayuntamiento de Almassera, y en el que como ahora se había promovido incidente concursal para la resolución de un contrato relativo a la Urbanización del Sector Norte del Plan General de dicha población y la devolución de la garantía definitiva por parte del Ayuntamiento, que al oponerse alegó sin formular declinatoria de jurisdicción, la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil con arreglo a la legislación aplicable, en tanto se trataba de la resolución de un contrato administrativo para cuyo conocimiento era competente la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Asimismo, en situación análoga -esta vez con el Ayuntamiento de Onda- se pronunció el auto de 24 de Noviembre de 2011, dictado en rollo 549 de 2011 de esta Sala. Reproducimos los argumentos expresados en el primero de los autos, de 14 de marzo de 2011 y reiterados en el segundo, por ser plenamente aplicables al presente caso. Decíamos en aquella resolución:
"SEGUNDO.- En relación con la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil alegada por el Ayuntamiento demandado, indica la sentencia de la instancia que el artículo 67 de la Ley concursal obliga a interpretar que la remisión a la legislación administrativa se hace exclusivamente para delimitar las causas de resolución, sin que tal normativa sea óbice para la aplicación de la ley Concursal y la competencia del Juez del Concurso, tesis ésta que la Sala no comparte en atención a lo que a continuación se expone.
Cierto es que, según resulta de los autos, el Ayuntamiento demandado no formuló declinatoria de jurisdicción - artículos 63 y siguientes de la LEC -, limitándose a alegar tal cuestión como excepción en su escrito de contestación a la demanda, pero no menos cierto que lo anterior es que la falta de jurisdicción es apreciable de oficio, tal y como indica nuestro Tribunal Supremo en Sentencia, entre otras, de fecha 23 de junio de 2010 al establecer que "La jurisdicción, como atribución del conocimiento de un asunto a un orden jurisdiccional determinado, tiene carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico-procesal, de manera, que aun no denunciada su carencia por las partes, su apreciación incumbe al órgano jurisdiccional de oficio (SSTS de 18 de julio de 2005, RC n.º 634 / 1999 y de 11 de septiembre de 2009, RC n.º 1997 / 2002). Su control no puede negarse al tribunal superior que tiene la competencia para conocer y resolver los recursos que ante el mismo se interpongan, cuando consta claramente su falta (STC 113/1990, de 18 de junio, FJ 2)".
En atención a ello, y dadas las circunstancias concurrentes, ha de procederse a estimar de oficio la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la presente reclamación, teniendo en cuenta para ello las siguientes consideraciones:
1) La Ley Orgánica del Poder Judicial al determinar en el artículo 86 ter 1. la competencia de los Juzgados de lo Mercantil de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, establece que la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado -con la excepción contenida en el apartado 1º-, de las acciones sociales en los supuestos que establece el apartado 2º, de la ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, de las medidas cautelares que afecte al patrimonio del concursado, de la asistencia jurídica gratuita y de las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil que se señalan en el apartado 6º.
Ninguno de los apartados del número 1 del artículo 86 ter establece la competencia del Juzgado de lo Mercantil en relación con las acciones referidas a los contratos administrativos.
2) Tal precepto, a su vez, ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 50.2 de la Ley Concursal que establece que los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase. Resulta con claridad de este precepto que no se sustrae a la competencia de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo el conocimiento de las acciones que, debiendo ser ventiladas en dicho orden jurisdiccional, tengan trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que a su vez guarda la debida relación con el artículo 67 de la Ley Concursal conforme al cual los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial, mientras que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción por lo establecido en la Ley Concursal
3) Por su parte, el artículo 91 de la LOPJ señala que los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán, en primera o única instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra actos que expresamente les atribuya la ley, mientras que el artículo 74 de la misma Ley atribuye a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos que se deduzcan en

relación con los actos de las Entidades Locales cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.
4) El artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa determina que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas.
5) Finalmente, el artículo 5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, determina que los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección, siendo que las entidades que integran la Administración Local forman parte del sector público tal y como determina el artículo 3 de la citada Ley.
En el caso de autos la parte actora pretende la resolución de un contrato de ejecución de obras suscrito con el Ayuntamiento de Almassera en fecha 20 de junio de 2005 relativo a la urbanización del Sector Norte del Plan General de dicha población, contrato éste que, con arreglo a lo expuesto, tiene la consideración de contrato administrativo y para cuyo conocimiento es competente la Jurisdicción Contenciosoadministrativa, sin perjuicio de que ejercitada la acción correspondiente ante el juez o tribunal del orden contencioso-administrativo se emplace a la administración concursal como parte del procedimiento, por lo que necesario es concluir la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la demanda formulada por la entidad MIDASCON SL y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y, por ende, la procedencia de declarar la nulidad de las actuaciones procesales desde el momento de la admisión a trámite de la demanda de conformidad con lo establecido en el artículo 225.1º en el que se establece la nulidad de pleno derecho de los actos procesales "cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción".
Se ha de tener presente, por otra parte, la resolución dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2010 (Roj: STS 5634/2010. Pte. Sra. Teso Gamella) en relación al conflicto jurisdiccional suscitado ante la referida Sala de Conflictos entre el Ayuntamiento de Onda y el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Valencia. Se indica en la expresada resolución:
Acorde con el marco jurídico y la delimitación legal expuesta en el fundamento anterior, el artículo 8 de la expresada Ley Orgánica dispone que "los jueces y Tribunales no podrán suscitar conflictos de jurisdicción a las Administraciones Públicas en relación con los asuntos ya resueltos por medio de acto que haya agotado la vía administrativa (...)".En simetría con tal previsión legal e artículo 7señala que "no podrán plantearse conflictos de jurisdicción a los Juzgados y Tribunales en los asuntos judiciales resueltos por auto o sentencia firmes o pendientes sólo de recurso de casación o de revisión (...)".
Pues bien, desde la óptica en que nos sitúa que el promotor del presente conflicto ante este Tribunal ha sido el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, debemos señalar que, de conformidad con el citado artículo 8, que parcialmente hemos transcrito, el planteamiento del presente conflicto de jurisdicción resulta improcedente, por las razones que a continuación expresamos.
No pueden entablarse conflictos de jurisdicción por los órganos jurisdiccionales cuando el asunto ha sido ya resuelto por medio de acto que agota la vía administrativa, pues a este Tribunal no le corresponde, como antes señalamos y ahora insistimos, ocuparse de cuestiones ajenas al deslinde competencial entre el órgano administrativo y judicial, como resultaría si examinásemos el fondo de un asunto ya resuelto. Dicho de otro modo, no podemos entender que concurren los presupuestos para el correcto planteamiento del conflicto de jurisdicción cuando la actuación controvertida ya ha concluido, y el objeto del conflicto es precisamente enjuiciar lo que ha sido ya resuelto, tratando de trasmutar la naturaleza del conflicto jurisdiccional en una suerte de recurso impugnatorio.
Repárese, además, que consta en las actuaciones que el Juez de lo Mercantil ha ejercitado su jurisdicción, pues ha dictado sentencia resolviendo el contrato administrativo y auto posterior manteniendo la jurisdicción. Por su parte, el acuerdo municipal de resolución del contrato fue impugnado en reposición y el recurso resultó desestimado. Se trata, por tanto, de un acto que ha "agotado la vía administrativa" tal como exige el indicado artículo 8. Situación que no puede confundirse con su firmeza, pues aunque el Ayuntamiento señala que no se ha interpuesto recurso contencioso administrativo, ello únicamente comportaría, por lo que hace al caso, su eventual derivación hacia un conflicto de competencia, que no un conflicto de jurisdicción.
CUARTO.- Es preciso añadir que la imposibilidad legal descrita en el mentado artículo 8, va seguida de una excepción relativa a los casos en que el "conflicto verse sobre la competencia para la ejecución del acto". Ahora bien, tampoco podemos entender que el presente conflicto tiene cobijo en esta salvedad legal.
Así es, el conflicto de jurisdicción no se entabla para dirimir una controversia surgida con motivo de la ejecución del acuerdo municipal del Ayuntamiento de Onda o de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia. No. Téngase en cuenta que no se han dictado actos materiales de ejecución. Se trata de volver a plantear la misma cuestión que se suscitó en el procedimiento incidental.
Quiere ello decir que no estamos ante un conflicto autónomo propio de la ejecución, y surgido para dar cumplimiento a una resolución, sino que lo que se suscita es precisamente lo que ya estuvo presente, y constituía el epicentro de los desencuentros entre ambos órganos, judicial y administrativo, desde el inicio del procedimiento judicial y el administrativo.
Ni que decir tiene, en fin, que este Tribunal no puede adoptar decisiones con carácter preventivo, anticipándose a cuanto pueda suceder con motivo de la ejecución."
Teniendo presente el contenido de las resoluciones anteriormente transcritas, procede declarar la nulidad de actuaciones postulada por el Ayuntamiento de Manises, al apreciar la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil, como igualmente resulta del auto del Tribunal de conflictos de jurisdicción. Consecuencia de lo

anterior es que este Tribunal no deba seguir con la tramitación del recurso en lo que a la cuestión de fondo se refiere, al haber sido apreciada causa de nulidad de lo actuado, por falta de jurisdicción, por lo que, como se interesa, ha de procederse al archivo de las actuaciones. No obsta a lo hasta aquí expuesto, que la Sala especial de conflictos se haya pronunciado, en otras ocasiones, en sentido opuesto, según se afirma, pues, indudablemente, existiendo un concreto pronunciamiento en el supuesto sometido a nuestra consideración, al mismo habremos de estar, siendo, además, coincidente la situación, *mutatis mutandis*, con las demás anteriormente indicadas, ya resueltas por esta misma Sala.": SAP Valencia (Sección 9) 05.06.2012 (Sentencia 216/2012; Rollo 166/2012)

1.2 Para calificar un ingreso de IVA como indebido y ordenar su entrega a la masa

AP Valencia

"PRIMERO. Casiano, Administrador concursal de la entidad Promares Villamarchante SL y Agora Gestión Integral de Obras SL promovió incidente concursal contra la Agencia Estatal Tributaria (AEAT) para que reintegrase a la masa la cantidad ingresada por Banco Pastor SA en la suma de 44.900,37 euros, correspondiente al Impuesto del Valor Añadido (IVA) ingresado por su adjudicación de seis viviendas unifamiliares por vía de subasta pública seguida en el Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia en proceso de Ejecución Hipotecaria 754/2008 contra la mercantil Pomares Villamarchante SL.
Por el Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la administración Tributaria se contestó oponiéndose a la pretensión deducida de contrario planteando la incompetencia del Juez del Concurso para pronunciarse sobre el derecho a la devolución solicitada de contrario; no ser aplicable el artículo 71 de la Ley Concursal al no estar en actos realizados por el deudor e inexistir derecho integrable en el patrimonio de la concursada, solicitando la desestimación de la demanda incidental.
La sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia desestima la oposición de la AEAT y condena a la misma a ingresar en la masa del concurso de la sociedad citada el importe de 44.900,37 euros.
Se interpone recurso de apelación por la AEAT alegando como motivos; 1º) Infracción del artículo 218.1 de la Ley Enjuiciamiento Civil e incompetencia de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil para pronunciarse sobre la devolución solicitada; siendo incongruente la sentencia desde el momento en no se ha alegado por parte alguna la compensación; inaplicación del artículo 71 de la Ley Concursal por no estar ante actos de la concursada; inexistencia del bien o derecho ingresable en el patrimonio de la concursada y de crédito contra la masa cuyo pago se haya antepuesto a otros de vencimiento anterior, solicitando la revocación de la sentencia conforme a tales argumentos.
El administrador concursal no contestó al recurso de apelación.
Este Tribunal acordó dar traslado del expediente al Ministerio Fiscal para pronunciarse sobre la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil, cumpliendo dicho traslado informando que el Juzgado de lo Mercantil carecía de jurisdicción para el conocimiento de la acción deducida.
SEGUNDO. Este Tribunal tiene que precisar que si bien la acción entablada por el administrador concursal viene denominada en el escrito inicial como "reintegración a la masa" de las cantidades percibidas por la AEAT, no es su sustento legal el artículo 71 de la Ley Concursal regulador de esa clase de acciones pues como bien apunta el Abogado del Estado no estamos ante esa clase de acción dado que no son examinados actos del deudor sino de un tercero (Banco Pastor SA) que ante la adjudicación en licitación pública judicial de varios inmuebles de la entidad concursada, efectúa un ingreso en la Agencia Tributaria correspondiente al IVA por tal transacción. No se discute dicho ingreso y tal concepto y ya el administrador concursal promovió ante la AEAT el expediente de devolución de ingresos indebidos (Doc.1 de la demanda incidental) que concluyó con resolución de 18-2-2011 con decisión desestimatoria que determinó al administrador concursal a interponer la reclamación ante el Tribunal Económico Administrativo y a la vez la presente demanda incidental (pues así se dice en el escrito inicial de tal parte).
La parte demandada planteó la falta de competencia de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil, para solventar la presente pretensión del administrador concursal. Dicha cuestión que es de trato previo al fondo litigioso viene desestimada en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil por ser a la cuestión enjuiciada, aplicable el artículo 58 de la Ley Concursal, al haber sido opuesta en la misma contestación a la demanda, cuestión y precepto no planteado por parte alguna en el incidente. La demanda del administrador concursal únicamente como fundamento legal de su pretensión establecía el artículo 89 de la Ley concursal, referente a la clasificación de los créditos y el artículo 184-2 de la misma ley, referida al pago de créditos contra la masa, preceptos igualmente sentados en la resolución recurrida que obviamente por su contenido nada tienen que ver con lo que es objeto de la acción deducida que es el mandamiento a la AEAT para que siendo indebido el ingreso por un Impuesto que nadie discute, debe ser reintegrado, a la masa.
Ciertamente la falta de competencia objetiva ante el silencio de la Ley Concursal por la remisión genérica a la Ley Enjuiciamiento Civil, debe ser planteada por vía de declinatoria y antes de contestar la demanda y cierto es que el Abogado del Estado en la representación ostentada, no actuó de tal forma. No obstante ello, constituye una cuestión de revisión y apreciación de oficio (artículo 38 Ley Enjuiciamiento Civil), asi posibilitado a este Tribunal de la alzada conforme al artículo 227-2 segundo párrafo Ley Enjuiciamiento Civil, e incluso acordar la nulidad de actuaciones procesales conforme dispone el artículo 227.2 segundo párrafo, imponiendo el artículo 37 de la Ley Enjuiciamiento Civil que el órgano judicial, en tal situación, debe abstenerse de conocer del asunto. Esa es la razón de dar traslado al Ministerio Fiscal pues la falta de jurisdicción es apreciable de oficio cumpliendo con ese traslado, tal y como indica nuestro Tribunal Supremo en Sentencia, entre otras, de fecha 23 de junio de 2010 al establecer que " La jurisdicción, como atribución del conocimiento de un asunto a un

orden jurisdiccional determinado, tiene carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico-procesal, de manera, que aun no denunciada su carencia por las partes, su apreciación incumbe al órgano jurisdiccional de oficio (SSTS de 18 de julio de 2005, RC n.º 634 / 1999 y de 11 de septiembre de 2009, RC n.º 1997 / 2002). Su control no puede negarse al tribunal superior que tiene la competencia para conocer y resolver los recursos que ante el mismo se interpongan, cuando consta claramente su falta (STC 113/1990, de 18 de junio, FJ 2)".
La Ley Orgánica del Poder Judicial al determinar en el artículo 86 ter 1. la competencia de los Juzgados de lo Mercantil de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, establece que la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado -con la excepción contenida en el apartado 1º-, de las acciones sociales en los supuestos que establece el apartado 2º, de la ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, de las medidas cautelares que afecte al patrimonio del concursado, de la asistencia jurídica gratuita y de las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil que se señalan en el apartado 6º.
Pues bien conforme al contenido del artículo 86 bis y ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina el alcance y contenido de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil y sentado que no se ejercita una acción del artículo 71 de la Ley Concursal dado el razonamiento expuesto supra, sino una petición dirigida a la AEAT para que el importe ingresado por un impuesto, deba ser calificado de indebido y reintegrado a la masa activa del concurso, cuando ello está siendo examinado en vía administrativa, resulta inviable solucionarlo por falta de jurisdicción, como dictamina el Ministerio Fiscal, pues la operatividad de la devolución de ingresos tributarios por estimarlos indebidos y su procedimiento está reglado en la Ley reguladora del Impuesto del IVA y es la normativa que se plantea y se dictamina en la resolución dictada por la Agencia Tributaria ante la reclamación del administrador concursal quien además afirma haber recurrido por reclamación ante el TEAR. Ninguno de los apartados del número 1 del art. 86 ter de la Lopj establece la competencia del Juzgado de lo Mercantil en relación a las acciones referidas a actos como el ahora expuesto,centrado, en la devolución por indebido de un ingreso tributario. Ello tiene su asignación competencial en el artículo 213 de la Ley General Tributaria en relación con el artículo 2 de la Ley 29/1988 de 13 de julio de Jurisdicción Contenciosa Adminsitrativa.
Es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (como muestra la sentencia de 22-6-2009) de que existe abuso de la jurisdicción civil cuando se entra a conocer sobre la aplicabilidad de un determinado precepto de las normas reguladoras del Impuesto sobre el Valor Añadido, que es el caso presente, como se desprende de la propia reclamación efectuada ante la AEAT y la contestación del Abogado del Estado, razón por la cual debe acogerse la falta de jurisdicción, dejarse sin efecto, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil y por ende estimarse el recuso de apelación.": SAP Valencia (Sección 9) 08.02.2012 (Sentencia 45/2012; Rollo 673/2011)

1.3 Para declarar la nulidad de un acuerdo del pleno de un Ayuntamiento

AP Huelva

"PRIMERO.- Interpuesta demanda de incidente concursal contra el Ayuntamiento de Almonte con la finalidad de que se declare la nulidad del acuerdo del pleno de dicha corporación de fecha 5 de agosto de 2011, el Juez a quo apreció su falta de jurisdicción tras la oportuna audiencia a la parte demandante y al Ministerio Fiscal. Frente a la resolución de instancia, interpone recurso de apelación la representación procesal de Protur SA, solicitando se revoque la misma y se declare la jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil de Huelva para resolver el incidente.
Esta Sala comparte el criterio que mantiene el juez a quo en la resolución recurrida en relación con el supuesto de autos, en la medida en que no nos encontramos ante uno de los supuestos en la que el conocimiento venga atribuido al Juez del concurso.
Como dijimos en nuestra resolución de fecha 5 de marzo, la declaración de concurso no determina per se la competencia plena, absoluta y universal de la Jurisdicción Mercantil para el conocimiento de todos los asuntos concernientes a la concursada. Y si bien la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en lo referente a las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, del tenor de los artículos 8, 9, 50 y 67.1 de la Ley Concursal hemos de concluir -como dijimos en la citada resolución- que constituye una extensión desmesurada comprender en ese concepto aquella en la que se pretende la declaración de nulidad de un acuerdo plenario de una Corporación Municipal.
Por un lado, porque como muy acertadamente se expone en el auto apelado, la acción ejercitada no es contra la concursada, sino que es ésta quien la ejercita; y por otro lado, como también decíamos en nuestro referido auto los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.
Tampoco es de aplicación el artículo 9 de la Ley Concursal, pues -como señala el juez a quo- siendo el objeto la nulidad de un acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Almonte, no se trata de una cuestión prejudicial sino el objeto de la acción ejercitada.
En definitiva, estimamos que la resolución apelada es acertada y ajustada a derecho y, por consiguiente, el recurso debe ser desestimado. ": AAP Huelva (Sección 3) 20.09.2012 (Auto 69/2012; Rollo 199/2012)

1.4 Para revisar actos administrativos

Tribunal Supremo

"RAZONAMIENTOS JURÍDICOS
PRIMERO.- El presente conflicto negativo de competencia se suscita entre el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Barcelona y el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, respecto a la impugnación de una providencia de apremio expedida por la TGSS por el impago de cuotas de cotización al Régimen General de la Seguridad Social correspondientes al periodo de octubre de 2015, anterior a la declaración de concurso de la empresa, que tuvo lugar por auto del Juzgado de lo Mercantil n° 8 de Barcelona de fecha 17 de diciembre de 2015. La providencia de apremio se expidió el día 29 de diciembre de 2015, con posterioridad a la declaración de concurso de acreedores.
Se resumen a continuación las consideraciones de los órganos jurisdiccionales en conflicto, de las partes y del Ministerio Fiscal sobre el presente conflicto negativo de competencia.
El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo sostiene que la competencia para conocer del asunto corresponde al juez del concurso como consecuencia de la atribución exclusiva y excluyente a su jurisdicción para el conocimiento de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial de concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado» (art. 8.3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en adelante LC). Por medio del auto de 17 de mayo de 2016, además de declarar la incompetencia objetiva de dicho órgano para conocer de la pretensión deducida, remitió las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona con emplazamiento para ante el mismo de las partes.
Por su parte, el Juzgado de lo Mercantil no acepta la inhibición procedente del Juzgado de lo Contencioso al entender que el juez del concurso es competente para conocer de las acciones de trascendencia patrimonial (arts. 86 ter LOPJ y 8.1 LC) y de todas las ejecuciones (art. 55 LC) seguidas contra el patrimonio del concursado, lo que permitiría incluir en el ámbito de su competencia las actuaciones ejecutivas derivadas de una providencia de apremio dictada tras la declaración de concurso. Sin embargo, razona, esa posible atribución competencial no permite que el juez del concurso realice el control de legalidad de las resoluciones de la TGSS en materia de apremio, control que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en adelante LJCA y 3 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en adelante LRJS), única que puede decidir si el acto administrativo se ajusta o no a la legalidad para, en su caso, anularlo.
El Ministerio Fiscal argumenta que la competencia corresponde al juez del concurso, por las siguientes consideraciones:
(i) La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente respecto de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado (art. 8 LC).
(ii) La TGSS debe comparecer ante el juez del concurso, pues el art. 50.1 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, establece que si el responsable de la deuda con la Seguridad Social fuera declarado en concurso, la TGSS se personará en el procedimiento y comunicará a la administración concursal los créditos de que sea titular mediante la correspondiente certificación administrativa.
(iii) La TGSS suspendió las actuaciones ejecutivas posteriores a la notificación de la providencia de apremio a resultas de lo que se acordara en el procedimiento concursal.
(iv) Lo que pretende la concursada en su recurso es suspender la validez del recargo derivado de la providencia de apremio por haberse dictado con posterioridad a la declaración de concurso.
Por último, la representación de la parte actora en su recurso por defecto de jurisdicción, aduce que la providencia de apremio forma parte de un procedimiento de ejecución administrativa singular cuyo control de legalidad, al dictarse constante el concurso, corresponde al juez del concurso.
SEGUNDO.- Procede atribuir la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, por las razones que seguidamente se exponen.
La acción ejercitada impugna la providencia de apremio dictada por la TGSS tras la declaración de concurso voluntario del deudor, aunque los débitos por los que abre el procedimiento en vía ejecutiva son anteriores a la declaración de concurso. Según el escrito iniciador del procedimiento contencioso administrativo, seguido por el procedimiento abreviado, la parte demandante alega expresamente que se alza frente al devengo del recargo derivado de la providencia de apremio, no frente a la ejecución del importe resultante. La pretensión se basa en que el art. 50.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (en adelante, RGRSS) en el que se apoya la Administración -que permite continuar la tramitación del procedimiento recaudatorio tras la declaración de concurso hasta el dictado de la providencia de apremio para suspender con posterioridad las actuaciones ejecutivas- infringe el principio de jerarquía normativa, ya que es contrario al art. 55 LC.
Pues bien, aunque el fondo de la pretensión -improcedencia del recargo de apremio acordado tras la declaración de concurso- pueda ser invocado ante ambos órdenes jurisdiccionales, puesto que los fundamentos para su impugnación pueden traer causa tanto del ordenamiento jurídico administrativo y de Seguridad Social, como de la legislación concursal, hay que tener en cuenta que lo impugnado es el acto por el que se expide providencia de apremio, esto es, el acto por el que se constituye un título ejecutivo que da inicio al procedimiento de recaudación ejecutiva, según dispone el art. 84.1 del RGRSS. Y los eventuales recargos por impago de las cuotas se devengan por la falta de pago en plazo según dispone el art. 10 del citado RGRSS, y no como consecuencia de la emisión de la providencia de apremio. Estos recargos difieren en su importe (20 por ciento o 35 por ciento de la deuda) dependiendo de si el sujeto responsable ha cumplido o no determinadas obligaciones de liquidación y, en su caso, de cuándo se pague la deuda, según dispone el art. 10

del RGRSS, pero no están determinados por la providencia de apremio. La providencia de apremio es el título ejecutivo, el recargo es una parte del débito, junto al principal y, en su caso, los intereses.
Teniendo en cuenta estas consideraciones, la ejecución se seguirá en el ámbito del concurso de acreedores, como expresamente admite la resolución de la TGSS en tanto que suspende sus actuaciones "a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal", y en ese ámbito cabrá discutir la admisibilidad de la concreta reclamación que eventualmente pudiera articular la TGSS del importe correspondiente al concepto recargo, y el Juez del concurso podrá resolver lo procedente sobre la validez del recargo a tales efectos. Pero esta no es la acción ejercitada -aunque la parte invoque desde ya la improcedencia del recargo- que se delimita por el acto administrativo impugnado, esto es, el acuerdo que expide la providencia de apremio. Las causas de oposición a la providencia de apremio, que están tasadas en el RGRSS, se pueden oponer en el ámbito de un control de legalidad de la propia providencia de apremio dictada, control de legalidad que es materia no atribuida al Juez de lo Mercantil, cuya competencia viene determinada por referencia a la ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado (art. 8.3 de la LC). Por tanto, el juez del concurso podrá determinar sobre lo que en su caso reclame la TGSS como acreedor, incluido en su caso el recargo, pero la impugnación de la actuación administrativa de la providencia de apremio no forma parte de su ámbito de conocimiento.
Cabe añadir un segundo argumento para atribuir la competencia a la Jurisdicción contencioso administrativa, atendiendo a que el fundamento de la impugnación de la providencia de apremio que anuncia la demandante es la impugnación indirecta de una disposición reglamentaria de naturaleza administrativa, pues se alega la supuesta ilegalidad del Real Decreto 1415/2004 de 11 de junio, Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social por infringir, se dice, el principio de jerarquía normativa, al estimar la demandante que es contrario a lo establecido en el art. 55.1 de la Ley Concursal. La impugnación de disposiciones generales, también si se realiza mediante su impugnación indirecta, es materia atribuida a la Jurisdicción contencioso administrativa (art. 1.1 y 26 de la LJCA).
En tales términos, el juez del concurso no puede resolver sobre la ilegalidad de la providencia de apremio dictada, y menos aún por la razón que se invoca por el demandante, supuesta ilegalidad de la disposición general aplicada. Tanto el control de legalidad del acto administrativo como el de la disposición general están atribuidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, que por tales razones es la competente, sin perjuicio de lo que el juez del concurso pueda resolver sobre la validez del recargo, en caso de que sea reclamado por la TGSS en el ámbito de la ejecución patrimonial, que es competencia exclusiva del Juez del concurso.”: ATS 15.03.2017 (Auto 4/2017; Conflicto 25/2016)

AP Zaragoza

“PRIMERO. - El suplico contenido en la demanda es del siguiente tenor: "Se anule la solicitud de baja en el sistema de devolución de IVA, (REDEME), presentada el 5/11/2012 ante la AEAT Gestión Tributaria, por ser acto lesivo a los intereses del concurso y de la concursada". La parte dispositiva de la Sentencia que es objeto de recurso aparece redactada de la siguiente manera: "Debo anular la baja en el sistema de devolución de IVA (REDEME) formalizada por la concursada el 5 de noviembre de 2012, con pleno sometimiento de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria a dicho pronunciamiento" Dicha Sentencia es recurrida en apelación por la Sra. Abogada del Estado en atención a tres motivos: el primero de ellos consiste en alegar falta de jurisdicción, por haber recaído resolución firme en vía administrativa, que no puede ser objeto de revisión en esta jurisdicción mercantil (...)
TERCERO. - El segundo [primer] motivo del recurso debe prosperar. En noviembre de 2012 por el administrador de "Gardun 37, S. L." presentó escrito ante la Administración solicitando la anulación de la resolución precedente invocando una serie de circunstancias posteriores a la solicitud de la baja que suponen que en el año 2013 se va a generar más Iva soportado que repercutido por lo que sería más beneficioso para la entidad permanecer en el registro para poder recuperar el impuesto. La administración tributaria por resolución de 24 de abril de 2013 desestimó la petición, en trámite propio de recurso de reposición, declarando no haber lugar a lo solicitadoen atención a lo dispuesto en los artículos 9, 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de lo que debe ser competencia de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, --"Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujetas al Derecho administrativo..."--, y asimismo artículo 213 de la Ley General Tributaria --"Las resoluciones que pongan fin a la vía contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo"--, la Resolución de 13 de noviembre de 2012 por la que se acordó la baja en el REDEME es un acto dictado por una administración pública en ejercicio de sus funciones, y por tanto sujeto a aquella Jurisdicción por agotamiento de la vía administrativa, y no debe ser por ello competencia de la Jurisdicción Mercantil en consideración a lo dispuesto en el artículo 8. 1 de la Ley Concursal en cuanto que queda restringido a "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", ni puede resultar de aplicación lo dispuesto en el artículo 40,7 de la referida Ley, que se cita en la Sentencia apelada, existiendo por tanto un acto administrativo, que es firme, sometido exclusivamente a la decisión de aquella Jurisdicción Contenciosa, por lo que debe declararse la incompetencia de este orden civil para el conocimiento del asunto planteado.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 19.06.2014 (Sentencia 211/2014; Rollo 113/2014)

2. No numerus clausus

AP Alava

"Podría argumentarse que la intención del legislador está plasmada en el artículo 8 y que el supuesto estudiado no se halla incluído en el mismo, pero el alegato ignoraría que dicho precepto no establece un "numerus clausus" de materias competencia del juez del concurso, fuera de las cuales no podría conocer, sino un acotado de asuntos donde ningún otro órgano jurisdiccional puede entrar; esa norma no impone un límite al juez del concurso, sino a los demás jueces, con los efectos previstos en los artículos 50-1 y 51-1 de la Ley Concursal. De la misma manera, el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que "en todo caso, la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente en (...) las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", y respecto a las ejercitadas por los administradores concursales frente a terceros, quedarían englobadas en "cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", como materia de competencia del Juez del concurso, de acuerdo con una interpretación sistemática, lógica y teleológica de la Ley Concursal (art.3-1 Cc.).
Por todas las razones expuestas, entiende la Sala que la jurisdicción para el conocimiento del presente litigio es del Juzgado de lo Mercantil.": Auto AP Alava 03.03.2006 (JUR 2006/154631)

3. Competencia funcional que no se altera por el concurso

3.1 Jura de cuentas ante JPI, salvo para su ejecución

Tribunal Supremo

"PRIMERO.-Competencia funcional de la Sala para la tramitación de la jura de cuenta.
A) La norma de competencia funcional para la tramitación de la jura de cuenta que establece el artículo 34 de la LEC no se ve alterada por las competencias que la Ley Concursal otorga al juez del concurso, por las siguientes
1. La jura de cuenta es un procedimiento especial pero no por razones de interés público -como lo son los procesos especiales del libro IV de la LEC-, sino porque va dirigido exclusivamente a hacer efectivos de forma inmediata los créditos derivados de la actuación profesional desarrollada -en este caso- por el procurador que ha representado a un litigante en un juicio precedente (ATS de 10 de junio de 2005, RC n.º 1037/1998), de manera que -aunque es posible una fase sumaria de alegaciones- lo que se pretende es conseguir de forma rápida el pago o el despacho de ejecución, según se deriva del artículo 34 LEC, sin prejuzgar la decisión definitiva de la controversia que pueda suscitarse entre el procurador y su poderdante sobre la relación contractual existente entre ambos.
2. En la solicitud que abre el procedimiento, de jura de cuenta, en puridad, no se ejercita una acción declarativa o de condena, ni una acción cautelar, ni ejecutiva -aunque, después, el procedimiento pueda concluir con una resolución que fije la cantidad debida y con un despacho de ejecución-, sino una petición de pago de los gastos de representación del cliente devengados en un proceso precedente, que -al someterse al filtro del órgano judicial- produce una consecuencia que no tendría el requerimiento de pago efectuado de forma privada por el procurador, como es la obtención de un título de ejecución.
3. Consecuencia de esta configuración de la jura de cuenta, semejante en lo sustancial a un juicio monitorio pero seguido en relación con un proceso precedente, es que la LEC otorga la competencia al órgano judicial en el que -según establece el artículo 34 LEC - radique el proceso en el que se ha desarrollado la actuación del procurador que da lugar a la jura de la cuenta, pues es este órgano judicial el que está en mejor disposición de resolver las incidencias que pueden suscitarse sobre la cuenta reclamada, en especial las que se susciten en la fase de oposición según contempla el artículo 34.2.II LEC.
Estamos ante una norma de competencia que tiene su fundamento en razones que se acercan más a las propias de la competencia funcional que a las de la competencia objetiva.
4. Cuestión distinta es que, fijada la cantidad que debe pagarse en la forma establecida en el artículo 34.2.II LEC -o porque no haya oposición-, el proceso de ejecución que sigue a continuación se vea afectado por la situación de concurso del poderdante, dado que el artículo 8.3 de la Ley Concursal confiere al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que lo haya ordenado.
B) Cuanto se ha declarado comporta que debe desestimarse la declinatoria, dado que la jura de cuenta formulada por el procurador D. Constantino debe tramitarse ante la Secretaría de esta Sala, según establece el artículo 34.1 LEC.": ATS 04.09.2012 (Recurso 1421/2009)

"PRIMERO.-En la presente cuestión de competencia se hace preciso destacar que la norma de competencia para la tramitación de la jura de cuenta que establece el artículo 34 de la LEC no se ve alterada por las competencias que la Ley Concursal otorga al juez del concurso, por las siguientes consideraciones:
1. La jura de cuenta es un procedimiento especial pero no por razones de interés público -como lo son los procesos especiales del libro IV de la LEC-, sino porque va dirigido exclusivamente a hacer efectivos de forma inmediata los créditos derivados de la actuación profesional desarrollada -en este caso- por la procuradora que ha representado a la sociedad litigante en procedimiento de Ejecución de Tíitulos Judiciales, de manera que -aunque es posible una fase sumaria de alegaciones- lo que se pretende es conseguir de forma rápida el pago o el despacho de ejecución, según se deriva del artículo 34 LEC, sin prejuzgar la decisión definitiva de la controversia que pueda suscitarse entre el procurador y su poderdante sobre la relación contractual existente entre ambos.

2. En la solicitud que abre el procedimiento de jura de cuenta, en puridad, no se ejercita una acción declarativa o de condena, ni una acción cautelar, ni ejecutiva -aunque, después, el procedimiento pueda concluir con una resolución que fije la cantidad debida y con un despacho de ejecución-, sino una petición de pago de los gastos de representación del cliente devengados en un proceso precedente, que -al someterse al filtro del órgano judicial- produce una consecuencia que no tendría el requerimiento de pago efectuado de forma privada por el procurador, como es la obtención de un título de ejecución.
3. Consecuencia de esta configuración de la jura de cuenta, semejante en lo sustancial a un juicio monitorio pero seguido en relación con un proceso precedente, es que la LEC otorga la competencia al órgano judicial en el que -según establece el artículo 34 LEC - radique el proceso en el que se ha desarrollado la actuación del procurador que da lugar a la jura de la cuenta, pues es este órgano judicial el que está en mejor disposición de resolver las incidencias que pueden suscitarse sobre la cuenta reclamada, en especial las que se susciten en la fase de oposición según contempla el artículo 34.2.II LEC.
4. Cuestión distinta es que, fijada la cantidad que debe pagarse en la forma establecida en el artículo 34.2.II LEC -o porque no haya oposición-, el proceso de ejecución que sigue a continuación se vea afectado por la situación de concurso del poderdante, dado que el artículo 8.3 de la Ley Concursal confiere al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que lo haya ordenado.
SEGUNDO.-En atención a la doctrina expuesta, cuanto se ha declarado comporta que, dado que la jura de cuenta formulada por la procuradora D.ª Maribel, trae su causa directa de su actuación profesional en los autos de Ejecución de Títulos Judiciales en representación de la entidad Eurothermes España, S.A., tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Puerto del Rosario, es ante este Juzgado donde debe tramitarse dicha jura de cuenta, según establece el artículo 34.1 LEC, puesto que es este Juzgado el que está en mejor disposición de resolver las incidencias que puedan suscitarse sobre la cuenta reclamada, y sin perjuicio, de que, en su caso, y de nacer tal título ejecutivo, resulten de aplicación las normas de competencia previstas en la Ley Concursal.": ATS 01.07.2014 (Recurso 43/2014)

3.2 Juras de cuentas ante el JM frente al acreedor por las actuaciones en el concurso

AP Alava

"PRIMERO.- Sobre la admisibilidad de la jura
El Procurador solicitante está disconforme con el auto del Juzgado de lo Mercantil que niega hacer el requerimiento al que alude el art. 34 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) frente a su cliente. Aunque a la vista de dicho artículo sea discutible la admisibilidad del recurso, en aras a la tutela judicial efectiva que exige garantizar el art. 24 CE y entendiendo que nos encontramos ante uno de los supuestos del art. 455.1 LEC, pues no se admite requerir al poderdante para el pago de la suma pretendida, es decir, se inadmite la pretensión, algo distinto al Decreto al que se refiere el art. 34.2 LEC, irrecurrible, se analizará el fondo de la cuestión.
Respecto de ésta hay que recordar que por auto de 14 de abril de 2005 se declaró en concurso voluntario a DESING AND EVOLUTION MECHANICS S.A., que en auto de 3 de marzo de 2007 se pone fin a la fase común y se abre la de liquidación y que por auto de 12 de noviembre de 2008 se concluyó el concurso. Después de todo ello, el procurador apelante pretende el 22 de abril de 2009 jurar cuenta a su cliente, CENTRO DE MECANIZADOS ARILAN S.A., acreedor de la concursada.
El Juzgado de lo Mercantil rechaza esa posibilidad y le remite a los procedimientos de reclamación dineraria habituales. El Procurador, disconforme, entiende aplicable el art. 34 LEC, que no hay inconveniente legal para considerar aplicable al procedimiento concursal a la vista de la DF 5ª de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). En definitiva, un procurador que sea parte en el concurso tiene idénticas facultades en el mismo que en cualquier otro procedimiento, y en consecuencia, puede jurar cuenta a su cliente.
En este caso, sin embargo, la parte a la que se quiere jurar la cuenta no se personó en el procedimiento concursal, por lo que el art. 34 LEC no puede ser aplicado ni siquiera conforme al derecho procesal supletorio al que remite la DF 5ª LC. El Procurador recurrente no puede jurar cuenta a su cliente porque el presupuesto legal para que pueda operar el art. 34 LC es que los gastos realizados sean suplidos al cliente precisamente por su participación como parte en el proceso.
No está en cuestión, pues se carece de datos en este rollo, si hubo o no la prestación pretendida. Si la hubo, como se asegura, se podrá reclamar, como señala el auto recurrido, por cualquiera de los instrumentos procesales que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero no es posible que en un procedimiento concluso, en el que además no consta que el cliente al que va a afectar el requerimiento haya sido parte, se aplique el art. 34 LEC, por lo que el recurso debe ser desestimado. ": AAP Alava (Sección 1) 09.02.2012 (Auto 10/2012; Rollo 637/2011)

JM-6 Madrid

"TERCERO.-Dicho lo anterior, resulta que el art. 86.ter.1. L.O.P.J. atribuye al Juez del concurso las materias allí reguladas entre las que no se encuentra el especial proceso de jura de cuentas de los arts. 34 y 35 L.E.Civil, lo que obliga a realizar una exégesis de tales preceptos y de la naturaleza de tal proceso.
Tratándose la jura de cuenta de un proceso especial con una mínima fase contradictoria que permite acceder de modo directo, y con una cognición limitada del Tribunal, a la fase de ejecución [-sin perjuicio de resolver en proceso ordinario el importe de la relación arrendaticia de servicios profesionales-], resulta que lo reclamado

son los honorarios de una Letrado frente a su cliente acreedor concursal, de lo que resulta la ajeneidad de lo pretendido en relación con el marco competencial del juez del concurso en el modo señalado en el citado art. 86.ter.1 L.O.P.J. y art. 8 L.Co..
Pero siendo ello cierto debe hacerse cita de la doctrina recogida en Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, de 22.9.2010 [Roj: AAP M 13067/2010] al señalar que "... Dejando al margen los criterios doctrinales relativos a la naturaleza de la "jura de cuenta" (reclamaciones de la cuenta de derechos y suplidos del Procurador y minuta de honorarios del Letrado a sus clientes por los procesos privilegiados de los artículos 34 y 35 de la Ley de Enjuiciamiento civil), las características que le son propias conducen a reconocerle un carácter incidental, en cuanto encaja en el concepto de incidente, entendido como lo hace el primer inciso del artículo 487 de la LEC 1/2000 (y también como se dedujera del párrafo primero del artículo 742 de la LEC de 1881), es decir, un procedimiento en dependencia inmediata con un pleito principal. Y estas características son: que se presupone siempre un proceso anterior; que los sujetos legitimados activamente son los Abogados y Procuradores que han intervenido en el proceso precedente; que la integración del sujeto pasivo y del objeto vienen, igualmente, determinados por el proceso anterior; que la comprobación de los presupuestos y requisitos para su admisión y el examen de las posibles excepciones e impugnaciones -a excepción del pago o en algunos supuestos de la prescripción- han de hacerse en relación con el pleito anterior; que la clase de resolución que, en la LEC 1/2000, ha elegido el legislador para su conclusión adopta la forma de auto; que lo decidido en este trámite, como norma, no tiene efectos de cosa juzgada, en cuanto puede promoverse un juicio posterior; que la competencia funcional para su tramitación corresponde al órgano que conoció del proceso anterior; y, finalmente, la propia sistemática seguida para la regulación del procedimiento, que se sitúa entre las disposiciones relativas a la intervención de Abogados y Procuradores y no dentro de los procesos especiales...".
CUARTO.-A la luz de tales razonamientos resulta que la naturaleza incidental del proceso de jura de cuentas y su accesoriedad procesal respecto del proceso principal, determinan que la competencia funcional para su conocimiento venga determinada por la competencia objetiva para el conocimiento del proceso principal; de lo que debe concluirse que las reclamaciones de honorarios por el proceso especial de jura de cuentas de los arts. 34 y 35 L.Co. por honorarios o aranceles devengados dentro del concurso a cargo de los acreedores concursales personados será competencia del juez del concurso, siendo de la Primera Instancia la competencia para el conocimiento de un posible proceso declarativo posterior.": AJM-6 Madrid 06.02.2012 (Concurso 505/2006)

3.3 Práctica de la TC y LI, como actos declarativos

AP Cádiz

"Así pues la decisión judicial era la correcta, si bien debe hacerse la siguiente matización. La fijación del crédito que deriva de la condena en costas o la liquidación de los intereses devengados son actuaciones meramente declarativas y son útiles para concretar el montante del crédito de la entidad ejecutante contra la suspensa. Y ningún inconveniente procesal puede haber en ello: eso sí, únicamente hasta ultimar dicha "fase declarativa", esto es, hasta cuantificar por resolución firme cada uno de los créditos citados, sin que sea posible luego saldarlos con los fondos retenidos por el Juzgado, al estar vigente la citada norma sobre paralización de ejecuciones.": Auto AP Cadiz 10.04.2006 (JUR 2006/231161)

AP Castellón

"SEGUNDO.- El crédito cuya inclusión se pide consiste en el importe a que ascienden los derechos del procurador y los honorarios del letrado que representan y asisten a la recurrente en el procedimiento de ejecución de título no judicial núm 827/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Nules, que se tuvo que suspender cuando se declaró el concurso de Urbinsa Construcciones y Proyectos S.L. (art. 55.2 LC). La recurrente considera y así consta en la cuenta de derechos y en la minuta de honorarios acompañadas a la demanda que aquéllos ascienden a 2.521,47 euros y a 16.521,66 los honorarios, lo que totaliza 19.043,13 euros.
Procede la estimación del recurso y la inclusión del crédito que por costas esgrime la recurrente como crédito concursal de carácter contingente, con arreglo a lo que dispone el art. 87.3 LC : "Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación".
Las costas procesales causadas en el curso del proceso de ejecución son a cargo del ejecutado, que en este caso lo es Urbinsa SL, con arreglo al art. 539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no ofrece duda que las devengadas con anterioridad a la declaración del concurso en dicho procedimiento constituyen un crédito concursal, que debe ser tenido por tal, si bien con la calificación de contingente hasta que sean tasadas
En cuanto a la tasación que permita la fijación de la cuantía y la calificación del crédito, cree este tribunal que nada impide que se practique por el Juzgado en que se tramitaba el reseñado proceso de ejecución si lo pide la parte legitimada BBVA SA, si bien no podrá procederse a su exacción ni ejecución por dicho Juzgado.

Como se dice en el Auto de la AP de Madrid, secc. 13, de 21 de Diciembre de 2012 (ROJ: AAP M 21660/2012) la solicitud de la práctica de la tasación de costas no constituye una demanda nueva de la que deba conocer el juez del concurso (arts. 50 y 55 LC y art. 568 LEC), puesto que los artículos 242 y 243 LEC distinguen dos momentos o fases claramente diferenciados: la mera tasación o relación de conceptos y su cuantía, y la ulterior exacción, que sí entraña actividad ejecutiva, que en este caso no puede acordarse. En definitiva, como dice la citada resolución de la AP de Madrid, la mera tasación de costas (sin su pago, ni exacción) es un mero incidente determinativo de un pronunciamiento judicial emitido con anterioridad a la declaración del concurso de la deudora, con base en una disposición legal específica, que permite conocer la cuantía de un crédito nacido antes de que se produjera la declaración de concurso y que debe incluirse en este procedimiento universal, si bien no puede cuantificarse en su seno por cuanto la práctica de la tasación de costas viene atribuida en exclusiva por el artículo 243.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al Secretario del Tribunal que hubiere conocido del proceso o recurso o por el secretario judicial encargado de la ejecución, que ha sido el del Juzgado de 1ª Instancia ya citado hasta que se suspendió el curso del procedimiento de ejecución a resultas de iniciarse el concurso.
Por ello, al no tratarse de un procedimiento nuevo, ni comportar ningún acto de ejecución, que ha quedado suspendida en el Juzgado de Primera Instancia, y radicar la competencia exclusivamente en el secretario judicial de este último, nada debería impedir la tasación de costas en el proceso de ejecución de titulo no judicial en que las mismas se generaron. Lo contrario supondría sumir al acreedor en una situación que le haría imposible intentar siquiera realizar el crédito que tiene reconocido, por estar vedada su ejecución singular una vez que se ha declarado el concurso del deudor, y por no ser susceptible de cuantificación en el seno del proceso concursal.”:.”: SAP Castellón (Sección 3) 31.05.2013 (Sentencia 239/2013; Rollo 170/2013)

AP Madrid

“TERCERO.-La declaración del concurso del deudor hace que todos los acreedores queden de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, según se dispone en el artículo 49 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, sin embargo el efecto procesal es distinto según los créditos de que sean titulares aquéllos hayan sido
o no con anterioridad a tal momento objeto de acciones individuales de reclamación en vía judicial, y, en el caso de haberlo sido, según la fase en que se encuentre el procedimiento judicial, por lo que, sin ánimo de exhaustividad, las situaciones que pueden darse son las siguientes:
Si la demanda se interpone después de haberse declarado el concurso, ya lo conozca o no el acreedor, el juez del orden civil se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, y en el caso de haber admitido la demanda ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado - artículo 50 de la Ley Concursal -.
Si el crédito se hubiere ejercitado en un juicio declarativo en que el deudor sea parte y que se encuentre tramitándose en el momento en que se declara el concurso de éste, el procedimiento continuará sustanciándose ante el mismo Juez civil que le dio inicio hasta que alcance firmeza la sentencia que le ponga fin - artículo 51.1 Ley Concursal -. Dicha sentencia, con independencia de que se dicte antes o después de la declaración del concurso, vinculará al Juez de éste, que le dará el tratamiento concursal que corresponda - artículo 53.1 de la Ley Concursal -.
Las sentencias firmes, tanto hayan alcanzado esta eficacia antes o después de ser declarado el concurso, no podrán ser objeto de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor - artículo 55-1, párrafo primero de la Ley Concursal -, debiendo dictar el Secretario Judicial decreto suspendiendo la ejecución en el estado en que se halle artículo 568.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.
En definitiva, lo que la ley impide es una ejecución singular separada de las resoluciones judiciales una vez que, por la declaración del concurso, comienza la ejecución universal del patrimonio del deudor.
En este caso, cuando se declaró el concurso voluntario de Proficon, ya había alcanzado firmeza la sentencia dictada por el Juzgado y se encontraba en fase de ejecución, habiéndose determinado y cuantificado los daños y perjuicios irrogados a Azatoba, produciéndose la situación a que acabamos de hacer referencia en el apartado c), pero la cuestión que se suscita es si las costas procesales causadas objeto de imposición en una resolución judicial o que por disposición legal son a cargo del ejecutado - artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, devengadas con anterioridad a la declaración del concurso, pueden y deben ser tasadas, cuando así se pida por la parte acreedora legitimada, sin proceder a su exacción ni ejecución, por el Juez de Primera Instancia ante el que se siguió el procedimiento, como medio necesario para concretar y cuantificar tal crédito litigioso, que en el artículo 87.3 de la Ley Concursal tiene la consideración de crédito contingente, precepto que dispone que la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación.
Aquí consta que la administración concursal en informe que emitió el 14 de marzo de 2011, conforme al artículo 75 de la Ley Concursal, y que presentó en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla -folios 1785 a 1899-, con relación a las costas procesales pendientes de tasación, expresó lo siguiente: *"Se reconoce un crédito contingente a favor de Azatoba en concepto de costas generadas en los procedimientos reseñados pendiente de cuantificación en incidente de tasación de costas aún no resuelto. Cuando sean determinados tendrán la calificación de crédito ordinario en cuanto al principal y subordinados en cuanto a los intereses".*
La solicitud de la práctica de la tasación de costas no constituye una demanda nueva de la que deba conocer el juez del concurso -supuesto a, artículo 50 de la Ley Concursal -, ni tampoco una ejecución singular que tenga que seguirse al margen del proceso concursal -supuesto C, artículos 55 de la Ley Concursal y 568.2 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil -, puesto que los artículos 242 y 243 distinguen dos momentos o fases claramente diferenciados, la mera tasación o relación de conceptos y su cuantía, y la ulterior exacción, que si entraña actividad ejecutiva, que aquí no se pretende ni puede acordarse.
En definitiva, se trata de un incidente determinativo de un pronunciamiento judicial emitido con anterioridad a la declaración del concurso de la deudora, con base en una disposición legal específica, que permite conocer la cuantía de un crédito nacido antes de que se produjera tal declaración concursal y que debe incluirse en tal procedimiento universal, pero que no puede cuantificarse en su seno por cuanto la práctica de la tasación de costas viene atribuida en exclusiva por el artículo 243.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al Secretario del Tribunal que hubiere conocido del proceso o recurso o por el secretario judicial encargado de la ejecución, que ha sido el del Juzgado hasta que se suspendió el curso del procedimiento de ejecución a resultas de iniciarse el concurso. Por ello, al no tratarse de un procedimiento nuevo, ni comportar ningún acto de ejecución, que efectivamente ha quedado suspendida en el Juzgado de Primera Instancia, y radicar la competencia exclusivamente en el secretario judicial de este último, debe darse lugar a la práctica de la tasación de costas de un crédito nacido con anterioridad a la declaración del concurso, como acto de concreción y determinación de la cuantía de un crédito reconocido como contingente en el procedimiento concursal y en el que debe satisfacerse conforme a su cuantía y calificación -artículo 87.3 de la Ley Concursal -, salvo sumir al acreedor en una situación que le haría imposible intentar siquiera realizar el crédito que tiene reconocido, por estar vedada su ejecución singular una vez que se ha declarado el concurso del deudor, y por no ser susceptible de cuantificación en el seno del proceso concursal.
Así pues, por lo dicho estimaremos el recurso. “: AAP Madrid (Sección 13) 21.12.2012 (Auto 348/2012; Rollo 517/2012)

AP Sevilla

“PRIMERO.-La Procuradora de la parte actora presentó escrito solicitando se practicase la tasación de costas en el juicio ejecutivo que se seguía contra Dª Rafaela, el Juzgado acordó remitir el escrito a la Oficina de Reparto Civil dependiente del Decanato para que se turnase como demanda de ejecución y así se hizo repartiéndose como procedimiento de ejecución derivado de títulos judiciales. A continuación recayó la resolución que ahora es objeto de recurso, en la que se estimó que al tratarse de una demanda de ejecución de título judicial y encontrándose la demandada declarada en situación de concurso, procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla con el nº 461/97, no era posible la admisión a trámite de la demanda. El fundamento de la resolución era el art 50 en relación con el art 8 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, así, los jueces de orden civil ante los que se interpone una demanda de las que deba conocer el Juez del concurso deben abstenerse de conocer, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el Juez del concurso, siendo competencia exclusiva del juez del concurso las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.
Sin embargo, no puede compartir la tesis de la resolución recurrida, la presentación de la solicitud de práctica de tasación no es una demanda de ejecución porque el título para ejecutar una tasación de costas es la resolución aprobatoria de la misma, art 244 y 246 de la LEC. De forma que el Juzgado que conoce del asunto es competente para la formación del título, no siéndolo para la ejecución cuando se inste en forma y la ejecutada siga en situación de concurso, resulta así de aplicación no el art 50 que se refiere a nuevos juicios declarativos, sino lo dispuesto en el artículo 55. sobre ejecuciones y apremios, según el cual, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Procede en consecuencia la estimación del recurso de apelación, revocando así la resolución recurrida, debiendo accederse a la petición de práctica de la tasación de costas, conforme vino interesado por la parte actora, no así la exacción por la vía de apremio cuyo conocimiento corresponde al Juez del Concurso.”: AAP Sevilla (Sección 6) 14.02.2012 (Auto 28/2012; Rollo 5034/2011)

3.3.1 Admisión de la validez de su cuantificación en incidente concursal

AP Oviedo

“TERCERO : Cuestión distinta es la que atañe a la cuantificación de dicho crédito y que constituye también uno de los motivos en que se fundamenta el recurso de apelación. Las costas que legalmente son de cargo de la parte condenada tienen la naturaleza de crédito ilíquido hasta tanto no se lleve a cabo la oportuna labor liquidatoria, siendo la regla general, en principio, la que señala que la competencia funcional (art. 61 LEC) para conocer de la tasación de costas en la que practicar aquella liquidación corresponderá al órgano judicial que "hubiera conocido del proceso o recurso" (tal y como señala el art. 243-1 LEC). Ocurre no obstante que uno de los efectos que ope legis se derivan de la declaración de concurso es precisamente la suspensión de toda ejecución contra el patrimonio del concursado, disponiendo en este sentido el art. 55-2 L.C. que "Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos", y asimismo en coordinación con lo anterior el art. 568-2 LEC señala que "El secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso".
Es obvio que la tasación de las costas constituye una tarea previa a la de su posterior exacción por la vía de apremio (como además señala expresamente el art. 242-1 LEC) pero no podemos ignorar que en la práctica el acreedor vencedor en costas encontrará innumerables obstáculos para que el órgano judicial que dictó el

pronunciamiento condenatorio lleve a cabo la tasación en tanto estén vigentes los efectos del concurso de la persona deudora, habida cuenta de la imposibilidad de continuar la vía ejecutiva, motivo por el que entendemos que no parece existir inconveniente en el caso examinado para cuantificar en el seno del concurso el crédito reclamado por la demandante, una vez examinadas las alegaciones que acerca de su cálculo realizan la parte acreedora y la Administración concursal.
Pues bien, esta Sala estima que la liquidación realizada por la Administración concursal se ajusta a las pautas interpretativas elaboradas en enero 2013 por la Comisión de Honorarios del Colegio de Abogados de Oviedo, las cuales recogen en lo relativo al incidente de oposición a la ejecución que "la norma 75.1.b prevé unos honorarios globales, no distribuibles por períodos o por actuaciones procesales, para la totalidad del procedimiento de oposición con ejecución. Por ello, venimos interpretando, de modo uniforme y reiterado, que el incidente de oposición no genera unos honorarios propios y diferenciados, sino que se encuentran incluidos en los previstos para la totalidad del procedimiento, por tanto, cuando la oposición sea íntegramente desestimada, los honorarios por costas a cargo del ejecutado se calcular en el 100% de la escala segunda, frente al 30% o 90% que procedería en los supuestos de no oposición". Partiendo asimismo de la equiparación que tales pautas interpretativas realiza entre la ejecución de título judicial y la de título no judicial, resulta procedente excluir la partida reclamada por la demandante de 4.495,49 euros (3.715,28 euros más IVA) que se dicen devengadas por el incidente de oposición y reducir por tanto el crédito por costas a la cifra de 11.238,72 euros, procediendo consecuentemente el acogimiento del recurso en tales términos.”: SAP Oviedo (Sección 1) 09.03.2015 (Sentencia 59/2015; Rollo 262/2014)

3.4 Medidas cautelares

[Vid. también las resoluciones incluidas con el art 8.4]

[Nota: En cuanto a, específicamente, embargos preventivos, vid. las resoluciones incluidas junto con el art. 55.3]

3.4.1 Incidencias del procedimiento de medidas cautelares

Tribunal Supremo

“1.-Planteamiento del conflicto.
El presente conflicto de competencia objetiva se plantea entre el Juzgado de Primera Instancia de Jerez, que había acordado en su día las medidas cautelares de depósito de mercancías y embargo preventivo de frutos y rentas de Cimentar Hispania, S.A., y un Juzgado de lo Mercantil de Madrid que conoce del concurso de acreedores de esta sociedad, en relación con una solicitud de alzamiento de las medidas.
Las medidas cautelares se habían acordado con carácter previo para asegurar la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en un procedimiento arbitral, y el alzamiento de las medidas había sido solicitado por el demandado al encontrarse suspendido el procedimiento arbitral.
El Juzgado de Primera Instancia de Jerez, que adoptó las medidas cautelares, considera que carece de competencia objetiva para acordar su alzamiento porque la demandada se encuentra en concurso y las medidas ya eran ejecutivas; de manera que, conforme a los arts. 55 y 56 LEC y 86 ter LOPJ, la competencia corresponde al juzgado del concurso.
El Juzgado de lo Mercantil, que tramita el concurso de acreedores, considera que carece de competencia para resolver sobre una solicitud en la que se interesa, por razones ajenas al concurso, el alzamiento de unas medidas cautelares que no adoptó.
2.- Resolución del conflicto.
Al margen del carácter cautelar o ejecutivo de las medidas, su efectividad se ve afectada por la declaración del concurso de la demandada. Lo que puede dar lugar, incluso, a que en su momento, y como consecuencia de la enajenación de los bienes afectados por la medida cautelar, el juez del concurso acuerde su alzamiento.
Pero esta competencia del juzgado del concurso para alzar las medidas cautelares como consecuencia de la enajenación de los bienes dentro del concurso, no impide que el órgano judicial que hubiera acordado aquellas medidas con carácter previo a la presentación de la demanda, pueda resolver sobre su alzamiento por la supuesta suspensión del procedimiento arbitral durante más de seis meses (art. 731.1 LEC). La competencia para resolver sobre la solicitud de alzamiento de una medida cautelar por el motivo señalado corresponde al juzgado que la adoptó, al ser una incidencia del procedimiento de medidas cautelares (art. 61 LEC).
En realidad, debemos distinguir entre los efectos que el concurso provoca sobre las medidas cautelares adoptadas, que es la suspensión de su eficacia, y la tramitación del procedimiento de medidas ante el juzgado que las adoptó. Este expediente de medidas cautelares puede estar afectado por algunas incidencias que no dependen de la declaración del
concurso, como es, en este caso, su alzamiento por la suspensión del procedimiento arbitral. Por ésta razón, debe atribuirse la competencia objetiva para conocer de la solicitud del alzamiento de la medida cautelar por el motivo señalado al Juzgado de Primera Instancia de nº 3 de Jerez de la Frontera, que es quien adoptó la medida y conoce de su tramitación.”: ATS 09.04.2013 (Recurso 178/2012)

3.4.2 No puede acordarlas el JPI. Carácter autónomo. Art. 8.4 LC

AP La Rioja

"PRIMERO Por elJuzgado de Primera Instancia número 5 de Logroño, se dictó auto en 13 noviembre 2008, en procedimiento medidas cautelares coetáneas 1037/08 derivadas de juicio ordinario del mismoJuzgado 717/08. En este auto se determinaba que conforme alartículo 8 de la Ley Concursal, la jurisdicción del concurso es exclusiva y excluyente en las materias expuestas en un punto cuarto de dicho artículo, en el que se expone como competencia ante los Juzgados lo Mercantil el conocimiento de toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo primero, capacidad, filiación, matrimonio y menores. También, se indicaba que constaba en autos que la ercantil Martínsa Fadesa había sido declarado en concurso porauto de 24 julio 2008, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de La Coruña, único competente conforme al referido precepto para adoptar las medidas cautelares solicitadas en los autos, por lo que procedía declarar la falta de competencia, dejando a salvo el derecho de los interesados a formular sus pretensiones ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de La Coruña.
Contra este auto se ha interpuesto recurso de apelación por el procurador don José Toledo Sobrón, en representación de la Mercantil, RIOJANA DE BARRICAS S. L. y GESUBIN SIGLO XXI S.L., solicitando que con revocación del mismo, debía acordarse la competencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Logroño, para el conocimiento de la medida cautelar solicitada, conforme a las alegaciones expuestas en el escrito de interposición del recurso, folios 315 a 318.
Consta que en fecha 7 junio 2008, se presentó ante elJuzgado de Primera Instancia demanda promoviendo juicio ordinario (número 717/08), formulada por el procurador don José Toledo Sobrón, en representación de la entidad RIOJANA DE BARRICAS S. L. y GESUBIN SIGLO XXI S.L., contra la entidad MARTINSA FADESA S.A., folios 1 y siguientes, en la cual, y por otro si tercero, se interesaba la adopción de las medidas cautelares que constan en el mismo, folio 13 vuelto.
Por el Juzgado número 5 de Logroño, se dictóauto en 3 de septiembre de 2008, en la referido juicio ordinario 717/08, folio 230, en el que se daba por admitido el escrito de interposición de demanda, anteriormente indicada, que se admitía a trámite, con traslado de la misma a la parte demandada para su contestación en plazo de 20 días hábiles.
El Juzgado de Instancia se declaró competente, por tanto, para conocer la demanda principal, tal y como se desprende de dichoauto de 3 septiembre 2008, aunque no lo hizo respecto de las medidas cautelares que se interesaban, según resolvió en suauto de 13 noviembre 2008.
Debe tenerse en cuenta que el incidente de medida cautelar es autónomo respecto del procedimiento principal y, por otra parte, conforme alartículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su punto1.4º los Juzgados lo Mercantil deben conocer de toda medida cautelar que afecte a patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el número1º, dentro de los que no se incluye el procedimiento principal referido.
Por ello, resulta adecuado mantener el auto recurrido, habida cuenta, además, de que también conforme a lo dispuesto en losartículos 8, 50, 76 y concordantes de la Ley Concursal corresponde al Juzgado Mercantil el conocimiento de la medida cautelar indicada.
Tiene que tenerse en cuenta, que conforme alpunto 4 del artículo 8 de la Ley Concursal, corresponde al Juez de lo Mercantil, Juez del concurso, el conocimiento de toda medida cautelar que afecte a patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que se excluyen el primer punto del mismo precepto.
Por otra parte, y como se ha indicado el proceso cautelar es autónomo respecto de la acción principal, pues tiene un objeto distinto y la competencia viene establecida conforme alartículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con elartículo 8 en su punto 4º de la Ley Concursal, y así cuando el proceso afecta a una entidad sometida a concurso, es competente el Juez que conozca del concurso, Juzgado de lo Mercantil correspondiente, aun cuando la medida cautelar se hubiese interesado antes de la presentación del expediente de concurso, y a pesar de lo dispuesto en elartículo 723.1 LEC ante la exclusividad de la competencia del Juzgado de lo Mercantil en esa materia.
Distinto es el supuesto de procedimiento principal que se rige por lo dispuesto en losartículos 50 y 51 de la Ley Concursal, por tanto, según se trate de nuevos juicios declarativos o continuación de los juicios declarativos pendientes.
En la presente supuesto, la medida cautelar se solicitó junto con la demanda del procedimiento principal en 7 julio 2008, aun cuando elauto de admisión a trámite se dictase por el Juzgado en 3 septiembre 2008 y, posteriormente, el auto por el que se rechazaba la competencia para conocer de la medida cautelar por parte delJuzgado lo fue en 13 noviembre 2008, de modo que, en atención a lo expuesto la competencia corresponde al Juzgado Mercantil de La Coruña, como se ha resuelto en el auto impugnado.
En este sentido se señalaSAP Valladolid, sección tercera, 27 julio 2006, número 133/06 recurso 232/06, con arreglo a la cual "... Han de ser desestimados los anteriores argumentos apelatorios en base a los acertados razonamientos contenidos en la sentencia de Instancia, debiendo añadir, no obstante, que elartículo 5 de la L.E. Civil configura la adopción de medidas cautelares como una modalidad de tutela jurisdiccional, con un tratamiento específico de los elementos objetivos, subjetivos y procedimentales, estructurándose la misma como un proceso que tiene un objeto definido, que es facilitar otro proceso principal, asegurando la efectividad de su resultado, y desde dicha óptica, la competencia para su conocimiento, caso de que el proceso no se hubiere iniciado, corresponde al Tribunal que fuere competente para conocer de la demanda principal, según

dispone elart. 723 L.E. Civil, si bien ello ha de ser interpretado en conjunción con el hecho de la creación de los Juzgados de lo Mercantil y las competencias que de forma exclusiva y excluyente les otorga elartículo 86 ter de la L.O.P.J., pues éstos nacen por L.O. 8/2.003 de 9 de julio, modificada porLey Orgánica 20/2.003 de 23 de diciembre, esto es, con posterioridad a la L.E. Civil, por lo que siendo consecuentes con ello, aunque el proceso de medidas cautelares se conociera ante un Juzgado de Primera Instancia, debido a que la Mercantil todavía no se encontraba sometida a concurso, una vez que se plantea la demanda principal, y partiendo de lo expuesto de que el proceso cautelar es autónomo a la acción principal, en cuanto que tiene un objeto distinto, la competencia viene determinada por lo dispuesto en elartículo 86 ter de la L.O.P.J., y, por tanto, es competente el Juzgado de lo Mercantil, sin que les sea extraña la acción dirigida a exigir responsabilidades a las administradores sociales por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento, pues así lo contempla expresamente elart. 86 ter. 1.6º de la L.O.P.J.; no debiendo olvidar que dichoprecepto, en su núm. 4, establece la competencia de estos Juzgados para conocer de las medidas cautelares que afecten al patrimonio, y si bien en el caso concreto dicha medida se adoptó cuando aun no se encontraba presentado el expediente Concursal de la Mercantil ante la autoridad Judicial, dicho precepto es indicativo a efectos de interpretar el carácter global competencial que la Ley desea otorgar a los Juzgados de lo Mercantil en esta materia Concursal, aparte de que el núm. 3 establece su competencia para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que lo hubiere ordenado, siendo coherente con ello lo dispuesto en elartículo 8 de la Ley Concursal 22/2.003 de 9 de julio, en concordancia con elart. 50 de dicho texto, donde se establece la abstención de los jueces del orden civil antes quienes se interpongan demandas de las que deba conocer el Juez del concurso, privando de validez a las actuaciones que se hubieren practicado; sin que a ello quepa oponer elartículo 723.1 L.E. Civil, en base, precisamente, a la naturaleza autónoma del proceso cautelar, antes referida, y apoyando los anteriores razonamientos lo dispuesto en elart. 51 de la Ley Concursal sobre continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes.
Cuestión distinta es la relativa al acuerdo sobre las medidas que se interesa a resolver por el Juzgado correspondiente, es decir a resolver sobre la adopción de las medidas o rechazo.
En definitiva, se mantiene el auto impugnado y se rechaza el recurso de apelación.": AAP La Rioja 24.07.2009 (JUR 2009/381921; Auto 88/2009; Rollo 83/2009)

3.4.3 Mero criterio de accesoriedad. Competencia del JPI

AP Granada

"H E C H O S.- PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictóauto en fecha tres de Julio de 2008, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "La adopción, previa prestación de caución por importe de SEIS MIL EUROS (6.000 ?) de la medida cautelar solicitada por el Procurador D. Enrique Román Fernández en nombre y representación de TABIQUES ZAMORA S.L. contra PENINSULA PROJECT MANAGEMENT S.L. y SEOP OBRAS Y PROYECTOS S.L. consistente en pagarés entregados y retenciones practicadas entre las demandadas en cuanto sea suficiente para asegurar la cantidad de 50.231,33 ?. A tal fin requiérase a la entidad Peninsula Projet Management S.L. para que en término de 15 dias designe los pagarés entregados a la entidad Seop Obras y Proyectos S.L. y retenciones realizadas a la obra sita en el Residencial Medina Golf de Medina Elvira en Atarfe consistente en la construcción de 191 viviendas.- Se imponen las costas a la parte demandada" (…)
FUNDAMENTOS JURIDICOS.- (…)
SEGUNDO En cuanto a los requisitos concurrentes de apariencia de buen derecho y peligro de mora procesal, en el auto apelado el Juez de Instancia razona los motivos por lo que considera concurrentes ambos requisitos, que trata de desvirtuar aquella representación en su recurso con argumentos nada convincentes en orden a la prueba que se ha de proponer y practicar en éste incidente, cuando el trasfondo de las relaciones que mediaron entre la actora y las dos codemandadas queda relegado a la resolución del pleito principal, donde el examen pormenorizado de las pruebas puede conducir a la estimación o no estimación de la demanda, lo que no empece para que indiciariamente pueda advertirse una posibilidad de razón en la entidad actora, suficiente para la adopción de la medida.
TERCERO Consideraciones aquellas extensibles a la otra codemandada Seop Obras y Proyectos S.L., que queda acentuada ante su declaración de concurso voluntario, que le sirve de apoyo para considerar que el Juzgado de Instancia es incompetente para conocer de la solicitud de adopción de medidas cautelares, en vista delauto de 7 de abril de 2.008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, en base a lo que dispone elArt 8 de la Ley Concursal, alegación extemporánea que hubo de invocarse en la vista con posibilidad de contradicción, si bien se ha de advertir que el invocadoArt 8, en relación con elArt 50, dejan bien a las claras que la competencia o incompetencia del juez del concurso ha de estar referida al conocimiento de la demanda, de la que la medida cautelar es un mero incidente, sin que se tengan noticias de que la representación del apelante haya promovido la abstención, por incompetencia, del Juzgado de Instancia (de no haberla declarado de oficio) para el conocimiento de la demanda contra ella dirigida.": AAP Granada (sección 3) 24.07.2009 (JUR 2009/479538; Auto 118/2009; Rollo 200/2009)

AP Alicante

"PRIMERO.-La actora del juicio ordinario en reclamación de la suma de 63.245'61 euros solicitó como medidas cautelares coetáneas el embargo preventivo de bienes de la empresa demandada y su administración judicial,

concediéndose únicamente la primera de las indicadas, decisión que origina el recurso de apelación de dicha demandada.
El Juzgador de instancia razona la procedencia de esa medida, habida cuenta del allanamiento de la demandada que implica el buen derecho de la actora, así como en el peligro por la demora en la ejecución de la sentencia que se dicte, y en relación a la situación concursal de la demandada argumenta lo siguiente: "que entenderlo de otra forma supondría que la actora no puede acudir todavía al Juzgado de lo Mercantil por cuanto la demanda declarativa es de fecha anterior a la declaración de concurso pero tampoco puede pedir medidas cautelares en este declarativo al haber sido declarado el concurso, lo que le generaría una situación de indefensión al no poder solicitar la tutela cautelar".
SEGUNDO.-El recurso de apelación de la demandada pone de manifiesto que la decisión adoptada contraviene la Ley Concursal, y en concreto los arts. 8, 51.1 y 55 de dicha ley.
Tales argumentaciones no desvirtúan los razonamientos contenidos en el auto apelado, ya que se obvia una circunstancia esencial y esta es que la demanda de juicio ordinario en la que se pedía la adopción de la medida cuestionada, se presentó antes que el concurso y por tanto ha de aplicarse el art. 411 de la L.E.C. que exige resolver los asuntos de conformidad con la situación existente en el momento de presentación de la demanda y en este caso ya se ha dicho que la solicitud de concurso es posterior, por lo que no es aplicable art. 55.1 de la ley Concursal.
El juicio ordinario y sus incidencias habrán de seguir tramitándose hasta el momento en que la sentencia obtenga firmeza, tal y como establece el art. 51.1 de la citada ley, por lo que procede la confirmación del auto recurrido, y consiguientemente la imposición a la parte apelante de las costas de este recurso, según dispone el art. 398.1 de la L.E.C. ": AAP Alicante (Sección 5) 19.10.2011 (Auto 134/2011; Rollo 84/2011)

3.4.4 "Fase declarativa" de las medidas cautelares

AP Valladolid

"PRIMERO.- El juzgador ha estimado la declinatoria formulada por la Administración Concursal de una de las entidades demandadas. Se declara objetivamente incompetente para el conocimiento de la medida cautelar que frente a esta y coetáneamente a la formulación de la demanda interesó por Otrosí la parte actora, ello por entender que es competente para sustanciar y resolver dicha medida el Juez de lo Mercantil que entiende del concurso de acreedores. Argumenta que en un principio el contenido del art. 51 de la Ley Concursal puede suscitar alguna duda sobre la competencia objetiva para el conocimiento de una medida cautelar interesada ante el Juez de Primera Instancia junto con la demanda antes de la declaración en concurso del demandado, al no hacer expresa referencia dicho precepto a las medidas cautelares. Entiende sin embargo que tales dudas deben despejarse a favor del Juez del concurso al que específicamente el art. 8.4 del propio texto legal confiere la competencia para conocer de toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, sin efectuar distingos respecto al momento procesal en que se hubiere solicitado. Ello máxime cuando la medida cautelar interesada consiste en el embargo preventivo de una determinada maquinaria, medida esta que supone un antecedente inmediato a la ejecución y que por tanto no puede ser adoptada por el Juez que conoce de un procedimiento declarativo al margen del concurso sin afectar negativamente a la par conditio creditorum.Frente a dicho pronunciamiento recurre en apelación la parte demandante que interesó la medida cautelar, desgranando una serie de motivos de impugnación que seguidamente analizamos.
SEGUNDO. - Las Medidas cautelares contempladas en el art. 730 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituyen un instituto de carácter instrumental en relación con el proceso principal cuyas resultas tratan de asegurar. Entendemos por lo tanto que cuando ese proceso declarativo principal y la solicitud de las medidas cautelares coetáneas a la demanda que lo pone en marcha se hallen ya en tramitación en la fecha en que se declare el concurso de la demandada, las medidas cautelares habrán de seguir el mismo destino competencial, correr la misma suerte que ese proceso principal al que sirven de instrumento. Ciertamente el art. 8.4º de la Ley Concursal atribuye con carácter exclusivo y excluyente al juez del concurso la competencia para conocer de toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles excluidos de su jurisdicción conforme al párrafo 1º del propio precepto, es decir procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Ahora bien, aunque no se haga expresa mención de límite temporal alguno en el precepto habrá de entenderse que con ello se refiere a las que se interesen una vez declarado el concurso, es decir a las que no pendan de un proceso que para entonces ya se halle en trámite. Así parece aconsejarlo una interpretación conjunta y sistemática de dicho apartado con lo dispuesto en el párrafo 1º del propio precepto, que atribuye también con carácter exclusivo a la jurisdicción del juez del concurso el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, sin hacer mención tampoco a límite temporal alguno, mas sin embargo en los arts. 50 y 51 de la LC se precisa que dicha competencia del juez del concurso se extiende en principio solo a los procesos civiles declarativos cuya demanda sea interpuesta a posteriori de declararse el concurso, continuando tramitándose ante el juez civil correspondiente hasta la firmeza de la sentencia aquellos que al declararse ya se encuentren en tramitación. Ello lógicamente sin perjuicio de aquellos casos en que proceda la acumulación al concurso de dicho proceso declarativo y por lo tanto de la correspondiente pieza las medidas cautelares cuando el juez del concurso, al amparo de la facultad que le atribuye el segundo inciso del párrafo 1º del citado art. 51 LC, así lo decrete por estimar que la resolución que en el mismo recaiga tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
TERCERO. - Lo expuesto ha de entenderse referido a la fase declarativa de las medidas cautelares, pues la fase siguiente, es decir la de su ejecución, deberá quedar en suspenso para alvaguardar la indemnidad del

patrimonio del concursado en aplicación de la cláusula general que se contempla en el art. 55 de la LC, trasladándose desde entonces al juez del concurso la competencia para decidir al efecto. Vamos por lo tanto a estimar el recurso de apelación y a dejar sin efecto la resolución impugnada, rechazando la declinatoria de competencia objetiva formulada por la administración concursal de la codemandada, devolviendo los autos al Juzgado de Primera Instancia cuya competencia se declara para que prosiga con la tramitación de la pieza de medidas cautelares en los términos expuestos precedentemente.": AAP Valladolid (Sección 3) 15.11.2011 (Auto 99/2011; Rollo 510/2011)

3.4.5 Vertiente ejecutiva: medidas anticipatorias. Improcedencia

AP Madrid

"PRIMERO.-La entidad AUTOMÓVILES CITROËN ESPAÑA, S.A. presentó demanda contra SOL MAR ALQUILER DE VEHÍCULOS, S.L. en la que, aduciendo que ésta no había satisfecho las rentas derivadas del alquiler de determinados vehículos de motor, solicitaba la condena al pago de la cantidad adeudada (69.972,25 euros), a la devolución de los vehículos arrendados en número de cuarenta, que especificaba en el anexo 2 del contrato de arrendamiento, y al pago de 10.069,18 euros, conforme a las estipulaciones del contrato para el retraso en la devolución.
Al tiempo, dedujo solicitud de medida cautelar consistente en la restitución inmediata de la posesión de los referidos automóviles.
Admitida a trámite la demanda por Auto de 27 de enero de 2.011, y formada la correspondiente pieza separada para sustanciar la petición de medida cautelar, compareció a la vista la demandada alegando haber sido declarada en concurso de acreedores, mediante resolución de 14 de enero de 2.011, por lo que entendía que, además de no tener competencia el Juzgado de Primera Instancia, debería ser llamada la administración concursal; aportó, además, documentos que justificarían que parte de los vehículos reclamados pertenecían en propiedad a la demandada.
El Juez de Primera Instancia dictó Auto en el que apreció la falta de competencia sobrevenida, así como que la medida excedía de su ámbito, pues suponía la ejecución anticipada de una eventual sentencia estimatoria; por todo ello, denegó la medida.
Tal Auto es recurrido por la demandante, denunciando la infracción del artículo 51.1, en relación al artículo 8, 1º y 4º de la Ley Concursal, y el error en la valoración de la prueba en torno a la concurrencia de los presupuestos de la medida cautelar.
SEGUNDO.-Lo que en el recurso de apelación se plantea es el efecto que deba producir la declaración de concurso, posterior a la presentación de la demanda (pues aunque no consta en el testimonio remitido la fecha concreta de presentación de la misma, no se discute que sea ésta anterior a la declaración de concurso), y antes de la adopción del acuerdo sobre la medida cautelar.
Como es sabido, el concurso tiene una específica fuerza atractiva sobre las reclamaciones singulares de los acreedores, en cuanto éstos, si no gozan del derecho de separación, quedan integrados en la masa, y deben someterse a la ordenada tramitación del concurso para hacer efectivo el principio de la pars conditio creditorum, que impide ejecuciones individuales o medidas que tengan una fuerza equivalente, en cuanto supongan detraer del concurso determinados bienes.
Por eso, si bien el artículo 51 de la Ley Concursal permite la continuación, hasta la firmeza de la sentencia, de los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, a salvo que el Juez del concurso pueda requerir su acumulación, se da una solución distinta a la adopción de medidas cautelares, la cuales, el artículo 8.4 de la citada Ley, somete a la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso en cuanto afecten al patrimonio del concursado.
TERCERO.-No puede aceptar la sala el razonamiento de la apelante, en cuanto sostiene que la medida que interesa en este proceso no afecta al patrimonio de la concursada.
Tal argumentación parte de una petición de principio, cual es la de considerar que la extinción del arrendamiento priva a la arrendataria de todo derecho. Si esa afirmación es cierta, ocurre, sin embargo que es una cuestión que sólo se podrá afirmar en la sentencia definitiva, pues esa es, o puede ser, justamente la cuestión debatida en el juicio.
Pero, en todo caso, la posesión en que se halla la concursada sobre los bienes arrendados es también un activo del patrimonio mientras dure, con independencia de que finalmente se declare ilegitima, y deba cesar.
CUARTO.-Por otro lado, la cautela solicitada constituye un paradigma de las denominadas medidas anticipatorias o satisfactivas, por contraposición a la categoría clásica de medidas puramente conservativas.
Así, son medidas conservativas las que pretenden mantener la situación existente al deducir la solicitud de su adopción. Son anticipatorias, aquellas que adelantan lo que el demandante pretende conseguir con la sentencia estimatoria que postula. En aquéllas, al demandante le interesa únicamente que la situación de hecho existente no se vea alterada, haciendo realmente efectivo el principio ut lite pendente nihil innovetur, que dejaría así de ser una pura ficción a afectos procesales, porque de mantenerse esa situación, la sentencia que puede obtener en su favor no se verá entorpecida en su eficacia. En las anticipatorias, la situación del demandante cambia; no se trata de mantener, sino de innovar, y se coloca a las partes en una posición similar o idéntica (a veces en mejor posición aún) que la que se produciría si hubiera obtenido ya la sentencia favorable.
Esta distinción tiene suma importancia en el tema que se está considerando, pues si con la medida que se pretende se trata de obtener una situación jurídica idéntica, aunque provisional, a la que resultaría de la ejecución de la sentencia estimatoria, habría de entenderse aplicable la misma prohibición que la Ley

Concursal contiene respecto a las ejecuciones separadas de los acreedores, lo que reforzaría, aun más si cabe, al competencia del Juez del concurso para resolver sobre ellas.”: AAP Madrid (Sección 12) 20.10.2011 (Auto 739/2011; Rollo 455/2011)

3.5 Incompetencia del JPI para los pronunciamientos declarativos que quedaron para determinarse en ejecución sentencia

AP Valencia

“PRIMERO.-. La representación procesal de donTomásformuló demanda de ejecución de título judicial mediante dos escritos fechados el día 3 y 5 de octubre de 2006. En lasentencia cuya ejecución se instaba, de 26 de julio de 2006, junto al pago de una cantidad fija y determinada de 28.535,7 ?, se añadía la condena al pago de lo que se determinase en ejecución de sentencia respecto de comisiones que adeudaban al actor [...] presentando, a tal efecto, la correspondiente liquidación.
Admitida a trámite la ejecución, y dado traslado a la parte ejecutada, por ésta se comunicó aljuzgado que había solicitado, por escrito de 10 de octubre de 2006, la declaración de concurso voluntario que se había admitido a trámite porAuto del Juzgado número 1 de lo Mercantil, de 10 de noviembre de 2006.-
Por la resolución objeto del presente recurso, el juzgador de instancia acordó que no procedía la continuación del procedimiento en aplicación de lo dispuesto en losartículos 51 y 8 de la Ley Concursal.-.
Contra dicha resolución se alza la parte ejecutante estimando que el juzgado de instancia debe continuar con la determinación de la suma a percibir por el ejecutante en concepto de comisiones, dado que la naturaleza de la solicitud instancia (artículo 711 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no es la propia de una ejecución contra los bienes del concurso, sino más bien, la de un procedimiento declarativo.
SEGUNDO.- Analizadas las alegaciones de la parte apelante debemos rechazarlas por dos motivos.
En primer lugar, porque cualquiera que sea la tramitación que deba seguirse, nos hallamos en fase de ejecución de sentencia y, laLey Concursal, en su artículo 8-3, expresamente establece que <<Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado>>
En segundo lugar, porque aunque así no fuera, la competencia para conocer que le atribuye la Ley Concursal a los Juzgados de lo Mercantil, no se circunscribe a las ejecuciones, sino también a la fase declarativa de los procedimientos, como así se expone en la Sentencia dictada por la Sección 9ª de esta Audiencia Provincial, ponente la Ilma. Sra. Dña. María Antonia Gaitón Redondo, de 5 de septiembre de 2007, dictada en el Rollo de Apelación número 248/2007, en la que se indica: <<La LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica laLey Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, creó los Juzgado de lo Mercantil con una competencia objetiva establecida en elartículo 86 ter de la LOPJy a los que atribuyó la competencia exclusiva y excluyente para conocer del proceso concursal. A su vez, elartículo 8 de la Ley Concursal (LC), viene a transcribir literalmente lo dispuesto en el citadoartículo 86 ter, 1 LOPJ, siendo su finalidad la de atribuir a dichos tribunales el conocimiento pleno de todas las materias que afecten al patrimonio del deudor en orden a la tramitación de un proceso de ejecución universal, evitando innecesarios e inconvenientes fraccionamientos que incidan en los derechos e intereses de los acreedores, tal y como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la LC al señalar "la LOPJ,... atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor,,,. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.>> // De conformidad con tales premisas, elartículo 8.1º de la LCatribuye al Juez del concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente en "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I delLibro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerán de la acción a que se refiere el Artículo 17.1de éstaLey", y, a su vez, en consonancia con tal atribución exclusiva, el Artículo 50, rubricado "nuevos juicios declarativos", señala en su apartado 1 que los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. Por tanto, se han de entender incluidas en la rúbrica legal delartículo 8.1ª LC, la generalidad de las acciones de condena, ya tengan por objeto una prestación pecuniaria -cual el supuesto de autos-, o de hacer, o no hacer, o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero en tanto en los supuestos de cumplimiento in natura de la prestación debida procederá la sustitución en forma genérica conforme a lo prevenido en la LEC (artículos 701y siguientes)>>
Además, la exposición de motivos de la Ley Concursal nos dice:<<La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.>>
TERCERO.- Por todo lo expuesto debemos concluir con la desestimación del presente recurso y la confirmación de la sentencia de instancia, si bien, al solo hallarse personada en esta alzada la parte apelante

no hacemos expresa condena al pago de las costas causadas en esta alzada.”: Auto AP Valencia 19.10.2007 (JUR 2008/3904)

- 1.º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.

Art. 8.1º

1. Incompetencia respecto de acciones contra terceros codemandados. Deben desacumularse

AP Guipúzcoa

“PRIMERO La parte apelante COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LADIRECCION000 NºNUM000 DE EIBARV, recurre en esta alzada el auto dictado por el juzgado de instancia por el que se declara la falta de jurisdicción de dicho órgano judicial para conocer del presente procedimiento, donde la Comunidad demandante reclama el pago de la cantidad de 8.205,21 euros, por daños en el inmueble comunitario, frente a la promotora Promociones Basaldi S.L. y su aseguradora AXA, y la empresa constructora Construcciones Graisu S.L., actualmente incursa en un procedimiento concursal seguido en elJuzgado de lo Mercantil Nº 2 de Bilbao (concurso necesario 453/08 -F).
El auto apelado estima la declinatoria formulada por Promociones Basaldi con la que se mostró conforme su aseguradora AXA, oponiéndose a la misma la Comunidad de Propietarios demandante. La resolución considera competente al Juzgado de lo Mercantil de Bilbao por aplicación delart. 86 ter de la L.O.P.J (RCL 1985, 1578, 2635). y art. 8º de la Ley Concursal, y frente a tal pronunciamiento la apelante sostiene la competencia del Juzgado de Primera Instancia. Las partes apeladas se oponen al recurso solicitando la confirmación del auto recurrido.
SEGUNDO La Comunidad de Propietarios apelante, que reclama por las pretendidas humedades aparecidas en su edificio, frente a la promotora y constructora del inmueble vecino en el que las demandadas llevaron a cabo su derribo y edificación, recurre el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Eibar que estima la declinatoria planteada por la promotora quien alegó que encontrándose la constructora incursa en el procedimiento concursal seguido ante el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, éste órgano es el competente para el conocimiento del asunto.
La resolución apelada estima la declinatoria mediante una simple remisión a lo dispuesto en elart. 8º de la L. Concursal y en elart. 86.ter de la L.O.P.J.
En relación con la cuestión planteada, elart. 8º de la L. Concursal señala :
"Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962).
Elart. 9º al regular la extensión de la jurisdicciónestablece que "La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal".
Y elart. 86 ter L.O.P.J. establece :
1. Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
"1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere elart. 17.1 de la Ley Concursal
2. Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de.....," una serie de materias ajenas a la cuestión ahora planteada".
Pues bien, ninguno de dichos preceptos atribuye al Juez de lo Mercantíl la competencia pretendida por quien plantea la declinatoria.
Estamos ante el ejercico de dos acciones, una acción civil con trascendencia patrimonial dirijida contra el patrimonio de la concursada Construcciones Graisu S.L., para la que sería competente el Juzgado de lo Mercantil. El problema se plantea porque en una misma demanda la actora acciona frente a una empresa concursada y otra que no está en tal situación y además frente a la aseguradora de ésta, ejercitando la acción por culpa extracontractúal de losart. 1902, 1903, y 1909 del C.Civil (LEG 1889, 27), en base a una solidaridad impropia entre la promotora y la constructora del inmueble vecino, cuyas obras causaron las humedades en el edificio de la actora.
Se trata de una acumulación subjetiva de acciones frente a dos mercantiles distintas, prevista en elart. 72 de la L.E.C., respecto a la que es ineludible hacer referencia a la atribución de competencias que elartículo 86 ter LOPJ hace a los Juzgados de lo Mercantil, porque será a la luz de tal precepto

cómo deberá decidirse respecto de la existencia o no de competencia objetiva de tales órganos para conocer de una de las acciones acumuladas.
Así cuando el Tribunal Supremo alude al criterio de flexibilidad en orden a decidir sobre la procedencia de la acumulación de acciones en relación con la conexidad causal mencionada en elart. 72 LEC -, esto es al nexo que se exige en relación con el título o la causa de pedir, y aconseja admitir la acumulación, exige que al supuesto no le alcanzen las prohibiciones delart. 73 de la L.E.C., que impide la acumulación de acciones cuando el Juez es incompetente por razón de la materia. En definitiva, sin competencia objetiva, no cabe acumulación y por ello no se puede entrar en la valoración de si procede o no aplicar el criterio de flexibilidad. A estos efectos, elartículo 73.1.1.º LEC, lleva al Supremo a denegar acumulaciones cuando se produce infracción de dicha norma. No es posible si el Juez que deba conocer de la principal sea incompetente por razón de la materia o de la cuantía litigiosa para conocer de la acumulada.
Es más, el Tribunal Supremo, cuando ha resuelto supuestos de indebida acumulación por razón de falta de competencia respecto de alguna de las acciones acumuladas, ha querido resaltar que la competencia objetiva es materia de «derecho necesario e imperativo», e incluso ha fundamentado la norma legal contraria a la acumulación cuando existe distinta distribución competencial entre órganos pertenecientes a un mismo orden jurisdiccional.
Atendiendo a dichos principios, el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, competente para conocer sobre las acciones de naturaleza civil dirijidas frente al patrimonio de la concursada Construcciones Graisu S.L., carece de competencia objetiva para conocer sobre una acción dirigida frente a otra demandada ajena al concurso.
Y aunque elart. 72 de la L.E.C. permite "la acumulación y el ejercicio simultáneo de acciones que uno tenga contra varios sujetos, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", trátandose de supuestos de litisconsorcio, hay que distinguir entre los casos de litisconsorcio pasivo necesario, en los que hay que traer al proceso a todos los eventúales afectados, de aquellos casos de litisconsorcio facultativo o voluntario cuando se ejercitan acciones frente a personas que puedan aparecer unidas por vínculos de solidaridad, como acontence en el presente caso en el que la actora demanda solidariamente en base a losarts. 1902, 1903 y 1909 del C. Civil, en los que la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que no es necesario demandar a todos los supuestos responsables del daño (y ello solo para el caso de no poderse individualizar las responsabilidades),porque no existe un litisconsorcio pasivo necesario (S.T.S. 24.3.01 (RJ 2001, 3986) y 29.5.03 (RJ 2003, 5216)).
Por lo tanto, no siendo posible la acumulación de acciones en una única demanda por incompetencia tanto del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la accion ejercitada frente a la promotora, como del Juzgado de Primera Instancia para conocer de una acción instada frente a la constructora en concurso, no cabía la estimación de la declinatoria sino la declaración de oficio por parte del Juzgado de Primera Instancia de su incompetencia para conocer de la demanda frente a la constructora concursada, pudiendo las partes en tal caso, mantener la acción civil contra la promotora y su aseguradora ante el Juzgado de Eibar, o bien optar por reclamar dentro del procedimiento concursal seguido en el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao.
El recurso solo puede estimarse en parte, dada la imposibilidad de atender a la petición de la apelante respecto a la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda en los términos en que se formula.”: AAP Guipúzcoa (Sección 2) 30.12.2010 (AC 2011/780; Auto 138/2010; Rollo 2417/2010)

AP Sevilla

“SEGUNDO: La cuestión planteado en esta alzada ya ha sido resuelta por esta Sala en auto de 12 de marzo de 2.001, por lo que las alegaciones vertidas por los recurrentes han de ser rechazadas por los mismos razonamientos jurídicos que se expresaron en dicho auto; así reiteramos que no hay nada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, o en la Ley Concursal que excepcione la regla del art. 8.1 de la Ley Concursal cuando las acciones de transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado pretendan ser acumuladas a otras dirigidas contra demandados no concursados.
Que el Juez del concurso no sea competente para conocer de las acciones dirigidas contra terceros no concursados que pretendan acumularse a la acción con trascendencia patrimonial que se dirija contra el patrimonio del concursado, como argumenta el recurrente, no significa que el Juez de Primera Instancia lo sea en sentido inverso. Como ponía de manifiesto el Juzgado de Primera Instancia en su resolución, se trata supuestos en los que es preciso desacumular las acciones dirigidas contra concursados y no concursados para que conozcan de ellas distintos órganos.
La competencia del Juez del concurso (que no de cualquier Juez de lo Mercantil) para conocer de tales acciones, cuando se han interpuesto con posterioridad a la declaración de concurso (art. 50 en relación con el 8 LC), y la previsión de que se tramiten por el cauce del incidente concursal (art. 192.1 LC) muestra a las claras que se trata de que el propio Juez del concurso ventile la cuestión de un modo acelerado porque una tramitación ordinaria de la acción de contenido patrimonial contra el concursado ante otro Juez podría impedir que la delimitación de la masa pasiva del concurso y consecuente confección de la lista definitiva de acreedores se hiciera debidamente en un plazo compatible con el ritmo del concurso. Por ello, de modo excepcional, dichas acciones se sustraen a

quien, caso de no hallarse el demandado en concurso, sería el Juez competente y asimismo se sustraen a lo que sería su cauce procesal ordinario para que se tramiten de un modo acelerado.
Pero tal tratamiento competencial y procedimental excepcional no es extensible a otros demandados respecto de los que las acciones que puedan ejercitarse sean en principio acumulables subjetivamente, pues carece de justificación alguna atribuir la competencia para conocerlas a otro Juez distinto del Juez de Primera Instancia o Mercantil (dependiendo de la naturaleza de la acción a ejercitar) al que naturalmente correspondería, así como carece de justificación tramitarlas por un cauce procesal excepcional y abreviado como es el del incidente concursal.
TERCERO.-Hace referencia el recurrente al peligro de resoluciones contradictorias. Ciertamente, el instituto de la acumulación subjetiva de acciones tiene como una de sus justificaciones el evitar la posible contradicción entre resoluciones que se refieran a una misma situación. Pero esa justificación no es absoluta ni el riesgo puede ser evitado en todo caso, puesto que ni la acumulación, en lo que aquí interesa, puede acordarse de oficio, ni en cualquier momento del proceso, ni respecto de cualesquiera tipo de acciones, por lo que es posible que acciones relativas a una misma situación o cuestión se tramiten ante órganos jurisdiccionales diferentes. Y uno de los requisitos básicos para que pueda proceder la acumulación de acciones es que el órgano judicial ante el que se ejercitan las acciones acumuladas sea competente para conocer de todas ellas (art. 73.1.1º LEC).
El supuesto de autos es uno de aquellos en los que dicha acumulación no es posible, porque el Juzgado ante el que se pretenden ejecutar las acciones acumuladas no es competente para el conocimiento de todas ellas, puesto que la competencia para conocer unas (las dirigidas contra los demandados no concursados) corresponde a dicho Juzgado pero no para conocer otra, la dirigida contra el demandado concursado, que no sólo debe tramitarse ante el Juzgado donde se sigue el concurso a cuya delimitación de la masa pasiva coadyuvará la decisión que se adopte respecto de dicha acción, sino que además ha de hacerse por un cauce procesal acelerado.
CUARTO.-La decisión apelada no afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, que como bien sabe el recurrente es un derecho fundamental de configuración legal que se presta conforme a lo previsto en las leyes orgánicas y procesales, ni al proceso sin dilaciones indebidas, puesto que la única dilación es la que proviene de la indebida acumulación de acciones y del recurso que la parte ha decidido interponer.
QUINTO.-En cuanto a la unificación del criterio seguido por los órganos jurisdiccionales de primera instancia a que se hace referencia en el recurso, esta Sala sólo tiene por función resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia, no dar instrucciones a los Juzgados sobre cómo deben tramitar los procedimientos, se haya interpuesto o no recurso.
Por otra parte, son reiteradas las resoluciones de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que conoce de las apelaciones contra las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil [por todas, Autos de 30 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/305826), 20 de febrero (EDJ 2006/87545) y 13 de marzo de 2006 (EDJ 2006/274388)], que rechazan la posibilidad de acumulación subjetiva de acciones cuando para conocer una de ellas es competente el Juzgado Mercantil y para conocer de la otra lo es el Juzgado de Primera Instancia.
Sobre esta concreta cuestión de la improcedencia de la acumulación de acciones contra los distintos agentes de la edificación cuando uno de ellos está declarado en concurso, se ha pronunciado específicamente la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su Auto núm. 201/2009, de 27 de noviembre, que ha considerado correcta la declaración de incompetencia del Juzgado de Primera Instancia respecto de la acción dirigida contra la promotora concursada, así como infundada la pretensión de los demás agentes de la edificación codemandados de que todas las acciones se conocieran acumuladamente por un solo órgano judicial (si bien se pretendía que fuera el Juzgado Mercantil).”: AAP Sevilla (Sección 6) 30.06.2010 (Auto 119/2010; Rollo 7970/2009)

AP Tarragona

“PRIMER. Del que resulta de les actuacions, es va interposar demanda, conforme a la Llei d'ordenació de l'edificació, contra la constructora, Fran-Matt Torredembarra, S.L., que estava en procés concursal; la promotora GRUPO EUROCASA XXI, S.L.; l'arquitecte Teofilo; l'aparellador Remigio i l'aparellador Jose Ramón, demanant-se la condemna solidària dels codemants -o d'alguns d'ells en algun cas-a reparar l'edifici.
Per Interlocutòria de data 4-6-2008 es va admetre la demanda respecte a tots excepte Fran-Matt Torredembarra, S.L., ja que respecte a aquesta "queden los autos en la mesa de SSª para resolver"; aquesta resolució no va ser impugnada, continuant-se el procediment; per Interlocutòria de data 19-12-2008 es va acordar, conforme l' art. 50 de la Llei concursal, l'arxiu de les actuacions respecte a la concursada Fran-Matt Torredembarra, S.L., al estar en concurs quan es va presentar la demanda, sense perjudici de l'actor d'instar procediment contra la concursada davant del Jutjat Mercantil.
Contra l'anterior resolució interposa recurs d'apel·lació Remigio i impugnació GRUPO EUROCASA XXI, S.L., al·legant ambdós infracció de l' art. 50 LC per no haver-se arxivat el procediment respecte a tots els demandats.
SEGON. Procedeix desestimar el recurs i la impugnació.
En primer lloc, i és motiu ja de desestimació, no poden els recurrents impugnar ara la Interlocutòria de data 19-12-2008, que va acordar l'arxiu de les actuacions respecte a la concursada Fran-Matt

Torredembarra, S.L., demanant al seu recurs l'arxiu del procediment respecte a tots els demandats, quan no van impugnar la Interlocutòria de data 4-6-2008, que va admetre la demanda respecte a tots excepte Fran-Matt Torredembarra, S.L., ja que des de la demanda sabien que Fran-Matt Torredembarra, S.L. estava en concurs, per la qual cosa, si varen consentir -al no impugnar-que s'admetés la demanda respecte a ells, no poden anar ara contra dels seus propis actes i voler ara que s'arxivi el procediment respecte a tots els codemandats quan la situació de concurs d'un dels codemandats, i que fonamentaria la seva petició d'arxiu respecte a tots, ja l'ha coneixien des del moment d'interposar-se la demanda.
Podem dir, a més, que és evident que el que es va produir a la demanda va ser una acumulació subjectiva d'accions, al demandar-se a varis subjectes; que el jutjat competent per a conèixer de la possible responsabilitat de la concursada Fran-Matt Torredembarra, S.L. no podia ser mai el Jutjat de 1a Instància sinó el Jutjat Mercantil, conforme l' art. 8 LC i l' art. 86 ter LOPJ, al afectar l'acció exercitada al patrimoni del concursat; que l'acumulació subjectiva d'accions feta a la demanda no era admissible, conforme l' art. 73.1 LEC, al no tenir doncs el jutjat de 1a instància competència objectiva per a conèixer d'una de les accions exercitades -la dirigida contra la concursada Fran-Matt Torredembarra, S.L.-, per la qual cosa el que havia d'haver fet el Jutjat de 1a instància era aplicar l' art. 73.4 LEC : Requerir a l'actor, abans d'admetre la demanda, perquè subsanés el defecte de la seva demanda, mantenint les accions l'acumulació de les quals fos possible, i, si no ho subsanava al voler continuar amb l'acumulació feta a la seva demanda o es mantingués la circumstància de no acumulabilitat, procedir a arxivar la demanda sense més tràmits. En conseqüència, si una de les persones contra la que es dirigeix la demanda està declarada en concurs, no és mai possible acumular a les accions que es dirigeixen contra ella les accions que es dirigeixen contra altres possibles responsables, encara que ho siguin solidàriament, per aplicació de l' art. 73 LEC. I això sense perjudici d'instar l'acció contra la concursada, si interessa a l'actor, davant del Jutjat Mercantil, no produint-se problemes de litisconsorci passiu necessari al ser solidària la responsabilitat dels mateixos.
Però, a més, no seria tampoc d'aplicació l' art. 50 LC, en el que es fonamenta la resolució impugnada i els recurrents, el qual no preveu ni regula el supòsit d'acumulació indeguda d'accions, com és el present cas, sinó el de que davant d'un jutge de 1a instància s'interposi una demanda de la qual hagi de conèixer el jutge del concurs, preveient que, en aquest cas, s'ha d'abstenir de conèixer i ha de prevenir les parts perquè exerceixin el seu dret davant el jutge del concurs. Si la demanda s'admet a tràmit, s'ha d'ordenar l'arxivament de totes les actuacions, sense que tinguin validesa les actuacions que s'hagin practicat. Per tant, no hi hauria la infracció de l' art. 50 LC que al·leguen els recurrents per no ser aquest precepte el pròpiament aplicable al cas.
En definitiva, si bé és cert que era defectuosa la demanda, al acumular indegudament les accions, ja que una de les codemandades estava en concurs; i que ha estat incorrecte la tramitació processal feta pel Jutjat, al no aplicar l' art. 73.4 LEC, són també incorrectes els recursos aquí interposats, per les raons abans dites. ": AAP Tarragona (Sección 3) 04.05.2010 (Auto 121/2010; Rollo 545/2009)

AP Oviedo

"PRIMERO.- La Sentencia de fecha 12 julio 2010 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo en el Incidente Concursal 458/2009 acuerda condenar a la aseguradora Axa al pago a la demandante "Telefónica de España, S.A." la suma de 3.067,38 euros, con aplicación en materia de intereses de lo dispuesto en el art. 20 L.C.S. Frente a tal pronunciamiento se alza en apelación la compañía aseguradora Axa alegando en el recurso primeramente que la franquicia contenida en la póliza de seguro firmada con la concursada "José María Díaz González, S.A." no puede merecer la naturaleza de cláusula limitativa de los derechos del asegurado que le otorga la recurrida, y como segundo motivo del recurso que tampoco le pueden ser impuestos los intereses del art. 20 L.C.S. toda vez que habiendo ocurrido el accidente el 3 septiembre 2007, la primera noticia que tuvo la aseguradora lo fue el 26octubre 2007 cuando la perjudicada le comunicó su reclamación.
SEGUNDO.- Al margen de los concretos términos en que aparece articulado el recurso de apelación, la primera consideración que cabe realizar es la relativa a la indebida acumulación de las acciones que se ejercitan en la demanda de incidente concursal que aquí nos ocupa. Efectivamente, la parte actora "Telefónica de España, S.A." dirige su demanda frente a la concursada "José María Díaz González, S.A." y frente a la compañía aseguradora Axa, solicitando la condena conjunta y solidaria de ambos codemandados a que le indemnicen en la cantidad de 3.067,38 euros en concepto de los daños causados como consecuencia de las obras realizadas el día 3 septiembre 2007 en el campo de golf de La Llorea, Gijón, en el curso de las cuales resultaron afectadas diversas instalaciones que eran propiedad de la demandante. Como premisa inicial para el examen de la cuestión procesal arriba apuntada habremos tener en cuenta que la competencia objetiva del Juez del concurso viene delimitada, entre otras materias, en el art. 8-1º L.C. a "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", siendo así que la acción indemnizatoria dirigida en este caso frente a la compañía aseguradora Axa aparece situada extramuros de la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil. Debe añadirse a lo anterior que la posibilidad de acumulación subjetiva de acciones, como la que aquí se pretende, viene condicionada en el art. 73-1-3º LEC a que "el tribunal que deba conocer de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas", razones

que conducen a entender que el Juzgado debió requerir ad limine a la parte actora para que procediera conforme los términos que señala el art. 73-3 LEC, acordando en último caso el archivo de la demanda sin más trámites. Pero es que, en cualquiera de los casos, un pronunciamiento condenatorio como el que se contiene en la Sentencia aquí apelada, que deriva del ejercicio de una acción que se desenvuelve completamente al margen de la relación de intereses del concurso -como es la acción directa ex art. 76 L.C.S. que Telefónica dirige frente a la compañía aseguradora de la concursada- carece en última instancia de cualquier operatividad, pues el Juez del concurso tampoco tendría competencia para conocer de la eventual vía ejecutiva que la parte vencedora pudiera instar en su momento, y ello al venir limitado dicho ámbito competencial en el ordinal 3º del art. 8 L.C. únicamente a las ejecuciones "frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado", pero no frente a los de un tercero como es el caso de su aseguradora. Llegados a este punto, teniendo asimismo presente que no nos hallamos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, en el que la correcta constitución de la relación jurídico-procesal pudiera exigir la presencia en la litis de la totalidad de los afectados por un posible pronunciamiento condenatorio, sino ante un litisconsorcio puramente voluntario al dirigirse la demanda frente a dos codemandados que se encuentran ligados por un vínculo de solidaridad de naturaleza legal (art. 76 Ley Contrato Seguro y art. 1144 C.Civil), la conclusión no puede ser otra que la de declarar de oficio, y al amparo de lo dispuesto en el art. 48 LEC la falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la demanda ejercitada frente a la compañía aseguradora Axa, declarando la nulidad de todo lo actuado en relación con dicha parte codemandada, y dejando a salvo el derecho que asiste a la actora "Telefónica de España, S.A." para ejercitar su derecho ante los Juzgados de Primera Instancia.": SAP Oviedo (Sección 1) 02.10.2012 (Sentencia 369/2012; Rollo 440/2011)

"1. ¿Debe admitirse a trámite una demanda en la que aparece como demandado el concursado en unión de otras terceras personas? ¿Debe acumularse un procedimiento en el que el concursado figura como demandado en unión de terceras personas?
El artículo 8 atribuye competencia al Juez del Concurso únicamente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concusado. Por su parte, el artículo 50 dispone que los jueces del orden civil ante quienes se interponga una demanda de la que deba conocer el Juez del Concurso, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen su derecho ante aquél. Por tanto, el parecer mayoritario, que no unánime, es entender que nos hallaríamos ante una indebida acumulación de acciones, por carecer, el Juez de Primera Instancia o el Juez de Concurso, de competencia objetiva para conocer de una de las dos acciones (artículo 73 de la LEC), que deberá resolverse en la forma establecida en elúltimo apartado del precepto citado, esto es, requiriendo al actor por cinco días para que subsane el defecto.
En cuanto a los procedimientos en trámite, también de forma mayoritaria, se entiende que no han de acumularse al concurso, por no ser el pleito competencia del Juez del Concurso (artículo 51), aun cuando pudiera tener trascendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores. Deberá continuar el procedimiento hasta la firmeza de la sentencia, suspendiéndose la ejecución que pueda dirigirse contra el deudor (artículos 51 y 55 de la LC)": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDASESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 1.

1.1 Acciones de responsabilidad contra los administradores ex LSA o LSRL

"3°.- En el plan de liquidación los administradores concursales advierten de la existencia de demandas de responsabilidad contra los administradores de PAIS LAGO S.L. y de la conveniencia de acordar su acumulación al concurso (sólo se menciona el juicio ordinario n°. 288/2004, del Juzgado de Primera Instancia de Muros, a instancia de Comercial Maquinaria Feria del Tres S.L.). No se precisa de qué tipo de responsabilidad se trata, pero ha de suponerse que en esos procesos que se siguen al margen del concurso se pretende la responsabilidad por deudas de los administradores al amparo del artículo 105.5 de la LSRL, o de acciones individuales de responsabilidad del artículo 135 de la LSA (por remisión del articule 69 de la Ley de limitadas). Pues bien, en cualquiera de esos dos casos no es posible acumular al concurso los juicios que se siguen contra los administradores puesto que no se trata de acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de la concursada (artículo 8. 1° LC) ni de ninguna otra sobre la que el juez del concurso tenga competencia exclusiva y excluyente. En todo caso, el interés del concurso y la concurrencia de las circunstancias prevenidas en el artículo 48. 3, obligan a examinar de oficio la conveniencia de acordar el embargo preventivo de los bienes de los administradores de la concursada, sobre el que se resolverá en auto aparte.": Auto JM-1 La Coruña 12.12.2005 (Concurso 49/2004)

1.2 Admisión de incidente concursal acumulando la reclamación contra la concursada y la de responsabilidad social de su administrador

“PRIMERO Con fecha 16 de julio del año 2008, se dictó Auto en la primera instancia, en el que, y entre otros extremos, se acordaba no admitir la demanda dirigida contra D.Landelino, al considerar que la cuestión dirigida contra el mismo era impertinente, resolución que constituye el objeto del presente recurso de apelación interpuesto por la representación de D.Edmundoy al que se ha opuesto la representación de D.Landelino.
SEGUNDO El primer problema que se suscita para esta Sala, lo constituye, la falta de motivación clara sobre las causas que han llevado al Juzgador de instancia, a no admitir la demanda formulada contra o frente a D.Landelino, ya que tan solo se razona en el Auto apelado, que dicha demanda es una cuestión impertinente, con amparo legal en elart. 194.2 de la Ley Concursal, argumento éste, que como antes afirmábamos hubiera requerido, que el Juzgador razonara el por qué de dicha impertinencia.
Al margen de lo expuesto, esta Sala por las razones que se dirá, ha de revocar dicha resolución.
TERCERO En primer término, elart. 192 de la L. Concursal, al señalar el ámbito del incidente concursal, en su apartado primero, señala que dicho incidente abarca todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley, otra tramitación. Elart. 194 de la misma ley, en orden a la inadmisibilidad de la demanda incidental, distingue entre aquellas causas que se pueden denominar genéricas, en el sentido de que son causas que encuentran su razón en la LECivil, y las especificas, que vienen referidas a que la cuestión planteada sea impertinente o carezca de entidad suficiente para tramitarla por la vía incidental. La pertinencia o no de la cuestión que se suscita con la demanda, pasa por realizar tras el estudio de la acción que se ejercita, un juicio de valor, sobre si la cuestión planteada es o no ajena al concurso, ya que de dicha ajeneidad, depende la impertinencia y se su conexión, la pertinencia.
En el presente caso, nos encontramos ante un supuesto que podríamos denominar de acumulación de acciones, frente a la Sociedad Agro y Comer S. L, y el Administrador UNICO de la misma, D.Landelino, persona esta, que además es la que figura como la persona física que percibió el importe de los cheques bancarios que se aportan con la demanda incidental. Ambas acciones, están tan íntimamente relacionadas entre sí que difícilmente pueden escindirse, ya que la responsabilidad objetiva de los administradores de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, viene impuesta como sanción por el incumplimiento por parte de los mismos de determinadas obligaciones impuestas por dicha Ley especial, constituyéndose, por tanto, una solidaridad propia de origen legal entre la sociedad y sus administradores por las deudas sociales; y si bien es cierto que el acreedor podría teóricamente dirigirse indistintamente a uno u otro deudor o contra todos ellos, al ser deudores solidarios, no es menos cierto que en la práctica la responsabilidad de los administradores no podrá ser declarada sin previa declaración de la existencia de una deuda social de la que se les pueda hacer responsables solidarios.
Esta intima conexión, es lo que conlleva, que la cuestión que se plantea en la demanda incidental frente al ADMINISTRADOR UNICO, no sea impertinente, y por consiguiente, la demanda deducida frente al mismo, haya de ser admitida.
Se estima por ello, el recurso interpuesto, revocándose en lo referente a la cuestión suscitada elAuto de fecha 16 de julio del año 2008.”: AAP Ciudad Real (Sección 2) 16.02.2009 (JUR 2009\189930)

1.3 Admisión en caso de litisconsorcio pasivo necesario

AP Madrid (sección 13)

“Contra esta resolución interpusieron las demandantes el recurso de apelación que ahora decidimos en el que, más que una impugnación directa de su contenido, efectúan una reflexión en torno a la atribución competencial que losartículos 8-1 y 86 ter 1.1º de la Ley Concursal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respectivamente, realizan a favor de los Juzgados de lo mercantil, distinguiendo los efectos que se producen entre el litisconsorcio pasivo voluntario y el litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos de acumulación subjetiva de acciones, para concluir señalando la conveniencia de que en el último caso la competencia corresponda con carácter único al juez del concurso. Al efecto reproduce las posiciones doctrinales existentes sobre la materia y cita los pronunciamientos emitidos por diversos órganos judiciales. El motivo o fundamento cuarto lo dedican a combatir el pronunciamiento del auto (mejor la fundamentación del auto) en materia de costas, invocando la disparidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la cuestión debatida como causa determinante de la conveniencia de no hacer condena. El escrito concluye con la petición de que "se acuerde la elevación de los autos a la Audiencia Provincial de Madrid, a la que suplico dicte sentencia (debe entenderse auto) por la que, revocando la de instancia estime el recurso de apelación interpuesto por esta representación".
TERCERO Junto a la acumulaciónobjetiva voluntaria de acciones a que se refiere elartículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (El actorpodrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado), existe la acumulaciónsubjetiva, también voluntaria, de

acciones, en virtud de la cual, según dispone elartículo 72, párrafo primero,podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que unotenga contra varios sujetos o varios contra uno y, aunque no lo diga expresamente el precepto, las acciones que varios tengan contra varios (acumulación mixta), siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título ocausa de pedir -artículo 12-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -. Además de estas modalidades elartículo 12-2 regula la acumulación subjetiva de acciones forzosa, impuesta por la ley o por la naturaleza de la relación jurídica que es objeto de procedimiento, esto es, cuando se da el caso de litisconsorcio pasivo necesario que surge, según el precitado artículo, cuando por razón de lo que es objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo puede hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.

La razón de ser de esta figura procesal descansa en los principios, incluso de rango constitucional, de que nadie puede ser condenado sin haber gozado de la oportunidad de ser oído en juicio -nemo debet inaudita damnari-, presunción de veracidad de la cosa Juzgada, imposibilidad de extender los efectos de la sentencia a los que no han sido parte en el juicio y, en suma, la inconveniencia de fallos contradictorios en un mismo asunto - Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1985,3 de febrero y25 de septiembre de 1987,1 de marzo y6 de junio de 1988,23 de mayo de 1989,18 de diciembre de 1989,24 de abril,23 de julio,16 y24 de octubre y19 de diciembre de 1990,20 de junio y26 de septiembre de 1991,19 de marzo de 1993,30 de octubre,14 de noviembre de 1995,22 de octubre de 1998,16 de febrero de 2000,31 de enero y19 de julio de 2001,19 de julio de 2001 entre otras muchas, y del Tribunal Constitucional 60/82,67/86,112/87,58/88, de 6 de abril y123/89, de 6 de julio. El litisconsorcio necesario, en definitiva, tiene como finalidad procurar que la relación jurídico-procesal este constituida con todas las personas que en atención a su situación, vinculo o titularidad respecto a la relación material objeto del pleito, han de quedarnecesariamente afectadas por la sentencia que se dicte -auto de 8 de abril de 1991,Sentencias 23 de marzo de 1992,5 de mayo de 1994,12 de abril y16 de noviembre,20 de diciembre de 1996 y14,16 de julio de 1997 y23 de febrero de 1998 -; por eso su carencia constituye la falta de un presupuesto preliminar al fondo, que deriva de la ineptitud jurídica del sujeto demandado para soportar de modo exclusivo y único, con la calidad que se le atribuye, las consecuencias jurídicas que se pretenden, esto es, resulta inidóneo jurídicamente, pese a ser parte capaz procesalmente, para ser sujeto pasivo de la relación jurídica en la forma que se deduce. En consecuencia, es preciso demandar en el mismo proceso a todos los sujetos cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate, dado que todos ellos se verán afectados por la sentencia que se dicte.

La raíz de este litisconsorcio necesario se encuentra en la inescindibilidad de la relación jurídico material controvertida, bien porque la ley así lo establece directa y expresamente (litisconsorcio propio), bien cuando la naturaleza de dicha relación o negocio jurídico y la causa de pedir sea única e inseparable (litisconsorcio impropio), de modo que, de dividirse la contienda, la resolución judicial conculca el derecho a la tutela judicial y provoca la indefensión de aquella parte que, sin darle la oportunidad de ser oída en el juicio, le resulta impuesta una resolución en virtud de la eficacia de la cosa juzgada.

Por todo ello, cuando lo que se dilucida en el litigio es la validez y la eficacia de un contrato es imprescindible que todos cuantos intervinieron en su perfección sean llamados al proceso, como ocurre en este caso en el que, además, dado que las promotoras-vendedoras eran titulares del 50% proindiviso de la finca en la que se llevaba a cabo la construcción de los locales objeto de la compraventa, su intervención conjunta en un procedimiento único viene impuesta por elartículo 1139 del Código Civil, al tratarse del cumplimiento de una obligación mancomunada indivisible.

Llegados a este punto en que resulta obligada la acumulación subjetiva de acciones, surge el interrogante de cual ha de ser el órgano jurisdiccional objetivamente competente para conocer del litigio, dado que una de las sociedades demandadas, Cosmani, S.L., se halla en situación declarada de concurso voluntario con anterioridad a la presentación de la demanda. Esto es, si el juez del concurso únicamente puede conocer de la acción que afecta a la sociedad concursada, correspondiendo al juez civil común no especializado la decisión de la acción que atañe a la sociedad que no se halla en concurso, o si, en razón a la inescindibilidad de la relación contractual que da causa a la controversia, debe asumir el enjuiciamiento de las acciones acumuladas ejercitadas frente a las dos sociedades vendedoras.

El artículo 86 ter, 1-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por la Ley 8/2003, de 9 de julio, coincidente con elartículo 8 de la Ley Concursal 22/2003, atribuye a los juzgados de los mercantil el conocimiento,con carácter exclusivo y excluyente, entre otras materias, de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado". A su vezel artículo 50 de la Ley Concursal dispone en su apartado 1, que los jueces de orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las

demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
Así pues, considerando que: a) las acciones se ejercitan con posterioridad a que Cosmani, S.L. fuese declarada en situación de concurso voluntario; b) son de trascendencia patrimonial para la concursada; c) su conocimiento compete de modo exclusivo y excluyente al juez del concurso; d) la causa en que se sustenta la demanda (resolución del contrato de compraventa en que intervinieron las demandadas como vendedoras) es inescindible, sin que, por tanto, sea posible dividir el proceso en dos, uno ante la jurisdicción civil común y otro ante los juzgados especializados en materia mercantil; y e) la existencia de terceros no sujetos al juez del concurso no es razón bastante para eludir la atribución en bloque del asunto a dicho juez; la conclusión, dado el carácter especial de losartículos 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede ser otra que la de derivar al Juzgado de lo Mercantil, en atención al carácterexclusivo y excluyente de su atribución legal, la competencia por razón de la materia para conocer de las acciones de trascendencia patrimonial que se dirijan contra la concursada, puesto que, además, en algunos casos la propiaLey Concursal admite la posibilidad de que el juez del concurso conozca de acciones dirigidas contra terceros que han sido parte en el acto impugnado, como sucede en el caso que prevé elartículo 72-2 de la Ley Concursal.
En este mismo sentido se ha pronunciado la18 de octubre de 1999, tomando en consideración el carácterexclusivo y excluyente de la atribución.": AAP Madrid (Sección 13) 17.12.2010 (JUR 2011/107071; Auto 341/2010; Rollo 667/2010)

AP Madrid (Sección 21)

"PRIMERO.-Materiales y Gases Industriales S.A. presentó demanda de juicio verbal, tramitado por el Juzgado como juicio ordinario, contra Popular de Renting S.A., solicitando se declarara resuelto el contrato de renting celebrado y se condenara a la demandada al pago de 2.010 euros como indemnización de daños y perjuicios, más intereses.
El contrato de renting, un contrato de arrendamiento de equipo, se había concertado inicialmente con Minorplanet Systems S.A., habiéndose cedido después, en todo o en parte, a la demandada Popular de Renting S.A. que al contestar a la demandada alegó un defecto de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido traída al procedimiento Minorplanet Systems S.A., declarado en concurso necesario por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid en auto de 27 de enero de 2005.
En la audiencia previa celebrada el 20 de diciembre de 2006 la demandante se mostró conforme con el defecto denunciado de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que el Juzgador suspendió el acto, y concedió a la parte actora un plazo de diez días para dirigir la demanda contra la litisconsorte Minorplanet Systems S.A.
En consecuencia, si las partes se mostraron conforme en el acto de la audiencia previa con la existencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario, y el Juzgador así lo admitió, de tal situación litisconsorcial debemos partir, sin que pueda la parte demandante y ahora apelante cuestionar en el recurso la concurrencia del litisconsorcio pasivo necesario que admitió en el acto de la audiencia previa.
Por providencia de 10 de enero de 2007 se acordó emplazar a Minorplanet Systems S.A., la cual planteó una declinatoria al entender que el conocimiento del proceso correspondía al Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso, careciendo de competencia objetiva el Juzgado para conocer del asunto.
Tanto la demandada Popular de Renting S.A. como el Ministerio Fiscal se mostraron conforme con la cuestión planteada a través de la declinatoria, dictándose el auto objeto de este recurso de apelación, que estima la declinatoria formulada, absteniéndose el Juzgado del conocimiento de los autos, resolución que es recurrida en apelación por la parte demandante Materiales y Gases Industriales S.A.
SEGUNDO.-Desde luego la falta de competencia objetiva del Juzgado por corresponder el conocimiento del asunto a los Juzgados de lo Mercantil se puede suscitar a través de una declinatoria, como resulta de lo dispuesto en los artículos 49,63 y 65.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a los artículos 86 ter. 1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8,49 y 50.1 de la Ley Concursal.
TERCERO.-El Juez del concurso tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer de todas las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a los que se refiere el Título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 8 de la Ley Concursal y 86 ter. 1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).
Lo anterior evidencia que de la acción ejercitada contra Minorplanet Systems S.A. sólo puede conocer el Juez del concurso, con facultades exclusivas y excluyentes para ello.
Si estuviéramos ante una simple acumulación subjetiva de acciones, sin situación de litisconsorcio necesario alguno, podríamos plantearnos perfectamente la competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la acción ejercitada frente a la sociedad que no se

halla en situación concursal, pero en este caso nos encontramos ante una situación admitida de litisconsorcio pasivo necesario, que hace inescindible las pretensiones ejercitadas contra los demandados, uno de los cuales se halla en situación concursal,y que no puede tener otra solución procesal que atribuir la total competencia del asunto, afectada, como hemos dicho, por una situación de litisconsorcio pasivo necesario, al Juez de lo Mercantil que conoce del concurso necesario de uno de los demandados y litisconsortes. Esto es lo que se estimó, en supuestos similares, por los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de junio de 2007 (Sección 15º) y 28 de septiembre de 2009 (Sección 14º).
Naturalmente, ante una situación aceptada de litisconsorcio pasivo necesario, la concreta determinación de las obligaciones de cada una de las demandadas requiere la tramitación del proceso contra ambos por el Juzgado objetivamente competente, que en este caso entendemos que es el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid que conoce del concurso necesario de la codemandada Minorplanet Systems S.A., tal y como ha estimado el auto impugnado. ": AAP Madrid (Sección 21) 29.06.2010 (Auto 149/2010; Rollo 487/2008)

AP Madrid (Sección 28)

"PRIMERO.-Los recurrentes se muestran disconformes con la decisión del juez de primera instancia de abstenerse de conocer del litigio por el que aquellos promovieron acciones de rescisión y/o nulidad como consecuencia de una cadena de trasmisiones que afectaban a la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Illescas con el nº 8611, mediante las que fue sucesivamente vendida por la entidad Azateca a Grúas Metalbo SA, posteriormente por ésta a Leyten Europea SL y, por último, por ésta nuevamente a Grúas Metalbo SA, que a su vez gravó dicho inmueble con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros de Cataluña.
El motivo de tal abstención radica en que el juez advirtió que había sido declarada en concurso una de las entidades codemandadas, Grúas Metalbo SA (ahora Fábrica Española de Grúa Torre SA), con anterioridad al inicio del proceso declarativo.
Los recurrentes consideran que el juez habría aplicado incorrectamente la Ley Concursal, porque no se trataría de un supuesto atribuido a la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso al afectar el litigio a otras empresas ajenas a dicho proceso universal, lo que justificaría que el pleito prosiguiese ante el juez de primera instancia.
SEGUNDO.-El primer acercamiento al problema exige tener en cuenta que conforme a lo previsto en el artículo 50 de la Ley Concursal si un Juzgado de Primera Instancia, erróneamente o por desconocimiento de que el concurso hubiese sido ya declarado, hubiese admitido a trámite una demanda de un proceso declarativo seguido contra el concursado que se hubiere iniciado tras la declaración del concurso y del que debiera conocer el juez de éste, habría aquél de ordenar el archivo de las actuaciones, previniendo a las partes que usasen de su derecho ante el juez del concurso, careciendo de validez las actuaciones que se hubiesen practicado.
Tal previsión legal, que es terminante, resulta aplicable al caso de autos, pues: 1º) se trata de un asunto que incumbe a la competencia del juez del concurso, conforme a lo previsto en el artículo 8 de la LC, pues las actuaciones se refieren a acciones con trascendencia patrimonial para el concursado, ya que afectarían a un bien formalmente de su propiedad; y 2º) estamos ante un proceso declarativo iniciado el 27 de julio de 2007, sin que se discuta que se trata de fecha posterior a la declaración de concurso de Grúas Metalbo SA (ahora Fábrica Española de Grúa Torre SA), luego ha de entrar en juego la regla del artículo 50 de la LC.
TERCERO.-La implicación, además del concursado, de terceros no será óbice para la aplicación de la regla procesal enunciada cuando no haya manera alguna de escindir el litigio por darse un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario que exija que todos ellos deban ser demandados de modo conjunto (lo que ocurre, a tenor del artículo 12 de la LEC, cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados). La presencia de terceros en el proceso que, por la índole de la contienda, no pudieran ser demandados por separado no sería razón suficiente para eludir la atribución en bloque del asunto a favor del juez del concurso conforme a normas de carácter especial (artículos 86 ter de la LOPJ y 8 de la Ley Concursal), que han de prevalecer sobre las generales en materia competencial (artículo 85 de la LOPJ y 45 de la LEC).
Así ocurre en el presente caso, ya que precisamente la entidad concursada ha sido parte en todas y cada una de las operaciones en cadena cuestionadas en la demanda, que afectan a un mismo inmueble sobre cuya transmisión se polemiza, siendo además precisamente aquélla la última adquirente del mismo. No hay manera, por lo tanto, de eludir la competencia del juez del concurso para debatir sobre la suerte de esas operaciones que afectan a la titularidad de un inmueble en principio llamado a estar incluido en el activo del concurso de Grúas Metalbo SA (ahora Fábrica Española de Grúa Torre SA), por más que en aquéllas hayan sido parte, con la concursada, terceras sociedades, que también deberían serlo en el litigio promovido por la actora para plantear si procede declarar la rescisión o la nulidad de

tales negocios, con las consecuencias correspondientes.”: AAP Madrid (Sección 28) 29.10.2010 (Auto 146/2010; Rollo 216/2010)

AP Pontevedra

“La imposibilidad de admitir la demanda contra la concursada determina, sin duda, la falta de competencia objetiva del juez del concurso respecto del resto de demandados, pues sólo es competente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado(art. 86 ter 1.1º LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) yart. 8.1º LC).
Es únicamente la relación con el concursado la que podría determinar la ampliación subjetiva de la litis a personas distintas de aquél. Pero, aún tratándose de una cuestión no resuelta expresamente por la LC, esta ampliación subjetiva mediante una acumulación de acciones es excepcional. En efecto, cuando elart. 8 de la Ley Concursal -en relación alart. 86 ter-1 LOPJ - atribuye competencia objetiva al Juez de lo mercantil sobre el concurso y dentro de él, exclusiva y excluyente sobre acciones dirigidas contra el patrimonio del concursado, está acotando de forma negativa y positiva tal competencia, en modo tal que su excepción, basada en la atribución de competencias sobre acciones dirigidas contra terceros diversos al concursado, sólo puede encontrar como excepción, acciones que tengan un objeto único en las que fuera la pretensión la que englobara dos acciones diferentes cuya acumulación fuera permitida porque se tratara del mismo objeto, en suma, en aquellas pretensiones que no fuera factible separar la co-pasividad sin riesgo de dividir la continencia, criterio que debe ser el que determine igualmente la posición a asumir respecto de los casos de planteamiento de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, es decir, el de la competencia objetiva y la unidad de objeto para inclinarse a favor o a la contra, de la acumulación.
Debemos partir de que el Juez del concurso deberá conocer de las demandas en las que se ejerciten "(...) acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...". Puesto que el concurso está declarado, la demanda en la que se ejercite tal acción deberá presentarse ante el Juez del concurso y dirigirse exclusivamente contra el concursado. No existe disposición legal que, en el caso que estamos examinando, permita al Juez del concurso conocer de las acciones que se dirijan -incluso a propósito de la presentación de una demanda contra el concursado- contra el patrimonio de terceros in bonis. De este modo, si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario a través de la acumulación subjetiva de acciones(ex art. 72 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)) se le debería requerir para desacumular(ex art. 73,4 LC). No podemos olvidar que, para que pueda admitirse la acumulación de acciones, es menester, según elart. 73,1,1º LEC, "(...) que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas...".
La regla a la que nos acabamos de referir -la improcedencia de la acumulación subjetiva- puede tener una salvedad: la presencia de litisconsorcio pasivo necesario. La exigencia procesal de litisconsorcio pasivo necesario exigirá del Juez del concurso conocer de la acción ejercitada no sólo contra el concursado sino también respecto de aquellos codemandados que se hallen unidos a él por -como ha calificado el Tribunal Supremo- "una comunidad de relación jurídica". En tal caso, la exigencia procesal que deriva de tal figura jurídica, impide al Juez del concurso -a quien, como hemos visto, se atribuye competencia para conocer de la acción contra el concursado de manera exclusiva y excluyente- inhibirse del conocimiento de las acciones contra los demás que estén ligados al concursado por la mencionada "comunidad de relación jurídica". Para sustentar esta tesis baste citar el segundo fundamento de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 2 julio 1993 (RJ 1993, 5787), según el cual "el llamado litisconsorcio pasivo necesario es una figura de construcción eminentemente jurisprudencial regida por el designio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia y en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada que, a su vez, exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en el mismo como interesados en la relación jurídica discutida, cual se requiere para impedir el riesgo de fallos contradictorios... yS. 6-11-1992 (RJ 1992, 9229). Dicha excepción se da cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico-material objeto del pleito se produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar(S. 23-3-1992 (RJ 1992, 2222))".
Desde luego no es el caso de las acciones sobre reclamación de rentas en función del supuesto periodo de ocupación como arrendatarios, ni de los administradores sociales en su pretendida responsabilidad por deudas. Acciones que no conforman una situación de litisconsorcio pasivo necesario, pudiendo examinarse de forma independiente cada una de ellas. Y precisamente los supuestos de solidaridad que pueda darse entre algunas de ellas excluye la figura del litisconsorcio pasivo necesario.
En relación con la nulidad contractual propiamente dicha por simulación absoluta, la situación de litisconsorcio pudiera darse entre la concursada y aquellos terceros con los que contrató

directamente en relación al arrendamiento, pero no en relación con el resto de contratos cuya nulidad se solicita pero en los que no fue parte.
Como ya señalamos en nuestroAuto de 31 marzo de 2006 (AC 2006, 1015), y otros posteriores (10 enero y 14 marzo 2007, entre otros), en relación con la improcedencia de la acumulación de una acción de cumplimiento contractual de una sociedad y una acción de responsabilidad del administrador de dicha sociedad, uno de los múltiples argumentos es:
"F) Inexistencia de vis atractiva de la Jurisdicción mercantil.- Precisamente es por esto por lo que no se discute que si la demanda sólo contuviera la acción de reclamación de cantidad por razón de impago del precio la competencia sería indubitadamente de los Juzgados de Primera Instancia, mientras que si la demanda sólo contuviera una pretensión de declaración de responsabilidad por la deuda contra el administrador, la competencia sería, indubitadamente, del Juzgado de lo Mercantil. Y es singularmente por este argumento por el que no resultan acogibles las razones que en ocasiones se arguyen para la aplicación de la doctrina de la «vis atractiva» en base a la solidaridad legal, ni desde luego la necesaria evitación del denominado peregrinaje jurisdiccional, porque esta doctrina surgió con la apreciación de supuestos sin atribución concreta competencial y que llevaron al Tribunal Supremo a entender que había que residenciarlos en la jurisdicción civil al entenderla residual (y preponderante) en base alart. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635).
"Pero es que en el caso de las competencias tanto especiales como ordinarias, la atribución es clara y no presenta duda ninguna, y no existe razón legal alguna para que puedan entenderse alteradas por razón de la solidaridad que en la responsabilidad por las deudas sociales se atribuye al administrador con la sociedad frente al acreedor.
De lo expuesto, debe concluirse que también ha resultado indebida la acumulación de acciones admitida, precisamente por la falta de competencia objetiva, y también por la discordancia de los procedimientos a seguir(art. 73.1.2º LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), aunque este sea un argumento secundario y en algunos supuestos salvable, pues el incidente concursal en materia civil sigue los trámites del juicio verbal con contestación a la demanda(art. 194 LC), mientras que las acciones aquí ejercitadas, por razón de la cuantía, deberían seguir por los cauces del juicio ordinario(arts. 248 y 249.2 LEC).”: SAP Pontevedra 05.05.2010 (AC 2010/1230; Sentencia 245/2010; Rollo 203/2010)

AP Vizcaya

“PRIMERO.-La cuestión es dilucidar la competencia objetiva para conocer la litis. Dentro de la jurisdicción civil si se atribuye al Juzgado de Primera Instancia, en el que se instó la acción, admitiéndose la demanda, o debe archivarse lo actuado previniendo a las partes que usen su derecho ante el Juzgado de lo MERCANTIL, Juez del Concurso.
El fáctico es el siguiente: Demanda declarativa, juicio ordinario, con pluralidad de partes demandadas una de las cuales está declarada en concurso con anterioridad a la presentación de la demanda. La resolución "a quo" declara la falta de competencia objetiva con respecto al conocimiento de la demanda en relación con la concursada, declara que frente a ésta el Juzgado competente es el de lo Mercantil en posterior resolución resolviendo reposiciones se ratifica lo resuelto.
SEGUNDO.-La presente alzada, apelación de la demandante, contra el auto de 15 de Octubre de 2009, parte dispositiva explicitada en el precedente razonamiento, pretende el conocimiento íntegro de la acción, frente a todas las partes demandadas, por parte del Juzgado de Primera Instancia ante el que presentó la demanda.
TERCERO.-Estamos ante el supuesto en donde se ha declarado la incompetencia para conocer frente a la concursada, y la competencia en relación con el resto de las partes demandadas. El recurso reposa en afirmar que la vis atractiva del Juez del Concurso no es absoluta, y en el terreno fáctico en la consideración de que la atribución de responsabilidad a la mercantil concursada es el 6,953 % del total, siendo el 93,047 % restante el que se imputa a los sujetos no concursados, el mero dato cuántico hace que el principio de tutela efectiva se alce con mayor trascendencia que la mera vis atractiva del concurso, debiendo ceder ésta.
CUARTO.-En resolución, consideraciones al respecto: A) No cabe posibilitar resoluciones contradictorias, no cabe que una misma causa sea conocida por Órganos Judiciales diferentes, no es admisible abrir posibles analíticas y conclusiones distintas, no cabe dividir la continencia de la causa, frente a unidad de acción, con los mismos hechos y fundamentos, sólo debe existir un órgano judicial conocedor. B) En concatenación con lo anterior la instancia debe revocarse ya que disgregaba el conocimiento, y, C)La literalidad de los arts. 8.1 y 50.1 de la Ley Concursal en unión al 86 ter de la L.O.P.J., hace que deba declararse la competencia del Juzgado de lo Mercantil, el Juzgado del Concurso, expresiones tan rotundas como, art. 8 de la L.C.. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente "en materia, ap.1, en donde se ejercite acción civil con trascendencia patrimonial dirigida contra el patrimonio del concursado"; art. 50 de la L.C."Los jueces del Orden Civil ante quienes se interponga demanda que deba conocer el Juez del Concurso de conformidad con la presente

ley, en caso de admisión ordenarán el archivo de todo lo actuado" y art. 86 ter de la L.O.P.J., en lo incidental itera el art. 8 de la L.C., jurisdicción exclusiva y excluyente en acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.
QUINTO.-Ejercicio de acción civil con posible trascendencia en patrimonio de concursada, en caso de viabilidad, unido a la imposibilidad de dividir la continencia de la causa, no siendo sustantiva la fragmentación de la responsabilidad ni la cuota de atribución de la misma, no cabe abrir la posibilidad de sentencias contradictorias, siendo materia de orden público el fijar la competencia objetiva para conocer la causa, el establecimiento del órgano judicial competente, procede, aun no estimando el recurso, revocar la instancia, declarando la competencia para conocer la totalidad de la causa del Juzgado de lo Mercantil, Juez del Concurso, ordenando el archivo de lo actuado, sin costas dada la complejidad, no hay línea resolutoria unívoca, amén la admisión de imposibilidad de dividir la continencia de la causa, también teorizada en recurso. ":AAP Vizcaya (Sección 4) 22.07.2010 (Auto 604/2010; Rollo 71/2010)

1.3.1 Improcedencia: responsabilidad solidaria

AP Madrid (Sección 28)

"Por lo demás, como ya razonamos en auto de fecha 27 de noviembre de 2009, nada impide que se tramite ante el Juzgado de Primera Instancia la demanda por la que se exija a los diferentes intervinientes en el proceso constructivo su responsabilidad con motivo de la edificación y que se ventile ante el juez del concurso la que corresponda al que se encuentre en concurso. Así, en la citada resolución se confirmó la resolución por la que un Juzgado de Primera Instancia estimó la declinatoria promovida por una entidad concursada y se acordó el archivo de las actuaciones respecto de la constructora concursada ordenando la continuación del procedimiento respecto de los codemandados no concursados, todo ello con ocasión de una demanda por vicios de la construcción dirigida contra la promotora, la constructora -concursada-, el proyectista, los directores de obra y los directores de ejecución.
En la resolución comentada también se indicaba: «La pretensión de las impugnaciones planteadas pasa por extender ese archivo de las actuaciones y carencia de validez de lo actuado frente a la concursada a todos los terceros demandados, lo que carece de sustento legal y choca frontalmente con ese carácter excluyente y exclusivo de la competencia del Juez del concurso...
No puede compartirse en modo alguno la invocación a la división de la continencia de la causa cuando se está reclamando solidariamente frente a diversas personas físicas y jurídicas, en base a la existencia de defectos constructivos, como se desprende claramente de la demanda y se reconoce por los propios recurrentes.
Tanto el artículo 1591 del Código Civil como la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, siguen manteniendo el principio general de la solidaridad de los intervinientes en el proceso constructivo. Así el art. 17 de la L.O.E., establece en su apartado 2 que "la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada tanto por actos y omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley se deba responder". Y en su apartado 3, dice que "no obstante cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente". Como puede observarse la L.O.E. se ha limitado en esta materia a transformar en norma o precepto legal la doctrina del Tribunal Supremo en la interpretación del art. 1591 del Código Civil.
En consecuencia se establece la solidaridad, por un lado, cuando la responsabilidad se atribuye a un agente y al tiempo a la persona de quién se debe responder (art. 17.2); de otra parte cuando se atribuye a agentes y no se puede individualizar la causa de los daños o el grado de intervención de cada uno (art. 17.3); asimismo cuando se atribuye a agentes y también "en todo caso" al promotor (art. 17.3 segundo inciso); y finalmente cuando ha habido actuación conjunta del proyectista con otros profesionales.
Nos encontraríamos por tanto en el caso de autos ante una acumulación subjetiva de acciones prevista en el art. 72 LEC, según el cual "podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos..., siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", tratándose de supuestos de litisconsorcio pero bien entendido que deben distinguirse los de litisconsorcio pasivo necesario, en los que sería preciso traer al litigio a todos los eventuales afectados, de los que, como en el presente caso y al tratarse del ejercicio de acciones frente a personas unidas por vínculo de solidaridad, son de litisconsorcio facultativo o voluntario.
En estos casos, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe ningún argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque no puede olvidarse que,

para que pueda admitirse la acumulación de acciones es preciso, según el art. 73,1,1º LEC "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia
o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas" dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones (ex art. 72 LEC) deba ser requerido para que desacumule las acciones frente a terceros distintos de la concursada (ex art. 73,4 LC). No existen por otra parte razones que impidan o desaconsejen el ejercicio separado de las acciones.
Debe indicarse al respecto que la jurisprudencia había venido rechazando de forma constante la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en los casos, como el presente, en los que se ejercitaban acciones de responsabilidad por defectos constructivos o vicios ruinógenos. La figura o excepción de la falta de litisconsorcio pasivo necesario no venía prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a diferencia de la actual que la recoge en sus artículos 12, 416.1.-3 º y 420, siendo de creación jurisprudencial que entendía que, si bien el actor era libre de llamar al proceso como demandado a quien tuviera por conveniente, no lo era menos que para que la relación jurídico-procesal pudiera quedar válidamente constituida era preciso que en ella estuvieran como demandantes o demandados todas aquellas personas unidas por la relación jurídicomaterial, aquellas a las que pudiera afectar "directamente" la sentencia que pudiera dictarse y también las que pudieran tener "un interés legítimo" en impugnarla, pues de lo contrario no podía dictarse sentencia sobre el fondo, sino que procedía la absolución en la instancia, en aras del principio de tutela efectiva y para evitar que pudieran dictarse sentencias contradictorias o atentar contra la santidad de la cosa juzgada (SS de 14 de junio de 1994 y 18 de mayo de 1995, entre muchas), pero esta doctrina tenía una excepción con base en el artículo 1144 del Código Civil y era que, en el caso de la solidaridad tanto propia como impropia, el acreedor o perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan proceder entre estos y que ocurren con frecuencia en el caso de los vicios ruinógenos.
Es reiterada la doctrina del TS que establece que para que tal excepción sea aplicable es preciso que la sentencia que se dicte afecte de forma directa a terceros ajenos al proceso, sin que baste la producción de efectos reflejos o indirectos que precisen de otro proceso para materializarse, como serían acciones de repetición, doctrina la expuesta que aparece recogida, entre otras resoluciones, en la STS de 10 de octubre de 2000, la cual indica que "Persiguiendo en definitiva, dicho instituto procesal, evitar que la sentencia recaída en un proceso pueda afectar de forma directa y perjudicial y con los efectos de cosa juzgada a alguna o algunas personas que no hayan sido parte en el proceso, ni hayan tenido posibilidad de ser oídas y defenderse y eliminar la posibilidad de resoluciones contradictorias sobre el mismo asiento" pero especificando que "no basta con que los efectos que se produzcan hacia un tercero sean de carácter meramente reflejo para que cause la excepción de litisconsorcio pasivo necesario" y más concretamente "No basta la existencia de un mero interés en el resultado del litigio para que haya de demandar a todos los que acrediten el mismo, pues es un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario.
En consecuencia, al no resultar imprescindible que la actora dirigiera su demanda frente a la totalidad de intervinientes en el proceso constructivo, estando éstos obligados solidariamente -o, en su caso, pudiendo individualizarse su responsabilidad sólo responderán aquellos a quienes pueda imputarse la conducta generadora del daño-, no puede darse viabilidad a la pretensión de los recurrentes de archivar el procedimiento frente a la totalidad de los demandados con ocasión de su archivo frente a la concursada, por imperativo legal, y ha de considerarse correcta la continuación del procedimiento frente a tales demandados por ser el Juzgado de Primera Instancia el competente para el conocimiento de las acciones planteadas.».
En definitiva, como ya indicamos en auto de fecha 29 de octubre de 2010, sólo cuando no sea posible dividir el objeto de litigio por concurrir una situación de litisconsorcio pasivo necesario -lo que no es el caso de autos-, la competencia del juez del concurso atraerá el enjuiciamiento de los litisconsortes no concursados. En la citada resolución lo indicábamos en los siguientes términos: "La implicación, además del concursado, de terceros no será óbice para la aplicación de la regla procesal enunciada -el archivo de las actuaciones por dirigirse la acción contra una persona declarada en concurso con anterioridad a la presentación de la demanda ex artículo 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - cuando no haya manera alguna de escindir el litigio por darse un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario que exija que todos ellos deban ser demandados de modo conjunto (lo que ocurre, a tenor del artículo 12 de la LEC, cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados). La presencia de terceros en el proceso que, por la índole de la contienda, no pudieran ser demandados por separado no sería razón suficiente para eludir la atribución en bloque del asunto a favor del juez del concurso conforme a normas de carácter especial (artículos 86 ter de la LOPJ y 8 de la Ley Concursal), que han de prevalecer sobre las generales en materia competencial

(artículo 85 de la LOPJ y 45 de la LEC).": AAP Madrid (Sección 28) 25.05.2010 [citado y transcrito en AAP Madrid (Sección 25) 26.10.2012 (Auto 182/2012; Rollo 34/2012)]

AP Madrid (sección 13)

"PRIMERO Se alza el presente recurso de apelación formulado por la representación de DonFausto, demandante en el procedimiento ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid, frente al auto dictado por dicho Juzgado que, en los términos consignados en los antecedentes de hecho de la presente resolución, estimaba las declinatorias formuladas por las respectivas representaciones de los demandados DRAGADOS, S.A., ALMARFE, S.L. y DonJeronimo y declaraba su falta de competencia objetiva para conocer de las acciones deducidas, absteniéndose de conocer del pleito frente a la totalidad de los demandados y acordaba el sobreseimiento del proceso.
En la demanda iniciadora del procedimiento, presentada con fecha de 11 de septiembre de 2008 frente a DRAGADOS, S.A., FCC CONSTRUCCIÓN, S.A., ALMARFE, S.L. y DonJeronimo, se suplicaba se declarase: a) que los contratos privados de fecha 16 de diciembre de 1996, 28 de enero de 1998 y 5 de diciembre de 2000 unidos a la demanda como documentos nº 50 a 52 fueron formalizados por los demandados en perjuicio de los intereses de DonFausto; b) que de dichos contratos privados se han generado daños y perjuicios para el patrimonio del demandante por importe de 50.285.792 euros; c) que los demandados son solidariamente responsables frente al demandante de dichos daños y perjuicios; y como consecuencia de lo anterior solicita la condena solidaria de dichos demandados a pagarle la cantidad de 50.285.792 euros junto con los pertinentes intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.
Las cuestiones de competencia por declinatoria formuladas, a las que se mostró conformidad por la representación de FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. y oposición por la representación del demandante, entendían que era competente para el conocimiento del pleito frente a la totalidad de los demandados elJuzgado de los Mercantil nº 7 de los de Madrid con base en la previa declaración del concurso con fecha 31 de julio de 2008 de DonJeronimo y habiéndose declarado igualmente en concurso a la mercantil ALMARFE, S.L. por elJuzgado de lo Mercantil nº 5 de los de Madrid con fecha 8 de septiembre de 2008.
En la resolución recurrida se argumentaba básicamente, para adoptar el pronunciamiento ya reseñado, que dada la acumulación objetiva y subjetiva de acciones formuladas, ejercitándose frente a los demandados acción en exigencia de responsabilidad civil extracontractual y reclamando su condena solidaria a indemnizarle en la cantidad de 50.285.792 euros, teniendo en cuenta que la mercantil ALMARFE, S.L. se encuentra declarada en concurso medianteauto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de los de Madrid con fecha 8 de septiembre de 2008 y por tanto con anterioridad a la fecha de promoción de la presente causa el único órgano competente para conocer de las acciones deducidas en la demanda frente a dicha entidad es el citado órgano judicial, de conformidad con lo dispuesto en elartículo 8.1ª de la Ley Concursal, entendiendo que la competencia exclusiva y excluyente que establece el precepto no impide que pueda conocer igualmente de las demandas formuladas contra el resto de las mercantiles demandadas en atención a que la reclamación patrimonial tendría su presupuesto en la declaración de ilicitud de los contratos en los que no intervino únicamente la concursada sino también el resto de las demandadas, al no prohibir expresamente elprecepto dicha acumulación y considerar que deben enjuiciarse conjuntamente las acciones deducidas frente a las tres mercantiles al objeto de no dividir la continencia de la causa; por otra parte, en cuanto a DonJeronimo, considerando que dicho particular demandado no fue parte de los contratos y que la responsabilidad que se le exige lo es en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, teniendo en cuenta que con anterioridad a la promoción del presente pleito fue declarado en concurso porauto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de los de Madrid de 31 de julio de 2008, correspondería la competencia a dicho Juzgado en aplicación delartículo 8.1º de la Ley Concursal y elartículo 73.1.1º de la LEC (RCL 2000, 34, 962) sin que exista riesgo de división de la continencia de la causa en atención a la causa petendi y sin perjuicio de que se pudiera plantear la concurrencia de prejudicialidad civil en relación con el procedimiento en trámite ante el Juzgado de lo Mercantil nº 5.
El recurso formulado frente a dicha resolución por el demandante se funda en los siguientes motivos:
1º.- Considerar errónea la solución adoptada por el Juzgador a quo al partir de una interpretación exorbitante delartículo 8.1º de la Ley Concursal, atribuyendo al Juez del concurso competencias que en modo alguno le corresponden, señalando que no puede excederse la vis atractiva más allá de las reclamaciones que se dirijan frente al concursado y que puedan afectar su patrimonio, sin que exista norma que establezca de forma expresa la competencia del Juez del concurso sobre aquellas acciones con trascendencia patrimonial dirigidas contra una pluralidad de demandados entre los que exista alguno o algunos en situación de concurso.

2º.- Con carácter subsidiario entiende que el Juzgado de Primera Instancia, en atención al carácter solidario de las acciones ejercitadas, debería mantener su competencia objetiva para conocer de las acciones planteadas frente a las mercantiles no concursadas, con independencia de que se declare su incompetencia objetiva para el conocimiento de las acciones frente a los concursados.

SEGUNDO Establece elarticulo 86 ter, apartado 1 que "Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere elArt. 17.1 de la Ley Concursal."

De conformidad con lo establecido en elart. 8.1º de la Ley Concursal la competencia del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.

Por su parte en elart. 51.1 de la ley concursal se establece que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia". Si el procedimiento declarativo se inicia después de declarado el concurso, elart. 50 LC dispone que "los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso". Igualmente dispone "de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado". Es decir, declarado el concurso, el Juzgado de 1ª Instancia carece de competencia para conocer de una pretensión con trascendencia patrimonial dirigida frente a los concursados, y el solicitante debe ver repelida su pretensión, en aplicación de ese precepto o bien, de haberse admitido a trámite, conlleva el archivo de todo lo actuado frente a los concursados.

En el presente caso, nos encontramos ante una demanda planteada por la representación de DonFausto contra DRAGADOS, S.A., FCC CONSTRUCCIÓN, S.A., ALMARFE, S.L. y DonJeronimo, que fue presentada con fecha de 11 de septiembre de 2008 en ejercicio de acción en exigencia de responsabilidad civil extracontractual y reclamando la condena solidaria de los demandados a indemnizarle en la cantidad de 50.285.792 euros. Por tanto, su tramitación se inició con posterioridad alauto de fecha 8 de septiembre de 2008, fecha en la que el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid declaró en concurso a la demandada ALMARFE, S.L. y alauto de 31 de julio de 2008 por el que el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid declaró en concurso al demandado DonJeronimo, y las acciones ejercitadas tendrían indudablemente trascendencia patrimonial e iban dirigidas contra el patrimonio de los concursados.

Con tales elementos lo que resultaba conforme a derecho era que la resolución adoptada en primera instancia hubiera estimando parcialmente la declinatoria y acordado el archivo de todo lo actuado exclusivamente frente a los concursados, en base a la evidente carencia de competencia objetiva para el conocimiento del litigio conforme a los preceptos indicados.

TERCERO La pretensión de las declinatorias planteadas pasa por extender ese archivo de las actuaciones y la carencia de validez de lo actuado, ordenado legalmente frente a los demandados previamente declarados en concurso, a todos los terceros demandados, lo que carece de sustento legal y choca frontalmente con el carácter excluyente y exclusivo de la competencia del Juez del concurso. Por el contrario, en la regulación de laLey Concursal la extensión de la competencia respecto de terceros distintos al deudor concursado constituye una excepción y así se contempla en el supuesto delart. 50,2 de la Ley Concursal, relativa a los casos de asuntos competencia de las jurisdicciones social, penal o contencioso-administrativa, respecto de los que se respeta la competencia incluso en los casos de acciones con trascendencia para el patrimonio del deudor, defendiéndose la masa por la administración en dichos procesos sin acumulación al concurso.

No puede por tanto compartirse en modo alguno la invocación a la división de la continencia de la causa cuando claramente se está reclamando con carácter solidario frente a diversas personas físicas y jurídicas, como se desprende con nitidez de la demanda y ya que nos encontraríamos en el caso de autos ante una acumulación subjetiva de acciones prevista en elart. 72 LEC, según el cual "podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos..., siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", tratándose de supuestos de litisconsorcio pero bien entendido que deben distinguirse los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario, en los que sería preciso traer al litigio a todos los eventuales afectados, de los que, como en el presente caso y al tratarse del ejercicio de acciones frente a personas unidas por vínculo de solidaridad, son de litisconsorcio facultativo o voluntario.

En estos casos, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe ningún argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque no puede olvidarse que, para que pueda admitirse la acumulación de acciones es preciso, según elart. 73,1,1º LEC "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas" dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones(ex art. 72 LEC) deba ser requerido para que desacumule las acciones frente a terceros distintos del concursado(ex art. 73,4 LC). No existen por otra parte razones que impidan o desaconsejen el ejercicio separado de las acciones. En este sentido se ha pronunciado elauto de la Sección 28ª, especializada en materia mercantil, de esta Audiencia Provincial de Madrid de 27 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 94020).

Debe indicarse al respecto que la jurisprudencia había venido rechazando de forma constante la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en los casos, como el presente, en los que se ejercitaban acciones de carácter solidario. La figura o excepción de la falta de litisconsorcio pasivo necesario no venía prevista en laLey de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEG 1881, 1), a diferencia de la actual que la recoge en sus artículos 12, 416.1.-3º y 420, siendo de creación jurisprudencial que entendía que, si bien el actor era libre de llamar al proceso como demandado a quien tuviera por conveniente, no lo era menos que para que la relación jurídico-procesal pudiera quedar válidamente constituida era preciso que en ella estuvieran como demandantes o demandados todas aquellas personas unidas por la relación jurídico-material, aquellas a las que pudiera afectar "directamente" la sentencia que pudiera dictarse y también las que pudieran tener "un interés legítimo" en impugnarla, pues de lo contrario no podía dictarse sentencia sobre el fondo, sino que procedía la absolución en la instancia, en aras del principio de tutela efectiva y para evitar que pudieran dictarse sentencias contradictorias o atentar contra la santidad de la cosa juzgada (SS de 14 de junio de 1994 (RJ 1994, 4819) y18 de mayo de 1995, entre muchas), pero esta doctrina tenía una excepción con base en elartículo 1144 del Código Civil (LEG 1889, 27) y era que, en el caso de la solidaridad tanto propia como impropia, el acreedor o perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan proceder entre estos.

Es reiterada la doctrina del TS que establece que para que tal excepción sea aplicable es preciso que la sentencia que se dicte afecte de forma directa a terceros ajenos al proceso, sin que baste la producción de efectos reflejos o indirectos que precisen de otro proceso para materializarse, como serían acciones de repetición, doctrina la expuesta que aparece recogida, entre otras resoluciones, en laSTS de 10 de octubre de 2000 (RJ 2000, 7717), la cual indica que "Persiguiendo en definitiva, dicho instituto procesal, evitar que la sentencia recaída en un proceso pueda afectar de forma directa y perjudicial y con los efectos de cosa juzgada a alguna o algunas personas que no hayan sido parte en el proceso, ni hayan tenido posibilidad de ser oídas y defenderse y eliminar la posibilidad de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto" pero especificando que "no basta con que los efectos que se produzcan hacia un tercero sean de carácter meramente reflejo para que cause la excepción de litisconsorcio pasivo necesario" y más concretamente "No basta la existencia de un mero interés en el resultado del litigio para que haya de demandar a todos los que acrediten el mismo, pues es un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario".

En consecuencia, al no resultar imprescindible que el actor dirigiera su demanda frente a la totalidad de los demandados, al estar éstos obligados solidariamente en virtud de las acciones planteadas con la demanda, no puede darse viabilidad a la pretensión sustentada con las declinatorias consistente en archivar el procedimiento seguido en el Juzgado de Primera instancia frente a la totalidad de los demandados, con ocasión del archivo estipulado legalmente frente a los concursados, para declarar por un lado la competencia del Juez de lo Mercantil nº 5 de Madrid para el conocimiento de las acciones formuladas frente a las totalidad de las mercantiles demandadas, en base a seguirse en el mismo el concurso de ALMARFE, S.L., y por otro la del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid para el conocimiento de las acciones frente a DonJeronimo, cuando lo correcto conforme a lo estipulado legalmente-art. 50 de la Ley Concursal - era abstenerse de conocer de las acciones planteadas frente a los concursados, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, y ordenar, una vez admitida la demanda, el archivo de todo lo actuado frente a los concursados, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado frente a los mismos, con continuación del procedimiento frente al resto de los demandados por ser el Juzgado de Primera Instancia el competente para el conocimiento de las acciones planteadas y en tal sentido debe ser parcialmente estimado el recurso, en cuanto a su petición subsidiaria.”: AAP Madrid (Sección 13) 03.12.2010 (AC 2011/192; Auto 304/2010; Rollo 645/2009)

AP Madrid (Sección 21)

“PRIMERO.-La Comunidad de Propietarios DIRECCION000 nº NUM000 -NUM001 de Madrid considera que el proceso no supone agresión al patrimonio del concursado que pueda perjudicar al resto de acreedores. En este caso la sentencia se limitaría a reconocer un crédito que recibiría su tratamiento en el proceso concursal y conforme al art. 86 ter. 2 LOPJ debe sustanciarse el procedimiento contra Promociones Habitat ante el Juzgado de Primera Instancia sin perjuicio de la ejecución ante el juez del concurso.Además al existir un vínculo de solidaridad entre Habitat y los demás agentes del proceso constructivo se dividiría la continencia de la causa de estimarse la declinatoria, siendo pues, incompetente el Juzgado de lo Mercantil. Añade que no hay regulación legal si se demanda al concursado junto con otros terceros. Expuesta la precedente síntesis, el Auto recurrido separa la competencia en el sentido de declarar su falta para conocer de la acción ejercitada contra Promociones Habitat que estaba declarada en concurso voluntario desde el 4 Diciembre 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, interponiéndose la demanda el 27 Diciembre 2010. Así, aplica los arts. 86 Ter 1.1 LOPJ y 50.1 de la Ley Concursal; por otra parte el procedimiento prosigue entre los restantes litigantes.
SEGUNDO.-El problema de la atribución de competencia objetiva en supuestos de pluralidad de demandados, uno de ellos en situación de concurso y la consiguiente duplicidad de intervenciones: por un lado la del Juzgado de lo Mercantil y por otro la del Juzgado de Primera Instancia ha sido tratado precisamente para casos de acciones dirigidas contra distintos agentes del proceso constructivos y las posibles responsabilidades de diversa naturaleza. El Auto de 25 Mayo 2012 de la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil y a propósito de una cuestión de competencia reiteraba su anterior Auto de 27 Noviembre 2009 y expresaba el siguiente particular que por su interés y a pesar de su extensión reproducimos:
"Por lo demás, como ya razonamos en auto de fecha 27 de noviembre de 2009, nada impide que se tramite ante el Juzgado de Primera Instancia la demanda por la que se exija a los diferentes intervinientes en el proceso constructivo su responsabilidad con motivo de la edificación y que se ventile ante el juez del concurso la que corresponda al que se encuentre en concurso. Así, en la citada resolución se confirmó la resolución por la que un Juzgado de Primera Instancia estimó la declinatoria promovida por una entidad concursada y se acordó el archivo de las actuaciones respecto de la constructora concursada ordenando la continuación del procedimiento respecto de los codemandados no concursados, todo ello con ocasión de una demanda por vicios de la construcción dirigida contra la promotora, la constructora -concursada-, el proyectista, los directores de obra y los directores de ejecución.
En la resolución comentada también se indicaba: «La pretensión de las impugnaciones planteadas pasa por extender ese archivo de las actuaciones y carencia de validez de lo actuado frente a la concursada a todos los terceros demandados, lo que carece de sustento legal y choca frontalmente con ese carácter excluyente y exclusivo de la competencia del Juez del concurso...
No puede compartirse en modo alguno la invocación a la división de la continencia de la causa cuando se está reclamando solidariamente frente a diversas personas físicas y jurídicas, en base a la existencia de defectos constructivos, como se desprende claramente de la demanda y se reconoce por los propios recurrentes.
Tanto el artículo 1591 del Código Civil como la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, siguen manteniendo el principio general de la solidaridad de los intervinientes en el proceso constructivo. Así el art. 17 de la L.O.E., establece en su apartado 2 que "la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada tanto por actos y omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley se deba responder". Y en su apartado 3, dice que "no obstante cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente". Como puede observarse la L.O.E. se ha limitado en esta materia a transformar en norma o precepto legal la doctrina del Tribunal Supremo en la interpretación del art. 1591 del Código Civil.
En consecuencia se establece la solidaridad, por un lado, cuando la responsabilidad se atribuye a un agente y al tiempo a la persona de quién se debe responder (art. 17.2); de otra parte cuando se atribuye a agentes y no se puede individualizar la causa de los daños o el grado de intervención de cada uno (art. 17.3); asimismo cuando se atribuye a agentes y también "en todo caso" al promotor (art. 17.3 segundo inciso); y finalmente cuando ha habido actuación conjunta del proyectista con otros profesionales.
Nos encontraríamos por tanto en el caso de autos ante una acumulación subjetiva de acciones prevista en el art. 72 LEC, según el cual "podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos..., siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", tratándose de supuestos de litisconsorcio pero bien entendido que deben distinguirse los de litisconsorcio pasivo

necesario, en los que sería preciso traer al litigio a todos los eventuales afectados, de los que, como en el presente caso y al tratarse del ejercicio de acciones frente a personas unidas por vínculo de solidaridad, son de litisconsorcio facultativo o voluntario.
En estos casos, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe ningún argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque no puede olvidarse que, para que pueda admitirse la acumulación de acciones es preciso, según el art. 73,1,1º LEC "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia
o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas" dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones (ex art. 72 LEC) deba ser requerido para que desacumule las acciones frente a terceros distintos de la concursada (ex art. 73,4 LC). No existen por otra parte razones que impidan o desaconsejen el ejercicio separado de las acciones.
Debe indicarse al respecto que la jurisprudencia había venido rechazando de forma constante la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en los casos, como el presente, en los que se ejercitaban acciones de responsabilidad por defectos constructivos o vicios ruinógenos. La figura o excepción de la falta de litisconsorcio pasivo necesario no venía prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a diferencia de la actual que la recoge en sus artículos 12, 416.1.-3 º y 420, siendo de creación jurisprudencial que entendía que, si bien el actor era libre de llamar al proceso como demandado a quien tuviera por conveniente, no lo era menos que para que la relación jurídico-procesal pudiera quedar válidamente constituida era preciso que en ella estuvieran como demandantes o demandados todas aquellas personas unidas por la relación jurídicomaterial, aquellas a las que pudiera afectar "directamente" la sentencia que pudiera dictarse y también las que pudieran tener "un interés legítimo" en impugnarla, pues de lo contrario no podía dictarse sentencia sobre el fondo, sino que procedía la absolución en la instancia, en aras del principio de tutela efectiva y para evitar que pudieran dictarse sentencias contradictorias o atentar contra la santidad de la cosa juzgada (SS de 14 de junio de 1994 y 18 de mayo de 1995, entre muchas), pero esta doctrina tenía una excepción con base en el artículo 1144 del Código Civil y era que, en el caso de la solidaridad tanto propia como impropia, el acreedor o perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan proceder entre estos y que ocurren con frecuencia en el caso de los vicios ruinógenos.
Es reiterada la doctrina del TS que establece que para que tal excepción sea aplicable es preciso que la sentencia que se dicte afecte de forma directa a terceros ajenos al proceso, sin que baste la producción de efectos reflejos o indirectos que precisen de otro proceso para materializarse, como serían acciones de repetición, doctrina la expuesta que aparece recogida, entre otras resoluciones, en la STS de 10 de octubre de 2000, la cual indica que "Persiguiendo en definitiva, dicho instituto procesal, evitar que la sentencia recaída en un proceso pueda afectar de forma directa y perjudicial y con los efectos de cosa juzgada a alguna o algunas personas que no hayan sido parte en el proceso, ni hayan tenido posibilidad de ser oídas y defenderse y eliminar la posibilidad de resoluciones contradictorias sobre el mismo asiento" pero especificando que "no basta con que los efectos que se produzcan hacia un tercero sean de carácter meramente reflejo para que cause la excepción de litisconsorcio pasivo necesario" y más concretamente "No basta la existencia de un mero interés en el resultado del litigio para que haya de demandar a todos los que acrediten el mismo, pues es un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario.
En consecuencia, al no resultar imprescindible que la actora dirigiera su demanda frente a la totalidad de intervinientes en el proceso constructivo, estando éstos obligados solidariamente -o, en su caso, pudiendo individualizarse su responsabilidad sólo responderán aquellos a quienes pueda imputarse la conducta generadora del daño-, no puede darse viabilidad a la pretensión de los recurrentes de archivar el procedimiento frente a la totalidad de los demandados con ocasión de su archivo frente a la concursada, por imperativo legal, y ha de considerarse correcta la continuación del procedimiento frente a tales demandados por ser el Juzgado de Primera Instancia el competente para el conocimiento de las acciones planteadas.».
En definitiva, como ya indicamos en auto de fecha 29 de octubre de 2010, sólo cuando no sea posible dividir el objeto de litigio por concurrir una situación de litisconsorcio pasivo necesario -lo que no es el caso de autos-, la competencia del juez del concurso atraerá el enjuiciamiento de los litisconsortes no concursados. En la citada resolución lo indicábamos en los siguientes términos: "La implicación, además del concursado, de terceros no será óbice para la aplicación de la regla procesal enunciada -el archivo de las actuaciones por dirigirse la acción contra una persona declarada en concurso con anterioridad a la presentación de la demanda ex artículo 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - cuando no haya manera alguna de escindir el litigio por darse un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario que exija que todos

ellos deban ser demandados de modo conjunto (lo que ocurre, a tenor del artículo 12 de la LEC, cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados). La presencia de terceros en el proceso que, por la índole de la contienda, no pudieran ser demandados por separado no sería razón suficiente para eludir la atribución en bloque del asunto a favor del juez del concurso conforme a normas de carácter especial (artículos 86 ter de la LOPJ y 8 de la Ley Concursal), que han de prevalecer sobre las generales en materia competencial (artículo 85 de la LOPJ y 45 de la LEC).".
Los razonamientos anteriores determinan que debamos declarar la competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia, salvo respecto de la entidad concursa, limitando el archivo de las actuaciones a las practicadas con relación a la misma, previniendo a las partes para que usen su derecho ante el juez del concurso respecto de la concursada."
Esta es la doctrina que se aplica en el Auto recurrido y que debe mantenerse por lo que debe desestimarse el recurso.": AAP Madrid (Sección 25) 26.10.2012 (Auto 182/2012; Rollo 34/2012)

1.4 Admisión en un caso de reconvención por la conexión e interdependencia existente entre demanda y reconvención

AP Madrid (Sección 9)

[No constan en la resolución más datos sobre el fondo del asunto]

"Primero.-Se aceptan los del auto apelado.
Segundo.-Al estar AXIAL CAMINOS INMOBILIARIOS, una de las sociedades integrante de las UTES demandantes, declarada en concurso mediante auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de los de Madrid de 16 de diciembre de 2009, anterior a la demanda presentada el 20 de mayo de 2010, y haber formulado la demandada URBAPRO, ARQUITECTURA, URBANISMO Y GESTIÓN INMOBILIARIA reconvención contra las demandantes, se plantea la incidencia que en la competencia objetiva del proceso produzca la mentada situación procesal (demandante-demandada reconvenida) de la concursada.
Su condición de demandante no comporta más que la conformidad al efecto de la administración concursal, exigida por el artículo 54.2 de la Ley Concursal, requisito en cualquier caso subsanable.
Más compleja se presenta la problemática atinente a su condición de sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal por mor de la reconvención en su contra y demás demandantes deducida, que, en principio, admitiría tres soluciones distintas, a saber: 1) Entender que la competencia la atrae el Juzgado Civil de Primera Instancia, al ser el competente para conocer de la demanda; 2) Que la competencia debe derivarse al Juzgado Mercantil, al tenerla para el conocimiento de la reconvención; y 3) Que debe romperse la continencia del proceso atribuyendo el conocimiento de la demanda al Juzgado Civil y la de la reconvención al Mercantil en que se siga el concurso.
La primera choca con el insalvable obstáculo de la terminante disposición del artículo 8.1 de la Ley Concursal (86 ter -1- 1º LOPJ) que atribuye el Juez del concurso la Jurisdicción exclusiva y excluyente en las acciones con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, lo que corrobora el artículo 50.1 de la repetida Ley con la abstención que previene y las consecuencias para el caso de admitirse las demandas en dichos supuestos.
La segunda cuenta con el respaldo de los artículos precitados de la Ley especial, y a ello no es obstáculo el artículo 406.2 de la de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que el Juzgado Civil tendría competencia por razón de la materia de la reconvención, si bien le priva de ella la legislación especial.
En cuanto a la tercera, atentaría al más elemental principio de seguridad jurídica al abrir paso a posibles resoluciones contradictorias, máxime teniendo en cuenta las estrecha conexión e interdependencia existente entre demanda y reconvención, que impide una estimación conjunta de ellas, al reprocharse las partes recíprocamente a su través incumplimientos de unas mismas relaciones contractuales.
En conclusión, se opta por la segunda de las soluciones esbozadas, coincidente con lo resuelto por el auto apelado, que, consecuentemente, debe confirmarse. ":AAP Madrid (Sección 9) 04.10.2012 (Auto 249/2012; Rollo 833/2011)

2. No cabe reconvenir contra el concursado ante el Juzgado de Primera Instancia

Nota:
Vid también las resoluciones incluidas con el art. 58

AP Almería

"PRIMERO. -La mercantil "ESTRUCTURAS ALMIREZ", S.L, en situación de concurso voluntario y autorizada para ello por la Administración Concursal, promovió demanda de juicio ordinario frente a la también mercantil "HIJOS DE JUAN Y TERESA" S.L. en reclamación de la cantidad de 404.651,22 euros, como consecuencia de los contratos de ejecución de obra en la localidad de El Ejido,

celebrados en 22 de junio de 2006 y en 18 de septiembre de 2007. Frente a dicha demanda, la demandada se opuso a ella negando tres facturas reclamadas por un importe total de 62.502,12 euros, por lo que entendía adeudar a aquella la cantidad de 342.149,10 y presentando demanda reconvencional, interesó la condena de "ESTRUCTURAS ALMIREZ" a que le indemnice en las siguientes cantidades: la de 177.600 euros por el retraso en la finalización de las obras correspondientes al contrato de 22 de junio de 2006; la de 19.900 euros por el mismo concepto de retraso en la obra correspondiente al contrato de 18 de septiembre de 2007; en la cantidad de 44.613,93 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios por los defectos de acabado de la primera de las obras contratadas; en la cantidad de 12.606#18 euros por los defectos observados en la segunda de las obras; en las cantidades de 19.038,33 euros y 73.017,35 euros, por el incumplimiento de las calidades del aire acondicionado y aplacado de mármol en baños de la primera de las obras ejecutadas y reposición con materiales adecuados; y condenando a la demandada reconvencional a llevar a cabo las obras necesarias a fin de que las placas de la fachada queden conforme a lo pactado y por último en la cantidad que se determine en concepto de daño moral.
A esta demanda reconvencional se opuso ESTRUCTURAS ALMIREZ, negando los hechos de la misma y alegando el contenido del art. 50 de la Ley Concursal en lo referente a la admisión de dicha pretensión frente a ella, declarada en concurso, alegación que no es resuelta ni en la audiencia previa ni en la sentencia de primera instancia.
La sentencia que se recurre estimando en su integridad la demanda principal y rechazando la reconvencional, condena a la demandada al pago de la cantidad reclamada, resolución con es recurrida por la demandada "HIJOS DE JUAN Y TERESA".
SEGUNDO. - En la demanda principal (...)
TERCERO.-En orden al resto del recurso de la demandada en su petición de que se estime su demanda reconvencional y la consecuente condena de la demandante al abono de las cantidades reclamadas en concepto de indemnización de daños y perjuicios por los atrasos en la terminación de las obras, defectos de ejecución en la terminación de las mismas, etc, este Tribunal entiende que el Juzgado de 1ª Instancia de El Ejido nº 2, carece de la competencia para conocer de la demanda reconvencional promovida por la demandada "Hijos de Juan y Teresa" frente a la mercantil "Estructuras Almirez" declarada en concurso, pues el conocimiento de las cuestiones planteadas en la mencionada reconvención, en la que se solicita una condena de la declarada en concurso o, al menos una compensación, corresponden al Juzgado de lo Mercantil.
En tal sentido, el art. 8.1º de la Ley Concursal establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso (al igual que hace el art. 86 ter de la LOPJ respecto de los Juzgados de lo Mercantil), sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerarse desde un punto de vista material y no meramente formal, lo que conllevará las consecuencias que se establecen en el art. 50.1 LC, esto es, que el Juez civil deberá abstenerse de conocer de la reclamación o pretensión y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el Juez competente, que será el de lo Mercantil.
En sentido análogo, en la prohibición de compensación incide expresamente el art. 58 LC, al establecer que sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, de manera que en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
No se puede olvidar que el art. 406 de ley de enjuiciamiento civil exige que la demanda reconvencional reúna los mismos requisitos de forma y de fondo que para la demanda principal se establecen en el artículo 399 de la LECiv. En consecuencia la reconvención representa el ejercicio de una acción autónoma e independiente, lo que la diferencia de cualquier medio de defensa empleado por el demandado.
Por todo ello entendemos que la pretensión ejercitada en la demanda reconvencional frente a la declarada en concurso debe ser ejercitada ante el tribunal competente para ello, que como se indica es el Juzgado de lo Mercantil, razón por la que la demanda reconvencional no debió ser admitida a trámite, debiendo haber resuelto en tal sentido el Juzgado de Primera Instancia al momento de plantearse la cuestión en la contestación a la demanda reconvencional, por lo que ante la ausencia de pronunciamiento en aquel momento, debe llevar ahora a este Tribunal a acordar el archivo de todo lo actuado respecto a dicha demanda reconvención al carecer de validez todo lo actuado respecto a la misma, tal como dispone el art. 50 LC.
Esa causa de inadmisión de la demanda reconvencional debe llevar acarreada en esta alzada la desestimación del recurso. “:SAP Almería (Sección 2) 27.12.2012 (Sentencia 250/2012; Rollo 37/2012)

AP Baleares

“PRIMERO.- Decide la resolución combatida que el juzgado de instancia carece de competencia objetiva para conocer de la acción o demanda autónoma reconvencional en reclamación de determinada cantidad a la demandante principal al tratarse de una sociedad en concurso.
La decisión se fundamenta en el artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en especial en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que enumera exhaustivamente las cuestiones

atribuidas al conocimiento de de los Juzgados Mercantiles y taxativamente atribuye las acciones de trascendencia patrimonial frente a la concursada al juez del concurso de forma que se considera que el juzgado de procedencia es competente para conocer de la acción principal pero no de la acumulada mediante reconvención que correspondería al órgano objetivamente competente.
SEGUNDO.-La resolución merece ser confirmada y por sus propios fundamentos, basados en criterios legales claros y sin que la división competencial objetiva produzca una ruptura de la unidad de la causa inicial, ni mucho menos una indefensión en la parte demandada que ha tenido y sigue teniendo mecanismo de protección de sus intereses a su alcance ante la jurisdicción especializada competente. ": AAP Baleares (Sección 4) 16.11.2011 (Auto 113/2011; Rollo 361/2011)

AP Córdoba

"1.- Se alega en primer lugar por la parte apelante nulidad de actuaciones, por falta de competencia objetiva del Juzgado de 1ª Instancia, al encontrarse la demandante en concurso de acreedores cuando se formuló la reconvención; lo cual cuando menos resulta contradictorio con la afirmación de la misma parte en su escrito de contestación a la reconvención de que no tenía nada que alegar en cuanto a la competencia objetiva del Juzgado (folio 697 de las actuaciones). Pese a cuya contradicción, siendo la competencia objetiva cuestión de orden público, apreciable de oficio, según determina el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe examinarse este problema, al no operar ningún supuesto de sumisión tácita, únicamente prevista para la competencia territorial. En relación con lo cual, la documental obrante en las actuaciones pone de manifiesto que "UNIPREF" fue declarada en concurso de acreedores por auto del Juzgado de lo Mercantil de esta provincia de 11 de enero de 2012, mientras que la demanda reconvencional fue presentada el 19 de enero siguiente, siendo objeto de la misma la reclamación a la concursada de 80.000 # por retrasos en la ejecución de las obras, a cuyo pago se solicitaba que se le condenara. Siendo patente, pues, la infracción del artículo 50.1 de la Ley Concursal, que establece que una vez declarado el concurso no se admitirán nuevas demandas contra el concursado; debiendo aclararse que es indiferente que cuando se formuló la demanda reconvencional todavía no estuviera publicado el edicto anunciando la declaración del concurso, puesto que los efectos del mismo se producen desde la fecha de su declaración, conforme establece expresamente el artículo 21.2 de la Ley Concursal, y no desde la publicación (en este sentido, Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2013). Como consecuencia de ello, a tenor de los artículos 8.1 y
50.1 de la Ley Concursal, y 48.2 y 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, este tribunal de apelación debe declarar la incompetencia objetiva del juzgado de 1ª Instancia para el conocimiento de la reconvención y, de conformidad con ello, decretar la nulidad de todo lo actuado en su sustanciación, dejando a salvo el derecho de "Parque Científico-Tecnológico de Córdoba, S.L." a ejercitar sus acciones ante el Juzgado de lo Mercantil que tramita el concurso de la contraparte.": SAP Córdoba (Sección 1) 17.02.2014 (Sentencia 57/2014; Rollo 32/2014)

AP Madrid (Sección 9)

"Segundo.-Por la representación procesal de OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCIONES S.L., se impugna el auto dictado en fecha 22 de marzo de 2011, en el cual se declaraba la incompetencia objetiva del juzgado para conocer tanto de la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por la parte apelante, que está en situación de concurso de acreedores, así como de la demanda reconvencional formulada por la entidad G-88 S.L., alegando como primer motivo del recurso de apelación la incongruencia extra petita, al entender que se ha resuelto sobre cuestiones que no habían sido planteadas por las partes, en la medida que la parte apelante planteó una cuestión de competencia por declinatoria por entender que el juzgado era incompetente para conocer de la demanda reconvencional formulada contra la entidad OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCIONES S.L., mientras que el auto apelado declara la incompetencia objetiva del juzgado para conocer de la demanda interpuesta por dicha entidad.
Como señala la sentencia del TS de fecha 26 de octubre de 2010 "El principio de la congruencia proclamado en el artículo 218 LEC -que, en su modalidad llamada omisiva, tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE - exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente (SSTS 1 de abril de 2008, RC n.º 222/2001, 2 de octubre de 2009, RC n.º 2194/2002, 26 de marzo de 2010, RC. n. º 824/2006). Solo cabe tildar de incongruente la respuesta judicial por falta de argumentación concreta acerca de una cuestión cuando no cabe entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución (STS de 1 de abril de 2008, recurso 222/2001).".
El Tribunal Constitucional se ha tenido que ocupar de la denominada incongruencia «extra petita» y proclama que no puede el órgano jurisdiccional alterar o modificar los términos del debate, ni tampoco decidir sobre cosa distinta por modificación o alteración de la causa de pedir - sentencias 29/1987, de 6 de marzo, 142/1987, de 23 de julio y 125/1989, de 12 de julio -. En resumen, que está vedado al juzgador resolver problemas no planteados por las partes en la litis, cuando el Juez se extravía de los

términos en que aparece establecida la contienda tal y como viene planteada por las partes litigantes y altera el «petitum», concediendo algo que no se ha postulado, vulnerando con ello el principio de contradicción y el propio derecho de defensa. Pero debe medirse esta exigencia, precisamente por la adecuación o ajuste entre el «petitum» o suplico y el fallo o parte dispositiva, no permitiendo conceder más de lo pedido por el actor, ni menos de lo admitido por el demandado, ni cosa distinta de lo postulado.
Ahora bien al ser apreciable de oficio la falta de competencia objetiva en base al artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no cabe entender que la resolución apelada incurra en incongruencia en la medida, en la medida que el juzgado está facultado para conocer y resolver de oficio sobre dicha cuestión aun cuando no haya sido plateada por las partes.
Tercero. -Tal como se alega en el escrito de apelación del artículo 86.ter de la LOPJ y el artículo 8.1 de la Ley Concursal, corresponde a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento en exclusiva de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo que en base a dichos preceptos el juzgado de primera instancia ordinario carece de competencia objetiva para conocer de la demanda reconvencional formulada frente a la parte apelante, al estar declarada en concurso de acreedores con fecha anterior a la presentación de la demanda.
Ahora bien la cuestión que se plantea es si esa misma incompetencia objetiva se produce también respecto a la demanda principal interpuesta por la concursada, como se declara por el juzgado al ser dicha cuestión apreciable de oficio en base al artículo 48.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
De los preceptos anteriormente citados se deduce que la competencia exclusiva de los Juzgados de lo Mercantil no se extiende a las acciones que puedan ejercitarse por el concursado toda vez que no existe ninguna norma que atribuya esa competencia al Juzgado de lo Mercantil, en la medida que en base a los artículos 8 y 50 de la Ley Concursal, el Juzgado de lo Mercantil tiene competencia para conocer de las acciones civiles de contenido patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, pero no por el contrario de las acciones que pueda ejercitar la suspensa, que debe entenderse su competencia a favor de los Juzgados Ordinarios, de lo que se deduce que la incompetencia objetiva que se recoge en el auto apelado solo puede venir referida a la demanda reconvencional formulada por G-88 S.L., pero no respecto de la demanda principal. ": AAP Madrid (Sección 9) 19.07.2012 (Auto 194/2012; Rollo 867/2011)

AP Madrid (Sección 10)

"PRIMERO.-Se recurre la resolución dictada por el juzgado primera instancia número 68 de Madrid en fecha 24 octubre del 2011, en virtud la cual se estimó la falta de competencia del juzgado en el presente procedimiento ordinario relativa a una demanda reconvencional por corresponder su conocimiento al juzgado mercantil conocedor del concurso de la parte actora, y por tanto se abstenía de conocer y acordaba el archivo de las actuaciones relativo a la reconvención sin hacer expresa imposición de costas.
SEGUNDO. - Por la representación de la entidad recurrente y del señor Don Inocencio se interpuso recurso de apelación, alegando los antecedentes del procedimiento, teniendo en cuenta que había suscrito un contrato de ejecución de obra con préstamo para financiar las mismas, y reclamándose en razón del interés moratorios del 18% en las cuotas, entendiendo que la contraria había incumplido sus obligaciones legales y contractuales contestaron y propusieron reconvención, y se alegó que la parte habían sido declarada en concurso de acreedores mediante auto de fecha 25 junio 2009 ante el juzgado número uno de Valladolid en los autos de concurso ordinario.
Entendiendo que la resolución es contraria a derecho y pretende creer que se trató una acción civil con trascendencia patrimonial y el día 11 octubre 2011 se aprobó el convenio propuesto por la concursada y se ha producido el levantamiento de dicho procedimiento concursal acompañándose la documental número uno y por tanto cesan todos los efectos de la declaración de concurso conforme al artículo 133.2, siendo irracional y además no existe falta de competencia cuando se ha producido la aprobación del convenio, y además están conectadas ambas demandas provenientes de una misma relación contractual y por tanto por economía procesal y en evitación de procedimientos contradictorios sobre unos mismos hechos deben conocer un mismo juzgado, y no procede la acumulación.
Así expuestos de modo sucinto los presupuestos esenciales e iniciales del proceso válido, resulta que los Juzgados de lo Mercantil son órganos dotados de jurisdicción e insertos por disposición legal en el orden jurisdiccional civil (art. 9.1 y 2 L.O.P.J.), cuya competencia se extiende a las pretensiones de tutela judicial que por Ley se les encomiendan; de tal modo que existiendo diversidad de órganos dentro del mismo orden jurisdiccional, atendiendo a la cuantía o a la materia se atribuye por Ley el conocimiento de las pretensiones entre los múltiples órganos judiciales; criterio legal de distribución que resulta de derecho necesario, inderogable por disposición de las partes y no sujeto a pacto, transacción o sumisión.
Teniendo en cuenta la fecha de la contestación y reconvención la entidad actora en su momento se encontraba en situación de concurso como resulta acreditado en las actuaciones, por lo que no puede más que ratificarse la resolución y la fundamentación en cuanto a lo mantenido por el recurrente y su estimación se vulneraría el principio y las garantías que las normas concursales y la Ley Concursal

que se ha pretendido, y cuando nace el crédito del que procede la reclamación al momento de demandarse ésta, la situación de la entidad actora es clara de estar en situación de concurso con independencia que con posterioridad terminara o estuviera pendiente su terminación, al no ser firme la resolución aportada ni acreditada la firmeza.": AAP Madrid (Sección 10) 04.07.2012 (Auto 232/2012; Rollo 414/2012)

"PRIMERO.-La administración del concurso de "Obrum Urbanismo y Construcciones, S.L." (en lo sucesivo "Obrum") celebró contrato de cesión de obra con "Tableros y Puentes, S.A." ("Tapusa"), que tenía por objeto la construcción de unas viviendas, plazas de garaje y trasteros. Ante el supuesto incumplimiento de los pagos pactados, la administración del concurso de "Obrum" formuló demanda contra "Tapusa", incoándose el procedimiento ordinario nº 284/2011 en el Juzgado de 1ª Instancia nº 68 de Madrid; en dichos autos, "Tapusa" formuló demanda reconvencional, alegando que existen una serie de deficiencias en la obra cedida, estando interesada en compensar la cantidad reclamada en la demanda con el importe de las deficiencias detectadas.
Ante la interposición de la referida demanda reconvencional, la administración del concurso plantea declinatoria por falta de competencia del Juzgado para el conocimiento y resolución de la cuestión contenida en la reconvención, que corresponde a los Juzgados de lo mercantil, dictándose auto de fecha 21 de noviembre de 2011 por el que se declara la falta de competencia objetiva del Juzgado; habiéndose interpuesto contra dicho auto recurso de apelación, que es objeto de la presente resolución.
SEGUNDO.-La parte apelante alega, en apoyo de la reconvención formulada, que el ejercicio de las acciones de una y otra parte en procedimientos distintos pueden dar lugar a sentencias contradictorias, produciéndose la división de la continencia de la causa, puesto que el contrato de cesión objeto de autos generó obligaciones bilaterales.
A dichos efectos, no podemos obviar que las normas sobre la competencia de juzgados y tribunales son de carácter imperativo, siendo su observancia de obligado cumplimiento, por tanto ha de estarse a lo dispuesto en la Ley Concursal de 22/2003, de 9 de julio, que en su artículo 49.1 establece que "Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la mas pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las Leyes", disponiendo en el artículo 50.1 que "Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado."; aplicado dicho precepto al supuesto que nos ocupa, resulta que la administración del concurso puede iniciar los procedimientos que considere oportunos en defensa de los derechos y créditos de la entidad concursada; no obstante, las acciones contra esta última sólo podrán ejercitarse ante el juez del concurso, aún cuando las mismas se encuentren estrechamente relacionadas con el objeto litigioso de un procedimiento cuyo conocimiento corresponde a un Juzgado de 1ª Instancia, como ocurre en este caso.": AAP Madrid (Sección 10) 02.10.2012 (Auto 305/2012; Rollo 399/2012)

"Segundo.-Al estar AXIAL CAMINOS INMOBILIARIOS, una de las sociedades integrante de las UTES demandantes, declarada en concurso mediante auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de los de Madrid de 16 de diciembre de 2009, anterior a la demanda presentada el 20 de mayo de 2010, y haber formulado la demandada URBAPRO, ARQUITECTURA, URBANISMO Y GESTIÓN INMOBILIARIA reconvención contra las demandantes, se plantea la incidencia que en la competencia objetiva del proceso produzca la mentada situación procesal (demandante-demandada reconvenida) de la concursada.
Su condición de demandante no comporta más que la conformidad al efecto de la administración concursal, exigida por el artículo 54.2 de la Ley Concursal, requisito en cualquier caso subsanable.
Más compleja se presenta la problemática atinente a su condición de sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal por mor de la reconvención en su contra y demás demandantes deducida, que, en principio, admitiría tres soluciones distintas, a saber: 1) Entender que la competencia la atrae el Juzgado Civil de Primera Instancia, al ser el competente para conocer de la demanda; 2) Que la competencia debe derivarse al Juzgado Mercantil, al tenerla para el conocimiento de la reconvención; y 3) Que debe romperse la continencia del proceso atribuyendo el conocimiento de la demanda al Juzgado Civil y la de la reconvención al Mercantil en que se siga el concurso.
La primera choca con el insalvable obstáculo de la terminante disposición del artículo 8.1 de la Ley Concursal (86 ter -1- 1º LOPJ) que atribuye el Juez del concurso la Jurisdicción exclusiva y excluyente en las acciones con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, lo que corrobora el artículo 50.1 de la repetida Ley con la abstención que previene y las consecuencias para el caso de admitirse las demandas en dichos supuestos.
La segunda cuenta con el respaldo de los artículos precitados de la Ley especial, y a ello no es obstáculo el artículo 406.2 de la de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que el Juzgado Civil tendría competencia por razón de la materia de la reconvención, si bien le priva de ella la legislación especial.
En cuanto a la tercera, atentaría al más elemental principio de seguridad jurídica al abrir paso a posibles resoluciones contradictorias, máxime teniendo en cuenta las estrecha conexión e interdependencia existente entre demanda y reconvención, que impide una estimación conjunta de

ellas, al reprocharse las partes recíprocamente a su través incumplimientos de unas mismas relaciones contractuales.
En conclusión, se opta por la segunda de las soluciones esbozadas, coincidente con lo resuelto por el auto apelado, que, consecuentemente, debe confirmarse. ":AAP Madrid (Sección 9) 04.10.2012 (Auto 249/2012; Rollo 833/2011)

AP Madrid (Sección 19)

"PRIMERO.-OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., a través de su representación procesal, formuló demanda reclamando de la persona jurídica que ocupó el lado pasivo de la relación jurídica procesal, las cantidades de 83.442,35 euros (retenida en garantía del buen fin de las obras ejecutadas por la actora), además de 42.725.22 euros por intereses más los intereses que también se devengasen desde la interpelación judicial; decía ya la demandante que se encontraba en situación de concurso necesario 42/2009, del que conocía el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, cuya situación de concurso se había operado a través del auto de 24 de marzo del año 2009, con mención específica de que la demandante actuaba con conformidad de la administracion concursal para accionar (documentos 5 y 6 de los acompañados a la demanda); a la repetida demanda se opuso SAN ANTON 1999, S.L. esgrimiendo incumplimiento de la propia demandante para, debido al retraso y a la penalización pactada a tal fin, reclamar, respecto del bloque II, 33.980,19 euros y del bloque IV 174.934,92 euros, lo que totalizaba la cifra dineraria de 208.915,11 euros. Recayó diligencia de ordenación el 30 de junio del año 2010 (718), acordando la unión de los escritos de contestación y reconvención, al tiempo que se tenía por personada y parte a la demandada y añadía aquella diligencia de ordenación pero, advertida falta de competencia objetiva, óigase a las partes y al Ministerio Fiscal. El Misterio Público emitió su informe (721) entendiendo que el competente era el Juzgado de lo Mercantil correspondiente, para el demandante emitir informe en el sentido de que era preciso diferenciar demanda principal y contestación de la propia reconvención, debiendo activarse, ex artículo 406.2, la inadmisión de la reconvención, de la que conocería el Juez del concurso, para continuar el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Parla asumiendo el conocimiento del litigio en lo relativo a la propia demanda y a la contestación, todo ello desde el contenido de los artículos 8 y 50 de la Ley Concursal, al tiempo que esgrimía distintas, resoluciones de concretos juzgados, entre otros el de Primera Instancia nº 6 de Barcelona. Por su parte la demandada presentó escrito (746), en el que se especificaba que fuese el Juzgado el que resolviese la cuestión suscitada teniendo en cuenta que demanda y reconvención eran posteriores a la declaración del concurso. El Juzgador de instancia tras una meditada resolución, llego a la conclusión de que el Juzgado de lo Mercantil debía de conocer de la total problemática suscitada teniendo muy en cuenta el contenido de los artículos 8 y 51 de la Ley Concursal por lo que resolvió archivar las presentes actuaciones.
SEGUNDO.-Se alza contra el auto la representación procesal de la parte demandante que reitera la argumentación llevada al escrito obrante al folio 724 de los autos principales, en el que se emitió el informe solicitado por el Juzgado, procediendo a profundizar en el artículo 406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y entendiendo, con la resoluciones que también aportaba de otras Audiencias Provinciales como la de Cádiz (resolución de 22 de julio del año 2008), Pontevedra de 15 de abril del año de 2010 y Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de octubre del año 2009 que lo procedente, en el supuesto concreto a que se ciñe el procedimiento, es que el órgano jurisdiccional civil de Parla inadmita a trámite la reconvención ex artículo 406.2 para ceñir, por tanto, la incompetencia objetiva única y exclusivamente a la repetida reconvención, debiendo seguir conociendo el Juzgado de la demanda principal, introduciendo también tanto en el informe como en el recurso, la posibilidad de que en la contestación a la demanda se pueda esgrimir, obviamente, la "exceptio non rite adimpleti contractus" o la "exceptio non adimpleti contractus", que también viene a sostener el propio demandado cuando denuncia el incumplimiento de la actora en relación con las penalizaciones por retraso. Al recurso se opuso la contraparte (797), entendiendo que se daría una quiebra de las armas procesales que tiene el demandado frente al demandante si se llegase a la conclusión que postula la parte apelante, evitando con ello la indefensión que entendía se le producía.
TERCERO.-Resulta evidente, desde cuanto establece el artículo 86.ter primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 8.1º de la Ley Concursal y artículos 50 y 51 de la propia Ley, en relación, también con el artículo 183.4 de la misma norma sustantiva-procesal (nos estamos refiriendo a la Ley Concursal), que los Juzgados de lo Mercantil son competentes para conocer de modo exclusivo y excluyente de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley; y añade el artículo 50 para los nuevos juicios declarativos que se promuevan después de la declaración del concurso que los jueces del orden civil y del orden social ante quienes interpongan demanda de la que deba conocer el Juez del concurso, de conformidad con lo previsto en el esta Ley, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del Concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. Luego, desde lo hasta aquí dicho, se infiere claramente que las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado y que tengan trascendencia patrimonial tendrán que reconducirse al ámbito competencial objetivo de los Jueces del concurso, en

definitiva del Juez de lo Mercantil correspondiente. En nuestro caso concreto de la demanda promovida por OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES. S.L. pudo, perfectamente, conocer el Juzgado de Parla ex artículos 45, 51 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues cuando verdaderamente surge el conflicto, y nos encontramos con una acción de contenido patrimonial dirigido contra el patrimonio del concursado, es al articularse la reconvención, respecto de la cual, pudo perfectamente y ex artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, inadmitirse por el Juzgador de instancia pues ciertamente, respecto de la citada reconvención, carecía de competencia objetiva por razón de la materia, como expresa el tan repetido artículo 406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo posible transferir al Juez del concurso el total conocimiento del asunto cuando la reconvención puede hacerse valer ante el Juez correspondiente de lo Mercantil, al tiempo que en la contestación a la demanda pudo, como prácticamente hizo el demandado, esgrimir los hechos modificativos, extintivos o excluyentes para que la demanda en cuestión no progresase en forma, no siendo posible archivar todo el procedimiento para remitir el conocimiento del asunto al Juez de lo Mercantil, cuando este solo puede conocer, desde el contenido de los artículos 8 y 50 de la Ley Concursal, de aquellas acciones civiles de contenido patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado; y en este caso se encuentra, tan solo, la reconvención que formuló la parte demandada, sin que aquella división competencial pugne con el derecho de defensa de SAN ANTON 1999, S.L., que puede hacer valer su derecho ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso de URBANISMO Y CONSTRUCCIONES,
S.L. En definitiva, y como conclusión, entiende esta Sala que es procedente acoger el recurso devolutivo interpuesto, que divide la competencia para conocer del conflicto entre el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Parla y el de lo Mercantil nº 6 de Madrid que decretó el concurso necesario de OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., que lo será para el objeto propio de la reconvención, pues en este caso concreto se trata de una acción civil de contenido patrimonial contra el patrimonio del concursado, que necesita ser examinada desde todo el concurso a la hora de determinar, como determina el Juez de lo Mercantil, las masas activa y pasiva dentro del propio concurso para garantizar que principios como el de la "par conditio creditorum", lleguen a buen término. No se priva a SAN ANTONIO 1999, S.L. del ejercicio de la acción que pueda derivar del retraso en la entrega de los inmuebles, sino que esta pretensión se reconduce al Juez de lo Mercantil, por permitirlo, como efectivamente lo permite, el artículo 400.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las normas ya citadas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley Concursal. (...)

LA SALA ACUERDA:
Estimar el recurso de apelación formulado por OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., que estuvo representada por la Procuradora Dª Mercedes Caro Bonilla, al que se opuso SAN ANTON 1999, S.L., representada por Dª Africa Martín-Rico Sanz, contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Parla (juicio ordinario 427/2010) en 30 de Septiembre del año 2010, que se revoca y se deja sin efecto, para que por el Juzgador de instancia se continúe conociendo de la demanda y contestación, que enfrenta a las partes, y que constituyen el objeto principal del litigio, inadmitiendo a trámite la reconvención, por faltar, respecto de aquel Juzgado, la necesaria competencia objetiva que por Ley viene atribuída a los Juzgados de lo Mercantil al haberse ejercitado en la reconvención aludida acción civil con trascendencia patrimonial que se dirige contra el patrimonio del concursado, y sin que se impongan las costas de esta alzada a ninguna de las partes.": AAP Madrid (Sección 19) 13.05.2011 (Auto 127/2011; Rollo 159/2011)

AP Madrid (Sección 20)

"PRIMERO: Como antecedentes de hecho de la presente resolución deben señalarse los siguientes:
Con fecha 24 de octubre de 2008, la mercantil "OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L.U." interpuso demanda de juicio ordinario contra "CASTELLANA HABITAT, S.L." en reclamación de la suma de 836.633,23 euros, intereses y costas del litigio.
La demandante fue declarada en situación de concurso necesario por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de fecha 24 de marzo de 2009.
Mediante escrito de fecha 4 de junio de 2009, "CASTELLANA HABITAT, S.L." contestó la demanda, oponiéndose a la misma e impetrando su desestimación íntegra, al tiempo que formulaba demanda reconvencional, solicitando la condena de la actora, tras las oportunas compensaciones, al pago de la suma de 1.002.764,02 euros, intereses y costas.
Con fecha 16 de febrero de 2010 se presentó escrito por la representación procesal de "OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L.", promoviendo incidente de declinatoria de jurisdicción alegando que por aplicación de los artículos 8, apartado 1, 50 y 58 de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Juzgado de instancia carecía de competencia objetiva para conocer de la demanda reconvencional, debido a la situación concursal de la mercantil reconvenida, debiendo la parte reconviniente instar la acción ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.
A la citada pretensión se opuso la representación procesal de "CASTELLANA HABITAT, S.L." que defendió la competencia objetiva del Juzgado de instancia para conocer de la demanda reconvencional.

El incidente ha sido resuelto por Auto de 30 de junio de 2010, por el que se declara la falta de competencia del Juzgado nº 5 de Valdemoro para conocer de los autos en su totalidad por considerar que las acciones ejercitadas son competencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.
SEGUNDO: Frente a la citada resolución se ha alzado la representación procesal de "OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L.U." que interesa la revocación del Auto en el sentido de declarar la falta de competencia objetiva del Juzgado exclusivamente en lo referente a la demanda reconvencional, pretensión a la que se opone "CASTELLANA HABITAT, S.L.", que, además, impugna la resolución recurrida en el sentido de que se revoque y se declare que el Juzgado de Primera Instancia es competente tanto para conocer de la demanda principal, como de la reconvencional o, subsidiariamente, que se confirme el auto apelado.
TERCERO: No compartimos el criterio de la Juzgadora "a quo".
La cuestión procesal aquí planteada debe resolverse atendiendo a lo dispuesto en los artículos 8.1º, 50.1 y 58 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, y artículos 406.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, conjunto de normas reguladoras de la competencia objetiva que son de orden público e indisponibles por las partes (artículo 48 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).
La solución no pasa por declarar la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la totalidad de las acciones ejercitadas en los presentes autos, y remitir a las partes al Juzgado de lo Mercantil nº 6. De la aplicación de las normas citadas, debe llegarse a la conclusión de que para el conocimiento de la acción ejercitada en la demanda principal la competencia objetiva corresponde exclusivamente al Juzgado de Primera Instancia de Valdemoro, mientras que para el conocimiento de la acción ejercitada en la demanda reconvencional, una vez declarado el concurso, la competencia exclusiva y excluyente corresponde al Juez de lo Mercantil nº 6, porque no solo es una acción dirigida frente al patrimonio de "OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L.U.", sino que, además, se pretende que se produzca una previa compensación de los créditos y deudas con la concursada.
En definitiva, las dos acciones no pueden resolverse por el Juzgado de lo Mercantil, al carecer de competencia objetiva para conocer de la demanda principal, ni por el Juzgado de Primera Instancia, dado que el artículo 406.2 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, impide admitir a trámite las reconvenciones en las que se ejerzan acciones para las que no es competente el Juzgado ante quien se formulan para conocer de las mismas por razón de la materia, de tal modo que las acción que "CASTELLANA HABITAT, S.L." ha interpuesto en vía reconvencional contra "OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L.U.", acción personal de condena pecuniaria que, de prosperar, afectaría a su patrimonio, deberá ejercitarlas, en su caso, ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6.
Este mismo criterio ha sido seguido por otras Audiencias Provinciales (SAP Barcelona, Sección 14ª, de 27 de mayo de 2011, Recurso 110/210 que cita la SAP Zaragoza, de 30 de diciembre de 2010; SAP Toledo, Sección 1ª, de 14 de julio de 2010, nº de Recurso: 21/2010).": AAP Madrid (Sección 20) 11.10.2011 (Auto 198/2011; Rollo 324/2011)

AP Madrid (Sección 25)

"PRIMERO.-Europea del Gas S.A.U. alega infracción por inaplicación del art. 406.2 LEC, por no ser admisible la interposición de la reconvención al faltar la competencia objetiva por razón de la materia. Como la situación concursal de la demandante atrae a la jurisdicción mercantil cualquier reclamación sobre su patrimonio (arts. 8 de la Ley Concursal y 86.ter de la LOPJ), la demandada reconviniente tendría que acudir al procedimiento concursal para no vulnerar la "par conditio creditorum", lo que no sucede respecto de la demanda inicial, que no está condicionada por el status de concursada. En este sentido también se habrían infringido los arts. 50 LC y 46 LEC, porque la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente cuando se dirija una acción contra el concursado y afecte a su patrimonio, pero no cuando la dirija el concursado contra un tercero deudor suyo, como aquí sucede.
Por su parte Tilmon España S.A. se adhirió al recurso de apelación interpuesto por Europea del Gas S.A.U.
SEGUNDO.-Planteados pues, ambos recursos (el segundo por vía de adhesión), en los términos que en síntesis antecede, resulta evidente desde cuanto establece el art. 86.ter primero de la LOPJ en relación con el art. 8.1º de la LC, y art. 50 y 51 de la propia Ley, en relación también con el art. 183.4 de la misma norma sustantiva-procesal (nos estamos refiriendo a la Ley Concursal); que los Juzgados de lo Mercantil son competentes para conocer de modo exclusivo y excluyente de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el art. 17.1 de esta Ley; y añade el art. 50 para los nuevos juicios declarativos que se promuevan después de la declaración del concurso, que los jueces del orden civil y del orden social ante quienes interpongan demanda de la que deba conocer el Juez del concurso, de conformidad con lo previsto es esta Ley, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del Concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
Luego, desde lo hasta aquí dicho, se infiere claramente que las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado y que tengan trascendencia patrimonial tendrán que reconducirse al ámbito competencial objetivo de los Jueces del concurso, en definitiva del Juez de lo Mercantil

correspondiente. En nuestro caso concreto de la demanda promovida por Europea del Gas S.A.U. puede conocer el Juzgado de Primera Instancia nº9 de Madrid, pues cuando verdaderamente surge el conflicto y nos encontramos con una acción de contenido patrimonial dirigido contra el patrimonio del concursado, es al articularse la reconvención, respecto de la cual pudo perfectamente y ex art. 406 de la LEC, inadmitirse por el Juzgador de instancia, pues ciertamente respecto de la citada reconvención, carecía de competencia objetiva por razón de la materia; como expresa el tan repetido art. 406.2 de la LEC, no siendo posible transferir al Juez del concurso el total conocimiento del asunto cuando la reconvención puede hacerse valer ante el Juez correspondiente de lo Mercantil, no siendo posible archivar todo el procedimiento para remitir el conocimiento del asunto al Juez de lo Mercantil, cuando este sólo puede conocer, desde el contenido de los arts. 8 y 50 de la LC, de aquellas acciones civiles de contenido patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado; y en este caso se encuentra tan sólo la reconvención que formuló la parte demandada, sin que aquella división competencial pugne con el derecho de defensa de Tilmon España S.A., que puede hacer valer su derecho ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso de Europea del Gas S.A.U.
En definitiva y como conclusión, es procedente estimar el recurso que lo será para el objeto propio de la reconvención, pues en este caso concreto se trata de una acción civil de contenido patrimonial contra el patrimonio del concursado, que necesita ser examinada desde todo el concurso a la hora de determinar, como determina el Juez de lo Mercantil, las masas activa y pasiva dentro del propio concurso, para garantizar que principios como el de la "par conditio creditorum" lleguen a buen término, doctrina la anterior mantenida en Auto de 13 mayo 2011 de la Sección 19ª de esta Audiencia Provincial de Madrid.”: AAP Madrid (Sección 25) 28.10.2011 (Auto 196/2011; Rollo 353/2011)

AP Sevilla

“PRIMERO.- Se plantea en esta alzada la cuestión de si, declarado el concurso de una persona, después de haber promovido un pleito, puede conocer de la reconvención que luego se formule contra ella el juez civil ordinario que conocía de dicho pleito o, si, como hizo en este caso el juzgador "a quo", lo procedente es abstenerse de conocer del mismo, reservando su planteamiento ante el juez del concurso.
SEGUNDO.- Pues bien, el tribunal comparte por completo ese criterio, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 ter, 1,1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8 de la Ley Concursal, que atribuyen al juez del concurso el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo el juez del orden civil abstenerse de conocer de las mismas, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, como señala el artículo 50, 1 de la Ley Concursal.
TERCERO.- Se basa la apelante, Amarillos Andalucía, S.L., en que, siendo la reconvención una posibilidad dentro de un proceso ya iniciado, resulta aplicable el artículo 51,1, párrafo primero, de la misma ley, que señala que los juicios declarativos en los que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos, hasta la firmeza de la sentencia. Pero esa tesis no puede ser compartida, dada la sustantividad propia de la reconvención, pues, aunque se efectúa en el escrito de contestación a la demanda, no es actuación de respuesta ni de oposición a ésta, sino que se trata de una nueva demanda que inicia otro proceso que se acumula al anterior, o, dicho de otra manera, el aprovechamiento de la oportunidad del juicio anterior para interponer frente al actor otra posterior.
CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que la reconvención sea admisible, el tribunal que está conociendo de la pretensión inicial debe ser también competente para conocer de la pretensión acumulada, lo que no se produce en este caso en que el conocimiento del asunto que supone la demanda reconvencional corresponde al juez del concurso, dada la ampliación de su competencia como efecto de la declaración de concurso.
QUINTO.-Se dice también que la tramitación por separado puede dar lugar a sentencias contradictorias, lo que, sin embargo, no es motivo suficiente para dejar de aplicar los preceptos antes indicados, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley Concursal, cuyos términos no dan lugar a dudas. ”: AAP Sevilla (Sección 5) 20.01.2012 (Auto 12/2012; Rollo 5904/2011)

AP Barcelona (Sección 1)

“SÉPTIMO.-Demandas reconvencionales dirigidas contra la concursada CONTROL.
I.- CONTROL fue declarada en concurso voluntario por auto de fecha 19 de noviembre de 2008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona, de modo que tanto al interponer la demanda principal como al formular la reconvención dicha empresa se encontraba sujeta a tal proceso concursal, por lo que esta Sala, conforme a lo previsto en el art.48.3 LEC, confirió audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo de 10 días para que se pronunciaran sobre la competencia objetiva del Juzgado de Instancia para conocer de las reconvenciones formuladas por las promotoras frente a la contratista concursada en atención a que la competencia para conocer de las mismas podría corresponder al Juzgado del Concurso conforme a lo previsto en los arts. 8 y 50 de la Ley Concursal.

El artículo 8.1º de la Ley Concursal establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para las acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, y por ello esta Sala planteó la apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia, con la posible consecuencia de declarar la nulidad de lo actuado por vía reconvencional (arts. 48.2 y 227.2 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 50.1 in fine de la Ley Concursal).
Obsérvese que la reconvención es una nueva demanda que formula el primitivo demandado y da lugar a su propia contestación, esto es, a una acumulación; de modo que no sería acertado interpretar que está en trámite el proceso, a los efectos del art.51.1 de la Ley Concursal, para negar la aplicación del precitado artículo 50, pues éste alude a "demanda", y la reconvencional lo es conforme al art. 406.3 LEC.
II.- En anteriores numerales ya analizamos las posibles excepciones que impedirían la estimación de la demanda, advirtiendo de lo injustificado de la resolución contractual por no considerar imputable a la contratista el retraso en la ejecución de la obra y descartando que la obra ejecutada adolezca de defectos que precisen ser reparados; y es que no puede desconocerse que las promotoras que oponen un defectuoso cumplimiento de la contratista no necesitaban reconvenir por cuanto el derecho del actor sólo se adquiere con el puntual cumplimiento de sus obligaciones, de modo que no estaríamos ante una compensación propiamente dicha de dos créditos sino más bien ante la alegación de unas excepciones en orden a que se declarara que la contratista no tenía derecho a percibir el precio pendiente de pago.
Como recuerda la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de marzo de 1991, los principios del respeto a la palabra dada y a la buena fe dieron lugar al nacimiento de dos acciones diferentes, una de contrato no cumplido, llamada non adimpleti contractus, y otra de contrato no cumplido adecuadamente en cantidad, calidad, manera o tiempo, denominada exceptio non rite adimpleti contractus, acciones no reguladas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, pero cuya existencia está implícitamente admitida en diversos preceptos y han sido sancionados por la jurisprudencia; así, en cuanto a la primera, los arts.1.466, 1.500 párrafo 2.º, 1.100 y 1.124 del Código Civil y las sentencias de 7 de octubre de 1985, 8 de junio de 1903, 9 de julio de 1904, 10 de abril de 1924, 1 de abril de 1925, 6 de noviembre de 1923 y 29 de diciembre de 1965, y respecto a la segunda, los arts.1.100 apartado último, y 1.154 y 1157, también del Código Civil, y la sentencia de 17 de abril de 1976.
Asimismo se ha de recordar como la jurisprudencia viene admitiendo la reducción del precio en el caso de acreditarse la realidad de las deficiencias constructivas (entre otras, STS, Sala 1ª, 27 enero 1992).
III.- Ahora bien, con el planteamiento de la demanda reconvenciónal la cuestión varia dado que es claro que ya no se trata de una excepción sino que estamos ante una nueva demanda, e incluso si se quiere ante una compensación, pero en todo caso ambas excluidas del conocimiento del Juzgado de Primera Instancia la compensación en base al art.58 de la Ley Concursal -.
IV.- En consecuencia, procede declarar la nulidad de actuaciones en lo que se refiere a la demanda reconvencional, por lo que formalmente no podemos entrar a considerar el recurso planteado por las demandadas reconvinientes sobre la desestimación de la reconvención, cuyas costas de primera instancia no procede imponer dado que su tramitación debió haberse denegado de plano por el juzgado.”: SAP Barcelona (Sección 1) 21.05.2013 (Sentencia 238/2013; Rollo 438/2011)

AP Barcelona (Sección 14)

“PRIMERO.- Se apela por la parte actora el auto de fecha 17 de junio de 2010 por el cual se acuerda el archivo de los autos por ser competente para conocer de la cuestión el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de esta Ciudad que conoce del concurso voluntario nº 666/08 incoado a instancia de la propia actora.
Se sostiene en el recurso de apelación que solamente planteó la competencia objetiva del juzgado de lo mercantil en relación a la reconvención planteada por la sociedad demandada. A su entender el artículo 50.1 de la LC sólo prevé la competencia de los juzgados mercantiles cuando es "demandada" la sociedad en situación concursal no así cuando esta propia consursada es quien insta demanda por lo cual sólo procede el archivo de la demanda reconvencional. Se remite a los artículos 8 y 54 ambos de la LC.
SEGUNDO.-Asiste razón a la parte apelante que, a pesar de la situación de concurso voluntario puede instar demanda en reclamación de cantidad, puesto que no existe norma alguna que impida las acciones en defensa del patrimonio, conforme a los artículos 8, 50 y 51 todos de la Ley Concursal, cuyas demandas han de ser conocidas por los juzgados de lo civil por no ser competencia de los juzgados de lo mercantil (art. 86 de la LOPJ), como así lo establecen distintas Audiencias Provinciales, entre otras la Sección 15ª de esta ciudad de 26 de junio de 2008, o de la Audiencia Provincial de Huesca de 29 de octubre de 2008, o de la Audiencia Provincial de A Coruña de 5 de junio de 2008, entre otras.
La apelada contestó a la demanda y formuló "reconvención" en reclamación de daños y perjuicios con fundamento en la exceptio non adimpleti contractus, y compensación de manera que conforme a lo prevenido en el artículo 8.1º y 50.1 de la LC esta demanda ha de ser conocida por el juzgado de lo mercantil.

La Sala no comparte el criterio interpretativo de la parte apelada, toda vez que del tenor literal de estas normas se desprende claramente que son competencia de los juzgados de lo mercantil las demandas dirigidas contra los concursados, sea en solicitud de daños y perjuicios por incumplimiento o en solicitud de compensación de créditos. En este sentido se comparte y hace suya la Sala la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de diciembre de 2010, recurso 500/2010, ROJ 3149/10.
En su parte bastante se transcribe lo resuelto por la citada sentencia de Zaragoza:
"Siendo ello así, y habida cuenta que el artíiculo 8.1º de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, establece que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil", disponiendo, a su vez, el artículo 50.1 de dicha Ley Concursal que "los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado", y estableciendo, por otra parte, el artículo 58 de la misma que "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal" y que a su vez, el artículo 406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "No se admitirá la reconvención cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza", normas todas ellas reguladoras de la competencia objetiva que son de orden público e indisponibles por las partes, es de apreciar su vulneración en el caso de autos tanto al haberse admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia la demanda reconvencional deducida" "... como al acoger la compensación de créditos que hizo valer la referida demandada reconviniente" y "sin que quepa entender, como argumenta erróneamente la sentencia apelada, que por razón de los efectos de la litispendencia (arts. 410 y 411 LEC) el referido Juzgado de Primera Instancia conservaba su competencia para conocer de ambas cuestiones (demanda reconvencional y compensación de créditos frente a la concursada), ya que con ello está desconociendo la norma especial y específica que sobre competencia objetiva para conocer de tales materias se establece en la Ley Concursal, que atribuye la misma con carácter exclusivo y excluyente al juez que conoce del concurso".
Sentada la citada sentencia, cabe en primer lugar indicar a la parte apelada que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava de 3 de marzo de 2006, recurso 49/2006, no es de aplicación al supuesto de autos por tratarse de supuesto distinto. En segundo lugar y a diferencia de lo sostenido en el escrito de oposición al recurso, no se produce la división de la continencia de la causa, pues la demanda reconvencional, aunque está directamente vinculada a la demanda principal, no puede ser conocida por el juzgado de lo civil, conforme al artículo 406.2 de la LEC.
No puede desconocer la parte apelada que en la petición de compensación no es preciso formular demanda reconvencional, ya que el artículo 408 de la LEC permite esgrimirla por vía excepción, si sólo se pretende la absolución, todo lo cual conlleva la estimación del recurso de apelación.": AAP Barcelona (Sección 14) 27.05.2011 (Auto 115/2011; Rollo 1101/2010)

AP Huelva

"SEGUNDO.-Por lo que respecta a la demandada, declarada en concurso la actora después de interponer su demanda, el auto dictado por el juzgado de Primera Instancia el 3 de marzo de 2.010 admitió a trámite la reconvención que formuló (aunque no la compensación), no entendiendo de aplicación el artículo 50 de la Ley Concursal que defiere al Juzgado de lo Mercantil la competencia para las acciones de que este deba conocer conforme a lo previsto en esa Ley, sino el 51 conforme al cual los juicios declarativos en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán hasta la firmeza de la sentencia. La reconvención es una nueva demanda que formula el primitivo demandado que da lugar a su propia contestación y en definitiva a una acumulación. No es acertado interpretar que está en trámite el proceso para negar la aplicación del artículo 50, pues éste alude a "demanda", y la reconvencional lo es (art. 406.3 L.E.C.). De la misma manera que no puede obviarse la aplicación del artículo 50 entendiendo que hay procedimiento pendiente si se amplía la demanda a un nuevo demandado -como permite el artículo 401.2 de la L.E.C.- que sea otro deudor solidario declarado entre tanto en concurso. El artículo 8.1 de la Ley Concursal establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para las acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado y, de aplicarse, esta Sala habría de apreciar de oficio falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia y declararse la nulidad de lo actuado por vía reconvencional (art. 48.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 50.1 in fine de la Ley Concursal).
TERCERO.-Cuando el demandado se limita a pedir su absolución por incumplimiento esencial del actor (exceptio inadimpleti contractus) está formulando una excepción y poca duda cabe de la competencia del Juez de Primera Instancia. Si solicita la absolución parcial de las pretensiones de la demanda oponiendo un defectuoso cumplimiento (exceptio non rite inadimpleti contractus) debe

llegarse a la misma conclusión. Sería difícil comprender que puede estimar lo más pero no lo menos. Incluso en el juicio cambiario, en que se solía negar tal posibilidad, la S.T.S. de 18 de enero de 2.011 admite que se conozca sin límites sobre dicha excepción. El problema se presenta en la práctica porque con frecuencia no sólo se excepciona el defectuoso cumplimiento de la obligación sino que, tratándose de obligaciones recíprocas, se formula reconvención para que se declare ese incumplimiento del actor y la cuantía de la indemnización por dolo, negligencia o morosidad al amparo del artículo 1.001 del Código Civil y la compensación de esa cantidad con la que adeuda el actor, con lo cual formalmente habrían de aplicarse los artículos 50 y 58 de la Ley Concursal. Sin embargo, es reconvención toda petición que no se limite a pedir la absolución, el propio artículo 406 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresa que en ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal. El demandado que opone un defectuoso cumplimiento del actor para oponerse a su pretensión no necesita reconvenir, no es que al actor se le deba todo lo que reclama y que el demandado sea a su vez acreedor de una indemnización de daños y perjuicios que se compensa con aquel crédito. Ni siquiera para compensar precisa reconvenir (artículo 408.1). El derecho del actor sólo se adquiere con el puntual cumplimiento por su parte, de manera que si éste es incompleto no ha llegado a nacer el derecho en su integridad. No existe una compensación propiamente dicha entre dos créditos existentes sino que lo que se discute en el pleito es si es acreedor el actor y en qué cuantía, cuestión probatoria en definitiva de si el cumplimiento ha sido defectuoso y a cuánto viene obligado el demandado. Cuando el incumplimiento es esencial no se estimará la demanda y si es defectuoso se hará en menor cuantía, no hay un crédito por el total pactado que debe ingresar en la masa y una deuda en el pasivo sino un crédito de inferior cuantía que debe determinar el Juzgado de Primera Instancia.
CUARTO.-En el presente procedimiento sin embargo la demandada no ha solicitado que se le absuelva sino que con su acción reconvencional pretendía que se condenara a la actora a una indemnización por mora superior al crédito del actor, se compensaran ambas cantidades y se condenara a la actora en definitiva a la diferencia, de manera que nos encontramos no ante una excepción sino verdaderas reconvención y compensación, ambas excluidas del conocimiento del Juzgado de Primera Instancia, con la consecuencia de declarar la nulidad de actuaciones en lo que se refiere a la demanda reconvencional relativa a responsabilidad por mora, sin perjuicio de que pueda plantearse la demanda ante el Juzgado de lo Mercantil. No entramos por tanto a considerar el recurso planteado por la demandada reconviniente sobre la desestimación de la reconvención, cuyas costas no se imponen en la primera instancia por las dudas jurídicas que pudiera haber suscitado la cuestión.”: SAP Huelva (Sección 2) 23.12.2011 (Sentencia 211/2011; Rollo 200/2011)

Congreso 2004

“3. ¿Se acumulan al concurso los procedimientos en que el deudor ha sido demandado vía reconvención? (…)
Con relación a la primera cuestión la conclusión mayoritaria fue la que sostenía la imposibilidad de formular demanda frente al concursado por vía de reconvención, en aplicación del artículo 406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello por que en estos casos el Juzgado de Primera Instancia que conoce de la demanda principal presentada por el deudor concursado carece de competencia objetiva en virtud del artículo 86 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 8 de la Ley Concursal para conocer de las acciones frente al concursado, que corresponde al Juez del concurso. De ahí que no es sólo que no se acumulen al concurso los procedimientos en que el deudor ha sido demandado por vía de reconvención sino que ni tan siquiera es posible la admisión de la demanda reconvencional por parte del Juez de Primera Instancia. “. (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDASESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 3

JPI-6 Barcelona

“PRIMERO Vistas las alegaciones planteadas por la impugnante, es de indicar que, ciertamente, el art. 50 de la Ley Concursal lleva por título «Nuevos juicios declarativos», y a ello se acoge dicha impugnante para sostener que, como la demanda reconvencional no da lugar a un «nuevo juicio declarativo», la misma debo admitirse a trámite aunque se plantee después de declarado el concurso de la reconvenida. Pero tal argumento no resulta atendible porque lo vinculante no es el título de una norma sino su texto y su espíritu. El texto del art. 50.1 establece que los jueces del Orden civil ante quienes «*se interponga demanda*» de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley, se abstendrán de conocer» Y el espíritu de dicha norma lo encontramos en la Exposición de Motivos de la Ley cuando dices que «*La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánico pana la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión*».

El art. 406 de la vigente LECiv., a diferencia do la regulación anterior en que no se exigía formalismo alguno a la hora de interponer demanda reconvencional, excluye la posibilidad de la reconvención implícita, exigiendo que la demanda reconvencional reúna los mismos requisitos de forma y de fondo que para la demanda principal se establecen en el artículo 399 de la LECiv. Se recoge así la equiparación que de numera unánime venia admitiendo la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supero a entre reconvención y acción independiente. La reconvención representa, por tanto, el ejercicio de una acción autónoma e independiente frente a la ejercitad de acabado, que pretende la efectividad de un derecho frente al reconvenido, lo que la diferencia de cualquier otro medio de defensa empleado por el demandado. La propia LECiv. se refiere a ella como «demanda reconvencional» (art. 407).
De admitirse la tesis de la impugnante el fraude estaría servido. Plántese en el habitual supuesto de responsabilidad solidaria (deudor principal con fiadores solidarios), en que se presente la demanda contra uno de los responsables sellados. Y admitida a trámite se pretenda antes de la contestación la ampliación tapie a otro responsable solidario declarado en concurso. Como esta ampliación no da lugar a un «*nuevo juicio declarativo*», siguiendo la tesis de la impugnante debería admitirse la ampliación. Y no parece que esa fuera la voluntad del legislador.
Finalmente, el hecho de que no se admita la demanda reconvencional no significa que no puedan examinarse en este procedimiento los incumplimientos que UBTN imputa a la demandante principal SEOP, pues según resulta del escrito de contestación, tales incumplimientos han sido esgrimidos como motivo de oposición a la demanda principal, planteándose la «*exceptio non rite adimpleti contractus*». Y en cuanto al riesgo de sentencias contradictorias, en el momento actual no concurre pues existe un único procedimiento.”: AJPI-6 Barcelona 24.10.2008 (JUR 2009\185284)

3. Acciones contra terceros instadas por la concursada o la AC

3.0 Corresponden en todo caso al Juez del Concurso las previstas en la LC

3.0.1 Caso de las acciones resolutorias de los arts 61.2 y 62 LC

AP Murcia

“PRIMERO.-Contra el Auto del juzgado de 1ª Instancia, que se declaró incompetente para el conocimiento de la demanda de resolución contractual de compraventa de viviendas, señalando como competente el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia, al haberse declarado el concurso de la entidad demandante. Se formula recurso de apelación por esta, por considerar que existe error en cuanto a la interpretación del derecho.
Por la parte apelada, se formuló oposición al recurso solicitando la confirmación del auto por los propios fundamentos del mismo.
SEGUNDO.-Se alega por el apelante en su recurso, que a pesar del que el juzgado admitió a trámite la demanda, con posterioridad y a pesar de no haber planteado la parte contraria la oportuna declinatoria, el mismo juzgado declara la competencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia. No obstante, sobre dicha capacidad que el auto apelado funda en que el artículo 48.1 de la L.E.C., dispone que la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta por el tribunal. Nada aduce para rebatir dicho razonamiento.
En cuanto al motivo o fondo del asunto se alega en el recurso, que puesto que el incumplimiento contractual es anterior a la declaración del concurso, el competente es el Juzgado de San Javier ante el que se presentó la demanda. Pues, el objeto de los contratos cuya resolución se pretende, relativos a la compraventa de viviendas son de fecha 1/12/05, y en ellos se establecía la obligación de la demandada de entregar la vivienda en el mes de febrero de 2007, sin que se efectuaran las mismas en dicha fecha ni posteriormente, y siendo que la declaración del concurso es de 21/11/08, el incumplimiento de los contratos fue anterior a la fecha de la declaración del concurso. Alegación que debe ser desestimada, por cuanto tal como señala el auto apelado, el artículo 86 ter.1 de la L.O.P.J., establece la competencia de los juzgados mercantiles, para el conocimiento de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora, añadiendo que en todo caso será competente en las materias concúrsales que señala, entre las que se indican las acciones civiles con trascendencia patrimonial contra el patrimonio de la concursada, reiterando el art. 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, el carácter exclusivo y excluyente de tal competencia objetiva; disponiendo el art. 61.2 y 62 L.Co. que la competencia del Juez del concurso se extenderá a las acciones de resolución de los contratos tanto por causa de incumplimiento como por causa de interés concursal, sea cual fuere la parte incumplidora, que se tramitará por los cauces del incidente concursal. Resulta de ello que si bien es regla general que la competencia del Juez del concurso se limita a las acciones de trascendencia patrimonial contra el patrimonio del deudor concursado (-en cuanto éste aparezca en posición de demandado-), no siendo por regla general competencia del Juez del concurso las acciones de contenido patrimonial iniciadas por la concursada después de la declaración del concurso frente a terceros, es excepción a dicha regla la acción resolutoria del contrato que la concursada dirija frente a tercero, sea por interés del concurso o por incumplimiento de la contraparte; como ocurre en el presente caso donde habiendo cumplido sus obligaciones contractuales, la solicitud de resolución se basa en el incumplimiento contractual del demandado.
Siendo además, que el propio razonamiento del recurso de apelación, admite que si la resolución

contractual se produjera después de la declaración del concurso, la competencia sería de juzgado de lo mercantil. En este caso, no ha habido resolución extrajudicial por parte de la actora, pues los contratos estaban vigentes a la fecha de la presentación de la demanda, que tiene lugar en el Decanato el 3/04/09, fecha posterior a la declaración del concurso, primer y único momento en que la actora manifiesta su voluntad de resolver, ya que en los contratos sinalagmáticos el artículo 1154 del C. Civil, establece la facultad de resolver para el caso de incumplimiento, pero también la de exigir el cumplimiento, permaneciendo mientras tanto vigente el contrato, que en todo caso y sea cual fuere la solución, bien de cumplimiento o bien de resolución, va ha determinar un incremento patrimonial en el activo o en el pasivo del concurso. En consecuencia procede desestimar el recurso.": AAP Murcia (Sección 5) 29.02.2012 (Auto 34/2012; Rollo 474/2011)

AP Valencia

"TERCERO. Entrando en las peticiones de nulidad procesal, la primera de ellas refiere a la falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil sustentada en el artículo 8 de la Ley Concursal, que fue deducida por el demandado a través de la oportuna declinatoria que fue rechazada por el órgano judicial, reproduciéndose sus argumentos en la alzada.
Debe tenerse presente que la acción deducida por la concursada en su demanda es que se cumpla por el demandado el contrato de compraventa inmobiliaria con ella suscrito atendiendo en primer lugar a los preceptos del Código Civil (1091 y siguientes) o, en segundo lugar, por ser en interés del concurso conforme al artículo 62.3 de la Ley Concursal. Por su parte el demandado reconviene frente a la entidad declarada en concurso solicitando la resolución del mentado contrato con reintegro de las cantidades abonadas.
El artículo 86 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial inicia con un precepto general que dice: *"los Juzgado de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora",* para después fijar que "en todo caso" su competencia es "exclusiva y excluyente" en las "acciones de trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado" (precepto que se reproduce en el artículo 8 de la Ley Concursal). Ciertamente la acción encauzada con la demanda inicial, no tiene cabida en este concreto precepto de atribución competencial en "exclusiva y excluyente" en cuanto es la entidad concursada la que entabla la acción contra un tercero en exigencia de un cumplimiento contractual al amparo de la normativa del Código Civil, en materia de obligaciones y contratos; pero si, en cambio, es competencia "exclusiva y excluyente" del Juzgado de lo Mercantil la acción deducida vía reconvención que además se mantiene y reitera para la alzada, siendo evidente que en tal tesitura no puede dividirse la continencia de la causa de pedir de ambas pretensiones al basarse en los mismos hechos, y porque atentaría, como es obvio, a la más elemental norma de seguridad jurídica, razón al verse afectado el patrimonio de la concursada por la que dados esos términos legales ha de conocer el Juzgado de lo Mercantil, so pena de llegar al absurdo procesal expuesto en el auto recurrido. Pero es que además se olvida por el recurrente que la Promotora declarada en concurso igualmente basa su acción en ser de "interés del concurso" con apoyo en el artículo 62.3 de la Ley Concursal, el mantenimiento del contrato de compraventa, cuestión (con independencia de su acierto o desacierto que no es ahora objeto de tratamiento) especifica, especial y propia de la Ley Concursal y como tal por el enunciado inicial del artículo 86 ter 1 mencionado sólo corresponde enjuiciar al Juzgado de lo Mercantil, no al Juzgado Primera Instancia, segunda razón para rechazar la declinatoria planteada y confirmar su desestimación. Esta nota esencial es la que determina la inaplicación de toda la cita jurisprudencial efectuada por la parte apelante, en concreto, AAP Barcelona (secc. 15ª) 26/6/2008 y SAP Baleares (secc. 5ª) 17/9/2009 al referirse a reclamaciones de cantidad que efectúa la entidad concursada vía demanda de ejecución o mediante procesos monitorios contra terceros deudores cuya competencia objetiva radica en los Juzgado Primera Instancia.": SAP Valencia (Sección 9) 28.06.2012 (Sentencia 245/2012; Rollo 278/2012)

"TERCERO.-Entrando en las peticiones de nulidad procesal, la primera de ellas refiere a la falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil sustentada en el artículo 8 de la Ley Concursal, que fue deducida por el demandado a través de la oportuna declinatoria que fue rechazada por el órgano judicial, reproduciéndose sus argumentos en la alzada.
Tal y como expresaba la sentencia arriba citada -de 28/6/12- de esta Sala :
"Debe tenerse presente que la acción deducida por la concursada en su demanda es que se cumpla por el demandado el contrato de compraventa inmobiliaria con ella suscrito atendiendo en primer lugar a los preceptos del Código Civil (1091 y siguientes) o, en segundo lugar, por ser en interés del concurso conforme al artículo 62.3 de la Ley Concursal. Por su parte el demandado reconviene frente a la entidad declarada en concurso solicitando la resolución del mentado contrato con reintegro de las cantidades abonadas.
El artículo 86 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial inicia con un precepto general que dice: "los Juzgado de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", para después fijar que "en todo caso" su competencia es "exclusiva y excluyente" en las "acciones de trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado" (precepto que se reproduce en el artículo 8 de la Ley Concursal). Ciertamente la acción encauzada con la demanda inicial, no tiene cabida en este concreto precepto de

atribución competencial en "exclusiva y excluyente" en cuanto es la entidad concursada la que entabla la acción contra un tercero en exigencia de un cumplimiento contractual al amparo de la normativa del Código Civil, en materia de obligaciones y contratos; pero si, en cambio, es competencia "exclusiva y excluyente" del Juzgado de lo Mercantil la acción deducida vía reconvención que además se mantiene y reitera para la alzada, siendo evidente que en tal tesitura no puede dividirse la continencia de la causa de pedir de ambas pretensiones al basarse en los mismos hechos, y porque atentaría, como es obvio, a la más elemental norma de seguridad jurídica, razón al verse afectado el patrimonio de la concursada por la que dados esos términos legales ha de conocer el Juzgado de lo Mercantil, so pena de llegar al absurdo procesal expuesto en el auto recurrido. Pero es que además se olvida por el recurrente que la Promotora declarada en concurso igualmente basa su acción en ser de "interés del concurso" con apoyo en el artículo 62.3 de la Ley Concursal, el mantenimiento del contrato de compraventa, cuestión (con independencia de su acierto o desacierto que no es ahora objeto de tratamiento) especifica, especial y propia de la Ley Concursal y como tal por el enunciado inicial del artículo 86 ter 1 mencionado sólo corresponde enjuiciar al Juzgado de lo Mercantil, no al Juzgado Primera Instancia, segunda razón para rechazar la declinatoria planteada y confirmar su desestimación. Esta nota esencial es la que determina la inaplicación de toda la cita jurisprudencial efectuada por la parte apelante, en concreto, AAP Barcelona (secc. 15ª) 26/6/2008 y SAP Baleares (secc. 5ª) 17/9/2009 al referirse a reclamaciones de cantidad que efectúa la entidad concursada vía demanda de ejecución o mediante procesos monitorios contra terceros deudores cuya competencia objetiva radica en los Juzgado Primera Instancia".
En el supuesto aquí analizado, evidentemente análogo -son dos compraventas de objeto similar, por parte de dos hermanos, en igual fecha y circunstancias- no puede diferir nuestra respuesta de la ofrecida en el otro caso examinado por esta Sala, por lo que, dando por reproducida tal argumentación, rechazamos tal motivo de nulidad. “:SAP Valencia (Sección 9) 17.09.2012 (Sentencia 320/2012; Rollo 362/2012)

JM-6 Madrid

“TERCERO.-Dicho lo anterior, resulta que el art. 86.ter.1. L.O.P.J. atribuye a los Juzgados Mercantiles el conocimiento de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora, añadiendo en su apartado 1º que en todo caso será competente en las materias concursales que señala, entre las que se indican las acciones civiles con trascendencia patrimonial contra el patrimonio de la concursada, reiterando el art. 8 L.Co. el carácter exclusivo y excluyente de tal competencia objetiva; disponiendo el art. 61.2 y 62 L.Co. que la competencia del Juez del concurso se extenderá a las acciones de resolución de los contratos tanto por causa de incumplimiento como por causa de interés concursal, sea cual fuere la parte incumplidora, que se tramitará por los cauces del incidente concursal.
Resulta de ello que si bien es regla general que la competencia del Juez del concurso se limita a las acciones de trascendencia patrimonial contra el patrimonio del deudor concursado [-en cuanto éste aparezca en posición de demandado-], no siendo por regla general competencia del Juez del concurso las acciones de contenido patrimonial iniciadas por la concursada después de la declaración del concurso frente a terceros, es excepción a dicha regla la acción resolutoria del contrato que la concursada dirija frente a tercero, sea por interés del concurso o por incumplimiento de la contraparte; como ocurre en el presente caso donde siendo arrendadora la concursada y habiendo cumplido sus obligaciones contractuales, la solicitud de resolución se basa en el incumplimiento contractual del arrendatario demandado.
Y si puede y debe afirmarse esa competencia objetiva del Juzgado Mercantil para el conocimiento de la pretensión resolutoria por incumplimiento a instancia de cualquiera de las contratantes [-siempre que una de ellas esté declarada en concurso-], puede y debe afirmarse idéntica competencia objetiva para el conocimiento y tramitación de la demanda reconvencional que la demandada pueda ejercitar en idéntica pretensión resolutoria por incumplimiento que imputa a la contraparte, fijando el Juez del concurso la existencia o de incumplimiento, su atribución subjetiva y las consecuencias económicas de dicha resolución, en su caso.”: AJM-6 Madrid 30.06.2011 (Incidente Concursal 107/2011)

“TERCERO.-Dicho lo anterior, resulta que el art. 86.ter.1.1º L.O.P.J. atribuye a los Juzgados Mercantiles el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial " contra el patrimonio " de la concursada, determinando el art. 8 L.Co. el carácter exclusivo y excluyente de tal competencia objetiva, añadiendo el art. 61.2 L.Co. [-dentro de la regulación de los efectos de la declaración concursal sobre los contratos-] que la concursada o la Administración concursal [-según exista intervención o suspensión-] podrán "... solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso...", sustanciándose las diferencias entre las partes respecto a la propia resolución judicial "... en cuanto a la resolución y los efectos..." por los trámites de "i ncidente concursal..." y el Juez del concurso "... decidirá acerca de la resolución, acordando en su caso las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa... "; y si lo dicho vale para los supuestos de resolución sin incumplimiento por causa de interés del concurso, para los supuestos de resolución por incumplimiento "... de cualquiera de las partes..." señala el art. 62.2 L.Co. que "...la acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los cauces del incidente concursal...", siendo competencia igualmente del Juez del concurso, acordada

dicha resolución, la declaración de extinción de las obligaciones pendientes de vencimiento, debiendo calificar e incluir en el concurso las vencidas según las normas dispuestas en los arts. 62.4 y 84.2.6ª L.Co., en su caso; pudiendo incluso el Juez del concurso ordenar la continuación de la relación obligacional, incluso existiendo causa de resolución por incumplimiento, cuando concurra el citado interés concursal.
Resulta de tal regulación que tanto en supuestos de incumplimiento del contrato como de interés del concurso, la competencia objetiva para declarar resueltos los contratos que vinculan a la concursada con terceros es del Juez del concurso, en cuanto órgano competente para conocer del concurso y determinar de modo exclusivo y excluyente si concurre o no el interés concursal invocado, si concurre causa de incumplimiento imputale a alguna de las partes y para fijar y cuantificar las consecuencias obligacionales de dicha resolución, calificando, clasificando y cuantificando los créditos a favor o en contra de la concursada y del tercero contratante; y ello concurra aquel interés o aquellos incumplimientos, pues [-como se indicó-] la competencia es previa a la concurrencia o no de los presupuestos para la estimación de la pretensión formulada, los cuales de no concurrir determinarán la desestimación de la demanda, pero ello por Juez competente.
CUARTO.-Atendiendo a tales argumentos resulta la necesaria desestimación de la declinatoria formulada; pues solicitada por la Administración concursal la resolución del contrato de arrendamiento [-en el cual la concursada es arrendadora y Europa Center, S.A. es la arrendataria-] tanto por interés del concurso como por incumplimiento de la arrendataria en el pago de las rentas, la competencia objetiva para conocer de tal pretensión es exclusiva y excluyente del Juez del concurso, siendo igualmente de su competencia la determinación de las consecuencias económicas de dicha resolución contractual y de la reintegración prestacional a que hubiera lugar. ": AJM-6 Madrid 22.12.2011 (Incidente Concursal 605/2011)

3.1 En general, corresponden también al Juez del Concurso

AP Alava 2006 (Sección 2)

"PRIMERO.- Afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal que "el caracter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor", intención del legislador que se expresa también en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (apartado IV). Dicha intención se materializa en el artículo 8 de ésta y en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, preceptos donde, efectivamente, aparecen como materia "exclusiva y excluyente" del Juzgado de lo Mercantil "las acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", pero no las acciones con trascendencia patrimonial dirigidas por la administración del concurso frente a terceros. Decimos que no aparecen éstas con caracter general, pero sí prevé la Ley que sea el Juez del concurso quien conozca de algunas acciones en las que los administradores concursales son demandantes, como por ejemplo, las dirigidas contra los administradores, auditores o liquidadores de la persona jurídica deudora (art.48 L.C.), que tienen por finalidad recuperar fondos a integrar en la masa activa del concuso.
El mismo fundamento de esa concentración competencial existe en el caso que nos ocupa, una acción de reclamación de cantidad dirigida por los administradores concursales frente a dos sociedades que consideran deudoras de la concursada como consecuencia de ciertas relaciones comerciales. Y es que la concursada puede ser demandante en importantes acciones de contenido patrimonial que, ganadas, perdidas o transigidas, tienen directa repercusión en la formación de la masa activa del concurso. No aprecia el Tribunal razones para atribuir al Juez del concurso el conocimiento de las acciones judiciales que pudieran afectar a la masa pasiva, y simultaneamente desconcentrar entre los juzgados de primera instancia las demandas afectantes a la masa activa, máxime cuando a unas y otras podría aplicarse la declaración de motivos del legislador que al principio hemos transcrito y hay casos singulares previstos en la Ley Concursal de concentración en el Juzgado de lo Mercantil de algunas acciones ejercitadas por el concursado.
Podría argumentarse que la intención del legislador está plasmada en el artículo 8 y que el supuesto estudiado no se halla incluído en el mismo, pero el alegato ignoraría que dicho precepto no establece un "numerus clausus" de materias competencia del juez del concurso, fuera de las cuales no podría conocer, sino un acotado de asuntos donde ningún otro órgano jurisdiccional puede entrar; esa norma no impone un límite al juez del concurso, sino a los demás jueces, con los efectos previstos en los artículos 50-1 y 51-1 de la Ley Concursal. De la misma manera, el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que "en todo caso, la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente en (...) las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", y respecto a las ejercitadas por los administradores concursales frente a terceros, quedarían englobadas en "cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", como materia de competencia del Juez del concurso, de acuerdo con una interpretación sistemática, lógica y teleológica de la Ley Concursal (art.3-1 Cc.).
Por todas las razones expuestas, entiende la Sala que la jurisdicción para el conocimiento del presente litigio es del Juzgado de lo Mercantil.": Auto AP Alava (Sección 2) 03.03.2006 (JUR 2006/154631)

AP Alava 2012 (Sección 1)

“PRIMERO.-Pretende, la parte apelante, que se declare la competencia del Juzgado de lo Mercantil de esta ciudad para la tramitación y resolución del incidente concursal concernido, con cuantos otros pronunciamientos procedan en derecho.
SEGUNDO.-Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz de las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir al ser conocidas por las partes y dado que además irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o útiles para la debida resolución de la causa, y una vez examinado lo actuado, ha de comenzarse indicando que esta Sala considera que si la demandada, ahora apelada, fuera española, la competencia para conocer de la demanda interpuesta por la ahora apelante correspondería al Juez del concurso en base a lo dispuesto en los artículos 61 y, también, 62 de la Ley Concursal y al compartir los argumentos contenidos en el Auto dictado por la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial con fecha 3 de marzo de 2006, según los cuales:
Afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal que "el caracter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor", intención del legislador que se expresa también en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (apartado IV). Dicha intención se materializa en el artículo 8 de ésta y en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, preceptos donde, efectivamente, aparecen como materia "exclusiva y excluyente" del Juzgado de lo Mercantil "las acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", pero no las acciones con trascendencia patrimonial dirigidas por la administración del concurso (en el presente caso, por la concursada) frente a terceros.
El mismo fundamento de esa concentración competencial existe en el caso que nos ocupa, una acción de reclamación de cantidad dirigida por los administradores concursales frente a dos sociedades que consideran deudoras de la concursada como consecuencia de ciertas relaciones comerciales (en este caso, una pretensión de la concursada consistente en que se declare la resolución del contrato comunicada por la demandada el 8/03/10, y condene a la parte demandada a satisfacer una indemnización por los daños causados por la falta de preaviso en la resolución, así como la compensación económica expresamente prevista en el contrato por los perjuicios causados, todo ello por importe de 447.248,90 euros, que deberá incrementarse con el interés legal del dinero a partir del día siguiente al vencimiento de la obligación (8/03/10). Y es que la concursada puede ser demandante en importantes acciones de contenido patrimonial que, ganadas, perdidas o transigidas, tienen directa repercusión en la formación de la masa activa del concurso. No aprecia el Tribunal razones para atribuir al Juez del concurso el conocimiento de las acciones judiciales que pudieran afectar a la masa pasiva, y simultaneamente desconcentrar entre los juzgados de primera instancia las demandas afectantes a la masa activa, máxime cuando a unas y otras podría aplicarse la declaración de motivos del legislador que al principio hemos transcrito y hay casos singulares previstos en la Ley Concursal de concentración en el Juzgado de lo Mercantil de algunas acciones ejercitadas por el concursado.
Podría argumentarse que la intención del legislador está plasmada en el artículo 8 y que el supuesto estudiado no se halla incluído en el mismo, pero el alegato ignoraría que dicho precepto no establece un "numerus clausus" de materias competencia del juez del concurso, fuera de las cuales no podría conocer, sino un acotado de asuntos donde ningún otro órgano jurisdiccional puede entrar; esa norma no impone un límite al juez del concurso, sino a los demás jueces. De la misma manera, el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que "en todo caso, la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente en (...) las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", y respecto a las ejercitadas por los administradores concursales (aquí, la concursada) frente a terceros, quedarían englobadas en "cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", como materia de competencia del Juez del concurso, de acuerdo con una interpretación sistemática, lógica y teleológica de la Ley Concursal (art.3-1 Cc.).
TERCERO. - Lo que sucede, en el presente caso, es que la demandada, ahora apelada, es holandesa.
El artículo 11 de la Ley Concursal establece que en el ámbito internacional, la jurisdicción del juez del concurso comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso. (...) “:AAP Alava (Sección 1) 14.03.2012 (Auto 36/2012; Rollo 606/2011)

3.1.1 Caso de demanda contra las aseguradoras por reclamación de cantidad en virtud de la póliza suscrita por la administración concursal dentro del concurso respecto de la actividad de la concursada

“PRIMERO En primer lugar cabe resolver las cuestiones de forma que se han planteado por la Administración concursal, entendiendo que es aplicable laDisposición Final quintade la LC y por ello planteable declinatoria por falta de competencia objetiva en cada uno de los incidentes del proceso concursal al margen delartículo 12 de la misma Ley. Por otro lado tampoco puede apreciarse el marco cautelar de un otrosi como contestación a la demanda para entender que no es la declinatoria

planteada el primer escrito promoviendo la misma al modo de las antigüas excepciones dilatorias. En este sentido también el AAAP de Vizcaya, Sección 3ª, de 31 de marzo de 2003.
SEGUNDO La declinatoria por falta de competencia objetiva se fundamenta en las competencias previstas en elartículo 86 ter LOPJ y 8de la Ley Concursal. La demanda se construye contra las aseguradoras por reclamación de cantidad en virtud de la póliza suscrita por la administración concursal dentro del concurso respecto de la actividad de la concursada.
En el análisis de las competencias de los Juzgados de lo Mercantil elartículo 86 ter LOPJes el marco básico de atribución de competencias objetivas y funcionales e incluso- aunque con críticas serias y fundamentadas doctrinales- de jurisdicción. El apartado primero de dicho precpto señala en concreto: " Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:...". Esteprecepto señala dosapartados que debemos diferenciar:
1. Por un lado que la remisión no lo es exclusivamente alartículo 8 de la LCsino a la ley reguladora del proceso concursal y a otras que a partir de ahí se desarrollan. En particular laLey 22/2003.
2. En segundo lugar que se establecen, con carácter exclusivo y excluyente, las competencias delartículo 86 ter 1 LOPJque sustancialmente coinciden con elartículo 8 de la LC.
Pues bien, esta remisión a la ley reguladora y con materialización en determinadas competencias debe verse dentro del marco de la ley concursal en la posibilidad de que el juez del concurso conozca no sólo de lo previsto en elartículo 8 LCsino también de otras que se acumulan (art. 51 LC), del reconocimiento de créditos (86 LC) o de cuestiones incidentales (61 LEC) que directamente se atribuyen por aplicación de ladisposición final quinta de la Ley Concursal. Algunos autores, señalados por la demandante, incluso recogen otros supuestos amparándose en principios concursales que pueden tener cierta coherencia con los preceptos de la ley concursal.
En el curso de una actividad y en el trámite de un proceso concursal la administración cierra determinados contratos (gastos necesarios) para atender el principio de continuidad o el derivado delartículo 43 LCen cuanto a la conservación y administración de la masa activa. Dichos gastos pueden reconocerse al amparo delartículo 84.2.5 LCcomo créditos contra la masa y generan negocios, como el presente que la masa ha soportado.
Por otro lado el régimen contractual se recoge en losartículos 61 y ss de la LCy el planteamiento no sólo afecta a los contratos anteriores sino también, en lo que sea aplicable, a los posteriores.
En virtud de todo ello si existiera acuerdo por la contraria resultaría que el resultante del mismo vendría al concurso sin necesidad de reclamación judicial. Es cuando se plantea la misma la que deriva en determinar si debe conocer el juez del concurso, cuando la que se dice afectada es la masa activa, o el juez de instancia.
Y bien lo entendamos como incidencia del proceso concursal, ora como reclamación que atenderá a los gastos que se han sufragado contra la masa, ora como efectos del contrato realizado dentro del marco concursal, la competencia debe ser del juez del concurso.": AJM-1 Málaga 03.02.2009 (JUR 2009\87975) (Incidente concursal 633.07/2007)

3.2 En general, no corresponden al Juez del Concurso

**** Tribunal Supremo ****

"ÚNICO.- La presente cuestión de competencia objetiva suscitada entre el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla y el Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid y que se centra en determinar cuál de dichos órganos jurisdiccionales es el competente para el conocimiento de la causa, ante la existencia de un procedimiento concursal anterior, debe resolverse, conforme dictamina el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar competente al Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid pues, el art. 8 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio dispone que *"...La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.. ",* no encontrándonos en este supuesto con una acción "contra el patrimonio del concursado", sino ante una acción que interpone la propia concursada en reclamación de una cantidad que cree le es debida por un tercero sin que, por tanto, el patrimonio del concursado se vea afectado por el ejercicio de la acción ahora examinada y sin que pueda anticiparse una posible competencia del juez del concurso para el supuesto de que la demandada plantease demanda reconvencional dirigida contra el patrimonio de la actora en situación concursal.": ATS 17.06.2014 (Recurso 69/2014)

AP Alava 2013 (Sección 1)

"PRIMERO. - Pretende, la parte apelante, que se condene a la mercantil Talleres Jaso Industrial S.L. al pago a la masa activa del concurso de Estructuras Metálicas Jamur, S.L. de la cantidad total de 90.681,51 euros, desglosada en 51.609,21 euros en concepto de principal, más la cantidad de 39.072,30 euros en concepto de intereses devengados hasta el 13 de abril de 2012, fecha de interposición de la demanda, así como los intereses que se devenguen hasta su efectivo pago, y que

se impongan las costas de la instancia y de la apelación a Talleres Jaso Industrial, S.L., con todo lo demás que proceda en derecho.
SEGUNDO.- Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir dado que irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o útiles para la debida resolución de la causa, y una vez examinado lo actuado, ha de comenzarse indicando que si bien por la parte apelante se aduce indefensión por la deficiente regulación del incidente concursal en el artículo 194.4 LC, ninguna petición de naturaleza procesal articula en su recurso, habiendo expuesto ya en el número anterior lo que peticiona, por lo que no se aprecia que sea necesario entrar en mayor detalle sobre tal alegación.
No obstante a ello, cabe añadir que en la regulación del procedimiento seguido, incidente concursal, y a instancia de la propia ahora parte apelante, no apreciamos ninguna irregularidad que genere efectiva indefensión a alguna de las partes, concretamente a la actora, ya que el número 4 del artículo 194 de la Ley Concursal de ninguna forma hace de mejor condición a la parte demandada que a la pare demandante. En los artículos 192 y siguientes de la Ley Concursal se preservan las facultades de defensa(tanto alegación como proposición de prueba) de ambas partes, siendo cuestión distinta que de lo probado o no probado y de la aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba contenidas en el artículo 217 de la L.E.C. proceda llegar a conclusión distinta de la de la Juzgadora de instancia.
Y, también cabe añadir, sin desconocer el Auto de la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial de fecha 3 de marzo de 2006, que en el artículo 86 ter de la LOPJ se recoge el marco básico de atribución de competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil. El apartado primero de dicho precepto señala: " los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:...". El artículo 8 de la Ley Concursal concuerda con el anterior al establecer que: " son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:....." y en este aspecto en ninguno de sus apartados se recoge que sean competencia del juez del concurso las acciones que ejercite o entable el propio concursado, esto es, aquellas en que el concursado, o en su nombre, la administración concursal, es parte actora, por lo que, con carácter general, no entran en su ámbito de competencia, salvo supuestos en que la propia norma lo atribuya (por ejemplo, las acciones de reintegración).
La Exposición de Motivos de la LO 8/2003 señala que la denominación de estos nuevos juzgados alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, siendo así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles, añadiendo más adelante que el criterio seguido para atribuir la competencia a los juzgados de lo mercantil, no responde a directrices dogmáticas preestablecidas, sino a un contraste pragmático de las experiencias que han adelantado en nuestra práctica judicial este proceso de especialización que ahora se generaliza. De ello podemos inferir que la mera solicitud de aplicación de unas normas previstas en la Ley Concursal no es suficiente para atribuir la competencia objetiva a un Juzgado de lo Mercantil, pues la jurisdicción civil también podrá aplicar los indicados preceptos cuando ello sea necesario para la resolución del caso.
Como argumenta la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en resoluciones como el Auto de 28 de septiembre de 2007:
" Basta la somera lectura de los preceptos reseñados por el Juzgado de lo Mercantil (artículo 86 ter 1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 8.1ª de la Ley Concursal) para concluir que la competencia objetiva para conocer de la demanda corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, sin que venga atribuida por razones de competencia objetiva y menos funcional, como alega el Juzgado de Primera Instancia, al Juez del concurso.
Conforme al artículo 86 ter 1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reiterado por el artículo 8.1ª de la Ley Concursal, el Juez del concurso goza de competencia objetiva para conocer de las demandas en las que se ejerciten acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, salvo las excepciones contempladas en dicho precepto.
No existe norma alguna, y como es lógico no ha podido ser invocada por el Juzgado de Primera Instancia, que atribuya la competencia al Juez del concurso para conocer las demandas que formule la concursada en las que se ejerciten acciones de reclamación de cantidad para el cobro de créditos frente a terceros, por lo que procede declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer la demanda origen de estas actuaciones."
Y, siendo la competencia de los Juzgados de Primera Instancia y no del Juzgado de lo Mercantil, resulta que el procedimiento correcto hubiera sido el juicio ordinario, si bien esta Sala considera que no procede decretar de oficio nulidad de actuaciones alguna, que sólo podría basarse en la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta ciudad en atención a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 240 de la L.O.P.J., dada la naturaleza mixta de dicho Jugado, que al mismo tiempo es Mercantil y de Primera Instancia.”: SAP Alava (Sección 1) 24.01.2013 (Sentencia 17/2013; Rollo 667/2012)

AP Alicante(Sección 5)

“PRIMERO.-La mercantil actora, declarada en concurso de acreedores, planteó demanda reclamando a otra empresa la suma de 2.743'43 euros, recayendo el auto apelado por el que el Juez de instancia se abstiene de su conocimiento por considerar competente al Juzgado de lo Mercantil.
El Auto nº 72, dictado por esta Sección 5ª el 29-04-2009 argumenta lo siguiente "aunque la demanda pudiera revestir transcendencia patrimonial para el patrimonio del concursado -que es la propia mercantil actora- ni el art. 86 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni el 8.1.º de la Ley Concursal atribuyen la competencia para el conocimiento de aquella al Juzgado Mercantil porque no se dirige la acción contra el patrimonio del concursado, sino que es la entidad que se encuentra en tal situación la que se dirige contra otra mercantil; y la hipótesis de que como consecuencia del procedimiento civil pudiera producirse alguna modificación en la determinación de la masa activa o pasiva del concurso tampoco es determinante de la atribución de competencia pues el art. 82.3 de la citada Ley 22/2003, de 9 de julio, permite la modificación del inventario como consecuencia de pleitos que se susciten en reclamación de cantidades de las que no es competente el Juez del concurso". En similares términos se pronuncia el de 26 de agosto de 2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona o el de 28 de septiembre de 2007 de la de Madrid.
Procede, pues, la estimación del recurso.”: AAP Alicante (Sección 5) 17.07.2012 (Auto 110/2012; Rollo 284/2012)

AP Alicante (Sección 8)

“PRIMERO.- Promueven las demandantes incidente concursal para la declaración de nulidad de determinados contratos de préstamos y sus garantías reales concertados entre Bankia y Bancaja y quien había aportado los bienes gravados a las mercantiles demandantes, en situación de concurso de acreedores, por entender que carecen de causa al no haberse hecho la entrega en su día del dinero objeto supuesto del préstamo garantizado con aquellos bienes.
El juez de instancia ha negado tener competencia, ni como juez del concurso de las demandantes ni como Juzgado de lo Mercantil, en tanto la demanda se dirige por los concursados contra terceros con un objeto civil, el de obtener la nulidad de un contrato.
Aducen en su recurso las demandantes-recurrentes que la competencia del Juez de concurso deriva de la consideración de ser la acción ejercida cuestión prejudicial de las acciones hipotecarias ejercitadas ante aquél. Argumentan que conforme al artículo 9-1 de la Ley Concursal la jurisdicción del juez del concurso se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles y si de conformidad con el artículo 8 de la misma Ley las ejecuciones hipotecarias contra las concursadas han de ser resueltas por el Juez del concurso, las cuestiones sobre la validez de los contratos en base a los cuales se ejercitan constituyen cuestión prejudicial y por tanto, incluible en el marco del artículo 9 de la Ley Concursal y 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
SEGUNDO.-De conformidad con el artículo 56 de la Ley Concursal, el efecto de la declaración del concurso sobre las acciones de que son titulares los acreedores con garantía real es -si se trata de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado- el de la suspensión si estuvieran iniciadas o la prohibición de su inicio si no se hubieran ejercitado. Y conforme al artículo 57-2, iniciadas o reanudadas -ante el Juez del concurso- no cabe su suspensión por razón de vicisitudes propias del concurso, expresión que permite afirmar que la paralización de una acción hipotecaria por nulidad del contrato causal de los mismos, constituye objeto ajeno al proceso concursal pues sólo como consecuencia del ejercicio de una acción de esta naturaleza al margen del concurso cabe en su caso, proponer medidas cautelares destinadas a la suspensión de la ejecución por parte del Juez del concurso.
Como es evidente, el artículo 8 de la Ley Concursal no permite ejercitar ante el Juez del concurso acciones de la concursada contra tercero, sin que quepa acoger el argumento de la prejudicialidad civil a la que hace referencia el artículo 9 en tanto la nulidad contractual que se pretende no puede declararse en el limitado ámbito del concurso, al que se refiere en exclusiva la competencia extendida del Juez - art 9-2 LC al afectar a la propia existencia del contrato.
En conclusión, si las vicisitudes concursales no son las que pueden suspender las ejecuciones iniciadas
o reanudadas ante el Juez del concurso y éste no puede conocer de las cuestiones prejudiciales con más efecto que el que corresponda al concurso, parece claro que el órgano competente para conocer de la nulidad contractual de las relaciones que vinculan a las concursadas con los terceros constituye una cuestión civil a dilucidar fuera del concurso ante el órgano competente para ello que, como bien señala el Juez del concurso, lo es el Juez de Primera Instancia.”: AAP Alicante (Sección 8) 15.05.2014 (Auto 33/2014; Rollo 126/2014)

“PRIMERO.-La resolución impugnada acuerda el archivo del proceso por falta de competencia objetiva al corresponder el conocimiento de la demanda a los Juzgados de Primera Instancia.
La demanda que inicia este proceso se insta por tres mercantiles declaradas en situación de concurso frente a un tercero, BANKIA, solicitando la declaración de nulidad absoluta de un contrato de préstamo por falta de causa, así como de las garantías hipotecarias en cuanto accesorias del préstamo y, al

mismo tiempo, la condena de la demandada al reintegro a HOTEL CASES DE SANT JAUME, S.L. de la suma de 732.886,21.# fundada en el cobro de lo indebido.
La apelante basa su recurso en la extensión de la jurisdicción del Juez del concurso a las cuestiones prejudiciales civiles conforme dispone el artículo 9 de la Ley Concursal.
Se rechaza el recurso y se confirma la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil para el conocimiento de la demanda por las siguientes razones:
En primer lugar, los apartados 1 º y 3º del artículo 8 de la Ley Concursal atribuyen competencia al Juez del concurso, cuya jurisdicción será exclusiva y excluyente, en las acciones civiles con trascendencia patrimonial dirigidas contra el patrimonio del concursado y para toda ejecución frente a los bienes y derechos contenido patrimonial del concursado. En nuestro caso, la acción civil con trascendencia patrimonial se deduce por las concursadas frente a un tercero y tampoco se está instando la ejecución patrimonial de los bienes del concursado, por lo que resulta evidente que carece de competencia para su conocimiento el Juez del concurso.
En segundo lugar, la extensión de la jurisdicción del Juez del concurso para el conocimiento de las cuestiones prejudiciales civiles a que se refiere el artículo 9 de la Ley Concursal significa que puede entrar a conocer de aquellos asuntos civiles ajenos a su competencia que constituyan el antecedente lógico necesario para resolver una cuestión directamente relacionada con el proceso concursal. En nuestro caso, la petición de nulidad de un contrato de préstamo por falta de causa así como de las hipotecas que lo garantizan no constituye el antecedente lógico necesario para resolver ninguna cuestión concursal sino que viene a ser el objeto exclusivo de un proceso independiente instado por las tres concursadas.
En tercer lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley Concursal, la decisión sobre las cuestiones prejudiciales no surtirá efecto fuera del proceso concursal en que se produzcan. Significa que los pronunciamientos sobre estas cuestiones prejudiciales carecen de fuerza de cosa juzgada de tal manera que pueden reproducirse ante el orden jurisdiccional correspondiente. Sin embargo, de la demanda se desprende que los pronunciamientos interesados relativos a la nulidad del contrato de préstamo y de las hipotecas accesorias adquirirán fuerza de cosa juzgada habida cuenta del contenido de las pretensiones sin que puedan volver a reproducirse ante el orden jurisdiccional correspondiente.”: AAP Alicante (Sección 8) 15.05.2014 (Auto 34/2014; Rollo 128/2014)

AP Barcelona (Sección 15)

“UNICO: La cuestión controvertida gira en torno a la determinación de qué órgano jurisdiccional tiene competencia objetiva para conocer de la ejecución judicial de un titulo judicial instada por la Administración concursal de una entidad concursada frente a un tercero deudor.
Si bien el conocimiento de las acciones civiles de contenido patrimonial dirigidas contra el patrimonio del deudor, una vez declarado en concurso de acreedores, corresponde al Juez del concurso (arts. 8.1 y 50.1 LC), no ocurre así con las acciones que tenga el deudor concursado frente a terceros. El ejercicio de estas acciones civiles, que pueden ser tanto declarativas como de ejecución, por lo que respecta a la competencia judicial, debe hacerse valer de acuerdo con los criterios de competencia previstos en la Ley de enjuiciamiento civil. Esto es, son los mismos criterios de competencia que operarían si no existiese concurso. Así se desprende tanto delart. 54 LC, que regula el ejercicio de estas acciones del concursado frente a tercerosy omite cualquier referencia a la atracción de la competencia a favor del Juez del concurso, como delart. 8 LCque, al regular las materias que corresponden al Juez del concurso, no se refiere a estas acciones frente a terceros. Elart. 8 LC, cuya redacción coincide con la delart. 86ter 1 LOPJ, se refiere en el primer apartado a las acciones declarativas contra el patrimonio del deudor y en el tercero a las acciones de ejecución, también contra el patrimonio del deudor. Como no existe ningunadisposición especifica que atribuya la competencia de las acciones civiles del concursado frente a terceros, deben aplicarse las normas competencia de la Ley de Enjuiciamiento civil.
En nuestro caso, se trata de la ejecución de un titulo judicial, que deriva de un juicio monitorio, instado por la Administración concursal frente a un deudor del concursado. La Administración concursal hizo bien en dirigirse inicialmente al Juzgado de Granollers que había conocido del juicio monitorio, aplicando los criterios de competencia previstos para la ejecución de títulos judiciales, y en cualquier caso la competencia no corresponde al Juez del concurso.”: AAP Barcelona (sección 15) 26.06.2008 (JUR 2008\316525)

AP Barcelona (Sección 13)

“La competencia del Juzgado de lo Mercantil, viene recogida en el artículo 86 ter LOPJ; donde no se contempla el supuesto de autos, que ni se dirige contra el patrimonio de la concursada (como erróneamente decía el auto de 27 de enero de 2009) ni se sustenta en la legislación societaria; pues se trata de una acción de reclamación de cantidad, derivada de venta de determinadas mercaderías, de obligaciones contractuales por tanto, por parte de una concursada.
Es cierto que el artículo 86 ter número 2 establece que los Juzgados de lo Mercantil "conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil", tras lo que contiene un listado de las materias para cuyo conocimiento se les atribuye competencia. Pero la expresión utilizada por el precepto legal de que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas

cuestiones sean de competencia del orden jurisdiccional civil, no puede ser interpretada desconectada del listado de materias que después se introduce, porque la finalidad de tal declaración carecería de justificación si no se la relaciona con las materias cuya competencia se atribuye expresamente a los Juzgados de lo Mercantil. La expresión "de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil" va dirigida a dar exhaustividad a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil respecto de las materias que después se relacionan, así como dejar claro que no corresponde a los órganos de lo mercantil el conocimiento de tales materias cuando éste estuviera atribuido a órganos de otros órdenes jurisdiccionales distintos del civil.
Como declara el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Secc. 5ª, de 14 de diciembre de 2005 y el de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28ª, de 14 de marzo de 2008, "todas aquellas cuestiones que no estén expresamente atribuidas al conocimiento del Juzgado de lo Mercantil en el art. 86 ter de la LOPJ son competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sin que la competencia de los órganos mercantiles sea expansiva y pueda ir más allá de los límites expresamente marcados en la LOPJ, como por lo demás constituye un principio general en el deslinde de competencias cuando existen órganos especializados en alguna materia".
Sobre este particular, ha de recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de marzo de 1993, declaró que las atribuciones de los órganos especializados dentro de la jurisdicción civil no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia.
Conforme al precepto controvertido, los Juzgados de lo Mercantil asumieron el conocimiento de todos los asuntos que hasta el 1 de septiembre de 2004 eran competencia objetiva de los Juzgados de 1ª Instancia -sin exclusión- respecto de las materias que se relacionan a continuación. Entre ellas se encuentran "todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas". Como se ha expresado, y no es además controvertido, las reclamaciones de cantidad derivadas de incumplimiento contractual no se sustentan en la "normativa reguladora de las sociedades mercantiles" en ningún caso, sino en las estipulaciones contractuales (de las que nacen obligaciones que tienen "fuerza de ley entre las partes", art. 1091 del Código Civil), y en su caso, de las normas legales reguladoras del contrato en cuestión y, en lo que sea aplicable, de las generales que rigen las obligaciones y contratos.
Es significativo que en la tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley Orgánica 8/2003 para la Reforma Concursal, que introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial el art. 86.ter, se rechazaron las enmiendas que pretendían añadir un apartado, el "g", al número 2º del artículo, por el que pretendía adicionar al listado de materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil un último apartado consistente en atribuirles el conocimiento "de las demás acciones a las que se acumule cualquiera de las comprendidas en los números anteriores" (enmiendas núm. 22 del Congreso de los Diputados y 9 y 13 del Senado).
Concluyendo y recapitulando, para el conocimiento de las acciones derivadas de los contratos, como es la acción ejercitada en este litigio por la parte actora contra la demandada, la competencia objetiva no corresponde a los Juzgados de lo Mercantil por no estar incluidas entre las que el art. 86.ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé como de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil (salvo en el caso de que se dirijan contra un deudor concursado o contra un deudor no concursado en limitados casos, como es en materia de transporte, nacional o internacional, derecho marítimo, propiedad industrial o intelectual etc, art. 86.ter.2 en varios de sus apartados, que en todo caso son ajenos a la acción ejercitada en autos.
En cualquier caso, el artículo 58 de la Ley Concursal exige que las controversias sobre la compensación, deben examinarse a través de los cauces de un incidente concursal, por ende con carácter de exclusividad por el Juzgado Mercantil que conoce del concurso (los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora art. 86 ter 1 -); mientras que no existe atribución competencial al Juzgado Mercantil de las reclamaciones que la concursada realice en base a obligaciones contractuales. ": SAP Barcelona (Sección 13) 23.06.2011 (Sentencia 338/2011; Rollo 447/2010)

AP Baleares

“PRIMERO En esta resolución es objeto de controversia el determinar si, en relación con una petición de procedimiento monitorio dirigido por la Administración Concursal de una entidad declarada en concurso contra otra entidad que se dice le adeuda una suma dineraria como consecuencia de un suministro de género - y que no consta se halle en situación concursal-, la competencia objetiva para su conocimiento corresponde a un Juzgado de Primera Instancia o al Juzgado de lo Mercantil. La entidad peticionaria ha presentado su demanda ante un Juzgado de Primera Instancia, y turnado en reparto al número 17 de dicha clase de esta Ciudad, se ha dictado auto declarando su falta de competencia objetiva por considerar que su conocimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil, en pronunciamiento contra el cual la representación de la entidad actora ha interpuesto recurso de apelación por considerar que la competencia objetiva la ostenta dicho Juzgado de Primera Instancia nº 17, básicamente por cuanto no se trata de una demanda interpuesta contra una entidad en concurso, sino de una demanda interpuesta por una sociedad en concurso contra otra que no consta ostente dicha condición.

SEGUNDO La Sala comparte los argumentos del recurso, y por tanto, la competencia de los Juzgados ordinarios de Primera Instancia, puesto que, conforme alartículo 86 ter de la LOPJyartículo 8.1 de la Ley Concursal, únicamente corresponde la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de lo Mercantil cuando la demanda se dirige contra una persona o entidad declarada en concurso, que no es el caso objeto de esta litis, esto es, se trata de una acción en la que el concursado aparece como demandante que ejercita o entabla una acción, puesto que en el mismo la petición del procedimiento monitorio la dirige una sociedad en concurso contra otra que no nos consta ostente dicha condición. Esta última hipótesis no es contemplada por la norma que regula la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil, motivo por el cual debemos considerar que no la incluye, queda fuera de la misma, y tampoco cabe entenderla siquiera por vía de interpretación extensiva. Tampoco la contempla elartículo 51 de la Ley Concursal, referido a juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación antes de la declaración del concurso, pero siempre que sea competencia del Juez del concurso, contra la concursada, en casos de especial trascendencia económica para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Además en tal caso, deberían ser reclamados por el Juez del concurso a instancia de la administración concursal o de un acreedor, con lo cual consideramos que los términos de la ley son suficientemente claros para excluir las acciones en la que la parte demandada no es el concursado. En consecuencia, se estima que la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia.": AAP Baleares (Sección 5) 17.09.2008 (JUR 2009\94843)

AP Cádiz

"PRIMERO - El procedimiento del que trae causa la presente cuestión de competencia negativa entre los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción Nº. Cuatro de Chiclana de la Frontera y el Juzgado de lo Mercantil Nº. Uno de Cádiz, deviene de la demanda planteada por la concursada, " Agropecuaria Española S.L.", contra la entidad "Tinto Amsterdam Investiments B.V." en la que se suplicaba se declarara nula la hipoteca constituida el 3 de octubre de 2000 ante el Notario de Madrid Don Antonio de la Esperanza Rodríguez, al nº. 4139 de su Protocolo, ya por simulación de contrato, contrato usurario o nulo por asistencia financiera, ordenando la cancelación de la hipoteca y su garantía y sus correspondientes notas de afección fiscal, declarando que solo había lugar a la devolución del capital efectivamente prestado sobre cuyo importe se pedía a la Juez del concurso hiciera expresa declaración judicial por el que solicita el resarcimiento de los daños causados y reivindicatoria de los muebles y objetos de su propiedad que se hallaban en el mismo y que habían desaparecido.
Dicha solicitud, presentada en el Juzgado de lo Mercantil, dio lugar a que el mismo dictaraAuto el 26 de diciembre de 2006declarando su falta de competencia objetiva, declarando la de los Juzgados de Primera Instancia, en aplicación delartículo 86 ter 1 - 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.1ºde la Ley Concursal, por ser demandante el concursado y no ir la misma contra su patrimonio.
La demanda fue presentada posteriormente en los Juzgados de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera el 16 de marzo de 2007, correspondiendo su conocimiento al Nº. Cuatro, que tras dar traslado al Ministerio Fiscal, resolvió porAuto de 1 de octubre de 2007no ser competente, por aplicación delartículo 86ter antes citado. La parte instante no recurrió y el Juzgado desconocía lo tramitado en el Juzgado de lo Mercantil, por lo que, tras nuevo escrito del Procurador de la demandante en el Juzgado de Chiclana, se dictóAuto el 23 de junio de 2008 acordando remitir lo actuado a esta Audiencia Provincial, al entender que existía cuestión de competencia negativa.
De la documentación aportada por la representación de la concursada hemos sabido que en repetidoJuzgado de lo Mercantil se tramita con el nº. 105/2007procedimiento de Ejecución hipotecaria a instancias de "Tinto Amsterdam Investment B.V.", procedimiento que se había acumulado al concursal y que anteriormente había sido seguido por elJuzgado de Primera Instancia Nº. Cuatro de Chiclana bajo el nº. 159/04, acumulación acordada por Auto de 25 de julio de 2007, anterior alAuto de 1 de octubre de 2007 dictado por el Juzgado de lo Mercantil, en el procedimiento nº. 205/2007, por el que se declaraba la falta de competencia objetiva del mismo, señalándose a los Juzgados de Primera Instancia, sin indicar la localidad.
SEGUNDO - Ciertamente es confuso el trámite seguido por la no conexión de los Juzgados implicados y por tratarse de competencia objetiva. Entendemos que, por un lado, por razones de economía procesal y de tutela judicial efectiva, debemos abordar y resolver la cuestión y, en segundo lugar, por analogía, estar a lo que para otros conflictos está establecido, como puede ser la competencia entre los Juzgados de Familia y los de Primera Instancia. (artículo 46 de la LEC).
De las dificultades para poder determinar la competencia a los Juzgados de lo Mercantil se hace eco la doctrina, entendiéndose que al enunciar las materias no concursales de competencia de dichos Juzgados, ya la propia Exposición de Motivos de laLey Orgánica 8/2003 reconoce que se parte "de unas bases iniciales prudentes que habrán de desarrollarse progresivamente en los años venideros, de acuerdo con la experiencia que se vaya acumulando"; la doctrina (Díez Picazo entre ella) sostiene que la competencia objetiva de los Tribunales especializados puede erigirse en muro infranqueable para que se sustancien conjuntamente pretensiones entre las que existe una clara conexión objetiva por razón de la causa petendi o un vínculo de prejudicialidad, resaltando que en el futuro no se podrán acumular acciones, ni acumular procesos, ni reconvenir cuando una de las acciones entre dentro de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil y la otra en la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia, con lo que se estará estableciendo un límite absurdo a dichas

instituciones ya que su finalidad, más allá de procurar economía procesal, es la de evitar que se dicten Sentencias contradictorias respecto de acciones entre las que existe un vínculo prejudicial o entre las que existe conexión objetiva, sobretodo cuando dicha conexión consiste en la identidad de causa de pedir.
Elartículo 86 ter 1. 1º de la LOPJ, en relación con el 8.1ºde la Ley Concursal hacen recaer sobre el Juez del concurso las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, resultando que en la demanda que se plantea la concursada es parte actora, instando la nulidad de una hipoteca. Sabemos que los procedimientos de ejecución hipotecaria tienen motivos de oposición tasados y que van paralelos a lo que en procedimiento ordinario pueda instarse. Por eso, no yendo la pretensión deducida contra el patrimonio del deudor, que entendamos, como acordó el Juzgado de lo Mercantil, que es competencia la tramitación del procedimiento de la Jurisdicción Civil, esto es, del Juzgado de Primera Instancia Nº. Cuatro de Chiclana de la Frontera.
Sobre la firmeza que se alega del Auto que declaró la incompetencia del Juzgado civil, donde solo se practicó el informe Fiscal y el Auto de incompetencia, sin traslado a la otra parte, entendemos que, por un lado, por las razones de tutela judicial efectiva expuesta y, por otro lado, porque el Juzgado de instancia debió remitir los autos al Juzgado que entendía competente, lo que no hizo, que a dicha firmeza no deba atenderse.": AAP Cádiz (Sección 2) 22.07.2008 (JUR 2009/9637; Auto 118/2008; Rollo 2/2008)

AP Huesca

"PRIMERO El Juzgado de Primera Instancia ha inadmitido a trámite la demanda al considerar que el Juicio Monitorio es un cauce procesal inadecuado para sustanciar la pretensión de la actora *[la concursada]* ahora recurrente, la cual, a criterio del Sr. Magistrado-Juez a quo, debió haber promovido un incidente de los contemplados en elart. 192.1 de la Ley Concursal.
Esta Sala considera, sin embargo, que el procedimiento elegido por la actora no es inadecuado, de igual modo que tampoco es incompetente (aunque esta cuestión no haya sido abordada en el Auto apelado) un Juzgado de Primera Instancia, aún cuando no tenga atribuciones como Juzgado de lo Mercantil, para conocer de una pretensión como la formulada en este pleito. En este sentido, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona enAuto de 26 de junio de 2008 (JUR 2008, 316525), al resolver un conflicto de competencia suscitado entre un Juzgado de lo Mercantil y otro de Primera Instancia en torno al conocimiento de la ejecución de un título judicial derivado de un Juicio Monitorio que fue promovida por la administración de una entidad concursada frente a un tercero deudor, entendió que "si bien el conocimiento de las acciones civiles de contenido patrimonial dirigidas contra el patrimonio del deudor, una vez declarado en concurso de acreedores, corresponde al Juez del concurso (arts. 8.1 y 50.1 LC), no ocurre así con las acciones que tenga el deudor concursado frente a terceros. El ejercicio de estas acciones civiles, que pueden ser tanto declarativas como de ejecución, por lo que respecta a la competencia judicial, debe hacerse valer de acuerdo con los criterios de competencia previstos en la Ley de enjuiciamiento civil. Esto es, son los mismos criterios de competencia que operarían si no existiese concurso. Así se desprende tanto delart. 54 LC, que regula el ejercicio de estas acciones del concursado frente a tercerosy omite cualquier referencia a la atracción de la competencia a favor del Juez del concurso, como delart. 8 LCque, al regular las materias que corresponden al Juez del concurso, no se refiere a estas acciones frente a terceros. Elart. 8 LC, cuya redacción coincide con la delart. 86ter 1 LOPJ, se refiere en el primer apartado a las acciones declarativas contra el patrimonio del deudor y en el tercero a las acciones de ejecución, también contra el patrimonio del deudor. Como no existe ningunadisposición especifica que atribuya la competencia de las acciones civiles del concursado frente a terceros, deben aplicarse las normas competencia de la Ley de Enjuiciamiento civil ".
También a favor del Juzgado de Primera Instancia se decidió la cuestión de competencia examinada, con ocasión de una demanda presentada por una sociedad concursada en reclamación del pago de una deuda, en elAuto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña de 5 de junio de 2008 (JUR 2008, 329984), en el que se argumenta que "A)- Los Juzgados de Primera Instancia tienen competencia general o residual ("vis atractiva") para conocer en el orden civil de todas aquellas materias que no vengan legalmente atribuidas a otro Juzgado o Tribunal (art. 85.1 LOPJ y 45LEC). B)- Es verdad que, como desvela la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal, se atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en diversas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del concursado, incluso no civiles y de ejecución o cautelares dictadas por otros órganos. Pero ni esto ni el principio general de universalidad del concurso significa que asuma todos los litigios en que se vea envuelta como parte la persona concursada, como lo demuestra la regulación legal de las nuevas demandas judiciales "de las que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en estaLey" (art. 50.1LC), o sobre la continuación hasta firmeza de los juicios declarativos pendientes al momento de la declaración del concurso y la acumulación de los que "siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en elart. 8, se estén tramitando en primerainstancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores" (art. 51.1). C)- Elartículo 86-ter LOPJ dice en su apartado 1que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, pero "en los términos previstos en su Ley reguladora", y "en todo caso", de manera "exclusiva y excluyente" en una serie de concretas

materias que delimita a continuación, la primera de las cuales se refiere a las "acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado". Es decir, no a la inversa, como se desprende asimismo de los números 3º y 4º del mismo precepto. Y otro tanto en elartículo 8 de la Leyreguladora del concurso que viene a reproducirlo. Así lo ha entendido mayoritariamente la doctrina y en el mismo sentido cabe citar laSAP (1ª) de Pontevedra de 8/2/2007 (JUR 2007, 88275) (en contra elauto de Audiencia Provincial -1ª- de Álava de 3/3/2006). D)- Elartículo 192 de la Ley Concursal es una norma sobre procedimiento (incidentes concursales), no sobre competencia, la cual es un presupuesto previo. Y otro tanto respecto delartículo 54, sobre ejercicio de acciones del concursado, aunque la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio; o el 58, sobre el incidente en temas de compensación, que creemos se trataría de otra cuestión, sin que la competencia en este caso dependa de elucubraciones acerca de lo que los demandados puedan oponer al contestar a la demanda, al tenerse que decidir al inicio del proceso en contemplación a las pretensiones planteadas por la parte actora".
Por su parte, en el recién citadoAuto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 8 de febrero de 2007 (JUR 2007, 88275)se señala que "en el caso contemplado, a la vista de las pretensiones que plantea la Administración concursal -promotora del incidente- y la concursada coadyuvante, de las materias relacionadas en elart. 8 de la LC, a las que el Juez del concurso extiende su competencia, es la del ordinal núm. 1º la única susceptible de ser analizada como de posible comprensión de aquéllas, en cuanto concerniente a "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el titulo I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil ". Pues bien, aún a fuerza de reconocer la trascendencia patrimonial de la pretensión ejercitada en el incidente concursal dada su repercusión en la determinación o formación de la masa activa del concurso, no alcanza empero a concurrir el segundo de los requisitos necesarios, cuál es el que la demanda se dirija contra el patrimonio de la concursada, que por tal razón ha de ocupar la posición pasiva del proceso, bien de forma única bien con otros litisconsortes, lo que no acontece en el caso examinado, en que la acción ejercitada lo es claramente en defensa del patrimonio de la concursada, al punto de promoverse la demanda incidental por la Administración concursal con la que termina coadyuvando la propia concursada". Es significativo además, añadimos nosotros, que el Tribunal Provincial, que en principio examinaba un recurso interpuesto contra la resolución de un Juzgado de lo Mercantil que desestimaba la demanda que se sustanció como incidente concursal de losarts. 192 y concordantes de la Ley 22/2003, entienda finalmente que la competencia objetiva habría debido corresponder a un Juzgado de Primera Instancia y, actuando de oficio por constituir una cuestión de orden público, opte en la parte dispositiva por decretar la nulidad de la sentencia y demás actuaciones practicadas ante el Juzgado de lo Mercantil.
La Audiencia Provincial de Pontevedra, en cualquier caso, acoge la solución adoptada por "la mayor parte de los tratadistas en la materia", "siendo minoritario el sector doctrinal que mantiene un criterio discrepante", el cual es acogido por el también citado Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alava de 3 de marzo de 2006 (JUR 2006, 154631), en donde se señala, en el caso de "una acción de reclamación de cantidad dirigida por los administradores concursales frente a dos sociedades que consideran deudoras de la concursada como consecuencia de ciertas relaciones comerciales", que "la concursada puede ser demandante en importantes acciones de contenido patrimonial que, ganadas, perdidas o transigidas, tienen directa repercusión en la formación de la masa activa del concurso".
Sin embargo, y pese a no existir una absoluta unanimidad entre los diferentes Tribunales Provinciales, esta Sala opta por asumir la solución que se presenta como mayoritaria y, en consecuencia, entiende que la pretensión formulada por la hoy recurrente debe ser sustanciada no por los trámites del llamado incidente concursal sino por el procedimiento que corresponda conforme a las normas civiles de aplicación general, sin que, por tanto, parezca objetable la decisión de la apelante de formular demanda de Juicio Monitorio, por todo lo cual procede estimar el recurso en los términos que quedan expresados en la parte dispositiva de esta resolución.": AAP Huesca 29.10.2008 (AC 2009\174)

AP Las Palmas

TERCERO.- La siguiente excepción procesal alegada por la representación de PEREZ MORENO S.A, es la relativa a la falta de competencia del Juzgado de 1a Instancia para conocer de la presente demanda.
Los artículos 86.ter de la LOPJ y el artículo 8.1 de la Ley Concursal, senalan corresponde a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento en exclusiva de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo que en base a dichos preceptos el juzgado de primera instancia ordinario carece de competencia objetiva para conocer de la demanda reconvencional formulada frente a la parte apelante, al estar declarada en concurso de acreedores con fecha anterior a la presentación de la demanda.
De los preceptos anteriormente citados se deduce que la competencia exclusiva de los Juzgados de lo Mercantil no se extiende a las acciones que puedan ejercitarse por el concursado toda vez que no existe ninguna norma que atribuya esa competencia al Juzgado de lo Mercantil, en la medida que en

base a los artículos 8 y 50 de la Ley Concursal, el Juzgado de lo Mercantil tiene competencia para conocer de las acciones civiles de contenido patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, pero no por el contrario de las acciones que pueda ejercitar la suspensa, que debe entenderse su competencia a favor de los Juzgados Ordinarios, de lo que se deduce que la competencia objetiva de esta demandada no corresponde al Juez del concurso ni a los Juzgado de lo mercantil sino a los de primera Instancia, desestimando la excepción alegada.": SAP Las Palmas (Sección 4) 08.10.2012 (Sentencia 412/2012; Rollo 557/2011)

AP Madrid (Sección 28)

"PRIMERO Como ha declarado la sala 1ª del Tribunal Supremo en susentencia de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2048) las atribuciones de los órganos especializados no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia. Por lo que Juzgado de lo Mercantil, como órgano especializado, carece de competencia objetiva para enjuiciar un asunto que no le venga expresamente atribuido, por razón de la materia, en elartículo 86 ter de la LOPJ. El resto de las materias civiles no comprendidas en ese catálogo competencial incumbirán al conocimiento del Juez de Primera Instancia (art. 85.1 de la LOPJ).
SEGUNDO Así, incumben al juez del concurso las acciones civiles que se dirigen contra el patrimonio del concursado, es decir, en las que éste ha de tener la condición de demandado, según losartículos 8.1º y 51.1 de la Ley Concursal en relación con el artículo 98.1.1º de la LEC y con el nº 1 delartículo 86 ter de la LOPJ. Pero no le compete a aquél, salvo previsión legal específica que se lo atribuyese (como ocurre con las de reintegración -artículo 71 de la LC-, con algunas de las contempladas en el capítulo III del título III de laLey 22/2003, de 9 de julio, Concursal, o con la del artículo 48.2 y con la delartículo 8.6º, ambas de dicho cuerpo legal), conocer de cualquier acción que el propio concursado, o en su caso la administración concursal, interponga contra tercero en defensa de su patrimonio o del interés del concurso, incluso si ello pudiera incidir en la llegada de bienes y derechos a la masa activa del concurso, pues el que deberá conocer de ella será el Juez de Primera Instancia (conforme alartículo 85.1 de la LOPJ) que corresponda según las reglas de determinación de la competencia que contiene la LEC (artículos 44 a 62 LEC) o, incluso, el Juez de lo Mercantil (no necesariamente el mismo del concurso) al que correspondiera por reparto si se tratase del ejercicio de una de las pretensiones delnº 2 del artículo 86 ter de la LOPJ.
TERCERO La demanda objeto de autos fue emprendida, sin sometimiento a las reglas generales sobre competencia objetiva y directamente ante el juez del concurso, por los administradores concursales de FORUM FILATÉLICO SA contra las entidades AIG EUROPE SUCURSAL EN ESPAÑA, CHUBB INSURANCE COMPANY OF EUROPE SUCURSAL EN ESPAÑA y LIBERTY MUTUAL INSURANCE EURPE LIMITED, invocando la normativa reguladora del seguro de responsabilidad civil y poniendo el acento en la necesidad de declarar la vigencia y grado de cobertura de las pólizas que asegurarían a los administradores y directivos de FORUM FILATÉLICO SA, cuya efectividad se pretende, y citando junto a ello la previsión competencial delartículo 48.2 de la Ley Concursal. Sin embargo, por un lado, no hay estipulación legal que justifique que dicha demanda, que no se dirige contra el concursado, sino exclusivamente contra unos terceros, como lo son dichas aseguradoras, deba ser conocida por el juez del concurso. Y, por otro, tampoco brindaría apoyo legal a tal asignación competencial elartículo 48.2 de la Ley Concursal, que se citaba en la demanda, pues la misma no se dirigía precisamente contra los administradores sociales de FORUM FILATÉLICO SA en el ejercicio de la acción social de responsabilidad, lo que se hubiera incardinado en el supuesto especial que contempla dicho precepto legal para justificar una atribución excepcional de competencia al juez del concurso. La eventual situación de prejudicialidad, civil o penal, derivada del antecedente lógico que pudiera suponer la determinación de la existencia de responsabilidad atribuible a los administradores de FORUM FILATÉLICO SA, no justificaría la alteración del foro competencial, que debe estar legalmente prefijado, respecto de la acción que aquí había sido ejercitada contra las mencionadas aseguradoras, sino que simplemente debería ser una circunstancia a tener en cuenta, a los efectos procedentes, por todos los implicados.
CUARTO La falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil determina la necesidad de declarar la nulidad de todo lo actuado y ordenar el archivo de las actuaciones de conformidad con elartículo 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y losartículos 48.2 y 225.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al corresponder el conocimiento de la demanda, a falta previsión legal específica (artículo 85.1 de la LOPJ), a los Juzgados de Primera Instancia ante los cuales la parte demandante podrá hacer uso de su derecho.
QUINTO No cabe eludir esta nulidad con la invocación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, al tener origen tal dilación en la errónea elección por la parte actora del órgano competente. A este tribunal no le cabe otra opción, al conocer del asunto en segunda instancia y comprobar que el Juzgado ante el que se siguió la primera carecía de competencia objetiva, que, como señala elartículo 48.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decretar la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda, que es el que antes hemos indicado.
SEXTO La declaración de nulidad de actuaciones resulta ajustada además a las previsiones de losartículos 227.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 240.2 de laLey Orgánica del Poder Judicial que,

precisamente, contemplan como uno de los supuestos en los que puede así declararse, aunque no lo hubiesen alegado las partes, el de falta de competencia objetiva.
SÉPTIMO Asimismo, debemos dejar aquí constancia, ante un eventual intento de acumulación de acciones que pudieran competer a órganos con distinta competencia objetiva, que cuando la jurisprudencia (sentencias del TS de 28 junio 1994 (RJ 1994, 5330) y 30 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4539)) ha admitido el criterio de flexibilidad en la acumulación de acciones no lo ha hecho a costa de eludir prohibiciones legales, que en la vigente LEC se plasman, en esta materia, en elartículo 73.1.1º. Porque, en definitiva, sin competencia objetiva, no cabría acumulación, ya que el juzgado no podrá pronunciarse acumuladamente sobre aquella materia de la que no podría conocer si se le presentase por separado.
OCTAVO Remarcamos, asimismo, que es a esta sección 28ª, por exigencia de reparto (norma quinta de las de esta Audiencia Provincial de Madrid), a la que incumbiría dirimir cualquier cuestión de competencia que, en el ámbito de Madrid y entre órganos del orden civil, pudiera afectar a un Juzgado de lo Mercantil, incluidos los conflictos con los Juzgados de Primera Instancia.
NOVENO No procede efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas causadas con el recurso de apelación ni respecto de las devengadas en primera instancia al anularse todas las actuaciones practicadas desde la misma admisión de la demanda y resultar apreciada de oficio la falta de competencia objetiva": AAP Madrid (Sección 28) 08.10.2009 (JUR 2009\469217; Auto 169/2009; Rollo 428/2008)

"SEGUNDO.-La demanda origen de la cuestión de competencia que se ventila fue presentada por HAZ DE VENTAS, S.L. con fecha 29 de mayo de 2007, siendo turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid. Con posterioridad, en concreto por auto de 5 de octubre de 2008, la referida sociedad fue declarada en concurso por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid.
El Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid, justifica su falta de competencia con el siguiente razonamiento: "En el presente caso la demanda versa sobre una acción civil con trascendencia patrimonial, incluida dentro de las materias enumeradas en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial,y existe un Auto de fecha 05 de octubre de 2008 declarando en concurso a la demandante, por lo que procede declarar la falta de competencia objetiva de este Juzgado, señalando, como dice el apartado 4 citado (se refiere al apartado 4 del artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid.".
Frente a la escueta fundamentación contenida en el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, el Juzgado de lo Mercantil, tras identificar adecuadamente el artículo 51 de la Ley Concursal como la norma aplicable al caso, por encontrarnos ante un juicio declarativo promovido con anterioridad a la declaración de concurso, fundamenta de forma irreprochable su falta de competencia objetiva en el artículo 8.1ª de la Ley Concursal.
Basta la somera lectura de los preceptos reseñados para concluir que la competencia objetiva para conocer de la demanda corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, sin que venga atribuida por razones de competencia objetiva al Juez del concurso. Conforme al artículo 86 ter 1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reiterado por el artículo 8.1ª de la Ley Concursal, el Juez del concurso goza de competencia objetiva para conocer de las demandas en las que se ejerciten acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, salvo las excepciones contempladas en dicho precepto.
No existe norma alguna que atribuya la competencia al Juez del concurso para conocer las demandas que haya formulado la concursada en ejercicio de acciones de reclamación de cantidad para el cobro de créditos frente a terceros, no resultando por ende de aplicación en tales supuestos la norma sobre acumulación prevista en el artículo 51.1 de la Ley Concursal, como se desprende del propio precepto al señalar: ". se acumularán aquellos (juicios declarativos pendientes en que el concursado sea parte) que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8
Procede, pues, declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer la demanda origen de estas actuaciones.": AAP Madrid (Sección 28) 30.03.2010 (Auto 50/2010; Rollo 43/2010)

AP Madrid (Sección 8)

"PRIMERO.-El presente recurso de apelación se interpone frente a auto dictado el 7 de marzo de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid, a tenor del cual se declaraba la falta de competencia objetiva del Órgano para conocer de la demanda de juicio ordinario instada por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios " DIRECCION000 " contra, entre otros, ARKINTER PRODESA, S.A.U., por cuanto la citada mercantil había sido declarada en concurso voluntario de acreedores con fecha 17 de marzo de 2009, anteriormente a la presentación de la demanda rectora de las actuaciones; el referido auto ordenó, respecto del resto de los demandados, continuar las actuaciones.
SEGUNDO.-El auto que declara la incompetencia objetiva en los términos expuestos, es recurrido en apelación por la representación procesal de ARKINTER PRODESA, S.A.U. articulando un único motivo en el que se denuncia la vulneración de los principios de economía procesal, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.
El apelante, mostrando su conformidad a la estimación de la falta de competencia objetiva, -como no podía ser menos ya que fue la parte que la instó-, mantiene que debe ser extendida al resto de los

demandados, sin que puedan continuar las actuaciones respecto de ellos, ya que la fundamentación intrínseca que le presupone al auto para no archivar todo lo actuado, - ausencia de perjuicio directo a la concursada-, es equivocada, sin que sea procedente dividir la causa, infringiendo los principios antes referidos, y pudiendo provocar dos resoluciones contradictorias con repercusión patrimonial en la recurrente.
TERCERO.-Además de ser cuestionable, en aplicación de lo dispuesto en el art. 456 de la LEC, la legitimación del apelante para recurrir un auto que no sólo acoge exactamente lo que pidió, sino que, además, no es combatido por el resto de los codemandados a quiénes afectaría y que en ningún momento plantearon la declinatoria, las alegaciones que se vierten en el escrito de formalización deben de ser desestimadas, haciendo suyas esta Sala las argumentaciones que se contienen en auto de 27 de noviembre de 2009, dictado por la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial, y que es expresamente citado por la apelada Comunidad de Propietarios " DIRECCION000 ".
La acción que se ejercita en la demanda es una reclamación por defectos constructivos. Tanto el artículo 1591 del Código Civil como la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, siguen manteniendo el principio general de la solidaridad de los intervinientes en su art. 17, apartados 2 y 3; es decir, se establece la solidaridad, por un lado, cuando la responsabilidad se atribuye a un agente y al tiempo a la persona de quién se debe responder (art. 17.2); de otra parte cuando se atribuye a agentes y no se puede individualizar la causa de los daños o el grado de intervención de cada uno (art. 17.3); asimismo cuando se atribuye a agentes y también "en todo caso" al promotor (art. 17.3 segundo inciso); y finalmente cuando ha habido actuación conjunta del proyectista con otros profesionales.
Nos encontraríamos por tanto en el caso de autos ante una acumulación subjetiva de acciones prevista en el art. 72 LEC, según el cual "podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos..., siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", tratándose de supuestos de litisconsorcio pero bien entendido que deben distinguirse los de litisconsorcio pasivo necesario, en los que sería preciso traer al litigio a todos los eventuales afectados, de los que, como en el presente caso y al tratarse del ejercicio de acciones frente a personas unidas por vínculo de solidaridad, son de litisconsorcio facultativo o voluntario.
En estos casos, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe ningún argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque no puede olvidarse que, para que pueda admitirse la acumulación de acciones es preciso, según el art. 73,1,1º LEC "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia
o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas" dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones (ex art. 72 LEC) deba ser requerido para que desacumule las acciones frente a terceros distintos de la concursada (ex art. 73,4 LC). No existen por otra parte razones que impidan o desaconsejen el ejercicio separado de las acciones.
La pretensión de la recurrente de extender el archivo de las actuaciones a todos los terceros demandados, carece pues de sustento legal y choca frontalmente con el carácter excluyente y exclusivo de la competencia del Juez del concurso que se recoge en el art. 8.1º de la Ley Concursal.”:
AAP Madrid (Sección 8) 12.03.2012 (Auto 69/2012; Rollo 871/2011)

“PRIMERO.-El presente recurso de apelación se interpone frente a auto dictado el 6 de julio de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Pozuelo de Alarcón, a tenor del cual, admitiendo la declinatoria de jurisdicción planteada por URBINCO, S.A., -demandada, entre otros, en el procedimiento ordinario del que la resolución trae causa-, se declaraba la falta de competencia objetiva del órgano judicial para conocer de la demanda instada por la representación procesal de ESTUDIO-5 DE GESTIÓN Y PROYECTOS, S.A., por cuanto la citada mercantil demandada había sido declarada en concurso voluntario de acreedores con fecha 5 de mayo de 2010, anteriormente a la presentación de la demanda rectora de las actuaciones; el referido auto ordenó, respecto del resto de los demandados, continuar las actuaciones.
SEGUNDO.-El auto que declara la incompetencia objetiva en los términos expuestos, es recurrido en apelación por la representación procesal de D. Pedro Francisco, también demandado en la litis, articulando un único motivo, (el segundo, interesando la devolución del depósito, sería consecuencia, en su caso, de la estimación de la apelación y no requiere expresa petición), en el que se discrepa de las consecuencias jurídicas del auto y, en definitiva, de que continúe el procedimiento para el resto de los codemandados, incluido el recurrente.
TERCERO.-Las alegaciones que se vierten en el escrito de formalización por quién en el momento procesal oportuno no planteó declinatoria, deben de ser desestimadas, haciendo suyas esta Sala las argumentaciones que se contienen en auto de 27 de noviembre de 2009, dictado por la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial, y que ya se han recogido en reciente auto de esta misma Sección dictado el 20 de marzo de 2012 (recurso 871/2011).
La acción que se ejercita en la demanda es una reclamación por defectos constructivos. Tanto el artículo 1591 del Código Civil como la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, siguen manteniendo el principio general de la solidaridad de los intervinientes en su art. 17, apartados 2 y 3; es decir, se establece la solidaridad, por un lado, cuando la responsabilidad se atribuye a un agente y al tiempo a

la persona de quién se debe responder (art. 17.2); de otra parte cuando se atribuye a agentes y no se puede individualizar la causa de los daños o el grado de intervención de cada uno (art. 17.3); asimismo cuando se atribuye a agentes y también "en todo caso" al promotor (art. 17.3 segundo inciso); y finalmente cuando ha habido actuación conjunta del proyectista con otros profesionales.
Nos encontraríamos por tanto en el caso de autos ante una acumulación subjetiva de acciones prevista en el art. 72 LEC, según el cual "podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos..., siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", tratándose de supuestos de litisconsorcio pero bien entendido que deben distinguirse los de litisconsorcio pasivo necesario, en los que sería preciso traer al litigio a todos los eventuales afectados, de los que, como en el presente caso y al tratarse del ejercicio de acciones frente a personas unidas por vínculo de solidaridad, son de litisconsorcio facultativo o voluntario.
En estos casos, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe ningún argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque no puede olvidarse que, para que pueda admitirse la acumulación de acciones es preciso, según el art. 73,1,1º LEC "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia
o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas" dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones (ex art. 72 LEC) deba ser requerido para que desacumule las acciones frente a terceros distintos de la concursada (ex art. 73,4 LC). No existen por otra parte razones que impidan o desaconsejen el ejercicio separado de las acciones.
La pretensión de la recurrente de extender el archivo de las actuaciones a todos los terceros demandados, carece pues de sustento legal y choca frontalmente con el carácter excluyente y exclusivo de la competencia del Juez del concurso que se recoge en el art. 8.1º de la Ley Concursal. ": AAP Madrid (Sección 8) 16.04.2012 (Auto 101/2012; Rollo 881/2011)

AP Madrid (Sección 9)

"I.- HECHOS
La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida, y,
Primero.- Por elJuzgado de Primera Instancia nº. 89 de Madrid, en fecha uno de octubre de dos mil nueve, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Abstenerse del conocimiento de la demanda de juicio ordinario instada por el Procurador Luis Pastor Ferrer en nombre y representación de ACUATICA SPA Y PISCINAS, S.L frente a OCIOSPORT CONSULTING, S.L previniendo a la parte demandante que debe hacer uso de su derecho ante el juez del concuro.".
(…)
II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO
No se aceptan los de la resolución apelada.
PRIMERO Los motivos del recurso deben de ser objeto de acogida pues, si bien es cierto que elartículo 50.1 de la Ley Concursal establece que los jueces del orden civil y social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez de concurso de conformidad con lo previsto en dicha ley "se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del Concurso...", lo cierto es que, tratándose de demanda interpuesta por la propia compañía declarada en concurso, no concurre ninguna de las materias jurisdicción -exclusiva y excluyente- del juez del Concurso contenidas en elartículo 8 de la Ley Concursal. Todo ello sin perjuicio de implicar dicha declaración concursal la exigencia de unos determinados requisitos en orden a los efectos de aquélla ante el ejercicio de acciones.
SEGUNDO Por todo ello el recurso debe de ser estimado y revocada la resolución apelada.": AAP Madrid (Sección 9) 04.03.2010 (JUR 2010/165615; Auto 58/2010; Rollo 832/2009)

AP Madrid (Sección 11)

"PRIMERO.-Antecedentes procesales del recurso.
El Auto de instancia declara la falta de competencia objetiva, al amparo del artículo 86 ter de la LOPJ y 8 de la Ley Concursal, para conocer sobre la demanda de reclamación de cantidad por parte de la entidad concursada, contra un tercero, que alegó frente a la misma compensación de deudas, basada en la falta de entrega de avales en la suma de 122.349,88 euros, y defectuosa ejecución del contrato de obra suscrito en su día entre las partes, al considerar, a modo de síntesis, que se da la concurrencia de dos acciones -la que constituye objeto de la demanda inicial- para la que sería competente la jurisdicción civil ante la que nos encontramos, y la que es objeto de la figura de la compensación alegada por la demandada, cuya competencia corresponde a la jurisdicción mercantil, y concretamente al juez que conoce del concurso de la actora.
En cuanto a la acumulación de acciones, se alega por la sentencia de instancia que ha de tenerse en cuenta que tal cuestión han sido analizadas tanto por la doctrina como por la denominada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, con una gran profusión de argumentos. Y así, teniendo

en cuenta lo anterior, ha de concluirse que tales acciones, por razón de la vinculación de una con la otra, de la que sí es competente la jurisdicción mercantil, puede ser conocida acumuladamente por esta clase de órganos especializados, bien de manera originaria, bien por conexión que vincule competencialmente al órgano mercantil, considerando que si la jurisdicción mercantil ha de conocer de la, pretensión de compensación, la declaración sobre la existencia y cuantificación de la deuda reclamada por la actora, resulta antecedente imprescindible para apreciar la misma; ha de tenerse en cuenta la interpretación literal del artículo 86 ter de la LOPJ, que considera que la finalidad de la expresión "de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil" a que se refiere el precepto, es la, de dar exhaustividad a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil; asimismo se tiene en cuenta el criterio de íntima conexidad e interdependencia; igualmente se maneja el criterio del peligro de resoluciones con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes; además, ha de tenerse en cuenta la inexistencia de prohibición legal, todo ello en los términos concretos que refleja el antecedente de hecho segundo de esta resolución, que se corresponde con la parte dispositiva del mismo.
Los recursos planteados por la representación procesal tanto por la Sociedad Mercantil Constructora Pedralbes, S.A., como por parte de la Sociedad Viviendas de Miraflores, S.A., se fundamentan, a modo de síntesis comprensiva de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición, en la infracción del artículo 86 ter de la LOPJ, y 8 de la Ley Concursal, dada la falta de competencia del Juzgado Mercantil para conocer sobre la acción planteada por la actora al tratarse de la reclamación de la concursada frente a un tercero, en tanto que respecto de la acumulación de acciones, con vis atractiva del anterior respecto de la compensación alegada por el demandado, no procede de acuerdo con reiterada doctrina y jurisprudencia, y cita del artículo 58 de la Ley concursal.
Se solicita la revocación del Auto, dictando otro por el que se decrete la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda promovida por la actora, a excepción de lo atinente a la pretensión de compensación de créditos aducida por la demandada, y sin perjuicio del derecho de ésta última de poder acudir al Juzgado de lo Mercantil n° 6 de Barcelona donde se tramita el Concurso de acreedores de dicha parte demandante, para deducir allí las pretensiones de compensación o motivos de oposición que no pueda articular en el juicio ordinario del JPI 57 de Madrid, a través del correspondiente incidente concursal.
SEGUNDO.-Motivo del recurso: Sobre la competencia del Juzgado de Instancia ordinario y del Juzgado Mercantil en relación con las acciones ejercitadas.-
Sentado el presupuesto sobre el que se asienta el recurso planteado, esto es, la declaración de abstención por falta de competencia objetiva del Juzgado de 1ª Instancia, para conocer de la demanda de reclamación de cantidad por parte de la entidad concursada, contra un tercero, que alegó frente a la misma compensación de deudas, basada en la falta de entrega de avales en la suma de 122.349,88 euros, y defectuosa ejecución del contrato de obra suscrito en su día entre las partes, al considerar que la segunda de dichas acciones, competencia del Juzgado Mercantil, determina su vis atractiva y acumulación de ambas, la Sala debe rechazar la argumentación al respecto, por las siguientes razones:
En primer término, es de aplicación el artículo 58 de la Ley Concursal, que establece que, sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En el presente caso, consta ya esa declaración anterior del concurso, sin que nos encontremos en el supuesto del artículo 205, esto es, en el ejercicio del derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia.
En tales supuestos no es de aplicación la compensación pues como dice la A.P. de Vizcaya, sec. 4ª, en Sentencia de 4-10-2010, nº 746/2010, rec. 265/2010. <<...el art. 58 de la Ley Concursal, prohíbe la compensación en supuestos de situación concursal, que implica la disposición de su patrimonio a favor de uno o varios acreedores sin acuerdo con los demás, vulnerando el principio de trato igual a los acreedores, si se sustrae un elemento de la masa activa, como es el crédito a compensar, en beneficio de uno solo de los acreedores, el titular del crédito compensado. Tan sólo se exceptúan aquellos actos de compensación que supongan la extinción de créditos cuyos requisitos se hubieren producido con anterioridad a la declaración de concurso. Los requisitos de la compensación, en lo que ahora importa, son los generales previstos en los arts. 1195 y 1196 del Código Civ : reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas. En el caso de autos no se dan tales circunstancias que permitiesen que operasen la compensación antes de la declaración del concurso del año 2.005, siendo que la devolución de la maquinaria cedida y en depósito aconteció en mayo de 2.008...Esta compensación produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma funciona como una forma de pago extintiva de las obligaciones, generadora entonces de una situación de privilegio en favor del retenedor no prevista en el art. 90 LC, con ruptura del principio de la "par condictio creditorum", ya que se daría un trato desigual a acreedores de la misma clase, sin olvidar el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal, sin que haya norma que permita excluir ese activo de la masa y que el mismo se destine a pagar a todos los acreedores y no solo al retenedor por medio del mecanismo de la compensación..
No se produce en ningún caso la vis atractiva de los Juzgados Mercantiles, pues como dice el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Secc. 5ª, de 14 de diciembre de 2005 y el de la Audiencia Provincial

de Madrid, Secc. 28ª, de 14 de marzo de 2008 "todas aquellas cuestiones que no estén expresamente atribuidas al conocimiento del Juzgado de lo Mercantil en el art. 86 ter de la LOPJ son competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sin que la competencia de los órganos mercantiles sea expansiva y pueda ir más allá de los límites expresamente marcados en la LOPJ, como por lo demás constituye un principio general en el deslinde de competencias cuando existen órganos especializados en alguna materia". Sobre este particular, y según alega la apelante, ha de recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala ª, de 8 de marzo de 1993, declaró que las atribuciones de los órganos especializados dentro de la jurisdicción civil no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia.
Por otra parte, los supuestos de acumulación de acciones con carácter general, de una acción mercantil y civil, determinaría la competencia del Juzgado de Instancia ordinario, cuya competencia genérica tendría vis atractiva frente al criterio de especialización excluyente del Juzgado Mercantil (Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 5ª, A 18-5-2009, nº 97/2009, rec. 453/2008).
Finalmente, y en relación con el presente caso, es de aplicación en cuanto a la acción de compensación ejercitada por la demandada, el Juzgado de lo Mercantil que conozca del Concurso de la demandante, en sede del incidente a que se refiere al párrafo segundo del artículo 58 de la citada Ley Concursal.
Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la estimación del recurso, revocando el Auto apelado.”: AAP Madrid (Sección 11) 03.06.2011 (Auto 141/2011; Rollo 253/2011)

“PRIMERO.-Por la procuradora Doña Mercedes Caro Bonilla en la representación acreditada de la mercantil OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L. -declarada en concurso de acreedores por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, de fecha 24 de Marzo de 2.009 - se interpuso demanda contra la también mercantil ALTEC 90, S.L., en reclamación de 451.905,19 euros, cantidad correspondiente a las retenciones que mantiene en su poder la demandada, más los intereses que las mismas han devengado, todo ello en relación con la obra realizada por la actora en la Unidad de Actuación nº 6 de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), en virtud del contrato de ejecución de obras suscrito entre dichas litigantes, el 25 de Mayo de 2.005.
Turnadas las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Madrid y registrado con el nº 1.260/2.010, se admitió a trámite la demanda y emplazada ALTEC 90, S.L., dicha mercantil, se personó a través de la Procuradora Doña Concepción Delgado Azqueta, quien no solo se opuso a la demanda, sino que formuló reconvención en reclamación de 909.458 euros, importe de los defectos y deficiencias que, según dicha parte, han presentado las viviendas construidas por la demandante.
OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., antes de contestar a la reconvención, presentó escrito en el que planteó cuestión de competencia por declinatoria en cuanto a dicha reconvención, por entender que, al estar en situación de concurso, el conocimiento de las pretensiones en ella deducidas, corresponde, de manera exclusiva y excluyente, al juez del concurso, además de contenerse en dicha demanda reconvencional una pretensión de compensación de créditos, expresamente prohibida por el artículo 58 de la Ley Concursal. Dándose traslado a la demandada reconviniente, por la misma, tras señalar que la competencia en casos como el presente es controvertida, manifestó que "no se opone a la cuestión de competencia instada de contrario, asumiendo la decisión que el Juzgado tome al respecto, según el criterio que el Juzgado tenga en relación con esa cuestión", solicitando la no imposición de costas.
El Juzgado de Instancia, en fecha 23 de Noviembre del 2.010 dictó Auto, en el que tras estimar la cuestión de competencia por declinatoria planteada por la actora-reconvenida acordó al archivo de todo lo actuado, remitiendo a las partes al Juez del concurso, sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas; resolución que es recurrida por OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L. quien, tras hacer una serie de consideraciones generales, estima que la Juzgadora de instancia ha incurrido en error al extender la incompetencia a los supuestos en que el concursado aparece como actor, lo cual no es conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley Concursal, debiendo haber quedado circunscrita la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia nº 9 a la reconvención planteada, debiendo conocer en cuanto a la demanda inicial, en cuanto se trata de un procedimiento distinto al que se iniciaría con la demanda reconvencional. Tras citar el artículo406.2 en defensa de su tesis, concluye su recurso solicitando se estime el mismo en el sentido de concretar la falta de competencia del Juzgado de instancia, a la reconvención, continuando conociendo de la demanda inicial.
ALTEC 90, S.L., se opuso al recurso, mostrando su conformidad con el auto apelado, invocando la posibilidad de compensación, por lo que el resultado de la demanda inicial y de la reconvencional afectan al concurso, por lo que deben de ser conocidas ambas por el Juez del concurso, invocando, asimismo, la falta de legitimación activa de OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., al faltar el requisito de la conformidad de la administración concursal, carencia que hace extensiva a la representación del procurador. (...)
TERCERO.-Dicho lo anterior y entrando en el examen del presente recurso de apelación, el objeto del mismo no es otro que la extensión del pronunciamiento contenido en el auto dictado en la instancia con fecha 23 de Noviembre de 2.010, al entender OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., que la abstención por falta de competencia objetiva del Juzgado de 1ª Instancia, para conocer no solo de la demanda reconvencional, sino también de la demanda inicial, formulada por la concursada

contra ALTEC 90, S.L., no es conforme a derecho, debiendo quedar circunscrita la competencia del Juzgado de lo mercantil al conocimiento de la demanda reconvencional, mientras que el Juzgado de instancia ha de seguir con la tramitación y resolución de la demanda inicial.
El auto apelado, cita como único fundamento jurídico, el artículo 58 de la Ley Concursal, precepto que ya fue examinado en nuestro auto de 3 de Junio de 2.011, dictado en el rollo de apelación 253/2.011, resolución que, en un supuesto en el que la parte demandada invocaba la compensación, frente a la demandante concursada, revocó el auto dictado en la instancia y decretó la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda promovida por la actora, a excepción de lo atinente a la pretensión de compensación de créditos aducida por la demandada, dejando a salvo el derecho de ésta última de poder acudir al Juzgado de lo Mercantil donde se tramita el Concurso, y ello porque como se decía en el fundamento de derecho segundo:
"No se produce en ningún caso la vis atractiva de los Juzgados Mercantiles, pues como dice el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Secc. 5ª, de 14 de diciembre de 2005 y el de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28ª, de 14 de marzo de 2008 "todas aquellas cuestiones que no estén expresamente atribuidas al conocimiento del Juzgado de lo Mercantil en el art. 86 ter de la LOPJ son competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sin que la competencia de los órganos mercantiles sea expansiva y pueda ir más allá de los límites expresamente marcados en la LOPJ, como por lo demás constituye un principio general en el deslinde de competencias cuando existen órganos especializados en alguna materia". Sobre este particular, y según alega la apelante, ha de recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de marzo de 1993, declaró que las atribuciones de los órganos especializados dentro de la jurisdicción civil no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia.
Por otra parte, los supuestos de acumulación de acciones con carácter general, de una acción mercantil y civil, determinaría la competencia del Juzgado de Instancia ordinario, cuya competencia genérica tendría vis atractiva frente al criterio de especialización excluyente del Juzgado Mercantil (Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 5ª, A 18-5-2009, nº 97/2009, rec. 453/2008)".
Habrá de convenirse que si esta doctrina es aplicable a la compensación con mayor motivo, si cabe, debe de ser tenida en cuenta cuando se formula demanda reconvencional, supuesto en el que es de plena aplicación el artículo 8.1 de la Ley Concursal que establece la competencia exclusiva del Juez del Concurso para conocer de las demandas con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado.
En consecuencia, la solución que ha de darse al problema planteado no es otra que la continuación, por parte del Juzgado de primera instancia, de la demanda formulada por OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., al ser el único competente para dicho conocimiento archivando dicho Juzgado, exclusivamente, la demanda reconvencional que contra la concursada ha dirigido ALTEC 90, S.L., quien podrá deducir sus pretensiones ante el Juez del concurso.
En idéntico sentido, se pronuncia la Sección 19 de esta Audiencia Provincial, en su auto de 13 de Mayo de 2.011, en cuyo fundamento jurídico tercero, que plenamente compartimos, dice:
" Resulta evidente, desde cuanto establece el artículo 86.ter primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 8.1º de la Ley Concursal y artículos 50 y 51 de la propia Ley, en relación, también con el artículo 183.4 de la misma norma sustantiva-procesal (nos estamos refiriendo a la Ley Concursal), que los Juzgados de lo Mercantil son competentes para conocer de modo exclusivo y excluyente de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley; y añade el artículo 50 para los nuevos juicios declarativos que se promuevan después de la declaración del concurso que los jueces del orden civil y del orden social ante quienes interpongan demanda de la que deba conocer el Juez del concurso, de conformidad con lo previsto en el esta Ley, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del Concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. Luego, desde lo hasta aquí dicho, se infiere claramente que las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado y que tengan trascendencia patrimonial tendrán que reconducirse al ámbito competencial objetivo de los Jueces del concurso, en definitiva del Juez de lo Mercantil correspondiente. En nuestro caso concreto de la demanda promovida por OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES. S.L. pudo, perfectamente, conocer el Juzgado de Parla ex artículos 45, 51 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues cuando verdaderamente surge el conflicto, y nos encontramos con una acción de contenido patrimonial dirigido contra el patrimonio del concursado, es al articularse la reconvención, respecto de la cual, pudo perfectamente y ex artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, inadmitirse por el Juzgador de instancia pues ciertamente, respecto de la citada reconvención, carecía de competencia objetiva por razón de la materia, como expresa el tan repetido artículo
406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo posible transferir al Juez del concurso el total conocimiento del asunto cuando la reconvención puede hacerse valer ante el Juez correspondiente de lo Mercantil, al tiempo que en la contestación a la demanda pudo, como prácticamente hizo el demandado, esgrimir los hechos modificativos, extintivos o excluyentes para que la demanda en cuestión no progresase en forma, no siendo posible archivar todo el procedimiento para remitir el

conocimiento del asunto al Juez de lo Mercantil, cuando este solo puede conocer, desde el contenido de los artículos 8 y 50 de la Ley Concursal, de aquellas acciones civiles de contenido patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado; y en este caso se encuentra, tan solo, la reconvención que formuló la parte demandada, sin que aquella división competencial pugne con el derecho de defensa de SAN ANTON 1999, S.L., que puede hacer valer su derecho ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso de URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L. En definitiva, y como conclusión, entiende esta Sala que es procedente acoger el recurso devolutivo interpuesto, que divide la competencia para conocer del conflicto entre el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Parla y el de lo Mercantil nº 6 de Madrid que decretó el concurso necesario de OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., que lo será para el objeto propio de la reconvención, pues en este caso concreto se trata de una acción civil de contenido patrimonial contra el patrimonio del concursado, que necesita ser examinada desde todo el concurso a la hora de determinar, como determina el Juez de lo Mercantil, las masas activa y pasiva dentro del propio concurso para garantizar que principios como el de la "par conditio creditorum", lleguen a buen término. No se priva a SAN ANTONIO 1999, S.L. del ejercicio de la acción que pueda derivar del retraso en la entrega de los inmuebles, sino que esta pretensión se reconduce al Juez de lo Mercantil, por permitirlo, como efectivamente lo permite, el artículo 400.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las normas ya citadas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley Concursal".
También sigue esta línea el auto de la Sección 25 de esta Audiencia Provincial, de 28 de Julio de 2.011, resolución que centrando la cuestión a dilucidar en si el Juzgado de Primera Instancia es competente para conocer y decidir sobre la compensación de créditos que es el tema de la reconvención, llega a la conclusión de que es el incidente concursal el ámbito procedimental para resolver esta controversia, manteniendo el desdoble competencial en cuanto a la demanda y reconvención que el auto recurrido establecía, fundamentando la competencia del Juez del concurso para conocer de la compensación, en los siguientes términos:
"Si nos retrotraemos al momento anterior a la declaración del concurso para examinar la existencia o no de los requisitos de la compensación e incluso si se admite la función de garantía o la expectativa en un sentido o en otro estaríamos "conociendo" de la controversia: si han vencido los plazos, si la ejecución de la obra ha sido correcta, la aplicación de la cláusula 18ª y en definitiva, la liquidez, vencimiento y exigibilidad de la deuda. Una vez más, la controversia. Por eso, para distinguir la hipótesis de la compensación solutoria, como pago y extintiva de la obligación con fractura del principio " par conditio creditorum" de esa otra función de garantía por razón de expectativa de compensación que detraería del control del concurso y frente a la conservación de la masa un valor de relevancia patrimonial, por eso, insistimos, el cauce apropiado es el del incidente concursal. El concepto discrepante queda por consiguiente remitido al procedimiento adecuado en donde la invocación de aquel "moderno planteamiento doctrinal" como lo denomina por ejemplo la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 8 de Julio de 2008 (Rec. 377/07), calificándole de cuestión sugerente y abierta al debate para las operaciones conexas o créditos "ex eadem causam", encuentra su ámbito procedimental competente. En razón de lo expuesto, no es posible aquí argumentar a propósito de si estamos ante un instrumento de garantía o una efectiva forma de pago extintiva de la obligación con la consiguiente situación de privilegio, solución que volviendo a la S.A.P. antes citada apunta a una dirección interpretativa en cualquier caso a adoptar por el órgano competente"
CUARTO.-La estimación del recurso, comporta no hacer expresa condena en costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”: AAP Madrid (Sección 11) 28.10.2011 (Auto 278/2011; Rollo 613/2011)

AP Madrid (Sección 12)

“PRIMERO.-Se formuló demanda en reclamación de 416.179,84 # en la que se indicaba que había sido declarada en concurso de acreedores mediante auto de 21 de octubre de 2009. Reclamaba la actora el pago de la referida cantidad como consecuencia de la liquidación y retenciones de diversas obras ejecutadas para la demandada.
La demandada planteó declinatoria, en la que solicitaba se declarase la competencia del juzgado de lo mercantil que conocía del concurso de la actora, ya que las excepciones y reconvención que realice al contestar la demanda se dirigían contra el patrimonio del concursado.
El auto que se recurre estimó la declinatoria.
SEGUNDO.-Indica la recurrente que la demanda interpuesta por ella no ha de ser conocida por el juzgado que tramita el concurso, dado que su pretensión no va dirigida contra el patrimonio del deudor, precisamente lo que pretende es la defensa del mismo.
Efectivamente, el artículo 8.1 de la Ley Concursal establece la competencia del juzgado de lo mercantil para conocer de las pretensiones con trascendencia patrimonial que se dirijan " contra el patrimonio del concursado". Por tanto, dentro de ellas no se pueden entender comprendidas la reclamación que el concursado efectúa contra un tercero, dado que no son acciones contra el concursado, sino acciones ejercitadas por éste.
Por su parte, el artículo 50.1 de la Ley Concursal indica que los jueces del orden civil o social ante los que se interponga demanda de la que deba conocer del juzgado de lo mercantil, con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley, se abstendrán de conocer a favor de éste.

No obstante, no tratándose de acción dirigida contra concursado, no es competencia del juzgado mercantil con arreglo al citado artículo 8.1.
En consecuencia, procede analizar si a tenor de la contestación a la demanda y reconvención que anuncia la parte demandada es procedente declarar la incompetencia objetiva del juzgado de primera instancia.
TERCERO.-En el presente supuesto, la parte demandada, ante la demanda interpuesta por la concursada, indica que como consecuencia de las excepciones y reconvención que pretende plantear contra la concursada, el conocimiento de éstas y de la demanda corresponden al juez del concurso.
Considera la recurrente que la reconvención que pudiera plantearse frente a la actora debería inadmitirse al carecer de competencia objetiva, pero tal reconvención no implica la competencia del juez del concurso para conocer del presente proceso.
CUARTO.-Entiende esta Sala que no es el momento procesal oportuno para resolver sobre la competencia objetiva planteada.
La competencia se determina sobre la base de las pretensiones que se han formulado efectivamente. En el presente supuesto la demandada anuncia que planteará reconvención y excepciones, y que por ello la competencia ha de atribuirse al juzgado de lo mercantil.
No cabe determinar la competencia objetiva para conocer de un proceso sobre la base de pretensiones que se anuncia se van a ejercitar, pero no se han ejercitado. Ello por los siguientes motivos.
-En primer término, porque no es la intención de formular pretensiones en el futuro lo que determina la competencia. La competencia queda determinada cuando las pretensiones son efectivamente formuladas. Así resulta con claridad del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé el planteamiento de la declinatoria ante demandas ya formuladas.
De la misma manera que no cabe plantear qué juzgado es competente para conocer de una futura demanda que se anuncie que se planteará, tampoco cabe plantearse qué juzgado es competente para conocer de una futura y anunciada reconvención o excepciones.
-En segundo lugar, y al hilo de lo indicado anteriormente, el hecho de que se anuncie que se va a formular una pretensión frente a la actora, no significa que necesariamente se formule cuando llegue el momento. Evidentemente únicamente cuando se haya contestado a la demanda existirá clara constancia de que las pretensiones anunciadas se han formulado y en la forma anunciada.
El demandado, en el momento de concretar su pretensión puede no formular la reconvención y/o excepción que anuncia, o bien incluso pudiera optar en tal momento por plantear la cuestión por vía de demanda ante el juzgado competente y plantear la acumulación o incluso no contestar, etc.
En definitiva, al existir un mero anuncio de lo que se pretende realizar, el demandado podrá materializar o no su anunciada pretensión contra la actora, o hacerlo en forma diferente a la prevista.
La competencia objetiva no puede dirimirse sobre la base de hipótesis o anuncios de acciones futuras. Ajuicio de esta Sala, sería contrario a la seguridad jurídica -además de a las normas procesales a las que se aludirá posteriormente-, declarar la competencia objetiva sobre la base de una pretensión futura, que por su carácter futuro y en consecuencia eventual, nada impide que, llegado el momento de formularla no se formule, o se formule de manera distinta a la anunciada.
-En último término, y también al hilo de lo indicado en los anteriores párrafos, para pronunciarse sobre la competencia no bastan alegaciones genéricas sobre las pretensiones que se pretenden formular. Será preciso conocer en concreto cuáles son dichas pretensiones y en qué se fundan.
La declinatoria planteada en el presente proceso no realiza una descripción concreta del contenido de las pretensiones que anuncia ejercitará contra la concursada, ni de los hechos en los que se fundará.
La declinatoria realiza una descripción genérica e inconcreta de las pretensiones que dice formulará y los motivos de las mismas, indicando, entre otras cuestiones, que "la contestación de mi mandante como excepción y la pretensión reconvencional que se realice se dirigirían contra el patrimonio del concursado", aludiendo posteriormente a la procedencia de la compensación pese a la situación concursal, y a continuación señala que "los motivos que tiene mi mandante para oponerse a las pretensiones de la actora, tienen su causa en las mismas relaciones contractuales invocadas en la demanda, debiéndose plantear estos motivos mediante la correspondiente excepción o reconvención, distinción que por otra parte no es clara ya que hay cuestiones que podrían alegarse como excepción o como reconvención" (folio 490).
Por tanto se anuncia una reconvención, o tal vez una excepción que pudiera ser la de compensación, pero no se especifican ni si se formulará una u otra, o tal vez más, ni el contenido concreto de la pretensión que se pretende formular, ni los motivos específicos en los que se fundará. Tan genéricos planteamientos no resultan adecuados para determinar de forma efectiva la competencia objetiva.
Se podrá argumentar que se trata de una declinatoria y que por ello no tiene por qué concretar las pretensiones y los motivos, ya que se trata de exponer las circunstancias relativas a la competencia. No obstante, lo indicado pone de relieve una vez más que la declinatoria planteada no es adecuada, en el estado procesal actual, para resolver la cuestión de competencia, toda vez que no puede hacer alusión a cuestiones ya planteadas, sino a planteamientos futuros, que precisamente por ser futuros son imprecisos, no concretos y además, cómo se señaló anteriormente, por más que fuesen concretos y precisos no tendría por qué corresponderse necesariamente con el contenido efectivo de la contestación y/o reconvención que se formulase.
QUINTO.-Tales consideraciones tienen su correspondiente reflejo en la regulación que la Ley de Enjuiciamiento Civil realiza con respecto a las cuestiones de competencia.

Las declinatorias están previstas para que el demandado cuestione la competencia, pero sobre la base de la demanda contra él interpuesta, no sobre la base de su futura reconvención o contestación a la demanda. Así resulta del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Cuando se trata de cuestiones de competencia que pudieran derivar de la reconvención, el artículo 406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que no se admitirá reconvención cuando juzgado carezca de competencia objetiva o por razón de la cuantía o cuando la acción deba ventilarse en un juicio de diferente tipo o naturaleza.
Por tanto, no prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la posible incompetencia por razón de lo alegado en la reconvención el planteamiento anticipando de declinatoria. Prevé que en el momento de plantear la reconvención, y obviamente una vez formulada la misma, se decida sobre la competencia objetiva para conocer de dicha reconvención.
Por su parte, el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil plantea la posibilidad de alegar por vía de excepción la compensación de créditos, ello suponiendo que el demandado pretenda plantear y plantee, compensación de créditos por la vía prevista en el referido precepto, ya que como queda indicado únicamente existe una manifestación de intenciones, no suficientemente precisadas por lo demás, a ese respecto.
El artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece previsión con respecto a la competencia para conocer de la compensación, lo cual podría llevar a plantear si la alegación de compensación sigue, en materia de competencia, otro curso distinto del de la reconvención.
No procede resolver tal cuestión en este momento procesal, dado que no ha llegado a ser efectivamente planteada al no existir en el momento del planteamiento de la declinatoria contestación a la demanda. No obstante, el simple hecho de que tal cuestión pueda plantearse no hace sino poner de relieve lo ya indicado anteriormente, en el sentido de que es preciso conocer cuál es el planteamiento que se realiza de forma concreta y definitiva, no siendo procedente resolver sobre la competencia para conocer de pretensiones futuras, y por lo demás genéricas y no concretas.
En consecuencia, procede revocar la resolución recurrida, declarando no haber lugar a la inhibición solicitada por la demandada, sin perjuicio obviamente, tal y como queda expuesto, de acordar lo oportuno si se plantease la reconvención y/o excepción anunciadas por la demandada. “:AAP Madrid (Sección 12) 07.03.2012 (Auto 151/2012; Rollo 540/2011)

AP Murcia

“PRIMERO.-En el recurso de apelación interpuesto en nombre de MEDITERRÁNEA SAVIA AGRÍCOLA, S.A., se pretende que se revoque el auto recurrido, dictándose en su lugar otro por el que se admita a trámite la demanda formulada frente a PROTOGAL ALHAMA, S.L. Se alega infracción por interpretación errónea del artículo 50.1 de la Ley Concursal, pues la acción que se interpone no está dirigida frente a un acreedor de la entidad apelante, sino frente a un deudor de la misma y que no existe norma específica que determine la competencia excluyente en tal caso a favor del juez que conoce que del concurso, con mención de los artículos 50 y 8 de la Ley Concursal, debiéndose acudir por tanto a la normativa general de la LEC.
El auto recurrido inadmite a trámite la demanda de juicio verbal presentada en nombre de la entidad MEDITERRANEA SAVIA AGRÍCOLA, S.A., contra la mercantil PROTOGAL ALHAMA, S.L., en reclamación de la cantidad de 1.916,02 #. Se hace mención al artículo 50 de la Ley Concursal, indicándose que la parte puede usar su derecho en el Juzgado Mercantil.
SEGUNDO.-Que tras el examen de los autos resulta que la entidad MEDITERRÁNEA SAVIA AGRÍCOLA, S.A., fue declarada en concurso voluntario por auto de fecha 18 de julio de 2008, conservando las facultades de administración y disposición de su patrimonio, quedando sometidas el ejercicio de éstas a la intervención de la administración concursal.
Que por la entidad MEDITERRÁNEA SAVIA AGRÍCOLA, S.A., se formula demanda frente a la mercantil PROTOGAL ALHAMA, S.L., en reclamación de la cantidad de 2.916,08 #, derivada ésta del importe de los productos suministrados, acompañándose albaranes de entrega y facturas, constando que en el inventario del concurso figura un crédito de la mercantil concursada y apelante frente a la entidad PROTOGAL ALHAMA, S.L. La administración concursal ha prestado la conformidad con la reclamación judicial formulada y antes referida.
En el artículo 8.1º de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se establece: "Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de esta Ley".
La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1, de 08 de Febrero de 2007 declara: *"El art. 8 de la LC, que viene prácticamente a reproducir el apartado 1 del art. 86 ter de la LOPJ, comienza por otorgar de modo general a los juzgados de lo mercantil la competencia para conocer de los concursos, para luego atribuir al Juez de lo mercantil que venga en concreto tramitando el concurso competencia para conocer, de modo exclusivo y excluyente, de una serie de materias relativas a cuestiones directamente relacionadas con el concurso en cuanto afectantes al procedimiento concursal, que incluso rebasan el ámbito del orden jurisdiccional civil y comprenden el de otros órdenes jurisdiccionales, cuál el social. La explicación de tal medida legislativa cabe*

encontrarla en la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en donde se indica que se atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado, justificando el carácter universal del concurso la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.(...). Pues bien, aún a fuerza de reconocer la trascendencia patrimonial de la pretensión ejercitada en el incidente concursal dada su repercusión en la determinación o formación de la masa activa del concurso, no alcanza empero a concurrir el segundo de los requisitos necesarios, cuál es el que la demanda se dirija contra el patrimonio de la concursada, que por tal razón ha de ocupar la posición pasiva del proceso, bien de forma única bien con otros litisconsortes, lo que no acontece en el caso examinado, en que la acción ejercitada lo es claramente en defensa del patrimonio de la concursada, al punto de promoverse la demanda incidental por la Administración concursal con la que termina coadyuvando la propia concursada. Así lo entienden la mayor parte de los tratadistas en la materia, (..) vienen a excluir del conocimiento del juez del concurso las acciones con trascendencia patrimonial cuya titularidad correspondiera al deudor y ello aunque dieran lugar a litigios (se insten por el propio insolvente, por la administración concursal o, de forma subsidiaria, por algún acreedor) cuyo objeto pudiera incidir en la integración de bienes y derechos a la masa activa del mismo, a tenor del art. 54 de la LC (..) vienen a señalar que las acciones a que se refiere el ordinal primero del art. 8 LC exigen tener como demandado al concursado (..), hace la observación de que el art. 8 LC no menciona a los procesos que el deudor tenga en curso como demandante, pues sólo hay referencia concreta de acciones y medidas cautelares que afecten pasivamente al patrimonio del concursado.."

Que a la vista de los hechos referidos, de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Concursal, así como de la resolución judicial citada, procede estimar la pretensión revocatoria, pues el Juzgado de lo Mercantil no tiene la competencia exclusiva para conocer de la reclamación de cantidad formulada por la mercantil concursada, con la conformidad de la administración concursal, pues el crédito que se reconozca forma parte del activo de la entidad concursada y la acción la ejercita la propia entidad concursal, no privada de las facultades de administración, es decir no se dirige contra el patrimonio de la concursada, supuesto este al que se refiere el artículo 8 de la Ley Concursal.": AAP Murcia (Sección 4) 25.07.2011 (Auto 158/2011; Rollo 483/2011)

AP Pontevedra

"PRIMERO.- La Administración concursal en el procedimiento de concurso de acreedores de la entidad "Viguesa de Gas S.A.L", que se sustancia ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, ha venido a promover incidente concursal a que hacen referencia losarts. 192 y ss de la Ley Concursal (en adelante LC) contra las entidades "Gas Galicia SDG S.A." Y "Proyecon Galicia S.A." (deudora la primera, acreedora la segunda, de la concursada), al objeto de obtener la reintegración a la masa activa del concurso de la cantidad de 80.556,20 euros.

Y ello en razón, cuál se explica con claridad en la fundamentación jurídica de la resolución apelada, a que la Administración concursal en el informe presentado incluyó, en la masa activa, un crédito por importe de 139.681,34 euros contra "Gas Galicia SDG SA", y, en la masa pasiva, una deuda de la concursada frente a "Proyecon Galicia SA" por importe de 80.556,20 euros, como crédito ordinario, siendo así que al comunicar la Administración concursal a "Gas Galicia" el saldo de su deuda, por ésta última se contesto, entre otras cosas, que había hecho un pago a "Proyecón Galicia" por importe de 80.556,20 euros, indicando finalmente haber alcanzado a reducir el débito con la concursada a la suma de tan sólo 15,96 euros.

De todo lo anteriormente expuesto, la Administración concursal viene a concluir que la entidad "Gas Galicia", por su cuenta y al margen del concurso, decidió abonar directamente a "Proyecon Galicia" la cantidad que a ésta última adeudaba la concursada, llegando a producirse una situación de pago y cobro indebidos; solicitando, por tal motivo, en el presente incidente concursal, en primer término, que la receptora del pago "Proyecon Galicia" reintegre la cantidad percibida a la masa activa del concurso y, subsidiariamente, que el reintegro corra a cargo de la entidad pagadora "Gas Galicia".

En el curso de la tramitación del incidente, la concursada se adhirió a las pretensiones de la Administración concursal promotora del mismo.

Desestimada la demanda incidental por entender el Juzgador de instancia que la Administración concursal no consiguió acreditar la existencia de una relación jurídica directa entre "Proyecon" y la concursada, generadora de la deuda de ésta para con aquélla, como tampoco la clase de relación mantenida entre la concursada y "Gas Galicia", al tiempo que de la documental aportada a los autos cabe desprender la existencia de un contrato de ejecución de obra entre ambas codemandadas "Proyecon" y "Gas Galicia", que vendría a justificar el abono realizado por ésta (comitente) a aquélla (contratista ejecutora) como una deuda propia, recurren en apelación tanto la Administración concursal como la entidad concursada "Viguesa de Gas", limitando ahora aquélla su pretensión al acogimiento del pedimento subsidiario de su demanda incidental.

Al proceder a la resolución de los recursos de apelación entablados, como advirtiere la Sala una posible falta de competencia objetiva del Juez del concurso (Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra) para conocer del asunto litigioso planteado, de conformidad con lo preceptuado en elart.

48-3 LEC, se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, por el plazo común de diez días, al objeto de ser oídos al respecto, formulando únicamente alegaciones la Administración concursal y la entidad demandada "Proyecon Galicia", en el sentido de pronunciarse ambas partes en favor de la competencia del Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso y que dictó la resolución recurrida.
SEGUNDO.- Elart. 8 de la LC, que viene prácticamente a reproducir el apartado 1delart. 86 ter de la LOPJ, comienza por otorgar de modo general a los juzgados de lo mercantil la competencia para conocer de los concursos, para luego atribuir al Juez de lo mercantil que venga en concreto tramitando el concurso competencia para conocer, de modo exclusivo y excluyente, de una serie de materias relativas a cuestiones directamente relacionadas con el concurso en cuanto afectantes al procedimiento concursal, que incluso rebasan el ámbito del orden jurisdiccional civil y comprenden el de otros órdenes jurisdiccionales, cuál el social.
La explicación a tal medida legislativa cabe encontrarla en la Exposición de Motivos de laLey 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en donde se indica que se atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado, justificando el carácter universal del concurso la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.
Así las cosas, en el caso contemplado, a la vista de las pretensiones que plantea la Administración concursal -promotora del incidente- y la concursada coadyuvante, de las materias relacionadas en elart. 8 de la LC, a las que el Juez del concurso extiende su competencia, es la del ordinal núm. 1º la única susceptible de ser analizada como de posible comprensión de aquéllas, en cuanto concerniente a "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el titulo I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil".
Pues bien, aún a fuerza de reconocer la trascendencia patrimonial de la pretensión ejercitada en el incidente concursal dada su repercusión en la determinación o formación de la masa activa del concurso, no alcanza empero a concurrir el segundo de los requisitos necesarios, cuál es el que la demanda se dirija contra el patrimonio de la concursada, que por tal razón ha de ocupar la posición pasiva del proceso, bien de forma única bien con otros litisconsortes, lo que no acontece en el caso examinado, en que la acción ejercitada lo es claramente en defensa del patrimonio de la concursada, al punto de promoverse la demanda incidental por la Administración concursal con la que termina coadyuvando la propia concursada.
Así lo entienden la mayor parte de los tratadistas en la materia, entre los que cabe citar aCarlos JesúsyLuis Miguel, que en sus "Comentarios de la Ley Concursal", vienen a excluir del conocimiento del juez del concurso las acciones con trascendencia patrimonial cuya titularidad correspondiera al deudor y ello aunque dieran lugar a litigios (se insten por el propio insolvente, por la administración concursal o, de forma subsidiaria, por algún acreedor) cuyo objeto pudiera incidir en la integración de bienes y derechos a la masa activa del mismo, a tenor delart. 54 de la LC; aPedro JesúsyAndrés, que en sus "Comentarios a laLey Concursal", vienen a señalar que las acciones a que se refiere el ordinal primero del art. 8LC exigen tener como demandado al concursado; aEduardo, que en sus "Comentarios a laLey Concursal", hace la observación de que el art. 8LC no menciona a los procesos que el deudor tenga en curso como demandante, pues sólo hay referencia concreta de acciones y medidas cautelares que afecten pasivamente al patrimonio del concursado; aJon,Oscar,Serafin,Jose PabloyLuis Alberto, que en sus "Comentarios a laLey Concursal", vienen a indicar, en su análisis del art. 8LC, que el Juez competente para conocer de las acciones que se interpongan en defensa del patrimonio del deudor será el que corresponda de acuerdo a lo dispuesto en losarts. 45 y 47 de la LEC.
Siendo minoritario el sector doctrinal que mantiene un criterio discrepante, destacando en tal sentidoAntonio, quién, en su obra "Derecho Comunal Práctico", viene a señalar que si se atiende a lo que literalmente dice elart. 8 LCno serían competencia del Juez del concurso las acciones civiles en las que el concursado sea demandante, no pareciéndole, pese a dicha literalidad, una decisión razonable, toda vez el concursado puede ser actor en importantes acciones de contenido patrimonial que, ganadas, pérdidas o transigidas tienen repercusión en la formación de la masa activa del concurso. Semejando secundar dicha opiniónErnestoyIvánen su obra "Comentarios a la Legislación Concursal".
Ello en cuenta, por estimar que la pretensión objeto de la presente demanda incidental no se encuentra incluida dentro de las materias relacionadas en los ordinalesnúmeros 1 a 6 del art. 8 LCque conforman la competencia funcional atribuida al Juez del concurso, correspondiendo, consiguientemente, a los Juzgados de Primera Instancia la competencia objetiva para su conocimiento por tratarse entonces de materia civil no atribuida por disposición legal expresa a otra clase de tribunales (art. 45 LEC), dado el carácter no dispositivo e improrrogable de las normas sobre atribución de competencia, susceptible de apreciación de oficio por la Sala por constituir una cuestión de orden público, procede decretar la nulidad de la sentencia y demás actuaciones practicadas ante el Juzgado de lo Mercantil, al amparo de lo preceptuado en losarts 238-1 de la LOPJ y 225-1ºde la LEC, lo que hace de todo punto innecesario el resolver previamente acerca de la petición de recibimiento del pleito a prueba en esta segunda instancia formulada por la entidad concursada.": SAP Pontevedra 08.02.2007 (Sección 1) (JUR 2007/88275)

AP Segovia

“PRIMERO El presente litigio se inicia por demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad, formulada por la entidad declarada en situación de concurso PROINSERGA SA, frente a la entidad Las Marianas SL que al contestar a la demanda, alega compensación de créditos. En el acto de audiencia previa, se resolvió un incidente donde se concluyó que no se había formulado formalmente compensación que hubiera que resolverse por el cauce de losarts. 408 y 409 LEC :
En la sentencia de instancia, en relación con la referida compensación, entre otros extremos se indica:
En primer lugar, a través del testimonio del Sr.Agustín - Consejero Delegado que fue de Proinserga - ha pretendido la demandada hacer ver que el entramado comercial de PROINSERGA SA en sus relaciones con LAS MARIANAS SCL -y también con otras empresas ganaderas - venía evidenciado por un modo de operar en el que PROINSERGA SA suministraba productos y servicios de ganadería a los ganaderos y a su vez compraba los cerdos resultantes de la cría que los ganaderos llevaban a efecto, aunque lo hacia a través de una Entidad societaria diferente (Incoporc Sat 1516) pero con identidad de socios y de administradores, de domicilio social y de estructura administrativa.
Esa tercera entidad (INCOPORC SAT 1516) no ha sido traída a estas actuaciones ni puede quedar afectada por las determinaciones que aquí se vengan a establecer; sin que tampoco concurran los requisitos para afirmar que se trata de un caso de fraude societario que haga necesaria la entrada en aplicación de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo invocada por la demandada. La canalización de los intereses y relaciones comerciales de Proinserga con sus socios (entre los que se encontraba la demandada) se conducía a través de las estrategias que por razones financieras o fiscales establecía la actora, pero sin que quede acreditado que a través de sociedades diferentes a PROINSERGA SA se crearan artificios societarios dirigidos a eludir el pago a los socios o crear perjuicios injustificados.
Por otro lado, este Tribunal se ve impedido en este pleito del reconocimiento de obligaciones a favor de la actora, atendido lo que disponen losartículos 8 y 50 de la Ley Concursal, para no alterar las reglas del concurso (por conditio creditorum); constando además que la tercera entidad a que se refiere la demandada (Incoporc Sat 1516) también está declarada en concurso, encontrándose el cauce procesal pertinente para la pretensión que sostiene la demandada en las reglas procesales y materiales propias del concurso.
Como en definitiva el suministro que sustentaba la pretensión actora no se negaba, la demanda se estima y la demandada recurre en apelación..
SEGUNDO En el primer motivo alega que de no entrar a considerar la compensación por falta objetiva de competencia, pero admitiendo la misma sobre la pretensión contenida en la demanda, se divide la continencia de la causa. Además de que mantener dicha falta de competencia objetiva implica infracción de losarts. 50 y 58 de la Ley Concursal.
Debemos rechazar tal división de la continencia de la causa, pues tal concepto implica que el riesgo de que una misma cuestión sea resuelta de diversa forma en litigios diversos, lo que no es predicable en el supuesto de autos, auque medie una obvia conexidad; pues entre ambas pretensiones, ni siquiera existe identidad de personas, ya que se alega el pago a un tercero que no es parte en le procedimiento y además también se encuentra en situación de concurso; y además versan sobre cosas diversas (piensos, productos de genética, animal, medicamentos, etc., en el caso de la actora y cerdos en el caso de la demanda).
Además, ya ha reiterado laSala entre otras ocasiones en los autos dictados en los rollos 11/09, 140/09, 141/09, 156/09, 165/09, 203/09, 218/09, 222/09, 239/09, 240/09, 263/09, 329/09, 353/09 o 434/09, que la competencia para conocer de la demanda de Proinserga corresponde al Juzgado de primera Instancia competente para conocer la reclamación civil, pero en esa causa no sería posible alegar la compensación, y más cuando ésta se pretende aplicando la doctrina del levantamiento del velo de una tercera, también concursada, pues dichas cuestiones corresponderán al Juzgado de lo mercantil; normativa de orden público que debe ser observada, precisamente por los arts. que indica el recurrente no se debieron aplicar.
Al contrario; la competencia del Juzgado de lo Mercantil, viene recogida en elartículo 86 ter LOPJ; donde no se contempla el supuesto de autos, que ni se dirige contra el patrimonio de la concursada ni se sustenta en la legislación societaria; pues se trata de una acción de reclamación de cantidad, derivada de venta de determinadas mercaderías, de obligaciones contractuales por tanto, por parte de una concursada.
Es cierto que elartículo 86 ter número 2 establece que los Juzgados de lo Mercantil "conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil", tras lo que contiene un listado de las materias para cuyo conocimiento se les atribuye competencia. Pero la expresión utilizada por el precepto legal de que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de competencia del orden jurisdiccional civil, no puede ser interpretada desconectada del listado de materias que después se introduce, porque la finalidad de tal declaración carecería de justificación si no se la relaciona con las materias cuya competencia se atribuye expresamente a los Juzgados de lo Mercantil. La expresión "de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil" va dirigida a dar exhaustividad a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil respecto de las materias que después se relacionan, así como dejar claro que no corresponde a los

órganos de lo mercantil el conocimiento de tales materias cuando éste estuviera atribuido a órganos de otros órdenes jurisdiccionales distintos del civil.
Como declara elauto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Secc. 5ª, de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2006, 176104) y el de laAudiencia Provincial de Madrid, Secc. 28ª, de 14 de marzo de 2008 (JUR 2008, 288214), "todas aquellas cuestiones que no estén expresamente atribuidas al conocimiento del Juzgado de lo Mercantil en elart. 86 ter de la LOPJ son competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sin que la competencia de los órganos mercantiles sea expansiva y pueda ir más allá de los límites expresamente marcados en la LOPJ, como por lo demás constituye un principio general en el deslinde de competencias cuando existen órganos especializados en alguna materia".
Sobre este particular, ha de recordarse que laSentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de marzo de 1993, declaró que las atribuciones de los órganos especializados dentro de la jurisdicción civil no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia.
Conforme al precepto controvertido, los Juzgados de lo Mercantil han asumido el conocimiento de todos los asuntos que hasta el 1 de septiembre de 2004 eran competencia objetiva de los Juzgados de 1ª Instancia -sin exclusión- respecto de las materias que se relacionan a continuación. Entre ellas se encuentran "todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas". Como se ha expresado, y no es además controvertido, las reclamaciones de cantidad derivadas de incumplimiento contractual no se sustentan en la "normativa reguladora de las sociedades mercantiles" en ningún caso, sino en las estipulaciones contractuales (de las que nacen obligaciones que tienen "fuerza de ley entre las partes",art. 1091 del Código Civil), y en su caso, de las normas legales reguladoras del contrato en cuestión y, en lo que sea aplicable, de las generales que rigen las obligaciones y contratos.
Es significativo que en la tramitación parlamentaria de la reforma de laLey Orgánica 8/2003 para la Reforma Concursal, que introdujo en laLey Orgánica del Poder Judicial el art. 86.ter, se rechazaron las enmiendas que pretendían añadir un apartado, el "g", al número 2º del artículo, por el que pretendía adicionar al listado de materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil un último apartado consistente en atribuirles el conocimiento "de las demás acciones a las que se acumule cualquiera de las comprendidas en los números anteriores" (enmiendas núm. 22 del Congreso de los Diputados y 9 y 13 del Senado).
Concluyendo y recapitulando, para el conocimiento de las acciones derivadas de los contratos, como es la acción ejercitada en este litigio por la parte actora contra la demandada, la competencia objetiva no corresponde a los Juzgados de lo Mercantil por no estar incluidas entre las que elart. 86.ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé como de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil (salvo en el caso de que se dirijan contra un deudor concursado o contra un deudor no concursado en limitados casos, como es en materia de transporte, nacional o internacional, derecho marítimo, propiedad industrial o intelectual etc,art. 86.ter.2 en varios de sus apartados, que en todo caso son ajenos a la acción ejercitada en autos). De ahí que no pueda darse alart. 50 de la Ley Concursal la interpretación que pretende el recurrente.
TERCERO Tampoco resulta viable que dicha competencia venga determinada por razón de la acumulación de acciones al formularse en un mismo proceso que una acción objeto de competencia del Juzgado Mercantil, por más que el ordenamiento o la jurisprudencia en determinadas ocasiones aplique los criterios de su acomodación de manera flexible.
Como indican los autos antes citados, "no nos hallamos ante una cuestión de flexibilidad en la interpretación de los requisitos de la acumulación, pues no se trata de valorar de forma más o menos flexible el requisito del nexo entre las acciones que se pretenden acumular (art. 72 LEC), sino que nos hallamos en un momento previo, en el de la apreciación de la concurrencia o no de un presupuesto objetivo básico, de tal manera que cuando no concurre, cuando el Juzgado no tiene competencia objetiva, es imposible aplicar criterios de flexibilidad cuando no se da el presupuesto previo indispensable para aplicarlo".
El criterio de flexibilidad, no es un criterio de atribución de competencia. Es una vez determinado que el Juzgado es competente para conocer de ambas acciones cuando hay que examinar el requisito de la conexidad para comprobar que ambas pueden ejercitarse en un mismo proceso. Como declara sobre este particular laSentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 20 de febrero de 1986 (RJ 1986, 688) "no es posible derogar la competencia por razón de la materia, aunque se intente por el vehículo procesal de la acumulación de acciones y en consecuencia un órgano jurisdiccional no puede entender, por razón de acumulación, de lo que no podría conocer nunca por razón de la materia si se hubiese ejercitado la acción por separado".
Tampoco es viable la consideración de la compensación, como mera excepción, que no implica formulación reconvencional contra la concursada. Como sosteníamos en laSentencia de esta Sala, de 05 de Febrero del 2009 (JUR 2009, 191857), con cita de la dictada por la Sección 1ª de laAP de Asturias de fecha 5-9-08 (JUR 2008, 352527), la jurisprudencia venía admitiendo la alegación de la compensación como excepción impropia en los supuestos en los que el demandado tratara únicamente de conseguir la desestimación de la pretensión del actor mediante la invocación de un contracrédito que el primero tuviere contra el segundo; y ello con la finalidad de extinguir uno y otro en la cantidad concurrente, limitando la exigencia de la vía reconvencional expresa a los supuestos, entre otros, en los que se solicitara la condena del actor por el exceso favorable al reconviniente. Ahora bien, el legislador, con ocasión de la promulgación de laLey 1/2000, de 7 enero de Enjuiciamiento

Civil, y ante los variados inconvenientes procesales que planteaban este tipo de alegaciones que venían a rebasar los límites de la pretensión inicialmente introducida por el actor, optó por otorgar a la alegación de crédito compensable el tratamiento de auténtica reconvención, aún cuando el demandado sólo pretendiere su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar (art. 408-1 LEC), exigiendo consecuentemente que se le confiera traslado de ello al actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención. No es que el citado precepto niegue la posibilidad de que la compensación pueda ser alegada por vía de excepción, requiriéndose al demandado que la articule necesariamente por vía de reconvención, sino que aun incluso en el primer supuesto, se exige que se le tenga que dar dicho tratamiento, introduciendo un nuevo trámite de alegaciones para que el actor la pueda contestar como si efectivamente se hubiere reconvenido a las peticiones contenidas en su escrito de demanda. Tanto más en el caso de autos, donde para la efectividad de la compensación alegada, debe previamente lograrse un supuesto levantamiento del velo.
En cualquier caso, elartículo 58 de la Ley Concursal exige que las controversias sobre la compensación, deben examinarse a través de los cauces de un incidente concursal, por ende con carácter de exclusividad por el Juzgado Mercantil que conoce del concurso (los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en suLey reguladora art. 86 ter 1 -); mientras que no existe atribución competencial al Juzgado Mercantil de las reclamaciones que la concursada realice en base a obligaciones contractuales.”: SAP Segovia 01.03.2010 (JUR 2010/178172; Sentencia 41/2010; Rollo 6/2010)

AP Sevilla

“SEGUNDO Recurre en apelación la parte demandante en términos que no pueden por menos que aceptarse. Todo parte de un error en el que incurren tanto el órgano jurisdiccional como el Ministerio Fiscal. La entidad demandada no está sujeta a concurso alguno. Es la entidad actora, la declarada en concurso y puede perfectamente, pues actúa por mediante los administradores del concurso, ejercitar acciones en reclamación de cantidad. Es por ello que el orden jurisdiccional civil (en puridad también es civil el orden en el que se encuadra un Juzgado de lo Mercantil) ordinario o común es competente para conocer de la demanda promovida en autos y por ende debe revocarse la resolución apelada.”: AAP Sevilla (Sección 8) 23.06.2010 (JUR 2011/74070; Auto 137/2010; Rollo 4492/2010)

“PRIMERO.-El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Coria del Río se declaró incompetente para conocer de los autos de juicio cambiario de que el presente rollo dimana, promovidos, en base a un pagaré, por los administradores concursales de la sociedad tomadora del mismo, en situación de concurso de acreedores, contra la sociedad firmante del efecto, señalando como competentes a los Juzgados de lo Mercantil de Sevilla y acordando, en su consecuencia, el archivo del procedimiento.
SEGUNDO.- Pues bien, el tribunal no puede compartir, en absoluto, tal decisión, que no encuentra apoyo en precepto legal alguno. Y es que no se trata de un procedimiento contra una sociedad en situación de concurso de acreedores, lo que determinaría la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 ter, 1, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 8, 1º de la Ley Concursal, ni se trata tampoco de un procedimiento sobre materia reservada a los Juzgados de lo Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 ter, 2 de la primera de dichas leyes, sino de un procedimiento promovido en nombre de una sociedad en situación de concurso de acreedores contra otra que no se encuentra en tal situación y sobre materia que no es de las reservadas a los Juzgados de lo Mercantil, no encontrando justificación que se atribuya la competencia a éstos, cuando resulta aplicable el artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que señala que corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que, por disposición legal expresa, no se hallen atribuidos a otros tribunales, pronunciándose en los mismos términos el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
TERCERO. - Consecuentemente y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y, revocando la resolución recurrida, ordenar al juzgado de instancia que admita a trámite la demanda y prosiga el procedimiento hasta su normal conclusión, al ser el competente para el conocimiento del mismo, sin que proceda hacer imposición del pago de las costas causadas en esta alzada.”: AAP Sevilla (Sección 5) 31.05.2012 (Auto 99/2012; Rollo 1652/2012)

AP Tarragona

“PRIMERO.-La demanda, planteada por la entidad concursada, con autorización de la Administración Concursal, por el trámite del incidente concursal, pretende la condena de la Caixa a revitalizar los préstamos hipotecarios en el punto en que fueron indebidamente resueltos, dejando sin efecto cualquier liquidación de intereses o comisiones que pudiera haberse devengado desde el mes de octubre de 2009, pretensión que ejercita no con arreglo al art. 68 de la LC sino del 1124 del CC.
SEGUNDO.-El art. 48 de la LEC dispone que la falta de competencia objetiva se apreciara de oficio tan pronto como se advierta por el tribunal que este conociendo del asunto, agregando que cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decretara la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las parte a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponde.

En el supuesto de autos la demandante no ejercita una acción concursal del art. 68, sino la resolutoria del art 1124 del CC, y así se cuido de especificarlo y recalcarlo en su demanda, siendo de destacar que la Juez a quo fue consciente de ello y señaló que tratándose de una acción de esa naturaleza la competencia seria de los órganos ordinarios, pero no actuó en consecuencia y resolvió la cuestión desestimando la demanda.
Para resolver la cuestión relativa a la competencia del Juzgado Mercantil para conocer de la acción ejercitada por la concursada partiremos de los artículos 8 y 54 de la LC. El primero de los referidos dispone:
Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1.º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.
Artículo 54, a su vez, dispone:
1. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.
2. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.
3.El deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa.
De ninguno de los referido arts. se deriva regla relativa a la competencia para conocer de las acciones que, una vez declarado el deudor en concurso y en situación de suspendido de sus facultades para administrar y disposición, el concursado puede ejercitar por sí mismo y con la mera conformidad de los administradores concursales, silencio que ha de cubrirse con la remisión a la jurisdicción ordinaria y a los procedimientos correspondientes por razón de la cuantía o de la materia, pues el art. 8 únicamente contempla el supuesto de las acciones contra el patrimonio del concursado pero no el de las que éste pueda dirigir contra el patrimonio de sus deudores, supuesto suyo conocimiento no está atribuido a los juzgados mercantiles ni en el referido artículo ni en el 86.ter.1 de la LOPJ, criterio coincidente con el manteniendo por los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 26/6/ 2008, recurso 274/2008, y de 13/4/2011, recurso 46/2011, por lo que se impone declarar la falta de competencia del Juzgado Mercantil de Tarragona para conocer de la demanda originadora de procedimiento.”: SAP Tarragona (Sección 1) 25.09.2012 (Sentencia 360/2012; Rollo 264/2012)

“PRIMERO.-La parte demandada cuestiona la competencia del Juzgado de 1ª Instancia por considerar que correspondía el conocimiento del asunto al Juzgado Mercantil por estar la demandante declarada en concurso, alegando infracción de los arts. 8, 50, 58 y 205 de la Ley Concursal.
Esta cuestión ya quedó solventada en la tramitación del procedimiento mediante Auto de 22 junio 2011 cuyos razonamientos deben mantenerse, porque la reclamación de una deuda por parte de la concursada no está incluida en los supuestos previstos en el art. 8 L.C. El presupuesto previsto en este precepto para la tramitación conjunta de los juicios declarativos, integrándolos en el procedimiento concursal, es que se trate de acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, supuesto diferente de la reclamación de cantidad por parte de la sociedad concursada. “:SAP Tarragona (Sección 1) 25.02.2013 (Sentencia 83/2013; Rollo 422/2012)

AP Toledo

“PRIMERO: Se alza la apelante contra el auto por el que se declaro la incompetencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia num. 1 de Ocaña para conocer de la causa, solicitando en primer termino la nulidad del auto y de las actuaciones desde la contestación a la demanda.
Para resolver la cuestión ha de partirse de que la demandante-apelante declarada en situación de concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Castellon desde el 11.1.08, formulo demanda de juicio monitorio el 13.2.08 frente a la aquí demandada reclamándole la cantidad de 24.019,97 euros. Opuesta la demandante se incoo este procedimiento ordinario en el que la demandada contesto la demanda formulando reconvención contra la demandante en reclamacion de la cantidad de 18.806,74 euros tras determinar como adeudada por la actora la suma total de 42.826,71 euros y compensar parcialmente esta con la suma que a su vez le era reclamada en la demanda. La reconvención fue admitida a tramite y al contestarla la demandante puso de manifiesto su situación de concurso y la improcedencia de la compensación de créditos por el art 58 de la Ley Concursal señalando que debió plantearse la cuestión objeto de la reconvención ante el Juez del concurso, si bien solo solicitando en el suplico de la contestación la desestimación de la reconvención.

Se celebro la audiencia previa sin plantearse ninguna cuestión sobre competencia y en el acto del juicio la demandada alego la falta de competencia objetiva del Juzgado ante el que se seguía el juicio. Por el auto apelado se declaro esta falta de competencia y apela la demandante al entender que la reconvencion no debió ser admitida a tramite siendo competente el Juzgado de Ocaña para conocer de la demanda.

SEGUNDO: Para la resolucion de la cuestión debe partirse de que el art 8,1 de la LC establece la competencia exclusiva y excluyente del Juzgado de lo Mercantil para conocer de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado" y que el art58 de la LC determina que declarado el concurso no procederá la compensacion de créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración del concurso y en caso de controversia sobre esta cuestión esta se resolverá por el Juez Mercantil del concurso por los cauces del incidente concursal. El art 50 de la LC establece la obligación de los jueces del orden civil de abstenerse de conocer de acciones de competencia del Juez del concurso, determinando que admitidas las demandas se ordenara el archivo de lo actuado careciendo estos actos de validez. A estos preceptos que alegan las partes y que interpreta y aplica el auto apelado la Sala debe añadir la aplicabilidad del art 406,2 de la LEC que determina que "no se admitirá la reconvención cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia".

De lo anteriormente expuesto debe apreciarse en primer termino que la competencia objetiva o su falta es apreciable de oficio (art 48 LEC) y si este Tribunal de segunda instancia entiende que el Juzgado ante el que se siguió en primera instancia la causa carece de competencia objetiva para alguna o todas las acciones ejercitadas en la misma debe decretar la nulidad de lo actuado en razón de ellas, y en correlacion con ello el art 225 de la LEC determina que son nulos de pleno derecho los actos procesales que se produzcan por o ante Tribunal con falta de competencia objetiva. Las normas reguladoras de la competencia por razón de la materia son de orden publico e indisponibles por las partes a las que obligan, siendo apreciable su falta o infracción en cualquier momento y de oficio, y asi independientemente de que en este caso debió plantearse la cuestión antes como alega la oposición a la apelacion, la Sala puede determinar ahora las circunstancias de la competencia para conocer del asunto por razón de la materia en este caso, aun de oficio y aunque no se haya cumplido el art 459 LEC y el defecto procesal no se denunciara antes cuando el ahora apelante ya tuvo oportunidad para ello (desde la contestación a la reconvención). De otro lado el art 8 de la LC es claro: la competencia exclusiva del Juez Mercantil lo es para las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, pero nada dice dicha norma especifica sobre la competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de las acciones que ostente el concursado para dirigirse contra el patrimonio de terceros. Asi la competencia de los Juzgados de lo Mercantil que establecen sus normas especiales no determina que hayan de conocer de las acciones de trascendencia patrimonial que el concursado quiera dirigir reclamando un pago a un tercero, por lo que la competencia en estas ha de regirse por las normas generales de la LEC y por ello, en contra de lo que se alega en el recurso, el art 8 y la LC en general no establecen la competencia objetiva del Juez de lo Mercantil para toda accion de trascendencia patrimonial en que haya de ser parte el concursado, sino asi se expresaría el art 8, sino solo para aquellas que se dirigen contra el patrimonio de este. Todo ello revela que para el conocimiento de la accion aquí ejercitada en la demanda la competencia objetiva corresponde al Juzgado de Primera Instancia, si bien para el conocimiento de la accion ejercitada en la demanda reconvencional el art 8 de la LC y el art 58 de la misma establecen uno general y otro especificamente la competencia exclusiva y excluyente del Juez de lo Mercantil del concurso y ello porque no solo se reclama en la reconvención que el concursado pague al reconviniente una determinada cantidad de dinero de su patrimonio sino que ademas se pretende que se produzca una previa compensación de los créditos y deudas de dicho concursado para cuyo conocimiento, en caso en que pudiera producirse conforme al art 58 de la LC, seria competente el Juez del concurso.

No comparte la Sala lo sostenido por la apelada y que asume el auto apelado acerca de que la competencia en tal caso del Juez de lo Mercantil sobre la accion ejercitada en la reconvención ha de atraer para si la competencia en principio del Juez de Primera Instancia para conocer de la accion ejercitada en la demanda, aunque esta competencia no le este atribuida por la Ley al Juzgado de lo Mercantil, por una necesidad de conocer integramente de la causa por un solo Juzgado, porque circunstancia como la aquí dada tiene conforme a Ley una solución completamente distinta: las dos acciones no pueden verse en el mismo pleito y ello porque el art 406,2 LEC establece imperativamente que no son admisibles a tramite las reconvenciones que ejerzan acciones para las que no es competente el Juzgado ante quien ser formulan para conocer de las mismas por razón de la materia. Es decir, en este caso el Juez de Primera Instancia no pierde su competencia atribuida por las Leyes imperativas y de orden publico para conocer de la accion ejercitada en la demanda desde el inicio y no puede extinguirse la misma simplemente porque una de las partes quiera formular una reconvención que habría de ser conocida por un Juez de otro orden, sino que simplemente en tal caso la reconvención no es admisible y entre tanto son nulas todas las actuaciones que tras su admisión se han producido por practicarse por juez incompetente por razón de la materia solo pudiendo considerarse validas aquellas que se practiquen por virtud de la demanda porque sobre ellas si tiene competencia el Juez de Primera Instancia.:

Por todo ello el recurso debe prosperar declarando la nulidad parcial de lo actuado en la causa en los términos que se dirá.”: AAP Toledo 14.06.2010 (Auto 49/2010; Rollo 21/2010)

“PRIMERO: Se recurre en apelación, por la defensa de Hermanos Gómez Navarro S.L., la sentencia que en fecha veintinueve de marzo de dos mi once dictó el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Illescas por la que se condenaba a la recurrente al pago de mil novecientos diecinueve con treinta y ocho euros. (...)
SEGUNDO: Menos razón tiene aun en cuanto al segundo de los motivos.
Sin perjuicio de que, según se dice en el propio recurso, ya se había dictado sentencia cuando se pone en conocimiento del Juzgado que la mercantil demandante está incursa en concurso de acreedores, con lo que la sentencia no podría en ningún caso infringir una norma que no resultaba de aplicación, lo cierto es que, como bien alega la parte apelada, la mera lectura del art. 8,1 de la Ley Concursal ya demuestra que el motivo carece de contenido puesto que lo que el citado art. 8,1 establece en relación con la competencia para conocer de reclamaciones en las que esté incursa una sociedad concursada se circunscribe a las que se dirigen "contra" el patrimonio de la sociedad no aquellas otras que se entablan contra el patrimonio de terceros que resulten ser deudores.
Puesto que no es la parte recurrente la que se haya inmersa en el concurso y es contra ella contra la que se dirige la demanda es claro que el motivo también ha de ser desestimado.“: SAP Toledo (Sección 1) 20.03.2013 (Sentencia 82/2013; Rollo 346/2012)

AP Valencia

“PRIMERO.-La representación procesal de la entidad concursada MADERAS VICENTE SÁNCHEZ SL y del Administrador del Concurso, Carlos Jesús, formuló demanda incidental contra la mercantil COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN SA, en reclamación de cantidad, alegando la existencia entre las partes de un contrato de seguro de crédito respecto de operaciones cuyas pólizas acompañaba a la demanda, solicitando al amparo de lo dispuesto en la Ley de Contrato de Seguros y resto de normas concordantes y de los artículos 1089 y siguientes del Código Civil, respecto a las obligaciones y su cumplimiento, la condena a la entidad demandada al pago de la cantidad reclamada -187.373'37 Euros-, que sería reintegrada a la masa del concurso, con sus frutos e intereses.
Admitida a trámite la demanda por el Juzgado de lo Mercantil nº 2, compareció en autos la entidad demandada contestando a la demanda, escrito en el que alegó la excepción de inadecuación del procedimiento incidental, entendiendo que el conocimiento del asunto debía ventilarse por el trámite del juicio ordinario ante un Juzgado de Primera Instancia.
El Juzgado de lo Mercantil nº 2 dictó sentencia en fecha 23 de julio de 2010 por la que estima la demanda, condenando a la entidad CRÉDITO Y CAUCIÓN en los términos que habían sido solicitados, sin hacer expresa imposición de costas.
La representación procesal de la mercantil demandada CRÉDITO Y CAUCIÓN interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, reiterando la excepción de falta de adecuación del procedimiento de incidente concursal y, en consecuencia, de competencia del Juzgado de lo Mercantil en atención a lo dispuesto en la normativa aplicable, por entender que la reclamación efectuada por la entidad actora no recaía en el ámbito de la competencia de dicho Juzgado. La representación procesal de la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia dictada en la instancia con arreglo a las alegaciones que constan en su escrito de oposición al recurso de apelación unido a los autos.
Recibidas las actuaciones en esta Sala, y advertida la eventual falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil, se acordó por Diligencia de Ordenación dar traslado a las partes y el Ministerio Fiscal para que pudieran efectuar alegaciones en el plazo de diez días.
El Ministerio Fiscal informó en el sentido de considerar competente el Juzgado de lo Mercantil.
La parte demandante apelante alegó no haberse propuesto de contrario la declinatoria de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64 de la LEC, estimando la concurrencia de la competencia del Juzgado de lo Mercantil con cita de lo dispuesto en los artículos 8, 50 LC y 86 ter de la LOPJ.
La representación procesal de la parte demandada apelante solicitó la declaración de nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil, lo que ya se había puesto de manifiesto en la instancia al articular la excepción de inadecuación de procedimiento.
SEGUNDO.-A tenor de las alegaciones de la parte recurrida se hace preciso indicar con carácter previo que, al margen de las excepciones que se hubieren podido plantear en la instancia o en su caso la falta de planteamiento de la cuestión de declinatoria, es lo cierto que del artículo 48.1 de la LEC resulta que la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio tan pronto como se advierta por el Tribunal que esté conociendo del asunto, estableciendo el artículo 48. 2 y 3 la posibilidad de la declaración de nulidad de actuaciones en los casos en que el Tribunal de alzada aprecie que el Juzgado de la instancia carecía de competencia objetiva para el conocimiento del mismo, lo que se ha de poner en conexión con los artículos 238 y siguientes de la LOPJ y los concordantes 225 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de nulidad de actuaciones; por tanto, la declaración de falta de competencia objetiva ha de ser declarada de oficio cuando así lo aprecie el tribunal que esté conociendo del asunto, y ello con total independencia de la actitud procesal que al respecto hayan podido tener las partes litigantes.
Como se ha indicado en el fundamento anterior, la entidad MADERAS VICENTE SÁNCHEZ SL, en situación concursal, y el Administrador Concursal Sr. Carlos Jesús, formularon demanda incidental contra la mercantil CRÉDITO Y CAUCIÓN, en reclamación de cantidad por razón de un contrato de

seguro de crédito respecto de determinadas operaciones mercantiles; ejercitaban, por tanto, una acción de cumplimiento contractual. Pues bien, para el conocimiento de dicha demandada no resultaba competente el Juzgado de lo Mercantil que estaba conociendo del procedimiento concursal de MADERAS VICENTE SÁNCHEZ SL, en atención a las disposiciones legales siguientes:
a) El artículo 86 ter 1. de la LOPJ, determina que en todo caso, la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente en las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. También conoce, con el mismo alcance, de la solicitud de medidas cautelares anteriores de la declaración del concurso (art. 17 de la LC)
b) En total consonancia con la anterior norma, el artículo 8 de la Ley Concursal, determina que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con las mismas excepciones que cita el artículo 86 ter.
c) El artículo 50 de la Ley Concursal, dictamina que los jueces del orden civil ante quines se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en dicha Ley, se abstendrán de conocer de la misma, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el Juez del concurso.
d) Los artículos 61 y 62 de la Ley concursal regulan el supuesto de resolución de contratos celebrados por el deudor, pero no se incluye en tal normativa el ejercicio por el concursado de la acción de cumplimiento contractual.
Resulta de las normas citadas que el Juez del concurso es competente para conocer de las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, siendo que en el caso de autos la acción es ejercitada no contra éste último sino a su iniciativa y de la Administración Concursal en solicitud de cumplimiento contractual al amparo de lo establecido en los artículos 1089 y siguientes del CC en relación con la normativa propia de la Ley de Contrato de Seguro, y como dice el Auto de 22 de septiembre de 2009 de la AP Castellón, citado por la parte recurrente en su escrito de alegaciones, " No negamos que podría ser útil y provechosa la atribución al juez del concurso del conocimiento de la totalidad de las pretensiones de contenido patrimonial, ya sea su objeto la resolución de un contrato o su prórroga, ya vengan planteadas contra el concursado o por éste o la administración concursal.
Pero, aun admitiendo su eventual conveniencia "de lege ferenda", no podemos compartir la opinión de la apelante "de lege data".
La concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, proclamada por la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003 (exponendo II) se articula en sede normativa mediante las correspondientes disposiciones legales (no lo es la exposición de motivos) y ya hemos visto que las mismas no contemplan un supuesto como el ahora planteado.
Por otra parte, el mismo preámbulo de la Ley Orgánica acabada de citar configura los Juzgados de lo Mercantil que crea como "juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil". Esto es, no se trata de una nueva jurisdicción, sino de una muy concreta especialización dentro del orden civil, en el que se integra. Y este carácter especializado se compadece mal, por su propia naturaleza, con una interpretación extensiva de las normas de atribución competencial, que es lo que se pide en el recurso. Dicho de otro modo, aquellas cuestiones o pretensiones que no estén claramente comprendidas entre las competencias de los juzgados de lo mercantil corresponden a los juzgados de primera instancia. Esta es la solución acorde con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento en el orden civil de los juicios que no vengan atribuidos a otros jueces o tribunales".
Por tanto, careciendo el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de competencia objetiva para conocer de la demanda formulada por la entidad concursada y el Administrador concursal, debe decretarse la nulidad de lo actuado (ex artículo 225.1º LEC) y retrotraer el procedimiento al momento en que se cometió la infracción procesal, que no es otro que el de admisión a trámite de la demanda, en la que el Juzgador de lo Mercantil debió resolver lo procedente en derecho en orden a su declaración de falta de competencia objetiva para conocer del asunto.": SAP Valencia (Sección 9) 09.05.2011 (Sentencia 181/2011; Rollo 830/2010)

"PRIMERO. La Administración Concursal de Circuito Español de Cine SL interpone en fecha de 24/2/2011 demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil 1 Valencia dónde se tramita el procedimiento concursal de la entidad Circuito Español de Cine SL, contra ésta y la entidad Hispania Retail Properties SL, solicitando la declaración de que el importe de la renta devengada por período de 1/1/2001 hasta 30/972010 asciende a 1.472.449,72 euros y se declare que por el mismo período, la arrendataria, Circuito Español de Cine SL, ha satisfecho un importe de 1.902.853,60 euros, declarando en consecuencia que la arrendataria ha satisfecha una cantidad en exceso de 430.403,88 euros.
La entidad demandada, Hispania Retail Properties SL, se opuso a la pretensión de contrario solicitando se declare que la renta adeudada por la arrendataria en concurso asciende a 486.873,05 y en concepto de otros gastos 319.744,75 euros.
La entidad en concurso, Circuito Español de Cine SL, se allana a la demanda
La sentencia del Juzgado de lo Mercantil desestima la demanda al haber recaído sentencia aprobando el convenio en fecha de 13/6/2011 siendo la competencia para conocimiento de la pretensión del

Juzgado Primera Instancia, al no ser la pretensión condenatorios sino meramente declarativa.
La Administración Concursal de Circuito Español de Cine SL interpone recurso de apelación solicitando; a) Se considere competente al Juzgado de lo Mercantil para conocimiento del litigo y se remitan los autos para que resuelva sobre el fondo; o, b) entre la Sala a conocer del fondo litigioso y estime la demanda.
La representación Hispania Retail Properties SL se adhirió parcialmente al recurso entendiendo que el Juzgado de lo Mercantil era competente para conocer del litigio, pero solicitando sentencia en que se estimase los pedimentos de su contestación.
En la alzada se dio traslado al Ministerio Fiscal sobre la cuestión de la competencia objetiva, informando que era competencia del Juzgado Primera Instancia por no ser la planteada una acción civil con transcendencia patrimonial dirigida contra el patrimonio del concursado.
SEGUNDO. La primera cuestión a analizar por este Tribunal debe ser la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil para conocer del juicio ordinario planteado por la Administración Concursal de Circuito Español de Cine SL, presupuesto procesal que debe ser analizado ex oficio a la hora de admitir a trámite la demanda conforme al artículo 48 de la Ley Enjuiciamiento Civil y que en la sentencia ahora recurrida se motiva como un razonamiento, entre otros, para desestimar la pretensión actora, cuando en puridad legislativa, acoger dicha cuestión impide, so pena de nulidad (artículo 225-1º de la Ley Enjuiciamiento Civil) pronunciarse sobre el fondo litigioso ya que se carece de tal presupuesto para poder enjuiciar el asunto.
Igualmente debe poner de relieve esta Sala que la única pretensión deducida es la de la parte actora, pues los pedimentos solicitados por la demandada que van mucho más allá de la mera desestimación de la demanda exigían plantear reconvención conforme impone el art 406 de la Ley Enjuiciamiento Civil, facultad procesal no efectuada por la demandada comparecida y que determina que sus pretensiones declarativas fijando el débito que ostenta la concursada en contraposición al suplicado con la demanda y también solicitados en la alzada, caigan fuera de enjuiciamiento.
El artículo 86 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial inicia con un precepto general que dice:" los Juzgado de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", para después fijar que "en todo caso" su competencia es "exclusiva y excluyente" en las acciones de trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado" (precepto que se reproduce en el artículo 8 de la Ley Concursal). Ciertamente la acción encauzada con la demanda inicial, no tiene cabida en este concreto precepto de atribución competencial en "exclusiva y excluyente" en cuanto es la administración concursal de la entidad concursada la que entabla una acción meramente declarativa contra un tercero por lo que no concurren los requisitos fijados en los citados artículos para ostentar competencia objetiva el Juzgado de lo Mercantil.
Tal decisión conlleva a dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia pues no es procedente una desestimación de la demanda sino una inadmisión de la misma por falta de competencia objetiva, por lo que todo lo actuado en dicho órgano judicial es nulo de pleno derecho (artículo 225 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ciado)": SAP Valencia (Sección 9) 27.12.2012 (Sentencia 470/2013; Rollo 442/2012)

AP Vizcaya

"PRIMERO.- La presente cuestión de competencia negativa se plantea entre el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 Bilbao y el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, y viene referida a la que se deriva de la demanda de juicio ordinario promovida por Voladuras y Obras Santos S.A. contra Proyectos y Direcciones de Obra Protan S.L., en reclamación de cantidad por obra ejecutada, al entender la Magistrada de Primera Instancia de aplicación el art. 50 de la Ley Concursal, del que difiere el Magistrado de lo Mercantil.
SEGUNDO.- La referida problemática competencial debe encontrar su vía de solución, como señala la motivada resolución del Magistrado de lo Mercantil, en la inaplicación al caso examinado del art. 50 de la Ley Concursal, puesto que los jueces del orden civil se abstendrán de conocer, previniendo a la partes que usen su derecho ante el juez del concurso, únicamente en los casos en que se les turne una demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esa ley. Lo que no ocurre en el caso de autos, atendiendo ala competencia exclusiva y excluyente de los jueces de lo mercantil regulada en el art. 8.1 de la LC y art. 86 ter 1º de la LOPJ "acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...", porque este proceso ha sido promovido por Voladuras y Obras Santos S.A., declarad en concurso por auto de fecha 14 de abril de 2005 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, contra Proyectos y Direcciones de Obra Protan S.L., sin que ostente la condición de demandada ("contra el patrimonio del concursado").
En consecuencia, la competencia objetiva es de los Juzgados de Primera Instancia, en virtud del art. 85 de la LOPJ, al no estar inmersa la demandada Proyectos y Direcciones de Obra Protan S.L. en procedimiento concursal alguno, ni su materia se refiere a cuestiones especialmente atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil, según el art. 86 ter de la LOPJ. ": Auto AP Vizcaya (Sección 4ª) 28.09.2006 (Auto 650/2006)

JM-1 Bilbao

“PRIMERO.- La competencia objetiva del Juzgado del concurso -
Tras la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (LC) y la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) operada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC), la competencia en el orden jurisdiccional civil se modifica, pues la creación de los Juzgados Mercantiles propicia eventuales conflictos con los Juzgados de 1ª Instancia.
En lo que aquí interesa, el art. 86 ter.1 de la LOPJ dispone en su apartado 1º que corresponde al Juzgado de lo mercantil, en cuanto tramite un procedimiento concursal, la competencia "*exclusiva y excluyente*" de "*las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado*...". Otro tanto hace el art. 8 LC respecto del juez de concurso, al que atribuye en su apartado primero la competencia para conocer de "*las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado*...".
En consecuencia, la competencia que las normas atribuyen al juzgado que tramita el concurso lo son para las pretensiones que terceros dirijan contra el concursado, porque tienen, o pueden tener, trascendencia en su patrimonio. No es posible, sin embargo, que el concursado utilice el concurso, ni al Juzgado que lo tramita, para presentar reclamaciones frente a terceros, porque como dicen ambos preceptos, en ese caso no se trata de acciones "*que se dirijan **contra** el patrimonio del concursado*", sino a su favor.
Con la declaración de concurso el deudor no queda impedido para ejercitar acciones en beneficio de su patrimonio. Estas facultades quedan intervenidas o suspendidas (art. 21.1.2º y 40.1 LC), lo que supone en el primer caso la necesaria "*conformidad*" de la administración concursal, prevista en el art. 54.2 de la ley, y en el segundo la posibilidad de actúe directamente la administración concursal salvo que se trate de acciones de índole personal, con idéntica exigencia de conformidad, como indica el art. 54.1 LC.
De todo ello se desprende que el deudor concursado puede ejercitar judicialmente sus acciones, interponiendo demandas ante el Juzgado competente que según los casos será el de 1ª Instancia, Social, Instrucción o Contencioso-Administrativo. Sólo en el caso de acciones que la Ley Concursal reserve al juez del concurso habrá de dirigirse al mismo. Pero si como ocurre en este caso, la demanda es una reclamación de cantidad frente a uno de sus deudores, el juez competente será el de primera instancia que proceda conforme a las reglas de competencia territorial y reparto. “: Auto JM-1 Bilbao (Vizcaya) 20.06.2006 (juicio ordinario 214/2006; Auto 260/2006)

3.2.1 Ni siquiera incidentes concursales en supuestos próximos al del art 62 LC

AP Barcelona

“1. Dentro del concurso de acreedores de la entidad suministros siderurgicos de cataluña, S.A., y al amparo del art. 62 LC, la concursada formula una demanda de incidente concursal por la que pretende que se rescinda un contrato de compraventa de chapa que había concertado con iber steel, S.L., en el que ésta última era la vendedora y la concursada la parte compradora. La demanda denuncia que hizo un pago de 10.110,46 euros, y que no le fue entregada la mercancía, porque la vendedora dijo que estas cantidades las aplicaba a otras deudas anteriores.
2. Conviene advertir que no estamos ante un supuesto del art. 62 LC, sino del art. 61.1 LC, ya que, según refiere la demanda, entre las partes existía un contrato de compraventa, que estaba pendiente de cumplimiento por una sola de las partes, por la vendedora. En este caso, la declaración de concurso provoca que el crédito que la concursada tiene con la vendedora pueda ser incluido en la masa activa y ejercitarse la correspondiente acción de reclamación. Tanto la acción de cumplimiento del contrato como la de incumplimiento, deberían ejercitarse conforme a lo previsto en el art. 54 LC.
Si bien el conocimiento de las acciones civiles de contenido patrimonial dirigidas contra el patrimonio del deudor, una vez declarado en concurso de acreedores, corresponde al Juez del concurso (arts. 8.1 y 50.1 LC), no ocurre así con las acciones que tenga el deudor concursado frente a terceros. El ejercicio de estas acciones civiles, que pueden ser tanto declarativas como de ejecución, por lo que respecta a la competencia judicial, debe hacerse valer de acuerdo con los criterios de competencia previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto es, son los mismos criterios de competencia que operarían si no existiese el concurso. Así se desprende tanto del art. 54 LC, que regula el ejercicio de estas acciones del concursado frente a terceros y omite cualquier referencia a la atracción de la competencia a favor del Juez del concurso, como del art. 8 LC que, al regular las materias que corresponden al Juez del concurso, no se refiere a estas acciones frente a terceros. El art. 8 LC, cuya redacción coincide con la del art. 86ter 1 LOPJ, se refiere en el primer apartado a las acciones declarativas contra el patrimonio del deudor y en el tercero a las acciones de ejecución, también contra el patrimonio del deudor.
De este modo, no cabe atribuir al juez del concurso la competencia para resolver este contrato por incumplimiento, al amparo del art. 62 LC, pues se trata de un contrato de tracto único que al tiempo de declararse el concurso estaba pendiente de cumplimiento únicamente por el vendedor que contrató con la concursada. Se aplica el art. 61 LC, que nos remite a las reglas generales del art. 8.1 y 54 LC, que atribuyen la competencia no al juez del concurso sino al que corresponda de acuerdo con las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”: AAP Barcelona (Sección 15) 13.04.2011 (Auto 46/2011; Rollo 3/2011)

AP Castellón

“PRIMERO Gres Luna SA., empresa concursada en el procedimiento en el que se ha provocado el incidente que ahora resolvemos en segunda instancia, presentó ante el Juzgado de lo Mercantil de Castellón que conoce del concurso demanda mediante la que pretendía promover incidente concursal a fin de obtener en sede judicial la prórroga del contrato de suministro de energía eléctrica convenido con Endesa, una vez transcurrido el periodo pactado como de duración del mismo y tras negarse aquélla a la firma de otro contrato por considerar abusivas varias de sus cláusulas.
El juez de primera instancia ha inadmitido a trámite la demanda, por entender que no es competente para la resolución de la cuestión planteada.
Y contra la resolución que le ha sido adversa interpone recurso de apelación la concursada, que insiste en que sí es competente el juzgado de lo mercantil -concretamente, el juez del concurso- para resolver su pretensión.
SEGUNDO Entiende el juez que ha dictado la resolución apelada que, mientras elartículo 62 de la Ley Concursal prevé la resolución por el mismo de las pretensiones de resolución de los contratos en que fuera parte el concursado, por incumplimiento de los mismos, remitiendo su tramitación a los cauces del incidente concursal regulado en losartículos 192 y siguientes de la misma ley, no cabe la utilización de dicha vía para la sustanciación de la pretensión de la concursada consistente, como ya hemos dicho, en obtener la prórroga de un contrato de suministro de energía eléctrica. Frente a ello, aboga la recurrente por una interpretación integral de la normativa concursal y entiende que cualquier pretensión que se plantee en el ámbito del concurso o que afecte al concursado debe ser resuelta por el juez de lo mercantil que conoce del proceso concursal.
Procede la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la resolución recurrida, por las acertadas razones que se exponen en la misma.
1. La norma contenida en elart. 192.1 LC acerca de que todas las cuestiones que se susciten en el concurso y no tengan señalada en dicha ley otra tramitación habrán de ventilarse por el cauce del incidente concursal debe integrarse con las demás disposiciones de aquélla que establecen cuál es el ámbito de competencia objetiva del Juez de lo mercantil que conoce del concurso.
En este sentido, al regular los efectos del concurso sobre los contratos elart. 61.2 LC contempla la posibilidad de que bien la administración concursal si se ha producido la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio, bien el concursado en caso de intervención, pueden solicitar la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de vencimiento.
De forma similar, elart. 62.2 LC prevé que la acción de resolución contractual por incumplimiento de alguna de las partes se ejercitará ante el Juez de concurso y por los trámites del incidente concursal.
Sin embargo, ninguno de los preceptos citados, ni otro de la Ley Concursal, dispone que deba sustanciarse como incidente concursal y ante el Juez del concurso la pretensión que por dicho cauce pretende ejercitar la concursada Gres Luna SA que, como hemos dicho, no consiste en la resolución de un contrato sino, por el contrario en la prórroga del vigente hasta el día 31 de diciembre de 2008. Se dice que se trata de una prórroga porque Endesa ha continuado suministrando energía eléctrica a la concursada tras el vencimiento, sin bien ha advertido de la próxima suspensión ante la falta de suscripción de otro contrato. En puridad, sería discutible si se trataría de una prórroga, o más bien de una nueva contratación por disposición judicial; pero es ésta una cuestión que, sin perjuicio de que se suscite en el procedimiento que aborde las cuestiones planteadas por la recurrente en la demanda, no es relevante para la resolución del recurso que nos ocupa.
2. El obstáculo consistente en que ninguno de los preceptos de la Ley Concursal prevé la sustanciación con arreglo a la misma y ante el Juez del concurso de pretensiones de prórroga contractual como la ahora planteada por la concursada no se salva por el contenido de las normas reguladoras de la competencia objetiva del Juez de lo Mercantil.
En primer lugar, elart. 86 ter.1.1º LOPJ (redacción por laLey Orgánica 8/2003) dispone que los juzgados de lo mercantil "conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su ley reguladora". Por lo tanto, la expresión acerca de la competencia para conocer de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal debe integrarse y acomodarse a lo establecido al respecto en la Ley Concursal. Por lo demás, la enumeración que sigue en el mismo precepto se refiere a las "acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado" (apartado 1.1) y a "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado" (apartado 1.3).
Por lo tanto, no se atribuye al Juez de lo mercantil que conoce del concurso el conocimiento por iniciativa del concursado y no frente al mismo de una pretensión de prórroga contractual como la que nos ocupa.
No permite llegar a conclusión distinta el contenido delart. 8 LC que, al regular la competencia de los jueces de lo mercantil y del juez del concurso, reproduce en sus apartados 1 y 3 las normas a que acabamos de referirnos.
3. Tampoco abona la petición de la recurrente el argumento de que, pese a que la pretensión que plantea en su demanda no venga expresamente atribuida al Juez de lo mercantil encargado del concurso, debería apreciarse la competencia por conexión.
No negamos que podría ser útil y provechosa la atribución al juez del concurso del conocimiento de la totalidad de las pretensiones de contenido patrimonial, ya sea su objeto la resolución de un contrato o su prórroga, ya vengan planteadas contra el concursado o por éste o la administración concursal.

Pero, aun admitiendo su eventual conveniencia "de lege ferenda", no podemos compartir la opinión de la apelante "de lege data".
La concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, proclamada por la Exposición de Motivos de laLey Orgánica 8/2003 (exponendo II) se articula en sede normativa mediante las correspondientes disposiciones legales (no lo es la exposición de motivos) y ya hemos visto que las mismas no contemplan un supuesto como el ahora planteado.
Por otra parte, el mismo preámbulo de la Ley Orgánica acabada de citar configura los Juzgados de lo Mercantil que crea como "juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil". Esto es, no se trata de una nueva jurisdicción, sino de una muy concreta especialización dentro del orden civil, en el que se integra. Y este carácter especializado se compadece mal, por su propia naturaleza, con una interpretación extensiva de las normas de atribución competencial, que es lo que se pide en el recurso. Dicho de otro modo, aquellas cuestiones o pretensiones que no estén claramente comprendidas entre las competencias de los juzgados de lo mercantil corresponden a los juzgados de primera instancia. Esta es la solución acorde con lo dispuesto en elartículo 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento en el orden civil de los juicios que no vengan atribuidos a otros jueces o tribunales.
TERCERO Procede, por lo dicho, la desestimación del recurso y la imposición a la parte recurrente de las costas que el mismo haya generado (art. 398 LEC).": AAP Castellón (Sección 3) 22.09.2009 (JUR 2010/5212; Auto 186/2009; Rollo 289/2009)

AP La Coruña

"PRIMERO La parte apelante suplica con su recurso la revocación de la resolución recurrida, en la que el Juzgado se declara incompetente por razón objetiva para conocer de las medidas cautelares previas interesadas a la presentación de la demanda en la que se pretende ejercitar acción de cumplimiento contractual, salvo la medida que se solicita con posterioridad a la demanda en el incidente concursal nº 1590/2009, alegando que si es competente el Juez de lo Mercantil que conoce del concurso, en el que no se resolvieron los contratos cuyo cumplimiento se pretende accionar, y ello sobre la base de lo dispuesto en elart. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) yarts. 8 y 62 de la Ley Concursal, habiendo informado favorablemente el Ministerio Fiscal en ese sentido, y todo ello al estimar que la acción que se pretende ejercitar de cumplimiento de los distintos contratos, y la ya ejercitada por vía reconvencional admitida a tramite por el Juzgado, en sus respectivos casos, tenga transcendencia contra el patrimonio de la entidad concursada, y ello por la vocación de especialidad y concentración en la figura del Juez del Concurso, y en consecuencia el carácter expansivo de sus competencias, que deben interpretarse a favor del mismo en caso de duda, so pena de la dispersión de procedimientos por distintos Juzgados de Primera Instancia, que puede dar lugar a procedimientos contradictorios, lo que entiende impediría una adecuada gestión de las promociones inmobiliarias en curso llevadas por la entidad concursada y, por tanto, de las masas activa y pasiva del concurso.
SEGUNDO Conforme a lo dispuesto en elart. 723 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), cuando las medidas cautelares se soliciten antes de que el proceso se hubiese iniciado es competente el tribunal que sea para conocer de la demanda principal, y si ya se hubiese iniciado el que esté conociendo del asunto en primera instancia. Y elart. 725 de la misma Ley dispone que cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la presentación de la demanda, no se admitirá declinatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinara de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial. Si considerara que carece de jurisdicción o de competencia objetiva, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante de las medidas cautelares, dictará auto absteniéndose de conocer y remitiendo a las partes a que usen de su derecho ante quien corresponda si la abstención no se fundara en la falta de jurisdicción de los tribunales españoles.
Y elart. 8.4 de la Ley Concursal dispone que la jurisdicción del Juez del concurso se extiende también a toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el nº 1 del mismo precepto legal, que establece las acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el Titulo I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
De tal modo el Juez del concurso no conoce, a pesar de la formulación del principio de jurisdicción exclusiva y excluyente, de todas las materias relacionadas con el estado de insolvencia del deudor, dejando fuera las de los ordenes penal y contencioso administrativo, la mayoría de las acciones sociales, y algunas de las civiles, incluso no todas las que se refieran al patrimonio del concursado, por la dicción del mismo precepto legal cuando indica las "que se dirijan contra el patrimonio del concursado", de lo que no cabe deducir otra cosa que no son las acciones que ejercite el concursado o la administración concursal, según el régimen de intervención o suspensión de sus facultades de administración ydisposición, contra terceras personas, aunque afecten a su patrimonio, debiendo seguirse en estos casos las reglas generales competenciales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiendo conocer por tanto el Juzgado de Primera Instancia, Juzgado de Paz, o Juzgado de lo Mercantil correspondiente. Así se deduce delart. 54, que se refiere a las acciones del concursado y

silencia la competencia del Juez del concurso, yart. 8 de la Ley Concursal, en correspondencia con elart. 86 ter de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), que al regular la materias de conocimiento del Juez del concurso, de manera exclusiva y excluyente en determinadas materias que se delimitan tanto para acciones civiles declarativas como de ejecución se refieren a las ejercitadas contra el patrimonio del concursado, no las ejercitadas por éste último. En definitiva, la Ley no atribuye competencia al Juez del concurso de forma exclusiva a todos los litigios en que sea parte la persona concursada, solo los expresamente contemplados en la misma, no estándolo el presente caso desde el momento en que se pretende ejercitar acciones por la concursada exigiendo el cumplimiento de los contratos contra terceras personas. En ese sentido se han pronunciado lassentencias de 26 de junio de 2008 (JUR 2008, 316525) de la Audiencia Provincial de Barcelona y de 8 de febrero de 2007 (JUR 2007, 88275) de Audiencia Provincial de Pontevedra, y enauto de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 28 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 1782) resolviendo una cuestión negativa de competencia, si bien es cierto que en contra se muestra la Audiencia Provincial de Alava enauto de 3 de marzo de 2006 (JUR 2006, 154631).
A ello no empece lo dispuesto en elart. 62.2 de la Ley Concursal que determina, que la acción resolutoria, por incumplimiento de cualquiera de las partes de los contratos con obligaciones reciprocas, se ejercitará ante el Juez del concurso y se sustanciará por los tramites del incidente concursal. De tal modo se establece una excepción a la regla competencial general establecida en elart. 8.1 de la misma Ley, sin que pueda ser interpretada de forma extensiva, tal como pretende la parte recurrente, a las acciones dirigidas por el concursado contra tercero exigiéndole el cumplimiento del contrato celebrado, aduciendo ser el reverso de la acción resolutoria por incumplimiento del contrato, con el fundamento de que la Ley conceda atribución al Juez del concurso para poder acordar el cumplimiento del contrato, atendiendo al interés del concurso, aunque existacausa de resolución (art.62.3 LC). Cuando se trata de una mera posibilidad que la ley faculta al Juez del concurso, a pesar de concurrir causa de resolución contractual, por incumplimiento posterior a la declaración del concurso, de las obligaciones contractuales de cualquiera de las partes, y siempre en el exclusivo interés del concurso, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Teniendo pues el régimen legal establecido peculiaridades propias que aconseja el conocimiento de tales acciones resolutorias al Juez del concurso, pero sin que ello pueda significar hacer extensiva la competencia objetiva del Juez del concurso a otras acciones, como la que pretende ejercitar la parte apelante.”: SAP La Coruña (Sección 4) 22.04.2010 (JUR 2010/330697; Sentencia 65/2010; Rollo 71/2010)

AP Pontevedra

“PRIMERO Formula la representación de los compradores, D.Federico y DªAlicia recurso de apelación contra la sentencia dictada por el juez de lo mercantil en la que, con estimación de la demanda deducida por la entidad concursada, PRODEIN VALMIÑOR, S.L., se declaró la validez y eficacia del contrato de compraventa que ligaba a las partes y se condenaba a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa y a soportar los gastos correspondientes, en el plazo de un mes desde la fecha de dicha resolución.
Como se advierte de inicio, la peculiaridad del supuesto radica en que el presente incidente concursal fue promovido por la entidad en concurso, que ocupaba la posición de vendedora, frente a los demandados, compradores de una edificación. Ello plantea inexorablemente un inicial problema de competencia objetiva, como por otra parte, hace ver la propia resolución recurrida. Convendrá, con todo, avanzar más en la exposición de los hechos y en la descripción del iter procedimental.
a) No resulta discutido que el día 23 de agosto de 2007, PRODEIN VALMIÑOR, S.L. y D.Federico y DªAlicia celebraron un contrato de compraventa de vivienda en construcción, compuesta de sótano y dos plantas, con una superficie total de 431 m2, fijándose como precio la suma de 434.000 euros (que se distribuían en un primer pago inicial de 3.000 euros, 90.000 euros y 19.140 euros en dos letras de cambio con vencimientos los días 5 y 15 de diciembre de 2007, y un último pago de 329.000 euros en el momento del otorgamiento de la escritura pública). Interesa reseñar que, conforme a la estipulación tercera, apartado cuarto, del contrato, la escritura pública de compraventa habría de otorgarse en "la última decena del mes de noviembre de 2007".
b) Con fecha de 24 de julio de 2008, los compradores se dirigieron a la entidad CAIXANOVA, avalista de las cantidades entregadas a la actora, solicitando la ejecución del aval, que se llevó a efecto por importe de 109.200 euros.
c) Según consta en el folio 85 de las actuaciones, la administración concursal había presentado escrito solicitando el cumplimiento del contrato "por considerarlo conveniente al interés del concurso", lo que determinó que el juzgado citara de comparecencia, con fundamento en la cita delart. 61.2 LC, a las partes del contrato y a la entidad avalista. La comparecencia tuvo lugar el día 28 de enero de 2009; según el acta que documenta lo acontecido en dicho acto, una vez expuestas las posiciones de las partes, se remitió a éstas a sustanciar sus diferencias en incidente concursal.
SEGUNDO Elart. 61.2 de la LC establece que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo del concursado o de la otra parte. Pese a dicha declaración general, la ley permite que dichos contratos puedan ser resueltos si ello es aconsejable para "el interés del concurso", a instancia de la administración concursal (caso de suspensión) o del concursado (caso de mera intervención de sus

facultades). Esta resolución del contrato ha de ser acordada por el juez, previa comparecencia de las partes. Caso de no existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, la ley remite a las partes al cauce procesal del incidente concursal.
Como se comprueba claramente a la vista de los antecedentes reseñados, no es ésta la circunstancia que ocupa. En el presente supuesto la administración concursal no acudió a la norma citada para promover en interés del concurso la resolución de la compraventa sino, a lo que parece, su pretensión consistía en solicitar al juez del concurso que los compradores cumplieran su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública y abonar la parte del precio restante. La continuidad de los contratos bilaterales pese a la declaración de concurso viene impuesta legalmente. La excepcionalidad de la norma concursal se plantea en los casos de resolución, que sí cuentan con un cauce procedimiental específico. No es esto lo que aquí acontece.
El juzgado, por tanto, erró en el trámite procesal, pues dicha pretensión no encuentra, se insiste, encaje en la comparecencia delart. 61.2.
En la demanda que ha dado origen al presente proceso, no es la administración concursal, sino el propio concursado el que solicita la condena a los compradores a fin de que procedan al cumplimiento de sus obligaciones dimanantes del contrato de compraventa. Dicha pretensión, como el propio juez mercantil admite, no resulta competencia del juez del concurso.
Elart. 8 LC atribuye jurisdicción exclusiva y excluyente al juez del concurso sobre las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Ello exige necesariamente que éste ocupe la posición pasiva en el proceso, sólo o en compañía de litisconsortes. Pero si la acción es titularidad del deudor, la competencia objetiva del juez del concurso cede frente a la norma general de las competencias de la jurisdicción civil no especializada.
Por tanto, en contra de lo que argumenta en su sentencia el juez mercantil, se está fuera del ámbito objetivo de la competencia del juez del concurso. A ello no es óbice la consideración de que la demanda traecausa de la comparecencia del art. 61.2, por la poderosa razón de que dicha comparecencia tampoco debió tener efecto, pues la administración concursal lo que postulaba no era la resolución del contrato por resultar beneficiosa al interés del concurso, sino su cumplimiento forzoso por el contratante in bonis, lo que quedaba fuera de su ámbito de aplicación. Ello así, debe proclamarse la competencia objetiva de la jurisdicción civil general, al tratarse de una pretensión dirigida por el concursado contra los compradores, tendentes al cumplimiento forzoso del contrato.
La falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil determina la nulidad de todo lo actuado y el archivo de las actuaciones de conformidad con elartículo 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) y losartículos 48.2 y 225.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962), al corresponder el conocimiento de la demanda a los Juzgados de Primera Instancia ante los cuales la demandante podrá hacer uso de su derecho.": AAP Pontevedra 15.04.2010 (AC 2010/1006; Auto 80/2010; Rollo 62/2010)

"PRIMERO.- A propósito de la demanda incidental y de su admisión a trámite dispone el art. 194.2 de la Ley Concursal que "si el juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión dando a la cuestión planteada la tramitación que corresponda. Contra este auto cabrá recurso de apelación en los términos establecidos en el apartado 1 del artículo 197."
Dice acerca de este precepto legal el AAP Barcelona 26.03.08 que "el juez del concurso goza de una discrecionalidad para admitir o no las demandas de incidentes concursales más amplia que en los juicios declarativos ordinarios. El juicio de admisibilidad no se reduce a cuestiones formales, sino que además se extiende a una valoración sobre la pertinencia de la cuestión planteada y la legitimación del instante, así como la adecuación del incidente para su resolución."
SEGUNDO.- Sobre dicha base procede inadmitir la demanda incidental previamente referida, habida cuenta que se insta la prórroga de un contrato concertado por la concursada con un tercero de la que no corresponde conocer al juez del concurso y, como corolario de ello, que el cauce del incidente concursal no sea adecuado, habida cuenta que todo el fundamento esgrimido en la demanda a estos efectos gira en torno a la aplicabilidad de los 62 y 192 de la Ley Concursal cuando la acción deducida en la demanda es bien diversa a la contemplada en dichos preceptos legales, siendo de sobra conocido que a efectos procesales y de determinación de competencia jurisdiccional no cabe recurrir a la analogía.
TERCERO.- Este Juzgado no puede ser competente por cuanto el art. 62 referido atribuye competencia al Juzgado del Concurso para el conocimiento de la acción resolutoria de un contrato en el que es parte la concursada por incumplimiento del mismo, esto es, cuando una parte en dicho contrato pide al Juez que extinga la relación contractual por incumplimiento por la otra parte de su obligaciones conforme a la misma, no en los casos de que se pide la prórroga de un contrato o la fijación de su duración, que no puede tener más que como precedente el vencimiento del término pactado, supuesto en el que, al igual que acontece en la reclamación de créditos titularidad del concursado y por mucho interés que revista para el concurso la relación contractual, debe acudirse caso de impetrarse la intervención jurisdiccional a las reglas generales procedimentales y de competencia, que es bien sabido no cabe aplicar analógicamente como previamente se ha apuntado. Como del contenido del art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el art. 8 y concordantes de la Ley Concursal no se aprecia que en casos como el presente se atribuya al Juez

del Concurso la competencia para conocer de una acción como la deducida, en atención a su naturaleza la competencia no puede más que recaer en los Juzgados de 1ª Instancia.
En nada afecta a lo expuesto el contenido del art. 192.1 de la Ley Concursal. Por un lado, porque el precepto referido no realiza atribución competencial alguna, sino que fija el ámbito del incidente concursal como procedimiento que, por lógica, al suscitarse en un concurso, solo puede conocerlo el juez del mismo. Por otro lado, porque el interés del concurso que permite y justifica la continuación de una relación contractual en el marco del art. 62 de la Ley Concursal esgrimido por la parte actora parte de un presupuesto que aquí no se da: el ejercicio previo de una acción resolutoria por incumplimiento contractual (y apreciación posterior de la existencia de la causa resolutoria), con lo que nos encontramos en idéntica situación que en el caso de la acción principal. Cuestión diversa hubiere sido igualmente que se adujere una resolución de facto no acorde a dicha normativa y se dedujera acción para enervarla, es decir, que se planteara en la práctica una cuestión atinente a una resolución que no a otra forma de fenecimiento contractual de la que tuviere que conocer el juez del concurso con arreglo a la normativa concursal y pudiere derivarse de la correspondiente decisión el mantenimiento de la vigencia contractual.
CUARTO.- No se desconoce que supuestos como el planteado en la demanda deberían residenciarse en el juez del concurso para un tratamiento más adecuado, como se ha defendido desde diversos ámbitos y así debería plasmarse en futuras reformas legislativas, de la misma forma que no ha lugar a poner en duda que la petición verificada por la concursada es acorde al interés del concurso y a otros principios que informan la legislación concursal (continuación de la actividad empresarial con conservación de puestos de trabajo y conservación de la masa activa), pero la regulación actualmente vigente no permite una actuación del juez del concurso en los términos en que ha sido, siempre partiendo de la base de la realidad efectivamente concurrente y de que el interés del concurso que, permite diversas posibilidades de actuación en el seno del proceso concursal, no puede erigirse como fundamento genérico de la pertinencia en todo caso de toda actuación positiva para el mismo aunque incida en ámbitos jurídicos ajenos, es decir, que no puede justificarlo todo sin más al margen de las posibilidades legales dispuestas bajo su contemplación, tal como acontece en relación con otros intereses secundarios a los que también se orienta el proceso concursal (consúltese sin más al respecto la STJCE 16.10.08, asunto C 313/07). Téngase en cuenta al respecto, en aspectos previamente apuntados, que una cosa es una resolución contractual por incumplimiento y otra una ineficacia contractual por llegada del término pactado, supuesto en el que pedir una prórroga como aquí es el caso implica querer imponer una relación contractual aunque fuere mediante la novación modificativa afectante al elemento temporal o de duración del contrato, supuesto que ni siquiera es próximo al contemplado en el art. 62 de la Ley Concursal, que contempla el interés del concurso únicamente al efecto de privar de eficacia a la facultad resolutoria del art. 1.124 del C. Civil aunque con la contrapartida de convertir en créditos contra la masa todas las prestaciones pendientes pero sin llegar al extremo de sustituir un elemento esencial en todo contrato como es el consentimiento contractual.
QUINTO.- Finalmente, en cuanto a la pretensión cautelar, sin desconocer que su fundamento como la acción principal es acorde al interés del concurso y que tiende a evitar posibles consecuencias perniciosas a las que tampoco es ajena la normativa concursal, como también se ha venido a apuntar, en la medida en que por su propia naturaleza tiene un carácter accesorio, no puede más que seguir las consecuencias de la acción principal a la que se conecta indisolublemente (amen de lo dispuesto en el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No obstante, en evitación de aquellas consecuencias precisamente, se ha sopesado la posibilidad de su adopción pese a las determinaciones precedentes, no siendo factible sin embargo la misma por cuanto las medidas cautelares a prevención solo están previstas en el art. 725 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de ausencia de competencia territorial y de medidas solicitadas con carácter previo a la demanda (aquí estamos ante medidas coetáneas y lo que concurre es una inadecuación de procedimiento conectada a una falta de competencia objetiva), con independencia de que se atisbe que difícilmente pudiere salvarse la ausencia de observancia que se aprecia del presupuesto contemplado en el art. 732.3 de la misma Ley.": AJM-1 Castellón 05.05.2009 (Incidente Concursal 328/2009)

"HECHOS.- 1º.- El procurador don Javier Carlos Sánchez García en nombre y representación de MARTINSA-FADESA S.A., declarada en concurso voluntario en los autos Nº. 408/2008 de este Juzgado, presentó el pasado día 22 de septiembre solicitud de medidas cautelares previas a la demanda e inaudita parte en la que con carácter principal solicitó que (a) se oficie a los avalistas y compañías aseguradoras que han prestado las garantías de la Ley 57/1968 a fin de que no accedan a su pago hasta tanto se resuelvan, si así procede, los contratos de compraventa en sede de concurso, y (b) que se ordene el depósito judicial de los citados avales y pólizas de seguro en poder de los compradores a los mismos efectos cautelares; y con carácter subsidiario que el juzgado adopte idénticas medidas cautelares ante y post demanda e inaudita parte frente a los "avalistas y aseguradores" y frente a "los compradores", al amparo de lo dispuesto en los arts. 721 y siguientes de la LEC con fundamento en el interés del concurso.
2º.- Por providencia de fecha 29 de septiembre se acordó oír a la solicitante y al Ministerio Fiscal acerca de la competencia objetiva de este Juzgado para conocer de la solicitud antes de resolver sobre su admisión. El Ministerio Fiscal y la solicitante presentaron informe y escrito, respectivamente, favorables a reconocer la competencia de este Juzgado.

3º.- El pasado día 17 de noviembre se registró un nuevo escrito de la solicitante, repartido a este Juzgado el día 23, completando sus alegaciones iniciales y haciendo aportación de nuevos documentos con relación a su solicitud.
RAZONAMIENTOS JURIDICOS.- 1º.- El artículo 725 de la Ley de enjuiciamiento civil impone al tribunal el examen de oficio de su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la demanda.
Y es legalmente competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares, cuando al amparo de lo dispuesto en el artículo 730.2 de la LEC la solicitud se presente antes de la demanda, el tribunal que sea competente para conocer de la demanda principal (artículo 723. 1 de la LEC).
2º.- A salvo lo que más adelante se dirá a propósito del incidente concursal nº. 1590/2009 de este Juzgado, la deudora concursada vincula su solicitud de medidas cautelares previas a una futura demanda de cumplimiento contractual que dirigirá frente a los compradores de viviendas y locales en una promoción de L'Hospitalet de Llobregat que resisten el cumplimiento voluntario mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública y la entrega de las viviendas ya conclusas.
3º.- La jurisdicción del juez del concurso no puede fundarse en este caso en el artículo 8. 1º de la Ley concursal, que se refiere a la que con carácter exclusivo y excluyente se le atribuye para conocer las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Baste decir al respecto que la acción que se pretende ejercitar, si bien tiene indudable trascendencia patrimonial para la entidad concursada y para todos sus acreedores, no se dirige contra el patrimonio del concursado, sino que será precisamente la entidad en concurso la accionante, con lo que la norma no es de aplicación al caso.
La conclusión anterior ha sido matizada ciertamente por alguna resolución judicial; en particular, la ST de la A.P. de Álava de 3 de marzo de 2006 o el auto del Juzgado de lo Mercantil Nº. 2 de Bilbao de 6 de octubre de 2008 que invoca la solicitante en su escrito.
Con relación a la primera de las dos resoluciones citadas, si bien cabe compartir su razonamiento acerca del sentido del artículo 8 de la LC (o el 86 ter de la LOPJ), que no agota desde luego las materias a las que alcanza la jurisdicción del juez del concurso puesto que en la propia Ley se le asigna, v.gr. el conocimiento de acciones de responsabilidad frente a los administradores concursales (art. 36), o el la acción social de responsabilidad (artículo 48. 2), o incluso las acciones de resolución contractual por incumplimiento (art. 62,2), que no encajan –o no siempre encajan- en los términos del mencionado artículo 8, es también cierto que sin título legal habilitante el juez del concurso no puede entrar a conocer, salvo con carácter prejudicial (artículo 9 LC), de otras cuestiones, como en general ocurre con los litigios que la propia entidad en concurso promueva frente a terceros. La referencia genérica del artículo 86 ter 1 de la LOPJ a "cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora" confirma en realidad la conclusión anterior puesto que remite a la normativa concursal para delimitar el ámbito de la jurisdicción del juez del concurso, y no hallaremos en ella norma alguna que le atribuya con carácter general competencia para conocer de las acciones que la propia persona en concurso –o la administración concursal en caso de sustitución- ejercite para la efectividad de los derechos, reales o de crédito, integrados en la masa activa. Ni siquiera sería posible la acumulación de las que estuvieran planteadas antes de la declaración de concurso (art. 51) pues la acumulación solo cabe respecto de las que sean de la competencia del juez del concurso conforme al artículo 8.
La segunda de las resoluciones invocadas por la solicitante mantiene la competencia del juez del concurso para decidir un litigio en el que un subcontratista ejercitó la acción directa del artículo 1597 del Código civil contra el dueño de la obra. El punto crítico de la argumentación en que se basa se encuentra de nuevo en la preposición "contra" que emplea el artículo 8. 1 de la LC, que el auto del Juzgado de Bilbao salva considerando que la acción ejercitada se dirige (indirectamente) contra el patrimonio de la concursada, puesto que de prosperar la acción se minoraría en la misma medida la masa activa del concurso. Se comparta o no la argumentación del Juzgado de Bilbao, el supuesto de hecho que analiza se aparta sensiblemente del que aquí nos ocupa, en el que es la propia entidad en concurso la que pretende demandar a terceros para forzarles a cumplir sus respectivos contratos de compraventa.
4º.- El artículo 62 2º de la Ley concursal establece que la acción resolutoria -de contratos con obligaciones recíprocas que continúen en vigor tras la declaración de concurso- se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal. La norma tiene una doble proyección sobre el régimen jurídico ordinario de esta clase de contratos pues excluye por una parte la efectividad de la resolución extrajudicial tras la declaración del concurso, y obliga por otra a residenciar precisamente ante el juez del concurso los litigios sobre resolución de contratos, sin distinguir –al menos no expresamente- si el incumplimiento es imputable al deudor concursado o a la otra parte contractual. Así entendida la norma contempla una excepción al principio general del artículo 8. 1 de la LC, pues atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de demandas resolutorias de contratos promovidas por la propia deudora concursada frente a la parte incumplidora, demandas que, por lo tanto, no se dirigen "contra el patrimonio del concursado".
La cuestión que ha de resolverse es la de determinar si esa específica habilitación legal abarca también otras acciones que asistan a la deudora en concurso y que deriven de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y, en particular, la acción encaminada a exigir el cumplimiento del contrato.

La especialidad de la norma impone una solución negativa; si la Ley ha atribuido al juez del concurso la competencia para conocer de demandas de resolución de contratos vigentes tras la declaración, ampliando o precisando para este concreto supuesto su jurisdicción exclusiva y excluyente según viene definida con carácter general por el artículo 8. 1 de la LC y restringiendo en la misma medida la que la LOPJ atribuye a los juzgados de primera instancia no especializados, no cabe afirmarla para otros supuestos diferentes a los expresamente contemplados. Visto el problema desde la óptica de un juzgado de primera instancia no mercantil la solución es clara, pues de ninguna manera podría éste negar su competencia objetiva para conocer de una demanda promovida por una persona en concurso, con la preceptiva autorización de la administración concursal (artículo 54. 2 LC), contra un tercero, para lograr la efectividad de cualquier derecho, personal o real, salvo, precisamente, que se tratara de una demanda resolutoria de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, pues para este caso –y sólo para este caso- la competencia corresponde al juez del concurso.
No se ignora que la acción de cumplimiento es el reverso de la acción resolutoria por incumplimiento, y que incluso el Código civil permite la articulación subsidiaria de las dos acciones, la de cumplimiento y la resolutoria (Art. 1124 C.C.), posibilidad que al escindirse legalmente la competencia en casos de concurso queda, de facto, vedada, como igualmente impide que en un litigio sobre cumplimiento de un contrato promovido por una persona en concurso ante el Juzgado de Primera Instancia competente la demandada reconvenga pidiendo la resolución por incumplimiento. Pero tal es el resultado, no necesariamente inicuo ni contrario a los principios concursales, de la aplicación de las normas de la Ley concursal que definen la competencia del juez del concurso.
5º.- La solicitante exceptúa de su petición de medidas cautelares previas a la demanda el caso del incidente concursal nº. 1590/2009, con relación al cual las medidas se solicitan, al amparo de lo dispuesto en el artículo 730.4 de la LEC, con posterioridad a la demanda (reconvencional en ese caso).
Se trata de un incidente concursal promovido por los compradores de una vivienda que tiene por objeto la resolución del contrato por incumplimiento de la deudora en concurso. Al personarse ésta en el incidente contestando a la demanda ha formulado también reconvención dirigida a obtener el cumplimiento del mismo contrato.
No cabe ocultar que la mera existencia de ese incidente, y la admisión a trámite por el Juzgado de la demanda reconvencional deducida por MARTINSA-FADESA S.A., contradice toda la argumentación anterior acerca de la falta de competencia objetiva del juez del concurso, que aun siendo apreciable de oficio no lo ha sido en ese concreto caso, hallándose en este fecha los autos ya conclusos para sentencia.
Por lo que aquí interesa, y a salvo lo que se pueda resolver en el referido incidente, baste decir que el artículo 723. 1 de la LEC atribuye la competencia para conocer de las medidas cautelares al tribunal que esté conociendo del asunto en primera instancia, que en este caso es indudablemente este Juzgado.
Ocurre, sin embargo, que con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente un recurso sólo puede solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos (art. 730. 4 LEC), lo que es tanto como exigir que la solicitante acredite, o al menos indique, hechos o circunstancias nuevos, acaecidos o conocidos tras la presentación de la demanda, en función de los cuales se haga necesaria la adopción de medidas cautelares para asegurar la efectividad de la sentencia que en su día se dicte. La solicitud se basa, sin embargo, en el riesgo de que los compradores se dirijan al margen del procedimiento contra la entidad avalista o aseguradora de las sumas entregadas a cuenta del precio final, riesgo que, de existir, ya concurría en la fecha de la presentación de la demanda reconvencional. Falta por lo tanto en la solicitud un requisito legal de admisibilidad que obliga a desestimarla por extemporánea, sin más trámites.
PARTE DISPOSITIVA.- Declaro la falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil Nº. 1 de A Coruña, en tanto que del concurso voluntario Nº. 408/2008, para conocer de la solicitud de medidas cautelares deducida por la deudora en concurso, excepto en lo que se refiere a las articuladas con relación al incidente concursal Nº. 1590/2009, respecto de las cuales desestimo la solicitud por falta de los presupuestos legales de admisibilidad. ":AJM-1 La Coruña 25.11.2009 (Medidas Cautelares 1783/2009)

3.2.2 Improcedencia de reconvención por la concursada/AC ante incidente concursal

AP Murcia

"Tercero.-La entidad Coremur S.L. impugnó la sentencia apelada solicitando que se condenara a Ecuni Urbacesa, S.L, a abonar a la impugnante la cantidad de 54.287,74 euros, o que subsidiariamente se absolviera a Coremur de los pedimentos de la demanda, reservándole la acción por la diferencia por compensación.
Tiene que ver dicha pretensión con la no admisión a trámite por el Juzgado de lo Mercantil de la reconvención formulada por Coremur.
En el auto de 18 de julio de 2008 se declaró que el Juzgado de lo Mercantil carecía de competencia para conocer de la reconvención, porque no se trataba de acciones civiles dirigidas contra el

patrimonio del deudor, no siendo competencia del Juez del concurso las reclamaciones que pretenda promover o pueda haber promovido el concursado como demandante.
Y tal criterio debe ser mantenido en esta segunda instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 8-1º de la Ley Concursal, sin que se pueda, por la vía del recurso de apelación, introducir la cuestión de la compensación.“: SAP Murcia (Sección 4) 22.09.2011 (Sentencia 432/2011; Rollo 680/2010)

AP Pontevedra

“CUARTO.- El segundo y último motivo, coincidente en ambas partes recurrentes cuando pretenden que por el Instituto Español de Oceanografía se haga frente a los gastos causados por la custodia, depósito y demás servicios prestados al buque de litis " DIRECCION000 " en las instalaciones de la mercantil concursada "Astilleros y Varaderos Montenegro, S.A.", igualmente ha de decaer.
Téngase en cuenta que ya en sus respectivas contestaciones a la demanda incidental, las partes ahora recurrentes - Administración Concursal y empresa concursada- pretenden hacer valer frente a la pretensión actora, so pretexto de la aludida deuda, un derecho de retención sobre el buque litigioso.
Pues bien, entendemos que tal motivo de resistencia, integrante de una auténtica pretensión de condena, tenía que haberse hecho valer planteándolo por el cauce adecuado, esto es, a través de la interposición de la correspondiente demanda reconvencional, toda vez que se trata, en principio, de una cuestión que guarda conexión con la demanda principal que originó el presente procedimiento incidental. En esta línea ha de apreciarse cómo el artículo 194 de la Ley Concursal, tras disponer que "La demanda se presentará en la forma prevista en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil" (apartado primero), en el apartado cuarto agrega que "Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo en lo relativo a la celebración de la vista", lo que implica remisión directa a lo prevenido en el artículo 438 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el caso del Juicio Verbal admite la reconvención únicamente cuando "exista conexión entre las pretensiones de la reconvención y las que sean objeto de la demanda principal", lo que hace al supuesto.
Por consiguiente, ambas demandadas tendrían en principio que haber acudido a la formulación de una reconvención, al tratarse de una posibilidad procesal viable en el ámbito del incidente regido en los artículos 192 y siguientes de la Ley Concursal.
Ahora bien, ha de subrayarse que lo que persiguen las recurrentes no es sino un resarcimiento económico, por lo que, de haber articulado dicha pretensión por el cauce reconvencional indicado, el problema es que se trataría de una cuestión de pura reclamación dineraria cuya competencia objetiva no concierne al Juez de lo Mercantil, conforme a lo preceptuado en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino al Juzgado de Primera Instancia correspondiente (artículo 85 del mismo texto legal).
La consecuencia de todo lo expuesto es que la problemática que se introdujo a debate en este incidente por las demandadas, reproducida ahora por vía de impugnación en este segundo grado, ha de ser expulsada del procedimiento y, sin más, desestimada, razón por la que, idénticamente, ambos recursos de apelación han de ser rechazados, sin perjuicio de pronunciarnos de modo expreso en el sentido de dejar imprejuzgada la cuestión resarcitoria planteada por las direcciones jurídicas de la concursada "Astilleros y Varaderos Montenegro, S.A." y de la Administración Concursal.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 13.01.2011 (Sentencia 3/2011; Rollo 634/2010)

AP Valencia

“QUINTO.-Delimitados los términos del debate en la alzada y por razones de coherencia y sistemática (por las implicaciones procesales que resultaría de una eventual estimación), parece conveniente iniciar la resolución de las cuestiones debatidas comenzando por la relativa al recurso promovido por las demandadas en relación con el pronunciamiento dictado en la vista del incidente por el que se inadmitió de plano proseguir con la demanda reconvencional promovida en la instancia.
Esta Sección ha procedido a revisar las actuaciones y el soporte de grabación audiovisual, resultando de lo actuado (soporte de grabación y acta de la vista al folio 782 de las actuaciones) que, al inicio de aquella, la parte actora manifestó, como cuestión de orden público, la falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la demanda reconvencional, pese a que no lo había alegado en su escrito de contestación a la reconvención.
A tal indicación se opuso la demandada alegando que no era procedente efectuar esa alegación y que debió promoverlo mediante la declinatoria, sin que lo hiciera, por lo que consideraba que no era el momento procesal oportuno, añadiendo que además la reconvención debía promoverse ante el mismo Tribunal sin que pudiera alegarse indefensión. El magistrado "a quo" señaló que se trataba de una cuestión de orden público y que era competente para conocer la demanda pero no para conocer de la demanda reconvencional por razón de la materia remitiéndose al contenido del artículo 54.2 de la LEC, añadiendo que quedaba imprejuzgada la reconvención, que no desestimada, por cuanto que debió inadmitirse en su momento, y que de tal pronunciamiento no se generaban costas, dejando archivada la reconvención sin perjuicio de que pudiera ejercitarse la acción ante el Tribunal competente. El magistrado le indicó al letrado de la parte demandada la posibilidad de consignar protesta y éste argumentó su disconformidad con la decisión judicial y su petición de que se documentará por escrito, a lo que el magistrado señaló que no era procedente porque no cabía

reposición, y que en todo caso quedaba consignada la disconformidad a los efectos de la alzada, para que pudiera reproducir la cuestión al tiempo de apelar la sentencia definitiva.
Siendo así, se cuestiona ahora la inadmisión operada de la demanda reconvencional, en los términos que han quedado precedentemente expuestos. Y considera este Tribunal que no cabe acoger el recurso de apelación por las razones que se dejaron expuestas en el acto de la vista por el magistrado "a quo" atendido el contenido de los artículo 8 y 54.2 de la Ley Concursal (pues si bien la parte actora no podía promover la falta de competencia objetiva sin hacer uso de la declinatoria, la falta de competencia objetiva es apreciable de oficio en cualquier momento del proceso a tenor del artículo 48 de la LEC), y por las razones que seguidamente pasamos a exponer:
5.1. Es regla general que la competencia del Juez del concurso se limita a las acciones de trascendencia patrimonial contra el patrimonio del deudor concursado apareciendo éste en posición de demandado (Auto de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de octubre de 2011, Roj: AAP M 13874/2011), por disponerlo de tal modo el artículo 8.1º de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, cuando establece que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de " las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado ".
Por ello, aún cuando exista una corriente favorable a la admisión de la reconvención en los incidentes concursales (descrita en la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 16 de noviembre de 2011; Roj: SAP GC 3075/2011), se ha de tomar en consideración el objeto del incidente planteado y el propio contenido de la reconvención que se deduce, pues no cabe olvidar que el artículo 406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que " no se admitirá la reconvención cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza ", siendo tales normas reguladoras de la competencia objetiva de orden público e indisponibles por las partes.
5.2. En el supuesto que se somete a nuestra consideración atendido el suplico de la demanda reconvencional que resultó inadmitida - folio 676, al tomo II de las actuaciones - y la concreta petición que se formuló a este Tribunal en el recurso de apelación y en el acto de la vista, la sala considera que no era posible extender la competencia del Juez de lo Mercantil a la pretensión deducida por las demandadas, en cuanto tienen por objeto una serie de pronunciamientos declarativos y de condena que escapan del ámbito de competencia del Juez de lo Mercantil, por cuanto que lo que se postula en la alzada se concreta a la admisión de la reconvención para que se condene a HOTEL LUNA SA al pago del beneficio industrial que le correspondería por razón de los contratos de obra a que se refiere el acuerdo transaccional de 22 de julio de 2004, tal y como resulta del sopote de grabación audiovisual, lo que no es sino una reclamación de daños y perjuicios que excede del objeto y alcance del procedimiento.
La desestimación del recurso de apelación implicaría la imposición de las costas de la alzada a la parte recurrente a tenor de lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, atendida la existencia de diversas posiciones y matizaciones derivadas de las resoluciones judiciales que se han citado, considera la Sala que concurren las circunstancias que permiten no hacer imposición en este caso de las costas derivadas de este recurso de apelación, por lo que en relación con el mismo cada una de las partes habrá de soportar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.": SAP Valencia (Sección 9) 10.04.2012 (Sentencia 129/2012; Rollo 649/2010)

3.2.3 Casos en que se ejercita contra el retenedor la acción derivada del art 59 bis LC

3.2.3.1 Es competente el Juzgado de Primera Instancia

AP León

"SEGUNDO.-Competencia judicial para conocer la cuestión litigiosa: Juzgado de Primera Instancia-Juzgado de lo Mercantil.
El artículo 86 ter de la LOPJ establece las competencias de los Juzgados de lo Mercantil siendo esta una cuestión que debe apreciarse de oficio, tan pronto como se advierta por el Tribunal que esté conociendo del asunto, ya que estaríamos decidiendo sobre la falta de competencia objetiva, artículo 48 LEC, sin necesidad del planteamiento de la declinatoria de jurisdicción. Por tanto, esta problemática debe tratarse y decidirse con carácter previo al estudio del fondo del asunto.
Concretamente el art 86 Ter 1 de la LOPJ establece que "los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en la Ley reguladora". Y el artículo 8 de la LC señala que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que detalla seguidamente.
En primer lugar, entendemos que podría ser discutible conceptualmente que el ejercicio del derecho a ejecutar la reintegración de los bienes del deudor a la masa constituya el ejercicio de acciones contra el patrimonio del concursado. Ciertamente se insta la restitución de la posesión de los bienes y derechos retenidos al deudor lo que delimita su patrimonio pero no puede sostenerse que se dirija la acción contra el patrimonio del concursado. En segundo lugar, podría considerarse con razón que el

art. 8 de la LC no constituye numerus clausus, en cuanto existen acciones que no enumeradas en dicha lista, son claramente competencia del Juez del concurso, y como ejemplo las acciones de reintegración, y la compensación. Pero en todos los casos existe previsión expresa en la Ley Concursal que fundamenta la competencia determinada por el artículo 86 ter de la LOPJ.
En estos supuestos existe alguna resolución que estima que la competencia para conocer de la suspensión del derecho de retención corresponde al juzgado que conoce del concurso y así la Sentencia de la AP Zaragoza de 28 de enero de 2014.
Partiendo de este carácter discutible de la competencia para resolver la cuestión de fondo debemos citar la reciente resolución del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de fecha 17 de junio de 2014 (Roj: ATS 6154/2014) en el que atribuye la competencia al Juzgado de Primera Instancia: "....pues, el art. 8 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio dispone que "...La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.. ", no encontrándonos en este supuesto con una acción "contra el patrimonio del concursado", sino ante una acción que interpone la propia concursada en reclamación de una cantidad que cree le es debida por un tercero sin que, por tanto, el patrimonio del concursado se vea afectado por el ejercicio de la acción ahora examinada y sin que pueda anticiparse una posible competencia del juez del concurso para el supuesto de que la demandada plantease demanda reconvencional dirigida contra el patrimonio de la actora en situación concursal".
Estima este Tribunal que tampoco en este caso se encuentra afectado el patrimonio del concursado pues no resulta discutida ni la propiedad de la maquinaria ni la posibilidad de venta de la misma en fase de liquidación, estando centrado el debate en la recuperación de bienes de la concursada en poder de un tercero que como depositario opone el derecho de retención de los mismos. Tampoco sirve como argumento que existan otras acciones que no enumeradas en el artículo 8 de la LC, son claramente competencia del Juez del concurso, pues en todos los casos, como ya señalamos anteriormente, existe previsión expresa en la Ley Concursal que fundamenta la competencia determinada por el artículo 86 ter de la LOPJ. Así respecto de la compensación está expresamente prevista la competencia en el artículo 58 "cauces del incidente concursal" y en las acciones de reintegración el artículo 72 LC contiene la misma previsión, así como el artículo 80 LC sobre el derecho de separación de un tercero sobre los bienes en poder del concursado y el artículo 79 LC para ejercitar los derechos sobre las cuentas en las que figure como titular indistinto el concursado. Y no existe referencia alguna sobre la competencia del juez del concurso para decidir en los supuestos de suspensión del derecho de retención.
Entendiendo en definitiva que la competencia para decidir correspondía al Juez de Primera Instancia resulta indiscutible que el mismo debió resolver la controversia aplicando la Ley Concursal. La parte recurrente argumenta que esta Ley no sería de aplicación por el Juez de Instancia pero esta apreciación carece de toda consistencia, pues los jueces obviamente resuelven teniendo en consideración la totalidad del ordenamiento jurídico, aspecto que por obvio no merece mayor argumentación.”: SAP León (Sección 1) 02.12.2014 (Sentencia 239/2014; Rollo 332/2014)

3.2.3.1 Es competente el juez del concurso

AP Zaragoza

“CUARTO.- Competencia judicial para conocer la cuestión litigiosa
Alega la demandada que se trata de una mera reclamación de cantidad que, caso de no sujetarse la cuestión a árbitros, corresponde su conocimiento a la jurisdicción civil en cuanto no se trata de ejercicio de acciones con transcendencia patrimonial para el deudor.
Nuevamente, la Sala ha de estar con el juez de la instancia, así, se trata de un derecho, el de retención, en virtud del cual la parte que lo ostenta tiene en su posesión bienes y derecho de un tercero; tal derecho viene a ser el reverso de la posesión por el deudor de los bienes y derecho de tercero.
La declaración de concurso trastoca ambas situaciones de tal manera que para la determinación de la masa activa con arreglo al principio de universalidad que servirá de garantía a todos los acreedores, la normativa concursal establece ahora con total claridad dos operaciones plenamente compatibles y consecuentes con la declaración de concurso, la separación de los bienes y derechos existentes en el patrimonio del deudor y correspondientes a terceros y, paralelamente, la entrega por los terceros de los bienes y derecho del deudor que tuvieran retenidos en su poder, de tal manera, que no se tendrán en cuenta en la masa bienes ajenos, ni se permitirá a los terceros que tengan bienes o derechos de la titularidad de la masa en su poder hacerse pago con ellos o simplemente tenerlos en garantía para tal finalidad. De permitirlo, se trataría de un privilegio excepcional no previsto legalmente, pues la realización de bienes o derechos que pueda operarse debe beneficiar a todos los acreedores y no solo a quien los tuviera en su poder.
Por ello, es discutible conceptualmente en primer lugar que el ejercicio del derecho a ejecutar la reintegración de los bienes del deudor a la masa no constituya el ejercicio de acciones contra el patrimonio del concursado, en cuanto si no inmediatamente, al menos mediatamente, la restitución de la posesión de los bienes y derechos retenidos al deudor delimita y configura claramente su

patrimonio; de otra parte, es reiterada la consideración de que el art. 8 de la LC no constituye numerus clausus, en cuanto existen acciones que no enumeradas en dicha lista, son claramente competencia del Juez del concurso, valgan las citadas por el juez a quo respecto a las acciones de reintegración, la compensación, a las que se pueden unir las cuestiones atinentes al derecho de separación y, también la discutida, la referente a la existencia o no de derecho de retención y su ámbito.
Todas ellas estima la Sala son competencia del Juez el concurso, cuanto menos por la configuración legal de dichos derechos y acciones y con base siquiera sea en el art 86 Ter 1 de la LOPJ "los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en material concursal, en los términos previstos en la Ley reguladora".
Por tanto, estima la Sala que la competencia para conocer de la suspensión del derecho de retención corresponde al juzgado que conoce del concurso.
Lo anterior lleva a otra cuestión alegada por la apelante, que la suspensión del derecho de retención existente sobre los bienes y derecho del concursado se resuelve conforme a los arts. 59 bis y 43.1 de la LC con un mero requerimiento.
Estima la Sala que aunque la sistemática de la art. 59 bis, no es paralela a la de los arts 58 -derecho a la compensación-, 80 -derecho de separación-, 79 -existencia o inexistencia de cuentas separadas,... lo cierto es que no puede estimarse que la suspensión del derecho de retención quede limitado a la existencia de un mero requerimiento, sin poder llevarse a cabo materialmente por vía ejecutiva, previa su declaración, sino que, precisamente y en consonancia con su existencia, su efectividad puede obtenerse a través de una declaración judicial de vigencia y efectividad susceptible, a falta de previsión sistemática, de cobijarse perfectamente en el art. 192.1 de la LC que atribuye el cauce del incidente concursal "todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación".
Por ello, ha de estimarse que el cauce elegido es el adecuado, con desestimacion de estos motivos de recurso.": SAP Zaragoza (Sección 5) 28.01.2014 (Sentencia 13/2014; Rollo 457/2013)

"Entrando en el estudio de alguna cuestión particular, como por ejemplo la cuestión de competencia formulada, en cuanto que se dice que en el contrato que fue celebrado existía cláusula sometiendo a árbitros cualquier cuestión litigiosa que se pudiera plantear en la interpretación de aquel, resulta forzoso señalar que la que se debate la posible suspensión del derecho de retención a efectos de reintegrar sus bienes en la masa del concurso--, no forma parte del contrato, no constituye derecho-deber de alguna de las partes contratantes cuyo extensión o contenido pueda suscitar duda o provocar disparidad de opiniones que haya de ser resuelta por tercero ajeno a los órganos jurisdiccionales, no es propiamente punto controvertido, no hay criterios encontrados sobre el posible alcance de un derecho reconocido en el contrato. Se trata de la aplicación de un artículo de la Ley Concursal, que ordena la suspensión de un derecho, con el consiguiente requerimiento para la reintegración de los bienes que lo conforman en la masa concursal, constituye fase previa a la aplicación del contrato, no está en juego estipulación alguna contenida en el mismo, el pleito no nace por la aplicación del aquel sino en una fase anterior que carece de regulación en el mismo y es por tanto le es ajeno. Otro tanto debe decirse respecto sobre la alegada competencia de la jurisdicción civil, pues, con reiteración de lo que ha sido razonado, el debate surge con motivo de la aplicación de un artículo de la Ley Concursal y es materia propia del procedimiento colectivo de ejecución, la conformación de los bienes de la masa y reintegro de los bienes que la constituyen, siendo pues cuestión esencialmente mercantil, que no puede quedar sustraída al conocimiento de la jurisdicción especializada, reflexión que parece obvia y no necesita de mayor explicación. Y abundando en lo mismo, con reproducción de los argumentos empleados, siendo fase previa de reintegración de ciertos bienes al concurso, se puede discutir en este pleito sobre la aplicación a los hechos que lo motivan de aquel artículo 59 bis indicado, si los regula o son ajenos al mismo, si se relacionan o no con el mismo, pero lo que no se puede hacer es entrar en debate sobre cuestiones que claramente son extrañas al precepto en si mismo, cuando los pagos que se dicen efectuados tuvieron lugar en todo caso después del periodo de insolvencia y una vez declarado el concurso.": SAP Zaragoza (Sección 5) 24.03.2014 (Sentencia 85/2014; Rollo 460/2013)

"Entrando en el estudio de alguna cuestión particular, como por ejemplo la cuestión de competencia formulada, en cuanto que se dice que en el contrato que fue celebrado existía cláusula sometiendo a árbitros cualquier cuestión litigiosa que se pudiera plantear en la interpretación de aquel, resulta forzoso señalar que la que se debate la posible suspensión del derecho de retención a efectos de reintegrar sus bienes en la masa del concurso--, no forma parte del contrato, no constituye derecho-deber de alguna de las partes contratantes cuyo extensión o contenido pueda suscitar duda o provocar disparidad de opiniones que haya de ser resuelta por tercero ajeno a los órganos jurisdiccionales, no es propiamente punto controvertido, no hay criterios encontrados sobre el posible alcance de un derecho reconocido en el contrato. Se trata de la aplicación de un artículo de la Ley Concursal, que ordena la suspensión de un derecho, con el consiguiente requerimiento para la reintegración de los bienes que lo conforman en la masa concursal, constituye fase previa a la aplicación del contrato, no está en juego estipulación alguna contenida en el mismo, el pleito no nace por la aplicación del aquel sino en una fase anterior que carece de regulación en el mismo y es por tanto le es ajeno. Otro tanto debe decirse respecto sobre la alegada competencia de la jurisdicción

civil, pues, con reiteración de lo que ha sido razonado, el debate surge con motivo de la aplicación de un artículo de la Ley Concursal y es materia propia del procedimiento colectivo de ejecución, la conformación de los bienes de la masa y reintegro de los bienes que la constituyen, siendo pues cuestión esencialmente mercantil, que no puede quedar sustraída al conocimiento de la jurisdicción especializada, reflexión que parece obvia y no necesita de mayor explicación. Y abundando en lo mismo, con reproducción de los argumentos empleados, siendo fase previa de reintegración de ciertos bienes al concurso, se puede discutir en este pleito sobre la aplicación a los hechos que lo motivan de aquel artículo 59 bis indicado, si los regula o son ajenos al mismo, si se relacionan o no con el mismo, pero lo que no se puede hacer es entrar en debate sobre cuestiones que claramente son extrañas al precepto en si mismo, cuando los pagos que se dicen efectuados tuvieron lugar en todo caso después del periodo de insolvencia y una vez declarado el concurso. ".SAP Zaragoza (Sección 5) 25.03.2014 (Sentencia 86/2014; Rollo 461/2013)

3.2.4 Pero el JPI no puede conocer de la compensación contra el concursado

[Vid. las resoluciones al respecto incluidas en el art. 58]

4. Acciones sólo contra terceros pero con trascendencia indirecta sobre el patrimonio de la concursada

Nota
Vid. también las resoluciones dictadas en relación con la acción directa del art. 1597 CC <u>0.3 Competencia objetiva</u>

4.1 Interpretación amplia que admite la competencia del juez del concurso

AP Valencia

"PRIMERO. La representación procesal de la mercantil Inmochan España S.A. formuló demanda de juicio ordinario contra Patrimonial Algama S.A. en ejercicio de la opción de venta que pactaron en el contrato suscrito entre la actora, y Llanera sociedad limitada, Llanera Urbanismo e Inmobiliaria S.L. y Patrimonial Algama S.A. (todas integrantes del Grupo Llanera) el día 26 de diciembre de 2006. En síntesis, suscribían un contrato de colaboración para la copromoción y explotación de un Parque Comercial y de Ocio en la parcela Ter-3 del Pai Nou Mil.leni sito en Catarroja, compuesto de un Centro Comercial integrado con Hipermercado y Galería Comercial, Estación de Servicio, Medianas Superficies Comerciales, Superficies de Restauración y ocio y un aparcamiento. Dicho acuerdo se materializaba del siguiente modo: Inmochan España adquirió de Llanera Urbanismo e Inmobiliaria S.L. el 50% de las parcelas rústicas de las que era dueña la primera, obligándose a constituir una sociedad para la implantación del parque comercial. Ahora bien, se reconocía a Inmochan España, la opción de vender sus derechos a Patrimonial Algama S.A. por el mismo precio de compra, con derecho de retención y compensación respecto de las cantidades que ella adeudaba a Llanera Urbanismo e Inmobiliaria S.L. Llanera S.L. se constituía en fiadora solidaria de todas las obligaciones asumidas por Patrimonial Algama.
Tanto Llanera S.L. como Llanera Urbanismo e Inmobiliaria S.L. se encuentran en situación de concurso voluntario de acreedores admitido a trámite el 2 de octubre de 2007, en el procedimiento Concursal 672/2007.
La parte demandada, formuló la excepción de declinatoria de jurisdicción por entender que la presente reclamación debe ventilarse en el procedimiento concursal citado dada la trascendencia patrimonial que tiene para el patrimonio de las dos mercantiles declaradas en concurso de acreedores.
La resolución de instancia declara la falta de jurisdicción para conocer de la demanda, estimando que la misma corresponde al juzgado de la mercantil, resolución contra la que se alza la parte actora alegando múltiples motivos que pasamos a examinar, la parte demandada solicita la confirmación de la resolución de instancia.
SEGUNDO Como primer motivo de su recurso, alega la parte demandante que la demandada, Patrimonial Algama S.L. no se halla en concurso de acreedores y la vis atractiva de los juzgados de lo mercantil es limitada, sujeta alartículo 8 de la Ley Concursal cuyos supuestos constituyen númerus clausus.
En segundo lugar invoca que la falta de competencia del juzgado de lo mercantil ha sido aceptada y declarada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Xàtiva.
En tercer lugar, porque la presente demanda tiene su origen en dos estipulaciones del contrato de 26 de diciembre de 2006, que sólo afectan a demandante y a la demandada, y que se pactaron para salvaguardar los intereses de la hoy actora, necesidad de preservar sus derechos que ha sido corroborada por la realidad de los acontecimientos, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana al suspender la tramitación del PAI Nou Mi.leni de Catarroja.

En cuarto lugar, que el Juzgado de lo mercantil número 2, que conoce del concurso de acreedores de Llanera S.L. y Llanera Urbanismo e Inmobiliaria S.L. ya ha rechazado pronunciarse sobre la cláusula del contrato cuya eficacia se pretende en este procedimiento.
El recurso debe ser desestimado.
En tres ocasiones esta Sala se ha pronunciado sobre cuestiones semejantes, en losAutos dictado en el Rollo de Apelación 522/07 (JUR 2008, 3904), en el Rollo de Apelación 864/08 (JUR 2009, 262303) y en el 158/09, entendiendo que elartículo 8-1, de la Ley Concursal, en el que se establece que <<Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere eltítulo I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de esta Ley>>, no puede interpretarse en el sentido literal de sus palabras, sino en el sentido material y finalista, por tanto hay que comprender en él todas aquellas acciones que incidan en el patrimonio del concursado, y que impidan el cumplimiento de la finalidad del proceso concursal, atendiendo a lo indicado en la exposición de motivos de la Ley Concursal: El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.
En el presente caso, estimamos que la acción que se ejercita tiene trascendencia para el patrimonio del concursado por las siguientes razones:
La hoy actora suscribió un contrato, el día 26 de diciembre de 2006, con Patrimonial Algama, Llanera Sociedad Limitada y Llanera Urbanismo e Inmobiliaria S.L. en cuya virtud, y por lo que ahora nos atañe:
La mercantil Inmochan España adquirió de Llanera Urbanismo e Inmobiliaria S.L. el 50% indiviso de unas fincas rústicas.
Inmochan España y Llanera Urbanismo e Inmobiliaria S.L. se obligaban a constituir una sociedad mercantil mediante la aportación de su respectiva cuota indivisa del 50 % de los inmuebles adquiridos, en calidad de promotores y en exclusividad, para la implantación de un Parque Comercial en las actividades de carácter inmobiliario, que se esta promoviendo entre otras, en las fincas referidas.
El precio total convenido por la compra de las parcelas fue de 23.291.020,00 ?, de los cuales la demandante adeuda a Llanera Urbanismo e Inmobiliaria la suma de 20.263.187,40 ?.-
Ambas partes, de mutuo acuerdo, pactaron un derecho de opción de venta de las cuotas indivisas sobre las fincas, o, en su caso, sobre las participaciones sociales representativas de la titularidad de dichas cuotas indivisas, en virtud del cual, Patrimonial Algama S.L. se comprometió a comprar a Inmochan España el 50% indiviso de los Inmuebles descritos en el presente contrato, o el 50% indiviso de la parcela de resultado TER-3 que en virtud del proyecto de reparcelación le correspondan a las citadas fincas de origen, según Anexo 2, o en su caso, las participaciones sociales representativas de una u otra, según proceda.
El ejercicio de la opción de venta era facultativo para Inmochan España y obligatorio para Algama.
En caso de ejercitarse la opción de venta por Inmochan España, en los términos del presente contrato, Llanera Urbanismo e Inmobiliaria S.L. concedía el derecho a Inmochan España de retener la parte del precio que quedare pendiente de pago en dicho momento, en virtud de la escritura pública de compraventa, referida en el expositivo I del presente contrato, hasta haber cobrado ésta, por su parte, el precio de la compraventa objeto de la opción de venta por parte de Patrimonial Algama S.L., autorizando expresamente Llanera Urbanismo e Inmobiliaria a que Inmochan España compense dichas cantidades pendientes.
Llanera S.L. se constituye en fiadora solidaria de Patrimonial Algama S.L. con la renuncia a los beneficios de excusión, división y orden, en relación con todas las obligaciones derivadas del presente Contrato.
Sin perjuicio de las resoluciones definitivas que se puedan dictar en el Juicio Ordinario número 95/08 delJuzgado de Primera Instancia número 4 de Xàtiva, así como en el Incidente Concursal número 202/09 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de esta Ciudad, sobre cuya corrección esta Sala no puede pronunciarse en estos momentos, puesto que ambas se hallan pendientes de los correspondientes recursos de apelación, lo que también comporta que, al no tratarse de sentencias firmes, no vinculen a este tribunal por el efecto positivo de la cosa juzgada (art 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), dados los términos de las complejas relaciones entre las partes, resulta manifiesto que el ejercicio por parte de Inmochan España de la opción de venta, determina, en principio, su desvinculación del contrato y del Parque Comercial que se ha proyectado en la zona y, por tanto, la resolución del contrato de compraventa que en su momento suscribió con la mercantil Llanera Urbanismo e Inmobiliaria S.L., declarada en situación de Concurso de Acreedores, lo que, en su caso, acarreará un pérdida de cuantiosos ingresos, puesto que dicha opción, lleva aparejado el derecho de retención y compensación de las cantidades que Patrimonial Algama S.L. le adeuda con las que la actora debe a la Concursada, por tanto contiene claras derivaciones en la masa activa con la que se va a hacer pago a los acreedores.
TERCERO Todo lo expuesto nos lleva a desestimación del presente recurso y a la confirmación de la sentencia de instancia, si bien, dada la complejidad de la cuestión suscitada no hacemos expresa

condena al pago de las costas causadas en esta alzada.”: AAP Valencia (Sección 7) 26.11.2009 (JUR 2010/108833; Auto 252/2009; Rollo 733/2009)

“PRIMERO.-La sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 2 de Valencia, con fecha 5-6-14, estimaba la demanda incidental instada por la administración concursal de LOW COST PARKING MANISES SL, condenando a INICIATIVES CORASES SL, JUPEJMA SL, y ZITROLAR SL a que procedieran a la devolución de las fianzas entregadas a cada una de ellas, que especifica, en los contratos de arrendamiento de 1/4/22 y 1/7/11, arrojando la cantidad total de 8.676 Euros, con expresa condena en costas. (...)
Frente a dicha resolución recurrieron en apelación los demandados, argumentando lo que sigue:
1.-La falta de competencia objetiva del Juzgado Mercantil, pues entiende que, en este caso, la competencia sería de los Juzgados de primera instancia, al ser lo debatido una reclamación a favor del concursado, no contra su patrimonio, por lo que deberían ser competentes los Juzgados de Primera Instancia, y no los especializados en tal materia mercantil. Considera que puede ser suscitada, nuevamente, tal cuestión, por afectar al orden público, y pese a que no se recurrió en reposición la resolución del Juzgado que denegaba lo ya planteado, en tal sentido, por su parte. (...)
SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la resolución recurrida en que seguidamente se incidirá teniendo en cuenta los motivos de recurso planteados.
La primera cuestión que se suscita es la relativa a la competencia objetiva de los órganos de lo mercantil, en el presente supuesto, que ya fue planteada ante el Juzgado y rechazada por el mismo sin que recurriera el hoy apelante aquella resolución, pese a lo dispuesto en el artículo 66 LEC. Cierto es que la competencia objetiva es cuestión que puede plantearse de oficio, pero, en este caso, está vedada al recurrente la posibilidad de reiterar la cuestión, en la alzada, sencillamente porque no planteó el recurso en su momento. Este es un presupuesto procesal ineludible y este ha de ser es el correcto significado de la expresión "sin perjuicio" que contiene el precepto citado, a la que ahora se acoge el recurrente.
En cualquier caso, entiende la Sala, y lo ratifica, que la competencia en el presente caso corresponde a los órganos de lo mercantil, y esta Sección, en la resolución que invoca, entre otras, se ha pronunciado al efecto, indicándose en concreto en la sentencia de 28 de junio de 2012 (ROJ: SAP V 2699/2012-ECLI:ES:APV:2012:2699) Sentencia: 245/2012 | Recurso: 278/2012 | Ponente: GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA que:
El artículo 86 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicialinicia con un precepto general que dice: "los Juzgado de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora",para después fijar que "en todo caso" su competencia es "exclusiva y excluyente" en las "acciones de trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado" (precepto que se reproduce en el artículo 8 de la Ley Concursal). Ciertamente la acción encauzada con la demanda inicial, no tiene cabida en este concreto precepto de atribución competencial en "exclusiva y excluyente" en cuanto es la entidad concursada la que entabla la acción contra un tercero en exigencia de un cumplimiento contractual al amparo de la normativa del Código Civil, en materia de obligaciones y contratos; pero si, en cambio, es competencia "exclusiva y excluyente" del Juzgado de lo Mercantil la acción deducida vía reconvención que además se mantiene y reitera para la alzada, siendo evidente que en tal tesitura no puede dividirse la continencia de la causa de pedir de ambas pretensiones al basarse en los mismos hechos, y porque atentaría, como es obvio, a la más elemental norma de seguridad jurídica, razón al verse afectado el patrimonio de la concursada por la que dados esos términos legales ha de conocer el Juzgado de lo Mercantil, so pena de llegar al absurdo procesal expuesto en el auto recurrido. Pero es que además se olvida por el recurrente que la Promotora declarada en concurso igualmente basa su acción en ser de "interés del concurso" con apoyo en el artículo 62.3 de la Ley Concursal, el mantenimiento del contrato de compraventa, cuestión (con independencia de su acierto o desacierto que no es ahora objeto de tratamiento) especifica, especial y propia de la Ley Concursal y como tal por el enunciado inicial del artículo 86 ter 1 mencionado sólo corresponde enjuiciar al Juzgado de lo Mercantil, no al Juzgado Primera Instancia, segunda razón para rechazar la declinatoria planteada y confirmar su desestimación. Esta nota esencial es la que determina la inaplicación de toda la cita jurisprudencial efectuada por la parte apelante, en concreto, AAP Barcelona (secc. 15ª) 26/6/2008 y SAP Baleares (secc. 5ª) 17/9/2009 alreferirse a reclamaciones de cantidad que efectúa la entidad concursada vía demanda de ejecución o mediante procesos monitorios contra terceros deudores cuya competencia objetiva radica en los Juzgado Primera Instancia.
Se observa, en primer lugar, que el recurrente efectúa, deliberadamente, una cita sesgada y limitada de la resolución, que conduce, justamente, a la conclusión contraria de aquella que el recurrente considera que apoya. Lo cierto es que, en el supuesto presente, es obvio que una situación de concurso, que afecta a unos contratos de arrendamiento en que es parte la concursada, que, a su vez, pretende el reintegro de determinadas fianzas, tiene trascendencia en el patrimonio de la concursada y en la masa activa del concurso, por lo que no se trata, simplemente de una reclamación de cantidad, sino que es afecta directamente al patrimonio de la concursada, y por tanto es competencia del Juez Mercantil conocer de tal cuestión, debiendo, en consecuencia, rechazar la argumentación desplegada en tal sentido por el recurrente, insistiendo en que, por su parte, no podía volver a plantearla pues se alzaba, en tal aspecto, el óbice procesal aludido.”: SAP Valencia (Sección 9) 21.04.2015 (Sentencia 108/2015; Rollo 1089/2014)

4.2 Interpretación estricta. Incompetencia objetiva

AP Madrid (Sección 14)

PRIMERO. En el recurso que nos corresponde analizar en este momento debemos determinar la competencia para conocer de la demanda, en reclamación de cantidad, interpuesta por doña Palmira contra ACC Seguros y Reaseguros de Daños(hoy Zurich España), pretensión sustentada en la póliza suscrita por FADESA INMOBILIARIA S.A.(hoy MARTINSA FADESA) en cumplimiento de la Ley 57/68 de 27 de julio reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de inmuebles, en la que resultaba beneficiarios o asegurados los compradores de viviendas y tenía como objeto recuperar las cantidades entregadas en caso de que hubiese "expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar" (artículo 3 de la Ley 57/68).
Invocando los artículos 68 de la Ley de Contrato de Seguros, 8.1 y 62.2 de la Ley Concursal y 86.ter de la LOPJ, la compañía de seguros promovió declinatoria alegando que debía ser el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña el que debía conocer de esta demanda, ya que fue el mismo el que declaró en concurso a la entidad MARTINSA FADESA el día 24 de julio de 2008 y el que deberá conocer de todas las acciones que tengan trascendencia patrimonial sobre el concursado.
SEGUNDO. El Juzgado de Instancia, al resolver la declinatoria promovida por la compañía aseguradora, compartiendo el criterio de la entidad aseguradora, consideró que debía ser el Juez de lo Mercantil el que conociera de esta materia en función con lo establecido en el artículo 8.1 de la L. O. 8/2003, que concede competencia exclusiva al Juez del Concurso para conocer de los asuntos civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado, al entender que su aplicación no tiene necesariamente como presupuesto el que el concursado figure como demandado en el proceso, sino que debe calibrarse la trascendencia que, para el patrimonio bajo el control del Juez del Concurso, tenga la acción iniciada, trascendencia que es evidente en este caso ya que la compañía de seguros, en función del resultado de este procedimiento, podrá ejercitar su derecho de repetición contra el concursado.
Además, como al Juez del Concurso le corresponde vigilar y aprobar las medidas para asegurar la viabilidad futura de la empresa, la Ley Concursal (artículo 62.2) le exige conocer de cualquier acción resolutoria sobre los contratos en los que el concursado sea parte. Por lo tanto es necesario que, con carácter previo a la reclamación que se presenta contra la compañía aseguradora, se requiera fehacientemente al promotor, tomador del contrato de seguro, y que se resuelva el contrato suscrito con el mismo, de lo que debe conocer el Juzgado mercantil.
TERCERO. La demandante interpuso recurso de apelación alegando que no podía aceptarse las conclusiones a las que había llegado el Juzgado de Instancia, ya que se trata de una simple póliza de afianzamiento y no de caución, en la que solamente se le concedía a la aseguradora la posibilidad de subrogarse en los derechos que la póliza le concedía a la asegurado o beneficiario y que no era necesario para exigir a la aseguradora la entrega de las cantidades ni solicitar judicialmente que se declarase la resolución del contrato, sino cumplir las condiciones fijadas en la póliza, es decir que se entregaron a cuenta por la compradora diversas cantidades que fueron ingresadas en la cuenta corriente especial que se determinó en las condiciones particulares de la póliza, que la vivienda no fue entregada en el plazo convenido y no se concedió prórroga a la constructora, que se requirió fehacientemente a la promotora-vendedora para que devolviese las cantidades recibidas a cuenta de la futura vivienda, y que dentro del plazo se dirigió la oportuna reclamación a la compañía aseguradora.
CUARTO. Del modo que califiquemos el contrato de seguro suscrito por las partes, afianzamiento o de caución, que consideramos que es la correcta, lo importante que debemos tener presente es que la aseguradora va a poder dirigirse contra la tomadora para exigir el reembolso de las cantidades entregadas al asegurado en virtud de la póliza suscrita. Ahora bien ello no nos puede llevar a considerar que la acción ejercitada supone un perjuicio contra el patrimonio de la empresa concursada pues no debemos olvidar que de tener éxito la acción ejercitada, a la vez, la concursada se verá liberada de sus obligaciones respecto a doña Palmira, por el importe de las cantidades entregadas a cuenta durante la construcción de la vivienda, que estaban recogidas en el pasivo del concurso, por lo que no vemos ningún perjuicio patrimonial que se puede producir en el patrimonio de la concursada por el resultado de este proceso.
Es más, por efecto de esta reclamación y viendo la legislación mercantil aplicable al caso, podemos afirmar que es imposible que se vaya a producir ningún perjuicio al concursado, sino, en todo caso, algún beneficio, ya que el 87. 6 de la Ley Concursal, que consideramos aplicable a este caso por analogía, indica que "los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador".
QUINTO. Debemos tener presente que la acción que está ejercitando en este momento no parte de la base ni se sustenta en que se haya resuelto el contrato de compraventa suscrito por MARTINSA FADESA con la demandante, sino del cumplimiento de las condiciones fijadas en la póliza para que se

produzca el siniestro del que debe responder la entidad aseguradora, entre las que no se hace referencia alguna a la previa resolución del contrato con la empresa promotora de las obras, por lo que no vemos posibilidad de remitir el proceso al Juzgado Mercantil, pues no se pide nada de lo que el Juez del Concurso deba necesariamente conocer en función de la competencia que le concede la Ley Concursal.
Obviamente, si en función de las alegaciones que realice la compañía aseguradora, el Juez que conozca del procedimiento, tras valorar las fechas en que se produjo el incumplimiento, en que se ejercitó la acción contra la aseguradora, y se declaró el concurso y tener presente que el artículo 63.1 dispone que "lo establecido en los artículos anteriores no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la ley", considerase que, para el éxito de la reclamación contra la compañía de seguros, resultaba necesario que previamente se declarase judicialmente la resolución del contrato de compraventa de vivienda en construcción, ello imposibilitaría el éxito de la acción presentada tal como se ha ejercitado, pero esto es una cuestión ajena a la determinación de cual sea el Juzgado competente, pues ello debe decidirse, exclusivamente, en función de como se ha ejercitado la acción ante la que nos encontramos. ” AAP Madrid (Sección 14) 14.07.2010 (Auto 205/2010; Rollo 352/2010)

4.3 Contra sociedad controlada por la concursada: competencia JPI

Tribunal Supremo

“I. ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.- El 11 de febrero de 2011 se interpuso demanda de juicio ordinario por "SOCIEDAD DE FOMENTO INDUSTRIAL DE EXTREMADURA, S.A." contra "PRINTONE INVERSIONES, S.L." y "COLLER IBERICA I S.A.R.L.", solicitando la condena de "PRINTONE INVERSIONES, S.L." a adquirir con sus propios fondos o con los que le dote al efecto "COLLER IBERICA I S.A.R.L.", las participaciones de la actora por importe de 4.240.769,42 euros.
SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mérida, que la registro con el n1 101/2011, se admitió a trámite por Decreto de 18 de febrero de 2011 y dado traslado a los demandados por "COLLER IBERICA I S.A.R.L." se presentó declinatoria por falta de competencia objetiva al considerar competente al Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid. Dado traslado a las partes y al Ministerio Fiscal el actor se opuso a la declinatoria. El Ministerio Fiscal, por el contrario, se adhirió a la declinatoria, considerando competente a Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid.
TERCERO.- Con fecha 16 de septiembre de 2011 se dictó Auto por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mérida por el que se acuerda estimar la declinatoria interpuesta, considerando competente para conocer de la pretensión al Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid habida cuenta que en dicho juzgado se está conociendo del concurso de "INDUSTRIAS GRÁFICAS PRINTONE, S.A.", sociedad a la que pertenece "PRINTONE INVERSIONES, S.L.", la cual, a su vez, pertenece en un 93,54% a "COLLER IBERICA I S.A.R.L.".
CUARTO.- Recibidas las actuaciones en el Juzgado nº 3 de lo Mercantil, mediante Diligencia de Ordenación de fecha 27 de julio de 2012, se acordó oir a las partes y al Ministerio Fiscal, a los efectos de una eventual falta de competencia objetiva de dicho Tribunal. Con fecha 18 de septiembre de 2012 se presentó escrito por la parte demandante considerando que la competencia para conocer del presente procedimiento le corresponde al Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid. El Ministerio Fiscal mediante dictamen de feha 13 de septiembre de 2012 consideró que la competencia le corresponde a los Juzgados de Primera Instancia por cuanto la acción que se ejercita por la demandante no va dirigida contra la entidad cuyo concurso está tramitando el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, sino respecto de otras dos entidades.
QUINTO.- Con fecha 2 de octubre de 2012 se dictó Auto por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, declarando su falta de competencia objetiva o funcional para conocer del presente procedimiento por cuanto la acción ejercitada por la parte actora no se dirige contra el patrimonio del concursado, dirigiendose contra dos entidades distintas de la concursada, las cuales tienen personalidad jurídica propia y que, en su caso, deberán responder con su propio patrimonio, acordando en consecuencia promover cuestión negativa de competencia objetiva, elevando las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.
SEXTO.- Remitidas las actuaciones a esta Sala, que las registró con el nº 41/2013, nombrado Ponente el que lo es en este trámite y pasadas aquéllas para informe al Ministerio Fiscal, éste ha dictaminado que el Juzgado competente para conocer de la demanda es el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mérida con base en los mismos argumentos expuestos en el Auto de fecha 2 de octubre de 2012 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de MadridHA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO
UNICO.- La presente cuestión de competencia objetiva suscitada entre el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid y el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mérida y que se centra en determinar cuál de dichos órganos jurisdiccionales es el competente para el conocimiento de la causa, ante la existencia de un procedimiento concursal anterior, debe resolverse, conforme dictamina el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar competente al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mérida pues, el art. 8 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio dispone que "...La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y

excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.. ", no encontrándonos en este supuesto con una acción "contra el patrimonio del concursado", sino ante una acción dirigida contra dos entidades distintas de la concursada, las cuales tienen personalidad jurídica propia y que, en su caso, deberán responder con su propio patrimonio, sin que por tanto el patrimonio del concursado se vea afectado por el ejercicio de la acción ahora examinada.": ATS 09.04.2013 (Recurso 41/2013)

AP Barcelona (Sección 15)

"PRIMERO.- La sociedad demandante interpone demanda de juicio ordinario contra SG. MULTIPRODUCTOS SL. El juzgado de Primera Instancia, observando que dicha sociedad demandada pertenece al mismo grupo empresarial que otras que están declaradas en concurso, acuerda declinar su competencia a favor de los Juzgados Mercantiles, resolución que es objeto del presente recurso.
SEGUNDO.- No se duda de que la empresa demandada pertenezca al mismo grupo empresarial que otras que sí están declaradas en concurso, pero no estando la demanda declarada en concurso ni voluntario ni necesario no hay motivo procesal ni material para remitir esta demanda al Juzgado Mercantil.
Se trata de una reclamación civil cuyo objeto es la resolución de un contrato de leasing y pago de cuotas vencidas, no está dirigida contra la sociedad concursada (que es la avalista del contrato) sino contra la contratante del leasing que no consta incursa en concurso, por lo menos hasta ahora, de manera que la demanda objeto del recurso no está comprendida en elarts. 8 y 50 de la Ley Concursal ni en el 86. Ter. de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya que tales preceptos se refieren a las acciones civiles dirigidas contra el patrimonio del concursado que no es el caso, sin que haya base legal (ni justificación material) para entender deba considerarse competencia exclusiva y excluyente de un Juzgado mercantil, por más que la aquí demandada pertenezca al mismo grupo empresarial al que pertenecen otras que sí están declaradas en concurso, pues la prohibición de interponer acciones declarativas nuevas a que se refiere elart. 50 de la Leyconcursal, por razón de la propia finalidad del concurso, lo es en relación a las acciones contra el concursado (art. 50 LC) no de acciones contra terceros y por lo mismo, las facultades del juez del concurso para acumular declarativos (art. 51 LC) se circunscribe a los procesos en los que fuera parte el deudor concursado, que no es el caso; o no lo es más allá de una cierta sospecha de unidad patrimonial que nadie ha hecho valer de forma normalizada y que en este momento resulta prematura.
Todo ello sin perjuicio de notificar al juzgado penal de Barcelona a que se alude en la diligencia de emplazamiento el resultado de las diligencias de ejecución material a los efectos que fueran procedentes.": AAP Barcelona (Sección 15) 21.02.2008 (JUR 2008/130231; Auto 36/2008; Rollo 577/2007)

AP Madrid (Sección 10)

"PRIMERO.-Por el Juez "a quo" se ha dictado sentencia por la que se ha estimado íntegramente la demandada principal, promovida por AVANTIS DIVERSIFICACIÓN S.L. contra RN ELEGANCE NATAL S.L. y se ha rechazado la demanda reconvencional interpuesta contra la primera, condenando a la misma al pago de 1.659.215 euros en concepto de devolución del capital prestado; 49.094,58 en concepto de intereses remuneratorios; 47.168,282 en el de intereses moratorios, más los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago de todas las cantidades, con imposición de las costas causadas a la parte demandada. Dicha conclusión la obtiene de la valoración conjunta de la prueba documental obrante en autos, así como de las propias manifestaciones de la parte demandada contenidas en su escrito de contestación a la demanda; sin que por la misma se haya logrado probar que detrás del contrato de préstamo cuyo cumplimiento aquí se pretende, exista un negocio disimulado por el cual la demandante estuviera realmente pagando la parte proporcional de los gastos habidos en el proyecto de comercialización de un futuro proyecto inmobiliario a desarrollar en Brasil, denominado ELEGANCE NATAL, en el que eventualmente fueren a participar la entidad AVANTIS EL GRUPO GEDECO INTERNACIONAL REAL STATE, S.L. y MOSEL INTERNACIONAL, S.L..
Contra dicha resolución se ha alzado la parte demandada reconviniente, interesando la revocación de la sentencia recurrida y que: 1º.- Se dicte auto por el que, en base a lo establecido en el artículo 48 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se aprecie de oficio la falta de competencia objetiva para conocer del presente asunto, se decrete la nulidad de todo lo actuado, y se indique que el conocimiento del mismo corresponde al Juzgado de lo Mercantil número 6 de los de Barcelona, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Y 2º.- En caso de no apreciarse de oficio dicha falta de competencia objetiva, estime la demanda reconvencional interpuesta y se declare la anulabilidad del contrato de préstamo y la existencia de un negocio jurídico de contribución a los gastos derivados del proyecto de comercialización que la demandante de reconvención tiene en Brasil, en la proporción del 40 por 100 a la que se comprometió.
El recurso ha sido expresamente impugnado de contrario, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida y que se desestime, tanto la alegada falta de competencia objetiva, ya que la demandada no

se halla en situación de concurso voluntario, como en cuanto al fondo del asunto, puesto que la demandante principal, en ningún momento se comprometió al pago de cantidad alguna en concepto de contribución a los gastos del proyecto de comercialización de una promoción inmobiliaria en Brasil; constituyendo la entrega efectuada la del capital prestado, tal y como consta en el contrato celebrado el día 9 de julio de 2007 entre la actora y SÁNCHEZ ROMERO GRUPO INMOBILIARIO-INMOBILIARIA, S.L.; contrato de préstamo en el que se subrogó la entidad demandada, el día 10 de julio de 2007, que es la que realmente percibió el importe del mismo.
SEGUNDO.-Centrado en los precedentes términos el objeto del recurso, en relación al primer punto controvertido se ha de decir que la petición de concurso voluntario se ha efectuado no sólo por SÁNCHEZ ROMERO GRUPO INMOBILIARIO- INMOBILIARIA, S.L., sino también por SÁNCHEZ ROMERO GRUPO INMOBILIARIO, S.L. y SÁNCHEZ ROMERO GRUPO INMOBILIARIO CONSTRUCCIONES, S.L.; sin que dicha pretensión se haya extendido a otras sociedades del grupo, como es de ver en la documentación aportada por la misma (documento número 2, folios 132 a 135) y la parte demandada de reconvención (documento número 5, folios 619 a 625); lo que implica que cuando la sociedad que se dice dominante lo ha querido porque así lo ha considerado, lo ha hecho; no existiendo precepto legal alguno que ampare la pretensión de la parte demandante de reconvención, habiendo de estarse a lo dispuesto en los artículo 8.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que establece que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado; situación que respecto a la entidad demandada aquí no concurre. En el propio Fundamento de Derecho Segundo del auto por el que se declara en situación legal de concurso a las tres sociedades indicadas se afirma que la declaración de concurso ha de ser individual, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Concursal, sin perjuicio de que, por razones de economía procesal, se sustancien conjuntamente, pero adoptando las medidas necesarias para que no se produzca una confusión de patrimonios ni de la masa pasiva. Por tanto, como se ha dicho, ninguna razón existe para acceder a lo solicitado.”: SAP Madrid (Sección 10) 21.12.2012 (Sentencia 10/2013; Rollo 778/2010)

5. Acciones civiles con trascendencia patrimonial contra el concursado

5.1 Ordinario sobre disminución precio compraventa por vicios ocultos

“ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.- La sociedad RTZ Operativa inmobiliaria 2006 SL interpuso ante el Juzgado Mercantil nº 1 de esta capital demanda de juicio ordinario contra la sociedad concursada Industria Apparrecchiatura Refrigerante Ibérica SA y la sindicatura del concurso en reclamación de una disminución del precio de la compraventa de unas naves industriales adquiridas por la demandante en trámite de liquidación concursal, por la existencia de vicios ocultos. Solicitaba asimismo como medida cautelar el embargo de la masa activa del concurso.
El Juzgado de lo Mercantil citado enauto de 17 de octubrepasado, inadmitió la referida demanda por considerar que, por razón de la materia, no correspondía su conocimiento al Juzgado de lo mercantil.
SEGUNDO.- Interpuesta nuevamente la demanda ante los Juzgados civiles, correspondió por turno de reparto al Juzgado de Primera Instancia 46 de esta capital el cual, después de oír al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de que la competencia correspondía a los Juzgados civiles y al solicitante que lo hizo en igual sentido, acuerda inhibirse a favor del Juzgados de lo Mercantil enauto de fecha 27 de febreropasado.
FUNDAMENTOS JURÍDICOS
PRIMERO.- Una de las obsesiones más conocidas del legislador al promulgar la Ley Concursal es precisamente la de evitar la dispersión de los intereses económicos que rodean a toda crisis empresarial mediante la concentración en el Juez del Concurso todas las facultades de resolución de los conflictos que puedan afectar al patrimonio del concursado. Elart. 8de dicho texto legal y elart. 86 ter. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado en virtud de laLey 8/2003, son claros en este sentido al atribuir al Juez del Concurso toda acción civil con trascendencia patrimonial contra el patrimonio del concursado con las excepciones que estos preceptos mencionan y que no son del caso.
En concordancia con ello elart. 50impide a los jueces no mercantiles la admisión de reclamaciones que surjan, con aquel alcance, con posterioridad a la declaración del concurso y es comprensible que así suceda porque la finalidad de tal precepto es resolver en el ámbito del concurso y sin interferencias de otros juzgados todas las cuestiones civiles o mercantiles que puedan surgir con posterioridad a su declaración y que afecten al patrimonio del concursado. No es aplicable al caso lo dispuesto enart. 51que se refiere a los procesos en trámite ya entablados con anterioridad sin que la finalidad de la facultad (más selectiva) de acumulación al concurso pueda, a nuestro parecer, extrapolarse a la interposición de reclamaciones nuevas contra el patrimonio del concursado.
En el presente caso es evidente que la reclamación afecta al patrimonio del concursado porque si se disminuye el activo, es claro que los acreedores percibirán menos dividendo. Y, sobre todo, debe observarse que la demanda va acompañada de una pretensión de medida cautelar tan comprensible en su formulación como disfuncional para el concurso como lo es el embargo de la masa activa. Pretensión cuya resolución no parece aconsejable dejar fuera de la competencia del Juez del concurso por lo que se resolverá en el sentido de atribuir la competencia a dicho Juzgado de lo

Mercantil que, en definitiva mantiene aún abierto el citado concurso.”: Auto AP Barcelona 23.04.2007 (Sección 15)

5.2 Ordinario sobre reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad contractual

“c) No es posible a través de un incidente concursal sobre inclusión de un crédito en el inventario resolver sobre la previa existencia del mismo como ya se dijo en aquel procedimiento nº 570/05 correctamente. Del mismo modo decimos en nuestra Ss de 25 de junio de los corrientes "Pero debe tenerse en cuenta que en materia de responsabilidad contractual cuando se reclaman daños y perjuicios por incumplimiento, al igual que en el caso de la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad no surge de la obligación, sino la obligación de la responsabilidad. Es decir, el hecho causante del daño da lugar a responsabilidad que puede ser o no ser exigida, y que se convierte en obligación dineraria sólo con la resolución que convierte esa responsabilidad en obligación de resarcir el daño o de pago de la sanción. Y aunque en elartículo 1.101 del Código Civilse dice queda sujeto a indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla, lo que realmente contempla es la responsabilidad de quien causa el daño y la acción para exigirla, pero la obligación no existe sin el ejercicio de la acción y ulterior decisión judicial que otorgue la tutela solicitada.
La determinación y cuantificación de dicha responsabilidad no es función de la administración concursal, ni, por lo tanto, puede ser examinado por la vía de impugnación de la lista de acreedores, que implica precisamente una revisión de las decisiones que sobre la inclusión, exclusión, importe o calificación de créditos a adoptado aquélla. Es necesario para dicho reconocimiento acudir al procedimiento correspondiente según la cuantía para que se declare su existencia, y si procede, la cuantificación de la misma."
Hemos de partir de la consideración de que la situación de concurso no cercena los derechos de los acreedores que pretenden litigar frente a la concursada. Lo único que se modificará es la forma de actuar, según se tengan las facultades de la concursada simplemente intervenidas o totalmente suspendidas (Art. 40 LC). En el primer caso, la demanda se dirigirá frente a la concursada, pero el juzgado deberá emplazar también a la administración concursal por si quiere personarse en defensa de la masa (Art. 50.2 LC). De esta forma podrían coexistir dos posiciones procesales, la de la concursada por un lado, siempre con aquiescencia de la administración concursal, y la de la administración concursal en defensa de la masa, por otro. En cambio en situaciones de suspensión de facultades delArt. 40.2 y 3 LC, será la administración concursal la única que podría comparecer representando a la concursada.
Por otra parte, el concurso también modifica las reglas de competencia objetiva habituales. No siempre se puede acudir a los juzgados habituales, sino que en ocasiones es preciso dirigir la acción al propio juzgado que tramita el concurso. Así dispone elArt. 50.1que los jueces del orden civil o social se abstendrán de conocer de la "demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley", y ello lo determina elArt. 86.ter de la LOPJque establece que:
1. Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere elArt. 17.1 de la Ley Concursal."
Por tanto, el procedimiento a seguir se formuló correctamente por la parte actora, un Juicio ordinario que por afectar al patrimonio de la concursada debe sustanciarse ante el Juzgado de lo mercantil, sin embargo, debe anularse lo actuado por infracción absoluta de las normas de procedimiento e incongruencia de la resolución en los términos delArt.225.3 y 465.3de la LEC puesto que no se trataba de un Incidente concursal (procedimiento a medio camino entre una fase escrita de contestación y un juicio verbal) sino de un juicio Ordinario, por tanto, dotado este último no sólo de mayores garantías, y también, de único cauce a través del cual se podrá declarar la resolución contractual pretendida y la condena a la concursada de una determinada cantidad de dinero, que es cosa distinta y distante de la inclusión de un crédito en el inventario, por lo demás cuestión ésta ya juzgada en firme y rechazada.”: SAP Pontevedra 26.06.2008 (JUR 2008/337601)

5.3 Incidente concursal sobre reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual

“SEGUNDO.- Conforme al contenido de la demanda, las entidades actoras encargaron a la mercantil VALMARER la ejecución de once promociones con suministro de material por cuenta y cargo del constructor conforme a los correspondientes contratos suscritos a tal efecto. Con fechas 26 y 27 de septiembre de 2006, la entidad VALMARER declara la imposibilidad sobrevenida de continuar la ejecución de las obras, firmándose al efecto entre las partes acuerdos resolutorios de los contratos con los que, a un tiempo, se entregaba la posesión de la obra a los promotores. Tras dicha circunstancia, las entidades demandantes encargan a otra empresa las obras necesarias para

terminar la ejecución de las promociones, comprobándose entonces, con ocasión de la entrada en las obras de los nuevos constructores, que las mismas adolecían de mala o defectuosa ejecución, vicios ocultos y defectos constructivos que se imputan a VALMARER y por los que reclamaban, por vía incidental en el procedimiento concursal, la cantidad total de 576.529'77 Euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, así como aquellos que por la misma causa pudieran irrogarse a los demandantes con posterioridad a la presentación de la demanda.

Pues bien, visto el tenor de la demanda, así como las disposiciones de la Ley Concursal, la Sala no acepta los razonamientos jurídicos de la resolución apelada: la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, creó los Juzgados de lo Mercantil con una competencia objetiva establecida en el artículo 86 ter de la LOPJ, y a los que atribuyó la competencia exclusiva y excluyente para conocer del proceso concursal. A su vez, el artículo 8 de la Ley Concursal (LC), viene a transcribir literalmente lo dispuesto en el citado artículo 86 ter, 1 LOPJ, siendo su finalidad la de atribuir a dichos tribunales el conocimiento pleno de todas la materias que afecten al patrimonio del deudor en orden a la tramitación de un proceso de ejecución universal, evitando innecesarios e inconvenientes fraccionamientos que incidan en los derechos e intereses de los acreedores, tal y como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la LC al señalar "la LOPJ,… atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor,… El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión".

De conformidad con tales premisas, el artículo 8. 1º LC atribuye al Juez del concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente en "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerán de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta ley", y, a su vez, en consonancia con tal atribución exclusiva, el artículo 50, rubricado "nuevos juicios declarativos", señala en su apartado 1 que los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. Por tanto, se han de entender incluidas en la rúbrica legal del artículo 8.1º LC, la generalidad de las acciones de condena, ya tengan por objeto una prestación pecuniaria –cual es el supuesto de autos-, o de hacer, o no hacer, o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero en tanto en los supuestos de cumplimiento in natura de la prestación debida procederá la sustitución en forma genérica conforme a lo prevenido en la LEC (artículos 701 y siguientes).

De este modo, y con arreglo a lo expuesto, el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, en el que se sigue el procedimiento concursal de la entidad VALMARER SL, es el competente para conocer de la referida demanda conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1º LC, debiéndose seguir para ello el trámite del incidente concursal que regula la propia Ley. Efectivamente, bajo la rúbrica "del incidente concursal", la Ley establece el cauce procesal para la sustentación de las cuestiones de índole declarativa competencia del juez del concurso (Art. 8 y 9), procedimiento que en tal sentido puede ser calificado de especial, plenario e integrador. No quedan incluidas en el incidente concursal las reclamaciones de los créditos que deben integrarse en la masa pasiva del concurso, y tal no es la intención que se persigue en la demanda inicial de las actuaciones en la que, como claramente se infiere de su tenor literal, se pretende la declaración judicial de la existencia de daños y perjuicios derivados del cumplimiento de los distintos contratos de obra suscritos por la entidad concursada.

Cuestión ajena a tales circunstancias, y de la que esta Sala solo tiene conocimiento por razón de las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso de apelación, será la relativa a la eventual comunicación que, conforme al artículo 85 de la LC, las entidades hoy actoras hayan hecho a la Administración concursal respecto de la cantidad cuya condena se predica por vía de la actual demanda contra la entidad concursada, y de la que se estimen acreedoras, pues al caso dicha "comunicación" no interfiere la presente reclamación en tanto su derecho al pago de la cantidad reclamada depende de una declaración judicial que así lo determine, a salvo claro está de la admisión que eventualmente pueda efectuarse de dicha deuda en el trámite de reconocimiento de créditos.": AAP Valencia 05.09.2007 (Auto 143/2007; Rollo 284/2007)

"SEGUNDO. Esta Sala en Auto 143/07 de 5/9/2007 dictado en el Rollo 284/2007 sobre la cuestión ahora igualmente traída a su consideración, ya dijo

"...LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, creó los Juzgados de lo Mercantil con una competencia objetiva establecida en el artículo 86 ter de la LOPJ, y a los que atribuyó la competencia exclusiva y excluyente para conocer del proceso concursal. A su vez, el artículo 8 de la Ley Concursal (LC), viene a transcribir literalmente lo dispuesto en el citado artículo 86 ter, 1 LOPJ, siendo su finalidad la de atribuir a dichos tribunales el conocimiento pleno de todas la materias que afecten al patrimonio del deudor en orden a la tramitación de un proceso de ejecución universal, evitando innecesarios e inconvenientes fraccionamientos que incidan en los derechos e intereses de los acreedores, tal y como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la LC al señalar "la LOPJ,… atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial

trascendencia para el patrimonio del deudor,… El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión".
De conformidad con tales premisas, el artículo 8. 1º LC atribuye al Juez del concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente en "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerán de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta ley", y, a su vez, en consonancia con tal atribución exclusiva, el artículo 50, rubricado "nuevos juicios declarativos", señala en su apartado 1 que los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. Por tanto, se han de entender incluidas en la rúbrica legal del artículo 8.1º LC, la generalidad de las acciones de condena, ya tengan por objeto una prestación pecuniaria –cual es el supuesto de autos-, o de hacer, o no hacer, o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero en tanto en los supuestos de cumplimiento in natura de la prestación debida procederá la sustitución en forma genérica conforme a lo prevenido en la LEC (artículos 701 y siguientes)".
De este modo y con arreglo a lo expuesto, el Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia es el competente para conocer de la actual demanda, dado el procedimiento concursal de la entidad CASEVAL SL, debiéndose en aplicación del artículo 8.1º de la Ley Concursal seguirse el oportuno incidente concursal. Bajo la rúbrica del "incidente concursal" como dijimos en la resolución citada " la Ley establece el cauce procesal para la sustanciación de las cuestiones de índole declarativa competencia del juez del concurso (Art. 8 y 9), procedimiento que en tal sentido puede ser calificado de especial, plenario e integrador. No quedan incluidas en el incidente concursal las reclamaciones de los créditos que deben integrarse en la masa pasiva del concurso, y tal no es la intención que se persigue en la demanda inicial de las actuaciones en la que, como claramente se infiere de su tenor literal, se pretende la declaración judicial de la existencia de daños y perjuicios derivados del cumplimiento de los distintos contratos de obra suscritos por la entidad concursada."
El dato de que la hoy demandante no efectuase comunicación de su crédito a la administración concursal no puede constituir obstáculo para negarle el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 Constitución Española, pues la resolución apelada no interpreta de forma correcta el artículo 95 y siguientes de esa Ley, pues al caso no se trata de impugnar créditos reconocidos o no por la administración concursal, sino el ejercicio de un acción judicial para que se reconozca un crédito que sólo tendrá virtualidad y será reconocido en el momento que en su caso se afirme por sentencia judicial, por lo que la exigencia del Juez para denegar dicha tutela judicial efectiva no es correcta y difícilmente la hoy demandante podía comunicar un crédito cuando no ostenta el mismo hasta que se le reconozca por sentencia judicial.
En consecuencia es de revocar la resolución del Juzgado que deberá acordar la admisión de la demanda con las diligencias que a tal efecto sean conducentes.": AAP Valencia 03.01.2008

5.4 Incidente concursal sobre titularidad de crédito

"Fundamentos de derecho. I. Dentro del concurso de acreedores de la entidad Iar Ibérica, S.A., y al amparo del art. 8.1º LC, la actora formula una demanda de incidente concursal por la que pretende se declare su derecho al cobro de un crédito de 213.544,67 euros que ostenta frente a la concursada. La base de la reclamación radica en que la actora es titular originaria de ese crédito y que, aunque en su día asumió esta deuda de forma cumulativa la entidad Iar Siltan SpA (matriz de la concursada), no ha existido una cesión de crédito a un tercero, y por lo tanto la actora es la única titular de ese crédito.
El juzgado de lo mercantil considera que le falta competencia objetiva para conocer de esta demanda, porque no deja de ser una mera reproducción de otra demanda anterior cuya admisión también fue rechazada por falta de competencia objetiva y esta decisión fue, a su vez, confirmada por la audiencia. En aquella ocasión se solicitaba que fuera declarada la rescisión por fraude de acreedores de la cesión de un crédito realizada por Iar Siltan SpA a Ediflow 2004 SL, que se condenara a esta última a reintegrar a Iar Ibérica SA el importe del crédito que cobró de la concursada, y a la concursada a que abonara a la actora dicho importe.
No podemos perder de vista que en este momento sólo juzgamos la competencia objetiva del juzgado que tramita el concurso de acreedores de Iar Ibérica, SA, y no otras cuestiones que una vez admitida la competencia objetiva del juez del concurso podrían surgir, como son la pertinencia de la admisión del incidente conforme al art. 194 LC, las que tienen que ver con la correcta constitución de la litis y, en definitiva, con la prosperabilidad de la pretensión de la actora. El marco normativo de este juicio sobre la competencia objetiva del juez del concurso de Iar Ibérica, S.A. para conocer de esta nueva demanda viene determinado por el art. 8 LC, en concreto por el apartado 1º, que extiende la jurisdicción del juez del concurso de forma exclusiva y excluyente para conocer de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (…)".
La demanda, tal y como es ahora formulada, pretende que se declare el derecho de la actora al cobro de un crédito por importe de 213.544,67 euros que, según aduce, ostenta frente a la concursada. Al margen, insistimos, de si dicha pretensión está lo suficientemente justificada como para poder ser estimada o no, esta pretensión no deja de dirigirse contra el patrimonio de la concursada.

Aunque pudiera parecer que se trata de la misma demanda que la anterior, que ya fue correctamente inadmitida por falta de competencia objetiva, ello no es así, pues en este caso no se ejercita una acción principal frente a terceros (rescisión de una cesión de créditos) y luego, de forma accesoria, una acción frente a la concursada. En el presente supuesto, la demanda se dirige exclusivamente frente a la concursada, respecto de la cual se pretende el reconocimiento de la titularidad de un crédito y su pago. Aunque el reconocimiento del derecho de la actora pase por un pronunciamiento sobre una relación jurídica en la que intervinieron terceras personas, y sin perjuicio de las posibles objeciones procesales que ello puede suscitar, en sí misma la acción ejercitada es distinta a la anterior y la competencia para conocer de ella corresponde exclusivamente al juez del concurso.": AAP Barcelona (Sección 15) 22.09.2008 (Rollo 340/2008)

5.5 Demanda (declarativa) de desahucio por precario

"PRIMERO.-El Auto recurrido no admite a trámite la demanda de desahucio por precario frente a la sociedad concursada por entender que -conforme al art. 8 de la ley concursal-la acción no se dirige contra el patrimonio del concursado. Así lo entiende también la Administración Concursal, pues -sin perjuicio de ejercer la acción de reintegración respecto a la nave ocupada por la concursada-, en el momento de presentar la demanda la nave pertenece a la actora y no es -por lo tanto-patrimonio de la demandada-concursada.
SEGUNDO.-El Art. 8 L.C. establece una "vis atractiva" del juez del concurso, pero más limitada respecto a los procedimientos declarativos que a las ejecuciones. Y ello porque -como se deduce de los Arts. 49 y siguientes L.C.-, lo que se pretende es la determinación lo más exactamente posible de la masa pasiva. Por lo tanto, si la acción no compromete el patrimonio de la concursada no es competencia del juez del concurso, pues el propio art. 50 L.C. establece la competencia del juez del concurso en los nuevos procedimientos que se interpongan, siempre que "deba conocer el juez del concurso", lo que devuelve al Art. 8 citado.
TERCERO.-Ahora bien, la afectación al patrimonio de la concursada no puede decidirse en el momento de determinar la competencia. Con independencia de que la nave sea o no propiedad de la actora (en tanto no se ejerciten las acciones de reintegración), el triunfo o fracaso de la acción de desahucio por precario sí afecta al patrimonio de la concursada. Pues, por el momento ostenta el uso de un bien inmueble. La denegación de su uso -o su confirmación-afectaría al patrimonio de aquélla. El concepto de "patrimonio" de los Art. 8 LC y 86 ter L.O.P.J. no se refiere exclusivamente a propiedad en sentido estricto sino a activos, en sentido económico.
En esta línea interpretativa, la S.A.P. Valencia, sección 7ª de 23-febrero-2009.
V I S T O S los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.
LA SALA ACUERDA:
Estimar el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de "Termoclub, S.A.". Y revocando el Auto de 30-9-2009, declarar la competencia del Juzgado del Concurso para conocer del procedimiento de desahucio objeto de aquél sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de ninguna de ambas instancias. ":AAP Zaragoza (Sección 5) 05.02.2010 (Auto 51/2010; Rollo 37/2010)

5.6 Demanda impugnación acuerdo social aprobación cuentas anuales

"**PRIMERO.**- Formulada demanda, a 21-abril-2010, sobre impugnación acuerdos sociales, por parte de D.Sixto, contra la entidad "Peace Boat 2004, SL", declarada en concurso, y contra la Administración Concursal de la misma, en solicitud de que se dicte sentencia que estime la presente demanda y declare:
a) la nulidad de la Junta Extraordinaria de Accionistas de la sociedad demandada de fecha 14 de agosto de 2.009;
b) la ineficacia y nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados con la misma;
c) la imposición de costas a la demandada; recayó
Auto a 23 de abril siguiente, cuya parte dispositiva dice: "Acuerdo abstenerme de conocer de la presente demanda, interpuesta por D.Sixto en nombre y representación propia contra la entidad "Peace Boat 2004 SL" y contra la "Administración Concursal de Peace Boat 2004 SL, previniendo al actor para que, de estimarlo conveniente, use de su derecho ante el Juzgado de Lo Mercantil 1 de Palma.
Todo ello sin especial pronunciamiento sobre las costas.". Contra cuya resolución se alza la representación procesal del Sr.Sixto, alegando que ha intentado impugnar los acuerdos por vía del incidente concursal ante el Juez que conoce del concurso, y después por vía de juicio ordinario ante el Juez de Lo Mercantil que por turno correspondiere, denegándose su admisión, por lo que interesa que se dicte Auto por la que se estime el recurso de apelación, se revoque elAuto de 23.04.2010 y se declare competente el Juzgado de Lo Mercantil nº 2 para conocer de la demanda por cauce del juicio ordinario con devolución del depósito. Y se impongan las costas de oficio.
SEGUNDO.- Es de destacar que, con anterioridad a laresolución recurrida, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 2 de esta Capital a 23 de abril-2010, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta Capital ya había declarado, a 29-enero.08, en estado de Concurso Voluntario a la entidad "Peace Boat 2004, SL", con intervención por parte de la Administración Concursal de las facultades de administración ydisposición de tal entidad, y que a 21-abril-2010 D.Sixto dedujo demanda sobre impugnación de

acuerdos sociales respecto de la Junta General Extraordinaria de Accionistas celebrada el día 14-agosto-09, en suplico de que se dicte Sentencia que estime la presente demanda y declare:
a) la nulidad de la Junta Extraordinaria de Accionistas de la sociedad demandada de fecha 14 de agosto de 2.009;
b) la ineficacia y nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados en la misma;
c) la imposición de costas a la demandada; siendo que
que ya la había presentado a 6-octubre-09 para ante el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 que conoce del concurso, por vía de incidente concursal, y recayó Auto de 26-marzo-10 derogatorio de competencia entendiendo que las acciones que no tengan trascendencia patrimonial deben seguir el cauce ordinario y, efectuado ello, el Juzgado de Lo Mercantil nº 2 se declara incompetente y que se use de su derecho ante el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 que conoce del concurso; deduciéndose, con tales antecedentes, una competencia negativa entre ambos Juzgados.
TERCERO - Analizados los antecedentes de forma detenida, este Tribunal no concuerda que las acciones ejercitadas no puedan tener trascendencia patrimonial, aun cuando directamente no se dirijan contra el patrimonio de la entidad concursada(art. 86.ter.1 y de la Ley Orgánica 8/2003 yart. 8 de la Ley Concursal 22/2003, en relación con losart. 40.1 y 44 de la misma Ley) máxime cuando la formulación y supervisión de las cuentas anuales viene regulada en elart. 46, cuando los administrados concursales tienen derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados y ante otros efectos que regula elart. 48 de la Ley Concursal.
Por demás, no puede olvidarse el concepto y el significado de las cuentas anuales, los documentos que las integran y su contenido, la especialidad económica de la cuenta de pérdidas y ganancias, la necesidad de su verificación y de su aprobación al reflejar la situación económica y los resultados obtenidos en cada ejercicio económico, y la importancia de la resolución sobre la aplicación de tal resultado, y del destino de los beneficios obtenidos en su caso, y de la distribución de éstos; lo cual adquiere mayor relevancia ante la inasistencia a la Junta aludida de los administrados concursales y ante un relevante contendido económico según el Orden del Día como son la aprobación de cuentas anuales de tres ejercicios sucesivos, la aplicación del resultado de los mismos y la censura de la gestión social de los ejercicios 2006, 2007 y 2008. Ante tal contexto y ámbito competencial es evidente que es competente para conocer y resolver del presente asunto el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de esta Capital, que conoce del concurso; no obstante, solicitado a través del recurso de apelación que se estime el recurso de apelación, se revoque elAuto de 23-04-2010 y se declare competente el Juzgado de Lo Mercantil nº 2 para conocer de la demanda por cauce del juicio ordinario con devolución del depósito. Y se impongan las costas de oficio, y no un expreso pronunciamiento sobre cuál de los dos Juzgados de Lo Mercantil es el objetivamente competente, procede confirmar la resolución recurrida.”: AAP Baleares (Sección 5) 28.12.2010 (JUR 2011/120408; Auto 209/2010; Rollo 467/2010)

5.7 Ordinario sobre nulidad parcial de distribución de responsabilidad hipotecaria sobre finca transmitida a tercero

“PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la representación de Pedro Antonio y Jose Manuel contra el Auto de la instancia al considerar que no corresponde la abstención decretada por la Juzgadora para el conocimiento de la demanda planteada por esta representación por entender que no encuadra su pretensión en los contenidos del artículo 8 de la Ley Concursal al no perseguir su demanda ni bienes ni derechos del concursado ni producir efecto alguno sobre su patrimonio. Al instar en su momento la declaración de nulidad parcial de una distribución hipotecaria en la que fue parte la entidad concursada, carga hipotecaria que pesa sobre un bien inmueble que actualmente forma parte del patrimonio de la parte actora y no del patrimonio de la concursada por lo que la presente demanda en nada se relaciona ni tiene efecto contra dicho patrimonio.
En todo caso la resolución adoptada por el Juzgado infringe los artículos 12 y 48 de la L.E.C., dividiéndose la contingencia de la causa; la nulidad parcial instada sobre la escritura de distribución hipotecaria suscrita en su día lo fue por dos entidades -Ipar Kutxa y Urgurun-Alde, S.L.- por tanto continuar únicamente este procedimiento contra una de las entidades y no contra ambas cuando las dos son firmantes de la escritura cuya nulidad se insta claramente produce una división de la causa que puede resultar con resoluciones contradictorias; indivisión del proceso claramente contradictorio con la necesidad de resolución cuando son las mismas acciones entabladas contra los dos demandados, provocando que no sea ajustada derecho la resolución dictada en la instancia de la que se interesa su revocación.
SEGUNDO.- Como la propia exposición de motivos de la reforma habida en materia de concurso, Ley de 23 de Septiembre de 2003, señala, la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.

Además, la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso.
En este sentido dice el CAPÍTULO II de la mencionada LEY: DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN
SECCIÓN PRIMERA. Jurisdicción y Competencia Artículo 8. Juez del concurso
Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de esta Ley."
Estimando que es de interés la resolución dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 6 de Madrid en fecha 30 de Junio de 2011, se hace necesaria su insertación para una mejor comprensión del razonamiento de este Tribunal para rechazar el recurso de apelación; así, como dice el Juzgado referido, si la "jurisdicción", entendida como potestad atribuida por la Ley a los órganos creados por Ley especialmente para dirimir de modo imparcial e independiente las controversias -juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado-, se configura como el primero de los presupuestos de un proceso válidamente celebrado, resulta que la " competencia " se configura como el segundo de tales presupuestos procesales; de tal modo que mientras la jurisdicción es única y « se atribuye » tal potestad -emanada de la soberanía popular y por ello única e indivisible- de modo igual a todos los órganos judiciales, la competencia « se reparte » entre tales órganos, entendida como ámbito -determinado por norma con rango de Ley- donde el órgano ejerce válidamente su actividad jurisdiccional, atendiendo a las materias, a las distintas actividades procesales y al territorio.
En tal distribución competencial el primero de los pasos es la determinación del orden jurisdiccional competente para el conocimiento de la pretensión de tutela judicial, siendo el segundo de tales pasos -una vez determinado el primero- la fijación de la materia y su atribución a determinados órganos.... expuestos de modo sucinto los presupuestos esenciales e iniciales del proceso válido, resulta que los Juzgados de lo Mercantil son órganos dotados de jurisdicción e insertos por disposición legal en el orden jurisdiccional civil (art. 9.1 y 2 L.O.P.J. EDL 1985/8754? art.9.1 EDL 1985/8754 art.9.2 EDL 1985/8754), cuya competencia se extiende a las pretensiones de tutela judicial que por Ley se les encomiendan; de tal modo que existiendo diversidad de órganos dentro del mismo orden jurisdiccional, atendiendo a la cuantía o a la materia se atribuye por Ley el conocimiento de las pretensiones entre los múltiples órganos judiciales; criterio legal de distribución que resulta de derecho necesario, inderogable por disposición de las partes y no sujeto a pacto, transacción
o sumisión...".
Dicho lo anterior, resulta que el art. 86.ter.1. L.O.P.J. EDL 1985/8754 atribuye a los Juzgados Mercantiles el conocimiento de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora, añadiendo en su apartado 1º que en todo caso será competente en las materias concursales que señala, entre las que se indican las acciones civiles con trascendencia patrimonial contra el patrimonio de la concursada, reiterando el art. 8 L.Co. el carácter exclusivo y excluyente de tal competencia objetiva; disponiendo el art. 61.2 y 62 L.Co. que la competencia del Juez del concurso se extenderá a las acciones de resolución de los contratos tanto por causa de incumplimiento como por causa de interés concursal, sea cual fuere la parte incumplidora, que se tramitará por los cauces del incidente concursal.
Resulta de ello que si bien es regla general que la competencia del Juez del concurso se limita a las acciones de trascendencia patrimonial contra el patrimonio del deudor concursado (-en cuanto éste aparezca en posición de demandado-), no siendo por regla general competencia del Juez del concurso las acciones de contenido patrimonial iniciadas por la concursada después de la declaración del concurso frente a terceros, es excepción a dicha regla la acción resolutoria del contrato que la concursada dirija frente a tercero, sea por interés del concurso o por incumplimiento de la contraparte; como ocurre en el presente caso donde siendo arrendadora la concursada y habiendo cumplido sus obligaciones contractuales, la solicitud de resolución se basa en el incumplimiento contractual del arrendatario demandado.
Y si puede y debe afirmarse esa competencia objetiva del Juzgado Mercantil para el conocimiento de la pretensión resolutoria por incumplimiento a instancia de cualquiera de las contratantes (-siempre que una de ellas esté declarada en concurso-), puede y debe afirmarse idéntica competencia objetiva para el conocimiento y tramitación de la demanda reconvencional que la demandada pueda ejercitar en idéntica pretensión resolutoria por incumplimiento que imputa a la contraparte, fijando el Juez del concurso la existencia
o de incumplimiento, su atribución subjetiva y las consecuencias económicas de dicha resolución, en su caso.
TERCERO.- Tras la disertación anterior y partiendo del contenido regulado en el artículo 8 de la Ley concursal antes transcrito; entiende esta Sala que dirigida acción contra la empresa concursada en base y fundamento a sostener que concurre nulidad parcial de la escritura de distribución de hipoteca que formaliza con la codemandada Ipar Kutxa, es de estimar que la resolución recurrida resulta procedente en derecho; y ello porque en su caso y de los antecedentes de la demanda, fundamenta la ahora recurrente su pretensión de petición de nulidad frente a la concursada al entender que

constituyó hipoteca sobre bienes que fueron transmitidos a los ahora actores en virtud de escritura de venta del terreno con permuta de viviendas construidas.; en el fondo articula frente a la excluida del conocimiento de la demanda un incumplimiento contractual cuyo conocimiento por disposición legal corresponde de forma exclusiva y excluyente al Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso, así se ha razonado en relación a los artículos de la L.O.P.J. y L.C.; en este sentido si que apreciamos que el patrimonio de la concursada pueda verse afectado en cuanto que el mismo resultara relacionado con la declaración de validez o no de la hipoteca que constituyó; por cuanto o bien frente al actor o bien frente al codemandado siempre resultaran efectos de las declaraciones que la resolución que se dicte contenga, al recaer sobre responsabilidades que afectan al patrimonio de la concursada; en cuanto a la alegación de división de la causa de pedir al poder recaer resoluciones contradictorias en relación a cada codemandada, sostener que resultara que el análisis de la absolución o no de cada codemandada frente a la acción dirigida en demanda se hara desde vertientes diferentes porque como se ha razonado la actora sostiene existencia de vínculo contractual con la empresa declarado en concurso e inexistencia de relación jurídica alguna solo devenida de la constitución de hipoteca de áquella con la codemandada Ipar Kutxa, según alegación de esta codemandada.
En conclusión, entendemos acertada y ajustada a derecho la resolución recurrida, ratificándose la misma.”: AAP Vizcaya (Sección 3) 15.12.2011 (Auto 575/2011; Rollo 378/2011)

5.8 Demanda de desahucio arrendaticio por impago

“PRIMERO.-El demandante recurre en esta apelación contra el auto del Juzgado de Primera Instancia que aceptó el criterio de la entidad demandada y del Ministerio Fiscal sobre su falta de competencia objetiva para el conocimiento de una demanda de desahucio arrendaticio por falta de pago de rentas, interpuesta después de la declaración del concurso de acreedores de la demandada, aunque parte de los impagos fuesen anteriores. Se sostiene en el recurso que el proceso ha de continuar con base en los artículos 51 y 55 de la Ley Concursal que recogen el principio de no suspensión de los juicios declarativos y solo de la ejecución contra el patrimonio de la concursada, no reclamándose en la demanda cantidad alguna sino el desahucio del local del actor, que tampoco sería el domicilio social de la demandada. La parte demandada alegó en contra del recurso y en apoyo del auto apelado, añadiendo que el local es necesario para la actividad de la empresa.
SEGUNDO.-Se desestima el recurso. El artículo 55 de la ley citada se refiere a ejecuciones o apremios y el 51 al caso de demanda anterior en tramitación a la declaración del concurso. No son pues aplicables al que nos ocupa, según las circunstancias apuntadas más arriba. El 50.1 permite demandas declarativas civiles posteriores al inicio del concurso, pero siempre que no corresponda su conocimiento al Juzgado Mercantil del concurso, en cuyo supuesto el de Primera Instancia se abstendrá, previniendo a las partes que usen de su derecho ante aquél, ordenándose el archivo de lo actuado y careciendo de validez las actuaciones que se hubieren practicado. Por su parte el artículo 86-ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 8 de la Ley Concursal relacionan las materias que en todo caso son competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, y entre ellas, las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (salvo procesos sobre estado civil o menores), aunque también conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora (86-ter.1 punto inicial). El artículo 61 LC se refiere a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, así como a su posible resolución en interés del concurso. Y el 62 a la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes por ambas partes por incumplimiento de cualquiera de ellas posterior a la declaración del concurso, o incluso anterior en los de tracto sucesivo, disponiendo su nº 2 que "la acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal", sin perjuicio de su nº 3 sobre la posibilidad de que el juez acuerde pese a ello el cumplimiento en interés del concurso. Finalmente decir que el artículo 70 también mencionado en el auto apelado, sobre enervación del desahucio y rehabilitación de la vigencia del arrendamiento urbano, se refiere a concursos declarados después de la interposición de la demanda de desahucio. Añadir que los contratos de arrendamiento son de naturaleza bilateral y tracto sucesivo. Por todo lo dicho, podemos concluir con el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (28ª) de 25/9/2009 (aunque sobre una cuestión de competencia referida a un lanzamiento arrendaticio) distinguiendo dos supuestos en relación a los efectos del concurso respecto a los juicios de desahucio contra el concursado: "El primero de ellos es aquél en el que la acción se ejercitase con posterioridad a la declaración de concurso, en cuyo caso deberá conocer de ella el Juez del concurso, reconduciéndose bien al cauce procesal previsto para la resolución de contratos en los artículos 61 y 62 de la LC (para los fundados en la falta de pago u otras causas resolutorias) o bien al de separación de bienes de propiedad ajena del artículo 80 de la LC (en los supuestos de expiración de plazo o ante el alegato de la concurrencia de otro motivo de pérdida o carencia del derecho a poseer). La ulterior ejecución de lo resuelto se residenciaría, como es obvio, ante el propio Juez de lo Mercantil. El otro supuesto es aquél en el que la acción ya se hubiese ejercitado con anterioridad a la declaración de concurso, en cuyo caso deberá seguir tramitándose ante el Juzgado de Primera que ya estuviese conociendo de ella hasta alcanzar la firmeza de sentencia, según se desprende del artículo 51 de la LC. El problema se plantea (...) a propósito de a qué órgano se atribuiría la competencia para realizar el lanzamiento en ejecución de esta sentencia de desahucio".: AAP La Coruña (Sección 4) 12.05.2011 (Auto 58/2011; Rollo 165/2011)

5.9 Petición de inventario para liquidación de sociedad de gananciales

“PRIMERO.-La presente cuestión de competencia negativa se plantea entre el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Alicante (Familia) y el Juzgado Mercantil n.º 2 de la misma localidad y viene referida a la que se deriva de la presentación de petición de inventario para liquidación de sociedad de gananciales que en principio el primero de ellos defirió al segundo al estimar cuestión de competencia por declinatoria planteada por el esposo. El Juzgado Mercantil dictó una inicial providencia con fecha 28 de octubre de 2011 inadmitiendo el asunto y acordando su devolución al de Familia, lo que ha motivado las resoluciones a que se hace referencia en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
SEGUNDO.-Con carácter previo al examen de la cuestión de competencia, debe destacarse la incorrecta actuación procesal del Juzgado Mercantil, con infracción de lo establecido en los arts. 206.1.2 ª, 46, 60.2 y 3 y 67 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no solamente por haber adoptado su decisión en dos ocasiones mediante providencia, cuando lo preceptivo en estos casos es la forma de auto, sino también porque en la primera de las ocasiones, cuando se le remitieron las actuaciones con la decisión sobre declinatoria de jurisdicción, debió plantear ya la cuestión ante esta Audiencia, evitando más dilaciones en el procedimiento.
TERCERO.-Supuesto lo anterior, este Tribunal tampoco comparte la decisión del Juzgado Mercantil porque dentro de las excepciones del precepto en que se fundamenta su decisión, art. 8.1º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado en los procesos sobre matrimonio a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no se encuentra la que es objeto de procedimiento, que está incluida en el título II del referido Libro IV (capítulo II, del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, arts. 806 a 811). Esta conclusión se corrobora por lo establecido en al art. 21.1 de la referida Ley especial cuando regula el contenido del auto de declaración de concurso que puede comprender, según su ordinal 7.º, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el art. 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales.
CUARTO.-De lo expuesto debe decidirse que una correcta aplicación de los preceptos indicados determina la atribución de la competencia objetiva del Juzgado Mercantil para el conocimiento del asunto.”: AAP Alicante (Sección 5) 19.01.2012 (Auto 7/2012; Rollo 721/2011)

6. Expediente de consignacion

6.1 No es una acción contra el concursado. Corresponde al JPI

Tribunal Supremo

“I. ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.-En fecha 10 de mayo de 2012 se interpuso ante el Juzgado Mercantil 1 de Valladolid por la representación procesal de "RED ELÉCTRICA ESPAÑOLA S.A.U.", con domicilio en el paseo Conde de los Gaitanes 177, 28109 de Alcobendas, expediente de jurisdicción voluntaria de consignación judicial de cantidades frente (entre otras) a "BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A.", designándose como domicilio social de esta la Calle Francisco Hernández Pacheco nº 14, 47014 de Valladolid, argumentado que el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcobendas se había declarado incompetente objetivamente para conocer del citado expediente, al encontrarse BEGAR en situación de concurso de acreedores y corresponder el conocimiento al Juzgado Mercantil de Valladolid.
SEGUNDO.-El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid, que registró el expediente con el nº 169/12, dado traslado al actor y al Ministerio Fiscal, dictó auto de fecha 5 de junio de 2012 en el que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, no se consideraba competente para conocer del expediente en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 LC y 86 ter 1.1. de la LOPJ, por no tratarse de una acción que se dirija contra el concursado y, además, porque BEGAR ya no está en concurso propiamente, al haberse aprobado en sentencia la propuesta de convenio presentada. La parte actora en el expediente formuló recurso por defecto de jurisdicción, el cual se remitió a la Sala de Conflictos de Jurisdicción de este Alto Tribunal.
TERCERO.-Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por el Ilmo. Sr. Secretario de Gobierno se dictó decreto por el que se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera, por tratarse de un conflicto entre órganos de un mismo orden jurisdiccional.
CUARTO.-Remitidas las actuaciones a esta Sala, que las registró con el nº 173/2012, personada ante la misma la parte actora por medio del procurador D. JACINTO GÓMEZ SIMÓN, nombrado ponente el que lo es en este trámite y pasadas aquéllas para informe al Ministerio Fiscal, éste ha dictaminado que el Juzgado competente para conocer de la demanda es el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcobendas.
HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D. Antonio Salas Carceller.
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO
ÚNICO.-La presente cuestión de competencia objetiva, suscitada entre el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid y el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcobendas, a iniciativa del primero, y que se centra en determinar cuál de dichos órganos jurisdiccionales es el competente para el conocimiento de la causa, ante la existencia de un procedimiento concursal anterior en que ha recaído sentencia firme

de aprobación del convenio, debe resolverse, conforme dictamina el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar competente al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcobendas pues, el art. 8 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio dispone que "...La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.. ", no encontrándonos en este supuesto con una acción "contra el patrimonio del concursado", sino ante un expediente de jurisdicción voluntaria, en el que no hay un demandante y un demandado propiamente dichos, al no existir controversia y no ser de aplicación el art. 50 del mismo texto concursal que señala que " 1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso ".
Además de lo afirmado, ha de tenerse en cuenta que BEGAR ya no se encuentra en concurso propiamente dicho, habiéndose de estar a lo dispuesto en el art. 133.2, conforme al cual desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, y ponerlo en relación con lo establecido en el art. 143.2 y con el art. 141.3 y 4, que determinan la apertura de la fase de liquidación del concurso en caso de incumplimiento del convenio, y la aplicabilidad durante esa fase de liquidación de las normas contenidas en el título III de la Ley como dispone el art. 147, lo que permite concluir que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio.”: ATS 30.10.2012 (Recurso 173/2012)

“I. ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.- En autos de consignación judicial ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcobendas (Madrid), que los registró con el nº 1153/2011, este Juzgado dictó auto de fecha 12 de diciembre de 2011 en el que acordó: "Se declara la falta de competencia objetiva para el conocimiento del presente expediente de jurisdicción voluntaria, acordándose el archivo de las presentes actuaciones, con desglose de documentos y devolución de la cantidad consignada. Se declara que el competente es el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid (o el que conozca del concurso de BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. para el caso de que haya cambiado). Notifíquese a las partes personadas la presente resolución".
SEGUNDO.- Como consecuencia de lo resuelto en el anterior auto, por la representación procesal de "RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, SAU" se presentó en fecha 10 de mayo de 2012 escrito promoviendo Expediente de Jurisdicción Voluntaria de Consignación de la cantidad de 25.068,63 euros, derivada de contrato de arrendamiento de obras y servicios, frente a las entidades "BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.", contratista, y "CONSTRUCCIONES Y EDIFICACIONES URBANAS EDICO, S.L.", "CONSTRUCCIONES COROCAST 2004, S.L.", "SARU CONSTRUCCIONES, S.L." y "LAYEGAS, S.L.", todas ellas subcontratistas, ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid, que lo registró con el nº 170/2012 y dictó providencia de 15 de mayo de 2012 acordando oír a la instante del expediente y al Ministerio Fiscal sobre la posible falta de competencia objetiva de dicho Juzgado para conocer del asunto en atención tanto a que no estaría encuadrada la misma en el art. 8.1 LC por no ser "acción contra el patrimonio de la concursada", como sobre todo porque la mercantil "BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A." ya no estaría propiamente en concurso, al haberse aprobado el convenio en sentencia, con los efectos del art. 133 LC.
TERCERO.- Con fecha 5 de junio de 2012 el titular del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid dictó auto por el que, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal y en contra de lo pretendido por la instante del expediente, declara "Se inadmite a trámite por incompetencia objetiva de este juzgado, la solicitud formulada por el/la Procurador/a de los Tribunales don CONSTANCIO BURGOS HERVAS en nombre y representación de RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA S.A.U., de expediente de jurisdicción voluntaria de consignación judicial de deuda, pudiendo el interesado promover el mismo ante el Juzgado de Primera Instancia que corresponda".
CUARTO.- Contra el anterior auto de 5 de junio pasado la representación procesal de "RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, SAU" presentó escrito formulando recurso por defecto de jurisdicción, que se tuvo por interpuesto mediante providencia de fecha 9 de julio de 2012, por la que igualmente se acordó remitir las actuaciones a la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo.
QUINTO.- Recibidas las actuaciones en la Sala Especial de Conflictos de Competencia, que las registró con el nº 26/2012, se dictó decreto de fecha 17 de julio de 2012 acordándose remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo para la oportuna resolución del conflicto, al estar este planteado entre dos órganos del mismo orden jurisdiccional civil y ser el órgano inmediato superior común de ambos.
SEXTO.- Remitidas las actuaciones a esta Sala, que las registró con el nº 172/2012, nombrado ponente el que lo es en este trámite y pasadas aquéllas para informe al Ministerio Fiscal, éste ha dictaminado que el Juzgado competente para conocer del expediente de jurisdicción voluntaria de

consignación es el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcobendas, dado que la entidad promotora de dicho expediente tiene su domicilio social en la ciudad de Alcobendas.
HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D.Francisco Marin Castan.
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO
ÚNICO.- La presente cuestión de competencia, suscitada entre el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid y el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcobendas, a iniciativa del primero, y que se centra en determinar cuál de dichos órganos jurisdiccionales es el competente para el conocimiento de la causa, ante la existencia de un procedimiento concursal anterior en que ha recaído sentencia de aprobación del convenio, debe resolverse en el sentido de considerar competente al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcobendas pues, si bien ciertamente la aprobación del convenio no supone la conclusión del concurso, que queda condicionada a la declaración firme de su cumplimiento (art. 176.1.2º en relación con art. 141 LC), no es menos cierto que la consignación para pago de una deuda al concursado no puede entenderse comprendida entre las materias a las que, de conformidad con el art. 8 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, se extiende la jurisdicción del juez del concurso, no pudiéndose encuadrar, por razones obvias, dentro de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...", a que, concretamente, se refiere el apartado 1º de dicho precepto, como tampoco puede entenderse comprendido un expediente de jurisdicción voluntaria de consignación para pago entre los procedimientos a que se refiere el art. 50 del mismo texto concursal cuando declara que "1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso", acción de consignación y expediente de jurisdicción voluntaria que carecen de efectos negativos para el patrimonio del deudor.”: ATS 04.12.2012 (Recurso 172/2012)

6.2 Tesis contraria

“PRIMERO.- En este expediente se produce la consignación de la deuda que mantiene Hermanos García S.A. con la concursada Sutegui S.L., y que consta inventariada en el Informe de la Administración Concursal, en atención a lo resuelto por este Juzgado de lo Mercantil, que es el del concurso, en su providencia de 27 de diciembre de 2006.
En primer lugar, este Juzgado es competente para atender a una consignación liberatoria de una obligación de tercero que es crédito en la masa del concurso del que conoce ex art. 86.ter.1.1º LECO, en tanto que es una voluntaria integración de dicha masa, cuyo destino supone conocer incidentalmente de reclamaciones patrimoniales de acreedores concursales frente al concursado.”: Auto JM-2 Bilbao 19.03.2007 (Concurso 296/2006)

7. Acto de conciliación

7.1 No es una acción contra el concursado. Corresponde al JPI

AP Madrid (Sección 28)

PRIMERO. Con carácter previo hemos de señalar que, dada la falta de una previsión específica para el caso de competencia objetiva, debe aplicarse al conflicto negativo de competencia lo previsto para la competencia territorial en el artículo 60.2 º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que, conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de ser resuelto por el órgano inmediato superior común (en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid).
Promovida demanda de conciliación por AMADEUS SOLUCIONES TECNOLÓGICAS, S.A. frente a la concursada VIAJES MARSANS, S.A. el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid consideró que la competencia para conocer de la misma correspondía al Juzgado en el que se sustanciaba el concurso de VIAJES MARSANS, S.A. al amparo de lo dispuesto en el artículo 8.1 º, 50 y 55 de la Ley Concursal.
Reproducida la presentación, esta vez ante los Juzgados de lo Mercantil, el Juzgado de lo Mercantil ante el que se sustanciaba el referido concurso declaró su falta de competencia objetiva para conocer de la papeleta de conciliación. En lo sustancial, se funda la resolución dictada en que el Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, relativo a los actos de conciliación, mantiene su vigencia en tanto no entre en vigor la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, conforme a lo dispuesto en la disposición derogatoria única, apartado 1º, regla 2ª, de la LEC 1/2000. Los artículos 460 y ss. LEC 1881 atribuyen la competencia para el conocimiento de los actos de conciliación a los Jueces de Primera Instancia. Por su parte el artículo 85 LOPJ atribuye a los Juzgados de Primera Instancia competencia para conocer de los juicios que no vengan atribuidos por dicha Ley a otros Juzgados, incluyendo en su apartado segundo los actos de jurisdicción voluntaria en los términos que prevean las leyes. Concluye el auto señalando que, con independencia de la materia, la competencia objetiva para celebrar actos de conciliación corresponde a los Juzgados de Primera Instancia o de Paz territorialmente competentes.
Como hemos señalado en nuestro Auto de 18 de julio de 2011 (R. 303/2011), este tribunal ha remarcado en precedentes resoluciones que la atribución competencial a los Juzgados de lo Mercantil

que se contempla en el artículo 86 ter de la LOPJ lo es por materias y no por tipo de procedimientos. De manera que lo que determina que deba conocer el Juzgado de lo Mercantil es que el litigio verse sobre alguna de las específicamente incluidas en el catálogo del citado precepto legal, con independencia del cauce procesal por el que deba ventilarse la contienda, quedando el resto de las materias civiles para el Juez de Primera Instancia (artículo 85.1 LOPJ).
Ahora bien, respecto de las conciliaciones nos hemos pronunciado en precedentes ocasiones -autos de 11 de octubre y 8 de noviembre de 2007- en el sentido de que este criterio no resulta extrapolable a los actos de conciliación, aunque el sustrato de los mismos sea materia que pueda originar en el futuro en alguno de los procesos previstos en el artículo 86 ter de la LOPJ, precisamente, porque en el caso de aquéllos no existe todavía un litigio planteado ni cabe que se dicte resolución judicial que aborde el estudio de la contienda por parte de un juez especializado en la materia, ya que el que ha de intervenir se limita a ejercer una función de mediación. Así se desprende, también, del criterio seguido por la Sala 1ª del TS en su auto de 19 de diciembre de 2003, que remarca que la papeleta - que no demanda - de conciliación ni constituye el ejercicio de pretensiones, ni conduce a la iniciación de un proceso. De ahí que no pueda reprocharse al Juez de lo Mercantil que se haya atenido a la previsión literal de los artículos 460 y ss. de la LEC de 1881 (aplicable en virtud de la Disposición Derogatoria Única nº 1.2ª de la LEC 1/2000) que contienen una atribución de competencia objetiva a favor del Juez de Primera Instancia, o en su caso, el de Paz, vinculada a otra de competencia territorial, pues ha de serlo, además, el correspondiente al domicilio del demandado. Se trata, como también remacha el citado auto del Tribunal Supremo, de una norma de orden público, apreciable de oficio - artículo 48.1 LEC 1/2000 -, que ha de ser objeto de interpretación estricta, atendidos los principios de legalidad procesal y predeterminación legal de la competencia (artículos 1 y 44 LEC 1/2000). Es más, el artículo 476 de la LEC de 1881 (aplicable en virtud de la Disposición Derogatoria Única nº 1.2ª de la LEC 1/2000), al referirse a la ejecutabilidad de lo convenido en el acto de conciliación, contempla la posibilidad de que el contenido sobre el que hubiese versado no se correspondiese con el de un asunto atribuido a la competencia del Juez que la hubiese celebrado. Lo cual viene a reforzar el criterio de que el Juez de Primera Instancia, en el ejercicio de esta labor preprocesal mediadora, puede celebrar actos de conciliación sobre materias que, en caso de haberse planteado litigio, hubiesen sido competencia del Juez de lo Mercantil.
Y lo expuesto debe extenderse a los preceptos citados de la Ley Concursal, en tanto en los actos de conciliación no se promueve contienda alguna, ni tales preceptos contemplan el conocimiento de los mismos por el Juez que conoce del concurso.
SEGUNDO. En atención a lo expuesto, procede declarar competente para el conocimiento de la demanda interpuesta al Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid.”: AAP Madrid (sección 28) 12.11.2012 (Auto 155/2012; Rollo 452/2012)

8. Acción de nulidad de laudo arbitral: no corresponde al juez del concurso sino a la AP, ex art. 8.5 LA

“UNICO Elart. 8.5 de la Ley 60/03 de 23 de diciembre de Arbitraje establece que "para conocer de la Acción de Anulación del Laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquel se hubiera dictado".
Elart. 82,2,2 apartado segundo de la LOPJ dispone "Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden civil : De los recursos que establezca laley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo mercantil, salvo las que se dicten en incidentes concursales que resuelvan cuestiones de materia laboral, debiendo especializarse a tal fin una o varias de sus Secciones, de conformidad con lo previsto en elartículo 98 de la presente Ley Orgánica ".
Delart. 82,2,2 de la LOPJ claramente resulta que la competencia y especialización de esta Sección de la Audiencia Provincial lo es para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas en Primera Instancia por los Juzgados de lo Mercantil, competencia por tanto circunscrita exclusivamente a la Segunda Instancia o apelación de las resoluciones dictadas por dichos Juzgados, entre las que no se encuentran las dictadas por Tribunales Arbitrales, siendo además la competencia atribuída por la Ley de Arbitraje a la Audiencia Provincial fuere cual fuere la materia sobre la que recayere el Laudo, y en única instancia.
Resulta pues evidente que la competencia para conocer de la nulidad del Laudo Arbitral no se encuentra comprendida en especialización alguna (se insiste, fuere cual fuere la materia sobre la que versare el laudo, que en este caso es un contrato de obra), y que, habiéndose repartido el Asunto a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial es a ésta a la que corresponde el conocimiento del asunto.
De otra parte no puede sostenerse que por el hecho de ser parte en el procedimiento arbitral una persona jurídica declarada en concurso la materia objeto del litigio sea "concursal", como sin más razón se expresa en el Auto de la Sección Tercera, y es que la razón por la que elart. 86 ter de la LOPJ atribuye al Juzgado de lo mercantil "las acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado "se encuentra no en que sea Juez de lo Mercantil sino en que es EL JUEZ DEL CONCURSO, calidad que nunca concurrirá en una Sección de la Audiencia Provincial.
Podría haberse planteado, como se hizo en su momento ante el Juzgado de lo Mercantil al que inicialmente se presentó la demanda, si entre "las acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado" se encuentra la de nulidad de un laudo arbitral, e

hipotéticamente si pese a la literal dicción del art. 8.5 de la Ley de Arbitraje podría ser competente para el conocimiento del asunto el Juez unipersonal al que se le atribuye el conocimiento del Concurso, pero en ningún caso puede fundarse en estos preceptos que la competencia corresponda a una u otra Sección de la Audiencia Provincial.
Sobre esta cuestión comparte esta Sección la conclusión a la que llegó el Juzgado de lo Mercantil y el Ministerio Fiscal que informó sobre ella sobre que atribuyéndose la competencia con claridad al órgano colegiado en única instancia no juega la "vis atractiva" de la competencia del Juez del concurso órgano unipersonal cuyas resoluciones se encuentran sometidas a impugnación en recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.
En suma, se atribuye la competencia a la Audiencia Provincial sin que la Ley de Arbitraje haga mención a especialización alguna por razón del objeto del Laudo Arbitral o en situacion concursal en que pueda encontrarse alguna de las partes sujetas al proceso arbitral, correspondiendo el conocimiento del asunto A QUIEN LE FUE REPARTIDO.
Por lo tanto, habiéndose repartido el procedimiento a la Sección Tercera a ella corresponde su conocimiento y en virtud de lo expuesto": AAP Las Palmas (Sección 4) 07.05.2010 (JUR 2011/10362; Auto 146/2010; Rollo 88/2010)

- 2.º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

  [Párrafo final del art 8.2º añadido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)

  En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en curso a la fecha de su entrada en vigor, para la tramitación del expediente y adopción de las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo. (Disposición transitoria séptima, 1, Ley 38/2011).

Por suspensión colectiva se entienden las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo.

Art. 8.2º

1. Competencia de juez del concurso para las acciones sobre contratos de alta dirección

"2. ¿Se acumulan al concurso los procedimientos de despido de altos directivos?
Aun cuando el artículo 8.2ª de la LC atribuya al Juez del Concurso el conocimiento de las acciones de suspensión o extinción de contratos de alta dirección, de forma unánime se considera que debe ponerse el precepto en relación con el artículo 65, precepto que permite a la administración concursal, por propia iniciativa o a instancias del deudor, extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección. Por todo ello, a pesar del tenor literal del artículo 51, los procedimientos de despido de altos directivos no se acumularán al concurso. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDASESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 2

1.1 Corresponde excepcionalmente al Juzgado de lo Social si además de concursado se demanda a terceros

Tribunal Supremo (Sala Conflictos)

"FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- *Pretensiones y alegaciones de los órganos en conflicto y del Ministerio Fiscal.*
1. El Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid considera competente al Juez de lo Mercantil que viene conociendo del concurso de acreedores de la sociedad empleadora del demandante, al entender, en síntesis, que la competencia para extinguir los contratos de trabajo de alta dirección, cualquiera que sea la causa de extinción, corresponde a la administración concursal (en ningún caso al deudor concursado) y al juez del concurso la impugnación de la decisión adoptada por aquella. Recuerda al respecto la atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente al juez del concurso para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto, entre otros supuestos, la suspensión o extinción de los

contratos de alta dirección, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en lo sucesivo, LC).
2. El Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, por su parte, se considera incompetente como consecuencia de que en la demanda no solo se pretende la condena de la entidad concursada y de la administración concursal, sino que, además, se solicita la condena solidaria de otra empresa que se afirma que forma parte del mismo grupo y de dos personas físicas que se alega que se han aprovechado fraudulentamente de la forma societaria para eludir sus responsabilidades. Señala el juez del concurso que carece de competencia para efectuar un pronunciamiento extensivo de condena por responsabilidad solidaria de las empresas del grupo y que carece de competencia para conocer de una acción de extensión de responsabilidad por fraude de los apoderados de la concursada.
3. El Ministerio Fiscal ha informado en el sentido de entender que la competencia corresponde a la jurisdicción social, ya que la demanda interpuesta excede del ámbito de competencia del juez del concurso, como se pone de manifiesto en los razonamientos articulados en los autos de esta Sala Especial 30/2011, de 6 de julio, 8/2012, de 16 de marzo, y 17/2014, de 24 de septiembre, dictados sobre la misma cuestión y entre los mismos órganos en conflicto.
SEGUNDO.- *Atribución de la competencia a favor de la jurisdicción social.* El conflicto planteado suscita un importante conflicto normativo:
Por una parte, los órganos jurisdiccionales del orden social son los competentes para conocer, como regla general, de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva (artículo 1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en lo sucesivo, LRJS), entre las que se encuentran las cuestiones litigiosas promovidas entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, con la salvedad de lo dispuesto en la LC (artículo 2 LRJS).
Por su parte, en lo que aquí interesa, el artículo 86 ter. 1. 2.º LOPJ, añadido por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, reproducido por el artículo 8 de la LC, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer, entre otras, de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.
El demandante, D. Carlos Ramón, Consejero Delegado de la mercantil Negocio & Estilo de Vida, S.A., es personal de alta dirección, por lo que, conforme a lo dispuesto en los artículos 86 ter de la LOPJ y 8 de la LC y al resto del marco normativo citado, cabría entender que la competencia para conocer de la demanda por él interpuesta corresponde al juez del concurso, como órgano que tiene excepcionalmente atribuida la jurisdicción para conocer de la extinción del contrato de alta dirección.
Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la demanda promovida no solo ejercita la acción frente a la concursada, sino también frente a otra empresa del mismo grupo y frente a dos personas físicas que, según se afirma, se han aprovechado fraudulentamente de la forma societaria para eludir sus responsabilidades.
Es este un supuesto en el que la excepcional competencia atribuida al juez del concurso ha de ceder a favor de la general de los órganos de la jurisdicción social. Así:
1. La acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada, como deudor, y los acreedores.
2. Este análisis ya ha sido abordado previamente por la doctrina de esta sala, que, con ocasión de la interpretación del incidente concursal laboral contemplado en el artículo 64.10 de la LC, en los autos 24/2011, de 6 de julio (conflicto 23/2010) y 30/2011, de 6 de julio (conflicto 19/2011), se declaró que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirija « *contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre (conflicto 3/2007), la demanda sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, el [objeto] contemplado en el artículo 64.10 de la Ley Concursal* ».
3. Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado, en el que la demanda se ha dirigido de forma acumulada contra la empleadora concursada y contra otra sociedad no declarada en concurso, por configurar junto con la primera un grupo empresarial, y contra dos personas físicas vinculadas a dichas sociedades, sin que se haya acreditado fraude de ley o procesal en la declaración del concurso, procede atribuir la competencia para conocer de la demanda acumulada de extinción del contrato de trabajo y de reclamación de cantidad a los órganos de la jurisdicción social, que la mantienen de modo genérico fuera de los excepcionales supuestos de competencia del juez del concurso, y, en concreto, a favor del Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid.”: *ATS 09.12.2015 (Auto 25/2015; Conflicto 25/2015)*

“RAZONAMIENTOS JURÍDICOS
PRIMERO.- Pretensiones y alegaciones de los órganos en conflicto y del Ministerio Fiscal.
1. El Juzgado de lo Social núm. 2 de Cartagena, tras relatar en los "antecedentes de hecho" del auto de 2 de septiembre de 2015 las circunstancias fácticas que entiende concurrentes, entre las que cabe

destacar que, según dice, la solicitud de concurso de la empresa Key Mare Inversiones y Participaciones, S. L. "es de 2 de septiembre de 2013" (antecedente de hecho 5°), considera competente al Juez de lo Mercantil, pues, por un lado, según sostiene de modo literal, "se trataría de extinción de contrato laboral de alta dirección sin perjuicio de que la demandada niegue toda relación laboral pero de las afirmaciones de la propia parte actora y en virtud de los citados preceptos [arts. 8.2 y 50 Ley Concursal] es [el] competente", y añade además, por otro lado, que "el cese del 8 de octubre y posterior baja en seguridad social, es posterior a la fecha de solicitud de concurso" de aquella mercantil. Recuerda al respecto la atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente al juez del concurso --literalmente-- "en relación a lo reclamado en las presentes actuaciones en materia de despido pues ya al momento del considerado primer despido por el demandante ya había inicio de concurso de acreedores (...) y en relación a la acción de cantidad queda la misma suspendida a resultas de que se dirima la relación del actor y en su caso la extinción sin perjuicio que el actor formule nueva demanda al respecto sobre la cantidad reclamada".

2. El auto de 3 de noviembre de 2015 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Almería, por su parte, con cita del art. 93 de la LOPJ y partiendo también del art. 8.2° de la Ley Concursal, aunque igualmente transcribe y aplica el art. 65 de esta última norma, declara su falta de jurisdicción con el siguiente razonamiento: "como lo que ejercita el demandante no es una acción por despido en el seno de una relación contractual de alto directivo ni que dicho despido se hubiera producido por una decisión del Administrador Concursal, decisión que sí podría ser impugnada ante el Juez del concurso, ha lugar a declarar la falta de jurisdicción de este Juzgado...".

3. El Ministerio Fiscal, entendiendo acreditada la existencia de un contrato de alta dirección, así como la presencia de un grupo de empresas demandadas que no han sido incluidas en el concurso, ha informado en el sentido de entender que la competencia corresponde a la jurisdicción social, al considerar aplicable la tesis establecida en un supuesto análogo por el reciente auto n° 25/2015 de esta Sala Especial de Conflictos de 9 de diciembre de 2015 (Conflicto núm. 25/2015).

SEGUNDO.- Atribución de la competencia a favor de la jurisdicción social.

1. El conflicto planteado, como puso relieve el auto de esta Sala Especial del Tribunal Supremo oportunamente citado por el Ministerio Fiscal, suscita un importante conflicto normativo:

" Por una parte, los órganos jurisdiccionales del orden social son los competentes para conocer, como regla general, de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva (artículo 1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en lo sucesivo, LRJS), entre las que se encuentran las cuestiones litigiosas promovidas entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, con la salvedad de lo dispuesto en la LC (artículo 2 LRJS).

Por su parte, en lo que aquí interesa, el artículo 86 ter. 1. 2.º LOPJ, añadido por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, reproducido por el artículo 8 de la LC, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer, entre otras, de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección " (FJ 2° auto n° 25/2015, Sala de Conflictos, 9/12/2015).

2. En este caso [además de que el demandante fue objeto de un despido tácito el 8 de octubre de 2013 por la mercantil Key Mare Inversiones y Participaciones, SL "hasta nueva orden" (así lo expresa él mismo tanto en la demanda inicialmente interpuesta ante el orden social como en la posterior ante la jurisdicción contencioso-administrativa), es decir, antes de que dicha entidad fuera declarada en concurso voluntario de acreedores (auto del JM n° 1 de Almería de 26-11 - 2013) aunque después de que se solicitara (el 2-9-2013, según vimos) tal declaración y, precisamente por ello, la demanda inicial se amplió de oficio contra la Administración Concursal el 27 de enero 2014 (antecedente de hecho 1º del auto del Juzgado de lo Social y diligencia de ordenación de 15-1-2014 que así lo acuerda)], nos encontramos ante un trabajador con una relación laboral especial de alta dirección (art. 2.1.a ET), cuestión ésta sobre la que las partes no parecen discrepar, por lo que, aunque conforme a lo dispuesto en los artículos 86 ter de la LOPJ y 8 de la LC y al resto del marco normativo citado, por hipótesis, cabría entender que la competencia para conocer de la demanda por él interpuesta corresponde al juez del concurso como órgano que tiene excepcionalmente atribuida la jurisdicción para entender sobre la extinción del contrato de alta dirección, lo cierto, y lo verdaderamente relevante a los limitados efectos que ahora interesan, es que, por un lado, la extinción real de su relación, como él mismo admite (hecho 3º de ambas demandas: "despido tácito"), habría tenido lugar antes de que aquella entidad fuera declarada en concurso, por lo que la propia decisión en ningún caso pudo haber sido tomada por la administración concursal, como parece requerir el art. 65de la LC, y, por otro lado --el más determinante--, también aquí ha de tenerse en cuenta que la demanda promovida no solo ejercita la acción frente a esa sociedad concursada sino también frente a otras entidades mercantiles sobre las que se aduce que, sin encontrarse en concurso, formaban parte del mismo grupo empresarial, alguna de las cuales --no todas--, al parecer, también han sido luego declaradas en concurso.

Conviene precisar al respecto, como se ha destacado por doctrina autorizada, que el grupo de sociedades, que no parece acertado identificar sin más con el concepto de "unidad de empresa" al que alude el párrafo tercero del art. 64.5 de la LC, no puede ser declarado en concurso ya que éste ha de referirse a una persona natural o jurídica (art. 1.1 LC) y el grupo, que ni siquiera puede ser deudor como tal, no lo es.

3. Así pues, es también éste un supuesto en el que la excepcional competencia atribuida al juez del concurso ha de ceder a favor de la general de los órganos de la jurisdicción social porque, de la misma manera a lo que sostuvimos en el repetido precedente:
"(...) *La acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada [* cualquiera de ellas puesto que son varias, no todas, en este caso *], como deudoras, y los acreedores.*
(...) *Este análisis ya ha sido abordado previamente por la doctrina de esta sala, que, con ocasión de la interpretación del incidente concursal laboral contemplado en el artículo 64.10 de la LC, en los autos 24/2011, de 6 de julio (conflicto 23/2010) y 30/2011, de 6 de julio (conflicto 19/2011), se declaró que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirija «contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre (conflicto 3/2007), la demanda sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, el [objeto] contemplado en el artículo 64.10 de la Ley Concursal* »".
4. En definitiva, aplicando esta misma doctrina al supuesto enjuiciado, en el que la demanda se ha dirigido de forma acumulada contra la principal empleadora concursada, y varias más de las que luego también lo fueron, pero igualmente contra otras sociedades no declaradas en concurso, por configurar junto con la primera o con las demás, según se dice, un grupo empresarial, sin que se haya acreditado fraude de ley o procesal en la declaración de cualquiera de tales concursos, procede, de conformidad con lo manifestado al respecto por el Ministerio Fiscal, atribuir la competencia para conocer de la demanda acumulada de extinción del contrato de trabajo y de reclamación de cantidad a los órganos de la jurisdicción social, que la mantienen de modo genérico fuera de los excepcionales supuestos de competencia del juez del concurso, y, en concreto, en este supuesto, a favor del Juzgado de lo Social núm. 2 de Cartagena.”: *ATS 09.03.2016 (Auto 1/2016; Conflicto 1/2016)*

“RAZONAMIENTOS JURÍDICOS
PRIMERO Y ÚNICO.- Se entiende que debe atribuirse el conocimiento del asunto a la jurisdicción social por las siguientes razones:
A. En la demanda inicialmente presentada ante la jurisdicción social, aunque se hace referencia a que la causa del despido alegada por Emosa Construcciones y Obras Públicas, S.A. es la extinción colectiva de las relaciones laborales acordada por auto de 5-7-2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia que afectaba al demandante, se afirma que el Sr. José siguió trabajando con absoluta regularidad durante más de quince meses después de la fecha de aquel auto.
B. Se especifica en ella, también, que la mercantil concursada, Emosa Construcciones Obras Públicas, S.A., que era su empleadora, constituye un grupo empresarial laboral patológico con la también concursada Emosa Infraestructuras, S.L. y con la mercantil Talleres Maquinaria Sesmani, S.L., entidad constituida durante la fase concursal y para la que seguían realizando actividades laborales los trabajadores que no se habían desvinculado del grupo tras la extinción colectiva.
C. La acción ejercitada es una acción individual que pretende la declaración de despido improcedente con las consecuencias derivadas del mismo frente a todo el grupo empleador y, por lo tanto, ajena a la competencia del juez del concurso, que solo alcanza a las extinciones colectivas de la relación de trabajo (art. 8.2.º LC), sin perjuicio de las acciones individuales ejercitadas frente al auto de extinción colectiva por el procedimiento del incidente concursal (art. 64.8 LC), supuesto al que no se contrae la demanda.
D. La declaración judicial de existencia de grupo laboral de empresas, de la que se deriva que la condición de empleador es del grupo, y la calificación como improcedente del despido son competencia de la jurisdicción laboral.
E. La acción ejercitada se dirige no solo frente a la entidad que se encuentra declarada en concurso de acreedores, sino frente a otras personas físicas y jurídicas, por lo que se rebasa el ámbito competencial del juez del concurso, como ha declarado reiteradamente al respecto esta sala especial, entre los más recientes, en los autos de 24-9-2014 (CC 15/2014), 9-12-2015 (CC 25/2015), 9-3-2016 (CC 1/2016) y 26-4-2016 (CC 4/2016, 5/2016, 6/2016 y 7/2016).”: ATS 27.06.2016 (Auto 12/2016; Conflicto 12/2016)

1.1.1 Voto Particular al ATS 09.12.2015: la competencia debe corresponder igualmente al juez del concurso

“VOTO PARTICULAR
QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Fernando Salinas Molina, AL AUTO DE FECHA 09-DICIEMBRE- 2015 (A42/25/15) DICTADO POR LA SALA ESPECIAL DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular al auto dictado por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en el conflicto negativo de competencia n° A/42/25/2015, suscitado entre el Juzgado de lo Social n° 20 de Madrid (autos 790/2013) y el Juzgado de lo Mercantil n° 12 de Madrid (pieza incidente laboral concursal 827/2014), por discrepar, - siempre con la mayor consideración y respeto -, del criterio adoptado por la mayoría

de la Sala en la indicada resolución de la que inicialmente había sido designado Ponente. Con base en los siguientes antecedentes y razonamientos jurídicos:

I.- ANTECEDENTES (...)

II.- *RAZONAMIENTOS JURÍDICOS*

II.1.- En el art. 65.1, 3 y 4 (Contratos del personal de alta dirección) de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la redacción dada a su n ° 1 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, vigente en la fecha de autos, se dispone que " *1. Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección. La decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación ",* que " *3. En caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo* " y que " *4. La administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplace hasta que sea firme la sentencia de calificación ".*

II.2.- En el presente caso, el despido del demandante, -- al que se califica en la carta de despido de personal de alta dirección y el despido se efectúa directamente por el Administrador concursal de la entidad concursada, la que aparece como como empleadora y respecto de la que se afirma estar en situación concursal en virtud del auto de fecha 26-02-2013 --, obliga a entender que, como dispone expresamente el citado art. 65.1 y se deduce también de sus números 3 y 4, dicha decisión extintiva individual adoptada por la administración concursal " *podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral* " de dirigirse contra exclusivamente contra concursada y que *" La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación ".*

II.3.- Partiendo de tal competencia legal del Juez del concurso, el problema competencial no se suscita, por tanto, cuando la demanda impugnatoria del despido de un trabajador sujeto a la relación laboral especial de personal de alta dirección se dirija única y exclusivamente contra la entidad concursada, sino que surgirá cuando o bien en dicha demanda se cuestione que la concursada no es la verdadera empleadora (p.ej., por ser otra en dicho momento la empleadora o por haberle sucedido otra empresa o ser la concursada una cedente ilegal) o bien que es empleadora pero no aisladamente sino junto con otras personas físicas o jurídicas, sea por formar grupo de empresas o sea por haber abusado sus socios o administradores de la estructura formal de la persona jurídica en provecho propio o sea por alegar tratarse de otras figuras de que las pudiera deducirse una posible responsabilidad como empleadoras de personas ajenas al concurso.

II.4.- En el presente caso, se argumenta por el demandante que la persona jurídica que demanda junto con la concursada constituyen un grupo empresarial y que el despedido ha prestado servicios de manera indistinta para ambas, así como que las personas físicas codemandadas como únicos apoderados de la concursada se han venido aprovechando fraudulentamente de la forma societaria, para eludir sus responsabilidades, confundiendo su patrimonio personal con el de la empresa y llevando a cabo una utilización abusiva de la misma.

II.5.- Señalemos que: a) Por una parte, la LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) excluye de la competencia del orden social en el ámbito del proceso declarativo "... *las cuestiones litigiosas que se promuevan: a) Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal...* " (art. 2.a LRJS); y b) Por otra parte, preceptúa la LC que " *Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:... 2.º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral* " (art. 8.2°.I LC en concordancia con el art. 86 ter 1.2° LOPJ en redacción dada por Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo)

II.6.- Es dable destacar, por tanto, que la LC asigna la competencia plena (" *exclusiva y excluyente ")* al Juez del concurso cuando se trata, en cuanto ahora afecta, de extinciones de los " *contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado ",* por lo que en tales casos la competencia no es del Juez social, y para proceder, en su caso, a efectuar o controlar jurisdiccionalmente tal extinción contractual con las derivadas consecuencias (en el presente caso, la extinción de un contrato de alta dirección efectuada por el administrador concursal), el Juez del concurso deberá determinar si efectivamente el concursado es realmente el empleador del trabajador despedido o del que se pretende despedir.

II.7.- En este sentido, debe también observarse que la LC remite para el enjuiciamiento de estas materias a " *los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral ",* tanto las que delimitan el concepto de empresario en el aspecto sustantivo al conceptuarlo como aquél que recibe la prestación de servicios del trabajador con la nota de ajenidad en el mercado (en especial, art. 1.1 y 2 Estatuto de los Trabajadores (ET) - "... *serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas " -- y* art. 8 ET - el contrato de trabajo " *Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél "* -- en relación con los arts. 6, 7 y 1911 Código Civil o con las responsabilidades en caso de cesión ilegal o de sucesión empresarial, entre otras muchas (en especial, arts. 43 y 44 ET); como, por otra parte, las normas que, en el ámbito procesal, obligan a dirigir la demanda contra el verdadero empresario (en especial, art. 103.2 LRJS : " *2. Si se promoviese papeleta de conciliación o solicitud de mediación, reclamación previa o demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase con posterioridad, sea en el juicio o en otro momento anterior del proceso, que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, o ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario ").*

II.8.-La LC no es ajena a la posibilidad de llamar al concurso, por su relación con el concursado (persona física o jurídica), a los integrantes de un grupo de empresa o a sus socios o a sus administradores, figurando en su art. 93 como " *Personas especialmente relacionadas con el concursado ",* entre otras, *" Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior " o " Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso " o " Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado ".*

II.9.- Razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) conexas al principio de cosa juzgada (arts. 207 y 222 LEC), en especial para evitar ulteriores litigios con resoluciones contradictorias entre distintas jurisdicciones, entiendo que conducen a interpretar las normas de distribución competencial en la fase declarativa entre el juez del concurso y el juez social, en el sentido de que el juez que conozca de un despido debe tener la potestad para determinar con carácter pleno quien ostente la condición de verdadero empresario del trabajador despedido, con vinculación de posibles ulteriores litigios seguidos ante una u otra jurisdicción, impidiendo que de impugnarse el despido con fundamento en que la concursada no es el empresario del trabajador despedido o no en exclusiva por tratarse, entre otras causas, de un empresario complejo integrado por distintas personas en la que redundan los servicios prestados por cuenta ajena por el despedido pueda dividirse entre distintas jurisdicciones un litigio con idéntica causa de pedir o conexa por fundarse en los mismos hechos.

II.10.- En definitiva, interpreto que cabe reiterar el principio clásico de que los conflictos de competencia deben resolverse respetando el principio de la unidad del proceso, evitando dividir la continencia de la causa e impidiendo fragmentar el objeto del litigio, cuando siendo varios los posibles demandados, las acciones son las mismas y derivan de una misma causa, a fin de evitar que se pronuncien resoluciones contradictorias por las distintas jurisdicciones con las consecuencias negativas de ello derivadas.

II.11.- Por ello, en el presente caso en el que se impugna el despido individual de un trabajador cuya relación se califica de especial de alta dirección y se efectúa en el seno de un concurso de acreedores por el Administrador judicial en uso de las facultades que expresamente le atribuye el art. 65.1 LC y cuya competencia para conocer de la impugnación del mismo se atribuye expresamente por dicho precepto al Juez del concurso, con posible ulterior control por vía de recurso ante el orden social, entiendo que, por el mero hecho de que por el trabajador despedido se demande junto con la concursada a otras personas físicas o jurídicas que alegue ostentan con aquélla la condición unitaria de verdadero empresario del trabajador despedido, no puede comportar que el Juez del concurso pierda su competencia exclusiva y excluyente y pase el control de un acto adoptado en el seno del concurso a ser contralado jurisdiccionalmente por un juez de instancia del orden social, ni que tampoco se pueda llegar a la conclusión que el juez del concurso deba decidir exclusivamente sobre la regularidad del despido con relación únicamente a la entidad concursada y que las acciones contra las otras personas que se alegue por el demandante que junto con aquélla constituyen el verdadero empresario deban ser resueltas por el juez social, pues podría llegar a decidir éste, en contra de lo resuelto por el juez del concurso,

que la concursada no es la verdadera empresaria con lo podrían existir dos resoluciones judiciales firmes contradictorias de distintas jurisdicciones sobre los mismos hechos. I

I.12.-Estos efectos indeseados se producían especialmente bajo la vigencia de la normativa anterior cuando era la Autoridad laboral la que dictaba resolución autorizando la extinción de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, -- al no estar tan claramente delimitadas como ahora las competencias exclusivas y excluyentes del juez del concurso respecto del juez social ni el control último de las decisiones en materia laboral de aquél por vía social --, y cuando no se abordaban todos los temas relativos a la determinación del verdadero empresario en vía administrativa y posterior contencioso-administrativa, lo que generaba el que, en ocasiones, se planteara posteriormente ante el orden social, con soluciones difícilmente satisfactorias, la determinación ulterior del verdadero empresario teniéndose que volver a llamar al juicio social a la entidad que con fundamento en la resolución dictada en el expediente de regulación de empleo ya había resuelto los contratos de trabajo e indemnizado a los trabajadores afectados (entre otras, la problemática se abordó en las SSTS/IV 07-02-2011 -rcud 815/2010, 07-02-2011 -rcud 818/2010, 07-02-2011 -rcud 840/2010, 14-02-2011 - rcud 1191/2010 y 09-05-2011 -rcud 2489/2010, con solución no plenamente satisfactoria al no decantarse por el planteamiento ante una única vía).

II.13.- La tesis que se defiende en este voto particular puede entenderse en parte divergente con la sentada por esta Sala Especial, respecto de la cuestión de extensión competencial cuando la demanda se dirige " *contra un grupo empresarial ",* que ha venido sustentándose, directamente o por remisión, cuando se han analizado a los requisitos generales exigidos para que el juez del concurso fuera competente para conocer las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, -- pero, obsérvese, relativas a supuestos de trabajadores con relación laboral ordinaria, pero no, como ahora acontece, con respecto a la extinción de contrato de trabajador de alta dirección con requisitos distintos, como se viene indicando, para la atribución competencial al juez del concurso --, fijándose, como regla, que *<<«Del análisis de la norma y de la jurisprudencia de esta Sala de Conflictos deriva que, a tenor del artículo 64.10 de la LC, el Juez Mercantil excepcionalmente es competente para conocer las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo que, a los efectos de su tramitación, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo siempre que reúnan los siguientes requisitos acumulativos:... 2) Dirigirse contra el concursado, ya que de dirigirse contra un "grupo empresarial" generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal [...] la demanda "sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, el (objeto) contemplado en el artículo 64.10 de la Ley Concursal "* >> (entre otros, AATS/SECC 06-07-2011 -c 19/2011, 21-06- 2007 -c 17/2007, 21-06-2007 -c 18/2007, 21-06-2007 -c 19/2007, 30-11-2007 -c 5/2007).

II.14.- Es dable también destacar que el presente conflicto es distinto de los resueltos por esta Sala Especial de Conflictos de competencia, entre otros, en sus Autos de fechas 16-03-2012 (c 8/2012), 02-11-2015 (c 15/2015), 02-11- 2015 (c 16/2015), 03-11-2015 (c 20/2015), 03-11-2015 (c 21/2015) y 03-11-2015 (c 22/2015), en los que se abordan cuestiones relativas acciones individuales de despido o de extinción contractual a instancia de trabajadores con relación laboral ordinaria interpuestas antes o después de que el empleador sea declarado en concurso, en los que tras la reforma de la LC ex Ley 38/2011 se viene declarando, en esencia, que << *Aunque como regla general quedan fuera de la competencia del juez del concurso las extinciones individuales de las relaciones de trabajo, no ocurre lo mismo con las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del art. 50 ET "motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado", que tienen consideración de extinciones colectivas desde que se acuerda la iniciación del expediente previsto en el art. 64 LC cualquiera que sea el número de demandantes (art. 64.10 LC tras la redacción dada por la Ley 38/2011, vigente en la fecha de iniciación del incidente concursal laboral, dado que las ulteriores modificaciones del precepto dejaron inalterado su número 10)* >> y que << *En la fecha de iniciación del expediente previsto en el art. 64 LC... la relación laboral del demandante con la empresa no estaba extinguida y, en consecuencia, podía ser incluido en el expediente de extinción colectiva tramitado ante el juez del concurso, sin que ello resulte afectado por el posterior dictado de sentencia por el Juzgado de lo Social >>,* dado que en tales resoluciones no se aborda la cuestión competencial respecto de la acción individual de extinción de un contrato de trabajo de alta dirección especialmente regulado en el art. 65. LC (ATS/SECC 16-03-2014 -c 52/2011: << *el Juzgado Mercantil no la tiene para conocer de tres demandas individuales de despido, salvo que se tratara de contratos laborales de alta dirección (artículo 8 de la Ley Concursal), situación que ahora no concurre >>).*

II.15.- *No* comparto tampoco la decisión mayoritaria en cuanto declara la competencia del orden social para conocer de todos los aspectos y contra todos los codemandados en la impugnación del despido cuestionado por el mero hecho de que se pretenda por el despedido la declaración de responsabilidad respecto a otras personas no concursadas, lo que no está previsto ni en la LC ni en la LRJS; y podría generar en otros supuestos (pensemos en los despidos colectivos) consecuencias imprevisibles si alguno de los legitimados invocara, como ahora acontece, la existencia de un grupo de empresas y se llegara a entender que la plena competencia para el conocimiento de la extinción colectiva dejaba de corresponder al Juez del concurso y pasaba íntegramente al Juez social.

II.16.- Entiendo, en cualquier caso, que la normativa concursal actual no regula satisfactoriamente estos extremos y, quizá, podría reflexionarse *" de lege ferenda "* sobre la posibilidad de mantener la competencia del Juez social en los extremos declarativos de las cuestiones sociales con la necesaria interrelación con el Juez del concurso, y centrar la competencia del Juez del concurso en la ejecución general. Por todo lo expuesto, entiendo que la competencia para conocer de la demanda de despido de personal de alta dirección objeto del presente conflicto debería haber correspondido al Juez del concurso. Madrid 17-diciembre-2015": Voto Particular al *ATS 09.12.2015 (Auto 25/2015; Conflicto 25/2015)*

2. Competencia del juez del concurso para las acciones colectivas.

2.1 Corresponde excepcionalmente la ejecución al Juzgado de lo Social si además del concursado se demanda a terceros

Tribunal Supremo (Sala Conflictos)

"QUINTO.- Respuesta de la Sala.
Se entiende que debe atribuirse el conocimiento del asunto a la jurisdicción social y, en concreto, a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, por las siguientes razones:
1. En primer lugar, cabe recordar que la función de esta Sala Especial ha de limitarse a determinar la jurisdicción competente para conocer de la demanda inicialmente presentada en los mismos términos en que fue planteada, sin que puedan modificarse, reducirse o dividirse las pretensiones articuladas en ella a los efectos de resolver el conflicto.
2. La sentencia cuya ejecución se pretende apreció la existencia de un grupo laboral de empresas del que forman parte las tres entidades condenadas solidariamente, Vorsevi Qualitas, S.L., Inversiones Vorsevi, S.A.U. y Vorsevi Extremadura, S.L.
3. La condición de empleador, en tales casos, es del grupo, por lo que la acción ejecutiva (que pretendía la declaración de que la readmisión fue irregular y la subsiguiente extinción de la relación laboral) había de articularse frente a las tres sociedades, como de hecho se hizo en la primera demanda de ejecución presentada ante la Sala de Social de la Audiencia Nacional. 4. El conocimiento de esa primera demanda ejecutiva no podía atribuirse al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, dado que una de las tres entidades condenadas e integrante del grupo a efectos laborales, Vorsevi Extremadura, S.L., no se encuentra en situación de concurso de acreedores. Esta es una consecuencia de la doctrina mantenida por esta Sala Especial al respecto en los autos de 24-9-2014 (CC 15/2014) y de 9-12-2015 (CC 25/2015), conforme a la cual, se rebasa el ámbito competencial del juez del concurso cuando, además de a la entidad concursada, se demanda a otros sujetos que no intervienen en el proceso concursal.": ATS 26.04.2016 (Auto 4/2016; Conflicto 4/2016)

"QUINTO.- Respuesta de la Sala.
Se entiende que debe atribuirse el conocimiento del asunto a la jurisdicción social y, en concreto, a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, por las siguientes razones:
1. En primer lugar, cabe recordar que la función de esta Sala Especial ha de limitarse a determinar la jurisdicción competente para conocer de la demanda inicialmente presentada en los mismos términos en que fue planteada, sin que puedan modificarse, reducirse o dividirse las pretensiones articuladas en ella a los efectos de resolver el conflicto.
2. La sentencia cuya ejecución se pretende apreció la existencia de un grupo laboral de empresas del que forman parte las tres entidades condenadas solidariamente, Vorsevi Qualitas, S.L., Inversiones Vorsevi, S.A.U. y Vorsevi Extremadura, S.L.
3. La condición de empleador, en tales casos, es del grupo, por lo que la acción ejecutiva (que pretendía la declaración de que la readmisión fue irregular y la subsiguiente extinción de la relación laboral) había de articularse frente a las tres sociedades, como de hecho se hizo en la primera demanda de ejecución presentada ante la Sala de Social de la Audiencia Nacional.
4. El conocimiento de esa primera demanda ejecutiva no podía atribuirse al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, dado que una de las tres entidades condenadas e integrante del grupo a efectos laborales, Vorsevi Extremadura, S.L., no se encuentra en situación de concurso de acreedores. Esta es una consecuencia de la doctrina mantenida por esta Sala Especial al respecto en los autos de 24-9-2014 (CC 15/2014) y de 9-12-2015 (CC 25/2015), conforme a la cual, se rebasa el ámbito competencial del juez del concurso cuando, además de a la entidad concursada, se demanda a otros sujetos que no intervienen en el proceso concursal.": ATS 26.04.2016 (Auto 5/2016; Conflicto 6/2016)

"QUINTO.- Respuesta de la Sala.
Se entiende que debe atribuirse el conocimiento del asunto a la jurisdicción social y, en concreto, a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, por las siguientes razones:
1. En primer lugar, cabe recordar que la función de esta Sala especial ha de limitarse a determinar la jurisdicción competente para conocer de la demanda inicialmente presentada en los mismos términos en que fue planteada, sin que puedan modificarse, reducirse o dividirse las pretensiones articuladas en ella a los efectos de resolver el conflicto, como hace el Ministerio Fiscal en su informe.

2. La sentencia cuya ejecución se pretende apreció la existencia de un grupo laboral de empresas del que forman parte las tres entidades condenadas solidariamente, Vorsevi Qualitas, S.L., Inversiones Vorsevi, S.A.U. y Vorsevi Extremadura, S.L.
3. La condición de empleador, en tales casos, es del grupo, por lo que la acción ejecutiva (que pretendía la declaración de que la readmisión fue irregular y la subsiguiente extinción de la relación laboral) había de articularse frente a las tres sociedades, como de hecho se hizo en la primera demanda de ejecución presentada ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.
4. El conocimiento de esa primera demanda ejecutiva no podía atribuirse al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, dado que una de las tres entidades condenadas e integrante del grupo a efectos laborales, Vorsevi Extremadura, S.L., no se encuentra en situación de concurso de acreedores. Esta es una consecuencia de la doctrina mantenida por esta Sala Especial al respecto en los autos de 24-9-2014 (CC 15/2014) y de 9-12-2015 (CC 25/2015), conforme a la cual, se rebasa el ámbito competencial del juez del concurso cuando, además de a la entidad concursada, se demanda a otros sujetos que no intervienen en el proceso concursal.": ATS 26.04.2016 (Auto 8/2016; Conflicto 5/2016)

"QUINTO.- Respuesta de la Sala.
Se entiende que debe atribuirse el conocimiento del asunto a la jurisdicción social y, en concreto, a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, por las siguientes razones:
1. En primer lugar, cabe recordar que la función de esta Sala especial ha de limitarse a determinar la jurisdicción competente para conocer de la demanda inicialmente presentada en los mismos términos en que fue planteada, sin que puedan modificarse, reducirse o dividirse las pretensiones articuladas en ella a los efectos de resolver el conflicto, como hace el Ministerio Fiscal en su informe.
2. La sentencia cuya ejecución se pretende apreció la existencia de un grupo laboral de empresas del que forman parte las tres entidades condenadas solidariamente, Vorsevi Qualitas, S.L., Inversiones Vorsevi, S.A.U. y Vorsevi Extremadura, S.L.
3. La condición de empleador, en tales casos, es del grupo, por lo que la acción ejecutiva (que pretendía la declaración de que la readmisión fue irregular y la subsiguiente extinción de la relación laboral) había de articularse frente a las tres sociedades, como de hecho se hizo en la primera demanda de ejecución presentada ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.
4. El conocimiento de esa primera demanda ejecutiva no podía atribuirse al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, dado que una de las tres entidades condenadas e integrante del grupo a efectos laborales, Vorsevi Extremadura, S.L., no se encuentra en situación de concurso de acreedores. Esta es una consecuencia de la doctrina mantenida por esta Sala Especial al respecto en los autos de 24-9-2014 (CC 15/2014) y de 9-12-2015 (CC 25/2015), conforme a la cual, se rebasa el ámbito competencial del juez del concurso cuando, además de a la entidad concursada, se demanda a otros sujetos que no intervienen en el proceso concursal.": ATS 26.04.2016 (Auto 9/2016; Conflicto 7/2016)

2.2 No se enerva por la preexistencia de actos de conciliación en sede laboral

JM-1 Santander

"PRIMERO.- La primera cuestión que ha de ser objeto de tratamiento, a la vista de las alegaciones efectuadas por la autoridad laboral, es la referida a la pertinencia del expediente que nos ocupa. A tal efecto ha de tenerse en cuenta el ámbito competencial atribuido al Juez del Concurso no sólo por la Ley Concursal sino también y fundamentalmente por su necesario carácter orgánico, por la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial introduciendo el artículo 86 ter en el que se fija las competencias de los órganos de lo mercantil y en el que por primera vez se atribuyen a órganos incardinados en la jurisdicción civil el conocimiento de acciones sociales, algunas de las cuales se sustraen a la jurisdicción social y otras hasta esta fecha competencia de la Administración.
En este sentido, el artículo 86 ter 1.2º LOPJ, en la nueva redacción dada por la ley orgánica citada, atribuye al Juez del concurso el conocimiento de las acciones sociales que tengan por objeto, entre otras que enumera, la extinción colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, estableciendo el necesario recurso a los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral. Por su parte, la Ley Concursal, amparándose en dicha regulación orgánica, reproduce en su artículo 8 idéntico contenido, que se ve concretado en el artículo 64 donde se regula el expediente de extinción colectiva de relaciones laborales a la que el apartado 10 no sólo asimila sino que identifica, dando el mismo tratamiento, con las acciones individuales intrpuestas al amparo del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores cuando superen el número previsto en dicho precepto y, en todo caso, afecten a la totalidad de la plantilla.
Sentado lo anterior, cualquier interpretación de la norma ha de partir del nuevo marco competencial instaurado en dicho precepto y justificado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003 en el carácter universal del concurso, justificativo de la concentración en el juez del concurso de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, otorgándole al efecto una jurisdicción exclusiva y excluyente para su conocimiento.
En el presente caso, la Autoridad Laboral aduce que no resulta posible seguir el trámite del artículo 64 ni es competencia del Juez del Concurso la resolución de los contratos de trabajo, por haberse interpuesto por 11 trabajadores demandas individuales para la resolución de los contratos de trabajo ex artículo 50.1

a) y c) del ET y resultar afectados, en consecuencia, únicamente por el expediente 3 trabajadores número que no alcanza el umbral numérico fijado legalmente en 5.
Sin necesidad de entrar en valoraciones sobre la aplicación de dicho umbral numérico y de la incidencia en sede concursal de las acciones individuales al amparo del artículo 50.1.a) y c) del ET, apreciando los datos procesales obrantes, no es posible extraer que se hayan interpuesto demandas laborales de las que tenga que conocer el juez social que excluyan el conocimiento del juez mercantil de la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo. Los 11 trabajadores a los que alude la Autoridad Laboral no presentaron una demandada en el Juzgado de lo Social o, cuanto menos, no consta que lo hayan hecho y de haber sido así, por el propio funcionamiento del concurso, actuación de la administración concursal y grado de publicidad dado, resultaría prácticamente imposible su desconocimiento, máxime cuando el representante de los trabajadores que ha intervenido en la negociación y alcanzado el acuerdo es uno de los que habrían accionado según la autoridad laboral. Únicamente consta la presentación de una demanda en reclamación del derecho sobre rescisión del contrato de trabajo, al amparo del artículo 50.1, a) y c) del ET frente a, entre otras, la concursada, dirigida al Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, que tiene por objeto la cumplimentación del requisito procesal de conciliación previa exigido por la legislación procesal laboral. En efecto, la Ley de Procedimiento Laboral en su artículo 63 establece como requisito necesario para la tramitación del proceso ante un Juzgado de lo Social, salvo en los supuestos expresamente enumerados en el artículo 64, el intento de conciliación previa. Sin embargo, este requisito no puede ser entendido como el efectivo inicio del ejercicio procesal de la acción de modo que se retrotraigan todas las consecuencias del proceso a dicha solicitud de conciliación previa cuyos efectos están legalmente establecidos. De modo que tras el intento de conciliación, de concluir éste sin avenencia, las partes han de presentar una demanda ante el órgano social competente, razón por la cual entre los efectos otorgados a la conciliación previa se sitúa la suspensión de los plazos de caducidad y la interrupción de los de prescripción.
Por esto, dado que en el presente caso no se ha presentado esa posterior demanda ante el Juzgado de lo Social competente y la conciliación concluyó ya sin avenencia, no hay demandas individuales que se estén conociendo por ningún órgano jurisdiccional social y, por lo tanto, no se ha privado con ello de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para el conocimiento del expediente de extinción colectiva de las relaciones laborales con relación a la totalidad de los trabajadores puesto que no hay procedimiento alguno abierto respecto a ellos en orden al despido por las causas del artículo 50.1. a) y c) y, por lo tanto, todos ellos se ven afectados por el expediente.
Por las anteriores razones, no pueden acogerse los argumentos esgrimidos por la Autoridad Laboral que no deslegitiman el trámite seguido ni impiden su continuación en virtud del régimen competencial instaurado por la Ley Orgánica 8/2003 en este expediente que afecta a la totalidad de la plantilla.": Auto JM-1 Santander 21.04.2005 (JUR 2005/122390)

2.3 No se enerva por la pendencia de procedimientos laborales individuales

JM-1 Málaga

"PRIMERO Dispone el artículo 64 de la LC, en su apartado 7, que cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores referidos al período de consulta e información, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.
El apartado primero del mismo precepto señala que los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso se tramitarán ante éste por las reglas establecidas en el presente artículo. (artículo 8.2º LV y 86 ter.1.2º LOPJ).
SEGUNDO La primera cuestión con carácter previo a resolver es la manifestación incorporada al acta por parte de los representantes de los trabajadores y que se ha venido repitiendo a lo largo de los escritos de recursos (múltiples) que han presentado en la tramitación de la pieza. Dicha manifestación se refiere al hecho de la existencia de demandas sociales en los juzgados de lo social de Málaga, 5, 7 y 9 en que los trabajadores manifiestan, según los representantes, que ha existido una extinción del contrato por falta de ocupación efectiva amparada en el apartado c) del artículo 50.1 del ET.
Lo primero que cabe reseñar es que, aunque así se ha pretendido, no se trata de competencia, en dichas acciones, del juzgado mercantil, puesto que se trata de acciones individuales fundamentadas en un apartado diferente al que prevé el apartado 10 del artículo 64 de la Ley Concursal que establece el mismo régimen de consultas al supuesto del apartado b) del Estatuto de los trabajadores por extinción de los contratos amparado en dicho precepto y cuando supere los límites temporales y cuantitativos que allí se establecen.
Resolviendo este apartado cabe desestimar la primera de las pretensiones de los representantes de los trabajadores al respecto de la falta de competencia de este juzgado para conocer del expediente referido pues una vez declarado el concurso y sin perjuicio del análisis del fondo, toda tramitación de dichas afectaciones colectivas, en los términos legalmente previstos, corresponden a este juzgado.": Auto JM-1 Málaga 29.03.2005 (JUR 2005/102155)

3. Competencia del Juzgado de lo Social para las acciones no colectivas

Tribunal Supremo (Sala Conflictos)

"RAZONAMIENTOS JURÍDICOS
PRIMERO Y ÚNICO.- Se entiende que debe atribuirse el conocimiento del asunto a la jurisdicción social por las siguientes razones:
A. En la demanda inicialmente presentada ante la jurisdicción social, aunque se hace referencia a que la causa del despido alegada por Emosa Construcciones y Obras Públicas, S.A. es la extinción colectiva de las relaciones laborales acordada por auto de 5-7-2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia que afectaba al demandante, se afirma que el Sr. José siguió trabajando con absoluta regularidad durante más de quince meses después de la fecha de aquel auto.
B. Se especifica en ella, también, que la mercantil concursada, Emosa Construcciones Obras Públicas, S.A., que era su empleadora, constituye un grupo empresarial laboral patológico con la también concursada Emosa Infraestructuras, S.L. y con la mercantil Talleres Maquinaria Sesmani, S.L., entidad constituida durante la fase concursal y para la que seguían realizando actividades laborales los trabajadores que no se habían desvinculado del grupo tras la extinción colectiva.
C. La acción ejercitada es una acción individual que pretende la declaración de despido improcedente con las consecuencias derivadas del mismo frente a todo el grupo empleador y, por lo tanto, ajena a la competencia del juez del concurso, que solo alcanza a las extinciones colectivas de la relación de trabajo (art. 8.2.º LC), sin perjuicio de las acciones individuales ejercitadas frente al auto de extinción colectiva por el procedimiento del incidente concursal (art. 64.8 LC), supuesto al que no se contrae la demanda.
D. La declaración judicial de existencia de grupo laboral de empresas, de la que se deriva que la condición de empleador es del grupo, y la calificación como improcedente del despido son competencia de la jurisdicción laboral.
E. La acción ejercitada se dirige no solo frente a la entidad que se encuentra declarada en concurso de acreedores, sino frente a otras personas físicas y jurídicas, por lo que se rebasa el ámbito competencial del juez del concurso, como ha declarado reiteradamente al respecto esta sala especial, entre los más recientes, en los autos de 24-9-2014 (CC 15/2014), 9-12-2015 (CC 25/2015), 9-3-2016 (CC 1/2016) y 26-4-2016 (CC 4/2016, 5/2016, 6/2016 y 7/2016).": ATS 27.06.2016 (Auto 12/2016; Conflicto 12/2016)

TSJ Castilla-La Mancha

"Debemos también recordar para cerrar el argumento que la acción de resolución al amparo del art. 50.1.b del ET ejercitada por un solo trabajador estando el empresario en concurso es competencia del juez social y no del juez del concurso pues al amparo del art. 64.10 de la Ley concursal tan solo se consideran de carácter colectivo las acciones individuales interpuestas al aparo de lo previsto en el art. 50.1.b ET a los efectos de su tramitación por el procedimiento previsto en el mencionado art. 64 cuando la extinción afecte a un numero de trabajadores que superen los limites señalados en el precepto, lo que no es el caso. Así lo afirmó ya esta Sala en la sentencia de fecha 1/6/05 (núm. 776/2005, rec 254/2005 [AS 2005, 1331]): «A los efectos de su tramitación ante el Juez del concurso», el apartado 10 del art. 64 LC da tratamiento y considera «extinciones de carácter colectivo» a las «acciones individuales interpuestas al amparo del art. 50.1 b) ET que superen un determinado número desde la declaración del concurso. Como se sabe, el art. 50.1 b) ET configura como causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción de su contrato de trabajo «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado». Pues bien, de conformidad con el art. 64.10 LC, las acciones individuales «ex» art. 50.1 b) ET tendrán la consideración de «extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación por el Juez del concurso por el procedimiento previsto en el art. 64 (LC), cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites establecidos». Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 55 de la Ley Concursal.": STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1) 12.06.2006 (AS 2006/2373)

AP Zamora

"SEGUNDO.- La representación del trabajador interpone recurso de apelación contra el auto del Juzgado en que declara su incompetencia objetiva para el conocimiento de la demanda sobre despido nulo o subsidiariamente improcedente con fundamento en un motivo: Infracción por inaplicación o aplicación indebida de los artículos 8 y 64 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2.003 en relación con el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.
TERCERO.- El recurso debe prosperar.- La Ley Concursal de 9 de julio de 2.003 reserva, durante la tramitación del concurso, el conocimiento de determinadas materias laborales al juez del concurso, según los artículos 8.2 en relación con el artículo 64.1. La competencia del juez del concurso abarca solamente los supuestos de extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, así como de suspensión o extinción de los contratos de alta dirección. Estas suspensiones o extinciones colectivas son aquéllas que afecten, en un periodo de noventa días a diez trabajadores en las empresas que ocupen a menos de cien, al diez por ciento en los trabajadores de las empresas que

ocupen entre cien o trescientos, y a treinta trabajadores al menos en las empresas que ocupen trescientos o más (artículo 51.1 E. T). Así mismo es competencia del juez del concurso las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.19b del Estatuto de los Trabajadores cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que superen, desde la declaración del concurso los límites siguientes: Para empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores; para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores, y para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300 el veinticinco por ciento de los trabajadores.
Por todo ello, atendiendo a que el juez del concurso sólo es competente para conocer de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y de la suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales que promuevan el deudor o los trabajadores de una empresa a través de sus representantes legales, en el supuesto de autos la demanda de despido nulo o subsidiariamente improcedente formulada por el trabajador contra la empresa y el Fondo de Garantía Salarial no es competencia del juez del concurso, pues no estamos en presencia de ninguna de las materias especificas que atribuye la Ley Concursal al juez del concurso, pese a que previamente el empresario haya realizado un despido colectivo encubierto.”: Auto AP Zamora 23.09.2005 (JUR 2005/262648); en términos prácticamente idénticos. Auto AP Zamora 23.09.2005 (JUR 2005/262653) y Auto AP Zamora 28.09.2005 (JUR 2005/233000)

3.1 Pero la competencia del juez del concurso para el expediente del art 64.10 de extinción colectiva de las relaciones laborales de todos los integrantes de la plantilla excluye la competencia del Juzgado de lo Social para las demandas extintivas individuales basadas el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores « *motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado*» que estuvieren en curso

Tribunal Supremo (Sala Conflictos) 2015 -

“FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- *Pretensiones y alegaciones de los órganos en conflicto y del Ministerio Fiscal.*
1. El Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela entiende que es competente para resolver sobre la acción de extinción de la relación laboral porque en la fecha de presentación de la demanda la empresa demandada, FOELCA, S.L., no estaba declarada en concurso ni se había iniciado el expediente de extinción colectiva, razones que le permiten considerar que la pretensión de la parte actora no implica el ejercicio de una acción de extinción colectiva. En el auto por el que rechaza el requerimiento de inhibición añade además que, en dicho momento procesal, ya había recaído sentencia por la que se extinguió la relación laboral entre el actor y la empresa demandada.
2. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña considera que es competente por las siguientes razones:
a) Con apoyo en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 717/2015, de 9 de febrero, entiende que no hay precepto alguno en la Ley Concursal ni en la Ley de Procedimiento Laboral que establezca que el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia para resolver la extinción colectiva de contratos respecto de los trabajadores que tengan pendiente de resolución una demanda de extinción individual de su contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, dado que: (i) no concurre litispendencia, pues el objeto de unos y otros procedimientos es distinto (el tramitado ante el Juzgado de lo Social pretende la extinción de un contrato de trabajo por falta de pago o retraso continuado en el abono de salarios, mientras que el seguido ante el Juzgado de lo Mercantil pretende la extinción colectiva de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción); y (ii) la pendencia de la demanda de extinción individual ante el Juzgado de lo Social no incide en la vigencia del contrato de trabajo del demandante, ya que su extinción solo tendría lugar una vez dictada sentencia firme en la que se estimara que concurre la causa de resolución invocada.
b) De conformidad con el artículo 64.10 de la Ley Concursal, las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado tienen la consideración de extinciones de carácter colectivo desde el acuerdo de iniciación del expediente previsto en aquel artículo. En consecuencia, la iniciación del incidente concursal laboral (que tuvo lugar el 18 de marzo de 2015) es el momento procesal en el que tiene lugar la colectivización de las extinciones laborales y, desde esa fecha, las demandas extintivas individuales pasaron a tener la consideración jurídica « *ex lege* » de extinciones de carácter colectivo, de las que ha de conocer el juez del concurso.
c) El juez del concurso tiene competencia objetiva para conocer de la extinción de los contratos de trabajo, entendida como de despido colectivo, en supuestos como el enjuiciado en el que la extinción se encuentra motivada en causas económicas y se ve afectada la totalidad de la plantilla, integrada, al menos, por cinco trabajadores.
3. El Ministerio Fiscal considera competente al juez del concurso y apoya su pretensión en el auto núm.
17/2014, de 24 de septiembre de esta Sala Especial.

SEGUNDO.- *Criterio mantenido previamente por la sala al respecto.*

La cuestión controvertida ha sido abordada anteriormente por esta sala que, resolviendo sobre supuestos similares (aunque referidos a la regulación del artículo 64.10 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), ha venido entendiendo que la competencia ha de ser atribuida al orden social. En este sentido se pronunciaron, entre otros, los autos 17/2007, de 21 de junio (Cc 11/2007), 18/2007, de 21 de junio (Cc 13/2007), 19/2007, de 21 de junio (Cc 19/2007) y 30/2011, de 6 de julio (Cc 19/2011). En ellos se entiende que:

1. La presentación de las demandas individuales ante los órganos del orden social antes de la declaración de concurso implica la perpetuación de la jurisdicción una vez admitidas, de forma que la fecha de presentación de la demanda se constituye en el momento inicial de la litispendencia (artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2. Entre los presupuestos cumulativos que permiten atribuir la competencia al juez del concurso para conocer excepcionalmente de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo se encuentra el de haberse interpuesto la demanda con posterioridad a la declaración del concurso.

TERCERO.- *Atribución de la competencia a favor del juez del concurso.*

A pesar de los antecedentes de la sala a que se ha hecho referencia en el anterior fundamento de derecho, se entiende que la competencia para conocer del asunto ha de ser atribuida a favor del juez del concurso por las siguientes consideraciones:

1. El supuesto enjuiciado aborda idéntico conflicto al resuelto por la STS, Sala Cuarta, 717/2015, de 9 de febrero, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina 406/2014. Sintéticamente, la argumentación empleada en dicha resolución para atribuir la competencia al juez del concurso se basa en las siguientes razones:

1. Entre las acciones individuales ejercitadas ante el Juzgado de lo Social y la colectiva promovida ante el Juzgado de lo Mercantil no existe litispendencia, habida cuenta de su falta de identidad.

2. Mientras las demandas de extinción individual de los contratos de trabajo no estén resueltas por sentencia firme tales contratos siguen vigentes y, en consecuencia, los trabajadores vinculados por ellos pueden ser incluidos en la pretensión empresarial de extinción colectiva de las relaciones laborales de todos los integrantes de la plantilla.

2. Siguiendo el segundo de los argumentos empleados por la Sala Cuarta, ha de enfatizarse la eficacia " *ex nunc* " (desde ahora o hacia el futuro) que produce la sentencia por la que se resuelve un contrato de trabajo. En este sentido, cabe señalar que mientras no gana firmeza dicha sentencia la relación laboral entre el trabajador y el empresario se mantiene en vigor, con todo su elenco de derechos y obligaciones recíprocos, de forma que el trabajador sigue obligado a prestar su fuerza de empleo y el empresario a cumplir, entre otros, con su esencial deber de abonar a aquel su salario, que sigue devengándose a favor del trabajador durante la tramitación del procedimiento ante el Juzgado de lo Social.

En este sentido, la redacción del artículo 26.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, permite que a la acción de resolución del contrato de trabajo contemplada en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores se acumule la acción de reclamación salarial, pudiendo ampliarse la demanda para incluir las cantidades adeudadas durante el tiempo transcurrido con posterioridad a la demanda.

Así, en el supuesto enjuiciado se produjeron la acumulación de acciones y ampliación de la demanda a que se refiere dicho precepto, de forma que la sentencia de 29 de abril de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela, además de declarar la extinción de la relación laboral que unía a las partes desde la fecha de la propia sentencia, condena a la empresa demandada a estar y pasar por dicha resolución y a abonar a la actora una cantidad muy superior a la reclamada inicialmente en la demanda.

a) Aunque como regla general quedan fuera de la competencia del juez del concurso las extinciones individuales de las relaciones de trabajo, no ocurre lo mismo con las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores « *motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado* », que tienen consideración de extinciones colectivas desde que se acuerda la iniciación del expediente previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal cualquiera que sea el número de demandantes (artículo 64.10 de la Ley Concursal tras la redacción dada por la Ley 38/2011, vigente en la fecha de iniciación del incidente concursal laboral, dado que las ulteriores modificaciones del precepto dejaron inalterado su número 10).

En la fecha de iniciación del expediente previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal (que tuvo lugar el 18 de marzo de 2015) la relación laboral del demandante con la empresa no estaba extinguida y, en consecuencia, podía ser incluido en el expediente de extinción colectiva tramitado ante el juez del concurso, sin que ello resulte afectado por el posterior dictado de sentencia por el Juzgado de lo Social.

b) Por último, cabe señalar que la demanda individual y la colectiva ejercitadas son acumulables ante el juez del concurso conforme se desprende de los artículos 32.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social y 51 de la Ley Concursal.

LA SALA ACUERDA:

Declarar la competencia para conocer de la demanda promovida a la jurisdicción civil, y en concreto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña, con devolución de las actuaciones a los respectivos órganos jurisdiccionales en conflicto acompañadas de certificación de esta resolución.”: STS 02.11.2015 (Auto 15/2015; Conflicto 19/2015)

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Pretensiones y alegaciones de los órganos en conflicto y del Ministerio Fiscal.*

1. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela entiende que es competente para resolver sobre la acción de extinción de la relación laboral porque en la fecha de presentación de la demanda la empresa demandada, FOELCA, S.L., no estaba declarada en concurso ni se había iniciado el expediente de extinción colectiva, razones que le permiten considerar que la pretensión de la parte actora no implica el ejercicio de una acción de extinción colectiva

2. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña considera que es competente por las siguientes razones:

a) Con apoyo en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 717/2015, de 9 de febrero, entiende que no hay precepto alguno en la Ley Concursal ni en la Ley de Procedimiento Laboral que establezca que el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia para resolver la extinción colectiva de contratos respecto de los trabajadores que tengan pendiente de resolución una demanda de extinción individual de su contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, dado que: (i) no concurre litispendencia, pues el objeto de unos y otros procedimientos es distinto (el tramitado ante el Juzgado de lo Social pretende la extinción de un contrato de trabajo por falta de pago o retraso continuado en el abono de salarios, mientras que el seguido ante el Juzgado de lo Mercantil pretende la extinción colectiva de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción); y (ii) la pendencia de la demanda de extinción individual ante el Juzgado de lo Social no incide en la vigencia del contrato de trabajo del demandante, ya que su extinción solo tendría lugar una vez dictada sentencia firme en la que se estimara que concurre la causa de resolución invocada.

b) De conformidad con el artículo 64.10 de la Ley Concursal, las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado tienen la consideración de extinciones de carácter colectivo desde el acuerdo de iniciación del expediente previsto en aquel artículo. En consecuencia, la iniciación del incidente concursal laboral (que tuvo lugar el 18 de marzo de 2015) es el momento procesal en el que tiene lugar la colectivización de las extinciones laborales y, desde esa fecha, las demandas extintivas individuales pasaron a tener la consideración jurídica « *ex lege* » de extinciones de carácter colectivo, de las que ha de conocer el juez del concurso.

c) El juez del concurso tiene competencia objetiva para conocer de la extinción de los contratos de trabajo, entendida como de despido colectivo, en supuestos como el enjuiciado en el que la extinción se encuentra motivada en causas económicas y se ve afectada la totalidad de la plantilla, integrada, al menos, por cinco trabajadores.

3. El Ministerio Fiscal considera competente al juez del concurso y apoya su pretensión en el auto núm. 17/2014, de 24 de septiembre de esta Sala Especial.

SEGUNDO.- *Criterio mantenido previamente por la sala al respecto.*

La cuestión controvertida ha sido abordada anteriormente por esta sala que, resolviendo sobre supuestos similares (aunque referidos a la regulación del artículo 64.10 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), ha venido entendiendo que la competencia ha de ser atribuida al orden social. En este sentido se pronunciaron, entre otros, los autos 17/2007, de 21 de junio (Cc 11/2007), 18/2007, de 21 de junio (Cc 13/2007), 19/2007, de 21 de junio (Cc 19/2007) y 30/2011, de 6 de julio (Cc 19/2011). En ellos se entiende que:

1. La presentación de las demandas individuales ante los órganos del orden social antes de la declaración de concurso implica la perpetuación de la jurisdicción una vez admitidas, de forma que la fecha de presentación de la demanda se constituye en el momento inicial de la litispendencia (artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2. Entre los presupuestos cumulativos que permiten atribuir la competencia al juez del concurso para conocer excepcionalmente de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo se encuentra el de haberse interpuesto la demanda con posterioridad a la declaración del concurso.

TERCERO.- *Atribución de la competencia a favor del juez del concurso.*

A pesar de los antecedentes de la sala a que se ha hecho referencia en el anterior fundamento de derecho, se entiende que la competencia para conocer del asunto ha de ser atribuida a favor del juez del concurso por las siguientes consideraciones:

1. El supuesto enjuiciado aborda idéntico conflicto al resuelto por la STS, Sala Cuarta, 717/2015, de 9 de febrero, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina 406/2014. Sintéticamente, la argumentación empleada en dicha resolución para atribuir la competencia al juez del concurso se basa en las siguientes razones:

a) Entre las acciones individuales ejercitadas ante el Juzgado de lo Social y la colectiva promovida ante el Juzgado de lo Mercantil no existe litispendencia, habida cuenta de su falta de identidad.
b) Mientras las demandas de extinción individual de los contratos de trabajo no estén resueltas por sentencia firme tales contratos siguen vigentes y, en consecuencia, los trabajadores vinculados por ellos pueden ser incluidos en la pretensión empresarial de extinción colectiva de las relaciones laborales de todos los integrantes de la plantilla.
2. Siguiendo el segundo de los argumentos empleados por la Sala Cuarta, ha de enfatizarse la eficacia " *ex nunc* " (desde ahora o hacia el futuro) que produce la sentencia por la que se resuelve un contrato de trabajo. En este sentido, cabe señalar que mientras no gana firmeza dicha sentencia la relación laboral entre el trabajador y el empresario se mantiene en vigor, con todo su elenco de derechos y obligaciones recíprocos, de forma que el trabajador sigue obligado a prestar su fuerza de empleo y el empresario a cumplir, entre otros, con su esencial deber de abonar a aquel su salario, que sigue devengándose a favor del trabajador durante la tramitación del procedimiento ante el Juzgado de lo Social.
En este sentido, la redacción del artículo 26.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, permite que a la acción de resolución del contrato de trabajo contemplada en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores se acumule la acción de reclamación salarial, pudiendo ampliarse la demanda para incluir las cantidades adeudadas durante el tiempo transcurrido con posterioridad a la demanda.
3. Aunque como regla general quedan fuera de la competencia del juez del concurso las extinciones individuales de las relaciones de trabajo, no ocurre lo mismo con las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores « *motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado* », que tienen consideración de extinciones colectivas desde que se acuerda la iniciación del expediente previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal cualquiera que sea el número de demandantes (artículo 64.10 de la Ley Concursal tras la redacción dada por la Ley 38/2011, vigente en la fecha de iniciación del incidente concursal laboral, dado que las ulteriores modificaciones del precepto dejaron inalterado su número 10).
En la fecha de iniciación del expediente previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal (que tuvo lugar el 18 de marzo de 2015) la relación laboral del demandante con la empresa no estaba extinguida y, en consecuencia, podía ser incluido en el expediente de extinción colectiva tramitado ante el juez del concurso, sin que ello resulte afectado por el posterior dictado de sentencia por el Juzgado de lo Social.
4. Por último, cabe señalar que la demanda individual y la colectiva ejercitadas son acumulables ante el juez del concurso conforme se desprende de los artículos 32.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social y 51 de la Ley Concursal.
En virtud de lo expuesto,
LA SALA ACUERDA:
Declarar la competencia para conocer de la demanda promovida a la jurisdicción civil, y en concreto al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña, con devolución de las actuaciones a los respectivos órganos jurisdiccionales en conflicto acompañadas de certificación de esta resolución.”: ATS 02.11.2015 (Auto 16/2015; Conflicto 22/2015)

“FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- *Pretensiones y alegaciones de los órganos en conflicto y del Ministerio Fiscal.*
1. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela entiende que es competente para resolver sobre la acción de extinción de la relación laboral porque en la fecha de presentación de la demanda la empresa demandada, FOELCA, S.L., no estaba declarada en concurso ni se había iniciado el expediente de extinción colectiva, razones que le permiten considerar que la pretensión de la parte actora no implica el ejercicio de una acción de extinción colectiva
2. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña considera que es competente por las siguientes razones:
a) Con apoyo en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 717/2015, de 9 de febrero, entiende que no hay precepto alguno en la Ley Concursal ni en la Ley de Procedimiento Laboral que establezca que el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia para resolver la extinción colectiva de contratos respecto de los trabajadores que tengan pendiente de resolución una demanda de extinción individual de su contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, dado que: (i) no concurre litispendencia, pues el objeto de unos y otros procedimientos es distinto (el tramitado ante el Juzgado de lo Social pretende la extinción de un contrato de trabajo por falta de pago o retraso continuado en el abono de salarios, mientras que el seguido ante el Juzgado de lo Mercantil pretende la extinción colectiva de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción); y (ii) la pendencia de la demanda de extinción individual ante el Juzgado de lo Social no incide en la vigencia del contrato de trabajo del demandante, ya que su extinción solo tendría lugar una vez dictada sentencia firme en la que se estimara que concurre la causa de resolución invocada.

b) De conformidad con el artículo 64.10 de la Ley Concursal, las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado tienen la consideración de extinciones de carácter colectivo desde el acuerdo de iniciación del expediente previsto en aquel artículo. En consecuencia, la iniciación del incidente concursal laboral (que tuvo lugar el 18 de marzo de 2015) es el momento procesal en el que tiene lugar la colectivización de las extinciones laborales y, desde esa fecha, las demandas extintivas individuales pasaron a tener la consideración jurídica « *ex lege* » de extinciones de carácter colectivo, de las que ha de conocer el juez del concurso.

c) El juez del concurso tiene competencia objetiva para conocer de la extinción de los contratos de trabajo, entendida como de despido colectivo, en supuestos como el enjuiciado en el que la extinción se encuentra motivada en causas económicas y se ve afectada la totalidad de la plantilla, integrada, al menos, por cinco trabajadores.

3. El Ministerio Fiscal considera competente al juez del concurso y apoya su pretensión en el auto núm. 17/2014, de 24 de septiembre de esta Sala Especial.

SEGUNDO.- *Criterio mantenido previamente por la sala al respecto.*

La cuestión controvertida ha sido abordada anteriormente por esta sala que, resolviendo sobre supuestos similares (aunque referidos a la regulación del artículo 64.10 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), ha venido entendiendo que la competencia ha de ser atribuida al orden social. En este sentido se pronunciaron, entre otros, los autos 17/2007, de 21 de junio (Cc 11/2007), 18/2007, de 21de junio (Cc 13/2007), 19/2007, de 21de junio (Cc 19/2007) y 30/2011, de 6 de julio (Cc 19/2011). En ellos se entiende que:

1. La presentación de las demandas individuales ante los órganos del orden social antes de la declaración de concurso implica la perpetuación de la jurisdicción una vez admitidas, de forma que la fecha de presentación de la demanda se constituye en el momento inicial de la litispendencia (artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2. Entre los presupuestos cumulativos que permiten atribuir la competencia al juez del concurso para conocer excepcionalmente de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo se encuentra el de haberse interpuesto la demanda con posterioridad a la declaración del concurso.

TERCERO.- *Atribución de la competencia a favor del juez del concurso.*

A pesar de los antecedentes de la sala a que se ha hecho referencia en el anterior fundamento de derecho, se entiende que la competencia para conocer del asunto ha de ser atribuida a favor del juez del concurso por las siguientes consideraciones:

1. El supuesto enjuiciado aborda idéntico conflicto al resuelto por la STS, Sala Cuarta, 717/2015, de 9 de febrero, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina 406/2014. Sintéticamente, la argumentación empleada en dicha resolución para atribuir la competencia al juez del concurso se basa en las siguientes razones:

a) Entre las acciones individuales ejercitadas ante el Juzgado de lo Social y la colectiva promovida ante el Juzgado de lo Mercantil no existe litispendencia, habida cuenta de su falta de identidad.

b) Mientras las demandas de extinción individual de los contratos de trabajo no estén resueltas por sentencia firme tales contratos siguen vigentes y, en consecuencia, los trabajadores vinculados por ellos pueden ser incluidos en la pretensión empresarial de extinción colectiva de las relaciones laborales de todos los integrantes de la plantilla.

2. Siguiendo el segundo de los argumentos empleados por la Sala Cuarta, ha de enfatizarse la eficacia " *ex nunc* " (desde ahora o hacia el futuro) que produce la sentencia por la que se resuelve un contrato de trabajo. En este sentido, cabe señalar que mientras no gana firmeza dicha sentencia la relación laboral entre el trabajador y el empresario se mantiene en vigor, con todo su elenco de derechos y obligaciones recíprocos, de forma que el trabajador sigue obligado a prestar su fuerza de empleo y el empresario a cumplir, entre otros, con su esencial deber de abonar a aquel su salario, que sigue devengándose a favor del trabajador durante la tramitación del procedimiento ante el Juzgado de lo Social.

En este sentido, la redacción del artículo 26.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, permite que a la acción de resolución del contrato de trabajo contemplada en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores se acumule la acción de reclamación salarial, pudiendo ampliarse la demanda para incluir las cantidades adeudadas durante el tiempo transcurrido con posterioridad a la demanda.

3. Aunque como regla general quedan fuera de la competencia del juez del concurso las extinciones individuales de las relaciones de trabajo, no ocurre lo mismo con las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores « *motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado* », que tienen consideración de extinciones colectivas desde que se acuerda la iniciación del expediente previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal cualquiera que sea el número de demandantes (artículo 64.10 de la Ley Concursal tras la redacción dada por la Ley 38/2011, vigente en la fecha de iniciación del incidente concursal laboral, dado que las ulteriores modificaciones del precepto dejaron inalterado su número 10).

En la fecha de iniciación del expediente previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal (que tuvo lugar el 18 de marzo de 2015) la relación laboral del demandante con la empresa no estaba extinguida y, en consecuencia, podía ser incluido en el expediente de extinción colectiva tramitado ante el juez del concurso, sin que ello resulte afectado por el posterior dictado de sentencia por el Juzgado de lo Social.
4. Por último, cabe señalar que la demanda individual y la colectiva ejercitadas son acumulables ante el juez del concurso conforme se desprende de los artículos 32.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social y 51 de la Ley Concursal.
En virtud de lo expuesto,
LA SALA ACUERDA:
Declarar la competencia para conocer de la demanda promovida a la jurisdicción civil, y en concreto al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña, con devolución de las actuaciones a los respectivos órganos jurisdiccionales en conflicto acompañadas de certificación de esta resolución.": *ATS 03.11.2015 (Auto 21/2015; Conflicto 21/2015)*

"FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- *Pretensiones y alegaciones de los órganos en conflicto y del Ministerio Fiscal.*
1. El Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela entiende que es competente para resolver sobre la acción de extinción de la relación laboral porque en la fecha de presentación de la demanda la empresa demandada, FOELCA, S.L., no estaba declarada en concurso ni se había iniciado el expediente de extinción colectiva, razones que le permiten considerar que la pretensión de la parte actora no implica el ejercicio de una acción de extinción colectiva. En el auto por el que rechaza el requerimiento de inhibición añade además que, en dicho momento procesal, ya había recaído sentencia por la que se extinguió la relación laboral entre el actor y la empresa demandada.
2. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña considera que es competente por las siguientes razones:
a) Con apoyo en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 717/2015, de 9 de febrero, entiende que no hay precepto alguno en la Ley Concursal ni en la Ley de Procedimiento Laboral que establezca que el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia para resolver la extinción colectiva de contratos respecto de los trabajadores que tengan pendiente de resolución una demanda de extinción individual de su contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, dado que: (i) no concurre litispendencia, pues el objeto de unos y otros procedimientos es distinto (el tramitado ante el Juzgado de lo Social pretende la extinción de un contrato de trabajo por falta de pago o retraso continuado en el abono de salarios, mientras que el seguido ante el Juzgado de lo Mercantil pretende la extinción colectiva de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción); y (ii) la pendencia de la demanda de extinción individual ante el Juzgado de lo Social no incide en la vigencia del contrato de trabajo del demandante, ya que su extinción solo tendría lugar una vez dictada sentencia firme en la que se estimara que concurre la causa de resolución invocada.
b) De conformidad con el artículo 64.10 de la Ley Concursal, las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado tienen la consideración de extinciones de carácter colectivo desde el acuerdo de iniciación del expediente previsto en aquel artículo. En consecuencia, la iniciación del incidente concursal laboral (que tuvo lugar el 18 de marzo de 2015) es el momento procesal en el que tiene lugar la colectivización de las extinciones laborales y, desde esa fecha, las demandas extintivas individuales pasaron a tener la consideración jurídica « *ex lege* » de extinciones de carácter colectivo, de las que ha de conocer el juez del concurso.
c) El juez del concurso tiene competencia objetiva para conocer de la extinción de los contratos de trabajo, entendida como de despido colectivo, en supuestos como el enjuiciado en el que la extinción se encuentra motivada en causas económicas y se ve afectada la totalidad de la plantilla, integrada, al menos, por cinco trabajadores.
3. El Ministerio Fiscal considera competente al juez del concurso y apoya su pretensión en el auto núm.
17/2014, de 24 de septiembre de esta Sala Especial.
SEGUNDO.- *Criterio mantenido previamente por la sala al respecto.*
La cuestión controvertida ha sido abordada anteriormente por esta sala que, resolviendo sobre supuestos similares (aunque referidos a la regulación del artículo 64.10 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), ha venido entendiendo que la competencia ha de ser atribuida al orden social. En este sentido se pronunciaron, entre otros, los autos 17/2007, de 21 de junio (Cc 11/2007), 18/2007, de 21de junio (Cc 13/2007), 19/2007, de 21de junio (Cc 19/2007) y 30/2011, de 6 de julio (Cc 19/2011). En ellos se entiende que:
1. La presentación de las demandas individuales ante los órganos del orden social antes de la declaración de concurso implica la perpetuación de la jurisdicción una vez admitidas, de forma que la fecha de presentación de la demanda se constituye en el momento inicial de la litispendencia (artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2. Entre los presupuestos cumulativos que permiten atribuir la competencia al juez del concurso para conocer excepcionalmente de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo se encuentra el de haberse interpuesto la demanda con posterioridad a la declaración del concurso.

TERCERO.- *Atribución de la competencia a favor del juez del concurso.*

A pesar de los antecedentes de la sala a que se ha hecho referencia en el anterior fundamento de derecho, se entiende que la competencia para conocer del asunto ha de ser atribuida a favor del juez del concurso por las siguientes consideraciones:

1. El supuesto enjuiciado aborda idéntico conflicto al resuelto por la STS, Sala Cuarta, 717/2015, de 9 de febrero, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina 406/2014. Sintéticamente, la argumentación empleada en dicha resolución para atribuir la competencia al juez del concurso se basa en las siguientes razones:

a) Entre las acciones individuales ejercitadas ante el Juzgado de lo Social y la colectiva promovida ante el Juzgado de lo Mercantil no existe litispendencia, habida cuenta de su falta de identidad.

b) Mientras las demandas de extinción individual de los contratos de trabajo no estén resueltas por sentencia firme tales contratos siguen vigentes y, en consecuencia, los trabajadores vinculados por ellos pueden ser incluidos en la pretensión empresarial de extinción colectiva de las relaciones laborales de todos los integrantes de la plantilla.

2. Siguiendo el segundo de los argumentos empleados por la Sala Cuarta, ha de enfatizarse la eficacia " *ex nunc* " (desde ahora o hacia el futuro) que produce la sentencia por la que se resuelve un contrato de trabajo. En este sentido, cabe señalar que mientras no gana firmeza dicha sentencia la relación laboral entre el trabajador y el empresario se mantiene en vigor, con todo su elenco de derechos y obligaciones recíprocos, de forma que el trabajador sigue obligado a prestar su fuerza de empleo y el empresario a cumplir, entre otros, con su esencial deber de abonar a aquel su salario, que sigue devengándose a favor del trabajador durante la tramitación del procedimiento ante el Juzgado de lo Social.

En este sentido, la redacción del artículo 26.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, permite que a la acción de resolución del contrato de trabajo contemplada en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores se acumule la acción de reclamación salarial, pudiendo ampliarse la demanda para incluir las cantidades adeudadas durante el tiempo transcurrido con posterioridad a la demanda.

Así, en el supuesto enjuiciado se produjeron la acumulación de acciones y ampliación de la demanda a que se refiere dicho precepto, de forma que la sentencia de 29 de abril de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela, además de declarar la extinción de la relación laboral que unía a las partes desde la fecha de la propia sentencia, condena a la empresa demandada a estar y pasar por dicha resolución y a abonar a la actora una cantidad muy superior a la reclamada inicialmente en la demanda.

3. Aunque como regla general quedan fuera de la competencia del juez del concurso las extinciones individuales de las relaciones de trabajo, no ocurre lo mismo con las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores « *motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado* », que tienen consideración de extinciones colectivas desde que se acuerda la iniciación del expediente previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal cualquiera que sea el número de demandantes (artículo 64.10 de la Ley Concursal tras la redacción dada por la Ley 38/2011, vigente en la fecha de iniciación del incidente concursal laboral, dado que las ulteriores modificaciones del precepto dejaron inalterado su número 10).

En la fecha de iniciación del expediente previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal (que tuvo lugar el 18 de marzo de 2015) la relación laboral del demandante con la empresa no estaba extinguida y, en consecuencia, podía ser incluido en el expediente de extinción colectiva tramitado ante el juez del concurso, sin que ello resulte afectado por el posterior dictado de sentencia por el Juzgado de lo Social.

4. Por último, cabe señalar que la demanda individual y la colectiva ejercitadas son acumulables ante el juez del concurso conforme se desprende de los artículos 32.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social y 51 de la Ley Concursal.

En virtud de lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

Declarar la competencia para conocer de la demanda promovida a la jurisdicción civil, y en concreto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña, con devolución de las actuaciones a los respectivos órganos jurisdiccionales en conflicto acompañadas de certificación de esta resolución.”: ATS 03.11.2015 (Auto 20/2015; Conflicto 18/2015)

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Pretensiones y alegaciones de los órganos en conflicto y del Ministerio Fiscal.*

1. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela entiende que es competente para resolver sobre la acción de extinción de la relación laboral porque en la fecha de presentación de la demanda la empresa demandada, FOELCA, S.L., no estaba declarada en concurso ni se había iniciado el expediente de extinción colectiva, razones que le permiten

considerar que la pretensión de la parte actora no implica el ejercicio de una acción de extinción colectiva

2. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña considera que es competente por las siguientes razones:

a) Con apoyo en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 717/2015, de 9 de febrero, entiende que no hay precepto alguno en la Ley Concursal ni en la Ley de Procedimiento Laboral que establezca que el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia para resolver la extinción colectiva de contratos respecto de los trabajadores que tengan pendiente de resolución una demanda de extinción individual de su contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, dado que: (i) no concurre litispendencia, pues el objeto de unos y otros procedimientos es distinto (el tramitado ante el Juzgado de lo Social pretende la extinción de un contrato de trabajo por falta de pago o retraso continuado en el abono de salarios, mientras que el seguido ante el Juzgado de lo Mercantil pretende la extinción colectiva de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción); y (ii) la pendencia de la demanda de extinción individual ante el Juzgado de lo Social no incide en la vigencia del contrato de trabajo del demandante, ya que su extinción solo tendría lugar una vez dictada sentencia firme en la que se estimara que concurre la causa de resolución invocada.

b) De conformidad con el artículo 64.10 de la Ley Concursal, las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado tienen la consideración de extinciones de carácter colectivo desde el acuerdo de iniciación del expediente previsto en aquel artículo. En consecuencia, la iniciación del incidente concursal laboral (que tuvo lugar el 18 de marzo de 2015) es el momento procesal en el que tiene lugar la colectivización de las extinciones laborales y, desde esa fecha, las demandas extintivas individuales pasaron a tener la consideración jurídica « *ex lege* » de extinciones de carácter colectivo, de las que ha de conocer el juez del concurso.

c) El juez del concurso tiene competencia objetiva para conocer de la extinción de los contratos de trabajo, entendida como de despido colectivo, en supuestos como el enjuiciado en el que la extinción se encuentra motivada en causas económicas y se ve afectada la totalidad de la plantilla, integrada, al menos, por cinco trabajadores.

3. El Ministerio Fiscal considera competente al juez del concurso y apoya su pretensión en el auto núm. 17/2014, de 24 de septiembre de esta Sala Especial.

SEGUNDO.- *Criterio mantenido previamente por la sala al respecto.*

La cuestión controvertida ha sido abordada anteriormente por esta sala que, resolviendo sobre supuestos similares (aunque referidos a la regulación del artículo 64.10 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), ha venido entendiendo que la competencia ha de ser atribuida al orden social. En este sentido se pronunciaron, entre otros, los autos 17/2007, de 21 de junio (Cc 11/2007), 18/2007, de 21de junio (Cc 13/2007), 19/2007, de 21de junio (Cc 19/2007) y 30/2011, de 6 de julio (Cc 19/2011). En ellos se entiende que:

1. La presentación de las demandas individuales ante los órganos del orden social antes de la declaración de concurso implica la perpetuación de la jurisdicción una vez admitidas, de forma que la fecha de presentación de la demanda se constituye en el momento inicial de la litispendencia (artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2. Entre los presupuestos cumulativos que permiten atribuir la competencia al juez del concurso para conocer excepcionalmente de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo se encuentra el de haberse interpuesto la demanda con posterioridad a la declaración del concurso.

TERCERO.- *Atribución de la competencia a favor del juez del concurso.*

A pesar de los antecedentes de la sala a que se ha hecho referencia en el anterior fundamento de derecho, se entiende que la competencia para conocer del asunto ha de ser atribuida a favor del juez del concurso por las siguientes consideraciones:

1. El supuesto enjuiciado aborda idéntico conflicto al resuelto por la STS, Sala Cuarta, 717/2015, de 9 de febrero, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina 406/2014. Sintéticamente, la argumentación empleada en dicha resolución para atribuir la competencia al juez del concurso se basa en las siguientes razones:

a) Entre las acciones individuales ejercitadas ante el Juzgado de lo Social y la colectiva promovida ante el Juzgado de lo Mercantil no existe litispendencia, habida cuenta de su falta de identidad.

b) Mientras las demandas de extinción individual de los contratos de trabajo no estén resueltas por sentencia firme tales contratos siguen vigentes y, en consecuencia, los trabajadores vinculados por ellos pueden ser incluidos en la pretensión empresarial de extinción colectiva de las relaciones laborales de todos los integrantes de la plantilla.

2. Siguiendo el segundo de los argumentos empleados por la Sala Cuarta, ha de enfatizarse la eficacia " *ex nunc* " (desde ahora o hacia el futuro) que produce la sentencia por la que se resuelve un contrato de trabajo. En este sentido, cabe señalar que mientras no gana firmeza dicha sentencia la relación laboral entre el trabajador y el empresario se mantiene en vigor, con todo su elenco de derechos y obligaciones recíprocos, de forma que el trabajador sigue obligado

a prestar su fuerza de empleo y el empresario a cumplir, entre otros, con su esencial deber de abonar a aquel su salario, que sigue devengándose a favor del trabajador durante la tramitación del procedimiento ante el Juzgado de lo Social.
En este sentido, la redacción del artículo 26.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, permite que a la acción de resolución del contrato de trabajo contemplada en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores se acumule la acción de reclamación salarial, pudiendo ampliarse la demanda para incluir las cantidades adeudadas durante el tiempo transcurrido con posterioridad a la demanda.
3. Aunque como regla general quedan fuera de la competencia del juez del concurso las extinciones individuales de las relaciones de trabajo, no ocurre lo mismo con las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores « *motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado* », que tienen consideración de extinciones colectivas desde que se acuerda la iniciación del expediente previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal cualquiera que sea el número de demandantes (artículo 64.10 de la Ley Concursal tras la redacción dada por la Ley 38/2011).
En la fecha de iniciación del expediente previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal (que tuvo lugar el 18 de marzo de 2015) la relación laboral del demandante con la empresa no estaba extinguida y, en consecuencia, podía ser incluido en el expediente de extinción colectiva tramitado ante el juez del concurso, sin que ello resulte afectado por el posterior dictado de sentencia por el Juzgado de lo Social.
4. Por último, cabe señalar que la demanda individual y la colectiva ejercitadas son acumulables ante el juez del concurso conforme se desprende de los artículos 32.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social y 51 de la Ley Concursal.
En virtud de lo expuesto,
LA SALA ACUERDA:
Declarar la competencia para conocer de la demanda promovida a la jurisdicción civil, y en concreto al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña, con devolución de las actuaciones a los respectivos órganos jurisdiccionales en conflicto acompañadas de certificación de esta resolución.”: ATS 03.11.2015 (Auto 22/2015; Conflicto 23/2015)

“QUINTO (…) 5. Las anteriores consideraciones, sin embargo, no impiden que en el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla se tramitara expediente para la extinción colectiva de los contratos de trabajo en el que se incluyó a la trabajadora D.ª Joaquina, pues, a pesar de que la demanda de ejecución interpuesta por ella ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se presentó el 15-7-2015, esto es, quince días antes de que, el 30-7-2015, se dictara el auto resolutorio del expediente de extinción colectiva por el Juzgado de lo Mercantil aceptando el acuerdo alcanzado entre los representantes de los trabajadores, la empresa y la administración concursal, la competencia del juez del concurso respecto de la extinción de su contrato de trabajo no estaba afectada, dado que su contrato estaba vigente mientras no se resolviera por decisión judicial firme, de forma que la Sra. Joaquina podía ser incluida en la pretensión empresarial de extinción colectiva de las relaciones laborales de todos los integrantes de la plantilla [en este sentido se ha pronunciado esta Sala Especial, modificando la doctrina anteriormente mantenida al respecto, a partir de su auto 15/2015, de 2 de noviembre (CC 19/2015), seguido por los autos 16/2015, también de 2 de noviembre (CC22/2015), y 21 y 22/2015, ambos de 3 de noviembre (CC 21 y 23/2015), siguiendo la interpretación adoptada por la STS, Sala Cuarta, 717/2015, de 9 de febrero (RCUD 406/2014)].”: ATS 26.04.2016 (Auto 4/2016; Conflicto 4/2016)

“QUINTO (…) 5. Las anteriores consideraciones, sin embargo, no impiden que en el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla se tramitara expediente para la extinción colectiva de los contratos de trabajo en el que se incluyó al trabajador D. Imanol, pues, a pesar de que la demanda de ejecución interpuesta por él ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se presentó el 15-7-2015, esto es, quince días antes de que, el 30-7-2015, se dictara el auto resolutorio del expediente de extinción colectiva por el Juzgado de lo Mercantil aceptando el acuerdo alcanzado entre los representantes de los trabajadores, la empresa y la administración concursal, la competencia del juez del concurso respecto de la extinción de su contrato de trabajo no estaba afectada, dado que su contrato estaba vigente mientras no se resolviera por decisión judicial firme, de forma que la Sr. Imanol podía ser incluido en la pretensión empresarial de extinción colectiva de las relaciones laborales de todos los integrantes de la plantilla [en este sentido se ha pronunciado esta Sala Especial, modificando la doctrina anteriormente mantenida al respecto, a partir de su auto 15/2015, de 2 de noviembre (CC 19/2015), seguido por los autos 16/2015, también de 2 de noviembre (CC22/2015), y 21 y 22/2015, ambos de 3 de noviembre (CC 21 y 23/2015), siguiendo la interpretación adoptada por la STS, Sala Cuarta, 717/2015, de 9 de febrero (RCUD 406/2014)].”. ATS 26.04.2016 (Auto 5/2016; Conflicto 6/2016)

“QUINTO. (…) 5. Las anteriores consideraciones, sin embargo, no impiden que en el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla se tramitara expediente para la extinción colectiva de los

contratos de trabajo en el que se incluyó a la trabajadora D.ª Estefanía, pues, a pesar de que la demanda de ejecución interpuesta por ella ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se presentó el 15-7-2015, esto es, quince días antes de que, el 30-7-2015, se dictara el auto resolutorio del expediente de extinción colectiva por el Juzgado de lo Mercantil aceptando el acuerdo alcanzado entre los representantes de los trabajadores, la empresa y la administración concursal, la competencia del juez del concurso respecto de la extinción de su contrato de trabajo no estaba afectada, dado que su contrato estaba vigente mientras no se resolviera por decisión judicial firme, de forma que la Sra. Estefanía podía ser incluida en la pretensión empresarial de extinción colectiva de las relaciones laborales de todos los integrantes de la plantilla [en este sentido se ha pronunciado esta Sala Especial, modificando la doctrina anteriormente mantenida al respecto, a partir de su auto 15/2015, de 2 de noviembre (CC 19/2015), seguido por los autos 16/2015, también de 2 de noviembre (CC22/2015), y 21 y 22/2015, ambos de 3 de noviembre (CC 21 y 23/2015), siguiendo la interpretación adoptada por la STS, Sala Cuarta, 717/2015, de 9 de febrero (RCUD 406/2014)].": ATS 26.04.2016 (Auto 8/2016; Conflicto 5/2016)

"QUINTO (…) 5. Las anteriores consideraciones, sin embargo, no impiden que en el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla se tramitara expediente para la extinción colectiva de los contratos de trabajo en el que se incluyó al trabajador D. Miguel, pues, a pesar de que la demanda de ejecución interpuesta por él ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se presentó el 15-7-2015, esto es, quince días antes de que, el 30-7-2015, se dictara el auto resolutorio del expediente de extinción colectiva por el Juzgado de lo Mercantil aceptando el acuerdo alcanzado entre los representantes de los trabajadores, la empresa y la administración concursal, la competencia del juez del concurso respecto de la extinción de su contrato de trabajo no estaba afectada, dado que su contrato estaba vigente mientras no se resolviera por decisión judicial firme, de forma que el Sr. Miguel podía ser incluido en la pretensión empresarial de extinción colectiva de las relaciones laborales de todos los integrantes de la plantilla [en este sentido se ha pronunciado esta Sala Especial, modificando la doctrina anteriormente mantenida al respecto, a partir de su auto 15/2015, de 2 de noviembre (CC 19/2015), seguido por los autos 16/2015, también de 2 de noviembre (CC22/2015), y 21 y 22/2015, ambos de 3 de noviembre (CC 21 y 23/2015), siguiendo la interpretación adoptada por la STS, Sala Cuarta, 717/2015, de 9 de febrero (RCUD 406/2014)].": ATS 26.04.2016 (Auto 9/2016; Conflicto 7/2016)

3.2. Viabilidad de acción individual ante el Juzgado de lo Social reclamando diferencias salariales anteriores a la declaración de concurso

JM-1 Bilbao

"La reclamación *[las diferencias entre la cantidad percibida y la que debió percibir en aplicación del Convenio Colectivo de Comercio Metal de Bizkaia.]* se basa en salarios devengados antes de la declaración de concurso. Sea o no procedente el reconocimiento de tal cantidad, la Ley Concursal dispone cómo deben comunicarse los créditos aunque también ciertas obligaciones a la administración concursal.
El art. 21.1.5º LC dispone que al declararse el concurso deberá hacerse llamamiento a todos los acreedores, y por lo tanto también a los trabajadores, acreedores de un crédito derivado de su relación laboral, para que en el término de un mes comuniquen por escrito y sin necesidad de letrado o procurador (184.3 LC) la existencia, importe y si lo desean calificación que pretenden, adjuntando los documentos acreditativos.
No obstante, la administración concursal tiene también el deber de incluir los créditos «que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso» (art. 86.1 LC), y en particular, por disposición expresa del art. 86.2 LC, «los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso».
Ese régimen supone que la comunicación del crédito es potestativa para el trabajador, porque puede verificarlo, aportando contratos, nóminas o cualquier otro documento que acredite su crédito, o no hacerlo, ya que la administración concursal deberá incluirlo en la lista de acreedores que debe acompañar a su informe en cumplimiento de lo señalado en el art. 94.1 LC.
Como señala la concursada, eso es lo que pudo verificar el trabajador en este caso. Tenía en su mano comunicar el crédito o, en su caso, impugnar el informe de la administración concursal por el procedimiento que dispone el art. 96 LC. Por ello el art. 50.1 LC dispone que una vez declarado el concurso, las demandas que se presenten ante los Juzgados de 1ª Instancia o de lo Social de las que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en este Ley, no deben ser admitidas «previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso».
Ese derecho puede ser ejercitado en la forma que disponen los preceptos citados, es decir, mediante la comunicación del crédito o su inclusión por el administrador, lo que propicia la eventual discusión, a través del incidente del art. 96 LC, de la existencia, importe y

calificación del crédito concursal que pretende la parte.

TERCERO Posibilidad de presentar reclamaciones en forma diferente a la comunicación de créditos

El actor pretende, no obstante, una reclamación de cantidad de forma diferente a la expresada. No ha comunicado su crédito, no ha impugnado el informe de la administración concursal que acompañaba la lista de acreedores, y ante la prohibición del art. 50 LC, no ha acudido al Juzgado de lo Social a reclamar las diferencias salariales por la aplicación del Convenio Colectivo de Comercio Metal de Bizkaia, sino que lo ha hecho ante el juzgado que tramita el concurso.

El demandado considera que la forma de reclamar la cantidad, sin comunicar a la administración concursal su crédito, es incorrecta. Efectivamente la forma usual de realizar una reclamación frente al concursado es la comunicación de créditos, pero no hay impedimento legal que dificulte la reclamación por otras vías.

Hay que reconocer, en primer lugar, que la situación de concurso no cercena los derechos de los acreedores que pretenden litigar frente a la concursada. Lo único que se modificará es la forma de actuar, según se tengan las facultades de la concursada simplemente intervenidas o totalmente suspendidas (art. 40 LC).

En el primer caso, la demanda se dirigirá frente a la concursada, pero el juzgado deberá emplazar también a la administración concursal por si quiere personarse en defensa de la masa (art. 50.2 LC). De esta forma podrían coexistir dos posiciones procesales, la de la concursada por un lado, siempre con aquiescencia de la administración concursal, y la de la administración concursal en defensa de la masa, por otro. En cambio en situaciones de suspensión de facultades del art. 40.2 y 3 LC, será la administración concursal la única que podría comparecer representando a la concursada.

Aclarado lo anterior hay que resaltar que el concurso también modifica las reglas de competencia objetiva habituales. No siempre se puede acudir a los juzgados habituales, sino que en ocasiones es preciso dirigir la acción al propio juzgado que tramita el concurso. Así los Juzgados de lo Penal, de lo Social o de lo Contencioso no tienen completamente vedado conocer de pretensiones frente a la concursada planteadas después de la declaración de concurso. En tal sentido se dispone el art. 50.2 LC, después de establecer el art. 50.1 que los jueces del orden civil o social se abstendrán de conocer de la «demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley».

De las demandas de las que no deba conocer el juez del concurso si pueden conocer, pese a tal situación, los citados juzgados de lo penal, contencioso y social. Por ello la regla para el emplazamiento de la administración concursal para las acciones que puedan tener trascendencia en el patrimonio del deudor que cierra el art. 50.2 LC.

Tanto en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC), que reforma la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ), como en la propia Ley Concursal se dispone que en materia laboral el juez del concurso es competente, exclusivamente, para las acciones sociales que tengan carácter colectivo.

El art. 2 LORC añade un art. 86 ter a la LOPJ, cuyo apartado 1.2º dispone que la competencia del juzgado de lo mercantil se extiende a «acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección...». Otro tanto recoge el art. 8 LC en su apartado segundo. Precisamente por tales disposiciones este Juzgado tramitó un expediente de extinción colectiva núm. 626/2005, derivado del concurso del empleador de la demandante, cuyo auto resolutivo ha aportado en la vista el actor como doc. núm. 9 (folios 95 a 104) de la demanda.

En este caso la acción de la demandante no es colectiva, sino individual. No es una de las acciones de las «que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley» como indica el art. 50.1 LC. La reclamación ha de ventilarse, en consecuencia, ante los Juzgados de lo Social, ya que no se ha utilizado la vía del art. 96 LC, impugnando la no inclusión o su inclusión en cuantía o calificación diferente a la pretendida en la lista de acreedores.

Debe por lo tanto declararse la incompetencia de este Juzgado para conocer de esta pretensión.": Sentencia JM-1 Bilbao (Vizcaya) 07.04.2006 (JUR/2006/147608)

- 3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

Art. 8.3º

1. Ejecución de sentencia de desahucio o de devolución de bienes muebles ajenos

1.1 Corresponde al JPI la ejecución de sentencia firme al haberse extinguido en virtud de ésta el derecho del concursado

AP Barcelona (Sección 15)

“PRIMERO.- Se plantea, mediante conflicto positivo, entre el Juzgado de Primera Instancia y el Juzgado de lo Mercantil, la determinación de la competencia objetiva para el conocimiento de una demanda de ejecución en la que se pretende estrictamente el desalojo por parte de la mercantil CREACIONES DE ENVASES MODERNOS S.L de la nave que ésta ocupa en un polígono industrial de Badalona, tras el dictado de sentencia firme, de fecha 22 de febrero de 2006, que declaró la resolución del contrato de arrendamiento suscrito por ésta con la arrendadora, PROAMALFI S.L, y condenó a la arrendataria a dejar libre y expedito el inmueble con apercibimiento de lanzamiento, además de la consiguiente condena al pago de las rentas adeudadas. Sin embargo, el 21 de febrero de 2006 la arrendataria fue declarada en concurso de acreedores, y requerido, vía fax y con fecha 23 de junio de 2006, el Juzgado de 1ª Instancia para que “de forma inmediata suspenda la tramitación del procedimiento de ejecución 322/2006 por falta de competencia objetiva”, pues ésta corresponde al Juzgado de lo Mercantil requirente, el primero mantiene su competencia y rechaza la suspensión de la ejecutoria.

SEGUNDO.- Por medio del presente conflicto positivo de competencia objetiva, más que una cuestión competencial strictu sensu, lo que se plantea es la determinación de los efectos del concurso en la resolución, anterior a la declaración, de los contratos en los que el deudor concursado era parte. En el supuesto que nos ocupa se trata concretamente de un contrato de tracto sucesivo, un contrato de arrendamiento de finca urbana que es resuelto por el incumplimiento de la arrendataria de la principal obligación que le incumbía, el pago de las rentas pactadas, lo que da lugar al correspondiente juicio de desahucio y reclamación de cantidad y a la ejecución judicial ya mencionada.

En este contexto, los argumentos del Sr. Magistrado de 1ª Instancia para sostener que no puede suspender la ejecutoria son dos, aunque expresados de la misma forma: la sentencia a ejecutar, al implicar el lanzamiento de la deudora de la nave que ocupa a instancia de la arrendadora, no afecta al patrimonio de la concursada. Por una parte, considera el Juzgado de Badalona que lo ejecutado realmente es la persona de la deudora, que es condenada a una obligación de hacer, pero a ello cabe oponer que esta condena puede concretarse, de incumplirse o resultar frustrada, en una pretensión económica contra la concursada; por otra, se entiende que la nave en cuestión no integra el patrimonio de la concursada, sino el de la arrendadora ejecutante, pero esta tesis tampoco es atendible, pues es patente que el Juzgado de lo Mercantil no pretende la suspensión por considerar que la nave se integre en el patrimonio de la concursada, sino por entender que ésta sí que tiene un derecho de uso sobre la misma, un derecho de contenido patrimonial que, con arreglo al artículo 8.3 de la misma LC, que establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso siguiendo las mismas pautas presentes en el artículo 86 ter.1 de la LOPJ, sólo puede ser conocido por el Juez del concurso, pues su competencia alcanza a *“ (t)oda ejecución frente a bienes o derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado”,* lo que le autoriza para exigir la inmediata suspensión de la ejecución inicialmente despachada.

No obstante, aunque los argumentos del Juzgado requerido no sean certeros, compartimos su decisión de no suspender esta ejecutoria singular. La razón de esta conclusión se halla en el mismo artículo 8.3 de la LC: al pretenderse la ejecución de una sentencia firme que impone el lanzamiento de la concursada de la nave que tenía arrendada, no se plantea una ejecución frente a un derecho patrimonial de la concursada, pues precisamente la sentencia firme lo que hizo fue resolver el contrato de arrendamiento que la deudora tenía suscrito, extinguir jurídicamente aquel derecho de uso, inexistente por tanto tras la firmeza del título judicial y, por supuesto, en el momento de instar el lanzamiento. La extinción de este derecho es la que justifica precisamente el despacho de la ejecución y aleja el caso de la competencia directa del Juez del concurso y su capacidad de dejarla en suspenso.

Desde otro punto de vista, la tesis contraria conllevaría un perjuicio desproporcionado a la arrendadora, que el concurso no puede justificar, pues aunque la cantidad adeudada en concepto de rentas debidas constituya un crédito a incluir en la masa pasiva del concurso, la propietaria del inmueble se vería privada de la recuperación posesoria de la nave, pretendida con su demanda de desahucio, lograda en sentencia firme y estricto objeto de esta ejecución, sin que la nave pueda integrar nunca la masa activa del concurso.

Sistemáticamente, esta ausencia de suspensión, por demás, es coherente con las disposiciones de la misma LC en torno a la vigencia de los contratos del concursado, que según el artículo 61.2 no se ve afectada per se por la declaración del concurso, sin perjuicio de que la prevalencia del interés del concurso se concrete, por la administración concursal o por el mismo concursado, según los casos, en la resolución del contrato por incumplimientos posteriores, en la resolución de contratos de tracto sucesivo por incumplimiento de deudas anteriores a la declaración, en una solicitud de resolución contractual sin incumplimiento o en una solicitud de mantenimiento del contrato resoluble. Para la situación que se aborda en este caso, la resolución ya producida de un contrato de arrendamiento suscrito como arrendatario por el concursado, en virtud de una acción de desahucio anterior al concurso, el artículo 70 prevé expresamente la facultad de la administración concursal de enervar la acción de desahucio o de rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento, pagando entonces con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes y las costas procesales causadas hasta ese momento. Relacionando el artículo 70 con el artículo 55, parece claro, pues, que esta facultad de rehabilitación contractual se asienta en el supuesto básico de que la ejecución de la sentencia no se ha suspendido.

Concluimos, en definitiva, que, correspondiendo al Juzgado de 1ª Instancia la competencia para tramitar la ejecución singular despachada para el lanzamiento de la concursada de la nave que ocupaba como arrendataria, no procede la suspensión de la misma, sin perjuicio de que en el seno del concurso se decida rehabilitar el contrato en los términos del artículo 70 de la LC.": AAP Barcelona (Sección 15) 22.11.2006 (Rollo 439/2006)

AP Barcelona (Sección 13)

"PRIMERO.- La actora demanda la ejecución de una sentencia de desahucio dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de L'Hospitalet de LLobregat frente a la concursada RIPE S.A. y en consecuencia el lanzamiento de un inmueble por ésta arrendada.
Para resolver la cuestión competencial debemos acudir al artículo 86 ter LOPJ y arts. 8 y 55 de la Ley Concursal, sin que este Tribunal esté vinculado por pareceres del Juzgado civil que dicto la sentencia y que, a nuestro entender, debe ejecutarla.
SEGUNDO.- El primero de los preceptos (que se reproduce en el artículo 8 de la ley concursal) atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente, entre otras materias, para "Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado" y por su parte el artículo 55 de la ley concursal señala que "Declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos
o tributarios contra el patrimonio del deudor".
No se considera que la pretensión pretendida (el lanzamiento de la concursada de una finca propiedad de la ejecutante tras la resolución de la relación arrendaticia) esté comprendido en el ámbito competencial del juzgado del concurso por varias razones.
Desde el punto de vista gramatical, los preceptos citados ponen de relieve que la competencia en fase de ejecución del juez del concurso no se refiere a cualesquiera ejecuciones contra el concursado, sino aquellas actuaciones de contenido ejecutivo dirigidas frente a los bienes o patrimonio del concursado. Por tanto, la pretensión que nos ocupa no da lugar a una actuación de apremio frente a bienes del concursado (no lo han sido nunca) ni frente a derechos económicos (los derivados del arrendamiento) ya que han quedado resueltos.
Desde el punto de vista sistemático, la conclusión anterior se refuerza, ya que si acudimos al art.70 LC : si cabe la rehabilitación esta debe residenciarse ante el Juez que conoce de la ejecución, porque será el que determine las costas que conforman uno de los conceptos del "quantum" a pagar, sin que pueda el juzgado del concurso tasar las costas impuestas por otro juzgado.
Finalmente, la exégesis teleológica: la regulación concursal obedece a la necesidad de que toda la ejecución patrimonial del deudor concursado se unifique de manera que solamente exista un órgano competente para ello, el juez del concurso, pues es inherente a la naturaleza universal del concurso, bien para impedir que se frustre la posibilidad de convenio por ejecuciones aisladas de elementos de las unidades productivas bien para optimizar el resultado de la ejecución. Lo relevante es que no se pueda, de manera singular y separada, hacerse efectivos derechos sobre bienes patrimoniales del deudor común al margen del concurso. Pero aquí no se interesa medida de apremio alguno sobre bienes del concursado sino un pronunciamiento de toma de posesión de un bien ajeno al concurso.
En este sentido se decantan las Conclusiones del Seminario del CGPJ sobre concurso y contratos de abril de 2008 y apunta la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 22 de noviembre de 2006, que resuelve un conflicto de competencia objetiva entre el Juzgado de lo Mercantil y el Juzgado de Primera Instancia, que se negaba a suspender la ejecución. La Audiencia señala que "La razón de esta conclusión se halla en el mismo artículo 8.3 de la LC : al pretenderse la ejecución de una sentencia firme que impone el lanzamiento de la concursada de la nave que tenía arrendada, no se plantea una ejecución frente a un derecho patrimonial de la concursada, pues precisamente la sentencia firme lo que hizo fue resolver el contrato de arrendamiento que la deudora tenía suscrito, extinguir jurídicamente aquel derecho de uso, inexistente, por tanto, tras la firmeza del título judicial y, por supuesto, en el momento de instar el lanzamiento. La extinción de este derecho es la que justifica precisamente el despacho de la ejecución y aleja el caso de la competencia directa del Juez del concurso y su capacidad de dejarla en suspenso"; señalando en tal sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 25.9.2009 que "...Si, con independencia de la situación de hecho, ya no le asiste al concursado el derecho a poseerlo, la mera restitución de un bien ajeno a la masa activa del concurso no requiere la intervención del Juez que conoce de éste, cuya competencia solo se justifica (artículo 8.3º de la LC, en relación con el artículo 86 ter, nº 1.3º, de la LOPJ) ante ejecuciones que puedan afectar a bienes y derechos que integren o puedan integrarse en el patrimonio del concursado. Tampoco se infringiría la prohibición de inicio de ejecuciones singulares que prevé el artículo 55 de la LC, pues tratándose, tan solo, de ejecutar el lanzamiento respecto de un bien ajeno a la propiedad del concursado no se estaría actuando, como antes hemos explicado, contra ningún elemento que forme parte de su patrimonio. Por el contrario, forzar la innecesaria actuación del arrendador en el seno del concurso podría conducir a dilatar la devolución del inmueble, causando un injustificable sacrificio a su propietario que a nadie beneficia cuando el debate judicial ya está agotado, pues se le avocaría a la realización de nuevos trámites procesales, ahora en sede concursal, como el procedimiento de separación del artículo 80 de la LC, que no parece destinado a solventar lo que ya estuviese decidido por una resolución firme que ordena la restitución del bien ajeno. Es más, existe

otra previsión en la Ley Concursal, la de su artículo 70, que parece destinada a ser ejercitada en un procedimiento de desahucio paralelo al concursal, pues va referida a los procesos que se hallasen en trámite con anterioridad al concurso, cual en el caso acontece, en la que no se contempla ninguna otra interferencia en el mismo por causa del proceso de concurso que la de atribuir a la administración concursal el derecho a intervenir en el desahucio para ejercer la posibilidad de enervar la acción (en la fase declarativa del proceso) o de rehabilitar el contrato (en la fase de ejecución) pagando, con cargo a la masa, las rentas y conceptos pendientes y las costas causadas, sin que se aplique el límite del artículo 22.4 de la LEC (por lo que el requerimiento previo o la enervación anterior no impedirán el ejercicio de estas facultades)...".
Procede, pues, estimar el recurso y dejar sin efecto la suspensión acordada, debiendo llevarse a término el lanzamiento, lo cual no excluye que deban adoptarse los mecanismos de coordinación pertinentes entre el Juzgado de Primera Instancia y el de lo Mercantil para el caso de que pudiera haber en el inmueble objeto de desahucio pertenencias del concursado que formasen parte de la masa activa del concurso, lo que exigiría la adopción de las cautelas que resultasen procedentes.": AAP Barcelona (Sección 13) 15.07.2011 (Auto 117/2011; Rollo 570/2010)

AP Cantabria

"PRIMERO.-En una primera y superficial lectura existen dos preceptos favorables a la decisión del Juzgado. El Art 552.1º en relación con el art 551 LEC.
Y también el art 568 LEC, de una especialidad y rotundidez evidentes: No se despachará frente a demandado en concurso.
Pero examinando dichos preceptos con criterios de literalidad y sistemáticos, advertimos que el Juzgado yerra al negar el despacho por desahucio, y acierta al denegarlo para cobrar la cantidad adeudada fijada en la sentencia.
Del art 70LC - norma especial, por referirse al desahucio y lanzamiento- parece desprenderse que la sentencia en que se lanza al concursado es ejecutable. Y ello porque si la administración concursal puede rehabilitar la vigencia del contrato en cualquier momento antes del lanzamiento, y éste se produce durante la ejecución de la sentencia de desahucio, será porque el concursado puede hallarse en procedimiento de ejecución en que se ha podido despachar dicho lanzamiento. Pero pagando las rentas pendientes amén de las costas.
Por tanto el Juez debe despachar. Sin perjuicio de que la parte concursada, o la administración concursal opongan frente al auto las oposiciones que la norma autoriza.
Por otra parte el art 55 LC circunscribe o delimita el ámbito de la prohibición de ejecuciones cuando se dirigen contra el patrimonio del deudor concursado. En nuestro caso, pues, en principio cabe el despacho de lanzamiento; aunque no por las rentas, que afectan al patrimonio de la concursada (arts 55 y 8 LC).
En definitiva, por una parte no es competencia del Juzgado de lo Mercantil, y sí del Juzgado sentenciador. Además cualquiera que sea la extensión que se pretende anudar al término patrimonio, ciertamente la arrendataria concursada, tras la sentencia firme de desahucio, ni si quiera puede incluir su derecho de arrendamiento- derecho de crédito- que ya se extinguió con dicha sentencia. No afecta, pues, el lanzamiento a la masa activa o patrimonio de la concursada, razón de más para declarar tanto la competencia como el despacho de ejecución.
SEGUNDO.- Por lo razonado, y porque la parte ningún argumento esgrime en contra se ha de mantener la denegación de despacho frente a la ejecución dineraria, pues ésta sí supone la ejecución singular sobre el patrimonio de la sociedad ejecutada.": AAP Cantabria (Sección 4) 03.04.2012 (Auto 28/2012; Rollo 145/2012)

AP Madrid (Sección 28)

"PRIMERO El conflicto de competencias que ha de resolver este tribunal lo genera, por un lado, la decisión del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada de rechazar por falta de competencia objetiva, a favor de los Juzgados de lo Mercantil, el conocimiento de la demanda de ejecución (lanzamiento de local) presentada por la representación de D.Germán frente a INDUSTRIAS MAVE SL, entidad que se encuentra en concurso; y, por otro, la del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid que, disconforme con aquella decisión, no aceptó que le incumbiese la competencia para conocer de esa ejecución, reclamando éste que la Audiencia Provincial fuera la que dirimiese la contienda competencial. Ésta, como órgano inmediato superior común, debe dar respuesta al problema, conforme a lo previsto en elartículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estimado admisible que, a la vista de lo dispuesto en el últimoinciso del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a falta de previsión específica para el caso de competencia objetiva, se haya acudido a la aplicación analógica del procedimiento previsto en elartículo 60.2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
SEGUNDO Este tribunal considera conveniente, para centrar el debate, precisar los efectos del concurso respecto a los juicios de desahucio en los que estuviese implicado el concursado. Para ello es preciso distinguir dos supuestos, que exponemos a continuación.
El primero de ellos es aquél en el que la acción se ejercitase con posterioridad a la declaración de concurso, en cuyo caso deberá conocer de ella el Juez del concurso, reconduciéndose bien al cauce procesal previsto para la resolución de contratos en losartículos 61 y 62 de la LC (para los fundados

en la falta de pago u otras causas resolutorias) o bien al de separación de bienes de propiedad ajena delartículo 80 de la LC (en los supuestos de expiración de plazo o ante el alegato de la concurrencia de otro motivo de pérdida o carencia del derecho a poseer). La ulterior ejecución de lo resuelto se residenciaría, como es obvio, ante el propio Juez de lo Mercantil.
El otro supuesto es aquél en el que la acción ya se hubiese ejercitado con anterioridad a la declaración de concurso, en cuyo caso deberá seguir tramitándose ante el Juzgado de Primera que ya estuviese conociendo de ella hasta alcanzar la firmeza de sentencia, según se desprende delartículo 51 de la LC. El problema se plantea, y ese ha sido el motivo del conflicto que aquí se suscita, a propósito de a qué órgano se atribuiría la competencia para realizar el lanzamiento en ejecución de esta sentencia de desahucio (exclusivamente en lo referente al desalojo del inmueble, ya que no cabe discusión respecto a que la deuda dineraria debería reconducirse al tratamiento que le corresponda en el concurso, pues para el cobro de la misma sí concurre el arrendador con el resto de los acreedores del concursado). Las alternativas que se suscitan son las siguientes: 1º) que conozca el Juez de Primera Instancia que dictó la sentencia de desahucio, que ejercitaría su competencia funcional (art. 545 de la LEC) por los trámites para hacer efectiva la entrega de inmuebles delart. 703 de la LEC, si se interpreta que la ejecución no va dirigida contra el patrimonio del concursado sino contra un bien de propiedad ajena, sobre el que el concursado ya no ostenta derecho alguno y que debe ser restituido a su titular; o 2º) por contra, entender que la ejecución pudiera corresponder ya al Juez del concurso, al amparo delartículo 8.3º de la LC (en relación con elartículo 86 ter, nº 1.3º, de la LOPJ), puesto que, no obstante, todavía afectaría a un derecho de contenido patrimonial del concursado, cual es la posesión de un bien, que en ocasiones puede ser su vivienda y en otras la sede física de su actividad profesional, negocio o industria y la interferencia en él podría resultar trascendente para el interés del concurso.
TERCERO Entendemos de mayor peso las razones que sustentan la atribución al Juez de Primera Instancia de la competencia para conocer de la ejecución del desahucio, puesto que ya se habría zanjado judicialmente que el contrato de arrendamiento está resuelto (o, en su caso, declarada la expiración de su plazo de vigencia) y con ello extinguido el derecho de uso que incumbía en el pasado al arrendatario sometido a concurso. Si, con independencia de la situación de hecho, ya no le asiste al concursado el derecho a poseerlo, la mera restitución de un bien ajeno a la masa activa del concurso no requiere la intervención del Juez que conoce de éste, cuya competencia solo se justifica (artículo 8.3º de la LC, en relación con elartículo 86 ter, nº 1.3º, de la LOPJ) ante ejecuciones que puedan afectar a bienes y derechos que integren o puedan integrarse en el patrimonio del concursado. Tampoco se infringiría la prohibición de inicio de ejecuciones singulares que prevé elartículo 55 de la LC, pues tratándose, tan solo, de ejecutar el lanzamiento respecto de un bien ajeno a la propiedad del concursado no se estaría actuando, como antes hemos explicado, contra ningún elemento que forme parte de su patrimonio Por el contrario, forzar la innecesaria actuación del arrendador en el seno del concurso podría conducir a dilatar la devolución del inmueble, causando un injustificable sacrificio a su propietario que a nadie beneficia cuando el debate judicial ya está agotado, pues se le avocaría a la realización de nuevos trámites procesales, ahora en sede concursal, como el procedimiento de separación delartículo 80 de la LC, que no parece destinado a solventar lo que ya estuviese decidido por una resolución firme que ordena la restitución del bien ajeno. Es más, existe otra previsión en laLey Concursal, la de su artículo 70, que parece destinada a ser ejercitada en un procedimiento de desahucio paralelo al concursal, pues va referida a los procesos que se hallasen en trámite con anterioridad al concurso, en la que no se contempla ninguna otra interferencia en el mismo por causa del proceso de concurso que la de atribuir a la administración concursal el derecho a intervenir en el desahucio para ejercer la posibilidad de enervar la acción (en la fase declarativa del proceso) o de rehabilitar el contrato (en la fase de ejecución) pagando, con cargo a la masa, las rentas y conceptos pendientes y las costas causadas, sin que se aplique el límite delartículo 22.4 de la LEC (por lo que el requerimiento previo o la enervación anterior no impedirán el ejercicio de estas facultades).
Coincidimos, por tanto, con el criterio que sostuvo la sección 15ª de laAudiencia Provincial de Barcelona en resolución de fecha 22 de noviembre de 2006, si bien entonces el conflicto fue de índole positiva, porque ambos órganos judiciales pugnaban por la competencia, en tanto que aquí los dos pretendían declinarla.
Lo cual no excluye que deban adoptarse los mecanismos de coordinación pertinentes entre el Juzgado de Primera Instancia y el de lo Mercantil para el caso de que pudiera haber en el inmueble objeto de desahucio pertenencias del concursado que formasen parte de la masa activa del concurso, lo que exigiría la adopción de las cautelas que resultasen procedentes.
CUARTO Dado que los autos han sido remitidos por el Juzgado de lo Mercantil, y habían sido iniciados por una solicitud remitida a dicho tipo de Juzgado, con argumentos dirigidos "ex profeso" al mismo, ha de realizarse la devolución de los mismos al órgano del que proceden, comunicando esta resolución al Juzgado de Primera Instancia para que tenga constancia de la suerte del conflicto competencial. Deberá ser la parte actora la que inste ante este último lo que estime pertinente en cuanto a la continuación del proceso.
QUINTO No procede efectuar expresa imposición de las costas derivadas de esta alzada, puesto que el objeto de la misma no ha sido zanjar una contienda entre partes sino la polémica entre órganos judiciales a propósito de la competencia objetiva para el conocimiento de un determinado asunto.”: AAP Madrid (Secciòn 28) 25.09.2009 (JUR 2009/470670; Auto 158/2009; Rollo 257/2009)

Caso de bienes muebles

"PRIMERO.- El conflicto de competencias que ha de resolver este tribunal lo genera, por un lado, la decisión del Juzgado de Primera Instancia nº 63 de Madrid de rechazar por falta de competencia objetiva, a favor de los Juzgados de lo Mercantil, el conocimiento de la solicitud presentada por MUD-DATA GmbH para la ejecución de una resolución alemana, dictada el 27 de mayo de 2010 por el Tribunal de Oldenburg (República Federal de Alemania), a fin de hacer efectivo el pronunciamiento de la misma que condenaba a ALCABLE 2000 SL a devolver una máquina de reciclaje (identificada como MD350R, número de serie 2232), entidad esta última que se encuentra en concurso declarado por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid mediante auto de 7 de abril de 2010; y, por otro, la resolución dictada por este último órgano judicial, que había rechazado previamente que le incumbiese la competencia para conocer de esa ejecución. El primero de los señalados órganos judiciales ha reclamado que sea la Audiencia Provincial la que dirima la contienda competencial. Ésta, como órgano inmediato superior común, debe dar respuesta al problema, conforme a lo previsto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estimado admisible que, a la vista de lo dispuesto en el último inciso del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a falta de previsión específica para el caso de competencia objetiva, se haya acudido a la aplicación analógica del procedimiento previsto en el artículo 60 números 2 º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El debate es el siguiente: a) el Juez de lo Mercantil considera que no le incumbe conocer de los trámites de restitución a su propietario de un bien que no forma parte de la masa activa del concurso, porque se trataría de una ejecución judicial que no iría dirigida contra el patrimonio del concursado; y b) la Juez de Primera Instancia sostiene que aunque se trate de la entrega de un bien mueble, si lo previsible es que no va a poder entregarse, porque no está localizado por los órganos concursales, la ejecución va a desembocar en la sustitución de la obligación de entrega por la de indemnizar y se afectará con ello a la masa activa del concurso.

SEGUNDO.- Lo que debemos señalar, en primer lugar, es que, por aplicación de la regla general, el competente en España para la ejecución individual de tal resolución alemana, derivada de un cauce procesal para solventar un problema de incumplimiento contractual que determinó una condena a la restitución de un bien mueble, lo sería precisamente el Juez de Primera Instancia, a tenor de lo previsto en el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (artículo 39 de dicha norma internacional, en relación con el anexo II de la misma).

En España, además de la atribución competencial a los Juzgados de Primera Instancia para el conocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras (artículo 85.5 de la LOPJ), existe también una específica para los Juzgados de lo Mercantil (artículo 86 ter nº 3 de la LOPJ), pero la resolución debe versar sobre materias que sean de la competencia de éstos y además que los tratados o normas internacionales no atribuyan el conocimiento a otro órgano judicial. Aquí la materia de la que trata la resolución alemana no sería, sin embargo, competencia de los Juzgados de lo Mercantil, por lo que considerada como una ejecución individual incumbiría su conocimiento al Juez de Primera Instancia; lo que ocurre es que se ha cruzado una declaración de concurso del demandado que podría interferir en la ejecución por parte de dicho órgano, por lo que habrá que comprobar hasta que punto esto sería efectivamente así y, de serlo, con qué consecuencias.

TERCERO.- En el supuesto que ahora nos ocupa la ejecución se refiere a la entrega de una cosa mueble (una determinada máquina de reciclaje, identificada como MD350R, número de serie 2232), respecto de la cual los tribunales alemanes habían decidido mediante sentencia que la parte demandada (LACABLE 2000 SL), que en su momento la arrendó, no tenía derecho alguno a poseerla y debía entregarla a su propietaria (MUD-DATA GmbH).

Pues bien, como tuvimos oportunidad de señalar en el auto de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 25 de septiembre de 2009 (aunque entonces analizábamos la devolución de un inmueble y ahora lo sería con respecto a un bien mueble), si ya se hubiese extinguido el derecho de uso que incumbía antes al concursado, porque así se hubiese decidido en un proceso judicial, con independencia de cual pueda ser la mera situación de hecho, ya no le asistirá a aquél el derecho a mantener en su poder el bien al que se refiere la ejecución. En consecuencia, la mera restitución de algo ajeno a la masa activa del concurso no requerirá la intervención del Juez que conoce de éste, cuya competencia solo se justificaría (artículo 8.3º de la LC, en relación con el artículo 86 ter, nº 1.3º, de la LOPJ) ante ejecuciones que pudieran afectar a bienes y derechos que integrasen
o pudieran integrarse en el patrimonio del concursado.

No se infringiría con ello la prohibición del inicio de ejecuciones singulares contra el concursado que prevé el artículo 55 de la LC (y en correlación con el mismo entendemos que debe interpretarse la que también impone el artículo 568.1 de la LEC), cuando sólo se tratase, con las actuaciones a realizar ante el Juez de Primera Instancia, de entregar un bien ajeno a la propiedad de aquél, pues no se trataría de una ejecución dirigida contra el patrimonio del concursado sino contra un bien de propiedad ajena, sobre el que el que ya no ostentaría derecho alguno y que debería ser restituido a su titular. Por el contrario, forzar la innecesaria actuación de éste, que ya ha ganado su derecho en otro proceso, en el seno del concurso podría conducir a dilatar la devolución, causando un injustificable sacrificio a su propietario que a nadie beneficia, cuando el debate judicial ya está agotado, careciendo de sentido el imponerle la realización de nuevos trámites procesales, en sede concursal, como el procedimiento de

separación del artículo 80 de la LC, que no parece destinado a solventar lo que ya estuviese decidido por una resolución firme que ha ordenado la restitución del bien ajeno.
CUARTO.- El motivo aducido en la resolución del Juzgado de Primera Instancia como determinante del rechazo de la competencia relativo a que la ejecución podría devenir en pecuniaria, en caso de no conseguirse la entrega del bien mueble, lo que entonces conllevaría una repercusión patrimonial para el concursado, tampoco lo estimamos suficiente para desvirtuar nuestra precedente argumentación. Reconocemos que en caso de deuda dineraria resultaría difícilmente representable otra solución que no fuese reconducir el tratamiento de la misma a lo que correspondiese en el concurso, pues para su cobro sí concurriría el arrendador con el resto de los acreedores contra el patrimonio concursado. Ahora bien, la solicitud de ejecución que ha recibido el Juzgado de Primera Instancia lo es precisamente para entregar un bien ajeno al concursado, que es lo decidido por el juzgador alemán, y a ello es a lo que entendemos que debería atenerse dicho órgano judicial español. Sólo si en un futuro los tribunales de ese otro país decidieran, por imposibilidad de ejecutar en España su resolución de forma específica, decretar otro tipo de pronunciamientos en contra del demandado, podría darse lugar a una situación del tipo de la que se apunta en la resolución del Juzgado de Primera Instancia, en cuyo caso habría que considerar esa nueva situación; pero esa posibilidad futura no puede incidir ahora en la atribución competencial que en las presentes circunstancias debe efectuarse a tenor del objeto específico de lo que debería ser materia de ejecución.”: AAP Madrid (Sección 28) 18.05.2012 (Auto 84/2012; Rollo 24/2012)

AP Madrid (Sección 8)

“PRIMERO.- En nombre y representación de la entidad mercantil DEPORTIVOS AUTOCASIÓN, S. L. se interpone recurso de apelación contra el auto de fecha 20 de febrero de 2012, dictado en los autos de Ejecución de Títulos Judiciales seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Madrid, bajo el nº 218/12, en el que se deniega el despacho de ejecución solicitado por la antes citada contra CENTRO PROFESIONAL DE OFICIOS, S. L., en relación con la sentencia, de fecha 15 de septiembre de 2009, dictada en los autos de Juicio Verbal de Desahucio nº 1.140/09, seguido entre las mismas partes, en la que se declara resuelto el contrato de arrendamiento, de fecha 14 de abril de 2004, que unía a las partes.
El auto que se recurre deniega el despacho de ejecución solicitado, en orden al lanzamiento de la demandada del local sito en la Avenida Pedro Díez nº 21, Duplicado, 3ª de Madrid, con motivo de haber sido declarada en situación legal de concurso voluntario la citada demandada, por auto de fecha 11 de febrero de 2010, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, autos nº 559/09.
SEGUNDO.- Contra esta resolución adversa, recurre en apelación la ejecutante, quien invoca, como única alegación, la errónea aplicación del artículo 55.1 de la Ley Concursal; entiende la parte que si bien el citado precepto prohíbe que se inicien ejecuciones singulares judiciales contra el patrimonio del deudor, lo cierto es que no se impide la de las ejecuciones cuya finalidad es exclusivamente la de obtener el lanzamiento del concursado de un local que no es de su propiedad, por lo que la ejecución no afecta a su patrimonio ni a sus derechos como arrendatario, por cuanto el contrato de arrendamiento estaba extinguido previamente a la declaración del concurso por sentencia firme.
El motivo y, por tanto, el recurso, debe prosperar. La cuestión que se somete a examen ya ha sido resuelta en un conflicto negativo de competencia planteado entre un Juzgado civil, ante el que se solicitó el lanzamiento de un concursado, y un Juzgado de lo Mercantil; la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial, en auto de fecha 25 de septiembre de 2009, dispuso *"Este tribunal considera conveniente, para centrar el debate, precisar los efectos del concurso respecto a los juicios de desahucio en los que estuviese implicado el concursado. Para ello es preciso distinguir dos supuestos, que exponemos a continuación.*
El primero de ellos es aquél en el que la acción se ejercitase con posterioridad a la declaración de concurso, en cuyo caso deberá conocer de ella el Juez del concurso, reconduciéndose bien al cauce procesal previsto para la resolución de contratos en los artículos 61 y 62 de la LC (para los fundados en la falta de pago u otras causas resolutorias) o bien al de separación de bienes de propiedad ajena del artículo 80 de la LC (en los supuestos de expiración de plazo o ante el alegato de la concurrencia de otro motivo de pérdida
o carencia del derecho a poseer). La ulterior ejecución de lo resuelto se residenciaría, como es obvio, ante el propio Juez de lo Mercantil.
El otro supuesto es aquél en el que la acción ya se hubiese ejercitado con anterioridad a la declaración de concurso, en cuyo caso deberá seguir tramitándose ante el Juzgado de Primera que ya estuviese conociendo de ella hasta alcanzar la firmeza de sentencia, según se desprende del artículo 51 de la LC. El problema se plantea, y ese ha sido el motivo del conflicto que aquí se suscita, a propósito de a qué órgano se atribuiría la competencia para realizar el lanzamiento en ejecución de esta sentencia de desahucio (exclusivamente en lo referente al desalojo del inmueble, ya que no cabe discusión respecto a que la deuda dineraria debería reconducirse al tratamiento que le corresponda en el concurso, pues para el cobro de la misma sí concurre el arrendador con el resto de los acreedores del concursado). Las alternativas que se suscitan son las siguientes: 1º) que conozca el Juez de Primera Instancia que dictó la sentencia de desahucio, que ejercitaría su competencia funcional (art. 545 de la LEC) por los trámites para hacer efectiva la entrega de inmuebles delart. 703 de la LEC, si

se interpreta que la ejecución no va dirigida contra el patrimonio del concursado sino contra un bien de propiedad ajena, sobre el que el concursado ya no ostenta derecho alguno y que debe ser restituido a su titular; o 2º)por contra, entender que la ejecución pudiera corresponder ya al Juez del concurso, al amparo del artículo 8.3º de la LC (en relación con el artículo 86 ter, nº 1.3º, de la LOPJ), puesto que, no obstante, todavía afectaría a un derecho de contenido patrimonial del concursado, cual es la posesión de un bien, que en ocasiones puede ser su vivienda y en otras la sede física de su actividad profesional, negocio o industria y la interferencia en él podría resultar trascendente para el interés del concurso. (...)Entendemos de mayor peso las razones que sustentan la atribución al Juez de Primera Instancia de la competencia para conocer de la ejecución del desahucio, puesto que ya se habría zanjado judicialmente que el contrato de arrendamiento está resuelto (o, en su caso, declarada la expiración de su plazo de vigencia) y con ello extinguido el derecho de uso que incumbía en el pasado al arrendatario sometido a concurso. Si, con independencia de la situación de hecho, ya no le asiste al concursado el derecho a poseerlo, la mera restitución de un bien ajeno a la masa activa del concurso no requiere la intervención del Juez que conoce de éste, cuya competencia solo se justifica (artículo 8.3º de la LC, en relación con el artículo 86 ter, nº 1.3º, de la LOPJ) ante ejecuciones que puedan afectar a bienes y derechos que integren o puedan integrarse en el patrimonio del concursado. Tampoco se infringiría la prohibición de inicio de ejecuciones singulares que prevé el artículo 55 de la LC, pues tratándose, tan solo, de ejecutar el lanzamiento respecto de un bien ajeno a la propiedad del concursado no se estaría actuando, como antes hemos explicado, contra ningún elemento que forme parte de su patrimonio Por el contrario, forzar la innecesaria actuación del arrendador en el seno del concurso podría conducir a dilatar la devolución del inmueble, causando un injustificable sacrificio a su propietario que a nadie beneficia cuando el debate judicial ya está agotado, pues se le avocaría a la realización de nuevos trámites procesales, ahora en sede concursal, como el procedimiento de separación del artículo 80 de la LC, que no parece destinado a solventar lo que ya estuviese decidido por una resolución firme que ordena la restitución del bien ajeno. Es más, existe otra previsión en la Ley Concursal, la de su artículo 70, que parece destinada a ser ejercitada en un procedimiento de desahucio paralelo al concursal, pues va referida a los procesos que se hallasen en trámite con anterioridad al concurso, en la que no se contempla ninguna otra interferencia en el mismo por causa del proceso de concurso que la de atribuir a la administración concursal el derecho a intervenir en el desahucio para ejercer la posibilidad de enervar la acción (en la fase declarativa del proceso) o de rehabilitar el contrato (en la fase de ejecución) pagando, con cargo a la masa, las rentas y conceptos pendientes y las costas causadas, sin que se aplique el límite del artículo 22.4 de la LEC (por lo que el requerimiento previo o la enervación anterior no impedirán el ejercicio de estas facultades)".

En este mismo sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en auto de fecha 22 de noviembre de 2006, si bien entonces el conflicto fue de índole positiva.

Entendiendo, por tanto, que ningún impedimento existe para que el mismo Juzgado que ha resuelto el contrato de arrendamiento lleve a cabo la ejecución de lo acordado, esto es, el lanzamiento del arrendatario, que con posterioridad a la citada resolución ha sido declarado en concurso, procede, como dijimos, la estimación del recurso y la revocación del auto, con la finalidad de que se acuerde el despacho de ejecución interesado.": AAP Madrid (Sección 8) 23.07.2012 (Auto 205/2012; Rollo 299/2012)

AP Madrid (Sección 25)

"PRIMERO.-Una vez ponderados los argumentos jurídicos de la Providencia de 26 de enero de 2011 del Juzgado de lo mercantil nº 12 de Madrid, que figura a los folios 16 a 18 de autos, la Sala entiende que están mejor ajustados a Derecho porque se atiene a la doctrina del Auto de esta Audiencia de 25 de septiembre de 2009, que la decisión adoptada en el Auto recurrido en apelación, porque en principio el patrimonio de la deudora no se halla afectado por la ejecución procesal cuestionada, salvo lo que luego se dirá en materia de la reclamación de cantidad. La demandante recurre en esta apelación contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia que aceptó el criterio de su falta de competencia objetiva para el conocimiento de una ejecución de la sentencia de 8 de julio de 2010 (folios 19 a 21 de autos), relativa a la demanda de desahucio arrendaticio por falta de pago de rentas, con independencia de que fuera interpuesta antes o después de la declaración del concurso de acreedores de la demandada, aunque parte de los impagos fuesen anteriores. Se sostiene en el recurso que el proceso ha de continuar con base en los artículos 51 y 55 de la Ley Concursal que recogen el principio de no suspensión de los juicios declarativos y solo de la ejecución contra el patrimonio de la concursada, reclamándose en la demanda cantidad, además del desahucio del local de la actora, que tampoco sería el domicilio social de la demandada.

SEGUNDO.-El artículo 55 de la ley citada se refiere a ejecuciones o apremios y el 51 al caso de demanda anterior en tramitación a la declaración del concurso. No son pues aplicables al que nos ocupa, según las circunstancias apuntadas más arriba. El 50.1 permite demandas declarativas civiles posteriores al inicio del concurso, pero siempre que no corresponda su conocimiento al Juzgado Mercantil del concurso, en cuyo supuesto el de Primera Instancia se abstendrá, previniendo a las partes que usen de su derecho ante aquél, ordenándose el archivo de lo actuado y careciendo de validez las actuaciones que se hubieren practicado. Por su parte el artículo 86-ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754 y el 8 de la Ley Concursal relacionan las materias que en todo caso son competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, y entre ellas, las acciones civiles con

trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (salvo procesos sobre estado civil o menores), aunque también conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora (86-ter.1 punto inicial). El artículo 61 LC se refiere a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, así como a su posible resolución en interés del concurso. Y el 62 a la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes por ambas partes por incumplimiento de cualquiera de ellas posterior a la declaración del concurso, o incluso anterior en los de tracto sucesivo, disponiendo su num. 2 que "la acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal", sin perjuicio de su num. 3 sobre la posibilidad de que el juez acuerde pese a ello el cumplimiento en interés del concurso. Finalmente decir que el artículo 70 también mencionado en el auto apelado, sobre enervación del desahucio y rehabilitación de la vigencia del arrendamiento urbano, se refiere a concursos declarados después de la interposición de la demanda de desahucio. Añadir que los contratos de arrendamiento son de naturaleza bilateral y tracto sucesivo. Por todo lo dicho, podemos concluir con el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (28ª) de 25/9/2009 (aunque sobre una cuestión de competencia referida a un lanzamiento arrendaticio) distinguiendo dos supuestos en relación a los efectos del concurso respecto a los juicios de desahucio contra el concursado: "El primero de ellos es aquél en el que la acción se ejercitase con posterioridad a la declaración de concurso, en cuyo caso deberá conocer de ella el Juez del concurso, reconduciéndose bien al cauce procesal previsto para la resolución de contratos en los artículos 61 y 62 de la LC (para los fundados en la falta de pago u otras causas resolutorias) o bien al de separación de bienes de propiedad ajena del artículo 80 de la LC (en los supuestos de expiración de plazo o ante el alegato de la concurrencia de otro motivo de pérdida o carencia del derecho a poseer). La ulterior ejecución de lo resuelto se residenciaría, como es obvio, ante el propio Juez de lo Mercantil. El otro supuesto es aquél en el que la acción ya se hubiese ejercitado con anterioridad a la declaración de concurso, en cuyo caso deberá seguir tramitándose ante el Juzgado de Primera que ya estuviese conociendo de ella hasta alcanzar la firmeza de sentencia, según se desprende del artículo 51 de la LC. El problema se plantea (...) a propósito de a qué órgano se atribuiría la competencia para realizar el lanzamiento en ejecución de esta sentencia de desahucio ".... Lo que concierne al que dictó dicha sentencia, sin perjuicio de que, en lo referido a la condena al pago de la reclamación de cantidad la demandante, pueda instar, en su caso, la inclusión de su crédito en la masa del concurso de la deudora, a los efectos oportunos, una vez realizada la pertinente liquidación en dicha ejecución del título judicial respectivo. (...)
PARTE DISPOSITIVA
LA SALA ACUERDA.-Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dª Marcelina, y se revoca el Auto apelado, mandando seguir adelante la ejecución al Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid de la sentencia de 8 de julio de 2010, dictada por el mismo en materia de desahucio, en lo concerniente al lanzamiento, sin perjuicio de que, en lo referido a la reclamación de cantidad la demandante, pueda instar, en su caso, la inclusión de su crédito en la masa del concurso de la deudora, con imposición a la parte apelada de las costas de la alzada y con reintegro del depósito para recurrir a la apelante. ": ": AAP Madrid (Sección 25) 07.10.2011 (Auto 175/2011; Rollo 300/2011)

AP Sevilla

"PRIMERO.- El único motivo del recurso es la infracción de lo dispuesto en los artículos 8, 50 y 192 de la Ley Concursal, según los cuales las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado serán competencia del juez del concurso y como quiera que el demandado y arrendatario de la finca fuera declarado en situación de concurso de acreedores por el auto dictado por el Juez de lo Mercantil nº 1 de Sevilla el 19 de mayo de 2008, habiéndose interpuesto la demanda de desahucio el 8 de noviembre de 2010, por lo que la competencia objetiva correspondía al citado Juez de lo Mercantil.
Sin embargo, tal y como acertadamente se aduce en la sentencia, sólo las acciones civiles con contenido patrimonial son de la competencia del Juez del concurso, pues el resultado del ejercicio de las mismas pudiera alterar el valor del activo o pasivo del concursado y, por ello, redundar en beneficio o perjuicio de sus acreedores, pues incidiría en la solvencia de aquél. Al ejercitarse una acción de desahucio por expiración del término, al haber transcurrido el plazo máximo de vigencia que es de veinticinco años, tal y como establece el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, vigente hasta el 27 de mayo de 2004 y aplicable al contrato celebrado entre los que son parte en este juicio el 5 de octubre de 1989, no procede considerar que la acción civil ejercitada por el propietario del predio rústico tenga valor patrimonial alguno, al no corresponder al arrendatario indemnización alguna, ni tener ningún otro derecho valorable económicamente sobre el fundo.
Además de por estas razones y habida cuenta que ya ha recaído sentencia por la que se aprueba la propuesta de convenio presentada por el concursado, carecería de eficacia alguna la declaración de incompetencia del Juzgado de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra, pues finalizado el proceso concursal sería el órgano jurisdiccional competente.
En razón a lo expuesto procede la desestimación del recurso de apelación formulado y la confirmación de la sentencia recurrida.": SAP Sevilla (Sección 8) 13.12.2012 (Sentencia 581/2012; Rollo 8260/2012)

JM-1 Alicante

"PRIMERO La actora demanda la ejecución de una sentencia de desahucio dictada por los Juzgados de Primera Instancia de San Vicente del Raspeig frente a la concursada RIVIERA COAST GESTION SL y en consecuencia el lanzamiento de unos apartamentos por esta arrendada
Para resolver la cuestión competencial debemos acudir alartículo 86 ter LOPJ yarts 8 y 55 de la Ley Concursal, sin que este juzgador esté vinculado por pareceres del Juzgado civil que dicto la sentencia y que, a mi entender, debe ejecutarla
SEGUNDO El primero de los preceptos (que se reproduce en elartículo 8 de la ley concursal) atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente, entre otras materias, para "Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado" y por su parte elartículo 55 de la ley concursal señala que "Declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor".
No considero que la pretensión pretendida (el lanzamiento de la concursada una finca propiedad del ejecutante tras la resolución de la relación arrendaticia) esté comprendido en el ámbito competencial del juzgado del concurso por varias razones.
Desde el punto de vista gramatical, los preceptos citados ponen de relieve que la competencia en fase de ejecución del juez del concurso no se refiere a cualesquiera ejecuciones contra el concursado, sino aquellas actuaciones de contenido ejecutivo dirigidas frente a los bienes o patrimonio del concursado. Por tanto, la pretensión que nos ocupa no da lugar a una actuación de apremio frente a bienes del concursado (no lo han sido nunca) ni frente a derechos económicos (los derivados del arrendamiento) ya que han quedado resueltos
Desde el punto de vista sistemático, la conclusión anterior se refuerza, ya que si acudimos alart 70 LC : si cabe la rehabilitación está debe residenciarse ante el Juez que conoce de la ejecución, porque será el que determine las costas que conforman uno de los conceptos del quantum a pagar, sin que pueda el juzgado del concurso tasar las costas impuestas por otro juzgado
Finalmente, la exégesis teleológica: la regulación concursal obedece a la necesidad de que toda la ejecución patrimonial del deudor concursado se unifique de manera que solamente exista un órgano competente para ello, el juez del concurso, pues es inherente a la naturaleza universal del concurso, bien para impedir que se frustre la posibilidad de convenio por ejecuciones aisladas de elementos de las unidades productivas bien para optimizar el resultado de la ejecución. Lo relevante es que no se pueda, de manera singular y separada, hacerse efectivos derechos sobre bienes patrimoniales del deudor común al margen del concurso. Pero aquí no se interesa medida de apremio alguno sobre bienes del concursado sino un pronunciamiento de toma de posesión de un bien ajeno al concurso
En este sentido se decantan las Conclusiones del Seminario del CGPJ sobre concurso y contratos de abril de 2008 y apunta la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 113246), que resuelve un conflicto de competencia objetiva entre el Juzgado de lo Mercantil y el Juzgado de Primera Instancia, que se negaba a suspender la ejecución. La Audiencia señala que " La razón de esta conclusión se halla en el mismoartículo 8.3 de la LC : al pretenderse la ejecución de una sentencia firme que impone el lanzamiento de la concursada de la nave que tenía arrendada, no se plantea una ejecución frente a un derecho patrimonial de la concursada, pues precisamente la sentencia firme lo que hizo fue resolver el contrato de arrendamiento que la deudora tenía suscrito, extinguir jurídicamente aquel derecho de uso, inexistente por tanto tras la firmeza del título judicial y, por supuesto, en el momento de instar el lanzamiento. La extinción de este derecho es la que justifica precisamente el despacho de la ejecución y aleja el caso de la competencia directa del Juez del concurso y su capacidad de dejarla en suspenso"
TERCERO Contra la resolución cabrá interponer el correspondiente recurso, que consideramos que será el de apelación previsto en elart 66 LEC (frente al delart 197LC) al ser una cuestión de competencia objetiva no prevista en la ley concursal, sin perjuicio, si procediere, del recurso por defecto de jurisdicción en caso de firmeza, previsto en elart 50 LOPJ ": AJM-1 Alicante 03.06.2009 (JUR 2009/302370; Incidente Concursal 444/2009) y, en los msmos términos, AJM-1 Alicante 03.06.2009 (JUR 2009/302369; Incidente Concursal 511/2009) y AJM-1 Alicante 03.06.2009 (JUR 2009/302279; Incidente Concursal 506/2009)

1.2: Tesis contraria: suspensión de la ejecución

AP Tenerife

"PRIMERO.- Recurre la parte demandante ejecutante, y ahora apelante, el Auto resenado en el segundo de los antecedentes de la presente resolución, pretendiendo su revocación, que se deje sin efecto el Decreto de 22 de octubre de 2010, ordenándose el alzamiento de la suspensión acordada, dejándose sin efecto el archivo provisional acordado y que se acuerde senalar fecha para llevar a cabo el lanzamiento, con expresa imposición de costas de la segunda instancia a la parte ejecutada-apelada. Como alegaciones del recurso, da por reproducidas las efectuadas en los presentes autos de ejecución, senalando básicamente, con resena de la jurisprudencia que estima aplicable, que en este

caso no se trata de una ejecución contra bienes o patrimonio del deudor sino de un local arrendado en su día a la ejecutada por el que, además, ésta no abona renta alguna desde la fecha en que finalizó o expiró el arrendamiento -30 de octubre de 2008-, fecha ésta muy anterior a la declaración del concurso -15 de octubre de 2010-, e incluso de la solicitud de esa declaración -27 de septiembre de 2009-, habiéndose instado el procedimiento principal de desahucio al haber expirado el plazo contractual, y recaído sentencia de fecha 1 de julio de 2010, estimatoria del desahucio, refiriendo la conducta procesal de la ejecutada y la finalidad de la misma, de conseguir su permanencia en el local el máximo tiempo posible desarrollando su actividad, sin pagar cantidad alguna por ello, poniendo igualmente de manifiesto el transcurso del tiempo sin que por el juzgado de lo mercantil no 1 se haya aprobado convenio alguno, no habiendo podido recuperar la posesión del local.
La parte ejecutada, y ahora apelada, se opone al recurso e interesa su íntegra desestimación, con expresa condena en costas. Muestra su total acuerdo con el Auto recurrido y la aplicación que en él se hace del artículo 55 de la Ley Concursal y del 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, rebatiendo las alegaciones del recurso y senalando más en concreto que no estando comprendido el caso de autos entre las excepciones taxativamente establecidas en la Ley, ha de aplicarse la regla general consistente en la suspensión de todas las actuaciones judiciales desde la fecha de declaración del concurso, so pena de incurrir en causa de nulidad de pleno derecho. Destaca también que el objeto del lanzamiento instado es el local donde esa ejecutada desarrolla su actividad por lo que sería netamente perjudicial para la finalidad del concurso llevar a cabo dicho lanzamiento, siendo cuestión distinta el tratamiento que debe darse en el seno del concurso a la deuda con origen en las rentas del arrendamiento. Anade que la competencia del juez del concurso se fundamenta inicialmente en el artículo 8.1o de la Ley Concursal, siendo ante él ante el que la parte apelante deberá instar lo que a su derecho convenga con relación a la ejecución de la sentencia dictada en el pleito principal.
SEGUNDO.- La revisión de todo lo actuado pone de manifiesto la procedencia de desestimar el presente recurso, compartiendo este tribunal el criterio sustentado en el Auto apelado. Así, sin desconocer la inexistencia de un criterio unánime en la doctrina y jurisprudencia, de lo que son muestra las resoluciones resenadas por la parte apelante y otras como el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Álava no 1 de 28 de enero de 2006 (en el que se establece la competencia exclusiva del Juez del concurso respecto de toda ejecución contra el concursado sobre bienes y derechos de contenido patrimonial de los artículos 86.ter.1.3o LOPJ y 8.3o LC, que se corresponde con la tradicional 'vis attractiva' del órgano competente para el procedimiento universal, indispensable para la preservación de la masa activa, y que se traduce en la parálisis ejecutiva sobre el patrimonio del deudor concursado de los órganos de la ejecución singular después de la apertura del concurso, anadiendo que debe entenderse que la excepción legal es la providencia de apremio en el procedimiento de la Recaudación, simultánea o seguida de un embargo antes de la declaración de concurso del bien que deba entrar en la masa activa, pero que no sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado, e igualmente que tiene que partirse de que corresponde una interpretación «ad restringenda» como excepción de separación ejecutiva frente a los principios de universalidad y de fuerza atractiva de la competencia del Juez del concurso. Pero por otro lado, si se asume que el concursado es insolvente, difícilmente puede concebirse un ámbito de bienes o derechos que no le sea necesario en concreto de cara a una continuidad, bien de perduración de la empresa, en la misma titularidad o trasladándola, bien para hacer frente a los créditos contra la masa mientras se conserva en orden a su liquidación. Lo más sencillo es identificar bienes del patrimonio del concursado que no están afectos a su actividad, como puede ser la vivienda particular de la persona natural con una profesión que se ejerce en otro local, o las cosas muebles de una sociedad mercantil que disfrutan los administradores sociales o altos directivos, sin ligamen con el negocio en sí. El sector de bienes no afectos susceptibles de realización forzosa a pesar del concurso es un círculo distinto del de bienes, aunque afectos, dentro de los que pueden discernirse aquellos no necesarios para la continuidad. Así los bienes no afectos siempre serían irrelevantes para dicha continuidad, y de los afectos, entre los relevantes, sólo algunos además necesarios. Únicamente así es razonable que la ejecución por créditos garantizados sobre estos segundos pueda continuar, pero nunca iniciarse, pendiente el concurso. El inmovilizado tangible o intangible de una empresa será necesario por hipótesis para mantener el proceso de producción de bienes o servicios, y no lo será el almacén de existencias, cuyo destino es, en el giro de la actividad, enajenarse. Parecería más discutible la catalogación de los créditos y los fondos dinerarios. Pero tampoco estos son por hipótesis inexcusables para producir, y si la empresa fuera solvente, no dejaría de tener actividad. La necesidad para «salvar» la empresa no es la necesidad para que continúe, prescindiendo del salvamento, que por definición siempre se necesita para una empresa insolvente. Afirma igualmente, en cuanto a la competencia para determinar la 'necesidad', que no hay ningún órgano que se imponga por la norma al otro, sino que las circunstancias pueden ser valoradas por cada cual, equidistante el mandato legal a los Juzgados de lo Mercantil y a esos ejecutores -Recaudador o Juez de los Social- excepcionalmente exentos del concurso), así como el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1a no 175/2010, de 6 de mayo de 2010 ('Hecha tal consideración habremos de recordar el mandato contenido en el art. 55 L.C. a cuyo tenor "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", regla general que aparece completada por lo dispuesto en el apartado 2o de la norma por la cual "las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que

corresponda dar a los respectivos créditos". Lo anterior no es sino una consecuencia del principio de universalidad aplicable tanto a la formación de la masa pasiva (art. 49 L.C.) como de la masa activa (art. 76 L.C.) del patrimonio del concursado y que provoca el que todos sus acreedores queden afectados por el procedimiento concursal, debiendo acudir a él para hacer valer sus derechos mediante el mecanismo de la comunicación de los créditos de los que sean titulares. Asimismo el principio de unidad de procedimiento -senalado en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal- excluye el que puedan seguirse ejecuciones separadas al margen del proceso concursal, con las excepciones que la propia Ley contempla, evitando de esta manera el que puedan realizarse pagos al margen de la pars conditio creditorum. En sintonía con tales principios el art. 8 L.C. atribuye al juez del concurso competencia exclusiva y excluyente para conocer, entre otras materias, de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Lo relevante en este sistema, y este es el dato que ha resultado obviado en la presente litis, es que el efecto suspensivo de las ejecuciones viene anudado a la propia resolución que acuerda la declaración del concurso, siendo por tanto una consecuencia que opera ope legis sin necesidad de ninguna otra decisión al respecto, con independencia del conocimiento que de aquella resolución pudieran tener las partes, que resulta aplicable a cualquier ejecución en curso no comprendida dentro de las excepciones legales, y cuya contravención lleva aparejada la sanción prevista en el apartado 3o del art. 55 L.C. al establecer que "las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho". Es cierto que el art. 568 LEC obliga al juez que conoce de la ejecución singular a paralizar la ejecución en el instante en que tenga conocimiento de la declaración de concurso, disponiendo a este respecto que "el tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso"); así, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, lo establecido con carácter general en el apartado 1 del citado artículo 568 : 'No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso', supuesto que concurría al tiempo de dictarse el Auto de fecha 18 de octubre de 2010, por lo que, como senala la juzgadora de la instancia, no debió siquiera acordarse ese despacho; de otro lado, como refiere la parte apelada, es claro que el presente supuesto tiene claramente un carácter o contenido patrimonial en cuanto el inmueble objeto del mismo se encuentra directamente ligado a la actividad mercantil de la entidad declarada en situación de concurso, acarreando la resolución del vínculo contractual la pérdida de un activo patrimonial, por lo que desde esa declaración, en virtud de la vis atractiva del concurso y no encontrándose la presente ejecución entre las especialidades expresamente exceptuadas por la Ley Concursal, no puede el juez de primera instancia iniciar ni tampoco continuar la tramitación de aquélla.": AAP Tenerife (Sección 3) 19.05.2011 (Auto 101/2011; Rollo 173/2011)

1.3 La atribución de la jurisdicción no implica necesariamente acumulación. No suspensión ni acumulación de la ejecución de sentencia de desahucio

"UNICO Según el art. 8 de la Ley Concursal, «... La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:... 3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado...». Ahora bien, tal previsión legal no implica que el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida al juez del concurso haya de actuarse o materializarse siempre -ni siquiera primordialmente- a través de la acumulación al mismo del proceso ejecutivo que se encuentre en tramitación ante otro órgano, ni mucho menos a través de la continuación por parte del juez del concurso del trámite propio del proceso de ejecución en cuestión. Contrariamente, lo que dicha atribución de jurisdicción implica es que a partir de la declaración de concurso corresponde en exclusiva al juez de éste adoptar las resoluciones que en cada caso resulten oportunas y ajustadas a la legislación concursal en torno al porvenir del propio proceso de ejecución afectado por dicha declaración, siendo variadas y dispersas las previsiones legales contenidas al respecto a lo largo del articulado de la Ley Concursal.
Así, la acumulación al concurso del proceso de ejecución, como mecanismo a través del cual el juez de éste habrá de ejercer la atribución de jurisdicción que el art. 8-3º contempla, es algo que aparece especialmente previsto, bajo determinados presupuestos, en los arts. 56 y 57 LC cuando se tata de ejecuciones instadas por acreedores con garantía real o asimilados (acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro y, por otro lado, las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad)
Sin embargo, cuando el proceso de ejecución singular afectado por el concurso tiende a la efectividad de un derecho de crédito distinto, la atribución jurisdiccional del art. 8-3º no se concreta en acumulación de clase alguna sino más bien en la suspensión de dicha ejecución y en un mandato al juez del concurso para que dé al crédito que se estaba ejecutando el tratamiento concursal correspondiente, o lo que es igual, para que lleve a cabo el sometimiento de dicho crédito a las normas de la propia Ley Concursal que tratan de salvaguardar el principio de la «par condictio creditorum». Así lo establece el art. 55-2 LC a cuyo tenor «... Las actuaciones que se hallaran en

tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos».
Por el contrario, en la ejecución de una sentencia de desahucio no se tiende a la efectividad de derecho de crédito alguno. La de desahucio es una acción mixta que, sobre la base de una pretensión resolutoria de carácter personal fundada en el incumplimiento de sus obligaciones por parte de uno de los contratantes, aspira a brindar al demandante la recuperación de la posesión de la cosa arrendada, lo que hace que, especialmente en la fase ejecutiva, la pretensión adquiera una dimensión eminentemente -por no decir exclusivamente- real. De ahí que no le resulte aplicable la regla suspensoria del art. 55-2 y sí, en cambio, la única norma especial que, en relación con los arrendamientos, contiene la LC, esto es, la norma prevista en su art. 70 con arreglo al cual «... La administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento. En tales casos, deberán pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas hasta ese momento. No será de aplicación en estos casos la limitación que establece el último párrafo del art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...». Pues bien, más allá del doble privilegio que este precepto otorga al concursado en relación con el arrendatario común (posibilidad de rehabilitación hasta el lanzamiento y dispensa de la limitación del último párrafo del art. 22 LECiv), no se contempla en la LC para el arrendatario otra especialidad distinta en la fase ejecutiva del proceso de desahucio, y, de hecho, resulta evidente que el propio sentido de ambos privilegios constituye un implícito -y desde luego elocuente- reconocimiento de que, no haciendo uso de ellos la administración concursal mediante la rehabilitación del contrato con cargo a la masa ante el Juzgado que conozca del desahucio, la ejecución del lanzamiento debe seguir adelante por sus propios trámites y sin suspensión de clase alguna.
No ha lugar, por tal motivo, a acordar la acumulación pretendida por la entidad concursada." : Auto JM-2 Madrid 30.11.2004 (AC 2005/147)

2. Incompetencia del JPI para los pronunciamientos declarativos que quedaron para determinarse en ejecución sentencia

"PRIMERO.-. La representación procesal de donTomásformuló demanda de ejecución de título judicial mediante dos escritos fechados el día 3 y 5 de octubre de 2006. En lasentencia cuya ejecución se instaba, de 26 de julio de 2006, junto al pago de una cantidad fija y determinada de 28.535,7 ?, se añadía la condena al pago de lo que se determinase en ejecución de sentencia respecto de comisiones que adeudaban al actor [...] presentando, a tal efecto, la correspondiente liquidación.
Admitida a trámite la ejecución, y dado traslado a la parte ejecutada, por ésta se comunicó aljuzgado que había solicitado, por escrito de 10 de octubre de 2006, la declaración de concurso voluntario que se había admitido a trámite porAuto del Juzgado número 1 de lo Mercantil, de 10 de noviembre de 2006.-
Por la resolución objeto del presente recurso, el juzgador de instancia acordó que no procedía la continuación del procedimiento en aplicación de lo dispuesto en losartículos 51 y 8 de la Ley Concursal.-.
Contra dicha resolución se alza la parte ejecutante estimando que el juzgado de instancia debe continuar con la determinación de la suma a percibir por el ejecutante en concepto de comisiones, dado que la naturaleza de la solicitud instancia (artículo 711 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no es la propia de una ejecución contra los bienes del concurso, sino más bien, la de un procedimiento declarativo.
SEGUNDO.- Analizadas las alegaciones de la parte apelante debemos rechazarlas por dos motivos.
En primer lugar, porque cualquiera que sea la tramitación que deba seguirse, nos hallamos en fase de ejecución de sentencia y, laLey Concursal, en su artículo 8-3, expresamente establece que <<Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado>>
En segundo lugar, porque aunque así no fuera, la competencia para conocer que le atribuye la Ley Concursal a los Juzgados de lo Mercantil, no se circunscribe a las ejecuciones, sino también a la fase declarativa de los procedimientos, como así se expone en la Sentencia dictada por la Sección 9ª de esta Audiencia Provincial, ponente la Ilma. Sra. Dña. María Antonia Gaitón Redondo, de 5 de septiembre de 2007, dictada en el Rollo de Apelación número 248/2007, en la que se indica: <<La LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica laLey Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, creó los Juzgado de lo Mercantil con una competencia objetiva establecida en elartículo 86 ter de la LOPJy a los que atribuyó la competencia exclusiva y excluyente para conocer del proceso concursal. A su vez, elartículo 8 de la Ley Concursal (LC), viene a transcribir literalmente lo dispuesto en el citadoartículo 86 ter, 1 LOPJ, siendo su finalidad la de atribuir a dichos tribunales el conocimiento pleno de todas las materias que afecten al patrimonio del deudor en orden a la tramitación de un proceso de ejecución universal, evitando innecesarios e inconvenientes fraccionamientos que incidan en los derechos e intereses de los acreedores, tal y como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la LC al señalar "la LOPJ,... atribuye al juez del concurso

jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor,,,. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.>> // De conformidad con tales premisas, elartículo 8.1º de la LCatribuye al Juez del concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente en "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I delLibro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerán de la acción a que se refiere el Artículo 17.1de éstaLey", y, a su vez, en consonancia con tal atribución exclusiva, el Artículo 50, rubricado "nuevos juicios declarativos", señala en su apartado 1 que los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. Por tanto, se han de entender incluidas en la rúbrica legal delartículo 8.1ª LC, la generalidad de las acciones de condena, ya tengan por objeto una prestación pecuniaria -cual el supuesto de autos-, o de hacer, o no hacer, o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero en tanto en los supuestos de cumplimiento in natura de la prestación debida procederá la sustitución en forma genérica conforme a lo prevenido en la LEC (artículos 701y siguientes)>>
Además, la exposición de motivos de la Ley Concursal nos dice:<<La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.>>
TERCERO.- Por todo lo expuesto debemos concluir con la desestimación del presente recurso y la confirmación de la sentencia de instancia, si bien, al solo hallarse personada en esta alzada la parte apelante no hacemos expresa condena al pago de las costas causadas en esta alzada.”: Auto AP Valencia 19.10.2007 (JUR 2008/3904)

3. Corresponde al JPI un expediente de jurisdicción voluntaria para obtener la posesión judicial de las tres fincas adjudicadas en procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial.

AP Valencia (Sección 7)

“PRIMERO.-. La representación procesal de la mercantil Altamira Santander Real Estate S.A. instó expediente de jurisdicción voluntaria para obtener la posesión judicial de tres fincas urbanas que se adjudicó en el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial.
1.- La finca urbana parcela NUM000 de suelo urbano en el término municipal de Sagunto, finca registral NUM001, inscrita en el Registro de la Propiedad de Sagunto 1, al tomo NUM002, libro NUM003, folio NUM004. Propiedad en cuanto al 59,57% de la mercantil Ferruses SL y de los esposos Rogelio -Flor, con carácter ganancial en un 40,43%.
2.- Finca urbana parcela NUM005, de suelo urbano en el término municipal de Sagunto, ubicado en la DIRECCION000, finca registral NUM006, del Registro de la Propiedad de Sagunto 1, al Tomo NUM007, Libro NUM008, folio NUM009; titularidad, en pleno dominio de los esposos Rogelio -Flor.
3.- Finca Urbana Parcela NUM010, de suelo urbano ubicada en el término municipal de Sagunto, DIRECCION000, finca registral NUM011 del Registro de la Propiedad de Sagunto 1, finca número NUM011, titularidad de los esposos Rogelio -Flor y de don Valentín y doña Leocadia.
El juzgador de Instancia, por AUTO de 22 de diciembre de 2014 acordó el archivo de las actuaciones al estimar que dicha petición debía formularse dentro del procedimiento concursal abierto a la mercantil Ferruses SL, resolución que es objeto del presente recurso de apelación en el que la parte actora invoca que la mercantil Altamira tiene el pleno dominio de las tres fincas, hallándose su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad y que, en el presente caso, la acción ejercitada carece de relevancia patrimonial, pues los bienes ya no forman parte del patrimonio del deudor y por tanto, no van a formar parte de la masa activa del concurso.
SEGUNDO.- En la resolución del presente recurso de apelación hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 4, conforme al cual <<La Sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La Sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.>>
TERCERO.-El recurso debe estimarse.
Sin prejuzgar el fondo del asunto ya que nos hallamos ante un Auto de archivo de la demanda de jurisdicción voluntaria, hemos de partir de que de las tres fincas cuya posesión se pide, únicamente una de ellas había sido propiedad de la mercantil Ferruses SL, la finca registral número NUM001 del Registro de la Propiedad de Sagunto. En las otras dos no consta que la mercantil en situación de concurso, haya ostentado derecho alguno.

Además, en el Acta de constancia de formalidades para la venta extrajudicial de bienes hipotecados, emitida por la Notario doña Amparo Mundi Sancho, con número de protocolo 180 del año 2014, al folio 11, expresamente se indica que se le entregan diversos documentos entre los que se encuentra: <<Fotocopia de Testimonio expedido por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Valencia correspondiente al concurso ordinario número 001646/2012 que se tramita en dicho Juzgado frente a Ferruses SL sobre providencia dictada con fecha 21 de Mayo de 2013 por la cual la finca registral número NUM001 del Registro de la Propiedad de Sagunto número Uno no es necesaria para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada>>
E igualmente, al folio 9 vuelto del acta se hace constar <<Con fecha 24 de Octubre de 2013 solicito al Registro de la Propiedad de Sagunto número Uno certificación de dicha finca NUM001, a la que acompaño testimonio expedido por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Valencia, por el cual dicha finca no es necesaria para la continuidad de la actividad empresarial de la mercantil concursada "Ferruses, S.L." y con fecha 28 de octubre de 2013 recibo certificación registral [...]>>.
A lo ya indicado, debemos añadir, que no consta que en estos momentos la demandada ostente ningún derecho real o derecho de uso sobre los citados bienes que pueda tener contenido patrimonial, sino que, a los efectos del presente recurso, si situación sería la de precarista.
CUARTO : Por todo ello, hemos de concluir con la estimación del presente recurso y la revocación de la resolución de instancia y, en su lugar, declaramos que debe dejarse sin efecto el archivo acordado continuándose con la tramitación correspondiente.": AAP Valencia (Sección 7) 29.04.2015 (Auto 81/2015; Rollo 65/2015)

4. Caso de la ejecución separada de derechos reales sobre bienes no afectos

[Vid. la jurisprudencia transcrita en el art 57.1]

- 4.º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º

Art. 8.4º

Nota:

Vid. también las resoluciones incluidas con los arts. 51.1 y 55.3

1. Competencia del Juez del concurso para ordenar la cancelación de las cargas anteriores y posteriores que recaen sobre las fincas objeto liquidación concursal

[*Vid las resoluciones incluidas antes del art. 149.5*]

1.1 Caso de hipoteca acordada en vía jurisdiccional contencioso-administrativa como medida cautelar para asegurar el pago de las deuda tribitaria recurrida objeto de suspensión

Tribunal Supremo (Sala Conflictos)

"RAZONAMIENTOS JURÍDICOS
PRIMERO.- La cuestión objeto del conflicto positivo planteado radica en decidir cuál es el órgano jurisdiccional competente para dejar sin efecto una medida cautelar, acordada por un Tribunal del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, respecto de los bienes de una entidad mercantil declarada, posteriormente, en concurso por un Juzgado de lo Mercantil. Aunque la controversia se inicie por la solicitud de la administración concursal al juez del concurso para que cancele la hipoteca, lo que subyace realmente es el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar, puesto que la constitución de la hipoteca no es sino la materialización de dicha medida.
En principio, resultaría evidente que, dado que la medida cautelar de constitución de hipoteca inmobiliaria se adoptó en un procedimiento contencioso- administrativo, a fin de garantizar la suspensión del ingreso de los importes de la liquidación y de la sanción tributaria impugnados en dicha sede jurisdiccional, la competencia para resolver sobre la cancelación de dicha garantía correspondería inequívocamente al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo que conoce del procedimiento principal, dada la accesoriedad de la medida respecto de dicho procedimiento.
Pero lo que enturbia dicha apariencia competencial inicial es la posterior declaración de concurso de acreedores de la titular del bien hipotecado, dado que los arts. 86 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y 8.4º de la Ley Concursal (en adelante, LC), atribuyen al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente sobre las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado.
Y en el alcance de dicha atribución de jurisdicción al órgano judicial del concurso es en lo que discrepan los tribunales que han elevado el conflicto a esta Sala especial. Si bien, ya cabe adelantar que debe diferenciarse entre adopción y levantamiento de la medida cautelar por un lado, y efectos del alzamiento (cancelación), por otro.
SEGUNDO.- En primer lugar, debemos afirmar la naturaleza cautelar de la medida de aseguramiento adoptada. Para lo que debemos advertir que la garantía real no cumple ya la función prevista en el

art. 233 de la Ley General Tributaria (suspensión de la ejecución del acto impugnado en vía económico-administrativa), sino que fue acordada en vía jurisdiccional por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, conforme a los arts. 129 y ss. de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), y es, por tanto, una medida cautelar (sentencia del Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2005). Más específicamente, la sentencia de la sección 2ª de dicha Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2011, considera que el tribunal que adopte la medida cautelar debe ponderar, una vez que acuerda la suspensión de la sanción en sede jurisdiccional, las peculiares circunstancias del caso, para determinar si la correcta protección de los intereses públicos requiere la prestación de caución, que es el medio de asegurar la efectividad del cobro por la Administración en caso de que la pretensión de fondo ejercitada se viese rechazada, y si concurren motivos que justificasen la exclusión de dicha garantía.

La hipoteca se constituyó para asegurar el cumplimiento del pago de la deuda suspendida, más el interés de demora, hasta la resolución que pusiese fin al proceso contencioso-administrativo. Es decir, se aseguraba el cumplimiento de una obligación de la entidad mercantil, posteriormente declarada en concurso, y correlativo crédito a favor de la Administración Tributaria, que, al tiempo de constitución de la hipoteca, era vencida líquida y exigible, lo que se evidencia igualmente en las resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional en la pieza de medidas cautelares. Y tal aseguramiento, conforme al art. 133.1 LJCA, constituye un afianzamiento del crédito, cuando el acto impugnado consiste en un crédito a favor de la Administración, como ocurre en el presente caso. Por lo que no hay duda de que la garantía hipotecaria establecida en el presente caso aseguraba la ejecución de un crédito a favor de la Administración Tributaria y tenía la naturaleza de medida cautelar.

TERCERO.- La Ley Concursal prevé que el juez del concurso pueda acordar determinadas medidas cautelares durante su tramitación, o incluso antes de su declaración (arts. 17, 21.14.°, 87.4, 129.4), pero no le confiere competencia para alzar o dejar sin efecto medidas cautelares ya adoptadas por otros órganos judiciales o administrativos antes de la solicitud de concurso. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal arroja alguna duda sobre el particular, al decir:

«El carácter universal del concurso justifica la concentración en un sólo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales

administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado».

Pero de su propio tenor literal y del tiempo verbal utilizado («puedan adoptarse»), se desprende que dicha atribución competencial exclusiva y excluyente se refiere a medidas cautelares que se adopten en adelante, no a las ya adoptadas con anterioridad a la declaración de concurso. Respecto de éstas, los arts. 55 a 57 LC regulan la suspensión de su ejecución, pero tratándose de garantías reales, no facultan al juez del concurso para su cancelación (salvo cuando se consume el proceso de ejecución y se realice el pago del crédito con privilegio especial, en los términos del art. 155 LC; sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 491/2013, de 23 de julio). Al contrario, el art. 55.4 exceptúa las garantías reales de las reglas establecidas con carácter general para las ejecuciones; y el art. 57.1 reconoce la competencia del juez del concurso para el ejercicio o reanudación de la ejecución de las garantías reales, pero no para acordar la cancelación de las constituidas previamente, antes de que se satisfaga el crédito garantizado.

Es importante resaltar que la medida cautelar consistió en la constitución de una hipoteca y no en un embargo, lo que la sujeta a un régimen de cancelación concursal peculiar. Conforme al art. 155 LC, la cancelación de la hipoteca por el juez del concurso sólo es posible en los supuestos en que se proceda a la enajenación del bien hipotecado (sin subrogación), no con anterioridad. Enajenación que ha de verificarse con estricto cumplimiento de las exigencias impuestas en el citado precepto. Mientras que los embargos, judiciales o administrativos, se cancelarán con sujeción a lo dispuesto en el artículo 149.5 LC, al determinar que: «En el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen».

CUARTO.- Además, para la resolución de la controversia no solo debe tenerse en cuenta el citado art. 8.4° LC, sino también lo dispuesto en el art. 87 LC, conforme al cual:

«1. Los créditos sometidos a condición resolutoria se reconocerán como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición. Cumplida ésta, podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión

el voto del acreedor condicional hubiere sido decisivo. Todas las demás actuaciones se mantendrán, sin perjuicio del deber de devolución a la masa, en su caso, de las cantidades cobradas por el acreedor condicional, y de la responsabilidad en que dicho acreedor hubiere podido incurrir frente a la masa o frente a los acreedores.

2. A los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, aun cuando su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida, les será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.
Por el contrario, los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía. Igualmente, en el caso de no existir liquidación administrativa, se clasificarán como contingentes hasta su reconocimiento por sentencia judicial, las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social desde la admisión a trámite de la querella o denuncia». De manera tal que la propia Ley Concursal, aun implícitamente, reconoce la posibilidad de que la ejecutividad de los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas puedan ser objeto de una medida cautelar en vía jurisdiccional contencioso-administrativa que acuerde su suspensión. Sin perjuicio del tratamiento concursal que tenga el crédito sometido a dicha actuación cautelar.
Y eso es, precisamente, lo que ha ocurrido aquí, donde la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha acordado la suspensión de la ejecutividad de una liquidación y de una sanción establecidas por la Administración Tributaria, condicionada a la constitución de hipoteca inmobiliaria sobre bienes de la entidad mercantil deudora y, posteriormente, declarada en concurso.
QUINTO.- En todo caso, ha de tenerse presente que la cancelación de la hipoteca no es un acto autónomo, sino que es la consecuencia de una resolución previa de alzamiento de la medida cautelar, que compete en exclusiva al tribunal que la acordó. Así lo estableció la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de diciembre de 2012 (recurso n° 5083/2011), recaída en la misma pieza de medidas cautelares del Procedimiento Ordinario 123/2011; al decir:
«[l]a jurisdicción exclusiva y excluyente que el artículo 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, atribuye a los Juzgados de lo Mercantil para el conocimiento de los asuntos que se promuevan contra el concursado, no impide las resoluciones que este orden jurisdiccional pueda adoptar respecto de la legalidad de los actos administrativos de los que nacen los créditos tributarios y, por consiguiente, sobre suspensión de los mismos, con o sin garantías, debiendo señalarse que esta limitación al principio de universalidad que preside el repetido artículo 8, está reconocida por el artículo 87 de la Ley Concursal.
»[...]así pues, la declaración de concurso no impide que este Orden jurisdiccional no solo se pronuncie acerca de la legalidad de la sanción impuesta en un procedimiento tributario, sino que resuelva sobre el incidente de suspensión y de ésta con o sin garantías».
SEXTO.- En su virtud, la competencia para conocer de la solicitud de cancelación de la hipoteca cuya constitución fue acordada por la Audiencia Nacional, como garantía para suspender la ejecutividad de los actos impugnados, correspondería a la propia Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Sin que a ello se opongan las resoluciones del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que invoca la concursada para propugnar la competencia del Juzgado de lo Mercantil, puesto que las mismas resuelven conflictos de competencia entre órganos jurisdiccionales mercantiles y administraciones públicas, y no entre órganos jurisdiccionales, como es el caso.
Lo contrario supondría dividir la competencia para conocer del procedimiento principal y de la medida cautelar accesoria al mismo. Conforme a los arts. 50 y 51 LC, los tribunales del orden contencioso-administrativo tienen competencia para conocer los recursos de tal naturaleza que ya estén interpuestos o se interpongan con posterioridad a la declaración de concurso, por lo que no parece oportuno -a falta de previsión legal expresa-atribuir la competencia para decidir sobre las medidas cautelares ya adoptadas en tales procesos, al juez del concurso.
SÉPTIMO.- Lo anterior no supone que el bien hipotecado, incluido en la masa activa del concurso, quede al margen del mismo y de la competencia del Juez del concurso, sino que se relacionará en el inventario, en los términos previstos en el art. 82 LC, lo que incluye la mención a la hipoteca, su incidencia en su valoración y la existencia del litigio en que se ha adoptado la medida cautelar. Ni tampoco que el crédito tributario garantizado quede fuera de la masa pasiva por el hecho de que esté asegurado por una hipoteca, como medida cautelar acordada por un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Al contrario, como establece el citado art. 87 LC, se trataría de un crédito sujeto a condición resolutoria, que ha de ser incluido en la masa concursal conforme a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla dicha condición resolutoria, que aquí sería la anulación por sentencia firme del acto del que nace.
OCTAVO.- Como consecuencia de todo lo expuesto, debe resolverse el conflicto positivo de competencia en favor de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.”: ATS 28.04.2016 (Auto 6/2016; Conflicto 2/2016)

2. Improcedencia de medidas cautelares administrativas postconcursales

JM-1 Sevilla

“PRIMERO.- POSICIONES DE LAS PARTES.

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Sanlúcar La Mayor (Sevilla) se siguen diligencias previas 971/11 por tres presuntos delitos contra la Hacienda Pública (art. 305.1 Código Penal), contra la concursada SEÑALIZACIONES VIALES VALLE SL. Con fecha 13/3/15 se ha dictado por la Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación Especial de la AEAT de Andalucía medida cautelar de retención de la devolución tributaria relativa al expediente 2014 DEV SER 68450001P por importe de 407.371`53 €. Dicha media cautelar se dicta al amparo del art. 81.8 de la L 58/2003 de 17 Diciembre, General Tributaria (en adelante LGT), para el aseguramiento del cobro de las responsabilidades pecuiarias del procedimiento penal antes señalado.

Pues bien, frente a tal orden de retención deduce la AC demanda incidental por la que solicita que se dicte resolución y se libre exhorto dirigido al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 2 de Sanlucar la Mayor, Diligencias Previas 971/2011, al objeto de que acuerde el levantamiento de la medida cautelar acordada por la Agencia Tributaria en dicho proceso y, asimismo, se acuerde librar atento oficio a la Agencia Tributaria, Dependencia Regional de Recaudación, Referencia R4185215003564, para que alce dicha medida y le requiera para que, de forma urgente, ingrese en la cuenta intervenida AC n° 3187 0111 85 3151107426 las devoluciones tributarias a favor de Señalizaciones Viales Valle, S.L. en Ejecución de las resoluciones del TEAC 00/01074/2011 y 00/01075/2011.

La AEAT se opone en base a un único motivo, cual es, la incompetencia de este juzgado de lo mercantil para levantar la medida de retención acordada al amparo del art. 81.8 LGT.

SEGUNDO.- SOBRE LA MEDIDA ADOPTADA.

El art. 81.8 de la LGT establece que "8. Cuando con motivo de un procedimiento de comprobación e investigación inspectora se haya formalizado denuncia o querella por delito contra la Hacienda Pública o se haya dirigido proceso judicial por dicho delito, podrán adoptarse, por el órgano competente de la Administración tributaria, las medidas cautelares reguladas en este artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional decimonovena.

Si la investigación del presunto delito no tuviese origen en un procedimiento de comprobación e investigación inspectora, las medidas cautelares podrán adoptarse por el órgano competente de la Administración tributaria con posterioridad a la incoación de las correspondientes diligencias de investigación desarrolladas por el Ministerio Fiscal o, en su caso, con posterioridad a la incoación de las correspondientes diligencias penales.

En los supuestos a que se refieren los párrafos anteriores, las medidas cautelares podrán dirigirse contra cualquiera de los sujetos identificados en la denuncia o querella como posibles responsables, directos o subsidiarios, del pago de las cuantías a las que se refiere el artículo 126 del Código Penal.

Adoptada, en su caso, la medida cautelar por el órgano competente de la Administración tributaria, se notificará al interesado, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial competente y se mantendrá hasta que este último adopte la decisión procedente sobre su conversión en medida jurisdiccional o levantamiento."

En orden a resolver la cuestión planteada deben recordarse las alegaciones de la AEAT.

1. En primer lugar, afirma que se trata de una medida cautelar meramente aseguratoria del resultado de un proceso penal, en el que la decisión última se atribuye al juez que conoce del mismo.
2. Lo acordado es una retención de una devolución tributaria, lo que tiene su fundamento en el art. 59 bis LC y no en las normas alegadas por la AC, esto es, el art. 8.4 y 55 LC.
3. La competencia para la adopción de la medida al amparo del art. 81.8 LGT corresponde a la jurisdicción penal que resulta preferente de acuerdo con el art. 44 de la LO 9/85, del Poder Judicial.

No cabe duda de que nos encontramos ante una de las facultades exhorbitantes que la Ley concede a la Administración, consistente en la posibilidad de adoptar una medida cautelar cuando con motivo de un procedimiento de comprobación e investigación inspectora se haya formalizado denuncia o querella por delito contra la Hacienda Pública o se haya dirigido proceso judicial por dicho delito. En tales supuestos, podrán adoptarse, por el órgano competente de la Administración tributaria, medidas cautelares. Tales medidas no se enumeran, por lo que habrá que entender que podrán adoptarse todas las que convengan al caso, siempre que respeten los presupuestos legales correspondientes.

Pues bien, es claro, que tales medidas son adoptadas por la Administración tributaria, sin perjuicio de notificarse al órgano judicial competente y que se mantendrá hasta que este último adopte la decisión procedente sobre su conversión en medida jurisdiccional o levantamiento. Pues bien, aunque nada acredita, la AEAT manifiesta que cursó la notificación al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 2 de Sanlucar la Mayor (Diligencias Previas 971/2011). Pues bien, el JPII n° 2 de Sanlucar la Mayor podrá ratificar o levantar la medida, pero no se ha acreditado que ello haya acontecido, ninguna resolución judicial se ha aportado al efecto, por lo que no puede afirmarse que se trate de una medida cautelar jurisdiccional, sino puramente administrativa. Por tanto, no se trata de un conflicto entre este juzgado y un juzgado del orden penal. En este momento estamos ante una medida cautelar administrativa.

Sentado lo anterior, debe determinarse si la medida adoptada por la AEAT encuentra protección en el art. Artículo 59 bis LC, conforme al cual "1. Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa.

2. Si en el momento de conclusión del concurso esos bienes o derechos no hubieran sido enajenados, deberán ser restituidos de inmediato al titular del derecho de retención cuyo crédito no haya sido íntegramente satisfecho.

3. Esta suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social."

La AEAT afirma que la medida adoptada, de retención de devolución tributaria, sería una de esas retenciones impuestas por la ley (habrá que entender tributaria) y que no se suspenden por la declaración de concurso.

Es claro que en el concepto de retención del art. 59 bis. 3 LC no entraría la acepción más conocida de retención tributaria, a la que el art. 91.2º LC reconoce como crédito privilegiado general. Aquel precepto habla del derecho de retención entendido como aquel que asiste a un determinado sujeto para que pueda prorrogar la posesión sobre una cosa, con finalidad de garantía.

Pues bien, a juicio de este juzgador, tampoco se incluiría en tal concepto de retención tributaria una medida cautelar de retención de devolución tributaria adoptada al amparo del art. 81 LGT. Si sería, por el contrario, retención tributaria con cobijo en el art. 59 bis LC, el derecho de retención del art. 80 LGT, conforme al cual "La Administración tributaria tendrá derecho de retención frente a todos sobre las mercancías declaradas en las aduanas para el pago de la pertinente deuda aduanera y fiscal, por el importe de los respectivos derechos e impuestos liquidados, de no garantizarse de forma suficiente el pago de la misma."

Abona tal interpretación la propia sistemática de la LGT, que dedica al derecho de retención el art. 80, y, tras el 80 bis dedicado a Prelación y garantías de créditos de titularidad de otros Estados, regula en el art. 81 las medidas cautelares, como se ha dicho, sin mención de medidas concretas como la retención de devoluciones tributarias. Y de la misma opinión son Amparo LÓPEZ SENOVILLA (Abogado del Estado-Jefe Adjunto. Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria) y Juan Manuel HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS (Director del Servicio Jurídico de la AEAT) que han afirmado (la primera en un artículo llamado "Incidencia de la reforma de la Ley Concursal en el crédito tributario", publicado en el Diario La Ley, Nº 7762, Sección Tribuna, 26 de Diciembre de 2011, Año XXXII, Ref. D-478, Editorial LA LEY; y el segundo, en un artículo rubricado "Podas y brotes nuevos", también publicado en el Diario La Ley, Nº 7754, Sección Doctrina, 14 de Diciembre de 2011, Año XXXII, Ref. D-466, Editorial LA LEY) que en el art. 59 bis debe incluirse a título de ejemplo, las previstas como garantía del crédito tributario en relación con el pago de la deuda aduanera y fiscal y frente a las mercancías declaradas en aduanas, ex art. 80 LGT, sin alusión alguna a la medida cautelar.

Por todo ello, al tratarse de una medida cautelar administrativa y carecer de protección especial por parte de precepto alguno de la LC, este juzgador debe afirmar su competencia para, con carácter exclusivo y excluyente, entender de toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, de acuerdo con el art. 8.4º LC. Tal atribución se reitera en la EM de la LC, al señalar que "La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado." Y en el mismo sentido la EM de la LORC, que se refiere a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso "en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos".

Por otra parte, el Art. 8.4º LC excluye expresamente de la competencia del juez del concurso las medidas cautelares que se adopten en el marco de los procesos civiles no dispositivos (capacidad, filiación, matrimonio y menores). Tales procesos no son competencia del juez del concurso, pues también expresamente los excluye el Art. 8.1º LC. Se podría pensar, por ello, que la mención de tales procesos en el Art. 8.4º LC resulta superflua. Puesto que el juez del concurso carece de competencia respecto de dichos procesos, en virtud de las reglas de fijación de la competencia, se concluye que no es tampoco competente para conocer de las medidas cautelares que en ellos se adopten, por lo que la referencia deviene innecesaria por reiterativa. Sólo cobra sentido si se interpreta que la jurisdicción del juez del concurso en medidas cautelares alcanza a las adoptadas en procesos respecto de los que tampoco tiene competencia o jurisdicción, con la sola excepción de las adoptadas en el seno de los procesos civiles no dispositivos.

Por ello, pese a que no puedan plantearse cuestiones de competencia a los órganos del orden penal, concurriría base suficiente para reivindicar la competencia exclusiva y excluyente de este JM incluso frente al Juzgado de Instrucción, de manera que si pareciera necesario éste, o el MF o la Abogacía del Estado, deberían dirigirse al juez del concurso para la comunicación de la situación concreta, quedando a éste la facultad de acordar lo procedente.

En definitiva, en el caso concreto, si se diera una condena penal con resarcimiento a la AEAT, ésta disfrutaría de un crédito -con la clasificación que correspondiera- frente a la concursada, como muchos otros acreedores, y sería en el procedimiento concursal donde habría de dilucidarse la preferencia de cobro y, con carácter previo en su caso, la adopción de medida cautelar. Por ello, ningún riesgo hay que justifique la medida cautelar, pues la AC deberá actuar conforme a la Ley y hacer las provisiones que correspondan, pero lo que no cabe es que la AEAT se genere un privilegio especialísimo de retención, para cobrar su crédito, que, aunque nazca en un procedimiento penal, concurre con otros en este concurso, de manera que deberá satisfacerse en los términos que señale la LC.": SJM-1 Sevilla 29.05.2015

- 5.º Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita y, en concreto, las que le atribuye la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Art. 8.6º

Redacción inicial

- 6.º Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

Redacción vigente desde 04.05.2010

[Nueva redacción por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial]

- 6.º Las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad concursada, cualquiera que sea la fecha en que se hubiera contraído y las acciones para exigir a los socios de la sociedad concursada el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias.

Redacción vigente desde 01.01.2012

[Nueva redacción del art 8.6º pr Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

- 6.º Las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora, cualquiera que sea la fecha en que se hubiera contraído y las acciones para exigir a los socios de la sociedad deudora el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias.

Art. 8.7º

Redacción vigente desde 04.05.2010

[Nuevo apartado introducido por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial]

7.º Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores de la sociedad concursada, tendentes a exigir responsabilidad civil por los perjuicios causados al concursado, cualquiera que sea la fecha en que se hubieran producido los daños y perjuicios o en la que la responsabilidad por las deudas sociales hubiera devenido exigible.

AP Huelva

"PRIMERO.- El Auto recurrido declara la abstención del Juzgado de lo Mercantil de Huelva al entender que el objeto del presente proceso se halla regulado en el artículo 8.7º de la Ley Concursal y que la competencia funcional por conexión y jurisdicción es exclusiva del Juez de lo Mercantil que conozca del concurso de acreedores de la entidad ASTILLEROS SEVILLA ante quien se deberá presentar la demanda.
Contra dicho auto interpone recurso la representación procesal del actor solicitando su revocación y se dicte nueva resolución por la que se declare la competencia funcional y territorial del Juzgado de lo Mercantil de Huelva. Entiende la recurrente que la competencia para conocer del asunto corresponde al Juzgado de lo Mercantil de Huelva, alegando infracción de los artículos 36 y 50.1 de la LEC en relación con el artículo 8.7º de la Ley Concursal.
Considera que el Auto apelado infringe los preceptos citados, toda vez que la actual redacción del artículo 8.7º de la Ley Concursal viene dada por la reforma introducida al amparo de la Ley 38/2011 de 10 de Octubre, entrando en vigor el día 1 de enero de 2012, y al disponer su Disposición transitoria primera que " 1. La presente ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor. 2. Por el contrario, serán de aplicación inmediata en relación con los concursos en tramitación a la entrada en vigor de esta ley, lo dispuesto en los artículos 9.2, 84.3, 4 y 5, la disposición adicional segunda bis, la disposición adicional sexta, la disposición final undécima bis, la disposición final undécima ter, el apartado 3 de la disposición final decimocuarta, el apartado 2 de la disposición final decimosexta, la disposición final trigésima, los artículos 154, 155.4, 156, 157.1, 163, así como el apartado 7 de la disposición final tercera de la Ley Concursal, modificados por esta ley ", la aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 8.7 LC únicamente se producirá en aquellos procedimientos que se presenten y se declaren con posterioridad al 1 de enero de 2012 y en este caso aunque el Decreto de admisión a trámite de la demanda es posterior a la entrada en vigor de la reforma, la presentación de la demanda es anterior.

Si bien la Ley 38/2011 de 10 de Octubre modifica, entre otros, el nº7 del artículo 8 de la LC, con anterioridad a dicha modificación, ya se establecía en el mismo precepto que la jurisdicción del juez del concurso era exclusiva y excluyente para conocer de dicha acción de responsabilidad de administradores.
En efecto, el artículo 8 de la Ley Concursal con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/2011 de 10 de Octubre dispone: disponía: " Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:... 7.º Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores de la sociedad concursada, tendentes a exigir responsabilidad civil por los perjuicios causados al concursado, cualquiera que sea la fecha en que se hubieran producido los daños y perjuicios o en la que la responsabilidad por las deudas sociales hubiera devenido exigible."
En segundo lugar, alega que en todo caso, la previsión contenida en el referido artículo 8.7º de la LC se refiere a aquellas acciones ejercitadas por la propia concursada, no para los supuestos en que la reclamación se formula por un acreedor de la concursada frente a sus administradores.
Procede igualmente su desestimación, pues de la dicción del precepto se desprende que el mismo no se circunscribe a los supuestos en que las acciones de responsabilidad sean ejercitadas exclusivamente por la propia concursada": AAP Huelva (Sección 3) 26.11.2012 (Auto 89/2012; Rollo 280/2012)

Redacción vigente desde 01.01.2012

[Nueva redaccón del art 8.7º pr Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

- 7.º Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.

Artículo 9. Extensión de la jurisdicción.

La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.

Redacción vigente por Ley 38/2011

[Nueva redacción del art 9 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011), que numera el párrafo preexistente como apartado 1, y se añade un nuevo apartado segundo.
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación inmediata en relación con los concursos en tramitación a su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 2, Ley 38/2011).

1. La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.

2. La decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca.

1. Cuestiones prejudiciales administrativas.

1.1 Se rechaza declinatoria de jurisdicción

"ANTECEDENTES DE HECHO.- ÚNICO Por la AEAT se ha planteado declinatoria de jurisdicción respecto a la pretensión principal del incidente presentado por la concursada y que se refiere a la declaración de inexistencia del crédito derivado de la ejecución subsidiaria llevada a cabo por el Ministerio de Fomento por entender ilegal la actuación administrativa.
Tanto la Administración Concursal como la concursada interesaron la desestimación de la declinatoria por entender que este juzgado podía conocer de la pretensión instada por la concursada en virtud del art. 9 de la LC
FUNDAMENTOS DE DERECHO.- ÚNICO La AEAT ha planteado declinatoria de jurisdicción respecto a la pretensión principal del incidente planteado por la concursada.
Los motivos esgrimidos por la AEAT se pueden resumir de la siguiente forma:
a) El art. 8 de la LC no atribuye al juez del concurso competencia para conocer la revisión de los actos administración, competencia que corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa.
b) El art. 9 de la Ley no ampara la pretensión de la concursada, ya que es una traslación al proceso concursal de lo establecido en otras normas (art. 42 LECiv). Se refiere a la posibilidad de resolver cuestiones de

naturaleza administrativa o social, pero instrumentales de la cuestión principal. Si el juez del concurso pudiera revisar la legalidad de los actos administrativos se agotaría toda posibilidad de que se pronunciara sobre esa cuestión la jurisdicción contenciosa.
c) El art. 86.2 de la LC atribuye a la jurisdicción concursal el conocimiento de la impugnación de los actos administrativos.
La concursada entiende que con arreglo al art. 9 de la Ley concursal el juez del concurso puede analizar con efectos prejudiciales la validez de los actos administrativos, porque la impugnación de la ejecución subsidiaria de la Administración tiene trascendencia para la formación del listado de acreedores. Que los arts 86 y 87 de la Ley concursal tienen como destinatarios la Administración Concursal, de manera que el juez del concurso no queda vinculado por el contenido de la certificación de manera que el art. 86 de la Ley señala que todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas por el incidente concursal.
Por su parte la Administración Concursal señala que para que el art. 9 de la Ley permite conocer con carácter prejudicial las cuestiones administrativas y sociales, siempre que estén directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal, y esos requisitos concurren en el supuesto actual ya que el juez del concurso tendrá que decidir sobre la existencia o inexistencia del crédito reconocido en el listado. El juez del concurso puede decidir dentro de los límites del concurso si los créditos que constan en certificación administrativa deben ser o no reconocidos, así como la clasificación que les corresponda, ya que el art. 86 de la Ley señala que las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos se resuelven por medio de incidentes.
Centrados los argumentos vertidos por las partes, debemos proceder a examinar la declinatoria planteada por la AEAT, y para ello no podemos abstraemos de la propia naturaleza de la declinatoria. Ésta se configura como una petición efectuada al juez que esté conociendo un procedimiento para que se aparte del mismo, porque carece de jurisdicción para resolver la cuestión, al estar sometida a otro orden jurisdiccional. En el presente caso se señala por la AEAT que este juzgado carece de jurisdicción para poder revisar la validez de un acto administrativo. Ahora bien, la cuestión que se suscita no es ésta, sino que el incidente planteado por la concursada se refiere a la existencia y clasificación de un crédito concursal reconocido por la Administración Concursal en su informe, y para esta cuestión, evidentemente este órgano es competente, por disposición de la Ley concursal. Cosa distinta es que se tenga que analizar o no la validez del acto administrativo y haya que acudir a la normativa administrativa, y que el órgano judicial pueda ampararse en el art. 9 de la LC, pero esto ya no afecta a la declinatoria por defecto de jurisdicción, sino a la posibilidad de conocer con carácter prejudicial, cuestión que debe ser resuelta por este órgano en la propia sentencia. Por ello se debe desestimar la declinatoria de jurisdicción": AJM-5 Madrid 03.09.2009 (JUR 2009/443263; Concurso 718/2008)

1.2. No cabe por esta vía revisar la validez del crédito administrativo certificado

"SEGUNDO: Exclusión por inexistencia del crédito derivado de la ejecución pública
La concursada impugna el crédito reconocido a la AEAT como contingente subsidiario por importe de 6.490.000 €, interesando la exclusión del crédito derivado de la ejecución subsidiaria por no existir norma habilitante en la actuación del Ministerio de Fomento. Para llegar a esta conclusión interesa que proceda a examinar la ilegalidad de la actuación administrativa con carácter prejudicial
Prejudicialidad
La concursada considera que con al amparo del art 9 de la ley concursal el juez del concurso puede analizar con efectos prejudiciales la validez de los actos administrativos, porque la impugnación de la ejecución subsidiaria de la Administración tiene trascendencia para la formación del listado de acreedores. Además, en la contestación a la declinatoria señaló que los arts 86 y 87 de la ley concursal tienen como destinatarios la Administración Concursal, de manera que el juez del concurso no queda vinculado por el contenido de la certificación, estableciendo el art 86 de la ley que todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas por el incidente concursal.
La AEAT rechaza que el juez del concurso puede examinar con carácter prejudicial la pretensión relativa a la inexistencia de norma habilitante para la ejecución subsidiaria. Para ello indica que:
El art 8 de la LC no atribuye al juez del concurso competencia para conocer la revisión de los actos administración, competencia que corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa.
El art 9 de la ley no ampara la pretensión de la concursada, ya que es una traslación al proceso concursal de lo establecido en otras normas (art 42 LEC). Se refiere a la posibilidad de resolver cuestiones de naturaleza administrativa o social, pero instrumentales de la cuestión principal. Si el juez del concurso pudiera revisar la legalidad de los actos administrativos se agotaría toda posibilidad de que se pronunciara sobre esa cuestión la jurisdicción contenciosa.
El art 86.2 de la LC no atribuye a la jurisdicción concursal el conocimiento de la impugnación de los actos administrativos.
Por último, la Administración Concursal entiende que el art 9 de la ley permite conocer con carácter prejudicial las cuestiones administrativas y sociales, siempre que estén directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal, y esos requisitos concurren en el supuesto actual ya que el juez del concurso tendrá que decidir sobre la existencia o inexistencia del crédito reconocido en el listado. El juez del concurso puede decidir dentro de los límites del concurso si los créditos que constan en certificación administrativa deben ser o no reconocidos, así como la

clasificación que les corresponda, ya que el art 86 de la ley señala que las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos se resuelven por medio de incidentes.
Sentadas así las posiciones de las partes debemos entender si es posible examinar la validez de los actos administrativos con carácter prejudicial.
La prejudicialidad consiste en una decisión judicial que ha de tomarse con carácter previo a la resolución final, existiendo una relación jurídica con el asunto principal de manera que para resolver éste ha de decidirse antes aquél. Si la prejudicialidad es heterogénea, se exige que el objeto de ésta corresponda a distinto orden jurisdiccional del que tenga que conocer la principal, es decir, nos movemos en supuestos en los que para decidir una cuestión de índole civil, sea necesario resolver previamente una de naturaleza administrativa, existiendo una conexión jurídica entre ambas cuestiones.
En materia de prejudicialidad existe una tendencia restrictiva a su utilización, calificándose como una facultad excepcional y por ello de prudente y no extensivo ejercicio (STS de 26 de febrero de 1966 y STS, Sala 3ª, de 11 de julio de 1984). Además se ha mantenido que no cabe examinar con carácter prejudicial una cuestión, es decir, acudiendo a la normativa administrativa, cuando la resolución determine que exista o no el derecho cuya tutela se pretende en el orden civil
En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 señala que"... no corresponde a este orden jurisdiccional civil resolver los debates sobre la procedencia del impuesto, sujeto pasivo, base imponible y tipo aplicable (SS. 31 de mayo de 2006, 13 de julio y 7 de noviembre de 2007, entre las más recientes), como no cabe pretender que interprete exclusivamente preceptos de orden fiscal (SS. 13 de noviembre de 2006 y 26 de), y si bien puede adoptar decisiones en algunos aspectos (cuando se trata de cuestión accesoria -SS. 27 de octubre de 2005; 31 de mayo, 12 de julio y 29 de septiembre de 2006; 6 de marzo y 7 de noviembre de 2007-; o aplicación de cláusula contractual en la que el comprador asume el pago del IVA -S. 27 de enero de 1996 -), tal posibilidad no cabe extenderla a temas complejos como el que se suscita."
En el mismo sentido se pronuncia la STS de 7 de noviembre de 2007 que entiende que aquellos casos en que, por versar la controversia principalmente sobre la cuestión administrativa (existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma), "no puede admitirse que el thema decidendi (cuestión que debe decidirse), de carácter jurídico-administrativo y llamado a ser resuelto por la jurisdicción de este orden, tenga carácter accesorio o prejudicial respecto de la cuestión civil planteada"
En esta misma línea se expresa la AP de Madrid, sección 28ª. En la sentencia 30 de marzo de 2009 (en igual sentido SAP de Madrid, sección 28ª, de 13 de marzo de 2009) establece que "...no nos encontramos ante un supuesto en el que, siendo indiscutido el devengo del IVA, se discute si el acreedor debe ser o no resarcido en su importe para ser completamente compensado de su quebranto económico (como ocurre, por ejemplo, en el caso de la repercusión del IVA en las tasaciones de costas o en las indemnizaciones solicitadas por empresas mercantiles por daños sufridos para cuya reparación han tenido que abonar determinados importes más su correspondiente IVA), en cuyo caso corresponde al tribunal civil dilucidar si la completa satisfacción del acreedor impone que sea resarcido también por el desembolso que realizó en concepto de IVA por ser cuestión atinente exclusivamente a las relaciones privadas entre las partes aunque el tribunal civil tenga que aplicar normas administrativas relativas a la repercusión entre particulares de tal impuesto o incluso resolver, a título prejudicial sobre cuestiones cuyo conocimiento esté atribuido a los tribunales contencioso-administrativo, por aplicación lo previsto en el art. 42.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Nos encontramos ante un supuesto en el que se pretende pura y simplemente que el tribunal civil decida si una determinada obligación de pago de una indemnización por comunicación pública de fonogramas sin autorización está o no sujeta al IVA, sobre la que existen serias incertidumbres, como resulta de los argumentos esgrimidos por las partes en sus respectivos escritos.
La sala considera que determinar si la cantidad reclamada estará o no gravada con el citado impuesto no es cuestión que deba ser resuelta en esta sentencia. La demandada deberá abonarlo en caso de estar sujeta la indemnización a dicho impuesto aun cuando esta resolución no se pronuncie sobre ello por tratarse del cumplimiento de obligaciones fiscales que las partes deberán observar si la indemnización está sujeta al impuesto, sin que corresponda a la jurisdicción civil decidir sobre esta cuestión por ser de carácter fiscal y si alguna de las partes no está de acuerdo con la decisión que en su momento pudiera adoptar la administración tributaria aquélla sólo sería revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa. En consecuencia, no procede condenar a la demandada al pago del IVA, sin perjuicio del estricto cumplimiento por las partes de sus obligaciones fiscales si hubiere lugar a ello."
También la SAP Madrid, sección 28ª, de 22 de abril de 2009 dice que "...la sala considera que no es posible enjuiciar en esta sede, al amparo del artículo 42 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con carácter prejudicial, la validez o nulidad de la citada resolución administrativa de fecha 27 de octubre de 2006 por ser la publicación de la revisión de la traducción no una cuestión accesoria a la aquí enjuiciada sino el fundamento de la pretensión ejercitada sin que, en consecuencia participe de la naturaleza de las cuestiones prejudiciales.
(...)
En definitiva, el derecho del actor en España sobre la patente de producto losartan depende de la publicación en el BOPI de la revisión de la traducción, sin ella carece del derecho invocado por lo que tal cuestión es previa y objeto central de esta resolución y no una mera cuestión prejudicial que sea necesario desbrozar para resolver la cuestión relativa a la infracción de la patente de producto. " (en términos semejantes SAP de Barcelona, sección 15ª, de 2 de octubre de 2008).
Es necesario, tener en cuenta estos criterios generales y la interpretación que sigue la jurisprudencia. Debemos acudir al art 9 de la LC. Este precepto establece que "...la jurisdicción del juez se extiende a todas

las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal."
Para que sea aplicable este supuesto es necesaria la concurrencia de dos presupuestos esenciales: que la resolución de la cuestión esté directamente relacionada con el concurso o sea necesaria para su buen desarrollo y en segundo lugar que la cuestión a resolver tenga naturaleza administrativa o social. Respecto al primer presupuesto, no se discute por ninguna de las partes que estamos ante una cuestión de índole administrativa, referida a la validez o no de la actuación del Ministerio de Fomento consistente en la ejecución subsidiaria de traslado de pasajeros como consecuencia de la suspensión de la actividad de la deudora. Se trata de examinar si los actos administrativos son legales y encuentran acomodo en la normativa comunitaria, Reglamento 261/04, o en la normativa administrativa y por ello en determinar la validez de un acto administrativo. Ahora bien la propia naturaleza de la pretensión a resolver (validez de los actos administrativos) nos debe llevar a rechazar su examen prejudicial. No está interesando la concursada que analicemos una cuestión de naturaleza administrativa que sea necesaria para resolver una cuestión o problema de índole concursal, sino que en realidad se pide que se decida si existe o no un crédito público y para ello es necesario acudir a la normativa administrativa, de manera que serán las normas administrativas las que determinen si el crédito público existe o no, lo que excede del ámbito de actuación del art 9 de la ley, ya que el análisis de la validez de los actos administrativos corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa.
Esta interpretación ha de ponerse en relación con el art 86 de la ley concursal; en concreto el apartado 2 dice que se incluirán necesariamente en la lista de acreedores los créditos que consten en certificación administrativa. Este precepto se ubica sistemáticamente en la sección 2º del capítulo III, del Título IV, llevando como rúbrica la sección "de la comunicación y del reconocimiento de créditos, en consecuencia se trata de una norma de reconocimiento de créditos. Se trata de una traslación al ámbito concursal del principio de ejecutividad inmediata y de presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, recogida en los arts 56 y 57 de la LRJAPPAC (ley 30/1992) y conlleva el obligatorio reconocimiento del crédito que conste en la certificación administrativa por parte de la Administración Concursal, pudiendo, sin embargo, pese a su reconocimiento, impugnarla en vía administrativa o contenciosa. Es cierto que se trata de una norma dirigida a la administración concursal, diciéndole que necesariamente debe reconocer estos créditos, pero ello no significa que el juez pueda prescindir de dicho precepto. Como toda norma, el órgano judicial está también vinculada por dicho precepto de manera que si el crédito consta en certificación pública ha de reconocerla, siempre, claro está, que esté en el concurso y se interese dicha cuestión por vía incidental, ya que no olvidemos que el juez no puede incluir de oficio créditos en el listado, sino únicamente cuando se suscita la cuestión por incidente concursal. Evidentemente, este reconocimiento tiene ciertos límites ya que es necesario que la certificación se haya comunicado al concurso dentro de los plazos legalmente previstos en el art 85 de la ley, o bien con el incidente concursal de impugnación de la relación de acreedores; esto supone que si se comunica el certificado una vez transcurrido el plazo de impugnación del inventario (art 97 LC) ya no se podría reconocer.
No es desconocido por este juzgador, que las certificaciones públicas además de determinar la existencia del crédito también incorporan una clasificación, y que sin embargo, ésta no se sigue por los juzgados, incluso el Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación sobre incidentes concursales interesados por la AEAT y la TGSS (SSTS de 21 de enero, 1 y 20 de septiembre de 2009, entre otras) se ha aportado de la clasificación propuesta en las certificaciones administrativas. Esta consideración podría sustentar la tesis de la concursada, pero no debe desconocerse un dato esencial. El art 86 es una norma de reconocimiento de créditos (así se deduce de su rúbrica y de su ubicación sistemática), mientras que los arts 89 y ss. se refieren a la clasificación de los créditos, lo que nos permite concluir que la vinculación que efectúa la certificación administrativa se limita a la existencia del crédito (reconocimiento), pero no a su clasificación en donde el juez no está vinculado por la efectuada por el acreedor, debiendo acudir a los criterios legales, ya que en caso contrario el sistema de clasificación se dejaría al arbitrio de un acreedor contraviniendo el sistema ideado con la nueva ley concursal.
También la vigencia del art 87.2 de la ley permite sostener la imposibilidad de examinar la validez de los créditos públicos comprendidos en la certificación con carácter prejudicial. Señalaba este precepto (en su redacción vigente en el momento de la elaboración del listado de acreedores) que los créditos de derecho público recurridos en vía administrativa o judicial se les reconocería como condicionales (sometidos a condición resolutoria) disfrutando, por tanto, de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación en tanto no se cumpla la condición (en nuestro caso, habrá de entenderse que no se declare su inexistencia en vía administrativa o judicial). En la nueva reforma el contenido es similar, aunque se ha incluido dicha forma de reconocimiento aunque su ejecutividad estuviera cautelarmente suspendida. El tenor de este precepto (tanto en su redacción anterior como en la actualidad) nos lleva a entender que es obligatorio el reconocimiento de los créditos en certificación pública, y ello, porque el legislador ha establecido un tratamiento diferente según se trate de créditos públicos o privados, ya que a los primeros, pese a su impugnación en vía administrativa o judicial (contenciosa) se les reconoce por su cuantía, mientras que a los privados contingentes no. Si el legislador ha establecido que los créditos públicos recurridos han de ser reconocidos por su cuantía es porque considera que no cabe discutir en sede concursal la existencia del crédito público, dejando dicho examen al ámbito contencioso administrativo, y por ello, aunque se impugnen, se tienen que reconocer por su cuantía.
Desde el punto de vista doctrinal esta cuestión no ha tenido un tratamiento unánime. Se muestran contrarios a la posibilidad de examinar con carácter prejudicial la validez de los actos administrativos Finez Ratón (en Tratado Práctico Concursal, tomo III, pag 509) quien señala que el cauce de impugnación de la certificación

administrativa es el propio de su legislación específica, correspondiendo su conocimiento a la jurisdicción contenciosa administrativa, sin que se pueda invocar el art 9 de la LC, al no estar en el ámbito específico de la prejudicialidad, ya que en sí el crédito no está sometido al conocimiento judicial a fin de su reconocimiento. Mantienen que sí cabe que el juez concursal puede declarar la inexistencia, a los efectos de este procedimiento, de pretendidas deudas frente a la Administración Pública, pese a que ha sido objeto de certificación administrativa en base a resolución administrativa previa (M.A. Fdez. Ballesteros, P. Calderón).
Sin embargo en la práctica judicial concursal la solución mayoritaria impide examinar la existencia de la deuda que consta en certificado administrativo. (SJM 1 Málaga de 23 de noviembre de 2007 y SJM nº 1 de Alicante de 18 de noviembre de 2009, con cita de la STCJ de 25 de junio de 2007)
SJM nº 3 de Barcelona de 27 de febrero de 2006: " El valor de las certificaciones en cuanto a la cuantificación de la deuda -artículo 86.2 de la Ley concursal- obliga a la administración concursal a incluir los créditos derivados de dichas certificaciones en el momento de su recepción, sin perjuicio de que se pueda discrepar en el plano concursal de la propuesta de calificación que realice la Agencia, pero sin que puedan alterarse las cuantías.
SJM 1 Asturias de 21 de diciembre de 2007: "Es preciso recordar a este respecto la dicción del art. 86.2 LC, relativo al reconocimiento de créditos, que impone la necesaria inclusión de los créditos reconocidos en certificación administrativa, sin que proceda entrar a discutir en esta sede sobre su existencia y cuantía, ya que el precepto citado remite para este menester a los cauces previstos en la legislación específica para impugnar los actos administrativos. En efecto, la Ley Concursal, basándose en la facultad de autotutela de las Administraciones Públicas, reconoce a las certificaciones administrativas la condición de título ejecutivo, por lo que su reconocimiento es imperativo para la administración concursal, que puede, no obstante, si discrepa de su existencia o cuantía, acudir a la vía administrativa o Contencioso-Administrativa. Por ello, si el administrador concursal estima que se acreditaron ante la AEAT unas retenciones que no se habían practicado deberá instar la rectificación por el procedimiento administrativo oportuno y, una vez obtenida la conformidad de la AEAT en esa sede, proceder a la minoración en sede concursal (en igual sentido sentencia de 11 de mayo de 2006)
También esta es la línea seguida por las AP especializadas (SAP Barcelona, sección 15ª, de 10 de noviembre de 2008 y SAP Madrid, sección 28ª, 8 de mayo de 2009)
La SAP Barcelona 10 de noviembre de 2008 dice "el art. 86.2 LC dispone que "se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos (...) reconocidos por certificación administrativa (...). No obstante, la administración concursal podrá impugnar (...), a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos". Por ello, la Administración Concursal debe incluir en la lista de acreedores, en principio, el importe total de crédito certificado por la TGSS, sin perjuicio de la impugnación en vía administrativa y contencioso-administrativa de la cuantía o de los créditos certificados.
Pero, no obstante, esta regla que ordena la inclusión sin cuestionamiento del crédito certificado tiene unos límites, impuestos por la exigencia de que ha de tratarse de créditos concursales, de modo que si se advierte la inclusión en la certificación de créditos o conceptos que no son concursales, porque son contra la masa, o bien porque con claridad se evidencia que no han podido nacer o generarse debido precisamente a los efectos legales de la declaración de concurso, tanto la Administración Concursal como el Juez al resolver la impugnación podrán excluir de la certificación tales partidas o créditos. Este sería el caso de los recargos de demora administrativos devengados con posterioridad a la declaración de concurso, pues si a partir de dicho momento el concursado no puede efectuar el pago de las deudas o créditos que tengan la consideración de concursales, no cabe, obviamente, un recargo a modo de sanción por la falta o retraso en un pago que el concursado no puede realizar por impedirlo el sistema concursal. Por el contrario, es claro que resulta procedente la consideración de crédito concursal de los recargos devengados con anterioridad y hasta el día de la declaración de concurso, por no haberse atendido el pago de las cuotas, anteriores al concurso, en el plazo reglamentario."
En igual sentido se expresa la SAP de Madrid nº 113/09, de 8 de mayo, rec. 38/09, que dice "...no compete a este tribunal la revisión de actos administrativos que hayan podido adquirir firmeza al margen del proceso concursal, pues el examen de la regularidad de las actas tributarias supone una cuestión a dilucidar en vía administrativa y, en su caso, ante la jurisdicción revisora de la misma, que lo es la contencioso-administrativa. Al juez del concurso le debía bastar con que se aportase la certificación del artículo 96.4 el Reglamento General de Recaudación (RD 1684/1990) para entender cumplida la justificación documental del crédito tributario. Así lo ha entendido también el legislador en el artículo 86.2 de la Ley 22/2003, que aquí nos sirve de simple referencia interpretativa."
SAP de Pontevedra de 13 de marzo de 2008 se refiere a la imposibilidad de examinar la existencia del crédito que consta en certificación administrativa, pero sí lo que afecta a su clasificación.
"...La certificación administrativa sirve para la justificación o acreditación del crédito, pero su eficacia no se extiende a los elementos sobre los que se articula su nacimiento y exigibilidad.
(...)
La Administración acude al proceso con la certificación administrativa, a la que la ley reconoce suficiencia para acreditar el crédito, pero los problemas que se susciten en relación, no con su existencia a favor de la Administración, sino con los aspectos del crédito que determinan su calificación, se resolverán por el Juez del concurso, de conformidad con las normas administrativas y civiles aplicables al caso. En suma, el Juez del concurso tiene plena competencia para conocer las cuestiones que se susciten en relación con la calificación del crédito derivado de una deuda tributaria, por lo que el motivo debe decaer.
En conclusión, y a la vista de las consideraciones vertidas y conforme a la práctica judicial reseñada se debe rechazar la posibilidad de examinar con carácter prejudicial la actuación administrativa, ya que no es posible

que se ponga en duda, en sede concursal, la validez de la certificación, ya que se trata de un documento público administrativo y su revisión corresponde a la vía contencioso administrativa. Al rechazarse el examen prejudicial ha de desestimarse la pretensión 1ª del suplico de la demanda incidental presentada por la concursada. “:SJM-5 Madrid 25.01.2010 (Sentencia 21/2010; Incidente concursal 258/08 -acumulados 379/08 y 718/08-)

1.3 No cabe condenar a la administración a visar tarjeta de transporte

“PRIMERO.-Por la Letrada de la Junta de Andalucía se interpone recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que condena al Área de Transporte de la Consejería competente a conceder el visado de las tarjetas de transporte a la empresa actora, que se encuentra incursa en un proceso concursal. Comienza el extenso escrito de la Letrada alegando la falta de jurisdicción del Juez del Concurso a pesar de lo previsto en el art. 9 de la Ley Concursal (que extiende la competencia de aquél al conocimiento "de cualquier acción administrativa relacionada con el concurso de acreedores o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal). Dicho precepto para la recurrente no puede autorizar una revisión de una actuación administrativa, no siendo una cuestión prejudicial como las referidas en el citado art. 9 de la Ley Concursal, sino la cuestión de fondo del asunto que motiva el recurso por lo que se habría infringido la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como lo avalaría la jurisprudencia que se cita sobre conflictos de jurisdicción (S.T. de Conflictos de Jurisdicción de 25 de junio de 2007). Finalmente se cita el art. 86-2 de la L.C., que faculta a los administradores a impugnar actos administrativos "a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica". También se invoca el art. 50-2 de la L.C.
En segundo lugar se alega exceso de jurisdicción porque el Juez no se ha limitado a declarar la capacidad económica de la empresa concursada a efectos de dar cumplimiento de los requisitos de la legislación sectorial y remitir oficio a la Administración, sino que impone a ésta la obligación de otorgar el visado de la tarjeta. Por último se argumenta sobre la falta de prueba de los requisitos exigidos por la Ley 16/1987, R.D. 1211/1990 y Reglamento 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21-10-2009. Se alude así a la falta de prueba sobre la capacidad económica de la empresa para desarrollar su actividad, que en la normativa europea se concreta incluso en una cantidad determinada en concepto de capital en función del número de vehículos, que resulta difícil de compaginar con la declaración en concurso de una empresa, siendo el convenio alcanzado en el Concurso la única forma de evitar esa contradicción, que va más allá de la prueba de que está al corriente de ciertas obligaciones como las fiscales.
SEGUNDO.-La demanda inicial de este proceso se inició porque la concursada empresa de transportes alegaba que no podía cumplir con el requisitos exigido por la Administración, el cerificado acreditativo de estar al corriente con la Seguridad Social y Agencia Tributaria, por encontrarse en Concurso. Por tal motivo se pedía el visado o subsidiariamente una declaración que lo permitiera.
El Juez de lo Mercantil se ha fundado en los arts. 9, 43.1 y 44.1 de la LC para considerarse competente en esta cuestión jurídica realizando una interpretación finalista de las normas a fin de evitar la paralización de la actividad del concursado y los perniciosos efectos sobre los acreedores, así como el proceso final a que tiende el concurso, entendiendo que su jurisdicción se extiende a las cuestiones prejudiciales administrativas.
Sin embargo, como señala la Letrada recurrente, el "thema decidendi" es precisamente la concesión del visado, no siendo una cuestión prejudicial. Por tal motivo la jurisdicción del Juez de lo Mercantil se ha excedido en su competencia al realizar una interpretación finalista de las normas referidas pero que no dan amparo a dicho proceder, al suponer la revisión de una actividad administrativa mediante la valoración de los requisitos reglamentarios y luego la concesión de lo que integra el acto administrativo que se pretende por la actora, sin que medie una denuncia expresa de dicha circunstancia del concurso a la Administración para que subsane las dificultades concretas del caso.
En efecto, las dificultades derivadas de la imposibilidad de conseguir un certificado sobre las obligaciones fiscales de la empresa han llevado al Juez de la mercantil a resolver el problema mediante la concesión del visado al no poderse abonar las obligaciones fiscales hasta un momento posterior en el proceso concursal, con el consiguiente perjuicio a la actividad empresarial del concursado. Sin embargo bastaba con haberse pronunciado sobre la concurrencia del presupuesto reglamentario exigido para conseguir el visado, como se pedía subsidiariamente, con lo que se hubiera evitado el exceso de jurisdicción.
Cuestión distinta es la capacidad económica de la empresa, sobre la que la Administración no hizo requerimiento alguno, habiéndose aportado prueba pericial por la actora tendente a dicho fin, por lo que no se considera como causa que impida la pretensión de la parte.”: SAP Almería (Sección 2) 08.03.2013 (Sentencia 56/2013; Rollo 60/2012)

1.4 IVTM – Arts 92.1 y 94 LHL

“PRIMERO.- La cuestión litigiosa, de carácter prejudicial administrativo, conforme alartículo 9 de la Ley Concursal, estriba en determinar si la falta de anotación en la Jefatura Provincial de Tráfico de la transmisión de los vehículos supone que la concursada transmitente siguiera siendo sujeto pasivo del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica correspondiente a los mismos por el ejercicio del año 2008.
SEGUNDO.- Con carácter general, losartículos 92.1 y 94 de la Ley de Haciendas Locales consideran sujetos pasivos del mencionado impuesto a quienes aparezcan como titulares de los vehículos en el permiso de circulación. Ahora bien, la literalidad de dichos preceptos ha sido matizada por la jurisdicción contencioso-administrativa, que mantiene que, frente a la apariencia registral, debe primar el dato de la efectiva titularidad de los vehículos, cuando la misma pueda ser acreditada -prevalencia de la titularidad material sobre la formal-

(por ejemplo,Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Asturias de 1 de junio de 2000, oSentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Comunidad Valenciana de 23 de noviembre de 1998). Interpretación que, además de coincidir con las reglas generales de nuestro derecho privado sobre los efectos traslativos del dominio(artículo 609 del Código Civil), favorece el interés del concurso, sin que se aprecie que cause perjuicio alguno a la administración pública recurrente, que puede dirigir su pretensión contra los adquirentes de los vehículos y titulares materiales de los mismos durante el periodo impositivo objeto de reclamación.": SAP Córdoba (sección 3) 30.09.2010 (JUR 2011/172821; Sentencia 172/2010; Rollo 253/2010)

Artículo 10. Competencia internacional y territorial.

1. La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél.

Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.

Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará «concurso principal», tendrán alcance universal, comprendiendo todos los bienes del deudor, estén situados dentro o fuera de España. En el caso de que sobre los bienes situados en un Estado extranjero se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el capítulo III del título IX de esta ley.

Art. 10.1

1. Fuero del centro de los intereses principales del deudor

Tribunal Supremo

"PRIMERO.- La competencia territorial para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales; así lo dispone, con carácter de fuero imperativo, el artículo 10.1 de la ley concursal y el mismo artículo añade que por centro de intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social.
SEGUNDO.- La cuestión que se plantea en el presente caso es la competencia territorial de los Juzgados de lo mercantil de Cuenca o de Burgos. En el primero se presentó la solicitud de la declaración de concurso voluntario de TRANSPORTES TÉCNICOS TOMILLO S. L. y el Juzgado dictó auto de 3 de julio de 2008 declarando su falta de competencia territorial e inhibiéndose a favor del Juzgado de lo mercantil de Burgos. En el segundo, este último, el Abogado del Estado, como acreedor legitimado para ello, propuso declinatoria por falta de competencia territorial, conforme a lo dispuesto en el artículo 12.1 de la ley concursal. El Ministerio Fiscal y las partes que han evacuado el traslado de la solicitud, han mantenido unánimemente la competencia territorial del Juzgado mercantil de Cuenca.
TERCERO.- La cuestión se centra en la consideración del centro de intereses principales, es decir, del lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. De la prueba documental que obra en la pieza separada de la cuestión de competencia, aparece que el centro de intereses se halla en la población de San Lorenzo de la Parrilla, perteneciente a Cuenca, donde, por cierto, fue presentada la solicitud de concurso voluntario y asimismo, se acredita que en Miranda de Ebro, perteneciente a Burgos no se ejerce actividad principal, sino que no hay más que una simple sucursal de casi inexistente eficacia.
A ello se suma la presunción del último inciso del artículo 10.1, segundo párrafo, de la ley concursal: en el caso, como el presente, del deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. La sociedad de responsabilidad limitada, en concurso, tiene su domicilio social en la calle Senés Guijarro 10, del polígono industrial Viñas de la Vega, de San Lorenzo de la Parrilla, provincia de Cuenca, el cual consta en la inscripción de la constitución de la sociedad en el Registro mercantil de Cuenca.
CUARTO.- En definitiva, se debe resolver la cuestión de competencia territorial declarando que ésta corresponde al Juzgado de 1ª Instancia nº 2, de lo mercantil, de Cuenca.": ATS 18.02.2009 (Conflicto 244/2008)

"**ÚNICO.**- Planteado conflicto negativo de competencia entre el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid y el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Zaragoza, y remitidos los autos a esta Sala, es procedente decidir, por

medio de auto y sin ulterior recurso, el tribunal al que corresponde conocer del asunto, como expresa elartículo 60.3 de la LEC.
Pues bien, de conformidad con el Ministerio Fiscal, la competencia territorial corresponde al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza por varias razones: Ante todo hay que decir, como ya se pronunció elAuto de esta Sala de fecha 1 de marzo de 2007 (JUR 2007, 80171), que la "competencia territorial", para abrir un concurso principal, se regula en elartículo 10.1 de la Ley Concursal 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales", presumiéndose, en caso de deudor persona jurídica "que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social".
Pero además, junto a este fuero principal, elArt. 10.1 establece un fuero electivo: el del lugar del domicilio del deudor común, estando este fuero electivo condicionado a que concurran los siguientes requisitos, que el deudor tenga su domicilio en España y que el domicilio del deudor este en un lugar distinto de aquel que es el centro de sus intereses principales, si se cumplen ambas condiciones son territorialmente competentes los Jueces de lo Mercantil de ambos lugares y la elección corresponde al acreedor solicitanteArt. 10.1 de la LC.
Por otro lado, al tratarse este de un fuero imperativo, criterio mantenido por esta Sala (ATS: 14-05-2002), elartículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga al examen de oficio de la competencia territorial, cuando venga fijada por reglas imperativas "inmediatamente", después de presentada la demanda y elart 10.5, de la Ley concursal señala: que el Juez examinara de oficio su competencia y determinara si se basa en el apartado 10 o en el apartado 3 de este articulo. Es cierto que es doctrina de esta Sala, que el tratamiento procesal de la "competencia territorial", cuando éste viene determinado en virtud de un fuero imperativo, se asemeja al dispensado a la "competencia objetiva", ya que sus normas específicas, carecen del carácter dispositivo que tienen, en general, las normas sobre competencia territorial (artículos 54 y 59 de la LEC) y que cuando, como sucede en el caso, por hechos de conocimiento posterior se advierte que el Tribunal que está conociendo del asunto, carece de competencia territorial, debe aplicarse, analógicamente, la regla prevenida por elartículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para falta de competencia objetivaAutos 23-12-2003 (JUR 2004, 10405), 2-2-2004 (JUR 2004, 32268)).
Pues bien, de todo lo dicho se desprende que en el presente caso será Juzgado competente el del lugar donde el deudor solicitante y persona jurídica tenga el centro de sus intereses principales; y de la documentación obrante en las actuaciones se desprende que el centro principal de administración de los intereses sociales radica en Zaragoza, ciudad donde además se encuentra su domicilio social y que además ha sido objeto de la elección del deudor solicitante del concurso en uso de la facultad de elección concedida por la Ley Concursal (Auto de esta Sala de 1 de marzo de 2007), por lo que el Juzgado competente será el de lo Mercantil nº 1 de la citada localidad.": ATS 14.07.2009 (RJ 2009/4471; Recurso 93/2009) y, en términos prácticamente idénticos, ATS 14.07.2009 (RJ 2009/4469; Conflicto 157/2009)

"UNICO.- De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal y a la vista de la doctrina de esta Sala recogida, entre otros, en Autos de fechas 9 de diciembre de 2009 (conflicto nº 285/2009), 25 de mayo de 2010 (conflicto nº 200/2010) y 24 de enero de 2012 (conflicto nº 211/2012), el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse en favor del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid por cuanto la competencia territorial para abrir un concurso principal, se regula en el art. 10.1 de la Ley Concursal 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales". En el presente caso partiendo de la documental aportada, y más en concreto de la Memoria que se acompaña a la solicitud del concurso voluntario, resulta que el centro de sus intereses principales se halla en Madrid ya que si bien el elemento productivo de la empresa relativa a la explotación vinícola está en Villalba de Duero, la actividad administrativa de sus interes por terceros se llevaba en Madrid, lugar donde además radica su domicilio social.": ATS 27.11.2012 (Conflicto 210/2012)

1.0 Concepto

Tribunal Supremo

"TERCERO.- Con carácter general, centro de los intereses principales del deudor es el criterio adoptado por el art. 10.1 LC para determinar la competencia judicial para conocer de la solicitud de concurso de acreedores. Este criterio fue adoptado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, en consonancia con el criterio seguido por el art. 3 Reglamento CE 1346/2000, de insolvencia, a la hora de fijar la competencia internacional para conocer del procedimiento de insolvencia principal. Este criterio ha pasado al nuevo Reglamento UE 848/2015.
El propio art. 10 LC, tomándolo del preámbulo del Reglamento CE 1346/2000, explicita qué debe entenderse por centro de los intereses principales del deudor:
«Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses».
Este criterio se adecua al deudor comerciante, persona física o jurídica, en cuanto que podría distinguirse entre el domicilio y el lugar donde el deudor desarrolla su actividad económica, donde administra sus intereses económicos, y es reconocido por terceros, principalmente por sus acreedores.
El último inciso del párrafo segundo del art. 10.1 LC presume, en el caso de la persona jurídica, «que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social».
Es muy significativo que el nuevo Reglamento de insolvencia de la UE, 848/2015, haya ampliado esta presunción al deudor persona natural, en los párrafos 3 y 4 del art. 3.1:

«Respecto de los particulares que ejercen una actividad mercantil o profesional independiente, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, su centro principal de actividad. Esta presunción solo será aplicable si el centro principal de actividad de la persona en cuestión no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.
»Respecto de otros particulares, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de residencia habitual de dicho particular. Esta presunción solo será aplicable si la residencia habitual no ha sido trasladada a otro Estado miembro en los seis meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia».”: ATS 18.01.2017 (Conflicto 1019/2016)

TSJ Andalucía

“PRIMERO Elartículo 10.1 de la Ley Concursal dispone que la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo Mercantil "en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales". Dicho precepto aclara que por centro de intereses principales habrá de entenderse, a estos efectos, "el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses", y que tratándose de persona jurídica, "se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social".
SEGUNDO El concepto de centro de "intereses principales" no debe confundirse con el lugar donde (coyunturalmente o no) se lleva a cabo la "actividad principal", ni siquiera con el lugar donde se tuvieren establecimientos abiertos al público. No es el criterio delartículo 50.3 LEC (RCL 2000, 34, 962) el que debe orientarnos para establecer la competencia territorial en materia de concurso. Lo decisivo no es la actividad desplegada en desarrollo del objeto social, sino el centro administrativo de la entidad. En los autos delTribunal Supremo de 14 de abril de 2009 (JUR 2009, 205956) y 14 de julio de 2009 (RJ 2009, 4469), en efecto, se identifica el "centro de sus intereses principales" con el "centro principal de administración de sus intereses", y elATS 20 febrero 2009 (RJ 2009, 1476) precisa que por tal ha de entenderse el "lugar donde las empresas aparecen en el mercado adoptando sus decisiones y centralizando la gestión de sus negocios".
Se trata, pues, de la conexión administrativa con un territorio, y no la simple conexión patrimonial, lo cual parece especialmente adoptado como criterio para la competencia en materia concursal, pues no se trata propiamente de litigios sobre los bienes materiales, sino sobre el conjunto patrimonial de la empresa. Si lo que se busca es la "proximidad", ésta ha de referirse al lugar donde se viene desarrollando principalmente la gestión y el control de ese conjunto patrimonial (activo y pasivo), y no al lugar donde se encuentran los bienes materiales de mayor importancia dentro de su activo. Tal es el sentido de la presunción delartículo 10.2 LC : no es que se presuma que las entidades mercantiles desarrollan su actividad principal donde tienen su domicilio social, sino de presumir que es en el lugar del domicilio donde se lleva a cabo la dirección de la actividad societaria en su conjunto, sin perjuicio de la ubicación territorial de sus bienes principales o de su actividad de producción o comercialización. Lo que en definitiva se presume es que el domicilio social es la "sede real" de la empresa, y no un domicilio ficticio, que se fija por razones de conveniencia.
De los datos que aparecen en la Memoria que se acompaña con la solicitud de declaración de concurso y de los que aporta la solicitante en su escrito de 12 de marzo de 2009, no se desprenden elementos como para poder considerar desvirtuada la presunción delart. 10.2 LC, sino que más bien tales datos corroboran que dicha sede social no es en absoluto ficticia, por ser en Almería (Roquetas de Mar y El Ejido), donde se lleva a cabo la gestión empresarial, financiera y contable de la mercantil, donde se adoptan las decisiones societarias, donde tienen su domicilio los tres administradores mancomunados y donde es notificada por acreedores y Juzgados de reclamaciones judiciales y extrajudiciales.
Frente a ello, no puede prevalecer el argumento ofrecido por el auto del Juzgado de lo Mercantil de Almería, consistente en que el criterio de conexión territorial con la actividad y los bienes principales del deudor garantiza mejor la efectividad de las medidas cautelares y primeras resoluciones concursales. Bastaría con decir, para desvirtuar tal argumento, que el procedimiento concursal está concebido para encauzar y propiciar un tratamiento global de la situación patrimonial del deudor, incluida la administración de sus intereses, lo que por tanto aconseja que la proximidad como criterio competencial se refiera al punto desde el que con más eficacia puede incidirse en el control y administración del patrimonio del deudor, es decir, una vez más, el lugar donde se vienen tomando las decisiones empresariales, financieras y societarias.
TERCERO En consecuencia, y en línea con lo dicho por el Ministerio Fiscal en su informe, se ha de declarar la competencia del Juzgado de lo Mercantil de Almería, por lo que deberán remitírsele las actuaciones originales, con testimonio de la presente resolución, para que continúe con su tramitación con arreglo a Derecho.”: ATSJ Andalucía (Granada) 09.09.2009 (AC 2010/1165; Auto 34/2009; Recurso 27/2009)

“PRIMERO Elartículo 10.1 de la Ley Concursal dispone que la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo Mercantil "en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales". Dicho precepto aclara que por centro de intereses principales habrá de entenderse, a estos efectos, "el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses", y que tratándose de persona jurídica, "se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social".
SEGUNDO Como ya dijera esta Sala en suauto de 9 de septiembre de 2009 (JUR 2010, 188377), resolviendo una cuestión de competencia similar a la presente y entre los mismos Juzgados, el concepto de centro de "intereses principales" no debe confundirse con el lugar donde (coyunturalmente o no) se lleva a cabo la "actividad principal", ni siquiera con el lugar donde se tuvieren establecimientos abiertos al público. No es el

criterio delartículo 50.3 LEC (RCL 2000, 34, 962) el que debe orientarnos para establecer la competencia territorial en materia de concurso. Lo decisivo no es la actividad desplegada en desarrollo del objeto social, sino el centro administrativo de la entidad. En los autos del Tribunal Supremo de Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009 (JUR 2009, 205956) y 14 de julio de 2009 (RJ 2009, 4469), en efecto, se identifica el "centro de sus intereses principales" con el "centro principal de administración de sus intereses", y elATS 20 febrero 2009 (RJ 2009, 1476) precisa que por tal ha de entenderse el "lugar donde las empresas aparecen en el mercado adoptando sus decisiones y centralizando la gestión de sus negocios".
Se trata, pues, de la conexión administrativa con un territorio, y no la simple conexión patrimonial, lo cual parece especialmente adaptado como criterio para la competencia en materia concursal, pues no se trata propiamente de litigios sobre los bienes materiales, sino sobre el conjunto patrimonial de la empresa. Si lo que se busca es la "proximidad", ésta ha de referirse al lugar donde se viene desarrollando principalmente la gestión y el control de ese conjunto patrimonial (activo y pasivo), y no al lugar donde se encuentran los bienes materiales de mayor importancia dentro de su activo. Tal es el sentido de la presunción delartículo 10.2 LC : no es que se presuma que las entidades mercantiles desarrollan su actividad principal donde tienen su domicilio social, sino que es en el lugar del domicilio donde se lleva a cabo la dirección de la actividad societaria en su conjunto, sin perjuicio de la ubicación territorial de sus bienes principales o de su actividad de producción o comercialización. Lo que en definitiva se presume es que el domicilio social es la "sede real" de la empresa, y no un domicilio ficticio, que se fija por razones de conveniencia.
De los datos que aparecen en las actuaciones no se desprenden elementos como para poder considerar desvirtuada la presunción del art. 10.2 LC, sino que más bien tales datos corroboran que dicha sede social no es en absoluto ficticia, por ser en Almería, donde se lleva a cabo la gestión empresarial, y contable de la mercantil, donde se adoptan las decisiones societarias y donde tiene su domicilio el administrador.
Frente a ello, no puede prevalecer el argumento ofrecido por el auto del Juzgado de lo Mercantil de Almería, consistente en que el criterio de conexión territorial con la actividad y los bienes principales del deudor garantiza mejor la efectividad de las medidas cautelares y primeras resoluciones concursales. Bastaría con decir, para desvirtuar tal argumento, que el procedimiento concursal está concebido para encauzar y propiciar un tratamiento global de la situación patrimonial del deudor, incluida la administración de sus intereses, lo que por tanto aconseja que la proximidad como criterio competencial se refiera al punto desde el que con más eficacia puede incidirse en el control y administración del patrimonio del deudor, es decir, una vez más, el lugar donde se vienen tomando las decisiones empresariales, financieras y societarias.
TERCERO En consecuencia, y en línea con lo dicho por el Ministerio Fiscal en su informe, se ha de declarar la competencia del Juzgado de lo Mercantil de Almería, por lo que deberán remitírsele las actuaciones originales, con testimonio de la presente resolución, para que continúe con su tramitación con arreglo a Derecho.”: ATSJ Andalucía (Granada) 01.12.2009 (AC 2010/1167; Auto 46/2009; Recurso 40/2009)

“Primero.-El artículo 10.1 de la Ley Concursal dispone que la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo Mercantil " en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales". Dicho precepto aclara que por centro de intereses principales habrá de entenderse, a estos efectos, " el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses ", y que tratándose de persona jurídica, " se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social ".
En la presente cuestión de competencia el punto de discordancia entre los dos Juzgados entre los que se plantea estriba en la determinación de si la administración de los intereses de la mercantil que solicita la declaración de concurso se halla en Córdoba, donde está fijado su domicilio social, o en Roquetas de Mar, donde está ubicada la promoción inmobiliaria que constituye su actividad principal en el momento en que se solicita la declaración de concurso. A tal efecto, es imprescindible partir de lo que jurisprudencialmente viene entendiéndose por " centro de los intereses principales " y, particularmente, continuar matizando en qué casos podrá considerarse desvirtuada la presunción de que éste se encuentra en el domicilio social, a que se refiere el art. 10.2 LC.
Segundo.-Como ya dijera esta Sala en sus autos de 9 de septiembre y 1 de diciembre de 2009 el concepto de centro de "intereses principales" no debe confundirse con el lugar donde (coyunturalmente o no) se lleva a cabo la "actividad principal", ni siquiera con el lugar donde se tuvieren establecimientos abiertos al público. No es el criterio del artículo 50.3 LEC el que debe orientarnos para establecer la competencia territorial en materia de concurso. Lo decisivo no es la actividad desplegada en desarrollo del objeto social, sino el centro administrativo "real" de la entidad. En los autos del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009 y 14 de julio de 2009, en efecto, se identifica el " centro de sus intereses principales " con el " centro principal de administración de sus intereses ", y el ATS 20 febrero 2009 precisa que por tal ha de entenderse el " lugar donde las empresas aparecen en el mercado adoptando sus decisiones y centralizando la gestión de sus negocios ".
Se trata, pues, de la conexión administrativa con un territorio, y no la simple conexión patrimonial, lo cual parece especialmente adaptado como criterio para la competencia en materia concursal, pues no se trata propiamente de litigios sobre los bienes materiales, sino sobre el conjunto patrimonial de la empresa. Si lo que se busca es la "proximidad", ésta ha de referirse al lugar donde se viene desarrollando principalmente la gestión y el control de ese conjunto patrimonial (activo y pasivo), y no al lugar donde se encuentran los bienes materiales de mayor importancia dentro de su activo. Tal es el sentido de la presunción del artículo 10.2 LC : no es que se presuma que las entidades mercantiles desarrollan su actividad principal donde tienen su domicilio social, sino que es en el lugar del domicilio donde se lleva a cabo la dirección de la actividad societaria en su conjunto, sin perjuicio de la ubicación territorial de sus bienes principales o de su actividad de producción o comercialización. Lo que en definitiva se presume es que el domicilio social es la "sede real" de la

empresa, y no un domicilio ficticio, que se fija por razones de conveniencia.
Tercero.-De los datos que aparecen en las actuaciones no se desprenden elementos como para poder considerar desvirtuada la presunción del art. 10.2 LC, sino que más bien tales datos corroboran que dicha sede social no es en absoluto ficticia, por ser en Córdoba, donde se lleva a cabo la gestión empresarial, societaria, contable y financiera de la mercantil. Así, pueden destacarse los siguientes datos que aparecen en la Memoria y en la documentación aportada junto con la demanda:
a) La mercantil otorgó un poder notarial a Don Pedro Antonio Figueras Cañones, vecino de Córdoba, para la gestión de los negocios de la entidad, los cobros y pagos, la liquidación de cuentas, la disposición de cuentas bancarias, celebración de contratos, etc. Dicho poder no ha sido revocado y es, por cierto, dicho apoderado el que otorga el poder a procuradores que fue presentado junto con la demanda, ante un notario de Córdoba;
b) La gestión puramente empresarial es llevada por la mercantil GABINETE TÉCNICO EN ASESORAMIENTO Y CREACIÓN DE EMPRESAS, S.L., domiciliada en Córdoba; dicha mercantil interviene decisivamente en la confección de los proyectos urbanísticos, promociones e iniciativas empresariales de la mercantil demandante;
c) Los dos socios capitalistas que integran la mercantil están domiciliadas en Córdoba;
d) El administrador solidario tiene su domicilio en Córdoba;
e) Las Juntas ordinarias se celebran en la ciudad de Córdoba, con asistencia de un notario de Córdoba;
f) El pacto entre socios (escritura pública de 30 de junio de 2004) para arbitrar el modo de funcionamiento de la sociedad se celebró en la ciudad de Córdoba, y en él se incluyó una cláusula de sumisión a arbitraje a los Juzgados de Córdoba, lo que no puede sino evidenciar una cercanía entre dichos Juzgados y el centro administrativo de la sociedad;
g) Sobre todo, no es cierto, como sí ocurría en algún otro procedimiento sobre cuya competencia se pronunció esta Sala, que la mercantil demandante sólo tenga intereses importantes en un lugar diferente al de su domicilio social. En efecto, queda claro en la Memoria que junto a la promoción de viviendas ubicada en Roquetas de Mar (que en la actualidad, ciertamente, es la que genera más actividad comercial) la mercantil tiene dos proyectos no concluidos en la ciudad de Lucena, respecto de las que tiene importantes deudas por financiación no amortizada, siendo irrelevante a los efectos de esta cuestión de competencia el que comercialmente carezcan en la actualidad de importancia por la menguada expectativa de ventas o por el dato tan coyuntural de carecer, uno de ellos (prácticamente concluido) de licencia de primera ocupación. La constancia de esa dispersión geográfica de la actividady de los intereses de la entidad nos impide de todo punto concluir que el domicilio social estatutario es ficticio o que se fijó por razones de conveniencia que no se adivinan, y por tanto no es posible apreciar que el domicilio real (a efectos de dirección de la empresa) se halla en Roquetas de Mar, por más que coyunturalmente, la promoción inmobiliaria ubicada en esta localidad esté más avanzada, hayan existido más pleitos con ocasión de la misma, o se hayan vendido y alquilado más viviendas.
Así, si el procedimiento concursal está concebido para encauzar y propiciar un tratamiento global de la situación patrimonial del deudor, incluida la administración de sus intereses, ello aconseja que la proximidad como criterio competencial se refiera al punto desde el que con más eficacia puede incidirse en el control y administración del patrimonio del deudor en su conjunto, es decir, una vez más, el lugar donde se vienen tomando las decisiones empresariales, financieras y societarias, que no se corresponde, como hemos visto, con el lugar donde se encuentra su actividad más viva (pero en absoluto única) en el momento de la solicitud de la declaración de concurso.
Cuarto.-En consecuencia, se ha de declarar la competencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, por lo que deberán devolvérsele las actuaciones originales, con testimonio de la presente resolución, para que continúe con su tramitación con arreglo a Derecho. ": ATSJ Andalucía (Granada, Sección 1) 25.01.2012 (Auto 5/2012; Recurso 1/2012)

JM-1 Cádiz

"PRIMERO.- DE LA COMPETENCIA PARA LA DECLARACION DE CONCURSO DE INMOBILIARIA AMUERGA, S.L. **-** Conforme a los artículos 8 y 10 de la Ley Concursal (LC), es competente para declarar y tramitar el concurso de dicha inmobiliaria, el Juzgado de lo Mercantil de Cádiz, con jurisdicción en toda la provincia (art. 86 bis LOPJ), por ser el lugar donde se encuentra el centro de los intereses principales de la sociedad solicitante INMOBILIARIA AMUERGA, S.L., definido legalmente como "el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses" (art. 10.1 párrafo 2º LC). A estos efectos, la Ley Concursal, en el mismo precepto, presume que en caso del deudor persona jurídica, el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Cuando la solicitud la presenta el propio deudor (concurso voluntario), no se concede la facultad de elegir a efectos de competencia, entre el lugar del domicilio y el del centro de intereses principales, si fueran distintos, facultad que sin embargo sí es reconocida al acreedor (art. 10.1 *in fine* LC). Por tanto, tratándose de concurso voluntario, la competencia corresponde al Juzgado de lo Mercantil del lugar donde la sociedad tenga el centro de intereses principales.
En el presente caso, según se desprende de la documentación aportada, la sociedad solicitante INMOBILIARIA AMUERGA, S.L., se constituyó y tiene su domicilio en El Puerto de Santa María. No hay datos de los que pudiera colegirse que en este caso la sociedad tiene el centro de intereses principales en lugar distinto a su domicilio. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la sociedad forma parte de un grupo de sociedades (denominado GRUPO JALE), cuya matriz es la entidad INVERLUNA, S.L. Según el art. 42 del C. de C., en su redacción dada por Ley 16/2007 de 4 de julio, existe grupo de sociedades *"cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras"*.

La sociedad matriz tiene su domicilio en Madrid, si bien, la sede principal se encuentra, según la documentación aportada, en El Puerto de Santa María, lugar en el que residen la mayoría de administradores, y en concreto, la persona física fundador del grupo, D. José Antonio L.E., y como se expondrá en un Fundamento Jurídico posterior, existen datos que revelan que el centro de intereses principales del grupo pudiera estar en El Puerto de Santa María.
Y en concreto, por lo que respecta a INMOBILIARIA AMUERGA, S.L., la competencia para la declaración de concurso viene determinada por el lugar donde radique el centro de intereses principales, que el art. 10 presume que coincide, como se ha expuesto, con el lugar del domicilio social. De conformidad con el Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, dicha presunción admite prueba en contrario (art. 3).
La sociedad tiene por objeto social:

- La construcción, promoción, compraventa, administración de toda clase de edificios, solares, viviendas y locales, ya sean libres o de protección oficial.
- La realización de obras públicas y privadas, urbanización y en general cualquier otra contrata, administración o cualquier otro sistema legal, y cualquier otro acto de lícito comercio.
- Llevar a cabo la explotación de actividades como empresas instaladoras de baja tensión, de telecomunicaciones, de calefacción, de climatización o de agua caliente sanitaria, de fontanería, de sistemas de protección contra incendios, mantenedoras.

El desarrollo de la actividad propia de su objeto social, ha estado históricamente circunscrito a las provincias de Cádiz, Málaga y Sevilla, habiéndose ampliado en los últimos tiempos a otras provincias andaluzas como Granada y Almería, y al resto de la geografía española (Murcia, Ávila, Toledo y Madrid). Cuatro de los cinco administradores de la sociedad tienen su domicilio en El Puerto de Santa María, donde tienen su domicilio un buen número de sociedades del grupo. Las oficinas centrales de la sociedad, según consta en la Memoria, se encuentran en El Puerto de Santa María y en Málaga. Y las certificaciones de las cuentas anuales aportadas (documentos 6, 7 y 8) constan firmadas en El Puerto de Santa María por el Secretario del Consejo de Administración, con el Visto Bueno del Presidente del Consejo de Administración.
Por todo ello se estima que no se ha desvirtuado la presunción del art. 10 LC, y que el centro de intereses principales radica en El Puerto de Santa María, siendo competente este Juzgado para conocer de la declaración de concurso de la mercantil INMOBILIARIA AMUERGA, S.L., sin perjuicio de la competencia para la declaración conjunta, que se analizará en fundamentación jurídica posterior.
SEGUNDO.- DE LA COMPETENCIA PARA LA DECLARACION DE CONCURSO DE JALE CONSTRUCCIONES, S.A.U.- El art. 10.1 de la Ley Concursal (LC), como se ha expuesto, atribuye la competencia para declarar y tramitar el concurso al Juzgado de lo Mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales, y si el deudor tuviese además el domicilio en España y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente a elección del acreedor solicitante, el Juez de lo Mercantil, en cuyo territorio radique aquél. La interpretación literal del precepto conduce a estimar que, en los supuestos de concurso a solicitud del deudor, como es el caso, si no coinciden domicilio y centro de intereses principales, la competencia corresponde al Juez de lo Mercantil del lugar donde radique el centro de intereses principales, que el apartado 2º del art. 10.1 presume que en caso de deudor persona jurídica, se halla en el lugar del domicilio social. Y conforme al citado Reglamento (CE) del Consejo 1346/2000, la citada presunción admite prueba en contrario.
En el caso de la entidad CONSTRUCCIONES JALE, S.A.U., el domicilio radica en Málaga, y tiene como objeto social (coincidente con el de INMOBILIARIA AMUERGA):

- La construcción, promoción, compraventa, administración de toda clase de edificios, solares, viviendas y locales, ya sean libres o de protección oficial.
- La realización de obras públicas y privadas, urbanización y en general cualquier otra contrata, administración o cualquier otro sistema legal, y cualquier otro acto de lícito comercio; y
- Llevar a cabo la explotación de actividades como empresas instaladoras de baja tensión, de telecomunicaciones, de calefacción, de climatización o de agua caliente sanitaria, de fontanería, de sistemas de protección contra incendios, mantenedoras de baja tensión, de telecomunicaciones, de calefacción, de climatización o de agua caliente sanitaria, de fontanería, de sistemas de protección contra incendios.

La sociedad se constituyó en El Puerto de Santa María, pero en fecha reciente, el pasado 15 de mayo de 2007, la sociedad acordó el traslado del domicilio a Málaga, que fue inscrito en el Registro Mercantil con fecha 21 de agosto de 2007.
La Ley Concursal contiene en el citado artículo 10.1, en su párrafo 2º, una previsión sobre el cambio de domicilio anterior a la presentación de la solicitud, señalando que será ineficaz a los efectos de competencia, el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la declaración de concurso, con la finalidad de evitar el llamado “forum shopping”. En este caso, el traslado de domicilio se produjo más de nueve meses antes de la presentación de la solicitud de concurso. Y en cualquier caso, resulta patente que no se hizo con dicha finalidad espuria, por cuanto el solicitante mantiene que la competencia es de este Juzgado, ya que el centro de intereses principales radica en El Puerto de Santa María y no en Málaga.
El centro de intereses principales se define en el art. 10.1 párrafo 2º, como “el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses”. El Reglamento 1346/2000 no define en su articulado el concepto de centro de intereses principales, si bien, la definición la podemos encontrar en su Exposición de Motivos, en cuyo apartado 13 señala que “el centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros”. Y en el Informe Virgos-Schmidt de 8 de julio de 1996, sobre el Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995, precedente del Reglamento

1346/2000, se establece en su apartado 75 que “el concepto de centro de los intereses principales debe interpretarse como el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual, y por tanto, reconocible por terceros, la administración de sus intereses”. Y en el mismo Informe (que puede servir como pauta interpretativa del art. 10 LC), se aclara que con la expresión intereses se intenta comprender las principales actividades comerciales, industriales, profesionales y económicas en general.

Puede asimismo servirnos para analizar el concepto de centro de intereses principales, la doctrina jurisprudencial recogida en la Sentencia del Pleno del TJCE de 2 de mayo de 2006, Asunto *Eurofood,* referida a la competencia para conocer del procedimiento de insolvencia de una sociedad filial de un grupo, y que analiza el concepto de centro de intereses principales y la presunción de coincidencia con el lugar del domicilio, que aunque referido a un caso con elemento extranjero, puede resultar aplicable *mutatis mutandi.* Señala la citada Sentencia:

“33. De la citada definición resulta que el centro de intereses principales debe identificarse con arreglo a criterios objetivos que, al mismo tiempo, puedan ser comprobados por terceros. Esta objetividad y esta posibilidad de comprobación por parte de terceros son necesarias para garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad en relación con la determinación del órgano jurisdiccional competente para abrir un procedimiento principal de insolvencia. La seguridad jurídica y la previsibilidad revisten una importancia todavía mayor en la medida en que la determinación de la jurisdicción competente implica, conforme al artículo 4, apartado 1, del Reglamento, la determinación de la ley aplicable.

34. De lo anterior se desprende que, al determinar el centro de intereses principales de una sociedad deudora, la presunción iuris tantum que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social.

35. Este podría ser el caso de una sociedad "fantasma" que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social.

36. En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento.

37. En estas circunstancias, procede responder a la cuarta cuestión que, cuando el deudor sea una filial cuyo domicilio social se encuentre en un Estado miembro diferente del Estado miembro en el que tiene su domicilio social la sociedad matriz, sólo puede desvirtuarse la presunción enunciada en el artículo 3, apartado 1, segunda frase, del Reglamento, según la cual el centro de intereses principales de dicha filial se encuentra en el Estado miembro en el que tiene su domicilio social, si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social. Éste podría ser el caso, entre otros, de una sociedad que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social. En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento.”

En la doctrina, VIRGOS (“Normas de Derecho Internacional Privado”, en *La Nueva Ley Concursal,* CGPJ), señala que para fijar el centro de intereses principales debe atenderse al lugar donde se desarrollan las funciones que típicamente corresponden a una sede central, tales como son las siguientes: 1) Relaciones con aportantes de fondos (accionistas y acreedores externos), incluyendo la captación de capital y la publicación de cuentas; 2) La adopción de decisiones estratégicas y de fijación de políticas y objetivos empresariales; 3) La supervisión general de actividades empresariales; 4) La gestión de la tesorería; y 5) La prestación de servicios que gozan de economías de escala o de gama para toda la organización, en particular su representación legal.

En el presente caso, en la solicitud de concurso de JALE CONSTRUCCIONES, S.A.U. se estima que corresponde la competencia a este Juzgado, por tener la sociedad el centro de los intereses principales en El Puerto de Santa María, y se alegan para fundamentarlo las siguientes circunstancias:

A) *Dirección efectiva de la Compañía*: Aunque la sociedad tiene oficinas abiertas en Jerez de la Frontera, Málaga, Córdoba y San Sebastián de los Reyes, es en El Puerto de Santa María donde se adoptan las decisiones estratégicas, puesto que es en dicha ciudad donde se encuentran las oficinas en las que el Grupo JALE dirige todas sus empresas del grupo.
B) *Domicilio de Administradores y Directivos:* Tres de los Administradores tienen su domicilio en la provincia de Cádiz (el tercero no reside en Málaga), y tanto el Director Financiero como el Apoderado residen en la provincia de Cádiz.
C) *Lugar de desarrollo de la actividad:* La sociedad ejerce en mayor medida su actividad en la provincia de Cádiz donde tiene 14 promociones, mientras que en Málaga tiene 11 promociones.
D) *Lugar donde se halla el mayor porcentaje del pasivo:* Es en la provincia de Cádiz donde la sociedad tiene mayor número de acreedores, y que suponen un mayor pasivo.
E) *Lugar en que se encuentran la mayoría de trabajadores:* En Cádiz hay 76 trabajadores y en Málaga 62.
F) *Situación reconocible por terceros:* La oficina del Grupo JALE en El Puerto de Santa María es el lugar donde la sociedad es habitualmente contactada por los terceros.
G) *Lugar donde se suscriben los contratos con terceros:* En los contratos suscritos por JALE CONSTRUCCIONES, S.A.U., con posterioridad al cambio de domicilio, consta como dirección a

efectos de notificaciones la dirección de las oficinas del Grupo (calle Larga nº 48 de El Puerto de Santa María).

H) *Lugar de las reclamaciones judiciales en curso:* En Cádiz constan 6 reclamaciones, y en Málaga, 2.

I) *Lugar donde se encuentran las cuentas bancarias:* La mayoría de las cuentas bancarias abiertas a nombre de la sociedad se encuentran en El Puerto de Santa María.

J) *El reciente cambio de domicilio social* que se produjo hace seis meses aproximadamente: La sociedad ha tenido su domicilio en El Puerto de Santa María desde 1983, hasta el 21 de agosto de 2007, en el que se inscribió el cambio a Málaga.

K) *Razones de economía procesal:* Se ha solicitado la tramitación acumulada de concurso de ambas sociedades, y la competencia para conocer de la acumulación de concursos correspondería a este Juzgado, al tener mayor pasivo la sociedad INMOBILIARIA AMUERGA, S.L.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Auto de 24 de julio de 2006, al resolver una cuestión de competencia entre los Juzgados de lo Mercantil de Málaga y Córdoba se ha pronunciado sobre el cambio de domicilio no inscrito, y establece unas pautas para determinar el centro de intereses principales. Se señala en el Auto citado:

"La presunción de que el centro de los intereses principales se halla en el lugar del domicilio social tiene, indudablemente, la naturaleza de presunción iuris tantum, pues las presunciones iuris et de iure, en tanto que ficciones del legislador, son excepcionales. Por ello, aun cuando se mantuviera la discutible tesis de que a los efectos de competencia territorial el domicilio del deudor es el que conste en el Registro Mercantil al tiempo de la solicitud del concurso y no el que fue aprobado por los órganos societarios con más de seis meses de antelación, pero sin constancia registral, el hecho probado del cambio de domicilio real habría de ser considerado como un dato más a los efectos de concluir que el centro de los intereses principales de la solicitante está, inequívocamente, en Málaga, pues de la documentación aportada por dicha solicitante aparece meridianamente claro que el nexo entre dicha mercantil y la ciudad de Córdoba se limita a las consecuencias estrictamente necesarias del hecho de que en el Registro Mercantil conste todavía el domicilio social originario.

Tanto las alegaciones de la solicitante como el auto del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba enumeran una serie de razones sobradamente elocuentes para concluir que el centro de los intereses principales de la solicitante se halla en la ciudad de Málaga, pues allí es donde se ha realizado su única actividad empresarial notoria (la construcción de una mezquita), allí es donde se tramitan los procedimientos judiciales de despido y reclamaciones de cantidad, allí es donde se han perfeccionado los contratos para la ejecución de las obras promovidas por la solicitante, y allí es donde se haya el despacho u oficina de la entidad para la gestión o administración de tal actividad.

Frente a datos tan elocuentes, no pueden prevalecer las consideraciones completamente periféricas que fueron tenidas en cuenta por el Juzgado de lo Mercantil de Málaga para considerarse incompetente territorial, como son el hecho de que el cambio de domicilio no hubiera sido objeto de inscripción antes de la solicitud del concurso, que en ciertos documentos la solicitante siguiera haciendo constar como domicilio el de Córdoba, que ya hubiera concluido la construcción de la mezquita promovida por la entidad solicitante del concurso, que ésta no forme parte del patrimonio de la misma, y que algunos de los acreedores (entre los que destaca la Seguridad Social) no se hallen domiciliados en Málaga."

Examinadas las razones expuestas para justificar la competencia de este Juzgado, y teniendo en cuenta que el cambio de domicilio se produjo en fecha muy reciente, pocos meses antes de la presentación de la solicitud (y aunque no pueda reputarse ineficaz al haber transcurrido más de seis meses), habiendo estado la sociedad domiciliada en El Puerto de Santa María desde 1984 hasta 2007, y teniendo la oficina principal del grupo en El Puerto de Santa María, se puede concluir que el centro de intereses principales reconocible por terceros se encuentra en El Puerto de Santa María. Es en dicha ciudad donde se encuentran además domiciliadas varias sociedades del grupo, así como dos de los tres Administradores, y el Apoderado y el Director Financiero también residen en la provincia, de donde se colige que es en dicha ciudad donde se adoptan las decisiones estratégicas y de fijación de políticas y objetivos empresariales, se lleva a cabo la supervisión general de las actividades empresariales, y se gestiona la tesorería. Y en cuanto a la actividad, aunque se desarrolla además en otras provincias además de Cádiz y Málaga, debe tenerse en cuenta que en Cádiz se están llevando a cabo más promociones que en Málaga y tiene un mayor número de trabajadores. Resulta relevante que las actas de aprobación de las cuentas anuales (con posterioridad a la decisión de traslado del domicilio) se hayan elevado a público en El Puerto de Santa María, y el mayor porcentaje de pasivo se encuentra en esta provincia. Y lo que es más importante, se considera que precisamente por todas estas circunstancias, el lugar de gestión de intereses reconocible por terceros se encuentra en la provincia de Cádiz y no en Málaga (doc. 15 de la solicitud de JALE CONSTRUCCIONES), siendo El Puerto de Santa María, el lugar donde se suscriben contratos incluso después del cambio de domicilio (doc. 16 de la solicitud de JALE CONSTRUCCIONES)."**:** Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

JM-1 Alicante

"Segundo.- La competencia para declarar y tramitar el concurso está prevista en la Ley Concursal en el artículo 10L correspondiendo al juzgado mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de intereses principales que se define como "el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses" (art. 10.1 párrafo 2º LC) y añade que "En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso."

Hay que poner de manifiesto que se trata de un concepto de origen comunitario. El Reglamento 1346/2000, sobre procedimiento de insolvencia aunque no define en su articulado el concepto, si lo hace en su Exposición de Motivos, en cuyo Considerando 13 señala que "el centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros".

Para su exégesis debemos acudir a la doctrina jurisprudencial recogida en la Sentencia del TJCE de 2 de mayo de 2006, Asunto Eurofood, referida a la competencia para conocer del procedimiento de insolvencia de una sociedad filial de un grupo, y que estudia tanto el concepto de centro de intereses principales como la presunción de coincidencia con el lugar del domicilio. Se indica en ésta:"33. De la citada definición resulta que el centro de intereses principales debe identificarse con arreglo a criterios objetivos que, al mismo tiempo, puedan ser comprobados por terceros. Esta objetividad y esta posibilidad de comprobación por parte de terceros son necesarias para garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad en relación con la determinación del órgano jurisdiccional competente para abrir un procedimiento principal de insolvencia. La seguridad jurídica y la previsibilidad revisten una importancia todavía mayor en la medida en que la determinación de la jurisdicción competente implica, conforme al artículo 4, apartado 1, del Reglamento, la determinación de la ley aplicable.

34. De lo anterior se desprende que, al determinar el centro de intereses principales de una sociedad deudora, la presunción iuris tantum que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social.

35. Este podría ser el caso de una sociedad "fantasma" que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social.

36. En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento.

37. En estas circunstancias, procede responder a la cuarta cuestión que, cuando el deudor sea una filial cuyo domicilio social se encuentre en un Estado miembro diferente del Estado miembro en el que tiene su domicilio social la sociedad matriz, sólo puede desvirtuarse la presunción enunciada en el artículo 3, apartado 1, segunda frase, del Reglamento, según la cual el centro de intereses principales de dicha filial se encuentra en el Estado miembro en el que tiene su domicilio social, si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social. Éste podría ser el caso, entre otros, de una sociedad que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social. En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento."

Entiendo, pues, que para su determinación rigen los siguientes principios: 1º) primacía de la administración de los intereses sobre la localización de los mismos: lo relevante no es donde están los intereses sino el lugar desde donde el deudor gestiona o conduce los mismos; 2º) el principio de apariencia: lo relevante es que a efectos de terceros se presente como lugar de gestión; es preciso, pues, atender a esa proyección externa, y 3º) el principio de unidad, como inherente al concepto de centro, de manera que solamente hay un único lugar de gestión, a completar con la previsión de concursos territoriales donde el deudor tenga establecimiento, pero limitado sus efectos a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro

Como se ha dicho la LC facilita la labor de fijación o determinación en caso de personas jurídicas, ya que establece la presunción iuris tantum de que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social, que en caso de sociedades es de fácil comprobación al ser mención estatutaria preceptiva. Ante eventuales fraudes indica que "Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso", por lo que si se produce en ese lapso temporal no se puede en ese dato amparar la competencia territorial

Tercero. –Con arreglo a esas premisas hay que determinar si la mercantil INMOBILIARIA BARCHELL SA en el momento de la solicitud (16/1/2009) tenía su centro de intereses principales en Alcoy, pues señala reiteradamente la jurisprudencia que el artículo 411LEC, referente a la perpetuación de la jurisdicción, resulta aplicable cuando resulte acreditado que el domicilio actual lo es por cambio o alteración ocurrida en fecha posterior al momento en que se presentó la petición iniciadora del procedimiento.

A tales efectos son relevantes para resolver la cuestión los siguientes datos:

i) la mercantil en enero de 2009 tiene domicilio social inscrito en el RM de Madrid y en junta general de 5/12/2008 (elevada a pública el 22/12/2008) acuerda su cambio a Alcoy (folio 14 vuelto y 23) pendiente de inscripción

ii) la SA se ha dedicado en los últimos tres años a las inversiones inmobiliarias y toma de participaciones empresariales asi como al arrendamiento de las primeras (folio 24)

iii) la única oficina de la SA es la sede social en Madrid (folio 24) y manifiesta que carece de cualquier oficina o delegación en Alcoy (tras folio 74) hasta que se ejecute el cambio de domicilio social

iv) el domicilio fiscal y las declaraciones fiscales de la SA se efectúan en Madrid (folio 74)

v) el domicilio de la SA a efectos de TGSS está en Madrid (folio 78) y los únicos empleados prestan servicios en Madrid, afilados en la Delegación de TGSS de Madrid (folio 74 y 78)

vi) las auditorias las realiza un Auditor de cuentas de Madrid (folio 57 y 58)

A la vista de todo ello, no parece que pueda afirmarse que la SA deudora tuviese en enero de 2009 el centro de intereses principales en Alcoy, que es lo determinante para que éste Juzgado pueda conocer de la solicitud

No solo hasta ese momento registralmente frente a terceros estaba en Madrid el domicilio de INMOBILIARIA BARCHELL SA sino que cuando se relaciona con terceros tan cualificados como la Admon tributaria y los organismos de Seguridad Social se ubica en Madrid; la contabilidad se supervisa por profesionales de esa ciudad, que corrobora la afirmación de que la contabilidad se lleva en Madrid; ciudad en la que está la única oficina con la que cuenta la sociedad y en la que, en definitiva, debe entenderse que se lleva a cabo la administración de los intereses sociales. El respeto al principio de apariencia nos conduce a ello, pues en Madrid es donde se proyecta externamente y de manera objetiva la gestión frente a terceros, no en Alcoy

Cuarto.- No desvirtúa la anterior conclusión el que algunas fincas (no todas) y las sociedades de las que tiene participaciones financieras estén en Alcoy, pues lo relevante no es donde están los intereses sino el lugar desde donde frente a terceros el deudor gestiona o conduce los mismos. Tratándose de una sociedad dedicada a las inversiones inmobiliarias, su arrendamiento y toma de participaciones empresariales no parece que sea determinante a los efectos del art 10LC la ubicación de los inmuebles o de las sedes sociales de esas sociedades participadas

Tampoco es decisivo el dato de los acreedores en este caso singular cuando al margen de TGSS y AEAT (delegaciones de Madrid), son dos entidades bancarias (ninguna de ellas por cierto domiciliada en Alcoy), otros empresas de las que tiene participaciones la deudora o vinculadas a ella, restando cuatro acreedores, de los cuales uno de ellos tampoco tiene domicilio en Alcoy o zona de influencia sino en Murcia ":AJM-1 Alicante 19.05.2009 (Concurso 568/2009)

1.1 Presunción iuris tantum del art 10.1 2º párr

1.1.1 "Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso. "

PRIMERO - La presente cuestión de competencia territorial se plantea entre el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona y el Juzgado de 1ª Instancia, y Mercantil número 1 de los de Ávila, en relación a una solicitud de CONCURSO NECESARIO. La cuestión que se plantea ante esta Sala consiste en decidir cual de ellos es competente territorialmente cuando, y tras la incoación del procedimiento la sociedad deudora es adquirida por sociedad distinta, cuyo domicilio social radica en ciudad diferente.

SEGUNDO Pues bien, de conformidad con el Ministerio Fiscal, la competencia territorial corresponde al juzgado de primera Instancia nº 1 de Ávila. Ante todo hay que decir, como ya se pronunció elAuto de esta Sala de fecha 1 de marzo de 2007, que la "competencia territorial", para abrir un concurso principal, se regula en elartículo 10.1 de la Ley Concursal 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales". Asimismo la Ley Concursal ofrece una definición de centro principal de intereses como aquél en el que el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que coincide con el domicilio social. En último lugar, reseñar que el precepto referenciado prevé expresamente que: "Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso".

Partiendo de lo anterior, y del examen de las actuaciones se desprende que, la compraventa de participaciones de la sociedad deudora, así como el cambio de domicilio social de la misma, según comparecencia efectuada al efecto el día 11 de junio de 2009, por D.Francisco, se realizó el mes de febrero de 2009, y resultando que la solicitud promoviendo concurso necesario fue interpuesta el 27 de mayo de 2009, es por lo que, y en aplicación delart. 10.1 de la Ley Concursal, el cambio de domicilio de la sociedad deudora, en este caso, efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso, resultará ineficaz, por lo que, indefectiblemente, y manteniéndose el domicilio social de la deudora en Candelada (Ávila) resulta competente territorialmente el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ávila.": ATS 02.11.2010 (JUR 2011/2017; Conflicto 448/2009)

1.1.1.1 Cómputo desde la publicación del cambio de domicilio en el BORME

Tribunal Supremo

"PRIMERO - La cuestión que se plantea ante esta Sala consiste en decidir si la competencia territorial para declarar el concurso por solicitud de un deudor persona jurídica que cambió su domicilio unos meses antes de la solicitud corresponde a los jueces de lo Mercantil de Madrid, provincia donde dicha persona jurídica había tenido su domicilio social, o por el contrario de Barcelona, provincia a la que cambió su domicilio social y en la que inicialmente se presentó la solicitud.

SEGUNDO.- Como resulta de los antecedentes de hecho, el Juez de lo Mercantil de Barcelona que resolvió sobre la solicitud inicialmente presentada por el deudor, una sociedad anónima, apreció de oficio su falta de competencia territorial, como para los casos de fijación de ésta por reglas imperativas dispone elart. 58 LEC, pero no remitió las actuaciones al Juzgado considerado competente, el de lo Mercantil de Madrid al que por reparto correspondiera, como también dispone dichoart. 58, sino que se limitó a inadmitir "la demanda de concurso voluntario", esto es, como si aplicara elart. 13.2 párrafo segundo de la Ley Concursal.

TERCERO.- Esa falta de remisión de las actuaciones determinó que cuando el deudor presentó otra vez su solicitud de declaración de concurso en Madrid, 12 de junio de 2008, ya hubieran transcurrido más de seis meses desde que aquél, una sociedad anónima, había acordado cambiar su domicilio social de Madrid a Sabadell en Junta General Universal celebrada el 9 noviembre de 2007, circunstancia en la que se fundó el Juez de lo Mercantil de Madrid al que se repartió el asunto para declararse territorialmente incompetente con base en elart. 10 de la Ley Concursal y remitir las actuaciones a esta Sala con base en elart. 60 LEC por entender planteado un conflicto negativo de competencia territorial.
CUARTO.- De lo antedicho se desprende que aun cuando, en rigor, el conflicto negativo de competencia territorial no ha llegado a plantearse en forma, pues el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona se limitó a inadmitir la solicitud del deudor sin remitir las actuaciones al Decanato de los Juzgados de Madrid, la situación real es equivalente a la de un conflicto de ese tipo, de suerte que esta Sala lo resolverá como tal para evitar los perjuicios que cualquier demora añadida podría causar tanto al deudor solicitante, que insiste en que el Juzgado de lo Mercantil de Madrid mantenga su competencia, como a sus acreedores.
QUINTO.- Para resolver el conflicto debe subrayarse que el cambio de domicilio social de Madrid a Sabadell ciertamente se acordó en Junta General Universal de la sociedad anónima deudora celebrada el 9 de noviembre de 1997, según resulta de la certificación registral unida a los folios 1694 a 1697 de las actuaciones, pero no es menos cierto que, según la misma certificación, la escritura pública motivada por dicho acuerdo no se otorgó hasta el 16 de enero de 2008 y su inscripción en el Registro Mercantil no se produjo hasta el 10 de marzo del mismo año. Esto determina que, teniendo en cuenta lo que disponen losarts. 21.1 del Código de Comercio y 9del Reglamento del Registro Mercantil, esta Sala no comparta la razón causal de la decisión del Juez de lo Mercantil de Madrid, pues elinciso último del párrafo segundo del art. 10.1 de la Ley Concursal, tendente a evitar que la competencia territorial pueda ser determinada por la voluntad del propio deudor, debe ser interpretado en el sentido de que el término inicial para computar el plazo de seis meses es la fecha de publicación del cambio de domicilio social en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, no la fecha del acuerdo social correspondiente, dada la evidente transcendencia para terceros que por su propia naturaleza tiene la declaración de concurso, de suerte que al presentarse de nuevo la solicitud por el deudor en Madrid, 12 de junio de 2008, aún no habían transcurrido seis meses desde el 10 de marzo anterior.
SEXTO.- A lo anterior se une que, aun cuando no conste con exactitud la fecha en que el deudor presentó su solicitud ante los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, habiendo alegado aquél que fue el 28 de abril de 2008, resulta claro que la presentación tuvo que estar muy próxima al otorgamiento de la escritura pública que documentaba el acuerdo de cambio del domicilio social, 16 de enero de 2008, y también a la inscripción de dicho acuerdo, 10 de marzo siguiente, pues elauto del Juez de lo Mercantil de Barcelona se dictó el 29 de mayodel mismo año.
SÉPTIMO.- También desde la perspectiva delart. 6 LSA en relación con el sentido general delart. 10 de la Ley Concursal se llega a la misma conclusión, porque si al menos desde junio de 2005 la sociedad anónima deudora, dedicada a la actividad inmobiliaria de promoción y construcción, venía teniendo su domicilio en Madrid, es razonable suponer que la mayoría de sus relaciones jurídicas a considerar en el concurso tuvieran su referencia en Madrid o, cuando menos, que en esta capital estuviera el centro de sus intereses principales, como contempla elpárrafo segundo del art. 10.2 de la Ley Concursal, pues como señaló el Juez de lo Mercantil de Barcelona, diecisiete de los veintitrésacreedores no bancarios de la lista presentada por el deudor tienen su domicilio en Madrid, lo que a su vez determina que la propiedad de terrenos por el propio deudor en la provincia de Barcelona no destruya la presunción que se contiene en aquel mismo precepto, dado que la actividad inmobiliaria puede ejercerse temporalmente en distintas zonas del territorio racional.
OCTAVO.- Finalmente, tampoco dejan de ser atendibles las razones que alega la propia sociedad deudora para que se declare competente al Juzgado de Madrid, fundamentalmente evitar los perjuicios que para ella misma y sus acreedores podrían causar más demoras en la declaración del concurso, ni las que expone el Ministerio Fiscal en su dictamen, pues la finalidad de los apdos. 1 y 2 delart. 10 de la Ley Concursal resultaría eludida si en casos como el presente no se atendiera, a los efectos de computar el plazo de seis meses, a la fecha en que el deudor presentó por primera vez su solicitud sino a la de su segunda solicitud tras haberse considerado territorialmente incompetente el Juzgado que conoció de la primera.". ATS 11.03.2009 (RJ 2009/1642)

JM-6 Madrid

"TERCERO Dicho lo anterior, resulta que elart. 86.ter.1.1º L.O.P.J. atribuye a los Juzgados Mercantiles el conocimiento del concurso de acreedores, tal como reproduce elart. 8 L.Co.; de tal modo que entre los de igual cualidad, la distribución de su conocimiento po razón del territorio se articula en virtud delart. 10 L.Co., al señalar que "...la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincide con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél..."; y tras la definición de centro de intereses principales, señala tal precepto que "...será ineficaz a éstos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso... ".
En interpretación del alcance de tal competencia, es doctrina sentada porauto del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 11.3.2009 (RJ 2009, 1642) que "...Esto determina que, teniendo en cuenta lo que disponen los arts. 21.1 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) y 9 delReglamento del Registro Mercantil (RCL 1996, 2112), esta Sala no comparta la razón causal de la decisión del Juez de lo Mercantil de Madrid, pues el inciso último del párrafo segundo del art. 10.1 de la Ley Concursal, tendente a evitar que la competencia territorial pueda ser

determinada por la voluntad del propio deudor, debe ser interpretado en el sentido de que el término inicial para computar el plazo de seis meses es la fecha de publicación del cambio de domicilio social en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, no la fecha del acuerdo social correspondiente, dada la evidente transcendencia para terceros que por su propia naturaleza tiene la declaración de concurso, de suerte que al presentarse de nuevo la solicitud por el deudor en Madrid, 12 de junio de 2008, aún no habían transcurrido seis meses desde el 10 de marzo anterior...".
En igual interpretación de dicho precepto señala elAuto del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 2.11.2010 (JUR 2011, 2017) [ATS 1409/2010] que "... del examen de las actuaciones se desprende que, la compraventa de participaciones de la sociedad deudora, así como el cambio de domicilio social de la misma, según comparecencia efectuada al efecto el día 11 de junio de 2009, por D. Francisco, se realizó el mes de febrero de 2009, y resultando que la solicitud promoviendo concurso necesario fue interpuesta el 27 de mayo de 2009, es por lo que, y en aplicación del art. 10.1 de la Ley Concursal, el cambio de domicilio de la sociedad deudora, en este caso, efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso, resultará ineficaz...".
CUARTO Atendiendo a tal doctrina resulta en la presente causa que siendo la solicitud de fecha 30.7.2010, se aporta escritura pública de 16.7.2010 por la que se acuerda elevar a públicos acuerdos sociales de Junta general extraordinaria de 16.7.2010, entre los cuales está el cambio de domicilio social desde Valencia a Madrid, de lo que resulta que por disposición legal tal acuerdo no puede ni debe tenerse en cuenta para la fijación del fuero legal imperativo que rige en la determinación de la competencia territorial en materia concursal; lo que obliga a tener a Valencia como sede territorial competente para el conocimiento de la presente solicitud; máxime cuando el solicitante ni siquiera acredita la inscripción de dicho Acuerdo en el Registro Mercantil, de lo que resulta que el cómputo de seis meses ni siquiera ha llegado a comenzar.": AJM-6 Madrid 01.03.2011 (AC 2011/875; Concurso 863/2010)

1.1.2 Casos en que se desvirtúa

Tribunal Supremo

"PRIMERO - La presente cuestión de competencia territorial se plantea entre el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid y el Juzgado de 1ª Instancia, y Mercantil número 1 de los de Ávila, en relación a una solicitud de CONCURSO VOLUNTARIO. La cuestión que se plantea ante esta Sala consiste en decidir si la competencia territorial para declarar el concurso por solicitud de un deudor persona jurídica corresponde al Juzgado en cuyo territorio o demarcación tiene su domicilio social o si por el contrario ha de ser competente el Juzgado donde tiene la entidad social demandante la práctica totalidad de sus bienes (los inmuebles), así como la mayoría de sus acreedores, que fue le Juzgado ente el cual presentó inicialmente su demanda.
SEGUNDO Pues bien, de conformidad con el Ministerio Fiscal, la competencia territorial corresponde al juzgado de primera Instancia nº 1 de Ávila por varias razones. Ante todo hay que decir, como ya se pronunció elAuto de esta Sala de fecha 1 de marzo de 2007, que la "competencia territorial", para abrir un concurso principal, se regula en elartículo 10.1 de la Ley Concursal 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales".
Pero además, junto a este fuero principal, elArt. 10.1 establece un fuero electivo: el del lugar del domicilio del deudor común, estando este fuero electivo condicionado a que concurran los siguientes requisitos, que el deudor tenga su domicilio en España y que el domicilio del deudor este en un lugar distinto de aquel que es el centro de sus intereses principales, si se cumplen ambas condiciones son territorialmente competentes los Jueces de lo Mercantil de ambos lugares y la elección corresponde al acreedor solicitanteArt. 10.1 de la LC.
Por otro lado, al tratarse éste de un fuero imperativo, criterio mantenido por esta Sala (ATS: 14-05-2002), elartículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) obliga al examen de oficio de la competencia territorial, cuando venga fijada por reglas imperativas "inmediatamente", después de presentada la demanda y elart 10.5, de la Ley Concursal señala: que el Juez examinara de oficio su competencia y determinara si se basa en el apartado 10 o en el apartado 3 de este articulo. Es cierto que es doctrina de esta Sala, que el tratamiento procesal de la "competencia territorial", cuando éste viene determinado en virtud de un fuero imperativo, se asemeja al dispensado a la "competencia objetiva", ya que sus normas específicas, carecen del carácter dispositivo que tienen, en general, las normas sobre competencia territorial(artículos 54 y 59 de la LEC) y que cuando, como sucede en el caso, por hechos de conocimiento posterior se advierte que el Tribunal que está conociendo del asunto, carece de competencia territorial, debe aplicarse, analógicamente, la regla prevenida por elartículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para falta de competencia objetivaAutos 23-12-2003 (JUR 2004, 10405), 2-2-2004 (JUR 2004, 32268)).
Pues bien, de todo lo dicho se desprende que en el presente caso será Juzgado competente el del lugar donde el deudor solicitante y persona jurídica tenga el centro de sus intereses principales; y de la documentación obrante en las actuaciones se desprende que el centro principal de administración de sus intereses no coincide con el estatutario sino que, al menos en la actualidad, radica en Ávila, donde la parte solicitante del concurso aparece que realizaba de modo habitual y reconocible por terceros la administración de dichos intereses, debiendo considerarse terceros, los contratantes y ahora acreedores, nunca los administradores de la sociedad solicitante del concurso por lo que el Juzgado competente será el de primera Instancia nº 1 de la citada localidad. Lo que por otro lado favorecerá la personación de los acreedores y favorecerá la actuación de la Administración Concursal, al encontrarse la práctica totalidad de los bienes de la solicitante en la ciudad de Ávila.": ATS 06.04.2010 (RJ 2010/4042; Conflicto 404/2009)

“ÚNICO.- El presente conflicto de competencia territorial debe resolverse, de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, declarando competente al Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca por las siguientes razones:
1ª) La competencia territorial para abrir un concurso se regula en el art. 10.1 de la Ley Concursal, que determina que "la competencia para declarar y tramitar un concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales", añadiendo que "por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses" y presumiéndose "en caso de deudor persona jurídica que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social"; y en el presente caso, en que la deudora es una sociedad limitada, con domicilio social en la ciudad de Madrid y dedicada a <la compraventa, construcción, arrendamiento, comercialización, explotación directa o indirecta de toda clases de inmuebles relacionados con el sector turístico, así como el asesoramiento, preparación de informes, prestación de asistencia técnica, apoyo logístico e intermediación en operaciones de compraventa, arrendamiento y gestión de toda clase de negocios turísticos>, de la documentación obrante en las actuaciones se desprende, como señaló el Juez de lo Mercantil de Madrid, que la actividad de la deudora, consistente, básicamente, durante el jercicio 2009 en la explotación de establecimientos hoteleros, tanto en propiedad como en arrendamiento y gestión, se ha venido ejerciendo de manera habitual y continuada no en la ciudad de Madrid sino en Mallorca en donde contaba, durante dicho ejercicio, con seis de los diez establecimientos hoteleros que explotaba en territorio español –los cuatro restantes se localizan en Canarias-, donde tienen su domicilio la mayoría de los acreedores y deudores de las listas presentadas por la solicitante y donde se localizan la gran mayoría de sus bienes muebles según inventario igualmente aportado, siendo razonable, pues, suponer que la mayoría de sus relaciones jurídicas a considerar en el concurso tuvieran su referencia en sus oficinas centrales de Palma de Mallorca o, cuando menos, que en esta ciudad estuviera el centro de sus intereses principales, como contempla el párrafo segundo del art. 10.2 de la Ley Concursal.
2ª) Junto al fuero principal antes descrito, el art. 10.1 establece además un fuero electivo, que está condicionado a que concurran los siguientes requisitos: que el deudor tenga su domicilio en España y que el domicilio del deudor esté en un lugar distinto de aquel que es el centro de sus intereses principales; en el caso de que se cumplan ambas condiciones son territorialmente competentes los Jueces de lo Mercantil de ambos lugares y la elección corresponde al acreedor solicitante. En el presente supuesto se dan las dos condiciones para que opere el indicado fuero electivo, habiendo sido presentada la solicitud de concurso voluntario en Palma de Mallorca, donde se halla el centro de intereses de la deudora. 3ª) Finalmente, tampoco dejan de ser atendibles las razones que alega la propia sociedad deudora para que se declare competente al Juzgado de Palma de Mallorca y que recoge el Ministerio Fiscal en su dictamen, fundamentalmente favorecer la personación de los acreedores y la actuación de la dministración concursal, al encontrarse la mayor parte de los acreedores y activos de la solicitante en Palma de Mallorca.”: ATS 24.01.2012 (Conflicto 211/2011)

“I. ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.- Con fecha 20 de noviembre de 2012 se presentó ante el decanato de los Juzgados de Zaragoza por la entidad "OLGRAU, S.L." solicitud de declaración de concurso voluntario, alegando tener el de sus intereses principales en la ciudad de Zaragoza.
SEGUNDO.- Turnado el asunto al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza, que lo registró con el nº 543/2012, su titular dictó providencia de fecha 11 de diciembre de 2012, dando traslado al Ministerio Fiscal y a la parte actora para alegaciones por incompetencia territorial de tal Juzgado al tener la empresa solicitante el domicilio social en Barcelona y parecer que se ejerce la administración efectiva en Logroño.
TERCERO.- Evacuando dicho trámite, el Ministerio Fiscal dictaminó que la competencia territorial para conocer del asunto correspondía a los Juzgados de lo Mercantil de Zaragoza al constituir el centro de intereses de la mercantil. La parte solicitante, mediante escrito de fecha 27 de diciembre de 2012, manifestó que la competencia territorial le corresponde a los Juzgados de lo Mercantil de Zaragoza en tanto que los intereses principales de la solicitante se hayan en dicha localidad al encontrarse allí los locales donde se ejercía la actividad empresarial, todos sus trabajadores prestaban los locales en dicha ciudad y la mayoría de los acreedores allí se encuentran.
CUARTO.- Con fecha 21 de enero de 2013 el titular del Juzgado de Zaragoza dictó auto declarando su falta de competencia territorial, conforme al art. 10 de la Ley Concursal, al hallarse el domicilio social en Barcelona y el ejercicio de la actividad desarrollarse en Logroño, concediendo un plazo de una audiencia al solicitante para elegir el fuero entre Barcelona y Logroño, optando el mismo por esta última.
QUINTO.- Recibidas las actuaciones en el Juzgado de Primera instancia nº 6 de Logroño que lo registró con el nº 131/2013, su titular dictó auto de fecha 5 de marzo de 2013 declarando también su falta de competencia territorial, conforme al art. 10 de la Ley Concursal, por ser en Zaragoza donde la solicitante tiene el centro principal de sus intereses, acordando remitir las actuaciones al Tribunal Supremo.
SEXTO.- Remitidas las actuaciones a esta Sala, que las registró con el nº 56/2013, nombrado ponente el que lo es en este trámite y pasadas aquéllas para informe al Ministerio Fiscal, éste ha dictaminado que el Juzgado competente para conocer de la solicitud es el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza, ya que de la documentación obrante en las actuaciones se desprende que el centro principal de intereses radica en Zaragoza, donde la parte solicitante del concurso tenía los centros de trabajo, donde prestaban su trabajo los empleados y donde se encuentran la mayoría de los acreedores.
HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D. Antonio Salas Carceller.
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal y a la vista de la doctrina de esta Sala recogida, entre otros, en Autos de fechas 9 de diciembre de 2009 (conflicto nº 285/2009), 25 de mayo de 2010 (conflicto nº 200/2010) y 24 de enero de 2012 (conflicto nº 211/2012), el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse en favor del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Zaragoza por cuanto la competencia territorial para abrir un concurso principal, se regula en el art. 10.1 de la Ley Concursal 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales". En el presente caso partiendo de la documental aportada, resulta que el centro de sus intereses principales se halla en Zaragoza ya que es en esta localidad donde se encontraban los locales abiertos al público, aquí prestaban su trabajo los empleados de la sociedad, además de que el mayor número de acreedores se encuentran en la misma, mientras que en Logroño solo se encuentra el domicilio del administrador único y se han celebrado juntas de accionistas. ": ATS 21.05.2013 (Conflicto 56/2013)

"PRIMERO.- De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal y a la vista de la doctrina recogida, entre otros, en Autos de veinticuatro de enero de dos mil doce (conflicto num. 211/2012) y veintiuno de mayo de dos mil trece (conflicto num. 56/2013), el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse a favor del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Vitoria, por cuanto la competencia territorial para abrir un concurso principal, se regula en el artículo 10.1 de la Ley 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales". En el presente caso la documental aportada, permite afirmar que el centro de los intereses principales de la deudora, se halla en Alava, pues como destaca el Ministerio Fiscal en su informe, en la localidad de Oyon (Alava) se encuentra el único centro trabajo donde desarrolla su actividad, los trabajadores del referido centro tienen domicilio en Alava, y el expediente de regulación de empleo se tramitó por el departamento de empleo del Gobierno Vasco, mientras que en Logroño *[domicilio social]* solo se encuentra el domicilio de uno de los administradores.": ATS 10.09.2013 (Conflicto 120/2013)

"UNICO.- De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal y a la vista de la doctrina de esta Sala recogida, entre otros, en Autos de fechas 9 de diciembre de 2009 (conflicto nº 285/2009), 25 de mayo de 2010 (conflicto nº 200/2010) y 24 de enero de 2012 (conflicto nº 211/2012), el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse en favor del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra (sede en Vigo) por cuanto la competencia territorial para abrir un concurso principal, se regula en el art. 10.1 de la Ley Concursal 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales". En el presente caso partiendo de la documental aportada, resulta que el centro de sus intereses principales se halla en Pontevedra (sede en Vigo) ya que es en esta localidad donde la parte solicitante del concurso tenía su centro de intereses principales, donde se encuentran la mayoría de los acreedores, derechos de crédito, domicilio de la administradora única y donde se llevan a cabo las labores de administración.": ATS 29.01.2014 (Conflicto 231/2013)

AP Las Palmas

"PRIMERO.- Es objeto de recurso de apelación el Auto de fecha 28 de marzo de 2005, por el que se declaró la falta de competencia internacional y territorial del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas, para concer de la solicitud de concurso voluntario, presentada por la representación procesal de "HAUS & HOBBY VERSAND, S.L..
Por la parte recurrente se efectúan alegaciones basadas en que no es determinable la existencia de un Centro de intereses principales en nigún país concreto de la Unión Europea, a pesar de que comercializa sus productos en varios de ellos, y en la imposibilidad de determinar qué país puede resultar competente para la presentación de la demanda, y qué ciudad de ese país, ya que no es un criterio establecido por ley, que se pueda declarar competente territorialmente el lugar donde haya más acreedores de la sociedad, ya que dichos acreedores o terceros no pueden acudir a un lugar donde aquélla ejerza de modo reconocible la administración de sus intereses. Por ello entiende que debe acudirse al domicilio social de la empresa, por ser además una previsión establecida expresamente en la ley.
En el caso de autos dado que el art. 10 -1 -3º de la Ley Concursal establece una presunción iuris tantun, salvo prueba en contrario, y en el caso examinado, no cabe concluir que el centro de sus intereses principales se halle en el lugar del domicilio social (el despacho de un Abogado de Puerto del Rosario, este último), ya que de la documentación presentada por dicha sociedad resulta que no tiene su centro de intereses principales (definido legalmene como el lugar donde ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses) en España, sino en Alemania, ni tampoco cabe estimar el recurso al amparo del precepto contenido en el art. 10-3 L-C., relativo al caso en que dicho centro no se hallase en territorio español pero el deudor tuviese en éste un establecimiento, ya que la sociedad, suiza, que ha venido realizando su actividad en varios países europeos mediante contrato de comisión con otra sociedad, alemana, de venta por correo (conforme a lo obrante en autos), no tiene en España un establecimiento en el sentido de que no ejerce en territorio español ninguna actividad económica con medios humanos y bienes; todos sus acreedores son extranjeros y domiciliados fuera de España; se halla demandada en cuarenta causas judiciales todas ellas fuera del territorio español, no teniendo tampoco bienes inmuebles, estando domiciliadas en Alemania sus cuentas bancarias, por todo lo cual, resulta que el centro de intereses principales está en Alemania, habiendo quedado destruida la presunción mencionada..": Auto AP Las Palmas 26.10.2005 (JUR 2006/36060)

1.1.3 Casos en que no se desvirtúa

Tribunal Supremo

"ÚNICO El presente conflicto de competencia territorial debe resolverse, en disconformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, declarando competente al Juzgado de lo Mercantil de Alicante por las siguientes razones:
1ª) La competencia territorial para abrir un concurso se regula en elart. 10.1 de la Ley Concursal, que determina que "la competencia para declarar y tramitar un concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales", añadiendo que "en caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social", siendo ineficaz a estos efectos "el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso"; y en el presente caso, en que la deudora es una sociedad limitada, no se ha aportado, como bien señaló el Juez de Primera Instancia de Granada, indicio alguno de que dicha sociedad tenga el centro de sus intereses principales en un lugar diferente al domicilio social sito en la ciudad de Alicante, no destruyendo la presunción que se contiene en dicho precepto la mera venta de un edificio por la propia deudora en la provincia de Granada, dado que, como tiene declarado esta Sala enAuto de 11 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1642) (conflicto nº 195/2008), la actividad inmobiliaria puede ejercitarse temporalmente en distintas zonas del territorio nacional, y máxime cuando el único acreedor con domicilio en Granada que consta hasta la fecha en las actuaciones es la propia mercantil solicitante de la declaración de concurso.
2ª) No enerva lo anterior el supuesto cambio de domicilio social de la deudora que la sociedad instante dice haberse operado el 3 de agosto de 2009, en cuanto según sus propias manifestaciones, como igualmente observó con acierto el Juez de Granada, dicho cambio se habría producido más de ocho meses antes de que solicitara la declaración del concurso, sin perjuicio de que de la documental aportada efectivamente resultan incidencias en Alicante con la Seguridad Social producidas ya un año antes, en agosto de 2008, lo que determina que no pueda entrar en juego en el presente supuesto lo dispuesto en elinciso último del párrafo segundo del art. 10.1 de la Ley Concursal, tendente a evitar que la competencia territorial puede ser determinada por la voluntad del propio deudor.
3ª) Si bien, junto al fuero principal antes descrito, elart. 10.1 establece además un fuero electivo, éste está condicionado a que concurran los siguientes requisitos: que el deudor tenga su domicilio en España y que el domicilio del deudor esté en un lugar distinto de aquel que es el centro de sus intereses principales; solo si se cumplen ambas condiciones son territorialmente competentes los Jueces de lo Mercantil de ambos lugares y la elección corresponde al acreedor solicitante. No desvirtuada en el presente caso la presunción iuris tantum que, respecto del deudor persona jurídica, se contiene en el mismo precepto, coincidiendo, pues, el domicilio de la deudora con el centro de administración de sus intereses, falta una de las dos condiciones para que opere el indicado fuero electivo.": ATS 19.10.2010 (RJ 2010/7590; Conflicto 462/2010)

"ÚNICO.- De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal y a la vista de la doctrina de esta Sala recogida, entre otros, en autos de fechas 9 de diciembre de 2009 (conflicto n.º 285/2009), 25 de mayo de 2010 (conflicto n.º 200/2010) y 24 de enero de 2012 (conflicto n.º 211/2012), el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse en favor del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Burgos, por cuanto la competencia territorial para la comunicación previa de solicitud de concurso prevista en el artículo 5 bis de la Ley Concursal remite al juez competente para la declaración del concurso que se recoge a su vez en el artículo art. 10.1 de la Ley Concursal 22/2003. Este precepto, entre otros extremos, establece que la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales y por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social.
En el presente caso no se deduce, de la documentación aportada con la solicitud, que la localidad de Vitoria sea el centro de intereses de la mercantil "Gestala S.L.", más allá de encontrarse el domicilio de su administrador. Ante esta falta de prueba directa, entra en juego la regla establecida en el artículo 10.1 Ley Concursal, que presume que el centro de intereses de la persona jurídica se halla en el lugar del domicilio social y está acreditado que éste se halla en la localidad de Miranda de Ebro.": ATS 10.09.2013 (Conflicto 120/2013)

"PRIMERO.- De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal y a la vista de la doctrina recogida, entre otros, en Autos de 24 de enero de 2012 (conflicto num. 211/2012) y de 21 de mayo de 2013 (conflicto num. 56/2013), el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse a favor del Juzgado de lo Mercantil de León, por cuanto la competencia territorial para abrir un concurso principal, se regula en el artículo 10.1 de la Ley 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales".
En el supuesto examinado, la documental aportada permite afirmar que el centro de los intereses principales de la deudora se halla en la localidad de Ponferrada, donde tiene su domicilio social la solicitante del concurso voluntario desde el 31 de enero de 2005 (folio nº 42 de las actuaciones), habiendo quedado extinguida la actividad mercantil en la ciudad de Badajoz, tras ser desahuciada de su ubicación (folios nº 28 y 787 de las actuaciones) y procederse al despido de la plantilla por un ERE (folio nº 30 de las actuaciones), y ello pese a la denominación social de la mercantil solicitante del concurso *[BT EXTREMADURA 2011, S.L],* pues la ruptura

de coincidencia entre el domicilio social y el centro de su actividad mercantil no se puede fundar únicamente en la denominación social de la mercantil.”: ATS 21.01.2014 (Conflicto 217/2013)

“ÚNICO.- De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal y a la vista de la doctrina de esta Sala recogida, entre otros, en Autos de fechas 9 de diciembre de 2009 (cuestión de competencia nº 285/2009), 25 de mayo de 2010 (cuestión de competencia nº 200/2010), 24 de enero de 2012 (cuestión de competencia nº 211/2012) y 27 de noviembre de 2012 (cuestión de competencia nº 210/2012, el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse en favor del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Guadalajara. La competencia territorial para abrir un concurso principal, se regula en el art. 10.1 de la Ley Concursal 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales". En el presente caso, no estando discutido que el domicilio social de la solicitante se encuentra en la localidad de Azuqueca de Henares (Guadalajara) y no existiendo datos que justifiquen que el centro de sus intereses principales se halle en Madrid, siendo el domicilio del administrador único de la empresa y lugar donde se llevan a cabo las labores de administración Guadalajara, la competencia le corresponde a los Juzgados de dicha localidad. La realización eventual por la parte solicitante de la actividad en un lugar concreto, en este caso Madrid, para la prestación de un servicio o la realización de una obra contratada, dado su objeto, no implica que se traslade a ese lugar el centro de intereses principales si no se gestiona de manera estable y reconocible por terceros los intereses empresariales y se centraliza la gestión de la actividad productiva, debiendo diferenciarse entre el elemento productivo de la empresa y la actividad administrativa de los intereses.”: ATS 22.04.2014 (Conflicto 54/2014)

“ÚNICO.- De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, y a la vista de la doctrina de esta Sala recogida, entre otros, en autos de fechas 20 de febrero de 2009 (conflicto nº 203/2008), 14 de abril de 2009 (conflicto nº 189/2008), 14 de julio de 2009 (conflicto nº 93/2009), y 10 de septiembre de 2013 (conflicto nº 120/2013), el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse en favor del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid, por cuanto la competencia territorial para la declaración de concurso la establece el artículo art. 10.1 de la Ley Concursal 22/2003. Este precepto, entre otros extremos, establece que la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales y por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social.
En el presente caso no se deduce, de la documentación aportada con la solicitud, que la localidad de Alcalá de Guadaira sea el centro de intereses de la mercantil "DESARROLLOS SOSTENIBLES DE VIVIENDAS PROTEGIDAS, S.L.", más allá de que el objeto social de la entidad es la promoción inmobiliaria y que su única actividad ha consistido en la compra de una parcela en la localidad de Alcalá de Guadaira, y de la documental se desprende que la promoción inmobiliaria para esa parcela no se ha iniciado, mientras que, por el contrario, consta probado que el domicilio social de la mercantil se encuentra en Madrid, y así figura en el Registro Mercantil, el administrador único figura domiciliado en Madrid, y las juntas sociales se han celebrado igualmente en Madrid, por lo que solo le vincula con Alcalá de Guadaira, que el patrimonio social se encuentra en esa localidad, por lo que, de lo probado, no se desprende que pueda entenderse desvirtuada la presunción establecida en el artículo 10.1 Ley Concursal, que presume que el centro de intereses de la persona jurídica se halla en el lugar del domicilio social, y está acreditado que éste se halla en la villa de Madrid.”: ATS 29.04.2014 (Conflicto 15/2014)

“PRIMERO.-Se plantea cuestión de competencia, en orden a determinar el Tribunal Competente para conocer de la solicitud de concurso voluntario, entre el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao y el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.
La entidad "Rozas Nova S.L." presentó solicitud de concurso voluntario ante los juzgados de lo mercantil de Bilbao, por formar parte de un grupo mercantil, conocido como grupo "Alius", cuya sociedad matriz tiene su domicilio social en esa localidad. En concreto, esa participación económica se fija en el 50% que posee directamente la mercantil "Alius Las Rozas S.L.", participada, a su vez, en un 90% por "Alius Inversiones", sociedad matriz. Por otro lado, el órgano de administración se compone de dos administradores solidarios, dos entidades, "Alius Las Rozas S.L." y "Meseta Nova S.L.", y como representantes personas físicas, D. Lucio y D. Virgilio. Esta última persona ostenta la doble condición de administrador general de la sociedad dominante y de la dominada. Además, toda la gestión empresarial de la entidad la lleva su matriz, en virtud de contratos de prestación de servicios.
El juzgado de lo mercantil de Bilbao rechazó la competencia, tras valorar los datos obrantes en la solicitud. A estos efectos declaró que la entidad ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses en la localidad de las Rozas, en donde radica su domicilio social y no se ha acreditado indicio alguno que destruya la presunción que establece la Ley Concursal, referida a que en el lugar donde se encuentra el domicilio social de las personas jurídicas se haya el centro de sus intereses principales.
Remitidas las actuaciones y turnadas al Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, rechazó la competencia. Este juzgado argumenta, con fundamento en el artículo 10 LC, que la mercantil "Rozas Nova S.L.", si bien tiene fijado su domicilio social en Las Rozas, todas las decisiones sobre su gestión se toman por la sociedad matriz, con domicilio social en Bilbao y por esta razón, en esta última localidad es donde de modo habitual y ante terceros, "Rozas Nova S.L." ejerce la administración de sus intereses, pues todas las decisiones sobre su gestión se toman por la sociedad matriz, "Alius Inversiones S.L.". Así lo entendió el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, al dictar auto asumiendo su competencia territorial para conocer de la solicitud presentada por

dicha entidad relativa al inicio de negociaciones con los acreedores en el año 2011. El Ministerio Fiscal asume esta argumentación y considera competente al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao.
SEGUNDO.- Examinados los antecedentes, procede declarar la competencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.
En primer lugar, la entidad "Rozas Nova S.L." tiene su domicilio social en la provincia de Madrid. Por otro lado, su actividad principal es la explotación de un centro de negocios en la localidad de Las Rozas, y, por último, su órgano de administración lo integran dos personas jurídicas "Alius Las Rozas S.L." y "Meseta Nova S.L.".
Con estos antecedentes, se concluye, como hizo el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, que no se aprecian indicios para destruir la presunción de que el centro de intereses principales de la sociedad se encuentra en localidad en donde se fijó su domicilio social. Incluso cabe reforzar aún más esta presunción, en la medida en que el lugar donde se ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses es aquel donde radica la actividad principal de la sociedad, en este caso, la promoción y explotación de un centro de negocios en la localidad de las Rozas.
Esta solución es conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su conocida sentencia de 2 de mayo de 2006 -Asunto Eurofood IFSC Ltd -, en aplicación del artículo 3 del Reglamento CE num. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, precepto que constituye el antecedente inmediato del artículo 10 de la Ley Concursal. Esta sentencia establece que cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio de su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz no basta para desvirtuar la presunción de que el lugar del domicilio social constituye el centro de sus intereses principales.
TERCERO.- En el presente rollo se ha personado la mercantil "Rozas Nova S.L.", y ha interesado solicitud de medidas urgentes consistentes en acordar la paralización de los embargos trabados por la Agencia Tributaria de las rentas obtenidas en los arrendamientos de locales comerciales propiedad de la citada mercantil, así como el levantamiento de los ya trabados desde la fecha de presentación del escrito de inicio de negociaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 bis) de la Ley Concursal.
En atención al cauce procesal en el que se encuadran las medidas solicitadas, artículo 70 LEC -medidas urgentes en asuntos no repartidos-, esta Sala, que conoce del conflicto de competencia surgido entre los juzgados de lo mercantil a los que sí se repartió el conocimiento de este asunto, no es competente ya que el precepto procesal que se invoca no ofrece cobertura legal para resolver las medidas solicitadas. Y es que el ámbito de conocimiento de este Tribunal, como establece la Ley Orgánica del Poder Judicial, se limita al de resolver sobre el conflicto de competencia territorial.
No obstante esta decisión, en aras a la tutela de los intereses que protege la declaración del concurso, se procederá con la mayor urgencia posible a remitir los autos al órgano declarado competente para que adopte las decisiones oportunas.”: ATS 04.03.2015 (Recurso 155/2014)

“II. FUNDAMENTOS DE DERECHO
1. El presente conflicto negativo de competencia territorial se plantea entre el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid y el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma de Mallorca, respecto de la demanda de declaración de concurso necesario de la mercantil "Piu di Prima SL".
El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid se inhibió a favor de los Juzgados de Palma de Mallorca al considerar que estos eran competentes territorialmente en aplicación del art. 10.1 de la Ley Concursal por ser los de la circunscripción del centro de los intereses principales de la deudora, pues su domicilio social se hallaba en la Calle Carme n° 8 de Mahón, Menorca, allí se practicaron con resultado positivo las notificaciones de los juicios cambiarios de los que dimanaba la deuda y allí residían sus administradores, donde además regentaban otro restaurante, criterio con el que estuvo conforme el Ministerio Fiscal.
Por su parte, el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma de Mallorca entendió competentes a los de Madrid al considerar destruida la presunción legal de que el centro de los intereses principales de la deudora se encontraba en el lugar de su domicilio social, por ser Madrid el lugar donde desarrollaba la deudora su actividad económica de explotación del restaurante Piu Di Prima ubicado en la calle Hortaleza, por reflejarse en los pagarés con los que se documentó la deuda de la que deriva este procedimiento el domicilio del restaurante, y no el social, y porque en Madrid tienen el domicilio sus acreedores.
2. De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, y a la vista de la doctrina de esta Sala recogida, entre otros, en autos de fechas 20 de febrero de 2009 (conflicto n° 203/2008), 14 de abril de 2009 (conflicto n° 189/2008), 14 de julio de 2009 (conflicto n° 93/2009), 10 de septiembre de 2013 (conflicto n° 120/2013) y 29 de abril de 2014 (conflicto n° 15/2014), el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse en favor del Juzgado de lo Mercantil n.° 2 de Palma de Mallorca, por cuanto la competencia territorial para la declaración de concurso la establece el artículo art. 10.1 de la Ley Concursal. Este precepto, entre otros extremos, establece que la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales, y por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social.
En el presente conflicto, aun siendo cierto, y no controvertido, que la deudora frente a la cual se insta el concurso necesario explota un restaurante en la calle Hortaleza de Madrid, tal dato no es decisivo ni suficiente para destruir la presunción legal de que la administración de sus intereses se realiza en el lugar del domicilio social, pues los administradores, a quienes compete dicha responsabilidad, tienen su domicilio en la circunscripción del domicilio de la sociedad, donde regentan otro restaurante, y en este fueron practicadas, con resultado positivo, las notificaciones judiciales. Además, esta Sala, en supuestos de disociación de la actividad

productiva y administrativa, ha optado por considerar que el centro de los intereses principales se halla en el lugar donde se desarrolla la actividad administrativa (ATS de 27 de noviembre de 2012, conflicto n° 210/2012), en este caso, el del domicilio social.": ATS 11.05.2015 (Conflicto 180/2015)

"II. FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal y a la vista de la doctrina recogida, entre otros, en Autos de veinticuatro de enero de dos mil doce (conflicto num. 211/2012) y veintiuno de mayo de dos mil trece (conflicto num. 56/2013), el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse a favor del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Pamplona, por cuanto la competencia territorial para abrir un concurso principal, se regula en el artículo 10.1 de la Ley 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales".
Este precepto, entre otros extremos, establece que la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales y por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social.
En el presente conflicto, aun siendo cierto, y no controvertido, que la deudora que insta el concurso tiene un almacén en régimen de alquiler cerrado en Zaragoza y el administrador único reside a fecha de otorgar el poder para pleitos de fecha 6 de noviembre de 2015 en tal ciudad (no así con anterioridad, pues consta en las certificaciones y en las escrituras de constitución de la mercantil en 2010, en la de compraventa de participaciones, en la de declaración de unipersonalidad del año 2013 y en la de fusión por absorción de 31 de julio de 2014, que su domicilio era en Berriosuso, Navarra) tal dato no es decisivo ni suficiente para destruir la presunción legal de que la administración de sus intereses se realiza en el lugar del domicilio social. Además, esta Sala, en supuestos de disociación de la actividad productiva y administrativa, ha optado por considerar que el centro de los intereses principales se halla en el lugar donde se desarrolla la actividad administrativa (ATS de 27 de noviembre de 2012, conflicto n.° 210/2012), en este caso, el del domicilio social.
Igualmente citamos el ATS de fecha 21 de mayo de 2013, recurs. 56/2013, que declaró «a la vista de la doctrina de esta Sala recogida, entre otros, en Autos de fechas 9 de diciembre de 2009 (conflicto n.° 285/2009), 25 de mayo de 2010 (conflicto n.° 200/2010) y 24 de enero de 2012 (conflicto n.° 211/2012), el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse en favor del Juzgado de lo Mercantil n.° 11 de Zaragoza por cuanto la competencia territorial para abrir un concurso principal, se regula en el art. 10.1 de la Ley Concursal 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales". En el presente caso partiendo de la documental aportada, resulta que el centro de sus intereses principales se halla en Zaragoza ya que es en esta localidad donde se encontraban los locales abiertos al público, aquí prestaban su trabajo los empleados de la sociedad, además de que el mayor número de acreedores se encuentran en la misma, mientras que en Logroño solo se encuentra el domicilio del administrador único y se han celebrado juntas de accionistas».
En definitiva el domicilio social está en Pamplona, los trabajadores de la sociedad, son solo los de la tienda de San Sebastián, que es la única que continua en funcionamiento, y siendo que todos los acreedores se hallan fuera de la provincia de Zaragoza, la inmensa mayoría están en Navarra, no existe dato alguno que justifique que la administración societaria es en esta última ciudad, debiéndose considerarse competente a la sede del domicilio social, esto es, Pamplona.": ATS 25.05.2016 (Conflicto 568/2016)

"II. FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- El presente conflicto negativo de competencia territorial se plantea entre el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Logroño y el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Zaragoza, respecto de la solicitud de declaración de concurso voluntario de la mercantil Rioja Vid Tecnología S.L.
El Juzgado de lo Mercantil número 6 de Logroño se inhibió a favor de los Juzgados de Zaragoza al considerar que estos eran competentes territorialmente en aplicación del art. 10.1 de la Ley Concursal por ser los de la circunscripción del centro de los intereses principales de la deudora, al constar en la memoria que el centro de su actividad estaba en Zaragoza. Por su parte, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Zaragoza entendió competentes a los de Logroño al considerar, a tenor de los datos existentes, aplicable la presunción legal de que el centro de los intereses principales de la deudora se encontraba en el lugar de su domicilio social, por ser Logroño el lugar en el que se desarrolló la última junta de la sociedad.
SEGUNDO.- De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, y a la vista de la doctrina de esta Sala recogida, entre otros, en autos de fechas 20 de febrero de 2009 (conflicto n° 203/2008), 14 de abril de 2009 (conflicto n° 189/2008), 14 de julio de 2009 (conflicto n° 93/2009), 10 de septiembre de 2013 (conflicto n° 120/2013) y 29 de abril de 2014 (conflicto n° 15/2014), el presente conflicto de competencia territorial debe resolverse en favor del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Logroño, por cuanto la competencia territorial para la declaración de concurso la establece el artículo art. 10.1 de la Ley Concursal. Este precepto, entre otros extremos, establece que la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales, y por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social.

En el presente conflicto, aun cuando conste en la memoria como centro de actividad la localidad del partido judicial de Zaragoza, el domicilio indicado, como la propia parte solicitante indica, es un almacén sin actividad alguna, por lo que este dato no es decisivo ni suficiente para destruir la presunción legal de que la administración de sus intereses, se realiza en el lugar del domicilio social, pues allí consta la celebración de las juntas de la sociedad, en concreto la celebrada el 28 de octubre de 2015, así como el domicilio fiscal de la mercantil, por lo que, de lo probado, no se desprende que pueda entenderse desvirtuada la presunción establecida en el artículo 10.1 Ley Concursal, que presume que el centro de intereses de la persona jurídica se halla en el lugar del domicilio social, y está acreditado que éste se halla en el partido judicial de Logroño.": ATS 06.06.2016 (Conflicto 576/2016)

"II. FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- El presente conflicto negativo de competencia territorial se plantea entre el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid y el Juzgado de lo Mercantil número 1 de La Coruña, respecto de la demanda de declaración de concurso necesario de la mercantil Paorga S.L.
Ambos Juzgados de lo Mercantil se consideran incompetentes en aplicación del artículo 10.1 de la Ley Concursal. El Juzgado de de Madrid por entender que el centro de intereses principales de la deudora se encuentra en La Coruña y el de esta localidad por entender que según la documentación aportada se encuentra en Pontevedra, lugar al que el deudor trasladó su domicilio, que es el que figura en las cuentas anuales del ejercicio 2013.
SEGUNDO.- La competencia territorial para abrir un concurso se regula en el art. 10.1 de la Ley Concursal, que determina que "la competencia para declarar y tramitar un concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales", añadiendo que "en caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social", siendo ineficaz a estos efectos "el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso".
El presente conflicto de competencia territorial suscitado entre los Juzgados de lo Mercantil de Madrid y La Coruña, debe resolverse declarando la competencia del primero, que se inhibió indebidamente a favor del segundo.
La parte demandante mantiene como último domicilio social de la deudora el sito en Madrid, según la última inscripción registral. Junto a la inscripción en Madrid del domicilio social, en las averiguaciones realizadas en el trámite de admisión se tuvo constancia de que la sociedad tiene actividad en Pontevedra y ha realizado actuaciones tributarias en La Coruña. Pero estos datos, por sí mismos, no son suficientes para considerar acreditado cumplidamente, en esta fase procesal, que el centro de los intereses principales del deudor se encuentra en alguna de tales ciudades. Por lo que, en principio, debe primar la presunción a favor del domicilio social, conforme al art. 10.1 LC, sin perjuicio de la facultad del deudor o de los demás legitimados de promover la declinatoria, en los términos previstos en el art. 12 de la misma Ley.". ATS 03.11.2016 (Conflicto 1007/2016)

1.2 Grupos de sociedades

1.2.1 Centro de intereses principales de sociedad extranjera que pertenece a grupo español

JM-3 Barcelona

"En el supuesto de autos la parte solicitante advierte al Juzgado de la necesidad de que el procedimiento concursal sea declarado por los Juzgados mercantiles de Barcelona ya que, pese a encontrarse la sociedad domiciliada en Valladolid y tener en esa ciudad su centro de actividad principal, lo cierto es que Tracoinsa Servicios, SA está integrada dentro del grupo empresarial Tracoinsa, cuya empresa matriz, Transportes Continuos Interiores, SA, ha sido declarada en concurso voluntario por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona. Al amparo de los artículos 8, 9, 10.4 y 25 de la Ley Concursal, la sociedad instante del procedimiento solicita que el mismo sea declarado por el Juzgado que conoce del procedimiento de la sociedad matriz y, además, que se acumule la tramitación de ambos procedimientos por formar parte del mismo grupo de empresas.
Respecto de la competencia para la declaración de concurso el artículo 10 de la Ley Concursal establece que corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. En el inciso segundo del párrafo tercero se define el concepto de «centro de intereses principales» vinculado al lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En el supuesto de autos por los elementos que ofrece la parte solicitante este centro de intereses principales no coincide con el domicilio social de la entidad que reclama el concurso, dado que el domicilio social se encuentra en Valladolid, sin embargo, el centro principal de intereses se encuentra en El Papiol, domicilio social de Transportes Continuos Interiores, SA, declarada en concurso por este Juzgado el día 27 de octubre de 2004. En la página 9 de la solicitud la sociedad solicitante desgrana hasta siete argumentos que permiten considerar acreditado que es en el domicilio social de Transportes Continuos Interiores, SA donde se centraliza la actividad del grupo y donde se adoptan las decisiones estratégicas del grupo, que funciona con una dirección financiera única que se explicita no sólo en la coincidencia de administradores de ambas sociedades, sino también por la existencia de una única dirección financiera que hace que sea Transportes Continuos Interiores, SA quien acumule la práctica totalidad de la deuda financiera del grupo y que, además, una parte importantísima del pasivo de Tracoinsa Servicios, SA, sean deudas entre empresas

del mismo grupo, fundamentalmente Transportes Continuos Interiores, SA, que acumula más de 3 millones del mencionado pasivo según la relación de acreedores facilitada por el solicitante en su escrito inicial.
Por lo tanto en el supuesto de Tracoinsa Servicios, SA el domicilio social y el domicilio de la unidad productiva principal de la empresa no coincide con el centro principal de intereses, debiendo, conforme al artículo 10 de la Ley Concursal, darse preferencia a los criterios de determinación de la competencia vinculados a ese centro de intereses, en vez de acudir a la mera atribución de la competencia territorial en base a la localización geográfica de la sociedad y su centro de producción.": Auto JM-3 Barcelona 15.11.2004 (AC 2004/1896)

JM-9 Barcelona

"PRIMERO. La primera de las cuestiones a considerar es la jurisdicción y competencia de este juzgado para conocer de la presente solicitud de concurso voluntario habida cuenta que la sociedad instante tiene su domicilio social en Francia, Avenue des Champs Elysées nº 34, 75.008, París, debidamente constituida por tiempo indefinido de acuerdo con las leyes del estado francés e inscrita en Registro de Comercio y sociedades en fecha 27 de mayo de 2002, con número de identificación fiscal 441 465 085. Si bien, la solicitante defiende la competencia territorial de los juzgados mercantiles de Barcelona por entender que el centro de principales intereses está en dicha localidad, en concreto, en Vía Augusta nº 252- 260, 5ª planta, Barcelona.
Estamos pues ante una insolvencia transfronteriza de dimensión comunitaria siendo de aplicación el Reglamento Comunitario (CE) 1346/2000, del Consejo, cuyo artículo 3 dispone lo siguiente: " *tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor"* presumiendo que el mismo se localiza en el domicilio social para el caso de sociedades o personas jurídicas.
Pese a la importancia y trascendencia económica que tienen los grupos de empresas, la normativa comunitaria ni la jurisprudencia del TJUE posibilitan como regla general, que el Estado Miembro que conoce del concurso de la matriz asuma también la competencia para declarar el concurso de sus filiales (a diferencia de la normativa española, tras la reforma operada por la ley 38/2011, en sus Arts. 25, 25 bis y 25 ter) debiendo cada empresa del grupo solicitar la declaración de concurso en el Estado Miembro donde tenga su domicilio social, al existir la presunción legal que es ahí donde radica el centro de principales intereses. Por ende, quien sostenga que tal centro está ubicado en un lugar distinto, corresponde la carga de la prueba, la cual versará fundamentalmente en indicios y presunciones. A mi modo de ver, sería conveniente y necesario que la legislación comunitaria abordará la cuestión pues con relativa frecuencia nos encontramos que la insolvencia de las filiales o de la matriz viene motivada principalmente por los impagos de otras empresas del grupo o al hecho de haber avalado unas las deudas de las otras. De tal manera que si entra en insolvencia el deudor principal, arrastra a las demás en su condición de garantes. Por eso, la solución del concurso y la viabilidad de las empresas pasaría por permitir una tramitación coordinada d todos ellos, nombrando inclusive a la misma administración concursal, pudiendo presentar convenios condicionados y en suma, posibilitar una negociación conjunta de la deuda. De lo contrario, el riesgo de perder a alguna empresa se incrementa exponencialmente. Con todo, no es la solución por la que ha optado el legislador comunitario.
El considerando 13 del REI define el centro de principales intereses como " *el lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por tercero* s".
Tal precepto ha sido interpretado por el TJUE en varias sentencias, tal como analiza de forma pormenorizada el AJM nº 12 de Madrid, de 27 de octubre de 2012. Así, sentencia 2 de mayo de 2006 (caso Eurofood IFSC ltd) el TJUE en la cual dispuso lo siguiente: " *cuando el deudor sea una filial cuyo domicilio social se encuentre en un estado miembro diferente del domicilio social de la matriz, sólo puede desvirtuarse la presunción enunciada en el Art. 3.1 del reglamento (CE) 1346/2000, del consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, según el cual, el centro de principales intereses de dicha filial se encuentra en el estado miembro en el que tiene su domicilio social, si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social. Éste podría ser el caso, entre otros, de una sociedad que no ejerza ninguna actividad en el territorio de su domicilio social. En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio de su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio se encuentre en otro estado, no basta para desvirtuar la presunción prevista en el reglamento 1346/2000.*
Asimismo, en la sentencia de 15 de diciembre de 2011 (asunto Tastelli Davide SC. Snc), el TJUE vino a decir que " *una hipotética situación de confusión de patrimonios entre dos sociedades con domicilio social en estados distintos, no desvirtúa el sistema de presunciones del reglamento en relación con el COMI ni las reglas de competencia judicial internacional que del mismo se derivan."*
Por último, el TJUE, en su sentencia 22 de noviembre de 2012, consideró que el centro de los intereses principales de una sociedad Polaca (Christianapol) estaba situado en Francia, por lo que el tribunal de comercio de Meaux (Francia) abrió un procedimiento de *sauvegarde*.
Finalmente, nuestro Tribunal Supremo, en su auto de 24 de enero del 2012 señala que " *la competencia territorial para abrir un concurso se regula en el Art. 10.1 de la LC, que determina que "la competencia para declarar y tramitar un concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus principales intereses"* añadiendo que " *por centro de principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses"*.
Aplicando los anteriores preceptos al caso que ahora nos ocupa, cabe concluir que la sociedad filial RENTA CORPORACIÓN REAL ESTATE FRANCE SASU, aun cuando tiene su domicilio social en París, el centro de

sus principales intereses está en España, más concretamente en Barcelona. Así, estamos ante una filial cuyo único socio titular del 100% del capital social es RENTA CORPORACIÓN REAL ESTATE SA siendo además su administrador único. Dicha sociedad designó a su vez como persona física para que le representara a Don Mauricio (consejero delegado), con domicilio en Vía DIRECCION000 nº NUM000 NUM001, NUM002 planta de Barcelona (tal como se observa en el propia acta notaria de poder especial para pleitos). Asimismo, la sociedad francesa carece de actividad desde el año 2011, siendo el domicilio social un simple buzón o apartado de correos donde recibir las notificaciones. La sociedad francesa no tiene tampoco ningún activo inmovilizado ni movilizado, estando únicamente el mismo por los créditos que la filial tiene frente a otras empresas del grupo. Tampoco tiene abierto ningún establecimiento en Francia ni contratos de trabajo en vigor. El hecho de que la toma de decisiones se adoptara desde Barcelona era perfectamente conocida por los acreedores atendiendo a que la lista está configurada únicamente por la firma de auditoría PRICE WATERHOUSE COUPERS AUDIT SA, CABINET SEREF y por empresas del grupo (RENTA CORPORACIÓN REAL ESTATE FINANCE SLU).
Por todo ello, procede ratificar la competencia objetiva y territorial de los juzgados mercantiles de Barcelona y, en especial, de este Juzgado Mercantil nº 9 que está conociendo del concurso del resto de las empresas del grupo, por quedar suficientemente acreditado que el centro de principales intereses de REWNTA CORPORACIÓN REAL ESTATE FRANCE SASU está sito en Barcelona, aun cuando su domicilio social esté localizado en Francia.": AJM-9 Barcelona 30.05.2013 (Concurso 368/2013)

JM-1 Bilbao

"La primera cuestión que se plantea en este caso es la propia competencia objetiva del Juzgado, pues una de las tres sociedades que plantean su solicitud conjuntamente tiene nacionalidad húngara. Respecto a las dos primeras, de nacionalidad española, con domicilio social en el territorio histórico de Bizkaia, donde además acreditan tener el centro principal de sus intereses, ninguna duda hay de tal competencia objetiva y territorial conforme a lo dispuesto en los arts. 21 y 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Además se aplica el art. 10.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), para apreciar la territorial.
En el caso de la sociedad húngara, cuyo 100 % de capital pertenece íntegramente a la sociedad española, el Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, establece en su art. 3.1 que tienen competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centrote los intereses principales del deudor. La sociedad es húngara, y tiene su domicilio social en dicho país, por lo que opera la presunción legal, contenida en ese precepto, de que el centro de los intereses principales es el del lugar de su domicilio social.
Pero el Reglamento permite prueba en contrario, y en este caso se acredita que el proyecto para la sociedad húngara no se ha concretado, pues la planta que se iba a poner en marcha no se ha concluido. Mientras tanto, la producción se realiza en Mungia, si se atiende a la información que facilita la concursada, el 100 % de su capital pertenece a de su capital social pertenece a METALES SINTETIZADOS S.L. (METASINT), sociedad española declarada en concurso en el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, su administrador social también es vizcaíno con residencia en este territorio histórico, y las relaciones mercantiles, como revelan los docs. nº 25 y ss de la solicitud, se atienden desde Mungía, en Bizkaia, por lo que de ese conjuntos de datos se desprende que tiene competencia este Juzgado de lo Mercantil, al situarse en Bizkaia el centro principal de los intereses de la sociedad FERSINT CENTRAL EUROPE KFT UNIPERSONAL, de nacionalidad húngara, país que forma parte de la Unión Europea. ":AJM-1 Bilbao 04.05.2009 (Concurso 251/2009)

JM-1 San Sebastián

PRIMERO.- Competencia.
La primera cuestión que debe de ser resuelta a la hora de admitir a tramite la solicitud de concurso es la competencia territorial del Juzgado; cuestión que cobra mayor complejidad cuando, como es el caso, estamos ante una solicitud conjunta de dos sociedades; una es española y tiene el domicilio social en Arrasate-Mondragon, donde radica el centro de sus intereses principales, por lo que, sin mas entra en juego el art.
10.1 L.C. siendo clara la competencia de este Juzgado; pero otra es una sociedad cuyo domicilio social se encuentra fuera del territorio nacional, en este caso en Suite 6, Rineanna House, Shanon Free Zone, Co. Clare - Irlanda.
La solicitante funda la competencia territorial internacional de este Juzgado en base al art. 3.1 del Reglamento (CE) Nº 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2.000, sobre Procedimientos de Insolvencia, (en adelante, REI); entiende la solicitante que se encuentra dentro de la circunscripción territorial de competencia de este Juzgado- la provincia de Guipuzcoa -el lugar donde esta radicado el centro de intereses principales del deudor a los efectos del art. 3.1 del REI, en concreto, en Arrasate-Mondragón.
FAGOR ELECTRODOMESTICOS S. COOP. es la sociedad matriz del grupo de empresas FAGOR; en concreto, es titular del 100% del capital de FAGOR IRELAND LIMITED.
No obstante, lo anterior, ni la normativa comunitaria ni la jurisprudencia del TJUE posibilitan como regla general, que el Estado Miembro que conoce del concurso de la matriz asuma también la competencia para declarar el concurso de sus filiales (a diferencia de la normativa española, tras la reforma operada por la ley 38/2011, en sus Arts. 25, 25 bis y 25 ter) debiendo cada empresa del grupo solicitar la declaración de concurso en el Estado Miembro donde tenga su domicilio social, al existir la presunción legal que es ahí donde radica el centro de principales intereses. Por ende, quien sostenga que tal centro está ubicado en un lugar distinto, corresponde la carga de la prueba, la cual versará fundamentalmente en indicios y presunciones.

Como hemos indicado, respecto de las sociedades y demás personas jurídicas el Reglamento sienta una presunción de que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social, esto es, el que figura como tal en el registro mercantil.
El texto articulado del Reglamento no contiene una definición legal de loque debe de entenderse por centro de los intereses principales; si se encuentra en los considerandos; en particular, el considerando 13 indica que "el centor principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deduor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros; esto se corresponde con el contenido del artículo 10.1 de la Ley Concursal, que lo define como lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses; de todo ello se desprende que no debe estarse tanto al lugar en el que el deudor desarrolla su actividad, como a aquel en el que los administradores se reúnen de forma habitual para la toma de decisiones, si bien dicho criterio cede ante el del lugar en el que a los ojos de los terceros tiene lugar dicha administración, en el caso en que no coincida con aquel. Por lo tanto, las notas de principalidad, habitualidad y exteriorización son las fundamentales para establecer el punto de conexión establecido por el Reglamento para determinar la competencia para la apertura del procedimiento de insolvencia principal.
Por lo tanto, en vista de lo anterior, en un caso como el presente, en el que una sociedad de un Estado miembro ha solicitado el concurso voluntario en España como "concurso principal", deberá desvirtuar en su escrito la presunción de los artículos 10 LC y 3 REI. Para ello, deberá acreditar que su centro de intereses principales se halla en España y no en el lugar en el que tiene ubicado su domicilio social.
Para encauzar la cuestión es preciso un examen de la jurisprudencia comunitaria sobre el particular; no son muchas las sentencias que se han dictado sobre la cuestión; se pueden citar las siguientes:
Sentencia de 2 de mayo de 2006 (TJCE 2006,126) (asunto EUROFOOD IFSC LTD):
En este caso, el Tribunal, despues de indicar que para desvirtuar la presunción de que el centro principal de intereses coincide con el lugar del domicilio social, se requieren "elementos objetivos comprobables por terceros" que demuestren que la realidad no se corresponde con la apariencia creada por la presencia del domicilio social en un estado, no considera desvirtuada la presunción del artículo 3 RCPI al entender que "cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio de su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio se encuentre en otro estado, no basta para desvirtuar la presunción prevista en el reglamento 1346/2000."
Sentencia de 20 de octubre de dos mil once (TJCE 2011/324) (asunto INTEREDIL SRL):
En este caso indicó el tribunal lo siguiente: "En el supuesto de que los organos de dirección y control de una sociedad se encuentren en el lugar de su domicilio social y de que las decisiones de gestión de esa sociedad se adopten, de forma que pueda comprobarse por terceros, en dicho lugar, no puede desvirtuarse la presunción establecida en el citado precpeto. En el supuesto de que el lugar de la administración central de una sociedad no se encuentre en su docmicilio social, ni la presencia de activos sociales ni la existencia de contratos referentes a su explotación financiera en un Estado miembro distinto de aquel del domicilio social pueden ser considerados datos suficientes para desvirtuar esa presunción, salvo a condición de que una consideración del conjunto de los datos relevantes permita demostrar que, de forma que pueda comprobarse por terceros, el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad, así como de administración de sus intereses, encuentra en otro Estado miembro"; se puede observar, por tanto, que esta nueva interpretación abre un portillo, que no estaba con la derivada de la otra resolución, para considerar el centro de intereses principales en otro estado miembro distinto del del domiclio social, cuando las decisiones economicas, la dirección y el control de la compañia se tomen y se encuentren, respectivamente, en otro estado miembro, aunque la sociedad ejerza una actividad economica en el Estado de su domicilio social.
Sentencia de 15 de diciembre de 2011 (TJCE 2011,411) (asunto RASTELLI DAVIDE SC):
En este supuesto, el Tribunal consideró que "una hipotética situación de confusión de patrimonios entre dos sociedades con domicilio social en estados distintos, no desvirtúa el sistema de presunciones del reglamento (...)."
Tambien podemos citar jurisprudencia nacional.
Auto del JM núm. 9 de Barcelona de 30 de mayo de 2013 (asunto RENTA CORPORACIÓN REAL ESTATE FRANCE SASU):
El juzgado ratifica su competencia objetiva y territorial para declarar el estado de insolvencia de la compañía de nacionalidad francesa, al entender acreditado que el centro de sus intereses principales radica en Barcelona, aún cuando su domicilio social esté localizado en Francia, desvirtuando así la presunción de los artículos 10 LC y 3 RCPI. Se basa en que: (i) se trata de una filial cuyo socio titular del 100% del capital social es una sociedad española, (ii) carece de actividad desde 2011 (iii) no tiene ningún activo, (iv) no tiene ningún establecimiento en Francia ni contratos de trabajo en vigor y (v) los acreedores conocen que la toma de decisiones se produce en Barcelona.
Auto del JM núm. 5 de Madrid de 1 de febrero de 2011:
El juzgado considera que una compañía extranjera que ha solicitado la declaración de concurso tiene su centro de intereses principal en Madrid, desvirtuándose así la presunción de los artículos 10 LC y 3 RCPI. Se basa en que: (i) es en Madrid donde radican la mayoría de los acreedores, (ii) no tiene establecimiento u oficina en otro lugar, (iii) los apoderados tiene su domicilio profesional en Madrid, (iv) es en Madrid donde se celebran los contratos más significativos y (v) su socio único tiene su domicilio en Madrid, sin que se aprecie la existencia de relaciones jurídicas fuera de Españ.
Auto del JM núm 1 de Barcelona de 4 de julio de dos mil trece (asunto LA SEDA DE BARCELONA).
El Juzgado entiende que es competente para conocer de la solitud de concurso de las filiales comunitarias por tener el centro de intereses principales en el domicilio social de la entidad matriz. Se basa en que: (i) es el Prat

de Lobregat donde se ubica de forma priorotaria el organo de administración y así se percibe de forma objetiva y externa por terceros, (ii) la gestión y administración de los negocios se centraliza en la misma localidad sede, (iii) este centro efectivo de los intereses principales es claramente perceptible para los acreedores.
Aparte de la jurisprudencia, es preciso puntualizar que hay una previsión de reforma del Reglamento vigente a cargo de la Comisión que, en lo que ahora nos ocupa, introduce novedades de relavancia: a) modificación en la que se incluyan las precisiones que la jurisprudencia del TJCE ha efectuado al respecto, en particular, se recogería la linea iniciada por la sentencia dictada en el caso interedil; asi el considerando 13 se suprime y se introducen los considerandos 13bis y 13ter en el sentido de entender posible desvirtuar la presunción de que el centro de intereses principales coincide con el domicilio social, siempre que el conjunto de todos los factores que concurran nos lleve a la conclusión de que por los terceros se puede comprobar que el centro efectivo de dirección y control de la empresa y de la administración de sus intereses se encuentra en ese otro estado miembro, distinto del correspondiente al domicilio social, b)regulación de la insolvencia transfronteriza del grupo de sociedades, ubicadas en distintos estados miembros, materia no regulada por el Reglamento con la necesidad de centralizar el concurso de todo el grupo en el estado competente para conocer del de la sociedad matriz, sin perjuicio de la posibilidad de aperturar procedimientos territoriales o secundarios en cada uno de los estados en los que el grupo tenga presencia.
A la vista de la linea jurisprudencial y legal ultima, se abre la posibilidad de destruir la presunción de que el centro de intereses principales está ubicado donde está el domicilio social, en base a indicios suficientes de que la efectiva administración, dirección y control de la sociedad este radicada en otro estado miembro y ello sea facilmente perceptible por los terceros que se relacionan con la sociedad
En este caso consideramos que tales indicios concurren y que la competencia para conocer el presente concurso corresponde a los Juzgados y Tribunales españoles situados en Guipuzcoa por cuanto que el centro de intereses principales de la solicitante FAGOR IRELAND se encuentra en lugar donde radica el domicilio social de la matriz FAGOR ELECTRODOMESTICOS S. COOP, en Arrasate-Mondragón
Estas circunstancias serian las siguientes:
-La solicitante forma parte de un grupo de empresas; la sociedad matriz FAGOR ELECTRODOMESTICOS S. COOP. tiene su domicilio en Mondragón y es en la sede central del grupo FAGOR donde se desarrolla la efectiva administración de FAGOR IRELAND.
-Como hemos indicado, FAGOR ELECTRODOMESTICOS es titular del 100% del capital de FAGOR IRELAND; por lo tanto, tiene la omnimoda facultad de nombrar y separar a sus organos de administración.
-Tal como se deduce de la memoria juridica y del anexo documental 12, en este momento, el organo de administración de la compañia, denominado, según la legislación irlandesa "board of directors" está compuesto por tres miembros: uno empleado de FAGOR ELECTRODOMESTICOS, otro Director de FIRST NAMES CORPORATE SECRETARIES LIMITED, empresa encargada de la secretaria de FAGOR IRELAND; el tercero es el Director de la empresa MARPART CONSULTANTS LIMITED, empresa contratada por FAGOR IRELAND para el desarrollo de los servicios de management y gestión de marcas.
-FAGOR IRELAND no tiene establecimiento propio en Irlanda. Dicho domicilio se corresponde con el domicilio social de la entidad que asume la Secretaría General, la mercantil First Names Corporate Services Limited, en virtud del contrato suscrito entre ambas partes por el que ésta última se comprometía a facilitar un domicilio a FI en Irlanda. Con esta empresa FAGOR IRELAND tiene subcontratada su propia actividad debido a la falta de estructura en Irlanda y a que las decisiones relevantes en materia de marketing y marcas son adoptadas por el COMEX.
-FAGOR IRELAND tambien habria subcontratado a MARPART CONSULTANTS LIMITED, como hemos reseñado; esta subcontratación de empresas tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, contables, administrativas y legales de la empresa conforme a la legislación irlandesa.
-FAGOR IRELAND tampoco tiene trabajadores.
-En el anexo 1 del documento nº 8 se incluye el organigrama funcional de FAGOR; si bien en ese organigrama se contemplan unos responsables de las unidades territoriales del grupo, y otros responsables de las unidades funcionales (por campo de actividad), todas ellas se integran en un organo llamado Consejo de Dirección/Comité Estrategico o COMEX (documento 2, memoria de FAGOR ELECTRODOMESTICOS). Según el art. 16 del Reglamento Interno Corporativo, el Consejo de Dirección, bajo la presidencia del Gerente, está formado por directivos, ejecutivos o técnicos de la sociedad, y en su caso del Grupo Fagor, nombrados por el Consejo Rector a propuesta de Gerencia. En definitiva, sería el organo encargado de decidir las decisiones estrategicas del grupo en todas las materias relevantes.
-Ya hemos indicado que el activo principal de FAGOR IRELAND son derechos de propiedad industrial del grupo, es la licienciataria de los mismos y cobra a las empresas del grupo a modo de royalties, lo que serian gastos de publicidad, marketing o gestión de esos derechos; por lo tanto, casi toda su actividad es con empresas del grupo fagor, apenas tiene acreedores fuera del grupo, como se deduce de su lista de acreedores y cuentas.
-FAGOR ELECTRODOMESTICOS es quien controla la financiación de FAGOR IRELAND; estos acuerdos son negociados en el marco del COMEX y tienen caracter global; como se puede apreciar en el anexo 4 del conjunto documental 12 FAGOR ELECTRODOMESTICOS ha tenido que condonar un prestamo a FAGOR IRELAND por importe de 38 millones de euros; FAGOR IRELAND no podia hacer frente al mismo.
En definitiva, FAGOR IRELAND no tiene establecimiento propio ni trabajadores en Irlanda; solo tiene una minima estructura a través de subcontratas para cubrir las exigencias fiscales, administrativas, contables y legales derivadas de tener domicilio y nacionalidad irlandesa; es una simple licenciataria de marcas del grupo, cuyos clientes son casi en su totalidad, empresas del grupo y cuya efectiva dirección y control se encuentra en la sede social de FAGOR ELECTRODOMESTICOS, unico socio y entidad que ostenta la dirección efectiva y

control de la solicitante; ello es facilmente perceptible para terceros, casi todos empresas del grupo fagor o subcontratados por las razones indicadas.
Por lo tanto, hemos de concluir quue este Juzgado es competente territorialmente para conocer de la solicitud de concurso expresada en los antecedentes, por tener el deudor su centro de intereses principales en el territorio de esta circunscripción, (apartado 1 del artículo 10 de la LC y art. 3.2 del REI)": AJM-1 San Sebastián 15.11.2013 (Concurso 1009/2013)

"PRIMERO.- Competencia.
La primera cuestión que debe de ser resuelta a la hora de admitir a tramite la solicitud de concurso es la competencia territorial del Juzgado; cuestión que cobra mayor complejidad cuando, como es el caso, estamos ante una sociedad cuyo domicilio social se encuentra fuera del territorio nacional, en este caso en Ul. Zmigrodzka 143, 51-130 Wolcraw - Polonia.
La solicitante funda la competencia territorial internacional de este Juzgado en base al art. 3.1 del Reglamento (CE) Nº 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2.000, sobre Procedimientos de Insolvencia, (en adelante, REI); entiende la solicitante que se encuentra dentro de la circunscripción territorial de compentencia de este Juzgado- la provincia de Guipuzcoa -el lugar donde esta radicado el centro de intereses principales del deudor a los efectos del art. 3.1 del REI, en concreto, en Arrasate-Mondragón.
En este Juzgado tambien ha tenido entrada la solicitud de concurso de FAGOR ELECTRODOMESTICOS S. COOP. (pendiente de declarar) sociedad matriz del grupo.
No obstante, lo anterior, ni la normativa comunitaria ni la jurisprudencia del TJUE posibilitan como regla general, que el Estado Miembro que conoce del concurso de la matriz asuma también la competencia para declarar el concurso de sus filiales (a diferencia de la normativa española, tras la reforma operada por la ley 38/2011, en sus Arts. 25, 25 bis y 25 ter) debiendo cada empresa del grupo solicitar la declaración de concurso en el Estado Miembro donde tenga su domicilio social, al existir la presunción legal que es ahí donde radica el centro de principales intereses. Por ende, quien sostenga que tal centro está ubicado en un lugar distinto, corresponde la carga de la prueba, la cual versará fundamentalmente en indicios y presunciones.
Como hemos indicado, respecto de las sociedades y demás personas jurídicas el Reglamento sienta una presunción de que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social, esto es, el que figura como tal en el registro mercantil.
El texto articulado del Reglamento no contiene una definición legal de loque debe de entenderse por centro de los intereses principales; si se encuentra en los considerandos; en particular, el considerando 13 indica que "el centor principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deduor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros; esto se corresponde con el contenido del artículo 10.1 de la Ley Concursal, que lo define como lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses; de todo ello se desprende que no debe estarse tanto al lugar en el que el deudor desarrolla su actividad, como a aquel en el que los administradores se reúnen de forma habitual para la toma de decisiones, si bien dicho criterio cede ante el del lugar en el que a los ojos de los terceros tiene lugar dicha administración, en el caso en que no coincida con aquel. Por lo tanto, las notas de principalidad, habitualidad y exteriorización son las fundamentales para establecer el punto de conexión establecido por el Reglamento para determinar la competencia para la apertura del procedimiento de insolvencia principal.
Por lo tanto, en vista de lo anterior, en un caso como el presente, en el que una sociedad de un Estado miembro ha solicitado el concurso voluntario en España como "concurso principal", deberá desvirtuar en su escrito la presunción de los artículos 10 LC y 3 RCPI. Para ello, deberá acreditar que su centro de intereses principales se halla en España y no en el lugar en el que tiene ubicado su domicilio social.
Para encauzar la cuestión es preciso un examen de la jurisprudencia comunitaria sobre el particular; no son muchas las sentencias que se han dictado sobre la cuestión; se pueden citar las siguientes:
Sentencia de 2 de mayo de 2006 (TJCE 2006,126) (asunto EUROFOOD IFSC LTD):
En este caso, el Tribunal, despues de indicar que para desvirtuar la presunción de que el centro principal de intereses coincide con el lugar del domicilio social, se requieren "elementos objetivos comprobables por terceros" que demuestren que la realidad no se corresponde con la apariencia creada por la presencia del domicilio social en un estado, no considera desvirtuada la presunción del artículo 3 RCPI al entender que "cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio de su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio se encuentre en otro estado, no basta para desvirtuar la presunción prevista en el reglamento 1346/2000."
Sentencia de 20 de octubre de dos mil once (TJCE 2011/324) (asunto INTEREDIL SRL):
En este caso indicó el tribunal lo siguiente: "En el supuesto de que los organos de dirección y control de una sociedad se encuentren en el lugar de su domicilio social y de que las decisiones de gestión de esa sociedad se adopten, de forma que pueda comprobarse por terceros, en dicho lugar, no puede desvirtuarse la presunción establecida en el citado precpeto. En el supuesto de que el lugar de la administración central de una sociedad no se encuentre en su docmicilio social, ni la presencia de activos sociales ni la existencia de contratos referentes a su explotación financiera en un Estado miembro distinto de aquel del domicilio social pueden ser considerados datos suficientes para desvirtuar esa presunción, salvo a condición de que una consideración del conjunto de los datos relevantes permita demostrar que, de forma que pueda comprobarse por terceros, el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad, así como de administración de sus intereses, encuentra en otro Estado miembro"; se puede observar, por tanto, que esta nueva interpretación abre un portillo, que no estaba con la derivada de la otra resolución, para considerar el centro de intereses principales en otro estado miembro distinto del del domiclio social, cuando las decisiones economicas, la

dirección y el control de la compañia se tomen y se encuentren, respectivamente, en otro estado miembro, aunque la sociedad ejerza una actividad economica en el Estado de su domicilio social.
Sentencia de 15 de diciembre de 2011 (TJCE 2011,411) (asunto RASTELLI DAVIDE SC):
En este supuesto, el Tribunal consideró que "una hipotética situación de confusión de patrimonios entre dos sociedades con domicilio social en estados distintos, no desvirtúa el sistema de presunciones del reglamento (...)."
Tambien podemos citar jurisprudencia nacional.
Auto del JM núm. 9 de Barcelona de 30 de mayo de 2013 (asunto RENTA CORPORACIÓN REAL ESTATE FRANCE SASU):
El juzgado ratifica su competencia objetiva y territorial para declarar el estado de insolvencia de la compañía de nacionalidad francesa, al entender acreditado que el centro de sus intereses principales radica en Barcelona, aún cuando su domicilio social esté localizado en Francia, desvirtuando así la presunción de los artículos 10 LC y 3 RCPI. Se basa en que: (i) se trata de una filial cuyo socio titular del 100% del capital social es una sociedad española, (ii) carece de actividad desde 2011 (iii) no tiene ningún activo, (iv) no tiene ningún establecimiento en Francia ni contratos de trabajo en vigor y (v) los acreedores conocen que la toma de decisiones se produce en Barcelona.
Auto del JM núm. 5 de Madrid de 1 de febrero de 2011:
El juzgado considera que una compañía extranjera que ha solicitado la declaración de concurso tiene su centro de intereses principal en Madrid, desvirtuándose así la presunción de los artículos 10 LC y 3 RCPI. Se basa en que: (i) es en Madrid donde radican la mayoría de los acreedores, (ii) no tiene establecimiento u oficina en otro lugar, (iii) los apoderados tiene su domicilio profesional en Madrid, (iv) es en Madrid donde se celebran los contratos más significativos y (v) su socio único tiene su domicilio en Madrid, sin que se aprecie la existencia de relaciones jurídicas fuera de Españ.
Auto del JM núm 1 de Barcelona de 4 de julio de dos mil trece (asunto LA SEDA DE BARCELONA).
El Juzgado entiende que es competente para conocer de la solitud de concurso de las filiales comunitarias por tener el centro de intereses principales en el domicilio social de la entidad matriz. Se basa en que: (i) es el Prat de Lobregat donde se ubica de forma priorotaria el organo de administración y así se percibe de forma objetiva y externa por terceros, (ii) la gestión y administración de los negocios se centraliza en la misma localidad sede, (iii) este centro efectivo de los intereses principales es claramante perceptible para los acreedores.
Aparte de la jurisprudencia, es preciso puntualizar que hay una previsión de reforma del Reglamento vigente a cargo de la Comisión que, en lo que ahora nos ocupa, introduce novedades de relavancia: a) modificación en la que se incluyan las precisiones que la jurisprudencia del TJCE ha efectuado al respecto, en particular, se recogería la linea iniciada por la sentencia dictada en el caso interedil; asi el considerando 13 se suprime y se introducen los considerandos 13bis y 13ter en el sentido de entender posible desvirtuar la presunción de que el centro de intereses principales coincide con el domicilio social, siempre que el conjunto de todos los factores que concurran nos lleve a la conclusión de que por los terceros se puede comprobar que el centro efectivo de dirección y control de la empresa y de la administración de sus intereses se encuentra en ese otro estado miembro, distinto del correspondiente al domicilio social, b)regulación de la insolvencia transfronteriza del grupo de sociedades, ubicadas en distintos estados miembros, materia no regulada por el Reglamento con la necesidad de centralizar el concurso de todo el grupo en el estado competente para conocer del de la sociedad matriz, sin perjuicio de la posibilidad de aperturar procedimientos territoriales o secundarios en cada uno de los estados en los que el grupo tenga presencia.
A la vista de la linea jurisprudencial y legal ultima se abre la posibilidad de destruir la presunción de que el centro de intereses principales está ubicado donde está el domicilio social, en base a indicios suficientes de que la efectiva administración, dirección y control de la sociedad este radicada en otro estado miembro y ello sea facilmente perceptible por los terceros que se relacionan con la sociedad
En este caso consideramos que tales indicios concurren y que la competencia para conocer el presente concurso corresponde a los Juzgados y Tribunales españoles situados en Guipuzcoa por cuanto que el centro de intereses principales de la solicitante se encuentra en lugar donde radica el domicilio social de la matriz FAGOR ELECTRODOMESTICOS S. COOP, en Arrasate- Mondragón
Estas circunstancias serian las siguientes:
-La solicitante forma parte de un grupo de empresas; la sociedad matriz FAGOR ELECTRODOMESTICOS S. COOP. tiene su domicilio en Mondragón y es en la sede central del grupo FAGOR donde se desarrolla la efectiva administración de de FAGORMASTERCOOK.
-Esto se desprende del organigrama funcional de FAGOR incluido en el anexo 2 del documento nº 2 (memoria); si bien en ese organigrama se contemplan unos responsables de las unidades territoriales del grupo, y otros responsables de las unidades funcionales (por campo de actividad), todas ellas dependen de un unica dirección general para todo el grupo; esta Dirección General estaría situada donde está la matriz, que es donde radicaria el llamado Comité Estrategico o COMEX, que sería el organo encargado de decidir las decisiones estrategicas del grupo en materias tan relevantes como: a) preparar el presupuesto de cada una de las sociedades del grupo, que sería despues aprobado por el C. de Administración; b) control financiero; c) control sobre ventas; d) decisiones sobre producción; e) condiciones de refinanciación; f) decisiones sobre inversión y control de gastos, etc.....
-Las reuniones del COMEX son de periodicidad mensual y se desarrollan en Mondragón, en la sala del Consejo Rector de la sociedad matriz, FAGOR S. COOP..
-El COMEX está formado por el Presidente del Consejo Rector de la compañía matriz, el Director General de la misma y los responsables de las areas en las que está dividido el grupo desde el punto de vista territorial y funcional corporativo.

-Por lo tanto, es el COMEX el principal organo de decisión de grupo FAGOR y es desde él desde donde se dirige la administración de todas las sociedades del grupo; a tal respecto, en el anexo 1 del conjunto documental nº 8 se recogen las convocatorias y actas del COMEX ern los ultimos años, de las que se extrae esa consecuencia de que es el organo efectivo de dirección y administración del grupo.
-Por lo tanto, si bien la solicitante tiene sus propios organos de administración de acuerdo con la normativa polaca (consejo de administración supervisor y junta directiva), ello no impide que la verdadera administración se lleve a cabo desde el COMEX.
-Esto ultimo, además, se ratificaría por la composición de los organos administrativos de la solicitante; así, de los 9 miembros del Consejo de Administración Supervisor, cinco estarian presentes en el COMEX y el Presidente de ese consejo es, a su vez, el Presidente del Consejo Rector de FAGOR ELECTRODOMESTICOS; todo ello se indica en la memoria.
-El COMEX delega algunas funciones en el Comite Comercial, en concreto, definir e implementar la politica de ventas del grupo; este comité informaría al COMEX, que adoptaría las decisiones definitivas, si perjuicio de delegar la decisión de determinadas materias en el Comite comercial; el comite comercial está formado por seis miembros, de los cuales, tres, son miembros del consejo de administración supervisor de FAGORMASTERCOOK.
2) Tambien se aprecian datos suficientes para entender que los terceros que se relacionan con FAGORMASTERCOOK conocen que la efectiva administración de la compañia se encuentra radicada en el domicilio social de la matriz, en Mondragón; estos serian tales datos:
-Frente a los proveedores, siempre comparece como representante de FAGORMASTERCOOK el Director de Compras del GRUPO FAGOR; es la persona que suscribe los contratos de compra y representa tanto a FAGOR ELECTRODOMESTICOS como a FAGOR MASTERCOOK; ello conllevaría que los proveedores son perfectamente conocedores de que la efectiva administración de la compañia se lleva a cabo desde Mondragón, a cuya dirección fisica debian de remitir cualquier comunicación relativa al contrato; ello se aprecia del examen de tales contratos que se aportan como anexo 4 del concjunto documental nº 8.
-Frente a las entidades financieras, ya hemos indicado que las decisiones financieras del grupo se toman en el COMEX; en particular, respecto de la refinanciación, las decisiones se toman en el COMEX; además, existen datos concretos que permiten dar como hecho cierto que las entidades financieras conocen que la efectiva administración de los intereses de FAGORMASTERCOOK se lleva a cabo desde Mondragon como son: a) la matriz del grupo avala casi 2/3 de la deuda a corto plazo de la solicitante con entidades finciancieras; b) la mayor parte de los contratos con entidades financieras son suscritos en España (Madrid
o Mondragón) por representantes de FAGORMASTERCOOK de nacionalidad española. A tal respecto en el anexo 6 del conjunto documental nº 8 tenemos contratos de financiación, refinanciación y reconocimiento de deuda suscritos por FAGORMASTERCOOK en los que se aprecian dichas circunstancias.
3) Como ultimo dato, como se desprende de las cuentas anuales, FAGORMASTERCOOK es fabricante para el resto de empresas del grupo; en concreto, el 80% de las ventas de la solicitante son a FAGOR ELECTRODOMESTICOS o al resto de las empresas del grupo. Por lo tanto, la principal finalidad de la solicitante sería proveer al grupo FAGOR, lo cual es una dato mas y explica que su efectiva administración se lleve a cabo desde la sede social de la matriz.
Por lo tanto, hemos de concluir quue este Juzgado es competente territorialmente para conocer de la solicitud de concurso expresada en los antecedentes, por tener el deudor su centro de intereses principales en el territorio de esta circunscripción, (apartado 1 del artículo 10 de la LC y art. 3.2 del REI).": AJM-1 San Sebastián 19.11.2013 (Concurso 976/2013)

1.3 Caso de persona física

Tribunal Supremo

"QUINTO.- Para resolver el conflicto, teniendo en cuenta que la "competencia territorial", para abrir un concurso principal, se regula en elart. 10.1 de la Ley Concurso 22/2003, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales", así en el caso que nos ocupa, partiendo de la documental aportada, esto es, certificado de empadronamiento y nota simple del registro, los dos elementos que determinan la competencia para conocer de la declaración de concurso voluntario, son en primer lugar que el bien más valiosos del concurso que es la vivienda habitual, está en Monterroso (Lugo), y en segundo lugar, en la misma localidad residen los actores, por ello y de conformidad con el informe emitido por el Ministerio Fiscal, procede declarar que el centro de sus intereses principales y el que determina la competencia para conocer el concurso voluntario instado, está en la localidad de Monterroso (Lugo), por lo que ha de ser declarado competente el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lugo, provincia en la que inicialmente se presentó la solicitud.": ATS 09.12.2009 (RJ 2010/276; Conflicto 285/2009)

1.3.1 Tras acuerdo extrajudicial de pago: competencia del juzgado del domicilio del deudor, salvo que se acredite que no coincide con el centro de sus intereses principales

Tribunal Supremo

"FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente conflicto negativo de competencia territorial se plantea entre un juzgado de Primera Instancia de Navalcarnero y otro de Huelva, respecto de una solicitud de declaración de concurso consecutivo de persona natural no empresario, en caso de frustración de un acuerdo extrajudicial de pagos.
El juzgado de Navalcarnero entiende que carece de competencia territorial porque esta corresponde al juzgado en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. En este caso Huelva, donde Pedro Francisco desarrolla su actividad profesional.
Por su parte, el juzgado de Huelva entiende que la competencia para el conocimiento del pleito corresponde al juzgado de Navalcarnero, al constar que el domicilio de los solicitantes radica en localidad de Griñón, partido judicial de Navalcarnero.
SEGUNDO.- No podemos perder de vista que en el presente caso se intentó previamente un acuerdo extrajudicial de pagos, por la vía prevista en el art. 232 y ss. LC, y que el mediador concursal ha instado el concurso consecutivo ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 42.1 LC)
El art. 242 LC no establece un fuero de competencia propio para estos supuestos de concurso consecutivo. No obstante, el procedimiento de insolvencia, en una fase extrajudicial, puede entenderse iniciado con la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, en la que se pide el nombramiento de mediador concursal, y que, en el caso de personas naturales, debe dirigirse "al notario del domicilio del deudor" (art. 232.1 LC).
Si el mediador nombrado, después de realizar la actividad encomendada en la Ley, advierte que no puede alcanzarse el acuerdo extrajudicial de pagos o el acuerdo alcanzado es incumplido, de conformidad con el art. 242.1 LC debe instar la apertura del concurso. Esta solicitud debe dirigirse al juzgado competente del domicilio del deudor, salvo que se acredite que el centro de los intereses principales del deudor se halla ubicado en otro lugar.
TERCERO.- Con carácter general, centro de los intereses principales del deudor es el criterio adoptado por el art. 10.1 LC para determinar la competencia judicial para conocer de la solicitud de concurso de acreedores. Este criterio fue adoptado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, en consonancia con el criterio seguido por el art. 3 Reglamento CE 1346/2000, de insolvencia, a la hora de fijar la competencia internacional para conocer del procedimiento de insolvencia principal. Este criterio ha pasado al nuevo Reglamento UE 848/2015.
El propio art. 10 LC, tomándolo del preámbulo del Reglamento CE 1346/2000, explicita qué debe entenderse por centro de los intereses principales del deudor:
«Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses».
Este criterio se adecua al deudor comerciante, persona física o jurídica, en cuanto que podría distinguirse entre el domicilio y el lugar donde el deudor desarrolla su actividad económica, donde administra sus intereses económicos, y es reconocido por terceros, principalmente por sus acreedores.
El último inciso del párrafo segundo del art. 10.1 LC presume, en el caso de la persona jurídica, «que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social».
Es muy significativo que el nuevo Reglamento de insolvencia de la UE, 848/2015, haya ampliado esta presunción al deudor persona natural, en los párrafos 3 y 4 del art. 3.1:
«Respecto de los particulares que ejercen una actividad mercantil o profesional independiente, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, su centro principal de actividad. Esta presunción solo será aplicable si el centro principal de actividad de la persona en cuestión no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.
»Respecto de otros particulares, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de residencia habitual de dicho particular. Esta presunción solo será aplicable si la residencia habitual no ha sido trasladada a otro Estado miembro en los seis meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia».
A la luz de esta normativa, cabe integrar los arts. 242.1 y 232.3 LC, en relación con el art. 10.1 LC, y entender que la competencia territorial para conocer del concurso consecutivo de un deudor persona natural no comerciante que se solicite «por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento», corresponde al juzgado del domicilio del deudor, salvo que se acredite que no coincide con el centro de sus intereses principales, en cuyo caso la competencia corresponderá al juez donde se encuentre ubicado este centro de los intereses principales del deudor.
CUARTO.- En el supuesto que nos ocupa, según la demanda, el esposo desarrolla su actividad profesional como trabajador por cuenta ajena en una empresa sita en Huelva, y la esposa desarrolla su actividad laboral en un hospital de Leganés. El dato del lugar de trabajo de uno solo de los cónyuges no es en este caso decisivo ni suficiente para destruir la presunción de que el centro de intereses de los deudores está en su domicilio.
Por esta razón, y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, la competencia territorial debe atribuirse al Juzgado de Primera Instancia n.° 6 de Navalcarnero.”: ATS 18.01.2017 (Conflicto 1019/2016)

1.3.2 Centro de intereses principales de persona física extranjera

“PRIMERO Frente a la solicitud de concurso formulada plantea el deudor Hugo (que no reconoce esta condición, lo cual será objeto de discusión en la oposición, sin que el empleo de la fórmula legal para designar a la parte pasiva del procedimiento implique pronunciamiento alguno sobre esa condición) declinatoria por considerar que no son competentes los tribunales españoles sino los alemanes, al no tener el centro de intereses principales en España sino en Alemania, limitándose a residir de forma esporádica en la localidad de

Benissa (Alicante); extremo éste negado por el solicitante, que además con carácter previo invoca la infracción del artículo 12 LC al no haberse indicado en la declaratoria el tribunal de Alemania competente.
SEGUNDO El motivo procesal no puede prosperar ya que se confunde la declaratoria por falta de jurisdicción con la declaratoria por falta de competencia territorial. En este último caso, que es propiamente el previsto en la Ley Concursal, entra en juego lo previsto en el párrafo segundo del artículo 62.1 y es preceptivo indicar el tribunal al que, por considerarse territorialmente competente, han de remitirse las actuaciones. En cambio en la primera, como ocurre con los casos en los que se entiende la falta de competencia por corresponder a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros, basta denunciar la falta de competencia indicando que corresponde el conocimiento de la misma a tribunales extranjeros, sin especificar en concreto a cuál de ellos, ya que en este caso si se estimase la declinatoria, el órgano judicial se limita a abstenerse de conocer y sobreseer el proceso (artículo 65.2 LECiv) pero no remitir a los autos con emplazamiento de las partes al que considere competente. Determinación de competencia ad intra (en ese caso del Juzgado alemán que corresponda) que no puede hacerla un órgano español
TERCERO La competencia internacional para declarar y tramitar el concurso está prevista en la Ley Concursal en el artículo 10, que de forma poco clara entremezcla la atribución de competencia de los juzgados españoles (propiamente la competencia internacional) con la competencia territorial interna, es decir, qué juzgado entre los españoles es el concretamente competente para conocer, pero lo relevante es que en primer lugar habrá que acudir al Reglamento (CE) núm. 1346/2000 (LCEur 2000, 1557), sobre procedimientos de insolvencia, de preferente aplicación, que en su artículo 3 determina que son competentes los tribunales del Estado miembro cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Concepto este que aclara en el Considerando 13 y que se plasma en el artículo 10 de la Ley concursal española según la cual se entiende por centro de los intereses principales el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.?
El problema radica en determinar si el sujeto pasivo de la solicitud de concurso tiene el centro de intereses principales en España.
Al respecto rigen los siguientes principios: i) primacía de la administración de los intereses sobre la localización de los mismos: lo relevante no es donde están los intereses sino el lugar desde donde el deudor gestiona o conduce los mismos; ii) el principio de apariencia: lo relevante es que a efectos de terceros se presente como lugar de gestión; es preciso, pues, atender a esa proyección externa, y iii) el principio de unidad, como inherente al concepto de centro, de manera que solamente hay un único lugar de gestión, a completar con la previsión de concursos territoriales donde el deudor tenga establecimiento, pero limitado sus efectos a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro
Al no poder entrar en juego la presunción de que este centro de intereses principales se ubica en el lugar del domicilio social, que solamente es aplicable para las personas jurídicas, la doctrina científica considera que en el caso de las personas naturales si se dedican a actividades empresariales o profesionales, el centro de los intereses principales se ubica donde se localice el centro empresarial o profesional; si no lleva a cabo tales actividades, será su residencia habitual, pues desde aquí habrá que entender que gestiona su patrimonio
CUARTO Dado que no consta que Don Hugo desarrolle actividad empresarial o profesional, habrá que acudir a la residencia habitual y a tales efectos son relevantes para resolver la cuestión los siguientes datos:
i) consta en el poder de representación procesal otorgado por Hugo que su domicilio está situado en Benissa
ii) se practicaron notificaciones en dicha localidad a una persona que figura como empleado del deudor en un juicio de ejecución de títulos judiciales en fecha 28/9/2007 (documento número 1 de la oposición a la declaratoria) y no ha resultado infructuosa por desconocido el emplazamiento en esa localidad en las presentes actuaciones dirigidas al mismo domicilio en fecha 18/4/2008
iii) consta que Don Hugo tenía aperturada en 2007 cuentas bancarias en entidades bancarias españolas en oficinas de la localidad de Benissa (documento 9º de la solicitud de concurso)
iv) figura el citado Don Hugo como titular de una línea telefónica fija en partida Faradux 89 Benissa (documento número dos de la oposición a la declinatoria)
v) la esposa del señor Hugo (según consta en documento núm. 8 de la solicitud de concurso) manifestó en un previo proceso judicial seguido en Alemania en escrito de 2007 que su residencia está en Benissa (España) (documento número 3 aportado a la oposición a la declaratoria y su traducción presentada en fecha 13 de mayo de 2008) y al no constar su separación, habrá que presumir que también tiene la residencia en la misma su esposo
vi) consta certificación negativa de residencia de Hugo en la ciudad de Alemania que figura en su tarjeta de identificación (aportada por escrito de 26/5/2008) La apreciación conjunta de todo ello permite deducir que la residencia Don Hugo en Benissa no es esporádica sino prolongada en el tiempo, con vocación de permanencia y por ende su centro de intereses principales debe ubicarse en dicha localidad, y consiguientemente son competentes los tribunales españoles, y entre ellos, este juzgado mercantil al estar dicha localidad en la provincia de Alicante No se desvirtúa lo anterior por el hecho de que no figure empadronado en la localidad citada el día 23 de abril del 2008, ya que se trata de un registro administrativo que no es determinante per se de la condición de residente habitual, sin que baste para acreditar la residencia o domicilio en Alemania la remisión a una documentación de 1996 (documentos de constitución de prenda aportados como documentos 3 y 4 de la solicitud de concurso), reforzando la conclusión alcanzada que el propio deudor no haya aportado la certificación negativa de residencia que anunciaba como documento número 3 de la declaratoria": AJM-1 Alicante 16.06.2008 (Concurso 149/2008)

1.4 Caso de sociedad unipersonal: domicilio del establecimiento y no el del socio-administrador único

“PRIMERO Dispone elart. 10 de la Ley concursal en su apartado primero que la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo Mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales (...). Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social (...).
Como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley, los criterios de competencia parten del dato económico-real de la ubicación del centro de los intereses principales del deudor, ya adoptado en reglas internacionales (RCE 1346/2000) que se prefiere al del domicilio, de carácter jurídico-formal.
En caso de personas jurídicas, según expresa la norma transcrita, se presume que ambos lugares coinciden. Tal presunción tiene, indudablemente, la naturaleza de iuris tantum.
SEGUNDO En el caso que aquí se examina, aparece que INSO 2001 S.L. tiene su domicilio en la calle Valle de Broto 9-11 1ª planta oficina 10 de Zaragoza. Y, según se manifiesta en la Memoria presentada, su único establecimiento abierto es el relativo a dicho domicilio. Por tanto, debe partirse de que el centro de los intereses se halla efectivamente social en el lugar del domicilio social, que ha estado siempre en Zaragoza. Frente a ello, no puede prevalecer la consideración que tiene en cuenta el Juez de lo Mercantil de Zaragoza para entender que el centro de los intereses principales de INSO 2000 S.L. está en Huesca -y en consecuencia declarar su incompetencia territorial- cual es que se trata de una sociedad limitada unipersonal cuyo administrador, con domicilio en El temple (Huesca) manifiesta que tiene declarado el concurso de acreedores en Huesca.
Esta razón no se comparte por la Sala, pues incluso si no se reconoce la pérdida de unipersonalidad que alega la solicitante, lo cierto es que ese carácter no priva de personalidad jurídica a la sociedad, como observa el Ministerio Fiscal y como atinadamente señala el Juez de Huesca, ni incide en la ubicación del centro de los intereses de aquélla. Y por tanto, no tiene eficacia para desvirtuar la presunción referida.”: Auto TSJ Aragón 20.03.2009 (Auto 9/2009; Rollo 1/2009)

2. Fuero electivo del domicilio del deudor

2.1 Sólo es aplicable en caso de concurso necesario

“PRIMERO - La presente cuestión de competencia territorial se plantea entre el Juzgado de Primera Instancia nº Cuatro de Guadalajara y el Juzgado de lo Mercantil número Dos de Zaragoza, en relación a una solicitud de CONCURSO VOLUNTARIO. La cuestión que se plantea ante esta Sala consiste en decidir si la competencia territorial para declarar el concurso por solicitud de un deudor persona física, por tanto concurso voluntario, corresponde al Juzgado en cuyo territorio o demarcación tiene el centro de sus intereses principales o si por el contrario ha de ser competente el Juzgado donde tiene su domicilio el deudor, que es el partido judicial en el que inicialmente se planteó la demanda.
SEGUNDO Pues bien, discrepando del criterio manifestado por Ministerio Fiscal, la competencia territorial corresponde al Juzgado de lo Mercantil nº Dos de Zaragoza por las razones que se exponen a continuación. Ante todo hay que decir, como ya se pronunció elAuto de esta Sala de fecha 1 de marzo de 2007 (JUR 2007, 80171), que la "competencia territorial", para abrir un concurso principal, se regula en elartículo 10.1 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de Julio, que determina que "la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales".
Pero además, junto a este fuero principal, elArt. 10.1 establece un fuero electivo al añadir a la regla general de competencia territorial que " Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquel.". Dicho supuesto es el que concurre en el caso que nos ocupa, sin embargo la cuestión discutida radica en dilucidar si dicho fuero electivo constituye una potestad otorgada al acreedor exclusivamente, y en consecuencia solo ejercitable en el supuesto del concurso necesario, o si dicha facultad también puede ser atribuible al deudor en el supuesto del concurso voluntario, al no existir acreedor instante del concurso.Tras un estudio pormenorizado y sistemático de las normas reguladoras de la competencia territorial en materia concursal, puede concluirse que el espíritu y finalidad de la norma competencial es el de facilitar a acreedores, en general a terceros, el conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial de concurso del deudor, de manera que dicha facilidad será garantizada si el concurso se tramita en el partido judicial correspondiente al lugar en el que radique el centro de los intereses principales del deudor, en éste supuesto el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza, ya que en otro caso, y admitiendo la aplicación analógica de la norma competencial al supuesto del concurso voluntario, de manera que éste pudiera optar por el lugar de su domicilio cuando éste fuera diferente al del centro de sus intereses principales, supondría que el procedimiento concursal se tramitara en lugar que pudiera ser no conocido por acreedores, en la medida en que en dicho lugar no se han centrado las operaciones mercantiles, comerciales u de otro orden entre el deudor y terceros, cuando lo que se pretende a través del conjunto de la legislación concursal es facilitar el conocimiento y acceso de acreedores al procedimiento judicial, a los efectos de garantizar la efectividad de sus créditos frente a la masa concursal.
Por otro lado, al tratarse éste de un fuero imperativo, criterio mantenido por esta Sala (ATS: 14-05-2002 (JUR 2002, 146480)), elartículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) obliga al examen de oficio de la competencia territorial, cuando venga fijada por reglas imperativas "inmediatamente",

después de presentada la demanda y elart 10.5, de la Ley Concursal señala: que el Juez examinara de oficio su competencia y determinara si se basa en el apartado primero o en el apartado tercero de este articulo.
Pues bien, de todo lo dicho se desprende que en el presente caso será Juzgado competente el del lugar en el que tenga el deudor el centro de sus intereses principales, radicando éste en Zaragoza, conforme a la documentación aportada por el solicitante, en aras de garantizar el conocimiento y acceso de acreedores y terceros al procedimiento concursal, tal y como se ha expuesto anteriormente.": ATS 25.05.2010 (RJ 2010/3720; Conflicto 200/2010)

2. Si se hubieran presentado solicitudes de declaración del concurso ante dos o más juzgados competentes, será preferente aquel ante el que se hubiera presentado la primera solicitud.

3. Si el centro de los intereses principales no se hallase en territorio español, pero el deudor tuviese en éste un establecimiento, será competente el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique y, de existir varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante.
Por establecimiento se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes.
Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará «concurso territorial», se limitarán a los bienes del deudor, afectos o no a su actividad, que estén situados en España. En el caso de que en el Estado donde el deudor tiene el centro de sus intereses principales se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el capítulo IV del título IX de esta ley.

Art. 10.3

1. Procedimiento de insolvencia principal de sociedad española perteneciente a grupo extranjero. Estimación de declinatoria

" 3. El Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, tiene por objetivo regular los efectos transfronterizos de los procedimientos concursales cuando el deudor insolvente, sujeto de uno de esos procedimientos, tiene bienes o desarrolla su actividad en diferentes Estados miembros de la Unión Europea. Teóricamente dos son los modelos posibles para regular los concursos internaciones, un modelo territorial, en el que el procedimiento de insolvencia declarado en un Estado limita sus efectos a los bienes y a los acreedores que se encuentren en ese Estado. de modo que en estos casos habría que declarar tantos concursos como Estados, y un segundo modelo sería el universal, en el que un solo procedimiento concursal extiende sus efectos a todo el patrimonio del deudor cualquiera que sea el país en el que se encuentren sus elementos.
4. Se ha dicho que el Reglamente responde a un modelo de universalismo mitigado, ya que sólo permite la apertura de un procedimiento de insolvencia. llamado procedimiento principal, en el Estado donde el deudor tenga su centro de intereses principales, al que reconoce efectos universales, tanto sobre la masa pasiva, sobre todos los acreedores. como sobre la masa activa, sobre todos los bienes del deudor, cualquiera que sea el estado en el que se encuentren. Sin embargo permite simultáneamente la apertura de procedimiento territoriales en los Estados en los que el deudor tenga un establecimiento, que limitan su efectos a los bienes presentes en ese Estado. al tiempo que trata de coordinar el desarrollo de ambos procedimientos para garantizar su eficacia.
5. El art. 3.1 del Reglamento atribuye la competencia en exclusiva para abrir el procedimiento principal a "los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Curiosamente, a pesar de la importancia que tiene el concepto de centro de intereses principales, el Reglamento no lo incluye dentro de las definiciones de otros conceptos que hace el art. 2. La definición ha de buscarse en la exposición de motivos del Reglamento apartado 13 en el que se dice que "El centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente. pueda ser averiguado por terceros".
6. El Informe Virgós/Schmit de 8 de julio de 1996 (Consejo UE 6500/1/96 REV 1 DRS), sobre el convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995, relativo a los procedimientos de insolvencia, antecedente inmediato del Reglamento, dice en
su apartado 75 que 'el concepto de centro de los intereses principales debe interpretarse como el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual, y por tanto, reconocible por terceros, la administración de sus intereses".
7. Según el informe "el fundamento de esta norma se explica sin dificultad. La insolvencia es un riesgo previsible. Por eso es importante que la competencia internacional se base en una conexión conocida por los futuros acreedores de ese deudor. Ello permite calcular los riesgos jurídicos que se asumen en caso de insolvencia"
8. Con la expresión intereses. continua el citado informe, se intenta comprender las actividades principales actividades comerciales, industriales, profesionales y económicas en general.
9. Las características principales de ese centro de intereses principales corno fuero de un concurso principal serien tres: a) Lo determinante es el lugar donde se administran, es decir, se dirigen y gestionan, los intereses del quebrado, ni el lugar donde esos interese se localizan, ni el lugar en el que se producen los bienes o se prestan los servicios, ni el lugar donde se encuentran íos bienes principales. b) Prima la esfera externa de la administración sobre la interna, el lugar donde desde fuera y por terceros se puede reconocer la actividad de

administración del quebrado, lo que permitiría al acreedor prever las reglas de una hipotética insolvencia. c) Por último, es imprescindible determinar un solo centro de intereses principales, al deudor solo se le puede asignar un centro principal de intereses.
10. En el caso de sociedades y en general de personas jurídicas el art. 3.1 citado establece una presunción de cual es el centro de intereses principales, a favor de lugar del domicilio social, presunción que admite prueba en contrario.
11. Partiendo de estas premisas y analizando el caso de una sociedad filial el TJCE en su sentencia del Pleno de 2 de mayo de 2006 (C-341/2004; Eurofood IFSC Ltd) ha interpretado que:
a) El concepto de "centro principal de intereses" viene definido en el considerando anterior de la exposición de motivos del Reglamento (fundamento jurídico 32).
b) Que de dicha definición resulta que el centro de intereses principales debe identificarse con arreglo a criterios objetivos que, al mismo tiempo, puedan ser comprobados por terceros (33).
c) Que en el sistema de determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales que establece el Reglamento, existe una competencia jurisdiccional propia para cada deudor que constituya una entidad jurídicamente distinta (30), no existe un norma especial para los grupos de sociedades.
d) Cuando el deudor sea una sociedad, la presunción a favor del domicilio social sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social (34).
e) En concreto no es suficiente para justificar la competencia de un tribunal el mero hecho de que las decisiones económicas de una sociedad sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz, cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro, siempre que la sociedad filial tenga algún tipo de actividad en el Estado donde tiene su domicilio (36),
12. La competencia para declarar un concurso principal ha de analizarse de oficio por el propio tribunal, sin perjuicio de las partes interesada puedan denunciar la falta de competencia según lo dispuesto en el art. 12 Ley Concursal, ya que solo hay un tribunal competente conforme lo establecido en el art. 3 apartado 1 y apartado 2 del Reglamento.
13. En el presente caso, el Tribunal de Comercio de Lons en su sentencia analiza detenidamente los motivos para considerar que el centro intereses principales del grupo se encuentra en territorio francés y los motivos por los cuales considera que dicho centro coincide con el de la sociedad española Tecfisa (pag. 11 y 12 de la traducción aportada por la demanda junto con declinatoria. documento 18). El Tribunal mantiene que: a) el conjunto de servicios necesarios para el funcionamiento del Gurpo Manzoni está concentrado en la sociedad MB SAS, que es la única en disponer del personal necesario para dicho funcionamiento: b) la estrategia comercial del grupo es característico de dicha centralización; c) que la sociedad MB SAS concentra la potestad para concluir contrato con clientes; d) que los pedidos son dirigidos a la sociedad MBH del grupo. que los distribuye entre las diferentes plantas de producción; e) que las plantas de producción facturan a la sociedad MB SAS; f) que dicha estructura centralizada es conocida de los clientes, bancos, proveedores y trabajadores. El Tribunal añade que, teniendo en cuenta que el procedimiento de <<sauvegarde» tiene por finalidad reestructurar el Grupo sería incoherente dejar que las sociedades españolas fuera tratada de forma diferente al resto de las compañías que forman parte del grupo.”: Auto JM-4 Barcelona 23.04.2007 (Concurso 80/2007)

4. En los casos de solicitud de declaración conjunta de concurso de varios deudores, será juez competente para declararlo el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo, y si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante.
La misma regla se aplicará para determinar el juez competente para la tramitación de concursos acumulados.

[Inicial párrafo 4 derogado por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).]

Art 10.4 (inicial, derogado por Ley 38/2011) Competencia en caso de declaración conjunta

1. Concurso del grupo: centro de intereses principales de la sociedad dominante

Tribunal Supremo

“PRIMERO.- La competencia territorial para el conocimiento de la solicitud de declaración conjunta de diversos deudores -de la que el grupo de empresas es uno de sus supuestos- viene determinada por el art. 10-4 L.Co. que establece normas competenciales imperativas especiales, de tal modo que el fuero se fija cuando de grupo de empresas se trata, por el lugar donde se encuentre el centro de interés principal de la sociedad dominante.
SEGUNDO.- De la solicitud inicial de declaración concursal y de la documental que la acompaña resulta la existencia de tal grupo empresarial, a cuyo frente estaría Don A., pero no habiendo instado la entidad BANKINTER, S.A. el concurso de la persona física que dirige el grupo -pese a actuar como fiador solidario e ilimitado de la línea de descuento otorgada por la instante-, es preciso señalar que de la documental aportada resulta: a) Que en la entidad JOISS.L. su capital pertenece en su 100% a D. A. y ostenta el 100% del capital de la mercantil JOIST ELEVACIONES, S.L., siendo ambas administradas por D. A. como administrador único;

b) Que en la mercantil SUBOT, S.L. su capital íntegro pertenece a D. A., siendo administrador único, ostentando aquella una participación del 100% sobre la mercantil MAGRU, S.L., siendo ambas administradas de modo exclusivo por D. A.; c) Que la mercantil SISTEMAS DE ELEVACION JOIST, S.L. carece de participaciones en otras entidades objeto de solicitud, no constando la propiedad de su capital, pero está administrada de modo exclusivo por la mercantil JOIST, S.L., a su vez propiedad y administrada por D. A. d) Que la mercantil GERELAN, S.L. es propiedad en el 100% de sus participaciones de D. A. y posee el 100% de las participaciones de la mercantil GORELAN SISTEMAS, S.L., siendo administradas ambas de modo exclusivo por D. A.; e) Que el documento acompañado por la instante, en cuanto exigido por el art. 7 de la L.Co,. como fundamento de su pretensión, incluye en el mismo contrato de financiación "multilínea a cinco de las siete entidades indicadas, siendo fiadores solidarios de las operaciones otra de las entidades y D. A..

De todo ello se desprende la existencia de un grupo de empresas, el cual, bajo una única dirección empresarial y económica -lo que plasmó en el documento contractual de financiación, origen de las deudas y que acompaña a la solicitud, común a la mayoría de las entidades-, actuando bajo un control único y concurriendo en las mismas las circunstancias, hechos y condiciones exigidos por el art. 42 del Código de Comercio, y art. 3.5 L.Co., al existir confusión patrimonial entre las mismas e identidad sustancial, actúa en el tráfico mercantil, se presenta en el tráfico mercantil ante entidades bancarias actuando como tal.

Ahora bien, no formulado concurso contra D. A. -única conexión entre todas las entidades y elemento sustancial de identidad entre las mismas-, estima este Tribunal que es la entidad JOIST, S.L. la que debe considerarse entidad dominante a los efectos del art. 42 C.Co. en cuanto a través de sus participaciones o administrador común único define la política comercial y financiera de las restantes entidades, mas con un criterio material, no meramente formal, se ha de atender a la realidad del ejercicio de las actividades mercantiles.

TERCERO.- En relación con la mercantil Joist, S.L. consta en el Registro Mercantil Central que dicha entidad tiene su domicilio social desde mayo de 2005 en la c/ Camino del Arca de Montalvo (Cuenca), aún cuando aparece en dicho Registro todavía el domicilio de la misma en la c/ González Dávila nº 22, 4º drcha. de Madrid. En relación con la entidad Subot, S.L. consta en el Registro Mercantil Central que dicha entidad tiene su domicilio social desde mayo de 2005 en la c/ Camino del Arca de Montalvo (Cuenca), pero sigue apareciendo en dicho Registro el domicilio de la misma en la calle Pº de las Delicias nº 25 de Madrid. Ahora bien, según los datos obrantes en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, el domicilio social de Subot se encuentra en Fuenlabrada y el domicilio fiscal de la misma es en el Pº de las Delicias nº 25 de Madrid. Y en la Tesorería General de la Seguridad Social consta la existencia de sólo tres trabajadores de alta y se indica que tanto el domicilio social como el de la actividad de dicha mercantil se encuentra en el Pº de las Delicias nº 25 de Madrid. En el caso de la mercantil Joist, S.L. según la base de datos de la AEAT, el domicilio social de la misma se encuentra en la c/ González Dávila nº 22 de Madrid y el domicilio fiscal en la c/ Gavilán de Fuenlabrada; y según la base de datos de la TGSS, dicha mercantil tiene 11 trabajadores de alta y el domicilio de la actividad se encuentra en la calle Valle de Tobalina nº 52 de Madrid. De lo anterior resulta, además, que, pese a lo que manifiesta la parte actora, no consta la existencia de trabajador alguno de las referidas mercantiles en Montalbo. Los citados domicilios en Fuenlabrada y en Madrid aparecen para ambas mercantiles en los documentos nº 8 y 9 acompañados con la demanda y extraídos de las consultas a RAI y EXPERIAN relativos a Joist, S.L. y a Subot, S.L. y además de lo anterior, debe ponerse de relieve que el único contrato aportado por la actora (documento nº 3) firmado por la entidad acreedora con las mercantiles citadas lo fue en Madrid (Pinto) y en aquél consta como domicilio tanto de Joist, S.L. como de Subot, S.L. la c/ Gavilán nº 30 de Fuenlabrada, estando fechado dicho contrato en el año 2007 y, por tanto, cuando el domicilio social de dichas entidades se había cambiado a Montalbo (Cuenca).

De todo lo expuesto queda suficientemente acreditado que el centro de los intereses principales tanto de Joist S.L. como de Subot S.L. esto es, según el tenor literal de la Ley, "el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses", el lugar donde las empresas aparecen en el mercado adoptando sus decisiones y centralizando la gestión de sus negocios, la sede real de aquéllas, se encuentra claramente en la provincia de Madrid y no en Montalbo, aún cuando en esta localidad tengan su domicilio social.

Por lo expuesto, debe concluirse que en ningún caso la competencia para conocer del presente concurso necesario correspondería a ese Juzgado de lo Mercantil de Cuenca, habida cuenta que ninguna de las restantes mercantiles tiene ninguna vinculación con la provincia de Cuenca.

CUARTO.- Aceptando, pues, la argumentación del Jº de lo Mercantil de Madrid, y considerando entidad dominante como él mismo dice ser la entidad JOIST, S.L., de la prueba practicada se deduce que el centro de sus intereses principales de JOIST, S.L., sociedad dominante, está en Madrid, y no en su domicilio social de Cuenca, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10-4º de la Ley Concursal, resulta competente, tal como está planteada la cuestión de competencia entre Madrid y Cuenca, y acudiendo al criterio de la sociedad dominante, el de Madrid, y no nos planteamos el problema del mayor pasivo del art. 10-4º de la Ley concursal, porque estamos ante un grupo de sociedades y por eso no se aplica la regla del deudor con mayor pasivo, y además los Juzgados de Guipúzcoa, donde está domiciliada la sociedad GORELAN, S.L., no son parte en esta cuestión de competencia. Por tanto, la cuestión a resolver en esta cuestión estriba, pues, en determinar qué se deba entender por centro principal de los intereses, al ser éste el concepto, fuero o punto de conexión determinante de la competencia territorial atractiva del proceso concursal de que se trate. La Ley viene a dar una definición propia al estimar que, presumiéndose salvo prueba en contrario que para las personas jurídicas lo será el de su domicilio social, ha de entenderse aquel lugar en el que el deudor ejerza de modo habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses. Con la finalidad de evitar posibles fraudes en la creación de un domicilio social ficticio, creado con la finalidad de "situar" el concurso a

conveniencia e irreal, se considera ineficaz a efectos de fijación de la competencia territorial el cambio domiciliar producido en los 6 meses anteriores a la solicitud del concurso, y en este caso se ha demostrado la prueba en contrario de que el centro de intereses de JOIST, S.L., no está en Cuenca, donde está su domicilio social, sino en Madrid.”: ATS 20.02.2009 (Conflicto 203/2008)

JM-1 Bilbao

“La Ley Concursal ha previsto específicamente esta situación, permitiendo que pueda obtenerse la declaración de concurso del grupo de empresas. No sólo en el mencionado art. 10.4 hay previsión, sino que también se encuentran reglas en los arts. 3.5, en cuanto a la legitimación del acreedor para solicitar la declaración de concurso de un grupo de sociedades, en el art. 6.2.2º cuando dispone la obligación de indicar si se pertenece a un grupo de empresas, en el 6.3.4º que exige la presentación de las cuentas e informe de gestión consolidados, en la previsión de acumulación de concursos del art. 25, en el caso del art. 28.2 respecto al nombramiento de administradores concursales en supuestos de concurso de grupos de sociedades, en el 28.3 para las incompatibilidades de los administradores, o en el art. 93.2.3º donde califica de personas especialmente relacionadas las integradas en un grupo de empresas.
Por lo tanto ha apostado por la posibilidad, hasta ahora inédita en nuestro derecho positivo, de que pueda declararse el concurso de un grupo de empresas o sociedades. Y como lo hace, regula las reglas de competencia territorial en ese caso, estableciendo con carácter imperativo, que la competencia corresponderá entonces al Juzgado de lo Mercantil donde radique el centro principal de sus intereses el deudor que sea sociedad dominante, si es que ésta solicita o se encuentra afectada por la declaración de concurso.
CUARTO El centro de intereses principal de Grupo Carneus, SA.**-** Aclarado que el precepto aplicable a este caso no es el art. 10.1 al que aluden los dos promotores de las declinatorias, sino el art. 10.4 de la LC hay que determinar si Grupo Carneus, SL en liquidación tiene su centro principal de intereses en su domicilio social de Getxo (Bizkaia) o como sostiene la representación de Cereales Gomez CB, que se adhirió a las declinatorias planteadas, en la provincia de León, donde se encuentran las explotaciones pecuarias algunas empresas del grupo de sociedades.
La LC considera centro de los intereses principales «el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses», lo que significa que es el lugar donde puede contactarse con él, se dispone de oficina abierta al público, actúa económicamente en el ámbito de su objeto social y en definitiva, se relaciona comercialmente con terceros. Hay que tener en cuenta, además, el ya citado art. 3.1 del Reglamento CE 1346/2000, de 29 de mayo, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia, que dispone que en el caso de las personas jurídicas «se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social».
La representación de Cereales Gomez CB ha planteado acertadamente la cuestión al sostener que la presunción legal de que el centro de los intereses principales de la sociedad dominante se encuentra en su domicilio social se destruye ante la evidencia de que los principales activos del grupo se sitúan en León.
Como ya se ha dicho en el fundamento de derecho segundo, el art. 10.1 presume en su párrafo segundo que el centro de los intereses principales de una persona jurídica se encuentra en su domicilio social, aunque el Reglamento CE 1346/2000 permite prueba en contrario. La presunción legal quiere ser desmentida, aunque no se haya alegado directamente, por quienes defienden la falta de competencia territorial de este juzgado.
Respecto a lo que afirma Prodelesa, lo que haya manifestado en un periódico un representante de Enervisa puede tener alguna relevancia como indicio, pero incluso de ser cierto, es decir, que el único activo del grupo es tal entidad, no justificaría por sí sólo que el centro de los intereses principales de la sociedad dominante se encuentre en la provincia de León.
Los demás argumentos son ciertamente sólidos. La mayoría del pasivo está, indudablemente, ubicado en las empresas con sede en León, lo que significa que también muchos acreedores son de esa zona, y acceder al concurso les supondrá mayor dificultad si se tramita en este territorio histórico que en aquella provincia. Por otro lado también la mayoría de los trabajadores se encuentran en aquella zona.
Pero tales circunstancias no son prueba suficiente que destruya la presunción legal, que sigue siendo aplicable. Por un lado, aunque el centro de los intereses principales de las dos sociedades leonesas se encuentre en aquella provincia, no ocurre otro tanto con las demás sociedades, ni en particular, con la cabecera del grupo. Así, la empresa Nicosia Trade, SA en Suspensión de Pagos, que no participa en este concurso pero está involucrada en el grupo de sociedades, tiene su domicilio social en Getxo (Bizkaia), la sociedad no afectada por el concurso, Logística Camponoble SLU, lo tiene en Vitoria (Álava), y Raciones Naturales SAU en Madrid. Por lo tanto existen varios lugares donde el grupo de sociedades tiene presencia.
Por otro lado Grupo Carneus, SA en liquidación, no consta que tenga el centro de sus intereses principales en lugar diferente a su sede social sita en Getxo (Bizkaia). Allí tiene oficina abierta al público, dispone de cinco empleados y dirige desde esa ubicación las empresas del grupo, a través de los respectivos administradores, en algún caso coincidentes. La diferencia de pasivos o de empleados se explica en que la dirección de un grupo de empresas no necesita de mayor infraestructura, y puede verificarse desde aquella localidad aunque puedan verse afectado por el objeto social de sus participadas, personas que residan en León, Álava, Madrid u otras zonas donde hay ganaderos u otros acreedores afectados por la declaración de concurso.
La presunción legal no se desvirtúa, en consecuencia, con las alegaciones de quienes discuten la competencia territorial, de manera que ante la falta de algún indicio que evidencie que el centro de los intereses principales de la sociedad dominante del grupo no se encuentre en Bizkaia, debe considerarse de aplicación el último inciso del primer párrafo del art. 10.4 de la LC, y por lo tanto, desestimarse las dos

cuestiones de competencia territorial por declinatoria que se han formulado.”: Auto JM-1 Bilbao 15.11.2004 (AC 2004/1918)

2. Concurso de varias sociedades de un grupo, pero no de la dominante

“CUARTO.- DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA DECLARACION CONJUNTA DE CONCURSO DE INMOBILIARIA AMUERGA, S.L., Y JALE CONSTRUCCIONES, S.A.U.- La competencia para conocer de la declaración conjunta de concurso de varios deudores o de la acumulación de concursos corresponde, conforme al art. 10.4 LC, al Juzgado de lo Mercantil del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo, y si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante. No obstante, en el caso de declaración conjunta de concurso de sociedades de un mismo grupo, si no es declarada en concurso la sociedad dominante, se estima que la competencia corresponde al Juez de lo Mercantil del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales la sociedad con mayor pasivo. En el presente caso, no procede por tanto, entrar a valorar el lugar del centro de intereses principales de la sociedad matriz, cuyo domicilio está en Madrid, si bien, la sede principal se encuentra, según la documentación aportada, en El Puerto de Santa María, lugar en el que residen la mayoría de administradores de las sociedades del grupo, y en concreto, la persona física fundador del mismo, D. José Antonio López Esteras, existiendo datos que revelan que el centro de intereses principales del grupo pudiera estar en El Puerto de Santa María, aunque como se ha expuesto, no es necesario su acreditación a efectos de la competencia.

Según las listas de acreedores aportadas, la sociedad con mayor pasivo es INMOBILIARIA AMUERGA, S.L., cuyo total asciende a 276.127.905,23 euros (doc. 5), frente a los 112.662.109,71 euros, que es la cifra que figura en la lista de acreedores de JALE CONSTRUCCIONES (doc. 5).

Por tanto, la competencia para conocer de la solicitud conjunta de concursos corresponde a este Juzgado. Es más, aunque pudiera resultar cuestionada la competencia de este Juzgado para conocer de la solicitud de concurso de JALE CONSTRUCCIONES por tener su domicilio en Málaga (y aunque como se ha expuesto extensamente se estima desvirtuada la presunción del art. 10.1), la competencia hubiera sido igualmente de este Juzgado, por virtud de la aplicación de la norma de competencia del art. 10.4 LC.

Siendo procedente la declaración conjunta, se ha de analizar no obstante, si concurre el presupuesto objetivo de la insolvencia en ambas sociedades, que constituye presupuesto ineludible, como ya señalara la jurisprudencia bajo la legislación anterior (STS 20 julio 1996).”: Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

3. Concurso conjunto de varias personas físicas

“1. El presente conflicto negativo de competencia territorial se plantea entre un Juzgado de lo Mercantil de Madrid y otro de Ávila, respecto de una solicitud conjunta de concurso voluntario de acreedores de tres personas físicas.

El Juzgado Madrid entiende que carece de competencia territorial y que la dicha competencia corresponde al Juzgado de lo Mercantil de Ávila, al estar en esa localidad el domicilio social de la mercantil Retana & Gómez Corporation SL, sociedad familiar causante de la insolvencia invocada por los demandantes.

Por su parte, el Juzgado de Ávila entiende que la competencia para el conocimiento del pleito corresponde al Juzgado de Madrid, ya que la competencia corresponde al Juzgado de lo Mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses, que el concurso no es de la sociedad de las que son socios las personas físicas cuyo concurso se solicita, y que los solicitantes tiene su domicilio en Madrid.

2. Para la resolución del presente conflicto negativo de competencia debemos de partir de las siguientes consideraciones:

i) El art. 10 de la LC regula la competencia internacional y territorial para la declaración y tramitación del concurso. El art. 10.5 LC exige del Juez ante el que se presenta la solicitud de concurso que examine de oficio su competencia territorial. El art. 10.1 LC establece que "[l] a competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél". Concreta el párrafo segundo de este precepto, y en lo que aquí interesa, que " [p] or centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses."

ii) En el presente caso nos encontramos ante la solicitud de declaración de concurso voluntario de tres personas físicas, relacionadas por vínculo familiar. El art. 10.4 LC contiene las normas de competencia territorial en el caso en que la solicitud de concurso se extienda a más de un deudor. Dice el referido precepto que " [e] n los casos de solicitud de declaración conjunta de concurso de varios deudores, será juez competente para declararlo el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo...".

iii) Según se desprende de la documentación que obra unida a las actuaciones, el deudor con mayor pasivo es Luciano (doc. 10 de la solicitud), que en el momento de presentación de la solicitud del concurso residía en Ávila, y que, según consta en la documentación aportada en el trámite de audiencia conferido por providencia de 17 de abril de 2013, previo a la declaración de incompetencia territorial, se incorporó al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en abril de 2013 (doc. 3 del escrito de 10 de mayo de 2013).

3. El presente conflicto de competencia, aplicando las reglas contenidas en los artículos anteriores y a la vista de las circunstancias expuestas, ha de ser resuelto declarando la competencia territorial del Juzgado de lo

Mercantil de Ávila, ya que ningún dato consta en la solicitud que justifique que el deudor con mayor pasivo, Luciano, gestionase sus intereses principales, de modo principal y reconocible por terceros en Madrid, localidad en la que no residía en el momento en el que se presentó la solicitud de declaración de concurso; y, por el contrario, es más lógico pensar que el centro de los sus intereses principales estuviera en Ávila, ciudad en la que, además, se encuentran el único inmueble del que es titular, designado como domicilio en la solicitud de concurso, y la empresa familiar desencadenante de la insolvencia.": ATS 14.01.2014 (Conflicto 199/2013)

~~5.~~ 4. El juez examinará de oficio su competencia y determinará si ésta se basa en el apartado 1 o en el apartado 3 de este artículo.

[Inicial párrafo 5, renumerado como 4 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 10.5 (numerado como 10.4 por Ley 38/2011)

1. Examen de oficio de la competencia territorial. Fuero imperativo

" Por otro lado, al tratarse este de un fuero imperativo, criterio mantenido por esta Sala (ATS: 14-05-2002), elartículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civilobliga al examen de oficio de la competencia territorial, cuando venga fijada por reglas imperativas "inmediatamente", después de presentada la demanda y elart 10.5, de la Leyconcursal señala: que el Juez examinara de oficio su competencia y determinara si se basa en el apartado 10 o en el apartado 3 de este articulo. Es cierto que es doctrina de esta Sala, que el tratamiento procesal de la "competencia territorial", cuando éste viene determinado en virtud de un fuero imperativo, se asemeja al dispensado a la "competencia objetiva", ya que sus normas específicas, carecen del carácter dispositivo que tienen, en general, las normas sobre competencia territorial (artículos 54 y 59 de la LEC) y que cuando, como sucede en el caso, por hechos de conocimiento posterior se advierte que el Tribunal que está conociendo del asunto, carece de competencia territorial, debe aplicarse, analógicamente, la regla prevenida por elartículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para falta de competencia objetiva Autos 23-12-2003, 2-2-2004).": ATS 14.04.2009 (JUR 2009/205956) y, en términos prácticamente idénticos, ATS 14.07.2009 (RJ 2009/4469; Conflicto 157/2009) y ATS 14.07.2009 (RJ 2009/4471; Conflicto 93/2009)

2. Falta de competencia internacional: España no es «centro de los intereses principales» ni existe establecimiento, actividad ni bienes en España, pese a hallarse en ésta el domicilio social

"PRIMERO El auto objeto del presente recurso declara la falta de competencia internacional del Juzgado de lo Mercantil para declarar y tramitar el concurso voluntario instado por Doña Sissy Verzendhuis, S.L, basándose en que dicha entidad no tiene su centro principal de intereses en España, ni tampoco tiene en este país un establecimiento, en el sentido de que no ejerce en territorio español ninguna actividad con medios humanos ni bienes (muebles o inmuebles), datos los anteriores, que se extraen del hecho de que todos sus acreedores son extranjeros y radicados fuera de España; no teniendo tampoco la entidad en cuestión bienes inmuebles ni ningún activo patrimonial en territorio español.
SEGUNDO El art. 10 de la Ley Concursal (competencia internacional y territorial) dispone que (…)
TERCERO Pues bien, partiendo del precepto transcrito y siendo una persona jurídica la solicitante del concurso, a efectos de determinar la competencia habrá que estar al lugar donde tiene el centro de sus intereses principales, centro que se presume según el apartado 2º del párrafo 1º de la citada norma que se halla en el lugar del domicilio social, por tanto y en lo que al caso de autos se refiere en Puerto del Rosario.
Ahora bien como ya dijera el auto de esta Sala de diecisiete de noviembre de dos mil cinco resolviendo un asunto sustancialmente idéntico al aquí planteado, la presunción que establece el artículo 10 «es una presunción iuris tamtum, por lo que ha de ceder cuando puede determinarse que es otro el estado donde, pese al domicilio social, la entidad deudora tiene el centro de sus intereses principales». Y es esto precisamente lo que ocurre en el presente caso, en el que de la documental aportada cabe extraer que el «centro de los intereses principales» de la solicitante, y por tanto el lugar donde desarrolla de modo habitual su actividad es en Alemania y Bélgica. A tal efecto basta observar que es en dichos paises donde se encuentran sus acreedores a excepción hecha de dos -Münzer & Asociados y Zeus Versand S.L- que curiosamente tienen su domicilio en el mismo lugar que la recurrente. Por otra parte tampoco consta que la recurrente tenga en España su activo patrimonial, resultando relevante, tal y como resulta del inventario de bienes y derechos aportado, que es en Alemania donde la sociedad desarrolla el grueso de la actividad que constituye su objeto social y por tanto el lugar donde tiene sus intereses económicos prueba de los cual es que en dicho lugar donde dispone de sus activos patrimoniales -devoluciones del IVA, excedentes de pago a proveedores y saldo acreedores con bancos-, de modo habrá de entenderse que es en Alemania donde ejerce de modo habitual se encuentra la administración de sus intereses. Pero es que, si no fuera en Alemania, el centro de intereses habría de entenderse que lo tiene en Bélgica, en Kinrooi; lugar donde se concertaron los servicios de publicidad y suministro de catálogos para el desarrollo de su objeto social y donde además tiene su residencia

la actual administradora, Doña Araceli, tal y como resulta del poder y del propio informe por ella presentado. ": SAP LAS PALMAS 1-12-2005 (AC 2006/108)

"PRIMERO Es objeto de recurso de apelación el Auto de fecha 4 de mayo de 2005, por el que se declaró la falta de competencia internacional y territorial del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas, para conocer de la solicitud de concurso voluntario, presentada por la representación procesal de «Vergiss. Mein Nicht Versand, SL».
Por la parte recurrente se efectúan alegaciones basadas en que no es determinable la existencia de un Centro de intereses principales en ningún país concreto de la Unión Europea, a pesar de que comercializa sus productos en varios de ellos, y en la imposibilidad de determinar qué país puede resultar competente para la presentación de la demanda, y qué ciudad de ese país, ya que no es un criterio establecido por Ley, que se pueda declarar competente territorialmente el lugar donde haya más acreedores de la sociedad, ya que dichos acreedores o terceros no pueden acudir a un lugar donde aquélla ejerza de modo reconocible la administración de sus intereses. Por ello entiende que debe acudirse al domicilio social de la empresa, por ser además una previsión establecida expresamente en la Ley.
En el caso de autos dado que el art. 10 ?1 ?3º de la Ley Concursal establece una presunción iuris tantun, salvo prueba en contrario, y en el caso examinado, no cabe concluir que el centro de sus intereses principales se halle en el lugar del domicilio social (el despacho de un Abogado de Puerto del Rosario, este último), ya que de la documentación presentada por dicha sociedad resulta que no tiene su centro de intereses principales (definido legalmente como el lugar donde ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses) en España, sino en Alemania, ni tampoco cabe estimar el recurso al amparo del precepto contenido en el art. 10-3 L-C., relativo al caso en que dicho centro no se hallase en territorio español pero el deudor tuviese en éste un establecimiento, ya que la sociedad, suiza, que ha venido realizando su actividad en varios países europeos mediante contrato de comisión con otra sociedad, alemana, de venta por correo (conforme a lo obrante en autos), no tiene en España un establecimiento en el sentido de que no ejerce en territorio español ninguna actividad económica con medios humanos y bienes; todos sus acreedores son extranjeros y domiciliados fuera de España; se halla demandada en cuarenta causas judiciales todas ellas fuera del territorio español, no teniendo tampoco bienes inmuebles, estando domiciliadas en Alemania sus cuentas bancarias, por todo lo cual, resulta que el centro de intereses principales está en Alemania, habiendo quedado destruida la presunción mencionada, aplicando el criterio ya mantenido por esta Sección en recurso análogos (Auto de 26-10-05, Rº-546/2005 [PROV 2006\ 36060])": Auto AP Las Palmas 04.05.2006

Artículo 11. Alcance internacional de la jurisdicción.

En el ámbito internacional, la jurisdicción del juez del concurso comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso.

AP Alava

"PRIMERO.-Pretende, la parte apelante, que se declare la competencia del Juzgado de lo Mercantil de esta ciudad para la tramitación y resolución del incidente concursal concernido, con cuantos otros pronunciamientos procedan en derecho.
SEGUNDO.-Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz de las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir al ser conocidas por las partes y dado que además irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o útiles para la debida resolución de la causa, y una vez examinado lo actuado, ha de comenzarse indicando que esta Sala considera que si la demandada, ahora apelada, fuera española, la competencia para conocer de la demanda interpuesta por la ahora apelante correspondería al Juez del concurso en base a lo dispuesto en los artículos 61 y, también, 62 de la Ley Concursal y al compartir los argumentos contenidos en el Auto dictado por la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial con fecha 3 de marzo de 2006, según los cuales:
Afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal que "el caracter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor", intención del legislador que se expresa también en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (apartado IV). Dicha intención se materializa en el artículo 8 de ésta y en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, preceptos donde, efectivamente, aparecen como materia "exclusiva y excluyente" del Juzgado de lo Mercantil "las acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", pero no las acciones con trascendencia patrimonial dirigidas por la administración del concurso (en el presente caso, por la concursada) frente a terceros.
El mismo fundamento de esa concentración competencial existe en el caso que nos ocupa, una acción de reclamación de cantidad dirigida por los administradores concursales frente a dos sociedades que consideran deudoras de la concursada como consecuencia de ciertas relaciones comerciales (en este caso, una pretensión de la concursada consistente en que se declare la resolución del contrato comunicada por la demandada el 8/03/10, y condene a la parte demandada a satisfacer una indemnización por los daños causados por la falta de preaviso en la resolución, así como la compensación económica expresamente prevista en el contrato por los perjuicios causados, todo ello por importe de 447.248,90 euros, que deberá

incrementarse con el interés legal del dinero a partir del día siguiente al vencimiento de la obligación (8/03/10). Y es que la concursada puede ser demandante en importantes acciones de contenido patrimonial que, ganadas, perdidas o transigidas, tienen directa repercusión en la formación de la masa activa del concurso. No aprecia el Tribunal razones para atribuir al Juez del concurso el conocimiento de las acciones judiciales que pudieran afectar a la masa pasiva, y simultaneamente desconcentrar entre los juzgados de primera instancia las demandas afectantes a la masa activa, máxime cuando a unas y otras podría aplicarse la declaración de motivos del legislador que al principio hemos transcrito y hay casos singulares previstos en la Ley Concursal de concentración en el Juzgado de lo Mercantil de algunas acciones ejercitadas por el concursado.
Podría argumentarse que la intención del legislador está plasmada en el artículo 8 y que el supuesto estudiado no se halla incluído en el mismo, pero el alegato ignoraría que dicho precepto no establece un "numerus clausus" de materias competencia del juez del concurso, fuera de las cuales no podría conocer, sino un acotado de asuntos donde ningún otro órgano jurisdiccional puede entrar; esa norma no impone un límite al juez del concurso, sino a los demás jueces. De la misma manera, el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que "en todo caso, la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente en (...) las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", y respecto a las ejercitadas por los administradores concursales (aquí, la concursada) frente a terceros, quedarían englobadas en "cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", como materia de competencia del Juez del concurso, de acuerdo con una interpretación sistemática, lógica y teleológica de la Ley Concursal (art.3-1 Cc.).
TERCERO. - Lo que sucede, en el presente caso, es que la demandada, ahora apelada, es holandesa.
El artículo 11 de la Ley Concursal establece que en el ámbito internacional, la jurisdicción del juez del concurso comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso.
A efectos de la aplicación de este precepto, y aun cuando coincida en su regulación, debe precisarse que sólo se aplica fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) número 1346/2000. Examinado el contenido de tal Reglamento, que resulta de aplicación en el presente caso, puede decirse que en el mismo se atribuye competencia para abrir procedimientos colectivos de insolvencia, pero guarda silencio respecto del contenido material de la competencia, por lo que ha de relacionarse con el Convenio de Bruselas de 1968, y actualmente con el Reglamento 44/2001, de forma que no se modifica el criterio sentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El artículo 1.2 b) del Convenio de Bruselas (que coincide con el mismo artículo del Reglamento 44/2001) excluye de su ámbito de aplicación "la quiebra, los convenios ente quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos" y ha sido interpretado en la sentencia TJCE de 22 de febrero de 1979, estableciendo como criterio delimitador que las acciones cuyo fundamento jurídico inmediato o directo se encuentre en el Derecho concursal y que inserten estrechamente en un procedimiento de insolvencia no entran en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas (ni del Reglamento 44/2001). Como puede comprobarse, este mismo criterio se sigue en el artículo 11 de la Ley Concursal. Según autorizada doctrina, la competencia del juez del concurso en el ámbito internacional, comprende, entre otras, las acciones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden inmediata relación con éste. Conforme a una interpretación acorde con la referida sentencia, se defiende que se trate de acciones que desde un punto de vista material, deban tener su fundamento en el derecho concursal, y desde el punto de vista procesal, debe tratarse de acciones que se conecten de modo directo con el procedimiento concursal. La sentencia citada señala seis criterios de vinculación, que son: a) que la competencia funcional venga atribuida al juez de la quiebra (lo cual ha de entenderse concurrente en el presente caso por lo ya expuesto); b) que se modifique la legitimidad procesal, y corresponda no al deudor sino al síndico (se ha requerido a la concursada, antes de dar curso a la demanda, a fin de que aportase la conformidad de la administración concursal para la interposición de la misma, en aplicación del artículo 54.2 de la Ley Concursal); c) que se modifiquen las reglas generales de la prescripción; d) que la beneficiaria de la acción sea la masa de acreedores, no un acreedor (lo cual, en el presente caso, es indiscutible); e) que se modifiquen las reglas generales sobre la carga de la prueba, y; f) que se modifiquen las propias reglas de insolvencia, concurrencia de criterios parcial pero suficiente para concluir que la competencia corresponde al Juez del concurso, al Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad, máxime cuando el proceder de la demandada, y conforme a la documentación aportada juntamente con la demanda, viene determinada, aunque no sea exclusivamente, por la situación de Ceplastik, manteniendo que se dice claramente en la sección 9/sub3/B que pueden terminar directamente el acuerdo sin derecho a ninguna compensación, y sin consecuencias legales en caso de que la parte contraria esté en suspensión de pago, o se enfrente a un proceso de bancarrota, haciendo tal punto que la sección 9/ sub.2 no sea válido.
CUARTO.-En relación a las costas de esta alzada, partiendo de lo dispuesto en el artículo 398 de la L.E.C. y dado el sentido de la presente resolución, no procede verificar especial pronunciamiento sobre las mismas.
Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación
PARTE DISPOSITIVA
Que en relación al recurso de apelación interpuesto por la concursada Ceplastik, S.L. representada por el Procurador Sr. Sanchiz frente al Auto dictado con fecha 15 de junio de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de esta ciudad en el Inc. concur. seguido ante el mismo con el número 274/10, del que este Rollo dimana, debemos revocar y revocamos sustancialmente el mismo en el sentido de desestimar la declinatoria por falta de competencia objetiva e internacional formulada por CRH Roofing Materials, BV representada por la Procuradora Sra. Frade y declarar la competencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad para conocer de la demanda interpuesta por la ahora apelante frente a CRH Roofing Materials, BV, manteniendo, únicamente, el pronunciamiento relativo a las costas de la primera instancia, y todo ello sin verificar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada. ”: AAP Alava (Sección 1) 14.03.2012 (Auto 36/2012; Rollo

606/2011)

Artículo 12. Declinatoria.

Art. 12.1

Redacción inicial

1. El deudor podrá plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se le hubiera emplazado. También podrán plantearla los demás legitimados para solicitar la declaración de concurso, en el plazo de 10 días desde la última de las publicaciones ordenadas en el apartado 1 del artículo 23.

Redacción desde 10.04.2009

[Nueva redacción del artículo 12.1 introducida por art. 6-uno del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009).
Según la Disposición Transitoria Segunda del mismo Real Decreto-Ley, el régimen de publicidad previsto en el art. 23.1 entrará en vigor conforme a la Disposición Final Tercera del presente Real Decreto Ley *[es decir, el día 10.04.2009, día siguiente al de la publicación del Real Decreto-ley en el BOE]* y resultará de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación.]

1. El deudor podrá plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se le hubiera emplazado. También podrán plantearla los demás legitimados para solicitar la declaración de concurso, en el plazo de 10 días desde la publicación ordenada en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 23.

Art. 12.1

"Segon. Pel que fa al primer dels motius de recurs i relatiu a la manca de competència territorial, no el podem admetre atès que no es va plantejat en temps i forma la qüestió de competència que permet l' article 12.1 de la LC. Fa aquest precepte:
"1. El deutor pot plantejar qüestió de competència territorial per declinatòria dins els cinc dies següents al dia en què se l'hagi citat.".
La seva conseqüència i atès que la Disposició Final Cinquena de la LC es remet a la LEC, no és altra que la prevista en l' article 136 d'aquella, això és la seva preclusió. Per tant aquest primer motiu de recurs ha de ser desestimat.": AAP Lleida (Sección 2) 21.02.2011 (Auto 14/2011; Rollo 154/2010)

2. La interposición de declinatoria, en la que el promotor estará obligado a indicar cuál es el órgano competente para conocer el concurso, no suspenderá el procedimiento concursal. En ningún caso se pronunciará el juez sobre la oposición del concursado sin que previa audiencia del Ministerio Fiscal haya resuelto la cuestión de competencia planteada. En caso de que estime la cuestión de competencia, deberá inhibirse a favor del órgano al que corresponda la competencia, con emplazamiento de las partes y remisión de lo actuado.

3. Todo lo actuado en el concurso será válido aunque se estime la declinatoria.

SECCIÓN 2 - DE LA PROVISIÓN SOBRE LA SOLICITUD

Artículo 13. Plazo para proveer.

1. En el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa, proveerá conforme a los artículos 14 ó 15.
Si la solicitud se refiere a una entidad de crédito o a una empresa de servicios de inversión, ~~el juez, al tiempo de proveer sobre ella~~, una vez que el Juez haya proveído sobre la misma el Secretario judicial la comunicará al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y solicitará la relación de los sistemas de pagos y de liquidación de valores o instrumentos financieros derivados a los que pertenezca la entidad afectada y la denominación y domicilio de su gestor, en los términos previstos en la legislación especial aplicable.
El ~~juez~~ Secretario judicial también comunicará la solicitud a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones si se refiere a una entidad aseguradora; al Ministerio de Trabajo ~~y Asuntos Sociales~~ e Inmigración, si se refiere a una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores si se refiere a una sociedad que tenga emitidos valores o instrumentos financieros negociados en un mercado secundario oficial.

** Nueva redacción de los párrafos segundo y tercero del art 13.1 por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el*

04.05.2010

2. Si el juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto procesal o material o que ésta es insuficiente, señalará al solicitante un único plazo de justificación o subsanación, que no podrá exceder de cinco días.
Justificado o subsanado dentro del plazo, el juez en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil proveerá conforme a los artículos 14 ó 15. En otro caso, el juez dictará auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud. Esta resolución será susceptible de recurso de reposición.

** Lo subrayado en el art 13.2 resulta de su nueva redacción por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)*
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

0. Alcance de la subsanabilidad o justificabilidad

AP Baleares

"Elartículo 13.2permite la subsanación de los defectos de la solicitud o de la documentación que la acompaña y establece un trámite para ello. La cuestión que cabe plantearse es hasta dónde alcanza la posibilidad de subsanación: qué defectos son subsanables y cuáles no.
Como punto de partida es preciso hacer referencia al principio general de la subsanabilidad de los vicios o defectos procesales establecido en elart. 243 LOPJy en elart. 228 LEC. Aunque esta última norma no haya entrado todavía en vigor formalmente, no cabe duda alguna que contiene un principio general que informa toda la regulación procesal de la nue4va LEC, por lo cual su vigencia de hecho es poco cuestionable, particularmente cuando traecausa del artículo 243 LOPJy de una amplia y conocida doctrina jurisprudencial.
Lógica consecuencia de ello es que deba considerarse que todos los defectos de forma que se puedan observar en la solicitud sean subsanables. También tienen ese carácter los vicios que afectan a los presupuestos procesales, siempre que por su propio carácter sea posible la subsanación. Así, si bien no es subsanable el vicio relativo a la falta de competencia territorial o a la falta de jurisdicción, sí que lo es cuando lo que se cuestiona es simplemente la acreditación de esos presupuestos.
Lo mismo cabe decir de la legitimación, particularmente de la activa, que es la que puede presentar mayores problemas. Su falta no es subsanable, pero sí su acreditación. Si el acreedor no ha aportado con la solicitud el título de su crédito, que es presupuesto inexcusable para justificar su documentación, se le debe exigir que subsane el defecto. Y lo mismo cabe decir respecto a los defectos de capacidad o representación, si bien esta última puede considerarse siempre subsanable.
La cuestión es más compleja cuando los defectos que se puedan apreciar en la solicitud estén referidos a la acreditación del presupuesto objetivo del concurso: a la acreditación de la insolvencia. En el caso de concurso voluntario, no existe duda de que la falta de cualquiera de los documentos a los que se hace referencia en elart. 6, apartados 2, 3 y 4es subsanable (art. 14.2), igual que la omisión de los requisitos que se establecen en los apartados 1 y 5. Lo que nos parece más dudoso es si también debe considerarse subsanable es la falta de acreditación de la insolvencia del deudor en el supuesto del concurso necesario.
El legislador establece que en la solicitud se deben expresar los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente (art. 7.2). En el caso de que no se haya aportado ni ofrecido prueba alguna de la insolvencia, no se debe requerir al solicitante para que lo haga sino que lo procedente es no admitir a trámite la solicitud. Cuestión distinta es que no le pueda ser exigido por el juez al instante cualquier documento adicional dirigido a acreditar el presupuesto objetivo del concurso. La forma en la que se ha regulado el papel del juez en el concurso, con la acentuación de sus poderes de oficio, y la propia naturaleza de este proceso, en el que está presente de forma muy notable el interés público, suponen que no deba considerarse inadmisible que el juez pueda adoptar esas iniciativas ex officio.
Si considera el juez que no se han aportado con la solicitud todos los documentos necesarios o no se han cumplido los requisitos precisos, debe conceder un plazo de subsanación de cinco días, como máximo. El plazo puede ser inferior a los cinco días, si así lo considera oportuno el juez, si bien debe ser razonable y adecuado a la entidad del defecto a subsanar.
A pesar de lo taxativa que es la norma, no es razonable que se haga de ella una aplicación demasiado rigurosa, que no conduciría a otra cosa que a inadmitir la solicitud para provocar que de nuevo se reprodujera días más tarde. Por ello se debe ser flexible en la aplicación de esta norma.
La consecuencia de la falta de subsanación es, en principio, que no se admita a trámite la solicitud. No obstante, debe matizarse esa correlación. No todos los defectos que es conveniente solicitar que se subsanen o justifiquen antes de la admisión de la solicitud a trámite han de ser defectos cuya existencia provoque su inadmisión. El propioart. 6.5 LCes indicativo de ello: si no se puede acompañar alguno de los documentos de la solicitud o faltare en ellos alguno de los requisitos o datos exigidos, debe expresarse la causa que lo motiva. Pero no basta con que se indique la causa, sino que la misma debe ser razonable para que la falta de cumplimiento de un requisito o de la aportación de un documento pueda quedar debidamente justificada y no provoque la inadmisión de la solicitud.": AAP Baleares (Sección 5) 16.09.2008 (JUR 2009/94929; Auto 116/2008; Rollo 283/2008)

AP Girona

“TERCERO De la documentación acompañada con la solicitud de concurso, tanto respecto a la memoria sobre las causas del concurso, en que el recurrente se limita a exponer las causas que han llevado a esta insolvencia d a la sociedad de la que es socio, pero nada dice de las causas que a él personalmente y no a la sociedad le han llevado a esta situación de insolvencia (ingresos que disponía, bienes, causa de la pérdida de los mismos), como la lista de acreedores, en la que ha sido a través de este recurso en que la parte ha tratado de introducir aquella documentación que plasmaría de una manera más clara, que deudas son personales, cuales son de la sociedad y respecto de estas de cuales es fiador, si lo es único o con otro. Todos estos datos no aparecen en la solicitud formulada se limita a narrar las causas que han llevado a la sociedad a una situación de insolvencia pero no a las que han llevado al recurrente a esta situación Y teniendo en cuenta que elartº 2, párrafo 1º, 2º y 3º, de la Ley Concursal, que:
"1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.
2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.
3. Si la solicitud de declaración de concurso la presente el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente.
Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones". Y elartº 6 que:
"1. En el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente.
2. A la solicitud se acompañarán los documentos siguientes:
1º Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento apud acta.
2º La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial.
Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.
Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.
Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.
3º Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.
4º Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.
3. Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además:
1º Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoria correspondientes a los tres últimos ejercicios.
2º Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.
3º Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.
4º En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.
4. En el supuesto previsto en elartículo 142.1.1º deberá acompañarse propuesta de plan de liquidación.
5. Cuando no se acompañe alguno de los documentos mencionados en este artículo o faltara en ellos alguno de los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motivara".
Y elartº 14 dispone que:
"1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en elapartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.
2. si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada. Por otra parte, y siguiendo la mejor doctrina, conviene recalcar que es el Juez a quien corresponde examinar si concurren o no los requisitos y documentos a acompañar con la solicitud de concurso, e inadmitirla en caso negativo (los del art6º 6, 7 y 14).
Es evidente de lo expuesto anteriormente que la solicitud presentada no reúne los requisitos establecidos

legalmente adolece de incorrecciones y de deficiencias.
Elartículo 13.2 permite la subsanación de los defectos de la solicitud o de la documentación que la acompaña y establece un trámite para ello. La cuestión que cabe plantearse es hasta dónde alcanza la posibilidad de subsanación: qué defectos son subsanables y cuáles no.
En principio debe considerarse que todos los defectos de forma que se puedan observar en la solicitud sean subsanables. También tienen ese carácter los vicios que afectan a los presupuestos procesales, siempre que por su propio carácter sea posible la subsanación. Así, si bien no es subsanable el vicio relativo a la falta de competencia territorial o a la falta de jurisdicción, sí que lo sería cuando lo que se cuestiona es simplemente la acreditación de esos presupuestos.
Lo mismo cabe decir de la legitimación, particularmente de la activa, que es la que puede presentar mayores problemas. Su falta no es subsanable, pero sí su acreditación.
La cuestión es más compleja cuando los defectos que se puedan apreciar en la solicitud estén referidos a la acreditación del presupuesto objetivo del concurso: a la acreditación de la insolvencia. En el caso de concurso voluntario, no existe duda de que la falta de cualquiera de los documentos a los que se hace referencia en elart. 6, apartados 2, 3 y 4 es subsanable (art. 14.2), igual que la omisión de los requisitos que se establecen en los apartados 1 y 5.
El legislador establece que en la solicitud se deben expresar los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente (art. 7.2). En el caso de que no se haya aportado ni ofrecido prueba alguna de la insolvencia, no se debe requerir al solicitante para que lo haga sino que lo procedente es no admitir a trámite la solicitud. Cuestión distinta es que no le pueda ser exigido por el juez al instante cualquier documento adicional dirigido a acreditar el presupuesto objetivo del concurso. La forma en la que se ha regulado el papel del juez en el concurso, con la acentuación de sus poderes de oficio, y la propia naturaleza de este proceso, en el que está presente de forma muy notable el interés público, suponen que no deba considerarse inadmisible que el juez pueda adoptar esas iniciativas ex officio.
Si considera el juez que no se han aportado con la solicitud todos los documentos necesarios o no se han cumplido los requisitos precisos, debe conceder un plazo de subsanación de cinco días, como máximo. El plazo puede ser inferior a los cinco días, si así lo considera oportuno el juez, si bien debe ser razonable y adecuado a la entidad del defecto a subsanar.
La consecuencia de la falta de subsanación es, en principio, que no se admita a trámite la solicitud.
Atendiendo a la normativa y a lo expuesto anteriormente el auto deberá de ser revocado, pero no en el sentido de admitir de plano la solicitud de concurso voluntario como pretende el recurrente sino en el sentido de que el Juez deberá de conceder un plazo de cinco días al recurrente para presentar en forma la solicitud, respecto a la memoria explicativa, así como respecto a la lista de acreedores e inventario de bienes y derechos adecuándola a lo establecido en la normativa anteriormente establecida y de no subsanarlo en el plazo señalado o estimando el Juez de lo Mercantil que no concurre los requisitos después de subsanados los defectos, deberá inadmitirla a trámite, bien porque no se han aportado todos los documentos precisos ni se justifique su ausencia o bien porque no se hayan acreditado los presupuestos objetivos de la solicitud. Todo lo anteriormente resuelto conlleva a la estimación parcial del recurso.": AAP Girona 09.07.2009 (Auto 200/2009; Rollo 236/2009)

"Elartículo 13.2 permite la subsanación de los defectos de la solicitud o de la documentación que la acompaña y establece un trámite para ello. La cuestión que cabe plantearse es hasta dónde alcanza la posibilidad de subsanación: qué defectos son subsanables y cuáles no.
En principio debe considerarse que todos los defectos de forma que se puedan observar en la solicitud sean subsanables. También tienen ese carácter los vicios que afectan a los presupuestos procesales, siempre que por su propio carácter sea posible la subsanación. Así, si bien no es subsanable el vicio relativo a la falta de competencia territorial o a la falta de jurisdicción, sí que lo sería cuando lo que se cuestiona es simplemente la acreditación de esos presupuestos.
Lo mismo cabe decir de la legitimación, particularmente de la activa, que es la que puede presentar mayores problemas. Su falta no es subsanable, pero sí su acreditación.
La cuestión es más compleja cuando los defectos que se puedan apreciar en la solicitud estén referidos a la acreditación del presupuesto objetivo del concurso: a la acreditación de la insolvencia. En el caso de concurso voluntario, no existe duda de que la falta de cualquiera de los documentos a los que se hace referencia en elart. 6, apartados 2, 3 y 4 es subsanable (art. 14.2), igual que la omisión de los requisitos que se establecen en los apartados 1 y 5.
El legislador establece que en la solicitud se deben expresar los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente (art. 7.2). En el caso de que no se haya aportado ni ofrecido prueba alguna de la insolvencia, no se debe requerir al solicitante para que lo haga sino que lo procedente es no admitir a trámite la solicitud. Cuestión distinta es que no le pueda ser exigido por el juez al instante cualquier documento adicional dirigido a acreditar el presupuesto objetivo del concurso. La forma en la que se ha regulado el papel del juez en el concurso, con la acentuación de sus poderes de oficio, y la propia naturaleza de este proceso, en el que está presente de forma muy notable el interés público, suponen que no deba considerarse inadmisible que el juez pueda adoptar esas iniciativas ex officio.
Si considera el juez que no se han aportado con la solicitud todos los documentos necesarios o no se han cumplido los requisitos precisos, debe conceder un plazo de subsanación de cinco días, como máximo. El plazo puede ser inferior a los cinco días, si así lo considera oportuno el juez, si bien debe ser razonable y adecuado a la entidad del defecto a subsanar.
La consecuencia de la falta de subsanación es, en principio, que no se admita a trámite la solicitud. "

Lo anteriormente resuelto es de plena aplicación al supuesto de autos. Se constata que respecto a la memoria, el instante del concurso se limita a exponer las causas que han llevado a esta insolvencia a la sociedad de la que es socio, pero nada dice de las causas que a él personalmente y no a la sociedad le han llevado a esta situación de insolvencia (ingresos de que disponía, bienes, cuentas corrientes, etc y causa de la pérdida de los mismos) así como la lista de acreedores presentada, en la que ha sido a través de este recurso en que la parte ha tratado de introducir aquella documentación, de la que podría extraerse de una manera más evidente aquellas deudas que son de la sociedad y de las que el recurrente responde de forma solidaria solo o con terceros y aquellas que son personales suyas y aquellas. Todos estos datos no aparecen en la solicitud formulada se limita la misma, como se ha referido anteriormente, a narrar las causas que han llevado a la sociedad a una situación de insolvencia pero no a las que han llevado al recurrente a esta situación.
En atención a lo expuesto y como ya se dijo en el auto de referencia, atendiendo a la normativa y a lo expuesto anteriormente el auto deberá de ser revocado, pero no en el sentido de admitir de plano la solicitud de concurso voluntario como pretende el recurrente sino en el sentido de que el Juez deberá de conceder un plazo de cinco días al recurrente para presentar en forma la solicitud, respecto a la memoria explicativa, así como respecto a la lista de acreedores e inventario de bienes y derechos adecuándola a lo establecido en la normativa anteriormente establecida y de no subsanarlo en el plazo señalado o estimando el Juez de lo Mercantil que no concurre los requisitos después de subsanados los defectos, deberá inadmitirla a trámite, bien porque no se han aportado todos los documentos precisos ni se justifique su ausencia o bien porque no se hayan acreditado los presupuestos objetivos de la solicitud. Todo lo anteriormente resuelto conlleva a la estimación parcial del recurso.”: AAP Girona 21.07.2009 (JUR 2009/417226; Auto 207/2009; Rollo 319/2009)

JM-1 Málaga

“PRIMERO Elartículo 6.5 LC, para la solicitud de concurso voluntario, recoge que "cuando no se acompañe alguno de los documentos mencionados en este artículo o faltara en ellos alguno de los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motivara". Por su parte elartículo 7 LC, para el supuesto de concurso a instancia de acreedor o cualquier otro legitimado, recoge, de forma diferenciada, los requisitos de dicha solicitud, distinguiendo: (1) Si se trata de acreedor este deberá expresar en su solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición, vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo. (2) Si se trata de cualquier otro legitimado, diferente al acreedor, deberá expresar en la solicitud el carácter en la que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla. (3) En ambos casos será necesario expresar en la solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente, sin que la prueba testifical sea bastante por sí sola.
Encuadrar dichos preceptos en el marco de losartículos 13 y 14 de la Ley Concursalha venido configurándose de forma laxa y en interpretación amplia por los diferentes tribunales, aunque es evidente que debemos configurarlos como un todo, en interpretación sistemática para poder comprender cual es el alcance de la posible subsanación que pudiera derivarse de la falta de cumplimiento de dichos requisitos, exigencias y documentos.
Elartículo 13.1 LCseñala que el juez examinará, en el perentorio plazo del mismo día en que se presente o, de no ser posible, en el siguiente al de su reparto, la solicitud de concurso y si la estimara completa, proveerá sobre la misma en función de que dicha solicitud sea voluntaria o necesaria con remisión a los dos siguientes preceptos. Este artículo no distingue sino que se refiere tanto a la solicitud del deudor como a la de cualquier otro legitimado. El apartado segundo de dicho precepto nos señala que "si el juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto, señalará al solicitante un plazo de justificación o subsanación, que no podrá exceder de cinco días." La consecuencia es que si se justifica o subsana dentro de plazo se proveerá conforme se ha dicho; en su defecto se dictará auto de inadmisión a trámite de la citada solicitud.
Elartículo 14.2, cuando se refiere a la provisión sobre la solicitud del deudor, recoge que "si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada." Nuevamente la consecuencia de una falta de "complementación" será la inadmisión y de igual forma la insuficiencia de la complementación realizada tras ese requerimiento.
Se exige por tanto al juez el análisis de aspectos formales y materiales, en cuanto a la documental presentada, a su contenido y a la valoración de lo recogido en ellos en referencia a la insolvencia alegada pasando, como ha señalado la doctrina, a un régimen de control diferente al carácter confesorio y automático de declaración de insolvencia que existía con la normativa anterior. Este segundo plazo de complementación no está previsto para el régimen de la solicitud de cualquier otro legitimado distinto del deudor que quedará sujeto a lo previsto en elartículo 13 LCy por tanto al único supuesto de "justificación o subsanación" en el plazo de cinco días.
La doctrina ha venido refiriendo esa justificación o subsanación en la aportación de la documental que exigen losartículos 6 y 7 de la LC.
Elartículo 13.1 LCseñala - como hemos visto- que si el juez estima completa la solicitud proveerá conforme a losartículos 14 o 15. Se refiere el precepto sólo a la "solicitud de concurso" y no a la documental que la acompaña. Elartículo 13.2 LCse refiere, sin embargo, tanto a la solicitud como a la documentación que la acompañan, para entender que si una u otra (o ambas) no estuvieran completas dará un plazo de justificación o subsanación no superior a cinco días. Ahora bien, en este supuesto se refiere la norma a " defectos" en la solicitud o en la documental que la acompaña y no en cuanto a defectos por no acompañar alguna documental

de las que obligatoriamente deban unirse conforme a lo que refieren losartículos 6 y 7 de la LC. No es que el juez analice que falte la solicitud o documental sino que el juez analiza o debe analizar si la solicitud o documental acompañada adolecen de algún defecto, en cuyo caso podrá conceder dicho plazo. Existe, como hemos visto, la obligación de acompañar una documentación concreta y la obligación del deudor, en particular, de justificar en su caso la causa que motiva que en la solicitud o en alguno de los documentos mencionados en elartículo 6, no se recogen alguno de los requisitos o datos exigidos o que no se acompaña alguno de los documentos mencionados. Respecto de cualquier otro legitimado se recoge la necesidad de reflejar determinados datos y acompañar el documento acreditativo de la deuda en el caso del acreedor y la prueba de que intenten valerse con proposición de la misma de forma imperativa.
Al analizar la solicitud o documentación que necesariamente han de acompañarse el juez analizará la misma y si la estima completa dará curso a aquella; en caso contrario el análisis sólo puede referirse a los defectos en dicha solicitud o en dicha documental y no a los defectos de falta de solicitud o de falta de documental. Este mismo análisis, al respecto de la insolvencia que se pretende, deberá hacerse en cuanto sea insuficiente, la documental presentada, para valorar la misma, en cuyo caso el precepto señala que se "complementará" y no que se "complete" dicha documental. La diferencia es esencial porque en el primer caso supone "dar complemento a algo" que ya existe o debe existir, mientras que el segundo es "añadir algo que falta".
El defecto supone la inexactitud, la falta de algo que en particular lo es de algún requisito. En relación a ello elartículo 6.5 LCseñala que dichos defectos lo son de "requisitos o datos exigidos" pero se refiere sólo a los documentos mencionados en el mismo. Por ello podemos entender que elartículo 13.2 LCmodula los supuestos entendiendo que: (1) Debe existir solicitud aunque es posible que en ella exista algún defecto considerado como falta de requisitos o datos exigidos. (2) Debe presentarse la documental o justificar porqué no se presenta pero es posible que en ellos, en los presentados, exista algún defecto entendido como falta de requisitos o datos exigidos para los mismos conforme a sus respectivas normativas e incluso que sean incompletos. En este caso y para el supuesto de no haberse justificado el porqué no se presentan podríamos entender que el defecto no es de falta de presentación de documentación sino de incumplimiento de un requisito como es el recoger en la solicitud la falta de mención de la causa que motiva el no haberse presentado. Sin embargo no es razón de no presentación de determinada documental cuando viene exigida por el losartículos 6 o 7 LC y su no presentación sigue siendo causa de inadmisión. (3) A ello se une la posibilidad de exigir complementar la documental que necesariamente debe haberse presentado o justificado en cuanto a su no presentación, a los efectos de la valoración para la declaración de insolvencia.
Teniendo en cuenta lo anterior en el escrito de solicitud se exige (6.1 LC) que el deudor exprese si su estado de insolvencia es actual o si se prevé como inminente debiendo, asimismo, hacer referencia a quien lo presenta, su representación y defensa, legitimación, presupuestos subjetivos y objetivos y competencia del juez ante el que se presenta. De no ser así podrá entenderse que existe un defecto en la solicitud que debe subsanarse. Más difícil resultará la justificación en estos supuestos pues la falta de alguno de ellos impide entrar a valorar aspectos esenciales para la declaración del concurso. De igual forma para el acreedor la solicitud debe expresar el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual de su crédito, significando que de no hacerlo podrá ser subsanado. Los demás legitimados deberán expresar en su solicitud el carácter en que la formulan. En estos dos supuestos deberán además recogerse en la solicitud la prueba con que se pretendan valer; en caso de no hacerse es más difícil acudir a una subsanación en tanto el material fáctico que se pretenda aportar o la prueba que se pretenda parte del principio " da mihi factum dabo tibi ius" configurándose como una potestad de la parte no sustituible por motivación o impulso judicial.
Partiendo, en segundo lugar, de la exigencia de presentar la documental a que se refieren losartículos 6 y 7 LCy sin perjuicio de la complementación a la misma que pudiera solicitarse por la vía delartículo 14.2 LC (a los meros efectos de la acreditación de la insolvencia que debe haber sido alegada), la falta de la misma no dará lugar a la subsanación o justificación sino a la inadmisión, directa, de la solicitud de declaración de concurso.
En el caso de concurso del deudor la documental debe presentarse pero es el defecto o en la misma el que debe justificarse o subsanarse. Así:
Conllevará la inadmisión cuando en la documental presentada no se aporte poder o no se solicite apud acta; en estos casos la aportación de un poder general y no especial debe entenderse como no aportación del poder y por lo tanto conllevará la inadmisión dado que el régimen del poder especial conlleva determinadas facultades (art. 25 LEC) que no se recogen en el general y por ello no existe una solicitud con documental completa; cuando no se aporte la memoria; cuando no se aporte el inventario de bienes y derechos o la relación de acreedores; cuando no se aporten los documentos contables exigidos en elartículo 6.3 LC; cuando no se aporte plan de liquidación en el supuesto en que se solicite esta. Esta falta de aportación deberá asimilarse a una aportación inidónea en tanto en cuanto, por ejemplo, se presente algo titulado como memoria pero por ejemplo no lo sea (presentar por ejemplo la memoria de las cuentas anuales como tal memoria) o se presente un plan de liquidación que en realidad no lo sea.
2. Conllevará subsanación o justificación, según los casos, cuando los documentos referidos anteriormente no contengan todos y cada uno de los datos que exige el precepto; cuando exista algún error en los mismos o se hubieran presentado de forma ilegible o incomprensible. Y subsanado o justificado, según los casos, conllevará la inadmisión si esta no se realiza sustancialmente idónea. Así por ejemplo en el supuesto de presentar, por subsanación, una propuesta sobre viabilidad patrimonial incompleta o falta de contenido.
En el supuesto de solicitud de acreedor la situación es sustancialmente idéntica por cuanto la misma deberá recoger todos los datos que exige elartículo 7, aunque el régimen del poder es diferente, pues al no exigirse poder especial, la falta de poder se sujetará a las reglas de la LEC pudiendo subsanarse. La falta de presentación de documental conlleva la misma inadmisión que lo anteriormente.
En el caso de solicitud de cualquier otro legitimado la falta de acompañamiento del documento que acredite su

legitimación o de propuesta de prueba para acreditarla conllevará la inadmisión.
La cuestión no es baladí puesto que el juez no puede convertirse en revisor de la documental que se exige con carácter necesario por los preceptos citados. El cambio referido del carácter confesorio anterior a la Ley Concursal y la automaticidad en la declaración de quiebra al nuevo de control judicial debe partir de una aportación de material fáctico que no puede ser suplido por el juzgador en cuanto revisor de su existencia sino de los contenidos de estos para poder valorar la situación de insolvencia, cuestión trascendental para dar lugar al procedimiento. El juzgador utiliza dicho material fáctico para valorar la situación de insolvencia y sólo cuando falten los requisitos necesarios de contenido, en función de lo señalado anteriormente, y estos sean trascendentales para dicha valoración, deberá procederse conforme a losartículos 14 o 15, según los casos.
SEGUNDO En el presente procedimiento, aparte de algunos defectos subsanables como la falta de sumas de activos y pasivos existen cuestiones insubsanables, conforme a lo dicho como son la no presentación de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios y los documentos a que se refiere elartículo 6.3 LC (en su lugar aparecen documentos impresosy privados del sistema informático del solicitante) y se presenta una propuesta de liquidación inócua (6.5 LC) que en realidad no recoge propuesta alguna sino manifestación de liquidación.”: AJM-1 Málaga 25.02.2009 (JUR 2009/237512)

1. Admisión

1.1 Concurso voluntario

1.1.1 Interpretación flexible y no formalista de los requisitos documentales

AP Barcelona

“Fundamentos de derecho.— I. El auto apelado, confirmando el anterior dic-tado el 27 de febrero de 2007, inadmitió la solicitud de concurso voluntario que for-muló la sociedad Instalaciones de Aislamientos Térmicos SL, ahora apelante, por no estimar subsanadas, en el plazo que al efecto se le concedió, ciertas omisiones o carencias de que, en el criterio judicial, adolecía la documentación presentada por la solicitante de conformidad con el art. 6 LC, concretamente porque no se incluía la relción de acreedores por orden alfabético ni la expresión del vencimiento de los créditos, y por falta de concreción suficiente en la descripción de los bienes inte-grantes del inventario.
II. El criterio adoptado por el magistrado mercantil a la hora de permitir el acceso al concurso voluntario resulta innecesariamente riguroso y en apariencia condicionado exclusivamente por el mero formalismo en la exigencia documen-tal, que no es un fin en sí misma sino que está al servicio de una finalidad sus-tantiva, cual es la de justificar el presupuesto objetivo del concurso y proporcio-nar la información económica y patrimonial adecuada para permitir que la administración concursal pueda cumplir, conforme a la Ley Concursal, sus fun-ciones esenciales.
La documentación exigida por el art. 6 LC ha sido efectivamente aportada y no puede decirse que su contenido adolezca de omisiones o carencias de tal entidad que impida a la administración concursal desarrollar su cometido, teniendo en cuenta, de un lado, que ciertas deficiencias iniciales pueden ser subsanadas una vez declarado el concurso, pues la concursada está obligada a aportar o completar cuanta información le sea requerida (art. 42 LC), y de otro, que no todo defecto o deficiencia puede motivar la inadmisión del concurso voluntario desde el momento en que ciertas carencias o irregularidades se configuran como el supuesto de hecho de la calificación de concurso culpable.
Respecto de las concretas deficiencias a que alude el auto apelado se advierte que:
a) La relación alfabética de acreedores, con expresión de su respectivo domicilio, fue aportada como documento 15 bis de la inicial solicitud (f. 138-139).
b) Si bien no se hace constar la fecha de vencimiento de los créditos, se trata de un defecto que no impide apreciar la situación de insolvencia y es subsanable en el propio proceso. Además, los acreedores deberán aportar sus títulos de crédito y la documentación justificativa o pertinente en la forma y plazos que establece la Ley, y la administración concursal deberá verificarla para llevar a cabo el reconoci-miento y calificación correspondiente, todo ello sin perjuicio de la información que al respecto está obligada a suministrar la deudora.
c) El inventario aparece suficientemente detallado a partir del documento complementario de subsanación aportado por la solicitante (f. 272), con expresión de los valores asignados (por el deudor) a cada bien, fecha de adquisición y ubicación, y tabla de correcciones valorativas.
Procede por ello revocar la resolución recurrida y en su lugar acordar que la solicitud de concurso sea proveida en la forma y sentido que previene el art. 14.1 LC.”: AAP Barcelona (Sección 15) 25.09.2007 (Rollo 342/2007)

“PRIMERO. El auto apelado inadmitió la solicitud de concurso voluntario que formularon, como personas físicas, los cónyuges Francisco y Gracia, por no haberse subsanado en el plazo otorgado a tal efecto las deficiencias que el Juzgado detectó (esencialmente, a tenor de la fundamentación del auto apelado), en el inventario de bienes.
SEGUNDO. Conforme al art. 6 de la Ley Concursal, al escrito de solicitud de declaración de concurso el deudor deberá acompañar, entre otros documentos, un inventario de bienes y derechos con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentran, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor actual, así como los gravámenes y cargas que les afecten, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación. También, indica el mismo precepto,

deberá acompañarse, en documento separado de la solicitud, una memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor y de su actividad; y una relación de acreedores por orden alfabético con expresión de su identidad y de la cuantía y el vencimiento de sus créditos.
El art. 13.2 LC indica que si el Juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto, concederá al solicitante un plazo de justificación o subsanación, y, justificado o subsanado dentro del plazo, el Juez proveerá conforme a los arts. 14 o 15 (según se trate de solicitud que procede del deudor o de otro legitimado), admitiéndola a trámite, en caso de solicitud del propio deudor, si de la documentación aportada resulta la existencia del presupueto objetivo del concurso, que es, como es conocido, la situación de insolvencia del deudor (art. 2 LC). En otro caso, si considera que la solicitud o documentación adolecen de algún defecto y éste no ha sido subsanado o justificado, dictará auto declarando no haber lugar a la admisión de la solicitud, que es lo que ha ocurrido en el presente supuesto.
En cualquier caso, hay que destacar la previsión del art. 14 LC, que orienta al Juez, cuando la solicitud ha sido presentada por el propio deudor, hacia el examen de "la documentación aportada apreciada en su conjunto" para juzgar sobre la existencia de alguno de los hechos reveladores de la insolvencia conforme al art. 4 LC, como criterio fundamental para la admisión a trámite de la solicitud y la consiguiente declaración de concurso.
Por ello, hemos indicado en otras resoluciones que lo relevante, en caso de solicitud de concurso voluntario, es la apreciación en conjunto de dicha documentación, que obviamente comprende la propia solicitud, en orden a determinar si se ha justificado la insolvencia, de lo que se deriva que el factor relevante a la hora de proveer la solicitud es la justificación del presupuesto objetivo, y éste puede ser apreciado incluso en ausencia de contabilidad (como así resulta de los arts. 164.2.1 y 165.3º LC, que prevén como causa de calificación culpable del concurso, respectivamente, el incumplimiento del deber de llevanza de contabilidad y el de formular las cuentas anuales, así como -art. 165.2º - el incumplimiento del deber de colaboración por no facilitar el deudor la información necesaria o conveniente para el interés del concurso), lo que presupone que pese a tales carencias la solicitud de concurso ha de ser admitida a trámite.
Es decir, a la hora de admitir a trámite la solicitud de concurso y de proceder a su declaración, la Ley no ha querido ser rigurosa, sino que ha primado el interés de la masa de acreedores a concurrir en un procedimiento universal que impone la comunidad de pérdidas pese a la insuficiencia inicial de documentación relativa a la masa activa y pasiva, antes que impedir el acceso al procedimiento concursal, el cual, concurriendo el presupuesto objetivo, ha de estimarase la solución más beneficiosa para todos los implicados, acreedores y deudor.
Esa insuficiencia documental podrá ser suplida, una vez declarado el concurso, con la obligatoria colaboración del deudor, el trámite de comunicación de créditos que se impone a todos los acreedores y la labor de los administradores concursales.
TERCERO. Ante la deficiencias inicialmente observadas por el Sr. Magistrado, que dieron lugar a una providencia que brindaba un plazo para su subsanación, lo cierto es que los solicitantes no ofrecieron una satisfacción formal, ya que no aportaron, como requería el Juzgado, en documento separado, la citada memoria, la relación de acreedores y el inventario de bienes con los datos exigidos legalmente.
No obstante, en el escrito de solicitud se hacían constar los datos suficientes, por lo menos inicialmente, para que la administración concursal pueda confeccionar, tras recabar los pormenores pertinentes, el informe y documentación adjunta exigida por la Ley. Así lo estimamos porque en ese escrito inicial se incluía una "memoria", o por lo menos una aproximación a ella, con el contenido que prevé el art. 6.2.2º LC, explicando la actividad de los deudores; una relación de acreedores con expresión de su identidad y del origen y estado actual de la deudas o créditos; una explicación de la situación de la empresa creada por el Sr. Francisco; una valoración del activo y otra del pasivo; y con la solicitud se acompañaba la documentación relativa a la nómina del Sr. Francisco, a las deudas frente a la Agencia Tributaria, la TGSS y a las entidades bancarias, incluyendo la deuda generada por el préstamo hipotecario que grava la vivienda propiedad de los solicitantes, así como fotocopias de los respectivos DNI, todo lo cual permite entender cumplimentado el contexto documental que exige, ab initio, el art. 6 LC, en necesaria interpretación flexible alejada de un rigor innecesario que puede dificultar el acceso a la solución concursal del deudor persona física.
Creemos que, por todo ello, procedía la admisión a trámite de la solicitud de concurso.": AAP Barcelona (Sección 15) 15.03.2010 (Rollo 386/2009)

1.1.2 Basta expresar la causa de la falta de aportación de la contabilidad

AP Barcelona

"PRIMERO Elauto apelado, confirmando el anterior dictado el 6 de marzo de 2008, inadmitió la solicitud de concurso voluntario que formuló INDESTAMP S.A. por no haberse subsanado, en el plazo otorgado a tal efecto, la omisión relativa a la aportación de la documentación contable de la sociedad, concretada en las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios, conforme exige elart. 6.3.1 de la Ley Concursal. La solicitante, que apela la decisión judicial, ya había anunciado en su escrito de petición inicial que la documentación contable de la sociedad había sido sustraída, manifestando así mismo en escrito posterior la imposibilidad de aportar las cuentas anuales dado que la sociedad no mantiene actividad desde hace años.
SEGUNDO Elart. 13.2 LC indica que si el Juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto, concederá al solicitante un plazo de justificación o subsanación, y justificado o subsanado dentro del plazo, el Juez proveerá conforme a losarts. 14 o 15 (según se trate de solicitud que procede del deudor o de otro legitimado), y en otro caso dictará auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud. Pero de tal previsión legal, interpretada conjuntamente con el resto de las normas que regulan el

procedimiento, no se deriva necesariamente que la ausencia de la documentación contable requerida por elart. 6.3 LChaya de provocar el efecto de inadmisión, negando el acceso al procedimiento concursal cuando se dan los presupuestos objetivos del concurso. Así, elart. 6.5 LCcontempla el supuesto de que no se acompañe con la solicitud alguno de los documentos mencionados en dicho precepto, en cuyo caso el deudor deberá indicar la causa que lo motive (en este caso la afirmada sustracción, o quizá simplemente la inexistencia de la contabilidad), sin establecer la norma consecuencia alguna; y conforme alart. 14 LCel Juez, para proveer sobre la solicitud del deudor, deberá apreciar en su conjunto la documentación aportada a los efectos de determinar si se ha justificado la insolvencia del deudor, de lo que se deriva que el factor relevante a la hora de proveer la solicitud es la justificación del presupuesto objetivo, que puede ser apreciado en ausencia de contabilidad. Confirma finalmente que la solicitud puede y debe ser proveída conforme alart. 14 LC, aún sin aportar el deudor la documentación contable a que se refiere elart. 6.3 LC, el contenido de losarts. 164.2.1 y 165.3º LC, que prevén como causa de calificación culpable del concurso, respectivamente, el incumplimiento del deber de llevanza de contabilidad y el de formular las cuentas anuales, así como (art. 165.2º) el incumplimiento del deber de colaboración por no facilitar el deudor la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, lo que presupone que pese a tales carencias contables la solicitud de concurso ha de ser admitida a trámite.": AAP Barcelona (Sección 15) 13.01.2009 (AC 2009/559; Auto 3/2009; Rollo 500/2008)

1.1.3 Aunque la solicitud no se presente estructurada según la numeración legal

AP Las Palmas

"PRIMERO Es objeto de recurso de apelación elAuto de fecha 26 de febrero de 2.009, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra elAuto de fecha 12 de diciembre de 2.008, por el que se acordó inadmitir a trámite la solicitud de concurso, presentada por la mercantil LUIS LEÓN ROMERO, S.L, por no haber subsanado la falta de presentación de la documentación exigible, de conformidad con lo dispuesto en elart. 13-2-2 de la Ley Concursal.
SEGUNDO En el caso de autos, el deudor ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley concursal ha establecido para la admisión a trámite de la solicitud de concurso, si bien es cierto que no se ha seguido una estructuración ordenada con arreglo a la numeración que aparece en el art. 6 de la Ley, lo cual no es decisivo, ya que se aportó el poder especial a Procuradores (folio 205 y ss), la escritura de constitución de la sociedad (f. 184 y 26), inventario de bienes y derechos con las cuentas corrientes con el saldo, la tesorería, créditos contra terceros y relación de deudores e inexistencia de reclamaciones (folio 33), relación de trabajadores de alta (folio 203), acuerdo de la Junta General para instar el concurso (folio 190), relación de acreedores e inexistencia de reclamaciones judiciales (folios 202 y 33), memoria (doc. nº 3), inventario de bienes y derechos, relación de acreedores y cuentas anuales (folio 202 y 70 y siguientes), de los ejercicios 2.004, 2.005 y 2.006 (folios 84 y siguientes), el Balance de Situación a 31 de diciembre de 2.007, año en que cesó su actividad (folio 78 y siguientes), Estado contable provisional a 30 de abril de 2.008 (folio 81 y siguientes), la Propuesta de Liquidación (folios 97 a 99,art. 6-5 L.C), formulando sus cuentas anuales con carácter abreviado, por lo que no está obligada la sociedad a elaborar un informe de gestión ni tampoco a auditar sus cuentas anuales, habiéndose aportado asimismo la justificación de su insolvencia actual, a los efectos de la admisión a trámite de la solicitud de concurso, que le impide cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, pues el Balance cerrado a 31 de diciembre de 2.007 refleja un Pasivo exigible total Próximo a los 960.000, euros, de los cuales casi todo es Pasivo Exigible a corto (aprox. 880.000, euros), con Fondos Propios, en negativo, -800.000,? aproximadamente, al constar pérdidas en todos los ejercicios, los últimos ocho ejercicios, que ascienden a un total de 960.000 ?, aprox., y un Activo Inmovilizado (maquinaria y mobiliario, sobre todo), por un importe aprox. de 140.000,? y sólo 3.000, ? aprox. en Tesorería, dentro del Activo Circulante pues el resto son Deudores. Redondeando las cifras el esquema básico sería el siguiente:
* Pasivo Exigible Total 960.000,- (casi todo a corto)
* Fondos Propios - -800.000,- -------- Pérdidas ---------- -960.000
-------- Capital Suscrito ---------- 160.000,
* Pasivo TOTAL - 160.000.- ----------
* Activo Inmovilizado 140.000,-
* Activo circulante 20.000.- ------- Sólo 3.000,- Tesorería
* Activo TOTAL.....160.000,-
Aunque lo único que no consta aportado es la tasa judicial, reiteradamente ha declarado esta Sala que no constituye causa de inadmisión a trámite de la demanda (por todos,Auto de 11 de julio de 2.008, dictado en el Rollo 151/08 y Auto de 8 de mayo de 2.009, dictado en el Rollo 734/08), de manera que, teniendo en cuenta que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimiento formales y materiales que laLey ha establecido a ese efecto, tal y como ha declarado esta Sección Cuarta en elAuto de fecha 17 de septiembre de 2.009, dictado en el Rollo 366/2.009, procede estimar el recurso en aras asimismo del principio de economía procesal, evitando la necesidad de presentación de una solicitud ulterior, esta vez con una sistematización ordenada.
TERCERO De lo argumentado se deduce la estimación del recurso, la revocación delauto de fecha 26 de febrero de 2.009, el cual se deja sin efecto, admitiéndose a tramite la solicitud, ordenándose la continuación del presente concurso por los trámites de losarts. 13 y siguientes, sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas en esta alzada": AAP Las Palmas (sección 4) 10.11.2009 (JUR 2010/78188; Auto 257/2009; Rollo 470/2009)

2. No admisión de la solicitud de concurso voluntario por no subsanación de la falta o defectos en la documentación

2.1 Inventario y lista de acreedores: inexcusabilidad

"Fundamentos de derecho.—I. A través del presente recurso de apelación se im-pugna la desestimación de una solicitud de concurso voluntario porque la instante del concurso, después de haber sido requerida para ello, dejó de aportar la lista de acree-dores y el inventario. El juez del concurso consideró que estos documentos eran esen-ciales para conocer la verdadera situación del deudor instante del concurso.
En su recurso de apelación, el instante del concurso argumenta que no pudo aportar esa documentación debido a la enfermedad de su letrado.
II. La documentación que el deudor instante del concurso debe aportar con su solicitud (art. 6.2 y 3 LC) debe permitir, entre otras finalidades, comprobar si el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente para pedir el concurso, ade-más de facilitar la formación de las masas activa y pasiva del concurso. La sociedad «G., S.L.», al instar el concurso omitió la aportación de, entre otros documentos, el inven-tario y la lista de acreedores. A pesar de ser requerido para ello, dejó de aportar, en el tiempo concedido para ello, estos dos documentos, sin que adujera entonces ninguna ra-zón que justificara la imposibilidad de hacerlo. Fue a posteriori, cuando el juez del con-curso decidió desestimar la solicitud, cuando adujo como razón justificativa del incum-plimiento íntegro del requerimiento, que el letrado se encontraba enfermo.
Es cierto que no toda omisión de la documentación que el art. 6 LC prescribe debe ser aportada con la solicitud, debe dar lugar necesariamente a la desestimación de la solicitud de concurso voluntario, sino tan sólo aquella que sea relevante para acreditar la competencia del juzgado ante el que se presenta, la legitimación del instante del con-curso, el presupuesto subjetivo y la situación de insolvencia, actual o inminente. En este caso, a pesar del requerimiento realizado por el juzgado, el deudor dejó de apor-tar el inventario y la lista de acreedores. La Sala comparte el criterio del juez mer-cantil, al considerar esencial la aportación del inventario y de la lista de acreedores pa-ra que pueda estimarse la solicitud de concurso voluntario, pues estos dos documentos contribuyen a conocer si se cumple el presupuesto objetivo, esto es, si el deudor instante del concurso se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente, además de ayudar a formar las masas activa y pasiva del concurso. Razón por la cual, el auto de 25 de marzo de 2009 desestimó correctamente la solicitud de concurso.
No puede ser excusa para incumplir el deber de aportar el inventario y la lista de acreedores que el letrado del deudor estuviera enfermo, porque esos documentos de-bían haber sido ya aportados con la solicitud inicial, de tal forma que su no aportación entonces denota una grave negligencia por el letrado que presentó el concurso. Ya es excepcional que el juzgado tuviera que requerir estos dos documentos al tiempo de proveer la solicitud de concurso voluntario, pero lo que realmente es asombroso es que al cumplimentar ese requerimiento no sólo no se aportaran sino que ni siquiera se justificara la imposibilidad de hacerlo. La justificación dada de la enfermedad del le-trado se aduce más tarde, cuando el juzgado desestima la solicitud de concurso, y ade-más de no constituir una excusa para el incumplimiento del deber de aportar la docu-mentación exigida por el art. 6 LC, es extemporánea.
En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto recurrido.": AAP Barcelona (Sección 15) 09.12.2009 (Rollo 307/2009; RJC 116)

2.1 No se aporta ninguno de los documentos del art. 6 ni se intenta suplir su falta

"PRIMERO Establece el artículo 13.2 de la Ley Concursal que si el solicitante de un concurso no justificase o subsanase los defectos apreciados en la solicitud dentro del plazo judicialmente señalado, se dictará auto declarando no haber lugar a la admisión de la solicitud.
En el presente caso se requirió a la solicitante por Providencia de fecha veinticinco de noviembre de 2004 para que en el plazo de cinco días subsanase los defectos apreciados en la documentación aportada con su solicitud. En concreto, la falta de la aportación de la documentación establecida en el artículo 6 de la Ley Concursal, donde se recogen los documentos a acompañar con la solicitud de concurso voluntario.
A tal efecto, la solicitante presentó escrito en el que realizaba alegaciones con las que trataba de justificar la falta de la referida presentación.
SEGUNDO Si bien es cierto que el apartado 5 del artículo 6 de la Ley Concursal prevé la falta de presentación de la documentación recogida en apartado 2 del mismo precepto, exigiendo, en tal caso, que el deudor exprese en la solicitud la causa que lo motive, dicha posibilidad ha de ser interpretada prudencialmente. En efecto, tal previsión debe analizarse coordinadamente con la necesaria justificación documental de la situación de insolvencia, especialmente en un supuesto como el que nos ocupa, por tratarse de un concurso de carácter voluntario, en el que sin contradicción y sobre la base de la documentación aportada por el propio deudor, se ha de realizar un juicio, no provisional, sino de carácter definitivo, sobre la situación de solvencia o no del solicitante. Téngase en cuenta que la finalidad de la exigencia de aportar esta documentación y de la necesaria subsanación prevista en el artículo 13, se colige del artículo 14, donde al ocuparse de la provisión de la solicitud de concurso voluntario, establece que se dictará auto declarando el concurso cuando de la que

de la documentación aportada, valorada en su conjunto, resulte que el deudor se encuentra en situación de insolvencia, que se concreta en alguno de los hechos previstos en el apartado cuatro del artículo 2 o en otros que lo acrediten.
Conciliar ambas exigencias impide que sin base documental alguna acreditativa de la situación patrimonial del solicitante se pueda no ya declara el concurso sino, con carácter previo, admitir a trámite la propia solicitud, puesto que, concluir lo contrario, permitiría abrir el procedimiento concursal, que no tiene regreso, sin conocimiento de la situación patrimonial del solicitante por falta de acreditación documental de la misma, con el riesgo de que posteriormente conste en autos ésta, cuando no haya posibilidad de modificar la declaración de concurso, y se aprecie que no se encuentra en situación de insolvencia.
Sentado lo anterior, ha de partirse de que junto a la situación de concurso voluntario presentada, no se ha acompañado ninguno de los documentos exigidos por el artículo 6 de la Ley Concursal. Es más, ni siquiera se han elaborado los posibles con la información con la que cuenta el solicitante. Si bien las explicaciones alegadas por la Procuradora podrían servir de justificación de la falta de aportación de la información contable, la falta de presentación del resto de los documentos recogidos en el artículo 6.2 no se ha justificado puesto que la solicitante, cuanto menos, tendría que haberlos elaborado con la información con la que cuenta, sin que las explicaciones dadas sirvan de justificación de su falta de presentación. De este modo, no se ha justificado la falta de elaboración del resto de los documentos, que han de ser independientes entre sí y, a su vez, con la solicitud, y que deben ser redactados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 antes señalado. Es más, ni siquiera en la solicitud se expresa si el estado de insolvencia es actual inminente.
La aportación de estos documentos habría sido la única vía posible para acreditar la situación de insolvencia del solicitante y para, en consecuencia, supera la admisión tácita del artículo 13, poder entrar en el análisis de su situación patrimonial y de la concurrencia de alguno de los hechos previstos en el apartado cuatro del artículo dos o de otros que acrediten la situación de insolvencia. Por ello, y mediante una interpretación finalista de los artículos 6 y 13, se concluye la inadmisión de la solicitud de concurso por la falta de presentación de la documentación exigida y de la debida justificación de su no presentación en el plazo en el que fue requerido para ello.": Auto Juzgado de Primera Instancia 10 de Santander de 13.12.2004 (AC 2004/2076)

2.2 Irregularidades contables y no aportación de las cuentas anuales

"PRIMERO Examinada de oficio la jurisdicción y competencia de este Juzgado de conformidad con lo dispuesto en los arts 8 a l0 LC, aquí concurrentes, la solicitud de declaración de concurso debe reunir los requisitos previstos en el artículo 6 y acompañarse de los documentos que el mismo establece, siendo un deber no meramente formal, pues debe suministrar al juzgador la información económica precisa para que pueda efectuar el control sobre el presupuesto objetivo de concurso que impone el artículo 14, además de tener relevancia por ejemplo a la hora de la fijación de la retribución de los administradores concursases, en caso de admisión.
En el caso presente fueron puestas de manifiesto varias irregularidades o defectos a la parte para que los subsanara o justificara con arreglo a lo previsto en el artículo 13 de la Ley Concursa)
En primer lugar, la Ley impone que se acompañe el inventario de bienes y derechos, y respecto de estos últimos se requirió que se aportará una relación ordenada alfabéticamente de créditos exigibles por la sociedad, con indicación del importe reclamable al ser imprescindible para establecer cuál es el activo con que cuenta el solicitante. Y ello porque lo que se aportó con la solicitud inicial fue un «listado de clientes» que arrojaba un saldo global de 19.203,95 euros, sin más explicaciones.
En el traslado conferido se intenta justificar esa falta por problemas en el sistema informático, pero ello es una excusa insuficiente cuando existen otras posibilidades, como la comprobación contable con los soportes de papel o con los libros de contabilidad, y sobre todo cuando se aprecia un considerable desfase entre los 19.203,95 € que aparecen en el citado «listado» aportado como anexo al inventario documento número 8) y los 57.447,47 euros que figuran como activo circulante (deudores) en el balance abreviado de 2003, que se acompaña por fotocopia como anexo a la Memoria (documento número 7), sin perjuicio de más adelante se dirá sobre tal balance.
No se explica en la Memoria del año 2004 (documento número 10) este cambio significativo operado con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, sin perjuicio que lo que después digamos sobre este último extremo. Y consideramos que la información aportada es claramente insuficiente y no cumple con las exigencias del artículos 6 de Ley, máxime cuando tampoco se aclara la discrepancia de la suma que figura en el «listado» que recordemos asciende a 19.203,95 euros con los 11.010,19 euros que se contabilizan en el activo como deudores, según balance de situación posterior al cierre del ejercicio 2003 (documentos número 11).
SEGUNDO Si lo anterior ya justificaría el rechazo de la solicitud, hay que añadir que no se cumplimenta tampoco la aportación documental prevista en el artículos 6.3.1° ya que no se aportan debidamente y en forma las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios, sin que pueda ser atendida como bastante la justificación expuesta en el escrito de tres de noviembre, dado que al tratarse de documentos que se depositan en un registro público, al margen de la forma en que se remitan al mismo (mediante disquete, papel, o telemáticamente) el interesado debe aportar con su solicitud copia certificada o autenticada de las cuentas anua les (artículo 268 de la Ley procesal civil aplicable supletoriamente) y no meras fotocopias, sin que exista certeza alguna si han sido o no, y en su caso, si son estas, las presentadas para su depósito en el Registro Mercantil. Y sobre todo si atendemos a que las fotocopias aportadas en ellas únicamente figura una rúbrica, sin identificación alguna, en el balance de abreviado y cuenta de pérdidas y ganancias abreviado del

ejercicio 2003, y sin firma ni rúbrica en la memoria de ese ejercicio ni en los documentos que forman las cuentas anuales del ejercicio 2002 ni del ejercicio 2001.
Y esta falta de documentación fehaciente se pone aún más relieve y deviene insubsanable cuando no se explica, además de lo dicho anteriormente sobre el activo circulante (deudores de la sociedad) y en lo tocante al pasivo exigible, como el balance abreviado del ejercicio 2003 asciende a 50.707,10 euros (documento anexo a la memoria aportada como doc número 7) mientras que en el balance de situación posterior al cierre del año 2003 (documento número 11) figuran como acreedores 49.516,34 euros, que tampoco coinciden con la suma total de los diferentes acreedores que aparecen en la relación de acreedores que como documento número 9 se acompaña con la solicitud inicial, por cuanto los importes por créditos laborales superan con creces dichas sumas (acreedores núm. 3, 20 y 27), que respectivamente figuran con unos créditos a su favor de 63.644,74 €, 63.604 4,74 € y 17.660,44 euros.
En definitiva, no se aporta en forma la documentación exigida que debe suministrar una información económica detallada y veraz, como ya pusiera de manifiesto la doctrina jurisprudencia! al tratar de la documentación que debía acompañarse a la petición de quiebra (SSTS 11 mayo 1985 [RJ 1985, 2268] y 12 mayo 1986) y que es imprescindible para realizar el juicio de admisibilidad previsto en el 14 de la Ley concursa!, por lo que al no ser subsanado ni justificado en forma procede no haber lugar a la admisión de la solicitud, sin necesidad de examinar las restantes deficiencias observadas ": Auto JM-1 Alicante 8.11.2004 (JUR 2005/43658)

2.3 Defectos no subsanados en la Memoria, Inventario y Lista de acreedores

"Examinada de oficio la jurisdicción y competencia de este Juzgado de conformidad con lo dispuesto en los arts. 8 al 0 LC, aquí concurrentes, la solicitud de declaración de concurso debe reunir los requisitos previstos en el artículo 6 y acompañarse de los documentos que el mismo establece, siendo un deber no meramente formal, pues debe suministrar al juzgador la información económica precisa para que pueda efectuar el control sobre el presupuesto objetivo de concurso que impone el artículo 14, además de tener relevancia por ejemplo a la hora de la fijación de la retribución de los administradores concursales, en caso de admisión.
En el caso presente fueron puestas de manifiesto varias irregularidades o defectos a la parte para que los subsanara o justificara con arreglo a lo previsto en el artículo 13 de la Ley Concursal.
En primer lugar, se interesó que se completase la memoria y si bien de forma escueta y abstracta se viene a decir a que se dedica la empresa en los tres últimos años, y que no tiene establecimientos y la oficina donde realiza los servicios estaba arrendada, no se aclara si permanece o no arrendada y abierta y ninguna referencia hay a las propuestas sobre viabilidad patrimonial que de forma preceptiva forma parte de la memoria (ad 6.2.1 LC), sin que conste interesada la liquidación.
Mucha mayor trascendencia tienen los defectos observados en relación al inventario y la lista de acreedores. La Ley impone que se acompañe el inventario de bienes y derechos, y respecto de estos últimos se requirió que se aportará una relación ordenada alfabéticamente de créditos exigibles por la sociedad, con indicación del importe reclamable al ser imprescindible para establecer cuál es el activo con que cuenta el solicitante. Y ello porque lo que se aportó con la solicitud inicial fue un «listado de facturas pendientes de cobro hasta el 31/10/04» que arrojaba un saldo global de 100.954,65 euros, sin más explicaciones. Y al cumplimentar el traslado sigue sin aportar un inventario de bienes y derechos en forma, limitándose a decir que no tiene bienes de ninguna clase, lo cual no es habitual sin que aclare qué tipo de relación tenia con la empresa titular del material de oficina imprescindible empleado (si había algún contrato de arrendamiento o de otro tipo, o formaba parte del mismo grupo...) y respecto de los derechos a su favor, no se explica si solo son las relacionadas en ese «listado», que debe realizarse de forma que conste el importe a reclamar junto son sus datos de identificación y si es crédito vencido o la fecha de reclamación, y sobre todo no se aclara porqué se limita a los pendientes de cobro al 31/10/2004 cuando el concurso se solicita el 26 de noviembre.
Y finalmente en cuanto a la relación de acreedores tampoco se aporta como tal sino que se limita a un listado en el que no figuraban los datos mínimos de identificación, que han sido subsanados, pero sin elaborar propiamente una relación independiente y completa al no determinarse el vencimiento de los créditos, si hay garantías o no constituidas y demás datos legalmente exigidos y lo que es mas importante, se afirma en el escrito de subsanación que también son acreedores los trabajadores de la empresa, que no se relacionan ni se especifica el importe adeudado a cada uno y si ha sido o no objeto de reclamación judicial, sin que pueda servir para ello adjuntar un «resumen de nominas de la empresa» que no identifica el domicilio y demás datos de localización de los trabajadores, ni los datos esenciales de su crédito, sin que pueda tenerse certeza a cuanto asciende el pasivo total, constando, además entre otros deudores, la Seguridad Social con un importe de 116.099,17 euros en la relación y se acompaña una certificación de deuda de 104.087, 40 euros sin que se explique la diferencia.
SEGUNDO Y lo anterior deviene especialmente trascendental si lo ponemos en relación con las deficiencias en la definición del activo y la propia manifestación del solicitante que en su memoria expone que la situación económica de la sociedad era muy distinta a la que reflejaba en las cuentas anuales, que impone, por ende, que la formación de los documentos del art. 6 LC se efectúe de forma cuidadosa y completa; notas que no se pueden predicar de los presentados ya que no se aporta en forma la documentación exigida que debe suministrar una información económica detallada y veraz, como ya pusiera de manifiesto la doctrina jurisprudencia) al tratar de la documentación que debía acompañarse a la petición de quiebra (SSTS 11 mayo 1985 [RJ 1985, 2268] y 12 mayo 1986) y que es imprescindible para realizar el juicio de admisibilidad previsto en el 14 de la Ley concursal, por lo que al no ser subsanado ni justificado en forma procede no haber lugar a la admisión de la solicitud ": Auto JM-1 Alicante 13.01.2005 (JUR 2005/54041)

2. No apelación contra el auto de inadmisión/desestimación del del concurso voluntario

[Vid. las resoluciones incluidas en el art 14.3]

3. ¿Apelación en caso de *inadmisión a trámite* de concurso necesario o voluntario?

3.1 Inadmisión por no subsanación de los defectos de la solicitud (art. 13.2)

No cabe apelación

AP Madrid

"PRIMERO Las entidades "PUERTA DE EUROPA INVERSIONES, S.A." e "INALTIA GRUPO EMPRESARIAL, S.L." promovieron solicitud de concurso necesario de las mercantiles "BOOGALOO, S.L.", "BOOGALOO TOLEDO, S.L." y "BOOGALOO VALENCIA, S.L.". El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, tras requerir a las instantes por medio de providencia de fecha 2 de octubre de 2007, de conformidad con elartículo 13.2 de la Ley Concursal, para que subsanaran determinados defectos de la solicitud, sin que a su juicio fueran subsanados mediante el escrito presentado al efecto, dictóauto con fecha 11 de octubre de 2007por el que inadmitió la solicitud de concurso necesario ordenando el archivo de las actuaciones, en esencia, por no haberse acompañado a la solicitud del concurso la documentación necesaria exigida por elartículo 2.4 de la Ley Concursalpara que pudieran tomarse en consideración las afirmaciones vertidas por las entidades solicitantes en su escrito de solicitud.
Contra la citada resolución las instantes interpusieron recurso de reposición desestimado por elauto ahora apelado de fecha 17 de diciembre de 2007.
SEGUNDO Como quiera que el examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que esta Sala debe acometer de oficio, analizaremos dicha cuestión con carácter previo respecto del estudio de los motivos de impugnación que la parte apelante invoca en su escrito de interposición del recurso de apelación.
Ya la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad nos indica que: ". La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación".
Dichos principios inspiradores se manifiestan positivamente en elartículo el 197 de la leyque contiene un régimen de recursos particular y distinto del diseñado por laLey de Enjuiciamiento Civil (salvo, conforme a su apartado 1, en los aspectos formales relativos a su sustanciación). Así, el apartado 2 de dicho precepto establece con carácter general que: "Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.".
En el supuesto enjuiciado, nos encontramos en presencia de una resolución dictada al amparo delartículo 13.2 de la Ley Concursal, esto es, ante un auto que, después de haberse brindado a los instantes del concurso necesario (o voluntario) la posibilidad de subsanar los defectos advertidos por el juez en la solicitud y documentación acompañada a la misma (en este caso la exigida por elartículo 7.1 de la Ley), entiende que tales defectos no han sido subsanados y, en consecuencia, dicta auto de inadmisión a trámite de la solicitud de concurso, que no cabe confundir con la desestimación de la solicitud cuyo régimen de recursos en el caso de concurso necesario, tras su admisión a trámite, oposición del deudor y celebración de vista, es el diseñado en elartículo 20.2 de la Ley Concursal.
Como indica elartículo 13.2 in fine de la Ley Concursal, contra el auto que inadmite a trámite la solicitud de concurso (voluntario o necesario) al no haberse subsanado los defectos apreciados por el juez en la solicitud o documentación, cabe interponer recurso de reposición, sin que contra el auto resolutorio de la reposición quepa ningún otro recurso (artículo 197.2 de la Ley Concursal).
Como hemos apuntado no cabe sostener la admisibilidad del recurso de apelación con fundamento en elartículo 20.2 de la Ley Concursal, que prevé el recurso de apelación contra la desestimación de la solicitud de concurso necesario, resolución que sólo cabe dictar una vez admitida a trámite la solicitud y sustanciada la oposición del deudor (artículos 15, 18, 19 y 20 de la Ley Concursal).
La irrecurribilidad del auto desestimatorio del recurso de reposición interpuesto frente a la inadmisión a trámite de un concurso con fundamento en elartículo 13.2 de la Ley Concursal, ya ha sido mantenida por este tribunal a propósito de un concurso voluntario enauto de fecha 10 de enero de 2008, precisando que, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición (a diferencia del necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación -artículo 20.2 de la Ley Concursal-). Añadiendo que: "Cierto es que ha suscitado alguna disquisición interpretativa el hecho de que mientras elArt. 14-3emplea la expresión "solo" ("... Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición..."), elArt. 13-2prescinde de dicho adjetivo (". Esta resolución será susceptible de recurso de reposición..."), habiéndose llegado a postular que la ausencia del vocablo en cuestión dentro de éste último precepto es indicativa de que, a diferencia de lo que sucede con la resolución que contempla elArt. 14-2, el Auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud no tiene vedado el acceso a la segunda instancia. Sin embargo, son consideraciones de orden sistemático las que obligan a rechazar esta interpretación. Así:

1.- Si a tenor delArt. 197anteriormente transcrito la admisibilidad del recurso de reposición contra las providencias y autos que recaigan a lo largo del concurso constituye la regla general, representando la excepción -que ha de contemplarse de manera explícita- la admisibilidad del de apelación o de cualquier otro recurso, entonces el hecho de que elArt. 13-2solamente otorgue recurso de reposición (sin contemplar nominalmente el de apelación) para combatir el Auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud de concurso, es revelador de que el legislador, consecuente con los principios en que se inspira la totalidad del sistema, ha querido excluir la segunda instancia respecto de aquél tipo de resolución.
2.- Por otro lado, si tenemos en cuenta que la expresión "sólo" aparece ya empleada con esa misma finalidad en el precepto genérico que abarca a la totalidad de las hipótesis posibles, esto es, en elArt. 197-2 ("... Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto..."), entonces puede concluirse que no es que la omisión del adjetivo controvertido en elArt. 13-2tenga una significación especial, sino, muy al contrario, que su empleo en elArt. 14-3constituye una simple variante discursiva o de redacción carente de especial trascendencia. En suma, un énfasis en cierto modo redundante e innecesario.
3.- A mayor abundamiento, se debe indicar que, inspirándose la Ley Concursal en un sistema sumamente limitado de medios de impugnación, no parecería consistente con dicho sistema que, por una parte, se impusiera tal criterio restrictivo en toda su plenitud sobre un tipo de resolución que comporta una valoración de fondo sobre la falta de concurrencia de los presupuestos precisos para la declaración de concurso (Auto delArt. 14-2) y, en cambio, laley fuera más tibia y admitiera el recurso de apelación frente a una resolución (Auto del Art. 13-2) que no solo no se pronuncia sobre el fondo de la solicitud sino que, de suyo, no acarrea al solicitante de concurso voluntario otro gravamen que el relativamente liviano contratiempo que consiste en la necesidad de volver a presentar su solicitud, esta vez depurada de los defectos advertidos en la primera ocasión e incluso, en su caso, limitándose a exponer, cual autoriza elArt. 6-5, las razones que le impiden presentar el documento o documentos inicialmente omitidos o que determinan la
En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía otro recurso que el de reposición y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad del recurso de apelación operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, procede desestimar el recurso de apelación ahora enjuiciado.”: AAP Madrid (Sección 28) 20.02.2009 (JUR 2009/170688; Auto 42/2009; Rollo 140/2008)

“PRIMERO Los antecedentes del presente recurso son lo siguientes:
1º) La entidad AHORRO CORPORACIÓN FINANCIARA SV SA presentó, con fecha 21 de julio de 2008, solicitud de concurso necesario de la mercantil TASK LUCAR SL que se turnó al Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid.
2º). El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid requirió a la instante por medio de providencia de fecha 23 de julio de 2008 para que subsanara determinados defectos de la solicitud relacionados con la justificación de lascircunstancias previstas en el artículo 2.4 de la Ley Concursal.
3º) Por la peticionaria se presentó escrito de alegaciones, acompañado de un documento, sin que a juicio de la juzgadora fueran con ello subsanados los defectos apreciados, por lo que dictóauto con fecha 19 de septiembre de 2008 por el que inadmitió la solicitud de concurso necesario.
4º) Contra la citada resolución la instante interpuso recurso de reposición que fue desestimado por elauto ahora apelado de fecha 17 de noviembre de 2008.
SEGUNDO El examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que esta Sala debe acometer de oficio. Por ello, analizaremos dicha cuestión con carácter previo, y en su caso excluyente, respecto del estudio de los motivos de impugnación que el apelante invoca en su escrito de interposición del recurso de apelación.
La Exposición de Motivos de la Ley Concursal (LC), tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad, nos indica que: ". La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación".
Dichos principios inspiradores se manifiestan positivamente en el artículo 197 de la LC que contiene un régimen de recursos particular y distinto del diseñado por laLey de Enjuiciamiento Civil (salvo, conforme a su apartado 1, en los aspectos formales relativos a su sustanciación). Así, el apartado 2 de dicho precepto establece con carácter general que: "Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.".
TERCERO En el supuesto enjuiciado, nos encontramos en presencia de una resolución dictada al amparo delartículo 13.2 de la Ley Concursal, esto es, ante un auto que, después de haber brindado a la instante del concurso necesario (o voluntario) la posibilidad de subsanar los defectos advertidos por el juez en la solicitud y documentación acompañada a la misma, entiende que tales deficiencias no han sido subsanadas y, en consecuencia, dicta auto de inadmisión a trámite de la solicitud de concurso, que no cabe confundir con la desestimación de la solicitud cuyo régimen de recursos en el caso de concurso necesario, tras su admisión a trámite, oposición del deudor y celebración de vista, es el diseñado en elartículo 20.2 de la Ley Concursal.
Como indica elartículo 13.2 in fine de la Ley Concursal, contra el auto que inadmite a trámite la solicitud de concurso (voluntario o necesario) al no haberse subsanado los defectos apreciados por el juez en la solicitud o documentación, cabe interponer recurso de reposición, sin que contra el auto resolutorio de la reposición quepa ningún otro recurso (artículo 197.2 de la Ley Concursal).

Como hemos apuntado no cabe sostener la admisibilidad del recurso de apelación con fundamento en elartículo 20.2 de la Ley Concursal, que prevé el recurso de apelación contra la desestimación de la solicitud de concurso necesario, resolución que sólo cabe dictar una vez admitida a trámite la solicitud y sustanciada la oposición del deudor (artículos 15, 18, 19 y 20 de la Ley Concursal).
CUARTO La irrecurribilidad del auto desestimatorio del recurso de reposición interpuesto frente a la inadmisión a trámite de un concurso con fundamento en elartículo 13.2 de la Ley Concursal, ya ha sido mantenida por esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid a propósito de un concurso voluntario en elauto de fecha 10 de enero de 2008 y de un concurso necesario enauto de 20 de febrero de 2009 (JUR 2009, 170714), precisando que, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición (a diferencia del necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación -artículo 20.2 de la Ley Concursal). Como ya señalamos en dichas resoluciones, es cierto que ha suscitado alguna disquisición interpretativa el hecho de que mientras elArt. 14-3 emplea la expresión "sólo" ("... Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición..."), elArt. 13-2 prescinde de dicho adjetivo (". Esta resolución será susceptible de recurso de reposición..."), por lo que ha llegado a postularse que la ausencia del vocablo en cuestión dentro de este último precepto podría ser indicativa de que, a diferencia de lo que sucede con la resolución que contempla elartículo 14-2, el auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud no tendría vedado el acceso a la segunda instancia. Sin embargo, son consideraciones de orden sistemático las que obligan a rechazar esta interpretación. Así:
1.- Si a tenor delartículo 197 anteriormente transcrito la admisibilidad del recurso de reposición contra las providencias y autos que recaigan a lo largo del concurso constituye la regla general, representando la excepción -que ha de contemplarse de manera explícita- la admisibilidad del de apelación o de cualquier otro recurso, entonces el hecho de que elartículo 13-2 solamente otorgue recurso de reposición (sin contemplar nominalmente el de apelación) para combatir el auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud de concurso, es revelador de que el legislador, consecuente con los principios en que se inspira la totalidad del sistema, ha querido excluir la segunda instancia respecto de aquel tipo de resolución.
2.- Por otro lado, si tenemos en cuenta que la expresión "sólo" aparece ya empleada con esa misma finalidad en el precepto genérico que abarca a la totalidad de las hipótesis posibles, esto es, en elartículo 197-2 ("... Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto..."), entonces puede concluirse que no es que la omisión del adjetivo controvertido en elartículo 13-2 tenga una significación especial, sino, muy al contrario, que su empleo en elartículo 14-3 constituye una simple variante discursiva o de redacción carente de especial trascendencia. En suma, un énfasis en cierto modo redundante e innecesario.
3.- A mayor abundamiento, se debe indicar que, inspirándose la Ley Concursal en un sistema sumamente limitado de medios de impugnación, no parecería consistente con dicho sistema que, por una parte, se impusiera tal criterio restrictivo en toda su plenitud sobre un tipo de resolución que comporta una valoración de fondo sobre la falta de concurrencia de los presupuestos precisos para la declaración de concurso (auto delartículo 14-2) y, en cambio, laley fuera más tibia y admitiera el recurso de apelación frente a una resolución (auto del artículo 13-2) que no solo no se pronuncia sobre el fondo de la solicitud sino que, de suyo, no acarrea al solicitante de concurso voluntario otro gravamen que el relativamente liviano contratiempo que consiste en la necesidad de volver a presentar su solicitud, esta vez depurada de los defectos advertidos en la primera ocasión e incluso, en su caso, limitándose a exponer, cual autoriza elartículo 6-5, las razones que le impiden presentar el documento o documentos inicialmente omitidos o que determinan la ausencia en ellos de los requisitos legalmente exigidos.
En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía otro recurso que el de reposición y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad del recurso de apelación operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, procede desestimar el recurso de apelación ahora enjuiciado.": AAP Madrid (Sección 28) 17.07.2009 (JUR 2009/472232; Auto 139/2009; Rollo 97/2009)

"PRIMERO.- Se recurre en queja la inadmisión del recurso de apelación contra el auto dictado en el expediente de procedencia el 12 de enero de 2011, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra el que declaró no haber lugar a la admisión de la solicitud de concurso voluntario presentada por la entidad recurrente en queja, de conformidad con lo establecido en el artículo 13.2 de la Ley Concursal, al no haber dado cumplimiento el solicitante al requerimiento que se le hizo para subsanar determinadas omisiones apreciadas en la documentación presentada con su solicitud de declaración de concurso. Así ha de entenderse con base en los testimonios recibidos, debiéndose señalar el evidente error padecido por la parte recurrente al solicitar a esta Sala que, estimando el recurso de queja, ordene la continuación de la tramitación del recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado en la anterior instancia el 11 de abril de 2011.
El argumento que utiliza la parte en apoyo de sus tesis es que el auto de referencia, al confirmar la inadmisión de la solicitud de concurso voluntario mediante la desestimación del recurso de reposición interpuesto contra la previa decisión judicial en tal sentido, constituye un "auto definitivo" contra el que, de conformidad con el artículo 455.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de caber recurso de apelación. Así se desprende, también en este caso, de los testimonios recibidos, habida cuenta que el discurso argumental del recurso de queja se concentra en las razones que, en el sentir de la parte, abonarían una decisión de sentido contrario a la plasmada en el auto contra el que después no se permitió recurrir en apelación, cuestión de todo punto ajena al ámbito del presente recurso, enderezado a elucidar, pura y simplemente, si aquel auto es recurrible en apelación o no.

SEGUNDO.- No hacen falta alardes argumentales para el rechazo de la queja. Según pacífica doctrina, el derecho a los recursos en el proceso civil es un derecho de configuración legal (entre las últimas, STC (Sala 2ª) de 18 de julio de 2011), lo que significa que el legislador puede diseñar libremente el sistema de recursos en los procedimientos civiles, esto es, establecer los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización (por todas, STC (Sala 2ª) de 13 de marzo de 2000). En este sentido, el legislador decidió, a la hora de perfilar el régimen de los recursos en los expedientes concursales, establecer ciertas especialidades respecto de la normativa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que esta continúe operando como ley general en dicho marco (artículo 197.1 de la Ley Concursal), y en concreto, a los efectos que aquí interesan, señalar el recurso de reposición como única vía impugnatoria para todos los autos dictados por el juez del concurso (esto es, prescindiendo de si se trata o no de autos definitivos), dejando expresamente a salvo los supuestos en que la propia Ley Concursal ("en esta Ley") excluya la posibilidad de recurrir o indique un recurso distinto (artículo 197.2 de la Ley Concursal), así como sancionar la inexistencia de recurso contra los autos resolutorios de recursos de reposición (artículo 197.3 de la Ley Concursal). Para el caso que aquí nos ocupa (auto no admitiendo a trámite la solicitud de declaración de concurso y ulterior respuesta al recurso de reposición interpuesto contra el mismo), la Ley Concursal no establece ninguna salvedad al régimen común de recursos en ella diseñado.
En definitiva, la remisión que la parte quejosa hace, como fundamento de su discurso impugnatorio (y con independencia de la corrección de los términos en que lo hace) al régimen común de recursos establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta de todo punto gratuita, habida cuenta la existencia de previsión específica en la Ley Concursal, a la que habrá de estarse en su carácter de lex specialis.": AAP Madrid (Sección 28) 14.10.2011 (Auto 137/2011; Rollo 295/2011)

AP Zaragoza

"PRIMERO.- Se plantea en el presente recurso de queja una cuestión ciertamente novedosa y de no sencilla resolución con carácter unívoco. La interpretación del Art. 13-2 in fine de la Ley Concursal 23/03 de 9 de julio. Es decir, si frente a la resolución del juez del concurso declarando no haber lugar a admitir a trámite la solicitud del mismo por no haber subsanado el peticionario los defectos de la solicitud inicial, cabe o no recurso de apelación, subsiguiente al de reposición.
SEGUNDO.- El precepto estudiado (art. 13-2) expresamente señala que si no se subsanan los defectos advertidos por el juzgador en la solicitud del concurso, "...dictará auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud. Esta resolución será susceptible de recurso de reposición". Por lo tanto nada dice sobre una posible apelación. Este nos remitirá al régimen general de los recursos, recogido expresamente en el art. 197 L.C. De su tenor nos interesan los puntos "2" y "3". Así dicen: "2.Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto".
"3.-Contra los autos en cuestión de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días."
TERCERO.- Establece la L.C. un sistema de recursos que tiene por finalidad la de limitar la profusión de los mismos, que entorpecería la dinamicidad que se pretende para el concurso de acreedores y que es fruto de una reacción frente a la práctica forense de las quiebras, inacabables en el tiempo, inútiles económicamente e inabarcables procesalmente. Pero, además, se pretende - también en sintonía con la moderna legislación procesal: art. 454 L.E.C.- reducir la segunda instancia autónoma para cualquier decisión del juez concursal que fuera recurrible en reposición. También el desarrollo forense del proceso de quiebra ha hecho reaccionar al legislador.
No era infrecuente (es más, era lo frecuente) que a las Audiencias llegasen recursos de apelación sobre los infinitos incidentes e incidencias procesales de que era susceptible la quiebra y que lo hiciera de forma "inconexa"; es decir, sin que se tuviera en el tribunal "ad quem" una visión general de los efectos que la resolución pudiera producir en el conjunto del procedimiento universal, del que sólo se conocían aspectos muy parciales y fragmentados, en atención a esa recurribilidad inmediata y generalizada. Por esto, ahora sólo cabe apelación contra resoluciones que abarcan al conjunto general de una gran fase del concurso (las que aprueban el convenio o las que se dictan en fase de ejecución) y allí podrá examinarse la decisión intermedia que en su momento fue recurrida en reposición y oportunamente protestada la desestimación de éste.
CUARTO.- Ahora bien, esta restricción de las apelaciones autónomas frente a resoluciones que no concluyen una fase trascendental o congregadora de todo un elenco de actividades concursales, no tiene sentido cuando se refiere a los autos judiciales iniciales de admisión o inadmisión a trámite de la petición de apertura del concurso. En terminología de la ley de enjuiciamiento estaríamos ante un "auto definitivo" (art. 207) y, por ende, susceptible de apelación (art. 455). La reposición en estos supuestos es de eficacia prácticamente inane, pues el juez a quo ya ha meditado, cuando así resuelve, las razones de su decisión contraria a la admisión a trámite del concurso.
Sin embargo, pese a ello el Art. 14-3 L.C. es contundente: "contra el auto desestimando la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición". Mayor claridad no cabe. Por el contrario, el Art. 13-2 (que es el que nos ocupa) tiene dicción similar, pero no igual, pues obvia el adverbio "sólo", cuando dice que "Esta resolución (de inadmisión de la solicitud de concurso) será susceptible de recurso de reposición".
QUINTO.- ¿Qué quiere decir ésto? Si se hubiera querido aceptar, además, la apelación bien se podría haber actuado como en el supuesto del art. 20, es decir, diciendo expresamente que era apelable. De no decir nada,

el régimen del Art. 13-2 hubiese sido el genérico de los recursos, por tanto, el del art. 197 L.C. Y en este supuesto, una interpretación literal del mismo nos conduciría a que dicho auto sólo será recurrible en reposición y no en apelación, pues la inadmisión a trámite no está en ninguno de los supuestos contemplados en los puntos 3 y 4 del citado art. 197 L.C. Por lo tanto, nada nuevo ni especial añade la última frase del Art. 13; pues la reposición ya procedía con la regla general del art. 197-2.
SEXTO.- ¿Se olvidó el legislador el adverbio "sólo" en esa frase? No parece ser otra la explicación, pues si resulta "inapelable" la decisión judicial sobre el contenido de la petición de concurso (que consiste esencialmente en si hay o no la insolvencia a que se contrae el art. 2 L.C.), con mayor motivo ha de ser "inapelable" la decisión sobre extremos formales o periféricos de la solicitud de declaración de concurso.
Esta parece -a juicio de este tribunal- la interpretación más adecuada del contenido de art. 13-2. La exégesis doctrinal favorable a la "apelabilidad" de las resoluciones dictadas al amparo del art. 13 se funda en la máxima "Favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda". No obstante, este argumento tan antiguo como nuevo (pues también se ha desarrollado en la hermenéutica del Art. 24 C.E. en el denominado "derechos a los recursos"), se abstrae y olvida la necesaria "integración" que toda norma ha de tener en el conjunto de preceptos en el que ha de desarrollar su eficacia, a fin de evitar que constituya una nota estrambótica en lo que debe ser un conjunto de reglas jurídicas con un ensamblaje armonioso. Es la denominada interpretación "sistemática".
SEPTIMO.- Por ello esta Sala, aún admitiendo lo dudoso de la cuestión, considera no justificada la queja planteada, que debe de ser rechazada. Sin perjuicio de una revisión de esta tesis si se llegara a una línea interpretativa generalizada de signo contrario.": Auto AP Zaragoza 26.09.2005 (JUR 2005/223763)

AP Tarragona

"PRIMERO.-Los antecedentes del presente recurso son los siguientes:
La representación procesal de los apelantes presentaron escrito interesando la declaración de concurso de ambos, siendo requeridos por el Juzgador a quo mediante Providencia de fecha 3 de junio para que procedieran a subsanar defectos formales en la documentación presentada para ajustar la misma a lo establecido en el art. 6 LC. Transcurrido el plazo para ello sin atender al requerimiento por los ahora apelantes por el Juzgado mercantil se procedió a dictar el Auto ahora recurrido.
SEGUNDO.-El examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que el tribunal de segunda instancia debe acometer de oficio. Por ello, analizaremos dicha premisa con carácter previo, y en su caso excluyente, respecto del estudio de los motivos de apelación que el apelante invoca en su escrito de interposición del recurso.
Para ello debe tenerse presente que, como ha señalado el TC (entre otras, en las STC 37/1995 de 7 de febrero, 102/2002 de 20 de mayo y 227/2002 de 25 de noviembre), el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso. De manera que si el legislador no ha conferido al litigante la posibilidad de recurrir una resolución o ha diferido la posibilidad de hacerlo, no podrá considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) si el tribunal, en el ejercicio de sus competencias, inadmite el recurso y su decisión está motivada y no resulta irrazonable, arbitraria o palmariamente errónea, ni es fruto de una interpretación rigorista y formalista de las condiciones de admisibilidad de los escritos a él dirigidos (sentencia del TC 299/1999 de 13 de diciembre).
TERCERO.-La Exposición de Motivos de la Ley Concursal (LC), tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad, nos indica que: ". La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación".
Dichos principios inspiradores se manifiestan positivamente en el artículo 197 de la LC que contiene un régimen de recursos particular y distinto del diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil (salvo en los aspectos formales relativos a su sustanciación, según su apartado 2). En concreto, en él se prevé un régimen general aplicable para los recursos utilizables contra las resoluciones dictadas en forma de auto por el juez del concurso, en sus apartados nº 3 y 4, conforme al cual, a salvo previsiones especiales de la propia ley, no cabe interponer contra ellas recurso directo de apelación.
CUARTO.-Este tribunal se ha pronunciado ya en reiteradas ocasiones (autos de 10 de enero de 2008, 20 de febrero de 2009, 17 de julio de 2009, 5 de noviembre de 2010, 18 de noviembre de 2010 y 12 de mayo de 2011) sobre la imposibilidad legal de recurrir en apelación las resoluciones por las que se inadmite a trámite una solicitud de concurso (artículo 13 nº 2, segundo párrafo, de la Ley Concursal), bien sea de carácter voluntario o bien lo sea del necesario, o se desestima una solicitud de concurso voluntario (artículo 14, nº 3, de la Ley Concursal - apartado que pasará a ser el nº 2 con la entrada en vigor de la reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre).
Según el citado régimen legal, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13 nº 2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (artículo 14 nº 3 de la Ley Concursal - n º 2 tras la indicada reforma), cualquiera que sea el motivo, pues ninguna distinción se efectúa en el citado precepto legal, sólo cabe recurso de reposición. La diferencia con el concurso necesario estriba en que en la inadmisión a trámite se aplicaría la misma regla (artículo 13.2 de la Ley Concursal), pero, en cambio, contra la desestimación de la solicitud, lo que acaecería en un momento ulterior, sí cabría recurso de apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).

En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía apelación y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad de un recurso operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, procede dictar en esta segunda instancia resolución que rechace la pretensión revocatoria de la parte recurrente.": AAP Tarragona (Sección 1) 10.01.2012 (Auto 1/2012; Rollo 514/2011)

3.2 Inadmisión por falta de justificación del crédito del instante.

No cabe apelación

AP Barcelona 2005

"ÚNICO El Juzgado mercantil inadmitió la solicitud de concurso necesario de la Sociedad Mayor Carnes Puigbo, SA, porque la instante del concurso (Explotaciones Ganaderas del Solsones, S.L) aducía comparecer como titular de un crédito que ya había cedido, y por lo tanto no justificaba su legitimación activa. Ante la inadmisión del recurso de apelación frente al auto de inadmisión de la solicitud de concurso, se interpone recurso de queja.
Así como el art. 14.3 LC prevé expresamente que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso a instancia del deudor sólo cabrá recurso de reposición, la Ley concursal no contiene ninguna mención expresa cuando la solicitud de concurso inadmitida proviene del resto de los legitimados, distintos del deudor. Pero ello no justifica la aplicación del art. 455.1 LECiv para admitir el recurso de apelación, por tratarse de una resolución que pone fin al procedimiento, porque las normas de la Ley de enjuiciamiento civil sólo resultan de aplicación al concurso en lo no previsto en la Ley concursal (disposición final quinta Ley 22/2003, de 9 de julio), y esta Ley contiene una normativa general sobre recursos adecuada para estos casos.
El art. 197.2 LC dispone que contra los autos del Juez del concurso cabe recurso de reposición, siempre que la propia Ley concursal no excluya todo recurso o no se otorgue otro distinto, que es lo que ocurre en el supuesto enjuiciado. Por lo tanto, en este caso, tendremos que aplicar la regla general contenida en el art. 197.2 LC, y entender que este auto por el que se inadmite la solicitud de concurso es susceptible de recurso de reposición. Esta solución es coherente con la previsión contenida en el art. 13.2.II LC, según la cual el auto de inadmisión por la no subsanación o justificación de los defectos advertidos, en el plazo concedido por el juez, es susceptible de recurso de reposición. Y el art. 197.3 LC expresamente niega la posibilidad de interponer recurso de apelación contra los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo únicamente reproducir la cuestión en la apelación más próxima. Esto último no ocurrirá nunca en casos como el presente, pues como la resolución recurrida en reposición es la inadmisión a trámite de la solicitud de concurso, no habrá ninguna posibilidad de posteriores recursos de apelación donde reproducir la cuestión controvertida en la reposición.
A esta misma solución contribuye una interpretación sistemática de la Ley concursal, pues si en caso de inadmisión de concurso a instancia del deudor (voluntario), el art. 14.3 LC sólo admite recurso de reposición, sin que sea posible apelar el auto que resuelve la reposición, en caso de inadmisión de la solicitud de concurso a instancia los demás legitimados distintos del deudor (necesario), en que también cabe recurso de reposición, tiene sentido que tampoco se admita un posterior recurso de apelación.
La razón de ser de esta restricción en el régimen de recursos radica en la posibilidad de volver a reproducir la solicitud de concurso una vez subsanado el defecto que motivó su inadmisión. En este caso, cabría volver a instar el concurso del mismo deudor justificando la existencia del crédito a favor del instante, además del resto de los requisitos previstos en el art. 7 y concordantes de la Ley concursal. De hecho el ámbito de eficacia de cosa juzgada del auto de inadmisión es muy reducido, ciñéndose a lo que fue objeto de decisión, y en concreto a que el crédito invocado para justificar la legitimación del instante del concurso era insuficiente, pues el propio instante reconocía haberlo cedido y no ser en la actualidad titular del mismo.": Auto AP Barcelona (Sección 15) 17.02.2005 (JUR 2005/126055)

AP Lleida

"PRIMERO Los recurrentes interponen recuso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado Mercantil en el que se inadmite a trámite su solicitud de declaración de concurso necesario por carecer los ahora apelantes de legitimación activa, al no haber acreditado su condición de acreedores. La primera cuestión que se suscita se refiere a la admisibilidad del recurso interpuesto, a tenor del régimen establecido en la Ley Concursal. Efectivamente, según dispone elart. 197.2 de la LC : "Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en estaLey se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto", y el párrafo tercero del mismo precepto añade que: "Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días". La justificación de este régimen restrictivo, en materia de recursos, la establece la Exposición de Motivos de la LC en la voluntad del legislador de optar por limitar el número de recursos en aras a la celeridad del procedimiento. Así, en la fase de admisión a trámite del concurso necesario, establece elart. 13.2 de la LC que contra el auto que se declare no haber lugar a la admisión de la solicitud de concurso, sólo cabe interponer recurso de reposición. Por ello, al no preverse de forma expresa la posibilidad de apelación, este recurso queda excluido

y, por tanto, concurre ahora una causa de inadmisión que es motivo de su desestimación.": AAP Lleida (Sección 2) 17.04.1009 (JUR 2009/393881; Auto 66/2009; Rollo 127/2009)

AP Valencia

"**SEGUNDO.-** Para una adecuada resolución de la cuestión sometida a la decisión, se hace necesario examinar el iter procesal seguido ante el Juzgado de lo Mercantil, desprendiéndose del mismo que:

1) En fecha 14 de octubre de 2004 – folio 2 -, se dictó auto en el Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de Valencia por el que el expresado Tribunal se declaraba competente para conocer de la solicitud de concurso necesario promovida por DON J C C A contra la entidad VDCE SA, admitiéndose a trámite la solicitud, teniendo por personado al solicitante, acordando el emplazamiento del deudor y acordando la formación de la sección primera del concurso.
2) En fecha 12 de noviembre de 2004 se dictó por el mismo Juzgado de lo Mercantil auto acordando no tener por declarado el concurso por falta de concurrencia del presupuesto objeto del mismo, tras el transcurso del plazo de cinco días a que se refiere el artículo 15 de la Ley.
3) Contra el expresado auto, el ahora recurrente en queja, interpuso recurso de reposición alegando infracción del artículo 18 de la Ley Concursal - regulador de las consecuencias del allanamiento del deudor, de la no oposición a la solicitud, y de la oposición. El deudor VDCE SA se personó en las actuaciones pero no dedujo oposición en los términos que resultan de la norma señalada.
4) El expresado recurso de reposición fue resuelto por auto de 14 de diciembre de 2004, en el que el magistrado "a quo" repelió las alegaciones deducidas por la representación del Sr. C, confirmando íntegramente el auto de 12 de noviembre de 2004, a que hemos hecho referencia en el ordinal segundo.
5) Contra el auto de 14 de diciembre de 2004 la representación del Sr. C preparó recurso de apelación, que le fue inadmitido por auto de 21 de diciembre de 2004 – que consta aportado al folio 4 – en el que el Magistrado "a quo" argumenta que contra el auto del 14 de diciembre no cabe recurso de apelación por tratarse de un auto resolutorio de un recurso de reposición, indicando, en el Fundamento Segundo, que no es posible hacer invocación del artículo 20 de la Ley Concursal, debiendo estarse a lo que resulta de los artículos 13 y 197 del mismo cuerpo legal.
6) Contra el auto de 21 de diciembre se interpone por el Sr. C recurso de reposición preparatorio del de queja – folio 6 - en atención a los argumentos que han quedado expresados en el Fundamento Jurídico Primero de la presente. A tal recurso se opuso la representación de la entidad deudora – folio 8 – argumentando que contra el auto resolutorio de un recurso de reposición no es susceptible un ulterior recurso devolutivo con arreglo al contenido del artículo 197 de la Ley Concursal, al tiempo que realizaba otras alegaciones sobre el fondo de la cuestión debatida que exceden del ámbito de la queja.
7) El auto de 4 de febrero de 2005 - folio 10 – desestima el recurso de reposición reiterando los argumentos de la resolución de que trae causa, y finalmente, el Sr. Cano promueve la queja mediante escrito que consta unido al folio 14, y a cuyo contenido se hace anterior referencia en el Fundamento Jurídico Primero de la presente.

TERCERO.- El artículo 197 de la vigente Ley Concursal regula el régimen de los recursos y su tramitación, y dice, a los efectos que ahora nos interesan:

"1.Los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las modificaciones que se indican a continuación y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 64 de esta ley.

2. Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.

3. Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días...."

CUARTO. - En el supuesto que se somete a nuestra decisión no puede prosperar el recurso de queja presentado por la representación de DON J C C A en atención a las siguientes consideraciones:

1) El ámbito de conocimiento en el Recurso de Queja resulta del contenido de los artículos 494 y 495.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no es otro que la valoración de la correcta o incorrecta denegación de la tramitación del Recurso de Apelación de que trae causa, sin que pueda el Tribunal entrar a valorar el contenido de la resolución sobre la que se intenta la Apelación denegada, ni, en consecuencia, la oportunidad o corrección de la misma, pues ello excede del objeto de la Queja.
2) Es de destacar, por otra parte, que a través del Recurso de Queja suscitado por la representación del Sr. C no se ha solicitado la declaración de nulidad de actuaciones, razón por la que, con arreglo al contenido del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 227 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no cabe la valoración en esta instancia de la eventual corrección de la resolución de 12 de noviembre de 2004, pues con arreglo al contenido de la expresada norma " En ningún caso podrá el Tribunal, con ocasión de un Recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho Recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal", circunstancias de excepción estas que, es obvio, no concurren en el presente caso.

3) La resolución cuya apelación se pretende no es la contemplada en el artículo 13 de la Ley Concursal, pero tampoco es la contemplada en el artículo 20 del mismo cuerpo legal, en el que el recurrente en queja sustenta su recurso, pues se desprende de lo actuado que la entidad deudora emplazada no dedujo oposición a la solicitud de concurso.
4) En esta situación, y teniendo presente que el auto cuya apelación se pretende es un auto que resuelve un recurso de reposición, entendemos de aplicación la interpretación que del artículo 197 hace la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona en auto dictado en Rollo de apelación 754/2004 relativo al Concurso de Acreedores 4/2004, en el que la Sala razona cuanto se dice seguidamente: "...El art. 197.2 LC dispone que contra los autos del Juez del concurso cabe recurso de reposición, siempre que la propia Ley concursal no excluya todo recurso o no se otorgue otro distinto, que es lo que ocurre en el supuesto enjuiciado. Por lo tanto, en este caso, tendremos que aplicar la regla general contenida en el art. 197.2 LC, y entender que este auto por el que se inadmite la solicitud de concurso es susceptible de recurso de reposición. Esta solución es coherente con la previsión contenida en el art. 13.2.II LC, según la cual el auto de inadmisión por la no subsanación o justificación de los defectos advertidos, en el plazo concedido por el juez, es susceptible de recurso de reposición. Y el art. 197.3 LC expresamente niega la posibilidad de interponer recurso de apelación contra los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo únicamente reproducir la cuestión en la apelación más próxima. Esto último no ocurrirá nunca en casos como el presente, pues como la resolución recurrida en reposición es la inadmisión a trámite de la solicitud de concurso, no habrá ninguna posibilidad de posteriores recursos de apelación donde reproducir la cuestión controvertida en la reposición.

A esta misma solución contribuye una interpretación sistemática de la Ley concursal, pues si en caso de inadmisión de concurso a instancia del deudor (voluntario), el art. 14.3 LC sólo admite recurso de reposición, sin que sea posible apelar el auto que resuelve la reposición, en caso de inadmisión de la solicitud de concurso a instancia los demás legitimados distintos del deudor (necesario), en que también cabe recurso de reposición, tiene sentido que tampoco se admita un posterior recurso de apelación.La razón de ser de esta restricción en el régimen de recursos radica en la posibilidad de volver a reproducir la solicitud de concurso una vez subsanado el defecto que motivó su inadmisión. En este caso, cabría volver a instar el concurso del mismo deudor justificando la existencia del crédito a favor del instante, además del resto de los requisitos previstos en el art. 7 y concordantes de la Ley concursal. De hecho el ámbito de eficacia de cosa juzgada del auto de inadmisión es muy reducido, ciñéndose a lo que fue objeto de decisión, y en concreto a que el crédito invocado para justificar la legitimación del instante del concurso era insuficiente, pues el propio instante reconocía haberlo cedido y no ser en la actualidad titular del mismo.": Auto AP Valencia (sección 9) 03.05.2005 (Auto 159/2005; Rollo 162/2005)

Sí cabe apelación

AP Barcelona 2010

"Fundamentos de derecho.—I. Con motivo del recurso de apelación que ha in-terpuesto «D., S.L.» contra el auto que denegó la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario que formuló frente a «G., S.L.», se plantean en esta segunda ins-tancia dos cuestiones: a) la admisibilidad del propio recurso de apelación (en atención a lo que prescribe el último inciso del art. 13.2 LC); y b) el grado de intensidad re-querido en la justificación del presupuesto de la legitimación, en cuanto a la condición de acreedor, en la fase de admisión a trámite de la solicitud (de conformidad con el art.
7.1 LC).
II. La citada instante, además de alegar en su escrito inicial que la deudora se ha-llaba en situación de insolvencia y que había sobreseído de manera general el pago de sus obligaciones, afirmó ser titular de un crédito por importe de 220.332,42 euros, generado por trabajos de albañilería efectuados por encargo de «G., S.L.» para la cons-trucción de un edificio de apartamentos propiedad de esta última. En justificación de su crédito la instante aportó una factura, emitida el 27 de diciembre de 2005, por el concepto «certificaciones obra según presupuesto», por importe, con IVA, de 658.749,44 euros, si bien alegaba que dicho saldo deudor ha sido minorado a la suma antes indicada por virtud de pagos parciales, aportando así mismo un extracto del Li-bro Mayor de la propia «G., S.L.» que recoge los movimientos de la cuenta contable mantenida con la instante «D.», del que resulta dicho saldo, por 220.332,42 euros.
El señor Magistrado, conforme le permite el art. 13.2 LC, requirió a la parte instante para que aportara: a) el presupuesto y el contrato de obra a los que se refiere la factura aportada; y b) las certificaciones de obra. La instante respondió, a la vez que manifestaba su queja ante lo que consideraba un exceso de control por el juez en esta fase previa, que no dispone de tales documentos ya que ambas sociedades y otras más forman parte de un grupo empresarial dedicado a la promoción inmobiliaria y a la construcción, y en el entramado societario las certificaciones de obra las descontaba en el banco otra empresa del grupo, no existiendo un contrato documentado por escrito.
Fue dictado seguidamente el auto ahora apelado, que no admitió a trámite la solicitud por falta de justificación suficiente de la legitimación del solicitante en cuanto acreedor (señalando así mismo el anómalo proceder del administrador de la sociedad instante, señor A.R., que instó con anterioridad el concurso voluntario de «G., S.L.» en su condición de administrador de esta última, sin serlo realmente a la fecha de esta anterior solicitud, ya que previamente había sido cesado en el cargo).

III. «G., S.L.» se personó en esta fase preliminar y presentó escrito de oposición al recurso de apelación, en el que alegaba su inadmisibilidad por virtud de lo establecido por el art. 13.2 LC, ya que esta norma tan sólo prevé el recurso de reposición contra la resolución judicial de inadmisión a trámite de la solicitud de concurso.
De ser admisible el recurso de apelación, su tramitación no sería contradictoria, si-no inaudita parte, ya que la intervención del deudor no está prevista en esta fase pre-via, de admisión, de modo que no cabría tener por efectuadas las alegaciones conte-nidas en su escrito de oposición al recurso. No obstante, como el presupuesto procesal de admisibilidad de la apelación es apreciable de oficio por el tribunal, entraremos en su análisis.
IV. Es cierto que, en principio, contra la resolución judicial de inadmisión de la solicitud de concurso necesario, por no haber sido justificados o subsanados los de-fectos de que adoleciera, el art. 13.2 LC tan sólo permite la impugnación mediante recurso de reposición: «esta resolución será susceptible de recurso de reposición», y esta previsión, de conformidad con lo dispuesto por el art. 197.2 y.3 LC, parece ser indicativa del único recurso admisible. No obstante, hemos de dejar constancia de los términos menos contundentes que utiliza este precepto, aplicable a la solicitud de con-curso necesario, en contraste con los que emplea el art. 14.2 LC para el caso de soli-citud de concurso voluntario, por el propio deudor, ya que para este supuesto se dice por la norma que «contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo ca-brá recurso de reposición». La diferencia, acaso, puede ser interpretable.
Hemos considerado que la razón legal de la restricción del acceso a la segunda ins-tancia en los casos de inadmisión de la solicitud de concurso estriba en que al solici-tante le cabe la posibilidad de volver a reproducir la solicitud de concurso subsanando los defectos que motivaron la inadmisión anterior. Esta posibilidad de reproducir la so-licitud justificaría la limitación de la impugnación mediante el recurso de apelación, pero, si se acepta que tal es el fundamento al que responde la norma restrictiva en materia de recursos (que, no se olvide, integran el derecho a la tutela judicial efectiva), entendemos que deberían discriminarse aquellos supuestos en los que la inadmisión a trámite no viene motivada propiamente por la falta de subsanación, razonablemente posible, de algún defecto presente en la solicitud o documentación acompañada, sino en la valoración judicial de fondo de la justificación del presupuesto subjetivo de le-gitimación, y/o objetivo, en su caso, para la admisión a trámite del concurso, por en-tender el juez mercantil que la documentación acompañada por el solicitante (en re-lación aquí con el crédito que invoca) es ad limine insuficiente, y sentado que el solicitante ha anunciado que no cuenta con más medios de acreditación o justificación.
En tales casos ya no se trata de que la solicitud pueda y deba ser subsanada o integrada con más explicaciones o argumentaciones, o con un mayor apoyo documental que, de entrada, en atención a las circunstancias concurrentes, sería razonablemente posible y por ello exigible. La inadmisión no se basaría entonces en la omisión de datos y/o documentos que la parte puede recabar para fundar una nueva solicitud, si-no en la valoración que hace el juez mercantil del acervo acreditativo que ofrece el so-licitante para fundar, como es el caso, su legitimación activa, cuando afirma o anuncia que nada más puede aportar. En esta tesitura, la cuestión radicará en juzgar la bondad
o suficiencia del material argumentativo y documental aportado para llenar los requisitos de admisión (que no de declaración) del concurso necesario, más que en la posibilidad de su completamiento o subsanación.
Entendemos que en casos como el presente, el supuesto de hecho no responde al fundamento que subyace a la privación del recurso devolutivo en el contexto del art. 13.2 LC, de modo que la valoración del juez mercantil en este trámite previo ha de poder ser revisada mediante el oportuno recurso de apelación, primando así una interpretación flexible de la norma que posibilite la plena eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva mediante el sistema de recursos": AAP Barcelona (Sección 15) 11.10.2010 (Rollo 181/2010; RJC 117)

3.3 Inadmisión por falta de activo

No cabe apelación

AP Valencia 2007

"SEGUNDO.- La primera cuestión a valorar, sería la relativa a la posibilidad de interponer, en este caso, recurso de apelación contra la inadmisión del concurso, como planteó la parte que lo instó y admitió el Juzgado, con cita, en la segunda resolución (la de 9 de Marzo de 2.007, que resolvió el recurso de reposición planteado contra auto de 8 de Enero anterior) del artículo 20 LC para fundamentar la posibilidad de interponer dicho recurso, pese a que en el primer auto dictado expresamente razonaba el Juzgador "a quo" que : "De suerte que en este momento lo que de suyo habría de propiciar un supuesto de inadmisión, se torna ya en motivo de desestimación, pero en todo caso en el estadio de los artículos 13 y 15 –con el consiguiente régimen de recursos frente a la decisión- y no en el supuesto del artículo 18 y 20, pues amén de que no se ha verificado el emplazamiento efectivo, ningún sentido tendría en atención a lo expuesto llevarlo a efecto por vía edictal..."
Al respecto, cabe indicar, en primer lugar, que tal y como expresa el auto de esta Sala de 3 de Mayo de 2.005, ponente Sra. Martorell, en tesis reiterada en resoluciones que resolvían situaciones que guardan relación con la que aquí se examina, "El artículo 197 de la vigente Ley Concursal regula el régimen de los recursos y su tramitación, y dice, a los efectos que ahora nos interesan:
"1.Los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las modificaciones que se indican a continuación y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 64 de esta ley.

2. Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.
3. Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días....”

1) Es de destacar, por otra parte, que a través del Recurso de Queja suscitado por la representación del Sr....no se ha solicitado la declaración de nulidad de actuaciones, razón por la que, con arreglo al contenido del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 227 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no cabe la valoración en esta instancia de la eventual corrección de la resolución de 12 de noviembre de 2004, pues con arreglo al contenido de la expresada norma “ En ningún caso podrá el Tribunal, con ocasión de un Recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho Recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal”, circunstancias de excepción estas que, es obvio, no concurren en el presente caso.

2) La resolución cuya apelación se pretende no es la contemplada en el artículo 13 de la Ley Concursal, pero tampoco es la contemplada en el artículo 20 del mismo cuerpo legal, en el que el recurrente en queja sustenta su recurso, pues se desprende de lo actuado que la entidad deudora emplazada no dedujo oposición a la solicitud de concurso.

3) En esta situación, y teniendo presente que el auto cuya apelación se pretende es un auto que resuelve un recurso de reposición, entendemos de aplicación la interpretación que del artículo 197 hace la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona en auto dictado en Rollo de apelación 754/2004 relativo al Concurso de Acreedores 4/2004, en el que la Sala razona cuanto se dice seguidamente: “...El art. 197.2 LC dispone que contra los autos del Juez del concurso cabe recurso de reposición, siempre que la propia Ley concursal no excluya todo recurso o no se otorgue otro distinto, que es lo que ocurre en el supuesto enjuiciado. Por lo tanto, en este caso, tendremos que aplicar la regla general contenida en el art. 197.2 LC, y entender que este auto por el que se inadmite la solicitud de concurso es susceptible de recurso de reposición. Esta solución es coherente con la previsión contenida en el art. 13.2.II LC, según la cual el auto de inadmisión por la no subsanación o justificación de los defectos advertidos, en el plazo concedido por el juez, es susceptible de recurso de reposición. Y el art. 197.3 LC expresamente niega la posibilidad de interponer recurso de apelación contra los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo únicamente reproducir la cuestión en la apelación más próxima. Esto último no ocurrirá nunca en casos como el presente, pues como la resolución recurrida en reposición es la inadmisión a trámite de la solicitud de concurso, no habrá ninguna posibilidad de posteriores recursos de apelación donde reproducir la cuestión controvertida en la reposición.

A esta misma solución contribuye una interpretación sistemática de la Ley concursal, pues si en caso de inadmisión de concurso a instancia del deudor (voluntario), el art. 14.3 LC sólo admite recurso de reposición, sin que sea posible apelar el auto que resuelve la reposición, en caso de inadmisión de la solicitud de concurso a instancia los demás legitimados distintos del deudor (necesario), en que también cabe recurso de reposición, tiene sentido que tampoco se admita un posterior recurso de apelación.

La razón de ser de esta restricción en el régimen de recursos radica en la posibilidad de volver a reproducir la solicitud de concurso una vez si fuera un defecto el que motivara su inadmisión, ya que cabría volver a instar el concurso del mismo deudor justificando la existencia del crédito a favor del instante, además del resto de los requisitos previstos en el art. 7 y concordantes de la Ley concursal. De hecho el ámbito de eficacia de cosa juzgada del auto de inadmisión es muy reducido, ciñéndose a lo que fue objeto de decisión, y en concreto a que el crédito invocado para justificar la legitimación del instante del concurso era insuficiente, pues el propio instante reconocía haberlo cedido y no ser en la actualidad titular del mismo.”

El supuesto aquí examinado no es propiamente ni el recogido en el primer precepto ni el que entra en el ámbito del artículo 20 LC, y, en tal sentido, compartimos la apreciación vertida por el Juzgador “a quo” en el primero de los autos dictados, ya que como indica el auto de 31 de Enero de 2.007 de la Sección cuarta de la A. Provincial de Tenerife El art. 20 que se invoca prevé casos distintos al aquí examinado: en este supuesto se trata de la inadmisión a trámite de la misma petición de concurso, mientras que en los previstos en la norma del art. 20 se hace referencia a las resoluciones que pueden dictarse tras la admisión de la petición de concurso voluntario (por parte del acreedor), audiencia del deudor y oposición del mismo (arts. 15 a 20). En el caso examinado no ha habido lugar a la tramitación que finaliza con alguna de esas resoluciones que se declaran recurribles en apelación. Por ello, si, como aquí sucede, tal tramitación no se inició, porque el deudor no ha sido emplazado, y aunque la Ley prevé la posibilidad de que pueda dictarse el auto con la documentación inicial, como prevé el artículo 184,7, además de las alegaciones y averiguaciones a que alude la propia norma, entendemos que esta no es la situación a que se refiere el artículo 20 LC a los efectos de recurso, que es lo que ahora analizamos.

Llegados a este punto, que nos llevaría a la imposibilidad de admitir el recurso de apelación, lo cierto es que debe puntualizarse, en primer lugar, que no resultaría en ningún caso necesario declarar nulidad alguna, ya que es doctrina que reiteradamente ha venido estableciendo el Tribunal Supremo en supuestos parejos la que expresa que la concurrencia de causa de inadmisión del recurso se convierte, en este trámite procesal, en motivo de desestimación del Recurso, como reiteradamente ha manifestado el Tribunal Supremo entre otras, en la sentencia de 14 de junio de 2002, [EDJ 2002/22295, Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier] al indicar que << Una causa de inadmisión del recurso no tenida en cuenta, deviene, en el momento de resolución, causa de desestimación: sentencias, entre otras muchas, de 26 de enero de 1996 EDJ 1996/262, 22 de febrero de 1999 EDJ 1999/1618, 5 de julio de 2000 EDJ 2000/18904 y 28 de mayo de 2002. La normativa sobre la recurribilidad del proceso es de ius cogens, indisponible y debe ser aplicada por el órgano jurisdiccional, incluso de oficio: así lo dice expresamente la sentencia de 13 de junio de 2002>>que implicaría el rechazo del recurso interpuesto

sin el examen de los concretos motivos del mismo. Además, en ningún caso ello supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, porque no existe un derecho al recurso ni a la doble instancia en cuanto tal. Como indica el Tribunal Constitucional (entre otras, en sus resoluciones nº 3/1983, 37/1.995, 91/1997, 258/2.000 y 6/2001) "no existe norma constitucional que imponga la doble instancia o el derecho a determinados recursos; solamente cuando el legislador ha establecido el derechos a estos, la parte ostenta el derecho a tal vía impugnativa, integrándose tal derecho dentro de la esfera de la tutela judicial efectiva; pero cuando el legislador en determinados casos y asuntos, por las razones que estima imperiosas, no facilita el acceso al recurso, (como aquí ocurre respecto al de apelación) dicha ausencia de recurso ante una instancia superior no menoscaba la tutela judicial efectiva", "no existe un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no exista,, a salvo en lo penal". "Al contrario, el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal, está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad que el legislador haya establecido y hayan sido delimitados por vía interpretativa por esta sala" (SSTC 3/83, 216/98 y 60/99)

TERCERO.- Ahora bien, aunque prescindamos de lo anterior, dadas las dudas que la específica situación aquí producida genera, el recurso iba a correr idéntica suerte desestimatoria, ya que la alegación esencial del recurrente, en que se centra gran parte del recurso, es la de mantener la vulneración de la norma del artículo 184, párrafo séptimo, de la LC, sosteniendo la posibilidad de dictar el auto de admisión del concurso, con base en documentos y alegaciones aportadas por los acreedores y las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión, después de que el resultado del emplazamiento del deudor fuera negativo, no se conociera su domicilio, o las diligencias de averiguación de aquel tuvieran un resultado infructuoso, alegación que entendemos no puede prosperar, ya que el precepto que invoca el recurrente no contiene, en sí mismo, el sentido de la resolución a dictar por el Juzgado de lo Mercantil, sino que, al contrario, faculta a éste para dictarla, pese a la falta de tal presupuesto –el emplazamiento del deudor- si entiende que se dan los presupuestos necesarios para ello, lo que, “a contrario sensu” ha de significar necesariamente que Ley faculta al Juez mercantil para que, en el supuesto de falta de emplazamiento, y en las circunstancias dichas, del deudor, valore, de nuevo, la posibilidad de admitir el concurso o no, no tanto desde un punto de vista de control formal, que ya debió verificarse inicialmente, sin que las circunstancias hayan cambiado, sino desde el punto de vista de los presupuestos exigibles en orden a la finalidad del concurso, que es lo que se ha efectuado.

Ciertamente, tal y como expone el recurrente, formalmente se han cumplido los presupuestos de admisión del recurso, si bien tampoco resulta rechazable la tesis del juzgador, de carácter finalista, asimismo recogida en distintas resoluciones de los Juzgados unipersonales especializados (baste, a título meramente de ejemplo, auto dictado el 30-1-06 por el Juzgado Mercantil 2 de Barcelona, que, sobre la cuestión analizada afirma literalmente lo que sigue “la falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia. Ahora bien, la obligación legal del deudor de instar su propio concurso no determina que necesariamente el tribunal deba declararlo. Pues bien, teniendo en cuenta que el artículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, "en cualquier estado del procedimiento", cuando el tribunal "compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores", si el deudor, en su solicitud, admite que no tiene activo, ésta no debe admitirse a trámite. Se suele aducir que la conclusión por falta de activo sólo es posible si la administración concursal justifica que no son viables acciones de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros (apartado tercero del artículo 176); y ello sólo es posible si el concurso llega a admitirse a trámite. Ahora bien, si no existe activo, ni son viables aquellas acciones ni es viable el concurso como procedimiento. Los gastos y costas judiciales deben atenderse con cargo a la masa (artículo 84.2, 2º). Por tanto, cuando el deudor valora en cero euros su activo, ni podrá recurrirse a un letrado que promueva las acciones de reintegración o de responsabilidad que sean pertinentes, ni se podrán abonar los honorarios de la administración concursal. Es más, tampoco podrán publicarse los edictos ni llevarse a cabo el llamamiento a los acreedores del artículo 21.1-5º. El concurso persigue una doble finalidad; la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio. Si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse. La solicitante, en el presente caso, no puede alcanzar acuerdo alguno con sus acreedores para el pago de los créditos -la propia demandante admite que la empresa no es viable- y no hay nada que liquidar. Las acciones de reintegración o la responsabilidad de terceros cumplen una finalidad accesoria o secundaria y, en todo caso, complementaria de alguna de las finalidades primordiales -el convenio o la liquidación-. No parece razonable que el concurso deba admitirse y continuar para perseguir un fin accesorio cuando no puede cumplir la finalidad principal, máxime cuando para la consecución de aquél fin es necesario un mínimo de activo y cuando, en buena medida, puede lograrse mediante otros mecanismos extraconcursales que nuestro Ordenamiento prevé -otras acciones rescisorias o de responsabilidad al amparo de la normativa societaria-. En consecuencia, debe rechazarse la solicitud y acordar el archivo de las actuaciones”).

Dichos razonamientos recogidos en el auto recurrido, no van dirigidos, evidentemente, a la falta de presupuestos exigibles, en forma directa, que se desprenden del articulado de la Ley, sino a una consideración ulterior de la finalidad de la misma y de las posibilidades que ofrece la tramitación del procedimiento concursal pretendido, para concluir, por mor de la situación apreciada, incluso, en ese momento inicial, la inoperancia e incluso la contraproducente consecuencia para el propio acreedor instante, del seguimiento de la tesis que se postula por su parte. Si la propia norma que el recurrente entiende infringida no predetermina, en este caso, el sentido de la resolución (no de otro modo puede valorarse la expresión utilizada, “podrá”) no puede entenderse

vulnerada dicha norma que parte del juicio subjetivo del Juzgador, razonado concretamente en la resolución, y por ello la alegada infracción de la norma ha de perecer.
CUARTO.- La recurrente alega, igualmente, vulneración de la obligación de motivación de la resolución dictada y falta de exhaustividad de la misma.
La finalidad del antiguo art. 359 de la LEC de 1881, actual 218 de la vigente Ley procesal, es asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión (STS 28-7-95); de forma que para determinar la incongruencia se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido (SSTS 22-4-88, 23-10-90, 14-11-91 y 25-1-94), sin que su exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes (SSTS 30-4-91 y 13-7-91), o por el Tribunal (STS 16-3-90); y en esta línea se ha precisado que la incongruencia no puede amparar una revisión probatoria, de manera que no puede darse por haberse apartado la Audiencia de los hechos reputados probados en la primera instancia, tras haber valorado nuevamente la prueba (SSTS, entre otras, 28-7-97, 11-5-98, 1-12-98, 1-3-99, 26-10-99 y 8-3-00). Al mismo tiempo, en cuanto a la falta de motivación, no debe olvidarse que es, igualmente, doctrina de esta Sala que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución fundada en derecho que aparezca suficientemente motivada, exigencia de motivación que aspira a hacer patente el sometimiento del Juez a la ley o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico, y a lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial, a la par que facilita el control de la sentencia por los Tribunales superiores, operando, por lo tanto, como garantía o elemento preventivo de la arbitrariedad (SSTC 32/96, que cita las SSTC 159/89, 109/92, 22/94 y 28/94; y también STS 20-3-97), matizando la misma doctrina que el deber de motivación de las sentencias, distinto y diferenciado del deber de congruencia (cfr. SSTS 30-5-00, que cita las de 4-10 y 15-11-99, 29-5-00, 4-7-00, 27-9-01 y 13-11-2001, entre otras muchas), y que en la actualidad se contempla en el art. 218 de la LEC 1/2000, ha de cumplir la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir su eventual control jurisdiccional (STS 1-6-99 y 22-6- 00), pero no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que la parte pueda tener sobre las cuestiones debatidas (SSTS 3-6-99,16-5-00, 31-1-01, que cita SSTC 6-6-94 y 27-3-00 y SSTS 17-2-96, 22-5-97, 20-12-00 y 12-2-2001), pues dicho deber no ha de llevarse hasta el punto de imponer la necesidad de dar respuesta a todas y cada una de las cuestiones, de hecho y de derecho, que se susciten, siendo suficiente que la resolución ofrezca los datos indispensables para permitir conocer la ratio decidendi, los razonamientos que sustentan su fundamentación y la decisión que contiene, realizando de ese modo los fines que con él se persiguen, que no son otros que facilitar la oportuna revisión jurisdiccional de la resolución y el adecuado control de la arbitrariedad judicial (cfr. SSTS 3-6-99,16-5-00 y 31-1-01, que cita SSTC 6-6-94, y 27-3-00 y SSTS 17-2-96, 22-5-97, 20-12-00, 25-5-01, 15-10-01 y 2-11-01 por citar algunas). De ese modo, tal y como expresa la STS 12-2-01, y en la misma línea se encuentran las SSTS 25-5-01, 15-10-01 y 2-11-01, debe considerarse que hay motivación suficiente cuando la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador, o bien que a través de los argumentos o razones integrados en sus Fundamentos se evidencie la concurrencia de las citas legales acordes con ellos y con la subsiguiente parte dispositiva, o se expresen las razones de hecho y de derecho que basen la decisión, aun cuando la fundamentación jurídica de la sentencia pudiera resultar discutible (cfr. STS 20-12-00).
En el supuesto analizado, claro es, no puede hablarse de falta de motivación en el sentido expuesto, ya que ciertamente, el Juzgado plantea las razones que han llevado a la resolución que adopta, y, compartidas o no, pueden ser combatidas, por su especificación en la resolución, que es aquello que pretende la norma que se dice vulnerada. Cuestión distinta es que se entienda, como así acontece que la tesis mantenida por el Juzgador no es correcta, pero ello, como hemos dicho, consideramos que no es así, y, aunque la tesis hubiera sido contraria, nunca ello constituiría vicio de incongruencia, sino de estimación del recurso.
Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida." : Auto AP Valencia 26/07/2007

Sí cabe apelación

AP Valencia 2009

"PRIMERO.- La representación procesal de la entidad EXCLUSIVAS BAYMAR SA presentó escrito en solicitud de Concurso Abreviado Necesario respecto de la mercantil TURTRANS SL, dictándose por el Juzgado de lo Mercantil resolución de fecha 3 de abril de 2009 por la se desestimaba tal petición al considerar que, si bien concurría al efecto los requisitos de pluralidad de acreedores e insolvencia del deudor común, a la vista de los documentos acompañados al escrito de solicitud, no se daba, sin embargo, el requisito de suficiencia de bienes bastantes y de tesorería que permita al menos pagar los gastos que ha de generar el concurso, -honorarios de administración concursal, publicación de edictos-, por lo que, todo ello con cita de lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley Concursal.
Contra dicha resolución se interpuso por la demandante recurso de reposición que fue desestimado por Auto de fecha 25 de mayo de 2009 en el que, con base a los argumentos ya expuestos, se indicaba "no haberse justificado por la solicitante el valor real de los bienes que dice son de su propiedad". Se hacía saber a la parte solicitante que contra dicha resolución no cabía interponer recurso alguno.
La representación de EXCLUSIVAS BAYMAR SA presentó escrito preparando el recurso de apelación contra el Auto de 25 de mayo, dictándose Auto de 4 de junio por el que se acuerda no haber lugar a tener por preparado dicho recurso al no tratarse aquélla de resolución susceptible de recurso alguno. Contra la misma formuló la

parte recurso de reposición, preparatorio del recurso de queja, que fue resuelto por Auto de 17 de junio de 2009 por el que se desestimaba la reposición citando al efecto lo dispuesto en el artículo 14.3 de la LC.
Formula ahora la parte recurso de queja alegando la recurribilidad de la resolución dictada en la instancia, indicando al respecto que en el caso de concurso necesario no compete a la parte solicitante acreditar la existencia de activo suficiente, debiéndose estar al respecto a lo dispuesto en los artículos 455 y 456 LEC, así como al tenor del artículo 15 de la Ley Concursal, conforme al cual el Juzgador no debe entrar en el examen de la concurrencia de los requisitos, y en particular lo dispuesto en el artículo 20 de la citada LC.
SEGUNDO.- Es de advertir que el Juzgador de la instancia al pronunciarse sobre la cuestión objeto de debate lo hace como si estuviera ante la solicitud de un concurso voluntario, al punto de que al resolver la reposición formulada contra el auto de desestimación de la solicitud del concurso razona, en el fundamento jurídico segundo, no haberse justificado por la solicitante "el valor real de los bienes que dice son de su propiedad" (Auto de 25 de mayo de 2009), olvidando con ello que la solicitante del concurso está pretendiendo dicho procedimiento no para sí –concurso voluntario ex art. 5- sino para la mercantil TURTRANS SL – concurso necesario ex art. 7- y que, por tanto, la disposición a tener en cuenta no es el artículo 14 de la LC en cuyo apartado tercero expresamente se prevé que "contra el auto desestimatorio de la solicitud del concurso sólo cabrá recurso de reposición", sino el artículo 15 del mismo texto legal que regula la provisión sobre la solicitud de otro legitimado, en cuyo caso ha de estarse al cumplimiento por el solicitante de lo exigido en el artículo 7 y al trámite que el propio artículo 15 establece.
De todo ello se infiere, como así lo indica el Auto de 3 de abril de 2009 de la AP Baleares (ROJ: AAP IB72/2009), citado por la recurrente y cuyos razonamientos jurídicos esta Sala comparte, que: "Si se tratase de un concurso voluntario cabría sólo reposición ante la decisión de no admitir la solicitud de concurso porque podría haber subsanación, por ejemplo el art. 14 de la LC dispone "2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada. 3.- Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición", pero nos encontramos ante una demanda de solicitud de concurso necesario, y en este caso se debe considerar que ha lugar a la admisión a trámite de la demanda pues basta que el acreedor funde su derecho, no que lo fundamente, y luego ya se formulará oposición en su caso (puede también haber allanamiento);todo ello está regulado por el art. 15 y ss de la LC siendo que el artículo 20 dice que "2. Contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación. … De las disposiciones legales mencionadas, por lo que afecta al concurso necesario, se ha de concluir en el sentido de que el acreedor instante del concurso sólo ha de presentar su crédito, se admitirá a trámite la demanda aunque posteriormente no se declare el concurso porque no haya mas acreedores o lo que fuere, pudiéndose en este caso formular apelación".
En consecuencia, y en atención a cuantas consideraciones jurídicas han sido expuestas, ha de estimarse el recurso de queja formulado por la entidad solicitante del concurso necesario": AAP Valencia (Sección 9) 25.09.2009 (Rollo 501/21009; Auto 366/2009)

3.4 Inadmisión por cualquier causa

No cabe nunca apelación

AP Madrid

"PRIMERO Se recurre en queja por la representación procesal de DON Gabino el Auto del Juzgado de lo Mercantil de fecha 8 de abril de 2005, cuya parte dispositiva se recoge en los antecedentes de hecho de la presente resolución, articulando su recurso en la alegación de que resulta improcedente el rechazo de la preparación del recurso de apelación intentado por el recurrente, ya que, a su juicio, el tenor literal del artículo 13 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no permite excluir el recurso de apelación, a diferencia de lo ocurre con el artículo 14-3 del mismo texto legal, y que conforme al artículo 24 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 debe interpretarse restrictivamente cualquier norma restrictiva (sic) de derechos.
SEGUNDO La queja no puede ser acogida, pues al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, y, en el presente caso el artículo 197.2 de la Ley Concursal dispone que «Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto» y el artículo 197.3 añade que «Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días», todo ello en consonancia con lo declarado en la exposición de motivos de la Ley especial en el que se expresa que el legislador ha optado por limitar el número de recursos en aras a la celeridad del procedimiento.
El legislador, en el artículo 13 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal no ha previsto otro recurso contra la decisión por la que el Juez del Concurso declare no haber lugar a admitir a trámite la solicitud de concurso necesario que el de reposición, sin que, por otra parte, se otorgue a las partes otro distinto medio de impugnación.
TERCERO En definitiva, la decisión de la Juez de lo mercantil, no teniendo por preparado el recurso de apelación interpuesto por DON Gabino, debe considerarse plenamente ajustada a Derecho, puesto que, como

se ha dicho, las partes no pueden a su libre albedrío impugnar una resolución, fuera de los cauces legales previstos, promoviendo un nuevo recurso no previsto por la Ley contra una concreta resolución.”: Auto AP Madrid 10.10.2005 (AC 2005\2122)

“PRIMERO.-Los antecedentes del presente recurso son los siguientes:
1º) D. Ambrosio presentó, con fecha 6 de marzo de 2009, solicitud de concurso necesario de Santander Banif Inmobiliario FII que fue turnada al Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.
2º). El Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó auto con fecha 23 de marzo de 2009 por el que, de plano y sin tramitación alguna, rechazó de manera motivada la solicitud de concurso necesario.
3º) Contra la citada resolución el instante interpuso recurso de reposición que fue desestimado por el auto ahora apelado de fecha 4 de junio de 2009.
SEGUNDO.-Como ha señalado el TC (entre otras, en las STC 37/1995 de 7 de febrero, 102/2002 de 20 de mayo y 227/2002 de 25 de noviembre) el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso. De manera que si el legislador no ha conferido al litigante la posibilidad de recurrir una resolución o ha diferido la posibilidad de hacerlo, no podrá considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) si el tribunal, en el ejercicio de sus competencias, inadmite el recurso y su decisión está motivada y no resulta irrazonable, arbitraria o palmariamente errónea, ni es fruto de una interpretación rigorista y formalista de las condiciones de admisibilidad de los escritos a él dirigidos (sentencia del TC 299/1999 de 13 de diciembre).
El examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que el tribunal de segunda instancia debe acometer de oficio. Por ello, analizaremos dicha premisa con carácter previo, y en su caso excluyente, respecto del estudio de los motivos de apelación que el apelante invoca en su escrito de interposición del recurso.
TERCERO.-La Exposición de Motivos de la Ley Concursal (LC), tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad, nos indica que: ". La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación".
Dichos principios inspiradores se manifiestan positivamente en el artículo 197 de la LC que contiene un régimen de recursos particular y distinto del diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil (salvo en los aspectos formales relativos a su sustanciación, según su apartado 1 -que ha pasado a ser el nº 2 tras la reforma por Ley 13/2009, de 3 de noviembre). Así, el apartado 2 de dicho precepto -nº 3 tras la indicada reforma legal-establece con carácter general que: "Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.".
CUARTO.-En el supuesto enjuiciado nos encontramos con una primera resolución dictada al amparo del artículo 13.2 de la Ley Concursal, esto es, ante un auto que consideraba que la solicitud presentaba tales deficiencias que ni tan siquiera permitían, según se deduce del criterio, acertado o no, del juez de lo mercantil, ni plantearse la hipótesis de la posibilidad de subsanación ni dar lugar a los trámites de inicio del concurso necesario. No ha de olvidarse que el juez de lo mercantil ha de realizar, antes de decidir sobre la admisión a trámite de una solicitud de concurso necesario, un primer filtrado de los presupuestos que la misma debe cumplir (requisitos procesales, aparente legitimación del solicitante, etc), porque admitir de modo indebido la tramitación de una solicitud de concurso necesario podría conllevar efectos indeseables en el tráfico mercantil que deben ser prevenidos (como agravar la situación económica del afectado y de los que se relacionan con él, etc). No cabe confundir una resolución de ese tipo, por más que el juez haya podido utilizar con impropiedad tal expresión en esta inicial fase procesal, con la desestimación de la solicitud que en el caso de concurso necesario solo puede dictarse en un momento ulterior al de la previa admisión a trámite de la solicitud (lo que conllevaría el emplazamiento del deudor para garantizar el principio de contradicción, el trámite de oposición que éste pudiera suscitar y la celebración de la correspondiente vista), siendo entonces cuando se aplicaría ante esa posterior resolución judicial el régimen de recursos específico diseñado en el artículo 20.2 de la Ley Concursal.
Como indica el artículo 13.2 in fine de la Ley Concursal, contra el auto que rechaza la tramitación de la solicitud de concurso (voluntario o necesario), que es lo que único que, dada la altura a la que se halla el proceso, ha podido ocurrir en este caso, cabía interponer recurso de reposición (y así se indicaba en la primera de las resoluciones del juzgado), sin que contra el auto resolutorio de ésta pudiera proceder ningún recurso ulterior (artículo 197.2 de la Ley Concursal).
Insistimos en que, como hemos apuntado, no puede sostenerse la admisibilidad de la apelación con fundamento en el artículo 20.2 de la Ley Concursal, que prevé tal recurso contra la desestimación de la solicitud de concurso necesario, pues tal resolución sólo puede dictarse una vez admitida a trámite la solicitud y sustanciada la oposición del deudor (artículos 15, 18, 19 y 20 de la Ley Concursal). En el presente caso tal tramitación no ha llegado a tener lugar y en momento alguno se alegó en la primera instancia que la decisión del juzgado no hubiese sido acorde a las normas de procedimiento ni se le planteó entonces una petición de nulidad de actuaciones (que este tribunal no podría plantearse de oficio en segunda instancia-artículo 227, in fine, de la LEC), luego el régimen de recursos no puede ser el previsto para un trámite procesal no desarrollado, sino el establecido para el que ha sido seguido.
QUINTO.-La irrecurribilidad del auto desestimatorio del recurso de reposición interpuesto frente a la inadmisión a trámite de un concurso con fundamento en el artículo 13.2 de la Ley Concursal ya ha sido mantenida por esta

sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid a propósito de un concurso voluntario en el auto de fecha 10 de enero de 2008 y de un concurso necesario en los autos de 20 de febrero de 2009 y de 17 de julio de 2009, precisando que, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición (a diferencia del necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación -artículo 20.2 de la Ley Concursal -). Como ya señalamos en dichas resoluciones, es cierto que ha suscitado alguna disquisición interpretativa el hecho de que mientras el artículo 14.3 emplea la expresión "sólo" ("... Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición..."), el artículo 13.2 prescinde de dicho adverbio (". Esta resolución será susceptible de recurso de reposición..."), por lo que ha llegado a postularse que la ausencia del vocablo en cuestión dentro de este último precepto podría ser indicativa de que, a diferencia de lo que sucede con la resolución que contempla el artículo 14.2, el auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud no tendría vedado el acceso a la segunda instancia. Sin embargo, son consideraciones de orden sistemático las que obligan a rechazar esta interpretación. Así:
1.-Si a tenor del artículo 197 de la LC anteriormente transcrito la admisibilidad del recurso de reposición contra las providencias y autos que recaigan a lo largo del concurso constituye la regla general, representando la excepción -que ha de contemplarse de manera explícita-la admisibilidad del de apelación
o de cualquier otro recurso, entonces el hecho de que el artículo 13.2 solamente otorgue recurso de reposición (sin contemplar nominalmente el de apelación) para combatir el auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud de concurso, es revelador de que el legislador, consecuente con los principios en que se inspira la totalidad del sistema, ha querido excluir la segunda instancia respecto de aquel tipo de resolución.
2.-Por otro lado, si tenemos en cuenta que la expresión "sólo" aparece ya empleada con esa misma finalidad en el precepto genérico que abarca a la totalidad de las hipótesis posibles, esto es, en el artículo
197.2 ("... Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto..."), entonces puede concluirse que no es que la omisión del adverbio controvertido en el artículo 13.2 tenga una significación especial, sino, muy al contrario, que su empleo en el artículo 14.3 constituye una simple variante discursiva o de redacción carente de especial trascendencia. En suma, un énfasis en cierto modo redundante e innecesario.
3.-A mayor abundamiento, se debe indicar que, inspirándose la Ley Concursal en un sistema sumamente limitado de medios de impugnación, no parecería consistente con dicho sistema que, por una parte, se impusiera tal criterio restrictivo en toda su plenitud sobre un tipo de resolución que comporta una valoración de fondo sobre la falta de concurrencia de los presupuestos precisos para la declaración de concurso (auto del artículo 14.3) y, en cambio, la ley fuera más tibia y admitiera el recurso de apelación frente a una resolución (auto del artículo 13.2) que no acarrea al solicitante otro gravamen que el contratiempo que consiste en que si conservase interés en ello tendría que volver a presentar nueva solicitud, pero esta vez depurada, si ello fuera posible, de los defectos advertidos en la primera ocasión.
En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía otro recurso que el de reposición y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad del recurso de apelación operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, procede desestimar el recurso de apelación ahora enjuiciado.
SEXTO.-No procede efectuar expresa imposición de las costas de la apelación, ya que la regla del nº 1 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se remite, a su vez, al artículo 394 del mismo cuerpo legal, en cuya previsión excepcional, referida a los supuestos dudosos, puede subsumirse el supuesto de confusión creada a las partes por indicación incorrecta del recurso procedente, lo que se avendría mal con imponerles una condena en costas cuando se han plegado a lo indicado por el juzgado. ":AAP Madrid (Sección 28) 05.11.2010 (Auto 154/2010; Rollo 184/2010)

"PRIMERO.- La mercantil VÍCTOR MARTÍN, S.L. promovió solicitud de concurso necesario conjunto de las sociedades PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES MUÑERÁN, S.L. y PROMOCIONES UBIETA, S.L., señalando en ambos casos como domicilio de las mismas la calle Duque de Sesto nº 30 de Madrid.
Por medio de Auto de fecha 10 de febrero de 2010 se acordó admitir a trámite la solicitud y el emplazamiento de las citadas sociedades a fin de formular, en su caso, oposición. Las diligencias de emplazamiento resultaron negativas, lo que se hizo constar por diligencia de ordenación, requiriendo al acreedor solicitante para que en el plazo de cinco días instase lo que estimase conveniente.
Ninguna alegación o solicitud efectuó la solicitante, de manera que con fecha 21 de mayo de 2010 se dictó auto por el que se declaró no haber lugar a la tramitación del concurso necesario. En dicho Auto se informaba sobre la posibilidad de interponer recurso de apelación contra el mismo.
En fecha 25 de mayo de 2010 la acreedora solicitante presentó un escrito por el que manifestó que no conocía otro domicilio de las citadas sociedades.
La acreedora solicitante interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación, teniéndose por preparado recurso de apelación por providencia de 11 de junio de 2010, sin dar lugar a la tramitación previa de recurso de reposición.
SEGUNDO.- Frente al citado Auto de 21 de mayo de 2010 por el que se acordó no haber lugar a la tramitación del concurso necesario se alza la solicitante por entender en primer lugar que dicha resolución era recurrible en reposición, aunque interesa a tal efecto una mera declaración sin perjuicio de que por razones de economía procesal pudiera la Sala entrar directamente a conocer de la apelación. Añade que la imposibilidad de efectuar el emplazamiento en el único domicilio conocido no constituye un defecto de la solicitud y tampoco le resulta imputable al solicitante y que se avisó a una funcionaria del Juzgado explicando que no se conocía otro domicilio y que se presentaría un escrito en tal sentido, lo que efectuó en fecha 25 de mayo de 2010, antes de

dictarse el Auto recurrido. Considera que, en todo caso, lo que corresponde no es el archivo del procedimiento, sino las averiguaciones domiciliarias o comunicaciones edictales procedentes, conforme a lo dispuesto en los arts. 51, 155, 156 y 164 LEC.
Como ya hemos declarado reiteradamente tanto en los supuestos del art. 13.2 LC en los que se declara no haber lugar a la admisión de la solicitud, como en los previstos en el apartado tercero del art. 14, en los que se desestima la solicitud, solo cabe interponer recurso de reposición (entre otros Autos de 20 de febrero y 5 de junio de 2009 y 4 de noviembre de 2010). A igual conclusión se llegaría de estimar aplicable el régimen general de recursos. No obstante, la incorrecta mención de los recursos efectuada por el Juzgado ha privado a la parte de la posibilidad de que fuera resuelto el pertinente recurso de reposición que interpuso, tramitando subsidiariamente el de apelación que formalizó atendiendo a la información referida. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 241/2006, de 20 de julio y 26/2008, de 11 de febrero, si se han ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran las precisas y obrar en consecuencia. De este modo no es razonable exigir a la parte que contravenga o salve por sí misma la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque ésta pueda resultar o resulte errónea.
Por ello, aunque el recurso de apelación no puede ser admitido, es consecuencia derivada del artículo 24 de la Constitución acordar que se conceda a la parte recurrente la posibilidad de recurrir en reposición el referido Auto o, en este caso, de que se resuelva el recurso de reposición interpuesto.
Señalado lo anterior, no nos encontramos propiamente ante un supuesto de inadmisión de la solicitud, porque la solicitud ya fue admitida por auto de 10 de febrero de 2010, acordándose de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.1 LC. Conforme a lo dispuesto en el art. 184.7 LC procedería en todo caso efectuar diligencias de averiguación del domicilio y, caso de resultar infructuosas, podrá no obstante dictarse el auto de admisión del concurso con base en los documentos y alegaciones aportadas por el acreedor y las averiguaciones realizadas.
La declaración efectuada en el auto recurrido debe seguir el régimen general de impugnación que dispone el apartado segundo del art. 197 LC, de manera que la conclusión debe ser la misma ya expuesta ante la defectuosa información sobre los recursos que contiene el auto recurrido, de manera que debe concederse a la parte la posibilidad de recurrir en reposición el Auto de 21 de mayo de 2010. “: AAP Madrid (Sección 28) 12.05.2011 (Auto 65/2011; Rollo 418/2010)

“PRIMERO.- Los antecedentes del presente recurso son los siguientes:
1º) la representación procesal de D. Clemente y de otras ciento setenta personas, cuyas identidades figuran en autos, presentó, con fecha 4 de octubre de 2010, solicitud de concurso necesario contra Residencial Los Molinos Sociedad Cooperativa Madrileña que fue turnada al Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid;
2º) el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, que había conocido en su día de la comunicación preconcursal efectuada por Residencial Los Molinos Sociedad Cooperativa Madrileña, dictó proveído por el que no admitía a trámite la solicitud de concurso necesario, que dejaba en suspenso a resultas del posible concurso voluntario del deudor; y
3º) contra la citada resolución la parte instante del concurso necesario interpuso recurso de reposición que fue desestimado por auto de fecha 30 de noviembre de 2010, contra el que se ha interpuesto esta apelación, siguiendo la información que en materia de recursos le ofreció el pie de la resolución que deseaba recurrir; la parte apelante defiende que debería tramitarse su solicitud de concurso necesario, al considerar que, efectuado el cómputo de plazos del que entiende el correcto, sería ya preferente sobre la del deudor y no al revés.
SEGUNDO.- El examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que el tribunal de segunda instancia debe acometer de oficio. Por ello, analizaremos dicha premisa con carácter previo, y en su caso excluyente, respecto del estudio de los motivos de apelación que el apelante invoca en su escrito de interposición del recurso.
Para ello debe tenerse presente que, como ha señalado el TC (entre otras, en las STC 37/1995 de 7 de febrero, 102/2002 de 20 de mayo y 227/2002 de 25 de noviembre), el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso. De manera que si el legislador no ha conferido al litigante la posibilidad de recurrir una resolución o ha diferido la posibilidad de hacerlo, no podrá considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) si el tribunal, en el ejercicio de sus competencias, inadmite el recurso y su decisión está motivada y no resulta irrazonable, arbitraria o palmariamente errónea, ni es fruto de una interpretación rigorista y formalista de las condiciones de admisibilidad de los escritos a él dirigidos (sentencia del TC 299/1999 de 13 de diciembre).
TERCERO.- La Exposición de Motivos de la Ley Concursal (LC), tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad, nos indica que: ". La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación".
Dichos principios inspiradores se manifiestan positivamente en el artículo 197 de la LC que contiene un régimen de recursos particular y distinto del diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil (salvo en los aspectos formales relativos a su sustanciación, según su apartado 2). En concreto, en él se prevé un régimen general

aplicable para los recursos utilizables contra las resoluciones dictadas en forma de auto por el juez del concurso, en sus apartados nº 3 y 4, conforme al cual, a salvo previsiones especiales de la propia ley, no cabe interponer contra ellas recurso directo de apelación.
CUARTO.- Este tribunal se ha pronunciado ya en reiteradas ocasiones (autos de 10 de enero de 2008, 20 de febrero de 2009, 17 de julio de 2009, 5 de noviembre de 2010, 18 de noviembre de 2010 y 12 de mayo de 2011) sobre la imposibilidad legal de recurrir en apelación las resoluciones por las que se inadmite a trámite una solicitud de concurso (artículo 13 nº 2, segundo párrafo, de la Ley Concursal), bien sea de carácter voluntario o bien lo sea del necesario, o se desestima una solicitud de concurso voluntario (artículo 14, nº 3, de la Ley Concursal - apartado que pasará a ser el nº 2 con la entrada en vigor de la reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre).
Según el citado régimen legal, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13 nº 2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (artículo 14 nº 3 de la Ley Concursal - nº 2 tras la indicada reforma), cualquiera que sea el motivo, pues ninguna distinción se efectúa en el citado precepto legal, sólo cabe recurso de reposición. La diferencia con el concurso necesario estriba en que en la inadmisión a trámite se aplicaría la misma regla (artículo 13.2 de la Ley Concursal), pero, en cambio, contra la desestimación de la solicitud, lo que acaecería en un momento ulterior, sí cabría recurso de apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
QUINTO.- Aunque la solución por aplicación de las reglas generales que hemos citado resulta clara, queremos remarcar la imposibilidad de sostener la admisibilidad del recurso de apelación en el presente caso con la invocación de la previsión especial del nº 2 del artículo 20 de la LC. No hay que perder de vista que en el supuesto que aquí nos ocupa la decisión judicial que se pretende recurrir no es la de la desestimación de la solicitud de concurso de carácter necesario, sino la de que ni tan siquiera cabía la admisión a trámite de la citada solicitud, aunque ello quedase condicionado a la suerte final del mecanismo preconcursal puesto en marcha con la comunicación ante el juzgado prevista en el nº 3 del artículo 5 de la LC (previsión que fue añadida por reforma a la Ley 22/2003 instrumentada mediante el RDL 3/2009, de 27 de marzo, y que con la nueva reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre, pasará a regularse en el artículo 5 bis), de manera que, según el criterio de coordinación procesal que contempla el artículo 15 nº 3 de la LC, hubiese que esperar al transcurso del plazo que se reserva al deudor para que pudiera ser él quien plantease, con preferencia, solicitud de concurso voluntario. Pues bien, a raíz de una resolución judicial que contemple dicho efecto y no admita a trámite una solicitud de concurso necesario tampoco cabrá acudir a la previsión del artículo 20 nº 2 de la LC, pues el recurso de apelación que prevé este precepto legal lo es contra la resolución final de desestimación de la solicitud de concurso de carácter necesario, la cual es dictada, una vez rebasado el trámite de admisión, tras haber sido sustanciada la oposición del deudor (artículos 15, 18, 19 y 20 de la Ley Concursal), lo que, evidentemente, no es el caso de los supuestos en los que simplemente se hubiese decretado una inadmisión a trámite.
En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía apelación y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad de un recurso operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, procede dictar en esta segunda instancia resolución que rechace la pretensión revocatoria de la parte recurrente.": AAP Madrid (Sección 28) 28.10.2011 (Auto 150/2011; Rollo 105/2011)

"PRIMERO.- Los antecedentes del presente recurso son los siguientes:
1º) BYTHEWAY CORPORATE SL presentó, con fecha 18 de abril de 2011, solicitud de concurso voluntario que fue turnada al Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid.
2º). El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó auto con fecha 28 de junio de 2011 por el que, de plano y sin tramitación alguna, acordó, de manera motivada, haciendo hincapié en la carencia de pluralidad de acreedores, la desestimación de la solicitud de concurso voluntario.
3º) Contra la citada resolución el instante interpuso recurso de apelación, siguiendo la información que en materia de recursos le ofreció el pie de la resolución que deseaba recurrir.
SEGUNDO.- El examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que el tribunal de segunda instancia debe acometer de oficio. Por ello, analizaremos dicha premisa con carácter previo, y en su caso excluyente, respecto del estudio de los motivos de apelación que el apelante invoca en su escrito de interposición del recurso.
Para ello debe tenerse presente que, como ha señalado el TC (entre otras, en las STC 37/1995 de 7 de febrero, 102/2002 de 20 de mayo y 227/2002 de 25 de noviembre), el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso. De manera que si el legislador no ha conferido al litigante la posibilidad de recurrir una resolución o ha diferido la posibilidad de hacerlo, no podrá considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) si el tribunal, en el ejercicio de sus competencias, inadmite el recurso y su decisión está motivada y no resulta irrazonable, arbitraria o palmariamente errónea, ni es fruto de una interpretación rigorista y formalista de las condiciones de admisibilidad de los escritos a él dirigidos (sentencia del TC 299/1999 de 13 de diciembre).
TERCERO.- La Exposición de Motivos de la Ley Concursal (LC), tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad, nos indica que: ". La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su

cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación".
Dichos principios inspiradores se manifiestan positivamente en el artículo 197 de la LC que contiene un régimen de recursos particular y distinto del diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil (salvo en los aspectos formales relativos a su sustanciación, según su apartado 2). En concreto, en él se prevé un régimen general aplicable para los recursos utilizables contra las resoluciones dictadas en forma de auto por el juez del concurso, en sus apartados nº 3 y 4, conforme al cual, a salvo previsiones especiales de la propia ley, no cabe interponer contra ellas recurso directo de apelación.
CUARTO.- Este tribunal se ha pronunciado ya en reiteradas ocasiones (autos de 10 de enero de 2008, 20 de febrero de 2009, 17 de julio de 2009, 5 de noviembre de 2010, 18 de noviembre de 2010, 12 de mayo de 2011 y 28 de octubre de 2011) sobre la imposibilidad legal de recurrir en apelación las resoluciones por las que se inadmite a trámite una solicitud de concurso (artículo 13 nº 2, segundo párrafo, de la Ley Concursal), bien sea de carácter voluntario o bien lo sea del necesario, o se desestima una solicitud de concurso voluntario (artículo 14, nº 3, de la Ley Concursal - apartado que ha pasado a ser el nº 2 con la entrada en vigor de la reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre).
Según el citado régimen legal, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13 nº 2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (artículo 14 nº 3 de la Ley Concursal - n º 2 tras la indicada reforma), cualquiera que sea el motivo, pues ninguna distinción se efectúa en el citado precepto legal, sólo cabe recurso de reposición. La diferencia con el concurso necesario estriba en que en la inadmisión a trámite se aplicaría la misma regla (artículo 13.2 de la Ley Concursal), pero, en cambio, contra la desestimación de la solicitud, lo que acaecería en un momento ulterior, sí cabría recurso de apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
QUINTO.- Remarcamos la imposibilidad de sostener la admisibilidad del recurso de apelación en el supuesto que aquí nos ocupa acudiendo a la previsión del artículo 20.2 de la Ley Concursal, pues el recurso de apelación que prevé este precepto legal lo es contra la desestimación de una solicitud de concurso de carácter necesario y además la resolución a la que se refiere como apelable sólo cabe dictarla una vez admitida a trámite la solicitud de concurso necesario y sustanciada la oposición del deudor (artículos 15, 18, 19 y 20 de la Ley Concursal), lo que, evidentemente, no es el caso.
En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía apelación y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad de un recurso operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, procede dictar en esta segunda instancia, sin que esté en nuestro mano el poder efectuar ninguna otra consideración sobre el auto apelado ni sobre los alegatos de la apelante, resolución que rechace la pretensión revocatoria de la parte recurrente.
SEXTO.- No obstante, la errónea indicación de recursos efectuada por el Juzgado ha privado a la parte de la posibilidad de interponer el pertinente recurso de reposición. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 241/2006, de 20 de julio y 26/2008, de 11 de febrero, si se han ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender, por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran las precisas y obrar en consecuencia. De este modo no es razonable exigir a la parte que contravenga o salve por sí misma la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque ésta pueda resultar o resulte errónea.
Por ello, aunque el recurso de apelación no pueda ser admitido, es consecuencia derivada del artículo 24 de la Constitución española que se deba acordar por este tribunal que se conceda a la parte recurrente la posibilidad de recurrir en reposición la referida resolución, pues era ese, y no el indicado, el medio de impugnación que procedía.”: AAP Madrid (Sección 28) 10.02.2012 (Auto 19/2012; Rollo 726/2011)

“PRIMERO. La mercantil NH HOTELES, S.A. interpuso demanda de concurso necesario de D. Remigio, demanda que fue repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. Cuatro de Madrid. El Juzgado dictó auto de fecha 13 de octubre de 2010 por el que acordó la inadmisión de dicha demanda con devolución al Juzgado Decano para que por la oficina de registro y reparto se procediera a su correcto reparto, toda vez que con anterioridad se había presentado una solicitud cuyo conocimiento había correspondido al Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid.
Frente a dicha resolución se alza el recurso, que reconoce la existencia de una solicitud de concurso necesario anterior instada por otro acreedor, VIAJES OLIMPIA MEDITERRÁNEO, S.A., demanda que correspondió al Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid, si bien no se admitió a trámite hasta fecha posterior al auto recurrido. El auto de admisión a trámite dictado por el Juzgado núm. Cinco de Madrid es de fecha 22 de octubre de 2010 y la declaración de concurso necesario es de fecha 22 de noviembre de 2010.
La recurrente alega como primer motivo del recurso la falta de motivación del auto objeto de apelación, puesto que se fundamenta "en simples afirmaciones que no se contrastan con ningún documento de referencia". (...)
SEGUNDO. El recurso se sustenta en la (in)existencia de infracción de norma de reparto, y en concreto de la norma de reparto octava "dictada por el Juzgado Decano de Madrid" (sic), con infracción del artículo 68 LEC y del artículo 24 CE, acogiéndose a la interpretación literal de la norma, que contempla las solicitudes de concurso que se refieran al mismo "concursado", en la interpretación sistemática que se desprende del artículo 15.2 LC y en la interpretación restrictiva de los supuestos que determinan la inadmisión de demandas. Añade además que el solicitud de concurso turnada al Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid debió ser inadmitida por fraude de ley ya que el acreedor instante presentó su solicitud sin liquidar la correspondiente tasa judicial, y una vez requerido para subsanar el defecto observado aportó un impreso liquidado de forma incorrecta, incurriendo intencionadamente en un flagrante fraude de ley, según la recurrente.

Con carácter previo hemos de referirnos a la admisibilidad del recurso de apelación frente a la resolución dictada.
Si contemplamos dicha resolución desde un punto de vista formal, se trata de un auto de inadmisión de la solicitud de concurso. Como ya hemos declarado reiteradamente, tanto en los supuestos previstos para todo tipo de solicitud en el art. 13.2 LC en los que se acuerda no haber lugar a la admisión de la misma, como en los previstos en el apartado tercero del art. 14 LC para la solicitud del deudor, en los que se desestima la solicitud, solo cabe interponer recurso de reposición (entre otros, Autos de 20 de febrero y 5 de junio de 2009 y 4 de noviembre de 2010).
Es más, si consideramos que no existe defecto intrínseco a la solicitud, sino extrínseco, procedente de un reparto incorrecto, la aplicación del régimen general conduce al mismo resultado (artículo 197.2 LC).
Es evidente que no cabe frente a la resolución dictada el recurso de apelación, lo que determina su inadmisión.
No obstante la parte siguió la información de recursos contenida en el auto recurrido. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 241/2006, de 20 de julio y 26/2008, de 11 de febrero, si se han ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran las precisas y obrar en consecuencia. De este modo no es razonable exigir a la parte que contravenga o salve por sí misma la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque ésta pueda resultar o resulte errónea.
Ello podría dar lugar a conceder a la parte la posibilidad de recurrir en reposición, aunque fuera apreciada causa de inadmisión del recurso de apelación.": AAP Madrid (Sección 28) 23.04.2012 (Auto 63/2012; Rollo 357/2011)

" PRIMERO. Por medio de escrito presentado en fecha 28 de marzo de 2011 la mercantil C. BARBERÁ CERVERA, S.A. solicitó la declaración de concurso necesario de la sociedad PRODUCTOS GANCEDO, S.L. alegando que dicha sociedad mantenía facturas impagadas frente a la solicitante por importe de principal que ascendía a 184.912,49 euros y el sobreseimiento generalizado en los pagos como hecho revelador de la insolvencia, sin precisar en qué consistía dicho sobreseimiento.
El Juzgado de lo Mercantil núm. Ocho de Madrid, a quien correspondió el conocimiento de dicha solicitud dictó auto de fecha 26 de mayo de 2011 por el que inadmitió a trámite la solicitud, dado que la misma se limitaba a invocar el sobreseimiento generalizado en los pagos sin señalar ni concretar en qué datos fácticos se plasma tal sobreseimiento generalizado en los pagos.
Interpuesto recurso de reposición contra dicha resolución, fue desestimado por auto de 29 de julio de 2011, indicándose que contra el mismo no cabía recurso.
No obstante la solicitante preparó e interpuso recurso de apelación, que le fue admitido, elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.
Como ya hemos declarado reiteradamente, tanto en los supuestos del art. 13.2 LC en los que se acuerda no haber lugar a la admisión de la solicitud de un concurso voluntario o necesario, como en los previstos en el apartado tercero del art. 14, en los que se desestima la solicitud de concurso voluntario, solo cabe interponer recurso de reposición (entre otros, Autos de 20 de febrero, 5 de junio y 17 de julio de 2009 y 4 de noviembre de 2010).
Como ya señalamos en dichas resoluciones, es cierto que ha suscitado alguna disquisición interpretativa el hecho de que mientras el artículo 14.3 emplea la expresión "sólo" ("... Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición..."), el artículo 13-2 prescinde de dicho adjetivo (". Esta resolución será susceptible de recurso de reposición..."), por lo que ha llegado a postularse que la ausencia del vocablo en cuestión dentro de este último precepto podría ser indicativa de que, a diferencia de lo que sucede con la resolución que contempla el artículo 14.2, el auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud no tendría vedado el acceso a la segunda instancia. Sin embargo, son consideraciones de orden sistemático las que obligan a rechazar esta interpretación. Así:
1.- Si a tenor del artículo 197 anteriormente transcrito la admisibilidad del recurso de reposición contra las providencias y autos que recaigan a lo largo del concurso constituye la regla general, representando la excepción -que ha de contemplarse de manera explícita- la admisibilidad del de apelación o de cualquier otro recurso, entonces el hecho de que el artículo 13.2 solamente otorgue recurso de reposición (sin contemplar nominalmente el de apelación) para combatir el auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud de concurso, es revelador de que el legislador, consecuente con los principios en que se inspira la totalidad del sistema, ha querido excluir la segunda instancia respecto de aquel tipo de resolución.
2.- Por otro lado, si tenemos en cuenta que la expresión "sólo" aparece ya empleada con esa misma finalidad en el precepto genérico que abarca a la totalidad de las hipótesis posibles, esto es, en el artículo
197.2 ("... Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto..."), entonces puede concluirse que no es que la omisión del adjetivo controvertido en el artículo 13.2 tenga una significación especial, sino, muy al contrario, que su empleo en el artículo 14.3 constituye una simple variante discursiva o de redacción carente de especial trascendencia. En suma, un énfasis en cierto modo redundante e innecesario.
3.- A mayor abundamiento, se debe indicar que, inspirándose la Ley Concursal en un sistema sumamente limitado de medios de impugnación, no parecería consistente con dicho sistema que, por una parte, se impusiera tal criterio restrictivo en toda su plenitud sobre un tipo de resolución que comporta una valoración de fondo sobre la falta de concurrencia de los presupuestos precisos para la declaración de concurso (auto del artículo 14.2) y, en cambio, la ley fuera más tibia y admitiera el recurso de apelación frente a una resolución

(auto del artículo 13.2) que no solo no se pronuncia sobre el fondo de la solicitud sino que, de suyo, no acarrea al solicitante de concurso voluntario otro gravamen que el relativamente liviano contratiempo que consiste en la necesidad de volver a presentar su solicitud, esta vez depurada de los defectos advertidos en la primera ocasión e incluso, en su caso, limitándose a exponer, cual autoriza el artículo 6-5, las razones que le impiden presentar el documento o documentos inicialmente omitidos o que determinan la ausencia en ellos de los requisitos legalmente exigidos.
Por último hemos de señalar que, al margen de que no afecte a las conclusiones expuestas, la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 no es aplicable al caso, ni siquiera a los efectos para los que dicha Ley dispone la entrada en vigor al día siguiente de su publicación, puesto que dicha publicación tuvo lugar en fecha 11 de octubre de 2011.
Por otra parte, como ha señalado el TC (entre otras, en las STC 37/1995 de 7 de febrero, 102/2002 de 20 de mayo y 227/2002 de 25 de noviembre) el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso. De manera que si el legislador no ha conferido al litigante la posibilidad de recurrir una resolución o ha diferido la posibilidad de hacerlo, no podrá considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) si el tribunal, en el ejercicio de sus competencias, inadmite el recurso y su decisión está motivada y no resulta irrazonable, arbitraria o palmariamente errónea, ni es fruto de una interpretación rigorista y formalista de las condiciones de admisibilidad de los escritos a él dirigidos (sentencia del TC 299/1999 de 13 de diciembre).
En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía otro recurso que el de reposición y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad del recurso de apelación operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, procede desestimar el recurso de apelación ahora enjuiciado.”: AAP Madrid (Sección 28) 09.07.2012 (Auto 117/2012; Rollo 684/2011)

AP Ciudad Real

“PRIMERO El presente recurso de queja se interpone contra elauto de treinta de abril de dos mil ochoque declaró no haber lugar a tener por preparado el recurso de apelación intentado contra elauto dictado con fecha diecisiete de abril de dos mil ocho, auto que a su vez desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra elauto de dieciocho de diciembre de dos mil siete, en el que se declaraba no haber lugar a la admisión de la solicitud de concurso necesario promovida a instancia del recurrente. En definitiva, se trata de determinar si el auto dictado por el juzgado al amparo delartículo 13.2 de le Ley 23/03, de 9 de julio SIC, es o no susceptible de recurso de apelación, posibilidad que ha vetado el Juzgado de lo Mercantil basándose en el citado precepto y en la resolución que cita de esta Sección.
Frente a ello se alza la parte señalando que dicha resolución contraviene el contenido de losartículos 15 y siguientes de la Ley Concursal, así como la resolución de laAudiencia Provincial de Barcelona (Sección XV) de 14 de junio de 2.007 (JUR 2007, 286038), sin que sea aplicable ni la resolución de esta Sección de 12 de julio de 2.005 (JUR 2005, 191194), ni elartículo 14.3al tratarse de un supuesto de concurso necesario a instancias de un acreedor, al tiempo que ello quebranta elartículo 24.1de la Constitución Española.
SEGUNDO Al encontrarnos en sede de un recurso de queja hemos de dejar al margen los argumentos que de manera tangencial pero explícita se realizan acerca de la idoneidad de la resolución adoptada en cuanto al fondo del asunto pues son ajenos a lo que constituye el indiscutible objeto de examen de la presente resolución, esto es si el susodicho auto que inadmite la solicitud es susceptible o no de recurso de apelación.
Planteado el debate en los términos expuestos la respuesta debe ser negativa, siguiendo la doctrina sentada, -entre otras por los autos de laAudiencia Provincial de Barcelona (Sección XV) de 17 de febrero de 2.005 (JUR 2005, 126055), de la Audiencia Provincial de Lleida de 25 de abrilde 2.005, la de laAudiencia Provincial de Castellón de 23 de junio de 2.005 (JUR 2005, 203295), de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de juliode 2.005, la de esta Sección de 12 de julio (JUR 2005, 191194)-citada por la juzgadora de instancia-, la de laAudiencia Provincial de Zaragoza de 26 de septiembre de 2.005, de la Sección XX de laAudiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2.005o la de la Sección IV de laAudiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 31 de enero de 2.007- y ello por las siguientes razones:
En primer lugar, siguiendo el auto primeramente citado, porque una interpretación sistemática de la Ley Concursal impide otra conclusión; en efecto, si en caso de inadmisión de concurso a instancia del deudor (voluntario), elart. 14.3 LCsólo admite recurso de reposición, sin que sea posible apelar el auto que resuelve la reposición, en caso de inadmisión de la solicitud de concurso a instancia los demás legitimados distintos del deudor (necesario), en que también cabe recurso de reposición (art. 13.2), tiene sentido que tampoco se admita un posterior recurso de apelación. No existen razones de peso que permitan seguir una idea o tratamiento diferenciado en función del tipo de concurso. Cierto es que el contenido delartículo 13.2no contiene ninguna mención expresa, tal y como acontece en el caso delart. 14.3 L.C., indicando que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso a instancia del deudor sólo cabrá recurso de reposición, o mejor dicho los términos de dicho precepto no son tan tajantes; ahora bien extraer de ello otra consecuencia no es posible ni siquiera en un plano meramente teórico bajo la idea de que lo que se realiza es trasladar una interpretación extensiva de una disposición restrictiva como la delartículo 14.3 al 13.2, lo que justificaría la aplicación delart. 455.1para admitir el recurso de apelación, por tratarse de una resolución que pone fin al procedimiento por cuanto ni el contenido delartículo 13.2, cualquiera que sea su interpretación literal o sistemática, ni las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que sólo resultan de aplicación al concurso en lo no previsto en la Ley concursal (disposición final quinta Ley 22/2003, de 9 de julio), lo permiten, por cuanto esta Ley contiene una normativa general sobre recursos adecuada para estos casos y que lo impide, así resulta del

juego combinado de lospárrafos 2 y 3 del art. 197 de la citada LC, lo que nos lleva a la segundade las razones, que establece, transcribiendo la última de las resoluciones citadas, porque "hay que estar al régimen general de recurso de laLey Concursal, regulado en el art. 197, de conformidad con el cual contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que en estaley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto (párrafo 2º), disponiendo el párrafo siguiente que contra los autos resolutorios de un recurso de reposición (y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio) no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima, siempre que hubieren formulado la oportuna protesta.
Esta norma, en sintonía con la contendida en elart. 454 L.E.C., tiene como finalidad limitar la profusión de recursos que entorpecería la dinamicidad que se pretende para el concurso de acreedores y que, como se dice en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza citada más arriba, "es fruto de una reacción frente a la práctica forense de las quiebras, inacabables en el tiempo, inútiles económicamente a inabarcables procesalmente". Pero también se pretende reducir una segunda instancia autónoma para cualquier decisión del juez del concurso que sea recurrible en reposición, en evitación de que, como ocurría en las quiebras, lleguen a las Audiencias múltiples recursos de apelación sobre los infinitos incidentes e incidencias procesales de que era susceptible el procedimiento, de forma inconexa y sin que el tribunal pudiera tener una visión de conjunto en relación con los efectos que su resolución pudiera producir.
Ahora bien, esta restricción puede perder su razón de ser ante autos judiciales iniciales de admisión o inadmisión a trámite de la petición de apertura del concurso, pudiendo entender, como hace el recurrente, que se trata de un auto definitivo de los mencionados en losarts. 455 en relación con el 207 de la L.E.C.
A ello se ponen dos razones: el sistema de recursos de la ley Concursal es especial para la materia de que trata, siendo la remisión a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil residual, referente a la forma de tramitación de los recurso, plazos, etc., pero en ningún caso sustitutoria de la especial de la ley concursal en cuanto a determinar que recursos puede interponerse y cuales no frente a determinados tipos de resolución. Y demás de lo dispuesto en el repetidoart. 197, la Leyconcursal en suart. 13.2º, el que ahora interesa, al indicar que la resolución que decida la inadmisión de la solicitud del concurso será susceptible de recurso de reposición, sin mencionar la posibilidad de ningún otro".
En tercer lugar, porque el auto de inadmisión a trámite de una solicitud de concurso no produce el efecto de evitar que la solicitud se pueda reiterar nuevamente. No obstante, ello no significa que no produzca efecto alguno, la parte que realizó la primera solicitud se encuentra vinculada por lo resuelto, de forma que únicamente será admisible si en la nueva se subsana el defecto antes no subsanado o bien si concurren circunstancias nuevas que justifiquen la petición, ciñéndose el ámbito de eficacia de cosa juzgada del auto de inadmisión únicamente a lo que fue objeto de decisión, de ahí que como por regla general sólo estará comparecido en autos el solicitante normalmente carecerá de gravamen para recurrirla.
TERCERO A las anteriores consideraciones habría que añadir que todas las referencias que emplea el recurrente a losartículos 15 y siguientes de la L.C., en especial alartículo 20.2, como argumento para apoyar su recurso carecen de sentido y virtualidad puesto que el citado precepto prevé y regula casos distintos y momentos diferentes al aquí examinado. En este supuesto se trata de la inadmisión a trámite de la misma petición de concurso, mientras que en los previstos en la norma delart. 20se hace referencia a las resoluciones que pueden dictarse tras la admisión de la petición de concurso voluntario (por parte del acreedor), audiencia del deudor y oposición del mismo (arts. 15 a 20). En el caso examinado se ha inadmitido ad initio la petición sin que haya habido lugar a la indicada tramitación que finaliza con alguna de esas resoluciones que se declaran recurribles en apelación. La interpretación que preconiza el recurrente parte de una premisa errónea y falsa cuál es que en caso de concurso necesario es imperativa y preceptiva dicha tramitación, sin que exista el trámite previo de admisión, lo que es contrario a la previsión legal (artículos 13 y 14).
CUARTO Solo queda hacer una breve referencia al derecho a la tutela judicial efectiva al que el recurrente alude, por considerarlo vulnerado por la resolución recurrida, para señalar que esta resolución al igual que las citadas no lo vulnera.
A este respecto debe recordarse siguiendo elauto del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2.006 (JUR 2006, 244743)"que, tal y como ha declarado insistentemente el Tribunal Constitucional, no existe, fuera del ámbito penal, un derecho en la Constitución a los recursos o a un determinado tipo de recurso, siendo imaginable y posible que el legislador no articule legalmente ninguno contra una resolución concreta, o que lo subordine a la concurrencia de determinadas condiciones (SSTC 37/88 (RTC 1988, 37), 196/88 (RTC 1988, 196) y 216/98 (RTC 1998, 216)), si bien, eso sí, una vez establecidos en la Ley, pasan a formar parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y lo refuerzan, siempre en la concreta configuración de cada una de las leyes de enjuiciamiento (cfr.SSTC 37/95 (RTC 1995, 37), 58/95 (RTC 1995, 58), 149/95 (RTC 1995, 149), 211/96 (RTC 1996, 211), 216/98 (RTC 1998, 216) y 10/99 (RTC 1999, 10), entre otras muchas). Debe igualmente admitirse que no hay una exigencia constitucional a la dispensa de la tutela de los derechos y garantías procesales en sede jurisdiccional y por vía de recurso, cuya salvaguarda se encuentra garantizada naturalmente por la vía del amparo constitucional, y menos aun que exista una exigencia constitucional a una protección jurisdiccional incondicionada, dada la naturaleza de derecho prestacional que presenta el derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo ejercicio está supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales (SSTC 252/2000 (RTC 2000, 252), 3/2001 (RTC 2001, 3) y 13/2002 (RTC 2002, 13)), como tampoco existe una obligación derivada de la Constitución que imponga una interpretación de las normas rectoras del recurso que favorezcan necesariamente al recurrente para obtener esa protección jurisdiccional (cfr.SSTC 63/2000, 258/2000 y 6/2001, entre lasmás recientes)" o como indica elTribunal Constitucional (entre otras, en sus resoluciones nº 3/1983 (RTC 1983, 3), 37/1.995, 91/1997 (RTC 1997, 91), 258/2.000 (RTC 2000, 258)y 6/2001 (RTC 2001, 6)) "no existe norma constitucional que imponga la doble instancia o el derecho a

determinados recursos; solamente cuando el legislador ha establecido el derechos a estos, la parte ostenta el derecho a tal vía impugnativa, integrándose tal derecho dentro de la esfera de la tutela judicial efectiva; pero cuando el legislador en determinados casos y asuntos, por las razones que estima imperiosas, no facilita el acceso al recurso, (como aquí ocurre respecto al de apelación) dicha ausencia de recurso ante una instancia superior no menoscaba la tutela judicial efectiva", "no existe un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no exista,, a salvo en lo penal". "Al contrario, el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal, está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad que el legislador haya establecido y hayan sido delimitados por vía interpretativa por estasala" (SSTC 3/83 (RTC 1983, 3), 216/98 (RTC 1998, 216) y 60/999 (RTC 1999, 60)).": AAP Ciudad Real (Sección 2) 25.07.2008 (JUR 2009/135932; Auto 75/2008; Rollo 150/2008)

Cabe siempre apelación

AP Las Palmas

"ofreciendo el recurso de apelación a la parte solicitante desde que de un lado no existe norma que excluya de recurso de apelación la inadmisión a trámite del concurso necesario (a diferencia de lo que acontece en el art. 14, 1 de la Ley Concursal para la solicitud de declaración de concurso voluntario), de otro lado se prevé expresamente por el art. 20, 2 de la Ley Concursal que las partes podrán interponer recurso de apelación contra el auto que declare el concurso o desestime la solicitud de que el mismo se declare -en el supuesto de incidente de oposición del deudor a la declaración de concurso- por lo que el mismo recurso debe ofrecerse contra el auto que inadmite a trámite la solicitud "ad limine litis", siendo, además la regla general la de admisión de recurso de apelación contra las resoluciones que pongan fin al procedimiento y que por tanto puedan calificarse como definitivas (art. 455, 1 Ley Concursal).": AAP Las Palmas (Sección 4) 21.04.2008 (JUR 2008/197191)

AP Baleares

"PRIMERO Si se tratase de un concurso voluntario cabría sólo reposición ante la decisión de no admitir la solicitud de concurso porque podría haber subsanación, por ejemplo elart. 14 de la LC dispone "2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada. 3.- Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición", pero nos encontramos ante una demanda de solicitud de concurso necesario, y en este caso se debe considerar que ha lugar a la admisión a trámite de la demanda pues basta que el acreedor funde su derecho, no que lo fundamente, y luego ya se formulará oposición en su caso (puede también haber allanamiento);todo ello está regulado por elart. 15 y ss de la LCsiendo que elartículo 20 dice que "2. Contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación.
SEGUNDO De las disposiciones legales mencionadas, por lo que afecta al concurso necesario, se ha de concluir en el sentido de que el acreedor instante del concurso sólo ha de presentar su crédito, se admitirá a trámite la demanda aunque posteriormente no se declare el concurso porque no haya mas acreedores o lo que fuere, pudiéndose en este caso formular apelación.
TERCERO Por ello ante la inadmisión a trámite de la solicitud de concurso en el concurso necesario que nos ocupa, se ha de estimar el recurso de queja que ha formulado la entidad Jociaria ya que de lo contrario podría verse vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.": AAP Baleares (sección 5) 03.04.2009 (JUR 2009\246975)

"PRIMERO.- Se alzan en queja los promoventes de la solicitud de concurso necesario de Promociones La Llave de Formentor SL frente a dos Autos; el primero que no tiene por preparado el recurso de apelación frente al Auto que inadmitía a trámite la solicitud de concurso necesario; el segundo, que resolvía el recurso de reposición frente a ese Auto que denegaba el acceso a la apelación.
Entiende la Sala que procede dejar claro, como ya hace la juzgadora a quo, cuál es el sentido y alcance de la pretensión de los recurrentes y confrontarlo con la previsión normativa de la Ley concursal.
Es sabido que laLey de Enjuiciamiento Civil establece como regla general en su artículo 457 que contra los autos definitivos cabe recurso de apelación, lo cual podría hacer pensar que, efectivamente, frente a ese Auto que no admite a trámite la solicitud de concurso necesario cabría tal recurso. Pero frente a esa regla general, aparece la norma especial que es la Ley Concursal que en esta materia establece unas pautas distintas, seguramente con la intención de evitar un continuo trasiego de expedientes entre el juzgado y el tribunal que resuelve los recursos de apelación. Esa medida es la que con carácter general prevé elartículo 197.2 de la ley cuando establece que "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto". Concreción de esa norma la hallamos en elartículo 13 que al referirse a la solicitud de concurso -tanto voluntario como necesario- y al plazo para su provisión, establece en el segundo párrafo del nº 2 que si el juez dicta auto declarando no haber lugar a la admisión de la solicitud, tal resolución será susceptible de recurso de reposición.
Así pues, un primer paso necesariamente ha de ser siempre el recurso de reposición y si éste fuera desestimado será cuando habrá lugar al recurso de apelación. En este sentido, la jurisprudencia que cita los recurrentes alude a recursos de apelación que se habían interpuesto frente a Autos que resolvían recursos de reposición confirmatorios de otros que denegaban el concurso. Por tanto, no es que se deniegue la posibilidad

de apelar la inadmisión del concurso, sino que simplemente establece la ley el cauce de un primer recurso, el de reposición frente al mismo juzgador que ha resuelto, y un segundo, el de apelación ante el tribunal de segunda instancia. De esta manera, seguramente se ha pretendido que, en función del motivo por el cual se ha denegado en un primer momento, se pueda solventar la cuestión sin tener que alzar el expediente a la segunda instancia. Item más, resulta que en efecto el artículo 20.2 afirma que contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación del concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación; pero en el 20.4 se alude al "plazo para interponer el recurso de reposición y para preparar el recurso de apelación", es decir que el legislador fiel a su idea inicial establece sendos recursos, pero no de forma alternativa sino sucesiva: primero deberá recurrir en reposición y si el Auto fuera confirmatorio podrá recurrir en apelación.": AAP Baleares (Sección 5) 25.02.2011 (JUR 2011/192305; Auto 31/2011; Rollo 4/2011)

3.5 Doctrina general AP Las Palmas sobre apelación ante inadmisión concurso, necesario o voluntario

"SEGUNDO.- A la vista de la documentación presentada por la solicitante del concurso, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas concluyó que de ella se desprendía la insuficiencia de activo y que por tal insuficiencia de activo procedía acordar la inadmisión a trámite del concurso, ofreciendo recurso de reposición contra dicha resolución, recurso de reposición que fue desestimado por el auto objeto de apelación (en cuyo pié de recursos se ofrecía al solicitante, expresamente, dicho recurso de apelación). Contra dicho auto se alza la solicitante del concurso, lo que obliga a examinar en primer lugar la cuestión relativa a determinar qué recursos caben contra el auto que resuelve sobre la admisión del concurso.
Entiende la Sala que ello exige en primer lugar una consideración general del sistema de recursos en la LC y su comparación con el de la LEC (de aplicación supletoria conforme a la Disposición Final 5ª de la LC), para abordar a continuación el sistema de recursos, distinguiéndolos en el concurso voluntario y el necesario, así como respecto a los autos de inadmisión a trámite, admisión a trámite, desestimación y estimación con declaración del concurso).
Para la interpretación de la cuestión debe partirse de lo expresado en la exposición de motivos de la Ley Concursal sobre el régimen de recursos establecido en ella, concretamente cuando dice que:
"La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos, en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso, aunque en este recurso puedan volver a plantearse las cuestiones resueltas en reposición o en incidentes concursales durante la fase común o la del convenio. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación"….
"De este modo, en línea con la orientación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se elimina la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial o relativos a resoluciones no definitivas, que actualmente dificultan y dilatan la tramitación de los procedimientos concursales, y se ordena, sin merma de las garantías procesales, un sistema de recursos que obliga a las partes a concentrar y racionalizar sus motivos de disconformidad y facilita su resolución con la necesaria visión de conjunto".
Parece así que el sistema de apelación diferida y de revisión de lo resuelto en recursos de reposición interpuestos contra autos pretende seguir la orientación de la nueva L.E.C. de eliminar recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial *o relativos a resoluciones no definitivas,* y que a sensu contrario se mantiene la regla general de apelación de las resoluciones definitivas (previo incidente concursal o sin él, previo recurso de reposición o sin él). La cuestión que resulta confusa es, dados los términos de los artículos 14,3; 13,2 y 20 de la LC, si es susceptible de ser recurrida en apelación la resolución por la que se inadmite a trámite el concurso –voluntario o necesario- por no haberse subsanado defectos en la documentación (art. 13,2 de la LC) y si es susceptible de ser recurrida en apelación la resolución por la que se desestima la declaración de concurso voluntario (por entender que de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, no resulta acreditada la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del art. 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor –art. 14,3 de la LC-).
Debe también tomarse en consideración que la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal dispone:
"Derecho procesal supletorio.- En lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma.
En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso".
Los primeros estudios doctrinales tras la entrada en vigor de la LC que se plantearon la cuestión (es decir, que no se limitaron a reproducir el texto de los arts. 13,2 y 14,3 de la LC) entendieron de forma mayoritaria que pese a la dicción literal de estos preceptos tanto el auto del art. 13,2 de la LC (dictado tanto en concurso voluntario como en concurso necesario) como el auto del art. 14,3 de la LC (dictado en concurso voluntario) son susceptibles de impugnación en recurso de apelación utilizando en su mayoría la aplicación a estos autos de la previsión del art. 20 de la LC que preveía la interposición del recurso de apelación contra el auto que desestimaba el incidente de oposición a la declaración de concurso necesario, opuesto por el deudor. Así lo entendieron JUANA PULGAR EZQUERRA ("La declaración del concurso de acreedores"), PIA CALDERÓN ("Comentario a la Ley Concursal" dirigido por ROJO y BELTRÁN), JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO (en "Ley Concursal, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios", dirigido por ESPERANZA GALLEGO) CORAL ARANGÜENA ("Comentarios a la legislación concursal" dirigido por SANCHEZ CALERO-GUILARTE), CORTES DOMÍNGUEZ ("La declaración judicial del concurso", en Revista del Poder Judicial nº XVIII), entre otros.

Sin embargo los jueces especializados en materia mercantil discutieron la cuestión en el I Encuentro de Jueces especialistas en materia mercantil celebrado en Valencia y llegaron a la conclusión contraria, entendiendo que no cabía recurso de apelación contra los autos que resolvieran el recurso de reposición al que se referían los artículos 13,2 y 14,3 de la LC, con apoyo, especialmente, en el tenor literal del artículo 14,3 LC (que textualmente dice "sólo cabrá recurso de reposición") y de los apartados 2, 3 y 4 del art. 197 de la Ley Concursal, en los que no se menciona expresamente a los autos definitivos como susceptibles de ser recurridos en apelación y respecto a los autos resolutorios de recursos de reposición simplemente se dice que "no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en cinco días". Se alega también como argumento de refuerzo que en la tramitación parlamentaria se rechazó la enmienda 428 al art. 13 de la LC presentada por Convergencia y Unió, que pretendía introducir el recurso de apelación. Ello provocó la tendencia jurisprudencial generalizada de inadmisión del recurso de apelación contra las resoluciones previstas en los artículos 13 y 14 de la LC, pese a que el art. 20,2 establecía con claridad que "contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso (auto dictado en el concurso necesario estimando la oposición del deudor a la declaración de concurso) cabrá, en todo caso, recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario", añadiendo que "en tal caso habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento, total o parcial, de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado" y que "si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso, las partes podrán oponerse a las concretas medidas adoptadas mediante recurso de reposición".

Entre la jurisprudencia menor dictada sobre la cuestión, encontramos varios grupos de resoluciones:

1) Autos que entienden que no cabe recurso de apelación contra el auto del art. 14,3 de la LC dictado en concursos voluntarios. Entre ellos pueden citarse el auto del JM de Cádiz de 27 de julio de 2007, Autos de 25 de marzo de 2008 y 24 de abril de 2009 de la A.P. de Huesca, auto de la A.P. de Tarragona de 8 de octubre de 2008, Auto de la A.P de Barcelona de 18 de julio de 2006, Auto de la A.P. de Burgos de 7 de julio de 2006 y Auto de la A.P. de Castellón de 23 de junio de 2005.
2) Autos que entienden que no cabe recurso de apelación tampoco contra el auto del art. 13,2 de la LC ya se dicte en concursos voluntarios ya en concursos necesarios (Auto de 10 de octubre de 2005 de la sección 20 de la A.P. de Madrid, Auto de la A.P. de Palma de Mallorca de 3 de abril de 2009, Auto de la A.P. de Ciudad Real de 25 de julio de 2008, Auto de la A.P. de Santa Cruz de Tenerife de 31 de enero de 2007, Auto de la A.P. de Zaragoza de 26 de septiembre de 2005 –aunque revela sus dudas sobre la interpretación que finalmente sostiene del art. 13,2 de la LC- y Auto de la A.P. de Barcelona de 17 de febrero de 2005)
3) Autos que sin plantearse si procede o no la interposición del recurso de apelación, cuando ya ha sido admitido a trámite, obvian entrar en la cuestión y resuelven sobre el fondo del asunto estimando el recurso de apelación (Auto de 19 de diciembre de 2008 de la A.P. de Logroño, Autos de la A.P. de Barcelona de 17 de junio de 2007 y 3 de abril de 2008, Auto de esta sección 4ª de Las Palmas de 29 de julio de 2009) o desestimándolo (Autos de la A.P. de La Rioja de 10 de marzo de 2009 –en autos de concurso necesario-, de 6 de julio de 2007 y de 22 de marzo de 2007, de la A.P. de Salamanca de 17 de febrero de 2009...), y autos que lo desestiman entendiendo que la causa de inadmisión ha de apreciarse como de desestimación (Auto de la sección 28 de la A.P. de Madrid de 20 de febrero de 2009).
4) Autos que entienden que sí cabe recurso de apelación aplicando subsidiariamente el art. 455,1 de la LEC (Auto de esta sección de la A.P. de Las Palmas de 21 de abril de 2008 y auto de la A.P. de Palma de Mallorca de 3 de abril de 2009)
5) Autos que diferencian los autos de inadmisión a trámite del concurso fundados en las causas previstas en el art. 14 de la LC y los autos de inadmisión a trámite del concurso fundados en otras causas (insuficiencia de activo), como el de la A.P. de Castellón de 7 de noviembre de 2008 y el de la A.P. de Bizkaia de 5 de octubre de 2006 –que incluye también los supuestos del art. 13 LC-).

Pues bien, dado que la redacción de los arts. 13, 14, 20 y 197 de la L.E.C. ha variado sustancialmente durante la tramitación del Proyecto de Ley en las Cortes Generales, se hace imprescindible hacer un somero examen de cómo y cuando adquirieron su redacción definitiva para poder sacar conclusiones sobre la intención del legislador (en la que se funda la interpretación que rechaza la admisión del recurso de apelación contra los autos que resuelvan los recursos de reposición formulados contra los de inadmisión a trámite del concurso prevista en los arts. 13 y 14).

1) En el Proyecto de Ley presentado en el Congreso (BO de las Cortes Generales de 23 de julio de 2002) la redacción propuesta para las cuestiones objeto de análisis era la siguiente:
   i. Art. 13 del Pyto: "Provisión sobre la solicitud del deudor. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el Juez *dictará auto declarando el concurso de acreedores".* En suma: nada tendría que recurrir el deudor puesto que el Juez estaba obligado a declarar el concurso; sin embargo sí podían recurrir los acreedores en un solo efecto esta resolución, *como expresamente se contemplaba en el art. 12 del Pyto*.

ii. Art. 14 del Pyto: preveía para la solicitud de concurso necesario el trámite de oposición del deudor.

iii. En el art. 12 del Pyto se preveía el plazo de subsanación por defectos de solicitud o documentación tras el cual el Juez, si se hubiera subsanado proveería conforme a los artículos 13 y 14 (resolución contra la que se preveía recurso de apelación en un solo efecto, es decir, doble instancia sin efectos suspensivos). Sólo en el caso de inadmisión a trámite por defectos insubsanables o no subsanados "en la solicitud o en la documentación que la acompaña" se establecía que el Juez habría de dictar auto declarando no haber lugar a la admisión de la solicitud, y contra este auto se establecía que no se daría recurso alguno (es decir, el único supuesto de exclusión expresa de apelación).

iv. En el art. 19 del Pyto se preveían los recursos contra el auto que estimara o desestimara la solicitud del concurso en los mismos términos en que se expresa el actual art. 20 LC.

v. El régimen de recursos se comprendía en los artículos 197 a 200 del Pyto, separando los recursos contra providencias y autos (art. 197) y contra sentencias (art. 198), y si bien no se mencionaban los autos definitivos como susceptibles de recurso de apelación y se recogía la mención general de que "contra el auto que resuelva los recursos de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que se pueda reproducir la cuestión en el recurso de apelación que en su caso proceda contra la resolución judicial más inmediata posterior por la que se apruebe o rechace el convenio, anticipado u ordinario, se declare el cumplimiento o el incumplimiento del convenio o se acuerde la conclusión del concurso", lo cierto es que como se concluye a continuación, en los artículos 12 a 14 se preveía expresamente el recurso de apelación contra el auto definitivo.

vi. *En resumen: un sistema de procedimiento de declaración de concurso de doble instancia con apelación sin efectos suspensivos –y sólo excepcionalmente con ellos- en el que todas las resoluciones definitivas de fondo eran susceptibles de recurso de apelación y sólo se excluía de todo recurso el supuesto de inadmisión a trámite por defectos de la solicitud y de documentación (que por su naturaleza no producía efectos de cosa juzgada material).* El mismo sistema establecido en la L.E.C. aunque sin una declaración general de equiparación de los autos definitivos a las sentencias a efectos de recurso de apelación, encontrándose justificada la exclusión de apelación en el único supuesto referido precisamente en que el solicitante (deudor o acreedor) podría ulteriormente presentar nueva solicitud con la documentación completa y sin defectos.

2) En la tramitación en el Congreso se plantearon una gran cantidad de enmiendas (B.O. de Las Cortes Generales de 2 de diciembre de 2002).

i. Entre ellas muchos grupos parlamentarios proponían enmendar los arts. 3 y 13 coincidiendo en que con estas enmiendas "se pretende evitar que la mera solicitud del deudor acarree, de manera automática, la declaración de la situación concursal" y que "el titular del órgano judicial pueda rechazarla en caso de considerar que no concurren los supuestos objetivos del concurso", sin hacer la menor mención al sistema de recursos (enmiendas 46, 53, 123, 129, 160, 166, 192, 198,…). Por su parte el Grupo Socialista introdujo la enmienda 243 al artículo 13 proponiendo que la declaración automática del concurso procediera además de en el caso de solicitud del deudor común en los casos de ejecución infructuosa.

ii. Al art. 12 se propuso la enmienda 107 que pretendía introducir también el recurso de apelación contra inadmisión por no encontrarse completa la solicitud, y la enmienda 242, del grupo socialista, que proponía suprimir la expresión "no cabe recurso alguno" con fundamento en que debía armonizarse con la LEC, en que la limitación del acceso a los recursos va en contra del art. 448, que la inadmisión de recursos determina en la práctica que la parte intente plantear su pretensión revisora por la vía del incidente de nulidad de actuaciones y que si no se habilita cauce para el recurso puede darse la circunstancia de que se vuelva a presentar petición de concurso con el defecto subsanado lo que puede plantear problemas en cuanto al efecto del auto previo de inadmisión, en concreto si tiene efecto de cosa juzgada. Y la enmienda 428 de Convergencia y Unió que proponía introducir un apartado 2 en el art. 13 en el sentido de que "en el supuesto previsto en el apartado anterior cualquier persona que acredite interés legítimo podrá formular recurso de apelación sin efectos suspensivos". *En suma, ninguna enmienda se presentó pretendiendo la exclusión del recurso de apelación sin efectos suspensivos para el auto del actual art. 14 LC, sino que lo que se pretendía*

era aclarar sin lugar a duda que sí cabía dicho auto interpuesto por terceros interesados en el concurso voluntario y extender, en su caso, el recurso de apelación también al auto del actual art. 13 LC.

iii. Todas las enmiendas al art. 19 del Pyto (actualmente art. 20 LC) aceptaban que contra el auto que se dictara declarando o no el concurso, cabía –en cuanto a este solo pronunciamiento- recurso de apelación en un solo efecto.

iv. Por último, la enmienda 571 al art. 197 del Proyecto (de la que proviene la actual redacción del art. 197 LC) que se justificaba, textualmente, en que la redacción propuesta en el proyecto "es en gran parte innecesaria, por coincidir con los actuales artículos 451 y 454 de la L.E.C. y en parte peligrosa por mantener indefinidamente la posibilidad de modificar resoluciones judiciales. Por otra parte, son excesivos los supuestos en que se excluye la posibilidad de recurso". *Es decir, que tampoco se pretendía en ninguna enmienda la restricción de recursos frente al planteamiento hecho en el Proyecto de Ley.*

3) En el Dictamen de la Comisión (B.O. de Las Cortes Generales de 1 de abril de 2003) se proponía añadir al art. 12 un último inciso en el que se sustituía la negación de todo recurso por la previsión expresa de recurso de reposición contra el auto del actual art. 13 LC (*es decir, ampliando, no restringiendo, los recursos contemplados en el Proyecto de Ley).* En el art. 14 se introdujo la valoración del Juez sobre si consideraba acreditada alguna de las formas de insolvencia alegadas por el deudor (como fundamento para no declarar el concurso voluntario, que en el Proyecto se declaraba por la sola solicitud del deudor). En el art. 19 la apelación contra el auto que estimaba o desestimaba la declaración de concurso necesario, respecto al pronunciamiento declarativo se mantenía (retocando el efecto suspensivo que podía acordarse con carácter excepcional, en relación con las medidas cautelares adoptadas y la inclusión del recurso de reposición). Y el art. 197 se redactaba sobre la base de la enmienda número 571.

4) El texto aprobado por el Pleno del Congreso (B.O. de las Cortes Generales de 11 de abril de 2003) modificaba la redacción propuesta en el dictamen de la comisión. En él ya ha pasado el art. 12 del Proyecto inicial a ser el art. 13, incluyéndose en él el inciso "esta resolución será susceptible de recurso de reposición" en lugar de la exclusión de todo recurso contra el auto que rechaza la admisión a trámite por defectos de la solicitud o la documentación, y en el art. 14 se recoge la modificación del art. 13 del Proyecto original (aquél que imponía al Juez la declaración del concurso que solicitara el deudor sin examen de fondo alguno), con el siguiente texto: "Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor el Juez dictará auto declarando el concurso de acreedores si considera acreditada alguna de las formas de insolvencia alegadas por el deudor apreciando para ello el conjunto de circunstancias concurrentes, y, entre otros, los hechos previstos en los ordinales 1º a 4º del apartado 4 del artículo 2". El art. 20 se redacta sobre la base de inicial art. 19 y se sigue manteniendo el recurso de apelación sin efecto suspensivo tanto para la estimación como para la desestimación de la declaración del concurso. Y el 197 sobre la enmienda 571 ya citada.

5) Una vez pasó al Senado es en éste en el que se propusieron las enmiendas que aparentemente distorsionaron el sistema de recursos establecido hasta entonces (sobre la base de la apelación sin efectos suspensivos contra todos los autos definitivos y la previsión de reposición –frente a la originaria privación de recursos- contra el auto de inadmisión por defectos de forma de la solicitud y la documentación adjunta). En efecto, con afán de "**aclarar" se propuso la enmienda 226 al art. 14 (BO de Las Cortes Generales de 9 de mayo de 2003), de la que proviene la redacción actual de los apartados 2 y 3, *introducidos íntegramente por esta enmienda.*** Es en el apartado 3 del art. 14 según esta enmienda en el que se introduce por primera vez que "Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición", distorsionando totalmente el sistema al no percatarse los proponentes de que: 1) El auto del art. 14 no es equiparable al del art. 13 puesto que supone una resolución de fondo y definitiva sobre la concurrencia de la insolvencia alegada –lo que no existe en el art. 13-, y puesto que se refiere a la prueba de la insolvencia y no a los defectos formales de la documentación presentada; 2) Con esta redacción se alteraba completamente el espíritu de la ley desde el proyecto inicial (que partía de la declaración automática del concurso solicitado por el deudor), pasando por todas las enmiendas, aceptadas y rechazadas (todas partiendo de los recursos inicialmente admitidos por el Proyecto y proponiendo siempre su ampliación, no su reducción), convirtiendo el concurso voluntario en un concurso que el Juez a quo en lugar de poder rechazar fundadamente como rectificación de un sistema de declaración automática, y siempre sometido a recurso de apelación, pasa a, aparentemente, poderlo rechazar por la sola falta de justificación de la insolvencia y previéndose contra su resolución sólo recurso de

reposición (con el añadido, sobre el art. 13, de la palabra sólo, que no aparecía en el anterior). Sin embargo, pese a esta aparente exclusión del recurso de apelación, entiende la Sala que el legislador *no pretendía privar de recurso de apelación al auto que resolviera sobre el fondo de la estimación o desestimación del concurso voluntario.* Ello se aprecia en la justificación que se ofrece a esa enmienda, que se refiere a la "naturaleza de la solicitud", cuando se dice que "El apartado propuesto como nuevo 2, se basa en el artículo 13,2, que no debe limitarse al supuestos de defectos formales, sino extenderse, por economía procesal, a la insuficiencia de "justificación" de la insolvencia alegada. El propuesto como nuevo apartado 3 tiende a aclarar el recurso procedente contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso voluntario (como el artículo 20 hace para el necesario). En este caso, *en coherencia con el art. 13,2 y el 197,2, y con la naturaleza de la solicitud, sólo debe admitirse reposición, pero conviene aclararlo* en este artículo. En resumen, se trata de completar el régimen de la solicitud de concurso voluntario, que antes era más simple, al considerarse "confesión" del deudor (artículo 2,3), de estimación judicial automática (artículo 13), y hora, al exigir justificación, debe contener las previsiones necesarias sobre la suficiencia o insuficiencia de la acreditación aportada por el deudor, la desestimación y el recurso procedente. El texto actual es insuficiente e incompleto al no prever las consecuencias que se derivan de la enmienda aceptada en el Congreso sobre necesidad de que el propio deudor justifique su estado de insolvencia, actual o inminente".

6) En el informe de la Ponencia efectuado por el Senado (BO de Las Cortes Generales de 27 de mayo de 2003) se rechazó por mayoría la enmienda 226 del G.P. Convergencia i Unió al art. 14, aceptando el texto remitido por el Congreso de los Diputados.

7) Sin embargo en la Comisión se modificó esta conclusión y se aceptó la enmienda propuesta por Convergencia y Unió, tal como resulta del dictamen publicado en el BO de las Cortes de 4 de junio de 2003.

8) Dictamen aprobado por el Senado (BO de las Cortes Generales de 17 de junio de 2003) que aceptó como redacción definitiva del art. 14 el propuesto por la enmienda 226.

Sobre estos antecedentes, entiende la Sala que:

1) Es indudable que el legislador pretendía –y lo pretendió durante toda la tramitación de la LC, y en todas las enmiendas presentadas, de modo totalmente consciente- que el auto del actual art. 13,2 de la LC fuera considerado un auto de inadmisión sin efectos de cosa juzgada material contra el que no se admitía inicialmente recurso alguno y contra el que ulteriormente se admitió el de reposición.

2) Es también indudable que al legislador le pareció inaceptable la declaración automática de concurso voluntario con la solicitud del deudor y que introdujo la necesidad de un pronunciamiento de fondo sobre la justificación de la insolvencia en el concurso voluntario. Es más dudoso que cuando en el Senado se acepta la enmienda 226 "en coherencia con los arts. 13,2 y 197,2" fuera el legislador consciente de que se trataba de un auto no equiparable al del art. 13,2 LC (que suponía un rechazo del concurso por razones puramente formales, lo que justificaba la exclusión de la apelación), y no equiparable al art. 197,2 LC (que reproduce el texto del art. 454 de la LEC respecto a los recursos que caben contra resoluciones interlocutorias sin que parezca que el legislador sea plenamente consciente de que si la resolución es definitiva y no interlocutoria –como lo es la del art. 14,2 LC- no habría una "apelación más próxima". También el art. 344 LEC establece que contra los autos que resuelven recursos de reposición no cabrá recurso alguno, prevaleciendo sin embargo la previsión del art. 455 de la L.E.C. que admite el recurso de apelación cuando los autos sean, por su naturaleza, definitivos.

3) La cuestión por tanto a dilucidar es si la resolución del art. 14,2 LC es una resolución definitiva del proceso (que entendemos que lo es, al resolver sobre la situación de insolvencia en el momento de la solicitud) y si a pesar de que el art. 197 de la L.C. no menciona los autos definitivos como susceptibles de apelación (como sí lo hace el art. 455 de la LEC, de aplicación supletoria conforme a la DF 5ª de la LC) dichos autos han de considerarse susceptibles de ser recurridos en apelación al prever el art. 197,2 LC (en concordancia con lo dispuesto en el art. 454 de la LEC) que serán susceptibles de impugnación "en la apelación más próxima".

Entiende esta Sala que a pesar de la expresión "sólo" utilizada en el art. 14,3 de la LC no puede desconocerse que el sistema establecido en la LEC. y en la LC es un sistema de proceso de doble instancia, en el que el legislador no quiere privar del recurso de apelación a las resoluciones interlocutorias sino tan sólo diferirlo para que sea conocida la apelación de dichas resoluciones interlocutorias junto con la apelación de la resolución definitiva del proceso (y en este sentido es totalmente expresiva la exposición de motivos de la LC) y que por ello, pese a la dicción literal del precepto, el hecho de que contra el auto del art. 14,3 quepa recurso de reposición no supone que contra el auto que resuelva dicho recurso de reposición no quepa a su vez recurso de apelación por su naturaleza de auto definitivo. No puede desconocerse ni esa naturaleza, ni que el proceso está configurado como proceso de doble instancia resultando incongruente que sólo una de las resoluciones definitivas que en él se puedan dictar no sea susceptible de apelación (y por ello todas las resoluciones definitivas de fondo que concluyen el concurso son susceptibles de apelación –el auto que desestima el

concurso necesario en el art. 20 LC, la sentencia que resuelve el incidente formulado contra el auto de conclusión del concurso en el art. 177,2 LC, la sentencia que declara el cumplimiento del convenio al resolver el incidente de incumplimiento formulado en los dos meses siguientes a la declaración de cumplimiento del mismo por auto en el art. 140 LC, y la sentencia que resuelve la oposición a la conclusión del concurso en el art. 177 LC-).

Razones de lógica y de sistemática jurídica, integrando la interpretación de la norma con los principios generales que rigen el sistema de recursos contra resoluciones interlocutorias y definitivas (y teniendo especialmente a la vista que la redacción que incluye la palabra "solo" se introdujo en el último momento de la tramitación parlamentaria, sin plena conciencia de la diferente naturaleza del auto del art. 13 y del art. 14 y sin percibir que el sistema de recursos del art. 20 LC era el que el Proyecto presentado a las Cortes había establecido contra todos los autos de declaración de concurso, voluntario o necesario, al no existir en aquel momento previsión alguna distinta de la del art. 19 del Proyecto, hoy 20 de la LC), permiten concluir por tanto que siendo la desestimación del concurso en el art. 14,2 LC resolución definitiva de fondo del proceso concursal, el auto que resuelve sobre la solicitud de concurso voluntario es susceptible de recurso de reposición tanto si es desestimatorio de la solicitud por establecerlo el art. 14,3 LC como si es estimatorio de la solicitud –por ser en tal caso un auto de carácter interlocutorio, conforme al art. 197,2 LC- y *el que resuelve la reposición desestimando la declaración de concurso debe considerarse susceptible de recurso de apelación por ser resolución definitiva (ex art. 455 LEC aplicable con carácter supletorio, ya que no hay "apelación más próxima"), quedando diferido a su reproducción en la apelación más próxima el recurso de apelación que los interesados en el concurso puedan presentar contra la declaración de concurso voluntario, conforme al régimen general de recursos contra autos interlocutorios establecido en el art. 197,2 LC.*

Estas fueron precisamente las razones, aún no expresadas sí deliberadas, por las que esta sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas entró a conocer en el auto de 29 de julio de 2009 (Rollo de apelación 284/2009) del recurso de apelación interpuesto contra un auto del art. 14,2 LC que había desestimado la solicitud de declaración de concurso voluntario por entender que no concurría en el supuesto de autos insolvencia inminente y entender la Sala, contra lo acordado por el Juez a quo, que sí concurría tal género de insolvencia.

Cuestión distinta es la que suscita el auto del art. 13,2 LC (que puede dictarse tanto en concurso voluntario como necesario). Dicho auto, precisamente por carecer de efecto de cosa juzgada material, el legislador quiso en todo momento –y durante todo el curso de la tramitación parlamentaria así se sostiene, y se justifica incluso en la enmienda aprobada que introdujo la admisión del recurso de reposición- que quedara excluido del recurso de apelación. Y ello por la obvia razón de que la solicitud podría reproducirse de nuevo simplemente presentándola en debida forma y con la documentación completa, sin que el auto prejuzgue la concurrencia o no de la situación de insolvencia. *Por ello el auto de inadmisión fundado en las causas previstas en el art. 13,2 LC no es recurrible en apelación (sin perjuicio de que si la inadmisión se funda en otras causas –como particularmente sucede en la mayor parte de supuestos que se han planteado sobre insuficiencia de activo, que "anticipa" al momento inicial una causa de conclusión del concurso-, al tener naturaleza de resolución definitiva y no existir "apelación más próxima", sí quepa dicho recurso de apelación y, en caso de ser inadmitido a trámite dicho recurso, quepa el justificado recurso de queja, ya que la exclusión del recurso sólo se prevé y tiene sentido dentro del sistema de recursos establecido si se limita al rechazo por razones de forma o de insuficiencia de documentación exigida).* Se adscribe así esta Sala, en este punto, a la línea jurisprudencial apuntada por los autos de la A.P. de de Castellón de 7 de noviembre de 2008 y el de la A.P. de Bizkaia de 5 de octubre de 2006, diferenciando los supuestos en que el auto del art. 13,2 LC se funda únicamente en las causas previstas en el mismo art. 13 y en que el auto se dicte en ese momento procesal pero con fundamento en causas distintas que permiten considerar resolución definitiva con efecto de cosa juzgada material ese auto y abrirle, así, la puerta a la apelación.

En suma, entiende la Sala que el hecho de que el conocimiento de la impugnación de las resoluciones interlocutorias se difiera al de la apelación de la resolución definitiva –en el art. 455 LEC- o al de la apelación más próxima –en el art. 197,2 LC, que ha de ser el de la resolución definitiva si no hubiere otra apelación más próxima- no permite concluir que una enmienda introducida en el último momento de la tramitación parlamentaria y sobre el equívoco de considerar de la misma naturaleza el auto del art. 13 y el art. 14 de la LC pueda desnaturalizar un proceso configurado como de doble instancia excluyendo el recurso de apelación de una sola de las resoluciones definitivas que en dicho proceso pueden adoptarse (convirtiéndolo así para ese solo caso en proceso de única instancia) y que incluso aún si ello resultara posible sería necesario que el legislador fuera consciente de esa quiebra de la naturaleza misma del proceso y de los principios generales, sin que se aprecie esa consciencia sobre estos extremos fundamentales en la enmienda 226 introducida en el dictamen de la Comisión del Senado.

No puede olvidarse además que la desestimación ad límine de las pretensiones afecta de modo directo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24 de la Constitución y que por tanto si excepcional es el proceso de única instancia, con mayor razón ha de entenderse excepcional la exclusión en el proceso de doble instancia del recurso de apelación contra las inadmisiones ad límine litis. De lo contrario se abocaría, de modo injustificado, al Tribunal Constitucional en recurso de amparo a la función de controlar la totalidad de las resoluciones que inadmitieran a trámite la solicitud de concurso voluntario –lo que no parece ser lo que perseguía el legislador que, a fin de no demorar la tramitación de los concursos, partía de un sistema de declaración automática del concurso voluntario y sólo persiguió privar justificadamente de automatismo a dicha decisión; y que en todas sus enmiendas salvo la difícilmente comprensible que examinamos pretendía la ampliación de los medios de impugnación previstos en el Proyecto de Ley y no su restricción-.

No parece razonable concluir que sea susceptible de apelación la resolución de desestimación ad límine litis de la declaración del concurso (por más que sea voluntario, y más aún en ese caso en que el proyecto partía de que bastaba la voluntad del deudor para declararlo) y sí lo sea la que desestima la declaración del concurso después de haber sometido a contradicción entre las partes la cuestión en un proceso declarativo (el incidente de oposición del deudor a la declaración de concurso necesario), debiéndose, en suma, considerar aplicable el art. 455 de la LEC.

TERCERO.- En el supuesto que se examina nos encontramos ante un auto dictado en concurso voluntario, en el que la primera resolución que se dicta (sin por tanto ofrecer plazo alguno para subsanación de defectos de documentación) es el auto de 27 de enero de 2008 confirmado por el recurrido en apelación de 19 de febrero de 2009 que inadmite a trámite el concurso por considerar que existe "insuficiencia de activo" con el que satisfacer a los acreedores. Se trata así de un auto que ha de incardinarse no en el art. 13,2 LC (no se dicta inadmitiendo a trámite el concurso por defectos no subsanables o no subsanados de la solicitud presentada y documentación exigida) sino en el art. 14,2 LC, pretendiendo desestimar de modo definitivo la solicitud de declaración de concurso voluntario. En todo caso procede recurso de apelación contra dicho auto tanto si se hubiere dictado tras requerir la subsanación de la documentación presentada como si se dicta, como se ha hecho, sin requerirla, puesto que la razón de desestimación excede las causas previstas en el art. 13,2 LC y supone "anticipar" al momento inicial la resolución prevista en el art. 176,1,4ª de la Ley Concursal.

Sin necesidad de abundar en las múltiples razones que impiden la inadmisión del concurso ad límine litis por insuficiencia de activo, que han sido expuestas en múltiples resoluciones –entre ellas los Autos de la A.P. de Barcelona de 17 de junio de 2007 y 3 de abril de 2008- y, magistralmente de modo que se comparte por la Sala por la profesora PULGAR EZQUERRA en su estudio "La inexistencia o insuficiencia de masa activa en sede de declaración del concurso de acreedores" (en págs. 2007 y siguientes del Tomo III de la obra "Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal", libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde), lo cierto es que en el supuesto que examinamos ni siquiera existe la pretendida insuficiencia de bienes.

El concurso que se solicita, atendiendo lo que se expone en la solicitud y documentación adjunta, en modo alguno carece de masa activa, tan sólo resulta que la masa activa podría ser (en este momento del procedimiento y sin que se haya posibilitado su integración mediante el ejercicio de acciones de reintegración) aparentemente de valor inferior al de la masa pasiva, supuesto en el que habría insolvencia actual y no inminente. Pero existiendo bienes sobre los que seguir la ejecución (nada menos que tres bienes inmuebles) y pluralidad de acreedores es indudable que ha de seguirse y tramitarse el concurso y con el producto de venta de dichos bienes satisfacerse (en caso de que no se apruebe un convenio) los derechos de los acreedores por el orden y con la prelación legalmente establecidos.

Debe pues estimarse el recurso de apelación formulado. Cuestión distinta a la que se plantea en el auto recurrido y en el recurso es que la documentación que se adjunta a la solicitud, como se apunto anteriormente, no se encuentra completa, siendo necesaria una descripción del valor actual de mercado de los bienes (y no el de adquisición o el catastral, que se utilizan en la solicitud), el detalle de las deudas exigibles en la actualidad y los vencimientos previstos para las aún no exigibles (vencimientos futuros de cuotas de préstamos, importes de cada pagaré con expresión de sus vencimientos…) y un plan de viabilidad concreto en lugar de la mención genérica que se hace en la solicitud.

La insuficiencia de documentación permitiría a esta Sala o bien rechazar la solicitud en aplicación de lo dispuesto en el art. 13,2 de la LC, sin posibilidad de recurso alguno pero que permitiría la presentación de nueva solicitud ulterior, o bien dejar abierta al solicitante la posibilidad de subsanar los defectos de su solicitud y completar la documentación presentada conforme a dicho precepto, en plazo de 5 días, lo que entendemos deberá ser acordado por el Juez a quo, competente para la declaración del concurso, que podrá precisar otros defectos que pueda encontrar en la documentación presentada precisados de subsanación (ya que su resolución, en este punto, no es recurrible en apelación, como se ha dicho, por lo que será su criterio el que haya de prevalecer).

Entendiendo más favorable a la tutela judicial efectiva y más beneficioso para el solicitante que se le permita la subsanación de los defectos que presenta la solicitud y documentación presentada, así lo acuerda la Sala, que al estimar el recurso se limita a dejar sin efecto el auto recurrido y a ordenar se continúe la tramitación del concurso voluntario por los trámites previstos en el art. 13 y siguientes de la LC.

CUARTO.- Atendidas las dudas de derecho que suscitaba la cuestión, no se considera procedente hacer especial imposición de las costas causadas en la alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la LEC.": AAP Las Palmas (Sección 4) 07.09.2009 (Auto 177/2009; Rollo 296/2009)

Artículo 14. Provisión sobre la solicitud del deudor.

1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.

Art. 14.1

1. Sobre la comprobación del presupuesto objetivo

"En el caso de concurso voluntario, el deudor deberá, en su solicitud, "justificar" su endeudamiento y su estado de insolvencia, actual o inminente, es decir, que tales extremos resulten de la memoria, el inventario, la relación de acreedores y, en su caso, de la contabilidad, sin que sea exigible la prueba de cada una de las deudas contenidas en tal relación. Bastaría, pues, la declaración "confesoria" de la insolvencia hecha por el

deudor en su solicitud, pues es un hecho que le perjudica –art. 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, salvo que de la documentación aportada, o de otros extremos de su solicitud, resulte lo contrario –no está de más recordar que conforme al art. artículo 261 del Código Penal, titulado "falsedad documental contable", "el que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses"-. Pero hay que tener también claro que no basta la "voluntad" de ser declarado en concurso, es precisa la concurrencia del presupuesto objetivo, la insolvencia actual o inminente. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 5)

2. Insolvencia probada

AP Las Palmas

"PRIMERO.-Solicitada la declaración de concurso voluntario por las personas físicas don Luis Antonio y doña Sonia, casados en régimen de separación de bienes, quienes dicho sea muy en síntesis manifiestan que se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para la admisión a trámite de su solicitud de concurso voluntario, en cuanto han venido desarrollando una actividad comercial realizando una cuantiosa inversión financiera en la adquisición de un inmueble, un local comercial, donde la ejercían hasta el momento en que por no serles rentable por la crisis económica decidieron alquilar el negocio o industria existente, que tienen una pluralidad de acreedores (entidades bancarias y proveedores) y se encuentra en situación de insolvencia actual al no poder hacer frente al pago de sus obligaciones corrientes aportando, con su recurso de apelación, testimonio de las demandas de ejecución hipotecaria presentadas contra ellos por la Caja de Canarias afectantes al local comercial y vivienda familiar comprometida con los créditos, con garantía hipotecaria, solicitados por aquellos para atender entre otros los gastos de su negocio.
Por ello siendo insuficiente su activo para hacer frente al pago de sus obligaciones solicitan la declaración de concurso voluntario a la vista de su crítico estado económico-financiero.
El auto apelado expresa que a partir de la documental aportada no se acredita la situación de insolvencia actual de los solicitantes.
SEGUNDO.-En cuanto al presupuesto subjetivo, la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica (art. 1.1 y art. 3.1 LC), y con respecto al elemento o presupuesto objetivo procede la declaración del concurso en caso de insolvencia del deudor común (art. 2.1 LC) encontrándose en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y tratándose de concurso voluntario el deudor debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se considera en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. (art. 2.3 LC).
Y a la vista de la documental aportada a los autos no podemos compartir la apreciación del juez a quo de que los recurrentes no se encuentren en situación de insolvencia actual o inminente, considerando que puede cumplir regularmente sus obligaciones, pues los solicitantes en el desempeño de su actividad negocial comprometieron según afirman no solo los bienes dedicados a la explotación del negocio mercantil desarrollado en el local comercial actualmente objeto de ejecución hipotecaria a instancia de la Caja de Canarias por la cantidad de 233.753 euros de principal (procedimiento de ejecución 82/2009), sino también su patrimonio personal siendo igualmente objeto de ejecución hipotecaria la vivienda familiar, con origen en el contrato de crédito en cuenta corriente con responsabilidad hipotecaria concertado por la esposa adeudándose a la Caja de Canarias por este concepto la cantidad de 443.642 euros de principal, habiéndose interpuesto demanda de ejecución hipotecaria frente a ella en fecha 20 de abril de 2009.
Además presentan una pluralidad de acreedores adeudando también a sus proveedores una cantidad total que supera los 25.000 euros de modo que teniendo en cuenta el volumen del pasivo superior a los 600.000 #, sin duda muy superior a su activo y a la imposibilidad de hacer frente al pago de sus deudas con los ingresos obtenidos por ambos conyugues (ella percibe unos 3000 euros mensuales por su trabajo personal, y obtienen del arrendamiento del local una renta mensual por importe de 2.300 euros, y 900 del arrendamiento de habitaciones de la vivienda) es clara la situación de insolvencia actual de los solicitantes del concurso de acreedores, y por ello esos bienes inmuebles están siendo objeto de ejecución singular a instancia de la entidad financiera acreedora hipotecaria. Prueba evidente de su insolvencia actual de modo que siendo su falta de insolvencia el único reproche opuesto por el juez a quo, es procedente acceder a la declaración de concurso voluntario promovido por la representación procesal de los recurrentes, o en caso de estimar insuficiente la documental aportada por los mismos requerirlos en la forma que ordena el artículo 14 de la Ley Concursal. ":AAP LAS Palmas (Sección 4) 05.02.2010 (Auto 31/2010; Rollo 553/2009)

JM-3 Barcelona

"Tal y como exige el artículo 14 de la LC, cuando la solicitud la hubiera presentado el deudor el Juez ha de dictar el auto en el que se declare el concurso cuando de la documentación aportada resulta -de su apreciación en conjunto- la existencia de alguno de los hechos que acreditan la insolvencia alegada por el deudor. En este caso el deudor reconoce que su situación de insolvencia, aporta una relación de acreedores en la que consta un pasivo total de 163.750,14 €, de los que en su parte fundamental se corresponde con créditos laborales y de

la Hacienda Pública y la Tesorería de la Seguridad Social, con un activo declarado ligeramente superior a los 7.000 €. Estas circunstancias unidas a los hechos referidos en la memoria permiten considerar acreditado el presupuesto objetivo del concurso, es decir, la situación de insolvencia del deudor.": Auto JM-3 Barcelona de 29-12-2004 (AC 2005/161)

JM-1 Cádiz

"Habiendo sido presentada la solicitud por el deudor, conforme al artículo 14, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de algunos de los hechos previstos en el artículo 2.4, u otros que acrediten la insolvencia actual alegada por el deudor. En este caso, es procedente, con arreglo a dicho precepto, la declaración de CONCURSO VOLUNTARIO del deudor, la entidad mercantil SUPREME ELECTRONIC, S.L. por cuanto de la documentación aportada, se desprende que no cumple regularmente con sus obligaciones exigibles, como demuestra la lista de acreedores aportada, integrada por un total de 6 acreedores por un importe de 1.701.992,35 euros, deudas todas ellas vencidas, y que denota un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones (art. 2.4.1º LC); habiendo reconocido el solicitante que carece de medios económicos para su pago. ": Auto JM-1 Cádiz 2.11.2005 (JUR 2005/241130)

" La inmobiliaria solicitante alega un sobreseimiento generalizado en el pago corriente de obligaciones por falta de tesorería, a partir del 25 de febrero de 2008. Para analizar si la misma se encuentra en situación de insolvencia, se ha de partir de la evolución financiera de la sociedad, que se expone en la Memoria, referida al periodo comprendido entre 2004 y 2007, si bien en la presente resolución nos vamos a limitar a exponer los datos a partir de 2006. Durante dicho ejercicio, los gastos totales disminuyeron un 23,47%, mientras que las partidas de ingresos lo hicieron un 18,33%, lo que produjo un notable incremento del beneficio neto de la sociedad (3.470.952,70 euros), que suponía un 15,2% del Importe Neto de la Cifra de Negocios, que ascendió a 22.806.328,45 euros, representando una disminución del 5,96% con respecto al ejercicio anterior. El EBIDTA de la sociedad se situó en 7.924.585,53 euros, generando por tanto la sociedad recursos para inversiones y repago de la deuda (el EBIDTA en 2005 fue de 3.925.694,22 euros y en 2004 de 5.678.417,13 euros). A partir de 2007, como consecuencia de la crisis financiera e inmobiliaria, se produce un incremento del pasivo exigible, particularmente de las deudas con entidades de crédito. En el documento nº 1 acompañado con la Memoria, consta una previsión de ingresos para febrero y marzo de 1.029.734 y una tesorería de 24.734,70 euros, y los pagos de vencimiento entre el 25 y el 29 de febrero de 2008 ascienden a 3.311.798 euros. Algunos de dichos pagos son créditos de sociedades del grupo o de sociedades de las que participa, como puede ser el pago de proveedores de Promobys por importe de 807.965 euros. En cualquier caso, aun excluyendo dichos créditos, puede apreciarse que la sociedad no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, como demuestra la lista de acreedores aportada (de elevado importe), de la que se colige que la mayoría de créditos están vencidos o son de vencimiento próximo, y que denota un sobreseimiento generalizado en el pago corriente de sus obligaciones (art. 2.4.1º LC).
Por todo lo expuesto, se estima que la sociedad se encuentra en situación de insolvencia, resultando procedente la declaración de CONCURSO VOLUNTARIO del deudor, la entidad mercantil INMOBILIARIA AMUERGA, S.L.": Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

"El deudor alega que se encuentra en estado de insolvencia actual (aunque en la certificación del Consejo de Administración se alude a insolvencia inminente), aduciendo que la sociedad se ve incapacitada para hacer frente a los pagos que vencen a partir del 25 de febrero de 2008, producida por la enorme diferencia entre la previsión de tesorería y los pagos a realizar. Entre las causas del estado de insolvencia que cita, como se ha señalado en la fundamentación fáctica, se encuentran, (i) la situación de iliquidez, pese a la solvencia patrimonial ya que el activo es superior al pasivo; (ii) la crisis del mercado inmobiliario que ha supuesto una notable disminución de las ventas de las empresas promotoras, que a su vez, empiezan a tener problemas de pago para hacer frente a las deudas contraídas con las constructoras; (iii) la política de fuerte crecimiento y expansión llevada a cabo por la compañía desde hace tres años, que contaba en un inicio con el apoyo tácito del sistema financiero, que se tradujo en la formalización de múltiples líneas de descuento, contratos de factoring y confirming, y sin embargo, la crisis del sector, ha traído como consecuencia la disminución paulatina de la financiación, que ha provocado que la sociedad tenga que utilizar los fondos propios, lastrando la tesorería operativa de la sociedad; (iv) la situación de insolvencia de la mercantil INMOBILIARIA AMUERGA, S.L., del mismo grupo, provocada por dicha crisis, y que es uno de los principales clientes de CONSTRUCCIONES JALE, S.A.U., y que ha provocado que los efectos que INMOBILIARIA AMUERGA paga a JALE CONSTRUCCIONES, no puedan ser descontados en ninguna entidad bancaria por el clima de desconfianza, y los proveedores de JALE CONSTRUCIONES tienen igualmente dificultades para descontar los efectos girados por esta entidad; y (v) los problemas actuales de financiación que sufren tanto JALE CONSTRUCCIONES, S.A.U., como INMOBILIARIA AMUERGA, S.L., y que han provocado la reducción drástica de las líneas de confirming con las que contaba la constructora, y demás líneas de financiación, con dificultades para la consecución de avales.
Como se ha expuesto, el deudor debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, acreditando la concurrencia de alguna de las circunstancias reveladoras de la insolvencia del art. 2.4 LC, u otras de las que pueda colegirse la insolvencia alegada.
La constructora solicitante alega un sobreseimiento generalizado en el pago corriente de obligaciones por falta de tesorería, a partir del 25 de febrero de 2008. Para analizar si la solicitante se encuentra en situación de

insolvencia, se ha de partir de la evolución financiera de la sociedad, que se expone en la Memoria, referida al periodo comprendido entre 2004 y 2007, si bien en la presente resolución nos vamos a limitar a exponer los datos a partir de 2006. Durante dicho ejercicio, la actividad productiva, según consta en el informe de Gestión se incrementó con respecto a 2005. Los gastos totales se incrementaron en 15.977.460,37 euros, lo que suponía un incremento del 60% aproximadamente respecto de 2005, si bien las partidas de ingresos también se incrementaron en aproximadamente un 60% respecto del ejercicio anterior. El Importe Neto de la Cifra de Negocios ascendió a 42.550.184,69 euros, lo que representó un incremento del 62% respecto del ejercicio anterior. El beneficio neto ascendió a 370.855,08 euros, lo que suponía aproximadamente un 0,9% del Importe Neto de la Cifra de Negocios. El EBIDTA de la sociedad se situó en 1.795.811,79 euros, incrementándose los resultados financieros negativos (el EBIDTA en 2005 fue de 1.396.205,62 euros y en 2004 de 998.035 euros). El endeudamiento de la sociedad se ha incrementado progresivamente, principalmente con entidades de crédito, que en 2004 ascendían a 9.146.258 euros, a corto plazo y 51.651 euros, a largo plazo, y en 2006, ascendieron a 17.742.459,08 euros, a corto plazo, y 144.602,95 euros, a largo plazo. A partir de 2007, como consecuencia de la crisis financiera e inmobiliaria, la tesorería se ha visto afectada, encontrándose con déficit de tesorería, ya que existe una previsión de ingresos a corto plazo inexistente, porque no se está produciendo, los bancos no descuentan los efectos y lo que la sociedad tiene en cartera no vence en fechas próximas, siendo la tesorería de 2.300.000 euros. Los pagos de vencimiento entre el 25 y el 29 de febrero de 2008 ascienden a 7.708.701 euros, lo que supone un déficit de tesorería de más 5 millones de euros, de donde puede apreciarse que la sociedad no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, como demuestra la lista de acreedores aportada (de elevado importe), de la que se colige que la mayoría de créditos están vencidos o son de vencimiento próximo, y que denota un sobreseimiento generalizado en el pago corriente de sus obligaciones (art. 2.4.1º LC). Ello queda corroborado con el documento 2 acompañado con la Memoria consistente en la cuantificación por vencimientos del volumen de pagarés emitidos por la compañía para el ejercicio 2008, a los que no se podrá hacer frente, ascendiendo el importe de los pagarés emitidos con vencimiento en febrero de 2008 a 7.287.097 euros, y en marzo a 6.421.652,92 euros.
Por todo lo expuesto, se estima que la sociedad se encuentra en situación de insolvencia, resultando procedente la declaración de CONCURSO VOLUNTARIO del deudor, la entidad mercantil JALE CONSTRUCCIONES, S.A.U.: Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

3. Insolvencia no probada. Socios acreedores

"PRIMERO Se promueve por el Procurador Sra. Iniesta Sabater en nombre y representación de su mandante Selene Park, SL, en Liquidación demanda en solicitud de declaración de concurso voluntario de su mandante por mor de su situación actual derivada de las circunstancias concurrentes de las que da razón en la Memoria aportada.
SEGUNDO Establece el artículo 14 de la Ley Concursal que «cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor», habilitando el número 2 del mismo precepto un trámite de subsanación para el caso de apreciación de inicial insuficiencia de la justificación eventualmente aportada, supuesto del que precisamente se ha venido a hacer recurso en el seno de las presentes actuaciones, con el resultado que consta en los autos, habiendo venido presentados sendos escritos donde la parte acompaña certificación registral comprensiva del historial tabular de la mercantil así como indicación del único procedimiento promovido por un único acreedor que ha dado lugar a la formación de los autos num. 1057/04 del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Valencia, si bien ni siquiera se identifica al demandante en dicho procedimiento.
TERCERO Que no resulta del propio decurso fáctico que efectúa la actora en su escrito de demanda así como de la justificación complementaria que ha venido -deficientemente- aportada a instancias del Juzgado, la concurrencia de los elementos que conforman presupuesto objetivo de la declaración de concurso «ex» artículo 2 de la Ley Concursal. Así, y como resulta de la propia manifestación del aquí actor:
-Ciertamente no podemos entender que concurra el supuesto del ordinal 4º del número 4 del artículo 2, toda vez que los sueldos y salarios que se dicen pendientes son precisamente aquellos devengados por los socios liquidadores (antes administradores).
-Igualmente, y amén de la mención relativa al crédito del avalista que se cita Mediterránea de Medios, SL, son los liquidadores (antes administradores) precisamente los mayores acreedores de la mercantil por concepto de préstamos.
-Según explicita manifestación de la actora requerida al efecto por el Juzgado, sólo existe una reclamación de un pretendido acreedor que ha instado acciones judiciales. Aunque la parte no aporta el dato, el demandante en los autos tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 es la mercantil La Garaña, SL, en reclamación de un crédito de 14.628 euros, y sin embargo el demandante de la declaración de concurso precisamente no incluye a tal como acreedor.
-La mercantil se constituye en el año 2001 y según propia manifestación, desenvuelve actividad de servicios para un solo cliente y ante el impago generalizado de sus obligaciones dinerarias por éste, se han entablado varios procesos cambiarios en reclamación de importantes sumas dinerarias. No se da razón del estado de tales procesos, en alguno de los cuales, razonablemente, ya ha debido venir dictada resolución definitiva (auto despachando ejecución o sentencia en caso de oposición).

Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren podido incurrir los administradores (hoy liquidadores) antes terceros acreedores, es procedente instar la ulterior liquidación de la mercantil en tanto que no ha lugar a la declaración de concurso pretendida.": Auto JM-1 Valencia de 23-12-2004 (AC 2004/2125)

4. No se acredita insolvencia actual ni inminente

AP Zamora

"CUARTO.- Como muy bien expresa la Juzgadora, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) ha establecido ciertos presupuestos para que proceda la declaración de concursos. De su redacción se desprende, en primer lugar, que es presupuesto subjetivo la existencia de un deudor, pues así lo declara el art. 1, y presupuesto subjetivo su situación de insolvencia, según el art. 2, que le impide cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC).
En la delimitación del contenido objetivo de la insolvencia inminente, debemos partir del dato de que se trata de una situación de futuro, de forma que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello vaya a acontecer, de forma que el incumplimiento de las obligaciones aún no debe de haberse producido, ya que en otro caso la insolvencia sería actual y no inminente; teniendo el deudor obligación de solicitar el concurso en el primer caso (art. 5 LC), mientras que si la insolvencia es inminente no tiene dicho deber legal. en el presente caso se dice que se solicita el concurso en que no se pueden cumplir con el calendario de pagos pactados con la agencia tributaria, con los salarios de los trabajadores de septiembre ni se pueden ingresar las cantidades en la Seguridad Social, pero baste la lectura de la Memoria para ver como la propia recurrente viene a efectuar una valoración de bienes de la sociedad de gananciales de 1.370.00€, a los que debería añadirse, dice, otros inmuebles que estima donados por importe de 346.71€ y ampliarse con el valor de la maquinaria que asciende a 343.000€, valoraciones que deberían ser actualizadas, lo que sin duda llevará aparejado un notable incremento, lo que puede cubrir el déficit financiero del Heraldo. Con relación a los locales ignoramos porque no se venden o pueden darse en garantía de préstamo, por lo tanto, y dando por reproducidos los acertados fundamentos de la resolución recurrida, correspondía al recurrente acreditar el requisito de la insolvencia, actual e inminente, como dice en su solicitud, cosa que no se ha producido, y en cuanto a los documentos que aporta con el recurso, debió en todo caso, dada su fecha, haberlos aportado con la solicitud y no en esta alzada, sin que por otra parte se desprenda la insolvencia de los mismos, por todo ello procede desestimar la impugnación, sin perjuicio, claro está, de que pueda reiterar su solicitud siempre y cuando acredite de forma fehaciente el requisito de la insolvencia, lo que no ha efectuado en el presente caso, donde resulta un valor del activo superior al de las deudas, correspondiendo al recurrente acreditar dicho extremo y sin que fuera necesario, a la vista del importe del patrimonio y de las deudas, darle nuevo plazo para subsanar o acreditar dicha insolvencia, pues la misma no se deriva de la documentación presentada e ignoramos que otra documentación podría haber aportado y no lo ha hecho.": Auto AP Zamora 17.02.2006 (JUR 2006/105128)

AP Girona

"En el concurso voluntario, el principal requisito a acreditar, es que el deudor acredite su situación de insolvencia actual o inminente, identificada esta como la imposibilidad del cumplimiento regular de sus obligaciones por parte del deudor. La acreditación de esta insolvencia, inminente o actual, es el requisito fundamental para la admisión de una situación concursal, de tal modo que el instante deberá de acreditar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser, como hemos referido inminente o actual.
En el supuesto de autos, los recurrentes, a través de los autos aportados en esta alzada despachando ejecución han acreditado una situación de endeudamiento pero lo que no han acreditado es una situación de insolvencia, dado que de la documentación acompañada se constata que no se corresponde con toda la relación de bienes y derechos de que disponen, toda vez que en los referidos autos, y en concreto el que obra en el foilio 186 de las actuaciones, consta que a los instantes se les embargan seis fincas, entre ellas alguna de las señalada por los instantes, pero no constan todas las fincas, con lo cual de la documentación que obra en esta alzada no puede concluirse la acreditación de la situación de insolvencia. Y ello porque la existencia de estos embargos de estas ejecuciones despachadas contra los mismos que afectan a su patrimonio, no consta de las mismas que estos sean insuficientes para responder de sus deudas. Por todo lo expuesto procederá la desestimación del recurso y la confirmación del auto apelado si bien por otros motivos de los que dieron lugar a su inadmisión. De la memoria y relación de acreedores unido a la documental aportada en esta alzada, como se ha referido anteriormente, se constata que no se corresponde con toda la relación de bienes de que disponen, como se ha referido anteriormente, toda vez que en los referidos autos despachando ejecución en concreto en elauto del Juzgado de Primera Instancia núm 3 de Sant Feliu de Guixols, en los autos 379/2009, obrante en el folio186 de los autos, consta que a los instantes se les embargan un total de seis fincas, como de su propiedad de las cueles no todas aparecen reflejadas y relacionas en la memoria y relación de bines aportada con la solicitud de concurso voluntario de lo que debe concluirse que la parte instante no ha acreditado en los términos que exige elArt. 2 de la LC la situación de insolvencia actual ni inminente invocada en la solicitud de concurso al no constar dichos bienes ni en consecuencia su valor y en su caso cargas al margen de los autos despachando ejecución aportados en esta alzada. No cumpliendo en consecuencia el inventario de bienes y derechos los requisitos a los que se refiere elArt. 2, 3 de la LC, antes trascrito procede

inadmitir a trámite la solicitud de concurso y en consecuencia desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado si bien por motivos distintos a los que dieron lugar a su inadmisión.": AAP Girona 02.12.2009 (JUR 2010/86302; Auto 328/2009; Rollo 542/2009)

5. Declarado el concurso voluntario no cabe desistimiento del deudor

"SEGUNDO La motivación que subyace al auto que acuerda la conclusión del concurso y la imposición de las costas a la concursada es que, siendo un concurso voluntario, abierto a instancia del propio deudor, su desistimiento debe dar lugar a que responda de los gastos procesales que la apertura del proceso concursal generó.
Queda al margen de la cuestión controvertida en esta alzada si procedía o no la conclusión del concurso, pero en todo caso debemos advertir que el desistimiento por parte del concursado no tiene el mismo tratamiento que el desistimiento del actor en un juicio declarativo, pues el instante del concurso, una vez declarado éste, pierde la capacidad de disposición sobre el procedimiento. De hecho, elart. 176 LC, que regula los motivos o causas que pueden justificar la conclusión del concurso, no recoge entre ellas el desistimiento del deudor concursado, cuando se trate de un concurso voluntario.
Esteprecepto, en su apartado 1, número 6º, tan sólo admite el desistimiento o renuncia de todos los acreedores, lo que debe ocurrir una vez concluida la fase común, pues con ello queda ya constancia de la lista de acreedores y por lo tanto de quienes deben prestar su consentimiento unánime a la conclusión del concurso. Lo anterior, conviene advertirlo no para dejar sin efecto la conclusión del concurso, que no ha sido discutida, sino para justificar que no procede la condena en costas, como sí habría sido procedente en el caso de desistimiento del demandante en un proceso declarativo, una vez personado el demandado, de conformidad con elart. 20 LEC invocada por el auto recurrido.
Es por ello que, como no es de aplicación ni directa ni subsidiariamente elart. 20 LEC, y losarts. 176 y ss. LC no prevén que en caso de conclusión del concurso se condene a la concursada a pagar las costas y gastos procesales ocasionados a los acreedores personados, procede estimar el recurso de apelación y dejar sin efecto la referida condena.": AAP Barcelona (Sección 15) 16.03.2009 (JUR 2009/411454; Auto 63/2009; Rollo 626/2008)

5.1 Caso sui generis

"PRIMERO - Aunque ninguno de los argumentos expuestos por el solicitante del concurso goza de suficiente consistencia jurídica, como seguidamente se expondrá, existen razones que, únicamente en el caso concreto, y sin que puedan acogerse con carácter general o principial, aconsejan la aceptación de una solicitud de desistimiento reiterada hasta la saciedad.
En primer lugar, es profundamente errónea la convicción del solicitante del concurso de que el desistimiento unilateral del concurso es una posibilidad libre y expedita para el mismo, una vez declarado. Si fuera así, el concurso ya declarado dispondría más opciones de finalización que las únicas soluciones hoy válidas del concurso- convenida o liquidada-.
Antes al contrario, resulta clara la disponibilidad del solicitante del concurso sobre el proceso antes de su declaración, pero no después; así, elartículo 19.3 LC en el caso del concurso necesario, permite sobreseer el expediente ante la falta de comparecencia a la vista del acreedor instante o su falta de ratificación sobre la solicitud de concurso, con la única condición de que el juez no halle indicios del presupuesto objetivo de insolvencia; y en el caso del concurso voluntario, si el deudor no subsana las deficiencias detectadas en el proceso de admisión- cualquiera que sea la razón, incluso la pura voluntariedad-, el juez no admitirá a trámite el concurso-artículo 14.3 LC -, lo que equivale al desistimiento.
Pero esa disponibilidad no se alcanza cuando la declaración de concurso despliega sus efectos con el dictado del auto; la noción de universalidad- en la formación de la masa activa y pasiva- trasciende al interés individual del solicitante- que, por lo demás, en el caso de la insolvencia actual tampoco es interés sino obligación, según revela elartículo 5.3 LC -, y alcanza el interés público en una solución ordenada a través de la comunidad de sacrificios propia del proceso concursal; si esto sucede, el concurso sólo puede finalizar, tras la fase común, en convenio o en liquidación.
SEGUNDO - El segundo dato erróneo que maneja la solicitante es que el desistimiento no está regulado en la ley concursal; como se tuvo ocasión de manifestar, elartículo 186 LC sí lo regula, aunque no desde luego en el sentido que pretende el demandante; es evidente y obvio- y se encarga de hacerlo ver al juzgador- que cuando habla del consentimiento de los "demás acreedores reconocidos en la lista definitiva", se está refiriendo única y exclusivamente al supuesto de que el solicitante del concurso sea un acreedor, y no el propio deudor; pero a tal obviedad, el concursado asocia una consecuencia errónea: que al estar regulado el desistimiento en la ley concursal sólo para el solicitante acreedor, para el solicitante deudor ha de acudirse a las normas de la ley de enjuiciamiento civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892); y ello, evidentemente, no es así; la única interpretación razonable-compártase o no- es que no está regulado porque, sencillamente, no es posible, al contar el concurso voluntario ya declarado con sus propias causas de finalización, que pasan por el convenio o la liquidación, con sus distintas subcausas previstas en elartículo 176 - así es posible que el convenio se cumpla, o que todos los acreedores queden satisfechos en el proceso liquidatorio, o que no existan bienes suficientes ni patrimonio de refuerzo de terceros reintegrable-.
TERCERO - Sentado lo anterior, sería forzoso denegar la solicitud de desistimiento tantas veces cuanto fuera presentada; la actuación del concursado nada ha tenido que ver con lo que postula la ley concursal, en tanto que ni siquiera ha permitido las labores de intervención por parte de la Administración concursal; ha

celebrado un negocio jurídico que supone la cesión de la total actividad propia de su objeto social, con opción de compra, sin sujeción a la intervención de ésta; y ha presentado dicho contrato como causa de remoción de su insolvencia, lo cual es profundamente erróneo; no encuentra comprensible el concursado que eso suponga un fenómeno liquidatorio, cuando basta acudir alartículo 148 LC para comprobar que liquidar es, ni más ni menos, enajenar los bienes de la masa activa; si se pretende enajenar el negocio íntegro- y por tanto desprenderse en un futuro a través de una eventual compra por el arrendatario, pues no se trata de un mero alquiler de instalaciones o negocio-, se ha de hacer a través de la liquidación concursal, ordinaria o anticipada, por absurdo que le parezcan al concursado los textos legislativos; y eso supone hacerla en un tiempo determinado- finalizada la fase común, y en sede liquidatoria, a no ser que el propio concursado hubiese solicitado la liquidación anticipadaex articulo 142 bis-, y que hasta entonces cualquier venta ha de ser autorizada en los términos delartículo 40 y 43 LC, artículos de los que parece prescindir el concursado una vez que culmina su operación prescindiendo del juzgado y de la administración concursal.
Y si el fin confeso de la operación en sus diversos escritos es el mantenimiento de la actividad- será de la arrendataria Faller Imagen SL, desde luego, y no la de la concursada-, la opción de la ley concursal es la del convenio; la propuesta de convenio a sus acreedores, con quitas o esperas, iría acompañada de los compromisos de pagos por terceros-artículo 99 LC -, y los acreedores podrían haber evaluado dicha fuente de ingresos como medio de garantizar el pago de aquella cantidad que se aprobase en junta de acreedores y en el plazo acordado en junta de acreedores y, sólo entonces, salir del concurso tras el cumplimiento íntegro del convenio; la propuesta del concursado es una poda de los principios básicos que regulan la ley concursal.
CUARTO - Dicho lo anterior, no es menos cierto que el presente concurso de acreedores podía haberse evitado desde el principio; sólo el concursado sabe qué le llevó a solicitarlo en una situación en la que el único acreedor de cierta entidad era el Banco Popular, con un saldo acreedor de unos 154000 euros, siendo así que el resto de los acreedores declarados sumaban la exigua cantidad de 1700 euros, que podían ser satisfechos con la cantidad que manejaba en sus cuentas corrientes el concursado; de esta suerte, un único acreedor no hubiera sido suficiente para la declaración de concurso.
En tanto que la masa pasiva elaborada por el administrador concursal poco ha variado la inicialmente expuesta por el deudor, y ante acreedores de pocos cientos de euros, el juzgado optó por aplicar elartículo 186 LC en una analogía claramente pro concursado, pues como se apuntó arriba, el desistimiento a que hace referencia dicho precepto se refiere a la declaración de voluntad propia del acreedor instante, y no del deudor.
El resultado del trámite de audiencia a las partes ha deparado una solicitud de suspensión de facultades a cargo de la administración concursal, y ni un solo escrito de oposición a la conclusión, ni siquiera por parte de la representación del Banco Popular, principal acreedor que consta en la lista definitiva; así las cosas, es evidente que ni uno solo de los acreedores concursales ha mostrado oposición expresa, sea por su escasa cuantía, sea porque manifiestan no ser acreedores- caso de Aqualia Vigo-, sea porque han asumido que prefieren acudir en caso de impago a acciones individuales; el único derecho legítimo que nos inclinaría a rechazar el desistimiento es el de los acreedores contra la masa- a quienes elartículo 186 no concede trámite de audiencia-, especialmente la Administración concursal, a quien se le deben los honorarios pendientes de aprobación tras los textos definitivos; derecho que, en caso de ausencia de pago voluntario por el concursado, podrá ser reclamado mediante ejecución individual de dicha resolución, al no operar los designios delartículo 154 LC una vez finalizado el concurso.
En estas circunstancias, e insistiendo en que de forma excepcional, a la luz de la ausencia de oposición del único acreedor de cierta relevancia, es procedente la aceptación del desistimiento solicitado por el concursado.": AJM-3 Pontevedra 01.09.2010 (AC 2011/602; Concurso 12/2010)

6. Abuso de derecho del solicitante: inexistencia

AP Pontevedra

"PRIMERO.-En virtud del precedente recurso por la apelante Dª Custodia se pretende la revocación del Auto de 15 de febrero de 2010 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad que decidió no admitir a trámite la solicitud de concurso por ella formulado amparándose en la doctrina de los actos propios, en la mala fe y que con ello se dejaría en sus manos decidir en cada caso la suspensión de los procesos hipotecarios. Tal argumentación tiene como previo un Auto de 12 de marzo de 2009 en el que se declaró el concurso a la ahora apelante en Procedimiento Abreviado nº 151/09 pero en el que no cumplimentó debidamente la publicación de los edictos del informe provisional del concurso, con el perjuicio que conlleva a todos los acreedores, dictándose auto de archivo del procedimiento, que devino firme.
Entiende la apelante que su situación de insolvencia es palmaria, y si no publicó los edictos fue por un problema de liquidez de tal manera que habiéndose producido un cambio normativo sobre la gratuidad de los mismos sí puede hacerlo ahora. No hubo por ello ni mala fe ni abuso de derecho, sin perjuicio de que se la sancione del modo que prevén los art. 165 y 172 de la LC. Tampoco existen procedimientos hipotecarios que suspender. El archivo del anterior concurso lo fue sin renunciar a la posibilidad de plantear otro en el futuro.
SEGUNDO.-Entiende la Sala que no son acogibles los argumentos de la resolución a quo para estimar la existencia de abuso de derecho y actos propios con fundamento en los artículos 11.2 de la LOPJ para la inadmisión de la demanda concursal, sin perjuicio de que pudieran concurrir, en su caso, otros que no son objeto de recurso. En efecto, no se trata de que la apelante haya incurrido en el incumplimiento de una carga procesal en su día cuando no procedió a las publicaciones que habilitarían para la continuación del proceso concursal pues en tal caso ya el Ordenamiento Jurídico previó la "sanción" con el archivo del procedimiento o

al menos así se entendió en su día por el Juez de lo Mercantil ante la imposibilidad de continuar el procedimiento, sin embargo, ello no la inhabilita para presentarlo después porque aquella resolución no opera a modo de cosa juzgada ni existe previsión concreta de prohibición como en el caso de segunda o ulteriores tercerías ex art.597 por ej., si es que cuenta con los presupuestos para volver a hacerlo.
Cosa distinta es que pudiera entenderse que se presenta un concurso sin masa, que provocaría su rechazo, pero estos no son los argumentos del Auto recurrido para inadmitir a limine litis la solicitud del concurso a la apelante. Es más, explica de manera meridiana, que la situación económica en la que se halla le ha impedido en aquel momento efectuar las publicaciones oficiales y legalmente previstas, que ahora con el cambio legislativo (RDL 3/09, de 27 de marzo, por el que se reforman los art. 23 y 24 de la LC) han devenido gratuitas, de tal manera que encuentra viable la continuación del procedimiento, que por otra parte se halla obligada a presentar en los términos del art. 5 de la LC con las consecuencias previstas en los art. 165 y 172 de la misma ley especial.
Debemos tener presente que para la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, que surgió precisamente en conflictos relacionados con las relaciones de vecindad, especialmente inmisiones entre propiedades contiguas, es necesario, tal como ha indicado la jurisprudencia que concurran estos requisitos:
a) El uso de un derecho objetivo y externamente legal. b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.
c) La inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo -ausencia de interés legítimo-), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) -Sentencias, entre otras, 21 diciembre 2000, 16 mayo y 12 julio 2001, 2 julio 2002, 13 junio 2003, entre otras-; sin que quepa invocar la sanción cuando el exceso pernicioso en el ejercicio del derecho esté garantizada por precepto legal -Sentencia 2 julio 2002, que cita 28 abril 1976 y 14 julio 1992. Para la apreciación concreta del abuso del derecho es precisa una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas y subjetivas (antes expuestas) (SS. 3 noviembre 1990, 30 mayo 1998, 18 julio 2000, 28 junio y 12 julio 2001, 28 mayo y 2 julio 2002).
En suma, no podemos apreciar que concurran los requisitos necesarios exigidos, pues ni se aprecia un ejercicio anormal contrario a los fines del derecho invocado ni una intención de perjudicar a un tercero sin interés legítimo de la demandante, pues el ejercicio de esta acción es la única vía con la que cuenta la demandante para ordenar sus deudas de tal manera que, residiendo "la esencia del abuso de derecho en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestada tanto en su forma subjetiva (intención de perjudicar, o sin la existencia de un fin legítimo) como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho) exigiéndose que dicho ejercicio se haga con la intención decidida de dañar, utilizando el derecho de un modo anormal, y sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, pudiendo acudirse a esta doctrina, únicamente en los casos patentes y manifiestos" no concurre en el caso por la mera circunstancia de intentar por segunda vez continuar un proceso concursal que previamente no siguió por carecer de liquidez para cumplimentar las publicaciones obligatorias, dejando al margen de esta resolución cualesquiera otras causas que pudieran determinar la inadmisión del proceso concursal al margen de la que ahora nos ocupa así como la singularidad que el cambio legislativo produjo en el caso. ": AAP Pontevedra 05.05.2010 (Auto 93/2010; Rollo 263/2010)

AP Sevilla

“PRIMERO.-Se alza el Procurador Don Manuel Arevalo Espejo, en nombre de la entidad Banco de Santander, S.A., contra el Auto de fecha 30 de abril de 2.010, por el que se declaraba el concurso voluntario de la entidad Andaluza de Reciclajes y Residuos, S.L., por entender que estamos ante un abuso de Derecho, no estando acreditado su endeudamiento y siendo su activo mayor.
SEGUNDO.-Sobre la figura del abuso de Derecho tiene declarado esta Sala que su fundamento se encuentra en los límites intrínsecos y extrínsecos del derecho, y supone que el ejercicio de un determinado y concreto derecho, tiene una clara finalidad de dañar a otro o es utilizado en contradicción con sus fines económicos y sociales. La idea que subyace es que la facultad del titular para ejercitarlo no es ilimitada, si se incurre en algunas de las conductas descritas, provocará la nulidad del acto concreto y la necesaria indemnización de los daños y perjuicios que se hayan acreditados. Todo ello, sin olvidar que se trata de un remedio extraordinario, al que puede acudir el titular del derecho afectado cuando carece de otro medio directo para restablecer su derecho. Como señala la Sentencia de 30 de mayo de 1.998 : "El abuso del derecho sólo procede, como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con la intención bien decidida de causar daño a otro o utilizándolo de modo anormal y contradictor de la armónica convivencia social. Su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)".
Por lo que se refiere a sus requisitos, una reiterada y unánime doctrina jurisprudencial señala que es necesario que concurran: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés no protegido por una especifica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva o en forma objetiva. Con respecto a este ultima requisito la Sentencia de 5 de junio de 1.972 señala que: "Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficio propio (sentencias de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963 y 12 de febrero de 1964), es decir, a un "animus nocendi" o intención dañosa que carezca del correspectivo de una compensación equivalente (sentencias de 17 de febrero de 1959, 22de septiembre de 1959 y 4 de octubre de 1961), no deduciéndose tal resultado cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial,

con sus consecuencias ejecutivas, para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle (sentencias de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1960), por oponerse a ello la máxima "qui jure suo utitur nominem laedit" (sentencias de 17 de abril y 17 de noviembre de 1954 y 12 de febrero de 1966), salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiere declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de "justa causa litigantis" (sentencias de 4 de abril de 1932, 20 de abril. de 1933 y 13 de junio de 1942)". En definitiva, como señala la Sentencia de 21 de diciembre de 2.000 : "con el abuso del derecho, mejor dicho con el principio que lo prohíbe, se trató de frustrar el éxito del ejercicio de derechos nominalmente reconocidos por el ordenamiento, lesionadores de intereses no cubiertos por una estricta legalidad, pero sí por normas éticas o principios sociales, como se viene a proclamar en el art. 7.2 del C.c., al disponer que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, detectando como acto abusivo todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero (13-10-83)".
En relación a la buena fe es pacífica su presunción, de modo que ha de probarse la mala fe. Al definir la buena fe declara la Sentencia de 11 de mayo de 1.988 que: "La exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos que el artículo 7.1 del Código Civil consagra, conlleva, como ya proclamaron las sentencias de esta Sala de 8 de julio de 1981, 21 de mayo de 1982 y 21 de septiembre de 1987, que la conducta del que dichos derechos ejercita se ajuste a normas éticas, contradiciéndose, entre otros supuestos, dicho principio cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación o crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella, en definitiva, conforme a lo que por un autorizado sector de la doctrina científica se concreta, la buena fe en sentido objetivo consiste en que la conducta de uno con respecto al otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exija".
TERCERO.-Teniendo en cuenta estas premisas, difícilmente se puede sostener y argumentar, en este estadio procesal, que efectivamente el hecho de acudir la entidad Andaluza de Reciclajes y Residuos, S.L., al concurso voluntario, supone un flagrante supuesto de abuso de Derecho, dado que la valoración que ha de hacerse, por el Juez a quo, solo puede ser indiciario y somero, Y en esos términos han de interpretarse los términos del artículo 2-3º de la Ley Concursal. A priori, a prima facie, con los datos suministrados estamos ante un estado de insolvencia, al ser mayor el pasivo que el activo, siendo éste en gran medida inmovilizado que, salvo que se proceda a su realización, es inadecuado para hacer frente a las deudas.
No se aportan ningún indicio o elemento probatorio que permita deducir que estamos ante un uso antisocial de Derecho, es decir, que permita desvirtuar las consideraciones y valoraciones realizadas por la concursada, especialmente por lo que se refiere al pasivo, siendo intrascendentes, a estos efectos, que la mayoría del pasivo lo represente la apelante, de tal modo que la aprobación del convenio esté supeditada a su voluntad. Qué el proceso concursal no vaya a cumplir su fin, a tenor de la mayoría que ostenta la recurrente, es decir, que queda supeditado a su voluntad, no puede servir de justificación para la inadmisión del mismo, en cuanto que se deje sin efecto la declaración concursal realizada.
Se afirma que el valor del activo es muy superior al reseñado por la concursada, pero no se dan argumentos en tal sentido, simplemente se realiza dicha afirmación, sin concreción de ese mayor valor que se alega
En cualquier caso, siempre podrá la recurrente efectuar la oportuna reclamación, si así se acredita en los presentes autos, que ha existido un comportamiento inadecuado de la concursada, dirigido claramente a perjudicarla.
En consecuencia, procede rechazar la pretensión formulada, dado que debemos entender que se han cumplido tanto los requisitos formales como materiales. Resolver en sentido contrario, supondría atentar al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso, que quedarían quebrantados, si se le impide la vía concursal, cumpliendo los requisitos exigidos por la legislación especial, además, con clara contradicción de la obligación legal que exige que la inste cuando se produce ese estado de insolvencia.": AAP Sevilla (Sección 5) 22.07.2011 (Auto 163/2011; Rollo 1686/2011)

2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada.

[Inicial art 14.2 derogado por la 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

3. Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.

[El Inicial art 14.3 pasa a ser el 14.2 al ser derogado el inicial 14.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 14.3 (14.2 tras Ley 38/2011) Recurso contra la desestimación/inadmisión del concurso voluntario

NOTA: *Vid. también las resoluciones incluidas junto con el art 13.2 en cuanto al caso de "inadmisión a trámite"*

1. No cabe apelación

“Se entendió que la previsión expresa de que contra el auto no admitiendo (a trámite) la solicitud de concurso necesario (art. 13.2 in fine de la Ley Concursal) y contra el auto desestimando la solicitud de concurso voluntario (art. 14.3 de la Ley Concursal) cabe el recurso de reposición, cuando conforme al régimen del art. 197.2 de la Ley Concursal dicho recurso cabría si no hubiera previsión expresa alguna, es para dejar claro que sólo cabe el recurso de reposición, pese al régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que contra los autos definitivos, que ponen fin al litigio en una instancia, cabe el de apelación –art. 455.1 en relación al 207.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, sin que el adverbio “sólo” del art. 14.3, que no existe en el art. 13.2, tenga trascendencia. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

AP Oviedo

“PRIMERO.- El auto que se impugna no admite a trámite el concurso voluntario intentado por la entidad CONSTRUCCIONES SL al carecer la mercantil de cualquier bien o activo, distintos a 343 euros. Si bien el motivo del recurso se refiere exclusivamente al desacuerdo con la base legal de dicha inadmisión, por motivos de orden público deberá analizarse en primer lugar la posibilidad de que la resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil sea apelada, teniendo en cuenta que elauto de fecha 22 de noviembre de 2006, que daba respuesta a la petición inicial de declaración de concurso a instancia de la mercantil fue recurrido en reposición, de conformidad con elart. 14 de la Ley Concursal (LC), dictándose el 13 de diciembre último, desestimatorio de aquél, que es el apelado y que motiva la presente resolución.
SEGUNDO.- Esta Sección ya resolvió un asunto idéntico, en relación con otra entidad mercantil de responsabilidad limitada, motivo por el cual la decisión a adoptar deberá ser también la misma. Los argumentos manejados en aquel asunto, en concreto en elauto nº 58/07, de 5 de octubreúltimo, todos ellos aplicables en la presente ocasión, eran los siguientes:
La redacción delapartado 3 del artículo 14 LC, relativo al concurso voluntario, es la siguiente: "Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso solo cabrá recurso de reposición". Si se tiene en cuenta que es en elart. 197de este texto legal en el que se regulan los recursos y la tramitación de los mismos, habrá de ser éste como complemento de aquel apartado el que dé respuesta a la cuestión planteada.
En el apartado 3 de este segundo precepto se señala que contra los autos resolutorios de recursos de reposición "promovidos en la fase común o en la de convenio"no cabe recurso alguno, y si bien es cierto que la situación que tiene lugar cuando no se admite a trámite el concurso es que el procedimiento no se inicia, es decir que no nos encontramos aún en ninguna de aquellas dos fases, no lo es menos que la expresión empleada "solo cabrá recurso de reposición" pretende cerrar en forma ineludible cualquier impugnación posterior para el supuesto de inadmisión a trámite del concurso voluntario. Pues bien, puesto que se trata de una específica regulación de la Ley Concursal, que excluye de mano la aplicación supletoria de laLey de Enjuiciamiento Civil a que se refiere el apartado 1 del mismo artículo 197, parece que la intención del legislador era reducir al máximo las impugnaciones contra los autos en que se desestima dicha inadmisión a trámite, y si bien es cierto que no parece adecuado que el auto que cierra el trámite pueda ser tan solo considerado nuevamente por el Juez que así lo decidió, es decir no permitir un recurso devolutivo, legalmente no parece permitir otra interpretación.
Esta decisión ha sido la adoptada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real enauto de 12-7-2005, y por la de Lleida, enauto de 25-4-2005, ambos dictados ante la inadmisión de un concurso voluntario, interpretando en la forma en que aquí se hace elapartado 3 del art. 14 LC. En elauto de la AP de Madrid de 10-10-2005, se llega a extender esta irrecurribilidad a la resolución que no admite a trámite el concurso necesario, y la misma decisión se adopta en el de laAP de Barcelona, de 17-2-2005, entendiendo ambos que la idea del legislador fue la de limitar al máximo la discusión una vez acordada la inadmisión del concurso de cualquier tipo.
Puesto que la discusión en estos momentos se centra en un concurso instado por el propio deudor, es decir voluntario, sin generalizar la solución del supuesto a otros diferentes, debe acogerse la idea relativa a que la expresión literal delart. 14. 3 LCimpide que tras la resolución del recurso de reposición se admita la apelación frente a dicho auto.
En consecuencia, es procedente declarar que no se debió admitir a trámite el recurso de apelación contra elauto de fecha 12 de febreroúltimo.
Una vez llegados a esta conclusión, no es preciso entrar en el fondo del recurso, al hacerse precisa la declaración de firmeza de la mencionada resolución.”: Auto AP Oviedo 11.10.2007 (JUR 2008/12802)

AP Baleares

“En el caso de que no se hayan subsanado los defectos y los mismos tengan entidad suficiente, debe dictarse auto no admitiendo a trámite la solicitud. Las causas que pueden fundar tal resolución son de tres tipos:
1º) Formales: que no se hayan aportado todos los documentos precisos ni se haya justificado cumplidamente la ausencia.
2º) Procesales: que no se haya realizado la solicitud por persona legitimada y ante juez competente.
3º) Materiales o de fondo: que no se hayan acreditado los presupuestos objetivos de la solicitud.
La resolución no admitiendo a trámite la solicitud debe revestir la forma de Auto y contra ella cabe recurso de reposición. No procede el de apelación, a pesar de ser un Auto definitivo que pone fin al proceso, por aplicación de lo establecido en elart. 197.2, al no haberse previsto un especial régimen de recursos para los

autos definitivos. Podría sostenerse que procede recurso de apelación contra el auto resolutorio del recurso de reposición, al amparo de lo que autoriza elart. 197.3y atendido que no existirá otra resolución posterior a cuyo recurso se pueda acumular. Probablemente esa es una interpretación razonable, porque no creemos aceptable que una resolución como ésta pueda quedar exceptuada del recurso de apelación. No obstante, frente a ella puede aducirse un argumento que la excluye, el que resulta de la literalidad delart. 14.3, que establece que contra el auto desestimatorio de la solicitud del deudor "sólo cabrá recurso de reposición".
El auto de inadmisión a trámite de una solicitud de concurso no produce el efecto de evitar que la solicitud se pueda reiterar nuevamente. No obstante, ello no significa que no produzca efecto alguno: la parte que realizó la primera solicitud se encuentra vinculada por lo resuelto, de forma que únicamente será admisible si en la nueva se subsana el defecto antes no subsanado o bien si concurren circunstancias nuevas que justifiquen la petición.": AAP Baleares (Sección 5) 16.09.2008 (JUR 2009/94929; Auto 116/2008; Rollo 283/2008)

AP Barcelona

"PRIMERO: El Juzgado mercantil inadmitió la solicitud de concurso voluntario de la sociedad ABA-TEXT IBER-CONTACT CENTRO DE TRADUCCIONES, S.L. porque la solicitud no iba acompañada de todos los documentos exigidos por elart. 6 LC, en concreto porque faltaba un inventario detallado de los bienes y derechos de contenido patrimonial. El auto de inadmisión fue recurrido en reposición, y frente al auto que desestimó la reposición no se admitió el recurso de apelación. Se recurre ahora en queja esta inadmisión del recurso de apelación, justificándolo en la aplicación delart. 20 LC.
SEGUNDO: En última instancia, la cuestión controvertida en esta instancia es si el auto de desestimación de la solicitud de concurso es susceptible de recurso de apelación, previo el de reposición.
La inicial solicitud de concurso voluntario fue desestimada por el Juzgado mercantil por medio deauto de fecha 21 de julio de 2006. El régimen de recursos aplicable a esta resolución, conforme a lo previsto en elart. 197.2 LCdependerá de si existe disposición específica o no. En este caso, elart. 14.3 LCregula expresamente este supuesto, al disponer que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso a instancia del propio deudor (voluntario) "sólo cabrá recurso de reposición". La propia norma legal prevé expresamente que sólo queda recurso de reposición, por lo que frente al auto que desestima dicho recurso no cabe recurso de apelación.
A esta conclusión llegamos en un razonamiento obiter dicta, en nuestroauto de fecha (RA 754/04), en donde argumentábamos que: " (L)a razón de ser de esta restricción en el régimen de recursos radica en la posibilidad de volver a reproducir la solicitud de concurso una vez subsanado el defecto que motivó su inadmisión". En el presente caso, el instante del concurso puede volver a solicitarlo si aporta con la demanda un inventario que se adecue correctamente a lo previsto en elart. 6.2.3º LC. De hecho, el ámbito de la eficacia de cosa juzgada del auto de desestimación es muy reducido, ciñéndose a lo que fue objeto de decisión, y en concreto a que el inventario aportado con la solicitud era insuficiente.": Auto AP Barcelona 08.03.2007 (Sección 15) (JUR 2007/244518; Rollo 1/2007)

AP Castellón

"PRIMERO.- Se dirige la queja que ahora resolvemos contra la inadmisión por el juzgado de instancia del recurso de apelación que la mercantil recurrente pretende interponer contra la resolución que desestimó su solicitud de concurso voluntario, una vez recurrida ésta en reposición y confirmada. Invoca en su apoyo tanto la dicción del artículo 455 LEC, que prevé que puedan ser recurridas las resoluciones definitivas, como en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que dice vulnerado.
Procede la desestimación del recurso, no sin antes recordar que el derecho fundamental a que acabamos de referirnos no implica la posibilidad de recurrir en alzada toda resolución judicial, lo que dependerá de la configuración de dicha posibilidad por la legislación ordinaria.
Ciertamente, el artículo 455.1 LEC dice que son apelables las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale y es claro que el auto que desestima la solicitud de concurso voluntario es definitivo, puesto que pone fin a la primera instancia (art. 207.1 LEC). Pero no podemos prescindir de que el articulo 14.3 de la Ley Concursal solamente contempla la posibilidad de recurrir en reposición la denegación de la solicitud de concurso voluntario, sin que contra esta decisión quepa el recurso de apelación lo que, por otro lado, es coherente con lo que dispone el artículo 454 LEC al decir que contra los autos que resuelven el recurso de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuera procedente, la resolución definitiva.
En el presente caso, que no quepa apelación contra dicha resolución que rechaza la solicitud de concurso voluntario deriva del texto del citad art 14.3 LC, que es ley posterior y especial respecto de la procesal civil que la quejosa invoca. Y carece de virtualidad el argumento de que debería admitirse apelación cuando la cuestión ya no pueda reproducirse en segunda instancia -como aquí acontece-, puesto que tanto el artículo 455 LEC como el art 197.3 LC supeditan la reiteración de la cuestión en la alzada a que sea la misma factible en el proceso de que trate, al decir el primero de dichos preceptos que así será "si fuera procedente" -y aquí no lo es- y el referirse el segundo a la "apelación más próxima" -inexistente en el procedimiento que nos ocupa": Auto AP Castellón 23.06.2005 (JUR 2005/203295)

AP Córdoba

“PRIMERO.- El artículo 14.3 de la Ley Concursal establece taxativamente que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición. Frente a dicha previsión legal, las alegaciones de la parte pueden tener sentido de “lege ferenda”, pero no pueden ser acogidas dada la claridad y expresividad de la Ley. Como dice el Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de febrero de 2005, la razón de ser de esta restricción en el régimen de recursos radica en la posibilidad de volver a reproducir la solicitud de concurso si varían las circunstancias que dieron lugar a su desestimación.
SEGUNDO.- Conforme a la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal, la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente se aplica con carácter supletorio a los procedimientos concursales en lo no previsto en la propia Ley Concursal. Y en este caso no hay laguna u omisión que permita dicha aplicación supletoria, puesto que la Ley Concursal contiene un régimen propio de recursos, con carácter general en su artículo 197, y respecto de la resolución concreta que se pretende impugnar, en el citado artículo 14.3.
TERCERO.- Por las razones expuestas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 495.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (por remisión del artículo 197.1 de la Ley Concursal), procede considerar bien denegada la tramitación del recurso de apelación.”: AAP Córdoba (Sección 3) 11.02.2010 (Auto 9/2010; Rollo 41/2010)

AP La Rioja

“PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en losartículos 494 y 495 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la presente causa, se interpone recurso de queja contra la decisión del juzgado de Primera Instancia número Seis, en funciones de Juzgado de lo Mercantil que no admite a trámite el recurso de apelación preparado por la parte, frente al auto de inadmisión de la declaración de concurso voluntario.
SEGUNDO.- Con carácter general, en el proceso civil, e acuerdo con lo establecido en elartículo 455-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, serán recurribles en apelación las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale. Por otra parte, el derecho a recurrir las resoluciones judiciales no es absoluto, siendo regulado y limitado porley (artículo 448).
En el ámbito del concurso de acreedores, existe una regulación específica en materia de recursos. En concreto, elartículo 197-2establece que contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto. El mismo precepto (párrafos 3 y 4) regula los supuestos de admisión del recurso de apelación, al margen de otras disposiciones específicas que contemplan la posibilidad de recurso de apelación, puntualmente, en otras fases del proceso.
TERCERO.- Al abordarse la cuestión planteada en este recurso de queja, ha de atenderse a preceptos que regulan situaciones distintas, losartículos 14 y 15 de la Ley Concursalque regulan dos situaciones diferentes: la solicitud formulada por el deudor (art.14) y la promovida por otro legitimado (art. 15), con un tratamiento legal distinto y soluciones diferentes también en materia de recurso. En el primero de los casos, solicitud de concurso voluntario, elartículo 14.3contiene una regla taxativa: "contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición". El precepto plantea pocas posibilidades de duda, por discutible que pueda ser esta determinación en una decisión tan relevante que puede cerrar el acceso al proceso concursal por parte del deudor, sin posibilidad de revisión en otra instancia y sin posibilidad de aplicación de las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al contener la Ley Concursal una regulación específica, ya mencionada. Dada la contundencia de esta declaración legal sobre una situación diferenciada, la relativa a la solicitud del deudor, no resulta aplicable el comentadoartículo 20, relacionado con la resolución a instancia de otros legitimados, distintos del deudor, prevista para las declaraciones de concurso planteadas en estos supuestos.
Además de lo ya resuelto en elauto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 26 de septiembre de 2005, invocado en elauto de 31 de octubre del Juzgado de lo Mercantil, han seguido también este criterio las Audiencias Provinciales de Lérida Sec. 2ª en auto de 25 de abril de 2005, Ciudad Real Sec. 2ª auto de 12 de julio de 2005 y Madrid Sec. 20 auto de 10 de octubre de 2005.”: Auto AP La Rioja 28.11.2006 (JUR 2007/38365)

AP Las Palmas

“PRIMERO.- Sostiene la parte recurrente en queja que es susceptible de recurso de apelación elAuto de fecha 15 de enero de 2008, por el que se acordó no haber lugar a la admisión de la solicitud de concurso voluntario instada por la Procuradora Sra. Crespo Ferrándiz, en representación de INSUNOR, S.L.
A tal fin, se alega que, como el Juzgador no ha aplicado losarts. 13 y 14 de la Ley Concursalal acordar la inadmisión de la solicitud de concurso voluntario, tampoco deberán aplicarse los preceptos, relativos al régimen de recursos, contenidos en dichos preceptos legales.
A este respecto, debe tomarse en consideración que, la aplicabilidad delart. 14.3 L.C. ("contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición"), no depende de la circunstancia de que se haya hecho o no mención expresa, o cita expresa, de losarts. 13 y 14 L.C. en la resolución que inadmitió la solicitud.
Pues bien, elAuto de 15 de enero de 2008no es susceptible de recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en elart. 14.3 L.C., transcrito, en relación con elart. 197.2, a cuyo tenor, "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso, sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto".
En ese sentido se han pronunciado elAuto de 17 de febrero de 2005, de la A.P. de Barcelona, Sección 15,Auto de 12 de julio de 2005, de la A.P. de Ciudad Real,Auto de 31 de enero de 2007 de la A.P. de Sta. Cruz de

TenerifeyAuto de 28 de noviembre de 2006 de la A.P. de Logroño, que declara: "Al abordarse la cuestión planteada en este recurso de queja, ha de atenderse a preceptos que regulan situaciones distintas, losarts. 14 y 15 L.C., que regulan dossituaciones diferentes, la solicitud formulada por el deudor (art. 14) y la promovida por otro legitimado (art. 15), con un tratamiento legal distinto y soluciones diferentes también en materia de recursos. En el primero de los casos, elart. 14.3contiene una regla taxativa, "contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso, sólo cabrá recurso de reposición". El precepto plantea pocas posibilidades de duda, por discutible que pueda ser esta determinación en una decisión tan relevante, que puede cerrar el acceso al proceso concursal por parte del deudor, sin posibilidad de revisión en otra instancia, y sin posibilidad de aplicación de las reglas generales de la L.E.C., al contener la Ley Concursal una regulación específica, ya mencionada. Dada la contundencia de esta declaración legal, sobre una situación diferenciada, la relativa a la solicitud del deudor, no resulta aplicable el comentadoart. 20, relacionado con la resolución a instancia de otros legitimados, distintos del deudor, prevista para las declaraciones de concurso planteadas en estos supuestos. Además de lo ya resuelto en elAuto de la A.P. de Zaragoza de 26 de septiembre de 2005, invocado en elAuto de 31 de octubre del Juzgado de lo Mercantil, han seguido también este criterio las Audiencias Provinciales de Lérida, Sec. 2ª, enAuto de 25 de abril de 2005, A.P. de Ciudad Real Sec. 2ª, enAuto de 12 de julio de 2005 y la A.P. de Madrid, Sección 20, enAuto de 10 de octubre de 2005".
Sentado lo precedente, no cabe acoger las alegaciones del recurso consistentes en rebatir la motivación o argumentación que llevó al Juzgador al acuerdo de inadmisión de la solicitud en cuestión, ya que son ajenas a la cuestión de la susceptibilidad, o no, de recurso de apelación por parte del citado Auto, por lo que procede desestimar los correlativos alegatos.
Y en cuanto a las alegadas indefensión, infracción de la tutela judicial efectiva y privación del derecho de acceso a la jurisdicción, como recuerda elAuto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 3 de mayo de 2007, dictado en el Recurso nº 2339/2003. Tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional que no existe un derecho constitucionalmente protegido a interponer determinados recursos, siendo perfectamente imaginable, posible y real que no esté prevista semejante posibilidad (SSTC 37/88, 196/88 y 216/98); por el contrario, el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal (SSTC 3/83 y 216/98, entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, con el único límite consistente en la proscripción de la arbitrariedad y la evitación de los errores materiales (SSTC 37/95, 186/95, 23/99 y 60/99), y que el "principio pro actione", proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores (SSTC 3/83, 294/94, 23/99 y 201/2001), habiéndose añadido, finalmente, que el referido derecho constitucional se satisface incluso con un pronunciamiento sobre la inadmsibilidad del recurso, y no necesariamente sobre el fondo, cuando obedezca a razones establecidas por el legislador y proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegibles a que los requisitos procesales tienden (SSTC 19/81, 69/84, 43/85, 6/86, 118/87, 57/88, 124/88, 216/89, 154/,92, 55/95, 104/97, 213/98, 216/98, 108/2000, y 22/2002), ya que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de naturaleza prestacional de configuración legal cuyo ejercicio está supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (SSTC 8/1998, 115/1999, 122/1999, 108/2000, 158/2000, 252/2000, 3/2001 y 13/2002).”: AAP Las Palmas (Sección 4) 10.05.2008 (JUR 2008/251493)

AP Lleida

“PRIMERO.- La resolución que es objeto de recurso acuerda no dar lugar a la admisión del procedimiento concursal solicitado por la ahora recurrente señalando claramente en dicha resolución que contra ella cabe interponer recurso de reposición, a tenor de lo dispuesto en el Art. 452 de la LEC y Art. 14 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.
En efecto, lo primero que debe analizarse es la posibilidad de interponer recurso de apelación contra esta resolución y la respuesta ha de ser negativa, a la vista de los términos en que aparece regulado el sistema de recursos en el Título VIII de la Ley 22/2003.
Según establece al Art. 197-2 de esta Ley contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto, disponiendo en el párrafo siguiente que contra los autos resolutorios del recurso de reposición (y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio) no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado la oportuna protesta.
Por tanto, la regla general que rige en cuanto al ámbito de los recursos es la admisibilidad del de reposición contra providencias y autos, con las dos excepciones mencionadas, es decir, en aquellos supuestos en los que la propia ley establece expresamente que no cabe recurso alguno, o cuando también de forma expresa indica que procede el recurso de apelación de forma directa.
Por su parte el Art. 14-3 L.C. al referirse a la provisión sobre la solicitud de concurso planteada por el deudor establece que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición. Conjugando este precepto con el Art. 197-2 habrá de concluirse que la resolución que nos ocupa no es recurrible en apelación.
SEGUNDO.- Pese a que en la resolución impugnada ya se indicaba que contra ella sólo procedía el recurso de reposición la parte recurrente ha interpuesto el de apelación de forma directa, invocando en su escrito de preparación los Arts. 20-2 L.C. y 455-1 LEC. Este último precepto dispone que son recurribles en apelación las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente

señale. Sin embargo, no resulta de aplicación en este caso puesto que el Art. 197-1 L.C. establece el principio general de remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente en cuanto a la sustanciación de los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso (arts. 457 y siguientes LEC), siendo la propia Ley especial la que establece en los siguientes apartados del mismo Art. 197 cuales son los recursos procedentes.
El Art. 20-2 L.C. dispone que contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud del concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, salvo que únicamente se trate de recurrir alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso en cuyo caso podrá interponerse el de reposición. Tampoco este precepto resulta aplicable porque se refiere a los supuestos de solicitud de concurso necesario, es decir, presentada por cualquier legitimado distinto del deudor, según resulta del tenor de los Arts. 15 y siguientes L.C., dictándose el auto al que se refiere el Art. 20-2 una vez seguido el trámite previsto en los referidos preceptos.
En el presente caso es el deudor quien presenta la solicitud de concurso y, por tanto, a tenor de lo previsto en el Art. 14-3 L.C. en relación con el Art. 197-2 contra la resolución que nos ocupa no cabe interponer recurso de apelación, por lo que debió inadmitirse a trámite o no tener por preparado el recurso (Art. 457-4 LEC), y este motivo de inadmisión se torna ahora en motivo de desestimación del recurso de apelación.
La misma solución desestimatoria habría de adoptarse en el hipotético caso de que se entendiera que la resolución recurrida no resulta encuadrable en el Art. 14-3 L.C. sino en el Art. 13-2 de la misma Ley porque en tal caso lo procedente no sería el recurso de apelación sino el de reposición. ": Auto AP Lleida (Sección 2ª) 25.04.2005 (JUR 2005/172033)

"PRIMERO.- La resolución que es objeto de recurso desestima el recurso de reposición formulado contra elauto de fecha 18-7-2007en el que se acuerda no admitir a trámite la solicitud de declaración de concurso instada por el Sr.Paulino. El recurrente denuncia la infracción delart. 14 de la Ley Concursalinteresando que, con revocación del auto recurrido, se acuerde declarar el concurso y continuar los trámites de este procedimiento.
SEGUNDO.- En primer término debe analizarse la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la resolución recurrida, y la respuesta ha de ser negativa, a la vista de los términos en que aparece regulado el sistema de recursos en elTítulo VIII de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.
Según establece alArt. 197-2 de esta Leycontra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto, disponiendo en el párrafo siguiente que contra los autos resolutorios del recurso de reposición (y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio) no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado la oportuna protesta.
Por tanto, la regla general que rige en cuanto al ámbito de los recursos es la admisibilidad del de reposición contra providencias y autos, con las dos excepciones mencionadas, es decir, en aquellos supuestos en los que la propia ley establece expresamente que no cabe recurso alguno, o cuando también de forma expresa indica que procede el recurso de apelación de forma directa.
Por su parte elArt. 14-3 L.C. al referirse a la provisión sobre la solicitud de concurso planteada por el deudor establece que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición. Conjugando este precepto con elArt. 197-2habrá de concluirse que la resolución que nos ocupa no es recurrible en apelación. El único recurso que cabía interponer contra el auto que no admite a trámite la solicitud de declaración de concurso era el de reposición (tal como se hacía constar en elauto de 18-7-2007, en consonancia con lo dispuesto en elart. 452 de la LECyart. 14 de la Ley Concursal 22/2003).
TERCERO.- Aunque al preparar el recurso de apelación la parte recurrente sólo invoca elart. 457 de la LECpodría plantearse, como ha sucedido en otros supuestos, la eventual aplicación delart. 20-2 de la Ley Concursal, en relación con elart. 455-1 de la LEC. Este último precepto dispone que son recurribles en apelación las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale. Sin embargo, no resulta de aplicación en este caso puesto que elArt. 197-1 L.C. establece el principio general de remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente en cuanto a la sustanciación de los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso (arts. 457 y siguientes LEC), siendo la propiaLey especial la que establece en los siguientes apartados del mismo Art. 197cuales son los recursos procedentes.
ElArt. 20-2 L.C. dispone que contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud del concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, salvo que únicamente se trate de recurrir alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso en cuyo caso podrá interponerse el de reposición. Tampoco este precepto resulta aplicable porque se refiere a los supuestos de solicitud de concurso necesario, es decir, presentada por cualquier legitimado distinto del deudor, según resulta del tenor de losArts. 15 y siguientes L.C., dictándose el auto al que se refiere elArt. 20-2una vez seguido el trámite previsto en los referidos preceptos.
En el presente caso es el deudor quien presenta la solicitud de concurso y, por tanto, a tenor de lo previsto en elArt. 14-3 L.C. en relación con elArt. 197-2contra la resolución que nos ocupa no cabe interponer recurso de apelación, por lo que debió inadmitirse a trámite o no tener por preparado el recurso (Art. 457-4 LEC), y este motivo de inadmisión se torna ahora en motivo de desestimación del recurso de apelación.
La misma solución desestimatoria habría de adoptarse en el hipotético caso de que se entendiera que la resolución recurrida no resulta encuadrable en elArt. 14-3 L.C. sino en elArt. 13-2 de la misma Leyporque en tal caso lo procedente no sería el recurso de apelación sino únicamente el de reposición.": AAP Lleida 26.10.2007 (AC 2008/40835)

“PRIMERO La parte solicitante del concurso voluntario, apela contra el auto del Juez de lo Mercantil que desestima el recurso de reposición contra el auto de inadmisión a tramite del concurso voluntario.
SEGUNDO Lo primero que cabria preguntarse es si contra el auto que resuelve el recurso de reposición, cabe plantear directamente recurso de apelación, ya que no parece que ese sea el tenor de la Ley. Efectivamente señala elartículo 14 de la Ley Concursal que "...3. Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.". Por su parte elarticulo 197.3 señala que "...3. Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días.".
No es esta una cuestión novedosa para esta Sala que ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en suAuto de fecha 27 de octubre de 2007 y en donde decíamos en relación a la posibilidad de apelar en estos casos, lo siguiente:
"...SEGUNDO.- En primer término debe analizarse la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la resolución recurrida, y la respuesta ha de ser negativa, a la vista de los términos en que aparece regulado el sistema de recursos en elTítulo VIII de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.
Según establece alArt. 197-2 de esta Ley contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto, disponiendo en el párrafo siguiente que contra los autos resolutorios del recurso de reposición (y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio) no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado la oportuna protesta.
Por tanto, la regla general que rige en cuanto al ámbito de los recursos es la admisibilidad del de reposición contra providencias y autos, con las dos excepciones mencionadas, es decir, en aquellos supuestos en los que la propia ley establece expresamente que no cabe recurso alguno, o cuando también de forma expresa indica que procede el recurso de apelación de forma directa.
Por su parte elArt. 14-3 L.C. al referirse a la provisión sobre la solicitud de concurso planteada por el deudor establece que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición. Conjugando este precepto con el Art. 197-2 habrá de concluirse que la resolución que nos ocupa no es recurrible en apelación. El único recurso que cabía interponer contra el auto que no admite a trámite la solicitud de declaración de concurso era el de reposición (tal como se hacía constar en elauto de 18-7-2007, en consonancia con lo dispuesto en elart. 452 de la LEC yart. 14 de la Ley Concursal 22/2003).
TERCERO.- Aunque al preparar el recurso de apelación la parte recurrente sólo invoca elart. 457 de la LEC podría plantearse, como ha sucedido en otros supuestos, la eventual aplicación delart. 20-2 de la Ley Concursal, en relación con elart. 455-1 de la LEC. Este último precepto dispone que son recurribles en apelación las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale. Sin embargo, no resulta de aplicación en este caso puesto que el Art. 197-1 L.C. establece el principio general de remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente en cuanto a la sustanciación de los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso (arts. 457 y siguientes LEC), siendo la propiaLey especial la que establece en los siguientes apartados del mismo Art. 197 cuales son los recursos procedentes.
ElArt. 20-2 L.C. dispone que contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud del concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, salvo que únicamente se trate de recurrir alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso en cuyo caso podrá interponerse el de reposición. Tampoco este precepto resulta aplicable porque se refiere a los supuestos de solicitud de concurso necesario, es decir, presentada por cualquier legitimado distinto del deudor, según resulta del tenor de losArts. 15 y siguientes L.C., dictándose el auto al que se refiere elArt. 20-2 una vez seguido el trámite previsto en los referidos preceptos.
En el presente caso es el deudor quien presenta la solicitud de concurso y, por tanto, a tenor de lo previsto en elArt. 14-3 L.C. en relación con elArt. 197-2 contra la resolución que nos ocupa no cabe interponer recurso de apelación, por lo que debió inadmitirse a trámite o no tener por preparado el recurso (Art. 457-4 LEC), y este motivo de inadmisión se torna ahora en motivo de desestimación del recurso de apelación.
La misma solución desestimatoria habría de adoptarse en el hipotético caso de que se entendiera que la resolución recurrida no resulta encuadrable en elArt. 14-3 L.C. sino en elArt. 13-2 de la misma Ley porque en tal caso lo procedente no sería el recurso de apelación sino únicamente el de reposición. "
En este mismo sentido y resolviendo un recurso de queja por inadmisión de un recurso de apelación, la Audiencia de Zaragoza se pronunció en suAuto de 26 de septiembre de 2005 (JUR 2005, 223763) y en que argumentaba:
"TERCERO.- Establece la L.C. un sistema de recursos que tiene por finalidad la de limitar la profusión de los mismos, que entorpecería la dinamicidad que se pretende para el concurso de acreedores y que es fruto de una reacción frente a la práctica forense de las quiebras, inacabables en el tiempo, inútiles económicamente e inabarcables procesalmente. Pero, además, se pretende - también en sintonía con la moderna legislación procesal:art. 454 L.E.C. - reducir la segunda instancia autónoma para cualquier decisión del juez concursal que fuera recurrible en reposición. También el desarrollo forense del proceso de quiebra ha hecho reaccionar al legislador.
No era infrecuente (es más, era lo frecuente) que a las Audiencias llegasen recursos de apelación sobre los infinitos incidentes e incidencias procesales de que era susceptible la quiebra y que lo hiciera de forma "inconexa"; es decir, sin que se tuviera en el tribunal "ad quem" una visión general de los efectos que la

resolución pudiera producir en el conjunto del procedimiento universal, del que sólo se conocían aspectos muy parciales y fragmentados, en atención a esa recurribilidad inmediata y generalizada. Por esto, ahora sólo cabe apelación contra resoluciones que abarcan al conjunto general de una gran fase del concurso (las que aprueban el convenio o las que se dictan en fase de ejecución) y allí podrá examinarse la decisión intermedia que en su momento fue recurrida en reposición y oportunamente protestada la desestimación de éste.
CUARTO.- Ahora bien, esta restricción de las apelaciones autónomas frente a resoluciones que no concluyen una fase trascendental o congregadora de todo un elenco de actividades concursales, no tiene sentido cuando se refiere a los autos judiciales iniciales de admisión o inadmisión a trámite de la petición de apertura del concurso. En terminología de laley de enjuiciamiento estaríamos ante un "auto definitivo" (art. 207) y, por ende, susceptible de apelación (art. 455). La reposición en estos supuestos es de eficacia prácticamente inane, pues el juez a quo ya ha meditado, cuando así resuelve, las razones de su decisión contraria a la admisión a trámite del concurso.
Sin embargo, pese a ello elart. 14-3 L.C. es contundente: "contra el auto desestimando la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición". Mayor claridad no cabe. Por el contrario, elart. 13-2 (que es el que nos ocupa) tiene dicción similar, pero no igual, pues obvia el adverbio "sólo", cuando dice que "Esta resolución (de inadmisión de la solicitud de concurso) será susceptible de recurso de reposición".
QUINTO.- ¿Qué quiere decir ésto? Si se hubiera querido aceptar, además, la apelación bien se podría haber actuado como en el supuesto delart. 20, es decir, diciendo expresamente que era apelable. De no decir nada, el régimen delart. 13-2 hubiese sido el genérico de los recursos, por tanto, el delart. 197 L.C. Y en este supuesto, una interpretación literal del mismo nos conduciría a que dicho auto sólo será recurrible en reposición y no en apelación, pues la inadmisión a trámite no está en ninguno de los supuestos contemplados en los puntos 3 y 4 del citadoart. 197 L.C. Por lo tanto, nada nuevo ni especial añade la última frase delart. 13; pues la reposición ya procedía con laregla general del art. 197-2.
SEXTO.- ¿Se olvidó el legislador el adverbio "sólo" en esa frase? No parece ser otra la explicación, pues si resulta "inapelable" la decisión judicial sobre el contenido de la petición de concurso (que consiste esencialmente en si hay o no la insolvencia a que se contrae elart. 2 L.C.), con mayor motivo ha de ser "inapelable" la decisión sobre extremos formales o periféricos de la solicitud de declaración de concurso.
Esta parece -a juicio de este tribunal- la interpretación más adecuada del contenido deart. 13-2. La exégesis doctrinal favorable a la "apelabilidad" de las resoluciones dictadas al amparo delart. 13 se funda en la máxima "Favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda". No obstante, este argumento tan antiguo como nuevo (pues también se ha desarrollado en la hermenéutica delart. 24 C.E. en el denominado "derechos a los recursos"), se abstrae y olvida la necesaria "integración" que toda norma ha de tener en el conjunto de preceptos en el que ha de desarrollar su eficacia, a fin de evitar que constituya una nota estrambótica en lo que debe ser un conjunto de reglas jurídicas con un ensamblaje armonioso. Es la denominada interpretación "sistemática".
SEPTIMO.- Por ello esta Sala, aún admitiendo lo dudoso de la cuestión, considera no justificada la queja planteada, que debe de ser rechazada. Sin perjuicio de una revisión de esta tesis si se llegara a una línea interpretativa generalizada de signo contrario."
No por ello desconocemos lo controvertido de la solución, ya que algunos Audiencias no lo entienden así, como por ejemplo la de Barcelona que ha resulto recursos de apelación contra autos de inadmisión de concursos, o como la AP Vizcaya, Secc. 4ª que en suAuto de 5 de octubre 2006 (JUR 2007, 99807), argumenta que al acordarse la inadmisión de la solicitud por causa diferente a las previstas de modo expreso en la Ley Concursal, ha de concederse recurso de apelación contra la resolución, criterios ambos que no compartimos.”: AAP Lleida (Sección 2) 23.04.2009 (JUR 2009/393526; Auto 68/2009; Rollo 160/2009)

“PRIMERO La resolución que es objeto de recurso desestima el recurso de reposición planteado contra el auto de fecha 15-7--2008 en el que se acuerda no admitir a trámite la solicitud de declaración de concurso instada por la representación del Sr.Federico. El recurrente denuncia la infracción de losarts. 2 y 5 de la Ley Concursal interesando que, con revocación del auto recurrido, se acuerde admitir el concurso voluntario y continuar los trámites de este procedimiento.
SEGUNDO En primer término debe analizarse la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la resolución recurrida, y la respuesta ha de ser negativa, a la vista de los términos en que aparece regulado el sistema de recursos en elTítulo VIII de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.
Es esta una cuestión sobre la que estaSala ya se ha pronunciado, en sentido negativo, en los autos de 27 de octubre de 2007 y 23 de abril de 2009, por lo que no cabe sino reiterar cuanto expusimos en las referidas resoluciones en el sentido que:"...Según establece alArt. 197-2 de esta Ley contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto, disponiendo en el párrafo siguiente que contra los autos resolutorios del recurso de reposición (y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio) no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado la oportuna protesta.
Por tanto, la regla general que rige en cuanto al ámbito de los recursos es la admisibilidad del de reposición contra providencias y autos, con las dos excepciones mencionadas, es decir, en aquellos supuestos en los que la propia ley establece expresamente que no cabe recurso alguno, o cuando también de forma expresa indica que procede el recurso de apelación de forma directa.
Por su parte elArt. 14-3 L.C. al referirse a la provisión sobre la solicitud de concurso planteada por el deudor establece que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición. Conjugando este precepto con elArt. 197-2 habrá de concluirse que la resolución que nos ocupa no es recurrible en apelación. El único recurso que cabía interponer contra el auto que no admite a trámite la solicitud

de declaración de concurso era el de reposición (tal como se hacía constar en elauto de 18-7-2007, en consonancia con lo dispuesto en elart. 452 de la LEC yart. 14 de la Ley Concursal 22/2003).
TERCERO Aunque al preparar el recurso de apelación la parte recurrente sólo invoca elart. 457 de la LEC podría plantearse, como ha sucedido en otros supuestos, la eventual aplicación delart. 20-2 de la Ley Concursal, en relación con elart. 455-1 de la LEC. Este último precepto dispone que son recurribles en apelación las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale. Sin embargo, no resulta de aplicación en este caso puesto que elArt. 197-1 L.C. establece el principio general de remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente en cuanto a la sustanciación de los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso (arts. 457 y siguientes LEC), siendo la propiaLey especial la que establece en los siguientes apartados del mismo Art. 197 cuales son los recursos procedentes.
ElArt. 20-2 L.C. dispone que contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud del concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, salvo que únicamente se trate de recurrir alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso en cuyo caso podrá interponerse el de reposición. Tampoco este precepto resulta aplicable porque se refiere a los supuestos de solicitud de concurso necesario, es decir, presentada por cualquier legitimado distinto del deudor, según resulta del tenor de losArts. 15 y siguientes L.C., dictándose el auto al que se refiere elArt. 20-2 una vez seguido el trámite previsto en los referidos preceptos.
En el presente caso es el deudor quien presenta la solicitud de concurso y, por tanto, a tenor de lo previsto en elArt. 14-3 L.C. en relación con elArt. 197-2 contra la resolución que nos ocupa no cabe interponer recurso de apelación, por lo que debió inadmitirse a trámite o no tener por preparado el recurso (Art. 457-4 LEC), y este motivo de inadmisión se torna ahora en motivo de desestimación del recurso de apelación.
La misma solución desestimatoria habría de adoptarse en el hipotético caso de que se entendiera que la resolución recurrida no resulta encuadrable en elArt. 14-3 L.C. sino en elArt. 13-2 de la misma Ley porque en tal caso lo procedente no sería el recurso de apelación sino únicamente el de reposición.
En este mismo sentido y resolviendo un recurso de queja por inadmisión de un recurso de apelación, la Audiencia de Zaragoza se pronunció en suAuto de 26 de septiembre de 2005 (JUR 2005, 223763) y en que argumentaba:
"TERCERO.- Establece la L.C. un sistema de recursos que tiene por finalidad la de limitar la profusión de los mismos, que entorpecería la dinamicidad que se pretende para el concurso de acreedores y que es fruto de una reacción frente a la práctica forense de las quiebras, inacabables en el tiempo, inútiles económicamente e inabarcables procesalmente. Pero, además, se pretende - también en sintonía con la moderna legislación procesal:art. 454 L.E.C. - reducir la segunda instancia autónoma para cualquier decisión del juez concursal que fuera recurrible en reposición. También el desarrollo forense del proceso de quiebra ha hecho reaccionar al legislador.
No era infrecuente (es más, era lo frecuente) que a las Audiencias llegasen recursos de apelación sobre los infinitos incidentes e incidencias procesales de que era susceptible la quiebra y que lo hiciera de forma "inconexa"; es decir, sin que se tuviera en el tribunal "ad quem" una visión general de los efectos que la resolución pudiera producir en el conjunto del procedimiento universal, del que sólo se conocían aspectos muy parciales y fragmentados, en atención a esa recurribilidad inmediata y generalizada. Por esto, ahora sólo cabe apelación contra resoluciones que abarcan al conjunto general de una gran fase del concurso (las que aprueban el convenio o las que se dictan en fase de ejecución) y allí podrá examinarse la decisión intermedia que en su momento fue recurrida en reposición y oportunamente protestada la desestimación de éste.
CUARTO.- Ahora bien, esta restricción de las apelaciones autónomas frente a resoluciones que no concluyen una fase trascendental o congregadora de todo un elenco de actividades concursales, no tiene sentido cuando se refiere a los autos judiciales iniciales de admisión o inadmisión a trámite de la petición de apertura del concurso. En terminología de laley de enjuiciamiento estaríamos ante un "auto definitivo" (art. 207) y, por ende, susceptible de apelación (art. 455). La reposición en estos supuestos es de eficacia prácticamente inane, pues el juez a quo ya ha meditado, cuando así resuelve, las razones de su decisión contraria a la admisión a trámite del concurso.
Sin embargo, pese a ello elart. 14-3 L.C. es contundente: "contra el auto desestimando la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición". Mayor claridad no cabe. Por el contrario, elart. 13-2 (que es el que nos ocupa) tiene dicción similar, pero no igual, pues obvia el adverbio "sólo", cuando dice que "Esta resolución (de inadmisión de la solicitud de concurso) será susceptible de recurso de reposición".
QUINTO.- ¿Qué quiere decir ésto? Si se hubiera querido aceptar, además, la apelación bien se podría haber actuado como en el supuesto delart. 20, es decir, diciendo expresamente que era apelable. De no decir nada, el régimen delart. 13-2 hubiese sido el genérico de los recursos, por tanto, el delart. 197 L.C. Y en este supuesto, una interpretación literal del mismo nos conduciría a que dicho auto sólo será recurrible en reposición y no en apelación, pues la inadmisión a trámite no está en ninguno de los supuestos contemplados en los puntos 3 y 4 del citadoart. 197 L.C. Por lo tanto, nada nuevo ni especial añade la última frase delart. 13; pues la reposición ya procedía con laregla general del art. 197-2.
SEXTO.- ¿Se olvidó el legislador el adverbio "sólo" en esa frase? No parece ser otra la explicación, pues si resulta "inapelable" la decisión judicial sobre el contenido de la petición de concurso (que consiste esencialmente en si hay o no la insolvencia a que se contrae elart. 2 L.C.), con mayor motivo ha de ser "inapelable" la decisión sobre extremos formales o periféricos de la solicitud de declaración de concurso.
Esta parece -a juicio de este tribunal- la interpretación más adecuada del contenido deart. 13-2. La exégesis doctrinal favorable a la "apelabilidad" de las resoluciones dictadas al amparo delart. 13 se funda en la máxima "Favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda". No obstante, este argumento tan antiguo como nuevo (pues

también se ha desarrollado en la hermenéutica delart. 24 C.E. en el denominado "derechos a los recursos"), se abstrae y olvida la necesaria "integración" que toda norma ha de tener en el conjunto de preceptos en el que ha de desarrollar su eficacia, a fin de evitar que constituya una nota estrambótica en lo que debe ser un conjunto de reglas jurídicas con un ensamblaje armonioso. Es la denominada interpretación "sistemática".
SEPTIMO.- Por ello esta Sala, aún admitiendo lo dudoso de la cuestión, considera no justificada la queja planteada, que debe de ser rechazada. Sin perjuicio de una revisión de esta tesis si se llegara a una línea interpretativa generalizada de signo contrario."
No por ello desconocemos lo controvertido de la solución, ya que algunos Audiencias no lo entienden así, como por ejemplo la de Barcelona que ha resulto recursos de apelación contra autos de inadmisión de concursos, o como la AP Vizcaya, Secc. 4ª que en suAuto de 5 de octubre 2006 (JUR 2007, 99807), argumenta que al acordarse la inadmisión de la solicitud por causa diferente a las previstas de modo expreso en la Ley Concursal, ha de concederse recurso de apelación contra la resolución, criterios ambos que no compartimos.": AAP Lleida (Sección 2) 15.07.2009 (AC 2009/1875; Auto 114/2009; Rollo 614/2008)

AP Madrid

"SEGUNDO.- Así las cosas, y, considerando que el examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que esta Sala debe acometer de oficio, analizaremos dicha cuestión con carácter previo -y en su caso excluyente- respecto del estudio de los motivos de impugnación que la apelante invoca en su escrito de interposición.
Después de proclamar las ideas de rapidez y simplicidad como inspiradoras del diseño procesal del concurso, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal nos indica que "..La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso..". Y, fiel a ese esquema, elArt. 197 de la leycontiene un disciplina en materia de recursos que constituye un sistema integral y distinto del de laL.E.C. (salvo, conforme a su apartado 1, en los aspectos formales relativos a su sustanciación). Así, el apartado 2 de dicho precepto establece por vía de principios que "..Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto..". En el caso, nos encontramos en presencia de una resolución dictada al amparo delArt. 13-2 de la Ley Concursal, esto es, ante un Auto que, después de haberse brindado al solicitante de concurso voluntario la posibilidad de subsanar defectos advertidos en la documentación acompañada a su solicitud (la exigida por elArt. 6 de la Ley), entiende que tales defectos no han sido subsanados y, en consecuencia, adopta un acuerdo que, a diferencia de lo que sucede con la resolución que contempla elArt.- 14-2que comporta la necesidad de acometer un análisis de fondo sobre la concurrencia de los presupuestos precisos para llevar a cabo la declaración de concurso, no desestima la solicitud de concurso sino que se limita a no admitir a trámite dicha solicitud.
Pues bien, tanto en uno como en otro caso (resoluciones del losArts. 13-2 y 14-2) el recurso legalmente previsto para impugnar los respectivos autos es exclusivamente el recurso de reposición y en ningún caso el de apelación. Cierto es que ha suscitado alguna disquisición interpretativa el hecho de que mientras elArt. 14-3emplea la expresión "solo" ("..Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.."), elArt. 13-2prescinde de dicho adjetivo ("..Esta resolución será susceptible de recurso de reposición.."), habiéndose llegado a postular que la ausencia del vocablo en cuestión dentro de éste último precepto es indicativa de que, a diferencia de lo que sucede con la resolución que contempla elArt. 14-2, el Auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud no tiene vedado el acceso a la segunda instancia. Sin embargo, son consideraciones de orden sistemático las que obligan a rechazar esta interpretación. Así :
1.- Si a tenor delArt. 197anteriormente transcrito la admisibilidad del recurso de reposición contra las providencias y autos que recaigan a lo largo del concurso constituye la regla general, representando la excepción -que ha de contemplarse de manera explícita- la admisibilidad del de apelación o de cualquier otro recurso, entonces el hecho de que elArt. 13-2solamente otorgue recurso de reposición (sin contemplar nominalmente el de apelación) para combatir el Auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud de concurso, es revelador de que el legislador, consecuente con los principios en que se inspira la totalidad del sistema, ha querido excluir la segunda instancia respecto de aquél tipo de resolución.
2.- Por otro lado, si tenemos en cuenta que la expresión "solo" aparece ya empleada con esa misma finalidad en el precepto genérico que abarca a la totalidad de las hipótesis posibles, esto es, en elArt. 197-2 ("..Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.."), entonces puede concluirse que no es que la omisión del adjetivo controvertido en elArt. 13-2tenga una significación especial, sino, muy al contrario, que su empleo en elArt. 14-3constituye una simple variante discursiva o de redacción carente de especial trascendencia. En suma, un énfasis en cierto modo redundante e innecesario.
3.- A mayor abundamiento, se debe indicar que, inspirándose la Ley Concursal en un sistema sumamente limitado de medios de impugnación, no parecería consistente con dicho sistema que, por una parte, se impusiera tal criterio restrictivo en toda su plenitud sobre un tipo de resolución que comporta una valoración de fondo sobre la falta de concurrencia de los presupuestos precisos para la declaración de concurso (Auto delArt. 14-2) y, en cambio, laley fuera más tibia y admitiera el recurso de apelación frente a una resolución (Auto del Art. 13-2) que no solo no se pronuncia sobre el fondo de la solicitud sino que, de suyo, no acarrea al solicitante de concurso voluntario otro gravamen que el relativamente liviano contratiempo que consiste en la necesidad de volver a presentar su solicitud, esta vez depurada de los defectos advertidos en la primera ocasión e

incluso, en su caso, limitándose a exponer, cual autoriza elArt. 6-5, las razones que le impiden presentar el documento o documentos inicialmente omitidos o que determinan la ausencia en ellos de los requisitos legalmente exigidos.
Considerando, en consecuencia, que contra el Auto impugnado no cabía otro recurso que el de reposición, recurso que fue efectivamente sustanciado y resuelto en la precedente instancia, y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad del recurso de apelación operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, se habrá de decidir en consecuencia el recurso que ahora nos ocupa.": AAP Madrid (sección 28) 10.01.2008 (JUR 2008/88305)

"PRIMERO El ahora recurrente presentó solicitud de declaración de concurso voluntario, que fue turnada al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid. El Juez de lo Mercantil dictó auto inadmitiendo la solicitud de concurso por no constar la existencia de bienes y derechos del concursado suficientes para hacer frente siquiera a los gastos generados por la apertura del procedimiento.
El solicitante interpuso recurso de apelación contra este auto, que le fue admitido a trámite y que ha dado lugar a la incoación de este rollo.
SEGUNDO El examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que esta sala debe acometer de oficio. Por ello, analizaremos dicha cuestión con carácter previo, y en su caso excluyente, respecto del estudio de los motivos de impugnación que el apelante invoca en su escrito de interposición del recurso de apelación.
Esta sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en ocasiones anteriores. Hemos declarado que la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, después de proclamar las ideas de rapidez y simplicidad como inspiradoras del diseño procesal del concurso, nos indica que ".la celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso..". Y, fiel a ese esquema, elart. 197 de la ley contiene una disciplina en materia de recursos que constituye un sistema integral y distinto del de laLey de Enjuiciamiento Civil (salvo, conforme a su apartado 1, en los aspectos formales relativos a su sustanciación). Así, el apartado 2 de dicho precepto establece por vía de principios que ".contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.". En el caso, nos encontramos en presencia de una resolución dictada al amparo delart. 14.3 de la Ley Concursal, esto es, ante un auto que adopta un acuerdo que desestima la solicitud de concurso.
Pues bien en tal caso el recurso legalmente previsto para impugnar los respectivos autos es exclusivamente el recurso de reposición y en ningún caso el de apelación.
Por lo tanto, el recurso de apelación nunca debió ser admitido a trámite.": AAP Madrid (Sección 28) 05.06.2009 (JUR 2009/472876; Auto 96/2009; Rollo 77/2009)

"PRIMERO.-La irrecurribilidad en apelación de la inadmisión de un concurso ya ha sido mantenida por este tribunal a propósito de un concurso voluntario en auto de fecha 10 de enero de 2008, precisando que, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición (a diferencia del necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación artículo 20.2 de la Ley Concursal -). Añadiendo que: "Cierto es que ha suscitado alguna disquisición interpretativa el hecho de que mientras el Art. 14-3 emplea la expresión "solo" ("... Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición..."), el Art. 13-2 prescinde de dicho adjetivo (". Esta resolución será susceptible de recurso de reposición..."), habiéndose llegado a postular que la ausencia del vocablo en cuestión dentro de éste último precepto es indicativa de que, a diferencia de lo que sucede con la resolución que contempla el Art. 14-2, el Auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud no tiene vedado el acceso a la segunda instancia. Sin embargo, son consideraciones de orden sistemático las que obligan a rechazar esta interpretación. Así:
1.-Si a tenor del Art. 197 anteriormente transcrito la admisibilidad del recurso de reposición contra las providencias y autos que recaigan a lo largo del concurso constituye la regla general, representando la excepción -que ha de contemplarse de manera explícita-la admisibilidad del de apelación o de cualquier otro recurso, entonces el hecho de que el Art. 13-2 solamente otorgue recurso de reposición (sin contemplar nominalmente el de apelación) para combatir el Auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud de concurso, es revelador de que el legislador, consecuente con los principios en que se inspira la totalidad del sistema, ha querido excluir la segunda instancia respecto de aquél tipo de resolución.
2.-Por otro lado, si tenemos en cuenta que la expresión "sólo" aparece ya empleada con esa misma finalidad en el precepto genérico que abarca a la totalidad de las hipótesis posibles, esto es, en el Art. 197-2 ("... Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto..."), entonces puede concluirse que no es que la omisión del adjetivo controvertido en el Art. 13-2 tenga una significación especial, sino, muy al contrario, que su empleo en el Art. 14-3 constituye una simple variante discursiva o de redacción carente de especial trascendencia. En suma, un énfasis en cierto modo redundante e innecesario.
3.-A mayor abundamiento, se debe indicar que, inspirándose la Ley Concursal en un sistema sumamente limitado de medios de impugnación, no parecería consistente con dicho sistema que, por una parte, se impusiera tal criterio restrictivo en toda su plenitud sobre un tipo de resolución que comporta una valoración de fondo sobre la falta de concurrencia de los presupuestos precisos para la declaración de concurso (Auto del

Art. 14-2) y, en cambio, la ley fuera más tibia y admitiera el recurso de apelación frente a una resolución (Auto del Art. 13-2) que no solo no se pronuncia sobre el fondo de la solicitud sino que, de suyo, no acarrea al solicitante de concurso voluntario otro gravamen que el relativamente liviano contratiempo que consiste en la necesidad de volver a presentar su solicitud, esta vez depurada de los defectos advertidos en la primera ocasión e incluso, en su caso, limitándose a exponer, cual autoriza el Art. 6-5, las razones que le impiden presentar el documento o documentos inicialmente omitidos."
Estas mismas cuestiones se reiteraron posteriormente en los Autos de 20 de febrero y 5 de junio de 2009.
En el caso que nos ocupa, efectuadas las anteriores matizaciones sobre el régimen de recursos, ninguna duda cabe sobre la inviabilidad de la apelación, en cuanto la resolución dictada se refiere a los presupuestos mismos de la solicitud de concurso, verificándose la inadmisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Concursal.
En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía otro recurso que el de reposición, las razones que abonan la inadmisibilidad del recurso de apelación operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo.
No obstante lo expuesto, la errónea indicación de recursos efectuada por el Juzgado ha privado a la parte de la posibilidad de interponer el pertinente recurso de reposición. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 241/2006, de 20 de julio y 26/2008, de 11 de febrero, si se han ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran las precisas y obrar en consecuencia. De este modo no es razonable exigir a la parte que contravenga o salve por sí misma la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque ésta pueda resultar o resulte errónea.
Por ello, aunque el recurso de apelación no puede ser admitido, es consecuencia derivada del artículo 24 de la Constitución acordar que se conceda a la parte recurrente la posibilidad de recurrir en reposición el referido Auto.
SEGUNDO.-Lo anteriormente expuesto debe conllevar que no se efectúe expresa imposición de las costas de apelación, ya que la regla primera del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se remite a su vez al artículo 394 del mismo cuerpo legal, en cuya previsión excepcional, referida a los supuestos dudosos, puede subsumirse el supuesto de confusión creada a la parte por indicación incorrecta del recurso procedente, lo que se aviene mal con la condena en costas cuando se ha seguido el cauce indicado por el juzgado.”: AAP Madrid (Sección 28) 18.11.2010 (Auto 163/2010; Rollo 333/2010)

“PRIMERO Formulada por JVJ CANALIZACIONES S.L. la pertinente solicitud con objeto de ser declarada en situación de concurso voluntario, y, tras ser requerida por el juzgado en diferentes ocasiones para complementar la documentación por ella presentada con el expresado fin, recayóauto con fecha 4 de noviembre de 2009 por el que el órgano judicial desestimaba la referida solicitud por entender que, a partir de la documentación presentada por la solicitante en respuesta a dichos requerimientos, no se podía comprobar la existencia de bien alguno capaz de justificar la apertura del proceso universal.
Disconforme con dicha resolución, contra la misma se alza JVJ CANALIZACIONES S.L. a través del presente recurso de apelación argumentando, en esencia, que la insuficiencia de activos no es circunstancia que pueda impedir la declaración de concurso.
SEGUNDO Según elArt. 13-2 de la Ley Concursal, "Si el juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto, señalará al solicitante un plazo de justificación o subsanación, que no podrá exceder de cinco días. Justificado o subsanado dentro del plazo, el juez en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil proveerá conforme a los q. En otro caso, el juez dictará auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud. Esta resolución será susceptible de recurso de reposición..". Por su parte, elArt. 14 de la misma ley dispone lo siguiente: "1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en elapartado 4 del art. 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor. 2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada. 3. Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición..".
Pese a que en la resolución apelada se invoca el primero de dichos preceptos legales, entendemos que el realmente aplicado ha sido el segundo toda vez que no nos encontramos ante un supuesto en que la solicitante de concurso haya desatendido el requerimiento de subsanación formulado por el juzgado sino ante un caso en que la subsanación realizada ha sido considerada por el juzgado como insuficiente para justificar la declaración de concurso.
Sea como fuere, lo cierto es que, teniendo en cuenta que el examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que esta Sala debe acometer de oficio, debemos analizar dicha cuestión con carácter previo -y en su caso excluyente- respecto del estudio de los motivos de impugnación que la parte apelante invoca en su escrito de interposición del recurso de apelación.
Como señalamos en el auto de 20 de febrero de 2009, ya la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad nos indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación". Dichos principios inspiradores se manifiestan positivamente en elArt. 197 de la ley, que contiene

un régimen de recursos particular y distinto del diseñado por laLey de Enjuicimiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) (salvo, conforme a su apartado 1, en los aspectos formales relativos a su sustanciación). Así, el apartado 2 de dicho precepto establece con carácter general que "Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.".

Pues bien, es patente la inapelabilidad de la resolución que desestima la solicitud de concurso voluntario cuando, como hemos visto, elArt. 14-3 de la Ley Concursal establece con total claridad que contra dicha resolución "solo" cabe interponer recurso de reposición.

Y debemos añadir que no otro sería el resultado interpretativo si considerásemos que nos encontramos ante la hipótesis de mera inadmisión a trámite -que no desestimación- de la solicitud, hipótesis prevista en elArt. 13-2 anteriormente transcrito. Ya ennuestro auto de 10 de enero de 2008 precisamos, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud(artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición (a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe recurso de apelación-artículo 20.2 de la Ley Concursal -). Allí nos hicimos eco de la disquisición interpretativa generada por el hecho de que mientras elArt. 14-3 emplea la expresión "solo" ("... Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición..."), elArt. 13-2 prescinde de dicho adjetivo (". Esta resolución será susceptible de recurso de reposición...") y nos posicionamos en contra del punto de vista según el cual la ausencia del vocablo en cuestión dentro de éste último precepto pudiera ser indicativa de que, a diferencia de lo que sucede con la resolución que contempla elArt. 14-2, el auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud no tiene vedado el acceso a la segunda instancia, todo ello entendiendo que eran consideraciones de orden sistemático las que obligaban a rechazar dicha interpretación:

1.- Si a tenor delArt. 197 la admisibilidad del recurso de reposición contra las providencias y autos que recaigan a lo largo del concurso constituye la regla general, representando la excepción -que ha de contemplarse de manera explícita- la admisibilidad del de apelación o de cualquier otro recurso, entonces el hecho de que elArt. 13-2 solamente otorgue recurso de reposición (sin contemplar nominalmente el de apelación) para combatir el auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud de concurso, es revelador de que el legislador, consecuente con los principios en que se inspira la totalidad del sistema, ha querido excluir la segunda instancia respecto de aquél tipo de resolución.

2.- Por otro lado, si tenemos en cuenta que la expresión "sólo" aparece ya empleada con esa misma finalidad en elprecepto genérico que abarca a la totalidad de las hipótesis posibles, esto es, en elArt. 197-2 ("... Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto..."), entonces puede concluirse que no es que la omisión del adjetivo controvertido en elArt. 13-2 tenga una significación especial, sino, muy al contrario, que su empleo en elArt. 14-3 constituye una simple variante discursiva o de redacción carente de especial trascendencia. En suma, un énfasis en cierto modo redundante e innecesario.

3.- A mayor abundamiento, se debe indicar que, inspirándose la Ley Concursal en un sistema sumamente limitado de medios de impugnación, no parecería consistente con dicho sistema que, por una parte, se impusiera tal criterio restrictivo en toda su plenitud sobre un tipo de resolución que comporta una valoración de fondo sobre la falta de concurrencia de los presupuestos precisos para la declaración de concurso (auto delArt. 14-2) y, en cambio, laley fuera más tibia y admitiera el recurso de apelación frente a una resolución (el auto del Art. 13-2) que no solo no se pronuncia sobre el fondo de la solicitud sino que, de suyo, no acarrea al solicitante de concurso voluntario otro gravamen que el relativamente contratiempo relativamente liviano que consiste en la necesidad de volver a presentar su solicitud, esta vez depurada de los defectos advertidos en la primera ocasión e incluso, en su caso, limitándose a exponer, cual autoriza elArt. 6-5, las razones que le impiden presentar el documento o documentos inicialmente omitidos.

En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía otro recurso que el de reposición y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad del recurso de apelación operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, procede desestimar el recurso de apelación ahora examinado por más que este tribunal comparta -como efectivamente comparte- el punto de vista de la apelante, ya que la inexistencia o insuficiencia de activos no constituye circunstancia capaz de determinar la desestimación "ab initio" de una solicitud de concurso, y no solo porque, en ausencia de informe de la Administración Concursal, no es posible afirmar con certeza que no existan bienes actuales susceptibles de realización, sino también -y acaso fundamentalmente- porque en ese momento se desconoce por completo si existen acciones de reintegración viables o de exigencia de responsabilidad de terceros(Art. 176-3 de la Ley Concursal), y, por lo tanto, si concurre o no una razonable probabilidad de que la ingresen en la masa bienes o derechos susceptibles de dar satisfacción, siquiera parcial o limitada, a los acreedores.

TERCERO Ahora bien, como ya indicóesta misma Sala en el auto de 5 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 37186), la errónea indicación de recursos hecha por el Juzgado de lo Mercantil ha privado al interesado de la posibilidad de interponer el recurso pertinente, cual era el de reposición. Como ha declarado elTribunal Constitucional en sus Sentencias 241/2006, de 20 de julio (RTC 2006, 241) y 26/2008, de 11 de febrero (RTC 2008, 26), si la oficina judicial ha ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender, por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia. De este modo no es razonable exigir a la parte que contravenga o salve por sí misma la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque ésta puede resultar o resulte errónea.

Por ello, aunque el recurso de apelación no puede ser admitido, es consecuencia derivada delartículo 24 de la Constitución acordar que se conceda al apelante la posibilidad de recurrir en reposición el auto objeto del

mismo, lo que abre la puerta a la posibilidad de que el juez pueda plantearse, a tenor de lo alegado por las partes, si reconsidera su inicial decisión.
Lo anteriormente expuesto debe conllevar asimismo que no se haga expresa imposición de las costas de apelación, ya que laregla del nº 1 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se remite, a su vez, alartículo 394 del mismo cuerpo legal, en cuya previsión excepcional, referida a los supuestos dudosos, puede subsumirse el supuesto de confusión creada al apelante por indicación incorrecta del recurso procedente, lo que se avendría mal con la imposición de la condena en costas cuando se ha plegado a lo indicado por el juzgado.": AAP Madrid (Sección 28) 11.02.2011 (AC 2011/396; Auto 22/2011; Rollo 231/2010)

"PRIMERO Presentada solicitud de concurso voluntario por la entidad "ECOLTIC, S.L." y turnada alJuzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, por auto de fecha 22 de diciembre de 2009 fue declarado el concurso de la citada entidad.
Con posterioridad, el Juzgado requirió al procurador de la concursada para que aportase poder especial conferido por su administrador único y certificación del acta de celebración de la junta general de la deudora acordando presentar la solicitud de concurso.
Mediante providencia de fecha 24 de marzo de 2010 se dio traslado a las partes para que alegasen lo que estimasen oportuno sobre la posible nulidad de actuaciones desde elauto de fecha 22 de diciembre de 2009 que, efectivamente, fue declarada porauto de fecha 10 de mayo de 2010 al entender que el concurso no había sido solicitado por el órgano de administración en tanto que la solicitud fue presentada por donCarmelo a través de un apoderamiento general para pleitos y sin que tampoco se hubiera aportado la autorización de la junta general de socios para presentar la solicitud de concurso.
Contra la citada resolución se alza directamente en apelación la concursada al entender que constaba en la documentación presentada el acuerdo de la junta autorizando la solicitud de concurso y que uno de los socios es el administrador único por lo que debe entenderse cumplido el requisito delartículo 3.1 de la Ley Concursal.
SEGUNDO En realidad la resolución apelada contiene dos pronunciamientos. En virtud del primero se decreta la nulidad de actuaciones desde el mismo auto por el que se declaró el concurso voluntario de la entidad deudora acordando la cancelación de las inscripciones practicadas y, a continuación, implícitamente, se inadmite a trámite la solicitud de concurso voluntario y se ordena el archivo de las actuaciones.
Como quiera que el examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que esta Sala debe acometer de oficio, analizaremos dicha cuestión con carácter previo respecto del estudio de los motivos de impugnación que la parte apelante invoca en su escrito de interposición del recurso de apelación.
Ya la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad nos indica que: ". La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación".
Dichos principios inspiradores se manifiestan positivamente en elartículo el 197 de la ley que contiene un régimen de recursos particular y distinto del diseñado por laLey de Enjuiciamiento Civil (salvo, conforme a su apartado 1, en los aspectos formales relativos a su sustanciación). Así, el apartado 2 de dicho precepto establece con carácter general que: "Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.".
En el supuesto enjuiciado, nos encontramos en presencia de una resolución que, en definitiva, tras decretar la nulidad de actuaciones al amparo delartículo 227.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que no en virtud del incidente excepcional de actuaciones delartículo 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), inadmite a trámite la solicitud de concurso por no haberse subsanado los defectos apreciados de legitimación del instante.
Como indica elartículo 13.2 in fine de la Ley Concursal, contra el auto que inadmite a trámite la solicitud de concurso (voluntario o necesario) al no haberse subsanado los defectos apreciados por el juez en la solicitud o documentación, cabe interponer recurso de reposición, sin que contra el auto resolutorio de la reposición quepa ningún otro recurso(artículo 197.2 de la Ley Concursal).
Idéntica conclusión se alcanzaría aun cuando se estimase que la solicitud de concurso voluntario hubiera sido desestimada(artículo 14.2 y 3 de la Ley Concursal).
En consecuencia, considerando que, a pesar de la indicación contenida en el auto impugnado, contra la citada resolución no cabía otro recurso que el de reposición y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad del recurso de apelación operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, procede desestimar el recurso de apelación ahora enjuiciado.
TERCERO Como acabamos de indicar, la errónea indicación de recursos formulada en el auto apelado no puede llevar a la consecuencia de que se admita a trámite un recurso de apelación que la ley excluye, sin perjuicio de que la parte pueda intentar de nuevo la solicitud de declaración de concurso.
Ahora bien, la errónea indicación de recursos hecha en el auto de inadmisión a trámite de la solicitud de concurso ha privado a la parte de la posibilidad de interponer el recurso pertinente, cual es el de reposición. Como ha declarado elTribunal Constitucional en sus Sentencias 241/2006, de 20 de julio y26/2008, de 11 de febrero, si la oficina judicial ha ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables, el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia. De este modo no es razonable exigir a la parte que contravenga o salve por sí misma la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque ésta puede resultar o resulte errónea.

Por ello, aunque el recurso de apelación debe ser desestimado, es consecuencia derivada delartículo 24 de la Constitución acordar que se conceda a la parte recurrente la posibilidad de recurrir en reposición el auto por el que se decreta la nulidad de actuaciones con la consecuencia de inadmitir a trámite la solicitud de concurso voluntario.
En todo caso, conviene apuntar desde este momento la irrecurribilidad de los autos desestimatorios de los recursos de reposición interpuestos frente a la inadmisión a trámite de un concurso con fundamento en elartículo 13.2 de la Ley Concursal, lo que ya ha sido mantenido poreste tribunal a propósito de un concurso voluntario en auto de fecha 10 de enero de 2008, precisando que, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud(artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición (a diferencia del necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación-artículo 20.2 de la Ley Concursal -). Añadiendo que: "Cierto es que ha suscitado alguna disquisición interpretativa el hecho de que mientras elArt. 14-3 emplea la expresión "solo" ("...
Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición..."), elArt. 13-2 prescinde de dicho adjetivo (". Esta resolución será susceptible de recurso de reposición..."), habiéndose llegado a postular que la ausencia del vocablo en cuestión dentro de éste último precepto es indicativa de que, a diferencia de lo que sucede con la resolución que contempla elArt. 14-2, el Auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud no tiene vedado el acceso a la segunda instancia. Sin embargo, son consideraciones de orden sistemático las que obligan a rechazar esta interpretación. Así:
1.- Si a tenor delArt. 197 anteriormente transcrito la admisibilidad del recurso de reposición contra las providencias y autos que recaigan a lo largo del concurso constituye la regla general, representando la excepción -que ha de contemplarse de manera explícita- la admisibilidad del de apelación o de cualquier otro recurso, entonces el hecho de que elArt. 13-2 solamente otorgue recurso de reposición (sin contemplar nominalmente el de apelación) para combatir el Auto que deniega la admisión a trámite de la solicitud de concurso, es revelador de que el legislador, consecuente con los principios en que se inspira la totalidad del sistema, ha querido excluir la segunda instancia respecto de aquél tipo de resolución.
2.- Por otro lado, si tenemos en cuenta que la expresión "sólo" aparece ya empleada con esa misma finalidad en el precepto genérico que abarca a la totalidad de las hipótesis posibles, esto es, en elArt. 197-2 ("... Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto..."), entonces puede concluirse que no es que la omisión del adjetivo controvertido en elArt. 13-2 tenga una significación especial, sino, muy al contrario, que su empleo en elArt. 14-3 constituye una simple variante discursiva o de redacción carente de especial trascendencia. En suma, un énfasis en cierto modo redundante e innecesario.
3.- A mayor abundamiento, se debe indicar que, inspirándose la Ley Concursal en un sistema sumamente limitado de medios de impugnación, no parecería consistente con dicho sistema que, por una parte, se impusiera tal criterio restrictivo en toda su plenitud sobre un tipo de resolución que comporta una valoración de fondo sobre la falta de concurrencia de los presupuestos precisos para la declaración de concurso (Auto delArt. 14-2) y, en cambio, laley fuera más tibia y admitiera el recurso de apelación frente a una resolución (Auto del Art. 13-2) que no solo no se pronuncia sobre el fondo de la solicitud sino que, de suyo, no acarrea al solicitante de concurso voluntario otro gravamen que el relativamente liviano contratiempo que consiste en la necesidad de volver a presentar su solicitud, esta vez depurada de los defectos advertidos en la primera ocasión e incluso, en su caso, limitándose a exponer, cual autoriza elArt. 6-5, las razones que le impiden presentar el documento o documentos inicialmente omitidos o que determinan la ausencia en ellos de los requisitos legalmente exigidos". ": AAP Madrid (Sección 28) 11.03.2011 (JUR 2011/179946; Auto 43/2011; Rollo 488/2010)

"PRIMERO. D. Victorino solicitó con fecha 16 de marzo de 2010 la declaración de concurso voluntario, manifestando que prestaba servicios por cuenta ajena y fue despedido y que ostentaba la propiedad de una vivienda que se encuentra hipotecada. Mantiene un crédito con la entidad Credifimo pendiente de pago y dos tarjetas de crédito, una con la entidad Caja Madrid y otra con Barclays. A la solicitud se acompañó informe de vida laboral, recibo de IBI correspondiente a 2008 y copia de escritura de préstamo hipotecario en la que figura como acreedor Credifimo.
Por medio de Providencia de 16 de abril de 2010 el Juzgado consideró que en la solicitud faltaban los documentos exigidos por el art. 6.2 de la Ley Concursal y para subsanar este defecto se concedió plazo de cinco días de acuerdo con lo previsto en el art. 13.2 LC, bajo apercibimiento de que, de no verificarse el requerimiento en plazo, se dictaría auto de inadmisión de la solicitud.
En fecha 13 de mayo de 2010 el solicitante presentó escrito por el que venía a aportar Memoria expresiva de la historia jurídica y económica del deudor, relación de litigios pendientes, causas del estado actual del demandante, propuestas de viabilidad, inventario de bienes y derechos y relación de acreedores. En dicha relación figuraban Credifimo, Caja Madrid y Barclays, junto con los importes adeudados a dichas entidades.
Con fecha 30 de junio de 2010 el Juzgado dicta auto de inadmisión a trámite de la solicitud de concurso voluntario. Entiende que el demandante no acredita la titularidad actual de la vivienda, que respecto de la relación de acreedores no se acredita la existencia indiciaria de las deudas al margen de lo que se deriva del préstamo hipotecario, ni se expresa el vencimiento de las mismas, ni las garantías personales o reales constituidas. Por último, señala que no ha quedado indiciariamente acreditada la existencia de una pluralidad de acreedores.

En base a los motivos expuestos el referido auto acuerda no admitir a trámite la solicitud de concurso voluntario y concede recurso de reposición en relación a la inadmisión por defectos formales y recurso de apelación en relación a la inadmisión por falta de concurrencia de pluralidad de acreedores.
Interpuesto recurso de reposición y preparada la apelación, por Providencia de 18 de octubre de 2010 se acordó que quedase pendiente de resolver el recurso de reposición y concedió plazo para la interposición de recurso de apelación.
El recurso de apelación se refiere a la inadmisión por falta de concurrencia de pluralidad de acreedores por entender que en la propia solicitud se hizo mención de los acreedores y, tras la subsanación requerida, se presentó relación de acreedores con la cantidad adeudada a cada uno.
Como ya hemos declarado reiteradamente, tanto en los supuestos del art. 13.2 LC en los que se acuerda no haber lugar a la admisión de la solicitud, como en los previstos en el apartado tercero del art. 14, en los que se desestima la solicitud, solo cabe interponer recurso de reposición (entre otros, Autos de 20 de febrero y 5 de junio de 2009 y 4 de noviembre de 2010). A igual conclusión se llegaría de estimar aplicable el régimen general de recursos. No obstante, la incorrecta mención de los recursos efectuada por el Juzgado ha privado a la parte de la posibilidad de que fuera interpuesto el pertinente recurso de reposición, tramitando el de apelación que formalizó la parte atendiendo a la información referida. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 241/2006, de 20 de julio y 26/2008, de 11 de febrero, si se han ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran las precisas y obrar en consecuencia. De este modo no es razonable exigir a la parte que contravenga o salve por sí misma la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque ésta pueda resultar o resulte errónea.
Por ello, aunque el recurso de apelación no puede ser admitido, es consecuencia derivada del artículo 24 de la Constitución acordar que se conceda a la parte recurrente la posibilidad de recurrir en reposición el referido Auto.”: AAP Madrid (Sección 28) 17.06.2011 (Auto 92/2011; Rollo 540/2010)

“PRIMERO.- La resolución apelada inadmite a trámite la solicitud de concurso voluntario deducida por don Raúl y doña Agustina como consecuencia de la declarada inexistencia de activo en la propia solicitud, ofreciendo directamente a los solicitantes la interposición del recurso de apelación al no fundamentar su resolución inadmisoria en el artículo 13.2 (inadmisión a trámite por defectos no subsanados de la solicitud o documentación adjunta) ni en el artículo 14.2 (insuficiencia de la documentación aportada) de la Ley Concursal, todo ello a pesar del conocido criterio de este tribunal, con cita de nuestro auto de fecha 20 de febrero de 2009, del que muy respetuosamente discrepa el
SEGUNDO.- Como quiera que el examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que esta Sala debe acometer de oficio, analizaremos dicha cuestión con carácter previo respecto del estudio de los motivos de impugnación que la parte apelante invoca en su escrito de interposición del recurso de apelación.
Este tribunal se ha pronunciado ya en reiteradas ocasiones sobre la imposibilidad legal de recurrir en apelación las resoluciones por las que se inadmite a trámite una solicitud de concurso voluntario o necesario con base en el artículo 13.2 de la Ley Concursal o se desestima una solicitud de concurso voluntario (artículo 14.3 de la Ley Concursal) y, entre otras, autos de 10 de enero de 2008, 20 de febrero de 2009, 17 de julio de 2009, 5 de noviembre de 2010, 18 de noviembre de 2010 y 12 de mayo de 2011.
Más concretamente, este tribunal tiene declarada la irrecurribilidad en apelación del auto por el que se inadmite a trámite (o, en rigor, se desestima) la solicitud de concurso voluntario fundada en la falta de activo, en autos de 29 de mayo de 2009 (recurso de queja nº 139/09), 5 de junio de 2009 (rollo de apelación nº 77/09) y 11 de febrero de 2011 (rollo de apelación 231/10).
En las citadas resoluciones ya se trata de explicar que la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad, nos indica que: ". La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación".
Dichos principios inspiradores se manifiestan positivamente en el artículo 197 de la ley que contiene un régimen de recursos particular y distinto del diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil (salvo, conforme a su actual apartado 2, en los aspectos formales relativos a su sustanciación). Así, el apartado 3 de dicho precepto (en la numeración dada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo) establece con carácter general que: "Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.".
En el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (artículo 14.3 de la Ley Concursal), cualquiera que sea el motivo, pues ninguna distinción se efectúa en el citado precepto legal, sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe recurso de apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Como hemos apuntado no cabe sostener la admisibilidad del recurso de apelación con fundamento en el artículo 20.2 de la Ley Concursal, que prevé el recurso de apelación contra la desestimación de la solicitud de concurso necesario, resolución que sólo cabe dictar una vez admitida a trámite la solicitud de concurso

necesario y sustanciada la oposición del deudor (artículos 15, 18, 19 y 20 de la Ley Concursal), lo que, evidentemente, no es el caso.
Por último, el hecho de que el juzgador transforme en causa de inadmisión (en realidad, de desestimación) de la solicitud de concurso voluntario lo que, en principio, la Ley Concursal sólo contempla como causa de conclusión de un concurso ya declarado cuando, además, concurren determinados requisitos (artículo 176 de la Ley Concursal), no permite alterar el régimen de recursos contra la resolución que inadmite o desestima la solicitud de concurso voluntario, cuestión distinta es que proceda la inadmisión o desestimación de la solicitud de un concurso por insuficiencia o inexistencia inicial de activo, aspecto sobre el que también se ha pronunciado este tribunal en su auto de 11 de febrero de 2011, que aquí sólo se apunta pues tal cuestión habrá de ser objeto, en su caso, del recurso de reposición que necesariamente ha de otorgarse a la parte aquí apelante.
En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía otro recurso que el de reposición, las razones que abonan la inadmisibilidad del recurso de apelación operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo.
No obstante lo expuesto, la errónea indicación de recursos efectuada por el Juzgado ha privado a la parte de la posibilidad de interponer el pertinente recurso de reposición. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 241/2006, de 20 de julio y 26/2008, de 11 de febrero, si se han ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran las precisas y obrar en consecuencia.
De este modo no es razonable exigir a la parte que contravenga o salve por sí misma la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque ésta pueda resultar o resulte errónea.
Por ello, aunque el recurso de apelación no puede ser admitido, es consecuencia derivada del artículo 24 de la Constitución acordar que se conceda a la parte recurrente la posibilidad de recurrir en reposición el referido Auto. ”: AAP Madrid (Sección 28) 12.09.2011 (Auto 119/2011; Rollo 548/2010)

“PRIMERO.- Los antecedentes del presente recurso son los siguientes:
1º) D. Luis Enrique presentó, con fecha 28 de septiembre de 2010, solicitud de concurso voluntario que fue turnada al Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.
2º). El Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid dictó auto con fecha 27 de octubre de 2010 por el que, de plano y sin tramitación alguna, acordó, de manera motivada, haciendo hincapié en la carencia de activo del solicitante, la no admisión a trámite de la solicitud de concurso voluntario.
3º) Contra la citada resolución el instante interpuso recurso de apelación, siguiendo la información que en materia de recursos le ofreció el pie de la resolución que deseaba recurrir.
SEGUNDO.- El examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que el tribunal de segunda instancia debe acometer de oficio. Por ello, analizaremos dicha premisa con carácter previo, y en su caso excluyente, respecto del estudio de los motivos de apelación que el apelante invoca en su escrito de interposición del recurso.
Para ello debe tenerse presente que, como ha señalado el TC (entre otras, en las STC 37/1995 de 7 de febrero, 102/2002 de 20 de mayo y 227/2002 de 25 de noviembre), el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso. De manera que si el legislador no ha conferido al litigante la posibilidad de recurrir una resolución o ha diferido la posibilidad de hacerlo, no podrá considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) si el tribunal, en el ejercicio de sus competencias, inadmite el recurso y su decisión está motivada y no resulta irrazonable, arbitraria o palmariamente errónea, ni es fruto de una interpretación rigorista y formalista de las condiciones de admisibilidad de los escritos a él dirigidos (sentencia del TC 299/1999 de 13 de diciembre).
TERCERO.- La Exposición de Motivos de la Ley Concursal (LC), tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad, nos indica que: ". La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación".
Dichos principios inspiradores se manifiestan positivamente en el artículo 197 de la LC (cuyo contenido citaremos en su versión tras la reforma por Ley 13/2009, de 3 de noviembre) que contiene un régimen de recursos particular y distinto del diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil (salvo en los aspectos formales relativos a su sustanciación, según su apartado 2). Así, el apartado 3 de dicho precepto establece con carácter general que: "Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.".
CUARTO.- Este tribunal se ha pronunciado ya en reiteradas ocasiones (autos de 10 de enero de 2008, 20 de febrero de 2009, 17 de julio de 2009, 5 de noviembre de 2010, 18 de noviembre de 2010 y 12 de mayo de 2011) sobre la imposibilidad legal de recurrir en apelación las resoluciones por las que se inadmite a trámite una solicitud de concurso voluntario o necesario (artículo 13.2 de la Ley Concursal) o se desestima una solicitud de concurso voluntario (artículo 14.3 de la Ley Concursal).

Más concretamente, este tribunal tiene declarada la irrecurribilidad en apelación del auto por el que se inadmite a trámite (o, en rigor, se desestima) la solicitud de concurso voluntario fundada en la falta de activo, en autos de 29 de mayo de 2009 (recurso de queja nº 139/09), de 5 de junio de 2009 (rollo de apelación nº 77/09), de 11 de febrero de 2011 (rollo de apelación 231/10) y, muy recientemente, de 9 de septiembre de 2001 (rollo de apelación 548/10).
En el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (artículo 14.3 de la Ley Concursal), cualquiera que sea el motivo, pues ninguna distinción se efectúa en el citado precepto legal, sólo cabe recurso de reposición; aquí media diferencia con el concurso necesario, pues si en la inadmisión a trámite se aplicaría la misma regla (artículo 13.2 de la Ley Concursal), pero, en cambio, contra la desestimación de la solicitud, lo que acaecería en un momento ulterior, sí cabría recurso de apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Remarcamos la imposibilidad de sostener la admisibilidad del recurso de apelación en el supuesto que aquí nos ocupa acudiendo a la previsión del artículo 20.2 de la Ley Concursal, pues el recurso de apelación que prevé este precepto legal lo es contra la desestimación de una solicitud de concurso de carácter necesario y además la resolución a la que se refiere como apelable sólo cabe dictarla una vez admitida a trámite la solicitud de concurso necesario y sustanciada la oposición del deudor (artículos 15, 18, 19 y 20 de la Ley Concursal), lo que, evidentemente, no es el caso.
QUINTO.- Somos conscientes de que, en realidad, el juez de lo mercantil ha venido a transformar en causa de inadmisión de la solicitud de concurso voluntario (aunque más propiamente habría que hablar, en sentido técnico jurídico, con independencia de la terminología que utiliza, de desestimación de la misma) la constatación de la falta de activo del solicitante, lo que, en principio, sólo está contemplado por la Ley Concursal como motivo de conclusión de un concurso previamente declarado si concurren, además, determinados requisitos (explicitados en el artículo 176 de la Ley Concursal). Precisamente por ello, en auto de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 11 de febrero de 2011 señalábamos que "la inexistencia o insuficiencia de activos no constituye circunstancia capaz de determinar la desestimación "ab initio" de una solicitud de concurso, y no sólo porque, en ausencia de informe de la Administración Concursal, no es posible afirmar con certeza que no existan bienes actuales susceptibles de realización, sino también -y acaso fundamentalmente- porque en ese momento se desconoce por completo si existen acciones de reintegración viables o de exigencia de responsabilidad de terceros (Art. 176-3 de la Ley Concursal), y, por lo tanto, si concurre o no una razonable probabilidad de que la ingresen en la masa bienes o derechos susceptibles de dar satisfacción, siquiera parcial o limitada, a los acreedores".
Ahora bien, el hecho de que se haya producido tal transformación no nos autoriza a desentendernos del cauce procesal seguido ni nos permite alterar el régimen de recursos que procede contra una resolución que inadmite o desestima la solicitud de concurso voluntario.
En consecuencia, considerando que contra el auto impugnado no cabía otro recurso que el de reposición y, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad del recurso de apelación operan, una vez que éste ha sido admitido y sustanciado, como causas de desestimación del mismo, procede desestimar el recurso de apelación ahora enjuiciado.
SEXTO.- No obstante, la errónea indicación de recursos efectuada por el Juzgado ha privado a la parte de la posibilidad de interponer el pertinente recurso de reposición. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 241/2006, de 20 de julio y 26/2008, de 11 de febrero, si se han ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender, por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran las precisas y obrar en consecuencia. De este modo no es razonable exigir a la parte que contravenga o salve por sí misma la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque ésta pueda resultar o resulte errónea.
Por ello, aunque el recurso de apelación no pueda ser admitido, es consecuencia derivada del artículo 24 de la Constitución española que se deba acordar por este tribunal que se conceda a la parte recurrente la posibilidad de recurrir en reposición la referida resolución, pues era ese, y no el indicado, el medio de impugnación que procedía.”: AAP Madrid (Sección 28) 16.09.2011 (Auto 123/2011; Rollo 103/2011)

“PRIMERO.- La resolución que se recurre acuerda "no admitir a trámite" la solicitud de concurso voluntario presentada por el recurrente, al apreciar que del propio escrito de solicitud se desprende la inexistencia de pluralidad de acreedores.
Antes de entrar en el examen de los concretos motivos en que se basa el recurso, se hace preciso examinar, por constituir un tipo de control que debe acometerse de oficio, si la resolución impugnada es susceptible de ser recurrida en apelación, teniendo en cuenta que las razones que abonan la inadmisibilidad de un recurso de apelación, una vez que este ha sido indebidamente admitido y sustanciado, han de operar como causa de desestimación del mismo.
SEGUNDO.- Este tribunal ya se pronunciado en reiteradas ocasiones señalando la imposibilidad de recurrir en apelación las resoluciones por las que se inadmite a trámite una solicitud de concurso o por las que se desestima una solicitud de concurso voluntario. Contra dichas resoluciones solo cabe recurso de reposición. El tenor del artículo 14.3 de la Ley Concursal (según la numeración todavía vigente; el apartado 3 pasa a ser el 2 en la redacción dada por la recientemente promulgada Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que, en lo que respecta a este particular, entrará en vigor el 1 de enero de 2012), por lo que se refiere al segundo de los supuestos apuntados (y cualquiera que sea el motivo de desestimación, pues ninguna distinción se establece en el precepto) no deja ninguna duda al respecto. Este es

el caso que aquí se plantea, a pesar de los términos en que se expresa la parte dispositiva de la resolución impugnada.
TERCERO.- De cuanto antecede se colige que el recurso que aquí se ventila ha de ser desestimado. Ello no obstante, se observa que en la propia resolución recurrida se señalaba equivocadamente como mecanismo de impugnación el recurso de apelación, lo que ha de ponerse en relación con la doctrina consagrada por el Tribunal Constitucional, entre otras en sentencias de 20 de julio de 2006 y 11 de febrero de 2008, en el sentido de que no es razonable exigir a la parte, aun gozando de la precisa asistencia técnica, que contravenga o salve por sí misma la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque esta pueda resultar errónea, todo lo cual conduce a acordar que se conceda a la parte recurrente la posibilidad de recurrir en reposición el auto impugnado.": AAP Madrid (Sección 28) 21.10.2011 (Auto 144/2011; Rollo 26/2011)

AP Sevilla

"Primero.-El deudor que solicita la declaración de concurso voluntario recurre el auto que no la admite a trámite alegando, en esencia, infracción del artículo 14.2 de la Ley Concursal ya que debió darle un plazo de cinco días para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada. Considera igualmente que se ha valorado de forma errónea la documentación aportada, sin que de la misma, especialmente del auto de medidas provisionales, pueda deducirse la situación de solvencia del deudor.
Segundo.-Aunque el auto de 19 de junio de 2.009 literalmente acuerda "no admitir a trámite", en realidad lo que hace es no admitir la solicitud de concurso. El artículo 13.2 de la Ley Concursal determina la no admisión de la solicitud cuando la documentación adolezca de algún defecto que no haya sido subsanado en el plazo que en dicho precepto se establece. Por el contrario el artículo 14.2 de dicha Ley habla de desestimación de la solicitud cuando del conjunto de la documentación aportada no resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor. Efectivamente, de la lectura del citado auto resulta con claridad que se desestima la solicitud no porque considere que tiene defectos o que es insuficiente la documentación aportada, sino porque de la misma no sólo no resulta la insolvencia alegada, sino que aporta serios indicios de su solvencia. Por tanto ni se infringe el artículo 14.2, ya que el Juez no alude a la necesidad de otra documentación, ni hay una valoración errónea de la aportada, de la que, dicho sea de paso, no resulta el más mínimo indicio de insolvencia.
Tercero.-Pero en todo caso lo relevante es que ni contra el auto de inadmisión a trámite ni contra el de desestimación de la solicitud cabe otro recurso que el de apelación, cuestión esta del control recurribilidad de la resolución apelada que esta Sala debe acometer de oficio por constituir una cuestión de orden público procesal. Como señala la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, ya la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad nos indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en el artículo 197.2 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de la disposición final 5ª, por cuanto que como su nombre indica son sólo aplicables en defecto de disposición específica que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada del artículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como el artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Finalmente tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son estos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
Cuarto.-Lo que debió ser causa de inadmisión en la primera instancia, debe convertirse en esta alzada en causa de desestimación del recurso y de confirmación de la resolución apelada, lo que conlleva el que deban imponerse las costas procesales de la alzada a la parte apelante por aplicación de lo dispuesto en el artículo

394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el artículo 398.1 de dicho texto legal para el caso de que se desestime el recurso de apelación.”: AAP Sevilla (Sección 5) 25.11.2009 (Rollo 7104/2009)

“PRIMERO.-La representación procesal de Dª Tarsila se alza contra el Auto dictado en la instancia, que inadmite la solicitud de concurso voluntario formulada por la apelante. Funda el recurso en que el artículo 14 de la Ley Concursal obliga a declarar el concurso cuando concurren los presupuestos subjetivos y objetivos previstos en la LC, siendo el fundamental el estado de insolvencia del deudor, insolvencia que es reconocida por la Resolución apelada, no estando contemplada la falta de activo como causa de inadmisión del concurso voluntario.
SEGUNDO.-Establece el artículo 14.3 de la LC que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.
Ante la claridad del precepto legal aplicable a las Resoluciones de la naturaleza de la que el Juez de lo mercantil ha dictado, que no puede ser otra en este inicial momento procesal que la provisión sobre la solicitud de concurso formulada por el deudor, la Sala ha de abordar de oficio la cuestión de la admisibilidad del recurso de apelación contra la misma, por constituir una cuestión de orden público procesal.
Como ya ha tenido esta Sala ocasión de señalar en un supuesto similar (Auto de 25 de noviembre de 2009, Rollo nº 7104/09), citando un Auto de 10 de enero de 2008 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en el artículo 197.2 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de la disposición final 5ª de la LC, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada del artículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como el artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
TERCERO.-Debemos señalar que al recurrente no le faltan razones para impugnar el Auto desestimatorio de la solicitud de concurso, en el que se entra en consideraciones y valoraciones que en el momento inicial del concurso pueden ser cuando menos extemporáneas, pues se pronuncia sobre cuestiones complejas como la valoración del patrimonio del deudor, el alcance de un crédito privilegiado o la imposibilidad de llegar a un convenio, sin disponer de un informe de la administración concursal y sin dar intervención a los acreedores. No obstante lo cual, lo cierto es que contra el Auto indicado sólo cabe recurso de reposición. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte en la alzada en causa de desestimación de la apelación. ”: AAP Sevilla (Sección 5) 18.03.2010 (Auto 73/2010; Rollo 1305/2010)

“Primero.-Tras la presentación por la parte actora del una solicitud de concurso voluntario, se dictó por el Juzgado providencia de fecha 7 de septiembre en el que se le requería para que subsanase determinados defectos. La parte actora atendió parcialmente ese requerimiento, recurriendo en reposición las exigencias no atendidas, lo que hizo en un sólo escrito presentado el día 22 de septiembre de 2.009, dando lugar al auto de 2 de octubre de 2.009 ya citado que, de un lado, desestima el recurso de reposición y, por otra parte desestima la solicitud de concurso voluntario.
Segundo.-Aunque dicho auto literalmente acuerda "desestimar la solicitud", en realidad no queda claro si lo que hace es no admitir la solicitud de concurso. El artículo 13.2 de la Ley Concursal determina la no admisión de la solicitud cuando la documentación adolezca de algún defecto que no haya sido subsanado en el plazo que en dicho precepto se establece. Por el contrario el artículo 14.2 de dicha Ley habla de desestimación de la solicitud cuando del conjunto de la documentación aportada no resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.

Es claro que el Juez a quo mantiene en su resolución que la solicitud adolece de defectos que no han sido subsanados, por lo que, en principio, parece lógico que se limitara a no admitir la solicitud, sin resolver sobre la existencia, o no, de alguno de los hechos previstos en la ley para su estimación. No obstante, entrando en contradicción con su propia tesis de insuficiencia de la documentación para valorar la admisibilidad de la solicitud, a pesar de la falta de la misma, se pronuncia sobre esta cuestión, estimando que no se da un presupuesto natural del concurso cual es la real concurrencia de acreedores, ya que no puede haber tal cuando existe un acreedor privilegiado cuya deuda es muy superior al patrimonio del concursado. La equiparación de la absoluta carencia de bienes del deudor, lo que impide desde luego que haya liquidación alguna y por eso es causa de conclusión del concurso conforme al artículo 176.1.4º de la Ley Concursal en cualquier estado del procedimiento, y por tanto causa de desestimación de la solicitud cuando se aprecie ab initio, a la desproporción entre patrimonio y deuda que haga dudosa la posibilidad de asumir los gastos del concurso o de una verdadera liquidación entre más de un acreedor, es una tesis cuando menos discutible puesto que supone pronunciarse sobre cuestiones complejas como el valor del patrimonio del deudor, el alcance de un privilegio o la imposibilidad de llegar a un convenio, sin dar la más mínima intervención a los acreedores.
Tercero.-En cualquier caso, ni contra el auto de inadmisión a trámite ni contra el de desestimación de la solicitud cabe otro recurso que el de reposición, cuestión esta del control recurribilidad de la resolución apelada que esta Sala debe acometer de oficio por constituir una cuestión de orden público procesal. Como señala esta misma Sección en su auto de 25 de noviembre de 2.009 (Rollo 7104/2009), siguiendo una resolución de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, ya la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad nos indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en el artículo 197.2 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de la disposición final 5ª, por cuanto que como su nombre indica son sólo aplicables en defecto de disposición específica que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada del artículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como el artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Finalmente tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son estos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.“:AAP Sevilla (Sección 5) 18.03.2010 (Auto 75/2010; Rollo 8740/2009)

“PRIMERO.-Por la Procuradora Doña Reyes Gutiérrez de Rueda y García, en nombre y representación de Don Juan Carlos y Doña Delfina, se presentó solicitud de declaración de concurso voluntario. Por parte del Juzgado se dictó Auto que desestimó dicha solicitud, interponiéndose recurso de apelación por los promotores.
SEGUNDO.-Esta Sala ha tenido ocasión muy reciente de resolver una cuestión similar, pero referida a la hija de los promotores del presente concurso voluntario, en idénticas circunstancias y características, y en la que la decisión del Juzgado ha sido idéntica a la recurrida. En concreto, en el Rollo 1305/10, hemos declarado que: "Establece el artículo 14.3 de la LC que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.
Ante la claridad del precepto legal aplicable a las Resoluciones de la naturaleza de la que el Juez de lo mercantil ha dictado, que no puede ser otra en este inicial momento procesal que la provisión sobre la solicitud de concurso formulada por el deudor, la Sala ha de abordar de oficio la cuestión de la admisibilidad del recurso de apelación contra la misma, por constituir una cuestión de orden público procesal.
Como ya ha tenido esta Sala ocasión de señalar en un supuesto similar (Auto de 25 de noviembre de 2009, Rollo nº 7104/09), citando un Auto de 10 de enero de 2008 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su

cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en el artículo 197.2 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de la disposición final 5ª de la LC, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada del artículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como el artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
TERCERO.-Debemos señalar que al recurrente no le faltan razones para impugnar el Auto desestimatorio de la solicitud de concurso, en el que se entra en consideraciones y valoraciones que en el momento inicial del concurso pueden ser cuando menos extemporáneas, pues se pronuncia sobre cuestiones complejas como la valoración del patrimonio del deudor, el alcance de un crédito privilegiado o la imposibilidad de llegar a un convenio, sin disponer de un informe de la administración concursal y sin dar intervención a los acreedores. No obstante lo cual, lo cierto es que contra el Auto indicado sólo cabe recurso de reposición. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte en la alzada en causa de desestimación de la apelación".
TERCERO.-Las precedentes consideraciones han de conducir a desestimar el recurso de apelación, confirmando el Auto recurrido, excepto en lo que se refiere a que contra el mismo quepa recurso de apelación, declaración que dejamos sin efecto, sin declaración sobre las costas de esta alzada.“:AAP Sevilla (Sección 5) 06.04.2010 (Auto 86/2010; Rollo 1645/2010)

“Primero.-El deudor que solicita el concurso recurre el auto que inadmite a trámite petición, alegando, que es un deber legal el promover el concurso cuando se den las condiciones para ello y que la inadmisión a trámite se basa en una causa no prevista en la Ley, como es la falta de activo suficiente para cubrir las deudas, a criterio del juzgador.
Segundo.-Como ya tiene reiteradamente establecido esta Sala contra el auto de inadmisión a trámite de la solicitud de concurso voluntario cabe otro recurso que el de reposición, cuestión esta del control recurribilidad de la resolución apelada que esta Sala debe acometer de oficio por constituir una cuestión de orden público procesal. Decíamos, entre otros, en los autos de 25 de noviembre de 2.009 (Rollo 7104/2009) y 18 de marzo de 2.010 (Rollo 8740/2009), y reiteramos en este, siguiendo una resolución de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que ya la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad, nos indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en el artículo 197.3 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (artículo 14.3 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de la disposición final 5ª, por cuanto que como su nombre indica son sólo aplicables en defecto de disposición específica que en este caso existe, debiendo añadirse además que, en todo caso y conforme al artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso de reposición que inicialmente se interpuso contra la resolución hoy apelada, y que se resolvió, es irrecurrible. Tampoco existe infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso sólo cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada del artículo

197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya. Por el contrario, si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como el ya citado artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Finalmente tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son estos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
Tercero.-Lo que debió ser causa de inadmisión en la primera instancia, debe convertirse en esta alzada en causa de desestimación del recurso y de confirmación de la resolución apelada, lo que conlleva el que deban imponerse las costas procesales de la alzada a la parte apelante por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el artículo 398.1 de dicho texto legal para el caso de que se desestime el recurso de apelación. “: AAP Sevilla (Sección 5) 18.05.2010 (Auto 118/2010; Rollo 854/2010)

“PRIMERO Por el Procurador Don Eduardo Capote Gil, en nombre y representación de la entidad Telecomunicaciones Hermanos Benítez, S.L., se presentó solicitud de declaración de concurso voluntario. Por parte del Juzgado se dictó Auto que desestimó dicha solicitud, interponiéndose recurso de apelación por el promotor.
SEGUNDO EstaSala ha tenido ocasión de resolver recientemente varias cuestiones muy parecidas En concreto, en el Rollo 1305/10, hemos declarado que: "Establece elartículo 14.3 de la LC que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición".
Ante la claridad del precepto legal aplicable a las Resoluciones de la naturaleza de la que el Juez de lo Mercantil ha dictado, que no puede ser otra en este inicial momento procesal que la provisión sobre la solicitud de concurso formulada por el deudor, la Sala ha de abordar de oficio la cuestión de la admisibilidad del recurso de apelación contra la misma, por constituir una cuestión de orden público procesal.
Como ya ha tenido esta Sala ocasión de señalar en un supuesto similar(Auto de 25 de noviembre de 2009, Rollo nº 7104/09), citando unAuto de 10 de enero de 2008 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en el artículo 197.2 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud(artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación(artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de ladisposición final 5ª de la LC, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada delartículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como elartículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
TERCERO Debemos señalar que al recurrente no le faltan razones para impugnar el Auto desestimatorio de la solicitud de concurso, en el que se entra en consideraciones y valoraciones que en el momento inicial del concurso pueden ser cuando menos extemporáneas, pues se pronuncia sobre cuestiones complejas como la valoración del patrimonio del deudor, el alcance de un crédito privilegiado o la imposibilidad de llegar a un convenio, sin disponer de un informe de la administración concursal y sin dar intervención a los acreedores. No obstante lo cual, lo cierto es que contra el Auto indicado sólo cabe recurso de reposición. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien una vez admitido y sustanciado, la causa

de inadmisión se convierte en la alzada en causa de desestimación de la apelación.”: AAP Sevilla (Sección 5) 31.05.2010 (Auto 129/2010; Rollo 2848/2010)

“Primero.-El deudor que solicita el concurso recurre el auto que desestima la petición, alegando, que es un deber legal el promover el concurso cuando se den las condiciones para ello y que la inadmisión a trámite se basa en una causa no prevista en la Ley, como es la falta de activo suficiente para cubrir las deudas, a criterio del juzgador, empleando junto con éste el argumento contradictorio de que no existe solvencia, cuando la misma ha quedado suficientemente establecida para, al menos, admitir a trámite la solicitud.
Segundo.-Como ya tiene reiteradamente establecido esta Sala contra los autos de inadmisión a trámite y de desestimación de la solicitud concurso voluntario cabe otro recurso que el de reposición, cuestión esta del control recurribilidad de la resolución apelada que esta Sala debe acometer de oficio por constituir una cuestión de orden público procesal. Decíamos, entre otros, en los autos de 25 de noviembre de 2.009 (Rollo 7104/2009), 18 de marzo de 2.010 (Rollo 8740/2009) y 18 de mayo de 2.010 (Rollo 854/2010), y reiteramos en este, que ya la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad, nos indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en el artículo 197.3 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (artículo 14.3 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de la disposición final 5ª, por cuanto que como su nombre indica son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, debiendo añadirse además que, en todo caso y conforme al artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso de reposición que inicialmente se interpuso contra la resolución hoy apelada, y que se resolvió, es irrecurrible. Tampoco existe infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso sólo cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada del artículo
197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya. Por el contrario, si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como el ya citado artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Finalmente tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son estos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación. ”: AAP Sevilla (Sección 5) 02.06.2010 (Auto 134/2010; Rollo 2898/2010)

“PRIMERO La representación procesal de D.Elias y de DªAdriana se alza contra el Auto dictado en la instancia, que inadmite la solicitud de concurso voluntario formulada por los apelantes. Funda el recurso en que elartículo 14 de la Ley Concursal obliga a declarar el concurso cuando concurren los presupuestos subjetivos y objetivos previstos en la LC, siendo el fundamental el estado de insolvencia del deudor, insolvencia que se justifica en este caso y es reconocida por la Resolución apelada, la cual inadmite la solicitud por falta de base patrimonial, no estando contemplada la falta de activo como causa de inadmisión del concurso voluntario, pues la necesidad de un activo para iniciar el concurso no constituye un presupuesto objetivo exigido por la Ley.
SEGUNDO Establece elartículo 14.3 de la LC que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.
Ante la claridad del precepto legal aplicable a las Resoluciones de la naturaleza de la que el Juez de lo mercantil ha dictado, que no puede ser otra en este inicial momento procesal que la provisión sobre la solicitud de concurso formulada por el deudor, la Sala ha de abordar de oficio la cuestión de la admisibilidad del recurso de apelación contra la misma, por constituir una cuestión de orden público procesal.
Como ya ha tenido esta Sala ocasión de señalar en otros supuestos similares(Auto de 25 de noviembre de 2009, Rollo nº 7104/09, Auto de 18 de marzo de 2010, Rollo 1305/10), citando unAuto de 10 de enero de 2008 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en elartículo 197.2 de la Ley Concursal, conforme al cual

"contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud(artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación(artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de ladisposición final 5ª de la LC, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada delartículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como elartículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
TERCERO Debemos señalar que al recurrente no le faltan razones para impugnar el Auto desestimatorio de la solicitud de concurso, en el que se entra en consideraciones y valoraciones que en el momento inicial del concurso pueden ser cuando menos extemporáneas, pues se pronuncia sobre cuestiones complejas como la valoración del patrimonio de los deudores, su suficiencia para satisfacer el pasivo exigible, o la imposibilidad de alcanzar alguna de las finalidades del concurso, sin disponer de un informe de la administración concursal y sin dar intervención a los acreedores. No obstante lo cual, lo cierto es que contra el Auto indicado sólo cabe recurso de reposición. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte en la alzada en causa de desestimación de la apelación.": AAP Sevilla (Sección 5) 04.06.2010 (JUR 2010/371131; Auto 138/2010; Rollo 8741/2009)

"PRIMERO.-La representación procesal de D. Salvador y de Dª Carmela se alza contra el Autodictado en la instancia, confirmatorio de otro anterior de 30 de junio de 2009, que inadmite la solicitud de concurso voluntario formulada por los apelantes. Fundan el recurso en que se han cumplido los requisitos prevenidos en la Ley Concursal para acreditar la solicitud de concurso voluntario al haber devenido en un estado de endeudamiento e insolvencia.
SEGUNDO.-Establece el artículo 14.3 de la LC que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.
Ante la claridad del precepto legal aplicable a las Resoluciones de la naturaleza de la que el Juez de lo mercantil ha dictado, que no puede ser otra en este inicial momento procesal que la provisión sobre la solicitud de concurso formulada por el deudor, la Sala ha de abordar de oficio la cuestión de la admisibilidad del recurso de apelación contra la misma, por constituir una cuestión de orden público procesal.
Como ya ha tenido esta Sala ocasión de señalar en otros supuestos similares (Auto de 25 de noviembre de 2009, Rollo nº 7104/09, Auto de 18 de marzo de 2010, Rollo 1305/10), citando un Auto de 10 de enero de 2008 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en el artículo 197.2 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de la disposición final 5ª de la LC, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada del artículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la

haya, dado que si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como el artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
Así pues, contra el Auto desestimatorio de la solicitud de concurso voluntario sólo cabe recurso de reposición por expresa disposición legal. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte en la alzada en causa de desestimación de la apelación. ":AAP Sevilla (Sección 5) 07.06.2010 (Auto 139/2010; Rollo 8071/2009)

"PRIMERO Disponiendo el artículo elartículo 14.3 de la Ley Concursal que, contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso, sólo cabrá recurso de reposición, está claro que no debió tenerse por preparado el recurso de apelación que aquí nos trae, que se formuló contra el auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de esta ciudad que declaró no haber lugar a reponer el que, previamente, había dictado inadmitiendo a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por Don Rafael y DoñaFlorinda, que manifiestan haber devenido en estado de endeudamiento o insolvencia.
SEGUNDO Como ha tenido ocasión de señalar esta Sección, al conocer de recursos de apelación frente a resoluciones semejantes procedentes del mismoJuzgado, como en los autos de 25 de noviembre de 2.009 (JUR 2010, 260129), 18 de Marzo (JUR 2010, 372860) y 7 de Junio de 2.010 (JUR 2010, 371085), recaídos en los rollos de apelación números 7.104/09, 1.305/10 y 8.071/09, respectivamente, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, después de destacar, como características del nuevo procedimiento concursal, la rapidez y simplicidad, indica, a continuación, que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge, con carácter general, en elartículo 197,2 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto", y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud(artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario, en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación(artículo 20.2 de la Ley Concursal).
TERCERO Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de ladisposición final 5ª de la Ley Concursal, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos.
CUARTO Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada delartículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que, si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como elartículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo, no obstante, reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
QUINTO Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
SEXTO Así pues, contra el Auto desestimatorio de la solicitud de concurso voluntario sólo cabe recurso de reposición, por expresadisposición legal. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien, una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte, en la alzada, en causa de desestimación de la apelación.": AAP Sevilla (Sección 5) 30.06.2010 (JUR 2010/377205; Auto 147/2010; Rollo 8690/2009)

"PRIMERO.-La representación procesal de la entidad mercantil PROMOCIONES PROCURADOR
S.L.U. se alza contra el Auto dictado en la instancia, que desestima el recurso de reposición formulado contra el Auto de 10 de diciembre de 2009, que desestima la solicitud de de concurso voluntario formulada por la apelante. Funda el recurso en la incongruencia de la motivación del Auto porque niega el estado de insolvencia no obstante establecer como cierta la falta de liquidez y la imposibilidad de atender a sus pagos y obligaciones corrientes; asimismo alega infracción del artículo 5.2 la de la Ley Concursal que impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso una vez conocido el estado de insolvencia, la cual consiste en la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones del deudor.

SEGUNDO.-Establece el artículo 14.3 de la LC que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.
Ante la claridad del precepto legal aplicable a las Resoluciones de la naturaleza de la que el Juez de lo mercantil ha dictado, que no puede ser otra en este inicial momento procesal que la provisión sobre la solicitud de concurso formulada por el deudor, la Sala ha de abordar de oficio la cuestión de la admisibilidad del recurso de apelación contra la misma, por constituir una cuestión de orden público procesal.
Como ya ha tenido esta Sala ocasión de señalar en otros supuestos similares (Auto de 25 de noviembre de 2009, Rollo nº 7104/09, Auto de 18 de marzo de 2010, Rollo 1305/10, 4 de junio de 2010, Rollo 8741/09), citando un Auto de 10 de enero de 2008 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en el artículo 197.2 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de la disposición final 5ª de la LC, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada del artículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como el artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
TERCERO.-Debemos señalar que al recurrente no le faltan razones para impugnar el Auto desestimatorio de la solicitud de concurso, en el que se entra en consideraciones y valoraciones que en el momento inicial del concurso pueden ser cuando menos extemporáneas, pues se pronuncia sobre cuestiones complejas como la valoración del patrimonio de la entidad deudora, su suficiencia para satisfacer el pasivo exigible, insinúa una actuación de la solicitante en fraude de ley, y contiene una argumentación con cierta dosis de incongruencia desde el momento en que admite que la solicitante puede carecer de liquidez para hacer frente de manera inmediata a sus débitos, pero no de bienes para tal finalidad, confundiendo la insolvencia, que es la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles al deudor (art. 2.2 LC), con la carencia o insuficiencia patrimonial. Es insolvente aquel que no puede cumplir sus obligaciones con los medios ordinarios. Y, además, realiza todas esas consideraciones sin disponer de un informe de la administración concursal y sin dar intervención a los acreedores.
No obstante lo cual, lo cierto es que contra el Auto indicado sólo cabe recurso de reposición. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte en la alzada en causa de desestimación de la apelación. “:AAP Sevilla (Sección 5) 06.07.2010 (Auto 154/2010; Rollo 2899/2010)

“PRIMERO.-Por la Procuradora Doña María Dolores Ponce Ruiz, en nombre y representación de Don Oscar y Doña Herminia, se presentó solicitud de declaración de concurso voluntario. Por parte del Juzgado se dictó Auto que desestimó dicha solicitud, interponiéndose recurso de apelación por los promotores.
SEGUNDO.-Esta Sala ha resuelto la cuestión planteada en la presente litis, es decir, inadmisión de la solicitud de concurso voluntario, en circunstancias parecidas. En concreto, en el Rollo 1305/10, hemos declarado que: "Establece el artículo 14.3 de la LC que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.
Ante la claridad del precepto legal aplicable a las Resoluciones de la naturaleza de la que el Juez de lo mercantil ha dictado, que no puede ser otra en este inicial momento procesal que la provisión sobre la solicitud de concurso formulada por el deudor, la Sala ha de abordar de oficio la cuestión de la admisibilidad del recurso de apelación contra la misma, por constituir una cuestión de orden público procesal.
Como ya ha tenido esta Sala ocasión de señalar en un supuesto similar (Auto de 25 de noviembre de 2009, Rollo nº 7104/09), citando un Auto de 10 de enero de 2008 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo

procedimiento concursal la rapidez y simplicidad indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en el artículo 197.2 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de la disposición final 5ª de la LC, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada del artículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como el artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
TERCERO.-Debemos señalar que al recurrente no le faltan razones para impugnar el Auto desestimatorio de la solicitud de concurso, en el que se entra en consideraciones y valoraciones que en el momento inicial del concurso pueden ser cuando menos extemporáneas, pues se pronuncia sobre cuestiones complejas como la valoración del patrimonio del deudor, el alcance de un crédito privilegiado o la imposibilidad de llegar a un convenio, sin disponer de un informe de la administración concursal y sin dar intervención a los acreedores. No obstante lo cual, lo cierto es que contra el Auto indicado sólo cabe recurso de reposición. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte en la alzada en causa de desestimación de la apelación. ":AAP Sevilla (Sección 5) 16.07.2010 (Auto 160/2010; Rollo 8691/2009)

"PRIMERO.-Disponiendo el artículo el artículo 14.3 de la Ley Concursal que, contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso, sólo cabrá recurso de reposición, está claro que no debió tenerse por preparado el recurso de apelación que aquí nos trae, que se formuló contra el auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de esta ciudad que declaró no haber lugar a reponer el que, previamente, había dictado inadmitiendo a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por los esposos, en régimen de gananciales, Don Plácido y Doña Rosaura, que manifiestan haber devenido en estado de endeudamiento o insolvencia.
SEGUNDO.-Como reiteradamente ha tenido ocasión de señalar esta Sección, al conocer de recursos de apelación frente a resoluciones semejantes procedentes del mismo Juzgado, como en los autos de 25 de noviembre de 2.009, 18 de Marzo y 7 de Junio de 2.010, recaídos en los rollos de apelación números 7.104/09, 1.305/10 y 8.071/09, respectivamente, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, después de destacar, como características del nuevo procedimiento concursal, la rapidez y simplicidad, indica, a continuación, que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge, con carácter general, en el artículo 197,2 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto", y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario, en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
TERCERO.-Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de la disposición final 5ª de la Ley Concursal, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos.
CUARTO.-Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada del artículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más

próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que, si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como el artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo, no obstante, reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
QUINTO.-Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
SEXTO.-Así pues, contra el Auto desestimatorio de la solicitud de concurso voluntario sólo cabe recurso de reposición, por expresa disposición legal. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien, una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte, en la alzada, en causa de desestimación de la apelación.”: AAP Sevilla (Sección 5) 22.07.2010 (Auto 167/2010; Rollo 2359/2010)

“Primero.-El deudor que solicita el concurso recurre el auto que desestima la petición alegando, en esencia, que ha acreditado en su solicitud la concurrencia de todos los requisitos necesarios para admitir a trámite el concurso voluntario de conformidad con lo dispuesto en la Ley Concursal.
Segundo.-Como ya tiene reiteradamente establecido esta Sala contra los autos de inadmisión a trámite y de desestimación de la solicitud concurso voluntario cabe otro recurso que el de reposición, cuestión esta del control recurribilidad de la resolución apelada que esta Sala debe acometer de oficio por constituir una cuestión de orden público procesal. Decíamos, entre otros, en los autos de 25 de noviembre de 2.009 (Rollo 7104/2009), 18 de marzo de 2.010 (Rollo 8740/2009), 18 de mayo de 2.010 (Rollo 854/2010) y 2 de junio de 2.010 (Rollo 2898/2010), y reiteramos en éste, que ya la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad, nos indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en el artículo 197.3 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud (artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (artículo
14.3 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación (artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de la disposición final 5ª, por cuanto que como su nombre indica son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, debiendo añadirse además que, en todo caso y conforme al artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso de reposición que inicialmente se interpuso contra la resolución hoy apelada, y que se resolvió, es irrecurrible. Tampoco existe infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso sólo cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada del artículo
197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya. Por el contrario, si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como el ya citado artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Finalmente tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son estos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación. “:AAP Sevilla (Sección 5) 22.07.2010 (Auto 166/2010; Rollo 3628/2010)

“PRIMERO Por el Procurador Don Antonio de la Banda Mesa, en nombre y representación de DonMaximino y DoñaMarí Trini, se presentó solicitud de declaración de concurso voluntario. Por parte del Juzgado se dictó Auto que desestimó dicha solicitud, interponiéndose recurso de apelación por los promotores.
SEGUNDO Esta Sala ha resuelto la cuestión planteada en la presente litis, es decir, inadmisión de la solicitud de concurso voluntario, en circunstancias parecidas. En concreto, en el Rollo 1305/10, hemos declarado que: "Establece elartículo 14.3 de la LC que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.
Ante la claridad del precepto legal aplicable a las Resoluciones de la naturaleza de la que el Juez de lo mercantil ha dictado, que no puede ser otra en este inicial momento procesal que la provisión sobre la solicitud

de concurso formulada por el deudor, la Sala ha de abordar de oficio la cuestión de la admisibilidad del recurso de apelación contra la misma, por constituir una cuestión de orden público procesal.
Como ya ha tenidoesta Sala ocasión de señalar en un supuesto similar (Auto de 25 de noviembre de 2009, Rollo nº 7104/09), citando unAuto de 10 de enero de 2008 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en elartículo 197.2 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud(artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación(artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de ladisposición final 5ª de la LC, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada delartículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como elartículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
TERCERO Debemos señalar que al recurrente no le faltan razones para impugnar el Auto desestimatorio de la solicitud de concurso, en el que se entra en consideraciones y valoraciones que en el momento inicial del concurso pueden ser cuando menos extemporáneas, pues se pronuncia sobre cuestiones complejas como la valoración del patrimonio del deudor, el alcance de un crédito privilegiado o la imposibilidad de llegar a un convenio, sin disponer de un informe de la administración concursal y sin dar intervención a los acreedores. No obstante lo cual, lo cierto es que contra el Auto indicado sólo cabe recurso de reposición. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte en la alzada en causa de desestimación de la apelación.": AAP Sevilla (Sección 5) 08.09.2010 (Auto 175/2010; Rollo 3370/2010)

"PRIMERO.- Disponiendo el artículo elartículo 14.3 de la Ley Concursal que, contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso, sólo cabrá recurso de reposición, está claro que no debió tenerse por preparado el recurso de apelación que aquí nos trae, que se formuló contra el auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de esta ciudad que declaró no haber lugar a reponer el que, previamente, había dictado inadmitiendo a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por Padi Asesoramiento Integral de Inversiones, S.L., que manifiesta haber devenido en estado de endeudamiento o insolvencia.
SEGUNDO - Como ha tenido ocasión de señalar esta Sección, al conocer de recursos de apelación frente a resoluciones semejantes a ésta, procedentes del mismo Juzgado, como en los autos de 25 de noviembre de 2.009 y de 18 de Marzo y 7 de Junio de 2.010, recaídos en los rollos de apelación números 7.104/09, 1.305/10 y 8.071/09, respectivamente, la exposición de motivos de la Ley Concursal, después de destacar, como características del nuevo procedimiento que regula, su rapidez y simplicidad, indica, a continuación, que "la celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso", y que"contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación ", lo que se recoge, con carácter general, en elartículo 197,2 de dicha ley, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto ", y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud(artículo 13.2), como contra el que la desestime(artículo 14.2) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario, en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación(artículo 20.2).
TERCERO Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de ladisposición final 5ª de la Ley Concursal, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea

estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos.
CUARTO Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada delartículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que, si no la hay, no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como elartículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo, no obstante, reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
QUINTO Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica, porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
SEXTO Así pues, contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso voluntario sólo cabe recurso de reposición, por expresadisposición legal. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien, una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte, en la alzada, en causa de desestimación de la apelación.": AAP Sevilla (Sección 5) 05.11.2010 (Auto 220/2010; Rollo 4079/2010)

"PRIMERO.- La representación procesal de la entidad mercantil PINTURAS SOLANO S.L. se alza contra el Auto dictado en la instancia, que desestima el recurso de reposición formulado contra el Auto de 16 de noviembre de 2009, que desestima la solicitud de de concurso voluntario formulada por la apelante. Funda el recurso en que elartículo 5 de la Ley Concursal impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso una vez conocido el estado de insolvencia, sancionando elart. 165 LC el incumplimiento con la presunciónіuris tantum de dolo o culpa grave del deudor en la generación de la insolvencia; en que elart. 71 de la LC permite incorporar bienes al patrimonio del deudor que inicialmente careciera de ellos mediante el ejercicio de la acción de reintegración; en que si no se admiten los concursos sin masa se fomentaría la descapitalización de las empresas; y por último se alega que la Ley concursal no contempla la exigencia de un activo ni tan siquiera para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del litigio.
SEGUNDO.- Establece elartículo 14.3 de la LC quecontra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.
Ante la claridad del precepto legal aplicable a las Resoluciones de la naturaleza de la que el Juez de lo mercantil ha dictado, que no puede ser otra en este inicial momento procesal que la provisión sobre la solicitud de concurso formulada por el deudor, la Sala ha de abordar de oficio la cuestión de la admisibilidad del recurso de apelación contra la misma, por constituir una cuestión de orden público procesal.
Como ya ha tenidoesta Sala ocasión de señalar en otros supuestos similares (Auto de 25 de noviembre de 2009, Rollo nº 7104/09, Auto de 18 de marzo de 2010, Rollo 1305/10, 4 de junio de 2010, Rollo 8741/09, 6 de julio de 2010, Rollo 2899/10), citando un Auto de 10 de enero de 2008 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, tras destacar como características del nuevo procedimiento concursal la rapidez y simplicidad indica que "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación", lo que se recoge con carácter general en elartículo 197.3 de la Ley Concursal, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto" y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud(artículo 13.2 de la Ley Concursal) como contra el que la desestime (14.2 de la Ley Concursal) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación(artículo 20.2 de la Ley Concursal).
Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo a normas de derecho supletorio al amparo de ladisposición final 5ª de la LC, por cuanto que, como la misma indica, son sólo aplicables en defecto de disposición específica, que en este caso existe, ni a la infracción de la tutela judicial efectiva, dado que la misma se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la Ley, lo que no es el caso de autos. Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada delartículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que si no la hay no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como elartículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo no obstante reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
Por último, también ha de señalarse que tal regulación es plenamente lógica porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.

TERCERO - Debemos señalar que al recurrente no le faltan razones para impugnar el Auto desestimatorio de la solicitud de concurso, en el que se entra en consideraciones y valoraciones que en el momento inicial del concurso pueden ser cuando menos extemporáneas, fundando en definitiva su Resolución desestimatoria de la declaración de concurso voluntario en meras elucubraciones sobre la suerte que correrán las reclamaciones judiciales de cuatro créditos que constituyen el activo de la entidad solicitante, planteándose las dos hipótesis más extremas, pero sin agotar todas las posibilidades, pues olvida la eventualidad de un recobro parcial de los créditos. La Resolución apelada confunde la insolvencia, que es la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles al deudor(art. 2.2 LC), con la carencia o insuficiencia patrimonial. Es insolvente aquel que no puede cumplir sus obligaciones con los medios ordinarios. Y, además, realiza todas las consideraciones en que basa su decisión sin disponer de un informe de la administración concursal y sin dar intervención a los acreedores.
No obstante lo cual, lo cierto es que contra el Auto indicado sólo cabe recurso de reposición. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte en la alzada en causa de desestimación de la apelación.": AAP Sevilla (Sección 5) 15.12.2010 (Auto 261/2010; Rollo 3629/2010)

"PRIMERO Siendo evidente, conforme a lo dispuesto en elartículo 13,2 de la Ley Concursal, que solo cabe recurso de reposición contra el auto que inadmita a trámite de la solicitud de concurso por defecto de la misma o de la documentación acompañada, una vez transcurrido el plazo que señala dicho precepto, sin que se haya justificado o subsanado el defecto, está claro que no debió tenerse por preparado el recurso de apelación que aquí nos trae, que se formuló contra el auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de esta ciudad que declaró no haber lugar a reponer el que, previamente, había dictado inadmitiendo a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por Andaluza de Control del Ruido, S.A.L., que manifiesta haber devenido en estado de endeudamiento o insolvencia.
SEGUNDO Como ha tenido ocasión de señalar esta Sección, al conocer de recursos de apelación frente a resoluciones semejantes a ésta, procedentes del mismo Juzgado, como en los autos de 25 de noviembre de 2.009 y de 18 de Marzo y 7 de Junio de 2.010, recaídos en los rollos de apelación números 7.104/09, 1.305/10 y 8.071/09, respectivamente, la exposición de motivos de la Ley Concursal, después de destacar, como características del nuevo procedimiento que regula, su rapidez y simplicidad, indica, a continuación, que "la celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso", y que"contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación ", lo que se recoge, con carácter general, en elartículo 197,2 de dicha ley, conforme al cual "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto ", y, más específicamente, en el caso del concurso voluntario, tanto contra el auto que inadmite a trámite la solicitud(artículo 13.2), como contra el que la desestime(artículo 14.2) sólo cabe recurso de reposición, a diferencia del concurso necesario, en el que contra la desestimación de la solicitud cabe apelación(artículo 20.2).
TERCERO Tal regulación es plenamente lógica, porque la finalidad del concurso es, ante todo, proteger el derecho de los acreedores a cobrar sus deudas, por lo que son éstos los verdaderos perjudicados cuando no se admite la tramitación de una situación de concurso. De ahí que sólo a ellos se le otorgue la posibilidad de recurrir en apelación.
CUARTO Tan claros y categóricos preceptos, no pueden ser ignorados acudiendo, por tratarse de un auto definitivo, que pone fin al procedimiento, alartículo 455,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo de ladisposición final quinta de la Ley Concursal, que remite, como derecho supletorio, a las normas de aquélla, por cuanto que, como indica dicha disposición, tales normas no son sólo aplicables en defecto de disposición específica en la Ley Concursal, que en este caso existe, ni pueden ser dejados de lado tales preceptos con la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que ésta se obtiene con la resolución dictada en primera instancia, ya sea estimatoria o desestimatoria de la solicitud, vulnerando la tutela judicial efectiva la denegación de un recurso cuando el derecho al mismo esté expresamente reconocido en la ley, lo que no es el caso de autos.
QUINTO Derecho al recurso de apelación que tampoco puede ampararse en una interpretación forzada delartículo 197.3 de la Ley Concursal, puesto que si el mismo permite reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo hace sobre el presupuesto de que la haya, dado que, si no la hay, no cabrá tal reproducción, en forma análoga a como elartículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara la irrecurribilidad de los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo, no obstante, reproducir la cuestión cuando se recurre la resolución definitiva, lo que supedita esa posibilidad de reproducción a que haya una resolución definitiva susceptible de apelación, puesto que en caso contrario es obvio que la cuestión debatida no podrá ser reproducida.
SEXTO Así pues, contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso voluntario sólo cabe recurso de reposición, por expresadisposición legal. En consecuencia, el recurso de apelación debió inadmitirse en la primera instancia, si bien, una vez admitido y sustanciado, la causa de inadmisión se convierte, en la alzada, en causa de desestimación de la apelación.
SEPTIMO De entrar en el examen de los motivos del recurso, que estriban en que la solicitante no pudo aportar, dentro del plazo que establece elartículo 13,2 de la Ley Concursal, los documentos que le fueron requeridos, por haber dado a luz un hijo la esposa de su Letrado, habría que llegar a la misma solución del auto que confirmó el que es objeto de la apelación, de inadmisión de la solicitud y consiguiente archivo del

procedimiento, teniendo en cuenta el carácter improrrogable que, conforme a lo dispuesto en elartículo 134 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tienen los plazos procesales, lo que únicamente se puede eludir en supuestos de fuerza mayor, que no es el caso.”: AAP Sevilla (Sección 5) 09.02.2011 (Auto 26/2010; Rollo 5141/2010)

AP Tarragona

“PRIMERO Este recurso de queja se interpone correctamente contra elAuto de 23-4-2008siguiendo a losarts. 494 y 495 LEC. Para la naturaleza de este recurso nos remitimos alATS 11-3-2003 (JUR 2003, 87440), quien señala, siguiendo elart. 495.4 LEC, que no incumbe "al tribunal suplir la falta de alegaciones, ni efectuar una labor indagatoria, de naturaleza inquisitiva, sobre las razones que puedan asistir al litigante y que éste no ha expresado", debiéndose limitar a decidir si mantiene la denegación de la preparación del recurso de apelación o si ordena la continuación de la tramitación.
SEGUNDO En este sentido, los argumentos del recurrente son: 1) que elart. 14.3 LC -que impide la apelación contra la desestimación de concurso voluntario- sólo se puede aplicar, interpretado sistemáticamente con losarts. 14.1 y 14.2 LC, cuando el motivo de la denegación sea la falta de documentación, pero no el resto de supuestos, porque de lo contrario entraría en contradicción con elart. 455.1 LEC que señala que todos los autos definitivos son apelables; también el art. 197.3 LC. 2) Infracción delart. 2 LC: es imposible decretar la conclusión del concurso víaart. 176.1.4 LCsin previa declaración de concurso; 3) inaplicación delart. 14.3 LCporque elAuto inicial de 19-2-2008por el que se desestimó la solicitud de declaración de concurso necesita un previo proceso de declaración en sus afirmaciones (falta de producción de la empresa en los 2 meses anteriores a la solicitud de concurso; que la insolvencia era de hecho desde 2006; que el concurso no se solicita en los 2 meses que requiere elart. 5 LC).
TERCERO La fundamentación esencial para la denegación del recurso de apelación contra la Providencia 2-4-2008 que denegó tener por preparado el recurso de apelación contra elAuto de 19-2-2008en el que se denegaba la declaración de concurso voluntario presentado pro EURASIA GLOBAL SL, Providencia que fue recurrida en reposición y confirmada por elAuto de 23-4-2008, que es el Auto hoy recurrido en queja, es la adecuada aplicación o no delart. 14.3 LC que estipula que no caben más recursos que el de reposición contra las resoluciones que denieguen los concursos voluntarios, sin poder entrar, en este recurso de queja, en más pronunciamientos (art. 495.4 LEC yATS 11-3-2003 (JUR 2003, 87440)).
Pues bien, elart. 14.3 LCseñala literalmente que "Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición", en el artículo rubricado como "Provisión sobre la solicitud del deudor", es decir, en relación a la declaración de concurso voluntario. No parece adecuada la interpretación sistemática que propone el recurrente, dado que el hecho de que haya aportado o no haya aportado el solicitante de concurso voluntario documentación suficiente no es per se la causa de admisión o inadmisión de un concurso, sino que lo es que la documentación aportada muestre si existen los motivos que marca el propioart. 14.1 LCpara declarar el concurso voluntario, el cual remite a las situaciones delart. 2.4 LCy, en general, a la acreditación suficiente de las causas de insolvencia previstas en elart. 2 LC ("u otros que acrediten la insolvencia del deudor"). Además, el propioart. 14.3no parece autolimitarse a una causa de denegación concreta.
Sobre la posible incompatibilidad delart. 14.3 LC y el 455.1 LEC junto al 197.3LC. Tampoco esta opinión puede ser aceptada, en tanto que elart. 197.1 LCseñala la evidente subsidiariedad de la LEC frente a la LC y el propioart. 197.3reitera lo que señala elart. 14.3 LC, añadiendo únicamente que en la más próxima apelación se podrá argumentar lo que se ha dilucidado en la reposición, pero en ningún caso que contra la reposición del 14.3 LC cabe recurso de apelación, lo que no sucede en este proceso.
El resto de argumentos esgrimidos deben ser rechazados a limine, en tanto que no están directamente relaciones sobre la apelabilidad de la resolución en cuestión, único objeto del recurso de queja.
En cualquier caso, comparten la argumentación que aquí se ha esgrimido, losAAP Asturias 5-10-2007, AAP Ciudad Real 12-7-2005 y AAP Lleida 25-4-2005. Esta solución está de acuerdo con la ratio legis que pretende agilizar y limitar la discusión una vez acordada la inadmisión del concurso (AAP Barcelona 17-2-2005 (JUR 2005, 126055) y AAP Madrid 10-10-2005, que aplican este razonamiento y elart. 14.3 LCpor analogía también al concurso necesario).
Compartiendo por lo tanto la resolución recurrida, el recurso de queja debe decaer y debe confirmarse el Auto recurrido.”: AAP Tarragona 08.10.2008 (JUR 2009\38206)

AP Valencia

“SEGUNDO. La recurrente alega que al caso debe tenerse en cuenta el artículo 455 de la Ley Enjuiciamiento Civil, no siendo aplicable el artículo 14 –3 de la Ley Concursal que únicamente es aplicable a los casos en que el Juez haya otorgado plazo para la aportación documental y ésta no se haya aportado, añadiendo que nuestro sistema jurídico prevé el derecho a recurrir en segunda instancia siempre que la resolución a impugnar sea definitiva y ponga fin al procedimiento.
En principio el ámbito de la presente resolución se limita exclusivamente a controlar si el recurso de apelación interpuesto contra el Auto que resolvió negativamente la reposición interpuesta contra el Auto de desestimación del concurso voluntario, estuvo o no correctamente denegado, no entrando este Tribunal a revisar las razones que el Juzgado Primera Instancia de lo Mercantil otorgó para denegar dicho concurso, siendo por ende impertinentes los puntos quinto, sexto y séptimo fijados en el escrito de queja que tienden a refutar los razones jurídicas de fondo del Juez para inadmitir el concurso.

Los argumentos del recurrente persiguiendo la admisión a trámite del recurso de apelación, no pueden aceptarse al no ajustarse a la Ley Concursal que es ley especial frente a la Ley Enjuiciamiento Civil, que juega con carácter supletorio. El artículo 14-3º de la citada Ley es de tal claridad que no deja lugar a dudas, "contra el auto desestimatorio de la solicitud del concurso sólo cabrá recurso de reposición", luego claramente el legislador ha dispuesto no ser susceptible de recurso de apelación, no siendo aceptable la tesis de parte de que tal precepto se ciñe a los casos donde el instante no cumple con el requerimiento documental, pues tal limitación no se establece en el precepto, ni hay base alguna para tal interpretación cuando el enunciado de todo el artículo es "provisión sobre la solicitud del deudor". Resulta evidente que el Juez deniega la declaración del concurso instada por el propio deudor porque de la documentación aportada no se cumplen los requisitos del artículo 2 –4º de la citada Ley y tal decisión sólo es susceptible de recurso de reposición. Por consiguiente establecido expresamente para el supuesto enjuiciado que no cabe recurso de apelación resulta inviable acudir a la Ley Enjuiciamiento Civil para apoyar el acceso a dicho recurso, pues la Ley Procesal en tal punto no es aplicable, con independencia de que se aplique en la forma de sustanciarse los recursos (artículo 197).
No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente porque no existe un derecho absoluto al recurso ni a la doble instancia, pues como se expone en las propias resoluciones del Tribunal Constitucional (de las que se reseñan entre otras nº 3/1983, 37/1995 y 91/1997) no existe norma constitucional que imponga la doble instancia o el derecho a determinados recursos, solamente cuando el legislador ha establecido el acceso al recurso, la parte ostenta el derecho a tal vía impugnativa, integrándose tal derecho dentro de la tutela judicial efectiva, pero cuando el legislador en determinados casos y asuntos por las razones que estima imperiosas no posibilita el acceso al recurso, cono acontece en el presente supuesto respecto al de apelación, dicha ausencia de recurso ante una instancia superior no menoscaba la tutela judicial efectiva, pues en doctrina de dicho Tribunal que vincula a este Tribunal conforme al artículo 5-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el derecho al recurso no nace "ex constitutione" sino que viene supeditado a la postura del legislador expuesta en las leyes procesales y en palabras del Tribunal Constitucional "no existe un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y la real eventualidad de que no exista, a salvo en lo penal": AAP Valencia 05.07.2005 (Rollo 363/2005. Auto nº 363/2005)

"SEGUNDO.- El artículo 14.3 de la Ley Concursal prevé expresamente que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso a instancia del deudor sólo cabra recurso de reposición.
Por su parte, el artículo 197 de la vigente Ley Concursal regula el régimen de los recursos y su tramitación, y dice, a los efectos que ahora nos interesan:
"1. Los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las modificaciones que se indican a continuación y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 64 de esta ley.
2. Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.
3. Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días...."
TERCERO. - En el supuesto que se somete a nuestra decisión no puede prosperar el recurso de queja presentado en atención a las siguientes consideraciones:
1) El ámbito de conocimiento en el Recurso de Queja resulta del contenido de los artículos 494 y 495.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no es otro que la valoración de la correcta o incorrecta denegación de la tramitación del Recurso de Apelación de que trae causa, sin que pueda el Tribunal entrar a valorar el contenido de la resolución sobre la que se intenta la Apelación denegada, ni, en consecuencia, la oportunidad o corrección de la misma, pues ello excede del objeto de la Queja; y esto es lo que en definitiva pretende el recurrente en queja cuando discrepa de las razones por las que el Juez de lo mercantil acuerda la inadmisión de la solicitud del concurso. No podemos, por tanto, hacer valoración alguna en orden a la argumentación expresada por el recurrente respecto de los motivos por lo que considera que fue indebidamente inadmitida a trámite la demanda de concurso voluntario.
2) El auto de 9 de marzo de 2007 – de que trae causa la queja – inadmite a trámite una solicitud de concurso voluntario en la que el magistrado "a quo" amén de cuestionarse la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso – Fundamento Tercero, folio 10 – declara que la finalidad del mismo no es salvaguardar la situación personal y patrimonial del concursado sino procurar la mejor y mayor satisfacción de los acreedores. Tal inadmisión propició que contra el auto de referencia se interpusiera recurso de reposición por los solicitantes, al amparo de lo establecido en el artículo 14.3 de la Ley Concursal - folio 13 de las actuaciones - en el que la parte tuvo la ocasión de argumentar sus discrepancias frente a la inadmisión y puso de manifiesto en sustento de su tesis el principio general de admisibilidad del concurso – que reitera en la queja – en relación con el cumplimiento de los presupuestos necesarios de admisión y específicamente el objetivo de insolvencia, por las razones que ampliamente se exponen en el mismo.
3) En esta situación, y teniendo presente que el auto cuya apelación se pretende es un auto que resuelve un recurso de reposición, entendemos de aplicación la interpretación que del artículo 197 de la Ley Concursal han venido haciendo las Secciones Mercantiles de las Audiencias Provinciales, siendo procedente con carácter previo la cita del Auto de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona en Rollo de apelación 754/2004 relativo al Concurso de Acreedores 4/2004, por cuanto que se resuelve por primera vez sobre la cuestión en los términos que se transcribirán, con previa cita del artículo 14.3 de la LC que prevé expresamente que contra

el auto desestimatorio de la solicitud de concurso a instancia del deudor sólo cabra recurso de reposición, añadiendo seguidamente:
"...El Art. 197.2 LC dispone que contra los autos del Juez del concurso cabe recurso de reposición, siempre que la propia Ley concursal no excluya todo recurso o no se otorgue otro distinto, que es lo que ocurre en el supuesto enjuiciado. Por lo tanto, en este caso, tendremos que aplicar la regla general contenida en el Art. 197.2 LC, y entender que este auto por el que se inadmite la solicitud de concurso es susceptible de recurso de reposición. Esta solución es coherente con la previsión contenida en el Art. 13.2.II LC, según la cual el auto de inadmisión por la no subsanación o justificación de los defectos advertidos, en el plazo concedido por el juez, es susceptible de recurso de reposición. Y el Art. 197.3 LC expresamente niega la posibilidad de interponer recurso de apelación contra los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo únicamente reproducir la cuestión en la apelación más próxima. Esto último no ocurrirá nunca en casos como el presente, pues como la resolución recurrida en reposición es la inadmisión a trámite de la solicitud de concurso, no habrá ninguna posibilidad de posteriores recursos de apelación donde reproducir la cuestión controvertida en la reposición.
A esta misma solución contribuye una interpretación sistemática de la Ley concursal, pues si en caso de inadmisión de concurso a instancia del deudor (voluntario), el art. 14.3 LC sólo admite recurso de reposición, sin que sea posible apelar el auto que resuelve la reposición, en caso de inadmisión de la solicitud de concurso a instancia los demás legitimados distintos del deudor (necesario), en que también cabe recurso de reposición, tiene sentido que tampoco se admita un posterior recurso de apelación."
4) El mismo criterio ha sido seguido por esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia entre otros, en autos de 3 de mayo de 2005, 14 de octubre de 2005 (Pte. Sra. Gaitón Redondo) y 5 de julio de 2005 (Pte. Sr. Caruana Font de Mora) que dice textualmente para un supuesto de denegación de la admisión a trámite de solicitud de concurso voluntario:
"SEGUNDO. La recurrente alega que al caso debe tenerse en cuenta el artículo 455 de la Ley Enjuiciamiento Civil, no siendo aplicable el artículo 14 –3 de la Ley Concursal que únicamente es aplicable a los casos en que el Juez haya otorgado plazo para la aportación documental y ésta no se haya aportado, añadiendo que nuestro sistema jurídico prevé el derecho a recurrir en segunda instancia siempre que la resolución a impugnar sea definitiva y ponga fin al procedimiento.
En principio el ámbito de la presente resolución se limita exclusivamente a controlar si el recurso de apelación interpuesto contra el Auto que resolvió negativamente la reposición interpuesta contra el Auto de desestimación del concurso voluntario, estuvo o no correctamente denegado, no entrando este Tribunal a revisar las razones que el Juzgado Primera Instancia de lo Mercantil otorgó para denegar dicho concurso, siendo por ende impertinentes los puntos quinto, sexto y séptimo fijados en el escrito de queja que tienden a refutar los razones jurídicas de fondo del Juez para inadmitir el concurso.
Los argumentos del recurrente persiguiendo la admisión a trámite del recurso de apelación, no pueden aceptarse al no ajustarse a la Ley Concursal que es ley especial frente a la Ley Enjuiciamiento Civil, que juega con carácter supletorio. El artículo 14-3º de la citada Ley es de tal claridad que no deja lugar a dudas, "contra el auto desestimatorio de la solicitud del concurso sólo cabrá recurso de reposición", luego claramente el legislador ha dispuesto no ser susceptible de recurso de apelación, no siendo aceptable la tesis de parte de que tal precepto se ciñe a los casos donde el instante no cumple con el requerimiento documental, pues tal limitación no se establece en el precepto, ni hay base alguna para tal interpretación cuando el enunciado de todo el artículo es "provisión sobre la solicitud del deudor". Resulta evidente que el Juez deniega la declaración del concurso instada por el propio deudor porque de la documentación aportada no se cumplen los requisitos del artículo 2 –4º de la citada Ley y tal decisión sólo es susceptible de recurso de reposición. Por consiguiente establecido expresamente para el supuesto enjuiciado que no cabe recurso de apelación resulta inviable acudir a la Ley Enjuiciamiento Civil para apoyar el acceso a dicho recurso, pues la Ley Procesal en tal punto no es aplicable, con independencia de que se aplique en la forma de sustanciarse los recursos (artículo 197).
No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente porque no existe un derecho absoluto al recurso ni a la doble instancia, pues como se expone en las propias resoluciones del Tribunal Constitucional (de las que se reseñan entre otras nº 3/1983, 37/1995 y 91/1997) no existe norma constitucional que imponga la doble instancia o el derecho a determinados recursos, solamente cuando el legislador ha establecido el acceso al recurso, la parte ostenta el derecho a tal vía impugnativa, integrándose tal derecho dentro de la tutela judicial efectiva, pero cuando el legislador en determinados casos y asuntos por las razones que estima imperiosas no posibilita el acceso al recurso, cono acontece en el presente supuesto respecto al de apelación, dicha ausencia de recurso ante una instancia superior no menoscaba la tutela judicial efectiva, pues en doctrina de dicho Tribunal que vincula a este Tribunal conforme al artículo 5-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el derecho al recurso no nace "ex constitutione" sino que viene supeditado a la postura del legislador expuesta en las leyes procesales y en palabras del Tribunal Constitucional "no existe un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y la real eventualidad de que no exista, a salvo en lo penal"..
5) Finalmente, la Audiencia Provincial de Madrid en auto de 10 de octubre de 2005 (Pte. Sr. Rodríguez Jackson) declara bien denegada la tramitación del recurso de apelación respecto de la resolución por la que se acordaba no haber lugar a admitir a trámite una solicitud de concurso necesario, por ser sólo posible el recurso de reposición contra la resolución denegatoria.
Por todo ello, y siguiendo el criterio que resulta de las resoluciones precedentemente citadas, no cabe sino la desestimación del recurso de queja." : AAP Valencia 27.09.2007

“SEGUNDO. De entrada es preciso delimitar el ámbito del recurso de queja conforme al artículo 494 y 495 de la Ley Enjuiciamiento Civil; se limita exclusivamente a revisar la decisión del Juzgado de no admitir a trámite un recurso de apelación interpuesto contra una decisión de tal órgano y comprobar si tal decisión es controlable o no por el Tribunal de la alzada. Por tanto es ajeno al marco de tal recurso la decisión de fondo, inadmisión de solicitud de concurso voluntario, sobre al cual el Juzgado deniega la apelación y por tanto esta Sala en este Auto no entrará a dilucidar si se cumplen o no los presupuestos para acoger la solicitud del concurso, tal como pretende la parte recurrente, sino exclusivamente so fue correcta la denegación del trámite de apelación interpuesto contra aquella decisión del juez..
La Sala estima bien denegada la admisión a trámite del recurso de apelación y los argumentos del recurrente sobre tal cuestión no pueden ser compartidos por el Tribunal, pues la razón del Juzgado en la inadmisión del recurso de apelación no se sustenta en el artículo 197 de la Ley Concursal, precepto sobre el que versa el alegato del recurrente, sino en el artículo 14-3 de dicha ley cuyo contenido es claro, diáfano y contundente : “Contra el auto desestimatorio de la solicitud del concurso sólo cabrá recurso de reposición” por lo que resulta indudable que dicha decisión no e s susceptible de apelación, por lo que huelga mayor cometario sin que de manera alguna se infrinja derecho fundamental de la parte al caso de la tutela judicial efectiva (artículo 24 Constitución Española) pues el régimen de recursos legalmente establecido contra los diferentes tipos de resoluciones judiciales es materia que escapa a la capacidad dispositiva de los litigantes, perteneciendo al llamado “ius cogens” y es el propio legislador quien ha limitado a esa concreta clase de decisión judicial su recurso sólo por vía de reposición.
TERCERO. El planteamiento subsidiario del recurso de queja no puede ser acogido. La nulidad de actuaciones conforme al artículo 225 Ley enjuiciamiento civil y 238-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige que exista infracción de una norma procesal esencial y además se haya causado indefensión; al caso no concurre requisito alguno de los dichos pues la parte no se basa en los mismos sino en la apreciación errónea por el Juez a la hora de determinar la concurrencia de los presupuestos del concurso, tema por completo ajeno al marco de la nulidad procesal, no existiendo indefensión alguna.”: AAP Valencia 16.01.2008

“UNICO.-Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones acerca de la cuestión relativa al sistema de recursos frente a la resolución del Juzgado de lo Mercantil que inadmite a trámite el concurso voluntario, para sostener, con arreglo al contenido del artículo 14.3 de la Ley Concursal, que contra el auto indicado sólo es posible la interposición de recurso de reposición, atendido el tenor de la norma citada en relación con el artículo 197 del mismo cuerpo legal.
Así, en el Auto de 14 de octubre de 2005 (Rollo 627/2005. Número 360/05. Pte. Sra. Gaitón Redondo) se desestima un recurso de queja en referencia al auto que inadmite a trámite el concurso, por entender que frente al mismo únicamente cabe recurso de reposición. Por otra parte, y sobre el carácter supletorio del sistema de recursos de la Ley Concursal se pronuncia el Auto de 5 de julio de 2005 (Rollo 363/2005. Auto nº 363/2005. Pte. Sr. Caruana Font de Mora) en el que asimismo se desestima el recurso de queja promovido frente a un auto resolutorio de un recurso de reposición contra el auto de inadmisión de una solicitud de concurso voluntario. Dice la expresada resolución:
“Los argumentos del recurrente persiguiendo la admisión a trámite del recurso de apelación, no pueden aceptarse al no ajustarse a la Ley Concursal que es ley especial frente a la Ley Enjuiciamiento Civil, que juega con carácter supletorio. El artículo 14-3º de la citada Ley es de tal claridad que no deja lugar a dudas, “contra el auto desestimatorio de la solicitud del concurso sólo cabrá recurso de reposición”, luego claramente el legislador ha dispuesto no ser susceptible de recurso de apelación, no siendo aceptable la tesis de parte de que tal precepto se ciñe a los casos donde el instante no cumple con el requerimiento documental, pues tal limitación no se establece en el precepto, ni hay base alguna para tal interpretación cuando el enunciado de todo el artículo es “provisión sobre la solicitud del deudor”. Resulta evidente que el Juez deniega la declaración del concurso instada por el propio deudor porque de la documentación aportada no se cumplen los requisitos del artículo 2 –4º de la citada Ley y tal decisión sólo es susceptible de recurso de reposición. Por consiguiente establecido expresamente para el supuesto enjuiciado que no cabe recurso de apelación resulta inviable acudir a la Ley Enjuiciamiento Civil para apoyar el acceso a dicho recurso, pues la Ley Procesal en tal punto no es aplicable, con independencia de que se aplique en la forma de sustanciarse los recursos (artículo 197).
No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente porque no existe un derecho absoluto al recurso ni a la doble instancia, pues como se expone en las propias resoluciones del Tribunal Constitucional (de las que se reseñan entre otras nº 3/1983, 37/1995 y 91/1997) no existe norma constitucional que imponga la doble instancia o el derecho a determinados recursos, solamente cuando el legislador ha establecido el acceso al recurso, la parte ostenta el derecho a tal vía impugnativa, integrándose tal derecho dentro de la tutela judicial efectiva, pero cuando el legislador en determinados casos y asuntos por las razones que estima imperiosas no posibilita el acceso al recurso, cono acontece en el presente supuesto respecto al de apelación, dicha ausencia de recurso ante una instancia superior no menoscaba la tutela judicial efectiva, pues en doctrina de dicho Tribunal que vincula a este Tribunal conforme al artículo 5-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el derecho al recurso no nace “ex constitutione” sino que viene supeditado a la postura del legislador expuesta en las leyes procesales y en palabras del Tribunal Constitucional “no existe un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y la real eventualidad de que no exista, a salvo en lo penal”.
Siguiendo el criterio expresado, no cabe sino la desestimación del recurso de queja promovido por la representación de DON J.”: AAP Valencia 24.07.2008

AP Zaragoza

“PRIMERO.- Se plantea en queja la cuestión de si es recurrible en apelación el auto dictado por la Juez Mercantil el día 20-1-2011-2-2011 al amparo del art. 14 LC, en el que rechaza la reposición intentada contra al anterior de 27-12-2010, por el que desestimó la solicitud de concurso voluntario instado por Dª Candelaria y D. Felicidad, en razón de que no existía activo realizable.
La juzgadora de primer grado entiende que no cabe tal recurso en el auto de 1-2-2011, que denegó la preparación del recurso de apelación, y en el posterior de 14-2-2011, que desestimó la reposición preparatoria del a queja. La razón de su decisión radica en el 14.3 LC que, para el recurso voluntario, dispone: "contra el auto desestimatorio de la solicitud del concurso sólo cabrá recurso de reposición"
El quejoso sostiene que el auto recurrido en apelación es definitivo, y, por tanto, susceptible de apelación conforme a la norma general contenida en el art 455 LEC, que es precepto que dice vulnerado. A su parecer, el art. 14.3 LC no impide la aplicación del referido precepto, lo que razona del siguiente modo.
"Entendemos que dicho art. 14.3 LC no veda la posibilidad de acudir a apelación en caso de desestimación de la solicitud de concurso voluntario, sino que lo único que hace es recoger el régimen general de recursos del concurso, fijado en el art. 197 LC, que efectivamente fija su propio sistema de recurso, y que en su apartado 3 establece lo siguiente: 'Contra los autos resolutorios de reposición y contra las sentencia dictadas en incidentes concursales premotivos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación mas próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco día
Es decir, que la LC utiliza un sistema de apelación diferido, de tal forma que lasa cuestiones planteadas en reposición se pueden plantear y se resolverán junto con la resolución definitiva del proceso. Y ello para evitar una multitud de apelaciones autónomas que entorpecerían la dinamicidad del concurso".
Asimismo, afirma que la denegación del recurso quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 CE.
SEGUNDO.- Ciertamente la cuestión no es pacífica, y pueden ser encontrados diferentes criterios en las resoluciones de los tribunales.
Coincidimos con el recurrente en que a LC establece su propio sistema de recursos, y que la norma general que establece se contiene en el art. 197 LC que establece un sistema de doble instancia con apelación diferida. En concreto, y para el tema que no ocupa, en sus apartados 2 y 3 dispone:
"2. Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.
3. Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días"
Pero coincidimos asimismo con la juzgadora de primer grado en que junto a tal norma general se halla la especial contenida en el art. 14.3 LC para el concurso voluntario, que ha de prevalecer frente a aquella, y cuya existencia excluye toda posibilidad de acudir la LEC (en concreto, al art. 455 LEC) cono norma supletoria a la que remite la DF 5ª. Conforme a dicho precepto:
"Contra el auto desestimatorio de la solicitud del concurso sólo cabrá recurso de reposición"
La dicción literal del precepto excluye la apelación para el concreto auto que contempla, decisión legislativa que, como ha sido puesto de relieve en alguna resolución judicial (AAP Zaragoza (5ª), nº 502/2005, S/C Tenerife (4), nº 539/2007), no responde a la finalidad que persigue el sistema de recursos establecido en la ley concursal, y que explica su exposición de motivos -evitar las apelaciones autónomas que entorpecen el desarrollo del concurso, a lo que cabe añadir que ponen al tribunal de segunda instancia en la tesitura de decidir sin tener una visión general del problema suscitado-, pues se trata de la decisión inicial.
Es por ello, y por la extrañeza que produce el hecho de que una decisión definitiva tan relevante no sea susceptible de revisión en segunda instancia, por lo que alguna resolución judicial, en vez de limitarse a evidenciar la falta de explicación de la solución legal, ha optado por soluciones imaginativas para interpretar la norma en sentido favorable a la admisibilidad del recurso.
Dos son las vías por las que tal intento se ha producido. Una la representada por el AAP de Las Palmas (4), nº 177/2009, citada en el recurso de queja; la segunda la que acoge el AAP Castellón (3), nº 503/2008. Las dos contemplan, como en el caso del que conocemos, la recurribilidad de un auto que desestima la solicitud de concurso voluntario por falta de activo realizable.
La primera resolución razona que la expresión sólo que contiene el art. 14.3 LC se introdujo en el último momento de la tramitación parlamentaria de la ley sin plena conciencia de que la resolución a la que se refiere dicho apartado es una resolución de fondo que rechaza el recurso por razones no solamente formales sino materiales, por lo que siendo una decisión definitiva debe ser aplicado el art. 455 LEC, ante la imposibilidad de aplicar el sistema de la apelación diferida del art. 197 LC, pues no es posible ninguna apelación más próxima.
La segunda, opta por un razonamiento menos agresivo, y entiende que la limitación de recursos que establece el art. 14.3 LC tan sólo es de aplicar a los autos a que los que expresamente se refiere, esto es aquéllos que deniegan el concurso voluntario porque el juez estime que no resulta la existencia de alguno de los supuestos previstos en el apartado 4 del art. 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor, pero no en aquéllos otros casos en que la desestimación se produce con base a otros razonamientos, cual ocurre, precisamente, por la falta de activo realizable, supuesto al que no alcanza la exclusión legal.
Esta Sala entiende que, pese al esfuerzo que suponen, los argumentos de las dos resoluciones de mención no son de acoger. La primera en tanto que elude la aplicación en sus términos del art. 14.3 LC sobre la base de un

error o inadvertencia del legislador que en el momento actual no puede ser afirmado, pues el legislador ha optado por mantener su criterio en las sucesivas reformas a que fue sometida la LC y no prevé tampoco su modificación en el proyecto actualmente en tramitación, y con base a él acude a la ley procesal supletoria pese a la inexistencia de un vacío legal; la segunda porque establece una diferencia que no se encuentra en el enunciado de la norma.
Por el contrario, es del parecer que la ley es clara y contundente en cuanto excluye el recurso de apelación, y que ha de ser aplicada en sus términos, con independencia de la crítica que merezca, o de la particular sensibilidad jurídica de cada tribunal.
Por lo demás, la privación del recurso en nada afecta al derecho a la tutela judicial efectiva que invocan los recurrentes, pues el derecho a los recursos en los procesos civiles se halla sujeto a su configuración legal, que no necesariamente tiene que contener la doble instancia para todo caso, pues ésta tan sólo es exigida en la jurisdicción penal (STC 3/1983, 37/1995, 91/1997, 258/2000, 6/2001...)
El criterio aquí sostenido es el que acogen las mayoría de las resoluciones judiciales (AAP Sevilla (5), nº 86/2010, Lleida (2), nº 156/2007, Ciudad Real (2) 179/2005, La Rioja, nº 123/2006). Y si bien esta sección no se ha pronunciado todavía sobre la interpretación que haya de ser dada al art. 14.3 LC, sí lo ha hecho ya en relación con el art. 13.2 LC, aunque con reservas, en auto nº 502/2005, y en tal ocasión se ha decantado por entender que dicho precepto, que no excluye como aquél de forma expresa el recurso de apelación, veda el recurso de apelación a la resolución que deniega la admisión de la solicitud del concurso por falta de subsanación de los defectos advertidos en ella, parecer que asimismo es mantenido en AAP S/C Tenerife (4), nº 15/2007 y Madrid (20), nº 238/2005 y (28), nº 42/2009.. ”: AAP Zaragoza (Sección 5) 18.03.2011 (Auto 196/2011; Rollo 148/2011)

2. Cabe apelación cuando se inadmite la solicitud de concurso voluntario por motivos procesales.

AP Vizcaya

“PRIMERO.- Tal como argumenta el recurrente, la única cuestión a resolver en el presente recurso, es la de determinar si el auto de inadmisión de la solicitud de concurso, inadmisión producida por motivos procesales, que no de fondo, resulta o no suceptible de recurso de apelación.
El Juzgador de la instancia, rechazó su admisión en base a lo dispuesto en elart. 14.3 de la Ley Concursal, precepto que el recurrente en queja considera que no resulta aplicable, pues el motivo de inadmisión de la solicitud no está contemplado en dicho precepto.
SEGUNDO.- La resolución de este recurso se debe de realizar partiendo de la base de que, la interpretación de las normas que restringen el acceso a la segunda instancia, debe hacerse de forma restrictiva, de tal forma que sólo deberán resultar de aplicación, si el supuesto contemplado encaja plenamente en la norma que prevé la inadmisión del recurso.
Del examen de lo dispuesto en losart. 13 y 14 de la Ley Concursal, se desprende que la inadmisión de la solicitud de concurso, se puede fundar, tanto en motivos formales (art.13.2), como en motivos materiales o de fondo (art. 14.2).
En ambos casos la Ley prevé expresamente los recursos procedentes.
Sin embargo, resulta obvio que la inadmisión de la solicitud de concurso, además de por esos motivos, puede deberse a motivos procesales de carácter general: falta de competencia, de jurisdicción, falta de legitimación, de capacidad, de representación... y sin embargo la ley nada prevé en este aspecto.
Esa laguna deberá integrarse acudiendo a los preceptos generales, bien elart. 197 Ley Concursal, que puesto que no hay posible apelación posterior permitiría la apelación de la única resolución recaída; o bien a laLEC, que resulta aplicable, con carácter supletorio a la Legislación Concursal, siendo de aplicación el art. 455.1LEC pues nos encontramos ante un auto de carácter definitivo, y que además en el caso de autos, veda toda posibilidad, de presentar una nueva solicitud de concurso.”: Auto AP Vizcaya 05.10.2006 (Sección 4) (JUR 2007/99807)

3. Cabe apelación cuando se trata de resolución sobre el fondo

AP Las Palmas

“SEGUNDO.-Entiende la juez a quo en el auto recurrido que a la vista del tenor literal del art. 14 de la Ley Concursal, contra el auto desestimatorio de la solicitud de declaración de concurso, sólo cabrá recurso de reposición, fundamento en el que se basa para denegar la preparación del recurso de apelación contra el auto que resolvió dicho recurso de reposición en el supuesto de autos.
Esta Sala, la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, se ha pronunciado en un extenso auto, en el que se examinaba la doctrina recaída sobre la cuestión, la jurisprudencia, los elementos de interpretación sistemática y la tramitación parlamentaria de la L.C. y en concreto los antecedentes de la redacción definitiva del art. 14,2 de la Ley Concursal, sobre la procedencia de la interposición del recurso de apelación contra el auto que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el auto de inadmisión a trámite del concurso voluntario en tanto en cuanto dicho auto es un auto definitivo que no sólo impide la continuación del proceso sino que además resuelve de modo definitivo sobre el fondo del asunto. Así, en nuestro auto de 7 de septiembre de 2009 dictado en el rollo de apelación 296/2009, nos expresábamos en los términos siguientes:
"Entiende esta Sala que a pesar de la expresión "sólo" utilizada en el art. 14,3 de la LC no puede desconocerse que el sistema establecido en la LEC. y en la LC es un sistema de proceso de doble instancia, en el que el

legislador no quiere privar del recurso de apelación a las resoluciones interlocutorias sino tan sólo diferirlo para que sea conocida la apelación de dichas resoluciones interlocutorias junto con la apelación de la resolución definitiva del proceso (y en este sentido es totalmente expresiva la exposición de motivos de la LC) y que por ello, pese a la dicción literal del precepto, el hecho de que contra el auto del art. 14,3 quepa recurso de reposición no supone que contra el auto que resuelva dicho recurso de reposición no quepa a su vez recurso de apelación por su naturaleza de auto definitivo. No puede desconocerse ni esa naturaleza, ni que el proceso está configurado como proceso de doble instancia resultando incongruente que sólo una de las resoluciones definitivas que en él se puedan dictar no sea susceptible de apelación (y por ello todas las resoluciones definitivas de fondo que concluyen el concurso son susceptibles de apelación -el auto que desestima el concurso necesario en el art. 20 LC, la sentencia que resuelve el incidente formulado contra el auto de conclusión del concurso en el art. 177,2 LC, la sentencia que declara el cumplimiento del convenio al resolver el incidente de incumplimiento formulado en los dos meses siguientes a la declaración de cumplimiento del mismo por auto en el art. 140 LC, y la sentencia que resuelve la oposición a la conclusión del concurso en el art. 177 LC -).

Razones de lógica y de sistemática jurídica, integrando la interpretación de la norma con los principios generales que rigen el sistema de recursos contra resoluciones interlocutorias y definitivas (y teniendo especialmente a la vista que la redacción que incluye la palabra "solo" se introdujo en el último momento de la tramitación parlamentaria, sin plena conciencia de la diferente naturaleza del auto del art. 13 y del art. 14 y sin percibir que el sistema de recursos del art. 20 LC era el que el Proyecto presentado a las Cortes había establecido contra todos los autos de declaración de concurso, voluntario o necesario, al no existir en aquel momento previsión alguna distinta de la del art. 19 del Proyecto, hoy 20 de la LC), permiten concluir por tanto que siendo la desestimación del concurso en el art. 14,2 LC resolución definitiva de fondo del proceso concursal, el auto que resuelve sobre la solicitud de concurso voluntario es susceptible de recurso de reposición tanto si es desestimatorio de la solicitud por establecerlo el art. 14,3 LC como si es estimatorio de la solicitud -por ser en tal caso un auto de carácter interlocutorio, conforme al art. 197,2 LC -y el que resuelve la reposición desestimando la declaración de concurso debe considerarse susceptible de recurso de apelación por ser resolución definitiva (ex art. 455 LEC aplicable con carácter supletorio, ya que no hay "apelación más próxima"), quedando diferido a su reproducción en la apelación más próxima el recurso de apelación que los interesados en el concurso puedan presentar contra la declaración de concurso voluntario, conforme al régimen general de recursos contra autos interlocutorios establecido en el art. 197,2 LC.

Estas fueron precisamente las razones, aún no expresadas sí deliberadas, por las que esta sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas entró a conocer en el auto de 29 de julio de 2009 (Rollo de apelación 284/2009) del recurso de apelación interpuesto contra un auto del art. 14,2 LC que había desestimado la solicitud de declaración de concurso voluntario por entender que no concurría en el supuesto de autos insolvencia inminente y entender la Sala, contra lo acordado por el Juez a quo, que sí concurría tal género de insolvencia.

Cuestión distinta es la que suscita el auto del art. 13,2 LC (que puede dictarse tanto en concurso voluntario como necesario). Dicho auto, precisamente por carecer de efecto de cosa juzgada material, el legislador quiso en todo momento -y durante todo el curso de la tramitación parlamentaria así se sostiene, y se justifica incluso en la enmienda aprobada que introdujo la admisión del recurso de reposición-que quedara excluido del recurso de apelación. Y ello por la obvia razón de que la solicitud podría reproducirse de nuevo simplemente presentándola en debida forma y con la documentación completa, sin que el auto prejuzgue la concurrencia o no de la situación de insolvencia. Por ello el auto de inadmisión fundado en las causas previstas en el art. 13,2 LC no es recurrible en apelación (sin perjuicio de que si la inadmisión se funda en otras causas -como particularmente sucede en la mayor parte de supuestos que se han planteado sobre insuficiencia de activo, que "anticipa" al momento inicial una causa de conclusión del concurso-, al tener naturaleza de resolución definitiva y no existir "apelación más próxima", sí quepa dicho recurso de apelación y, en caso de ser inadmitido a trámite dicho recurso, quepa el justificado recurso de queja, ya que la exclusión del recurso sólo se prevé y tiene sentido dentro del sistema de recursos establecido si se limita al rechazo por razones de forma o de insuficiencia de documentación exigida). Se adscribe así esta Sala, en este punto, a la línea jurisprudencial apuntada por los autos de la A.P. de de Castellón de 7 de noviembre de 2008 y el de la A.P. de Bizkaia de 5 de octubre de 2006, diferenciando los supuestos en que el auto del art. 13,2 LC se funda únicamente en las causas previstas en el mismo art. 13 y en que el auto se dicte en ese momento procesal pero con fundamento en causas distintas que permiten considerar resolución definitiva con efecto de cosa juzgada material ese auto y abrirle, así, la puerta a la apelación.

En suma, entiende la Sala que el hecho de que el conocimiento de la impugnación de las resoluciones interlocutorias se difiera al de la apelación de la resolución definitiva -en el art. 455 LEC -o al de la apelación más próxima -en el art. 197,2 LC, que ha de ser el de la resolución definitiva si no hubiere otra apelación más próxima-no permite concluir que una enmienda introducida en el último momento de la tramitación parlamentaria y sobre el equívoco de considerar de la misma naturaleza el auto del art. 13 y el art. 14 de la LC pueda desnaturalizar un proceso configurado como de doble instancia excluyendo el recurso de apelación de una sola de las resoluciones definitivas que en dicho proceso pueden adoptarse (convirtiéndolo así para ese solo caso en proceso de única instancia) y que incluso aún si ello resultara posible sería necesario que el legislador fuera consciente de esa quiebra de la naturaleza misma del proceso y de los principios generales, sin que se aprecie esa consciencia sobre estos extremos fundamentales en la enmienda 226 introducida en el dictamen de la Comisión del Senado.

No puede olvidarse además que la desestimación ad límine de las pretensiones afecta de modo directo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24 de la Constitución y que por tanto si

excepcional es el proceso de única instancia, con mayor razón ha de entenderse excepcional la exclusión en el proceso de doble instancia del recurso de apelación contra las inadmisiones ad límine litis. De lo contrario se abocaría, de modo injustificado, al Tribunal Constitucional en recurso de amparo a la función de controlar la totalidad de las resoluciones que inadmitieran a trámite la solicitud de concurso voluntario -lo que no parece ser lo que perseguía el legislador que, a fin de no demorar la tramitación de los concursos, partía de un sistema de declaración automática del concurso voluntario y sólo persiguió privar justificadamente de automatismo a dicha decisión; y que en todas sus enmiendas salvo la difícilmente comprensible que examinamos pretendía la ampliación de los medios de impugnación previstos en el Proyecto de Ley y no su restricción-.
No parece razonable concluir que sea susceptible de apelación la resolución de desestimación ad límine litis de la declaración del concurso (por más que sea voluntario, y más aún en ese caso en que el proyecto partía de que bastaba la voluntad del deudor para declararlo) y sí lo sea la que desestima la declaración del concurso después de haber sometido a contradicción entre las partes la cuestión en un proceso declarativo (el incidente de oposición del deudor a la declaración de concurso necesario), debiéndose, en suma, considerar aplicable el art. 455 de la LEC."
A la vista de dicha doctrina, que se mantiene por esta Sala, no cabe sino estimar el recurso de queja formulado, revocando el auto recurrido de 11 de junio de 2009 y ordenando al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Las Palmas la continuación de la tramitación. ":AAP Las Palmas (Sección 4) 22.02.2010 (Auto 39/2010; Rollo 634/2009)

3.1 Caso de rechazo por falta de activos: cabe apelación

AP Castellón

"PRIMERO El Juez de lo mercantil no tuvo por preparado el recurso de apelación que pretendía interponer, la parte solicitante de la declaración del concurso voluntario, frente al auto que desestimó el recurso de reposición presentado contra el auto que rechazó su solicitud.
Argumenta el Juzgador que la resolución impugnada no es susceptible de recurso de apelación, conforme lo dispone elartículo 14-3 de la Ley Concursal y doctrina uniforme de los órganos de lo mercantil al respecto.
Frente a esta resolución interponen recurso de apelación la representación de D.Valentíny de DªCelestinaen el que alegan que el fundamento para no haber admitido a trámite la solicitud de concurso voluntario por ellos instada ha sido la ausencia de numerario en la familia que permitiera afrontar los gastos mínimos que todo concurso comporta.
Considera que el no haber admitido a trámite el recurso de apelación vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva y que el contenido delartículo 14-3 de la Ley Concursaldebe ser interpretado en consonancia con el espíritu de la totalidad de la Ley, encontrándonos ante un auto definitivo susceptible de apelación.
Añade que la ley prevé la posibilidad de recurrir en apelación el auto de inadmisión, cuando se trate de un concurso necesario, a tenor de lo establecido en suartículo 20, por lo que sería un contrasentido recurrir la inadmisión del concurso cuando lo presenta el acreedor pero no el propio deudor. Cita diferentes resoluciones en apoyo de su pretensión y solicita se declare mal denegada la tramitación del recurso de apelación, ordenando al tribunal de instancia que continúe la tramitación indebidamente denegada.
SEGUNDO Elartículo 14 párrafo tercero de la Ley Concursal es taxativo al disponer que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso solo cabrá recurso de reposición.
En este sentido ha sido interpretado por numerosas sentencias algunas de las cuales cita el Juez mercantil, entre las que se encuentra la de estaSala nº 339 de fecha 23 de junio de 2005.
Pero lo que previamente dispone el párrafo primero de ese precepto es que cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el Juez debe dictar auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulte la existencia de alguno de los hechos previstos en elapartado 4 del artículo 2, y otras que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.
Y es frente a esa valoración que debe realizar el Juzgador de primer grado contra la que no cabe recurso de apelación y si de reposición, pero la misma se refiere la apreciación de sí se ha producido un incumplimiento generalizado de las obligaciones del deudor, de alguna de las que enumera en el citadoartículo 2º apartado 4 de la Ley Concursal, o de otros supuestos en que se acredite la insolvencia del deudor.
En el caso enjuiciado no es esta la valoración que efectúa el Juzgador de primer grado y frente a la que la norma establece como único recurso admisible el de reposición, ya que tal y como expone el recurrente la razón por la que el Juez rechaza la declaración del concurso voluntario en este supuesto es otra, la ausencia de numerario en la familia que permitiese afrontar los gastos mínimos que todo concurso comporta, y éste no es el auto frente al que la norma únicamente permite la interposición del recurso de reposición.
La Exposición de Motivos de laLey 22/2003 de 9 de julio de 2003, Ley Concursal, justifica en la celeridad del procedimiento el sistema de recursos, en los que según expone en principio sólo se admite el recurso de apelación contra Sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso, pero también añade dicha Exposición de Motivos que se elimina la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial o relativos a resoluciones no definitivas.
No encontrándose el supuesto enjuiciado amparado por el contenido delartículo 14-3 de la ya reiterada Ley Concursal, al ser otro el auto dictado al que se refiere ese precepto, ni tampoco estando el supuesto contemplado en elartículo 197 de la misma Ley y tratándose la resolución dictada de un auto definitivo que pone fin al procedimiento (artículo 207-1 de la LEC) entendemos que lo más acorde con el principio de tutela judicial efectiva, es la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de una cuestión no prevista en

laLey Concursal, de acuerdo con el contenido de su disposición final quinta, y determinar que por aplicación delartículo 455-1resulta susceptible la resolución dictada de ser recurrible en apelación.
La Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona ha mantenido un criterio similar al expuesto, pudiendo citar su resolución de fecha 22 de febrero de 2007, en el que en un supuesto similar se inadmitió a trámite una solicitud de concurso voluntario por idéntica causa y en la que resolvía el recurso de apelación que frente a esta resolución se interpuso.
Estimamos en consecuencia el recurso de queja interpuesto, revocando la resolución recurrida en el sentido solicitado.": AAP Castellón (sección 3) 07.11.2008 (JUR 2009\134041)

AP Valencia

"PRIMERO.-La representación procesal de la entidad APA PINTORES SL y APIMUR APLICACIONES DE PINTURA SL, interpone recurso de queja contra la inadmisión del recurso de apelación preparado contra el Auto de 20 de octubre de 2008, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, derivado de la inadmisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso voluntario *[por falta de activos]*. El Auto del mismo Juzgado de 17 de diciembre de 2008 desestimó el recurso de reposición deducido frente a aquella resolución de inadmisión y ello dio lugar a la preparación de recurso de apelación que fue inadmitido, a su vez, por Auto de 9 de enero de 2009, procediéndose a deducir recurso de reposición preparatorio del de queja que se resuelve negativamente por auto de 11 de febrero de 2009.
Alega la recurrente en queja que el Juzgador de Instancia desestima sistemáticamente y "ab initio" las solicitudes de declaración de concurso voluntario por razón de la exigencia de un presupuesto no contemplado por la Ley Concursal en el momento inicial de examen de la solicitud cual es el relativo a la suficiencia de bienes para soportar los gastos derivados de la tramitación del concurso, y en atención a ello argumenta que de no producirse la inadmisión por alguno de los supuestos mencionados en los artículos 13 y 14 de la LC, ha de estarse a las disposiciones generales en orden a la admisibilidad de los recursos y, en particular, a lo dispuesto en el artículo 197 de la LC y 445.1 de la LEC. Alega la recurrente en queja que el sistema de recursos de la Ley Concursal – en lo relativo a la inadmisión del concurso – diferencia dos supuestos entre los cuales no se encuentra el que ahora nos ocupa. A saber, el primero es el contemplado en el artículo 13.2 de la LC referido al hecho de que la documentación aportada adolezca de defectos que no sean subsanados, y el artículo 14 regula la inadmisión del concurso ante la falta de acreditación de la insolvencia. Entiende el recurrente en queja que es a esos dos supuestos exclusivamente a los que viene referida la limitación del sistema de recursos – estrictamente a la reposición – y no a otros casos de inadmisión del concurso, a los que será de aplicación el régimen supletorio de la LEC (art 207 y 455) al no estar excluida la apelación ex artículo 197.2 de la LC. Por lo demás, argumenta, que en los supuestos de inadmisión del concurso necesario está prevista la apelación en el artículo 20.2.3 de la LC de manera que no puede entenderse que el concurso voluntario disponga de un sistema más restrictivo de recursos que el concurso necesario. Añade, finalmente, a modo de resumen que: 1.- el auto resolutorio del recurso de reposición inadmitiendo a trámite el concurso, es Auto definitivo, 2.- que la causa de inadmisión en este caso no está prevista en la Ley Concursal como admite el propio Juzgador de instancia en su resolución, convirtiendo la situación en novedosa y no regulada, a la vez que tal decisión genera indefensión a su representada, 3.- el régimen de recursos establecidos en los artículos 13 y 14 está previsto para causas de inadmisión reguladas y tasadas (falta de documentación y falta de acreditación de la insolvencia) sin omitir el hecho de que, a priori, el concurso necesario tiene mayor margen de recursos. 4.- El régimen del artículo 197 de la LC no regula ni excluye la posibilidad de apelación frente a un auto definitivo de inadmisión por causa no prevista. Es más, lo prevé en el apartado 3, como facultad para reproducir en la apelación más próxima. 5.- Es de aplicación el régimen supletorio de los artículos 207 y 455 de la LEC que permiten la apelación. Termina por suplicar la estimación del recurso de queja, ordenando al Tribunal "a quo" la admisión a trámite del recurso de apelación denegado, con todos los pronunciamientos favorables.
SEGUNDO.-Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas resoluciones anteriores en relación con la cuestión relativa al sistema de recursos frente a los autos de inadmisión del concurso, y en referencia al concurso voluntario, hemos venido a posicionarnos en el sentido de estimar la irrecurribilidad en apelación del Auto que resuelve el recurso de reposición contra el Auto de inadmisión del mismo, a tenor del contenido de los artículos 13 y 14 de la Ley Concursal en relación con el artículo 197 del mismo cuerpo legal, y así recientemente lo hemos declarado en Auto de 23 de febrero de 2009 (Pte. Sra. Gaitón Redondo), supuesto en el que se hacía expresa referencia al hecho de que la resolución de instancia venía fundada en la falta de acreditación de uno de los presupuestos necesarios de toda declaración del concurso (la insolvencia), al que específicamente se refiere el artículo 14 LC.
Ahora bien, en relación con la cuestión específica que se plantea en el presente recurso de queja, las últimas resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales, han venido a examinar si la restricción de acceso a la apelación es o no aplicable a supuestos no expresamente contemplados en la Ley Concursal para la inadmisión a trámite del concurso voluntario - como es el supuesto específico de la insuficiencia de activos – así como al hecho de si es o no posible reproducir ulteriormente la solicitud.
Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de marzo de 2007 destaca – los subrayados son nuestros – en un supuesto en el que no procedía la estimación de la queja por motivarse la inadmisión del concurso en supuesto específicamente contemplado por la Ley, que:
"… la inicial solicitud de concurso voluntario fue desestimada por el Juzgado mercantil por medio de auto de fecha 21 de julio de 2006. El régimen de recursos aplicable a esta resolución, conforme a lo previsto en el art. 197.2 LC dependerá de si existe disposición específica o no. En este caso, el art. 14.3 LC regula expresamente

este supuesto, al disponer que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso a instancia del propio deudor (voluntario) "sólo cabrá recurso de reposición". La propia norma legal prevé expresamente que sólo queda recurso de reposición, por lo que frente al auto que desestima dicho recurso no cabe recurso de apelación.
A esta conclusión llegamos en un razonamiento obiter dicta, en nuestro auto de fecha (RA 754/04), en donde argumentábamos que: " (L)a razón de ser de esta restricción en el régimen de recursos radica en la posibilidad de volver a reproducir la solicitud de concurso una vez subsanado el defecto que motivó su inadmisión". En el presente caso, el instante del concurso puede volver a solicitarlo si aporta con la demanda un inventario que se adecue correctamente a lo previsto en el art. 6.2.3º LC. De hecho, el ámbito de la eficacia de cosa juzgada del auto de desestimación es muy reducido, ciñéndose a lo que fue objeto de decisión, y en concreto a que el inventario aportado con la solicitud era insuficiente."
Dicha resolución se ha de poner en conexión con un Auto anterior de 22 de febrero de 2007 de la misma Sección y Audiencia de Barcelona en el que la Sala se vino a pronunciar – por vía de apelación - sobre la insuficiencia de activos como causa de inadmisión del concurso.
Por su parte, la Audiencia Provincial de Vizcaya, en Auto de 5 de octubre de 2006 declaraba en relación con el sistema de acceso al recurso de apelación frente a la inadmisión del concurso por causa distinta de las contempladas en los artículos 13 y 14 de la Ley que:
"La resolución de este recurso se debe de realizar partiendo de la base de que, la interpretación de las normas que restringen el acceso a la segunda instancia, debe hacerse de forma restrictiva, de tal forma que sólo deberán resultar de aplicación, si el supuesto contemplado encaja plenamente en la norma que prevé la inadmisión del recurso.
Del examen de lo dispuesto en los art. 13 y 14 de la Ley Concursal, se desprende que la inadmisión de la solicitud de concurso, se puede fundar, tanto en motivos formales (art.13.2), como en motivos materiales o de fondo (art. 14.2).
En ambos casos la Ley prevé expresamente los recursos procedentes.
Sin embargo, resulta obvio que la inadmisión de la solicitud de concurso, además de por esos motivos, puede deberse a motivos procesales de carácter general: falta de competencia, de jurisdicción, falta de legitimación, de capacidad, de representación... y sin embargo la ley nada prevé en este aspecto.
Esa laguna deberá integrarse acudiendo a los preceptos generales, bien el art. 197 Ley Concursal, que puesto que no hay posible apelación posterior permitiría la apelación de la única resolución recaída; o bien a la LEC, que resulta aplicable, con carácter supletorio a la Legislación Concursal, siendo de aplicación el art. 455.1 LEC pues nos encontramos ante un auto de carácter definitivo, y que además en el caso de autos, veda toda posibilidad, de presentar una nueva solicitud de concurso.
Por lo expuesto debe acogerse el recurso interpuesto."
Más recientemente, la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) en Auto de 7 de noviembre de 2008 (Sra. Bardón Martínez) declara:
"SEGUNDO.- El artículo 14 párrafo tercero de la Ley Concursal es taxativo al disponer que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso solo cabrá recurso de reposición.
En este sentido ha sido interpretado por numerosas sentencias algunas de las cuales cita el Juez mercantil, entre las que se encuentra la de esta Sala nº 339 de fecha 23 de junio de 2005.
Pero lo que previamente dispone el párrafo primero de ese precepto es que cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el Juez debe dictar auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulte la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, y otras que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.
Y es frente a esa valoración que debe realizar el Juzgador de primer grado contra la que no cabe recurso de apelación y si de reposición, pero la misma se refiere la apreciación de sí se ha producido un incumplimiento generalizado de las obligaciones del deudor, de alguna de las que enumera en el citado artículo 2º apartado 4 de la Ley Concursal, o de otros supuestos en que se acredite la insolvencia del deudor.
En el caso enjuiciado no es esta la valoración que efectúa el Juzgador de primer grado y frente a la que la norma establece como único recurso admisible el de reposición, ya que tal y como expone el recurrente la razón por la que el Juez rechaza la declaración del concurso voluntario en este supuesto es otra, la ausencia de numerario en la familia que permitiese afrontar los gastos mínimos que todo concurso comporta, y éste no es el auto frente al que la norma únicamente permite la interposición del recurso de reposición.
La Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 de 9 de julio de 2003, Ley Concursal, justifica en la celeridad del procedimiento el sistema de recursos, en los que según expone en principio sólo se admite el recurso de apelación contra Sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso, pero también añade dicha Exposición de Motivos que se elimina la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial o relativos a resoluciones no definitivas.
No encontrándose el supuesto enjuiciado amparado por el contenido del artículo 14-3 de la ya reiterada Ley Concursal, al ser otro el auto dictado al que se refiere ese precepto, ni tampoco estando el supuesto contemplado en el artículo 197 de la misma Ley y tratándose la resolución dictada de un auto definitivo que pone fin al procedimiento (artículo 207-1 de la LEC) entendemos que lo más acorde con el principio de tutela judicial efectiva, es la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de una cuestión no prevista en la Ley Concursal, de acuerdo con el contenido de su disposición final quinta, y determinar que por aplicación del artículo 455-1 resulta susceptible la resolución dictada de ser recurrible en apelación.
La Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona ha mantenido un criterio similar al expuesto, pudiendo citar su resolución de fecha 22 de febrero de 2007, en el que en un supuesto similar se inadmitió a

trámite una solicitud de concurso voluntario por idéntica causa y en la que resolvía el recurso de apelación que frente a esta resolución se interpuso.
Estimamos en consecuencia el recurso de queja interpuesto, revocando la resolución recurrida en el sentido solicitado."
Resuelve también sobre la cuestión de fondo la Audiencia Provincial de Alicante en Auto reciente de 21 de enero de 2009, en el que se cita otro anterior de 27 de junio de 2007, lo que determina que ambos supuestos se admitió a trámite el recurso de apelación.
TERCERO.-Teniendo presente cuanto se ha expuesto en el precedente razonamiento jurídico, esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia debe matizar el criterio hasta ahora mantenido en relación con la interpretación de los artículos 13, 14 y 197 de la vigente Ley Concursal, en el sentido apuntado por las resoluciones anteriormente transcritas, y por ello acoger el recurso de queja promovido por la representación de APA PINTORES SL y APIMUR APLICACIONES DE PINTURA SL, sin hacer imposición de costas alguno conforme a lo establecido en el artículo 398 de la LEC.": AAP Valencia 31.03.2009

AP Las Palmas. Doctrina general apelación inadmisión concurso voluntario o necesario

"SEGUNDO.- A la vista de la documentación presentada por la solicitante del concurso, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas concluyó que de ella se desprendía la insuficiencia de activo y que por tal insuficiencia de activo procedía acordar la inadmisión a trámite del concurso, ofreciendo recurso de reposición contra dicha resolución, recurso de reposición que fue desestimado por el auto objeto de apelación (en cuyo pié de recursos se ofrecía al solicitante, expresamente, dicho recurso de apelación). Contra dicho auto se alza la solicitante del concurso, lo que obliga a examinar en primer lugar la cuestión relativa a determinar qué recursos caben contra el auto que resuelve sobre la admisión del concurso.
Entiende la Sala que ello exige en primer lugar una consideración general del sistema de recursos en la LC y su comparación con el de la LEC (de aplicación supletoria conforme a la Disposición Final 5ª de la LC), para abordar a continuación el sistema de recursos, distinguiéndolos en el concurso voluntario y el necesario, así como respecto a los autos de inadmisión a trámite, admisión a trámite, desestimación y estimación con declaración del concurso).
Para la interpretación de la cuestión debe partirse de lo expresado en la exposición de motivos de la Ley Concursal sobre el régimen de recursos establecido en ella, concretamente cuando dice que:
"La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos, en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso, aunque en este recurso puedan volver a plantearse las cuestiones resueltas en reposición o en incidentes concursales durante la fase común o la del convenio. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación"….
"De este modo, en línea con la orientación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se elimina la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial o relativos a resoluciones no definitivas, que actualmente dificultan y dilatan la tramitación de los procedimientos concursales, y se ordena, sin merma de las garantías procesales, un sistema de recursos que obliga a las partes a concentrar y racionalizar sus motivos de disconformidad y facilita su resolución con la necesaria visión de conjunto".
Parece así que el sistema de apelación diferida y de revisión de lo resuelto en recursos de reposición interpuestos contra autos pretende seguir la orientación de la nueva L.E.C. de eliminar recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial *o relativos a resoluciones no definitivas,* y que a sensu contrario se mantiene la regla general de apelación de las resoluciones definitivas (previo incidente concursal o sin él, previo recurso de reposición o sin él). La cuestión que resulta confusa es, dados los términos de los artículos 14,3; 13,2 y 20 de la LC, si es susceptible de ser recurrida en apelación la resolución por la que se inadmite a trámite el concurso –voluntario o necesario- por no haberse subsanado defectos en la documentación (art. 13,2 de la LC) y si es susceptible de ser recurrida en apelación la resolución por la que se desestima la declaración de concurso voluntario (por entender que de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, no resulta acreditada la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del art. 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor –art. 14,3 de la LC-).
Debe también tomarse en consideración que la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal dispone:
"Derecho procesal supletorio.- En lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma.
En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso".
Los primeros estudios doctrinales tras la entrada en vigor de la LC que se plantearon la cuestión (es decir, que no se limitaron a reproducir el texto de los arts. 13,2 y 14,3 de la LC) entendieron de forma mayoritaria que pese a la dicción literal de estos preceptos tanto el auto del art. 13,2 de la LC (dictado tanto en concurso voluntario como en concurso necesario) como el auto del art. 14,3 de la LC (dictado en concurso voluntario) son susceptibles de impugnación en recurso de apelación utilizando en su mayoría la aplicación a estos autos de la previsión del art. 20 de la LC que preveía la interposición del recurso de apelación contra el auto que desestimaba el incidente de oposición a la declaración de concurso necesario, opuesto por el deudor. Así lo entendieron JUANA PULGAR EZQUERRA ("La declaración del concurso de acreedores"), PIA CALDERÓN ("Comentario a la Ley Concursal" dirigido por ROJO y BELTRÁN), JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO (en "Ley Concursal, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios", dirigido por ESPERANZA GALLEGO) CORAL

ARANGÜENA ("Comentarios a la legislación concursal" dirigido por SANCHEZ CALERO-GUILARTE), CORTES DOMÍNGUEZ ("La declaración judicial del concurso", en Revista del Poder Judicial nº XVIII), entre otros.

Sin embargo los jueces especializados en materia mercantil discutieron la cuestión en el I Encuentro de Jueces especialistas en materia mercantil celebrado en Valencia y llegaron a la conclusión contraria, entendiendo que no cabía recurso de apelación contra los autos que resolvieran el recurso de reposición al que se referían los artículos 13,2 y 14,3 de la LC, con apoyo, especialmente, en el tenor literal del artículo 14,3 LC (que textualmente dice "sólo cabrá recurso de reposición") y de los apartados 2, 3 y 4 del art. 197 de la Ley Concursal, en los que no se menciona expresamente a los autos definitivos como susceptibles de ser recurridos en apelación y respecto a los autos resolutorios de recursos de reposición simplemente se dice que "no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en cinco días". Se alega también como argumento de refuerzo que en la tramitación parlamentaria se rechazó la enmienda 428 al art. 13 de la LC presentada por Convergencia y Unió, que pretendía introducir el recurso de apelación. Ello provocó la tendencia jurisprudencial generalizada de inadmisión del recurso de apelación contra las resoluciones previstas en los artículos 13 y 14 de la LC, pese a que el art. 20,2 establecía con claridad que "contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso (auto dictado en el concurso necesario estimando la oposición del deudor a la declaración de concurso) cabrá, en todo caso, recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario", añadiendo que "en tal caso habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento, total o parcial, de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado" y que "si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso, las partes podrán oponerse a las concretas medidas adoptadas mediante recurso de reposición".

Entre la jurisprudencia menor dictada sobre la cuestión, encontramos varios grupos de resoluciones:

6) Autos que entienden que no cabe recurso de apelación contra el auto del art. 14,3 de la LC dictado en concursos voluntarios. Entre ellos pueden citarse el auto del JM de Cádiz de 27 de julio de 2007, Autos de 25 de marzo de 2008 y 24 de abril de 2009 de la A.P. de Huesca, auto de la A.P. de Tarragona de 8 de octubre de 2008, Auto de la A.P de Barcelona de 18 de julio de 2006, Auto de la A.P. de Burgos de 7 de julio de 2006 y Auto de la A.P. de Castellón de 23 de junio de 2005.

7) Autos que entienden que no cabe recurso de apelación tampoco contra el auto del art. 13,2 de la LC ya se dicte en concursos voluntarios ya en concursos necesarios (Auto de 10 de octubre de 2005 de la sección 20 de la A.P. de Madrid, Auto de la A.P. de Palma de Mallorca de 3 de abril de 2009, Auto de la A.P. de Ciudad Real de 25 de julio de 2008, Auto de la A.P. de Santa Cruz de Tenerife de 31 de enero de 2007, Auto de la A.P. de Zaragoza de 26 de septiembre de 2005 –aunque revela sus dudas sobre la interpretación que finalmente sostiene del art. 13,2 de la LC- y Auto de la A.P. de Barcelona de 17 de febrero de 2005)

8) Autos que sin plantearse si procede o no la interposición del recurso de apelación, cuando ya ha sido admitido a trámite, obvian entrar en la cuestión y resuelven sobre el fondo del asunto estimando el recurso de apelación (Auto de 19 de diciembre de 2008 de la A.P. de Logroño, Autos de la A.P. de Barcelona de 17 de junio de 2007 y 3 de abril de 2008, Auto de esta sección 4ª de Las Palmas de 29 de julio de 2009) o desestimándolo (Autos de la A.P. de La Rioja de 10 de marzo de 2009 –en autos de concurso necesario-, de 6 de julio de 2007 y de 22 de marzo de 2007, de la A.P. de Salamanca de 17 de febrero de 2009...), y autos que lo desestiman entendiendo que la causa de inadmisión ha de apreciarse como de desestimación (Auto de la sección 28 de la A.P. de Madrid de 20 de febrero de 2009).

9) Autos que entienden que sí cabe recurso de apelación aplicando subsidiariamente el art. 455,1 de la LEC (Auto de esta sección de la A.P. de Las Palmas de 21 de abril de 2008 y auto de la A.P. de Palma de Mallorca de 3 de abril de 2009)

10) Autos que diferencian los autos de inadmisión a trámite del concurso fundados en las causas previstas en el art. 14 de la LC y los autos de inadmisión a trámite del concurso fundados en otras causas (insuficiencia de activo), como el de la A.P. de Castellón de 7 de noviembre de 2008 y el de la A.P. de Bizkaia de 5 de octubre de 2006 –que incluye también los supuestos del art. 13 LC-).

Pues bien, dado que la redacción de los arts. 13, 14, 20 y 197 de la L.E.C. ha variado sustancialmente durante la tramitación del Proyecto de Ley en las Cortes Generales, se hace imprescindible hacer un somero examen de cómo y cuando adquirieron su redacción definitiva para poder sacar conclusiones sobre la intención del legislador (en la que se funda la interpretación que rechaza la admisión del recurso de apelación contra los autos que resuelvan los recursos de reposición formulados contra los de inadmisión a trámite del concurso prevista en los arts. 13 y 14).

9) En el Proyecto de Ley presentado en el Congreso (BO de las Cortes Generales de 23 de julio de 2002) la redacción propuesta para las cuestiones objeto de análisis era la siguiente:

i. Art. 13 del Pyto: "Provisión sobre la solicitud del deudor. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el Juez *dictará auto declarando el concurso de acreedores".* En suma: nada tendría que recurrir el deudor

puesto que el Juez estaba obligado a declarar el concurso; sin embargo sí podían recurrir los acreedores en un solo efecto esta resolución, *como expresamente se contemplaba en el art. 12 del Pyto*.

ii. Art. 14 del Pyto: preveía para la solicitud de concurso necesario el trámite de oposición del deudor.

iii. En el art. 12 del Pyto se preveía el plazo de subsanación por defectos de solicitud o documentación tras el cual el Juez, si se hubiera subsanado proveería conforme a los artículos 13 y 14 (resolución contra la que se preveía recurso de apelación en un solo efecto, es decir, doble instancia sin efectos suspensivos). Sólo en el caso de inadmisión a trámite por defectos insubsanables o no subsanados "en la solicitud o en la documentación que la acompaña" se establecía que el Juez habría de dictar auto declarando no haber lugar a la admisión de la solicitud, y contra este auto se establecía que no se daría recurso alguno (es decir, el único supuesto de exclusión expresa de apelación).

iv. En el art. 19 del Pyto se preveían los recursos contra el auto que estimara o desestimara la solicitud del concurso en los mismos términos en que se expresa el actual art. 20 LC.

v. El régimen de recursos se comprendía en los artículos 197 a 200 del Pyto, separando los recursos contra providencias y autos (art. 197) y contra sentencias (art. 198), y si bien no se mencionaban los autos definitivos como susceptibles de recurso de apelación y se recogía la mención general de que "contra el auto que resuelva los recursos de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que se pueda reproducir la cuestión en el recurso de apelación que en su caso proceda contra la resolución judicial más inmediata posterior por la que se apruebe o rechace el convenio, anticipado u ordinario, se declare el cumplimiento o el incumplimiento del convenio o se acuerde la conclusión del concurso", lo cierto es que como se concluye a continuación, en los artículos 12 a 14 se preveía expresamente el recurso de apelación contra el auto definitivo.

vi. *En resumen: un sistema de procedimiento de declaración de concurso de doble instancia con apelación sin efectos suspensivos –y sólo excepcionalmente con ellos- en el que todas las resoluciones definitivas de fondo eran susceptibles de recurso de apelación y sólo se excluía de todo recurso el supuesto de inadmisión a trámite por defectos de la solicitud y de documentación (que por su naturaleza no producía efectos de cosa juzgada material).* El mismo sistema establecido en la L.E.C. aunque sin una declaración general de equiparación de los autos definitivos a las sentencias a efectos de recurso de apelación, encontrándose justificada la exclusión de apelación en el único supuesto referido precisamente en que el solicitante (deudor o acreedor) podría ulteriormente presentar nueva solicitud con la documentación completa y sin defectos.

10) En la tramitación en el Congreso se plantearon una gran cantidad de enmiendas (B.O. de Las Cortes Generales de 2 de diciembre de 2002).

i. Entre ellas muchos grupos parlamentarios proponían enmendar los arts. 3 y 13 coincidiendo en que con estas enmiendas "se pretende evitar que la mera solicitud del deudor acarree, de manera automática, la declaración de la situación concursal" y que "el titular del órgano judicial pueda rechazarla en caso de considerar que no concurren los supuestos objetivos del concurso", sin hacer la menor mención al sistema de recursos (enmiendas 46, 53, 123, 129, 160, 166, 192, 198,…). Por su parte el Grupo Socialista introdujo la enmienda 243 al artículo 13 proponiendo que la declaración automática del concurso procediera además de en el caso de solicitud del deudor común en los casos de ejecución infructuosa.

ii. Al art. 12 se propuso la enmienda 107 que pretendía introducir también el recurso de apelación contra inadmisión por no encontrarse completa la solicitud, y la enmienda 242, del grupo socialista, que proponía suprimir la expresión "no cabe recurso alguno" con fundamento en que debía armonizarse con la LEC, en que la limitación del acceso a los recursos va en contra del art. 448, que la inadmisión de recursos determina en la práctica que la parte intente plantear su pretensión revisora por la vía del incidente de nulidad de actuaciones y que si no se habilita cauce para el recurso puede darse la circunstancia de que se vuelva a presentar petición de concurso con el defecto subsanado lo que puede plantear problemas en cuanto al efecto del auto previo de inadmisión, en concreto si tiene efecto de cosa juzgada. Y la enmienda 428 de Convergencia y Unió que proponía introducir un apartado 2 en el art. 13 en el sentido de que "en el supuesto previsto en el apartado anterior cualquier persona que acredite interés legítimo podrá formular

recurso de apelación sin efectos suspensivos". *En suma, ninguna enmienda se presentó pretendiendo la exclusión del recurso de apelación sin efectos suspensivos para el auto del actual art. 14 LC, sino que lo que se pretendía era aclarar sin lugar a duda que sí cabía dicho auto interpuesto por terceros interesados en el concurso voluntario y extender, en su caso, el recurso de apelación también al auto del actual art. 13 LC.*

iii. Todas las enmiendas al art. 19 del Pyto (actualmente art. 20 LC) aceptaban que contra el auto que se dictara declarando o no el concurso, cabía –en cuanto a este solo pronunciamiento- recurso de apelación en un solo efecto.

iv. Por último, la enmienda 571 al art. 197 del Proyecto (de la que proviene la actual redacción del art. 197 LC) que se justificaba, textualmente, en que la redacción propuesta en el proyecto "es en gran parte innecesaria, por coincidir con los actuales artículos 451 y 454 de la L.E.C. y en parte peligrosa por mantener indefinidamente la posibilidad de modificar resoluciones judiciales. Por otra parte, son excesivos los supuestos en que se excluye la posibilidad de recurso". *Es decir, que tampoco se pretendía en ninguna enmienda la restricción de recursos frente al planteamiento hecho en el Proyecto de Ley.*

11) En el Dictamen de la Comisión (B.O. de Las Cortes Generales de 1 de abril de 2003) se proponía añadir al art. 12 un último inciso en el que se sustituía la negación de todo recurso por la previsión expresa de recurso de reposición contra el auto del actual art. 13 LC (*es decir, ampliando, no restringiendo, los recursos contemplados en el Proyecto de Ley).* En el art. 14 se introdujo la valoración del Juez sobre si consideraba acreditada alguna de las formas de insolvencia alegadas por el deudor (como fundamento para no declarar el concurso voluntario, que en el Proyecto se declaraba por la sola solicitud del deudor). En el art. 19 la apelación contra el auto que estimaba o desestimaba la declaración de concurso necesario, respecto al pronunciamiento declarativo se mantenía (retocando el efecto suspensivo que podía acordarse con carácter excepcional, en relación con las medidas cautelares adoptadas y la inclusión del recurso de reposición). Y el art. 197 se redactaba sobre la base de la enmienda número 571.

12) El texto aprobado por el Pleno del Congreso (B.O. de las Cortes Generales de 11 de abril de 2003) modificaba la redacción propuesta en el dictamen de la comisión. En él ya ha pasado el art. 12 del Proyecto inicial a ser el art. 13, incluyéndose en él el inciso "esta resolución será susceptible de recurso de reposición" en lugar de la exclusión de todo recurso contra el auto que rechaza la admisión a trámite por defectos de la solicitud o la documentación, y en el art. 14 se recoge la modificación del art. 13 del Proyecto original (aquél que imponía al Juez la declaración del concurso que solicitara el deudor sin examen de fondo alguno), con el siguiente texto: "Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor el Juez dictará auto declarando el concurso de acreedores si considera acreditada alguna de las formas de insolvencia alegadas por el deudor apreciando para ello el conjunto de circunstancias concurrentes, y, entre otros, los hechos previstos en los ordinales 1º a 4º del apartado 4 del artículo 2". El art. 20 se redacta sobre la base de inicial art. 19 y se sigue manteniendo el recurso de apelación sin efecto suspensivo tanto para la estimación como para la desestimación de la declaración del concurso. Y el 197 sobre la enmienda 571 ya citada.

13) Una vez pasó al Senado es en éste en el que se propusieron las enmiendas que aparentemente distorsionaron el sistema de recursos establecido hasta entonces (sobre la base de la apelación sin efectos suspensivos contra todos los autos definitivos y la previsión de reposición –frente a la originaria privación de recursos- contra el auto de inadmisión por defectos de forma de la solicitud y la documentación adjunta). En efecto, con afán de "**aclarar" se propuso la enmienda 226 al art. 14 (BO de Las Cortes Generales de 9 de mayo de 2003), de la que proviene la redacción actual de los apartados 2 y 3, *introducidos íntegramente por esta enmienda.*** Es en el apartado 3 del art. 14 según esta enmienda en el que se introduce por primera vez que "Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición", distorsionando totalmente el sistema al no percatarse los proponentes de que: 1) El auto del art. 14 no es equiparable al del art. 13 puesto que supone una resolución de fondo y definitiva sobre la concurrencia de la insolvencia alegada –lo que no existe en el art. 13-, y puesto que se refiere a la prueba de la insolvencia y no a los defectos formales de la documentación presentada; 2) Con esta redacción se alteraba completamente el espíritu de la ley desde el proyecto inicial (que partía de la declaración automática del concurso solicitado por el deudor), pasando por todas las enmiendas, aceptadas y rechazadas (todas partiendo de los recursos inicialmente admitidos por el Proyecto y proponiendo siempre su ampliación, no su reducción), convirtiendo el concurso voluntario en un concurso que el Juez a quo en lugar de poder rechazar fundadamente como

rectificación de un sistema de declaración automática, y siempre sometido a recurso de apelación, pasa a, aparentemente, poderlo rechazar por la sola falta de justificación de la insolvencia y previéndose contra su resolución sólo recurso de reposición (con el añadido, sobre el art. 13, de la palabra sólo, que no aparecía en el anterior). Sin embargo, pese a esta aparente exclusión del recurso de apelación, entiende la Sala que el legislador *no pretendía privar de recurso de apelación al auto que resolviera sobre el fondo de la estimación o desestimación del concurso voluntario.* Ello se aprecia en la justificación que se ofrece a esa enmienda, que se refiere a la "naturaleza de la solicitud", cuando se dice que "El apartado propuesto como nuevo 2, se basa en el artículo 13,2, que no debe limitarse al supuestos de defectos formales, sino extenderse, por economía procesal, a la insuficiencia de "justificación" de la insolvencia alegada. El propuesto como nuevo apartado 3 tiende a aclarar el recurso procedente contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso voluntario (como el artículo 20 hace para el necesario). En este caso, *en coherencia con el art. 13,2 y el 197,2, y con la naturaleza de la solicitud, sólo debe admitirse reposición, pero conviene aclararlo* en este artículo. En resumen, se trata de completar el régimen de la solicitud de concurso voluntario, que antes era más simple, al considerarse "confesión" del deudor (artículo 2,3), de estimación judicial automática (artículo 13), y hora, al exigir justificación, debe contener las previsiones necesarias sobre la suficiencia o insuficiencia de la acreditación aportada por el deudor, la desestimación y el recurso procedente. El texto actual es insuficiente e incompleto al no prever las consecuencias que se derivan de la enmienda aceptada en el Congreso sobre necesidad de que el propio deudor justifique su estado de insolvencia, actual o inminente".

14) En el informe de la Ponencia efectuado por el Senado (BO de Las Cortes Generales de 27 de mayo de 2003) se rechazó por mayoría la enmienda 226 del G.P. Convergencia i Unió al art. 14, aceptando el texto remitido por el Congreso de los Diputados.

15) Sin embargo en la Comisión se modificó esta conclusión y se aceptó la enmienda propuesta por Convergencia y Unió, tal como resulta del dictamen publicado en el BO de las Cortes de 4 de junio de 2003.

16) Dictamen aprobado por el Senado (BO de las Cortes Generales de 17 de junio de 2003) que aceptó como redacción definitiva del art. 14 el propuesto por la enmienda 226.

Sobre estos antecedentes, entiende la Sala que:

4) Es indudable que el legislador pretendía –y lo pretendió durante toda la tramitación de la LC, y en todas las enmiendas presentadas, de modo totalmente consciente- que el auto del actual art. 13,2 de la LC fuera considerado un auto de inadmisión sin efectos de cosa juzgada material contra el que no se admitía inicialmente recurso alguno y contra el que ulteriormente se admitió el de reposición.

5) Es también indudable que al legislador le pareció inaceptable la declaración automática de concurso voluntario con la solicitud del deudor y que introdujo la necesidad de un pronunciamiento de fondo sobre la justificación de la insolvencia en el concurso voluntario. Es más dudoso que cuando en el Senado se acepta la enmienda 226 "en coherencia con los arts. 13,2 y 197,2" fuera el legislador consciente de que se trataba de un auto no equiparable al del art. 13,2 LC (que suponía un rechazo del concurso por razones puramente formales, lo que justificaba la exclusión de la apelación), y no equiparable al art. 197,2 LC (que reproduce el texto del art. 454 de la LEC respecto a los recursos que caben contra resoluciones interlocutorias sin que parezca que el legislador sea plenamente consciente de que si la resolución es definitiva y no interlocutoria –como lo es la del art. 14,2 LC- no habría una "apelación más próxima". También el art. 344 LEC establece que contra los autos que resuelven recursos de reposición no cabrá recurso alguno, prevaleciendo sin embargo la previsión del art. 455 de la L.E.C. que admite el recurso de apelación cuando los autos sean, por su naturaleza, definitivos.

6) La cuestión por tanto a dilucidar es si la resolución del art. 14,2 LC es una resolución definitiva del proceso (que entendemos que lo es, al resolver sobre la situación de insolvencia en el momento de la solicitud) y si a pesar de que el art. 197 de la L.C. no menciona los autos definitivos como susceptibles de apelación (como sí lo hace el art. 455 de la LEC, de aplicación supletoria conforme a la DF 5ª de la LC) dichos autos han de considerarse susceptibles de ser recurridos en apelación al prever el art. 197,2 LC (en concordancia con lo dispuesto en el art. 454 de la LEC) que serán susceptibles de impugnación "en la apelación más próxima".

Entiende esta Sala que a pesar de la expresión "sólo" utilizada en el art. 14,3 de la LC no puede desconocerse que el sistema establecido en la LEC. y en la LC es un sistema de proceso de doble instancia, en el que el legislador no quiere privar del recurso de apelación a las resoluciones interlocutorias sino tan sólo diferirlo para que sea conocida la apelación de dichas resoluciones interlocutorias junto con la apelación de la resolución definitiva del proceso (y en este sentido es totalmente expresiva la exposición de motivos de la LC) y que por ello, pese a la dicción literal del precepto, el hecho de que contra el auto del art. 14,3 quepa recurso de reposición no supone que contra el auto que resuelva dicho recurso de reposición no quepa a su vez recurso

de apelación por su naturaleza de auto definitivo. No puede desconocerse ni esa naturaleza, ni que el proceso está configurado como proceso de doble instancia resultando incongruente que sólo una de las resoluciones definitivas que en él se puedan dictar no sea susceptible de apelación (y por ello todas las resoluciones definitivas de fondo que concluyen el concurso son susceptibles de apelación –el auto que desestima el concurso necesario en el art. 20 LC, la sentencia que resuelve el incidente formulado contra el auto de conclusión del concurso en el art. 177,2 LC, la sentencia que declara el cumplimiento del convenio al resolver el incidente de incumplimiento formulado en los dos meses siguientes a la declaración de cumplimiento del mismo por auto en el art. 140 LC, y la sentencia que resuelve la oposición a la conclusión del concurso en el art. 177 LC-).

Razones de lógica y de sistemática jurídica, integrando la interpretación de la norma con los principios generales que rigen el sistema de recursos contra resoluciones interlocutorias y definitivas (y teniendo especialmente a la vista que la redacción que incluye la palabra "solo" se introdujo en el último momento de la tramitación parlamentaria, sin plena conciencia de la diferente naturaleza del auto del art. 13 y del art. 14 y sin percibir que el sistema de recursos del art. 20 LC era el que el Proyecto presentado a las Cortes había establecido contra todos los autos de declaración de concurso, voluntario o necesario, al no existir en aquel momento previsión alguna distinta de la del art. 19 del Proyecto, hoy 20 de la LC), permiten concluir por tanto que siendo la desestimación del concurso en el art. 14,2 LC resolución definitiva de fondo del proceso concursal, el auto que resuelve sobre la solicitud de concurso voluntario es susceptible de recurso de reposición tanto si es desestimatorio de la solicitud por establecerlo el art. 14,3 LC como si es estimatorio de la solicitud –por ser en tal caso un auto de carácter interlocutorio, conforme al art. 197,2 LC- y *el que resuelve la reposición desestimando la declaración de concurso debe considerarse susceptible de recurso de apelación por ser resolución definitiva (ex art. 455 LEC aplicable con carácter supletorio, ya que no hay "apelación más próxima"), quedando diferido a su reproducción en la apelación más próxima el recurso de apelación que los interesados en el concurso puedan presentar contra la declaración de concurso voluntario, conforme al régimen general de recursos contra autos interlocutorios establecido en el art. 197,2 LC.*

Estas fueron precisamente las razones, aún no expresadas sí deliberadas, por las que esta sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas entró a conocer en el auto de 29 de julio de 2009 (Rollo de apelación 284/2009) del recurso de apelación interpuesto contra un auto del art. 14,2 LC que había desestimado la solicitud de declaración de concurso voluntario por entender que no concurría en el supuesto de autos insolvencia inminente y entender la Sala, contra lo acordado por el Juez a quo, que sí concurría tal género de insolvencia.

Cuestión distinta es la que suscita el auto del art. 13,2 LC (que puede dictarse tanto en concurso voluntario como necesario). Dicho auto, precisamente por carecer de efecto de cosa juzgada material, el legislador quiso en todo momento –y durante todo el curso de la tramitación parlamentaria así se sostiene, y se justifica incluso en la enmienda aprobada que introdujo la admisión del recurso de reposición- que quedara excluido del recurso de apelación. Y ello por la obvia razón de que la solicitud podría reproducirse de nuevo simplemente presentándola en debida forma y con la documentación completa, sin que el auto prejuzgue la concurrencia o no de la situación de insolvencia. *Por ello el auto de inadmisión fundado en las causas previstas en el art. 13,2 LC no es recurrible en apelación (sin perjuicio de que si la inadmisión se funda en otras causas –como particularmente sucede en la mayor parte de supuestos que se han planteado sobre insuficiencia de activo, que "anticipa" al momento inicial una causa de conclusión del concurso-, al tener naturaleza de resolución definitiva y no existir "apelación más próxima", sí quepa dicho recurso de apelación y, en caso de ser inadmitido a trámite dicho recurso, quepa el justificado recurso de queja, ya que la exclusión del recurso sólo se prevé y tiene sentido dentro del sistema de recursos establecido si se limita al rechazo por razones de forma o de insuficiencia de documentación exigida).* Se adscribe así esta Sala, en este punto, a la línea jurisprudencial apuntada por los autos de la A.P. de de Castellón de 7 de noviembre de 2008 y el de la A.P. de Bizkaia de 5 de octubre de 2006, diferenciando los supuestos en que el auto del art. 13,2 LC se funda únicamente en las causas previstas en el mismo art. 13 y en que el auto se dicte en ese momento procesal pero con fundamento en causas distintas que permiten considerar resolución definitiva con efecto de cosa juzgada material ese auto y abrirle, así, la puerta a la apelación.

En suma, entiende la Sala que el hecho de que el conocimiento de la impugnación de las resoluciones interlocutorias se difiera al de la apelación de la resolución definitiva –en el art. 455 LEC- o al de la apelación más próxima –en el art. 197,2 LC, que ha de ser el de la resolución definitiva si no hubiere otra apelación más próxima- no permite concluir que una enmienda introducida en el último momento de la tramitación parlamentaria y sobre el equívoco de considerar de la misma naturaleza el auto del art. 13 y el art. 14 de la LC pueda desnaturalizar un proceso configurado como de doble instancia excluyendo el recurso de apelación de una sola de las resoluciones definitivas que en dicho proceso pueden adoptarse (convirtiéndolo así para ese solo caso en proceso de única instancia) y que incluso aún si ello resultara posible sería necesario que el legislador fuera consciente de esa quiebra de la naturaleza misma del proceso y de los principios generales, sin que se aprecie esa consciencia sobre estos extremos fundamentales en la enmienda 226 introducida en el dictamen de la Comisión del Senado.

No puede olvidarse además que la desestimación ad límine de las pretensiones afecta de modo directo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24 de la Constitución y que por tanto si excepcional es el proceso de única instancia, con mayor razón ha de entenderse excepcional la exclusión en el proceso de doble instancia del recurso de apelación contra las inadmisiones ad límine litis. De lo contrario se abocaría, de modo injustificado, al Tribunal Constitucional en recurso de amparo a la función de controlar la totalidad de las resoluciones que inadmitieran a trámite la solicitud de concurso voluntario –lo que no parece ser lo que perseguía el legislador que, a fin de no demorar la tramitación de los concursos, partía de un sistema

de declaración automática del concurso voluntario y sólo persiguió privar justificadamente de automatismo a dicha decisión; y que en todas sus enmiendas salvo la difícilmente comprensible que examinamos pretendía la ampliación de los medios de impugnación previstos en el Proyecto de Ley y no su restricción-.
No parece razonable concluir que sea susceptible de apelación la resolución de desestimación ad límine litis de la declaración del concurso (por más que sea voluntario, y más aún en ese caso en que el proyecto partía de que bastaba la voluntad del deudor para declararlo) y sí lo sea la que desestima la declaración del concurso después de haber sometido a contradicción entre las partes la cuestión en un proceso declarativo (el incidente de oposición del deudor a la declaración de concurso necesario), debiéndose, en suma, considerar aplicable el art. 455 de la LEC.
TERCERO.- En el supuesto que se examina nos encontramos ante un auto dictado en concurso voluntario, en el que la primera resolución que se dicta (sin por tanto ofrecer plazo alguno para subsanación de defectos de documentación) es el auto de 27 de enero de 2008 confirmado por el recurrido en apelación de 19 de febrero de 2009 que inadmite a trámite el concurso por considerar que existe "insuficiencia de activo" con el que satisfacer a los acreedores. Se trata así de un auto que ha de incardinarse no en el art. 13,2 LC (no se dicta inadmitiendo a trámite el concurso por defectos no subsanables o no subsanados de la solicitud presentada y documentación exigida) sino en el art. 14,2 LC, pretendiendo desestimar de modo definitivo la solicitud de declaración de concurso voluntario. En todo caso procede recurso de apelación contra dicho auto tanto si se hubiere dictado tras requerir la subsanación de la documentación presentada como si se dicta, como se ha hecho, sin requerirla, puesto que la razón de desestimación excede las causas previstas en el art. 13,2 LC y supone "anticipar" al momento inicial la resolución prevista en el art. 176,1,4ª de la Ley Concursal.
Sin necesidad de abundar en las múltiples razones que impiden la inadmisión del concurso ad límine litis por insuficiencia de activo, que han sido expuestas en múltiples resoluciones –entre ellas los Autos de la A.P. de Barcelona de 17 de junio de 2007 y 3 de abril de 2008- y, magistralmente de modo que se comparte por la Sala por la profesora PULGAR EZQUERRA en su estudio "La inexistencia o insuficiencia de masa activa en sede de declaración del concurso de acreedores" (en págs. 2007 y siguientes del Tomo III de la obra "Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal", libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde), lo cierto es que en el supuesto que examinamos ni siquiera existe la pretendida insuficiencia de bienes.
El concurso que se solicita, atendiendo lo que se expone en la solicitud y documentación adjunta, en modo alguno carece de masa activa, tan sólo resulta que la masa activa podría ser (en este momento del procedimiento y sin que se haya posibilitado su integración mediante el ejercicio de acciones de reintegración) aparentemente de valor inferior al de la masa pasiva, supuesto en el que habría insolvencia actual y no inminente. Pero existiendo bienes sobre los que seguir la ejecución (nada menos que tres bienes inmuebles) y pluralidad de acreedores es indudable que ha de seguirse y tramitarse el concurso y con el producto de venta de dichos bienes satisfacerse (en caso de que no se apruebe un convenio) los derechos de los acreedores por el orden y con la prelación legalmente establecidos.
Debe pues estimarse el recurso de apelación formulado. Cuestión distinta a la que se plantea en el auto recurrido y en el recurso es que la documentación que se adjunta a la solicitud, como se apunto anteriormente, no se encuentra completa, siendo necesaria una descripción del valor actual de mercado de los bienes (y no el de adquisición o el catastral, que se utilizan en la solicitud), el detalle de las deudas exigibles en la actualidad y los vencimientos previstos para las aún no exigibles (vencimientos futuros de cuotas de préstamos, importes de cada pagaré con expresión de sus vencimientos…) y un plan de viabilidad concreto en lugar de la mención genérica que se hace en la solicitud.
La insuficiencia de documentación permitiría a esta Sala o bien rechazar la solicitud en aplicación de lo dispuesto en el art. 13,2 de la LC, sin posibilidad de recurso alguno pero que permitiría la presentación de nueva solicitud ulterior, o bien dejar abierta al solicitante la posibilidad de subsanar los defectos de su solicitud y completar la documentación presentada conforme a dicho precepto, en plazo de 5 días, lo que entendemos deberá ser acordado por el Juez a quo, competente para la declaración del concurso, que podrá precisar otros defectos que pueda encontrar en la documentación presentada precisados de subsanación (ya que su resolución, en este punto, no es recurrible en apelación, como se ha dicho, por lo que será su criterio el que haya de prevalecer).
Entendiendo más favorable a la tutela judicial efectiva y más beneficioso para el solicitante que se le permita la subsanación de los defectos que presenta la solicitud y documentación presentada, así lo acuerda la Sala, que al estimar el recurso se limita a dejar sin efecto el auto recurrido y a ordenar se continúe la tramitación del concurso voluntario por los trámites previstos en el art. 13 y siguientes de la LC.
CUARTO.- Atendidas las dudas de derecho que suscitaba la cuestión, no se considera procedente hacer especial imposición de las costas causadas en la alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la LEC.": AAP Las Palmas (Sección 4) 07.09.2009 (Rollo 296/2009)

JM-1 Alicante

"Quinto.-Aunque los arts. 13 y 14 LC prevén sólo el recurso de reposición contra el auto que declara no haber lugar al recurso, lo cierto es que ello sólo se establece para los supuestos específicos indicados en dichos preceptos (defecto en la documentación o insuficiencia en la acreditación de la insolvencia). Aquí en cambio la ratio de la inadmisión es distinta, por lo que en aras a facilitar el acceso a los recursos, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), se considera ajustado interpretar que fuera de los casos taxativos del art. 13 y 14 LC, debe ser admisible la apelación, al tratarse la presente resolución de un auto definitivo, por aplicación supletoria del art. 455 LEC a la que se remite el propio art. 197.1 LC ":AJM-1 Alicante 12.09.2008 (Concurso 399/2008)

3.2 Caso de rechazo por falta de pluralidad de acreedores: cabe apelación

JM-1 Alicante

"Quinto.- Aunque los arts. 13 y 14 LC prevén sólo el recurso de reposición contra el auto que declara no haber lugar al recurso, lo cierto es que ello sólo se establece para los supuestos específicos indicados en dichos preceptos (defecto en la documentación o insuficiencia en la acreditación de la insolvencia).
Aquí la ratio de la inadmisión es distinta, por lo que en aras a facilitar el acceso a los recursos, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), se considera ajustado interpretar que fuera de los casos taxativos del art. 13 y 14 LC, debe ser admisible la apelación, al tratarse la presente resolución de un auto definitivo, por aplicación supletoria del art. 455 LEC a la que se remite el propio art. 197.1 LC.": SJM-1 Alicante 22.02.2008 (Concurso 693/2007)

"Cuarto.- Aunque los arts. 13 y 14 LC prevén sólo el recurso de reposición contra el auto que declara no haber lugar al recurso, lo cierto es que ello sólo se establece para los supuestos específicos indicados en dichos preceptos (defecto en la documentación o insuficiencia en la acreditación de la insolvencia).
Aquí la ratio de la inadmisión es distinta, por lo que en aras a facilitar el acceso a los recursos, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), se considera ajustado interpretar que fuera de los casos taxativos del art. 13 y 14 LC, debe ser admisible la apelación, al tratarse la presente resolución de un auto definitivo, por aplicación supletoria del art. 455 LEC a la que se remite el propio art. 197.1 LC ":AJM-1 Alicante 08.07.2008 (Concurso 360/2008)

4. Recurso contra el auto que declara el concurso voluntario

"En cuanto a los recursos contra el auto admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario o declarando el concurso voluntario, puede entenderse que es posible el recurso de reposición por aplicación del art. 197.2 de la Ley Concursal. La previsión que contienen los arts. 13.2 y 14.3 de la Ley Concursal en el sentido de prever el recurso de reposición contra los autos inadmitiendo a trámite las solicitudes de concurso necesario y voluntario entiendo que tienen el sentido de dejar claro que sólo cabe el recurso de reposición, y no el de apelación. Pero ello no quiere decir que pueda realizarse una interpretación *sensu contrario* dejando sin recurso alguno el auto que admite a trámite la solicitud de concurso necesario o que declara el concurso voluntario.
Lógicamente, sólo estará personado quien ha solicitado la declaración de concurso, por lo que no tendrá interés legítimo en recurrir el pronunciamiento favorable a la estimación de su solicitud. Pero sí podría tener interés en recurrir algún pronunciamiento concreto, por ejemplo, que el juez, excepcionalmente, haya acordado la suspensión, y no la intervención, de las facultades patrimoniales del deudor en el concurso voluntario. O puede que haya tenido conocimiento de la solicitud el deudor (en el caso de solicitud de concurso necesario) o un acreedor (en el caso de solicitud de concurso voluntario), y hay que plantearse en ese caso hasta qué punto puede otorgárseles legitimación para recurrir en reposición esa resolución. En el caso de solicitud de concurso voluntario, mientras más se restrinja la posibilidad de que el deudor recurra la resolución admitiendo a trámite la solicitud, más propensión habrá a intentar ampliar el ámbito posible de debate en la vista del incidente de oposición": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

4.1 No cabe apelación

AP Huesca

"PRIMERO El Abogado del Estado, en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, ha recurrido la admisión a trámite del concurso voluntario presentado por la mercantil Meflur Xtreme Tech, SL, así como que no se haya declarado el efecto suspensivo del recurso. Antes de resolver sobre ambas cuestiones es preciso atender a la procedencia del recurso mismo, es decir, a si es o no admisible el recurso de apelación contra el auto de declaración de concurso voluntario, cuestión con la que inicia su oposición la propia concursada.
Esta cuestión ha sido abordada y analizada por esta Sala en su reciente Auto de 25 de marzo de 2008, dictado con ocasión de la declaración de concurso voluntario de la entidad Corporación Grupo Meflur, SL, que ha sido nombrada administradora en la resolución ahora apelada. En el citado Auto decíamos lo siguiente:
A la solicitud de concurso efectuada por el deudor -art. 6 de la Ley Concursal -el juez proveerá -art. 13- conforme a los arts. 14 ó 15. Con esta distinción, según se trate de un concurso voluntario o necesario, la Ley diseña una fase inicial o proceso de admisión diferente, que se traduce en un régimen de recursos diverso, propio de cada uno de ellos. Así, por lo que aquí nos interesa, dispone el art. 14.3 que "contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición". Nada dice, por el contrario, sobre cuál es el recurso procedente frente al auto de admisión, si es que cabe alguno. Ante las dudas que genera la Ley, son tres las posturas procesales adoptadas: a) contra el auto declarando el concurso voluntario no cabe recurso alguno, b) sólo cabe recurso de reposición, con base en el art. 197.2 de la Ley Concursal, y c) cabe

recurso de apelación con base en el art. 20.1 de la Ley Concursal. Posiblemente frente al silencio de la Ley en este punto no quepan ni más ni otras posturas. Ciertamente las tesis doctrinales sobre esta cuestión son contrarias y no hemos encontrado resoluciones en la llamada jurisprudencia menor, que, por el contrario, se encuentra dividida en otro problema que, si bien no es el que nos ocupa, guarda cierta relación. Se trata de si cabe recurso de apelación contra el Auto que resuelve el recurso de reposición frente al Auto desestimatorio de la solicitud de concurso voluntario, por aplicación del art. 20.2 de la Ley Concursal. En contra de la posibilidad de recurso de apelación contra el Auto de inadmisión del concurso voluntario se han mostrado diversas Audiencias Provinciales, como la de Asturias (sección 1ª) el 5 de octubre de 2007 (AC 2007, 2006), la de Santa Cruz de Tenerife el 31 de enero de 2007 (JUR 2007, 155885), la de La Rioja el 28 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 38365), la de Madrid (sección 20) el 10 de octubre de 2005 (AC 2005, 2122), la de Zaragoza (sección 5ª) el 26 de septiembre de 2005 (JUR 2005, 223763), la de Ciudad Real (sección 2ª) el 12 de julio de 2005, la de Valencia el 5 de julio de 2005, la de Castellón de 23 de junio de 2005 (JUR 2005, 203295), la de Lérida (Sección 2ª) el 25 de abril de 2005 (JUR 2005, 172033) y la de Barcelona el 17 de febrero de 2005 (JUR 2005, 118393). La relación entre ambos problemas consiste en si son aplicables las normas sobre recurso del art. 20 de la Ley Concursal.
Sin embargo, seguíamos diciendo en nuestro referido Auto, consideramos que, si bien la Ley no dice nada sobre esta cuestión, resulta clara la decisión de no conceder, al menos, recurso de apelación. El art. 14 contiene una indicación expresa de recurso para la desestimación de la solicitud, luego no cabe pensar en un "olvido" de la indicación de recurso en el caso del auto de admisión. No es posible, por tanto, hablar de laguna legal que deba suplirse por analogía. Incluso la mención de este recurso resulta, si no redundante, al menos innecesaria. En efecto el art. 197 de la Ley Concursal, dentro del Título dedicado a Las normas procesales generales y del sistema de recursos, regula los recursos procedentes y tramitación. Con ese espíritu de generalidad, el núm. 2 dispone que contra los Autos que dicte el Juez sólo cabrá recurso de reposición. De ahí que la mención del art. 14.3 resulte innecesaria y, a la vez, por esta previsión general venga determinado que contra el Auto estimatorio de la solicitud de concurso voluntario sólo quepa recurso de reposición. Sobre todo si se tiene en cuenta que, a renglón seguido, el art. 197.2 dispone "salvo que en esta Ley se excluya todo recurso y se otorgue otro distinto", y ni lo uno ni lo otro sucede. Es decir, que ni prohíbe todo recurso, ni indica otro diferente, ya que no dice nada. Por consiguiente, y como conclusión, contra el Auto que admite a trámite el concurso voluntario no cabe recurso de apelación, de modo que la admisión indebida se convierte en motivo de desestimación.”: AAP Huesca 24.04.2008 (Rollo 115/2007)

AP Oviedo

“PRIMERO Se alza en apelación la "Sociedad de Garantía Recíproca de Asturias" -Asturgar- contra elAuto de fecha 8 octubre 2008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo en el Concurso Abreviado 264/2008 por el que se acuerda declarar el concurso voluntario de las personas físicas DonCarmelo y DoñaCelestina. Alega la apelante en el recurso que los concursados han presentado ante el Juzgado junto con su solicitud una relación de créditos por importe de 977.401,66 euros cuando lo cierto es que ellos eran únicamente los fiadores de tales obligaciones, por lo que teniendo presente el amplio patrimonio de que son titulares no puede reputarse que se encuentren en situación de insolvencia. Se añade a lo anterior que la presentación de la solicitud de concurso constituye una medida destinada únicamente a paralizar las ejecuciones singulares y a forzar a los acreedores a aceptar una quita de sus créditos.
SEGUNDO Tratándose la resolución objeto de impugnación de un auto que declara el concurso voluntario de los deudores, habremos de detenernos primeramente a examinar el régimen de recursos a que está sujeta dicha decisión. A este respecto elart. 14 L.C. únicamente contempla expresamente el supuesto del auto desestimatorio de la solicitud de concurso, contra el que sólo cabrá recurso de reposición, habiendo declarado estaSala en A.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 5-10-2007 (AC 2007, 2004) que en tales casos y tras la resolución del recurso de reposición no cabe apelación. Nada dice en cambio la norma acerca del auto que acuerda la declaración del concurso voluntario, si bien habremos de entender que no resultando viable el recurso devolutivo cuando se trata de una resolución definitiva como es el auto de inadmisión, cuya impugnabilidad por la vía de la apelación sí es reconocida por la norma general contenida en elart. 455 LEC, con mayor razón deberá negarse cuando se trate de una resolución que carece de tal carácter como es el auto de admisión y consiguiente declaración del concurso. Habremos de admitir no obstante la procedencia del recurso de reposición frente a una resolución como la que aquí nos ocupa, pues a ello conduce tanto una equiparación en el trato con el auto de inadmisión como la aplicación del régimen de recursos delart. 197-2 L.C. cuando dispone que "contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto".
Es cierto que el repetidoAuto de 8 octubre 2008 adolecía de una errónea información de recursos al anunciar equivocadamente que dicha resolución era susceptible de recurso de apelación, si bien es sabido que la instrucción de recursos que impone elart. 248-4 L.O.P.J. no integra el contenido decisorio de la resolución notificada ni constituye propiamente un acto del Juez o Tribunal sino que representa una simple información al interesado que por ello mismo no resulta vinculante. Ahora bien, es igualmente cierto que la más reciente doctrina de nuestro Tribunal Constitucional ha declarado, modificando su anterior criterio, que la instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales es susceptible de inducir a error a la parte litigante, error que hay que considerar excusable aún cuando la parte estuviera asistida de letrado habida cuenta la autoridad de que están revestidas las Sentencias judiciales, debiendo por ello y en tales casos posibilitarse la interposición del recuso que era el realmente procedente a pesar de que se formule en momento extemporáneo (STC 241/2006, de 20 julio (RTC 2006, 241), 26/2008, de 11 febrero (RTC 2008, 26), entre

otras). En atención a lo expuesto y teniendo presente que los motivos de inadmisión de un recurso son motivos que llevan a su desestimación (entre otrasSSTS 22-9-97 (RJ 1997, 6609), 9-2-2001 (RJ 2001, 2049), 27-7-2003), procede acordar el rechazo de la presente apelación sin perjuicio de que el Juzgado proceda a otorgar nueva instrucción de recursos informando a las partes de que la resolución de que se trata es susceptible únicamente de recurso de reposición en el plazo de cinco días según arriba se ha señalado.". AAP Oviedo 09.07.2009 (AC 2009/329006; Auto 92/2009; Rollo 178/2009)

AP Barcelona 2011

"1. A través del presente recurso de queja se cuestiona qué recurso cabe frente al auto que declara un concurso de acreedores solicitado a instancia del propio deudor, esto es, un concurso voluntario. El juzgado mercantil entiende que el auto que se pretende recurrir en apelación era el que resolvía previamente un recurso de reposición, y que frente al mismo rige lo previsto en el art. 197.4 LC, que no admite la apelación directa. El auto recurrido expresamente argumenta que no resulta de aplicación el art. 20.2 LC.
Por su parte, el recurso de queja argumenta a favor de la admisibilidad del recurso de apelación por resultar de aplicación el art. 20.2 LC, que aunque se encuentra entre la normativa del concurso necesario, la doctrina entiende que sería de aplicación al concurso voluntario.
2. La Ley Concursal prevé expresamente el régimen de revisión o recursos frente al auto que declara el concurso necesario en su art. 20, y omite cualquier pronunciamiento respecto del auto que declara el concurso voluntario. Frente al auto que estima o desestima la declaración de concurso necesario cabe recurso de apelación, mientras que frente a las medidas concretas acordadas dentro del auto, como puede ser el nombramiento de un administrador concursal o la suspensión del deudor en las facultades de administración y disposición, cabe recurso de reposición. Por su parte, la Ley Concursal omite cualquier referencia expresa al recurso que cabe interponer frente al auto que declara el concurso voluntario. En puridad, esa omisión daría lugar a la aplicación de la regla general contenida en el art. 197.2 LC, que preceptúa en estos casos el recurso de reposición.
Esta disparidad de tratamiento responde a una razón: el recurso de apelación se prevé en un caso en que ha existido un incidente de oposición a la declaración de concurso, lo que sólo puede ocurrir en caso de concurso necesario; si no se prevé para la declaración de concurso voluntario, es porque no cabe la oposición a la declaración y, consiguientemente, la declaración de concurso no se acordará nunca en la resolución de un incidente contradictorio de oposición. Hay que asumir que ésta ha sido la opción del legislador, que no contempla en casos de concurso voluntario que la validez de la declaración pueda quedar pendiente de una apelación. Es indudable que podría haber supuestos de fraude, que exigieran una reconsideración de la decisión a la vista de las alegaciones de los afectados, pero ello sólo se admitirá ante el propio juez del concurso, por vía de reposición.
En consecuencia, confirmamos la inadmisión del recurso de apelación. Aunque la desestimación de este recurso debería llevar consigo la imposición de costas a la parte recurrente en queja, no hacemos tal pronunciamiento en atención a las dudas de hecho que el régimen legal de recursos suscita en este caso. ": AAP Barcelona (Sección 15) 06.07.2011 (Auto 111/2011; Rollo 228/2011)

AP León

"PRIMERO.- El recurso de apelación interpuesto impugna directamente el auto que declara el concurso de Transformados del Bierzo, S.L. Con el recurso de apelación se aporta testimonio de dos resoluciones judiciales cuya admisibilidad, por lo tanto, ha de ser decidida en la presente resolución (artículo 272.2 de la LEC), ya que el traslado a la parte recurrida ya ha tenido lugar al dársele audiencia para contestar al recurso de apelación. En la medida en que, como se indicará a continuación, no cabe admitir el recurso de apelación, ninguna eficacia se puede otorgar a los documentos aportados porque el tribunal de apelación no entrará a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada por la recurrente.
Por igual motivo no entramos a resolver sobre la acumulación de recursos solicitada: al no proceder el recurso de apelación contra el auto que declara el concurso carece de objeto cualquier pretensión de acumulación.
Se plantea por el recurrido, con carácter previo, la inadmisiblidad del recurso de apelación que, además, por afectar a la competencia funcional, podría incluso ser apreciado de oficio (art. 227.2, párrafo segundo de la LEC).
Aunque el artículo 197.1 LC establece una remisión expresa a la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto sólo pretende una integración complementaria de las normas concursales de carácter supletorio, es decir, para caso de que no exista precepto alguno en la Ley Concursal que regule los diversos supuestos que se planteen. Y, precisamente, la determinación de los recursos procedentes contra las resoluciones judiciales dictadas en el concurso, se regulan en los apartados siguientes del artículo 197 antes citado, por lo que la remisión prevista en el apartado 1 se refiere, básicamente -aunque no exclusivamente-, a la sustanciación de los recursos.
En el apartado 3 del artículo 197 de la LC se determinan los recursos procedentes contra las providencias y autos dictados en el concurso: el recurso de reposición -como regla general- o aquél que expresamente se prevea en otras normas de la LC para casos específicos.
El recurso de apelación previsto por el artículo 20.2 de la LC se refiere al auto dictado para resolver sobre la solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier legitimado que la haya presentado, que no sea el propio deudor. En definitiva, se prevé dicho recurso contra el auto que declara el concurso necesario: se admite a trámite la solicitud y se da audiencia al deudor que, si se opone, convierte la petición en contenciosa y se convoca a las partes a la celebración de vista, y el auto que se dicta como consecuencia del contencioso es

susceptible de ser recurrido en apelación. Se trata, en definitiva, de una resolución definitiva que pone fin a una cuestión -digamos- incidental en el seno del concurso, con una fase contradictoria previa. No tendría sentido que después de celebrar una vista, con intervención de las partes, y dictada resolución sobre la controversia, se pudiera pedir reposición ante el propio juez que la dicta. Por el contrario, cuando se trata de concurso voluntario el juez que conoce de la petición formulada resuelve sobre la petición sin más audiencia que la del propio deudor que la presenta, por lo que se debe de estar al régimen ordinario de recursos previsto por el artículo 197.3 y 4 de la LC : se garantiza con ello que el juez del concurso pueda revisar la resolución que dicta con audiencia de aquél legitimado que no intervino ni fue oído para la adopción de la resolución impugnada.
En tal sentido se manifiesta el auto 67/2005 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lleida, de fecha 25 de abril de 2005 : " El Art. 20-2 L.C. dispone que contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud del concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, salvo que únicamente se trate de recurrir alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso en cuyo caso podrá interponerse el de reposición. Tampoco este precepto resulta aplicable porque se refiere a los supuestos de solicitud de concurso necesario, es decir, presentada por cualquier legitimado distinto del deudor, según resulta del tenor de los Arts. 15 y siguientes L.C., dictándose el auto al que se refiere el Art. 20-2 una vez seguido el trámite previsto en los referidos preceptos. En el presente caso es el deudor quien presenta la solicitud de concurso y, por tanto, a tenor de lo previsto en el Art. 14-3 L.C. en relación con el Art. 197-2 contra la resolución que nos ocupa no cabe interponer recurso de apelación, por lo que debió inadmitirse a trámite o no tener por preparado el recurso (Art. 457-4 LEC), y este motivo de inadmisión se torna ahora en motivo de desestimación del recurso de apelación ".
En el mismo sentido indicado el auto nº 92/2009 de la Sección 1ª de la AP de Asturias, de fecha 9 de julio de 2009 : " Tratándose la resolución objeto de impugnación de un auto que declara el concurso voluntario de los deudores, habremos de detenernos primeramente a examinar el régimen de recursos a que está sujeta dicha decisión. A este respecto el art. 14 L.C. únicamente contempla expresamente el supuesto del auto desestimatorio de la solicitud de concurso, contra el que sólo cabrá recurso de reposición, habiendo declarado esta Sala en A.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 5-10-2007 que en tales casos y tras la resolución del recurso de reposición no cabe apelación. Nada dice en cambio la norma acerca del auto que acuerda la declaración del concurso voluntario, si bien habremos de entender que no resultando viable el recurso devolutivo cuando se trata de una resolución definitiva como es el auto de inadmisión, cuya impugnabilidad por la vía de la apelación sí es reconocida por la norma general contenida en elart. 455 LEC, con mayor razón deberá negarse cuando se trate de una resolución que carece de tal carácter como es el auto de admisión y consiguiente declaración del concurso. Habremos de admitir no obstante la procedencia del recurso de reposición frente a una resolución como la que aquí nos ocupa, pues a ello conduce tanto una equiparación en el trato con el auto de inadmisión como la aplicación del régimen de recursos del art. 197-2 L.C. cuando dispone que "contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto". Es cierto que el repetido Auto de 8 octubre 2008 adolecía de una errónea información de recursos al anunciar equivocadamente que dicha resolución era susceptible de recurso de apelación, si bien es sabido que la instrucción de recursos que impone el art. 248-4 L.O.P.J. no integra el contenido decisorio de la resolución notificada ni constituye propiamente un acto del Juez o Tribunal sino que representa una simple información al interesado que por ello mismo no resulta vinculante. Ahora bien, es igualmente cierto que la más reciente doctrina de nuestro Tribunal Constitucional ha declarado, modificando su anterior criterio, que la instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales es susceptible de inducir a error a la parte litigante, error que hay que considerar excusable aún cuando la parte estuviera asistida de letrado habida cuenta la autoridad de que están revestidas las Sentencias judiciales, debiendo por ello y en tales casos posibilitarse la interposición del recuso que era el realmente procedente a pesar de que se formule en momento extemporáneo (STC 241/2006, de 20 julio, 26/2008, de 11 febrero, entre otras). En atención a lo expuesto y teniendo presente que los motivos de inadmisión de un recurso son motivos que llevan a su desestimación (entre otras SSTS 22-9-97, 9-2-2001, 27-7-2003), procede acordar el rechazo de la presente apelación sin perjuicio de que el Juzgado proceda a otorgar nueva instrucción de recursos informando a las partes de que la resolución de que se trata es susceptible únicamente de recurso de reposición en el plazo de cinco días según arriba se ha señalado ".
Y en el mismo sentido se manifiesta también el auto nº 22/2008 de la Sección 1ª de la AP de Huesca, de fecha 24 de abril de 2008 : " Sin embargo, seguíamos diciendo en nuestro referido Auto, consideramos que, si bien la Ley no dice nada sobre esta cuestión, resulta clara la decisión de no conceder, al menos, recurso de apelación. El art. 14 contiene una indicación expresa de recurso para la desestimación de la solicitud, luego no cabe pensar en un "olvido" de la indicación de recurso en el caso del auto de admisión. No es posible, por tanto, hablar de laguna legal que deba suplirse por analogía. Incluso la mención de este recurso resulta, si no redundante, al menos innecesaria. En efecto el art. 197 de la Ley Concursal, dentro del Título dedicado a Las normas procesales generales y del sistema de recursos, regula los recursos procedentes y tramitación. Con ese espíritu de generalidad, el núm. 2 dispone que contra los Autos que dicte el Juez sólo cabrá recurso de reposición. De ahí que la mención del art. 14.3 resulte innecesaria y, a la vez, por esta previsión general venga determinado que contra el Auto estimatorio de la solicitud de concurso voluntario sólo quepa recurso de reposición. Sobre todo si se tiene en cuenta que, a renglón seguido, el art. 197.2 dispone "salvo que en esta Ley se excluya todo recurso y se otorgue otro distinto", y ni lo uno ni lo otro sucede. Es decir, que ni prohíbe todo recurso, ni indica otro diferente, ya que no dice nada. Por consiguiente, y como conclusión, contra el Auto que admite a trámite el concurso voluntario no cabe recurso de apelación, de modo que la admisión indebida se convierte en motivo de desestimación ".

SEGUNDO.-Conforme dispone el artículo 398 de la LEC, en su apartado 1, cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394. Y en el artículo 394.1 se establece que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En este caso hemos de admitir la concurrencia de serias dudas de Derecho en la medida en que en el auto recurrido expresamente se ofrece la posibilidad de interponer recurso de apelación. Y hemos de añadir que, por igual motivo, ha de ser devuelto a la parte recurrente el depósito consignado, ya que aun cuando la inadmisión de un recurso supone su desestimación, en este caso hemos de entender que en caso de inadmisibilidad de un recurso presentado sobre la base de información ofrecida en la resolución judicial no puede entenderse como desestimación y, por lo tanto, ha de ser devuelto el depósito consignado. ": AAP León (Sección 1) 23.11.2011 (Auto 82/2011; Rollo 524/2011)

AP Madrid

"PRIMERO.- La resolución apelada declaró en concurso de acreedores a la sociedad PLAZA DE ESPAÑA SAN FERNANDO S.L.
Se trata de una mercantil participada en un 49 % de su capital por el AYUNTAMIENTO DE SAN FERNANDO DE HENARES en cuyos estatutos (Art. 3) figura como objeto social, con carácter no exclusivo y entre otras finalidades, la actuación en la UE-1, Plaza de España de San Fernando de Henares mediante la realización de políticas de rehabilitación, nueva edificación y adecuación de los espacios públicos y espacios de ocio. El 51 % del capital restante pertenece a particulares que aportaron a la sociedad sus viviendas y locales emplazados en la mencionada unidad de actuación.
Las mercantiles ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. y CORSAN-CORVIAM CONSTRUCCIÓN S.A., invocando su condición de acreedoras de la concursada, interpusieron recurso de apelación contra el auto de declaración de concurso.
Frente a dicho recurso formularon oposición tanto la concursada como el AYUNTAMIENTO DE SAN FERNANDO DE HENARES y Doña Gracia y otros trece.
SEGUNDO.- Como quiera que el examen de la recurribilidad de toda resolución apelada constituye un tipo de control que esta Sala debe acometer de oficio, analizaremos dicha cuestión con carácter previo respecto del estudio de los motivos de impugnación que las apelantes han hecho valer en sus respectivos escritos de interposición.
Hemos razonado en resoluciones precedentes (autos de 9 de diciembre de 2013 y 29 de noviembre de 2014), que la Ley Concursal se rige por un sistema de recursos específico al que ha de atenderse de manera inexcusable cuando se pretende impugnar alguna de las resoluciones del juez del concurso. El artículo 14 de la Ley Concursal, al referirse a la provisión de la solicitud del deudor, únicamente contempla el recurso contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso señalando que, en ese caso, "solo cabrá recurso de reposición". Por otra parte, en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se rechazó expresamente la introducción de un párrafo en el que se admitiera la posibilidad de recurrir en apelación por los acreedores el auto estimatorio de la solicitud de concurso voluntario (enmienda nº 428 del Grupo Parlamentario Catalán). Además, no resultaría posible sostener la admisibilidad del recurso de apelación en el supuesto que aquí nos ocupa acudiendo a la previsión del artículo 20.2 de la Ley Concursal, pues el que prevé este precepto legal lo es contra la estimación o desestimación de una solicitud de concurso de carácter necesario y además la resolución a la que se refiere como apelable sólo cabe dictarla, por regla general, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso necesario y sustanciada la oposición del deudor (artículos 15, 18, 19 y 20 de la Ley Concursal), lo que, evidentemente, no es el caso (estamos ante una solicitud de concurso voluntario que da lugar a una directa declaración por parte del juez). Es por ello que entendemos que la declaración de concurso voluntario no es susceptible de un recurso de apelación directo.
Aun cuando la precedente consideración justificaría, sin más, la desestimación del recurso interpuesto e indebidamente sustanciado, no eludiremos, en el ánimo de ofrecer en materia tan sensible como la que nos ocupa el máximo grado de exhaustividad, la realización de una serie de reflexiones que nos conducen a la convicción de que el recurso no podría prosperar ni siquiera tras un examen del fondo del mismo.": AAP Madrid (Sección 28) 06.04.2015 (Auto 73/2015; Rollo 311/2013)

4.2 Sí cabe apelación

AP Barcelona 2012

"PRIMERO. 1. El recurso de queja plantea la admisibilidad del recurso de apelación, pretendido por un grupo de acreedores que presentaron la solicitud de concurso *necesario* de SPANAIR S.A., contra el auto del juzgado mercantil que declaró el concurso *voluntario* de esta sociedad.
2. Presentadas el mismo día, 30 de enero de 2012, en el Juzgado Decano la solicitud de concurso necesario, por los acreedores, y de concurso voluntario, por la deudora, el auto objeto del recurso de apelación, dictado el 1 de febrero de 2012, priorizó la solicitud de concurso voluntario, que declaró con esta consideración, exponiendo las razones por las que no atendía a la solicitud de concurso necesario.
En el recurso de apelación contra el auto que declara el concurso, los acreedores impugnan:
A) Con carácter principal, la decisión que declara el *"concurso voluntario"* de SPANAIR SA; solicitan la revocación de este pronunciamiento y la retroacción de las actuaciones al día en que el Juzgado Decano

remitió la solicitud de concurso voluntario al Juzgado Mercantil, para que éste acuerde la acumulación de esta solicitud a la de concurso necesario (*ex* art. 15.2 LC, por ser ésta la primera presentada en el tiempo) y dicte auto declarando el concurso necesario.
B) Con carácter subsidiario, impugnan el concreto pronunciamiento del auto que califica como *voluntario* el concurso de SPANAIR S.A., solicitando que, en su lugar, se califique como concurso necesario y, en consecuencia, se acuerde la conversión en concurso necesario, con los pronunciamientos que conlleva y manteniendo las actuaciones llevadas a cabo, si bien con las modificaciones inherentes a la consideración de concurso necesario.
3. Con estos fines, los acreedores formularon recurso de reposición contra el auto de 1 de febrero de 2012, que declaró el concurso voluntario. Posteriormente (por escrito de 14 de marzo de 2012) los mismos recurrentes interpusieron recurso de apelación *ad cautelam* contra el referido auto.
El juez del concurso dictó auto en fecha 12 de abril de 2012 en el que desestimaba el recurso de reposición e inadmitía el recurso de apelación contra ese mismo auto y contra el anterior, por entender que contra el auto estimatorio de la solicitud de concurso voluntario no cabe apelación, sino únicamente reposición, en interpretación conjunta de los arts. 14.2, 20.2 y 197.3 LC.
SEGUNDO. 4. A la hora de determinar el acceso a la apelación, en el ámbito concursal, debe atenderse al objeto o materia que resuelve el auto cuya apelación se pretende, así como al trámite en el que recae. Se trata aquí del auto que declara el concurso voluntario, estimando la solicitud del deudor, pero con un matiz particular, y es que esa solicitud no ha sido la única que podía ser atendida, sino que ha concurrido con la solicitud de concurso necesario por parte de varios acreedores, de tal modo que la resolución judicial ha otorgado una determinada preferencia o prioridad entre varias opciones, que ha conllevado la consideración de concurso voluntario en lugar de necesario. Pero, al fin y al cabo, debemos considerar, a estos efectos, que se trata del auto que declara el concurso voluntario.
5. El régimen general de recursos en el procedimiento concursal está contenido en el art. 197 LC (nos referimos en todas las citas de preceptos a la redacción resultante de la reforma operada por la Ley 38/2011, por ser aplicable a este concurso), cuyo apartado 3 indica que contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso *"sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto";* y conforme al apartado 4 (en la parte que aquí interesa) contra los autos resolutorios de recursos de reposición no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días (añade que a estos efectos se considerará apelación más próxima la que corresponda frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada de convenio).
Este régimen general será aplicable cuando no exista una norma concreta en el articulado de la LC que regule específicamente los recursos que caben contra determinadas resoluciones judiciales.
6. Tratándose del auto que declara el concurso voluntario cabe reconocer un régimen especial de recursos en la propia LC, que no se limita al art. 14.2. Esta norma, al prever que *"contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso* [presentada por el deudor] *sólo cabrá recurso de reposición",* es fragmentaria, al no regular el recurso que cabe contra el auto que declara el concurso voluntario, ni contra alguno de sus pronunciamientos, por parte del deudor o por parte de terceros.
Entendemos que no cabe una interpretación que considere esta norma de forma aislada, como conformadora de todo un sistema de recursos, en el sentido de que excluya todo recurso contra el auto que declara el concurso voluntario, porque esta interpretación, aparte de no estar sustentada por su tenor literal, no tiene sentido desde la perspectiva de un lógico sistema de acceso a los recursos, que no cabe interpretar de forma restrictiva.
Una cosa es que si el juez considera no acreditados los presupuestos para la declaración de concurso y, por ello, desestima la solicitud del deudor, éste sólo pueda interponer recurso de reposición (esto es lo que aquella norma dice), y otra, que no tiene cabida en el mismo precepto, es que contra la decisión de sentido contrario, es decir, contra el auto que declare el concurso voluntario, el deudor no pueda interponer un recurso contra los restantes pronunciamientos del mismo auto, o que los terceros interesados (entre ellos, los acreedores) no puedan plantear su oposición, mediante el pertinente recurso, frente a la decisión de declarar el concurso o contra otros aspectos, pronunciamientos concretos o medidas que acuerde ese mismo auto. Estas posibilidades impugnatorias no están reguladas en el art. 14 pero sí están previstas en los apartados 2, 3 y 4 del art. 20, y debe entenderse que conforman el régimen de recursos contra el auto que declara el concurso voluntario. De este modo adquiere coherencia el sistema, posibilitando que los acreedores puedan combatir la declaración de concurso voluntario de su deudor y que tanto éste como aquéllos puedan recurrir (mediante recurso de reposición) alguno de los restantes pronunciamientos del auto que resuelve sobre la declaración de concurso.
7. Esta interpretación cuenta con apoyo procedente de la literalidad de tales normas: así, ante todo, el primer inciso del apartado 2 señala que contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso (sin limitación al concurso *necesario*) cabrá *"en todo caso"* recurso de apelación.
Regula seguidamente (en el apartado 3) la legitimación para recurrir el auto de declaración de concurso e incluye aquí al *"deudor que no la hubiese solicitado".* Esta previsión se aplica lógicamente al supuesto de solicitud de concurso necesario, de tal modo que el deudor está legitimado para apelar el auto que declara el concurso. Pero también encuentra aplicación en el supuesto de solicitud de concurso voluntario, excluyéndose la legitimación del deudor para apelar el auto que declara su concurso. Por ello, no cabe concluir que tales apartados del art. 20 sólo se aplican al supuesto de solicitud de concurso necesario.
En suma, conforme al art. 20.2, contra el pronunciamiento del auto consistente en la estimación de la solicitud

de concurso voluntario, cabe interponer recurso de apelación, estando legitimada, conforme al apartado 3, cualquier persona que acredite interés legítimo, que sin duda concurre en los acreedores.
TERCERO. 8. Ahora bien; en el caso presente los acreedores no impugnan propiamente la estimación de la solicitud de concurso, sino la calificación de concurso voluntario, pues, sin discutir la concurrencia de los presupuestos determinantes de la declaración de concurso, lo que pretenden es que se declare el concurso con la calificación de necesario (con base la prioridad temporal de su solicitud, *ex* art. 22.1 LC).
Esta calificación o consideración del concurso, como voluntario o necesario, no constituye el pronunciamiento principal del auto (que es propiamente la estimación de la solicitud de concurso) sino un pronunciamiento añadido o secundario, por más que necesario, previsto por el art. 21.1.1º LC.
Y de acuerdo con el art. 20.2, *"si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso",* las partes podrán oponerse mediante recurso de reposición.
Contemplamos aquí ese supuesto, pues, como se ha dicho, el interés impugnatorio de los acreedores no es que se deje sin efecto la declaración de concurso, sino que se califique como necesario. De ahí que hayan interpuesto, y haya sido admitido y resuelto, el recurso de reposición previsto por la norma especial.
9. Entendemos, no obstante, que el art. 20.2, al prever el recurso de reposición, no lo hace en términos excluyentes de la apelación, en el sentido de que sólo cabe recurso de reposición (a diferencia del art. 14.2), de modo que debe atenderse al régimen general para determinar si contra el auto que resuelva ese recurso de reposición cabe apelación. Hay que acudir, por tanto, al art. 197.4 LC, conforme al cual, contra el auto resolutorio del recurso de reposición (dictado en este caso el 12 de abril de 2012) no cabe recurso alguno, pero las partes pueden reproducir la cuestión (de la prioridad de la solicitud de concurso necesario) en la apelación más próxima, que dicho precepto identifica (es decir, mediante el sistema de apelación *diferida*).
Procede por todo ello acoger la petición subsidiaria que se formula en el recurso de queja y declarar que contra el auto de fecha 12 de abril de 2012 cabe interponer la apelación *diferida* que regula el art. 197.4 LC.
Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación": AAP Barcelona (Sección 15) 05.12.2012 (Auto 148/2012; Rollo 349/2012)

Artículo 15. Provisión sobre la solicitud de otro legitimado y acumulación de solicitudes.

Redacción inicial

1. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor, el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.

2. Admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones.

3. Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.

[Nuevo apartado 15.3 introducido por el art. 10-dos del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009), en vigor desde el día 10.04.2009]

Redacción por Ley 38/2011

[Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011).
En vigor desde 12 de octubre 2011 (Disposición final tercera, 2, Ley 38/2011, día siguiente a su publicación en el BOE), siendo aplicable, en cuanto al apartado 15.3, a partir de su entrada en vigor; en cuanto al resto del precepto, siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

1.Cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente.
El deudor y los demás interesados podrán interponer frente a este auto los recursos previstos en el artículo 20.

2.Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor y por un hecho distinto del previsto en el apartado anterior, el juez dictará auto, admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.

Admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones.

Art 15.2.I (antiguo 15.1)

NOTA: Se incluyen las resoluciones que aplican el precedente art. 15.1

1. Cabe recurso de reposición contra al auto de admisión a trámite

"En cuanto a los recursos contra el auto admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario o declarando el concurso voluntario, puede entenderse que es posible el recurso de reposición por aplicación del art. 197.2 de la Ley Concursal. La previsión que contienen los arts. 13.2 y 14.3 de la Ley Concursal en el sentido de prever el recurso de reposición contra los autos inadmitiendo a trámite las solicitudes de concurso necesario y voluntario entiendo que tienen el sentido de dejar claro que sólo cabe el recurso de reposición, y no el de apelación. Pero ello no quiere decir que pueda realizarse una interpretación *sensu contrario* dejando sin recurso alguno el auto que admite a trámite la solicitud de concurso necesario o que declara el concurso voluntario.
Lógicamente, sólo estará personado quien ha solicitado la declaración de concurso, por lo que no tendrá interés legítimo en recurrir el pronunciamiento favorable a la estimación de su solicitud. Pero sí podría tener interés en recurrir algún pronunciamiento concreto, por ejemplo, que el juez, excepcionalmente, haya acordado la suspensión, y no la intervención, de las facultades patrimoniales del deudor en el concurso voluntario. O puede que haya tenido conocimiento de la solicitud el deudor (en el caso de solicitud de concurso necesario) o un acreedor (en el caso de solicitud de concurso voluntario), y hay que plantearse en ese caso hasta qué punto puede otorgárseles legitimación para recurrir en reposición esa resolución.": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

2. Emplazamiento del deudor

2.1 Necesidad de agotar las vías para localizar y emplazar al deudor

AP Barcelona

"PRIMERO.- El recurso de apelación que formula la representación de la solicitante del concurso, la mercantil SEGURIDAD EN LA GESTIÓN S.L, pretende la revocación delauto dictado con fecha 27 de febrero de 2007, por el cual el Juzgado de lo Mercantilarchivó su solicitud para la declaración en concurso necesario de la mercantil ATESOPLAS EL VENDRELL S.L. El Juzgado a quo, en efecto, tras admitir a trámite la solicitud de concurso necesario mediante elauto de fecha 23 de marzo de 2006, al comprobar que las diligencias de emplazamiento de la demandada y de sus gestores resultaron todas negativas, acordó el sobreseimiento ante la existencia de una pluralidad de acreedores y un activo mínimo que garantizara la realidad del concurso. Contra ello se alza la demandante instante del concurso, insistiendo en su petición inicial y argumentando que el Juzgado no puede acudir al sobreseimiento ni archivarlo por inexistencia de bienes, que pueden reintegrados al patrimonio del deudor.
SEGUNDO.- Según elartículo 15 de la LC, cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor, "el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en elartículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse."
El problema es determinar si, habiéndose tratado de emplazar al deudor y no siendo hallado, la declaración del concurso es preceptiva o facultativa. Como ya hemos visto, elartículo 15 de la LCremite para el traslado de la solicitud alartículo 184, que en su séptimoy final apartado establece: "Si no se conociera el domicilio del deudor o el resultado del emplazamiento fuera negativo, el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá realizar las averiguaciones de domicilio previstas en elartículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si el deudor fuera persona física y hubiera fallecido se aplicarán las normas sobre sucesión previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuando se trate de persona jurídica que se encontrara en paradero desconocido el juez podrá dirigirse a los registros públicos para determinar quiénes eran los administradores o apoderados de la entidad al objeto de emplazarla a través de dichas personas. Cuando el juez agotara todas las vías para emplazar al deudor podrá dictar el auto de admisión del concurso con base en los documentos y alegaciones aportadas por los acreedores y las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión."
La LC hace recaer en el solicitante del concurso necesario la carga de probar los hechos en que fundamenta su solicitud, y como dice la Exposición de Motivos de la LC, "... en todo caso, la declaración ha de hacerse con respeto de las garantías procesales del deudor, quien habrá de ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud, basándose en la inexistencia del hecho en que ésta se fundamente o en la de su estado de insolvencia, incumbiéndole en este caso la prueba de su solvencia." No es ésta la sede adecuada para dilucidar si con ello el legislador de 2003 da lugar o no a un garantismo excesivo, poco compatible con la defensa de los derechos de los acreedores, rescatando la discusión habida en el proceso de quiebra, pues parece claro que la LC sólo contempla la declaración del concurso audita parte debitoris, según muestra elartículo 15.

En nuestro caso, sin embargo, no podemos afirmar que toda la diligencia exigible al Juzgado para tratar de localizar y emplazar al deudor haya sido agotada con las diligencias intentadas. Es cierto que elartículo 184.7 LC, como hemos visto, no se pronuncia en términos imperativos, sino más bien facultativos ("...el Juez podrá dictar el auto de admisión del concurso..." - se refiere realmente al auto de declaración, pues la solicitud ya ha sido admitida a trámite). Pero seguidamente se señala que la posibilidad de declarar el concurso sólo se dará cuando se hayan agotado todas las posibilidades de emplazar al deudor, lo que apunta a la necesidad de agotar de oficio todas las vías antes de abordar la cuestión de un auto de declaración de concurso inaudita parte debitoris. De esta forma, aunque consta que cuantos domicilios proporcionados por la parte actora resultaron fallidos, tanto en lo que hace a la sociedad deudora como a su administradora, no se ha librado ni un solo oficio a entidades públicas que pueden sin duda arrojar luz sobre el paradero de una u otra o de ambas, oficios éstos que, de resultar negativos también, sí que permiten afirmar que las vías de emplazamiento han quedado agotadas, abriéndose entonces la discusión sobre si cabe o no, con la información disponible, declarar el concurso. Procede por esta razón la estimación del recurso y la devolución de los autos a estos efectos.": Auto AP Barcelona 18.10.2007 (sección 15) (JUR 2008/33477)

2.2 Declaración de concurso pese a no haber podido ser emplazado. Agotamiento de la diligencia exigible y acreditación de los presupuestos de la declaración

AP Barcelona

"TERCERO.- La segunda cuestión incide en un problema muy distinto, como es saber si, habiéndose tratado de emplazar al deudor y no siendo hallado, la declaración del concurso es preceptiva o facultativa. Como ya hemos visto, el artículo 15 de la LC remite para el traslado de la solicitud al artículo 184, que en su séptimo y final apartado establece: *"Si no se conociera el domicilio del deudor o el resultado del emplazamiento fuera negativo, el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá realizar las averiguaciones de domicilio previstas en el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si el deudor fuera persona física y hubiera fallecido se aplicarán las normas sobre sucesión previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuando se trate de persona jurídica que se encontrara en paradero desconocido el juez podrá dirigirse a los registros públicos para determinar quiénes eran los administradores o apoderados de la entidad al objeto de emplazarla a través de dichas personas. Cuando el juez agotara todas las vías para emplazar al deudor podrá dictar el auto de admisión del concurso con base en los documentos y alegaciones aportadas por los acreedores y las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión."*
En nuestro caso, debemos afirmar que la diligencia exigible al Juzgado para tratar de localizar y emplazar al deudor ha sido cumplida y racionalmente agotada. Se ha acudido al domicilio social de la deudora; al domicilio de quien aparecía como su administrador, Sr. R.; y acreditado que éste dejó de serlo por renuncia al cargo desde diciembre de 2002, se acude al emplazamiento en la persona del nuevo administrador, Sr. V., sin que haya podido lograrse a pesar de acudir hasta a tres domicilios distintos de los que figuran en los archivos de la Seguridad Social.
La LC hace recaer en el solicitante del concurso necesario la carga de probar los hechos en que fundamenta su solicitud, y como dice la Exposición de Motivos de la LC, *"… en todo caso, la declaración ha de hacerse con respeto de las garantías procesales del deudor, quien habrá de ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud, basándose en la inexistencia del hecho en que ésta se fundamente o en la de su estado de insolvencia, incumbiéndole en este caso la prueba de su solvencia."* No es ésta la sede adecuada para dilucidar si con ello el legislador de 2003 da lugar o no a un garantismo excesivo, poco compatible con la defensa de los derechos de los acreedores, rescatando la discusión habida en el proceso de quiebra, pues parece claro que la LC sólo contempla la declaración del concurso audita parte debitoris, según muestra el artículo 15.
Pero si las diligencias de búsqueda del deudor han sido infructuosas, cabe preguntarse si resulta procedente archivar el proceso, como hace el Juzgado a quo (si bien relacionándolo con la insuficiencia de la masa activa, lo que como antes expusimos no es motivo bastante para el archivo aquí recurrido). Los términos en que el precepto se pronuncia no son imperativos, señalando que cuando el juez agotara todas las vías para emplazar al deudor *podrá* dictar el auto de admisión del concurso (se refiere realmente al auto de declaración, pues la solicitud ya ha sido admitida a trámite) con base en los documentos y alegaciones aportadas por los acreedores y las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión. Ello podría apuntar a que la decisión judicial es discrecional y ajustada a las circunstancias del caso concreto, pues la declaración del concurso no viene impuesta. Pero evidentemente el artículo 184.7 no puede interpretarse como abonado a la arbitrariedad: la decisión del Juez del concurso no es discrecional ni arbitraria, sino necesariamente ajustada a la documentación aportada por los acreedores y las averiguaciones practicadas. Como señala el Sr. Magistrado, el Juez procederá a la declaración del concurso si se dan los presupuestos legales para ello.
Sin embargo, se acude como presupuesto a la insuficiencia de la masa activa, que ya hemos descartado como presupuesto ineludible de la declaración. Por tanto, son los documentos que han aportado los acreedores y las averiguaciones realizadas, ya sea de oficio ya sea a instancia de aquéllos, los que permitirán al Juez declarar el concurso o archivar la solicitud.
Como la documentación y prueba que aportan los acreedores, según el artículo 7, sirven para justificar la existencia, naturaleza, vencimiento y situación de su respectivo derecho de crédito, pero no deben extenderse a acreditar en ese momento la insolvencia del deudor (a diferencia del concurso voluntario y el artículo 6), sino a demostrar la existencia de los hechos indicadores de la insolvencia previstos en el artículo 2.4, la declaración del concurso sobre la base de dicho material es sin duda difícil y delicada, dada la injerencia que el concurso declarado tendrá en la esfera patrimonial y personal del deudor, lo que obliga a extremar el rigor en la

apreciación de la concurrencia de un verdadero estado de insolvencia. Es significativo, a este respecto, que la LC haya excluido de la tradicional relación de los llamados hechos de la quiebra a la fuga del quebrado. Este especial rigor proviene de que, a diferencia de las situaciones de allanamiento o no oposición o comparecencia del deudor en el concurso necesario, en las que los artículos 18 y 19 prevén la declaración automática del concurso, en el caso del artículo 184.7 no existe esa automaticidad, pues el consentimiento expreso o tácito del deudor evidentemente no concurre.
Así, resultará más complicado declarar el concurso inaudita parte debitoris si la solicitud la presenta un acreedor fundada en un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, pero se contará con más elementos de juicio si el acreedor ha tratado de acreditar el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general a su patrimonio, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, o el incumplimiento generalizado de sus obligaciones tributarias, de la Seguridad Social y de naturaleza salarial en los tres últimos meses anteriores a la solicitud. En todo caso, excluida la automaticidad de la declaración del concurso, ésta sólo será posible si los datos disponibles justifican el estado de insolvencia del deudor y la legitimación de los acreedores.
CUARTO.- Siendo así, debemos concluir que estos requisitos se dan en la solicitud de los apelantes, que han acreditado sus derechos de créditos, su vigencia y exigibilidad, y han aportado prueba racionalmente bastante sobre la insolvencia de CYASA. En realidad esta insolvencia no ha sido cuestionada y es asumida por el Sr. Magistrado en la resolución recurrida. Con estos mimbres, por tanto, procede declarar el concurso instado por los acreedores demandantes, y proseguir el proceso por el cauce que les propio.": Auto AP Barcelona 14.06.2007 (Sección 15) (Rollo 155/2007)

2.3 No son impedimento ni el ignorado paradero del deudor ni la falta de completa información sobre su activo y pasivo.

AP Barcelona

"PRIMERO. El procedimiento de declaración de concurso necesario de David Gustavo Quispe González fue truncado por la decisión judicial que, en el trámite de emplazamiento para formular oposición (art. 15.1 de la Ley Concursal) y tras constatarse el ignorado paradero del deudor, denegó la forma edictal solicitada y acordó el archivo provisional con notificación a los Mossos d´Esquadra a fin de que pusieran en conocimiento del Juzgado el domicilio del deudor cuando fuere habido, dado que contra el mismo se ha dictado una orden de busca y captura internacional por el tribunal penal. El Juez mercantil fundamentó su decisión en la dificultad de cumplir los trámites concursales si se produce el llamamiento del deudor mediante edictos en los estrados del Juzgado, porque se desconoce el lugar donde ocupar la contabilidad del deudor y se carecerá de información para conocer la masa pasiva, lo que impedirá a la Administración Concursal cumplir sus funciones a la hora de elaborar el informe previsto por el art. 75 LC.
SEGUNDO. Hay debida constancia, en efecto, en el caso que examinamos, del ignorado paradero del deudor, de cuya desaparición u ocultamiento, tras recaudar sumas importantes de dinero en concepto de préstamo procedente de numerosos inversores, ha dado noticia la prensa, y así resulta de la documentación aportada con la demanda, de las diligencias practicadas en el presente procedimiento y de la orden de busca y detención internacional. No obstante hay que decir que por lo menos una parte de la masa pasiva es conocida (los instantes son doce acreedores más otros tres personados con posterioridad; se tiene constancia de otros cuarenta y ocho acreedores querellantes por cantidades defraudadas y se han enumerado varios procedimientos declarativos y ejecutivos en curso contra el deudor) y, por lo que respecta a la masa activa, del Registro de la Propiedad resultan titularidades inmobiliarias actuales y otras anteriores (vendidas en la época de la desaparición del deudor, por lo que parece en julio de 2006) así como de la Oficina Española de Patentes y Marcas, además de las que puedan resultar de otros registros públicos y oficinas o entidades privadas, cuya investigación no pertenece a este estadio procesal. Al margen de esos datos anticipados, no cabe duda que será el órgano competente para elaborar el informe a que se refiere el art. 75 LC el que esté en condiciones de exponer, después de las indagaciones pertinentes, las eventuales dificultades con que se encuentre para llenar el contenido legal del informe y las medidas conducentes para salvarlas.
TERCERO. Lo cierto es los inconvenientes o dificultades en orden a la completa formación de las masas activa y pasiva y a la recopilación de todos los antecedentes e información necesaria para llevar a buen término el procedimiento de concurso pueden surgir igualmente en todos los supuestos de concurso necesario (o incluso voluntario) sea o no conocido el paradero del deudor, ya que éste, aún localizado y emplazado con resultado positivo en un lugar concreto, puede obstaculizar el desenvolvimiento del concurso denegando o impidiendo, activa o pasivamente, la obtención de la información necesaria, complementaria o conveniente, faltando así al deber de colaboración que impone el art. 42 LC. Pero tal conducta o situación, aún cuando pueda vaticinarse desde un principio por la razón que fuere, no ha de impedir la declaración de concurso, si es que concurren los presupuestos legales; más al contrario, pues está legalmente previsto que la falta de colaboración del deudor y su conducta de alzamiento (que en ocasiones conllevará su ocultamiento personal) pueda fundar la declaración de concurso culpable (arts. 164.2.4º y 165.2º LC), lo que implica que el concurso habrá sido declarado.
La Ley, en fin, no erige el ignorado paradero del deudor, su falta de colaboración o la ausencia de completa información sobre su patrimonio y su pasivo, como un impedimento para la declaración y desenvolvimiento del concurso, sin exigir como requisito habilitante de la declaración un emplazamiento en todo caso personal, ni su presencia positiva en el proceso, ni la recopilación *ab initio*, con anterioridad a la declaración, de todos los datos que aseguren el completo contenido legal del informe previsto por el art. 75 LC. Así resulta con claridad

del último inciso del art. 184.7 LC: *"Cuando el juez agotara todas las vías para emplazar al deudor podrá dictar el auto de admisión del concurso con base en los documentos y alegaciones aportadas por los acreedores y las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión"*.
De lo que se concluye que, agotados los medios de averiguación de domicilio previstos en el art. 156 LEC (al que antes alude el citado precepto de la LC), pueda ser culminada la fase de declaración de concurso sin audiencia del deudor.": Auto AP Barcelona (Sección 15) 21.01.2008 (Rollo 580/2007)

2.4 Validez del emplazamiento al administrador vigente en el Registro Mercantil

AP La Coruña

"SEGUNDO.- Antes de entrar a resolver los distintos motivos alegados en el recurso de apelación, el Tribunal considera que es necesario aun cuando de oficio examinar si en el caso procede declarar la nulidad de actuaciones por infracción de normas procesales, habiéndose dado previa audiencia a las partes sobre el posible defecto para que pudieran alegar lo que a su derecho conviniera, ya que su estimación llevaría consigo la retroacción del procedimiento al momento procesal que se causó para subsanar tal defecto, por tanto devendría innecesario entrar a resolver sobre los concretos motivos alegados en el recurso de apelación formulado contra el auto apelado.
Para ello, debemos de partir que se emplazó a la entidad deudora en la persona que conforme al Registro Mercantil figura como administrador único, donArmando, quien presenta escrito ante el Juzgado formulando oposición a la solicitud de concurso de la entidad "Talleres Vigo, S.L.", alegando en primer lugar la inexistencia de representante legal de dicha entidad, aportando una simple fotocopia de unasentencia de fecha 1 de marzo de 2005 dictada por esta Audiencia Provincial, SecciónSexta, de la que no consta su firmeza, que declara la nulidad de la Junta Universal celebrada el día 1 de febrero de 1995 y de los acuerdos tomados en la misma, entre ellos el nombramiento de donArmando, como administrador único de la sociedad, razón por la que alega que "Talleres Vigo, S.L." carece de representación legal. En el auto recurrido así lo admite, reconociendo la ineficacia del emplazamiento de dicha entidad mercantil por carecer actualmente administrador de derecho con cargo vigente. Lo que no podemos aceptar de tal modo por cuanto no consta acreditada la firmeza de dicha sentencia, y lo cierto es que continua vigente la anotación registral como administrador de la sociedad de donArmando, y no podemos, por evidentes razones, estimar desvirtuada la presunción de exactitud registral por la mera manifestación de las partes.": AAP La Coruña (sección 4) 22.03.2007 (JUR 2008/129142)

2.5 Caso singular de emplazamiento por medio del letrado como mandatario verbal

AP Castellón

"TERCERO.-En segundo lugar, el apelante realiza una profusa argumentación acerca de la falta de un correcto emplazamiento al demandado a fin de que pudiera contestar a la demanda presentada en su contra, cosa que en modo alguno entendemos.
El demandado fue correctamente emplazado por medio del letrado que suscribe el propio recurso de apelación que estamos resolviendo, en calidad de mandatario verbal de la mercantil demandada, tal y como él mismo manifestó ante el servicio común de notificaciones (f. 100), el día 27 de septiembre de 2009.
Ciertamente el día siguiente, el propio letrado devuelve el emplazamiento realizado, alegando que no ostentaba representación, ni mandato expreso para recibir dicho emplazamiento.
No obstante ello, no es de recibo el argumento presentado por dicho letrado, por cuanto que el mismo es quien reconoce dicho mandato, tiene en su poder la demanda durante un día, y al día siguiente sorpresivamente manifiesta su falta de poder para recibir el emplazamiento, alegando ahora en alzada que dicha notificación nunca llegó a la demandada.
En caso de ser cierto que no ostentara el mandato verbal, a pesar de haberlo manifestado explícitamente, en el mismo acto en que recogió la demanda debería haberla devuelto sin más y no esperarse un día a fin de estudiar si le interesaba o no recibir dicho emplazamiento.
Con ello no se desprende más que una manifiesta mala fe procesal del letrado que suscribe el recurso de apelación y que recogió el emplazamiento, puesto que según él mismo manifiesta solo quería recoger notificaciones que tuvieran que ver con su comunicación del artículo 5.3 LC.
Pero aún es más reprochable dicha actitud, cuando el mismo letrado se presenta ante los acreedores como representante legal de la empresa (folio 141), lo que denota que obviamente tenía facultades para recoger dicho emplazamiento, siendo la realidad de lo sucedido que no le interesó recibir una demanda y la devolvió.
Al respecto cabe añadir que recoge el emplazamiento en el servicio de notificaciones, por lo que es obvio que la sociedad le dio el mandato para recoger el emplazamiento en cuestión, pues sino en modo alguno podría haberlo recogido.
El apelante hace a la vez mención a diversas sentencias del Tribunal Constitucional, que no son aplicables al caso, de las cuales queremos resaltar la STC 268/2000, que transcribe el propio apelante y que establece como excepción a la vulneración del artículo 24.1 CE que la incomunicación procesal sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso, pese a tener conocimiento por otros medios distintos de su existencia.
Si ponemos en relación dicha sentencia con lo que en el presente asunto ha sucedido, podemos observar que la actitud del demandado ha sido en todo momento la de evitar las comunicaciones, pues sólo hay que ver los intentos de emplazamiento que se han realizado (25-1-2010 (F.63), 3-2-2010 (F.64), 8-4-2010 (F.74), 15-4-

2010 (F.75),10-6-2010 (F.85), 18-6-2010 (F.86), 1-9-2010 (F.98), 23-9-2010 (F.99)) siendo finalmente citado el día 27-9-2010 a raíz del aviso dejado el día 23, y según manifestaciones del propio letrado de la entidad, porque creía que era para algún asunto relacionado con la comunicación del 5.3 LC por él planteada.
Con lo que es un claro ejemplo de intentar ponerse al margen del proceso de una manera no negligente, sino voluntaria e intencionada.
También es destacable lo manifestado por el mencionado letrado respecto a las conclusiones extraídas de las STC 113/2001, respecto a los emplazamientos mediante terceros, cuando dice que "al Juzgado no le hubiera costado ningún trabajo el realizar el emplazamiento directamente en el domicilio social de la empresa a su representante legal Administrador único, porque se daba de este modo cumplimiento a un trámite eminentemente garantista para propiciar el principio de contradicción y de defensa". Manifestación ésta que raya lo permisible puesto que no hay más que ver los intentos de notificación que anteriormente se han mencionado, más aún cuando es en el domicilio social donde finalmente se dejó el aviso, y fue el letrado que con éste acudió a recoger el emplazamiento en cuestión.
No es de recibo que el letrado que recogió la demanda y que la tuvo un día en su poder, siendo mandatario verbal y según el mismo refiere, representante legal de la empresa demandada, no diera conocimiento de la misma a la demandada, siendo además el letrado director de ésta tanto en el presente proceso concursal, como en los autos aperturados a raíz de la comunicación de negociaciones efectuada por el deudor.
Por todo ello entendemos correctamente realizado el emplazamiento y por ello correctamente aplicado el artículo 18 LC en cuanto al allanamiento tácito del deudor, al no haber contestado a la demanda en plazo.”: AAP Castellón (Sección 3) 19.04.2012 (Auto 68/2012; Rollo 583/2011)

3. Inadmisión a trámite por no deducirse ninguno de los hechos del art. 2.4

JM-2 Madrid

“PRIMERO.- En el presente caso, que por Avalatransa, SA se solicita la declaración de concurso necesario de Nozar, SA y Lena Construcciones, SL, considerando en dicho escrito de solicitud de concurso de dichas entidades que existe en ambas, y digo y refiero así dicha expresión ya que ante la falta de diferenciación de patrimonios entre una y otra entidad, y de hecho ante la falta de aportación documental referida a Lena SL, deben ser consideradas a partir de este momento como un todo sin que sea posible por tanto la diferenciación entre ambos patrimonios, basando la instante por tanto dicha solicitud en la titularidad de un derecho de crédito frente a las mismas por importe de 312.621,09 euros, habiéndose intentado el cobro por Avalatransa a través de reclamaciones efectuadas a Nozar y Lena, resultando impagado dicho importe, y sosteniéndose y alegándose por la entidad Avalatransa que la razón de dicho impago se fundamenta en que las entidades Nozar, SA y Lena SL han sobreseído de forma general en el pago de sus obligaciones.
Ésta es por tanto y a ello se reduce la solicitud principal de Avalatransa para solicitar la declaración de concurso de dichas entidades.
SEGUNDO.- Fijada la solicitud principal de concurso necesario por Avalatransa, SA y habiéndose presentado dos escritos más de ampliación a la anteriormente referida, en un primer paso es necesario como cuestión central a debatir en esta petición de concurso necesario, el reflejar lo establecido por el art. 2.4 de la Ley Concursal que determina que si la solicitud de declaración de un concurso cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:
1º. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
2º. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
3°. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
4°. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.
Es a partir de este precepto cuando se debe examinar si procede o no la admisión a trámite del mismo.
A este respecto y a fin de situar y armonizar dichos presupuestos o requisitos enunciados anteriormente, cabe destacar de la propia exposición de motivos de la Ley concursal que los legitimados para solicitar el concurso del deudor han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la Ley; desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la Ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor entre otros hechos tasados. Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamenta su solicitud.
Expuesto lo anterior, se debe individualizar la posible concurrencia o no de los «hechos reveladores del art. 2.4 de la Ley concursal,
En primer lugar el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor».
Una característica tradicionalmente exigida para la apreciación de esta circunstancia, a la que resulta extrapolable la doctrina y jurisprudencia concursal anterior a la Ley actualmente en vigor, consiste en el carácter «definitivo e irreversible» de la cesación en los pagos (Garriges, «Curso de Derecho Mercantil», Tomo II, Madrid 1983, 7-10-89 entre otras), y, por otro lado, como señala Pulgar Ezquerra (obra citada, pág. 132,

citando a Ramírez, «La quiebra. Derecho Concursal español» Tomo I, Barcelona 1998, pág. 606), «es necesario el carácter exigible de los créditos en cuyo pago se sobresee, no pudiendo por tanto hablarse de sobreseimiento a los efectos de la solicitud de declaración del concurso cuando se trate de obligaciones naturales o litigiosas». A partir de dichas reflexiones, cabe efectuar en relación con la solicitud objeto de estudio que tampoco se aprecia la concurrencia de este requisito, ya que, constando únicamente la existencia de una reclamación extrajudicial y «amistosa» según la dicción literal de la solicitud es manifiesto que no se deduce ni se ha acreditado un sobreseimiento general de pagos, sin que pueda acreditarse como tal, informaciones aparecidas en la prensa y configurar así una hipótesis de sobreseimiento general.
Además «título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago...».
De lo aportado por Avalatransa no resulta acreditado en modo alguno lo anterior, ya que no sólo exige una ejecución despachada, que no se da, sino que consecuencia del embargo no hayan resultado bienes libres para el pago, debiendo señalarse que en el presente caso ni siquiera se ha llegado a practicar el preceptivo requerimiento de pago que impone el art. 581 LECiv al tratarse de una ejecución de títulos no arbitrales ni judiciales.
En segundo lugar existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. En relación a este apartado fijado en el art. 2.4 Ley Concursal, cabe precisar que hasta el momento presente no constan embargos generalizados a las entidades Nozar y Leza, de hecho no consta embargo alguno debiendo además presuponer que lo que la norma viene a exigir en este caso es que las trabas se hayan llevado a cabo como consecuencia de deudas que hayan alcanzado cierto grado de fijeza y exigibilidad, notas estas de las que carecía la reclamación de Avalatransa, siendo cantidades reclamables fruto de facturas de retenciones de obra practicadas por Nozar, sin poder atribuirle por tanto la condición de líquidas, vencidas y exigibles o en su caso presuponerles la fijeza que se exige.
En tercer lugar alzamiento o liquidación apresurada de bienes. Es definida legalmente esta circunstancia del siguiente modo; «El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor».
Respecto de esta figura nada ha alegado la instante del concurso, por lo que nada ha acreditado con el escrito de solicitud. Sin duda, para que exista alzamiento se requiere que ese acto (desaparición u ocultación de bienes) haya producido como resultado, real o potencial, la lesión (total o parcial) del derecho de crédito de uno o varios acreedores.
En cuarto lugar incumplimiento generalizado de obligaciones fiscales y de Seguridad Social. Es definida legalmente esta circunstancia del siguiente modo: «El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período».
Lo primero que debe indicarse al respecto es que nada ha aportado Avalatransa en acreditación del incumplimiento de una de las denominadas «obligaciones sensibles», pese a asegurar en su solicitud que mantiene deudas con la Seguridad Social y con la Hacienda Pública no se ha aportado prueba alguna de esa afirmación.
Analizados los supuestos recogidos en el art. 2.4 de la Ley Concursal, el siguiente planteamiento en orden a admitir o no la solicitud de concurso necesario formulada por Avalatransa, sería si la ausencia de los requisitos o presupuestos enjuiciados, cuestión ya acreditada anteriormente, permitirá la inadmisión «in limine litis» de la solicitud, debiendo ser afirmativa dicha respuesta, encontrando apoyos doctrinales y jurisprudenciales como el Magistrado Juan Garnica Martín («Comentarios a la Ley Concursal» Ed. Bosch, Madrid 2004) que establece que no obstante el trámite contradictorio de audiencia al deudor, ello no exime de un examen previo y la razón se encuentra en el carácter público del propio proceso concursal, que no sólo interesa y afecta al deudor y al solicitante, sino a un amplio colectivo de sujetos de forma que no puede quedar a la disposición de las partes una cuestión tan trascendente, Y existe el riesgo de que así pueda suceder si el examen de esos presupuestos no se realiza en esta resolución inicial, pues si luego no existe oposición del deudor el Juez vendrá obligado a declararlo (art. 18.1) con lo que no habrá existido posibilidad de un ulterior examen de esa cuestión. Por ello la resolución admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario debe ser una resolución auténticamente fundada y dictada únicamente tras haberse aportado al proceso por el solicitante la documentación que permita realizar un razonable enjuiciamiento sobre la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia del deudor. El hecho de que incluso en el supuesto de concurso voluntario deba examinarse la concurrencia de esos presupuestos antes de declararlo es el mejor argumento a favor de la posición que mantenemos», debiendo citarse igualmente a la profesora Pulgar Esquerra («Estudios sobre la Ley Concursal» Ed. Pons, Madrid 2005) extendiendo igualmente lo anterior precisando que «la solicitud de la declaración de concurso por un acreedor no constituye en ningún caso un deber sino un derecho cuyo ejercicio se condiciona a la acreditación por el acreedor con su solicitud de dos extremos legalmente exigidos: De un lado, su legitimación activa, esto es el título o títulos justificativos de sus créditos y la concurrencia de alguna de las situaciones descritas en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, algunas de las cuales constituyen lo que podría calificarse como "hechos del concurso" y otras situaciones de fondo (ejecución forzosa singular infructuosa) a lo que debe añadirse la necesaria acreditación por el solicitante de la existencia de una pluralidad inicial de acreedores, no obstante no venir expresamente exigida en la Ley dicha acreditación que, sin embargo, entendemos – como se analizará a continuación– condictio sine qua non no sólo de la declaración de concurso sino de la misma admisión a trámite de la solicitud de concurso. La acreditación de estos extremos debe producirse en el mismo momento mismo de la presentación de la solicitud de declaración del procedimiento y no en un momento posterior, determinado la falta de acreditación de alguno de estos extremos el rechazo de oficio por el Juez de la admisión a trámite de la solicitud de concurso (AAPP Madrid 19 de octubre de 1994 [AC 1994, 2200])».

Conduciendo por tanto todo lo anterior en que el Juez del Concurso no sólo se encuentra plenamente facultado para analizar de oficio la procedencia de la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario sino que está obligado a ello en el plano procesal (requisitos formales) y en el de la materia (título y hechos reveladores de la insolvencia), debiendo rechazar de oficio la solicitud que no reúna tales exigencias, como sucede en el caso en que nos encontramos en el que ante la falta de acreditación de los presupuestos antes examinados, evitamos el inicio de un proceso deficientemente instado, en el que Avalatransa no ha logrado acreditar, pese a que le incumbía, la concurrencia de los requisitos y presupuestos reiteradamente alegados en estos razonamientos jurídicos, presentando escrito de ampliación, que en realidad era un escrito de ampliación de prueba, y uno posterior que en nada modificaba el escrito inicial. ":Auto JM-2 Madrid 18.03.2008 (Jur 2008/97494)

4. Sobre el grado de concreción y acreditación del hecho de concurso alegado necesario para la admisión a trámite de la solicitud de CN

4.1 Basta la adecuada concreción de los hechos y el ofrecimiento de prueba

AP Barcelona (2006)

"Fundamentos de derecho.— I. El recurso de apelación que formula la representación de la solicitante del concurso necesario pretende la revocación del auto dictado con fecha 5 de septiembre de 2005, por el cual el juzgado de lo mercantil desestimó el recurso de reposición interpuesto por aquélla contra su auto de 18 de julio, que inadmitió a trámite su solicitud para que fuera declarada en concurso la entidad Mayor de Carnes Puigbó SA. Los argumentos que utilizó el solicitante eran los siguientes: el acreedor solicitante del concurso había vendido a la deudora determinadas partidas de ganado entre los meses de junio y septiembre de 2002, por importe global de 720.661'23 euros; de esta suma, podrían descontarse 337.779'08 euros, pues este crédito había sido cedido al representante de la deudora, Sr. J.P., como persona física, cesión ésta que la apelante considera que obedeció a "los métodos fraudulentos, coactivos y extorsionadores impuestos por los demandados", y que de hecho dio lugar a una querella por estafa contra los hermanos J. y M.P. y un hijo del primero. De esta forma, de entender que la cesión fue eficaz sólo en su importe, el crédito de la solicitante era de 382.591'66 euros, y si se considerara eficaz por el resto del crédito cedido, restaría un importe de 15.365'46 euros no incluido en el documento de cesión. Esta suma crediticia se derivaría de la diferencia entre las facturas aportadas con la demanda y la cesión efectuada.
Como documentos de apoyo, se acompaña el de la cesión de crédito controvertida y el cheque entregado a la solicitante, de donde podría obtenerse la existencia de un crédito no cedido si así se interpretara el texto, fotocopias no adveradas de las facturas de las compraventas de ganado, de donde podría obtenerse un saldo de 15.365'46 euros no cedidos, fotocopia de un escrito de querella sin firmar contra personas diferentes a la posible concursada, auto de admisión y declaraciones de los imputados, solicitud de pruebas en el proceso penal, incluidas varias testificales cuya admisión y práctica no constan, informaciones registrales de varias fincas a nombre de don M.P., y un informe financiero de la sociedad deudora que no le es precisamente desfavorable.
El juzgado, sin embargo, tras requerir a la parte para que explicitara la procedencia del crédito y la causa de la insolvencia, deniega la admisión del concurso con arreglo al art. 7 LC, en relación con el art. 2.4 LC, frente a lo cual, desestimada también la reposición previa, se alza la solicitante reproduciendo sus argumentos.
II. Si se examina la solicitud de concurso de la apelante, es patente la procedencia del auto recurrido. La pretensión ha podido ser centrada tras un examen conjunto de la documentación aportada y el texto de dicha solicitud, pues ésta es confusa e imprecisa al exponer los hechos en que se basa. En efecto, aunque el concurso sea un instrumento económico de primer orden para el saneamiento de las empresas en crisis y la satisfacción ordenada de los créditos concurrentes, asistimos en todo caso a un proceso de naturaleza concursal, cuya fase previa de declaración está regida por el principio dispositivo, lo que se traduce en la imposibilidad de que el juez declare el concurso de oficio y en la necesidad de hacerlo siempre a instancia de parte. Cuando de un concurso necesario se trata, el art. 7.1 LC señala que "el acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fecha de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo." No se exige, por tanto, que el crédito en sí conste de forma documental, sino que se acompañe algún documento que acredite su existencia y, no debe olvidarse, el resto de las circunstancias señaladas, pues es de ellas que depende la legitimación o no del solicitante con arreglo al art. 3 LC.
Pero no basta con que el acreedor presente un título que le legitime, es preciso además según el mismo precepto que exprese, "en todo caso", los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse para acreditar sus hechos constitutivos, al tratarse de un proceso de declaración posiblemente contradictorio, en el que debe garantizarse que el deudor conoce los argumentos del acreedor solicitante, no bastando por sí sola la prueba testifical; y que indique, en efecto, el hecho o hechos en que funda la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, tal y como establece el art. 2.1 LC, según el cual "la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común", si bien para el concurso necesario, a instancias de un acreedor, indica que éste deberá fundar su solicitud en "título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:
1º. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
2º. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3º. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
4º. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades".
Por tanto, para que el juzgado proceda a la declaración del concurso es precisa la situación de insolvencia del deudor, presupuesto sin el cual cualquier solicitud, sea del deudor sea de un acreedor, se asienta en el vacío. El presupuesto objetivo del concurso es una cuestión previa a cualquier disquisición sobre las características y funcionamiento de cualquier proceso concursal, y constituye además un importante problema de política legislativa, pues equivale a determinar en la práctica los criterios conservativos o liquidativos de las empresas en crisis: hay que encontrar el equilibrio entre la necesidad de anticipar el concurso y evitar que cuando éste se plantea ya sea ineficaz por ausencia o insuficiencia de la masa activa, y la necesidad de impedir que las acciones ejecutivas universales solapen el ejercicio de las acciones individuales y ocupen un espacio que no es el suyo.
La LC opta por un único y común presupuesto económico, la insolvencia del deudor: "Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". Con ello el art. 2 LC define la insolvencia sobre la base de la imposibilidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones, sin que ello deba coincidir necesariamente con un desbalance patrimonial o deba reducirse a una mera cesación en los pagos. No obstante, al diseñar los mecanismos que permitan justificar este estado de insolvencia al solicitar la declaración del concurso, el legislador hace operar a la insolvencia de modo distinto según el concurso sea voluntario o necesario. En el primer caso, en el que es el deudor quien pide su declaración de concurso, la insolvencia opera a modo de cláusula general, sin que el legislador tase sus manifestaciones externas. Véase al efecto el art. 14.2 LC, que permite declarar el concurso voluntario si concurren los hechos externos del art. 2.4 LC "u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor". En el segundo caso, por el contrario, la LC sí que tasa los hechos que manifiestan esa imposibilidad de pago que permiten al acreedor pedir el concurso, comprobándose luego la insolvencia subyacente. Se trata de una enumeración, más limitada respecto a la que inicialmente se incluía en el precepto (por ejemplo, falta de pago de rentas arrendaticias o de cuotas hipotecarias), que incluye a los tradicionales hechos de quiebra, objeto en la nueva legislación de un sistema de comprobación a priori: en el caso de la solicitud del deudor, la comprobación de si existe o no una auténtica situación de insolvencia actual o inminente se convierte en un trámite necesario, según se ve en el art. 14 LC.
Pero en el caso del concurso necesario, por el contrario, no se exige al acreedor en la fase de apertura que demuestre en ese momento la insolvencia, sino sólo que justifique la concurrencia de algunos de los hechos externos del art. 2.4 LC, ya expuestos, de modo que la declaración del concurso acontecerá cuando, admitida la solicitud y dado traslado al deudor, éste no se oponga u, opuesto a la declaración, su oposición sea desestimada por los cauces que establece los arts. 18 a 20 LC.
En conclusión, para la admisión de la solicitud de concurso de un acreedor es preciso en todo caso:
1º) Demostrar la legitimación activa del solicitante, lo que se verifica mediante la aportación de documento acreditativo de la existencia, condiciones y situación del crédito.
2º) Indicar el hecho o hechos externos en los que se funda la existencia de la insolvencia del deudor.
3º) Y expresar los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse para acreditar tales hechos constitutivos.
III. Es este contenido el que debe ser objeto de examen en el juicio de admisibilidad del art. 13 LC, pues si no concurren tales indicaciones básicas debidamente sustentadas, ni siquiera tras el requerimiento para justificar o subsanar las carencias detectadas, el legislador autoriza al juez para la inadmisión a trámite de la solicitud.
Es importante destacar que este control judicial de la solicitud del acreedor se centra en sus aspectos procesales: no se trata en modo alguno de valorar en este momento si la documentación acompañada para probar, o intentar probar en su día, el crédito o el hecho externo de insolvencia en que fundamenta su solicitud es bastante o no a ese efecto, pues tal valoración se realizará a posteriori, en una eventual oposición del deudor. Se trata de confirmar que el tribunal tiene jurisdicción y competencia, que el solicitante es procesalmente capaz, que comparece cumpliendo los correspondientes requisitos de postulación y defensa, que se han pagado las tasas y, por supuesto, que el acreedor solicitante está legitimado y la petición está fundamentada en algún hecho externo de insolvencia. Si tales requisitos formales concurren, el juez debe, según establece el art. 15 LC, admitir la solicitud y dar traslado al deudor, que será el que pueda oponer, a pesar de que la solicitud era admisible, que no concurría insolvencia alguna, lo que como dijimos determinará, tras y examinar los presupuestos materiales y probarse su ausencia, que el concurso no sea declarado.
Esta perspectiva procesal, sin embargo, no ampara la admisión automática de cualquier solicitud. Precisamente porque en el concurso necesario su estimación final pasa por la oposición o no del deudor al que afecta, **el acreedor instante deberá explicitar por qué considera que el deudor está en estado de insolvencia, lo que con arreglo al sistema ya descrito se traduce en la explicación de qué hecho externo concurre y cómo alcanza la convicción de que concurre**. Más tarde podrá entrarse en la exactitud o no de sus apreciaciones. Las expresiones genéricas, meramente rituales y orientadas a satisfacer superficialmente el art. 7 LC, sin fundamento en el cuerpo de la solicitud, por el contrario, causarían una evidente indefensión al deudor, que sería obligado a comparecer para plantear su oposición sin un conocimiento exacto de en qué basa el solicitante su insolvencia, es decir, sin saber a qué oponerse. Como la demanda del art. 399 LEC, la solicitud de la declaración de concurso es el vehículo para la transmisión de la pretensión del acreedor, de modo que, si tras el correspondiente requerimiento para justificar estos extremos se insiste en tales carencias, debe operar el tamiz de admisibilidad procesal que el legislador ha previsto en el art. 13.2 LC.

I V. El requerimiento efectuado por el juzgado con fecha 13 de junio de 2005, que hubo incluso de ser reiterado al no ser atendido el primero, estaba amparado, pues, por el art. 13.2 LC y cobra así todo su sentido, pues era necesario saber qué título amparaba el crédito que se alegaba, qué situación de insolvencia de las descritas en el art. 2.4 concurría y de qué medios de prueba disponía la solicitante.
Sin embargo, el acreedor solicitante del concurso necesario se limita a insistir en que las facturas aportadas demuestran su crédito, y que los demás documentos y testigos acreditan de modo patente el sobreseimiento en sus obligaciones de "los demandados" (entendamos, pro actione, que se trata de una referencia a la sociedad de los querellados, que es el sujeto del que se solicita el concurso).
Pero, aunque podamos admitir que las fotocopias de las facturas acompañadas constituyen un documento hábil para acreditar la legitimación de la solicitante, es decir, son procesalmente válidas en este momento para dar trámite a su solicitud, la mera referencia a un sobreseimiento general de los pagos de la sociedad (de nuevo se refiere literalmente a los "demandados"), no basta por sí misma. El sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo (STS de 27 de febrero de 1965), debiendo implicar, exteriorizar, una imposibilidad absoluta de pagar (SSTS de 29 de diciembre de 1927 o de 10 de marzo de 1990). Cómo obtiene la solicitante su convicción de que tal hecho externo, evidentemente más amplio que el impago de su crédito concreto, concurre en este caso, es una incógnita. Se realiza una mera y escueta afirmación ritual, cuyo vínculo con los documentos aportados no ha podido determinarse.
En definitiva, no se ha podido conocer, a pesar de las oportunidades concedidas, en qué basa el solicitante su afirmación de que la deudora ha sobreseído generalmente sus pagos, y por tanto, está en estado de insolvencia, a los efectos de poder dar traslado al deudor y que éste contradiga, si conviene a su derecho, tal hecho sustancial, por lo que su solicitud fue, según el art. 13.2 LC, debidamente inadmitida.": AAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2006 (Rollo 816/2005)

"PRIMERO. Para desvirtuar los fundamentos del Auto que, por inexistente justificación a priori del presupuesto objetivo del concurso, inadmitió a trámite la solicitud formulada porMarco Antoniorespecto de SERVEIS ESPECIALS DEL GARRAF S.L., la parte instante se limita a reproducir en su recurso de apelación el escueto contenido de su previo recurso de reposición: que ha presentado una factura que ha resultado impagada y que existe otro acreedor más. Con ello no se rebaten ni desvirtúan eficazmente los argumentos jurídicos que sustentaron la inadmisión.
SEGUNDO.Lo único que ad limine justifica el solicitante es que ha emitido unas facturas contra SERVEIS ESPECIALS DEL GARRAF S.L. (y aún así con ciertas dudas, porque la documentación comercial aportada no la emite Don.Marco Antoniosino "Puertas Blindadas y de Interior J.E." y "Decoración en Fusta J.E."), pero ese requisito no es bastante por sí solo para la admisión de la solicitud con el efecto que previene elart. 15 LC, pues elart. 2.4 LCexige que la solicitud a instancia de un acreedor aparezca fundada en alguno de los hechos que describe dicha norma; el 7.2 requiere que exprese en todo caso los medios de prueba de que intente valerse para acreditar los hechos en que se fundamente la petición de concurso; y el 13.2 ordena al Juez un examen de oficio de la solicitud o la documentación y si estima que adolecen de algún defecto, señalará al solicitante un plazo de justificación o subsanación.
No prevé la Ley, por tanto, una reacción judicial automática de admisión de la solicitud, sino que impone un control inicial sobre la regularidad y justificación de la solicitud o la documentación, aunque, claro está, sin entrar a valorar en este momento la suficiencia de la justificación o acreditamento ofrecido para fundar el presupuesto objetivo del concurso. Se trata de que el deudor pueda posicionarse con suficiente conocimiento de causa frente a la pretensión de concurso, y para ello el solicitante acreedor **debe expresar la causa en que se funde, exponiendo los hechos externos de los que, en su decir, se deduce o resulta la concurrencia de alguno de los previstos en elart. 2 de la Ley, y los medios de prueba de que intente valerse.**
Y esa exigencia, como ya declaramos enAuto de 27 de enero de 2006 recaído en el Rollo 816/2005-3ª, no se cumple con la mera afirmación, ritual y genérica, desprovista de contenido definido y preciso, de que el deudor ha sobreseido de modo general en los pagos, por más que se cite, ya en el recurso de reposición, a otro acreedor, sin constancia de reclamaciones judiciales en curso, ejecuciones, impagos de deuda de clase alguna, siquiera de reclamaciones extrajudiciales, y omitiendo decir cuáles son los medios de prueba de que intenta valerse para acreditar el sobreseimiento general en los pagos, lo que lleva a concluir que la única prueba de la que dispone el solicitante es la aportada con su solicitud, que únicamente revela o puede revelar-un impago individualizado, que además no resulta que haya reclamado o intentado cobrar extrajudicialmente. La solicitud, por ello, fue correctamente inadmitida, al pretenderse la declaración del concurso con base en una mera afirmación genérica, ritual o estandarizada, lo que puede evidenciar un uso desviado del remedio legal en que consiste el procedimiento concursal.": Auto AP Barcelona 28.11.2006 (Sección 15) (JUR 2007/181476; Rollo 459/2006)

AP Valladolid

"PRIMERO.-El juzgador de instancia admitió a trámite la solicitud de concurso necesario formulada por la entidad que hoy apela, reconociendo su legitimación al efecto y el acompañamiento de la documentación exigida por el art. 7 de la Ley Concursal. Emplazada a continuación la sociedad deudora, esta no compareció a oponerse dentro del plazo de cinco días que le fue concedido al efecto. Acto seguido se ha dictado el auto que hoy se impugna, en virtud del cual se desestima la declaración de concurso necesario por no concurrir ninguno

de los presupuestos objetivos que al efecto se contemplan en la LC. Se argumenta al efecto que no se ha acreditado sobreseimiento general por parte del deudor en el pago de sus obligaciones, habiendo demostrado la entidad solicitante del concurso solamente su crédito, sin que en base al mismo haya iniciado reclamación judicial alguna que hubiera motivado el despacho de ejecución o el embargo de bienes, no constando siquiera la existencia de una pluralidad de acreedores.
SEGUNDO. - El análisis de la solicitud de concurso necesario que da origen al procedimiento evidencia que el acreedor instante la fundamenta como presupuesto objetivo en el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, contemplado en el art. 2.4.1º de la Ley Concursal. Acompaña la documentación en que se plasma su crédito y los pagarés librados por el deudor para saldarlo que no han sido atendidos, relatando ha contactado con otros acreedores constatando que estos tampoco han visto atendidos sus créditos sin que se haya ofrecido por el deudor una propuesta de pago aceptable. Con la finalidad de acreditar dicho sobreseimiento generalizado propone se aporten por el deudor las cuentas de los tres últimos ejercicios económicos, se oficie a cuatro concretas empresas del sector a fin de que certifiquen los créditos no atendidos a sus vencimientos que ostentan frente al deudor, así mismo a Crédito y Caución para que certifique los siniestros que en relación al mismo hayan declarado sus asegurados, al Juzgado Decano de esta capital para que certifique de los procedimientos en que sea parte demandada o ejecutada la entidad deudora, e igualmente a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria a fin de que certifiquen si se halla al corriente en sus obligaciones o en su caso débitos que mantenga con dichos organismos, así como a un determinado Banco con el que trabaja el deudor para que informe de los débitos o descubiertos que con el mismo mantenga.
La solicitud por lo tanto cumple los requisitos exigidos al acreedor legitimado en el art. 7 LC y por ello fue admitida a trámite por el Juzgado, que la estimó regular y completa pues acompañaba la documentación que plasmaba su crédito impagado y ofrecía la práctica en su caso de una abundante prueba para acreditar el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor que invocaba. La ley no exige ni es preciso que ya ab initio con dicha solicitud se acompañe cumplida prueba de la concurrencia del presupuesto objetivo antes citado, máxime cuando en función de cual sea este dicha prueba normalmente se hallará fuera del alcance de ese concreto acreedor sin el auxilio judicial para su práctica. Así las cosas y no habiendo comparecido el deudor debidamente emplazado a oponerse a la solicitud de concurso necesario, entendemos procede dictar auto declarando dicho concurso conforme a lo dispuesto en el art. 18.1 de la LC, revocando en tal sentido la resolución impugnada con estimación del recurso.”: AAP Valladolid (Sección 3) 04.04.2012 (Auto 22/2012; Rollo 639/2011)

4.2 Es necesaria prueba del hecho de concurso alegado para que la solicitud sea admitida a trámite

AP Las Palmas

“PRIMERO La demandante, alegando ser acreedor de MANUFACTURAS SÁNCHEZ, SL por importe de 5.500,55 euros y que la insolvencia de su deudora se revelaba por concurrencia de la causa prevista en el art. 2, 4, 4º de la Ley Concursal : "el incumplimiento generalizado de obligacines de alguna de las clases siguientes: Las de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período (tres meses anteriores a la solicitud de concurso)", afirmando que debe a la Tesorería General de la Seguridad Social un total de 8.215,66 euros debido a incidencias entre las fechas 21 de febrero de 2005 y 30 de enero de 2007.
El Juzgado de lo Mercantil inadmitió a trámite la solicitud de declaración de concurso necesario razonando que "en el supuesto de autos el acreedor no presenta título alguno por el que se haya despachado ejecución. Por el contrario las deudas que se reclaman proceden de facturas del año 2003, sin que durante todo ese tiempo la parte solicitante haya entablado acción alguna para obtener el pago de su crédito, acudiendo sin más a la solicitud de declaración de concurso necesario para tratar de obtener por esta vía y en el acto de la vista prevista en el artículo 19 de la Ley Concursal el pago de lo que se dice adeudado, todo ello sin justificación de los requisitos previstos en el artículo 2, 4 de la Ley Concursal".
El recurso de apelación se funda en la reiteración de que a juicio del apelante se ha producido un impago generalizado de las obligaciones de la Seguridad Social que debió dar lugar a la admisión del concurso, afirmando que el auto impugnado "incurre en error al afirmar que no se cumplen los requisitos legales para inadmitir a trámite el concurso, cuando la parte demandante ha facilitado datos concretos de deudas y procedimientos ejecutivos que la mercantil mantiene con la Seguridad Social".
Señala el Magistrado y profesor Garnica que la introducción por la Ley Concursal de un trámite contradictorio de audiencia al deudor en el caso de concurso necesario y el hecho de que el objeto fundamental de ese trámite es que se pueda oír al deudor sobre la concurrencia de los presupuestos del concurso antes de declararlo, ello no exime de un examen previo, exigido por el carácter público del propio procedimiento concursal, que no sólo interesa y afecta al deudor y al solicitante sino a un amplio colectivo de sujetos, de forma que no puede quedar a la disposición de las partes una cuestión como la de si concurren los presupuestos del concurso, existiendo el riesgo de que así pueda suceder si el examen de esos presupuestos no se realiza en la resolución inicial, pues si luego no existe oposición del deudor el Juez vendrá obligado a declararlo (art. 18, 1 de la Ley Concursal) con lo que no habrá existido posibilidad de un ulterior examen de esa cuestión, y que por ello **la resolución admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario debe dictarse únicamente tras haberse aportado al proceso por el solicitante la documentación que permita realizar una razonable enjuiciamiento sobre la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia del deudor.**

Pese a la dicción literal del art. 18, 1 de la Ley Concursal, dado el interés público afectado por el concurso debe entenderse que incluso en el caso de que se hubiera admitido a trámite la solicitud, aunque el deudor posteriormente no compareciere o no se opusiere a la declaración del concurso podría el Juez dictar auto no declarando el concurso por falta de acreditación de la insolvencia actual o inminente, pero en ese caso la tramitación realizada hasta que el Juez concursal dictara el auto denegando la declaración del concurso habría resultado totalmente innecesaria, por lo que lo aconsejable resulta examinar en profundidad la documentación presentada por el acreedor instante del concurso a fin de determinar si por sí resulta suficiente para tener por probada, aunque sea provisional e indiciariamente, la concurrencia de los hechos descritos por el art. 2, 4 de la Ley Concursal (hechos reveladores de la insolvencia o de los que puede presumirse la existencia de la misma), que es lo que, acertadamente, ha hecho el Juez a quo, ofreciendo el recurso de apelación a la parte solicitante desde que de un lado no existe norma que excluya de recurso de apelación la inadmisión a trámite del concurso necesario (a diferencia de lo que acontece en el art. 14, 1 de la Ley Concursal para la solicitud de declaración de concurso voluntario), de otro lado se prevé expresamente por el art. 20, 2 de la Ley Concursal que las partes podrán interponer recurso de apelación contra el auto que declare el concurso o desestime la solicitud de que el mismo se declare -en el supuesto de incidente de oposición del deudor a la declaración de concurso- por lo que el mismo recurso debe ofrecerse contra el auto que inadmite a trámite la solicitud "ad limine litis", siendo, además la regla general la de admisión de recurso de apelación contra las resoluciones que pongan fin al procedimiento y que por tanto puedan calificarse como definitivas (art. 455, 1 Ley Concursal).
SEGUNDO En el concurso necesario el acreedor **debe acreditar junto con la solicitud de declaración del concurso la plena existencia de los denominados por la doctrina hechos presuntos o reveladores de la insolvencia** del deudor ennumerados por el art. 2, 4 de la Ley Concursal. Pero la prueba de la existencia de esos hechos reveladores no basta para dar lugar a la declaración del concurso sino tan sólo para admitir a trámite su solicitud, dando posibilidad al deudor para oponerse a la declaración de concurso (art. 18 de la Ley Concursal) acreditando su solvencia por cualquier medio de prueba (lo que supondría que, por ejemplo, el deudor pudiera haber incurrido en incumplimiento generalizado de sus obligaciones con la Seguridad Social en los tres meses anteriores al concurso a pesar de mantener una acreditada solvencia). Debe por tanto rechazarse totalmente la alegación del recurrente de que siempre que se acredite la concurrencia de uno de los hechos comprendidos en el apartado 4 del art. 2 de la Ley Concursal se ha acreditado con ello la insolvencia misma.
Con independencia de ello, de haberse acreditado por el instante de la declaración de concurso que el deudor había incurrido en un incumplimiento generalizado de las cuotas de la Seguridad Social y demás obligaciones de reclamación conjunta en los últimos tres meses, efectivamente debería haberse admitido a trámite la solicitud (con independencia de que el instante hubiera previamente reclamado o no judicialmente el cobro de su crédito), pero es que no lo ha hecho.
En efecto, de un lado afirma que la deudora tiene una serie de procedimientos de ejecución con la Seguridad Social "por incidencias producidas entre 2002 y 2005" pero en modo alguno lo acredita, sin que el simple listado de procedimientos que presenta constituya otra cosa que una mera alegación, y sin que siquiera adjunte copias de los Boletines Oficiales de la Provincia en que pretende haberse hecho la publicación de la existencia de esos procedimientos. Ello bastaría para no tener por probada la existencia del hecho en que el art. 2, 4 de la Ley Concursal funda la presunción iuris tantum de insolvencia.
Pero es que además concurren las siguientes circunstancias: 1º) La cuantía de la deuda con la Seguridad Social no parece muy elevada ni relevante, máxime en el ámbito de una empresa que parece ser manufacturera y que normalmente tiene varios empleados; 2º) No se acredita -ni siquiera se describe suficientemente en el escrito de solicitud- la naturaleza de las deudas con la Seguridad Social, y no puede olvidarse que el precepto legal no se refiere a cualesquiera deudas sino tan sólo a las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta; 3º) No se acredita tampoco que el incumplimiento de pago de cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta, si se ha producido, haya reunido la esencial característica de ser un incumplimiento generalizado, cuando de este adjetivo es del que puede deducirse la presunción de la existencia de insolvencia (ya que si la deuda existente con la Seguridad Social supone una mínima parte de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta a cuyo pago venga obligada la concursada no concurriría este carácter, cuya acreditación compete al acreedor); 4º) Se expresa en el propio escrito de solicitud que las deudas tienen su origen en "incidencias entre las fechas 21-02-2005 y 30-01-2007", y no en los tres meses inmediatamente anteriores al concurso, que es el período de tiempo al que se refiere el precepto en que se apoya la solicitud (incluso si se prorratea la deuda que se afirma existir, de 8215,66 euros, por un período de 23 meses, resultaría que a tres meses correspondería, como mucho, un impago de 1.076 euros correspondiente a tres meses -deuda claramente insuficiente para tener por acreditada la concurrencia de un incumplimiento generalizado de las obligaciones con la Seguridad Social como hecho revelador de una insolvencia definitiva o inminente del deudor-).
No puede por tanto sino concluirse que no habiéndose presentado prueba suficiente del incumplimiento generalizado de obligaciones con la Seguridad Social por cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta, la solicitud del aquí apelante fue adecuadamente inadmitida a trámite.": AAP Las Palmas (Sección 4) 21.04.2008 (JUR 2008/197191)

"PRIMERO.- Presentada por la entidad actora demanda de declaración de concurso necesario de la entidad demandada, alegándose en la demanda que le debía la cantidad de 289.437#57 euros y que la entidad deudora carecía de activo alguno para responder no solo de la deuda que tenía para con la entidad actora sino del resto de acreedores como son la Seguridad Scoial y los propios trabajadores de la misma, por el Juez a quo se inadmitió a trámite la demanda de solicitud de concurso necesario por auto de fecha 22 de abril del

2010 motivándose que en aras a fundamentar esa petición de concurso necesario, la entidad actora solo presentaba la relación de los efectos impagados por la deudora frente a la instante, y nada más, SIN hacer constar la existencia de más acreedores, ni mucho menos cuantificar las deudas o reclamaciones que pudiere haber.
Dicho auto fue recurrido en reposición, dictándose un nuevo auto de fecha 17 de mayo del 2010 desestimatorio del recurso de reposición, motivando el Juez a quo que 'en ningún documento justifica el solicitante la existencia de otros acreedores, ni tan siquiera da el nombre de ninguno y que el Juzgado no ponía en marcha un procedimiento de la importancia y coste tan elevado con fundamento en rumores; mucho menos, la falta de presentación de cuentas es presunción iuris et de iure de que el demandado está en situación de insolvencia, sin perjuicio del resto de obligaciones contables o responsabilidad societaria en que incurre, pero lo cierto es que no hay ni un solo dato para poder considerar un sobreseimiento general en el pago diferente al impago del solicitante y que pudiera determinar la separación de una ejecución singular frente a la colectiva'
Y la entidad apelante vuelve a insistir en esta alzada en la necesidad de que se admita trámite la solicitud de concurso para una vez convocada a vista se le permita acreditar el sobreseimiento general en el pago por parte de la entidad deudora, alegándose la infracción del artículo 13.2 de la Ley concursal, infracción de garantías legales y procesales y que la acreditación de la no presentación de cuentas por parte de la entidad demandada en los ejercicios 2007 a 2009 ya es un indicio de sobreseimiento general de pagos y revela un incumplimiento general y una situación de ocultación de la situación real de la empresa, haciéndose finalmente alegaciones sobre la imposición de costas.
SEGUNDO.- Centrados en el anterior fundamento jurídico los términos del recurso de apelación el mismo debe ser desestimado, pues el Juez a quo, en contra de lo que se sostiene en el recurso de apelación, no infringe ninguna disposición legal y menos aún, garantías legales y procesales cuando inadmitió a trámite la solicitud de concurso necesario promovido por un acreedor contra una empresa deudora, al no acreditarse ni con la demanda ni con la documental acompanada al escrito de recurso de reposición, más impago que el de la deuda suya, que por definición no constituye un sobreseimiento general de impago a varios acreedores y es que como bien expone el Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 27 de enero del 2010 ' tal y como se desprende del tenor literal del artículo 2.4 de la Ley Concursal, cuando la solicitud de declaración de concurso la presente el acreedor, no le bastará con acreditar la insolvencia, sino que para el éxito de su solicitud se precisa acreditar la concurrencia de algunas de las manifestaciones externas de la insolvencia enumeradas en dicho precepto y que de manera unánime es considerado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un sistema de "numerus clausus", donde la legitimación del acreedor para la solicitud del concurso necesario no puede sostenerse sobre la noción mas o menos difusa de insolvencia, sino que ha de cimentarse ("fundar") excluyentemente en la concurrencia de un número determinado de hipótesis legalmente tipificadas, los denominados "hechos reveladores". Tan es así, que la propia Exposición de Motivos refiere "la unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario. Los legitimados para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecta al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados".Junto a ello, y aún cuando la ley concursal no lo establece expresamente, los tribunales vienen entendiendo que se ha de justificar igualmente la existencia de una pluralidad de acreedores, pues precisamente el propio procedimiento concursal sólo tiene sentido si concurre mas de un acreedor.En tal sentido se dice, nos encontramos ante un procedimiento universal dirigido a la satisfacción de los acreedores, bien mediante convenio entre estos y el deudor común, bien mediante la liquidación ordenada del patrimonio de aquél; y una u otra solución solamente cobra sentido si existe una pluralidad de titulares de crédito, ya que de lo contrario, entraría en juego la posibilidad que establece el ordenamiento jurídico de la ejecución individual o singular. Las normas sobre respeto a las pars condictio creditorum que inspira toda regulación concursal, calificación de créditos, mayorías de convenio o graduación en los pagos, etc., no se explican si es un solo acreedor.La propia denominación de la norma, Ley Concursal, pone de manifiesto la necesidad de dicha concurrencia, y así lo indica el párrafo quinto del aparatado II de su Exposición de Motivos, al decir "el nombre elegido para denominar el procedimiento único es de concurso, expresión clásica... y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común" Aún mas, de numerosos preceptos de la Ley se deriva esta exigencia, como el art. 2.1, al exigir un "deudor común" a varios acreedores; art. 3 que menciona a los acreedores en plural; el art. 4 que habla de "pluralidad de acreedores"; el art. 6.2o que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una "relación de acreedores, por orden alfabético..."; el art. 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor; el art. 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud; el art. 21.1.5o en el llamamiento a los "acreedores"; los arts. 49 y 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o el art. 75.2.2o que hace otro tanto para la elaboración de una "lista de acreedores" por la administración concursal, etc. etc. (AP VIZCAYA DE 5 DE MAYO DE 2006). Doctrina ya acogida por esta Sección de la Audiencia Provincial de Baleares, entre otras, en resoluciones de fecha 11-04-2006, 6-03-2008 y 29-04-2009'.. Partiendo de dicha doctrina, y dado que la parte recurrente insiste en que su solicitud se funda en el hecho revelador contenido en el apartado 1o, del artículo 2.4 de la Ley Concursal, esto es, "el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor", decir que los tribunales, siguiendo las líneas trazadas por la jurisprudencia para la antigua quiebra, han declarado que el

sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo, debiendo implicar, exteriorizar, una imposibilidad absoluta de pagar (AAP Barcelona 27-01-2006 y 24-03-2006), pues en efecto, la negativa de una persona al cumplimiento de una obligación, no constituye conducta de significación unívoca ni necesariamente denotativa de insolvencia, pues bien pudiera revelar la existencia de profundas discrepancias en torno a la existencia, certeza y exigibilidad del derecho de crédito; de manera que lo característico del sobreseimiento generalizado al que se refiere el artículo 2.4.1o de la Ley Concursal, es que el deudor se halle en una situación en la que, con independencia de la causa que lo motive, no pueda atender por medios normales el cumplimiento de sus obligaciones frente a una pluralidad de acreedores insatisfechos. Asimismo, y como apuntan la AP de Córdoba en resolución de 9 de enero de 2007 o la AP de Madrid en resolución de 17 de abril de 2008, es preciso distinguir entre la situación de insolvencia y las causas de disolución obligatoria contempladas en la normativa societaria, que podrá tener otras consecuencias, pero no constituye presupuesto suficiente para la declaración de concurso, puesto que ni es un hecho revelador de los enumerados en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, ni equivale a insolvencia. En la Ley concursal, la insolvencia no se identifica con el desbalance, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder éste seguir cumpliendo regularmente sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal y, a su vez, el activo puede ser superior al pasivo pero ser liquidable a muy largo plazo, lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones. Debe tenerse en cuenta que el concurso no es un procedimiento a acudir en los supuestos en que sea preciso liquidar un patrimonio o en los casos de disolución de una sociedad sino que resulta pertinente, única y exclusivamente, en los supuestos en que concurre la situación del insolvencia. La aparición de pérdidas que determine que una sociedad mercantil se encuentra incursa en causa de disolución, puede llevar a la sociedad a ampliar su capital, incluso a disolver y liquidar la entidad, sin necesidad de acudir al expediente concursal, siendo que las propias leyes societarias establecen mecanismos de responsabilidad no concursales que determinan que los administradores puedan ser declarados responsables solidarios de las deudas sociales. La insolvencia, pues, no se identifica con el desbalance ni la iliquidez ni la causa de disolución societaria, sino con el sobreseimiento en los pagos'

TERCERO.- En el caso concreto que nos ocupa la entidad actora fundamentó su petición de concurso en la causa del artículo 2.4 de la Ley concursal relativa al sobreseimiento general en el papo corriente de las obligaciones, limitándose a aludir en la demanda sin acreditación alguna que a parte de su deuda, que nunca ha sido reclamada judicialmente, la entidad deudora tiene deudas con la Seguridad Social o con sus propios trabajadores, hecho este último que de ser cierto era de fácil acreditación aportando los boletines oficiales donde constara la deuda para con la Seguridad Social, compartiendo esta Sala la motivación que realiza el Juez aquo que la no presentación de cuentas anuales por la entidad deudora durante determinados ejercicios fiscales no acredita tampoco el sobreseimiento general en los pagos.
Todo lo expuesto determina que no existe documental alguna que revele un sobreseimiento general en los pagos, sino tan solo y a lo sumo, que la entidad solicitante es titular de un crédito cuyo pago no ha sido atendido, protestándose las cambiales sin haberse intentado seguir un procedimiento de ejecución singular que le permita a la actora perseguir la totalidad del patrimonio de la entidad deudora y en su caso, constatar, tras la diligencia de embargo, que su deudor carece de bienes libres batantes para el pago.
Por otro lado y ante la alegación efectuada por el recurrente, en orden a que en cualquier caso, el Juez debería haberle concedido un plazo para justificación o subsunción de los defectos observados, antes de inadmitir su solicitud o que no es preciso en trámite de solicitud que se acredite la situación de insolvencia y la concurrencia de la pluralidad de acreedores, baste senalar que, por lo que se refiere a la posibilidad de subsanación, lo que establece el artículo 13.2 de la Ley Concursal, es la posibilidad de exigir complementar la documental que necesariamente debía haberse presentado, aunque con defectos a los efectos de la valoración para la declaración de insolvencia, es decir, si la documentación concreta que se acompana y con la que se pretende justificar su legitimación y la situación de insolvencia, adolece de algún defecto, en cuyo caso podrá conceder dicho plazo de subsanación, pero no el supuesto que nos ocupa, que no es otro que entender que la documentación acompanada no acredita el presupuesto objetivo necesario para la declaración del concurso y que como presupuesto material fáctico no es sustituible por motivación o impulso judicial, máximo cuando el propio recurrente ya reconoce en su escrito de interposición del recurso de reposición que le es de todo punto imposible presentar otro tipo de documentación.
Tampoco es admisible que la acreditación de la concurrencia de dicho presupuesto objetivo quede diferido al trámite de oposición, siendo que la doctrina se ha venido pronunciando a favor de la posibilidad de la inadmisión "in limie litis" de la solicitud, cuando, como es el caso, se aprecia la ausencia de los requisitos o presupuestos enjuiciados, al establecer que no obstante el trámite contradictorio de audiencia al deudor, ello no exime de un examen previo y la razón se encuentra en el carácter público del propio proceso concursal, que no sólo interesa y afecta al deudor y al solicitante, sino a un amplio colectivo de sujetos de forma que no puede quedar a la disposición de las partes una cuestión tan trascendente Y existe el riesgo de que así pueda suceder si el examen de esos presupuestos no se realiza en esta resolución inicial, pues si luego no existe oposición del deudor el Juez vendrá obligado a declararlo (art. 18.1) con lo que no habrá existido posibilidad de un ulterior examen de esa cuestión; por ello, la resolución admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario debe ser una resolución auténticamente fundada y dictada únicamente tras haberse aportado al proceso por el solicitante la documentación que permite realizar un razonable enjuiciamiento sobre la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia del deudor. El hecho de que incluso en el supuesto de concurso voluntario deba examinarse la concurrencia de esos presupuestos antes de declararlo es el mejor argumento a favor de la posición que mantenemos ("Comentarios a la Ley Concursal, Ed. Bosch

2004) y en este mismo sentido ya se ha pronunciado esta Sección, especializada en Mercantil en el auto de fecha 21 de abril del 2008, recadío en el rollo 611/2007, y en el que se consignaba que 'el hecho de que el objeto fundamental de ese trámite es que se pueda oir al deudor sobre la concurrencia de los presupuestos del concurso antes de declararlo, ello no exime de un examen previo, exigido por el carácter público del propio procedimiento concursal, que no sólo interesa y afecta al deudor y al solicitante sino a un amplio colectivo de sujetos, de forma que no puede quedar a la disposición de las partes una cuestión como la de si concurren los presupuestos del concurso, existiendo el riesgo de que así pueda suceder si el examen de esos presupuestos no se realiza en la resolución inicial, pues si luego no existe oposición del deudor el Juez vendrá obligado a declararlo (art. 18,1 de la Ley Concursal) con lo que no habrá existido posibilidad de un ulterior examen de esa cuestión, y que por ello la resolución admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario debe dictarse únicamente tras haberse aportado al proceso por el solicitante la documentación que permita realizar una razonable enjuiciamiento sobre la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia del deudor. '.'.En el concurso necesario el acreedor debe acreditar junto con la solicitud de declaración del concurso la plena existencia de los denominados por la doctrina hechos presuntos o reveladores de la insolvencia del deudor ennumerados por el art. 2,4 de la Ley Concursal. ' ”: AAP Las Palmas (Sección 4) 20.07.2011 (Auto 119/2011; Rollo 647/2010)

AP Baleares

“TERCERO Pues bien, resulta que en el caso que nos ocupa, el sobreseimiento general de pagos alegado por la solicitante consiste, en realidad, en el impago de un pagaré de la que es tenedora que presentado para su cobro ante la entidad bancaria no fue atendido, en una supuesta situación de desbalance patrimonial y en la aparición del deudor en el fichero de morosos "RAI", datos que conforme a la doctrina expuesta y conforme a lo ya argumentando por el juez de instancia, no revelan un sobreseimiento general en los pagos, sino tan solo y a lo sumo, que el solicitante es titular de un crédito cuyo pago no ha sido atendido por la entidad domiciliataria, desconociéndose su causa, y del que ni tan siquiera se ha intentado seguir un procedimiento de ejecución singular que le permita perseguir la totalidad del patrimonio del deudor y en su caso, constatar, tras la diligencia de embargo, que su deudor carece de bienes libres bastantes para el pago.
Por otro lado, y ante la alegación efectuada por el recurrente, en orden a que en cualquier caso, el Juez debería haberle concedido un plazo para justificación o subsunción de los defectos observados, antes de inadmitir su solicitud o que no es preciso en trámite de solicitud que se acredite la situación de insolvencia y la concurrencia de la pluralidad de acreedores, baste señalar que, por lo que se refiere a la posibilidad de subsanación, lo que establece elartículo 13.2 de la Ley Concursal, es la posibilidad de exigir complementar la documental que necesariamente debía haberse presentado, aunque con defectos a los efectos de la valoración para la declaración de insolvencia, es decir, si la documentación concreta que se acompaña y con la que se pretende justificar su legitimación y la situación de insolvencia, adolece de algún defecto, en cuyo caso podrá conceder dicho plazo de subsanación, pero no el supuesto que nos ocupa, que no es otro que entender que la documentación acompañada no acredita el presupuesto objetivo necesario para la declaración del concurso y que como presupuesto material fáctico no es sustituible por motivación o impulso judicial, como ya tuvo ocasión de señalar esta Sección en resolución de fecha 16 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 94930), máximo cuando el propio recurrente ya reconoce en su escrito de interposición del recurso de reposición que le es de todo punto imposible presentar otro tipo de documentación.
Tampoco es admisible que la acreditación de la concurrencia de dicho presupuesto objetivo quede diferido al trámite de oposición, siendo que la doctrina se ha venido pronunciando a favor de la posibilidad de la inadmisión "in limie litis" de la solicitud, cuando, como es el caso, se aprecia la ausencia de los requisitos o presupuestos enjuiciados, al establecer que no obstante el trámite contradictorio de audiencia al deudor, ello no exime de un examen previo y la razón se encuentra en el carácter público del propio proceso concursal, que no sólo interesa y afecta al deudor y al solicitante, sino a un amplio colectivo de sujetos de forma que no puede quedar a la disposición de las partes una cuestión tan trascendente Y existe el riesgo de que así pueda suceder si el examen de esos presupuestos no se realiza en esta resolución inicial, pues si luego no existe oposición del deudor el Juez vendrá obligado a declararlo (art. 18.1) con lo que no habrá existido posibilidad de un ulterior examen de esa cuestión; por ello, la resolución admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario **debe ser una resolución auténticamente fundada y dictada únicamente tras haberse aportado al proceso por el solicitante la documentación que permite realizar un razonable enjuiciamiento sobre la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia del deudor**. El hecho de que incluso en el supuesto de concurso voluntario deba examinarse la concurrencia de esos presupuestos antes de declararlo es el mejor argumento a favor de la posición que mantenemos ("Comentarios a laLey Concursal, Ed. Bosch 2004;AAP Las Palmas 21-04-08 (JUR 2008, 197191)). La prueba propuesta por el instante junto con su solicitud, debe servir para acreditar una afirmación a priori fundada, no para indagar sobre la existencia o no de un presupuesto del concurso, incluida la existencia de una pluralidad de acreedores (AAP Baleares 5-10-2009 (JUR 2009, 469869)).”: AAP Baleares (sección 5) 27.01.2010 (JUR 2010/101507; Auto 7/2010; Rollo 537/2009)

AP Lleida

“PRIMERO.-Recurre MAPESCA SA el auto del juzgado de lo mercantil en que inadmite a trámite la declaración de concurso necesario de Comercial de Pescados y Mariscos, S.A. La razón del recurso estriba en que el apelante considera que el juez ha vulnerado el articulo 2.4 de la LC ya que sí se dan los requisitos exigidos en el citado precepto para admitir a trámite aquella declaración de concurso necesario al constar acreditada de

forma suficiente la insolvencia del deudor y sin que el juez pueda exigir una prueba fehaciente del sobreseimiento de pagos mas allá de las acreditaciones que constan en la demanda y sin que "a limine" pueda procederse a examinar la prueba, debiendo ser en una fase posterior donde se debe exigir y examinar a fondo al misma.

SEGUNDO. - Pues bien, así planteados los extremos del recurso en esta segunda instancia, es preciso comenzar señalando que de sobras es conocido que para que sea posible la declaración de un concurso, sea necesario o voluntario, hace falta la concurrencia de presupuestos de carácter subjetivo y de carácter objetivo. Respecto de los presupuestos de carácter subjetivo (art 1 LC) ningún problema se plantea en el presente supuesto, pero sí en la concurrencia de los presupuestos de carácter objetivo. Estos se encuentran recogidos en el articulo 2 de la LC que principia diciendo que " *1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común* ". Quizás sea preciso señalar que dicho presupuesto, el de la insolvencia, se define como imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles al deudor (art. 2.2 del cuerpo legal señalado). La Ley Concursal acoge así la noción económica de insolvencia, equiparándola a impotencia de pago, normalmente nacida de la falta de crédito del deudor y, sobre todo, de su situación de neto patrimonial negativo (más deudas de bienes y créditos). Paralelamente, se distancia el legislador relativamente de la noción jurídica de insolvencia-impago, vinculada a la iliquidez económica (art. 874 CCom derogado, que definía la quiebra como cese en los pagos, como falta general de pago o cese en la atención de los créditos). El CCom, en efecto, no atendía en sede conceptual, como la Ley Concursal, al origen o causa de la insolvencia para configurar o estructurar el presupuesto objetivo, aunque luego también regía un sistema indiciario o de señales para probar aquélla, análogo al de los indicios de insolvencia que hoy contempla el art. 2.4 LC, sede más correcta para ubicar el incumplimiento generalizado, que debe constituir señal o indicio, no causa, de la insolvencia. La causa de la insolvencia sólo puede ser el "Uberschuldung", la sobredimensión del pasivo, unida a la falta de crédito, al imposible rehinchado de la financiación externa. El sobreendeudamiento que regula la Ley Concursal (art. 2.3) no es estático, sino dinámico, pues la insolvencia prevista como inmediata se equipara a la actual, ajustándose mejor así los empresarios, principales sujetos en bancarrota, al timing idóneo para proveer la declaración voluntaria de concurso, en beneficio propio y también de la masa pasiva conformada por los acreedores.

Fijada en la demanda la solicitud principal de concurso necesario y habiéndose presentado escrito de ampliación a la inicial petición, en un primer paso es necesario como cuestión central a debatir en esta petición de concurso necesario, examinar la concurrencia o no de lo establecido por el art. 2.4 de la Ley Concursal que determina que procederá aquella declaración, a falta de la acreditación de titulo por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes bastantes, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

" *1º. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.*

2º. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3°. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

4°. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades."

Es a partir de éste precepto cuando se debe examinar si procede o no la admisión a trámite del mismo. A este respecto y a fin de situar y armonizar dichos presupuestos o requisitos enunciados anteriormente, cabe destacar de la propia exposición de motivos de la Ley concursal que los legitimados para solicitar el concurso del deudor han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley; desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor entre otros hechos tasados. En todo caso, incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamenta su solicitud. Expuesto lo anterior, se debe individualizar la posible concurrencia o no de los *hechos reveladores* del art. 2.4 de la Ley concursal, y en este caso, el que se alega es el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

TERCERO.-Respecto del momento procesal oportuno para efectuar aquella valoración, no parece que pueda discutirse que la Ley Concursal no ha querido atribuir a la declaración de insolvencia que el deudor debe formular cuando solicita su propia declaración de concurso (ex art. 6,1 LC), eficacia vinculante. Baste comprobar que en el apartado II de la Exposición de Motivos, el legislador pone de manifiesto que *"(...) si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia...".* Esta es la idea que se traslada al texto articulado (vid. art. 2, 3 y 14,1 LC) al exigirse, por un lado, que el deudor lleve a cabo una actuación positiva en orden a la acreditación de la concurrencia del presupuesto objetivo para que proceda la declaración del concurso voluntario; y por otro, al prevenir al Juez que sólo procederá la declaración de concurso *"(...) si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apdo. 4 del art. 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor...".*

Sin embargo, la exigencia legal que al deudor se le impone en orden a la acreditación del presupuesto objetivo para la declaración del concurso en el caso de solicitud de concurso voluntario, no tiene parangón en el caso en que la solicitud de declaración de concurso sea presentada por algún otro legitimado distinto al deudor (ex art. 3 LC). En tales casos, el art. 15,1 LC se limita a exigir que una vez admitida a trámite la solicitud de declaración de concurso necesario se emplace al deudor *"(...) para que comparezca en el plazo de cinco días,*

dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse...". El aludido emplazamiento abre todo el abanico de posibilidades que en el ámbito procesal la ley ofrece a cualquier demandado. De este modo el deudor puede no comparecer; puede comparecer y no oponerse; y, finalmente puede comparecer y oponerse a la solicitud de declaración de concurso necesario.

Sólo esta última conducta dará lugar al señalamiento de una vista en la que se practicará la prueba que solicitante y deudor propongan, y se considere procedente a fin de determinar si concurren todos los requisitos para que la situación de concurso sea declarada (vid. art. 18,2,II LC).

No obstante, no debe de olvidarse que la LC también señala, que para el caso en que el deudor se allane a la solicitud de declaración de concurso necesario o no se oponga a la misma *"(...) el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores"* (art 18LC). Así las cosas, la cuestión es si en los supuestos a los que acabamos de aludir, la declaración de concurso necesario procederá de manera automática, o bien será menester un previo análisis por parte del Juez ante el que se ha presentado la solicitud, sobre si concurren los requisitos conducentes a la declaración de concurso, con la posibilidad de no declararlo para el caso en que tales requisitos no se hallen presentes.

A nuestro juicio no cabe, en ningún caso, que el Juez declare el concurso sin haber valorado si concurren los presupuestos subjetivo y objetivo (ex arts. 1 y 2 LC) para su procedencia. No obstante, lo que acabamos de decir no supone que la valoración que el Juez debe realizar sea la misma en los casos en que la solicitud de concurso sea presentada por el deudor que en aquellos en que sea presentada por cualquier otro legitimado. En el primer caso, hemos puesto de relieve que la valoración alcanza la situación de endeudamiento del solicitante y su estado de insolvencia (ex art. 2, 3 LC) y verificado, sin ninguna intervención adicional, se declarará en situación concursal. Sin embargo, cuando el solicitante sea cualquier otro legitimado, el análisis sobre la justificación del endeudamiento y de la insolvencia, deberá ser previo a la admisión a trámite de la solicitud. De manera clara lo dispone, por un lado, el art. 7,1 LC, que exige al solicitante acreedor que acredite el título que le atribuye la condición de acreedor con mención del origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito -y la justificación de su legitimación cuando el solicitante no sea acreedor (vid. art. 7,1,II LC)-; y por otro, el art. 2, 4 LC que dispone que para la declaración de concurso necesario el legitimado distinto del deudor deberá acreditar necesariamente que *"(...)se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago...",* o alguno de los hechos que se relacionan en el precepto citado.

Si valoramos adecuadamente el último precepto citado, comprobaremos que en todos los casos que contempla se produce una acreditación indiciaria de la insolvencia del deudor, cuyo análisis debe realizar con suficiencia -en dicho momento procesal- el Juez ante el que se ha solicitado la declaración de concurso. De este modo, para que el concurso necesario pueda se declarado, no bastará con la aportación de documentos que no justifiquen de manera plena cualquiera de los hechos que el art. 2, 4 LC ha considerado reveladores de la situación de insolvencia.

Solo si se interpreta de este modo la exigencia de los arts. 7,1 y 2, 4 LC el sistema guarda plena coherencia con lo dispuesto en el art. 2, 3 LC, de tal modo que acreditada por el legitimado distinto del deudor tanto su legitimación como la situación de insolvencia del deudor -lo que deberá conllevar la admisión a trámite de la solicitud- la actitud pasiva de éste, que no destruya la prueba aportada por el solicitante, será suficiente para que el Juez declare de manera automática la situación de concurso necesario del deudor.

Hacer una interpretación en exceso flexible de los requisitos que deben acreditar los legitimados distintos del deudor para la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario conduce al intérprete a un estado de perplejidad en el caso de falta de oposición del deudor concursado, estado que no se producirá si la exigencia de acreditación de los presupuestos a los que aludimos se lleva a cabo en el momento previo a la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario. Esta postura encontraría apoyos doctrinales y jurisprudenciales diversos, como por ejemplo, la del Magistrado Juan Garnica Martín ("Comentarios a la Ley Concursal" Ed. Bosch, Madrid 2004) que establece "... *que no obstante el trámite contradictorio de audiencia al deudor, ello no exime de un examen previo y la razón se encuentra en el carácter público del propio proceso concursal, que no solo interesa y afecta al deudor y al solicitante, sino a un amplio colectivo de sujetos de forma que no puede quedar a la disposición de las partes una cuestión tan trascendente, Y existe el riesgo de que así pueda suceder si el examen de esos presupuestos no se realiza en esta resolución inicial, pues si luego no existe oposición del deudor el Juez vendrá obligado a declararlo (art. 18.1) con lo que no habrá existido posibilidad de un ulterior examen de esa cuestión. Por ello la resolución admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario debe ser una resolución auténticamente fundada y dictada únicamente tras haberse aportado al proceso por el solicitante la documentación que permita realizar un razonable enjuiciamiento sobre la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia del deudor. El hecho de que incluso en el supuesto de concurso voluntario deba examinarse la concurrencia de esos presupuestos antes de declararlo es el mejor argumento a favor de la posición que mantenida* ", debiendo citarse igualmente a la profesora Pulgar Esquerra ("Estudios sobre la Ley Concursal. Ed. Pons, Madrid 2005) extendiendo igualmente lo anterior precisando que *"la solicitud de la declaración de concurso por un acreedor no constituye en ningún caso un deber sino un derecho cuyo ejercicio se condiciona a la acreditación por el acreedor con su solicitud de dos extremos legalmente exigidos: De un lado, su legitimación activa, esto es el título o títulos justificativos de sus créditos y la concurrencia de alguna de las situaciones descritas en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, algunas de las cuales constituyen lo que podría calificarse como "hechos del concurso" y otras situaciones de fondo (ejecución forzosa singular infructuosa) a lo que debe añadirse la necesaria acreditación por el solicitante de la existencia de una pluralidad inicial de acreedores, no obstante no venir expresamente exigida en la Ley dicha acreditación que, sin embargo, entendemos- como se analizará a continuación-*

condictio sine qua non no sólo de la declaración de concurso sino de la misma admisión a trámite de la solicitud de concurso. La acreditación de estos extremos debe producirse en el mismo momento mismo de la presentación de la solicitud de declaración del procedimiento y no en un momento posterior, determinado la falta de acreditación de alguno de estos extremos el rechazo de ofio por el Juez de la admisión a trámite de la solicitud de concurso".

Abundando sobre lo dicho y buscando mayores argumentos añadiriamos que el art. 14,2 LC autoriza al juez para requerir al deudor, en caso de estimar que la documentación aportada resulta insuficiente, el complemento necesario para acreditar la insolvencia alegada, posibilidad que se extiende, en tanto no se establece ninguna excepción, a cualquier supuesto de solicitud de declaración presentada por el deudor y, por tanto, también a la solicitud realizada por el deudor con posterioridad a la presentación de una solicitud de declaración por cualquier otro legitimado y antes de haber sido emplazado, supuesto en el cual el art. 18 LC determina igualmente que el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores. Es decir, aun cuando el art. 18 LC determine que en este último caso el juez dictará auto declarando el concurso (y, en consecuencia, parece configurar a la solicitud del deudor realizada con posterioridad a la solicitud de otro legitimado como desencadenante automático de la declaración de concurso), el art. 14,2 autoriza al órgano judicial para requerir al deudor el completamiento de la solicitud en orden a acreditar la situación de insolvencia, por lo que puede entenderse que también en esos casos el juez podrá comprobar a priori la situación patrimonial de fondo del deudor. A partir de ello, una interpretación integradora de los arts. 14 y 18 LC debería conducir a entender que el juez del concurso puede comprobar la concurrencia del presupuesto objetivo, esto es, la situación de insolvencia del deudor, no sólo en los casos de solicitud presentada por el deudor sino también en los casos de solicitud presentada por cualquier otro sujeto legitimado, aún cuando en estos casos la documentación aportada no necesariamente permitirá acreditar dicha situación. De otro modo, en los supuestos de concurso necesario se estaría configurando como presupuesto de la declaración del concurso la concurrencia de ciertos hechos externos y no la situación patrimonial de insolvencia tal y como taxativamente prevé el art. 2,1 LC (*"La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común")*. Por ello, el juez no sólo "podrá" analizar la concurrencia de los presupuestos y denegar la declaración de concurso si considera que no concurren sino que deberá hacerlo para evitar, en la medida de lo posible, que se declare el concurso sin concurrir su presupuesto objetivo, lo cual deriva de una interpretación armónica e integradora de los arts. 2, 14 y 18 LC. Y ello tanto en los supuestos de concurso necesario en los que el deudor no formule oposición en plazo como en los que el deudor se allane a la solicitud presentada por cualquier otro sujeto legitimado.

Reconduciendo por tanto todo lo anterior, el Juez del Concurso no solo se encuentra plenamente facultado para analizar de oficio la procedencia de la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario sino que está obligado a ello en el plano procesal (requisitos formales) y en el de la materia (título y hechos reveladores de la insolvencia), debiendo rechazar de oficio la solicitud que no reúna tales exigencias.

CUARTO.-Partiendo de los argumentos anteriormente señalados, destacar que una característica tradicionalmente exigida para la apreciación de la situación de insolvencia, a la que resulta extrapolable la doctrina y jurisprudencia concursal anterior a la ley actualmente en vigor, consiste en el carácter " *definitivo e irreversible" de la cesación en los pagos (GARRIGES,"Curso de Derecho Mercantil", Tomo II, Madrid 1983, 7-10-89 entre otras), y, por otro lado, como señala PULGAR EZQUERRA (obra citada, pag. 132, citando a RAMÍREZ,"La quiebra. Derecho Concursal español" Tomo I, Barcelona 1998, pag. 606),"es necesario el carácter exigible de los créditos en cuyo pago se sobresee, no pudiendo por tanto hablarse de sobreseimiento a los efectos de la solicitud de declaración del concurso cuando se trate de obligaciones naturales o litigiosas.* ". A partir de dichas reflexiones cabe efectuar, en relación con la solicitud objeto de estudio, que no se aprecia la concurrencia de este requisito, ya que, constando únicamente la existencia de una reclamación extrajudicial y "amistosa" según manifestaciones de la propia parte (por cierto huérfanas de prueba de tipo alguno) es claro que no se deduce ni se ha acreditado un sobreseimiento general de pagos, sin que pueda tenerse como tal, informaciones aparecidas en registros no oficiales y configurar así una hipótesis de sobreseimiento general, como correctamente recuerda el auto apelado.

En este caso, ante la falta de acreditación de los presupuestos antes examinados, evitamos el inicio de un proceso deficientemente instado, en el que el acreedor no ha logrado acreditar, pese a que le incumbía, la concurrencia de los requisitos y presupuestos reiteradamente alegados en estos razonamientos jurídicos, presentando escrito de ampliación, que en realidad era un escrito de ampliación de prueba, y que en nada modificaba el escrito inicial. En los supuestos de concurso necesario, el acreedor debe demostrar su condición expresando y acompañando los documentos acreditativos de la existencia, origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición, vencimientos y, en general la situación del crédito. No es sólo suficiente la mera declaración de la existencia de un crédito, sino que resulta necesaria la prueba expresa de la existencia del mismo (art. 7 LC). Es pues al solicitante del concurso necesario al que incumbe la prueba de los hechos objetivos en que se fundamenta la solicitud de concurso sobre unos presupuestos también objetivos y establecidos legalmente.

En definitiva, ante las solicitudes de concurso necesario, el juez debe de comprobar que por el solicitante se acreditan los requisitos para la solicitud de concurso - en particular, cuando se alega el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones - de forma que no se tramite la solicitud cuando no se acredita dicha situación (véanse las resoluciones del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona en el caso FBEX o del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid en el asunto NOZAR) y no solo eso sino que el juez debe de examinar la existencia del presupuesto objetivo del concurso (la insolvencia del deudor), incluso cuando no haya oposición del deudor o el mismo se allane. De esta forma, el concurso de acreedores será realmente un procedimiento al que se puede y se debe acudir en situaciones de iliquidez o crisis financiera con el fin de conseguir el doble objetivo (señalado en la Exposición de Motivos) de satisfacer a los acreedores, como principal, y de mantener la actividad de las empresas viables.": AAP Lleida (Sección 2) 06.07.2012 (Auto

83/2012; Rollo 390/2012)

“PRIMERO.-La parte actora recurre contra el auto del juzgado de lo mercantil de Lleida que le desestima el recurso de reposición contra el auto en que se inadmite a trámite el concurso necesario de acreedores. Los motivos de recurso son los mismos que ya se hicieron valer en el recurso de reposición, esto es vulneración del articulo 2.4 de la LC y error en la valoración de la prueba. La discusión se centra fundamentalmente en si es posible por parte del juez realizar un examen acerca de la acreditación indiciaria de la insolvencia del deudor, cuando la causa que se alega no es una de las causas objetivas que la ley establece sino cuando se fundamenta en el sobreseimiento general, análisis o examen que debe realizarse en el momento de la admisión a trámite. Por otro lado si los elementos aportados por la parte apelante son o no suficientes a estos efectos.
SEGUNDO.-Pues bien, así planteados los extremos del recurso en esta segunda instancia, es preciso comenzar señalando que de sobras es conocido que para que sea posible la declaración de un concurso, sea necesario o voluntario, hace falta la concurrencia de presupuestos de carácter subjetivo y de carácter objetivo. Respecto de los presupuestos de carácter subjetivo (art 1 LC) ningún problema se plantea en el presente supuesto, pero sí en la concurrencia de los presupuestos de carácter objetivo. Estos se encuentran recogidos en el articulo 2 de la LC que principia diciendo que " 1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común". Quizás sea preciso señalar que dicho presupuesto, el de la insolvencia, se define como imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles al deudor (art. 2.2 del cuerpo legal señalado). La Ley Concursal acoge así la noción económica de insolvencia, equiparándola a impotencia de pago, normalmente nacida de la falta de crédito del deudor y, sobre todo, de su situación de neto patrimonial negativo (más deudas de bienes y créditos). Paralelamente, se distancia el legislador relativamente de la noción jurídica de insolvencia-impago, vinculada a la iliquidez económica (art. 874 CCom derogado, que definía la quiebra como cese en los pagos, como falta general de pago o cese en la atención de los créditos). El CCom, en efecto, no atendía en sede conceptual, como la Ley Concursal, al origen o causa de la insolvencia para configurar o estructurar el presupuesto objetivo, aunque luego también regía un sistema indiciario o de señales para probar aquélla, análogo al de los indicios de insolvencia que hoy contempla el art. 2.4 LC, sede más correcta para ubicar el incumplimiento generalizado, que debe constituir señal o indicio, no causa, de la insolvencia. La causa de la insolvencia sólo puede ser el "Uberschuldung", la sobredimensión del pasivo, unida a la falta de crédito, al imposible rehinchado de la financiación externa. El sobreendeudamiento que regula la Ley Concursal (art. 2.3) no es estático, sino dinámico, pues la insolvencia prevista como inmediata se equipara a la actual, ajustándose mejor así los empresarios, principales sujetos en bancarrota, al timing idóneo para proveer la declaración voluntaria de concurso, en beneficio propio y también de la masa pasiva conformada por los acreedores.
Fijada en la demanda la solicitud principal de concurso necesario es preciso como cuestión central a debatir en esta petición de concurso necesario, examinar la concurrencia o no de lo establecido por el art.
2.4 de la Ley Concursal que determina que procederá aquella declaración, a falta de la acreditación de titulo por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes bastantes, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:
" 1º. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
2º. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
3°. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
4°. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades."
Es a partir de éste precepto cuando se debe examinar si procede o no la admisión a trámite del mismo. A este respecto y a fin de situar y armonizar dichos presupuestos o requisitos enunciados anteriormente, cabe destacar de la propia exposición de motivos de la Ley concursal que los legitimados para solicitar el concurso del deudor han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley; desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor entre otros hechos tasados. En todo caso, incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamenta su solicitud. Expuesto lo anterior, se debe individualizar la posible concurrencia o no de los hechos reveladores del art. 2.4 de la Ley concursal, y en este caso, el que se alega es el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
TERCERO.-Respecto del momento procesal oportuno para efectuar aquella valoración, no parece que pueda discutirse que la Ley Concursal no ha querido atribuir a la declaración de insolvencia que el deudor debe formular cuando solicita su propia declaración de concurso (ex art. 6,1 LC), eficacia vinculante. Baste comprobar que en el apartado II de la Exposición de Motivos, el legislador pone de manifiesto que "(...) si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia...". Esta es la idea que se traslada al texto articulado (vid. art. 2, 3 y 14,1 LC) al exigirse, por un lado, que el deudor lleve a cabo una actuación positiva en orden a la acreditación de la concurrencia del presupuesto objetivo para que proceda la declaración del concurso voluntario; y por otro, al prevenir al Juez que sólo procederá la declaración de concurso "(...) si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apdo. 4 del art. 2, u otros que acrediten

la insolvencia alegada por el deudor...".
Sin embargo, la exigencia legal que al deudor se le impone en orden a la acreditación del presupuesto objetivo para la declaración del concurso en el caso de solicitud de concurso voluntario, no tiene parangón en el caso en que la solicitud de declaración de concurso sea presentada por algún otro legitimado distinto al deudor (ex art. 3 LC). En tales casos, el art. 15,1 LC se limita a exigir que una vez admitida a trámite la solicitud de declaración de concurso necesario se emplace al deudor "(...) para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse...". El aludido emplazamiento abre todo el abanico de posibilidades que en el ámbito procesal la ley ofrece a cualquier demandado. De este modo el deudor puede no comparecer; puede comparecer y no oponerse; y, finalmente puede comparecer y oponerse a la solicitud de declaración de concurso necesario.
Sólo esta última conducta dará lugar al señalamiento de una vista en la que se practicará la prueba que solicitante y deudor propongan, y se considere procedente a fin de determinar si concurren todos los requisitos para que la situación de concurso sea declarada (vid. art. 18,2,II LC).
No obstante, no debe de olvidarse que la LC también señala, que para el caso en que el deudor se allane a la solicitud de declaración de concurso necesario o no se oponga a la misma "(...) el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores" (art 18LC). Así las cosas, la cuestión es si en los supuestos a los que acabamos de aludir, la declaración de concurso necesario procederá de manera automática, o bien será menester un previo análisis por parte del Juez ante el que se ha presentado la solicitud, sobre si concurren los requisitos conducentes a la declaración de concurso, con la posibilidad de no declararlo para el caso en que tales requisitos no se hallen presentes.
A nuestro juicio no cabe, en ningún caso, que el Juez declare el concurso sin haber valorado si concurren los presupuestos subjetivo y objetivo (ex arts. 1 y 2 LC) para su procedencia. No obstante, lo que acabamos de decir no supone que la valoración que el Juez debe realizar sea la misma en los casos en que la solicitud de concurso sea presentada por el deudor que en aquellos en que sea presentada por cualquier otro legitimado. En el primer caso, hemos puesto de relieve que la valoración alcanza la situación de endeudamiento del solicitante y su estado de insolvencia (ex art. 2, 3 LC) y verificado, sin ninguna intervención adicional, se declarará en situación concursal. Sin embargo, cuando el solicitante sea cualquier otro legitimado, el análisis sobre la justificación del endeudamiento y de la insolvencia, deberá ser previo a la admisión a trámite de la solicitud. De manera clara lo dispone, por un lado, el art. 7,1 LC, que exige al solicitante acreedor que acredite el título que le atribuye la condición de acreedor con mención del origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito -y la justificación de su legitimación cuando el solicitante no sea acreedor (vid. art. 7,1,II LC)-; y por otro, el art. 2, 4 LC que dispone que para la declaración de concurso necesario el legitimado distinto del deudor deberá acreditar necesariamente que "(...) se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago...", o alguno de los hechos que se relacionan en el precepto citado.
Si valoramos adecuadamente el último precepto citado, comprobaremos que en todos los casos que contempla se produce una acreditación indiciaria de la insolvencia del deudor, cuyo análisis debe realizar con suficiencia -en dicho momento procesal- el Juez ante el que se ha solicitado la declaración de concurso. De este modo, para que el concurso necesario pueda ser declarado, no bastará con la aportación de documentos que no justifiquen de manera plena cualquiera de los hechos que el art. 2, 4 LC ha considerado reveladores de la situación de insolvencia.
Solo si se interpreta de este modo la exigencia de los arts. 7,1 y 2, 4 LC el sistema guarda plena coherencia con lo dispuesto en el art. 2, 3 LC, de tal modo que acreditada por el legitimado distinto del deudor tanto su legitimación como la situación de insolvencia del deudor -lo que deberá conllevar la admisión a trámite de la solicitud- la actitud pasiva de éste, que no destruya la prueba aportada por el solicitante, será suficiente para que el Juez declare de manera automática la situación de concurso necesario del deudor.
Hacer una interpretación en exceso flexible de los requisitos que deben acreditar los legitimados distintos del deudor para la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario conduce al intérprete a un estado de perplejidad en el caso de falta de oposición del deudor concursado, estado que no se producirá si la exigencia de acreditación de los presupuestos a los que aludimos se lleva a cabo en el momento previo a la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario. Esta postura encontraría apoyos doctrinales y jurisprudenciales diversos, como por ejemplo, la del Magistrado Juan Garnica Martín ("Comentarios a la Ley Concursal" Ed. Bosch, Madrid 2004) que establece "...que no obstante el trámite contradictorio de audiencia al deudor, ello no exime de un examen previo y la razón se encuentra en el carácter público del propio proceso concursal, que no solo interesa y afecta al deudor y al solicitante, sino a un amplio colectivo de sujetos de forma que no puede quedar a la disposición de las partes una cuestión tan trascendente. Y existe el riesgo de que así pueda suceder si el examen de esos presupuestos no se realiza en esta resolución inicial, pues si luego no existe oposición del deudor el Juez vendrá obligado a declararlo (art. 18.1) con lo que no habrá existido posibilidad de un ulterior examen de esa cuestión. Por ello la resolución admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario debe ser una resolución auténticamente fundada y dictada únicamente tras haberse aportado al proceso por el solicitante la documentación que permita realizar un razonable enjuiciamiento sobre la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia del deudor. El hecho de que incluso en el supuesto de concurso voluntario deba examinarse la concurrencia de esos presupuestos antes de declararlo es el mejor argumento a favor de la posición que mantenida", debiendo citarse igualmente a la profesora Pulgar Esquerra ("Estudios sobre la Ley Concursal. Ed. Pons, Madrid 2005) extendiendo igualmente lo anterior precisando que "la solicitud de la declaración de concurso por un acreedor no constituye en ningún caso un deber sino un derecho cuyo ejercicio se condiciona a la acreditación por el acreedor con su

solicitud de dos extremos legalmente exigidos: De un lado, su legitimación activa, esto es el título o títulos justificativos de sus créditos y la concurrencia de alguna de las situaciones descritas en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, algunas de las cuales constituyen lo que podría calificarse como "hechos del concurso" y otras situaciones de fondo (ejecución forzosa singular infructuosa) a lo que debe añadirse la necesaria acreditación por el solicitante de la existencia de una pluralidad inicial de acreedores, no obstante no venir expresamente exigida en la Ley dicha acreditación que, sin embargo, entendemos que es condictio sine qua non no sólo de la declaración de concurso sino de la misma admisión a trámite de la solicitud de concurso. La acreditación de estos extremos debe producirse en el mismo momento de la presentación de la solicitud de declaración del procedimiento y no en un momento posterior, determinado la falta de acreditación de alguno de estos extremos el rechazo de oficio por el Juez de la admisión a trámite de la solicitud de concurso".

Abundando sobre lo dicho y buscando mayores argumentos añadiríamos que el art. 14,2 LC autoriza al juez para requerir al deudor, en caso de estimar que la documentación aportada resulta insuficiente, el complemento necesario para acreditar la insolvencia alegada, posibilidad que se extiende, en tanto no se establece ninguna excepción, a cualquier supuesto de solicitud de declaración presentada por el deudor y, por tanto, también a la solicitud realizada por el deudor con posterioridad a la presentación de una solicitud de declaración por cualquier otro legitimado y antes de haber sido emplazado, supuesto en el cual el art. 18 LC determina igualmente que el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores. Es decir, aun cuando el art. 18 LC determine que en este último caso el juez dictará auto declarando el concurso (y, en consecuencia, parece configurar a la solicitud del deudor realizada con posterioridad a la solicitud de otro legitimado como desencadenante automático de la declaración de concurso), el art. 14,2 autoriza al órgano judicial para requerir al deudor el completamiento de la solicitud en orden a acreditar la situación de insolvencia, por lo que puede entenderse que también en esos casos el juez podrá comprobar a priori la situación patrimonial de fondo del deudor. A partir de ello, una interpretación integradora de los arts. 14 y 18 LC debería conducir a entender que el juez del concurso puede comprobar la concurrencia del presupuesto objetivo, esto es, la situación de insolvencia del deudor, no sólo en los casos de solicitud presentada por el deudor sino también en los casos de solicitud presentada por cualquier otro sujeto legitimado, aún cuando en estos casos la documentación aportada no necesariamente permitirá acreditar dicha situación. De otro modo, en los supuestos de concurso necesario se estaría configurando como presupuesto de la declaración del concurso la concurrencia de ciertos hechos externos y no la situación patrimonial de insolvencia tal y como taxativamente prevé el art. 2,1 LC ("La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común"). Por ello, el juez no sólo "podrá" analizar la concurrencia de los presupuestos y denegar la declaración de concurso si considera que no concurren sino que deberá hacerlo para evitar, en la medida de lo posible, que se declare el concurso sin concurrir su presupuesto objetivo, lo cual deriva de una interpretación armónica e integradora de los arts. 2, 14 y 18 LC. Y ello tanto en los supuestos de concurso necesario en los que el deudor no formule oposición en plazo como en los que el deudor se allane a la solicitud presentada por cualquier otro sujeto legitimado.

Reconduciendo por tanto todo lo anterior, el Juez del Concurso no solo se encuentra plenamente facultado para analizar de oficio la procedencia de la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario sino que está obligado a ello en el plano procesal (requisitos formales) y en el de la materia (título y hechos reveladores de la insolvencia), debiendo rechazar de oficio la solicitud que no reúna tales exigencias.

CUARTO.-Partiendo de los argumentos anteriormente señalados, destacar que una característica tradicionalmente exigida para la apreciación de la situación de insolvencia, a la que resulta extrapolable la doctrina y jurisprudencia concursal anterior a la ley actualmente en vigor, consiste en el carácter "definitivo e irreversible" de la cesación en los pagos (GARRIGES, "Curso de Derecho Mercantil", Tomo II, Madrid 1983, 7-10-89 entre otras), y, por otro lado, como señala PULGAR EZQUERRA (obra citada, pag. 132, citando a RAMÍREZ, "La quiebra. Derecho Concursal español" Tomo I, Barcelona 1998, pag. 606),"es necesario el carácter exigible de los créditos en cuyo pago se sobresee, no pudiendo por tanto hablarse de sobreseimiento a los efectos de la solicitud de declaración del concurso cuando se trate de obligaciones naturales o litigiosas.".

A partir de dichas reflexiones cabe efectuar, en relación con la solicitud objeto de estudio, que no se aprecia la concurrencia de este requisito, ya que, constando únicamente la existencia de una reclamación extrajudicial verbal y "amistosa", según manifestaciones de la propia parte (por cierto huérfanas de prueba de tipo alguno) es claro que no se deduce ni se ha acreditado un sobreseimiento general de pagos, sin que pueda tenerse como tal, informaciones aparecidas en registros no oficiales y configurar así una hipótesis de sobreseimiento general, como correctamente recuerda el auto apelado.

En este caso, ante la falta de acreditación de los presupuestos antes examinados, evitamos el inicio de un proceso deficientemente instado, en el que el acreedor no ha logrado acreditar, pese a que le incumbía, la concurrencia de los requisitos y presupuestos reiteradamente alegados en estos razonamientos jurídicos. En los supuestos de concurso necesario, el acreedor debe demostrar su condición expresando y acompañando los documentos acreditativos de la existencia, origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición, vencimientos y, en general la situación del crédito. No es sólo suficiente la mera declaración de la existencia de un crédito, si no que resulta necesaria la prueba expresa de la existencia del mismo (art. 7 LC). Es pues al solicitante del concurso necesario al que incumbe la prueba de los hechos objetivos en que se fundamenta la solicitud de concurso sobre unos presupuestos también objetivos y establecidos legalmente.

En definitiva, ante las solicitudes de concurso necesario, el juez debe de comprobar que por el solicitante se acreditan los requisitos para la solicitud de concurso - en particular, cuando se alega el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones - de forma que no se trámite la solicitud cuando no se acredita dicha situación (véanse las resoluciones del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona en el caso FBEX o del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid en el asunto NOZAR) y no solo eso sino que el juez debe de examinar la existencia del presupuesto objetivo del concurso (la insolvencia del deudor), incluso cuando no

haya oposición del deudor o el mismo se allane. De esta forma, el concurso de acreedores será realmente un procedimiento al que se puede y se debe acudir en situaciones de iliquidez o crisis financiera con el fin de conseguir el doble objetivo (señalado en la Exposición de Motivos) de satisfacer a los acreedores, como principal, y de mantener la actividad de las empresas viables. Así lo hemos declarado también ya con anterioridad en nuestro Auto de fecha 6 de julio de 2012. Así pues, el recurso ha de ser desestimado y confirmada la resolución recurrida.": AAP Lleida (Sección 2) 17.09.2012 (Auto 94/2012; Rollo 392/2012)

AP Vizcaya

"1.- Como señala el art. 2 de la Ley Concursal, "la declaración de concurso procederá en casos de insolvencia del deudor común. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". como es de ver la LC señala el requisito del deudor común (a varios acreedores) y que no pueda atender sus obligaciones, en plural. Para el caso de que se trate de una sola obligación está la vía de ejecución ordinaria, nunca la concursal. **El acreedor deberá acreditar con su petición el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones corrientes del deudor** (art. 24.1 LEC) y la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor (art. 24.2 LECV). En tal sentido nos remitimos a nuestro Auto de fecha 20 de abril de 2009, Fundamento 4º.
En el supuesto de autos el acreedor que peticiona el concurso es un acreedor singular sin que haya acreditado cuando solicita el concurso que existan otras ejecuciones pendientes contra el deudor y que éste haya sobreseído generalmente en sus pagos. Lo que no cabe es, como se pretende, articular una prueba acreditativa de la mayor o menor solvencia del deudor para así admitir el concurso ni aportar con posterioridad a la petición de concurso una deuda de la empresa con el Ayuntamiento de Bilbao, que por cierto no se persona en autos y cuya situación y circunstancias ignoramos.
Faltando este requisito no es el deudor quien tiene que probar su solvencia ni traer los libros de comercio ni atender a las restantes pretensiones del instante. Lo que procede es, como hace el auto recurrido, denegar la admisión del concurso, resolución que procede confirmar en esta alzada.
2.- Las restantes consideraciones del auto son a mayor abundancia, si bien no podemos desdeñarlas pues es sintomático que con una sentencia alcanzada por la vía del allanamiento en un juicio en que intervienen personas vinculadas familiarmente se pretenda una declaración que comporta la trascendencia del concurso de acreedores. Pero en todo caso el argumento decisivo es el expresado en el fundamento anterior.": AAP Vizcaya (Sección 4) 10.04.2012 (Auto 267/2012; Rollo 851/2011)

4.3 Es necesaria prueba mínima o indiciaria del hecho de concurso alegado

AP Alicante

"PRIMERO.- Se solicita en el caso, reproduciéndose la pretensión ejercitada en su momento por el acreedor, la revocación del Auto judicial de la instancia, denegatorio de la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario, instada por la mercantil Cicón Terminaciones S.L., en calidad de acreedora, frente a la mercantil Promociones Jacasi 2004 S.L., que la resolución judicial deniega con el argumento, primero, de que el impago de tres acreedores no puede considerarse como situación de sobreseimiento general del pago de las obligaciones de la mercantil demandada de concurso, dedicada al sector de la construcción y, en segundo lugar, porque el hecho de que haya sido citada por edictos en la ejecución del crédito de la solicitante no puede interpretarse como hecho probatorio de la desaparición de la mercantil, sin que en todo caso, este hecho pueda considerarse como acreditativa de la falta de presentación de las cuentas.
En su recurso, la representación legal de la mercantil pone de relieve las dificultades de la prueba en fase de admisión sobre el hecho relativo a la situación económica del deudor y la suficiencia legal de la acreditación del carácter crediticio del solicitante y de la concurrencia de un hecho contemplado en el artículo 2- 4 de la Ley Concursal, siendo en esta fase el control judicial de mera legalidad formal y no de la situación económica de fondo. Y añade que en todo caso, se cumplen en al solicitud, los requisitos del artículo 2-4 de la Ley Concursal al constarse con la documental aportada el incumplimiento generalizado de las obligaciones por el demandado y la pluralidad de acreedores.
El recurso debe ser estimado.
SEGUNDO.-A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de solicitud del concurso por el deudor, en el caso de la solicitud por legitimado distinto, y en particular, de acreedor, la declaración del concurso está sometida a un trámite de contradicción con participación activa del deudor - art 18, 19 y 20 LC - tendente a completar la información sobre su situación económica en las más de las veces, inalcanzable para el acreedor que por tanto, tiene en principio, coartada las posibilidades de dejar constancia previa, en la solicitud, de modo bastante, sobre la concurrencia de los presupuestos del concurso y, en particular, del objetivo o insolvencia.
Es por esto que, como bien señala el apelante, no hay una exigencia en esta fase procedimental, de probanza de la situación económica del deudor, bastando la aportación suficiente de hechos de los que desprender, indiciariamente, la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 2-4 de la Ley Concursal.
En el caso, la parte solicitante acredita su calidad de acreedor, la naturaleza y el importe de su crédito -471.546,26 euros-, acredita la existencia de una pluralidad de acreedores -Cerrajería Casmi S.L., por importe de 10.559,74 euros y Alucasmi S.L. por importe de 10.562,34 euros- y promueve su solicitud sobre la base del sobreseimiento general en el cumplimiento corriente de sus obligaciones por parte de su deudor -art 2-4-1º LC -

, una mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria que, además, acredita que no ha podido ser citada en calidad de obligada tributaria -doc n1 418 y 419- en su domicilio fiscal por las Autoridades Tributarias correspondientes. Parece por tanto evidente que, a los efectos de la solicitud a que se refiere el artículo 15 de la Ley Concursal, se cumplen los requisitos exigidos para su admisión entre los que no se encuentra la acreditación de la insolvencia ni, en su total plenitud o certeza, la del hecho base indiciario de la misma, bastando al efecto, la probanza del carácter legitimador del solicitante, y la propuesta de concurso sobre la base de uno de los hechos contemplados en el artículo 2-4 de la misma ley que se encuentre conectado causalmente, con el relato fáctico que justifique la solicitud, sin perjuicio de que, emplazado el demandado-deudor pueda, en los términos del artículo 18, formular oposición negando el hecho o, simplemente, la insolvencia que deberá acreditar directamente el propio deudor.
Procede en consecuencia, estimar el recurso de apelación y revocar el auto de instancia.": AAP Alicante (Sección 8) 18.05.2011 (Auto 30/2011; Rollo 211/2011)

"PRIMERO.-La resolución recurrida inadmite la solicitud de concurso necesario porque no concurre uno de los presupuestos previstos en el párrafo primero del artículo 2.4 de la Ley Concursal : 1.-) sí existe título por el que se ha despachado ejecución (Auto despachando ejecución de fecha 13 de julio de 2009 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Elche en los autos de Ejecución de Título Judicial número 1946/09); 2.-) no concurre el presupuesto consistente en que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago porque se ha anotado preventivamente el embargo a favor de las ejecutantes de dos fincas de titularidad de la ejecutada, BOHOUSE, S.L.
Los acreedores instantes del concurso se alzan contra la referida resolución porque si atendemos al contenido de las certificaciones del Registro de la Propiedad de ambas fincas embargadas observamos que el importe de las deudas (principal, intereses y costas) a cuyo pago están afectas en virtud de la inscripción de las dos hipotecas que les preceden es superior a su valor de tasación, de tal manera que los bienes embargados nunca serían suficientes para satisfacer su crédito.
La Sala acoge el recurso de apelación trayendo a colación el reciente Auto 30/11, del pasado 18 de mayo de 2011, en el que se diferencia la exigencia de la acreditación de los presupuestos del concurso en el momento de la solicitud según quien lo inste: " A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de solicitud del concurso por el deudor, en el caso de la solicitud por legitimado distinto, y en particular, de acreedor, la declaración del concurso está sometida a un trámite de contradicción con participación activa del deudor art 18, 19 y 20 LC - tendente a completar la información sobre su situación económica en las más de las veces, inalcanzable para el acreedor que por tanto, tiene en principio, coartada las posibilidades de dejar constancia previa, en la solicitud, de modo bastante, sobre la concurrencia de los presupuestos del concurso y, en particular, del objetivo o insolvencia.
Es por esto que, como bien señala el apelante, no hay una exigencia en esta fase procedimental, de probanza de la situación económica del deudor, bastando la aportación suficiente de hechos de los que desprender, indiciariamente, la concurrencia de alguno de los supuestos delartículo 2-4 de la Ley Concursal. "
En nuestro caso, de la documental aportada con la solicitud de concurso, en especial, de la certificación registral de las fincas embargadas, se desprende indiciariamente que la deudora carece de bienes suficientes con los que poder atender el crédito de las solicitantes.
A los efectos de la solicitud a que se refiere el artículo 15 de la Ley Concursal, se cumplen los requisitos exigidos para su admisión entre los que no se encuentra la acreditación de la insolvencia en su total plenitud o certeza sino la del hecho base indiciario de la misma, bastando al efecto la probanza de la legitimación del solicitante, y que la solicitud de concurso se base sobre uno de los hechos contemplados en el artículo 2-4 de la misma Ley que se encuentre relacionado causalmente con el relato fáctico que justifique la solicitud, sin perjuicio de que emplazado el deudor pueda, en los términos del artículo 18 de la misma Ley, formular oposición negando el hecho o, simplemente, la insolvencia que deberá acreditar directamente el propio deudor.": AAP Alicante (Sección 8) 01.06.2011 (Auto 33/2011; Rollo 184/2011)

AP Barcelona (2009- 2012)

"Fundamentos de derecho.—I. El auto apelado confirma el anterior que dene-gaba la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario que la instante (Au-rora R.C., que gira comercialmente con la denominación «C.») había presentado fren-te a su deudora «C., S.L.». Como fundamento de la inadmisión, la resolución judicial apuntaba que, si bien se justificaba la condición de acreedor, no se acreditaba la con-currencia de ninguno de los supuestos que reseña el aptdo. 4 del art. 2 de la Ley Con-cursal, concretamente el invocado de sobreseimiento general en los pagos.
En la solicitud, sustentando el derecho de crédito en facturas impagadas con sus correspondientes albaranes, se decía por la acreedora que la citada sociedad ha cerra-do de hecho, que tiene constancia de que su administrador está trabajando para terce-ros, y que mantiene deudas con la Agencia Tributaria y la TGSS, como resulta de un informe registral y de incidencias que aportaba (obtenido a través de la compañía Axe-sor), fundamentando la petición en dos de los hechos que recoge el art. 2.4 LC: el so-breseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor y, así mismo, en el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa dicha deudora (art. 2.4.1.º y 2.4.3.º LC).
II. Justificada la legitimación activa conforme al art. 7 LC, la admisión a trámi-te de la solicitud con el efecto que previene el art. 15 LC (la apertura de la fase con-tradictoria de declaración), requiere, conforme al art. 2.4 LC, que la solicitud a ins-tancia del acreedor aparezca fundada en alguno de los hechos que describe dicha norma.

El art. 13.2 ordena al Juez un examen de oficio de la solicitud o la documen-tación y si estima que adolecen de algún defecto señalará al solicitante un plazo de jus-tificación o subsanación. No prevé la Ley, por tanto, una reacción judicial automáti-ca de admisión de la solicitud, sino que impone un control inicial sobre la regulari-dad y justificación de la solicitud o la documentación, aunque, claro está, sin entrar a valorar en este momento la suficiencia de la justificación o acreditamento ofrecido para fundar el presupuesto objetivo del concurso. Se trata de que el deudor pueda posicionarse con suficiente conocimiento de causa frente a la pretensión de concurso, y para ello el solicitante acreedor debe expresar la causa en que se funde, exponiendo los hechos externos de los que, en su decir, se deduce o resulta la concurrencia de alguno de los previstos en el art. 2 de la Ley, y los medios de prueba de que intente valerse.
Hemos considerado en anteriores resoluciones que la exigencia legal no se cumple con la mera afirmación, ritual y genérica, desprovista de contenido definido y preciso, de que el deudor ha sobreseído de modo general en los pagos, sin expresar ni siquie-ra la existencia de otros acreedores, reclamaciones judiciales en curso, ejecuciones, impagos de deuda de clase alguna..., y omitiendo decir cuáles son los medios de prue-ba de que intenta valerse para acreditar el sobreseimiento general en los pagos, no sien-do suficiente la argumentación y justificación que únicamente revela o puede revelar un impago individualizado.
Pero en este caso no apreciamos que concurran esas circunstancias que, como en otros supuestos, justificaban la inadmisión a trámite de la solicitud de concurso nece-sario. La acreedora solicitante, además de aportar la documentación justificativa de su crédito, ha ofrecido suficientes datos e indicios que permiten fundar la solicitud de con-curso necesario con sustento en el sobreseimiento general en los pagos y en la liqui-dación apresurada (art. 2.4.1.º y 2.4.3.º LC). Se ha afirmado que la sociedad ha desa-parecido del tráfico con absoluto desentendimiento de su órgano de administración y se ha aportado (con el previo recurso de reposición) un informe de incidencias del que resultan deudas con la Agencia Tributaria y la TGSS, cierto que por no muy signifi-cativa cantidad, pero ese informe también deja constancia de la existencia de cuatro sentencias condenatorias dictadas por Juzgados de lo social, importando dos de esas condenas una suma superior a los 60.000 euros.
Con tales datos entendemos que se llenan los requisitos legales para proveer la solicitud de concurso necesario en el sentido que indica el art. 15 LC.": AAP Barcelona (Sección 15) 12.03.2009 (Rollo 700/2008; RJC 109)

"Fundamentos de derecho.—I. «C., S.L.U.» compareció como acreedora de la entidad «M., S.L.» para, al amparo del art. 3.1 LC, instar el concurso de acreedores de su deudora. En la solicitud de concurso se invocaba como hecho revelador del estado de insolvencia la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectan de una manera general al patrimonio del deudor. Para justificar estos extremos aportó con la demanda la sentencia que condena a «M., S.L.» a pagar la cantidad de 17.029,43 eu-ros (folios 35-45), más información del Registro de la propiedad sobre fincas titulari-dad de la deudora (folios 46 y ss.).
El auto ahora recurrido deniega la petición de concurso porque no encuentra míni-mamente justificada la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia invocado, los embargos infructuosos. El auto es recurrido por «C., S.L.U.», quien advierte que, al obtener el reconocimiento de su crédito, consultaron el Registro y advirtieron que la deudora era titular de tres fincas, razón por la cual instó su embargo. Pero este em-bargo no fue anotado en el Registro de la Propiedad «debido a que dicha finca (la cual se manifiesta no tiene cargas y puede responder de las deudas) hacía referencia a una finca matriz, que fue posteriormente segregada en diversas entidades y son otros su-jetos los titulares de las fincas resultantes».
II. La acreedora instante del concurso estaba obligada, en su solicitud, a especi-ficar con claridad los hechos reveladores de la insolvencia en los que se funde la de-claración de concurso, conforme al art. 2.4 LC, entre otras razones para permitir a la otra parte la posibilidad de oponerse conforme al art. 18 LC. No cabe duda de que la instante del concurso invocó como hecho revelador de la insolvencia el previsto en el art. 2.4.2.º LC: «la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor». El acreedor instante del concurso de su deudor, conforme al art. 7 LC, para acreditar el hecho en que funda la insolven-cia, debe expresar los medios de prueba de los que quiera valerse, sin que la testifical pueda ser bastante por sí sola. En nuestro caso, quien insta el concurso necesario, ade-más de aportar la prueba documental justificativa de su crédito, aporta información do-cumental del Registro de la Propiedad con la que pretende acreditar el hecho invoca-do (embargo generalizado de los bienes del deudor).
El trámite de declaración de concurso necesario a instancia de un acreedor, pasa no sólo por la solicitud de concurso al amparo del art. 7 LC, sino también por su admisión a trámite y, en su caso, el emplazamiento del deudor para que pueda oponerse a la declaración de concurso conforme al art. 18 LC. En ocasiones anteriores, hemos confirmado el criterio de que el examen de la solicitud de concurso necesario conlleva analizar, no sólo la competencia del juzgado, sino también los requisitos legales de legi-timación, que exige una somera comprobación de la justificación documental del crédito invocado, así como el hecho revelador de la insolvencia invocado y los medios de prueba que se quieren emplear para su acreditación. En puridad, en ese primer momento de provisión de la solicitud, bastaría con constatar cuál es el hecho invoca-do y la existencia de medios de prueba para su acreditación, sin necesidad de una va-loración profunda de dicha prueba, pues ello debería quedar para un momento poste-rior, en caso de oposición del deudor, quien puede negar el hecho revelador o, también, negar la insolvencia (art. 18 LC).
Es por ello que, en este caso, la Sala entiende que a los efectos de proveer la solicitud, bastaba con la invocación inequívoca del hecho revelador de la insolvencia y la aportación de la información registral de la que quieran valerse para acreditarla. Y sería en un momento posterior, en caso de que el deudor negase que el hecho revelador haya quedado acreditado, cuando el Juzgado entraría a valorar de forma exhaustiva la prueba aportada por una y otra parte.": AAP Barcelona (Sección 15) 13.10.2010 (Rollo 299/2010; RJC 113)

“PRIMERO. La solicitante Ramón Magriñá Batalla, S.A., que afirma ser acreedora de Construcciones y Obras Rius Castillo, S.L., interpone recurso de apelación frente a la resolución dictada por el juzgado mercantil inadmitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario de esta segunda sociedad. El juzgado consideró que la solicitante no había acreditado la causa indicativa de la insolvencia invocada en la solicitud, esto es, el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones. Frente a ello, aduce la recurrente que: 1º) El juzgado ha infringido el art. 15 de la Ley Concursal al denegar la admisión a trámite de la solicitud por motivos de fondo, por cuanto ese examen de fondo está previsto para una fase posterior.
2º) El juzgado ha infringido el art. 13.2º LC por no haberle concedido un plazo para permitirle subsanar el defecto de la solicitud.
3º) Ha resultado acreditada la causa indicativa de la insolvencia, contrariamente a lo que afirma la resolución recurrida.
SEGUNDO. No podemos compartir el primero de los motivos del recurso. El art. 15 LC no impide que el juez del concurso deba hacer un examen de la solicitud antes de admitirla a trámite para determinar si concurren los indicios de insolvencia a que se refiere el art. 2.4 de la Ley Concursal.
Como ya dijimos en el Auto de fecha 18 de abril de 2006 (Rollo 793/2005), la ley no prevé una reacción automática de admisión de toda solicitud de concurso necesario, sino que impone un control inicial sobre la regularidad y justificación de la solicitud o la documentación.No basta con la afirmación realizada en la solicitud de que el deudor se encuentra en insolvencia para que el examen de fondo deba quedar postergado al trámite de oposición. El mero hecho de que se haya introducido un trámite contradictorio de audiencia al deudor no es razón suficiente para excluir el examen de la concurrencia de los indicios de insolvencia que expresa el art. 2.4 LC en el momento de la admisión a trámite del concurso necesario. Si así fuera, habría supuestos en los que se podría declarar el concurso sin examen judicial sobre la concurrencia del presupuesto esencial del concurso, esto es, la insolvencia, atendido que el examen posterior únicamente es posible en el caso de existir oposición del deudor.
TERCERO. Tampoco el segundo de los motivos puede prosperar, aunque sea cierto que no se ha concedido al solicitante el trámite subsanatorio establecido en el art. 13.2 LC, por cuanto la parte tuvo ocasión de intentar subsanar por medio del recurso de reposición interpuesto contra el inicial auto de inadmisión de la solicitud y ni siquiera lo intentó sino que se limitó a cuestionar la resolución recurrida. Únicamente tras la interposición del recurso de apelación intentó la parte subsanar el defecto de la solicitud, si bien lo hizo de forma no sólo extemporánea sino, además, inadmisible, solicitando al juzgado que oficiara a una entidad de crédito para que informara sobre la situación de un crédito hipotecario concedido a la solicitada. No era el juzgado sino la solicitante quien debía aportar con la solicitud los indicios de insolvencia en los que se fundaba.
Si la voluntad de la parte hubiera sido realmente subsanar los defectos, como ahora pretende hacer creer, su actuación hubiera sido otra. Y, por otro lado, que no se haya admitido a trámite su solicitud no le cierra la puerta a intentarlo nuevamente, siempre que lo considere conveniente.
CUARTO. 1. El art. 2.4 de la Ley Concursal establece que, si la solicitud de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio o bien en la existencia de alguno de los hechos que se detallan en el propio precepto. De esas dos alternativas, la solicitante se decantó por la segunda, pues no ha acreditado con la solicitud ostentar un despacho de la ejecución (a su favor) frente a la solicitada sino que se limitó a alegar el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.
2. El sobreseimiento en el pago de las obligaciones debe ser generalizado, esto es, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo, como de forma reiterada hemos venido sosteniendo (entre otras, puede verse nuestro auto de 29 de junio de 2009 -ROJ : AAP B 6505/2009-).
La recurrente pretende haber acreditado ese indicio de insolvencia a través de los tres datos concretos que indicó en la solicitud: (i) el impago de su propio crédito, de 27.767, 93 euros; (ii) la existencia de dos créditos impagos publicados en el RAI por otros 17.652,86 euros; y (iii) el resultado negativo en 19.160 euros del ejercicio 2009.
Debemos compartir la apreciación del juzgado mercantil y considerar que esos datos no son suficientemente indicativos del sobreseimiento general en los pagos. El último de ellos puede indicar la mala situación por la que pasaba el patrimonio social, si bien ello no necesariamente implica un sobreseimiento general en los pagos o insolvencia. Y el hecho de que haya dejado de pagar tres créditos, dos de los cuales se encuentran anotados en el RAI, tampoco lo podemos considerar un dato indicativo del sobreseimiento general en los pagos, pues no es muestra de que se haya cesado de forma general y definitiva en los pagos sino exclusivamente de tres impagos puntuales.
3. En suma, el recurso debe ser desestimado pues las recurrentes no han ofrecido dato alguno que permita cuestionar el acierto de la resolución recurrida, que procede confirmar en sus propios términos.”: AAP Barcelona (Sección 15) 19.07.2011 (Auto 128/2011; Rollo 284/2011)

“1. Por medio de su recurso de apelación, RECUPERACIÓN CANARIA DE CHATARRA Y METALES, S.L. impugna la inadmisión de su solicitud de concurso necesario de la entidad HIERROS SAIZ, S.L. El Juez mercantil funda dicha inadmisión en que la instante no ha justificado documentalmente la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia invocado, en concreto el sobreseimiento general en los pagos.
En realidad, el escrito de solicitud de concurso de acreedores hace hincapié en el crédito que la instante tiene frente a HIERROS SAIZ, S.L., que documenta aportando las correspondientes facturas (ff. 14 y ss.), y que conforme al art. 7 LC sirve para justificar su legitimación activa. Pero este escrito de solicitud, respecto del presupuesto objetivo del concurso, se limita a invocar, en el hecho tercero, que la deudora ha incurrido en un sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones, sin manifestar que otros acreedores o

créditos tiene la deudora pendientes de pago, ni si los mismos son relevantes para justificar el presupuesto objetivo del concurso. La mención es tan escueta y ayuna de explicación que se entiende que el Juzgado denegara la admisión de la solicitud y no procediera al trámite de subsanación de defectos, pues excedía a un simple defecto. Conviene advertir que el art. 7.2 LC impone al instante de la solicitud de concurso necesario que manifieste los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse para acreditar los hechos en que la funda, y si son documentos, salvo que no estén a su disposición, debe aportarlos entonces.
Es con ocasión del recurso de reposición que RECUPERACIÓN CANARIA DE CHATARRA Y METALES, S.L. invoca el Registro de Aceptaciones Impagados (RAI), en donde aparece un deuda total de 155.987,19 euros, y aporta para justificarlo un nota informativa obtenida por Internet el día 24 de febrero de 2011 (ff. 47 y ss.), esto es, con posterioridad a la inadmisión de la solicitud de concurso. El Juez mercantil, al resolver el recurso de reposición, además de recordar al instante que esa documentación debería haber sido aportada con la solicitud, argumenta que resulta insuficiente, pues se desconoce la relevancia de esos impagos, para lo cual debían haberse aportado las cuentas de la demandada, o cuando menos la justificación de que no están disponibles por no haber sido depositadas, lo que le eximiría de este deber.
En su recurso de apelación, RECUPERACIÓN CANARIA DE CHATARRA Y METALES, S.L. argumenta que la documentación aportada, con independencia del momento en que lo fue, pone en evidencia la existencia de un sobreseimiento general en los pagos.
Con ánimo de centrar la controversia, conviene recordar que, conforme al art. 2.1 LC, para que un deudor pueda ser declarado en concurso debe serlo común, de una pluralidad de acreedores, y ha de ser insolvente. El art. 2.2 LC aclara que un deudor se encuentra en estado de insolvencia cuando " no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles ". Para facilitar la petición de concurso necesario, en este caso a instancia de un acreedor, y en concreto la acreditación de la insolvencia, el art. 2.4 LC enumera una serie de hechos reveladores de la insolvencia, de modo que en principio basta invocar alguno de ellos para justificarla. En este caso, el instante del concurso acreditó su condición de acreedor, mediante una serie de facturas (ff. 14 y ss.), e invocó como único hecho revelador de la insolvencia el sobreseimiento general en los pagos del deudor, sin que aportara la más mínima información que justificara o explicara esta afirmación.
En otras ocasiones hemos partido del concepto de sobreseimiento general en los pagos empleado por la jurisprudencia para interpretar el art. 876.II Ccom, como presupuesto objetivo de la quiebra. Respecto del carácter general de la cesación en los pagos se afirman dos extremos: no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; y no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual [STS 29-XII-1927 (JC 179/124), SSTS 18-X-1985 (RJ 1985/4904), 7-X-1989 (RJ 1989/6895), 10-III-1990 (RJ 1990, 1686), si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo: STS 18-IV-1929 (JC 188/226); o total: STS 4-VII-1968 (RJ 1968/3614)]. En resumen, tal y como sintetizó la STS 27-II-1965 (RJ 1965/1151), podemos concluir que el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo.
La demanda de solicitud de concurso no menciona la existencia de otros acreedores y, lo que es más importante, no aporta justificación documental del sobreseimiento. Al respecto debemos recordar al apelante que estamos juzgando si el Auto de 17 de febrero de 2011 es correcto, esto es, si está justificado que inadmitiera la solicitud de concurso, sin que el defecto advertido por este auto pueda considerarse subsanado por la documentación aportada con el recurso de reposición. Muy probablemente, ahora, con la información aportada en el recurso de reposición podría justificarse el sobreseimiento general, pues se aporta una nota del RAI de la que se deduce deudas pendientes de pago y otra nota del Registro Mercantil que informa de que no se depositaron las cuentas de los dos ejercicios económicos anteriores, lo que impide contrastar la relevancia de los impagos, siendo imputable al deudor esta imposibilidad. Pero, como ya apuntábamos, debemos juzgar si la solicitud inicial fue completa y si estaba justificada la inadmisión. Realmente lo estaba, pues la demanda apenas menciona el sobreseimiento general en los pagos, sin dar explicación ni justificación del mismo. No cabe entender subsanados los defectos por medio de la aportación de información posterior, con motivo del recurso de reposición.
De este modo, procede confirmar la decisión del juez mercantil, sin perjuicio de que el acreedor instante pueda volver a pedir el concurso con la documental acreditativa del sobreseimiento general. ”: AAP Barcelona (Sección 15) 13.02.2012 (Auto 33/2012; Rollo 460/2011)

“PRIMERO. Las solicitantes ERG Petroleos, S.A., Dyneff España, S.L.U, Oilinvest España, S.A., Via Operador Petrolífero, S.L., Societat Catalana de Petrolis, S.A., Petronieves, S.L. y Carburants Axoil, S.L., que se afirman acreedoras de la solicitada Wash Truck, S.L., interponen recurso de apelación frente a la resolución dictada por el juzgado mercantil inadmitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario de la referida sociedad.
El juzgado consideró que los solicitantes no habían acreditado la causa indicativa de la insolvencia invocada en la solicitud, esto es, el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones.
Frente a ello, aducen los recurrentes que ha resultado acreditada la causa indicativa de la insolvencia, por cuanto de la documentación aportada con la solicitud y con el ulterior recurso de reposición resulta que ha acreditado que la solicitada ha dejado de pagar créditos correspondientes a ocho de sus deudores por un importe de 1.249.416,63 euros entre junio y octubre de 2008, lo que resulta muy significativo de su insolvencia.
SEGUNDO. El art. 15 LC no impide que el juez del concurso deba hacer un examen de la solicitud antes de admitirla a trámite para determinar si concurren los indicios de insolvencia a que se refiere el art. 2.4 de la Ley Concursal.
Como ya dijimos en el Auto de fecha 18 de abril de 2006 (Rollo 793/2005), la ley no prevé una reacción automática de admisión de toda solicitud de concurso necesario, sino que impone un control inicial sobre la

regularidad y justificación de la solicitud o la documentación. No basta con la afirmación realizada en la solicitud de que el deudor se encuentra en insolvencia para que el examen de fondo deba quedar postergado al trámite de oposición. El mero hecho de que se haya introducido un trámite contradictorio de audiencia al deudor no es razón suficiente para excluir el examen de la concurrencia de los indicios de insolvencia que expresa el art. 2.4 LC en el momento de la admisión a trámite del concurso necesario. Si así fuera, habría supuestos en los que se podría declarar el concurso sin examen judicial sobre la concurrencia del presupuesto esencial del concurso, esto es, la insolvencia, atendido que el examen posterior únicamente es posible en el caso de existir oposición del deudor.
Por otra parte, tampoco es razonable que el esfuerzo de acreditación que se exija al acreedor en este trámite inicial sea irrazonable, pues ello podría determinar la imposibilidad práctica de formular solicitudes bien justificadas. El art. 7 LC, en el texto vigente en el momento en el que se dictó la resolución recurrida, establecía: << El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo >>. En el texto vigente tras la reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre, establece: << El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el título o hecho en el que de acuerdo con el artículo 2.4 funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo >>. Y no es exigible una cumplida prueba del indicio de la insolvencia del art. 2.4 LC, sino que basta que en la propia solicitud se mencionen los medios de prueba con los cuales se podría justificar (art. 7.2 LC).
Por consiguiente, lo que no es suficiente es una invocación genérica del indicio de insolvencia sino que la solicitud debe ser suficientemente precisa, de forma que no dificulte de forma extraordinaria la defensa que puede hacer el solicitado al oponerse a la solicitud, que no sólo se puede fundar en que no se encuentra en insolvencia sino también en la inexistencia del hecho en el que se funda la solicitud, esto es, la inexistencia del indicio de insolvencia invocado (art. 18.2 LC).
TERCERO. 1. El art. 2.4 de la Ley Concursal establece que, si la solicitud de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio o bien en la existencia de alguno de los hechos que se detallan en el propio precepto. De esas dos alternativas, los solicitantes se han decantado por la segunda, pues no han acreditado con la solicitud ostentar un despacho de la ejecución (a su favor) frente a la solicitada.
2. Las circunstancias concretas, de las referidas en el art. 2.4 LC, que pueden considerarse invocadas en la solicitud son tres: (i) la del apartado 1º, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones;
(ii) la del apartado 2º, existencia de embargos que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; y
(iii) la del apartado 4º, por incumplimiento generalizado de las obligaciones por salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de la relación laboral correspondientes a las tres últimas mensualidades.
De esas circunstancias, la que la solicitud invoca es que se ha producido un sobreseimiento general en los pagos por parte de la solicitada.
3. La recurrente pretende que acreditó ese indicio de insolvencia a través de los tres datos concretos que indicó en la solicitud: (i) el impago de sus propios créditos, esto es, créditos de siete acreedores distintos, impagos todos ellos producidos entre los meses de junio y octubre de 2008, por importe de 881.532,46 euros;
(ii) ha sido condenada a pagar a otra sociedad (Petromiralles 3, S.L.) la cantidad de 367.884,17 euros, sin que haya hecho efectivo su importe; y (iii) que no ha venido presentando en el Registro Mercantil sus cuentas anuales a partir de las correspondientes al año 2005 (inclusive).
Como de forma reiterada hemos venido sosteniendo (puede verse nuestros autos de 29 de junio de 2009 -ROJ : AAP B 6505/2009-, de 20 de octubre de 2010 -Rollo 216/2010- y de 22 de febrero de 2010 -Rollo 416/09-, entre otros muchos), el sobreseimiento en el pago de las obligaciones debe ser generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo, tal y como viniera entendiendo la jurisprudencia al interpretar el sobreseimiento en el ámbito del art. 876.II CCom. De forma que no contradice a lo anterior el hecho de que no sea total, esto es, que pueda existir algún pago.
La solicitud cumple suficientemente con el requisito de acreditar que el solicitado ha sobreseído de forma generalizada en los pagos pues no únicamente ofrece indicios de que ha dejado de pagar el crédito de 7 acreedores distintos que tienen la condición de ser proveedores de la solicitada, por importe de casi un millón de euros, sino que más tarde ofrece un dato adicional, que también ha dejado de pagar el crédito de un octavo proveedor por importe de 367.884,17 euros y propone prueba relativa a que ha dejado de pagar los créditos de la Administración Tributaria y la Tesorería de la Seguridad Social, además de acreditar que la solicitada no ha aportado al Registro Mercantil sus cuentas anuales correspondientes al año 2005 y a todos los posteriores. Todos esos datos, conjuntamente considerados, son suficientemente indicativos, en el momento de la admisión a trámite de la solicitud, de la seriedad y posible concurrencia de la causa indicativa de insolvencia que se ha invocado en la solicitud. Con ello es suficiente para que no podamos compartir que la solicitud se podía inadmitir por este motivo.": AAP Barcelona (Sección 15) 16.02.2012 (Auto 34/2012; Rollo 682/2011)

"PRIMERO.- La resolución recurrida desestima el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 24 de enero de 2012 que acuerda no admitir a trámite el concurso necesario instado por RATIOPHARM ESPAÑA S.A. de la sociedad FARMAEGARA S.A. En una y otra resolución el juez a quo entiende justificada la legitimación activa del instante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Concursal. Por el contrario considera que la actora no justifica, siquiera mínimamente, el hecho revelador de la insolvencia el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor-.
La apelante impugna dicha resolución alegando, en primer lugar, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa (artículo 24 de la CE). En segundo lugar la recurrente afirma que la Ley

Concursal no establece "un filtro previo a la admisión a trámite de la solicitud". Por tanto, a su entender, justificada la legitimación e invocado un hecho revelador, el juzgado debió necesariamente admitir a trámite la demanda, quedando para la vista la prueba de los hechos alegados. En tercer lugar la recurrente denuncia el que no se le diera la oportunidad de subsanar la "supuesta carencia" (hecho tercero del recurso). Por último alega que la insolvencia fue reconocida por el deudor en las conversaciones previas, que la situación de insolvencia alcanza también a otra sociedad participada (FARMAEUROPA S.A.) y que, finalmente, la insolvencia habría quedado acreditada con la posterior solicitud de concurso voluntario.
SEGUNDO.-Como ya dijimos en autos de 18 de abril de 2006 (Rollo 793/2005) y 16 de febrero de 2012 (Rollo 34/2012), el artículo 15 de la Ley Concursal no impide que el juez del concurso deba hacer un examen de la solicitud antes de admitirla a trámite para determinar si concurren los indicios de insolvencia a que se refiere el artículo 2.4º de la Ley Concursal. La Ley no prevé una reacción automática de admisión de toda solicitud de concurso necesario, sino que impone un control inicial sobre la regularidad y justificación de la solicitud o la documentación. No basta con la afirmación realizada en la solicitud de que deudor se encuentra en insolvencia para que el examen de fondo deba quedar postergado al trámite de oposición. El mero hecho de que se haya introducido un trámite contradictorio de audiencia al deudor no es razón suficiente para excluir el examen de la concurrencia de los indicios de insolvencia que expresa el artículo 2.4 de la LC en el momento de admisión a trámite del concurso necesario. Si así fuera, habría supuestos en los que se podría declarar el concurso sin examen judicial sobre la concurrencia del presupuesto esencial del concurso, esto es, la insolvencia, atendido que el examen posterior únicamente es posible en el caso de oposición del deudor.
Por lo que se refiere al sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones, como hecho revelador de la insolvencia, de forma reiterada hemos sostenido que debe ser definitivo, general y completo, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, como vino entendiendo la jurisprudencia al interpretar el artículo 876.2º del Ccom.
En cualquier caso, como señalamos en Auto de 27 de enero de 2006 (Rollo 324/2005), las expresiones genéricas, meramente rituales y orientadas a satisfacer el artículo 7 de la LC, son insuficientes, dado que causarían una evidente indefensión al deudor, que se vería obligado a comparecer para plantear su oposición sin un conocimiento exacto de en qué basa el solicitante su insolvencia, esto es, sin saber a qué oponerse.
TERCERO.-En el presente caso el solicitante se limitó a señalar en su solicitud que "había sido informada por otros proveedores del impago por parte de la demandada de otros suministros y trabajos realizados, lo que pone de manifiesto la situación de sobreseimiento general en los pagos al deudor" (hecho cuarto). Y la resolución recurrida, con buen criterio, no admitió a trámite la solicitud. No se identifica a ningún acreedor, a pesar de admitir la actora en el recurso que el "sector farmacéutico es un sector acotado en el que los fabricantes no son numerosos y se relacionan entre sí". Tampoco se aporta ningún dato de la sociedad, ni sus cuentas anuales o información de registros públicos, boletines oficiales o empresas especializadas. Se trata, en definitiva, de una mera afirmación solemne que no se sustenta en ningún dato o documento.
En el recurso la recurrente añade que el sobreseimiento generalizado en los pagos habría sido reconocido por FARMAEGARA S.L. en las conversaciones previas. Se trata de nuevo de una mera afirmación que podría invocar cualquiera y que no se justifica de ningún modo.
CUARTO.-No se ha vulnerado el derecho de defensa de la demandante. El derecho de la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución), según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, se satisface mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho, como es la que obtuvo la recurrente, incluso cuando se inadmite una acción en virtud de una aplicación argumentada y no arbitraria de la Ley.
En cuanto a la posibilidad de subsanación, trámite que omitió el juzgado, el defecto no fue denunciado por la apelante, lo que impide que se analice en esta instancia.
Al parecer, FARMAEGARA S.L. solicitó el concurso voluntario pocos días después del necesario, según se señala en la propia resolución recurrida. Con ello, alega la apelante, quedaría acreditada la situación de insolvencia por reconocimiento del propio deudor. Pues bien, como bien indica el juez de instancia, debe valorarse si concurre o no el hecho revelador de la insolvencia a partir de los datos y documentos aportados con la solicitud y conforme a la situación de hecho existente al tiempo de presentarse. Debe tenerse en cuenta, además, que no consta que el concurso voluntario llegara a ser declarado. Tampoco consta si esta segunda solicitud se justificó en la insolvencia actual o inminente del deudor, lo que es relevante en el presente caso, pues, de ser inminente la insolvencia, no podría ser invocada por el actor.
Por todo ello, con desestimación del recurso, debe confirmarse la resolución recurrida.": AAP Barcelona (Sección 15) 26.11.2012 (Auto 142/2012; Rollo 397/2012)

"PRIMERO.1. La resolución apelada, de fecha 28 de marzo de 2012, confirmó la anterior de 1 de marzo que denegaba la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario que formuló, en su condición de acreedora, SUBMINISTRES A OBRES I TERRENYS S.L., frente a su deudora ON GESTION EDIFICIOS DE MANTENIMIENTOS INSTALACIONES S.L., por apreciar que la instante no había justificado inicialmente y de manera suficiente el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor (art. 2.4.1º LC), hecho en el que se fundaba la solicitud de concurso.
2. Sostiene en su recurso la parte instante que el control *a limine* que ha realizado el juez **mercantil** sobre la concurrencia de tal hecho revelador de la insolvencia es improcedente, ya que en la fase de admisión a trámite de la solicitud el juez a lo sumo podrá entrar a valorar si existe o no una pluralidad de acreedores pero no le está permitido valorar la acreditación del sobreseimiento general en los pagos, cuya prueba ha de quedar relegada al posterior trámite contradictorio.

SEGUNDO. 3. El art. 13.1 LC (tras la reforma operada por la Ley 38/2011, aplicable al caso) dispone que el juez *examinará* la solicitud de concurso y si la estimara *completa* proveerá conforme a los arts. 14 o 15. En otro caso, indica el art. 13.2, si el juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto *procesal omaterialo que ésta es insuficiente,* otorgará al solicitante un plazo a efectos de *justificación o subsanación.* La norma, por tanto, no prevé una reacción judicial automática de admisión de la solicitud, sino que impone un control judicial inicial sobre la regularidad y justificación de la solicitud de concurso, tanto en el aspecto *procesal* como *material,* lo que implica que la solicitud de concurso ha de estar *justificada*.

El aspecto material de este control inicial sobre la justificación de la solicitud no se traduce, obviamente, en la exigencia al solicitante del concurso necesario de una cumplida prueba de la insolvencia del deudor, o del hecho revelador consistente en el sobreseimiento generalizado en los pagos, de tal modo que el juez adquiera la convicción, a partir de la solicitud y documentación acompañada, de que efectivamente concurre el presupuesto objetivo del concurso (a salvo el supuesto del art. 15.1 LC). Se trata, en el plano material, de que el solicitante aporte datos y elementos de justificación idóneos para que el juez pueda formarse un juicio provisional e indiciario, en grado de fundada probabilidad, de que concurre el presupuesto objetivo del concurso respecto del deudor determinado, y no una simple posibilidad o hipótesis que será despejada o confirmada en el trámite contradictorio. Este control material *a priori,* a la hora de proveer sobre la solicitud de concurso necesario, es coherente con la trascendencia de ese acto procesal, pues, de ser admitida a trámite y resultar infundada, puede ocasionar daños y perjuicios al deudor, y de ahí la previsión indemnizatoria del art. 20.1 *in fine* si la declaración de concurso es desestimada.

Por ello, como hemos mantenido en anteriores resoluciones (Autos de 18 de abril de 2006 -Rollo 793/2005- y de 19 de julio de 2011 -Rollo 284/2011-), no basta a estos efectos que en la solicitud de concurso necesario se afirme que el deudor se encuentra en situación de insolvencia o que ha sobreseído de manera general en el pago corriente de sus obligaciones, para que el examen de fondo del presupuesto objetivo o de los hechos reveladores de la insolvencia quede postergado al trámite de oposición. El mero hecho de que se haya introducido un trámite contradictorio con audiencia del deudor no es razón suficiente para excluir el examen *a limine* de la concurrencia de indicios serios y razonables del hecho o hechos reveladores de la insolvencia que puede invocar el acreedor solicitante, en particular del aquí alegado. Sólo así el deudor podrá posicionarse con suficiente conocimiento de causa frente a la pretensión de concurso rebatiendo los concretos hechos indiciarios supuestamente reveladores del sobreseimiento generalizado en los pagos (art. 18.2 LC).

CUARTO. 5. La solicitante invocaba su condición de acreedora por el suministro de materiales de construcción que ha generado una facturación por la suma total de 10.986 #, para cuyo pago parcial la deudora libró un pagaré por importe de 5.458,24 #, que resultó impagado a su vencimiento (25 de octubre de 2011).

Fundaba la solicitud de concurso necesario, como se ha dicho, en el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor, conforme permite el art. 2.4.1º LC, y citaba así mismo el supuesto previsto en el subapartado 4º, esto es, el impago generalizado de obligaciones tributarias y de cuotas de la Seguridad Social.

Respecto de este último hecho revelador de la insolvencia adelantamos ya que no existe el menor indicio de su existencia o realidad. Nada se justificaba en la solicitud más allá de una mera afirmación, que además contradice el informe de AXESOR (Servicios de Información Empresarial a través de Internet), que acompaña a la solicitud, denominado "Informe básico de Riesgo para la toma de decisiones de concesión o denegación de crédito comercial", en cuya página 6 leemos que *"no consta deuda alguna en lo referente a impagos con las Administraciones Públicas o por demandas presentadas por particulares ante Juzgados y Tribunales de los distintos órdenes jurisdiccionales".*

6. Pese a contar con un título cambiario que lleva aparejada ejecución, la solicitante no ha iniciado el correspondiente procedimiento de ejecución singular que hubiera podido mostrar el resultado infructuoso de los embargos por ausencia o insuficiencia de bienes libres bastantes para el pago de su crédito (art. 2.4 LC), situación que hubiera determinado la declaración de concurso necesario sin previo emplazamiento del deudor, de acuerdo con el art. 15.1 LC. Ha optado por acudir directamente a la solicitud de concurso alegando el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones (art. 2.4.1º LC), hecho que intenta justificar mediante los datos indiciarios que, valorados a estos efectos por el juez **mercantil**, seguidamente exponemos.

Previamente hemos de advertir que la cesación en el pago corriente de las obligaciones del deudor, en cuanto situación reveladora de la insolvencia en el sentido del art. 2.2 LC, debe ser, como el precepto indica, generalizada, es decir, no equivalente a impagos esporádicos o aislados, sino que el sobreseimiento ha de ser definitivo, general y completo, afectando a la generalidad de las obligaciones corrientes, como de forma reiterada hemos venido sosteniendo (entre otras, auto de 29 de junio de 2009- ROJ: AAP B 6505/2009-).

QUINTO. 7. En justificación del hecho alegado, la solicitante mencionaba las cuentas anuales de la sociedad deudora del ejercicio de 2010, por revelar una situación de dificultad financiera.

Examinadas tales cuentas comprobamos los siguientes datos contables: el activo corriente se cifra en 1.676.263 # (incluye, entre otras partidas, existencias por 567.703 # y deudores comerciales por 1.032.071 #); el pasivo corriente a 1.265.712 #; el resultado del ejercicio es positivo por 64.467 #; la cifra de negocios asciende a 2.242.227 #, y el patrimonio neto (positivo) a 375.847 # (con un capital social de 50.010 #).

De tales datos no es deducible una situación patrimonial o financiera reveladora de la incapacidad para cumplir regularmente las obligaciones exigibles, al margen de la escasa significación económica del crédito alegado (10.986 #) y de que la solicitud de concurso es presentada en febrero de 2012.

8. A los mismos efectos fue aportado el mencionado informe de AXESOR (" *Informe básico de riesgo para la toma de decisiones de concesión o denegación de crédito comercial")*, que refleja, al día 16 de enero de 2012,

que *"no consta deuda alguna en lo referente a impagos con las Administraciones Públicas o por demandas presentadas por particulares ante Juzgados y Tribunales..."*.
Ello no obstante, el informe dice haber *"detectado un comportamiento en pagos irregular, no atendiendo puntualmente al pago de todas sus obligaciones",* y que la deudora *"presenta un excesivo endeudamiento a corto plazo que podría comprometer su equilibrio patrimonial",* calificando la *"probabilidad estimada de impago para los próximos 12 meses: 100 % riesgo máximo".* Tales conclusiones parecen sustentadas en que constan registradas *"12 operaciones impagadas por un importe de 126.684 # en el Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI)",* constando como "fecha inicio" (que suponemos es la fecha de la inclusión en el RAI) la de 14 de enero de 2012.
De otro lado, se aporta un "Informe de prospección" emitido por ASNEF, aparentemente de la misma fecha (16 de enero de 2012), en el que figura que la deudora *"no tiene ninguna reclamación ni incidencia judicial".* No obstante, hace constar la existencia de 4 operaciones impagadas por un saldo de 34.159 euros" y " *nº sectores acreedores 3* ".
9. Estimamos que tales datos fueron correctamente valorados por la resolución apelada, pues de ellos no resulta un impago generalizado, a febrero de 2012, de las obligaciones corrientes que pesan sobre la parte solicitada, frente a la cual no existe ninguna reclamación judicial en curso ni constan deudas frente a organismos públicos. La existencia de cuatro operaciones impagadas, según el informe ASNEF, por importe de 34.159 #, o de 12 impagos por importe de 126.684 # según el Informe AXESOR a partir del RAI, en enero de 2012 (sin especificar si se trata de un mismo acreedor o de varios), no es indicio suficiente para admitir una cesación generalizada en los pagos, cuando no se identifican acreedores, la anotación en el RAI es muy reciente, el saldo deudor no parece relevante en contraste con la cifra de negocios de la sociedad alcanzado en 2010, y no se aporta una investigación patrimonial de la compañía deudora. La situación analizada podría ser indicativa de impagos puntuales, pero no de un sobreseimiento generalizado.
SEXTO. 10. Procede por ello desestimar el recurso con imposición de las costas al apelante (art. 398.1 LEC).”: AAP Barcelona (Sección 15) 12.12.2012 (Auto 151/2012; Rollo 369/2012)

AP Castellón

“PRIMERO.-Instada por la parte apelante la declaración de concurso necesario de una mercantil deudora aduciendo, como supuesto habilitante de la misma, que había incurrido en un sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones (art. 2.4.1º de la Ley Concursal), fue inadmitida dicha petición por estimar el Juez de primer grado que, aun siendo éste competente para su conocimiento y justificarse por el demandante su legitimación activa, no se había cumplido debidamente con la exigencia legal de fundarse la petición en la concurrencia de uno de los hechos reveladores de insolvencia (o manifestaciones externas de dicha situación económica) fijados en el precepto legal reseñado dados los términos genéricos e inconcreciones con que fue aducida la concurrencia de un sobreseimiento general en los pagos, estimando en definitiva que la mención al mismo carecía de todo contenido.
Frente a dicha resolución se alza la demandante de la declaración de concurso necesario por estimar que ha cumplido con los presupuestos que le son exigibles para la admisión de su petición en razón, fundamentalmente, de los efectos que se derivan de la misma, concurrencia de la fundamentación precisa, acreditación del sobreseimiento, valoraciones posibles en este momento y configuración de dicho presupuesto del concurso necesario.
SEGUNDO.-Centrándose por tanto el ámbito del recurso deducido en los términos con que debe plantearse en la demanda de concurso necesario la concurrencia del presupuesto objetivo, esto es, de alguno de los hechos indicadores de la situación de insolvencia que marca el artículo 2.4. de la Ley Concursal, en particular, el atinente al sobreseimiento general en los pagos, que es el que suele aducirse en la generalidad de los casos, compartimos el criterio plasmado en la resolución impugnada, con la consiguiente procedencia de confirmar la misma y desestimar el recurso deducido, sobre la base de las siguientes consideraciones:
1) Dados los efectos de todo tipo anudados a la admisión de una petición de declaración de concurso necesario, en especial, la procedencia de su declaración caso de no formulación de oposición, deviene precisa una mínima justificación, siquiera indiciaria, de la concurrencia de alguno de los supuestos legales, así como las debidas concreciones, especialmente necesarias en el caso del sobreseimiento en contraposición al resto de supuestos legales por su contenido, en orden a poder valorar debidamente su existencia y, a la par, permitir al demandado oponerse en condiciones, sin posible infracción de su derecho de defensa. De ahí que yerre el apelante cuando minusvalora la resolución de admisión e, incluso, el papel de la demanda inicial de concurso, derivando toda la importancia del trámite que puede conducir a la declaración de concurso necesario al acto de la vista caso de formularse oposición. Por un lado, por las exigencias derivadas del derecho de defensa del demandado que hemos apuntado y, de la misma forma, porque no puede obviarse que cualquier medio probatorio que se pida debe conectarse, como no puede ser de otra forma y so pena de devenir impertinente, con los hechos concretos afirmados en la demanda. Por otro lado, porque no se puede declarar un concurso sin concurrencia de sus presupuestos, lo que exige la debida valoración sobre la base de lo aducido en la demanda y documentación adjuntada a la misma, teniendo presente al efecto la actividad probatoria a desplegar en su caso al efecto conforme al art. 7.2 de la Ley Concursal y declaración ligada a la ausencia de oposición del deudor ya reseñada. De ahí que tampoco quepa reprochar que no es en el momento de la admisión cuando debe valorarse la concurrencia de los presupuestos del concurso en los términos previamente fijados (en este sentido cabe citar los Autos de la Audiencia Provincial de Baleares, S.5, de 22 de julio de 2009 y 11 de junio de 2010). Ciertamente, se trata de un punto en el que nuestros tribunales no son uniformes, si bien a la postre la cuestión pierde trascendencia desde la óptica de la declaración de concurso al admitirse la

procedencia de la valoración de su concurrencia en todo caso aun no existiendo oposición, esto es, que en la práctica lo único que se difiere es el momento procesal dado que el material a examinar por la tramitación dispuesta legalmente es idéntico. Es más, en un punto que viene a denotar la importancia del análisis referido y que justifica incluso la pertinencia de su realización en el momento de la admisión de la demanda, se llego en los inicios de aplicación de la Ley Concursal a defender doctrinalmente la existencia de un trámite probatorio previo al amparo de las previsiones del art. 7.2 de la Ley Concursal caso de ser preciso para una constancia mínima del presupuesto objetivo, precisamente en atención a los efectos que conlleva la admisión de una solicitud de concurso y en evitación de posibles abusos que pudieren cometerse por esta vía, aspecto éste que ratifica la consideración expuesta en la medida en que, no pudiendo desconocerse el estigma que provoca en el deudor en sus relaciones en el tráfico mercantil su posible declaración en concurso dada la ausencia de una cultura concursal en nuestro país (lo que desde diferentes ámbitos se ha puesto de relieve) y justificándose solo el recurso al procedimiento concursal caso de imposibilidad del mecanismo de la ejecución singular para satisfacer todos los intereses concurrentes en razón de la situación de insolvencia, se impone desde un principio la valoración reseñada, evitando así consecuencias negativas de difícil resarcimiento posterior y que se convierta la vía que conduce a la declaración de concurso necesario en un medio más tendente al cobro de una deuda particular como si de una reclamación judicial común se tratara, en el marco del proceso o fuera del mismo, alterando su verdadera finalidad.
2) Debemos discrepar nuevamente de la parte apelante en la configuración del sobreseimiento general en los pagos como presupuesto del concurso necesario que verifica en su recurso, dado que es preciso que sea definitivo y completo, lo que exige un esfuerzo adicional a la mera referencia genérica a la existencia de otros acreedores en la parte que se ampara en su existencia. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 27 de enero de 2006, expresa que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, símple o aislado, sino a definitivo, general y completo, desprendiéndose además de esta resolución como no basta una mera referencia a un sobreseimiento general en los pagos y como debe exteriorizarse la forma en que se alcanza la convicción de su presencia.
3) En el presente caso y, en la línea expuesta en la resolución impugnada en inmediata y directa relación con las consideraciones precedentes, apreciamos que **no se ha cumplido con la justificación mínima exigida por desconocerse toda circunstancia atinente a esas otras deudas (más allá de la identificación del correspondiente acreedor al proponer prueba) en cuya existencia basa la parte apelante la concurrencia del sobreseimiento general**, no siendo suficiente a estos efectos, por las notas que hemos visto que debe concurrir en el sobreseimiento, los informes económicos aportados, dada su carencia de datos concretos al respecto (en este sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, S.5, de 27 de enero de 2010), al igual que la mera proposición en exclusiva de una prueba testifical en relación con estos particulares (dado que es insuficiente por si sola conforme al art. 7.2 de la Ley Concursal), deviniendo además impertinente las informaciones requeridas de organismos públicos en la medida en que no se conectan con los hechos concretos aducidos en la demanda (nada se aduce sobre la existencia de créditos de naturaleza pública y sus términos), desembocando además todo ello en un serie de indeterminaciones e incertidumbres que difícilmente pueden permitir una adecuada oposición por la contraparte de manera que pueda atacar debidamente los hechos en que se asiente la pretensión ejecutiva deducida, cuya prueba, no se olvide, es carga del demandante.": AAP Castellón (Sección 3) 15.11.2010 (Auto 205/2010; Rollo 413/2010)

AP Zaragoza

"PRIMERO El objeto de este recurso es el pronunciamiento principal del auto recurrido relativo a la desestimación de la solicitud de concurso necesario realizada el 16 de abril de 2.011 por la Sociedad Anónima Deportiva Getafe Club de Fútbol. Esta resolución, con juicio que esta Sala comparte haciendo suyos los razonamientos que concluyen en la no admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario de la entidad mercantil Real Zaragoza, Sociedad Anónima Deportiva, sostiene que la actora no ha justificado en modo alguno que concurra alguno de los supuestos contemplados en el apartado cuarto del artículo 2 de la Ley Concursal a los que aludía con cita expresa de los párrafos 1, 2 y 4 de dicho texto legal. También resalta el auto recurrido que en el escrito de solicitud de concurso necesario no se acredita por la demandante, al menos indiciariamente, que existan otros acreedores salvando la recurrente esta omisión a través de los oficios y requerimientos que pretende que sean librados por el Juzgado.
SEGUNDO. -Así las cosas, la sociedad deportiva recurrente pretende en esta alzada probar por un hecho ocurrido después la existencia, al tiempo de su solicitud, del presupuesto objetivo del concurso necesario; es decir, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Para ello pone al frente de su recurso la solicitud de concurso voluntario instada posteriormente por el Real Zaragoza Sociedad Anónima Deportiva. Merece la pena reflexionar sobre este hecho que ha pasado a ser conocido con posterioridad a la solicitud de la Sociedad Anónima Deportiva Getafe Club de Fútbol. En rigor, la sociedad recurrente pretende que un hecho posterior a su solicitud sirva para sostener su razonamiento relativo a la existencia de un sobreseimiento general en el pago de las obligaciones del Real Zaragoza Sociedad Anónima Deportiva al tiempo de su escrito de solicitud. Al pensar así creemos que se comete el error de dar por sentado aquello que está llamada a poner de manifiesto con una mínima actividad probatoria. Nos referimos a la generalidad del incumplimiento. La recurrente se apoya particularmente en un concepto jurídico indeterminado como es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones del deudor, sin dar noticia alguna, ni siquiera mediante indicios, de la pluralidad de acreedores que caracteriza al concurso. Sobre este punto, de extrema necesidad

para que prospere su solicitud, reduce sus alegaciones a las señales aparecidas en la prensa escrita y otros medios de comunicación.
Como es sabido, junto a la insolvencia, la presencia de una pluralidad de acreedores, que da sentido a toda ejecución colectiva y constituye la esencia del concurso, forma parte nuclear del supuesto de hecho de la declaración en concurso del deudor común originando entre aquéllos una comunidad solidaria de intereses. Siendo esto así, la recurrente parece propugnar la idea de que es suficiente con afirmar la existencia de un único deudor para poner en marcha el procedimiento concursal. Faltan indicaciones precisas acerca de la situación que se denuncia; por ejemplo, no nomina una relación de acreedores de la sociedad cuyo concurso necesario se propugna.
No se trata de que en su escrito la parte solicitante del concurso necesario justifique la concurrencia de la situación económica de fondo. Nos encontramos, simplemente, ante un simple control formal de legalidad no superado. El sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones es una cuestión de hecho cuya mínima acreditación cae sobre la espalda de la recurrente y, tras el examen de la información puesta en conocimiento del juzgado competente no resulta, ni siquiera sea mínimamente, acreditada la manifestación externa alegada de la situación económica de fondo que se denuncia. Este orden de ideas relativo a la alegación y mínima acreditación de la concurrencia ab initio de una pluralidad de acreedores subyace, entre otras que podían ser traídas a colación y cuyo valor interpretativo sigue vigente bajo la nueva regulación, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1.984 y en el auto de esta Audiencia Provincial de 20 de abril de 1.996.Entre las resoluciones más recientes que coinciden con el criterio expuesto nos remitimos a la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 15 de noviembre de 2.010. En definitiva, lo cierto es que con la información disponible la decisión del juzgado fue racional, en modo alguno discrecional y, mucho menos, arbitraria.
TERCERO. -Como hemos anticipado, el resto de sus alegatos son conjeturas huérfanas de todo apoyo documental. En efecto, la sociedad recurrente no explica, al parecer por considerarlo prescindible, que hechos concretos y acreedores nominados, prima facie, permiten hacer avanzar el procedimiento general de ejecución instado y, por otra parte, las consideraciones acerca de las connotaciones deportivas quedan fuera del juicio de este Tribunal.
El planteamiento de la actora no dibuja ni de lejos un escenario en el que se haga presente un conjunto de acreedores y, si lo damos por suficiente, el precepto de aplicación, que describe los denominados hechos reveladores, deja de tener significado alguno. Simplemente, la recurrente resalta el impago de un pagaré cambiario cuyo vencimiento se fijó el día 31 de marzo de 2.011 respecto del que no consta que se haya instado una ejecución singular. Nada nos cuesta reconocer que, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de noviembre de 1.992 recoge la admonición de que no se debe exigir que la prueba sea exhaustiva pero, en nuestro caso, no hay ni siquiera un principio de prueba.
CUARTO. - Otras alegaciones del recurso relativas a la indefensión que se dice padecida porque se le ha negado el derecho constitucional de acceder a la tutela judicial efectiva, haciendo especial hincapié en la posibilidad de subsanar defectos reconocida en el artículo 13.2 del texto concursal, tampoco merece ser atendidas. El único título que esgrime la recurrente es un pagaré, documento número 4, cuyo vencimiento se fija el 31 de marzo de 2.011.
No obstante, sus alegatos nos dan pie para insistir en la idea de que el concurso de acreedores como proceso jurisdiccional está condicionado en su declaración a la concurrencia de los presupuestos que lo fundan y la recurrente no ha dado a conocer, y su tarea es insustituible, la pluralidad de acreedores que reclama su línea de pensamiento relativa al sobreseimiento general.
QUINTO. - Por último, la sociedad recurrente advierte en el auto recurrido una carencia de fundamentos jurídicos encaminando su alegato hacia la ausencia de motivación. Valdría para solventar este punto del recurso con remitirnos al fundamento primero de esta resolución en el que enumeramos los concisos y suficientes razonamientos que fundan la inadmisión a trámite del concurso necesario solicitado por la recurrente. No obstante, abundamos en la procedencia de la resolución recurrida destacando el relieve de la pluralidad de acreedores en la institución concursal. La recurrente no ha identificado con un mínimo rigor las circunstancias del hecho que avala su solicitud, sujetando sus afirmaciones a una comprobación por el expediente de la remisión de oficios y requerimientos por el Juzgado. Es decir, que no muestra con una mínima claridad el hecho revelador que alega pasando la tarea del hallazgo de otros acreedores al órgano jurisdiccional. Es harto dudosa esta forma de proceder que no da a conocer la existencia de una pluralidad de acreedores y no es dudoso que el control formal realizado por el Juez debe enmarcarse en este ámbito no dando curso al procedimiento cuando falta, como es el caso, la alusión a otros acreedores distintos al solicitante del concurso necesario.
Por lo demás, compartimos con la sociedad recurrente que no se trata de enjuiciar a fondo la situación económica del deudor en este momento procesal. Pero el problema es otro y previo. Secundando de nuevo el auto recurrido, insistimos en la necesidad de que la parte solicitante del concurso necesario aporte un principio de prueba respecto del supuesto de hecho del artículo 2 de la Ley Concursal que alega, no cabe encargar esta tarea al órgano jurisdiccional. En este sentido debemos recordar que mediante el concurso se ordenan las relaciones jurídicas entre el deudor común concursado y sus acreedores en la situación de crisis económica de aquél. Es decir que la importancia de una pluralidad de acreedores es primordial y nada se ha probado sobre este relevantísimo extremo. ": AAP Zaragoza (Sección 5) 24.10.2011 (Auto 603/2011; Rollo 458/2011)

6. Inadmisión a trámite/desestimación por abuso de derecho.

6.1 Crédito irrisorio. Finalidad espúrea

AP La Coruña

“PRIMERO: Frente a la desestimación de la pretensión de declaración de concurso necesario instada por el apelante ante el Juzgado de lo Mercantil de esta provincia, por considerar que la misma se funda en abuso de derecho y fraude de ley, se alza dicho promovente mediante la interposición del presente recurso de apelación, el cual no ha de ser estimado confirmándose el auto recurrido por sus propios y acertados fundamentos.
SEGUNDO: A los efectos resolutorios del presente recurso hemos de partir de una serie de consideraciones fácticas y jurídicas sobre laS cuales construimos nuestra decisión, cuales son:
A) El montante del crédito del recurrente de tan solo 23,64 euros, totalmente desproporcionado con el mecanismo para su satisfacción, cual es la promoción de un juicio universal como es el concursal, que genera indiscutibles gastos muy superiores al importe del crédito reclamado y una concentración de esfuerzos carentes de correlación racional con respecto a una pretensión de obtener la satisfacción de tan exiguo crédito, lo que permite cuestionar el interés legítimo en que se funda el actor.
B) La circunstancia de que el recurrente es miembro de la Asociación cuyo concurso se insta: Patronato del Cementerio de Luou, de cuyas deudas no responde con su patrimonio particular, conforme a lo normado en elart. 15.2 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, ni tampoco ostenta cargo directivo en la misma del que dimanase una suerte de responsabilidad personal o institucional. Tampoco ostenta una legitimación para inmiscuirse en la defensa de derechos ajenos de los que no es titular, pues la Ley Concursal atribuye legitimación a quien ostenta la condición de acreedor por derecho propio.
C) Un contexto de enfrentamiento manifiesto entre la asociación, cuyo concurso se insta, y la AGRUPACIÓN VECINAL COMPOSANTO DE LUOU, siendo el recurrente miembro de ambas, las cuales fueron constituidas con la misma finalidad.
TERCERO: Esta pluralidad de circunstancias, conjuntamente valoradas y no aisladamente interpretadas, llevan al Juzgado de lo Mercantil a la conclusión racional, que compartimos, de que el procedimiento instado por el apelante, enfrentado a la directiva de la entidad cuyo concurso se solicita, se instrumentaliza como un medio para desactivizar definitivamente una asociación con respecto a la cual se halla enfrentado (ver procesos promovidos) y revitalizar la otra, finalidad espúrea, que contrasta con la genuina de todo concurso, y que no puede obtener amparo en Derecho.
En el recurso interpuesto no se nos da explicación satisfactoria de las razones por las cuales para el cobro de tan exiguo crédito se promueve tan gravoso procedimiento en el contexto expuesto en el que se hace. Elart. 11 de de la LOPJseñala que los Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulan con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. La jurisprudencia ha declarado hasta la saciedad que no actúa abusivamente quien utiliza su derecho respondiendo al mismo criterio finalista que la norma inspira (SSTS 5 de abril de 1948, 26 de octubre de 1963, 19 de abril de 1965, 20 de diciembre de 1966, 18 de mayo de 1981), de lo que cabe deducir, a contrario sensu, que sí incurre en EL mismo, cuando se busca un fin distinto al que la norma invocada protege y da satisfacción.”: SAP La Coruna (Sección 4) 11.09.2008 (JUR 2008/367850; Sentencia 112/2008; Rollo 380/2008)

6.2 Connivencia. Abuso de derecho

AP Barcelona

“1. Las entidades nova azimat, S.L.U., sorini, s.p.a., tat lee confectionery & novelty co ltd, consultoria y gestión, s.l. y econolegis, s.l. comparecieron como acreedoras de cea iberica chocostar, S.L., denunciaron que había incurrido en un sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones, y pidieron que se declarara el concurso de acreedores necesario de dicha deudora.
La resolución dictada en primera instancia desestima la pretensión de declaración de concurso. En primer lugar, no le reconoce la condición de acreedora a nova azimat, al entender que el crédito invocado de euros es un anticipo de un crédito satisfecho con una dación en pago. También entiende que la dación en pago se hizo con la asunción, por parte de nova azimat, de la deuda de cea con sorini y tat lee, que son proveedores estratégicos del grupo de nova azimat, y aquellos proveedores habrían consentido en dicha asunción de forma tácita. Por el contrario, no niega los créditos de consultoria y gestión y econolegis, si bien ni el contenido de estos créditos ni los créditos con acreedores financieros permiten hablar de un sobreseimiento general, pues, por lo que se refiere a dichas deudas financieras están siendo abonadas por terceros responsables solidarios. El auto se apoya en un balance de situación a fecha 18 de marzo de 2010, en el que constan fondos propios positivos, unos créditos bancarios por 1.111.579 euros, que están siendo pagados, y unos créditos de proveedores de 14.310 euros. La conclusión a la que llega la resolución de primera instancia es que al tiempo de decidirse sobre la procedencia del concurso, la sociedad se encuentra en liquidación, no contrata con terceros, y está atendiendo al pago de sus obligaciones de forma ordenada y continuada.
Esta decisión de no declarar el concurso es recurrida en apelación por las instantes del concurso de acreedores. En su recurso, en primer lugar argumentan que, a los efectos de art. 7 LC, debe admitirse la legitimación de todos los acreedores instantes del concurso. En el caso de nova azimat porque se ha aportado una documentación que justifica la existencia del crédito, sin que quepa discutir su existencia en este momento; y en el caso de sorini y tat lee, porque no consta que hayan aceptado la asunción de deuda, que libere a cea.

Por otra parte, el recurso insiste en la situación de sobreseimiento general en los pagos, pues consta, por una parte, la existencia de cuatro créditos que están siendo objeto de ejecuciones judiciales: un crédito de 57.607,90 euros de banco sabadell; otro crédito de 12.258,85 euros del banco sabadell; otro de 26.609,54 euros de caixa catalunya; y otro de 180.973,77 euros, también de caixa catalunya. Existen otros créditos no discutidos con proveedores: un crédito de 1.444,29 euros de promic; otro de 471 euros de DHL; otro de 3.545,77 euros de barnacargo; otro de 303,44 euros de distribuciones e. carballo; y otro de 971 euros con la UPC. Además de dos créditos con caixa penedes de 132.093,47 euros y 3.654 euros.
Y habrían otros acreedores, entidades financieras, cuyos créditos estarían siendo abonados por terceros, responsables solidarios.
Todo lo cual, para la parte apelante, justifica la existencia de un sobreseimiento general en el pago de los créditos.
Legitimación activa
3. Ya hemos anunciado que en esta alzada se discute la legitimacin activa de algunos de los instantes del concurso. El juzgado se la niega a tres de las sociedades instantes del concurso: nova azimat, sorini y tat lee.
En alguna ocasión anterior nos hemos pronunciado sobre el grado de acreditación y certeza del crédito del acreedor instante del concurso de acreedores de su deudor. El art. 3.1 LC legitima al acreedor para pedir el concurso de su deudor, siempre y cuando, eso sí, se encuentre en estado de insolvencia. Para justificar su condición de acreedor, el art. 7.1 LC exige a este instante del concurso que exprese " en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo ".
Como ya recordamos en nuestro Auto de 3 de mayo de 2007 (rollo de apelación 69/07), la legitimación activa es un requisito previo para instar el concurso y puede ser revisada si se niega la condición de acreedor en el trámite de oposición a la declaración de concurso necesario. Pero no por ello puede convertirse dicho trámite en el idóneo para juzgar sobre la existencia y cuantía del crédito del instante, que debería hacerse a través de la comunicación y reconocimiento de créditos y, en su caso, en el incidente de impugnación de la lista de acreedores. Al tiempo de instarse el concurso tan sólo puede examinarse si se aporta la acreditación documental justificativa del crédito que se aduce, lo que indudablemente ha hecho la actora, y si en el trámite de oposición se argumenta la extinción del crédito, sólo podrá admitirse en caso de ser manifiesta.
4. nova azimat compareció como titular de un crédito de 1.000.000 euros, derivado de un préstamo realizado a favor de cea por la sociedad austriaca geschwandter verwaltungs g.m.b.h, quien se lo habría cedido a nova azimat el 16 de enero de 2009. Con la petición de concurso se aportó un justificante documental de la transferencia de 1.000.000 euros, en el que puede leerse como indicación de la causa del mismo "adelanto" (ff. 56-61) y la escritura de cesión de créditos (ff. 62-63). Si bien, como ya hemos apuntado, no cabía en este momento entrar a juzgar sobre la existencia y la causa del crédito, en nuestro caso contamos con una sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona de 5 de noviembre de 2010 (ff. 1285 y ss.), que considera este crédito satisfecho merced a una dación en pago por la cual cea transmitió todo su negocio. La escritura de dación en pago data del día 16 de enero de 2009 (ff. 431 y ss.), y valora los activos de cea en 3.819.200 euros, que son entregados a cambio del pago de una deuda de 4.000.000 euros, entre la que se encontraba el crédito invocado por nova azimat. De este modo, la reseñada sentencia corrobora el juicio realizado por la juez mercantil que estimó no acreditada la subsistencia del crédito invocado, como consecuencia de la dación en pago.
Por su parte, sorini justificó su condición de acreedor, aportando once facturas por un importe total de 332.096,78 euros (ff. 65-104), y tat lee para justificar un crédito total de 554.158 $ aportó doce facturas (ff. 105-162). En principio, estos documentos son suficientes para justificar la existencia de los créditos, sin que haya quedado justificado de forma evidente su extinción. La sentencia justifica la falta de legitimación activa en que, junto con la dación en pago, Víctor asumió la deuda que cea tenía con los bancos, así como el pago de los grupos preferentes de acreedores, entre los que se encontraban sorini y tat lee, y esta asunción de deuda habría sido aceptada tácitamente por estos dos acreedores. La sentencia se apoya en el testimonio de la Sra. Encarnacion, contable de cea, quien refiere que, conforme a la carta de intención de 18 de octubre de 2008, en el que Víctor refiere su compromiso de adquirir cea con todos sus activos y pasivos (ff. 404-407), desde noviembre de 2008, el Sr. Víctor se hizo cargo de la administración de cea, dando instrucciones de que se respetaran los pagos a sorini y tat lee, de modo que si cea carecía de tesorería para hacerlo, lo haría nova azimat. Lo anterior queda corroborado por un e-mail de 5 de mayo de 2009, en el que claramente se asume un pago a sorini por nova azimat (ff. 530-531), y otros posteriores de 19 y 22 de febrero de 2009, en el que nova azimat asume deudas con tat lee (ff. 539-540).

Pero una cosa es que la dación en pago conllevara también una asunción de deudas de cea con terceros, y otra distinta es el efecto que esta asunción de deudas pudiera tener para estos terceros acreedores. Conforme al art. 1205 CC, para que la asunción de deuda liberara a cea, sería necesario el consentimiento del acreedor, en este caso, de sorini y tat lee. No consta su consentimiento expreso y, a falta del mismo, resulta muy difícil que dentro del estrecho margen de enjuiciamiento que admite la verificación del cumplimiento de la exigencia del art. 7.1 LC, podamos apreciar la existencia de hechos concluyentes que permitan concluir inequívocamente el consentimiento de sorini y tat lee en la asunción de deuda. Los pagos realizados por nova azimat y la correspondencia reseñada lo que sí acreditan es el interés de nova azimat y del Sr. Víctor en asegurar el pago de los créditos de estos proveedores preferentes.
Por esta razón no cabe negar a sorini y tat lee legitimación activa para pedir el concurso, en cuanto titulares de créditos documentados.

6. Cuestión distinta es que al comparecer junto con nova azimat, y las otras dos instantes del concurso, consultoria y gestión y econolegis [que comparecen como acreedoras de servicios de consultoría por un importe de escasa relevancia (15.054,22 euros y 13.169,52 euros) y discutido por cea] muestren una connivencia en el abuso de derecho que supone instar el concurso de cea. Así lo denuncia esta última en su escrito de oposición al recurso de apelación. Este abuso de derecho guarda relación con el hecho revelador de la insolvencia, que es el sobreseimiento general en los pagos. Consta en los autos que el mismo día 16 de enero de 2009, se firmaron cuatro documentos (ff. 431 y ss): una entrega de activos valorados en 3.819.200 euros a favor de nova azimat, en pago de una deuda de 4 millones de euros; un compromiso de pago de medio millón de euros por parte de nova azimat al Sr. Maximiliano, pagaderos en cinco plazos de 100.000 euros; otro compromiso de pago de 500.000 euros por parte de nova azimat a cea; y otro compromiso Don. Víctor y su esposa de pagar las deudas bancarias de cea.
Por su parte, nova azimat se subrogó en la posición contractual de cea en tres contratos de renting con BBVA autorenting (ff. 507 y ss.); se hizo cargo de deudas de Cea (ff. 517 y ss.); y en las tarjetas de sus empleados aparecía, con el logo de cea, la referencia a nova azimat, con la consiguiente imagen de asociación empresarial frente a terceros (f. 506).
En este contexto, si las principales deudas son las que cea tiene con los bancos, cuyo pago había asumido el Sr. Víctor, y las que al parecer habrían generado frente a sorini y tat lee, que son proveedores de referencia del grupo de empresas del Sr. Víctor; y si nova azimat asumió en aquellos compromisos de 16 de enero de 2009 unos pagos frente Don. Maximiliano, la petición de concurso de cea que quedó inactiva como consecuencia de la adquisición de todos sus activos por parte de nova azimat, quien recordemos se comprometió a pagar todas sus deudas, constituye un claro abuso de derecho sancionado por el art. 7.2 CC.
Distinto hubiera sido que los bancos hubieran instado el concurso, cuyos créditos están pendientes de pago, y no lo han hecho porque, entre otras razones, están avalados por los socios de cea, 1989 MMCA logic, S.L. y Maximiliano (ff. 711 y ss.), quienes han ido pagando algunos de estos créditos (ff. 805 y ss.), que en principio se había comprometido a pagar nova azimat, o bien están renegociando la deuda (ff. 813 y ss.).”: AAP Barcelona (Sección 15) 05.07.2011 (Auto 108/2011; Rollo 132/2011)

Art 15.2.II (antiguo 15.2)

NOTA: Se incluyen las resoluciones que aplican el precedente art. 15.2

0. Caso de acumulación de concursos ya declarados

“PRIMERO - La solicitud de acumulación
Elauto de 23 de septiembre de 2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbaodeclara el concurso de la concursada, con el carácter de necesario, y al mismo tiempo reclama la acumulación de este procedimiento concursal en el que también había sido declarada tal situación, pero a petición del deudor, el día anterior.
Como no se trata de acumulación de solicitudes de concurso, sino de dos procedimientos ya incoados, se ha oído a la concursada en el trámite de acumulación aplicado por las previsiones de la DF 5ª de laLey 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que dispone estar a laLey 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en lo no previsto procesalmente, como es el caso de la acumulación de concurso, que no tiene regulación procesal específica que indique cómo haya de procederse en esta materia.
En cumplimiento de esta audiencia delart. 90.2 LEC, necesaria en tanto que en el auto que reclama la acumulación consta que no se oyó a la deudora sobre el acuerdo de acumulación, se reconoce por su representación procesal que la solicitud de los acreedores ZORROZA INDUSKETAK ETA GARRIOAK S.L. y ANDRA MARI INSTALACIONES SANITARIAS S.L. se presentó en el Juzgado Decano de Bilbao el mismo día que la suya, pero diez minutos antes.
SEGUNDO - Reparto y declaración de ambos concursos
No está en discusión que el procedimiento concursal tenga que ser uno. Lo que ha de resolverse es si el competente para su tramitación es éste Juzgado de lo Mercantil que declaró el concurso antes, en tanto se atendieron todas las exigencias legales, incluida la presentación de poder y abono de la tasa, o aquel al que se turnó el asunto primeramente repartido, el Juzgado de lo Mercantil nº 2. Este demoró tan sólo un día la admisión de la solicitud concurso a solicitud a instancia de acreedor puesto que, como refiere el auto, ni se había aportado apoderamiento ni satisfecho la tasa judicial por el solicitante. Tal omisión se subsana de modo inmediato, tras lo cual se dicta auto al día siguiente en el que se admite la solicitud y al tiempo se declara el concurso necesario, por entenderse que la declaración de concurso voluntario del día anterior, conocida por la remisión por este juzgado a dicho órgano jurisdiccional del auto declarando el concurso, suponía el reconocimiento del presupuesto objetivo del concurso en el modo que señala elart. 18.1 in fine LC, todo ello sin oír al concursado.
Como el Juzgado nº 2 al declarar el concurso no suspende las facultades de administración ydisposición del concursado, por las razones que expone el Fundamento Jurídico 3ºdelauto de 23 de septiembre, la cuestión a dilucidar ahora sólo tiene relevancia para determinar cual sea el juzgado que tramite ambos procedimientos como uno solo.
Cuantas alegaciones hace el deudor sobre la inconsistencia del crédito del solicitante carecen de virtualidad. Cierto es que si el concurso fuera necesario podría dar lugar al privilegio que contiene elart. 91.4º LC sobre la cuartaparte del importe de sus créditos, y el derecho al reembolso con cargo a la masa de los gastos de postulación de los acreedores instantes conforme alart. 84.2.2º LC. Pero se decida lo que se decida sobre el juzgado que tenga que llevar la tramitación única, el concurso forzosamente tendrá naturaleza de necesario

puesto que elart. 22.1 LCdispone de forma tajante que "tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario".
El legislador ha dispuesto en elart. 5 LCuna genérica obligación del deudor para solicitar el concurso. Nadie está en mejor disposición que el deudor para constatar su insolvencia. Si demora el cumplimiento de esa obligación legal, es posible que tenga que afrontar una solicitud de un acreedor, y en estos casos, la ley ha optado por considerar el concurso como necesario, incentivando de este modo la diligencia del deudor en cumplir su obligación legal. Hayan sido diez los minutos, horas o días de diferencia en la presentación de la solicitud por el deudor, el concurso será tramitado como necesario con las consecuencias legales. En definitiva, lo único que puede resolver esta resolución es el juzgado que debe tramitar, pues cualquiera que sea su decisión, se hará con el carácter de concurso necesario.
Para resolver el presupuesto de la cuestión, es decir, si procede la acumulación y ante qué juzgado, hay que tener en cuenta, en primer lugar, las previsiones sobre la forma de solicitar el concurso que contiene la Sección 2ª "De la provisión de la solicitud", del Capítulo II, "Del procedimiento de declaración", de laLey Concursal, es decir, los arts. 13y ss, en cuanto explican la insólita situación en que nos encontramos.
Al respecto hay que señalar que elart. 13.1regula el plazo para proveer de la solicitud, que ha de examinarse el mismo día o el día siguiente hábil a su reparto. A resaltar que en el caso de solicitud voluntaria del deudor, la regulada en elart. 14, se declara el concurso de manera inmediata si no hay que subsanar defectos, mientras que si es necesaria, a instancia de un acreedor, sólo se admite la solicitud, posponiéndose la eventual declaración de concurso a los trámites de losarts. 18 y ss LC. En cualquiera de los casos, elart. 13.2permite conceder término para subsanar defectos que adolezcan las solicitudes.
Es importante recordar ese precepto que abre la regulación de la provisión sobre la solicitud porque en este caso ambas se plantean el mismo viernes día 19 de septiembre, y son repartidas a final de esa mañana. La primera solicitud, de concurso necesario, presentada diez minutos antes en elJuzgado Decano, se turna al Juzgado nº 2, que el siguiente día hábil, el lunes 22 de septiembre, dicta providencia conforme alart. 13.2 LCapreciando defectos como la falta de apoderamiento o el abono de la tasa.
La segunda solicitud, del propio deudor, presentada diez minutos después, se turna también al final de la mañana del día 19 de septiembre, y es proveída el siguiente día hábil, el 22 de septiembre. En este caso el deudor presenta poder, abona tasa y además cumple con el resto de requisitos que dispone la ley, de modo que se dicta auto declarando a la deudora en situación de concurso necesario.
Es al día siguiente, 23 de septiembre, cuando el Juzgado nº 2 dicta auto admitiendo la solicitud del acreedor, porque éste subsana de modo inmediato los defectos señalados en la providencia del día anterior. En ese mismo auto se indica que al haberse solicitado por el deudor voluntariamente el concurso no es preciso oírlo, se declara el concurso, con la naturaleza de necesario y, al tiempo, se reclama la acumulación del acordado por el Juzgadonº 1 sobre la base del art. 10.2 LC.
TERCERO - Sobre la imposibilidad de acumular ambas solicitudes
Situada así la cuestión, el deudor reclama que se aplique la doctrina que sienta laAP Castellón en su resolución de 14 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 79500), que entiende que elart. 15.2 LC debe interpretarse estando no a la fecha del reparto, sino a la del auto de admisión del concurso para determinar el órgano competente.
Hay que partir de que elart. 14 LChabla de la provisión sobre la solicitud del deudor. Elart. 15 LCtrata de la provisión de la solicitud de otro legitimado y acumulación de solicitudes. Por lo tanto elart. 15.2 LCparece que se refiere a la acumulación de solicitudes de concurso necesario, no de concursos voluntarios y necesarios. Esta norma dice que "admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad...." se acumulan a la primeramente repartida. Habla por lo tanto de admisión a trámite de solicitudes, lo que sólo es posible en el caso de concursos instados por legitimado distinto del deudor. Si fuera a instancia del deudor, la solicitud no se admite a trámite, sino que como indica elart. 14.1 LC, se declara el concurso.
Si fuera como se ha dicho hasta aquí, el precepto permitiría resolver las situaciones en que se van presentando de forma sucesiva solicitudes de concurso por legitimados diferentes del deudor, pero no aquéllos otros en que lo hacen el propio deudor y estos legitimados.
Forzando la literalidad de la norma puede interpretarse también que en un mismo precepto, elart. 15 LC, se ha regulado la forma de proveer la solicitud a instancia del acreedor y una materia diferente, la acumulación de solicitudes, pues en definitiva la petición del deudor se realiza mediante una petición al juzgado. La rúbrica delprecepto utiliza la copulativa "y", de forma que podría entenderse que el segundoapartado es de aplicación a cualquier solicitud, sea de acreedor o de deudor. Resultaría entonces que cuando elart. 15.2 LChabla de "admitir a trámite la solicitud" deberíamos entender no sólo el supuesto de petición de acreedor u otro legitimado, sino también del deudor, aunque dicha admisión a trámite haya de entenderse inclusa en la propia declaración del concurso voluntario. Declarar el concurso a instancia del deudor sería, apurando la interpretación, admitir a trámite su solicitud.
Si se utilizara esta segunda hermenéutica, un nuevo obstáculo es que elart. 15.2regula la acumulación de solicitudes, no la de concursos. Esta última se disciplina en elart. 25 LC. En el supuesto de autos, no se aplicaría la acumulación de solicitudes porque no había admitida a trámite ninguna cuando se turnan las dos. Es a partir del momento de admisión a trámite cuando surge la vis atractiva respecto de las demás solicitudes posteriores. Pero antes se pide al juez que recibe la solicitud que valore su seriedad, y dicte una resolución de admisión a trámite. Es a partir de ese momento cuando cualquier otra solicitud que se plantee debe ser turnada, forzosamente y por imperativo delart. 15.2 LC, a dicho juzgado.

Cuando se turnan las dos solicitudes, que es el mismo día, no hay admitida a trámite ninguna solicitud, por lo que la norma no es de aplicación. Ahora nos encontramos con dos concursos ya declarados, con un día de diferencia, de modo que el único régimen aplicable es el de acumulación de autos, no de solicitudes.
CUARTO - La acumulación de concursos
Descartada así la aplicación delart. 15.2 LC, que el deudor concursado ha esgrimido en sus alegaciones en este juzgado para oponerse a la acumulación del concurso, habrá que atender a la regulación de la acumulación de concursos, contenida en elart. 25 LC.
En esteprecepto, bajo la rúbrica "Acumulación de concursos", se regulan diversas posibilidades. En el apartado 1, la acumulación de concursos de socios, miembros o integrantes personalmente responsable de las deudas de una persona jurídica o de sociedades dominadas al concurso de una persona jurídica o sociedad dominante. En el 2, la acumulación de concursos de personas integrantes de una entidad sin persona jurídica. En el 3, la acumulación de concursos de ambos cónyuges. Por último, el apartado 4 dispone que la acumulación prevista en esteartículo, lo que supone referirse a los trescasos anteriores, procede aunque se hayan declarado por distintos juzgados.
No se regula por lo tanto una situación como la que se ha producido en este caso. Hay dos concursos que no pueden subsumirse en los supuestos de hecho delart. 25, y una solicitud de acumulación de un juzgado respecto del otro. Parece necesaria la aplicación de la norma subsidiaria conforme a la DF 5ª LC, laLey de Enjuiciamiento Civil. Y en este caso el art. 79.1LEC dispone que la acumulación se solicitará siempre en el tribunal que conozca del proceso más antiguo.
De los dos incoados, el más antiguo es, por efecto de la previsión delart. 410 LEC, el que se sigue en el Juzgado nº 2, puesto que una vez admitida a trámite la solicitud y declarado el concurso porauto de 23 de septiembre, los efectos de la litispendencia en sentido amplio se extienden al momento de la "interposición" de la solicitud. No se ha discutido que ésta sea anterior en el tiempo a la que ha tramitado este juzgado.
Como por otro lado siempre que la norma ha tenido que resolver una situación de conflicto ante la pluralidad de solicitudes o concursos, ha optado por la prioridad de quien recibe con anterioridad la solicitud, pues así lo hace en sede de competencia objetiva en elart. 10.2 LC, en el caso de la ya citada acumulación de solicitudes en elart. 15.2 LC, y en el de la naturaleza del concurso necesario o voluntario en elart. 22.1 LC, debe concluirse en que ha de aceptarse el requerimiento del juzgado que conoce del procedimiento más antiguo y accederse a su solicitud, pues como se ha dicho, el concurso afecta a la misma persona jurídica y no puede haber más que un proceso concursal, dado su carácter universal.": AJM-1 Bilbao 13.10.2008 (AC 2009/87; Auto 515/2008; Concurso 461/2008)

1. Aplicabilidad de la regla a cualquier concurrencia de solicitudes

"II) Elapartado 2 del art. 15 LC, bajo la rúbrica "acumulación de solicitudes", regula el supuesto de que se presenten varias solicitudes de concurso respecto del mismo deudor, siendo aplicable (pese a su ubicación sistemática, en el mismo precepto que regula la provisión de la solicitud de otros legitimados distintos del deudor) a cualesquiera supuestos de solicitudes con independencia de quién procedan, ya que el precepto no distingue entre solicitud presentada por el deudor y por otros legitimados. En tales supuestos la LC opta por acumular a la solicitud primeramente repartida las que se presenten con posterioridad, que se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones: "Admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones": AAP Barcelona (Sección 15) 15.05.2009 (AC 2009/1542; Auto 100/2009; Rollo 758/2008)

2. Dies a quo

AP Barcelona

"PRIMERO La acreedora aquí apelante, CABOT S.A.U., presentó el 17 de septiembre de 2008 solicitud de declaración concurso necesario de IACP JEVSA S.A., la cual, con anterioridad, el 12 de septiembre, había presentado solicitud de declaración de concurso voluntario. Esta primera solicitud fue proveida por el Sr. Magistrado en el sentido de requerir a la deudora para que subsanara ciertos defectos, afectantes al otorgamiento de poder al procurador y al pago de las tasas. Es en ese ínterin procesal cuando se presenta la segunda solicitud por la citada acreedora, a la que el auto apelado dio el tratamiento de acumulación a la primera solicitud, de conformidad con lo establecido por elart. 15.2 de la Ley Concursal. Por ello acordó desestimar la petición de concurso necesario y acumular esta segunda solicitud a los autos de concurso voluntario seguidos con el 575/2008, llevando a dichos autos la solicitud y documentación acompañada y teniendo por personada a la acreedora solicitante.
Al tiempo de ser interpuesto el recurso de apelación contra dicho auto, el Juzgado Mercantil había dictado ya el auto declarando el concurso voluntario de la citada deudora en los autos formados a raíz de la primera solicitud.
SEGUNDO I) La acreedora apelante sostiene, como primer motivo de su recurso, la infracción delart. 15.2 LC ya que - argumenta- la vis atractiva de una solicitud de concurso respecto de las posteriores se produce, a tenor de la norma, en el momento de su admisión a trámite, por lo que, no habiendo sido admitida a trámite la solicitud de concurso voluntario en el momento de ser dictado el auto apelado, no procedía acumulación alguna y la solicitud de concurso necesario debió ser admitida a trámite. La LC -prosigue razonando la apelante-

acoge un criterio estrictamente temporal, referido a la admisión a trámite, para determinar qué solicitud ha de considerarse inicial o primera y cual posterior, a fin de acordar su acumulación, sin perjuicio de la calificación (voluntario o necesario) que, conforme alart. 22 LC, merezca el concurso.
II) Elapartado 2 del art. 15 LC, bajo la rúbrica "acumulación de solicitudes", regula el supuesto de que se presenten varias solicitudes de concurso respecto del mismo deudor, siendo aplicable (pese a su ubicación sistemática, en el mismo precepto que regula la provisión de la solicitud de otros legitimados distintos del deudor) a cualesquiera supuestos de solicitudes con independencia de quién procedan, ya que el precepto no distingue entre solicitud presentada por el deudor y por otros legitimados. En tales supuestos la LC opta por acumular a la solicitud primeramente repartida las que se presenten con posterioridad, que se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones: "Admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones".
El primer inciso, "admitida a trámite la solicitud", puede inducir a error o a interpretaciones inadecuadas, en particular la que postula la apelante, ya que en consideración aislada puede propiciar el entendimiento de que la solución legal, que es la acumulación de solicitudes, tan sólo puede tener lugar cuando una solicitud ha sido admitida a trámite, prescindiendo de la prioridad determinada por la fecha de su presentación. Si es así no existiría vis attractiva alguna, sino una situación de vacío procesal, en tanto ninguna de las varias solicitudes haya sido admitida a trámite, o mientras la solicitud del deudor, si es la primera, no sea estimada mediante la declaración de concurso (en este caso no hay propiamente una resolución de "admisión a trámite", como en la solicitud de otros legitimados, sino de declaración del concurso voluntario, de desestimación o bien de subsanación de defectos,ex art. 14 LC). La consecuencia de esta tesis sería la inseguridad jurídica y una puerta abierta a la arbitrariedad judicial, ya que el Juez, entre las distintas solicitudes (si es que han sido repartidas al mismo Juzgado, como es de esperar), podría elegir cual de ellas admite a trámite en primer lugar, o bien determinar la prioridad, dentro de ciertos márgenes de discrecionalidad o incluso con arbitrariedad, en función de la apreciación, más o menos fundada, de defectos subsanables que posterguen la provisión de una o de otra solicitud. También podrá dar lugar, si las solicitudes se reparten a distintos Juzgados Mercantiles, a la incidencia del azar y de otros factores contingentes (como la mayor o menor carga de trabajo de cada Juzgado, el celo del Juez en proveer, etc.) a la hora de determinar la prioridad de una u otra solicitud, si se atiende a la fecha de la resolución judicial que las admite a trámite, todo ello con las trascendentes consecuencias de procedimiento de declaración del concurso y de calificación conforme alart. 22 LC.
Si dentro de esta postura se admite que el Juez debe atender, a la hora de admitir a trámite las diversas solicitudes de concurso voluntario y/o necesario, a la fecha de presentación y otorgar prioridad a la primera solicitud, paralizando la provisión de las posteriores, entonces se estaría respetando la correcta inteligencia y finalidad del precepto. Si tal solución se acepta, lo que no resultaría razonable es que el Juez, mientras no ha proveido la admisión a trámite (o declaración del concurso voluntario) de la primera solicitud, provea las posteriores.
En el caso presente, de acuerdo con la interpretación del apelante, el Magistrado debió admitir a trámite la solicitud de concurso necesario ya que, cuando fue presentada, todavía no había sido declarado el concurso voluntario postulado por la primera solicitud, y ello sin perjuicio -alega- de la calificación del concurso conforme alart. 22 LC, "en función de las circunstancias concurrentes, tras el examen de los presupuestos de una y otra solicitud". No obstante, el criterio de calificación del concurso como necesario o voluntario es bien claro a tenor de dichoart. 22, que atiende a tales efectos a "la primera de las solicitudes presentadas", según sea del deudor o de un acreedor (con la salvedad de su apartado 2). Si la primera es del deudor y por ello el concurso debe ser calificado como voluntario sería un contrasentido dar el trámite del concurso necesario, al igual que lo sería reconocer al acreedor, segundo solicitante, el privilegio general delart. 91.6º LC (que, por lo que parece, es lo que pretende la apelante).
III) Lo cierto es que elart. 15.2 atiende a estos efectos (de acumulación de solicitudes) a la fecha de presentación de las solicitudes, pues habla de solicitudes que se presenten con posterioridad, que se acumularán a la primeramente repartida, en coherencia con la solución de calificación que establece elart. 22 LC, si bien siempre y cuando esa primera solicitud sea luego admitida a trámite, en su caso tras las subsanaciones procedentes (admisión a trámite que, ya se ha dicho, en el caso de solicitud de concurso voluntario coincidirá con la declaración de concurso, ya que en este caso la LC no contempla una resolución, propiamente dicha, de "admisión a trámite").
Hemos de entender que elart. 15.2 LC quiere trasladar y adaptar al ámbito del proceso concursal los efectos propios de la litispendencia, y lo hace de manera coherente con lo dispuesto por elart. 410 LEC ("La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida"), atendiendo al criterio de prioridad temporal de la presentación de la solicitud de concurso, bien por el deudor o bien por cualquier otro legitimado, que producirá sus efectos, los propios de la litispendencia, impidiendo la tramitación y apertura de otros procedimientos concursales contra el mismo deudor, desde ese momento, el de la presentación de la primera solicitud, si es que luego esa primera solicitud es admitida a trámite.
Ello conlleva que si la primera solicitud es la del propio deudor, las solicitudes posteriores de otros legitimados deberán acumularse a la primera; en todo caso, las presentadas con posterioridad no podrán proveerse mientras no se dicte resolución declarando el concurso voluntario o desestimando la solicitud de concurso voluntario (conforme indica elart. 14 LC). Cierto es que, a tenor del precepto, la acumulación se producirá "admitida a trámite la solicitud" (en este caso, la declaración de concurso a solicitud del deudor, que ha sido la primera), pero nada obsta, por economía procesal, a la acumulación de la segunda solicitud aunque la primera, ya presentada, de concurso voluntario, no haya sido todavía estimada, pues en el supuesto de que luego no lo

fuera cobrará eficacia la segunda a instancia del acreedor.”: AAP Barcelona (Sección 15) 15.05.2009 (AC 2009/1542; Auto 100/2009; Rollo 758/2008)

JM-1 Málaga

“PRIMERO Varias cuestiones deben ser resueltas para determinar la admisión a trámite o no “de la referida solicitud.
En primer lugar la existencia de un procedimiento concreto en que se admite a trámite la solicitud de otro acreedor y al que posteriormente, en virtud delartículo 15 LC, se le acumuló el segundocitado en antecedentes.
En virtud delartículo 15 LC" admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones".
La problemática de dicha acumulación debe partir de dos criterios generales:
1. Por un lado y para que pueda ser admitida a trámite una solicitud de concurso necesario se deben cumplir los presupuestos previstos en la ley concursal y en particular las formalidades e indicios de losartículos 7 y 2 de la Ley Concursal, respectivamente.
2. En segundo lugar deberíamos determinar el momento hasta el cual debe poderse proveer una solicitud de concurso necesario, en los términos delartículo 15 de la LC, que será acumulada a otra anterior. Lo cierto es que presentada una primera solicitud y a la vista de lo previsto en el citado precepto parece que el dies a quo será la admisión a trámite de dicha solicitud. Por tanto en primer lugar procedería resolver sobre la primera presentada y sólo cuando hubiera sido admitida a trámite la misma será posible acumular las posteriores que se presenten. De otra forma y si se acumulan con anterioridad a la admisión a trámite de la primera podría resultar que esta resultara inadmitida y el efecto dominó abarcara a las siguientes o, en su defecto, que pudiéramos (algo ciertamente confuso) continuar una causa cuyo inicio parte de un solicitante que presenta una solicitud inadmitida. Rechazado esta posición por cuestiones evidentes, el díes a quo se fija en la admisión a trámite, debiendo los restantes procedimientos esperar a que esta se produzca para ser unidas a la primera, siempre que cumplan los requisitos señalados en el apartado primero.”: AJM-1 Málaga 05.02.2009 (JUR 2009/238519 y 2009/87939; Concurso 70/2009)

3. Dies ad quem

“Quedaría por determinar el dies ad quem, como término final hasta el que se van a permitir dichas acumulaciones partiendo de la regla mantenida por este juzgado de que incluso en dichos supuestos de acumulación el privilegio delartículo 91.6º LCsólo alcanzarían al primer solicitante y en el modo que se viene determinando para el caso de ser varios. Y a la vista delartículo 19 LCpodremos concluir que el momento final debe ser anterior a la vista y al auto de declaración de concurso de acreedores, dado que el propio precepto citado señala que " en caso de que hubiera varios acreedores personados y se acumulasen sus solicitudes de concurso, el deudor deberá consignar las cantidades adeudadas a todos ellos, en las mismas condiciones expresadas".
Lo que señala elartículo 15.2 LCrespecto de otros posibles acreedores solicitantes cuando su solicitud es posterior a otra que se admite a trámite es que "se les tendrá por comparecidos", aunque también se refiere a ellos como " nuevos solicitantes".
Lo cierto es que con posterioridad a la admisión a trámite se emplazará al deudor de conformidad a lo previsto en elartículo 18 LC. Este emplazamiento conlleva el traslado de la solicitud inicial sobre la que se ha resuelto y la oposición del deudor, en su caso, podrá basarse en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. La oposición conlleva vista y en esta vista el deudor deberá realizar consignación de las cantidades adeudadas a todos los acreedores personados cuyas solicitudes se hubieren acumulado. Como vemos en el primer momento se refiere a estos como " comparecidos" y en el segundo como " personados".
Para que el deudor proceda a esa consignación o manifestación de la causa de falta de consignación el momento que fija la Ley es el acto de la vista: Si el deudor comparece, en el caso de que el crédito del acreedor instante estuviera vencido (y el de otros acumulados) deberá consignar en el acto de la vista el importe de dicho crédito a disposición del acreedor, acreditará haberlo hecho antes de la vista o manifestará la causa de la falta de consignación. Es por ello que parece posible que se vayan acumulando, posteriormente a la solicitud y admisión a trámite, las posteriores que se vayan presentando.
Sin embargo la cuestión se centra en determinar si esas que se acumulan nos determinan también razones de oposición o no del deudor. Cuestión esta que obedecería a nuevo emplazamiento para oposición en su caso para no afectar el derecho de defensa y contradicción del deudor que tiene limitados sus momentos procesales. Y a la vista de dichos preceptos resultaría que no es posible entender que los plazos se fueran prorrogando en función de cada una de las solicitudes de tal forma que con cada una igualmente se les diera traslado para oposición conforme alartículo 18 LC. De hecho elartículo 15 LCni siquiera señala que de las que se acumulen deban dársele traslado para que comparezca. El plazo de cinco días que se otorga es de comparecencia para formular oposición. Desde que se emplace tiene cinco días para oponerse o no a la primera solicitud y sin perjuicio de la obligación de consignar todas. Parece entonces pertinente fijar el dies ad quem en dicha comparecencia en que se le ponen de manifiesto los autos, tras el emplazamiento, a los efectos de acumular otros posibles solicitantes. Fuera de este supuesto todas las que se soliciten con posterioridad deberían ser inadmitidas y no operarían dentro del marco delartículo 15 LC.

Dicha interpretación puede realizarse teniendo en cuenta que lo que se discute es bien el hecho concreto objetivo indiciario (2.4 LC) de la insolvencia bien la misma insolvencia. Y que debe respetarse el derecho de defensa y contradicción del deudor. No es posible discutir una y otra vez, por cada uno de los acreedores posteriores acumulados cada uno de estos hechos.
Otra posición podría ser entender que se produce una ampliación de la demanda en cuyo caso elartículo 401 LEC (disposición final quinta) lo limita al inicial demandante y hasta el momento de contestación. Pero en este caso el plazo para contestar vuelve a ampliarse, cuestión que resuelve la ley concursal denegando la retroacción y que, como hemos visto, no cumple los requisitos subjetivos previstos en la norma.
Por otro lado podríamos entender que se produce una situación de intervención coadyuvante lo que podría motivar la interpretación que se ha dado doctrinalmente sobre la posibilidad de oponerse en el momento de la vista a dichas pretensiones. Esto conllevaría necesariamente que se le diera traslado pues de otra forma se mermaría su capacidad de oponerse. Esta posibilidad vendría a justificar igualmente el límite de la acumulación en ese plazo de comparecencia en cinco días al que nos hemos referido en donde toma en consideración y puede recoger la documental necesaria para poder oponerse, consignar o no, en dicho acto de la vista.
Es esta última la que parece conciliarse en función de ciertos criterios de la norma concursal que conviene reseñar:
1. Admitida a trámite la primera solicitud a esta se acumularán las demás. Dies a quo la admisión a trámite. Mientras tanto quedarán las posteriores pendientes y se irán resolviendo tras la primera y siguientes si fueran inadmitidas o acumulándose a la primera que sea admitida.
2. Posteriormente a esta admisión a trámite se emplazará al deudor con traslado de la primera solicitud y podrán acumularse las posteriores. Sin embargo el deudor emplazado tendrá cinco días para comparecer y tomar conocimiento de los autos y por tanto admitiendo acumulaciones hasta dicho momento y no posteriores. Después de este momento no existe más trámite hasta el momento de la vista;momento en el cual si se hubieran acumulado otras posteriores tomaría conocimiento con merma de su capacidad de defensa y contradicción.
3. Por otro lado la posición de estos posteriores (fijados entre la admisión a trámite y la comparecencia del deudor concursado) debe obedecer a los criterios fijados por la norma concursal: (1) No se retrotraen las actuaciones y por tanto está emplazado y respecto de este emplazamiento quedará vinculado en su oposición. No obstante el conocimiento de autos conlleva que también conozca las acumuladas por lo que estas también le vinculan. (2) Se tendrán por comparecidos y personados (uniendo ambos preceptos ya reseñados) a los que hayan sido acumulados hasta ese momento y por esa personación citados a la vista tras la oposición aplicando elartículo 184 LC. (3) El deudor deberá consignar, acreditar haberlo hecho o manifestar la causa de la falta de consignación en cualquier caso respecto de todos los personados. Este criterio, previsto en la norma, permite pensar que es necesario citar a vista a los acumulados puesto que de otro lado nada podrán alegar respecto de la falta de consignación si esta se señalase por el deudor concursado (4) En el acto de la vista el deudor deberá instrumentar su defensa conforme a lo previsto en elartículo 18.2 LC si bien tanto de la primerade las solicitudes como de las posteriormente acumuladas hasta su comparecencia en autos.
La operatividad de todo ello - y de cualquier posible solución- parte de que el juez que tramita la solicitud debe conocer (quod non est in autos non est in mundo) todos los concursos presentados y por tanto partiendo de un conocimiento notorio judicial del que habrá que traer testimonios documentales a la segunda y posteriores solicitudes. Todo ello sin tener en cuenta los trámites burocráticos que retardadamente hacen que aparezca en los autos el sistema de notificaciones.
En virtud de todo ello y tomando en consideración los antecedentes de hecho consta en autos 32/09 que la deudora fue emplazada en fecha de 23 de enero de 2009 con lo cual el plazo para comparecer en autos terminaría el 2 de febrero de 2009. La solicitud que ahora se provee se presentó en fecha de 15 de enero de 2009, por lo tanto dentro del plazo que hemos señalado, aunque por razones de acumulación de carga de trabajo aún no ha sido resuelta su acumulación. Que elartículo 15.2 Lcnos señale que no se retrotraeran las actuaciones significa que es el momento en que se resuelva sobre la admisión y acumulación el que debe considerarse y no otro, por lo que aún presentada en plazo no existiría posibilidad de contradicción y defensa en los términos expresados, lo que conlleva que no proceda su acumulación.”: AJM-1 Málaga 05.02.2009 (JUR 2009/238519 y 2009/87939; Concurso 70/2009)

4. No cabe oponerse a una solicitud y allanarse a la otra

“PRIMERO Que elartículo 2 de la vigente Ley Concursal dispone que procederá la declaración del concurso en caso de insolvencia del deudor común, añadiendo que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que "no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". En lo que al concurso necesario se refiere, admitida a trámite la solicitud, si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso. En el presente caso, debe recordarse que se tramitan en un único procedimiento dos solicitudes de concurso necesario, una primera de ALTE TRANSPORTATION S.L. (en adelante ALTE) y otra de ALBATROS ALCAZAR S.A. (en adelante, ALBATROS), toda vez que elartículo 15.2º de la Ley Concursal obliga a acumular todas las solicitudes sin retrotraer las actuaciones. Una vez admitido el concurso necesario de ALTE, dado que no se retrotraen las actuaciones, la acumulación lo es sin necesidad de una resolución expresa de admisión del concurso de ALBATROS. También debe tenerse presente que porauto de 9 diciembre 2009 se rechazó la petición de TECNICAS MODULARES E INDUSTRIALES S.A. de suspensión del procedimiento por la presentación posterior de una comunicación delartículo 5.3º de la Ley Concursal, auto que despliega todos sus efectos a pesar de haber sido recurrido en reposición. Pues bien, debiendo enfrentarse TECNICAS MODULARES E INDUSTRIALES S.A. a dos

solicitudes de concurso necesario, se opone en un mismo escrito a la petición de ALTE y se allana a la de ALBATROS, si bien en este segundo caso de forma subsidiaria a la tramitación de la comunicación delartículo 5.3º que, como se ha expuesto, no paraliza la tramitación de este procedimiento. Dado que la acumulación de solicitudes ya ha tenido lugar -por mucho que pueda pender un recurso-, es radicalmente incompatible oponerse a una solicitud y allanarse otra. La tramitación es única, por lo que el allanamiento a una de las solicitudes implica que se reconocen como ciertos los hechos reveladores de la insolvencia puestos de manifiesto por ALBATROS y, en definitiva, que TECNICAS MODULARES E INDUSTRIALES S.A. se encuentra en la situación de imposibilidad de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Por tanto, atendido el allanamiento, debe acordarse la declaración del concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley, rechazando del plano tramitar la oposición al concurso necesario de ALTE, sin perjuicio de que la concursada pueda invocar cuanto estime conveniente, en el momento procesal oportuno, sobre la calificación del crédito de aquella entidad, incluso que no estaba legitimada para solicitar el concurso.": AJM-2 Barcelona 15.01.2009 (JUR 2010/47883; Concurso 763/2008)

5. Otros acreedores que comparezcan son parte autónoma

"PRIMERO. El objeto del presente recurso resulta de lo que se ha expuesto en los antecedentes de la presente resolución. Un acreedor, comparecido en las actuaciones tras haberse iniciado el trámite de sustanciación de la oposición formulada por la solicitada, Providencia 126, S.L., se opuso a la suspensión decretada por el juzgado en virtud del acuerdo alcanzado entre solicitante y solicitada y pidió que se levantara por no haber sido oída previamente, a pesar de haber comparecido antes, y por tener interés en la prosecución de la declaración del concurso. El juzgado le negó legitimación para formular esa solicitud y acordó no levantar a su instancia la suspensión acordada.
El recurso imputa a la resolución recurrida: (i) haber vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, al no haberle concedido los derechos propios de toda parte, a pesar de estar comparecida como tal en el procedimiento; (ii) haber incurrido en error vulnerando el principio de proceso único que tiene el procedimiento concursal; (iii) haber vulnerado el art. 19.4 LEC, que limita la suspensión a 60 días, plazo que se ha rebasado con mucho exceso, pese a lo cual el juzgado ha seguido sin levantar la suspensión.
SEGUNDO. 1. La resolución recurrida ha considerado, para denegar el levantamiento de suspensión del procedimiento de declaración de concurso necesario a la recurrente, que su comparencia no le atribuyó la condición formal de parte, atendido que no formuló una solicitud de concurso sino que se limitó a comparecer en el procedimiento de declaración iniciado a instancia de otro acreedor, y que únicamente tras la declaración del concurso podría considerársele como parte en sentido formal, sin que ello comportara violación alguna de sus derechos como acreedor, pues nada le impedía solicitar de forma separada el concurso necesario.
2. Es cierto que el procedimiento de declaración del concurso tiene una naturaleza distinta al procedimiento propiamente concursal, que se abre con la declaración del concurso. No obstante, de ello no se pueden extraer algunas de las consecuencias que ha seguido la resolución recurrida, particularmente cuando niega la posibilidad de levantar la suspensión acordada a petición de un acreedor distinto del solicitante inicial.
El procedimiento de declaración tiene naturaleza declarativa, mientras que el proceso concursal es un proceso de universal encaminado a solución la situación provocada por la insolvencia de un deudor común mediante un convenio o la liquidación y pago. De ello se sigue una diferencia muy notable desde la perspectiva de la disponibilidad de uno y otro proceso. Mientras el proceso concursal propiamente dicho únicamente podría finalizar mediante la disposición de todos los acreedores, tal y como se establece en el art. 176.1, 5º LC, para desistir de la solicitud basta que lo solicite el acreedor que la haya instado, tal y como se deriva del art. 19.3 LC, que regula uno de los supuestos clásicos de desistimiento, el derivado de actos tácitos, concretamente, por no haber comparecido el demandante a la vista.
No obstante, el poder de disposición que la Ley Concursal atribuye al solicitante antes de la declaración tampoco es absoluto, como del propio art. 19.3 LC se deriva. Y es lógico que así sea porque, si bien el principio de universalidad en sentido propio únicamente es predicable del proceso concursal, esto es, tras la declaración del concurso, el legislador ha querido anticipar concretas manifestaciones del mismo a la fase de declaración. Así se deriva del art. 15.2 LC, cuando dispone que, admitida a trámite una solicitud de un acreedor, las que se presenten más tarde por otros acreedores e incluso por el deudor se acumularán en el mismo procedimiento de declaración.
3. Constituye una consecuencia directa de esa norma del art. 15.2 LC que, mientras no haya concluido el primer procedimiento de declaración abierto respecto de un deudor, no resulta posible abrir otro de forma separada. Tiene razón, por consiguiente, la recurrente cuando afirma que no podía acudir a una solicitud de concurso separada mientras se encontraba formalmente abierta la iniciada a instancia de otro acreedor. Y abierta se debía considerar la iniciada a instancia de Imac Gestión Técnica a pesar de que se hubiera acordado la suspensión, atendido que la suspensión no determina el fin del procedimiento declarativo sino exclusivamente la interrupción de su tramitación.
4. La comparecencia de otro acreedor durante la fase de declaración le atribuye a éste el estatuto formal de parte, de manera que está facultado para llevar a cabo los mismos actos que el acreedor originario, tal y como finalmente el juzgado ha terminado reconociendo al sustanciar y resolver su recurso de reposición y el posterior de apelación. Por esa misma razón, no tiene fundamento alguno la decisión de no levantar la suspensión acordada cuando fue interesada por el acreedor comparecido.
Es cierto que cuando el juzgado tuvo conocimiento de la personación de este acreedor ya había adoptado la decisión de suspender el proceso, a pesar de que la personación de este acreedor se había realizado varias semanas antes. El mero hecho de que, por un error imputable a la oficina judicial, la comparecencia no fuera

conocida por el titular del órgano hasta unos días más tarde puede explicar que no se tomara en consideración la opinión de ese acreedor antes de acordar la suspensión, como hubiera sido obligado hacer, pero no puede justificar que no se estimara su recurso de reposición.
Incluso en el supuesto de que la personación se hubiera producido después de la suspensión, no tiene justificación que la misma no se levantara en cuanto así lo solicitó el acreedor comparecido. Ese acreedor tenía tanto derecho como el originario a que el procedimiento de declaración llegara a su fin, esto es, a obtener una decisión sobre si concurrían los presupuestos para declarar el concurso. De manera que, al negarle esa posibilidad, el juzgado mercantil violó su derecho a la tutela efectiva. Procede, por consiguiente, ordenar el levantamiento de la suspensión acordada y el reenvío de las actuaciones a ese mismo momento con el objeto de que finalice la sustanciación del procedimiento de declaración del concurso. ": AAP Barcelona (Sección 15) 07.07.2011 (Auto 113/2011; Rollo 193/2011)

6. En apelación se revoca la declaración por la primera solicitud y se estima por la segunda

"PRIMERO.- Los hechos que resultan relevantes para el enjuiciamiento de esta apelación son los siguientes:
1º) el 30 de mayo de 2008 las entidades MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL y ALQUIAGA SL presentaron una solicitud para la declaración en concurso necesario de GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA, que correspondió al Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, en la que se aducía la existencia de una serie de efectos mercantiles impagados por parte de la misma a diversos acreedores (además de a las propias solicitantes, a FACHADAS Y ESTRUCTURAS PREFABRICADAS SA y a VIHERCENTRO SA);
2º) tras un requerimiento previo, fue admitida a trámite, con fecha 3 de noviembre de 2008, exclusivamente la solicitud presentada a instancia de MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL y fue acordado el emplazamiento de GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA;
3º) el 28 de noviembre de 2008 GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA presentó escrito oponiéndose a la declaración de concurso instada por MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL, acompañando documentación justificativa del pago de los efectos mercantiles y otra complementaria;
4º) mediante resolución de 5 de enero de 2009 ambas partes fueron convocadas para la celebración de vista de oposición para el día 4 de marzo de 2009;
5º) el 14 de enero de 2009 EXCAVACIONES FGM presentó solicitud de declaración de concurso necesario de GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA;
6º) el 23 de enero de 2009 GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA presentó solicitud de concurso voluntario;
7º) el 3 de febrero de 2009 el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid acordó la acumulación de la solicitud de EXCAVACIONES FGM a la de MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL;
8º) el día 4 de marzo de 2009 se celebró la vista del trámite de oposición, en la que GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA se ratificó en su rechazo a la pretensión de MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL, ya que discutía, entre otras cuestiones, haber estado en insolvencia al tiempo de la solicitud planteada por ésta, y se allanó, en cambio, a la de EXCAVACIONES FGM; y
9º) el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, tras examinar las dos solicitudes acumuladas, dictó auto con fecha 16 de marzo de 2009 estimando la solicitud de MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL y declarando en concurso necesario a GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA, argumentando que al tiempo de dictarse la resolución judicial concurría tanto el hecho consistente en el incumplimiento generalizado de sus obligaciones por parte de la deudora como la situación de insolvencia de ésta.
La recurrente, GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA, aunque no discute que procediese su declaración en concurso cuando el juez la efectuó, entiende que la solicitud inicial, la de MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL, debió ser desestimada y acogida, en cambio, la ulterior de EXCAVACIONES FGM, con la que ella se conformó. Discrepa de la referencia temporal que para valorar la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso ha sido tomada en cuenta por el juzgado para fundar su resolución; critica, asimismo, la inexistencia de sobreseimiento general al tiempo de presentarse la primera solicitud, aduciendo que sólo habría mediado entonces mero retraso en el pago a algunos proveedores; y niega, por último, que cuando MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL solicitó el concurso necesario la apelante se encontrase en situación de insolvencia.
SEGUNDO.- Es una premisa del derecho a recurrir, que debe además examinar de oficio este tribunal, la constatación de la existencia de gravamen para la parte que pretende interponer recurso (artículo 448.1 y 461.1 de la LEC), es decir, que se cuestione una resolución en cuanto afecte desfavorablemente a la parte recurrente, lo que debe traducirse en pronunciamientos de la misma adversos para ella. No bastaría el desacuerdo con alguna de las razones aducidas por el juzgador a lo largo de su resolución, sino que resultaría imprescindible que además el pronunciamiento final de la misma resultase desfavorable para una parte para que fuese admisible un recurso por parte de ésta (pues se pueden recurrir pronunciamientos concretos, no exclusivamente la fundamentación de los mismos si aquéllos no resultaron adversos).
El artículo 20.2 de la Ley 22/2003 Concursal (en adelante, LC) prevé, en el ámbito de la regulación del concurso necesario, que cabe la interposición de recurso de apelación "contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso". Ahora bien, teniendo en cuenta las premisas anteriormente expuestas se pregunta este tribunal cuál sería el gravamen que verdaderamente ocasionaría a la apelante el auto de declaración en concurso, cuando no es objeto de discusión lo procedente de la decisión declarativa en tal estado. Somos conscientes de que lo que le lleva a la recurrente a plantar su recurso es que

entiende que la solicitud que debería haber producido tal efecto es la proveniente de la segunda de las planteadas por uno de sus acreedores y no la primera de ellas. Lo que ocurre es que los efectos para la concursada serían en el presente caso sustancialmente los mismos de estimarse una u otra solicitud, es decir, en ambos casos conllevaría igualmente su declaración en concurso, siendo ésta la referencia, y no la de la mera solicitud, la que con carácter general va a tomarse en cuenta en adelante en el proceso concursal, pues los efectos del concurso no se producen sino, precisamente, con su declaración (artículos 40, 49, 61, 62, 71 y 76 de la LC).

Advertimos con claridad los posibles efectos desfavorables para el segundo de los acreedores implicados en la solicitud, pues es cierto que estarían en juego el privilegio del instante - artículo 91.6º de la LC - y el tratamiento correspondiente al crédito, al que luego se aludirá, por costas - artículo 20.1 de la LC -del incidente de oposición. Sin embargo, no ha sido ese segundo acreedor el que ha interpuesto recurso, sino la concursada, que no discute su declaración en concurso, por lo que la actuación de ésta puede suscitar polémica jurídica.

Vamos a reconocer, no obstante, precisamente porque entendemos que en caso de duda deberá prevalecer una interpretación que favorezca el derecho al recurso (como integrante, aunque modulado por el legislador y en los términos configurados por éste, del derecho a la tutela judicial efectiva - artículo 24.1 CE), que la apelación de la concursada fue bien admitida a trámite porque existe un posible efecto indirecto, pero gravoso para ella, derivado de la estimación de la solicitud inicial de concurso, cual es que se pudiera entender que habría quedado petrificado, de algún modo, con efectos reflejos en la sección concursal de calificación, en la que es susceptible de analizarse, entre otras cosas, la tardanza en acudir al concurso (artículo 5 de la LC en relación con el nº 1 del artículo 165 de la LC), que existía motivo suficiente para haberlo instado en la fecha de la primera de las solicitudes, en lugar de en la segunda, que a diferencia de la anterior fue ya muy próxima a la que también de modo voluntario presentó luego la propia deudora. Esa referencia cronológica podría resultar perjudicial para la apelante y su corrección podría prevenir que en el futuro se planteasen pretensiones que partiesen de hitos que lejos de encauzar el iter concursal pudieran resultar incluso perturbadores, lo que nos proporciona apoyo suficiente para poder justificar como admisible la presente apelación. (...)

OCTAVO.- Lo procedente a estas alturas no sería una nueva declaración de concurso necesario para reiniciar el proceso, sino, como se interesa además por la propia apelante, el mantenimiento del ya declarado, puesto que había mediado la acumulación de la solicitud concursal que también había planteado otro acreedor (ya que la ley contempla siempre un único expediente concursal en los casos de pluralidad de solicitudes referidas al mismo deudor - artículo 15 de la LC), a la que medió allanamiento de la deudora (artículo 18 de la LC), lo que aconseja respetar en todo lo posible las actuaciones que hayan sido realizadas. Esta consecuencia goza de amparo en el principio de conservación de los actos procesales (artículos 243.1 de la LOPJ y 230 de la LEC) que la jurisprudencia ha considerado, también cuando se ha pronunciado a propósito de la nueva Ley Concursal (sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010), que debe prevalecer en aras a las reglas de economía procesal y de preferencia por las soluciones que puedan suponer un efecto útil para el proceso. ": AAP Madrid (Sección 28) 27.04.2012 (Auto 68/2012; Rollo 318/2011)

3.Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto en el Título X de esta Ley, distintos del deudor o del mediador concursal.

Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes.

[Nueva redacción del primer párrafo art 15.3 por *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* (Capítulo V de su Título I, art. 21, Tres) (BOE 28.09.2013), con entrada en vigor el 19.10.2013:

" Disposición final decimotercera.*Entrada en vigor.*

Esta Ley entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante:

a) El Capítulo V del Título I entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Aplicable a los concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor:

"Disposición transitoria. *Régimen transitorio en materia concursal.*

Los concursos declarados antes de la fecha de entrada en vigor de esta norma, en cuanto a las normas establecidas en el Capítulo V del Título I, seguirán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley."]

Artículo 16. Formación de la sección primera.

Declarado el concurso a solicitud del deudor o admitida a trámite la solicitud de la declaración de concurso presentada por cualquier otro legitimado, el juez ordenará la formación de la sección primera, conforme al artículo 183, que se encabezará con la solicitud.

[Nueva redacción del art 16 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Declarado el concurso o admitida a trámite la solicitud de la declaración, según los casos, el juez ordenará la formación de la sección primera, que se encabezará con la solicitud.

Artículo 17. Medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso.

1. A petición del legitimado para instar el concurso necesario, el juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 17.1

0. Doctrina general

"Se establece en elartículo 17 LCla posibilidad de que puedan adoptarse medidas cautelares previas a la declaración a petición de persona legitimada para instar el concurso voluntario, con el objeto de asegurar la integridad del patrimonio del deudor.
La posibilidad de adoptar medidas cautelares antes de la declaración no está limitada a las medidas de carácter patrimonial sino que en elart. 1 de la L.O. 8/2003también se establece que se pueden adoptar las medidas personales que allí se regulan y a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior. Cuando se estime procedente adoptar unas y otras, no debe existir inconveniente alguno para que lo sea en una misma resolución, a pesar de que el procedimiento a seguir para su adopción pueda diferir. Esa circunstancia, y el hecho de que su régimen de impugnación es diverso, pueden aconsejar que se adopten en resoluciones diferenciadas.
La finalidad de la medida cautelar que se puede adoptar al amparo de la previsión delart. 17consiste en asegurar la integridad del patrimonio del deudor, aunque de forma provisional, esto es, hasta que se declare el concurso, pues a partir de ese momento se produce una modificación de su naturaleza para convertirse en una simple medida de garantía de la afección. Por esa razón se dispone que el juez se pronuncie de nuevo sobre la eficacia de la medida adoptada de forma previa, una vez sea declarado el concurso o bien desestimada la solicitud (art. 17.3).
No se detallan las medidas que cabe adoptar, sin que elart. 17.1se limita a decir que las que se consideren necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor. Ello nos lleva a pensar que las que pueden considerarse como más usualmente adecuada a tal finalidad es el embargo preventivo de bienes (art. 727,1ª LEC) y el depósito (art. 727,3ª LEC), aunque no pueden descartarse otras como la intervención o administración judiciales (art. 727,2ª LEC) o la formación de inventarios de bienes (art.727,4ª LEC).
Esa particular situación de peligro debe ser deducible de hecho o circunstancias particulares que justifiquen la urgencia en la adopción de la medida. En otro caso creemos que debe esperarse para adoptarlas a la declaración del concurso, que constituye el momento ordinario.
No puede perderse de vista que la adopción previa a ese momento constituye una excepción a la regla general, de forma que debe estar plenamente justificada.
La solicitud de la medida debe hacerse, como regla, en la propia solicitud de concurso. Aunque las medidas cautelares pueden instarse antes de la demanda cuando concurran razones de urgencia o necesidad (art. 730.2 LEC), es impensable que esa posibilidad se pueda dar en el proceso concursal. Una razón de peso para ello es que en el propioart. 17.1se establece que la adopción procede al admitir a trámite la solicitud. Por consiguiente, que se pueda solicitar de forma previa a la solicitud no resulta admisible.
No constituye contenido obligado del Auto declarando el concurso, sino facultativo, tal y como se deduce de la expresión en su caso con la que se inicia la redacción del ordinal 4º del apartado 1 del artículo.
Aunque el único objeto del proceso concursal no está constituido por la liquidación del patrimonio del deudor, sino que ésta es únicamente una de las dos posibles soluciones, no puede pasar por alto al legislador, ni tampoco al juez del concurso, que el procedimiento puede terminar con la liquidación del patrimonio. De hecho, aunque esta solución sea la excepcional desde la perspectiva de la regulación legal, es muy probable que sea en la práctica la más usual. Por ello puede resultar de vital importancia que durante la sustanciación del procedimiento se adopten medidas de garantía sobre dicho patrimonio, medidas que permitan asegurar ese fin último del proceso.": AAP Baleares (Sección 5) 16.09.2008 (JUR 2009/94929; Auto 116/2008; Rollo 283/2008)

00. Improcedencia de medida cautelar alguna en caso de solicitud de concurso voluntario. Daños y perjuicios

AP Madrid

“PRIMERO.- Sobre el objeto del debate.
La contienda que asciende a esta segunda instancia deriva de un peculiar trámite cautelar que se ha seguido en la primera instancia en el seno de un proceso de concurso voluntario. En la solicitud para la declaración del mismo las propias peticionarias, que son entidades cuyo objeto social está relacionado con la explotación de autopistas de peaje (INVERSORA DE AUTOPISTAS DE LEVANTE SL —IAL- y AUTOPISTA MADRID LEVANTE CONCESIONARIA ESPAÑOLA SAU -AML) y que explicaban que estaban sumidas en un estado de inminente insolvencia, interesaron la adopción, con carácter previo a la declaración el concurso y sin previa audiencia de la contraparte, de unas medidas cautelares que iban referidas a los saldos de sus propias cuentas bancarias y que tenían corno objetivo la imposición de prohibiciones de hacer (retener fondos o realizar compensaciones) dirigidas contra una serie de entidades financieras. El juzgado dictó un auto decretando tales medidas, tras lo cual se produjo la oposición de las entidades afectadas, a las que, después de la tramitación correspondiente, les fue finalmente desestimada su pretensión por el juez del concurso.
Las entidades financieras afectadas han reiterado en esta segunda instancia sus razones para sustentar su oposición a la adopción de las medidas que el juzgado decretó en su contra. Además de plantearse un debate que afecta a la concurrencia en el presente caso de los presupuestos legalmente exigidos para la adopción de medidas cautelares en un proceso civil, que son los previstos en los artículos 726 (ser exclusivamente conducente a posibilitar la efectividad de la futura sentencia carácter instrumental y además adecuado de la medida para la protección del derecho objeto de controversia— y suponer la solución menos gravosa en el caso de que se trate —proporcionalidad) y 728 de la LEC ("fumus boni iuris", "periculum in mora" y ofrecimiento en legal forma de prestar caución), que son requisitos que habrían de concurrir de manera cumulativa (la falta de cualquiera de ellos conllevaría, por sí sola, la improcedencia de que se decretase la medida cautelar), se ha suscitado en los escritos de recurso y de oposición a los mismos una polémica procesal que debe ser abordada de modo previo. La misma abarca los siguientes aspectos: 1°) el relativo a la inadmisibilidad de medidas cautelares previas a la declaración en el proceso de concurso voluntario; y 2°) el referente a la incidencia en el trámite de oposición a la medida cautelar de la declaración de concurso ulterior a la adopción de aquélla. La resolución de estos dos aspectos es de tanta trascendencia que resulta incluso condicionarte de la posibilidad de examen del resto de las alegaciones vertidas por las partes, pues de apreciarse el primero, y de no advertir efecto impeditivo al segundo, la suerte del recurso de apelación estaría decidida. Asimismo, al abordar el segundo de dichos problemas este tribunal pondrá en claro qué respuesta procesal merecen aquí los alegatos que se están vertiendo en este cauce a propósito del contenido del auto de declaración de concurso y las quejas relacionadas con el mismo.
SEGUNDO.- Sobre la inadmisibilidad de medidas cautelares previas a la declaración en el proceso de concurso voluntario.
Las medidas de tutela cautelar previa en sede concursal sólo tienen cabida en el marco de la tramitación de la solicitud del concurso necesario, ya que en el mismo es preciso realizar un trámite intermedio, por exigencia de los principios procesales de audiencia y de contradicción, que conlleva, en la mayor parte de los casos (artículo 15 de la LC), el transcurso de un tiempo significativo que ha de mediar entre la solicitud y la declaración del mismo, durante el cual puede existir el riesgo de que el deudor gozase posibilidades de realizar actuaciones que menoscabasen el patrimonio del que todavía dispusiese. A ello responde la previsión del artículo 17 de la Ley Concursal.
En los supuestos de petición de concurso voluntario está excluida la posibilidad de interesar la previa adopción medidas cautelares, porque a la solicitud proveniente del deudor sólo puede seguirle, tras el brevísimo trámite subsanatorio, que no siempre ha de resultar indispensable (artículo 13 de la LC), la resolución judicial de declaración, o en su caso de desestimación, del concurso (artículo 14 de la LEC).
Ningún sentido tiene el sostener, como lo han hecho las concursadas, que su petición gozaría, al no poder encontrarlo en la Ley Concursal, de amparo en la regulación general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por las siguientes razones:
1°) porque el legislador ya ha regulado en la legislación especial, que lo es la concursal y prevalece sobre aquélla, en qué supuestos tiene cabida en el escrito de solicitud de concurso la petición de adopción de medidas cautelares previas a su declaración; se trata del caso previsto en el artículo 17 de la LC y no hay amparo en el mismo ni a los supuestos de solicitud de concurso voluntario ni a la legitimación para instar las cautelas por parte del propio deudor; no se trata de un vacío legal que hubiese que llenar acudiendo a la LEC, sino de un sistema específico propio del concurso en cuyo diseño no tiene encaje lo que las solicitantes pretendían;
2°) porque el mecanismo general de la LEC está articulado precisamente para asegurar el resultado de actuaciones judiciales en las que a la petición de un demandante debieran seguirle necesariamente unos trámites contradictorios intermedios (contestación de la contraparte ante una demanda, vista oral, etc) que van a consumir, de modo ineludible, un período considerable de tiempo, porque las garantías procesales así lo exigen; es impensable acudir al trámite cautelar de la LEC si la primera resolución del juez debiera ser la de concesión o denegación de lo interesado por el peticionario, tal como ocurre con la declaración de concurso voluntario; en esta última lo precedente es que el juez cumpla lo exigido por la ley a la mayor brevedad que le resulte posible; asimismo, lo que el solicitante del concurso puede hacer es advertir de la urgencia que reviste su solicitud para que se provea sobre ésta como corresponde a tal situación (ahí es donde el juzgador, si padece de dificultades por sobrecarga de trabajo, puede justificar la mayor prontitud en la atención a ese caso

que a otros), además de responder con la mayor agilidad a cualquier posible requerimiento subsanatorio que recibiese del órgano judicial para eliminar cualquier posible obstáculo a la declaración;
3°) porque la dinámica del proceso cautelar del Título VI del Libro III de la LEC (artículos 721 a 747 de la LEC) responde al mecanismo de adopción de medidas cautelares contra los bienes y derechos de un tercero, distinto del solicitante, que va a ser objeto de una demanda judicial, sin que pueda tener acomodo en ello que alguien pueda pretender el que se adopten contra el propiosolicitante de las mismas ni tampoco en contra un tercero que no fuese precisamente la propia parte demandada; y
4°) porque lo que no puede admitirse, como en el presente caso ha ocurrido, es que el concursado invoque las previsiones de la LEC corno excusa para tratar de adelantar los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores; corno regla general la declaración es la que opera como momento delimitador del inicio de los efectos del concurso (artículos 21 y 49 de la LC en relación con los artículos 50 a 60 del mismo cuerpo legal) y ello sólo se exceptúa en supuestos específicos y claramente tipificados (como, verbigracia, los del vigente artículo 5 bis), que no son del caso.
A tenor de las precedentes razones este tribunal considera que la solicitud de medida cautelar previa a la declaración que se incluyó en la solicitud de concurso voluntario por parte de INVERSORA DE AUTOPISTAS DE LEVANTE SL (IAL) y de AUTOPISTA MADRID LEVANTE CONCESIONARIA ESPAÑOLA SAU (AML) era inviable desde el punto de vista procesal y debió ser rechazada por el juzgado, que debería haberse pronunciado directamente sobre la declaración concurso, con la mayor agilidad posible, en atención a las razones de urgencia que se estaban alegando por las solicitantes. No hay que perder de vista que la provisión sobre una solicitud de concurso voluntario no exige trámite intermedio alguno para poder pronunciarse sobre ella (sin perjuicio de la posibilidad de exigirse alguna actuación subsanatoria, que está sujeta a muy breve plazo), por lo que no hay excusa
para arbitrar ninguna suerte de trámite cautelar intermedio que carezca de respaldo legal. Es por ello que debe considerarse justificada la oposición planteada por las entidades financieras que resultaron indebidamente afectadas por la medida cautelar que fue solicitada y luego decretada de modo procesalmente improcedente.
TERCERO.- Sobre la incidencia en el incidente de oposición de la declaración de concurso ulterior a la adopción de la medida cautelar.
Las partes también han sostenido un debate procesal a propósito de la incidencia que debería tener en el trámite cautelar el hecho de que el juez incluyese luego en el auto de declaración de concurso una previsión a propósito de la medida que había adoptado con carácter previo.
Lo primero que debemos dejar claro es que este tribunal no puede pronunciarse en esta sede procesal sobre el contenido del auto de declaración de concurso, porque no es ésta la resolución que es aquí objeto de recurso. Sólo hemos de significar que en dicho auto se pueden incluir, de oficio o a instancia de parte, sin necesidad de trámite intermedio alguno, ya se trate de concurso voluntario o necesario, disposiciones de índole cautelar, por lo tanto con vocación de mera transitoriedad, relativas al patrimonio del deudor (artículo 21.1.5° de la LC). Las pretensiones referidas a dicha resolución únicamente podrían revisarse en sede de los recursos que procediesen contra la misma, no pudiendo extrapolarse de ese cauce procesal. De manera que solamente podemos admitir aquí el debate respecto a la incidencia que tal declaración hubiese podido tener sobre el trámite de oposición, pues es la resolución que finaliza el mismo la que en este cauce procesal centra el objeto de la apelación. Lo que subyace es la polémica relativa a si con ese auto declaratorio de concurso, que incluye una previsión cautelar, se habría vaciado de contenido el trámite de oposición a la medida cautelar.
Pues bien, el contenido del auto declaratorio de concurso no impide que deba resolverse, de modo independiente, sobre la suerte de la oposición a la medida cautelar que fue decretada por el juez de lo mercantil con carácter previo a la declaración de concurso voluntario. No debe olvidase que en el trámite de la oposición frente a unas medidas cautelares que habían sido adoptadas "inaudita parte" debe ventilarse: 1°) si deberían dejarse o no sin efecto unas medidas que ya habían sido decretadas en contra de alguien que se habría visto sometido a ellas sin haber sido oído previamente al respecto en defensa de sus derechos; 2°) la posibilidad de exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados por haber resultado afectado por la adopción de las medidas; y 3°) el tratamiento que merezcan las costas procesales. Ante el panorama descrito, podemos afirmar que el interés legitimo en la obtención de la tutela judicial efectiva que aquí ha de ser tomado en consideración no es precisamente el de quien fue la solicitante de las medidas cautelares sino que el que debe ser protegido es de la contraparte que se opuso a las mismas para que se decida si la adopción de las mismas fue o no debida, precisamente con referencia al momento en el que se hizo, y con ello no sólo la posibilidad de una eventual revocación de la previa resolución judicial cautelar, sino también el que puedan efectuarse otros pronunciamientos que son inherentes a la estimación de la oposición, como lo serían la imposición de las costas a la parte solicitante (art. 741.2, último inciso) y que se abriese la posibilidad de determinación de los daños y perjuicios causados por la adopción de las medidas (art. 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) siquiera durante el tiempo en el que las mismas tuvieron que ser indebidamente soportadas.
No existe duda, dados los términos en que se pronuncia el artículo 742 de la LEC, en que si el juez estimase la oposición a una medida cautelar inicialmente decretada sin previa audiencia del demandado, bastaría que alcanzase firmeza el auto estimatorio de dicha oposición para que pudiera acudirse, sin más dilación, al procedimiento para determinar los daños y perjuicios que hubiese podido sufrir el que hubiese padecido indebidamente la medida cautelar.
Es importante recordar además que este tribunal (auto de la sección 28a de la AP de Madrid de 27 de marzo de 2009 y otros en sentido similar) ha matizado que el régimen de acceso al incidente de indemnización de daños y perjuicios es claramente distinto según el alzamiento de las medidas provenga del propio incidente cautelar o derive del devenir del proceso principal, sin que quepa entremezclar uno y otro. La justificación de tal

diferencia puede provenir del hecho de que un caso, el del artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, existe una resolución firme que decide directamente sobre la improcedencia de las medidas cautelares (con independencia de la suerte que, favorable o no, siga luego el litigio principal), por lo que puede entrarse al resarcimiento de las consecuencias que haya producido, mientras que si el alzamiento de las medidas se produce como consecuencia de la sentencia dictada en el litigio principal sólo cuando adquiriese firmeza la solución del mismo en sentido absolutorio cabría acceder, según el artículo 745 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al incidente para obtener el resarcimiento de daños y perjuicios por haber padecido indebidamente el demandado las medidas cautelares.
Por tanto, es claramente apreciable el interés legitimo que ostentan las apelantes no sólo en conseguir un cambio sustancial en el resultado del incidente en cuanto a costas procesales, sino también en obtener una resolución firme dictada en la pieza de medidas cautelares que estime la oposición a la adopción de las adoptadas "inaudita parte", lo cual les abriría inmediata e incondicionalmente (por lo tanto, sín sujeción a la suerte, adversa o favorable, seguida en el litigio en sede del proceso principal, léase en este caso lo que el juez hubiese podido decidir en la declaración de concurso) la puerta a la posibilidad de reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que pudieran haber padecido por haber tenido que soportar indebidamente, siquiera de modo transitorio, las medidas.
Las razones que avalan la existencia de tal interés legítimo por parte de las apelantes en obtener el pronunciamiento de este tribunal sobre su recurso no han desaparecido y por lo tanto no hay obstáculo alguno para que puedan prosperar sus pretensiones.
CUARTO.- Daños y perjuicios.
El considerar improcedentes, en el momento en el que fueron decretadas, las medidas conlleva que, como prevé in fine el n° 2 del artículo 741 de la LEC y hemos venido explicando, deba condenarse a la solicitante de las mismas al pago de los daños y perjuicios que se hubieran derivado a otro por habérselas impuesto de modo indebido. Se trata de un pronunciamiento que este tribunal debe efectuar con carácter necesario, ya que las medidas cautelares se decretan de cuenta y riesgo de la parte solicitante, aunque no sea éste el marco procesal adecuado para pronunciarnos todavía ni sobre la real existencia del daño o perjuicio ni sobre la cuantía que el mismo pudiera alcanzar. Merced a ello lo que procesalmente se produce es que queda habilitada la parte perjudicada por la medida para exigir la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera haber padecido por haber tenido que soportar indebidamente, siquiera de modo transitorio, las medidas. El legislador tiene previsto un cauce especial para la determinación del alcance y cuantía de los mismos, que está previsto con carácter general en el artículo 742 de la LEC en relación con los artículos 712 y siguientes del mismo cuerpo legal, si bien en este caso deberá adaptarse a las particularidades que conlleva el que medie un proceso concursal.": AAP Madrid (Sección 28) 13.02.2015 (Auto 38/2015; Rollo 639/2014)

1. Alcance de esta remisión a la LEC

"El art. 17 prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares "de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil". El art. 733.2.II en relación al 739 y siguientes, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevén un incidente de oposición, con vista, para el caso de las medidas cautelares adoptadas "inaudita parte", que será lo usual en el proceso concursal, mientras que el art. 735.2.II prevé el recurso de apelación contra el auto de medidas cautelares dictado previa audiencia de la parte demandada. Algún autor entiende que esa remisión genérica incluye el régimen de oposición o recursos antes mencionado. Frente a esta tesis, se entendió que la remisión se refiere a la forma de adoptar la medida y al contenido de la misma, pero que para los recursos rige el régimen específico de la Ley Concursal y de la Ley Orgánica para la reforma concursal, de tal modo que si se trata de una de las medidas cautelares del art. 1 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal habrá recurso de apelación sin efectos suspensivos y con tramitación preferente, y para los demás casos –adoptadas por auto tras la solicitud de concurso necesario o en el auto de declaración de concurso- sólo cabe reposición por aplicación en el primer caso del art 197.2 y en el segundo del 20.2, ambos de la Ley Concursal.
(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

2. Medidas cautelares admisibles

"QUINTO.- La solicitud de medidas cautelares efectuada por MANUFACTURAS Y ACCESORIOS ELÉCTRICOS SA [junto con la solicitud de concurso necesario] entremezcla peticiones que no son susceptibles de tratamiento uniforme, sino que exigen las siguientes precisiones:
1º) la solicitud de autorización judicial para entrada y registro en el domicilio del deudor o de sus administradores no puede decretarse de modo automático ni de plano, como propone la solicitante, sino que exige la previa audiencia del Ministerio Fiscal y la ponderación de una serie de circunstancias (artículo 1º nº 3 de la LO 8/2003 de 9 de julio) que la peticionaria de la medida no ha motivado en su escrito; deberá, por lo tanto, subsanar tal defecto la solicitante del concurso aportando a este juzgado, en el plazo de cinco días que al efecto se le concede, las razones en que sustente su pretensión y que tengan encaje en el texto legal, a fin de dar traslado de ello al Ministerio Fiscal; solo cumplidas tales exigencias podrá este juzgador plantearse la pertinencia de su adopción;
2º) la medida de embargo preventivo de los bienes y derechos de los administradores de la concursada es impropia de esta fase procesal, pues no procede sino desde la declaración de concurso (momento procesal

todavía no alcanzado) y además la ley no concede al acreedor instante del concurso necesario legitimación para solicitarla, según se desprende del nº 3 del artículo 48 de la Ley Concursal; sólo más avanzado el procedimiento cabrá que la administración concursal solicite de forma motivada o el juez se plantee de oficio, en tiempo oportuno, medidas de esa índole, a tenor de los datos e información de la que se disponga entonces; 3º) sí cabe que, a petición del legitimado para instar el concurso necesario, puedan adoptarse medidas cautelares al admitirse a trámite la solicitud (fase procesal en la que nos hallamos), con la exclusiva finalidad de asegurar la integridad del patrimonio del deudor, a tenor de lo previsto en el artículo 17 de la Ley Concursal; a esa previsión pueden ser reconducidas las solicitudes de que se decrete tanto la prohibición a TENEDISMAR SL de que pueda disponer de sus bienes, muebles o inmuebles, hasta que la futura administración concursal esté en el desempeño de su cargo como el embargo preventivo de sus saldos en cuentas bancarias.": Auto JM-4 Madrid 03.01.2006 (JUR 2006/48076)

"CUARTO.- Sobre la conveniencia del embargo reclamado.- Aunque el art. 17 LC no relata cuáles puedan ser las medidas cautelares a adoptar, la remisión a la LEC y la propia finalidad del concurso revelan que la petición de embargo preventivo es conducente, por utilizar la expresión de la norma adjetiva, a la finalidad pretendida. Dice el art. 17.1 LC que se trata de asegurar "la integridad del patrimonio del deudor", de modo que el embargo la logra, pues supedita al resultado del concurso los bienes del patrimonio de la deudora que queden sujetos por aquel.
Respecto al importe, la solicitante cifra su crédito en 275.055,41 euros de principal más 82.000 de intereses y costas, cantidad por la que el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 despachó ejecución contra la deudora en auto de 8 de febrero pasado. A ello debe unirse los demás créditos que constan en la información de los Registros de la Propiedad de Bilbao y Briviesca aportados, por lo que se estima prudente y razonable, sin perjuicio de que otros datos justifiquen modificar esta decisión, fijar en 600.000 euros el importe que se pretende garantizar con la medida cautelar adoptada.
QUINTO.- Sobre la anotación preventiva.- Reclama también la solicitante la anotación preventiva de la solicitud de concurso necesario en el Registro Civil donde consta inscrito el nacimiento de la deudora y en los Registros de la Propiedad de Bilbao y Briviesca. Tal medida no es conducente a la finalidad pretendida, en el sentido que recogen los arts. 721.1 y 726.1.1º LEC.
La medida cautelar debe ser, según esta última norma, "exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria...". La anotación preventiva no cumple esa finalidad, pues nadie consulta el Registro Civil para contratar con personas físicas, y es más seguro acordar el embargo preventivo sobre los bienes de la deudora que disponer la anotación preventiva, como la propia solicitante reconoce en su solicitud.
Como tal anotación sólo es posible sobre bienes concretos, y no con carácter general en los Registros de la Propiedad, la solicitud señalada debe ser rechazada. ":AJM-1 Bilbao 17.11.2008 (Incidente 16/2008)

2.1 Improcedencia de la consistente en la suspensión de subasta hipotecaria

"PRIMERO.-Inicia el presente procedimiento la demandante solicitando la suspensión de la Subasta Judicial del Juicio de Ejecución Hipotecaria nº 25/08 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Santa Cruz de La Palma, a llevar a cabo el 26 de septiembre de 2008, a tenor de lo preceptuado en el artículo 727,11ª de la LEC.
El auto desestima la petición toda vez que, a tenor de lo establecido en los artículos 17 y 56 de la LC, ni se había declarado el concurso de la demandada en los autos principales y propietaria de los bienes en el momento del auto, ni se había acreditado por la actora que los bienes que se iban a sacar a subasta estuviesen afectos a la actividad profesional o empresarial de la empresa, o si eran necesarios para la misma, incluso necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la sociedad. Incluso, abundando en esta doctrina, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de octubre de 2007 establece que el Juez que lleve a cabo el proceso de ejecución podrá denegar la suspensión si el bien ya ha sido adjudicado, ya sea al acreedor, ya sea a un tercero. Por ello el Juzgado a quo establece que es el Juez de la Ejecución hipotecaria el que se ha de pronunciar sobre la suspensión de la subasta.
En el recurso reitera el contenido del artículo 17 de la LC, en relación al 721 de la LEC, ya que si los bienes se subastan, la mercantil quedará sin ellos, y los acreedores del concurso sin posibilidad de ver satisfechos su crédito. Sobre el destino de los bienes afirma que la actividad mercantil de la empresa de la que se ha solicitado el concurso es la de la promoción de terrenos, que se los adquirió a la demandante, y que dichos terrenos son los que quedan directamente afectos a esta actividad profesional o empresarial, ya que negocia con ellos. También se alega que es el Juez del Concurso en el que debe establecer la medida, ya que la misma busca asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria del procedimiento, y este hecho ha de ser salvaguardado por el Juzgado del Concurso, ya que aún no está declarado el concurso necesario.
SEGUNDO.-Analizando la petición obrante en los presentes autos de Medidas Cautelares en relación a la normativa aplicada, hemos de determinar que no consta en Autos la documentación ni la información suficiente para que prospere la petición.
Por un lado, la diferencia de aplicar los artículos 17 ó 56 de la LC radica en el momento en el que se interpone la acción. Si la acción es previa al concurso se aplicará el artículo 17 que recoge la posibilidad de aplicar medidas cautelares previas al concurso para "asegurar la integridad del patrimonio del deudor", de cara al futuro concurso, incluso establece su apartado tercero que "declarado el Concurso o desestimada la solicitud, el Juez del concurso se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares", en una clara demostración de que la medida sólo procede previo concurso, y después se debe volver a tomar decisión sobre ellas. Por otro

lado, el artículo 56 establece medidas a aplicar en el momento en el que ya estuviese declarado el concurso. Pues bien, siendo la demanda del presente procedimiento de fecha 31 de julio de 2008, y el auto impugnado de 16 de septiembre de 2008, el mismo afirma taxativamente que no se ha declarado aún el concurso, y siendo el recurso de apelación de 2 de diciembre, éste nada aclara al respecto de si ya se había declarado en aquél momento o no. De ello hemos de suponer, o deducir, que éste aún no se ha declarado en tal momento. Incluso, pasado casi un año tras la interposición del recurso hasta el momento de la votación y fallo del presente procedimiento el día 6 del presente mes, tampoco la recurrente ha notificado a esta Sala la situación del procedimiento concursal, por lo que si ha sido declarado el concurso el recurrente no ha cumplido con su obligación, a tenor del contenido del artículo 217 de la LEC, de acreditarlo en estos autos de Medidas Cautelares, con la finalidad de que esta Sala pueda saber cuáles son los condicionantes de hechos externos a estos autos que inciden en el precepto a aplicar. La solicitud que se hace en la demanda de estas medidas cautelares de que se acompañen a la misma los documentos de la demanda principal no subsana la falta de acreditación al respecto de si el concurso ha sido efectivamente declarado o no a la fecha de ser dictada esta resolución.
Sentadas así las cosas, el artículo 17 de la LC, no aclara cuáles son las medidas a tomar, son aquellas, genéricas, que nos hace acudir a la LEC, que permita que prospere el procedimiento inicial. Por ello, la suspensión de una subasta ya celebrada no se puede considerar dentro de estas medidas a adoptar. Pero incluso el artículo 56, ya previsto para un momento posterior, de mayor gravedad, el de la declaración del concurso, establece que en los casos de bienes sobre los que exista inicio del procedimiento de una subasta judicial, no se podrá paralizar la misma si ya estuviesen publicados los anuncios de subasta del bien. En el presente caso no sólo ya se publicaron los anuncios, sino que en el momento de interposición del recurso ya debieron haber sido subastados los bienes, toda vez que la subasta de la ejecución hipotecaria estaba prevista para el día 26 de septiembre de 2008. Por ello, habiendo sido ya la subasta celebrada hace más de un año, no procede ninguna declaración preventiva sobre la misma, es decir, de "suspensión" de la subasta, tal y como solicita la recurrente en el Suplico de su escrito de Interposición del recurso, toda vez que ya debió haber sido celebrada, y lo que debería haberse solicitado, sin que tampoco hubiese procedido por su afectación a derechos de terceros de buena fe, sería la de su anulación, sin que se den los supuestos normativos para ello. Por ello se ha de desestimar la petición en la que se basa el presente recurso.
Por otro lado, también se ha de indicar, aunque sólo sea a efectos meramente, que el citado artículo 56 prevé la excepción de que sí que se pueden suspender las subastas (insistimos que en este supuesto ya no se puede suspender algo que la lógica nos indica que ya se ha llevado a cabo) en el caso de que la misma recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el presente supuesto, debemos suponer que parcelas en un Proyecto de Compensación de un Plan Parcial podrían estar afectos a la actividad profesional, pero no se ha acreditado, ya que no consta certificación de la actividad de la misma, e incluso tampoco relación de otros bienes de la empresa, o certificación negativa del registro al respecto, que no existan otros bienes en la empresa y que estos bienes subastados sean "necesarios para la continuidad" de la actividad profesional o empresarial, y sin esta prueba no se puede considerar que se esté en el supuesto del artículo 56, en el bien entendido de que ni si quiera se ha acreditado en estos autos de Medidas Cautelares que el concurso haya sido declarado, supuesto necesario para la aplicabilidad del citado precepto.
Por todo lo señalado procede desestimar el recurso interpuesto. “:AAP las Palmas (Sección 4) 27.11.2009 (Auto 266/2009; Rollo 134/2009)

3. Momento de la solicitud

3.1 También cabe solicitarlas con posterioridad a la admsión a trámite de la solicitud

“El art. 17.1 LC señala que a petición del legitimado “el juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares…”. Parece la norma supeditar al momento de la admisión de la solicitud la adopción de dichas medidas. En este caso tal solicitud se admite en auto de 21 de mayo, en el que nada se acuerda pues nada se solicita por la entidad que cinco meses más tarde plantea la petición.
El precepto tiene como finalidad asegurar el patrimonio del deudor que podría ser declarado en concurso, evitando su desaparición, disminución o malbaratamiento, o el tener que acudir a acciones de reintegración o rescisión que no siempre tienen éxito. La demora que puede producirse desde el emplazamiento a la vista en que se sustancie la oposición, ocasiona un riesgo que puede quedar conjurado con la adopción de la medida cautelar.
En este caso recordemos que desde que es emplazada la deudora, el 27 de mayo pasado, hasta hoy, no se ha podido sustanciar la oposición, porque el día 4 de junio se comparece y solicita el reconocimiento a litigar gratuitamente. Las vicisitudes que se narran en los antecedentes de hecho, que consisten en la desestimación por el Servicio de Orientación Jurídica, la ulterior desestimación por la Comisión de Justicia Gratuita y la impugnación ante este mismo juzgado de esa decisión, han propiciado que varios meses después aún no se haya tramitado siquiera tal eventual oposición.
Si la norma dispuso una posibilidad cautelar para evitar los perjuicios de la demora procesal, debe admitirse que también será posible considerar que ampara una solicitud ulterior cuando, como es el caso, las incidencias de cualquier tramitación puedan demorar la adopción de medidas que aseguren la integridad del patrimonio del deudor para el caso de una eventual declaración de concurso. “:AJM-1 Bilbao 17.11.2008 (Incidente 16/2008)

4. Presupuestos: fumus boni iuris y periculum in mora

JM-4 Madrid

“ Para decretarlas es preciso, no obstante, que además de que sean idóneas para la finalidad apuntada (de lo que no cabe duda), cumplan también los requisitos generales exigidos en la LEC para la pertinencia de una medida cautelar. Y éstas premisas concurren, pues: 1º) la entidad solicitante cumple el requisito de “fumus bonis iuris” que establece el artículo 728.2 de la LEC, puesto que al menos existe el preceptivo principio de prueba de su condición de acreedora de TENEDISMAR SL y de que ésta puede encontrarse en situación de insolvencia (en este sentido apunta la contabilidad hasta ahora depositada en el Registro Mercantil por la deudora); 2º) también ha apuntado la demandante la situación de “periculum in mora”, a que se refiere el nº 1 del mencionado art. 728 de la LEC, porque es razonable representarse el riesgo de que la deudora, en ciernes de ser declarada en concurso, pueda aprovechar el tiempo que, por exigencias procesales, medie hasta tal declaración para caer en la tentación de desprenderse de los bienes que integran su patrimonio o bien comprometerlos con nuevas obligaciones, cuando deberían servir de soporte para el pago de las deudas ya contraídas; además de que no debe perderse de vista que la solicitante se ha enfrentado a dificultades para poder localizar a la deudora por el desalojo de las instalaciones de ésta, lo que revela lo delicado de su situación” Auto JM-4 Madrid 03.01.2006 (JUR 2006/48076)

JM-1 Bilbao

“Al margen de las concretas medidas que puedan adoptarse, en cualquier caso es preciso que aquéllas satisfagan los que proclaman los arts. 721 y ss de la LEC, es decir, y como señala el 728, la necesidad de apariencia de buen derecho, peligro en la mora y ofrecimiento de caución.
El primero de tales requisitos concurre, pues ya se apreció en el auto de 21 de mayo que la deudora podía serlo tanto de la promotora del expediente como de otros acreedores, que constan de la información registral (Barclays Bank, Banco Guipuzcoano y otros). Relata la solicitante y corrobora con la documental aportada, que se están ejecutando las hipotecas que gravan el patrimonio inmobiliario de la demandada, continuando otros embargos posteriores.
De esos mismos documentos se desprende también el periculum in mora exigido en el art. 728 de la LEC. Si el patrimonio inmobiliario de la deudora se está realizando por el Barclays Bank, si hay nuevos embargos posteriores que podrían sujetar el sobrante de aquélla ejecución y si además aquellos son numerosos, dada la información registral suministrada, puede temerse con razón que el patrimonio de la deudora pueda desaparecer antes de que sea declarada en situación de concurso, si es que es procedente.
Ofrece por el solicitante caución en cuantía suficiente para cubrir los eventuales perjuicios que la adopción de las medidas cautelares puedan ocasionar, que se fijará en el importe que se señala en la parte dispositiva, suficiente para responder a los eventuales perjuicios que puedan serle ocasionados. Finalmente hay razones para adoptar la medida sin audiencia de parte, puesto que si para lo principal, oposición al concurso, se demoran ya varios meses, para lo accesorio no hay razón para añadir otro retraso más. “:AJM-1 Bilbao 17.11.2008 (Incidente 16/2008)

5. Justificación de su adopción inaudita parte

“ 3º) dadas las peculiares características del proceso concursal se justifica la aplicación de la excepción prevista en el nº 2 del artículo 733 de la LEC de modo que en el propio auto de admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario el Juez decrete las medidas “inaudita parte”, pues de lo contrario no se podría prevenir las situaciones que precisamente las medidas pretenden evitar, es decir, la desaparición o el menoscabo del activo que pueda quedarle a la deudora; son razones de eficacia, subsumibles en la finalidad prevista en el artículo 733.2 de la LEC de garantizar el buen fin de las medidas, las que aconsejan posponer la audiencia del deudor al trámite de oposición previsto en el artículo 739 de la LEC.”: Auto JM-4 Madrid 03.01.2006 (JUR 2006/48076)

6. Improcedencia en caso de concurso voluntario

AP Cádiz

“ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n º 5 de los de Ceuta, en las actuaciones civiles de Medidas Cautelares anteriormente referenciadas al margen se dictóauto de fecha 12 de Diciembre de 2.008 en cuya parte dispositiva se decía: “dispongo: estimar la solicitud de medidas cautelares presentada por el Procurador D. Ángel Ruiz Reina, en nombre y representación de LEBRYSAN ESTRUCTURAS SLU, frente a la entidad FERROVIAL-AGROMAN SA. Las costas de esta pieza separada se imponen a la parte demandada" (…)
FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO - Como cuestión previa y a modo de introducción hemos de tener en cuenta que, consecuentemente con las amplias atribuciones que le otorga laLey Concursal 22/2.003 de 9 de Julio, como órgano rector del procedimiento, el Juez del concurso, podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, y la adopción de estas medidas cautelares pueden ser acordadas en dos momentos

procesales distintos, bien con anterioridad a la declaración del concurso o en el mismo auto que declare el concurso, pudiendo ser acordadas las primeras a instancia de parte y las segundas de oficio.
Sentado cuanto antecede y en su aplicación al supuesto contemplado en los autos al pedirse la adopción de las medidas en el mismo escrito de solicitud de declaración de concurso, resulta evidente que nos encontramos en el primero de los casos anteriormente descritos, y las mismas sólo pueden ser adoptadas a instancia de parte, estando legitimado para su solicitud el que lo estuviere para instar el concurso necesario, por lo que existe el impedimento legal de que estas medidas cautelares no pueden ser acordadas en caso de concurso voluntario, pues así se deduce de lo dispuesto en elartículo 17.1 de la ley Concursal, estableciendo dicho precepto que las medidas cautelares previas podrán adoptarse al admitir a trámite la solicitud de concurso, por lo que es requisito esencial que para su acuerdo previamente se haya formulado la solicitud de concurso, a diferencia de las medidas cautelares que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pueden ser formuladas con anterioridad a la demanda de la que puedan dimanar.
Hemos de volver a insistir una vez más que, a tenor de lo dispuesto en elartículo 17, a petición del legitimado para promover el concurso necesario, el Juez, al admitir a trámite la solicitud de concurso de acreedores, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así pues resulta evidente que el aludio precpto veda la adopción de medidas cautelares cuando la solicitud del concurso la inste el deudor, como ocurre en el presente caso en que nos hallamos ante un concurso voluntario de los que se contemplan en elartículo 22 del citado texto legal, lo que pudiera ser criticable, ya que las medidas cautelares deben velar por la conservación del patrimonio del deudor y lo que se trata de evitar es que el mismo disminuya desde la presentación de la solicitud, hasta la declaración del concurso, concretamente hasta que la administración concursal tome posesión de su cargo, ya que una de las principales funciones de los administradores concursales es garantizar la integridad de la masa activa del concurso, disponiendo el artículo que los administradores concursales, podrán solicitar auxilio del Juez, a fin de adoptar las medidas que consideren necesarias, tendentes a la conservación y administración de la masa activa, prohibiéndose hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, la enajenación o gravamen de los bienes del deudor, sin autorización del Juez, con excepción, en su caso, de los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. Siendo así que la disminución que el valor del patrimonio pueda experimentar en el lapso de tiempo que medie desde la solicitud de concurso hasta la aceptación del cargo por los administradores concursales, debería ser lo verdaderamente trascendente, con independencia de quien fuera el promotor de la solicitud de medidas cautelares, pero en cualquier caso hemos de atenernos a la literalidad exegetica del precepto comentado, del que se infiere, muy claramente, que el deudor no se encuentra legitimado para la solicitud de tales medidas, por lo que, consecuentemente, el Juez "a quo" no puede estimarlas, por todo lo cual procede la estimación del recurso y la revocación del auto impugnado para dejar sin efecto dichas medidas, todo ello, sin perjuicio de la adopción de aquellas que son inherentes a la propia declaración de concurso que entendemos que ya habrá tenido lugar habida cuenta de la fecha de la solicitud": AAP Cádiz (Sección 5) 04.02.2010 (JUR 2010/185936; Auto 18/2010; Rollo 743/2009)

AP Vizcaya

"PRIMERO.-El auto dictado por el juzgado de instancia denegó la medida cautelar solicitada por D. Benedicto en el otrosí del escrito en que interesaba que se declarara su situación de concurso voluntario de acreedores, medida consistente en que se requiriera a la compañía aseguradora Generali, para la que el Sr. Benedicto ha venido realizando la función de agente de seguros, para que por la misma se rehabilite de forma inmediata la clave de acceso a la página web de la citada compañía y a la propia intranet en los mismos términos que ha venido ostentando y sin limitación alguna, para que pueda seguir desarrollando su labor de agente de seguros.
El Sr. Benedicto se alza contra dicha resolución argumentando que la Ley concursal no niega expresamente legitimación al concursado voluntario para solicitar medidas cautelares que persigan garantizar la integridad de su patrimonio; añadiendo que el artº 730 LEC señala que las medidas de esa naturaleza deberán interesarse junto a la demanda principal (equivalente en este caso a la solicitud de concurso); y que concurren los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro de mora por lo que entiende que deben de adoptarse para asegurar el patrimonio del deudor y en beneficio de sus acreedores.
SEGUNDO.-El recurso debe de ser desestimado.
Como primer motivo, porque si el legislador hubiera querido proclamar la legitimación del concursado voluntario para interesar medidas cautelares que protejan su patrimonio, sin duda lo hubiera hecho; sin embargo, el artº 17-1 LC otorga tan solo dicha legitimación a los que la tienen para instar el concurso necesario y a nadie más; lo que implica que si se accediera a la medida interesada por el Sr. Benedicto sería tanto como ir "contra legem".
Y además, porque lo que en definitiva pretende el recurrente es seguir actuando como agente de seguros de Generali durante la tramitación del expediente concursal, cuando dicha entidad le ha remitido burofax en la que se le comunica la extinción del contrato de agencia por unos "gravísimos incumplimientos contractuales" que al parecer tienen que ver con los deberes contables del agente, formalización y liquidación de las cuentas, etc, expresándose en el propio auto recurrido que el problema está en 150.000 euros que el Sr. Benedicto no ha reintegrado a Generali en concepto de primas.
Siendo esto así, y con independencia de que esa extinción del vínculo contractual sea o no conforme a derecho, lo que se resolverá en su caso en el foro que le correspode, es evidente que, por el momento, falta el requisito de la apariencia de buen derecho en el solicitante, que es requisito ineludible para la adopción de cualquier medida cautelar; el Sr. Benedicto mantiene que necesita las claves de acceso a la página web de

Generali para seguir operando como agente de seguros y mantener así su patrimonio en beneficio del concurso; pero, vistos los antecedentes, se puede fundadamente temer que las precise para seguir comportándose en la misma forma que ha provocado la extinción del contrato de agencia por parte de la aseguradora; en definitiva, procede ratificar la decisión del juzgador de instancia.": AAP Vizcaya (Sección 4) 06.10.2011(Auto 736/2011; Rollo 594/2011)

7. Legitimación: también la tiene un acreedor no instante del concurso

"SEGUNDO. 1. Alega en primer lugar la infracción del art. 17 LC por no estar legitimado el BANCO ESPIRITO SANTO para solicitar las medidas, ya que no es acreedor de FAR y no es el instante del concurso necesario.
De acuerdo con dicho precepto, la legitimación para la adopción de medidas cautelares dirigidas a preservar la integridad del patrimonio del deudor, en la fase de declaración del concurso, se atribuye a quien lo esté para instar el concurso necesario. Legitimado, por tanto, lo está cualquier acreedor del deudor común (arts. 3 y 7.1 LC), sea o no el que haya presentado la solicitud de concurso necesario.
Es cierto que la parte solicitante de las medidas no ha expuesto en su escrito de solicitud con la debida claridad y diligencia su condición de acreedora legitimada ya que, en lugar de afirmar ser titular de un crédito líquido y vencido, se limitó a indicar que es "posible acreedora de FAR, dependiendo del resultado del referido procedimiento" seguido en Madrid. No obstante, con independencia de que su crédito pudiera tener la condición de contingente, por ser litigioso, no cabe ahora negarle la legitimación para solicitar las medidas sobre la base de entender que no ostenta un crédito contra FAR, con justificación suficiente a estos efectos, pues en aquel procedimiento está reclamando el pago de un crédito vencido, generado por las obligaciones de pago asumidas por la arrendataria FAR en los apartados j) y k) del contrato de arrendamiento financiero (los intereses y el 20 % de las certificaciones de obra). Además, en dicho procedimiento ha recaido sentencia estimatoria en la primera instancia, que -en principio- puede ser objeto de ejecución provisional. ": AAP Barcelona (Sección 15) 25.05.2011 (Auto 70/2011; Rollo 576/2010)

2. El juez podrá pedir al solicitante que preste fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada.

Art. 17.2

1. Fijación de caución

"La parte solicitante de las medidas cautelaras deberá prestar, a tenor de lo previsto en el artículo 728.3 de la LEC, caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de aquélla pudiera causar al patrimonio de la parte contraria. Teniendo en cuenta el tipo de medidas decretadas la suma de 5.000 euros resulta una prudente estimación de los perjuicios (por retención temporal de saldos bancarios, incidencia en la actividad habitual de la empresa, daño moral, etc,) que pudieran sufrir la demandada si la medida se reputase más adelante como indebida. Por lo que procede señalar dicho importe como el de la caución procedente. Ésta podrá constituirse en dinero efectivo o mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca.": Auto JM-4 Madrid 03.01.2006 (JUR 2006/48076)

3. Declarado el concurso o desestimada la solicitud, el juez del concurso se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares.

Art. 17.3

1. En caso de desestimación de la solicitud de concurso necesario

"CUARTO Dispone el artículo 17. 3 que declarado el concurso o desestimada la solicitud, el juez del concurso se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares. Por su parte, el artículo 20. 2 de la LC establece que el recurso de apelación que cabe contra esta resolución no tiene efectos suspensivos salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario; en tal caso habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento total o parcial de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado. La interpretación más ajustada de la norma en su aplicación al auto que desestima la solicitud de concurso necesario -teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 456. 2 de la LECiv) y la lógica de una resolución desestimatoria de una pretensión, que ningún efecto puede producir que pueda ser suspendido- es la de armonizarla con el artículo 744 de la misma Ley procesal, de modo que las medidas cautelares adoptadas se alzarán de inmediato salvo que el recurrente -en el mismo acto de preparación del recurso- solicite el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas o la adopción de alguna medida distinta, en cuyo caso se resolverá oída la otra parte. ": Auto JM-1 La Coruña 13.07.2005 (JUR 2005/234787)

Artículo 18. Allanamiento u oposición del deudor.

1. En el caso de admisión a trámite de la solicitud, si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores. La misma resolución adoptará si, con posterioridad a la solicitud de cualquier legitimado y antes de ser emplazado, el deudor hubiera instado su propio concurso.

Art. 18.1

1. " … si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición …". Procede sin más la declaración de concurso

AP Lugo

"PRIMERO.- Elartículo 18.1 de la Ley Orgánica 8/03 de 8 de juliopara la Reforma Concursal es de una claridad meridiana al señalar que "en el caso de admisión a trámite de la solicitud si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el Juez dictará auto declarando el concurso de acreedores.
Examinada por la Juez "a quo" la solicitud de la declaración de concurso instada por la entidad "Hierros Balfer SL." contra la entidad "Contratas Torres y Rente-Sarria SL., al estimar que concurren los requisitos legales, se admitió a trámite poniéndolo en conocimiento del deudor con el correspondiente emplazamiento y entrega de la copia de la solicitud y de los documentos acompañados para que compareciera en el procedimiento en el plazo señalado dentro del cual podía formular oposición. El deudor dejó transcurrir el plazo sin comparecer en los autos y formular oposición, por tanto inevitablemente y, de conformidad con la disposición legal señalada, la Juez dictó auto declarando el concurso de acreedores. Así pues, frente a lo que manifiesta el recurrente y no acredita, la resolución recurrida es perfectamente ajustada a derecho y cualquier disquisición sobre constitución de hipotecas unilaterales, alcance de la cantidad adeudada... etc carece de pertinencia y está absolutamente ausente de relevancia a los efectos pretendidos por el recurrente y elarticulo que cita, 176, 1.3° de la Leyconcursal lo que da por sentado lógicamente es que el concurso esté declarado como paso previo a su conclusión por cualquiera de las causas que señala, por tanto no puede pretenderse una conclusión cuando le que se ataca y recurre es la declaración, cualquier otra cuestión no es relevante en este momento procesal y podía, en su caso, plantearse por el recurrente en el momento y en la forma procesal oportuna, pero en nada empece a lo acertado de la resolución dictada que debe mantenerse por sus propios y acertados fundamentos.": Auto AP Lugo 19.12.2006 (JUR 2007/128083)

AP Valladolid

"PRIMERO.-El juzgador de instancia admitió a trámite la solicitud de concurso necesario formulada por la entidad que hoy apela, reconociendo su legitimación al efecto y el acompañamiento de la documentación exigida por el art. 7 de la Ley Concursal. Emplazada a continuación la sociedad deudora, esta no compareció a oponerse dentro del plazo de cinco días que le fue concedido al efecto. Acto seguido se ha dictado el auto que hoy se impugna, en virtud del cual se desestima la declaración de concurso necesario por no concurrir ninguno de los presupuestos objetivos que al efecto se contemplan en la LC. Se argumenta al efecto que no se ha acreditado sobreseimiento general por parte del deudor en el pago de sus obligaciones, habiendo demostrado la entidad solicitante del concurso solamente su crédito, sin que en base al mismo haya iniciado reclamación judicial alguna que hubiera motivado el despacho de ejecución o el embargo de bienes, no constando siquiera la existencia de una pluralidad de acreedores.
SEGUNDO. - El análisis de la solicitud de concurso necesario que da origen al procedimiento evidencia que el acreedor instante la fundamenta como presupuesto objetivo en el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, contemplado en el art. 2.4.1º de la Ley Concursal. Acompaña la documentación en que se plasma su crédito y los pagarés librados por el deudor para saldarlo que no han sido atendidos, relatando ha contactado con otros acreedores constatando que estos tampoco han visto atendidos sus créditos sin que se haya ofrecido por el deudor una propuesta de pago aceptable. Con la finalidad de acreditar dicho sobreseimiento generalizado propone se aporten por el deudor las cuentas de los tres últimos ejercicios económicos, se oficie a cuatro concretas empresas del sector a fin de que certifiquen los créditos no atendidos a sus vencimientos que ostentan frente al deudor, así mismo a Crédito y Caución para que certifique los siniestros que en relación al mismo hayan declarado sus asegurados, al Juzgado Decano de esta capital para que certifique de los procedimientos en que sea parte demandada o ejecutada la entidad deudora, e igualmente a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria a fin de que certifiquen si se halla al corriente en sus obligaciones o en su caso débitos que mantenga con dichos organismos, así como a un determinado Banco con el que trabaja el deudor para que informe de los débitos o descubiertos que con el mismo mantenga.
La solicitud por lo tanto cumple los requisitos exigidos al acreedor legitimado en el art. 7 LC y por ello fue admitida a trámite por el Juzgado, que la estimó regular y completa pues acompañaba la documentación que plasmaba su crédito impagado y ofrecía la práctica en su caso de una abundante prueba para acreditar el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor que invocaba. La ley no exige ni es preciso que ya ab initio con dicha solicitud se acompañe cumplida prueba de la concurrencia del presupuesto objetivo antes citado, máxime cuando en función de cual sea este dicha prueba normalmente se hallará fuera

del alcance de ese concreto acreedor sin el auxilio judicial para su práctica. Así las cosas y no habiendo comparecido el deudor debidamente emplazado a oponerse a la solicitud de concurso necesario, entendemos procede dictar auto declarando dicho concurso conforme a lo dispuesto en el art. 18.1 de la LC, revocando en tal sentido la resolución impugnada con estimación del recurso.": AAP Valladolid (Sección 3) 04.04.2012 (Auto 22/2012; Rollo 639/2011)

JM-1 Bilbao

"Conforme a lo dispuesto en el art. 18.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ante la falta de oposición del deudor a la solicitud de concurso instado por los acreedores, manifestada de forma expresa o tácita, procede sin más la declaración de concurso de Akidne Construcciones, SL, con los pronunciamientos que determina el art. 21 de la LC. ":Auto JM-1 Bilbao 23.03.2005 (AC 2005/248)

1.1 … sin perjuicio del control judicial sobre la concurrencia de los presupuestos legales

AP Girona

"Segundo. En el presente recurso de apelación se plantea la circunstancia de que el juez de instancia no da lugar a la declaración de concurso de acreedores pese a que no se ha presentado ninguna oposición a su declaración por parte del concursado. Considera el juez de instancia que la previsión del artículo 18.1 de la Ley Concursal (LC) no puede ser interpretada de manera literal y automática sino que es preciso tener en cuenta los objetivos y presupuestos de todo concurso para evitar que se puedan amparar fraudes de ley. *(…)*
Tercero. Compartimos el criterio general expuesto por el juez de instancia de que la previsión del artículo 18.1 de la LC no se puede interpretar de manera literal y automática en el sentido de que siempre que no haya oposición al concurso hay que declararlo como tal. No únicamente el examen judicial previsto en el artículo 15 de la LC sobre los requisitos del artículo 7 tiene que condicionar *a posteriori* aquel examen posterior. Este también es el criterio mayoritario de la doctrina más autorizada.": Auto AP Girona 07.02.2007 (Rollo 97/2006, Auto 25/2007)

AP Córdoba

"PRIMERO.- La primera cuestión que debe resolverse en relación con el presente recurso de apelación es si, en un procedimiento de concurso necesario en el que los deudores no se han opuesto a la solicitud de concurso, bien por haberse allanado o bien por no haber comparecido dentro del plazo legal, el juez tiene que declarar irremisiblemente el concurso, o por el contrario, puede revisar de oficio los presupuestos del mismo. Aunque todavía no existe jurisprudencia al respecto, la doctrina mayoritaria y la práctica de los Juzgados de lo Mercantil (por ejemplo, Auto del Juzgado Mercantil de La Coruña de 13 de julio de 2005 y Auto del Juzgado Mercantil nº 2 de Madrid de 29 de noviembre de 2005) interpretan el artículo 18.1 de la Ley Concursal en el sentido de considerar que la falta de oposición del deudor no conlleva una declaración automática del concurso, sino que el juez deberá comprobar la situación de insolvencia y restantes presupuestos, entre ellos la legitimación del solicitante, máxime cuando el artículo 7 de la misma Ley obliga al acreedor solicitante a presentar los documentos acreditativos de su crédito.
SEGUNDO.- En aplicación de tales facultades de comprobación del crédito del solicitante, el juez de lo mercantil deniega la declaración de concurso necesario, argumentando que de la documentación aportada por el solicitante no se desprende la existencia del crédito contra los deudores contra quienes se dirige la pretensión. Y examinada dicha documentación por esta Sala, dentro de las facultades revisoras propias del recurso de apelación, resulta lo siguiente: a) En la sentencia recaída en el incidente concursal nº 40 del concurso 156/05 no se reconoce ni constituye ningún crédito de las sociedades concursadas contra sus administradores; b) Respecto de la póliza del "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." sobre negociación de documentos y créditos comerciales, consta el incumplimiento de las sociedades y sus fiadores frente al Banco, pero no que la sociedad sea acreedora de tales administradores (al contrario, en todo caso sería el fiador –si paga- quien es acreedor del afianzado, y no al revés); y c) E igual sucede en la ejecución hipotecaria, que acredita la cualidad de acreedor del BBVA, pero no que las sociedades concursadas sean acreedoras de sus administradores y sus esposas por este concepto. Dicho de otra manera, conforme a la documentación aportada, quien tendría legitimación para instar el concurso de Juan-Miguel Cano Freire, Juan-José Villarejo García, Juana Fernández Llorente y Fernanda Villarejo García, sería el "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", en cuanto acreedor de los mismos por diversos negocios jurídicos, pero no la administración concursal del concurso de las sociedades de las que tales deudores eran administradores y/o fiadores.": AAP Córdoba (sección 3) 19.03.2007 (Rollo 77/2007)

"1.- Como razona el juzgador de instancia, este tribunal ya tiene declarado en resoluciones precedentes, como el auto de 19 de marzo de 2007, que es cuestionable que en un procedimiento de concurso necesario en el que el deudor no se oponga a la solicitud de concurso, bien por haberse allanado o bien por no haber comparecido dentro del plazo legal, el juez tenga que declarar irremisiblemente el concurso, o por el contrario, pueda revisar de oficio los presupuestos del mismo.

Afirmándose en dicha resolución que debe interpretarse el artículo 18.1 de la Ley Concursal en el sentido de considerar que la falta de oposición del deudor no conlleva una declaración automática del concurso, sino que el juez deberá comprobar la situación de insolvencia y los restantes presupuestos.
2.- En aplicación de tales facultades de comprobación de la situación de insolvencia, el juez de lo mercantil deniega la declaración de concurso necesario, argumentando que de la documentación aportada por las partes no se desprende que "Horcofruit, S.L." no pueda atender regularmente el cumplimiento de sus obligaciones. …": AAP Córdoba (sección 3) 13.03.2008 (Rollo 60/2008)

AP Las Palmas

"Señala el Magistrado y profesor Garnica que la introducción por la Ley Concursal de un trámite contradictorio de audiencia al deudor en el caso de concurso necesario y el hecho de que el objeto fundamental de ese trámite es que se pueda oír al deudor sobre la concurrencia de los presupuestos del concurso antes de declararlo, ello no exime de un examen previo, exigido por el carácter público del propio procedimiento concursal, que no sólo interesa y afecta al deudor y al solicitante sino a un amplio colectivo de sujetos, de forma que no puede quedar a la disposición de las partes una cuestión como la de si concurren los presupuestos del concurso, existiendo el riesgo de que así pueda suceder si el examen de esos presupuestos no se realiza en la resolución inicial, pues si luego no existe oposición del deudor el Juez vendrá obligado a declararlo (art. 18, 1 de la Ley Concursal) con lo que no habrá existido posibilidad de un ulterior examen de esa cuestión, y que por ello la resolución admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario debe dictarse únicamente tras haberse aportado al proceso por el solicitante la documentación que permita realizar una razonable enjuiciamiento sobre la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia del deudor.
Pese a la dicción literal del art. 18, 1 de la Ley Concursal, dado el interés público afectado por el concurso debe entenderse que incluso en el caso de que se hubiera admitido a trámite la solicitud, aunque el deudor posteriormente no compareciere o no se opusiere a la declaración del concurso podría el Juez dictar auto no declarando el concurso por falta de acreditación de la insolvencia actual o inminente, pero en ese caso la tramitación realizada hasta que el Juez concursal dictara el auto denegando la declaración del concurso habría resultado totalmente innecesaria, por lo que lo aconsejable resulta examinar en profundidad la documentación presentada por el acreedor instante del concurso a fin de determinar si por sí resulta suficiente para tener por probada, aunque sea provisional e indiciariamente, la concurrencia de los hechos descritos por el art. 2, 4 de la Ley Concursal (hechos reveladores de la insolvencia o de los que puede presumirse la existencia de la misma), que es lo que, acertadamente, ha hecho el Juez a quo, ofreciendo el recurso de apelación a la parte solicitante desde que de un lado no existe norma que excluya de recurso de apelación la inadmisión a trámite del concurso necesario (a diferencia de lo que acontece en el art. 14, 1 de la Ley Concursal para la solicitud de declaración de concurso voluntario), de otro lado se prevé expresamente por el art. 20, 2 de la Ley Concursal que las partes podrán interponer recurso de apelación contra el auto que declare el concurso o desestime la solicitud de que el mismo se declare -en el supuesto de incidente de oposición del deudor a la declaración de concurso- por lo que el mismo recurso debe ofrecerse contra el auto que inadmite a trámite la solicitud "ad limine litis", siendo, además la regla general la de admisión de recurso de apelación contra las resoluciones que pongan fin al procedimiento y que por tanto puedan calificarse como definitivas (art. 455, 1 Ley Concursal).": AAP Las Palmas (Sección 4) 21.04.2008 (JUR 2008/197191)

2 "… si … antes de ser emplazado, el deudor hubiera instado su propio concurso …"

"PRIMERO.-Solicita la parte apelante, sociedad declarada en situación de concurso, que se acuerde la nulidad de las actuaciones por falta de emplazamiento del deudor, retrotrayendose las mismas a la admisión de la solicitud presentada, ordenando el dictado de nueva resolución admitiendo a trámite la solicitud de los acreedores, y dando traslado al deudor, conforme a lo establecido en el art. 15.1 LC, para formulación de oposición en su caso, por término de cinco días.
Alternativamente, de forma subsidiaria, se solicita la revocación de la resolución impugnada, y su sustitución por nuevo Auto que declare el concurso de Construcciones Graisu, Sociedad Limitada Unipersonal, con el carácter de voluntario.
SEGUNDO.-La pretensión de declaración de nulidad de las actuaciones practicadas, que se interesa con carácter principal, se articula en la alegación de indefensión que se le ha ocasionado a la recurrente, al haber declarado el concurso, con base a lo establecido en el art. 18.1 de la LC, sin emplazamiento del deudor, privándole de la posibilidad de pronunciarse sobre la legitimación de los solicitantes, y en general sobre la idoneidad de su petición, bien por la inexistencia de presupuesto subjetivo, objetivo, o incluso por haber existido una actuación en manifiesto fraude de Ley, pues el art. 15 LC,así lo preve.
Tal pretensión, no puede acogerse al estimar este Tribunal que en el caso de autos no se dan los requisitos que el art. 238 LOPJ, exige para la declaración de nulidad, al no haberse cometido infracción procesal alguna generadora de indefensión.
El auto de instancia realiza la declaración de concurso necesario, sin emplazamiento del deudor, en aplicación estricta de lo dispuesto en el art. 18.1 in fine de la LC, ya que la presentación de la solicitud de concurso por parte del deudor, supone la admisión de su insolvencia y por tanto se equipara al allanamiento.

Entendemos que el precepto legal aplicado no da lugar a la existencia de trámite alguno de audiencia del deudor, pero es que además no existe indefensión, pues para que tal indefensión se produzca es necesario que se haya producido un perjuicio real y efectivo para el recurrente en sus posibilidades de defensa, lo que aqui no sucede.
El recurrente se limita a mencionar algunos aspectos procesales, o de fondo que se pudieran cuestionar, pero no los cuestiona, y por tanto ningun perjuicio se le ha podido ocasionar.
Por otra parte, las posibilidades de defensa que confiere al deudor el trámite del concurso necesario quedan reducidas a la posibilidad de negar su insolvencia o acreditar su solvencia, posibilidad vacia de contenido si tenemos en cuenta que el propio deudor y a través de la presentación del concurso voluntario está reconociendo dicha insolvencia.
Procede por lo expuesto y como ya hemos dicho rechazar la pretensión de nulidad articulada con carácter principal." :AAP Vizcaya (Sección 4) 14.04.2010 (Auto 297/2010; Rollo 175/2009)

2.1 Caso de concurso voluntario por insolvencia inminente

"TERCERO.- Entrando a analizar el tercer motivo en que se fundamenta el recurso debe tenerse en cuenta que el artículo 18.1 *in fine* de la Ley Concursal establece que el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores si con posterioridad a la solicitud de cualquier legitimado y antes de ser emplazado el deudor, éste hubiera instado su propio concurso. En el caso de autos concurren los presupuestos legales, ya que la solicitud del concurso voluntario se presentó con posterioridad a la presentación del concurso necesario y antes de que se acordara el emplazamiento del deudor. En consecuencia, admitida a trámite la solicitud de concurso necesario que se había presentado antes que la del concurso voluntario, se acordó la acumulación de esta última, y sin dar trámite de oposición al deudor, en aplicación del precepto citado, se declaró el concurso necesario.
Sostiene el recurrente que su solicitud de concurso voluntario se basaba en la insolvencia inminente de la sociedad, por lo que no se encontraba en situación de insolvencia actual en la fecha en que se presentó la solicitud del concurso necesario, y en consecuencia se le debería haber permitido oponerse a la solicitud de concurso necesario, para que pudiera demostrar que la situación de insolvencia no era actual, sino inminente. Como la Ley Concursal no permite que se presente el concurso necesario en estos supuestos, debería haberse desestimado la solicitud declarándose no el concurso necesario, sino el concurso voluntario, con todas las consecuencias legales derivadas de dicha declaración, entre ellas, la intervención de las facultades de administración y disposición del deudor por la administración concursal.
A este respecto, la Ley Concursal distingue entre insolvencia actual e insolvencia inminente, permitiendo que el deudor pueda anticipar la declaración del concurso en los supuestos en que no se encuentre en situación de insolvencia pero prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles. Esta posibilidad se concede únicamente al deudor y no a los acreedores, que deberán basar su solicitud en cualquiera de los hechos que la ley considera reveladores del estado de insolvencia y que se enuncian en el artículo 2.4 LC. Además, establece la ley que, admitida a trámite la solicitud de concurso necesario, los motivos de oposición a la misma son los determinados en el artículo 18.2 LC, que establece que "el deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud, o en que, aun existiendo no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia, y si estuviera obligado legalmente a llevar la contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho".
Los argumentos de la recurrente no respetan la finalidad perseguida por la Ley Concursal al regular la insolvencia inminente, que como establece la Exposición de Motivos es la de "adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores". Lo único que preocupa a la recurrente, porque es una cuestión que tiene mucha trascendencia, son las consecuencias que puedan derivarse en relación con sus facultades patrimoniales, según que se declare el concurso como voluntario o necesario, al amparo de lo dispuesto en el artículo 40 LC. Es decir, no le importa adelantar en el tiempo la declaración del concurso con la finalidad de lograr una solución que satisfaga mejor los intereses de todos los afectados por el concurso y los suyos propios, sino que, lo que le importa es que se acuerde la intervención y no la suspensión de sus facultades, motivación distinta a la perseguida por la Ley Concursal al regular la insolvencia inminente.
Es decir, el concurso de la entidad CONTSA se ha de declarar de todas formas, porque concurre la situación de insolvencia en la entidad deudora, pero según la recurrente, esta insolvencia no era actual sino inminente en el momento de presentarse ambas solicitudes, y esto es lo que la parte quería alegar en la oposición a la solicitud del concurso necesario. Pero la Ley Concursal, no contempla este motivo de oposición, lo que puede debatirse en el incidente de oposición es si existe o no insolvencia. Y en el caso de autos, como expone la administración concursal al contestar el recurso de reposición, la concursada había sobreseído el pago de sus obligaciones en el momento en que se presentó la solicitud de concurso necesario, pues había suspendido el pago de los intereses a sus inversores, sus principales acreedores en número y entidad, y además, tenía deudas con la Hacienda Pública, según ella misma manifiesta en su solicitud. Concurría ya por tanto el hecho revelador de la insolvencia en que se fundamentaba la solicitud, y sí existían deudas vencidas que no se habían atendido en el momento de su vencimiento, por lo que el deudor se encontraba ya en estado de insolvencia al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley Concursal.
Además, aunque se estimara la petición del deudor recurrente, en todo caso el presupuesto objetivo del concurso, que es la insolvencia, existía y el concurso habría de declararse y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 LC, debería ser necesario, pues la solicitud primeramente presentada fue la de los acreedores.

Este precepto y el artículo 18.1 *in fine,* no distinguen entre insolvencia actual o inminente del deudor y también resultan de obligada observancia. No existe contradicción alguna en la ley, si se tiene en cuenta la finalidad que se persigue al regular la insolvencia inminente. Si ya se ha presentado una solicitud por el acreedor, el motivo y la finalidad buscada por la ley no pueden lograrse. Por dicha razón, la ley ya no tiene en cuenta en este momento cuál es la situación de insolvencia en que se encuentra el deudor, pues éste no ha querido hacer uso de la facultad que se le había concedido y ha esperado hasta que un acreedor presentara la solicitud.
Por último, y teniendo en cuenta la finalidad de la parte recurrente, en el presente caso, las consecuencias de la declaración del concurso en relación con la limitación o suspensión de sus facultades de administración y disposición, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, notorias por su trascendencia en los medios de prensa como son el número de acreedores afectados, el volumen del pasivo de la entidad concursada, o la dificultad de conocimiento de los acreedores y de los bienes que integran el activo de la concursada, podrían no ser las establecidas con carácter general en la ley, estando justificada la suspensión de facultades en el concurso voluntario. ": Auto JM-1 Sevilla 10.06.2008

3. Recurso de apelación

3.1 Cabe, aunque no está legitimado el deudor allanado

AP Madrid

"PRIMERO.-Se recurre en queja la inadmisión del recurso de apelación contra el auto que declaró el concurso necesario de la mercantil recurrente con fundamento en el artículo 18.1 de la Ley Concursal, al haberse allanado el administrador único de dicha entidad a la solicitud formulada por tercero.
De partida conviene precisar que queda fuera del ámbito de este recurso elucidar si la resolución que la recurrente en queja considera susceptible de apelación es acertada o no. De lo que se trata es de decidir, pura y simplemente, si dicha resolución es recurrible en apelación o no.
SEGUNDO.-Tal como se desprende del testimonio remitido, la decisión del juez de la primera instancia denegando la tramitación del recurso de apelación se basa en la consideración de que este último no cabe contra todos los autos en que se declare un concurso necesario, sino tan sólo contra aquellos en los que, por haber formulado oposición el deudor, haya sido preciso celebrar vista.
No se comparte tal criterio. Cierto es que la ubicación del precepto en el que se reconoce la posibilidad de recurrir en apelación el auto que se pronuncia sobre la estimación de la solicitud de concurso, y la rúbrica bajo la que figura, pueden propiciar equívocos en cuanto al ámbito de aplicación de aquel. Existen, no obstante, otros elementos que, en clave de interpretación literal, sistemática y teleológica, permiten aclarar el significado de la norma en sentido opuesto al mantenido por el juez de la primera instancia: en primer lugar, la locución "en todo caso" que emplea el artículo 20.2; en segundo lugar, el reconocimiento de legitimación para recurrir al deudor "que no la hubiese solicitado" en el apartado 3, precisión esta que resulta carente de sentido de admitirse la interpretación sostenida por el juez a quo; finalmente, el hecho de que la admisión de dicho criterio interpretativo supondría privar a terceros con interés legítimo de la posibilidad de recurrir en el supuesto contemplado, sin que se aprecie razón para la diferencia de trato que ello supone respecto del que reciben en el supuesto de que el concurso necesario haya sido declarado con oposición del deudor.
TERCERO.-Lo anterior no comporta, empero, que deba ordenarse al juez de primera instancia la tramitación del recurso de apelación, toda vez que, habiéndose allanado la entidad recurrente en queja a la solicitud de concurso necesario, ha de estimarse que no concurre en aquella el gravamen necesario para poder recurrir el pronunciamiento estimatorio de dicha solicitud, constituyendo este uno de los presupuestos de admisibilidad del recurso (tal como se desprende del artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), junto con el de la propia recurribilidad de la resolución, el de la temporaneidad del escrito de preparación y el relativo a las menciones que a este último le exige la ley. En este sentido, cabe apreciar identidad de razón entre el supuesto que aquí nos ocupa y el regulado en el artículo 20.3 de la Ley Concursal, en el que se niega legitimación para apelar el auto de declaración del concurso al deudor que lo hubiese solicitado, limitación esta cuyo fundamento ha de encontrarse, igual que en el caso aquí contemplado, en la falta de interés en el recurso.
No empecen a las anteriores consideraciones los alegatos de la recurrente en relación con la regularidad del proceder de su administrador único al allanarse, cuestión esta que habrá de ventilarse en el ámbito de las relaciones entre estos sujetos. ": AAP Madrid (Sección 28) 24.09.2010 (Auto 128/2010; Rollo 219/2010)

3.2 No cabe apelación sino sólo reposición

"En lo relativo a los recursos contra el auto declarando el concurso necesario por allanamiento, no oposición o posterior solicitud de concurso por el propio deudor (art. 18.1 de la Ley Concursal), parece que los recursos del art. 20.2 sólo son aplicables a la resolución dictada en el caso del art. 20.1 de la Ley Concursal, es decir, al auto que estime o desestime la solicitud de concurso tras tramitarse el incidente de oposición. Por tanto, sólo procedería el recurso de reposición por aplicación del art. 197.2 de la Ley Concursal. No es especialmente problemática la ausencia de recurso de apelación respecto de la declaración de concurso en sí, porque el solicitante no tendrá interés en recurrir en apelación, y el deudor parece que tampoco, porque ha solicitado él mismo la declaración de concurso, se ha allanado o ha permanecido pasivo ": (CGPJ - CONCLUSIONES

PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

4. Fraude de ley: administrador que insta como acreedor el CN ante que el CV

"PRIMERO.-Para la resolución del presente recurso hemos de precisar los siguientes hechos que se extraen del testimonio remitido por el Juzgado de instancia:
1.-) en fecha 16 de septiembre de 2010 se presentó solicitud de concurso necesario de la mercantil CATRAL EXPORT, S.L. por parte de Don Jacinto, fundando su solicitud en la titularidad de un crédito consistente en la falta de pago de una compensación económica correspondiente a los años 2010 y 2011 que se aprobó en la Junta General Extraordinaria de fecha 19 de octubre de 2009 y que había constituido avales personales a favor de la referida mercantil, a título personal, en diferentes entidades financieras, al tiempo que refería la existencia de una pluralidad de acreedores a los que no se había satisfecho regularmente las deudas contraídas.
2.-) en la misma solicitud, Don Jacinto reconoció ser accionista y Presidente del Consejo de Administación de la sociedad cuyo concurso instaba en calidad de acreedor.
3.-) mediante Auto de fecha 23 de septiembre de 2010 se admitió a trámite la solicitud de declaración de concurso necesario incoándose los autos de Concurso Abreviado número 368/10 poniendo de manifiesto en el ordinal cuarto de la fundamentación jurídica de la resolución la doble condición que ostentaba el solicitante de Presidente del Consejo de Administración y, a su vez, de acreedor.
4.-) el exhorto para el emplazamiento de la deudora se libró el día 24 de septiembre de 2010 al tener su domicilio en la localidad de Catral.
5.-) en fecha 24 de septiembre de 2010 se presentó la solicitud de concurso voluntario por parte de CATRAL EXPORT, S.L. que dio lugar a la incoación de Concurso Abreviado número 381/10, acordando su acumulación a los autos de Concurso Abreviado número 368/10 y teniendo por comparecida a la deudora CATRAL EXPORT, S.L..
6.-) Una vez producida la acumulación, mediante Auto de fecha 5 de octubre de 2010, el Juzgado de instancia declaró, en aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 18.1 de la Ley Concursal, el estado de concurso necesario de CATRAL EXPORT, S.L.
SEGUNDO.-Frente a esta resolución se alza la concursada, la cual impugna el único particular relativo a la calificación del concurso pues considera que la procedente es la de concurso voluntario al haber solicitado Don Jacinto el concurso necesario de la misma sociedad que administra en fraude de Ley y en abuso de Derecho.
La Sala comparte las alegaciones del recurso de apelación y califica la conducta de Don Jacinto, socio y Presidente del Consejo de Administración de CATRAL EXPORT, S.L., como constitutiva de un fraude de Ley porque se ampara en su condición de acreedor frente a la misma sociedad para eludir el cumplimiento de los deberes legales que como administrador le imponen los artículos 225 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
Con independencia de la mayor o menor consistencia del derecho de crédito invocado por Don Jacinto es cierto que con su solicitud de concurso necesario infringe determinados deberes legales que le corresponden como administrador:
1.-) el deber de diligente administración impuesto por el artículo 225 del TR de la Ley de Sociedades de Capital. Si considera que la sociedad que administra se encuentra en situación de insolvencia como llega a destacar en su propia solicitud donde identifica a los acreedores y la cuantía de la deuda de cada uno de ellos, lo que procedía era solicitar la declaración de concurso por la misma sociedad según establece el artículo 5.1 de la Ley Concursal y, en particular, su órgano de administración (artículo 3.1 de la Ley Concursal), cuyo incumplimiento se sanciona con la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165.1 de la Ley Concursal en el caso de apertura de la sección de calificación.
2.-) el deber de lealtad que exige la defensa del interés social, entendido como el interés de la sociedad impuesto por el artículo 226 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, lo que le obligaba, en el caso de conocer la situación de insolvencia de la sociedad que administraba, promover la declaración de concurso por parte del órgano de administración que preside; lejos de ello, lo que instó fue el concurso necesario invocando un crédito para defender su interés particular.
3.-) el deber de comunicar al órgano de administración la situación de conflicto con el interés de la sociedad previsto en el artículo 229 del Texto Refundido de la Sociedades de Capital, porque siendo consciente que la sociedad estaba preparando la solicitud de concurso voluntario presentada el día 24 de septiembre, él se adelantó y solicitó el día 16 de septiembre el concurso necesario invocando un crédito contra la misma sociedad ocultándolo a la sociedad que administra.
4.-) al anteponer Don Jacinto la solicitud de concurso necesario cuando debía tener conocimiento de la inminente solicitud de concurso voluntario de la sociedad impidió el trámite contradictorio previsto en el artículo 18 de la Ley Concursal como consecuencia de la aplicación del inciso final del apartado primero del mismo artículo.
Al haber solicitado el concurso necesario en su condición de acreedor bajo la norma de cobertura del artículo 7 de la Ley Concursal infringió las normas que disciplinan los deberes de los administradores, lo que permite calificar su conducta como constitutiva de fraude de Ley (artículos 6.4 del Código civil y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y la consecuencia no puede ser otra que la de aplicar la norma que se ha tratado de eludir, esto es, la declaración de CATRAL EXPORT, S.L. en situación de concurso voluntario. ": AAP Alicante (Sección 8) 03.06.2011 (Auto 34/2011; Rollo 138/2011)

2. El deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho.

Formulada oposición por el deudor, ~~el juez~~ el Secretario judicial, al siguiente día, citará a las partes a una vista, previniéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiendo a éste para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria.

** Nueva redacción del segundo párrafo del apartado 2 del art 18 por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 04.05.2010*

Formulada oposición por el deudor, el secretario judicial, al siguiente día, citará a las partes a ~~una~~ la vista, a celebrar en el plazo de tres días, previniéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiendo a éste para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria

[Nueva redacción del segundo párrafo del art. 18.2 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011; corrección de errores BOE 23.11.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 18.2

1. Sobre la carga de la prueba

AP Madrid

"Todo ello sin olvidar que, cualquiera que sea la facilidad probatoria, la carga de la prueba de los hechos que sustentan la petición de concurso, corresponde a quien la insta, no a quien perjudica": Sentencia AP Madrid 17.05.2006 (AC 2006/865)

"QUINTO.- También se niega por la apelante doñaEstefaníala concurrencia de los hechos externos apreciados en la resolución recurrida determinantes de la declaración de concurso.
Conforme alartículo 2 de la Ley Concursalse encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, correspondiendo al acreedor instante justificar alguno de los hechos que como presupuestos reveladores de la insolvencia enumera con carácter de numerus clausus elartículo 2.4. de la Ley Concursal.
Esto es, el acreedor no debe ni legalmente puede acreditar la insolvencia sino que, necesariamente, para el éxito de su solicitud ha de acreditar la concurrencia de alguna de las manifestaciones externas de la insolvencia enumerada en dicho precepto.
Frente a esa pretensión el deudor puede negar el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante o acreditar su solvencia (artículo 18.2 de la Ley Concursal).": AAP Madrid (sección 28) 27.03.2008 (JUR 2008/151496)

"SEGUNDO.- Conforme alartículo 2 de la Ley Concursalse encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, correspondiendo al acreedor instante justificar alguno de los hechos que como presupuestos reveladores de la insolvencia enumera con carácter de numerus clausus elartículo 2.4. de la Ley Concursal.
Esto es, el acreedor no debe ni legalmente puede acreditar la insolvencia sino que, necesariamente, para el éxito de su solicitud ha de acreditar la concurrencia de alguna de las manifestaciones externas de la insolvencia enumeradas en dicho precepto.
Frente a esa pretensión el deudor puede oponerse a la solicitud negando el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante o acreditar su solvencia (artículo 18.2 de la Ley Concursal).": AAP Madrid (sección 28) 10.04.2008 (JUR 2008/150216)

"A tal respecto, los "hechos reveladores" previstos en elartículo 2 de la Ley Concursal, que sirven de fundamento a la solicitud de concurso necesario (en este caso, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones y el alzamiento de bienes por el deudor), pueden ser objeto de oposición por el deudor, bien alegando que el hecho como tal no existe, bien manteniendo que aun existiendo el hecho, no se encuentra en estado de insolvencia (art. 7-2 y 18-2 de la Ley Concursal), en cuyo caso deberá probar su solvencia sobre la base de su contabilidad si estuviera obligado legalmente a llevarla. Incumbe por tanto al

acreedor instante del concurso la carga de la prueba del hecho en que funde la solicitud de declaración del concurso, y al deudor que se opone, la de su solvencia (Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Secc. 8ª, 26 de enero de 2006).”.).”: AAP Madrid (sección 28) 17.04.2008 (JUR 2008/188168)

“Improsperable resulta, pues, atendidas las precedentes razones en su conjunto, el recurso de apelación interpuesto, ya que, de acuerdo con la sistemática legal (Art. 18-2 de la Ley Concursal), no justificada la existencia de alguno de los "hechos de concurso" relacionados en el Art. 2-4, innecesario resulta entrar en el examen del grado de solvencia con que FRANCISCO MUÑOZ S.A. pudiera contar en la fecha de referencia, ya que ese análisis solamente devendría necesario con carácter subsidiario y para el caso opuesto, a saber: el caso en que el hecho revelador sí gozase de respaldo probatorio.”: AAP Madrid (Sección 15) 20.02.2012 (Auto 28/2012; Rollo 181/2011)

“Se refiere el segundo de los motivos del recurso a la inversión de la carga probatoria que incumbe al deudor sobre su solvencia, que se produce con la admisión a trámite de la solicitud. El motivo entraña una notable confusión sobre los presupuestos de la declaración.
El deudor puede alegar en su oposición tanto la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud, la concurrencia de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes o bien destruir la presunción iuris tantum de insolvencia que se deriva del reconocimiento por el deudor o la acreditación por el solicitante del hecho revelador. En este último caso debe acreditar su solvencia.
En la solicitud efectuada por los acreedores, es a partir de la constancia de un hecho de los previstos en el artículo 2.4 LC cuando se produce una inversión de la carga de la prueba, de modo que al constituir dichos hechos una presunción iuris tantum de la situación de insolvencia es el deudor quien debe entonces acreditar que no concurre dicha situación, sino que es solvente. Pero ello no impide al deudor que su oposición se sustente en la ausencia del hecho que constituye el fundamento de la solicitud (sobreseimiento general). La presunción de insolvencia solo se genera tras el reconocimiento de esos hechos o su acreditación por el demandante. Las circunstancias que muestren la desaparición de manifestaciones externas o la solvencia deben apreciarse también al momento de efectuarse la oposición, de manera que en tal caso no procedería la declaración de concurso.
En este caso se niega la concurrencia del hecho alegado como manifestación externa de la insolvencia, lo que puede efectuar el deudor sin realizar alegaciones sobre su solvencia.”: AAP Madrid (Sección 28) 13.03.2012 (Auto 41/2012; Rollo 323/2011)

“QUINTO.- Debemos recordar, pues ya lo explicamos en los autos de estas sección 28ª de la AP de Madrid de 13 de febrero de 2009 y de 28 de junio de 2010, cuál es el mecanismo en materia de carga de la prueba que inspira la LC en relación a la declaración del concurso necesario. Corresponde al acreedor probar la concurrencia del hecho que opera como indicio o manifestación externa de insolvencia que hubiese alegado en su solicitud. Así, ya en ella tenía obligación de expresar los medios de prueba de que se valiese (es decir, los que acompañase a la solicitud) o pretendiera valerse (es decir, durante la vista, sin perjuicio de los que, en su caso, pudiera proponer en ésta a tenor de las alegaciones que pudiera haber vertido el deudor en su escrito de oposición) para acreditar los hechos en que fundase su solicitud (es decir, sobre la legitimación del solicitante -su condición de acreedor- y sobre los presupuestos subjetivo y objetivo del concurso, si bien con respecto a éste le bastaría con demostrar, como ya se ha dicho, las manifestaciones externas previstas en el artículo 2.4 de la LEC).
Incumbe, por su parte, al deudor, a tenor de lo establecido en el artículo 18.2 de la LC (en relación con la previsión del artículo 217.6 de la LEC), probar su solvencia (en lo que constituye una auténtica fórmula de inversión legal de la carga de la prueba). Si está legalmente obligado a llevar contabilidad (lo que ocurre para todo empresario, según el artículo 25 del Código de Comercio, con independencia de su dimensión y de que sea persona física o jurídica, sin perjuicio de que puedan existir diferencias, legalmente reguladas, en cuanto al contenido de la misma) la prueba deberá basarse en ésta y aportar los libros a la vista. No obstante, no tiene por qué ser esa la única prueba que quepa proponer, pudiéndose aportar además otros medios probatorios admisibles en derecho, como se deduce de la previsión del artículo 18.2 in fine y exige la efectividad del derecho a la defensa (artículo 24 de la Constitución). Es previsible que en estos casos pueda presentarse o solicitarse, por una u otra parte, prueba pericial en este incidente.
De manera que a la parte instante le bastará con acreditar que su petición estaba justificada porque se daba alguno de los supuestos previstos en el artículo 2.4 de la LC por ella alegados para que pudiera instarse el concurso necesario (recuérdese que este precepto contempla un "numerus clausus" de manifestaciones externas de la insolvencia: que se haya despachado ejecución o apremio contra el deudor sin resultar bienes libres bastantes para el pago, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes o el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, de la Seguridad Social o laborales durante los tres meses anteriores a la solicitud) y deberá ser el deudor que se haya opuesto el que desvirtúe la apariencia de insolvencia que se deduce de tales hechos, bien demostrando que no se daba en realidad el hecho alegado o que, a pesar de ello, gozaba de solvencia. (...)
Desvirtuado el hecho revelador que se aducía en la solicitud de concurso ni tan siquiera es preciso abordar el análisis de la solvencia de la entidad GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA a fecha 30 de mayo de 2008, pues sólo si se hubiese constatado aquél resultaría preceptivo plantearse esto último. La presunción iuris tantum de la situación de insolvencia, que en cierto modo se deriva del artículo 18.2 de la LC en el seno del

mecanismo previo a la declaración del concurso necesario, solo se genera tras la acreditación por el demandante de uno de los hechos previstos como reveladores de la misma, que específicamente señala el artículo 2.4 de la LC, o merced al reconocimiento, expreso o tácito, de los mismos por parte del deudor. ": AAP Madrid (Sección 28) 27.04.2012 (Auto 68/2012; Rollo 318/2011)

"CUARTO.- En segundo lugar, el deudor apelante alega que en su escrito de oposición negó tanto su estado de insolvencia como el sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones.
El problema es que el acreedor no fundamentó su solicitud de concurso necesario en el sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones, como ya se le explica en la resolución apelada, y que el deudor debe probar y no sólo alegar que no se encontraba en estado de insolvencia.
Conforme al artículo 2 de la Ley Concursal, se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, correspondiendo al acreedor instante justificar alguno de los hechos que como presupuestos reveladores de la insolvencia enumera con carácter de numerus clausus el artículo 2.4 de la Ley Concursal.
Esto es, el acreedor no debe ni legalmente puede acreditar la insolvencia sino que, necesariamente, para el éxito de su solicitud ha de acreditar la concurrencia de alguna de las manifestaciones externas de la insolvencia enumeradas en dicho precepto.
Frente a esa pretensión el deudor puede oponerse a la solicitud negando el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante o acreditar su solvencia (artículo 18.2 de la Ley Concursal).
El deudor apelante no ha acreditado su solvencia. Es más, en el escrito de oposición ni siquiera alegó que no se encontrara en insolvencia sino que se limitó a señalar que el instante no había acreditado su situación de insolvencia, prueba que no le corresponde pues sólo puede y debe acreditar la concurrencia de alguno de los hechos reveladores de la situación de insolvencia.
Por lo demás, en el escrito de oposición no se alegó que los bienes trabados fueran suficientes para atender los importes por los que se despachó ejecución, los cuales están arrendados y gravados con hipoteca, sino que se afirmaba la irrelevancia de que estuvieran gravados y se invocaban determinados vicios procesales en la ejecución provisional que podían determinar su nulidad, cuestión oportunamente contestada en el auto recurrido y que no se reproduce en el recurso que, por el contrario, introduce como cuestión nueva la suficiencia de los bienes trabados que ahora debe rechazarse por imperativo del artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Conviene recordar que el hecho revelador invocado por el acreedor solicitante del concurso es la ejecución infructuosa al aportarse título por el que se ha despachado ejecución sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago y, en consecuencia, resulta improsperable el recurso al no haber acreditado el deudor su solvencia ni destruido el hecho revelador invocado por el acreedor.": AAP Madrid (Sección 28) 04.05.2012 (Auto 73/2012; Rollo 308/2011)

"Hemos de decir, de entrada, que si bien constatamos que BOSQUES NATURALES SA ha desplegado, ad cautelam, un considerado esfuerzo para intentar cumplir con la carga que le incumbiría a tenor de lo establecido en el artículo 18.2 de la LC (en relación con la previsión del artículo 217.6 de la LEC) de demostrar su solvencia (en lo que constituye una auténtica fórmula de inversión legal de la carga de la prueba), ocurre que, sin embargo, ello sólo resultaría relevante en la medida que previamente la parte solicitante del concurso hubiera atendido a la carga de probar la concurrencia del hecho que habría de operar como indicio o manifestación externa de insolvencia que precisamente hubiese sido explícitamente alegado en su solicitud. Consideramos por ello que es en este último aspecto en lo que, de inicio, debe centrarse el debate en esta segunda instancia.
Por otro lado, como seguidamente tendremos ocasión de explicar con mayor amplitud, la solicitud de concurso, bajo su aparente simplicidad, encierra, sin embargo, una complejidad que exige el empleo en su elaboración de una considerable pericia técnico-jurídica y un profundo conocimiento de qué es y para qué sirve un procedimiento concursal, pues de lo contrario pueden malograrse iniciativas que, con un planteamiento más adecuado, pudieran haber merecido una suerte distinta. El juez de lo mercantil debe al inicio de un proceso de concurso necesario dar oportunidad al solicitante para que subsane defectos procesales o complete aquella documentación que por ley debe presentar (artículo 13 de la LEC), pero no constituye su misión el suplir de oficio las carencias que pueda presentar el planteamiento de fondo con el que se haya elaborado la solicitud, las cuales pueden ser puestas de manifiesto precisamente a raíz del trámite de oposición (artículo 15.2 y 18.2 de la LC).": AAP Madrid (Sección 28) 21.06.2013 (Auto 100/2013; Rollo 870/2012)

AP La Coruña

"Según dispone el art. 2.1 de la Ley Concursal la causa del concurso es la insolvencia; debiendo analizar el Juez de lo Mercantil para declarar o denegar la apertura del concurso necesario la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en elnúmero 4 del art. 2 de la referida Ley, reveladores de la posible situación de insolvencia del deudor. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal indica que "Los legitimados para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados. Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud; en todo caso, la declaración ha de hacerse con respeto

de las garantías procesales del deudor, quien habrá de ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud, basándose en la inexistencia del hecho en que esta se fundamente o en la de su estado de insolvencia, incumbiéndole en este caso la prueba de su solvencia.".
Por lo tanto la carga de la prueba pesa sobre el solicitante de acreditar la realidad del hecho revelador que específicamente invoque, si bien cuando -como en el caso acaece- aun reconociendo el deudor la existencia del hecho en que se fundamenta la solicitud, la situación de insolvencia sea negada por el presunto concursado, incumbe la prueba de su solvencia al deudor.". AAP La Coruña (sección 4) 22.03.2007 (JUR 2008/129142)

"La recurrente alega infracción de la regla de distribución del onus probandi contenida en elart. 18.2 LECen relación con elart. 217 LEC, pero difícilmente puede el juzgador de primer grado haber incurrido en su quebrantamiento por el mero hecho de que la misma se refiere tan sólo al supuesto en que el motivo de oposición a la solicitud que formule el deudor consista en la alegación de solvencia pese a la certeza de los hechos alegados por el acreedor, y en el presente caso tal medio de oposición fue hecho valer de modo subsidiario al alegato principal de inexistencia de los supuestos reveladores alegados en la solicitud, el cuál fue acogido en la decisión recurrida, que tiene como ratio decidendi que la promotora no justifica los hechos reveladores delart. 2.4 LCcomo con toda claridad concluye el último inciso del fundamento de derecho segundo.": Auto AP Zaragoza (Sección 4) 17.09.2007 (Rollo 292/2007)

AP Córdoba

"CUARTO.- En relación a la valoración de la contabilidad de "Alcopalma, SL" efectuada por la resolución recurrida, debe recordarse que, como se deriva del artículo 2.2 de la Ley Concursal, se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y que conforme al artículo 18 de la misma Ley no es el acreedor quien debe acreditar la insolvencia del deudor, sino sólo la concurrencia de alguno de los hechos externos que permiten presumir la misma; mientras que debe ser el deudor opuesto a la solicitud de concurso quien pruebe su solvencia. Prueba que, en el caso de deudores obligados legalmente a la llevanza de la contabilidad, habrá de basarse en la que llevaren conforme a derecho (artículo 18.2).": Auto AP Córdoba (sección 3) 20.12.2007 (auto 106/2007; AC 2008/341)

"En todo caso, debe tenerse en cuenta que los artículos 2 y 18 de la Ley Concursal no exigen que sea el acreedor quien acredite la insolvencia del deudor, sino sólo la concurrencia de alguno de los hechos externos que permiten presumir la misma; mientras que debe ser el deudor opuesto a la solicitud de concurso quien pruebe su solvencia. Prueba que, en el caso de deudores obligados legalmente a la llevanza de la contabilidad, habrá de basarse en la que llevaren conforme a derecho (artículo 18.2). Y en este caso, como ha quedado dicho, la deudora, pese a ser una sociedad mercantil, no ha aportado contabilidad en forma, por lo que, concurriendo varias de las circunstancias previstas en el artículo 2.4 de la Ley Concursal (impago generalizado, incumplimiento de obligaciones tributarias, laborales y de seguridad social, embargos administrativos y cese de la actividad), no puede considerarse acreditada su solvencia. ": AAP Córdoba (sección 3) 13.03.2008 (Rollo 60/2008)

AP Ciudad Real

"Antes de nada y en consideración a lo alegado por el apelante, traer a colación como primera cuestión, y como con absoluta corrección se dice en el Auto apelado, que la prueba de la concurrencia de alguna de las circunstancias definidas en el art. 2.4 de la Ley Concursal en el concurso necesario, incumbe por entero al solicitante. Así como que, el art. 18 de la dicha LC admite que el deudor demuestre su solvencia a pesar de la constatación plena de alguno de los "hechos reveladores" invocados por el acreedor (Art. 18. El deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho.) ":AAP Ciudad Real (Sección 2) 28.05.2010 (Auto 69/2010; Rollo 1/2010)

AP Barcelona

"5. Por lo que respecta a los libros de contabilidad, el artículo 18.2 de la LC establece que " el deudor podrá basar su oposición a la solicitud de concurso en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho ".
En el caso que examinamos, GOLF PEAK niega no solamente la insolvencia, sino también el hecho del sobreseimiento en los pagos en que URBASA fundamenta su solicitud. Por tanto, no estamos ante el supuesto previsto por la LC -admisión del hecho revelador y negación, pese a ello, de la situación de insolvencia- en que incumbe al deudor la prueba de su solvencia mediante la contabilidad obligatoria. Por ello, la no aportación de los libros no puede valorarse en el sentido pretendido por la solicitante.
En consecuencia, no se ha desvirtuado la razón en que el juzgado basa la desestimación de la solicitud de concurso, la falta de prueba de un sobreseimiento general en los pagos por parte de GOLF PEAK. Por ello, el

auto debe confirmarse con desestimación del recurso de apelación. ”: AAP Barcelona (Sección 15) 15.03.2012 (Auto 47/2012; Rollo 461/2011)

AP Castellón

“TERCERO.-Idéntica suerte deben correr el resto de motivos esgrimidos en el recurso, con la consiguiente procedencia de su desestimación. Dejando a un lado el punto relativo al crédito invocado en la solicitud y que se conecta con esa legitimación activa que viene a rechazarse por la contraparte, desde el momento en que ésta niega el presupuesto objetivo del concurso invocado en la demanda (que no ha sido otro que el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor dadas las manifestaciones verificadas en la demanda en relación con el art. 2.4 de la Ley Concursal) estamos ante un hecho controvertido cuya prueba incumbe a la parte actora (en caso contrario valdría la mera afirmación en la demanda y carecería de sentido el art. 7.2 de la Ley Concursal), acreditación ésta que no debe confundirse con la de la solvencia para el caso de que se siente la concurrencia del presupuesto objetivo como hecho externo revelador de la insolvencia en la regulación legal (art. 18.2 de la Ley Concursal, del que igualmente se desprende la carga probatoria reseñada).”: AAP Castellón (Sección 3) 08.04.2011 (Auto 47/2011; Rollo 502/2010)

“2. No son las sociedades que se dice se encuentran en situación que merece la declaración de concurso quienes debían acreditar que no se encuentran en situación de insolvencia.
Pese a que así parece entenderlo la parte recurrente, la lectura de los artículos 7, 18.2 y 19 LC, en coherencia con la regla general sobre la distribución de la carga de la prueba contenida en el art. 217 LEC, muestra que es la parte solicitante del concurso necesario quien debe probar la concurrencia de alguno de los hechos en que sustenta su petición. Solamente en el caso de que se de cualquiera de ellos y el deudor sostenga pese a ello que no se encuentra en estado de insolvencia, a éste corresponderá la prueba de su solvencia (art. 18.2 LC).
Pero en el presente caso no se ha acreditado que las sociedades que las recurrentes consideran en situación merecedora del concurso se encuentren en estado de insolvencia por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC), en el sentido en que, como ya se ha dicho, debe entenderse la situación de sobreseimiento general en los pagos. Tampoco que, con arreglo a la enumeración del art. 2.4 LC, se de alguno de los hechos que legalmente pueden considerarse reveladores de la insolvencia (título que haya dado lugar a ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, o el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, o de pago de salarios o cuotas de la Seguridad Social).”: AAP Castellón (Sección 3) 16.11.2011 (Auto 129/2011; Rollo 348/2011)

AP Huelva

“Igualmente se afirma que incurre el Auto criticado en error de Derecho cuando declara que corresponde "al solicitante, caso que el deudor se oponga negando la existencia del hecho en el que se funda la solicitud, la prueba de su concurrencia", invocándose por el recurrente el contenido del articulo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que se establece bajo la rubrica de "carga de la prueba" que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores el Tribunal deberá tener presente "la disponibilidad y facilidad probatorio que corresponde a cada una de las partes del litigio".
Respecto de esta cita no debemos olvidar que se trata de un precepto de carácter genérico que evidentemente debe ceder ante una norma especifica pero es más la decisión que se impugna es el resultado esa valoración y apreciación del acervo probatorio, cuestión distinta como hemos declarado es que se discrepe de esa concreta valoración judicial de la prueba. ” :AAP Huelva (Sección 3) 11.10.2011 (Auto 81/2011; Rollo 184/2011)

AP Sevilla

“TERCERO.-Si analizamos los hechos controvertidos, bajo la premisa de las anteriores consideraciones, necesariamente ha de concluirse, como acertadamente razona el Juez a quo, que no queda acreditado por la entidad actora, a quien le corresponde con arreglo a la regla de la carga de la prueba, que efectivamente se haya producido ese sobreseimiento generalizado en el pago, para estimar que concurre ese presupuesto objetivo para que se declare en concurso a la entidad Aguibur, Sociedad Limitada.”: AAP Sevilla (Sección 5) 20.01.2012 (Auto 13/2012; Rollo 8615/2011)

AP Alicante

“La solicitud presentada de declaración de concurso se fundó en el apartado 1º del número 4 del art. 2 de la LC : el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Éste es uno de los "hechos reveladores" previstos en el referido artículo 2 de la Ley Concursal, que tiene una finalidad muy concreta, cual es la de servir de fundamento a la solicitud de concurso necesario y, por tanto, dar lugar a que se provea (art. 15 LC) sobre ella y a que el deudor, a su vista, pueda allanarse u oponerse (art. 18), si bien la oposición, según el apartado segundo de éste último precepto, puede basarse en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la referida solicitud (en el caso que nos ocupa, que no existe un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones de la deudora) o en que, aún existiendo dicho hecho, no se encuentra el deudor

en estado de insolvencia, en cuyo caso, y por prescripción legal, le incumbirá la prueba de su solvencia, que habrá de basarse en la contabilidad que lleve conforme a derecho, si estuviera obligado legalmente a llevarla.
Corresponde, por tanto, al acreedor instante del concurso la carga de la prueba del hecho en que funde la solicitud de declaración del concurso, y al deudor que se opone, la de su solvencia (Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Secc. 8ª, 26 de enero de 2006).
En cualquier caso, y de conformidad con el art. 18.2 LC, la opción del deudor es perfectamente legítima, pues ha basado su oposición no en la inexistencia del hecho aducido de contrario, sino en que no se encuentra en estado de insolvencia.
Desde esta perspectiva, carecen de relevancia los razonamientos que se efectúan en la resolución recurrida sobre el sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones por parte del deudor, en tanto, a la vista de los hechos alegados en la solicitud (deuda con la solicitante, deuda con otros seis acreedores que se identifican en ella; inclusión de la deudora como tal en el registro de la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, ASNEF, así como en el Registro de Aceptaciones Impagadas, RAI), ni un solo argumento se vierte en el escrito de oposición para argumentar a qué se debe la falta de pago de, al menos, los cinco créditos que se refieren en la solicitud (por lo que está de más, como razona la apelante, cualquier tipo de disquisición sobre los móviles subjetivos a que pudiera obedecer esa falta de pago) ni tampoco a qué obedece su inclusión en los dos ficheros mencionados.
De cualquier modo, a mayor abundamiento, para juzgar sobre la concurrencia de este "hecho revelador de la insolvencia" ha de atenderse, primeramente, a qué se entiende por "sobreseimiento general en los pagos", siendo varios los aspectos habitualmente detallados por el Tribunal Supremo (en asuntos de quiebra) y por los órganos judiciales de lo mercantil: respecto del carácter general de la cesación en los pagos, no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual (SSTS de 29 de diciembre de 1927, 18 de octubre de 1985, 7 de octubre de 1989, 10 de marzo de 1990, si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo (STS de 18 de abril de 1929); o total (STS de 4 de julio de 1968); en resumen, tal y como sintetizó la STS de 27 de febrero de 1965, el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo.
En nuestro caso, el instante del concurso ha justificado el sobreseimiento general, de un lado, en la existencia de los créditos detallados en su solicitud, y ya hemos dicho que la deudora ni ha negado su existencia ni ha alegado motivo alguno del impago; y, de otro, en su inclusión en ficheros que revelan impagos, sin que, al igual que con el apartado anterior, se haya ofrecido ni la más mínima explicación del porqué de esa situación.
Recapitulando: estimamos que la parte solicitante ha cumplido con la carga que le incumbía, es decir, la de acreditar la concurrencia del hecho externo que, a tenor de lo alegado en su solicitud, operaba como indicio o manifestación externa de insolvencia con apoyo en el artículo 2.4 de la LC; en concreto, que la deudora había incurrido en un sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones con sus acreedores comerciales y financieros.
Punto de partida, por tanto, para abordar el único motivo de oposición empleado por el deudor ha de ser que éste reconoce, al menos implícitamente, que existe el hecho revelador de la insolvencia denunciado de contrario.": AAP Alicante (Sección 8) 03.02.2011 (Auto 7/2011; Rollo 625/2010)

JM-1 Santander

"Aún cuando dicha regulación *[art. 2.4]* podría ser entendida como que cada uno de los supuestos de hecho a que se refiere constituye una presupuesto objetivo del concurso, una interpretación conjunta del artículo 2, 16 y 18 permiten concluir que la Ley Concursal, coherente con su principio de unidad, opta por la existencia de un presupuesto objetivo único: la insolvencia. Este presupuesto no se encuentra definido aunque sí descrito en el artículo 2, que se refiere a él como la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles. Por otro lado, el artículo 18 de la Ley Concursal permite que el deudor se oponga a la solicitud de concurso alegando la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aún existiendo, no se encuentra en situación de insolvencia, correspondiendo en este caso al deudor la prueba de su solvencia.
Interpretando conjuntamente los preceptos señalados y acudiendo a las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se extrae que le corresponde al solicitante acreditar su condición de titular de un crédito frente al deudor que no haya sido adquirido dentro de los seis meses anteriores a la solicitud por actos inter vivos tras su vencimiento y a título singular. Igualmente, de existir oposición y negarse por el deudor la existencia de los hechos en que fundamenta la solicitud, le corresponde su prueba al solicitante. En cambio, de negarse que pese a la existencia de dichos hechos el deudor se encuentre en situación de insolvencia, le corresponde a éste su prueba. Lo anterior no puede entenderse que cause indefensión o suponga una desprotección de los acreedores puesto que el artículo 2.4 LC recoge unos hechos de los que podrá tener conocimiento el deudor, en algunos casos dependiendo de su naturaleza, puesto que así, claramente algunos hechos vienen referidos al acreedor Hacienda Pública o Tesorería General de la Seguridad Social o a los trabajadores, evitando con ello forzarles a acreditar la situación de insolvencia del deudor que con carácter general desconocerán por no tener datos sobre su situación económico financiera. De ahí que se instaure el sistema anterior que establece unos hechos que vienen a facilitar la solicitud de concurso por parte del acreedor al referirse a datos que puede conocer, correspondiendo al deudor, en su caso, la prueba de su no insolvencia que se configura claramente como presupuesto único tras ese tratamiento procesal de la solicitud de concurso necesario. ":": Auto JM-1 Santander (Cantabria) 23/12/2005 (JUR 2006/41814)

2. La fecha de referencia para la prueba

2.1 Momento que se debe tener en cuenta para valorar la insolvencia o hecho de concurso

“Y un apunte más sobre el momento en el que debe constar la insolvencia, que a la vista del citado art. 18 LC (que frente a la solicitud inicial permite al deudor oponer su solvencia -de forma que si la acredita cuando evacúa su oposición, por más que no concurra en el momento de la solicitud, sería un despropósito declararlo en concurso -), y del art. 2.1. LC -"La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común" -, lleva a algún autor («Comentario de la Ley Concursal», Thomson Civitas,) a concluir en el sentido de que la exigencia del presupuesto objetivo ha de concurrir en el momento de la declaración de concurso, esto es, en el momento en que haya de adoptarse la resolución judicial correspondiente. Extremo que, como se ha dicho, ni si quiera ha sido objeto de cuestión por el recurrente.”: AAP Ciudad Real (Sección 2) 28.05.2010 (Auto 69/2010; Rollo 1/2010)

2.1.1 Deudor insolvente a fecha de solicitud, pero solvente a fecha de oposición

AP Madrid

”Lo cierto es que no precisa la LC si el estado de insolvencia en los casos de oposición del deudor debe ser apreciado al momento en que se solicitó el concurso, lo que se fundaría en las reglas generales del proceso civil sobre el denominado efecto litispendencia -una de cuyas consecuencias es el principio “ut lite pendente nihil innovetur” (artículo 413.1 de la LEC)-, o si, por el contrario, cabría admitir, dada la trascendencia que conlleva la declaración de concurso para el deudor, que se tomase en cuenta el actual, en el que podría haberse superado la insolvencia. Como ya apuntábamos en una resolución precedente (auto de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de febrero de 2009), debe admitirse como solución más lógica, a tenor de la excepción que prevé el propio artículo 413.1 de la LEC en relación con el artículo 18.2 de la LC (que parece referirse al momento presente), que si el deudor acredita que no concurren ya los hechos reveladores de la insolvencia o que ésta ha sido superada debería rechazarse la procedencia de la declaración de concurso (aunque deba valorarse su existencia pretérita para no condenar en costas al acreedor que accionó al amparo de un hecho externo revelador de insolvencia previsto en el artículo 2.4.1º de la LC). La eventual remoción del hecho revelador, en tanto que indicio de insolvencia, o la superación de la situación de insolvencia por actuaciones del deudor posteriores a la solicitud de concurso pueden resultar relevantes para estimar la oposición.”. AAP Madrid (Sección 28) 28.06.2010 (Rollo 348/2009)

AP Barcelona

“2. La apelante se refiere a los hechos nuevos alegados mediante escrito presentado el 8 de junio de 2009 (f. 890-896), fechado el 2 de junio.
En él PROMOTORA SOLMAR, al amparo del art. 286 LEC, alegaba como hechos nuevos que el 29 de mayo de 2009 ha suscrito un nuevo convenio urbanístico con Ayuntamiento de Lloret de Mar, en el que las partes, para hacer viable y desbloquear el proyecto urbanístico objeto del anterior convenio de 28 de octubre de 2005, convienen en que la promotora SOLMAR paga al Ayuntamiento la deuda vencida de 2 millones de euros más sus recargos e intereses, en total 2.245.060 #, desiste de los recursos administrativos y judiciales contra decisiones y actuaciones del Ayuntamiento, y continuará con las obras de construcción de la edificación (obras que estaban paralizadas por decisión del Ayuntamiento). En garantía del pago de las cantidades debidas, 8.800.000 #, SOLMAR se comprometía a constituir una hipoteca unilateral a favor del Ayuntamiento, y éste a cancelar los embargos trabados sobre los inmuebles de SOLMAR una vez pagada aquella suma de 2.245.060 #. El pago de la cantidad de 8 millones de euros se convenía de forma aplazada.
Alegaba también SOLMAR que en ejecución de este acuerdo se han librado los mandamientos cancelatorios de los embargos (documento 2).
Este nuevo convenio -seguía explicando- se ha logrado con el soporte financiador de Caixa Laietana, que en la misma fecha ha formalizado con SOLMAR una escritura de préstamo por la suma de 2.800.000 euros, a 33 años, con garantía hipotecaria sobre una finca previamente hipotecada a dicha entidad (documento 3).
3. El auto apelado tomó en consideración estos hechos nuevos, a los que concedió una relevante significación pues, por virtud de este acuerdo de 29 de mayo de 2009, se alzaron los embargos trabados por el Ayuntamiento sobre la mayor parte de los inmuebles propiedad de la deudora en garantía del pago de la deuda de 2 millones de euros, sus intereses y recargos, posibilitando la continuidad de la actividad empresarial y constructiva de SOLMAR en el marco del convenio urbanístico suscrito con dicho Ayuntamiento en octubre de 2005.
Los hechos nuevos, por tanto, influyeron en la decisión sobre la concurrencia de la situación de insolvencia o de sus hechos reveladores (art. 2.4 LC), que el auto apelado situó en el momento de dictarse la resolución definitiva sobre la declaración de concurso.
La acreedora instante, por el contrario, alega que (a) no debió admitirse la incorporación de tales hechos nuevos porque se produjo cuando los autos estaban conclusos para sentencia, tras la primera vista de 19 de marzo, y en todo caso (b) propone su ineficacia porque que la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso debe ser apreciada al tiempo de la presentación de la solicitud de concurso necesario y no al tiempo de ser dictado el auto que la resuelve.

Sobre la primera cuestión, ya hemos puesto de manifiesto que en la vista celebrada el 19 de marzo de 2009 el procedimiento no quedó concluso para dictar sentencia, ni pudo haber concluido con citación de las partes para sentencia.
Estos hechos nuevos fueron alegados tras la providencia de 11 de mayo de 2009 (f. 868), que acordó unir los despachos recibidos, estar a la espera de recibir los que no se habían cumplimentado y librar nuevos oficios, atendiendo a la solicitud de la propia instante GARAIZAR (mediante escrito presentado el 6 de mayo -f. 836-). Posteriormente, por providencia de 24 de julio es cuando se convoca a la nueva vista.
La introducción de tales hechos nuevos se produjo, por tanto, antes de "comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia", que es el momento preclusivo que fija el art. 286 para su alegación.
6. Por otra parte, el principio de perpetuatio jurisdictionis despliega sus efectos, conforme al art. 411 LEC, en lo que respecta a la jurisdicción y competencia del tribunal, que, dice el precepto, se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia, momento que se hace coincidir con la interposición de la demanda si después es admitida (art. 410 LEC).
Por lo que respecta a los cambios o modificaciones en la relación material o en el objeto del litigio, los efectos de la litispendencia no son absolutos, y el tribunal no está obligado a fallar siempre y en todo caso teniendo en cuenta la situación de hecho existente al tiempo de ser presentada la demanda.
Si bien, conforme al art. 413 LEC, no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda, el precepto exceptúa el caso en que la innovación privare definitivamente e interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa.
Esta disposición, conjugada con el art. 286 LEC, que permite la introducción de hechos nuevos relevantes para la decisión del pleito una vez precluidos los actos de alegación, y adaptada a las especiales características y finalidad del proceso concursal, autoriza a considerar y valorar, hasta el momento preclusivo para su alegación, aquellas modificaciones afectantes o producidas en relación con el patrimonio del deudor que puedan influir en la apreciación del presupuesto objetivo de la declaración del concurso, modificaciones o innovaciones que pueden asimilarse o bien constituyen una manifestación de la pérdida de interés legítimo en la declaración de concurso o de la desaparición sobrevenida del objeto del proceso. En cualquier caso, la posibilidad de alegar hechos nuevos, y su admisión al amparo del art. 286 LEC, relativiza el alcance del mandato del art. 413 LEC, pues, si pueden tomarse en consideración, es posible que en alguna medida supongan una innovación del estado de cosas concurrente al tiempo de la solicitud, y podrá ser atendida por el tribunal a la hora de decidir.
De otro lado, estimamos que, conforme a la finalidad y razón de ser del proceso concursal, el momento relevante en el que debe concurrir el presupuesto objetivo del concurso (la insolvencia) o los hechos externos reveladores de su existencia (art. 2.4 LC), ha de ser el momento límite para alegar hechos nuevos, o en general el momento en el que deba dictarse la resolución judicial a que se refiere el art. 20 LC, porque de lo contrario podría darse el sinsentido que supone la declaración actual de concurso de una persona física o jurídica porque en algún momento pasado incurrió en estado de insolvencia pero que, al tiempo de la decisión judicial, ya no concurre. Es decir, sería declarado el concurso contraviniendo el art. 2.1 LC, que dispone que la declaración procede en caso de insolvencia del deudor común. De ahí que, en atención a los cambios patrimoniales y otras circunstancias relevantes a estos efectos que como hechos nuevos pueden ser alegados al amparo del art. 286 LEC, el auto que decida sobre la declaración deba atender a la situación actual, no a la pretérita, al tiempo de la solicitud, que en este caso se remonta a un año atrás. ": AAP Barcelona (Sección 15) 01.06.2011 (Auto 76/2011; Rollo 520/2010)

JM-2 Madrid

"2.-Que, en todo caso, y, a mayor abundamiento, diremos que los Documento 16 y s.s. del escrito de oposición acreditan que en la actualidad Tenfa, SL se encuentra por completo al corriente en el cumplimiento de la clase de obligaciones previstas en dicho apartado (art. 2-4, 4º LC), habiendo puesto de relieve los dos auditores de la entidad pertenecientes a la firma Ernst & Young, que depusieron en calidad de testigos, que los distintos descubiertos de dicha naturaleza se habían hecho efectivos a lo largo del presente ejercicio 2005. Y tal circunstancia resultaría decisiva a la hora de valorar la concurrencia o la ausencia de méritos para efectuar una declaración de concurso aún cuando los pagos se hubieran efectuado con posterioridad a la solicitud, pues hay que tener en cuenta, en general, que los denominados efectos de la «litispendencia» tienen solamente un alcance relativo y limitado desde el momento en que el art. 413-1 LECiv (supletoriamente aplicable por virtud de la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal) obliga a tomar en consideración el cambio de circunstancias producidas durante la sustanciación de todo proceso cuando, por cualquier causa, esa alteración «... privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido». Principio de especial y pertinente aplicación al supuesto que nos ocupa, pues, atendida la naturaleza y finalidad de la institución concursal, resultaría un completo despropósito jurídico declarar en concurso a una entidad mercantil por el solo hecho de que en el momento de la solicitud concurrieran méritos para ello si con posterioridad -y antes de que sea dictada la resolución correspondiente- tales circunstancias han dejado de existir. Como señala el Prof. Angel Rojo al abordar dicha cuestión, «... la interpretación mejor fundada es aquella que permite la oposición en los singulares casos en que el deudor insolvente en el momento de la solicitud ha devenido solvente en el momento de formular esa oposición...», interpretación que se deduce, a juicio de dicho autor, tanto del propio tenor del art. 18 LC, que autoriza al deudor a fundar su oposición en que no se encuentra en estado de insolvencia precisamente en el momento mismo en que tal oposición es formulada, como del art. 2-1, que exige que el presupuesto objetivo concurra en el momento de la declaración de concurso, esto es, en el momento en

que haya de adoptarse la resolución judicial correspondiente («Comentario de la Ley Concursal», Thomson Civitas, pag. 428). ": "Auto JM-2 Madrid 29.11.2005 (AC 2005/1970)

"La segunda de las precisiones que conviene efectuar es la de que, en general, los denominados efectos de la "litispendencia" tienen solamente un alcance relativo y limitado desde el momento en que el Art. 413-1 L.E.C. (supletoriamente aplicable por virtud de la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal) obliga a tomar en consideración el cambio de circunstancias producidas durante la sustanciación de todo proceso cuando, por cualquier causa, esa alteración "..privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido..". Principio de especial y pertinente aplicación en el ámbito en el que nos encontramos si tenemos en cuenta que, atendida la naturaleza y finalidad de la institución concursal, resultaría un completo despropósito jurídico declarar en concurso a una entidad mercantil por el solo hecho de que en el momento de la solicitud concurrieran méritos para ello si con posterioridad -y antes de que sea dictada la resolución correspondiente- tales circunstancias han dejado de existir. Como señala el Prof. ANGEL ROJO al abordar dicha cuestión, "..la interpretación mejor fundada es aquella que permite la oposición en los singulares casos en que el deudor insolvente en el momento de la solicitud ha devenido solvente en el momento de formular esa oposición..", interpretación que se deduce, a juicio de dicho autor, tanto del propio tenor del Art. 18 L.C., que autoriza al deudor a fundar su oposición en que no se encuentra en estado de insolvencia precisamente en el momento mismo en que tal oposición es formulada, como del Art. 2-1, que exige que el presupuesto objetivo concurra en el momento de la declaración de concurso, esto es, en el momento en que haya de adoptarse la resolución judicial correspondiente ("Comentario de la Ley Concursal", Thomson Civitas, pag. 428). Y se efectúa esta aclaración porque, así como la introducción en el proceso de hechos nuevos que reflejen la desaparición del estado de cosas concurrente en el momento de la solicitud de concurso puede tener lugar en cualquier momento procesal porque constituye una manifestación de la teoría de la desaparición sobrevenida del objeto del proceso (Art. 413 L.E.C.), no puede, en cambio, otorgarse a esa misma pretensión de introducir hechos nuevos, cuando es ejercitada por el solicitante de concurso, un tratamiento simétrico o equiparable desde el momento en que esta última opción, a diferencia de aquella, no persigue aquella finalidad y puede, por el contrario, integrar una recusable hipótesis de cambio de demanda ("mutatio libelli"). De ahí que en el acto de la vista se rechazara la solicitud del letrado de AVALATRANSA de introducir como hecho novedoso la falta de presentación de las cuentas consolidadas del grupo que NOZAR lidera, así como su pretensión de que la información a recabar de determinados registros de morosos se hiciera extensiva a eventuales descubiertos de NOZAR posteriores al 21 de noviembre de 2008, fecha de presentación de la solicitud de concurso, pues, por más que esos hipotéticos descubiertos posteriores pudieran constituir el basamento de una ulterior solicitud, no cabe duda de que su eventual introducción en el acto de la vista hubiera comportado una alteración sustancial de la base fáctica sobre la que se sustentó la pretensión ejercitada, y ello con la consiguiente indefensión para quien a ella se opuso tempestivamente. En suma, pues, el análisis de la concurrencia de los presupuestos para la declaración de concurso habrá de centrarse en aquellos -y solo aquellos- que AVALATRANSA alegó en su solicitud.": AJM-2 Madrid 05.05.2009 (Concurso 567/2008)

2.1.2 Improcedencia de valorar insolvencia o hecgçhos de concurso posteriores a la solicitud

AP Madrid

"SEGUNDO.- Expuestos ordenadamente en el escrito de interposición del recurso los distintos descubiertos en los que habría incurrido la entidad FRANCISCO MUÑOZ S.L. y que, en el sentir de la solicitante/apelante, serían capaces de configurar una hipótesis de sobreseimiento general, se hace preciso, antes de entrar en el examen detallado de cada uno de ellos, abordar una cuestión que ha planteado la parte apelada en su escrito de oposición al recurso (pags. 7 y 8) y que tiene que ver con el grado de tempestividad con el que BELLIDO S.A. ha ido introduciendo en el proceso los hechos tendentes a corroborar aquella hipótesis. Si examinamos los hechos indicativos de sobreseimiento alegados por dicha entidad, observamos que el problema respecto de la mayor parte de ellos no reside en que se trate de hechos ausentes de la solicitud pero temporalmente anteriores a esta, en cuyo caso el único reproche del que serían susceptibles sería el de haber sido extemporáneamente invocados. Por el contrario, el problema estriba en esos hechos son hechos introducidos en el proceso con posterioridad a la solicitud pero porque resultaba imposible introducirlos antes, esto es, porque se trataba de hechos acaecidos después de la solicitud y antes de la vista, circunstancia que nos obliga a plantearnos cuál es la vigencia del principio general de la litispendencia dentro del proceso concursal, y, en particular, dentro del cauce procesal especialmente diseñado para sustanciar una solicitud de concurso necesario (Arts. 15, 18, 19 y 20 de la Ley Concursal).
Establece la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal lo siguiente: "En lo no previsto en esta Ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil...En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso". Ese carácter supletorio atribuido no solo a las normas contenidas en la L.E.C. sino también a los principios que de ellas se desprenden obliga a considerar aplicable al tipo de proceso que ahora nos ocupa el principio general enunciado por el Art. 413-1 L.E.C. cuando establece que "No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda.", precepto que no ha venido sino a positivizar el tradicional principio "ut pendente lite nihil innovetur" (recogido, entre otras muchas, en las S.T.S. de 29-11-66, 25-6-77, 26-3-79, 20-3-82 y 25-2-83) y con arreglo al cual, para determinar la prosperabilidad de la pretensión contenida en una demanda, hemos de atender a la situación de hecho que existe en el momento

en que se presenta, de acuerdo con los efectos materiales y procesales que produce su admisión, y no a un instante posterior como pueda ser aquel en que determinados acontecimientos acaecidos durante la sustanciación del proceso hayan podido alterar el estado de cosas que le sirvió de sustrato al escrito rector. De hecho, ni en los referidos preceptos (Arts. 15, 18, 19 y 20) ni en ninguna otra norma a lo largo del articulado de la Ley Concursal se contiene temperamento alguno del que pudiera desprenderse que en el proceso concursal dicho principio carezca de vigencia o que posea una vigencia o un alcance limitados. Por otra parte, la única particularidad concurrente en los procesos regulados en la Ley Concursal -encontrarse insertos dentro de un proceso universal que persigue la tutela de los intereses de una pluralidad de acreedores- constituiría una característica insuficiente para justificar una merma o limitación, con perjuicio para el derecho de defensa, de principios garantistas de carácter general como lo es el concreto efecto de litispendencia que contempla el ya aludido Art. 413 L.E.C. Y en particular, cuando -como sucede en el casose invoca el sobreseimiento general como hecho de concurso, la negación de tal estado de cosas no solo representa la negación de datos que -de ser verídicos- podrían conducir a la declaración de concurso, sino que supone la negación del fundamento mismo -la existencia de una pluralidad de acreedores insatisfechoseventualmente capaz de justificar una cierta derogación de tales principios, con lo quedaría de ese modo cerrado y sin posibilidad de salida el círculo argumental de quien tal cosa propugnase. En otras palabras, ninguna razón es capaz de justificar una cierta merma de las garantías con las que debe contar aquel que, al negar el sobreseimiento, niega también que exista el sujeto colectivo que teóricamente debiera justificar esa misma merma. Por lo demás, así parece haberlo entendido el legislador cuando, como hemos indicado, ninguna acotación ha efectuado al respecto al regular los procesos concursales.

Ello no significa que los hechos acaecidos durante la sustanciación del proceso carezcan de relevancia. Pueden ser relevantes siempre y cuando no se trate de hechos fundamentadores de la pretensión ejercitada en la demanda sino de hechos dotados de cierta capacidad de confirmar, en un análisis "ex post", la realidad misma de los hechos fundamentadores oportunamente alegados o de ayudar a interpretar su sentido o su exacto alcance. En el caso que nos ocupa, fundándose la solicitud de concurso en un concepto -el sobreseimiento general- que ha de ser dotado de contenido mediante datos relativos a conductas de impago concretas y perfectamente localizables en el tiempo, el hecho de que acaezcan durante la sustanciación del proceso una multiplicidad de esas conductas nunca constituiría circunstancia reveladora de que con anterioridad a su inicio también tuvieron lugar conductas de esa misma naturaleza si de la prueba practicada resulta que ello no fue así o que las conductas previas a la solicitud fueron numéricamente escasas y/o de escasa entidad económica y, por lo tanto, poco significativas en orden a fundar un juicio de sobreseimiento.

En otras palabras, estando integrado el concepto de sobreseimiento por una sucesión significativa de acontecimientos naturales, aunque jurídicamente relevantes, el eventual sobreseimiento que pudiera surgir durante el proceso no solo no probaría sino que ni siquiera constituiría mero indicio de un sobreseimiento previo. A lo sumo -y siempre que la distancia temporal no resultase excesiva- podría constituir un indicio de que la presunta concursada se encontraba, en la época inmediatamente anterior a la solicitud de concurso, en una situación de insolvencia inminente, dato que por sí mismo resultaría insuficiente para justificar la declaración de concurso. En efecto, a diferencia de lo que sucedía con el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en el que se propugnaba un criterio de "numerus apertus" a partir del cual hubiera resultado admisible que el acreedor fundase su solicitud en cualquier dato, contemplado o no legalmente, indiciariamente revelador de insolvencia, sin embargo en el texto definitivo de la Ley Concursal el legislador optó por eludir el notable grado de inseguridad jurídica a que dicho método pudiera conducir adoptando un sistema de "numerus clausus" donde la legitimación del acreedor para la solicitud de concurso necesario no puede sostenerse sobre la noción más o menos difusa de la insolvencia (válida solo para la solicitud del deudor en el concurso voluntario) sino que ha de cimentarse excluyentemente en la concurrencia de un numero determinado de hipótesis legalmente tipificadas (los denominados "hechos de concurso" o "hechos reveladores") que, aunque ordinariamente denotativas de una situación de incapacidad patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, no han de identificarse necesariamente con ella. Interpretación la apuntada que es sostenida por la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema. Así, ANGEL ROJO ("Comentario de la Ley Concursal", Thomson Civitas, pags. 180 y 426), para quien en los supuestos de concurso necesario "..se exige no solo que exista insolvencia, sino que se trate de una insolvencia cualificada, es decir, que la situación de insolvencia actual se tiene que haber manifestado a través de alguno de los hechos externos que taxativamente enumera la ley..", abundando dicho autor en la ineludible carga que pesa sobre el solicitante de acreditar la realidad del hecho revelador que específicamente invoque cuando -como en el caso- la concurrencia del mismo sea negada por el presunto concursado haciendo uso de la primera de las fórmulas de oposición contempladas por el Art. 18 L.C.. Opinión que comparte BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO ("Comentarios a la Ley Concursal", Tomo I, pág. 39, Ed. TECNOS). A idéntica conclusión llega también SANCHEZ-CALERO GUILARTE ("Comentarios a la Legislación Concursal", Tomo I pag.123, Ed. LEX NOVA), quien aduce como fundamento de la solución que finalmente ha prevalecido en el texto definitivo la necesidad de armonizar el reconocimiento a los acreedores de un ámbito de legitimación amplio para solicitar el concurso de sus deudores con la conveniencia de conjurar "..los riesgos que un ejercicio abusivo de tal facultad puede comportar..", especialmente a la luz de la experiencia acumulada en la práctica forense desarrollada al amparo de la legislación concursal precedente. En el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA entiende que la sistemática del Art. 2-4 para el concurso necesario responde a un criterio de "numerus clausus" ("Comentarios a la Ley Concursal ", coordinada por PULGAR EZQUERRA y ALONSO UREBA entre otros, pag. 118). Igualmente, comentando los presupuestos del concurso necesario, FERNANDEZ-BALLESTEROS indica : "..dice el Art. 2.1 que la causa del concurso es la insolvencia; pero lo que en realidad debe analizar el Juez de lo Mercantil para abrir o denegar la apertura del concurso es la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en el número 4 del Art. 2 que, aunque la

evoquen, no son ellos mismos insolvencia.." ("Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso"; Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., XVIII 2003, pag. 63).
Por lo demás, al margen de lo ya expuesto, existen otras razones que abonan la tesis mayoritaria del "numerus clausus". Así : 1.- Con carácter general, un argumento de cierta entidad en apoyo de la expresada exégesis lo constituye el Art. 18 de la Ley Concursal que, si bien admite que el deudor demuestre su solvencia a pesar de la constatación plena de alguno de los "hechos reveladores" invocados por el acreedor (los del Art. 2-4), no contempla, en cambio, la hipótesis inversa, es decir, no atribuye efecto alguno al hecho de que el acreedor instante del concurso necesario pruebe la insolvencia de su deudor cuando la concurrencia del hecho revelador invocado se encuentre huérfana de prueba. 2.- Es la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal la que nos indica de manera elocuente que "..Los legitimados para solicitar el concurso del deudor...han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley : desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados.....Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud..".
Por lo tanto, con independencia de lo discutible que resulta el análisis económico acometido por el economista Don Modesto (informe obrante a los folios 1882 y ss.) cuando, para alcanzar sus conclusiones sobre la situación económica de FRANCISCO MUÑOZ S.L., invoca la actual coyuntura económica y excluye en base a ella del activo circulante a las existencias, lo cierto es que ni la eventual insolvencia inminente de dicha mercantil sería capaz, por sí misma, de conducir a la declaración de concurso, ni la hipotética caracterización de los hechos posteriores a la solicitud como constituyentes de una situación de sobreseimiento sería susceptible de evidenciar un sobreseimiento pretérito. Todo ello, naturalmente, sin que ello suponga prejuzgar las probabilidades de éxito con las que pudiera contar una solicitud posterior que se fundamentase, precisamente, en esos hechos novedosos. ": AAP Madrid (Sección 15) 20.02.2012 (Auto 28/2012; Rollo 181/2011)

"La recurrente, GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES SA, aunque no discute que procediese su declaración en concurso cuando el juez la efectuó, entiende que la solicitud inicial, la de MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL, debió ser desestimada y acogida, en cambio, la ulterior de EXCAVACIONES FGM, con la que ella se conformó. Discrepa de la referencia temporal que para valorar la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso ha sido tomada en cuenta por el juzgado para fundar su resolución; critica, asimismo, la inexistencia de sobreseimiento general al tiempo de presentarse la primera solicitud, aduciendo que sólo habría mediado entonces mero retraso en el pago a algunos proveedores; y niega, por último, que cuando MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL solicitó el concurso necesario la apelante se encontrase en situación de insolvencia.
SEGUNDO.- Es una premisa del derecho a recurrir, que debe además examinar de oficio este tribunal, la constatación de la existencia de gravamen para la parte que pretende interponer recurso (artículo 448.1 y 461.1 de la LEC), es decir, que se cuestione una resolución en cuanto afecte desfavorablemente a la parte recurrente, lo que debe traducirse en pronunciamientos de la misma adversos para ella. No bastaría el desacuerdo con alguna de las razones aducidas por el juzgador a lo largo de su resolución, sino que resultaría imprescindible que además el pronunciamiento final de la misma resultase desfavorable para una parte para que fuese admisible un recurso por parte de ésta (pues se pueden recurrir pronunciamientos concretos, no exclusivamente la fundamentación de los mismos si aquéllos no resultaron adversos).
El artículo 20.2 de la Ley 22/2003 Concursal (en adelante, LC) prevé, en el ámbito de la regulación del concurso necesario, que cabe la interposición de recurso de apelación "contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso". Ahora bien, teniendo en cuenta las premisas anteriormente expuestas se pregunta este tribunal cuál sería el gravamen que verdaderamente ocasionaría a la apelante el auto de declaración en concurso, cuando no es objeto de discusión lo procedente de la decisión declarativa en tal estado. Somos conscientes de que lo que le lleva a la recurrente a plantar su recurso es que entiende que la solicitud que debería haber producido tal efecto es la proveniente de la segunda de las planteadas por uno de sus acreedores y no la primera de ellas. Lo que ocurre es que los efectos para la concursada serían en el presente caso sustancialmente los mismos de estimarse una u otra solicitud, es decir, en ambos casos conllevaría igualmente su declaración en concurso, siendo ésta la referencia, y no la de la mera solicitud, la que con carácter general va a tomarse en cuenta en adelante en el proceso concursal, pues los efectos del concurso no se producen sino, precisamente, con su declaración (artículos 40, 49, 61, 62, 71 y 76 de la LC).
Advertimos con claridad los posibles efectos desfavorables para el segundo de los acreedores implicados en la solicitud, pues es cierto que estarían en juego el privilegio del instante - artículo 91.6º de la LC - y el tratamiento correspondiente al crédito, al que luego se aludirá, por costas - artículo 20.1 de la LC -del incidente de oposición. Sin embargo, no ha sido ese segundo acreedor el que ha interpuesto recurso, sino la concursada, que no discute su declaración en concurso, por lo que la actuación de ésta puede suscitar polémica jurídica.
Vamos a reconocer, no obstante, precisamente porque entendemos que en caso de duda deberá prevalecer una interpretación que favorezca el derecho al recurso (como integrante, aunque modulado por el legislador y en los términos configurados por éste, del derecho a la tutela judicial efectiva - artículo 24.1 CE), que la apelación de la concursada fue bien admitida a trámite porque existe un posible efecto indirecto, pero gravoso para ella, derivado de la estimación de la solicitud inicial de concurso, cual es que se pudiera entender que habría quedado petrificado, de algún modo, con efectos reflejos en la sección concursal de calificación, en la que es susceptible de analizarse, entre otras cosas, la tardanza en acudir al concurso (artículo 5 de la LC en

relación con el nº 1 del artículo 165 de la LC), que existía motivo suficiente para haberlo instado en la fecha de la primera de las solicitudes, en lugar de en la segunda, que a diferencia de la anterior fue ya muy próxima a la que también de modo voluntario presentó luego la propia deudora. Esa referencia cronológica podría resultar perjudicial para la apelante y su corrección podría prevenir que en el futuro se planteasen pretensiones que partiesen de hitos que lejos de encauzar el iter concursal pudieran resultar incluso perturbadores, lo que nos proporciona apoyo suficiente para poder justificar como admisible la presente apelación.
TERCERO.- Consideramos que le asiste la razón a la apelante cuando denuncia la incorrección con que se ha obrado en la resolución apelada al fijar como dato cronológico a analizar por el juez del concurso, tanto para la constatación del hecho revelador del estado de insolvencia como para probar la existencia misma de éste, el de la fecha de la propia resolución dictada tras la celebración de la vista de oposición.
Conforme a las reglas generales del proceso civil (ya que la LEC 1/2000 es de aplicación supletoria al proceso concursal - disposición final quinta de la LC) no hay que perder de vista el denominado efecto litispendencia (artículo 410 de la LEC), una de cuyas consecuencias concretas es el principio "ut lite pendente nihil innovetur" (artículo 413 de la LEC), conforme al cual la referencia obligada en el proceso civil para el enjuiciamiento de situaciones litigiosas lo es cual fuese su situación al tiempo de interposición de la demanda (con independencia de que luego cambie, salvo, excepcionalmente, para apreciar la carencia sobrevenida de objeto del proceso o la pérdida de interés legítimo en el mismo). La traslación de esa regla al ámbito concursal significa que el estado de insolvencia debería ser apreciado al momento en el que se presentó la solicitud de concurso y esa debería ser la referencia correcta, incluso en los casos en los que mediase significativa dilación entre la solicitud y el momento de la declaración, como puede ocurrir en los concursos de carácter necesario, en los que se consume un cierto tiempo, como consecuencia de la tramitación de una fase procesal de contradicción y de una eventual oposición del deudor que debe ventilarse con todas las garantías procesales.
Ese es el momento de referencia tanto para comprobar las manifestaciones externas del estado de insolvencia previstas en el artículo 2.4 de la LEC, que son las que puede alegar la parte solicitante del concurso, como para el análisis de la realidad o no de la situación de insolvencia, que pudiera, por su parte, justificar el deudor.
Diferente de ello es que la parte demandada, como también lo permite de modo excepcional el citado artículo 413 de la LEC, pudiera oponer la concurrencia de alguna causa que conllevase la privación de interés legítimo en la pretensión inicialmente deducida, como, por ejemplo, que, con posterioridad a la solicitud de concurso necesario, se hubiese conseguido solucionar la situación de crisis y lo que fue un pretérito estado de insolvencia hubiese dejado de serlo. Como ya hemos apuntado en resoluciones precedentes (en sendos autos de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fechas 13 de febrero de 2009 y 28 de junio de 2010), debe admitirse como solución más lógica, a tenor de la excepción que prevé el propio artículo 413.1 de la LEC en relación con el artículo 18.2 de la LC (que parece referirse al momento presente), que si el deudor acredita que no concurren ya los hechos reveladores de la insolvencia o que ésta ha sido superada debería rechazarse la procedencia de la declaración de concurso (aunque deba valorarse su existencia pretérita para no condenar en costas al acreedor que accionó al amparo de un hecho externo revelador de insolvencia previsto en el artículo 2.4 de la LC). En cualquier caso, superada la insolvencia no tendría sentido económico la declaración de concurso, pues habría devenido, de forma sobrevenida, una carencia de causa para ello, lo que permitiría eludir aquélla.
CUARTO.- Cabe, eso es cierto, la posibilidad de que el solicitante pudiera alegar la concurrencia de acontecimientos nuevos o de nueva noticia que integrasen los supuestos de hecho previstos en la norma como reveladores de la insolvencia, siempre que encajasen en la categoría de los que hubiesen sido alegados en tiempo y forma en la propia solicitud. Si, como explicó este tribunal en el auto de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de junio de 2010, se tratase de impagos anteriores a la solicitud, que hubiesen podido ser conocidos por el solicitante con posterioridad, o de ulteriores que revelarían que la situación de sobreseimiento, que ya había sido suficientemente explicitada y justificada en la solicitud, no habría sido superada, el solicitante debería poder alegarlo durante la vista, al amparo del artículo 286.1 de la LEC (que es de aplicación supletoria al proceso concursal - disposición final quinta de la LC). Ahora bien, lo que no debe convertirse dicho trámite es en un medio para introducir en el debate, con vulneración del principio de preclusión en las alegaciones (artículo 400.1 de la LEC) y de la buena fe exigible a los intervinientes en el proceso (artículo 247.1 de la LEC en relación con los artículos 11 de la LOPJ y 7.1 del C. Civil), material fáctico que pueda estimarse que, sin excusa, ya debería haber figurado antes en él, ni mucho menos en un instrumento para dar entrada a la alegación de categorías de hechos reveladores de la insolvencia que no hubiesen sido tempestivamente aducidos en la solicitud de concurso necesario.": AAP Madrid (Sección 28) 27.04.2012 (Auto 68/2012; Rollo 318/2011)

JM-5 Barcelona

"TERCERO.- Fijación del momento de análisis de los hechos.
Otra cuestión discutida y relevante versa sobre cuál es el momento que se debe tomar en cuenta para examinar si en él concurren o no los hechos reveladores de la insolvencia, el de la presentación de la solicitud de concurso necesario, o aquel en que se dicta la resolución resolviendo la oposición del art. 19 LC.
El art. 2.4 LC impone al acreedor solicitante del concurso necesario de su deudor la invocación de ciertos hechos reveladores del presupuesto objetivo de la declaración de concurso, la insolvencia. Es evidente que tal alegación habrá de recaer en elementos fácticos de la realidad, descritos y circunstanciados en la alegaciones del solicitante, susceptibles de ser subsumidos en los supuestos genéricos de la norma del art. 2.4 LC. Frente a ello, el deudor que formula oposición, art. 18.2 LC, puede defenderse sosteniendo la inexistencia, en la realidad fáctica, de los hechos invocados, o, en segundo término, que pese a concurrir el hecho, no revela la

insolvencia. Por tanto, deducida la oposición a la solicitud de concurso necesario, se abre entre las partes un trámite controversial, el cual se referencia a unos hechos concretos, los alegados puntualmente por el acreedor solicitante, lo que permite fijar el objeto del debate procesal, ejercer por el deudor su derecho de defensa, frente a esos concretos hechos, y determinar la admisibilidad de la prueba. Esa concreción de los hechos sólo puede obtenerse si se referencian a un momento temporal determinado y concreto, de modo análogo a lo que ocurren en los procesos declarativos ordinarios, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 411 y 413 LEC, dada la identidad de razón entre los supuestos.
Por otra parte, valorar por el juez la posible evolución de los acontecimientos y de la situación económica que se produce entre la solicitud de concurso necesario y la resolución de su oposición, implicaría reconocer una potestad ex oficium para declarar la existencia del presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia, más allá de los hechos concretos, determinados temporalmente, alegados por la parte solicitante, potestad que le está vedada, ya que no cabe la declaración de concurso de oficio, arts. 3.1 y 19.3 LC.
Por tanto, se ha de fijar como momento relevante para el examen de la concurrencia de los requisitos para la declaración de concurso, el de la fecha de la presentación de la solicitud. ":AJM-5 Barcelona 25.06.2008 (Concurso 205/2008)

2.1.3 Prueba de la solvencia por el deudor. Debe probarse la solvencia financiera actual

"TERCERO.- Aeroteam S.L. arguye que es solvente.
La insolvencia de la que habla el art. 2.2 LECO, como presupuesto objetivo del concurso, no se encuentra conceptualmente precisada, si bien equivale a la insolvencia financiera, que no patrimonial. En cualquier caso, ocurre que el deudor puede demostrar su solvencia a través de su contabilidad, con sus cuentas anuales y con estados contables intermedios, y sobre lo que depuso por el auditor, Javier González Jiménez.
La deudora pretende llevar el concepto de insolvencia a la insolvencia patrimonial plena, esto es, que la totalidad de obligaciones existentes no puedan ser cubiertas con el valor de realización de todos sus activos, y sin contar con los gastos de realización, ni con los derivados de la paralización de la empresa para realizarlos todos los bienes y derechos, ni con la depreciación y obsolescencia en caso de dicha paralización.
Pero si la insolvencia es impotencia para cumplir obligaciones exigibles en un momento dado, debe entenderse que en ese momento los recursos existentes más los flujos de fondos esperados a corto plazo, no sean capaces de atender a las obligaciones vencidas y a las que se prevé vencerán en ese mismo corto plazo. Si el insolvente ahora, más adelante podría ser solvente, no por ello se prueba la solvencia actual, que es la carga del deudor ex art. 18.2 LECO.
Interrogado el auditor Julio González por el Juzgador, confesó que la caja es prácticamente insignificante, y que el recurso a la financiación encuentra el problema de las deudas ejecutivas respecto de varias entidades bancarias. El asunto de los fondos propios no caracteriza la insolvencia como presupuesto objetivo.
Por otro lado, el balance de situación provisional presentado con la oposición al 30 de marzo de 2007 propone un capital de 360.444,00 euros, fruto de una ampliación con prima de emisión, que se ha acordado en Junta general posterior a la solicitud de declaración de concurso, y parte de un dato que la misma compañía deudora supone no culminará exitosamente -bien que por esta solicitud concursal torticera, en su opinión, pero que en la consideración económica es igual, como se repite-, dado que la Sociedad de Capital Riesgo participada por la Diputación Foral de Bizkaia, Seed Capital S.A., no parece colaborará en un proyecto sospechoso de acabar en concurso de acreedores.
En cualquier caso es superior, incluso en dicho balance, el pasivo a corto plazo respecto del activo circulante, y sin saberse de la viabilidad de cobro de la más gresa cuenta de clientes, y sin que pudamos valorar los activos conforme al "valor razonable" de la NIC 16, sin incluir meras expectativas de adquisición.
Por consiguiente, demostrado el sobreseimiento, existe insolvencia financiera, sin que se puedan pagar regularmente las obligaciones exigibles de la compañía, y tampoco se demuestra la solvencia contable, siendo irrelevante que, en base a un balance de situación ficticio, no aparezca, con inyección de capital externo, una insolvencia patrimonial, por lo que procede declarar el concurso necesario.": Auto JM-2 Bilbao 28.05.2007 (Concurso 70/2007)

3. La prueba de su solvencia por el deudor

3.1 Prueba a partir de la contabilidad oficial, no de la "B"

"Respecto a la posibilidad de que el deudor que no niega la concurrencia del hecho en que se funda la solicitud de concurso pero alega su solvencia, si el mismo está obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, se entendió que la contabilidad que ha de aportar para probar tal solvencia habrá de ser "la que llevara conforme a derecho" (art. 18.2.I "in fine") y no la contabilidad "B", pues no puede olvidarse que esta ley, como otras muchas del moderno Derecho mercantil, tiene, entre otras finalidades, la propedéutica de incentivar el cumplimiento de las obligaciones legales contables por parte de los comerciantes. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

3.2 Solvencia probada

“SÉPTIMO Como simple reflexión «ex abundantia» y, manejando a efectos meramente dialécticos la hipótesis -no concurrente- de que la solicitante hubiera logrado probar el «sobreseimiento general» (o que tal circunstancia hubiera sido admitida por Tenfa, SL), es lo cierto que, basándose en el único medio de prueba que el art. 18-2 LC le admite, la presunta concursada ha aportado aquellos particulares de su contabilidad e informe de auditoría que, en todo caso, permitirían considerar acreditada su solvencia. En efecto, de dicha documentación, convenientemente aclarada en el acto de la vista por parte de los dos miembros de la entidad auditora Ernst & Young que depusieron en calidad de testigos (Sres. Jose Pablo y Jesús Ángel), se deduce lo siguiente: las cuentas de Tenfa, SL correspondientes al ejercicio 2004, convenientemente auditadas por la aludida firma, arrojaron unos beneficios al cierre de 2.341.349,59 €, disponiendo de un «fondo de maniobra» (definido como la diferencia entre el activo circulante y el pasivo circulante) de 12.400.000 €, lo que, a juicio de dichos expertos, permite a la entidad atender al cumplimiento regular de sus obligaciones exigibles. Por lo demás, indicaron también que del «Informe interino» elaborado a fecha 30 de septiembre de 2005, y, sin perjuicio de lo que resulte en definitiva de la auditoría de las cuentas al cierre de la anualidad, la situación descrita está mejorado significativamente a lo largo del presente ejercicio económico: se vende más y mejor (se da cuenta de una facturación a esa fecha de 18.000.000 €), se ha incrementado la tesorería y el fondo de maniobra, se ha reducido su pasivo etc., de todo lo cual infieren que no existiría el menor problema al día de la fecha para asumir el pago del pasivo exigible a corto plazo. ”: Auto JM-2 Madrid 29.11.2005 (AC 2005/1970)

3.3 Contabilidad defectuosa carente de virtualidad probatoria

“CUARTO.- En relación a la valoración de la contabilidad de "Alcopalma, SL" efectuada por la resolución recurrida, debe recordarse que, como se deriva del artículo 2.2 de la Ley Concursal, se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y que conforme al artículo 18 de la misma Ley no es el acreedor quien debe acreditar la insolvencia del deudor, sino sólo la concurrencia de alguno de los hechos externos que permiten presumir la misma; mientras que debe ser el deudor opuesto a la solicitud de concurso quien pruebe su solvencia. Prueba que, en el caso de deudores obligados legalmente a la llevanza de la contabilidad, habrá de basarse en la que llevaren conforme a derecho (artículo 18.2). Pues bien, de la contabilidad aportada por la deudora no puede considerarse acreditada su solvencia, puesto que en dicha documentación se aprecian una serie de errores y omisiones que impiden sustentar lo que pretende la recurrente. En primer lugar, las cuentas de los ejercicios 2003 a 2006, en algunos casos no constan aprobadas por la junta general de la sociedad y respecto de ninguna de tales anualidades aparecen depositadas en el Registro Mercantil, por lo que se ha producido el denominado cierre registral, lo que ya de por sí constituye incumplimiento de la carga probatoria impuesta en el citado artículo 18.2 de la Ley Concursal, por cuanto ni siquiera puede hablarse de contabilidad llevada conforme a derecho. Además, en lo que respecta a la documentación presentada por la deudora, no se aportan los justificantes o documentos que sirven de soporte a los estados financieros presentados; no existe correlación entre la cuenta de pérdidas y ganancias y el balance de situación, ya que la primera arroja unas pérdidas de 15.873,41 euros, mientras que el segundo presenta un beneficio de 68.997,05 euros; no se contabiliza como crédito pendiente de abono, a efectos de acreditar la posibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones, el importe del impuesto sobre el valor añadido soportado y repercutido no liquidado ante la Agencia Tributaria; y se consideran partidas pendientes de aplicación lo que no son sino saldos deudores de dudoso cobro, o gastos o partidas diferentes. Por si todo ello fuera poco, en los movimientos contables correspondientes a los ejercicios 2003 a 2006 se aprecian errores y descuadres que hacen imposible tomar en consideración dichos documentos para justificar la solvencia de la empresa, ya que existen diferencias no localizadas entre los conceptos contabilizados y el resultante de las sumas y saldos que superan en conjunto un millón trescientos mil euros. Así mismo, se mantiene durante todo el año 2006 un ingreso en caja de 20.000 euros, cuando la cuenta bancaria de la entidad está en descubierto. Y para otorgar mayor falta de fiabilidad a la documentación en que la parte recurrente pretende basar su solvencia, resulta que los asientos de apertura no coinciden con los asientos de cierre del ejercicio anterior, que por ello los asientos de apertura están descuadrados, que no coinciden los mayores contables con los balances de sumas y saldos legalizados y que en libro diario faltan los asientos de regularización y cierre de los ejercicios 2003 a 2006. Omisiones, imprecisiones, descuadres y errores que no pueden ser suplidos con un informe contable cuya autoría se desconoce, ya que únicamente figura una rúbrica, y que en todo caso carece de los requisitos mínimos para ser considerado prueba pericial en los términos de los artículos 335 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. “:Auto AP Córdoba (sección 3) 20.12.2007 (auto 106/2007; AC 2008/341)

3.4 Solvencia no probada

AP Alicante

“SEGUNDO.-Como hemos dicho, el motivo de oposición es la solvencia de la sociedad deudora.
Es a MARSADI, SA, en tanto oponente, a la que le corresponde (art. 217 LEC) desvirtuar la apariencia de insolvencia que se deducía del sobreseimiento generalizado en el pago corriente de sus obligaciones, teniendo en cuenta, además, la accesibilidad y facilidad probatoria que para ello ha tenido (artículo 217 núm. 7).
Lleva razón la apelante en que, por imperativo del art. 18.2, la prueba de la solvencia necesariamente ha de fundarse en la contabilidad que, conforme a derecho, lleve la deudora. En el caso que nos ocupa, el dato objetivo es que, a la fecha de presentación de la solicitud de declaración de concurso, las cuentas anuales del año 2008 no se habían presentado (se adujeron motivos imputables al órgano de administración por parte de la

deudora) y que, habiendo sido requerida para su aportación, sólo en el acto de la vista se aportó la justificación de su presentación telemática.
Ahora bien, para probar su solvencia la deudora presentó (documento número 42 de su escrito de oposición) un informe de la situación financiera de MARSADI, SA, que se dice elaborado sobre el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias facilitado por los administradores a fecha 31 de diciembre del 2009.
Pues bien, incluso tomando como elemento probatorio este informe, no considera este tribunal que la deudora haya justificado su solvencia.
El concepto de insolvencia es legal: el art. 2.2 LC dice que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.
En el informe al que hemos hecho referencia se afirma que la sociedad tiene suficiente liquidez para hacer frente a sus más de diez millones de euros de deudas a corto plazo porque cuenta con más de veintinueve millones de activo corriente. Ahora bien, si se analiza este activo, se comprueba como más de veintisiete millones de euros lo son de existencias (la deudora es una importante empresa constructora), casi un millón y medio en deudores a corto plazo, dos mil trescientos euros en inversiones financieras temporales y poco más de ciento cincuenta y tres mil euros en tesorería. Con este detalle, claro parece que, ciertamente, el deudor se encuentra en una situación en que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.
De un lado, la imposibilidad de cumplimiento regular resulta del impago de los créditos a que anteriormente se ha hecho referencia, y respecto de los que no se ha alegado inexigibilidad de ningún tipo.
De otro lado, que la sociedad pueda tener un patrimonio elevado, libre de cargas, con el que hacer frente, si se ejercitaran acciones civiles, a las deudas que tiene no es óbice que impida considerar si, en la situación real financiera en que se encuentra, está en disposición o no de cumplir con sus obligaciones exigibles.
Pues bien, a la vista del elevado montante de la deuda de la sociedad (más de diez millones de euros), y de los elementos con que ésta dispone para hacer frente a las mismas, valorando con suma cautela los más de veinticinco millones de euros en existencias (que pueden ser reveladores de una situación patrimonial firme, lo cual no implica, necesariamente, la posibilidad de atender los pagos en el momento de su exigibilidad), así como del hecho no negado de que existen varios créditos sin atender (de cuantía que supera, ampliamente, los ciento cincuenta mil euros de caja) no solo no compartimos una de las conclusiones del informe aportado por la deudora (que refiere, en cuanto a la ratio de endeudamiento, que se encuentra la empresa en una situación financiera arriesgada, aún cuando dicha situación se encuentre "consentida y apoyada" por entidades financieras), es que, yendo más allá, estimamos que no se ha probado adecuadamente la situación de solvencia de MARSADI, SA, por lo que estimaremos el recurso, con los pronunciamientos a ello inherentes.
En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación y acordar la procedencia de la declaración de concurso, que conforme al art. 22.1 LC tendrá la consideración de necesario. No obstante, deberá ser el Juzgado mercantil el que proceda a completar el resto de los pronunciamientos del art. 21 LC, por razones de orden práctico. ": AAP Alicante (Sección 8) 03.02.2011 (Auto 7/2011; Rollo 625/2010)

AP Barcelona

"II. Se extiende la deudora apelante en su recurso en que no se da la situación de insolvencia obligacionista o funcional requerida por la Ley, que se aparta a estos efectos de la concepción patrimonialista de la insolvencia; que no concurre el sobre-seimiento generalizado en los pagos, sino un incumplimiento puntual y concreto, referido a la deuda por pensiones vitalicias que se mantiene frente a la familia M.C.; que no existe una pluralidad de acreedores, y que las instantes han paralizado volun-tariamente las ejecuciones singulares.
III. El presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor común (lo que presupone la existencia de una pluralidad de acreedores), y ese estado concurre, dice el art. 2.2 LC, cuando el deudor "*no puede cumplir regularmente sus obl-gaciones exigibles*", entendiéndose por tanto la expresión "estado de insolvencia" en un sentido flexible, que se identifica con la situación de incapacidad actual (en el caso de concurso necesario) para el cumplimiento regular de las obligaciones, aunque la imposibilidad se deba a una situación de iliquidez pero con activo supe-rior al pasivo exigible. Es cierto que lo relevante a estos efectos no es la situación de desbalance patrimonial o de desequilibrio entre activo y pasivo (lo que no impide que pueda considerarse esta situación como dato a valorar, incluso significado, en cierto contexto), sino la incapacidad de atender de forma regular las obligaciones exigibles, de modo que la insolvencia que contempla la Ley Concursal puede venir determinada por falta de liquidez o de financiación que coloque al deudor en esa situación, pese a que cuente con un patrimonio neto contable expresado con signo positivo.
Para facilitar la declaración de concurso necesario, en este caso a instancia de un acreedor, y en concreto la acreditación de la insolvencia, el art. 2.4 LC enumera una serie de hechos reveladores de tal estado, de modo que en principio basta invocar alguno de ellos para justificarla, entre otros, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Pero se debe precisar que el presupuesto del concurso no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que pueda operar como hecho revelador de la insolvencia, sino la incapa-cidad del deudor de atender regularmente el pago de las obligaciones exigibles. Es por ello que no tiene tanta trascendencia que exista o no una situación de cesación generalizada en los pagos, no siendo por ello decisivo que la sociedad demandada esté al corriente en el pago de las obligaciones regulares o corrientes (salarios, pro-veedores, etc.); lo verdaderamente relevante es si el deudor tiene capacidad para afrontar de forma regular sus obligaciones, y la prueba de su solvencia corresponde al propio deudor sobre la base de sus libros de contabilidad (art. 18.2 LC).
Otro de los hechos reveladores de la insolvencia y susceptibles de fundar la declaración de concurso necesario, que debe entenderse invocado, es el despacho de ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago.

IV. Debe rechazarse en primer lugar la inexistencia de una pluralidad de acree-dores, que no puede negarse por el hecho de que las —distintas personas— titula-res de derechos de crédito por virtud de respectivos títulos de pensiones vitalicias pertenezcan a la misma familia. No existe solidaridad activa por mérito de un solo derecho crédito, sino distintos derechos de crédito con respectivos titulares, y la deudora consignó uno de ellos, no los restantes, que siguen subsistiendo indivi-dualmente a favor de doña C.C.R., doña M.C.A.R.L., y doñas T.I. y M.M.C. Se trata de créditos exigibles e impagados, y que se incrementan con el transcurso del tiempo, durante la vida de sus beneficiarias.
V. Menamar Gestión SA podrá estar al corriente en el pago de sus obligaciones laborales y frente a los organismos públicos (así ha quedado justificado en las actua-ciones), pero se esfuerza en desatender el pago de deudas vencidas y exigibles de significada entidad cuantitativa, cuyo importe se incrementa con el paso del tiempo, correspondientes a correlativos créditos de doñas T.I. y M.M.C., doña C.C.R. y doña M.C.A.R.L., que se recogen en el balance cerrado al 30 de octubre de 2006 por importe de 561.141 euros más otros 568.276 euros, cuyo total supone un 17% del pasivo declarado a la fecha del concurso (6.652.876 euros según el balance), sin que de su contabilidad resulte una base patrimonial suficiente para afrontar esos pagos, ya que el patrimonio neto se expresa con valor negativo y, como se verá, existen activos embargados y otros (derechos de crédito) de muy dudosa realización al estar provisionados por insolvencia de los deudores.
En este contexto no parece muy dudoso el presupuesto objetivo del concurso en el sentido legal, pero en todo caso debe tenerse en cuenta que en la solicitud tam-bién se afirmaba que la ejecución despachada en los respectivos procedimientos de ejecución ha resultado infructuosa (art. 2.4 LC), y las ejecuciones singulares segui-das contra la deudora revelan que no puede responder de las sumas por las que se ha despachado ejecución con bienes libres de cargas, lo que puede concluirse no sólo a la vista de los testimonios aportados, sino también y sobre todo porque: (a) la deudora fue incapaz de señalar bienes libres de cargas para pagar esas deudas tras el requerimiento del Sr. magistrado (únicamente quedó clara su firme voluntad de no pagar los vitalicios, sin expresar motivo alguno); y (b) significados activos de la sociedad se encuentran embargados y otros, como el crédito frente a Omitsend SA y otros deudores varios, están provisionados en el balance por insolvencia de éstos. Por último, lo que revela la contabilidad de la deudora, ya se ha apuntado, no es pre-cisamente su solvencia, sino todo lo contrario, ya que el balance presentado mues-tra un pasivo por un total de 6.652.876 euros frente a un activo declarado de 3.978.035 euros (f. 389-390), por lo que los fondos propios (patrimonio neto con-table) se expresan con signo negativo (pasivo exigible superior al activo) por —
2.674.840 euros. En este contexto, en fin, resulta correctamente declarado el concurso. ":AAP Barcelona (Sección 15) 10.10.2007 (Rollo 292/2007)

"SÉPTIMO.-Al no haber quedado desmentido el hecho revelador de la insolvencia, la concursada podría haber evitado la declaración de concurso acreditando su solvencia patrimonial deducida de sus libros contables (artículo 18 de la Ley Concursal). Y esa prueba no se ha producido en este caso, pues no basta con que se pruebe que el balance es equilibrado por figurar en el activo créditos por 31,2 millones de euros con una empresa del grupo, sino que el deudor puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles (artículo 2 de la Ley Concursal).
En definitiva debemos desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada. Rechazamos de plano que la petición de concurso sea fraudulenta (artículo 11.2º de la LOPJ), visto el resultado del proceso de ejecución. No estimamos que exista fraude por haberse solicitado el concurso antes de que recayera sentencia en el proceso de anulación del laudo. Tampoco estimamos que la actora haya perseguido privilegiar su crédito o "liquidar el patrimonio de la concursada", como se sostiene en el recurso.": AAP Barcelona (Sección 28) 11.11.2014 (Auto 141/2014; Rollo 261/2014)

AP Córdoba

" Sin embargo, examinada dicha documentación por esta Sala, dentro de las facultades revisoras propias del recurso de apelación, resulta lo siguiente: a) La entidad solicitante justifica documentalmente la existencia y cuantía de su crédito, en los términos de los artículos 3 y 7 de la Ley Concursal, sin que dicha apariencia documental haya quedado desvirtuada por prueba alguna en contrario; b) Aunque en la solicitud inicial se afirma que la mencionada entidad deudora lo es también de otros diversos acreedores, no se aportó constancia documental de ello (reclamaciones judiciales, anotaciones de embargos, etc.); c) La contabilidad aportada por la deudora no es ilustrativa, puesto que no está actualizada, al referirse al año 2006, si bien ello más que descartar la insolvencia parece afirmarla, a tenor del artículo 18.2 de la Ley Concursal; d) La deudora ha aportado diversa documentación de la que se desprende que no ha pagado y le están siendo reclamadas extrajudicialmente o en vía administrativa diversas deudas: con "Giró, G.H., S.A." (12.373,42 euros); Vodafone (1.615,36 euros); Tesorería General de la Seguridad Social (39.317,16 euros); Hacienda Local (3.962,57 euros); Cajasur (468.288,35 euros); Telefónica (1.586,42 euros); "Tecnopamic, S.L." (5.534,33 euros); "Agriquem, S.L." (1.531,20 euros); Agencia Tributaria (35.696,94 euros); e) Consta también que se ha reclamado judicialmente a "Horcofruit, S.L." una deuda de 53.213,21 euros de principal, en el Juicio Cambiario nº 330/2007 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Posadas; que existe una demanda por despido contra dicha sociedad ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Córdoba; y que se tramita frente a ella el Juicio Monitorio nº 330/07 del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Posadas, por una deuda de 29.978,03 euros. Así mismo, varias de las deudas con organismos administrativos referenciadas se encuentran en vía de apremio, habiéndose dictado las correspondientes resoluciones en tal sentido.
3.- En relación con este resultado probatorio, debe tenerse en cuenta que, como se deriva del artículo 2.2 de la Ley Concursal, se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus

obligaciones exigibles. Lo relevante es, por tanto, la imposibilidad de cumplimiento, siendo indiferente la causa de dicha imposibilidad. En la Ley Concursal, la insolvencia no se identifica con el desbalance, puesto que el activo de un deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder éste seguir cumpliendo con sus obligaciones, a través del recurso al crédito personal o por otros medios (ejercicio de acciones revocatorias, actualización de balances, etc.); y a su vez, el activo puede ser superior al pasivo pero ser liquidable a muy largo plazo, lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones. Pues bien, en este caso, los datos ya expuestos acreditan que "Horcofruit, S.L." no se encuentra en situación de atender sus obligaciones corrientes, pues mantiene deudas por una cantidad próxima a los 600.000 euros –como mínimo-, que le están siendo reclamadas extrajudicialmente, en procedimientos judiciales y en procedimientos administrativos de apremio, sin que haya acreditado tener recursos para pagarlas, así como el resto de sus obligaciones respecto de las que no consta reclamación. En todo caso, debe tenerse en cuenta que los artículos 2 y 18 de la Ley Concursal no exigen que sea el acreedor quien acredite la insolvencia del deudor, sino sólo la concurrencia de alguno de los hechos externos que permiten presumir la misma; mientras que debe ser el deudor opuesto a la solicitud de concurso quien pruebe su solvencia. Prueba que, en el caso de deudores obligados legalmente a la llevanza de la contabilidad, habrá de basarse en la que llevaren conforme a derecho (artículo 18.2). Y en este caso, como ha quedado dicho, la deudora, pese a ser una sociedad mercantil, no ha aportado contabilidad en forma, por lo que, concurriendo varias de las circunstancias previstas en el artículo 2.4 de la Ley Concursal (impago generalizado, incumplimiento de obligaciones tributarias, laborales y de seguridad social, embargos administrativos y cese de la actividad), no puede considerarse acreditada su solvencia.

Cierto es que a esta Sala, igual a que al juzgador de instancia, le llama la atención la aparente relación entre la entidad solicitante del concurso y la sociedad deudora (comunidad de domicilio, relaciones familiares entre sus miembros, etc.), pero dada la situación objetiva de insolvencia puesta de manifiesto, ello no es relevante para la desestimación de la pretensión de declaración de concurso, sino que –en su caso- tendrá influencia en la clasificación de los créditos de la acreedora instante del mismo.": AAP Córdoba (sección 3) 13.03.2008 (Rollo 60/2008)

AP Lleida

"Quart. El següent motiu de recurs fa referència a la negada per part de l'apel·lant, situació d'insolvència, ja que aquest sosté que és solvent i pot pagar tots els deutes. cosa que pot demostrar amb una sèrie de rebuts que ha pretès aportar extemporàniament en aquesta segona instància. El motiu com es pot albirar, no pot prosperar atès que la seva solvència resulta solament de les seves manifestacions que amb una orfandat absoluta de prova, no solament documental sinó i sobretot de l'estat de la seva comptabilitat. Res es diu ni res s'aporta respecte del seu estat comptable, quan en realitat l' article 18.2 de la LC fa:

"2. El deutor pot basar la seva oposició en la inexistència del fet en què es fonamenta la sol·licitud o en el fet que, tot i existir, no està en estat d'insolvència. En aquest cas, incumbeix al deutor la prova de la seva solvència i, si està obligat legalment a portar la comptabilitat, aquesta prova s'ha de basar en la que portés conforme a dret.".

És clar que el deutor està obligat a portar comptabilitat, i els llibres comptables constitueixen l'element essencial per tal d'acreditar aquella solvència que predica, sent la resta de proves servirien als efectes de completar o interpretar la informació que dóna la comptabilitat. Per tant decau també aquest darrer motiu, el que ens mena a la desestimació i confirmació de la interlocutòria de declaració de concurs. ": AAP Lleida (Sección 2) 21.02.2011 (Auto 14/2011; Rollo 154/2010)

3.4.1 Deudas en negociación pero aún no novadas

AP Madrid

"Consideramos que incumbía, en cambio, y en ello discrepamos de la resolución apelada, a la entidad deudora, NOZAR SA, en tanto que oponente a la que le correspondía desvirtuar la apariencia de insolvencia que se deducía de tales hechos, demostrar que no se daba en realidad la manifestación externa que había sido alegada en la solicitud de concurso o que, a pesar de todo, ella gozaba de solvencia. La aportación de prueba que hubiese podido avalar el alegato de falta de importancia, en términos relativos, de un sobreseimiento de aparente relevancia, le incumbía a ella, tanto porque se trataría de un hecho llamado a constituir el basamento de su oposición (artículo 217, nº 3, de la LEC) como a respaldar su propia solvencia (artículo 18.2 de la LC), además de ser ella la única que podía entonces disponer de accesibilidad a la correspondiente fuente probatoria (artículo 217 nº 7 de la LEC). En cambio, lo que ha hecho NOZAR SA, en lugar de satisfacer esa carga, ha sido tratar de enturbiar el recto análisis de la situación, sometiendo al tribunal dictámenes que, al menos en este aspecto, solo sirven para intentar inducir a la confusión. El esfuerzo realizado en este sentido en la resolución apelada tampoco nos resulta de utilidad, pues como se reconoce en ella el juez sólo pudo realizar un "análisis tosco y poco afinado" sobre la base de algunos datos del año anterior, por lo que las conclusiones allí apuntadas no nos resultan fiables, ya que su operativa resultaba condicionada por la falta de información suficiente.

QUINTO.- En el caso de NOZAR SA se dio, no obstante, la circunstancia de que al tiempo de celebrarse la vista de oposición, es decir, justo antes de que el juez debiera pronunciarse sobre la procedencia de la

declaración de concurso, se había producido una cierta evolución de la situación con respecto a la existente en el momento de la solicitud, que se exigía que fuese tenida en cuenta.
Lo cierto es que no precisa la LC si el estado de insolvencia en los casos de oposición del deudor debe ser apreciado al momento en que se solicitó el concurso, lo que se fundaría en las reglas generales del proceso civil sobre el denominado efecto litispendencia -una de cuyas consecuencias es el principio "ut lite pendente nihil innovetur" (artículo 413.1 de la LEC)-, o si, por el contrario, cabría admitir, dada la trascendencia que conlleva la declaración de concurso para el deudor, que se tomase en cuenta el actual, en el que podría haberse superado la insolvencia. Como ya apuntábamos en una resolución precedente (auto de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de febrero de 2009), debe admitirse como solución más lógica, a tenor de la excepción que prevé el propio artículo 413.1 de la LEC en relación con el artículo 18.2 de la LC (que parece referirse al momento presente), que si el deudor acredita que no concurren ya los hechos reveladores de la insolvencia o que ésta ha sido superada debería rechazarse la procedencia de la declaración de concurso (aunque deba valorarse su existencia pretérita para no condenar en costas al acreedor que accionó al amparo de un hecho externo revelador de insolvencia previsto en el artículo 2.4.1º de la LC). La eventual remoción del hecho revelador, en tanto que indicio de insolvencia, o la superación de la situación de insolvencia por actuaciones del deudor posteriores a la solicitud de concurso pueden resultar relevantes para estimar la oposición.
Ahora bien, NOZAR SA tan sólo consiguió justificar que al tiempo de celebrarse la vista de oposición había conseguido proceder al pago de la práctica totalidad de los efectos impagados que se señalaban en la solicitud, aunque ello se hubiese producido con posterioridad a ésta, y asimismo acreditó que había conseguido concluir algunos acuerdos de refinanciación, novando las deudas para años futuros, con diversas entidades bancarias. Sin embargo, como se desprende tanto del testimonio del director financiero de NOZAR SA, Sr. Ruiz Labordette, como del representante legal de dicha empresa, Sr Nozaleda, lo que se había conseguido refinanciar era alrededor de un 30 % de la deuda bancaria vencida, estando pendiente concluir la posible refinanciación del resto. Así se desprende también de la mayor parte de las cartas firmadas por la multiplicidad de entidades bancarias implicadas en dicho proceso, pues de la calculada ambigüedad con que han sido redactadas las mismas no podemos extraer otra conclusión que la de que las conversaciones con NOZAR SA existían, pero no que se hubieran alcanzado todavía, salvo en el porcentaje antes referido, acuerdos de refinanciación de deuda.
De manera que si al tiempo de celebrarse la vista no se había removido completamente la concurrencia del hecho revelador de insolvencia que fue denunciado en la solicitud de concurso (pues subsistía, cuando menos, el impago del 70% de la deuda bancaria vencida en ella señalada) no puede sostenerse la oposición de NOZAR SA. Es más, como se desprende del interrogatorio del representante legal de esta entidad practicado en esta segunda instancia, al cierre del ejercicio 2008 la cuantía de la deuda vencida con los bancos no se había reducido, sino que incluso se había seguido incrementado, entre principal e intereses, hasta 184 millones de euros y se estaba intentando además conseguir el aplazamiento del pago de una deuda pendiente con Hacienda por concepto de IVA por 160 millones de euros, por lo que consideramos que se estaba todavía lejos de conseguir la superación de la situación de sobreseimiento.
SEXTO.- La conclusión, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del C Civil) y con respeto de los límites aplicables a éste, de acuerdos extrajudiciales de renegociación de deudas, cuando no constituyen meras huidas hacia adelante en situaciones de crisis estructurales irreversibles, suponen una alternativa lícita para el deudor que le permitiría evitar la obligación de acudir al concurso, que se puede presentar en ocasiones como una solución cara y lenta para las situaciones de crisis financieras. Además, en la medida que impliquen la concesión de una prórroga u otro tipo de novación de las obligaciones, tales acuerdos extrajudiciales inciden en la exigibilidad de las deudas afectadas por ello y si éstas son de relevancia aquéllos pueden operar como un escudo ante una solicitud de concurso necesario al impedir la apreciación de las manifestaciones externas de insolvencia, como lo sería la situación de sobreseimiento (que no se estimaría concurrente si desapareciese el presupuesto de la exigibilidad de lo adeudado – artículo 2.2 de la LC).
Habría que distinguir, no obstante, entre acuerdos de refinanciación relativos a deuda todavía no exigible, que se moverían, en su caso, en el terreno de la denominada insolvencia inminente, en el que la previsión del deudor y su reacción anticipada le permitiría negociar el respaldo de los bancos para tratar de capear la situación con mayor tranquilidad, de aquéllos otros supuestos en los que se llegara a negociar en relación con deuda que ya estuviese vencida, estando sumergido el deudor en una situación de insolvencia actual. En este segundo caso, y sin detenernos ahora en la obligación que incumbe al deudor de acudir al concurso voluntario en un determinado plazo previsto en la ley (artículo 5.1 de la LC) y de las polémicas que se podrían suscitar, si llegara el caso, ante eventuales acciones rescisorias, debemos, a su vez, distinguir dos posibles situaciones: a) que se llegasen a alcanzar acuerdos de refinanciación con los bancos, los cuales, una vez estuviesen cerrados, podrían permitir que se considerase superada la situación de insolvencia; y b) la mera existencia de negociaciones para conseguir la refinanciación que el deudor aspira a obtener. Mientras los acuerdos de refinanciación no hayan sido alcanzados y simplemente medie un proceso de mera negociación, la exigibilidad de las deudas subsistirá si no se concede, entretanto, un aplazamiento al deudor que le permitiese eludir la situación de sobreseimiento. La no reclamación en un momento dado de la deuda vencida por parte de los bancos (entidades que son las habitualmente implicadas en este proceso en tanto que son los profesionales financieros) no significa que ésta haya dejado de resultar exigible. Simplemente no estaría siendo todavía exigida, pero podría serlo en cuanto los acreedores bancarios lo decidiesen. En tanto no se obtenga un pacto de no pedir (concesión de una moratoria capaz de excluir la reclamación al deudor mientras ese proceso negociador no se rompa, para lo que resultaría preciso que los acreedores bancarios hubieran explicitado su voluntad en ese sentido) o se culmine con éxito la operación de refinanciación la situación del deudor será de

sobreseimiento en el pago de tales obligaciones, pues no estaría afectada, al menos por ese motivo, la exigibilidad de las mismas (artículos 1113 y 1125 del C. Civil y 63.1 del C de Comercio). Esa es la situación apreciable de "lege data" en el ordenamiento jurídico español.
En el caso de NOZAR SA, si la prórroga no había sido otorgada de modo expreso (como se deduce de las misivas de la mayor parte de las entidades financieras implicadas), presumir la existencia de un pacto tácito de no pedir con los bancos, como nos propone la citada sociedad deudora, y ello en perjuicio de terceros acreedores no inmersos directamente en el proceso negociador, nos parece una interpretación que no sólo carece de apoyo en el sistema legal vigente sino que incluso se opone abiertamente a él, al menos en lo que al ámbito de lo mercantil se refiere (en concreto, a lo previsto en el artículo 61 del C. de Comercio en cuanto al no reconocimiento de la posibilidad de diferir el cumplimiento si no está prefijado contractualmente o goza de apoyo en una terminante disposición legal). Por ello cuando el legislador ha querido prever una excepción ante la procedencia del concurso ha establecido el mecanismo legal para ello, como ha ocurrido a raíz del RDL 3/2009 (que modificó el artículo 5.3 de la LC), que permite al deudor, que así lo comunique al juzgado, disponer de un plazo adicional para negociar formalmente con sus acreedores la obtención de un convenio anticipado (que podría servir, entre otras posibilidades, como una de las alternativas para instrumentar, acudiendo a la vía judicial, una refinanciación de empresas con dificultades, según se apunta en la exposición de motivos de dicha reforma legal), sin que mientras tanto pudieran ser tramitadas solicitudes de concurso necesario (artículo 15.3 de la LC, tras la citada reforma).
Sin embargo, la simple expectativa de obtener la refinanciación de deudas ya vencidas y exigibles, merced a la existencia de meras negociaciones, más o menos avanzadas, según cada caso, con los bancos (que es lo que deducimos de lo manifestado, aunque lo sea en términos un tanto ambiguos, por la mayor parte de las entidades financieras implicadas con NOZAR SA), no perjudicaba (al margen del cauce previsto tras la entrada en vigor de la reforma citada, que ni siquiera existía al tiempo de la vista de oposición) la exigibilidad de las citadas deudas. Es por ello que cabía tanto que se hubiesen instado ejecuciones individuales, según lo que correspondiese a cada tipo de operación mercantil, por parte de dichas entidades como que cualquiera de los acreedores de NOZAR SA no implicados en dichas negociaciones diese el paso de instar el concurso ante la situación de sobreseimiento en el pago corriente por parte de ésta. Ésta era la posición de AVALATRANSA SA, que estaba en su derecho de promover el concurso ante el sobreseimiento en los pagos que pudo constatar en que estaba incurriendo su deudora NOZAR SA, siendo además comprensible que al conocer la política de desinversiones en activos que ésta seguía tuviera aquélla serios motivos para preocuparse por la posibilidad de poder materializar el cobro de su crédito si no adoptaba alguna iniciativa al respecto, por más que ello interfiriese en los planes diseñados por NOZAR SA." ". AAP Madrid (Sección 28) 28.06.2010 (Rollo 348/2009)

3.4.2 Falta injustificada de aportación de los libros contables

"Fundamentos de derecho.— I. El auto recurrido desestimó la solicitud de que se declarara el concurso necesario de la entidad Bovedillas Arrúe SL, por apreciar que dicha entidad no estaba en situación de insolvencia. El concurso había sido soli-citado a instancia de don J.A.A.C., quien comparecía como titular de un crédito de 99.291,12 euros, frente a la sociedad Bovedillas Arrúe SL, reconocido por senten-cia firme. Como hecho revelador del estado de insolvencia había alegado que habiéndose despachado ejecución contra el deudor, no se habían encontrado bienes sobre los que trabar embargo. Bovedillas Arrúe SL sin negar la veracidad de este hecho, al amparo del art. 18 LC se opuso a la declaración de concurso, negando que estuviera en situación de insolvencia. El magistrado de lo mercantil, valoradas las pruebas practicadas, entre ellas la documentación contable aportada, apreció que la sociedad no se encontraba en situación de insolvencia y denegó la petición de con-curso.
El auto es recurrido por el instante del concurso, por entender que no se han aportado los libros de contabilidad, estando obligada a ello la sociedad demandada, y que en cualquier caso no queda acreditada la situación de solvencia.
II. Conforme al art. 2.1 LC, para que un deudor pueda ser declarado en concurso debe ser común, de una pluralidad de acreedores, y ha de ser insolvente. El art. 2.2 LC aclara que un deudor se encuentra en estado de insolvencia cuando "no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". Para facilitar la petición de con-curso necesario, en este caso a instancia de un acreedor, y en concreto la acredita-ción de la insolvencia, el art. 2.4 LC enumera una serie de hechos reveladores de la insolvencia, de modo que en principio basta invocar alguno de ellos para justifi-carla. En este caso, el instante del concurso acreditó su condición de acreedor, reco-nocido por sentencia firme, e invocó como hecho revelador de la insolvencia que se había despachado ejecución contra la sociedad deudora sin que se hubiera logrado encontrar bienes sobre los que trabar embargo. En el trámite de audiencia previa al deudor, prevista en los arts. 15 y ss. LC para la petición de concurso necesario, la sociedad Bovedillas Arrúe SL no negó el crédito del actor ni la existencia del des-pacho de ejecución, pero conforme al art. 18 LC se opuso a la declaración de con-curso alegando que no se encuentra en situación de insolvencia. Conviene advertir que esta situación de insolvencia es la que describe el art. 2.2 LC (incapacidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles), y que corresponde a la sociedad deudora la prueba de su solvencia, que debe basarse en la contabilidad que lleve conforme a Derecho.
Constituye una grave negligencia de la sociedad deudora no haber atendido al requerimiento formulado por el juzgado para que se aportaran los libros de conta-bilidad de llevanza obligatoria, de acuerdo con lo prescrito en el art. 18.2.II LC. Si bien es cierto que no cabe interpretar literalmente el art. 18.2 LC y basar únicamente la acreditación de la solvencia o insolvencia del deudor en su contabilidad, en cual-quier caso los libros contables constituyen el elemento esencial, sirviendo el resto de medios de prueba para completar e interpretar la información contable. No cabe, pues, verificar la solvencia de la sociedad deudora sin contar con su

contabilidad.
En cualquier caso, el art. 18.2 LC exigía a la sociedad deudora que fueran aportados los libros contables de llevanza obligatoria. Los libros contables cuya llevanza se impone imperativamente para todo empresario, ya sea persona natural o jurídica, son el libro de inventario y cuentas anuales y el libro diario (art. 25.1 CCom). El libro de inventarios y cuentas anuales debe abrirse con el balance inicial detallado de la empresa y debe contener también el inventario de cierre del ejercicio y las cuentas anuales (art. 28.1 CCom). Estas cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, y la memoria (art. 34.1 CCom). Aunque, según el art. 30.1 CCom, hay obligación de conservar los libros de los seis últimos años, no es necesario aportarlos todos, basta los de los últimos ejercicios, cuando menos el último que se hubiere cerrado y el presente.
La sociedad demandada tan sólo ha aportado un balance de situación, cerrado a fecha 4 de mayo de 2006, y en los autos constan las cuentas anuales formuladas del ejercicio económico 2003, que no fueron aprobadas, como tampoco las de los dos ejercicios anteriores.
La no aportación de los libros, debidamente legalizados, impide constatar si, como extrajo el magistrado mercantil de la prueba testifical (del auditor don J.L., de la interventora judicial doña M.C., y de varios trabajadores y proveedores) y del referido balance de situación, la sociedad se encuentra en una situación de solven-cia. A estos efectos, conviene no perder de vista que el presupuesto del concurso no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que ello pueda operar como hecho revelador de la insolvencia (art. 2.4.1º LC), sino la inca-pacidad del deudor de atender regularmente al pago de la obligaciones exigibles. Es por ello que no tiene tanta trascendencia que exista o no una situación de cesación generalizada de los pagos, no siendo por ello determinante que la sociedad deman-dada esté al corriente en el pago de los salarios y proveedores, y el crédito de la Seguridad Social sea muy reducido, como concluye el magistrado de la valoración de la prueba testifical. Lo verdaderamente relevante es si la deudora tiene capaci-dad de afrontar de forma regular sus obligaciones, y consta una deuda de 99.291,12 euros, reconocida en sentencia y por la que se ha despachado ejecución, que ha resultado infructuosa, que además de servir de apoyo para pedir la situación de insolvencia, la presume. Aunque sería posible que este hecho fuera compatible con un estado de solvencia, ello le corresponde acreditarlo al deudor, y ha de hacerlo necesariamente sobre la base de sus libros de contabilidad. Su falta de aportación, determina por sí misma la desestimación de la oposición a la declaración de con-curso basada en la “solvencia” invocada, sin que quepa justificar esta situación de solvencia únicamente con el resto de los medios de prueba aportados.
III. El magistrado mercantil ha tratado de salvar esta negligente defensa de la sociedad deudora, dando veracidad al balance de situación a fecha 4 de mayo de 2006, aportado en el acto de la vista, que refleja una situación de solvencia y en concreto unos fondos propios positivos de 270.057,14 euros, así como a la testifical del auditor don J.L., de quien fue interventora judicial doña M.C., de varios trabajadores y proveedores, para concluir que la sociedad deudora está al corriente en el pago de los salarios y deudas con proveedores, teniendo tan sólo, además de la deuda con el actor instante del concurso, una pequeña deuda con la Seguridad Social. Pero los términos en que está redactado el art. 18.2 LC lo impiden, al exigir con carácter imperativo la aportación de los libros contables. Como además consta que la demandada fue requerida a tal efecto, al tiempo de ser convocada a la vista, y al comienzo de la misma el magistrado le preguntó si había cumplido con el mismo, no puede obviarse su incumplimiento que, además, como ya hemos argumentado antes, impide analizar la veracidad de la información aportada por los otros medios de prueba y por el balance de situación.”: AAP Barcelona (Sección 15) 30.11.2006 (Rollo 568/2006)

“III. Una vez confirmada la concurrencia de los hechos reveladores de la insolvencia, procede entrar a analizar el otro motivo de oposición a la declaración de concurso, cual es que el deudor no se encuentra en situación de insolvencia (art. 18.1 LC). Conviene advertir que esta situación de insolvencia es la que describe el art. 2.2 LC (incapacidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles), y que corresponde a la sociedad deudora la prueba de su solvencia, que debe basarse en la contabilidad que lleve conforme a Derecho.
En cualquier caso, el art. 18.2 LC exigía a la sociedad deudora que fueran aportados los libros contables de llevanza obligatoria. Los libros contables cuya llevanza se impone imperativamente para todo empresario, ya sea persona natural o jurídica, son el libro de inventario y cuentas anuales y el libro diario (art. 25.1 CCom). El libro de inventarios y cuentas anuales debe abrirse con el balance inicial detallado de la empresa y debe contener también el inventario de cierre del ejercicio y las cuentas anuales (art. 28.1 CCom). Estas cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, y la memoria (art. 34.1 CCom). Aunque, según el art. 30.1 CCom, hay obligación de conservar los libros de los seis últimos años, no es necesario aportarlos todos, basta los de los últimos ejercicios, cuando menos el último que se hubiere cerrado y el presente.
Si bien es cierto que no cabe interpretar literalmente el art. 18.2 LC y basar únicamente la acreditación de la solvencia o insolvencia del deudor en su contabilidad, en cualquier caso los libros contables constituyen el elemento esencial, sirviendo el resto de medios de prueba para completar e interpretar la información contable. No cabe pues verificar la solvencia de la sociedad deudora sin contar con su contabilidad.
Como quiera que las últimas cuentas depositadas en el Registro Mercantil son las del ejercicio 2002 y que no ha aportado para justificar su solvencia elementos contables que lo justifique, debemos confirmar su desestimación. ”: AAP Barcelona (Sección 15) 19.05.2008 (Rollo 117/2008)

“11. Los datos reseñados en los apartados anteriores conducen a estimar que se da el presupuesto objetivo de la declaración de concurso, previsto en el artículo 2.4.2º de la LC, es decir, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
Las sociedades deudoras que, como se ha dicho, negaron esta circunstancia, contradijeron también la alegación de insolvencia. Sin embargo, pese a que la providencia citando a la vista contenía la advertencia, prescrita en el artículo 18.2.II LC, de que la deudora compareciera con los libros de llevanza obligatoria, ninguna de las demandadas los aportó. La explicación facilitada al respecto por el Sr. letrado de las deudoras: que los libros no estaban porque el director de contabilidad se había jubilado y había dejado un verdadero desastre, no puede considerarse satisfactoria ni permite eludir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.2.I de la LC, según el cual, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho.
Lo expuesto hasta el momento habría de conducir a estimar el recurso de apelación de HINO y acordar la declaración de concurso necesario solicitada. “:AAP Barcelona (Sección 15) 04.05.2011 (Auto 59/2011; Rollo 550/2010)

4. Oposición: Falta de legitimación de la administradora a título personal

“SEGUNDO.- Conforme alartículo 2 de la Ley Concursalse encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, correspondiendo al acreedor instante justificar alguno de los hechos que como presupuestos reveladores de la insolvencia enumera con carácter de numerus clausus elartículo 2.4. de la Ley Concursal.
Esto es, el acreedor no debe ni legalmente puede acreditar la insolvencia sino que, necesariamente, para el éxito de su solicitud ha de acreditar la concurrencia de alguna de las manifestaciones externas de la insolvencia enumeradas en dicho precepto.
Frente a esa pretensión el deudor puede oponerse a la solicitud negando el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante o acreditar su solvencia (artículo 18.2 de la Ley Concursal).
En el supuesto de autos debe tenerse en cuenta que, admitida a trámite la solicitud de concurso necesario promovida por la entidad "A3 CARISMA, S.L." y emplazada la deudora por medio de su administradora solidaria doñaPatricia, la deudora no formuló oposición lo que, en rigor, debió determinar, en principio, que se dictase auto de declaración de concurso (artículo 18.1 de la Ley Concursal), así como la inadmisión de la oposición formulada por quien carecía de legitimación para ello, esto es, de doñaPatriciaque compareció en las actuaciones y se opuso en su propio nombre, y así consta tanto en el escrito de oposición como en el poder otorgado al Procurador en virtud del cual se personó en el concurso.
Losartículos 15 y 18 de la Ley Concursalatribuyen exclusivamente la facultad de oponerse a la solicitud de concurso necesario a la deudora, cuestión distinta es que las personas jurídicas y concretamente las sociedades de responsabilidad limitada actúen por medio de su órgano de representación, en este caso cualquiera de los administradores solidarios (artículo 62.2.b de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), pero sin que pueda confundirse la sociedad con sus administradores ni éstos asumir personalmente la legitimación que corresponde a la sociedad.
No obstante lo anterior, declarado el concurso no se aprecia motivo alguno que justifique decretar la nulidad de actuaciones al no haberse ocasionado indefensión alguna (artículo 225.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 238.3ºde la Ley Orgánica del Poder Judicial) y menos cuando la nulidad no ha sido solicitada por ninguna de las partes a través del recurso de apelación.
Por otra parte, declarado el concurso por el Juzgado, sí debe admitirse la legitimación de doñaPatriciapara recurrir personalmente en apelación el pronunciamiento estimatorio de dicha declaración, al tener interés legítimo (artículo 20.3 de la Ley Concursal), precisamente, por su condición de administradora de la entidad concursada.”: ”: AAP Madrid (sección 28) 10.04.2008 (JUR 2008/150216)

5. Nulidad de actuaciones por rechazo concurso sin señalar vista

“Según dispone el art. 2.1 de la Ley Concursal la causa del concurso es la insolvencia; debiendo analizar el Juez de lo Mercantil para declarar o denegar la apertura del concurso necesario la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en elnúmero 4 del art. 2 de la referida Ley, reveladores de la posible situación de insolvencia del deudor. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal indica que "Los legitimados para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados. Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud; en todo caso, la declaración ha de hacerse con respeto de las garantías procesales del deudor, quien habrá de ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud, basándose en la inexistencia del hecho en que esta se fundamente o en la de su estado de insolvencia, incumbiéndole en este caso la prueba de su solvencia.".
Por lo tanto la carga de la prueba pesa sobre el solicitante de acreditar la realidad del hecho revelador que específicamente invoque, si bien cuando -como en el caso acaece- aun reconociendo el deudor la existencia del hecho en que se fundamenta la solicitud, la situación de insolvencia sea negada por el presunto concursado, incumbe la prueba de su solvencia al deudor. Formulada oposición por el deudor, se establece un tramite procedimental especifico y de obligado cumplimiento en elart. 18.2 de la Ley Concursal, en cuanto

determina que el Juez, al siguiente día, citará a las partes a una vista, previniéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, con la advertencia a éste para que comparezca con los libros de contables de llevanza obligatoria. En la vista, el Juez tras oír a las partes y a sus abogados sobre la procedencia o improcedencia de la declaración del concurso y la practica de las pruebas declaradas pertinentes, dentro de los tres días siguientes, es cuando debe dictar auto declarando el concurso o desestimando la solicitud.
Este tramite de obligado cumplimiento, antes de que el Juez de lo Mercantil tome la decisión de admitir o denegar la declaración del concurso, fue omitido por el Juzgado, dictando auto inmediatamente desestimando la solicitud de concurso necesario, pese a formular oposición el deudor a la solicitud del concurso, si bien es cierto que no la tuvo como tal, impidiendo pues al deudor la acreditación de su situación de solvencia y a los acreedores instantes del concurso necesario la probanza de la insolvencia de su deudor, cuando se funda en la concurrencia de varios hechos reveladores invocados con su solicitud, tipificados en elnúmero 4 del art. 2 de la Ley Concursal, causando de tal modo efectiva indefensión a las partes.
Constituye reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que la tutela judicial efectiva, que consagra elart. 24.1de la Constitución, supone el estricto cumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales de los principios rectores del proceso, que constituyen un ajustado sistema de garantías, una de cuyas manifestaciones más importantes viene constituida por el principio de audiencia bilateral y de contradicción, que no es más que la articulación del derecho de defensa en juicio. Por ello, procede declarar la nulidad de actuaciones para la subsanación del defecto apreciado, y con retroacción del procedimiento al momento de la oposición del deudor a la solicitud de concurso necesario, debe el Juzgado citar a las partes a una vista, con las prevenciones y advertencias que señala en elart. 18.2 de la Ley Concursal, y continuar el procedimiento en legal forma, todo ello de conformidad con lo dispuesto en losart. 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”: AAP La Coruña (sección 4) 22.03.2007 (JUR 2008/129142)

Artículo 19. Vista.

1. La vista se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los 10 días siguientes a aquél en que se hubiera formulado oposición.

2. Si el deudor no compareciera, el juez dictará auto declarando el concurso. Si compareciera, en el caso de que el crédito del acreedor instante estuviera vencido, el deudor consignará en el acto de la vista el importe de dicho crédito a disposición del acreedor, acreditará haberlo hecho antes de la vista o manifestará la causa de la falta de consignación.

En caso de que hubiera varios acreedores personados y se acumulasen sus solicitudes de concurso, el deudor deberá consignar las cantidades adeudadas a todos ellos, en las mismas condiciones expresadas.

Art. 19.2

1. Incomparecencia del deudor

“PRIMERO.- Contra el auto de instancia que declara a la entidad recurrente INDUSTRIAS ALIMENTARIAS DE MONTILLA, S.A. en situación de concurso necesario, a instancia de la acreedora "Leng D`Ors" S.A., se alza aquélla en primer lugar alegando una pretendida indefensión con vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, en la medida en que, planteada su oposición a la pretendida declaración, no pudo acudir a la vista prevista en el artículo 19 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, al tener ese mismo día señalada la vista para la celebración de un juicio penal rápido, y de otra una inexistencia de los presupuestos legales precisos para que se produzca la declaración de concurso necesario.
Respecto de la primera cuestión, la Sala no puede sino confirmar los argumentos que el magistrado de la instancia vierte sobre la misma para denegarla, que no son otros que los contemplados en su auto de 2 de noviembre pasado, que viene a ratificar la providencia de cinco de octubre recurrida en reposición. Y es que a tenor de lo dispuesto en el artículo 188.1.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la vista sólo podrá suspenderse por tener el abogado defensor dos señalamientos de vista para el mismo día en distintos tribunales, resultando imposible por el horario fijado, su asistencia a ambos, siempre que acredite suficientemente que, al amparo del artículo 183, intentó sin resultado un nuevo señalamiento que evitara la coincidencia. Si a ello añadimos las circunstancias de que la causa penal no consta fuese con preso (único caso, salvo la prioridad en el señalamiento, que sería preferente), de que no hay razones para pensar que el letrado pudiere proveerse de sustituto para alguno de los juicios, que el concurso de suyo, por la particularidad y envergadura de las cuestiones que se tratan en el mismo, requiere de cierta premura, y de que había ya señaladas en el Juzgado de Montilla la celebración de varias subastas dependientes en su efectiva realización de la declaración concursal, la solución no puede ser otra que la de rechazar mentada pretensión de nulidad.
SEGUNDO.- Igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo mediante el que, sin ningún tipo de convicción y con absoluta ausencia de argumentos, pretende la recurrente, impugnando el auto de declaración de concurso necesario de 7 de octubre de 2004, que éste se deje sin efecto con desestimación de la petición instada por "Leng D`Ors, S.A.". Y es que todos los reparos que nominativamente esgrime la recurrente no existen como tales, ya que la acreedora ha dejado de atender sus obligaciones para con sus acreedores, tal como se desprende de la relación que de los mismos aquélla presentó en el juzgado, la solicitud de concurso la insta un acreedor con crédito debidamente acreditado según la documentación aportada (folio 423), y la insolvencia

deviene evidente. Sin embargo, sobre lo anterior, y ante esa ausencia de argumentos, que no son más que un trasunto de los que en su día se adujeron por la recurrente en vía de oposición frente a la petición de concurso realizada por la acreedora solicitante, se erige como determinante lo establecido en el nº 2 del artículo 9 de la Ley Concursal: "si el deudor no compareciera (a la vista), el juez dictará auto declarando el concurso.".": AAP Córdoba 14.03.2005

1.1 Poder para pleitos otorgado por apoderado nombrado por administrador caducado

"PRIMERO Como primer motivo de recurso plantea la recurrente TRANSPORTES BERMEJO, S.L. que el auto recurrido (en el recurso se habla impropiamente de sentencia) inaplicó elart. 19.2 de la Ley Concursal por cuanto que la sociedad deudora no compareció debidamente en el proceso concursal oponiéndose a la solicitud de declaración de concurso por cuanto que quien otorgó el poder al Procurador que compareció en nombre de tal sociedad no ostentaba la representación de ésta, puesto que se trataba de un apoderado, D.Abelardo, cuyo apoderamiento fue otorgado el 14 de julio de 1997, y que en dicha fecha el cargo de administrador único de la sociedad REDIA, S.L. ostentado por D.Jose Augusto, estaba ya caducado. Como consecuencia de lo expuesto, se alega que la deudora no ha comparecido en el proceso concursal para oponerse a la declaración de concurso solicitada por la apelante, razón por la cual, conforme alart. 19.2 de la Ley Concursal, debía haberse dictado auto declarando el concurso.
SEGUNDO Del examen de las actuaciones resulta efectivamente que quien otorgó el poder al Procurador que compareció en nombre de tal sociedad fue D.Abelardo, quien manifestó actuar en virtud de apoderamiento que fue otorgado el 14 de julio de 1997 (f. 574 y siguientes). En dicha fecha el cargo de administrador único de la sociedad REDIA, S.L. ostentado por D.Jose Augusto, estaba ya caducado, puesto que dicho administrador fue nombrado en junta celebrada el 1 de junio de 1992, sin que posteriormente fuera reelegido para el cargo ni se nombrara ningún otro administrador (f. 927 y siguientes).
Elartículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que los administradores ejercerán su cargo por un período que no podrá exceder de cinco años, y en el caso de autos el administrador único había sido nombrado por dicho plazo. Elartículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil, al determinar la fecha de caducidad del nombramiento, establece una regla especial de manera que el cómputo no sigue el criterio de "fecha a fecha" sino de "junta a junta". Vencido el plazo, habrá que estar a la celebración de la siguiente junta general o a la circunstancia de que transcurra el término legal para la junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior; esto es, por aplicación delart. 95 de la Ley de Sociedades Anónimas, el siguiente 30 de junio. Dado que el administrador había sido nombrado en la junta de 1 de junio de 1992, su cargo había caducado el 30 de junio de 1997, por lo que cuando se otorgó el apoderamiento a D.Abelardoel 14 de julio de 1997 no había administrador con cargo vigente que pudiera apoderar a un tercero para representar a la sociedad y otorgar poder a procuradores, y tampoco podían hacerlo los apoderados mancomunados nombrados por escritura de 8 de julio de 1994 por cuanto que entre las facultades otorgadas a éstos no estaba la de representar a la sociedad ante los tribunales u otorgar poder a procuradores para que comparecieran ante los tribunales a nombre de la sociedad.
La caducidad produce el efecto de extinguir la relación entre el administrador y la sociedad en el sentido de que aquél deja de ser administrador de Derecho de ésta. Es cierto que el administrador con cargo caducado puede realizar algunas actuaciones, pero, como ya declaró esta Sala en suauto núm. 80/2006, de 20 de abril de 2006 (JUR 2006, 262395), esta posibilidad se ciñe a la convocatoria de la junta que deba acordar sobre el nombramiento de nuevos administradores, pero no a otras como son el otorgamiento de apoderamientos voluntarios en nombre de la sociedad.
TERCERO La apelada basa su oposición a este motivo del recurso en que "elart. 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre atribuye ahora con rango de ley «plena eficacia formal por sí sola a la manifestación notarial relativa a la suficiencia de las facultades representativas". Por tanto, al haber manifestado el Notario ante el que se otorgó el apoderamiento al Procurador, respecto del poder conferido a D.Abelardoel 14 de julio de 1997 que "copia del poder reseñado he tenido a la vista y juzgo bajo mi responsabilidad con facultades representativas suficientes", el Sr.Abelardoestaría perfectamente legitimado para representar a la sociedad REDIA, S.L. en el otorgamiento de poder a procuradores mediante poder notarial vigente.
La Sala no comparte la tesis expuesta. Como la Dirección General de los Registros y el Notariado ha tenido oportunidad de declarar en varias ocasiones, el citado precepto legal equipara el valor del juicio sobre la capacidad natural del otorgante con el juicio de capacidad jurídica para intervenir en nombre ajeno. Ello tendría su fundamento en las presunciones de veracidad y de legalidad de que goza el documento público notarial. Pero en todo caso se trata de presunciones "iuris tantum" que, según la Resolución de 15 de julio de 1954, tiene su base "en la calificación personal del Notario respecto de los requisitos de validez del acto, que abarca el propio requisito de capacidad de las partes". Como tal presunción "iuris tantum" puede desvirtuarse mediante prueba en contrario. Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, tal aseveración notarial de capacidad reviste especial certidumbre, que alcanza el rango de «fuerte presunción iuris tantum », de modo que vincula erga omnes y obliga a pasar por ella, en tanto no sea revisada judicialmente con base en una prueba contraria. Y de la prueba obrante en autos resulta que si bien los términos en que había sido otorgado el poder al Sr.Abelardoeran suficientes para otorgar poder a procuradores en nombre de REDIA, S.L. (y es seguramente a eso a lo que se está refiriendo el Sr. Notario en su afirmación), sin embargo en la fecha en que fue otorgado REDIA, S.L. carecía de representante legal o voluntario que pudiera apoderar al Sr.Abelardoa tales efectos, y por lo que consta en la certificación registral de dicha sociedad, en la fecha en que se solicitó su declaración en concurso seguía sin tenerlos.

De lo expuesto resulta que la sociedad REDIA, S.L. no ha comparecido en autos debidamente representada para oponerse a la declaración de concurso, pues carecía en el momento en que su declaración de concurso fue solicitada de representación orgánica o voluntaria que pueda hacerlo (el apoderado D.Abelardomanifestó en el acto de la vista que recibía instrucciones del administrador de REDIA D.Cosme, cuyo nombramiento no aparece inscrito en el Registro Mercantil ni existe constancia alguna de que se trate de otra cosa que de un mero administrador de hecho) y que, conforme alart. 19.2 de la Ley Concursal, la falta de esta oposición a la solicitud de concurso debe conllevar la declaración de concurso necesario de la citada entidad. La resolución apelada obvió pronunciarse sobre este extremo, debidamente alegado por la sociedad solicitante del concurso en el acto de la vista (m. 7,22 de la grabación), por lo que ha de ser revocada, acordándose sea dictada por el Juzgado de lo Mercantil resolución que declare a la citada entidad en concurso necesario y realice los demás pronunciamientos exigidos por elart. 21 y concordantes de la Ley Concursal.
CUARTO Sentado lo anterior, cumpliéndose los requisitos que elart. 7 de la Ley Concursal exige en cuanto a alegación y justificación documental del crédito de la solicitante así como del hecho revelador de la insolvencia alegado, no pudiéndose tomar en consideración las alegaciones y pruebas de la deudora por falta de debida personación para oponerse, ni realizarse una revisión de un alcance que sólo es posible cuando se formula debidamente oposición por el deudor, procede acordar la revocación de la resolución estimatoria de la oposición a la declaración de concurso y que sea dictada por el Juzgado de lo Mercantil resolución que declare a la citada entidad en concurso necesario y realice los demás pronunciamientos exigidos por elart. 21 y concordantes de la Ley Concursal.”: AAP Madrid (Sección 28) 19.09.2008 (AC 2008/2035; Auto 198/2008; Rollo 200/2008)

2. Falta de consignación justificada. Crédito no exigible

“Con relación a la falta de consignación de la deuda, el artículo 19 de la Ley Concursal establece respecto del desarrollo de la vista, en su párrafo segundo, que " Si compareciere (el deudor), en el caso de que el crédito del acreedor instante estuviera vencido, el deudor consignará en el acto de la vista el importe de dicho crédito a disposición del acreedor, acreditará haberlo hecho antes de la vista o manifestará la causa de la falta de consignación".
Y lo que el deudor alegó en su escrito de oposición a la declaración del concurso fue que el crédito que decía ostentar la representación de EMA 2001 S.L. no estaba vencido ni era exigible, estando pendiente de que se produzca la rendición de cuentas acordada por ambas partes en fecha 3 de Septiembre de 2008, y la resolución del Juicio Ordinario que ha interpuesto Promociones Verde Cas S.L. frente a EMA 2001 S.L., que se sigue ante los Juzgados de Vinaros, en reclamación de la cantidad de 253.871'76 #, negando además que se haya producido un sobreseimiento general en los pagos.
Entendió por ello el Juez de instancia, y así lo aprecia también la Sala, que a los efectos de lo previsto en el precepto antes transcrito, si bien no se ha consignado el importe de la deuda, sí que se ha manifestado la causa para ello, que es lo que exige el precepto, por lo que se rechaza también este motivo del recurso de apelación. “: AAP Castellón (Sección 3) 23.03.2011 (Auto 28/2011; Rollo 562/2010)

3. La consignación no es requisito de procedibilidad para la oposición ni su falta puede sustentar el presupuesto objetivo

AP Madrid

“SEGUNDO. Sostiene la apelante como primer motivo de su recurso el error en la valoración de la prueba, por entender que la consignación prevista en el artículo 19.2 LC es un requisito previo de procedibilidad intrínseco al trámite de oposición y que la reconocida imposibilidad de consignar determina dicho error.
En su escrito de oposición se remite la demandada al auto recurrido en relación a este y al resto de los extremos en que se sustenta el recurso.
La consignación no constituye ningún requisito de procedibilidad. La falta de consignación no supone otra cosa que, precisamente, la continuación de la tramitación del incidente, como se expresa en el apartado cuarto del artículo 19 LC.
Por otra parte se confunde en el recurso la falta de liquidez con la insolvencia, y se desliga la recurrente del sistema de numerus clausus en los hechos reveladores que se dispone en el artículo 2.4 LC para desprender sin más de la falta de consignación la declaración de insolvencia. Debemos efectuar algunas precisiones en relación a estas dos cuestiones.
El presupuesto objetivo del concurso recae sobre el estado de insolvencia, en el que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. El incumplimiento puede deberse a diversas causas. Sin embargo la insolvencia no puede identificarse con una situación de desbalance contable o de falta de liquidez o incluso de pérdidas. El activo del deudor puede ser inferior al pasivo y pese a ello puede seguir siendo capaz de cumplir con sus obligaciones acudiendo al crédito o mediante actualización de balances en atención al principio contable de imagen fiel si hay activos minusvalorados. A su vez el activo puede ser superior al pasivo y determinar una situación de incumplimiento de las obligaciones por resultar el activo liquidable a muy largo plazo, al margen de que el pago que se efectúe con el activo deba provenir de medios regulares. Por ello tampoco cabe desprender directamente de las cuentas el hecho concreto de sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.
Por otra parte solo determina la declaración de concurso la insolvencia definitiva y no aquellas situaciones temporales que dificultarían a corto plazo el cumplimiento de las obligaciones, pero no lo imposibilitarían.

Las situaciones transitorias de impuntualidad en el cumplimiento deben ser excluidas, referencia ésta que se eliminó del artículo 2.2 LC. La incursión en mora puede traer causa en una situación de iliquidez reveladora de dificultades, pero si es posible satisfacer las obligaciones, aunque sea con retraso, la situación no puede calificarse de insolvencia. No lo es por tanto el pago retrasado. No hay que olvidar por otra parte que la regularidad en el cumplimiento se refiere a los medios empleados y no al momento de cumplimiento.
Tampoco las pérdidas societarias son sinónimo de insolvencia, sin perjuicio de sus consecuencias, que pudieran dar lugar a una reducción de capital o a la disolución.
El que la solicitud sea efectuada por el propio deudor o por un tercero encierra notables diferencias en relación a las manifestaciones externas de la insolvencia. Cuando es el deudor quien solicita su propio concurso la insolvencia opera a modo de cláusula general, sin que se enumeren por el legislador sus manifestaciones externas. El deudor puede fundar su solicitud tanto en los hechos del art. 2.4 LC como en cualquier otro hecho no contenido en la enumeración legal, por lo que se sigue un sistema de numerus apertus en las manifestaciones externas de la insolvencia. Cuando son los acreedores quienes instan la declaración de concurso, la existencia de una enumeración legal de manifestaciones externas opera con el carácter de numerus clausus. En realidad este sistema facilita al acreedor que pueda reunir las condiciones para solicitar el concurso, dado que solo el deudor puede conocer su situación económica de fondo. El acreedor solo puede solicitar la declaración de concurso por la concurrencia de alguno de los hechos tasados en el artículo 2.4 LC y no por otros, a diferencia del deudor. Por ello en el caso del concurso voluntario la comprobación puede resultar complicada para el juez en la práctica, pues el solicitante solo viene obligado a presentar la documentación exigida en el artículo 7 LC, sin que se exija documentación relativa a la situación económica de fondo.
La oposición a la declaración de concurso puede sostenerse tanto en la inexistencia de los hechos en que el acreedor fundó su solicitud, en la acreditación de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, aun siendo posteriores a la solicitud, como, reconociéndose los hechos reveladores previstos en la ley, en la inexistencia de una situación de insolvencia.
Atendiendo a lo expuesto la falta de consignación, aun fundada en la falta de liquidez, no puede sustentar la declaración de concurso necesario, al margen de que el pronunciamiento deba referirse a los hechos contemplados en la demanda, no a las vicisitudes del procedimiento o a las nuevas causas que se aleguen con posterioridad.”: AAP Madrid (Sección 28) 13.03.2012 (Auto 41/2012; Rollo 323/2011)

AP Alicante

“SEGUNDO.- Es cierto que la resolución impugnada no examina con profundidad las alegaciones expuestas en el escrito de oposición a la solicitud de concurso. En primer lugar, el hecho de no consignar el deudor el importe del crédito del acreedor instante no lleva consigo de manera automática la declaración de concurso pues el artículo 19.4 de la Ley Concursal prevé que ante esa situación se celebre la vista que concluirá con la resolución que acordará o no la declaración de concurso.
En segundo lugar, no es posible indicar de manera genérica que concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, esto es, alguno de los signos externos de la insolvencia sino que deberá decidir acerca de la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia en el que se haya fundado la solicitud del acreedor instante pues el deudor en su escrito de oposición debe basarla en el hecho en que se fundamente la solicitud según declara el artículo 18.2 de la Ley Concursal.”: AAP Alicante (Sección 8) 24.11.2011 (Auto 211/2011; Rollo 588/2011)

AP Castellón

“ Pues bien, no tiene razón el recurso cuando parece sustentar la procedencia de la declaración de concurso en que las pretendidas deudoras no han procedido a consignar el importe de los créditos vencidos, para lo que se cita el art. 19 LC
El precepto invocado contempla dicha posibilidad de consignación por parte del deudor, pero también que no lo haga (apartado 2). Y la falta de consignación no da lugar a la declaración de concurso, sino simplemente a que sean las partes oídas sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso de suerte que, practicadas las pruebas pertinentes (art. 19.4 LC), el Juez acuerde lo que estime procedente, declarando el concurso o desestimado la solicitud (art. 20.1 LC). En el presente caso la ha rechazado, pese a la falta de consignación que ahora se denuncia que, como ya hemos dicho, no debe traer aparejada la declaración de concurso.”: AAP Castellón (Sección 3) 16.11.2011 (Auto 129/2011; Rollo 348/2011)

3. En caso de que el solicitante no compareciera o, habiéndolo hecho, no se ratificase en su solicitud, y el juez considerase que concurre presupuesto objetivo para la declaración de concurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2, y de las actuaciones resulte la existencia de otros posibles acreedores, antes de dictarse el auto que resuelva sobre la solicitud, se les concederá un plazo de cinco días para que formulen las alegaciones que les conviniesen.

Art. 19.3

Destino de la consignación cuando el acreedor desiste

"En lo relativo al destino de la consignación realizada por el deudor cuando, una vez formulada la oposición y convocados a vista, el acreedor se desiste, se entendió mayoritariamente que sólo puede ser entregada al acreedor cuando se dicte auto de desestimación de la solicitud o no declaración del concurso, lo que implica que si de las actuaciones resulte la existencia de otros posibles acreedores, habrá de dárseles el trámite de audiencia para realizar alegaciones que prevé el art. 19.3 de la Ley Concursal. Porque si finalmente se declarara el concurso, esa consignación debería integrar la masa activa del concurso, sometida al principio de "par conditio creditorum" y no ser entregada al acreedor que se ha adelantado a los demás al pedir la declaración de concurso necesario. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

Contenido de las alegaciones de los demás acreedores

"En cuanto al contenido de las alegaciones de los demás acreedores a los que se acuerde oír por cinco días conforme al art. 19.3 "in fine" de la Ley Concursal, se entiende que si formulan solicitud en forma o simplemente hacen suya la realizada por el inicial solicitante, habrá de proseguir el proceso concursal, con nuevo trámite de audiencia al deudor a los efectos de que pueda oponerse del modo previsto en el art. 15.1 y 18.2 de la Ley Concursal. " (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

Costas cuando el acreedor desiste y no concurre presupuesto objetivo de concurso: aplicación analógica del art. 22 LEC

"PRIMERO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Concursal si el solicitante compareciera, en el caso de que el crédito del acreedor instante estuviera vencido, el deudor consignará en el acto de la vista el importe de dicho crédito a disposición del acreedor, acreditará haberlo hecho antes de la vista o manifestará la causa de la falta de consignación
SEGUNDO.- En el presente caso, habiéndose consignado por el deudor el importe del crédito del acreedor instante, éste *[lo aceptó]*,no se ratificó en su solicitud y no considerándose la concurrencia de presupuesto objetivo para la declaración de concurso conforme a lo previsto en el artículo 2, procede dictar auto de conclusión del procedimiento
TERCERO.- Ambas partes han interesado la imposición de las costas a la contraparte. El art. 19 LC no contiene un pronunciamiento específico, por lo que, de conformidad con la Disposición Final Quinta LC, resulta de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil como Derecho procesal supletorio. En el presente caso, el demandado ha consignado el importe del crédito del actor, habiendo visto éste satisfechas sus pretensiones, no ratificando la solicitud, dejando en consecuencia de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, por lo que resultaría de aplicación analógica el art. 22 LC, que señala que en estos casos se dictará auto de terminación del proceso sin que proceda condena en costas. ":**Auto JM-1 Cádiz 13.09.2005 (Concurso 95/2005)**

4. En caso de falta de consignación y en los que, a pesar de haber sido efectuada, el acreedor se hubiera ratificado en la solicitud, así como cuando el crédito del instante no hubiera vencido o no tuviera éste la condición de acreedor, el juez oirá a las partes y a sus abogados sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso y decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se propongan en este acto, acordando la práctica inmediata de las que puedan realizarse en el mismo día y ~~señalando~~ señalándose por el Secretario judicial para la de las restantes el más breve plazo posible, sin que pueda exceder de 20 días.

** Nueva redacción del apartado 4 del art. 19 por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 04.05.2010*

Art. 19.4

Sobre la posibilidad ampliación de la proposición de prueba hecha en los escritos de solicitud de concurso o de oposición

"Respecto de la posibilidad de que las partes puedan, en la vista, ampliar la proposición de prueba hecha en los escritos de solicitud de concurso o de oposición ("...el juez... decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se propongan...", art. 19.4 de la Ley Concursal), quedó claro que cuando el deudor no se limita a negar la existencia del hecho en que se fundamenta la solicitud, sino que alega
que *[no]* se encuentra en estado de solvencia, lo que deberá fundar en determinados hechos de los que resulte tal solvencia, el solicitante del concurso podrá proponer nuevas pruebas destinadas a desvirtuar tales hechos, que no podía conocer en el momento en que se realizó la solicitud.
Respecto de otros supuestos –ampliación por el solicitante de los medios de prueba propuestos en la solicitud de concurso cuando el deudor se ha limitado a negar el hecho fundamentador de la solicitud de concurso o ampliación por el deudor de los medios de prueba propuestos en su escrito de oposición-, la discusión basculó

entre dos polos: de un lado, que si los arts. arts. 7-2 y 15-1 de la Ley Concursal exigen que en los respectivos escritos de solicitud y de oposición que se propongan las pruebas de que las partes intenten valerse, tal exigencia no puede ser irrelevante y por tanto la ampliación de la proposición de prueba no puede ser sorpresiva para la parte contraria, infringiendo las exigencias de la buena fe y la lealtad procesal –art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- y, por otro lado, que no puede adoptarse una actitud excesivamente restrictiva de la posibilidad de que las partes propongan nuevas pruebas que pueda entenderse vulneradora de la interdicción de indefensión y el derecho a la prueba consagrados en el art. 24 de la Constitución. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

Objeto del debate en esta vista

"Por último, se entendió que hay que centrar adecuadamente el debate posible en la vista del incidente de oposición del art. 19 de la Ley Concursal. La legitimación del solicitante acreedor ya habrá sido apreciada inicialmente por ser exigible su acreditación documental. Y en cuanto al importe a consignar, carece de sentido que se discuta en la vista si lo adeudado al solicitante es lo alegado por éste en su solicitud o una cantidad inferior, puesto que el deudor puede consignar en el acto de la vista o acreditar haberlo hecho antes, o "manifestará la causa de la falta de consignación", por lo que se entendió igualmente admisible que manifieste la causa de haber consignado una cantidad inferior a la pretendida por el solicitante, sin que sea ese el momento adecuado para discutir el importe exacto de la deuda –que será, si se declara no haber lugar a la declaración del concurso, el proceso que el acreedor pueda instar contra el deudor o, si se declara el concurso, la formación del listado de acreedores, con la cuantía y calificación de sus créditos –art. 94 de la Ley Concursal- y en su caso la impugnación que pueda formularse contra dicho listado –art. 96.3 de la Ley Concursal-. Lo que habrá de discutirse, y sobre lo que habrá de practicarse prueba, será la existencia del hecho en que la solicitud se haya fundado, si fue negada por el deudor, o, caso de haberse admitido el hecho pero haberse alegado la solvencia, la solvencia o insolvencia del deudor. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

Costas en caso de consignación tras mantenerse oposición en la vista

"Fundamentos de derecho.—I. La controversia que motiva el presente recurso de apelación se contrae al pronunciamiento judicial sobre las costas procesales del incidente de declaración de concurso necesario, en el siguiente contexto procesal:
«H., S.L.», invocando su condición de acreedora de «V., S.A.» y el embargo in-fructuoso en la ejecución judicial seguida a su instancia, solicitó la declaración de con-curso necesario de dicha sociedad, la cual, tras ser emplazada, presentó escrito opo-niéndose a la declaración de concurso por negar su estado de insolvencia. El Juzgado citó a las partes a la vista que prevé el 19 de la LC y en este acto cada parte se ratifi-có en sus respectivas pretensiones, manteniéndose, por tanto, la oposición. Días des-pues de la vista, la deudora consignó, para pago, el crédito de la acreedora solicitante y el Juzgado dictó auto declarando el archivo de la solicitud de declaración de con-curso necesario, de conformidad con el art. 19.2 LC. Posteriormente, a instancia de la solicitante, fue dictado auto aclaratorio en el sentido de imponer a la deudora las cos-tas del incidente de declaración.
Fundamentó el señor Magistrado esta decisión en que la sociedad deudora no se allanó en el acto del emplazamiento ni en el escrito que presentó dentro del plazo, sino que formuló oposición, y tampoco se allanó en el acto de la vista, produciéndose la consignación con posterioridad, lo que determina la procedencia de resarcir a la parte solicitante de los gastos en que ha incurrido con la solicitud de concurso.
II. i) Diremos previamente, a título ilustrativo, que hemos mantenido en ante-riores resoluciones (por ejemplo en Auto de 11 de febrero de 2009, Rollo de Apela-ción 602/2008) la no imposición de costas como solución procedente cuando el deudor no se opone efectivamente a la declaración de concurso necesario o en el caso de que «el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante» (art. 18.2), incluso cuando, pese a haber planteado oposición, en la vista se desvanece la contradicción porque el deudor no comparece (art. 19.2 LC) o porque en el acto de la vista desiste de su oposición o se allana, supuestos en los que procederá dictar auto declarando el concurso (arts. 18.1 y 19.2), pero sin imposición de costas, porque la imposición de costas que expresamente prevé el art. 20.1 LC requiere, como resulta del primer inciso de este precepto en relación con el 19.4, la existencia de efectiva con-tradicción y su mantenimiento en el acto de la vista.
ii) No obstante, la LC no contiene ninguna norma expresa sobre la imposición de las costas del incidente cuando el deudor consigna el crédito del acreedor instante y el Juez decide archivar o dar por terminado el procedimiento sin declarar el concurso o desestimar su declaración. La laguna se integraría aplicando los principios que inspi-ran los preceptos de la LC que explícitamente regulan la imposición de costas en la fa-se declarativa del concurso, sin olvidar las normas generales contenidas en la LEC, de aplicación supletoria. La aplicación al caso de tales principios inspiradores, en espe-cial los que se inducen de los arts. 18, 19 y 20.1 LC, puede determinar la no imposi-ción de costas si la consignación tiene lugar en el acto de la vista con voluntad de ener-var la solicitud de concurso necesario y, por haber sido hecha la consignación, el acreedor no se ratifica en su solicitud. Pero la solución no puede ser la misma si en la vista no se consigna y se mantiene la

contradicción, para luego, con posterioridad, efectuar la consignación y evitar así el dictado del auto que ha de decidir sobre la de-claración de concurso.
El designio legal que podemos deducir a estos efectos es que un allanamiento posterior a la vista en la que se ha mantenido la oposición o, por análoga razón, una consignación con posterioridad a la vista, no exime de la condena en costas al deudor, aunque se evite el auto decidiendo sobre los presupuestos del concurso. En tales casos es apreciable el fundamento de la condena en costas como medio de resarcimiento de los gastos procesales en que ha incurrido el acreedor instante, que se ha visto compelido no sólo a promover el concurso sino a mantener su pretensión en el acto de la vista, proponiendo y practicando la prueba pertinente para rebatir la oposición del deudor, y máxime en casos como el presente, en que la solicitud de concurso se justifica por el resultado infructuoso de una anterior ejecución singular. El deudor, en fin, pudo y debió consignar el crédito en el plazo del emplazamiento o incluso en el acto de la vista, pero al no haberlo hecho así, sino tardíamente, debe acarrear con los costes procesales de un incidente, que, a la vista de lo acontecido, pudo haber evitado sin necesidad de prolongar el devengo de gastos procesales.
III. La deudora apela el pronunciamiento sobre costas alegando que en el acto de la vista se pactó que si consignaba la cantidad debida no se le impondrían las costas, o que en todo caso no aceptó la condena en costas.
Que no la aceptara no es motivo para dejar de aplicar la solución que en materia de costas resulta de la regulación legal. Y en cuanto al alegado «pacto», queda constatado que no existió, en el sentido de una concorde voluntad de las partes, manifestada expresamente en el acto de la vista, o en momento alguno, para que no hubiera condena en costas.”: AAP Barcelona (Sección 15) 15.03.2009 (Rollo 128/2009; RJC 119)

5. El juez podrá interrogar directamente a las partes y a los peritos y testigos y apreciará las pruebas que se practiquen conforme a las reglas de valoración previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 20. Resolución sobre la solicitud y recursos.

1. Practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. En el primer caso, las costas tendrán la consideración de créditos contra la masa; en el segundo, serán impuestas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En caso de desestimación de la solicitud de concurso, una vez firme el auto, se procederá, a petición del deudor y por los trámites de los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se le hubieran ocasionado como consecuencia de la solicitud de concurso, y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante del concurso, procediéndose de inmediato, si no los pagase, a su exacción forzosa.

Art. 20.1

1. En caso de destimación las costas “serán impuestas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”

1.1 No imposición justificada

AP Madrid

“PRIMERO La discusión en esta segunda instancia a propósito de la solicitud de concurso necesario planteada por los recurrentes, D.Felipey D.Luciano, contra D.Víctorha quedado constreñida a si eran merecedores los solicitantes de aquél, ante la decisión del Juzgado de lo Mercantil de estimar la oposición del demandado y denegar la declaración de concurso, de sufrir la imposición de las costas derivadas de su pretensión. En la resolución recurrida se consideró, sin más, que por aplicación delartículo 20.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante se citará como LC), procedía la imposición de costas a los solicitantes al resultar desestimada su petición.
Los recurrentes consideran que la condena en costas supone una sanción desmedida cuando ellos se limitaron a poner en marcha una iniciativa legítima que la ley ponía a su disposición para intentar la satisfacción de sus derechos; e inciden en que obraron en función de las circunstancias que a ellos les constaban al tiempo de plantear su solicitud, sin que deban esgrimirse en su contra las conductas de cumplimiento de sus obligaciones que haya podido desplegar el demandado tras la presentación de la solicitud de concurso.
SEGUNDO La regla prevista en la ley, en concreto en elartículo 20.1 de la LC, es que si el juez desestimase la solicitud de concurso, impondrá las costas al solicitante. Ahora bien, junto a tal postulado general se contempla también una excepción, que permite la no imposición de costas al solicitante si se considerase que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para enjuiciar a ese respecto hemos valorado en ocasiones precedentes, tales como la analizada en elauto de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 2006, la concurrencia de circunstancias tales como la elevada litigiosidad que pesaba sobre la deudora, lo dudoso de algunas de las deudas alegadas y ciertos hechos enervadores de la concurrencia del sobreseimiento general, como el volumen de pagos a acreedores hecho en determinado momento por la deudora, la cancelación anticipada de operaciones crediticias y los pagos a Hacienda y Seguridad Social, que no tenían por qué ser conocidos por la instante del concurso.

Además, en el caso del concurso necesario, la previsión excepcional delartículo 20.1 de la LCtiene un ámbito específico de aplicabilidad, en opinión de este tribunal, para los supuestos en que el solicitante hubiese evidenciado la concurrencia del hecho externo que según la ley constituye un indicio de insolvencia (artículo 2.4 de la LC) y, sin embargo, la solicitud no prosperase por haber acreditado el deudor con posterioridad que aun así era solvente. De lo contrario se desincentivaría el celo de los acreedores para instar el concurso necesario por el reparo a sufrir una condena en costas que, en principio, fiados de la constatación del citado indicio, no tendrían por qué temer.

TERCERO Debemos recordar cuál es el mecanismo en materia de carga de la prueba que inspira la LC en relación a la declaración del concurso necesario. Corresponde al acreedor probar la concurrencia del hecho externo, que opera como indicio de insolvencia, que fue alegado en su solicitud. Así, ya en ella tenía obligación de expresar los medios de prueba de que se valiese (es decir, los que acompañase a la solicitud) o pretendiera valerse (es decir, durante la vista, sin perjuicio de los que, en su caso, pudiera proponer en ésta a tenor de las alegaciones que pudiera haber vertido el deudor en su escrito de oposición) para acreditar los hechos en que fundase su solicitud (es decir, sobre la legitimación del solicitante - su condición de acreedor- y sobre los presupuestos subjetivo y objetivo del concurso, si bien con respecto a éste le basta con demostrar, como ya se ha dicho, las manifestaciones externas previstas en elartículo 2.4 de la LEC).

Incumbe, por su parte, al deudor, a tenor de lo establecido en elartículo 18.2 de la LC (en relación con la previsión delartículo 217.5 de la LEC), probar su solvencia (en lo que constituye una auténtica fórmula de inversión legal de la carga de la prueba). Si está legalmente obligado a llevar contabilidad (lo que ocurre para todo empresario, según elartículo 25 del Código de Comercio, con independencia de su dimensión y de que sea persona física o jurídica, sin perjuicio de que puedan existir diferencias, legalmente reguladas, en cuanto al contenido de la misma) la prueba deberá basarse en ésta y aportar los libros a la vista. No obstante, no tiene por qué ser esa la única prueba que quepa proponer, pudiéndose aportar además otros medios probatorios admisibles en derecho, como se deduce de la previsión delartículo 18.2in fine y exige la efectividad del derecho a la defensa (artículo 24de la Constitución). Es previsible que en estos casos pueda presentarse o solicitarse, por una u otra parte, prueba pericial en este incidente.

De manera que a la parte instante le bastará con acreditar que su petición estaba justificada porque se daba alguno de los supuestos previstos en elartículo 2.4 de la LCpor ella alegados para que pudiera instarse el concurso necesario (recuérdese este precepto contempla un supuesto de numerus clausus de manifestaciones externas de la insolvencia: que se haya despachado ejecución o apremio contra el deudor sin resultar bienes libres bastantes para el pago, sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor, alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes o incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, de la Seguridad Social o laborales durante los tres meses anteriores a la solicitud) y deberá ser el deudor que se haya opuesto el que desvirtúe la apariencia de insolvencia que se deduce de tales hechos, bien demostrando que no se daba en realidad el hecho alegado o que, a pesar de ello, gozaba de solvencia.

Pero si el deudor evidencia lo que le incumbe, que es además lo que está a su alcance poder demostrar, y, pese a ello, el demandado logra acreditar su solvencia, cargar en tal caso al solicitante con las costas sería, en la mayor parte de los casos, una consecuencia injusta, puesto que elartículo 20.1 de la LCabre la puerta al trato excepcional cuando razonablemente proceda. No puede sino estimarse como un supuesto merecedor de la consideración de dudoso aquél que de cara al exterior denota una determinada apariencia de falta de solvencia, aunque luego se demuestre que no era tal o incluso ocurriese que existiendo tal situación en un momento determinado hubiese conseguido ser superada por el deudor.

CUARTO Al examinar este tribunal los justificantes de pago que fueron aportados por el demandado con la finalidad de demostrar que los créditos relacionados por los solicitantes estaban satisfechos hemos podido comprobar que un número muy significativo de los mismos fue pagado con posterioridad a la presentación de la solicitud de concurso necesario. Ésta data del 2 de marzo de 2007 y los pagos a los que nos referimos, relacionados con procesos judiciales en marcha ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, son los siguientes: 1º) la reclamación del Banco de Valencia en los procedimientos judiciales 338/2004 y 346/2004 de los Juzgados nº 35 y 55, por importes de 5.905,45 y 30.000 euros, se saldan con un recibo de 11 de julio de 2007; 2º) la de La Caixa en el procedimiento 294/2004 delJuzgado 62, por 6.068 euros, se zanja el 29 de mayo de 2007; 3º) las de Bankinter ante los Juzgados nº 10 y 13, por 31.651 y 17.781,33 euros, se atiende el 20 de junio de 2007; 4º) la de Aplicaciones Repuestos Excedentes SL, ante elJuzgado nº 40, procedimiento 215/2004, por 60.101 euros, se solventa el 20 de junio de 2007; 5º) la de BANESTO, ante elJuzgado nº 34, procedimiento 683/2004, por 5.366,58 euros, se soluciona el 16 de julio de 2007; 6º) la del BSCH, ante elJuzgado nº 14, procedimiento nº 1299/2005, por importe de 1.698,25 euros, se atiende el 22 de marzo de 2007; y 7º) la de Caja España, ante elJuzgado nº 10, procedimiento nº 599/2004, por 19.211,99 euros, se extiende recibo el 22 de junio de 2007.

Las consecuencias que podemos extraer de todo ello son las dos siguientes: 1º) resulta apreciable que al tiempo de presentarse la solicitud de concurso el demandado estaba en situación de sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones, al que se refiere elnº 4.1º del artículo 2 de la LC, pues lo característico de éste es que el deudor atravesaba una situación en la que, con independencia de la causa que lo motivase, ya fuese de modo temporal o definitivo (en cualquier caso no de manera puntual o aislada), no podía atender por medios normales el cumplimiento de sus obligaciones (pecuniarias o de la naturaleza que fuesen) frente a una pluralidad de acreedores insatisfechos; la pluralidad de reclamaciones judiciales que le afectaban así lo evidenciaba; y 2º) la reacción del deudor frente a tal situación se ha producido, en gran medida, en el período que intermedió entre la solicitud y la celebración de la vista de oposición al concurso.

Lo cierto es que no precisa la LC si el estado de insolvencia en los casos de oposición de deudor debe ser apreciado al momento en que se solicitó el concurso, lo que se fundaría en las reglas generales del proceso civil sobre el denominado efecto litispendencia - una de cuyas consecuencias es el principio "ut lite pendente nihil innovetur"-, o si, por el contrario, cabría admitir, lo que no resultaría ilógico, dada la trascendencia que conlleva la declaración de concurso para el deudor, que se tomase en cuenta el actual, en el que podría haberse superado la insolvencia. Ello no nos supone, sin embargo, problema alguno en este caso, pues en esta segunda instancia no se discute la denegación de la declaración de concurso sino tan sólo sus consecuencias en materia de costas. Y a este respecto debe reconocerse que si los solicitantes actuaron al amparo de un hecho externo revelador de insolvencia previsto en elartículo 2.4.1º de la LC, que es lo que como acreedores podían conocer, la eventual remoción del mismo por actuaciones del deudor posteriores a la solicitud de concurso en ningún caso justificarían la condena en costas a los solicitantes.
QUINTO Considera, no obstante, la parte demandada que la condena en costas estaría justificada, en cualquier caso, porque el problema estribaría en la falta de legitimación de los solicitantes para instar el concurso necesario.
Cabe, en efecto, en trámite de oposición negar al solicitante del concurso que reúna los requisitos de losartículos 3 y 7 de la LEC. Ahora bien, estimamos que la parte apelada quiere suscitar una controversia baldía a este respecto, pues en la resolución recurrida ya se explica que ningún reparo puede oponerse a la legitimación del Sr.Felipe, poseedor de un cheque impagado por el deudor por importe de 2.400 euros. A los efectos que aquí nos interesan, de simple examen de legitimación, no de reconocimiento de créditos ni de su cuantía, ni el pago ni la compensación que de modo cuasi telegráfico y poco diáfano se aducen en el recurso, queriendo además interponer a una persona jurídica para ello, son motivo suficiente para negarle legitimación a aquél para instar el concurso.
Con respecto al otro solicitante, el Sr.Luciano, lo cierto es que reconocida la legitimación al coinstante, con el que actúa de modo conjunto, pierde todo interés la discusión a propósito de su legitimación, pues la solicitud siempre podría haber sido sostenida por el Sr.Felipe, sin que ello supusiera interferencia procesal alguna. En cualquier caso, a los efectos que aquí nos interesan, habremos de reconocer que cuando menos su condición de administrador y socio único de "Fomento de Estudios Jurídicos Económicos y Sociales SL", entidad a la que se desplazaría la titularidad del crédito de no atribuírselo a aquél (pues la compensación bancaria del cheque significa que hay constancia de que el demandado lo cobró, no de que devolviera luego la cantidad que por ese medio se le prestó), revela al menos una situación dudosa si no se pierden de vista las peculiaridades inherentes a las relaciones personales y profesionales de los implicados y que la reclamación extrajudicial de ese crédito la hizo el Sr.Lucianoen su propio nombre, sin que conste que se le opusiera reparo al respecto. Subsiste, por tanto, la situación dudosa en ese aspecto, la cual resultaría suficiente para adicionar otro motivo más para aconsejar la no condena en costas a la parte solicitante del concurso.”: AAP Madrid (sección 28) 13.02.2009 (JUR 2009/238140) (Rollo 143/2008)

“PRIMERO.- El objeto del presente recurso de apelación se reduce a la revisión del pronunciamiento de la resolución recurrida por el que, de conformidad con el artículo 20.1 de la Ley Concursal, se impusieron a la entidad acreedora instante del concurso, la mercantil "PICIES-PORT, S.L.", las costas procesales ocasionadas como consecuencia de la desestimación de su solicitud de concurso necesario de la entidad "PROMOCIONES ALVIFRU, S.L.".
Para la adecuada resolución del presente recurso de apelación resulta necesario tomar en consideración los siguientes antecedentes:
1) La entidad "PICIES-PORT, S.L." presentó con fecha 12 de diciembre de 2008 solicitud de concurso necesario de la mercantil "PROMOCIONES ALVIFRU, S.L.", alegando ser acreedora de la citada entidad con un crédito de 50.013,18 euros euros como consecuencia de la ejecución de diversos trabajos realizados por encargo de la deudora en una obra que ésta promovía en Vallecas (Madrid), alegando como hecho revelador de la insolvencia el sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones (artículo 2.4.1º de la Ley Concursal).
2) Admitida a trámite la solicitud, la deudora se opuso a la declaración de concurso, mediante escrito presentado el día 18 de septiembre de 2009, alegando: a) la inexistencia del presupuesto objetivo del concurso al haber atendido desde el mes de diciembre de 2008 siete de las quince deudas que figuraban en la certificación del RAI aportada por la acreedora solicitante del concurso, además de estar las restantes deudas "en vías de negociación para su completo abono a la mayor brevedad posible", rechazando mantener una deuda con la entidad "OMEGAPLAC DECORACIÓN, S.L." por importe de 728,62 euros; b) que la deuda de la entidad instante del concurso se reduce a 28.186,13 euros como consecuencia de defectos en la ejecución de los trabajos efectuados cuya subsanación ascendió a 21.827,85 euros, saldo que se ofreció al acreedor y que se negó a cobrar y; c) la irrelevancia de que los fondos propios de la sociedad a 31 de diciembre de 2007 se redujeran a 1.2229,01 euros, siendo la cifra de capital social de 360.624 euros, en tanto que no es indicativo de la insolvencia y porque en el mes de julio de 2008 se amplió el capital social en 15.000 euros con una prima de emisión de 345.000 euros.
3) Mediante providencia de 26 de octubre de 2009 se señaló vista para el día 1 de marzo de 2010, en cuyo acto la acreedora no se ratificó en la solicitud de concurso al entender, con base en las alegaciones efectuadas en el escrito de oposición y la documentación aportada, que la deudora había removido su situación de insolvencia, la cual sí concurría al tiempo de la solicitud por lo que interesaba que no se le impusieran las costas procesales. El deudor mostró su conformidad con la no declaración de concurso pero solicitó que se impusieran las costas procesales al instante del concurso.

4) Con fecha 23 de abril de 2010, el Juzgado dictó auto por el que desestimó la solicitud de concurso al entender que no concurría "ninguno de los presupuestos objetivos reflejados en el artículo 2 de la Ley Concursa dado que según manifestó la actora, promotora del procedimiento, que la demandada ya no se encontraba en situación de insolvencia", todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la solicitante en aplicación del artículo 20.1 de la Ley Concursal.
Contra la citada resolución se alza el acreedor instante del concurso con el único objeto de que se revoque el pronunciamiento relativo a la imposición de costas, interesando que no se efectúe especial pronunciamiento al entender que el supuesto enjuiciado presentaba serias dudas de hecho o de derecho hasta el punto de que al tiempo de presentar la solicitud de concurso concurría el hecho revelador de la insolvencia alegado en la solicitud, pretensión a la que se opone la parte apelada que rechaza la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, alegando que desde el momento de la presentación de su escrito de oposición quedó justificado que no se encontraba en situación de insolvencia, esperando la acreedora hasta la vista para no ratificarse en la solicitud en lugar de desistir de su acción tras formularse la oposición.
SEGUNDO.- Resulta necesario indicar que, en realidad, la Ley Concursal sólo contempla el trámite de ratificación de la solicitud de concurso necesario por el acreedor instante en el acto de la vista cuando el deudor, que se ha opuesto a la solicitud, efectúa la consignación del importe del crédito vencido del acreedor instante y, en su caso, de los créditos también vencidos de los acreedores personados cuyas solicitudes se hubieran acumulado al concurso. En este caso, de no ratificarse el acreedor o acreedores y estimar el juez que concurre el presupuesto objetivo del concurso, debe darse cumplimiento a lo previsto en el artículo 19.3 de la Ley Concursal, esto es, dar audiencia a los demás posibles acreedores que resulten de las actuaciones para que puedan mantener la petición de concurso, antes de dictar el auto que resuelva sobre la solicitud. De acordarse el archivo por falta de ratificación, el artículo 19 de la Ley Concursal no contempla previsión alguna en materia de costas sin que sea aplicable lo dispuesto en el artículo 20 para los supuestos en que se decide sobre la procedencia de la declaración de concurso tras la práctica de las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello. Tampoco tiene encaje el supuesto referido en ninguna de las normas contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria conforme a la disposición final quinta de la Ley Concursal, pues no se ha decidido sobre la procedencia de la declaración de concurso ni cabe hablar de vencimiento de ninguna de las partes (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en la medida en que el deudor evita la declaración de concurso pero como consecuencia de la satisfacción del crédito del acreedor instante que es lo que motiva su falta de ratificación. Tampoco resultan aplicables las reglas sobre la imposición de costas en caso de allanamiento (artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en tanto que el deudor se opone a la solicitud de concurso y logra mediante la consignación que éste no se declare ni, en rigor, de las del desistimiento (artículo 396 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) dado que el archivo se produce como consecuencia de la consignación y puesta a disposición del acreedor del importe de su crédito vencido, criterio que, en todo caso, de admitirse conduciría a la no imposición de costas por tratarse de un desistimiento consentido por el deudor hasta el punto de provocarlo con su consignación. En consecuencia, a falta de previsión legal, el archivo de la solicitud de concurso por falta de ratificación del acreedor como consecuencia de la consignación del acreedor de su crédito vencido no debe contener condena en costas a ninguna de las partes.
A falta de consignación, no tiene sentido en el acto de la vista el trámite de la ratificación de la solicitud por el acreedor y así se deduce del propio artículo 19.4 de la Ley Concursal que no la contempla en caso de falta de consignación, en cuyo supuesto la vista directamente continúa a los efectos de oír a las partes y a sus abogados sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso, proposición, admisión y práctica de las pruebas que puedan realizarse en dicho acto o en su defecto en un nuevo señalamiento. En consecuencia, la no ratificación de su solicitud por el acreedor en el acto de la vista cuando no hay consignación del crédito vencido no tiene otro significado procesal que el desistimiento cuyo tratamiento, a falta de regulación en la Ley Concursal, es el contemplado en el artículo 20 y 396 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
En el supuesto enjuiciado, aun cuando la falta de ratificación del acreedor debió dar lugar a su tratamiento como desistimiento a todos los efectos, lo cierto es que la resolución del juzgado desestima la solicitud del concurso y se pronuncia en costas, imponiéndoselas al solicitante, en aplicación del artículo 20.1 de la Ley Concursal, siendo exclusivamente objeto del presente recurso de apelación la condena en costas por estimar el apelante que concurre la excepción al principio de vencimiento contemplada en dicho precepto, lo que justificaba la no imposición de costas por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, petición que rechaza el apelado que niega tales dudas y además alega que el acreedor demoró su no ratificación hasta el acto de la vista cuando debió desistir de su solicitud con anterioridad y, concretamente, tras la presentación del escrito de oposición.
Delimitado el debate en segunda instancia por el contenido de la resolución apelada y las alegaciones efectuadas por las partes (artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), límites que deben respetarse por el tribunal para no incurrir en incongruencia, debe ya recordarse que la imposición de costas en el incidente de oposición a la declaración de concurso necesario cuando se resuelve sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso se rige por lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Ley Concursal. Dicho precepto establece que en caso de que se desestime la solicitud de concurso las costas procesales deben ser impuestas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.
La resolución recurrida, tras rechazar la solicitud de declaración de concurso necesario, por no concurrir ninguno de los hechos reveladores de la insolvencia tipificados en el artículo 2 de la Ley Concursal, impone las costas a la entidad instante del concurso al no apreciar serias dudas de hecho o de derecho.

Como acabamos de indicar el artículo 20.1 de la Ley Concursal acoge el principio del vencimiento en materia de costas y determina que, en principio, las costas procesales deban imponerse al solicitante como mera consecuencia de la desestimación de su solicitud. Rechazada la declaración de concurso, sólo pueden dejar de imponerse al solicitante las costas procesales si se aprecian serias dudas de hecho o de derecho y la única cuestión objeto del presente recurso de apelación es, si al no apreciarlas, erró o no el juzgador.
Resulta casi una obviedad afirmar -porque resulta del tenor literal de la norma- que las dudas, de hecho o de derecho, que han de concurrir en el supuesto enjuiciado y que permiten al juez liberar al solicitante del pago de las costas procesales han de ser serias lo que, desde luego, no cabe identificar con un defectuoso entendimiento o interpretación por parte del solicitante de los hechos reveladores de la insolvencia y, concretamente, en el supuesto enjuiciado del sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones.
Debe tenerse en cuenta que la imposición de costas junto con la posterior exigencia, en su caso, de la indemnización por daños y perjuicios forma parte del delicado sistema de equilibrios en torno a la solicitud de concurso necesario, procurando la norma, por un lado, evitar las peticiones infundadas utilizadas, por ejemplo, como mero instrumento de presión para favorecer la posición negociadora de un acreedor y, por otro, incentivar la promoción del concurso necesario favoreciendo al instante con la consideración de las costas del incidente como crédito contra la masa y privilegiando parte de crédito del acreedor instante del concurso (artículo 20.1 y 91.6º de la Ley Concursal).
Como ya hemos tenido ocasión de señalar en otras ocasiones (autos de fecha 13 de febrero de 2009 y 26 de noviembre de 2010) la excepción al principio del vencimiento con fundamento en la existencia de serias dudas de hecho o de derecho tiene en este ámbito un claro supuesto de aplicación cual es aquel en el que a pesar de que el acreedor instante del concurso invoca y acredita un hecho externo revelador de la insolvencia el deudor prueba su solvencia conforme al artículo 18.2 de la Ley Concursal o, en similar sentido, si acredita haber removido su inicial estado de insolvencia al tiempo de celebrarse la vista (auto de esta sección de 28 de junio de 2010).
También hemos indicado en otras ocasiones que puede operar la excepción a la imposición de costas en los supuestos de desestimación de la solicitud de concurso, cuando a pesar de que no haya quedado acreditado el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante, con los datos que el acreedor podía razonablemente obtener, cabía sostener con aparente fundamento su concurrencia (auto de fecha 26 de noviembre de 2010).
El supuesto de autos presentaba serias dudas de hecho que justifican, no obstante la desestimación de la solicitud de concurso necesario, la no imposición de las costas procesales hasta el punto de que con los datos que podía obtener el acreedor resultaba más que razonable, al tiempo de presentarse la solicitud -el día 12 de diciembre de 2008-, sostener la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia en tanto que en la certificación del RAI aportada como documento nº 4, emitida el 10 de diciembre de 2008, figuraban registrados 15 impagos por un importe total de 285.050,58 euros, cuantía que debe incrementarse con el crédito del solicitante, sin que consten pagos relevantes en fechas inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud.
El pago de algunas de las deudas tras la presentación de la solicitud y la negociación para el pago de otras, justifica la decisión del acreedor de no ratificar (en realidad, como antes hemos indicado, desistir de) su solicitud, lo que ha dado lugar a su desestimación, pero no impide apreciar la consistencia del hecho revelador de la insolvencia alegado por el acreedor al tiempo de formular la solicitud de concurso, lo que permite no imponerle las costas procesales al presentar el caso serias dudas de hecho, máxime cuando las últimas cuentas anuales depositadas por la deudora, cerradas a 31 de diciembre de 2007, presentaban unas pérdidas del ejercicio de 274.063,04 euros, que habían reducido los fondos propios de la sociedad a 1.229.01 euros, siendo irrelevante a estos efectos la ampliación de capital acordada en julio de 2008 al no constar su inscripción en el Registro Mercantil, al menos, al tiempo de la presentación de la solicitud de concurso necesario.
Por último, no cabe reprochar a la acreedora demora alguna por esperar al acto de la vista para no ratificarse en su solicitud pues, en principio, la ratificación de la solicitud -en los casos en que procede- debe efectuarse en la vista cuyo señalamiento corresponde al órgano judicial. Por lo demás, las costas procesales se han impuesto al solicitante en aplicación del artículo 20.1 de la Ley Concursal y aquí debe enjuiciarse, exclusivamente, si existían serias dudas de hecho o de derecho que permitieran eludir la regla general de la condena en costas derivada de la desestimación de la solicitud acordada por el juzgado en la resolución apelada.
En todo caso, de haberse tenido por desistido al solicitante del concurso como consecuencia de su falta de ratificación en la vista, tampoco hubiera procedido la condena en costas al entrar en aplicación los artículos 20 y 396 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por remisión de la disposición final quinta de la Ley Concursal. En este supuesto -que no es el contemplado en la resolución apelada-, dado que el deudor no mostró de forma incondicional su conformidad con el desistimiento al interesar en la vista la imposición de costas al solicitante, el pronunciamiento en costas no podría resolverse en aplicación de las previsiones contenidas en artículo 396 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no contemplar la norma ese concreto supuesto y sí sólo el desistimiento que no haya de ser consentido por el demandado (aquí deudor) o el consentido de forma incondicional, por lo que la solución, debería darse, ante la ausencia de disciplina específica, en aplicación del 20.3, último párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual el juez al acordar, en su caso, la no prosecución del proceso, y resolver "lo que estime oportuno" debe pronunciarse también sobre las costas, atendiendo a las circunstancias del caso y, especialmente, tomando en consideración las razones que justifican la conducta procesal del actor, aquí solicitante del concurso, tal y como ya se ha pronunciado reiteradamente este tribunal con carácter general (autos de 29 de febrero de 2008, 3 de abril de 2008, 29 de mayo de 2009 y 15 de abril de 2011, entre

otros) y también en el caso de concurso necesario de acreedores en fase de declaración (auto de 27 de mayo de 2011), lo que en el supuesto enjuiciado conduciría igualmente a la no imposición de costas en virtud de los argumentos antes expuestos relativos a la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia alegado en la solicitud al tiempo de su presentación.
Los razonamientos expuestos determinan la estimación del recurso de apelación y la revocación de la resolución impugnada en el particular que impuso las costas a la entidad acreedora solicitante del concurso. ": AAP Madrid (Sección 28) 16.09.2011 (Auto 125/2011; Rollo 166/2011)

"NOVENO.- En materia de costas debemos hacer la siguiente distinción:
a) las ocasionadas en la primera instancia del incidente de oposición a la entidad finalmente considerada como la solicitante del concurso, EXCAVACIONES FGM, se considerarán como un crédito contra la masa, según prevé el artículo 20.1 de la LC, por lo que su importe se deducirá de la misma antes de pagar los créditos concursales; y
b) las generadas por la primitiva solicitud, planteada por MONTAJES DE PROTECCIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SL, no van a ser impuestas por el criterio del vencimiento objetivo, como sería la regla general, sino que cabe la aplicación del tratamiento excepcional que contempla el artículo 20.1 de la LC para los casos en los que concurran serias dudas de hecho o de derecho; éstas se materializan aquí en el dato objetivo de que la mencionada entidad solicitante actuó al amparo de lo que aparentaba un hecho externo revelador de insolvencia previsto en el artículo 2.4.1º de la LC, que es lo que como acreedora podía conocer, de manera que la eventual remoción del mismo o la desvirtuación de su apariencia merced a actuaciones del deudor posteriores a la solicitud de concurso (en este caso pagando, aunque con retraso) en ningún caso justificaría, con un criterio objetivo, la condena en costas a la solicitante.": AAP Madrid (Sección 28) 27.04.2012 (Auto 68/2012; Rollo 318/2011)

AP Sevilla

"SEGUNDO.- Dispone el artículo 20.1 de la LC que el Auto que desestime la declaración de concurso necesario impondrá las costas al solicitante, salvo que el Juez aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Se recoge, por tanto, en la Ley Concursal el principio del vencimiento con las excepciones de las dudas de hecho o de derecho que rige en el ordenamiento procesal civil. Tales dudas han de ser fundadas, razonables, basadas en una gran dificultad para determinar, precisar o conocer fuera del proceso judicial la realidad de los hechos fundamento de la pretensión deducida, o en que aun no habiendo dudas sobre los hechos, los efectos jurídicos de los mismos se presenten dudosos por ser la normativa aplicable susceptible de diversas interpretaciones, o bien porque exista jurisprudencia contradictoria en casos similares.
En el presente caso, los solicitantes presentaron la solicitud de concurso necesario del Grupo Cardiplus, integrado por diversas sociedades estrechamente relacionadas entre sí, dirigidas por una misma persona y que constituían un mismo proyecto empresarial con identidad de fines., existiendo unidad en la toma de decisiones y compartiendo todas ellas el mismo domicilio social.
El auto de declaración de concurso de unas y de denegación respecto de otras tres, aprecia la existencia de Grupo de empresas respecto de las cuatro cuyo concurso declara. Y si bien no se pronuncia respecto de las otras tres porque considera que los solicitantes no son acreedores de las mismas, lo cierto es que del examen de la documentación aportada se desprende que forman parte del mismo grupo de empresas que las otras cuatro que son declaradas en concurso, en tanto en cuanto comparten administradores, domicilio social, proyecto empresarial y tienen objetos sociales similares o complementarios.
Esta realidad empresarial es susceptible de generar confusión fáctica a los acreedores de alguna o algunas de las sociedades partícipes en el Grupo, y también dudas de derecho por la posible confusión de patrimonios, que justifica la presentación de una solicitud conjunta contra todas las entidades del Grupo ante la dificultad de determinar con exactitud cual sea la verdadera deudora, así como si dada la urdimbre de relaciones existentes entre ellas pudiera derivarse o extenderse la responsabilidad por las deudas a otra u otras de las componentes del Grupo.
El artículo 3.5 de la LC anterior a la Reforma de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, aplicable a este supuesto en razón de la fecha de presentación de la solicitud de concurso, establece que el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.
En definitiva, el planteamiento en este caso de la solicitud concursal por parte de los acreedores de varias de las empresas del Grupo entrañaba serias dificultades y complejidades jurídicas, por lo que debe apreciarse en este supuesto la concurrencia de serias dudas de derecho que justifica que no se deban imponer a los demandantes las costas originadas por la desestimación de la solicitud respecto de tres de las sociedades que formaban parte del mismo Grupo de empresas que las otras cuatro respecto de las que sí se ha estimado la declaración de concurso
TERCERO.-Las costas no constituyen una sanción al que pierde, sino una contraprestación por los gastos ocasionados, para que el que obtuvo una victoria fundada no vea mermados sus intereses (STC de 1 de diciembre de 1988).
En base a ello, con carácter general se estableció el criterio del vencimiento en materia de costas, para los juicios declarativos, en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, en virtud de la reforma introducida por la Ley 34/84 de 6 de agosto, criterio que ha mantenido la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, artículo 394. Ahora bien, junto al criterio del vencimiento se establece una excepción, cuando el caso presente

serias dudas de hecho o de derecho. Es lo que se denomina discrecionalidad razonada, se intenta evitar que el sistema del vencimiento sea una consecuencia fatal y automática, desconectado del asunto, sino que ha de estar ligado a él, consiguiendo que sea más justo, al permitir valorar las causas que originaron el proceso, la complejidad fáctica o jurídica, o la razón de traer a determinadas personas, pero siempre entendiendo que el criterio general es el del vencimiento, y para apreciar la excepción han de concurrir serias dudas de hecho o de derecho, lo que hace necesario e imprescindible un adecuado razonamiento sobre el particular.
CUARTO. - Por lo expuesto, procede la estimación del recurso de apelación, con revocación parcial del Auto recurrido, para no hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en la primera instancia respecto de la solicitud de concurso de las entidades GRUPO SANITARIO CARDIPLUS S.L., CARDIOFARMA TELEMEDICINA S.L., y CENTRO DE INNOVACIONES CARDIOVASCULARES S.L.": AAP Sevilla (Sección 5) 01.06.2012 (Auto 101/2012; Rollo 895/2012)

1.2 Procedencia de la imposición de las costas al solicitante

AP Madrid

"PRIMERO.-El objeto del presente recurso de apelación se reduce a la revisión del pronunciamiento de la resolución recurrida por el que, de conformidad con el artículo 20.1 de la Ley Concursal, se impusieron a la entidad "INSTALACIONES FEIMA, S.L." las costas procesales ocasionadas como consecuencia de la desestimación de su solicitud de concurso necesario de la mercantil "REALIA BUSINESS, S.A.".
Para la adecuada resolución del presente recurso de apelación resulta necesario tomar en consideración los siguientes antecedentes:
1) La entidad "INSTALACIONES FEIMA, S.L." presentó con fecha 24 de marzo de 2009 solicitud de concurso necesario de la mercantil "REALIA BUSINESS, S.A.", sociedad cotizada en bolsa, alegando ser acreedora de la citada entidad con un crédito de 151.104 euros como consecuencia de la ejecución de diversos trabajos realizados por encargo de la deudora en la promoción que ésta desarrollaba en la Avenida Diagonal esquina calle Pallars de Barcelona, alegando como hecho revelador de la insolvencia el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones (artículo 2.4.1º de la Ley Concursal), citando también -y sólo citando, sin el menor apoyo argumental-el artículo 2.4.4º de la Ley Concursal que contempla como hecho externo de la insolvencia el sobreseimiento sectorial, esto es el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago de naturaleza tributaria, de seguridad social o laborales en los tres meses anteriores a la solicitud de concurso. Para fundamentar el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor se afirmaba en el escueto escrito de solicitud presentado al efecto que había resultado impagado el crédito del instante y el de otros tres acreedores "POSIMAR, S.A.", "P.A. RODRIGUEZ, S.L." y "S.G.S.", acompañando con posterioridad, a requerimiento del Juzgado para que justificase la existencia de pluralidad de acreedores, una mera relación en la que exclusivamente figuraban veintiocho nombres y denominaciones sociales, afirmando la instante que eran titulares de créditos líquidos, vencidos y exigibles contra la deudora, todos ellos generados como consecuencia de obras ejecutadas en la promoción antes reseñada.
2) Admitida a trámite la solicitud, la deudora se opuso a la declaración de concurso alegando: a) la falta legitimación activa de la entidad instante del concurso de quien se negaba la condición de acreedor o, al menos, se discutía al estar pendiente la liquidación de las obras ejecutadas; b) inexistencia de los dos hechos reveladores de la insolvencia invocados por el acreedor; y c) su solvencia, esto es, rechazaba encontrarse en estado de insolvencia.
3) Tras los trámites oportunos, el Juzgado dictó auto en el que tras admitir la legitimación del acreedor instante del concurso, desestimó la solicitud al rechazar la concurrencia de los hechos reveladores de la insolvencia invocados al haber acreditado la deudora estar al corriente de sus obligaciones de pago con Hacienda, Seguridad Social y con los trabajadores, sin que la instante del concurso hubiera acreditado el sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones, dado que las deudas invocadas por el acreedor no estaban vencidas ni eran exigibles por estar pendientes de liquidación, señalando, además, que algunos de los acreedores reseñados no lo eran de la deudora, en opinión del juzgador, por ser subcontratistas. En todo caso y aun cuando se tratara de créditos vencidos, líquidos y exigibles, la resolución rechaza el incumplimiento generalizado y considera que, a lo sumo, se trataría de incumplimientos puntuales y de muy escasa relevancia en atención al pasivo exigible a corto plazo de la sociedad, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la promotora del concurso al no apreciar que el supuesto enjuiciado presentara serias dudas de hecho o de derecho.
Contra la citada resolución se alza el acreedor instante del concurso con el único objeto de que se revoque el pronunciamiento relativo a la imposición de costas, interesando que se declaren de oficio, de lo que cabe entender que lo que se pretende es que no se efectúe expresa imposición de costas a ninguna de las partes, lo que implica que cada una abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, todo ello con base en los argumentos que a continuación se analizarán.
SEGUNDO.-La imposición de costas en el incidente de oposición a la declaración de concurso necesario se rige por lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Ley Concursal. Dicho precepto establece que en caso de que se desestime la solicitud de concurso las costas procesales deben ser impuestas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.
En la resolución recurrida, tras rechazar la solicitud de declaración de concurso necesario, por no concurrir ninguno de los hechos reveladores de la insolvencia que habían sido invocados, impone las costas a la entidad instante del concurso al no apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho ni de derecho y para ello parte de una hipótesis absolutamente favorable para la entidad "INSTALACIONES FEIMA, S.L." como es

admitir -a los solos efectos de valorar si la acreedora podía entender de modo razonable que existía un sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones de quien considera su deudora-que aquélla podía calcular que en la promoción de la Avenida Diagonal de Barcelona se habían generado, como máximo, unas deudas con los contratistas de 6.000.000 euros, cifra que calcula aplicando al valor de venta de la promoción -que fija en 60.000.000 euros-el porcentaje de obra supuestamente impagado a la acreedora instante del concurso (10%) y a continuación compara dicha cifra
(6.000.000 euros) con lo que la resolución considera pasivo exigible (1.000.000.000 euros, aproximadamente) que se toma del pasivo corriente de las cuentas anuales de la entidad "REALIA BUSINESS, S.A." cerradas a 31 de diciembre de 2008, llegando a la conclusión de que el importe de las deudas impagadas representaría un 0,6% de las deudas a corto plazo o, en su caso, un 1,47% de la deudas con entidades de crédito (408.000.000 euros) o un 4% si la comparación se hace con las deudas con proveedores (150.191.000 euros) o, en último término, un 1% si se compara la deuda calculada como impagada con el pasivo integrado por proveedores y entidades de crédito, lo que ponía de manifiesto que la solicitante debía ser consciente de la inexistencia del sobreseimiento generalizado como hecho externo de la insolvencia.
En definitiva, el juzgador concluye que la instante disponía de medios para saber, a la vista de la cantidad que según ella le adeudaban y el pasivo a corto plazo de la deudora, que ésta no había incurrido en un sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones y con más razón si se tomaba como impagada la suma de 1.000.000 euros, también calculada de forma hipotética aplicando el porcentaje del crédito que la instante considera impagado (10%) al coste de la promoción que se cuantifica en 10.000.000 euros.
Frente a los razonamientos efectuados en la resolución, la recurrente entiende que le han impuesto las costas procesales porque se la imputa que filtró la noticia a la prensa y porque no indicó el importe de las deudas de los acreedores cuando se manifestó por esta parte la existencia de un sobreseimiento generalizado, negando ser autor de la filtración y justificando la no cuantificación de los créditos supuestamente impagados, solicitando, en último término, la no imposición de costas al haber actuado de buena fe y porque era cierta toda la información que se facilitó al Juzgado para fundamentar la solicitud de concurso.
La entidad recurrente no ha comprendido la razón por la que el juzgador le impone expresamente las costas procesales que, por otra parte, se deduce de su mera lectura, y que nada tienen que ver con la supuesta filtración de la noticia a la prensa cuya mera valoración es expresamente rechazada por el juzgador para fundamentar el pronunciamiento en costas. Tampoco se basa la condena en la falta de cuantificación de los créditos que se alegaban como impagos. Por el contrario, las costas procesales se imponen al solicitante porque no concurren en el supuesto enjuiciado serias dudas de hecho ni de derecho, al apreciar que el deudor tenía a su alcance los datos necesarios para comprobar la inexistencia del sobreseimiento alegado y ello partiendo de una hipótesis más favorable que la definida por el propio instante del concurso como lo es fijar una hipotética deuda de 6.000.000 euros que el acreedor podía considerar impagada, esto es, sin necesidad siquiera de discutir las afirmaciones efectuadas por el solicitante sobre diversos créditos que, aun cuando existieran, no podían tomarse como indicativos de un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones por representar sus importes un porcentaje insignificante sobre el total del pasivo exigible a corto plazo de la deudora, según resultaba de las cuentas anuales cerradas a 31 de diciembre de 2008.
En definitiva, el recurrente deja incólumes los argumentos que han determinado su condena en costas lo que por sí solo justifica la desestimación del recurso de apelación sin necesidad de mayor argumentación ni de examinar si el planteamiento o enfoque efectuado en la resolución es del todo correcto al partir de una deuda meramente hipotética -que había sido rechazada como deuda líquida, vencida y exigible al examinar los hechos reveladores y, en todo caso, cuantificada en un importe mucho más reducido (401.273,95 euros como máximo)-, calculada sobre unas bases discutibles, admitiendo, además, que el instante podía conocer al tiempo de formular su solicitud de concurso las cuentas anuales de la deudora cerradas a 31 de diciembre de 2008.
TERCERO.-Aun cuando lo expuesto en el fundamento anterior permite confirmar la resolución recurrida al no rebatir el recurrente los argumentos que realmente han determinado su condena en costas, el Tribunal considera necesario efectuar algunas precisiones respecto de esta cuestión.
Consentida por la parte apelante la desestimación de su solicitud de concurso necesario de la entidad "REALIA BUSINESS, S.A." el artículo 20.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acoge, como ya hemos expuesto, el principio del vencimiento en materia de costas y determina que, en principio, las costas procesales deban imponerse al solicitante como mera consecuencia de la desestimación de su solicitud. Rechazada la declaración de concurso, sólo podían dejar de imponerse las costas procesales si se apreciaban serias dudas de hecho o de derecho y la única cuestión objeto del presente recurso de apelación es, si al no apreciarlas, erró o no el juzgador.
Resulta casi una obviedad afirmar -porque resulta del tenor literal de la norma-que las dudas, de hecho o de derecho, que han de concurrir en el supuesto enjuiciado y que permiten al juez liberar al solicitante del pago de las costas procesales han de ser serias lo que, desde luego, no cabe identificar con un defectuoso entendimiento o interpretación por parte del solicitante de los hechos reveladores de la insolvencia y, concretamente, en el supuesto enjuiciado del sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones.
Debe tenerse en cuenta que la imposición de costas junto con la posterior exigencia, en su caso, de la indemnización por daños y perjuicios forma parte del delicado sistema de equilibrios en torno a la solicitud de concurso necesario, procurando la norma, por un lado, evitar las peticiones infundadas utilizadas, por ejemplo, como mero instrumento de presión para favorecer la posición negociadora de un acreedor, mientras que, por otro lado, trata de incentivar la promoción del concurso necesario favoreciendo al instante con la consideración

de las costas del incidente como crédito contra la masa y privilegiando parte de crédito del acreedor instante del concurso (artículo 20.1 y 91.6º de la Ley Concursal).
Como ya hemos tenido ocasión de señalar en otras ocasiones (auto de fecha 13 de febrero de 2009) la excepción al principio del vencimiento con fundamento en la existencia de serias dudas de hecho o de derecho tiene en este ámbito un claro supuesto de aplicación cual es aquel en el que a pesar de que el acreedor instante invoca y acredita un hecho externo revelador de la insolvencia el deudor prueba su solvencia conforme al artículo 18.2 de la Ley Concursal.
También podrá operar la excepción cuando se desestime la solicitud de concurso porque a pesar de que no haya quedado acreditado el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante, con los datos que el acreedor podía razonablemente obtener cabía sostener con aparente fundamento su concurrencia.
En el supuesto de autos, sin embargo, no se aprecian dudas de hecho ni de derecho sobre la concurrencia, en realidad, sobre la inexistencia de los hechos reveladores de la insolvencia invocados por el solicitante.
En la solicitud, sin desarrollo argumental alguno, se invocó como hecho externo el sobreseimiento sectorial al citar el artículo 2.4.4º de la Ley Concursal obligando a la deudora a acreditar que estaba al corriente de pago con Hacienda, la Tesorería General de la Seguridad Social y sus trabajadores y, luego, al juez a rechazar dicho hecho externo. Alega ahora el solicitante que la cita del precepto fue un error y que sólo quería invocar el sobreseimiento generalizado, sin embargo, tuvo ocasión de aclarar en la vista la confusión y no lo hizo o, al menos, no lo efectuó expresamente a pesar del contenido del escrito de oposición y de las alegaciones de la deudora en dicho acto. En todo caso, hasta el propio solicitante parece no albergar duda alguna sobre la inexistencia de este hecho externo que, como resulta patente, carecía de todo fundamento.
Respecto al sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, no parece riguroso pretender el concurso de una entidad cuyas acciones cotizan en bolsa, alegando este hecho externo revelador de la insolvencia, fundamentándolo única y exclusivamente en el impago de un total de cuatro créditos que se afirmaban líquidos, vencidos y exigibles. Por otra parte, todos los acreedores, salvo el propio instante, reconocieron que habían cobrado a su vencimiento todos los pagarés entregados en pago de los trabajos ejecutados, estando pendientes de la liquidación definitiva de las obras. De igual forma, el resto de los acreedores que fueron reseñados por el instante a requerimiento del Juzgado resultaron ser contratistas o subcontratistas que habían ejecutado trabajos en la promoción de la Avenida Diagonal de Barcelona que había sido recepcionada provisionalmente el día 13 de marzo de 2008 por lo que el período de garantía, según el artículo 39 de las condiciones generales y económicas de los contratos de ejecución de obras de edificación (folio 42), anexo al propio contrato de la solicitante, expiró el 13 de marzo de 2009, sin que al tiempo de la solicitud de concurso (24 de marzo de 2009) se hubiera firmado con los diferentes contratistas su recepción definitiva, que, precisamente, debía efectuarse transcurrido el período de garantía, lo que determinaba, en su caso, la devolución de las cantidades retenidas en garantía, sin que por ello pueda sostenerse el incumplimiento de las obligaciones de pago frente a los mismos y menos cuando al solicitarse el concurso habían transcurrido sólo 11 días desde la expiración del período de garantía, lo que a lo sumo determinaba un mero retraso en el cumplimiento de sus obligaciones.
Por último, la resolución apelada afirma, y no es combatido por el recurrente, que en el primer trimestre del año 2009 la entidad "REALIA BUSINESS, S.A." había atendido pagos en la cuantía de 57.103.820,99 euros, estando al corriente de sus obligaciones de pago con Hacienda, Seguridad Social y con los trabajadores, no figurando ni en los registros del RAI ni de ASNEF, por lo que se resulta un tanto inconsistente sostener el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor alegando unos pocos impagos todos ellos relativos a la misma promoción cuando acababa de finalizar el período de garantía y estaban liquidándose definitivamente las obras, lo que alcanza cierto grado de frivolidad si añadimos que el propio instante del concurso cobró un pagaré a su vencimiento, el día 15 de marzo de 2009, en la cuantía de 3.436,58 euros (folios 309 y 310), todo ello pocos días antes de presentar la solicitud de concurso.
En consecuencia, el supuesto enjuiciado no planteaba serias dudas de hecho ni de derecho, resultando patente que al tiempo de la solicitud del concurso la entidad "REALIA BUSINESS, S.A." no había cesado de un modo generalizado, ya fuera de modo definitivo o temporal, en el pago corriente de sus obligaciones, cualesquiera que fueran las dificultades económicas por las que, en su caso, pudiera pasar la entidad al tiempo de la solicitud de concurso.
Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución impugnada”: AAP Madrid 26.11.2010 (Auto172/2010; Rollo 15/2010)

AP Sevilla

“Segundo.- En materia de costas el recurso no razona cuales son las serias dudas de hecho o de derecho que justificarían, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Ley Concursal, la no imposición de las costas procesales de la primera instancia. Por el contrario la solicitud inicial se basaba en datos escasos, algunos de ellos además inexactos o erróneos. No es suficiente por lo demás cualquier duda para poder alterar la regla del vencimiento en materia de costas, sino que han de concurrir dudas serias, es decir, graves, importantes, lo que en absoluto concurre en el caso de autos.”: AAP Sevilla (Sección 5) 12.09.2012 (Auto 144/2012; Rollo 4417/2012)

JM-2 Madrid

“SEXTO.- Establece el Art. 20-1 de la Ley Concursal lo siguiente : “..Practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. En el primer caso, las costas tendrán la consideración de créditos contra la masa; en el segundo, serán impuestas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En caso de desestimación de la solicitud de concurso, una vez firme el auto, se procederá, a petición del deudor y por los trámites de los arts. 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se le hubieran ocasionado como consecuencia de la solicitud de concurso, y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante del concurso, procediéndose de inmediato, si no los pagase, a su exacción forzosa..”.
Pues bien, con independencia de lo que pueda resultar de la pieza tendente a la determinación y exacción de daños y perjuicios en el caso de que tal pretensión llegue a ser ejercitada por parte de NOZAR, se nos plantea en el supuesto examinado si nos encontramos o no ante una de de esas hipótesis en las que, como establece el precepto transcrito, el caso examinado plantea dudas -y dudas serias- de hecho o de derecho a efectos de imponer o de dispensar a AVALATRANSA de una condena en constas que, en principio, se contempla como consecuencia natural del fracaso de su pretensión atendiendo a criterios de vencimiento objetivo. Por lo demás, se trata de una cuestión que este juzgador se plantea de oficio al no haber solicitado el letrado de AVALATRANSA en su informe final -ni siquiera con carácter subsidiario- la exoneración de su cliente en materia de costas, ni haber suministrado, en consecuencia, argumento alguno capaz de poner de relieve la posible concurrencia de aquellas dudas fácticas o jurídicas.
La Sección 28ª (Especializada en materia mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid se ha ocupado de dicha cuestión en dos resoluciones :
-En el Auto de Auto de 21 de septiembre de 2006 se indicó lo siguiente :
“..No obstante la desestimación de la solicitud de declaración de concurso necesario por falta de prueba de hechos reveladores de la insolvencia, entiende la Sala que existen dudas de hecho que justifican, conforme al art. 20.1 de la Ley Concursal, que las costas no hayan de imponerse a la solicitante de la declaración de concurso necesario. Es cierto que la litigiosidad en la que se haya incursa la deudora no puede en este acto interpretarse como hecho revelador del sobreseimiento general de pagos, pero no es menos cierto que cuando una empresa sobresee sus pagos con carácter general, se produce un número considerable de litigios contra ella. También es cierto que existen dudas de hecho sobre determinadas deudas mantenidas con socios o antiguos asesores de la sociedad, pese a que, como se ha dicho, incluso de ser ciertas no supondrían el sobreseimiento general de tales pagos. Y ciertos hechos enervadores de la concurrencia del sobreseimiento general de pagos, como son el volumen de pagos a acreedores hecho por la deudora, la cancelación anticipada de operaciones crediticias, el estar al corriente en los pagos a Hacienda y Seguridad Social, no tenían por qué ser conocidos por la instante del concurso. Dadas tales circunstancias, la Sala entiende excesiva la imposición de costas a la solicitante, debiendo aplicarse el régimen moderador del principio del vencimiento previsto en el art. 20.1 de la Ley Concursal para el caso de desestimación de la solicitud de declaración de concurso con concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho..”
-Más recientemente, indica en su Auto de 13 de febrero de 2009 lo siguiente :
“..La regla prevista en la ley, en concreto en el artículo 20.1 de la LC, es que si el juez desestimase la solicitud de concurso, impondrá las costas al solicitante. Ahora bien, junto a tal postulado general se contempla también una excepción, que permite la no imposición de costas al solicitante si se considerase que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para enjuiciar a ese respecto hemos valorado en ocasiones precedentes, tales como la analizada en el auto de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 2006, la concurrencia de circunstancias tales como la elevada litigiosidad que pesaba sobre la deudora, lo dudoso de algunas de las deudas alegadas y ciertos hechos enervadores de la concurrencia del sobreseimiento general, como el volumen de pagos a acreedores hecho en determinado momento por la deudora, la cancelación anticipada de operaciones crediticias y los pagos a Hacienda y Seguridad Social, que no tenían por qué ser conocidos por la instante del concurso. Además, en el caso del concurso necesario, la previsión excepcional del artículo 20.1 de la LC tiene un ámbito específico de aplicabilidad, en opinión de este tribunal, para los supuestos en que el solicitante hubiese evidenciado la concurrencia del hecho externo que según la ley constituye un indicio de insolvencia (artículo 2.4 de la LC) y, sin embargo, la solicitud no prosperase por haber acreditado el deudor con posterioridad que aun así era solvente. De lo contrario se desincentivaría el celo de los acreedores para instar el concurso necesario por el reparo a sufrir una condena en costas que, en principio, fiados de la constatación del citado indicio, no tendrían por qué temer… No puede sino estimarse como un supuesto merecedor de la consideración de dudoso aquél que de cara al exterior denota una determinada apariencia de falta de solvencia, aunque luego se demuestre que no era tal o incluso ocurriese que existiendo tal situación en un momento determinado hubiese conseguido ser superada por el deudor…Al examinar este tribunal los justificantes de pago que fueron aportados por el demandado con la finalidad de demostrar que los créditos relacionados por los solicitantes estaban satisfechos hemos podido comprobar que un número muy significativo de los mismos fue pagado con posterioridad a la presentación de la solicitud de concurso necesario debe reconocerse que si los solicitantes actuaron al amparo de un hecho externo revelador de insolvencia previsto en el artículo 2.4.1º de la LC, que es lo que como acreedores podían conocer, la eventual remoción del mismo por actuaciones del deudor posteriores a la solicitud de concurso en ningún caso justificarían la condena en costas a los solicitantes..”.
Comprobada, pues, cual es la tendencia al respecto, debemos indicar también que la condición de persona ajena a las fuentes de información que integran la entraña de la sociedad deudora constituye una nota o característica estructural predicable de todo acreedor que se decida a solicitar su concurso, con lo que, de generalizarse la aplicación de la doctrina anteriormente expuesta de una manera acrítica o sistemática

(doctrina que -no hay que olvidarlo- se emite en presencia de supuestos de hecho rodeados de sus peculiares características), nos encontraríamos pronto con el paradójico resultado de que la excepción que el Art. 20-1 de la Ley Concursal contempla (existencia de dudas de hecho o de derecho) se convertiría en regla, no ya general, sino prácticamente uniforme, y que, por el contrario, la regla general que la ley establece (la condena en costas al solicitante de concurso cuya pretensión ha fracasado) pasaría a configurarse como un supuesto de naturaleza excepcional cuando no inexistente. Como quiera, pues, que ese resultado no se compadecería ni con la letra ni con el espíritu de la norma que disciplina la materia, se ha de convenir en que la apreciación de la concurrencia de dudas fácticas o jurídicas ha de constituir siempre el resultado de un examen particularizado de las circunstancias concurrentes en el concreto supuesto que se examina.
Por otra parte, no podemos olvidar que el de concurso necesario es un proceso de naturaleza singular donde, como se razonó en el auto que admitió a trámite la solicitud de AVALATRANSA y como se ha puesto de relieve a través de las diferentes resoluciones judiciales parcialmente transcritas en el Fundamento Segundo de esta misma resolución, no se exige al solicitante de concurso necesario, salvo una indiciaria justificación de la legitimación que invoca, acreditación alguna -mucho menos acreditación plena- de la concurrencia de los "hechos reveladores" a los que se refiere el Art. 2-4 de la Ley Concursal como presupuesto para desencadenar un tipo de trámite judicial que, por sus propias características y por la publicidad natural que ordinariamente comporta, es susceptible de interferir seriamente en el devenir de las sociedades mercantiles que lo padecen. De ahí que ese régimen de automatismo relativo en la admisión a trámite de las solicitudes con el que la Ley Concursal beneficia a los posibles solicitantes legitimados (Art. 15), se vea compensado mediante un sistema característico y especialmente severo de responsabilidad (Art. 20-1) donde, junto a la condena en costas con arreglo al clásico criterio del vencimiento que es común a cualquier otro tipo de proceso (Art. 394 L.E.C.), se contempla adicionalmente la posibilidad de imponer al solicitante una condena específica a indemnizar a la otra parte de los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de una iniciativa no suficientemente fundada. Pues bien, en el caso ahora examinado tenemos lo siguiente :

1.- En relación con la imputación de sobreseimiento general, se puede hacer abstracción -como, de hecho, se ha efectuado en el apartado correspondiente de esta misma resolución- de la concurrencia de determinadas circunstancias que AVALATRANSA no tenía por qué conocer : en cuanto a la deuda bancaria, las negociaciones entabladas con bancos y las moratorias otorgadas por estos con anterioridad a la solicitud de concurso; y en cuanto a la deuda con acreedores comerciales, el abono de la misma efectuado con posterioridad a la solicitud. Porque, aun así, es decir, aun haciendo abstracción de tales circunstancias, AVALATRANSA disponía ya con anterioridad a su solicitud de los datos esenciales -cuantía de la deuda impagada a lo largo de 2008 y cuantía del pasivo vencido o por vencer durante la misma anualidad- que le permitían establecer con facilidad que la correlación entre una y otra magnitud se situaba solamente en torno al 5,9%. Así pues, no solo no se nos presenta ahora como dudosa la conclusión de que ese porcentaje de impagados no integra un verdadero supuesto de sobreseimiento general sino que -y esto es lo verdaderamente importante- tal circunstancia debiera haber conducido a AVALATRANSA, que ya era conocedora del dato, a actuar como un mayor grado de responsabilidad a la espera -o mediante la activa búsqueda- de nuevos datos que eventualmente pudieran avalar un alegato de sobreseimiento.

2.- En relación con la imputación de liquidación ruinosa de bienes, hemos comprobado que la mayor parte de los hechos aducidos por AVALATRANSA ni siquiera resultan conceptualmente subsumibles dentro del precepto legal respectivo. Y aquél hecho que teóricamente pudiera gozar de tales características (venta de terrenos de Zaragoza a CAJA DE AHORROS INMACULADA) era un hecho único y, por tanto, no incardinable en la hipótesis legal, referida a actos liquidatorios de carácter múltiple ("liquidación de bienes"). Además, el hecho en cuestión se apoyó exclusivamente en una información periodística y, por su propia indolencia al respecto al no acudir al Registro de la Propiedad, AVALATRANSA suministró datos incorrectos de los que se deducía una pérdida económica que no se ajustaba a la realidad. Tampoco actuó, pues, responsablemente la solicitante de concurso cuando decidió articular su pretensión en torno a este "hecho de concurso".
Establecido lo anterior, forzoso resulta concluir que no sería consistente con el tenor del Art. 20-1 de la Ley Concursal un pronunciamiento sobre costas por el que el órgano judicial transmitiese la idea de que a cualquier acreedor, real o virtual, le puede salir "gratis" -permítasenos la expresión coloquial- una iniciativa como la presente en la que, de manera poco meditada y sin suficiente rigor o fundamento, se somete a una entidad mercantil a la gravosa carga de soportar temporalmente en el concepto público la condición de "concursada presunta" con los quebrantos de todo orden que esa sola circunstancia es capaz de provocar.": AJM-2 Madrid 05.05.2009 (Concurso 567/2008)

2. Sobre las costas en caso de allanamiento o no efectiva oposición por el deudor

2.1 No procede la condena en costas

"En el caso presente, el deudor se allanó expresamente dentro del plazo para oponerse y el auto que declaró el concurso no hizo mención alguna a las costas de esta fase de declaración, sin que se solicitara aclaración alguna sobre este extremo. Puesto que no hubo pronunciamiento sobre las costas, no existe, en fin, condena en costas y en consecuencia no existe un crédito por costas y gastos judiciales generados por la declaración de concurso a favor de la parte instante contra el deudor concursado, que sólo podía haber establecido o constituido el auto que declaró el concurso. De otro lado, la no imposición de costas es la solución que hemos aceptado para el caso de falta de oposición efectiva por el deudor o para el supuesto de allanamiento; así lo rgumentamos en nuestroAuto de 11 de febrero de 2009 (Rollo de Apelación 602/2008):

<<"Compartimos la interpretación del Magistrado mercantil respecto a la norma relativa a la imposición de las costas causadas en el incidente de declaración de concurso necesario. El art. 20.1 LC dispone en este sentido que si el auto declara el concurso las costas tendrán la consideración de créditos contra la masa, y si desestima la solicitud serán impuestas al solicitante salvo que se aprecie y razone la existencia de serias dudas de hecho o de derecho. Pero este precepto está contemplando el supuesto de una fase contenciosa en el incidente de declaración del concurso, determinada por la formulación de oposición por el deudor y su mantenimiento en el acto de la vista, como resulta del primer inciso de dicho precepto en relación con elartículo 19.4. De este modo, la consideración de las costas del incidente como crédito contra la masa tiene lugar cuando se ha celebrado y concluido la vista a que se refiere elart. 19 por existir efectiva contradicción, y se han practicado las pruebas declaradas pertinentes. En otro caso, si en la vista se desvanece la contradicción (pese a que hubiera sido formulada con anterioridad por el deudor), porque el deudor no comparece (art. 19.2 LC) o porque en el acto de la vista desiste de su oposición o se allana, procederá dictar auto declarando el concurso (arts. 18.1 y 19.2), pero sin imposición de costas, al igual que en el supuesto de que el deudor no hubiera formulado oposición (art. 18.1) o, en general, para el caso de que el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante (art. 18.2), supuestos todos ellos en los que la Ley Concursal no prevé la imposición de costas">>.
TERCERO Procede por todo ello confirmar la sentencia apelada, sin imposición de costas por el presente recurso, dadas las dudas de Derecho que la cuestión suscita.": SAP Barcelona (Sección 15) 04.06.2009 (JUR 2009/420668; Sentencia 192/2009; Rollo 57/2009)

3. Costas a cargo del deudor en 1ª y 2ª instancia son crédito contra la masa

"Conforme al art. 20.1 LC las costas de la primera instancia se imponen al deudor que será declarado en concurso, teniendo la consideración de crédito contra la masa que declara esa norma y el art. 84.2.2º LC.
En cuanto a las de apelación, nada dice el art. 20 al respecto, puesto que la previsión del apartado 5 se refiere a los supuestos de desestimación del recurso. La omisión puede suplirse atendiendo, conforme al art. DF 5ª LC, a la legislación supletoria, es decir, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), por lo que a la vista del su art. 398.2 no se hará condena de las costas del recurso de apelación. ": AAP Alava (Sección 1) 30.03.2012 (Auto 44/2012; Rollo 65/2012)

2. Contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario; en tal caso habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento, total o parcial, de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado. Si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso, las partes podrán oponerse a las concretas medidas adoptadas mediante recurso de reposición.

Art. 20.2

Nota:

Véanse las resoluciones incluidas en el art. 14.2

1. En el caso de declaración ex. art 18.1 LC no cabe apelación

"En lo relativo a los recursos contra el auto declarando el concurso necesario por allanamiento, no oposición o posterior solicitud de concurso por el propio deudor (art. 18.1 de la Ley Concursal), parece que los recursos del art. 20.2 sólo son aplicables a la resolución dictada en el caso del art. 20.1 de la Ley Concursal, es decir, al auto que estime o desestime la solicitud de concurso tras tramitarse el incidente de oposición. Por tanto, sólo procedería el recurso de reposición por aplicación del art. 197.2 de la Ley Concursal. No es especialmente problemática la ausencia de recurso de apelación respecto de la declaración de concurso en sí, porque el solicitante no tendrá interés en recurrir en apelación, y el deudor parece que tampoco, porque ha solicitado él mismo la declaración de concurso, se ha allanado o ha permanecido pasivo ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

"1.- La parte recurrente en queja mantiene que la resolución recurrida le confiere el tratamiento de parte allanada a la solicitud de concurso, cuando no hubo tal allanamiento. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que elartículo 18.1 de la Ley Concursalequipara, a efectos de declaración del concurso necesario, el allanamiento con la no oposición. Por tanto si la no oposición -actitud tácita consistente en guardar silencio y no oponerse expresamente a la solicitud de concurso- tiene como efecto la declaración de concurso, cuanto más debe tenerlo la manifestación expresa del deudor que reconoce su situación de insolvencia. Por tanto, quizás no pueda hablarse de un allanamiento expreso, aunque sí de un allanamiento tácito, pero lo que no genera duda alguna es que no medió oposición del deudor, y que esta falta de oposición fue, por decirlo de una manera gráfica,,cualificada", por cuanto entrañó el reconocimiento expreso de la concurrencia del requisito objetivo del concurso, ya que no consistió en el simple silencio, sino en la presentación de un escrito en que se contenía

concretamente dicha manifestación. De ahí que lo que procediera fue el auto declarando el concurso necesario, como resolvió el Juzgado de lo Mercantil.
2.- En cuanto a la recurribilidad del auto que se pretende impugnar, la resolución judicial resolviendo favorable o desfavorablemente la solicitud de declaración de concurso es recurrible en apelación o en reposición según el pronunciamiento concreto objeto de recurso (artículo 20.2 de la Ley Concursal). Ahora bien, tales recursos no son formulables de forma sucesiva, sino alternativamente y sin posibilidad de opción, en función del sentido de la resolución impugnada y de los pronunciamientos cuya modificación o revocación se pretende. En el caso del auto declarativo del concurso (que es el supuesto de hecho ocurrido en este caso), procede bien el recurso de apelación, bien el de reposición, según las siguientes circunstancias: a) El recurso de apelación procede cuando se impugna la declaración de concurso, única o conjuntamente con otros pronunciamientos adicionales -por ejemplo, la sustitución de las facultades del deudor-; b) El recurso de reposición es el procedente cuando únicamente se recurre alguno de estos pronunciamientos adicionales y no el pronunciamiento principal -la declaración de concurso-.
3.- En relación con lo expuesto en el razonamiento anterior, interpretando conjunta y sistemáticamente losartículos 18.1, 20.2 y 197.2 de la Ley Concursal, en lo relativo a los recursos contra el auto que declara el concurso necesario por allanamiento, no oposición o posterior solicitud de concurso por el propio deudor, es decir, los supuestos delartículo 18.1 de la Ley Concursal, los recursos delartículo 20.2se reducen a la posibilidad de reposición contra los pronunciamientos adicionales del auto, puesto que el deudor que se encuentra en alguno de los casos del citadoartículo 18.1carece de legitimación para interponer el recurso de apelación contra la declaración de concurso, y como hemos visto, sólo este pronunciamiento (y no los demás del auto) es susceptible de apelación. Y decimos que el deudor no opuesto a la solicitud de concurso necesario carece de legitimación para recurrir la declaración de concurso, porque carece del requisito del,gravamen", entendido como quebranto producido por la resolución judicial, que se encuentra recogido de forma expresa en la normativa procesal civil (artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de manera implícita en elartículo 20.3 de la Ley Concursal.
En relación con lo cual, aunque las comprensibles limitaciones del recurso de queja impiden conocer con exactitud cuál es la motivación última de la recurrente, si lo que motiva su discrepancia con elauto de 29 de marzo, como parece desprenderse de su escrito, es que considera que el concurso debió ser voluntario y no necesario, sí tendría legitimación (aunque es dudoso que ello le genere gravamen, dado que la única diferencia entre ambos pronunciamientos es la relativa al mantenimiento o sustitución de las facultades del deudor, lo que en todo caso puede ser decidido por el juez con independencia del tipo de concurso,ex artículo 40.3 de la Ley Concursal), pero no para recurrir en apelación, sino en reposición, conforme a lo ya expuesto.”: AAP Córdoba 24.05.2007 (JUR 2008/86664)

2. Sobre el recurso de reposición contra los otros pronunciamientos del auto

AP Oviedo

“PRIMERO Constituye la resolución objeto del presente recurso de apelación elAuto de fecha 11 julio 2008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedoen el procedimiento de Concurso Abreviado 67/2008 instado por "J.L. Refrigeración Industrial y Comercial del Frío, S.L." por el que se acuerda declarar como necesario el concurso que venía siendo tramitado como voluntario con el nº 106/2008 y declarado a instancia de la mercantil CIFE, así como llevar testimonio íntegro del primero de los procedimientos indicados al segundo para que continúe este último su tramitación sin perjuicio de los derechos que hayan de reconocerse al citado acreedor instante del concurso necesario, manteniendo el resto de pronunciamientos contenidos en elauto de declaración concurso 106/2008. Para una mejor comprensión tanto de lo sucedido en semejante enredo procesal como de la solución que procede adoptar en el presente recurso y de la que después se tratará conviene detenernos primeramente a exponer por orden cronológico la secuencia de acontecimientos que desembocan en la decisión adoptada en elAuto que ahora es atacado. Así encontramos que con fecha 14 marzo 2008la mercantil "J.L. Refrigeración Industrial y Comercial del Frío, S.L." presentó solicitud de concurso necesario de su deudora "Cooperación e Inversión Financiero Empresarial, S.L." - CIFE- que dio lugar a la incoación del procedimiento de Concurso Abreviado 67/2008 en el que recayó como primera resolución la Providencia de 2 abril 2008 por la que se requería al solicitante a fin de que aportara, entre otros extremos, justificación documental de que "el procurador ha sido provisto de los fondos necesarios (3.000 euros) para la publicación de los edictos de la declaración de concurso, fin de la fase común y conclusión del concurso". Llegada la fecha de 30 abril 2008 y ante el incumplimiento del citado requerimiento el Juzgado dictó nueva Providencia en la que se acordaba "el archivo provisional de los presentes autos, sin perjuicio de que la parte pueda instar su reanudación, completando el requerimiento acordado, o se produzca en su caso la caducidad de la instancia". Recurrida que fue en reposición dicha decisión, se dictóAuto de fecha 2 junio 2008desestimando el recurso y confirmando la resolución recurrida. En este estado de cosas la deudora CIFE procedió a presentar por su parte solicitud de concurso voluntario que dio lugar al Procedimiento 106/2008 seguido en ese mismoJuzgado y en el que se dictó con fecha 28 abril 2008el auto de declaración de concurso voluntario. Con posterioridad a lo hasta aquí relatado, la acreedora J.L. Refrigeración Industrial presentó finalmente en el procedimiento 67/2008 la provisión que le había sido requerida en su día por importe de 3.000 euros, circunstancia que conduce al Juzgado a dictar la resolución ahora recurrida por la que acuerda transformar en necesario el concurso 106/2008 que se venía siguiendo como voluntario.

SEGUNDO Una vez descrito el recorrido que desemboca en la presente apelación cabe observar primeramente que la decisión adoptada en elAuto de 11 julio 2008no hace sino afectar a uno de los pronunciamientos que obligatoriamente ha de contener el auto de declaración de concurso, como es el de declarar el carácter necesario o voluntario del concurso (art. 21-1-1º L.C.), siendo por otra parte el acuerdo de acumular de ambas solicitudes una consecuencia necesariamente derivada del principio de proceso único proclamado en elart. 18-2 L.C., a cuyo tenor admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones. La segunda apreciación que hemos de realizar es que tratándose de uno de los pronunciamientos que acompañan a la declaración de concurso su régimen de recursos habrá de sujetarse a lo dispuesto en elart. 20-2 L.C. que permite a las partes oponerse a las concretas medidas adoptadas mediante recurso de reposición, debiendo además tener presente que contra el auto resolutorio de dicho recurso de reposición no cabrá recurso alguno sin perjuicio de que las partes puedan reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días, conforme se regula en elart. 197-3 L.C.
Es cierto que el repetidoAuto de 11 julio 2008adolecía de una errónea información de recursos al anunciar equivocadamente que dicha resolución era susceptible de recurso de apelación, si bien es sabido que la instrucción de recursos que impone elart. 248-4 L.O.P.J. no integra el contenido decisorio de la resolución notificada ni constituye propiamente un acto del Juez o Tribunal sino que representa una simple información al interesado que por ello mismo no resulta vinculante. Ahora bien, es igualmente cierto que la más reciente doctrina de nuestro Tribunal Constitucional ha declarado, modificando su anterior criterio, que la instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales es susceptible de inducir a error a la parte litigante, error que hay que considerar excusable aún cuando la parte estuviera asistida de letrado habida cuenta la autoridad de que están revestidas las Sentencias judiciales, debiendo por ello y en tales casos posibilitarse la interposición del recuso que era el realmente procedente a pesar de que se formule en momento extemporáneo (STC 241/2006, de 20 julio (RTC 2006, 241), 26/2008, de 11 febrero (RTC 2008, 26), entre otras). En atención a lo expuesto y teniendo presente que los motivos de inadmisión de un recurso son motivos que llevan a su desestimación (SSTS 22-9-97 (RJ 1997, 6609), 9-2-2001 (RJ 2001, 848), 27-7-2003), procede acordar el rechazo de la presente apelación sin perjuicio de que el Juzgado proceda a otorgar nueva instrucción de recursos informando a las partes de que la resolución de que se trata es susceptible únicamente de recurso de reposición en el plazo de cinco días según arriba se ha señalado.": AAP Oviedo 23.12.2008 (JUR 2009/114452; Auto 128/2008; Rollo 336/2008)

AP Baleares

"Si se quiere discutir la cuestión principal, esto es, la procedencia de la propia declaración de concurso: el único recurso admisible es el de apelación. En cambio, si únicamente se quiera cuestionar alguno de sus particulares pronunciamientos aceptando el de declaración: el recurso procedente es el de reposición.
Contra el auto estimatorio o desestimatorio de la solicitud procede recurso de apelación. Por excepción, si lo que se pretende no es recurrir el pronunciamiento estimatorio sino únicamente alguno de los concretos pronunciamientos que conlleva, de acuerdo con lo establecido en elart. 21, no procede recurso de apelación, sino únicamente de reposición. Por consiguiente, para que sea admisible el recurso de apelación es presupuesto inexorable que se discuta el signo estimatorio o desestimatorio del pronunciamiento. Si se interpusiera tal recurso y únicamente se discutieran pronunciamientos concretos del Auto declarando el concurso, no debe admitirse a trámite tal recurso y conceder al recurrente un breve plazo para que funde el recurso de reposición, en el caso de que no lo hubiera hecho ya en el propio escrito interponiendo el de apelación.
Por el contrario, no puede constituir objeto del recurso de reposición el signo estimatorio o desestimatorio del pronunciamiento, sino exclusivamente el contenido de los pronunciamientos concretos que lo han de acompañar. Al efecto es preciso tener en consideración que este recurso ha perdido en la nueva LEC el carácter de recurso previo al de apelación contra resoluciones interlocutorias. Con la nueva regulación procede únicamente uno u otro, salvo que expresamente el legislador haya establecido que procedan ambos. En el supuesto en consideración se establece que proceden ambos respecto a la misma resolución, pero no respecto a los mismos pronunciamientos.
Por consiguiente, sobre la denegación de la medida cautelar sólo cabe interponer recurso de reposición, máxime al desestimarse la solicitud del concurso como cuestión principal.": AAP Baleares (Sección 5) 16.09.2008 (JUR 2009/94929; Auto 116/2008; Rollo 283/2008)

2.1 Exclusión de los pronunciamientos irrecurribles o sujetos a régimen especial que admite el recurso de apelación

"Pese a la previsión de que cabe recurso de reposición contra los pronunciamientos del auto de declaración de concurso que no sean la estimación o desestimación de la solicitud de concurso, si se estima la solicitud y se dicta el auto de declaración de concurso del art. 21 de la Ley Concursal, el pronunciamiento relativo al nombramiento de los administradores concursales –art. 21.1º.2 de la Ley Concursal- debe considerarse irrecurrible en virtud de lo dispuesto en el art. 39 de la Ley Concursal, que declara irrecurrible tal resolución de nombramiento de los administradores concursales.
Asimismo, si ese "otro pronunciamiento" distinto de la declaración de concurso contenido en el auto del art. 21 de la Ley Concursal consiste en la adopción de una medida cautelar del art. 1 de la Ley Orgánica para la

Reforma Concursal (medida limitativa de derechos fundamentales), el recurso procedente es el de apelación sin efectos suspensivos y con tramitación preferente, art. 1.6 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal.
Si se trata de otras medidas cautelares, se plantea el problema de que el art. 17 prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares "de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil". El art. 733.2.II en relación al 739 y siguientes, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevén un incidente de oposición, con vista, para el caso de las medidas cautelares adoptadas "inaudita parte", que será lo usual en el proceso concursal, mientras que el art. 735.2.II prevé el recurso de apelación contra el auto de medidas cautelares dictado previa audiencia de la parte demandada. Algún autor entiende que esa remisión genérica incluye el régimen de oposición o recursos antes mencionado. Frente a esta tesis, se entendió que la remisión se refiere a la forma de adoptar la medida y al contenido de la misma, pero que para los recursos rige el régimen específico de la Ley Concursal y de la Ley Orgánica para la reforma concursal, de tal modo que si se trata de una de las medidas cautelares del art. 1 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal habrá recurso de apelación sin efectos suspensivos y con tramitación preferente, y para los demás casos –adoptadas por auto tras la solicitud de concurso necesario o en el auto de declaración de concurso- sólo cabe reposición por aplicación en el primer caso del art 197.2 y en el segundo del 20.2, ambos de la Ley Concursal. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

2.1.1 Irrecurribilidad del nombramiento de los AC

"PRIMERO.- Con carácter previo a resolver sobre la cuestión objeto de apelación, la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso necesario de la compañía mercantil "Alcopalma, SL", debe advertirse que en el escrito de interposición del recurso de apelación se contienen alegaciones que no forman parte del pronunciamiento susceptible de apelación, cuales son las relativas a la impugnación del nombramiento de administradores concursales. En efecto, como hemos declarado en otras resoluciones (verbigracia, Auto de 24 de mayo de 2007 [PROV 2008, 86664]), la resolución judicial resolviendo favorable o desfavorablemente la solicitud de declaración de concurso es recurrible en apelación o en reposición según el pronunciamiento concreto objeto de recurso (artículo 20.2 de la Ley Concursal). Ahora bien, tales recursos no son formulables de forma sucesiva, sino alternativamente y sin posibilidad de opción, en función del sentido de la resolución impugnada y de los pronunciamientos cuya modificación o revocación se pretende. En el caso del auto declarativo del concurso (que es el supuesto de hecho ocurrido en este caso), procede bien el recurso de apelación, bien el de reposición, según las siguientes circunstancias: a) El recurso de apelación procede cuando se impugna la declaración de concurso, única o conjuntamente con otros pronunciamientos adicionales -por ejemplo, la sustitución de las facultades del deudor-; b) El recurso de reposición es el procedente cuando únicamente se recurre alguno de estos pronunciamientos adicionales y no el pronunciamiento principal -la declaración de concurso-. Pero el nombramiento de administradores concursales no es uno de los posibles pronunciamientos adicionales recurribles en apelación junto con la declaración de concurso, porque el artículo 39 de la Ley Concursal dispone que contra las resoluciones sobre nombramiento de los administradores concursales no se dará recurso alguno. Razón por la cual ningún pronunciamiento se va a hacer en este auto sobre dicho particular. ": Auto AP Córdoba (sección 3) 20.12.2007 (auto 106/2007; AC 2008/341)

2.2 ¿Cuál es el régimen cuando, además, se apela sobre la cuestión principal?

"Se suscitó la cuestión de si el recurso de reposición cabe "únicamente" cuando se trata de recurrir alguno de los pronunciamientos del auto de declaración de concurso distintos de la propia declaración de concurso, de tal manera que si se impugna tanto la declaración de concurso como alguno de los demás pronunciamientos del auto (v.g., régimen de limitación de las facultades patrimoniales del deudor –art. 21.1.2º-, medidas cautelares –art. 21.1.4º-, régimen de publicidad –art. 21.1.6º-, etc), toda la impugnación haya de tramitarse a través del recurso de apelación, o si en el recurso de apelación sólo puede impugnarse la declaración de concurso y las impugnaciones de los demás pronunciamientos del auto de declaración han de articularse a través del recurso de reposición –de tal modo que el deudor habría de plantear simultáneamente el recurso de apelación contra el pronunciamiento de declaración de concurso y el de reposición contra los demás pronunciamientos del auto que quisiera impugnar-. A favor de la primera opción estaría la inclusión del adverbio "únicamente" en el referido inciso del art. 20.2 de la Ley Concursal y la posibilidad de que la Audiencia Provincial, dado que había de revisar el pronunciamiento de declaración de concurso, pudiera revisar los demás pronunciamientos impugnados, y a favor de la segunda, conseguir una mayor celeridad en la resolución de las impugnaciones contra los pronunciamientos "accesorios" del auto de declaración de concurso. De aceptar la primera tesis, habría que tener cuidado con los problemas de coordinación entre ambos recursos. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

2.3 ¿Cabe posterior apelación diferida contra la resolución de la reposición?

2.3.1 Sí cabe

AP Barcelona

"TERCERO. 8. Ahora bien; en el caso presente los acreedores no impugnan propiamente la estimación de la solicitud de concurso, sino la calificación de concurso voluntario, pues, sin discutir la concurrencia de los presupuestos determinantes de la declaración de concurso, lo que pretenden es que se declare el concurso con la calificación de necesario (con base la prioridad temporal de su solicitud, *ex* art. 22.1 LC).
Esta calificación o consideración del concurso, como voluntario o necesario, no constituye el pronunciamiento principal del auto (que es propiamente la estimación de la solicitud de concurso) sino un pronunciamiento añadido o secundario, por más que necesario, previsto por el art. 21.1.1º LC.
Y de acuerdo con el art. 20.2, *"si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso",* las partes podrán oponerse mediante recurso de reposición.
Contemplamos aquí ese supuesto, pues, como se ha dicho, el interés impugnatorio de los acreedores no es que se deje sin efecto la declaración de concurso, sino que se califique como necesario. De ahí que hayan interpuesto, y haya sido admitido y resuelto, el recurso de reposición previsto por la norma especial.
9. Entendemos, no obstante, que el art. 20.2, al prever el recurso de reposición, no lo hace en términos excluyentes de la apelación, en el sentido de que sólo cabe recurso de reposición (a diferencia del art. 14.2), de modo que debe atenderse al régimen general para determinar si contra el auto que resuelva ese recurso de reposición cabe apelación. Hay que acudir, por tanto, al art. 197.4 LC, conforme al cual, contra el auto resolutorio del recurso de reposición (dictado en este caso el 12 de abril de 2012) no cabe recurso alguno, pero las partes pueden reproducir la cuestión (de la prioridad de la solicitud de concurso necesario) en la apelación más próxima, que dicho precepto identifica (es decir, mediante el sistema de apelación *diferida*).
Procede por todo ello acoger la petición subsidiaria que se formula en el recurso de queja y declarar que contra el auto de fecha 12 de abril de 2012 cabe interponer la apelación *diferida* que regula el art. 197.4 LC.
Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación": AAP Barcelona (Sección 15) 05.12.2012 (Auto 148/2012; Rollo 349/2012)

3. Exclusión del recurso de apelación por error del juzgador

"PRIMERO.- Mediante auto de 31 de enero de 2006, el Juzgado de lo Mercantil desestimó la solicitud de concurso necesario de las mercantiles mencionadas, que había sido admitido a trámite un año antes, el 21 de abril de 2005. Este auto, sin embargo, remitió a las partes erróneamente, como el propio Juzgado reconoció luego, al recurso de reposición, cuando lo que cabía es la apelación (art. 20.2 LC), de forma que las recurrentes se proponen apelar elauto del Juzgado de lo Mercantil que, con fecha 20 de marzo de 2006, desestimó su recurso de reposición, interpuesto contra el auto que cerró el proceso siguiendo las indicaciones de la resolución, pero la providencia de fecha 20 de abril, cuyo contenido se ha reseñado, rechazó la posibilidad de apelar por elartículo 14 de la LC. Conviene aclarar este extremo, pues el recurso de queja señala como su objeto a la citada providencia, que es la que, en efecto, emplea el Juzgado para rechazar la apelación, incumpliendo el mandato que al efecto establece elartículo 457.4 de la LEC, que prevé expresamente que la denegación de la preparación del recurso se haga por auto, precisamente aquél contra el que procede la queja posterior. No obstante, el propio Juzgado subsana esta carencia en la posterior reposición, mediante elauto de 20 de marzo. Cuando se quiere apelar ésta última resolución, también se deniega su preparación, al tratarse de un auto resolutorio de otro de reposición, conforme alartículo 454 de la LEC.
Como vemos, pues, el Juzgado rechaza la apelación por providencia, entendiendo que no es admisible según elartículo 14 de la LC, pero interpuesto recurso de reposición contra ella, el auto resolutorio reconoce el error en la cita legal, así como la procedencia de la apelación por mor delartículo 20 LC, pero lo desestima porque la parte no pretendió apelar la desestimación de la solicitud, sino que tan sólo la recurrió en reposición, aunque era esto exactamente lo que indicaba la resolución que se quería combatir, rechazando también la apelación contra este auto resolutorio porque no cabe según elartículo 454.
Este proceder procesal, inadmitiendo la apelación por las normas del concurso voluntario y remitiendo a las partes al de reposición, para luego desestimarlo y rechazarla también porque el recurso interpuesto es, en efecto, de reposición, ha impedido a los acreedores instantes acceder al recurso que la LC marca para los casos del concurso necesario, que se recoge en elartículo 20y que no es otro que el de apelación. No pudiendo admitirse una apelación directa contra la providencia inicial (art. 455 LEC), por más que sea ésta la que deniega la apelación, el Juzgado debió admitir que contra el auto que insistió en ese rechazo sí se pudiera interponer recurso de apelación, pues no es un mero auto resolutorio de uno de reposición, sino la resolución que pone fin al proceso concursal. Al no hacerlo, se les causa indefensión a los acreedores, que tienen derecho a acceder a la segunda instancia. Los argumentos de los acreedores sobre la corrección o no de la decisión judicial de poner fin al concurso no pueden ser aquí objeto de atención, pues serán examinadas en su momento al resolver el recuso de apelación, que debe ser admitido para su preparación en forma y posterior interposición.": Auto AP Barcelona 19.10.2006 (JUR 2007/207701)

3. Estarán legitimados para recurrir el auto de declaración de concurso el deudor que no la hubiese solicitado y cualquier persona que acredite interés legítimo, aunque no hubiera comparecido con anterioridad.
Para recurrir el auto desestimatorio sólo estará legitimada la parte solicitante del concurso.

Art. 20.3 Legitimación para recurrir

1. Contra el auto estimatorio

1. 1 Legitimación del administrador, a título personal, como interesado

AP Madrid

"Frente a esa pretensión el deudor puede oponerse a la solicitud negando el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instante o acreditar su solvencia (artículo 18.2 de la Ley Concursal).
En el supuesto de autos debe tenerse en cuenta que, admitida a trámite la solicitud de concurso necesario promovida por la entidad "A3 CARISMA, S.L." y emplazada la deudora por medio de su administradora solidaria doñaPatricia, la deudora no formuló oposición lo que, en rigor, debió determinar, en principio, que se dictase auto de declaración de concurso (artículo 18.1 de la Ley Concursal), así como la inadmisión de la oposición formulada por quien carecía de legitimación para ello, esto es, de doñaPatriciaque compareció en las actuaciones y se opuso en su propio nombre, y así consta tanto en el escrito de oposición como en el poder otorgado al Procurador en virtud del cual se personó en el concurso. (…)
Por otra parte, declarado el concurso por el Juzgado, sí debe admitirse la legitimación de doñaPatriciapara recurrir personalmente en apelación el pronunciamiento estimatorio de dicha declaración, al tener interés legítimo (artículo 20.3 de la Ley Concursal), precisamente, por su condición de administradora de la entidad concursada.": ": AAP Madrid (sección 28) 10.04.2008 (JUR 2008/150216)

2. Contra el auto desestimatorio

2.1 No legitimación de la concursada para recurrir el auto desestimatorio, ni siquiera en cuanto a la no imposición de costas al solicitante vencido

AP Alava

"PRIMERO.- Urbina S.A. impugna el auto de instancia en el único aspecto del mismo que afecta a las costas causadas en al instancia. Considera que la desestimación de la solicitud de concurso necesario es causa suficiente, conforme a lo establecido en el art. 394 LEC y art. 20.1 LECO, para imponer las costas a la solicitante. Añade que en la sentencia no se hace ningún razonamiento sobre la no imposición de costas y por ello debe aplicarse esa regla. Abunda las raznes de su pretensión alegando que existe temeridad por parte de la mercantil solicitante del concurso, pues carece a esos efectos de la cualidad de acreedor.
SEGUNDO.- Tanto el art. 394 LEC, con carácter general en los procesos declarativos, como el art. 20.1 LECO, en el caso singular de solicitud de concurso necesario, establecen el principio de vencimiento como criterio general en la imposición de costas. Sin embargo en ambos casos se establece la excepción para el caso de que el Juez aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.
La sentencia de instancia no hace especial razonamiento en relación con las costas, sin embargo en el fallo no hace especial condena, lo cual indude a presumir que aunque no lo expresa en los fundamentos estima la concurrencia de serias dudas de hecho o derecho.
En cualquier caso, la recurrente, deudora carece de legitimación para recurrir el auto de instancia, pues como establece el art. 20.3 LECO "para recurrir el auto desestimatorio sólo estará legitimada la parte solicitante del concurso". Lo cual sería razón suficiente para confirmar la resolución impugnada, dado que lo que debió ser motivo de inadmisión del recurso ahora constituye causa de sus desestimación, así resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual en el trámite de resolución del recurso lo que debió constituir causa de inadmisión a trámite del mismo, es asimismo causa de su desestimación (en esta línea, SSTS 13 de febrero de 2009 y 31 de enero de 2011). Por lo expuesto procede desestimar el recurso interpuesto, y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia.": AAP Alava (Sección 1) 26.06.2012 (Auto 90/2012; Rollo 294/2012)

Art 20.4

Redacción inicial

4. El plazo para interponer el recurso de reposición y para preparar el recurso de apelación contará, respecto de las partes que hubieran comparecido, desde la notificación del auto, y, respecto de los demás legitimados, desde la última de las publicaciones ordenadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 23.

Redacción introducida por RDL 3/2009

[Nueva redacción del artículo 20.4 introducida por art. 6-dos del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009).
Según la Disposición Transitoria Segunda del mismo Real Decreto-Ley, el régimen de publicidad previsto en el art. 23.1 entrará en vigor conforme a la Disposición Final Tercera del presente Real Decreto Ley [es decir, el

día 10.04.2009, día siguiente al de la publicación del Real Decreto-ley en el BOE] y resultará de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación.]

4. El plazo para interponer el recurso de reposición y para preparar el recurso de apelación contará, respecto de las partes que hubieran comparecido, desde la notificación del auto, y, respecto de los demás legitimados, desde la publicación ordenada en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 23.

Redacción según Ley 38/2011

[Nueva redacción del art. 20.4 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

4.El plazo para interponer el recurso de reposición y el recurso de apelación contará, respecto de las partes que hubieran comparecido, desde la notificación del auto, y, respecto de los demás legitimados, desde la publicación del extracto de la declaración de concurso en el "Boletín Oficial del Estado".

5. La desestimación de los recursos determinará la condena en costas del recurrente.

Art 20.5

1. Las costas impuestas al concursado tendrán la consideración de crédito contra la masa

"Conforme al art. 20.5 LC las costas se imponen al recurrente. Dichas costas, en coherencia con la previsión del art. 20.1 LC y en aplicación del art. 84.2.2º LC, tendrán la consideración de crédito contra la masa, pues si en primer instancia merecen ese carácter, no debe la revisión de la decisión judicial instrumentada a través del recurso de apelación someterse a un régimen diferente. La falta de indicación en el art. 20.5 LC de una expresión semejante a la del apartado 1 del precepto será así matizada, pues aunque no haya omisión legal la utilización del recurso por la deudora no puede perjudicar a legitimado para instar la declaración de concurso.
Si no se adoptara esta prevención, podría resultar antieconómico plantear oposición al recurso del deudor declarado en concurso necesario. Pero la falta de oposición acarrea el riesgo de no argumentar contra la eventual estimación del recurso, que a su vez podría suponer la condena en costas en primera instancia del acreedor legitimado para instar el concurso, atendiendo las reglas que establece el art. 20.1 LC.
Además no es una declaración extraordinaria, pues en todo caso habría que realizarla a la vista del art. 84.2.2º LC, ya que se trata de costas judiciales ocasionadas por la solicitud y declaración de concurso. En definitiva, razones de coherencia legislativa y de precisión que eviten ulteriores incidentes, aconsejan aclarar la previsión legal y declarar que las costas de este recurso merecen la consideración de crédito contra la masa ": AAP Alava (Sección 1) 15.02.2011 (Auto 23/2011; Rollo 528/2010)

1.1 También en caso de estimación

"Conforme al art. 20.1 LC las costas de la primera instancia se imponen al deudor que será declarado en concurso, teniendo la consideración de crédito contra la masa que declara esa norma y el art. 84.2.2º LC.
En cuanto a las de apelación, nada dice el art. 20 al respecto, puesto que la previsión del apartado 5 se refiere a los supuestos de desestimación del recurso. La omisión puede suplirse atendiendo, conforme al art. DF 5ª LC, a la legislación supletoria, es decir, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), por lo que a la vista del su art. 398.2 no se hará condena de las costas del recurso de apelación. ": AAP Alava (Sección 1) 30.03.2012 (Auto 44/2012; Rollo 65/2012)

SECCIÓN 3 - DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Artículo 21. Auto de declaración de concurso.

1. El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos:

- 1.º El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación. o ha presentado propuesta anticipada de convenio

  [Lo subrayado en el art 24.1.1º añadido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
  En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

- 2.º Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales.

- 3.º En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6.

- 4.º En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo.

Art. 21.1.5

Redacción inicial

- 5.º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del artículo 23.

Redacción introducida por RDL 3/2009

[Nueva redacción del artículo 21.1.5º introducida por art. 6-tres del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009).
Según la Disposición Transitoria Segunda del mismo Real Decreto-Ley, el régimen de publicidad previsto en el art. 23.1 entrará en vigor conforme a la Disposición Final Tercera del presente Real Decreto Ley [es decir, el día 10.04.2009, día siguiente al de la publicación del Real Decreto-ley en el BOE] y resultará de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación.]

- 5º. El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el "Boletín Oficial del Estado" del auto de declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 23.»

1. Dies a quo: la publicaciòn

AP Oviedo

"SEGUNDO : Por lo que respecta al primero de los motivos del recurso, el marco normativo regulador de la comunicación de los créditos en el concurso es suficientemente claro y explícito al disponer el art. 85-1 L.C. que "Dentro del plazo señalado en el número 5 del apartado 1 del artículo 21, los acreedores del concursado comunicarán a la administración concursal la existencia de sus créditos", configurándose de esta manera la comunicación de créditos no solo como una facultad ofrecida al acreedor para insinuar su derecho en el concurso sino también como una auténtica carga en cuanto su incumplimiento llevará aparejadas las consecuencias propias de la situación de morosidad en la que aquél se posiciona en el proceso, a salvo de determinadas excepciones. Por otra parte el mecanismo de comunicación de créditos aparece asentado a su vez sobre la garantía que proporciona el sistema de publicidad general que se deriva de lo dispuesto en el art. 21-1-5º L.C. cuando establece como uno de los pronunciamientos que habrá de contener el Auto de declaración de concurso "El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que se con carácter obligatorio establece el apartado 1 del artículo 23" (según la redacción vigente en la fecha en que se desarrollaron los hechos de esta litis). Tales consideraciones devienen relevantes por cuanto que ningún acreedor podrá pretender válidamente que su crédito se vea reconocido en el proceso, pese a no haber comunicado tempestivamente su derecho, invocando para ello que no tuvo conocimiento de la declaración de concurso de su deudor, tal y como sostiene el apelante, debiendo aquí destacar que las consecuencias de la falta de comunicación no pueden quedar supeditadas a la mayor o menor diligencia en tomar conocimiento de la publicación que sirve como dies a quo para el cómputo de aquel plazo, pues es obvio que no se trata de realizar una valoración desde la perspectiva subjetiva de la conducta seguida a tal respecto por cada uno de los interesados, y del reproche culpabilístico que de ello podría seguirse en su caso, tarea por otra parte inviable en un proceso de carácter universal como es el concurso de acreedores en el que se ventila tamaña pluralidad de intereses, sino de atender simplemente al dato objetivo que viene dado por el cumplimiento del requisito de tal publicación general revestida de las formalidades precisas, extremo éste que no ha sido cuestionado en esta alzada, seguida del acto procesal de comunicación del crédito dentro del plazo legal.": SAP Oviedo (Sección 1) 01.10.2012 (Sentencia 367/2012; Rollo 33/2012)

1.1 El dies a quo es el mismo para los acreedores residentes en el extranjero

AP Pontevedra

“PRIMERO.-La cuestión que se somete a consideración en esta alzada se limita, en realidad, a valorar si a un acreedor residente en el extranjero, le es de aplicación el dies a quo establecido por el art. 21.1.5º LC para iniciar el cómputo del mes para comunicación de créditos, a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso. Concreta la parte apelante, cuyo crédito es reconocido, pero con la calificación de subordinado (art. 92.1º LC) al haberse comunicado tardíamente, es decir, con posterioridad al transcurso del plazo de comunicación de créditos, sin encontrarse en los nuevos supuestos recogidos con la reforma de la Ley 38/2011, en los arts. 96 bis y 97 LC, que el reconocimiento cuya titularidad reclama es el derivado de los daños por corrimiento de la carga en un buque, siendo los cuatro laudos extranjeros que aporta (dictados en Londres) mera prueba de su existencia, y por ello, no es necesario un previo exequátur o procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo extranjero.
Tal argumento es invocado ahora ante la falta de fuerza ejecutiva que acertadamente expone la resolución de instancia al necesitar para alcanzar tal consideración el consiguiente exequátur en cuanto laudo arbitral extranjero (de conformidad con el artículo 46.2 de la Ley de Arbitraje 60/2003, resulta de aplicación el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, cuando establece que: "1.Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español. 2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros".). La competencia para el conocimiento y resolución del exequátur ha quedado residenciada, tras la promulgación de la LO. 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 20/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 8) en las Salas civiles y penales de los Tribunales superiores de justicia y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil español.
El Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958) sujeta la obtención del exequátur a la verificación del cumplimiento de una serie de requisitos. La homologación que establece el antes citado Convenio de Nueva York de 1958 ciertamente parte de una presunción de eficacia y validez de la cláusula arbitral y de la ejecutoriedad de la resolución arbitral. Pero es necesario el procedimiento de exequátur para alcanzar tal validez, siendo los trámites por los que debe sustanciarse la petición de reconocimiento y ejecución del laudo los establecidos en los artículos 955 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, declarados vigentes por el apartado 1.3 de la Disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y al tratarse de un laudo extranjero, pronunciado fuera del territorio español.
La doctrina jurisprudencial ha considerado que el procedimiento de exequátur es esencialmente de homologación como se señala en Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007 aunque la parte contra el que se pida el reconocimiento pueda oponerse al mismo y articular prueba para acreditar la concurrencia de alguno de los motivos contemplados en el CNY.
Dicho lo anterior, no es admisible el argumento de la parte recurrente cuando al menos dos de los cuatro laudos, según expone en el mismo recurso de apelación, se refieren a las costas de los otros dos laudos, y no a la cuestión de fondo relativa a la indemnización de daños y perjuicios por corrimiento de carga.
De todas formas la resolución impugnada valora la alegación del crédito reconocido en un laudo en cuanto a la singularidad y prerrogativas que ello otorga en el concurso pues un laudo arbitral, si tuviera fuerza ejecutiva, podría salvarse de la subordinación si se acreditara tal condición, como expone el art. 92.1º LC.
Tampoco pueden excluirse de la subordinación los créditos, al margen o no de su inacreditado carácter ejecutivo, por tratarse de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, pues ya determina la resolución impugnada que los créditos no constan en la contabilidad del deudor (ni en ninguna otra documentación del mismo, en realidad, arts. 86.1 y 92.1º LC), quedando consentida tal afirmación, que ya no es objeto de cuestión en esta alzada.
La cuestión, como ya se apuntaba al inicio, se reduce a considerar si por tratarse de un acreedor residente en el extranjero, el dies a quo establecido por el art. 21.5º LC para iniciar el cómputo del mes para comunicación de créditos, a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso, sólo puede contarse desde que se le ha informado individualizadamente de la existencia del concurso, o también está vinculado por el dies a quo que se fija en el art. 21.5º. La parte apelante sostiene que no es válida la publicación en el BOE frente a acreedores extranjero, pues ni entienden su contenido ni tienen obligación de consultarlo.
SEGUNDO.-Es sabido que el incumplimiento por los acreedores del deber de comunicación de créditos, cuando no sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, los reconozca el juez al resolver sobre la impugnación del informe, o los incluya la administración concursal en dicha lista, pero comunicados tardíamente, serán clasificados como créditos subordinados, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultase de la documentación del deudor, constare de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, u otro de los supuestos especiales, que no es el caso, que contempla el art. 92.1º LC.
Fuera esto de discusión es por lo que precisamente la parte apelante pretende eludir el efecto de subordinación de sus créditos alegando que fueron oportuna y temporáneamente comunicados, porque no le vincula el dies a quo que establece el art. 21.1.5º LC que se funda en la publicación del auto de declaración de concurso en el BOE.

No existe argumento jurídico que sustente tal exclusión. Más bien lo contrario. Teniendo en cuenta que se trata de una norma esencialmente procesal el principio de territorialidad de las normas procesales civiles está expresamente previsto en el art. 3 LEC, de aplicación supletoria (Disposición Final Quinta LC), por lo que deben aplicarse a los procesos civiles, como es el proceso concursal, que se sigan en territorio nacional, y de forma más concreta el art. 200 LC, establece la regla general del sometimiento a la ley española el desarrollo del proceso concursal. No sólo no existe excepción a la norma del inicio del plazo del cómputo en función de la publicación del auto de declaración de concurso en el BOE sino que, en las normas sobre derecho internacional privado, apareciendo un elemento extranjero, establece una información de la declaración del concurso por parte de la administración concursal a los acreedores con residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero, y una potestativa, que no obligatoria, publicidad del contenido esencial del auto de declaración de concurso en cualquier Estado extranjero donde convenga a los intereses del concurso (arts. 214 y 215 LC). Pero más concretamente el precepto siguiente, art. 217 LC, establece que los acreedores que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero comunicarán sus créditos a la administración concursal conforme a lo dispuesto en el art. 85 LC, el cual en su primer apartado se refiere expresamente al plazo señalado en el art. 21.1.5º LC, que prevé como dies a quo el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso.
Es más, si resultara de aplicación el Reglamento de Insolvencia comunitario nº 1346/2000, este en sus art. 40 y 42 prevé una información a los acreedores residentes en cualquier Estado miembro de la apertura de un procedimiento de insolvencia, en la lengua o lenguas del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia, es decir, en modo alguno el desconocimiento del idioma es una excusa para la aplicación de las normas procesales generales del Estado en que se sigue el proceso concursal o de insolvencia. Ciertamente tiene que llevar un encabezamiento invitando a la presentación de créditos en todas las lenguas oficiales de las instituciones comunitarias, pero sólo el encabezamiento, la información estaría en español.
Ahora bien, no es de despreciar que esta información que, como se ha indicado, no suple o deja sin efecto las reglas de comunicación en el proceso concursal para todos los acreedores, se refiere a aquellos acreedores conocidos, lo que no es extraño al sistema general cuando también se prevé, en realidad, para todo acreedor del que se tenga constancia en la documentación que obre en autos, tenga o no su residencia o domicilio en España o en el extranjero (art. 21.4 LC). En atención a lo expuesto, el Recurso debe rechazarse, con imposición de costas (art. 398 LEC). ": SAP Pontevedra (Sección 1) 27.09.2013 (Sentencia 357/2013; Rollo 353/2013)

2. Cómputo del plazo: de fecha a fecha, venciendo el mismo día del mes que aquél en que se hizo la última publicación

JM-1 La Coruña

"PRIMERO.- Sobre el cómputo del plazo de un mes que establece el artículo 85.1 de la Ley concursal, por remisión al artículo 21. 1 5º, la propia ley establece que se contará desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración de concurso. La jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito del antiguo artículo 304 de la LEC de 1881, análogo al actual artículo 133 de la LEC 1/2000, resalta la especialidad de la regla relativa al cómputo de los plazos señalados por meses o años, que se computarán de fecha a fecha, de modo que aunque el plazo comience a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la ley haga depender el inicio del plazo (artículo 133. 1) el plazo vence el mismo día del mes correspondiente a aquel en que se hizo la notificación o publicación. En este caso, si la publicación del último de los edictos es de fecha 25 de abril de 2005, el plazo de un mes para la insinuación de los créditos vencía el 25 de mayo siguiente, aunque a efectos de la presentación de escritos sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 135.1 de la LEC con lo que los acreedores podrían haber presentado en el Juzgado -en la oficina de recepción de escritos del Decanato- sus títulos de crédito hasta las quince horas del día 26 de mayo (jueves). Puesto que la TGSS presentó su escrito y certificación el 27 de mayo lo hizo fuera del plazo legal. En este sentido cabe mencionar la STS de 3 de octubre de 1990, RJ1990\7468, que argumenta específicamente sobre esta cuestión; siguen el mismo criterio la STS de 14 de octubre de 2003 (RJ 2003\7387) y los autos de la A.P. de Tenerife de 4 de febrero de 2002 (AC 2002\641) y de Barcelona de 17 de junio de 2002 (AC 2002\211738). ":Sentencia JM-1 La Coruña 7.09.2005 (Incidente Concursal 160/2005)

Nota: desde la reforma del art 85.2 por la ley 38/2011 parece que no cabe la comunicación al juzgado sino que debe efectuarse directamente a la AC, circunstancia que puede ser relevante en la determinación de su naturaleza y en el cómputo del plazo.

3. Aplicabilidad de art 135.1 LEC: día de gracia

JM-6 Madrid

"CUARTO Atendiendo a tales pronunciamientos la primera de las cuestiones a resolver es si la comunicación crediticia realizada por la demandante mediante correo certificado de 28.10.2010 y recibido en éste Juzgado en fecha 4.11.2010 se encuentra dentro del plazo dispuesto en elart. 21.5 L.Co, sosteniendo la concursada que publicada la declaración concursal en BOE de 2.10.2010, aquella recepción

es extemporánea de conformidad con elart. 133 L.E.Civil, de tal modo que computados de fecha a fecha aquel plazo finalizó el 3.11.2010, sin que tal día fuera inhábil.
Tales alegaciones deben ser desestimadas. Asiste la razón a la concursada en que la fecha real y efectiva a tener en cuenta en interpretación conjunta delart. 21.5 y 85.2 L.Co. es la de entrada de dicha comunicación y documentos en el Juzgado, sin que pueda atenderse a la fecha del acuse de recibo, pero admitiendo la Ley Procesal Civil la presentación del mismo en el día siguiente al de la finalización del plazo-art. 135 L.E.Civil -, señalando en tal sentido laSentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, de 20.1.2010 [Roj: SAP LE 95/2010] que "...En cualquier caso, el apartado 1del artículo 135 de la LEC es muy claro acerca de la presentación de los escritos dirigidos al Tribunal: "Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial". En modo alguno son de aplicación normas referidas al procedimiento administrativo, como las que se citan en el recurso por remisión a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (no de Jurisdicción Administrativa, como se dice en el recurso), en cuyo artículo 1 claramente se define el objeto de dicha Ley : "bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, siendo aplicable a todas ellas". Ni siquiera la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa admite la presentación de escritos de alegaciones por correo, porque al no establecer nada al respecto le sería de aplicación supletoria la LEC (disposición final primera de la Ley 29/1998) y también se aplicaría lo dispuesto en el artículo 135 de aquella...".
Por ello debe concluirse que recibida la comunicación crediticia en fecha 4.11.2010 aparece la misma amparada por el plazo de gracia delart. 135.1 L.E.Civil, lo que excluye la extemporaneidad de la comunicación.
Pero aunque la misma pudiera considerarse tardía en su recepción por la superación del plazo delart. 21.5. L.Co. debe recordarse que la sanción de postergación por subordinación aparece excepcionada legalmente en aquellos supuestos en que el crédito resulte de la documentación del deudor, de tal modo que conforme la Administración concursal con la corrección de tales títulos y su presencia entre la documentación contable y mercantil en poder de la concursada, procedería apreciar la excepción a que se refiere elart. 92.1 L.Co.": SJM-6 Madrid 25.04.2011 (JUR 2011/141367; Incidente Concursal 20/2011)

4. Exclusión del mes de agosto

AP Murcia

"OCTAVO.-Finalmente hemos de desestimar también el motivo de apelación formulado con carácter subsidiario por "Mediterráneo Hispagroup" S.A., referido a la pretendida comunicación tardía del crédito.
Se alega por la concursada recurrente, que el plazo de un mes para la comunicación del crédito ha de computarse de fecha a fecha, como señala el artº. 133.3 de la LEC, y 185 de la L.O.P.J., y 5.1 del Código Civil, sin que en tal caso deban excluirse los días inhábiles del mes de agosto, los cuáles sólo se excluyen en el cómputo del plazo señalado por días (artº. 133.2 de la LEC).
En este caso se añade, que habiéndose publicado el llamamiento a los acreedores a través del B.O.E. de 7 de agosto de 2010, el plazo de un mes finalizaría el 7 de septiembre de 2010, sin perjuicio del día de gracia previsto en el artº. 135.1 de la LEC. El acreedor Banco Santander, comunicó su crédito el día 27 de septiembre de 2010, y por tanto tardíamente. Sin embargo, este Tribunal no comparte dicho criterio interpretativo, dada la naturaleza de ese plazo de comunicación de créditos como plazo de carácter procesal, extensivo a todos los demás plazos previstos en la Ley Concursal. Por tanto y en ausencia de una concreta regulación de dicha materia en la Ley Concursal, hemos de acudir a lo dispuesto en tal sentido en la LEC, de aplicación supletoria conforme a lo establecido en la Disposición Final 5 ª de la referida normativa mercantil.
En consecuencia, dicho plazo se computa de fecha a fecha y por tanto sin exclusión de los días inhábiles, ya que los mismos sólo se excluyen cuando el cómputo se realiza por días (artº. 133 de la LEC). Pero es evidente, como se dice en la sentencia apelada, que la no exclusión de días inhábiles en dicho cómputo, no se refiere a los días del mes de agosto, que por imperativo legal constituye un mes inhábil como dice el artº 183 de la L.O.P.J. y el artº. 130.2 de la LEC, sino a los sábados, domingos y festivos que transcurran en el mes computado.
En definitiva, por tanto, la comunicación realizada el día 27 de septiembre de 2010, constituye una comunicación en plazo, lo que excluye la pretendida calificación del crédito como subordinado derivado de esa alegada comunicación tardía.
Procede la desestimación del presente motivo de apelación y en consecuencia la desestimación del presente recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 12.12.2013 (Sentencia 781/2013; Rollo 781/2013)

- 6.º La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso.

- 7.º En su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales.

- 8.º En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado a que se refiere el capítulo II del título VIII de esta ley.

2. El auto producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso, que comprenderá las actuaciones previstas en los cuatro primeros títulos de esta ley, y será ejecutivo aunque no sea firme.

Art 21.2

1. Eficacia inmediata desde la fecha del auto de declaración

AP Barcelona

"Alega en primer lugar que el auto de declaración de concurso necesario, de fecha 22 de octubre de 2009, fue notificado días más tarde, por lo que nadie tenía conocimiento de la situación concursal hasta la notificación.
El argumento es ineficaz ya que, a los efectos del art. 40.7 LC, lo relevante es la fecha del auto que declara el concurso y establece los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor (en este caso de suspensión y sustitución por la adminisración concursal), como deriva del art. 21.2 LC, que establece que dicho auto "producirá sus efectos de inmediato" y "será ejecutivo aunque no sea firme". " SAP Barcelona (Sección 15) 01.03.2012 (Sentencia 83/2011; Rollo 470/2011)

AP Alava

"La TGSS planteaba en su demanda otra cuestión. Se trata de si los créditos devengados a su favor el mismo día en el que se dicta el auto declarando el concurso son créditos contra la masa. La TGSS sostiene que la cuantificación de los créditos contra la masa ha de hacerse desde el mismo día de la declaración del concurso, mientras que el Administrador concursal sostiene que ha de hacerse desde el día siguiente a la declaración del concurso. En principio, es cierto que, como pone de manifiesto la TGSS en el recurso de apelación, la Sentencia apelada no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, la cual siquiera menciona en sus Fundamentos de Derecho. Sin embargo, parece claro que si la Sentencia apelada no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión es porque, según el sentido de su decisión, siquiera considera que son créditos concursales los créditos que la TGSS hubiera adquirido una vez declarado el concurso; con lo cual, no se aprecia infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De hecho, la Sentencia apelada acoge la cuantía de 64.297'10 euros fijada por el Administrador concursal como total de los créditos concursales de la TGSS, y la propia TGSS argumenta en el recurso de apelación que la cuantificación realizada por el Administrador concursal no contiene el crédito relativo al día de la declaración del concurso. Pero ocurre que, no manteniéndose en la presente resolución el sentido de la decisión de primera instancia, ahora sí debemos pronunciarnos sobre esta cuestión. Y entiende la Sala que efectivamente los créditos devengados a favor de la TGSS el mismo día en el que se dictó el Auto declarando el concurso, el día 22 de septiembre de 2010 en su totalidad a falta de mayor concreción, deberán considerarse créditos contra la masa conforme al art. 84.2.5º Lc. Y, ello, porque ese mismo día ya existe el concurso por expresa disposición contenida en el art. 21.2 Lc, según el cual, el auto de declaración de concurso "producirá sus efectos de inmediato", no encontrándose razón para que a estos concretos efectos que nos ocupan deba acudirse con carácter subsidiario al art. 5 del Código civil o al art. 133 LEc, máxime cuando de lo que aquí se trata no es propiamente del inicio del cómputo de un plazo.": SAP Alava (Sección 1) 30.12.2011 (Sentencia 647/2011; Rollo 466/2011)

2. Sin retroactividad a la fecha de la solicitud

Tribunal Supremo

"TERCERO.-*Cuestión preliminar: momento a partir del cual se producen los efectos de la declaración de concurso.*
Cuestión preliminar que resulta necesario resolver, pese a no tener influencia en la resolución del presente motivo, es la invocación por la sentencia recurrida del art. 410 LEC, respecto del momento a partir del cual deba entenderse producidos los efectos procesales de la litispendencia. La sentencia de la Audiencia Provincial lo fija al momento de la solicitud de Concurso necesario (fundamento de Derecho segundo), invocando como supletoria la norma rituaria antes invocada.
Como acertadamente señala el recurrente no cabe acudir a la LEC como norma supletoria cuando la Ley Concursal hace referencia expresa del momento en que deben entenderse y extenderse los efectos del concurso, que no es otro que el previsto en el art. 21.2, cuando establece: " *el auto (de declaración de concurso) producirá sus efectos inmediatos, abrirá la fase común de tramitación del concursoque comprenderá las actuaciones previstas, en los cuatro primeros títulos de esta Ley, y será ejecutivo aunque no sea firme".*
Por tanto, el requerimiento extrajudicial del recurrente de 18 de octubre de 2008, recibido por su destinatario el día 22 del mismo mes y año, es anterior al auto de declaración de concurso necesario, que lleva fecha 23 de octubre de 2008.
Sin embargo, esta precisión es irrelevante al supuesto planteado en la presente litis, como examinaremos seguidamente.": STS 11.12.2013 (Sentencia 756/2013; Recurso 2356/2011)

3. Declarado el concurso, se ordenará la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta. Cada una de estas secciones se encabezará por el auto o, en su caso, la sentencia que hubiera ordenado su formación.

Art. 21.4

Redacción inicial

4. La administración concursal realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, informándoles de la declaración de éste y del deber de comunicar sus créditos en la forma establecida en el artículo 85.

0. "1. ¿Deben los administradores aportar los resguardos o documentos acreditativos de haber efectuado las comunicaciones previstas en el artículo 21.4? ¿Cuál es la sanción por su no aportación? ¿Son gastos de la masa o se entienden incluidos en su remuneración? ¿Qué ocurre cuando la empresa concursada está cerrada y no tiene tesorería alguna? ¿Quién atiende esos gastos de comunicaciones?

Los artículos 21 y 85 de la Ley Concursal son parcos en su regulación y generan una pluralidad de dudas. El artículo 21 en su apartado cuarto se limita a imponer a los administradores el deber de realizar sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio conste en el concurso con un objeto: informarles de la existencia del concurso y del deber que tienen de comunicar sus créditos en la forma prevista en el artículo 85. Para resolver las dos primeras dudas planteadas debemos partir de las siguientes consideraciones: i) la ley no establece una fórmula específica de esta comunicación, por lo que parece que en principio debe permitirse no solamente las postales sino cualesquier otras realizadas por medios telemáticos, informáticos y electrónicos (y apoyo de esta postura encontramos el artículo 23) ii) no exige la ley que se haga por medio que acredite su recibo, como si lo impone el artículo 95 al tratar de la publicidad del informe que deben presentar los administradores ex art. 74 con la lista de acreedores e inventario iii) el plazo para la insinuación de créditos no se computa desde la recepción de esa comunicación individualizada a la que se refiere el artículo 21, sino que empieza a contar desde la última de las publicaciones preceptivas acordadas en el auto de declaración de concurso (edicto en BOE, en diario de los de mayor difusión en la provincia o en el tablón de anuncios del juzgado, artículos 21.1.5; 23. y 85.1 LC).
Podemos, pues, concluir que la ley relativiza la trascendencia de esta comunicación individual desde el momento en que ni impone la acreditación de su recibo, ni éste es trascendente a efectos de cómputo de plazo, que se fija de manera abstracta y con carácter general a todos los acreedores. Y por ello parece que no es preceptivo que los administradores aporten los documentos u otros medios acreditativos de esas comunicaciones para la continuación del procedimiento.
En apoyo de esta conclusión se puede acudir a la regulación de la LEC en sede de subasta de bienes inmuebles, cuyo artículo 659 impone al Registrador comunicar la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro, sin que la ley exija que la certificación de cargas remitida venga acompañada de los acuse de recibo, sino que únicamente impone que en la certificación de cargas se exprese haberse remitido la comunicación (art. 660 LEC).
Podría plantearse si esta solución es trasladable al supuesto del que hablamos, bastando que la administración concursal certificase haber remitido las comunicaciones.
En caso de no aportación**,** no creemos que ello conlleve la suspensión del procedimiento ni tampoco su nulidad, al no estar previsto expresamente y no venir condicionado el deber de comunicar créditos que tiene el acreedor al conocimiento del concurso a través de esa comunicación individualizada, ya que al margen de ésta o de cuando se reciba, el deber de comunicación se deriva del propio auto declaración de concurso (art. 21.1.5º) y se computa desde la última de las publicaciones preceptivas de éste (art. 23 y 85). No hay que olvidar que la LEC en el art. 660 al tratar de esa comunicación que no corresponde realizar al Juzgado sino a un cooperador de la Administración de Justicia afirma que la ausencia de comunicaciones del Registro o los defectos de forma no serán obstáculos para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en ejecución
Cuestión distinta es que si este deber de realizar las comunicaciones individuales se incumple por los administradores concursales, ello pueda ser considerado justa causa para su separación (art. 37) y en su caso generadora de responsabilidad, si es causante de daños (artículo 36)
En cuanto a la tercera de las cuestiones suscitadas, caben dos opiniones:
i) se trata de conceptos incluidos en la remuneración de los administradores:
Debe el administrador concursal asumir su coste sin cargo al concurso, dando para ello dos argumentos: 1º) la regla de exclusividad consagrada en el art. 3 Real Decreto 1860/2004, de seis de septiembre, que fija el Arancel de los derechos de los administradores concursales, que impide cualquier otra reclamación pecuniaria y 2º) que los únicos gastos o suplidos, por emplear la terminología propia de otros profesionales jurídicos sujetos a Arancel (Procuradores) que expresamente contempla el Real Decreto son los gastos justificados por desplazamiento fuera del ámbito de la competencia territorial del juzgado en el que se tramita el concurso, que sí que son abonados al margen de la retribución arancelaria (artículo 3 RD). En la doctrina se muestra partidario de esta tesis Daniel Rodríguez Ruiz de la Villa.

ii) no considerar que se trate de conceptos incluidos en la remuneración de los administradores concursales prevista en el artículo 34 de la ley y desarrollada por el Real Decreto 1860/2004.
Y ello por al siguientes razones : 1º) evitar el riesgo de que no efectúe, si después no va a verse compensado; 2º) el art. 34 tiene por finalidad fijar la retribución por el ejercicio de las funciones, al margen de los gastos que la tramitación del concurso acarrea; y 3º) en los criterios de determinación de esa retribución no se refleja en modo alguno los gastos derivados de la tramitación del procedimiento sino que atiende a la importancia cuantitativa de las masas activa y pasiva, a la complejidad del concurso y su duración. Si se opta por la segunda tesis, y descartamos su integración en la retribución por aranceles, habrá que entender que el importe de los gastos derivados de esas comunicaciones deben considerarse créditos contra la masa, bien por su catalogación como gastos judiciales ocasionados o inherentes a la declaración del concurso (artículo 84.2.2º) bien por resultar de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal (artículo 84.2.10º).
En cuanto a la último de las temas anunciados relativos a qué ocurre cuando la empresa concursal está cerrada y no tiene tesorería y quién atiende esos gastos de comunicaciones, hay que apuntar que el artículo 42 impone al deudor el deber de colaborar con la administración concursal en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Y este deber de cooperación puede interpretarse en el sentido de que el deudor ponga su infraestructura personal y material a disposición de la administración concursal para llevar a efecto la comunicación del concurso a los acreedores, siempre bajo la supervisión de aquella. Ahora bien si está cerrada y no se puede ni siquiera buscar esa vía para no encarecer el procedimiento, y existe una carencia de tesorería absoluta para sufragar ésos gastos, la solución pasa por la venta de bienes y derechos de la masa activa, previa autorización del juez (artículo 33) para obtener liquidez suficiente para atender los gastos indispensables. En caso de inexistencia de activo nos encontraríamos ante la causa de conclusión del concurso prevista en el apartado cuarto el artículo 176, sin que podamos profundizar aquí en las dificultades que plantea su régimen jurídico, en especial, la exigencia de que la administración concursal en su informe favorable a la conclusión “afirme y razone inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas” cuando estamos aún en la fase inicial del procedimiento En todo caso, ante esta disyuntiva, y a pesar de que no estar previsto y para evitar la absoluta paralización del procedimiento, una solución podría ser que las comunicaciones preparadas por la administración concursal se entreguen al Juzgado para su remisión por conducto oficial. Los inconvenientes en este caso son, de una parte, el incremento de trabajo para la oficina judicial y de otro, que se hace repercutir en los fondos públicos unos gastos que no considera la ley que en principio deba soportar el Erario Público, con la consiguiente situación de desigualdad frente al resto de deudores y acreedores en los demás concursos, en los que es la masa activa la que asume dicha carga. Para evitar esa desigualdad habría que entender que siempre debe llevarse a cabo al comunicación por la oficina judicial, y ello no lo prevé la ley, que se limita a indicar que se notificara a las partes comparecidas (art. 21.5), la publicación edictal (art. 23) y registral (art. 24) y al FOGASA cuando pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones a los trabajadores (art. 184.1). “: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, LA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS, 1.

1. Omisión de la comunicación individualizada que no causa indefensión

“SÉPTIMO La apelante se queja también de la falta de remisión a los trabajadores de la comunicación individualizada a que se refiere el artículo 21.4 de la LC, a raíz del auto de declaración de concurso de fecha 18 de febrero de 2005, lo que en su opinión debería conllevar una declaración de nulidad de actuaciones por haber quedado excluidos los recurrentes del listado de acreedores. Sin embargo, ese alegato supone obviar que el auto de declaración de concurso, que en su parte dispositiva contiene el llamamiento a todos los acreedores para que insinúen sus créditos (artículo 21.1.4º de la LC), fue objeto de una publicidad general en prensa y en el BOE (artículo 23 de la LC) que garantizaba la posibilidad a cualquier interesado de enterarse de aquél y de ejercer en plazo (que, por cierto, es común para todos, como establece el artículo 21.1.5º de la LC) el derecho a comunicar sus créditos, con independencia de que la administración concursal hubiese o no enviado, exclusivamente a aquéllos que entonces le constasen como acreedores y cuya identidad y domicilio conociese, la circular informativa individualizada a que alude el artículo 21.4 de la LC. E igualmente, dispusieron de una segunda oportunidad para hacer valer sus pretensiones, cuando se anunció la presentación del listado de acreedores que acompañaba al informe de la administración concursal, pues la Ley establece mecanismos publicitarios adecuados, que en este caso se respetaron (haciendo harto improbable que un colectivo de trabajadores como el de los recurrentes pudiera desconocer la situación), permitiendo a cualquier interesado tener noticia suficiente de ella y haberla impugnado si no respetaba sus derechos. Si la parte apelante no aprovechó ninguna de esas ocasiones para insinuar su crédito ni para accionar en el concurso, en tiempo y forma, mediante demanda incidental en defensa del reconocimiento del mismo (artículo 96 de la LC), no puede admitírsele que argumente ahora indefensión para tratar de obtener una injustificada nulidad actuaciones, que no cabrá apreciar cuando resulte imputable a la inacción de la propia parte afectada”: Auto AP Madrid 22.02.2007 (Sección 28) (JUR 2007/151911)

2. La omisión de esta comunicaciòn no afecta al plazo para la insinuación del crédito

“PRIMERO La sentencia objeto del presente recurso de apelación estima parcialmente la demanda de impugnación de la lista de acreedores de la concursada "VIAJES EUROVIPS, SA" formulada por el acreedor

"BARCELÓ CLAVEL HOTELES, SA", reconociendo al demandante un crédito por importe de 3.149,93 euros que ordena incluir en la lista de acreedores con la clasificación de subordinado al haber sido comunicado al Juzgado, precisamente, por la vía de la impugnación del informe de la administración concursal y, por tanto, de manera tardía al haber tenido lugar cuando ya había expirado el plazo previsto en el artículo 21 de la Ley Concursal para la comunicación de créditos, sin que conste que el crédito solicitado obrase en la contabilidad de la deudora.
Frente a la sentencia se alza la parte demandante en el particular que ordena la subordinación del crédito por su tardía comunicación, interesando su clasificación como crédito ordinario al haber incumplido previamente la administración concursal "su deber de notificación personal del Auto de declaración de concurso a cada uno de los acreedores y, en concreto a Barceló Clavel Hoteles, SA", todo ello de conformidad con el artículo 21.4 de la Ley Concursal.
SEGUNDO Como cuestión previa conviene indicar que tras la sentencia dictada en la instancia, la administración concursal aportó mediante escrito presentado el día 15 de noviembre de 2005 el acuse de recibo, en principio, acreditativo de haberse efectuado al demandante la comunicación exigida en el artículo 21.4 de la Ley Concursal, sin embargo, dicho documento no puede ser tenido en cuenta en esta resolución al no haberse aportado con la contestación a la demanda o, en su caso, en el acto de la vista, sin que tampoco se haya solicitado su aportación en el escrito de oposición al recurso de apelación que, en todo caso, hubiera sido impertinente, precisamente, porque no existía motivo alguno para no haberlo acompañado en primera instancia (artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
TERCERO Precisado lo anterior, para la adecuada resolución del presente recurso debe tenerse en cuenta que la actora y ahora apelante no ha combatido el hecho afirmado en la sentencia apelada de que su crédito no obraba en la contabilidad de la deudora, quedando reducido el objeto del recurso a decidir si la omisión de la comunicación de la administración concursal de conformidad con el artículo 21.4 de la Ley Concursal impide apreciar las consecuencias de la falta de comunicación del crédito en el plazo señalado por el artículo 21.1º.5 de la Ley Concursal.
El actor entiende que sólo nace la obligación del acreedor de comunicar su crédito en plazo legal cuando previamente la administración concursal ha cumplido con su obligación de comunicar personalmente al acreedor la existencia del concurso.
No se comparte la tesis del recurrente que sería tanto como afirmar que mientras la administración concursal no informase a los acreedores de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos, no se inicia el plazo de insinuación, lo que carece de fundamento legal.
Los artículos 21.1º.5 y 85 de la LC imponen a todos los acreedores concursales la carga de insinuar su crédito, mediante la oportuna comunicación dirigida a la administración concursal y que debe presentarse en el Juzgado (85.2 LC), en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias, sin perjuicio de la obligación de la administración concursal de adoptar la oportuna decisión en orden al reconocimiento de los créditos que aun no insinuados resultasen de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constasen en el concurso (artículo 86.1 LC) o en otro procedimiento judicial (artículo 92.1º), y del necesario reconocimiento de los créditos a que se refiere el artículo 86.2 (créditos reconocidos por laudo o sentencia, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por decisión administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resultasen de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constasen el concurso).
En el supuesto de autos el actor admite que no comunicó su crédito en el plazo de insinuación y no discute que su crédito no resultaba de los libros y documentos del deudor, lo que conduce directamente a la subordinación del crédito en aplicación del artículo 92.1º de la Ley Concursal.
El supuesto incumplimiento de la administración concursal de su obligación de dirigir al actor la comunicación prevista en el artículo 21.4 de la Ley Concursal, no libera a los acreedores del deber de insinuar su crédito en el plazo previsto en el artículo 21.1º.5, que necesariamente se computa para todos los acreedores desde la última de las publicaciones que con carácter obligatorio establece el artículo 23.1 de la Ley Concursal, esto es, en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses y también en la de su domicilio.
En todo caso, la comunicación de la administración concursal sólo se dirige a los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso (artículo 21.4 de la Ley Concursal) y ya hemos expuesto que el actor no ha combatido el hecho declarado en la sentencia de que no constaba que el crédito del demandante obrase en la contabilidad de la concursada, por lo que ni siquiera podría entenderse incumplida obligación alguna por la administración concursal en orden a la comunicación individualizada al acreedor, siempre hablando desde el plano puramente formal en que se ha situado este recurso en el que se ha de partir de la verdad procesal de que no existió tal comunicación individualizada al demandante, cuando de haberse producido era evidente que el crédito sí figuraba en la documentación de la deudora, lo que de ser así, no hubiera permitido, quizás, subordinar el crédito (artículo 92.1º in fine), pero el actor no ha tenido a bien reconocer la existencia de la comunicación del artículo 21.4 y al no haberse acreditado oportunamente su realización por la administración concursal debe tenerse por no hecha a los efectos de esta resolución.
Por último, aun en aquellos casos en que se omite por la administración concursal, respecto de los acreedores cuya identidad y domicilio sí conste, la comunicación individualizada de la declaración del concurso y del deber de insinuar sus créditos, el plazo de comunicación de créditos para estos acreedores, como para todos los demás, se computa desde la última de las publicaciones obligatorias del auto de la declaración de concurso, otra cosa es la obligación de la administración concursal de decidir sobre la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de todos los créditos comunicados y de aquellos que, aunque no hayan sido insinuados, resulten

de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso.": SAP Madrid (Sección 28) 08.05.2008 (AC 2008\1450; Sentencia 111/2008; Rollo 318/2007)

Redacción según Ley 38/2011

[Nueva redacción del art 21.4 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

4.La administración concursal realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos en la forma establecida por la ley.
La comunicación se efectuará por medios telemáticos, informáticos o electrónicos cuando conste la dirección electrónica del acreedor.
La comunicación se dirigirá por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras. Igualmente se comunicará a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento como parte.

Art 21.5

Redacción inicial

5. El auto se notificará a las partes que hubiesen comparecido. Si el deudor no hubiera comparecido, la publicación de los edictos a que se refiere el artículo 23 producirá, respecto de él, los efectos de notificación del auto.

Redacción del primer párrafo introducida por RDL 3/2009

[Nueva redacción del primer párrafo del artículo 21.5 introducida por art. 6-cuatro del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009).
Según la Disposición Transitoria Segunda del mismo Real Decreto-Ley, el régimen de publicidad previsto en el art. 23.1 entrará en vigor conforme a la Disposición Final Tercera del presente Real Decreto Ley *[es decir, el día 10.04.2009, día siguiente al de la publicación del Real Decreto-ley en el BOE]* y resultará de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación.]

5. El auto se notificará a las partes que hubiesen comparecido. Si el deudor no hubiera comparecido, la publicación prevista en el artículo 23 producirá, respecto de él, los efectos de notificación del auto.

Si el concursado fuera una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión participante en un sistema de pagos y de liquidación de valores o instrumentos financieros derivados, el auto se notificará, en el mismo día de su fecha, al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al gestor de los sistemas a los que pertenezca la entidad afectada, en los términos previstos en la legislación especial a que se refiere la disposición adicional segunda.
Asimismo, se notificará el auto a la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando el concursado sea una sociedad que hubiera emitido valores admitidos a cotización en un mercado oficial.
Si el concursado fuera una entidad aseguradora, el auto se notificará, con la misma celeridad, a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y si fuera una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se notificará en los mismos términos al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Redación por Ley 13/2009, en vigor desde 05.05.2010

5. El Secretario judicial notificará el auto a las partes que hubiesen comparecido. Si el deudor no hubiera comparecido, la publicación prevista en el artículo 23 producirá, respecto de él, los efectos de notificación del auto.
Si el concursado fuera una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión participante en un sistema de pagos y de liquidación de valores o instrumentos financieros derivados, el Secretario judicial notificará el auto, en el mismo día de la fecha, al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al gestor de los sistemas a los que pertenezca la entidad afectada, en los términos previstos en la legislación especial a que se refiere la disposición adicional segunda.
Asimismo, notificará el auto a la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando el concursado sea una sociedad que hubiera emitido valores admitidos a cotización en un mercado oficial.
Si el concursado fuera una entidad aseguradora, el Secretario judicial notificará el auto, con la misma celeridad, a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y si fuera una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se lo notificará en los mismos términos al Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Artículo 22. Concurso voluntario y concurso necesario.

1. El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario.

[Nuevo párrafo segundo introducido por el art. 10-tres del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009), en vigor desde el día 10.04.2009]

A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada en el plazo del artículo 5.3 se entenderá presentada cuando lo fue la comunicación prevista en ese artículo.

[Nueva redacción del segundo párrafo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo aplicable a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria tercera,1, Ley 38/2011)

A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada conforme al artículo 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo.

Art. 22.1

"CUARTO. En consecuencia, como el único punto discutido fue la legitimación del acreedor instante al no ser objeto de ataque el resto de presupuestos fijados por Ley para la declaración del concurso, es de revocar la resolución del Juzgado de lo Mercantil y decretar el concurso con la calificación de necesario conforme al artículo 22 en relación con el artículo 18 de la Ley Concursal. La Ley Concursal sigue para la calificación del concurso un criterio de prioridad temporal en la solicitud, como claramente se expone en el artículo 22 y al caso resulta indudable que la acción de concurso necesario planteada por SA es anterior en tiempo a la petición de concurso voluntario. La circunstancia de que SLU solicitase antes de ser emplazada en el trámite de concurso necesario, su concurso voluntario, no modifica la calificación adoptada, pues la tesis de la demandada (de ser voluntario por la diligencia adoptada por el deudor) implica una excepción al criterio del artículo 22 no recogida legalmente y además teniendo en cuenta la regla interpretativa de las normas legales fijados en el artículo 3-1 del Código Civil, la redacción gramatical del artículo 18.1 de la Ley no ampara dicha posición, al imponer la "misma resolución" para tales situaciones Ciertamente que la conducta de SLU no es un allanamiento y la Ley Concursal no equipara el allanamiento con el hecho de presentar el deudor su concurso voluntario antes de ser emplazado, pues obviamente son actos diferentes, pero sí asimila los efectos de una y otra conducta, cual es la declaración del concurso necesario.
Por lo expuesto, dada la declaración de concurso necesario, será el Juzgado de lo Mercantil quien deberá complementar dicha declaración y acordar el resto de pronunciamientos fijados en el artículo 21 de la Ley, consecuentes a dicha declaración. Como el proceso concursal es único resultando inviable que existan dos concursos sobre el mismo deudor, dada la finalidad del proceso concursal, se deberá efectuar los oportunos trámites para cumplir tal finalidad.": AAP Valencia 13.06.2007

1. La fecha determinante es la de presentación de las solicitudes, no la de su admisión a trámite, la subsanaciòn de defectos o la liquidación de la tasa

AP Alava

"PRIMERO.- Sobre los hechos
No hay discusión entre las partes sobre los hechos que han de tenerse en cuenta para resolver el recurso, que son los siguientes:
1) El 10 de febrero de 2012 Valvulería del Norte S.A. presentó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz solicitud de concurso necesario frente a Calefacciones Beitia S.A.U.
2) El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz inadmite la solicitud a trámite, sin citar a la vista, mediante auto de 24 de febrero de 2012.
3) Recurrida tal resolución la Audiencia Provincial de Álava dicta auto el 22 de octubre de 2012 indicando que hay justificación para admitir a trámite el incidente.
4) Entretanto Calefacciones Beitia S.A.U. presenta solicitud de concurso voluntario el día 22 de febrero de 2012, que se declara mediante auto de 21 de marzo.
5) El Juzgado, una vez dispone de los autos remitidos por la Audiencia, admite a trámite la solicitud, celebra vista el 11 de abril y dicta auto el 29 de mayo de 2013 en el que desestima la petición de declaración del concurso como voluntario.
SEGUNDO.- Sobre la regulación legal
El recurso se limita a solicitar, puesto que ya está declarado el concurso por la solicitud del deudor, que éste tenga la consideración de necesario, al haberse presentado previamente una solicitud por el acreedor recurrente. Entiende el apelante infringido el art. 22 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), pues el mismo indica: "*El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las*

solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario". Se sigue, en consecuencia, un diáfano criterio de prioridad temporal (AAP Valencia 13 junio 2007).
Pese a lo argumentado por el auto y por la parte apelada, la situación no puede ser más clara. El acreedor, Valvulerías del Norte S.A., presenta la solicitud de concurso necesario de Calefacciones Beitia S.A.U. el 10 de febrero de 2012. Cualquiera sea la vicisitud procesal que se presente tras la misma, tal solicitud es la primera que se formula, porque la citada empresa formula su solicitud de concurso voluntario 12 días después. La Ley Concursal toma en consideración el momento de la solicitud, no el de la declaración de concurso, como se desprende de esa redacción y se ha dicho por el AAP Granada, Secc. 3ª, 30 abril 2010, rec. 77/2010.
Además el art. 22.2 LC añade que "*por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado*". Esta previsión refuerza aún más la convicción de que el concurso merece ser considerado como necesario, puesto que hubo una solicitud de acreedor en los tres meses anteriores, que aún no admitida a trámite debiera haberlo sido, como explica el auto de esta misma sección de 22 de octubre de 2012.
En definitiva, de la normativa citada se desprende que el concurso de autos debe ser entendido como necesario. La claridad de lo acontecido excusaría de cualquier otra consideración. Pero en aras a salvaguardar la exigencia de efectividad de la tutela judicial que garantiza el art. 24 CE, deben analizarse los argumentos que se oponen por las partes.
TERCERO.- Sobre la consideración del concurso como necesario
El auto recurrido hace suyas las consideraciones del deudor concursado, que defiende que el concurso sea considerado como voluntario. En primer lugar, que al no haberse admitido a trámite la solicitud del acreedor, desconocía su existencia, por lo que no está acreditado que su propia solicitud sea reactiva a la de aquél. Tal afirmación ha de admitirse, porque no hay prueba alguna de lo contrario. Sin embargo, que el deudor hubiera obrado de buena fe, y que su solicitud nada tuviera que ver con la previa del acreedor, no impide que el art. 22 LC surta efecto, y que siendo la primera solicitud de tercero legitimado, el concurso merezca la consideración de necesario.
La segunda razón es que entiende, como defendió en la instancia, y como acoge el auto recurrido, que no concurren los presupuestos objetivos para la declaración de concurso necesario. La afirmación es difícilmente asumible, puesto que si el día 22 de febrero de 2012 aquéllos se presentaban a juicio del propio solicitante, es improbable que doce días antes no existieran.
En tercer lugar se asegura que el actor no presentó título que justificara su solicitud de concurso conforme al art. 2.4 LC. Hay que recordar, al respecto, que en el caso concurría uno de los indicios que dispone el art. 2.4.1º LC, el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones del deudor, pues al infructuoso intento de cobro de las facturas de la propia acreedora por importe de 194.954,92 €, se une la sentecia dictada en el juicio ordinario nº 1128/201 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Vitoria-Gasteiz, que se aportada de 28 de marzo de 2011 (folios 114 y ss), que condenaba a la hoy concursada, en cuyo procedimiento se acordó anotar un embargo de otro crédito, en este caso de la Tesorería General de la Seguridad Social, por importe de 114.321,24 € (folio 118), a lo que se añade la demanda ejecutiva que el beneficiario de tal sentencia presentó (folios 119 y ss), sin que el embargo acordado por decreto de 24 de enero de 2012 (folios 127 y ss) en el procedimiento de ejecución de título judicial 78/2012, fuera efectivo.
Hay, por ello, un sobreseimiento generalizado de las obligaciones del deudor. En definitiva, la falta de saldos bancarios, de bienes libres para garantizar los pagos, la multiplicidad de embargos, junto al crédito tan largamente reclamado de la solicitante ponen de manifiesto el sobreseimiento general de las obligaciones a que alude el art. 2.4.1º LC, como ya dijimos en nuestros AAP Álava, Secc. 1ª, de 15 de febrero de 2011, rec. 528/2010, o 29 marzo 2012, rec. 65/2012, o ha indicado el AAP Barcelona, Secc. 15ª, de 27 de enero de 2006, AC 2009\176685, pues conforme al art. 2.2 LC no puede la sociedad cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Al respecto explica gráficamente la SAP Madrid, Secc. 28ª, de 18 de noviembre de 2008, AC 2009\67 que, "*como ha señalado la doctrina especializada a propósito de la interpretación del Art. 2-2 de la Ley Concursal, es indiferente la causa de la imposibilidad de cumplir: es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio suficiente, por falta de liquidez y, a la postre, por falta de crédito*".
En cuanto a que haya habido la voluntad de alterar el régimen de intervención de facultades o de obtener un beneficio para privilegiar el crédito del acreedor instante, supone un juicio de intención que tiene que explicarse en algún dato objetivo, al margen de la especulación que se hace por la parte apelada. Y no hay fraude, como se ha dicho por el AAP Bizkaia, Secc. 4ª, de 14 de abril 2010, rec. 175/2009, cuando el acreedor obtiene un privilegio que concede la ley.
El art. 22.2 LC ordena considerar necesario el concurso si en tres meses anteriores a solicitud del deudor se hubiera presentado y admitido a trámite otra presentada por cualquier legitimado, lo que sucede en este caso, en el que la solicitud es anterior, y tras el auto de esta Audiencia, admitida a trámite. Todo ello supone, en definitiva, la estimación del recurso y la necesaria modificación de la consideración del concurso que será necesario, con las consecuencias que ello acarrea respecto al privilegio del acreedor conforme al art. 91.7º LC, y la eventual suspensión de facultades de administración y disposición del deudor (art. 40.2 y 3 LC), como en situaciones semejantes dispuso el AAP Madrid, Secc. 28ª, de 28 de julio 2010, rec. 348/2009. ": AAP Alava (Sección 1) 27.12.2013 (Auto 202/2013; Rollo 502/2013)

AP Granada

“PRIMERO: Son hitos trascendentes en este caso:
- Con fecha, 28 de noviembre de 2008, se presento, por la apelante…. SL, en primer lugar, la solicitud de concurso necesario de A.... SA, con CIF...., estableciendo en el primero de los hechos de su solicitud, que tal denominación comercial correspondía con la denominación de la sociedad O.....SA, que como se ha puesto de manifiesto en las actuaciones, tiene asignado el CIF antes citado.
- En la misma fecha, pero posterior en el tiempo, como admite la entidad apelada, hoy en concurso, y se desprende de los números de reparto asignados, se presento por la entidad O... SA, solicitud de concurso voluntario.
- La solicitud de concurso necesario, fue admitida a trámite por Auto de doce de diciembre de 2008, comprobándose después la falta de justificación de la representación del procurador del instante, subsanada por escrito de 20 de enero de 2009.
- La solicitud de concurso voluntario, fue proveída el doce de diciembre de 2008, requiriendo subsanación de la lista de acreedores, presentándose por O.... SA, escrito de fecha 29 de diciembre de 2008, procediendo a cumplir el requerimiento de subsanación.
- En providencia de 14 de enero de 2009, se aprecia que las dos solicitudes de concurso, se refieren a la misma entidad, y para acordar la acumulación, y a los fines del artículo 18.1 de la Ley Concursal se remite oficio al decanato para determinar la primera solicitud presentada.
- Sin que conste declarado el concurso ni resueltas ninguna de las dos solicitudes presentadas, por Auto de 30 de enero de 2009, el Juzgado acuerda la acumulación del concurso necesario, al voluntario, según refleja tal resolución, por estimar que el concurso necesario presentaba carencias, que si bien reconoce como subsanables, estima que, “no pueden obviarse a la hora de determinar cual es el procedimiento más antiguo”.
- Recurrido en reposición tal pronunciamiento, por..... SL, respecto del concurso de O..... SA, el Juzgado mantiene la resolución anterior, en el Auto de 5 de marzo de 2009 ahora apelado, entendiendo en definitiva que el articulo 22 LC, es aplicable cuando las solicitudes son admisibles en forma y fondo, y es necesario determinar cual va a determinar el carácter del concurso, estimando que es la admisión a tramite la que genera la litispendencia, entendiendo que “ese efecto *litis pendente* no prejuzga qué solución dar a una situación muy concreta, como es que, mientras se subsanaba una demanda inadmisible, se ha admitido otra que sí reunía los requisitos para ello”, encontrándonos ante una solicitud que pretende la declaración de concurso necesario de una entidad inexistente, A..... SA, sin aportar apoderamiento de procurador y faltando documentos originales relevantes, defectos subsanables, que no pueden enervar el hecho de no presentarse la solicitud, como debía, surtiendo efectos entre tanto una solicitud en regla.
- No consta declarado el concurso de O.... SA antes de dictarse las resoluciones citadas, sin embargo resulta que ha sido declarado después, a la vista de la personación de la administración concursal reflejada en autos.

SEGUNDO: Esta Sala no comparte los razonamientos de la resolución recurrida, ya que no solo cabe apreciar que la solicitud de concurso voluntario no estaba formulada inicialmente en regla cuando se presento, requiriéndose su subsanación, en la misma fecha en que se admitió a tramite la solicitud de concurso necesario, sino que además obviamente la aplicación del articulo 22 de la Ley Concursal, provocando una evidente incertidumbre e inseguridad jurídica, no puede quedar al pairo del mayor o menor acierto, rigor o laxitud, por parte del órgano judicial, al advertir defectos en una u otra solicitud, además no apreciadas inicialmente en este caso respecto de la solicitud de concurso necesario, sin permitir así su subsanación antes o al menos al mismo tiempo que la de concurso voluntario, y menos aún puede quedar la aplicación del articulo 22.1 LC, pendiente de la rapidez en proveer expedientes, bien en el mismo o en diferentes Juzgados.

Realmente en este caso se trataba de la acumulación de solicitudes, al no haberse declarado el concurso. La primera solicitud de concurso era la del necesario, promovido por la apelante, y aún prescindiendo de que además fue admitida a trámite su petición, antes de la solicitud de concurso voluntario, resulta además incuestionable que los defectos de tal petición inicial eran subsanables, tanto la falta de poder, como la identificación confusa de la entidad en concurso, llevada a cabo en todo caso con posterioridad, validamente, como en cualquier caso permite la Ley de Enjuiciamiento Civil, disposición final quinta de la Ley concursal, bastando con citar al respecto los artículos 424 y 418, presentando la apelante poder valido, e identificando sin duda a la entidad cuyo concurso interesaba, en cualquier caso al formular el recurso de reposición, y dado que en todo caso la falta de presentación de ciertos documentos por fotocopia, no impedía la admisión a tramite de la solicitud, teniendo en cuenta en todo caso lo previsto en el articulo 334 LEC, de ninguna forma procedía el sobreseimiento de la primera solicitud, pretendido inicialmente por la deudora, o no darle curso.

En este caso, esta Sala comparte la doctrina de la Sección quince de la AP de Barcelona, reflejada en su resolución de 15 de mayo de 2009, cuando señala que “El apartado 2 del art. 15 LC, bajo la rúbrica "acumulación de solicitudes", regula el supuesto de que se presenten varias solicitudes de concurso respecto del mismo deudor, siendo aplicable (pese a su ubicación sistemática, en el mismo precepto que regula la provisión de la solicitud de otros legitimados distintos del deudor) a cualesquiera supuestos de solicitudes con independencia de quién procedan, ya que el precepto no distingue entre solicitud presentada por el deudor y por otros legitimados. En tales supuestos la LC opta por acumular a la solicitud primeramente repartida las que se presenten con posterioridad, que se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones: "Admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones", y añade después: “Si dentro de esta postura se admite que el Juez debe atender, a la hora de admitir a trámite las diversas solicitudes de concurso voluntario y/o necesario, a la fecha de presentación y otorgar prioridad a la primera solicitud, paralizando la provisión de las posteriores, entonces se estaría respetando la correcta inteligencia y finalidad del precepto. Si tal solución se acepta, lo que

no resultaría razonable es que el Juez, mientras no ha proveído la admisión a trámite (o declaración del concurso voluntario) de la primera solicitud, provea las posteriores."

En consecuencia, dado que no cabe negar los efectos de la admisión a tramite a la primera solicitud, y en consecuencia de la litispendencia, contemplada en el articulo 410 LEC, simplemente porque aún no se haya resuelto sobre su admisión (no es este ni siquiera el caso), sin valorar sí, una vez resueltos los defectos subsanables de los que pudiera adolecer, dando oportunidad para ello, resultaba procedente su admisión a tramite, sin que menos aún pueda prescindirse de su admisión, negando sus efectos, por defectos en todo caso subsanables apreciados con posterioridad, resulta evidente que debe prosperar el recurso de apelación, aunque de acuerdo con los principios de conservación de actuaciones y de economía procesal, una vez se siguen las actuaciones con el número asignado al segundo concurso y en el mismo Juzgado, sin alterar la continuación del procedimiento, conocido y publicado por todos los acreedores e interesados en el concurso, debe seguir con la numeración que actualmente mantiene, sin alterar el régimen de intervención o de suspensión acordado en el Auto declarando el concurso, a tenor de las facultades conferidas en virtud de lo dispuesto en el articulo 40.3 de la LC, evitando los riesgos que con tal modificación podrían provocarse en el concurso hace tiempo declarado, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar tal modificación, que tiene a su alcance la administración concursal, debiendo limitarnos por tanto a señalar que el concurso de O.... SA, debe tener la consideración de necesario, con los efectos que en su caso procedan, excluida la modificación mencionada.": AAP Granada (Sección 3) 30.04.2010 (Auto 71/2010; Rollo 77/2010)

AP Vizcaya

"TERCERO.-La pretensión alternativa, consistente en que sea declarado voluntario el concurso de la recurrente se argumenta desde distintas prespectivas.

La primera de ellas, tiene como punto de partida la de que el Juzgdo de lo Mercantil nº 1, admitió, la declaración de concurso voluntario antes de que el Juzgdo de lo Mercantil nº 2, admitiera la declaración de concurso necesario, debiendo prevalecer la primera declaración en aplicación del art. 15 de la LC.

Tal razonmiento no puede ser acogido, pues además de que tal norma no resulta aquí de aplicación pues no estamos ante una acumulación de solicitudes sino de procedimientos, el carácter del concurso, no puede depender de la aplicación de una norma de competencia, y asi la propia LC, preve en su art. 22, que la consideración del concurso como voluntario o necesario, se hará en base al carácter de la primera solicitud que se presente, y en el caso de autos la propia recurrente admite que la primera solicitud presentada fue la de concurso necesario, luego esa es la consideración que el concurso debe tener.

En cualquier caso, los razonamientos en los que se basa la recurrente para sostener la declaración de concurso voluntario, han sido rechazados por el Juzagado de lo Mercantil nº 1 en resolución de 13-10-2008, en la que de forma terminante se afirma que el concurso forzosamente tendrá la naturaleza de necesario, por aplicación del art. 22 LC, y tal resolución tiene carácter firme al no haber sido apelada por la recurrente.

La segunda perspectiva, tiene como punto de partida el hecho de que los acreedores instantes del concurso necesario, no recurrieron la declaración de concurso voluntario y por tanto tal declaración tiene carácter firme.

Esta alegación tampoco puede acogerse, pues el hecho de que no exista oposición a la declaración de concurso voluntario, en absoluto supone la renuncia a que tal concurso sea declarado necesario si, como en el caso de autos, cuando se hace la declaración de concurso voluntario, ya se habia presentado la solicitud de concurso necesario, siendo lo correcto en ese caso pretender la acumulación de procedimientos, que es lo que hizo la parte recurrida.

Finalmente, la última perspectiva tiene como punto de partida, la doctrina del fraude de Ley sosteniendo la parte recurrente, que se ha otorgado un privilegio a los acreedores instantes por el solo hecho de presentar su solicitud unos minutos antes que la del deudor.

Tal alegación carece de todo fundamento, pues lo cierto es que el privilegio que obtienen los acreedores instantes no es otro que el que la propia Ley preve, primando a los acreedores que con su actuación intentan evitar la desaparición de todo el patrimonio del deudor, cuando este ha incumplido la obligación de presentar su declaración de concurso en el plazo que marca la Ley.

Los acreedores instantes, no hacen más que ultizar una posibilidad que la LC les brinda, la de solicitar la declaración de concurso, y de ello se deriva un privilegio que la propia Ley establece(sin excepción alguna), luego como ya hemos, dicho la obtención de tal privilegio en ningún caso puede reputarse fraudulenta. ": AAP Vizcaya (Sección 4) 14.04.2010 (Auto 297/2010; Rollo 175/2009)

JM-1 Oviedo

"PRIMERO El iter cronológico seguido por las distintas solicitudes de concurso que finalmente convergen en el presente procedimiento viene a ser como sigue: Con fecha 20 mayo 2005 se presenta ante el Juzgado Decano de Oviedo la solicitud formulada por la representación procesal «Suministros a la Industria y Construcción, SA» y otros, quienes actuando en su condición de acreedores instan la declaración de concurso del deudor común «Promociones y Construcciones Pavidasa, SL». La referida solicitud tuvo entrada en este Juzgado en fecha 23 mayo 2005 y, constatada la ausencia del preceptivo documento de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil, mediante Diligencia de ordenación de fecha 26 mayo se requirió a la solicitante a fin de que en el plazo de diez días procediera a aportar aquella documentación tal y como dispone el art. 35 de la Ley 53/2002 de 30 diciembre, bajo apercibimiento de que de no hacerlo así no se dará curso a la solicitud. Paralelamente a lo anterior, se presentó ante el Juzgado Decano de Oviedo con fecha 25 mayo 2005 solicitud de declaración de concurso

instada por la propia deudora «Promociones y Construcciones Pavidasa, SL», que tuvo entrada en este Juzgado con fecha 26 mayo 2005. Estando acompañada dicha solicitud de la preceptiva autoliquidación de la tasa judicial, se dictaron Providencias de fechas 31 mayo 2005 y 8 junio 2005 por las que se requería sucesivamente a la solicitante para la subsanación de los extremos que aparecían incompletos en la documentación adjunta (art. 13-2 y 14-2 LC), llegando finalmente al auto de fecha 9 junio 2005 por el que se acuerda la declaración de concurso voluntario. Por su parte la representación procesal de los acreedores instantes, «Suministros a la Industria y Construcción, SA» y otros, presenta escrito de fecha 9 junio 2005 con el que se acompaña el documento de liquidación fiscal en su día requerido, dictándose seguidamente auto de fecha 13 junio 2005 por el que se acordaba la admisión a trámite de esta solicitud de concurso y su acumulación a los autos 244/05 del concurso voluntario ya declarado, todo ello en aplicación del principio de procedimiento único proclamado en el art. 15-2 LC.

SEGUNDO Partiendo de la descrita secuencia procesal, se pretende por la ahora recurrente «Suministros a la Industria y Construcción, SA» y otros se revoque la decisión contenida en el auto de fecha 13 junio 2005 para en su lugar acordar la acumulación inversa, esto es, de las actuaciones de concurso voluntario a las de concurso necesario por entender que es esta última declaración la que debe prevalecer en aplicación de la regla general sobre el carácter del concurso contenida en el art. 22-1 LC, de la regulación de la litispendencia del art. 410 LECiv y del mecanismo del allanamiento del deudor tras la solicitud del acreedor previsto en el art. 18-1 LC

Centrada la cuestión en tales términos, podemos reducir el debate a resolver acerca de si la circunstancia determinante para calificar el carácter que ha de revestir el concurso como necesario o como voluntario, cuando coincidan en el tiempo la solicitud formulada por el acreedor u otro legitimado y la formulada por el deudor, ha de venir determinada por la prioridad en la solicitud o, por el contrario, por la prioridad en la resolución judicial de admisión a trámite de una u otra, cuestión que ha merecido respuestas discrepantes por parte de la doctrina que se ha pronunciado hasta el momento.

En la práctica el problema surgirá en buena parte de las ocasiones cuando concurran, de un lado la premura con la que el Juez debe proveer la solicitud de concurso que le sea presentada (art. 13-1 LC), y de otro el tiempo de espera que habrá de transcurrir entre el momento de presentación de la solicitud de concurso y aquél en que sea aportada la justificación de la tasa fiscal, cuando ésta resulte preceptiva y no sea acompañada junto con la solicitud, pues hasta tal instante el Secretario judicial no dará curso a aquel escrito procesal como así ocurrió en el caso presente; o bien cuando el Juez aprecie cualquier defecto que deberá ser subsanado por el solicitante (art. 13-2 LC). Efectivamente, la calificación del carácter del concurso es una decisión que ha de adoptarse en el mismo auto que declare el concurso y como uno de los pronunciamientos que le son propios (art. 21-1-1º LC), siendo así que resulta muy posible que en ese momento el Juez desconozca la existencia de otras solicitudes que sin embargo fueron presentadas con antelación. Conforme al art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, preceptivamente se ha de acompañar a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible del tributo el justificante del pago de la tasa fiscal con arreglo al modelo oficial «sin el cual el secretario judicial no dará curso al mismo, salvo que la omisión fuere subsanada en un plazo de diez días», precepto que en una razonable hermenéutica no debe equipararse a una genuina sanción de inadmisión a trámite de tal escrito por un simple incumplimiento fiscal en el señalado plazo, sino que tal incumplimiento sólo determinará la paralización del proceso en ese mismo estado, situación reversible si después se justifica el abono -aún tardío- o irreversible si se deja transcurrir el plazo de caducidad, pero que en cualquiera de los casos, y esto es lo relevante a lo que aquí nos ocupa, impide que el Juez tenga a la vista el escrito de que se trate para poder acordar, en su caso, su admisión a trámite. De la misma manera, si el Juez aprecia que la solicitud o la documentación que le acompaña adolecen de algún defecto, señalará al solicitante un plazo no superior a cinco días para su justificación o subsanación, conforme dispone el art. 13-2 LC Por otra parte cabe reparar en la existencia de un mandato dirigido al Juez del concurso quien, por razones de la celeridad que se quiere imprimir al momento de la declaración del concurso en aras a evitar los perjuicios que un retraso puede irrogar tanto a los acreedores como al propio deudor, viene obligado por disposición del art. 13-1 LC a proveer sobre la solicitud de concurso para acordar ya su admisión a trámite, y en su caso la declaración de concurso si lo es a instancia del deudor, ya su inadmisión «en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente día hábil al de su reparto», expresión que integrada con la norma arriba comentada debe interpretarse tomando como dies a quo de referencia aquél en que el Secretario de curso al escrito de solicitud por haber sido ya acompañado el justificante de la tasa fiscal. Como conclusión de todo ello encontramos que cuando el Juez del concurso resuelve decidiendo sobre el carácter que ha de revestir la declaración de concurso lo hará unas veces, no sobre la primera solicitud presentada en el tiempo, sino sobre la primera solicitud que venga acompañada del justificante de la tasa fiscal, existiendo un riesgo de cierto de que ignore la existencia de otras solicitudes anteriores instadas por otros legitimados, riesgo que se conjuraría si atendiéramos como criterio determinante a la fecha de la admisión a trámite y no a la de presentación de la solicitud, criterio empleado aparentemente en el art. 15-2 LC para atender al principio de proceso único y en el art. 18-2 LC para acceder a la declaración inmediata de concurso necesario. Y por lo que se refiere al supuesto de detección de defectos subsanables en la solicitud precedente en el tiempo, encontramos que cuando el Juez provee sobre la solicitud posterior y decide en ese instante acerca del carácter del concurso lo hará sin conocer el curso que seguirá la primera y su eventual admisión a trámite en un momento ulterior.

TERCERO Sin embargo la regla general para determinar el carácter necesario o voluntario que ha de revestir el concurso viene dada por el art. 22 LC al disponer en su apartado 1º que «el concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio

deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario». El criterio indubitado del que parte la norma es la prioridad en la solicitud.
No puede invocarse para mantener una solución contraria la excepción contenida en su apartado 2º al disponer que no obstante «el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado», pues este apartado contempla el supuesto de una solicitud presentada por el deudor cuando la anterior solicitud del acreedor o de otro legitimado, precedente en un lapso temporal máximo de tres meses, hubiera dado lugar a la incoación de un procedimiento de concurso necesario que sin embargo se encuentre ya archivado habida cuenta de la conducta ulterior del propio solicitante, de tal manera que la exigencia de que aquella primera solicitud de concurso necesario se hubiera «admitido a trámite» se erige simplemente como garantía para desterrar conductas abusivas o fraudulentas derivadas de la presentación de solicitudes de concurso infundadas o con el sólo ánimo de cerrar el paso a una posible decisión del deudor de solicitar más adelante su concurso voluntario.
Esta solución es la que, además, mejor se acomoda al principio general del comienzo de la litispendencia por el cual dicha situación procesal se genera con la sola presentación del escrito de demanda, de modo tal que su posterior admisión a trámite únicamente opera como condicionante de tal efecto, según la regulación contenida en el art. 410 LECiv y de aplicación supletoria al procedimiento concursal (Disposición final quinta LC).
CUARTO Procede en consecuencia estimar el recurso de reposición planteado y acordar la conversión del carácter del presente concurso que pasará a ser necesario, acordando igualmente la suspensión por el deudor del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales, de conformidad con lo preceptuado por el art. 40 LC, debiendo dar a este pronunciamiento la publicidad prevista en los arts. 23 y 24 LC para la declaración del concurso.
Del mismo modo y teniendo presente que ante la existencia de una pluralidad de solicitudes, la acumulación procedente resulta ser «a la primera repartida» conforme dispone el art. 15-2 LC, es por lo que los autos 244/05 deberán acumularse a los autos 235/05 por ser éstos últimos los correspondientes a la solicitud que primero tuvo entrada en este Juzgado.”: Auto JM-1 Oviedo 26.09.2005 (AC 2005/1235)

JM-2 Pontevedra

“UNICO.- Resulta necesario determinar con precisión los hechos que justifican la presente resolución, en los siguientes términos: a) con fecha de 24 de marzo tuvo entrada en el registro general de los juzgados escrito presentado por el Procurador Sr. P., en la representación de D. José Mariano González Martínez y de CONSTRUCCIONES SEVILLANO Y SOTILLO, S.L. por el que se solicitaba el concurso necesario de PROFESSIONAL INTERSERVICES, S.A. (PROINSA); b) por providencia de 26 de marzo, advertida la ausencia del modelo de autoliquidación de la tasa, se requirió a la parte a fin de que, en plazo de diez días, procediera a su subsanación; c) el día 28 de marzo fue presentado el correspondiente modelo; d) en forma paralela, con fecha de 27 de marzo, tuvo entrada en el registro general escrito presentado por la representación de PROINSA solicitando la declaración de concurso voluntario; e) el día 31 de marzo tuvo entrada dicha solicitud en este Juzgado, comprobándose, ciertamente, que se encontraba acompañada de toda la documentación a que hace referencia el art. 6 de la Ley Concursal.
El art. 22 de la LC establece que el concurso tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del deudor. En otro casó, se considerará necesario. La norma, por tanto, atiende tan solo al dato temporal de la presentación de la solicitud, de suerte que dicha circunstancia, la sola prioridad temporal, es la determinante del carácter voluntario o necesario del concurso.
En el presente supuesto, como acaba de ser reseñado, la primera solicitud fue presentada por los acreedores. Es llano, por otra parte, que habrá de atenderse al momento de la entrada de la solicitud en el registro general de los juzgados, no al momento, puramente circunstancial, de su reparto y entrega material a uno de los juzgados de lo mercantil de la sede.
Sucedió, sin embargo, que de inmediato se advirtió que la solicitud no estaba completa, impidiendo su admisión la ausencia del impreso justificativo de la autoliquidación de la tasa, conforme a lo dispuesto en el art. 35 de la ley 53/2002. Subsanado el requisito fiscal, la solicitud habría de ser admitida a trámite. Nótese que fue, en exclusiva, la falta de la presentación de la tasa de autoliquidación el obstáculo advertido. En consecuencia, la solicitud se encontraba completa en todos sus requisitos, sustantivos y procesales, ausente tan sólo de un requisito administrativo. Otra interpretación del precepto no se conforma con las reglas procesales ni con elementales exigencias derivadas de la efectividad de la tutela procesal.
No cabe, por tanto, entender que se anticipó en el tiempo la solicitud de concurso del deudor. Además de que la cita del art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil da fundamento a la tesis que aquí se adopta, es la naturaleza del óbice advertido la determinante para considerar la prioridad temporal. Una vez subsanado el requisito fiscal, la solicitud ha de desplegar efectos desde el instante de su presentación, pues en ese instante quedó entablado el proceso, sin que resulte admisible entender que es la presentación de la tasa la que debe marcar el momento inicial del cómputo, por resultar contrario al parecer unánime de doctrina y jurisprudencia sobre el comienzo de los efectos, sustantivos y procesales, de la interposición de una demanda.
Por tal razón, la solicitud de concurso voluntario, posterior en el tiempo, no puede ser admitida.”: Auto JM-2 Pontevedra 01.04.2008 (Concurso PROINSA)

2. Caso de estimación de apelación contra denegación concurso necesario estando en curso un posterior concurso voluntario

AP Madrid

"OCTAVO.- Teniendo constancia este tribunal, a través de las manifestaciones de las partes, de que, con posterioridad al inicial rechazo de la petición de AVALATRANSA SA, que databa del mes de noviembre de 2008, la entidad NOZAR presentó en septiembre de 2009 solicitud de concurso voluntario, que fue declarado por el juzgado y se halla ahora en tramitación, nos vemos obligados a aquilatar los efectos derivados de nuestra presente resolución. Lo procedente a estas alturas no es una nueva declaración de concurso necesario para seguir un proceso al margen del ya existente, sino la adaptación de éste, que ha de resultar absorbido por aquél (pues la ley contempla siempre un único expediente concursal en los casos de pluralidad de solicitudes referidas al mismo deudor - artículo 15 de la LC), a las consecuencias del éxito obtenido, merced a la presente apelación, por la solicitud de concurso necesario de AVALATRANSA SA que era prioritaria en el tiempo (artículo 22.1 de la LC). En consecuencia, el juzgado de lo mercantil deberá adoptar las medidas precisas para que se aproveche el cauce procesal del concurso ya existente, realizando los trámites oportunos para su prosecución, aunque con las modificaciones inherentes a su consideración como concurso necesario (privilegio del instante -artículo 91.6º de la LC-, cambio, si el juez del concurso lo estimase procedente, del régimen de intervención al de suspensión -artículo 40 de la LC-, tratamiento correspondiente del crédito, al que luego se aludirá, por costas del incidente de oposición -artículo 20.1 de la LC-, etc), manteniendo en todo lo posible las actuaciones que hayan sido realizadas, al amparo del principio de conservación de actos procesales (artículos 243.1 de la LOPJ y 230 de la LEC) que la jurisprudencia ha considerado, también cuando se ha pronunciado a propósito de la nueva Ley Concursal (sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010), que debe prevalecer en aras a las reglas de economía procesal y de preferencia por las soluciones que puedan suponer un efecto útil para el proceso.": AAP Madrid (Sección 28) 28.06.2010 (Rollo 348/2009)

JM-2 Madrid

"ANTECEDENTES DE HECHO.- ÚNICO Por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid se dictó en el Rollo de Apelación núm. 348/2009 dimanante del Concurso Necesario 567/2008 Auto de fecha 28 de junio de 2010 (AC 2010, 1074) cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Avalatransa SA contra el Auto dictado el 5 de mayo de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, en sede de los autos del concurso necesario núm. 567/2008, por lo que debemos revocar y revocamos dicha resolución, de manera que en su lugar decidimos: 1º.?que procedía la desestimación de la oposición planteada por Nozar SA frente a la solicitud de concurso necesario interesada por Avalatransa SA, por lo que las costas a esta última ocasionadas en la primera instancia del incidente de oposición se considerarán crédito contra la masa respecto del concurso de aquélla; 2º.?que procedía la declaración en concurso necesario de Nozar SA que había sido instada por Avalatransa SA, por lo que deberá el juzgado de lo mercantil adoptar las medidas precisas para adaptar a ello el concurso voluntario instado y declarado con posterioridad, y 3º.? no efectuamos expresa imposición de las costas derivadas de esta apelación. Así, por este auto, lo acuerdan mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución».
FUNDAMENTOS DE DERECHO.- ÚNICO Mediante auto de fecha 28 de junio de 2010 (AC 2010, 1074) la sección veintiocho de la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la resolución dictada por este juzgado, declaró el concurso necesario de la entidad Nozar, ordenando al juzgado mercantil «adoptar las medidas precisas para adaptar el concurso voluntario instado y declarado con posterioridad».
Resulta, pues, obligado proceder a armonizar la Resolución de la Sala con el procedimiento de concurso voluntario declarado por este juzgado y que en la actualidad se haya en tramitación.
Esta armonización ha de efectuarse conforme a los criterios parametrizados en el fundamentos jurídico octavo de la resolución de la Audiencia, que establece las bases del proceso de acoplamiento cuya teleología ha de desembocar necesariamente en la subsistencia de un único proceso.
Por lo tanto, sin perjuicio de los ajustes que ulteriormente resulten convenientes, se impone ahora definir, en lo que sea posible, el cauce procedimental adecuado para la futura gestión del procedimiento «manteniendo en todo lo posible las actuaciones que hayan sido realizadas, al amparo del principio de conservación de actos procesales».
Las cuestiones que, a juicio del juzgador, demandan un pronunciamiento inmediato son las siguientes:
1.?El régimen de los administradores mercantiles-
El artículo 40 de la Ley Concursal establece un diferente régimen, en relación con las facultades de administración del deudor, según se trate de supuestos de concurso voluntario o necesario. Con carácter general se postula el sistema de intervención para el concurso voluntario y el de suspensión de facultades para el supuesto de concurso necesario.
El párrafo segundo del citado precepto flexibiliza notablemente el sistema, permitiendo al juez excepcionar singularmente la regla general de manera motivada.
En el presente caso, el juzgado al declarar el concurso voluntario de la entidad Nozar optó, al no concurrir ninguna circunstancia que aconsejase lo contrario, por el sistema común de intervención de las operaciones del deudor, manteniendo los administradores mercantiles las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio.

La resolución de la Sala, como ya apunta el fundamento jurídico octavo, abre de nuevo un interrogante sobre esta cuestión que, por elementales razones de seguridad jurídica, ha de ser zanjado con la máxima prontitud.
Si bien la Ley no configura la sustitución de los administradores en el supuesto de concurso necesario como una sanción strictu sensu, lo cierto es que entraña una muy significativa intromisión en ese reducto íntimo en donde una compañía ha de gozar de plena soberanía para gestionar los procesos de toma de decisiones. La correlativa ecuación de equilibrio con el sistema de responsabilidades exigibles a los administradores es la mejor garantía del correcto funcionamiento del sistema.
Este principio de intervención mínima, constitucionalizado en la libertad de empresa, núcleo de la economía de mercado, y el conocimiento de la actualidad por parte de los actuales gestores de la sociedad, supone una importante ventaja para el fin de este procedimiento concursal.
Partiendo de este postulado y atendiendo las circunstancias del concurso, cuya gestión amenaza con dilatarse mucho más de lo aconsejable, no parece oportuno, por el momento, proceder a la sustitución de la administración societaria, que generaría los inevitables riesgos asociados a la quiebra en la continuidad de la gestión de una compañía que se desenvuelve en un sector sumido en una profunda crisis.
Tampoco, hasta la fecha, se ha puesto de manifiesto ante este Juzgado conducta alguna de los actuales gestores que aconseje una modificación en el régimen de intervención. Son los administradores de la compañía quienes deben definir el futuro de su estrategia empresarial, bajo el control limitado de la intervención concursal y del propio órgano jurisdiccional. Y son también ellos quienes, correlativamente, han de responder por el éxito o el fracaso de sus decisiones.
2.-La fecha de declaración de concurso?
Una segunda cuestión, y de significativa importancia, que ha de abordarse en este proceso de armonización exigido por la resolución de la Sala, es el relativo a la fecha de declaración del concurso, pues es manifiesta la diacronía existente entre la solicitud de concurso necesario ahora admitida y la declaración de concurso voluntario revocada.
La resolución dictada por la sección 28 de la Audiencia Provincial si bien no se pronuncia directamente sobre este extremo, si deja entrever la conveniencia de priorizar temporalmente la declaración de concurso necesario respecto del concurso voluntario ahora revocado.
Así, en el fundamento jurídico octavo del citado Auto la Sala afirma que el concurso voluntario «ha de resultar absorbido por aquel ?el necesario?» en el imperativo proceso de adaptación. Y que esa adaptación ha de ajustarse «a las consecuencias del éxito obtenido, merced a la presente apelación, por la solicitud de concurso necesario de Avalatransa, que era prioritaria en el tiempo». Y aún en la parte dispositiva de la Resolución se acuerda que: «deberá el juzgado de lo mercantil adoptar las medidas precisas para adaptar el concurso voluntario instado y declarado con posterioridad».
Así pues, lo que el Auto de la Audiencia afirma sin ambage alguno es que el concurso necesario instado por el acreedor era anterior, previo y prioritario en el tiempo a la solicitud de concurso voluntario de Nozar. Y esa prioridad en el tiempo, si debe tener algún efecto más de su proclamación retórica, ha de proyectarse necesariamente sobre la fecha de declaración de concurso que ahora ha de coincidir con la fecha de la solicitud del concurso, que fue el 21 de noviembre de 2008.
No solamente la autoridad emanada de la resolución de la Sala, que por sí sería suficiente, avala este criterio. Convergen también razones que se residencian en el ámbito de la lógica de los efectos pertinentes, en ese irreductible núcleo de especificidad asociado a la naturaleza del concurso necesario. Si la modificación de la naturaleza del concurso, operada en virtud del auto revocatorio, tiene algún significado sustantivamente consistente, ha de ser precisamente aquel que atiende a la ratio decidendi de la decisión adoptada por la Sala de apelación que estimó el recurso, precisamente, por entender que, a la fecha de la solicitud instada por el acreedor, Nozar se encontraba en situación de sobreseimiento de pagos. Ello es precisamente lo que ha analizado exhaustivamente la resolución de la Audiencia Provincial.
Este criterio, es también congruente con el principio de conservación de los actos procesales, que opera como límite objetivo del proceso de armonización. La supresión del automatismo de la retroacción en la nueva Ley Concursal, elimina de raíz los riesgos inherentes a la modificación de la fecha de concurso, si bien desde la nueva fecha de declaración de concurso que ahora se proclama, deben desplegarse todos los efectos previstos en la LC, y de forma especial la composición del Inventario de la masa activa y la conformación de la Lista de Acreedores.
3.-La administración concursal?
La modificación de la naturaleza del concurso también está llamada a producir efectos sobre el órgano de la administración concursal que en su día fue designado para la gestión del concurso voluntario. No se trata aquí de un efecto procesal de carácter directo, pero hay muchas razones que abonan la conveniencia de modificar sustancialmente la composición de la administración concursal.
En la nueva fase que ahora se inicia, el anterior clima de beligerancia que se ha podido evidenciar en las actuaciones, ha de ser sustituido por un régimen de abierta cooperación, de acuerdo con las nuevas coordenadas establecidas en la resolución de la Audiencia Provincial. Y ello demanda, por razones absolutamente objetivas y sin que entrañe censura alguna en la gestión, la sustitución de los administradores concursales no acreedores.
Por otra parte, el juzgador que ha asumido la responsabilidad ex novo del presente concurso, después de un minucioso examen del procedimiento y de oír atentamente a todas las partes implicadas, ha alcanzado la conclusión de que se impone urgentemente un giro sustancial en la llevanza y gestión de este procedimiento que evite una indefinida dilación en el cumplimiento de los términos y plazos procesales. Resulta apremiante la necesidad de contar con el preceptivo informe técnico de la administración concursal, aplazado sine die, e injustificable en estos momentos. El tiempo, y el tiempo oportuno y hábil, es probablemente el bien más valioso

en la gestión de los procedimientos concursales porque si algo nos dice la experiencia es que cualquier solución ha de ser ante todo, tempestivamente posible.
En estas circunstancias, el juzgador asumirá la responsabilidad necesaria para mantener una presencia activa y vigilante en el procedimiento, priorizando la eficacia en la gestión y favoreciendo la pronta conclusión del concurso. Para esa labor, hemos entendido conveniente contar con el apoyo de nuevos profesionales.
Atendiendo a lo anterior, resulta necesario para el buen fin del concurso que por parte de los Administradores Concursales salientes, se proceda en el plazo de 1 mes a presentar la oportuna rendición de cuentas establecida en el artículo 38 de la LC, y en especial debe incorporarse a esa rendición de cuentas, una memoria de las principales decisiones y actuación de los Administradores Concursales salientes. En este sentido, se exhorta el traspaso ordenado y la coordinación entre los Administradores para la mayor agilidad y fluidez del proceso.
En todo caso, dada la singularidad procedimental de este concurso, se mandara a los administradores concursales a la presentación de su informe en plazo no superior a dos meses desde la aceptación del cargo.
En último lugar, en cuanto a la posible extensión de esta decisión respecto de otros concursos de sociedades dominadas que se tramitan en éste y otros Juzgados, se estará a la solicitud motivada que se presente por la nueva Administración Concursal al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 de la LC.
4.-Efectos sobre el acreedor instante?
Igualmente, y en consonancia con lo señalado en la resolución de la Sala de apelación la modificación de la naturaleza del concurso ha de entrañar necesariamente una modificación de la naturaleza del crédito del acreedor instante que se consigne, por la Administración Concursal en su día en la correspondiente lista de acreedores que se elabore, puesto que a ella le corresponde la potestad inicial de inclusión o exclusión de créditos. Del mismo modo, se considerarán créditos contra la masa y deberán ser inmediatamente satisfechas las costas en que haya incurrido el acreedor instante, correspondientes al incidente de oposición a la declaración de concurso necesario.
El objetivo de la presente resolución como ya se anticipó en el preámbulo, no era otro que armonizar la nueva declaración del concurso necesario de Nozar, con la gestión del período de concurso voluntario que hasta ahora se estaba tramitando en el juzgado, ensamblando ambos procedimientos conforme a los criterios establecidos en el auto revocatorio de la Sala de apelación.
Naturalmente, nos hemos limitado definir las grandes líneas por donde ha de discurrir el cauce del nuevo procedimiento. Hemos establecido principios, postulados y una nueva dirección lo que no significa que, conforme el curso de los acontecimientos lo exija, no puedan adoptarse otras medidas complementarias, tendentes a completar el proceso de armonización.”: AJM-2 Madrid 17.09.2010 (AC 2010/1527, Concurso 837/2009)

Art. 22.1.II

1. Esta norma no implica que el concurso tenga efectos retroactivos

AP Sevilla

“Tercero. En relación a la inexistencia de contrato vigente, y de la consiguiente imposibilidad de concurrencia de prestaciones maliciosamente incumplidas por un acreedor en perjuicio del concurso, la única argumentación en contrario de la parte recurrente se contiene en la página tercera del escrito de interposición del recurso de apelación. Se indica que esa solicitud de declaración del crédito como subordinado "se anuda a la circunstancia ignorada por la sentencia de declaración de insolvencia previa al concurso con fecha del auto firme de 11 de enero de 2010, ex art. 5.3 de la LC ", señalándose seguidamente "Que ex art. 22 de la LC los efectos del auto de declaración del concurso se retrotraen a aquella primera fecha".
El argumento no resulta acogible, pues la retroacción a la que se refiere el invocado artículo 22 tiene por objeto únicamente la calificación del concurso como voluntario, en el caso de que el deudor hubiera efectuado comunicación prevista en ese artículo 5.3 (actualmente artículo 5 bis, tras promulgación de Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio), equiparándose a estos solos efectos de calificación del concurso como voluntario la citada comunicación previa a la solicitud de concurso por el propio deudor. Pero de ello no se infiere que, una vez el concurso es declarado, esa declaración tenga carácter retroactivo. Por la sola declaración de concurso, precedida de la referida comunicación de situación de insolvencia, no cabe admitir retroactividad en relación a los efectos derivados del dictado de esa resolución, y en concreto, en particular a una posible rehabilitación de contratos previamente resueltos.”: SAP Sevilla (Sección 5) 17.12.2013 (Sentencia 624/2013; Rollo 5929/2013

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado.

Art. 22.2

AP Barcelona

"CUARTO. 14. Como argumento para mayor abundamiento, también creemos que debemos añadir que a partir de lo que establece el art. 22 LC podemos sostener que no basta la mera solicitud de concurso necesario para que el concurso pueda ser declarado como tal, con la consecuencia del reconocimiento al acreedor solicitante del privilegio del art. 91, 6.º LC. Si en el fundamento anterior ya hemos justificado que la mera declaración del concurso como necesario no es suficiente para justificar el reconocimiento del privilegio al acreedor instante, ahora queremos añadir que tampoco consideramos que baste la mera existencia de una solicitud para justificar que el concurso deba ser declarado como necesario, aunque la misma no se hubiera admitido a trámite, a pesar de que la equívoca redacción del art. 22.1 LC pueda ofrecer argumentos para sostener lo contrario.
15. La interpretación correcta del artículo 22 LC creemos que exige que se contextualicen cada uno de sus apartados porque cada uno de ellos regula una situación bien diferenciada. El art. 22.1 LC se refiere a las solicitudes que se tramiten de forma acumulada, como consecuencia del principio de unidad de procedimiento que el art. 15.2 LC extiende a la fase de declaración. Lo que esa norma establece es que, admitida a trámite una solicitud, queda cerrada la puerta a que más tarde pueda ser sustanciada otra de forma separada, esto es, se impide que se pueda producir la admisión a trámite de una solicitud posterior en un procedimiento distinto. Todas las solicitudes se tienen que sustanciar en el mismo procedimiento. Ello obliga a resolver sobre el carácter del concurso que finalmente se declare como consecuencia de ese procedimiento con solicitudes múltiples acumuladas, y eso es lo que resuelve el art. 22.1 LC cuando establece que debe seguir el carácter de la primera de las solicitudes, con independencia de que sea o no la primera efectivamente admitida. En este contexto de solicitudes múltiples simultáneas no puede ser exigible a la solicitud de concurso necesario que hubiera sido efectivamente admitida para que sirva para cualificar el concurso como necesario. Por eso no se exige ese requisito.
16. En cambio, el art. 22.2 LC regula una situación bien distinta, la que se produce cuando las solicitudes no son simultáneas sino sucesivas. Por esa razón no se han podido tramitar en un mismo procedimiento, como en el supuesto en examen ha ocurrido. En tal situación, para que una solicitud de concurso necesario sirva para determinar que el concurso se califique como necesario, no basta que se haya presentado sino que se exige, además, que hubiera resultado admitida a trámite.
17. En conclusión, también por esta vía llegamos a la misma conclusión que en el fundamento anterior. Para que se produzcan los efectos asociados a la declaración de un concurso como necesario, que ya hemos visto que es dudoso que incluyan el reconocimiento del privilegio general del art. 91,6.º LC, no basta que exista la solicitud sino que es preciso que la misma hubiera resultado admitida a trámite.
Por consiguiente, no admitida a trámite la solicitud, creemos que no les resultaba posible a los demandantes reclamar para su crédito el reconocimiento del privilegio referido durante la fase de impugnación de la lista. ":SAP Barcelona (Sección 15) 29.04.2013 (Sentencia 171/2013; Rollo 824/2012)

Artículo 23. Publicidad.

Redacción inicial

1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, podrá realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones.
No obstante lo anterior, la declaración del concurso se anunciará en el «Boletín Oficial del Estado» y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en uno de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio. Estos anuncios contendrán los datos suficientes para identificar el proceso y las formas de personarse en él.
La publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en otros periódicos oficiales del edicto se insertará con la mayor urgencia.

2. En el mismo auto de declaración del concurso o en resolución posterior, el juez, de oficio o a instancia de interesado, podrá acordar cualquier publicidad complementaria que considere oportuna, en medios oficiales o privados.

3. Los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, quien deberá remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes.
Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente por el juzgado a los medios de publicidad.

4. Las demás resoluciones que, conforme a esta ley, deban ser publicadas por medio de edictos lo serán en la forma que establece el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 236 de la ley Orgánica del Poder Judicial.

Redacción introducida por RDL 3/2009

[Nueva redacción del artículo 23 LC introducida por art. 6-cinco del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009).

Según la Disposición Transitoria Segunda del mismo Real Decreto-Ley, el régimen de publicidad previsto en el art. 23.1 entrará en vigor conforme a la Disposición Final Tercera del presente Real Decreto Ley *[es decir, el día 10.04.2009, día siguiente al de la publicación del Real Decreto-ley en el BOE]* y resultará de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación.
En lo restante, entrará en vigor de acuerdo con lo que disponga el Real Decreto previsto en la Disposición Adicional Tercera [por el que se habrá de crear el Registro Público Concursal]
Cuando entre dicho Real Decreto, tal régimen de publicidad será también de aplicación para los procedimientos concursales en tramitación.
En todo caso, desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2009, las publicaciones que se remitan al Boletín Oficial del Estado contempladas en el apartado primero del artículo 23, en el apartado segundo del artículo 95, en el artículo 144 y en el artículo 177 LC tendrán carácter gratuito siempre que así se acuerde por el Juez del concurso, por insuficiencia de bienes y derechos del concursado o de la masa activa.]

1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones.
El extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el *Boletín Oficial del Estado*, y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su NIF, el juzgado competente, el número de autos, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.

[Nueva redacción del segundo párrafo del art 23.1 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a su entrada en vigor, si a dicha fecha aún no se hubiese publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el anuncio del artículo 23 de la Ley Concursal (Disposición transitoria cuarta, 1, Ley 38/2011)

El extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el "Boletín Oficial del Estado", y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el juzgado competente, el número de autos y el Número de Identificación General del procedimiento, la fecha del auto de declaración de concurso, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, la identidad de los administradores concursales, el domicilio postal y la dirección electrónica señalados para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos de conformidad con el artículo 85, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.

Art. 23.1

1. Aplicabilidad del régimen RDL 3/2009: no publicación en prensa privada, acordada pero aún no efectuada a su entrada en vigor

"PRIMERO El concursado, Don.Braulio, tiene reconocido el derecho de justicia gratuita para la tramitación de su concurso voluntario. El conflicto que ha dado lugar al presente recurso de apelación ha surgido a la hora de afrontar los gastos por la publicidad de la declaración de concurso, concretamente en el diario de prensa designado (El Mundo), y por la anotación en el Registro de la Propiedad respecto de los inmuebles propiedad del concursado. El Juez del concurso constató que el derecho de justicia gratuita sólo cubre la publicación gratuita en periódicos oficiales, conforme alart. 6.4 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y la reducción del 80% de los derechos arancelarios por la anotación o inscripción registral, de acuerdo con el apartado 9 del mismo precepto. Por ello ordenó requerir al concursado para que proveyera de fondos a la procuradora a fin de proceder a la publicación del edicto en dicho diario (El Mundo) y a la publicidad registral, con apercibimiento de que en caso contrario se procedería al archivo del concurso, siendo confirmada tal resolución por el auto apelado.
SEGUNDO Se ha de dejar constancia de que a tenor del citadoapartado 4 del art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprenderá "la inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales". Comprenderá así mismo, de acuerdo con el apartado 9, la "reducción del 80 % de los derechos arancelarios que correspondan por la obtención de notas, certificaciones, anotaciones e inscripciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil...". No obstante, según dispone el apartado 10, "los derechos arancelarios a que se refieren los apartados 8 y 9 de este artículo no se percibirán cuando el interesado acredite ingresos por debajo del salario mínimo interprofesional".
La gratuidad de la inserción del edicto no plantea problemas, por tanto, respecto de la publicación en el BOE, sino tan sólo en el diario de prensa. En relación con el coste de la anotación registral, el Sr. Magistrado no consideró el amparo delapartado 10 del art. 6 (exención total), sino del apartado 9, que contempla una reducción del 80 % de los derechos arancelarios.
En su recurso, el concursado insiste en que, por percibir ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional, está exento del pago de los derechos arancelarios, de conformidad con el apartado 10. Así mismo interesa que

la publicación del edicto en El Mundo "puede y debe resolverse determinando que su tarifa sea abonada a cargo de los fondos públicos destinados a los Servicios de Asistencia Jurídica Gratuita de conformidad con lo establecido en el párrafo 6 de la Exposición de Motivos de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita".

TERCERO Es indiscutido que el concursado tiene reconocido el derecho de justicia gratuita, y de los documentos aportados (bloque de documentos 2), resulta que tiene reconocida la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, con derecho a una pensión del INSS equivalente a un 55 % de una base reguladora mensual de 648,61 euros, con efectos económicos desde el 12 de julio de 2005 (sentencia de 22 de mayo de 2006 del Juzgado de lo Social nº 17), que en el año 2008 ha quedado fijada en 388,65 euros mensuales (documento 2-5), inferior al SMI establecido para 2008, que ha sido fijado en 600 euros mensuales (RD 1763/2007, de 28 de diciembre).

Procede, por ello, reconocer los efectos previstos en elapartado 10 del art. 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y, en consecuencia, acordar que el Juzgado remita el mandamiento de anotación al Registro de la Propiedad haciendo constar que por percibir ingresos inferiores al SMI el concursado está exento del pago de los derechos arancelarios.

CUARTO Por lo que respecta a los gastos de la inserción del edicto en el diario de prensa no nos parece que pueda y deba "resolverse determinando que su tarifa sea abonada a cargo a los fondos públicos destinados a los Servicios de Asistencia Jurídica Gratuita de conformidad con lo establecido en el párrafo 6 de la Exposición de Motivos de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita", ya que la Ley no contiene una cláusula general que otorgue al Juez la facultad de determinar, en cada caso, qué prestaciones han de quedar comprendidas en el derecho de justicia gratuita o para decidir que ciertos gastos, no contemplados en el contenido del material del derecho recogido por elart. 6, hayan de recibir cobertura con cargo a los fondos públicos.

Somos conscientes de que la misma razón legal que anima la disposición de gratuidad de la publicidad en los periódicos oficiales concurre también en el caso de la publicación de anuncios o edictos en prensa no oficial, cuando la Ley requiere ese medio de publicidad para que el acceso al proceso y la consecución de su finalidad puedan ser alcanzados, máxime en el procedimiento concursal, que se ofrece como un instrumento procesal de ordenación de la situación de insolvencia para la satisfacción colectiva de una masa de acreedores frente al deudor común. No obstante, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita no ha contemplado la gratuidad en el supuesto que contemplamos, ni proporciona al medio de prensa privado la correspondiente contraprestación, con cargo a los fondos publicos, por la utilización de un espacio en su publicación periodica. Por ello, la decisión del Juez del concurso en este punto es correcta desde el punto de vista legal.

QUINTO Hemos de apuntar, no obstante, lo que sigue, por si pudiera dar lugar a una solución del problema planteado, con amparo legal.

Al día de hoy, y desde el 2 de abril de 2009, está en vigor el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, que, entre otros, y con la finalidad de reducir los costes del proceso, modifica elart. 23 de la Ley Concursal en el sentido de suprimir la publicidad de la declaración del concurso en uno de los periódicos de mayor tirada en la provincia. Y a tenor de laDisposición Transitoria segunda de dicha norma, esta modificación, del apartado primero delart. 23 LC, entrará en vigor conforme a la Disposición Final tercera (esto es, al día siguiente de la publicación en el BOE) y, añade, "resultará de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación".

Es cierto que cuando fue dictado el auto de declaración del concurso, que acordaba la publicidad entonces establecida en el originarioart. 23 LC, no había entrado en vigor la reforma, pero, puesto que el precepto reformado, una vez en vigor, es aplicable a los procedimientos en tramitación, y en este caso no se ha procedido a la publicación del edicto en el medio de prensa privado, el Sr. Juez del concurso podría plantearse la aplicación de la norma reformada en el actual estado del procedimiento, en el sentido de no considerar necesaria la publicidad en dicho diario. De esta forma se estaría dando cumplimiento a la legalidad vigente, en la medida en que resulta aplicable a los procedimientos en tramitación.": AAP Barcelona (Sección 15) 30.06.2009 (AC 2009/1779; Auto 126/2009; Rollo 94/2009)

2. En el mismo auto de declaración del concurso o en resolución posterior, el juez, de oficio o a instancia de interesado, podrá acordar cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso.

3. El traslado de los oficios con los edictos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los medios de publicidad correspondientes.

Excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, quien deberá remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes.

Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente por el ~~juzgado~~ Secretario judicial a los medios de publicidad.

** Nueva redacción del tercer párrafo del apartado 3 del art. 23 por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 04.05.2010*

4. Las demás resoluciones que, conforme a esta Ley, deban ser publicadas por medio de edictos, lo serán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado.

5. El auto de declaración del concurso así como el resto de resoluciones concursales que conforme a las disposiciones de esta Ley deban ser objeto de publicidad, se insertarán en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Artículo 24. Publicidad registral.

Redacción inicial

1. Si el deudor fuera persona natural, se inscribirán en el Registro Civil la declaración de concurso, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.

2. Si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, se inscribirán en éste las mismas circunstancias expresadas en el apartado anterior, practicándose previamente la inscripción del sujeto cuando ésta no constase.

3. Si se tratase de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que consten en otro registro público, el juez mandará inscribir en éste las mismas circunstancias.

4. Si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, con expresión de su fecha, así como el nombramiento de los administradores concursales. Practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta ley.

5. El juez acordará expedir y entregar al procurador del solicitante del concurso los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo. En tanto no sea firme, el auto de declaración de concurso será objeto de anotación preventiva en los correspondientes registros.
Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente por el ~~juzgado~~ Secretario judicial a los correspondientes registros.

> ** Nueva redacción del último párrafo del apartado 5 del art. 24 por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 04.05.2010*

Redacción introducida por RDL 3/2009

> *[Nueva redacción del artículo 24 LC introducida por art. 6-seis del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009).*
> Según la Disposición Transitoria Segunda del mismo Real Decreto-Ley, el régimen de *publicidad previsto en este precepto entrará en vigor de acuerdo con lo que disponga el Real Decreto previsto en la Disposición Adicional Tercera [por el que se habrá de crear el Registro Público Concursal]*
> *Cuando entre dicho Real Decreto, tal régimen de publicidad será también de aplicación para los procedimientos concursales en tramitación.*
> *En todo caso, desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2009, las publicaciones que se remitan al Boletín Oficial del Estado contempladas en el apartado primero del artículo 23, en el apartado segundo del artículo 95, en el artículo 144 y en el artículo 177 LC tendrán carácter gratuito siempre que así se acuerde por el Juez del concurso, por insuficiencia de bienes y derechos del concursado o de la masa activa.]*

1. Si el deudor fuera persona natural, se inscribirán, preferentemente por medios telemáticos, en el Registro Civil la declaración de concurso, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.

2. Si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, se inscribirán, preferentemente por medios telemáticos, en éste las mismas circunstancias expresadas en el apartado anterior, practicándose previamente la inscripción del sujeto cuando ésta no constase.

3. Si se tratase de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que consten en otro registro público, el juez mandará inscribir, preferentemente por medios telemáticos, en éste las mismas circunstancias.

4. Si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, con expresión de su fecha, así como el nombramiento de los administradores concursales. Practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros

posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley.

5. El traslado de los oficios con los edictos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los registros correspondientes.
Excepcionalmente y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, con los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo. En tanto no sea firme, el auto de declaración de concurso será objeto de anotación preventiva en los correspondientes registros.
Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente por el juzgado a los correspondientes registros.

Redacción introducida por Ley 38/2011

[Nueva redacciónde l art. 24 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

1.Si el deudor fuera persona natural, se inscribirán preferentemente, por medios telemáticos, en el Registro Civil la declaración de concurso, con indicación de su fecha, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.

2.Si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, serán objeto de inscripción en la hoja abierta a la entidad, preferentemente por medios telemáticos, los autos y sentencias de declaración y reapertura del concurso voluntario o necesario, de apertura de la fase de convenio, de aprobación de convenio, la apertura de la fase de liquidación, la aprobación del plan de liquidación, la conclusión del concurso y la resolución de la impugnación del auto de conclusión, la formación de la pieza de calificación y la sentencia de calificación del concurso como culpable, así como cuantas resoluciones dictadas en materia de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integran la masa activa. Cuando no constase hoja abierta a la entidad, se practicará previamente la inscripción en el Registro.

3.Si se tratase de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que consten en otro registro público, el secretario judicial mandará inscribir o anotar, preferentemente por medios telemáticos, en éste las mismas circunstancias señaladas en el apartado anterior.

4.Si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se inscribirán en el folio correspondiente a cada uno de ellos la declaración de concurso, con indicación de su fecha, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.
Practicada la anotación preventiva o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55.1.

5.Los asientos a que se refieren los apartados anteriores se practicarán en virtud de mandamiento librado por el secretario judicial. En el mandamiento se expresará si la correspondiente resolución es firme o no. En todo caso, las anotaciones preventivas que deban extenderse en los registros públicos de personas o de bienes por falta de firmeza de la resolución caducarán a los cuatro años desde la fecha de la anotación misma y se cancelarán de oficio o a instancia de cualquier interesado. El secretario judicial podrá decretar la prórroga de las mismas por cuatro años más.

6.El traslado de la documentación necesaria para la práctica de los asientos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los registros correspondientes.
Excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, con los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo.
Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado de oficio se realizará directamente por el juzgado a los correspondientes registros.

7.Reglamentariamente podrán establecerse mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que, con arreglo a lo previsto en los apartados anteriores, habrán de hacerse constar el auto de declaración y las demás vicisitudes de concurso.»

1. Inscribibilidad de escritura de compraventa otorgada antes del concurso

"Vistos los artículos 609 del Código Civil; 1, 18, 8, 17, 34, 38 y 71 de la Ley Hipotecaria; 68, 143, 145 y 175.2.º del Reglamento Hipotecario; 8, 24.4, 40.2, 71, 76, 80 y 81 de la Ley 22/2003, de 9 Jul., Concursal; las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 Ene. y 19 May. 1997, 18 Abr. 1998 y 5 Jul. 2000; y las Resoluciones de 6 Sep. 1988, 12 Jun. 1989, 23 Mar., 5 May. y 1 Jun. 1993, 7 May. 2001 y 21 Abr. 2006.

1. La primera cuestión que se plantea en este recurso es la relativa a la posibilidad de inscribir una escritura de compraventa autorizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora, y presentada en el Registro de la Propiedad cuando dicha declaración concursal ya ha sido inscrita.
A juicio del Registrador, para practicar la inscripción de la venta es necesario que previamente lo autorice el Juez del concurso y los administradores concursales; y, si procediere, que dicho Juez ordene cancelar los asientos que se refieren a tal concurso.
2. El hecho de que, como ocurre en el presente caso, la declaración de concurso de acreedores comporte la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (artículo 40.2 de la Ley Concursal), y se hayan anotado preventivamente en el folio correspondiente a los bienes que hayan de integrarse en el concurso tanto la referida declaración como la suspensión de las facultades de disposición y el nombramiento de los administradores concursales, no significa que dicha anotación impida la inscripción de los actos de enajenación otorgados, con anterioridad a la declaración de concurso, por el deudor --titular registral--
En efecto, la referida anotación preventiva relativa al concurso implica únicamente que «no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley» (artículo 24.4 de la Ley Concursal). Asimismo, se produce el cierre registral respecto de los actos dispositivos que, con posterioridad a la declaración de concurso, realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de disposición y en la consiguiente sustitución del mismo por los administradores concursales (cfr. el artículo 40.7 de la Ley Concursal, que sólo admite la inscripción de tales actos anulables cuando sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme). Pero ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración del concurso, sin necesidad de intervención alguna del Juez del concurso ni de los administradores del mismo, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso --cfr. artículo 76 de la Ley Concursal--, y sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de las acciones de rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (artículo 71 de la Ley Concursal). En todo caso, por aplicación de lo establecido en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los referidos actos traslativos se practicará con absoluta supeditación al procedimiento concursal al que se refiere la previa anotación preventiva, de modo que será al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio, para evitar que el ulterior desenvolvimiento del procedimiento de ejecución universal provoque la cancelación de aquella inscripción posterior (cfr. artículos 80 y 81 de la Ley Concursal; y, respecto de la anotación de embargo, las Resoluciones de 6 Sep. 1988, 12 Jun. 1989 y 23 Mar. y 5 May. 1993).“: RDGRN 03.06.2009 (LA LEY 104352/2009)

2. Denegación anotación embatgo TGSS por no constar el carácter no necesario del bien

“PRIMERO Se debate en este recurso la posibilidad de tomar anotación preventiva de embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, constando previamente anotada la declaración de concurso de la sociedad embargada. Debe tenerse en cuenta que las providencias de apremio son de fecha anterior al Auto de declaración de concurso, pero no se acredita -registralmente tampoco está reflejado- el pronunciamiento del Juez de lo Mercantil de que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
SEGUNDO La cuestión de si se trata o no de bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad (que son los únicos a los que la suspensión de la ejecución pudiera afectar), es una cuestión de apreciación judicial, a la que no se extiende la calificación registral. A este respecto no consta registralmente la afección del bien a las actividades profesionales o empresariales del deudor, por lo que la valoración va a depender de factores extrarregistrales cuya consideración sólo puede apreciarse en vía jurisdiccional.
El artículo 24.4, inciso final, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, literalmente determina que practicada la anotación preventiva no podrán anotarse respecto de un bien o derecho, más embargos o secuestros posteriores a la declaración del concurso que los acordados por el Juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley.
Por su parte, el artículo 55.1, párrafo segundo, que es el que interesa en este expediente, señala que podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubiera embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. El apartado tercero de dicho precepto establece que las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.
TERCERO El apartado 2º del artículo 22 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825), modificado por la Disposición Final Decimosexta de la Ley 22/2003, Concursal, dispone que, en caso de concurso, los créditos por las cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. En el apartado tercero del artículo 50 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (RCL 2004, 1453, 2019), dedicado a los «procedimientos de ejecución universal», se establece que si se hubiese dictado providencia de apremio

antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
CUARTO La Sala del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y de Competencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones, sobre la cuestión planteada en el presente expediente. La Sentencia 5/2009, de 22 de junio de 2009, remitiéndose a otras anteriores, ha tenido ocasión de hacer las siguientes manifestaciones que son de interés en el presente caso y en su Fundamento jurídico Tercero afirma que: «la Administración tributaria, cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa la Administración recuperará en toda su integridad sus facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo y con los efectos previstos en el apartado tercero (sic. nulidad) para la hipótesis de contravención. Es, por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor. Como en el asunto resuelto la Administración no se ha dirigido al órgano judicial, y obtenido de él, una declaración en el sentido expresado el conflicto ha de ser resuelto a favor del órgano judicial».
En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 2/2008, de 3 de julio, realiza una exégesis del alcance de la situación especial que en la Ley Concursal tienen las providencias de apremio de la Seguridad Social en virtud del citado artículo 55.1, párrafo segundo, de la misma, precepto según el cual, si bien «podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la fecha de declaración del concurso», ello sólo puede hacerse, «siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».
De este modo, en el Fundamento de Derecho cuarto de la antes citada Sentencia 5/2009, se manifiesta: « La razón principal, pues, para afirmar la competencia del Juzgado no reside en el mero hecho de no haberse continuado la ejecución por la Tesorería General de la Seguridad Social, como dice el Ministerio Fiscal, sino en que dicha ejecución no podría haberse llevado a cabo en ningún caso sin el previo pronunciamiento judicial acerca de la vinculación de los bienes con la continuidad de la empresa, cuestión que no puede ser decida unilateralmente por la Tesorería. En suma, difícilmente podrá seguirse la ejecución paralela prevista en la Ley Concursal sin una intervención mínima del Juzgado pronunciándose acerca de este extremo, por mucho que la situación de hecho aparentemente, pero sin la intervención judicial, lleve a otra conclusión».
QUINTO En el presente expediente, consta que las providencias de apremio son de fecha anterior al Auto de declaración del concurso, pero no consta, sin embargo, que el Juzgado de lo Mercantil, ante quien se tramita el concurso, se haya pronunciado sobre el carácter no necesario de los bienes trabados para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, por lo que es plenamente aplicable la doctrina, expuesta en los anteriores fundamentos de Derecho, de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos de Jurisdicción y Competencia 5/2009, de 22 de junio, en el sentido de que la ejecución no puede llevarse a cabo en ningún caso sin el previo pronunciamiento judicial acerca de la vinculación de los bienes con la continuidad de la empresa; siendo nulas, como afirma el apartado 3 del artículo 51 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, todas las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 del mismo artículo.”: RDGRN 07.06.2010 (RJ 2010/4158)

3. El art 24.5 (actual 24.6) no es aplicable por analogía al diligenciamiento de los mandamientos para cancelación de anotación de embargo instada por la AC, que corresponde a ésta

“PRIMERO.- La resolución objeto de recurso, acordó la entrega para su diligenciamiento de los mandamientos dirigidos al Registrador de la Propiedad al efecto de la cancelación de las medidas cautelares acordadas en su día a instancia de la Administración Concursal, al Procurador instante del concurso. El punto de discrepancia radica en que mientras por las resoluciones recurridas se entiende que la entrega debe hacerse a dicho Procurador en aplicación de lo dispuesto en elartículo 24 de la Ley Concursal, por analogía y por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por parte de esta representación se mantiene que ese diligenciamiento no le corresponde a dicho Procurador, sino a la Administración del concurso.
SEGUNDO.- Pues bien, entendemos con el recurrente que el diligenciamiento de los mandamientos de cancelación de embargos acordados como medidas cautelares a instancia de la Administración y cuya anotación e inscripción en el Registro de la Propiedad fueron diligenciadas directamente por dicha Administración le corresponde a la misma en atención a los siguientes razonamientos: 1) No existe en la Ley Concursal precepto alguno que establezca esa competencia en el Procurador de quien solicita el concurso y elartículo 24no se refiere a este tipo de mandamientos cuando establece la obligación de diligenciamiento al Procurador de quien solicita el concurso. 2) No puede aplicarse analógicamente este precepto al supuesto en que nos hallamos, porque los supuestos contemplados en el mismo no son análogos a los que se trata en este caso. 3) La Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula los procedimientos recogidos en la misma, hace referencia a esos procedimientos, pero no a los Procedimientos concursales que se rigen por la normativa recogida en laLey que los regula en atención a las características propias del procedimiento. 4) Si bien al inicio del Procedimiento Concursal, es lógico que se imponga la obligación de diligenciar los correspondientes mandamientos relativos a la declaración del concurso al Procurador de la parte que solicita el mismo, que es el que tiene el interés en la declaración del concurso y en la eficacia de la resolución que así lo acuerde, a lo largo del procedimiento aparecen otras figuras procesales que intervienen en la gestión y diligenciamiento de

las resoluciones judiciales. Así, y en este caso, las medidas cautelares de que tratamos fueron solicitadas por el Administrador y fue él el que se encargó del diligenciamiento de las mismas, a él se le entregaron los correspondientes mandamientos para su anotación en el Registro de la Propiedad. De este modo, y si dentro de las competencias asumidas al aceptar el cargo de Administrador se encontraban la de hacerse cargo del diligenciamiento de los mandamientos, por lo que le fueron entregados, no puede fundamentarse ahora la inexistencia de competencias del mismo para realizar lo propio a efectos de cancelación de las anotaciones e inscripciones a que se referían aquellos. Es lógico, además que ese diligenciamiento se realizara por los Administradores, dado que la medida cautelar era relativa al embargo de los bienes de los administradores de la sociedad concursada, pero igual que ello es lógico, lo que sería ilógico es que el Procurador de la entidad de la que los mismos son administradores tenga que asumir el diligenciamiento de los mandamientos de cancelación de lo acordado y practicado sin su intervención 5) Finalmente, debemos tener en cuenta que en la fase del Procedimiento Concursal en que nos hallamos, la entidad a cuyo Procurador se pretende la entrega de los mandamientos está disuelta (artículo 145,3 de la Ley Concursal), siendo el órgano de la administración del Concurso el que asume las funciones que correspondían a los administradores de la Sociedad, por lo que no resultaría procedente la entrega de un mandamiento al procurador de la entidad ya disuelta.": Auto AP Zamora 23.02.2007 (JUR 2007/238802)

Artículo 25 (inicial). Acumulación de concursos.

[Mediante Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011) se añade un nuevo capítulo, el III, al título I, que modifica el artículo 25 y añade los nuevos artículos 25 bis y 25 ter:]

1. Trámite procesal

"Se estuvo de acuerdo en que, en lo que respecta a la acumulación del art. 25 de la Ley Concursal, los trámites para acordarla serán los previstos en el art. 74 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la acumulación de procesos –de aplicación subsidiaria en virtud de la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal-, y no el incidente concursal, pero con especialidades que resultan de art. 25 de la Ley Concursal, concretamente que la legitimación para solicitarlo corresponde a los administradores concursales, estando previsto en la Ley Concursal que en sean en ciertos casos los de determinado concurso –los del concurso de la persona jurídica cuando se trata de acumular los concursos de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de sus deudas, o los del concurso de la sociedad dominante cuando se trata de acumular los concursos de las sociedades de su grupo-
Se planteó el problema de que fuera de los dos supuestos antes expresados, no está claro a cuál de los concursos ha de realizarse la acumulación. La regla del art. 10.4 de la Ley Concursal, que establece la competencia territorial del Juzgado donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor de mayor pasivo, podría servir de pauta de aplicación analógica, por lo que, de aceptar este criterio, la acumulación habría de realizarse al concurso del deudor con mayor pasivo.
Parece razonable que si hay discrepancia entre distintos Juzgados sobre la procedencia de la acumulación, decidirá el superior común (art. 94 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, puede entenderse que sólo cabe recurso de reposición y protesta contra el auto resolutorio de la petición de acumulación (art. 197.2 de la Ley Concursal). ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 1)

2. Efectos de la acumulación

"31. A lo expuesto, cabe añadir que la declaración conjunta o la acumulación de concursos, no conlleva una "consolidación sustantiva o sustancial" del patrimonio con confusión de masas activa y pasiva y tramitar los concursos como si sólo fuera uno, mediante la incorporación de todos los acreedores en la misma masa pasiva y la formación de una sola masa patrimonial con los bienes y derechos de todos los deudores concursados –que lo que aparentemente late en la pretendido de la administración concursal demandante de la acumulación-, dado el necesario respeto a la personalidad jurídica que en el caso del grupo de sociedades exige la tutela de los legítimos derechos de los minoritarios, los acreedores que lo son de una y no de otra, y de los trabajadores de las que tienen perspectivas de continuidad.
32. Además, si bien excepcionalmente es posible la consolidación ya que, como previene el artículo 25.ter.2, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal "[e]xcepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados", no es el caso de autos en el que, como se ha indicado, la administración concursal de la dominante, por un lado, no ha formulado demanda alguna contra el informe provisional de CACAOLAT, S.A. y, por otro, propone la venta de sus acciones -lo que comporta necesariamente el respeto de su personalidad-.": ATS 22.12.2011 (Recurso 229/2011)

“Asimismo, se entendió que la acumulación, sea inicial o sea sucesiva, no supone la tramitación de un único concurso, sino de varios tramitados coordinadamente, lo que explica la previsión del art. 101.2 de la Ley Concursal –y a ser posible, con una sola administración concursal, aunque si la acumulación es sucesiva y ya hay nombrados administradores concursales distintos en los diversos concursos acumulados, no se encontró que existiera causa legal para cesar a los administradores de los concursos acumulados al “principal”-.
En los concursos acumulados de cónyuges, se entendió que conforme al art. 77 de la Ley Concursal, si el régimen económico matrimonial fuera el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se entendió que puede formarse, además de la masa activa de bienes privativos de cada cónyuge, una tercera masa con los bienes gananciales o comunes de los cónyuges. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 1)

3. Una suspensión de pagos no es acumulable a un concurso

Admitida en el derecho vigente la posibilidad de acumulación de manera expresa por vez primera, el problema que se plantea es que la solicitud pretende la incorporación a este concurso de un procedimiento de Suspensión de Pagos, iniciado conforme a la anterior legislación y lógicamente con anterioridad a la incoación de este procedimiento, pues se considera que al tratarse de una sociedad que depende en su totalidad de otra declarada en concurso, que a su vez está participada por la sociedad holding, lo más conveniente para la tramitación de la situación concursal es que todos ellos se dirijan desde un mismo procedimiento.
Al respecto la Disposición Transitoria 1ª de la LC dispone que «los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior» con algunas excepciones.
Se constata así la necesidad de someter la tramitación de la Suspensión de Pagos a su tramitación específica, contenida en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, con las excepciones relativas a la directa aplicabilidad de la LC a esa situación concursal, lo que impide cumplir con la finalidad que conforme al art. 74 de la LECiv pretende la acumulación, es decir, seguir un solo procedimiento.
Aunque se defendiera que una cosa es el «procedimiento» y otra las normas de tramitación procesal, es muy difícil coordinar la actuación procesal que necesitará la Suspensión de Pagos con la que contiene la legislación vigente. Al coexistir dos normativas diferentes, y en algún caso incluso contradictorias, la eventual acumulación puede generar un importante conjunto de problemas difícilmente resolubles.
La tramitación conjunta en realidad será imposible, porque no hay razón para retrotraer las actuaciones que se siguen por la Suspensión de Pagos, a las que sólo parcialmente puede aplicársele la regulación actualmente vigente, ni forma de coordinar previsiones legales diferentes, contenidas en textos legales diversos.
Hay que tener en cuenta además que el procedimiento de Suspensión de Pagos es de naturaleza voluntaria. Es el deudor quien solicita este privilegio, y por lo tanto está en su mano renunciar a él. En consecuencia el dueño de la sociedad en suspensión de pagos, a que está declarada en concurso en el presente procedimiento, puede instar del órgano de administración social para que desista de tal situación y reclamar ulteriormente la declaración de concurso, evitando la duplicidad de regulaciones legales y los problemas que trae consigo.
Puede que no convenga al deudor actuar de esta manera, pero en su mano tiene esa posibilidad que además cabe sea planteada por la propia administración concursal, caso de considerar que es procedente. De esa forma se llega a una solución semejante a la reclamada pero evitando el conjunto de problemas que trae consigo la acumulación de un procedimiento de Suspensión de Pagos a otro concursal.
Todo ello conduce a rechazar la petición planteada, al no ser posible la acumulación de dos procedimientos de clase diferente, aunque de naturaleza similar, como son los de Suspensión de Pagos, regulado por su Ley de 1922 y el Concursal, sometido a la vigente Ley Concursal.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) de 30-12-2004 (AC 2005/34)

1. En los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo.

Art. 25. 1 (inicial)

0. Doctrina general. Valoración de la conveniencia u oportunidad de la acumulación.

Tribunal Supremo

“PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES COMPLEMENTARIOS
9. Además de los antecedentes que describen el conflicto surgido en la acumulación de autos, para enmarcar la cuestión a decidir conviene poner de relieve algunos hechos que subyacen al conflicto
1. La venta de "activos" vs. la venta de "acciones"
10. En el proceso concursal seguido por CACAOLAT, S.A. el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Barcelona, por auto de 17 de junio de 2011, autorizó el otorgamiento de un derecho de adquisición preferente a participar

en el eventual proceso de compraventa de la unidad productiva de CACAOLAT, S.A. y, por auto de 20 de julio de 2011, el proceso de venta de la totalidad del inmovilizado inmaterial (marcas y demás títulos de propiedad industrial) y material (equipos, instalaciones, maquinaria, existencias, "know-how", etc), valorando dichos activos, como unidades productivas y un todo unitario.
11. Paralelamente, en el proceso concursal seguido por CLESA, S.L., el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid autorizó, por auto de 3 de agosto de 2011, el proceso de venta del 95% de las acciones de la mercantil CACAOLAT, S.A. y titularidad de la concursada CLESA, S.L., en cuanto inversión financiera no esencial para la eventual continuación de la actividad empresarial de la concursada.
12. El Juzgado Mercantil número 6 de Madrid entendió que la superposición de los procesos de venta de todas las unidades productivas de la sociedad dominada por un lado, y de venta de las acciones representativas del 95% del capital social, por otro, suponía la doble valoración de idénticos elementos intangibles tenidos en cuenta por todos los métodos económicos de valoración de unidades productivas y participaciones mayoritarias (expectativas, beneficios futuros, flujos de caja, marcas, proyectos de futuro, etc) como de elementos tangibles (existencias, maquinaria, instalaciones), con anulación o minoración recíproca del valor de los bienes según se opte por la venta de las participaciones o de las unidades productivas y medios de producción en su totalidad, y por auto de 3 de agosto de 2011 declaró su competencia objetiva y funcional para conocer del proceso de venta de la globalidad de las unidades productivas iniciado por el Juzgado Mercantil número 6 de Barcelona.
13. Requerido de inhibición, el Juzgado Mercantil número 6 de Barcelona rechazó la competencia del Juzgado Mercantil número 6 de Madrid por auto de 5 de agosto de 2011.
14. Planteada cuestión de competencia por el Juzgado Mercantil número 6 de Madrid por auto de 10 de agosto de 2011, esta Sala, por auto de 4 de octubre de 2011, declaró "... que no procede la inhibición solicitada por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, y se declara la competencia del Juzgado de lo Mercantil n° 6 de Barcelona, para todas las actuaciones relativas al concurso de Cacaolat, S.A., sin perjuicio de lo que resulte del trámite de acumulación de procedimientos concursales ya iniciado... ".
15. Por providencia de 28 de septiembre de 2011, el Juzgado Mercantil número 6 de Madrid, decidió la inadmisión de la oferta presentada en el proceso seguido para la venta de las acciones de CACAOLAT, S.A. de la titularidad de CLESA, S.L. así como la declaración de desierto del proceso de venta debiendo proceder la Administración concursal a la reanudación del indicado proceso, sujeto a idénticas normas pero nuevos plazos procesales, "acordando éste Tribunal la suspensión del inicio de tal proceso de venta en tanto no se resuelvan las incertidumbres jurídicas que pesan sobre los procesos de venta seguidos en distintos Juzgados, sobre su competencia y la validez [225.1.1 L.E.Civil] de lo actuado por los mismos; y ello en lógica reciprocidad a la suspensión de adopción de decisiones definitivas que para el órgano requerido de inhibición dispone el art. 88.4 L.E.Civil ".
16. En la misma providencia de 28 de septiembre de 2011, el Juzgado Mercantil número 6 de Madrid, requirió a la Administración concursal para que, a la mayor brevedad posible, informase sobre diversos extremos referidos a la escisión de rama de actividad y Constitución por CIesa, S.L. de la mercantil Cacaolat, S.A. y al estado de las cosas al tiempo de la hipotética venta de todos los activos de la participada al 95% por la dominante CIesa, S.L..
17. Los activos de CACAOLAT, S.A. se han adjudicado por auto del Juzgado Mercantil 6 de Barcelona por auto de 7 de noviembre de 2011
2. Otros datos de interés
18. CLESA, S.L. es titular del 95% de los derechos políticos y de voto en la sociedad CACAOLAT, S.A.. 19. Por auto de 31 de agosto de 2011, a solicitud de la administración concursal de CACAOLAT, S.A., el Juzgado Mercantil número 6 de Barcelona suspendió al órgano de administración de la compañía, sustituyéndolo por la concursal.
20. Recurrido por CACAOLAT, S.A. y por CLESA, S.L., el referido auto fue confirmado por otro de 20 de octubre de 2011.
21. En el concurso de CACAOLAT, S.A. se ha presentado por la administración concursal el informe provisional, hallándose en trámite de impugnación sin que en el momento de plantearse el conflicto de acumulación se hubiese emitido en el concurso de CLESA, S.L. -bien que en el auto de diecisiete de noviembre de dos mil once el Juzgado Mercantil número 6 de Madrid se afirma era "inminente" su presentación-.
SEGUNDO: LA ACUMULABILIDAD DE CONCURSOS YA DECLARADOS
1. Requisitos
22. La Ley Concursal en la redacción aún vigente, establece la posibilidad de acumulación de concursos ya declarados, tanto si son voluntarios como necesarios, a cuyos efectos, en lo que aquí interesa y con relación con la acumulación de concursos de sociedades, el artículo 25.1 dispone "[e]n los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de (...) las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo".
23. De la exégesis del precepto deriva que para la acumulación de concursos es exigible la concurrencia de los siguientes requisitos:
1) Existencia de concurso ya declarado de una sociedad "dominante".
2) Existencia de concurso ya declarado de una sociedad dominada perteneciente al mismo grupo.
3) Petición de acumulación por la administración concursal de la sociedad dominante mediante escrito razonado.
24. Por el contrario, según la norma transcrita, no son requisitos imprescindibles que:

1) Ambos concursos se tramiten ante el mismo juzgado (de forma expresa en el número 4 el propio artículo 25 dispone que "[l]a acumulación prevista en este artículo procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados".
2) El Juzgado ante el que se solicitaba la acumulación sea territorialmente competente para conocer de aquél cuya acumulación se pretende.
3) Los concursos se hallen en la misma fase.
2. La discrecionalidad del Juez de la dominante
25. A quienes mantienen que el Juez del concurso necesariamente debe acceder a la acumulación cuando concurran los requisitos indicados, de tal forma que la acumulación devendría facultativa para la administración concursal de la dominante -que podría optar por formular la correspondiente solicitud o abstenerse de hacerlo- e imperativa para el Juez -cuyas facultades quedarían ceñidas a controlar la concurrencia de los indicados requisitos- con base en la expresión contenida en el artículo 25.4 " [l]a acumulación prevista en este artículo procederá..." y en la aplicación indiscriminada de las reglas que rigen la acumulación de autos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se oponen las siguientes razones:
1) La Ley Concursal utiliza expresiones que apuntan a la discrecionalidad de la decisión del Juez –así el artículo 25.2 dispone que "[t]ambién podrán acumularse...".
2) La exigencia de que la solicitud sea "razonada" nada más tiene sentido si la decisión del Juez es facultativa.
3) En la acumulación de concursos ya declarados no se tutelan exclusivamente los intereses de la dominante, pese a que sean sus administradores concursales los únicos legitimados para interesarla, sino también los de la dominada -en el artículo 25.bis.1 en la redacción dada por la Ley 38/2011 están legitimados cualquiera de los concursados, las administraciones concursales y cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado-.
4) A la acumulación de concursos no son aplicables de forma mimética las reglas que regulan la acumulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no coinciden en la finalidad perseguida -en el caso de la acumulación de autos seguir los procesos en un solo procedimiento y ser terminados por una sola sentencia (artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), a fin de evitar el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes-.
5) La Exposición de Motivos de la Ley Concursal dispone que " la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como (...) la acumulación de concursos", lo que nada más puede interpretarse en el sentido de que se trata de una decisión discrecional en la que deben valorarse los intereses del concurso - rectius de los concursos-.
6) Finalmente, la acumulación de autos regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil no constituye un fin en sí misma, sino un mecanismo al servicio de determinadas finalidades del proceso que pueden exigir su rechazo cuando se revelan opuestas al mismo -de hecho, en relación con la institución paralela de la acumulación de acciones, las sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990 y 172/1990, ambas de 12 de noviembre de 1990, después de calificarla como facultad que las leyes procesales conceden al demandante, precisan que alcanza dimensión constitucional se crean confusionismo procesal que hubiese impedido a las partes demandadas ejercer plenamente su derecho de defensa-.
26. En consecuencia, en contra de lo sostenido por el Juzgado Mercantil número 6 de Madrid, además de la concurrencia de los requisitos antes expuestos, es exigible la conveniencia u oportunidad de la acumulación, lo que, como regla, concurre cuando la tramitación coordinada y la existencia de una sola administración concursal facilite la tramitación del procedimiento permitiendo ahorro de costes, la obtención de convenios vinculados y por ello condicionados y, a la postre, una sustanciación más ágil y beneficiosa para el conjunto de intereses latentes de forma directa e indirecta en el concurso -trabajadores, acreedores, concursados, proveedores, clientes, mantenimiento de la riqueza, etc.-.
3. El control de concurrencia de los requisitos de acumulación
27. La norma atribuye el control de la concurrencia de los requisitos exigibles para proceder a la acumulación en primer término al Juez del concurso en el que se solicita la acumulación -el de la dominante-, pero, ante la inexistencia de regla específica, no hay base para rechazar la aplicación de los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en el artículo 91, autoriza al requerido para controlar la concurrencia de los requisitos exigidos por la norma y, entre ellos, el de la oportunidad o conveniencia de la misma ponderando todos los intereses en juego
TERCERO: LOS INTERESES A PONDERAR
28. En el caso enjuiciado la única cuestión que se plantea, ante los contrapuestos intereses de los concursos de dominante y dominada -la propia demandante de acumulación admite de forma expresa que "la defensa del interés del concurso de CLESA, S.L. está en conflicto con la defensa del interés del concurso de CACAOLAT, S.A., como si se tratase de dos compartimentos absolutamente estancos"-, es el de la oportunidad y conveniencia de la acumulación.
29. Son datos a valorar de forma singular los siguientes:
1) En el Concurso de CACAOLAT, S.A. se ha aprobado un Expediente de Regulación de Empleo (ERE) de suspensión y de reducción de la jornada de trabajo de los contratos de trabajo, mientras en el concurso de CLESA S.A., se ha aprobado un ERE de extinción de los contratos de trabajo.
2) En el concurso de CACAOLAT S.A., con una plantilla de 470 trabajadores, se mantiene la actividad empresarial.
3) En el momento de su planteamiento la acumulación al concurso de la dominante provocaba retrasos en la ejecución de decisiones urgentes adoptadas en el concurso de la dominada para el mantenimiento de la

actividad y consiguientemente de los puestos de trabajo, con el consiguiente riesgo real e inminente de cierre empresarial con todas sus consecuencias.
4) De los términos en los que aparece planteada la acumulación y la finalidad real perseguida, de acordarse la acumulación se evidenciaba como muy probable el colapso de la actividad de la sociedad dominada con las gravísimas consecuencias de todo orden que ello comporta y, singularmente, la destrucción de los puestos de trabajo.
CUARTO: DESESTIMACIÓN DE LA ACUMULACIÓN
30. La ponderación de los intereses en juego, de forma singular, como precisa el Ministerio Fiscal, el "principio de continuidad de la actividad empresarial', y la "continuidad de los trabajadores, es determinante de que rechacemos la acumulación ya que, dada la naturaleza de los intereses en conflicto, no son suficientes para acordarla ni la genérica afirmación de que la acumulación es necesaria para una más correcta calificación de los créditos de los diversos deudores concursales, ni el argumento de que ello permitiría una más precisa determinación de las masas activas y pasivas de las respectivas sociedades -únicos argumentos expuestos en el auto acordando la acumulación-, máxime cuando la administración del concurso de la dominante no había formulado impugnación alguna contra el informe provisional de CACAOLAT, S.A.
31. A lo expuesto, cabe añadir que la declaración conjunta o la acumulación de concursos, no conlleva una "consolidación sustantiva o sustancial" del patrimonio con confusión de masas activa y pasiva y tramitar los concursos como si sólo fuera uno, mediante la incorporación de todos los acreedores en la misma masa pasiva y la formación de una sola masa patrimonial con los bienes y derechos de todos los deudores concursados –que lo que aparentemente late en la pretendido de la administración concursal demandante de la acumulación-, dado el necesario respeto a la personalidad jurídica que en el caso del grupo de sociedades exige la tutela de los legítimos derechos de los minoritarios, los acreedores que lo son de una y no de otra, y de los trabajadores de las que tienen perspectivas de continuidad.
32. Además, si bien excepcionalmente es posible la consolidación ya que, como previene el artículo 25.ter.2, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal "[e]xcepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados", no es el caso de autos en el que, como se ha indicado, la administración concursal de la dominante, por un lado, no ha formulado demanda alguna contra el informe provisional de CACAOLAT, S.A. y, por otro, propone la venta de sus acciones -lo que comporta necesariamente el respeto de su personalidad-.": ATS 22.12.2011 (Recurso 229/2011)

“TERCERO: La acumulación de concursos.
Según se ha declarado por esta Sala en el auto de 22 de diciembre de 2011, en competencia n.º 229/2011, en interpretación del artículo 25 LC -en la redacción aplicable por razones de vigencia, anterior a la modificación operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, con entrada en vigor el 1 de enero de 2012-, para que proceda la acumulación de concursos es exigible la concurrencia de los siguientes requisitos:
1) Existencia de concurso ya declarado de una sociedad "dominante".
2) Existencia de concurso ya declarado de una sociedad dominada perteneciente al mismo grupo.
3) Petición de acumulación por la administración concursal de la sociedad dominante mediante escrito razonado.
Según la norma no son requisitos imprescindibles que ambos concursos se tramiten ante el mismo juzgado, ni que el juzgado ante el que se solicite la acumulación sea territorialmente competente para conocer del concurso cuya acumulación se pretende. Tampoco es necesario que los concursos se hallen en la misma fase de su tramitación.
En la exégesis de dicho precepto, esta Sala examinó en el mencionado auto los dos criterios mantenidos en la aplicación del mismo y frente quienes sostienen -con fundamento en la literalidad de la dicción del artículo 25.4. LC, en la redacción ya indicada aplicable por razones de vigencia- que el juez del concurso necesariamente debe acceder a la acumulación cuando concurran los requisitos antes indicados, de tal forma que la acumulación devendría facultativa para la administración concursal de la dominante -que podría optar por formular la correspondiente solicitud o abstenerse de hacerlo- e imperativa para el juez - cuyas facultades quedarían ceñidas a controlar la concurrencia de los indicados requisitos-, esta Sala declaró que deben tenerse en cuenta los siguientes elementos que apoyan el criterio favorable al carácter facultativo de la decisión del juez del concurso:
1) La Ley Concursal utiliza expresiones que apuntan a la discrecionalidad de la decisión del juez -así el artículo 25.2 LC (en la redacción ya indicada aplicable por razones de vigencia), dispone que "[t]ambién podrán acumularse...".
2) La exigencia de que la solicitud sea "razonada" nada más tiene sentido si la decisión del juez es facultativa.
3) En la acumulación de concursos ya declarados no se tutelan exclusivamente los intereses de la dominante, pese a que sean sus administradores concursales los únicos legitimados para interesarla, sino también los de la dominada -en el artículo 25.bis.1 en la redacción dada por la Ley 38/2011 están legitimados cualquiera de los concursados, las administraciones concursales y cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado-.
4) A la acumulación de concursos no son aplicables de forma mimética las reglas que regulan la acumulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no coinciden en la finalidad perseguida -en el caso de la acumulación de autos seguir los procesos en un solo procedimiento y ser terminados por una sola sentencia (artículo 74 LEC), a fin de evitar el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes-.

5) La Exposición de Motivos de la Ley Concursal dispone que " la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como (...) la acumulación de concursos", lo que nada más puede interpretarse en el sentido de que se trata de una decisión discrecional en la que deben valorarse los intereses del concurso -rectius de los concursos-.
6) Finalmente, la acumulación de autos regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil no constituye un fin en sí misma, sino un mecanismo al servicio de determinadas finalidades del proceso que pueden exigir su rechazo cuando se revelan opuestas al mismo -de hecho, en relación con la institución paralela de la acumulación de acciones, las sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990 y 172/1990, ambas de 12 de noviembre de 1990, después de calificarla como facultad que las leyes procesales conceden al demandante, precisan que alcanza dimensión constitucional se crean confusionismo procesal que hubiese impedido a las partes demandadas ejercer plenamente su derecho de defensa-.
La consecuencia es que, además de la concurrencia de los primeros requisitos antes expuestos, es exigible apreciar la conveniencia u oportunidad de la acumulación, lo que, como regla, concurre cuando la tramitación coordinada y la existencia de una sola administración concursal facilite la tramitación del procedimiento permitiendo ahorro de costes, la obtención de convenios vinculados y por ello condicionados y, a la postre, una sustanciación más ágil y beneficiosa para el conjunto de intereses latentes de forma directa e indirecta en el concurso -trabajadores, acreedores, concursados, proveedores, clientes, mantenimiento de la riqueza, y cualesquiera intereses en conflicto-.
La norma atribuye el control de la concurrencia de los requisitos exigibles para proceder a la acumulación en primer término al juez del concurso en el que se solicita la acumulación -el de la dominante-, pero, ante la inexistencia de regla específica, no hay base para rechazar la aplicación de los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en el artículo 91, autoriza al requerido para controlar la concurrencia de los requisitos exigidos por la norma y, entre ellos, el de la oportunidad o conveniencia de la misma ponderando todos los intereses en juego.
CUARTO.-Improcedencia de la acumulación solicitada.
A) En el caso enjuiciado merecen una especial valoración las siguientes circunstancias:
El Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid mantiene -en el auto en el que se acuerda la acumulación-, en lo sustancial, el criterio según el cual, solicitada la acumulación por la administración concursal de la empresa dominante, procede acceder a la misma, ya que no se exponen en este auto las razones concretas que derivan de la ponderación de las circunstancias concurrentes por las que la acumulación de los concursos resulta conveniente. Solo se hace una referencia genérica a la mejor coordinación y no como fundamento de la acumulación sino de la designación de una administración concursal única para los dos concursos acumulados.
La solicitud de acumulación se basa en que el Consejo de Administración de la entidad dominada está controlado por la sociedad dominante, que no habrá convenio en ninguno de los dos concursos y que la sociedad dominante ha avalado a la sociedad dominada diversos préstamos por un importe de 27 193 823 # por lo que para la fase de liquidación resulta conveniente la acumulación de los concursos.
La oposición a la acumulación se basa, en lo sustancial, en que no existe en realidad una sociedad dominante y sociedad dominada, ya que Ecovi no ha tenido ni tiene la dirección y gestión de Zamir, sus actividades son distintas, y la mayoría de los acreedores e inmuebles de esta última se encuentran en Valencia, que el momento en que se solicitó la acumulación no fue oportuno al estar pendientes varios incidentes de impugnación en el concurso de Zamir, por lo que la acumulación dificultaría la coordinación del concurso, con perjuicio para los acreedores y para las empresas concursadas, y que, a partir de septiembre de 2011 se está realizando el plan de liquidación de Zamir mediante la venta de activos.
B) Ponderación de las circunstancias concurrentes.
El hecho de que las empresas concursadas pertenezcan a un mismo grupo empresarial -como empresa dominante y como empresa dominada- no es, por sí mismo, con arreglo a la doctrina antes expuesta, determinante de la acumulación.
El hecho de que el Consejo de Administración de la sociedad dominada esté controlado por la sociedad dominante, en este caso, tampoco resulta determinante, en atención a que la sociedad dominada está en fase de liquidación.
En cuanto a la relevancia del hecho de que la empresa dominante haya avalado varios préstamos de la sociedad dominada -de muy diversa índole-, no se ha puesto de manifiesto por la administración concursal solicitante de qué forma concreta la acumulación facilitaría la formación de las masas activa y pasiva de las sociedades concursadas, o la obtención de convenios cuya posibilidad se dice remota, o qué concretas posibles actuaciones de liquidación lo justifican, o, en definitiva, de qué forma se ve favorecida la gestión de los intereses en conflicto. La existencia de unos avales entre las empresas no es por sí misma una circunstancia extraordinaria que exima de acreditar los eventuales beneficios de la acumulación.
Por último, aunque el artículo 25 LC -en la redacción aplicable por razones de vigencia, anterior a la modificación operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre- no lo establece como requisito determinante de la acumulación, también es un elemento a ponderar, en cuanto revelador de la posible coordinación de los concursos, el diferente estado de tramitación de los mismos. En el caso que ahora se somete a esta Sala el concurso de la sociedad dominante quedó paralizado con el incidente sobre acumulación -pues se remitieron las actuaciones a esta Sala- en el mes de abril de 2012, en una fase inicial de formación de la masa pasiva, cuando el concurso de la sociedad dominada ya se encontraba en fase de cumplimiento del plan de

liquidación desde septiembre de 2011. Por lo que el estado de los concursos no facilitaría la adecuada coordinación de los mismos en una eventual acumulación.
Debe tenerse presente que no es suficiente una genérica afirmación de que la acumulación es necesaria. La declaración conjunta o la acumulación de concursos no conlleva una "consolidación sustantiva o sustancial" del patrimonio con confusión de masas activa y pasiva para tramitar los concursos como si solo fuera uno, mediante la incorporación de todos los acreedores en la misma masa pasiva y la formación de una sola masa patrimonial con los bienes y derechos de todos los deudores concursados, por lo que debe estar acreditada la trascendencia de las circunstancias que justifiquen la acumulación de los concursos, que implica, además, una modificación de la competencia para el conocimiento del acumulado.": ATS 23.07.2013 (Recurso 67/2012)

"1.- Según se ha declarado por esta Sala en el auto de 23 de julio de 2013, competencia nº 12/2014, remitiéndose al anterior auto de 22 de diciembre de 2011, competencia n.º 229/2011, en interpretación del artículo 25 LC -en la redacción aplicable por razones de vigencia, anterior a la modificación operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, con entrada en vigor el 1 de enero de 2012-, para que proceda la acumulación de concursos es exigible la concurrencia de los siguientes requisitos:
1) Existencia de concurso ya declarado de una sociedad "dominante".
2) Existencia de concurso ya declarado de una sociedad dominada perteneciente al mismo grupo.
3) Petición de acumulación por la administración concursal de la sociedad dominante mediante escrito razonado.
Según la norma no son requisitos imprescindibles que ambos concursos se tramiten ante el mismo juzgado, ni que el juzgado ante el que se solicite la acumulación sea territorialmente competente para conocer del concurso cuya acumulación se pretende. Tampoco es necesario que los concursos se hallen en la misma fase de su tramitación.
En la exégesis de dicho precepto, esta Sala examinó en los mencionados autos los dos criterios mantenidos en la aplicación del mismo y frente quienes sostienen -con fundamento en la literalidad de la dicción del artículo 25.4. LC, en la redacción ya indicada aplicable por razones de vigencia- que el juez del concurso necesariamente debe acceder a la acumulación cuando concurran los requisitos antes indicados, de tal forma que la acumulación devendría facultativa para la administración concursal de la dominante que podría optar por formular la correspondiente solicitud o abstenerse de hacerlo- e imperativa para el juez cuyas facultades quedarían ceñidas a controlar la concurrencia de los indicados requisitos-, esta Sala declaró que deben tenerse en cuenta los siguientes elementos que apoyan el criterio favorable al carácter facultativo de la decisión del juez del concurso:
1) La Ley Concursal utiliza expresiones que apuntan a la discrecionalidad de la decisión del juez -así el artículo 25.2 LC (en la redacción ya indicada aplicable por razones de vigencia), dispone que "[t]ambién podrán acumularse...".
2) La exigencia de que la solicitud sea "razonada" nada más tiene sentido si la decisión del juez es facultativa.
3) En la acumulación de concursos ya declarados no se tutelan exclusivamente los intereses de la dominante, pese a que sean sus administradores concursales los únicos legitimados para interesarla, sino también los de la dominada -en el artículo 25.bis.1 en la redacción dada por la Ley 38/2011 están legitimados cualquiera de los concursados, las administraciones concursales y cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado-.
4) A la acumulación de concursos no son aplicables de forma mimética las reglas que regulan la acumulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no coinciden en la finalidad perseguida -en el caso de la acumulación de autos seguir los procesos en un solo procedimiento y ser terminados por una sola sentencia (artículo 74 LEC), a fin de evitar el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes-.
5) La Exposición de Motivos de la Ley Concursal dispone que " la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como (...) la acumulación de concursos", lo que nada más puede interpretarse en el sentido de que se trata de una decisión discrecional en la que deben valorarse los intereses del concurso -rectius de los concursos-.
6) Finalmente, la acumulación de autos regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil no constituye un fin en sí misma, sino un mecanismo al servicio de determinadas finalidades del proceso que pueden exigir su rechazo cuando se revelan opuestas al mismo -de hecho, en relación con la institución paralela de la acumulación de acciones, las sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990 y 172/1990, ambas de 12 de noviembre de 1990, después de calificarla como facultad que las leyes procesales conceden al demandante, precisan que alcanza dimensión constitucional se crean confusionismo procesal que hubiese impedido a las partes demandadas ejercer plenamente su derecho de defensa-.
La consecuencia es que, además de la concurrencia de los primeros requisitos antes expuestos, es exigible apreciar la conveniencia u oportunidad de la acumulación, lo que, como regla, concurre cuando la tramitación coordinada y la existencia de una sola administración concursal facilite la tramitación del procedimiento permitiendo ahorro de costes, la obtención de convenios vinculados y por ello condicionados y, a la postre, una sustanciación más ágil y beneficiosa para el conjunto de intereses latentes de forma directa e indirecta en el concurso -trabajadores, acreedores, concursados, proveedores, clientes, mantenimiento de la riqueza, y cualesquiera intereses en conflicto-.
La norma atribuye el control de la concurrencia de los requisitos exigibles para proceder a la acumulación en primer término al juez del concurso en el que se solicita la acumulación -el de la dominante-, pero, ante la

inexistencia de regla específica, no hay base para rechazar la aplicación de los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en el artículo 91, autoriza al requerido para controlar la concurrencia de los requisitos exigidos por la norma y, entre ellos, el de la oportunidad o conveniencia de la misma ponderando todos los intereses en juego.
2.- En atención a la necesaria concurrencia de los requisitos de acumulación al caso de autos, procede, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal y en atención a los razonamientos expresados por el auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Logroño, rechazar la solicitud de acumulación por las argumentos que se detallan.
No se aprecian razones de oportunidad en la solicitud de acumulación de concursos pues, pese a lo argumentado en favor de la acumulación por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, al estimar que existe una importante relación entre ambas empresas, con subordinación de créditos, uso del mismo local, traspaso de trabajadores, dirección única y confusión patrimonial, circunstancias que provocarían que una venta conjunta pudiera favorecer a los acreedores, se oponen los argumentos expresados en el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroño que impiden, a juicio de esta Sala, la conveniencia de la acumulación en el momento en el que se solicita. Así:
-Ambos concursos fueron declarados en el año 2011 y han coexistido separadamente durante más de dos años sin que por su tramitación separada se hayan dificultado las ventas durante la fase común y sin que se haya justificado la existencia de ofertas conjuntas por ambas sociedades.
-En el concurso de la mercantil "Burmi S.L." se ha logrado aprobar un convenio sin vincularlo a la sociedad dominante y olvidando la relación existente sobre un proceso global
-No existe en este momento dirección única al pasar las administraciones sociales de ambas mercantiles, en fase de liquidación, a ser ejercidas por distinta administración concursal.
-En el concurso de "Burmi S.L." ya se ha dictado auto de extinción de los contratos con los trabajadores previo acuerdo, por lo que no parece viable la venta conjunta de ambas empresas como unidades en funcionamiento, a parte de no haberse acreditado la existencia de una oferta en tal sentido.
-Existe abierta una fase de calificación en la que se solicita la culpabilidad del concurso de "Burmi S.L." y como persona afectada a la administradora de la sociedad. De esta forma, ante la falta de solicitud de culpabilidad del concurso de "Pribañez S.A" y la asunción por parte de su Administración Concursal de las facultades para ambos concursos, el enjuiciamiento de esta calificación podría verse afectado.
-Finalmente en el concurso de la mercantil "Burmi S.L." la administración mercantil ya tiene ofertas para la venta de bienes de la sociedad y se ha aprobado el plan de liquidación presentado, por lo que ninguna ventaja tendría la acumulación que obligaría a la reelaboración del plan de liquidación para ambas entidades, cuando en el concurso de "Burmi S.L." ya se está procediendo a la enajenación de bienes.": ATS 10.06.2014 (Recurso 12/2014)

1. La solicitud debe plantearse ante el juzgado llamado a soportar la acumulación

"ÚNICO.-Dispone el artículo 25, apartado 1, de la Ley 22/2003, de 9 de julio -- en la redacción aplicable al supuesto --, que en los casos de concurso de la sociedad dominante de un grupo, la administración concursal podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo.
Según el apartado 4 del mismo artículo, esa acumulación la ha de decidir el juez del concurso de la dominante, aunque no sea el del concurso de la dominada.
La referida decisión favorable a la acumulación resulta de las actuaciones tomada por el juez que tramita el concurso de la sociedad dominante del grupo, razón por la que procede resolver el conflicto a favor del mismo.": ATS 10.04.2012 (Recurso 204/2011)

"PRIMERO.- Cuando existe una discrepancia entre dos juzgados con respecto a la procedencia de una acumulación de autos o con respecto a quién deba ser destinatario de la misma el artículo 93 de la LEC prevé que el competente para dirimirla es su superior común. Por lo que debe ser esta sección 28ª de la AP de Madrid la que decida sobre la discrepancia que ha sido suscitada entre los Juzgados de lo Mercantil nº 6 y 7 de Madrid a propósito de la procedencia de la remisión de autos del concurso nº 486/2008 efectuada por el segundo de éstos al primero, para su acumulación al concurso nº 523/2008 del que está conociendo.
SEGUNDO.- El mecanismo procesal de la acumulación de procesos que penden ante distintos tribunales supone, siempre y sin excepción, que el órgano judicial ante el que deba producirse la acumulación (el que conozca del juicio más antiguo, artículos 79 y 89 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sea el que tenga la iniciativa, aunque sea a instancia de parte, para examinar la procedencia de la misma y para requerir al otro órgano judicial para la remisión de autos. Sólo recibido el requerimiento para acumulación podrá este segundo órgano judicial pronunciarse al respecto y acordar la remisión. Decidir esto último sin el antecedente de lo primero no tiene cabida en el esquema diseñado en el capítulo II del título III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello no se excepciona cuando la acumulación deba efectuarse a un proceso concursal, con la peculiaridad de que en ese caso no rige el criterio de la prioridad temporal sino que el que debe decidir, en todo caso, sobre la procedencia o no de la acumulación será el órgano que conoce del juicio universal, que lo hará teniendo en cuenta lo previsto en la legislación concursal (artículo 98 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
TERCERO.- Tal regla también resulta de aplicación cuando la acumulación que se interesa afecta a concursos que se tramitan en diferentes juzgados. La solicitud de acumulación deberá efectuarse, como se desprende de la recta interpretación del articulo 25 de la LC, en relación con los anteriormente citados preceptos de la LEC, ante el juzgado que sea el llamado a soportar la acumulación de los procesos, sin que

pueda ser el otro juzgado, llamado a desprenderse de su proceso, el que decida por sí y ante sí que procede la acumulación y la remisión de un proceso sometido a su conocimiento con destino a su acumulación a otro expediente concursal si no recibe antes un requerimiento al efecto del juez que conoce de este último.
CUARTO.- En el caso de acumulación de concursos de sociedades por pertenecer a un grupo se desprende con nitidez del artículo 25.1 de la LC que el criterio legal es el de que la acumulación deberá instarse ante el juzgado que conoce del concurso de la sociedad dominante, pues sería éste el llamado a conocer de los procesos acumulados. Se trata, por otro lado, del mismo criterio que sigue el legislador al regular un problema diferente, pero emparentado con el de la acumulación, cual es el de la solicitud de declaración conjunta de concurso de varias sociedades pertenecientes a un grupo, en cuyo caso el fuero competente, según el artículo 10.4 de la LC, es el correspondiente a la sociedad dominante.
QUINTO.- La aplicación de las precedentes premisas jurídicas a la discrepancia en materia de acumulación suscitada entre los Juzgados de lo Mercantil nº 6 y 7 de Madrid desvela: 1º) que la regla para decidir ante quién debería, en cualquier caso, instarse la acumulación está preestablecida en la ley y conforme a ella tal decisión debería adoptarla el juzgado que conoce del concurso de la sociedad dominante, al que podía pedirse que reclamase para sí los concursos de las sociedades que pertenezcan a su grupo; 2º) que si se pretendía que la acumulación de concursos se produjera ante el primero de dichos juzgados no cabía efectuar la solicitud ante el segundo; y 2º) que el segundo de dichos órganos, al no ser el llamado a soportar la acumulación, si recibía una petición de acumulación no podía decretarla, debiendo haber informado a las partes de la incorrecto de su petición y haberles remitido a plantearla ante el juzgado al que incumbía resolver al respecto.
VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, decretamos la siguiente
PARTE DISPOSITIVA
Resolvemos la discrepancia en materia de acumulación suscitada entre los Juzgados de lo Mercantil nº 6 y 7 de Madrid en el sentido de que resulta improcedente la acumulación y remisión de autos decretada por el segundo de ellos, por lo que deberá éste proseguir con la tramitación del concurso n º 486/2008, sin perjuicio de los efectos futuros que pudiera acarrear una solicitud de acumulación planteada en legal forma. “: AAP Madrid (sección 28) 13.03.2009 (Rollo 422/2008)

2. Legitimación activa de los acreedores para solicitar la acumulación de concursos

“PRIMERO Legitimación para solicitar la acumulación de concursos.- Se solicita por la Agencia Estatal Tributaria, acreedora en este procedimiento concursal, que se acumule el procedimiento de Suspensión de Pagos 251/2004, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 2 de Getxo (Bizkaia), que afecta a Nicosia Trade, SA, en el que también es acreedora, ya que se trata de una sociedad cuyo accionariado pertenece en un 100% a Raciones Naturales, SAU en liquidación, entidad que a su vez pertenece en un 100% a Grupo Carneus, SL en liquidación, estando ambas declaradas en concurso en el presente procedimiento.
Las partes personadas, el deudor y la administración concursal, niegan legitimación a la Agencia Estatal Tributaria, es decir, a un acreedor, para solicitar la acumulación de un procedimiento de suspensión de pagos previo a este procedimiento concursal.
Al respecto, el art. 25.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) establece que «en los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo».
Puede apreciarse que la norma parece limitar a la administración concursal de la sociedad dominante, la legitimación para solicitar la acumulación de concursos ya declarados de sociedades del mismo grupo, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la acumulación de solicitudes de concursos que contiene el art. 15.2 de la LC.
Como se desprende igualmente del art. 25, la legitimación para solicitar la acumulación de varios concursos se limita también a la administración concursal en los demás supuestos regulados en el precepto, pues así se declara en el apartado 2, para el caso de miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica, y en el apartado 3, para el concurso de cónyuges.
No obstante todo ello, el art. 3.5 de la Ley Concursal autoriza al acreedor a instar la declaración judicial conjunta del concurso de varios de sus deudores, y si son personas jurídicas, será preciso que formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. Si el acreedor está legitimado para instar el concurso de varios de sus deudores en esos supuestos, no se entiende la razón por la que no pueda instar ulteriormente la acumulación de los concursos declarados sucesivamente, cuando se trata de empresas que forman parte del mismo grupo.
Puede que la Ley haya pretendido facilitar la declaración concursal conjunta y dificultar la acumulación, restringiendo la legitimación a la administración concursal, limitando además dicha posibilidad a la administración concursal de la sociedad dominante, lo que impediría a la administración concursal de las sociedades participadas y declaradas en concurso la solicitud de acumulación al concurso de la sociedad dominante o de otras del mismo grupo. Esto supondría que, una vez declarados los distintos concursos, incluso a instancia del mismo acreedor que inicialmente no lo planteó de manera conjunta, sólo sería posible a los interesados reclamar de la administración concursal que proceda a tal solicitud, que no podrían plantear los acreedores.
Tal interpretación, sin embargo, pugna con la coherencia del texto legal. La declaración de concurso, para la que sí está legitimado el acreedor, es una posibilidad mucho más grave, y sus consecuencias mucho más importantes, que la eventual acumulación de dos concursos ya declarados, que al fin y al cabo sólo suponen

la tramitación conjunta de ambos procedimientos, vistos los términos del art. 74 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LECiv).
Porque si un acreedor puede instar una medida tan grave como la declaración conjunta de un grupo de sociedades (art. 3.5 LC), que trae consigo salvo decisión judicial la suspensión de la administración de las empresas del grupo (art. 40.2), y le permite solicitar al Juez del concurso que de oficio acuerde el embargo de los bienes de los administradores sociales por si incurrieran en responsabilidad concursal (art. 48.3), medidas todas que suponen una evidente limitación de los derechos de las personas jurídicas afectadas por la declaración de concurso y sus administradores, no hay fundamento para restringir la legitimación para acumular los concursos de sus deudores, que es una eventualidad mucho menos gravosa pues los concursos ya están declarados y la única consecuencia es la tramitación conjunta (pudiendo incluso condicionarse un convenio de una concursada a la aprobación judicial de otro, art. 101.2 LC) y no una mayor restricción de los derechos de los concursados.
La interpretación del art. 25 de la Ley Concursal debe ser coherente con el art. 3.5, y puesto que, como se decía, la declaración conjunta del concurso es mucho más importante y gravosa que la simple acumulación de concursos ya declarados, ha de admitirse también la legitimación de un acreedor, siempre que concurran los requisitos señalados en dicho art. 3.5, para solicitar la acumulación de concursos de dos de sus deudores pertenecientes al mismo grupo de sociedades, siempre que exista identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones, y ello incluso frente al parecer de la propia administración concursal.
Ésta puede no compartir los criterios que justifiquen la petición de un acreedor, como ha ocurrido en este caso. Pero si el juzgado entiende que las empresas forman un grupo y que dadas las identidades que dispone la Ley es más razonable que todos los concursos se tramiten de forma conjunta, incluso con una sola administración concursal, sería posible acceder a una petición semejante de acreedor, incluso frente al parecer de la administración, que sin duda debe ser oída, pero cuyo parecer no puede ser vinculante en una cuestión que, además, es esencialmente procesal y no económica.
Por dichas razones se admite la legitimación activa de un acreedor, la Agencia Estatal Tributaria, para reclamar la acumulación de dos procedimientos concursales de entidades que pertenecen al mismo grupo de sociedades, ya que el accionariado de Nicosia Trade, SA, cuyo procedimiento concursal se reclama sea acumulado a este concurso, pertenece en un 100% a Raciones Naturales, SAU en liquidación, cuyo propietario en un 100% del capital social es Grupo Carneus, SL en liquidación, estando estas dos últimas empresas en situación de concurso declarado en este procedimiento, pues en todos los casos la Agencia Estatal Tributaria es acreedora de las sociedades y, en consecuencia, pudo instar el concurso del grupo de sociedades por concurrir los requisitos del art. 3.5 de la LC.” : Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) de 30-12-2004 (AC 2005/34)

3. Procedencia de la acumulación. Unidad de decisión. Pertenencia al grupo de sociedades

“Único.- 1. El artículo 25 de la Ley Concursal establece que “en los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo”. El párrafo 4 del mismo precepto advierte que la acumulación prevista en este artículo procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados.
2. Antes de entrar a analizar los motivos que llevan, en su caso, a solicitar o rechazar la acumulación solicitada debe tenerse en cuenta que el mencionado artículo 25 ha de complementarse con el contenido del artículo 3.5 de la propia Ley concursal que reconoce, respecto del concurso necesario, que el acreedor pueda instar la declaración judicial conjunta del concurso de varios deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o siendo personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.
3. Como se indica en el párrafo anterior el artículo 25 y el 3.5 de la Ley Concursal deben considerarse preceptos complementarios en la medida en la que, entre ambos, se establece el marco legal en el que resulta posible la acumulación de procedimientos concursales. No tendría sentido ni procesal ni material que el legislador hubiera establecido un marco distinto para la acumulación según fuera el concurso necesario o voluntario.
4. Sentado lo anterior cuando el artículo 25.1 de la Ley Concursal hace referencia a sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo, el concepto de grupo de sociedades debe vincularse a la idea de identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.
5. La pregunta que debe contestarse es si la entidad mercantil MONTAJES Y CONSERVACIONES IBERMAN S.A. (IBERMAN) forma parte del grupo TRACOINSA y, por lo tanto, declarado el concurso de la sociedad matriz del grupo en octubre de 2004 deben acumularse a dicho procedimiento los concursos de las sociedades que, conforme a los criterios expresados en el ordinal 4 de este fundamento, forman parte del mismo grupo.
6. Puede resultar interesante hacer una recapitulación de algunos de los datos que aparecen en el procedimiento 36/2004:
6.1. TRANSPORTES CONTINUOS INTERIORES S.A. es una sociedad cuyo accionariado ha sido mayoritariamente dominado por los Sres. L.A. y V.A..- El Sr. L.A. fue hasta meses antes de la declaración de concurso presidente del consejo de administración de la mencionada sociedad.
6.2. TRACOINSA era la cabecera de un grupo integrado por otras sociedades en las que bien la propia TRACOINSA, bien el Sr. L.A. o bien su entorno familiar conformaban el accionariado mayoritario de las sociedades. De ese modo este mismo Juzgado ha declarado los concursos de TRACOINSA SERVICIOS S.A., TRACOIN S.A., TRACOINSA ASTURIAS S.L. y TRACOINSA NAVARRA S.L.; además el Juzgado mercantil 3

dentro del procedimiento concursal 36/2004 ha tenido conocimiento y ha realizado actuaciones respecto de otras sociedades vinculadas a TRACOINSA y domiciliadas fuera de España (TRACOINSA UK y TRACOINSA BRASIL, referidas en la pieza de liquidación de la matriz. También las filiales en Francia y Benelux que han seguido procesos de liquidación fuera de territorio español, el establecimiento en Portugal también ha sido objeto de algunas actuaciones). De "otras TRACOINSAS" ha habido alguna referencia en el procedimiento principal: TRACOINSA USA, TRACOINSA México, TRACOINSA Venezuela aunque respecto de estas sociedades no ha sido posible determinar la verdadera existencia como entidad jurídica independiente, el grado de vinculación, ni la estructura de las misma, y mucho menos su actual estado.

6.3. En los autos de declaración de concurso de TRACOINSA SERVICIOS S.A., TRACOIN S.A., TRACOINSA ASTURIAS S.L. y TRACOINSA NAVARRA S.L. se indicaban las razones y argumentos para que la competencia respecto de dichos procedimientos se atrajera al Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona y se acumularan los procedimientos al seguido con el nº 36/2004, acumulación que en ningún caso suponía la "confusión" de masa activa y pasiva de los concursos sino una tramitación coordinada que permitiera dar un impulso armonizado al complejo andar económico y jurídico de las distintas sociedades una vez declarados los concursos.

6.4. No puede decirse que IBERMAN sea un "desconocido" para el procedimiento concursal de TRACOINSA. De la acción de reintegración instada por la administración concursal y cuya sentencia es firme (autos 225/2005 sentencia de 20 de junio de 2005) se pueden reproducir los hechos considerados probados y reflejados en el fundamento segundo de la sentencia en los que se describe la situación de IBERMAN meses antes de la declaración del concurso de TRACOINSA:

1) la administración concursal articula su acción de reintegración a partir de la noticia de que los concursados habían transmitido al Sr. P determinadas participaciones de MONTAJES Y CONSERVACIONES IBERMAN S.A. que habían determinado que la citada mercantil saliera de la esfera de disposición de los concursados y pasara a ser titularidad del Sr. P, que había sido además designado administrador de la citada mercantil.

2) A falta de otros datos iniciales - que no aparecen del todo definidos en la solicitud de concurso necesario - la administración concursal asienta su criterio en la idea de considerar que el Sr. P había recibido las participaciones como pago o compensación por los servicios y actividades que de modo directo o mediato había realizado para la mercantil TRANSPORTES CONTINUOS INTERIORES S.A. (TRACOINSA) declara en concurso por este mismo Juzgado. Se aporta un contrato de colaboración de la mercantil CAPADOCIA SISTEMS S.L. con TRACOINSA así como otras sociedades administradas o participadas por el Sr. P y con relaciones jurídicas con TRACOINSA.

3) Ya en fase de contestación tanto el Sr. P como MONTAJES Y CONSERVACIONES IBERMAN S.A. aportan documentación en la que aparece:

a. Que el 27 de junio de 1997 don J.P.L. y su padre, don J.P.C., prestaron a don A.L.A. la suma de 299.000.000 de pesetas, firmándose 10 letras para articular el pago aplazado de la deuda. En el condicionante quinto se establece que don A.L.A. responde con todo su patrimonio y con todos los bienes presentes y futuros y, especialmente con el 100% de la empresa MONTAJES Y CONSERVACIONES IBERMAN S.A..

b. El contrato se nova el 18 de diciembre de 2001 y de nuevo el Sr. P.A. y su padre hacen constar la realidad del préstamo y se libran 8 nuevas letras andorranas, la última con vencimiento el 30 de octubre de 2004. De nuevo en el pacto quinto se pacta que tanto el Sr. P cauba como el Sr. P.A. podrán exigir a don A.L.A. la venta de la totalidad de las acciones de su propiedad o de su familia sobre la mercantil MONTAJES Y CONSERVACIONES IBERMAN S.A. en compensación de la deuda.

c. La documentación de los propios demandados permite acreditar que se realizaron algunos pagos al padre del Sr. P.

d. La documentación aportada por el propio demandado permite acreditar que el 28 de julio de 2004 los hoy concursados otorgaron amplios poderes al Sr. P para vender sin limitación alguna - a salvo el precio mínimo fijado en 1.360.000 euros - las participaciones de la citada mercantil.

e. El día 25 de noviembre de 2004 el Sr. P en representación de sus poderdantes y en la suya propia adquiere las citadas participaciones por el precio de 1.370.000, en esta escritura se hace referencia a un mayor crédito que correspondía al Sr. P frente a los vendedores y a que las acciones vendidas se encontraban pignoradas a favor del Sr. P.

f. Durante el desarrollo del juicio se han aportado los apuntes bancarios que acreditan el ingreso del dinero en una cuenta andorrana en la fecha del contrato en 1997, así como la declaración tanto del Sr. L.A. como de un testigo que acreditan la realidad del préstamo y la entrega de ese dinero en efectivo y su aplicación a diversos gastos que debía afrontar el Sr. L.A. a favor de las sociedades que por aquellas fechas gestionaba y de las que disponía de modo directo o por medio de sus allegados el control de participaciones y acciones - fundamentalmente TRACOINSA, concursada desde el 27 de octubre de 2004 y sus filiales TRACOINSA SERVICIOS S.A. y TRACOIN S.A. en concurso desde noviembre de 2004, TRACOINSA ASTURIAS S.L., declarada en concurso en febrero de 2005, o TRACOINSA NAVARRA S.L., cuyo concurso ha sido presentado muy recientemente, así como otras empresas participadas en el extranjero también inmersas en situaciones de crisis o incluso proceso de insolvencia (Francia, Benelux, Alemania y Reino Unido)

6.5 La anterior sentencia se dicta como incidente derivado del procedimiento concursal 145/2005 - el de los Sres. L.A. y V.A. -, concurso voluntario que se presenta por los instantes para su acumulación al concurso de TRACOINSA. Por lo tanto IBERMAN se reintegra al patrimonio de los Sres. L.A. y V.A. y los Sres. L.A. y V.A. estaban declarados en concurso por el Juzgado mercantil nº 3, concurso que sí se acumuló al concurso de TRACOINSA por expresa voluntad de los concursados que, en ese momento consideraron procesalmente posible y materialmente conveniente que se tramitara de modo acumulado el concurso personal de los principales accionistas de TRACOINSA y de su presidente desde su fundación hasta pocas semanas antes de

octubre de 2004, a la sociedad matriz del grupo.
6.6. La acción de reintegración no es la única referencia a IBERMAN en el conjunto de procedimientos seguidos a raíz del concurso de TRACOINSA. IBERMAN vuelve a aparecer en la propuesta de convenio que TRACOINSA presenta a consideración de los acreedores en el otoño de 2005, propuesta de convenio que en su preámbulo indica la vinculación de origen de IBERMAN y TRACOINSA, la conversión de IBERMAN en una empresa de servicios cuyo principal cliente fue TRACOINSA y el deseo por parte de IBERMAN de actuar como "tercero" dispuesto a asumir obligaciones en dicho convenio. En aquel momento la mercantil IBERMAN estaba bajo control judicial dado que se había nombrado un auxiliar delegado en el concurso personal de los Sres. L.A. y V.A., auxiliar delegado que tenía como única responsabilidad la de controlar la mencionada compañía IBERMAN.
6.7. Hay otras referencias en el procedimiento concursal de TRACOINSA a IBERMAN. Así en los 103/2005, incidente de reintegración planteado respecto de doña Maria José L.V., trabajadora de TRACOINSA y de IBERMAN, incidente dictado en el procedimiento de TRACOINSA. La sentencia de 20 de septiembre de 2005 (no firme puesto que fue apelada por la Sra. L.V.) en su fundamento tercero refleja como hechos probados:
1) Que doña Mª José L.V. estaba laboralmente vinculada a TRACOINSA desde hacía más de 20 años.- La hoja de vida laboral establece los períodos de altas y bajas y las dudas que pudieran generar algunos períodos profesionales deben quedar disipadas con el contenido de esta hoja de vida laboral.
2) Que doña Mª L.V. asumía funciones directivas inicialmente vinculadas al área financiera y finalmente circunscritas al asesoramiento y consejo al Presidente de la Compañía - el Sr. L.A. -, hasta el punto de que en varios pasajes de la declaración la demandada indica que su último puesto fue de "adjunta al presidente".
3) La Sra. L.V. tanto en su contestación a la demanda como en la declaración ha advertido que para ella TRACOINSA articulaba a un grupo de empresas de las que TRANSPORTES CONTINUOS E INTERIORES S.A. era la sociedad principal y que TRACOINSA SISTEMS S.A., TRACOINSA SERVICIOS S.A., TRACOIN S.A. y la propia IBERMAN eran integrantes del grupo. A nadie le escapa que el tratamiento de grupo de empresas en el ámbito civil y el laboral se fija conforme a diferentes parámetros pero lo reconocido por la demandada es que desde la empresa principal podía realizar trabajos para distintas sociedades vinculadas al patrimonio de la familia L.A. e incluso compatibilizar la percepción de salarios por parte de una de las empresas de lo que ella consideraba grupo y los incentivos o primas de otra de las sociedades.
4) Igualmente reconoce la demandada no haber dejado de trabajar para el grupo en ningún momento.
5) El Sr. L.A. hasta fechas inmediatamente anteriores a la declaración del concurso no sólo ha sido presidente del consejo de administración de TRACOINSA, sino que incluso miembros de su familia han formado parte de este consejo. Ha sido accionista mayoritario con facultades de decisión y ha podido incluso instar el cese de administradores de la compañía cuando lo ha considerado oportuno. En similar situación se encontraba y encuentra dentro de IBERMAN, en la que - salvedad hecha de una operación ya rescindida de transmisión a un tercero en septiembre de 2004 - ha dispuesto siempre de un porcentaje abrumadoramente mayoritario de acciones. En definitiva el Sr. L.A. como TRANSPORTES CONTINUOS INTERIORES S.A. contrata a la demandada a principios de los años 80, como responsable de esta sociedad decide encomendar a la demandada actividades vinculadas a otras sociedades que se encontraban dentro de su esfera patrimonial, incluso desplaza físicamente el lugar de trabajo de la Sra. L. a oficinas de distintas sociedades. En este punto debe advertirse que no ha sido requerido en el procedimiento concursal ningún pronunciamiento expreso respecto de la constitución como grupo de las distintas sociedades vinculadas al Sr. L.A. y a su familia hasta el punto de que los diversos concursos de estas sociedades se han solicitado cuando han concurrido las causas legales para la declaración de concurso de cada sociedad y hay sociedades - como la propia IBERMAN - que no han solicitado el concurso.
Si la demandada considera que trabaja para un grupo de empresas, si considera que su responsabilidad se vincula a la confianza que en ella deposita quien controla el accionariado y los órganos de decisión de las distintas sociedades, si se trabaja sin solución de continuidad y con responsabilidades similares en una u otra empresa abstracción hecha de quien fuera quien formalmente satisficiera el salario, parece lógico y razonable considerar que la transacción del despido con una indemnización elevada tiene reflejos fraudulentos que se acentúan si se tiene en cuenta:
· Que como responsable del área financiera y como persona de confianza del principal accionista conocía la situación de las empresas,
· Que ha dispuesto de poderes generales de la sociedad,
· Que tanto de la contestación a la demanda como de la propia tacha de testigos presentada ha transmitido sus divergencias con otros ejecutivos de la sociedad,
· Que las discrepancias en cuanto a algunos datos de hojas de salario, el contenido de algunas cartas aportadas como documentación y con el membrete de TRACOINSA e incluso las imprecisiones en cuanto a algunas fechas y cobros de prima se han imputado a simples errores materiales,
Que el Sr. L.A. ha sido desde la constitución de TRACOINSA hasta la actualidad el principal accionista de la sociedad y, salvo el lapso de presidencia del Sr. G.N. y la declaración del concurso, el presidente del consejo, igual que ha sido administrador de IBERMAN.
6.8. Al declararse el concurso de la mercantil TRACOINSA las acciones de IBERMAN eran propiedad de un tercero. Como consecuencia del incidente de reintegración articulado en el concurso del Sr. L.A. y V.A. las acciones de la mencionada sociedad "regresan" al patrimonio ganancial del Sr. L.A. y su esposa. De los datos que aparecen en el concurso personal el Sr. L.A. no se ha desvinculado de IBERMAN en ningún momento, primero como administrador y colaborador de la sociedad, cuando entregó las acciones a un tercero siguió actuando como colaborador de la sociedad, al ser reintegrada la sociedad volvió a asumir la administración de la misma, al ser suspendido en sus facultades patrimoniales como consecuencia de la apertura de la

liquidación de su concurso personal siguió como colaborador, hasta el punto de que una parte importante de los alimentos que debía percibir como consecuencia de su concurso personal se vinculaban a su trabajo en IBERMAN.
6.9. La decisión de que las acciones de IBERMAN pasen a ser titularidad de la Sra. V.A. es consecuencia de la sentencia dictada en el concurso personal de los Sres. L.A. y V.A., sentencia que determina la disolución del régimen de gananciales del mencionado matrimonio y la atribución a la Sra. V. de las acciones de la sociedad, decisión que tenía como finalidad la de preservar una parte del patrimonio de la familia y evitar que pudiera quedar afecto a posibles responsabilidades patrimoniales del Sr. L.A. como administrador de TRACOINSA:
6.10 Concluyendo esta extensa recapitulación: IBERMAN ha estado directamente vinculado al patrimonio del matrimonio L.A./V.A. desde su constitución. El Sr. L.A. bien bajo administración directa, bien bajo colaboración y dirección de la actividad industrial ha mantenido la capacidad de decisión y gestión de la compañía desde su constitución hasta el momento de declaración de los sucesivos concursos. IBERMAN ha sido el embrión sobre el que arranca la actividad empresarial de la familia LÓPEZ y de IBERMAN surge TRACOINSA, hasta el punto de que IBERMAN llega a funcionar como una empresa auxiliar de la cabecera del grupo.
7. La interpretación efectuada por TRACOINSA para negar legitimación activa a los administradores del concurso de IBERMAN no tiene apoyo legal en la dicción literal del artículo 25. En ningún momento indica dicho precepto si es la administración de la sociedad dominante o la de cualquiera de las empresas vinculadas la que debe asumir ese impulso procesal. En este caso son dos de los administradores concursales de IBERMAN los que reclaman la acumulación y el propio artículo 25 reconoce en alguno de sus párrafos la legitimación para reclamar de los administradores de cualquiera de los concursos.
8. Se da además la circunstancia de que uno de los administradores designados en el concurso de IBERMAN por el Juzgado Mercantil nº 3 es auxiliar delegado designado para los concursos de TRACOINSA, TRACOIN S.A. y TRACOINSA SERVICIOS S.A.; como tal auxiliar delegado designado por el Juzgado el mencionado administrador se ha integrado en funciones de administración de todas y cada una de las sociedades cuyos concursos se han acumulado ante el Juzgado nº 3. Está integrado en la estructura jurídica de la administración concursal de las distintas sociedades que se tramitan acumuladamente ante el Juzgado mercantil 3 de Barcelona y, lo que resulta más importante, dispone de un conocimiento puntual de la situación, actuaciones, relaciones y estado de las sociedades TRACOINSA; TRACOINSA SERVICIOS, TRACOIN e IBERMAN. No parece que, por lo tanto, deban establecerse barreras procesales a su iniciativa.
9. La argumentación articulada por TRACOINSA para oponerse a la acumulación se basa en una interpretación literal del artículo 25 que omite o elude cualquier referencia al concepto de grupo que prevé el artículo 3.5 de la Ley concursal al hablar de identidad sustancial de miembros y unidad en la toma de decisiones. Esa interpretación literal, adaptada a la estrategia procesal que considera adecuada a su legítimo derecho de defensa en esta fase de los procedimientos, se aparta de la posición que los concursados en los distintos procedimientos ya acumulados ha seguido respecto de las posibilidades de acumulación en el procedimiento concursal y de la vinculación que IBERMAN tenía a TRACOINSA.
10. La concursada TRACOINSA se ampara en decisiones judiciales adoptadas en el seno del concurso del Sr. L.A. y V.A. para defender la formal desafectación de IBERMAN a TRACOINSA por el hecho de que su actual accionista no sea el Sr. L. sino su esposa y que la administración de la sociedad, después de haber sido nombrado durante algunos meses el hijo de los concursados, se haya atribuido ahora a una sociedad.
11. La pretendida desafectación producida en la tramitación del concurso personal del Sr. L. y de su esposa no modifica el hecho de que la referencia temporal válida para conformar activos y pasivos en los procedimientos concursales sea la de declaración de concurso, en este caso el de TRACOINSA y el de los Sres. L.A. y V.A., así como la fiscalización de las actuaciones de los dos años anteriores por medio de las acciones de reintegración. Es dicho momento y circunstancia el que debe determinar si concurren los elementos formales y materiales para acordar la acumulación.
12. El Código de comercio - artículo 42 - establece que existe grupo de sociedades cuando varias sociedades constituyan una “unidad de decisión”. Estableciendo como presunción de la existencia de unidad en los 4 supuestos mencionados en el propio artículo 42, presunción que no determina la posibilidad de considerar la existencia de grupo de sociedades cuando esa unidad de decisión no se constate por el juego de presunciones del artículo 42 sino por la concurrencia de otros elementos de derecho.
13. En el caso de IBERMAN la unidad de decisión que da lugar a la existencia de un grupo de sociedades queda ampliamente constatada en los autos tanto del concurso de TRACOINSA como en el concurso personal (el ordinal 6 de este fundamento refleja los datos fundamentales de esta argumentación) en la medida en la que tanto en TRACOINSA como en las distintas sociedades a ella vinculadas y a la propia IBERMAN las decisiones las adoptaba el principal bloque accionarial, bloque accionarial mayoritario en todas las sociedades que se vinculaba a la familia L.A./V.A., asumiendo el Sr. L.A. la representación y administración formal de todas las sociedades durante una parte sustancial de su vida y actividad y manteniendo incluso en la situación concursal de todas ellas el liderazgo en la actividad y gestión material de las misma, manteniendo la unidad formal y material de decisión al quedar la mayoría las acciones y participaciones de las distintas sociedades en sus propias manos o en las de su entorno familiar. Esa unidad de decisión es la que llevó a acumular - a instancias de los Sres. L.A. y V.A. - su concurso personal al concurso de TRACOINSA y es la que debe llevar a acumular el concurso de IBERMAN a los concursos ya acumulados.”: Auto JM-3 Barcelona 21.03.2006 (JUR 2006/113976)

4. Improcedencia de la acumulación: inexistencia de grupo

“PRIMERO Laley concursal regula la materia de acumulación de concursos de distintas personas en dos

preceptos, elartículo 3.5 y el 25. El primero (3.5LC) permite a un acreedor instar la declaración judicial de varias personas jurídicas cuando formen parte del mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. Se trata de un supuesto en el que en la misma solicitud se pide la declaración concursal de varias sociedades, por lo tanto aún no están declaradas y en una misma resolución así se acuerda, pero que exige que cada una de ellas se encuentre en situación de insolvencia.
Por su parte elartículo 25permite la acumulación de varias sociedades ya declaradas en concurso, acumulándose al concurso de la sociedad dominante el de las dominadas.
En los dos preceptos mencionados, la legitimación para bien declarar el concurso o bien interesar la acumulación no corresponde al deudor, sino que se atribuye, al acreedor de todas las sociedades o a la administración concursal de la sociedad dominante concursada, aunque en la práctica forense se ha admitido una interpretación amplia de estos preceptos y se ha declarado el concurso cuando había solicitud conjunta de varios deudores, pero siempre claro está que concurra alguno de los supuestos previstos en elart 3.5 o 25 de la ley.
La razón de admitir esta acumulación de concursos radica en que la tramitación coordinada y la existencia de una sola administración concursal facilitará la tramitación del procedimiento permitiendo una sustanciación más ágil y beneficiosa para los deudores, y fundamentalmente para los acreedores, sin que ello implique que se produzca una confusión de masas (perjudicial para los acreedores), sino una tramitación coordinada de los procesos concursales. La acumulación de concursos o solicitudes de grupos es una exigencia de las relaciones de poder que existen entre dominante y dominada, en virtud de las cuales se produce una unidad económica funcional, aun cuando las partes integrantes pertenezcan jurídicamente a varia sociedades formalmente independientes.
El supuesto que se contempla en el presente caso es el previsto en elart 25.1 de la LCy la solicitud proviene de la Administración Concursal de la entidad BENSUE. SL. Es necesario analizar si existe grupo de sociedades y si la concursada en este procedimiento es la dominante
Nuestra ley concursal no establece un concepto de grupo por lo que es necesario acudir a las distintas disposiciones previstas en nuestro Ordenamiento Jurídico y que aluden al grupo. Varios son los preceptos que mencionan este concepto, concretamente podemos destacar elartículo 42 del Cdc, elartículo 4 LM y el 87 del TRLSA, pero en todos ellos se aprecia como idea o característica decisiva, tal como ha mantenido la doctrina, la existencia de una unidad de dirección entre varias sociedades que integran el grupo. Esta unidad de dirección implica unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo, sin perjuicio de que pueda modalizarse en cada una de las entidades agrupadas en el marco de libertad de gestión de cada sociedad. La formación de política común se puede producir de manera centralizada desde la sociedad dominante o por medio de cooperación entre todos los integrantes. Además esta unidad debe afectar al menos al ámbito de la financiación, producción, comercialización y política social. Ahora bien, este concepto de unidad de decisión que inspiraba elart 42 del Cdcha de entenderse modificado tras la reforma de esteprecepto operada por la ley 16/2007 que ha venido a sustituir la mención de unidad de decisión por la de control directo o indirecto, aunque esta conclusión debe ser matizada porque en la propia reforma se recogen una serie de supuestos de presunción de control que vienen a coincidir con los que presumían la existencia de unidad de decisión; es decir, se puede concluir que la nota dominante sigue siendo la de la unidad de decisión pero por medio del control y sin que sea necesario que la sociedad dominante sea socia de la dominada. Y además ha de entenderse que a la vista de la modificación normativa señalada, ya no cabe hablar de grupos de sociedades cuando no impera la jerarquía, de manera que esa unidad de decisión no se obtiene mediante el control sino por medio de una coordinación voluntaria; es decir, solo en los supuestos de grupo vertical podremos estar en presencia de un grupo de sociedades,
Hemos estado aludiendo alart artículo 42 del Cdc, y aunque este precepto se refiere a la necesidad de formulación de cuentas anuales consolidadas por la sociedad dominante del grupo, es posible extraer una serie de notas que nos permita configurar un concepto de grupo de sociedades, al menos nos proporciona las notas para estar en presencia de uno.
Dice esteprecepto (en su redacción dada por ley 16/2007 de 4 de julio) que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Para facilitar esta difícil labor de examen del control, el legislador ha establecido una presunción de existencia de control, y ello ocurre cuando una sociedad (dominante) se encuentre en relación con otra en alguna de estas situaciones:
Posea la mayoría de los derechos de voto.
Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación, si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo.
A estos efectos se añadirán a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por éstas, así como a otras personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de alguna de aquéllas.
ElAAP de Baleares de 29 de marzo de 2007 (AC 2007, 1707)nos da un concepto de grupo, entendiendo por tal cuando hay unidad de decisión y ésta se produce, en el ámbito societario, fundamentalmente a través del concepto de dominio, que implica la existencia de una sociedad dominante, que es socio de la sociedad filial de

forma directa o de forma indirecta a través de otra filial, y asimismo el "control" de la dominante sobre las dominadas a través de cualquiera de estos medios: a) posea la mayoría de los derechos de voto: b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto; d) haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este control no tienen por que se efectivo, basta que sea potencial. Y, como se ha dicho, no tiene porqué ser directo, sino que puede ser indirecto,

Junto a este concepto de grupo de sociedades la normativa concursal también contiene notas que puedan ayudarnos a concretar la noción del grupo. La ley concursal menciona la identidad sustancial de miembros, pero ello no se ha de equiparar con identidad de todos los miembros; es suficiente que haya una identidad de personas que supongan la mayoría que permita adoptar acuerdos en las juntas generales. Ahora bien, la existencia de este precepto no nos debe llevar a prescindir del concepto de grupo previsto por el código de Comercio, sino que es posible establecer un concepto complementario. Así podemos entender que el adjetivo sustancial no implica identidad personal, sino que, utilizando los medios que ofrece el ordenamiento, el grupo dominante de una sociedad deudora pueda decidir también en la otra sociedad deudora cuando ambas tienen el mismo acreedor que insta la declaración conjunta del concurso de ambas. Los entrecruzamientos de participaciones de las sociedades del grupo pueden crear esta situación, con mayoría estable de participación.

SEGUNDO Tenemos que examinar a continuación si estamos en presencia de un grupo de sociedades, a la vista de las consideraciones reseñadas anteriormente. En este sentido, la Administración Concursal en su escrito de 29 de septiembre de 2008 señala que tanto la concursada como Riurbel SL poseen la misma administradora única, son propiedad de los mismos socios (familiaMarcosJuan CarlosJose IgnacioCatalina), poseen el mismo domicilio social y además la entidad Riurbel es de hecho la empresa promotora de la constructora concursada.

Se ha acreditado que ambas sociedades tienen el domicilio social en el mismo lugar y el mismo administrador social, según se desprende de la información registral aportada por la Administración Concursal en su escrito de 29 de septiembre de 2008. Sin embargo, como hemos dicho estos datos no son suficientes para entender que estamos en presencia de un grupo de sociedad, porque la mera coincidencia de domicilio social, aunque es un indicio, no es determinante para la configuración del grupo; lo mismo podemos decir de la coincidencia de administrador social, ya que esto no es suficiente al exigirse, como hemos dicho, algún requisito más.

Respecto a la composición del accionariado la entidad Promociones Riurbel SL tiene los siguientes socios:Catalina (12´34% del capital social);Marcos (29´22% del capital);Jose Ignacio (29´22%) yJuan Carlos (29´ 22%). Existe también identidad de socios en la concursada Bensúe SL, con la misma participación que en la otra sociedad. Hay por lo tanto coincidencia de socios en ambas sociedades, pero es necesario analizar si concurre el requisito de control, o la unidad mediante el control.

En este sentido, debemos entender que no concurre ninguno de las presunciones delart 42 del Cdc que permiten apreciar la nota del control (directo o indirecto), al no constar que la entidad Bensúe se encuentre respecto a Promociones Riurbel en alguno de los presupuestos recogidos en ese precepto. Por otro lado, hemos indicado que también se puede apreciar la existencia de grupo de sociedades y se justifica la unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo, y esa política común se puede producir de manera centralizada desde la sociedad dominante o por medio de cooperación entre todos los integrantes, debiendo afectar al menos al ámbito de la financiación, producción, comercialización y política social. Sin embargo no se ha justificado la existencia de esa unidad política, sin que se haya demostrado que las negociaciones financiera sean comunes, que la concursada sea la que ejecute las labores administrativas, gestión de personal y apoyo contable de la entidad Promociones Riurbel, que actúan de forma unitaria en el tráfico económico, constando además que la constructora Bensúe SL realiza trabajos para otras promotoras, tal como se desprende de la memoria presentada por la concursada en su solicitud. Junto a ello, si acudimos a las cuentas anuales de la concursada se aprecia que no existen datos que nos permitan apreciar la idea de grupo, porque en las partidas de la cuenta de pérdidas y ganancias no se refleja la existencia de operaciones entre sociedades y en la memoria se indica que no existe grupo de sociedades.

Por último no se ha justificado la conveniencia de la tramitación conjunta, sin que se haya aportado datos sobre acreedores o deudores comunes procedentes de operaciones interrelacionadas efectuadas por ambas sociedades.

Por lo tanto, ha de entenderse que no estamos en presencia de un grupo de sociedades.”: AJM-5 Madrid 15.01.2009 (AC 2009/279; Concursos 427/2008 y 528/2008)

5. Improcedencia de la acumulación del concurso personal del administrador

“TERCERO También se ha interesado la acumulación a este concurso del seguido 446/08 seguidos ante el Juzgado Mercantil nº 2 de Madrid, concurso de la administradora de la sociedad que es persona física.

Si la normativa concursal permite la acumulación de concursos de personas jurídicas, no ocurre lo mismo cuando hablamos de acumulación a un concurso de persona jurídica el de una persona física administradora, al no existir precepto alguno que nos permita llegar a esta conclusión. Es cierto que se permite la acumulación a la sociedad del concurso de los socios cuando son personalmente responsables de las deudas sociales, pero no s regula el supe4usto de acumulación del administrador. En este punto no es posible realizar una interpretación tan amplia que permita incluir fuera de los supuestos previstos por la ley, el que estamos contemplando. Por otro lado, tampoco concurren razones de índole procesal (economía procesal) o de facilidad de tramitación coordinada que permitan una sustanciación más ágil y beneficiosa para los deudores, y

fundamentalmente para los acreedores. No basta la mera alegación de las circunstancias, sino que es necesario que se justifique la conveniencia de la tramitación conjunta, y en el presente caso no se ha producido, lo que si unimos a la ausencia de precepto concursal que permita la acumulación debemos concluir que no es procedente acumular a este concurso el de su administradora social.": AJM-5 Madrid 15.01.2009 (AC 2009/279; Concursos 427/2008 y 528/2008)

2. También podrán acumularse, a solicitud de la administración concursal de cualquiera de ellos, los concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta.

3. Declarados los concursos de ambos cónyuges, la administración concursal de cualquiera de ellos podrá solicitar del juez, mediante escrito razonado, la acumulación al procedimiento del concurso del otro cónyuge.

4. La acumulación prevista en este artículo procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados, sin perjuicio del condicionamiento recíproco de los convenios, conforme a lo previsto en el artículo 101.

CAPÍTULO III - De los concursos conexos

[Mediante Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011) se añade un nuevo capítulo, el III, al título I, que modifica el artículo 25 y añade los nuevos artículos 25 bis y 25 ter:]

Artículo 25. Declaración conjunta de concurso de varios deudores.

1.Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades.

Art 25.1 Concurso voluntario

1. Grupo de sociedades

AP Barcelona

"En cuanto a la improcedencia de la acumulación, debemos recordar que el vigente artículo 25 de la Ley concursal contempla expresamente la declaración conjunta de concurso voluntario de las sociedades que formen parte del mismo grupo. Y no se discute que concurren en el presente caso los presupuestos materiales para la acumulación —CORE INVESTMENTS S.A. es la sociedad dominante de las sociedades declaradas en concurso-. Por último indicar que es en el informe de la administración concursal cuando se decide si finalmente es procedente la consolidación de masas por confusión de patrimonios.": AAP Barcelona (Sección 15) 30.10.2013 (Auto 133/2013; Rollo 234/2013)

1.1 Caso de denegación de la declaración conjunta

JM-1 Alicante

"Primero.- Competencia y solicitud conjunta
Con arreglo al artículo 10 LC la competencia para conocer del concurso corresponde a este Juzgado de lo Mercantil, dado que por los elementos que aporte el deudor, el centro de sus intereses principales coincide con el domicilio social, y éste se ubica en la provincia de Alicante
En caso de concurso voluntario, el art 25.1 la ley prevé la solicitud de concurso conjunta, entre otros casos, cuando los deudores solicitantes personas jurídicas formen parte del mismo grupo, que es el supuesto invocado
Dicha solicitud conjunta exige, en primer lugar, determinar si las distintas sociedades conforman un grupo con arreglo al art 42CCo aplicable por remisión de la DA6ª LC, y en segundo lugar, si concurren circunstancias que aconsejen la tramitación conjunta, ya que la acumulación -tanto la inicial como la sobrevenida o sucesiva -no supone la tramitación de un único concurso, sino de varios tramitados coordinadamente (artr 25 ter)
Marginadas las incidencias derivadas por la defunción del administrador único, y socio mayoritario Leoncio y atendidas a la situación actual derivada de la nueva administración y composición societaria por aceptación de herencia de fallecido, son datos relevantes para la resolución los siguientes:
PUNTA HERMOSA SL: Sus socios son PUERTO SOL VACACIONES SL (44,97%) y el resto a partes iguales, los cinco hermanos Blas Carolina Jesús Manuel Socorro Gregoria
PUERTO SOL VACACIONES SL: Sus socios son SABIRA SA (50%) y el resto a partes iguales, los cinco hermanos Blas Carolina Jesús Manuel Socorro Gregoria, siendo a su vez SABIRA participada a partes iguales por los cinco hermanos Blas Carolina Jesús Manuel Socorro Gregoria
COSTA NAO SL : Sus socios son PUNTA HERMOSA SL (99%) y el resto a partes iguales, los cinco hermanos Blas Carolina Jesús Manuel Socorro Gregoria
NAO PROPERTY SL: Sus socios son PUNTA HERMOSA SL (44,44%), RIBES INSTRUMENTAL SL (52,778%) y Jesús Manuel (2,78%) siendo a su vez RIBES INSTRUMENTAL SL participada a partes iguales por cuatro de los cinco hermanos Blas Carolina Jesús Manuel Socorro Gregoria citados

ATTICO CONCEPT SL: Sus socios son RIBES INSTRUMENTAL SL (50%) y Casiano -Gervasio (50%), del que se afirma que es persona de confianza de los hermanos Blas Carolina Jesús Manuel Socorro Gregoria
XABIA BLANCA SL: Sus socios son XABIA BLANCA SLen autocartera (6,99%), CANEALE INVESTMENT BV (46,50%), JAVEA PROPERTY CENTER SL (46,49%) y Jesús Manuel (0,002%), siendo a su vez JAVEA PROPERTY CENTER SL participada por los cinco hermanos Blas Carolina Jesús Manuel Socorro Gregoria citados (con un total de 4%), RIBES INSTRUMENTAL SL (46,00%), Casiano -Gervasio (4%), Jesús Luis (22%) y Penélope (24%)
La administradora de las seis Sociedades solicitantes del concurso es Carolina y se afima en la solicitud que se trata de un grupo de empresas por tratarse de empresas vinculadas que obedecen a una unidad de decisión, en el que hay garantías prestadas entre las mismas para obtener financiación
La tesis de las solicitantes, de manera extractada, y con apoyo en una Consulta de ICAC es que las distintas sociedades conforman un grupo- conocido como Grupo LA NAO- al venir participadas mayoritariamente, ya directamente ya indirectamente a través de otras sociedades, por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco(los hermanos Gregoria, Socorro, Jesús Manuel, Carolina y Blas), teniendo toda ellas un mismo administrador único, de manera que el grupo familiar Ribes tiene el control de todas ellas
Segundo.- El grupo de sociedades
Configurado en la Ley Concursal desde su inicial redacción el grupo de sociedades como supuesto habilitante de la acumulación de concursos, ahora tras la reforma de 2011 englobado en la categoría de concurso conexos, es conocido que el grupo de sociedades es una realidad huérfana de una regulación completa y sistemática en nuestro derecho, como reconoce el propio legislador en la EM del TRLSC, al decir que deberá afrontarse "...la creación de un Derecho sustantivo de los grupos de sociedades, confinados hasta ahora en el régimen de las cuentas consolidadas y en esas normas episódicas dispersas por el articulado "
Ya se dijo por este Juzgado en auto de 11 de enero de 2013 que hasta la Ley 38/2011 no existía en la normativa concursal una definición de grupo, lo cual ha provocado divergencias en la práctica judicial. Mientras un grupo de resoluciones acogían de forma estricta el concepto del art 42 CCo previsto a efectos contables, otra línea, que se puede considerar mayoritaria entre la llamada jurisprudencia menor, y es la que parece que subyace en el ATS de 20/2/2009 al resolver una cuestión competencial en sede concursal, se inclinaba por mantener un criterio de grupo a efectos concursales, en general y en materia de reintegración o subordinación en particular, no sujeto a la estricta concepción del artículo 42 del Cco, atendida la naturaleza e intereses específicos que se ponen de manifiesto en el proceso concursal, y en cada una de las instituciones en particular (vgra reintegración o subordinación). Buen ejemplo de ello es la SAP Pontevedra de 18 de noviembre de 2009 según la cual se aprecia "... la inclinación del legislador por introducir en la configuración del grupo de sociedades la idea de la existencia de una sociedad dominante, lo que delimita su predilección por una definición que tiene en cuenta la estructura de la dirección, y dentro de las posibilidades de grupos de subordinación y grupos de coordinación, preferir los primeros. Idea perfectamente compatible con el concepto de unidad de decisión o de dirección ya apuntadaanteriormente, y que es la preferida en las resoluciones de la jurisdicción mercantil.
Esta unidad de dirección implica unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo, sin perjuicio de que pueda modalizarse en cada una de las entidades agrupadas en el marco de libertad de gestión de cada sociedad. La formación de política común se puede producir de manera centralizada desde la sociedad dominante o por medio de cooperación entre todos los integrantes. Además esta unidad debe afectar al menos al ámbito de la financiación, producción, comercialización y política social. En general, a la política empresarial que normalmente impondrá la sociedad dominante (lo que no impide que ante falta de definición legal también sean admisibles los grupos por coordinación o grupos horizontales o de estructura paritaria), con evidente vocación de permanencia para conseguir un fin común". De igual modo no descarta un concepto autónomo en materia concursal, la SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2011
La situación cambia tras la Ley 38/2011 cuya Disposición adicional sexta rubricada "Grupo de sociedades" preceptúa "A los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio " de aplicacióninmediata en relación con los concursos en tramitación a la entrada en vigor de la Ley38/2011, según su DT 1 ª
Por tanto, a partir del 1 de enero de 2012 hay que acudir al artículo 42 del Código de Comercio para determinar el concepto de grupo a efectos concursales, pareciéndose elevar esta norma a criterio definidor con vocación general del fenómeno de grupo, al menos en el ámbito mercantil, pues la DA 6ª LC sigue la misma técnica que el art 18 TRLSC en materia de sociedades de capital y el art 4 del Ley de Mercado de Valores,
Al margen de las críticas que puede generar esa opción al trasladar un concepto pensado para la consolidación contable a otros sectores del ordenamiento, pues como dice la SAP de Zaragoza de 2 de julio de 2012 resulta dudoso que el concepto empleado en el art. 42 C.Com sea suficiente para resolver los problemas que plantea la referencia a los grupos de sociedades la Ley Concursal, debemos acudir al citado art 42.1 CCo según el cual "Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:
a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los

miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.
A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona".
Desde la reforma de 4 de julio de 2007 se desplaza la "unidad de decisión" por el concepto de " control directo o indirecto"como definidor de la existencia de grupo, desglosando unas serie de presunciones de control de la dominante respecto de la/s dependiente/s, que, sin embargo, se mantienen antes y después de la reforma
Control que se entiende en el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas -en abreviatura NFCAC- como "el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades" (art 1.3), que puede ayudar en la labor exegética, sin que ello signifique necesariamente sujeción apriorística a las categorías de Derecho contable, pues una vez que trasciende el concepto del ámbito contable no parece que deba ser interpretado de manera exclusiva en clave de técnica contable, sino también atendiendo a los intereses subyacentes en los distintos sectores del ordenamiento
Control que se puede detentar tanto directa como indirectamente, lo cual se entiende para un sector doctrinal no solo como inclusión del supuesto de control a través de terceros sino como habilitante para la inclusión no solo de los supuestos de control orgánico (mediante la mayoría de derechos políticos o de los miembros del órgano de admon) sino también otros de distinto orden, por ejemplo económico, a través del cual se ejercita la dominación, pues la primera acepción ya se encuentra prevista en la regla de cómputo de voto del apartado tercero del art 42.1
En todo caso conviene precisar que esas presunciones (poseer -o poder poseer - la mayoría de votos y designar - o poder designar- la mayoría de miembros del órgano de admón) se tratan de supuestos que explicitan supuestos de control, pero que no lo agotan. Así las citadas NFCAC tras indicar que se presumirá que existe control cuando se den las situaciones previstas en el art 42CCo añade en el art 2.2. "Además de las situaciones descritas, pueden darse circunstancias de las cuales se deriva control por parte de una sociedad aún cuando ésta posea la mitad o menos de los derechos de voto, incluso cuando apenas posea o no posea participación alguna en el capital de otras sociedades o empresas, o cuando no se haya explicitado el poder de dirección, como en el caso de las denominadas entidades de propósito especial.
Al valorar si dichas entidades forman parte del grupo se tomarán en consideración, entre otros elementos, la participación del grupo en los riesgos y beneficios de la entidad, así como su capacidad para participar en las decisiones de explotación y financieras de la misma
Las siguientes circunstancias, entre otras, podrían determinar la existencia de control:
a) Las actividades de la entidad se dirigen en nombre y de acuerdo con las necesidades de la sociedad, de forma tal que ésta obtiene beneficios u otras ventajas de las operaciones de aquélla.
b) La sociedad tiene un poder de decisión en la entidad, o se han predefinido sus actuaciones de tal manera que le permite obtener la mayoría de los beneficios u otras ventajas de las actividades de la entidad.
c) La sociedad tiene el derecho a obtener la mayoría de los beneficios de la entidad y, por lo tanto, está expuesta a la mayor parte de los riesgos derivados de sus actividades.
d) La sociedad, con el fin de disfrutar de los beneficios económicos de las actividades de la entidad, retiene para sí, de forma sustancial, la mayor parte de los riesgos residuales o de propiedad relacionados con la misma o con sus activos.
Si una vez analizadas las citadas circunstancias existen dudas sobre la existencia del control sobre este tipo de entidades, éstas deberán ser incluidas en las cuentas anuales consolidadas."
Lo que no parece posible es, con arreglo al art 42CCo tras la reforma de 2007, comprender en el concepto legal de grupo que define el llamado grupo horizontal o de coordinación, sino que se reduce a las situaciones de control, es decir, los conocidos como grupos verticales, y más en concreto, no basta la existencia de control sin más sino que parece reducirlo a aquellos hay una sociedad dominante y todas las demás son sociedades dependientes, siendo la primera la que ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras.
Por tanto, no basta para afirmar que haya grupo de sociedades en el sentido del art 42CCo, atendido el tenor de ley, que haya varias personas físicas que tengan la mayoría del capital social, y en consecuencia del poder político, y que al estar vinculadas entre sí, se pueda predicar de ellas el control de las distintas sociedades, pues ninguna de estas es dominante de las demás. Podrán constituir un grupo horizontal, paritario
o por coordinación asentado en la idea de unidad de decisión, pero ello no se ajusta al criterio legal tras 2007
Al respeto, y por la proximidad con el caso que nos ocupa, conviene traer a colación la reciente sentencia de la AP de Barcelona de 5 de diciembre de 2013, en la que se descarta la tesis según la cual dos sociedades formen parte del mismo grupo por existir unidad de decisión en la medida que en la cúspide de ambas sociedades aparece una misma persona que controla la mayoría del capital de las dos sociedades, y que se materializa en el hecho de que las sociedades tengan administrador comun. Dice la sentencia "... abandonado el criterio de la unidad de decisión y sustituido por el de control o dominación societaria como elemento determinante de la existencia de grupo, quedarían excluidos del concepto los grupos paritarios, de modo que la obligación de consolidación de cuentas únicamente afecta a la sociedad dominante de un grupo vertical o jerárquico" con cita de la STS de 24 de noviembre de 2011, y añade " En el presente caso, como señala la sentencia apelada, la relación entre las sociedades en litigio es horizontal. Las dos sociedades están

participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso", sin que baste"... a estos efectos, que la situación de control la ejerce en el presente caso una persona física, Leonardo, por lo que no consta que ninguna de las personas o sociedades integrantes de ese grupo en sentido más amplio haya consolidado cuentas. Tampoco, lógicamente, las dos sociedades enfrentadas en este procedimiento".

Tercero.- El llamado Grupo La Nao

A la vista de lo dicho, el solo dato de que las sociedades deudoras estén participadas- directa o indirectamente - y de manera mayoritaria por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco- la familia Blas Carolina Jesús Manuel Socorro Gregoria - no permite, a falta de otros, afirmar que las distintas solicitantes constituyan un grupo de sociedades de los previstos en el artículo 42 del Código de Comercio

Solo se puede afirma ello de PUNTA HERMOSA SL y COSTA NAO SL al tener la primera el 99% del capital social de la segunda

No obsta a ello la cita de la Consulta 1 del BOICAC nº 83, de septiembre de 2010, ya que, al margen de valor doctrinal que pueda tener en este ámbito civil la doctrina administrativa de dicho Instituto, conviene recordar que el propio ICAC en Consulta nº4 de 2012 (BOICAC nº92) señala que la principal consecuencia de la reforma de 2007 fue la eliminación de la obligación de consolidar para los denominados "grupos de coordinación", integrados por las empresas sometidas a una misma unidad de decisión; concepto jurídico que permitía identificar la obligación de consolidar cuando varias sociedades estaban controladas por terceros no obligados a consolidar, por carecer de la forma societaria mercantil, y añade"En la práctica, no cabe duda que el supuesto genuino que podía conformar este tipo de grupos eran las sociedades participadas por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco, y que mediante la simple participación directa de las personas físicas en las citadas sociedades, o a partir de personas interpuestas, frente a la alternativa de estructurar la participación a través de una sociedad holding, evitaban incurrir en el supuesto de hecho que desencadenaba la obligación de consolidar" y "en principio, cabe concluir que la calificación como empresas del grupo de un entramado societario es una cuestión de hecho, que viene determinada por la existencia o la posibilidad de control entre sociedades o de una empresa por una sociedad, para cuya apreciación concreta sería preciso analizar todos los antecedentes y circunstancias del correspondiente caso."

Cuestión distinta es que dichas Consultas, al tratar sobre la obligación de presentación de las cuentas anuales consolidadas, analicen la normativa contable que viene a ampliar ese deber no solo a la previstos en el artículo 42 del CCo, sino a supuestos en los que las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, de manera que permite al citado Instituto decir que"en el supuesto de que un conjunto de personas físicas vinculadas por una relación de parentesco posean la mayoría de los derechos de voto de varias sociedades, cuando menos, no cabe duda que se desencadenaría una presunción, que admitiría la prueba en contrario, de que dichas sociedades (tanto las controladas a título individual por cada una o algunas de dichas personas físicas, como las participadas por todas ellas), deben calificarse como empresas del grupo "ampliado" en la medida en que la posibilidad de "actuación conjunta" es más que evidente dado el reducido número de socios que conforman el accionariado y la ausencia de intereses contrapuestos que cabe inferir del vínculo de parentesco que los entrelaza.

Es decir, las sociedades integradas en lo que podríamos denominar un grupo "familiar", como regla general, constituyen grupos sometidos a la misma unidad de decisión, que pueden reconocerse a la vista de la coincidencia de las personas que componen los órganos de administración de las empresas, y de las propias relaciones económicas cruzadas que la unidad de decisión teje entre las sociedades titulares de los activos y pasivos que "administran" directa o indirectamente las personas que la conforman, como por ejemplo, mediante el otorgamiento de asistencia financiera mutua o la presencia de estas sociedades en las sucesivas etapas de un determinado proceso productivo", pero a continuación reconoce "Sin embargo, no es menos cierto que identificar relaciones de subordinación entre ellas puede llevar a un resultado arbitrario o infundado (porque la unidad económica puede adoptar diferentes estructuras jurídicas, en función de los intereses en liza en cada momento), como se puede colegir de la solución legal que se ha seguido para designar a la sociedad que debe informar en la memoria de las cuentas anuales individuales del grupo "ampliado" (la sociedad de mayor activo, ante la imposibilidad de hacer recaer dicha obligación en las personas físicas que ejercen el control de todas ellas)"

Ahora bien, ante la sola remisión por la LC al art 42CCo, es difícil de lege data mantener que esa unidad de decisión habilita para afirmar la existencia de grupo. Cuestión distinta es que las consecuencias que se puedan derivar de ello puedan no ser la más ajustadas a los diversos institutos concursales (vgra subordinación crediticia o reintegración), que es lo que subyace en el voto particular de la sentencia de la audiencia barcelonesa glosada, pero es una opción del legislador que vincula a los Tribunales (art 9 y 117CE)

Cuarto.-Los criterios de oportunidad

Aún admitiendo a efectos dialécticos la existencia del llamado Grupo formada por las distintas solicitantes, ello no es bastante para justificar en el caso presente la solicitud conjunta, ya que la misma debe fundarse en motivos de conveniencia y de oportunidad, como se desprende del Auto del TS de 22 de diciembre de de 2012 (asunto CLESA - CACAOLAT)

Al plantearse la discrecionalidad judicial en materia de acumulación (y que se considera trasladable al caso de solicitud conjunta, que no es sino una acumulación inicial), el Alto Tribunal dice además de la concurrencia de los requisitos legales, "es exigible la conveniencia u oportunidad de la acumulación", ya que

concurrediscrecionalidad de la decisión del Juez, pues "...En la acumulación de concursos ya declarados no se tutelan exclusivamente los intereses de la dominante, pese a que sean sus administradores concursales los únicos legitimados para interesarla, sino también los de la dominada -en el artículo 25.bis.1 en la redacción dada por la Ley 38/2011 están legitimados cualquiera de los concursados, las administraciones concursales y cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado-" y" La Exposición de Motivos de la Ley Concursal dispone que "la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como (...) la acumulación de concursos", lo que nada más puede interpretarse en el sentido de que se trata de una decisión discrecional en la que deben valorarse los intereses del concurso -rectius de los concursos-.
6) Finalmente, la acumulación de autos regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil no constituye un fin en sí misma, sino un mecanismo al servicio de determinadas finalidades del proceso que pueden exigir su rechazo cuando se revelan opuestas al mismo -de hecho, en relación con la institución paralela de la acumulación de acciones, las sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990 y 172/1990, ambas de 12 de noviembre de 1990, después de calificarla como facultad que las leyes procesales conceden al demandante, precisan que alcanza dimensión constitucional se crean confusionismo procesal que hubiese impedido a las partes demandadas ejercer plenamente su derecho de defensa-.
Admitida, pues, la necesidad de verificar esta oportunidad o conveniencia, el auto glosado apunta que "como regla, concurre cuando la tramitación coordinada y la existencia de una sola administración concursal facilite la tramitación del procedimiento permitiendo ahorro de costes, la obtención de convenios vinculados y por ello condicionados y, a la postre, una sustanciación más ágil y beneficiosa para el conjunto de intereses latentes de forma directa e indirecta en el concurso -trabajadores, acreedores, concursados, proveedores, clientes, mantenimiento de la riqueza, etc.-."
En el caso presente ni se indican tales motivos por los interesados ni se aprecian cuando: i) se trata de solicitudes de concurso en las que se descarta ab inicio el convenio al pedirse la liquidación; ii) aparece más ágil la tramitación separada al estar encaminada ab inicio a la realización de masas patrimoniales deslindadas (en buena parte son inmuebles titulados a favor de las distintas sociedades) y iii) no hay ahorro significativo de costes, ya que la tramitación coordinada no exoneraría retribuir cada sociedad al AC según sus correspondientes masas patrimoniales ni las publicidades al RM y RP previstas en el art 24LC, y solo se facilitaría la publicidad conjunta de la declaración, pero que es en todo caso gratuita (art 23)
Al respecto recordar, como dice el TS, que "la acumulación de concursos, no conlleva una "consolidación sustantiva o sustancial" del patrimonio con confusión de masas activa y pasiva y tramitar los concursos como si sólo fuera uno, mediante la incorporación de todos los acreedores en la misma masa pasiva y la formación de una sola masa patrimonial con los bienes y derechos de todos los deudores concursados... dado el necesario respeto a la personalidad jurídica que en el caso del grupo de sociedades exige la tutela de los legítimos derechos de los minoritarios, los acreedores que lo son de una y no de otra, y de los trabajadores de las que tienen perspectivas de continuidad"; continuidad que no es el caso
Quinto.- Efectos de la no desacumulación
Con arreglo al art 73.4 LEC, de aplicación supletoria, y dado que se mantiene la acumulación de solicitudes que no se considera posible, procede acordar el archivo, ya que no está prevista sin la voluntad del solicitante la admisión parcial.
Y ello por las siguientes razones: i) si fuera posible, se hubiera previsto la admisión parcial; ii) se indico a los solicitantes tal posibilidad, y ha sido desechada, pues de haber querido continuar solo con una determinada sociedad, perfectamente podía haberlo solicitado de manera subsidiaria. Al no hacerlo así se deduce que su decisión es no desgajar la solicitud, sin que por ello pueda ser obligado contra su voluntad a continuar solo por una deudora; y iii) cuando el legislador ha querido permitir la tramitación parcial, lo ha previsto expresamente (art 419 LEC)
Vistos los preceptos citados y los demás de legal y pertinente aplicación
DISPONGO
No ha lugar a admisión a trámite de la solicitud conjunta del concurso de las mercantiles PUNTA HERMOSA SL, NAO PROPERTY SL, ATTICO CONCEPT SL, PUERTO SOL VACACIONES SL, COSTA NAO SL y XABIA BLANCA SL y archívense los autos": AJM-1 Alicante 20.01.2014 (Auto 22/2014; Concurso 132/2013)

2. Caso de varias sociedades y personas físicas, pese a no concurrir alguno de los requisitos legales, por razones de orden práctico

AP Baleares

"PRIMERO.- La apelación reclama, en primer lugar, la declaración conjunta del concurso voluntario de 3 personas jurídicas y 2 personas físicas (socio de la matriz y socio y administrador único de todas las personas jurídicas respectivamente) presentadas en una sola demanda y en todo caso, que con las correcciones de reparto y/ o necesidad de copias que se sean necesarias, proceda la declaración separada de los 5 concursos.
Las resoluciones del juez a quo (el auto de 29 de abril y el 2 de mayo de 2014 que desestima el recurso de reposición) fundamentan la inadmisión de la declaración conjunta en la regulación vigente de la Ley concursal sobre el grupo de empresas y su remisión, en cuanto al concepto del mismo a efectos concursales, al articulo 42.1 CCom con cita de jurisprudencia y doctrina.
Además, en cuanto a las personas físicas razona que no resulta aplicable a las mismas lo razonado respecto al grupo de empresas, ni en este caso aprecia que la situación de insolvencia traiga causa de deudas de las tres

mercantiles sino sólo de la matriz y sólo en cuanto a los avales que CAJAMAR ostentaba frente a la matriz pero no de los del resto de operaciones comerciales.
En cuanto a la declaración separada el auto que desestima el recurso de reposición remite a las normas de la Lec.
La recurrente insiste en que se trata de un grupo de empresas familiar por lo que poseen la mayoría de los derechos de voto y tienen la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
Solicita que la reciente jurisprudencia sobre la exclusión de los grupos de empresas de carácter horizontal sea interpretada con carácter restrictivo y a los solos efectos de calificación intragrupo o de personas especialmente relacionadas.
Añade que todas las sociedades tienen el mismo domicilio social, deudas de unas frente a otras, avales puestos por las personas físicas por lo que entiende que una tramitación coordinada con una misma administración concursal permitirá una sustanciación mas ágil y beneficiosa para deudores y sobre todo para acreedores.
En definitiva reclama la tramitación acumulada de los 5 deudores por razones de economía procesal y con finalidad de conseguir la máxima coordinación de todos ellos; especialmente a la hora de elaborar los preceptivos informes o proponer convenios, insiste en que buena parte del pasivo ha sido avalado por los diferentes deudores con lo que tramitaciones en procedimientos distintos y diferentes administraciones concursales podría dar lugar a calificaciones de crédito distintas y tener el efecto negativo de multiplicar los incidentes concursales.
Subsidiariamente, aún en el caso de considerar que no concurrían los requisitos para declarar conjuntamente el concurso puesto que si se ha acreditado para cada una de las sociedades y personas físicas que se encontraban en situación de insolvencia, considera el recurrente que deberían haber declarado el concurso de cada una de ellas separadamente o adecuar las solicitudes a las normas de reparto pero en cualquier caso proveer lo necesario para que fueran declarados.
Por todo ello, ya sea conjuntamente y de forma acumulada en los presentes autos o en concursos separados e independientes al encontrarse cada uno de los deudores en situación de insolvencia, procede declarar el concursos de los solicitantes.
SEGUNDO.- Fijados los términos objeto del recurso debemos señalar que la presente resolución corresponde a la apelación sobre una decisión procesal.
Se mencionan conceptos sustantivos no sólo porque las normas que nos ocupan emplean conceptos propios de ese ámbito del ordenamiento jurídico, sino porque, en esta materia, la frontera entre el Derecho material y el «formal» es difusa pero la acumulación es un expediente jurídico de naturaleza procesal. Se trata de la primera decisión judicial del proceso -la declaración conjunta y por ende la acumulación- y no pretende valorar las consecuencias de una determinada actuación en el tráfico mercantil.
La reforma de la Ley 38/2011 ha pretendido arrojar luz sobre la definición de grupo y fija cual es la aplicable en el concurso de acreedores.
También introduce la previsión excepcional del art 25 ter 2 LC, pero la cuestión de la declaración conjunta obedece más bien a criterios prácticos y de eficiencia dentro las normas que regulan este supuesto de hecho pues la valoración esencial que se reclama es la de la situación de insolvencia.
En el presente caso, se cumplen los presupuestos exigidos en el art 25.1 LC entre la mayoría de los solicitantes y razones de ahorro de costes (en materia de gastos de publicación, honorarios de la administración concursal etc), de gestión del proceso (de nuevo nos referimos al trabajo de la administración concursal pero también para los acreedores) así como de favorecer, a priori, la correcta tramitación mediante la coordinación de los procesos aconsejan la aplicación del precepto.
Declarado el concurso, comienza la fase de comunicación de créditos y pese a que se deben realizar informes separados, de la lectura de la documentación de la solicitud se infiere que los concursados se presentan ante los acreedores como "grupo 007" y puede apreciarse una ventaja que facilitaría la comunicación de créditos y los trámites de clasificación de los mismos que los acreedores se dirijan a la misma administración concursal; el trabajo de clasificar los créditos y la elaboración de los preceptivos informes de la administración concursal supondría en buena parte repetir el mismo pues tienen pasivos comunes, pasivos "cruzados", se dedican al mismo sector y en la actualidad tienen el mismo domicilio social.
Si se planteara una propuesta de convenio -posibilidad que la ley concursal reconoce a quienes no hayan solicitado la liquidación- la negativa judicial la declaración conjunta impide las propuestas condicionadas salvo que se obtenga la acumulación en fase posterior a la declaración, circunstancia que también esta legalmente prevista.
La invocación del art 25.1 LC no pretende conclusiones sobre clasificación de créditos ni podría significar pronunciamiento a favor o en contra de las eventuales responsabilidades, acciones rescisorias, el levantamiento del velo, etc.
En el caso que nos ocupa, de acuerdo con la legislación vigente el art 25.1 LC :"1. Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte delmismo grupo de sociedades." permitiría acumular:
-El concurso del administrador único al de las sociedades que administra(esto es Alejandro, Productos Alfo 007 SA, Comercial 007 SLU y Snack Comercial SLU)
-También podría declarase acumuladamente el concurso del socio Daniel y el de productos Alfo 007 SA.
Estando dentro del presupuesto exigido por el art 25.1 LC la opción contraria, esto es no permitir la declaración conjunta, por ejemplo del socio Sr Alonso con la matriz, porque ésta pueda ser acumulada con las filiales pero

no la declaración conjunta del socio de la matriz (49%) con las filiales (de las que la SA titula el 100% de las participaciones) sin ponderar la racionalización de los recursos y el deseable abaratamiento del coste de los procesos no está justificada.
La inadmisión de las 5 solicitudes presentadas en marzo de 2014 no parece justificada porque veda esta posibilidad al deudor concursado cuando, las tres mercantiles prestan servicios en el mismo sector, son identificadas por los acreedores como un grupo y pueden solicitar declaración conjunta en la mayoría de las composiciones entre ellas,
(socio con matriz, matriz con cada filial, administrador societario con matriz y filiales)en el caso de Alejandro, en todas ellas.
La aplicación del concepto de grupo de empresas en esta fase del proceso (la declaración) únicamente impediría la declaración conjunta acudiendo al concepto fijado por la DA 6 según la reforma de la ley 38/2011 a las dos filiales y al socio de la matriz respecto a las dos filiales, en el caso de que procesalmente no se apreciaran las ventajas que ya justificaban la declaración conjunta en concurso voluntario, aun antes de la regulación actual del artículo 25.1 LC. Motivos que permiten apreciar la oportunidad y ponderar que el legislador ha acogido la práctica de los Juzgados mercantiles en buena parte de la reforma de carácter procesal introducida por la Ley 38/2011.
Sin perjuicio del análisis caso por caso, en el que nos ocupa, la Sala estima que procede la declaración conjunta por las razones expuestas.
Podemos añadir otros supuestos en los que, la declaración de concurso se ha resuelto favorablemente a la demanda conjunta, en idéntico sentido, en beneficio de los acreedores.
Así numerosos autos dictados tras la entrada en vigor de la ley 38/2011 procedieron a declarar conjuntamente sociedades en grupo de empresas sin analizar desde este punto de vista el concepto en el momento de la declaración; en fecha 27 de marzo de 2013 los solicitado RENTA CORPORACIÓN REAL ESTATE ES SAU (CV Nº 203/13), RENTA CORPORACIÓN REAL ESTATE FINANCE SLU (CV Nº 204/13), RENTA CORPORACIÓN REAL ESTATE SA (CV Nº 205/13) y RENTA CORPORACIÓN CORE BUSINESS SLU (CV Nº 206/13).
Incluso después de la mencionada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona en 11 de diciembre de 2013,el auto dictado por el Juzgado Mercantil nº8 de Madrid el fecha 30 enero 2014. AC 2014\212 ASTRA Y AIR COMET dos filiales cuyo 100 % de acciones pertenece a TEINVER.
Ello es compatible con la interpretación de la precitada sentencia que motiva en el auto recurrido la inadmisión pues allí se decidió sobre la clasificación de créditos en el concurso de una de las filiales.
Otro ejemplo se da en uno d los dos autos de dictados el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa) Auto de 19 noviembre 2013. JUR 2013\353585 FAGORMASTERCOOK S.A., declarado antes del de la matriz (Fagor) en auto de la misma fecha; en aquel caso razonó sobre los casos de declaración de concursos de sociedades mercantiles en los que una de las sociedades que tienen domicilio social fuera del territorio (por lo que en principio no sería competente el juez ante el que se solicita),sin embargo se declara concurso principal por apreciar que el centro efectivo de dirección justifica tal declaración.
En el presente concurso voluntario concurren los presupuestos legales respecto a la declaración conjunta de socio con la mercantil matriz, del administrador con la matriz y de esta con las dos filiales; la declaración por separado porque COMERCIAL 007 SLU no ostente derecho de voto en COMERCIAL SNACK SLU o Daniel ostente el 49% de las acciones de la sociedad anómina que posee el 100 % de las filiales, no es proporcionada porque elimina un derecho que tienen las concursadas sin que se aprecie una ventaja que justifique, en este caso concreto, la aplicación que realiza el auto recurrido.
Procede en este punto estimar el recurso y acordar la declaración conjunta de los concursos solicitados.
TERCERO.- En cuanto a la cuestión planteada al hilo de la inadmisión de la solicitud de concurso voluntario porque la representación procesal de GRUPO 007 no accedió a desacumular, si bien la propia solicitante podría haber reclamado la declaración separada ante el Juzgado de lo Mercantil ya desde ese primer traslado, al haberse estimado la pertinencia de la declaración conjunta no procede analizar la cuestión en esta alzada.
En cualquier caso, la presente resolución acuerda la tramitación coordinada de acuerdo con lo dispuesto en el precitado art 25.1 Lc y resuelve que se declaren conjuntamente.": AAP Baleares (Sección 5) 28.07.2014 (Auto 162/2014; Rollo 320/2014)

2.El acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades.

3.El juez podrá declarar el concurso conjunto de dos personas que sean pareja de hecho inscrita, a solicitud de los miembros de la pareja o de un acreedor, cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común.

4.Será juez competente para la declaración conjunta de concurso el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo y, si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante o, en supuestos en que el concurso no se solicite respecto de ésta, el de la sociedad de mayor pasivo.

[Mediante Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011) se añade un nuevo capítulo, el III, al título I, que modifica el artículo 25 y añade los nuevos artículos 25 bis y 25 ter:
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).]

Artículo 25 bis. Acumulación de concursos.

1.Cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados siguientes:

1.º De quienes formen parte de un grupo de sociedades.

2.º De quienes tuvieren sus patrimonios confundidos.

3.º De los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica.

4.º De quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta.

5.º De los cónyuges.

6.º De la pareja de hecho inscrita, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3.

Art 25.bis-1

JM-8 Madrid

"I.- Relativos a la acumulación de concursos.(1).-La acumulación de concursos. Límites y efectos.En la tramitación del procedimiento concursal rige la regla de la exclusividad procedimental subjetiva, la cual impone que por cada deudor declarado en concurso, se tramitará, respecto de éste, un único proceso, art. 9.2 LC, y que dicho proceso se referirá exclusivamente a ese sólo deudor fallido, el cual viene individualizado por su personalidad jurídica, art. 1.1 LC. Es decir, el procedimiento concursal sólo da cabida al tratamiento de la insolvencia de una única persona o ente con personalidad jurídica, titular de un único patrimonio, sin posibilidad de ampliación subjetiva de la base del proceso. No existe, por tanto, una acumulación de concursos asimilable en sus efectos de trámite a la acumulación procesal de autos, como expedientes de tramitación, de modo análogo a lo previsto en el art. 74 y ss. LEC para los procesos declarativos ordinarios.
No obstante la vigencia permanente de la anterior regla procesal de exclusividad subjetiva del concurso, se dan supuestos en los que el deudor concursado se encuentra en especial relación con otras personas, ya físicas, ya jurídicas, también en situación de insolvencia y sometidas a su respectivo procedimiento concursal. Esa relación jurídica determina que entre ambos sujetos declarados en concurso, cada uno en su respectivo procedimiento, exista una cierta vinculación patrimonial y económica subyacente, con o sin confusión de patrimonios, de carácter sustantivo, que impone una cierta coordinación en la tramitación de ambos procedimientos concursales. Esto es, si el presupuesto objetivo del concurso es el estado de insolvencia del deudor común, art. 2 LC, procesalmente no puede desconocerse que en ciertos casos la realidad material determina que dicha insolvencia irradie, como fenómeno económico común, a diversos patrimonios que actuaban en el tráfico económico ligados entre sí, lo que aconseja conectar, de alguna manera, los procedimientos referentes a cada uno de tales deudores.
Las categorías de vinculación patrimonial que permiten declarar la acumulación de concursos aparecen recogidas, taxativamente, en el art. 25 LC, para la acumulación inicial, y 25 bis LC para la acumulación sucesiva, referidas a grupos de sociedades, socios personalmente responsables de las deudas sociales, miembros integrantes de un ente sin personalidad, o cónyuges.
(2).-Alcance de los efectos de la acumulación.
Con tal acumulación no es que se realice una excepción a la indicada regla de la exclusividad procedimental subjetiva, sino que, pese a seguir existiendo por separado ambos concursos, como dos procedimientos distintos y diferenciados, se produzca una tramitación independiente pero coordinada de varios concursos, de acuerdo con el art. 25 ter.1 LC, " los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada (...) ". Dicha concertación puede manifestarse en la publicación de unos mismos edictos, si es el caso, art. 23 LC, en el nombramiento, de ser posibles por el estado del trámite, de una misma administración concursal, art. 27.3 LC, en la propuesta condicionada de convenios, art. 101 LC,
o en el aprovechamiento de mismo actos de subasta para liquidación de activos de los diversos concursados.
(3).-Valoración de los motivos alegados para la acumulación.
No cabe duda de que existe una relación de grupo de sociedades, calificado conforme a la DA 6ª LC, en relación con el art. 42 CCO, entre ASTRA y AIR COMET, hecho este admitido por todas las partes, por lo que se da el supuesto del art. 25 bis.1º LC, lo que motiva que deba acordarse la acumulación.
Extremo distinto será el muy limitado alcance de dicha acumulación, ya que la coordinación de procedimientos a los que se refiere la LC puede ser ejercitado en este caso de modo escaso, dada la diferencia de estado de tramitación en que se encuentran los procesos concursales, pero al menos este pronunciamiento puede poner en manos de las AACC de dichos concursos un instrumento hábil para cierta compatibilización de tareas liquidatorias.": AJM-8 Madrid 30.01.2014 (Concurso 282/2010)

2.En defecto de solicitud por cualquiera de los concursados o por la administración concursal, la acumulación podrá ser solicitada por cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado.

3.La acumulación procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados. En ese caso, la competencia para la tramitación de los concursos acumulados corresponderá al juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud de concurso o, en su caso, del concurso de la sociedad dominante o cuando ésta no haya sido declarada en concurso, el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo.

[Mediante Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011) se añade un nuevo capítulo, el III, al título I, que modifica el artículo 25 y añade los nuevos artículos 25 bis y 25 ter
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación el art. 25 bis a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor, siempre que en ninguno de ellos se hubiesen aprobado los textos definitivos, lista de acreedores e inventario (Disposición transitoria octava, Ley 38/2011).

Artículo 25 ter. Tramitación coordinada de los concursos.

1.Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas.

Art. 25 ter.1

AP Guipúzcoa

"De acuerdo con apartado 1 del art. 25 ter LC los concursos declarados conjuntamente y los acumulados "se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de masas". Esto obedece, en supuestos como el presente en que se trata de sociedades del mismo grupo, a la exigencia del respeto a la personalidad jurídica de las sociedades afectadas y va dirigida sobre todo a preservar los legítimos derechos de los acreedores que decidieron contratar con una determinada sociedad del grupo en el marco de la confianza que le reporta el patrimonio concreto de cada una de ellas.
Bien es verdad que el apartado 2 dispone que, excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados, pero ni es el supuesto de autos (no cabe deducir tal del hecho de que en el seno del concurso se haya aceptado la existencia de grupo a efectos laborales entre FAGOR y EDESA), ni se ha planteado dicha posibilidad por la asociación demandante.": SAP Guipúzcoa (Sección 2) 03.02.2015 (Sentencia 26/2015; Rollo 2354/2014)

2.Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados.

[Mediante Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011) se añade un nuevo capítulo, el III, al título I, que modifica el artículo 25 y añade los nuevos artículos 25 bis y 25 ter
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación el art. 25 ter a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor, siempre que en ninguno de ellos se hubiesen aprobado los textos definitivos, lista de acreedores e inventario (Disposición transitoria octava, Ley 38/2011).

Art. 25 ter.2

1. Sobre la consolidación de masas

AP Baleares

"Conforme se ha indicado anteriormente, el artículo 25 ter 2, para aplicar la consolidación de masas activas y pasivas, exige dos requisitos: que exista una confusión de patrimonios y que no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos en un gasto o demora injustificada. También concordamos con la sentencia de instancia que dicho precepto no contempla el origen de la situación anómala, ni la "causaliza", ni exige un elemento subjetivo de un interés de perjudicar a terceros. Si bien es evidente, que la aplicación de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo era un requisito para que se aplicase tal consolidación antes de promulgarse dicha norma, pues era una consecuencia de su concurrencia, en la actualidad consideramos irrelevante el examen de si concurren en el caso los requisitos exigidos para la aplicación de la misma.
Este recurso no puede prosperar en atención a los siguientes razonamientos:

A) Se consideran esenciales a los efectos que nos ocupan, los apartados 3 y 6 de los argumentos antes recogidos, sin que obren en las actuaciones remitidas a esta Sala las memorias aludidas en el apartado 1. La determinación del concepto de grupo de sociedades en que podría encuadrarse la realidad que nos ocupa, es indiferente a los efectos que nos ocupan, y, por tanto, no nos extenderemos sobre la misma. Lo relevante es que las entidades eran administradas por la misma persona - el Sr Arcadio - y la existencia de una vinculación entre las mismas que se referirá más adelante.
B) En cuanto al valor probatorio de las documentales aportadas por las partes demandadas, cabe reseñar que las mismas son: 1) Dos informes emitidos por la Inspección de la Agencia Tributaria en fechas 16 de enero y 3 de agosto de 2.012. 2) Un borrador que se atribuye a la entidad Deloitte, explicando el proceso de adquisición de activos y arrendamientos con terceros (documento nº 7 de la contestación, folios 732 a 831). 3) Un informe sin autoría que se dice es emitido por la entidad gestora Hiperion (folios 938 a 941). 4) Otro informe sin firma, pero que lleva el anagrama de la entidad S2G (folios 945 a 948). En cuanto a los mismos, y si se exceptúa el primero, llama la atención de que los informes no están firmados, el 2 es un borrador, y se desconoce si son parte de otros que se hallan en otros apartados del concurso. No obstante ello, son documentos no expresamente impugnados en la vista, y que pueden tenerse en cuenta, atendido el hecho de que se refieren a las sociedades en concurso y explican minuciosamente algunos aspectos de su funcionamiento y situación pasiva, sin olvidar el valor probatorio del informe de la Inspección Tributaria ya expresado con anterioridad, y si bien el mismo es el fundamento de la acusación en el proceso penal, y ciertamente va a ser objeto de contradicción en el mismo, no debe olvidarse que corresponde a un minucioso estudio efectuado por dos funcionarios públicos, que, en algunos apartados se fundan en otro informe de la entidad Pricewaterhousecoopers (este último no obra en las actuaciones remitidas a esta Sala). Consideramos esencial el hecho de que la parte actora no ha presentado prueba alguna que contradiga las afirmaciones contenidas en los anteriores dictámenes, o que siquiera pongan en duda el proceso de adquisición de activos expresados en los aludidos informes; en otras palabras, la representación del actor, quien administró las entidades concursadas hasta que fue desposeído de tal función por el auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Ibiza de 10 de junio de 2.010, hubiere podido practicar prueba para desvirtuar los hechos recogidos en los dictámenes, y no lo ha hecho limitándose a criticar cada una de las pruebas, siendo sus alegaciones carentes de prueba que las corrobore, sin que concurra una especial dificultad en su práctica, pues el demandante conocía el funcionamiento de la sociedad con anterioridad a dicha fecha, y pudo proponer prueba sobre el particular. Debemos resaltar que frente a una alegación de una deuda intrasocietaria que asciende a 556 millones de euros según la Administración judicial, la actora no aporte dato alguno sobre ello que contradiga los anteriores hechos.
C) Como aspectos más relevantes de los dos informes de la Agencia Tributaria sobre los dos requisitos que nos ocupan, debemos destacar: 1) En su apartado antecedentes, que el demandante " *es administrador único y propietario de un conjunto de sociedades publicitadas comercialmente bajo la denominación de Grupo Playa Sol. Dichas sociedades tienen como actividad principal la explotación turística y hotelera a través de establecimientos, tanto en régimen de propiedad, como en régimen de arrendamiento, procediendo de dicha actividad la mayoría de los ingresos... Asimismo desarrollan otras actividades, tales como el arrendamiento de carácter residencial... Estas sociedades han servido de instrumento para la adquisición de una serie de inmuebles, en su mayoría establecimientos dedicados a la actividad de hostelería situados en la isla de Ibiza. Tales inversiones también se materializaron, si bien en menor grado, en la adquisición de hoteles en otras zonas del territorio nacional, así como la adquisición de fincas rústicas radicadas principalmente en las provincias de Tarragona y Barcelona.* " 2) La existencia de una única persona que ostenta el poder de decisión sobre el conjunto de sociedades, que es el demandante. 3) La inexistencia de una delimitación de las actividades desarrolladas por cada una de las 289 sociedades integrantes del grupo GPS, con facturaciones ficticias entre las mismas, el escaso y poco seguimiento contable de las operaciones del grupo. 4) Las manifestaciones como testigo del Sr Luis Enrique, al parecer asesor fiscal del demandante y sus empresas en el sentido de que " *recibió instrucciones del Sr Arcadio de que no podía haber ninguna empresa que declarase más de 1.000 euros de beneficios, y bajo sus órdenes se falseaba la contabilidad y la fiscalidad. Para conseguir los resultados buscados se desarrollaba un mecanismo de facturación cruzado entre las empresas, mediante la cual se cargaban gastos o ingresos a empresas que no eran realmente las que habían de soportarlo o que habían realizado un trabajo concreto, de esta manera se distribuían los gastos e ingresos entre las sociedades*
del grupo para conseguir el interés buscado, es decir, no pagar impuestos, o los menos posibles." En el mismo sentido la declaración de la auxiliar administrativa Sra Emma. 5) Referencia a la facturación intragrupo de servicios ficticios para lograr eludir la tributación. 6) Notables deficiencias en la contabilidad, con ausencia de la misma en algunas, o la llevanza de diferentes contabilidades referidas a un mismo ejercicio en función de la previsible utilización de la misma. Amplio y oscuro entramado societario, y la confusión y contradicción de la información contable del grupo.
D) En el borrador atribuido a Deloitte se recoge una pormenorizada referencia al modo utilizado de adquisición de activos y la carga que pesa sobre los mismos de distintas sociedades del mismo grupo, con múltiples ejemplos, y debemos destacar que ante la minuciosidad de la información contenida la ahora actora y recurrente no ha practicado prueba alguna para desvirtuarla. Se alude a que tanto los activos adquiridos como los arrendados generan una serie de relaciones entre las sociedades del grupo, recogidas en cada esquema de los aportados.
E) El informe atribuido a la entidad Hiperion, también alude a que determinadas sociedades carecen de contabilidad y recoge casos prácticos de complejas operaciones entre sociedades del grupo, y que " *es difícilmente conseguible la reconstrucción contable de los ejercicios anteriores al año 2.010 válida y fiable y de*

acuerdo a las normas de la contabilidad. Cualquier labor de reconstrucción sería totalmente parcial, conllevaría grandes dosis de incertidumbre."

F) El informe de la entidad S2G hace alusión al volumen importante de relaciones jurídicas circulares entre las distintas sociedades del grupo. " *En cada uno de los procesos de adquisición de activos participaban varias sociedades del grupo, de forma que, en la mayor parte de los casos, la entidad adquirente no era la que suscribía el préstamo hipotecario, apareciendo varias otras entidades del grupo como fiadoras solidarias.... La compleja estructura de gestión de los hoteles explotados por el grupo, de forma que las sociedades propietarias*

o arrendatarias de los activos hoteleros cedían la explotación sin contrato que lo documentase, a otra sociedad del grupo. Adicionalmente, con carácter previo, los activos hoteleros propiedad de terceros explotados por el grupo, habían sido arrendados por una sociedad del grupo distinta a la que efectivamente realizaba el pago del correspondiente canon. Por otro lado, otros pagos derivados de dichas relaciones jurídicas (seguros, IBI, etc) eran efectuados por una sociedad distinta a la titular de la explotación..... documentación societaria no sistematizada ni ordenada bajo lógica alguna, e incluso en muchos casos inexistente. La existencia de alguna sociedad ha sido conocida por la documentación hallada en las oficinas principales del grupo... En ocasiones, total inexistencia de documentación que acreditara las relaciones surgidas entre las sociedades integrantes del grupo". Concluyen en la imposibilidad manifiesta de llevar a cabo un proceso de reconstrucción de dichos estados financieros de una forma mínimamente ordenada y garantizando la calidad en el producto final... "

Dicha reconstrucción requeriría, en primer lugar, la dedicación de un número de recursos muy elevado, el plazo de su ejecución, si bien no se puede cuantificar razonablemente, sería muy largo y, adicionalmente, no es posible asegurar que se lograra el objetivo de reconstruir los registros contables de los ejercicios anteriores, debido a la relevancia de las limitaciones que para ello, con toda certeza, se pondrían de manifiesto. ". Una vez más, reiteramos que tales afirmaciones no han sido contradichas por prueba alguna, y el importe de las retribuciones de la Administración concursal no es un dato relevante, reiterando la ausencia o las deficiencias en la contabilidad puestas de manifiestos por dichos informes, y no contradicha con prueba alguna por la ahora recurrente, con la simple presentación de una contabilidad ordenada y correcta.

G) Las actuaciones penales, que han llegado a una situación actual de auto de apertura del juicio oral contra el demandante y otra persona, constituyen un indicio de uso de las relaciones intrasocietarias para defraudar a la Hacienda Pública estatal y autonómica.

H) La inexistencia de un acreedor que se considere perjudicado por la consolidación de masas, pues ninguna alegación en este sentido obra en las presentes actuaciones. Con ello se quiere indicar que el riesgo de que algún acreedor de una sociedad que pudiera ostentar más solvencia, pudiere quedar perjudicado con la consolidación, si bien no es un requisito que lo impida, en el caso enjuiciado, es inexistente. No existe base alguna para separar a las 18 sociedades pretendidas del resto, por la aludida vinculación entre las sociedades del grupo, tal como acertadamente se señala en la sentencia recurrida.

I) En cuanto a la actividad a que se dedican las sociedades, es reconocido por todas las partes, que las 18 sociedades se dedican a una actividad distintas a la hotelera o arrendadora de inmuebles, pero ratificamos la consideración de la sentencia de instancia de que este hecho no es aludido por la norma del artículo 25 ter 2 de la LC, y no es un óbice para la aplicación del efecto pretendido de la consolidación de masas.

J) La prueba antedicha aportada por los demandados se considera suficiente para acreditar los tan aludidos dos requisitos, reiterando una vez más la ausencia de prueba practicada a instancias de la actora que contradiga las conclusiones recogidas en los informes. Además, tampoco se ha aportado prueba para desvirtuar los tres ejemplos de relaciones intragrupo aludidas con anterioridad.

Por todo ello, debemos concluir que concurren los dos requisitos antes citados y en el caso concreto es procedente la consolidación de masas.

En cuanto a otras alegaciones de la recurrente contenidas en el escrito de interposición del recurso de apelación, debemos reseñar:

1) La recurrente efectúa una extensa alusión a la doctrina sobre el levantamiento del velo, que constituye el soporte de la responsabilidad atribuida en el proceso penal a las empresas del grupo. La Sala considera improcedente entrar en su examen, puesto que, la norma no exige la concurrencia de los requisitos exigidos para apreciar tal doctrina.

2) No resulta necesario incidir en este momento procesal sobre el examen del tipo de grupo de sociedades que concurre en el supuesto enjuiciado y si existe o no una unidad de decisión empresarial entendida como unidad estratégica del negocio.

3) Excede del objeto de una impugnación de inventario como la que nos ocupa, el determinar si la compleja actuación de intervención de las sociedades es correcta o ajustada a derecho. Suponemos que habrá sido objeto de los oportunos recursos ante los órganos de la jurisdicción penal, y, en caso contrario, consentida. En todo caso, tal intervención ha existido en base a unos indicios apreciados por los órganos de dicha jurisdicción penal, en atención a unos informes que podrán examinarse ante la misma en el acto del juicio oral, pero que, a los efectos que nos ocupan, constituyen indicios relevantes: No obstante, su duración ya por un relevante período de tiempo, esto es, desde junio de 2.010, dos años y medio antes de la declaración de concurso, provoca una situación que esta Sala debe tener en cuenta, como la existencia de un criterio de unidad de caja, la autorización de endeudamiento con la garantía de todos los activos de las sociedades del grupo, y el sometimiento a la actuación de todas ellas a una entidad gestora nombrada en el procedimiento penal, las cuales coadyuvan a la concurrencia de los requisitos para que prospere la petición de consolidación de masas, con independencia de lo que pueda resolverse en el acto del juicio oral en la sentencia definitiva del proceso penal. El hecho de que tal actuación sea impuesta por el Juzgado de Instrucción y no acordada por la Junta General, deviene irrelevante a los efectos que nos ocupan, al igual que si la Administración concursal solicita la

absolución en el procedimiento penal, si bien, en cuanto a esta última, debemos hacer constar que sólo nos consta la alegación de la parte, sin que de la documental aportada se infiera tal hecho.
4) No nos hallamos ante ninguna acción de reintegración, con lo cual no es posible el examen de si con los gravámenes autorizados por el Juzgado de Instrucción se vulnera el principio de igualdad de trato entre los acreedores. No obstante, como antes se ha indicado, conforme a la documentación presentada por las partes no nos consta que algún acreedor se hubiere considerado perjudicado por la consolidación de masas.
5) Es radicalmente improcedente entrar en el examen de la supuesta solvencia de alguna o de todas las 18 sociedades que se pretenden separar de la consolidación sociedad, cuando no se ha recurrido el auto de declaración de concurso voluntario. No resulta acreditado que nos hallemos ante un error generado por la actuación de la Agencia Tributaria.
6) El hecho de que se solicitase el concurso voluntario con la presentación de los documentos exigidos por el artículo 6 de la LC no es óbice para que no pueda estimarse la concurrencia de los tan citados dos requisitos para la consolidación de masas. Cabe recordar que el momento procesal en que se efectuaría la consolidación no es necesariamente con la solicitud del concurso, y quien se halla legitimado es la Administración concursal.
7) No se ha practicado prueba sobre el coste que pudiera conllevar el deslindar las titularidades de activos y pasivos, pero ésta deviene imposible realizarla en su integridad, según los dictámenes antedichos": SAP Baleares (Sección 5) 15.04.2014 (Sentencia 123/2014; Rollo 74/2014)

JM-8 Madrid

"II.- Relativos a la consolidación de masas.
(4).-Cauce procesal para la consolidación.
Por ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED se ha instado la consolidación de masas bajo el trámite de resolución previstas para la declaración de acumulación de concursos.
No se establece en la LC un iter procesal concreto para dar lugar a la consolidación de masas, por lo que cabría cualquiera de estas posibilidades:
(i).- Entender que como debe reflejarse en el Informe del art. 74 LC, al señalar el art. 25 ter.2 LC que la consolidación tiene lugar a los efectos de tal informe, debe ser la AC la que así lo recoja en la emisión de cada Informe en los concursos afectados, y frente a ello podrán los interesados acudir a la vía de impugnación del art. 96 LC.
(ii).- Al no tener previsto cauce alguno, podría entablarse como un Incidente concursal autónomo, de acuerdo con el tenor literal del art. 192.1 LC, dentro del concurso.
(iii).- Dada que la consolidación aparece regulada como un posible efecto excepcional de la acumulación, de acuerdo con la sistemática de los arts. 25 a 25 ter LC, se puede instar de modo conjunto, para resolverse en el propio auto que da lugar a la acumulación.
Cualquiera de estas vías parece conforme con la finalidad de dar trámite a la petición, siempre y cuando Informe de los concursos cuyas masas se pretende consolidar no este emitido, ya que el art. 25 ter.2 LC exige que dicha consolidación se refleje necesariamente en tales Informes. Ha de tenerse en cuenta que tal consolidación afecta de modo determinante a los intereses de todos los acreedores afectados, y que la LC establece ciertas formas de publicidad general sobre la emisión del Informe del art. 74 LC, mientras que el cauce de la mera autorización junto con la solicitud de acumulación de concursos únicamente se notifica a las partes efectivamente personadas, por lo que de estimarse por esta vía, pero sin reflejo efectivo en el Informe del art. 74 LC motivaría que no exista publicidad legal para el resto de acreedores afectados y no personados.
(5).-Legitimación para instar la consolidación.
Aunque sistemáticamente la consolidación se regula a la sombra de la acumulación de concursos, como un efecto especial de la misma, y dicha acumulación puede ser solicitada por una pluralidad de sujetos, vd. art. 25 bis.1 LC, parece claro que como dicha consolidación debe encauzarse necesariamente por vía de emisión de los Informes del art. 74 LC con reflejo de masas consolidadas, esto es, reconociendo al conjunto de los acreedores de los distintos concursos en los demás, e incluyendo en el Inventario de masa activa de cada concurso el conjunto de los bienes inicialmente afectos a los demás concursos, conlleva que la iniciativa para la consolidación tenga que ser instada, bien ante el Juez, bien de modo espontáneo en la emisión del Informe, por cualquiera de las AACC de alguno de los concursos en cuestión. Sin perjuicio de que su decisión, positiva o negativa, pueda ser luego impugnada vía art. 96 LC.
En este caso es el propio deudor, ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED, la que insta la consolidación, sin que la AC de su concurso esté conforme, y sin que la AC del concurso de AIR COMET SAU haya adoptado postura alguna de modo expreso. Toda vez que el Informe del art. 74 LC de ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED fue ya emitido, y transcurrió el plazo de impugnación del art. 96 LC sin ser atacado por esta causa de falta de consolidación, parece que esta solicitud es extemporánea y su solicitante carece de legitimación, lo que bastaría para su desestimación, aunque concurren motivos más poderosos para un análisis material de la cuestión.
(6).-Consolidación de masas en concursos acumulados.
Antes de analizar las concretas alegaciones de ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED, conviene sentar las premisas jurídicas desde las que se hará dicho análisis.
Inicialmente, aún cuando se haya podido declarar la acumulación de distintos procesos concursales, como ya se apuntó, continuará manteniéndose la plena independencia de cada proceso concursal, pese a la coordinación en su tramitación, para dar un tratamiento individualizado y separado al patrimonio de cada uno de los deudores sujetos a tales concursos acumulados. Es decir, pese a la acumulación de masas no existirá la comunicación de responsabilidad patrimonial entre los distintos acreedores respecto del conjunto de

acreedores de todos esos concursos. Y así, el art. 25 ter.1 LC señala que " *los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de masas* ".
No obstante esa norma general, consustancial a la naturaleza misma del proceso concursal y del tratamiento patrimonial de la insolvencia de cada deudor, el art. 25 ter.2 LC indica que " *excepcionalmente, se podrá consolidar inventario y lista de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslinadar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados* ". De dicha disposición, se pueden extraer las siguientes conclusiones jurídicas:
(i).- Se trata de una posibilidad excepcional, por que así lo recoge el precepto y por que así lo impone la naturaleza misma del proceso concusal, como se apunto en el RJ (1) de esta resolución, y la esencia del Derecho patrimonial, donde al acreedor le responde exclusivamente el patrimonio del deudor con el que está originariamente vinculado.
(ii).- Es un principio esencial del Derecho patrimonial, identificado bajo la denominación de relatividad obligacional, que la vinculación obligacional que surge entre acreedor y deudor, sujeta a la responsabilidad para el casi de cumplimiento del débito, exclusivamente el patrimonio de dicho deudor, y no de terceros sujetos, vd. art. 1.257 CC. Ningún otro patrimonio, de sujetos distintos que no hayan prestado su consentimiento para obligarse frente al débito (v. gr. fiadores o avalistas) o estén sometidos a ello por disposición legal que califique ciertos hechos (obligados por responsabilidad extracontractual), puede quedar sujeto al cumplimiento de aquellos débitos, por completo ajenos a su titular, lo que es de esencia para la seguridad jurídica del tráfico económico.
(iii).- Esta regla solo aparece rota en supuestos muy concretos, donde se hace precisa una respuesta sentada en razones de justicia material. Ello se da en casos en los que un comportamiento del propio deudor, fraudulento o no, coloca a los acreedores ante el riesgo de impago debido al traslado del patrimonio de dicho deudor a otra titularidad ajena a las relaciones obligacionales originales. Ello es lo que fundamenta doctrinas juriprudenciales como la del levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades, por abuso de la misma, en el ámbito mercantil, o la de responsabilidad extendida al grupo de sociedades, en el ámbito laboral.
(iv).- Parece que lo lógico sería que la consolidación concursal de masas de diversos concursos, cada uno referido a su deudor, respondiese precisamente a esas razones de justicia que han fundado las doctrinas excepcionales para extender la responsabilidad patrimonial de unos sujetos a otros ajenos originariamente, al menos en forma, a la relación jurídica obligacional. No obstante, el tenor literal del art. 25 ter.2 LC, al referirse a que ello obedecerá " *a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal* ", parece atenerse a un alcance mucho más formal que aquel en el que se fundan aquellas doctrinas de extensión de responsabilidad. Es decir, es como si la LC no estableciese este mecanismo, la consolidación, para dar una respuesta armónica a situaciones injustas, donde los acreedores de cada uno de los concursos quedan aislados dentro de él, limitada su pretensión de cobro exclusivamente contra la masa activa formalmente incluida en dicho concurso, aún en los supuestos en los que ello pueda resultar injusto, por haberse producido un fraccionamiento, por hechos anteriores del deudor, de lo que debió ser la masa activa, de derecho, de toda la situación de insolvencia de los deudores afectados en todos y cada uno de los concursos en cuestión.
(v).- La interpretación literal anterior del art. 25 ter.2 LC debe quedar matizada, ya que si bien la consideración de la consolidación como institución paliativa de situaciones injustas no es expresa, lo cierto y verdadero es que el efecto de la consolidación en los informes de la AC de cada concurso, llevará a la consecuencia inmediata de que los acreedores de cada concurso extiendan su expectativa de cobro sobre la masa activa de todos y cada uno de los concursos con masa consolidada, ya que aquel Informe del art. 74 LC rige el estatuto jurídico para el cobro de los acreedores, la afección de bienes, y determina luego las consecuencias de la liquidación y pago.
(vi).- Lo que desde luego no aparece ya soslayable en el texto del art. 25 ter.2 LC es el presupuesto habilitante para dar lugar a la consolidación, " *cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en gasto o demora injustificados* ". El precepto no hace referencia a elemento alguno de carácter subjetivo sobre el desvalor de actuaciones previas del deudor, que puedan dar lugar a situaciones injustas para los acreedores, sino que se basa en el dato objetivo de la confusión patrimonial. Ello determina que no deba hacerse un juicio concursal sobre el levantamiento del velo social, sobre el abuso de personalidad jurídica, sobre la cesión ilegal de mano de obra entre sociedades del mismo grupo..., a fin de dar respuesta a través de la consolidación a dichos comportamientos. Esas cuestiones deberán tener cobijo bajo otras valoraciones, pero no en la decisión sobre la consolidación de masas. Estén o no presentes dichos comportamientos, lo esencial es que exista una confusión patrimonial entre las masas de los concursos.
(vii).- Si por patrimonio se entiende el conjunto de activos y pasivos titularidad de un sujeto de Derecho, en cuanto a la extensión, existirá dicha confusión cuando concurra una conmixtión de los elementos típicos patrimoniales, esto es, los conjuntos de activos y pasivos, de modo que se afecta la generalidad o mayoría muy principal de dicho conjunto, de dichas masas de los distintos concursos, aún cuando algunos activos o pasivos aislados sean individualizables para cada concurso, los cuales serán no obstante arrastrados por la consolidación, ya que no puede ser parcial, pues en otro caso no existiría propiamente confusión patrimonial. Siguiendo con la extensión de la conmixtión, debe afectar tanto a pasivo como activo, no sólo a uno de tales aspectos, ya que el concepto de patrimonio es omnicomprensivo de ambos elementos.
Y en cuanto al alcance de tal conmixtión, no se precisa que sea absoluta, sino que puede ser relativa, de modo que un esfuerzo deslindante sobre ese conjunto de activos y pasivos pudiera tener algún éxito, pero basta para dar lugar a la consolidación cuando dicho esfuerzo no aparezca justificado, no por razones de justicia material,

sino prácticas, por su coste o tiempo que conllevará.
(7).-Circunstancias alegada para la consolidación.
Por parte de ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED se alega que el 90% del pasivo del concurso de ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED responde a deuda generado por arrendamiento financiero de las aeronaves utilizadas por AIR COMET SAU, que por ésta se realizaron pagos por cuenta de ASTRA, y se adquirió así mismo un importante derecho de crédito frente a terceros, derivado de la expropiación de Aerolíneas Argentinas SA y Austral Líneas Aéreas SA, y que otras sociedades del grupo de Teinver y Marsans anotaban contablemente el crédito derivado del pago por ellas de dudas de ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED a AIR COMET SAU. Junto con ello se alega que debe acudirse al levantamiento del velo, ya que ambas sociedades tenían los mismos socios y administradores, e incluso se traspasaban trabajadores.
(8).-Valoración jurídica.
En cuanto a un primer grupo de alegaciones de ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED, sobre el abuso de la personalidad jurídica y al levantamiento del velo, centrada en hechos tales como la identidad de socios y administradores, no puede prosperar para lograr la consolidación, ya que debe remitirse a las consideraciones hechos en el RJ (5) de esta resolución.
Por lo demás, no pude sostenerse que exista confusión patrimonial en la forma exigida para dar lugar a la consolidación, siempre excepcional, ya que:
(i).- El 90% del pasivo invocado en la petición de ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED no es entre ellas, sino por deudas de ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED con terceros, un entidad financiera, de modo que la relación obligacional está perfectamente delimitada en cuanto a los sujetos obligados y el título de obligación, aún cuando la relación contractual material de la que deriva aquella obligación se debiera a bienes o servicios en los que AIR COMET SAU tenía interés directo.
(ii).- Las relaciones por pagos efectuados por tercero, donde AIR COMET SAU realiza pagos por cuenta de ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED están debidamente contabilizados e individualizados en los Informes, en sus activos y pasivos, de cada una de las sociedades.
(iii).- La distribución de funciones empresariales entre sociedades del mismo grupo no puede motivar por sí la consolidación, ya que no genera *per se* confusión patrimonial, y es una práctica admitida y legítima la distribución de cometidos y finalidades empresariales entre distintas sociedades de un mismo grupo. De hecho, ni siquiera la unipersonalidad de socio de una sociedad de capital es motivo por si solo para acordar dicha consolidación.
(iv).- El hecho de que otras sociedades del grupo contabilizaran internamente los pagos realizados por cuenta de ASTRA WORDWIDE INTERNATIONAL LEASING LIMITED o de AIR COMET SAU, no puede determinar la confusión de patrimonios entre estas dos, de entrada por que aquella contabilización es un acto ajeno a estas, y por que al no acreditarse cómo se saldaban dicha deudas derivadas del pago por tercero, no puede siquiera constituir un indicio de funcionamiento bajo caja única.”: AJM-8 Madrid 30.01.2014 (Concurso 282/2010)

2. Caso de improcedencia de la consolidación

Tribunal Supremo

“PRIMERO. Resumen de los antecedentes.
En el concurso voluntario de tres sociedades - Construcciones Serrano, SA, Sanihogar, SA y El Vidre Urbana, SL -, conjuntamente solicitado y declarado por estar todas integradas en un mismo grupo - artículos 3, apartado 5, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en su redacción originaria, y 25, apartado 1, de la misma Ley, tras la reforma operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre -, dos de las acreedoras - Grupo Bertolín, SA y Nivel y Plomada, SL - de una de ellas - Sanihogar, SA - pretendieron la declaración de que los créditos contractuales de que eran titulares tenían en el lado pasivo, realmente, a las tres, de modo que las mismas debían ser tratadas como deudoras del total, en régimen de solidaridad.
También pretendieron, ahora con carácter general, la consolidación de inventarios y lista de acreedores.
Ambas pretensiones fueron desestimadas en las dos instancias, con el argumento de que no concurrían los requisitos precisos para la consolidación ni para prescindir de la personalidad jurídica de cada una de las concursadas y, consecuentemente, tampoco para hacer responsables de las deudas de una a todas las sociedades integradas en el grupo. (...)
II. RECURSO DE CASACIÓN.
SEXTO. Enunciado y fundamentos del único motivo.
Grupo Bertolín, SAU denuncia la infracción de los artículos 6, apartado 4, y 7, apartado 2, del Código Civil, en relación con la jurisprudencia formada sobre el levantamiento del velo de las sociedades.
Afirma la recurrente que concurren en el caso los requisitos precisos para corregir los excesos del dogma del hermetismo de la ersonalidad de las sociedades y prescindir de la separación entre las esferas jurídicas de cada una de las del grupo en que estaba integradas las concursadas.
Se apoya en la doctrina sentada, entre otras, en las sentencias de 28 de mayo de 1984 -" *[...] la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos 1, apartado 1, y 9, apartado 3), se ha decidido prudencialmente y según casos y circunstancias, por aplicar, por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo 7, apartado 1, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el <substratum> personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino*

del fraude (artículo 6, apartado 4, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7, apartado 2, del Código Civil) en daño ajeno o de <los derechos de los demás> (artículo 10 de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un <ejercicio antisocial> de su derecho (artículo 7, apartado 2, del Código Civil), lo cual no significa [...] que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe [...] cual sea la auténtica y constitutiva personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad <ex contractu> o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, <quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes> y menos <cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad>, según la doctrina patria "-; 11 de noviembre de 1991 - que sigue a la anterior -; y, en relación con el grupo de sociedades, 19 de noviembre de 2003 - *"[...] no puede escudarse en el hermetismo y aislamiento de la personalidad jurídica de sus elementos componentes para obviar toda responsabilidad por la actuación frente a terceros de la sociedad controlada [...]"* -.

Afirma la recurrente que, de conformidad con la mencionada doctrina, procedía declarar que el crédito de que es titular contra una de las concursadas realmente tiene, en el lado pasivo, a las demás sociedades del grupo, como había pretendido en la demanda se declarase.

SÉPTIMO. Desestimación del motivo.

Es cierto que, en algunos supuestos, la jurisprudencia, para no consolidar situaciones indignas de protección jurídica, se ha desligado del mito del hermetismo y de la concepción formalista de la sociedad y ha atendido a la realidad subjetiva de las relaciones creadas, así como a la finalidad de las normas aplicables en cada caso, a partir de una concepción meramente instrumental de la atribución de la personalidad.

Recuerda la sentencia 718/2011, de 13 de octubre, que " *en ocasiones, ha recurrido la jurisprudencia a levantar el velo de las sociedades, entre otras razones, para corregir los usos fraudulentos de la personalidad jurídica - la sentencia 457/2008, de 30 de mayo, se refiere al abuso de la personalidad de la sociedad en daño de tercero, y la 439/2009, de 25 de junio, al abuso de personalidad jurídica como vehículo del fraude -".*

Y precisa la número 670/2010, de 4 de noviembre, que el que " *en nuestro sistema se reconozca la personalidad jurídica de las sociedades, como centro de imputación de relaciones jurídicas y se entienda que, como regla, es la sociedad la que debe responder de su propio actuar aunque instrumentalmente actúe por medio de sus administradores, ello no constituye obstáculo para que, excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias - son clásicos los supuestos de infra capitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso -sea procedente el «levantamiento del velo» a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros [...]"*.

Sin embargo, esa regla -que lleva, al fin, a un puntual rechazo de la heterogeneidad subjetiva - ha de tener una aplicación excepcional - sentencias 475/2008, de 26 de mayo, 670/2010, de 4 de noviembre, 422/2011, de 7 de junio, y 326/2012, de 30 de mayo -, en cuanto mecanismo corrector de fraudes y abusos en perjuicio de los derechos de terceros.

En concreto, no basta para su aplicación con la mera existencia de un grupo de sociedades caracterizado en nuestro vigente ordenamiento por el control que ostenta, directa o indirectamente, una sobre otra u otras: artículos 42, apartado 1, del Código de Comercio, 4 de la Ley 24/1988, de 27 de julio, 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y disposición adicional sexta de la Ley 22/2003, de 9 de julio -, por más que posibilite una declaración conjunta del concurso o la acumulación de los ya declarados y, en su caso, la tramitación coordinada de los mismos e, incluso, excepcionalmente, la consolidación de inventarios y listas de acreedores, en supuestos de confusión patrimonial con imposibilidad o necesidad de costes o demoras injustificados para deslindar la titularidad de activos y pasivos - artículos 25, apartado 1, 25 bis, apartado 1, ordinal primero, y 25 ter, apartados 1 y 2, de la citada Ley 22/2003, redactados conforme a la Ley 38/2011, de 10 de octubre-. Ello sentado, es lo cierto que las recurrentes no ofrecen razones que pudieran justificar una consolidación de inventarios y listas de acreedores, que no sean las relativas a la regla del levantamiento del velo, ya tratadas, y que, en todo caso, han sido enjuiciadas a partir de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, por cuanto este extraordinario recurso no permite abrir terceras instancias y, al fin, revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de la segunda - sentencia 797/2011, de 18 de noviembre -, sino que cumple la función - como precisaron, entre otras muchas, las sentencias 532/2008, de 18 de julio, 142/2010, de 22 de marzo, y 153/2.010, de 16 de marzo - de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por el recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida, como resultado de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados.

Por esa razón concluimos insistiendo en que la sentencia recurrida negó que las ahora recurrentes hubieran demostrado, al margen de la admitida existencia del grupo de sociedades, circunstancias excepcionales que justifiquen convertir en deudoras de sus créditos contractuales a terceras personas, para las que los contratos que los originaron constituyen " *res inter alios* " (cosa entre otros).

En el recurso de casación la acreedora recurrente no ofrece razones que pudieran justificar la consolidación de inventarios y listas de acreedores, hoy regulada en el artículo 25 ter de la repetida Ley. Tan sólo menciona las relativas a la regla del levantamiento del velo, ya tratada en su significación excepcional, y que, en todo caso, sólo pueden ser enjuiciadas a partir de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, como se acaba de exponer.

Por esta razón concluimos con la decisión anunciada en el epígrafe, insistiendo en que la sentencia recurrida negó que las ahora recurrentes hubieran demostrado, al margen de la admitida existencia del grupo de sociedades, circunstancias excepcionales que justifiquen convertir en deudoras de sus créditos contractuales a terceras personas, para las que los contratos que los originaron constituyen, como regla, " *res inter alios* " (cosa entre otros). ": STS 13.12.2012 (Sentencia 738/2012; Recurso 1205/2010)

TÍTULO II - DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Artículo 26. Formación de la sección segunda.

Declarado el concurso conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez ordenará la formación de la sección segunda, que comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales.

CAPÍTULO I - Del nombramiento de los administradores concursales

Artículo 27. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales.

Redacción hasta ley 38/2011

1. La administración concursal estará integrada por los siguientes miembros:

- 1.º Un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo.
- 2.º Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo.
- 3.º Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté arantizado. El juez procederá al nombramiento tan pronto como le conste la existencia de acreedores en quienes concurran esas condiciones.

Cuando el acreedor designado administrador concursal sea una persona jurídica, designará, conforme al procedimiento previsto en el apartado 3 de este artículo, un profesional que reúna las condiciones previstas en el párrafo 2.º anterior, el cual estará sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los demás miembros de la administración concursal.
En caso de que el acreedor designado administrador concursal sea una persona natural en quien no concurra la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, podrá participar en la administración concursal o designar un profesional que reúna las condiciones previstas en el párrafo 2.º anterior, siguiendo para ello el procedimiento previsto en el apartado 3 de este artículo, quedando sometido el profesional así designado al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y remuneración que los demás miembros de la administración concursal.

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado 1:

- 1.º En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, en lugar del economista, auditor o titulado mercantil, será nombrado administrador concursal personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta de similar cualificación, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquélla. El abogado y el miembro de la administración concursal representante del acreedor serán nombrados por el juez a propuesta del fondo de garantía al que esté adherida la entidad o quien haya asumido la cobertura propia del sistema de indemnización de inversores.
- 2.º En caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora será nombrado en lugar del acreedor el fondo de garantía de depósitos que corresponda o el Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente, quienes deberán comunicar al juez de inmediato la identidad de la persona natural que haya de representarlos en el ejercicio del cargo. Por lo que se refiere a la designación del administrador abogado y al auditor, economista o titulado mercantil, el juez los nombrará de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros.
- 3.º Cuando se aplique el procedimiento abreviado previsto en los artículos 190 y 191, la administración concursal podrá estar integrada por un único miembro, que deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil que reúna los requisitos previstos en el apartado 1.

3. El nombramiento de los profesionales que hayan de integrar la administración concursal conforme a lo previsto en el apartado 1 se realizará por el juez del concurso entre quienes, reuniendo las condiciones legales, hayan manifestado su disponibilidad para el desempeño de tal función al Registro oficial de auditores de cuentas o al correspondiente colegio profesional, en el caso de los profesionales cuya colegiación resulte obligatoria. A tal efecto, el referido registro y los colegios presentarán en el decanato de los juzgados competentes, en el mes de diciembre de cada año, para su utilización desde el primer día del año siguiente, los respectivos listados de personas disponibles. Los profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria se inscribirán en las listas que a tal efecto se elaborarán en el decanato de los juzgados competentes. La incorporación de los profesionales a las respectivas listas será gratuita. Los profesionales implicados acreditarán en todo caso su compromiso de formación en la materia concursal.

Art. 27.3

1. Nombramiento de los profesionales por el Juez

"SEGUNDO.- La regulación de la sindicatura en los procedimientos de insolvencia es la piedra angular de su sistema, en el plano de la eficacia y de su limpieza de gestión, según demuestra su polémica en el Derecho comparado europeo último.
El caso es que, en el campo del nombramiento, del mecanismo de entrada al cargo, y dejando aparte las materias de la salida -estatuto jurídico, cese, y responsabilidad-, el modelo de LECO, desde unos requerimientos fundados en los tres rasgos fundamentales que adornan a la administración concursal, a saber, su extraordinaria importancia, su carácter necesario, y su profesionalidad, auspicia un régimen con el objetivo patente de no profesionalizar el cargo de administrador concursal, no obstante reclutar tales administradores entre profesionales, excluyendo que se perpetúe un círculo cerrado de escasas personas que repitan los encargos judiciales, sin generar una confianza en acreedores y público en general de cara al nuevo concepto "solutorio" del concurso, y por ende, incapaz de superar el desuso y descrédito de las instituciones concursales en nuestro país. Claro que ello implica esfuerzos contradictorios en buena medida, ya que los administradores expertos no han sido foco de una praxis corrupta en la mayoría de demarcaciones, y los administradores inexpertos, por contra, pueden ser foco de praxis ineficiente. Ha de tenerse presente, en contra de pueriles inteligencias voluntaristas, que no compensa a ningún profesional lograr una capacitación adecuada para no poder utilizarla más que esporádicamente.
El punto legal final de equilibrio ha sido un determinado ejemplo, por una parte, de limitar la discrecionalidad judicial para el nombramiento sin eliminarla, con una selección libre del juez, aun de entre un listado proporcionado y depurado, a través de un compromiso de formación continuada, por las corporaciones (1), y por otra establecer un tupido entramado de causas que impiden, condicionan o expulsan del cargo de administrador concursal, el cual incluye un nivel de reiteración temporal para la elegibilidad (2). Se puede censurar que los nombramientos judiciales no están todavía regulados de modo que no reincidan los mismos profesionales, si se suma a la designación del administrador acreedor la arbitrada por el juez, y tomando en cuenta que no es el número de concursos tan alto en el lapso bianual que justifique la mencionada inegibilidad (tres concursos en dos años para cada uno de los dos juzgados de Bilbao). En el ámbito de esta circunscripción, precisamente se sigue la práctica -que no es una norma, y de la que se hace salvedad cuando la complejidad previsible del procedimiento aconseja depositar la confianza en alguien especialmente conocido-, de requerir al llamado Turno de Actuación Profesional, TAP, creado por el Colegio Vasco de Economistas, la Agrupación territorial del País Vasco del Instituto de Censores, Jurados de Cuentas, y el Colegio de Titulados mercantiles y empresariales del País Vasco-que funciona a otros objetos, como auditorías, periciales y administraciones de empresas-, la indicación del nombre del colegiado inscrito en el mismo a quien corresponde según el orden que lleva establecido, a fin de nombrarle para el procedimiento concursal. Por ello, de los sujetos pasivos de este incidente, Josu Bascones es economista auditor "apuntado" por el TAP y nombrado por este juzgado, mientras que Ricardo Ortuzar es economista auditor designado por un acreedor concursal nombrado al efecto, y que reunía las condiciones legales. Así, el juzgado se ha alineado con la predicha tesis legal, potenciándola en lo posible, persuadido de la ventaja de que el profesional indicado por el TAP aceptará el cargo si supera el predicho marco de prohibiciones, y previamente ya está advertido de las condiciones debidas de disponibilidad.": Sentencia JM-2 Bilbao 25.01.2007 (Incidente Concursal 427/2006)

2. Discrecionalidad del juez en la designación, dentro de los límites legales

"Las restantes alegaciones vertidas no pasan de ser apreciaciones subjetivas no susceptibles de análisis a través del incidente de recusación. Conviene recordar en este punto que el nombramiento de los administradores concursales, dentro de los límites y presupuestos legales, es discrecional del juez que analizará el supuesto concreto y nombrará la persona que considere más adecuada para cada caso, esta facultad no es revisable vía recurso, pues el artículo 39 de La Ley concursal excluye dicho trámite para estos supuestos. En cualquier caso, puede apuntarse que la designación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria como acreedora miembro de la administración concursal, dada su condición de entidad pública, da transparencia a la actuación del órgano y supone la defensa en el mismo de un interés general, permite la adscripción a las tareas concursales de personal altamente cualificado y una considerable reducción de los costes, pues la retribución del personal lo asume directamente el Estado, lo que redunda en beneficio de la masa pasiva.": SJM-7 Madrid 15.12.2006 (Incidente Concursal 325/2006)

Art. 27.4

Redacción inicial

4. Cuando el acreedor designado administrador concursal sea una Administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas. La intervención de estos profesionales no dará lugar a retribución alguna con cargo a la masa del concurso.

Redacción desde 10.04.2009

Nueva redacción del artículo 27.4 LC introducida por art. 7-uno del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009), en vigor desde el día 10.04.2009
Según la Disposición Transitoria Tercera del mismo Real Decreto-Ley, esta nueva redacción será de aplicación en los procedimientos concursales que estén en tramitación a su entrada en vigor.

4. Cuando el acreedor designado administrador concursal sea una Administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas. La intervención de estos funcionarios no dará lugar a retribución alguna con cargo a la masa del concurso, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa.

"… no dará lugar a retribución alguna con cargo a la masa del concurso."

"SEGUNDO.- La previsión del artículo 27.4 de la LC es sumamente clara. Conforme a la misma no deben ser retribuidos con cargo a la masa del concurso los profesionales (funcionario público con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas) que fuesen designados para intervenir en la administración concursal por la Administración Pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella.
Se trata de una norma que resulta de aplicación al funcionario que pueda estar interviniendo por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), entidad ésta de derecho público que, según consta en los antecedentes de la resolución recurrida, fue la designada para integrar, como tercer miembro, la administración concursal de FORUM FILATÉLICO SA en concepto de acreedor-administrador (artículo 27.1.3° de la LC).
Probablemente no haya sido la intención del Juez de lo Mercantil asignar, en tales circunstancias, retribución alguna con cargo a la masa para el administrador que interviene por el acreedor institucional. Sin embargo, ello no se deduce ni de la fundamentación jurídica del auto ni de su parte dispositiva, lo que podría conllevar que, a tenor de su literalidad, se interpretase precisamente lo contrario. No se trata de una decisión que deba resultar dudosa, siendo exigible que el órgano judicial se pronuncie al respecto de modo expreso. Por lo que procede estimar el recurso conforme a este primer motivo a fin de que, por aplicación del artículo 27.4 de la LC, conste de modo inequívoco, en la parte dispositiva de la resolución judicial que prevé el artículo 34.3 de la LC, que no ha lugar a retribución alguna con cargo a la masa por la intervención en la administración concursal de FORUM FILATÉLICO SA de profesional designado por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT)": Auto AP Madrid (sección 28)29.02.2008 (Rollo 325/2007)

Redacción según Ley 38/2011

[Nueva redacción del art. 27 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).

1.La administración concursal estará integrada por un único miembro, que deberá reunir alguna de las siguientes condiciones:

1.º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.

2.º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

2.Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1:

1.º En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, será nombrado administrador concursal un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta con la cualificación del número 2.º del apartado anterior, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquélla.

2.º En caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros.

3.º En caso de concursos ordinarios de especial trascendencia el juez nombrará, además del administrador concursal previsto en el apartado 1 de este artículo, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe.

A estos efectos, cuando el conjunto de las deudas con los trabajadores por los créditos señalados en el párrafo anterior estuviera incluida en el primer tercio de mayor importe, el juez podrá nombrar como administrador acreedor a la representación legal de los trabajadores, si la hubiere, que deberá designar un profesional que reúna la condición de economista, titulado mercantil, auditor de cuentas o abogado, quedando sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, remuneración y responsabilidad que los demás miembros de la administración concursal.

El primer administrador concursal designado será el que ostente la representación de la administración concursal frente a terceros en los términos previstos en esta ley para los supuestos de administración concursal única.

Cuando el acreedor designado sea una Administración pública o una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado en ámbitos pertenecientes a las ciencias jurídicas o económicas, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa.

3.En los decanatos de los juzgados competentes existirá una lista integrada por los profesionales y las personas jurídicas que hayan puesto de manifiesto su disponibilidad para el desempeño de tal función, su formación en materia concursal y, en todo caso, su compromiso de continuidad en la formación en esta materia.

A tal efecto, el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y los correspondientes colegios profesionales presentarán, en el mes de diciembre de cada año, para su utilización desde el primer día del año siguiente, los respectivos listados de personas disponibles, incluidas las personas jurídicas. Los profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria podrán solicitar, de forma gratuita, su inclusión en la lista en ese mismo período justificando documentalmente la formación recibida y la disponibilidad para ser designados. Igualmente las personas jurídicas recogidas en el inciso final del apartado 1 de este artículo podrán solicitar su inclusión, reseñando los profesionales que las integran y, salvo que ya figuraran en las listas, su formación y disponibilidad.

Las personas implicadas podrán solicitar la inclusión en la lista de su experiencia como administradores concursales o auxiliares delegados en otros concursos, así como de otros conocimientos o formación especiales que puedan ser relevantes a los efectos de su función.

4.Los administradores concursales profesionales se nombrarán por el juez procurando una distribución equitativa de designaciones entre los incluidos en las listas que existan.

No obstante, el juez:

1.º Podrá, apreciándolo razonadamente, designar a unos concretos administradores concursales cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso.

2.º Para concursos ordinarios deberá designar a quienes acrediten su participación como administradores o auxiliares delegados en otros concursos ordinarios o, al menos, tres concursos abreviados, salvo que el juez considere, de manera motivada, idónea la formación y experiencia de los que designe en atención a las características concretas del concurso.

5.En supuestos de concursos conexos, el juez competente para la tramitación de éstos podrá nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única designando auxiliares delegados.

En caso de acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una de las administraciones concursales ya existentes.

6.Cualquier interesado podrá plantear al Decanato las quejas sobre el funcionamiento o requisitos de la lista oficial u otras cuestiones o irregularidades de las personas inscritas con carácter previo a su nombramiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 168 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Art. 27.2

Art 27.2 3º

1. Inidoneidad del acreedor con garantía real de todo su crédito, con independencia del valor de los

bienes gravados

AP Madrid

“PRIMERO.- ANTECEDENTES RELEVANTES
1.- La presente litis trae causa de la demanda incidental presentada por THE CHIC CORPORATION WORLWIDE, S.L. (en adelante, "TCCW") promoviendo la recusación de FORTIS BANK SUCURSAL EN ESPAÑA, S.A. ("FORTIS", en lo sucesivo), nombrada administrador concursal acreedor en el concurso de aquella. Como fundamento de sus pretensiones, TCCW señalaba: (i) La condición de acreedor privilegiado especial de FORTIS, derivada de que su crédito estaba garantizado con prenda, por lo que su nombramiento no se ajustaría a lo establecido en el artículo 27.2.3º de la Ley Concursal ("LC "). (...)
2.- El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia desestimatoria. Frente a lo sustentado en la demanda, entiende el juzgador que el nombramiento como administrador concursal de FORTIS no resulta contrario al artículo 27.2.3º LC, toda vez que, recayendo las prendas constituidas en garantía de su crédito sobre los saldos acreedores en ciertas cuentas bancarias, una, y, otra, sobre determinados derechos de cobro frente a tercero, resulta que, al tiempo de solicitarse el concurso, los derechos de cobro citados no habían llegado a ingresar en el patrimonio de la concursada y el importe de los saldos en cuenta resultaban manifiestamente insuficiente para asegurar la restitución del crédito garantido, por lo que la gran parte del crédito concursal de FORTIS había de ser clasificado como ordinario. Asimismo, entiende el juez a quo que la segunda de las causas de recusación esgrimidas por TCCW no podría operar en el caso que nos ocupa, habida cuenta que FORTIS no tiene la cualidad de auditor de cuentas, añadiendo que la causa de incapacidad por conflicto de intereses determinante de la pérdida de independencia no puede fundamentarse, en el caso de nombramiento de administrador concursal acreedor, en la mera condición de acreedor y el interés de este último en obtener la satisfacción de su crédito. (...)
SEGUNDO.- LA APTITUD DE FORTIS PARA SER DECLARADO ADMINISTRADOR CONCURSAL ACREEDOR EN FUNCIÓN DE LA CONDICIÓN DE SU CRÉDITO
4.- De la escritura pública de constitución aportada por TCCW (como documento número 3, f. 122 ss.), se desprende que cada una de las prendas que nos ocupan se constituyó en garantía del "íntegro y puntual cumplimiento" de las obligaciones garantizadas, que no eran otras que las derivadas del contrato de financiación suscrito con FORTIS, de las cuales, a su vez, trae causa la condición de acreedor concursal de esta entidad. Así puede leerse en la página 62 del documento en cuestión, en cuanto a la prenda de los derechos de crédito derivados de cuentas bancarias, y en la página 73, en cuanto a la prenda de los derechos de cobro frente a tercero, figurando a continuación la aceptación expresa de FORTIS.
5.- Ante la nitidez de tales declaraciones, ninguna duda ofrece que el crédito de FORTIS había de ser reputado, en su integridad, privilegiado especial. Así ha de entenderse por el hecho de que cada una de las prendas se constituyese para asegurar todo el crédito, no una determinada cuota o porción del mismo, dividido a tales efectos por la voluntad de los interesados. Es a este último supuesto al que deben entenderse referidas las resoluciones que cita la parte apelada en pro de sus tesis. Así resulta, por ejemplo, de la transcripción parcial de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de julio de 2011 (que aquí destacamos por la relevancia que le atribuye la apelada) recogida en las páginas 11 y 12 del escrito de oposición de FORTIS, cuando dice (página 11 in fine): *"El precepto atribuye el privilegio exclusivamente a los créditos garantizados con hipoteca. Por consiguiente, de ello se deriva que, cuando el crédito sólo esté garantizado en parte, el privilegio sólo se extenderá a la parte que se considere garantizada* " (énfasis añadido).
6.- La suficiencia o insuficiencia de los bienes sobre los que se constituyó la prenda para cubrir la totalidad del importe del crédito asegurado resulta irrelevante a los efectos que nos ocupan. En sede general, llegado el caso (esto es, cuando se hiciese preciso ejecutar la garantía), dicha insuficiencia comporta la subsistencia del crédito en la parte del mismo que no fuese satisfecha a resultas de la ejecución de la garantía, con sumisión, en cuanto al cobro de esta parte, a las reglas generales, sin derecho de preferencia alguno respecto de otros créditos. En el escenario de un concurso, todo ello se traduce en el tratamiento de la parte del crédito no satisfecha a costa del bien pignorado como crédito no privilegiado, esto es, como crédito concursal ordinario. A esto se refieren los artículos 157.2 y 155.4 LC, que las partes invocan.
7.- El hecho de que por la particular índole de los bienes pignorados resultase patente desde la misma iniciación del expediente concursal su insuficiencia para la satisfacción del crédito de FORTIS no determina cambio alguno en tales planteamientos. Insistimos en que lo relevante es que cada uno de los créditos pignorados habría de responder unitaria o conjuntamente de la obligación asumida por TCCW frente a FORTIS en su totalidad, no de partes determinadas de la misma que, a efectos de aseguramiento, hubiesen tenido a bien establecer aquellas. No nos encontramos ante un supuesto de distribución del crédito, como el contemplado en el párrafo quinto del artículo 1860 del Código Civil o en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria.
8.- Todo ello, claro está, sin perjuicio de la posibilidad que siempre tiene a mano el acreedor de extinguir unilateralmente el derecho de prenda dejando subsistente la obligación principal (artículo 1190 del Código Civil). No era este, sin embargo, el escenario existente al tiempo de producirse la designación de FORTIS como administrador concursal; tampoco después, pues esta entidad nunca renunció a hacer valer su derecho a cobrar con preferencia en virtud de las garantías pignoraticias de que disfrutaba (así se desprende del propio escrito de oposición al recurso, página 3 in fine).
9.- En su escrito de oposición al recurso, FORTIS esgrime como aval de sus tesis que en la lista de acreedores presentada con el informe de la administración concursal figura como titular de un crédito con privilegio especial por un importe igual al sumatorio de los saldos en cuenta bancarias pignorados y, simultáneamente,

como titular de un crédito ordinario por el importe de la parte de su crédito no cubierta por dichos saldos, y que el juez del concurso sancionó la corrección de tal clasificación al decidir sobre el incidente de impugnación promovido por TCCW. Sin embargo, lo que refleje la lista de acreedores ningún efecto validador produce respecto de un nombramiento de administrador concursal acreedor que no se ajuste a las exigencias legales.
10.- Tampoco pueden ser acogidos los alegatos del Sr. Everardo subrayando la idoneidad de FORTIS para el desempeño del cargo de administrador concursal acreedor a tenor de la ratio del artículo 27.2.3º LC, teniendo en cuenta la cuota del pasivo que representa su crédito, el escaso importe del mismo al que alcanzan los saldos objeto de la garantía prendaria y por comparación con la naturaleza e importe de los demás créditos concursales. El claro tenor literal de aquel precepto impide tener en cuenta tales consideraciones.
11.- De cuanto antecede, debemos concluir que FORTIS no reunía las condiciones subjetivas precisas para ser nombrado administrador concursal acreedor.": SAP Madrid (Sección 28) 07.03.2014 (Sentencia 80/2014; Rollo 435/2013)

Redacción según Ley 17/2014

[Nueva redacción por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014).
Entrada en vigor: "Las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no entrarán en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses." Disposición transitoria segunda. Régimen de la administración concursal.]

1. La administración concursal estará integrada por un único miembro.

2. Únicamente podrán ser designadas las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso.

3. Podrán inscribirse en la sección cuarta del Registro Público Concursal las personas físicas o jurídicas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente. Dichos requisitos podrán referirse a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos. Se podrán exigir requisitos específicos para ejercer como administrador concursal en concursos de tamaño medio y gran tamaño.

4. A los efectos de la designación de la administración concursal se distinguirá entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande. Reglamentariamente se fijarán también las características que permitan definir el tamaño del concurso.

5. La designación del administrador concursal recaerá en la persona física o jurídica del listado de la sección cuarta del Registro Público Concursal que corresponda por turno correlativo y que, reuniendo las condiciones exigidas en los apartados anteriores, haya manifestado al tiempo de solicitar su inscripción en dicho registro o, con posterioridad, su voluntad de actuar en el ámbito de competencia territorial del juzgado que lo designe. La primera designación de la lista se realizará mediante sorteo.
No obstante, en los concursos de gran tamaño, el juez, de manera motivada, podrá designar a un administrador concursal distinto del que corresponda al turno correlativo cuando considere que el perfil del administrador alternativo se adecúa mejor a las características del concurso. El juez deberá motivar su designación atendiendo a alguno de los siguientes criterios: la especialización o experiencia previa acreditada en el sector de actividad del concursado, la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales.

6. En caso de concurso de una entidad de crédito, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Igualmente nombrará administradores de entre los propuestos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando se trate de concursos de entidades sujetas respectivamente a su supervisión o por el Consorcio de Compensación de Seguros en el caso de entidades aseguradoras.

7. Por excepción a lo dispuesto en el apartado 1, en aquellos concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público podrá nombrar como segundo administrador concursal a una Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella. En este supuesto, la representación de la administración deberá recaer sobre algún empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado, que desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa. En estos casos, la representación de la administración concursal frente a terceros recaerá sobre el primer administrador concursal.
La Administración Pública acreedora o la entidad vinculada a ella podrá renunciar al nombramiento.

8. En supuestos de concursos conexos, el juez competente para la tramitación de estos podrá nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única, designando auxiliares delegados.
En caso de acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una de las administraciones concursales ya existentes.

DEROGADO -- Artículo 27 bis. Concursos de especial trascendencia a efectos de designación de la administración concursal.

[Nuevo art. 27 bis según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011). En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).

Previa decisión motivada del juez competente para declarar el concurso, se considerarán concursos de especial trascendencia aquellos en los que concurra uno de los siguientes supuestos:

1.º Que la cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso.

2.º Que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones de euros.

3.º Que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil.

4.º Que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso.

En todo caso, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público o de la administración concursal, en aquellos concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique y aun cuando no concurran los supuestos mencionados en este artículo, podrá nombrar como administrador concursal acreedor a una Administración pública o a una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella.

[Derogado por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014): Artículo Unico, Tres:
"Tres. Se suprime el artículo 27 bis."
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

Artículo 28. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones.

Redacción hasta Ley 17/2014

1. No podrán ser nombrados administradores concursales quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, ni quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza. Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales los que, reuniendo las condiciones subjetivas previstas en el apartado 1 del artículo 27, se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 por ciento de la masa pasiva del concurso.

Art. 28.1 No podrán ser nombrados administradores concursales quienes …

1. … hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor

"**TERCERO.-** Pues bien, en punto a la exégesis correcta de las causas de incompatibilidad absoluta de art. 28.1 y 4 LECO, debe defenderse, de un lado, la integración de estos dos mandatos normativos, dada la realidad del ejercicio profesional de los colegiados economistas auditores de este procedimiento (A); y de otro, negarse el empleo de un principio "ad restringenda", ya que no son prohibiciones o sanciones civiles (B).
A) En efecto, la práctica que se observa en los listados de colegiados de preparación económica es de ejercicio profesional como personas físicas, y en paralelo, asociándose en mercantiles cuya actividad es la misma, de manera que en unas ocasiones audita, administra, perita, o acepta el nombramiento de administrador concursal una persona natural, y en otras lo hace una persona jurídica que viene a ser representada por tal persona natural, siendo en todo caso el objeto material del trabajo uno idéntico.
Y debe sostenerse con claridad, a fin de que ello se advierta no sólo en este expediente, que LECO expulsa la posibilidad de que los profesionales vinculados en sociedad con objeto profesional coincidente, sean administradores concursales del mismo concurso, en la medida que elimina la colegiabilidad por intereses coincidentes conforme art. 28.4 LECO. Y por lo menos, cuando como en el asunto, existe una indiferenciación de la prestación de servicios entre las personas físicas y la persona jurídica en que participan para la misma actividad, en cuanto a medios y práctica profesional, de manera que, a veces actúa formalmente una persona natural, a veces dos o más conjuntamente, y a veces, la sociedad en que se integran, sin que ello revista posibilidades de diferenciar materialmente el trabajo prestado, y al margen de quien es formalmente quien autoriza un documento, quien figura en la factura, etc., la incompatibilidad se transmite entre personas naturales y personas jurídicas. Toda inteligencia contraria supone burlar la vena ideológica del motivo de

incompatibilidad por posibilidad de que se vislumbre un riesgo de resultar parcial, siquiera por el conocimiento previo de una realidad empresarial. Efectivamente, si se consigue demostrar que las personas naturales socias de personas jurídicas de la propia actividad profesional mantienen un alejamiento material arreglado al alejamiento formal, pudiera pensarse que quien ha prestado servicios al concursado, sea persona natural o jurídica, no transmite ese riesgo de parcialidad.
B) No hay ningun vector interpretativo de restricción en las causas de incapacidad y de incompatibilidad absoluta, como puede haberlo en cuanto a las prohibiciones o inegibilidades, o incluso en cuanto a las condiciones para ejercer el cargo.
El administrador concursal tiene una carácter bifronte como perito o dictaminador, auxiliar del juez, y otro papel de administración y representación de las masas, como parte necesaria del procedimiento, actuando en defensa de los acreedores, y dinamizando el trámite. Pero es que, por añadidura, este carácter bifronte, tiene perfil de intereses tutelados diverso, puesto que, si el administrador concursal es un órgano/parte, no deja de ser una parte oficial defensora de la legalidad, asentada en móviles iuspúblicos de la tutela del crédito y la empresa. Ello se desvela a la hora de ponerse oponer a un convenio aprobado ex art. 128.2 LECO, al promover resolución en el informe de calificación de art. 169.1 LECO, o cuando es parte facultada para impulsar el procedimiento y recurrir todos los actos judiciales.Y es por ello que se consagra un campo de arbitrio judicial para el nombramiento de administradores concursales, pero vedando la posibilidad de separación libérrima por pura pérdida de confianza del juez, y generándose un marco de competencias de la administración concursal inabordable para el juez, en el plano de gestión.
No hay un parecido más cercano de "parte imparcial" con dificultosa concepción, que la institución del Ministerio Fiscal, y de ahí que, en el plano de la imparcialidad objetiva y su tutela, por el contrario que en cuanto a prohibiciones de cara a evitar el enquistamiento de "profesionales de la insolvencia", la intepretación no puede ser restrictiva.
Una vez sentada la doctrina al objeto de la contienda, se han barajado por quien promueve el incidente varias líneas de establecer un vínculo material entre los recusados y el tercero Ricardo C., quien efectuó la auditoría de las cuentas de Ostaila XXI S.L. pocos meses antes de la declaración del concurso.
Igualmente hay que esforzarse en ser cristalino en este punto. Tres ordenes elementos se ha señalado que unen a los Sres. O, B. y C.: 1) Una ubicación física, compartiendo un local, unos servicios administrativos comunes, un teléfono y fax, una secretaria, etc.; 2) Unas determinadas formas "ad extra" como despacho profesional conjunto, de manera que se anuncia a los clientes y público en general como una comunidad de profesionales; 3) Un negocio común mediante sociedad mercantil de la profesión de economista auditor.
Pues bien, ni la localización física o unos servicios en comunidad de gastos, ni las puras formas aparentes "ad extra" de una proximidad de compañeros colegiados sirve para asentar el ligamen material que arraigue la incompatibilidad.
En cambio, casi siempre vendrá determinada por la relación de sociedad para el objeto social coincidente con la actividad profesional de los socios
Y de la relación de hechos probados cabe extraer que el Sr. O. no es incompatible con el cargo por razón de que el Sr. C. efectuara la auditoría de Otsaila XXI S.L., en tanto que sólo se han probado coincidencias físicas o de gastos compartidos.
En cambio, si aplicamos la inteligencia desenvuelta a la presente recusación es claro que el Sr. B. resulta incompatible con el cargo, por cuanto no sólo es socio de quien efectuó la auditoria en Loyola Auditores S.L., sino que se produce una indiferenciación en la prestación de servicios de estas dos personas naturales y la jurídica, el Sr. B. presta servicios de hecho en donde lo hace su socio, y precisamente a auxiliado a éste en la realización de la auditoría.
Efectivamente, la ayuda del Sr. B. en el caso de la auditoría que preocupa pudo ser ínfima o meramente instrumental, pero el caso es que, dadas las circunstancias del ejercicio profesional ya sentadas, no hay manera de fijarlo de cara a la "ratio legis" de la causa de incompatibilidad por posible sospecha de parcialidad de art. 28.1 LECO.
Por lo tanto, se estimará parcialmente la recusación, cesando al recusado en quien aparece causa de incompatibilidad no detectada en su día.": Sentencia JM-2 Bilbao 25.01.2007 (Incidente Concursal 427/2006)

1.1 Inaplicabilidad al administrador judicial nombrado en causa penal

"En cuanto al hecho de haber prestado servicios profesionales a la concursada debe destacarse qué tal previsión tiene su fundamento en relación a los administradores concursales profesionales, no así respecto al acreedor que si es posible haya prestado servicios de tal naturaleza. En cualquier caso no se han prestado tales servicios, pues la prestación de servicios presupone la existencia de una relación contractual de arrendamiento de servicios, normalmente retribuida, que no se ha concertado entre la concursada y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. El nombramiento de un funcionario de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria como administrador judicial de la deudora lo fue para prestar un servicio a la administración de justicia y cumpliendo un mandato judicial en el ámbito de una intervención en un proceso penal, situación que, en modo alguno, es equiparable a lo que es una prestación de servicios libremente concertada. Esta misma conclusión valdría para la consideración de la administradora concursal recusada como persona especialmente relacionada con el deudor, pues su nombramiento como tal administrador de la sociedad lo fue al margen de cualquier designación o acuerdo con la concursada y su actuación fue transitoria, provisional, limitada e instrumental de las labores propias de la instrucción que llevaba a cabo el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado Central de Instrucción n° 5 de la Audiencia Nacional, quien, al fin, supervisaba y autorizaba

los actos del administrador designado, a la sazón persona distinta de la aquí designada como administrador concursal representante de la entidad pública.”: SJM-7 Madrid 15.12.2006 (Incidente Concursal 325/2006)

1.2 Caso de sociedad que fue auditora de la concursada

“PRIMERO.- Artículo 28. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones. 1. No podrán ser nombrados administradores concúrsales quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, ni quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza. Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales los que, reuniendo las condiciones subjetivas previstas en el apartado 1 del art. 27, se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el art. 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 por ciento de la masa pasiva del concurso.
SEGUNDO.- Consta en las actuaciones y no se cuestiona que la entidad designada DELOITTE SL ha prestado servicios de auditoría a la concursada dentro de los tres años anteriores a la declaración de concurso. En concreto consta la auditoria de las cuentas del 2007, con informe firmado a 31 de junio de 2008.
La ley no establece distingo alguno por el modo de organización y actuación profesional de la designada, por lo que siempre que pueda comprenderse en el ámbito o área de la competencia profesional de la entidad designada, la propia de la persona física por quien actúe en el concurso, ha de hacerse valoración de conformidad a la concurrencia de la causa legal y taxativa de recusación que fuere sustentada en su contra.
Como es el caso de autos, en que ha resultado no controvertido la realidad de los servicios profesionales de auditoría en el periodo de la garantía de imparcialidad legal, y en el marco profesional y ámbito de actuación de equivalente relevancia y función, cual es la económica y de auditoría, pues la ley no hace mayor diferenciación entre la una y la otra, adscribiendo así una equivalencia funcional en el desempeño de un cargo de esencial naturaleza económica que cualifica al administrador nombrado, como administrador económico del concurso. Así la ley habla indistintamente de "..auditor de cuentas, economista o titular mercantil..." (art. 27.1.2° LC). Como tampoco hace diferenciación en el ámbito letrado, según la especialización del mismo, ya sea del sector de empresas en general o especifico de la rama fiscal, o Forensic en general etc.
Se comprende así como cuestión meramente jurídica y de interpretación del alcance de la prohibición legal, si bien que sujeta, como resulta de las resoluciones judiciales hechas valer (como la del JM Málaga de 11-1-2010), a consideraciones de mayor concreción, en supuestos, como es el caso, de entidades con un alto nivel de especialización jurídica y económica, y amplia diversificación de su objeto social, dentro del ámbito de la accesoria técnica de los sectores indicados, pero que no desdeñan, dada la cercanía indicada entre una y otra rama de actividad mercantil, la práctica equivalencia de las mismas y a los efectos legales que se expresan y que resultan de su misma mención y exacta ubicación legal aludida.
TERCERO.- En materia de costas, dada la naturaleza de la cuestión suscitada y alcance referido y cuestionado, planteada de modo novedoso en esta sede judicial, no se hace especial pronunciamiento de conformidad con el art. 394 LEC. Se valora, igualmente, razonable la actuación del Profesional designado, preeminentemente, en su propia defensa y de su reputación profesional, sin que se repute, en coherencia mala fe alguna, como tampoco, de ninguna otra parte.”: SJM-2 Sevilla 18.06.2010 (Sentencia 165/2010; Incidente Concursal 488/2010)

2. Prohibición de ejercer el comercio o imposibilidad de ser administrador de sociedades

2.1 Inaplicabilidad a las administraciones públicas

“En cuanto a la prohibición de ejercer el comercio o la imposibilidad de ser administrador de sociedades, la previsión normativa no parece que pueda aplicarse a las administraciones públicas, que están sometidas a un régimen especial y cuya posible nombramiento como administradores concursales acreedores está expresamente contemplado en artículo 27.1. En cualquier caso, habrá que acudir al contenido de los artículos 124 de la Ley de Sociedades Anónimas y 58.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, así como el artículo 14 del Código de comercio y de estos preceptos se infiere que la prohibición afecta los funcionarios, siempre que tengan encomendados a su cargo asuntos propios de la sociedad afectada, y no al ente; por lo que la recusación por este motivo debía recaer en D. Mariano, algo que no se ha hecho, pues el único que lo recusó no alegó dichos motivos y además, se trataría de una incompatibilidad por razón del cargo excluida por aplicación del apartado 5° del artículo 28 de la Ley concursal.”: SJM-7 Madrid 15.12.2006 (Incidente Concursal 325/2006)

3. … o con un acreedor que represente más del 10 por ciento de la masa pasiva del concurso.

"HECHOS PROBADOS
Tras la apreciación de la prueba, motivada en el Fundamento de derecho Primero, se declaran probados los siguientes hechos:
Uno.- El recusado fue letrado de dos acreedores en los juicios monitorios nº 471/2008 seguido ante el Juzgado nº 5 de San Bartolomé de Tirajana por importe de 1051,11 ? y nº 589/2008 ante el Juzgado nº 3 de la misma localidad por la suma de 5488,38 ?.
Dos.- El recusado renunció a la dirección letrada del nº 589/2008 el 26 de noviembre de 2008.
Tres.- El recusado aceptó su cargo como administrador concursal el 17 de noviembre de 2008.
FUNDAMENTOS DE DERECHO (…)
III. CAUSAS DE RECUSACIÓN
El recusado no se encuentra incurso en la incompatibilidad del artículo 28.1 LC porque los acreedores por cuya cuenta actuaba no representaban más del 10 por ciento de la masa pasiva del concurso.
A) A nuestro juicio, no concurren las demás causas de recusación invocadas, y a las que debemos atenernos, por estricta congruencia, establecidas en la legislación civil para la recusación de peritos:
a) "Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo" (art. 124.3-2ª LEC).- La doctrina ha interpretado que esta causa es aplicable a los acreedores y, ciertamente, el recusado ha actuado como letrado de dos de ellos, pero, sin embargo, no supera el umbral del 10% del pasivo.
"Esto debe ser interpretado de manera conjunta con el precepto de la Ley Concursal parcialmente coincidente (art. 28.1 LC), de modo que, en primer lugar, la incompatibilidad se extenderá sólo a los acreedores cuyo crédito represente, al menos, el diez por ciento del pasivo. Esto es así porque el párrafo primero in fine del precepto de la Ley Concursal citado restringe las incompatibilidades de la Ley de Auditoría (a las que se remite) a los miembros de la masa pasiva que alcancen ese porcentaje del capital, y no hay motivo para aplicar un tratamiento distinto a los supuestos ?más generales? de la norma sobre recusación de peritos (art. 124.3-2º LEC)" (Tirado en Rojo/Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, 2004, p. 672).
Además, las incompatibilidades legales para el nombramiento de administradores concursales tienden a preservar la independencia por la adopción de decisiones sin conflicto con algún interés sustancial ajeno al del buen fin del concurso de acreedores y, en el supuesto alegado, favorecer el interés de algunos concretos acreedores. Sin embargo, el conflicto de intereses tiene que ser actual, es decir una "relación continuada" (Tirado, cit., p. 672), lo que no sucede en este caso, en que la intervención del letrado se agotó en la firma de las dos peticiones de monitorio.": SJM-1 Las Palmas 14.04.2010 (JUR 2010/152704; Sentencia 115/2010)

2. En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo.
Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los dos años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados, conforme al artículo 181, por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.

[Nueva redacción del art 28.2 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).

2.En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo. Esta limitación no se aplicará en el caso de las personas jurídicas recogidas en el inciso final del artículo 27.1.
Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales, ni designado por la persona jurídica cuando se haya nombrado a ésta como administrador concursal, quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los dos años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados, conforme al artículo 181, por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.

3. El nombramiento del administrador concursal acreedor no podrá recaer en persona especialmente relacionada con el deudor, ni en acreedor que sea competidor del deudor o que forme parte de un grupo de empresas en el que figure entidad competidora.

[Nueva redacción del art 28.3 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).

Art. 28.3 (inicial) El nombramiento del administrador concursal acreedor no podrá recaer en …

1. … persona especialmente relacionada con el deudor

AP Lleida

“TERCER.- En segon lloc s'al·lega l'existència d'una relació directa entre la concursada i l'adminitrador concursal, que l'apel·lant dedueix, utilitzant la prova d'indicis, del fet que Electricitat Industrial Pijuan SL ha utilitzat al llarg del procediment els serveis del mateix lletrat que assisteix en aquest procés a la concursada o bé els serveix d'un altre lletrat del seu mateix despatx professional. Complert aquí el requisit de la qualificació legal prèvia (art. 33.3 de la LC), cal tenir en compte que la redacció legal no considera que concorri causa de recusació davant l'existència de qualsevol mena de relació entre l'administrador designat i el deutor, si no que estableix, de forma expressa, que ha d'estar "especialmente" relacionada. No sembla, doncs, que el que pretengui el legislador és preservar alguna cosa més que la independència i una mínima objectivitat en l'administrador concursal. És a dir, no sembla que allò que pretengui, donant un pas més, sigui preservar l'aparença d'imparcialitat de l'administrador, de forma que n'hi hagi prou per apreciar la concurrència de la causa de recusació amb que sembli o hagi meres sospites que existeixi una relació entre el deutor i l'administrador designat, per a que sigui possible la seva recusació. No es tracta de protegir la mera aparença de competència i objectivitat, si no que cal que concorri un "plus" en les relacions que pugui haver entre tots dos, que sigui d'entitat suficient com per sancionar civilment a l'administrador concursal amb el càstig de remoure'l d'aquest càrrec. En aquest sentit, l'ús dels serveis professionals del mateix lletrat de la concursada, o d'un altre lletrat del seu despatx professional, no sembla que, per sí sol, serveixi per esgotar la conducta tipificada per la norma legal. Tal i com s'encarrega d'apuntar el Sr. Jutge de primera instància, no consta cap acció o omissió del designat que permeti considerar acreditada la seva manca d'idoneïtat per exercir el càrrec d'administrador concursal. No es pot oblidar tampoc, que tal i com indica l'Exposició de Motius de la Llei, les funcions del creditor que ha estat designat administrador concursal no són de tipus professional o tècnic des d'una vessant jurídica o econòmica, qualitats que sí han de reunir els altres administradors, si no que les seves funcions són de caire "representatiu" del conjunt de creditors. Finalment, només afegir que en tot cas li és aplicable el règim de responsabilitat legalment establert (art. 36 de la LC), i la possibilitat de separar-lo si arribés a concorre justa causa (art. 37 de la LC). El recurs, doncs, ha de ser desestimat.”: SAP Lleida (Sección 2) 13.09.2007 (JUR 2008\42441)

JM-1 Las Palmas

““HECHOS PROBADOS
Tras la apreciación de la prueba, motivada en el Fundamento de derecho Primero, se declaran probados los siguientes hechos:
Uno.- Endesa Distribución Eléctrica, S.L. es administrador concursal de Inal-sa.
Dos.- Endesa Distribución Eléctrica, S.L. tiene por socio único a Endesa, S.A.
Tres.- Eólicas de Lanzarote, S.L. es una sociedad participada al 60% por Inalsa.
Cuatro.- Eólicas de Lanzarote, S.L. está participada en el 40% restante de su capital social por Endesa Cogeneración y Renovables, S.A., esta a su vez totalmente participada por Endesa Generación, S.A., cuyo único socio es Endesa S.A.
Cinco.- En el momento del nombramiento del administrador concursal, Inalsa y Endesa Cogeneración y Renovables, S.A. son competidores en la asignación de potencia en la modalidad de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios.
FUNDAMENTOS DE DERECHO (…)
II. PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS
A) Derecho aplicable.- El artículo 33.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Con-cursal (“LC”) establece: “Son causas de recusación las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición a que se refiere el artículo 28, así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos”. En particular, conforme al artículo 28.3 LC, “el nombramiento del administrador concursal acreedor no podrá recaer en persona especialmente relacionada con el deudor, ni en acreedor que sea competidor del deudor o que forme parte de un grupo de empresas en el que figure entidad competidora”.
En efecto, asumiendo (pero no limitando, como luego veremos), la remisión implícita del artículo anterior al artículo 93.2 LC (redacc. art. 9.Cinco RD-l 3/2009), se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: [“] 3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado”.
Sólo si se deconstruye el enunciado anterior, en la expresión “sus socios”, el posesivo padecería de ambigüedad de antecedente, pues podría interpretarse bien como los socios de las sociedades del grupo de la concursada (tesis de la recusante y de la concursada) o bien como los socios de la propia concursada (tesis de la Administración concursal). La interpretación razonable es la primera por una modalidad del argumento sistemático o del contexto normativo (art. 3.1 CC): la relación de los socios con la concursada y sus condiciones ya está regulada en el número 1º del mismo apartado y no hay razón para suponer que la norma es doblemente redundante en el apartado 3º. A esta misma interpretación llega Garrido en Rojo/Beltrán (coord.), Comentario de la Ley Concursal, t. I, 2004, p. 1679.

En consecuencia, son personas especialmente relacionadas con el concursado los socios de las sociedades que formen parte del grupo de la concursada, siempre que estos socios, entre otros supuestos del artículo 93.2-1º LC, “en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social” de cualquier sociedad del grupo de la concursada.
B) Aplicación al caso.- Aplicando las normas al caso, Inalsa ostenta el dominio del 60% de las participaciones de Eólicas de Lanzarote, S.L. (Hecho Probado Tres), luego posee la mayoría de los derechos de voto, por lo que debe presumirse que existe control y, en consecuencia, dichas sociedades forman grupo (ex art. 42.1 a) CCom).
No obstante lo anterior, ciertamente, el administrador recusado no es socio en sentido estricto o directo de Eólicas de Lanzarote, S.L. Ahora bien, a nuestro juicio, al menos cuando del incidente de recusación se trata, la interpretación del término “socio” debe ser teleológica y extensiva porque la norma minus dixit quam voluit. Las incompatibilidadades legales para el nombramiento de administradores concursales tienden a preservar la independencia por la adopción de decisiones sin conflicto con algún interés sustancial ajeno al del buen fin del concurso de acreedores y, en el supuesto alegado, favorecer el interés de la concursada sobre el de los acreedores. En este sentido, el mismo conflicto que tacharía al socio directo, afecta al administrador concursal (Endesa Distribución Eléctrica, S.L.) dominado societariamente por la mercantil (Endesa, S.A.) que controla al socio directo (Endesa Cogeneración y Renovables, S.A.). De la configuración societaria que dimana de los Hechos Probados, se aprecia que Endesa, S.A. es titular indirecto de un 40% de Eólicas y, a su vez, Endesa ostenta un control completo sobre el administrador concursal nombrado. A efectos de apreciar un conflicto de intereses en la correcta administración concursal, tanto el socio directo de Eólicas como el administrador concursal, actúan en el tráfico al unísono, siendo el alter ego instrumental de la matriz Endesa.
Es más, existen argumentos adicionales para comprender las participaciones indirectas significativas o a los intereses económicos indirectos significativos en la esfera de la incompatibilidad, más allá de la literalidad del artículo 93 LC que no es una “remisión necesaria” (en palabras de la contestación de la recusada). Se ha observado que el artículo 28.4 LC se remite específicamente a las reglas del artículo 93, luego se ha interpretado a contrario que para otros apartados, como el tercero del mismo artículo, es posible guiarse por la normativa de auditoría de cuentas, al igual que en el artículo 28.1 que aprecia una especial relación en los socios relevantes indirectos o en los intereses indirectos significativos (art. 8.2 Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas). Incluso se admite un margen de apreciación judicial para el juicio de la especial relación.
En definitiva y con independencia de su interpretación teleológica, la apreciación de la especial relación no se constriñe al marco del artículo 93 LC (véase, Tirado, en Rojo/Beltrán (coord.), Comentario de la Ley Concursal, cit., pp. 607-609; también, Morral Soldevila en Sagrera/Sala/Ferrer (coord.), Comentario a la Ley Concursal, 2004, p. 353; si bien para otros autores, es un “olvido” del Legislador).
Por lo expuesto, y sin perjuicio de que nada nos hace pensar que el desempeño del administrador concursal en el caso concreto no haya sido correcto desde su nombramiento, Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. es una persona especialmente relacionada con la concursada y se encuentra incursa en la incompatibilidad.”: SJM-1 Las Palmas 10.03.2010 (JUR 2010/130933; Sentencia 66/2010)

2. … acreedor que sea competidor del deudor o que forme parte de un grupo de empresas en el que figure entidad competidora

AP Sevilla

“PRIMERO Elartículo 33 de la Ley Concursal señala como causa de recusación de los administradores concursales las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición a que se refiere elartículo 28 de la misma ley, así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de los peritos, estando entre las primeras, con respecto al administrador concursal acreedor, la de ser éste competidor del deudor, y entre las segundas, a tenor de lo dispuesto en elartículo 124 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que remite, a su vez, alartículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la de tener pleito pendiente con el deudor.
SEGUNDO Pues bien, tras resolver el juzgador "a quo" el incidente de recusación de administrador concursal de que el presente rollo dimana, insiste la concursada, Gemasa, XXI, S.L., en su escrito de interposición del recurso de apelación, en la recusación de la administradora concursal acreedora, Hispano Andaluza de Proyectos y Obras, S.A., en base a dichas causas, la de ser competidor de la concursada y la de tener pleito pendiente contra la misma.
TERCERO La primera de dichas causas no puede tener acogida, como así lo entendió, acertadamente, el juzgador de instancia, pues, no obstante la parcial coincidencia de las actividades que, según las notas simples registrales aportadas a las actuaciones, constituyen el objeto social de una y otra sociedad, lo cierto es que, hasta la fecha, se han venido dedicando a actividades diferentes, la de promotora, la concursada, y la de constructora, la administradora concursal recusada, como pone de manifiesto la documentación aportada por ésta última, no contradicha por la primera, de modo que, hasta ahora, no puede decirse que haya existido competencia entre ambas.”: SAP Sevilla (Sección 5) 21.09.2010 (JUR 2011/83333; Sentencia 402/2010; Rollo 3068/2010)

JM-1 Las palmas

“HECHOS PROBADOS

Tras la apreciación de la prueba, motivada en el Fundamento de derecho Primero, se declaran probados los siguientes hechos:
Uno.- Endesa Distribución Eléctrica, S.L. es administrador concursal de Inal-sa.
Dos.- Endesa Distribución Eléctrica, S.L. tiene por socio único a Endesa, S.A.
Tres.- Eólicas de Lanzarote, S.L. es una sociedad participada al 60% por Inalsa.
Cuatro.- Eólicas de Lanzarote, S.L. está participada en el 40% restante de su capital social por Endesa Cogeneración y Renovables, S.A., esta a su vez totalmente participada por Endesa Generación, S.A., cuyo único socio es Endesa S.A.
Cinco.- En el momento del nombramiento del administrador concursal, Inalsa y Endesa Cogeneración y Renovables, S.A. son competidores en la asignación de potencia en la modalidad de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios.
FUNDAMENTOS DE DERECHO (…)
III.- ACREEDOR COMPETIDOR DEL DEUDOR
El precitado artículo 28.3 LC asimismo (y de forma independiente) prohíbe el nombramiento de un "acreedor que sea competidor del deudor o que forme parte de un grupo de empresas en el que figure entidad competidora".
Esta incompatibilidad sirve a una finalidad distinta a la de personas especialmente relacionadas. La ley tolera el conflicto de interés inherente a un administrador que es acreedor, pero no cuando el conflicto resulta especialmente intenso como es el del acreedor competidor.
La diversidad de fines propicia que la recusada comience su contestación denunciando una posible incongruencia interna de la demanda porque las causas de recusación planteadas serían, en su opinión, incompatibles, ya que el acreedor no podría alzaprimar simultáneamente el interés de la concursada por ser persona especialmente relacionada y, también, el del acreedor competidor en detrimento de la concursada.
Y si bien no creemos que la demanda haya meditado sobre esta cuestión, la observación de la recusada plantea un dilema real en algunos supuestos (más precisamente, en la relación del concursado con la masa de acreedores en su conjunto) pero sólo aparente o falaz en otros (en la relación del concursado con concretos acreedores); porque nada obsta a que el administrador concursal favorezca (con arreglo a Derecho o no) a la concursada en sus relaciones particulares frente a la recusante (v. gr. promoviendo demandas beligerantes contra su crédito) y, además, saque ventaja competitiva de su nombramiento en perjuicio de la concursada e, indirectamente, de la masa de acreedores entre los que se encuentra la recusante (p. ej. obstaculizando el giro y tráfico de la concursada competidora u obteniendo información privilegiada). Visto así, tiene sentido la doble preocupación que podría aquejar a la recusante.
Lo que no nos parece coherente con la razón de la incompatibilidad es que la concursada se allane precisamente porque el administrador sea una persona especialmente relacionada (cuanto más estrecha sea la relación, mejor para la concursada); si bien la concursada puede haber utilizado instrumentalmente la incompatibilidad de personas relacionadas, entendiendo que era una estrategia procesal más prosperable que otras, como instrumento eficaz para apartar al administrador recusado, por las causas reales que fuere.
Pues bien, Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. forma parte del grupo En-desa (Hecho Probado Segundo). Además, en el grupo Endesa figura la entidad Endesa Cogeneración y Renovables, S.A. (Hecho Cuarto).
Finalmente, Endesa Cogeneración y Renovables es competidora de Inalsa. La relación de competencia no se determina ni se delimita por la simple comparación de objetos sociales porque el sistema ultra vires o de capacidad general (art. 38 I CC) permite la actuación válida de toda sociedad al margen del objeto social. Tampoco hace al caso la doctrina jurisprudencial de la relación de competencia según se define o interpreta en el Derecho de la competencia. La competencia es la "situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio" (3ª acepción del Diccionario de la Lengua Española) o, en una definición más ajustada al punto y materia, la "oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa" (2ª acepción).
Siendo esta "cosa" la asignación de potencia eléctrica y considerando el Hecho Probado Quinto, la subsunción del caso en la incompatibilidad literal resulta inmediata.": SJM-1 Las Palmas 10.03.2010 (JUR 2010/130933; Sentencia 66/2010)

[Nueva redacción del art 28.3 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

3.Se aplicarán a los representantes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de los fondos de garantía de depósitos y del Consorcio de Compensación de Seguros, las normas contenidas en este artículo, con excepción de las prohibiciones por razón de cargo y de las establecidas en el artículo 93.2.2.º

4. No podrán ser nombrados administradores concursales en un mismo concurso quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente. Para apreciar la vinculación personal se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 93. Se entenderá que están vinculadas profesionalmente las personas entre las que existan, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia.

[Nueva redacción del art 28.4 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).

4.Salvo para las personas jurídicas recogidas en el inciso final del artículo 27.1, no podrán ser nombrados administradores concursales en un mismo concurso quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente. Para apreciar la vinculación personal se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 93.
Se entenderá que están vinculadas profesionalmente las personas entre las que existan, o hayan existido en los dos años anteriores a la solicitud del concurso, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, cualquiera que sea el título jurídico que pueda atribuirse a dichas relaciones

Art. 28.4

1. Profesionales vinculados en sociedad con objeto profesional

"La práctica que se observa en los listados de colegiados de preparación económica es de ejercicio profesional como personas físicas, y en paralelo, asociándose en mercantiles cuya actividad es la misma, de manera que en unas ocasiones audita, administra, perita, o acepta el nombramiento de administrador concursal una persona natural, y en otras lo hace una persona jurídica que viene a ser representada por tal persona natural, siendo en todo caso el objeto material del trabajo uno idéntico.
Y debe sostenerse con claridad, a fin de que ello se advierta no sólo en este expediente, que LECO expulsa la posibilidad de que los profesionales vinculados en sociedad con objeto profesional coincidente, sean administradores concursales del mismo concurso, en la medida que elimina la colegiabilidad por intereses coincidentes conforme art. 28.4 LECO. Y por lo menos, cuando como en el asunto, existe una indiferenciación de la prestación de servicios entre las personas físicas y la persona jurídica en que participan para la misma actividad, en cuanto a medios y práctica profesional, de manera que, a veces actúa formalmente una persona natural, a veces dos o más conjuntamente, y a veces, la sociedad en que se integran, sin que ello revista posibilidades de diferenciar materialmente el trabajo prestado, y al margen de quien es formalmente quien autoriza un documento, quien figura en la factura, etc., la incompatibilidad se transmite entre personas naturales y personas jurídicas. Toda inteligencia contraria supone burlar la vena ideológica del motivo de incompatibilidad por posibilidad de que se vislumbre un riesgo de resultar parcial, siquiera por el conocimiento previo de una realidad empresarial. Efectivamente, si se consigue demostrar que las personas naturales socias de personas jurídicas de la propia actividad profesional mantienen un alejamiento material arreglado al alejamiento formal, pudiera pensarse que quien ha prestado servicios al concursado, sea persona natural o jurídica, no transmite ese riesgo de parcialidad.": Sentencia JM-2 Bilbao 25.01.2007 (Incidente Concursal 427/2006)

2. Inexistencia por pertenencia en épocas distintas al consejo de administración de una sociedad

"SÉPTIMO Continúa la recurrente haciendo referencia las causas de incompatibilidad que, de acuerdo con su tesis, concurrirían en los administradores Sr. Bruno y Sr. Pedro Enrique, cuya falta de advertencia por los mismos supondría una vulneración de lo previsto en los arts. 27 y 28 LC.
El tema viene tratado en la sentencia apelada en el apartado octavo del fundamento de derecho sexto.
En el recurso ni siquiera se rebaten los argumentos de la juez a quo, insistiéndose en que concurre en D. Bruno la causa de incompatibilidad del art. 28.4º, vinculación personal o profesional que concretamente se hace derivar de su condición de miembro de la administración de la sociedad Canarias Club de Baloncesto, SAD, al igual que el presidente de Urbanización Playa Fañabe, SA, Sr. U.R.; pero el mero hecho de haber pertenecido ambos al mismo consejo de administración, pero sin llegar a coincidir en el tiempo, como se pone de relieve en la resolución de instancia, no puede configurar la causa alegada.": SAP Tenerife (sección 4) 04.04.2008 (JUR 2008/198009)

5. Se aplicarán a los representantes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de los fondos de garantía de depósitos, del Consorcio de Compensación de Seguros y de cualesquiera Administraciones públicas acreedoras, las normas contenidas en este artículo, con excepción de las prohibiciones por razón de cargo o función pública, de las contenidas en el párrafo segundo del apartado 4 de este artículo y de las establecidas en el apartado 2.2.º del artículo 93.

Art. 28.5

"En cuanto a la prohibición de ejercer el comercio o la imposibilidad de ser administrador de sociedades, la previsión normativa no parece que pueda aplicarse a las administraciones públicas, que están sometidas a un régimen especial y cuya posible nombramiento como administradores concursales acreedores está expresamente contemplado en artículo 27.1. En cualquier caso, habrá que acudir al contenido de los artículos

124 de la Ley de Sociedades Anónimas y 58.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, así como el artículo 14 del Código de comercio y de estos preceptos se infiere que la prohibición afecta los funcionarios, siempre que tengan encomendados a su cargo asuntos propios de la sociedad afectada, y no al ente; por lo que la recusación por este motivo debía recaer en D. Mariano, algo que no se ha hecho, pues el único que lo recusó no alegó dichos motivos y además, se trataría de una incompatibilidad por razón del cargo excluida por aplicación del apartado 5° del artículo 28 de la Ley concursal.": SJM-7 Madrid 15.12.2006 (Incidente Concursal 325/2006)

[Nuevo apartado 6 introducido, con efectos 10.04.2009, por el art. 8-uno del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009), en vigor desde el día 10.04.2009]

6. No podrá ser nombrado administrador concursal quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe al que se refiere la letra b) del apartado 2 de la Disposición adicional cuartal de esta Ley en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso.

[Nueva redacción del art 28.6 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

6. No podrá ser nombrado administrador concursal quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe al que se refiere el número 2.º del artículo 71.6 de esta ley en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso

[Nueva redacción del art 71.6 por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014)
Entrada en vigor: el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014).

6. No podrá ser nombrado administrador concursal quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe al que se refiere el artículo 71 bis.4 de esta ley en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso

Redacción desde Ley 17/2014

[Nueva redacción por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014).
Entrada en vigor: "Las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no entrarán en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses." Disposición transitoria segunda. Régimen de la administración concursal.]

1. No podrán ser nombradas administradores concursales las siguientes personas:
a) Quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.
b) Quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza.
c) Quienes, estando inscritos en la sección cuarta del Registro Público Concursal, se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 por ciento de la masa pasiva del concurso.
d) Quienes estén especialmente relacionados con alguna persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años.

2. En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales las personas que hubieran sido designadas para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo.
Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales, ni designado por la persona jurídica cuando se haya nombrado a ésta como administrador concursal, quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los tres años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados, conforme al artículo 181, por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.

3. Salvo para las personas jurídicas inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal, no podrán ser nombrados administradores concursales en un mismo concurso quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente. Para apreciar la vinculación personal se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 93.
Se entenderá que están vinculadas profesionalmente las personas entre las que existan, o hayan existido en los dos años anteriores a la solicitud del concurso, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, cualquiera que sea el título jurídico que pueda atribuirse a dichas relaciones.

4. Se aplicarán a los representantes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, Consorcio de Compensación de Seguros y de cualesquiera Administraciones Públicas acreedoras, las normas contenidas en este artículo, con excepción de las prohibiciones por razón de cargo o función pública, de las contenidas en el párrafo segundo del apartado 3 de este artículo y de las establecidas en el apartado 2.2.º del artículo 93.

5. No podrá ser nombrado administrador concursal quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe al que se refiere el artículo 71 bis.4 de esta Ley en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso.

Artículo 29. Aceptación.

Art. 29.1

Redacción hasta ley 38/2011

1. El nombramiento de administrador concursal será comunicado al designado por el medio más rápido. Dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación, el designado deberá comparecer ante el juzgado para manifestar si acepta o no el encargo. De concurrir en él alguna causa de recusación, estará obligado a manifestarla. Aceptado el cargo, el ~~juez mandará expedir y entregar~~ Secretario judicial expedirá y entregará al designado documento acreditativo de su condición de administrador concursal.
Dicho documento acreditativo deberá ser devuelto al juzgado en el momento en el que se produzca el cese por cualquier causa del administrador concursal.

** Nueva redacción del primer párrafo del apartado 1 del art. 29 por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 04.05.2010*

Redacción desde ley 38/2011

1.El nombramiento de administrador concursal será comunicado al designado por el medio más rápido. Dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación, el designado deberá comparecer ante el juzgado para acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto en los términos que se desarrollen reglamentariamente, para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función y manifestar si acepta o no el encargo. Cuando el administrador concursal sea una persona jurídica recaerá sobre ésta la exigencia de suscripción del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.
De concurrir en el administrador concursal alguna causa de recusación, estará obligado a manifestarla. Aceptado el cargo, el secretario judicial expedirá y entregará al designado documento acreditativo de su condición de administrador concursal.
Dicho documento acreditativo deberá ser devuelto al juzgado en el momento en el que se produzca el cese por cualquier causa del administrador concursal.

Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).

Art. 29.2

Redacción hasta ley 38/2011

2. Si el designado no compareciese o no aceptase el cargo, el juez procederá de inmediato a un nuevo nombramiento. A quien sin justa causa no compareciese o no aceptase el cargo, no se le podrá designar administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el partido judicial durante un plazo de tres años.

Redacción desde ley 38/2011

2.Si el designado no compareciese, no tuviera suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente suficiente o no aceptase el cargo, el juez procederá de inmediato a un nuevo nombramiento. A quien sin justa causa no compareciese, no tuviera seguro suscrito o no aceptase el cargo, no se le podrá designar administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el mismo partido judicial durante un plazo de tres años

Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).

1. No aceptación del administrador-acreedor

"ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.- En el presente procedimiento concursal ha sido nombrado administrador concursal, como acreedor la Tesorería General de la Seguridad Social, el cual ha sido citado para comparecer en el juzgado, a fin de manifestar si aceptaba o no el cargo y en su caso si concurría en él alguna de las causas de incapacidad, incompatibilidad o de prohibición para el ejercicio del cargo.
SEGUNDO.- El administrador indicado ha dejado transcurrir el plazo concedido al efecto sin comparecer en el Juzgado.
FUNDAMENTOS DE DERECHO.- ÚNICO.- Dispone elartículo 29.2 de la Ley Concursal (LC) que si el designado como administrador no compareciese o no aceptase el cargo, el Juez procederá de inmediato a un nuevo nombramiento.
También dice el precepto que a quien sin justa causa no compareciese o no aceptase el cargo, como ha sucedido en el presente caso, no se le podrá designar administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el partido judicial durante un plazo de tres años.
PARTE DISPOSITIVA
1.- Se deja sin efecto el nombramiento de la T. G. S. S. como acreedor.
El indicado no podrá ser nombrado administrador de procedimientos concúrsales que puedan seguirse en los tres próximos años.
2.- Se nombra administrador del concurso por el mismo concepto a …": AJM-1 Madrid 30.04.2008 (JUR 2008/149996)

"[...] La primera cuestión que suscita la Tesorería General de la Seguridad Social es la de la "recurribilidad" del auto señalado. [,..] el artículo 39 de la Ley Concursal, al excluir de recurso a determinadas resoluciones, alude de manera genérica a aquellas que recaigan sobre nombramiento de los miembros de la administración concursal. Y no cabe ignorar que la resolución dictada al amparo del artículo 29.2 de la Ley Concursal -que la Tesorería combatese halla incluida -desde una perspectiva sistemática- en el Capítulo I del Título II de la Ley Concursal que se refiere, precisamente, al "nombramiento de los administradores concúrsales". Esta circunstancia deja sin argumentos (...) la pretensión de excluir de la irrecurribilidad al pronunciamiento de inhabilitación del administrador concursal que, sin justa causa, no hubiese aceptado el cargo.
3. Cosa distinta es que pueda solicitarse la declaración de nulidad del auto dictado al amparo del artículo 29.2 de la Ley Concursal. En este sentido hay que tener en cuenta que si bien el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que la nulidad de actuaciones se hará valer por medio de los recursos, el artículo 241 permite solicitarla en aquellos casos de resoluciones irrecurribles en las que se estime que se ha vulnerado alguno de los derechos fundamentales previstos en el artículo 53.2 de la Constitución. [....] Desde el punto de vista material esta diferenciación -recurso o solicitud de nulidad- tiene gran trascendencia puesto que esta última deberá ceñirse a los motivos de nulidad previstos en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
4. [...] la infracción que se imputa al auto [...] gira en torno al supuesto previsto en el tercer ordinal del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, por haberse prescindido "...de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esta causa, haya podido producirse indefensión...". Ello conlleva que, para que la solicitud de nulidad pueda prosperar, es menester que concurran los dos siguientes requisitos: a) inobservancia de normas esenciales del procedimiento; y b) que se haya causado indefensión. [..,]
Segundo.- 1.El primero de los motivos aducidos por la Tesorería para que sea declarada la nulidad del auto [...] hace referencia al objeto de notificación según lo previsto en el artículo 29 de la Ley Concursal. Se afirma que lo que quiere ese artículo es que se comunique a los administradores concúrsales nombrados la "resolución judicial de nombramiento" [.,.] y no exclusivamente su "nombramiento" como administradores concúrsales.
2. [...] El tenor literal del artículo 29 de la Ley Concursal dispone que "...el nombramiento de administrador concursal será comunicado al designado por el medio más rápido". No hay ninguna mención en el precepto citado a que la "comunicación" al nombrado administrador concursal lo deba ser de la "resolución" -el auto de declaración de concurso-, sino que se refiere de manera clara a que "el nombramiento será comunicado al designado" y, por ello, debemos entender de aplicación al presente caso el conocido aforismo ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos [...]
3. La condición de acreedora de la Tesorería General de la Seguridad Social no empece a la conclusión que acabamos de alcanzar. Es necesario deslindar la cualidad de la Tesorería como administrador concursal nombrado, de su condición de acreedora. El nombramiento que se hace mediante el auto de declaración de concurso viene referido al cargo, y debe hacerse notar que el artículo 29 de la Ley Concursal no distingue -a efectos de la comunicación del nombramiento- a los administradores concúrsales profesionales del administrador concursal acreedor. De tal suerte que la "comunicación" aludida por el artículo 29 de la Ley Concursal debe llevarse a cabo por la misma vía respecto de los tres miembros designados -en caso de concurso ordinario-. De ahí que sea diáfano que la comunicación a la que estamos aludiendo se refiera exclusivamente a la noticia del nombramiento, dejando a criterio del juez del concurso la elección de la vía más

rápida a través de la que llevarla a cabo. Precisamente el artículo 29 tiene como uno de sus fines eludir formalismos innecesarios que pudieran dilatar la puesta en conocimiento de los designados de su nombramiento como administradores concúrsales. Nótese que de la rapidez de la "comunicación" dependerá la celeridad de su entrada en funcionamiento (art. 35.3 LC). Por todo ello, carece de soporte la interpretación que la Tesorería hace del artículo 29 en el sentido de pretender que la "comunicación de su nombramiento a los administradores concúrsales" deba ser realizada mediante notificación de la resolución que incorpora tal nombramiento -ordinariamente el auto de declaración de concurso-. Y hay que atribuir a la "comunicación" del nombramiento que el juzgado realice por el medio más rápido, plenos efectos para el inicio del plazo para la aceptación del cargo.
Tercero.- El segundo motivo alegado por la Tesorería para fundamentar la solicitud de nulidad del auto [...] se refiere al defecto en la notificación del nombramiento. Tal defecto consistiría en la infracción de lo previsto en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas. En este momento inicial de análisis del motivo alegado debemos advertir que la regulación que contiene la Ley señalada es completamente ajena a la materia de designación y nombramiento de organismos e instituciones públicas como miembros de la administración concursal en un concurso. Además, en cualquier caso, de existir contradicción, debería pasarse por la prevalencia de artículo 29 de la Ley Concursal sobre la normativa anterior de su mismo rango [...]. Pero es que, además, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, fue dictada para casos diametralmente opuestos al de designación de órganos públicos como miembros de la administración concursal [...].":AJM-1 Madrid 01.09.2008 (Concurso 134/2008)

3. Aceptado el cargo, el designado sólo podrá renunciar por causa grave.

4. No será necesaria la aceptación cuando, en aplicación del artículo 27, el nombramiento recaiga en personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en un fondo de garantía de depósitos o en el Consorcio de Compensación de Seguros.

El inicial art 29.4 pasa a ser el art 29.5 y se reforma parcialmente su contenido, añadiéndose los nuevos apartados 4 y 6, según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a su entrada en vigor, si a dicha fecha aún no se hubiese publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el anuncio del artículo 23 de la Ley Concursal (Disposición transitoria cuarta, 1, Ley 38/2011)

4. Al aceptar el cargo, el administrador concursal, deberá facilitar al juzgado las direcciones postal y electrónica en las que efectuar la comunicación de créditos, así como cualquier otra notificación.

5. No será necesaria la aceptación cuando, en aplicación del artículo 27, el nombramiento recaiga en personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en un fondo de garantía de depósitos o en el Consorcio de Compensación de Seguros. No obstante, dentro del plazo de cinco días siguientes al recibo de la designación, deberán facilitar al juzgado las direcciones postal y electrónica en las que efectuar la comunicación de créditos, así como cualquier otra notificación.

El inicial art 29.4 pasa a ser el art 29.5 y se reforma parcialmente su contenido, añadiéndose los nuevos apartados 4 y 6, según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).

6. La dirección electrónica que se señale deberá cumplir las condiciones técnicas de seguridad de las comunicaciones electrónicas en lo relativo a la constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones.

El inicial art 29.4 pasa a ser el art 29.5 y se reforma parcialmente su contenido, añadiéndose los nuevos apartados 4 y 6, según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a su entrada en vigor, si a dicha fecha aún no se hubiese publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el anuncio del artículo 23 de la Ley Concursal (Disposición transitoria cuarta, 1, Ley 38/2011)

Artículo 30. Representación de las personas jurídicas administradores.

1. Cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, ésta, al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla y asumir la dirección de los trabajos en el ejercicio de su cargo.

Cuando la administración concursal corresponda a una persona jurídica en los términos previstos en el inciso final del artículo 27.1, comunicará la identidad de la persona natural que reúna alguna de las condiciones profesionales de los números 1.º y 2.º del apartado citado, que la representarán en el ejercicio del cargo

Segundo párrafo añadido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).

Primer párrafo modificado y segundo párrafo suprimido por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014). Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)

2. Las personas jurídicas designadas se someterán al mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones previsto en el artículo 28. De igual modo, cuando haya sido designado un administrador persona natural, habrá de comunicar al juzgado si se encuentra integrado en alguna persona jurídica de carácter profesional al objeto de extender el mismo régimen de incompatibilidades a los restantes socios o colaboradores.

3. Será de aplicación al representante de la persona jurídica designada el régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad y separación establecido para los administradores concursales. No podrá ser nombrado representante la persona que hubiera actuado en el mismo juzgado como administrador concursal o representante de éste en tres concursos dentro de los dos años anteriores, con las excepciones indicadas en el artículo 28.

4. Cuando la persona jurídica haya sido nombrada por su cualificación profesional, ésta deberá concurrir en la persona natural que designe como representante.

DEROGADO - Artículo 31 (inicial). Especialidades de la aceptación.

Al aceptar el cargo de administrador concursal, el abogado, el auditor, el economista o el titulado mercantil designados deberán señalar un despacho u oficina para el ejercicio de su cargo en alguna localidad del ámbito de competencia territorial del juzgado.

Al aceptar el cargo, el administrador concursal deberá señalar un despacho u oficina para el ejercicio de su cargo en alguna localidad del ámbito de competencia territorial del juzgado.

Nueva redacción por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).

[Derogado por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014): Artículo Unico, Seis:
"Seis. Se suprime el artículo 31."
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

Artículo (~~32~~) 31. Auxiliares delegados.

[Renumerado por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014): Artículo Unico, Siete:
"Siete. Se modifica la numeración de los artículos 32 y 33, que pasa a ser 31 y 3 respectivamente."
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

1. Cuando la complejidad del concurso así lo exija, la administración concursal podrá solicitar la autorización del juez para delegar determinadas funciones, incluidas las relativas a la continuación de la actividad del deudor, en los auxiliares que aquélla proponga, con indicación de criterios para el establecimiento de su retribución.

Cuando exista un único administrador concursal, salvo en los supuestos de las personas jurídicas recogidas en el inciso final del artículo 27.1, el juez, cuando lo considere en atención a las circunstancias concretas, podrá designar, previa

audiencia al administrador concursal, un auxiliar delegado que ostente la condición profesional que no tenga aquél y en el que podrá delegar sus funciones conforme al párrafo anterior.
El nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado será obligatorio:

1.º En empresas con establecimientos dispersos por el territorio.
2.º En empresas de gran dimensión.
3.º Cuando se solicite prórroga para la emisión del informe.
4.º En concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única.

Nuevo segundo párrafo introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos inmediata solicitados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal. (Disposición transitoria segunda, 1, Ley 38/2011).

Art. 31.1

1. Improcedencia de la figura cuando no se delegan funciones inherentes al cargo

"La dirección técnica de los pleitos que puedan afectar al concursado en los juicios que se ventilan extramuros del concurso en modo alguno compete con carácter necesario al letrado administrador concursal, sin que tampoco resulte de aplicación al caso la norma contenida en el art. 32 L.C. para la designación de auxiliares delegados dado que su prepuesto de aplicación es precisamente la delegación a terceros de "determinadas funciones" de entre aquellas que resulten propias o sean de la incumbencia exclusiva del órgano concursal. Conclusión de todo lo anterior es que la administración concursal es libre, dentro del ámbito de decisión en que se desenvuelve su actuación, para contratar los servicios de otro letrado que asuma la repetida tarea si entiende que concurren circunstancias -cualitativas como puede ser la complejidad técnica o la dispersión geográficas de los asuntos, o cuantitativas como su elevado número- que así lo aconsejan en interés de la masa. En el presente caso se informa por la Administración concursal que penden una serie de procedimientos civiles en los que es parte la concursada "Construcciones, Obras y Montajes del Principado, S.L." y que se enumeran como 9 juicios cambiarios, 6 juicios monitorios, 18 juicios ordinarios, además de varias ejecuciones de títulos judiciales y no judiciales, a lo que hay que añadir la pendencia también de 12 juicios laborales y múltiples conciliaciones en UMAC, razón por la que se autorizó en la providencia ahora atacada la contratación por el órgano concursal de un letrado y su retribución por honorarios con cargo a la masa por 30.000 euros, argumentos que conducen en definitiva a la desestimación del recurso planteado. ":Auto JM-1 Oviedo (Asturias) 25.04.2006 (JUR 2006/147209)

2. Si el juez concediere la autorización, nombrará a los auxiliares, especificará sus funciones delegadas y determinará su retribución, la cual correrá a cargo de los administradores concursales y, salvo que expresamente acuerde otra cosa, en proporción a la correspondiente a cada uno de ellos. Contra la decisión del juez no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que se pueda reproducir la solicitud cuando se modifiquen las circunstancias que dieron lugar a su denegación.

3. Será de aplicación a los auxiliares delegados el régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes.

4. El nombramiento de los auxiliares delegados se realizará sin perjuicio de la colaboración con los administradores concursales del personal a su servicio o de los dependientes del deudor.

Artículo (~~33~~) 32. Recusación.

[Renumerado por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014): Artículo Unico, Siete:
"Siete. Se modifica la numeración de los artículos 32 y 33, que pasa a ser 31 y 3 respectivamente."
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

1. Los administradores concursales podrán ser recusados por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso.

Art. 32.1

1. Legitimación de las asociaciones de consumidores

"PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil ha decidido no dar trámite al incidente de recusación planteado por la asociación URKOA contra uno de los miembros de la administración concursal de AFINSA al apreciar que aquélla carecería de legitimación activa para ese fin. Se entiende en la resolución recurrida que la apelante no podría defender los intereses particulares de determinados acreedores, sino que debería limitarse a la defensa de intereses colectivos de los consumidores, no cumpliendo entonces la premisa de ser acreedora de la entidad concursada, entendiendo restringida la facultad de recusar a la actuación individualizada del que sea

acreedor de la concursada (además de al propio deudor). Sin embargo, URKOA no se conforma con tal decisión, insistiendo en que ostenta legitimación para instar el incidente de recusación, que debería ser admitido a trámite.
Para comprender la adecuada solución a este debate, no debe olvidarse que las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas tienen legitimación, conforme al articulo 11 de la LEC (en relación con el artículo 20 de la LGDCU), para defender en juicio: 1°) los derechos e intereses de la propia asociación; 2") los derechos e intereses de sus asociados, actuando entonces en representación de éstos, debiendo en tal caso identificar a aquéllos afiliados por los que actúa, y ello sin perjuicio de la legitimación individual de cada uno de ellos; y 3°) los intereses generales de los consumidores y usuarios, actuando entonces a favor de la tutela de derechos ajenos merced a una expresa atribución legal, por lo que no se requerirá que los afectados sean precisamente afiliados suyos, pudiendo distinguirse dos supuestos: a) cuando se trate de un grupo de afectados perfectamente determinado o sea fácilmente determinable, aquélla podrá actuar en la defensa de sus intereses colectivos, compartiendo legitimación en ese caso con las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como con los propios grupos de afectados; y b) cuando los perjudicados sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de dificil determinación ostentarán, de modo exclusivo, siempre que fuesen representativas con arreglo a la ley, la legitimación para demandar en juicio la defensa de esos intereses difusos. Pues bien, la recurrente ASOCIACIÓN URIBE-KOSTA DE USUARIOS Y CONSUMIDORES (URKOA) está actuando en el ejercicio de la segunda de dichas facultades, pues está esgrimiendo la defensa de les derechos e intereses de un grupo de afiliados suyos (cuya identificación oferta mediante un listado) que serían acreedores de AFINSA. Cuando de lo que se trata es de defender en el seno del concurso de AFINSA los intereses de ese colectivo de acreedores que estén asociados a ella, la legitimación de URKOA para actuar en pro de aquéllos, no debería ser puesta en entredicho.
Es cierto, como se reseña en la resolución recurrida, que el n° 1 del articulo 33 de la Ley 22/2003 (L.C.) sólo atribuye la posibilidad de iniciar un incidente de recusación de un administrador concursal a las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso; ello obliga a acudir a la previsto en el articulo 3 del mismo texto legal, que se la confiere al deudor y a cualquiera de sus acreedores. Lo que significa que es innegable que quién ostente la condición de acreedor (o al menos la de insinuado como tal, cuando se trata de las primeras fases en el concurso) podrá recusar a un administrador concursal. En consecuencia, si la entidad recurrente actúa precisamente en representación de algún o algunos acreedores no estaría justificado que se le opusiese obstáculo para promover la recusación.
SEGUNDO.- Si la ley ha querido conceder a cualquiera de los acreedores la posibilidad de recusar, no se advierte razón suficiente para interpretar el n° 1 del artículo 33 en el sentido tan restrictivo de que sólo pueda ponerse en marcha tal mecanismo mediante una actuación individualizada de alguno de ellos. Por el contrario, también debería tener cabida para promover la recusación tanto la iniciativa legalmente organizada y coordinada de un grupo de ellos, como la de una asociación de consumidores y usuarios legalmente constituida que intervenga en el proceso en defensa de los derechos e intereses de determinados acreedores por ella representados, a fin de velar por la legalidad en la designación y por la garantía de independencia de la administración concursal. Es, desde luego, materia susceptible de común interés a dichos acreedores suscitar a través de su representante la existencia de una posible causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición para el desempeño de su función por parte de un administrador concursal o poner de manifiesto una circunstancia que afecte a la imparcialidad de éste, todo lo cual tiene cabida precisamente en el incidente de recusación. (…)
CUARTO.- La consecuencia de los razonamientos precedentes es la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de la ASOCIACIÓN URIBE-KOSTA DE USUARIOS Y CONSUMIDORES (URKOA) contra el auto dictado el 27 de julio de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil n° 6 de Madrid, debiendo declarar este tribunal que la apelante, en tanto que asociación de consumidores y usuarios, dispone de legitimación activa, en defensa de los intereses de sus asociados, que sean acreedores del concursado, para interponer un incidente de recusación contra un administrador concursal. Por lo que el juzgado debe tramitar dicho incidente con arreglo a lo previsto en el n° 4 del artículo 33 de la Ley Concursal, en cuyo marco procesal deberá decidirse, con las correspondientes garantías, si la recusación contra uno de los administradores concursales de AFINSA tiene o no justificación.”: SAP Madrid 17.05.2007 (Sección 28) (Rollo 124/2007)

“PRIMERO El Juzgado de lo Mercantil decidió no dar trámite al incidente de recusación planteado por la asociación AUSBANC CONSUMO contra uno de los miembros de la administración concursal de FORUM FILATÉLICO SA al apreciar que aquélla carecería de legitimación activa para ese fin. Se entiende en la resolución recurrida que la apelante no cumple la premisa de ser acreedora de la entidad concursada, entendiendo restringida la facultad de recusar a la actuación individualizada del que sea acreedor de la concursada (además de la del propio deudor). Sin embargo, AUSBANC CONSUMO no se conforma con tal decisión, insistiendo en que ostenta legitimación para instar el incidente de recusación, que debería ser admitido a trámite. […]
SEGUNDO Para comprender la adecuada solución a este debate no debe olvidarse que las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas tienen legitimación, conforme alartículo 11 de la LEC (en relación con elartículo 24 del vigente TR 1/2007 de la LGDCU), para defender en juicio: 1º) los derechos e intereses de la propia asociación; 2º) los derechos e intereses de sus asociados, actuando entonces en representación de éstos, debiendo en tal caso identificar a aquéllos afiliados por los que actúa, y ello sin perjuicio de la legitimación individual de cada uno de ellos; y 3º) los intereses generales de los consumidores y usuarios, actuando entonces a favor de la tutela de derechos ajenos merced a una expresa atribución legal, por

lo que no se requerirá que los afectados sean precisamente afiliados suyos, pudiendo distinguirse dos supuestos: a) cuando se trate de un grupo de afectados perfectamente determinado o sean fácilmente determinables, aquélla podrá actuar en la defensa de sus intereses colectivos, compartiendo legitimación en ese caso con las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como con los propios grupos de afectados; y b) cuando los perjudicados sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación ostentarán, de modo exclusivo, siempre que fuesen representativas con arreglo a la ley, la legitimación para demandar en juicio la defensa de esos intereses difusos.

Pues bien, la recurrente AUSBANC CONSUMO manifestó de modo expreso en el encabezamiento de su demanda incidental que no actuaba en nombre propio sino en el ejercicio de la segunda de dichas facultades, pues alegaba hacerlo en la defensa de los derechos e intereses de un grupo de afiliados suyos afectados por la insolvencia de FORUM FILATËLICO SA. Cuando de lo que se trata es de defender en el seno de dicho concurso los intereses de ese colectivo de acreedores que estén asociados a ella, la legitimación de AUSBANC CONSUMO para actuar en pro de aquéllos no debería ser puesta en entredicho.

TERCERO Es cierto, como se reseña en la resolución recurrida, que elnº 1 del artículo 33 de la Ley 22/2003 (L.C.) sólo atribuye la posibilidad de iniciar un incidente de recusación de un administrador concursal a las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso; y que ello obliga a acudir a lo previsto en elartículo 3del mismo texto legal, que se la confiere al deudor y a cualquiera de sus acreedores. Lo que significa que es innegable que quién ostente la condición de acreedor (o al menos la de insinuado como tal, cuando se trata de las primeras fases en el concurso) podrá recusar a un administrador consursal. En consecuencia, si la entidad recurrente actúa precisamente en representación de algún o algunos acreedores no estaría justificado que se le opusiese obstáculo para promover la recusación. Y si el reparo estribara en que no se hubiera identificado convenientemente en el escrito de demanda a aquéllos afiliados por los que actuase, lo que procedería sería requerir a la asociación para que subsanara ese defecto (tal como previene elartículo 231 de la LEC), mas no inadmitir de plano su demanda sin ofrecerle la posibilidad de solucionarlo (en este sentido elauto de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 31 de mayo de 2007también derivado del concurso de acreedores de FORUM FILATÉLICO).

CUARTO Como ya señalamos en los autos de esta sección 28ª de laAP de Madrid de 17 de mayo (AC 2008, 8) y 5 de julio de 2007, a propósito de supuestos análogos, si la ley ha querido conceder a cualquiera de los acreedores la posibilidad de recusar, no se advierte razón suficiente para interpretar elnº 1 del artículo 33en el sentido tan restrictivo de que sólo pueda ponerse en marcha tal mecanismo mediante una actuación individualizada de alguno de ellos. Por el contrario, también debería tener cabida para promover la recusación tanto la iniciativa legalmente organizada y coordinada de un grupo de ellos, como la de una asociación de consumidores y usuarios legalmente constituida que intervenga en el proceso en defensa de los derechos e intereses de determinados acreedores por ella representados, a fin de velar por la legalidad en la designación y por la garantía de independencia de la administración concursal. Es, desde luego, materia susceptible de común interés a dichos acreedores suscitar a través de su representante la existencia de una posible causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición para el desempeño de su función por parte de un administrador concursal o poner de manifiesto una circunstancia que afecte a la imparcialidad de éste, todo lo cual tiene cabida precisamente en el incidente de recusación. Y que tales asociaciones actúen en defensa de los intereses de sus asociados es una actuación especialmente justificada en concursos de tanta dimensión como el de FORUM FILATÉLICO.

QUINTO La consecuencia de los razonamientos precedentes es la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de AUSBANC CONSUMO, pues ésta, en tanto que asociación de consumidores y usuarios, dispone de legitimación activa, en defensa de los intereses de sus asociados que sean acreedores del concursado, para interponer un incidente de recusación contra un administrador concursal. Por lo que el juzgado debe tramitar dicho incidente con arreglo a lo previsto en elnº 4 del artículo 33 de la Ley Concursal, en cuyo marco procesal deberá decidirse, con las correspondientes garantías, si la recusación contra uno de los administradores concursales de FORUM FILATÉLICO SA tiene o no justificación.": AAP Madrid (Sección 28) 20.02.1009 (AC 2009/860; Auto 39/2009; Rollo 131/2008)

2. Son causas de recusación las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición a que se refiere el artículo 28, así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos.

Art. 32.2

1. Objeto del incidente

"Es de toda evidencia que SGOL persigue que se aparte del procedimiento a Josu Bascones y Ricardo Ortuzar por razón de que no les han parecido administradores concursales de su agrado, y es de suponer que ello derive de las posturas que se saben en el expediente de medidas colectivas de extinción de relaciones laborales tramitado, y de la sospecha que abrigan de una especial sintonía con la dirección del grupo de empresas concursadas, de la que han sido despedidos personas proclives a las tesis de la representación sindical días antes de la solicitud de concurso, tanto de cara a dicho expediente como, en general, sobre el futuro de la actividad y el empleo. Pero lo sorprendente sería que un acreedor promoviera la recusación del administrador concursal que se le antojara favorable, lo mismo que nadie recusará al juez que percibe le favorezca, sino al que presume le es adverso. Al recusante no se le puede pedir un aséptico interés en la defensa de la legalidad o pureza del procedimiento, lo cual pertenece al interés público defendido por la

legalidad y el juzgado, de modo que lo relevante no son las razones privadas, más o menos torcidas, para recusar, sino la constancia o no de la causa de recusación, lo mismo que no se cautela con este incidente la imparcialidad subjetiva de los recusados, de la que nadie debiera dudar, sino la objetiva conforme a los criterios prefijados por la Ley. No se trata de indagar si los administradores concursales son venales, se inclinan irregularmente por alguno de los interesados en el concurso, o tienen intereses económicos en que el procedimiento circule en una u otra línea, lo cual pertenece al campo de sus responsabilidades, corporativas, civiles o incluso penales. Se trata de constatar si aparecen las causas que la norma ha preordenado como impeditivas del cargo, a fin de que no pueda abrigarse ninguna duda, en la ideología del legislador, de que hipotéticamente surgieran tal venalidad, inclinación o interés espurio.": Sentencia JM-2 Bilbao 25.01.2007 (Incidente Concursal 427/2006)

2. 219.6 LOPJ Desestimación

"NOVENO.- Finalmente debe señalarse que procede la desestimación de las causas invocadas por la actora al amparo de los n° 6 (emisión de dictámen pericial previo) y (…) del Art. 219 L.O.P.J..
Y ello, en cuanto a la primera, porque si bien es cierto que en proceso penal los dictámenes periciales se incorporan como prueba documental y despliegan su fuerza probatoria en el acto del plenario -con la debida contradicción e inmediación-, resulta evidente que la actuación pericial de la A.E.A.T. no se ha desarrollado en este momento procesal.": SJM-6 Madrid 26.02.2008 (Incidente Concursal 321/2006)

"b) "Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo" (art. 219-6ª LOPJ).
"Los tres supuestos enumerados en la causa 6ª del art. 219 LOPJ tratan de garantizar la imparcialidad del juzgador, contemplando una actividad profesional de éste normalmente anterior a adquirir su condición de Juez o Magistrado. Aunque es posible que la intervención o el dictamen recaigan sobre un pleito o causa que se encuentre ya planteado, los tres supuestos que contempla la causa 6ª muestran también, indudablemente, una conexión retrospectiva con las partes (haber sido su defensor o representante) o con el objeto del pleito o causa (emitido dictamen como letrado o intervenido en el como fiscal, perito o testigo) que permite acreditar como razonablemente fundada la sospecha de que un Juez que se encuentre en tal situación se aproxima al thema decidendi con un conocimiento previo del mismo que implica una toma de postura con relación a él incompatible con las exigencias del derecho a un juez imparcial.
Los diferentes casos del apartado 6º coinciden, más que en la unidad de concepto, en la búsqueda de la garantía de la imparcialidad del juzgador enumeran-do posibles actividades profesionales pasadas del Magistrado que acreditan como razonable la sospecha de parcialidad" (ATC 26/2007).
Pensamos que el bien jurídico tutelado, explicado en la resolución extractada, no está en riesgo en el caso concreto del administrador concursal recusado. El administrador recusado no es sospechoso de parcialidad en el conjunto del concurso. La única decisión en que podría afectarle una eventual parcialidad sería en el reconocimiento y clasificación en el concurso de los dos créditos en cuya reclamación participó. Pero en el escrito de recusación no se cuestionan estos créditos. Sí aceptaríamos una recusación parcial en el reconocimiento o clasificación de los dos concretos créditos, pero quedaría en todo caso salvado su reconocimiento por los otros dos administradores.
La Ley Orgánica regula esta causa de recusación pensando en un pleito singular y que afecta al procedimiento entero, pero no para un proceso colectivo. Por ejemplo, sería muy difícil encontrar administradores que no tuvieran interés financiero en entidades bancarias o que no tuvieran intereses contrapuestos con algunos acreedores como la Hacienda Pública, de ahí la necesidad de ponderar si el conflicto de interés afecta al concurso en su conjunto o de exigir el umbral mínimo de la relación con un acreedor que represente más del diez por ciento de la masa pasiva del concurso; sin perjuicio de la conveniente abstención del administrador en concretas decisiones que afectaran al acreedor con el que mantuvo la relación.": SJM-1 Las Palmas 14.04.2010 (JUR 2010/152704; Sentencia 115/2010)

3. 219.7 LOPJ

3.1 Estimación recusación a la AEAT, por haber formulado denuncia

"SEGUNDO.- Insta la parte actora la recusación del Administrador concursal acreedor, por el cauce del Art. 33 de la Ley Concursal -en lo sucesivo L.CO.-, alegando tres causas o motivos, que han de examinarse separadamente.
TERCERO.- La primera de las causas invocadas contra la A.E.A.T. -pues la recusación se dirige contra la persona jurídica y no contra la Inspectora designada en cada momento por la Agencia- es haber formulado denuncia penal previa contra la mercantil Afinsa, S.A., invocando la causa 7* del Art. 219 de la L.O.P.J., al que se remite el Art. 124.3 de la L.E.Civil y a su vez, a éste, el Art. 33.2 de la L.Co.; a lo que se opone la Administración concursal, Dña. Teresa Crespo y otros, así como la propia A.E.A.T. afirmando que tal denuncia no existió, sino un mero informe o comunicación de los datos aparecidos en la inspección tributaria realizada a la concursada.
Para resolver tal cuestión y partiendo de las remisiones legales en cascada antes referidas, resulta que es voluntad del legislador el dotar a los Administradores concursales -sea cual fuera su condición- de las mismas garantías de independencia e imparcialidad que a los Jueces y Magistrados (Art. 33.2 L.Co. en relación con el

Art. 124 L.E.Civil, que remite al Art. 219 L.O.P.J.), de tal modo que si bien dichas causas de abstención y recusación deben interpretarse restrictivamente resultan exigibles con todo rigor.
Tales exigencias resultan absolutamente necesarias, pues dadas las variadas funciones y competencias de la Administración concursal, diferentes según la clase, circunstancias y fases del concurso, dicha Administración aparece configurada legamente como un árgano técnico de impulso del proceso y de asesoramiento y auxiliar del Juez del concurso, hasta el punto de excluir del ámbito revisor del Juez los actas y decisiones de la Administración concursal que pretendan cuestionar la inactividad o las decisiones de oportunidad tomadas por dicha Administración [Art. 192.1.2° L.Co].
CUARTO.- Bajo tal prisma, procede estimar la causa de recusación invocada. De la mera lectura del informe de la A.E.A.T. de Dña. María Teresa Yábar Sterling de 29-6-2005 [unido a la Sección 1ª de este concurso mediante soporte digital] resulta que en su Fundamento Jurídico 10 y con invocación del Art. 95.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, procede a comunicar a la Fiscalía la existencia de hechos con apareciencia delictiva, en cuanto "constituyen indicios suficientes de actividades supuestamente calificables como delito a juicio de la actuaria".
Siendo ello así y habiendo conceptuado la mejor Doctrina procesalista penal a la denuncia como el acto iniciador del proceso penal constituido por una declaración de conocimiento por medio del cual se da a conocer a la Autoridad o sus Agentes la existencia de hechos que pueden presentar apariencia delictiva, resulta que el informe emitido por la A.E.A.T. (sin que pueda deslindarse -a estos efectos- entre los actos de sus miembros y de la Institución, pues aquellos se imputan a ésta) tiene la consideración de denuncia a los efectos del Art. 259, Art. 262 y 264 de la L.E.Criminal (que reproduce el deber legal de denunciar para funcionarios, cargos públicos y profesionales por hechos conocidos en el ejercicio de sus cargos), habiéndose interpuesto ante órgano legitimado para su recepción, cual es la Fiscalía del Estado [Art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal].
No impide tal conclusión la circunstancia de existencia de un deber legal de comunicar los hechos delictivos a las instancias legitimadas para recibir tales declaraciones, ni impide tal conclusión la circunstancia de denominar "informe" a tal declaración de conocimiento, pues conteniendo hechos presuntamente delictivos así como datos y sus valoraciones que indiciariamente los acreditan, resulta que nos encontramos ante una denuncia a los efectos del Art. 219 de la LOPJ; máxime cuando dichos hechos se refieren. a la persona juridica y la querella. de la Fiscalía ante los Juzgados Centrales de Instrucción se dirigen contra la persona jurídica Afinsa, S.A..”: SJM-6 Madrid 26.02.2008 (Incidente Concursal 321/2006)

3.2 Desestimación recusación a la AEAT, por haber formulado denuncia

“QUINTO.- El segundo grupo se refiere a causas que afectan a la imparcialidad u objetividad de la recusada. Entrarían en este ámbito la alegación de ser la causante de la situación que ha llevado al concurso de la deudora, el haber formulado denuncia y ser parte procesal contraria a la concursada, con participación sustancial en el asunto, dado el ejercicio de sus funciones públicas contra la concursada; se alega igualmente que está incursa en la causa de recusación del artículo 124.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber emitido informe contrario a los intereses de la concursada con anterioridad a su nombramiento.
Una mera lectura de los motivos alegados permite concluir que tales causas no pueden ser de aplicación estricta al administrador concursal acreedor que, precisamente por tal condición, ostenta un interés contrario al del deudor y frecuentemente será o habrá sido denunciante o parte contraria en relación a la deudora. La Ley concursal contempla el nombramiento de las administraciones públicas como acreedores, por tanto, se trata de un supuesto expresamente previsto en la Ley. La administración tributaria, entre otras, tiene la misión legal de velar por el cumplimiento por parte de los contribuyentes de sus obligaciones fiscales, el cumplimiento de esa misión, que le es propia, no es motivo para excluirle de la posibilidad de ser nombrado administrador concursal acreedor, máxime cuando se limitó a poner los datos en conocimiento de la Fiscalía que fue quien interpuso la querella.”: SJM-7 Madrid 15.12.2006 (Incidente Concursal 325/2006)

3.3 Estimación recusación AC acreedor con cambiario en apelación

“PRIMERO Elartículo 33 de la Ley Concursal señala como causa de recusación de los administradores concursales las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición a que se refiere elartículo 28 de la misma ley, así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de los peritos, estando entre las primeras, con respecto al administrador concursal acreedor, la de ser éste competidor del deudor, y entre las segundas, a tenor de lo dispuesto en elartículo 124 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que remite, a su vez, alartículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la de tener pleito pendiente con el deudor.
SEGUNDO Pues bien, tras resolver el juzgador "a quo" el incidente de recusación de administrador concursal de que el presente rollo dimana, insiste la concursada, Gemasa, XXI, S.L., en su escrito de interposición del recurso de apelación, en la recusación de la administradora concursal acreedora, Hispano Andaluza de Proyectos y Obras, S.A., en base a dichas causas, la de ser competidor de la concursada y la de tener pleito pendiente contra la misma.
(…)
CUARTO Pero, en cambio, debe ser acogida la segunda de dichas causas de recusación, la de tener pleito pendiente con la concursada. Y es que contra ésta promovió la administradora concursal recusada y se sigue tramitando, en fase de apelación, un juicio cambiario en el que se reclama, como importe de determinados pagarés, la suma de 307.021,38 euros, lo que no es, según ésta última, sino parte de una deuda por un importe muy superior.

QUINTO Considera el tribunal que dicha causa de recusación no deja de ser aplicable en este caso, en el que, a la condición de acreedor, consustancial al concurso, se une la existencia de un pleito pendiente con la concursada. Se da la circunstancia de que, de tener que promover ésta alguna acción judicial o, simplemente, tener que interponer algún recurso contra la recusada, lo que podría hacer, al tratarse de un concurso voluntario y conservar por ello la capacidad para actuar en juicio, necesariamente tendría que contar con la autorización de ésta, como administradora concursal, conforme a lo dispuesto en elartículo 54 de la Ley Concursal, lo que daría lugar a una situación incompatible.
SEXTO Consecuentemente, y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y, revocando la sentencia recurrida, estimar la recusación formulada, acordando el cese de la administradora concursal de que se trata, que deberá ser sustituida por otro acreedor, imponiendo a la misma el pago de las costas causadas en la primera instancia, conforme a lo dispuesto en elartículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sin que se haga imposición, en cambio, dado el signo de ésta resolución, de las de esta alzada.": SAP Sevilla (Sección 5) 21.09.2010 (JUR 2011/83333; Sentencia 402/2010; Rollo 3068/2010)

4. 219.9 LOPJ Desestimación

"SEGUNDO.-Se interpuso recurso de apelación por INFOCOBRO, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Girona de fecha 17 de diciembre del 2012, en la que se desestimó la demanda incidental interpuesta por dicha parte contra el Administrador Concursal, D. Jesús Luis y en la que se instaba su recusación, alegando como hecho motivador de tal recusación la denuncia interpuesta por falso testimonio prestado en causa criminal y con fundamento en el artículo 343.4º de la LEC "amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes" y 5º "cualquier otra circunstancia debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional".
TERCERO.-Establece el artículo 33.2 de la LC que "son causas de recusación las circunstancia constitutiva de incapacidad, incompatibilidad o prohibición a que se refiere el artículo 28, así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos".
Dado que no se fundamenta la recusación en el artículo 28 de la LC, resulta que se debe acudir a la L.E.C., la cual regula la recusación de los peritos en los artículo 124 a 128 y no en el artículo 343, el cual se refiere a la tacha de los peritos, siendo figuras jurídicamente distintas la tacha y la recusación. Y a la vista del artículo 124.3 de la L.E.C. son causas de recusación las previstas en la LOPJ, que no son otras que las previstas para los Jueces y Magistrados del artículo 219 y las expresamente prevista en dicho artículo.
Por lo tanto, al momento de valorar las causas de recusación de los administradores concursales nos debemos basar en la doctrina sentada respecto a la recusación de Jueces y Magistrado. Así, es consolidada doctrina jurisprudencial sobre la imparcialidad del juzgador frente a las garantías básicas del proceso, la que afirma que la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso la primera de ellas: ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio, las que son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados, de modo que sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso judicial. Junto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial, (..) que es la que se refiere a la ausencia de una relación del juez con las partes que pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva, que es la ahora discutida, y que se dirige a asegurar que los jueces y magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previo con el objeto del proceso".
Sobre esta vertiente de imparcialidad objetiva no pueden establecerse parámetros generales, sino que habrá de analizarse caso a caso, a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad de los administradores concursales, como la del juez ha de presumirse y los datos que puedan objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados por razones obvias de estricta y peculiar de que en el proceso concursal, los administradores actúa sujetos a las disposiciones de la Ley.
Ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (SSTC 162/1999 de 27 de septiembre, 69/2001, de 17 de marzo, 140/2004, de 13 de septiembre) para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda quedar apartado del conocimiento de un asunto concreto, es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. No basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.
En la recusación alegada por la parte se empieza indicando que se ha procedido a denunciar al Administrador Concursal por un delito de falso testimonio, indicando las circunstancias y hechos en los que se fundamentaría tal denuncia, pero en el hecho segundo se alega que concurriría el supuesto 4º de artículo 343 de la L.E.C, esto es la amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes y el supuesto 5º esto es, cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que les haga desmerecer en el concepto profesional. Como se ha dicho esto último no es un supuesto de recusación y no debe confundirse la tacha de un perito con su recusación. En cuanto a la amistad o enemistad, aunque la formulación de la recusación es defectuosa, podría reconducirse al supuesto previsto en el artículo 219 de la L.O.P.J.
En cuanto a la denuncia, no consta que se haya admitido a trámite, por lo que, no concurre el supuesto legal de que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de un procedimiento penal (219.4 de la

LOPJ), siendo indiferente que el Juzgado de Instrucción tarde más o menos en su admisión, pues mientras no se admita no concurre la causa de recusación.
El recurrente pretende reconducir dicho supuesto a la enemistad manifiesta entre la concursada y el administrador concursado. Ello carece de fundamento alguno, pues a la vista de los requerimientos que los administradores concursales le hicieron para que aportara la documentación relativa a las declaraciones fiscales, haciendo caso omiso a ello, no resulta sorprendente que el administrador concursal dijera lo que dijo. Podría haber sido más preciso en su declaración y, desde luego, el abogado del querellado o denunciado podía haberlo interrogado al respecto a fin de que aclarara tal manifestación, pero desde luego, deducir que de tal imprecisión, si es que la hubo, existe una enemistad entre el administrador Concursal y la concursada carece del más mínimo sustento, que merece un claro rechazo de la recusación, como acertadamente se razona en la sentencia de instancia, incluso podría haber sido motivo de sanción por la temeridad manifestada, pues se vislumbra con la recusación efectuada un intento de apartar a los administradores concursales, sin ninguna causa real y objetiva que demuestre que esta actuando de forma parcial y poco objetiva, como hemos visto exige el Tribunal Constitucional.
No concurren en consecuencia los presupuestos de recusación contemplados en los números 4 y 9 del artículo 219 de la L.O.P.J., careciendo de toda base y fundamento la recusación artificiosamente formulada, que no permite desligar administrador concursal recusado de sus deberes.": SAP Girona (Sección 1) 13.06.2014 (Sentencia 191/2014; Rollo 35/2014)

"SEGUNDO.-Se interpuso recurso de apelación por INFOCOBRO, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Girona de fecha 14 de diciembre del 2012, en la que se desestimó la demanda incidental interpuesta por dicha parte contra la Administradora Concursal, DÑA. Julia y en la que se instaba su recusación, alegando como hecho motivador de tal recusación que la misma, en su condición de abogada, forma parte del bufete de abogados "Cuatrecasas", y que en el expediente concursal aparece en la masa activa Dña. Olga y Dña. Rebeca y en la masa pasiva aparece D. Eutimio. Que dichas personas son esposa, madre y hermano del abogado D. Pedro Enrique, que pertenece también al despacho "Cuatrecasas".
Como cuestión previa se alega la nulidad e incongruencia de la sentencia, pues debía haber practicado la prueba solicitada en el escrito de demanda. A parte de que ello nada tiene que ver con la incongruencia, debe rechazarse la nulidad, pues ninguna indefensión se ha producido, ni era procedente la forma en que se propuso la prueba, aunque lo cierto es que el Juzgador debió haberse pronunciado al respecto. Por otro lado, tampoco procede imputar a la sentencia el vicio de incongruencia por no resolver las cuestiones alegadas por la parte contraria.
La prueba solicitada consistió en que se les requiera (no precisa a quien) para que aporte a este Juzgado los datos de filiación o matrimonio debidamente justificados mediante extractos de matrimonio, nacimiento, etc, del Registro Civil correspondiente. Obviamente, no podía dirigirse tal requerimiento a la administradora concursal, dado que difícilmente podía aportar tales documentos, ni podía exigírsele que requiriera a terceros para que los aportara. Y en cuanto a estos sería improcedente requerirles la aportación de documentos que podrían afectar a su intimidad. La recusante tiene la carga de probar las causas de recusación aportando los medios probatorios oportunos o practicando las pruebas legalmente previstas, pero ni es procedente atribuir la carga probatoria a la otra parte y menos a terceros, y si además respecto de estos la aportación de documentos puede afectar a su intimidad es clara la improcedencia de su petición.
TERCERO.-Establece el artículo 33.2 de la LC que "son causas de recusación las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición a que se refiere el artículo 28, así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos".
Dado que no se fundamenta la recusación en el artículo 28 de la LC, resulta que se debe acudir a la L.E.C., la cual regula la recusación de los peritos en los artículo 124 a 128 y no en el artículo 343, el cual se refiere a la tacha de los peritos, siendo figuras jurídicamente distintas la tacha y la recusación. La tacha no impide al perito intervenir en el proceso, aunque si se acepta la misma, deberá tenerse en cuenta al momento de valorar el dictamen pericial, mientras que la recusación impide al perito la intervención en el proceso (artículos 124.2 y 343 y 343 de la L.E.C.). Y a la vista del artículo 124.3 de la L.E.C. son causas de recusación las previstas en la LOPJ, que no son otras que las previstas para los Jueces y Magistrados del artículo 219 y las expresamente previstas en dicho artículo.
Por lo tanto, al momento de valorar las causas de recusación de los administradores concursales nos debemos basar en la doctrina sentada respecto a la recusación de Jueces y Magistrado. Así, es consolidada doctrina jurisprudencial sobre la imparcialidad del juzgador frente a las garantías básicas del proceso, la que afirma que la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso la primera de ellas: ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio, las que son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados, de modo que sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso judicial. Junto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial, (...) que es la que se refiere a la ausencia de una relación del juez con las partes que pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva, que es la ahora discutida, y que se dirige a asegurar que los jueces y magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previo con el objeto del proceso".
Sobre esta vertiente de imparcialidad objetiva no pueden establecerse parámetros generales, sino que habrá de analizarse caso a caso, a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad de los administradores concursales, como la del juez ha de presumirse y los datos que puedan

objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados por razones obvias de estricta y peculiar de que en el proceso concursal, los administradores actúa sujetos a las disposiciones de la Ley.
Ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (SSTC 162/1999 de 27 de septiembre, 69/2001, de 17 de marzo, 140/2004, de 13 de septiembre) para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda quedar apartado del conocimiento de un asunto concreto, es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. No basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.
En la recusación alegada por la parte se indica, en primer lugar, como hemos visto, la relación entre la administradora concursal y tres personas que aparecen en la masa activa y pasiva del concurso, para a continuación indicar que concurrirían los supuestos 3º y 4º de artículo 343 de la L.E.C, esto es tener interés directo o indirecto en el asunto y la amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes y el supuesto 5º, esto es, cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que les haga desmerecer en el concepto profesional. Como se ha dicho esto último no es un supuesto de recusación y no debe confundirse la tacha de un perito con su recusación. En cuanto al interés directo o indirecto o la amistad o enemistad, aunque la formulación de la recusación es defectuosa, podría reconducirse a los supuestos previstos en el artículo 219 de la L.O.P.J. en sus causas 9ª y 10ª.
Nada explica la recurrente sobre los motivos por los que considera que concurren dichas causas de recusación. No es de recibo basarse en causas de recusación tan genéricas, cuando ni siquiera concurrirían causas más especificas, pues aunque se demostrase amistad con el Letrado del mismo despacho, ello no podría ser motivo para la recusación por el hecho de que familiares de un amigo sean partes procesales, en este caso, deudores o acreedores de la concursada, es decir, la amistad con una parte no puede extenderse a los amigos o familiares de tal parte, sino que debe demostrarse también la amistad con dichas personas. Por lo tanto, fundamentar la recusación en la amistad intima ni se justifica ni tiene sustento en la relación familiar entre un compañero del despacho de la administradora concursal, que tampoco se acredita la relación que puedan tener entre ambos, y las personas que aparecen en la masa activa o pasiva del concurso.
Por lo que se refiere al interés directo o indirecto, nada explica la recurrente sobre el interés que pudiera tener la Administradora concursal recusada, salvo que pretenda justificarlo en la benevolencia con la que ha actuado sobre la aplicación de la Ley de Azcarate al excluir créditos de la concursada contra diversos clientes, fundamentado en el cobro de intereses usurarios. Pues bien, como resolvió el Juzgado y ha ratificado esta Audiencia, tal cuestión resulta insostenible y ha sido ratificado el criterio de la administración concursal, no sólo el criterio de la administradora recusada, con lo cual, no sólo no existe relación familiar, de amistad o de interés directo o indirecto, sino que ni siquiera las personas a la que se refiere la parte recusante son deudores de la sociedad concursada.
No concurren en consecuencia los presupuestos de la recusación contemplados en los números 9 y 10 del artículo 219 de la L.O.P.J., careciendo de toda base y fundamento la recusación artificiosamente formulada, y todo ello, resultando indiferente si la recusación se hizo en tiempo y si la recusante tenía o no conocimiento de la causa de recusación": SAP Girona (Sección 1) 16.06.2014 (Sentencia 194/2014; Rollo 558/2013)

4.1 219.9 LOPJ y administrador-acreedor

"TERCERO.- No es labor de este tribunal, en este momento procesal, enjuiciar la viabilidad de la recusación planteada por la ASOCIACIÓN URIBE-KOSTA DE USUARIOS Y CONSUMIDORES (URKOA), ya que eso rebasaría el objeto de esta segunda instancia, a la que se ha accedido en la fase inicial de mero control de la admisión a trámite de la demanda incidental. Basta, por ahora, con dejar reseñado que cuando se pretenda aducir como causa de recusación la del n° 9 del artículo 219 de la LOPJ y el aludido sea el administrador concursal -acreedor, el interés en al asunto que se le pretenda reprochar deberá significar un plus relevante sobre el que necesariamente siempre ostentará todo aquél que reúna la condición de acreedor del concursado, pues de lo contrario el sistema legal de constitución de la administración concursa]. (artículo 27.1 de la LC) resultaría inaplicable.": SAP Madrid 17.05.2007 (Sección 28) (Rollo 124/2007)

5. 219.10 LOPJ

"PRIMERO.- Como señala la STC Sala 1ª, S 14-1-1997, nº 7/1997, rec. 120/1994 dicho Tribunal ha incluido, en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a un Juez imparcial (por todas, SSTC 145/1984 y 164/1988). "Desde el principio y con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto Piersack, de 1 octubre 1982, y De Cubber, de 26 octubre 1984), hemos distinguido -sostiene el repetido Tribunal- en este derecho una doble vertiente: la subjetiva, que trata de evitar la parcialidad del criterio del Juez -o su mera sospecha- derivada de sus relaciones con las partes, y la objetiva, que trata de evitar esa misma parcialidad derivada de su relación con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo" (STC 32/1994). - También es doctrina reiterada de este Tribunal que las causas de abstención y recusación tienden, precisamente, a asegurar la imparcialidad del Juez (por todas, SSTC 145/1988, 119/1990), siendo el incidente de recusación "el único cauce previsto por el ordenamiento procesal

para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión" (STC 137/1994, f. j. 2º).
Se señala igualmente que el art. 24.2 CE, acorde con lo dispuesto en el art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigo, de tal modo que la imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional.
SEGUNDO.- Habida cuenta de la propia admisión de la recusación por el propio recusado así como del hecho de que externamente y por ello, con trascendencia objetiva, se atribuya el carácter de "empresario" (esto es directivo de la empresa, de la sociedad deportiva concursada) a la par de "director" de los administradores concursales (concepto más amplio que el de "supervisor" que señala la Ley Concursal -art. 35.6) rompiéndose así la necesaria equidistancia que entre las partes en cualquier litigio o proceso ha de mantener el órgano judicial, aunque subjetivamente no aparece acreditada la falta de imparcialidad, desde el punto de vista objetivo tales auto-calificativos pueden fundadamente hacer dudar a la parte recusante de la imparcialidad que ha de mantener el juez del concurso en el incidente por ella planteado frente a la sociedad concursada y por ello procede estimar la recusación con base a la causa 10ª del art. 219 de la LOPJ debiendo el recusado, conforme previene el art. 228 de dicha Ley, apartarse definitivamente del conocimiento del incidente concursal planteado por el recusante.": Auto AP Las Palmas 7.02.2006 (JUR 2006/134654)

"SEXTO.- Por último, el tercer grupo estaría integrado por causas de recusación referidas a la existencia de intereses contrapuestos y abarcaría la del supuesto del artículo 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tener interés directo o indirecto en la causa, ya que sería acreedor y deudor y existiría una formal confrontación con la masa del concurso. Esta existencia de intereses contrapuestos también se predica de D. Mariano, si bien va referida a la Agencia Estatal y no al mismo.
Mucho de lo ya dicho hasta ahora es de aplicación a este grupo de causas de recusación y sirve para fundamentar su rechazo. A mayor abundamiento cabe afirmar que es el legislador e] que ha previsto que en la administración concursal participe un acreedor que constituye el contrapeso a] papel del deudor en el proceso concursal. Se logra así un equilibrio entre la postura de la masa pasiva, la del deudor y la presencia de unos técnicos imparciales, que asumen el peso de la administración ordinaria del proceso concursal. El que el acreedor ostente un interés contrapuesto al del deudor es algo que se presume y a lo que, como ya se apuntó, no es ajeno el legislador, que lo regula expresamente. La existencia de ese interés contrapuesto y la defensa de su derecho de crédito no es incompatible con la defensa del interés de la masa, interés que en cualquier caso es de apreciación subjetiva y no apropiable por parte de ningún acreedor particular que, lógicamente, tendrá su visión sobre lo que debería ser la marcha del concurso, no necesariamente coincidente con la de la administración concursal. Pero, por ello, la Ley no contempla la administración concursal como un órgano soberano, sino que sus miembros actúan de modo colegiado, sometidos a responsabilidad ante el concursado y los acreedores y sometidas sus actuaciones trascendentes al control judicial, lo que hace que cualquier interés particular se diluya y deje de ser determinante en la tramitación del concurso. Por todo ello, dichos motivos tampoco pueden tener favorable acogida.": SJM-7 Madrid 15.12.2006 (Incidente Concursal 325/2006)

"Respecto del Abogado integrante de la administración concursal, alegó la parte apelante la concurrencia de las causas de recusación previstas en los apartados 9 º y 10 del art. 219 LOPJ, "amistad íntima, enemistad manifiesta e interés directo o indirecto en el pleito". Sin embargo, la parte apelante en su farragoso e impreciso escrito rector, no acierta a concretar en qué hecho determinado funda la causa de recusación alegada, aludiendo al contenido de los escritos de 10 de marzo, tres de abril y 14 de abril de 2010, redactados por el Letrado, que responde a su libertad de criterio acerca de determinadas cuestiones jurídicas de carácter laboral y mercantil que se han ventilado ante la jurisdicción social, como era la relativa a la suspensión del expediente de Regulación de Empleo que afectaba a los trabajadores de la concursada o a la cuantía de las indemnizaciones que debían percibir sus trabajadores. De cuyos términos, en modo alguno se deriva la concurrencia de las causas de recusación alegadas (art. 219- 9 y 10 LOPJ).
Tampoco, de la disparidad de criterios puntual entre los administradores concursales al adoptar alguna de sus decisiones a lo largo del concurso. Sin que de ello, como bien se indica en la Sentencia Apelada, pueda inferirse parcialidad alguna, pues tampoco la unanimidad es obligada, tratándose de un órgano colegiado, y conforme dispone el art. 35-2, "sus decisiones se adoptarán por mayoría, y de no alcanzarse resolverá el juez", por lo que en caso de desviación en el ejercicio de su cargo, lo que en modo alguno consta, su actuación estaba en este aspecto "sometida a la supervisión del juez del concurso", garantía de una actuación imparcial y ordenada.
Como ha señalado la jurisprudencia, la amistad o enemistad o el interés directo que puede generar sospecha de parcialidad, ha de derivar de una relación de carácter personal extraprocesal, que en el caso ni siquiera se ha alegado. Sin que pueda derivar de una mera apreciación subjetiva de la parte, sino de causas objetivas, en el caso inexistentes.": SAP Orense (Sección 1) 23.07.2013 (Sentencia 317/2013; Rollo 269/2012)

6. 219.11 LOPJ Desestimación

"NOVENO.- Finalmente debe señalarse que procede la desestimación de las causas invocadas por la actora al amparo de los n° (…) y n° 11 (ser instructor de la causa) del Art. 219 L.O.P.J.. (…)
En cuanto a la segunda, porque el concepto de "instructor" es de estricta interpretación, de tal modo que referida al Juez de Instrucción, a los actos de instrucción y a la causa penal donde se desarrollan, resulta que la A.E.A.T. no ha desarrollado acto jurisdiccional alguno, sino, a lo sumo, mera diligencia ordenada por el Titular de la Jurisdicción.": SJM-6 Madrid 26.02.2008 (Incidente Concursal 321/2006)

7. 291.16 LOPJ Estimación de la recusación a la AEAT

“QUINTO. - Pero si tal consideración no fuera bastante para apartar a la A.E.A.T. de la Administración concursal, concurre en la recusada la causa descrita en el n° 16 del Art. 219 de la L.O.P.J., pues resulta evidente que con anterioridad a la asunción del cargo de Administrador concursal tuvo conocimiento, por razón de sus funciones legalmente atribuidas y legítimamente ejercidas, de lo que resulta objeto -al menos en parte- del presente proceso concursal, cual fue la conducta de los Administradores y de la sociedad; hechos alegados por la demandante y congruente apreciación por este Juzgador a tenor de lo dispuesto en el Art. 218.1.2° de la L.E.Civil.

Tanto en éste supuesto como en el anterior subyace la finalidad de preservar la independencia y imparcialidad de los Jueces, Magistrados, peritos y, por remisión, de los Administradores concursales, evitando que con un conocimiento previo de los hechos objeto de proceso, pueda alterarse aquella valoración de los hechos, la adopción de decisiones y la aplicación del Derecho, tanto en el aspecto interno como externo, lo que nos lleva a examinar los conceptos de imparcialidad subjetiva y objetiva.

SEXTO.- En este sentido señala la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4a (Caso Pescador Valero contra España), de 17 de junio de 2003 [TEDH 2003\27] al analizar la imparcialidad objetiva, que "Incluso las apariencias son importantes en este caso. En ello estriba la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (Sentencia Castillo Algar contra España de 28 octubre 1998 [TEDH 1998\511, Repertorio 1998-V111, pg. 3116, ap. 45). De ello se desprende que para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto concreto, de una razón legítima para temer que un Juez carezca de imparcialidad, se tiene en cuenta el punto de vista del acusado pero no juega éste

un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las aprensiones del interesado como objetivamente justificables (Sentencias Ferrantellí y Santangelo contra Italia de 7 agosto 1996 [TEDH 1996\34), Repertorio 1996-111, pg. 951-952, ap. 58; Wettstein contra Suiza [TEDH 2000\682], núm. 33958/1996, ap. 44, TEDH 2000-XII)"; añadiendo la Sentencia de igual Tribunal, Sección 1ª de 28 de noviembre de 2002 [JUR 2002\38413] que "En cuanto a la diligencia subjetiva, el Tribunal recuerda que la discreción que se impone a las autoridades judiciales cuando son llamadas a juzgar, debe conducirles a no utilizar a la prensa, ni siquiera para responder a provocaciones; así lo requieren los imperativos superiores de la justicia y la magnitud de la función judicial. Concretamente, el hecho, para el presidente o el miembro de un tribunal llamado a resolver un asunto, de emplear públicamente expresiones que hacen suponer una apreciación negativa de la. causa de una de las partes, es incompatible con las exigencias de imparcialidad de todo tribunal, consagradas en el articulo 6.1 del Convenio (ver Buscemi contra Italia [TEDH 1999\35), núm. 29569/1995, ap. 67-68, TEDH 1999-VI)".

En este mismo sentido y con igual exigencia. y ámbito, señala la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional [por todas, Sentencia n° 55 de 12 de marzo de 2007 (RTC 2007\55) que "es doctrina reiterada de este Tribunal que una de las exigencias inherentes al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en tanto que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, es la imparcialidad judicial, conforme a la cual, por estar en juego la confianza que los Jueces y Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, debe garantizarse a las partes que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial. A esos efectos se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él. Se ha puntualizando, no obstante, que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de la parte, sino que lo determinante y decisivo es que las razones para dudar de la imparcialidad judicial, por un lado, queden exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos y, por otro, alcancen una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, SSTC 5/2004, de 16 de enero [RTC 2004\5], F. 2, y 240/2005, de 10 de octubre [RTC 2005\240], F. 3)".

SEPTIMO.- Atendiendo a dicha doctrina jurisprudencial, de aplicación al cargo de Administrador concursal, resulta eme la A.E.A.T. tuvo conocimiento de los hechos objeto de denuncia de modo previo a ser designada Administradora concursal, en cuanto inició en 2002 actividad inspectora de tributos sobre Afinsa, S.A. -que aún continúa-, emitió juicio de valor sobre los mismos, valorando el comportamiento -entre otros- de los Administradores sociales y de la sociedad, de su contabilidad y de la naturaleza de sus negocios, en cumplimiento de un deber legal puso tales hechos en conocimiento de las Autoridades y publicamente se ha posicionado en cuanto a tales cuestiones.

A ello debe añadirse que, en el ámbito de sus funciones, la Administración concursal deberá posicionarse sobre cuestiones tales como la posible responsabilidad de los Administradores sociales antes citados, sobre el estado de la contabilidad de la concursada, sobre la procedencia o no de propuestas de convenio, sobre la conformación del activo y el modo y forma de liquidación del mismo, sobre la conformación del pasivo; de tal modo que habiendo tenido conocimiento previo la A.E.A.T. de dichas cuestiones, optando, tomando partido y valorando, resulta que la misma carece de la imparcialidad subjetiva y objetiva necesaria para ejercer la función de Administrador concursal; sin que ello suponga poner en duda -ni en éste momento ni anteriormente- la actuación de la A.E.A.T. en defensa del interés general que tiene encomendada, ni la diligencia e imparcialidad de las personas físicas que han ejercido dicho cargo.

OCTAVO.- Por último debe recordarse que es doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de 24 de febrero de 2005 [RJ 2005\3614] que "Es claro que la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad de quien juzga. Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de

impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad como tercero ajeno a los intereses en litigio y a quienes son, o pretenden ser, sus titulares. Es por eso que el Juez ha de ser, y ha de aparecer, como alguien que no tenga respecto a la cuestión sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. Incluso las apariencias pueden tener importancia, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso (STEDH de 1 de octubre de 1982 [TEDH 1982\6], caso Piersack; STEDH de 26 de octubre de 1984 [TEDH 1984\16], caso De Cuber, y STEDH de 24 de mayo de 1989 [TEDH 1989\8], caso Hauschildt). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez
no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y la imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el thema decidendi y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio [RTC 1982\47], F. 3; 157/1993, de 6 de mayo [RTC 1993\157], F. 2; 47/1998, de 2 de marzo [RTC 1998\47], F. 4; 11/2000, de 17 de enero [RTC 2000\11], F. 4; y 52/2001, de 26 de febrero [RTC 2001\52], F. 3; 154/2001, de 2 de julio [RTC 2001\154], F. 3, y 155/2002, de 22 de julio [RTC 2002\155], F. 2). La necesidad de que el Juez se mantenga alejado de los intereses en litigio y de las partes "supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra", (STC núm. 38/2003, de 27 de febrero [RTC 2003\38])".
Atendiendo a tal doctrina resulta que la circunstancia de que la A.E.A.T. tenga que decidir, emitir juicios y valoraciones o adoptar acuerdos sobre el tiempo -pues la liquidación depende de su voluntad-, el importe y los tributos a que se referirán las futuras devoluciones de tributos pagados indebidamente por la concursada -como reconoce el propio informe de la Administración concursal- supone un vinculo evidente con uno de los extremos a resolver, que condiciona su imparcialidad objetiva; no pudiendo olvidarse que supone tal interés un importe aproximado y contingente de 150 millones de euros; cantidad muy relevante para la causa.": SJM-6 Madrid 26.02.2008 (Incidente Concursal 321/2006)

8. 124.3.1 LEC

8.1 Inaplicabildad al administrador-acreedor

"Se alega la causa de recusación del artículo 124.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber emitido informe contrario a los intereses de la concursada con anterioridad a su nombramiento. Tal causa es de aplicación a los administradores concursales profesionales no así al acreedor, pues es evidente que entre deudor y acreedor existe un interés contrapuesto que no ha podido ser ignorado por el legislador. En el presente caso la recusada ha emitido para el procedimiento penal un informe, que puede ser contrario a la tesis de la concursada, pero que no deja de ser el reflejo de las tesis de la entidad pública que, como se ha dicho, por su condición de Acreedora tiene un interés opuesto, no siendo esa discrepancia de criterio elemento suficiente para justificar la recusación, pues es consustancial a labilateralidad que rige las relaciones contractuales. Si el legislador ha previsto que el acreedor forme parte de la administración concursal, habrá que asumirlo con todas las consecuencias, sin que quepa su exclusión por el mero hecho de ostentar un interés propio y discrepante respecto del concursado, pues es propio de su condición de acreedor. Por lo expuesto, tales causas de recusación no son de aplicación al presente caso.": SJM-7 Madrid 15.12.2006 (Incidente Concursal 325/2006)

9. 124.3.3º LEC

"Además de las causas señaladas, el art. 33.2 LC se remite a las previstas en la legislación procesal para los peritos. El art. 124.3.3º LEC ha dispuesto como causa de recusación de los peritos "tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso". No puede esta norma interpretarse de forma extensiva, puesto que la Ley Concursal ha previsto que un acreedor concursal sea parte de la administración concursal. Sin embargo sí puede considerarse que esa previsión afecta a los socios de la deudora concursada, que es la parte esencial, en tanto que imprescindible, para que tenga razón de ser el procedimiento concursal. Puesto que sin concursado no hay concurso, el acreedor concursal no puede ser, vistos los términos de la LEC, socio de la concursada.": SJM-1 Bilbao 02.10.2009 (Sentencia 658/2009; Incidente Concursal 457/2009)

10. Es causa de recusación el incumplimiento de las condiciones subjetivas del art 27.1

10.1 Administrador acreedor cuyo crédito es calificado como subordinado

"Queda en conclusión taxativamente establecido que E. ERHARDT y CIA S.L. [administrador-acreedor] figura como acreedor subordinado de la concursada, sin que ostente crédito alguno ordinario o con privilegio general.
TERCERO.- Causa de recusación
Sentado lo anterior, el art. 33.2 LC considera causa de recusación las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición del art. 28 de la propia norma, así como las que derivan de la legislación procesal civil para la recusación de peritos.
El art. 28 LC señala cuales son esas causas de incapacidad, incompatibilidad y prohibición. En el inciso segundo del apartado 1 declarara que "tampoco podrán ser nombrados administradores concursales los que,

reuniendo las condiciones subjetivas previstas en el apartado 1 del art. 27, se encuentren cualesquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 por ciento de la masa pasiva del concurso".
De dicha norma se desprende la incapacidad para ser administrador concursal, y en lo que aquí interesa causa para ser recusado, el acreedor que reuniendo los requisitos subjetivos incurra en la causa citada. Luego si no reúne los requisitos subjetivos citados, aún más razón habrá para ser incapaz, y en consecuencia, para ser recusado.
Esto sucede en este caso, en el que el art. 27.1.3º LC exige que el acreedor nombrado administrador concursal ostente crédito ordinario o con privilegio general. Tras la emisión del informe de la administración concursal, consta que E. ERHARDT y CIA S.L. no ostenta ninguna de esas condiciones, como se ha dicho en el anterior fundamento jurídico. Carece, por lo tanto, de las condiciones subjetivas previstas en el citado precepto, está por lo tanto incapacitado para ser administrador concursal y, por todo ello, incurre en causa de recusación.": SJM-1 Bilbao 02.10.2009 (Sentencia 658/2009; Incidente Concursal 457/2009)

11. Relación indirecta y poco intensa. Valoración de las circunstancias y el interés del concurso.

"PRIMERO.- No se puede negar la evidencia y este titular no tiene por más que reconocer que en su día el juzgado debió ser más "pulcro" a la hora de elegir a los administradores concursales del presente concurso, máxime si cabe, aunque no es esto causa, para un concurso de las características de este, aunque no obstante también debe tenerse muy en cuenta las especiales circunstancias que han rodeado a esta solicitud, al nombramiento de la administración por el Juez sustituto actuante en el momento y el volumen del concurso, que cierra sobremanera el circulo de profesionales con suficiente capacidad "logística" para llevar el mismo. No obstante la situación es la que es, han pasado 7 meses desde que se declaró el concurso de la deudora, el trabajo de los administradores ha sido arduo y hasta el momento sin pega alguna, y no puede este juzgador por más que valorar en el marco del superior interés del concurso, si un cambio de administración es o no beneficioso para el mismo, porque, ¿qué se pretende al establecer un catálogo tan extenso de incompatibilidades, prohibiciones e incapacidades para ser administrador concursal, pues fundamentalmente asegurar el actuar absolutamente aséptico, escrupulosamente profesional y despojado de toda posible traba a la independencia, por parte de la administración concursal, y todo ello en el superior interés del concurso que debe identificarse fundamentalmente con la máxima protección de la masa activa y de los derechos de cobro de los acreedores.
Situados en el mencionado marco de valoración, es mismo el que debe servir como testigo teleológico en el momento de aplicar la normativa que debe emplearse para resolver el presente incidente, es decir, debemos tomar como base de la decisión la más beneficiosa para el concurso, pues aplicar una norma pensada en el mencionado interés, y hacerlo provocando el efecto contrario sería ir contra el propio espíritu de la norma, y las leyes no tienen sentido por su mera literalidad, sino por lo que persiguen y sobre ello debe situarse el juzgador al aplicarlas.
Lo expuesto, por otro lado, no supone amparar una especie de "política de hechos consumados", sino sencillamente, llevar a cabo un acto de aplicación de la ley acorde con las concretas circunstancias del caso y en atención a la finalidad perseguida por la norma. Tampoco lo indicado debe llevar a desnaturalizar la norma o prostituir su contenido, con lo que sólo será posible adaptar lo que es adaptable, y no estirar, retorcer o comprimir de tal forma que el resultado sea la ruptura de lo dispuesto en la Ley.
SEGUNDO.- Las recusaciones van a desestimarse, y las razones son las siguientes.
1.- Necesaria valoración de la alternativa más beneficiosa para el concurso.
En el momento en el que nos encontramos, sin duda, un cambio de administración concursa) supondrá trabar el concurso sobremanera, ya que la entrada de nuevos administradores, el tiempo de puesta al día de los mismos, traspaso de información entre administraciones, problemas de gestión de afectados etc, suponen sin duda un perjuicio, ya que se va a producir una dilación, y toda dilación en un concurso es de por si indeseable.
2.- Valoración de la intensidad de la causa recusatoria.
Debe igualmente valorarse cual es la causa de recusación, ya que no es lo mismo relaciones personales, o muy "íntimas" desde el punto de vista profesional, que meras posibles relaciones a través de un tercero o ente colectivo. Y es que en este caso se alega que los administradores pertenecen a un despacho que ha asesorado a la concursada, pero aún tomando ello como cierto a efectos dialécticos, la relación profesional es de un despacho, sin que se sepa realmente que tipo de asesoramiento se ha prestado ni por quien en concreto. Igualmente se alega relación entre ambos administradores, pero no es lo mismo la relación entre administradores, que incluso puede beneficiar la dinámica de trabajo, que la relación con el deudor o con un acreedor donde el pronóstico o juicio de independencia es mucho peor. En este caso la relación entre administradores como mucho seria de colaboración, ya que ni hay prestación de servicios ni dependencia (28.4 LC), y piénsese por ejemplo en ciudades pequeñas donde muchos profesionales se conocen e incluso han colaborado en alguna ocasión sobre todo si han tenido cierta experiencia en estos ámbitos, casi no se podrían nombrar equipos de administradores por existir o haber existido colaboración. Pero es que una firma multidisciplinar como es PW puede tener equipos de economistas y de letrados sin que necesariamente exista colaboración directa entre ellos, y lo que es evidente es que las causas de recusación no pueden presumirse.
Por último se alude como causa de recusación el hecho de que el economista haya prestado simultáneamente servicios de abogacía, pero debe recordarse que no se nombra a PW administrador concursal, sino a un economista y a un letrado, individuales. De hecho la LC no veda, ni la normativa aneja aplicable, la posibilidad de constituir personas jurídicas que se ocupen de prestar servicios de asesoramiento legal o económico, y que

esta se nombren como administradoras concursales (art. 30.1 LC), sin embargo, repito, no se nombra a PW, sino a dos personas físicas individuales, que como tal están dados de alta en sus respectivos colegios.
En definitiva el juicio de independencia, que se supone salvo prueba en contra, se mantiene mucho más entero en relación a las causas en las que se funda la presente recusación, que en relación a otras, y en la balanza entre lo que aconseja y desaconseja estimar la recusación, las causas alegadas pesan menos que otras que no concurren.
3.- Acreditación de lo que se alega.
Si observamos la prueba que se articula por quien alega, que es quien debe probar, observamos que el hecho esencial y básico sobre el que gravita la recusación es la prestación de servicios a la concursada, y para acreditar ello únicamente se aportan unos correos electrónicos impresos de los que este juzgador no logra deducir si hay o no asesoramiento, y en que consiste el mismo, y en cualquier caso no aparece en ninguna parte el nombre de los recusados. Junto a ello se aportan pantallazos de periódicos de Internet, y ciertamente no es la mejor forma de acreditar la supuesta relación entre los recusados y la deudora.
4.-Valoración de la intensidad de la supuesta relación.
Como se ha apuntado debe valorarse que la supuesta relación lo es como mucho por vía indirecta, es decir una entidad presta unos servicios a la deudora, con unos profesionales que no son los recusados, aunque estos si están a su vez relacionados con dicha entidad, Es decir hay una eventual relación indirecta, lo cual recorta aún más la intensidad de la causa de recusación.
5.- Las vías para "Minorar el peligro"
Aún en el caso de que se pudiera entender que los actuales administradores son "peligrosos" para el buen fin del concurso, nadie mejor que miles de acreedores (incluido el instante de la presente recusación magníficamente asesorado, no le cabe duda a este titular), este titular mismo, el administrador nombrado por el acreedor e incluso el propio Ministerio Fiscal, para vigilar que no se verifique peligro alguno, pudiéndose en su caso separar fulminantemente del cargo a los administradores en caso de duda sobre su proceder.
6.- La actuación de la administración.
En consonancia con el primer ordinal de este Fundamento, sobre una administración que hubiese desarrollado un mal trabajo, recaería sin duda mayores dudas sobre su proceder y quizás el resultado de esta resolución fuese otro, pero una administración a la que hasta el momento no le es posible recriminar nada en cuanto a su trabajo (del que este juzgador a indagado por vial externas) no se le puede hacer recaer una tacha de falta de independencia o de peligro de llevar a cabo una administración desviada, y vaya por delante que este titular ya ha visto lo suficiente como para no poner la mano en el fuego por nadie, razón esta misma por la cual no le temblará el pulso en separar del concurso o sancionar en la forma legal a quien desvíe su actuación de la principal finalidad del beneficio del procedimiento, sea quien sea.
TERCERO.- En materia de costas, aún debiéndose aplicar el criterios del vencimiento, no puede negar este juzgador que la recusación es ciertamente lógica y sin duda ofrece serias dudas de hecho y de derecho, razón por la cual no se va a hacer imposición de costas alguna de conformidad a lo establecido en el art. 394.1 de la LEC": AJM-1 Málaga 11.01.2010 (JUR 2010/81554; Incidente Concursal 947/2009)

12. Interpretación finalista. Ponderación de las circunstancias y del momento en que la recusación se plantea

"PRIMERO: Se alza TRAIN SYSTEMS SL contra la designación de DRV SA como administrador concursal al entender que existía vinculación entre la concursada y el acreedor lo que pone en entredicho la independencia.
El Administrador concursal acreedor se opuso al entender que no concurría la causa invocada.
La acreedora DRV SA señaló que el representante designado por ella estaba actuando con total independencia, sin ninguna vinculación y que además ella no actuaba directamente ejerciendo las labores de administrador concursal
Por último la concursada señaló que se trataba de dos sociedades independientes con actividad propia; que además la estimación de la recusación afectaría a la marcha del concurso.
Las causas de recusación previstas en el art 33.2 de la ley responden a la idea de garantizar la independencia de los administradores concursales en el ejercicio de sus funciones, de manera que actúen con objetividad en su quehacer en el concurso. Con el sistema instaurado por la ley concursal el papel de los administradores concursales es esencial para la buena marcha del procedimiento ya que su función alcance las cuestiones más relevantes, y entre ellas, las relativas a la elaboración del inventario y el listado de acreedores, la determinación inicial del plan de liquidación, la elaboración de una evaluación sobre el convenio? Son actuaciones significativas que han de estar presididas por la idea del interés del concurso, y precisamente por ello el legislador ha previsto un régimen de incapacidades, prohibiciones e incompatibilidades en su designación que garantice la independencia inicial de los miembros nombrados.
Hemos dicho que se establece un régimen inicial, pero no debe olvidarse que la administración concursal en su actuación diaria ha de velar por el interés del concurso lo que exige que su función esté revestida de independencia, valor que no es superfluo, sino esencial para la marcha. Ahora bien, si tenemos en cuenta que la actuación de la administración ha de perseguir el interés del concurso, y que por ello la finalidad de sus funciones es la de actuar con independencia, es necesario interpretar los preceptos que regulan el estatuto jurídico (prohibiciones, incompatibilidades e incapacidades) siguiendo un criterio teleológico, conforme a lo dispuesto en el art 3.1 del CC. Esta interpretación finalista nos debe llevar a flexibilizar la rigidez de los mencionados preceptos; es decir, a la hora de examinar esas causas debe diferenciarse el momento temporal de su aplicación. En este sentido, la apreciación de las causas debe operar de forma diversa según se conozcan antes del nombramiento, o en pocos días después de éste, o cuando ya han pasado varios meses,

porque en este último caso debe tenerse muy presente la actuación del administrador recusado. De esta forma, si se conoce una causa antes de proceder al nombramiento el juez no procederá a la designación de este acreedor; si esa causa es conocida con posterioridad, pero la resolución se tenga que dictar pocos días después o bien en el mes siguiente se debería estimar la causa de recusación. Sin embargo, si la resolución que resuelva sobre la recusación se va a dictar varios meses después del nombramiento, el órgano judicial debe efectuar un análisis pormenorizado de la actuación del recusado, y constatar si ha actuado de forma imparcial e independiente, ya que ésta es la finalidad perseguida por el estatuto jurídico del administrador concursal.
Por lo tanto a la hora de decidir sobre la recusación planteada por Train Systems SL debemos tener en cuenta las observaciones realizadas.
La recusante alude a la existencia de vinculación entre la concursada y el acreedor, derivada de la coincidente composición de los órganos de administración, de los vínculos de consanguineidad entre ambos administradores, mantenimiento de intereses económicos en la concursada por su participación indirecta en el capital social de la concursada y por el mantenimiento de relaciones empresariales con la concursada.
De la prueba practicada, y en especial de los libros de socios de la concursada y del acreedor, se puede concluir que la totalidad de las participaciones de ambas sociedades corresponde de forma directa o indirecta a la familia Vidal Esmoris. No hay, sin embargo una participación mayoritaria de uno de los miembros de la familia sobre los demás; y ello es así, porque no existe dato alguno que nos permita sostener que las relaciones familiares son malas, por lo que sería posible mantener que actúan de forma conjunta, pero debemos recalcar nuevamente que no existe una participación mayoritaria de uno de los miembros. Como consecuencia de este grupo familiar (no nos estamos refiriendo a un grupo de sociedades) los administradores de las sociedades son hermanos. También podríamos entender que existen relaciones empresariales con la concursada, es decir, que comparten actividad profesional, entendido como cualquier tipo de colaboración empresarial o profesional, compartir infraestructuras para la realización de las actividades. Habría colaboración empresarial ya que la acreedora garantizaba las obligaciones de la concursada al subcontratar a la recusante (documento nº 7) en las obras de ejecución de spa en Alcázar de San Juan.
Sin embargo como hemos dicho la concurrencia de esta causa del art 28 de la LC debe ser analizada en este momento dentro de sus justos términos, y siguiendo una interpretación finalista de la norma. Para ello debemos señalar que la acreedora designó como representante a José Félix González Salas, persona que no tiene ninguna vinculación ni con la acreedora ni con la concursada, no teniendo en la actualidad ni con anterioridad ningún tipo de relación profesional o laboral; se trata, por el contrario, de una persona que ha intervenido en este partido judicial como administrador concursal sin que haya tenido nunca vinculación con las partes. Por otro lado, es necesario recordar que el representante designado percibe directamente sus honorarios de la masa activa, igual que los demás administradores concursales y según la retribución acordada por este juzgado, sin que en ningún caso la retribución la perciba el acreedor y luego se la dé al profesional designado, ni que cobre retribución por parte de éste (lo que tampoco podría hacer y sería causa de separación inmediata). Además en ningún momento se ha podido apreciar parcialidad en la toma de sus decisiones, ya que este juzgado no ha tenido constancia de la existencia de alguna decisión que no se haya tomado de forma independiente; sin que pueda obviarse, en todo caso, el régimen mayoritario de actuación de los administradores concursales (art 35 LC), lo que impediría la eventual influencia del administrador acreedor. Vemos, por lo tanto, que no hay dato alguno que nos permita sostener que el profesional designado no actúe de forma independiente, y que pudiera afectarse al normal desarrollo del procedimiento.
Por último, es necesario sopesar las eventuales ventajas que pudieran obtenerse de la recusación con los inconvenientes. Ya hemos visto que no hay indicios que afecten a la independencia, lo que no nos permite apreciar ninguna ventaja. Por el contrario la estimación de la recusación tiene importantes inconvenientes, ya que se tendría que designar a un nuevo acreedor que a su vez designaría a un nuevo profesional que tendría que conocer la situación de la empresa desde el principio, lo que podría retrasar de forma considerable la tramitación del concurso. Esto nos lleva a considerar que no hay justificación ni conveniencia para estimar la recusación y cambiar al profesional designado, por lo que se debe desestimar el incidente de recusación planteado.”: SJM-5 Madrid 18.02.2010 (JUR 2010/103571; Sentencia 54/2010; Incidente Concursal 470/2009)

13. 343.1.3 LEC - Irrelevante contraposición de intereses con la concursada

“PRIMERO.- Cuestiones controvertidas en la alzada.
La Sentencia dictada en Primera Instancia desestimó el incidente de recusación de la administradora concursal, con imposición de costas a la concursada solicitante.
En el escrito de recurso se insiste en la existencia de causa de recusación por "contraposición de intereses" con la entidad concursada contra la que ejercitó acción de reintegración dentro del procedimiento concursal de la entidad HITEMAT S.L., en el que es igualmente administradora concursal, art. 33 LC y 343 LEC.
SEGUNDO.-Causa de recusación: "contraposición de intereses".
Debe subrayarse que los administradores concursales son delegados de la autoridad judicial, con facultades asesoras del Juez, órgano principal del concurso de acreedores, y fiscalizadores del concursado
o administradores de la masa concursal.
No resulta necesario analizar el debatido tema de la naturaleza jurídica de este órgano pero si conviene concretar que no tiene vínculo con el deudor ni defiende sus intereses. Resulta un órgano técnico auxiliar del juez del concurso que desempeña las funciones y competencias que tiene legalmente atribuidas en exclusivo interés del concurso, buscando la mejor satisfacción de los acreedores ante la situación de insolvencia de su

deudor, de forma objetiva e independiente de todos los intereses en juego y de la forma más eficiente desde una perspectiva económica. Sus funciones requieren imparcialidad, fundada en la confianza que debe inspirar, como garantía, para el Juzgado y las partes.
La parte recurrente y entidad concursada (TEMANE S.L.) considera que no puede defender en forma sus intereses porque ostenta la representación de otra entidad en concurso (HITEMAT S.L.) y está interesada en que prospere la reintegración de una suma considerable por parte de TEMANE S.L., a favor de HITEMAT S.L.
Partiendo de las características expuestas inicialmente resulta evidente que los intereses que defiende la administración concursal no son los del concursado sino los del concurso, colaborando con el Juez. Por ello, no resulta la existencia de contraposición de intereses cuando se nombra la misma administración concursal para dos entidades que además se encuentran estrechamente vinculadas, tal como permite el artículo 27.5 de la LC.“: SAP León (Sección1) 19.04.2013 (Sentencia 182/2013; Rollo 98/2013)

14. Falta de independencia

“PRIMERO.- ANTECEDENTES RELEVANTES
1.- La presente litis trae causa de la demanda incidental presentada por THE CHIC CORPORATION WORLWIDE, S.L. (en adelante, "TCCW") promoviendo la recusación de FORTIS BANK SUCURSAL EN ESPAÑA, S.A. ("FORTIS", en lo sucesivo), nombrada administrador concursal acreedor en el concurso de aquella. Como fundamento de sus pretensiones, TCCW señalaba: (...) (ii) La falta de independencia de FORTIS, que le incapacitaría para el cargo de conformidad con lo establecido en el artículo 28.1 LC, en relación con los artículos 12.1 y 13.b del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio. Este alegato se sustenta en la presentación, por parte de FORTIS, de un escrito de manifestaciones oponiéndose a la comunicación del artículo 5.3 LC (según la numeración de la norma anterior a la Ley 38/2011) formulada en su momento por TCCW, con el ánimo de influir en decisiones futuras del juzgado, así como de una solicitud de concurso necesario a los pocos días, guiada por la misma finalidad. (...)
2.- El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia desestimatoria. Frente a lo sustentado en la demanda (...) entiende el juez a quo que la segunda de las causas de recusación esgrimidas por TCCW no podría operar en el caso que nos ocupa, habida cuenta que FORTIS no tiene la cualidad de auditor de cuentas, añadiendo que la causa de incapacidad por conflicto de intereses determinante de la pérdida de independencia no puede fundamentarse, en el caso de nombramiento de administrador concursal acreedor, en la mera condición de acreedor y el interés de este último en obtener la satisfacción de su crédito. Por último, considera el juzgador de la anterior instancia que la presentación de un escrito efectuando alegaciones en relación con la comunicación del artículo 5.3 LC registrada por TCCW, así como la solicitud de concurso necesaria presentada posteriormente por FORTIS, estarían amparadas por los derechos de alegación y defensa, y se trata de facultades a disposición de los acreedores, por lo que no cabría apreciar mala fe por parte de FORTIS por razón de tales factores.. (...)
TERCERO.- LA INCOMPATIBILIDAD DE FORTIS PARA SER DECLARADO ADMINISTRADOR CONCURSAL ACREEDOR COMO CONSECUENCIA DE SU FALTA DE INDEPENDENCIA
12.- TCCW aduce que FORTIS adolece del carácter independiente que debe concurrir en el administrador concursal acreedor. En el escrito iniciador del expediente, TCCW mantenía que la independencia de FORTIS resultaba cuestionable por su proceder previo a su nombramiento, aludiendo, en concreto, al escrito de manifestaciones oponiéndose a la comunicación del artículo 5.3 LC (según la numeración de la norma anterior a la Ley 38/2011) formulada por TCCW y a la solicitud de concurso necesario presentados por FORTIS. También invocaba el artículo 13.b) del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio (texto al que debe entenderse referida la remisión que el artículo 28.1 LC hace al artículo 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, tras la derogación del mismo por el ordinal 8º de la disposición derogatoria única del citado texto refundido). Sin embargo, en la presente instancia no se esgrime la causa de incompatibilidad contemplada en este último precepto.
13.- TCCW considera que los escritos de FORTIS antes indicados ponen en tela de juicio su independencia por las acusaciones que en el primero se contienen, en el sentido de que la comunicación del antiguo artículo 5.3 LC formulada por TCCW era un documento falso (entendemos que se estaba haciendo referencia al contenido del mismo) o con inexactitudes graves, y por las manifestaciones en ambos escritos propugnando la calficación del concurso en ciernes de TCCW como culpable.
14.- Convenientemente desbrozado el discurso recogido en sus respectivos escritos de oposición (toda vez que, en gran medida, se focalizan en la improcedencia de fundamentar la causa de incompatibilidad en examen en el conflicto de intereses que, por naturaleza, existe entre acreedor y concursado, haciendo con ello referencia a la segunda de las circunstancias esgrimidas por TCCW en su escrito de demanda -la que entroncaba con el artículo 13.b) del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas -, abandonada, como ya se apuntó, en la presente instancia), los contraargumentos de FORTIS y del Sr. Everardo se centran básicamente en negar que pueda achacarse a la primera mala fe alguna por razón de los escritos señalados de contrario (descargo que, por lo que se refiere al escrito presentado por FORTIS como reacción a la comunicación prevista en el antiguo artículo 5.3 LC formulada por TCCW, se concreta, en el escrito de oposición del Sr. Everardo, en el alegato de que dicho escrito únicamente respondía a la finalidad de poner de manifiesto al juzgado una serie de datos fundamentales acreditados documentalmente, singularmente la

inexistencia de negociaciones en curso con el acreedor principal -FORTIS, titular del 72% del pasivo total-), y en que el cuestionamiento de la independencia del Sr. Everardo carece de fundamento.
16.- Así idenficadas las líneas por las que discurre el debate, entendemos que la afirmación explícita en los escritos de continua referencia de que concurren motivos para que el concurso de TCCW fuese declarado culpable (lo que, en el caso del escrito de manifestaciones subsiguiente a la comunicación del antiguo artículo 5.3 LC formulada por TCCW, se anuda al contenido de la información que, según la parte apelada, se trataba con él de suministrar, de un modo aséptico, al juez) constituye manifestación patente de un posicionamiento a priori de sesgo claramente peyorativo, que compromete la independencia que ha de suponerse al acreedor que es nombrado administrador concursal.
17.- Por lo demás, ninguna eficacia enervadora cabe reconocer a los alegatos de los apelados poniendo en valor el desempeño del Sr. Everardo, en la medida en que lo que se pretende es la remoción de FORTIS del cargo de administrador concursal, pretensión que ningún apoyo precisa encontrar en la actuación de la persona natural que hubiese nombrado para que la representase en el ejercicio de tal cargo o en la incursión de la misma en alguna de las causas de incompatibilidad o prohibición normativamente previstas, tal como resulta del artículo 30.2 LC.
18.- De cuanto se lleva expuesto se desprende que el recurso ha de ser estimado.": SAP Madrid (Sección 28) 07.03.2014 (Sentencia 80/2014; Rollo 435/2013)

3. La recusación habrá de promoverse tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funde.

Art. 32.3 Extemporaneidad de la recusación

AP Lleida

"PRIMER.-La part apel·lant insisteix en el seu escrit de recurs en la recusació de l'administrador concursal "Electricidad Industrial Pijuan SL", en base alsarts 33 i 28 de la LC. Aquesta darrera planteja, al contestar el recurs, que la recusació està fora de termini (art. 33.3 de la LC), atès que el seu nomenament es va produir en sentència de 8-6-05. Es cert que aquesta resolució va ser apel·lada i que l'apel·lació la varem resoldre per la nostra sentència de 12-7-06, com també ho és que aquest recurs no va ser tramitat amb efectes suspensius (art. 197.5 de la LC), tot i que, en la pràctica va ser així, atès que el nomenament dels administradors concursals no va ser notificat pel Jutjat als designats fins que va tenir coneixement de la nostra sentència de segona instància, ja esmentada, de 12-7-06. Ateses aquestes especials circumstàncies, que fins i tot podrien haver arribat a entorpir la tramitació de l'incident concursal de recusació, s'ha de considerar que no s'ha infringit l'art. 33.1 de la LC.": SAP Lleida (Sección 2) 13.09.2007 (JUR 2008\42441)

AP Burgos

"SEGUNDO.- En el Hecho Preliminar de la demanda, se afirma la vinculación personal/profesional entre la Administradora Concursal y la Administradora de la concursada doña Felicidad y los accionistas de Copiadoras de Burgos S.L., unida a toda una serie de actos de la Sra. Rosa vistos en el proceso concursal, confirman una relación de amistad manifiesta que ha derivado en el ejercicio del cargo de administradora concursal de forma poco objetiva.
Los hechos integrantes de la causa de pedir, unos, son de naturaleza extraprocesal, afinidad ideológico-política, formar parte del Gobierno Municipal y Servicios Municipalizados, y relaciones funcionarial-docentes con accionistas de la concursada; lo que entraría en el ámbito de la amistad íntima y vinculación profesional. Otros hechos son de naturaleza procesal: 1) la Sra. Rosa hace caso omiso del traslado del Juzgado de Instancia para que se pronuncie sobre el embargo preventivo de los bienes de los administradores de hecho y de derecho de la concursada -traslado que se acuerda por Providencia de 2 de junio de 2009, folio 39; por escrito de la recurrente, de fecha 5 de junio de 2009, se solicita el embargo preventivo de bienes de los administradores de la concursada, folio 41; y por escrito del Ministerio Fiscal, de fecha 21 de mayo de 2009, se solicita la deducción de testimonio de las actuaciones que se expresa en el mismo, por si hubiera ilícito penal, folio 42-. 2) La administradora concursal no ha hecho un seguimiento diligente de los requerimientos judiciales efectuados a Copiadoras de Burgos, S.L., por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Burgos, en las diligencias previas nº 2057/2009 - el requerimiento se acuerda por Providencia de 18 de enero de 2010, folio 44, y se diligencia el 21 siguiente, folios 46 y 47; remitiéndose el 24 de febrero un correo electrónico a la Administradora Concursal, sobre el cumplimiento del requerimiento acordado-. 3) La administradora concursal ha mostrado un desinterés total por averiguar lo que estaba ocurriendo realmente en este concurso. En este apartado se destaca el requerimiento del Juzgado, de fecha 20 noviembre de 2009, para que en el "improrrogable plazo de 5 días presente los textos definitivos correspondientes", conforme con el art. 96-4 LC; presentándose, el 24 de abril de 2009, con la referencia que se hace al estado de contabilidad, informe del art. 75 LC. El 3 diciembre de 2009 se presenta el informe definitivo, que la parte apelante afirma fue reiterar (cortar y pegar) el anterior informe, con la misma referencia a la contabilidad de 2008, sin comprobar su legalización y estando unas diligencia penales abiertas.
La información sobre los hechos que se califican como de naturaleza extraprocesal es de abril de 2007, doc 1 demanda, o estaba disponible en las correspondientes páginas web, docs 2 a 6 de la demanda.

TERCERO.- La demanda incidental se presenta el 12 de mayo de 2010, folio 2, por lo que, a la vista de las fechas antecedentemente expuestas, se plantea la cuestión de si se ha promovido la recusación temporáneamente, "tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funde", establece el art. 33-3 LC.
No expresa un plazo o término concreto para su promoción, pero emplea una expresión de presentación rápida, en breve espacio de tiempo, tan pronto como se conozca la causa en la que se funde, esto es, sin demora.
El art. 125 LEC, para la recusación del perito señala dos días desde el nombramiento, si la causa fuere anterior, y antes de la vista o juicio, si la causa es anterior a la emisión del dictamen. No serían asimilables al supuesto procesal, como otros momentos que señala, para la puesta de manifiesto, no para la recusación.
Pero también se pretende prontitud en su planteamiento, y hay un momento preclusivo. El art. 107 LEC, para la recusación de Jueces y Magistrados, emplea una expresión similar. Al inicio del proceso, si el conocimiento de la causa es anterior; mientras que el art. 223-1-1º LOPJ, amplia el plazo a 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conoce la identidad del juez o magistrado a recusar.
Aun tomando este último plazo, o incluso ponderando un plazo mayor para la promoción de la recusación, a fecha de diciembre de 2009, ya se tenía conocimiento de hechos suficientes para fundar la recusación que se formula, y todo lo mas, el 24 de febrero de 2010, ya se habían completado todos los hechos en los que se funda la pretensión de recusación, es decir, mas de dos meses hasta la presentación de la demanda, por lo que no ofrece duda que tal pretensión fue ejercitada extemporáneamente": SAP Burgos (Sección3) 14.11.2011 (Sentencia 353/2011; Rollo 252/2011)

AP Tarragona

"PRIMERO.-Se impugna el Auto que inadmite el Incidente de recusación del administrador concursal por haberse deducido de forma extemporánea según lo dispuesto en el art. 33.3 de la Ley Concursal que exige que se promueva la recusación tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funda.
Considera el Auto apelado que las causas de recusación alegadas son anteriores al nombramiento del administrador por lo que debió ser recusado entonces, según deduce de la exposición de hechos del escrito de recusación porque ya conocía las irregularidades que imputa a la actuación profesional del arquitecto.
El recurso de apelación para desvirtuar esta apreciación remite el momento de constatación de la causa de recusación a la recepción de un informe sobre la incorrecta actuación del arquitecto en su labor profesional realizada para la concursada, manifestando que entonces tuvo prueba de la causa de recusación alegada. Además pide la nulidad del Auto por falta de motivación.
SEGUNDO.-Las causas de recusación alegadas: haber prestado servicios profesionales al deudor (art. 28.1 L.C.) y ser acreedor, eran conocidas en el momento del nombramiento. Esta segunda no puede fundar una recusación por ser precisamente la condición legal para el nombramiento prevista en el art. 27.3º L.C.
La causa del art. 33.2 L.C., relacionada con el art. 124 L.E.C. y 210 L.O.P.J., de tener pleito pendiente con el deudor, no concurre cuando no se ha iniciado pleito alguno contra el administrador. Las irregularidades que se atribuyen en su trabajo profesional como arquitecto son anteriores al nombramiento, y eran conocidas por la concursada pues así lo puso de manifiesto en el Acto de Conciliación que interpuso, atribuyéndole una negligente actuación profesional por la infracción de normativa que impedía obtener electricidad para la promoción de viviendas. De manera que el Informe de FECSA, al que alude el recurso, nada relevante añade a los efectos de esta causa de recusación, sin que la trascendencia probatoria que suponga pueda determinar el inicio del trámite de alegación de la recusación pues la ley lo remite al momento de conocimiento de la causa no al momento en que tenga una prueba de ella.
Por lo expuesto, es correcta la resolución que inadmite a trámite el Incidente de recusación, conforme disponen los arts. 223.1 L.O.P.J. y 107.1 L.E.C. cuando no se interpone en el momento de tener conocimiento de la causa.": AAP Tarragona (Sección 2) 23.04.2012 (Auto 30/2012; Rollo 61/2012)

JM-7 Madrid

"TERCERO.- Se alega por la recusada el carácter extemporáneo de la recusación, pues se infringe el artículo 33 de la Ley concursal en relación con el artículo 125.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece, que en caso de que la causa de recusación sea anterior al nombramiento la recusación deberá formularse dentro de los dos días siguientes al nombramiento. A este respecto debe indicarse, tal y como se hacía en la sentencia de este Juzgado de fecha 23 de noviembre de 2.006, que resolvía la demanda de recusación del administrador concursal letrado que: el momento de conocimiento del hecho puede no deducirse de la demanda y precisar de prueba para su determinación, como ha ocurrido en el presente caso, pero el hecho de que ya se haya admitido a trámite la demanda no es óbice para que se analice la concurrencia de tal requisito, que afecta al interés del recusante. En efecto, la norma lo que pretende es impedir que quien conoce la causa de recusación actúe tarde, despreocupadamente, o lo haga de modo interesado, retrasando el momento de la recusación a aquel que más convenga a sus intereses. En el presente caso, todas y cada una de las ircunstancias que los demandantes alegan para fundamentar su solicitud de recusación son anteriores al nombramiento de Agencia Estatal de la Administración Tributaria como administradora concursal, nombramiento que se produjo por medio del auto de declaración de concurso de fecha 22 de junio de 2.006. Desde la fecha de la intervención judicial de la concursada el 9 de mayo de 2.006 ha existido una amplia cobertura informativa a través de todos los medios de comunicación, de lo que cabe concluir que todos los recusantes conocían las circunstancias que aquí alegan con anterioridad a la fecha del nombramiento.

Queda por determinar en que momento conocieron los recusantes el nombramiento. Así, resulta que Forum Filatélico, S.A. fue notificada del auto de declaración de concurso en fecha 22 de junio de 2.006, D. Pilar reconoce que la aceptación del cargo se le notificó el día 7 de julio de 2.006 y D. Sebastián tuvo conocimiento en fecha 4 de julio de 2.006, pues en esa fecha se le tuvo por personado en los autos. Si se examinan las fechas de interposición de las demandas de recusación 27 de julio de 2.006 en el caso de Forum Filatélico, S.A., 21 de julio de 2.006 en el caso de D. Pilar y 1 de septiembre de 2.006 en el caso de D. Sebastián resulta que se ha sobrepasado con creces, no solo el plazo de dos días previsto en el artículo 125.2 de la Ley procesal, sino la previsión del artículo 33 de la Ley concursal que habla de la interposición tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa de recusación. Solo por este motivo ya debe rechazarse la recusación formulada por los demandantes.": SJM-7 Madrid 15.12.2006 (Incidente Concursal 325/2006)

JM-2 Bilbao

"En cuanto a la tempestividad de la recusación, prevé art. 33.3 LECO que debe interponerse tan pronto se tenga conocimiento de la causa, pero, en principio, si no se trata de una causa objetiva, formal y simple, resulta difícil determinar el grado de conocimiento y el grado de la inmediatez, y además, siendo la causa de hecho, y con matices, no tiene sentido hacer bastante un conocimiento intuitivo, sino que deben acrisolarse para el recusante un mínimo de indicios que demuestren lo intuido. La recusación se prevé como mecanismo de revocación de nombramientos indebidos, apercibido el legislador de que la florida batería de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones no es fiscalizable por los jueces en el momento del nombramiento, y clama por su depuración a solicitud del interesado. Por ello, no se aprecia que la recusación pueda definidamente repelerse por tardía, en tanto que el conocimiento con un mínimo éxito de acreditación no ha llegado ha adquirirse hasta dos meses después de que los recusados aceptaran sus cargos.": Sentencia JM-2 Bilbao 25.01.2007 (Incidente Concursal 427/2006)

JM-1 Las Palmas

"II. EXTEMPORANEIDAD DE LA RECUSACIÓN
El artículo 33.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal establece: "La recusación habrá de promoverse tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funde".
Como antecedentes, ya en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 se pretendía que el recusante pusiese en marcha el mecanismo de remoción lo antes posible. Para ello, se establecía la inadmisión de la demanda si de lo actuado resultaba que el recusante, una vez personado en el concurso, había realizado cualquier gestión que no fuese interponer la recusación (art. 49 Anteproyecto). Igualmente, la Propuesta de Anteproyecto de 1995 exigía celeridad en la presentación de la recusación. En otro ámbito, el artículo 223.1 LOPJ y el 107.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil comienzan: "La recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite".
En cuanto al ámbito temporal de la recusación por causa preexistente conocida, el día inicial es el de conocimiento de la aceptación del cargo. Respecto al día final, la exigencia de la prontitud en la recusación se fundamenta en dos consideraciones: reducir el riesgo de daño a la colectividad de intereses del con-curso y evitar que el sujeto cognoscente de la causa de recusación especule con el momento adecuado para promoverla en función de sus propios intereses particulares, cuando no para condicionar la voluntad del administrador concursal (en este sentido, SJM Las Palmas de Gran Canaria nº 1 355/2009, 20-7, Ferricantra).
A este respecto, si bien la expresión "tan pronto como" es un elemento normativo que no está legalmente definido en la Ley Concursal, el artículo 125.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo concede dos días para la recusación de peritos y, para la de Jueces y Magistrados, habrá de promoverse "al inicio del proceso" (art. 107.1-1.º LEC) o en el plazo de "diez días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad" (art. 223.1-1º LOPJ). Precisamente, el AAP Madrid 28º 162/2007, 5-7, opta implícitamente por el plazo de diez días.
"Dada la disparidad de plazos prevista en la normativa procesal civil para formular la recusación cuando la causa de recusación es conocida con anterioridad a conocerse la identidad de la persona a recusar, según se trate de peritos o jueces, y a la vista de que la remisión a la regulación procesal de los peritos que se contiene en el art. 33.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo es solamente en cuanto a las causas de recusación, entiende la Sala que la aplicación del plazo de 2 días para formular la recusación supone una restricción de la posibilidad de accionar en lo relativo a la recusación del administrador concursal que no conjuga bien con el principio «pro actione», por cuanto que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la de que en el cómputo de los plazos procesales no han de utilizarse criterios interpretativos desfavorables a la efectividad del derecho a la tutela judicial, como sería en este caso la aplicación supletoria del plazo más breve para recusar de los varios previstos en la normativa de aplicación supletoria al caso de autos" (AAP Madrid 28a 162/2007, 5-7, Afinsa Bienes Tangibles).
Ciertamente, pese a que alguna doctrina ha afirmado que la carga de probar la tempestividad de la recusación incumbe al recusante (Illescas Rus, Tirado); a nuestro juicio, al igual que sucede en figuras como la prescripción, no sólo es que la prueba de no haber tenido conocimiento de la causa con anterioridad es negativa, diabólica o "excesiva" (cfr. STEDH 17-6-2003, Pescador Valero/España), sino que la extemporaneidad es un hecho excluyente o excepción propia, cuya carga incumbe al demandado (art. 217.3 LEC).
Pues bien, en el caso enjuiciado, considerando los Hechos Probados Uno y Tres, la extemporaneidad está probada. La demandante tuvo conocimiento de la causa de recusación con anterioridad a la aceptación del

administrador recusado y, no obstante, desde que tuvo conocimiento de la aceptación, trascurren más de tres meses hasta interponer la demanda. El lapso entre el conocimiento de la aceptación del nombramiento y la demanda de recusación excede en mucho la valoración del Legislador sobre la exigencia de prontitud, incluso siguiendo el criterio pro actione del plazo supletorio de diez días (parecidamente, SJM Las Palmas de Gran Canaria nº 1 355/2009, 20-7, Ferricantra).
Por lo expuesto, procede desestimar la demanda incidental por esta sola causa; sin perjuicio de efectuar algunas consideraciones de fondo sobre las causas de recusación planteadas, con ánimo de agotar la respuesta.": SJM-1 Las Palmas 14.04.2010 (JUR 2010/152704; Sentencia 115/2010)

4. La recusación no tendrá efectos suspensivos y se sustanciará por los cauces del incidente concursal. El recusado seguirá actuando como administrador concursal, sin que la resolución que recaiga afecte a la validez de las actuaciones.

Art. 32.4

1. Consecuencias de la estimación de la recusación. Mantenimiento de la retribución

AP Córdoba

"SEGUNDO.- Sin embargo, el recurso de apelación interpuesto por "Alcopalma, SL" incide exclusivamente sobre la procedencia del nombramiento de dos de los administradores concursales, de donde derivaría -según la recurrente- la improcedencia de la retribución, cuyo importe no combate. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que mientras que no se proceda a su separación (por estimación de la recusación o por otra causa), ha de considerarse que la actuación del administrador concursal es válida, por lo que ha de ser retribuida con cargo a la masa, según determina expresamente el artículo 34.1 de la Ley Concursal. Así se desprende sin género de dudas del artículo 33.4 de la propia Ley, que dispone que la recusación de los administradores concursales no tiene efectos suspensivos, que el recusado seguirá actuando como administrador concursal y que la resolución que recaiga no afectará a la validez de las actuaciones. Es decir, aun en el hipotético caso de que la recusación prosperase, ello no afectaría a la retribución fijada por el juez del concurso a tenor del artículo 34 de la Ley Concursal y del Real Decreto 1860/2004, sino a lo sumo a su aplicación proporcional por la actuación entre la fecha de inicio del desempeño del cargo y la de cese. Máxime cuando la Ley no prevé que la separación por causa de recusación suponga pérdida de la retribución, ya que los únicos supuestos en que la Ley Concursal establece tal sanción son los de falta de presentación en plazo del informe de la administración concursal (artículo 74.3), la inasistencia a la junta de acreedores (artículo 117.1) y la prolongación indebida de la liquidación (artículo 153.3). ": Auto AP Córdoba (Sección 3) 17.01.2008 (AC 2008/354)

JM-2 Bilbao

"CUARTO.- En lo tocante a las consecuencias jurídicas de la estimación de la recusación, deben extraerse de las prevenidas en art. 127 LEC, en relación con su régimen legal específico de art. 33 LECO, teniendo en cuenta que la causa de recusación sea originaria o sobrevenida, y las concretas circunstancias de la aceptación del cargo, o del mantenimiento en el mismo, constatada aquélla.
Cuando se declara existente la causa de recusación no se trata de que el administrador concursal haya perdido la confianza del juez, lo que de suyo nunca justificaría, sin más, apartarle, pero tampoco que se haya producido un incumplimiento de su función o se desvele un motivo objetivo de inidoneidad funcional, y por ello se le separe. Por consiguiente, no resulta de aplicación la prohibición de art. 28.2 "in fine" LECO que supone una causa de ineligibilidad para el cargo durante dos años.
Por otro lado, estimar la recusación significa que el administrador no debió rectamente haber aceptado el nombramiento, pero esta institución dista de la contextura lógica tradicional del proceso civil, puesto que tiende a excluir la intervención procesal del sujeto, mientras que cuando la misma resulta inevitable, la causa de recusación no puede consistir más que en el objeto de una alegación para ser tenida en cuenta por el juez. De ahí, sus eventuales efectos suspensivos, o la figura de la tacha. En cambio, la recusación del administrador concursal explícitamente preserva la eficaz función de éste, mientras no se declara. Por ello, no cabe, fuera de una imputación subjetiva, transmitir al cese derivado de la recusación ninguna privación de retribución contra la masa, que sólo existe cuando, como lo regulan arts. 74, 117 o 153 LECO, supone una sanción civil. Si se tiene en cuenta que el testigo Sr. C. manifestó que el propio TAP entendía, al objeto de proponer el nombramiento, compatibles como administradores concursales los auditores personas físicas que entre sí son socios de sociedad de auditores, "a fortiori" ha de considerarse de buena fe el aceptar el cargo en este asunto, como fruto de una praxis equivocada.
Así las cosas, el recusado consolida el derecho a la remuneración que ya ha podido cobrar conforme a lo resuelto por el Juzgado.
Como el administrador concursal recusado no tenía atribuidas individualmente determinadas funciones, carece de obligación de rendir cuentas.
Deberá, por aplicación combinado de arts. 33.4 y 38.1 LECO, mantenerse en el cargo el recusado hasta que el nombramiento de otro administrador concursal sea aceptado. Además deberá el recusado reintegrar al Juzgado la credencial como administrador concursal.

No se reputa exigible la comunicación al Registro de Resoluciones Concursales de la recusación, en tanto que no hay inhabilitación, ni cese por causa subjetiva.": Sentencia JM-2 Bilbao 25.01.2007 (Incidente Concursal 427/2006)

CAPÍTULO II - Funciones de los administradores concursales

[Nuevo capítulo y art. 33 introducidos por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014), Artículo Unico, Ocho:
"Ocho. Se introduce un nuevo Capítulo II en el Título II con la siguiente redacción"
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

Artículo 33. Funciones de la administración concursal.

1. Son funciones de los administradores concursales, en los términos previstos en esta Ley, las siguientes:

a) De carácter procesal:

1.º Ejercer la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas anteriores a la declaración de concurso.

2.º Ejercer las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores.

3.º Solicitar, en su caso, el embargo de bienes y derechos de los administradores, liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de los socios o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso en los términos previstos en el artículo 48 ter.

4.º Solicitar, en su caso, el levantamiento y cancelación de embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, con excepción de los embargos administrativos, respecto de los que no podrá acordarse el levantamiento o cancelación, en ningún caso, de acuerdo con el artículo 55.

5.º Enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento.

6.º Ejercer las acciones rescisorias y demás de impugnación.

7.º Solicitar la ejecución de la condena en caso de que el juez hubiera condenado a administradores, apoderados o socios a cubrir el déficit.

8.º Solicitar la transformación del procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado.

9.º Sustituir al deudor en los procedimientos judiciales en trámite.

10.º Ejercer las acciones de índole no personal.

b) Propias del deudor o de sus órganos de administración:

1.º Realizar, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, los actos de disposición que considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso.

2.º Asistir a los órganos colegiados de la persona jurídica concursada.

3.º Realizar los actos de disposición que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario.

4.º Solicitar al juez del concurso la revocación del nombramiento del auditor de cuentas y el nombramiento de otro para la verificación de las cuentas anuales.

5.º Asumir, previa atribución judicial, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan al deudor en otras entidades.

6.º Reclamar el desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas.

7.º Rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que concurran las condiciones del artículo 68.

8.º Rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, conforme a lo dispuesto por el artículo 69.

9.º Solicitar autorización para que el administrador inhabilitado pueda continuar al frente de la empresa.

10.º Convocar a la junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados.

11.º Conceder al deudor la conformidad para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, salvo en acciones de índole no personal.

12.º En el concurso necesario, sustituir las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40.2 y, en particular:
i) Adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial.
ii) Formular y someter a auditoría las cuentas anuales.
iii) Solicitar al juez la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento si lo estimaran conveniente al interés del concurso.
iv) Presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias.

13.º En el concurso voluntario, intervenir las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40.1 y, en particular:
i) Supervisar la formulación de cuentas.
ii) Determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico que por ser necesarios para la continuidad de la actividad quedan autorizados con carácter general.
iii) Autorizar o confirmar los actos de administración y disposición del órgano de administración.
iv) Conceder al deudor la autorización para desistir, allanarse total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.
v) Autorizar la interposición de demandas.
vi) Presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias.

c) En materia laboral:

1.º Ejecutar las resoluciones judiciales que hubieran recaído a la fecha de la declaración de concurso sobre expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

1.º Dar cumplimiento a las resoluciones judiciales que hubieran recaído a la fecha de la declaración de concurso en procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 1
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)]

2.º Solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.

3.º Intervenir en los expedientes sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo iniciados durante el concurso y, en su caso, acordar los mismos con los representantes de los trabajadores.

3.º Intervenir en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada iniciados durante el concurso y, en su caso, acordar los mismos con los representantes de los trabajadores.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 1
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)]

4.º Extinguir o suspender los contratos del concursado con el personal de alta dirección.

5.º Solicitar del juez que el pago de las indemnizaciones derivadas de los contratos de alta dirección, se aplace hasta que sea firme la sentencia de calificación.

d) Relativas a derechos de los acreedores:

1.º Modificar el orden de pago de los créditos contra la masa cuando lo considere conveniente en los términos previstos en el artículo 84.3.

2.º Elaborar la lista de acreedores, determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, resolver la inclusión de nuevos créditos en la lista de acreedores definitiva e informar sobre la inclusión de nuevos créditos en la lista de acreedores definitiva antes de la aprobación de la propuesta de convenio.

3.º Solicitar la apertura de la fase de liquidación en caso de cese de la actividad profesional o empresarial.

4.º Comunicar a los titulares de créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos.

5.º Pedir al juez la subsistencia del gravamen en caso de venta de bienes afectos a privilegio especial.

6.º Solicitar al juez la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados.

e) Funciones de informe y evaluación:

1.º Presentar al juez el informe previsto en el artículo 75.

2.º Realizar el inventario de la masa activa con el contenido del artículo 82.

3.º Proponer al juez el nombramiento de expertos independientes.

4.º Evaluar el contenido de la propuesta anticipada de convenio.

5.º Realizar la lista de acreedores e inventario definitivos de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5.

6.º Evaluar el contenido del convenio, en relación con el plan de pagos y, en su caso, con el plan de viabilidad que le acompañe.

7.º Informar sobre la venta como un todo de la empresa del deudor.

8.º Presentar al juez del concurso informes trimestrales sobre el estado de las operaciones de liquidación y un informe final justificativo de las operaciones realizadas en la liquidación.

9.º Presentar al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución de concurso culpable o fortuito.

10.º Informar antes de que el juez acuerde la conclusión del concurso por el pago de la totalidad de los créditos o por renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

11.º Actualizar el inventario y la lista de acreedores formados en el procedimiento en caso de reapertura.

f) Funciones de realización de valor y liquidación:

1.º Sustituir a los administradores o liquidadores cuando se abra la fase de liquidación.

2.º Presentar al juez un plan de liquidación para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso.

3.º Solicitar al juez la venta directa de bienes afectos a créditos con privilegio especial.

g) Funciones de secretaría:

1.º Comunicación electrónica de la declaración de concurso a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

2.º Comunicar a los acreedores la declaración de concurso y la obligación de comunicar sus créditos.

3.º Comunicar a los acreedores la lista de acreedores provisional prevista en el artículo 95.

4.º Recibir las comunicaciones de créditos de los acreedores.

5.º Asistir al Secretario del Juzgado en la Junta de acreedores o presidir la misma cuando así lo acuerde el juez.

6.º Asistir a la Junta de acreedores.

7.º Informar de la declaración de concurso a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero.

8.º Solicitar la publicidad registral en el extranjero del auto de declaración y de otros actos del procedimiento cuando así convenga a los intereses del concurso.

9.º Exigir la traducción al castellano de los escritos de comunicación de créditos de acreedores extranjeros.

10.º Realizar las comunicaciones telemáticas previstas en la Ley.

h) Cualesquiera otras que esta u otras Leyes les atribuyan.

2. Las funciones previstas en este artículo se ejercerán conforme a las previsiones específicas para las distintas clases de concursos y fases del proceso concursal.

CAPÍTULO III - Estatuto jurídico de los administradores concursales

[Capítulo renumerado por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014): Artículo Unico, Nueve: "Nueve. Se modifica la numeración del Capítulo II del Título II, que pasa a ser Capítulo III"
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

0. Sobre la naturaleza jurídica de la AC

AP Toledo

"TERCERO: El siguiente extremo que ha de ser examinado es el correspondiente a la deuda misma, esto es, si se trata de una obligación vencida y exigible.
Según el recurso sí que lo sería ya que responde a la devolución de un préstamo que realizó Juan Antonio Aguado S.L., y para acreditarlo se aporta una fotocopia de un documento fechado el uno de marzo de dos mil siete.
La respuesta que se puede dar, y que de forma paladina ya lo hace la sentencia en el inciso final del fundamento de derecho sexto, es la misma que se ofreció, ante un documento similar, en la sentencia de esta Sala que se ha citado. Se dijo entonces que un documento privado "de acuerdo con el art. 326 hace prueba entre las partes, que no lo discutan, pero no tiene el mismo valor frente a terceros dado que el según art. 1127 del Código Civil la fecha de los documentos privados, frente a terceros, no son oponibles sino desde el momento de su incorporación a un Registro público o desde la muerte de alguna de las personas que lo firmaron. Es decir, que solo podemos tener como cierta la fecha en que se presentó en este procedimiento, dicho precepto, que se inserta en la sección que se dedica en el Código Civil a la regulación de los documentos privados, no está derogado por lo regulado en la L.E.C. acerca de la valoración de la prueba de documentos privados puesto que los arts. 324 a 326 de la L.E.C. regulan la forma de aportación, que por cierto en este caso se incumple ya que no se ha presentado el original tal y como exige el art. 325, y su eficacia formal, la impugnación a la que se refieren es la relativa a la autenticidad no en cuanto a su contenido; tan es así que el Tribunal Supremo, así en sentencia 868/2009 de 21 de septiembre consideró vigente el mismo, y examinó si en el caso se había o no infringido.
Por tanto, al no poder afirmarse frente a la parte actora que el documento aportado sea de fecha anterior a su presentación a la contestación a la demanda la valoración que hace el Juez a quo es correcta".
Puesto que la fecha del documento no puede ser considerada sino desde la contestación es claro que no puede recoger, a los efectos de prueba frente a terceros, un contrato o negocio jurídico anterior lo que nos lleva a considerar que ciertamente se trataba de una obligación no vencida en el momento en que se declaró el concurso y la consideración de la administración concursal como tercero es un hecho que no se discute en la impugnación, aunque podemos recordar lo que ya dijimos en la sentencia tantas veces citada "Tampoco estamos de acuerdo en que el art. 1227 no sea de aplicación a la administración concursal porque esta haya de asumir los actos realizados por la mercantil concursada ya que de ser así la Ley no le otorgaría facultad para demandar la rescisión de negocios jurídicos, que el art. 71 le reconoce; si lo puede hacer es porque en su actuación actúa como garante de los derechos de todos los acreedores, incluso frente a la sociedad misma y en este sentido su posición es la de un tercero porque terceros son aquellos otros acreedores a quienes perjudica el negocio cuya rescisión se pide. Ello se corrobora cuando el art. 36 establece una responsabilidad de quienes integren la administración concursal frente a la propia concursada, regulando

incluso el procedimiento y la competencia para conocer de tales demandas, regulación que no tendría razón de ser que fuese recogida en la ley especial si su situación fuese la de una administración interna ya que en tal caso bastaría con la responsabilidad general que la ley de sociedades de capital establece. Si, como parece deducirse de esta argumentación, la administración concursal fuere un simple representante de la concursada, teoría hoy ya en desuso, podría aceptarse tal punto de partida pero no es esa la naturaleza que cabe atribuir a este órgano del concurso.
No es lugar para hacer una exposición acerca de las diferentes teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la administración concursal pero sí exponer que las más modernas, teoría del oficio o de la función, parten de la idea de que se trata de un órgano ajeno tanto a los intereses de los acreedores cuanto a los del deudor, asumiendo una situación equidistante que busca la realización de los intereses superiores a cada una de las partes y que son los que el ordenamiento busca, desde este punto de vista su actuación ha de ir encaminada a conseguir el beneficio general y, desde luego, el conseguir la reintegración a la masa de una suma que nunca debió salir no solo es de interés para el acreedor sino también del propio deudor".": SAP Toledo (Sección 1) 17.09.2013 (Sentencia 200/2013; Rollo 4/2013)

Artículo 34. Retribución.

1. Los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa, salvo cuando se trate del personal de las entidades a que se refieren los párrafos 1.º y 2.º del apartado 2 del artículo 27.

1. Los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa, salvo cuando se trate del personal de las entidades a que se refiere el~~refieren los párrafos 1.º y 2.º del apartado 2 del~~ artículo 27. 6.

[Nueva redacción por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014).
Entrada en vigor: "Las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no entrarán en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses."
Disposición transitoria segunda. Régimen de la administración concursal.]

Art. 34.1

1. El beneficio de justicia gratuita no exime de pagar a la AC

AP Sevilla

"PRIMERO Por la Procuradora Doña María Del Carmen Rodríguez Casas, en nombre y representación de DonRemigio, se interpuso recurso de apelación contra el Auto que fijaba el importe de los honorarios de la Administradora del concurso, al estimar que, por gozar del beneficio de justicia gratuita, no debía abonar cantidad alguna. A lo cual, se opuso la Administradora concursal.
SEGUNDO Es innegable que la justicia gratuita, como señala la Exposición de Motivos de laLey de 1/1.996 supone el colorario evidente de la concepción social o asistencial del Estado Democrático de Derecho, con la finalidad de garantizar el acceso a la Justicia en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos. Se trata, en definitiva, de garantizar la plena igualdad y facilitar la tutela judicial efectiva. Si no se arbitrara un sistema eficaz y adecuado, nos encontraríamos que dichas personas se verían abocadas bien a no poder litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar. Como nos dice laSentencia de. T.C. de 20 de enero de 1.994 : "Al igual que los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la igualdad de armas procesales y a la asistencia letrada, de los que la gratuidad es instrumento y concreción, este derecho es no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho, aunque sin duda su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna "persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar" (STC 138/1988).
Elart. 119 del Texto constitucional proclama, pues, un derecho a la gratuidad de la justicia pero en los casos y en la forma en los que el legislador determine. Es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias.
Sin embargo, como ha reiterado este Tribunal en múltiples ocasiones, al llevar a cabo la referida configuración legal el legislador no goza de una libertad absoluta, sino que en todo caso debe respetar un contenido constitucional indisponible. A esta limitación no escapan los derechos como el que aquí nos ocupa en los que el contenido prestacional y, en consecuencia, su propia naturaleza, vienen matizados por el hecho de tratarse de derechos que, como hemos avanzado, son concreción y garantía de ejercicio de otros derechos fundamentales, algunos de contenido no prestacional.
El reconocimiento de esta amplia libertad de configuración legal resulta manifiesta en el primerinciso del art. 119 al afirmar que "la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley ". El legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá

modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado -penal, laboral, civil, etc.- o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento. Sin embargo, este mismo precepto explicita el contenido constitucional indisponible que acota la facultad de libre disposición del legislador. Lo hace en el segundo inciso al proclamar que "en todo caso" la gratuidad se reconocerá "a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar"".
En base a estas consideraciones, el reconocimiento de este derecho no nos puede hacer perder el horizonte de que se debe evitar incurrir en un comportamiento inadecuado o un ejercicio abusivo de este derecho que todo ciudadano tiene, siempre que se encuentre en la situación económica que exige dicha texto normativo.
TERCERO En el caso concreto analizado en la presente alzada, se pretende por el concursado que se deje sin efecto la retribución fijada a la Administradora Concursal.
En términos generales, debemos recordar que la Administración concursal es un órgano necesario del procedimiento y aparte de sus funciones de información, han de confeccionar el inventario y la lista de acreedores, estando también legitimados para instar acciones rescisorias, así señala como otras atribuciones que les confiere la Ley. Claramente nada tiene nada ver con la figura del perito que es aquel técnico que trata de traer al Tribunal esos conocimientos técnico de los que carecen y que se consideran esenciales para resolver la cuestión controvertida. Es cierto que elartículo 6-6 de la Ley 1/1996, al determinar el contenido del derecho de justicia gratuita, que incluirá la asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas. Pero como ya hemos señalado nada tiene que ver un perito con un administrador concursal, y este figura no es contemplada en la citada legislación de justicia gratuita.
Qué dicho cargo es renumerado, lo dispone expresamente elartículo 34-1º de la ley Concursal : "Los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa, salvo cuando se trate del personal de las entidades a que se refieren lospárrafos 1º y 2º del apartado 2 del art. 27 ", excepciones que no son aplicables al presente supuesto, ya que se refiere a entidades emisoras de valores y de crédito. En cualquier caso, dicha retribución no es a cargo del recurrente, sino de la masa, como expresamente dispone el apartado primero del citado artículo.
CUARTO Las precedentes consideraciones han de conducir, con desestimación del recurso de apelación, a la confirmación del Auto recurrido, con expresa imposición de las costas de esta alzada al recurrente.”: AAP Sevilla (sección 5) 07.03.2011 (Auto 57/2011; Rollo 5936/2010)

“PRIMERO.-El auto que es objeto de esta alzada, a petición de Doña Milagros, administradora del procedimiento de concurso voluntario de la sociedad de gananciales formada por los esposos Don Epifanio y Doña Ascension, fijó el importe de la retribución a satisfacer a aquélla, con cargo a la masa activa del concurso, así como los plazos para su abono.
SEGUNDO.-Pues bien, habiendo recurrido en apelación dicha resolución los esposos concursados, mostrando su adhesión al mismo, extrañamente, la administradora concursal, no puede el tribunal sino confirmarla por completo, al ajustarse a los preceptos que regulan la retribución de los administradores concursales, los artículos 34 y 84,2 de la Ley Concursal, así como al Real Decreto 1.860/2.004, de 6 de Septiembre, por el que se estableció el Arancel de Derechos de los Administradores Concursales.
TERCERO.-Se afirma en el escrito de interposición del recurso de apelación que los esposos concursados, al tener concedido el beneficio de justicia gratuita y salvo el supuesto previsto en el artículo 36 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, de venir a mejor fortuna en el plazo de tres años, lo que no se ha producido, no están obligados al pago de los honorarios de la administración concursal, sin perjuicio de que afronte su abono la Junta de Andalucía, por aplicación analógica de lo dispuesto, con respecto a los peritos designados judicialmente, en el artículo 6 de dicha ley y artículo 55 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza.
CUARTO.-Pero tales manifestaciones no pueden ser compartidas, en absoluto, por la razón de que los honorarios de la administración concursal no se imponen a cargo de los esposos concursados, sino que, como establecen los preceptos antes citados de la Ley Concursal, se imponen a cargo de la masa activa del concurso, que es algo distinto, que no puede identificarse con ellos y que está formada por el conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. Por ello, el que los esposos apelantes tengan concedido o no el beneficio de justicia gratuita resulta completamente indiferente a los efectos del pago de los honorarios de la administradora concursal, que no son a su cargo, sino a cargo de la masa activa.
QUINTO.-Consecuentemente y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución apelada, sin que, no obstante, proceda hacer imposición del pago de las costas causadas en esta alzada, dada la postura adoptada por la administración concursal. ”: AAP Sevilla (sección 5) 28.12.2011 (Auto 250/2011; Rollo 7336/2011)

Art. 34.2

Redacción inicial

2. Un arancel reglamentará la retribución correspondiente a la administración concursal, atendiendo a la cuantía del activo y del pasivo y a la previsible complejidad del concurso. Las participaciones de los profesionales designados

administradores concursales en dicha retribución serán idénticas entre sí, y de doble cuantía que la del administrador concursal acreedor cuando se trate de persona natural y no designe profesional que actúe en su representación conforme a lo previsto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 27.

Redacción desde RDL 3/2009

2. La retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso.
El arancel se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:
a) Exclusividad. Los administradores concursales solo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel.
b) Identidad. La participación en la retribución será idéntica para los administradores concursales que tengan la condición de profesionales y de doble cuantía que la del administrador concursal acreedor cuando se trate de persona natural y no designe profesional que actúe en su representación conforme a lo previsto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 27.
c) Limitación. La administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso.
d) Efectividad. En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de **un** mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente.

> *[Nueva redacción del artículo 34.2 LC introducida por art. 7-dos del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009), en vigor desde el día 10.04.2009*
> *Según la Disposición Transitoria Tercera del mismo Real Decreto-Ley, esta nueva redacción será de aplicación en los procedimientos concursales que estén en tramitación a su entrada en vigor, salvo en lo relativo a las letras c) y d). Estas normas entrarán en vigor cuando se apruebe la norma prevista en la Disposición adicional segunda [es decir, cuando el Gobierno regule los ingresos y pagos de cantidades en metálico que hayan de efectuarse por los Juzgados con competencias en materia mercantil a través de la cuenta de garantía arancelaria concursal, designando los establecimientos y el procedimiento a través del cual deban de realizarse]*

Redacción desde ley 38/2011

2.La retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso.
El arancel se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:

a) Exclusividad. Los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel.
b) Limitación. La administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso.
c) Efectividad. En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente

> *Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011), que suprime la La letra b) del artículo 34.2 y renumera las letras c) y d) como b) y c).*
> *En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).*

Redacción tras Ley 17/2014

2. La retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá ~~a la cuantía del activo y del pasivo,~~ al número de acreedores~~carácter ordinario o abreviado del procedimiento~~, a la acumulación de concursos y al tamaño~~a la previsible complejidad~~ del concurso según la clasificación considerada a los efectos de la designación de la administración concursal.

El arancel se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:

a) Exclusividad. Los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel.

b) Limitación. La administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso.

c) Efectividad. En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente.

d) Eficiencia. La retribución de la administración concursal se devengará conforme se vayan cumpliendo las funciones previstas en el artículo 33. La retribución inicialmente fijada podrá ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, un retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos.

En todo caso, se considerará que la calidad del trabajo es deficiente y deberá reducirse la retribución, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador, resuelva lo contrario, cuando la administración concursal incumpla cualquier obligación de información a los acreedores, cuando exceda en más de un cincuenta por ciento cualquier plazo que deba observar o cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe. En este último caso, la retribución será reducida al menos en la misma proporción.

[Nueva redacción por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014).
Entrada en vigor: "Las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no entrarán en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses."
Disposición transitoria segunda. Régimen de la administración concursal.]

Redacción tras Ley 25/2015

2. La retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá al número de acreedores, a la acumulación de concursos, ~~y~~ al tamaño del concurso según la clasificación considerada a los efectos de la designación de la administración concursal y a las funciones que efectivamente desempeñe la administración concursal, de las previstas en el artículo 33.

El arancel se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:

a) Exclusividad. Los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel.

b) Limitación. ~~La administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso~~. La cantidad total máxima que la administración concursal podrá percibir por su intervención en el concurso será la menor de las dos siguientes:

i) La cantidad resultante de multiplicar el activo del deudor por un 4 por ciento.

ii) Un millón quinientos mil euros.

No obstante, el juez de forma motivada y oídas las partes, podrá aprobar una remuneración que supere el límite anterior cuando debido a la complejidad del concurso los costes asumidos por la administración concursal lo justifiquen, sin que en ningún caso pueda exceder del 50 por ciento de dicho límite.

c) Efectividad. En aquellos concursos ~~en que la masa sea insuficiente~~ que concluyan por la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, se garantizará el pago de un mínimo retributivo ~~establecido reglamentariamente,~~ mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con las aportaciones obligatorias de los administradores concursales. ~~Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente.~~

d) Eficiencia. La retribución de la administración concursal se devengará conforme se vayan cumpliendo las funciones previstas en el artículo 33. La retribución inicialmente fijada podrá ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, un retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos.

En todo caso, se considerará que la calidad del trabajo es deficiente y deberá reducirse la retribución, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador, resuelva lo contrario, cuando la administración concursal incumpla cualquier obligación de información a los acreedores, cuando exceda en más de un cincuenta por ciento cualquier plazo que deba observar o cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe. En este último caso, la retribución será reducida al menos en la misma proporción.

[Nueva redacción del párrafo primero y las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 34por Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE 29.07.2015) (Artículo 1, Cuarto, Uno)
Entrada en vigor: 30.07.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».", Disposición final vigesimoprimera. Entrada en vigor.)]

0. Régimen transitorio del Arancel hasta que se apruebe el nuevo desarrollo reglamentario

"Hasta que se apruebe el nuevo desarrollo reglamentario del artículo 27 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el arancel de la administración concursal se regirá por lo dispuesto en el del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, con las siguientes especialidades:

a) La cantidad que resulte de la aplicación de lo establecido en los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales se incrementará hasta un 5 por ciento por cada uno de los supuestos enunciados en el artículo 6.1 del mismo Real Decreto, sin que el incremento total pueda ser superior al 15 por ciento si el concurso fuera clasificado como de tamaño medio o superior al 25 por ciento si fuera calificado de gran tamaño, respetando en todo caso los límites establecidos en el artículo 34.2.b) de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

b) La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación será equivalente al 10 por ciento de la retribución aprobada para la fase común.

A partir del séptimo mes desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta, la retribución de los administradores durante cada uno de los meses sucesivos será equivalente al 5 por ciento de la retribución aprobada para la fase común.

A partir del decimotercer mes desde la apertura de la fase de liquidación la administración concursal no percibirá remuneración alguna salvo que el juez de manera motivada y previa audiencia de las partes decida, atendiendo a las circunstancias del caso, prorrogar dicho plazo. Las prórrogas acordadas serán trimestrales y no podrán superar en total los seis meses."

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE 29.07.2015), Disposición transitoria tercera. "Arancel de derechos de los administradores concursales"
Entrada en vigor: 30.07.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».", Disposición final vigesimoprimera. Entrada en vigor.)

00. Modificabilidad de porcentaje por disposición reglamentaria

"Disposición final decimoctava. Modificación por disposición reglamentaria.
Reglamentariamente se podrán modificar:
a) Los porcentajes del apartado 1 del artículo 34 quáter, que se modifica en el artículo 1.cuarto.cuatro.
b) El porcentaje del 50 por ciento previsto en el artículo 34.2.b), que se modifica en el artículo 1.cuarto.uno."

[Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE 29.07.2015), Disposición final decimoctava. "Modificación por disposición reglamentaria"
Entrada en vigor: 30.07.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».", Disposición final vigesimoprimera. Entrada en vigor.)]

000. Consideraciones generales

AP Baleares

"SEGUNDO Con carácter previo conviene reseñar que la cuantía de la retribución para el conjunto de la administración concursal, así como los plazos de pago, debe fijarla necesariamente el Juez, mediante Auto dictado previo informe de la propia administración, con arreglo al arancel reglamentario y en función de la cuantía del activo y el pasivo y la previsible complejidad del concurso; en cualquier estado del procedimiento, el

Juez, de oficio o a instancia del deudor o de cualquier acreedor (no de la administración afectada) puede modificar la retribución fijada si existe causa justa para ello, si bien sujetándose siempre al arancel. El informe de la administración previsto en elartículo 34.3 habrá de referirse a los elementos que sirven de base para la fijación de la retribución por el Juez, esto es, cuantías de activo y pasivo, así como datos objetivos acerca de la previsible complejidad del concurso.
Y se autoriza al Juez para modificar la retribución fijada anteriormente, de oficio o a solicitud del deudor o de cualquier acreedor, si concurriera justa causa, lo cual es prudente para aumentarla o reducirla, pues las previsiones iniciales pueden no haber sido acertadas.
El Auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales será apelable por cualquiera de éstos y por las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, es decir:
- Los propios interesados;
- El deudor;
- Cualquiera de sus acreedores; y,
- Los herederos en el concurso de la herencia.
La necesidad de que el Juez decida a la vista del informe previo de la propia Administración Concursal puede justificarse pensando que también debería ser este órgano el que se encuentre en mejores condiciones para valorar técnicamente los factores que deben ser tenidos en cuenta para fijar la cuantía retributiva.
LaLey también prevé que en cualquier estado del procedimiento puedan modificarse las condiciones retributivas (art. 34.4). La modificación, al proceder de oficio o únicamente a solicitud del deudor o de cualquier acreedor, está pensada sólo para la reducción, aunque también cabe en el sentido literal posible de la norma una modificación de la misma al alza "si concurriera justa causa" y en aplicación del arancel. Aunque la casuística es amplia, lo primero acontecerá cuando tras una conversión del procedimiento ordinario en abreviado el órgano pase a tener una estructura unipersonal, y lo segundo cuando la tramitación del procedimiento ponga de manifiesto que el grado de complejidad del concurso es significativamente superior al tenido en cuenta inicialmente para la fijación de la retribución.
El criterio que se estable en el RD para fijar la retribución de la administración concursal, es doble. De un lado, la de la aplicación de los porcentajes, establecidos en el anexo del RD al resultado de la adición de las masas activa y pasiva, y, de otro, la de los efectos del concurso sobre las facultades de administración y disposición del deudor. Así:
- Si se trata de mera intervención, la retribución se obtiene mediante la aplicación al valor resultante de la suma de la masa activa y la masa pasiva de los porcentajes del anexo. Si se trata de suspensión, la retribución se fija con un incremento sobre la regla anterior de hasta un 50% a establecer por el Juez "a su prudente arbitrio". No hay criterios legales sobre la cuestión, pero lo lógico sería atender, de manera analógica, a los criterios establecidos para la complejidad del concurso en especial cuando por sus circunstancias no pueden ser calificados como tales, y en atención a ellos, determinar el porcentaje de incremento de valor sobre el que aplicar la tabla de arancel.
Como el valor de la masa activa y pasiva no queda determinada hasta que resulta el inventario definitivo y la listas de acreedores definitiva, se parte de un valor presunto -el presentado por el deudor-, al que se le aplica después, en la resolución que pone fin a la fase común, la corrección correspondiente, que tanto puede implicar para los administradores una percepción como un reintegro o compensación por el exceso.
La previsible complejidad del concurso se trata de un listado numerus clausus de modo que no es posible legalmente apreciar supuestos distintos de complejidad de los que contempla en expreso elart. 6.
La complejidad se traduce en un incremente de hasta un 5% "por cada uno de los supuestos enumerados en el apartado anterior", por tanto hasta un máximo del 40%".
Siguiendo la exposición de motivos del RD, se comienza por citar la imposición legal que supone los criterios establecidos en elart. 34 LC para la determinación de la retribución que son los siguientes:
- Cuantía del activo y pasivo.
- Previsible complejidad del concurso.
El RD ha considerado ambos criterios a la hora de determinar la retribución, desarrollando los mismos con otros subcriterios basados en determinados sistemas correctores que pretenden reflejar la previsible complejidad del concurso, optando por dividir la retribución en partes de acuerdo con las tres fases del concurso (fase común, convenio y liquidación) ya que, según se alcancen o no éstas, supone un mayor o menor trabajo. Así las cosas, el RD establece un postulado fundamental y los siguientes parámetros:
1. El postulado fundamental del RD 1864/2004 es la consecución del justo equilibrio entre los distintos intereses en conflicto, intentando conseguir:
A) que profesiones de calidad tengan suficiente incentivos para el ejercicio de la Administración Concursal, y
B) al mismo tiempo que las cantidades a percibir en concepto de retribución no resulten desproporcionadas:
a.- a la dificultad de las tareas a realizar,
b.- a la complejidad del concurso y
c.- a la duración del procedimiento.
2.- Como parámetros utilizados en el arancel, se tienen:
A) Los siguientes que no son otros que los que por imperativo legal se fijan en elart. 34 LC, si bien se modulan de la manera siguiente:
a.- Cuantía del activo
b.- Cuantía del pasivo.
c.- Entre ambos parámetros, el sistema opta:
- Por dar menos importancia al número de acreedores o a la cuantía de los créditos reconocidos.

- Y más importancia al conjunto de bienes y derechos que integran la masa activa, en cuanto patrimonio afecto a la satisfacción de la colectividad crediticia.
d.- Previsible complejidad del concurso medible mediante el establecimiento de un catálogo de casos que actúan como numerus clausus en cuanto a su enumeración, aunque no en cuanto a su cuantía, ya que es el Juez quien debe ponderar la misma en atención a las circunstancias, si bien se establece un límite máximo para cada uno de ellos que no puede ser superado.
B) Como fases que se tienen en cuenta para la aplicación de los parámetros anteriores, se tienen:
a.- Fase común. Para esta fase siempre obligada en todo concurso, la retribución se calcula de modo global por aplicación de dos escalas por tramos, una para el activo y otra par el pasivo que luego se suman, con independencia de su duración, precisando algunas especialidades para el caso del procedimiento abreviado y el de aprobación judicial de un convenio anticipado.
b.- Fases de convenio y de liquidación. Se basan en la retribución de la fase común, determinándose una retribución mensual del 10% de aquélla por cada mes que dure la fase de convenio e igual mensualidad para los seis primeros meses de la fase de liquidación, reduciéndose a la mitad (5%) a partir del séptimo mes de esta fase.
C) Por último, el régimen jurídico de la retribución tiene también en cuenta la distinción básica entre administración meramente interventora y administración sustitutoria, incrementándose la retribución:
a.- Cuando se da la sustitución, y
b.- Cuando haya continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.
Elart. 3 del RD establece la regla de exclusividad, según la cual:
Las únicas cantidades que podrán percibir los administradores concursales de la masa activa serán:
a.- Las que resulten de la aplicación del arancel que corresponde aplicar única y exclusivamente al juez del concurso, aclarando expresamente que la supervisión de las cuentas anuales que formule el concursado (caso de intervención) o las que formule la propia Administración Concursal (caso de sustitución) no tienen retribución separada alguna para el economista, auditor de cuentas o titular mercantil, así como tampoco el abogado por la dirección técnica de los recurso que la Administración Concursal interponga contra las resolución del juez del concurso.
b.- Con la única excepción de las cantidades justificadas por desplazamientos fuera del ámbito de competencia territorial del juzgado que tramita el concurso.
c.- Estableciendo el artículo una cláusula de cierre según la cual se prohíbe la retribución complementaria o compensación de clase alguna, en dinero o en especie, que pudieran ofrecer a los administradores concursales el concursado, los acreedores o terceros.
En cuanto a la retribución en las distintas fases del concurso:
A) Retribución en la fase común
a) Para el caso de Intervención, la retribución será la que resulta de aplicar la doble escala sobre el activo y sobre el pasivo que figura en anexo al RD.
En cuanto a los valores de la masa activa y del pasivo, hay que tomar inicialmente los presentados por el concursado par aplicar las escalas, lo que servirá para percibir la provisión de fondos del 50% a que se refiere alart. 8 a), salvo que el Juez establezca otros plazos.
El otro 50% se percibirá en los cinco días siguientes a la resolución del Juez del concurso que ponga fin a la fase común del concurso, momento en el que ya se conocerán los valores definitivos del inventario de la masa activa y de la lista de acreedores, una vez resueltas por el Juez las impugnaciones que, en su caso, se hubieran podido formular (art. 8 b del RD), debiendo ajustar el juez la retribución inicial fijada, lo que originará el cobro de una cantidad superior o la devolución del exceso acordado al comienzo del expediente.
Según elart. 34.3 LC, el Auto judicial que acuerde la retribución y los plazos para su cobro, se producirá a instancias de la Admnistración Concursal mediante informe motivado de ésta.
b) Para el caso de sustitución (art. 4.2 del RD):
Al prudente arbitrio del juez, la retribución fijada para el caso de intervención podrá ser incrementada por éste hasta un 50% de la aplicada par dicho supuesto a que se ha hecho mención en el ap. 2 A) a) anterior.
Retribuir, significa pagar o recompensar por un servicio o un favor que ha de prestar la Administración Concursal correspondiendo su pago al concursado con cargo a su patrimonio y hasta donde éste alcance.
Por ello, la retribución, que significa una compensación o pago para quien la recibe, es a la vez un coste para quien lo debe de pagar, que debe ponerse en relación con la finalidad del procedimiento y el beneficio que representa para aquellos afectados por el mismo.
En este sentido no se debe olvidar que el concurso es un procedimiento judicial por el cual se busca mantener la actividad de unidades económicas o productivas que tienen dificultades para atender el pago de sus obligaciones económicas, propiciando antes que nada, su mantenimiento mediante convenios dilatorios y/o remisorios, y, si ello no es posible, arbitrando la manera de su liquidación, sirviendo, en todos los caso también, par exigir responsabilidades a quienes hayan provocado de forma dolosa la insolvencia que permita compensar, en todo o en parte, el perjuicio económico sufrido por los acreedores mediante el ejercicio de las acciones pertinentes.
Por otra parte, el coste del procedimiento concursal no es sólo el de la Administración Concursal, sino, también, las costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y la declaración del concurso (art. 84.2 LC) como los del abogado y procurador que formulen la demanda (tanto por cuenta del deudor en los concursos voluntarios, como por cuenta del acreedor en el caso del concurso necesario) o por la asistencia y representación del deudor, de la Administración Concursal o de acreedores legitimados en juicios en interés de la masa (art. 84.2.3ª LC); costes éstos regulados, en parte, también por arancel (caso de los Procuradores), y, en otra parte, por los Colegios de Abogados que aprueben las normas orientadoras de honorarios.

En los casos de continuidad final de la actividad, la entidad concursada obtiene las ventajas propias de pagar menos de lo que debían antes de comenzar el procedimiento (remisión consecuencia de las quitas que se acuerden) y más tarde que lo que estaba pactado con cada acreedor (dilación consecuencia del aplazamiento en el pago), con el consiguiente ahorro financiero, caso de no pactarse en contra, puesto que el aplazamiento lo es sin intereses, lo cual representa una mejora de los fondos propios de dicha entidad y, por tanto, de su valor para su propietario (persona natural en el caso de deudor individual, o, socios o accionistas, en el caso de persona jurídica).
En el caso de no continuidad, supone la forma de liquidar el patrimonio existente y repartirlo entre los acreedores, evitando, si el concurso se ha solicitado en plazo (art. 5 en relación con elart. 165.1º, ambos LC) la responsabilidad personal del deudor persona natural o de los administradores de las personas jurídicas, y, si la liquidación se asocie a la insuficiencia de patrimonio para satisfacer todas las deudas, el concurso no altera la pérdida del valor del propietario que, en tal caso, puede llegar al extremo de que la retribución de los administradores concursales quede sin satisfacer.
La dificultad en el pago de las obligaciones par el concursado siempre origina un perjuicio a los acreedores que, para poder cobrar lo más posible, deben esperar o renunciar a una parte. El coste del concurso supone una detracción de fondos que, en principio, reduce eses posibilidades de cobro.
La retribución de la Administración de Concursal depende del volumen de trabajo y del grado de dificultad y responsabilidad asumidos por ésta.
Este criterio puede no corresponder con la importancia del activo o del pasivo, máxime cuando, como hace el arancel, aquél tiene más importancia que éste, lo que dará lugar en los casos de "quiebra" en que el activo puede ser muy pequeño y el pasivo muy grande, a una retribución distorsionada en relación con el trabajo realizado.: AAP Baleares (Sección 5) 14.12.2009 (JUR 2010/76375; Auto 243/2009; Rollo 439/2009)

AP Barcelona

SEGUNDO. La retribución de la administración concursal, que prevé el art. 34 LC (" *2. La retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso")* y regula el Real Decreto 1860/2004, se calcula atendiendo a los valores de las masas activa y pasiva resultantes del inventario y lista de acreedores definitivos, conforme establece el art. 4.4 RD (" *El valor de la masa activa será el que resulte del inventario definitivo, y el valor de las masa pasiva, el que resulte de la lista de acreedores definitiva. Hasta que el inventario y la lista tengan carácter definitivo, el juez aplicará el arancel considerando como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, y como valor de la masa pasiva, el que resulte de la relación de acreedores presentado por el deudor. Una vez establecido el importe definitivo de la masa activa y de la masa pasiva, el juez, en la misma resolución por la que ponga fin a la fase común o en otra de la misma fecha, determinará si, por aplicación del arancel, los administradores concursales deben percibir una cantidad superior a la inicialmente aprobada para la fase común o si deben reintegrar o compensar el exceso de los percibido")*. Mediante auto de fecha 2 de julio 2012 se aprobó la retribución con arreglo a los valores de las masas activa y pasiva resultantes de la solicitud de concurso, que fue corregido en el auto recurrido conforme a los valores resultantes del inventario y lista de acreedores definitivos.
La cantidad que resulta de aplicar los porcentajes estipulados en el RD al valor del activo y pasivo, retribución básica, se aumentará o reducirá, hasta alcanzar la cantidad final de la retribución, aplicando los incrementos o decrementos fijos o variables que prevé el RD en su artículo 4.2, aumento variable en caso de suspensión del deudor, (" *Si el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, el juez, a su prudente arbitrio, podrá incrementar hasta un 50 por ciento la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en el apartado anterior* "), art. 4.5, aumento variable en caso de estructura unipersonal de la administración concursal, (" *En el caso de que el juez hubiera ordenado la tramitación abreviada del concurso, la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en este artículo se incrementará entre un cinco por ciento y un 25 por ciento si la administración concursal estuviera integrada por un único miembro"),* art. 5, reducción por cese de la actividad sobre la cantidad base ("1.-*La cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en el artículo anterior se reducirá un 25 por ciento cuando se hubiera cesado o suspendido o cuando cese o se suspenda la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor"; "2. Si el cese o la suspensión fueran parciales, el juez determinará a su prudente arbitrio el porcentaje de la reducción").* La cantidad que resulte de la aplicación de los porcentajes anteriores a la retribución básica *se incrementará hasta un cinco por ciento por cada uno de los supuestos enumerados* en el art. 6.1 de previsible complejidad del concurso. Por lo que se refiere al supuesto de autos, debe destacarse el previsto en la letra a) del art. 6.1 (" *Se considera que el concurso presenta previsible complejidad exclusivamente en los siguientes supuestos: a) Cuando exista una discrepancia de, al menos, un 25 por ciento entre el valor de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado, o entre el importe del pasivo que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor y la definitivamente aprobada.").*
La aplicación de los aumentos o reducciones fijos requerirá únicamente comprobar que concurre el factor o supuesto de hecho previsto en las referidas normas reglamentarias. Por el contrario, cuando el porcentaje de aumento es variable deberá justificarse, atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto, la aplicación de una concreta cantidad o porcentaje, a fin de que se aplique el porcentaje o cantidad que en mayor medida se adapte al postulado fundamental del *justo equilibrio entre los distintos intereses en conflicto,* que justifica la

adopción del arancel aprobado por el citado Real Decreto (" *Con este arancel se intenta conseguir que las cantidades que se perciban en concepto de retribución no resulten desproporcionadas respecto de la dificultad de las tareas que se realizan, de la complejidad del concurso y de la duración del procedimiento y, al mismo tiempo, que profesionales de calidad tengan suficientes incentivos para desempeñar el cargo de administradores concursales y añadir así unos rendimientos adecuados por el ejercicio de estas actividades profesionales a los que obtengan por las demás actividades compatibles a las que se dediquen o puedan dedicarse.")*
En el supuesto de *liti* s, el auto recurrido aplica el incremento variable en el porcentaje máximo sobre la retribución básica previsto en el art. 4.5 RD. Ese mismo incremento porcentual había sido aprobado en el auto de fijación de la retribución provisional, sin que la demandada lo impugnara. El auto que fija la retribución atendiendo a la lista de acreedores e inventario presentados por el deudor no es definitivo y su no impugnación no veda el acceso al recurso de apelación, con base en el art. 34.5 LC, contra el auto que fija la retribución de la administración concursal considerando los importes definitivos de las masas activa y pasiva.": AAP Barcelona (Sección 15) 29.01.2014 (Auto 6/2014; Rollo 369/2013)

AP Córdoba

"Por otra parte, la fijación del arancel no queda al arbitrio del juzgador, sino que está reglada, tanto en el calendado artículo 34 de la Ley Concursal, como en su norma de desarrollo, el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que establece el arancel de derechos de los administradores concursales. Conforme a estar normas, la retribución tiene un componente básico, que se calcula atendiendo a los valores de la masa activa (que finalmente resultará del inventario definitivo) y de la masa pasiva (que se desprenderá de la lista de acreedores), a los que han de aplicarse las escalas progresivas y porcentajes sobre el resto adicional tabulados en el arancel, para obtener dos importes que se suman, suponiendo la realización de una operación aritmética que no contempla ninguna consideración adicional (artículo 4.1 del Decreto 1860/2004). A su vez, una vez fijada esa remuneración básica, entran en juego otros conceptos, hasta alcanzar la cifra final de la retribución, que operan por el siguiente orden: Primero.-La aplicación de incrementos variables por razón de la dificultad para el desempeño de su misión por parte de la administración concursal, que pueden ser: a) de hasta un 50% sobre la cantidad anterior si el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa (artículo 4.2 del Decreto 1860/2004); y b) de entre un 5 y un 25% de la cantidad resultante de las operaciones anteriores si se hubiese ordenado la tramitación abreviada del concurso y la administración concursal estuviera integrada por un único miembro (artículo 4.5 del Decreto 1860/2004). Segundo.-La aplicación de decrementos en los casos de cese o suspensión de la actividad profesional o empresarial del concursado, que pueden ser: a) del 25% si es total (artículo 5.1 del Decreto 1860/2004); y b) el que el juez determine (se entiende, lógicamente, con el límite del 25% previsto para el caso anterior, que es de más alcance), si fuese solo parcial (artículo 5.2 del Decreto 1860/2004). Tercero.-La aplicación de un incremento fijo de un 5 % por cada uno de los supuestos que conlleven complejidad del concurso (artículo 6 del Decreto 1860/2004)y que están tasados en el arancel: a) cuando exista una discrepancia de, al menos, un 25 % entre el valor de los bienes del inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado o entre el importe del pasivo relacionado por el deudor y la lista definitivamente aprobada; b) cuando, al menos, la cuarta parte del valor de los bienes y derechos corresponda a los que estén fuera del territorio español, siempre que sobrepasen diez millones de euros; c) que el número de acreedores concursales sea superior a mil; d) cuando el número de trabajadores empleados por el deudor rebase doscientos cincuenta (en la fecha de declaración del concurso o como número medio de trabajadores empleados durante el año inmediatamente anterior); e) cuando se tramiten ante el juez expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, de conformidad con la Ley Concursal, siempre que la empresa concursada tenga más de cincuenta trabajadores; f) cuando el número de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios que figuren en el inventario fuese superior a diez o, al menos tres de ellas radiquen en distintas provincias; g) cuando el concursado hubiera emitido valores que estén admitidos a cotización en mercado secundario oficial; y h) cuando el concursado fuera entidad de crédito o de seguros. Y Cuarto.-La aplicación de un incremento variable de hasta un 25% del importe de la retribución final, en el caso de aprobación judicial de convenio anticipado (artículo 7 del Decreto 1860/2004).
Cuando el arancel prevé porcentajes fijos (como sucede en los casos de los artículos 5.1 y 6 del Decreto 1860/2004), el Juez debe limitarse a comprobar que concurre el supuesto de hecho previsto en la norma para aplicar, sin otra consideración, el tipo correspondiente. Por el contrario, en aquellas previsiones en las que el arancel contempla la aplicación de un porcentaje variable, enmarcado entre unos márgenes máximo y mínimo (como ocurre en los artículos 4.2, 4.5, 5.2 y 7 del Decreto 1860/2004), queda al prudente arbitrio del juez su concreción
En cuanto al artículo 4.2 del Real Decreto 1860/2004, que permite aplicar un incremento de hasta un 50% en el caso de que el concursado tuviera suspendidas sus facultades de administración y disposición, a la hora de concretar el porcentaje deben valorarse una serie de elementos o condiciones que dependen de cada caso concreto, como el grado de colaboración y ayuda que se haya prestado a la administración concursal por el concursado o su personal para la gestión de la empresa, la complejidad de las actividades empresariales o comerciales de la concursada que son asumidas por la administración concursal, la concentración o dispersión de la actividad, etc.
Esto en cuanto a la retribución correspondiente a la fase común. En cuanto a la retribución de la fase de convenio, se parte de los mismos parámetros, calculándose únicamente conforme a un mero incremento

porcentual, a razón del 10% por cada mensualidad, según dispone expresamente el artículo 9.1 del Real Decreto regulador del arancel, sin necesidad de que se dicte un nuevo auto al respecto, operando ope legis la propia previsión reglamentaria.
Así las cosas, sobre estas bases, no consta que el auto del Juzgado que fijó la retribución provisional, y que no consideró necesario modificar al dictar el auto que ponía fin a la fase común, se apartara de dichos criterios, y ninguna objeción hizo la parte ahora apelante durante los sucesivos trámites procesales, ya expuestos, en los que tuvo ocasión para ello.
Obsérvese, además, para mayor confusión, que la parte apelante ha llegado a hacer, durante la sustanciación del procedimiento y del recurso de apelación, tres cálculos o propuestas de retribución diferentes: en el recurso de reposición que dio pie a la impugnación -tras ser requerida de pago de los honorarios-solicitó que la retribución fuera de 67.172 euros; en la alegación cuarta del recurso de apelación hace referencia a una cantidad de 291.631 euros; y en la petición subsidiaria del suplico del mismo recurso de apelación menciona la suma de 212.376,56 euros. Ello hace que a esta Sala no le queden en absoluto claras cuáles sean las bases de cálculo que utiliza la parte apelante para impugnar la aplicación del arancel efectuada por el juzgador de instancia.”:.”: SAP Córdoba (Sección 3) 14.05.2010 (Sentencia 89/2010; Rollo 294/2009)

1. El arancel determina la retribución de cada administrador individualmente considerado

“PRIMERO.- El auto recurrido, señala las retribuciones de cada uno de los administradores del Concurso de Acreedores nº 17/04. Decisión que es recurrida por la representación de Comercial Celdrán Siglo XXI S.L.U., alegando que existe error en la fijación de las retribuciones de los administradores del concurso, ya que la indemnización debe ser para todo el órgano de Administración del Concurso y no para cada uno de los administradores y, de otro lado, que existe error en la fijación de dicha cantidad.
SEGUNDO.- La primera cuestión planteada, relativa a si la fijación de las retribuciones de los administradores, debe ser de forma colegiada o individual para cada uno de los tres designados, debe solucionarse en el sentido que se recoge en el auto recurrido, pues el art. 34.1 de la LC, señala que los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa concursal; también la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, se refiere a la retribución de los administradores concursales. Obedece, además, al principio de justicia de que, con independencia de que los administradores necesariamente deben actuar conjuntamente, las retribuciones deben ser independientes y la designación de su número no es arbitraria. Debe desestimarse este motivo de apelación. “:Auto AP Murcia 07.11.2006 (245/2006)

2. Sobre las cuantías a tomar como base

2.1 Momentos del cómputo: provisional inicial y definitivo tras firmeza del informe

AP Valencia

“PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia se dictó auto, con fecha 1 de Septiembre de 2.005, que fijaba la retribución de los administradores concursales para la tramitación de la fase común del concurso, a cargo de la masa del mismo, respecto de la entidad mercantil XXX S.L. partiendo de lo expresado en el artículo 34 de la Ley Concursal y de conformidad con lo previsto en el Real decreto 1860/04 de 6 de Septiembre, tomando el valor provisional de la masa activa y de la masa pasiva que especificaba, y frente a dicha resolución, tras alegaciones previas en el mismo sentido, formuló recurso de apelación la representación de uno de los acreedores, al que se adhirieron los dos que obran en las actuaciones, en el sentido de que los valores tenidos en cuenta no eran correctos, y conculcaban la norma expresada, habiéndose emitido informe previo por la administración concursal que establecía lo recogido en el auto impugnado, quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.
SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica del auto recurrido.
La determinación de la retribución de la administración concursal viene regulada por la norma invocada por el juzgador de primera Instancia, que, siguiendo el informe de los propios administradores, la fija de conformidad con el Real Decreto expresado, sin que ninguno de los recurrentes venga a cuestionar la corrección de la operación de cálculo efectuada, sino la cuantía de que se partía para tal cálculo, conforme regula el propio artículo 4,4 de aquel, esto es, teniendo en cuenta, respecto del activo, que ha de tomarse en consideración el valor indicado en inventario presentado por el deudor, y, con relación al pasivo, la relación de acreedores presentada por éste. En definitiva, la cuestión suscitada se limita a la valoración de la cuantía de que se parte para el cálculo, cuantía que, partiendo del testimonio aportado, resulta imposible comprobar, ni siquiera examinando las actuaciones, y testimoniando los documentos a que se refiere el recurrente, ya que este efectúa su propio cálculo considerando errónea la base tenida en cuenta por la administración concursal, sin otro soporte que la mera alegación y sin que la documental remitida, vía testimonio de particulares, aclare o despeje la misma, ni resulte, directamente, de un examen que, por otro lado, la Sala no puede efectuar más allá de aquello que por vía de remisión de actuaciones, el Juzgado viene obligado a remitir o las partes interesadas aporten o faciliten en la forma pertinente. Así la cuestión, forzoso será concluir que, tal y como resulta de aquello que puede ser examinado directamente por la Sala, no se aprecia error o incorrección alguna en la resolución impugnada, que, por ello, forzoso será confirmar, desestimando, en consecuencia, el recurso planteado. ”: Auto AP Valencia 11.09.2006 (Rollo 84/2006)

AP Madrid

"SEGUNDO La llamada que efectúa la parte apelante para que este tribunal imponga al juez que haya de estar al valor real, y no al meramente contable, de los activos para fijar los honorarios de la administración concursal resulta, en nuestra opinión, precipitada. La parte recurrente parece olvidar que, por razones operativas y de atención a las necesidades de los profesionales que desempeñan tal función, es habitual la fijación, antes de la finalización de la fase común, de los honorarios que, al amparo delartículo 34 de la Ley concursal, tienen derecho a percibir, con cargo a la masa, los miembros de la administración concursal por el desempeño de sus funciones durante dicha fase. Ahora bien, se diga o no expresamente en la resolución judicial, aunque lo adecuado sería precisarlo, de lo que se trata es de una fijación meramente provisional de tal retribución, pues solo al finalizar la fase común quedará dotado de certeza el valor de las masas activa y pasiva del concurso, con el cierre del inventario y lista de acreedores definitivos. De ahí que elpárrafo 2º del nº 4 del artículo 4 del RD 1860/2004, por el que se aprobó al arancel de derechos de los administradores concursales, prevea que se operará inicialmente sobre las valoraciones provisionales tanto de la masa activa de bienes y derechos como del pasivo del concurso, atendiendo a los valores declarados en el inventario y en la relación de acreedores presentados por el deudor; ahora bien, ello no excluye que con posterioridad, al finalizar la fase común, deba efectuarse, de oficio o a solicitud de parte interesada, la correspondiente liquidación para determinar si finalmente procede que perciban una cantidad superior o, por el contrario, que reintegren o compensen lo percibido en exceso. Será entonces cuando la concursada podrá exigir que se efectúe el ajuste que pudiera proceder a tenor de los valores reales de activo y pasivo, mas no con antelación a ese momento procesal.": AAP Madrid (Sección 28) 03.12.2010 (JUR 2011/95548; Auto 176/2010; Rollo 1/2010)

AP Córdoba

"QUINTO.-Esgrimiendo una infracción de los artículos 34 y 82 de la Ley Concursal y artículo 4 del R.D. 1860/2004 de 6 de septiembre, se aduce, en quinto lugar, un error en la retribución al sumarse los denominados activos contingentes, con lo que viene así la parte apelante a confundir dos conceptos: importe de la masa activa con diferencia patrimonial, según resulta del mero examen del informe de la administración concursal, del que se deriva que la masa activa se cuantifica en un total de 36.018.030,80 euros, y la denominada "diferencia patrimonial previa" (resultado de restar el importe del pasivo del activo) se cifra en 5.571.715,57 euros. Los llamados créditos contingentes no pueden desaparecer del activo, pues una cosa es que su cobro sea más o menos dudoso o dificultoso y otra ignorarlos directamente como parte de la masa activa, cuando el artículo 76 de la Ley Concursal establece que forman parte de la misma los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso, sin que se encuentren dentro de ninguna de las excepciones (bienes inembargables o privilegios sobre buques y aeronaves) a que se refiere el propio artículo. Es más, se da la circunstancia, que ahora resulta paradójica, de que dichos créditos fueron tenidos en cuenta, sin merma alguna, por la concursada a la hora de formular el plan de viabilidad incluido en su propuesta de convenio con los acreedores. Así mismo, el avalúo de la masa activa no tiene que ajustarse a las previsiones del Plan General de Contabilidad, puesto que los criterios de valoración de dicha norma contable y de la Ley Concursal son diferentes, ya que esta última, en su artículo 82.3 impone como criterio de valoración el valor de mercado y a ello debe ajustarse en su informe la administración concursal. ": SAP Córdoba (Sección 3) 14.05.2010 (Sentencia 89/2010; Rollo 294/2009)

JM-1 Madrid

"PRIMERO.- El artículo 34 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece el derecho de los miembros de la Administración Concursal a obtener una retribución con cargo a la masa, remitiendo a la regulación reglamentaria que ha tenido su desarrollo en el Real Decreto 1860/04, de 6 de setiembre. El referido Real Decreto establece el arancel de derechos de los miembros de la Administración Concursal. Los criterios que fija a los efectos del cálculo de la retribución en la fase común son los del valor de la masa activa que resulte del inventario definitivo, y de la masa pasiva que derive de la lista de acreedores definitiva. Sin embargo, y en tanto no se haya establecido dicha valoración definitiva, se deberá tener en cuenta como valor de la masa activa el que resulte del inventario presentado por el deudor, y de la masa pasiva el que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor, sin perjuicio de la liquidación o reintegro de cantidades que corresponda hacer a la Administración concursal que hubiera percibido una cantidad superior o inferior respectivamente, una vez que se establezca el importe definitivo de la masas activa y pasiva. Ahora bien, en el presente caso se presenta un supuesto singular. Al tratarse de un concurso necesario de una agrupación de interés económico en la que en el momento de la declaración de concurso no existía órgano de administración, la tarea de recabar documentación de la entidad concursada se ha tornada más difícil y compleja. Tan es así que en el momento de dictar esta resolución el Juzgado ya dispone del informe elaborado por la Administración concursal al que ha acompañado la documentación complementaria exigida por el artículo 75.2 LC. Como hemos señalado, el artículo 4.4 del Real Decreto 1860/04 establece -con el fin de determinar con rapidez, aunque sea aproximadamente, la retribución correspondiente a la Administración concursal- que se tomarán en cuenta tanto el valor de los bienes y derechos que figuren en el inventario como el importe total de los créditos incluidos en la lista de acreedores presentados por el deudor. Sin embargo, en el estado actual del procedimiento ningún obstáculo se entrevé para no tomar en consideración la documentación que acabamos de citar sino el inventario y la lista de acreedores ya confeccionada provisionalmente por la Administración concursal. Debe señalarse que dicha documentación se constituye en la base de la que deberá ser tomada en

cuenta para la fijación de la retribución definitiva. Por otro lado, hay que poner de relieve que a los efectos de calcular el importe de la retribución provisional de los miembros de la Administración concursal el importe de los créditos a tener en cuenta viene constituido exclusivamente por los créditos concursales, con exclusión de los créditos contra la masa. Y ello por el carácter variable e indeterminado de estos últimos, lo cual impide que sean adecuadamente ponderados. Esto no significa que no deben ser tenidos en cuenta de modo alguno a fin de fijar la retribución de la Administración concursal, pero su eficacia es indirecta y se produce a través de otros criterios previstos reglamentariamente (artículo 6 c), d) y f) del Real Decreto 1860/04).": Auto JM-1 Madrid 10.04.2006 (Concurso 433/2005)

2.2 Fijación provisional. Concurso voluntario. Según activo y pasivo presentados por el deudor

AP Las palmas

"PRIMERO.-Contra el auto que fijó provisionalmente las retribuciones de los administradores concursales en el presente concurso de acreedores se alza la concursada alegando que:
Habiendo presentado la Administración Concursal su informe, con detalle provisional de masa activa y masa pasiva del concurso, la misma solicitó la fijación provisional de retribuciones sobre la base de las masas activas y pasiva expresadas por la propia concursada al solicitar el concurso en lugar que sobre la de las conclusiones del informe presentado por la propia Administración Concursal que, a su juicio, eran las que debían haberse tomado en consideración (y que suponían un activo y un pasivo de cuantía distinta a los indicados por la concursada al solicitar la declaración de concurso, así como recogían menor número de acreedores concursales).
Igualmente, la Administración Concursal solicitaba la fijación de una retribución provisional en atención a que en la solicitud de concurso se relacionaban más de 1000 acreedores cuando al presentar el informe e inventario y lista de acreedores provisional había incluido menos de 800 acreedores.
A lo que se opone la Administración concursal alegando que la literalidad de los preceptos que han de ser aplicados impone la aplicación del arancel, al fijar provisionalmente las retribuciones de la Administración Concursal en la fase común, a las masas activa y pasiva relacionadas en el escrito de solicitud de declaración del concurso y al número de acreedores relacionado por la propia entidad concursada.
SEGUNDO.- Siendo indudable que el valor de la masa activa y de la masa pasiva que ha de tomarse en consideración para la fijación definitiva de las retribuciones de los administradores concursales en la fase común es el resultante del inventario y lista de acreedores definitiva (art. 4,4 párrafo primero del R.D. 1860/2004 de 6 de septiembre que establece el arancel de derechos de los administradores concursales), también lo es que en el caso de que el concurso sea voluntario, para la fijación provisional de esas retribuciones, que ha de hacerse a la mayor brevedad y sobre el trabajo desarrollado por los Administradores Concursales partiendo de la lista e inventario presentados por el propio deudor, el segundo párrafo de ese mismo artículo 4,4 del R.D 1860/2004 dispone que "hasta que el inventario y la lista tengan carácter definitivo, el juez aplicará el arancel considerando como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, y como valor de la masa pasiva, el que resulte de la relación de acreedores presentado por el deudor".
La literalidad del precepto no admite discusión: la fijación provisional de las retribuciones habrá de hacerse por aplicación del arancel a las cantidades provisionalmente fijadas como masa activa y pasiva por el propio deudor al solicitar el concurso -aquí, además, recurrente-, sin que haya lugar a fijar la definitiva hasta tanto no se finalice la fase común, en nueva resolución (la que en este concurso dictó el Juzgado de lo Mercantil no 1 de los de Las Palmas el día 24 de mayo de 2010). Sólo en el caso de que, encontrándose en tramitación un concurso necesario, el deudor no presentare la documentación a la que se refiere el artículo 6 de la Ley Concursal (cuya presentación se acordará requerirle en el auto de declaración del concurso necesario (art. 21,1,3o LC) podría admitirse que, a falta de la lista de acreedores y el inventario facilitados por el propio deudor, se fijaran los honorarios provisionales de los administradores concursales sobre la base del informe de los administradores concursales, antes de la aprobación de la lista definitiva -que requiere la previa resolución de los incidentes de impugnación de la lista provisional-. Pero tratándose de concurso voluntario el texto del precepto es claro y no admite duda alguna: ha de partirse para la fijación provisional de honorarios de la información facilitada por el propio deudor sobre la cual precisamente han de iniciar los administradores concursales los trabajos de reconocimiento o no de los créditos.
Como razona acertadamente la administración concursal en su oposición al recurso de apelación, el hecho de que la lista de acreedores del informe de la administración concursal tenga un valor distinto al facilitado por el deudor se debe precisamente al resultado del trabajo realizado por los administradores concursales en la primera parte de la fase común para decidir si procede excluir o no determinadas deudas que pretende el deudor hayan de reconocerse, o si procede en el inventario separar algunos bienes o incluir algún otro excluido por el deudor, por lo que parece razonable que el devengo de la primera parte de los honorarios se calcule sobre los valores facilitados por el deudor, sin perjuicio de que ulteriormente, al finalizar la fase común se determine definitivamente la retribución de los administradores para lo cual habrán de aplicarse criterios que no podrían haberse tomado, probablemente, en consideración en el momento inicial de la fase común (como las reflejadas en el auto del Juzgado de lo Mercantil no 1 de Las Palmas, tales como la discrepancia de al menos un 25% entre el valor de los bienes y derechos que figuran en el inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado, o entre el importe del pasivo que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor y la definitivamente aprobada; el número de incidentes concursales tramitados o la suspensión de

facultades de administración acordada con posterioridad a la presentación del informe de la Administración concursal).
Ello quiere decir que, como acertadamente se hizo por el juzgador a quo y como se prevé, se insiste, textualmente en el Real Decreto 1860/2004, son distintos los valores de partida de la fijación provisional de los derechos arancelarios de los administradores concursales y de la fijación definitiva de los mismos en la que no sólo se partirá del inventario y relación de acreedores definitivamente aprobadas sino también de las restantes circunstancias que en la fase común se hayan producido que permitan una fijación definitiva de la retribución de los administradores concursales, en cuantía a la que se adecuará la cantidad percibida por los administradores concursales con anterioridad. Así prevé el apartado 4 del artículo 4 del R.D. 1860/2004 que "una vez establecido el importe definitivo de la masa activa y de la masas pasiva, el juez, en la misma resolución por la que ponga fin a la fase común o en otra de la misma fecha, determinará si, por aplicación del arancel, los administradores concursales deben percibir una cantidad superior a la inicialmente aprobada para la fase común o si deben reintegrar o compensar el exceso de lo percibido".
Debe en consecuencia desestimarse el recurso de apelación interpuesto.
TERCERO.- Pese a lo anterior justifican la no imposición de costas causadas por el recurso a la parte recurrente las dudas de derecho suscitadas por la inexistencia de doctrina jurisprudencial alguna sobre la cuestión, unido a que la argumentación del recurso era razonable siendo jurídicamente defendible que la fijación provisional de honorarios debiera hacerse a la vista de las circunstancias ya producidas en el momento procesal en que se efectuara (no sólo respecto al informe de la administración concursal y las masas activa y pasiva en él recogidas, sino también sobre otras circunstancias sobrevenidas en el proceso en el momento de la fijación provisional de honorarios -suspensión de facultades, cese de la actividad del deudor, o número de incidentes concursales y su complejidad, por ejemplo-), entendiendo esta Sala que a las masas activa y pasiva del informe de la administración concursal habría efectivamente de atenderse en los concursos necesarios en los que el deudor no facilitara la documentación exigida por el artículo 6 de la Ley Concursal. Más aún cuando, como sucedía en el presente supuesto, esa interpretación pretendía favorecer el interés del concurso al suponer una posible minoración del correspondiente crédito contra la masa.
No procede, por ello, hacer especial imposición de las costas causadas en el recurso, en aplicación del art. 394 de la LEC al que remite el art. 398 de la LEC ": AAP Las Palmas (Sección 4) 04.04.2011 (Auto 69/2011; Rollo 486/2008)

2.3 Fijación definitiva: no procede excluir los activos o pasivos enajenados por actos de gestión concursal

AP Alava

"PRIMERO.- La aplicación del arancel para la masa activa
El recurrente se alza contra la retribución definitiva fijada por la juez del concurso, que aplica el arancel previsto en el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, en atención a lo previsto en el art. 34.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). Lo hace legitimado, en tanto que deudor concursado, por el art. 34.5 LC, alegando que el cálculo es incorrecto puesto que se ha tenido en cuenta una masa activa y pasiva que no se corresponden con la real del concurso.
Respecto a la activa manifiesta que su importe debe ser disminuido al haberse transmitido a Caja Laboral el principal inmueble de la concursada, lo que impide aplicar el arancel por la cuantía pretendida por la administración concursal. El art. 4.4. del RD 1860/2004, dispone que "El valor de la masa activa será el que resulte del inventario definitivo, y el valor de la masa pasiva, el que resulte de la lista de acreedores definitiva". A su vez el art. 82.1 LC señala que "La administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe". Y el 82.3 LC dispone acudir al valor de mercado para el avalúo de los bienes.
Como se aprecia, la norma legal fija la fecha en que ha de cerrarse la relación de bienes que integran la masa activa y su avalúo. Lo hace concretando el día anterior a la fecha de emisión de su informe como día de cierre, momento en el que se habrá concretado tanto la composición de la masa como su valor en ese instante. A su vez el arancel ordena estar al valor de la masa activa que resulte del inventario, de modo que hay que tener en cuenta, para fijar la cuantía que corresponde por masa activa, la composición y valor que tiene el día del cierre del informe de la administración concursal.
El apelante no discute que ese día el inmueble formara parte de la masa activa, ni que el valor de la totalidad de sus elementos integrantes fuera 6.726.563,34 €. Tampoco ha pretendido que tras las impugnaciones que pudieran haberse realizado conforme al art. 96 LC la composición o cuantía de la masa activa fueran diferentes, o que hubiera cambios a considerar, conforme al art. 98 LC, en los "textos definitivos". Se limita a insistir en que luego se ha enajenado el inmueble y, en lógica consecuencia cuando lo obtenido es inferior a lo tasado, disminuye la cuantía de la masa activa.
El argumento no es admisible pues en cualquier concurso con finalidad de liquidación se van a ir reduciendo los elementos integrantes del patrimonio, que se realizarán con el fin de atender los pagos pertinentes. Lo esencial, para fijar la retribución, es atender (como dispone el arancel) a un momento concreto, que es la determinación de la masa activa al evacuar el informe de la administración concursal. Qué suceda después carece de relevancia, sin perjuicio de que concurra la justa causa que menciona el art. 34.4 LC. Aún en ese caso será preciso que haya tal razón, que se pondere justa y que se fundamente así, de modo motivado, por el juez del concurso.

En definitiva, para concretar la cuantía que procede conforme al anexo y art. 4.4. RD 1860/2004, se ha de tener el valor de mercado, previa deducción de sus cargas y gravámenes, en el momento en que se cierra el informe de la administración concursal, y no la situación de la masa pasiva cuando se dicta el auto de retribución definitiva o cuando se impugna, por lo que este primer motivo de apelación debe ser desestimado.
SEGUNDO.- Sobre la cuantía de la masa pasiva
En segundo lugar cuestiona la concursada el importe de la masa pasiva, que considera inferior debido a los pagos hechos por avalistas y la manifestación de algún acreedor en el sentido de que procedería sólo contra éstos y no contra la deudora concursada. En este caso deben hacerse semejantes consideraciones que en el ordinal anterior.
La determinación de la masa pasiva se hace en el modo que disponen los arts. 84 y ss LC, tras el proceso de comunicación, reconocimiento y eventual impugnación de créditos que componen la masa pasiva. En el informe de la administración concursal debe incluirse la lista de acreedores (art. 75.2.2º LC), de modo que la norma expresa su composición y cuantía. El arancel, a su vez, dispone en su art. 4.1 y 2 en relación con el anexo, el importe procedente según la cuantía de la masa pasiva.
Por lo tanto si en el momento en el que se elabora el informe los acreedores son los que expresa el informe, por la cuantía total que supongan, la retribución se fijará en función de ese importe. Si luego los avalistas abonan en lugar del deudor no queda afectada la masa pasiva, porque no disminuye como se afirma, sino que sólo modifica el titular del crédito, que deja de ser el tercero que reclamó con éxito frente al avalista y pasa a ser este último.
La referencia que hace el motivo tercero del recurso a que los administradores debían ajustar la masa pasiva antes de la junta de acreedores de cara a establecer el quórum de asistencia y mayorías carece de fundamento. Lo que la administración concursal tendrá que hacer es expresar el cambio en la titularidad del crédito si el acreedor o avalista le comunican de modo fehaciente que el pago se realizó por este último, que se coloca en el lugar del primitivo acreedor si ello es posible. Pero no hay que modificar el importe de la masa salvo que los avalistas renuncien a su crédito, lo que tendrán que hacer con la solemnidad que exige la jurisprudencia al interpretar el art. 6.2 del Código Civil (CCv). La eventual renuncia ni consta ni se ha alegado por el recurrente. ": AAP Alava 28.06.2011 (Auto 97/2011; Rollo 150/2011)

AP Barcelona

"1. La concursada korota, S.A. recurre el auto de fijación definitiva de la retribución de los administradores concursales porque para su cálculo se ha partido del valor del activo y del pasivo indebido. En concreto, argumenta que, a la fecha de emisión del inventario definitivo, las naves de Málaga y Madrid ya no formaban parte del activo inmovilizado material de la concursada porque habían sido vendidas el 28 de enero de 2010, de tal forma que el importe del inmovilizado material sería de 3.019.828,98 euros, en vez de 3.947.016,51 euros. Del mismo modo, en el pasivo ya no debería constar el importe de los créditos hipotecarios que gravaban estas dos fincas (470.579,85 euros y 137.185,94 euros), que se extinguieron con la enajenación de las fincas. (...)
2. Conviene advertir que el auto recurrido es el de la aprobación definitiva de los honorarios de la administración concursal, a la vista de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores. En principio, para este cálculo debe atenderse al activo y al pasivo existente al tiempo de declararse el concurso y no al que pudiera existir con posterioridad cuando se redactan los textos definitivos. Razón por la cual, si al tiempo de declararse el concurso y de elaborarse la lista de acreedores y el inventario, existían dos fincas en el activo de la concursada (una en Málaga y otra en Madrid), así como dos créditos hipotecarios que gravaban dichas fincas en la lista de acreedores, y como consecuencia de la posterior enajenación de las fincas y la extinción de los créditos hipotecarios, unas y otras ya no se encuentran en el activo y en el pasivo de la concursada al tiempo de aprobarse la liquidación definitiva de los honorarios de la administración concursal correspondientes a la fase común, no por ello estas partidas del activo y del pasivo deben de dejar de tenerse en consideración para el cálculo de los honorarios de la fase común, pues lo relevante es que cuando la administración concursal se hizo cargo del concurso aquellos activos y pasivos existían.
El hecho de que la liquidación provisional de los honorarios de la administración concursal se revise a la vista de los textos definitivos responde a la necesidad de constatar la exactitud de la información sobre el activo y el pasivo suministrada al tiempo de la declaración, pues no es infrecuente que se sobrevaloren algunos activos y existan errores en la determinación de los créditos del pasivo.": AAP Barcelona (Sección 15) 05.07.2011 (Auto 105/2011; Rollo 165/2011)

AP Vizcaya

"Y deben mantenerse en las masas pasivo y activa de Residencial Cantábrico el crédito de Caixa Galicia y el solar hipotecado en garantía del préstamo concedido por la entidad financiera reseñada para su adquisición, no obstante la venta del solar y cancelación del crédito por la Administración concursal, puesto que tales actuaciones no son el resultado de un incidente concursal de impugnación, sino de la gestión del concurso al objeto de conseguir la viabilidad de la empresa mediante venta de activos y pasivos. La pretensión de las apelantes de exclusión de las masas activa y pasiva de los elementos reseñados actuaría en sentido contrario al que inspira la L.C ya que desincentivaría la realización de activos y extinción de pasivos para la viabilidad de la empresa. ": AAP Vizcaya (Sección 4) 28.02.2011 (Auto 128/2011; Rollo 799/2010)

2.3.1... pero sí se excluyen los que resultan inexistentes

AP Zaragoza

“PRIMERO.- Motivos del recurso
Presentada por la Administración Concursal (AC) del concurso su minuta de derechos con arreglo al Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, la Sra. Juez del concurso estimó que los bienes y derechos que constituían la masa activa y los créditos existentes no existían, fijando una cuantía ínfima respecto a la reclamada.
Contra dicha resolución reacciona la AC alegando por la vía del recurso de apelación que los bienes y derechos así como los créditos que hay que tomar en cuenta son los existentes al tiempo de la declaración del concurso, así como que en este caso existía un derecho de crédito contra la AEAT, diversas viviendas de una promoción en el activo y en el pasivo los créditos con privilegio especial que gravaban dichas viviendas.
La AEAT alega que como se declaró finalmente el crédito contra la Hacienda pública era inexistente por simulado y que las viviendas no fueron transmitidas ni el crédito subrogado.
SEGUNDO.- Inventario y lista de acreedores definitiva
Con base en el art. 4.4 del RD 1860/2004 entiende la resolución recurrida -"el valor de la masa activa será el que resulte del inventario definitivo, y el valor de la masa pasiva, el que resulte de la lista de acreedores definitiva- que, al no existir bien o crédito alguno referente a la AEAT o las viviendas y el crédito que las grava, no han de ser computados dichos bienes y derechos y créditos en el inventario, en cuanto la AEAT declaró la simulación absoluta del crédito y la garantía hipotecaria sobre las fincas fue ejecutada antes de fijarse el inventario definitivo.
La recurrente alega que hubo de realizar el trabajo inherente al concurso, que en la declaración inicial se incluyeron los créditos y viviendas que ahora se quieren excluir así como los créditos con garantía hipotecaria.
A este respecto es invocada por la recurrente y ha de traerse a esta causa el auto de la Sección 15ª de AP de Barcelona de fecha 5 de julio de 2011 que es aplicable al caso en cuanto establece que:
"1. La concursada korota, S.A. recurre el auto de fijación definitiva de la retribución de los administradores concursales porque para su cálculo se ha partido del valor del activo y del pasivo indebido. En concreto, argumenta que, a la fecha de emisión del inventario definitivo, las naves de Málaga y Madrid ya no formaban parte del activo inmovilizado material de la concursada porque habían sido vendidas el 28 de enero de 2010, de tal forma que el importe del inmovilizado material sería de 3.019.828,98 euros, en vez de 3.947.016,51 euros. Del mismo modo, en el pasivo ya no debería constar el importe de los créditos hipotecarios que gravaban estas dos fincas (470.579,85 euros y 137.185,94 euros), que se extinguieron con la enajenación de las fincas. Además, la administración concursal habría incurrido en un error al considerar como crédito vencido, líquido y exigible los intereses vencidos y el IVA aún no devengado derivado de los contratos de arrendamiento financiero, que ascenderían a 818.327,54 euros. Y así, para la recurrente, si descontamos el importe de las hipotecas, los intereses y el IVA de las cuotas no vencidas de los arrendamientos financieros, el pasivo sería de 3.709.361,58 euros.
2. Conviene advertir que el auto recurrido es el de la aprobación definitiva de los honorarios de la administración concursal, a la vista de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores. En principio, para este cálculo debe atenderse al activo y al pasivo existente al tiempo de declararse el concurso y no al que pudiera existir con posterioridad cuando se redactan los textos definitivos. Razón por la cual, si al tiempo de declararse el concurso y de elaborarse la lista de acreedores y el inventario, existían dos fincas en el activo de la concursada (una en Málaga y otra en Madrid), así como dos créditos hipotecarios que gravaban dichas fincas en la lista de acreedores, y como consecuencia de la posterior enajenación de las fincas y la extinción de los créditos hipotecarios, unas y otras ya no se encuentran en el activo y en el pasivo de la concursada al tiempo de aprobarse la liquidación definitiva de los honorarios de la administración concursal correspondientes a la fase común, no por ello estas partidas del activo y del pasivo deben de dejar de tenerse en consideración para el cálculo de los honorarios de la fase común, pues lo relevante es que cuando la administración concursal se hizo cargo del concurso aquellos activos y pasivos existían.
En el mismo sentido se pronunció el auto de la Sección 1ª de la AP de Álava de 28 de junio de 2011 al declarar que:
"El recurrente se alza contra la retribución definitiva fijada por la juez del concurso, que aplica el arancel previsto en el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, en atención a lo previsto en el art. 34.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). Lo hace legitimado, en tanto que deudor concursado, por el art. 34.5 LC, alegando que el cálculo es incorrecto puesto que se ha tenido en cuenta una masa activa y pasiva que no se corresponden con la real del concurso.
Respecto a la activa manifiesta que su importe debe ser disminuido al haberse transmitido a Caja Laboral el principal inmueble de la concursada, lo que impide aplicar el arancel por la cuantía pretendida por la administración concursal. El art. 4.4. del RD 1860/2004, dispone que "El valor de la masa activa será el que resulte del inventario definitivo, y el valor de la masa pasiva, el que resulte de la lista de acreedores definitiva". A su vez el art. 82.1 LC señala que "La administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe". Y el 82.3 LC dispone acudir al valor de mercado para el avalúo de los bienes. Como se aprecia, la norma legal fija la fecha en que ha de cerrarse la relación de bienes que integran la masa activa y su avalúo. Lo hace concretando el día anterior a la fecha de emisión de su informe como día de cierre, momento en el que se habrá concretado tanto la composición de la masa como su valor en ese instante. A su vez el arancel ordena estar al valor de la masa

activa que resulte del inventario, de modo que hay que tener en cuenta, para fijar la cuantía que corresponde por masa activa, la composición y valor que tiene el día del cierre del informe de la administración concursal. El apelante no discute que ese día el inmueble formara parte de la masa activa, ni que el valor de la totalidad de sus elementos integrantes fuera 6.726.563,34 #. Tampoco ha pretendido que tras las impugnaciones que pudieran haberse realizado conforme al art. 96 LC la composición o cuantía de la masa activa fueran diferentes, o que hubiera cambios a considerar, conforme al art. 98 LC, en los "textos definitivos". Se limita a insistir en que luego se ha enajenado el inmueble y, en lógica consecuencia cuando lo obtenido es inferior a lo tasado, disminuye la cuantía de la masa activa. El argumento no es admisible pues en cualquier concurso con finalidad de liquidación se van a ir reduciendo los elementos integrantes del patrimonio, que se realizarán con el fin de atender los pagos pertinentes. Lo esencial, para fijar la retribución, es atender (como dispone el arancel) a un momento concreto, que es la determinación de la masa activa al evacuar el informe de la administración concursal. Qué suceda después carece de relevancia, sin perjuicio de que concurra la justa causa que menciona el art. 34.4 LC. Aún en ese caso será preciso que haya tal razón, que se pondere justa y que se fundamente así, de modo motivado, por el juez del concurso. En definitiva, para concretar la cuantía que procede conforme al anexo y art. 4.4. RD 1860/2004, se ha de tener el valor de mercado, previa deducción de sus cargas y gravámenes, en el momento en que se cierra el informe de la administración concursal, y no la situación de la masa pasiva cuando se dicta el auto de retribución definitiva o cuando se impugna, por lo que este primer motivo de apelación debe ser desestimado".
En definitiva, bien se estime que han de incluirse en el inventario y lista de acreedores los bienes y derechos y créditos que existan al tiempo de la declaración de concurso, bien se estime que los que existan al tiempo de la emisión del informe de la AC, lo cierto es que los bienes y derechos cuestionados estaban incluidos en la masa activa.
No significa esto que necesariamente deban incluirse, pues lo cierto es que respecto al crédito de la AEAT se declaró administrativamente por resolución de la AEAT la simulación absoluta del crédito por no existir precio en la transmisión de los bienes, que no consta haya sido recurrida, ni, también es relevante, que la AC haya cuestionado esta decisión, con lo que los efectos de la ineficacia del acto habrán de ser distintos a los de la mera salida del patrimonio de la actora por enajenación, destrucción, pago o similar, en cuanto la nulidad por simulación absoluta supone una aplicación de tal pronunciamiento ex tunc, esto es, el crédito nunca existió y por ello no puede computarse en la masa activa, con mantenimiento de la resolución recurrida en este extremo.
En cuanto al crédito con garantía hipotecaria, pese a cierta inexpresividad del fallo, la sentencia de 29 de junio de 2012 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza dictada en incidente concursal tramitado en dicho concurso parece concluir que la concursada no era deudora del crédito hipotecario, sino que su responsabilidad se limitaba a la hipotecaria, hasta donde alcanzara el valor de los bienes adquiridos gravados con la hipoteca que posteriormente, fue ejecutada ante el Juzgado de Primera instancia Nº 1 de de Ejea de los Caballeros y aprobado el remate por decreto de 30 de julio de 2012. Tal sentencia parece que fue objeto de allanamiento por la AC y por ello consentida lo que nos sitúa de nuevo, no en un escenario de cobro o desaparición del crédito con garantía hipotecaria, sino en el de inexistencia del mismo en el concurso más allá de la hipoteca que grava las fincas y hasta donde alcance el valor de las mismas, como efecto de la hipoteca que grava directa e inmediatamente los bienes sobre los que recae.
El tercero de los conceptos que altera el importe de los derechos es el valor de las fincas, que existían en el concurso al tiempo de su declaración, si bien habían sido adquiridas por contrato privado e inscritas algunas de ellas, respecto a las que se elevó la compraventa a escritura pública, en el Registro de la Propiedad. Fue reconocido este hecho siquiera parcialmente por el propio escrito de la ejecutante, Banco de Santander, de 19 septiembre a que se hace referencia en la sentencia de 29 de junio de 2012. De otra parte, no se impugnó el inventario de la concursada en este extremo interesando la exclusión de las fincas del activo de la misma. Por ello, con independencia de los pronunciamientos que hayan devenido firmes en el orden tributario, ha de concluirse que las viviendas luego objeto de la ejecución para satisfacer el crédito hipotecario sí formaban parte de la masa al tiempo de elaborarse el informe lo que nos lleva a un importe para la masa activa de 1.550.621,94 euros y un pasivo de 139.403,13 euros, lo que implica unos derechos definitivos de 10.658,4 euros, mas su correspondiente cuota de IVA.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 05.02.2014 (Sentencia 21/2014; Rollo 18/2014)

2.4 No cabe cuestionar los créditos que resultan de la lista definitiva

AP Barcelona

“1. La concursada korota, S.A. recurre el auto de fijación definitiva de la retribución de los administradores concursales porque para su cálculo se ha partido del valor del activo y del pasivo indebido. En concreto, argumenta que, (...)
Además, la administración concursal habría incurrido en un error al considerar como crédito vencido, líquido y exigible los intereses vencidos y el IVA aún no devengado derivado de los contratos de arrendamiento financiero, que ascenderían a 818.327,54 euros. (...)
Por lo que respecta a la inclusión dentro del pasivo de los intereses y el IVA de las cuotas no vencidas del leasing, basta advertir que, al margen de si ello es correcto a la vista de la consideración que esta Sala ha hecho de que las cuotas no vencidas son créditos concursales, en cualquier caso ahora no es posible discutirlo porque no fue impugnado en su momento, mediante la preceptiva impugnación de la lista de acreedores. ”: AAP Barcelona (Sección 15) 05.07.2011 (Auto 105/2011; Rollo 165/2011)

AP Vizcaya

“TERCERO.- Rechazada la petición de nulidad, procede entrar en el examen de las distintas alegaciones que se vierten en el recurso para combatir la retribución de los administradores que se fija en el Auto por la fase común, que pueden incluirse en dos grupos, las que tienden a combatir los criterios seguidos en la determinación de las masas pasivas y activas de cada uno de los concursos y las que cuestionan la aplicación de los incrementos.
“Pues bien, se adelanta que no va a prosperar ninguno de los argumentos que cuestionan la composición de las masas de las concursadas.
Los créditos contingentes figuran como tales en la lista provisional y, si las concursadas discrepaban de su inclusión en la masa pasiva, debieron formular la correspondiente impugnación en tiempo y forma (art.96 LC), pero no es aceptable el cuestionamiento de la composición de la masa en la pieza de administración utilizando el cauce de impugnación de la retribución a los administradores. (...) Y la razón por la que se ha rechazado la exclusión de los créditos contingentes es aplicable a la impugnación de la inclusión de créditos y débitos que detentan unas concursadas respecto a otras en las respectivas masas.“: AAP Vizcaya (Sección 4) 28.02.2011 (Auto 128/2011; Rollo 799/2010)

2.5 ¿Inclusión a estos efectos de los créditos contra la masa?

2.5.1 No procede

AP Murcia

“PRIMERO.- Las partes recurrentes en esta alzada fundamentan su pretensión revocatoria de la resolución de instancia en la infracción del artº. 34.2 de la Ley Concursal en conexión con el primer párrafo del artículo 4.4 del Real Decreto 1860/04 de 6 de septiembre por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. Se concreta dicha vulneración, en la inclusión en el cómputo del pasivo de los créditos contra la masa, lo que infringe la citada normativa, así como la doctrina y criterio interpretativo de los Tribunales al respecto, por lo que, en definitiva la retribución de los administradores concursales habría de reducirse a la cantidad de 11.768,18 # para cada uno de ellos.
SEGUNDO.-Y es lo cierto, que, en efecto, asiste razón a las partes apelantes en la pretensión que interesan, por lo que procede, como seguidamente se argumentará la revocación de la resolución recurrida en los términos solicitados. Consta acreditado que en el cálculo de tan cuestionada retribución de honorarios profesionales, se ha partido de una cuantía total de la masa pasiva errónea, dado que en su " quantum " por importe de 2.880.626,62 # se han incluido junto a los créditos concursales, por cuantía de 2.839.236,73 #, los créditos contra la masa, por valor de 41.383,89 #. Y ello, como decimos, infringe la normativa concursal que al mencionar la masa pasiva añade que estará constituida por los créditos contra el deudor común que, a tenor de la Ley Concursal, no tengan la consideración de créditos contra la masa. Pero es que además, en este caso, ese carácter variable e indeterminado que caracteriza a estos créditos contra la masa, adquiere aún mayor importancia y trascendencia, dado que algunos de ellos expresamente descritos en su recurso por la propia concursada, se encuentran impugnados, por lo que el valor atribuido a los mismos sería meramente orientativo e informativo como tales créditos contingentes, sin cuantía.
TERCERO.-De conformidad, por tanto, con tal planteamiento, entendemos que la fijación del correspondiente arancel de los administradores concursales en la forma reglada en el artículo 34 de la L.C., y en su norma de desarrollo el Real-Decreto 1860/2004 de 6 de septiembre, habrá de tener en cuenta la correcta determinación de la masa pasiva en los términos mencionados, operando después conforme a un componente básico que se calcula atendiendo a los valores de la masa activa (que finalmente resultará del inventario definitivo) y de la masa pasiva (que se desprenderá de la lista de acreedores), a los que han de aplicarse las escalas progresivas y porcentajes sobre el resto adicional tabulados en el arancel, para obtener dos importes que se suman, suponiendo la realización de una operación aritmética que no contempla ninguna consideración adicional (artículo 4.1 del Decreto 1860/2004). A su vez, una vez fijada esa remuneración básica, entran en juego otros conceptos, hasta alcanzar la cifra final de la retribución.
En este caso y en función de tales datos y cálculos la masa activa quedaría concretada en 7.428,94 # y la masa pasiva en 4.339,24 #, obteniéndose de la suma de ambas partidas el " quantum " de la citada retribución, 11.768,18 # y no 11.809,56 #, señalada en el auto recurrido.
Procede la estimación de este recurso.”: AAP Murcia (Sección 4) 05.01.2012 (Auto 2/2012; Rollo 920/2011)

JM-1 Madrid

“Por otro lado, hay que poner de relieve que a los efectos de calcular el importe de la retribución provisional de los miembros de la Administración concursal el importe de los créditos a tener en cuenta viene constituido exclusivamente por los créditos concursales, con exclusión de los créditos contra la masa. Y ello por el carácter variable e indeterminado de estos últimos, lo cual impide que sean adecuadamente ponderados. Esto no significa que no deben ser tenidos en cuenta de modo alguno a fin de fijar la retribución de la Administración concursal, pero su eficacia es indirecta y se produce a través de otros criterios previstos reglamentariamente (artículo 6 c), d) y f) del Real Decreto 1860/04).”: Auto JM-1 Madrid 10.04.2006 (Concurso 433/2005)

2.5.2 Sí procede

AP Córdoba

"En cuanto al pasivo, no pueden separarse los créditos concursales y los créditos contra la masa, puesto que una cosa es que se relacionen de forma separada, como previene el artículo 94.4 de la Ley Concursal y otra que no se tenga en cuenta su suma total para la valoración del pasivo.": SAP Córdoba (Sección 3) 14.05.2010 (Sentencia 89/2010; Rollo 294/2009

2.6 No inclusión del importe de la propia retribución de la AC

"PRIMERO Aun cuando la administración concursal ha optado por incluir su informe y solicitud de retribución en la lista de acreedores, que forma a su vez parte del informe que resume el trabajo de la administración en la fase común del concurso, su aprobación exige una resolución judicial independiente que debe dictarse en la sección de administración (artículos 34.3 y 183, 2º de la LC, en relación con el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de los administradores concursales).
SEGUNDO El informe de la administración concursal de la entidad SD Compostela, SAD. EN LIQUIDACIÓN, en lo que se refiere a la retribución a que tienen derecho sus miembros, atribuye a la masa pasiva el valor que resulta de la lista de acreedores elaborada por la propia administración concursal sin excluir la deuda de la masa que constituye la propia retribución de los administradores. De esta manera la retribución incrementa una de las bases legales establecidas para el cálculo de la retribución misma -el valor de la masa pasiva-, con lo que manifiestamente se desvirtúa el sentido de las disposiciones de la Ley (artículo 34) y del RD que la desarrolla en este punto. Es claro que a los efectos de servir de base para el cálculo de la retribución, el valor de la masa pasiva debe ser el de la lista de acreedores, excluidos los propios administradores concursales por sus derechos arancelarios.
TERCERO Por otra parte, en el momento procesal en que nos encontramos, aún pendiente de aprobación el inventario definitivo y la lista de acreedores definitiva, el artículo 4. 4 del RD regulador del Arancel obliga a considerar como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, y como valor de la masa pasiva, el que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor. En este caso el valor de los activos cuantificados en la solicitud inicial asciende a 671.603,82 € y el del pasivo que resulta de la lista de acreedores inicial a 11.926.030,95 €. A partir de estas premisas -y rectificando el error padecido por la administración concursal en su informe en cuanto al porcentaje aplicable al resto de la masa pasiva, que no es del 0,50% sino del 0,050%- la retribución básica de cada administrador correspondiente a la fase común del concurso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 del Arancel en relación con las tablas de su anexo, es la siguiente (...) ": Auto JM-2 La Coruña 7.01.2005 (AC 145/2005)

2.7 Cesada la actividad, no procede tomar el valor de continuidad sino el de liquidaciòn

"UNICO: La Agencia Tributaria recurre el auto de fijación definitiva de la retribución de los administradores concursales porque para su cálculo se ha partido del valor del activo indebido. En concreto, argumenta que el inventario a la hora de valorar las distintas partidas del activo tiene en consideración dos valores, uno de liquidación (1.879.374,89 #) y otro de empresa en funcionamiento (3.998.245,10 #), y para el cálculo de los honorarios se toma en consideración el segundo, cuando a juicio de la recurrente debía haberse partido del valor medio.
Para resolver la presente cuestión debemos tener en cuenta que al tiempo de formularse el inventario la concursada había cesado en su actividad (30 de enero de 2008), tal y como deja constancia el auto recurrido, y por lo tanto era conocido por la administración concursal que se acabaría en la liquidación. Por este motivo, se deja constancia, con muy buen criterio, del valor de liquidación, junto al valor de continuidad. Si era obvio que el destino del activo era su liquidación, para el cálculo de los honorarios debía haberse tomado en consideración el valor de liquidación, y no el de continuidad, porque ésta ya se había descartado. No obstante, en este caso, no podemos aplicar este criterio, que sería el más adecuado, como consecuencia de la prohibición de la reformatio in peius, ya que la parte apelante solicitó en su impugnación la aplicación no del valor de liquidación sino la media entre este y el de empresa en continuidad.
Por lo tanto, para el cálculo de los honorarios deberíamos partir de un valor del inventario de 2.938.809,99 euros, que es el valor medio entre el de liquidación y el de empresa en continuidad. Y aplicando el arancel a este valor, resulta que el arancel base sería de 28.589,91 euros. Si aplicamos a dicho arancel los mismos factores de corrección que tuvo en consideración el auto recurrido y que no han sido impugnados por las partes, obtendremos unos honorarios de 35.380,00 euros.": AAP Barcelona (Sección 15) 23.11.2009 (Auto 185/2009; Rollo 267/2009)

2.8 Procedencia de la inclusión de las fincas hipotecadas

"En cuarto lugar y respecto a la consideración de las posibles cargas hipotecarias de los elementos inmuebles conformadores de la masa activa, ha de señalarse que tanto el mandato del artículo 34 LC como el contenido en el artículo 4.4 del RD 1.860/2.004 determinan la necesaria inclusión de los bienes inmuebles hipotecados dentro de la masa activa, así como la contrapartida a los mismos en la masa pasiva el importe de los créditos así garantizados, y todo ello por la valoración provisional asignada por los solicitantes del concurso, sin perjuicio de las modificaciones que en definitiva experimenten las iniciales valoraciones (artículo 4.4 del RD);

valoraciones que, en definitiva, son las que se tienen que tener en consideración a los fines de la fijación retributiva. ":AAP Ciudad Real (Sección 2) 08.06.2010 (Auto 75/2010; Rollo 38/2010)

2.9 Error en la suma del total activo o pasivo

AP Murcia

"PRIMERO.-En el recurso de apelación interpuesto en nombre del Administrador Concursal de la mercantil DEICAN ESTRUCTURAS, S.L., se pretende que se revoque en parte el auto recurrido, fijándose la retribución definitiva en fase común a favor del Administrador Concursal en la cantidad de 62.814,41 #, manteniéndose la retribución para la fase de liquidación en la misma forma y plazos establecidos en el auto de fecha 1 de julio de 2010. Se indica que el auto recurrido fija la cantidad de 46.368,62 #, que ello se debió a un error aritmético que cometió el administrador concursal al sumar el montante total del activo y pasivo, ascendiendo la masa activa a la cantidad de 7.703.173,22 #, haciéndose mención concreta al importe de cada una de las partidas integrantes de la masa activa, indicándose que a la anterior cantidad se le debe adicionar 484.153,74 # por derechos de créditos a favor de la concursada, ascendiendo el total del activo a la cantidad de 8.187.326,96 #, siendo el importe de la masa pasiva 11.854.546,71 #, resultante el total de 20.041.873,67 #.
El auto recurrido, de fecha 1 de julio de 2010, fija la retribución definitiva en fase común del administrador concursal en la cantidad de 46.368,62 #. Se hace mención al Real Decreto 1860/04, y a los importes de la masa activa, 5.791.905,03 #, y masa pasiva, 11.854.546,71 #, resultando, tras los porcentajes correspondientes, la cantidad de 37.094,90 #, incrementándose ésta en un 25 % al tratarse de un procedimiento abreviado y de una administración concursal integrada por un solo administrador.
SEGUNDO.-Que a efectos de resolver la cuestión planteada hay que referir los siguientes particulares: A) que por auto de fecha 5 de octubre de 2009, en los autos de concurso abreviado de la mercantil DEICAN ESTRUCTURAS, S.L., se fijó la retribución para el administrador concursal en fase común en la cantidad de 62.814,41 #, teniendo como base el activo, por importe de 9.876.076,87 #, y un pasivo de 9.841.030,52 #, según se desprende de la referencia que hace el auto referido al escrito de fecha 30 de junio de 2009; B) que por auto de fecha 1 de julio de 2010 se fija la retribución definitiva en fase común en la cantidad de 46.368.62 #, teniendo como base el importe del activo y pasivo referidos en el párrafo segundo del anterior fundamento y C) que del informe definitivo emitido por el administrador concursal, en fecha 2 de febrero de 2010, resulta un activo total de 7.703.173,22 #, más la cantidad de 484.153,74 # por créditos, ascendiendo el total del activo a la cantidad de 8.187.326,96 #, y un pasivo de 11.854.546,71 #, datos estos que resultan de lo referido en el escrito de interposición del recurso, al que se ha acompañado el informe definitivo realizado por el administrador concursal, y que son aceptados, al no haberse cuestionado los mismos, pues no se han presentado escritos de oposición al recurso.
Que a la vista de lo antes referido procede acceder a la pretensión revocatoria, pues se advierte un error en la resolución recurrida en cuanto a la fijación del activo tenido en consideración para el cálculo de la retribución, por lo que a tenor de la retribución prevista en el artículo 4 del R. D. 1860/04, tratándose de un procedimiento abreviado, con un administrador concursal único, y teniendo en cuenta el monto total del activo y pasivo, proceder fijar la retribución del administrador en fase común en la cantidad de 62.814,41 #, revocándose en este sentido el auto recurrido, manteniéndose idénticos los demás porcentajes que se fijan para la fase de convenio y de apertura de liquidación": AAP Murcia (Sección 4) 12.07.2011 (Auto 138/2011; Rollo 339/2011)

AP Baleares

"UNICO. Se alza en apelación la administración concursal de First Yatching SL frente al Auto que fija la retribución definitiva que tiene derecho a percibir.
Debe recordarse que por Auto de 27 de mayo de 2009 se había fijado en 2.843,37 euros la retribución a percibir en la fase común y que por diligencia de ordenación de 11 de septiembre de 2009 se insta a cuantificar la masa activas y pasiva de la concursada. Por escrito de 21 de septiembre se contesta a ese requerimiento manifestando que la masa activa asciende a 11.906 # y la masa pasiva asciende a 38.588 #. Siguiendo lo manifestado en este escrito es por lo que el juzgado en aplicación de los criterios legales dicta el Auto que ahora se recurre.
Señala la apelante que cometió un error en la cuantificación de la masa pasiva al computar exclusivamente los créditos contra la masa.
En efecto, la Sala ha podido percatarse de la lectura de la relación de acreedores que se incluye en el informe de la administración concursal de julio de 2009, que en efecto se ha producido dicho error de cálculo, por lo que procede estimar el recurso en el sentido de tomar como cantidad sobre la que calcular los honorarios de la administración concursal las de 11.906 # de masa activa y de 347.330,44 # de masa pasiva.
Tomando en consideración el importe definitivo, y aplicados sobre ellos los porcentajes establecidos y el incremento previsto en los artículos 4.2, 4.5, 6.1º a) y 6.2 del RD 1860/2004, resulta una retribución para la fase común de 2.068,46 #, debiendo compensar el exceso, en su caso, de lo percibido a la vista de la retribución provisional fijada en el Auto de 27 de mayo de 2009 que ascendía a 2.843,37 #
En cuanto a la fase de liquidación, será de 1.593,88 # con el límite de seis meses, en cuyo supuesto se reducirá a la mitad la cantidad a percibir
Al no haberse interesado nada en particular por la administración concursal, la retribución se abonará en los términos previstos en el artículo 10 del Arancel.": AAP Baleares (Sección 5) 22.06.2011 (Auto 87/2011; Rollo 348/2010)

3. En caso de tramitación conjunta de concursos acumulados la retribución de los AC debe fijarse...

3.1... globalmente, sumándose los activos y pasivos de todos los concursados y prorrateándose el resultado u otra ponderaciòn análoga

AP Barcelona (Sección 15) (2012)

"1. La Agencia Tributaria recurre el auto de fijación definitiva de la retribución de los administradores concursales porque para su cálculo no se ha tenido en cuenta que la concursada forma parte de un grupo de seis sociedades, todas ellas fueron objeto de una declaración conjunta de concurso, y en todas ellas se designó a los mismos administradores concursales. A juicio de la AEAT, ello debería llevar a que, a los efectos de calcular la retribución de los administradores concursales, en aplicación del RD 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, y como exigencia del principio de proporcionalidad, la retribución se calculase sumando los activos y pasivos de las seis sociedades, atribuyendo después a cada concurso la parte proporcional a su pasivo y activo.
2. Frente a esta pretensión se oponen los dos administradores concursales. A su juicio, la retribución aprobada está correctamente calculada de conformidad con el arancel, y, en todo caso, la pretensión de la AEAT es extemporánea, pues se ha impugnado la aprobación definitiva de la retribución y no el anterior auto en que se fijó provisionalmente, de acuerdo con los criterios que ahora se cuestionan. Además, la pretensión de la apelante supone una impugnación extemporánea de la lista de acreedores. Y, finalmente, advierte que la AEAT tan sólo ha recurrido la aprobación de la retribución de los honorarios de los administradores concursales de cinco de las sociedades, pero no los correspondientes a la entidad HEMERETIK, S.L., de tal forma que la estimación del recurso repercutiría en aquellos honorarios no impugnados.
3. Es un hecho no discutido que ante el mismo juzgado mercantil nº 8 de Barcelona se tramitan conjuntamente los concursos de acreedores de seis sociedades del mismo grupo, denominado HEMERETIK, en concreto de las siguientes sociedades: HEMERETIK, S.L., HELIUM, S.A.U, TIFERCA, S.A., STACHYS, S.A.U., TRACASA y PROMOCIONES Y SERVICIOS INMOBILIARIOS GRECO, S.A. Consta, además, que el juzgado mercantil designó a los mismos administradores concursales para los seis concursos.
En principio, como ni la Ley Concursal ni el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, contienen una previsión especifica, el hecho de que varias sociedades del mismo grupo estén en concurso de acreedores no debería alterar el sistema de cálculo de la retribución respecto de cada uno de los procedimientos concursales. Si fuera así, no se discute que de acuerdo con la masa activa y pasiva de la concursada HELIUM, la retribución de la administración concursal está bien calculada. La cuestión suscitada por la AEAT es que, tratándose de un grupo de sociedades, este cálculo separado podría dar lugar a una retribución desproporcionada, teniendo en cuenta que muchas de las actuaciones de la administración concursal son comunes a todas las sociedades del grupo.
La misma razón que lleva a la designación de los mismos administradores concursales para las seis sociedades, es la que justifica que, con independencia de que no se consoliden las masas activas y pasivas para respetar los derechos de los acreedores de cada una de las sociedades, a los meros efectos de calcular la retribución de la administración concursal, se sumen los importes de las masas activas y pasivas de todas las sociedades declaradas en concurso, para calcular la suma total de la retribución de los administradores, que se distribuirá después de forma proporcional a los activos y pasivos de cada sociedad. Esta forma de cálculo se adecúa mejor al trabajo efectivo desarrollado por los administradores y a la complejidad real del concurso, de tal manera que la retribuición así calculada sea más proporcional a dichos parámetros.
4. Esta forma de llevar a cabo el cálculo de la retribución no supone una modificación de los textos definitivos de cada uno de los procedimientos concursales porque, como ya hemos argumentado, esta suma de activos y pasivos se realiza a los únicos efectos de calcular la retribución de la administración, sin que ello determine la consolidación de masas activas y pasivas.
Por otra parte, la falta de impugnación de la aprobación provisional de la retribución de la administración concursal no impide la impugnación de la aprobación definitiva, pues esta última permite determinar finalmente la retribución merecida por la administración concursal.
Y, finalmente, la alegación de que no se ha impugnado la aprobación definitiva de la retribución correspondiente a una de las sociedades, en ningún caso puede impedir que pueda prosperar la impugnación respecto del resto, sin perjuicio del mecanismo de compensación lógico que pueda realizarse, a la vista de lo ya cobrado en uno de los concursos.": AAP Barcelona (Sección 15) 09.02.2012 (Auto 29/2012; Rollo 501/2011)

"1. La AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (AEAT) recurre en apelación contra el auto del juzgado mercantil de aprobación definitiva de los honorarios de la administración concursal (AC). Alega que la AC aplica el Arancel de derechos de los administradores concursales establecido por el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, sin tener en cuenta que se encuentra ante seis procedimientos concursales -en que coinciden los mismos administradores concursales- de sociedades que forman parte de un mismo grupo de empresas (Grupo Hemeretik), que operan con unidad de dirección y caja única.
Según la AEAT, el principio de proporcionalidad de la retribución que debe presidir la aplicación del Arancel de retribuciones exigiría sumar las cantidades correspondientes a la masa activa y pasiva de todas las entidades en concurso y aplicar sobre estas dos únicas magnitudes los porcentajes establecidos en el anexo del Real

Decreto, es decir, establecer la retribución atribuyendo a cada concurso la parte proporcional del pasivo de cada una de las sociedades concursadas.
Los administradores concursales se oponen a la pretensión de la AEAT. Alegan que la retribución se ha ajustado a las normas del Arancel y que la pretensión de la AEAT es extemporánea, porque la hoy recurrente apelante no apeló contra la resolución del juzgado de 24 de marzo de 2010 que fijaba los honorarios de este procedimiento concursal y no impugnó tampoco la lista de acreedores anexa al informe de la AC donde constaba el referido crédito contra la masa, ni impugnó los honorarios correspondientes al concurso de la mercantil HEMERETIK, aprobados por auto anterior al que aquí se combate.
La cuestión objeto del recurso ya ha sido resuelta por esta Sección 15ª, mediante auto de 9 de febrero de 2012, dictado en apelación de una resolución anterior del mismo juzgado mercantil. La parte apelante era también la AEAT y se trataba de la retribución de la AC del concurso de HELIUM CAPITAL, S.A.U., entidad del mismo grupo que TRACSA.
Por lo que respecta a los hechos, la AC no cuestiona que, tal como alega la AEAT, ante el Juzgado Mercantil número 8 de Barcelona se tramitan conjuntamente los concursos de acreedores de seis sociedades del grupo HEMERETIK: HEMERETIK, S.L., STACHYS, S.A.U., PROMOCIONES Y SERVICIOS INMOBILIARIOS GRECO, S.A., TIFERCA, S.A., HELIUM CAPITAL, S.L.U. y TRACSA EDIFICACIÓN Y OBRA CIVIL, S.A.
En cuanto a la aplicación del Arancel, debemos reproducir aquí la argumentación de nuestro auto anterior. En principio, como ni la Ley concursal (LC) ni el Real Decreto 1860/2004, por el que se stablece el arancel de derechos de los administradores concursales, contienen una previsión específica, el hecho de que varias sociedades del mismo grupo estén en concurso de acreedores no debería alterar el sistema de cálculo de la retribución respecto de cada uno de los procedimientos concursales. Si fuera así, no se discute que de acuerdo con la masa activa y pasiva de la concursada TRACSA, la retribución de la AC está bien calculada. La cuestión suscitada por la AEAT es que, cuando se trata de un grupo de sociedades, este cálculo separado podría dar lugar a una retribución desproporcionada, teniendo en cuenta que muchas de las actuaciones de la administración concursal son comunes a todas las sociedades del grupo.
La misma razón que lleva a la designación de los mismos administradores concursales para las seis sociedades es la que justifica que, con independencia de que no se consoliden las masas activas y pasivas para respetar los derechos de los acreedores de cada una de las sociedades, a los meros efectos de calcular la retribución de la administración concursal, se sumen los importes de las masas activas y pasivas de todas las sociedades declaradas en concurso, para calcular la suma total de la retribución de los administradores, que se distribuirá después de forma proporcional a los activos y pasivos de cada sociedad. Esta forma de cálculo se adecúa mejor al trabajo efectivo desarrollado por los administradores y a la complejidad real del concurso, de tal manera que la retribución así calculada sea más proporcional a dichos parámetros.
4. Esta forma de llevar a cabo la retribución no supone una modificación de los textos definitivos de cada uno de los procedimientos concursales, porque, como ya hemos argumentado, esta suma de activos y pasivos se realiza a los únicos efectos de calcular la retribución de la administración, sin que ello determine la consolidación de masas activas y pasivas.
Por otra parte, la falta de impugnación de la aprobación provisional de la retribución de la AC no impide la impugnación de la aprobación definitiva, pues esta última permite determinar finalmente la retribución merecida por la AC.
Y, finalmente, la alegación de que no se ha impugnado la aprobación definitiva de la retribución correspondiente a una de las sociedades, en ningún caso impide que pueda prosperar la impugnación del resto, sin perjuicio del mecanismo de compensación lógico que pueda realizarse, a la vista de lo ya cobrado en uno de los concursos. “:AAP Barcelona (Sección 15) 28.03.2012 (Auto 51/2012; Rollo 611/2011)

AP Baleares

“PRIMERO.- El concurso de las cinco solicitantes fue declarado por Auto de 17 de septiembre de 2014.
La administración concursal presentó "informe de solicitud de honorarios para todos ellos en su escrito de 4 de noviembre. Por diligencia de ordenación se acordó dar traslado a las partes por 3 días. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, (en lo sucesivo AEAT), presentó alegaciones que no fueron atendidas en autos dictados el 28 de noviembre.
La AEAT interpone recurso de apelación contra el auto de 28 de noviembre que fija la cuantía de los honorarios de administración concursal de forma individualizada para cada uno de los concursos declarados conjuntamente.
En el concurso voluntario registrado 147/2014 se tramitan acumuladamente los concursos de D. Paulino; Productos Alfo 007 SA, Comercial 007 SLU, Snack impulso SLU, Juan Cabot SA. De los autos resulta que la retribución provisional fijada para la fase común ascienden a:
D. Paulino 19.024,61.-#
D. Carlos José 19.240,01.-#
Productos Alfo 007 SA 16.525,22.-#
Comercial 007 SLU 2.218,23, habiendo aplicado la reducción por cese de actividad del 25%.
Snack Impulso SL 2.218,24 #, habiendo aplicado la reducción por cese de actividad del 25%.
La AEAT recurre la resolución sobre la retribución provisional de la administración concursal porque desestima sus observaciones, y "resuelve en contra de los intereses del concurso y de las masas activas y pasivas del concurso".
Ello a su juicio, vulnera el art 34.2 LC, afirma que es improcedente la denegación de la acumulación de activos y pasivos de las distintas personas declaradas en concurso para determinar la retribución inicial de la

administración concursal. En concreto precisa, que la resolución recurrida yerra cuando razona: " *que de considerar como adecuada la tesis sostenida por el acreedor que ha formulado objeciones, podríamos llegar a la situación de que la empresa con más recursos económicos llegase a pagar la totalidad de los honorarios de los administradores concursales, perjudicando de esta manera a una masa de acreedores en detrimento de otras* ". Censura que, a partir de ahí plantea escenarios hipotéticos como la tramitación de expedientes de regulación de empleo, la variación del régimen de intervención o suspensión de facultades de los concursados y la tramitación de la fase de liquidación o de convenio para unos y otros.
La administración concursal se opone al recurso y solicita la confirmación de las resoluciones.
SEGUNDO.- La ley concursal regula la retribución de los administradores en el art 34 LC cuya dicción vigente a la fecha de la resolución (reformada por la ley 38/2011) dispone *: "2. La retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso.*
El arancel se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:
a) Exclusividad. Los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel.
b) Limitación. La administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso.
c) Efectividad. En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente.
El artículo 34 LC ha sido modificado de nuevo por la ley 17/2014 pero en este caso la disposición transitoria segunda ordena que dicha reforma no entre en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario.
Esto no sucedió en el año 2009 cuando el RD 3/2009 de 31 de marzo modifica el art 34 LC e introdujo la referencia a la acumulación de concursos entre los parámetros que deben valorarse para fijarla.
Así en la primera modificación ya se recoge: "2. La retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a *la acumulación de concursos* y a la previsible complejidad del concurso.
Ello nos lleva a concluir que la ley concursal aplicable al Real Decreto 1860/2004, que reglamentariamente regula los honorarios de la administración concursal por lo que, como punto de partida, debemos analizar la incidencia de la acumulación de los concursos en el efectivo trabajo remunerado a la administración concursal tal y como ordena el legislador desde el año 2009.
Es cierto que el reglamento vigente (desde el año 2004) no contempla la incidencia de la acumulación de concursos, pero la ley concursal si lo hace, por lo que habrá que analizar *en cada caso* la incidencia de la acumulación.
En segundo lugar, los argumentos obstativos a la modulación de los honorarios de la administración concursal no están referidos a circunstancias concretas de estos concursos. Mas allá de que se ha pedido el cese de actividad en dos de ellos, no tenemos datos sobre la incidencia de un posible expediente regulador de empleo, o la suspensión del órgano de administración, pero las líneas que han seguido los juzgados mercantiles para tener en cuenta el mandato del art 34 LC son más simples. Analizan si la retribución resultante de la suma aritmética es desproporcionada como efecto de la acumulación, esto es, debe ponderarse la previsible complejidad -donde la haya- con la utilidad de trabajos ya realizados en un concurso que sirven al resto de los acumulados.
Como bien dice la recurrente, las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil han ido moderando la retribución en los supuestos de concursos acumulados. En este punto mencionamos los acuerdos adoptados por los Jueces de lo Mercantil de Barcelona, (17/09/2014), con la cita de las resoluciones de su Audiencia Provincial: *"5. HONORARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.*
5.1. Retribución de la administración concursal en caso de declaración conjunta: A estos efectos se computarán una sola vez las operaciones intersocietarias. Se sumaran los activos y pasivos de todas las concursadas y sobre el monto total, se aplicará el arancel previsto en el anexo del RD 1860/2004. Una vez calculado el importe final, se distribuirá entre las empresas concursadas del grupo en proporción de su activo y pasivo. Este criterio ha sido refrendado por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, entre otros, en sus autos de 5 de julio de 2011, 9 de febrero de 2012, 28 de marzo de 2012 y 8 de noviembre de 2012.
El argumento confirmado, entre otras, por la resolución de la sección quince de 28 de marzo de 2012 sería el siguiente:
"En cuanto a la aplicación del Arancel, debemos reproducir aquí la argumentación de nuestro Auto anterior. En principio, como ni la Ley concursal (LC) ni el Real Decreto 1860/2004, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, contienen una previsión específica, el hecho de que varias sociedades del mismo grupo estén en concurso de acreedores no debería alterar el sistema de cálculo de la retribución respecto de cada uno de los procedimientos concursales. Si fuera así, no se discute que de acuerdo con la masa activa y pasiva de la concursada TRACSA, la retribución de la AC está bien calculada. La cuestión suscitada por la AEAT es que, cuando se trata de un grupo de sociedades, este cálculo separado podría dar lugar a una retribución desproporcionada, teniendo en cuenta que muchas de las actuaciones de la administración concursal son comunes a todas las sociedades del grupo".
"La misma razón que lleva a la designación de los mismos administradores concursales para las seis

sociedades es la que justifica que, con independencia de que no se consoliden las masas activas y pasivas para respetar los derechos de los acreedores de cada una de las sociedades, a los meros efectos de calcular la retribución de la administración concursal, se sumen los importes de las masas activas y pasivas de todas las sociedades declaradas en concurso, para calcular la suma total de la retribución de los administradores, que se distribuirá después de forma proporcional a los activos y pasivos de cada sociedad. Esta forma de cálculo *se adecúa mejor al trabajo efectivodesarrollado* por los administradores y a la complejidad real del concurso, de tal manera que la retribución así calculada sea más proporcional a dichos parámetros."

Y en resolución de 1 de octubre de 2014 razonaba, respecto a concursos declarados en 2011: "Para la cuantificación de la base de honorarios, antes de aplicar los factores de corrección, el AC observa el criterio de este Tribunal cuando se trata del concurso de un grupo de sociedades, (concursos acumulados o no), y se designa a unos mismos miembros para ejercer el cargo de administradores concursales, *["con independencia de que no se consoliden las masas activas y pasivas para respetar los derechos de los acreedores de cada una de las sociedades, a los meros efectos de calcular la retribución de la administración concursal, han de sumarse los importes de las masas activas y pasivas de todas las sociedades declaradas en concurso,* para calcular la suma total de la retribución de los administradores, que se distribuirá después de forma proporcional a los activos y pasivos de cada sociedad. Esta forma de cálculo se adecúa mejor al trabajo efectivo desarrollado por los administradores y a la complejidad real del concurso, de tal manera que la retribución así calculada sea más proporcional a dichos parámetros"...].

La AEAT invoca resoluciones confirmatorias de la consolidación a los solos efectos del cálculo de honorarios dictadas también por otras Audiencias, como la Audiencia Provincial de ZARAGOZA en fecha 2 de mayo de 2014.

Concluimos pues que la legislación vigente ordena tener en cuenta la relevancia de la acumulación en la retribución de la administración del concurso.

Las decisiones judiciales que acuden a la consolidación de activos y pasivos parten de la constatación de un desequilibrio desproporcionado entre la complejidad que pueda revertir el trámite coordinado y la cuantía que resulta del cálculo de los honorarios individualmente por ejemplo porque no se valora que, en ocasiones, las relaciones de afianzamiento entre las concursadas incrementan "artificialmente" el pasivo.

TERCERO.- Sentado que procede tener en cuenta la declaración acumulada, y que esté justificada la minoración de los honorarios de la administración concursal para adecuarla al trabajo realmente adecuado, la premisa fundamental para acordar esa merma de la retribución de uno de los órganos fundamentales del proceso concursal es la desproporcionalidad desorbitada si se realizara el cómputo por separado.

Así en el Auto dictado el 14 de julio de 2010 por el Juzgado nº 2 de lo mercantil de Barcelona, el Magistrado D. JOSE M RIBELLES, razona: " *SEXTO.- Por último también se estima conveniente efectuar una última consideración sobre la retribución de los administradores concursales, dado que nos hallamos ante cuatro solicitudes de concurso voluntario de empresas que forman parte del mismo grupo y que van a acumularse en un único procedimiento. El artículo 34, modificado por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 marzo, añade como criterio a considerar por el futuro arancel la acumulación de concursos, esto es, la norma parece dar respuesta a un problema que viene advirtiéndose en los supuestos de acumulación inicial de concursos, máxime en procedimientos, como el que nos ocupa, en el que los activos y pasivos son muy abultados. Al establecerse una retribución por cada empresa en concurso, ello da lugar, de ordinario, a retribuciones absolutamente desproporcionadas. Para evitar dicho efecto, deberán sumarse las cuantías de los activos y pasivos de las cuatro sociedades en concurso, a las que se aplicarán los porcentajes y demás normas establecidas en el Real Decreto 1860/2004. Una vez obtenido el global de la retribución, se atribuirá a cada concurso la parte proporcional del pasivo de cada una de ellas. La experiencia nos demuestra que, a diferencia del activo, el pasivo, tras la emisión del informe, no experimenta grandesoscilaciones.*

De lo expuesto hasta aquí concluimos que procede moderar los honorarios por causa de la tramitación coordinada cuando el cálculo individual ofrezca retribuciones "absolutamente desproporcionadas *".*

CUARTO.- La moderación del importe puede realizarse por varios métodos. Uno de ellos es el propuesto por el apelante consistente en la suma de activos y pasivos asignando después en proporción al pasivo la cuantía que debe sufragar cada concurso.

Otra forma podría ser la mera eliminación de los denominados "pasivos duplicados" computándolo a efectos de cálculo de honorarios sólo en la masa pasiva del concurso de la sociedad o personas físicas concursadas que sean deudor principal.

En ambos casos la cuantía base que resulta podría verse minorada en el concurso que corresponda por la circunstancia, por ejemplo, de cese de actividad. No es imperativo aplicarlo al total, como ha hecho la recurrente, en un supuesto de tres sociedades de las que una continua con actividad y dos son personas físicas de las que tampoco es predicable el cese de actividad.

Produce merma en la retribución de la administración concursal sin que tenga razón de ser minorar en los cinco concursos por el cese de actividad que solicitan dos de las concursadas.

Analizada la necesidad de valorar la incidencia de la acumulación de los concursos en cada caso respecto al cálculo de la retribución y la evidencia de que la práctica judicial lo tiene en cuenta, también el proyecto del Real Decreto que desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal -actualmente en tramitación- regula la minoración del 25% en cada concurso en los supuestos de concursos acumulados (art 26).

Hemos razonado sobre las formas de "consolidación", por lo que debemos fijar el presupuesto básico para que proceda la merma de honorarios de la administración concursal.

No es otro que la desproporción entre el concreto trabajo, (como hemos anticipado no son válidas las consideraciones sobre eventuales expedientes de regulación de empleo sin una referencia mínima a la existencia de trabajadores por cuenta ajena), y el resultado obtenido al cuantificar los honorarios por separado.

En el caso de Autos, la recurrente aporta el siguiente cálculo: *"Acogiendo nuestra tesis, que representa unadiferencia de 8.640'14.-euros en cuanto a la postulada por el Auto recurrido, en nuestro criterio y dicho sea con el debido respeto y en estrictos términos defensa, se resuelve en contra de los intereses del concurso y de las masas activas y pasivas del concurso".*
Esto es, propone una retribución total por importe de 50.586'17.-# aplicando la corrección del 25% por cese de actividad a la cifra total. (Cuestión con la que hemos expuesto que no estamos necesariamente de acuerdo); frente a los 59.136,31.-# que resultan (seuo) de la suma de los cinco Autos dictados por el Juez "a quo".
Por ello, en este caso concreto, no apreciamos la desproporción que justifica la denominada consolidación a los solos efectos de cálculo de honorarios.
Pese a ello la Sala considera que es adecuada a derecho, ex art 34 LC y en caso de desproporción el Juez "a quo" debe ponderar la posible minoración de los honorarios o acordar ya en el Auto que declara el concurso que se proceda a ello, tal y como sucede en la práctica judicial mencionada.": AAP Baleares (Sección 5) 16.04.2015 (Auto 65/2015; Rollo 88/2015)

3.2... de forma independiente para cada concurso

AP Valencia

"PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil número 1 se dictó auto, con fecha 4 de Mayo pasado, que fijaba la retribución de cada uno de los administradores concursales por la tramitación de la fase común del concurso en las sumas que expresaba por las distintas sociedades que especificaba y con cargo a la masa, que será pagadera en dos fracciones del 50% cada una de ellas, devengándose la primera en los cinco primeros días siguientes a la firmeza de la presente resolución, lo que efectuaba de forma independiente para cada una de las entidades mercantiles, partiendo de las normas de aplicación, artículo 34 de la Ley Concursal y R.D 1860/04 de 6 de Septiembre, y frente a dicha resolución recurrió en apelación el Abogado del Estado, en la representación, que ostenta, de la AEAT, que entendía excesiva la cuantía fijada en la medida que para establecerla no se había tenido en cuenta que nos encontramos ante un único procedimiento seguido frente a varios deudores, por el contrario, con base en la resolución ahora impugnada los administradores concursales van a ser retribuidos como si hubieran intervenido en ocho procedimientos, uno frente a cada una de las entidades del grupo de sociedades declarada en concurso, y aunque reconoce que la cuestión no se encuentra expresamente resuelta en las normas reguladoras de la retribución de los administradores judiciales, que fundamentalmente son las ya citadas con anterioridad, considera que lo procedente sería aplicar las normas previstas para el concurso de una única persona jurídica, introduciendo los factores de corrección que se considerasen necesarios entre los previstos en el artículo 6 del RDA, y, en concreto, porque con el arancel se intenta conseguir que las cantidades que se perciban en concepto de retribución no resulten desproporcionadas respecto de la dificultad de las tareas que se realizan, de la complejidad del concurso y de la duración del procedimiento, debiendo evitarse aquellas interpretaciones que impliquen que no exista proporcionalidad en la retribución, por lo que puesto que para ponderar la complejidad sería necesario acreditar que concurre alguna de las circunstancias tasadas que enumera el artículo 6,1 del RD 1860/2004 que permite modular la aplicación del artículo 4 del arancel de retribuciones, debiendo aplicarse tal artículo teniendo en cuenta el valor de la masa activa y pasiva, debiendo sumarse las cantidades correspondientes a la masa activa y pasiva de cada una de las entidades en concurso y aplicarse sobre estas dos únicas magnitudes los porcentajes establecidos en el anexo del Real Decreto citado, además de tenerse en cuenta las masas activa y pasivas consolidadas que se reflejan en el inventario consolidado de bienes y derechos de las entidades integrantes del grupo, por lo que al aplicarse los porcentajes del arancel de retribuciones sobre las magnitudes consolidadas del Inventario a 30/04/05 el resultado sería acorde tanto al trabajo a desarrollar por la administración concursal como al legítimo interés de los acreedores de ser satisfechos sus créditos con cargo a la masa activa, solicitando, en consecuencia, se dictara resolución acorde con lo solicitado. Por la Administración concursal se opuso al recurso planteado, quedando la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.
SEGUNDO.- La Sala acepta y comparte la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, en la que se incidirá, seguidamente, teniendo en cuenta las concretas alegaciones objeto de examen en esta alzada.
Partiendo de que, como en ambos escritos, de interposición de recurso y de oposición al mismo, se reconoce por ambas partes que no existe norma específica de aplicación al supuesto aquí examinado, en orden a la determinación de la retribución a la administración concursal en supuestos en que, como sucede en el que ahora nos ocupa, se trata de un único procedimiento en que existen distintos concursos puesto que se trata de sociedades pertenecientes a un mismo grupo de empresas. Partiendo, por ello, de las normas genéricas de aplicación, que son las que expresa la resolución recurrida, entendemos que no existe argumento legal suficiente, más allá de unas alegaciones que vierte la parte recurrente, para revocar la resolución dictada, y ello, esencialmente, por las siguientes razones:
a) Porque el texto de la Ley concursal, como resalta la propia administración concursal en el escrito presentado, prevé la posibilidad de acumulación de varios concursos, y as í se refiere en plural a los mismos, aunque se tramiten el seno del mismo procedimiento, y, en tal sentido, el artículo 25 y especialmente, el 28,2, primer párrafo, in fine, al referirse a los nombramientos en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas, lo que abunda en la existencia plural de concursos, y no en un único concurso.
b) Los trámites que detalla la propia administración concursal se han de llevar a cabo de forma independiente y para cada una de las sociedades, tratándose de ocho concursos individualizados en que, en cada caso, se

presentan listas de acreedores, impugnaciones y demás en forma particular, y pudiendo, en cada caso, presentarse un convenio distinto, que habrá de evaluarse particularmente, y concluir, en forma igualmente independiente, el concurso para cada una de las sociedades, pudiendo solicitarse liquidación desde el principio por algunas u otras no, y concluir de forma independiente, por lo que, evidentemente, no se trata de variar la tramitación de cada uno de los concursos, sino de utilizar el mismo procedimiento para todos aquellos relacionados o acumulados por alguno de los motivos que ello determinen.
c) Las expresiones contenidas en las normas jurídicas de aplicación, ya indicadas en el auto recurrido se refieren al activo y pasivo de cada uno de los concursos, sin que proceda la acumulación de unos y otros, como se pretende por la parte recurrente, ni la consideración del activo o pasivo vinculados al inventario consolidado ya que el artículo 4.4 del RDA establece con claridad que hasta que el inventario y la lista tengan carácter definitivo el juez aplicará el arancel considerando como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, y el de la masa pasiva de la relación de acreedores presentada por el deudor, lo que, además de haberse seguido en este caso literalmente impide, por no tener cabida en la redacción del precepto, entendemos, la acumulación de activos o pasivos que la norma no prevé y que haría, además, inviable adaptar las retribuciones a los avatares de cada uno de los concursos seguidos en el mismo procedimiento.
Procede, por lo expuesto, con desestimación del recurso, la confirmación de la resolución recurrida.": Auto AP Valencia 20.12.2005 (Rollo 738/2005)

AP Barcelona (Sección 15) (2009)

"PRIMERO En los concursos acumulados de INDUSTRIAL ELÉCTRICA VILAR S.L.,Luis Pedro yEsmeralda fue dictado auto (en la sección segunda, común a los tres concursos) por el que, previo informe de la Administración Concursal, el Sr. Magistrado mercantil fijaba la retribución de los miembros de la Administración Concursal para la fase común, de acuerdo con los criterios indicados por elart. 34.2 LC (la cuantía del activo y del pasivo y, en su caso, la previsible complejidad del concurso) y concretados por elReal Decreto 1860/2004 (de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales), sin perjuicio de su recálculo una vez establecido el importe definitivo de la masa activa y de la masa pasiva. El auto acogió la propuesta de retribución de la Administración Concursal, que, en esta fase común, aplicaba los parámetros señalados por elart. 4.4 del citado Real Decreto, tomando como valor de la masa activa el de los bienes que figuran en el respectivo inventario presentado por cada deudor, y como valor de la masa pasiva el que resulta de las respectivas relaciones de acreedores presentadas por cada deudor, sin corrección alguna al alza por una previsible complejidad.
Los concursados Sres.Luis Pedro yEsmeralda apelan la decisión judicial argumentando que al tratarse de tres concursos acumulados en los que ciertos gastos son comunes (por ejemplo los de publicación, en un mismo edicto), debe admitirse un criterio proporcionado a la hora de fijar otros costes, determinando una retribución ponderada o al menos fraccionada para evitar que en su día los administradores concursales (una vez fijado definitivamente el importe de las masas activa y pasiva) deban reintegrar una parte los honorarios percibidos. Más concretamente se proponen por los dos apelantes ciertas correcciones en la fijación inicial de la masa activa y pasiva de cada uno de ellos en atención a que el grueso de su pasivo se ha producido o se producirá por el aval solidario prestado a la sociedad concursada (Industrial Eléctrica Vilar S.L.); así, en cuanto a la Sra.Esmeralda, del total pasivo declarado por 2.011.023 euros, 1.615.984 euros es compartido con la otra persona física concursada, siendo la mayor parte por aval a la sociedad y tan sólo 457.039 euros por pasivo propio; y en cuanto al Sr.Luis Pedro, descontado el pasivo compartido con su esposa y el de la hipoteca que grava una finca que ya transmitieron, resta tan sólo 72.000 euros de pasivo propio. En cuanto a las masas activas de cada uno debe descontarse, alegan, el valor de la vivienda que fue transmitida. El resultado de tales correcciones sería reconocer como retribución de los administradores concursales las sumas de 1.714 euros para el concurso del Sr.Luis Pedro y 5.937 para el de la Sra.Esmeralda.
SEGUNDO Como advierte la Administración Concursal, el hecho de que se hayan acumulado los tres concursos no ha de implicar una proporcional reducción o fraccionamiento de los costes que aquí tratamos. Cada concurso es, en efecto, autónomo, con su respectivas masas pasivas y activas; cada uno precisará de su respectivo informe a emitir por la Administración Concursal; en cada uno de ellos podrán surgir incidentes o actuaciones independientes o no compartidas, tanto en relación con la masa activa como con la pasiva; su destino puede ser diverso (liquidación o convenio) y, en fin, el trabajo de la Administración Concursal será individualizado y no necesariamente común respecto de cada concurso.
Por lo demás, la norma es clara al establecer un criterio objetivo en la fase común, sin perjuicio de ulteriores correcciones, para la fijación de la retribución, que proporciona seguridad jurídica desde el momento inicial del concurso al remitirse al pasivo y al activo declarado por el deudor. Y no es desde luego este momento el oportuno o apropiado para suprimir o reducir pasivos o activos declarados a los efectos de minorar la retribución resultante de aplicar los criterios y parámetros establecidos por la norma, ya que las oportunas correcciones vendrán determinadas en su momento con el inventario y la lista de acreedores definitivos. Será entonces, fijadas definitivamente las masas activa y pasiva, el momento oportuno para que puedan suscitarse por los concursados las cuestiones que aquí, prematuramente, han planteado, provocando la decisión judicial que corresponda.": AAP Barcelona (Sección 15) 09.03.2009 (JUR 2009/411555; Auto 57/2009; Rollo 694/2008)

AP Vizcaya

“Y no se aprecian razones que aconsejen la acumulación de las masas activas y pasivas de los tres concursos que se han tramitado acumuladamente, y, en este sentido, se señala que el supuesto que nos ocupa es sustancialmente diferente al de la mercantil Habitat que se cita en el recurso, pues si bien las sociedades concursadas tenían un único Administrador y socio, actuaban con absoluta independencia, lo que al parecer no acontecía en aquella, según apuntan los datos que refiere la administración concursal en su escrito de impugnación.”: AAP Vizcaya (Sección 4) 28.02.2011 (Auto 128/2011; Rollo 799/2010)

4. Sobre los factores de incremento o reducción previstos en el arancel

4.1 Moderación y prudencia en la aplicación de los porcentajes variables

AP Madrid

“TERCERO.- La retribución a la que se refiere el artículo 34 de la Ley Concursal (22/2003, de 9 de julio) y que ha sido regulada por Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que establece el arancel de derechos de los administradores concursales, tiene un componente básico, que se calcula atendiendo a los valores de la masa activa (que finalmente resultará del inventario definitivo) y de la masa pasiva (que se desprenderá de la lista de acreedores), a los que han de aplicarse las escalas progresivas y porcentajes sobre el resto adicional tabulados en el arancel, para obtener dos importes que se suman, suponiendo la realización de una operación aritmética que no contempla ninguna consideración adicional (artículo 4.1 del Decreto 1860/2004).
Sin embargo, una vez fijada esa remuneración básica entran en juego otros conceptos, hasta alcanzar la cifra final de la retribución, que operan por el siguiente orden:
1º) la aplicación de incrementos variables por razón de la dificultad para el desempeño de su misión por parte de la administración concursal, que pueden ser: a) de hasta un 50% sobre la cantidad anterior si el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa (artículo 4.2 del Decreto 1860/2004); y b) de entre un 5 y un 25;% de la cantidad resultante de las operaciones anteriores si se hubiese ordenado la tramitación abreviada del concurso y la administración concursal estuviera integrada por único miembro (artículo 4.5 del Decreto 1860/2004);
2°) la aplicación de decrementos en los casos de cese o suspensión de la actividad profesional o empresarial del concursado, que pueden ser: a) del 25% si es total (artículo S.l del Decreto 1860/2004); y b) el que el juez determine (se entiende, lógicamente, con el límite del 25% previsto para el caso anterior, que es de más alcance) si fuese solo parcial (artículo 5.2 del Decreto 1860/2004);
3°) la aplicación de un incremento fijo de un 5 % por cada uno de los supuestos que conlleven complejidad del concurso (artículo 6 del Decreto 1860/2004) y que están tasados en el arancel: a) cuando exista una discrepancia de, al menos, un 25 % entre el valor de los bienes del inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado o entre el importe del pasivo relacionado por el deudor y la lista definitivamente aprobada; b) cuando, al menos, la cuarta parte del valor de los bienes y derechos corresponda a los que estén fuera del territorio español, siempre que sobrepasen diez millones de euros; c) que el número de acreedores concursales sea superior a mil; d) cuando el número de trabajadores empleados por el deudor rebase doscientos cincuenta (en la fecha de declaración del concurso o como número medio de trabajadores empleados durante el año inmediatamente anterior); e) cuando se tramiten ante el juez expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, de conformidad con la LC, siempre que la empresa concursada tenga más de cincuenta trabajadores; f) cuando el número de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios que figuren en el inventario fuese superior a diez o, al menos tres de ellas radiquen en distintas provincias; g) cuando el concursado hubiera emitido valores que estén admitidos a cotización en mercado secundario oficial; y h) cuando el concursado fuera entidad de crédito o de seguros; y;
4º) la aplicación de un incremento variable de hasta un 25% del importe de la retribución final en el caso de aprobación judicial de convenio anticipado (artículo 7 del Decreto 1860/2004).
CUARTO.- Cuando el arancel prevé porcentajes fijos (como en los artículos 5.1 y 6 del Decreto 1860/2004) el Juez debe limitarle a comprobar que concurre el supuesto de hecho previsto en la norma para aplicar, sin otra consideración, el tipo correspondiente.
Sin embargo, en aquellas previsiones en las que el arancel contempla la aplicación de un porcentaje variable, enmarcado entre unos márgenes máximo y mínimo (como ocurre en los artículos 4.2, 4.5, 5.2 y 7 del Decreto 1860/2004), dejando al prudente arbitrio del juez su concreción, éste deberá actuar con suma cautela y exquisita sensibilidad, procurando que la opción que adopte, sin dejar de responder a la justa retribución de los cualificados profesionales que desempeñan la administración concursal, entrañe la valoración de la relevancia que en cada caso se merece la aplicación del índice corrector y la repercusión que ello va a suponer para la masa del concurso. Para ello podrá barajar criterios de equidad, que entraña la posibilidad de realizar moderaciones según exigencias del sentido natural de justicia, que no ha de perderse de vista a la hora de aplicar las normas (artículo 3.1 del C Civil). Lo cual permitirá al juzgador tomar en consideración datos como la cuantía (por elevada o, por contra, por exigua) de las retribuciones base sobre las que se vayan a aplicar los porcentajes correctores (para evitar que se disparen los resultados o, por el contrario, se queden demasiado cortos), el grado real de dificultad que se entrevea para el desempeño de su misión, entre otras razones en función de la colaboración que de los interesados puedan estar recibiendo los administradores concursales, y también la afectación o sacrificio que podría conllevar para las perspectivas de satisfacción de los acreedores,

que es el fin último del proceso concursal, el señalamiento de retribuciones demasiado altas si se aplica el límite máximo previsto para el porcentaje corrector.
QUINTO.- Las precedentes consideraciones permiten comprender por qué este tribunal también considera justificado el segundo motivo del recurso de apelación, ya que la aplicación de los referidos porcentajes variables a los criterios de ajuste a la peculiaridad del caso y de moderación antes enunciados aconseja la reducción de la cuantía solicitada en concepto de honorarios por la administración concursal.
En cuanto al artículo 4.2 del RD 1860/2004, que permite aplicar un incremento de hasta un 50% en el caso de que el concursado tuviera suspendidas sus facultades de administración y disposición, entendemos carente de justificación que se opte por la aplicación del límite máximo cuando su razón de ser es la mayor dedicación que para la administración concursal debería exigir la asunción de las labores de administración y disposición de la masa activa que la de mera intervención del concursado. Porque hay que valorar aquí, para optar por un porcentaje concreto, el grado de colaboración y ayuda que se haya brindado a la administración concursal por el concursado o su personal para la gestión de la empresa, lo que puede |facilitar su labor, además de, como se pide en el recurso, barajar un criterio de equidad fue permita optar por la aplicación de un porcentaje mucho más moderado que el de dicho límite máximo, cuando la retribución básica sobre la que va a operar el coeficiente corrector es de por sí tan elevada que se corre el riesgo de alcanzar una suma desproporcionada. No ha de olvidarse que la retribución grava directamente la masa activa, por lo que acrecentar aquélla de modo desorbitado supone disminuir las expectativas de satisfacción de los acreedores, que es el fin último del concurso. Es por ello que entiende este tribunal que resulta mucho más prudente, en consideración a la concurrencia de las circunstancias descritas, reducir en el presente caso al 5% el porcentaje de incremento por este concepto.
Por otro lado, el porcentaje de decremento a que se refiere el artículo 5.2 del RD 1860/2004 está relacionado con la menor complicación que para la administración concursal debería suponer enfrentarse a una situación de cese o suspensión parcial de actividad empresarial que a un funcionamiento ordinario de la misma. Pues bien, ya que la contratación relacionada con la actividad filatélica que constituía el objeto principal de la concursada se ha visto seriamente afectada (hasta el punto de que el informe de la administración concursal incluso hábil de cese en la actividad filatélica), habiendo centrado su gestión los administradores en otros ámbitos (control de tesorería, regularización de arrendamientos de inmuebles y mera custodia de la filatelia), entendemos más adecuado que el tipo del descuento a realizar lo sea de un 20 %, y no sólo de un 10, como proponía la administración concursal y se limitó a recoger la resolución recurrida.
SEXTO.- La traducción numérica de los precedentes razonamientos supone la siguiente operativa:
No siendo discutida en este trámite la valoración provisional de bienes y derechos del deudor (745.143.598.80 euros) ni la de la masa pasiva (3.365.897.826,97 euros), el resultado de la aplicación del arancel es una remuneración básica, según la operación matemática prevista en el mismo, de 977.048,73 euros, de la que necesariamente ha de partirse por disposición legal.
Sobre ella opera el incremento del 5 % por aplicación del artículo 4.2 del RD 1860/2004 que asciende a 48.854,24 euros.
La suma de ambos conceptos supone 1.025.902,97 euros.
A continuación se aplica la disminución del 20% por reducción de actividad del artículo 5.2 del RD 1860/2004 por importe de 205.180,59 euros.
La sustracción de ambos conceptos arroja una diferencia de 820.722,38 euros.
Sobre ese importe se aplican los cuatro incrementos del 5 %, según el artículo 6 del RD 1860/2004, en su apartado n° 1 letras c (por elevado número de acreedores), d (por el número de trabajadores), e (por la tramitación de ERE laboral) y f (por número de establecimientos), a razón de 41.036,12 euros cada uno de ellos, que suman 164.144,48 euros.
La adición de tales incrementos conlleva un rebultado final de 984.866,86 euros.
Por tanto, el resultado del expresado cálculo es la cifra que tiene derecho a percibir cada uno de los dos miembros, designados como auditor y como abogado, por el desempeño de sus funciones durante la fase común del concurso de FORUM FILATÉLICO SA.
Ya que se ha operado sobre valoraciones provisionales tanto de la masa activa de bienes y derechos como del pasivo del concurso, al finalizar la fase común, que dotará de certeza al valor de dichas partidas, deberá efectuarse la correspondiente liquidación para determinar si procede que perciban una cantidad superior o que reintegren o compensen el exceso de lo percibido.
La remuneración en las fases sucesivas del concurso se determinará por los porcentajes establecidos en el artículo 9 de arancel que se aplicarán sobre el importe de la cuantía establecida para la retribución por la fase común, además de las cantidades complementarías a que se refiere el artículo 11.”: Auto AP Madrid (sección 28)29.02.2008 (Rollo 325/2007)

“**TERCERO** Asimismo, la invocación que se efectúa a los criterios de moderación y de prudencia en el cálculo de la retribución debería haber venido seguida de una concreción de la recurrente que indicase en qué partidas concretas se habría podido faltar a tales criterios o donde se hallaría la excepcionalidad de la situación que no hubiese sido contemplada por el juzgador. No lo ha hecho así la recurrente, por lo que su alegato podría estimarse meramente retórico. En cualquier caso, señalamos que la retribución a la que se refiere elartículo 34 de la Ley Concursal (22/2003, de 9 de julio) y que ha sido regulada porReal Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que establece el arancel de derechos de los administradores concursales, tiene un componente básico, que se calcula atendiendo a los valores de la masa activa (que finalmente resultará del inventario definitivo) y de la masa pasiva (que se desprenderá de la lista de acreedores), a los que han de aplicarse las escalas progresivas y porcentajes sobre el resto adicional tabulados en el arancel, para obtener dos importes

que se suman, suponiendo la realización de una operación aritmética que no contempla ninguna consideración adicional (artículo 4.1 del Decreto 1860/2004). Posteriormente, una vez fijada esa remuneración básica entran en juego otros conceptos, hasta alcanzar la cifra final de la retribución, que operan por el siguiente orden:
1º) la aplicación de incrementos variables por razón de la dificultad para el desempeño de su misión por parte de la administración concursal, que pueden ser: a) de hasta un 50% sobre la cantidad anterior si el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa(artículo 4.2 del Decreto 1860/2004); y b) de entre un 5 y un 25 % de la cantidad resultante de las operaciones anteriores si se hubiese ordenado la tramitación abreviada del concurso y la administración concursal estuviera integrada por único miembro(artículo 4.5 del Decreto 1860/2004);
2º) la aplicación de decrementos en los casos de cese o suspensión de la actividad profesional o empresarial del concursado, que pueden ser: a) del 25% si es total(artículo 5.1 del Decreto 1860/2004); y b) el que el juez determine (se entiende, lógicamente, con el límite del 25% previsto para el caso anterior, que es de más alcance) si fuese solo parcial (artículo 5.2 del Decreto 1860/2004);
3º) la aplicación de un incremento fijo de un 5 % por cada uno de los supuestos que conlleven complejidad del concurso(artículo 6 del Decreto 1860/2004) y que están tasados en el arancel: a) cuando exista una discrepancia de, al menos, un 25 % entre el valor de los bienes del inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado o entre el importe del pasivo relacionado por el deudor y la lista definitivamente aprobada; b) cuando, al menos, la cuarta parte del valor de los bienes y derechos corresponda a los que estén fuera del territorio español, siempre que sobrepasen diez millones de euros; c) que el número de acreedores concursales sea superior a mil; d) cuando el número de trabajadores empleados por el deudor rebase doscientos cincuenta (en la fecha de declaración del concurso o como número medio de trabajadores empleados durante el año inmediatamente anterior); e) cuando se tramiten ante el juez expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, de conformidad con la LC, siempre que la empresa concursada tenga más de cincuenta trabajadores; f) cuando el número de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios que figuren en el inventario fuese superior a diez o, al menos tres de ellas radiquen en distintas provincias; g) cuando el concursado hubiera emitido valores que estén admitidos a cotización en mercado secundario oficial; y h) cuando el concursado fuera entidad de crédito o de seguros; y
4º) la aplicación de un incremento variable de hasta un 25% del importe de la retribución final en el caso de aprobación judicial de convenio anticipado(artículo 7 del Decreto 1860/2004).
Este tribunal ya ha tenido ocasión de señalar (auto de la sección 28ª de la AP de Madrid de 29 de febrero de 2008) que precisamente aquellas previsiones del arancel, que ha sido una norma reglamentaria dictada al efecto por mandato delartículo 34 de la Ley concursal, que contemplan la aplicación de un porcentaje variable, enmarcado entre unos márgenes máximo y mínimo (como ocurre en losartículos 4.2, 4.5, 5.2 y 7 del Decreto 1860/2004), dejando al prudente arbitrio del juez su concreción, son las que exigen que éste actúe con suma cautela y exquisita sensibilidad, procurando que la opción que adoptase, sin dejar de responder a la justa retribución de los cualificados profesionales que desempeñan la administración concursal, entrañase la valoración de la relevancia que en cada caso se mereciera la aplicación del índice corrector y la repercusión que ello iba a suponer para la masa del concurso. Ahí debería tomar en consideración datos tales como la cuantía (por elevada o, por contra, por exigua) de las retribuciones base sobre las que se vayan a aplicar los porcentajes correctores (para evitar que se disparen los resultados o, por el contrario, se queden demasiado cortos), el grado real de dificultad que se entrevea para el desempeño de su misión, entre otras razones en función de la colaboración que de los interesados puedan estar recibiendo los administradores concursales, y también la afectación o sacrificio que podría conllevar para las perspectivas de satisfacción de los acreedores, que es el fin último del proceso concursal, el señalamiento de retribuciones demasiado altas si se aplicase el límite máximo previsto para el porcentaje corrector
Sin embargo, en el presente caso tanto la solicitud de la administración concursal como la resolución judicial que atendió a ésta se limitaron a encajar los valores provisionales del activo y del pasivo en las correspondientes partidas del arancel y aplicaron luego adecuadamente aquellos factores de corrección que, precisamente, son de los que están establecidos con carácter fijo en la norma aranceleria, como el decremento del 25 % por cese de la actividad empresarial del concursado y los incrementos del 5 % por las correspondientes previsiones de complejidad del concurso (número de trabajadores, tramitación de extinción de contratos laborales y número de establecimientos). No se trataba de ninguna de las partidas en las que la norma permitiera jugar con un abanico porcentual al prudente arbitrio del juez para la concreción cuantitativa del factor de corrección. Por lo tanto, no ha lugar a plantear reparo alguno a lo establecido en la resolución apelada.”: AAP Madrid (Sección 28) 03.12.2010 (JUR 2011/95548; Auto 176/2010; Rollo 1/2010)

AP Burgos

“Conforme alartículo 34.2 LCla retribución del Administrador concursal se fijará atendiendo a la cuantía del activo y pasivo y la previsible complejidad del concurso. Se trata de criterios principales que deben valorarse en todo caso, pero que no se agotan con ellos, de manera que puede valorarse el trabajo desarrollado, incidentes, recursos, es decir, el conjunto de la actividad procesal, ponderando todo ello para recorrer el tramo porcentual de una manera equitativa. Atender significa tener en cuenta lo que se enuncia, pero sin excluir otros criterios o datos para justificar una determinación discrecional y equitativa de la retribución.
Atendiendo a todo lo expuesto antecedentemente, subrayando la actividad procesal desarrollada en dos incidentes concursales y resoluciones recurridas en apelación, se considera ponderada la cuantía y porcentaje, estimada y aplicado, respectivamente.”; SAP Burgos (Sección 3) 10.04.2008 (JUR 2008/206685)

AP Córdoba

“SÉPTIMO.-Infracción de los artículos 9.3 de la Constitución Española y artículo 7.1 del Código Civil, por ir el juzgador en contra de sus propios actos: así como infracción de los artículos 34.4 de la Ley Concursal y 4.4 del RD 1960/2004. Mediante este motivo o razón de discrepancia con la sentencia combatida pretende la apelante la impugnación del incremento del 50% en la retribución de los administradores. En este sentido, ya hemos dicho, al analizar las reglas de aplicación del arancel, que este incremento previsto en el artículo 4.2 del Real Decreto no presupone una aplicación automática del porcentaje, sino que el mismo puede ser modulado en función de las circunstancias del caso (el citado precepto habla literalmente de que "podrá incrementarse") que han de ser valoradas a su "prudente arbitrio" por el juez. También se ha adelantado que entre tales factores concurrentes habrá que tener en cuenta el grado de colaboración de la concursada, la complejidad del negocio, la dispersión de sedes, etc.
Pues bien, en este caso la colaboración ha brillado por su ausencia, dado que la mitad de la plantilla se dio de baja en cuanto se declaró el concurso y, lo que es más importante, no se pudo contar con el personal de alta dirección (gerente de compras, directora del departamento de riesgos y jefa de operaciones comerciales), por lo que fueron los administradores concursales quienes tuvieron que hacerse cargo de la gestión de la empresa, la cual, por cierto, pese a su mala situación económica que dio lugar a la declaración de concurso, han mantenido en funcionamiento y en disposición de seguir actuando en el mercado. Cosa distinta es que la empresa hubiera cesado en su actividad, en cuyo caso el trabajo hubiera sido mucho menor (y ese es el supuesto tratado en el Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de febrero de 2008 que la parte apelante invoca). Sin embargo, manteniéndose activa y en un ramo de negocio tan específico y especializado como el mercado informático, ha de considerarse un mérito de la administración concursal su supervivencia y continuidad. Por esta razón, no se considera que el juez se haya excedido en su prudente arbitrio concediendo el máximo del porcentaje reglamentariamente previsto.
Por otro lado, la alegación de proporcionalidad o desproporcionalidad de la retribución carece de respaldo legal, pues el propio Arancel es el que determina la proporción de los honorarios de los administradores en función de las cuantías del activo y del pasivo y del resto de variables antes expuestas. De hecho, así sucede en todas las actividades profesionales regidas por Arancel, como las de los notarios, los registradores o los procuradores. El propio preámbulo del Real Decreto 1860/2004 asume este concepto, al decir que una de las ventajas del sistema de arancel es que asegura la proporcionalidad de la retribución "respecto de la dificultad de las tareas que se realizan, de la complejidad del concurso y de la duración del procedimiento".
Este motivo o argumento ha de ser, por tanto, rechazado ”: SAP Córdoba (Sección 3) 14.05.2010 (Sentencia 89/2010; Rollo 294/2009)

AP Vizcaya

“En primer lugar, a la vista de las alegaciones que se realizan en el escrito de impugnación, se indica que, a criterio del Tribunal, los incrementos que contempla el RD 1860/2004, 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales para los supuestos de hecho que concurren en el caso, habida cuenta de los términos que utiliza la norma -el adverbio "hasta" antecede a la cifra del incremento- no son imperativos sino discrecionales de manera que el incremento porcentual que señala la norma es el límite máximo de aplicación al supuesto contemplado en la norma que encuentra su justificación en la especial laboriosidad requerida por la actuación de que se trata de la administración concursal ”: AAP Vizcaya (Sección 4) 28.02.2011 (Auto 128/2011; Rollo 799/2010)

4.2 Sobre los factores de complejidad del art. 6.1 RD

AP Barcelona

“7. El apartado 1 del art. 6 del RD 1860/2004 establece los concretos supuestos en los que se considera que el concurso presenta "previsible complejidad" a los efectos de aplicar el porcentaje de incremento, por cada uno de los supuestos tasados que concurran, que prevé el apartado 2. Este segundo apartado no establece un porcentaje fijo de incremento por cada supuesto concurrente, sino un margen que tiene un tope máximo, de modo que el incremento, dentro de la horquilla porcentual, es modulable por el juez del concurso. Así se resulta del tenor literal del precepto ("2. La cantidad que resulte de la aplicación de lo establecido en los artículos 4 y 5 se incrementará hasta un cinco por ciento por cada uno de los supuestos enumerados en el apartado anterior") pues utiliza el termino "hasta" (un 5 %) y lo aclara, por si hubiese duda, la introducción o exposición de motivos del RD 1860/2004 :
"A estos dos parámetros obligados [valor de la masa activa y de la masa pasiva] se añade, también por imperativo legal, el de la previsible complejidad del concurso, estableciendo un catálogo de casos en los que juega este factor complementario. Por cada uno de los supuestos de complejidad, se incrementa la retribución de los administradores concursales hasta un límite máximo que no puede superar el juez ".
No cabe, por tanto, aceptar, sin mayor planteamiento acerca de las circunstancias concurrentes, un porcentaje de incremento al amparo del art. 6 de un 5 % por cada una de los supuestos de previsible complejidad que establece la norma.
En este caso no es discutido que concurre el supuesto previsto en el subapartado a) del apartado 1: discrepancia de más de un 25 % entre el valor de los bienes y derechos que figuran en el inventario presentado

por el deudor y el definitivamente aprobado; y en el subapartado g): cuando el concursado hubiera emitido valores que estén admitidos a cotización en mercado secundario oficial.
Teniendo en cuenta que la complejidad del concurso también ha sido valorada a los efectos de ponderar la aplicación del incremento previsto en el art. 4.5, estimamos prudente acoger un porcentaje medio de incremento, del 2,5 %, por cada uno de los dos supuestos concurrentes.”:.”: AAP Barcelona (Sección 15) 01.10.2014 (Auto 106/2014; Rollo 216/2014)

AP Huelva

“SEGUNDO.-Recoge a su vez el Real Decreto 1860/2004 de 6 de Septiembre en su artículo 6 que se considera especialmente complejo el concurso de acreedores cuando se tramiten ante el Juez expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, de conformidad con el artículo 64 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, siempre que la empresa concursada tenga más de 50 trabajadores. Igualmente cuando exista una discrepancia de, al menos, un 25 % entre el valor de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado o entre el importe del pasivo que resulte dela relación de acreedores presentada por el deudor y la definitivamente aprobada.
Resultando igualmente que en el presente proceso concursal la AC ha intervenido directamente en un expediente de regulación de empleo que afectó a más de cincuenta trabajadores (incidente concursal nº 180/2007) así como ha existido una discrepancia de al menos un 25 % entre el valor de los bienes y derechos así como pasivo presentados por el deudor y los finalmente aprobados; sin que estos hechos hayan sido tenidos en cuenta a la hora de poder ser incrementada la retribución de la misma de acuerdo con el mencionado Real Decreto.
Por todo ello el recurso debe ser estimado en el sentido solicitado por el recurrente y en los términos que en la parte dispositiva se dirá.”: AAP Huelva (Sección 3) 16.09.2011 (Auto 73/2011; Rollo

4.2.0 Numerus clausus

AP Oviedo

“Idéntica suerte estimatoria debe correr la apelación basada en la ausencia de "complejidad del concurso", elemento que también es utilizado en la resolución recurrida para aplicar el incremento de la retribución sin explicitar en cambio los concretos factores que permiten calificar el desarrollo del procedimiento como complejo. Si el art. 6 del del Real Decreto 1860/2004 contempla un catálogo de ocho supuestos tasados como numerus clausus para poder considerar que el concurso presenta previsible complejidad (el precepto utiliza el adverbio "exclusivamente"), resultará exigible que la resolución del Juzgado que aplica dicha complejidad identifique en su motivación cuáles de aquellos supuestos aparecen presentes en el concurso de que se trata, máxime cuando el apartado 2 de dicha norma establece el modo concreto en que opera este incremento al disponer que la retribución obtenida de las reglas generales "se incrementará hasta un 5 % por cada uno de los supuestos enumerados en el apartado anterior". Si acudimos al escrito presentado por la Administración concursal en el Juzgado con fecha 17 marzo 2010 solicitando la retribución definitiva, observamos que en él se propone primeramente un incremento del 25 por ciento al aconsejarlo así la complejidad del concurso, la cual se deriva, según se dice, del hecho de presentar la empresa concursada una contabilidad enrevesada y confusa y de haber tenido que presentar varias demandas incidentales además de una medida cautelar de embargo preventivo. Lo cierto, sin embargo, es que ninguna de tales circunstancias se corresponde con los supuestos tasados que aparecen relacionados en el repetido art. 6 del Real Decreto 1860/2004, conclusión que es compartida por la propia Administración concursal cuando en el referido escrito viene a exponer, seguidamente, que no concurre en el concurso ninguno de los supuestos previstos legalmente para entender que presenta previsible complejidad, consideraciones que hacen ociosa cualquier otra consideración al respecto.”: AAP Oviedo (Sección 1) 22.12.2011 (Auto 108/2011; Rollo 304/2011)

4.2.1 Discrepancia del 25% en el inventario o la relación de acreedores (art 6.1.a):

AP Barcelona

“El segundo incremento que el auto aplica a la retribución básica es el contemplado en el art. 6.1 RD por complejidad del concurso al concurrir el supuesto enumerado en la letra a). La actora alega y justifica la concurrencia de una discrepancia muy superior a la mínima exigida del 25% entre el valor de las masas activa y pasiva resultantes del inventario y lista de acreedores definitivos y los que presentó el deudor; en concreto, se da una disminución del valor definitivo del activo, que queda fijado en 3.502.018,54#, respecto del inicial que era de 5.828.994 #, y un incremento del pasivo que se fija definitivamente en 6.248.656,78#, respecto del importe inicial 5.783.344,38#. De lo que se colige una importante discrepancia en el inventario y un incremento del pasivo que en su totalidad supera en mucho el 25% de diferencia entre el valor total definitivo de la masa activa y pasiva respecto del valor total inicial que prevé la norma reglamentaria. La apelante alega que dado que la diferencia concurrente respecto del inventario no alcanza el 40% debe aplicarse un porcentaje inferior, sin concretar cuál debe ser éste. A nuestro juicio, la cuantía de la discrepancia en el activo es lo suficientemente elevada (39,9%), además de concurrir un incremento del pasivo, respecto del mínimo previsto por el precepto reglamentario para justificar la aplicación del 5%; sin que, por los términos del debate en esta

alzada, debamos entrar a enjuiciar si la aplicación del incremento deba aplicarse siempre que concurra una discrepancia superior al 25% o sólo cuando esa discrepancia implique al menos un 25% superior al valor del inventario y/o lista de acreedores inicial. De tal suerte, procede aplicar un aumento del 5% sobre la cantidad anterior, esto es, la cantidad de 1.220,97 euros.": AAP Barcelona (Sección 15) 29.01.2014 (Auto 6/2014; Rollo 369/2013)

AP Sevilla

"QUINTO A continuación abordaremos el segundo motivo de los recursos de apelación formulados por BOLIDEN APIRSA S.L. EN LIQUIDACIÓN y por BOLIDEN MINERAL A.B. Se refiere a la aplicación que el Auto apelado hace delReal Decreto 1860/2004 de 6 de septiembre.
El primer parámetro, en palabras de los apelantes, en el que los administradores concursales sustentan su petición de honorarios es la aplicación del arancel a los activos y pasivos definitivos de la concursada (art. 4 del RD 1860). Esta cuestión no es objeto de controversia por los recurrentes. Por ello, teniendo en cuenta el valor de las masas activas y pasiva que resultan del inventario y de la lista de acreedores definitiva,, y aplicando los porcentajes del anexo del RD 1860, resulta una suma de 216.014'24 ?.
El segundo parámetro es el de la especial complejidad del concurso (art. 6.1 del RD). Anteriormente nos referimos a la aclaración del concepto oscuro que sobre este particular hizo la Juez a quo en suauto de 14 de diciembre, estableciendo un porcentaje por complejidad del diez por ciento, pues entiende que elapartado a) del art. 6.1 del Decreto de aranceles contiene en realidad dos conceptos concurrentes y no unosólo, por lo que procedería incrementar un cinco por ciento por cada uno, es decir, el diez por ciento.
Ello es cuestionado por las apelantes, que consideran que elart. 6.1 contiene ochosupuestos, enumerados de las letras a) a la h), y que cada uno de esos supuestos de concurrir supone un incremento de hasta un cinco por ciento. Pero que el apartado a) no contiene dos supuestos sino dos causas de un mismo supuesto.
En efecto, la Sala entiende que dados los términos delart. 6.2 del RD 1860/04 el incremento del cincopor ciento lo produce cada uno de los ocho supuestos. Pero que no puede entenderse que el apartado a) contenga dos supuestos. El apartado a) contiene un solo supuesto de complejidad del concurso que es el de la discrepancia de al menos el 25% entre el valor del inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado, o la discrepancia de al menos un 25% entre el importe del pasivo presentado por el deudor y la relación de acreedores definitivamente aprobada. Pudiera darse en el concurso la primera de estas desviaciones, la segunda, o las dos conjuntamente, pero aun cuando se den las dos el supuesto no se puede escindir en dos a efectos de incrementar el porcentaje por complejidad, pues el uso de la conjunción disyuntiva "o" que denota diferencia, separación o alternativa, indica que basta que se dé una u otra circunstancia para que el efecto del incremento por complejidad se produzca. Pero si se dan las dos circunstancias no significa que deban ser valoradas separadamente aplicando a cada una hasta el cinco por ciento, a tenor de los términos delart. 6.2 del RD que habla de "cada unode los supuestos enumerados en el apartado anterior". Parece obvio que si se hubiese querido que cada uno de estos factores de discrepancia hubiese operado como un supuesto independiente o específico para computar el incremento de retribución por complejidad, se hubiesen enumerado separadamente en elpunto uno del art. 6, en lugar de englobarlos en un único supuesto dentro del apartado a).
Por consiguiente ha de ser estimado este punto de las apelaciones, para fijar el incremento de la retribución por la complejidad del concurso tan solo en un cinco por ciento, de acuerdo con lo dispuesto en elart. 6.2 de RD 1860/04.
En cuanto al incremento del uno por ciento por el aumento del valor de la masa activa por el ejercicio de acciones de reintegración, ya hemos explicado en el anterior fundamento de derecho que ha de dejarse sin efecto por cuanto no fue contemplado en elAuto recurrido de 28 de noviembre de 2006, y la subsanación no es válida por incumplimiento de los trámites esenciales del procedimiento al no darse traslado de la solicitud de la administración concursal a las demás partes del concurso. Por lo que no habiendo apelado los administradores concursales el Auto, no puede incluirse en él cantidad alguna por este concepto.": SAP Sevilla (sección 5) 22.10.2008 (JUR 2009\79070)

AP Vizcaya

"Por el contrario, la impugnación sobre la aplicación de los incrementos va a ser acogida en parte.
En primer lugar, a la vista de las alegaciones que se realizan en el escrito de impugnación, se indica que, a criterio del Tribunal, los incrementos que contempla el RD 1860/2004, 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales para los supuestos de hecho que concurren en el caso, habida cuenta de los términos que utiliza la norma -el adverbio "hasta" antecede a la cifra del incremento- no son imperativos sino discrecionales de manera que el incremento porcentual que señala la norma es el límite máximo de aplicación al supuesto contemplado en la norma que encuentra su justificación en la especial laboriosidad requerida por la actuación de que se trata de la administración concursal
Sentado lo anterior, procede determinar los incrementos porcentuales de aplicación al caso respecto a lo que no aporta dato alguno el Auto recurrido, que aplica los máximos contemplados en la norma sin razonamiento que lo justifique
I. Incremento por discrepancia en al menos un 25% entre el valor de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado o entre el importe del pasivo que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor y la definitivamente aprobada- art 6, parraf. 12, apartado a).

Las recurrentes aceptan la aplicación del incremento máximo del 5% previsto en la norma a Promoción y Gestión Inmobiliaria Zaisa SL y lo cuestionan respecto a Residencial South Building SL y Residencial Viviendas del Cantabrico
Habida cuenta que la diferencia entre el valor de los bienes relacionados en la declaración presentada por la deudora con la solicitud del concurso es inferior al 1% y que la diferencia del pasivo corresponde a un solo acreedor, se considera que no procede la aplicación de incremento respecto a la retribución básica.
Y la diferencia existente entre la masa activa declarada y la reconocida por Residencial Viviendas del Cantábrico, 35%, y la ausencia de diferencia apreciables en la pasiva inferior al 1%, atendida la facilidad que ha reportado como contrapartida la tramitación acumulada de los tres concursos, se considera que tampoco procede la aplicación de incremento previsto en el art. 6 por "Previsible complejidad del concurso". ": AAP Vizcaya (Sección 4) 28.02.2011 (Auto 128/2011; Rollo 799/2010)

4.2.2 Por número de establecimientos o unidades productivas (art 6.1.f)

AP Soria

"PRIMERO.- Por la Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Soria, se dictó auto en fecha 5 de diciembre de 2012, por el que se fijaba inicialmente la cuantía de la retribución de la administración concursal. Frente a dicha resolución, se ha interpuesto recurso de apelación por la Procuradora Dª Nieves Alcalde Ruiz, en nombre y representación de la concursada, la mercantil PUERTAS NORMA, S.A., respecto de la aplicación que realiza dicho auto, de la cantidad adicional fijada por el Real Decreto 1860/2004 de 6 de septiembre, en concepto de la previsible complejidad del concurso, que se calcula en función de la supuesta existencia de dos de los ocho factores de complejidad que establece el citado Real Decreto, y que a juicio de la apelante no concurren, interesando en definitiva que se dicte resolución declarando no haber lugar a la aplicación de la cantidad adicional por previsible complejidad, y que se requiera a la administración concursal para que reintegre a la masa activa el exceso de retribución percibido por tal concepto, por importe de 23.496,99 #.
SEGUNDO.-La primera cuestión sometida a la consideración de la Sala se centra, por tanto en la aplicabilidad o no al supuesto de autos, del citado factor de previsible complejidad del concurso, del artículo
6.1 (f) del Real Decreto 1860/2004 de 6 de septiembre. Este precepto, establece: "Artículo 6. Previsible complejidad del concurso.
1. Se considera que el concurso presenta previsible complejidad exclusivamente en los siguientes supuestos:
(...)
f) Cuando el número de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios que figuren en el inventario presentado por el deudor fuera superior a 10 o, al menos, tres de ellos radiquen en distintas provincias.
(...)
2. La cantidad que resulte de la aplicación de lo establecido en los arts. 4 y 5 se incrementará hasta un cinco por ciento por cada uno de los supuestos enumerados en el apartado anterior".
Es decir, para poder apreciar el supuesto contemplado en el citado párrafo f), se exige claramente por la norma, que los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios, figuren en el inventario presentado por el deudor, y que si son inferiores a 10, al menos tres de ellos radiquen en provincias distintas. Y analizados los autos concluimos que tiene razón el recurso en este aspecto, pues en efecto, en el inventario presentado por la mercantil concursada, únicamente figuran dos establecimientos, uno en San Leonardo de Yagüe (Soria) y otro en Sant Boi de Llobregat (Barcelona). Y ello, con independencia de que existan otras delegaciones provinciales, que no son establecimientos a efectos del inventario y en consecuencia no están incluidos en él, porque lo relevante a estos efectos es que aparezcan efectivamente relacionados en el inventario, lo que no es el caso. En consecuencia, no procede aplicar este factor de previsible complejidad, y los honorarios de los administradores fijados en el auto apelado, deberán reducirse en la cantidad que solicita la recurrente, de 23.496,99 #, (7.832,33 # de los honorarios de cada uno de los administradores).
Sin embargo, en cuanto a la petición de que se requiera a la administración concursal para que reintegre a la masa activa el exceso de retribución percibido por tal concepto, por el citado importe, no puede ser atendida, por las razones que se exponen en el escrito de oposición al recurso. En efecto, el auto apelado ordena el pago del 50% de la cantidad, luego no han percibido mas que la mitad del exceso, pero en cualquier caso, puede la Juez de lo Mercantil deducir posteriormente la cantidad establecida de la suma que les resta por percibir, sin olvidar que nos encontramos ante una fijación inicial, que puede ser posteriormente reducida o aumentada, tal y como indica el pronunciamiento segundo de la parte dispositiva del Auto apelado. ": AAP Soria (Sección 1) 23.03.2012 (Auto 13/2012; Rollo 21/2012)

4.3 Sobre la reducción en caso de cese de actividad

AP Sevilla

"Por último, los apelantes solicitan la aplicación de la reducción del 25% prevista en elart. 5.1 del RD 1860/04 de 6 de septiembre, por haber cesado la actividad profesional o empresarial que ejerciera el deudor, en este caso BOLIDEN APIRSA S.L. EN LIQUIDACIÓN.
ElAuto de 28 de noviembre de 2006apelado no contiene fundamentación alguna sobre esta cuestión, pese a que los administradores concursales en su escrito de 8 de septiembre de 2006 pidieron a la Juez a quo que no

les aplicase la reducción prevista en elart. 5 del Real Decretocitado, y a que BOLIDEN APIRSA S.L. se opuso a esta pretensión solicitando en el escrito presentado el 10 de octubre de 2006 que se redujese la retribución en un 25% por cese de la actividad empresarial de la concursada. Como la omisión implícitamente suponía la no aplicación de la reducción, los administradores concursales en su escrito pidiendo aclaración del Auto, obviamente no solicitaron subsanación de la omisión, por lo que elAuto de 14 de diciembre de 2006tampoco contiene argumentación alguna, habiendo quedado, por tanto, sin decisión razonada esta cuestión pese a haber sido objeto de debate en la instancia. Esta infracción delart. 218 de la LEC ha de ser resuelta en esta Resolución (art. 465.2 de la LEC).
Dispone elart. 5 del RD 1860/2004 de 6 de septiembreque "la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en elartículo anterior se reducirá en un 25por ciento cuando se hubiera cesado o suspendido o cuando cese o se suspenda la actividad profesional o empresarial que viniere ejerciendo el deudor".
En este caso es lo cierto que BOLIDEN APIRSA S.L EN LIQUIDACIÓN no desarrolla la que fue su actividad empresarial, como admiten los propios administradores concursales en su escrito de solicitud de retribución. Pero pretenden que no se aplique elart. 5 del RD 1860/04porque la actividad de la concursada es en la actualidad "eminentemente procesal y jurídica".
Estima la Sala que procede aplicar la reducción del 25 por ciento a la cantidad retributiva que resulta de la aplicación delart. 4 del Real Decreto. En efecto, los términos delart. 5son diáfanos. Si la actividad profesional o empresarial a la que se venía dedicando la concursada cesa o se suspende, los honorarios de los administradores concursales profesionales se han de reducir un 25 por ciento. In claris non fit interpretatio. El precepto sólo tiene en consideración la actividad empresarial de la concursada, con objeto de que si carece de ella los honorarios hayan de reducirse, sin hacer mención o contener referencia alguna a otras posibles actividades de la sociedad deudora que justificarían que no se redujesen los honorarios de los administradores. La previsión legislativa resulta lógica y razonable. Si una de las funciones principales de los administradores concursales es la intervención en las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor en el concurso voluntario mediante su autorización o conformidad, y la asunción de las facultades de administración en el concurso necesario (art. 40 LC), si la concursada ha finalizado su actividad empresarial es obvio que el trabajo, gestión y responsabilidades de los administradores concursales disminuyen ya que no han de ocuparse de la gestión diaria de la Compañía concursada (ya mediante la intervención ya mediante la administración), y han de centrar su actividad esencialmente en las funciones, necesidades y gestiones propias de sus obligaciones en el procedimiento concursal.
Desde luego la actividad jurídica y procesal de la concursada por la existencia de múltiples procesos judiciales pendientes o por venir, no está contemplada en ningún precepto legal o reglamentario como criterio que justifique una mayor retribución o, lo que es lo mismo, una no reducción de los honorarios resultantes de los porcentajes establecidos sobre las masas activa y pasiva del concurso. Por ello no puede tomarse en consideración este factor para no aplicar la norma delart. 5 del RD 1860. Además, los administradores concursales deberían de haber justificado debidamente esa alegada gran actividad jurídica y procesal que dicen desarrollar. Porque aparte de intervenir en la decisión sobre la presentación de demandas o recursos, la labor jurídica y procesal de defensa judicial de los intereses de BOLIDEN APIRSA S.L. no consta que la realicen personal y directamente los administradores concursales. La concursada sostiene que muchos de los pleitos comenzaron antes de declararse el concurso de BOLIDEN APIRSA, y que los pleitos están dirigidos por los Letrados de la concursada, profesionales del despacho Garrigues. Y no hay motivos ni pruebas en las actuaciones para dudarlo.
En definitiva la claridad del contenido delart. 5 del Real Decreto 1860/2004determina que careciendo de actividad empresarial la concursada debe aplicarse la reducción del 25 por ciento, sin que quepa atender a otros factores para su no aplicación porque no hay previsión legislativa alguna al respecto. Y desde luego, lo que constituye "actividad profesional o empresarial" del deudor concursado no puede nunca confundirse o entenderse ampliable, por muy generosa que sea la interpretación del concepto, a la actividad que tenga que desarrollar por los pleitos o litigios en los que sea parte. Verba simplicer probata debent intelligi secundum suam propian significationem (las palabras proferidas simplemente, deben entenderse según su propio significado). Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio (Digesto III,32,I. Cuando no hay ninguna ambigüedad en las palabras, no conviene admitirse cuestión sobre la voluntad). Se haría un prejuicio si se hace una interpretación de un texto que por su claridad o univocidad y sencillez no plantea discordancia entre las palabras y su significado final puesto que, si el texto resulta claro, el intérprete o juez debe abstenerse de más indagaciones.
En este sentido laSentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2256)dice que la regla "in claris non fit interpretatio" ha de ser aplicada de modo natural e incondicionado cuando haya real armonía, no discordancia, entre las palabras ("verba") y su significado final y orgánico o relacional con el contexto, con la estructura finalista y pragmática del mismo, de tal modo que esa correspondencia natural y lógica excuse o haga innecesaria la búsqueda del sentido total del texto o documento, bien por corresponder las palabras empleadas al sentido usual de los negocios o relaciones jurídicas en conflicto, ora porque del texto estudiado no resulte indicio de duda o ambigüedad, naciendo de ese modo, por la ausencia de ésta, el deber para el intérprete o juez de abstenerse de más indagaciones. El Tribunal Supremo proclama que lo que está claro no necesita de interpretación (S. de 16 de julio de 1984 (RJ 1984, 3988)), supuesto en el que la investigación de la "voluntad" huelga (S. de 3 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2393)), y en el que ha de ser prevalente la aplicación delpárrafo primero del artículo 1281 del Código Civil (SS. de 20 de febrero de 1984 (RJ 1984, 694), 22 de junio de 1984 (RJ 1984, 3257)), con exclusión de los otros criterios (SS. de 28 de diciembre de 1982 (RJ 1982, 7985), 17 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1564) y 5 de febrero de 1985).”: SAP Sevilla (sección 5) 22.10.2008 (JUR 2009\79070)

AP Zaragoza

“PRIMERO Los administradores concursales discuten el auto en el que el juez del concurso fijó su retribución (art. 34 LC) con la reducción del 25% señalada en elart. 25 RD 1860/2004 que fue solicitada por la Abogacía del Estado en atención a que se da el supuesto previsto en dicho precepto al haber cesado el concursado en su actividad.
El recurso afirma que no se ha producido tal cese en las actividades mercantiles del concursado, pues así se desprende de lo afirmado por dicho deudor en su solicitud de concurso voluntario, en el que manifiesta que momentáneamente continúa desarrollando su actividad, mientras que la Abogacía del Estado sostiene que el cese de actividad se halla ínsito en la petición anticipada de liquidación deducida por el concursado en dicha solicitud, que fue tenida por formulada por el juez en el auto por el que declaró el concurso.
SEGUNDO La expresión "cese de actividad" a los efectos delart. 5 RD 1860/2004 ha de referirse a la actividad económica a que se dedica el deudor, que en el caso de las sociedades mercantiles como la de autos no es otra que el desenvolvimiento del objeto social, sin que quepa entender como tal las operaciones de liquidación, por más que impliquen poner término a las operaciones ya emprendidas con anterioridad a la declaración del concurso, o reclamar judicialmente los créditos contra terceros que el concursado tenga a su favor (AAP Sevilla de 22 de octubre de 2008, ROJ: SAP SE 3935/2008), pues el factor de corrección en discusión se halla pensado precisamente para adaptar la retribución de la administración concursal al menor trabajo que implica su no intervención en la actividad económica desarrollada por el deudor (AAP Asturias nº 53/07de 24 de Septiembre de 2007, ROJ: AAP O 567/20007; y AAP Barcelona sección 15, nº 130/2006 de 07 de Abril de 2006, ROJ: AAP B 8538/2006)
Sentado lo anterior, el debate queda reducido a la cuestión de hecho que consiste en determinar si el deudor ha continuado o no con su actividad una vez declarado el concurso.
Las únicas razones que aducen los recurrentes en apoyo de su pretensión se basan en las afirmaciones hechas por el concursado en su solicitud de concurso voluntario, entre las cuáles ellos mismos citan su petición de que fuera establecido un régimen de mera intervención de sus facultades patrimoniales a los efectos de poder concluir con la actividad hasta el cese de la actividad, lo que, como queda dicho, no implica sino actos de liquidación congruentes con la petición inicial que al efecto contiene la mencionada solicitud, y en este sentido no podemos sino compartir la afirmación de la Abogacía del Estado de que la venta de bienes en el ejercicio de la actividad empresarial (la concursa en una promotora inmobiliaria) no puede ser confundida con la venta de bienes en liquidación.
Por lo demás, los principios de proximidad y facilidad de la prueba que establece elart. 217 LEC ponen a cargo de los recurrentes la prueba de la continuidad empresarial que oponen a la reducción aplicada por el juzgador de primer grado, y tal prueba no ha sido realizada en el presente incidente.”. AAP Zaragoza (Sección 5) 15.07.2009 (JUR 2009/351185; Auto 423/2009; Rollo 338/2009)

“PRIMERO.-Los administradores concursales recurren el auto por el que el juez del concurso rebajo su retribución para la fase común desde los 50.677'19 # inicialmente señalados en el auto de 16-9-2008, a la suma de 31.474'84 #, y señala 3.147 '48 # para los siete primeros meses de la de liquidación y 1.573 # para cada uno de los meses sucesivos.
La rebaja obedece de un lado a la fijación definitiva de las masas, lo que fue puesto de relieve por la administración concursal por escrito de 28-7-2008, en que señalan como procedentes 41.966'45 # en atención a un activo de 7.825.965'87 # y un pasivo de 7.662.583'45 #, y de otro, que es el aspecto discutido de la decisión, a la aplicación del art. 5.1 RD 1960/2004 que solicitó la Abogacía del Estado en su escrito de 29-9-2009, por haber cesado la actividad empresarial de la concursada, INNIVACIONES Y PROMOCIONES URBANÍSTICAS SL.
Los recurrentes solicitan la aplicación del nº 2 del precepto, y que la rebaja de los aranceles no sea del 25 % sino la inferior que se estime procedente en atención a que los administradores de la concursada, que conservaron sus facultades de gestión, pretendieron continuar su actividad, y que fueron hechos los intentos a tal fin que describen en su informe, si bien concluyen en él la inviabilidad de tales esfuerzos ante la situación del sector económico de la construcción y promoción inmobiliaria en el que se integrada el objeto social de la concursa.
SEGUNDO.-Como es sabido, el art. 34 LC establece el sistema de arancel para la remuneración de los administradores concursales, que fue aprobado por RD 1860/2004, que se atiende a una triple distinción, la primera entre las fase común y las sucesivas, la segunda por razón de si corresponde a los administradores una actividad meramente interventora o si también asumen la administración sustitutoria, y un tercera que atiende a si el concursado continúa o no su actividad.
A la última de las distinciones se dedica el art. 5 RD 1860/2004, conforme al que la cantidad que resulte por aplicación de las reglas generales serán reducidas en un 25% cuando no se continúe la actividad profesional o empresarial del concursado, o en la proporción en que el juez estime oportuna cuando la continuación sea parcial.
Sostienen los administradores que nos hallamos en este último caso, y a tal efecto señalan la particular organización de la concursa, que carecía de toda estructura fija, pues tenía externalizada la mayoría de su actividad, por lo que la falta de trabajadores nada aporta para decidir sobre la continuidad o no de la empresa; que la concursada pretendió seguir con su actividad hasta que solicitó la apertura de la fase de liquidación mediante escrito de 16-7-2009; y finalmente que dicho escrito fue presentado un vez que había concluida

prácticamente su actuación en la fase común, y un mes mas tarde de de los textos definitivos de la lista de acreedores e inventario de la masa activa del concurso.
TERCERO.-La razón por la que se produce la reducción que establece el art. 5 RD 1860/2004 no es otra que la menor complejidad que supone la actuación de la administración cuando su actuación no se extiende a supervisar las operaciones del concursado en el desenvolvimiento de su actividad económica en la forma que señala el art. 44 LC, y en el presente caso, como arguye la Abogacía del Estado, pese a la facilidad probatoria de que disponía, la administración concursal no han probado ninguna operación de continuidad en la actividad empresarial que haya sido acometida por la concursa desde su declaración como tal por auto de 28-5-2008, ya que se encuentra paralizada la única promoción en marcha y ninguna actividad de compraventa de inmuebles ha tenido lugar, y de la lectura de la memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal que forma parte del informe de la administración concursal de 6-10-2008 no resulta ninguna que evidencie que el intento de continuación inicial que afirmaban administradores de la concursa se hubiese traducido en actividad concreta alguna que acarreara para los administradores la complejidad que justifica la no aplicación de la reducción que se combate.
Finalmente el hecho de que cuando fue solicitada la apertura de la liquidación se hallara prácticamente ya concluida la fase común, en nada afecta a la cuestión debatida, pues el arancel, aún reducido, retribuye la totalidad de las operaciones que la administración ha de llevar a cabo.": AAP Zaragoza (Sección 5) 13.07.2010 (Auto 464/2010; Rollo 419/2010)

"PRIMERO.-Son tres los criterios que el Art 34 L.C. establece para determinar la cuantía de los honorarios de la Administración Concursal: la cuantía del activo y del pasivo; el carácter ordinario o abreviado y la previsible complejidad del concurso. Estos elementos han de recogerse en el reglamento arancelario que posteriormente fue aprobado mediante Real Decreto 1859/04, de 6 de septiembre.
En él se establecen los criterios que permiten una aplicación homogénea de aquellas bases legales, facilitando el cómputo exacto de los derechos económicos de los administradores concursales. Entre esos criterios de concreción de ese derecho económico está el recogido en el Art. 5. Contempla la reducción del 25% de los honorarios obtenidos conforme a las bases del art 4 (activo y pasivo), cuando la concursada hubiera cesado o suspendido su actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo.
La razón de ser de esta limitación retributiva es la menor complejidad de la función del A.C.. En efecto, si la concursada no trafica en el comercio o sector en el que lo venía haciendo, el A.C. únicamente habrá de centrarse en la labor concursal propiamente dicha: lograr un convenio o, más comúnmente, una liquidación ordenada. Sin que deba de suplir ni completar las facultades negociales o profesionales de la concursada.
Así lo ha recogido la S.A.P. Madrid, Secc 28, de 29-febrero-2008 y más recientemente, el Auto de esta Secc. 5ª A.P. de Zaragoza, de 13 de julio de 2010 (nº 464).
SEGUNDO.-En el caso presente, ya el Auto de declaración del concurso tiene por pedida la liquidación, lo que resulta altamente incompatible con la continuación de la actividad empresarial de "Construcciones Estarrun".
En todo caso, la prueba de ello le correspondía a la A.C., que tiene todos los datos a su disposición. El hecho de que esté de alta en el I.A.E. o que pertenezca a un grupo de empresas que -al parecer-siga la obra abandonada por la Concursada, no puede servir para aceptar que continúa en su actividad empresarial.": AAP Zaragoza (Sección 5) 26.07.2010 (auto 495/2010; Rollo 458/2010)

AP Ciudad Real

"TERCERO. En segundo lugar se vuelve a intentar por la parte recurrente la reducción retributiva denunciando la omisión de valoración de las circunstancias que expresadas en los artículos 4.2 y 5 del RD 1.860/2.004, debieron motivar el señalamiento de una menor retribución a los administradores concursales, siendo de destacar en cuanto al primer artículo que las circunstancias puestas de manifiesto por la parte recurrente en el recurso en modo alguno pueden venir a empañar o condicionar el hecho cierto y relevante de que la actividad de los administradores sea mucho mayor por el hecho de la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa a los administradores de la cooperativa concursada, incluído el caso de que fueren necesarios asesoramientos externos; y respecto al segundo decir que no se ha acreditado en modo alguno una cesación relevante de la actividad económica de la cooperativa. El motivo ha de claudicar. ":AAP Ciudad Real (Sección 2) 08.06.2010 (Auto 75/2010; Rollo 38/2010)

AP Huelva

"PRIMERO.-Es de aplicación al tema que se somete a nuestra consideración el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los concursales y recoge el Decreto en su artículo 5 que "la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en el artículo anterior se reducirá un 25 % cuando se hubiera cesado o suspendido o cuando cese o se suspenda la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. Si el cese o la suspensión fueran parciales, el juez determinará a su prudente arbitrio el porcentaje de la reducción".
Evidentemente dicha norma está prevista para el supuesto que la empresa llegue "cesada" en su actividad al concurso (total o parcialmente). Para el supuesto que el cese se produzca una vez iniciado el concurso y por tanto la empresa esté actuando "comercialmente hablando" dicha reducción no debe operar "ex legis". Es decir, aquel decremento debe entrar en escena cuando la función de los AACC se limite a la elaboración de su informe (conformando masa activa y pasiva) e intervenir en los correspondientes incidentes pero no cuando ha

debido intervenir constante y reiteradamente la empresa "al continuar la misma en su tráfico mercantil ordinario".
Es decir, el porcentaje de decremento a que se refiere el artículo 5 del RD 1860/2004 está relacionado con la menor complicación que para la administración concursal debería suponer enfrentarse a una situación de cese o suspensión parcial de actividad empresarial que a un funcionamiento ordinario de la misma. Pues bien, ya que la contratación relacionada con la actividad constructora que constituía el objeto principal de la concursada ha seguido funcionando con total normalidad durante un año y siete meses sin verse seriamente afectada y los AACC no sólo han centrado su intervención en otros ámbitos no relacionados con la actividad ordinaria de la empresa sino también en esta, lo adecuado es no realizar ningún decremento por dicha causa.
Sólo podría ser comprensible aquel decremento si el cese en la actividad se produjera ab initio del proceso concursal, aplicando el Juez concursal una reducción no superior al 25 %, bajo su "prudente arbitrio", (como recoge el párrafo 2º del art. 5º para el supuesto de ceses parciales), pero no es este el caso.
En el presente supuesto el "cese en la actividad" de la concursada, se produjo en septiembre de 2009 cuando la declaración de concurso se efectuó en noviembre de 2007. Esto es, la AC ha intervenido las facultades del administrador de la sociedad concursada con el mantenimiento completo de la actividad empresarial durante un año y diez meses (cuando la fase común debe durar, según ley, no más de un año).
De tal modo que si la fase común del concurso debió durar exclusivamente un año y tras la misma abrirse la fase de convenio o liquidación pero la misma se ha alargado fuera de ese período anual y la AC ha seguido interviniendo las facultades de la concursada y esta con su actividad, no resulta lógico que cuando esta cesa (ante la más que inmediata liquidación de la misma por imposibilidad de plantear convenio de acreedores por inviabilidad de cumplimiento de cualquier propuesta en este sentido), se vea afectada la AC en los honorarios que deba percibir con una disminución de los mismos por cese.”: AAP Huelva (Sección 3) 16.09.2011 (Auto 73/2011; Rollo 181/2011)

AP Girona

“En cuanto a la reducción en un 25% de la cuantía de los honorarios en atención a la suspensión de actividad, que la resolución recurrida declara compensada con el aumento ya acordado en idéntica proporción, pretenden los recurrentes que no se produzca en absoluto, de forma que conforme a lo ya razonado quedarían sus honorarios fijados en la cuantía establecida en las resoluciones antes citadas, y ello con base en el hecho de que la suspensión de actividad se produjo prácticamente al final de la fase común.
De lo actuado resulta que el concurso fue declarado el 4/03/09 y la fase común finalizó por auto de fecha 23/09/10. Sostienen los apelantes que el cese de la actividad no fue efectivo hasta los primeros días del mes de septiembre, pues el auto de extinción colectiva de los contratos de trabajo no se dictó hasta el 20/07/10. Discrepamos de las consideraciones de los apelantes, pues el auto acordando la extinción colectiva de los contratos de trabajo de todos los trabajadores señala en el antecedente de hecho SEGUNDO que antes, concretamente el 27/05/10, el juzgado acordó por auto autorizar el cese de la actividad empresarial. La experiencia muestra que no siempre el cese de la actividad coincidirá con la extinción colectiva de los contratos de trabajo, aunque así sería deseable, concretamente en este supuesto resulta claro de lo actuado que dicho cese se produjo algunos meses antes.
Sentado lo anterior resta por determinar, a la vista de lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 1860/2004, si procede la reducción de honorarios acordada en el auto recurrido. El apartado primero de dicho precepto prevé la reducción en un 25% de los honorarios fijados conforme al precepto anterior "cuando se hubiere cesado o suspendido o cuando cese o se suspenda la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor". Es claro que el precepto tiene por finalidad ajustar los honorarios que debe percibir la administración concursal a la actividad real que ha venido desarrollando, por lo que procede su reducción cuando, en atención al cese de la actividad del deudor, ésta resulte ser de menor complejidad. Así las cosas resta por determinar si en supuestos como el presente en que el cese de la actividad se produce una vez iniciada la fase común y antes de que la misma finalice, podrá el juez modular el porcentaje de reducción. El apartado segundo del precepto citado señala para el caso de cese parcial de la actividad del deudor la posibilidad de que el juez determine, a su prudente arbitrio, el porcentaje de reducción que proceda. Es cierto que el precepto parece referirse al cese que afecta sólo a parte de la actividad del deudor, y que en el presente supuesto el cese de la actividad no ha sido parcial si no total, pero ha afectado sólo a una parte de la fase común, por ello apreciando identidad de razón entre uno y otro supuesto, es criterio de esta Sala que, aplicando analógicamente lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 5, debe modularse la reducción de honorarios a fin de ajustarla a la realidad.
En ejercicio de esa facultad de modulación y atendiendo a las circunstancias concurrentes, concretamente: a) fecha de declaración del concurso (4/03/09), b) momento en que se produce el cese de la actividad (27/05/10) y c) fecha de finalización de la fase común (23/09/10) esta Sala entiende que debe fijarse en un 10% el porcentaje de reducción de los honorarios de la administración concursal por razón del cese de actividad.”: AAP Girona (Sección 1) 01.09.2011 (Auto 121/2011; Rollo 133/2011)

AP Barcelona

“Por último, debemos concluir que no procede aplicar a la retribución básica de la administración concursal el decremento previsto en el art. 5 RD, por no resultar acreditado el cese o suspensión, total o parcial, de la actividad del concursado. La administración concursal afirma que no se ha producido tal cese o suspensión, aportando informe provisional sobre los bienes y derechos de la concursada para acreditar la actividad de la

concursada (documento núm. 1 del escrito de oposición al recurso), y no consta el auto de cierre o suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial de la concursada.”: AAP Barcelona (Sección 15) 29.01.2014 (Auto 6/2014; Rollo 369/2013)

4.4 Sobre el incremento por suspensión de facultades del deudor

AP Oviedo

“SEGUNDO : Reducido el debate en esta alzada al visado de la concurrencia de los factores de incremento de la retribución de la Administración concursal contemplados en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, poco ámbito para la discusión cabe admitir en lo que atañe al primero de los motivos en que se centra el recurso, cual es la suspensión de las facultades patrimoniales del concursado. Efectivamente el art. 4-1 del Real Decreto 1860/2004 permite al Juez de lo Mercantil para, a su prudente arbitrio, incrementar hasta un 50 por ciento la cantidad resultante de la aplicación de los porcentajes correspondientes a los valores de la masa activa y de la masa pasiva en aquellos casos en que "el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa", premisa esta última que no concurre en el concurso de "Enol Desarrollos Inmobiliarios, S.A." desde el momento en que la resolución que declaró el concurso expresamente estableció que el concursado habría de conservar tales facultades patrimoniales sin que con posterioridad el Juzgado hubiera dictado ninguna otra resolución en sentido contrario, consideraciones que son suficientes por sí solas para el éxito del recurso en este punto. No cabe argüir en sentido contrario, como sostiene la Administración concursal en su escrito de oposición al recurso, que aún cuando no existió una suspensión de derecho de las facultades patrimoniales del concursado sí operó al menos una suspensión de hecho derivada de la total y manifiesta falta de colaboración del administrador social Don Enrique con la Administración concursal al haberse trasladado dicha persona a México durante la pendencia del procedimiento sin haber facilitado previamente ninguna forma de contacto fiable, pues lo cierto es que la Administración concursal siempre pudo haber solicitado al Juez de lo Mercantil que acordara el cambio de la situación patrimonial que aquí se discute, conforme autoriza el art. 40-4 L.C., en el caso de existir causa justificada para ello, como pudiera serlo en el caso presente el entorpecimiento de la labor ordinaria de gestión de la empresa por la ausencia de la persona del administrador social, nada de lo cual se llevó a cabo. Lo que no cabe admitir es que la Administración concursal opte por no solicitar el cambio de situación patrimonial, rehuyendo así el incremento de cargas, y por consiguiente de la responsabilidad que ello conlleva, y al mismo tiempo pretenda hacer valer la falta de colaboración del concursado como un factor de incremento arancelario, a todo lo cual cabe añadir que el incumplimiento que ahora se denuncia del deber que el art. 42 L.C. impone al deudor de colaboración e información tiene prevista su correspondiente consecuencia jurídica en sede de calificación del concurso (art. 165-2º L.C.) pero nunca en materia de retribución de la Administración concursal.”: AAP Oviedo (Sección 1) 22.12.2011 (Auto 108/2011; Rollo 304/2011)

AP Ciudad Real

“TERCERO. En segundo lugar se vuelve a intentar por la parte recurrente la reducción retributiva denunciando la omisión de valoración de las circunstancias que expresadas en los artículos 4.2 y 5 del RD 1.860/2.004, debieron motivar el señalamiento de una menor retribución a los administradores concursales, siendo de destacar en cuanto al primer artículo que las circunstancias puestas de manifiesto por la parte recurrente en el recurso en modo alguno pueden venir a empañar o condicionar el hecho cierto y relevante de que la actividad de los administradores sea mucho mayor por el hecho de la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa a los administradores de la cooperativa concursada, incluído el caso de que fueren necesarios asesoramientos externos; y respecto al segundo decir que no se ha acreditado en modo alguno una cesación relevante de la actividad económica de la cooperativa. El motivo ha de claudicar. “: AAP Ciudad Real (Sección 2) 08.06.2010 (Auto 75/2010; Rollo 38/2010)

AP Girona

“Es cierto como argumentan los apelantes que la previsión del art. 4 en relación con el incremento de los honorarios para el caso de que se acuerde la suspensión de facultades de los administradores tiene por finalidad compensar el mayor volumen de trabajo que ello viene a suponer para el administrador concursal respecto de aquellos supuestos en que el deudor tiene sus facultades intervenidas y no suspendidas. El Real Decreto parte de la consideración de que la regla general será la intervención de facultades y no la suspensión, de tal forma que prevé un incremento de los honorarios que compense ese mayor volumen de trabajo. Lo que no es cierto, al contrario de lo que pretenden los recurrentes, es que dicho incremento deba ser necesariamente de un 50%, la norma es clara cuando fija el porcentaje del 50% como límite máximo y somete la determinación exacta del que corresponda al "prudente arbitrio" del juez.
El auto recurrido señala que al realizar el cálculo de los honorarios resultan compensados los conceptos referidos en los artículos 4.2 y 5 del Real Decreto, es decir, atendiendo a que las concursadas suspendieron la actividad, el aumento de retribución que correspondería a los Administradores Concursales por la suspensión de facultades de los Administradores Sociales, deberá compensarse con la disminución que por ese mismo concepto prevé el citado texto legal para la suspensión de actividad.

Respecto de la primera cuestión planteada, esto es, si habida cuenta la suspensión de facultades de los administradores sociales de las concursadas deben incrementarse los honorarios de los administradores concursales en un 50% en lugar del 25% que acuerda la resolución recurrida, debe ser resuelta desestimando el recurso y manteniendo el incremento acordado en un 25%. Y ello porque a la vista de la propuesta de honorarios presentada por los administradores recurrentes el juzgado ya fijó el incremento en dicho porcentaje en autos que no fueron recurridos, así para TANCAMENTS por auto de 8/06/09 (folio 44), para Gestio COTEC por auto de 31/07/09 (folio 81) y para MAJORAM por resolución de la misma fecha (folio 81). La decisión de incrementar en un 25% la retribución de los administradores concursales fue consentida por éstos que no pueden ahora pretender su modificación sin aportar hechos o datos nuevos que permitan tener por acreditado que la dificultad derivada de la suspensión ha resultado finalmente ser superior a la que en su día se previó en la resolución que consintieron.
AAP Girona (Sección 1) 01.09.2011 (Auto 121/2011; Rollo 133/2011)

AP Sevilla

"Primero.- La sociedad concursada recurre el auto que fija los honorarios de los administradores concursales tras el cierre de la fase común alegando, en esencia, que no procede incrementar los honorarios de la administración concursal en el 50 % que prevé el artículo 4.2 del Real Decreto 1860/2004, y, por ello, el incremento previsto en el artículo 6.1, apartados a) y c) ha de hacerse sobre la base obtenida de aplicar a la masa activa y pasiva lo previsto en el artículo 4, apartados 1 y 4, de dicha norma, excluido el incremento del apartado 2.
Segundo.- Según el tenor literal del artículo 4.2 "si el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, el juez, a su prudente arbitrio, podrá incrementar hasta un 50 por ciento la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en el apartado anterior". Arbitrio, en materia judicial, según la definición que da la 22ª edición del Diccionario de la Lengua Española, es la facultad que la ley deja a los jueces para la apreciación de circunstancias o para la moderación de sus decisiones. Prudente, según el mismo diccionario, significa que ha de tener prudencia al tomar la decisión, es decir actuar con moderación, cautela, sensatez y buen juicio.
El único requisito objetivo que establece la Ley por tanto es que el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, por lo que el fundamento de ese incremento de la retribución no es otro que la mayor carga de trabajo que para la administración concursal supone esta circunstancia. Los criterios a los que alude la parte apelante, tales como la "calidad" del trabajo de la administración concursal o lo desacertado de alguna de sus decisiones, además de responder a valoraciones subjetivas, parciales e interesadas de la apelante que no puede prevalecer sobre el imparcial criterio del Juez de lo Mercantil, y de carecer de un apoyo probatorio sólido, no son criterios que se tengan en cuenta en la Ley para la fijación de ese incremento.
Más concretamente, el no desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal, conforme exige el artículo 35 de la Ley Concursal, que es en definitiva lo que imputa la apelante, no es causa para disminuir la retribución, sino para separar a los administradores conforme permite el artículo 37 de dicha Ley. En definitiva, frente a un comportamiento negligente de los administradores concursales no cabe otra sanción que su inmediata separación, no previendo la Ley otro tipo de medidas intermedias como la disminución de su retribución. Por el contrario no cabe retribuir a los administradores si no desempeñan su tarea con la diligencia exigida en la Ley, respondiendo la cuantía de la retribución a otros criterios que parten en todo caso de una administración diligente.
Por lo demás no sólo concurre el requisito objetivo exigido por el artículo 4.2, sino que es pública y notoria la gravedad de los motivos que llevaron a la suspensión de las facultades de administración y gestión de la concursada, hasta el punto de dar lugar a la incoación de un proceso penal pendiente aún de resolución, lo que indudablemente es una circunstancia que exige mayor dedicación e intensidad en su trabajo a los administradores concursales cuando se trata de una empresa de la dimensión y características de la concursada. Todo ello debe llevar a la conclusión de que el Juez ha utilizado la facultad que le concede la Ley de forma prudente, por lo que su decisión debe ser mantenida.": AAP Sevilla (Sección 5) 11.05.2012 (Auto 80/2012; Rollo 8616/2011)

4.5 Sobre el Incremento por aprobación judicial de convenio anticipado

AP Vizcaya

"II. Incremento por aprobación judicial de convenio anticipado-Art. 7.
En el escrito de interposición del recurso se aduce que las concursadas no han tenido actividad alguna durante la tramitación del concurso y que las mismas contaban únicamente con tres trabajadores, datos que no se cuestionan en el escrito de la administración concursal, y, por otra parte, la administración concursal aduce que el Administrador de las sociedades causó baja por depresión durante la tramitación del concurso, lo que comportó un trabajo añadido, y que los convenios se suscribieron en condiciones muy ventajosas para los acreedores -sin quita-, se considera procedente aplicar un incremento del 10% sobre la retribución que corresponde por cada uno de los concursos.": AAP Vizcaya (Sección 4) 28.02.2011 (Auto 128/2011; Rollo 799/2010)

4.6 Sobre el complemento de retribución por incremento neto del valor de la masa por el ejercicio de acciones de reintegración

4.6.1 "... acciones de reintegración"

AP Madrid

"PRIMERO. El auto recurrido fija la cantidad complementaria de retribución que corresponde a cada uno de los miembros de la Administración Concursal por el ejercicio de acciones de reintegración que supusieron un incremento de la masa activa por importe de setenta y tres millones quinientos quince mil ochocientos sesenta euros con sesenta y un céntimos de euro (73.515.860,61 EUROS). De esta cantidad, corresponde un uno por ciento a la aplicación del complemento de retribución, es decir, setecientos treinta y cinco mil ciento cincuenta y ocho euros con sesenta y un céntimos de euro (735.158,61 EUROS), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, precepto del siguiente tenor:
Además de las cantidades que correspondan por aplicación de lo establecido en los artículos anteriores, cada uno de los administradores concursales profesionales tendrá derecho a percibir el uno por ciento del incremento neto del valor de la masa por el ejercicio de acciones de reintegración por parte de la administración concursal. Para el administrador concursal no profesional el porcentaje será del 0,50 por ciento.
Como antecedentes de la resolución recurrida hemos de tener en cuenta los siguientes:
El Informe elaborado por la Administración Concursal de PLODER UICESA, S.A.U. consideró que las operaciones de compensación realizadas entre la concursada y las mercantiles PLODER CONCESIONES, S.A.U., de un lado, y GRUPO EMPRESARIAL PLODER, S.L.U., de otro, tuvieron su origen en una serie de actuaciones preparatorias llevadas a cabo entre la concursada y los dos citadas sociedades de su grupo, ante la inminencia de la declaración de concurso, con el fin de evitar los efectos de la declaración de subordinación sobre los créditos de PLODER CONCESIONES, de un lado, y GRUPO EMPRESARIAL PLODER, de otro, por su condición de personas especialmente relacionadas con la concursada. Al entender incorrectas las compensaciones, procedió a incluir en el inventario de bienes y derechos los correspondientes derechos de crédito que ostentaba la concursada y a reflejar en la lista de acreedores los respectivos créditos de las citadas entidades, PLODER CONCESIONES, y GRUPO EMPRESARIAL PLODER.
Esta actuación dio lugar a la interposición de diversas demandas incidentales derivadas unas de la compensación realizada entre la concursada y PLODER CONCESIONES, (incidentes núm. 512/2010, promovido por PLODER CONCESIONES, y núm. 603/2010, promovido por la concursada) y otras de la compensación realizada entre la concursada y GRUPO EMPRESARIAL PLODER (incidentes núm. 515/2010, promovido por GRUPO EMPRESARIAL PLODER y núm. 596/2010, promovido por la concursada). Todos los incidentes promovidos por la concursada y las sociedades de su grupo se basaban en que la Administración Concursal había actuado incorrectamente, puesto que, al no reconocer las compensaciones, procedía a la inclusión de respectivos créditos a favor de la concursada, créditos que no formaban parte de la relación de bienes y derechos aportada con la solicitud, ni se desprendían de su contabilidad, en tanto lo reflejado en la misma fueron las operaciones de compensación, ni habían sido puestos de manifiesto en el concurso.
La Administración concursal se allanó a las pretensiones ejercitadas a través de las demandas incidentales de impugnación, de modo que se excluyó del inventario el crédito que ostentaba la concursada contra PLODER CONCESIONES, por importe de 60.357.967,61 euros y se excluyó el crédito que como de dicha entidad figuraba en la lista de acreedores, por importe de 61.035.277,06 euros. Del mismo modo fue excluido del inventario el crédito que ostentaba la concursada contra GRUPO EMPRESARIAL PLODER, por importe de 13.157.893 euros y se excluyó de la lista de acreedores el crédito que como de dicha entidad figuraba por importe de 13.157,893 euros.
Ante la eficacia de las referidas compensaciones, la Administración Concursal procedió a ejercitar dos acciones de reintegración contra PLODER CONCESIONES y GRUPO EMPRESARIAL PLODER respectivamente, además de la concursada. A tal efecto se siguieron incidentes concursales bajo los números 906/2010 y 907/2010.
El Juzgado de lo Mercantil dictó dos sentencias de fecha 18 de noviembre de 2010 ambas.
La primera, correspondiente al incidente núm. 906/2010, sustanciado contra PLODER CONCESIONES y la concursada, estimó la demanda interpuesta por la administración concursal y acodó rescindir la compensación de saldos acreedor y deudor, incluyendo en consecuencia en el inventario de bienes y derechos un crédito de la concursada frente a PLODER CONCESIONES por importe de 60.357.967,61 euros y a reconocer en la lista de acreedores un crédito a favor de PLODER CONCESIONES, con la calificación de subordinado, por importe de 61.035.278,77 euros.
La segunda, correspondiente al incidente núm. 907/2010, sustanciado contra GRUPO EMPRESARIAL PLODER y la concursada, estimó la demanda declarando la ineficacia de la compensación efectuada entre ambas sociedades, incluyendo en consecuencia en el inventario de bienes y derechos un crédito de la concursada frente a GRUPO EMPRESARIAL PLODER por importe de 13.157.893,00 euros y a reconocer en la lista de acreedores un crédito a favor de GRUPO EMPRESARIAL PLODER, con la calificación de subordinado, por importe de 13.157.893,00 euros.
Ambas sentencias adquirieron firmeza. De las mismas resultó un incremento de la masa activa por la suma total de 73.515.860,61 euros, por lo que la Administración Concursal solicitó que se fijase retribución complementaria con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del Real Decreto 1860/2004, que dio lugar al auto

recurrido, por el que se fija la cantidad complementaria derivada del ejercicio de acciones de reintegración a favor de cada uno de los miembros de la Administración Concursal.
SEGUNDO. Frente a la citada resolución se alza el recurso interpuesto por la concursada PLODER UICESA, S.A.U.
El primero de los motivos se funda en que no nos encontramos ante una acción de reintegración, sino ante un incidente concursal previsto en el artículo 58 LC por la existencia de una compensación controvertida. Al tratarse de incidentes que se distinguen de las acciones de reintegración reguladas en el artículo 71 LC, no puede aumentarse la retribución de la Administración Concursal al amparo del artículo 11 RD 1860/2004, de 6 de septiembre, que tiene como presupuesto un incremento neto de la masa derivado de estas acciones de reintegración. Considera la apelante que, a pesar de que la Administración Concursal y las sentencias dictadas en los incidentes promovidos por la misma hablan de acciones de reintegración, esta "mera denominación" no permite considerarlas como tales en sentido estricto, puesto que "tampoco se cumplen los presupuestos que menciona el artículo 71 LC ".
En su escrito de oposición al recurso, sostiene la Administración Concursal que no se discutían los requisitos de la compensación, de modo que no se planteó ninguna controversia sobre esta cuestión, sino que se ejercitaron las correspondientes acciones de reintegración con base en el artículo 71 LC, y precisamente el Juzgado consideró que las compensaciones debían ser declaradas ineficaces por su carácter perjudicial para la masa.
El motivo en el que se funda el recurso resulta insostenible. Hay que recordar que la propia concursada, hoy recurrente, sustentó los incidentes promovidos inicialmente frente a la actuación de la Administración Concursal, en que no tuvo ésta en cuenta las compensaciones efectuadas y que no podía proceder de ese modo, incluyendo los respectivos créditos a favor de la concursada, créditos que no formaban parte de la relación de bienes y derechos aportada con la solicitud, ni se desprendían de su contabilidad, en tanto lo reflejado en la misma fueron las operaciones de compensación, ni habían sido puestos de manifiesto en el concurso. El argumento que entonces hizo valer es que "Solamente mediante el ejercicio de las acciones de reintegración, previstas en el artículo 71 y siguientes de la Ley Concursal, una vez resueltas judicialmente, quedaría habilitada la Administración Concursal para realizar estas operaciones de incorporar derechos en el Inventario de Bienes y Derechos y créditos en la Lista de Acreedores".
Pues bien, esto es lo que hizo la Administración Concursal, promover las correspondientes acciones de reintegración. Así consta con toda claridad en las sentencias dictadas en ambos incidentes (núms. 906/2010 y 907/2010), que incluso dedican extensa fundamentación a analizar los requisitos de las acciones de reintegración y de los actos objeto de rescisión, estimando las demandas interpuestas.
Atendiendo a las circunstancias expuestas, no puede la Sala ignorar lo resuelto en sentencias firmes que dieron lugar a la rescisión de las operaciones de compensación efectuadas entre empresas del grupo. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010 en relación a la existencia de procedimientos judiciales previos que inciden en la cuestión debatida:
"[.] llevada la cuestión al plano constitucional - el de la efectividad de la tutela judicial que consagra el artículo 24, apartado uno, de la Constitución Española -hemos de recordar con las sentencias del Tribunal Constitucional números 231/2.006, de 17 de julio (RTC 2006, 231), y 208/2.009, de 26 de agosto (RTC 2009, 208), que la carencia de efectividad de la protección judicial que supone la desatención a la eficacia de la cosa juzgada, puede producirse no sólo con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurran las identidades propias de aquélla, sino también cuando hay un desconocimiento de lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en las normas procesales. Se busca salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla."
Como es obvio, tampoco cabe discutir aquí los requisitos de las acciones de reintegración, cuestión ésta que fue objeto de pronunciamiento en sentencias firmes.
Por otra parte es evidente que la controversia no se suscitaba en relación a los requisitos de la compensación, sino a la existencia de actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor. Las propias sentencias dictadas en los citados incidentes destacaban que "el artículo 58 de la LC, ubicado en materia de efectos sobre los contratos, en modo alguno prejuzga ni excluye el carácter perjudicial de la operación desde la óptica del art. 71 y por ende su rescindibilidad".
En coherencia con lo expuesto, por último, los pronunciamientos de dichas resoluciones dieron lugar a la rescisión pretendida.”: AAP Madrid (Sección 28) 23.01.2012 (Auto 7/2012; Rollo 232/2011)

4.6.2 “... incremento neto del valor de la masa”

AP Madrid

“TERCERO. Se alega como segundo de los motivos en que se sustenta el recurso que a consecuencia de la declaración de ineficacia de las compensaciones no se ha producido ningún incremento neto del valor de la masa. Según la apelante, el incremento neto al que se refiere el artículo 11 del RD 1860/2004 para dar lugar a la retribución complementaria debe calcularse teniendo en cuenta no solo el inventario de bienes y derechos sino la lista de acreedores -masa activa y pasiva- y considera que esto es tan obvio que así lo ha reconocido la doctrina que cita. Según la recurrente, no se ha producido ese incremento neto de la masa e incluso podría dudarse del valor de los créditos a favor de la concursada incluidos en el inventario de bienes y derechos,

puesto que PLODER CONCESIONES y GRUPO EMPRESARIAL PLODER podrían entrar en causa de disolución o solicitar la declaración de concurso. Concluye señalando que en este caso el resultado de las acciones de reintegración es el mantenimiento del neto patrimonial.
Señala la Administración Concursal en su escrito de oposición que la finalidad de las acciones de reintegración no es otra que evitar que los deudores concursados adopten todo tipo de estrategias destinadas a detraer de la masa activa determinados bienes a fin de ponerlos fuera del alcance de sus acreedores, y su objeto es declarar la ineficacia de los actos de disposición del concursado perjudiciales para la masa activa. La retribución de los administradores se fija partiendo del valor de la masa activa y de la masa pasiva, así como en función de la complejidad del procedimiento. La finalidad de la retribución complementaria es premiar a los administradores concursales por el ejercicio de acciones de reintegración que hayan supuesto la reintegración en la masa activa determinados bienes o derechos. Cuando la Ley Concursal se refiere al concepto de masa sin identificar entre activa y pasiva, por tal concepto se entiende el conjunto de bienes y derechos del deudor, como ocurre con los créditos contra la masa, que se refieren a la masa activa - art. 154 LC -. De este modo se emplea dicho concepto en el artículo 11 RD 1864/2004, citando al respecto el Informe emitido por el C.G.P.J. de fecha 7 de julio de 2004 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establecía la retribución de los administradores concursales, o el término masa que se utiliza en la Ley alemana de insolvencias (parágrafo 35). Por incremento neto habría que entender el importe final una vez deducidos descuentos y gastos, que no debe ser asimilado al término "patrimonio neto". El incremento neto al que alude el art. 11 del RD es la diferencia entre el valor del activo reintegrado y el crédito contra la masa a favor de la contraparte del acto impugnado, como ha señalado la doctrina citada por el propio recurrente. Las acciones de reintegración han supuesto un incremento de la masa activa por importe de 73.515.860,61 euros, aumentando las expectativas de los acreedores.
Tanto en la legislación anterior a la vigente Ley Concursal como en dicha Ley, la apertura del procedimiento concursal origina la formación de dos masas, activa y pasiva. La masa activa está integrada por el patrimonio destinado a la satisfacción de los acreedores, y su composición se contempla en el artículo 76.1 LC, quedando constituida por los bienes y derechos que se incluyen en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. La masa pasiva se constituye por los créditos contra el deudor común que no tengan la consideración de créditos contra la masa - artículo 84.1 LC -.
Tradicionalmente la retribución de los órganos de la quiebra se efectuaba con cargo a la masa, entendiendo como tal la masa activa, es decir, el conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor, y lo mismo sucede en la Ley Concursal -artículo 34.1-. La retribución del depositario (art. 1.056 CCo de 1829) se componía de las dietas fijadas por el juez y de la comisión de un medio por ciento sobre las cantidades que hubiera recaudado y, en consecuencia, a partir de la actuación realizada en favor de la masa activa. Los síndicos eran retribuidos por medio de comisiones (art. 1.078 CCo. de 1829), en función de determinados porcentajes sobre las cobranzas, productos de las ventas de mercaderías y ventas y adjudicaciones de bienes inmuebles o pertenencias.
La retribución de los administradores concursales se determina mediante un arancel - artículo 34.2 LC -que atenderá a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos o a su previsible complejidad. Es de observar que en ningún momento la retribución se determina sobre la diferencia de activo y pasivo, ni se introduce ningún concepto de masa distinto de la masa activa o de la masa pasiva.
El preámbulo del RD 1860/2004 reitera que el arancel atiende a la cuantía del activo concursal y a la cuantía del pasivo. Añade importantes matizaciones al respecto:
"El cálculo de la base de la retribución de los administradores concursales se realiza mediante la suma de dos cantidades distintas: en primer lugar, la que resulta de aplicar al valor de la masa activa los porcentajes decrecientes que se fijan en el arancel; y, en segundo lugar, la que resulta de aplicar al valor de la masa pasiva los también porcentajes decrecientes igualmente establecidos en dicho arancel. Pero, en el sistema concursal que se instaura, para ese cálculo, más importante que el número de acreedores o que la cuantía de los créditos reconocidos se considera que es el conjunto de bienes y derechos que integran la masa activa, en cuanto patrimonio afecto a la satisfacción de la colectividad crediticia" (énfasis añadido)
El criterio expuesto es el que se aplica a la retribución complementaria.
En muchas ocasiones la Ley Concursal se refiere a la masa sin añadido alguno. El propio artículo 34, al determinar la retribución de los administradores concursales, señala en su apartado primero que éstos "tendrán derecho a retribución con cargo a la masa". En otros preceptos se utilizan indistintamente los términos "masa activa" y "masa", como en los artículos 47 y 154 LC. Las menciones a la masa se reiteran en los artículos 54 (deudas de la masa) 61, 62, 68, 70, 83, 87 y 155 (con cargo a la masa), sin ánimo de ser exhaustivos. En todos los supuestos en que se utiliza el término masa, la Ley se refiere a la masa activa, es decir, a los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor.
La mención, por tanto, al valor de la masa que se efectúa en el artículo 11 RD 1860/2004, se refiere a la masa activa, no a la diferencia entre masa activa y masa pasiva, como si se introdujese un tertium genus, una especie de masa neta.
Por otra parte el incremento neto de la masa activa no es sino la diferencia entre los bienes y derechos que se integran en el patrimonio del deudor a consecuencia de las acciones de reintegración y el crédito contra la masa (activa) que hubiera de satisfacerse de forma simultánea al tercero demandado (artículo 73.3 LC). Hay que tener en cuenta además que las acciones de reintegración no tienen como consecuencia, en todo caso, que la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados deba satisfacerse con cargo a la masa, puesto que el acreedor de mala fe verá como su crédito se considerará crédito concursal subordinado. Sin

embargo, a pesar de ello, la retribución complementaria no se fija atendiendo al incremento de la masa pasiva, sino exclusivamente al resultado (incremento neto) que produzcan las acciones de reintegración en la masa activa. Esta especial atención a la masa activa es la que también se destaca en el preámbulo del RD 1860/2004, de manera que no cabe duda alguna del criterio establecido para la fijación de la retribución complementaria.
En consecuencia, el citado RD no contempla dicha retribución complementaria sino desde la perspectiva de la masa activa y la incidencia que para la misma han supuesto las acciones de reintegración. Por otra parte, el valor que se otorgue a los bienes o derechos que se integran en la masa activa no puede hacerse depender de una hipótesis, como es que los deudores puedan ser declarados en concurso, como pretende la apelante y, en cualquier caso, a los efectos de fijar la retribución complementaria, debe atenderse a la valoración que corresponda al momento de la reintegración.
El motivo debe ser desestimado.
CUARTO. Como tercero de los motivos en que se sustenta el recurso se alega que no existe variación patrimonial entre el informe provisional de la Administración Concursal y los textos definitivos a presentar como consecuencia de la anulación de compensaciones.
Señala al respecto la Administración concursal que en el inventario de bienes y derechos realizado por la Administración Concursal se incluían unos derechos de crédito a favor de la concursada frente a PLODER CONCESIONES (60.357.967, 61 euros) y GRUPO EMPRESARIAL PLODER (13.157.893 euros). Como consecuencia de los incidentes sustanciados a consecuencia de la impugnación del inventario y la lista de acreedores, se ordenó la exclusión del inventario de dichos créditos y a resultas de las acciones de reintegración se incrementa la masa en la suma que sirve de base para fijar la retribución.
El motivo se desestima puesto que el derecho a la retribución complementaria se sustenta sobre dos presupuestos: el ejercicio de acciones de reintegración por la Administración Concursal y el incremento neto del valor de la masa, conforme establece el citado artículo 11 RD 1860/2004. Ambos presupuestos, como hemos tenido ocasión de comprobar, concurren en este caso.": AAP Madrid (Sección 28) 23.01.2012 (Auto 7/2012; Rollo 232/2011)

4.7 Sobre el incremento del art.4.5 RD para los supuestos de estructura unipersonal del órgano de administración concursal.

AP Barcelona

"El auto recurrido aplica en su grado máximo el incremento variable de entre un 5% y un 25%, previsto en el art. 4.5 RD, para los supuestos de estructura unipersonal del órgano de administración concursal. La justificación de esa previsión de incremento puede encontrase en el previsible incremento de complejidad en el desempeño del cargo al recaer todas las competencias sobre una misma persona, cuando como regla general se preveía legalmente una administración concursal colegiada integrada por tres miembros. Con la modificación de la LC, operada por la Ley 38/2011, por la que se invierte la norma general que pasa a ser la de una administración concursal de estructura unipersonal, la aplicación del aumento por ese factor se mantiene pero su aplicación debe tener en cuenta la norma vigente. La aplicación de una cuantía concreta de aumento dentro de los límites porcentuales que prevé la norma reglamentaria debe justificarse por la concurrencia de las circunstancias del caso concreto que comportan una mayor complejidad y esfuerzo a la labor del administrador concursal único. En el supuesto enjuiciado, se ha solicitado por la actora y fijado por el auto recurrido un incremento del 25 % sin ningún tipo de justificación más que la concurrencia del supuesto de estructura unipersonal de la administración concursal. Es por ello, que ante la falta de justificación sólo procede aplicar el aumento en su grado mínimo, esto es en un 5%. Por consiguiente, a la cantidad base de 23.256,72 euros debe aplicarse un incremento del 5%, que arroja la cantidad de 1.162,836 #, que sumada a la cantidad base resulta un total de 24.419,556 euros. ":AAP Barcelona (Sección 15) 29.01.2014 (Auto 6/2014; Rollo 369/2013)

"SEGUNDO.4. A tenor del art. 4.5 del RD 1860/2004, "en el caso de que el juez hubiera ordenado la tramitación abreviada del concurso, la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en este artículo se incrementará entre un 5 por 100 y un 25 por 100 si la administración concursal estuviera integrada por un único miembro".
En el informe inicial del AC no se ofrecían razones para la estimación del grado máximo de incremento (el 25 %), que fue aceptado por el juez del concurso sin específica motivación. Esta carencia argumental justifica el recurso de apelación ya sea simplemente para pedir explicaciones, habida cuenta del estrecho cauce procesal en el que la LC ha querido ventilar esta materia.
6. Las razones que justificarían tal grado de incremento son expuestas por el AC en el escrito de oposición al recurso: el trabajo a desarrollar y la consiguiente retribución alcanza a la tramitación de cuatro concursos, correspondientes a cuatro sociedades integrantes del mismo grupo, cuyo pasivo conjunto supera los 176 millones de euros; hay activos en diferentes comunidades autónomas y en el extrajero a través de sociedades participadas (así en Bulgaria y en Italia); los concursos se han planteado en un escenario de continuidad de la actividad con un accionista de referencia (Agrupació Mutua) que se encontraba bajo un régimen de intervención por la Dirección General de Seguros; las sociedades carecen de medios materiales y humanos suficientes para la gestión del grupo societario y ha negociado una refinanciación bancaria del grupo de elevado importe global, lo que ha motivado una exhaustiva revisión de todas las operaciones directas y cruzadas, dando lugar a la rescisión de diversas garantías constituidas sobre obligaciones preexistentes.

Tales circunstancias, sentado el presupuesto de la tramitación abreviada y la unipersonalidad del órgano, justifican, en prudente estimación, la aplicación de un cierto grado de incremento dentro del margen previsto por la norma, pero no del grado máximo, que habría de quedar reservado para supuestos especialmente complejos. Por ello creemos razonable la aplicación de un grado medio, que fijamos en un 15 %, y habida cuenta que, conforme a la norma reglamentaria, también resultan aplicables otros incrementos en atención a factores de complejidad.": AAP Barcelona (Sección 15) 01.10.2014 (Auto 106/2014; Rollo 216/2014)

5. Reducción del importe resultante del arancel. Escasa complejidad. Prorcionalidad

Tribunal Supremo

"FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*
1.- Por auto de 6 de julio de 2007, el Juzgado de 1.ª Instancia n.° 12 y Mercantil de Valladolid declaró el concurso de la sociedad Jesús Herrero, S.L., y, conforme al sistema de administración concursal trimembre vigente en esa fecha, nombró administradores concursales a: D. Teofilo, economista; D. Hipolito, abogado; y la acreedora Carpintería Eduardo, S.L., que designó para el desempeño del cargo a D. Rodrigo.
2. El Sr. Rodrigo reclamó a la concursada el pago, como crédito contra la masa, de la suma de 79.045,98 €, más el IVA y menos la retención por IRPF. Dicha cifra se correspondía con el primero de los dos plazos de la retribución de la fase común del concurso que, para cada uno de los administradores, se fijó de manera definitiva, mediante auto de 10 de julio de 2009, en 158.091,96 €.
3. A dicha pretensión se opusieron tanto los otros dos administradores concursales, como la entidad concursada, que solicitaron su desestimación o, subsidiariamente, la reducción de la retribución reclamada, para adecuarla al trabajo realmente desempeñado en el concurso por el demandante.
4. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y redujo en un 50% la retribución reclamada, al considerar que cuando fue nombrado el administrador demandante para el cargo, no reunía los requisitos exigidos por el art. 27.1.2 ° y 3° LC, por lo que tenía una desigual cualificación profesional y una menor capacidad operativa en relación con los otros dos administradores. Lo que había lastrado la efectividad de la gestión mancomunada y provocado que el trabajo no estuviera distribuido equitativamente entre los miembros de la administración concursal**.** Asimismo, enumeró las tareas que había desempeñado el administrador demandante, que calificó en su mayoría como de índole material, de pura gestión, escasa complejidad y para las que no se requería una especial cualificación. Por lo que concluyó que estaban debida y suficientemente retribuidas con el 50% de la suma que resultaba de la mera aplicación del arancel.
5.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. En relación con las actividades desempeñadas por el administrador concursal recurrente, consideró acreditado que: (i) Mantuvo algunas reuniones -no más de tres o cuatro- con los trabajadores de la concursada, al inicio del procedimiento concursal**,** para negociar el primer expediente de regulación de empleo; (ii) Al principio del procedimiento, iba por la fábrica un día a la semana, luego una vez cada quince días y posteriormente volvió a tener una presencia más frecuente en el recuento de existencias; (iii) Mantuvo en solitario dos reuniones con un grupo numeroso de acreedores y concertó otras dos citas con representantes de dos entidades de crédito, pero sin que conste ningún resultado fructífero para la concursada; (iv) Realizó varios viajes también en solitario -cuatro o cinco como máximo-, para negociar con varios deudores de la concursada la posibilidad de cobro de los créditos que tenía frente a los mismos; (v) Se reunió con algunos clientes para lograr financiación y estuvo presente en alguna reunión con un despacho de abogados; (vi) Asistió al acto de la vista en numerosos incidentes concursales, pero con una intervención meramente pasiva, puesto que fue el administrador letrado quien preparó la defensa de las pretensiones correspondientes y quien intervino activamente en dichos procedimientos; (vii) Intervino en la formación del inventario de existencias y maquinaria, pero tomando como base las listas facilitadas por la concursada y con la colaboración del personal de ésta; (viii) Durante los cuatro o cinco primeros meses, controló operaciones de mudanza, limpieza, retirada de oficinas, remisión de mercancía a la central de compras, etc.., y participó en las tareas materiales de envío de las cartas-comunicaciones de los créditos reconocidos a los diferentes acreedores. Y concluye la Audiencia Provincial:
«En definitiva, asistió en el mejor de los casos a unas veinte o veinticinco reuniones de negociación con trabajadores, bancos, acreedores, clientes, proveedores y central de compras, unas en solitario, otras colegiadamente junto a los otros dos integrantes de la administración concursal y al menos en una ocasión junto a otro. Asistió a los juicios de incidentes concursales, pero sin más participación en los mismos que su mera presencia, y realizó tareas de inventario de parte de la masa activa, la relativa a existencias, maquinaria e instalaciones, así como participó en el envío y control de mercancía, limpieza, venta de chatarra, etc... Todo ello fundamentalmente en un periodo concentrado de unos cinco o seis meses máximo, explicando el director financiero de la concursada al testificar que toda la operativa financiera y económica de la entidad se entendía en el día a día con los otros dos miembros de la administración concursal**,** que siempre estaban disponibles. En su consecuencia la retribución fijada con carácter definitivo resulta claramente excesiva y desproporcionada para esas tareas realizadas por el recurrente, tanto desde el punto de vista cuantitativo o de dedicación temporal a las mismas cuanto desde el cualitativo, sin que quepa comparación en ambos aspectos con el trabajo desempeñado por los otros dos administradores concursales, detallados en el hecho II 2) de su contestación a la demanda y que gozan del correspondiente reflejo en los autos. Consideramos por tanto no se evidencia haya incurrido el juzgador en error alguno al valorar la prueba ni al ponderar su resultado, apreciando la concurrencia de esa justa causa que

aconseja minorar a la mitad la retribución litigiosa, pues con ello encuentra suficiente y proporcionada satisfacción la tarea desempeñada por el recurrente»

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Motivos del recurso de casación. Identidad de planteamiento.*

1.- El recurso se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, y se desglosa en dos motivos. En el primero, se denuncia la infracción del art. 34 LC y del art. 2 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre. En el segundo, sin plantearse una infracción diferente, se justifica el interés casacional, alegando la existencia de resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales: en igual sentido que la sentencia recurrida, la de la Audiencia Provincial de Girona -Sección 1ª- de 6 de noviembre de 2007; y en sentido contrario, las de las Audiencias de Barcelona - Sección 15 ª- de 11 de octubre de 2012, y de Salamanca -Sección 1ª- de 19 de noviembre de 2011.

2. En el desarrollo de ambos motivos se alega resumidamente que la sentencia recurrida utiliza un criterio de retribución diferente al previsto en el mencionado art. 34 LC y desarrollado en el Arancel, que exige que se atienda a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la existencia de acumulación de concursos o a su complejidad y a la regla de identidad, por lo que la remuneración ha de ser igual para todos los integrantes del órgano concursal**.**

3. Dada la identidad de planteamiento de ambos motivos de casación, se resolverán conjuntamente.

TERCERO.- *Modulación de los honorarios de la administración* ***concursal****.*1. Una de las características que debe informar cualquier procedimiento concursal es que el coste del propio procedimiento sea ajustado al objetivo principal que se persigue, la mayor y más equitativa satisfacción de los acreedores ordinarios, lo que no puede producirse si dicho coste es tan elevado que consuma buena parte de los -por definición escasos- recursos que existen para lograr esa satisfacción. Cuestión que no es nueva y que ya preocupaba con la anterior legislación, puesto que las entonces denominadas «deudas de la masa» repercutían sobre los créditos contra el quebrado, hasta el punto de poder llegar a hacerlos totalmente incobrables, en el caso de que los bienes no fueran bastantes para cubrir su importe (véanse las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 1952, 2 de octubre de 1953 y 8 de julio de 1955). Y aunque, ciertamente, son varios los aspectos de la legislación concursal que dificultan esa finalidad de satisfacción de los acreedores concursales, uno de los que mayor impacto tiene en el coste del concurso es el de las retribuciones que perciben los profesionales que intervienen a lo largo del proceso.

2. En el ámbito legislativo ya se ha tomado conciencia del problema y ha habido varias reformas tendentes a esta reducción de costes, que si bien son posteriores a la fecha de nombramiento del recurrente como administrador concursal**,** sirven de orientación para la resolución del recurso. En lo que respecta a los honorarios de los profesionales integrantes de la administración concursal**,** el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, reformó el régimen de la retribución de la administración concursal**,** aunque parcialmente quedara pendiente de una norma reglamentaria. Para ello, fijó las reglas a las que debía ajustarse el arancel de derechos de los administradores concursales, imputó los honorarios de los expertos independientes a la retribución de la administración concursal y, respecto a la determinación de las actuaciones del letrado administrador concursal que deben entenderse incluidas en esa condición, estableció que la dirección técnica de los recursos e incidentes se entenderá incluida en sus funciones.

A su vez, el preámbulo del Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, dice:

«[e]l fundamento de la Ley concursal es garantizar el cobro de sus créditos a los acreedores, bajo el principio de la «par conditio creditorum». El trabajo de todos los profesionales implicados en los procesos concursales es esencial para tal fin, pero su remuneración debe ajustarse a los servicios realmente desempeñados y en todo caso a unos límites que garanticen que la masa no se reduce de tal manera que frustre el objetivo final del cobro por los acreedores. Con el Real Decreto-ley 3/2009 se fijaron una serie de reglas para la remuneración de la administración concursal basadas en los principios de efectividad y limitación».

3. En línea con tales previsiones, el art. 34.4 LC permite que el juez del concurso, «en cualquier estado del procedimiento (...), de oficio o a solicitud del deudor o de cualquier acreedor, pueda modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa». Este precepto contempla la modificación de la retribución de la administración concursal**,** lo que no impide que cuando sean varios los administradores y sólo concurra la justa causa sobre uno de ellos, sea éste únicamente el afectado por la modificación. Justa causa que ha de ponerse en relación con la labor desarrollada, de tal forma que un administrador concursal que no desempeña muchas de sus funciones, que son realizadas por los otros dos administradores, merece cobrar en función de la labor realmente realizada, siendo injusto que cobren igual quienes trabajaron más que quien lo hizo en menor medida.

CUARTO.- *Adaptación de la sentencia recurrida a tales criterios.*

1. Las funciones y tareas de la administración concursal durante la fase común son múltiples, pudiendo citarse únicamente, a título ejemplificativo y sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: identificación y localización de los acreedores conocidos; comunicación escrita con dichos acreedores; supervisión o sustitución de la actuación del deudor; recepción de las comunicaciones de créditos; calificación de los créditos; conservación de la masa activa; solicitud de autorizaciones para enajenar o gravar; asunción y resolución de las consecuencias laborales del concurso; supervisión o formulación de las cuentas anuales del deudor; emisión de los informes que solicite el juez; intervención en todos los procedimientos en que sea parte el concursado; intervención como parte en los incidentes concursales; y elaboración del informe de la administración concursal**.**

2. Si comparamos tales funciones con las que, según lo declarado probado por la Audiencia Provincial, desempeñó el recurrente, no parece equitativo en relación con dicho trabajo y con la tramitación del concurso, que

los honorarios de éste sean iguales a los de los otros dos administradores concursales, que asumieron y desempeñaron muchas más tareas y de mayor complejidad, al ser mayor su cualificación profesional, por lo que la solución adoptada en ambas instancias resulta ajustada a la previsión del mencionado art. 34.4 LC.
Ello no vulnera la regla de la identidad, a la que se refiere el art. 2 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. En primer lugar, porque, en puridad de conceptos, dicha regla se aplica exclusivamente a los administradores concursales profesionales y no al administrador acreedor. Y en segundo lugar, porque declarado probado en la instancia que el recurrente no reunía los requisitos profesionales exigidos en el art. 27.1 LC, en su redacción vigente a la fecha del nombramiento, únicamente debería percibir la mitad de la retribución correspondiente a cada uno de los administradores concursales profesionales (art. 2.2 del Arancel). Y ello, sin perjuicio de la posible moderación o modificación que permite el tan citado art. 34.4 LC.
3. En consecuencia, debe concluirse que la sentencia recurrida no infringe tales preceptos, por lo que el recurso de casación debe ser desestimado." STS 05.07.2016 (Sentencia 459/2016; Recurso 271/2014)

AP Girona

"En cuanto al importe de la retribución fijada en los referidos Autos y en el Auto de fecha 9 de Julio del 2007 a la Sala le parece absolutamente excesiva, pues los honorarios presentados por la administración concursal en la fase común y aprobados por el Auto de fecha 10 de Junio del 2005 (folio 38 Sección 2ª) ya alcanzan a la suma de 44.494.29 euros más IVA, para cada administrador, es decir en conjunto la suma de más de 150 mil euros a lo que hay que sumar los honorarios relativos a la fase de convenio de importe 13.346.19 euros más IVA, para la administración concursal y por mes, esto es. 4.448.73€ por administrador y mes, según Auto de 31 enero 2007 (folio 46 de la Sección 2a) hasta que se resuelva este recurso por la Sala. es decir una cantidad aproximada de otros 154 mil euros, con lo que el "quantum" para cada administrador asciende a una cuantía cercana a los 100 mil euros, cantidad a todas luces abusiva atendiendo a los parámetros de "complejidad del concurso", al "justo equilibrio" y al hecho de que la retribución "aunque se aplique arancel", no debe ser desproporcionada a las tareas realizadas por los propios administradores., como se desprende del RD 1860/2004 en su Exposición de Motivos.
No se puede dar por bueno el criterio de los administradores concursales, ni del Auto de fecha 9 de Julio del 2007, (folio 100 de la Sección 2a) en el sentido de que el apartado 4. del art. 34 al establecer "aplicando el arancel" debe comportar necesariamente su aplicación. o que el "arancel opera como mínimos" y que todo ello comporta la "justeza" de la retribución, pues la "justa causa" debe establecerse no sólo por el criterio del arancel y los mecanismos allí establecidos. sino también por el criterio de la "complejidad del concurso" y al criterio de "proporcionalidad" atendiendo a la dificultad que presente el mismo, ya que en caso contrario sólo se atendería a la cuantía, criterio que se desvía del espíritu de la Ley y del Real Decreto 1860/2004 de 6 de Septiembre cuando se fijan precisamente estos criterios para su determinación en la propia Exposición de Motivos anteriormente mencionada.
En efecto, el nuevo sistema retributivo elegido por el legislador para remunerar la labor profesional de los "Administradores Concursales es el de arancel que, según la Disposición Final 34, debía ser aprobado por el Gobierno en un plazo máximo de nueve meses, a contar de la entrada en vigor de la Ley. Esta disposición fue cumplimentada por el Gobierno mediante el mencionado Real-Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que aprobó los aranceles, en los que debe basarse el Juez del concurso para fijar la remuneración a percibir por los Administradores Concursales, teniendo en cuenta los parámetros del meritado art. 34.2° LC esto es: a) el importe del activo, b) la cuantía del pasivo y c) la previsible complejidad del concurso. Este Real Decreto omitió incluir un arancel de mínimos para aquellas situaciones de concurso o cuando resulte muy pequeña la retribución de la Administración Concursal.
Es precisamente por ello. que la remuneración se fija por el Juez del Concurso, en base a un informe no vinculante de los Administradores, una vez que han aceptado el cargo y. en estos primeros momentos. las cifras de Activo y de Pasivo no están demasiado determinadas y pueden sufrir profundas modificaciones, pudiéndose dar el caso, de que se asignen unos honorarios a los Administradores Concursales. en base a las cifras que se han presentado en
el balance que se acompaña a la solicitud del concurso y se perciban en los plazos señalados por el Juzgado y al emitir el informe resulten muy inferiores, por lo que se pueden ven obligados a devolver parte de los honorarios percibidos.
Al hilo de dichos parámetros debe decirse que, es un hecho acreditado. en el presente caso, que el concursado no tiene establecimiento mercantil, ni realiza actividad alguna, no tiene trabajadores, la masa activa está conformada por cinco sociedades y pocos activos financieros más y la masa pasiva está conformado por cinco acreedores, todos ellos ya establecidos por el concursado en su escrito de declaración de concurso y que los administradores sólo han hecho que ratificar lo declarado por el concursado en el sentido que no han tenido que investigar ni tan siquiera su patrimonio. no han realizado acto de administración alguno, lo que hace justo determinar que existe justa causa al considerar desproporcionada la retribución fijada con la actividad desarrollada por estos.
Basta con examinar la Sección 2a para ver el escaso trabajo que la administración concursal ha realizado en el presente concurso y así se ve que el valor de la masa activa lo era de 9.958.793.03€ y el de la masa pasiva 1.652.196.69E. según reconoció la propia administración concursal en su escrito de 27 abril 2006 (folio 41) esto es sumas prácticamente idénticas a las que ofreció el concursado en su solicitud de concurso, mediante el informe del economista Sr. Vilanova Cle (folio 13 de la pieza principal del concurso). Y desde que se iniciara la

fase de convenio en el mes de mayo de 2006 ninguna actuación relevante aparece acreditada por la administración concursal.
En la etapa o fase común del procedimiento concursal o primera etapa, la actividad de la Administración Concursal debe dirigirse en una doble dirección y desplegarse desde el momento mismo de su aceptación y toma de posesión. de forma colegiada por los tres Administradores Concursales. salvo la que el Juez del Concurso confíe individualmente a alguno de sus miembros. Nos estamos refiriendo a las funciones de control o gestión patrimonial que conforma la masa activa y a la de elaboración del informe en el plazo y forma regulados en los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal y que en el presente caso no resultaron necesarias dado lo escaso de los créditos y la calidad del concursado de un empresario del sector de la hostelería dedicado a administrar su propio patrimonio constituido por acciones de sociedades hoteleras e inmuebles sin conflictividad laboral alguna, además de tratarse de un concurso voluntario donde el deudor conserva las facultades de administración y de disposición sobe su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los Administradores Concursales, mediante su autorización o conformidad y donde además el Juez no acordó la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 40.1 LC). Como ya se dijo la masa pasiva la integran cinco sociedades y la masa activa no planteaba problemas al participar el concursado mayoritariamente entre un 95 y 99.9% en las sociedades que explotan diversos negocios hoteleros, esto es, su patrimonio no planteaba duda alguna y precisamente por ello tanto su contabilidad como su determinación eran mas que claras.
En conclusión la actuación de la administración ha consistido en confeccionar la lista de acreedores, la lista de la masa activa y pasiva, al amparo del art. 86 LC y que previamente había sido confeccionada por el economista designado por el concursado, D. Xavier Vilanova. de donde no puede pretenderse la existencia de complejidad del concurso al no haberse incrementado ni decrecido el patrimonio declarado con el patrimonio confeccionado por la administración.
Es por ello que, en uso de la facultad de supervisión que el art. 35.6° LC concede al juez del concurso. se da lugar a lo solicitado en el recurso declarando nulos los ya citados autos y revocado el Auto de fecha 9 de Julio del 2007, fijándose por la Sala atendiendo al trabajo efectivamente realizado por los administradores concursales, los honorarios para la fase común en la suma de 6 mil euros más IVA para cada administrador y en la fase de convenio de otros 6 mil euros, más IVA y en su consecuencia reintegrar al concursado las cantidades que los administradores hubieren recibido en exceso atendiendo a las cuantias establecidas anteriormente.": SAP Girona (Sección 1) 06.11.2007 (Rollos 228/2007 y 230/2007)

6. Retribución para el AC acreedor profesional

6.1Puede reducirse sólo para éste en función del trabajo efectivamente realizado

Tribunal Supremo

"FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*
1.- Por auto de 6 de julio de 2007, el Juzgado de 1.ª Instancia n.° 12 y Mercantil de Valladolid declaró el concurso de la sociedad Jesús Herrero, S.L., y, conforme al sistema de administración concursal trimembre vigente en esa fecha, nombró administradores concursales a: D. Teofilo, economista; D. Hipolito, abogado; y la acreedora Carpintería Eduardo, S.L., que designó para el desempeño del cargo a D. Rodrigo.
2. El Sr. Rodrigo reclamó a la concursada el pago, como crédito contra la masa, de la suma de 79.045,98 €, más el IVA y menos la retención por IRPF. Dicha cifra se correspondía con el primero de los dos plazos de la retribución de la fase común del concurso que, para cada uno de los administradores, se fijó de manera definitiva, mediante auto de 10 de julio de 2009, en 158.091,96 €.
3. A dicha pretensión se opusieron tanto los otros dos administradores concursales, como la entidad concursada, que solicitaron su desestimación o, subsidiariamente, la reducción de la retribución reclamada, para adecuarla al trabajo realmente desempeñado en el concurso por el demandante.
4. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y redujo en un 50% la retribución reclamada, al considerar que cuando fue nombrado el administrador demandante para el cargo, no reunía los requisitos exigidos por el art. 27.1.2 ° y 3° LC, por lo que tenía una desigual cualificación profesional y una menor capacidad operativa en relación con los otros dos administradores. Lo que había lastrado la efectividad de la gestión mancomunada y provocado que el trabajo no estuviera distribuido equitativamente entre los miembros de la administración concursal. Asimismo, enumeró las tareas que había desempeñado el administrador demandante, que calificó en su mayoría como de índole material, de pura gestión, escasa complejidad y para las que no se requería una especial cualificación. Por lo que concluyó que estaban debida y suficientemente retribuidas con el 50% de la suma que resultaba de la mera aplicación del arancel.
5.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. En relación con las actividades desempeñadas por el administrador concursal recurrente, consideró acreditado que: (i) Mantuvo algunas reuniones -no más de tres o cuatro- con los trabajadores de la concursada, al inicio del procedimiento concursal, para negociar el primer expediente de regulación de empleo; (ii) Al principio del procedimiento, iba por la fábrica un día a la semana, luego una vez cada quince días y posteriormente volvió a tener una presencia más frecuente en el recuento de existencias; (iii) Mantuvo en solitario dos reuniones con un grupo numeroso de acreedores y concertó otras dos citas con representantes de dos entidades de crédito, pero sin que conste ningún resultado fructífero para la concursada; (iv) Realizó varios viajes también en solitario -cuatro o cinco como máximo-, para negociar con varios deudores de la concursada la posibilidad de cobro de los créditos que tenía frente a los

mismos; (v) Se reunió con algunos clientes para lograr financiación y estuvo presente en alguna reunión con un despacho de abogados; (vi) Asistió al acto de la vista en numerosos incidentes concursales, pero con una intervención meramente pasiva, puesto que fue el administrador letrado quien preparó la defensa de las pretensiones correspondientes y quien intervino activamente en dichos procedimientos; (vii) Intervino en la formación del inventario de existencias y maquinaria, pero tomando como base las listas facilitadas por la concursada y con la colaboración del personal de ésta; (viii) Durante los cuatro o cinco primeros meses, controló operaciones de mudanza, limpieza, retirada de oficinas, remisión de mercancía a la central de compras, etc.., y participó en las tareas materiales de envío de las cartas-comunicaciones de los créditos reconocidos a los diferentes acreedores. Y concluye la Audiencia Provincial:

«En definitiva, asistió en el mejor de los casos a unas veinte o veinticinco reuniones de negociación con trabajadores, bancos, acreedores, clientes, proveedores y central de compras, unas en solitario, otras colegiadamente junto a los otros dos integrantes de la administración concursal y al menos en una ocasión junto a otro. Asistió a los juicios de incidentes concursales, pero sin más participación en los mismos que su mera presencia, y realizó tareas de inventario de parte de la masa activa, la relativa a existencias, maquinaria e instalaciones, así como participó en el envío y control de mercancía, limpieza, venta de chatarra, etc... Todo ello fundamentalmente en un periodo concentrado de unos cinco o seis meses máximo, explicando el director financiero de la concursada al testificar que toda la operativa financiera y económica de la entidad se entendía en el día a día con los otros dos miembros de la administración concursal, que siempre estaban disponibles. En su consecuencia la retribución fijada con carácter definitivo resulta claramente excesiva y desproporcionada para esas tareas realizadas por el recurrente, tanto desde el punto de vista cuantitativo o de dedicación temporal a las mismas cuanto desde el cualitativo, sin que quepa comparación en ambos aspectos con el trabajo desempeñado por los otros dos administradores concursales, detallados en el hecho II 2) de su contestación a la demanda y que gozan del correspondiente reflejo en los autos. Consideramos por tanto no se evidencia haya incurrido el juzgador en error alguno al valorar la prueba ni al ponderar su resultado, apreciando la concurrencia de esa justa causa que aconseja minorar a la mitad la retribución litigiosa, pues con ello encuentra suficiente y proporcionada satisfacción la tarea desempeñada por el recurrente»

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Motivos del recurso de casación. Identidad de planteamiento.*

1.- El recurso se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, y se desglosa en dos motivos. En el primero, se denuncia la infracción del art. 34 LC y del art. 2 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre. En el segundo, sin plantearse una infracción diferente, se justifica el interés casacional, alegando la existencia de resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales: en igual sentido que la sentencia recurrida, la de la Audiencia Provincial de Girona -Sección 1ª- de 6 de noviembre de 2007; y en sentido contrario, las de las Audiencias de Barcelona - Sección 15 ª- de 11 de octubre de 2012, y de Salamanca -Sección 1ª- de 19 de noviembre de 2011.

2. En el desarrollo de ambos motivos se alega resumidamente que la sentencia recurrida utiliza un criterio de retribución diferente al previsto en el mencionado art. 34 LC y desarrollado en el Arancel, que exige que se atienda a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la existencia de acumulación de concursos o a su complejidad y a la regla de identidad, por lo que la remuneración ha de ser igual para todos los integrantes del órgano concursal.

3. Dada la identidad de planteamiento de ambos motivos de casación, se resolverán conjuntamente.

TERCERO.- *Modulación de los honorarios de la administración concursal.*1. Una de las características que debe informar cualquier procedimiento concursal es que el coste del propio procedimiento sea ajustado al objetivo principal que se persigue, la mayor y más equitativa satisfacción de los acreedores ordinarios, lo que no puede producirse si dicho coste es tan elevado que consuma buena parte de los -por definición escasos- recursos que existen para lograr esa satisfacción. Cuestión que no es nueva y que ya preocupaba con la anterior legislación, puesto que las entonces denominadas «deudas de la masa» repercutían sobre los créditos contra el quebrado, hasta el punto de poder llegar a hacerlos totalmente incobrables, en el caso de que los bienes no fueran bastantes para cubrir su importe (véanse las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 1952, 2 de octubre de 1953 y 8 de julio de 1955). Y aunque, ciertamente, son varios los aspectos de la legislación concursal que dificultan esa finalidad de satisfacción de los acreedores concursales, uno de los que mayor impacto tiene en el coste del concurso es el de las retribuciones que perciben los profesionales que intervienen a lo largo del proceso.

2. En el ámbito legislativo ya se ha tomado conciencia del problema y ha habido varias reformas tendentes a esta reducción de costes, que si bien son posteriores a la fecha de nombramiento del recurrente como administrador concursal, sirven de orientación para la resolución del recurso. En lo que respecta a los honorarios de los profesionales integrantes de la administración concursal, el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, reformó el régimen de la retribución de la administración concursal, aunque parcialmente quedara pendiente de una norma reglamentaria. Para ello, fijó las reglas a las que debía ajustarse el arancel de derechos de los administradores concursales, imputó los honorarios de los expertos independientes a la retribución de la administración concursal y, respecto a la determinación de las actuaciones del letrado administrador concursal que deben entenderse incluidas en esa condición, estableció que la dirección técnica de los recursos e incidentes se entenderá incluida en sus funciones.

A su vez, el preámbulo del Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, dice:

«[e]l fundamento de la Ley concursal es garantizar el cobro de sus créditos a los acreedores, bajo el principio de la «par conditio creditorum». El trabajo de todos los profesionales implicados en los procesos concursales es esencial para tal fin, pero su remuneración debe ajustarse a los servicios realmente desempeñados y en todo

caso a unos límites que garanticen que la masa no se reduce de tal manera que frustre el objetivo final del cobro por los acreedores. Con el Real Decreto-ley 3/2009 se fijaron una serie de reglas para la remuneración de la administración concursal basadas en los principios de efectividad y limitación».
3. En línea con tales previsiones, el art. 34.4 LC permite que el juez del concurso, «en cualquier estado del procedimiento (...), de oficio o a solicitud del deudor o de cualquier acreedor, pueda modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa». Este precepto contempla la modificación de la retribución de la administración concursal, lo que no impide que cuando sean varios los administradores y sólo concurra la justa causa sobre uno de ellos, sea éste únicamente el afectado por la modificación. Justa causa que ha de ponerse en relación con la labor desarrollada, de tal forma que un administrador concursal que no desempeña muchas de sus funciones, que son realizadas por los otros dos administradores, merece cobrar en función de la labor realmente realizada, siendo injusto que cobren igual quienes trabajaron más que quien lo hizo en menor medida.
CUARTO.- *Adaptación de la sentencia recurrida a tales criterios.*
1. Las funciones y tareas de la administración concursal durante la fase común son múltiples, pudiendo citarse únicamente, a título ejemplificativo y sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: identificación y localización de los acreedores conocidos; comunicación escrita con dichos acreedores; supervisión o sustitución de la actuación del deudor; recepción de las comunicaciones de créditos; calificación de los créditos; conservación de la masa activa; solicitud de autorizaciones para enajenar o gravar; asunción y resolución de las consecuencias laborales del concurso; supervisión o formulación de las cuentas anuales del deudor; emisión de los informes que solicite el juez; intervención en todos los procedimientos en que sea parte el concursado; intervención como parte en los incidentes concursales; y elaboración del informe de la administración concursal.
2. Si comparamos tales funciones con las que, según lo declarado probado por la Audiencia Provincial, desempeñó el recurrente, no parece equitativo en relación con dicho trabajo y con la tramitación del concurso, que los honorarios de éste sean iguales a los de los otros dos administradores concursales, que asumieron y desempeñaron muchas más tareas y de mayor complejidad, al ser mayor su cualificación profesional, por lo que la solución adoptada en ambas instancias resulta ajustada a la previsión del mencionado art. 34.4 LC.
Ello no vulnera la regla de la identidad, a la que se refiere el art. 2 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. En primer lugar, porque, en puridad de conceptos, dicha regla se aplica exclusivamente a los administradores concursales profesionales y no al administrador acreedor. Y en segundo lugar, porque declarado probado en la instancia que el recurrente no reunía los requisitos profesionales exigidos en el art. 27.1 LC, en su redacción vigente a la fecha del nombramiento, únicamente debería percibir la mitad de la retribución correspondiente a cada uno de los administradores concursales profesionales (art. 2.2 del Arancel). Y ello, sin perjuicio de la posible moderación o modificación que permite el tan citado art. 34.4 LC.
3. En consecuencia, debe concluirse que la sentencia recurrida no infringe tales preceptos, por lo que el recurso de casación debe ser desestimado." STS 05.07.2016 (Sentencia 459/2016; Recurso 271/2014)

6.2 Igual a la de los demás, aunque se incorpore tras la emisión del informe

AP Ciudad Real

"TERCERO Mediante el segundo motivo, al amparo delartículo 2.1 del Real Decreto que fija el arancel de los administradores concursales, se cuestiona que la retribución fijada sea idéntica a la de los otros administradores cuando no ha participado en la fase común ni en la emisión del informe delart. 74 de la L.C.; extremo que rebate la administración señalando que no ha concluido la fase común sino que la apertura de la fase de liquidación se produce víaart. 142 bis, simultaneándose ambas, lo que propicia que no exista razón, pese a que el citado administrador no haya intervenido en algunas actuaciones pero sí en otras, para no aplicarle una retribución homogéneas cuando la Ley parte de una concepción unitaria de la retribución de la administración y no se discute el criterio del juzgador a la hora de fijar la retribución señalando cuál es la idónea.
La Ley Concursal al fijar la retribución de los administradores señala que los miembros que tengan el carácter de profesionales en ejercicio, participan a partes iguales en la cuantía de la retribución conjunta señalada por el Juez, tanto quienes hayan sido nombrados por el Juez por su condición de tales profesionales, como el que lo sea por representación de un acreedor persona jurídica, o persona natural que haya ejercitado esa facultad de delegar; se trata de una distribución paritaria sentada por laLey Concursal (art. 34.2), y por tanto no susceptible de modificación por los interesados. Ello con total independencia de que se trate de personas físicas, que desempeñen el cargo por sí mismas, o de personas jurídicas que actúen por medio de representantes; y también de la mayor o menor importancia de la organización o despacho de cada uno de los profesionales: cualquiera que sean las circunstancias, el importe total se distribuye a partes iguales entre los miembros. Criterio que recalca el Real Decreto regulador del arancel, ya citado, al señalar que la finalidad es asegurar un tratamiento homogéneo, y diferenciando a la hora de cuantificar la retribución dos fases: la correspondiente a la fase común y la retribución en las fases sucesivas.
Pues bien, sobre estas premisas resulta indudable que como bien señala la administración concursal no ha finalizado la fase común que continúa abierta, por lo que la retribución es la que corresponde a dicha fase, sin que sea lógico ni razonable establecer una retribución diferenciada para el mismo en función de su concreta actuación profesional cuando, como ya hemos expuesto, el criterio que preside tanto su regulación legal como el arancel que la fija está inspirado y fundamentado en considerar que la retribución es unitaria sin diferenciar

la labor efectivamente desplegada por cada uno de los administradores ni los cometidos específicamente realizados. Cierto es que junto a la función de control o gestión patrimonial que conforma la masa activa se incardina como cometido en la fase común la de elaboración del informe en el plazo y forma regulados en losartículos 74 y 75 de la Ley Concursal, pero el hecho de que no se participe en ella no significa que no se ostente un derecho a una distribución paritaria cuando nada de ello dispone la ley, ni el arancel, y no se censura que eso no le haga acreedor de una retribución idéntica.": AAP Ciudad Real (Sección 2) 27.05.2010 (JUR 2010/267947; Auto 68/2010; Rollo 16/2010)

6.3 Ha de percibir el mismo importe y en las mismas condiciones que los demás AC.

AP Salamanca

"Primero.- Por la Administración Concursal de la mercantil CAMPO DE SALAMANCA SCL. se recurre en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 4 de esta ciudad con fecha 22 de junio de 2.011, que, estimando en parte la demanda promovida por el demandante Don Manuel, acordó reconocer al mismo el crédito contra la masa por sus honorarios como miembro de la administración concursal en idéntica cantidad que los otros dos miembros de la misma, estableciendo como devengo los momentos establecidos en el auto de fecha 22 de enero de 2.007 y debiéndose sujetar la administración concursal a estos criterios para el reconocimiento y pago de los créditos contra la masa, sin hacer imposición de las costas a ninguna de las partes. Y se interesa en esta segunda instancia, con fundamento en las alegaciones realizadas en el escrito de interposición del recurso, la revocación de la mencionada sentencia y que se dicte otra desestimando las pretensiones del demandante Don Manuel sin imposición de costas en ambas instancias.
Segundo.- La sentencia de instancia, tras estimar adecuado el incidente concursal para resolver la cuestión planteada por el demandante, - no sin reconocer la existencia de dudas al respecto -, razonó que "... de lo actuado es claro que el actor lleva razón en lo sustancial. Es evidente que el juzgado se equivocó al indicar que su retribución debía ser la mitad que la de los otros administradores concursales, circunstancia solo predicable del administrador persona física, cuando en este caso se nombró a un acreedor que a su vez designó profesional. Así las cosas, la administración concursal debió reconocer exacta y literalmente el mismo crédito contra la masa al tercer administrador concursal que a los otros dos. A partir de aquí, es llano que no puede servir en contra la argumentación de que no se expresa quienes son los otros titulares de los créditos contra la masa beneficiados injustamente frente al actor, pues es claro que lo serán todos aquéllos a quienes se les hubieren abonado dichos créditos antes de cuando procedía hacerlo con el actor. En este sentido el devengo de los créditos por honorarios de la administración concursal se produce, al entender del juzgador, de manera coincidente con la forma de pago establecida en el auto que fija la retribución y por tanto el 50 % a los cinco días de la aprobación del auto y el 50 % restante a los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común... en la forma que ya se indicó en el auto que fijaba la retribución. Es evidente que a los efectos del reconocimiento y pago del crédito del Sr. Manuel, no debe tenerse en cuenta el segundo auto dictado en esta materia, es decir, el que corrige el primero, pues es claro que se trataba de solventar un puro error material y que, naturalmente, los efectos deben retrotraerse al primero de los autos dictados. De otro modo se produciría una injustificada diferencia de trato entre los dos primeros administradores concursales y el designado como acreedor. Por tanto, se reconoce en este incidente concursal a D. Manuel, exactamente el mismo crédito contra la masa que se haya reconocido a los otros administradores concursales, debiendo abonarle su importe a la fecha del vencimiento en la forma expresada. Esto supone que no pueda atenderse por completo la pretensión de la actora, pues interesa el concreto reconocimiento y abono de la cantidad de 3.887,02 # que unido a la cantidad percibida en cuantía de 3.996,68 # alcanzaría un total de 7.883,70 #, es decir, 1.557,34 # más de lo que han percibido los otros administradores concursales, que asciende a la cantidad de 6.326,36 # impuestos incluidos, a partir de la insuficiencia del activo del concurso".
Tercero.- Se alegan por la Administración Concursal recurrente como motivos de discrepancia con el razonamiento y conclusión de la sentencia impugnada los siguientes: a.-) en relación con la necesidad de traer al incidente a los acreedores afectados, en primer lugar, que, dada la insuficiencia del activo para liquidar los créditos contra la masa, ello supone, al reconocer el derecho del demandante a percibir una cantidad superior a la que ya le fue abonada, que el resto de los acreedores que ya percibieron sus créditos han de ver disminuida su retribución, viniendo obligados a devolver lo percibido en exceso; en segundo término, que en este incidente únicamente se ha discutido sobre el vencimiento del crédito de uno de los administradores concursales, pero nada se había planteado sobre si este crédito es de vencimiento anterior o posterior al del resto de los profesionales afectados; y finalmente, que el hecho de identificar o no a los acreedores afectados no era absolutamente irrelevante, dada la necesidad de su llamada a juicio para que pudieran alegar lo que a su derecho conviniere, alegando en apoyo de ello lo dispuesto en el artículo 193 de la Ley Concursal y la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona en fecha 15 de diciembre de 2.009; y b.-) sobre el criterio del vencimiento del crédito de los administradores concursales discrepa de la conclusión de la sentencia impugnada en el sentido de que el devengo de los honorarios del demandante, en su condición de administrador concursal, se produce en el mismo momento que el de los otros dos administradores, y ello porque, en primer lugar, no ha existido error alguno al fijar sus honorarios, lo que no tuvo lugar hasta el 28 de mayo de 2.008 y, en segundo término, si la sentencia estima que el devengo se produce de manera coincidente con la forma de pago que establece la resolución que fija la retribución, a la que parece otorgar carácter constitutivo, aun cuando el demandante tuviera reconocido el derecho a que su retribución sea similar a la de los otros dos administradores, el devengo del 50 % restante no se produjo hasta casi un año y medio

después, cuando ya, ante la insuficiencia del activo, se había atendido el pago de otros créditos contra la masa de vencimientos anteriores.
Cuarto.- En relación con la primera de las cuestiones planteadas en el recurso, cual es la relativa a la necesidad o no de traer al presente incidente concursal a los acreedores que, por haber percibido ya su crédito y ante la insuficiencia del activo para hacer frente incluso a la totalidad de los créditos contra la masa, puedan ver disminuida su retribución y obligados a devolver lo percibido en exceso en el caso de reconocerse el derecho del demandante a percibir una cantidad superior a la ya abonada al mismo, es verdad que en el artículo 193. 1, de la Ley Concursal se establece que "en el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora". Pero, contrariamente a lo alegado por la administración concursal recurrente, no parece que el referido precepto pueda entenderse en el sentido de que se exija al demandante en un incidente concursal demandar a cuantas otras personas puedan sostener posiciones contrarias a lo por él pretendido en el incidente, sino que tal precepto lo que establece es que tales personas podrán personarse en el incidente, teniendo en tal caso la condición de auténtica parte demandada, en situación similar a la que ya se establece para supuesto semejante en el artículo 13. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero es que tampoco la necesidad de demandar en este caso a aquellos otros acreedores contra la masa derivaría de la existencia de una situación de litis consorcio pasivo necesario. Efectivamente la figura procesal del litis consorcio pasivo necesario, creación esencialmente jurisprudencial, se produce como consecuencia del fenómeno de pluralidad de partes en el proceso y cuya presencia en el mismo es exigida, tanto por razones de método y economía procesal, como cuando, dada una determinada relación jurídica material, se hace necesaria la intervención en el mismo como demandados de todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que puedan resultar afectadas por la resolución que ponga fin al litigio, así como mantener los principios procesales de que nadie puede ser condenado sin ser oído y el de la s antidad de la cosa juzgada. Elfundamento legal actual de esta figura del litis consorcio pasivo necesario, que apareció regulado por primera vez en la STS. de 27 de junio de 1.944, está en el artículo 24. 2, de la Constitución, que proclama el principio de la tutela judicial efectiva sin indefensión (STS. de 22 de mayo de 1.998). Como dice la STS. de 9 de noviembre de 1.999, la doctrina jurisprudencial, creadora de la de la excepción de litis consorcio pasivo necesario, tiene abundante y reiteradamente definida la misma, y justifica su esencia teleológica e institucional en la necesidad de evitar que puedan ser afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos ni vencidos en juicio, así como la de impedir que se produzcan sentencias contradictorias sin posible ejecución; situaciones que sólo se dan respecto a los terceros directamente intervinientes en la relación jurídico-material debatida, pero no aquellos otros a los que sólo les afecta de una forma indirecta, refleja, mediata o prejudicial por simple conexión (SSTS:, entre otras, de 8 de marzo de 1.989, 9 de junio de 1.992, y 7 de junio de 1.996). La STS. de 10 de octubre de 2.000 señala que la doctrina jurisprudencial recoge al respecto que "no basta con que los efectos que se produzcan hacia un tercero sean de carácter meramente reflejo para que cause la excepción de litis consorcio pasivo necesario" (STS. de 23 de octubre de 1.990). Sólo puede entrar en juego dicha excepción respecto a aquellas personas que verdaderamente hubiesen intervenido en la relación contractual o jurídica objeto del litigio (STS. de 6 de marzo de 1.990). Se exige unidad de la relación material que vincula a los interesados, de manera que fuesen titulares de un derecho susceptible de padecer lesión a consecuencia de la sentencia por hallarse directa e inseparablemente ligado "in actu" tal derecho a la relación jurídica nacida del contrato (STS. de 17 de marzo de 1.990, porque los que no fueron parte carecen de legítimo interés sobre la obligación que constituye su objeto y no hay razón alguna para llamarlos obligatoriamente al proceso (STS. de 24 de abril de 1.990). No basta la existencia de un mero interés en el resultado del litigio para demandar a todos los que acrediten el mismo, pues es un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litis consorcio pasivo necesario (SSTS. De 4 de octubre de 1.989, 26 de marzo de 1.991, 25 de febrero de 1.992 y 1 de diciembre de 2.001). En consecuencia, y como señaló la SAP. de Cuenca de 23 de enero de 2.003, las situaciones de afectación por la resolución judicial a quienes no fueron oídos y de impedir resoluciones contradictorias sólo se dan respecto a los terceros intervinientes directamente n la relación jurídico-material debatida, pero no respecto a aquellos otros a los que sólo les afecta de una forma indirecta, refleja, mediata o prejudicial por simple conexión (STS. de 25 de abril de 2.000), pues no son litisconsortes necesarios todos aquellos que puedan venir relacionados con la sentencia que se pronuncia de modo reflejo (STS. de 7 de noviembre de 2.000), dado que dicha excepción se produce cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico material objeto del pleito se produce la consecuencia de que necesariamente le ha de afectar, derivando la misma de vinculaciones subjetivas resultantes de los derechos deducidos en juicio, precisando por ello demandar a todos los sujetos cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate (STS. de 22 de febrero de 2.000).
Por lo que, si en el presente supuesto, según se afirma incluso por la propia administración concursal recurrente, la afectación que para los otros acreedores contra la masa puede resultar del reconocimiento del derecho del demandante a percibir una cantidad superior a la ya abonada al mismo deriva de la insuficiencia del activo para hacer frente a la totalidad de los créditos contra la masa, es indudable que no se trata de una consecuencia directa de la resolución que pueda dictarse en el presente incidente, sino indirecta por la insuficiencia del activo patrimonial (tal consecuencia no existiría si el activo fuera suficiente para atender la totalidad de los créditos contra la masa); por lo que es manifiesto que no concurre la condición necesaria para la existencia de una situación de litis consorcio que implicara la necesidad de demandar también a estos otros acreedores a efectos de constituir correctamente la relación procesal del incidente concursal promovido por el demandante Don Manuel. En consecuencia, ha de ser rechazada esta primera alegación del recurso de apelación interpuesto por la administración concursal.

Quinto.- En la segunda de las alegaciones, referente al criterio del vencimiento de crédito de los administradores concursales, se discrepa de la conclusión de la sentencia impugnada que establece que el devengo de los honorarios del demandante, en su condición de administrador concursal, se produce en el mismo momento que el de los otros dos administradores, y ello porque considera, en primer lugar, que no ha existido error alguno al fijar sus honorarios, lo que no tuvo lugar hasta el 28 de mayo de 2.008, y, en segundo término, si la sentencia estima que el devengo se produce de manera coincidente con la forma de pago que establece la resolución, a la que parece otorgar carácter constitutivo, el devengo del 50 % restante no se produjo hasta casi un año y medio después al establecimiento de la retribución de los otros dos administradores, cuando ya, ante la insuficiencia del activo, se había atendido el pago de otros créditos contra la masa de vencimientos anteriores.
Para la resolución de esta cuestión ha de partirse de lo establecido en el artículo 34 de la Ley Concursal, según el cual "los administradores tendrán derecho a retribución con cargo a la masa, salvo cuando se trate del personal de las entidades a que se refieren los párrafos 1º y 2º del apartado 2 del artículo 27" (apartado 1), añadiendo en su apartado 2 que "un arancel reglamentará la retribución correspondiente a la administración concursal, atendiendo a la cuantía del activo y del pasivo y a la previsible complejidad del concurso..." y disponiendo el apartado 3 que "el juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha".
Por su parte en el artículo 8 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que establece el arancel de derechos de los administradores concursales, se dispone que "salvo que el juez del concurso establezca otros plazos, la retribución de los administradores concursales correspondiente a la fase común se abonará de la siguiente forma: a) el 50 por 100 de la retribución se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza del auto que la fije. B) el 50 por 100 restante se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común".
Con base en tales preceptos puede concluirse: 1º) que, si por devengo ha de entenderse la adquisición del derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo o servicio, si la retribución de los administradores concursales no es sino la compensación por el desempeño de su trabajo como tales en el desarrollo del concurso, y si la obligación de desempeñar el cargo con el cumplimiento de las obligaciones inherentes al mismo se produce por la aceptación a que se refiere el artículo 29, es indudable que desde tal momento nacerá el derecho a percibir la retribución correspondiente, esto es, el devengo de la misma. Cuestión distinta es la referida al vencimiento de tal derecho, es decir, a la obligación de proceder al abono de la correspondiente retribución con cargo a la masa, ya que, según el artículo 154. 2, de la Ley Concursal, los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. El vencimiento de la retribución de los administradores, y por tanto del momento para exigir su pago con la consiguiente obligación de hacerla efectiva, viene determinada legalmente por el artículo 8 del Real Decreto 1860/2004, al señalar que, a menos que el juez establezca otros plazos, la retribución de los administradores concursales se abonará el 50 por 100 dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza del auto que la fije y el 50 por 100 restante dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común. En el presente supuesto han de tenerse en cuenta los datos siguientes: 1º) que en el auto de 26 de diciembre de 2.006, que declaró el concurso voluntario de la entidad Campo de Salamanca Sociedad Cooperativa de Segundo grado, se nombraron administradores a Don Marco Antonio, Don Alejandro y Cooperativa Macotera S. Cooperativa; 2º) que en auto de 22 de enero de 2.007 se fijó como cuantía de la retribución de los administradores concursales Don Marco Antonio y Don Alejandro la de 6.774,04 euros para cada uno y la de 3.387,02 euros para la Cooperativa Macotera S. Cooperativa, las que se abonarían de la siguiente forma: a) el 50 % dentro de los cinco días siguientes a la firmeza del presente auto, y b) el 50 % restante dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común, 3º) que en auto de fecha 26 de enero de 2.007 se estimó el recurso de reposición interpuesto por la entidad San Isidro de Cespedosa de Tormes Sociedad Cooperativa Limitada contra el auto de fecha 26 de diciembre de 2.006, dejándose sin efecto el nombramiento como administrador concursal de la entidad Macotera Sociedad Cooperativa, y nombrándose en sustitución de la misma a la entidad Banesto S. A.; 4º) que por la referida entidad por medio de escrito presentado en fecha 7 de febrero de 2.007 aceptó el cargo de administrador y designó para ejercerlo al ahora demandante Don Manuel, quien aceptó el cargo el día siguiente ocho de febrero; y 5º) que, no obstante ello, por el juzgado no se dictó resolución modificando el auto de fecha 22 de enero de 2.007 para acomodar la retribución de los administradores a las circunstancias surgidas como consecuencia de la estimación de aquel recurso de reposición. Por lo que, aun cuando la retribución del demandante no se concretara hasta el auto de fecha 28 de mayo de 2.008, dado que su retribución debió ser fijada en fecha inmediata posterior a su aceptación, como de hecho se hizo con la determinación de la retribución de los otros administradores, a partir de cuyo momento nació su derecho a percibirla, y como en la referida resolución se establece como forma de pago la prevista legalmente e idéntica que para los otros dos administradores, no puede sino estimarse que es correcta la decisión de la sentencia impugnada que reconoce al demandante el crédito contra la masa por sus honorarios como miembro de la administración concursal en idéntica cantidad y con derecho a percibirla en los mismos momentos que los otros administradores, por los que también pudo interesarse la aclaración de la situación ante la insuficiencia de la masa activa para hacer frente a la totalidad de los créditos contra la misma.": AAP Salamanca (Sección 1) 19.12.2011 (Auto 538/2012; Rollo 593/2011)

7. Prorrateo de la retribución entre sucesivos AC: en atención a la relevancia de las funciones realizadas y no por número de días

AP Barcelona

"PRIMERO La materia controvertida objeto del presente recurso de apelación es la determinación del reparto o distribución proporcional entre los dos administradores concursales sucesivos, Doña.Camila y Don.Pedro Jesús, de los honorarios definitivamente fijados por la Sra. Juez del concurso para la fase común.
Elauto apelado, de 15 de junio de 2010, fija de manera definitiva los honorarios a percibir por la administración concursal, en este caso de composición unipersonal, tras la presentación de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores y la conclusión de la fase común, en la cantidad de 14.047,23 euros (más IVA menos retenciones), de conformidad con lo que dispone elart. 34.3 LC y de acuerdo con el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, regulador del arancel de los honorarios de la administración concursal.
Con anterioridad, el auto de 23 de noviembre de 2009, mientras era administradora concursal la Sra.Camila, determinó los honorarios con carácter provisional en la cantidad de 18.141,09 euros, sin perjuicio de los correspondientes ajustes una vez fueran definitivos tanto el inventario como la lista de acreedores, acordando así mismo que el 50 % de dicha suma (9.070,54 €) fuera percibido por la entonces administradora concursal.
La Sra.Camila fue separada del cargo por decisión judicial dictada el 19 de febrero de 2010, siendo sustituida por Don.Pedro Jesús.
Tras fijar la retribución con carácter definitivo en la indicada suma de 14.047,23 € , el auto apelado decide que la anterior administradora debe ser retribuida por el trabajo realizado en la suma de 9.070,55 € , que ya tenía percibida, por considerar la Sra. Juez del concurso que dicha cantidad resultaba suficiente para retribuir el tiempo de desempeño del cargo, de modo que la cantidad restante, 4.976,68 euros debía ser percibida por el administrador concursal sucesivo Sr. Pedro Jesús.
Apela este pronunciamiento de distribución de honorarios la Sra.Camila, que relaciona las vicisitudes acaecidas en la tramitación del concurso, las actuaciones llevadas a cabo por ella, destacando su complejidad y laboriosidad, expone con amplitud en su descargo las consideraciones pertinentes en relación con las circunstancias y causas que motivaron su separación y, finalmente, propone ser retribuida en la cantidad de 12.361,56 euros, que representa el 88 % de los honorarios totales fijados para la fase común, atribuyendo al Sr.Pedro Jesús el 12 % restante, esto es, 1.685,66 euros, en atención a la especial complejidad de las funciones y tareas asumidas por la apelante, especialmente teniendo en cuenta la confección del informe a que se refiere elart. 75 LC.
SEGUNDO En caso de que los honorarios fijados para la fase común deban ser distribuidos entre dos administradores concursales sucesivos resulta lógico atender, a los efectos de su reparto interno, al contenido propio de las funciones efectivamente desempeñadas, sin ignorar su complejidad, incluyendo las vicisitudes afectantes a la continuación de la actividad de la concursada, el régimen de efectos en sus facultades de administración y disposición patrimonial, los efectos sobre los contratos vigentes, etc., y a las iniciativas adoptadas en interés del concurso, todo lo cual es indicativo de la dedicación e intensidad del esfuerzo invertido por los administradores concursales a la hora de cumplir las funciones y deberes que la Ley Concursal les impone, lo cual debe tener un reflejo en la retribución. Pero también resulta lógico atender al tiempo durante el cual han desempeñado el cargo, en este caso durante la fase común, pues el hecho de la aceptación y la simple vigencia del cargo acarrea ya para el administrador/a concursal una disponibilidad, dedicación y consiguiente responsabilidad cuya retribución debe graduarse también en función del factor temporal.
A este último criterio parece que atiende, primordialmente, el auto apelado a la hora de determinar la distribución interna de los honorarios, pero no cabe duda de que, aunque no lo manifieste expresamente, valora también el contenido y calidad de las funciones desempeñadas por la Sra.Camila, de las que la Sra. Juez del concurso es perfectamente conocedora, y no podemos decir que en la determinación del reparto que establece haya primado otras consideraciones, como los hechos que motivaron su separación.
No cabe duda del esfuerzo, complejidad y laboriosidad que han supuesto para la primera administradora concursal las funciones, trámites, negociaciones y tareas efectivamente desarrolladas (además de la confección del informe, propuso la suspensión de las facultades patrimoniales de la deudora, el cese de su actividad, preparó la extinción colectiva de los contratos de trabajo afectantes a 36 trabajadores, promovió la resolución de los contratos de alquiler de los locales...).
Pero también el administrador sucesivo Sr.Pedro Jesús desempeñó tareas relevantes en la fase común, como son la elaboración de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores, alegaciones al plan de liquidación anticipada, la ejecución de los acuerdos transaccionales en orden al desalojo de los locales, la emisión de certificaciones al Fondo de Garantía Salarial para dar efecto al ERE tramitado, gestionar incidentes derivados, y otros, trabajos éstos no exentos de complejidad, esfuerzo y dedicación, pues hubo de hacerse cargo de un concurso en estado avanzado, debiendo ponerse al corriente en un breve espacio de tiempo.
En atención a todo ello, y considerando, además de los factores expuestos, el tiempo efectivo de desempeño del cargo, la Sra.Camila unos cinco meses y medio y el Sr.Pedro Jesús dos meses y medio (es decir, un 68,75 % y un 31,25 %, respectivamente, de la duración total de la fase común), estimamos que el auto apelado establece una distribución ponderada y equilibrada, atribuyendo a la primera el 64,56 % del importe total de la retribución, y al segundo el restante 35,44 %, y por ello confirmamos su criterio.": AAP Barcelona (Sección 15) 31.03.2011 (JUR 2011/200713; Auto 41/2011; Rollo 560/2010)

JM-1 Oviedo

“PRIMERO : Para resolver la cuestión aquí planteada habremos de partir de la secuencia de relevos habidos en el órgano de la administración concursal y de las fecha en que lo fueron así como de las correspondientes a otras incidencias relevantes acontecidas en el desarrollo de la fase común, y así encontramos que el día 4 enero 2006 fue declarada en concurso la sociedad "Talleres Guerra, S.L."; con fecha 10 enero 2006 aceptó el cargo la profesional economista Doña Leonor designada por el acreedor-administrador concursal "M.J. Ingenieros, S.L." en cumplimiento del mandato contenido en el art. 27-1 L.C.; con fecha 27 marzo 2006 se presentó en el Juzgado el informe de la administración concursal al que hacen referencia los arts. 74 y 75 L.C.; el día 28 marzo 2006 recayó sentencia en el incidente concursal nº 35/2006 por la que estimando la recusación dirigida contra el acreedor-administrador concursal "M.J. Ingenieros, S.L." se acordaba el cese en su cargo y su relevo por el acreedor "Industria Metalúrgica Cores, S.L." quien, a su vez, designó al profesional auditor-economista Don Joaquín que aceptó su cargo con fecha 21 abril 2006; con fecha 24 octubre 2006 se presentó por la administración concursal los textos definitivos y con fecha 9 noviembre 2006 se dictó por el Juzgado auto poniendo fin a la fase común, dictándose ese mismo día resolución por la que se fijaba como retribución definitiva por dicha fase común la suma de 20.194,85 euros (23.426,02 euros IVA incluido) para cada uno de los miembros de la administración concursal.
SEGUNDO : A la hora de acordar la mejor manera de distribuir entre los miembros de la administración concursal que se suceden en el cargo el importe correspondiente al total de la retribución de la fase común habremos de atender a diversos criterios como es primeramente la referencia especialmente cualificada que supone la tarea de confeccionar del informe de la administración concursal en cuanto que constituye el objeto nuclear de la fase común que viene a plasmar las masas activa y pasiva del concurso, siendo así que Doña Leonor cesó en su cargo en el órgano concursal al día siguiente de que estuviera presentado en el Juzgado aquel informe. Por otra parte es igualmente cierto que no pueden desconocerse otra serie de datos como son las incidencias que el Sr. Joaquín hubo de asumir tras su incorporación al órgano concursal, especialmente la oposición frente a la demanda formulada por la concursada "Talleres Guerra, S.L." en el incidente concursal seguido con el nº 273/06, la autorización judicial registrada como nº 593/2006 para proceder a gravar con prenda parte de la maquinaria de la concursada como requisito para continuar con la tramitación de dos recursos que se siguen ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y la negociación encaminada a liquidar de la mejor manera los pedidos que la concursada tenía pendientes con la empresa Navantia y cuyo resultado se plasmó en la comparecencia celebrada en este Juzgado en fecha 8 noviembre 2006 seguida del auto de 21 noviembre 2006 aprobando dicho acuerdo. Entendemos, sin embargo, que el dato relativo al tiempo en cada uno de ellos se mantuvo ocupando su puesto en la administración concursal mientras duró la fase común, Doña Leonor 84 días y Don Joaquín 229 días, no resulta del todo relevante habida cuenta de que el legislador a la hora de establecer criterios para baremar la retribución del órgano concursal durante la fase común atiende al contenido propio de la función desempeñada y a su eventual complejidad (arts. 4-5, 5, 6 y 7 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre) frente al de los tiempos o duración de la función (art. 4-3 R.D.), criterio este último que sí es utilizado es cambio para baremar la retribución de las fases de convenio o de liquidación (art. 9-1 y 9-2 R.D.), razones todas ellas que conducen a distribuir entre Doña Leonor y Don Joaquín en la proporción del 50% la retribución definitiva para la fase común fijada en el auto dictado con fecha 9 noviembre 2006”: Auto JM-1 Oviedo 29.11.2006 (concurso 651/2005)

8. Retribución por actuaciones no tasadas en el arancel

8.1 Por la actualización de activo y pasivo al abrirse la liquidación por incumplimiento de convenio

“La cuestión debatida en esta alzada se centra en realidad en determinar si resulta procedente que el Juzgado señale una retribución para la tarea consistente en la actualización de las masas activa y pasiva cuando la fase de liquidación sea abierta como consecuencia del incumplimiento del convenio que había sido aprobado judicialmente, según señala elart. 143-1-5º L.C. Así encontramos que el Auto de 2 marzo 2009 dictado por el Juzgado de lo Mercantil que declaraba el incumplimiento del convenio aprobado en el concurso de "Fábrica de Loza San Claudio, S.A." y que acordaba la apertura de la fase de liquidación, ordenaba asimismo en su parte dispositiva que "en el plazo de dos meses computados desde la notificación de esta resolución, la administración concursal presentará, con las debidas actualizaciones, un inventario de los bienes y derechos que conforman la masa activa y una relación de acreedores, así como el plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concursado conforme a lo dispuesto en elartículo 148 de la L.C.". Para dar respuesta a la cuestión así planteada habremos de tener en cuenta primeramente que la retribución de la fase de liquidación aparece regulada en elart. 9-2 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre al señalar que "La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación será equivalente al 10 % de la retribución aprobada para la fase común. A partir del séptimo mes desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, la retribución de los administradores durante cada uno de los meses sucesivos será equivalente al 5 % de la retribución aprobada para la fase común". Por otra parte no cabe obviar que la fijación de la retribución que aquí se discute viene presidida, efectivamente, por la regla de la exclusividad proclamada en elart. 9 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, a cuyo tenor "Por el ejercicio de las funciones atribuidas por la ley, los administradores concursales no podrán percibir con cargo a la masa activa cantidades distintas de las que resulten de la aplicación del arancel", regla que encuentra su justificación en el hecho de que para realizar el cálculo del arancel han sido tenidas en cuenta las labores que la propia Ley Concursal encomienda a tales

profesionales, y así su Exposición de Motivos se encarga de señalar que "con este arancel se intenta conseguir que las cantidades que se perciban en concepto de retribución no resulten desproporcionadas respecto de la dificultad de las tareas que se realizan, de la complejidad del concurso y de la duración del procedimiento". Ahora bien, tampoco podemos desconocer que estas reglas no resultan del todo inalterables, y en este sentido se introducen en elart. 6 del propio Real Decreto un catálogo de supuestos en los que el Juez debe valorar la presencia de un factor complementario que vendrá dado por la previsible complejidad del concurso, pudiendo de esta manera incrementar la retribución básica en un 5% por cada uno de tales casos que concurran en el concurso. Del mismo modo elart. 3, tras proclamar la regla de la exclusividad, contempla expresamente una excepción referida a "las cantidades correspondientes a los gastos justificados de desplazamiento fuera del ámbito de la competencia territorial del juzgado en que se tramite el concurso". Pues bien, en el caso presente nos hallamos ante una labor que no aparece expresamente contemplada en la Ley Concursal, pese a lo cual el Juez de lo Mercantil ordena que sea ejecutada por los miembros de la Administración concursal al entenderla imprescindible para una ordenada liquidación del concurso. Cabe suponer además que esta tarea consistente en la actualización de las masas activa y pasiva requerirá previsiblemente un esfuerzo y dedicación nada desdeñable si tenemos en cuenta que la empresa concursada ha continuado funcionando casi un año y medio desde la fecha en que se aprobó judicialmente el convenio -8 septiembre 2007- hasta el momento en que se acuerda su incumplimiento y se abre la liquidación -2 marzo 2009- período durante el cual se habrá generado una nueva masa pasiva derivada de los créditos propios de aquel funcionamiento y se habrá alterado asimismo de modo más o menos notable la composición de la masa activa. Llegados a este punto la conclusión no puede ser otra que la de declarar que no se encuentran motivos para sustraer de una debida retribución la repetida tarea, retribución que deberá ser fijada con la máxima prudencia y cautela atendidas las circunstancias del caso, lo que supone evitar cualquier atisbo de uso arbitrario en su aplicación así como que al socaire de esta discrecionalidad pueda lesionarse de manera desproporcionada el interés de la masa, consideraciones todas ellas que en el caso presente, y vistos los datos arriba expuestos, conducen a esta Sala a reducir la repetida retribución a un 30% de la correspondiente a la fase común. Finalmente y por lo que respecta a la alegada indefensión de la que se queja la concursada al no haber tenido la posibilidad de ser oída al respecto de la petición solicitada por la Administración concursal en reclamación de la retribución que nos ocupa, denunciando por ello la infracción por parte del Juzgado de lo Mercantil de los principios de audiencia y contradicción, baste señalar que elart. 34-3 L.C. encomienda al Juez del concurso la función de fijar la retribución que corresponda a la administración concursal sin otro trámite de audiencia que el referido al "previo informe de la administración concursal", razones que conducen a excluir que la ausencia de traslado de aquella solicitud al resto de partes personadas en el procedimiento para su audiencia pueda suponer un vicio invalidante de la decisión judicial.”: AAP Oviedo 10.05.2011 (JUR 2011/225643; Auto 52/2011; Rollo 30/2011)

8.2 Por la intervención en la calificación cuando se abre por la aprobación de convenio

8.2.1 Es improcedente

AP Baleares

“PRIMERO.-La demanda instauradora de la presente Litis trae causa de la reclamación de los honorarios de la administración concursal designada en el concurso SON MOREY DE MALLORCA S.L. en concreto los que entiende devengados después de la sentencia que aprobó la propuesta de convenio presentada por la concursada, durante los meses de abril,mayo y 14 días de junio de 2011.
La sociedad fue declarada en concurso voluntario el 14 de octubre de 2009; mediante el auto de fecha 21 de diciembre de 2009 se fijó como cuantía de la retribución de cada administrador concursal en el procedimiento para la fase común del mismo la de 40.472,91 euros.
En 7 de enero de 2011 se dictó la sentencia aprobando la propuesta de convenio aceptada en junta de acreedores celebrada el 14 de diciembre de 2010.
Por la administración concursal se presentó reclamación de honorarios en otro incidente concursal, aquel concluyó en sentencia en la que se condenó a la concursada (con el convenio aprobado en enero de 2011) al pago de la retribución de los meses de febrero y marzo de 2011 al pago de 4.047,29 euros mas IVA por mes y administrador.
En aquella resolución el pie de recurso indicaba que no cabía recurso alguno "sin perjuicio de reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que se formule protesta en el plazo de cinco días".
Por último, la demanda relata que reclamó a la concursada el pago de los honorarios objeto de aquella condena así como los de los meses de abril, mayo y junio fecha en la que concluye la sección de calificación. La sentencia que calificó el concurso como fortuito fue dictada el 14 de junio de 2011.
Concluye suplicando la condena al pago de 9.983,31 euros mas IVA por administrador concursal, 4.047,29 euros por mes y administrador en abril y mayo y 1.888,73 euros en junio, todo ello con imposición de costas.
A la demanda se opuso la sociedad demandada argumentando lo indebido de la pretensión tanto porque se reclamaron honorarios durante el cumplimiento del convenio-asunto que ya consta resuelto en cuanto a los meses de febrero y marzo- y en este caso se opone a la reclamación de honorarios reclamados durante lo que denominada la fase de calificación. Destaca que la fase de convenio terminó el 7 de enero de 2011 y rechaza que la fase de calificación se "encuentre inmersa en la de convenio" porque entre otras cosas carece de sustento legal, doctrinal o jurisprudencial.
Por último rechaza que sea de aplicación la fijación del 10%, especialmente cuando la calificación sea tan sencilla como la de autos. Solicita la desestimación de la demanda y que acuerde que la cantidad a cobrar por

cada administrador concursal de Son Morey de Mallorca S.l. debe ser la del 1% de la retribución de la fase común (404,73 euros) y al encontrarse ese importe ya pagado en la mensualidad de enero y además incluida en la cantidad devengada a resultas del incidente 12 no corresponde abonar suma alguna.
Solicita condena en costas por temeridad y abuso manifiesto así como la apertura de pieza separada y multa ex art 247 de la LEc.
La sentencia de Instancia estima parcialmente la demanda pues si bien razona que el legislador no ha previsto esta retribución durante la tramitación de la sección sexta estima procedente dicho crédito contra la masa.En esta ocasión (recuérdese que hay una sentencia anterior con la misma petición) minorando la cuantía porque se reducen las funciones que tenían encomendadas.
La sentencia motiva la retribución por el interés público y la protección de los intereses de los acreedores que se anudan a la calificación del concurso como culpable. Razón por la que, en caso de solicitud de condena, estima procedente la reclamación de honorarios si bien-en este incidente- los reduce analizando las soluciones adoptadas por dos Juzgados de lo Mercantil en las resoluciones de 30 de enero de 2006 y 23 de septiembre de 2008 respectivamente.
No vamos a entrar a analizar dichos parámetros, porque la Sala estima que no concurre el presupuesto para su cuantificación.
El Juez "a quo" estima que:" del trabajo efectivo en la pieza de calificación resulta vigente el régimen de responsabilidad de aquellos. Queda claro que si el concurso sigue vigente, subyacen los principios concursales, la colectividad acreedores se puede beneficiar de la sección sexta y el mercado ve garantizado que no se conculquen reglas esenciales y básicas del quehacer empresarial, por lo que entiende que el derecho a retribuir a los administradores concursales se mantiene vigente."
SEGUNDO.-Expuestos los antecedentes de este recurso que solicita que se revoque la sentencia y se declare que no corresponde abonar suma ninguna y tampoco la suma de 700 euros, la Sala estima que,en lo esencial, debe prosperar.
La resolución apelada identifica correctamente los preceptos reguladores de la retribución de lo administradores concursales, art 34, 84 y 154 de la Lc.Así como que la función de los administradores concursales en la sección sexta sigue sujeta a las acciones de responsabilidad que en su caso correspondieran: ello es así ex art 36 LC entre otros preceptos.
Sobre que ello justifique la ampliación de los honorarios aprobados judicialmente de conformidad con lo dispuesto en la ley concursal y el reglamento por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales la Sala no comparte tal conclusión.
En primer lugar, el propio artículo 34 LC dispone expresamente: "El arancel se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:
Exclusividad : los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel."
La regulación reglamentaria del arancel contenida en el RD 1860/2004 no contiene referencia a la retribución de la sección sexta.
En tanto la sección II del Real Decreto bajo la rúbrica FASES SUCESIVAS distingue entre la fase de convenio y la de liquidación.(cfr art9). No hay más fases.
En puridad la calificación es una sección (vid art 183 LC) que si bien su tramitación tendrá lugar o no en función de las circunstancias de la aprobación del convenio actualmente reguladas en el art 167 LC (y en la redacción anterior a la reforma de ley 38/2011según el art 163LC), ese trabajo de la administración concursal en beneficio de los acreedores comienza desde la toma de posesión de los mismos. Además de la ausencia de previsión legal, la tarea encomendada a los administradores concursales que dicha sentencia retribuye expresamente comienza necesariamente en la fase común (art 40, 45, 46, 48, 71, 75.3 LC entre otros).-
Si el legislador sólo ha previsto una retribución complementaria para la administración concursal en el caso del incremento neto del valor de la masa por el ejercicio de las acciones de reintegración (cfr art 11 del Real Decreto 1860/2004) no puede entenderse que haya una laguna.
Con la regulación actual, la sección sexta no genera un derecho a retribución añadido a las fases común y /o de convenio o liquidación.
Sencillamente el trabajo de la administrador concursal retribuido por arancel incluye la sección sexta allí donde ésta deba tener lugar. Y la petición o no de concurso culpable dependerá de que consten o no los hechos merecedores de tal reproche sin que esté previsto el estímulo de una retribución añadida a la que legalmente corresponde.
Según dispone el art 133 LC :" 1. el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que recurrida ésta, quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que en su caso adopte el Juez conforme a los dispuesto en el apartado 5 del artículo 197 ". 2. Asimismo,cesarán en su cargo los administradores concursales..sin perjuicio de lo previsto en el capitulo 2 del Título VI: formación y tramitación de la sección de calificación "según la redacción vigente aplicable al caso.
Y en la dicción vigente del mismo artículo la reforma efectuada por la Ley 38/2011 precisa que ".3 No obstante su cese, los administradores concursales conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme."
Como corolario de lo anterior tratándose de un crédito contra la masa no procede una interpretación extensiva que por lo demás no tiene acomodo legal en el art 84.2.2 LC por lo que procede la íntegra revocación de la sentencia y la desestimación de la pretensión de los administradores concursales.
En el recurso los ahora apelantes solicitan la revocación del pronunciamiento y que se declare que no corresponde abonar suma ninguna " y tampoco " la de 700 euros por cada administrador toda vez que la

concursada ya fue condenada al pago de retribución "postconvenio" /sección sexta por los meses anteriores a los de esta reclamación y a una cuantía superior. Entiende que en todo caso estaría ya pagada.
Esto es, habiéndose dictado la sentencia aprobando el convenio el 7 de enero de 2011, los administradores concursales ahora apelados ya han reclamado y obtenido sentencia favorable por la cuantía de 17.646,18 euros (4.047,2 euros mas IVA por cada mes durante los de febrero y marzo para cada administrador concursal). De los hechos expuestos la Sala infiere que la sentencia anteriormente referida es firme.
En este incidente, el Juez "a quo" rebaja la cuantía y estima parcialmente: en la sentencia que en esta apelación se revoca el Juez "a quo" había condenado al pago de 700 euros como importe total correspondiente a los meses de abril, mayo y 14 días de junio (la sentencia de calificación como fortuito la dictó el 14 de junio) y para cada administrador concursal.
Por lo ya razonado procede la desestimación de tal pretensión.
TERCERO.-En cuanto a la petición ex art 247 LEC relativa a la formación de pieza separada para imposición de multa a los administradores concursales por importe de 3.327,77 euros no ha lugar, entre otras razones, porque parte de la situación que describe se debe a la ausencia de oposición de la concursada demandada en un incidente anterior que no es objeto de esta apelación. Circunstancia fáctica que tendrá su consecuencia en cuanto a la condena en costas de primera instancia.
No es la solicitud de multa por fraude procesal la respuesta que corresponde a aquella situación.
En cuanto a la petición de multa por haber solicitado retribución por la sección (que no fase) de calificación, atendida la motivación de la sentencia que se revoca y que es semejante a la que se aportó como prueba (cfr folio 13) respecto a los honorarios devengados tras la sentencia de aprobación de convenio, no se aprecia fraude procesal en los actores. Recuérdese que en aquella sentencia se razonaba la pertinencia de una retribución mensual a razón de 4.047,29 euros al mes por administrador concursal y para los meses de febrero y marzo.
En aquella resolución no se dio trámite de apelación y el ahora apelante no informa a la Sala sobre si solicitó queja por lo que no se aprecia mala fe procesal en los demandantes/apelados.
Sin perjuicio de que los razonamientos del Juzgador sean tenidos en cuenta de lege ferenda, no puede apreciarse irracionalidad ni abuso en esta petición de los demandantes que trae causa de la estimación de la anterior. Simplemente tal petición de honorarios no está prevista legalmente y en este materia rige el principio de exclusividad.
La retribución objeto de este incidente es la de los meses de abril, mayo y 14 días de junio, por lo que, habiendo sido revocado el razonamiento que justificaba una cantidad no reconocida en el Real Decreto ni por la Ley concursal no procede ulterior pronunciamiento.
CUARTO.-En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino estimar en lo esencial el recurso de apelación, con la consiguiente revocación de la resolución recurrida, debiendo estarse respecto a las costas procesales devengadas al criterio general de vencimiento establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil": SAP Baleares (Sección 5) 24.10.2012 (Sentencia 450/2012; Rollo 328/2012)

8.2.2 Es procedente

JM-1 Barcelona

"PRIMERO El artículo 34 de la Ley Concursal dispone que los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa, en tanto que el apartado segundo añade que un arancel reglamentará la retribución correspondiente a la administración concursal «atendiendo a la cuantía del activo y del pasivo y a la previsible complejidad del concurso». El Real Decreto 1.860/2004, del Ministerio de Justicia establece el arancel de derechos de los administradores concursales, distinguiendo, en orden a la retribución, entre la fase común y las fases sucesivas. No obstante, no determina la retribución que deben percibir los administradores concursales durante la fase de calificación en aquellos casos en que la misma se produce después de la aprobación de un convenio, momento en que se produce su cese como Administradores Concursales, excepto para esta tarea (artículo 133.2 LC).
SEGUNDO La Administración Concursal ante el vacío legal propone la aplicación analógica de los porcentajes previstos por la Ley Concursal para la fase de liquidación, porcentajes que no considero aplicables en la medida que se estaría retribuyendo en idéntica cantidad por estar en posesión del cargo (con las obligaciones y régimen de responsabilidad inherente), que por no estarlo y limitar su actuación a la calificación.
TERCERO Ante la ausencia de parámetro legal para este caso, el Real Decreto antes citado sí que prevé la posibilidad en un caso concreto de que sea el Juez quien fije la retribución en su artículo 1.2, fijando como parámetro de que debe servirse el Juez «la importancia de dichas funciones», para hacer referencia a las atribuidas a la Administración Concursal durante la vigencia del convenio si este no prevé su retribución.
CUARTO La aplicación del anterior criterio al caso concreto debe partir del hecho cierto de que la calificación del concurso ha sido la de fortuito. Necesariamente la referida calificación deriva de las circunstancias ya anticipadas en su informe, corregidas o confirmadas por las incidencias habidas en la fase de convenio, fases que han sido debidamente retribuidas. Por otro lado, en la medida que la calificación es la de fortuito, la actuación de la Administración Concursal resulta mucho más sencilla y exige menor esfuerzo que en caso de culpabilidad. Por esa razón, considero que no resultan parámetros útiles para fijar la retribución de la Administración Concursal en sede de calificación el pretendido que fija la retribución a razón de un tanto mensual idéntico al de la fase de liquidación, ya que la prolongación de la fase de calificación no implica per se actuación efectiva en un caso como el de autos en que se califica como fortuito, máxime cuando para el resto de funciones han sido cesados. De ahí que considere más adecuado la fijación de una cantidad a tanto alzado,

que sin desconocer la cualificación jurídica exigida para la confección de la propuesta de calificación y la responsabilidad que implica, también valora que parte de los elementos en que se funda han sido obtenidos y elaborados en otras fases del concursos que sí que han sido retribuidas y que son tres los Administradores Concursales y, por tanto, se trata de un trabajo que necesariamente deben haber compartido, por más que la redacción de la propuesta acabe siendo tarea final del miembro letrado, así como que la retribución debe ser la misma para los tres miembros (artículo 2.1), razones por las que se considera adecuado a derecho fijarla en la cantidad de 700 euros para cada miembro de la Administración Concursal.
QUINTO En contra de la anterior conclusión, podría afirmarse que la referida retribución es improcedente porque la norma cuando prevé la retribución para la fase de convenio incluye también la retribución correspondiente a la labor de calificación. No comparto la referida conclusión por las siguientes razones:
a) El artículo 9 del Real Decreto cuando fija la retribución para la fase de convenio no diferencia el supuesto en que el convenio por su contenido determine la existencia de calificación de aquellos convenios que por su contenido no llevan aparejada la calificación (artículo 163.1.1º LC). En este último caso, de afirmarse que la retribución de la fase de convenio comprende la retribución de las tareas de calificación, resultaría que la retribución para los administradores concursales por la fase de convenio sería la misma con independencia de que existiera o no Sección de Calificación por razón del contenido del convenio, conclusión que es manifiestamente contraria a la voluntad declarada del Real Decreto en la Exposición de Motivos al declarar que el sistema retributivo que diseña debe responder como «postulado fundamental» al «justo equilibrio entre los distintos intereses en conflicto».
b) La retribución para la fase de convenio se funda en un único parámetro que no valora la realización de tareas de ejecución o realización de la sentencia de calificación; su importe se fija en función de la retribución para la fase común, retribución que depende principalmente de las cuantías de activo y pasivo. A diferencia de la fase de convenio, la retribución de la fase de liquidación se fija, además de en el anterior parámetro, en función de la duración de la liquidación a razón de un tanto mensual, lo que permitiría comprender en dicha actuación la ejecución de la posible sentencia de calificación, siquiera analógicamente. Ello constituye un nuevo indicio de que el legislador al determinar la retribución de esta fase no ha incluido parámetros para asegurar una retribución proporcionada de las tareas de calificación y que el utilizado resulta manifiestamente inidóneo, siquiera sea por comparación con el previsto para la fase de liquidación y por las razones ya expuestas en la letra anterior.
c) Ninguno de los factores de corrección contenidos en el artículo cuatro, cinco y seis del Real Decreto se refiere a circunstancias propias de la Sección de Calificación, lo que permite dudar de que el legislador pretendiera incluir la retribución de esta actuación en la de la fase de convenio. En caso contrario, parece que podría haber incluido entre los factores de corrección algunos relevantes para asegurar que la retribución resulte proporcionada «respecto las dificultades de las tareas que se realizan» (Exposición de Motivos del Real Decreto). No cabe ninguna duda que la eventual declaración en la sentencia de calificación de responsabilidad prevista en el artículo 172.3 LC y su posterior ejecución y liquidación son actuaciones complejas y laboriosas que deberían haberse reconocido para asegurar el citado equilibrio. La omisión de cualquier parámetro relativo a la misma en la fase de convenio, unido al argumento expuesto en la letra anterior, permiten dudar de que la retribución de la fase de convenio comprenda la de calificación.”: AJM-1 Barcelona 23.09.2008 (JUR 2009\184948)

8.3 Improcedente percepción por “liquidación anticipada” en fase común

“PRIMERO.-Pretende los administradores que les elevemos sus retribuciones en un 10% mensual atendiendo ala circunstancia de que existió una fase de "liquidación anticipada" en el curso de la que procedieron a vender bienes del deudor, y en definitiva que no se vean obligados a devolver a la masa la cantidad que el Auto considera que han cobrado en exceso. Todo ello pese a la circunstancia de que fueron cesados como tales administradores concursales.
No existe una fase de "liquidación anticipada" en el RD 1860/2004, de 6 de septiembre; se atiende a las distintas fases del concurso por lo que los administradores únicamente tienen derecho a cobrar por aquella fase en que intervinieron, que es la fase común al ser la de liquidación acordada con posterioridad. Y teniendo presente que al aperturar la fase de liquidación se les cesó en sus funciones, es evidente que carecen de todo derecho a un cobro ampliado.”: AAP Vizcaya (Sección 4) 13.03.2012 (Auto 177/2012; Rollo 821/2011)

8.4 Por funciones no propiamente concursales atribuidas en el convenio

“PRIMERO.1. La concursada, NDU MAQUINARIA Y PLATAFORMAS ELEVADORAS, S.L., impugnó mediante demanda incidental la rendición final de cuentas presentada por la administración concursal (AC), por haber incluido una partida en concepto de retribución por el trabajo realizado tras la aprobación del convenio.
La concursada solicitaba que se denegara esta pretensión retributiva, añadida a la establecida por el auto que, de acuerdo con el art. 34 LC, fijó la remuneración conforme al arancel, ya que el convenio no atribuía ninguna función a la administración concursal, y las que haya podido realizar más allá de su cese son inherentes al desempeño de dicho cargo.
La sentencia desestimó la impugnación por considerar justificada esta retribución en atención a que la sentencia que aprobó el convenio encomendó a los administradores concursales la tarea de gestionar y garantizar el pago de los créditos contra la masa.
En su recurso, la concursada desarrolla los motivos de la impugnación a la vista de la fundamentación de la sentencia, en síntesis: no se acredita que las tareas llevadas a cabo por la AC tras la aprobación del convenio

sean distintas a las inherentes a su cargo hasta la rendición de cuentas; no ha existido una actividad efectiva de la AC, tras la aprobación del convenio, en la negociación y pago de los créditos contra la masa; no cabe reconocer un incremento retributivo sobre los honorarios fijados conforme al arancel, que establece una retribución máxima y global, regida por los principios de limitación y exclusividad, por las funciones que son propias de la AC; el convenio no atribuye ninguna función a los administradores concursales.
Según indica la AC, por auto de fecha 3 de mayo de 2010, se fijó la retribución conforme al arancel (art. 34 LC) en la suma de 83.256,67# para cada administrador concursal.
El convenio fue aprobado por sentencia de 8 de marzo de 2010, que (así lo recoge la sentencia aquí apelada) encomendó a los administradores concursales, no obstante su cese, la tarea de gestionar y garantizar el pago de los créditos contra la masa.
La AC sostiene que desde la aprobación del convenio hasta diciembre de 2010 ha realizado una inmensa labor fiscalizando el pago de créditos contra la masa, y hasta agosto de 2011 la concursada ha requerido la firma de la AC para el pago y cobro de cantidades.
En la rendición final de cuentas, la AC se atribuye una remuneración por este período del 10% mensual de los honorarios definitivos, a razón de 8.325# al mes (marzo a diciembre de 2010) para cada administrador, en total 79.093# para cada uno.
SEGUNDO. La sentencia sugiere la inidoneidad del incidente de impugnación de rendición final de cuentas (que prevé el art. 181 LC) para cuestionar un crédito contra la masa, como lo sería la retribución de la administración concursal (art. 84.2.2º LC), y en esta cuestión procesal también incide la AC en su escrito de oposición al recurso señalando que el cauce adecuado hubiera sido el incidente concursal que prevé el art. 154 LC.
Al margen de que en todo caso se ha seguido el procedimiento del incidente concursal, al que remite tanto el art. 181 como el 154 LC, en la medida en que la oposición a la rendición final de cuentas tiene por objeto la impugnación de una determinada partida o aplicación de fondos (la retribución de la AC), y habida cuenta que es en la rendición final donde se pone de manifiesto por vez primera esta pretensión retributiva, ha de estimarse viable el incidente de oposición al amparo del art. 181 LC, cuya estimación dará lugar, en su caso, a la aprobación de la rendición de cuentas salvo la partida o concepto impugnado, sin que por tanto conlleve la desaprobación total.
TERCERO. El art. 34 LC diseña el sistema de retribución de los administradores concursales conforme a un arancel que se aprobará reglamentariamente (es el RD 1860/2004) y atenderá, como criterios objetivos informadores y determinantes de la cuantía de los honorarios, a la cifra del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a su previsible complejidad. Este arancel, continúa el precepto, se ajustará a las reglas de "exclusividad", en el sentido de que los administradores concursales "sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de aplicación del arancel", y de "limitación", que implica que la administración concursal "no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso" (aparte de las reglas de "identidad" -finalmente suprimida por la Ley 38/2011- y "efectividad").
La retribución, de acuerdo con el arancel, será fijada por el juez del concurso, sin perjuicio de ulterior revisión si concurre justa causa, señala el art. 34 (apartados 3 y 4).
Es el juez del concurso, por tanto, quien ha de fijar la retribución de los administradores concursales, atendiendo a unas reglas objetivas y homogéneas establecidas por una norma reglamentaria, el RD 1860/2004, sometida a los parámetros del art. 34 LC, que proporciona seguridad jurídica sobre uno de los costes, de seguro devengo, del procedimiento concursal.
La retribución mediante arancel, dice la Exposición de Motivos de este Real Decreto, cumple la finalidad de asegurar un tratamiento homogéneo de cuantos ejercitan las funciones propias de este órgano concursal y, por otro, permite calcular aproximadamente el coste de esta importante deuda de la masa a quienes proyectan la apertura del procedimiento o se ven involucrados en él. Con este arancel, cuyo postulado fundamental es el justo equilibrio entre los distintos intereses en conflicto, se intenta conseguir que las cantidades que se perciban en concepto de retribución no resulten desproporcionadas respecto de la dificultad de las tareas que se realizan, de la complejidad del concurso y de la duración del procedimiento (...).
El sistema que se establece -prosigue la EM- distingue entre la retribución correspondiente a la fase común (la única que necesariamente tiene que existir en cualquier concurso) y la de la fase o fases sucesivas. La primera se calcula de modo global, cualquiera que sea la duración efectiva de esa fase, con algunas especialidades para el caso de tramitación abreviada con administración concursal unipersonal y para el caso de aprobación judicial de un convenio anticipado. La segunda se determina en función de la establecida para la fase anterior, siendo igual a la décima parte de la correspondiente a la fase común por cada mes de duración de la fase de convenio. Igual retribución se percibirá durante los seis primeros meses de la fase de liquidación, si bien dicha retribución se reducirá a la mitad a partir del séptimo mes de esta fase.
La retribución mediante arancel por las funciones concursales a desarrollar por la AC se configura (estimamos que así debe entenderse) con carácter global, comprensiva de la remuneración por los trabajos, trámites y tareas que la LC atribuye a los administradores concursales, propios de la fase común, de la de convenio o de la fase de liquidación, incluidos los incidentes que puedan plantearse.
En principio, los administradores cesan en sus funciones desde la eficacia del convenio, consecuencia de que desde ese momento, que se produce con la sentencia que aprueba el convenio, cesan los efectos de la declaración de concurso, conforme establece el art. 133 LC.
Sin embargo, ese cese puede que no implique un abandono de facto de sus funciones concursales, pues, aparte de la pieza de calificación, pueden existir incidentes pendientes o incluso trabajos propiamente concursales, como lo es la gestión del pago de créditos contra la masa (no ya de créditos nacidos con

posterioridad a la aprobación del convenio, cuando el deudor ha recuperado la plenitud de las facultades de administración y disposición).
No obstante, la LC prevé en el art. 133.2 que el convenio pueda atribuir a los administradores concursales cualesquiera funciones. En tal supuesto, el art. 1.2 del RD 1860/2004 excluye la aplicación del arancel para retribuir estas funciones al disponer que "el ejercicio de las funciones atribuidas por el convenio será retribuido sin sujeción a arancel conforme a lo establecido en el propio convenio y, en defecto de previsión, conforme a lo que establezca el juez del concurso atendiendo a la importancia de dichas funciones".
Debe tenerse en cuenta el apartado 1 del precepto: "El ejercicio de las funciones que la Ley atribuye a los administradores concursales será retribuido con cargo a la masa activa con las cantidades que resulten de la aplicación del arancel establecido en este Real Decreto".
De la conjunta interpretación de ambos apartados y del art. 34 LC deriva que: a) las funciones propiamente concursales, que la LC atribuye a los administradores concursales, están retribuidas conforme al arancel, y los correspondientes honorarios resultantes de su aplicación ni pueden proceder de otra fuente que no sea el arancel (principio de "exclusividad") ni pueden superar la cantidad máxima que conforme al mismo sea fijada "para el conjunto del concurso" (principio de "limitación"); y b) cabe que el convenio atribuya a los administradores concursales ciertas funciones, en cuyo caso la retribución correspondiente ya no deberá ajustarse al arancel.
El nuevo art. 133.4, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, al prever que "con el previo consentimiento de los interesados, en el convenio se podrá encomendar a todos a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, fijando la remuneración que se considere oportuna", confirma que el convenio puede atribuir a los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, estableciendo la oportuna retribución.
A efectos retributivos, por tanto, debe partirse de la distinción entre las funciones que la Ley atribuye a los administradores concursales, aunque se prolonguen una vez que el convenio haya adquirido eficacia, y aquellas otras, cualesquiera, cuyo origen o fuente de atribución sea el propio convenio, y cuya realización, una vez cesados los efectos de la declaración de concurso, dará lugar a la correspondiente retribución (fijada por el convenio, o en su defecto por el juez del concurso), que se acumulará a la retribución fijada conforme al arancel para las funciones propiamente concursales.
En este caso, contemplamos una retribución que los administradores concursales incorporan a la rendición final de cuentas por razón del trabajo desarrollado tras la eficacia del convenio, pero que se corresponde con funciones propiamente concursales, atribuidas por la LC, como es la gestión y fiscalización del pago de los créditos contra la masa. Entendemos, pues así se desprende de las explicaciones de la AC, que no se trata de la gestión de pago de nuevos créditos generados tras la eficacia del convenio, sino anteriores o preexistentes, que conforme al art. 84.2 LC tienen la consideración de créditos contra la masa. Se trata, por tanto, de una retribución añadida a la fijada por el juez del concurso conforme al arancel para retribuir las funciones concursales de la AC, comprensiva tanto de la fase común como de la fase de convenio.
Aunque el pago de estos créditos se haya diferido (por razón, según se afirma, de aplazamientos o fraccionamientos) una vez que el convenio ha adquirido eficacia, su fiscalización o gestión responde a funciones propiamente concursales, que deben entenderse ya retribuidas conforme al arancel mediante la cantidad fijada en su día por el juez del concurso. No se trata de funciones encomendadas por el convenio, que no atribuye ninguna función a los administradores concursales, ni por tanto fija retribución alguna, sino de la prolongación de las funciones concursales de la AC. Por tal razón, faltando el acuerdo de la concursada y de los demás interesados, no ha lugar al devengo de la pretendida retribución.
Debe por ello prosperar la impugnación de la rendición final de cuentas, limitada a la referida partida, concepto o aplicación de fondos.”: SAP Barcelona (Sección 15) 11.10.2012 (Sentencia 327/2012; Rollo 218/2012)

9. Aclaración y subsanación de errores en la fijación de la retribución

“CUARTO El primer motivo de ambas apelaciones nos lleva a analizar elAuto aclaratorio y subsanatorio de omisiones que la Juez dicta el 14 de diciembre de 2006. Como en dicho Auto se pueden apreciar hasta tres rectificaciones: a) La de no contabilizar en el cómputo de honorarios las cifras del activo; b) la de añadir un 5% más al inicialmente fijado por la complejidad del concurso; c) la de omitir cantidades complementarias del 1% por reintegración a la masa activa de la suma de 153.968'58 ?), hemos de examinar cada una de estas rectificaciones para valorar si se ajustan a lo dispuesto en elart. 214 y 215 de la LEC, o exceden el ámbito de lo que puede ser objeto de aclaración, subsanación o complemento de las resoluciones judiciales.
Elart. 214 de la LECdice: 1. Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.
Las aclaraciones a que se refiere el apartado anterior podrán hacerse de oficio dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por el tribunal dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.
Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales podrán ser rectificados en cualquier momento.
Por su parte elart. 215 de la LECes del siguiente tenor: 1. Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior.
Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en

el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.
Si el tribunal advirtiese en sentencias o autos que dictara las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicta, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado.
No cabrá recurso alguno contra los autos en que se completen o se deniegue completar las resoluciones a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia o auto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del tribunal. Los plazos para estos recursos, si fueren procedentes, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla.
De estos preceptos resulta que debemos distinguir entre:
- a) aclaraciones de conceptos oscuros, y rectificaciones de errores materiales, que pueden hacerse de oficio o a petición de parte, sin dar audiencia a las otras partes.
- b) Rectificaciones de errores materiales manifiestos o aritméticos, que pueden ser rectificados en cualquier momento, de oficio y sin sujeción a plazos.
- c) Subsanación de omisiones o defectos que fuere necesario remediar para llevar a efecto las resoluciones, que puede hacerse por el mismo trámite y plazos que en el supuesto a).
-d) Omisiones de pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, cuya subsanación soliciten las partes, para lo que antes de resolver se dará traslado a las demás partes por cinco días.
-e) Omisiones de pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso que el tribunal advirtiese de oficio, en cuyo caso resuelve sin audiencia de las partes, pero siempre sin modificar ni rectificar lo que hubiera acordado.
Pues bien, examinemos cada una de las rectificaciones operadas en elAuto de 28 de noviembre de 2006por elAuto de 14 de diciembresiguiente. La primera se refiere a que no contabilizó en el cómputo de los honorarios las cifras del activo (52.794.650'96 ?). Nos encontramos ante un claro error material pues en el fundamento de derecho segundo delAuto de 28 de noviembrese alude a que para la determinación de los honorarios debe tenerse en cuenta el activo y el pasivo definitivos, como establece elart. 4.1 del RD 1860/04. Sin embargo, sorprendentemente, dospárrafos después fija la retribución de los administradores concursales tomando en consideración sólo el pasivo, y además fijando una cantidad líquida también errónea (49.092'09 ?), pues por aplicación del anexo del RD 1860 la cantidad líquida resultante del pasivo (141.041.185'70 ?), es de 48.924'94 ?.
La rectificación de este error puede hacerse de conformidad con elart. 214 de la LEC, por lo que no hay reparo alguno en este aspecto en elAuto de 14 de diciembre.
La segunda rectificación que efectúa el citado Auto es que habiendo aplicado en el auto inicial un porcentaje de incremento del 5% por la complejidad del concurso a tenor de lo dispuesto en elart. 6.1a) en relación con elart. 6.2 del RD 1860/04, en elAuto de 14 de diciembreaplica un 10% porque entiende que son dos las circunstancias de complejidad que concurren en este caso.
Podemos entender que esta rectificación responde a las de la clase de aclaraciones de conceptos oscuros a las que se refiere elart. 214.1 LEC. En efecto, elAuto de 28 de noviembrees escueto y no se caracteriza, precisamente, por sus claros y profundos fundamentos jurídicos. Trata los diversos criterios que aplica para fijar la retribución de los administradores concursales de manera liviana y poco explicativa o clarificadora. De ahí que la oscuridad sea una característica común a toda la Resolución, la que se acrecienta además por los tres errores luego rectificados que nos ocupan. Y así, cuando aborda el criterio de la complejidad del concurso se limita a la cita de un precepto reglamentario y a la aplicación de una cantidad porcentual sin más explicaciones. El fundamento de esta decisión no puede, por ende, ser más oscuro, y urgía una aclaración, la cual efectúa a petición de los administradores concursales en elAuto de 14 de diciembreaclarando que son dos y no una las circunstancias de complejidad que concurren de acuerdo con elart. 6.1 y 2 del RD 1869/04 SIC, precepto que constituía el lacónico fundamento de su Auto inicial.
Por tanto, podemos entender que esta aclaración no excede del ámbito de aplicación delart. 214 de la LECy podía hacerse en elAuto de 14 de diciembre. Otra cosa es la procedencia o no de la aplicación del 10%, lo que abordaremos cuando analicemos el otro motivo de las apelaciones.
La tercera rectificación es la de una omisión. La de las cantidades complementarias que corresponderían a los administradores concursales profesionales por el incremento neto del valor de la masa por el ejercicio de acciones de reintegración (el 1% de 153.968'58 ?), de conformidad con elart. 11 del RD 1860/04.
Aquí nos encontramos ante la subsanación de una omisión, no ante una aclaración o rectificación de errores materiales o aritméticos. Efectivamente, la administradores concursales solicitaron en su escrito de 8 de septiembre de 2006 (folios 271 y siguientes del Tomo III de la Sección 2ª del concurso) la aplicación del incremento porcentual del uno por ciento por el incremento neto del valor de la masa por la reintegración de 153.968'58 ?. ElAuto de 28 de noviembreomitió todo pronunciamiento sobre el particular. Los administradores concursales pidieron aclaración también sobre este extremo. Y elAuto de 14 de diciembreprocede a subsanar la omisión al amparo delart. 215 de la LEC, y reconoce el derecho de los administradores concursales a incrementar su retribución con el uno por ciento de incremento del valor neto de la masa activa por la reintegración.
Esta rectificación delAuto de 28 de noviembre de 2006por la vía de la subsanación de omisiones no puede admitirse y es la única de las tres que debe ser dejada sin efecto, por cuanto no se trata de uno de los supuestos de rectificación delart. 214 de la LEC, sino de los previstos en elart. 215.2 de la Leyprocesal que

exige el traslado de la solicitud subsanatoria de los administradores concursales a las demás partes para que efectúen alegaciones escritas en el plazo de cinco días. Este trámite no fue cumplido por el Juzgado de lo Mercantil, que procedió a resolver como si de una aclaración o rectificación de errores se tratara. Por ello, dada la vulneración de esenciales normas procesales que producen indefensión a la recurrente por no haber tenido oportunidad de alegar sobre la subsanación de omisiones pedida, este pronunciamiento delAuto de 14 de diciembreha de quedar sin efecto. Lo que supone ya que la suma fijada en la Resolución como retribución de los administradores concursales profesionales haya de reducirse en 1539'68 ?.
En definitiva elAuto de 14 de diciembre de 2006ha de tener virtualidad en cuanto a los dos primeros extremos rectificados o aclarados, dejándose sin efecto el pronunciamiento subsanatorio de la omisión del incremento del uno por ciento por incremento neto del valor de la masa activa por reintegración.": SAP Sevilla (sección 5) 22.10.2008 (JUR 2009\79070)

10. La pendencia de la impugnación del informe de la AC no afecta al cobro de la retribución

"PRIMERO La entidad concursada recurre en apelación el Auto del Juzgado de lo Mercantil que, al amparo delart. 34 de la Ley Concursal en relación con elReal Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, fija la correspondiente retribución a la administradora concursal nombrada en el procedimiento de concurso, en pretensión de que, estableciéndose en elart. 34 LC que los honorarios del administrador concursal se calcularán conforme a aranceles en atención a la cuantía del activo y del pasivo y habiéndose impugnado el informe de la Administración concursal que ha servido de base para el cálculo de dicho emolumento precisamente en lo relativo a tales extremos, la resolución recurrida se deje sin efecto hasta que se decida acerca de la precitada impugnación.
El recurso de apelación debe ser desestimado.
Aparte de no constar la impugnación por la recurrente del informe de la Administración concursal, aún para el caso de que realmente lo hubiere efectuado tal circunstancia no comporta que el cobro por los Administradores concursales de la retribución fijada por el Juez de lo Mercantil, para su satisfacción en los plazos a que hace referencia elart. 8 del Real Decreto 1860/2004, haya de quedar suspendida hasta la decisión de la impugnación.
Así cabe desprender de lo establecido en losapartados 3 y 4 del Real Decreto 1860/2004, al disponer que "la retribución que corresponda a los administradores concursales profesionales en la fase común no experimentará modificación alguna por la prórroga del plazo para la presentación del informe de la administración judicial o por la impugnación del inventario y de la lista de acreedores".
Hasta que el inventario y la lista tengan carácter definitivo, el juez aplicará el arancel considerando como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, y como valor de la masa pasiva, el que resulte de la relación de acreedores presentado por el deudor.
Una vez establecido el importe definitivo de la masa activa y de la masa pasiva, el juez, en la misma resolución por la que ponga fin a la fase común o en otra de la misma fecha, determinará si, por aplicación del arancel, los administradores concursales, deben percibir una cantidad superior a la inicialmente aprobada para la fase común o si deben reintegrar o compensar el exceso de lo percibido.": AAP Pontevedra 26.01.2010 (JUR 2010/136409; Auto 15/2010; Rollo 616/2009)

11. Desestimación de la impugnación, no argumentada reducción

"PRIMERO.- Para una mejor comprensión del asunto sometido a nuestra consideración, hemos de hacer referencia a los siguientes antecedentes:
-. El 26 de noviembre de 2008 en el procedimiento 231/08, de concurso seguido ante ese Juzgado a instancia de Construcciones Fraipar S.L., se dictó auto declarando el concurso voluntario y ordinario de dicho deudor designando a los administradores concursales con intervención de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor concursado.
-. Los administradores aceptan los respectivos cargos.
-. En el informe presentado por la Administración concursal y posteriormente ratificado según establece el artículo 98 de la L.C. relativos al Inventario de la masa activa y a la Lista de acreedores de la masa pasiva de la concursada, respectivamente, consta que la masa activa se cuantifica en 10.041.329,22 # y que la masa pasiva se cuantifica en 2.604.538,79 #.
-. Igualmente consta en el mencionado documento que el número de acreedores es de 4.
SEGUNDO.-El art. 34 de la LC establece que los administradores concursales tendrán derecho a una retribución con cargo a la masa, que se determinará de acuerdo con el arancel, atendiendo a la cuantía del activa, a la cuantía del pasivo y a la previsible complejidad del concurso.
El Real Decreto 1860/2004, de 6 Septiembre de 2004, en su artículo 4.1 establece que la retribución, para la fase común, vendrá determinada por el resultado de aplicar al valor de la masa activa y al valor de la masa pasiva los porcentajes correspondientes establecidos en el Anexo al mismo.
Por tanto, la cuantía de la retribución en este caso, para cada uno de los administradores concursales, en la fase común del concurso, vendrá determinada, por la suma que resulte de aplicar al valor de la masa activa, es decir el inventario presentado por el deudor, que asciende a 10.041.329,22 # y al valor de la masa pasiva, es

decir, la relación de acreedores presentada por el deudor, que asciende a 2.604.538,79 #, los porcentajes correspondientes establecidos en el anexo al Real Decreto.
TERCERO.-El juez del concurso ha valorado los importes de las masas, en base a los dictámenes que tenía sobre las sumas de activo y pasivo, aplicando conforme a lo establecido, en la legislación aplicable citada, la cantidad en concepto de honorarios a fijar, que esta Sala comparte, sin que en ningún caso el apelante cite ningún precepto ni doctrina o jurisprudencia infringidas, por lo que procede mantener el importe de los honorarios definitivos de los miembros de la administración concursal acordada en la resolución recurrida confirmando, con desestimación del recurso y costas al apelante. ": AAP Huelva (Sección 3) 02.06.2011 (Auto 48/2011; Rollo 133/2011)

13. Retribución en fase de convenio cuando en realidad no se ha tramitado éste sino un acuerdo extrajudicial

AP Burgos

"Primero. Se formula demanda de juicio ordinario por los administradores concursales de Construcciones Calidad SL en reclamación de sus honorarios para la fase de convenio correspondientes a los seis meses que ha durado esta fase, desde el 7 de julio de 2009 en que se dictó auto declarando terminada la fase común hasta el 15 de enero de 2010 en que se declaró la concusión del concurso por pago a los acreedores.
Segundo. Los hechos más relevantes para la resolución de esta reclamación de honorarios han sido los siguientes: 1) el 7 de julio de 2009 se dictó auto declarando finalizada la fase común del concurso de Construcciones Calidad SL y abierta la fase de convenio se convocó Junta de acreedores el día 2 de octubre de 2009, 2) el 28 de julio de 2009 se firmó una escritura de préstamo hipotecario con garantía sindicada de todos los acreedores financieros de la concursada por el que estos acreedores concedían a la concursada un préstamo de 17 millones de euros destinados a la cancelación de las deudas del concurso, quedando como única deuda la derivada de la suscripción del préstamo para cuyo pago se preveía un plazo de diez años con los dos primeros de carencia, debiéndose abonar solo los intereses, 3) gracias a este préstamo se fue pagando guante los meses de septiembre y octubre a todos los acreedores no financieros, 4) el 25 de septiembre de 2009 se resolvió un incidente de impugnación de créditos formulado por la Tesorería General de la Seguridad Social, que estaba pendiente de resolución a pesar de haberse declarado la terminación de a fase común, 5) con fecha 12 de noviembre de 2009 la administración concursal presentó el informe de rendición de cuentas a que se refiere el artículo 183 LC previo a la conclusión del concurso, 6) el 15 de enero de 2010 se dicta auto de conclusión del concurso por pago a todos los acreedores (artículo 176.1.3º LC), 7) los honorarios aprobados para cada uno de los administradores concursales en la fase común ascendieron a 91.156,67 # más IVA, por lo que para la fase de convenio les correspondería percibir a cada uno el 10% por cada uno de los meses, 9.115,66 # más IVA x 6 meses y 8 días: 54.695 #.
Tercero. La parte demandada Construcciones Calidad SL se opone al pago de los honorarios fundamentalmente porque la fase de convenio no ha tenido lugar, habiéndose pagado a todos los acreedores como consecuencia del acuerdo de refinanciación llevado a cabo en sede extrajudicial, y no como consecuencia de algún convenio logrado en Junta de acreedores. Los acuerdos de refinanciación celebrados durante el concurso no son objeto de regulación en la ley concursal, sino solo los dirigidos a evitarlo. Se entiende que, una vez declarado el concurso, es el convenio la forma normal de aprobación de tales acuerdos, guardando la ley silencio sobre la posibilidad de celebrar acuerdos en vía extrajudicial. No obstante parece posible que acreedores y concursado utilicen la vía extrajudicial como forma de conseguir la liquidación total o parcial de la deuda, aunque quizás lo deseable hubiera sido que el acuerdo de refinanciación se hubiera plasmado en un convenio, con lo que los términos del mismo se hubieran visto reforzados por las propias garantías legales de cumplimiento, sobre todo para los acreedores ordinarios que no tuvieron intervención en el préstamo hipotecario.
Sobre el momento de celebración de tales acuerdos tomados en sede extrajudicial, el momento no es exclusivo de la fase de convenio, pudiendo hacerse en la fase común. Es decir, una vez que se prefiere la vía extrajudicial, y no la de la junta de acreedores, parecería ocioso abrir la fase de convenio si no se va a celebrar ninguna Junta, y en definitiva si no se va a someter el acuerdo de refinanciación a la aprobación judicial. No obstante, algunos de los pactos que se incorporan a estos acuerdos, como los de quita o espera, sí son extraños a la fase común que termina con la fijación de la masa activa y pasiva sin tener en cuenta tales quitas o reducciones, y menos aún el aumento del patrimonio del concursado derivado de la obtención del préstamo hipotecario. Por esta razón quizás la celebración de tales acuerdos, aun en sede extrajudicial, convenga más a la fase de convenio que a la fase común. Tampoco el pago a los acreedores concursales parece específico de la fase de convenio, previendo el artículo 176.1.3º LC la conclusión del concurso cuando "en cualquier estado del procedimiento" se produzca o compruebe el pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio. Ahora bien, que el pago a los acreedores concursales pueda hacerse en la fase común no obsta a la consideración de que durante la fase común la administración concursal solo debe atender el pago de los créditos contra la masa, que son los únicos que se pagan a su vencimiento. El pago a los acreedores concursales, es decir a los que lo eran con anterioridad al concurso, se hace normalmente fuera de la fase común, bien en la fase de cumplimiento del convenio o en la fase de liquidación.
Es por ello que quizás estaba justificada también por esta razón la apertura de la fase de convenio para comenzar a hacer pago a los acreedores con el dinero obtenido del préstamo hipotecario. Desde este punto de

vista sí está justificada la petición de cobro de los administradores concursales por una actividad que no es propia de la fase común.
Cuarto. Dicho esto, y si bien consideramos justificada la retribución de los administradores por la actividad llevada a cabo fuera de la fase común, y por tanto no retribuida con los honorarios pagados por esta fase, la retribución tampoco puede ser la que hubiera procedido para una fase normal del convenio. No se ha celebrado Junta de acreedores, ni se ha llegado a ningún convenio necesitado de aprobación judicial; en consecuencia tampoco se ha tramitado ninguna impugnación. La actividad de los administradores se ha limitado a hacer los pagos a los acreedores no financieros y a formular la rendición de cuentas con carácter previo a la conclusión del concurso. No obstante, en fase de cumplimiento del convenio los pagos que se hagan a los acreedores se hacen normalmente con los administradores ya cesados en sus cargos (artículo 113.2 LC), por lo que no es el pago a los acreedores una actividad retribuida que corresponda a esta fase.
Por todas estas razones procede moderar los honorarios y tener en cuenta solo tres meses en lugar de los seis meses solicitados. Son tres meses por 9.115,67 #/mes = 27.347,01 # más IVA. Esta es la cantidad que se fija como honorarios para cada uno de los tres administradores concursales.": AAP Burgos (Sección 3) 13.01.2012 (Auto 9/2012; Rollo 396/2011)

14. Sobre la sujeción, o no, a IVA de la retribución de los administradores concursales

AP León

"PRIMERO.- ES único motivo de impugnación del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil 8 de León, la no inclusión dentro de los honorarios de los administradores concursales del concepto de Iva que ellos también solicitan. Se alega en el recurso que la Ley 37/1992 que regula este impuesto no excluye a lo largo de su artículo a profesionales como son los administradores concursales, se dice también que otros como: procuradores, notarios o registradores que también perciben sus honorarios por arancel, aplican el Iva correspondiente.
El motivo no merece ser acogido porque presentándose minuta de honorarios por los administradores concursales y regulados los mismos conforme arancel, el art. 4, apartado uno, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (B.O.E. del 29), dispone que estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan a favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.
Por su parte, en cuanto al concepto de empresario o profesional, el artículo 5, apartado uno, de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece en sus letras a) y b) de dicho precepto, lo siguiente: "Uno. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se reputaran empresarios o profesionales:
a) Las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales definidas en el apartado siguiente de este artículo. No obstante, no tendrán la consideración de empresarios o profesionales quienes realicen exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito, sin perjuicio de lo establecido en la letra siguiente.
b) Las sociedades mercantiles, en todo caso. De acuerdo con lo establecido en el artículo 5, apartado dos, de la Ley 37/1992 son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular, tienen esta consideración las actividades extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesionales liberales y artísticas.
De acuerdo con lo expuesto, ya se venía considerando que no constituye el desarrollo de una actividad empresarial o profesional el ejercicio de las funciones efectuadas por los interventores judiciales personas físicas, cuya contraprestación está constituida por las retribuciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
No obstante, si dichas funciones son desarrolladas por una entidad mercantil se consideran, en todo caso efectuadas por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad estando, por tanto, sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido.
Por ello, si los administradores del concurso son personas físicas no procede el devengo del Iva en la forma que se ha expuesto, procediendo desestimar el recurso.": AAP León 15.06.2006

AP Ciudad Real

"En tercer lugar y a la vista del contenido del artículo 27 de la LC, notorio resulta que los tres administradores concursales desarrollan una actividad de prestación de servicios profesionales que motiva la aplicación del IVA, con la correspondiente facturación personal o a nombre de la entidad por medio de la cual desarrollan tal actividad profesional, no siendo por otra parte función de la resolución judicial impugnada entrar en consideraciones fiscales ajenas al contenido de la misma, debiendo en su caso practicar las correspondientes retenciones a cuenta del IRPF, cuando ello sea preciso, la administración concursal como parte de su actuación profesional. El motivo ha de ser rechazado. ":AAP Ciudad Real (Sección 2) 08.06.2010 (Auto 75/2010; Rollo 38/2010)

15. El beneficio de justicia gratuita no cubre los honorarios de la AC

AP Barcelona

“1. El concursado, don Jose Miguel, apela contra el auto del juzgado mercantil que fijó la retribución del administrador concursal (en adelante, AC).
El recurso de apelación, interpuesto el 4 de julio de 2011, invoca un único motivo de discrepancia con la resolución judicial. Según el apelante, se ha producido una apreciación incorrecta de la legislación de justicia gratuita, en concreto, del artículo 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En el recurso se alega que, en aplicación de dicho precepto, el concursado, como beneficiario de justicia gratuita, no debe efectuar pago alguno al AC, sino que los honorarios del AC deben ir a cargo de la Administración pública que ha otorgado el beneficio de justicia gratuita.
2. La alegación no puede acogerse.
Conforme al artículo 6.6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, entre las prestaciones que comprende el derecho a la asistencia jurídica gratuita, se incluye la asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas. Excepcionalmente y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate, no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas, ésta se llevará a cabo, si el Juez o el Tribunal lo estima pertinente, en resolución motivada, a cargo de peritos designados de acuerdo a lo que se establece en las leyes procesales, entre los técnicos privados que correspondan.
El AC no ejerce las funciones de perito en el proceso, sino unas funciones de naturaleza bien distinta, de administración o intervención del concurso con arreglo a la Ley concursal (LC). Ello no queda desvirtuado por el dato de que la LC exija que los AC, para poder ser nombrados, reúnan determinadas condiciones subjetivas (el AC único, ha de ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo).
Ni la Ley de asistencia jurídica gratuita invocada por la parte apelante ni la LC -ni ninguna otra norma legal- prevén que los honorarios del AC sean sufragados por la Administración pública, como pretende el recurrente. El artículo 34.1 LC establece, sin excepción, que los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa (salvo en los supuestos excepcionales del artículo 27.2, I y II). El mismo artículo, en su apartado 2.II.c. (antes d), dispone que " en aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente ".
Lo expuesto ha de conducir a la desestimación del recurso de apelación.”: AAP Barcelona (Sección 15) 28.09.2012 (Auto 115/2012; Rollo 275/2012)

“1. La concursada, doña Felicidad, apela contra el auto del juzgado mercantil que fijó la retribución del administrador concursal (en adelante, AC).
El recurso de apelación, interpuesto el 4 de julio de 2011, invoca un único motivo de discrepancia con la resolución judicial. Según la apelante, se ha producido una apreciación incorrecta de la legislación de justicia gratuita, en concreto, del artículo 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En el recurso se alega que, en aplicación de dicho precepto, la concursada, como beneficiaria de justicia gratuita, no debe efectuar pago alguno al AC, sino que los honorarios del AC deben ir a cargo de la Administración pública que ha otorgado el beneficio de justicia gratuita.
2. La alegación no puede acogerse.
Conforme al artículo 6.6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, entre las prestaciones que comprende el derecho a la asistencia jurídica gratuita, se incluye la asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas. Excepcionalmente y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate, no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas, ésta se llevará a cabo, si el Juez o el Tribunal lo estima pertinente, en resolución motivada, a cargo de peritos designados de acuerdo a lo que se establece en las leyes procesales, entre los técnicos privados que correspondan.
El AC no ejerce las funciones de perito en el proceso, sino unas funciones de naturaleza bien distinta, de administración o intervención del concurso con arreglo a la Ley concursal (LC). Ello no queda desvirtuado por el dato de que la LC exija que los AC, para poder ser nombrados, reúnan determinadas condiciones subjetivas (el AC único, ha de ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo).
Ni la Ley de asistencia jurídica gratuita invocada por la parte apelante ni la LC -ni ninguna otra norma legal- prevén que los honorarios del AC sean sufragados por la Administración pública, como pretende el recurrente. El artículo 34.1 LC establece, sin excepción, que los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa (salvo en los supuestos excepcionales del artículo 27.2, I y II). El mismo artículo, en su apartado 2.II.c. (antes d), dispone que " en aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán

de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente ".
Lo expuesto ha de conducir a la desestimación del recurso de apelación.": AAP Barcelona (Sección 15) 28.09.2012 (Auto 116/2012; Rollo 276/2012)

AP Baleares

"PRIMERO.- Esté recurso de apelación se refiere a un auto del Juzgado de instancia en el cual fija una retribución de 3.828,15 euros para la administradora concursal en un concurso voluntario instado por D. Armando. No obstante, no se alude a ninguna discrepancia en relación con dicha cuantía, sino a una petición de que tal gasto sea considerado comprendido en el contenido material del derecho de justicia gratuita concedido a dicho concursado, cuestión no suscitada en fase de primera instancia, y, por tanto, deberá ser tratada por primera vez en esta segunda instancia, y si bien pueden plantearse dudas sobre si procede en esta alzada tratar una cuestión nueva no suscitada oportunamente en primera instancia, pues tal resolución se limita a fijar la cuantía de la retribución de la administradora concursal, con relación a la cual ninguna de las partes expresa su oposición, y de los testimonios remitidos, ni siquiera consta que fuere planteado, y se entrará en su examen a fin de evitar una mayor dilación en el procedimiento.
Dado traslado del recurso a las demás partes y a la administradora concursal, no se ha presentado ningún escrito de alegaciones.
SEGUNDO.- La parte recurrente, partiendo del hecho de que al concursado - D. Armando -, se le ha otorgado el beneficio de justicia gratuita en el procedimiento que nos ocupa, sostiene que el contenido material de este derecho debe alcanzar, además de lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, a todos los gastos que se deriven del proceso, como la retribución del administrador. Argumenta que, de lo contrario, resultaría vulnerado el derecho constitucional a la gratuidad en la Justicia del artículo 119 CE, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, a fin de que nadie quede privado del acceso a la Justicia por falta de medidos económicos, y con cita de diversos párrafos de la STC 16/94 FJ 3.
En dicha sentencia se llega a la conclusión de que los artículos 14 y 15 de la LEC no son contrarios a la Constitución Española, en especial al art. 119 C.E., con lo cual se trata una cuestión distinta a la que es objeto de esta litis. En dicha resolución se indica que " La primera constatación que debe hacerse respecto de este precepto es la de que en él no se proclama la gratuidad de la administración de justicia. No obstante, este precepto tampoco se limita a habilitar al legislador para que libremente establezca los regímenes de gratuidad que estime oportunos o, si lo prefiere, para que no establezca ninguno. El art. 119 CE. consagra, en los términos que a continuación veremos, un derecho a la gratuidad de la justicia.....este derecho es no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho, aunque sin duda su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna "persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar" (STC 138/1988).
El art. 119 del Texto constitucional proclama, pues, un derecho a la gratuidad de la justicia pero en los casos y en la forma en los que el legislador determine. Es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias.....
El reconocimiento de esta amplia libertad de configuración legal resulta manifiesta en el primer inciso del art. 119 al afirmar que "la justicia será gratuita, cuando así lo disponga la ley". El legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado -penal, laboral, civil, etc.- o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en ceda momento. Sin embargo, este mismo precepto explícita el contenido constitucional indisponible que acota la facultad de libre disposición del legislador. Lo hace en el segundo inciso al proclamar que "en todo caso" la gratuidad se reconoceré "a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar".
Ciertamente este inciso recurre a un concepto normativo relativamente abierto o indeterminado, una cláusula general, "insuficiencia de recursos para litigar", cuya concreción también corresponde al legislador dentro del amplio margen de libertad de configuración que es propio de su potestad legislativa. Puede, por ejemplo, fijarlo a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los Jueces o de éstos y otras instancias, o puede utilizar fórmulas mixtas limitándose a establecer las pautas genéricas que debe ponderar el Juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda, características del proceso principal, etc.)."
Esta petición debe desestimarse por falta de soporte legal. Al respecto, cabe reseñar que el articulo 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita regula el contenido material de este derecho, y entre las prestaciones que refiere no se hallan los honorarios del administrador concúrsala ni tampoco se deduce del Real Decreto 1.860/2.004. Consideramos que se trata de una cuestión que excede de la función jurisdiccional, y corresponde al legislador el determinar una hipotética consideración de que los honorarios de un administrador concursal en un supuesto en que el concursado tenga derecho al beneficio de justicia gratuita, deban ser a cargo de la Administración del Estado. Podría especularse sobre si "de lege ferenda" seria o no conveniente la inclusión de este gasto en el contenido material del derecho, y qué requisitos serian exigibles, pero en ningún caso

corresponde al órgano jurisdiccional su determinación cuando el legislador no lo contempla, y por tanto, no existe consignación presupuestaria para ser sufragados. No nos consta ninguna resolución en la denominada jurisprudencia menor que acoja el criterio seguido por el recurrente y tampoco apreciamos motivos para proceder a formular una cuestión previa de inconstitucionalidad de la aludida Ley por no recoger este supuesto en su ámbito de aplicación, por hipotética vulneración del derecho del articulo 119 de la CE y del articulo 24 de la CE, resaltando que tales honorarios son créditos contra la masa, y es posible que puedan no ser satisfechos en caso de falta de activo o de créditos preferentes, las razonamientos contenidos en la STC 16/94 referidos por la recurrente no se consideran aplicables a una situación distinta como es el contenido material del derecho en relación con honorarios de administradores concursales.
En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el auto recurrido.": AAP Baleares (Sección 5) 17.01.2012 (Auto 9/2012; Rollo 442/2011)

16. Al importe resultante debe añadirse el IVA, en su caso

AP Valencia

"En relación con la discrepancia de cantidad que plantea el recurrente, la SAP de esta sección 9 de 21 de Enero del 2009 (ROJ: SAP V 499/2009), dictada en rollo 527/08, ponente Sr. Caruana, se refiere, explícitamente a que sobre la cantidad fijada en el auto, necesariamente hay que añadir la preceptiva imposición tributaria, porque " el auto del Juzgado de manera alguna determina que la cantidad fijada incluya el preceptivo impuesto en la facturación a que obliga la Ley 37/92 " : SAP Valencia (Sección 9) 26.07.2012 (Sentencia 309/2012; Rollo 406/2012)

17. Cuenta de garantía arancelaria concursal

Según lo establecido en la Disposición adicional segunda, *Retribución efectiva a los Administradores Concursales del Real Decreto-Ley 3/2009. "*Se autoriza al Gobierno para que regule los ingresos y pagos de cantidades en metálico que hayan de efectuarse por los Juzgados con competencias en materia mercantil a través de la cuenta de garantía arancelaria concursal, designando los establecimientos y el procedimiento a través del cual deban de realizarse."

3. El juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha.

3. El juez~~, previo informe de la administración concursal,~~ fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha.

[Nueva redacción por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014).
Entrada en vigor: "Las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no entrarán en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses."
Disposición transitoria segunda. Régimen de la administración concursal.]

Art. 34.3

1. Nulidad por falta de traslado al deudor del informe de la AC

AP Girona

"En consecuencia la Sala debe entrar a resolver las cuestiones relativas a dichos honorarios empezando por la cuestión planteada por el recurrente acerca de si los Autos de fecha 10 de Junio del 2005 donde se establece la retribución de los administradores en fase común, como los autos de fecha 31 de Enero del 2007 y Auto aclaratorio de fecha 5 de Febrero del 2007 donde se establecen los honorarios en fase de convenio, son o no nulos al no haberse dado traslado al concursado de la propuesta de retribución planteada por los administradores y sin más haber procedido a dictar Auto aprobando los honorarios propuestos por aquellos. sin trámite de audiencia. ni contradicción.
Los Autos apelados se han dictado de conformidad con lo previsto en el art. 34.3° de la LC. que establece que "el juez del concurso. previo informe de la administración concursal, fijará mediante auto y de acuerdo con el arancel (que es al aprobado por el Real Decreto 1.860/2004) la cuantía de la retribución que corresponda a los administradores del concurso. así como los plazos en que deba ser satisfecha. "
Si bien es cierto, como dicen los administradores concursales, que la Ley Concursal no establece trámite alguno al respecto pues el art.34 nada dice sobre la necesidad de dicho traslado. entiende la Sala sin embargo que debe hacerse pues lo contrario supondría vulnerar los principios de audiencia y contradicción que son propios de la jurisdicción civil y que están íntimamente ligados al principio de jurisdicción rogada y que de no ser tutelados podrían vulnerar el art.24 de la Constitución y que ello es así. se deduce de las propias normas

procesales contenidas en la LC, concretamente en el Cap. 1 del T. VIII (arts 183 a 189) dedicado a la "tramitación del procedimiento".
En efecto. esta resolución fijando la retribución de la administración concursal, recae en la pieza separada formada al efecto dentro de la Sección segunda del concurso, y tras tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 188.2° de la Ley Concursal, que expresamente dice "De la solicitud presentada se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto. concediéndoles para alegaciones plazo de igual duración no inferior a tres días ni superior a 10. atendidas la complejidad e importancia de la cuestión. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento".
Del examen de la Sección 2a se desprende que la administración concursal. mediante escrito de 8 junio 2005 solicitó la fijación de honorarios en fase común (folio 36) recayendo. sin solución de continuidad el Auto de 10 Junio 2005 que fijaba los honorarios en la suma de 44.494.29€ más IVA para cada uno de los tres administradores (folio 38) y lo mismo acontece con el Auto de 5 febrero 2007 que acordó, inaudita parte del concursado, fijar los honorarios en fase de convenio en la suma de 4.448.73€ para cada administrador y por cada uno de los meses desde la apertura de la fase de convenio hasta su terminación (folio 50).
Los Autos se dictaron sobre la base de que ninguna de las partes había hecho uso del derecho reconocido en el meritado art. 188.2 LC, como se dice en el recurso, aunque posteriormente el concursado presentó escrito de alegaciones, oponiéndose a las peticiones de los administradores, que fueron desestimados en las resoluciones ahora impugnadas.
Es por ello que, resulta razonable además de exigible legalmente, que presentada la solicitud de retribución por parte de los administradores, se de traslado al concursado y no sin más proceder a la aprobación de dichos honorarios mediante Auto, teniendo en cuenta lo importante de la cuantía de dicha retribución y basándose tal criterio en el principio de contradicción que es consustancial al proceso civil, sin olvidar que la propia Ley Concursal contiene normativa procesal de obligado cumplimiento, anteriormente citada. que imponía el deber de traslado de la solicitud de honorarios. Además de ello, es impensable que se establezcan por parte de los administradores concursales unos honorarios en base a la aplicación de un arancel, y que estando estos sujetos a valoración no se de traslado al concursado para que pueda alegar si tal retribución es ajustada o no a derecho a juicio del mismo.
Este mismo criterio de necesidad de dar traslado de los escritos solicitando la retribución de la administración concursal al concursado es mantenido por la AP Santa Cruz de Tenerife-Sección 4a en S. 26 Abril 2006 cuando mantuvo lo siguiente: " La entidad concursada. al recurrir contra el auto de 19 de julo de 2005. que debe entenderse integrado con el de 21 siguiente al que se acaba de aludir. alega que se ha incurrido en una causa de nulidad de las previstas en el art. 225.3° LECiv. al haberse obviado en definitiva normas esenciales del procedimiento y habérsele así generado indefensión. Y efectivamente debe concluirse que ello ha sido así: al dictarse el auto resolutorio de la petición de los administradores no se tuvieron en consideración las manifestaciones de la concursada. que. como se ha expuesto. no se conocían; pero. una vez conocidas y constatada su oportunidad. lo procedente no era rectificar formalmente la parte expositiva de la resolución. sino decretar la nulidad del auto de 19 de julio para dictar otro, en el que se tuvieran en consideración y se valoraran las razones por las que la entidad concursada se opone a la propuesta de los administradores. pues al no haberse hecho así se han conculcado los principios de audiencia. contradicción y defensa y es obvio que esto genera la indefensión aducida."
En cuanto al argumento vertido por la administración concursal acerca de que la nulidad no puede determinarse hasta tanto no se haya resuelto los recursos formulados, la Sala no comparte este criterio. porqué el art. 240 LOPJ permite decretar la nulidad de los actos procesales en sede de recurso, siempre que le haya sido expresamente solicitado, tal y como acontece en el presente supuesto.
El concursado al impugnar todas las resoluciones que fijaban la retribución de los administradores, alega que se ha incurrido en una causa de nulidad de las previstas en el art. 225.3° LECiv y 238.3° LOPJ, al haberse obviado en definitiva normas esenciales del procedimiento y habérsele así generado indefensión.
Y efectivamente debe concluirse que ello ha sido así pues al dictarse el auto resolutorio de la petición de los administradores no se tuvieron en consideración las manifestaciones de la concursada, que, como se ha expuesto, no se conocían por no haber habido traslado; pero. una vez conocidas y constatada su oportunidad. lo procedente hubiera sido decretar la nulidad del auto para dictar otro en el que se tuvieran en consideración y se valoraran las razones por las que la entidad concursada se opone a la propuesta de los administradores, y al no haberse hecho así se han conculcado los principios de audiencia, contradicción y defensa y es obvio que esto genera la indefensión aducida.
Por lo tanto la Sala declara la nulidad de todos los Autos que fijan la retribución ya sea en la fase común y/o en la fase de convenio debiéndose de estar a lo que se fija a continuación y ello por considerar la Sala que, dada la amplitud de argumentación que todas las partes han podido realizar y el tratamiento conjunto que de todas las vicisitudes procesales derivadas del mismo concurso se hace en esta resolución, es mas acorde en aras a los principios de celeridad procesal y tutela judicial efectiva.”: SAP Girona (Sección 1) 06.11.2007 (Rollos 228/2007 y 230/2007)

1.1 Tesis contraria: innecesariedad de traslado

AP Oviedo

“Finalmente y por lo que respecta a la alegada indefensión de la que se queja la concursada al no haber tenido la posibilidad de ser oída al respecto de la petición solicitada por la Administración concursal en reclamación de la retribución que nos ocupa, denunciando por ello la infracción por parte del Juzgado de lo Mercantil de los

principios de audiencia y contradicción, baste señalar que elart. 34-3 L.C. encomienda al Juez del concurso la función de fijar la retribución que corresponda a la administración concursal sin otro trámite de audiencia que el referido al "previo informe de la administración concursal", razones que conducen a excluir que la ausencia de traslado de aquella solicitud al resto de partes personadas en el procedimiento para su audiencia pueda suponer un vicio invalidante de la decisión judicial.": AAP Oviedo 10.05.2011 (JUR 2011/225643; Auto 52/2011; Rollo 30/2011)

AP Vizcaya

"SEGUNDO.-Como fundamento de la pretensión principal de nulidad del Auto recurrido se alega que no se ha cumplido el tramite de audiencia de las mercantiles concursadas previo a la determinación de la retribución de los administradores, actuación que aduce infringe el art. 188LC y les ha causado indefensión.
El art. 238 LOP, en la redacción según la reforma operada por la LO 19/2003, 23 de diciembre, que establece los supuestos de nulidad de pleno derecho incluye, en el párrafo 3, la omisión de las normas esenciales de procedimiento, siempre que por esa causa haya podido producirse indefensión. La misma disposición se contiene en el art. 225 LEC que es de igual tenor que el anterior.
Y con relación a la retribución a de los administradores, el art. 34 LC dispone en el apartado 3 que el Juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel, la cuantía de la retribución así como los plazos en que debe ser satisfecha. El precepto no contempla la audiencia de la concursada respecto a la retribución de los administradores que tampoco se contempla en ningún otro de la Ley Concursal, salvo en el cauce del recurso (art.34.5). Y es de todo punto ajeno a la actuación de que se trata el art. 188 LC que se cita como infringido, pues este artículo, que establece el trámite de audiencia para todas las partes, se refiere a las autorizaciones judiciales para la realización de determinados actos por los administradores, no a la determinación de las retribuciones que les corresponden.
Por tanto, es inconcusa la improcedencia de la declaración de nulidad.": AAP Vizcaya (Sección 4) 28.02.2011 (Auto 128/2011; Rollo 799/2010)

2. Finalidad del informe. No es necesario reiterarlo

"SEGUNDO En lo que atañe al primero su fundamento se incardina en que se ha fijado la retribución sin haberse presentado el previo informe de la administración concursal. Argumento que combate ésta aduciendo, en síntesis, que existe el informe y que obra en la pieza segunda, teniendo tal carácter el emitido el 10 de junio de 2.009, sin que sea necesario que sea uno individual por cada administrador, en función del momento en que acepte el cargo.
Elartículo 34.3º de la Ley Concursal establece que "el juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel (que es al aprobado por elReal Decreto 1.860/2004) la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha".
De dicho precepto se colige que la Ley Concursal no establece trámite alguno a seguir para la fijación de la retribución. Únicamente señala que es preceptivo el previo informe de la administración concursal. A ello que habría que adicionar la necesidad de dar previo traslado a las partes, todo ello derivado del respeto de los principios de audiencia y contradicción que son propios de la jurisdicción civil en tanto íntimamente ligados al principio de jurisdicción rogada, y que de no ser tutelados podrían vulnerar elart.24 de la Constitución, lo que también se deduce de las propias normas procesales contenidas en laLey Concursal, concretamente en el Cap. I del T. VIII (arts 183 a 189) dedicado a la "tramitación del procedimiento", toda vez que esta resolución fijando la retribución de la administración concursal, recae en la pieza separada formada al efecto dentro de la Sección segunda del concurso, y tras tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en elart. 188.2º de la Ley Concursal, que expresamente dice "De la solicitud presentada se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para alegaciones plazo de igual duración no inferior a tres días ni superior a 10, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento".
Sin embargo, el problema que se plantea en el recurso se deriva no de la omisión de ese traslado sino de que se considera que el informe no cumple la exigencia legal pues fue elaborado por la administración concursal sin aludir al administrador Sr.Ángel Daniel y un día antes de que aceptase el cargo, debiendo haberse emitido uno nuevo referido a éste.
La necesidad de emisión del referido informe obedece, sin duda, al propósito de que la retribución de los administradores se fije una vez oído su parecer, parecer que necesariamente debe referirse a los elementos que sirven de base para la fijación de su retribución por el juez, esto es, cuantías del activo y pasivo, así como datos objetivos acerca de la previsible complejidad del concurso, todo ello razonablemente en los primeros momentos del concurso y tan pronto como los administradores dispongan de la información necesaria para evacuarlo. Se trata de una exigencia legal cuyo contenido es proponer la aplicación al caso de las previsiones del arancel y cuyo cometido es asesorar al juez a la hora de fijar la retribución en base a las pautas generalmente objetivas que le aportan los administradores, sin perjuicio, claro está, de que su determinación exacta corresponde al juez en función del trabajo y la labor efectivamente realizadas y con arreglo al arancel reglamentario.
Siendo esa su finalidad, no cabe duda que con la emisión del informe se ha dado satisfacción a la previsión legal, sin que sea necesaria la emisión de uno nuevo, que sería esencialmente idéntico, para fijar la retribución

de ese otro administrador cuando los datos objetivos en que se asienta son similares y lo que se discute es si este administrador es merecedor de una retribución idéntica a los otros o no. Por ello, decae el citado motivo. No hay vicio o defecto alguno determinante de la nulidad de actuaciones.": AAP Ciudad Real (Sección 2) 27.05.2010 (JUR 2010/267947; Auto 68/2010; Rollo 16/2010)

3. Improcedente modificación de los plazos de pago de la retribución de la AC inicialmente aprobados mediante resolución firme

"PRIMERO. En el procedimiento concursal de las entidades Tableros Mitam SA y Mitam Chapas SA tramitado en el Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia, la administración concursal, integrada por, y, interesó del Juez conforme al artículo 34 de la Ley Concursal y artículo 8 RD 1860/2004 fijase su retribución y forma de abono conforme a la petición que hicieron apoyada en un informe adjuntado a tal escrito.
Dado traslado a las concursadas, éstas manifestaron su acuerdo con la pretensión de la administración concursal y el Juez dictó el Auto de 3 de octubre 2006, admitiendo la petición de la administración concursal (conformada por las concursadas) fijando el importe de retribución para cada uno de los administradores de 25.379 euros, pagadero el 50 % (12.689,99 euros) en los cinco días siguientes a la firmeza de tal auto y el restante 50 % (12.689,99 euros) en los cinco días siguientes a la firmeza de la resolución que pusiera fin a la fase común. Dicho auto no fue recurrido.
Por escrito de 2-4-2007,la administración concursal solicitó del Juez del Concurso que modificase el momento del abono del restante 50 % de sus honorarios pendientes, pidiendo se pagase dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de la resolución que así lo acordase.
De dicha petición se dio traslado a las concursadas manifestando su oposición alegando además que el precepto legal en que se apoyaba la Administración concursal (artículo 8 RD 1860/2004) no amparaba tal actuación.
El Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia dictó auto de fecha 9/7/2007 modificando el auto de 3-10-2006 acordando que la retribución de la administración concursal (12.689,99 euros) debe abonarse dentro de los cinco días siguientes al de la fecha de esa resolución.
Se interpone recurso de apelación por la sociedades en concurso alegando como motivos: 1º)Que el Auto de 3-10-2006 no fue recurrido por parte alguna y se llevó a su ejecución abonándose a la administración concursal el 50 % de su retribución; 2º) No permitir el precepto en que se ampara el Juzgador (artículo 8 RD 1860/2004) esa modificación peticionada; 3º) Mejor derecho asistía al letrado y procurador de las concursadas incluso con anterioridad a la administración concursal y no lo han realizado; 4) No ser justo modificar el plazo de retribución cuando existían pagos pendientes, razones por las cuales interesaba la revocación del auto y se desestimase la pretensión de la administración concursal y se mantenga el abono del segundo plazo de retribución de los administradores concursales a la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común.
SEGUNDO. Este Tribunal en cumplimiento del artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, visto el contenido de las actuaciones y la normativa legal aplicable ha de otorgar razón a la parte recurrente en los dos primeros motivos de su recurso, suficientes por si para producir la revocación del auto del Juzgado pues en dicha resolución no se interpreta correctamente los preceptos legales en que se apoya para modificar una resolución judicial dictada por el mismo Juzgado que además reportó firmeza.
Conforme al artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial las resoluciones judiciales sólo pueden dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes, cuyo fundamento no es otro que el respeto y aplicación efectiva de la seguridad jurídica (principio de rango constitucional garantizado en el artículo 9.3 Constitución Española). Pues bien el Auto de fecha 3-10-2006 por el cual se fijó el importe de retribución de los administradores y las condiciones temporales para su abono no fue recurrido, a pesar incluso de contener dicha resolución su modo de impugnación, cuando además recogía importe y plazos de pago solicitados por la propia administración concursal y por ende, incluso tal administración carecía de legitimación para recurrir al no implicarle agravio alguno dicha resolución (artículo 448.1 Ley Enjuiciamiento Civil). Por ende esa decisión resultó firme y ha de cumplirse en sus propios términos.
Con tal tesitura la cuestión que se suscita y somete a consideración es si tal decisión puede ser revisada y por ende modificada bajo el amparo del artículo 8 del RD 1860 /2004, precepto legal esencial en que se apoya el Juez para alterar una decisión firme. Dicho artículo dice: "Salvo que el Juez del concurso establezca otros plazos, la retribución de los administradores concursales correspondientes a la fase común se abonará de la forma siguiente...". Conforme a los criterios interpretativos de las normas legales (artículo 3 Código Civil) y primando su sentido gramatical, resulta evidente que dicho precepto en modo alguno permite al juez variar, alterar o modificar una resolución firme por la cual ya ha fijado los plazos de pago del importe de retribución. La facultad arbitral del Juez se recono respecto a los plazos pero a la hora de fijar la retribución y sus condiciones temporales de pago, no teniendo que sujetarse a la fórmula legal, facultad que tuvo al momento de dictar el auto de 3-10-2006, pero no, seis meses después, ante unos alegatos de la administración y sin motivación alguna – la resolución judicial recurrida silencia la razón o justificación de tal modificación- para proceder a tal cambio, modificar los plazos ya acordados y que todas las partes del proceso dieron como válidos. Ciertamente el artículo 12 del RD 1860 /2004 invocado en el escrito de oposición a la apelación permite en cualquier estado del concurso al Juez poder a instancia de persona legitimada o de oficio, cuando concurra justa causa, modificar la retribución de los administradores concursales con aplicación del arancel. Dicho precepto amen de referirse al importe de la retribución que no a las condiciones temporales de su pago, en todo caso exige para tal decisión judicial la concurrencia de justa causa que evidente es tendrá que ser apreciada y razonada por el Juez en su resolución y como ya se ha dicho, la resolución revisada nada dice ni motiva sobre la razón o explicación de esa mutación en los plazos de pago de retribución ya fijados por el Juzgado

Tampoco el artículo 4.4 párrafo tercero del RD 1860/2004 sirve de apoyo para la resolución objeto de recurso. Dicho precepto permite al Juez cuando concurran las circunstancias en el previstos, si la retribución de los administradores concursales ha de ser superior a la inicialmente aprobada para la fase común o si deben reintegrar el exceso o compensar el exceso debido; es decir se refiere al importe de la retribución fijada, que posteriormente puede ser revisada bien al exceso o al defecto, pero en nada afirma o puede dar a deducir que los plazos fijados para su retribución puedan ser modificados o alterados según conveniencia de la administración concursal, por lo que si tales condiciones temporales de retribución fueron fijadas por el Juez en resolución que además recogió la conformidad plena de los afectados y además no fue objeto de impugnación adquiriendo firmeza, no pueden ser alteradas con posterioridad.": AAP Valencia 13.02.2008

4. En cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa y aplicando el arancel a que se refiere el apartado 2 de este artículo.

Art. 34.4 Modificación de la retribución

"Por haber introducido la parte apelada la cuestión relativa al momento en que debe producirse la impugnación de los honorarios de la administración concursal. debe comenzarse diciendo que, entiende la Sala que la misma puede realizarse ya sea al momento de dictarse los respectivos Autos o resoluciones fijándola, como en cualquier momento del proceso concursal tal como fija el art. 34.4 de la LC cuando señala que " el juez de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor podrá modificar la retribución fijada. si concurriere justa causa".": SAP Girona (Sección 1) 06.11.2007 (Rollos 228/2007 y 230/2007)

0. Improcedente admisión a trámite de incidente cuyo objeto coincide con el recurso de apelación en curso

"PRIMERO.- La sentencia recurrida desestima la demanda, en la que se pretendía, sobre la base del art. 34.4 LC, la modificación de los honorarios definitivos de la administración concursal, con el argumento, dicho sea en síntesis, de que habiéndose interpuesto recurso de apelación, no resuelto, contra el auto de 25 de octubre del 2011, que aprobó los honorarios definitivos de la administración concursal, habrá de estarse a la resolución del mismo, de modo que, siendo ése el trámite legalmente previsto y seguido por la demandante para la modificación de los honorarios, la demanda incidental que nos ocupa no debería haberse admitido a trámite en su momento.
Confirmaremos esa decisión por sus propios razonamientos. Si la parte demandante del presente incidente ha interpuesto recurso de apelación contra el auto que fija los honorarios definitivos de la administración concursal (recurso que se funda, al parecer, en las mismas alegaciones que sustentan la pretensión de modificación deducida en esta demanda), no le es dable duplicar la vías para lograr lo pretendido, interponiendo demanda cuya pretensión coincide con la que subyace al recurso de apelación planteado en su día, y aún no resuelto. Que el invocado art. 34.4 LC permita la modificación de los honorarios de la administración concursal, en cualquier momento, si concurre justa causa, no autoriza a duplicar la pretensión, reiterándola en vías distintas y simultáneas.
Ciertamente, la cuestión planteada en la demanda incidental es impertinente y dicha demanda debería haber sido inadmitida, ex art. 194.2 LC, quedando mutada la causa de inadmisión en causa de desestimación de la misma.
SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en los arts. 394 y 398 de la LEC., en caso de desestimación total de un recurso de apelación, las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, sin que este tribunal aprecie que la cuestión promovida presentara serias dudas de hecho o de derecho. ": SAP Alicante (Sección 8) 20.03.2013 (Sentencia 118/2013; Rollo 658/2012)

1. Improcedente inadmisión a trámite de incidente para la modificación de la retribución de la AC

"PRIMERO Se interpone recurso de apelación por la entidad concursada, INMO ALT EMPORDÀ, S.L. contra elauto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Girona de 20 de abril del 2.009, en el que se inadmitió el incidente concursal instado por dicha parte y en el que se solicitaba la modificación de la retribución asignada a la Administración concursal al amparo delartículo 34.4 de la L.C.
SEGUNDO En elartículo 34 de la Ley Concursal regula la retribución de los administradores, estableciéndose en el apartado 4 que "en cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa y aplicando el arancel a que se refiere el apartado 2 de este artículo". Con base a este precepto, la sociedad concursada solicita una modificación o rebaja de la retribución fijada, señalando en los apartados tercero y cuarto de su escrito, presentado el día 9 de abril, los motivos por los que considera debe ser rebajada tal retribución. Frente a ello, se argumenta por el Juzgador de instancia que no procede por vía de los incidentes someter a debate ni discusión jurídica una resolución judicial para la que la Ley establece un trámite específico de impugnación. Tal argumento genérico no puede ser aceptado desde el momento en que elartículo 34.4, como hemos visto, permite la revisión de la retribución en su momento establecida, pudiendo ocurrir que si bien la retribución fijada sea correcta de acuerdo con el arancel y a la vista de los elementos que en ese momento conste y por ello no se recurra, se deduzca con posterioridad y a la vista de nuevos datos que es necesaria la modificación de tal retribución, bien a la alza, o bien a la baja. Solamente sería aceptable el argumento del Juzgador si se

constatase que con la pretensión de incoación del incidente, lo que se intenta es reformar la decisión inicial de fijación de la retribución, al haberle precluido el plazo para interponer el recurso, constatándose ello, por ejemplo, de la proximidad de fecha entre el auto que fija la retribución y la presentación de la solicitud o por la ausencia de argumentos en virtud de los cuales se pretende la revisión de la retribución.
Visto el escrito presentado el día 9 de abril del 2.009, dos meses y medio después de que se fijara la retribución de los administradores, tiempo suficiente para poder constatar la necesidad de revisar la retribución y visto que se mencionan una serie de argumentos en virtud de los cuales se considera que debe modificarse la retribución de los administradores, cuestión que deberá examinar el Juez del concurso con libertad de criterio, se estima que debió haber sido admitida la solicitud y darle el tramite correspondiente.": AAP Girona 15.09.2009 (JUR 2009/462214; Auto 245/2009; Rollo 390/2009)

2. Casos de reducción de la retribución

2.1 AC separados de su cargo

"PRIMERO El artículo 34.4 de la Ley Concursal dispone que en cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud del deudor o de cualquier acreedor podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa y aplicando el arancel, sin que esté previsto ni en la Ley Concursal ni en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales que sucede con los honorarios de los administradores concursales separados.
Aplicando las normas de equidad tanto por el comportamiento observado como por el trabajo que aún queda por realizar por el que devengarán honorarios los nuevos administradores nombrados, es ajustado a derecho que la separación de los administradores concursales concurriendo justa causa debe llevar por lo menos la prohibición de que perciban más cantidades de la masa del concurso, debiendo exigirse la devolución de los honorarios por otras vías ante la falta de previsión legal al respecto, ya que sólo está previsto la pérdida de la remuneración fijada por el juez y la devolución de las cantidades percibidas en el caso de que los administradores no presenten el informe dentro del plazo, y siendo como es una disposición sancionadora sólo es susceptible de interpretación restrictiva.
SEGUNDO Habiéndose fijado por auto de fecha 27 de octubre de 2008 la retribución de los administradores concursales en 12.295 euros para cada uno que serían abonables en su 50% dentro de los cinco días siguientes a la firmeza del citado auto y el resto dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común, se acuerda que los administradores inicialmente nombrados D. Francisco Javier Daniel Cano Revilla, abogado, y D. Leopoldo Francisco Collado, titular mercantil, no perciban el 50% restante de los honorarios fijados en el auto de fecha 27 de octubre de 2008.": AJM-3 Madrid 20.07.2009 (JUR 2009/422879)

2.2 Dejación de funciones por parte de uno de los AC

"Los tres administradores concursales están de acuerdo en que se repartieron el trabajo relativo al informe y los documentos que deben ser aportados con él, en concreto el inventario, que elaboró Sixto, y la lista de acreedores. También se ha admitido que en los incidentes generados durante la fase común, sin perjuicio de que suela encargarse de ellos el administrador letrado, no intervino el Sr. Sixto, como tampoco lo hizo en las reuniones de trabajo con el personal de la concursada para la evaluación del plan de viabilidad, en relación con la propuesta anticipada de convenio.
En la demanda formulada por Sixto se denuncia que los otros dos administradores autorizaron la "casi totalidad de los cobros y pagos durante la fase común, sin someter los mismos" a su consideración. Este hecho guarda relación con otro aducido en su demanda por los Sres. Marino y Primitivo, cual es que durante la fase común el Sr. Sixto apenas fue en cuatro ocasiones a la fábrica de la concursada, mientras que los otros administradores lo hacían cada semana. Como muy bien advierte la sentencia recurrida, en el acto de la vista el director financiero de la concursada y el trabajador Sr. Carlos José testificaron que quienes acudían a la empresa de forma habitual eran los Sres Marino y Primitivo. Este hecho a juicio de la Sala es muy revelador de lo que realmente ocurrió, pues muestra cómo el Sr. Sixto se desentendió del ejercicio efectivo de las funciones propias de la administración concursal, en la intervención de la actividad de la concursada. El Sr. Sixto no podía ser ajeno a que los otros dos administradores eran quienes realizaban la efectiva intervención de dicha actividad. Si, tal y como pretende ahora hacer creer al tribunal, fueron los otros dos administradores quienes le ocultaron o apartaron de la administración concursal, debía haberlo puesto en conocimiento del juzgado entonces. No puede quejarse de no haber intervenido en el informe de valoración del plan de viabilidad, que requirió un trabajo de relación con el personal de la concursada, ni de haber sido ajeno a la intervención de la práctica totalidad de los pagos y cobros, durante la fase común, porque ello fue debido a su propia dejación de funciones. Dejación que es la que justifica que el juez mercantil considere adecuado rebajarle sus honorarios correspondientes a la fase común. En la labor de la administración concursal, en principio y dejando a salvo que se acuerde la paralización de la actividad económica del deudor, es tanto o más importante la elaboración del informe y de los documentos que según el art. 75 LC deben adjuntarse con él (básicamente, inventario y lista de acreedores), como la asunción de las facultades patrimoniales que le hayan sido asignadas por el juez del concurso al amparo del art. 40 LC, pues de la diligencia en la realización de estas funciones dependerá en parte el éxito del concurso. De tal forma que la dejación de estas funciones por uno de los administradores, en un supuesto como el presente en que se requería de la administración concursal una intervención frecuente, lo

que exigía asiduas visitas a las instalaciones y oficinas de la concursada, y una implicación real en la marcha de la empresa, supone un incumplimiento parcial de las funciones encomendadas al administrador concursal.
El art. 34.4 LC permite que el juez del concurso, "en cualquier estado del procedimiento (...), de oficio o a solicitud del deudor o de cualquier acreedor", pueda modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa. Este precepto contempla la modificación de la retribución de la administración concursal, lo que no impide que cuando sean varios los administradores y sólo concurra la justa causa sobre uno de ellos, sea esté únicamente el afectado por la modificación.
Aunque el apelante niegue la justa causa, está se muestra evidente de lo acreditado, pues la retribución guarda relación con la labor desarrollada, de tal forma que un administrador concursal que hace dejación de muchas de sus funciones, que son realizadas por los otros dos administradores, merece cobrar en función de la labor realmente realizada, siendo injusto que cobren igual quienes realmente trabajaron que quien lo hizo en menor medida. El juez del concurso ha entendido que el trabajo desarrollado no merece cobrar la totalidad de los honorarios aprobados inicialmente para la fase común, sino la mitad (47.222,5 euros), y la sala respeta esta valoración en atención a la proximidad de conocimiento de dicho juez.
En cuanto a la fase de liquidación, es igualmente significativo que el Sr. Sixto no interviniera en el plan de liquidación, ni en las gestiones y negociaciones para la venta de una unidad productiva. El juez del concurso valora adecuadamente y de forma muy positiva la labor desarrollada por los administradores Marino y Primitivo en esta liquidación, apoyándose no sólo el conocimiento directo de lo acontecido, del cual no puede abstraerse, sino sobre todo en el testimonio de quienes intervinieron en esas negociaciones y gestiones, como son el Sr. Eulalio, letrado de la sociedad que adquirió dicha unidad productiva, y el Sr. Jacobo, director financiero de la concursada. Como deja constancia este testigo, la consecución de la venta en unas condiciones muy favorables para los intereses del concurso (fruto de la cual es la consecución de un precio muy superior al inicialmente ofertado) fue el resultado de una larga negociación y exigió además un trabajo de planificación (por ejemplo el plan de pagos y las gestiones con los bancos). Esta ardua y productiva labor contrasta con la dejadez del Sr. Sixto, quien se mantuvo ajeno a estas operaciones de liquidación, debido esencialmente por falta de interés pues, si lo hubiera tenido, hubiera podido manifestarlo tan pronto como se abrió la fase de liquidación o en el curso de la misma. Sus quejas son extemporáneas, al ser consecuencia de la iniciativa de los otros administradores de que se redujeran sus honorarios.
Por todo lo cual resulta justificado que el juez del concurso acuerde negarle el derecho al cobro de unos honorarios correspondientes a la fase de liquidación, que no merece por no haber intervenido de forma significativa en ella, descargando el trabajo en los otros dos administradores.
En consecuencia, confirmamos la decisión del juez del concurso de reducir los honorarios del administrador concursal Sr. Sixto, e integramos la sentencia de primera instancia con un pronunciamiento de desestimación de la demanda de reprobación de los otros dos administradores. ": SAP Barcelona (Sección 15) 09.12.2009 (Sentencia 419/2009; Rollo 214/2009)

2.3 Escaso volumen y complejidad del trabajo realizado por el AC acreedor que justifica reducción al 50%

"PRIMERO.-El Administrador Concursal designado por uno de los acreedores del concurso, conforme a lo contemplado en el art. 27.1.3º de la LC en su redacción entonces vigente, reclama en su demanda a la concursada el pago en calidad de crédito contra la masa de la suma de 79.045,98 euros, mas el IVA y menos la retención por IRPF correspondientes. A dicha cifra asciende el primero de los dos plazos de su retribución, retribución que para cada uno de los administradores se fijó de manera definitiva mediante auto de fecha 10 de julio de 2009 en 158.091,96 euros.
A dicha pretensión se opusieron tanto los otros dos Administradores Concursales cuanto la entidad concursada, interesando se procediera a su desestimación o subsidiariamente a la reducción de la retribución reclamada para adecuarla al trabajo realmente desempeñado en el concurso por el demandante.
La sentencia de primera instancia ha estimado en parte la demanda, reduciendo en un 50% la retribución reclamada. Argumenta el juzgador que el administrador demandante cuando fue nombrado para el cargo no reunía los requisitos exigidos por el art. 27.1.2 º y 3º LC, lo que le procuró una desigual cualificación profesional y capacidad operativa en relación con el resto de los administradores. Ello ha lastrado la efectividad de la gestión mancomunada y provocado un trabajo no equitativamente distribuido entre sus miembros. Enumera seguidamente las tareas que ha desempeñado, calificándolas como en su mayoría de índole material, de pura gestión, escasa complejidad y para las que no se requería una especial cualificación, concluyendo se ven debida y suficientemente retribuidas con el 50% de la suma que resulta de la mera aplicación del arancel.
Frente a dicho pronunciamiento recurre en apelación el administrador concursal demandante, interesando se le reconozca el monto total de los honorarios fijados ab initio en base a una serie de argumentos que seguidamente analizamos.
SEGUNDO. -Contrariamente a lo que se afirma en el recurso, la lectura del hecho primero de la contestación a la demanda incidental formulada por los otros dos administradores concursales desvela que por los mismos se ponía de manifiesto que el demandante no reunía los requisitos legalmente exigidos para el desempeño del cargo a la fecha de su nombramiento y aceptación. Aportaban en prueba de ello como documento nº 1 certificado del Colegio Profesional correspondiente que evidenciaba su colegiación a partir del 23 de diciembre de 2009 y que no se hallaba incluido en las listas de actuaciones periciales del Colegio en 2010. En su consecuencia no infringe el juzgador la debida congruencia, ni acude en su sentencia a hechos o fundamentos jurídicos no aducidos oportunamente por las partes en sus escritos procesales cuando trata el tema de la cualificación profesional del demandante y de los efectos que ello ha ocasionado en relación con la asunción

de unas determinadas labores, que califica de menor complejidad o fuste, en el desempeño de la administración concursal.
Consciente por tanto el demandante de que en dicha contestación se ponía de manifiesto que no reunía la cualificación profesional legalmente exigida para el cargo cuando fue nombrado y lo aceptó, ninguna prueba articuló en la primera instancia para desmentir tal circunstancia. Lo ha intentado en esta alzada infructuosamente, por los motivos que exponíamos en el auto que rechazaba la incorporación de la documental extemporáneamente propuesta, documental que en todo caso no desvirtúa su falta de colegiación en el momento de su nombramiento.
TERCERO. - El art. 34.4 LC faculta al juez del concurso en cualquier estado del procedimiento, bien de oficio o a instancia del deudor o de cualquier acreedor, para modificar la cuantía de la retribución fijada a la administración concursal si concurriera justa causa y en aplicación del arancel. Dada la situación económica de la concursada y los problemas para el cobro que van a experimentar los acreedores, habrá de analizarse si la retribución fijada ab initio al administrador hoy recurrente resulta proporcionada y equitativa en relación a su desempeño profesional en la fase común del concurso. Su labor ha de ponderarse tanto desde el punto de vista cuantitativo cuanto desde el cualitativo, evaluando que tareas realizó, si lo hizo individual o colegiadamente, su necesidad en interés del concurso, etc... En definitiva, una multiplicidad de factores a evaluar que, dentro de la dificultad que la cuestión comporta, permitan concluir si la retribución en principio fijada resulta o no claramente desproporcionada en relación al trabajo realizado. Para esa labor de ponderación nadie mas cualificado que el juez del concurso, pues su inmediación en la compleja tramitación del procedimiento le permite tener conocimiento de primera mano de la cualificación de los administradores concursales y del modo en que se han conducido en el desempeño del cargo, de modo que su criterio solo cabrá ser modificado en la alzada si se evidencia adolece de arbitrariedad en esa evaluación o se aparta netamente de la prueba practicada.
Así y en relación con las actividades que cita en su demanda como realizadas cabe precisar:
-Es cierto que mantuvo algunas reuniones con los trabajadores de la concursada al inicio del procedimiento concursal para negociar el primer ERE. La testifical del representante de dichos trabajadores apunta a 3 o 4 reuniones en total con el personal, no mas. Afirma así mismo dicho testigo que al principio del concurso le veía por la fábrica un día a la semana, luego una vez cada quince días y posteriormente volvió a tener una presencia mas frecuente en el recuento de existencias, etc...
-No se discute que mantuviere en solitario dos reuniones con un grupo numeroso de acreedores, ni que por mandato de estos concertase otras dos citas con representantes de dos entidades de crédito. No consta que de ello se hubiere obtenido resultado alguno fructífero para la concursada
-Tampoco se niega y la testifical practicada así lo pone de manifiesto, que realizó varios viajes también en solitario, cuatro o cinco máximo, para negociar con varios deudores de la concursada la posibilidad de cobro de los créditos que frente a los mismos esta ostentaba, ni que pudiera haberse reunido con algunos clientes para lograr financiación y estado presente en alguna reunión también con un despacho de abogados.
-Se reconoce así mismo que asistió al acto del juicio en numerosos incidentes concursales, mas su intervención fue meramente pasiva siendo el administrador letrado quien preparó la defensa de las pretensiones correspondientes y quien intervino activamente en dichos procedimientos.
-Por último no se le discute tampoco su intervención en la formación del inventario de existencias y maquinaria, bien que en base a las listas facilitadas por la concursada y con la colaboración del personal de esta, ni su presencia frecuente, durante los cuatro o cinco primeros meses, controlando operaciones de mudanza, limpieza, retirada de oficinas, remisión de mercancía a la central de compras, etc.., así como que participó en las tareas materiales de envio de las cartas-comunicaciones de los créditos reconocidos a los diferentes acreedores.
En definitiva, asistió en el mejor de los casos a unas veinte o veinticinco reuniones de negociación con trabajadores, bancos, acreedores, clientes, proveedores y central de compras, unas en solitario, otras colegiadamente junto a los otros dos integrantes de la administración concursal y al menos en una ocasión junto a otro. Asistió a los juicios de incidentes concursales, pero sin mas participación en los mismos que su mera presencia, y realizó tareas de inventario de parte de la masa activa, la relativa a existencias, maquinaria e instalaciones, así como participó en el envío y control de mercancía, limpieza, venta de chatarra, etc... Todo ello fundamentalmente en un periodo concentrado de unos cinco o seis meses máximo, explicando el director financiero de la concursada al testificar que toda la operativa financiera y económica de la entidad se entendía en el día a día con los otros dos miembros de la administración concursal, que siempre estaban disponibles. En su consecuencia la retribución fijada con carácter definitivo resulta claramente excesiva y desproporcionada para esas tareas realizadas por el recurrente, tanto desde el punto de vista cuantitativo o de dedicación temporal a las mismas cuanto desde el cualitativo, sin que quepa comparación en ambos aspectos con el trabajo desempeñado por los otros dos administradores concursales, detallados en el hecho II 2) de su contestación a la demanda y que gozan del correspondiente reflejo en los autos. Consideramos por tanto no se evidencia haya incurrido el juzgador en error alguno al valorar la prueba ni al ponderar su resultado, apreciando la concurrencia de esa justa causa que aconseja minorar a la mitad la retribución litigiosa, pues con ello encuentra suficiente y proporcionada satisfacción la tarea desempeñada por el recurrente.": SAP Valladolid (Sección 3) 10.12.2013 (Sentencia 289/2013; Rollo 168/2013)

3. Legitimación para instar la reducción: la tienen los demás AC

"CUARTO: El Sr. Sixto vuelve a negar en esta apelación la legitimación de los otros dos administradores concursales para pedir la reducción de sus honorarios. El citado art. 34.4 LC dispone que el juez del concurso

puede acordar la reducción de honorarios de la administración concursal, y puede hacerlo de oficio o a instancia del deudor o de un acreedor. Se entiende que estos son parte interesada, y se omite a los administradores concursales, pues el precepto regula el supuesto ordinario en que se interesa la reducción de los honorarios de todos los administradores. Pero, como ya hemos argumentado, si cabe reducir por justa causa la retribución de todos los administradores concursales, también cabe hacerlo respecto de uno de ellos, si sólo sobre él concurre esa justa causa. Y en ese caso es lógico que los demás administradores concursales, en cuanto representan los intereses de la masa activa, con cargo a la cual hay que satisfacer no sólo sus honorarios sino también los del otro administrador, que ha hecho dejación de sus funciones, estén legitimados para pedir la reducción de los honorarios del Sr. Sixto. Aunque no fuera así, el juez del concurso, como muy bien argumenta la sentencia recurrida, goza de competencia para hacerlo de oficio. Luego si lo puede hacer de oficio, resulta irrelevante que lo haga a instancia de cualquier otro que se lo sugiera y pida.": SAP Barcelona (Sección 15) 09.12.2009 (Sentencia 419/2009; Rollo 214/2009)

4. Sobre la fijación definitiva de la retribución al finalizar la fase común (art 4.4 RD)

4.1 No necesidad en el caso. Consolidación de la inicial

AP Córdoba

"TERCERO.-Aduce en segundo lugar la apelante haber incurrido el juzgado en la omisión del dictado del auto de fijación de la retribución definitiva de los administradores concursales, infringiendo con ello el artículo 4.4 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre.
Pues bien, en este sentido se ha indicar que el artículo 4.4 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el Arancel de Derechos de los Administradores Concursales, establece que el juez, en la misma resolución en que ponga fin a la fase común o en otra de la misma fecha, hará las correcciones oportunas en las cantidades inicialmente fijadas como retribución de los administradores. Dicho precepto parte de la base de que han existido variaciones que provocan la corrección, por lo que a sensu contrario, si no ha habido tal modificación, no es preceptivo dictar un auto específico, o introducir modificaciones del arancel previamente fijado en el auto que pone fin a la fase común. El juzgado, en cumplimiento del artículo 111.1 de la Ley Concursal, dictó auto con fecha 5 de marzo de 2008 poniendo fin a la fase común, sin realizar modificación de las retribuciones inicialmente fijadas, al no estimarla necesaria, sin que la concursada hiciera objeción alguna, ni lo recurriera; del mismo modo que tampoco objetó el informe de la administración concursal ni sus documentos anexos (inventario de la masa activa y lista de acreedores), de cuyo contenido se deriva el importe de la retribución, puesto que la misma, como se verá más adelante, se calcula reglamentariamente en función del activo y del pasivo del deudor. Es más, en el informe definitivo de la administración concursal figuraba expresamente su retribución como crédito contra la masa, y la concursada tampoco hizo alegación o impugnación alguna; y tras la rendición de cuentas, en la que nuevamente se contenía la referencia expresa y líquida a la retribución, el Juzgado dictó auto de aprobación de dicha rendición de fecha 10 de octubre de 2008, que no fue recurrido. Por ello, aunque el artículo 34.4 de la Ley Concursal permite la modificación la retribución, si concurriera justa causa, no parece que concurra la misma, cuando la propia parte ha consentido las cifras y los cálculos a que se refiere el arancel en varias y sucesivas ocasiones.": SAP Córdoba (Sección 3) 14.05.2010 (Sentencia 89/2010; Rollo 294/2009)

AP Castellón

"PRIMERO.-Recurren los Administradores del procedimiento concursal de Ceraworld Cerámicas SA el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil el día 17 de febrero de 2011 que no dio lugar a la ejecución contra la masa de la concursada por el importe de la retribución devengada por aquéllos durante la fase de convenio.
Mientras el resolvente de instancia sostiene que la única resolución dictada respecto de la retribución de los administradores es la que fija los honorarios con carácter provisional, por lo que falta la que los establezca definitivamente, sostienen los apelantes que no es ello necesario por cuanto, con arreglo a la disciplina legal de aplicación al caso, la falta de resolución que corrija o modifique aquélla implica que la misma deviene definitiva, por lo que es posible la ejecución.
SEGUNDO.-El artículo 34 de la Ley Concursal remite a la norma reglamentaria que regule la retribución de los administradores, contenida en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de noviembre. Como su artículo 9.1 establece que la retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los meses de duración de la fase de convenio será equivalente al 10 % de la retribución aprobada para la fase común, es forzoso acudir a la regulación de ésta, pues con base en la misma habrán de obtenerse, por aplicación del citado porcentaje, los honorarios de la fase de convenio. No obstante, recordemos que en el presente caso la cuestión discutida no atañe al importe de los mismos, sino a si concurre el presupuesto procesal que permite la ejecución, lo que se niega en la resolución apelada, mientras que los recurrentes entienden que debe entenderse aprobado con carácter definitivo el monto de los honorarios devengados durante la fase común, por lo que nada impide la ejecución que solicitan.
El art. 4.4 del Real Decreto citado dispone que:
" El valor de la masa activa será el que resulte del inventario definitivo, y el valor de la masa pasiva, el que resulte de la lista de acreedores definitiva.

Hasta que el inventario y la lista tengan carácter definitivo, el juez aplicará el arancel considerando como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, y como valor de la masa pasiva, el que resulte de la relación de acreedores presentado por el deudor.
Una vez establecido el importe definitivo de la masa activa y de la masa pasiva, el juez, en la misma resolución por la que ponga fin a la fase común o en otra de la misma fecha, determinará si, por aplicación del arancel, los administradores concursales deben percibir una cantidad superior a la inicialmente aprobada para la fase común o si deben reintegrar o compensar el exceso de lo percibido ".
En el procedimiento que nos ocupa, por Auto de 14 de noviembre de 2008 se acordó "fijar como retribución de cada uno de los administradores concursales de la mercantil Ceraworld Cerámicas SA durante la fase común la cantidad de 274.369,77 euros".
No se ha dictado con posterioridad ninguna resolución que modifique la cuantía del arancel; esto es, la que, como prevé el precepto que acaba de transcribirse, determine " si, por aplicación del arancel, los administradores concursales deben percibir una cantidad superior a la inicialmente aprobada para la fase común o si deben reintegrar o compensar el exceso de lo percibido ".
Tampoco hay decisión judicial que confirme o ratifique expresamente la cuantía de honorarios establecida en el Auto de 14 de noviembre de 2008.
El examen de las actuaciones puestas a nuestra disposición muestra que, una vez que no fue posible la aprobación de la propuesta anticipada de convenio por no haberse obtenido la mayoría necesaria, por providencia de 31 de julio de 2009 se acordó procedía la apertura de " la fase de convenio en los términos que resulten precisos a través de la correspondiente resolución en el procedimiento principal sección primera " (folio 14). Y mediante Auto de 31 de la misma fecha (cuya copia obra unida al rollo de apelación por así haberlo acordado este tribunal) se declaró la terminación de la fase común del concurso.
Ni en dicho auto se hace la menor referencia a la retribución de la administración concursal ni, como ya se dice en la resolución apelada, se ha dictado resolución que ratifique o modifique la acordada con carácter provisional en el Auto de 14 de noviembre de 2008.
Partiendo de lo anterior, la cuestión a dilucidar es la consistente en si debe dictarse, como presupuesto de la ejecución de la retribución devengada durante la fase de convenio, una resolución judicial que expresamente apruebe o modifique la misma o si, por el contrario, la falta de aquélla debe interpretarse en el sentido de que el silencio judicial cuando se acordó poner fin a la fase común implica la ratificación de la aprobada por el Auto ya citado de 14 de noviembre de 2008.
Considera este tribunal que si no se dicta, con arreglo a la previsión del art. 4.4 del R. D. 1860/2004 Auto que determine " si, por aplicación del arancel, los administradores concursales deben percibir una cantidad superior a la inicialmente aprobada para la fase común o si deben reintegrar o compensar el exceso de lo percibido ", debe entenderse que la establecida en la resolución dictada inicialmente queda consolidada. La razón de ello es que la previsión legal acerca del dictado de una segunda resolución sobre los honorarios contempla únicamente el caso de que proceda modificar la cuantía inicialmente establecida, mientras que la norma no ordena que se dice resolución expresa cuando deban ratificarse los honorarios que se fijaron provisionalmente.
Aun admitiendo lo polémico de la cuestión y siendo evidente que la discrepancia que es objeto del presente auto no tiene cabida cuando, pese a no proceder el incremento o minoración de la retribución provisional, se dicta resolución ratificando expresamente ésta, compartimos el criterio contenido en el Auto AP Córdoba, sección 3, del 14 de Mayo del 2010 (ROJ: SAP CO 212/2010). En el caso de que, como aquí sucede, no se haya dictado, con arreglo a la previsión del art. 4.4 del R. D. 1860/2004 el Auto que determine si los administradores concursales deben percibir una cantidad superior o inferior a la inicialmente aprobada para la fase común, es correcto entender que la establecida en la resolución dictada inicialmente queda consolidada, por cuanto la previsión legal acerca del dictado de una segunda resolución sobre los honorarios contempla únicamente el caso de que proceda modificar la cuantía inicialmente establecida, pero no cuando no deba alterarse la misma.
Por lo tanto, procede la estimación del recurso y, en consecuencia, acordar que el Juez de instancia despache ejecución por la cantidad que proceda con arreglo al arancel, tomando como base la retribución establecida en el Auto de 14 de noviembre de 2008.": AAP Castellón (Sección 3) 26.10.2011 (Auto 119/2011; Rollo 357/2011)

JM-6 Madrid

"PRIMERO.-Lo que viene a sostener la Administración concursal dentro de ésta Sección 2ª es la existencia de un deber legal para el Tribunal dirigido al dictado de nueva Resolución que fije los honorarios de la fase de liquidación, de tal modo que fijados los honorarios definitivos de fase común, a ello debe seguir nueva Resolución que fije los honorarios de la fase liquidatoria, caso de abrirse ésta.
SEGUNDO.-Tal pretensión y motivo de impugnación debe ser desestimado. De la lectura de los apartados 1º, 3º, 4º y 5º del art. 34 L.Co. resulta con claridad que es voluntad del legislador que sólo sea una la Resolución que fije y determine [-atendiendo a los criterios legales-] de modo definitivo la retribución del órgano de Administración concursal, señalando expresamente el momento procesal para tal determinación, cual es el Auto de fin de fase común; sin que ostente soporte legal la pretensión de dictado de nueva Resolución [-que sería meramente especificativa de la anterior determinante de la retribución-] para la fase de liquidación.
Es más, tal como señala Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª, de 14.5.2010 [Roj: SAP CO 212/2010] ni siquiera resulta preciso dictar Auto de retribución definitiva al tiempo del Auto de fin de fase común, pues "...en este sentido se ha indicar que el artículo 4.4 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el Arancel de Derechos de los Administradores Concursales, establece que el juez, en la misma resolución en que ponga fin a la fase común o en otra de la misma fecha, hará las

correcciones oportunas en las cantidades inicialmente fijadas como retribución de los administradores. Dicho precepto parte de la base de que han existido variaciones que provocan la corrección, por lo que a sensu contrario, si no ha habido tal modificación, no es preceptivo dictar un auto específico, o introducir modificaciones del arancel previamente fijado en el auto que pone fin a la fase común...".
Procede, por ello, estar a lo acordado en Auto de retribución definitiva, el cual desplegará los efectos señalados en el citado Real Decreto, sin necesidad de nueva declaración judicial y sin necesidad de especificación judicial de un efecto señalado de modo directo y líquido. ": AJM-6 Madrid 29.11.2010 (Concurso 94/2009)

4.2 Ajuste tras modificación de los textos definitivo del informe

"PRIMERO.-El Auto de fecha 14 diciembre 2004 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo en el Procedimiento de Concurso Ordinario 395/2008 acuerda fijar en la suma de 70.134,37 euros (IVA no incluido) la retribución definitiva en fase común correspondiente a cada uno de los miembros de la administración concursal de "Cedur, S.L.", atendiendo para ello a los importes a que ascienden la masa activa y pasiva del concurso, lo que así se obtiene por otra parte tanto del inventario como de la lista de acreedores obrantes en los textos definitivos que fueron unidos a las actuaciones con fecha 11 diciembre 2009. Ocurre no obstante que con fecha 28 diciembre 2009 la Administración concursal presentó un primer escrito por el que se modificaban los textos definitivos aportados en su momento, escrito al que siguió otro posterior de 18 enero 2010 con idéntica finalidad. Como resultado de tales alteraciones la masa activa quedó fijada finalmente en 13.366.288,92 euros mientras que la masa pasiva lo ha sido en 13.818.265,24 euros, de todo lo cual, y en aplicación de lo dispuesto en el en el art. 34 de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal y el art. 4 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, encontramos que la retribución que le corresponde a cada uno de los miembros integrantes de dicho órgano debe ser corregida para ajustarla a las nuevas magnitudes que sirven de referencia para su fijación, obteniendo de esta manera la cifra de 65.008,00 euros por tal concepto, tal y como solicita la parte apelante.": AAP Oviedo 09.07.2010 (Auto 88/2010; Rollo 167/2010)

"PRIMERO.- El art. 34 LC establece que los administradores concursales tendrán derecho a una retribución con cargo a la masa, que se determinará con arreglo a un arancel, atendiendo a la cuantía del activo, a la cuantía del pasivo y a la previsible complejidad del concurso.
De acuerdo con ello, el Real Decreto 1860 de 2004, de 6 de septiembre establece en su art. 4.1 la retribución de los administradores para la fase común en base a unos porcentajes fijados en el Anexo sobre el valor de ambas masas.
En el presente caso, si bien en un primer momento los administradores concursales solicitaron una retribución en base a los datos presentados con la solicitud del concurso, posteriormente al comprobarse que el importe del activo y del pasivo no se correspondía con el real, presentaron nueva petición de fijación de honorarios sobre los valores reales de las masas.
Consecuencia de todo ello y de acuerdo con el art. 34. 3 LC, procede fijar la retribución de acuerdo con los valores rectificados, procediendo en consecuencia la estimación del recurso.
SEGUNDO.- De acuerdo con ello procede la revocación de la resolución recurrida. ":AAP Almería (Sección 2) 23.11.2012 (Auto 103/2012; Rollo 280/2011)

4.3 Fijación definitiva en incidente posterior para reclamar su pago

AP Vizcaya

"PRIMERO.-Se dictó sentencia por el juzgado de instancia que resuelve el incidente concursal promovido por D. Eugenio, en su condición de Administrador Concursal que fue de la empresa Evaluación y Control de Contaminantes, S.L., en reclamación de que se le reconozca un crédito contra la masa en el concurso de dicha sociedad por sus honorarios profesionales; la sentencia fija estos en la cantidad de 30.784,60 euros, honorarios netos, es decir excluyendo el concepto de IVA que asimismo se había reclamado.
Dicha sentencia ha sido objeto de recurso de apelación por la demandada Evaluación y Control de Contaminantes, S.L.
SEGUNDO.-Se señala, como primer motivo, que la pretensión de reconocimiento del crédito no puede ser estimada, porque el administrador concursal carece de título para hacerlo ya que el juzgado de lo mercantil no dictó el auto a que se refiere el párrafo tercero del artº 4 del Real Decreto nº 1.860/2004, regulador de los aranceles de los administradores concursales, una vez establecidos los importes definitivos de las masas activa y pasiva que son la base para determinar la cuantía de los honorarios conforme al anexo de aquella resolución.
El motivo no se admite, por cuanto que dicho auto no resulta imprescindible y la cuantía de los honorarios puede perfectamente fijarse en este incidente que enfrenta a ambas partes, en régimen contradictorio y con plena disposición de aportación probatoria, sin merma alguna, por ende, del derecho a la defensa.
TERCERO.-Si bien se dictó auto con fecha 22 de Julio de 2010 por el juzgado de lo mercantil en el que se fijaron los honorarios profesionales del administrador concursal en la cantidad de 29.076 euros para la fase común, tal importe se fijó provisionalmente en atención al inventario y a la masa pasiva presentados con la solicitud del concurso; esa provisionalidad resulta del fundamento jurídico tercero y del último párrafo de la parte dispositiva de dicho auto.

Pero los honorarios definitivos para la fase común, en atención a lo dispuesto en el artº 4, párrafo tercero del Real Decreto antedicho que regula el arancel de los administradores concursales, se deben de calcular conforme a los textos definitivos de las masas pasiva y activa que el administrador concursal presente que, en este caso, y conforme resulta del documento nº 3 de la contestación a la demanda, ascendieron a 2.448.787,92 euros y 2.568.988,70 euros respectivamente; yendo al anexo de dicha Disposición y computando el 25% de incremento al tratarse de un concurso abreviado y con un solo administrador concursal, es correcto el cálculo de honorarios que presenta la apelante para la fase común, por importe de 19.655,93 euros.": SAP Vizcaya (Sección 4) 28.03.2014 (Sentencia 220/2014; Rollo 733/2013)

5. El auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales será apelable por cualquiera de éstos y por las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso.

5. El auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales se publicará en el Registro Público Concursal y será apelable por el administrador concursal ~~cualquiera de éstos~~ y por las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso.

[Nueva redacción por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014).
Entrada en vigor: "Las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no entrarán en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses."
Disposición transitoria segunda. Régimen de la administración concursal.]

Art. 34.5

1. Objeto de esta apelación: exclusivamente la retribución de la AC

"PRIMERO.- Al permitir el artículo 34.5 de la Ley Concursal que las resoluciones que fijen o modifiquen las retribuciones de los administradores concursales sean apelables directamente en cualquier fase del concurso (contra lo que es regla general en materia de recursos en la propia Ley), es evidente que lo que pretende es que sea revisable la aplicación al caso concreto del arancel que prevé el propio precepto y que se desarrolla reglamentariamente en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre. Quiere ello decir que el único ámbito de conocimiento posible de un recurso de apelación contra un auto en el que se fija la retribución de unos administradores concursales es la corrección de dicha fijación, en los términos del arancel legal y reglamentariamente previstos; y no otras cuestiones, como la propia designación de los administradores concursales, contra la que no cabe recurso alguno, según dispone expresamente el artículo 39 de la Ley Concursal; o la recusación de los mismos, cuestión que tiene su propio trámite por la vía del incidente concursal (artículo 33.4 de la misma Ley) y que no es objeto de este recurso.
SEGUNDO.- Sin embargo, el recurso de apelación interpuesto por "Alcopalma, SL" incide exclusivamente sobre la procedencia del nombramiento de dos de los administradores concursales, de donde derivaría -según la recurrente- la improcedencia de la retribución, cuyo importe no combate. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que mientras que no se proceda a su separación (por estimación de la recusación o por otra causa), ha de considerarse que la actuación del administrador concursal es válida, por lo que ha de ser retribuida con cargo a la masa, según determina expresamente el artículo 34.1 de la Ley Concursal. Así se desprende sin género de dudas del artículo 33.4 de la propia Ley, que dispone que la recusación de los administradores concursales no tiene efectos suspensivos, que el recusado seguirá actuando como administrador concursal y que la resolución que recaiga no afectará a la validez de las actuaciones. Es decir, aun en el hipotético caso de que la recusación prosperase, ello no afectaría a la retribución fijada por el juez del concurso a tenor del artículo 34 de la Ley Concursal y del Real Decreto 1860/2004, sino a lo sumo a su aplicación proporcional por la actuación entre la fecha de inicio del desempeño del cargo y la de cese. Máxime cuando la Ley no prevé que la separación por causa de recusación suponga pérdida de la retribución, ya que los únicos supuestos en que la Ley Concursal establece tal sanción son los de falta de presentación en plazo del informe de la administración concursal (artículo 74.3), la inasistencia a la junta de acreedores (artículo 117.1) y la prolongación indebida de la liquidación (artículo 153.3).
TERCERO.- Así pues, no combatiéndose la corrección en la aplicación de las normas arancelarias, ni las bases sobre las que se aplica el arancel (importes del activo y del pasivo), no hay fundamento alguno para considerar que el auto apelado deba ser revocado o modificado. Sin perjuicio de lo que pueda resolverse en relación con la recusación de los administradores concursales, lo que es ajeno a esta cuestión. Razones por las cuales ha de desestimarse el recurso de apelación, confirmando el auto apelado. ":Auto AP Córdoba (Sección 3) 17.01.2008 (AC 2008/354)

2. No cabe apelación contra el rechazo de la modificación de la retribución

"ÚNICO.- Se pretende en la presente queja la posibilidad de recurrir en apelación el auto en virtud del cual el Juzgado de lo Mercantil desestima la solicitud de modificación de la retribución fijada a los administradores concursales alegándose que la resolución del Juzgado que no lo autoriza vulnera lo dispuesto en elart. 34 de la Ley Concursal.
La queja no puede prosperar. Elart. 34 de la Ley Cambiariaregula el derecho de los administradores concursales a obtener una remuneración o retribución con cargo a la masa que se fijará por el Juez del

Concurso, previo informe de la administración concursal, por medio de auto y conforme al correspondiente arancel. Dicho auto es susceptible de ser recurrido en apelación conforme prevé el citadoartículo en su apartado 5. Igualmente cabe la posibilidad. según prevé el apartado 4del mismo, de que en cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, pueda modificar la retribución fijada si concurriera justa causa y aplicando el arancel a que se refiere el apartado 2 de este artículo. Si se acuerda la modificación (si se modifica la retribución) el auto será susceptible de apelación conforme el mencionado apartado 5.
Sin embargo, cuando es desestimada la pretensión de modificación y por tanto no se "modifica la retribución" (ya fijada y firme por no haber sido recurrida) la ley no prevé contra el auto que así lo deniega la posibilidad de interposición de recurso de apelación por lo que habrá de estarse a las disposiciones generales según las cuales (art. 197.2 LC) "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto". No estando previsto recurso alguno contra la denegación de la modificación retributiva el único recurso pertinente era el de reposición el cual, una vez interpuesto y resuelto, agota el derecho al recurso que ostenta la parte.": AAP Las Palmas (sección 4) 14.01.2008 (JUR 2008/115908)

3. Sobre la legitimación activa y el interés legítimo en caso de concursos acumulados

"SEGUNDO Sobre la legitimación activa, esta Tribunal ha reseñado reiteradamente que es la aptitud de un litigante en relación al derecho material, derivada de la relación de parte con la situación jurídica en litigio, y el hallarse (o no) provisto de la calidad que en la demanda se le atribuye o insinúa.
Así en la Sentencia de 5/7/06 (JUR 2006, 205459), que:
"Sobre la falta de legitimación activa se ha pronunciado en diversas ocasiones esta Sala en el sentido de que se trata de averiguar si la actora ostenta aptitud en relación al derecho material, derivada de la situación de parte frente a la situación jurídica en litigio; y así en la Sentencia de fecha 24-junio-05 se reseñaba que: "En el supuesto específico de autos, el actor como coheredero, tiene aptitud en relación con el derecho material para estar en el juicio, derivada de su relación de parte con la situación jurídica en litigio, hallándose provisto además de la cualidad que se atribuye en la demanda, y como indicaba esta Sala en sus Sentencias de 21-junio-05 y de 15-julio-2004 (JUR 2004, 256655): "Como ya indicaba este Tribunal en la Sentencia de fecha 21-mayo-2001 (JUR 2001, 245105), y entre otras, "como señala la STS de 2 de septiembre de 1.996 (RJ 1996, 6498), la legitimación "ad causam", consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto de la demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente porque el juez competente cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material", expresando dudas sobre su encaje como excepción dilatoria o perentoria. En la STS de 30 de mayo de 1.997 (RJ 1997, 4330) se dice que "la legitimación activa ad causam se configura como la cualidad de un sujeto consistente en hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de una pretensión que ejercita".
En un ordenamiento basado en la autonomía de la voluntad y la libre disposición, el único que puede formular la pretensión con pretensión con legitimación es quien afirma su titularidad activa de la relación jurídico material. Si una persona que no realiza esa afirmación interpone una pretensión en beneficio de quien ella afirma que es el titular, el juez tendrá que declarar que se actúa sin legitimación activa y, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.
La legitimación derivada consistirá en la afirmación del derecho y el tema de fondo constará de dos cuestiones de derecho sustantivo: 1) La condición de sucesor, y 2) La existencia de la relación jurídica afirmada; el que estas dos cuestiones puedan presentarse separadas lógicamente no convierten a la primera en tema de legitimación, pues la atribución personal del derecho es siempre tema de fondo que se resuelve conforme al derecho material, no al procesal.
Este planteamiento lleva de la mano a la convicción de la existencia de una necesaria e inescindible relación entre la legitimación por la que se pregunta y el objeto del proceso en cuestión (la pretensión ejercitada y la relación jurídico-material con ella deducida), pues es el objeto, la pretensión actuada, lo que normalmente define, caracteriza e individualiza a todo proceso.
De lo expuesto se concluye que si se está legitimado para intervenir en un determinado proceso es porque se está en una determinada situación, normativamente protegida, respecto de la relación jurídico-material procesalmente controvertida; y que se requiere una aptitud específica determinada, "mediante la justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta, por obra de una relación en que las partes se encuentran, respecto a la cosa que es objeto de litigio".
Pues bien, tal cualidad o posición jurídica es, en gran parte de los casos, la propia titularidad de la relación jurídico-material deducida: "la legitimación procesal viene determinada, activamente, por la titularidad del derecho que constituye la base de la acción que se ejercita y, pasivamente, por la correlativa obligación del demandado para la efectividad de tal derecho".
En determinados supuestos legalmente regulados no coinciden el titular del derecho sustantivo ejercitado y la parte (procesal) que lo actúa en la litis (que lo hace en virtud de facultad expresamente reconocida por norma jurídica). Son los casos de legitimación por sustitución, la cual: "entraña el ejercicio, en nombre propio, de una acción por persona distinta del titular de la misma y por subrogación en la posición jurídica de éste".
Hay casos en los que se ejercita una pretensión con referencia a una titularidad que se ostenta con otros.
En el marco de la defensa de los derechos e intereses que afectan a una comunidad de personas, más o

menos determinada y organizada, se halla la legitimación colectiva.
Para determinados casos (para concretos procesos) la legitimación se halla directa y expresamente establecida por la ley.
Se está en el caso de determinar si, en virtud de lo dispuesto por elart. 24 CE, el "interés legítimo" tutelable puede fundamentar la legitimación en casos no expresamente previstos por laley al efecto"; idem en la de 15-julio-04 (JUR 2004, 256655). Y en la de 18-marzo-04 (JUR 2004, 127701) que: "En cuanto a la falta de legitimación activa, se concuerda con la sentencia de instancia el hecho de que en los documentos aportados no consta su nombre y actúa en el tráfico mercantil bajo la denominación de "...", sin que en los mismos se exprese la persona o personas jurídicas que ofrecen sus servicios de carpintería especialmente de cocina bajo tal denominación. Asimismo, la parte actora no ha aportado documentación acreditativa de su utilización de lo que, al parecer, es tal nombre comercial, quizás por tratarse de una alegación no esperada en el contexto de un procedimiento verbal sobre lo cual no tenía preparada la documentación. No obstante ello, la Sala considera que la legitimación activa podría hipotéticamente inferirse de un conjunto de indicios, tal como destaca la representación de la parte recurrente, y éstos son: A) La presentación o posesión por la actora del documento que contiene el presupuesto de la obra a realizar reconocido por el demandado, si bien con matices, así como un croquis que, precisamente, se corresponde con el de la cocina encargada. B) La falta de prueba del más mínimo indicio de que sea otra la entidad que actúa en el tráfico jurídico con el mismo nombre, o de que la actora usurpe indebidamente tal denominación, o de que sea otra la empresa que ha ejecutado las obras, o de que exista una cesión de crédito. C) El testimonio presentado por la actora relativo a una trabajadora de la aludida empresa, que alude a una serie de vicisitudes en la relación jurídica entre las partes; idem en la de 22-abril-03, 13-junio-02 (JUR 2002, 211366), y en la de fecha 21-mayo-01 (JUR 2001, 245105) por la cual: "Como señala la STS de 2 de septiembre de 1.996 (RJ 1996, 6498), la legitimación "ad causam", "consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto de la demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente porque el juez competente cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material", expresando dudas sobre su encaje como excepción dilatoria o perentoria. En la STS de 30 de mayo de 1.997 (RJ 1997, 4330) se dice que "la legitimación activa ad causam se configura como la cualidad de un sujeto consistente en hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de una pretensión que ejercita"... "parece ser que la actora pretende una especie de "levantamiento del velo" en sentido inverso y a efectos de legitimación activa de modo que es irrelevante si una demanda la interpone una persona física que una persona jurídica de la cual la persona física es titular de todas sus acciones; pues obviamente se trata de personas diferentes con su capacidad jurídica, de obrar y patrimonio también distinto".
Y en la de 17/01/06 (JUR 2006, 96296), que:
"Precisamente laLey de Enjuiciamiento Civil estableció en su artículo 10, relativo a la "condición de parte procesal legítima", que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular", y con posterioridad a la entrada en vigor de ese precepto, el Tribunal Supremo ha señalado que "la legitimación 'ad causam' consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La Sentencia de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2481), a la que sigue la de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3094), hace especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido" (sentencia de 28 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3513)), así como que "la legitimación es una figura jurídica de derecho material y formal cuyos límites ofrecen hoy, mercede a la labor de la doctrina tanto científica como jurisprudencial, la suficiente claridad para no dar lugar en términos generales a dudas, ya que se trata de un 'instituto' que tanto en sus manifestaciones de derecho sustantivo ('legitimatio ad causam') como adjetivo ('legitimatio ad processum') constituyen una especie de concepto puente en cuanto sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar (capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en el derecho adjetivo) y la claramente real y efectiva de'disposición' o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar o desarrollar, lo que da lugar a que mientras que en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta" (sentencia de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6286))".
Idem en las de fecha 24/06/05, 15/07/04, 18/03/04, 22/04/03, 13/06/02 y 21 Mayo 01 por la que: "Como señala la STS de 2 de septiembre de 1996, la legitimación "ad causam", "consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto de la demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente porque el juez competente cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material", expresando dudas sobre su encaje como excepción dilatoria o perentoria. En la STS de 30 de mayo de 1997 se dice que "la legitimación activa ad causam configura como la cualidad de un sujeto consistente en hallarse en la posición que fundamente jurídicamente el reconocimiento de una pretensión que ejercita".

Y, asimismo y con los mismos efectos, el Auto de 23/10/03 por falta de legitimación para instar la quiebra, por no ser acreedor.
A la luz de las precedentes enseñanzas jurisprudenciales, es preciso recordar, lo que previene elart. 34 de la Ley Concursal :
"1.- Los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa, salvo cuando se trate del personal de las entidades a que se refieren lospárrafos 1º y 2º del apartado 2 del artículo 27.
2.- Un arancel reglamentará la retribución correspondiente a la administración concursal, atendiendo a la cuantía del activo y del pasivo y a la previsible complejidad del concurso. Las participaciones de los profesionales designados administradores concursales en dicha retribución serán idénticas entre sí, y de doble cuantía que la del administrador concursal acreedor cuando se trate de persona natural y no designe profesional que actúe en su representación conforme a lo previsto en el últimopárrafo del apartado 1 del artículo 27.
3.- El juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha.
4.- En cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa y aplicando el arancel a que se refiere el apartado 2 de este artículo.
5.- El auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales será apelable por cualquiera de éstos y por las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso."; por lo que literalmente y -como se expondrá -la fijación o la modificación de la retribución de los administradores concursales será apelable por éstos y por las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso.
El precepto es claro y contundente, y es posible que un procedimiento devenga más complejo de lo que el Juez había previsto al principio, o, por el contrario, que se simplifique a lo largo de su tramitación. Por ello, el legislador ha establecido la cautela de que el juez, ya sea de oficio o a solicitud del deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución previamente fijada si concurriera justa causa, y siempre en base al arancel aprobado, resolviendo, en su caso, negativamente cualquier requerimiento infundado por parte de dicho deudor o acreedores.
El auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales, podrá ser objeto de recurso, por cualquiera de los administradores o por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración del concurso, es decir, el deudor y los acreedores con carácter general.; es decir, el auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales será apelable por cualquiera de éstos y por las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, como:
- los propios interesados;
- el deudor;
- cualquiera de sus acreedores; y,
- los herederos en el concurso de la herencia.
En consecuencia, se permite la impugnación si se es acreedor de la entidad respectiva, integrante del Grupo de Empresas.
Cuestión distinta es que la normativa concursal toma como referencia la situación patrimonial de una determinada persona, física o jurídica. Por ello, de principio para la Ley concursal es indiferente que una empresa con personalidad jurídica propia se encuentre o no integrada dentro de un grupo de sociedades, pues lo que se declara en concurso es a cada persona jurídica.
No obstante, debe advertirse también que uno de los principios informadores de la nueva legislación concursal es lo que denominaríamos la unidad de tratamiento. Desde el punto de vista procedimental cabe resaltar que la nueva legislación concursal pretende responder a las situaciones de insolvencia empresarial de forma unitaria, coordinada y coherente a las múltiples y complicadas aristas que surgen en el contexto de una insolvencia empresarial; respuesta unitaria frente a los diferentes intereses en juego, para atender equilibradamente al conjunto de sujetos afectados y perjudicados por la situación concursal, para la búsqueda de una solución efectiva que procure conjugar debidamente las variadas opciones posibles. Como afirma expresamente la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, se opta por "los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema".
Por tanto, puede comprobarse que la propia legislación concursal propicia que se ascienda un nivel más, por encima de la empresa, en términos tales que habilita par que la situación a contemplar tome en consideración el conjunto de un grupo de empresas.
En efecto, la nuevaLey Concursal lo prevé a través de dos vías. De un lado, contempla la posibilidad de que el acreedor pueda "instar la declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones " (art. 3.5 LC).
Las consecuencias de ello, son que si se produce tal resultado, lo significativo es que el procedimiento concursal discurrirá a partir de entonces de forma unitaria a lo largo de toda su tramitación.
Cuestión, sin embargo, no claramente resuelta por el texto de la ley es si en estos casos se actúa a todos los efectos como si se tratase de un único patrimonio o, por el contrario, se trata de un análisis unitario en lo procedimental pero diferenciado en lo sustancial. En el primer caso, el órgano judicial procedería a analizar al grupo como un todo unitario desde el punto de vista económico, lo que comportaría agrupar como al conjunto de los acreedores, así como de los trabajadores, de modo que la masa del concurso fuera una única. En el segundo de los casos, se trataría de tomar en consideración la interinfluencia de las decisiones de una empresa del grupo sobre las restantes, pero manteniendo la idea de que se trata de concursos diferenciados para cada empresa, con acreedores y trabajadores igualmente diferenciados, con un inventario y una masa

distinta para cada uno de los concursos.
Probablemente la falta de concreción se deba a que la respuesta haya de ser distinta según el tipo de grupo. La fórmula más razonable, es la de distinguir según que se trate de grupos ficticios o de grupos reales. En el primer caso de grupo ficticios, lo que la ley contempla cuando se refiere a una situación de confusión de patrimonios, que habría que extender a la jurisprudencia social identificativa de los supuestos desencadenantes de la responsabilidad solidaria entre las diversas empresas del grupo, procedería efectuar un tratamiento unitario tanto en lo procedimental como en lo material. En el segundo caso de grupos reales, la unidad debería ser exclusivamente en lo procedimental, que no en lo material. Pero ello pertenece a otra fase sucesiva, en su caso, al recurrir la retribución fijada y el nº de administradores concursales o el sistema aplicado de retribución, para los que sólo están legitimados los acreedores que acrediten tal condición respecto de un determinado deudor, y aunque lo fuere de otros deudores, como concurre en el supuesto de autos. NO cabe pues, impugnar por quien no es acreedor manifiesto que no ostente un plus en relación con la legitimación que tienen los verdaderos acreedores para instar un concurso necesario; y en el caso, máxime ante tramitación separada de cada concurso-empresa, retribuciones individualizadas y no confusión de masas, en principio.
TERCERO Por otra parte, y a mayor abundamiento: a)cierto es que elnº 5 del art 3 de la LC permite instar al acreedor la declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores en determinados supuestos, pero el nº 1 del mismo precepto legitima para solicitarlo sólo al deudor y a cualquiera de sus acreedores; b) así se deduce también del art. 4 a la hora de comunicar los hechos indicativos de la insolvencia a los acreedores conocidos, a los mismos efectos; c) elart. 3 no prejuzga la naturaleza del origen de esa legitimación; d) tal legitimación deriva de la titularidad de un derecho de crédito frente al deudor y la presentación de documento acreditativo del crédito o créditos, o fundar su solicitud; e) en el caso delartículo 15, será preciso, por tanto, que el acreedor y los demás legitimados hayan acreditado su condición como tales conforme dispone elart. 7 LC, esto es, documentalmente si es un acreedor el que solicita el concurso en el que expresará el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición, vencimiento y situación actual del crédito, y documentalmente o por otros medios de prueba no documentales si la solicitud la presenta un legitimado distinto al acreedor.; f) La solicitud de declaración de concurso por sujeto legitimado distinto al deudor, esto es, acreedor o socio, miembro o integrante de persona jurídica personalmente responsable, no constituye en ningún caso un deber, sino un derecho cuyo ejercicio se condiciona a la acreditación de su condición como tal en el momento de presentación de su solicitud y a la concurrencia de alguno de los hechos enumerados en elart. 2.4 LC que constituyen manifestaciones externas de la insolvencia en supuestos de concurso necesario (art. 2.4, en conexión con elart. 7 LC). Por ello se han introducido incentivos que "motiven", a solicitar el concurso.; g) en la acumulación de concursos, dado el carácter universal del procedimiento de concurso, que puede llegar a la liquidación de todo el patrimonio del deudor común en beneficio de la totalidad de sus acreedores, parece congruente que la interpretación de las expresiones grupo de empresas, grupo de sociedades o grupo se decida por el concepto que tenga por finalidad proteger al colectivo más amplio en la situación más general.
El texto de la LC pone algún indicador de lo que puede ser la trascendencia material de la declaración del concurso de una sociedad perteneciente a un grupo para otras entidades del mismo grupo. En efecto, elart.3.5 LC al establecer la legitimación del acreedor para pedir la declaración conjunta de varios de sus deudores cuando formen parte de un grupo con identidad sustancias de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. El texto legal sólo prevé la petición conjunta del concurso de varios deudores cuando concurran requisitos que hacen sumamente restrictivo el ámbito de aplicación delprecepto. En primer lugar, exige que las personas cuya declaración de concurso sean deudores. En segundo lugar, que pertenezcan a un mismo grupo de empresas. Y, en tercer lugar, que las relaciones entre estos deudores sean muy estrechas y se manifiesten en una identidad sustancial -no total- de sus miembros y que exista una unidad en la toma de decisiones.
La dificulta práctica para aplicar esta norma consiste en que la base del supuesto fáctico que legitima la petición conjunta del concurso conjunto se exige que sean deudores.
El efecto de la declaración conjunta de los concursos de varios deudores es en principio, que los procedimientos habrán de seguirse ante un mismo juez, siguiendo trámites separados para cada concurso, y, llegado el caso, manteniendo las series de acreedores de cada uno de los deudores concursados: el acreedor instante del concurso conjunto figurará como acreedor, por la cuantía y el rango de su crédito, en cada uno de los concursos declarados, tratando de cobrar la totalidad de su crédito mediante la reunión de las cuotas que le correspondan hasta la total cobertura. Y será posible establecer una administración concursal común, que agilice y abarate los procedimientos.; h) el nombramiento en concurso de grupo de empresas se computa como uno sólo (art. 28.2); i) en casos de concurso conjunto o acumulado la propuesta de uno podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros (art. 101); j) la legitimación delart. 72 la ostentan la administración concursal y, subsidiariamente, los acreedores; k) idem, pueden presentar, si son acreedores, propuestas de convenio o adherirse; l) y para oponerse al convenio se encuentran facultados;
a) El deudor, si no hubiera propuesto el convenio aceptado o no le hubiera prestado conformidad, en su caso.
b) La Administración concursal.
c) Los acreedores que no hubieran asistido a la Junta.
d) Los acreedores asistentes a la Junta a los que se hubiera privado ilegítimamente del derecho de voto.
e) Los acreedores asistentes a la Junta que hubieran votado en contra de la propuesta finalmente aceptada por la mayoría.
f) Los acreedores que no se hubieran adherido en la propuesta anticipada, si éste hubiera sido el trámite seguido.

g) Los acreedores que en la propia Junta hubieran denunciado infracción legal en la constitución o celebración.; ll) idem, para aperturar la liquidación, susbsidiariamente, si son acreedores; m) los que no lo son, no pueden iniciar el procedimiento de modificación de contratos de trabajo, por no afectados; n) cualquier solicitud de concurso se inadmite si no es instado por persona legitimada y ante el juez competente.
Por demás, este Tribunal ya dedujo la falta de legitimación activa, por falta de interés económico de los trabajadores en otros supuestos, porque habían dejado de ser acreedores de la concursada, en lasSentencias de fecha 21 Julio 2008 y 20 Junio 2008 y enAutos de 19 Abril 2007 (JUR 2007, 290098)en sede de recursos, y de 25 Abril 2006; y ello a los efectos de no conceder legitimación activa a la entidad ahora quejadante frente al deudor aludido.
PARTE DISPOSITIVA
En atención a todo lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, HA DECIDIDO:
1º) Desestimar el recurso de Queja … " : AAP Baleares (Sección 5) 10.03.2009 (AC 2009/979; Auto 39/2009; Rollo 75/2009).
En la misma línea, con transcripción del anterior, AAP Baleares (Sección 5) 23.03.2009 (JUR 2009/222535; Auto 56/2009; Rollo 66/2009); AAP Baleares (Sección 5) 23.03.2009 (JUR 2009/222536; Auto 54/2009; Rollo 78/2009); AAP Baleares (Sección 5) 23.03.2009 (JUR 2009/222538; Auto 55/2009; Rollo 90/2009); AAP Baleares (Sección 5) 24.03.2009 (AC 2009/1375; Auto 59/2009; Rollo 63/2009); AAP Baleares (Sección 5) 24.03.2009 (JUR 2009/222343; Auto 58/2009; Rollo 67/2009); AAP Baleares (Sección 5) 24.03.2009 (JUR 2009/222509; Auto 57/2009; Rollo 87/2009); AAP Baleares (Sección 5) 26.03.2009 (JUR 2009/222179; Auto 63/2009; Rollo 77/2009); AAP Baleares (Sección 5) 26.03.2009 (JUR 2009/248228; Auto 65/2009; Rollo 93/2009);

3.1 Falta de legitimación del letrado de la concursada

"TERCERO El recurso ha de ser desestimado por varias razones.
La primera de ellas es que la recurrente carece de legitimación para interponer el recurso de apelación. Según elart. 34.5 de la Ley Concursal, el auto que fija la retribución de los administradores concursales es apelable por cualquiera de éstos "y por las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso". Deduciéndose del propio escrito de interposición del recurso de apelación (puesto que lo remitido a esta Sala es un simple testimonio parcial de los extremos directamente relacionados con el recurso) que la recurrente es quien ha prestado asistencia letrada a la sociedad concursada durante la fase común del concurso, no ostenta la cualidad de administrador concursal ni de persona legitimada para solicitar la declaración de concurso, únicos que pueden recurrir en apelación el auto en cuestión según el citadoart. 34.5 de la Ley Concursal.". AAP Madrid (Sección 28) 23.01.2009 (JUR 2009/101004; Auto 13/2009; Rollo 104/2008)

4. Estimación de recurso de queja

"PRIMERO.-Se pretende en el recurso de queja que se deje sin efecto la providencia de fecha 18 de noviembre de 2011, teniéndose por preparado el recurso de apelación contra el Auto de fecha 17 de octubre de 2011, por el que se fija la retribución definitiva de la administración concursal. Se alega indefensión y vulneración de los artículos 24 CE, 34.5 y 197.3 de la Ley Concursal y artículos 451.2, 455.1 y 457 de la LEC; se indica que la resolución de instancia causa perjuicio al fijar una retribución a la administración concursal superior a la que corresponde, siendo susceptible el recurso de apelación por lo acreedores que pueden instar el concurso del deudor, ostentando la Agencia Tributaria un crédito por importe de 154.336,86#.
SEGUNDO.-Que tras el examen de los particulares que se acompañan con el recurso de queja resulta por auto de fecha 17 de octubre de 2011, dictado en el concurso abreviado 397/2009, se fija la retribución definitiva de la administración concursal, estableciéndose en la parte dispositiva que contra el mismo cabía recurso de apelación en el plazo de cinco días, siendo notificado en fecha 18-10-2011, y con fecha 21 de octubre de 2011 se presenta escrito de preparación del recuro de apelación contra el auto de 17 de octubre de 2011, refiriéndose los razonamientos que se impugnan, con cita de los artículos 448.2, 455.1 y 457.2 de la LEC. Asimismo, consta que la Agencia Tributaria es titular de un crédito por importe de 154.336,86#.
Por otra parte, resulta que contra auto de fecha 17 de octubre de 2011, que fija la retribución definitiva de la administración concursal, cabe recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.5 de la Ley Concursal.
Que a la vista de lo antes referido procede estimar el recurso de queja, dejando sin efecto la providencia de fecha 18 de noviembre de 2011, pues el Abogado del Estado, contra el auto de fecha 17 de octubre de 2011, y dentro de plazo, presentó escrito de preparación de recurso de apelación, contra el que cabía dicho recurso, de conformidad con el artículo 34.5 de la Ley Concursal, estando legitimado el mismo al ser titular de un crédito la Agencia Tributaria, cumpliéndose en el escrito de preparación del recurso lo exigido por el artículo 457 de la LEC, en su redacción vigente hasta el 31 de octubre de 2011. Asimismo, debe indicarse que en la providencia de fecha 18 de noviembre de 2011 se advierte un error, pues el Abogado del Estado contra el auto de fecha 17 de octubre de 2011 no interpuso recurso de reposición, sino, como se ha dicho, recurso de apelación
Procede, pues, estimar el recurso de queja, y tener por preparado el recurso de apelación contra el auto de fecha 17 de octubre de 2011. ": AAP Murcia (Sección 4) 31.01.2012 (Auto 27/2012; Rollo 933/2011)

Artículo 34 bis. Apertura de la cuenta de garantía arancelaria.

1. Se constituirá una única cuenta de garantía arancelaria, que se dotará con las aportaciones obligatorias a realizar por los administradores concursales y que dependerá del Ministerio de Justicia.

2. El funcionamiento de la cuenta se regirá por lo establecido en esta Ley y en cuantas normas se dicten en su desarrollo.

[Nuevo art 34 bis añadido por Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE 29.07.2015) (Artículo 1, Cuarto, Dos)
Entrada en vigor: 30.07.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».", Disposición final vigesimoprimera. Entrada en vigor.)

Esta cuenta de garantía arancelaria estaba ya prevista en la Disposición adicional segunda, "Retribución efectiva a los Administradores Concursales" del Real Decreto-Ley 3/2009. "Se autoriza al Gobierno para que regule los ingresos y pagos de cantidades en metálico que hayan de efectuarse por los Juzgados con competencias en materia mercantil a través de la cuenta de garantía arancelaria concursal, designando los establecimientos y el procedimiento a través del cual deban de realizarse."

Artículo 34 ter. Régimen de la cuenta de garantía arancelaria.

1. Las únicas personas autorizadas para disponer de los fondos existentes en la cuenta de garantía arancelaria serán los secretarios judiciales de los juzgados con competencia en materia concursal.

2. Los secretarios gestionarán la cuenta y controlarán los ingresos y los cargos a través de la aplicación informática de titularidad del Ministerio de Justicia que este determine y que deberá ser validada por el Consejo General del Poder Judicial y por la Fiscalía General del Estado. La aplicación dispondrá de los mecanismos adecuados de control y seguridad y deberá garantizar la autenticidad, confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos, permitir la disposición de fondos mediante la expedición de órdenes telemáticas de transferencia y mandamientos de pago, así como proporcionar información sobre los movimientos y saldos de las cuentas.

3. En los casos de falta de medios informáticos adecuados o imposibilidad técnica sobrevenida, se podrán emitir mandamientos de pago u órdenes de transferencia de forma manual utilizando los impresos normalizados, y cuidando en estos casos los secretarios judiciales del control de los mandamientos u órdenes así emitidos.

4. El Libro de Registro de la cuenta se obtendrá de la propia aplicación informática.

5. El Ministerio de Justicia podrá supervisar el estado de la cuenta de garantía arancelaria mediante el aplicativo informático desarrollado al efecto por la entidad de crédito adjudicataria.

Nuevo art 34 ter añadido por Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE 29.07.2015) (Artículo 1, Cuarto, Tres)
Entrada en vigor: 30.07.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».", Disposición final vigesimoprimera. Entrada en vigor.)

1. El Ministerio de Justicia gestionará la cuenta de garantía arancelaria en la forma que se determine reglamentariamente, ya sea directamente o a través de terceros.

2. La gestión de la cuenta y el control de los ingresos y los cargos se realizará a través de la aplicación informática que determine el Ministerio de Justicia. La aplicación dispondrá de los mecanismos adecuados de control, seguridad y supervisión, y deberá garantizar la autenticidad, confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos, permitir la disposición de fondos mediante la expedición de órdenes telemáticas de transferencia y mandamientos de pago, así como proporcionar información sobre los movimientos y saldos de las cuentas.

3. En los casos de falta de medios informáticos adecuados o imposibilidad técnica sobrevenida, se podrán emitir mandamientos de pago u órdenes de transferencia de forma manual utilizando los impresos normalizados.

4. La cuenta de garantía arancelaria permitirá el control de las aportaciones que corresponden a los administradores concursales. Si en el momento de la rendición de cuentas el administrador concursal no hubiera realizado los ingresos en la cuenta a los que estuviera obligado, el secretario judicial le instará a que lo haga en el plazo de 10 días. Si transcurrido dicho plazo no hubiera cumplido con su obligación, será dado de baja en la sección cuarta del Registro Público Concursal hasta que proceda a su abono."

Nueva redacción del art. 34 ter por Disposición final quinta, Dos, de Ley 40/2015. Entrada en vigor: 03.10.2015
"2. No obstante, entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (…) los puntos uno a tres de la disposición final quinta, de modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (…)": Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 02.10.2015, Disposición final decimoctava. Entrada en vigor, apartado 2)

0. Régimen transitorio de pago con cargo a la cuenta de garantía arancelaria.

"Hasta que se apruebe reglamentariamente el régimen de distribución de la cuenta de garantía arancelaria será de aplicación el siguiente:

1. La cantidad máxima que podrá percibirse con cargo a la cuenta de garantía arancelaria por concurso será igual a la diferencia entre la remuneración efectivamente percibida y la que le hubiera correspondido conforme al arancel de la administración concursal, una vez deducidas en su caso las cantidades que hubieran debido destinarse a la propia cuenta de garantía arancelaria; y en todo caso con el límite de lo que resultase de dividir el total ingresado en la cuenta de garantía arancelaria durante un año, más el remanente de años anteriores si lo hubiere, entre el número de administradores con derecho a cobrar de la cuenta.
Si lo ingresado en la cuenta de garantía arancelaria para su distribución anual no cubriese la retribución total debida a los administradores, la cantidad máxima a percibir por cada uno de ellos con cargo a la cuenta guardará la misma proporción que represente el total ingresado en dicha cuenta sobre el total pendiente de pago.

2. La cantidad máxima que se pueda percibir con cargo a la cuenta de garantía arancelaria será anotada en la cuenta por el Secretario judicial dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha del auto que declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa.

3. Una vez determinada la cuantía de los pagos con cargo a la cuenta de garantía arancelaria según la regla del apartado 1, las órdenes de transferencia a las cuentas indicadas por la administración concursal se llevarán a cabo de forma electrónica y automática, mediante la aplicación informática, a lo largo del mes de enero del año siguiente a aquel en el que se generó el derecho.

4. Si una vez efectuados los pagos existiera un remanente, este se conservará para financiar los pagos del año siguiente."

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE 29.07.2015), "Disposición transitoria cuarta. Régimen transitorio de pago con cargo a la cuenta de garantía arancelaria". Entrada en vigor: 30.07.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».", Disposición final vigesimoprimera. Entrada en vigor.)

00. Evaluación del funcionamiento de la cuenta de garantía arancelaria.

"Transcurrido un año desde la efectiva puesta en marcha de la cuenta de garantía arancelaria, el Gobierno emitirá un informe de evaluación de su funcionamiento y de su suficiencia para atender el pago de los aranceles de administradores que no puedan sufragarse con cargo a la masa activa de los concursos."

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE 29.07.2015), Disposición adicional sexta. "Evaluación del funcionamiento de la cuenta de garantía arancelaria".
Entrada en vigor: 30.07.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».", Disposición final vigesimoprimera. Entrada en vigor.)

Artículo 34 quáter. Dotación de la cuenta de garantía arancelaria y obligaciones de comunicación.

Nuevo art 34 quáter añadido por Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE 29.07.2015) (Artículo 1, Cuarto, Cuatro)
Entrada en vigor: 30.07.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».", Disposición final vigesimoprimera. Entrada en vigor.)

1. Las cantidades a ingresar en la cuenta de garantía arancelaria se calcularán sobre las re
tribuciones que efectivamente perciba cada administrador concursal por su actuación en el concurso aplicando los siguientes porcentajes:

i) Un 2,5 por ciento por la remuneración obtenida que se encuentre entre los 2.565 euros y los 50.000 euros.

ii) Un 5 por ciento por la remuneración obtenida que se encuentre entre los 50.001 euros y los 500.000 euros.

iii) Un 10 por ciento por la remuneración obtenida que supere los 500.000 euros.

2. ~~Dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la percepción efectiva de cualquier clase de retribución -~~ Antes de la presentación del informe de rendición de cuentas, la administración concursal deberá ingresar en la cuenta de garantía arancelaria las aportaciones obligatorias establecidas en el apartado anterior, calculadas sobre las cantidades efectivamente percibidas. Simultáneamente, la administración concursal o cada uno de los administradores concursales deberán dar cuenta al s~~S~~ecretario judicial del juzgado donde se tramita el concurso del importe ingresado.

Nueva redacción, que difiere de la anterior en lo marcado, del apartado 2 del art. 34 quáter por Disposición final quinta, Tres, de Ley 40/2015.
Entrada en vigor: 03.10.2015
"2. No obstante, entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (…) los puntos uno a tres de la disposición final quinta, de modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (…)": Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 02.10.2015, Disposición final decimoctava. Entrada en vigor, apartado 2)

3. Quedan excluidos de la obligación de dotación de la cuenta los administradores concursales cuya retribución no alcance para el conjunto del concurso los 2.565 euros, o aquellos que tengan derecho a ser resarcidos con cargo a la referida cuenta.

4. El concursado o cualquier otro tercero que abone cualquier clase de retribución a la administración concursal estará obligado a comunicar esta circunstancia al Secretario judicial del juzgado ante el que se tramita el concurso, con indicación del importe abonado y la fecha del pago. Igual obligación recaerá sobre la administración concursal respecto de las retribuciones de cualquier clase que pueda percibir.

5. Reglamentariamente se regulará el régimen de distribución de la cuenta de garantía arancelaria.

0. Modificabilidad de porcentaje por disposición reglamentaria

"Disposición final decimoctava. Modificación por disposición reglamentaria.
Reglamentariamente se podrán modificar:
a) Los porcentajes del apartado 1 del artículo 34 quáter, que se modifica en el artículo 1.cuarto.cuatro.
b) El porcentaje del 50 por ciento previsto en el artículo 34.2.b), que se modifica en el artículo 1.cuarto.uno."

[Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE 29.07.2015), Disposición final decimoctava. "Modificación por disposición reglamentaria"
Entrada en vigor: 30.07.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».", Disposición final vigesimoprimera. Entrada en vigor.)]

Artículo 35. Ejercicio del cargo.

1. Los administradores concursales y los auxiliares delegados desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal.

2. Cuando la administración concursal esté integrada por tres miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma colegiada. Las decisiones se adoptarán por mayoría y, de no alcanzarse ésta, resolverá el juez.
El juez, de oficio o a instancia de la administración concursal, podrá atribuir competencias específicas a alguno de sus miembros.

2. Cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma conjunta. Las decisiones se adoptarán de forma mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente. En caso de disconformidad, resolverá el juez.

Nueva redacción del art 35.2 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011).
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a su entrada en vigor (Disposición transitoria segunda, 2, Ley 38/2011)

Art.35.2

1. Consideraciones sobre los conceptos de actuación colegiada y actuación mancomunada

AP Girona

"Con carácter previo a la resolución de los extremos planteadas en tomo al fondo de los recursos relativos al convenio y dados los motivos de oposición alegados por las sociedades recurridas, se hace preciso pronunciarse sobre las cuestiones que se establecen a continuación, ya que las mismas tienen incidencia precisamente en el fondo de la presente apelación:
A) Por lo que hace a la cuestión introducida por la entidad Servis Hotel SA, en orden a si el Administrador concursal Sr. Quera Vidal puede interponer o no recurso de apelación contra la Sentencias de que dimanan los presentes incidentes y si por ello precisa como órgano colegiado de la autorización de los demás administradores concursales Sr. Cortadas Abad y Sra. Adroher Pérez. atendiendo a que en la nueva Ley

concursal. y más concretamente en su estatuto jurídico, Capitulo II, arts.34 y ss no se establece su condición de parte, debe darse una respuesta afirmativa.
En efecto, tampoco en los incidentes se establece de manera expresa esa condición de parte procesal en el concurso (art.193), pero lo cierto es que "de facto" al haber participado en todos ellos mediante alegaciones, vistas e informes y haber formulado recurso de apelación la Sala les considera legitimados como recurrentes respecto de las Sentencias dictadas en ambos incidentes concursales y que ahora se analizan. Abunda este criterio el hecho de que en las sentencias impugnadas se establece que estos "créditos jamás debieron ser admitidos por la administración concursal como créditos concursales' y teniendo en cuenta la responsabilidad que viene establecida en el art.36 de la Ley Concursal como también las manifestaciones de las partes recurridas en sus respectivos escritos de oposición a la apelación (5 recursos) y sobre todo que en los respectivos escritos del administrador Sr. Quera aparece expresamente que actúa "con aquiescencia de todos los miembros" En cualquier caso a pesar de que el art.35.2 hable de "forma colegiada". ello no quiere decir de forma mancomunada por lo que debe permitirse a dicha administración el que pueda defenderse de las alegaciones formuladas de contrario pues en caso contrario podría producirse indefensión a dicha administración concursal.
La nueva Ley Concursal ha otorgado el status formal de parte al administrador concursal por lo, que deben ser oídos siempre sin necesidad de comparecencia en forma. si bien cuando intervengan en recursos o incidentes. deberán hacerlos asistidos de letrado. que. como regla general, lo será el administrador en quien concurra tal condición (art. 184.1y 5). Este último precepto excluye la exigencia de que la administración concursal actúe representada por procurador. lo que supone, según un sector doctrinal, optar por un nuevo sistema en el que se considera a este órgano concursal una especie de Administración Pública que no precisa de tal representación.
Finalmente el art.35.3 de la Ley establece la actuación mancomunada de los administradores concursales en ciertas circunstancias que no es el caso (cuando estuvieren en el ejercicio sólo dos de los administradores) y el hecho de que la administración concursal sea un órgano colegiado no significa que todos sus miembros deban de firmar los diversos escritos, bastando con que los no firmantes refrenden el escrito, como acontece en el presente proceso concursal.
por lo que la Sala resuelve en el sentido ya expuesto de desestimar las excepciones formulada por la recurrente Servis Hotel S/A en relación con la legitimación del administrador concursal Letrado": SAP Girona (Sección 1) 06.11.2007 (Rollos 228/2007 y 230/2007).

AP Pontevedra

"b´) en segundo lugar se argumenta nuevamente con la infracción de normas de procedimiento por la falta de reunión o de convocatoria efectiva de la administración concursal como órgano colegiado. Para desestimar el argumento bastará con constatar que no se aporta medio alguno de prueba de que así fueran las cosas, más allá que la copia de un voto particular emitido por el administrador concursal designado a propuesta de los acreedores, lo que demostraría todo lo contrario. El art. 35 prevé el marco general para el desempeño de sus cargos por los administradores concursales, determinando su actuación por mayoría y permitiendo, incluso, la actuación sólo de dos de los administradores, en forma mancomunada. No existe la rigidez en el funcionamiento del colegio formado por los administradores concursales que postula el recurrente. Es cierto que se trata de un órgano colegiado, pero también lo es que cuenta con una amplia autonomía de organización, operando en la práctica con notable flexibilidad, sin que, por ejemplo, resulte preciso en todo caso una convocatoria formal, con una antelación y una forma predeterminadas. En todo caso, se reitera, las alegaciones vertidas en tal sentido por el recurrente son incomprobables, ayunas de todo soporte probatorio. Así, mientras que el recurso sostiene que no hubo reunión de la administración, los administradores demandados sostienen lo contrario, afirmando que se discutieron exactamente las mismas cuestiones que determinaron los sucesivos escritos de alegaciones al plan. Se desestima el motivo.": AAP Pontevedra 01.10.2010 (Auto 178/2010; Rollo 594/2010)

2. Validez de lo actuado por dos de los tres

"TERCERO: Es una hecho admitido que en el concurso de acreedores de LLAMAS, S.L.U. fueron designados administradores concursales Marino, Primitivo y Sixto. El art. 35 LC dispone que siendo un órgano colegiado, sin perjuicio de que pudieran distribuirse funciones, los tres administradores debían actuar conjuntamente, aunque en caso de disparidad de opiniones, prevaleciera la de la mayoría. De ahí que en la práctica tan sólo se requiera la participación de dos de los tres administradores, para la validez de las actuaciones de la administración concursal.": SAP Barcelona (Sección 15) 09.12.2009 (Sentencia 419/2009; Rollo 214/2009)

3. Si por cualquier circunstancia sólo estuvieran en el ejercicio del cargo dos de los tres miembros de la administración concursal, y mientras se mantenga esta situación, la actuación de los administradores concursales habrá de ser mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente. En caso de disconformidad, resolverá el juez.

3. Las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán por escrito y serán firmados, en su caso, por todos sus miembros.

Nueva redacción del art 35.3 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a su entrada en vigor (Disposición transitoria segunda, 2, Ley 38/2011)

Art 35.3

"TERCERO.-El primero de los motivos de recurso versa sobre la nulidad de lo actuado, por falta de un requisito de procedibilidad. Mediante cita del art. 35 de la L.C., señala que la no constancia en autos del acuerdo de la Administración Concursal dirigido a la formulación de la presente demanda ejercitando acción de anulación, acarrea la desestimación de la misma "ad limine".
Cuando se habla de nulidad de actuaciones se está haciendo alusión, básicamente, al hecho de haberse prescindido total y absolutamente de las normas de procedimiento y se cause indefensión a la parte; pero no es causa de nulidad de actuaciones una mera infracción de normas procesales ni la innovación de cualquier clase de indefensión para provocar nulidad de actuaciones, sino que es preciso que ésta sea efectiva y dicha efectividad tiene lugar únicamente cuando la vulneración de la norma conlleve consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella. (STC 10-6-879. Además la indefensión no puede equipararse a cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino solamente a aquella situación en la que el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional. (STC 11-7-94).
Evidentemente, a la luz de lo dicho es claro que no cabe estimar el motivo de recurso opuesto, por cuanto en modo alguno le ha quedado cercenada a la parte la posibilidad de alegar y aportar pruebas en relación con sus pretensiones. Si a ello se une que una cosa es que no exista el acuerdo en cuestión, y otra, bien distinta que tal acuerdo no se haya aportado a la presentes autos, el tema queda definitivamente superado, pues, de un lado tal acuerdo existe (Acta nº 9 aportado en este instancia, tras ponerse de manifiesto que antes, hasta ahora, no se había cuestionado la existencia de dicho acuerdo), y, de otro, no hay, como dice la parte apelada, precepto alguno que obligue a aportar con las demandas instadas por la Administración Concursal copia del oportuno acuerdo, sobre todo, cuando en el encabezamiento de la demanda ya se hizo mención expresa a la existencia del mismo.": SAP Salamanca (Sección 1) 09.05.2011 (Sentencia 201/2011; Rollo 499/2010)

4. Las decisiones individuales, mancomunadas o colegiadas de la administración concursal que no sean de trámite o gestión ordinaria se consignarán en actas, que se extenderán o transcribirán en un libro legalizado por el secretario del juzgado.

4. La administración concursal estará sometida a la supervisión del juez del concurso. En cualquier momento, el juez podrá requerirle una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso.

Nueva redacción del art 35.4 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

5. Las resoluciones judiciales que se dicten para resolver las cuestiones a que se refiere este artículo revestirán la forma de auto, contra el que no cabrá recurso alguno. Tampoco podrá plantearse incidente concursal sobre la materia resuelta.

6. La administración concursal estará sometida a la supervisión del juez del concurso. En cualquier momento, el juez podrá requerir a todos o alguno de sus miembros una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso.

El apartado 35.6 fue suprimido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Artículo 36. Responsabilidad.

1. Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.

Art. 36.1

0. Competencia de la AEAT para la tramitación de procedimiento administrativo para la declaración de responsabilidad tributaria subsidiaria de los administradores concursales

Tribunal de Conflictos de Jurisdicción

"Primero.
El Juzgado mercantil funda su competencia y, consiguientemente, el requerimiento de inhibición que dirige a la Agencia Estatal de Administración Tributaria en los artículos 9, en relación con el 8, y 36 de la L.C. Más, precisamente, los argumentos contenidos en dicha resolución son los siguientes:
1.Las resoluciones administrativas no respetan las competencias del juez del concurso ni las resoluciones judiciales firmes dictadas en el procedimiento concursal; 2.Cuando se rindieron las cuentas, la AEAT no las impugnó y consintió su aprobación por Auto firme de fecha 21 de septiembre del año 2009, conformándose así con las resoluciones judiciales que aprobaron los pagos efectuados por la administración concursal y que dejaban pendiente la deuda tributaria por falta de activo; 3. La Agencia Tributaria, en caso de no estar conforme con la distribución del activo de la compañía, debería haber impugnado los pagos de los créditos ante el juez del concurso; 4.Si la Agencia Tributaria considera que se ha derivado un daño a consecuencia de la actuación de los administradores concursales, ha de presentar una demanda contra ellos conforme al artículo 36 de la L.C.; 5.Si los administradores concursales pueden ser sancionados y declarados responsables de una deuda de la concursada por uno de los acreedores, como es la Agencia Tributaria, se quiebra la independencia de que deben gozar respecto del concursado y los acreedores, dejando de depender del juez el concurso, para pasar a hacerlo de la Agencia Tributaria, con lo que, de forma indirecta, el juez del concurso perderá su imparcialidad en el momento de reconocer, clasificar y pagar los créditos tributarios, con grave vulneración del artículo 117 de la C.E.; y 6.Aun en la hipótesis de que la Agencia Tributaria pueda valorar la diligencia o negligencia de los administradores concursales no puede desconocer en los expedientes administrativos a que se refieren los artículos 174 y 176 de la LGT las resoluciones judiciales firmes que han impedido el pago de la cuota tributaria y reclamar a los administradores concursales su pago, junto con el de la sanción, por algo que no podían legalmente hacer (así se expone en el razonamiento jurídico n.º 20 del Auto recurrido).
Segundo.
Como ha declarado recientemente este Tribunal de Conflictos (Sentencia de 14 de diciembre del año 2011 y las que en su fundamento de derecho segundo se citan) el principio de universalidad que establece la L.C., al atribuir jurisdicción exclusiva y excluyente al juez del concurso –de modo que a él incumba la toma de cualesquiera decisiones sobre la marcha del procedimiento concursal (jurisdicción exclusiva) y ningún otro órgano, administrativo o jurisdiccional, pueda proceder ejecutiva o cautelarmente sobre el patrimonio del concursado (jurisdicción excluyente)– se funda en razones de economía procesal y sirve a la eficacia del proceso universal abierto. En tal sentido, el artículo 9 de la L.C. dispone que «la jurisdicción del Juez se extiende a todas cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal». Ahora bien, la jurisdicción atribuida al juez del concurso para conocer de cualesquiera cuestiones relacionadas con el proceso universal, con desplazamiento del órgano primariamente competente –sea jurisdiccional o, en su caso, administrativo– supone una excepción al principio de improrrogabilidad y, por ello, debe ser objeto de una interpretación estricta y está sujeta a ciertos límites.
Tercero.
La competencia que el artículo 8, apartado 7 (modificado por el artículo único.4 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre) atribuye al juez del concurso, se refiere a las acciones de responsabilidad contra los administradores concursales por los daños y perjuicios causados a la persona jurídica concursada, en tanto que, en el caso que se refiere este conflicto, las competencias que ejerce la Administración Tributaria se refieren a los daños y perjuicios que considera causados por los administradores concursales a la Hacienda Pública. El precepto, pues, no puede ser invocado como fundamento de la competencia que el juzgado mercantil reivindica para sí. Por otra parte, la competencia que al juez que conoce del concurso atribuye el artículo 36.3 de la L.C. queda excluida, en virtud de la regla contenida en el número 6 de ese mismo precepto, en el caso de acciones de responsabilidad que corresponden a los acreedores (entre ellos la Administración Tributaria) por los actos u omisiones de los administradores concursales que lesionen directamente los intereses de aquellos. Esto es, cabalmente, los que la Agencia Tributaria, con razón o sin ella –no es éste el momento ni el cauce procesal idóneo para resolverlo– invoca al amparo de normas con rango legal que inmediatamente citaremos, en defensa del mantenimiento de su jurisdicción y competencia.
Cuarto.
La L.G.T., en su artículo 5.2, determina las competencias de la AEAT. Basta su cita para que las tengamos en cuenta. La misma ley, en su artículo 43.1.c), establece que serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria «los integrantes de la administración concursal que no hubieran realizado las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias imputables a los respectivos obligados tributarios». De lo administrativamente actuado se desprende que la Administración Tributaria ha declarado fallido el procedimiento seguido contra la sociedad concursada, tras el no ingreso por ésta de la deuda tributaria liquidada (suma del importe del acta de disconformidad respecto al IVA por la venta de un inmueble, más el importe de la sanción) y el seguimiento del procedimiento de apremio y actuaciones de ejecución sin hallar bienes. En tales circunstancias, el artículo 176 de la L.G.T. dispone: «Una vez declarados fallidos el deudor principal y, en su caso, los responsables solidarios, la Administración Tributaria dictará acto de declaración de responsabilidad, que se notificará al responsable subsidiario». Esto es lo que, en el caso controvertido, la Administración Tributaria ha llevado a cabo en ejercicio de unas competencias que tiene reconocidas para el

cumplimiento de sus fines institucionales, ejercicio siempre sometido a la Ley y al Derecho (arts. 103.1 de la CE, 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 117.2 de la LGT). Es importante recordar llegado este momento que el requerimiento de inhibición ha sido formulado por el juez mercantil contra sendas resoluciones administrativas limitadas a poner en marcha el procedimiento administrativo para la declaración de responsabilidad tributaria subsidiaria de los administradores concursales, habiéndose hecho en fecha muy posterior a la del Auto declarando concurso y, por tanto, una vez aprobada la rendición de cuentas sin oposición.
Quinto.
De lo anterior se sigue que, en el caso controvertido, la Administración Tributaria ha actuado dentro de las competencias que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin invasión de las atribuidas al juez del concurso, el cual, en su extenso y detallado Auto de planteamiento del requerimiento, se refiere al impacto que en la imparcialidad de los administradores concursales y en la independencia del titular del órgano jurisdiccional puede tener el seguimiento por la Administración Tributaria del procedimiento para la eventual declaración de la responsabilidad subsidiaria tributaria de los administradores concursales, quienes, afirma el juzgado mercantil, son órganos del concurso y actúan bajo el control del juez de lo mercantil. Con ser muy importantes estas consideraciones, no estimamos que constituyan razón impeditiva del reconocimiento que, dentro de los límites establecidos en el artículo 17.1 de la LOCJ, procede hacer en este caso en favor de la jurisdicción de la Administración Tributaria. La cual, de conformidad con el principio de legalidad que acabamos de recordar, tan exigible en el ámbito del ejercicio de la jurisdicción como en el de la actuación de todas las Administraciones Públicas, según se desprende de los preceptos antes citados y de los artículos 117.1 de la CE y 1 y 5 de la LOPJ, está sujeta, en el ejercicio de esas competencia, a la Ley y al Derecho, debiendo por tanto tomar en consideración los actos firmes que hayan sido dictados en el cauce del procedimiento concursal y valorando debidamente cual haya sido la actuación de la propia Administración Tributaria en relación con los pronunciamientos judiciales recaídos. El sometimiento al principio de legalidad por los órganos de la Administración Tributaria constituirá garantía del cumplimiento de la obligación de respeto a la independencia judicial que de todos es predicable, como establece el artículo 13 de la LOPJ.
Sexto.
Finalmente, el reconocimiento de la jurisdicción de la Administración Tributaria que llevamos a cabo no contiene ningún juicio anticipatorio de la conformidad a derecho de las resoluciones administrativas que puedan ser dictadas cuando concluyan los procedimientos que ponen en marcha las tres resoluciones que el juez mercantil pretende sean suspendidas y anuladas. No lo contiene porque la intervención de ese Tribunal de Conflictos está legalmente prevista para otros fines, queremos decir, está constituido para otra función. Cuando, al amparo del pronunciamiento que esta sentencia contiene, la Administración Tributaria resuelva, lo deberá hacer, repetimos, con sometimiento a la Ley y al Derecho y con sujeción al control por el órgano jurisdiccional que corresponda, extremo este último que, de nuevo de acuerdo con el artículo 17.1 de la LOCJ, queda fuera del conflicto que ahora resolvemos.”: STCJ 09.04.2013 (Sentencia 3/2013; Conflicto 1/2013)

0.1 Pero la AEAT no puede iniciar la acción antes de la comunicación de insuficiencia de la masa activa prevista en el art. 176.bis LC

Tribunal de Conflictos de Jurisdicción

“QUINTO.- *Sobre la cuestión en debate.*
No se cuestiona por parte del Juzgado Mercantil requirente la competencia de la AEAT para tramitar y resolver el procedimiento de derivación de responsabilidad y declaración de responsabilidad solidaria por la actuación de la AC en el seno del concurso, <<Esta competencia no se discute, al contrario, se respeta y se mantiene incólume, así, la AEAT tiene plena jurisdicción y competencia para incoar el procedimiento de derivación de responsabilidad frente a los administradores concursales según lo regulado en el art. 42 de la LGT >>; la cuestión en disputa queda centrada en exclusividad en si la AEAT tiene competencia para tramitar y resolver el procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria contra los administradores, cuando aún no ha finalizado la tramitación del proceso concursal contra la sociedad declarada en concurso; lo que se traduce, en si en este caso resulta preferente la jurisdicción mercantil al no haber finalizado el concurso y estar a la fecha de declaración de la responsabilidad solidaria, pendiente y en tramitación el procedimiento concursal**.**
Como se ha puesto de manifiesto en la tramitación del presente conflicto este Tribunal se ha pronunciado anteriormente sobre cuestiones similares a las que nos ocupa, en concreto en la sentencia de 9 de abril de 2013, que resolvió el conflicto de jurisdicción 1/2013, entre la AEAT y el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona; en esta ocasión la AEAT había incoado procedimiento para la declaración de responsabilidad subsidiaria de los administradores concursales, habiéndose llegado a la conclusión de que correspondía a la AEAT la competencia para tramitar el procedimiento de responsabilidad subsidiaria tributaria. Se diferencia el anterior caso y el que nos ocupa en que en aquel se trataba de declarar la responsabilidad subsidiaria una vez finalizado el proceso concursal**,** y en este la que se declara es la responsabilidad solidaria cuando aún no ha finalizado el proceso concursal**.** Con todo, sin perjuicio de analizar las diferencias entre uno y otro caso y sus consecuencias a los efectos del presente, desde luego ha de partirse para resolver el presente conflicto de las consideraciones que se hicieron en la referida sentencia, que en lo que ahora interesan fueron las siguientes:
1. El principio de universalidad establecido en la Ley Concursal por el que se atribuye la jurisdicción exclusiva y excluyente al juez de concurso, supone una excepción al principio de improrrogabilidad, lo que conlleva que debe ser objeto de una interpretación estricta.

2. El art. 36 de la LC distingue entre las acciones de responsabilidad contra los administradores concursales por los daños y perjuicios causados a la persona jurídica concursada, y las acciones de responsabilidad por lesión de los intereses de los deudores, acreedores o terceros. Las acciones ejercitadas por los acreedores, en este caso la AEAT, por los actos u omisiones de los administradores concursales quedan excluidas de la competencia que el art. 36.3 atribuye al juez del concurso.
3. La responsabilidad exigida a los administradores concursales, se ha llevado a cabo en el ejercicio de las competencias que tienen reconocida la AEAT, después del auto declarando concluso el concurso y, por tanto, una vez aprobada la rendición de cuentas sin oposición, sin invasión de las competencias que el ordenamiento jurídico reconoce al Juez del concurso y sin perjuicio de los actos firmes dictados en el cauce del procedimiento concursal**.**
4. El reconocimiento de la jurisdicción de la AEAT no contiene ningún juicio anticipatorio de la conformidad a derecho de las resoluciones administrativas, que, en su caso, son susceptible de control judicial por el órgano jurisdiccional que corresponda.
Va de suyo, por la propia naturaleza, objeto y finalidad del proceso concursal**,** que la declaración de responsabilidad tributaria subsidiaria de los administradores concursales sólo quepa hacerla una vez finalizado el proceso concursal**,** en tanto que es requisito necesario al efecto la previa declaración de fallido. Como una constante jurisprudencia enseña, el procedimiento para exigir la responsabilidad tributaria es un procedimiento declarativo conducente a la emisión de un acto administrativo en que se declara la responsabilidad, se cuantifica la misma y se le exige al responsable; en el caso de responsabilidad subsidiaria, esta sólo cabe tras la declaración de fallido del obligado principal y, en su caso, de los responsables solidarios, lo que no es factible sino hasta que se produce la previa declaración de fallido de los citados.
La declaración de responsabilidad solidaria, por el contrario, art. 175.1 de la LGT, no precisa de declaración previa alguna, sino que el acto declarativo podrá dictarse y notificarse antes o después de vencer el periodo voluntario de ingreso del deudor principal.
El análisis para despejar la incógnita que en este conflicto se plantea no puede girar, pues, en torno a la estructura procedimental en la que legalmente se articula uno y otro tipo de responsabilidad tributaria, sino en el contenido material de la propia acción que el art. 36.6 de la LC excluye de la competencia del juez del concurso, y que en este se ha traducido en su ejercicio, bajo el privilegio de la autotutela administrativa por parte de la AEAT.
No está de más recordar que los administradores concursales, art. 35 de la LC, deben ejercer su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal, bajo la supervisión del juez del concurso; y acordes con los poderes que se le asignan y reconocen en el proceso concursal**,** deben ser las responsabilidades que caben exigirles, y que en principio se regulan en el citado art. 36, con la distinción vista y la matización que se deriva de los términos de la sentencia referida de 9 de abril de 2013. El apartado 6 del art. 36, prevé una acción individual de responsabilidad, para cuya efectividad precisa de su ejercicio ante el órgano judicial competente, que como se indicó en la sentencia de 9 de abril de 2013, no lo es el juzgado del concurso, o, como el caso que nos ocupa, de tratarse de una Administración pública, mediante su ejecución a través del procedimiento legalmente dispuesto.
Dispone el citado precepto que <<Quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales o auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquellos>>. La acción, es evidente, sólo puede ejercitarse una vez nacida, lo que no se produce sino cuando concurre la acción u omisión de los administradores concursales o auxiliares delegados, incumpliendo la diligencia debida -en el supuesto que nos ocupa según la AEAT art. 42.2.a) de la LGT -, y la causación de un daño o perjuicio directo al acreedor - que en este caso sería el impago de la deuda tributaria contraída-.
Ahora bien, atendiendo a las fases y trámite del proceso concursal**,** para la producción del daño o perjuicio al acreedor es necesario que la masa activa resulte insuficiente para atender el crédito del acreedor y no pudiera percibirlo en su totalidad, lo que requiere previamente para su verificación que la administración concursal active el régimen excepcional de pago de los créditos contra la masa, art. 176.bis de la LC.
Todo lo cual conlleva que hasta que no se aplique este trámite especial y se declare concluso el concurso por insuficiencia de la masa, no puede considerarse lesionado los intereses de los acreedores, esto es, hasta dicho momento no nace, en su caso, la acción prevista en el art. 36.6 de la LC, y por tanto, no es hasta ese momento cuando puede ser ejercitada, que en el caso que nos ocupa se traduce en el inicio del procedimiento y declaración de la responsabilidad solidaria de los administradores concursales efectuada por la AEAT. Resultaba, por tanto, improcedente en la fase del proceso concursal la tramitación del procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria contra los administradores concursales.
SEXTO.- *Sobre el alcance de la resolución del presente conflicto.*
De lo dicho anteriormente y en atención a los términos en los que se ha planteado el conflicto, se colige que en el estado en el que se encontrada el proceso concursal la AEAT no podía iniciar el procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria contra los administradores concursales, ni declarar la misma, sino que era preciso aplicar y culminar el trámite especial del art. 176.bis de la LC previamente dentro del proceso concursal**,** cuya competencia ostenta el juez del concurso; ahora bien, en modo alguno ello significa que deba atenderse al requerimiento interesado por el Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Málaga <<reclamando la jurisdicción para conocer de los procedimientos R 2895215221665, R 2895215221663 y R 2895215221667 dirigidos frente a la Administración Concursal de la sociedad en concurso AURIGA CROWN CAR HIRE,S.L.>>, pues como ya se puso de manifiesto en la sentencia de este Tribunal de 9 de abril de 2013, y ahora reiteramos, la acción prevista en el art. 36.6 de la LC, excluye la competencia del juez del concurso. Por tanto, es la AEAT, autotutela administrativa, la que ostenta la competencia para el ejercicio de la acción del art. 36.6 de la LC, en este caso, para la tramitación del procedimiento

de declaración de responsabilidad solidaria de los administradores concursales, sin embargo en el momento procedimental del proceso concursal en el que inicia dicho procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria, no podía la AEAT interferir el proceso concursal mediante el citado procedimiento, por lo que resultaba procedente el requerimiento de inhibición hecho por el Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Málaga, pues aún cuando este carezca de jurisdicción para conocer de los procedimientos derivados de las acciones contempladas en el art. 36.6 de la LC, en tanto que juzgador del concurso actuaba dentro del margen jurisdiccional que le correspondía, pues el Juez del concurso es competente para dilucidar todas aquellas cuestiones que afecten al ámbito concursal**.** La actuación administrativa incidía directamente en el procedimiento concursal**,** desconociéndolo; teniendo, pues, jurisdicción el Juez de concurso, no para conocer de aquellos procedimientos, pero sí para resolver una cuestión que directamente afectaba al concurso evitando que la actuación administrativa interfiriera el normal desarrollo del proceso concursal e infringía las normas del concurso.”: STS 27.04.2016 (Sentencia 1/2016; Conflicto 1/2016)

1. Naturaleza. No responsabilidad objetiva sino por culpa

Tribunal Supremo

“10. Desestimación del motivo. La acción de responsabilidad ejercitada se basa en la previsión contenida en el art. 36.1 LC, según la cual, " los administradores concursales y sus auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarias a la ley o realizados sin la debida diligencia ". Este precepto legitima a los acreedores para ejercitar una acción de responsabilidad por un perjuicio ocasionado a la masa, que redunda indirectamente en perjuicio suyo, en cuanto la conducta haya podido mermar sus posibilidades de cobro. No es por lo tanto una acción individual, sino colectiva, razón por la cual el destino de la indemnización hubiera ido a parar a la masa.
Se trata de una responsabilidad basada en la causación de un daño o perjuicio a la masa, por una conducta del administrador concursal, activa u omisiva, contraria a la ley o a la diligencia que le resulta exigible en el ejercicio de la función para la cual ha sido nombrado.
El daño o perjuicio, al margen de su acreditación, ha sido correctamente identificado en la demanda: i) lo que a su juicio se ha dejado de reintegrar a la masa, al no haberse ejercitado la acción de reintegración respecto de unos pagos realizados por la concursada (1.119.552,77 euros), entre el 31 de enero de 2002 y el 1 de octubre de 2003, que a su juicio serían indebidos o en su mayor parte excesivos, en relación con los trabajos retribuidos; ii) el IVA soportado entre los ejercicios 2002 y 2003, que asciende a 110.000 euros, y que dejó de ser reclamado.
Las dos conductas que se imputan al administrador concursal, como causantes de estos dos supuestos perjuicios, no serían propiamente contrarias a la ley, pues ni la falta de ejercicio de la acción de reintegración ni la falta de reclamación del IVA soportado constituyen una infracción de una norma de conducta impuesta por la ley, más allá de que pudieran, en su caso, no ajustarse a la diligencia debida.
El tribunal de instancia centra perfectamente la cuestión controvertida, en relación con la responsabilidad pretendida, al analizar si las dos conductas imputadas al administrador demandado contrarían el estándar de diligencia exigible al administrador concursal, en atención a las circunstancias concurrentes.”: STS 11.11.2013 (Sentencia 669/2013; Recurso 1825/2011)

AP Tenerife

“TERCERO También aduce la parte apelante que se ha producido por la juzgadora a quo un error el interpretar el citado art. 36 LC, en relación con la naturaleza de las responsabilidad exigida, que, según la tesis de esta parte, es cuasi-objetiva, por ser análoga a la de los administradores de las sociedades, con referencia a los arts. 133 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas y al art. 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que se remite a aquella.
Ese carácter "objetivo" de la responsabilidad llevaría, según entiende la recurrente, a una inversión de la carga de la prueba, pues no sería exigible a quien la reclama la prueba de la antijurídicidad o negligencia que haya presidido la conducta de los administradores, siendo estos quienes deberían acreditar que han obrado con toda la diligencia debida.
De otra parte, siempre en relación con el alcance e interpretación del art. 36 LC, alega la apelante que las responsabilidad de los administradores del concurso es solidaria, por lo que le sería dado dirigirse contra cualquiera de ellos que hubiera ostentado el cargo el cualquier momento durante la tramitación del concurso, razones con las que pretende salir del paso de las consideraciones que se hacen en la sentencia en relación a la improcedencia de exigir responsabilidad a los tres demandados en relación con actos o hechos ocurridos antes de sus respetivos nombramientos.
En la demanda se ejercita una acción indemnizatoria basada en la reiterada responsabilidad de los administradores concursales; la acción se apoya, como se dijo, en la norma del art. 36 de la Ley Concursal, que, en la declaración general que hace de dicha responsabilidad en su párrafo primero, reproduce prácticamente el contenido del art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, como lo hace el art. 69 L.S.R.L. Ambas leyes prevén, como supuestos en que puede surgir la responsabilidad de los administradores, los que citados más arriba ("Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo", art. 133.1º LSA) y además los supuestos comprendidos en los arts. 262.5º LSA y 105.5º L.S.R.L.

En el primer caso de trata de exigir una responsabilidad que se derivaría de la conducta negligente de los administradores, o contraria a la Ley o a los estatutos, causante de un daño, mientras que la acción de responsabilidad prevista en los arts. 262.5º LSA y 105.5ª L.S.R.L. tiene su razón de ser en el incumplimiento por parte de los administradores de la sociedad de la obligación derivada de lo dispuesto en otras normas legales de disolver la sociedad en determinados supuestos, bien sea convocando Junta General a tal fin o bien solicitando la declaración judicial de disolución.
Esta acción individual establecida en el art. 105.5º de la L.S.R.L. y en el art. 262.5º de la LSA, ha sido objeto de estudio por la jurisprudencia para determinar si tiene un carácter indemnizatorio por el daño sufrido por el acreedor o si, por el contrario, se basa más bien en una responsabilidad legal de tipo sancionador, derivada del incumplimiento de la obligación que dicha norma impone a los administradores ante la concurrencia de alguna de las causas de disolución prevista en el art. 104. Y el Tribunal Supremo se ha venido decantando por esta segunda solución, de manera que estaríamos ante una sanción civil que la Ley establece para los administradores que no cumplan sus obligaciones, concretamente la de disolver la sociedad en determinadas situaciones. En tal sentido, la STS de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9749) establece que la responsabilidad que el art. 260 de la LSA, la misma que determina el art. 105 de la L.S.R.L., "contiene un régimen especial frente al previsto en los arts. 133 y 135 del mismo texto legal, régimen especial fundando en la finalidad perseguida por el legislador de evitar que por el incumplimiento por parte de los administradores de su obligación de promover el acuerdo de disolución de la sociedad, continúen actuando en el tráfico mercantil sociedades incursas en causas de disolución".
La responsabilidad de los administradores pues, se configura en estos casos como una pena civil consecuencia de su inactividad (STS de 15 de julio de 1997 [RJ 1997, 5609]). En este caso sí resulta que, debido a este carácter sancionador, se hace innecesaria la acreditación de los requisitos o presupuestos a que hace referencia el recurso examinado, bastando la conducta productora del daño.
Pero el supuesto enjuiciado en esta litis no es de la naturaleza expuesta; no se trata de que los demandados, por el mero hecho de ser administradores del concurso, deban responder de cualquier suceso perjudicial o dañoso, sino que su conducta debe aparecer teñida de un aspecto subjetivamente reprochable: el propio art. 36.1º LC alude a "actos u omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia". Como bien se expone en la sentencia apelada, "la culpa representa un criterio de imputación subjetiva de responsabilidad en todos los supuestos previstos legalmente" de responsabilidad de los administradores, estándose insita en aquellos actos contrarios al ordenamiento jurídico y siendo precisa su concurrencia en los definidos como "negligentes" o faltos de la debida diligencia": SAP Tenerife (sección 4) 04.04.2008 (JUR 2008/198009)

AP Córdoba

"PRIMERO Elartículo 36 de la Ley Concursal regula dostipos diferentes de acciones de exigencia de responsabilidad a los administradores concursales. Una, a la que se refieren los seis primeros números de dicho precepto, y que es denominada por la doctrina como responsabilidad "concursal" o "colectiva", que tiene por objeto reparar el daño sufrido por la masa como consecuencia de actos u omisiones ilícitos de la administración concursal; se trata de una acción que se relaciona con el interés colectivo de preservación de la integridad de la masa y puede ser ejercitada indistintamente tanto por el deudor como por cualquier acreedor. Otra, prevista en elapartado séptimo del indicado artículo, conocida por la doctrina como "individual", que permite al deudor, a los acreedores o a tercerosreclamar por los daños y perjuicios que les hayan causado los actos u omisiones de los administradores concursales directamente en su patrimonio. Respecto a la primera modalidad de responsabilidad, la propiamente concursal, se configura en la Ley Concursal como una responsabilidad subjetiva, por culpa y por daño, derivada del incumplimiento de obligaciones específicas -las previstas en la Ley- y genéricas -las que surgen del deber de diligencia exigible ("Los administradores concursales desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal",ex artículo 35.1 de la Ley Concursal)-. Son presupuestos materiales de dicha responsabilidad, según se desprende inequívocamente del propioartículo 36, la existencia de daños y perjuicios en la masa, la realización por parte de los administradores concursales de actos contrarios a la ley o negligentes y la relación de causalidad entre tales actos y el resultado lesivo
SEGUNDO Sobre esta base general, dado que en el recurso se hace mención a la legitimación activa de la compañía mercantil "Riocercado, S.L.", que ha sido negada por la sentencia recurrida, y que en la demanda de responsabilidad civil presentada por dicha entidad no se especifica si ejercita la acción concursal o la individual (aunque parece que es esta última, por la invocación delartículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, si bien en el recurso sólo se hace invocación delartículo 36.1 de la Ley Concursal), debe aclararse esta cuestión. Si lo que se ejercita es la que hemos llamado acción concursal de responsabilidad, es palmario que "Riocercado, S.L." carece de legitimación activa para deducir dicha pretensión, puesto que ni es la deudora concursada, ni tiene la cualidad legal de acreedora de la misma, al no figurar en el texto definitivo de la lista de acreedores del concurso de "Alcopalma, S.L." Por el contrario, en el caso de la acción individual delartículo 36.7 de la Ley Concursal, la legitimación es más amplia, porque además del deudor y los acreedores, elprecepto se refiere a terceros, entre los que podría incluirse "Riocercado, S.L.", en su calidad de socio de la compañía mercantil concursada. Ahora bien, tendría que acreditar que determinadas actuaciones u omisiones de los administradores concursales han lesionado directamente sus intereses; lo que como presupuesto previo conllevaría acreditar que también se han perjudicado los intereses de "Alcopalma, S.L.", pues el posible perjuicio de uno de sus socios derivaría del perjuicio patrimonial de la sociedad de la que es partícipe. Por ello, la cuestión de la legitimación de "Riocercado, S.L." es inescindible de

la pretensión de fondo de "Alcopalma, S.L.", de modo que ambas cuestiones habrán de ser resueltas conjuntamente.
TERCERO En relación con el fondo de la cuestión, la existencia probada de daños y perjuicios es, sin género de dudas, el presupuesto o requisito esencial para la exigencia de la responsabilidad concursal, pues precisamente se fundamenta esta responsabilidad en la necesidad de obtener la reparación del perjuicio patrimonial producido a la masa activa, a través de la correspondiente indemnización. En cuanto al segundo requisito, para que surja este género de responsabilidad frente al deudor y los acreedores, el daño a la masa ha de estar causalmente conectado con un comportamiento ilícito (antijurídico y culpable) de los administradores concursales; lo que hace antijurídicos los actos y omisiones es la contravención de lo dispuesto legalmente o la inadecuación al estándar de diligencia exigida en el desempeño del cargo. Respecto de los deberes legales, se incluyen los establecidos en cualquier norma imperativa, sea o no concursal, aunque en la práctica tengan mayor significación los deberes impuestos en la propia Ley Concursal; mientras que respecto a los actos negligentes, el estándar de diligencia ha de ser integrado por el transcritoartículo 35.1 de la propia Ley, que hace referencia a la conducta del ordenado administrador y representante leal. Se trata, por consiguiente, de valorar la actuación de la administración concursal bajo el prisma de este doble rasero: qué hubiera hecho un ordenado administrador y un representante leal en el caso concreto enjuiciado, cómo hubiera debido cumplir la obligación legalmente impuesta, qué comportamiento hubiera debido observar en ausencia de previsión legal expresa y qué era lo exigible conforme a dichos parámetros.”: SAP Córdoba (sección 3) 07.07.2008 (JUR 2009/95813)

AP Castellón

“1. La exigencia de responsabilidad al administrador concursal que aquí se activa a favor de la masa del concurso (que debe distinguirse de la que en su propio interés pueden ejercitar deudor, acreedores o terceros, contemplada en el art. 36.7 LC) tiene apoyo normativo en el art 36.1 de la Ley Concursal, que dispone que " Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia ".
La diligencia debida cuya infracción por parte del Administrador Concursal puede hacerle acreedor a la exigencia de la correspondiente responsabilidad debe ponerse en relación con el contenido de sus obligaciones como tal. En este sentido, el art 35.1 LC le impone la obligación de desempeñar su cargo "con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal". Esto nos conduce al contenido de las que son exigibles a los administradores sociales con arreglo a los arts. 127 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas y art. 69 de la de sociedades de responsabilidad limitada que remite a los primeros, en todo caso con arreglo a la normativa vigente al tiempo de producirse los hechos en que se basa la reclamación. Cabe, por lo tanto, incluir entre los deberes del Administrador concursal, además de la diligencia a que se refiere el art. 127 LSA, el de fidelidad al interés de la sociedad (art. 127 bis) y el de lealtad para no aprovechar el cargo en su propio beneficio (art. 127 ter).
La violación de estos deberes genera la responsabilidad del administrador concursal, siempre que de ello se derive perjuicio a la sociedad concursada.
2. Conviene también precisar que se trata de una responsabilidad por culpa o negligencia y de carácter enteramente subjetivo.
Por lo tanto y pese a lo que en el recurso de apelación se sostiene, a este ámbito de la actuación profesional de la que puede derivarse responsabilidad no son aplicables los criterios de inversión de la carga de la prueba, ni la teoría del riesgo que se vienen aplicando a otros sectores de la actividad sobre la base del art. 1902 CC regulador de la culpa extracontractual.
La infracción de los deberes de actuar con arreglo a parámetros de conducta propios de un leal administrador y con fidelidad ha de ser acreditada cumplidamente, sin que cualquier perjuicio o daño que la concursada sufra haya de ser achacado al administrador concursal. Esta responsabilidad de carácter subjetivo nada tiene que ver con la objetiva contemplada en los artículos 262.5 LSA y 104.5 LSRL para el caso de los administradores sociales que, concurriendo causa de disolución de la sociedad, no convocan la junta que la acuerde. “:SAP Castellón (Sección 3) 03.06.2011 (Sentencia 196/2011; Rollo 27/2011)

JM-2 Barcelona

“TERCERO.-Que el artículo 36 de la Ley Concursal dispone que los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o los realizados sin la debida diligencia. Dicho precepto, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, vigente al tiempo de interponerse la demanda, regula extensamente la llamada responsabilidad concursal o colectiva y la acción para hacerla efectiva, que se asemeja a la acción social contra de los administradores sociales de las sociedades de capital. La legitimación corresponde al deudor o cualquiera de los acreedores, que litigarán en interés de la masa, toda vez que con dicha acción se persigue restablecer el perjuicio patrimonial causado a la masa activa por la actuación contraria a la Ley o sin la diligencia debida de los administradores sociales. Junto a dicha acción, el último apartado del artículo 36 deja a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores, o a terceros por actos u omisiones de la administración concursal y a auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquellos. Dicha acción, que es de naturaleza extracontractual, se asemeja a la acción de responsabilidad individual de los administradores sociales.

CUARTO.-A partir del tenor literal del artículo 36 de la Ley Concursal, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 julio 2008 señala que son presupuestos de la responsabilidad concursal o colectiva la existencia de daños y perjuicios en la masa, la realización por parte de los administradores concursales de actos contrarios a la ley o negligentes y la relación de causalidad entre tales actos y el resultado lesivo. "La existencia probada de daños y perjuicios -añade dicha sentencia- es, sin género de dudas, el presupuesto o requisito esencial para la exigencia de la responsabilidad concursal, pues precisamente se fundamenta esta responsabilidad en la necesidad de obtener la reparación del perjuicio patrimonial producido a la masa activa, a través de la correspondiente indemnización. En cuanto al segundo requisito, para que surja este género de responsabilidad frente al deudor y los acreedores, el daño a la masa ha de estar causalmente conectado con un comportamiento ilícito (antijurídico y culpable) de los administradores concursales; lo que hace antijurídicos los actos y omisiones es la contravención de lo dispuesto legalmente o la inadecuación al estándar de diligencia exigida en el desempeño del cargo. Respecto de los deberes legales, se incluyen los establecidos en cualquier norma imperativa, sea o no concursal, aunque en la práctica tengan mayor significación los deberes impuestos en la propia Ley Concursal; mientras que respecto a los actos negligentes, el estándar de diligencia ha de ser integrado por el transcrito artículo 35.1 de la propia Ley, que hace referencia a la conducta del ordenado administrador y representante leal. Se trata, por consiguiente, de valorar la actuación de la administración concursal bajo el prisma de este doble rasero: qué hubiera hecho un ordenado administrador y un representante leal en el caso concreto enjuiciado, cómo hubiera debido cumplir la obligación legalmente impuesta, qué comportamiento hubiera debido observar en ausencia de previsión legal expresa y qué era lo exigible conforme a dichos parámetros". “:SJM-2 Barcelona 07.02.2012 (Autos 835/2010)

1.1 Inexistencia de responsabilidad por hechos anteriores a la toma de posesiòn

AP Tenerife

“CUARTO Sigue el escrito de recurso enumerando los diversos actos "dañosos" que se imputan a los administradores. A fin de evitar reiteraciones superfluas, se deja ya sentado que, como indica la sentencia recurrida y se ha puesto de manifiesto por esta Sala más arriba, en ningún caso puede exigirse o declararse la responsabilidad de los demandados por hechos anteriores a sus respectivas tomas de posesión: el concurso se declaró en fecha 16 de noviembre de 2004 y los demandados aceptaron sus cargos, la Sra. María Antonieta el 11 de abril de 2005, el Sr. Pedro Enrique el 14 de octubre de ese mismo año y el Sr. Bruno el día 19 de enero de 2006.
Por tanto, asuntos tales como las reclamaciones de cantidad ejercitadas por trabajadores de la concursada referentes a salarios de períodos anteriores a dichas tomas de posesión, quedan indiscutiblemente fuera del ámbito de lo que debe ser el objeto de este pleito: la responsabilidad en que eventualmente hayan incurrido los administradores demandados en el ejercicio de sus funciones.”: SAP Tenerife (sección 4) 04.04.2008 (JUR 2008/198009)

1.2 No pago de deudas de la masa por falta de liquidez

AP Tenerife

“Partiendo de ello, y examinando los casos concretos de los que resultaría la repetida responsabilidad, la misma se aprecia por la demandante, en relación con lo dispuesto en el art. 154 LC, por no haber detraído los administradores bienes suficientes de la masa para pagar los créditos existentes contra la misma, estimando el recurrente que ello debió llevarse a cabo independientemente de que se hubiera abierto el período de liquidación.
Contra las alegaciones de la apelante, de la prueba practicada resulta que los administradores demandados actuaron con la diligencia debida, una vez aceptados sus cargos; de la documental obrante en los autos, incluida la certificación del propio Juzgado de los mercantil sobre el saldo de la cuenta de la empresa concursada, se sigue que en los primeros momentos en que los demandados desempeñaron su actividad, había una situación de falta de liquidez que obviamente impedía todo pago; asimismo, desde que esta situación se superó, consta que los administradores llevaron a cabo las gestiones necesarias para abonar los créditos de la masa ya vencidos, solicitando del juzgado la autorización necesaria para transferir los fondos de la cuenta de consignaciones a la de la empresa concursada.”. SAP Tenerife (sección 4) 04.04.2008 (JUR 2008/198009)

1.3 Supuesta dejadez por la falta de ejercicio de acciones de reintegración

Tribunal Supremo

“10. Desestimación del motivo. La acción de responsabilidad ejercitada se basa en la previsión contenida en el art. 36.1 LC, según la cual, " los administradores concursales y sus auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarias a la ley o realizados sin la debida diligencia ". Este precepto legitima a los acreedores para ejercitar una acción de responsabilidad por un perjuicio ocasionado a la masa, que redunda indirectamente en perjuicio suyo, en cuanto la conducta haya

podido mermar sus posibilidades de cobro. No es por lo tanto una acción individual, sino colectiva, razón por la cual el destino de la indemnización hubiera ido a parar a la masa.
Se trata de una responsabilidad basada en la causación de un daño o perjuicio a la masa, por una conducta del administrador concursal, activa u omisiva, contraria a la ley o a la diligencia que le resulta exigible en el ejercicio de la función para la cual ha sido nombrado.
El daño o perjuicio, al margen de su acreditación, ha sido correctamente identificado en la demanda: i) lo que a su juicio se ha dejado de reintegrar a la masa, al no haberse ejercitado la acción de reintegración respecto de unos pagos realizados por la concursada (1.119.552,77 euros), entre el 31 de enero de 2002 y el 1 de octubre de 2003, que a su juicio serían indebidos o en su mayor parte excesivos, en relación con los trabajos retribuidos; ii) el IVA soportado entre los ejercicios 2002 y 2003, que asciende a 110.000 euros, y que dejó de ser reclamado.
Las dos conductas que se imputan al administrador concursal, como causantes de estos dos supuestos perjuicios, no serían propiamente contrarias a la ley, pues ni la falta de ejercicio de la acción de reintegración ni la falta de reclamación del IVA soportado constituyen una infracción de una norma de conducta impuesta por la ley, más allá de que pudieran, en su caso, no ajustarse a la diligencia debida.
El tribunal de instancia centra perfectamente la cuestión controvertida, en relación con la responsabilidad pretendida, al analizar si las dos conductas imputadas al administrador demandado contrarían el estándar de diligencia exigible al administrador concursal, en atención a las circunstancias concurrentes.
11. Es cierto que el hecho de que no exista un deber específico para el administrador concursal de ejercitar una acción de reintegración y que, de no hacerlo, el art. 72 LC legitime de forma subsidiario a cualquier acreedor para ejercitarla, no exime de responsabilidad al administrador concursal por no haberla ejercitado si se justifica que un administrador diligente hubiera debido ejercitarla, en atención a unas claras expectativas de éxito y a que compensaba económicamente su ejercicio.
Pero no es éste el presente caso, en que los actos objeto de impugnación quedaban fuera del periodo sospecho de los dos años anteriores a la declaración de concurso, y por ello no podían ser impugnados por medio de la acción rescisoria concursal (art. 71.1 LC). Los pagos se realizaron antes del día 1 de octubre de 2003 y el concurso de acreedores fue declarado, según refiere como acreditado el tribunal de instancia, el día 25 de septiembre de 2006.
En esas circunstancias, aunque genéricamente podrían ejercitarse otras acciones de reintegración al amparo del art. 71.7 LC, que el demandante y recurrente no acierta a indicar, no se aprecia que la omisión del administrador concursal haya constituido una negligencia merecedora de la responsabilidad pretendida.”: STS 11.11.2013 (Sentencia 669/2013; Recurso 1825/2011)

AP Tenerife

“También se achaca a los demandados dejadez o negligencia por la falta de ejercicio de determinadas acciones judiciales de reintegración previstas en los arts. 71 y ss. LC. Concretamente se alude al hecho de que los administradores "todavía no han procedido a la autorización de acciones de reintegración de la masa o acciones para aumentar la masa activa del concurso, pese a haberlas solicitado", limitándose la recurrente a exponer tales afirmaciones y sin rebatir las contenidas en al fundamento sexto de la sentencia (apartado tercero), donde la juez de instancia detalla la prueba practicada en orden a determinar los particulares referentes a esta cuestión, de la que resulta que no consta que se llegara a solicitar la autorización que habría sido denegada para el ejerció de esas acciones contra los terceros deudores de la concursada. De la prueba se sigue, por el contrario, que los administradores ya nombrados en octubre de 2005, la Sra. María Antonieta y el Sr. Pedro Enrique, pidieron al administrador único de la concursada la información pertinente sobre el estado de las gestiones para el cobro de las deudas, así como el informe de sus abogados sobre las acciones judiciales que convenía iniciar, resultando de la contestación datada en diciembre de ese año que la empresa estaba aún esperando tales informaciones. En todo caso es de resaltar, como se hace en la sentencia apelada, que de acuerdo con el art. 51 LC, "Los juicios declarativos de que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación en el momento de la declaración del concurso, se continuarán hasta la firmeza de la sentencia", sin que sea por tanto precisa autorización expresa y sin que, de otra parte, en el escrito de recurso se aluda siquiera a alguna actuación de los demandados que hubiera frustrado o impedido dicha continuación.”: SAP Tenerife (sección 4) 04.04.2008 (JUR 2008/198009)

AP Castellón

“PRIMERO.-Prozubi e Hijos Siglo XXI SL formuló demanda contra Don Fulgencio, administrador concursal de Habitat Oropesa SL, en la que pedía se declarase la responsabilidad del demandado por los perjuicios ocasionados a la masa del concurso y, en consonancia con ello, se le condenara a pagar a la sociedad la cantidad en que la demandante cifraba el perjuicio ocasionado a aquélla. Concretamente, 1.119.552,77 euros por no haber ejercido la acción de reintegración a la masa que hubiera reportado el ingreso en la concursada de dicha cantidad, más otros 110.000 euros en que la demandante cifra el monto de las devoluciones por el IVA correspondiente a los ejercicios 2002 y 2003

que no fue oportunamente deducido en su día, de lo que también hace responsable al administrador concursal.
La sentencia ha desestimado la demanda. Considera el juez de primer grado que no concurre en la conducta del administrador concursal demandado el elemento de culpa o negligencia que requiere la declaración de responsabilidad que se pide.
Contra la sentencia de instancia interpone recurso de apelación la mercantil demandante, con la pretensión de que en esta alzada sean atendidas las pretensiones que ha visto rechazadas en el primer grado de la jurisdicción.
SEGUNDO.-Con razón la representación procesal del demandado censura en su escrito de oposición al recurso de apelación que la parte apelante, en lugar de criticar los que considera errores de la sentencia que recurre, se ha limitado a reproducir los mismos hechos y razonamientos en que fundó su escrito inicial.
En efecto, el contenido del escrito de interposición de la apelación hace aconsejable recordar algo tan obvio como que el carácter ordinario del recurso de apelación que ahora resolvemos comporta que el Tribunal ad quem haya de examinar la totalidad de las actuaciones practicadas sin otro límite que el que a su impugnación ha querido dar la parte recurrente, en la medida que no hay restricción a la amplitud valorativa del tribunal de alzada. Pero no es la apelación ocasión de repetir lo actuado en la instancia, sino medio para que el tribunal de alzada ofrezca razonada respuesta a las alegaciones críticas de la resolución de instancia formuladas por el apelante -o impugnante de la sentencia- en su escrito de interposición del recurso -o de impugnación-. Sin embargo, el presentado por la parte apelante se encuentra prácticamente huérfano de las concretas razones técnico jurídicas y de los argumentos por los que se discrepa de la sentencia de instancia, pues ni se precisan los fundamentos de su desacuerdo con la resolución recaída, ni cuáles son los aspectos de la misma que encuentra contrarios a Derecho. Por ejemplo, si la sentencia desestimatoria de la demanda se basa en que la acción de reintegración pudo ser ejercitada por un acreedor de la concursada, de no hacerlo el administrador, o que valoró el demandado que era dudoso el éxito de la que podría haber interpuesto, nada se dice en el recurso acerca de los motivos por los que pudo ser equivocada dicha apreciación.
En cambio, al igual que en el escrito de demanda, se parte de la exposición como hechos que la parte considera probados de aquellos que podrían favorecer su postura, obviando la censura de la resolución cuya revocación pretende.
1. La exigencia de responsabilidad al administrador concursal que aquí se activa a favor de la masa del concurso (que debe distinguirse de la que en su propio interés pueden ejercitar deudor, acreedores o terceros, contemplada en el art. 36.7 LC) tiene apoyo normativo en el art 36.1 de la Ley Concursal, que dispone que " Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia ".
La diligencia debida cuya infracción por parte del Administrador Concursal puede hacerle acreedor a la exigencia de la correspondiente responsabilidad debe ponerse en relación con el contenido de sus obligaciones como tal. En este sentido, el art 35.1 LC le impone la obligación de desempeñar su cargo "con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal". Esto nos conduce al contenido de las que son exigibles a los administradores sociales con arreglo a los arts. 127 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas y art. 69 de la de sociedades de responsabilidad limitada que remite a los primeros, en todo caso con arreglo a la normativa vigente al tiempo de producirse los hechos en que se basa la reclamación. Cabe, por lo tanto, incluir entre los deberes del Administrador concursal, además de la diligencia a que se refiere el art. 127 LSA, el de fidelidad al interés de la sociedad (art. 127 bis) y el de lealtad para no aprovechar el cargo en su propio beneficio (art. 127 ter).
La violación de estos deberes genera la responsabilidad del administrador concursal, siempre que de ello se derive perjuicio a la sociedad concursada.
2. Conviene también precisar que se trata de una responsabilidad por culpa o negligencia y de carácter enteramente subjetivo.
Por lo tanto y pese a lo que en el recurso de apelación se sostiene, a este ámbito de la actuación profesional de la que puede derivarse responsabilidad no son aplicables los criterios de inversión de la carga de la prueba, ni la teoría del riesgo que se vienen aplicando a otros sectores de la actividad sobre la base del art. 1902 CC regulador de la culpa extracontractual.
La infracción de los deberes de actuar con arreglo a parámetros de conducta propios de un leal administrador y con fidelidad ha de ser acreditada cumplidamente, sin que cualquier perjuicio o daño que la concursada sufra haya de ser achacado al administrador concursal. Esta responsabilidad de carácter subjetivo nada tiene que ver con la objetiva contemplada en los artículos 262.5 LSA y 104.5 LSRL para el caso de los administradores sociales que, concurriendo causa de disolución de la sociedad, no convocan la junta que la acuerde.
Partiendo de la perspectiva expuesta, procedemos al examen de los reproches en que la recurrente fundamenta la exigencia de responsabilidad.
3. Sostiene Prozubi e Hijos Siglo XXI S.L que el demandado, administrador concursal de Habitat Oropesa SL, no llevó a cabo las actuaciones tendentes a que la concursada recuperase 1.119.552,77, lo que podía haber conseguido mediante el ejercicio de la correspondiente acción de reintegración a la masa. Dice que dicha cantidad fue satisfecha a Urbanizadora San Gregori SL por la ejecución de unas obras cuyo precio de ningún modo podía ser el satisfecho, por lo que la cantidad pagada sirvió en

realidad para el lucro del administrador de la concursada de quien la mercantil receptora de la cantidad era mero instrumento ("testaferra", dice la recurrente) al servicio de su personal interés. Si, como aduce, la cantidad satisfecha no se ajustaba a prestación efectivamente recibida, debió el administrador concursal instar su recuperación por la concursada.
El demandado dijo en la prueba de interrogatorio que tuvo dificultades para conseguir la documentación justificativa, así como que las facturas correspondientes a los pagos a Sant Gregori SL, si bien aparecían libradas entre diciembre de 2002 y octubre de 2003, se correspondían con trabajos llevados a cabo entre agosto de 2002 y junio de 2003 y que, con esta salvedad, pudo verificar que los pagos realizados se correspondían con las facturas, esto es, tenían soporte documental. Por lo demás, afirmó que no le fueron facilitadas las certificaciones de obra que pudieran servir para verificar si el precio pagado se correspondía con la obra efectivamente ejecutada, que es lo que niega la demandante cuando sostiene que la concursada satisfizo a la citada sociedad urbanizadora cantidades cuyo pago carecía de la correspondiente contraprestación.
No apreciamos, como no lo apreció el juez de primer grado, que el administrador concursal demandado haya actuado en este caso con negligencia que justifique la exigencia de responsabilidad.
a) En primer lugar, debe recordarse que, con arreglo al art. 72.1 LC, la falta de ejercicio por el administrador de la acción de reintegración del art 71 LC da lugar a la legitimación subsidiaria de los acreedores que pueden ejercitarla por si, una vez transcurridos dos meses desde el requerimiento hecho a aquél. No se hizo ejercicio de esta facultad en el presente caso o, dicho de otro modo, nada hizo la demandante para evitar el perjuicio que ahora reprocha al demandado.
b) Por otra parte, el art. 71 LC establece la posibilidad del ejercicio de las acciones de reintegración, pero no lo impone al administrador concursal.
Es dicho administrador quien debe ponderar cuidadosamente en cada caso las posibilidades de éxito de la acción de reintegración cuyo ejercicio puede plantearse, sin que ello suponga que deba afrontar el mismo, en la medida en que una valoración negativa acerca de la prosperabilidad de la reclamación a, o meramente dudosa, justifica su no ejercicio. Ha de tenerse en cuenta que un actuación poco exitosa en este sentido puede dar lugar a que la masa deba hacer frente al pago de las correspondientes costas y gastos procesales (art. 84.2.2 LC).
Dijo el demandado que, si bien ponderó la posibilidad de ejercitar la correspondiente acción de reintegro, consideró también las dificultades de que la misma triunfara, así como la posibilidad de que por ello se generase la obligación de pago de costas que, por la cuantía del pleito, podría ser de importante cuantía.
c) Por último, no ha de obviarse que, declarado el concurso por Auto de 25 de septiembre de 2006, en esta fecha había transcurrido en exceso el plazo de dos años a que se refiere el art. 71 LC, si tenemos en cuenta que los pagos que habrían de ser objeto de la acción de reintegro habían tenido lugar en los años 2002 y 2003. Con ello, dejaban de ser rescindibles los pagos que hubieran sido perjudiciales para la masa, aun hechos sin intención fraudulenta, lo que hacía singularmente difícil el reembolso que tan factible le parece a la recurrente y con ello singularmente incierto el éxito de la acción que pudiera ejercitarse al amparo de los arts. 1111 y 1291 y siguientes del Código Civil, lo que justifica que no se emprendiera por el administrador concursal o, cuando menos, no hace censurable que no lo hiciera.": SAP Castellón (Sección 3) 03.06.2011 (Sentencia 196/2011; Rollo 27/2011)

1.4 Inexistencia de falta de diligencia

Tribunal Supremo

12. Tampoco existía ningún deber legal que impusiera al administrador concursal dirigirse a la AEAT para deducirse el IVA soportado, aunque, con carácter general y en condiciones normales, resulte lógico exigirle este comportamiento como parte de la diligencia debida con que debe desempeñar su cargo.
En principio, el primer apartado del art. 99 LIVA prevé que, " en las declaraciones-liquidaciones correspondientes a cada uno de los períodos de liquidación ", el sujeto pasivo pueda " deducir globalmente el montante total de las cuotas deducibles soportadas en dicho período del importe total de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido devengadas durante el mismo período de liquidación". Esta facultad, a tenor del apartado 3 del art. 99 LIVA, en la redacción vigente al tiempo de llevarse a cabo las declaracionesliquidaciones controvertidas, esto es, antes de la modificación operada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, podía " ejercitarse en la declaración-liquidación relativa al periodo de liquidación en que su titular haya soportado las cuotas deducibles o en las de los sucesivos, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de cuatro años, contados a partir del nacimiento del mencionado derecho ".
Hay dos circunstancias tomadas en consideración por la Audiencia para justificar que el administrador concursal no llevara a cabo esta reclamación. La primera se refiere a la premura de tiempo, pues el plazo de caducidad para reclamar el IVA soportado caducaba a los pocos meses desde la declaración de concurso y nombramiento del administrador (25 de septiembre de 2006), en concreto el 31 de enero de 2007. La Audiencia toma en consideración esta premura de tiempo, junto con la falta de información contable con que se encontró el administrador al tomar posesión de su cargo, que mereció además la calificación culpable del concurso, para no considerar como parte de la diligencia exigible al administrador concursal la reclamación de un IVA soportado que desconocía con detalle y,

debido al incumplimiento por parte del administrador societario de la llevanza del libro correspondiente al IVA, tenía difícil llegar a conocer.
La sentencia recurrida, cuando combina ambas circunstancias, para justificar por qué no aprecia una conducta contraria al estándar de diligencia exigible al administrador concursal, no infringe ni el art. 36 LC, en relación con el art. 35 LC, específicos de la responsabilidad concursal de los administradores concursales, ni tampoco el art. 1902 CC, más genérico de la responsabilidad civil extracontractual.": STS 11.11.2013 (Sentencia 669/2013; Recurso 1825/2011)

AP Córdoba

"CUARTO Pues bien, examinando a la luz de estos parámetros la actuación de los administradores concursales demandados-apelados, ha de anticiparse ya que no se aprecia en modo alguno que los mismos hayan vulnerado ningún precepto legal ni que el desempeño de su cargo se haya apartado de los deberes establecidos en el citadoartículo 35.1 de la Ley Concursal. Respecto al envío a los acreedores de la comunicación que previene elartículo 21.4 de la Ley Concursal, es evidente que al establecer el precepto que la administración concursal remitirá dicha comunicación "sin demora" está permitiendo que se haga en cuanto los administradores tomen posesión y tengan datos suficientes para ello; debiendo recordarse que laLey permite que el cargo lo desempeñen dos de los tres administradores mientras el tercerono haya sido designado o no haya aceptado todavía (artículo 35.3) y que es perentorio dirigir la comunicación a los acreedores a la mayor brevedad posible, a fin de evitar que pueda transcurrir el plazo de comunicación de créditos (artículo 85 de la misma Ley) sin que los mismos hayan tenido conocimiento de la existencia del concurso. Así mismo, plantean las recurrentes cuestiones que ya han sido resueltas o desestimadas: la supuesta incompatibilidad de los administradores para el ejercicio del cargo ha sido desestimada por el Juzgado de lo Mercantil en el incidente promovido al efecto, por lo que es cuestión ya juzgada. La problemática relativa al arrendamiento de la industria también ha sido objeto de tratamiento en otro incidente, que se encuentra en trámite de recurso de casación, siendo desfavorables las dos sentencias de instancia (primera y segunda) a la tesis de "Alcopalma, S.L." y estimatorias de los postulados de la Administración Concursal. Respecto a la destrucción o deterioro de mercancía, no hay prueba alguna de que dicho daño sea imputable a culpa o negligencia de los administradores concursales, y antes al contrario, lo que consta es que fueron producto de un acto vandálico que fue oportunamente denunciado por dichos administradores ante la Guardia Civil. Del mismo modo, ni se ha probado la preexistencia de dinero en metálico en las oficinas, ni que a la fecha de la intervención se mantuviera una actividad comercial que justificara los gastos laborales que se dice. En todo caso, los supuestos daños de imagen ante trabajadores, clientes y proveedores no serían imputables a los administradores, sino a la propia situación de insolvencia de la sociedad, que no ha sido capaz de dar cumplimiento a sus obligaciones (artículo 2 de la Ley Concursal); y lo que la administración concursal ha hecho ha sido intentar mantener las instalaciones y tomar las medidas oportunas para evitar su deterioro.
QUINTO El recurso contiene una serie de alegaciones, en muchos casos reiterativas, tendentes a imputar a los administradores concursales una conducta negligente en el desempeño de sus funciones, que supuestamente habría causado daños patrimoniales a las demandantes, sin aportar prueba alguna, más allá de la propia argumentación de la parte. El que un escrito sea presentado en un Juzgado en una fecha y sea proveído en otra posterior no puede ser responsabilidad de quien lo presenta, puesto que el trámite judicial no depende de él. Y el que la administración conlleve gastos no sólo es una necesidad impuesta por la propia dinámica de los hechos, sino que está prevista en la Ley, que tiene en cuenta la existencia de gastos posteriores al concurso, calificándolos como créditos contra la masa (artículos 84 y 154 de la Ley Concursal). Del mismo modo que no puede imputarse a los administradores infracción alguna de lo previsto en losartículos 40 y 42 de la Ley Concursal, por cuanto la prueba practicada no permite afirmar que en el momento de la declaración de concurso existiera una actividad empresarial que haya sido perjudicada o extinguida por acción u omisión de los administradores. En resumidas cuentas, pese a las manifestaciones de las demandantes-apelantes, lo cierto es que no hay prueba alguna ni de que los administradores concursales se hayan separado del estándar de diligencia a que hemos hecho referencia anteriormente, ni de que su actuación haya causado un perjuicio patrimonial a las recurrentes. Por lo que debe perecer tanto la pretensión de responsabilidad deducida conforme alartículo 36.1 de la Ley Concursal, como la que parece que podría tener amparo en el número 7 del mismo precepto. Confirmándose, así, la sentencia de instancia.": SAP Córdoba (sección 3) 07.07.2008 (JUR 2009/95813)

1.5 Supuesta autorización para el cambio de la actividad comercial de la concursada a otra ajena a su objeto social

AP Alicante

"Ejercitada acción de responsabilidad contra un administrador concursal, por parte de la sociedad limitada concursada y su representante legal, que se dicen perjudicados por la "mala gestión patrimonial" de aquél, la sentencia recurrida, (...)razona la inexistencia de responsabilidad del demandado por cuanto: 1º. No existe acto alguno productor de daño; 2º. No existe siquiera el acto

imputado al administrador; 3º. No existe, de cualquier forma, negligencia alguna en su actuación; 4º. No existe daño. (...)
Con relación a la responsabilidad imputada al administrador concursal por actos realizados de modo contrario a la ley o sin la diligencia debida, y productores de daños y perjuicios a la masa (presupuestos para el nacimiento de dicha responsabilidad, según el tenor del art. 36.1 LC), no podemos sino compartir las conclusiones del magistrado de instancia, incidiendo en lo siguiente:
La actuación imputada al administrador concursal, productora del daño, consistió, según la muy confusa demanda, en que autorizó verbalmente a la sociedad concursada (diciéndole al Sr. Secundino, representante de la concursada, que "podía hacer lo que quisiera") a ejercer una actividad distinta de la que constituía su objeto social, y, por ello, aquélla comenzó a hacerlo, poniendo en marcha una actividad de venta de productos de alimentación. Por tanto, cuando el administrador, en contra de dicha autorización, comunicó al Juez del concurso que en el local de la sociedad, en lugar de ejercerse una actividad inmobiliaria (que era la propia de la empresa), se ejercía una actividad de alimentación, no autorizada ni consentida por la administración concursal, dentro del marco de una economía sumergida, dicho administrador actuó negligentemente, produciendo un daño, pues finalmente el Juzgado de lo Mercantil dictó auto acordando el cierre de los establecimientos de la concursada y el cese total de su actividad empresarial, con lo que se produjo una pérdida de ventas, cuyo importe se reclama en el presente procedimiento.
SEGUNDO.- Sobre la base de las alegaciones de la parte actora, expuestas en el anterior fundamento, este Tribunal, como se ha anticipado, se remite a los razonamientos de la resolución recurrida, incidiendo, de manera especial, en los siguientes aspectos.
1º. No existe prueba suficiente de la autorización verbal que se dice que el administrador dio para el ejercicio de una actividad distinta a la que constituía el objeto de la sociedad hasta la declaración de concurso. Desde luego, la prueba de dicha autorización (tanto en el aspecto de que efectivamente se produjo, cuanto en el de su contenido) se antojaría absolutamente imprescindible para que la acción pudiera prosperar. La autorización verbal para una cuestión de tanta trascendencia como pudiera ser el cambio o modificación de la actividad empresarial de la sociedad concursada sería tan anómala que, precisamente por extravagante, precisaría de una cumplida prueba. Téngase en cuenta que son muchos los preceptos de la LC que se refieren a la continuación de la actividad profesional o empresarial de la concursada, pero siempre en relación a la que venía ejerciendo antes de la declaración de concurso. Así, el art. 44.1 dispone que la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad empresarial que viniera ejerciendo el deudor; el art. 44.2 que, en caso de intervención, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad empresarial del deudor que quedan autorizados con carácter general; del art. 44.4 deriva que habrá de ser el juez, no el administrador concursal, el que acuerde el cese o suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial del deudor, lo que permitiría también la modificación de la misma. Desde luego, la autorización verbal referida en la demanda, de extrema vaguedad, ni ha sido probada ni, por ser absolutamente improcedente, puede considerarse su existencia por la mera alegación de la parte.
2º. Es insólita, por calificarla de manera sumamente suave, la versión de los hechos que da la parte actora en la demanda: el día 13 de noviembre se persona el administrador en el local, y es cuando se le informa que, en lugar de ejercer en él una actividad inmobiliaria se iba a ejercer una de alimentación, momento en el que la autorizó al decir la frase de que "podía hacer lo que quisiera". A pesar de ello, el día 14 el administrador presentó escrito ante el juez del concurso indicando que se realizaban actividades de alimentación no aceptadas. El representante de la sociedad, en comparecencia ante el Juzgado celebrada el día 28 de noviembre, dijo que en esa fecha ya desarrollaba actividades de venta de ropa y de comestibles. En definitiva, no es aceptable la tesis de que se pidió la autorización un día, ese mismo día se concedió, y, sin embargo, ya se venía ejerciendo la actividad.
3º. La comunicación del administrador al Juzgado lo fue en el cumplimiento de sus obligaciones como tal, y motivó un trámite procesal que constó de comparecencia del representante de la sociedad, de un escrito de alegaciones por la concursada y el dictado de un auto, de fecha 29 de abril del 2009, en que, en aplicación del art. 44.4 LC, y por las razones que en él se indicaban (particularmente, la falta de colaboración de la concursada y la realización de actividades no autorizada), se acordó el cierre de los establecimientos. Por tanto, de un lado, nunca el daño que se dice sufrido por el demandante podría proceder de la actuación del administrador, pues el cierre fue acordado mediante una resolución judicial. De otro, el auto referido no fue recurrido por la concursada, que se aquietó con la decisión y con las razones que la respaldaban.
En definitiva, ninguno de los argumentos vertidos en el escrito de interposición del recurso de apelación tiene entidad para que este Tribunal modifique el criterio y resolución adoptados por el juzgador de instancia, razón por la que, sin necesidad de mayores disquisiciones, se desestimará el recurso interpuesto.”: SAP Alicante (Sección 8) 15.09.2011 (Sentencia 351/2011; Rollo 407/2011)

1.6 No negligencia en la decisión de cese de la actividad y ERE

JM-2 Barcelona

“QUINTO.-Aplicado cuanto antecede a la primera de las demandas, en modo alguno ha quedado acreditado que la situación económica de la concursada, en el momento en que se adopta la decisión de promover la extinción de los contratos de trabajo, aconsejaba mantener la actividad con la finalidad de promover la venta de la unidad productiva, tal y como se sostiene por la parte actora. Por aplicación de las normas y principios sobre la carga de la prueba (artículo 217 de la LEC), a la demandante incumbía la carga de acreditar aquello que alega, cosa que no ha hecho. Debe tenerse presente que, declarado el concurso por auto de fecha 20 de septiembre de 2007 y seguido el procedimiento su curso, se convocó a los acreedores de UDES MONRICER S.A. a Junta el día 2 de diciembre de 2008. Sometida a votación la propuesta de convenio de la concursada, fue rechazada por el conjunto de acreedores. Una y otra parte coinciden en que fue decisiva la postura de TEF MONTAJES Y SERVICIOS S.L., principal acreedor de la concursada -detentaba el 31% del pasivo ordinario-. En el informe pericial acompañado con la demanda, realizado por el perito Sr. Bernardo (documento dos), se señala expresamente que "la causa que explica el déficit patrimonial que se ha consolidado tras la liquidación radica fundamentalmente en la postura adoptada por el acreedor TEF MONTAJES Y SERVICIOS S.L. en la Junta" (página 17 del informe). Dicha entidad, además, era el principal suministrador de la concursada. Su representante declaró en juicio que no estaba de acuerdo con la quita y que no existían garantías de que el convenio se cumpliera. Y, sin tales garantías, también se negaban a seguir suministrando material.
SEXTO.-Rechazada la propuesta de convenio, la apertura de oficio de la liquidación venía impuesta por el artículo 143.1º de la Ley Concursal. Y así se hizo por auto de fecha 8 de enero de 2009, confiriéndose traslado a la administración concursal para que presentara el plan de liquidación. Jurídicamente la extinción de los contratos de trabajo parecía la consecuencia lógica de la apertura de la liquidación y de la sustitución del órgano de gestión de la concursada por los administradores concursales. La demandante no ha acreditado, en modo alguno, que existiera algún interesado en la adquisición de la unidad productiva, con mantenimiento de los puestos de trabajo. Y frente a las conclusiones del perito de la demandante, en un informe elaborado para la pieza de calificación y que sólo de forma tangencial aborda alguna de las cuestiones aquí planteadas, mucho más contundente es el informe elaborado, a instancias de la parte demandada, por el perito Don Javier, informe cuyas conclusiones corroboró en el acto del juicio. En dicho informe (documento uno de la contestación), a partir de las contabilidad de la concursada, el perito constata que UDES MONRICER S.A. tuvo pérdidas de 397.688,77 euros en el ejercicio 2007 y de 198.085,41 euros en el ejercicio 2008. El patrimonio neto de la concursada, al cierre del ejercicio 2007, era de -1.882.201,64 euros, en tanto que en el ejercicio 2008 ascendió a -2.782.541,86 euros; y ello cuando el capital social ascendía a 395.466,06 euros. El Sr. Javier al ratificarse en el informe añadió que la facturación de la compañía disminuyó tras la declaración de concurso y que sólo con una inyección externa de capital podía continuar con su actividad (minutos 35 y 36 del segundo vídeo). Frente a la evidencia de esas cifras, extraídas de la contabilidad de la concursada, el perito de la actora, en su informe inicial, sólo aborda aspectos muy puntuales y parciales de la cuestión debatida, como pueden ser los márgenes de explotación o el beneficio de explotación de un único trimestre -el tercero del ejercicio 2008-.
SEPTIMO.-En este contexto de una empresa en concurso, que pierde a su principal proveedor, que no cuenta con financiación, que ve rechazada la propuesta de convenio y que se ve abocada a la liquidación, no puede tenerse por probado que existiera una alternativa viable al cese definitivo de la actividad. Y a falta de una alternativa cierta de continuidad del negocio, la rápida apertura de un expediente de extinción colectiva de los contratos de trabajo, en el que se conviene la indemnización mínima de 20 días por año trabajado, no dejaba de ser la opción menos gravosa para la masa activa. El informe complementario aportado por la demandante en el acto de la audiencia previa, elaborado por el perito Don Bernardo, no desvirtúa lo expuesto. El perito propone un método novedoso que permite comprobar la viabilidad del negocio, método denominado "estado de flujos de efectivo". A partir de las cuentas anuales del ejercicio 2008, que no cuestiona, considera que se hubiera podido prolongar la actividad de la concursada sin incurrir en riesgo previsible de entrar en una situación de flujos negativos en el 2009 que impidiesen afrontar el pago de nuevos créditos contra la masa derivados. Sin embargo, valorando el informe de acuerdo con las reglas de la sana crítica (artículo 348 de la LEC), no se comparten las conclusiones del perito o, mejor dicho, valorado el informe de parte conjuntamente con el resto de medios de prueba, no puede aceptarse como hecho probado la tesis del perito de que la venta de la empresa en funcionamiento era la opción más idónea. En efecto, el perito admite un déficit de partida de 45.226,15 euros del ejercicio 2008 (párrafo primero de la página 7 del informe). En su análisis de flujos excluye de forma arbitraria los honorarios de la administración concursal y los de defensa de la concursada, que tienen la consideración de créditos contra la masa. El perito no pondera suficientemente el descenso de facturación que se evidenció tras la declaración de concurso. Y tampoco tiene en cuenta la decisión del principal proveedor de cesar en el suministro y el descrédito añadido que para clientes y proveedores se deriva de la apertura de la liquidación y de la sustitución de los administradores sociales. En definitiva, la actuación de la administración concursal ni fue contraria a la Ley -la venta de la unidad productiva no deja de ser una opción contemplada en el artículo 149 de la LC muy poco frecuente en la práctica- ni se llevó a cabo con infracción del deber de diligencia que impone el artículo 35. Por todo ello la demanda debe desestimarse íntegramente. “:SJM-2 Barcelona 07.02.2012 (Autos 835/2010)

1.7 Improcedencia: por concertación/pago de deudas de la masa no impugnadas por el actor. Analogía con al responsabilidad de jueces y magistrados

JM-2 Barcelona

"OCTAVO.-En la segunda de las demandas la parte actora sustenta la responsabilidad de la administración concursal en el hecho de haber abonado a la letrada de la concursada Doña. Marcelina tres facturas que considera "excesivas e indebidas" (página 12 de la demanda, apertado 41); la primera, por importe de 32.215 euros, por la fase común e incidentes; la segunda, de 32.770 euros, por la fase de convenio; y la tercera, de 10.300 euros, por la fase de liquidación (documento seis de la demanda). Es un hecho no controvertido que la letrada Doña. Marcelina reembolsó a la masa activa 23.200 euros el día 13 de julio de 2.010 (documento ocho). Pues bien, la demanda tampoco puede prosperar por dos motivos distintos. En primer lugar por cuanto la demandante, que está comparecida en el concurso, ni impugnó el reconocimiento del crédito contra la masa a favor de la letrada del concursado (artículo 154 de la Ley Concursal), ni consta que haya impugnado el informe de rendición de cuentas (artículo 181 de la citada Ley). Entiendo que quien es parte en el concurso y consiente o no combate, utilizando los mecanismos de impugnación de la Ley, el reconocimiento y pago de los créditos contra la masa, no puede luego instar la responsabilidad de los administradores concursales por considerar que el pago fue indebido. Sin necesidad de exigir que se hayan agotado todos los recursos, como establece el artículo 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en sede de responsabilidad civil de jueces y magistrados, es preciso, cuando menos, que se haya reclamado oportunamente en el proceso concursal. Y ello por cuanto no es lícito trasladar a un proceso de responsabilidad el debate sobre la legalidad de una determinada actuación y, en último término, porque a la propia demandante habría que imputar el daño, dado que la situación que denuncia se habría revertido de haber impugnado el pago.
NOVENO.-En segundo lugar, por cuanto no toda interpretación errónea de la Ley debe ser sancionada con la responsabilidad civil del administrador concursal, al igual que no cualquier error judicial determina la responsabilidad civil de jueces y magistrados. Cuando, en último término, se analiza si una determinada decisión de la administración concursal se ajusta a Derecho -como ocurre en el presente caso, que se denuncian como indebidas determinadas minutas-, sólo si el error es palmario y la decisión contraria a toda lógica jurídica podrá exigirse la responsabilidad civil del administrador concursal. Pues bien, las minutas de la letrado Doña. Marcelina, en principio, se ajustan a los criterios del Ilustrísimo Colegio de Abogados de Barcelona. Debe partirse, a estos efectos, de la sentencia de 14 de abril de 2009, en el incidente de reintegración seguido contra el letrado Don Anton (documento 1 de la contestación). Dicho letrado formuló la solicitud de concurso, prescindiéndose de sus servicios tras la declaración. La acción de reintegración perseguía la restitución parcial de la provisión de fondos, que se estimaba excesiva. En dicha sentencia se fijaron en 85.696,82 euros los honorarios de la totalidad del procedimiento (fundamento cuarto), correspondiendo 17.310,76 euros a la solicitud. Por tanto, al resto de las fases correspondería, de aplicarse, sin más, las normas del Colegio, 68.386,06 euros, suma inferior a la cantidad percibida por la letrado
(52.085 euros). El pago del crédito contra la masa, por tanto, tiene amparo en Derecho, en el sentido de que no es manifiestamente erróneo. Ni el pago de los honorarios es manifiestamente contrario a la Ley, ni los demandados incurrieron en falta de diligencia, ni se ha causado daño alguno a la masa. Por todo ello la demanda debe desestimarse íntegramente.": SJM-2 Barcelona 07.02.2012 (Autos 835/2010)

2. Esta acción sólo corresponde a los acreedores y al deudor, no a terceros

AP Córdoba

"PRIMERO Elartículo 36 de la Ley Concursal regula dostipos diferentes de acciones de exigencia de responsabilidad a los administradores concursales. Una, a la que se refieren los seis primeros números de dicho precepto, y que es denominada por la doctrina como responsabilidad "concursal" o "colectiva", que tiene por objeto reparar el daño sufrido por la masa como consecuencia de actos u omisiones ilícitos de la administración concursal; se trata de una acción que se relaciona con el interés colectivo de preservación de la integridad de la masa y puede ser ejercitada indistintamente tanto por el deudor como por cualquier acreedor. Otra, prevista en elapartado séptimo del indicado artículo, conocida por la doctrina como "individual", que permite al deudor, a los acreedores o a tercerosreclamar por los daños y perjuicios que les hayan causado los actos u omisiones de los administradores concursales directamente en su patrimonio. Respecto a la primera modalidad de responsabilidad, la propiamente concursal, se configura en la Ley Concursal como una responsabilidad subjetiva, por culpa y por daño, derivada del incumplimiento de obligaciones específicas -las previstas en la Ley- y genéricas -las que surgen del deber de diligencia exigible ("Los administradores concursales desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal",ex artículo 35.1 de la Ley Concursal)-. Son presupuestos materiales de dicha responsabilidad, según se desprende inequívocamente del propioartículo 36, la existencia de daños y perjuicios en la masa, la realización por parte de los administradores concursales de actos contrarios a la ley o negligentes y la relación de causalidad entre tales actos y el resultado lesivo

SEGUNDO Sobre esta base general, dado que en el recurso se hace mención a la legitimación activa de la compañía mercantil "Riocercado, S.L.", que ha sido negada por la sentencia recurrida, y que en la demanda de responsabilidad civil presentada por dicha entidad no se especifica si ejercita la acción concursal o la individual (aunque parece que es esta última, por la invocación delartículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, si bien en el recurso sólo se hace invocación delartículo 36.1 de la Ley Concursal), debe aclararse esta cuestión. Si lo que se ejercita es la que hemos llamado acción concursal de responsabilidad, es palmario que "Riocercado, S.L." carece de legitimación activa para deducir dicha pretensión, puesto que ni es la deudora concursada, ni tiene la cualidad legal de acreedora de la misma, al no figurar en el texto definitivo de la lista de acreedores del concurso de "Alcopalma, S.L." Por el contrario, en el caso de la acción individual delartículo 36.7 de la Ley Concursal, la legitimación es más amplia, porque además del deudor y los acreedores, elprecepto se refiere a terceros, entre los que podría incluirse "Riocercado, S.L.", en su calidad de socio de la compañía mercantil concursada. Ahora bien, tendría que acreditar que determinadas actuaciones u omisiones de los administradores concursales han lesionado directamente sus intereses; lo que como presupuesto previo conllevaría acreditar que también se han perjudicado los intereses de "Alcopalma, S.L.", pues el posible perjuicio de uno de sus socios derivaría del perjuicio patrimonial de la sociedad de la que es partícipe. Por ello, la cuestión de la legitimación de "Riocercado, S.L." es inescindible de la pretensión de fondo de "Alcopalma, S.L.", de modo que ambas cuestiones habrán de ser resueltas conjuntamente.": SAP Córdoba (sección 3) 07.07.2008 (JUR 2009/95813)

AP Castellón

"Ejercitada acción de responsabilidad contra un administrador concursal, por parte de la sociedad limitada concursada y su representante legal, que se dicen perjudicados por la "mala gestión patrimonial" de aquél, la sentencia recurrida, tras considerar la falta de legitimación activa de dicho representante legal (en tanto la acción entablada lo ha sido por daños presuntamente causados a la masa del concurso, prevista en los seis primeros apartados del art. 36 LC) (...)
"El muy lacónico escrito de interposición del recurso de apelación (en la misma línea de brevedad del escrito de demanda) no discute la falta de legitimación activa del representante legal de la sociedad concursada; ausencia de legitimación, en cualquier caso, palmaria, en tanto el art. 36.7 LC, no invocado en la demanda, la concede a terceros solamente cuando se trata de actos u omisiones de los administradores concursales que lesionen directamente sus intereses: basta con la lectura de la demanda para comprobar que el daño que se dice ocasionado lo sería para la sociedad concursada, pero nunca, de modo directo, a los intereses de aquél. ": SAP Alicante (Sección 8) 15.09.2011 (Sentencia 351/2011; Rollo 407/2011)

3. Independencia de la rendición de cuentas

AP Salamanca

"En todo caso, en cuanto al fondo del asunto que enfrenta a las partes, considera la Sala que no se acreditan cumplidamente los presupuestos generadores de la responsabilidad reclamada, pues, en atención al patrón de exigencia contemplado en el art. 35.1 y concordantes de la LC (patrón abstracto, genérico y metajurídico, que se expresa en las locuciones de diligencia de un ordenadoadministrador y de un representanteleal, pero que yendo más allá del estándar del buen padre de familia del art. 1104 del CC, no alcanza un arquetipo de severidad plena; por lo que ha de completarse en atención a las circunstancias del caso examinado), no puede concluirse que el demandado-apelado en relación a todo el decurso de gestión con los intereses de Ecoasfalt, S. A. (que es un acreedor de la masa, y no tanto un tercero ajeno al concurso) incurriera en clase de falta de diligencia, ni en sus actuaciones precedentes, relativas a la prestación del informe prevenido en el art. 75 de la LC (por cuanto, por razones cronológicas obvias, era imposible que dicho administrador, en aquellos momentos, pudiera expresar una opinión motivada sobre la situación patrimonial de la deudora, comparando las valoraciones de la masa activa - inventario- con la pasiva -lista de acreedores-, incluyendo en la relación de créditos contra la masa, el de la parte apelante, para informar sobre si presentaban equilibrio, superávit o déficit); o a la presentación de los textos definitivos (por iguales motivos); ni en las subsiguientes y finales del informe de rendición de cuentas ya aludidas.
Dejando a un lado el hecho de que, tal y como se pone de manifiesto en el escrito de impugnación del recurso, sin duda, la parte apelante tuvo la oportunidad de oponerse, en el plazo legalmente previsto, a la rendición de cuentas verificada de su parte o impugnar el auto aprobatorio de las mismas (añadimos que. sería incomprensible y temerario el que aquella no hubiera seguido, o se hubiera preocupado de conocer mínimamente el estado o fase del proceso concursal, cuando contrató con la concursada), no es dable estimar la pretensión de la recurrente, porque no se constata y no se ha acreditado, por quien correspondía hacerlo, la demandante-apelante, la realidad de una conducta activa u omisiva, realizada con culpa o negligencia, imputable al Sr. Celso, que haya producido un daño efectivo a aquélla, en adecuada relación de causalidad; imputabilidad derivada de la contravención de una norma legal o de la realización de la conducta sin la diligencia con la que debería haberse desempeñado el cargo, que no es otra que la aludida del art 35 LC.
No hay comportamiento negligente, ni se produjo real y verdadero daño o perjuicio para la masa del concurso, ni para el acreedor de ésta, Ecoasfalt, S. A., si partimos de las siguientes premisas legales: a) es evidente e incuestionable que el crédito nacido del contrato litigioso de 8-10-2010, conforme al artículo 84, 2 5º LC, es un crédito contra la masa, a satisfacer conforme a la reglas de abono disciplinadas en los arts 154 y

157.1 de la misma -pago previo y preferente a los créditos concursales, según su fecha de vencimiento..., con deducción preferente de la masa activa de los bienes y derechos necesarios para satisfacerlos-. Es decir, la esencia de tales créditos es su extraconcursalidad material, particularidad consistente en que, al no concurrir con los concursales, son créditos que han de ser satisfechos a sus respectivos vencimientos, o como dice algún autor, respecto de los cuales es como si no hubiera concurso..., de manera que si el concurso no tiene dinero en efectivo, la Ley establece que no pueden iniciarse ejecuciones para hacer efectivos estos créditos hasta que se den las premisas que el texto legal establece; b) por otro lado, el citado art. 181, destinado a reglar con carácter general el régimen de rendición de cuentas de la Administración concursal, contempla dicha rendición desde una perspectiva periódica periódica, cuando se dice que "se incluirá una completa, rendición de cuentas (...) en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso"; y otra final, para el caso de conclusión del concurso. Específicamente, se refiere a dicho supuesto el apartado 3 del mismo cuando prevé que a falta de oposición "el juez, en el auto de conclusión del concurso, las declarará aprobadas", o para el caso de oposición, que el Juez resolverá con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso".
De lo que acabamos de ver se desprende que el precepto, que es el que contempla el trámite de la rendición de cuentas cuando se produce la finalización de las funciones de la Administración concursal, adecúa su previsión procedimental únicamente a aquellos supuestos en que el deber de rendir cuentas se solapa con la conclusión del concurso (artículo 176.1 núms. 3°, 4º y 5º LC); c) el régimen de aprobación o desaprobación no afecta ni prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales, pues en este punto, como se sabe, impera lo previsto en el repetido artículo 36 LC, que se refiere a:-actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia; -actos y omisiones lesivos realizados por los auxiliares;-actos y omisiones de los administradores que lesionen directamente los intereses de los acreedores, deudor o terceros.
De ello se sigue el que la función de la rendición de cuentas consiste, por la descripción legal, de un lado, en justificar cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración, y de otro lado, exponer el resultado y saldo final de las operaciones.
Quedan claros, pues, el objeto y consecuencias de la rendición de cuentas, ésta es un proceso integrado en el concurso y antecedente a la conclusión, definitiva o no, y cosa distinta es la exigencia de responsabilidades de los administradores concursales, la cual pertenece a un proceso al margen del «iter» regular del concurso concluido, aunque sea de la competencia del Juez del concurso, y es en este segundo en que puede repararse el perjuicio derivado del destino de cobros y pagos a cargo de aquellos administradores.
En definitiva, una cosa es la aprobación de las cuentas dentro del concurso, y otra, la responsabilidad de los administradores concursales, al margen de éste y derivada del mismo, y ninguna de ambas rehace la liquidación, salvo equivocaciones, reservas expresas, o las indicadas ejecuciones de condenas incidentales previas.
Es por ello que las cuentas pueden ser correctas, fiel el resultado de las operaciones de deducción
o liquidación, y formalmente un correcto ejercicio de facultades de administración concursal, con lo que deberán ser aprobadas, pero nada excluye existir responsabilidad en la gestión, por dolo o culpa. Y, en sentido contrario, las cuentas pueden revelar ejercicio indebido de las potestades de la administración concursal o no conformarse los datos propuestos y la realidad de cobros y pagos, sin que existan ilegalidades o negligencias profesionales causantes de un perjuicio evaluable.
SEXTO.- Consecuencia ineludible de tales premisas legales, es la de que la rendición de cuentas tiene que expresar las operaciones realizadas y no resumir los créditos concursales o contra la masa, respecto de los que no caben operaciones, de prededucción o pago graduado. Desde luego, no podría serle reprochado al apelado, en orden a una desaprobación, el que no se consignaran los créditos contra la masa, ya se ignoren, ya sean conocidos, si no han sido satisfechos, como era el caso, iban a poder serlo. Como evidente, el saldo de operaciones se refiere a las efectuadas, y no a las que por hipótesis no van a efectuarse, y en cuanto a créditos contra la masa, el criterio legal es siempre de su satisfacción, que consiste en lo único importante, ya que no se gradúan. Su insatisfacción, únicamente, se prevé como determinante del listado anexo al Informe, con el sentido de ofrecer una imagen de las posibilidades patrimoniales y financieras de cualquiera de las soluciones del procedimiento, convenio o liquidación, puesto que dependerá no sólo de la capacidad para llenar las expectativas de algún crédito concursal, sino que antes debe llenar las de los créditos contra la masa. Se trata de una relación prospectiva, sin otro valor.
Quiere decirse que el actor apelante no podía conducir sus pretensiones de responsabilidad frente al administrador demandado, en relación a la cuantificación y naturaleza de su crédito contra la masa por la vía de la oposición a la aprobación de las cuentas rendidas, porque la naturaleza del mismo contaba, de antemano, con la aquiescencia de dicha administración concursal, y sólo en caso de oposición o negativa a su admisión y existencia, tendría sentido incidentalmente, y sólo luego, en esa eventual oposición, precisar la fecha de vencimientos del crédito contra la masa insatisfecho por relación con las fechas de vencimiento de otros satisfechos. Ese seria el presupuesto de una posible desaprobación de la conducta del administrador afectado, que aquí no concurre.
Es más, en la hipótesis de que existan cosas y derechos para pagar todos los créditos contra la masa resulta indiferente que el orden cronológico no haya sido exactamente el de vencimiento, puesto que, inclusos con sus intereses moratorios, a la hora de aprobar la rendición de cuentas, ningún acreedor contra la masa habría sido agraviado, sin que deba descartarse el que en concursos con masa exigua, como el que nos ocupa, no alcanzaron los bienes en la masa para satisfacer a todos los acreedores contra la masa, y ello a pesar de los esfuerzos de la administración concursal por no generarlos o por intentar satisfacerlos en la medida de lo posible.

En este sentido, los intentos de satisfacer, sea parcialmente, ése crédito contra la masa que ostentaba y ostenta Ecoasfalt, S. A., por parte del administrador concursal demandado, son incontestables y se materializan en la entrega a aquélla, vía endoso, del pagaré o pagarés que la concursada en un momento determinado tenía en su mano, a falta de dinero líquido u otros bienes de pago y, siendo ello así, ningún reproche debe hacérsele, porque tal comportamiento responde bien a ese patrón del ordenado comerciante y representante leal del art. 35 de la LC.
Desde esta perspectiva, son de acoger los argumentos en que insiste en sus escritos la parte apelada, cuando recuerda que en todo momento fue reconocida por su parte la condición de crédito contra la masa de lo adeudado a la entidad hoy apelante, y que al carecer de liquidez y efectivo o dinero la masa, para satisfacerle lo debido, en cuanto llegaron posibilidades de pago, se le endosó a la actora el importe de los pagarés de la deudora Muzar, S. A., los cuales le fueron aceptados..., siendo cierto que ante el impago de los mismos, conservaba el acreedor acción frente a los obligados en la cadena cambiaria, incluida la concursada.
Es de hacer notar que, en fecha 8 de octubre de 2010, la parte apelante vinculó su suerte a la empresa concursada, y desde ese momento no podía ignorar, y si lo ignoró no se comprende su actitud ulterior, que a tales fechas ya venía aprobado un convenio entre concursada y acreedores concursales, pese a lo cual contrata con la primera, en la lícita esperanza del cobro de su crédito prededucible, hasta el punto de esperar meses y meses y adquirir un compromiso de pago, como el documentado en fecha 1-7-2011, y como al administrador concursal no se le puede exigir responsabilidad por no conseguir resultados, el éxito en el pago, es razonable entender que el impago, en su momento, de ese crédito contra la masa, no deriva, ni presenta, conexión directa o inmediata con una acción u omisión, por su parte, negligente o contraria a los deberes específicos y legales que le competían.
Dicho de otra manera y apurando más las cosas, en términos vulgares: por mucho que el administrador concursal hubiera puesto de manifiesto al finalizar el procedimiento concursal, la realidad y existencia de ese crédito contra la masa de Ecoasfalt, S. A., sin posibilidades económicas reales, entonces, para su satisfacción, o de ejercicio de su derecho a la prededucibilidad, al cobro separado y primigenio, la situación sería idéntica a la que podremos encontrarnos ahora, la de que aquella podrá cobrar su crédito en cuanto la concursada tenga bienes o recursos para hacerle pago.”: SAP Salamanca (Sección 1) 06.06.2013 (Sentencia 232/2013; Rollo 635/2012)

2. Será solidaria la responsabilidad derivada del ejercicio mancomunado o colegiado de competencias, quedando exonerado en este último caso el administrador concursal que pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél.

El apartado 36.2 fue suprimido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011), renumerándose los siguientes.
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 36.2 (inicial)

1. Inexistencia de solidaridad en lo que no hubo ejercicio mancomunado o colegiado de competencias

“De otra parte, siempre en relación con el alcance e interpretación del art. 36 LC, alega la apelante que las responsabilidad de los administradores del concurso es solidaria, por lo que le sería dado dirigirse contra cualquiera de ellos que hubiera ostentado el cargo el cualquier momento durante la tramitación del concurso, razones con las que pretende salir del paso de las consideraciones que se hacen en la sentencia en relación a la improcedencia de exigir responsabilidad a los tres demandados en relación con actos o hechos ocurridos antes de sus respetivos nombramientos. (…)
Para terminar con este tema, la solidaridad que impetra la parte apelante no puede extenderse como se pretende, a los actos de cualquier administrador, haciendo referencia el art. 36.2º LC a la solidaridad de la responsabilidad "derivada del ejercicio mancomunado o colegiado de competencias", con lo que se está refiriendo a la administración concursal como órgano colegiado (art. 35.2º) pero naturalmente en cuanto a las decisiones o acuerdos que se adopten en su seno por los miembros que en cada momento lo integren, no siendo admisible esa extensión de la responsabilidad que se pretende que afecte a quienes no formaban parte de dicha administración al adoptarse el acuerdo en cuestión. “:SAP Tenerife (sección 4) 04.04.2008 (JUR 2008/198009)

~~3.~~ 2. Los administradores concursales responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

~~4.~~ 3. La acción de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso.

Art. 36.3 (inicial art. 36.4)

1. Improcedente suspensión de la admisión a trámite de la demanda de responsabilidad

PRIMERO.-Encontrándose en tramitación el procedimiento de concurso necesario de la entidad Contsa, Corporación Empresarial, S.A., y promovida por ésta demanda de responsabilidad frente a los administradores concursales, respecto de los que considera que han actuado negligentemente en el ejercicio de las funciones de su cargo, con perjuicio para ella y los acreedores, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de esta ciudad, que conoce de dicho procedimiento y ante el que se formuló dicha demanda, acordó la suspensión de la admisión a trámite de la misma, hasta tanto se decida acerca de la aprobación del convenio, aduciendo la importancia de esta fase del procedimiento, que, según afirma, requiere la exclusiva intervención de todos los implicados en el concurso y, particularmente, de los administradores concursales.
SEGUNDO.-Pues bien, recurrida en apelación dicha decisión, no puede estar de acuerdo con ella, en absoluto, este tribunal, al no existir precepto alguno que la sustente, sino, todo lo contrario, preceptos que ponen de manifiesto su improcedencia.
TERCERO.-Se basa el juzgador "a quo" en el artículo 194,2 de la Ley Concursal, que, con relación a la demanda incidental, señala que," si el juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión y acordará que se de a la cuestión planteada la tramitación que corresponda ", invocando, sobre la base de éste precepto, el clásico brocardo jurídico de que quien puede lo más, como sería la inadmisión de la demanda presentada, implícitamente, puede también lo menos, como es, según afirma, la suspensión de la admisión a trámite de la misma.
CUARTO.-Pero, sin embargo, previendo el artículo 36 de la Ley Concursal la posibilidad de promover una demanda de responsabilidad contra los administradores concursales, que ordena se sustancie " por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juzgado que conozca o haya conocido del concurso ", no puede estimarse acertada la resolución recurrida, que prescinde de las normas esenciales del procedimiento, produciendo efectiva indefensión. Podrá el juzgador inadmitir a trámite la demanda, si considera que estamos en alguno de " los casos y por la causas expresamente previstas en la ley ", como señala el artículo 403, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuye a la inadmisión de la demanda un carácter absolutamente excepcional, pero lo que no puede es suspender la admisión a trámite de la misma, lo que, por otra parte, no tiene sentido, ya que es evidente que no se puede suspender algo que aún no se ha iniciado.
Tampoco encaja el supuesto de que se trata en ninguno de los legalmente previstos de suspensión de procedimientos ya iniciados, como los de los artículos 19,4 y 179,2, de suspensión del procedimiento a solicitud de las partes, del artículo 40 y siguientes, relativos a la suspensión por prejudicialidad, penal o de otro tipo, de los artículos 188 y 190,2, relativos a la suspensión de las vistas, y otros, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
No puede dejarse de insistir, por último, la indefensión que se origina, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24 de la Constitución, ya que, sin ver rechazadas, la concursada, sus pretensiones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores concursales, ve, sin embargo, como se ha puesto un obstáculo a las mismas que no encuentra justificación legal alguna.
QUINTO.-Consecuentemente y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y, revocando la resolución recurrida, ordenar al juzgado de instancia que admita a trámite la demanda de que se trata, prosiguiendo, después, el procedimiento hasta su normal conclusión, sin que proceda hacer imposición del pago de las costas causadas en esta alzada.": AAP Sevilla (Sección 5) 31.05.2012 (Auto 98/2012; Rollo 1373/2012)

~~5.~~ 4. La acción de responsabilidad prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo.

~~6.~~ 5. Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado.

~~7.~~ 6. Quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquéllos.

El apartado 36.2 fue suprimido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011), renumerándose los siguientes.
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 36.6 (inicial art 36.7) Responsabilidad por lesión de intereses particulares

1. Competencia objetiva

Tribunal Supremo

" II. FUNDAMENTOS DE DERECHO
ÚNICO.- La cuestión de competencia se suscita entre el juzgado de primera instancia número 3 de Burgos y el juzgado mercantil número 6 de Madrid. El juzgado de primera instancia número 3 de Burgos conoce del concurso de acreedores, en virtud de la DT 1.ª LC, por haberse incumplido el convenio de suspensión de pagos.
Para resolver el conflicto, resulta necesario identificar las acciones ejercitadas. La demanda interpuesta ante el juzgado de primera instancia de Burgos es, claramente, una acción de responsabilidad del artículo 36.6 LC. La demanda interpuesta ante el juzgado mercantil de Madrid añade un pronunciamiento de declaración de que la sociedad arrendataria es responsable por los daños sufridos en la finca, pero únicamente como presupuesto de ejercicio de la acción de responsabilidad. En consecuencia, la acción ejercitada es igualmente la del artículo 36.6 LC.
Es cierto que el artículo 36.6 LC no indica el órgano ante el que ha de interponerse dicha acción. Pero esta sala considera que, indudablemente, quien está en mejores condiciones para examinar la actuación de la administración concursal es el juez del concurso. Esto se refleja en todas las actuaciones relativas a la separación del cargo- artículo 37 LC-, censura de la rendición de cuentas - 181 LC - y en el ejercicio de acciones de responsabilidad cuando la beneficiaria de las mismas es la masa concursal-36.3 LC-.": ATS 14.09.2016 (Conflicto 365/2016)

2. Naturaleza. Responsabilidad por culpa

AP Granada

"PRIMERO: Ejercita el demandante acción de responsabilidad, denominada doctrinalmente individual, frente a los administradores concursales, prevista en el apartado sexto del artículo 36 de la Ley Concursal (LC), por determinadas acciones u omisiones que atribuye a la administración concursal, que lesionan directamente sus intereses como acreedor.
Para el éxito de esta acción, es necesario que pueda imputarse a los administradores concursales demandados, la realización de una conducta culpable que hubiera generado los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende. Se trata de una responsabilidad basada en la causación de un daño o perjuicio directamente al acreedor, por una conducta del administrador concursal, activa u omisiva, incumpliendo la diligencia que le resulta exigible en el ejercicio de la función para la cual ha sido nombrado, englobando la actuación contraria a la ley, ya que en tal caso no es posible considerar cumplida su función de modo diligente.
Aunque la Ley parece que ha querido establecer un régimen distinto de responsabilidad, para los daños a la masa, respecto de aquellos otros que lesionen directamente los intereses del deudor, de acreedores o de terceros, derivados de actos u omisiones de los administradores concursales, al menos en el plano sustantivo, y en lo concerniente a los criterios de imputación, no parece que existan requisitos y principios, para la última acción que aquí nos ocupa, que difieran respecto de los establecidos para la acción contemplada en el apartado 1 del artículo 36 de la LC.
Por tanto, podemos acudir aquí también al criterio de imputabilidad que estableció la STS de 11 de noviembre de 2013, cuando examino la acción de responsabilidad prevista en el art. 36.1 LC. En consecuencia, podemos establecer que estamos ante una responsabilidad basada en la causación de un daño o perjuicio directo al acreedor, por una conducta del administrador concursal, activa u omisiva, contraria a la diligencia que le resulta exigible en el ejercicio de la función para la cual ha sido nombrado.": SAP Granada (Sección 3) 23.01.2015 (Sentencia 9/2015; Rollo 615/2014)

3. Reclamación por daño moral al no reclamar créditos fallidos. No se acredita negligencia

AP Jaén

"PRIMERO Se formula recurso de apelación contra la sentencia que desestima la pretensión de la demanda consistente en la obtención de una indemnización por daño moral ascendente a la cifra de 134.610 euros, (una vez estimada en la Audiencia Previa la excepción de falta de legitimación activa en relación a la pretensión de indemnización de 175.182,54 euros correspondientes a los hipotéticos créditos de la sociedad concursada declarados como fallidos), en que se cuantifica el perjuicio sufrido por la negligencia atribuida a los administradores del concurso al dejar de reclamar aquellos créditos declarados fallidos.
La resolución recurrida desestima dicha pretensión, limitada en la Audiencia Previa al daño moral que se sostiene en la demanda, tras examinar los requisitos que deben concurrir para que pueda prosperar la acción ejercitada que se regula en elartículo 36.7 de la Ley Concursal, que son los sobradamente conocidos: acción u omisión contrarios a la ley o faltos de diligencia, daño, y relación de causalidad, concluyendo que no han resultado acreditados ninguno de ellos.
Y en el recurso de apelación, se disiente de dichas consideraciones, manteniéndose en primer lugar que la valoración y la prueba practicada en las actuaciones ha sido incorrecta, y con referencia a la documental consistente en el requerimiento efectuado a los demandados para la aportación a las actuaciones de una serie de documentos obrantes en su poder, manteniendo que se presentó de forma incompleta, impidiendo así que

se pudiera interrogar sobre los aspectos más relevantes de la litis, lo que, se alega, se puso en conocimiento del Juzgado del día del juicio, siendo desatendida su petición.
Sorprende esta alegación por cuanto en los autos no consta en absoluto, ni documentalmente ni aún en la grabación del juicio visionada, referencia alguna a este hecho, que por tal motivo no puede siquiera ser tratado al constituir cuestión nueva.
En segundo lugar, se alega que la prueba practicada sí ha acreditado la falta de la diligencia debida de los administradores, lo que basan en una serie de apreciaciones que pasamos a examinar.
Se dice que se deduce del concurso 14/2005, que la actividad de los administradores demandados varía sustancialmente desde que fueron nombrados administradores de la también concursada FEDEOLIVA, pues se declaran fallidas deudas que antes de dicho momento se estimaban cobrables, y respecto de las que existía documentación suficiente para efectuar la reclamación correspondiente.
Se alega que, contrariamente a lo afirmado en los interrogatorios de los demandados, existía documentación en el PC de la Mercantil y en sus carpetas que ponía de manifiesto las reclamaciones realizadas a las entidades deudoras antes de la declaración de concurso, reproduciendo en el recurso dichos documentos; y finalmente alegando que el que no se realizaran reclamaciones a los deudores por el administrador de la sociedad antes de la declaración del concurso no exime a los administradores de éste de realizarlas.
Ninguna de dichas alegaciones, que no son sino meras afirmaciones sin sustento que las justifique, puede servir para modificar la conclusión a la que llega la sentencia de que no resulta probada la actuación negligente o falta de la debida diligencia de los demandados. Es obvio que no basta con alegar que existe una deuda y la documentación suficiente para fundar una reclamación judicial, para de ahí deducir que al no formularse dicha reclamación, el administrador incurre en responsabilidad por falta de la diligencia debida. Debía la parte haber acreditado, y no lo ha hecho, que dicha reclamación tenía visos de prosperar, lo que niegan los demandados y se convierte, por tanto, en hecho controvertido, necesitado de prueba concluyente, cuya carga recae en el que sostiene la falta de diligencia y la prosperabilidad de las reclamaciones no efectuadas. Restando sólo por constatar, en cuanto al motivo examinado que la documentación que de forma contraria a la regulación legal sobre la prueba en segunda instancia, se pretende introducir en el pleito mediante el mecanismo de su reproducción en el texto del recurso, no puede ser objeto de valoración alguna pues se infringen normas procesales con tal aportación, lo que obliga a tenerla por no reproducida; siendo además irrelevante para la acreditación del hecho controvertido.
SEGUNDO En la última alegación del recurso referida al daño moral, se afirma que se estima acreditado que el deterioro de la salud del demandante es consecuencia directa de la actuación de los demandados, a través de la prueba documental aportada en la que consta el aumento de la dosis del ansiolítico que debe tomar, debido a la situación a la que se ha visto avocado, su empresa en concurso, su residencia embargada debido a la incompetencia de los administradores en su intención de no perseguir créditos que se debían, que ha repercutido en que la masa se viera disminuida y el inmueble del actor que se encontraba como aval, embargado.
Ciertamente, no puede dudarse de que el estado de salud del actor haya empeorado, lo que efectivamente constituiría un daño moral, pero desde luego, y como afirma la sentencia de instancia, no existe prueba alguna que permita conectar ese empeoramiento con la actuación de los demandados, ni aún en el hipotético caso, no demostrado, como acabamos de resolver, de que efectivamente hubieran incurrido en falta de diligencia. La propia alegación lo relaciona con la declaración del concurso, y el aval y un embargo de su vivienda al parecer a instancia de otra empresa distinta de las que se sostiene eran deudoras de la concursada.
Todo lo que nos conduce sin solución de continuidad a la desestimación del recurso de apelación.": SAP Jaén 29.10.2010 (JUR 2011/65141; Sentencia 239/2010; Rollo 316/2010)

Artículo 37. Separación.

1. Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.

1. Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.
En todo caso será causa de separación del administrador, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas, resuelva lo contrario, el incumplimiento grave de las funciones de administrador y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores presentada por la administración concursal en su informe.

[Nuevo segundo párrafo resultante de la redacción del precepto por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014). Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

Art. 37.1

0. Legitimación activa

0.1 De la sociedad concursada

AP Girona

“CUARTO.-Falta de legitimación activa, infracción del art 37 de la LC.
La parte apelante mantiene que el Sr Artemio, fue nombrado administrador de la entidad concursada una vez declarado el concurso en consecuencia no puede solicitar separación alguna puesto que no esta legitimado para solicitar el concurso de una empresa ya en concurso y que el mismo tiene suspendidas sus facultades como administrador en las concursadas por auto dictado por el juzgado de lo mercantil de fecha 29 de septiembre de 2010, no ostentando el mismo la representación orgánica de las concursadas en el proceso.
El primer motivo invocado carece de toda viabilidad pues es sabido que la representación devine no de quien a título personal, en cada momento ostente la misma, sino de ostentar dicha representación, como así la ostenta en este momento el Sr Artemio al momento de formular la solicitud.
En cuanto a la falta de legitimación por tener el mismo suspendidas sus facultades. Señalar al respecto, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012. Se afirma que la declaración de concurso no afecta al regular funcionamiento de los órganos sociales y, singularmente, de la Junta General en cuanto órgano social de formación de la voluntad de la sociedad que no desarrolla funciones de administración ni actos de disposición, por lo que en modo alguno estuvo justificada la imposición por la Administración Concursal de la Presidencia de la Junta., y en concreto a las que corresponden a la Junta, señalando lo siguiente: "28. La interpretación conjunta de ambos preceptos [arts. 40.6 y 48.1 LC] permite afirmar que la declaración de concurso no afecta al regular funcionamiento de los órganos sociales y, singularmente, de la Junta General en cuanto órgano social de formación de la voluntad de la sociedad que no desarrolla funciones de administración ni actos de disposición, por lo que en modo alguno estuvo justificada la imposición por la Administración Concursal de la Presidencia de la Junta.
29. Más aún, la suspensión de facultades del concursado -sea persona física o jurídica y, en este último caso, órgano colegiado o no- quedan referidas a la administración y disposición sobre bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y por ello fija las atribuciones de la Administración Concursal en relación con los mismos, pero en el proceso de formación de la voluntad de los órganos colegiados tan solo les atribuye derechos de asistencia y voz".
Y añade la sentencia que esta interpretación se ha visto confirmada por la redacción dada al artículo 48 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, al mantener durante la tramitación del concurso los órganos de la persona jurídica deudora y el derecho de la administración concursal de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada, sin perjuicio de que los acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal."
La aplicación al caso concreto conlleva a la desestimación de la falta de legitimación invocada.”: SAP Girona (Sección 1) 16.12.2013 (Sentencia 462/2013; Rollo 378/2013)

1. Concepto de “justa causa”

AP Alicante

“QUINTO.-Despejado el debate sobre cuestiones procesales, resulta procedente el examen de las cuestiones sustantivas desglosadas en los diferentes motivos de apelación a que se refieren las partes en sus escritos, comenzando desde luego, como proponen los apelantes, con lo relativo a la concurrencia de causa justa de separación que ha sido estimada en la Sentencia de instancia en relación a dos hechos fundamentales, a saber, al comportamiento de los administradores concursales, Sres Jon y Diego, ante una posible conducta irregular por parte de los letrados de la citada concursada, Sres. Leoncio y Jose Ángel, en relación a un cheque bancario nominativo a favor de la concursada, Luxender S.L., y, en segundo lugar, a la pauta o normas aplicadas por los citados administradores concursales en relación a introducción y graduación de determinados créditos contra la masa.
Para abordar la cuestión, conviene efectuar el análisis ponderado de las cuestiones de hecho tomando como punto de partida la figura de la Administración Concursal, su configuración institucional, su posición ante los intervinientes en el proceso concursal y su vinculación al fin del concurso.
La Administración Concursal se configura en nuestra Ley Concursal como órgano gestor de intereses ajenos que se concretan en el interés del concurso, y que tiene como pilares la confianza que debe generar éste órgano concursal, tanto por razón de su debida imparcialidad - art 28 LC - como por la exigible objetividad en sus decisiones que han de ser siempre diligentes (con la diligencia de un ordenado administrador - art 35-1 LC -), aspectos que se deben entender personalizados en el administrador concursal integrante del órgano.
Se trata en suma de reconocer en los miembros integrantes de la Administración Concursal, la imperativa condición de desempeño del cargo o labor conforme con el modelo de conducta que define la institución, modelo para cuyo cumplimiento organiza la Ley Concursal a la Administración Concursal alrededor de un conjunto de actos de diversa naturaleza pero de unitario y sólido fundamento en la consecución del interés del concurso.
Desde esta perspectiva, lo que exige la Ley Concursal a los administradores concursales es el cumplimiento de sus tareas conforme a un determinado parámetro de conducta, explicitado en el artículo 35-1 de la Ley Concursal (diligencia y lealtad) y desde luego, con los deberes específicos, dispersos a lo largo del articulado de la Ley Concursal y otras normas (hoy en parte concretado en el nuevo artículo 33 LC) conforme a la propia norma.

En suma, actos de gestión y representación del concurso junto con tareas de organización y, en su caso, de desempeño de la actividad profesional o empresarial del deudor, bajo la guía del respeto a los derechos individuales de los acreedores, del deudor y de los terceros.
Pero por los hechos que nos ocupan, conviene extenderse aquí sobre el alcance y significado de uno de los deberes que se constituyen en pauta o modelo de comportamiento, el deber de lealtad del administrador concursal para con el interés del concurso.
El deber de lealtad se integra en la naturaleza propia del Administrador concursal, actuando como cláusula general de resolución de todos los potenciales conflictos de intereses entre los privados del administrador, el deudor y los acreedores, en suma, frente al interés del concurso, entendido éste -SAP Secc 15ª, de 18 de abril de 2012- como la posibilidad de satisfacción de los derechos de los acreedores o -SAP, Secc 5ª, de 4 de marzo de 2013- como la maximización del patrimonio concursal como medio para alcanzar el fin primordial de la satisfacción (cobro) de los acreedores. En esencia, lealtad al interés del concurso como el interés del crédito desencadenante de la situación concursal.
La lealtad al interés del concurso se configura así como una razón que se impone como concepto-valor normativo estructurante de cada uno de los deberes en particular y del sistema jurídico que los vertebra.
El cumplimiento de los deberes de diligencia, imparcialidad y objetividad, sólo se acredita si el administrador desempeña su cargo con lealtad al interés del concurso.
Consecuentemente, si el artículo 35-1 de la Ley Concursal contiene la descripción del comportamiento profesional de un administrador concursal con ocasión de un conflicto de intereses actual o potencial, entre los privados del administrador y los generales del concurso al que sirve, el artículo 37 hace la función de cláusula resolutiva de la relación del administrador concursal con el concurso cuando su comportamiento no es profesional por desleal.
Precisamente, esta perspectiva de la cuestión es la que justifica que el legislador haya sido renuente hasta fechas muy recientes -reforma Ley 17/14-, a concretar la causalidad de la separación, prefiriendo un concepto general, el de "justa causa".
Este concepto, con ser general no es, como habitualmente se describe en la jurisprudencia, un concepto indeterminado. Y no lo es porque su contenido sí está definido en la ley a través de aquellos preceptos que contemplan los deberes/funciones del administrador concursal que conforman el modelo de conducta definitorio de la institución concursal.
Y de entre los deberes que proyectan el modelo de conducta cuya infracción cae bajo la noción "justa causa", está sin duda, el de lealtad como parámetro de conducta frente a aquellos conflictos posibles que contengan el deber de anteponer el interés del concurso al propio del administrador o de terceros.
Se puede por ello predicar, a partir del concepto "justa causa", la interdicción del uso y abuso de la posición predominante que el cargo de administrador concursal confiere a la persona que lo desempeña, tanto en un sentido positivo como negativo.
En un sentido positivo, porque el administrador concursal queda sometido al interés del concurso, a velar por él, y a dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad del concurso. En un sentido negativo, porque el administrador queda obligado a abstenerse de actuar en perjuicio de los intereses del concurso, en cuya vertiente se comprenden, entre otros, la prohibición de desvío en su beneficio, de operaciones en perjuicio del concurso y, por supuesto, el deber de información de cualquier situación de conflicto de intereses, regulares o irregulares.
Desde otra perspectiva, cabe entender que el artículo 37 de la Ley Concursal se constituye en la cláusula general "anti-corrupción" de nuestra legislación concursal.
En definitiva, y como gráficamente se ha señalado en alguna ocasión, el deber de lealtad se quebranta
o incumpliendo el deber de transparencia, o con el desprecio de los procedimientos que permitan eliminar los abusos en los conflictos de intereses o, finalmente, con la inobservancia de equidad en la actuación del administrador. En tales casos, hay "justa causa" de separación.”: SAP Alicante (Sección 8) 03.11.2014 (Sentencia 220/2014; Rollo 168/2014)

AP Baleares

TERCERO.-En cualquier caso, y aún cuando sólo sea incidir en lo ya argumentado en la resolución recurrida, decir que con arreglo al artículo 37 de la Ley Concursal cuando concurra justa causa, el juez de oficio o a instancia de parte, podrá separar de su cargo a los administradores concursales. La doctrina al comentar dicho precepto viene a señalar que el concepto jurídico indeterminado de "justa causa" hace referencia al abandono de la profesión que le cualificaba para la designación, la realización de actividades prohibidas o que cuestionen su probidad, los abusos en el ejercicio de su cargo, o la desidia o dejación de sus funciones, remarcando que, dada la estabilidad necesaria que precisa el cargo de administrador concursal, no cabe la separación ad nutum, sino que requiere una causa de entidad, razonable y fundada, sin que quepa, sin mas equipararse a las discrepancias en su actuación, ni pueda instrumentalizarse como vehículo para formular quejas e intentar combatir las aseveraciones contenidas en el informe del artículo 75 de la Ley Concursal, pues el incidente de separación ex artículo 37 de la Ley Concursal, no es el cauce adecuado para cuestionar las valoraciones del activo y pasivo que contiene ni atacar las afirmaciones referidas en el mismo que puedan después resultar relevantes, en su caso, en el devenir del concurso. Por otro lado, la decisión de la separación, debe imperativamente fijarse en atención a hechos concretos, determinados y justificados cumplidamente, de los que se desprenda sin ningún genero de duda, la mala gestión o defectuoso desempeño del cargo de administrador concursal, en atención a los deberes establecidos en el artículo 35 de la Ley Concursal y en el

caso, no se constata y por tanto no se considera acreditado, por quien correspondía hacerlo, la demandante apelante, la realidad de la conducta activa y omisiva que imputa a los administradores concursales y que tenga su basamento en una contravención de una norma legal o de la realización u omisión, sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, que no es otra que la aludida en el artículo 35.1 de la Ley Concursal, antes al contrario, lo que se deduce de precisamente de lo actuado, es que la administración concursal ha venido actuando diligentemente pese a la falta de información contable con la que se encontraron, que algunas de las actuaciones que se denuncian como infracción de dichos deberes, han sido amparadas por resoluciones judiciales recaídas en el seno del proceso concursal, y frente a ello, el incumplimiento por parte del administrador societario de su deber de colaboración con la administración concursal, pese a los numerosos requerimientos que le fueron dirigidos al efecto y una disparidad de criterios en orden al momento adecuado para el ejercicio de determinadas acciones, que en modo alguna pueden constituir causa justa para separar al administrador concursal, pues de ser así fácil sería para la concursada provocar la separación de la persona que no sigue sus dictados.": SAP Baleares (Sección 5) 21.01.2015 (Sentencia 10/2015; Rollo 481/2014)

AP Burgos

"QUINTO.- El art. 37-1 LC establece que "Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración del concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales...", además de otros supuestos concretos -arts. 151-2, 152 y 153 LC -.
La Exposición de Motivos de la Ley Concursal alude a la separación por justa causa –concepto jurídico indeterminado- y a las facultades discrecionales del juez para la separación de los administradores concursales.
Pues bien, dentro de este concepto jurídico indeterminado de "justa causa", se integra la imparcialidad para el ejercicio de la función de administración concursal -de igual forma que se exige a un juez-. Debe subrayarse que los administradores concursales son delegados de la autoridad judicial, con facultades asesoras del Juez, órgano principal del concurso de acreedores, y fiscalizadores del concursado o administradores de la masa concursal.
Su naturaleza jurídica y funciones requieren la imparcialidad, fundada en la confianza que debe inspirar, como garantía, para el Juzgado y las partes, de modo que no se origine duda alguna razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el ejercicio de su función, bien por relaciones con las partes o con el objeto del concurso, siempre que se exterioricen y apoyen en datos objetivos acreditados. Incluso las apariencias pueden tener importancia y ser relevantes cuando afecta a la confianza, base de la imparcialidad, de su alejamiento de los intereses en litigio y de las partes, para lo que basta ponderar las conexiones de hecho que puedan afectar a la confianza o apariencia de objetividad o imparcialidad para el ejercicio de la función (judicial o administración concursal). Conexiones que, en definitiva, puedan enturbiar la imparcialidad y la confianza en la que se sustenta.
No es necesario que exista una relación o actuación indebida.": SAP Burgos (Sección3) 14.11.2011 (Sentencia 353/2011; Rollo 252/2011)

AP Girona

"QUINTO.-En cuanto a la cuestión de fondo se invoca un error de derecho, al confundir la sentencia la figura de la recusación con la separación e inexistencia de justa causa para la separación del cargo.
Se alega que la sentencia resuelve una causa de separación en base a causas de recusación, que ninguna de lo supuestos contemplados en la LC constituye la causa de separación invocada y recogida en la sentencia, no concurriendo causa alguna de separación.
Al respecto señalar, que el art. 37 LC no contiene una descripción de lo que debe entenderse por justa casa, ni un catalogo de supuestos de la misma. Es pues un concepto normativo indeterminado, que debe de ser interpretado jurídicamente en relación con los concretos hechos que se pongan en conocimiento del juzgador.
Pues bien como recoge la sentencia de la AP de Burgos (Sec.3) de feha14-11-2011, Rollo252/2011 ".-El art. 37-1 LC establece que "Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración del concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concúrsales...", además de otros supuestos concretos - arts. 151-2, 152 y 153 LC -.
La Exposición de Motivos de la Ley Concursal alude a la separación por justa causa -concepto jurídico indeterminado- y a las facultades discrecionales del juez para la separación de los administradores concúrsales. Pues bien, dentro de este concepto jurídico indeterminado de "justa causa", se integra la imparcialidad para el ejercicio de la función de administración concursal -de igual forma que se exige a un juez-.
Debe subrayarse que los administradores concúrsales son delegados de la autoridad judicial, con facultades asesoras del Juez, órgano principal del concurso de acreedores, y fiscalizadores del concursado
o administradores de la masa concursal.
Su naturaleza jurídica y funciones requieren la imparcialidad, fundada en la confianza que debe inspirar, como garantía, para el Juzgado y las partes, de modo que no se origine duda alguna razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el ejercicio de su función, bien por relaciones con las partes o con el objeto del concurso, siempre que se exterioricen y apoyen en datos objetivos acreditados. Incluso las apariencias pueden tener importancia y ser relevantes cuando afecta a la confianza, base de la imparcialidad, de su alejamiento de

los intereses en litigio y de las partes, para lo que basta ponderar las conexiones de hecho que puedan afectar a la confianza o apariencia de objetividad o imparcialidad para el ejercicio de la función (judicial o administración concursal). Conexiones que, en definitiva, puedan enturbiar la imparcialidad y la confianza en la que se sustenta.
No es necesario que exista una relación o actuación indebida."
Aplicándolo al caso presente, queda claro pues que la clave reside en el concepto de justa causa. En este sentido señalar que la separación del administrador concursal requiere una causa de entidad, razonable y fundada, sin que quepa sin más, equipararse a las discrepancias en su actuación.
Y si bien es cierto que se constata que la sentencia ha estimado la separación como si la solicitud lo fuera de una recusación, cuando lo que se pedía era la separación en base a los hechos que se narraban, también lo es que tales hechos, como ya recoge la resolución recurrida eran precisamente los que dieron lugar a la interposición de la querella y posterior admisión a trámite de la misma, según se y se refieren a la actuación del apelante como administrador concursal dentro del concurso.Se aprecia que lo que concluye la sentencia, es que existiendo como existe una causa de recusación, lo estima como causa de separación. Y en consecuencia si la separación requiere que concurra justa causa, lo que esta Sala deberá valorar es si la interposición de la querella y posterior admisión a trámite de la misma, debe estimarse como una justa causa.
En consecuencia en el caso presente, aún asistiendo en parte razón al apelante, es lo cierto que la conclusión jurídica y en consecuencia la decisión adoptada seria la misma.": SAP Girona (Sección 1) 16.12.2013 (Sentencia 462/2013; Rollo 378/2013)

JM-3 Madrid

"El concepto de justa causa a que remite el artículo citado no viene definido ni ejemplificado en el texto de la Ley, por lo que su contenido debe ser objeto de interpretación jurídica en relación con los concretos hechos que se pongan en conocimiento del juzgador. Comprende, entre otros, los supuestos de comportamientos incompatibles con las pautas de lealtad, objetividad e independencia exigibles al administrador de patrimonios ajenos; y es claro que constituye comportamiento incompatible la pretensión de percepciones económicas ajenas o añadidas a la retribución señalada por el Juez, sea a cargo del concursado o de cualquier otra persona, así como la mera insinuación de que la actuación profesional en el ámbito que es propio de los miembros de la Administración Concursal, particularmente en cuanto al contenido de los informes que han de rendir al Juez, va a estar influenciada por que se atienda o no a tan inadmisibles pretensiones.": AJM-3 Madrid 20.07.2009 (AC 2009/1923)

JM-6 Madrid

"SEGUNDO.-A este respecto debe significarse que el cese de los miembros del órgano puede acontecer por dos tipos de causas: 1.-por circunstancias relativas a la actividad de los administradores (por ejemplo, el incumplimiento de un deber, o la pérdida justificada de confianza del Juez en los componentes del órgano de administración); y 2.-por circunstancias relativas a la cualidades subjetivas de la persona (como ejemplo, las incapacidades, las inhabilitaciones y las incompatibilidades delimitadas legalmente); de tal modo que mientras éstas últimas deben hacerse valer a través del incidente de recusación del Art. 33 de la L.Co., las primeras deben hacerse valer a través del cauce de la separación judicial, sea a instancia de parte o de oficio. Por este procedimiento se puede pretender el cese de aquellos miembros del órgano de administración que hayan observado una conducta reprochable, que presenten determinadas circunstancias que les hagan inadecuados para el ejercicio del cargo (es decir, que haya una causa justa) o, en fin, que se encuentren sometidos a una incapacidad o a una inhabilitación
Siguiendo en éste punto al Prof. TIRADO (Los Administradores Concursales, pág. 529 y ss) resulta que para que *"... el juez pueda separar del cargo de administrador concursal o revocar el nombramiento del auxiliar delegado. es necesario que concurra "justa causa". La justa causa es un concepto jurídico general e indeterminado que, como tal, hace referencia a una parcela de la realidad cuyos límites no están perfectamente determinados. La concreción de este concepto es siempre una actividad de cognición, no de mera volición o discrecionalidad. El juez ha de buscar la justicia de la causa, pero no basándose exclusivamente en su parecer, sino valorando la totalidad de datos que afectan a la situación..."*. ": AJM-6 Madrid 24.04.2015 (Incidente 30/2014; Concurso 87/2013)

JM-8 Madrid

"El art. 37 LC no contiene una descripción de lo que deba entenderse por justa causa, ni un catálogo de supuestos ejemplificativos de la misma. Es pues un concepto normativo indeterminado, que debe ser tácticamente integrado en cada caso, atendiendo, básicamente, a los deberes y responsabilidades del administrador en el ejercicio de su cargo.": AJM-8 Madrid 26.02.2010 (Incidente Concursal 451/2009)

JM-1 Palma de Mallorca

"Estamos en el marco del artículo 37 de la Ley Concursal el cual establece que cuando concurra justa causa, el Juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales.

Queda claro que la clave reside en el concepto de justa causa a que remite el artículo citado, el cual (como indica el auto del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Madrid, de 20 de julio de 2007) no viene definido ni ejemplificado en el texto de la Ley, por lo que su contenido debe ser objeto de interpretación jurídica en relación con los concretos hechos que se pongan en conocimiento del juzgador. Comprende, entre otros, los supuestos de comportamientos incompatibles con las pautas de lealtad, objetividad e independencia exigibles al administrador de patrimonios ajenos; pero sobre todo impone la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal.
Nuevamente, al tratar la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados, sin que exista definición de los mismos, ni ejemplos ilustrativos de su contenido, lo que implica, nuevamente, dotarlo de contenido. Así, podemos afirmar que supone la gestión de intereses ajenos, los del concurso, quedando al margen los propios, los del concursado o los singulares de determinados acreedores. Y dicha gestión debe realizarse de acuerdo a parámetros abstractos, que permitan adecuarse a la realidad concreta del concursado. Eso supone que deben presentarse conocimientos y aptitudes propias del cargo, con el objetivo de gestionar o administrar esos intereses colectivos, en función de la rama de la actividad propia del concursado. Pero nunca perder de vista el patrón de actuación propio de un órgano designado por mandato judicial para cumplir con los deberes que la legislación concursal impone al efecto de conseguir los fines del proceso concursal: la satisfacción de los acreedores del concurso.
Con estas ideas, podemos añadir, que, dada la estabilidad necesaria que precisa el cargo de administrador concursal, no cabe la separación ad nutum sino que requiere una causa de entidad, razonable y fundada, sin que quepa, sin más, equipararse a las discrepancias en su actuación ni pueda instrumentalizarse como vehículo para formular quejas e intentar combatir las aseveraciones contenidas en el informe del art. 75 LC.”: AJM-1 Palma de Mallorca 01.09.2011 (Incidente Concursal 22/2011)

2. Existencia de justa causa

2.1 Jurisprudencia anterior a Ley 17/2014

2.1.1 Petición de retribución adicional como contraprestación por un trato benévolo. Separación. Rendición de cuentas. Tanto de culpa

JM-3 Madrid

“PRIMERO El artículo 37 de la Ley Concursal establece que cuando concurra justa causa, el Juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales.
El concepto de justa causa a que remite el artículo citado no viene definido ni ejemplificado en el texto de la Ley, por lo que su contenido debe ser objeto de interpretación jurídica en relación con los concretos hechos que se pongan en conocimiento del juzgador. Comprende, entre otros, los supuestos de comportamientos incompatibles con las pautas de lealtad, objetividad e independencia exigibles al administrador de patrimonios ajenos; y es claro que constituye comportamiento incompatible la pretensión de percepciones económicas ajenas o añadidas a la retribución señalada por el Juez, sea a cargo del concursado o de cualquier otra persona, así como la mera insinuación de que la actuación profesional en el ámbito que es propio de los miembros de la Administración Concursal, particularmente en cuanto al contenido de los informes que han de rendir al Juez, va a estar influenciada por que se atienda o no a tan inadmisibles pretensiones.
En el presente caso se denuncia la petición, en persona y al finalizar una reunión habida el 9 de octubre de 2008, de los Administradores Concursales Sres. Collado y Cano (dejando aparte al designado por la empresa Orange Media Advertising, SL) al letrado de la concursada Sr. Urbina, de un suplemento de 18.000 euros para cada uno sobre los honorarios que les correspondían por resolución judicial ajustada al arancel, que debían ser abonados en metálico por el liquidador de la sociedad en concurso, D. Enrique Rojas Cabezudo y entregarse en mano por D. Ricardo Urbina a los peticionarios al presentarse el Informe por la Administración Concursal en el Juzgado, y en prueba de ello se aportaron a las actuaciones los correos electrónicos que se cruzaron en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2008, y ofrecido la prueba testifical de la Letrada Dª Minerva Vélez Melón, compañera de despacho del Sr. Urbina.
Los Administradores Concursales afectados no niegan la existencia y contenido de los correos electrónicos, pero no están de acuerdo con la interpretación que se les da por la representación de la deudora, y alegan que los criterios vertidos por la Administración Concursal en su informe eran certeros y que no había existido ninguna presión al tercer miembro de la Administración Concursal para adoptar las decisiones, ofreciendo el testimonio de dicho Administrador Concursal designado por el acreedor.
Alegan asimismo que sólo se han presentado tres incidentes contra el Informe, deduciendo de ello que la concursada está de acuerdo con el resto de su contenido, y finalizan considerando que la defensa de la concursada ha violado lo dispuesto en el artículo 34.e) del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio del Estatuto General de la Abogacía Española, al no mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia habidas con el abogado contrario, así como que la solicitud de separación es obra única y exclusivamente del Letrado de la concursada y fruto de la contrariedad sufrida por la calificación de las minutas profesionales pendientes de cobro. Finalmente, subrayan que el tiempo transcurrido desde los hechos hasta la

fecha en que se pide la separación es porque se estaba esperando el resultado de una sentencia por la empresa concursada.
SEGUNDO Si bien entre los deberes morales de los abogados está el de reserva de las conversaciones mantenidas con otros letrados en el curso de un procedimiento, la norma se refiere a las relaciones entre profesionales que actúan en interés de sus clientes respectivos, y no al caso en que alguno de ellos lo hace en el suyo propio, como sucede aquí con respecto al que es miembro de la Administración Concursal.
Tampoco se considera que exista animadversión hacia los Administradores por la calificación del crédito que les corresponde, como alegan en su descarga los Sres. Collado y Cano, porque supone una nimiedad que no influye en su credibilidad, si se compara el presunto motivo de malestar con los hechos denunciados, máxime cuando el letrado de la concursada, a través de la impugnación de la lista de acreedores y del correspondiente incidente podría haber conseguido la calificación correcta.
Finalmente es indiferente que el informe presentado tuviera un contenido u otro, y que sea más o menos certero como dicen los administradores, puesto que no es el momento de entrar en su contenido, ya que ninguna responsabilidad se deriva de él directamente para el liquidador, y como indica el Sr. Urbina la amenaza consistía «en un trato benévolo en el propio Informe, y una tramitación ágil y sin problemas tanto para el administrador de la concursada como para los profesionales intervinientes», y las actuaciones más relevantes para fijar la responsabilidad del liquidador todavía estaban pendientes, como la apertura en su caso de la sección de calificación, así como su intervención en el convenio o en la posible liquidación, de lo que se desprende que la entrega del informe era verdaderamente relevante sólo para la fijación del plazo para entregar la cantidad reclamada a mayores de la retribución.
El reconocimiento de los correos electrónicos por los administradores, aunque negando la interpretación de la actora, lleva a dilucidar si puede entenderse que se hablaba en ellos de la petición al letrado de la concursada de honorarios por los administradores por encima de los que le correspondían, y a tal conclusión se llega si se tienen en cuenta las siguientes expresiones de los correos cruzados entre las partes que son inequívocos:
-Documento número 5 ? correo electrónico de 24 de noviembre de 2008 a las 16:40, de Cano a Urbina «De acuerdo con lo comentado con Leopoldo el pasado viernes, os vamos a dar un comunicado de nuestras intenciones, pero el informe falta rematarlo con el tercer administrador y eso será mañana, por lo que te confirmamos que nuestras intenciones son las que hemos tratado personalmente. Dime cuando nos vemos. Un saludo».
De Urbina a Cano: «Puesto en contacto con el cliente está fuera. Estoy pendiente de que me confirme la cita lo antes posible pues él me hablaba de jueves o viernes, dado que el tema debe hacerse en persona y no mediante transferencia».
-Documento número 6, contestación al correo anterior a las 19:29, de Cano a Urbina «Esto de tanto diferir el asunto, no tiene buena presentación. Lógicamente solo queda confiar en tu intervención como compañero, pero está claro que no tiene buen acogida».
-Documento número 7, correo de 25 de noviembre a las 10:15 am, de Urbina a Cano: «Yo no difiero nada, tenéis mi palabra y compromiso personal y profesional de que vuestras solicitudes se van a verificar.
Creo conveniente señalar dos cuestiones: el cliente tiene que justificar adecuadamente una salida de caja para poder haceros la entrega en metálico, y entre otras cuestiones para eso está de viaje: si fuera por transferencia como os comenté todo sería más fácil, pero atendiendo a vuestras peticiones ?lógicas? lógicamente no resulta tan fácil».
«Por otra parte, nosotros teníamos también vuestro compromiso de antes de verificarse el pago o al menos coetanemente poder examinar el documento?»
Documento número 9, correo de 26 de noviembre a las 12:30 de Urbina a Leopoldo y Cano: «?Nuestro compromiso de pago se puede cumplir el próximo viernes, sin embargo, también es cierto que vosotros mismos nos señalesteis que el momento del pago coincidía con la presentación del informe, lo que todavía no se ha producido?»
Documento número 8, correo de 26 de noviembre a las 16:11, de Cano a Urbina: «?Prefiero que nuestros temas los comentemos personalmente. Yo también tengo la contestación de la demanda de A Zeta a noticias sobre este extremo»
Documento número 11, correo de 12 de diciembre a las 17:44, de Cano a Urbina: «?Como te dijimos el informe se presenta el lunes y por supuesto al no haberse mantenido el clima comentado, si (sic) introducirán las variaciones alternativas que estaban preparadas. El tiempo se agotó. Tengo el móvil a tu disposición. Saludos».
Documento número 14, correo 15 de diciembre a las 11:55 horas, De Urbina a Leopoldo: «? Acabo de hablar con Enrique y en cuanto nos remitáis el informe definitivo con el sello de presentación en el Juzgado me hace llegar de inmediato el cumplimiento de lo pactado. Me indica que son numerosos los borradores y las correcciones y que lógicamente necesita ver el informe que efectivamente ha quedado presentado?».
Documento número 15, correo 15 de diciembre a las 14:35 de Leopoldo a Urbina: «Esto no es un mercado, si no se fía es su problema».
Tales textos han sido aportados con el escrito de separación, por el Letrado Sr. Urbina, haciendo constar que ante su indignación y la necesidad de acreditar el chantaje, además de recomendar a su cliente que no pagara ninguna cantidad, se decidió que en las reuniones siempre estuvieran presentes al menos dos abogados del despacho, y seguir la corriente a la Administración concursal para intentar obtener pruebas.
TERCERO El artículo 38 dispone que en todos los casos en que cese un administrador concursal, el juez procederá de inmediato a efectuar un nuevo nombramiento, acordándose nombrar a D. Estanislao, economista, con DNI 2.194.090-M y domicilio profesional en la Calle Alcántara número ?, bajo derecha de Madrid y de D. Luis Fernando, abogado, con DNI ? y domicilio profesional en la Plaza de Castilla número ?-

escalera C Piso 2º, Puerta 3, 28046 de Madrid como nuevos administradores concursales de Tao de Comunicación, SL en liquidación, dirigiéndose el correspondiente mandamiento por duplicado para la anotación preventiva al Registro Mercantil, acordándose así mismo su publicidad en el BOE.
CUARTO Al haberse producido el cese antes de la conclusión del concurso, a los administradores concursales separados se les ordena, además de devolver la credencial, a rendir cuentas de su actuación en las competencias que le hubieran sido atribuidas en conjunto o individualmente en su caso, dentro del plazo de un mes, contado desde que les sea notificada este auto, rendición de cuentas que será objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el artículo 181 para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso según lo establecido en el artículo 38 de la Ley Concursal, sin perjuicio de la acción de responsabilidad del artículo 36 de la citada Ley que corresponde a los deudores y a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia, no pudiendo percibir más cantidades de la masa del concurso que las percibidas hasta ahora, en aplicación de lo previsto en el artículo 34.4 de la Ley Concursal según el auto de esta misma fecha dictado en este procedimiento.
En el escrito de rendición de cuentas deberán dar explicaciones acerca de la confección, envío y coste de cartas a los acreedores para la comunicación de los créditos así como de la contratación por parte de la compañía de un contable para facilitar a los administradores los balances, diarios, mayor, cuenta de pérdidas y ganancias cerrados a septiembre de 2008 por no hacerse cargo del PC y del soporte informático facilitado por la empresa, según se desprende del correo de fecha 18 de diciembre de 2008, en el que el Sr. Collado reclama la documentación y el ordenador de TAO.
QUINTO Dispone el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal, lo que se efectuará en este caso.”: AJM-3 Madrid 20.07.2009 (AC 2009/1923)

2.1.2 Por no reunir la antigüedad profesional necesaria ni reseñar un despacho en el territorio del Juzgado del concurso

JM-8 Madrid

“PRIMERO.- La separación del administrador concursal.
Uno de los órganos esenciales del procedimiento concursal es la administración del concurso, arts. 23 y ss LC, constituida por profesionales, técnicos especialmente formados para el tratamiento jurídico y económico de las situaciones de insolvencia. Tal órgano tiene por finalidad el impulso del procedimiento, en su aspecto material, dando orden y forma a la actividad económica del deudor concursado, interviniendo en su tráfico jurídico, y si fuera preciso, sustituyendo las facultades del concursado. A tal fin, se le conceden a la administración concursal una larga serie de potestades en relación con la actividad económica y las relaciones jurídicas del deudor, y la regulación del proceso concursal se basa, en gran medida, en el informe, art. 74 y ss. LC, que tal administración realiza para formalizar todas las expectativas de cobro de los acreedores personados, y sus derechos en relación a un posible convenio.
Como contrapartida de tales potestades, el art. 36 LC sujeta a especiales responsabilidades la actuación del administrador, y el art. 37 LC dispone que "cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados", proveyendo a su sustitución mediante nuevo nombramiento, art. 38 LC.
SEGUNDO.- Justa causa para el cese.
El art. 37 LC no contiene una descripción de lo que deba entenderse por justa causa, ni un catálogo de supuestos ejemplificativos de la misma. Es pues un concepto normativo indeterminado, que debe ser tácticamente integrado en cada caso, atendiendo, básicamente, a los deberes y responsabilidades del administrador en el ejercicio de su cargo.
Por la parte que propone el cese, la concursada, TECNILAR SA, se indica en su escrito de fecha de presentación que Emilio carece de los requisitos exigidos para la integración en las listas de profesionales del colegio respectivo como administrador concursal, según lo reseñado en el art. 27 LC. En tal sentido, deben recordarse específicamente dos exigencias: i).- experiencia profesional de al menos 5 años de antigüedad de colegiación, art. 27.1 LC, y ii).- reseña de un despacho en el territorio del Juzgado Mercantil que conozca del concurso. Y lo cierto es que de la documentación aportada por TECNILAR SA, se desprende que Emilio no reúne la antigüedad necesaria para actuar como tal administrador, documentación que no ha sido contradicha por nadie, particularmente por el profesional interesado, el cual ni ha contestado a la solicitud de cese. Tampoco se ha producido por tal profesional designa de despacho alguno en el territorio jurisdiccional de este Juzgado, lo que implica una falta de arraigo preciso para el buen desempeño de su función, de modo eficaz.
Todo ello integra la justa causa para la separación a la que se refiere el art. 37 LC, ya que atacada formalmente por TECNILAR SA, con soporte documental, la apariencia de que Emilio reúna la condiciones exigidas legalmente para ser designado administrador, no se ha desvirtuado en este trámite lo recogido en el soporte documental de la petición de cese, por lo que debe estimarse acreditada la falta de aquellos requisitos profesionales en la persona del profesional designado. ”:AJM-8 Madrid 26.02.2010 (Incidente Concursal 451/2009)

2.1.3 Percepción de honorarios superiores a los aprobados judcialmente y desavenencias con la concursada

JM-1 Cádiz

“PRIMERO.-El art. 37 de la Ley Concursal permite al juez, de oficio, o a instancia de los legitimados para instar el concurso, o de los demás miembros del órgano de administración concursal, separar del cargo a los administradores concursales, cuando concurra justa causa.
En el presente caso, se estima que concurre justa causa para acordar el cese de los administradores concursales por dos motivos. En primer lugar, por el percibo por los tres administradores concursales de una cantidad en concepto de retribución provisional, superior a la autorizada por Autos de este Juzgado de 10 de julio de 2008 y 29 de enero de 2010. En el primero de ellos, se fijaban provisionalmente en las cantidades de 865.413,96 euros y 369.232,48 euros, por INMOBILIARIA AMUERGA, S.L. y CONSTRUCCIONES JALE, S.A.U., respectivamente, los honorarios correspondientes a los administradores concursales nombrados en dichos concursos, por el desarrollo de la fase común, autorizándoles al cobro del 50% con cargo a la masa activa, dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de dicha resolución. En el Auto de 29 de enero de 2010, se fijaban provisionalmente en la cantidad de 171.680,40 euros, los honorarios correspondientes a los administradores concursales por el desarrollo de la fase común, autorizando al abono del 50% con cargo a la masa activa, dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución.
En el Auto de 26 de julio de 2011 se rechazan los argumentos de los administradores concursales justificando el cobro de cantidades superiores y se hace constar:
"Como se ha expuesto, el Auto de este Juzgado de 10 de julio de 2008, autorizaba a cobrar a cada uno de los administradores concursales de INMOBILIARIA AMUERGA, S.L., la cantidad 432.706,98 euros, y D. Lucio y D. Simón han cobrado cada uno de ellos, la cantidad de 901.700 euros (IVA incluido), y D. Erasmo, la cantidad de 982.900 euros (IVA incluido), cantidades las percibidas que exceden con mucho la cantidad autorizada por esta Juzgadora.
Dicho Auto autorizaba a cobrar a cada uno de los administradores concursales de JALE CONSTRUCCIONES, S.A.U., la cantidad 184.616,24 euros, y D. Lucio y D. Simón han cobrado, cada uno de ellos, la cantidad de 449.269,68 euros (IVA incluido), y D. Erasmo, la cantidad de 353.784,80 euros (IVA incluido), cantidades las percibidas que exceden con mucho la cantidad autorizada por esta Juzgadora.
Y en el Auto de 29 de enero de 2010 se autorizaba a cobrar a cada uno de los administradores concursales, de INVERLUNA, S.L., la cantidad 85.840,20 euros, y D. Lucio y D. Simón han cobrado, cada uno de ellos, 151.000 euros (IVA incluido), y D. Erasmo, la cantidad de 147.250 euros (IVA incluido), cantidades las percibidas que exceden con mucho la cantidad autorizada por esta Juzgadora."
Aunque el Auto de 26 de julio de 2011 ha sido recurrido, el recurso no se ha admitido con efectos suspensivos, y pese a ser requeridos los administradores concursales, no consta que hayan procedido al ingreso de lo cobrado por encima de lo autorizado en la cuenta de consignaciones, como se deduce de la Diligencia de Constancia de la Sra. Secretaria, y ello a pesar de que no hay liquidez suficiente para pagar los créditos contra la masa devengados.
La reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, todavía no en vigor, permite a la administración concursal alterar el orden de pago de los créditos contra la masa por su vencimiento, siempre que "presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social." En el presente caso, ni siquiera concurren dichas circunstancias, que podrían servir de pauta interpretativa, aunque el precepto aún no esté en vigor. Téngase en cuenta que en mismo escrito de los administradores concursales solicitando la suspensión de facultades patrimoniales, se indica el importante montante de créditos contra la masa devengados, que ascendía en aquel momento a 21.422.939,32 euros en INMOBILIARIA AMUERGA, S.L., 2.427.328 euros en JALE CONSTRUCCIONES, S.A.U. y 1.525.044,27 euros, correspondiendo la mayor parte de los créditos a deudas tributarias y de Seguridad Social posteriores a la declaración de concurso.
Dicha actitud de los administradores concursales, reticente a la devolución, ha provocado la presentación de escritos por acreedores contra la masa que han visto perjudicado su derecho de cobro al anteponerse a ellos la administración concursal, percibiendo una cantidad no autorizada.
En segundo lugar, esta Juzgadora estima procedente la separación de los administradores por las desavenencias constatadas en el procedimiento, con el que fuera el Presidente del Grupo D. Luciano, que fue a la sazón quien en un primer momento autorizó el pago a la administración concursal de cantidades superiores a las fijadas en los Autos, y que posteriormente, denunció dicho cobro cuando la administración concursal interesó la suspensión de las facultades patrimoniales. Teniendo en cuenta que en el procedimiento podría llegar a abrirse la sección de calificación, no parece aconsejable que por dichas razones se mantengan en el cargo a los mismos administradores concursales.
Por último señalar, que se ha considerado que este es el momento procesal oportuno para adoptar esta decisión, al haber finalizado la fase común, estimando que es cuando se ocasiona un menor perjuicio a la tramitación de los concursos, permitiendo a la nueva administración concursal hacerse cargo de los mismos desde el inicio de la fase de convenio, sin las distorsiones que podrían haberse ocasionado de haberse adoptado antes la presente resolución, ya que después de los textos definitivos se han presentado numerosos escritos de acreedores, habiendo sido incluso rectificado el informe de la entidad INMOBILIRIA AMUERGA, S.L., considerando que el interés de los concursos hacía conveniente que fuera la administración concursal que elaboró el informe la que contestara a las alegaciones formuladas.

Por todo lo expuesto, procede la separación del cargo de los administradores concursales D. Lucio, D. Simón y D. Erasmo, y el nombramiento de nuevos administradores (art 38.1 LC).
Teniendo en cuenta que D. Erasmo es representante de la persona jurídica designada acreedor, la entidad BANESTO, y estimando que el cese no debe afectar a ésta, se acuerda requerir a la misma por plazo de CINCO DÍAS, de conformidad con los artículos 37.2 y 38.2 LC, para que comunique la identidad de la persona natural que haya de representarla.
Se acuerda designar como administrador concursal abogado a D. Amador, de la firma PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services, S.L., y como administrador concursal auditor de cuentas a la entidad ERNST & YOUNG, S.L. ":AJM-1 Cádiz 31.10.2011 (Concursos acumulados 157/08, 158/08 y 356/08)

2.1.4 Relaciones personales entre la administradora concursal y la administradora de la concursada y accionistas

AP Burgos

"QUINTO.- El art. 37-1 LC establece que "Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración del concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales...", además de otros supuestos concretos -arts. 151-2, 152 y 153 LC -.
La Exposición de Motivos de la Ley Concursal alude a la separación por justa causa –concepto jurídico indeterminado- y a las facultades discrecionales del juez para la separación de los administradores concursales.
Pues bien, dentro de este concepto jurídico indeterminado de "justa causa", se integra la imparcialidad para el ejercicio de la función de administración concursal -de igual forma que se exige a un juez-. Debe subrayarse que los administradores concursales son delegados de la autoridad judicial, con facultades asesoras del Juez, órgano principal del concurso de acreedores, y fiscalizadores del concursado o administradores de la masa concursal.
Su naturaleza jurídica y funciones requieren la imparcialidad, fundada en la confianza que debe inspirar, como garantía, para el Juzgado y las partes, de modo que no se origine duda alguna razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el ejercicio de su función, bien por relaciones con las partes o con el objeto del concurso, siempre que se exterioricen y apoyen en datos objetivos acreditados. Incluso las apariencias pueden tener importancia y ser relevantes cuando afecta a la confianza, base de la imparcialidad, de su alejamiento de los intereses en litigio y de las partes, para lo que basta ponderar las conexiones de hecho que puedan afectar a la confianza o apariencia de objetividad o imparcialidad para el ejercicio de la función (judicial o administración concursal). Conexiones que, en definitiva, puedan enturbiar la imparcialidad y la confianza en la que se sustenta.
No es necesario que exista una relación o actuación indebida.
SEXTO.- Desde el criterio jurídico expuesto, procede analizar los hechos alegados y el resultado probatorio obtenido. Entre la Administradora concursal y Administradora de la concursada y accionistas, existe una relación personal derivada de la pertenencia a un mismo grupo político, ejerciendo funciones en la misma Corporación Pública, aunque en Comisiones y órganos distintos, dentro de un reducido grupo de personas, que inevitablemente comporta relaciones personales -o de Profesora de Universidad con la de un miembro del Claustro, que, a la vez, es hija de la Administradora de la concursada mencionada-. Esto, no supone una vinculación profesional, en sentido estricto, a que se refiere el art. 2 8-4LC, pues no es una vinculación "entre si", pero si determina la existencia de relaciones personales y un cierto grado de amistad, aunque no llegue a ser intimo - que, al menos, no consta que sea así-.
En el juicio, la Administradora Concursal manifestó, en relación a la improcedencia o innecesariedad del embargo preventivo, que "siendo estos empresarios los que son no tenía ninguna duda que no iban a realizar bienes; afirmación que sugiere un conocimiento formado y serio, no superficial, de las personas integrantes de la concursada, para llegar a una conclusión tan terminante; el cual, lógicamente, se obtiene, especialmente, a través de la relación personal directa. Es verdad, que añade otras razones -embargo de bienes en el procedimiento penal, la falta de actividad de la concursada y la subsistencia de los mismos bienes- pero no quita la existencia de unas relaciones personales y la convicción formada sobre estas personas de la sociedad concursada, y que puede incidir en la petición de embargo, aunque sea en otro momento procedimental, como en el mayor o menor seguimiento de las diligencias penales abiertas- por alzamiento de bienes-, con una eventual repercusión en el concurso, en la comunicación al Juzgado y a las partes interesadas, de los aspectos que puedan interesar al mismo. Estos aspectos o circunstancias personales y conexiones de hecho, afectan a la apariencia de imparcialidad, a la confianza que se debe inspirar; las que pueden originar alguna duda razonable sobre un ejercicio objetivo e imparcial, constituyen justa causa para la separación del cargo de Administradora concursal, sin que sea preciso que se haya producido alguna actuación indebida, que no consta. No es necesaria mayor argumentación. No obstante, como la parte apelante alega la infracción del art. 148 LC, procede hacer una referencia a la misma.
Este precepto establece la obligación de la administración concursal de presentar al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación. Así se dispuso por el Juzgado de Instancia, mediante Auto de fecha 8 de abril de 2010, folios 238 a 240. Sucede, sin embargo, que el propio Juzgado, por Providencia de fecha 13 de septiembre de 2010, folios 241 y 242, se acuerda que

"habiendo transcurrido en exceso el plazo concedido al administrador concursal para presentar el Plan de Liquidación, sin que se haya verificado, requiérase al mismo para que en el plazo de siete días improrrogables...lo presente ante este Juzgado". Notificada el 17, fue presentado el día 27 siguiente, folios 243 a 246. La propia parte apelante admite la posibilidad de prorrogar este plazo -nota 6, antes citada-, pero, es verdad, que no fue solicitada la prórroga -al menos, no consta que se hiciera- y que, desde luego, había transcurrido en exceso, como aprecia el Juzgado de Instancia.
En esta alzada se alega el incumplimiento de 10 días para informar sobre las observaciones y propuestas formuladas por la demandante -art. 148-2LC- otorgado por Providencia de 22 de febrero de 2011, folio 310, y requerido nuevamente por Diligencia de Ordenación de fecha 12 de mayo de 2011. Informe que se tuvo por presentado mediante Diligencia de Ordenación de 15 de junio de 2011; lo fue, el día 3 de junio anterior. Aun cuando no se hayan observado los plazos, y haya sido preciso un impulso procesal de oficio, no puede concluirse que la dilación obedezca a una actuación indebida (puede ser por carga de trabajo, tareas preferentes o cualquier otra motivación legítima), pero justifica la solución jurídica adoptada, para que, el desarrollo procedimental del concurso, se produzca con la confianza necesaria de imparcialidad, aun cuando su afectación lo sea en el plano de la apariencia formal o jurídica, que también es sustancial al ejercicio de la función.": SAP Burgos (Sección3) 14.11.2011 (Sentencia 353/2011; Rollo 252/2011)

2.1.5 Falta de lealtad y diligencia en el desempeño de cargo, que motiva continuas desavenencias con los demás AC

JM-1 Mallorca

"Estamos en el marco del artículo 37 de la Ley Concursal el cual establece que cuando concurra justa causa, el Juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales.
Queda claro que la clave reside en el concepto de justa causa a que remite el artículo citado, el cual (como indica el auto del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Madrid, de 20 de julio de 2007) no viene definido ni ejemplificado en el texto de la Ley, por lo que su contenido debe ser objeto de interpretación jurídica en relación con los concretos hechos que se pongan en conocimiento del juzgador. Comprende, entre otros, los supuestos de comportamientos incompatibles con las pautas de lealtad, objetividad e independencia exigibles al administrador de patrimonios ajenos; pero sobre todo impone la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal.
Nuevamente, al tratar la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados, sin que exista definición de los mismos, ni ejemplos ilustrativos de su contenido, lo que implica, nuevamente, dotarlo de contenido. Así, podemos afirmar que supone la gestión de intereses ajenos, los del concurso, quedando al margen los propios, los del concursado o los singulares de determinados acreedores. Y dicha gestión debe realizarse de acuerdo a parámetros abstractos, que permitan adecuarse a la realidad concreta del concursado. Eso supone que deben presentarse conocimientos y aptitudes propias del cargo, con el objetivo de gestionar o administrar esos intereses colectivos, en función de la rama de la actividad propia del concursado. Pero nunca perder de vista el patrón de actuación propio de un órgano designado por mandato judicial para cumplir con los deberes que la legislación concursal impone al efecto de conseguir los fines del proceso concursal: la satisfacción de los acreedores del concurso.
Con estas ideas, podemos añadir, que, dada la estabilidad necesaria que precisa el cargo de administrador concursal, no cabe la separación ad nutum sino que requiere una causa de entidad, razonable y fundada, sin que quepa, sin más, equipararse a las discrepancias en su actuación ni pueda instrumentalizarse como vehículo para formular quejas e intentar combatir las aseveraciones contenidas en el informe del art. 75 LC
Segundo: incidimos en la idea de las discrepancias para recalcar una idea que ya se expuso en el auto de 13 de junio de 2011, dictado en sede del presente expediente concursal, como es que es normal y no debe sorprender el hecho de que existan discrepancias de criterio en el ejercicio de la administración concursal, lo cual ha sido previsto y se solventa por el cauce del art.35.2 LC, el que prevé una administración concursal colegiada, donde los acuerdos se adoptan por mayoría de votos. Es decir, el legislador ya se ha planteado que las administraciones colegiadas (como lo es la de nuestro caso) tengan problemas a la hora de tomar las decisiones, por existir discrepancias entre sus miembros; incluso llega al punto de que si no se alcanzan mayorías, sea el propio Juez el que determine cómo proceder.
Con ello indicamos que la incompatibilidad profesional a la hora de toma de decisiones, la existencia de criterios dispares en este punto, de conflicto interno en el desarrollo de la administración concursal está contemplado con normalidad en la ley, lo que implica que no podría dar lugar, en abstracto, a la justa causa que permite la separación del cargo del designado.
Ello no obstante, si esas discrepancias obedecen a fines espurios que colisionan con las normas básicas y esenciales del cumplimiento del cargo para el que ha sido designado, si obedecen a conductas que infringen la diligencia debida o la lealtad que impone el legislador, sí que conllevaría la existencia de un motivo justificado en orden a apartar al afectado de la administración concursal. Y decimos ello porque si la continúa "colisión" de pareceres obedece a la defensa de intereses ajenos a los del concurso, merece la sanción que el legislador impone.
Y a la misma solución se llega si la conducta del administrador concursal es la de obstaculizar el normal desarrollo de la "gestión" del concurso, mediante conductas pasivas u omisivas, de dejación de funciones, de

obstaculización del normal desarrollo de la tramitación del proceso, máxime si se derivan perjuicios de cualquier índole para los intereses en juego.
Tercero: en el caso de autos, por los demandantes se ponen de manifiesto diversas conductas llevadas a cabo por Dña. Juana, en el bien entendido que, a su juicio, merecerían el reproche que la ley recoge en el art.37, comportando la separación de la mencionada.
En particular se denuncia el entorpecimiento de la venta de un cuadro propiedad de la concursada, el que se hayan producido determinados daños en las oficinas que ocupaba la concursada fruto de un desalojo que ella debía controlar, incidencias con una cuenta bancaria del concurso del Banco de Sabadell y el nombramiento como auditora de Inversiones Sa Pilota (entidad demandada por la concursada en virtud de demanda interpuesta con anterioridad a la declaración del concurso).
Analizando todos los argumentos y documentación acompañada a la demanda, lo primero que se debe destacar es que solo existe un perjuicio directo e inmediato para el concurso, de manera actual, en relación con lo acontecido en el desahucio de las oficinas que COP C. ocupaba en Alcudia, dado que en el resto de los hechos puestos de manifiesto, al final, el concurso no se ha visto perjudicado de forma material por la conducta observada por la demandada.
Decimos ello porque, finalísticamente hablando, el cuadro al final se vendió, la cuenta corriente correspondiente se apertura y el litigio en que la concursada ejerce los derechos como demandante no consta que haya fracasado por la actuación de Dña. Juana.
Así, desde este punto de vista, enlazando con lo expuesto en el anterior fundamento, podríamos sostener la existencia de discrepancias internas en el funcionamiento de la administración concursal, de sus integrantes. Consecuencia inmediata sería la ausencia de justa causa para acceder a la petición de separación.
Cuarto: pero no podemos solventar la cuestión en el simple resultado acaecido, sino que debemos escudriñar el fondo de la cuestión para obtener una respuesta adecuada, dado que no todo es (como ya se ha dicho anteriormente) si hay o no perjuicio material.
Comenzando por el tema del cuadro, analizando los argumentos de una y otra parte, analizando los documentos aportados al efecto, queda claro que existían dos posturas enfrentadas partiendo de un hecho común: el que la pintura debía venderse; aunque como nos recuerdan los demandantes (apoyados en los e-mail cruzados entre las partes), inicialmente Dña. Juana era reticente bajo las dudas que tenía acerca de la titularidad de la obra. No obstante, salvado el escollo, alcanzada la conclusión de estar en presencia de un activo de COP C. (documento nº16 de la contestación), todos estaban conformes en la venta.
Y aquí es donde surgen los problemas: determinar el comprador y el precio de venta; aunque lo segundo tenía fácil solución, el que más dinero ofreciese. Y esto que se revela como sencillo se complicó por las posturas defendidas por los integrantes de la administración concursal, dado que, según manifestaciones de la demandada, siempre existían mejores postores que los que los actores proponían. Pero lo cierto es que esas mejores ofertas no llegaron a concretarse (de hecho no se han llegado a aportar al expediente), frente a los de la mayoría y que finalmente se aprobaron.
Pero lo más relevante de todo ello es la conducta observada por Dña. Juana a lo largo del proceso de venta, en que desde el 26 de noviembre de 2010 (momento en que retira la obra conforme al documento nº18 de la demanda) hasta el 6 de abril de 2011 (momento en que Dña. María recupera la posesión del cuadro, recogiéndolo en el domicilio de la demandada, conforme al documento nº20 de la contestación a la demanda), ha actuado con una falta de lealtad a los intereses colectivos. Decimos ello porque, pese a que la venta se llevó a término, la misma se puso en grave riesgo (como lo demuestra la misiva de la entidad que finalmente compró el cuadro, aportada como documento nº21 de la demanda), gracias a que Dña. Juana ó no procedía a devolver la obra bajo la idea de que había otras ofertas mejores. Baste recordar que inicialmente el comprador que ella proponía ofreció verbalmente 20.000 €, pero que luego rebajó su postura hasta los 10.800 €, sin que en ningún momento hubiese suscrito ningún documento vinculante. Y lo que es más relevante, nunca se ha tenido por escrito una oferta proveniente de ninguno de los postores que presentaba la demandada, pese a lo cual se era reticente a la entrega del cuadro.
Más aún, se ha incorporado al expediente la documentación correspondiente al recurso de reposición que Dña. Juana interpuso, como administración concursal, frente a la decisión adoptada por el Juzgado para autorizar la venta de determinados activos de la concursada, entre los que se incluía el cuadro que genera la discrepancia. Debemos destacarlo porque en el mismo ya tuvimos la oportunidad de destacar la improcedencia del recurso que planteó Dña. Juana, una vez que no tenía legitimación para ello, por no ostentar la condición de parte por tres razones:
A pesar de mencionar que interpone el recurso como administración concursal, lo cierto es que no existe acuerdo de la misma en los términos que el art.35 LC, como lo demuestra el escrito presentado por el Procurador que ostenta la representación procesal de aquel órgano, de fecha 7 de marzo de 2011; esto es, no se acredita el acuerdo mayoritario de los administradores concursales, sino al contrario, lo interpone uno de los tres miembros frente al criterio contrario de la mayoría.
El recurso lo interpone un integrante de la administración concursal al margen de la representación procesal que ella misma otorgó, que sería el cauce legalmente previsto para ello.
El recurso lo plantea un integrante que no es el abogado de la administración concursal, persona a la que por ministerio de la ley se le atribuye la función exclusiva de interponer recursos y demandas, pero siempre que exista un acuerdo colegiado de los administradores concursales.
Incluso se afirmó que se estaba recurriendo una resolución que en modo alguno afecta desfavorablemente a la administración concursal, dado que el auto que se recurría estimaba y concedía lo que la propia administración concursal había solicitado.

Lógicamente, todo lo que se acaba de exponer conduce a concluir que Dña. Juana no actuó bajo los principios que se imponen a la administración concursal, sino que contribuye a obstaculizar el normal desarrollo del proceso. No actúa como una representante leal de los intereses colectivos, ni tampoco como un ordenado comerciante.
Quinto: nuevamente, en el segundo de los motivos que se exponen a lo largo de la demanda incidental, el suceso del lanzamiento de las oficinas que la concursada poseía en Alcudia, observamos esa falta de diligencia exigible a la administración concursal, de velar por los intereses colectivos.
Y alcanzamos esta conclusión porque, como ella reconoce en la página 32 de su contestación, fue el miembro de la administración concursal al que se encomendó la gestión del lanzamiento y desalojo de las oficinas. A este efecto se le entregó las llaves del local, para que velase por el buen funcionamiento de la operación, para controlar la "salida" y posterior depósito de los bienes allí existentes, para entregar a sus propietarios los bienes existentes en su interior que no fuesen propiedad de la concursada.
Hay que recordar que en el presente concurso se ha acordado el régimen de suspensión de las facultades de administración y disposición de la concursada, lo que implica que las mismas son asumidas por la administración concursal. Con ello queda claro que los administradores son los que gestionan la empresa, especialmente en sus relaciones con los terceros, incluidos los procesos judiciales.
De ahí que, siendo custodia de las llaves de las oficinas (llaves que como ella mismo reconoce en su oposición fueron celosamente custodiadas por los otros integrantes de la administración concursal durante el proceso universal), se hace responsable del local y de su contenido. Por eso, cuando reconoce que "dejó" las llaves al administrador social de la concursada, a aquél que había sido removido de las facultades de gestión y administración de la concursada, aquel que ha sido declarado en concurso necesario por la decisión de la administración concursal de COP C., comete una grave irresponsabilidad, máxime cuando a la vista de los acontecimientos, el Juzgado de Primera Instancia nº5 de Inca, el que ejecuta el lanzamiento, levanta un acta en el que refleja que en el momento de dicho acto (posterior a que la Sra. Juanaentregase al Sr. C. las llaves) el local se encontraba en pésimas condiciones, con falta de elementos mobiliarios, los cuales, estando fijos al local, han sido literalmente arrancados; ello motivó el que la propiedad se reservase la posibilidad de ejercer las posibles acciones civiles, con la posibilidad de reclamar frente a COP C..
No estamos concluyendo que Dña. Juana sea la responsable de los eventuales daños aparecidos, sino que la conducta manifestada por la misma dista de ser diligente en los términos que se exigen a una administración concursal, infringiendo la diligencia impuesta y la lealtad requerida.
Sexto: en cuanto a las otras conductas denunciadas incidencias con una cuenta bancaria del concurso del Banco de Sabadell y el nombramiento como auditora de Inversiones Sa Pilota (entidad demandada por la concursada en virtud de demanda interpuesta con anterioridad a la declaración del concurso), nuevamente ponemos de manifiesto que no existen daños económicamente evaluables, causados de forma directa e inmediata por la demandada, pero sí que se revelan como conductas que no debería observar una administración concursal diligente.
Especialmente en lo referente a su nombramiento como auditora de Inversions Sa Pilota SL, una sociedad a la que la propia COP C. había demandado antes de la declaración de concurso. Es decir, la propia administradora concursal, en régimen de suspensión de facultades, se convierte en auditora de la demandada por ellos mismos (porque a efectos prácticos, en aplicación del art.51.2 LC, es la administración concursal la que asume la defensa de los intereses de la concursada, sustituyendo a ésta como demandante); esto es, se convierte en "juez y parte" del asunto en el que se dilucidan 484.609,27 €, con el agravante que las cuentas a auditar no se han entregado, lo que supone que la persona encargada para llevar a término la auditoría no hay elaborado su informe. Aquí es donde reside el problema con Dña. Juana, la cual (más allá de que desde el punto de vista legal, estatutario o deontológico se le permita efectuar la auditoría), entra en colisión por sustentar intereses contrapuestos, sin perder de vista que desde abril de 2010 no se ha efectuado la auditoría de las cuentas del ejercicio 2009.
Nuevamente se aprecia esa actuación contraria a la diligencia empresarial y a la representación leal que debe presidir el gobierno de la administración concursal, ofreciendo una imagen de defender intereses ajenos a los que presiden el concurso de acreedores.
Séptimo: finalmente resulta grave el hecho denunciado en el "previo" presentado por los demandantes. Nos referimos al tema de las actas de las reuniones de la administración concursal.
Hay que recordar que el legislador impone, en el art.35.4 LC, la obligación de documentar mediante actas en el libro al efecto diligenciado, de las decisiones que la administración concursal adopte, siempre y cuando no sean de trámite o gestión ordinaria.
Es un mandato que se impone por ley y que incumbe a los integrantes de la administración del concurso, a los efectos de documentar el normal desarrollo de las funciones encomendadas, máxime si nos encontramos en un concurso con las facultades suspendidas. Todo ello con el fin de acreditar cómo funciona la administración concursal, qué decisiones se adoptan y en su caso las discrepancias o votos contrarios de sus integrantes.
Es una norma que busca la transparencia en la actuación de aquellos que asumen la labor de gestionar las empresas en concursos, como medio de poder someterse a la supervisión del juez del concurso (art.35.6 LC), o incluso de justificarse frente a terceros, si procediese. Obrar de otra forma, amén de conculcar el mandato legal, implicaría crear un oscurantismo contrario a esa lealtad que se exige a las personas que forman la administración concursal, a la diligencia ordenada de cualquier empresario.
Por ello no se comprende la conducta renuente y obstaculizadora de Dña. Juana a la hora de suscribir el bloque de actas que ella misma presenta como documento nº6 de su contestación, y a lo que fue requerido en numerosas ocasiones desde el momento en que se diligencia el libro de actas en el Juzgado, como lo demuestran los documentos nº2 a 7 de la demanda, revelando que en marzo de 2011, más de dos años

después de la declaración de concurso (que se declara el 12 de noviembre de 2008), la ahora demandada, sin justificación aparente, no ha suscrito las actas en los que constan los acuerdos adoptados.
Acuerdos que dejan de ser de mero trámite o gestión ordinaria, cuando se trata de presentar el concurso de D. Felip, cuando se trata de la venta de activos, de gestionar los contratos de leasing de la concursada, cuando se analizan los procedimientos judiciales en marcha, cuando se proclama la necesidad de devolver determinados locales en arrendamientos, cuando se estudia la denuncia presentada frente a uno de los administradores concursales,… Fácilmente se colige que son asuntos que exceden de la mera tramitación, convirtiéndose en asuntos de relevancia para el concurso y que deben quedar reflejados en la correspondiente acta.
Si Dña. Juana tuviese alguna objeción en la firma, lo prudente hubiese sido hacer constar en el acta los motivos y luego firmarla; pero no obstaculizar el normal desarrollo de la administración concursal, hasta el punto de que cuando asume la tarea de redactar actas que faltarían, nuevamente falta a esa función dejando transcurrir el tiempo, y llegando al presente litigio en el que no consta haber dado cumplimiento a la obligación impuesta por el legislador. Y todo ello en un proceso en el que se ha aperturado la liquidación y ya se ha informado la calificación.
Con todo, la conducta de la Sra. Juana no se ajusta al estandar de conducta que se exige a una administración concursal diligente, conculcando las reglas básicas de funcionamiento de a quien se le encomienda la gestión y supervisión del normal funcionamiento de una sociedad en concurso así como del proceso concursal en que se ve incluida.
Queda claro que, por el global de razones que se han ido poniendo de manifiesto a lo largo de la presente resolución, concurre la justa causa que exige el legislador para acordar su cese, accediendo a la petición cursada por los otros administradores concursales, debiendo fijar los efectos inherentes a la separación que se acuerda.”: AJM-1 Palma de Mallorca 01.09.2011 (Incidente Concursal 22/2011)

2.1.6 Pérdida de confianza por escasa diligencia en el desempeño del cargo

JM-3 Madrid

“ANTECEDENTES DE HECHO
Uno.- El concurso necesario de la mercantil Tecnología de la Construcción, SA. (en adelante, "Teconsa") fue declarado por Auto de este Juzgado de 29.9.2009, sin suspensión de facultades de los administradores sociales (v. BOE 13-10-2009).
Dos.- En el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 17-9-2009 consta la dimisión como consejeros de la sociedad concursada de los administradores salientes D. Cipriano, D. Dionisio, Dª Joaquina, D. Evaristo, D. Florian, D. Héctor y el nombramiento como administrador único entrante de D. Julián, inscrito el 4-9-2009.
Tres.- El Juzgado de Instrucción n° 2 de los de Santiago de Compostela sigue, en estos momentos una investigación que se conoce como "Operación Caballo de Troya" en la que, según información publicada (http: //www.interior.gob.es/press/ de 5-2- 2013), se investiga una trama presuntamente dedicada, al alzamiento de bienes, las insolvencias punibles y el posterior blanqueo de capitales. Según los medios de comunicación, están imputados, con fianzas, los administradores salientes D. Dionisio (http: //www.lavozdegalicia.es de 6-2-2013), y Dª Joaquina (http: //www lavozdegalicia.es de 7-2-2013); así como el administrador entrante D. Julián (http: //wwwlavozdegalicia.es de 25-2-2013).
Cuatro.- Asimismo, en la Audiencia Nacional se investiga el vaciamiento de empresas del Grupo Marsans ("Operación Crucero"), estando D. Julián imputado y en prisión provisional desde el pasado diciembre. En concreto, en las diligencias previas n° 19/2012 que se siguen ante el Juzgado de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional se dictó (v descargante El País, 6-12- 2012) Auto de 5.12.2012 en el que se afirma: " Julián sería el máximo responsable de una organización dedicada a la captación de empresas en dificultades, de las que se aprovecharía para su beneficio personal, y que controlaría directamente. Para ello se vale de un extenso entramado societario nacional e internacional y de un equipo de profesionales y colaboradores encargados del diseño y funcionamiento del mismos.
Cinco.- Por Sentencia 84/2013, de 13.6 se declara culpable el concurso de Viajes Marsans, SA. Entre las personas afectadas por la calificación se encuentra la sociedad Posíbilitumm Business, SL., controlada por D. Julián (v pág. 49 de la sentencia).
Seis.- En el asunto Nueva Rumasa, diligencias previas n° 112/2011, el Auto del Juzgado Central de Instrucción n° 5 de 15,2,2012 http://es.scribd.com/doc/86110770), extractado en varios medios de comunicación, recoge un informe de la UDEF describiendo la operativa en tal grupo de empresas. Reseñamos particularmente el siguiente párrafo del informe transcrito en el citado Auto: "Las estrategias seguidas por Julián para lograr el máximo beneficio, como manifestó Evelio, pueden ser "legales o ilegales" y dentro de estas últimas se encontrarían la elaboración de documentos predatados y su inclusión en procedimientos judiciales, prácticas de extorsión, coacción y/o amenazas a administradores concúrsales, jueces de lo mercantil u otras personas que pudieran hacer peligrar sus planes, etc.».
Siete.- A la vista de las diligencias en los juzgados de instrucción existentes a la fecha y de informaciones aparecidas en varios medios de comunicación, por providencia de 16/5/2013 se efectuó un primer requerimiento a la administración concursal para que informara sobre si, dadas las circunstancias, había considerado solicitar la suspensión de facultades del actual administrador D. Julián o si se daban los presupuestos para adoptar medidas cautelares en el concurso. La respuesta de la administración concursal, con entrada el 24/5/2013, respecto a la suspensión de facultades, en síntesis, la difería a la apertura de la liquidación, que lleva inherente la sustitución de los administradores sociales, porque la administración concursal vendría entendiendo, desde hace varios meses ya, que tal momento está próximo. Respecto a la

adopción de medidas cautelares informó que tampoco la estimaba procedente porque "no existiría una presunción reforzada suficiente que determinara a priori la existencia de una responsabilidad de los administradores o apoderados generales de Teconsa, toda vez que ha de ser en el seno de la sección de calificación donde, con prueba suficiente, deberá probarse y, en su caso, concluir las responsabilidades concunentes y las personas afectadas» (pág. 4).
Ocho.- A raíz de conocerse la sentencia de calificación del concurso de Viajes Marsansy no siendo previsible por el trámite de la Oficina judicial que se abriera la liquidación de Teconsa hasta después del verano, por providencia de 19/6/2013 se efectuó un segundo requerimiento de información a la administración concursal sobre si tenían conocimiento de la imposición de medidas cautelares en las diligencias penales a personas que, en su caso, pudieran verse afectadas por la calificación del concurso. Además, se requirió la ampliación de información sobre dos concretas operaciones que habían llamado la atención de los administradores concúrsales en su informe provisional de 29/3/2010 operación acordeón de la filial Gallega de Molienda, S A. y cancelación del crédito a Estudio Financiero Sen-ano SÁ. La administración concursal informó, en lo sustancial, que no tenía conocimiento oficial de la adopción de medidas cautelares contra las posibles personas afectadas, que todavía no tenía determinadas las posibles personas afectadas por la calificación, aportó los datos de la operación acordeón, sin otras valoraciones, y afirmó que la operación de Estudio Financiero Serrano no había sido reconocida en la contabilidad de Estudio Financiero Serrano.
Nueve.- Dada cuenta de las respuestas de la administración concursal, que no aportaban, información útil y no mostraban conocimiento de particulares de la investigación penal que podrían tener relevancia concursal; y considerando la conveniencia para la decisión sobre unas eventuales medidas cautelares, bien a solicitud de la administración concursal o bien de oficio por el juez del concurso, de incorporar a las actuaciones información más precisa de lo que son hechos notorios (art. 281.4RCL 2000\34LEC (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892)); por providencia de 18.7,2013 hemos dispuesto librar exhorto al Juzgado de Instrucción nº2 de los de Santiago de Compostela.
Diez.- El administrador concursal D. Nicanor, falleció, en julio de 2012, sin haberse nombrado administrador en sustitución.
FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO,- Marco jurídico: separación de la administración concursal
A) Regulación.- El artículo 37RCL 2003\1748 de la Ley Concursal (RCL 2003\1748) establece: "Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración del concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concúrsales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados».
B) Interpretación.- La Exposición de Motivos de la Ley Concursal declara que "la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como [...l el nombramiento, la separación y el régimen de funcionamiento de los administradores concúrsales».
"El concepto de justa causa a que remite el artículo citado no viene definido ni ejemplificado en el texto de la Ley por lo que su contenido debe ser objeto de interpretación jurídica en relación con los concretos hechos que se pongan en conocimiento del juzgador. Comprende, entre otros, los supuestos de comportamientos incompatibles con las pautas de lealtad, objetividad e independencia exigibles al administrador de patrimonios ajeno»» (Auto de este Juzgado de 20.7-2009). "El art 37 LC (RCL 1988\1642) no contiene una son de lo que deba entenderse por justa causa, ni un catálogo de supuestos ejemplificativos de la misma. Es pues un concepto normativo indeterminado, que debe ser fácticamente integrado en cada caso, atendiendo, básicamente, a los deberes y responsabilidades del administrador en el ejercicio de su cargo.(AJM Madrid 8 26.2.2010)
Además, para la separación, "no es necesario que exista una relación o actuación indebida» de la administración concursal (SAP Burgos 3ª 353/2011, 14.11).
SEGUNDO Existencia de justa causa para la separación
Puestos en conexión los antecedentes de hecho con el ejercicio de su cargo por la administración concursal en este concurso, hemos podido comprobar:
A) Omisión de la solicitud de suspensión de facultades.- El Auto de declaración de concurso acordó la mera intervención de tener en cuenta las ventajas que se pretendía obtener alterando la regla general de la suspensión de facultades en los concursos necesarios (art. 40.3RCL 1988\1642LC (RCL 1988\1642)), por lo que no ha podido condicionar la decisión de la administración concursal.
En efecto, no obstante las circunstancias puestas de manifiesto en los antecedentes de hecho, la administración concursal no ha solicitado la suspensión Desde luego es una facultad de la administración concursal solicitar el cambio de situación de las facultades patrimoniales del deudor (art. 40,4 LC), sin que el juez del concurso puede acordar de oficio la supensión. Sin embargo, el juicio de la diligencia sobre la actuación de la administración concursal, también en este aspecto, si compete al juez del concurso.
Pues bien, la administración concursal argumenta la inutilidad de la solicitud por entender próxima la liquidación y el consiguiente cese del administrador social. Sin embargo, la administración concursal no puede desconocer la lentitud del trámite en los juzgados mercantiles (máxime tras la vacancia de la sección tramitadora del concurso, de lo que es consciente en su escrito). Además, los tiempos se han dilatado por el recuento de votos de un convenio que presentó el concursado con informe favorable de la administración concursal, sin que el avance del recuento pronostique ninguna posibilidad de ser aprobado. De hecho, han transcurrido más de 17 meses desde el dictado del Auto en el asunto Nueva Rumasa, que ya tendría que haber animado a la administración concursal a solicitar la suspensión. Incluso si fijamos el dies a quo relevante

con el ingreso en prisión de! administrador social entrante de la concursada, el pasado diciembre, transcurrirán previsiblemente más de nueve meses hasta la apertura de la liquidación después del verano. En cualquier caso, aunque la entrada en Teconsa de los adquirientes pueda obedecer a motivos comerciales legítimos, la situación personal del actual administrador único dificulta, de hecho, el ejercicio del cargo.
Creemos que la cautela mínima exigible a la administración concursal, con los antecedentes fácticos relatados y considerado lo argumentado en el párrafo anterior, hubiera sido pedir la suspensión de facultades del administrador único. Nos resulta difícil imaginar supuestos más claros en los que la administración concursal deba solicitar al juez del concurso la suspensión de facultades, lo que ha sucedido en otros concursos con el cambio de propiedad en los que, además, no se habían dictado los Autos de la jurisdicción penal señalados en los antecedentes (así, del Grupo Nueva Rumasa, A A. JM Avila sep. 2011, Elogorriaga; JM Palencia nov. 2011, Trapa; JM Madrid n° 1 nov. 2011, Clecao; JM Zaragoza n° 2 20.11.2011, Helados Dhul; Las Palmas n° 2 31.10.11, Maspalomas Hoteles, en el concurso de empresas del Grupo Marsans, AJM Madrid n° 12.10.2012).
Á la fecha corriente y tras nuestro primer requerimiento de información, que brindaba una oportunidad a la administración concursal para reconsiderar la situación, tal solicitud no se ha producido y se mantiene esta situación anómala.
B) Información inadecuada sobre la oportunidad de solicitar medidas cautelares.- La administración concursal considera que no se dan los presupuestos para adoptar medidas cautelares.
De nuevo, la valoración de la administración concursal sobre la cautelabilidad de la situación en este concurso contrasta con la valoración de las administraciones concúrsales y jueces del concurso en otros casos que guardan algunas concomitancias. En este sentido AJM Madrid n° 12 11.11.2010, Grupo Marsans o, en el Grupo Nueva Rumas;a, AA. JM Granada 254/2011, 30.9, Dhul; Madrid n° 6 30.3.2012, Clesa; JM Cádiz nº 1.6.2012, Zoilo Ruiz Mateos, S L
Ciertamente, es perfectamente posible que no se den los presupuestos de las medidas cautelares en un determinado concurso, pero la administración concursal se expresa en términos abstractos y apodicticos sobre la inexistencia de los presupuestos, sin contraste con lo sucedido en otros concursos concomitantes o en la jurisdicción penal, en la que también se han impuesto fianzas a la administración "aliente y a la entrante, por lo que no estamos informados adecuadamente a este respecto.
Por esta razón, por providencia de 18.7.2013 hemos remitido exhorto al Juzgado de Santiago de Compostela para que nos provea de información presumiblemente relevante para el concurso y que, en su caso, permita a la administración concursal o al juez de oficio contar con información adecuada.
Sin embargo, a los efectos de este Auto, estimamos que una administración concursal diligente se habría personado en aquellas diligencias por si fueren de utilidad para el concurso o, al menos, para poder descartar con conocimiento de causa la relevancia de las actuaciones en la "Operación Caballo de Troya". Ciertamente, no es exigible a la administración concursal la personación en todo proceso con incidencia colateral en el concurso; pero sí en aquellos en que se investigan, según los medios de comunicación, operaciones societarias o movimientos de fondos que podrían estar relacionados con la masa activa del concurso.
Si bien la facultad de adoptar medidas cautelares de oficio nos permite suplir la inactividad de la administración concursal, la administración concursal no estaría cumpliendo adecuadamente su función de auxilio al juez del concurso.
Por otra parte, en nuestro segundo requerimiento de información preguntábamos por las medidas cautelares personales impuestas en diligencias penales a la administración anterior y actual de Teconsa. A la vista de los antecedentes de hecho y de las fuentes de comunicación pública existentes, no es aceptable que los auxiliares del juez del concurso manifiesten que "no tiene constancia fehaciente, a través de ningún órgano jurisdiccional, de medida cautelar alguna, real o personal, que afecte a persona distinta de la entidad mercantil Tecnología de la Construcción, SA., por ser ésta una cuestión ajena al presente procedimiento concursal» (apartado 2.2). Lógicamente, no esperábamos que la administración concursal estuviere informada de forma oficial porque no está personada en tales asuntos, sino que era de suponer mayor conocimiento por su inmediación al concurso o, al menos, por haber desplegado diligente atención a las noticias publicadas sobre personas relacionadas con el concurso.
Respecto a no prever las consecuencias para el concurso de las fianzas penales, el riesgo de la inactividad (periculum in mora) pensamos que puede apreciarse sin dificultad, luego no puede compartirse la afirmación de que la cuestión sea ajena al concurso. Es evidente que si el concurso no se declarara fortuito y el patrimonio de D. Dionisio y Dª Joaquina se agotaran en la responsabilidad civil por hechos investigados en la "Operación Caballo de Troya" no relacionados con Teconsa, existiría el riesgo de no poder ejecutarse una eventual condena en el concurso. En el mismo sentido, si el patrimonio de D. Julián queda afecto y llegara a agotarse en el pago de las responsabilidades civiles de la "Operación Crucero" o por el asunto de Nueva Rumasa.
C) Incumplimiento del deber de información,- La administración concursal, requerida al efecto para poder evaluar quiénes serían los sujetos pasivos de unas medidas cautelares, no informa sobre las posibles personas afectadas en la sección de calificación en caso de declararse culpable el concurso: "esta Administración Concursal debe informar a este Juzgado que no tiene aún determinadas las concretas personas que pudieran verse afectadas en la pieza de calificación del concurso[..J esta Administración Concursal está a la espera de que por parte de este Juzgado se proceda a la apertura de la sección sexta)) (apartado 2.1 de la segunda respuesta).
Tampoco informa sobre las consideraciones intermedias que pudiera haber alcanzado. Por ejemplo, en su primera respuesta (pág. 5) señala que D. Julián "había sido designado para su cargo en fechas inmediatamente anteriores al concurso (14 de agosto de 2009) y registrado su cargo en fechas posteriores a la declaración», pero no explica si, en opinión de la administración concursal, este hecho evitaría, en el caso de concurso no fortuito sino culpable, que puediera considerárselo una persona afectada, luego tampoco estaría

legitimado pasivamente en unas medidas cautelare. Además, si nos fiamos de la información publicada en los boletines oficiales, la afirmación de la administración concursal no parece ser exacta porque la inscripción del cargo de D. Julián no es posterior sino anterior, por breves días, a la declaración del concurso.
Tras casi cuatro anos de declarado el concurso, una administración diligente, que reconoce probable la apertura de la sección de calificación, está en la obligación de haber alcanzado conclusiones sobre las posibles personas afectadas en una eventual sección de calificación. En otro caso, la administración concursal no está en condiciones de solicitar o de identificar los posibles legitimados pasivos en unas medidas cautelares, arruinando, con su falta de determinación, la finalidad que deben cumplir tales medidas.
D) Incumplimiento del deber de informarse sobre operaciones susceptibles de reintegración, rescisión o nulidad.- Las informaciones publicadas en los medios de comunicación sobre la "Operación Caballo de Troya" (v gr. Levante, 10-4-2013; o Cinco Días, 15 y 25-4-2013) revelan una serie de operaciones, algunas de las cuales, en la técnica concursal, serían susceptibles de estudio para una posible acción de reintegración o de declaración de rescisión o nulidad por acciones civiles generales. También se han publicado resoluciones relacionadas con el "caso Gürtel" (p j. Auto del Juzgado Central de Instrucción n° 5 3.7.2013) que desconocemos si tienen alguna relevancia para el concurso o si ha estudiado la administración concursal.
Pues bien, en respuesta a nuestros requerimientos de información, la administración concursal no nos informa de que se hubiera planteado la posibilidad de reintegrar la masa activa ni muestra conocer el contenido de tales diligencias penales. En particular, en nuestro segundo requerimiento de información preguntábamos sobre dos concretas operaciones que ya habían sido señaladas por la administración concursal en su informe provisional. La respuesta recibida carece de utilidad y estimamos que quien debe velar por la conservación de la masa activa debe estudiar y explicitar sus conclusiones sobre tales operaciones, si las ha alcanzado, o afirmar» en su caso, que no le parecen operaciones rescindibles en el concurso.
En efecto, sobre la operación acordeón en Gallega de Molienda, la administración concursal (apartado 3.al de la segunda respuesta) se limita a presentar datos de forma aséptica, obviando toda valoración, lo que no atiende del modo más conveniente a los intereses del concurso. Si nos atenemos a las informaciones publicadas, la Policía está investigando esta operación y en términos que podrían afectar a la masa activa del concurso. La propia administración concursal asumió un compromiso en la pág. 107 del informe: "Esta operación está siendo objeto de un estudio especial por parte de la Administración Concursal que emprenderá las acciones necesarias para la mejor garantía de los derechos de los acreedores». Al menos, la administración concursal tendría que haber informado sobre las conclusiones de su estudio que le han llevado a no emprender finalmente tales acciones.
Respecto a la operación Estudio Financiero Serrano, la administración concursal, con sus consideraciones puramente contables, se desvía del punto relevante. En el informe provisional de la administración concursal se presentó como una grave irregularidad detectada (pág. 98), o se manifestaba desconfianza (pág. 5), que el 1/5/2009 constara una entrada y salida de fondos por caja de 4.556.695,62 €. Si el problema es que el dinero supuestamente recibido por Teconsa y que supuestamente se aplicó a cancelar saldos de acreedores antiguos, no se habría aplicado efectivamente a esas finalidades, porque luego algunos los acreedores supuestamente cancelados sostienen sus créditos en el concurso, lo importante a efectos de la valoración jurídica es si se recibió o no el dinero y, en caso de que fuera recibido, dónde ha acabado,- no- si conforme a normas contables no se han reconocido los apuntes. Además de que las cuentas que nos son relevantes son las de Teconsa y no las de Estudio Financiero Serrano, de nada sirve mantener subsistente un crédito en la contabilidad de la entidad deudora que no se vaya a cobrar. Estudió Financiero Serrano no ha presentado cuentas desde 2009 (según la nota adjuntada) y parece ser una entidad vinculada (figura como Presidente D. Cipriano). Finalmente, el informe definitivo de la administración concursal presenta los mismos saldos que el provisional.
Por último, como, en el apartado B) anterior, estimamos que es razonablemente exigible a una administración concursal ordenada estar al tanto de las diligencias penales por si fueran útiles al concurso o para descartar su utilidad.
En definitiva, con nuestros requerimientos de información, reiterados, se ha dado la oportunidad a la administración concursal para que reconsiderara su actuación o para que mostrara mayor diligencia por informarse o por informar adecuadamente en aspectos que estimamos relevantes para el concurso. Las razones expuestas integran la justa causa para perder la confianza en la actual administración concursal, lo que aconseja la sustitución.”: AJM-3 Madrid 22.07.2013 (Concurso 466/2009)

2.1.7 Admisión a tramite de querella por hechos relacionados con su actuación en el concurso

AP Girona

“QUINTO.-En cuanto a la cuestión de fondo se invoca un error de derecho, al confundir la sentencia la figura de la recusación con la separación e inexistencia de justa causa para la separación del cargo.
Se alega que la sentencia resuelve una causa de separación en base a causas de recusación, que ninguna de lo supuestos contemplados en la LC constituye la causa de separación invocada y recogida en la sentencia, no concurriendo causa alguna de separación.
Al respecto señalar, que el art. 37 LC no contiene una descripción de lo que debe entenderse por justa casa, ni un catalogo de supuestos de la misma. Es pues un concepto normativo indeterminado, que debe de ser interpretado jurídicamente en relación con los concretos hechos que se pongan en conocimiento del juzgador.
Pues bien como recoge la sentencia de la AP de Burgos (Sec.3) de feha14-11-2011, Rollo252/2011 ".-El art. 37-1 LC establece que "Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las

personas legitimadas para solicitar la declaración del concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concúrsales...", además de otros supuestos concretos - arts. 151-2, 152 y 153 LC -.
La Exposición de Motivos de la Ley Concursal alude a la separación por justa causa -concepto jurídico indeterminado- y a las facultades discrecionales del juez para la separación de los administradores concúrsales. Pues bien, dentro de este concepto jurídico indeterminado de "justa causa", se integra la imparcialidad para el ejercicio de la función de administración concursal -de igual forma que se exige a un juez-.
Debe subrayarse que los administradores concúrsales son delegados de la autoridad judicial, con facultades asesoras del Juez, órgano principal del concurso de acreedores, y fiscalizadores del concursado
o administradores de la masa concursal.
Su naturaleza jurídica y funciones requieren la imparcialidad, fundada en la confianza que debe inspirar, como garantía, para el Juzgado y las partes, de modo que no se origine duda alguna razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el ejercicio de su función, bien por relaciones con las partes o con el objeto del concurso, siempre que se exterioricen y apoyen en datos objetivos acreditados. Incluso las apariencias pueden tener importancia y ser relevantes cuando afecta a la confianza, base de la imparcialidad, de su alejamiento de los intereses en litigio y de las partes, para lo que basta ponderar las conexiones de hecho que puedan afectar a la confianza o apariencia de objetividad o imparcialidad para el ejercicio de la función (judicial o administración concursal). Conexiones que, en definitiva, puedan enturbiar la imparcialidad y la confianza en la que se sustenta.
No es necesario que exista una relación o actuación indebida."
Aplicándolo al caso presente, queda claro pues que la clave reside en el concepto de justa causa. En este sentido señalar que la separación del administrador concursal requiere una causa de entidad, razonable y fundada, sin que quepa sin más, equipararse a las discrepancias en su actuación.
Y si bien es cierto que se constata que la sentencia ha estimado la separación como si la solicitud lo fuera de una recusación, cuando lo que se pedía era la separación en base a los hechos que se narraban, también lo es que tales hechos, como ya recoge la resolución recurrida eran precisamente los que dieron lugar a la interposición de la querella y posterior admisión a trámite de la misma, según se y se refieren a la actuación del apelante como administrador concursal dentro del concurso.Se aprecia que lo que concluye la sentencia, es que existiendo como existe una causa de recusación, lo estima como causa de separación. Y en consecuencia si la separación requiere que concurra justa causa, lo que esta Sala deberá valorar es si la interposición de la querella y posterior admisión a trámite de la misma, debe estimarse como una justa causa.
En consecuencia en el caso presente, aún asistiendo en parte razón al apelante, es lo cierto que la conclusión jurídica y en consecuencia la decisión adoptada seria la misma.
Efectivamente, la interposición de una querella criminal por las conductas que va describiendo en la misma en relación con la actuación del apelante en el concurso y que tipifica en la querella como de los presuntos delitos de prevaricación; delito de cohecho;delito continuado de administración desleal; delito de estafa en grado de tentativa; delito de corrupción de particulares, se estima por esta Sala como justa causa para acordar la separación, y ello porque, si como hemos referido la separación requiere la existencia de una causa de entidad, razonable y fundada, sin que quepa, sin más equipararse a meras discrepancias en su actuación, tenemos que concluir que la admisión a trámite de una querella contra el apelante por un Juzgado de Instrucción, es causa más que razonable y de entidad suficiente para estimar la separación cuando además la misma esta prevista como una causa de recusación en el Art. 219 de la LOPJ en relación con el Art 124 de la L.E.C. y 33.2 de la LC
Es evidente que la interposición de una querella que ha sido admitida a tramite en el momento procesal en que se dicta la resolución apelada, y en la que se describen una serie de conductas en relación a la actuación del apelante en el concurso, con independencia de los avatares posteriores de la misma y con independencia de que con posterioridad se pudiera acreditar que la misma obedecía, como así lo alega la parte apelante, a la única finalidad de apartar al apelante de su cargo, la medida acordada por el Juzgador es la correcta en el momento en que se acordó, y ello porque se estima que la resolución acordada se justifica para que el desarrollo procedimental del concurso se produzca con la confianza necesaria de imparcialidad,aún cuando su afectación lo sea en el plano formal o jurídico, que también es sustancial al ejercicio de la función, como recoge la sentencia de la AP Secc3,antes referida.
Debiendo limitarse el Juzgador de Instancia y esta Sala a valorar el hecho objetivo acreditado de la admisión a trámite de una querella, que daría lugar en todo caso a que en el apelante concurriera causa de recusación.Y para valorarlo debemos atenernos al momento en que se dictó la resolución, en base a cuyos hechos deberá resolverse esta apelación al no entrar el Jugador en la valoración jurídica de si las conductas constituían o no los delitos objeto de la querella al no ser competente para ello, por ello lo irrelevante de los avatares posteriores de las diligencias penales,a los efectos de resolver este recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 456 de la L.E.C., debiendo el mismo limitarse a resolver si en el momento en que se dicto la separación del cargo de administrador existía justa causa para ello, y que esta Sala ha concluido que efectivamente así era.": SAP Girona (Sección 1) 16.12.2013 (Sentencia 462/2013; Rollo 378/2013)

2.1.8 Pasividad ante el desvío de un cheque nominativo a favor de la concursada

AP Alicante

“QUINTO.-Trayendo a colación lo expuesto en relación a los hechos que se imputan a los administradores concursales como justa causa de su separación, debemos afirmar que sin duda concurre causa más que justificada para la separación de los administradores concursales, Sres Jon y Diego.
Así resulta del análisis del comportamiento de los administradores concursales en el conflicto planteado en relación al cheque expedido por Caixa Galicia, sucursal de Alcoy, el día 28 de diciembre de 2010 nominal a favor de Luxender S.L. por importe de 294.212,41 euros que, mediante un endoso hecho con la firma no auténtica del administrador de Luxender S.L. ni de los propios administradores concursales, es ingresado el día 18 de enero de 2011 -doc nº 3, informe policial UDEF, páginas 3 y 12- en la cuenta de la mercantil Orfila Cinco S.A., sociedad a la que Luxender S.L. tenía encomendada -contrato de 19 de octubre de 2009- tanto la defensa de sus intereses -doc nº 1 demanda- como -contrato de 23 de octubre del mismo año- la asesoría administrativa, laboral y contable -doc nº 3 demanda-.
Comportamiento de los administradores concursales absolutamente reprochable desde el punto de vista concursal, tanto por la pasividad inicial como por el posicionamiento ante el conflicto después.
Y es que ante el hecho del ingreso del cheque nominalmente librado a favor de la concursada, en la cuenta de la mercantil encargada de su defensa, tomada conciencia por los administradores concursales de la irregularidad de tal operación, la aptitud de los mismos no puede ser más contraria a lo que debía ser la defensa del interés del concurso y de la legalidad.
Como se relata en la contestación a la demanda -folios 13 y 14 contestación-, en la reunión de 19 de enero de 2011 habida entre los Sres. Leoncio y Jose Ángel de Orfila Cinco con el administrador concursal Sr. Diego, que está acompañado de D. David, lo que hace el administrador concursal es pedir explicaciones a los citados letrados-socios sobre dicha operación que evidencia, por la naturaleza nominativa del cheque a favor de Luxender S.L., un actuar necesariamente irregular para operar con el ingreso por medio de endoso que es instrumento cambiario que requiere de la firma del legítimo tenedor del cheque y, en el caso concursal, de la firma de los administradores concursales sin que sin embargo, como luego se reitera en la declaración policial, al menos el Sr. Diego hubiera firmado dicho endoso.
Pero no obstante quedar evidenciado el conflicto, los administradores concursales no sólo no toman decisión alguna en defensa de los intereses del concurso - ante todo, requerir el reintegro inmediato del importe del cheque a la cuenta del concurso y la puesta en conocimiento de los hechos tanto del concursado como del Juez del concurso y del Ministerio Fiscal-, sino que en un correo electrónico inmediato a aquella reunión, fechado el día 27 de enero -correo que entrega D. Leoncio a la UDEF, folio 219-, completado con otro de 2 de febrero -doc nº 7-, lo que hacen los administradores concursales es formular una propuesta a Orfila Cinco.
En concreto, se propone por los administradores a Orfila Cinco computar el importe del cheque a otros importes percibidos en el concurso de Caixa Galicia (total de 594.212,41 euros) para, tras pagar otros créditos menores pero preferentes en el listado de créditos contra la masa (12.032,62 euros adeudados a trabajadores por los últimos 30 días trabajados y 58.398,55 euros por pagos urgentes), llevar a cabo un reparto o distribución del resto -522.855, 17 euros- entre los propios administradores concursales Sres. Jon y Diego y otros dos, D. David, hoy socio del Sr. Diego, y con el experto independiente designado a instancia de los mismos administradores, D. Juan Francisco, todos acreedores contra la masa conforme al listado elaborado por la Administración Concursal, garantizándole a Orfila Cinco, no sólo que los importes a abonar a los administradores por cuenta de Luxender S.L. no saldrían de la cuenta de Orfila Cinco para ingresar en la cuenta del concurso, en aras de una operación de compensación por supuestos créditos particulares entre Orfila y los Sres Diego y Jon por importes idénticos -folio 233-, sino que participarían en el reparto a cuenta de los honorarios que le eran adeudados por Luxender, mediante una operación crediticia en la que actuarían como prestamistas los administradores concursales Sres Jon y Diego, D. David y D. Juan Francisco y como prestataria Orfila Cinco, hasta tanto tuviera lugar el cobro de honorarios -contestación demanda, folios 10 y 11- adeudados a la misma, garantizando, eso sí, el mejor reparto posible.
En conclusión, que constando a los administradores demandados el cobro indebido de un cheque por parte de Orfila Cinco, lejos de formular reclamación formal del mismo -no se reclama la devolución del cheque hasta las comunicaciones electrónicas fechadas el 21 y el 28 de febrero- e iniciar las actuaciones legales oportunas, incluso penales, contra Orfila Cinco, lo que hacen es proponerle de forma explícita una operación que permita a Orfila Cinco eludir las consecuencias inmediatas de su actuar, ello sin correlativa pérdida de beneficio económico pretendido y con la garantía de que quienes urden el plan son los administradores del concurso.
Pues bien, tales hechos constituyen una flagrante infracción del deber de lealtad.
Si algún deber tenían los administradores desde que toman conocimiento del cobro del cheque por Orfila Cinco, no era ya el de requerir y reclamar la devolución sino si, como afirman, la transmisión por endoso había tenido lugar simulando las firmas de los propios administradores, también tenían la obligación de informar inmediatamente del hecho y cumplimentar tres deberes. Uno, el de declararlo y comunicar su existencia al Juez del Concurso y al Ministerio Público; dos, llevar a cabo una comunicación formal al concursado y; tres, abstenerse de intervenir en el conflicto si había una u otra naturaleza de relación con Orfila Cinco como parece desprenderse de la conducta no ya tibia para con dicha mercantil sino claramente favorecedora de la misma (lo que luego abundaremos) y que deviene, con evidencia, como claramente contraria al interés del concurso.
SEXTO.-Como se constata del relato antecedente, el Tribunal llega a la conclusión de la tacha de la conducta de los administradores concursales en relación al cheque cuya apropiación denuncia en su día la concursada Luxender S.L., habiéndolo de modo conjunto para con la conducta de ambos demandados, tanto del Sr. Diego como el Sr. Jon.
Resulta sin embargo necesario precisar la participación de éste segundo dado que en su recurso de apelación, plantea como motivo segundo la representación legal del Sr. Jon, la falta de legitimación pasiva del mismo en relación a los hechos de que se trata.

Afirma la representación legal del Sr. Jon que la Sentencia de instancia -cuya valoración probatoria critica en diversos aspectos- contiene un reproche no individualizado de culpabilidad o negligencia respecto de cada uno de los administradores concursales, siendo así que el Sr. Jon, ni aparece como emisor ni destinatario de ninguno de los correos electrónicos referenciados, ni suscribe ninguno de los documentos que los acompañaba, ni su firma aparece sobre el endoso del cheque, ni autoriza su cobro. Que lo cierto es -afirmaque cuando conoció la irregularidad del cobro por parte de Orfila Cinco requirió su reintegro en la cuenta de Luxender, que de hecho se personó y declaró ante la policía y que, en cualquier caso, no ha cobrado cantidad alguna de Orfila Cinco.
Pues bien, tales argumentos en absoluto desdicen los hechos que hemos expuesto como base o fundamento último del reproche justificativo de la separación.
El conocimiento de la irregularidad en el cobro del cheque por Orfila Cinco y las propuesta de reparto con participación de Orfila Cinco a través de un "préstamo", sin previo desembolso por aquella de la parte correspondiente a los administradores articulada por medio de una operación de compensación con créditos particulares que se afirman existentes de ambos administradores con Orfila Cinco, son hechos que forman parte de la contestación a la demanda deducida por Luxender S.L., contestación que se formula de manera conjunta por ambos administradores, también por el Sr. Jon, de donde se deduce procesalmente la asunción de tales hechos - art 405 LEC -, lo que impide que el Tribunal considere que carecía de conocimiento de la reunión habida el día 19 de enero de 2011 -que es cierto que se produce sin su presencia- del acuerdo de "préstamo" y de la propuesta de reparto contenida en el email de 27 de enero de 2011.
Dice en concreto la contestación a la demanda de separación de Luxender S.L. en relación a ésto folios 10 y 11
"Ante esta situación...Don Diego, Don Jon, Don Juan Francisco y Don David, quienes tenían reconocidos en conjunto un crédito contra la masa por importe de 457.509,09 #, deciden que dicha cantidad...compartirla con los letrados del concurso, Don Leoncio y Don Jose Ángel; es decir...que las cantidades que legítimamente tienen reconocidas en el concurso y no impugnadas, las van a compartir con los letrados del concurso...Por tal motivo, se elabora el cuadro de pagos que va anexo al correo de fecha 27 de enero de 2011 que el Administrador don Diego remite al letrado de la concursada Don Leoncio ".
Consecuentemente, no cabe aceptar una posición ignorante de los hechos desencadenantes de la calificación de desleal de la conducta desarrollada en relación a los hechos descritos por parte del Sr. Jon cuya deslealtad queda por tanto patentizada en los términos descritos en el anterior fundamento jurídico.”: ”: SAP Alicante (Sección 8) 03.11.2014 (Sentencia 220/2014; Rollo 168/2014)

2.1.9 Deslealtad en la elaboración de la relación de créditos contra la masa

AP Alicante

“SÉPTIMO.-Pero no sólo es justa la separación de los administradores concursales Sres. Jon y Diego, por la deslealtad mostrada para con el concurso en relación a los hechos ya descritos, sino que además, también lo ha sido en la elaboración de la lista de acreedores contra la masa en forma no compatible con la profesionalidad exigible y que hemos procurado describir en el fundamento jurídico quinto de esta resolución.
Ante todo ha de señalarse que es cierto, como insinúan las partes, que no es cauce adecuado para impugnar o cuestionar la calificación o cuantía de un crédito contra la masa, el de la separación de los administradores concursales -art 37 LC -, que tiene su propio cauce específico, vía incidente concursal -art 84-4 LC, antes 154-2 LC -. Pero no por ello, es tal razonamiento barrera que impida examinar el comportamiento de los administradores concursales a la hora de elaborar las listas de acreedores contra la masa en tanto ambas normas cumplen funciones distintas.
La de separación de administradores protege el interés del concurso frente a las actuaciones de los administradores concursales contrarias al modelo de conducta que la Ley Concursal establece para la Administración Concursal.
Dicho de otro modo, el régimen de separación de administradores concursales, en el sistema de la Ley Concursal, se inserta y adquiere su sentido en el dispositivo de protección al fin del concurso, siendo la norma de cierre de todo el dispositivo garantista de una Administración Concursal leal, imparcial, objetiva y diligente que se inicia con el artículo 28 (incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones) y continúa en los artículos 29-1 (aceptación), 30-2 (representación de las personas jurídicas administradores), 32 (recusación), 35-1 (ejercicio del cargo) y 36 (responsabilidad).
Por el contrario, la norma sobre impugnación de calificación o pago de créditos contra la masa - art 84-4 LC - tiene como fin expurgar, no la responsabilidad de los administradores concursales sino los créditos, es decir, ser un instrumento jurídico de ordenación de los créditos, de su naturaleza, cuantía y pago. Destinataria de la norma no es, por tanto, el administrador concursal, como tal, sino la masa pasiva.
Consecuentemente, si no se puede acudir al régimen de separación de administradores concursales para combatir créditos contra la masa, pretensiones propias de la esfera normativa del régimen de impugnación del artículo 84-4 Ley Concursal, sí cabe la aplicación del régimen de separación de administradores a conductas relacionadas con la conformación de las listas de acreedores contra la masa, en tanto obligación impuesta al administrador concursal, cuando presente aquella tarea una faceta o dimensión desleal, indiligente, falta de objetividad o imparcialidad o con frontal y grosera infracción de ley.
Por tanto, cuestionada la actividad de los administradores concursales en relación a dicha función, es preciso comprobar si la conducta vinculada a la conformación de la lista de créditos contra la masa presenta facetas de

desvalor que puedan tener sentido desde la perspectiva de un posible incumplimiento de los deberes por parte del administrador que, por ser reprochable, pueda constituir justa causa de la separación.
Procede en consecuencia analizar la cuestión que se hace respecto de tres de los créditos contra la masa incluidos en la lista de los administradores concursales, a saber, el correspondiente a D. David, el de los letrados de la concursada, Orfila Cinco S.A. y el del experto independiente, D. Juan Francisco, créditos respecto de los que hace causa de separación la concursada por las razones que veremos.
OCTAVO.-Se cuestiona en primer lugar lo relativo al crédito de D. David.
Afirma la representación legal de Luxender que a D. David se le ha reconocido en el informe de la Administración Concursal de 25 de noviembre de 2010, un crédito contra la masa por importe de 222.919,57 euros, equivalente a la retribución de los administradores concursales para la fase común, crédito que afirma es inexistente porque no responde a servicio alguno, ni a favor de Luxender S.L., que niega haberlo contratado, ni al concurso, para el cual no consta que esté designado o nombrado para tarea concursal alguna, crédito al que además, de forma injustificada, se le ha conferido preferencia al fijársele como fecha la de 6 de marzo de 2009 a pesar de que la primera intervención de la Administración Concursal no tiene lugar hasta el día 23 de diciembre de 2008.
No es cuestión en la que deba entretenerse este Tribunal la relativa a si D. David estaba o no contratado por Luxender S.L., pero es lo cierto que prueba contundente no existe en absoluto, no siéndolo el que el gerente de Luxender S.L., D. Fermín hubiera admitido su relación personal con D. David ni que en efecto había colaborado con Luxender en sus relaciones con acreedores financieros tras la declaración del concurso.
El conflicto se encuentra, en todo caso, en el hecho de que la Administración concursal reconoce en su informe de 25 de noviembre de 2010 un crédito contra la masa a favor de D. David -devengado por tanto, por actividades prestadas a Luxender, tras la declaración del concurso- cuya justificación temporal carece de toda base como se desprende de los siguientes datos.
Uno, que el concurso de Luxender S.L. se declara el día 1 de diciembre de 2008.
Dos, que las primeras actuaciones de los administradores concursales designados no tienen lugar sino a finales de diciembre de ese año 2008.
Tres, que la lista de créditos contra la masa se hace por los administradores en noviembre de 2010.
Cuatro, que la factura proforma que soporta el crédito de D. David, remitida por éste en fecha 30 de noviembre de 2011, lo es por importe de 131.522,55 euros, IVA incluido.
Cinco, que a pesar de que en su informe afirman los administradores concursales que D. David había sido nombrado por Junta General de Luxender de 16 de octubre de 2010 como auditor y que había auditado las cuentas de 2008 y 2009, tal dato, como expresamente se reconoce por los administradores concursales, no es cierto y no había auditoría.
Seis, de la documental aportada -relación emails-, se constata que las actuaciones de D. David se inician, tras la declaración del concurso, en el mes de marzo de 2009.
De estos datos resultan las siguientes conclusiones.
Primero, a los efectos del crédito contra la masa resulta irrelevante que D. David hubiera prestado servicios a Luxender S.L. con anterioridad al concurso.
Segundo, está por probar que se le contratara o continuara trabajando después de la declaración del concurso con Luxender S.L.. De la prueba documental -doc nº 7 y 8 contestación- sólo constan referencias a actuaciones posteriores a la declaración del concurso. Tampoco el doc nº 9 de la contestación -acta JG de 16 de octubre de 2010- prueba que fuera nombrado por Luxender S.L. auditor de las cuentas societarias, pues el documento no permite individualizar el origen del mismo, y ello es responsabilidad también de la Administración Concursal, que ya actuaba en la sociedad y debía velar por la formalidad de sus actos básicos
-art 48 LC -. Por otro lado, el doc nº 10 de la contestación demuestra que no se ha hecho auditoría alguna a pesar de lo que dice el informe concursal, cuya disculpa - error de redacción- no es aceptable, reflejando al menos un evidente descuido en la constatación de la información suministrada al Juez del concurso.
Tercero. La retribución como auditor no puede figurar por tanto, como elemento adicional en el crédito.
Cuarto. Consecuentemente, sólo puede tener sentido el reconocimiento del crédito de que se trata por otras labores, pretendidamente, como asesor económico- financiero contratado por Luxender S.L., pues desde luego no consta que participara en el concurso ni como perito ni como auxiliar delegado.
Quinto. No consta justificación de porqué se fija con fecha marzo de 2009 el citado crédito, tanto más cuando la prueba documental que aporta la Administración Concursal -relación de emails- prueba que las actuaciones comienzan en ese mismo mes y año.
Sexto. Las funciones que aparecen desarrolladas según la lista de correos, son propias también de la Administración concursal, que no es ajena a negociaciones con entidades financieras para pactar daciones en pago, refinanciación o novación de operaciones inmobiliarias.
Séptimo. D. David aparece como beneficiario en el reparto de las cantidades recibidas por Luxender, incluido el importe del cheque litigioso, y en el plan de préstamo a favor de Orfila Cinco.
Octavo. En la actualidad D. David es socio del Sr. Diego en la sociedad Solicitum Abogados Economistas Consultores S.L.P..
Corolario de las anteriores conclusiones no es ya la evidencia de una vinculación profesional entre D. David y el Sr. Diego sino, desde esa evidencia, la absoluta injustificación de la fecha de vencimiento dada al crédito en favor a D. David, aspecto obligacional tan relevante con ello se beneficia al acreedor preferenciando su crédito respecto de otros acreedores, crédito sobre el que además, planean serias dudas de su legitimidad, tanto en su causa como en su importe.

En cualquier caso, es la patente injustificación de la fecha del crédito, la conducta que constituye sin duda un acto contrario a los deberes de los administradores en la configuración de las listas de acreedores, en tanto supone una vulneración de los rangos de los créditos en perjuicio del interés del concurso.
NOVENO.-Próxima a la misma crítica hecha respecto del crédito reconocido a D. David, se encuentra lo relativo al crédito reconocido a la mercantil Orfila Cinco S.A..
Respecto del crédito por los letrados de la concursada lo que se cuestiona es la fecha de vencimiento -28 de noviembre de 2009-, pues si a Orfila Cinco S.A. se le contrató para la defensa de los intereses de Luxender S.L. en el concurso y con el concurso ya declarado, el criterio de vencimiento debía de ser sólo respecto de los servicios ya prestados, razón por la cual carece de justificación un vencimiento por importe de 400.000 euros a fecha 28 de noviembre de 2009, pero tanto más en el caso donde conforme al contrato suscrito con la mercantil el día 19 de octubre de 2009, la retribución se había pactado que se abonaría de forma fraccionada, con un pago, tras el inicial de 25.000 euros, de 200.000 euros a partir del día 19 de mayo de 2010 siempre que hubiera liquidez y, el resto, otros 200.000 euros, a la finalización del concurso.
En suma, también respecto del crédito reconocido a favor de la parte letrada de la concursada se reprocha a la Administración Concursal la alteración de la fecha de vencimiento, que per se, y al margen de las decisiones de la concursada, suponía un beneficio en el reparto de los ingresos habidos en el año 2010, de 594.212,41 euros.
Y sin duda tiene razón, desde el propio relato ya hecho, en el reproche.
En efecto, y al margen de la legitimidad del crédito y más allá de la cuantías disputadas, es lo cierto que desde un punto de vista objetivo, ninguna justificación tiene la fecha de vencimiento fijada por los administradores concursales al crédito de Orfila Cinco atendidos los pactos concertados entre las partes, que hacía que a la fecha fijada, una vez abonada la cuantía inicial de 25.000 euros, nada se adeudara a Orfila hasta el 19 de mayo de 2010 por razón del contrato de defensa de los intereses de Luxender S.L., al margen de lo dificultoso de explicar qué servicios podía haber prestado la sociedad beneficiaria del crédito entre el 19 de octubre y el 28 de noviembre de 2009, que tuvieran aquél valor.
El argumento que la representación legal del Sr. Diego aporta sobre que la inclusión del crédito responde al contrato suscrito entre Luxender y Orfila, en absoluto resulta aceptable, no sólo por lo ya dicho sino porque, aun en la hipótesis de que se adeudara en virtud del contrato la cifra de que se trata a Orfila conforme al contrato, no por ello deberían los administradores renunciar a su deber de fiscalización y moderación de los honorarios de la concursada como bien señala la jurisprudencia - STS 18 de julio de 2014 -.
En cualquier caso, no nos corresponde aquí examinar, porque ello pertenece al ámbito propio de la impugnación del crédito, si los servicios se habían o no prestado y si tenían o no uno u otro valor económico.
Lo que valoramos y reprochamos es la evidencia de lo injustificado del reconocimiento de un crédito contra la masa cuando no estaba vencido a la fecha señalada por los administradores ni, por tanto, devengado. Esto es lo reprochable, tanto más cuando se examina bajo el prisma de las relaciones mantenidas entre Orfila y los administradores externizadas en el pacto reparto y beneficio de Orfila incluso a costa de las retribuciones de los propios administradores, de D. David y del experto independiente sobre el que seguidamente nos pronunciaremos.
En conclusión, la injustificada inclusión, por razón del vencimiento, del crédito de Orfila Cinco en la lista de acreedores contra la masa del año 2009, constituye un acto de evidente indiligencia en relación a los criterios para fijación de vencimientos de créditos contra la masa y patente deslealtad en cuanto con ello se conseguía beneficiar a Orfila de la liquidez que pudiera haber en perjuicio del resto de la masa pasiva, sin que existiera causa para ello, razones de reprochabilidad a los efectos del artículo 37-1 de la Ley Concursal plenamente compartidas respecto del crédito reconocido a D. David.
DÉCIMO.-En relación a la conducta de los administradores en lo referente a la formación de la lista de los créditos contra la masa correspondientes al año 2009, nos resta valorar el crédito reconocido al experto independiente, D. Juan Francisco, designado por Auto de 24 de febrero de 2009 -doc nº 16 demanda-.
La crítica que se formula en la demanda para incluirlo entre los actos que justificarían la separación de los administradores concursales, radica en el hecho de que se hubiera producido el reconocimiento de un crédito a favor del experto por importe de 116.150 euros, muy superior al presupuestado en la petición de nombramiento hecha por los administradores -60.000 euros, doc nº 15 demanda-. y que se pretende justificar por los administradores en la elaboración de un conjunto de informes que no formarían parte del encargo judicial -doc nº 16- ni de las labores propias de estos peritos, fijadas en el artículo 83-1 de la Ley Concursal.
Ciertamente, se reconoce por los administradores concursales que el crédito que se reconoce al experto independiente lo es por dos motivos, uno primero, como experto independiente y otro segundo, por otros servicios realizados en beneficio del concurso.
Por lo primero, los propios administradores al proponer a Juan Francisco señalaban que los honorarios pactados con el mismo eran de 60.000 euros más gastos necesarios e IVA. Consecuentemente, el resto del crédito debe tener una justificación o en el nombramiento original o en base a otro nombramiento posterior de distinta naturaleza.
Siendo así, la conclusión que alcanzamos es que el crédito como experto no podía ser superior a esas cantidades, pendiente en todo caso de discutir qué conceptos se incluirían bajo el término de gastos necesarios, lo que en todo caso parece que debería estar relacionado tanto con desplazamientos y manutención u otros justificados y necesarios para la elaboración de los informes valorativos, pero en caso alguno entender comprendidos en ese concepto retribuciones por razón de otros informes técnicos que también hubiera podido realizar el propio experto, cuyo expurgo, caso de presentarse como "gastos necesarios" por el perito, correspondía a los administradores sin necesidad de instrucciones expresas sobre el

control que afecta a un crédito contra la masa que sólo se justifica por su necesidad y pertinencia como dice la STS de 18 de julio de 2014.
Dicho de otro modo, no cabría retribuirle de forma separada por razón de la complejidad de la valoración una vez fijado el importe retributivo pues, respecto del propio informante, otros "informes" a realizar por él mismo son meros instrumentos, a su cargo, de su desempeño.
Consecuentemente, si era necesario o conveniente al concurso realizar otros trabajos distintos a los propios de un experto y para lo que fue nombrado, los administradores concursales debían haberlo propuesto en su caso, y con la debida justificación, como auxiliar delegado para darle cobertura legal, siendo a su cargo la retribución conforme al art 32 LC -.
De no haber sido así y de haber autorizado o permitido la actividad profesional del perito en el marco externo a las funciones que judicialmente tenía atribuidas en el marco del artículo 83 LC, en caso alguno podría obtener una retribución a sus honorarios a cargo de la masa del concurso, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores concursales - art 36-6 LC -.
Por tanto, sin duda D. Juan Francisco es acreedor contra la masa en tanto experto independiente y conforme al régimen legal dado al artículo 83 por el R.D.-ley 3/2009, pero la inclusión para incrementar el crédito de otros conceptos no amparables bajo tal designación judicial constituye un acto que, en tanto perjudica a la masa activa, resulta reprochable a los administradores que con su decisión, perjudican el interés del concurso.": SAP Alicante (Sección 8) 03.11.2014 (Sentencia 220/2014; Rollo 168/2014)

2.2 Jurisprudencia posterior a Ley 17/2014

2.2.1 Incumplimiento grave de las funciones del administrador concursal.

JM-1 Granada

"Al margen de lo anterior debemos partir de dos elementos trascendentales:
1º. En el marco de lo previsto en los artículos 37 y 35 de la Ley Concursal (en análisis conjunto) las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán por escrito y serán firmados, en su caso, por todos sus miembros. Las resoluciones judiciales que se dicten para resolver las cuestiones a que se refiere este artículo revestirán la forma de auto, contra el que no cabrá recurso alguno. Tampoco podrá plantearse incidente concursal sobre la materia resuelta. Relacionando esto con lo previsto en el 192.3 Lc ya citado y (tras la reforma de la Ley 17/2014) en la distribución y categorización (subcategorías) de competencias que el artículo 33 LC establece tendríamos en lo que a la gestión de la sociedad obedece:
Decisiones de trámite o de gestión ordinaria de la empresa.
Decisiones que no son de trámite o de gestión ordinaria de la empresa.
2º. El marco de actuación de las causas de separación de la administración concursal no pueden obedecer (art. 37 LC) a opciones o alternativas que la parte valore como propias y que, a su entender, mejoran otra de las opciones de gestión ordinaria sino que se delimitan en base o sobre la base de pretensiones objetivas amparadas en el concepto jurídico indeterminado de " justa causa" que la última de las reformas, ya citada, ha ampliado o aclarado en su ámbito a los supuestos en que en "...todo caso será causa de separación del administrador, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas, resuelva lo contrario, el incumplimiento grave de las funciones de administrador y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores presentada por la administración concursal en su informe ".
Por lo tanto el incumplimiento que se señala como delimitador (al margen de cualquier otro que pudiera obedecer a razones distintas situadas en la esfera personal o profesional) de la causa de separación para los incumplimientos de las funciones del administrador se determina por la gravedad de las mismas. Conforme a ello se requiere:
1º. Incumplimiento de las funciones del administrador concursal.
Este incumplimiento de las funciones del administrador quedará matizado, conforme se ha señalado, en el ámbito de dichas funciones resultando que la norma no permite discutir decisiones, en ejercicio de dichas funciones, por el trámite incidental cuando se soliciten actos de administración o impugnación de otros actos de administración por razones de oportunidad (art. 192.3 LC). Y por otro lado las decisiones o acuerdos que no sean de trámite o de gestión (a sensu contrario los que si lo sean de trámite y de gestión quedarán sujetos a lo señalado anteriormente) si podrán discutirse si bien deberán (art. 35.3 y 5 LC)ser resueltas, incluso a instancias del juzgador, por auto contra el que no cabrá incidente concursal.
Por lo tanto la norma ha querido que las operaciones de trámite y de gestión tengan un tratamiento específico cuando obedezcan a criterios de oportunidad resultando entonces que las funciones enumeradas en el artículo 33 LC (que hemos de integrar por su redacción posterior) solo delimitan la "justa causa" en tanto a incumplimientos objetivos y no en cuanto a criterios de oportunidad. Todo ello sin perjuicio de las posibilidades previstas en los artículos señalados y el marco de actuación del artículo 36 LC.
2º. Incumplimiento grave.
El incumplimiento grave también quedará delimitado por una excepción que el propio precepto recoge en visión holística del asunto:"... salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas " resuelva lo contrario (37.1.2º LC). En este supuesto el planteamiento parte de la existencia de un incumplimiento de funciones que quede probado; que dicho incumplimiento deberá ser considerado como "grave" en cualquiera de los supuestos que permite, para este apartado, la norma. Y que incluso con ese incumplimiento grave la decisión puede ser de

"no separación" por circunstancias objetivas. El parámetro se completa con lo previsto en el artículo 35.1 LC y por lo tanto también con los supuestos de cumplimiento negligente de los administradores con la misma cualificación de gravedad, lo que se equipara a incumplimiento.
Segundo: Aplicación al caso concreto.
Dicho todo lo anterior lo que resulta de la demanda incidental es, esencialmente, un criterio de oportunidad no compartido por quien demanda y respecto de la actuación de la administración concursal. Todo ello al margen de la valoración de la mejor o peor decisión que a los efectos de intereses del concurso realiza la parte y que nada tienen que ver con la causa real que se ha planteado: incumplimiento de las funciones del administrador por justa causa.
Como no podría imaginarse de otra forma la administración concursal, al contestar su demanda, tiene una visión diferente a la que tiene la demandante. Ello obedece precisamente a tratarse de funciones de gestión que obedecen (mejor o peor) a criterios de oportunidad sobre los que la norma establece limitaciones de impugnación no porque se parta de incumplimiento de funciones sino porque se parte de ejercicio de las mismas. Este debe contemplarse desde la perspectiva del artículo 35.1 LC (Los administradores concursales y los auxiliares delegados desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal).
Ciertamente llama poderosamente la atención la conformación, no negada, de determinados cargos del órgano de administración de sociedades vinculadas (e incluso indicadas como grupo) y de la propia concursada entre las que existen uniformidad de órganos. Los actos que se imputan como graves son:
No atender a un supuesto del 97 bis iniciado por la propia actora.
La falta de reclamación de un préstamo a una de esas sociedades y que aparece como deudora en el concurso. Consustancialmente la solicitud de concurso necesario.
Falta de actuación en relación a determinadas fincas de la concursada respecto de una de esas sociedades. En concreto se refiere al artículo 71 en su último apartado.
La falta de reclamación de responsabilidad a los administradores de la concursada. Cita en particular el artículo 48 LC.
Falta de puesta en conocimiento del concurso de un determinado resultado conflictivo que se presentó, tal y como ha acreditado la administración concursal, conjuntamente con la Abogacía del Estado.
Lo que imputa la demandante a la administración concursal, por tanto, es "inactividad"; más concretamente inactividad en relación a lo que la propia actora considera debió realizarse y no se realizó, sustituyendo nuevamente la voluntad de la misma por la suya, es decir su apreciación por la de la propia administración concursal. Es por tanto el criterio de oportunidad el que se discute. Y sin perjuicio de que el mismo pueda ser acertado o no conforme a lo que señala la propia demandante o la administración concursal esa inactividad debe ser contemplada (al margen de los menos graves o de los errores) desde tres parámetros:
1º. Por un lado en aquellos supuestos (apartados primero y tercero anteriores) en donde la propia actora tiene la posibilidad incidental abierta por así permitírselo la norma (artículos 97 bis y 72 LC). En tales casos la diferente apreciación de oportunidad se completa por la ley y por tanto establece un mecanismo de corrección para lo que pueda, de forma contraria, entender cualquier interesado legitimado.
2º. Por otros aquellos que la ley delimita con criterios legales (incluso de oficio) como es la adopción de medidas cautelares previstas en el artículo 48 ter LC. En estos la apreciación de cualquier interesado ayuda pero no sustituye la atribución de competencias.
3º. Aquellos en los que dicha inactividad (superando en su caso los parámetros antes dichos de gravedad) pudieran afectar, más allá del criterio de oportunidad, al propio interés del concurso (que en el relato de la actora se situaría en la falta de reclamación del préstamo vencido) y por la que se solicitó autorización para ejercicio de acciones (que la administración concursal sitúa incluso respecto de la propia actora)pero que la administración concursal señala no ha ejercitado dados los acuerdos que se pretenden por la complejidad del asunto en relación a las cargas urbanísticas. Aunque señala- pero no aporta documental- que ha procedido contra la misma. Al margen de dicha opción (y de su real ejercicio o no) es evidente que volvemos a situarnos en criterios de oportunidad y por tanto pendientes o dependientes de la situación concursal. Si esta lleva a liquidación es evidente que deberá así contemplarse al no existir ninguna otra posibilidad; si no se lleva a liquidación y existe un convenio este determinará, o deberá hacerlo, la situación de devolución en la que deba operar. En cualquier caso la citada circunstancia parte también de la afirmación, por la demandante, de la oportunidad en relación al artículo 71 LC y por tanto en la legitimación subsidiaria que pueda determinar el 72 LC si ha sido requerida aquella para ello.
No estamos por tanto ante incumplimiento de funciones sino ante diferentes visiones de gestión que la actora plantea como incumplimientos graves de la administración concursal y que por lo tanto deben por ello conllevar la desestimación de la demanda.". SJM-1 Granada 20.02.2015 (Incidente 695/2012)

3. Inexistencia de justa causa (jurisprudencia anterior a Ley 17/2014)

3.1 No lo es informar sobre la inviabilidad del convenio y la procedencia de la liquidación, ni las desavenencias con la concursada o su letrado

AP Valencia

"TERCERO.- Para revisar la decisión del Juez de lo Mercantil, en aras a la aplicación del artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil es necesario tener presente el contenido de las actuaciones que a este Tribunal se le

han remitido, vía testimonio de parte del concurso, y debe señalarse, a la vista de las mismas, los siguientes datos de relevancia:
1º) Electro Industrial del Mediterráneo SA fue declarada en estado de Concurso Voluntario por Auto de 221 10120 10 nombrándose en la misma resolución Administrador concursal al Abogado A
2º) En fecha de 22/2/2011 el Administrador Concursal aporta el informe, ex artículo 74 y 75 de la Ley Concursal, con inventario y lista de acreedores, indicando haber un superávit patrimonial de 927.527 euros advirtiendo que para continuar la actividad social se necesita una inyección de capital, reseñando que no existe a tal momento propuesta de convenio del deudor. Tal informe fue unido a los autos por Providencia de 28/7/2011, sin que conste manifestación u objeción alguna.
3º) El administrador concursal presentó en 21171201 1 los textos definitivos (ex artículo 96-4 de la Ley Concursal) donde concluía con la previsión de imposibilidad de la continuidad de la empresa, porque la actividad desplegada después del concurso resultaba insuficiente, estando abocada a la liquidación a no ser que se produzca la inyección de capital. Tal informe se unió por Providencia de 28/7/2011, no constando impugnación u objeción alguna, siquiera constan alegaciones.
4º) En fecha de 21/10/2011 el Juzgado de lo Mercantil dicta una Providencia en la que expresamente se dice: ".. finalizado el plazo de alegaciones para textos definitivos y con carácter previo a dictar la oportuna resolución sobre el fin de la fase común: dese traslado a la concursada y a la administración concursal por plazo de cinco días, para que informen al Juzgado, con la finalidad de evitar dilaciones innecesarias en el proceso y la generación de nuevos créditos contra la masa, sobre la posibilidad de abrir directamente la fase de liquidación bajo apercibimiento de proceder a la misma si no se realiza manifestación en contrario". Providencia no recurrida por parte alguna.
En contestación a dicho trámite del Juzgado, el Administrador Concursal presentó escrito el 2/11/2011 solicitando la conveniencia de abrir directamente la fase de liquidación, advirtiendo que desde la declaración del concurso las circunstancias que en memoria se advirtieron como causa del concurso habían empeorado: incrementado las pérdidas en los meses del año 2011; ser insuficiente el margen comercial que se obtiene para cubrir los gastos generales de la sociedad y no se estaban abonando las nóminas de los tres trabajadores devengadas desde el mes de agosto.
La sociedad concursada presentó escrito alegando exclusivamente que no debía abrirse directamente la fase de liquidación y solicitaba se abriese fase de convenio.
5º) El Juzgado de lo Mercantil dictó Auto de 24/11/2011 declarando el fin de la fase común y aperturando la fase de convenio fijando la Junta de Acreedores para el día 1/3/2012
6º) Presentado por la concursada en 4 de Enero de 2012, Propuesta de Convenio, Plan de Viabilidad y Plan de Pagos, el Juzgado de lo Mercantil dio traslado del mismo a la administración concursal para su evaluación, trámite que cumplió con escrito de 10/2/012 concluyendo una evaluación desfavorable al convenio propuesto advirtiendo que el mismo no tenía como finalidad primordial la continuidad de la empresa.
7º) Convocada por el Juzgado de lo Mercantil comparecencia a instancia del letrado de la concursada, se celebró el 28/2/2012, ratificando el Administrador Concursal su evaluación del convenio propuesto y tras las alegaciones del Letrado de la concursada, el Juez de lo Mercantil acordó la suspensión de la Junta de Acreedores señalada para el día 1/3/2012 y dictó auto de 6/3/2012 cesando al administrador concursal, nombrando como administradora concursal a B.. Este Auto fue recurrido en reposición por el Administrador Concursal separado.
8º) Sin haberse señalado y por ende celebrado Junta de acreedores, la concursada por escrito de 4/10/2012, solicitó la liquidación del concurso y el Juzgado de lo Mercantil 3 Valencia dictó auto de 3/11/2012 acordando de inmediato la fase de liquidación.
9º) El Juzgado de lo Mercantil dictó auto de 26/11/2012 desestimando el recurso de reposición entablado por el Administrador concursal A. contra su cese.
10º) En fase de apelación se ha aportado como hecho nuevo y documento que lo justifica que la Sala estimó, el informe de liquidación de la Administradora Concursal. Sra. B., totalizando a mayo de 2013, los créditos contra la masa pendientes de pago, la suma de 546.636.79 euros (a fecha de 31/12/2011 tal concepto ascendía a 210.000 euros), habiendo cesado los trabajadores en fecha de 12/11/2012 y siendo la tesorería inexistente.
CUARTO. A la vista de los hechos colacionados en el fundamento precedente, este Tribunal discrepa y no comparte la decisión del Juzgado de lo Mercantil y no acepta los razonamientos que basan su decisión para separar al recurrente del cargo de administrador concursal inicialmente designado, acogiendo el segundo motivo del recurso de apelación, porque no apreciamos la concurrencia necesaria y preceptiva de la causa justa exigida por el artículo 37 de la Ley Concursal.
Es de advertir que el Juzgador para su decisión en este tema, debe imperativamente fijar qué hecho concreto y determinado, justificado cumplidamente, implica la mala gestión o defectuoso desempeño del cargo de administrador concursal, en atención a sus deberes (artículo 35 Ley Concursal), causa de tal decisión, que además ha de ser de entidad o gravedad, no reportando tal carácter las meras discrepancias de valor en los informes preceptivos respecto a los mantenidos por otras partes y el legislador en la reforma operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre ha fijado que esa motivación y decisión del Juzgado de lo Mercantil, en tal aspecto, deba estar sometida a control por las partes fijando el recurso de apelación que anteriormente estaba vedado.
Debe indicarse que conforme a la resolución del Juzgado de lo Mercantil de 6/3/2012 se concluye que no aprecia en la labor del administrador concursal una actuación adecuada y responsable por: a) Verter manifestaciones demoledoras a la propuesta de convenio de la concursada con falta de rigor y objetividad en las mismas: b) Falta de labor de estudio, análisis y consenso con el administrador de la concursada para dar salida a la concursada cuando había una oferta de venta, alquiler y segregación de naves; c) No advertir al

Juez de lo Mercantil los criterios que debían regir el informe de evaluación de propuesta de convenio y d) Desavenencias con el Letrado de la Concursada.
Tales argumentos que son los únicos que este Tribunal va a enjuiciar (pues no es admisible en la solución de la reposición incluir otros distintos) no se compaginan ni con el contenido de los autos ni con la normativa concursal, por las siguientes consideraciones:
1º) El administrador concursal ha cumplido no solo con todos y cada uno de los trámites Legales, sino además con todos los instados o requeridos por el Juzgado de lo Mercantil.
2º) Desde el primer informe presentado a principios de 201, el administrador concursal, ya advertía, analizadas la contabilidad y cuentas sociales, de los problemas de la sociedad concursada para continuar con su actividad, reafirmados y agravados en el informe de textos definitivos que parte alguna atacó o impugnó. Es más, ante su contenido y clara conclusión de inviabilidad, el propio Juez de lo Mercantil, abrió de oficio trámite para oír sobre la inmediata apertura de fase de liquidación con un claro apercibimiento a todas las partes de apertura directamente tal fase; insistiendo el administrador concursal, por tercera vez, en lo que ya había afirmado con anterioridad y no dando argumentos en sentido contrario la concursada, ni mencionando o atacando las conclusiones del administrador concursal, limitándose a pedir la fase de convenio.
3") El informe desfavorable al convenio consta de 22 folios con respuesta y motivación a cada uno de los puntos del Convenio presentado, Plan de Pagos y Viabilidad, por lo que no puede ser tildado de falta de rigor, estudio o análisis, sino precisamente resulta todo lo contrario y además es plenamente coherente y lógico con todos los informes previos presentados por la administración concursal.
4º) El artículo 115 de la Ley Concursal exige al administrador concursal una evaluación del contenido de la Propuesta de Convenio en su relación con el Plan de Pagos y Viabilidad y evaluar significa apreciar o estimar el valor de una cosa y ello es lo efectuado por el Administrador Concursal en el presente caso: en modo algunos se impone, obviamente, que tal evaluación ha de ser conforme con las propuestas de la concursada o que debe negociarse la misma, pues de ser así precisamente quiebra la independencia con que debe actuar profesionalmente tal órgano del concurso. El reproche del Juzgador al administrador concursal, Sr. A., por haber una oferta de venta y alquiler de naves, carece de justificación, desde el momento que la misma no se contempla en la Propuesta de Convenio ni en el Plan de Viabilidad e incluso la nueva administración concursal entrante, a fecha de 10/7/2012 desconocía existiese tal oferta.
5º) Es obvio y evidente que el Administrador Concursal, no tiene obligación legal alguna ni profesional de consensuar con la concursada trámites del concurso ni menos todavía los informes sobre viabilidad de la empresa, como tampoco advertir al Juez qué criterios va a llevar en sus informes pues ello está inmerso en la profesionalidad del designado y además están claramente expuestos en los cuatro informes (todos ellos en la misma línea valorativa) que en el presente caso ha emitido, donde no consta que el Juez hiciese uso de la facultad del artículo 35-4 de la Ley Concursal. Precisamente el contenido conjunto de los cuatro informes emitidos es plenamente coherente en la posición del administrador concursal sobre la situación de la empresa y su viabilidad, está sustentado sobre datos contrastados, por lo que no puede admitirse se le reproche no ser objetivo.
6º) Las previsiones o pronósticos que el Juzgado de lo Mercantil se hace de que con la opinión desfavorable del administrador concursal a la propuesta de convenio, era causa de no producirse voto favorable de acreedor alguno, es mera hipótesis. dada la inmediata suspensión de la Junta de Acreedores, cuando, por otro lado, la evaluación se emite con criterios de profesionalidad e independencia y llama poderosamente la atención de que nombrado nuevo administrador concursal, no consta se haya vuelto a realizar tal convocatoria (suspendida por el Juzgador) y pocos meses después de estar cesado el apelante, la propia concursada solicita la liquidación, es decir, lo que ya informó de forma reiterada el administrador concursal, conllevando tal dilación un incremento notorio de los créditos contra la masa.
7º) Por último, las desavenencias del recurrente con el Letrado de la Concursada, que esta
Sala no aprecia hasta el momento de la comparecencia (la concursada no efectuó impugnación o alegación alguna ante la opinión reiterada en los tres primeros informes del administrador concursal de inviabilidad de la empresa), en modo alguno pueden constituir causa justa para separar al administrador concursal, pues de ser así al fácil alcance de la concursada estaría provocar la separación de la persona que no sigue sus dictados de un cargo necesario en el proceso concursal.
Por todas estas consideraciones entendemos que no concurre causa justa para separar al administrador designado quien no ha infringido el artículo 35 de la Ley Concursal y ha desempeñado con la diligencia y lealtad exigida legalmente, procediendo la revocación del auto de 6/3/2012 y el de su ratificación de 26/12/2012, ordenándose la rehabilitación en su ejercicio.": AAP Valencia (Sección 9) 17.07.2013 (Auto 332/2013; Rollo 301/2013)

Resolución del JM revocada

"PRIMERO.- La Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, pone de manifiesto que el convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud.
Entre las medidas para facilitar esta solución del concurso destaca la admisión de la propuesta anticipada de convenio que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o, incluso, cuando se trate de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la ley establece. La regulación de esta propuesta anticipada permite, incluso, la aprobación judicial del

convenio durante la fase común del concurso, con una notoria economía de tiempo y de gastos respecto de los actuales procedimientos concursales.
En otro caso, si no se aprueba una propuesta anticipada y el concursado no opta por la liquidación de su patrimonio, la fase de convenio se abre una vez concluso el trámite de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.
La ley procura agilizar la tramitación de las propuestas de convenio. La propuesta anticipada que no hubiese alcanzado adhesiones suficientes para su aprobación podrá ser mantenida en junta de acreedores. El concursado que no hubiese presentado propuesta anticipada ni solicitado la liquidación y los acreedores que representen una parte significativa del pasivo podrán presentar propuestas incluso hasta 40 días antes del señalado para la celebración de la junta. Hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a ésta podrán admitirse adhesiones a las propuestas, lo que contribuirá a agilizar los cómputos de votos y, en general, el desarrollo de la junta.
También es flexible la ley en la regulación del contenido de las propuestas de convenio, que podrá consistir en proposiciones de quita o de espera, o acumular ambas; pero las primeras no podrán exceder de la mitad del importe de cada crédito ordinario, ni las segundas de cinco años a partir de la aprobación del convenio, sin perjuicio de los supuestos de concurso de empresas de especial trascendencia para la economía y de presentación de propuesta anticipada de convenio cuando así se autorice por el juez. Se admiten proposiciones alternativas, como las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos. Lo que no admite la ley es que, a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia. Para asegurar ésta y la posibilidad de cumplimiento, la propuesta de convenio ha de ir acompañada de un plan de pagos.
La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe preceptivo de la administración concursal es una garantía más de esta solución.
SEGUNDO.- Pues bien, la concursada presentó la Propuesta de Convenio dentro del plazo previsto en el artículo 113,2 LC, es decir, hasta cuarenta días antes de la fecha prevista para la celebración de la Junta de Acreedores, que tendría lugar el día 1 de marzo de 2012.
TERCERO.- Para reenquiciar adecuadamente la cuestión, procede señalar que el escrito evaluador del administrador concursal, que se encabezaba con la ratificación de su informe de fecha 2 de noviembre de 2011, sobre la conveniencia de abrir la fase de liquidación como única forma posible de terminación del concurso, contiene unas manifestaciones total y absolutamente demoledoras contra la Propuesta de Convenio, Plan de Viabilidad y Plan de Pagos. Y ello fue la consecuencia de la petición del Letrado de la deudora concursada de que convocase por éste Juzgado de lo Mercantil la comparecencia a que se ha hecho referencia en el Antecedente de Hecho Tercero de esta resolución.
Las alegaciones que efectuó el administrador concursal, D. A., no sólo adolecían de falta de rigurosidad y objetividad sino del mínimo conocimiento de la problemática de la empresa concursada, ELECTRO INDUSTRIAL MEDITERRANEO, S.A., de sus medidas correctoras de la crisis y de la veracidad y consistencia de su propuesta de viabilidad y plan de pagos.
Más aun si cabe, cuando por este Juzgador se echa en falta una necesaria y auténtica labor de estudio, análisis y consensuaciòn, en la medida de lo posible, de dicho administrador concursal con la administración de la concursada, a fin de viabilizar el convenio y dar salida a la compañía, evitando el último recurso a la liquidación. Y fundamentalmente cuando frente al tópico manualístico empleado por el administrador concursal, se ha acreditado oferta de venta, alquiler y segregación de las naves, con posterior arrendamiento por la compañía concursada de un inmueble por un precio aproximado de unos 1100 euros/mes. Lo que junto al cambio de modelo de negocio de acuerdo con las nuevas reglas del mercado, podría llegarse a la competitividad de la mercantil, ELECTRO INDUSTRIAL MEDITERRANEO, S.A.
Amén de no haber puesto en conocimiento del Juzgado, antes de emitir su evaluación, los criterios por los que iba a regir.
Y claro está, frente a la posiblemente desafortunada evaluación del administrador concursal, que sin duda podría y debería haber sido más ecléctica, porque la liquidación es una opción o consecuencia que siempre está ahí, no resulta posible que ningún acreedor se adhiera o vote la Propuesta de Convenio.
CUARTO.- Recuérdese que la Exposición de Motivos de la LEY 38/2011, de 10 de octubre de Reforma, pone de manifiesto que la ley es consciente de la importancia del papel que desempeñan en este ámbito los administradores concursales y busca una mayor profesionalización, al tiempo que realza sus funciones y su responsabilidad. Puede destacarse, así, la potenciación que se efectúa de las funciones de la administración concursal y el refuerzo de los requisitos para ser nombrado administrador concursal. En esta línea se sitúa el reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia.
Así, se busca una mayor profesionalización, potenciar sus funciones, realzar su responsabilidad y

reforzar los requisitos para ser nombrado administrador concursal.
Y desde luego, no se aprecian en el administrador concursal, D. A., no ya méritos sino una actuación adecuada y responsable en su comportamiento como tal.
QUINTO.- El art. 37 de la Ley Concursal permite al juez, de oficio, o a instancia de los legitimados para instar el concurso, o de los demás miembros del órgano de administración concursal, separar del cargo a los administradores concursales, cuando concurra justa causa. En el presente caso, se estima que concurre justa causa para acordar el cese del administrador concursal por los motivos expuestos.
Se constata, además, una clara y evidente desavenencia con la administración de la concursada y con su propio Letrado. Y ante todo ello, no parece aconsejable que se mantenga en el cargo a dicho administrador concursal.
Por todo lo expuesto, procede la separación del cargo del administrador concursal D. A., y el nombramiento de nuevo administrador (art 38.1 LC).": AJM-3 Valencia 06.03.2012 (Concurso 798/2010)

3.2 Cauce inadecuado para las discrepancias con el informe de la AC

JM-1 Alicante

"PRIMERO Con arreglo al artículo 37 de la Ley Concursal cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá separar de su cargo a los administradores concursales.
Al margen de causas involuntarias (como enfermedades inhabilitantes ?) la doctrina al comentar este concepto jurídico indeterminado de «justa causa» hace referencia al abandono de la profesión que le cualificaba para la designación, la realización de actividades prohibidas o que cuestionen su probidad, los abusos en el ejercicio del cargo, remarcando que, dada la estabilidad necesaria que precisa el cargo de administrador concursal, no cabe la separación ad nutum sino que requiere una causa de entidad, razonable y fundada, sin que quepa, sin más, equipararse a las discrepancias en su actuación ni pueda instrumentalizarse como vehículo para formular quejas e intentar combatir las aseveraciones contenidas en el informe del art. 75 LC.
Esto último tiene especial relevancia en el caso que nos ocupa, pues debe aclarase que el incidente de separación «ex» art. 37 LC no es el cauce para cuestionar las valoraciones del activo y pasivo que contiene ni atacar las afirmaciones referidas en el mismo que puedan después resultar relevantes, en su caso, en el devenir del concurso, ya en la sección de convenio o liquidación ya en la de calificación.
Ello es así por varias razones:
i) la existencia de cauces específicos para ello.
En primer lugar, los interesados (art. 96.1) pueden impugnar el inventario y la lista de acreedores, ya por su indebida inclusión/exclusión ya por su incorrecta valoración, dado que la depuración de las masas activa y pasiva contenidas en el informe «ex» art. 75 es sólo provisional.
En segundo lugar, en cuanto a la liquidación de activos, si ésta se efectúa con carácter previo (para bienes concretos) a la fase de liquidación, se ha dado (y se dará si así se vuelve a interesar) previo traslado a los interesados (art. 43 y art. 188) y si se aperturase liquidación, ya prevé el art. 148 LC el trámite de observaciones a la propuesta de liquidación.
En tercer lugar, y en sede de calificación, la valoración del comportamiento de los administradores societarios que puede ser distinta a la que pueda deducirse del informe del art. 75 LC, la deben efectuar y alegar en el trámite del art. 168 LC, modificado por RDL 3/2009.
ii) las solas diferencias de criterio sobre la depuración de las masas (ya activa ya pasiva) en ningún caso pueden suponer justa causa para separación, pues llevado a sus últimas consecuencias, implicaría la separación del órgano de administración en caso de estimación de los incidentes del art. 96 LC, lo cual ni lo dice la Ley ni se desprende de ella.
SEGUNDO Las anteriores consideraciones, que resultan básicas y en la generalidad de los casos superfluas, devienen necesarias aquí.
La solicitud de separación, con una terminología inadecuada y perfectamente prescindible a la hora de calificar a la admistración concursal, adolece de la claridad, rigor y precisión mínima exigible en un escrito forense que se presenta en un procedimiento concursal y lleva a cabo en una gran parte una crítica del informe del art. 75 LC y de sus documentos anexos, entremezclada con alegaciones a un proceso penal seguido en el Juzgado Central de Instrucción núm. 1º y de cual ha sido la actuación del concursado, o más concretamente de su administrador societario, que tacha de delictiva.
Ello no sólo dificulta su análisis sino que en buena parte éste no procede por lo antes expuesto. Así, expresamente, no es momento para analizar: a) las discrepancias sobre valoraciones sobre determinados activos (derechos derivados de contratos, solares en España y Marruecos, edificios, complejos residenciales, etc. ?); b) sobre propuestas de venta de elementos del activo (sin entrar a dilucidar su naturaleza enajenable o no, que puede depender de la calificación o no de los mismos como elementos comunes, según la LPH); c) sobre la inclusión de derechos de crédito por no entrega de muebles que se dicen abonados (o desde la óptica de la concursada, de la existencia de unas deudas por esas cantidades); d) sobre la actuación de la mercantil Riviera Coast Invest SL que ha desencadenado el concurso, o más concretamente de su administrador societario, que tacha de delictiva, pues ello debe realizarse en la Sección 6ª y en su caso en las Diligencias Previas incoadas.
Por otra parte no se comprende qué responsabilidad tiene la admistración concursal respecto de las vicisitudes del proceso penal instado antes de la declaración de concurso, sin que conste que requerida en el mismo por la autoridad policial o judicial haya omitido el deber de cooperación. No parece lógico y normal que se haga

descansar sobre la admistración concursal la ausencia de éxito de unas diligencias en un proceso penal del que es ajena.
TERCERO En otro orden de cosas y para agotar las exigencias de respuesta judicial indicar:
1º) no se entiende cómo se achaca a la admistración concursal la ocultación del estado de algunos edificios (Ulyss. IV y V, hecho primero), pues en el Informe consta y en el dictamen de experto independiente que forma parte del mismo (art. 83), que dichos edificios están pendientes de concluir algunas terminaciones y repasos. Cosa distinta es que hayan certificaciones de terminación de obra de un arquitecto superior, de cuya emisión y responsabilidad es totalmente ajena la admistración concursal, pues se remontan a noviembre y diciembre de 2007 y el concurso se declara en septiembre de 2008.
2º) la no conclusión de la obras, y las consecuencias contractuales que de ello pueden derivarse respecto de los adquirentes, será imputable a la mercantil concursada al tratarse de incumplimientos previos a la declaración de concurso (art. 61 y concordantes de la LC), no pudiendo ser nunca causa de separación de la administración concursal, que, en cambio, sí debe adoptar las medidas necesarias para no generar crédito contra la masa, con perjuicio de la totalidad de acreedores, que tendría lugar en caso contrario.
3º) la admistración concursal no ha incumplido el deber de informar «ex» art. 35 LC, ya que el requerimiento al que hace referencia la providencia de 28/11/2008 escaneada parcialmente es claro que se hace a la CONCURSADA, sin que sea necesario aclarar que es una entidad jurídica con personalidad propia, que no se extingue por la declaración de concurso y que conserva sus órganos (art. 48) siendo ésta la que debe atender el requerimiento (arts. 42, 45 y 165 LC), al margen del régimen de facultades del deudor (art. 40), sin que, por supuesto, deba responder la admistración concursal de un comportamiento ajeno.
4º) la admistración concursal no es sólo la legitimada para el ejercicio de acciones de reintegración y demás de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho. Lo están también los acreedores (art. 72 LC), por lo que no puede elevarse a causa de separación el no ejercicio de una acción, cuando ni siquiera queda claro por los mismos interesados cuál entienden que es la procedente, tal vez conscientes de la complejidad que desde el punto de vista jurídico implica la afectación a este proceso concursal de una finca en Marruecos por la existencia de una sociedad constituida en el Reino de Marruecos que figura como titular de ese bien.
5º) las sobrevaloraciones de activo no sólo deben corregirse a través del cauce del art. 96 (como se ha dicho) sino que parece olvidarse que la retribución de los administradores concursales no se fija según el activo y pasivo del informe del art. 75 sino el que figura en los textos definitivos (arts. 34 LC y 4 del RD 1860/2004), sin dejar de apuntar que en todo caso el artículo 12 del citado RD 1860/2004 contempla que «En cualquier estado del concurso, la retribución de los administradores concursales podrá ser modificada por el juez, de oficio o a solicitud de persona legitimada, cuando concurra justa causa, con aplicación del arancel» por lo que no puede ser causa de separación esas imputadas sobrevaloraciones como medio para obtener una mayor retribución, fijada judicialmente según Arancel y susceptible de revisión judicial en todo caso vía recurso.
CUARTO Finalmente y respeto del escrito de la concursada, las aseveraciones y pretensiones contenidas en el mismo son improcedentes ya que: i) son ajenas al objeto del incidente, determinado por el art. 37 LC; ii) las distintas discrepancias sobre activos y pasivos deben dilucidarse por la vía del art. 96 LC; iii) carece de legitimación para instar el cambio en el régimen de las facultades patrimoniales [art. 40.4) y iv] es llamativo que ante la falta de cooperación del administrador de la concursada expuesta por la admistración concursal en otros escritos, sin actividad de la concursada y parece que abocada a liquidación que conlleva ex lege la suspensión (art. 145) pretenda ahora el régimen de intervención, resultando hasta obsceno que se impute a la admistración concursal la situación de parálisis de la mercantil que ha sido dejada por el administrador societario sin liquidez siquiera para atender gastos de publicaciones, dado que resultó sin fondos el pagaré entregado a su propio procurador, según dejó constancia éste en autos.": AJM-1 Alicante 16.04.2009 (AC 2009/1826; Incidente 227/2009)

3.3 Supuesto incumplimiento del art 105 LC. Dudas interpretativas. Interpretación razonable

AP Barcelona

"1. AUDIOVISUAL SPORT, S.L. (en adelante, AVS), PRISA TV, S.A. (PRISA) y DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (DTS) formularon demanda incidental ante el juzgado que conoce del concurso de MEDIAPRODUCCIÓN, S.L.U. (MEDIAPRO), en solicitud de separación de los miembros de la administración concursal (AC) de MEDIAPRO.
2. El artículo 37.1 de la Ley concursal (LC), invocado por las sociedades demandantes, establece que *cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales*.
Según AVS, PRISA y DTS, la AC ha incumplido el artículo 35.1 de la LC, conforme al cual, *los administradores concursales desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal.*
La actuación ilegal de la AC consistiría, en síntesis, en no haber instado el sobreseimiento del procedimiento de aprobación judicial de la propuesta anticipada de convenio (en adelante, PAC) de MEDIAPRO, a que le obligaba el artículo 105 de la LC; en no haber dado explicación alguna de los motivos para que las cuentas anuales de 2010 de la concursada no hayan sido auditadas ni aprobadas por el socio único ni depositadas en el Registro Mercantil y en haber colaborado con la concursada en tal ilegalidad.
3. La sentencia del juzgado desestima la demanda. Expone que la cuestión relativa a la aplicación del artículo 105.2 de la LC fue resuelta por sentencia de 23 de diciembre de 2011, que puso fin a un incidente concursal

(número 521/2011) de oposición a la aprobación del convenio. En la resolución impugnada se afirma que no es aplicable el artículo 105.2 por los argumentos contenidos en la sentencia citada, de 23 de diciembre de 2011, a los que remite. El juez añade que, de todas formas, atendidas las circunstancias de la PAC expuestas en la sentencia anterior, la aplicabilidad al caso de la prohibición del artículo 105.2 LC es una cuestión jurídica de apreciación y resolución difícil, lo que impide valorar como causa de separación cualquier opción o criterio de la AC al respecto.

4. El artículo 105 LC establece: *1. No podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos:*

[...] *2.º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales*.

2. Si admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el concursado incurriere en causa de prohibición o se comprobase que con anterioridad había incurrido en alguna de ellas, el juez de oficio, a instancia de la administración concursal o de parte interesada y, en todo caso, oído el deudor, declarará sin efecto la propuesta y pondrá fin a su tramitación.

La sentencia del juzgado de 23 de diciembre de 2011, a la que remite la ahora impugnada, razonó que la prohibición prevista en el artículo 105.1.2º no puede ser interpretada extensivamente y tiene como razón de ser la sanción de los concursados incumplidores de las normas legales y la facilitación de información para que los acreedores puedan adoptar una decisión fundada sobre el convenio. Por ello, consideró que el incumplimiento de la obligación de depósito de cuentas producido después de haber alcanzado el convenio las mayorías legalmente exigibles y a falta de su aprobación, no puede determinar que se deje sin efecto el convenio, sin perjuicio de que conlleve consecuencias de otra índole.

5. No procede en este recurso examinar la adecuación a derecho de la decisión adoptada por el juez en el juicio incidental 521/2011, sobre oposición a la aprobación de la propuesta anticipada de convenio, objeto de un recurso de apelación autónomo que no consta resuelto. Se trata aquí de examinar si se da la causa justa para separar del cargo a los administradores concursales, con base en el artículo 37.1 LC. En la medida que las actoras apelantes invocan como justa causa la infracción del deber del artículo 35.1 de la LC (de desempeño del cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal) y la concretan en el hecho de que la AC no instó el sobreseimiento del procedimiento de aprobación judicial de la PAC de MEDIAPRO, con base en el artículo 105.2 de la LC, examinaremos si la actuación de la AC al respecto debe considerarse un incumplimiento de deberes determinante de la separación del cargo.

6. Dejamos constancia de que los datos fácticos que aportan las actuaciones remitidas a este tribunal, en relación con los actos procesales que se invocan y con sus fechas, no son precisos. Pese a su extensión, ni la demanda incidental de AVS, PRISA y DTS ni su recurso de apelación contienen una relación de los hechos relevantes, ausente también en las sentencias de los dos incidentes, en los escritos de la AC y en los escasos documentos unidos al procedimiento. Solo el documento 2 del escrito de oposición al recurso de la AC, consistente en copia del escrito de oposición de MEDIAPRO al recurso de apelación presentado en el incidente 521/2011, contiene una exposición más o menos completa de antecedentes relativos a la *presunta infracción del artículo 105 LC,* aunque no ha podido ser contestada por las otras partes. Por tanto, hacemos nuestra valoración a partir del espigueo de datos que consideramos aceptados abierta o tácitamente en unos y otros escritos.

7. No se discute que cuando MEDIAPRO solicitó el concurso, el 16 de junio de 2010 (fecha indicada en el citado documento 2 de la AC), acompañó las cuentas anuales depositadas correspondientes a los ejercicios de 2006, 2007 y 2008 y las cuentas anuales del ejercicio 2009, formuladas pero sin aprobar. El 30 de julio de 2010, la concursada depositó ante el Registro Mercantil las cuentas anuales de 2009, entonces ya aprobadas, y, el 2 de agosto de 2010, antes de expirar el plazo de comunicación de créditos, presentó ante el juzgado la PAC. Mediante auto de 2 de septiembre de 2010, el juzgado admitió a trámite la PAC, haciendo constar expresamente que no concurría la prohibición del artículo 105 LC.

Tenemos por establecidos los hechos anteriores, expuestos por MEDIAPRO en el documento 2 citado, ya que las demandantes no han alegado que, en el momento en que se presentó la PAC, la concursada se hallara afectada por la prohibición del artículo 105.1.2 LC (haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales). Han alegado el artículo 105.2 (*si admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el concursado incurriere en causa de prohibición o se comprobase que con anterioridad había incurrido en alguna de ellas)*. De las dos eventualidades previstas en el artículo 105.2, invocan la primera: haber incurrido en causa de prohibición tras la admisión a trámite de la PAC.

8. Según el escrito de MEDIAPRO, después de los trámites preceptivos y de la evaluación de la AC, los acreedores manifestaron sus adhesiones dentro del plazo del artículo 108 LC (hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores), que habría finalizado a mediados de diciembre de 2010. AVS habría formulado varias impugnaciones del inventario y la lista de acreedores que fueron desestimadas por el juzgado mercantil, la última de ellas por sentencia de 28 de junio de 2011.

MEDIAPRO alega que su órgano de administración había formulado las cuentas anuales de 2010 en marzo de 2011, bajo la supervisión de la AC, conforme a lo que disponía la redacción entonces vigente del artículo 46 LC, que eximía a la concursada de auditar tales cuentas. El socio único no aprobó las cuentas de 2010. Según MEDIAPRO, en espera de la inminente aprobación del convenio.

Lo cierto es que el convenio se aprobó el 23 de diciembre de 2011. Antes, mediante providencia y decreto de 14 y 15 de julio de 2011, el juzgado había proclamado los votos a favor y en contra de la PAC y el resultado favorable a su aprobación. La concursada atribuye a AVS la causación de la demora en la aprobación del convenio mediante una pluralidad de peticiones, que tacha de infundadas, dirigidas al juzgado (solicitud de aclaración de resoluciones, recursos y demandas incidentales).

9. Como el Sr. magistrado, consideramos que no puede apreciarse en la actuación de la AC denunciada por las demandantes una falta de diligencia, por incumplimiento del artículo 105.2 LC, determinante de justa causa de separación. El precepto ofrece dudas interpretativas suficientes para impedirlo. La prohibición en examen es la relativa a "haber incumplido en alguno de los últimos tres ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales". En la aplicación del artículo 105.1.2, la delimitación temporal no parece compleja. Reformulando la prohibición como obligación positiva, el deudor ha tenido que depositar las cuentas de los tres ejercicios últimos respecto de la fecha de presentación de la PAC. En el caso, cuando se presentó la PAC el 2 de agosto de 2010, se habían depositado las cuentas de los ejercicios de 2009, 2008 y 2007.
En cambio, cuando se trata de aplicar el artículo 105.2 LC a la causa concreta del depósito de cuentas de los tres últimos ejercicios, la cuestión se complica, porque el precepto -que engloba bajo un aparente régimen único la pluralidad de causas heterogéneas de los números 1 y 2 del artículo 105.1 LC -, no establece los límites temporales con la claridad debida -a nuestro juicio-.
Una interpretación posible, defendida en el escrito de la concursada aportado como documento 2 por la AC, es que el deber de cumplimiento del depósito de cuentas, por su naturaleza, solamente sea exigible respecto de los tres últimos ejercicios anteriores a la presentación de la PAC. Es decir, que, cuando se trata del depósito de cuentas, el artículo 105.2 LC solo es aplicable en el segundo de sus términos -cuando, admitida ya a trámite la PAC, se compruebe que al presentarla no se habían depositado las cuentas de los tres últimos ejercicios-. No excluimos la bondad de tal interpretación, pero entendemos que no hay base suficiente para circunscribir el texto legal a ese supuesto.
10. Surge entonces la siguiente cuestión que, asimismo, plantea el escrito de la concursada: cuál sea el momento límite en que puede apreciarse la incursión sobrevenida en la prohibición. En este punto, a los efectos de valorar si existe justa causa de separación de la AC, estimamos atendible la tesis de la concursada, sustentada en una interpretación sistemática de la LC.
El artículo 109.2 LC, dentro de la misma Sección III, dedicada a la PAC, establece que, " *si la mayoría* [en cuanto a las adhesiones presentadas] *resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128 dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 131. La sentencia pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado éste con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136.* "
La LC remite, por tanto, para casos como el de autos, a los artículos 128 a 131 LC. Ya no se aplican las normas específicas de la PAC (artículos 104 a 110 LC), sino las de la aprobación del convenio (artículos 128 a 131 LC). No estamos ya en la tramitación de la propuesta y, por tanto, no cabe aplicar el artículo 105.2.
En el caso, la proclamación de los votos a favor y en contra de la PAC y el resultado favorable a su aprobación se hizo mediante providencia y decreto de 14 y 15 de julio de 2011. En ese momento, la concursada no había incumplido la obligación de depósito de cuentas de los tres últimos ejercicios.
Por otra parte, como señala la concursada, la tesis contraria permitiría al deudor dejar sin efecto la PAC aceptada por los acreedores, una vez proclamado el resultado favorable de la votación, mediante el simple recurso de no depositar las cuentas anuales, acto dependiente solo de su voluntad.
11. La interpretación del artículo 105.2 LC en la forma expuesta, es decir, en el sentido de que la prohibición -que, como tal, no puede leerse extensivamente- no era aplicable una vez alcanzadas y proclamadas las mayorías legalmente exigibles, la consideramos, cuando menos, razonable. En consecuencia, no podemos valorar esa actuación como una infracción de los deberes de diligencia y lealtad de la AC desencadenante de la separación de los administradores concursales pedida por las demandantes apelantes. Por ello, desestimamos el recurso de apelación y confirmamos la sentencia del juzgado mercantil.": SAP Barcelona (Sección 15) 10.06.2013 (Sentencia 244/2014; Rollo 736/2012)

4. La responsabilidad que genera la sanción de separación es personal o individual. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario

AP Alicante

"TERCERO.-La excepción de litisconsorcio pasivo necesario.
Como es conocido, esta excepción exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por no ser escindible la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente
o puedan resultar afectadas en la misma medida por la resolución que se dicte en el proceso.
El artículo 37 de la Ley Concursal contempla la sanción de separación del cargo de los administradores concursales en quienes concurra justa causa.
Tiene por tanto, a partir de esa naturaleza sancionatoria, evidente sentido individual y personal, en modo tal que sólo cabe la separación de aquellos en los que se da causa para ello.
Este argumento basta, por sí sólo, para desestimar la excepción propuesta pues sin perjuicio de que pudiera concurrir causa de separación en el otro administrador concursal, el enjuiciamiento es tan individual como personal es la responsabilidad que genera la sanción de separación.
Abundando la doctrina expuesta, de que no opera la institución del litisconsorcio pasivo necesario respecto de los administradores concursales cuando se trata de dilucidar la existencia de causa de separación, dos argumentos más merecen ser señalados.
Uno primero, desde la perspectiva de los legitimados para promover la separación de los administradores, a los que se les faculta para que puedan dirigirse contra todos o algunos de los que conforman el órgano colegiado

si consideran y pueden constatar que han realizado actos u omisiones que pudieran constituir justa causa de separación.
Uno segundo, respecto del régimen de adopción de acuerdos en el caso de las Administraciones Concursales colegiadas, respecto de las que el artículo 35-2 LC, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/11, preveía expresamente que las decisiones en las administraciones concursales integradas por tres miembros, se adoptarían por mayoría.
Siendo así, que el apelante entienda que los hechos que tratan de justificar su separación -y la de Jon -son concurrentes en idénticos términos en el tercero administrador concursal porque también suscribe el informe concursal al que se anexa la lista de créditos contra la masa sobre cuya configuración se articula uno de los motivos de separación, no sustituye la necesidad de promover la separación del citado administrador formalmente.
Parte legitimada alguna lo ha hecho hasta el momento. Pero es que además, ni siquiera conocemos el marco decisorio del tercer administrador en relación de los hechos de que se trata por lo que, y enlazando con la naturaleza personal de la separación, no es posible contaminar con los hechos imputados al tercero no denunciado, que no quedará afectado por esta decisión en tanto no se dilucida su conducta profesional en el marco decisorio de una administración colegiada y conformadora de su voluntad por medio de acuerdos mayoritarios.”: SAP Alicante (Sección 8) 03.11.2014 (Sentencia 220/2014; Rollo 168/2014)

5. La separación no puede implicar como sanción la pérdida de la retribución ya percibida

AP Murcia

“Y es lo cierto analizando ahora la procedencia legal del pronunciamiento de referencia, pérdida de la retribución, derivada de la decisión de separación de los administradores de su cargo, que tal pronunciamiento no encontraría un adecuado encaje legal en la Ley Concursal.
Téngase en cuenta que la Ley en este caso de separación del cargo, en el marco del art. 37 de la Ley Concursal no prevé expresamente como sanción la pérdida de las retribuciones percibidas. Sólo regula y declara tal pérdida y reintegro de la retribución cuando la decisión de separación del cargo esté fundamentada en la prolongación indebida de la liquidación (art°. 153.3), pero no en cambio en otros casos, tales como la separación por causa de recusación. Por tanto el hecho principal de la separación o cese del cargo no conllevaría necesariamente aparejado como consecuencia la pérdida de la retribución o el reintegro de las cantidades ya percibidas. Obsérvese además que en este caso de prolongación indebida de la liquidación (art°. 153.3), los administradores sólo estarían obligados a la devolución de las cantidades percibidas desde la apertura de la fase de liquidación, pero en cambio no aquéllas otras retribuciones ya percibidas y cuyo devengo tuvo lugar con anterioridad a la apertura de tal fase liquidatoria en la denominada fase común del concurso. Es decir se asimila la sanción económica al incumplimiento efectivo de una determinada fase del concurso.
Asimismo las citadas sanciones económicas también se imponen al margen de la decisión judicial de separación del cargo, pero únicamente en los casos específicamente previstos por la Ley, es decir en el caso de falta de presentación en el plazo del informe de la administración concursal, como señala el art°. 74.3 de la Ley Concursal, y en el supuesto de inasistencia de los administradores a la junta, como expone el art. 117.1 de la Ley Concursal.
Es decir que cuando la Ley Concursal ha estimado procedente el establecimiento de tal sanción económica lo ha regulado expresamente, bien como consecuencia directa de una previa decisión de cese o separación del cargo, o bien de manera aislada e independiente a dicho cese, como antes hemos señalado al tiempo que específicamente prevé también la posibilidad de su impugnación vía recurso de apelación.
Entendemos, por tanto que la sanción de pérdida de retribución que declara el auto impugnado como consecuencia directa e inmediata del cese de los administradores en el marco del art. 37 de la Ley Concursal, constituiría un pronunciamiento indebido por falta de tipicidad innato a todo derecho sancionador que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de la conducta punible y de su correspondiente sanción (lex certa) y por tanto en la proscripción de la interpretación extensiva y de la analogía "in malam perfem”, que vedan la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que en ellas mismas se determinan (Sentencias del Tribunal Constitucional 34/1996 de 11 de Marzo; 127/2001 de 4 de Junio; 170/2002 de 30 de Septiembre y 38/2003 de 27 de Febrero).
En consecuencia, la cuestionada sanción carece de tipicidad previa, y su aplicación extensiva en la forma que lo hace la resolución recurrida se encontraría, por lo expuesto, proscrita legalmente. El hecho, como se dice en el auto de instancia, de que la conducta de deslealtad desarrollada por los administradores concúrsales revista mayor gravedad que otros comportamientos de los mismos que normativamente sí llevan aparejada tal sanción económica, no autorizaría a su vez la aplicación analógica a aquélla de dicha medida sancionadora no predeterminada normativamente en la conducta punible. Téngase en cuenta que en su caso quedarla abierta la acción de responsabilidad de los administradores concursales en el marco legal previsto en el art. 36 de la Ley Concursal.
Por todo ello, procede la acogida y estimación de los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de los administradores concúrsales cesados Sr., Sr. y Sr..”: AAP Murcia (sección 4) 25.11.2010 (Auto 219/2010; Rollo 691/2010)

“Y es lo cierto analizando ahora la procedencia legal del pronunciamiento de referencia, pérdida y restitución de la retribución, derivada de la decisión de separación de los administradores de su cargo, que tal pronunciamiento no encontraría un adecuado encaje legal en la Ley Concursal.

Téngase en cuenta que la Ley en este caso de separación del cargo, en el marco delartº. 37 de la Ley Concursal no prevé expresamente como sanción la pérdida de las retribuciones percibidas. Sólo regula y declara tal pérdida y reintegro de la retribución cuando la decisión de separación del cargo esté fundamentada en la prolongación indebida de la liquidación(artº. 153.3), pero no en cambio en otros casos, tales como la separación por causa de recusación. Por tanto el hecho principal de la separación o cese del cargo no conllevaría necesariamente aparejado como consecuencia la pérdida de la retribución o el reintegro de las cantidades ya percibidas. Obsérvese además que en el caso de prolongación indebida de la liquidación(artº. 153.3), los administradores sólo estarían obligados a la devolución de las cantidades percibidas desde la apertura de la fase de liquidación, pero en cambio no aquéllas otras retribuciones ya percibidas y cuyo devengo tuvo lugar con anterioridad a la apertura de tal fase liquidatoria en la denominada fase común del concurso. Es decir se asimila la sanción económica al incumplimiento efectivo de una determinada fase del concurso.
Asimismo las citadas sanciones económicas también se imponen al margen de la decisión judicial de separación del cargo, pero únicamente en los casos específicamente previstos por la Ley, es decir en el caso de falta de presentación en el plazo del informe de la administración concursal, como señala elartº. 74.3 de la Ley Concursal, y en el supuesto de inasistencia de los administradores a la junta, como expone elartº. 117.1 de la Ley Concursal.
Es decir que cuando la Ley Concursal ha estimado procedente el establecimiento de tal sanción económica lo ha regulado expresamente, bien como consecuencia directa de una previa decisión de cese o separación del cargo, o bien de manera aislada e independiente a dicho cese, como antes hemos señalado al tiempo que específicamente prevé también la posibilidad de su impugnación vía recurso de apelación.
Entendemos, por tanto, que la sanción de pérdida y restitución de retribución que declara el auto impugnado como consecuencia directa e inmediata del cese de los administradores en el marco delartº. 37 de la Ley Concursal, constituiría un pronunciamiento indebido por falta de tipicidad innato a todo derecho sancionador, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de la conducta punible y de su correspondiente sanción (lex certa) y por tanto en la proscripción de la interpretación extensiva y de la analogía "in malam partem ", que vedan la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que en ellas mismas se determinan (Sentencias del Tribunal Constitucional 34/1996 de 11 de Marzo;127/2001 de 4 de Junio;170/2002 de 30 de Septiembre y38/2003 de 27 de Febrero).
En consecuencia, la cuestionada sanción carece de tipicidad previa, y su aplicación extensiva en la forma que lo hace la resolución recurrida se encontraría, por lo expuesto, proscrita legalmente. El hecho, como se dice en el auto de instancia, de que la conducta de deslealtad desarrollada por los administradores concursales revista mayor gravedad que otros comportamientos de los mismos que normativamente sí llevan aparejada tal sanción económica, no autorizaría a su vez la aplicación analógica a aquélla de dicha medida sancionadora no predeterminada normativamente en la conducta punible. Téngase en cuenta que en su caso quedaría abierta la acción de responsabilidad de los administradores concursales en el marco legal previsto en elartº. 36 de la Ley Concursal.
Por todo ello, procede la acogida y estimación de los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de los administradores concursales cesados Sr.Salvador, Sr.Abelardo y Sr.Erasmo.”: AAP Murcia (Sección 4) 24.02.2011 (Auto 46/2011; Rollo 722/2010)

6. Inexistencia de prejudicialidad penal

AP Alicante

“SEGUNDO.-Plantean los apelantes en el frontispicio de sus recursos, dos cuestiones de índole procesal de clara incidencia en el procedimiento en cuanto se dirigen a reconducir el procedimiento o a su suspensión, pendiente de un pronunciamiento externo al mismo, o a reconstituirlo subjetivamente de modo distinto al pretendido por la parte actora.
Lo primero porque se alega por la representación legal del Sr. Jon la existencia de prejudicialidad penal, instando la nulidad de lo actuado con suspensión del proceso civil hasta la decisión del proceso penal que sobre los hechos de la trama que se le imputa en relación a un cheque nominativo librado por Caixa Galicia a Luxender S.L., se sigue en el correspondiente Juzgado de Instrucción -doc nº 4 demanda-; lo segundo, porque la representación legal de D. Diego reproduce ante este Tribunal la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado al tercer miembro de la Administración Concursal colegiada, D. Domingo, que se entiende afectado por el pronunciamiento que se discute en este procedimiento en relación a la consideración como causa de separación lo relativo al reconocimiento de créditos a favor de Iván Cristóbal S.L.U. y Orfila Cinco S.A..
Pues bien, ninguno de estos planteamientos pueden ser estimados.
Rechazamos la prejudicialidad penal - art 40 LEC - planteada por la representación procesal del Sr. Jon como causa de nulidad de actuaciones -arr 225- 3º LEC- porque, si conforme al artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y al artículo 40-2 Ley de Enjuiciamiento Civil son dos las circunstancias que deben concurrir para producir el efecto suspensivo sobre el proceso civil, una primera consistente en que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil, y una segunda relativa a que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal tenga influencia decisiva en al resolución del asunto civil, en el caso que nos ocupa, no ya no nos consta la anunciada ampliación de querella contra ninguno de los administradores concursales (ni por tanto la existencia de

procesal penal contra los mismos por los hechos sí denunciados frente a Orfila Cinco S.A.), sino que la decisión del tribunal no depende de la declaración penal de conducta delictiva por parte de los administradores concursales porque, aun siendo penalmente reprochables ciertas conductas de las vislumbradas frente a los administradores, el punto de vista concursal, que es el análisis que con la prueba de que se dispone corresponde hacer a este tribunal, le ha de dirigir a examinar si los administradores demandados de separación han realizado (o no) conductas que impliquen el desempeño de su cargo sin la diligencia o lealtad exigibles -art 35-1 de la Ley Concursal, con la infracción de las normas legales del concurso o adoptando decisiones de una u otra índole que impliquen la pérdida de la confianza de los implicados en el concurso o pongan en cuestión la objetividad e imparcialidad que en el actuar de la Administración Concursal se espera, supuestos todos constitutivos de "justa causa" de separación, sean o no constitutivos de cualquier otra infracción legal o impliquen o no cualquier otra vulneración del Ordenamiento Jurídico.
Por concretar más en el caso, añadiremos que desde la perspectiva del hecho de la supuesta apropiación por los letrados de Orfila Cinco S.A., con falsedad en documento mercantil, del cheque librado por Caixa Galicia nominalmente a Luxender, de lo que se trata de examinar en relación a la separación de los administradores concursales es la conducta concursal desarrollada por los mismos para rescatar el importe del cheque a favor de la masa activa.
La participación, fuera por connivencia o por incuria, en hechos de índole penal resulta secundaria, por innecesaria, para la decisión sobre la concurrencia de justa causa de separación de los AC, sin perjuicio de la respuesta penal que en su caso se impetre por los interesados frente a tales hechos en el proceso penal que, en su caso, se incoe o se siga.
Esa a-causalidad entre el hecho penal y la conducta a analizar en relación a los deberes de los administradores concursales, justifica en suma la desestimación de la prejudicialidad penal propuesta.": SAP Alicante (Sección 8) 03.11.2014 (Sentencia 220/2014; Rollo 168/2014)

2. Si el cesado fuera representante de una persona jurídica administrador, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo, a no ser que determine que el cese debe afectar a la misma persona jurídica que ostenta el cargo de administrador concursal, en cuyo caso procederá a un nuevo nombramiento.

2. La separación del representante de una persona jurídica implicará el cese automático de ésta como administrador concursal.

[Nueva redacción del precepto por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014). Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

3. La resolución judicial de cese revestirá forma de auto, en el que se consignarán los motivos en los que el juez funde su decisión.

Art. 37.3

1. Tramitación: no procede incidente concursal

AP Madrid

"TERCERO En cuanto al pronunciamiento relativo a la inadmisión a trámite de la solicitud de separación de los administradores concursales, debe ponerse de relieve que no existe previsión legal de que dicha solicitud deba tramitarse por el cauce del incidente concursal por lo que no puede atenderse la invocación de la recurrente alartículo 192.1 de la Ley Concursal, ya que en el propioartículo 37 de la Ley Concursal se está estipulando que cuando concurra justa causa podrá el Juez separar del cargo a los administradores concursales, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar el concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, estableciéndose en el apartado 3 del propio precepto que la resolución judicial de cese revestirá la forma de auto en el que se consignaran los motivos en los que el juez funde su decisión, lo que de suyo descarta aquella tramitación incidental que debe terminar por Sentencia, tratándose por tanto de un tramitación específica en atención a las facultades discrecionales del Juez sobre el nombramiento y separación de los administradores concursales que ya vienen recogidas en la exposición de motivos de la Ley Concursal, sin que exista previsión de que deba darse un trámite contradictorio y siempre bien entendido que lógicamente habría de darse audiencia al afectado o afectados, ya se tome la medida a iniciativa del Juez del concurso o bien a solicitud de algún legitimado, siendo necesario en todo caso consignar los motivos en los que el Juez funde la decisión.
Por otra parte, la decisión adoptada en esa materia se revela como no susceptible de recurso alguno conforme a lo taxativamente estipulado en elartículo 39 de la Ley Concursal y, al no estar prevista su tramitación por la vía del incidente concursal a través de un procedimiento contradictorio, no puede admitirse el recurso de apelación frente a la inadmisión a trámite de esa petición subsidiaria de separación de los administradores concursales, ya que esa decisión equivale a la denegación de la medida solicitada cuando en este caso, como prevé el referidoartículo 37.3 de la Ley Concursal, está suficientemente explicitado por el Juez a quo en el auto recurrido el motivo por el que considera improcedente esa separación y, en concreto, por ausencia de causas objetivas más allá de las meras discrepancias con el informe elaborado por la Administración concursal,

resultando por tanto de todo punto innecesario el dar audiencia a los administradores concursales que no habrían de verse afectados por esa decisión denegatoria por lo que, en definitiva, también debe decaer el recurso en tal aspecto al incurrir en clara causa de inadmisibilidad.”: AAP Madrid (Sección 28) 05.03.2010 (JUR 2010/165596; Auto 53/2010; Rollo 25/2010)

AP Girona

“TERCERO.-Entrando en los concretos motivos del recurso de apelación, la parte apelante alega, como primer motivo de impugnación de la sentencia recurrida, infracción de normas y garantías procesales, alegando que al haberse tramitado por el cauce del incidente concursal y habiendo recaído sentencia en el mismo hace inviable el cauce previsto en el art. 39 de la LC que prevé la interposición de reposición previo a la apelación, dado que no cabe reposición contra una sentencia.
Asiste parte de razón al apelante en cuanto al tramite a seguir, en los supuestos de solicitud de separación del administrador concursal, en cuanto, que como recoge la sentencia de la AP Madrid SEC.28, de fecha 05/03/2010, Rollo25/2010 :" debe ponerse de relieve que no existe previsión legal de que dicha solicitud deba tramitarse por el cauce del incidente concursal por lo que no puede atenderse la invocación de la recurrente al artículo 192.1 de la Ley Concursal, ya que en el propio artículo 37 de la Ley Concúrsales está estipulando que cuando concurra justa causa podrá el Juez separar del cargo a los administradores concúrsales, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar el concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, estableciéndose en el apartado 3 del propio precepto que la resolución judicial de cese revestirá la forma de auto en el que se consignaran los motivos en los que el juez funde su decisión, lo que de suyo descarta aquella tramitación incidental que debe terminar por Sentencia, tratándose por tanto de un tramitación específica en atención a las facultades discrecionales del Juez sobre el nombramiento y separación de los administradores concúrsales que ya vienen recogidas en la exposición de motivos de la Ley Concursal, sin que exista previsión de que deba darse un trámite contradictorio y siempre bien entendido que lógicamente habría de darse audiencia al afectado o afectados, ya se tome la medida a iniciativa del Juez del concurso o bien a solicitud de algún legitimado, siendo necesario en todo caso consignar los motivos en los que el Juez funde la decisión."
Dicho lo cual, en el caso presente dejando al margen que la parte no insta nulidad alguna, derivada de tal vulneración de normas procesales, tampoco sería procedente la misma ya que ninguna indefensión se ha originado a la parte apelante, al suponer la tramitación por los cauces del incidente unas mayores garantías de defensa por las partes, y siendo apelable la sentencia dictada,como así también se recoge en la nueva redacción del Art. 39 de la LC, en consecuencia no se ha originado indefensión alguna a la parte apelante.”: SAP Girona (Sección 1) 16.12.2013 (Sentencia 462/2013; Rollo 378/2013)

1.1 Aunque haberlo tramitado no perjudica a las partes ni tampoco puede otorgarles mayor acceso a recursos

AP Alicante

“Y lo consideramos necesario porque a pesar de que no ha sido cuestión planteada por las partes, la regularidad del trámite a que se refiere tanto el artículo 40-4 como el 37-1, ambos de la Ley Concursal, es cuestión que puede resultar relevante desde la perspectiva de los derechos de las partes.
En efecto, no puede dejar el Tribunal de señalar que el cauce procesal elegido por el Tribunal de instancia para tramitar tanto la petición modificación del régimen sobre facultades de administración del concursado sobre su patrimonio como de separación de Administradores Concursales, no ha sido el adecuado pues, como señala tanto la Sección 28 AP Madrid -Auto de 5 de marzo de 2010- como la Sección 1 ª AP Girona -Sentencia de 16 de diciembre de 2013 - en relación al trámite de separación pero con argumentos perfectamente trasladables al régimen de modificación del régimen de disposición - art 40-4 LC -,
"... *no existe previsión legal de que dicha solicitud deba tramitarse por el cauce del incidente concursal por lo que no puede atenderse la invocación de la recurrente al articulo 192.1 de la Ley Concursal, ya que en el propio articulo 37 de la Ley Concursales esta estipulando que cuando concurra justa causa podrá el Juez separar del cargo a los administradores concursales, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar el concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, estableciéndose en el apartado 3 del propio precepto que la resolución judicial de cese revestirá la forma de auto en el que se consignaran los motivos en los que el juez funde su decisión, lo que de suyo descarta aquella tramitación incidental que debe terminar por Sentencia, tratándose por tanto de un tramitación especifica en atención a las facultades discrecionales del Juez sobre el nombramiento y separación de los administradores concursales que ya vienen recogidas en la exposición de motivos de la Ley Concursal, sin que exista previsión de que deba darse un tramite contradictorio y siempre bien entendido que lógicamente habría de darse audiencia al afectado o afectados, ya se tome la medida a iniciativa del Juez del concurso o bien a solicitud de algún legitimado, siendo necesario en todo caso consignar los motivos en los que el Juez funde la decisión* ".
La cuestión no es relevante desde la perspectiva de los derechos de las partes en el proceso ya desarrollado pues, como dice la Sentencia AP Girona, en caso alguno se ha producido indefensión sin que por tanto, haya motivo de nulidad
"... *al suponer la tramitación por los cauces del incidente unas mayores garantías de defensa por las partes, y siendo apelable la sentencia dictada,como así también se recoge en la nueva redacción del Art. 39 de la LC, en consecuencia no se ha originado indefensión alguna a la parte apelante* ",

Sin embargo, desde la perspectiva del derecho al recurso, la cuestión es sí es importante porque al variar el trámite y la forma de concluirlo, pudiera entenderse que se modifica el régimen de los recursos frente a la resolución dictada por el Órgano *ad quem*, lo que debemos desde luego negar.
En efecto, de haberse seguido el trámite pertinente, la resolución habría adoptado la forma de Auto y en consecuencia, en caso alguno se plantearía la posibilidad de recurso de casación (y/o extraordinario por infracción procesal) frente a esta decisión - art 477-2 en relación a la DF 16ª LEC -.
Cabe plantearse por tanto si, viéndose obligado este Tribunal a dictar Sentencia en un trámite procedimental que no procedía, debe cambiar la perspectiva de tal derecho en sentido positivo, reconociéndolo donde antes estaba procesalmente vedado.
A nuestro parecer, en absoluto cabe entender que se ha producido o se puede producir tal mutación, porque el derecho al recurso no es disponible para las partes, ni se puede variar por la circunstancia de un erróneo planteamiento procedimiental del que nunca pueden resultar otros efectos procesales distintos a los que derivarían del trámite regular que, en los supuestos de modificación del efecto de la declaración concursal sobre el concursado y de separación de los administradores concursales, no es otro que el de la terminación de las cuestiones planteadas por Auto ante el Tribunal de Apelación.
Consecuentes con ello este Tribunal se hará constar en el fallo, de forma expresa, que esta resolución es firme en derecho y que contra la misma no cabe formular recurso alguno.
Hechas las anteriores aclaraciones, procedemos ya sí, a analizar los recursos formulados por los administradores cesados en la instancia, comenzando por la resolución de las cuestiones procesales que formulan los recurrentes.": SAP Alicante (Sección 8) 03.11.2014 (Sentencia 220/2014; Rollo 168/2014)

4. Del contenido del auto a que se refiere el apartado anterior ~~se~~ el Secretario judicial dará conocimiento al registro público previsto en el artículo 198.

** Nueva redacción del apartado 4 del art. 37 por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 04.05.2010*

4. Del contenido del auto a que se refiere el apartado anterior el secretario ~~Secretario~~ judicial dará conocimiento al registro público previsto en el artículo 198.

[Nueva redacción del precepto por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014). Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

Artículo 38. Nuevo nombramiento.

1. En todos los casos de cese de un administrador concursal, el juez procederá de inmediato a efectuar un nuevo nombramiento.

Art. 38.1

1. Caso de no necesidad de nuevo nombramiento

JM-8 Madrid

"TERCERO.- Nuevo nombramiento.
Si bien es cierto que el art. 38.1 LC dispone que "en todos los casos de cese de un administrador concursal, el juez procederá de inmediato a efectuar un nuevo nombramiento", esta previsión guarda el sentido de conformar adecuadamente el impulso y gestión del procedo concursal con la plena integración del órgano de Administración concursal legalmente previsto por tres profesionales. Pero tal finalidad pierde todo su sentido cuando la tramitación del procedimiento concursal en concreto ha llegado a tal punto de evolución que no se precisa ya el trabajo de tres administradores concursales, admitiéndose el art. 35.3 LC que "si por cualquier circunstancia sólo estuvieran en el ejercicio del cargo dos de los tres miembros de la administración concursal, y mientras se mantenga esta situación, la actuación de los administradores concursales habrá de ser mancomunada", previsión que implica la válida actuación de la Administración concursal integrada por sólo dos profesionales.
Por tanto, presentado en el concurso de TECNILAR SA el Informe del art. 74 LC y ya vencido el plazo de impugnación del mismo, art. 96 LC, no está justificado para el interés del concurso y el buen desarrollo del procedimiento, la designa de otro profesional, que sin aportar llegado este punto una labor efectiva, sí supondría la generación de gastos contra la masa, en detrimento precisamente de los acreedores de la masa pasiva concursal, lo que constituye una causa objetiva para justificar la continuación del trabajo de la Administración concursal con los dos profesionales que hasta la fecha han desempeñado en solitario su función. ": AJM-8 Madrid 26.02.2010 (Incidente Concursal 451/2009)

JM-1 Palma de Mallorca

"Finalmente, cesado un integrante de la administración concursal procedería el nombramiento de una nueva persona en su sustitución. No obstante ello, partiendo que la reforma experimentada por la LC con el RD 3/2009 (posterior a la declaración del presente concurso) no altera la redacción de los artículos 27.2.3º y 191, se permite que la AC pueda estar integrada por dos miembros que deberán ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil que reúna las condiciones legalmente previstas, al tiempo que el artículo 191 prevé que la AC se integre por un solo miembro salvo que el juez aprecie motivos especiales que lo justifiquen resuelva expresamente lo contrario.
Así una vez que la decisión de nombrar a tres administradores vino condicionada por circunstancias especiales; y teniendo presente que el expediente está en fase de liquidación, con sección de calificación en trámite (en que la administración concursal ya ha elaborado su propuesta), y que el trabajo complejo ya se ha efectuado, que las especialidades que justificaron el nombramiento colegiado han sido superadas, lo procedente es mantener como administradores concursal a Dña. María y D. Alfonso, sin proceder a nuevo nombramiento en sustitución de Dña. Juana. Lo cual es acorde con el procedimiento abreviado, que sería el preceptivo por razón del pasivo real existente en el presente expediente.": AJM-1 Palma de Mallorca 01.09.2011 (Incidente Concursal 22/2011)

2. Si el cesado fuera el representante de una persona jurídica administradora, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la nueva persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo.

3. Al cese y nuevo nombramiento se dará la misma publicidad que hubiera tenido el nombramiento del administrador concursal sustituido.

4. En caso de cesar cualquiera de los administradores concursales antes de la conclusión del concurso, el juez le ordenará rendir cuentas de su actuación en las competencias que le hubieran sido atribuidas individualmente, en su caso. Cuando el cese afecte a todos los miembros de la administración concursal, el juez ordenará a ésta que rinda cuentas de su entera actuación colegiada hasta ese momento, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a cada uno de los administradores conforme a las reglas del artículo 36. Estas rendiciones de cuentas se presentarán por los citados administradores dentro del plazo de un mes, contado desde que les sea notificada la orden judicial, y serán objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el artículo 181 para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso.

4. En caso de cese del administrador concursal antes de la conclusión del concurso, el juez le ordenará rendir cuentas de su actuación. Esta rendición de cuentas se presentará por el administrador concursal dentro del plazo de un mes, contado desde que le sea notificada la orden judicial, y será objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el artículo 181 para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso.

Nueva redacción del art 38.4 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Artículo 39

Redacción inicial

Artículo 39. Firmeza de las resoluciones.

Contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados no se dará recurso alguno.

1. Irrecurribilidad del nombramiento de los AC

"PRIMERO.- Con carácter previo a resolver sobre la cuestión objeto de apelación, la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso necesario de la compañía mercantil "Alcopalma, SL", debe advertirse que en el escrito de interposición del recurso de apelación se contienen alegaciones que no forman parte del pronunciamiento susceptible de apelación, cuales son las relativas a la impugnación del nombramiento de administradores concursales. En efecto, como hemos declarado en otras resoluciones (verbigracia, Auto de 24 de mayo de 2007), la resolución judicial resolviendo favorable o desfavorablemente la solicitud de declaración de concurso es recurrible en apelación o en reposición según el pronunciamiento concreto objeto de recurso (artículo 20.2 de la Ley Concursal). Ahora bien, tales recursos no son formulables de forma sucesiva, sino alternativamente y sin posibilidad de opción, en función del sentido de la resolución impugnada y de los pronunciamientos cuya modificación o revocación se pretende. En el caso del auto declarativo del concurso (que es el supuesto de hecho ocurrido en este caso), procede bien el recurso de apelación, bien el de reposición, según las siguientes circunstancias: a) El recurso de apelación procede cuando se impugna la declaración de concurso, única o conjuntamente con otros pronunciamientos adicionales -por ejemplo,

la sustitución de las facultades del deudor-; b) El recurso de reposición es el procedente cuando únicamente se recurre alguno de estos pronunciamientos adicionales y no el pronunciamiento principal -la declaración de concurso-. Pero el nombramiento de administradores concursales no es uno de los posibles pronunciamientos adicionales recurribles en apelación junto con la declaración de concurso, porque el artículo 39 de la Ley Concursal dispone que contra las resoluciones sobre nombramiento de los administradores concursales no se dará recurso alguno. Razón por la cual ningún pronunciamiento se va a hacer en este auto sobre dicho particular. “: Auto AP Córdoba (sección 3) 20.12.2007 (auto 106/2007; AC 2008/341)

2. Irrecurribilidad de la resolución sobre la separación de los AC

“TERCERO En cuanto al pronunciamiento relativo a la inadmisión a trámite de la solicitud de separación de los administradores concursales, debe ponerse de relieve que no existe previsión legal de que dicha solicitud deba tramitarse por el cauce del incidente concursal por lo que no puede atenderse la invocación de la recurrente alartículo 192.1 de la Ley Concursal, ya que en el propioartículo 37 de la Ley Concursal se está estipulando que cuando concurra justa causa podrá el Juez separar del cargo a los administradores concursales, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar el concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, estableciéndose en el apartado 3 del propio precepto que la resolución judicial de cese revestirá la forma de auto en el que se consignaran los motivos en los que el juez funde su decisión, lo que de suyo descarta aquella tramitación incidental que debe terminar por Sentencia, tratándose por tanto de un tramitación específica en atención a las facultades discrecionales del Juez sobre el nombramiento y separación de los administradores concursales que ya vienen recogidas en la exposición de motivos de la Ley Concursal, sin que exista previsión de que deba darse un trámite contradictorio y siempre bien entendido que lógicamente habría de darse audiencia al afectado o afectados, ya se tome la medida a iniciativa del Juez del concurso o bien a solicitud de algún legitimado, siendo necesario en todo caso consignar los motivos en los que el Juez funde la decisión.
Por otra parte, la decisión adoptada en esa materia se revela como no susceptible de recurso alguno conforme a lo taxativamente estipulado en elartículo 39 de la Ley Concursal y, al no estar prevista su tramitación por la vía del incidente concursal a través de un procedimiento contradictorio, no puede admitirse el recurso de apelación frente a la inadmisión a trámite de esa petición subsidiaria de separación de los administradores concursales, ya que esa decisión equivale a la denegación de la medida solicitada cuando en este caso, como prevé el referidoartículo 37.3 de la Ley Concursal, está suficientemente explicitado por el Juez a quo en el auto recurrido el motivo por el que considera improcedente esa separación y, en concreto, por ausencia de causas objetivas más allá de las meras discrepancias con el informe elaborado por la Administración concursal, resultando por tanto de todo punto innecesario el dar audiencia a los administradores concursales que no habrían de verse afectados por esa decisión denegatoria por lo que, en definitiva, también debe decaer el recurso en tal aspecto al incurrir en clara causa de inadmisibilidad.”: AAP Madrid (Sección 28) 05.03.2010 (JUR 2010/165596; Auto 53/2010; Rollo 25/2010)

2.1 Pero recurribilidad del pronunciamiento accesorio sobre pérdida de la retribución

“PRIMERO.- En primer lugar debemos analizar la cuestión relativa a la recurribilidad de la resolución de referencia, de 5 de Febrero de 2010, por la que la Juzgadora de lo mercantil acuerda la separación de sus cargos de los tres administradores concúrsales, junto con las medidas de devolución de las retribuciones económicas percibidas y obligación de rendir cuentas en el plazo de un mes y designación de nuevos administradores concúrsales.
En este sentido hemos de tener en cuenta lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, cuando señala que:../te celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación".
Tales principios inspiradores se concretan y se materializan de forma específica en el contenido del art°. 197 de la Ley Concursal, que es exponente de un régimen de recursos diferente al previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil El art°. 197 en su apartado 2 declara que... "contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso, sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esa ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto".
En el caso objeto de revisión en esta alzada, el auto ha sido dictado al amparo de lo dispuesto en el art°. 37 de la L.C., referido a la facultad del Juez, bien de oficio (como en este caso) o a instancia de las partes, que la norma señala, de acordar la separación del cargo de los administradores concúrsales, por concurrir justa causa. Dicha decisión judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 39 de la L.C., es irrecurrible, de igual manera que lo son también las resoluciones sobre nombramiento y recusación a tenor de dicho precepto, El fundamento de tal irrecurribilidad descansaría en la discrecionalidad que la Ley Concursal confiere al Juez en orden al nombramiento de los administradores, y sería a su vez un claro exponente de ese particular y exclusivo régimen de

recursos plasmado de forma específica en el art. 197 ya citado, que tiene como finalidad la búsqueda de la celeridad del procedimiento, pero que, sin duda contribuye, en este caso, a reforzar la gravedad de la sanción ya de por sí relevante y grave.
SEGUNDO.- No obstante la resolución de instancia, si bien se pronuncia acerca de la citada irrecurribilidad del cuestionado auto, es también cierto que sólo la circunscribe a la decisión del cese o separación de los administradores de su cargo, posibilitando, como en efecto, así lo hace la recurribilidad del pronunciamiento relativo a la pérdida de las retribuciones percibidas.
Entiende este Tribunal que tal decisión de recurribilidad tendría un difícil encaje procesal, de un lado, porque en este caso, la pérdida de la retribución constituiría, según el auto de instancia, una consecuencia accesoria o derivada directamente de la decisión principal, consistente en la separación de los administradores de su cargo, lo que conllevaría también a declarar su irrecurribilidad.
No obstante la Juzgadora de instancia fundamenta su decisión favorable a la apelación aislada de tal pronunciamiento (pérdida de retribución) en una postura intermedia en el contenido del art°. 34 de la Ley Concursal, relativo a la retribución de los administradores concúrsales, y particularmente en su apartado 5 cuando declara la recurribilidad en apelación del auto por el que se fije o modifique la retribución de aquéllos. Aplica analógicamente la pérdida de la retribución a los conceptos de su fijación o modificación previstos expresamente.
No puede olvidarse, como señala el Auto de 17 de Enero de 2008 de la Audiencia Provincial de Córdoba que …"al permitir el artículo 3.5 de la Ley Concursal que las resoluciones que fijen o modifiquen las retribuciones de los administradores concúrsales sean apelables directamente en cualquier fase del concurso (contra lo que es regla general en materia de recursos en la propia Ley), es evidente que lo que pretende es que sea revisable la aplicación al caso concreto del arancel que prevé el propio precepto y que se desarrolla reglamentariamente en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre. Quiere ello decir que el único ámbito de conocimiento posible de un recurso de apelación contra un auto en el que se fija la retribución de unos administradores concursales es la corrección de dicha fijación, en los términos del arancel legal y reglamentariamente previstos; y no otras cuestiones, como la propia designación de los administradores concúrsales, contra la que no cabe recurso alguno, según dispone expresamente el art°, 39 de la Ley Concursal; o la recusación de los mismos, cuestión que tiene su propio trámite por la vía del incidente concursal (art°, 33.4 del a misma Ley) y que no es objeto de este recurso".
TERCERO.- Este Tribunal sin perjuicio de las consideraciones jurídico-procesales que hemos mencionado, y aun admitiendo que la recurribilidad del pronunciamiento judicial de referencia, no se mostraría coherente con el genuino sistema de recursos previsto en la Ley Concursal, valora al respecto los principios generales "pro accione" y de "favorecimiento de los recursos", posibilitando así el debate de aquél pronunciamiento en esta apelación, a través del correspondiente juicio revisorio que nos compete.": AAP Murcia (sección 4) 25.11.2010 (Auto 219/2010; Rollo 691/2010)

"PRIMERO La cuestión jurídica que se plantea en esta apelación es idéntica a la formulada en el Rollo Civil nº 691/10 referido al Concurso Ordinario nº 554/08 y que fue resuelta por el Auto de 25 de Noviembre de 2010. Por tanto reiteramos el contenido de la citada resolución judicial y reproducimos los mismos argumentos jurídicos que la fundamentan. En primer lugar debemos analizar la cuestión relativa a la recurribilidad de la resolución de referencia, de 5 de Febrero de 2010, por la que la Juzgadora de lo mercantil acuerda la separación de sus cargos de los tres administradores concursales, junto con las medidas de devolución de las retribuciones económicas percibidas y obligación de rendir cuentas en el plazo de un mes y designación de nuevos administradores concursales.
En este sentido hemos de tener en cuenta lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, cuando señala que:*..."la celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación".*
Tales principios inspiradores se concretan y se materializan de forma específica en el contenido delartº. 197 de la Ley Concursal, que es exponente de un régimen de recursos diferente al previsto en laLey de Enjuiciamiento Civil. El artº. 197 en su apartado 2 declara que*..."contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso, sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esa ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto"*.
En el caso objeto de revisión en esta alzada, el auto ha sido dictado al amparo de lo dispuesto en elartº. 37 de la L.C., referido a la facultad del Juez, bien de oficio (como en este caso) o a instancia de las partes, que la norma señala, de acordar la separación del cargo de los administradores concursales, por concurrir justa causa. Dicha decisión judicial, de acuerdo con lo dispuesto en elartº. 39 de la L.C., es irrecurrible, de igual manera que lo son también las resoluciones sobre nombramiento y recusación a tenor de dicho precepto. El fundamento de tal irrecurribilidad descansaría en la discrecionalidad que la Ley Concursal confiere al Juez en orden al nombramiento de los administradores, y sería a su vez un claro exponente de ese particular y exclusivo régimen de recursos plasmado de forma específica en elartº. 197 ya citado, que tiene como finalidad la búsqueda

de la celeridad del procedimiento, pero que, sin duda contribuye, en este caso, a reforzar la gravedad de la sanción ya de por sí relevante y grave.
SEGUNDO No obstante la resolución de instancia, si bien se pronuncia acerca de la citada irrecurribilidad del cuestionado auto, es también cierto que sólo la circunscribe a la decisión del cese o separación de los administradores de su cargo, posibilitando, como en efecto, así lo hace la recurribilidad del pronunciamiento relativo a la pérdida de las retribuciones percibidas.
Entiende este Tribunal que tal decisión de recurribilidad tendría un difícil encaje procesal, de un lado, porque en este caso, la pérdida de la retribución constituiría, según el auto de instancia, una consecuencia accesoria o derivada directamente de la decisión principal, consistente en la separación de los administradores de su cargo, lo que conllevaría también a declarar su irrecurribilidad.
No obstante la Juzgadora de instancia fundamenta su decisión favorable a la apelación aislada de tal pronunciamiento (pérdida y restitución de retribución) en una postura intermedia en el contenido delartº. 34 de la Ley Concursal, relativo a la retribución de los administradores concursales, y particularmente en su apartado 5 cuando declara la recurribilidad en apelación del auto por el que se fije o modifique la retribución de aquéllos. Aplica analógicamente la pérdida de la retribución a los conceptos de su fijación o modificación previstos expresamente.
No puede olvidarse, como señala elAuto de 17 de Enero de 2008 de la Audiencia Provincial de Córdoba que*..."al permitir el* artículo 34.5 de la Ley Concursal *que las resoluciones que fijen o modifiquen las retribuciones de los administradores concursales sean apelables directamente en cualquier fase del concurso (contra lo que es regla general en materia de recursos en la propia Ley), es evidente que lo que pretende es que sea revisable la aplicación al caso concreto del arancel que prevé el propio* precepto y que se desarrolla reglamentariamente en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre. *Quiere ello decir que el único ámbito de conocimiento posible de un recurso de apelación contra un auto en el que se fija la retribución de unos administradores concursales es la corrección de dicha fijación, en los términos del arancel legal y reglamentariamente previstos; y no otras cuestiones, como la propia designación de los administradores concursales, contra la que no cabe recurso alguno, según dispone expresamente el* artº. 39 de la Ley Concursal; *o la recusación de los mismos, cuestión que tiene su propio trámite por la vía del incidente concursal* (artº. 33.4 del a misma Ley) *y que no es objeto de este recurso"*.
TERCERO Este Tribunal sin perjuicio de las consideraciones jurídico-procesales que hemos mencionado, y aún admitiendo que la recurribilidad del pronunciamiento judicial de referencia, no se mostraría coherente con el genuino sistema de recursos previsto en la Ley Concursal, valora al respecto los principios generales "*pro accione* " y de "*favorecimiento de los recursos* ", posibilitando así el debate de aquél pronunciamiento en esta apelación, a través del correspondiente juicio revisorio que nos compete.": AAP Murcia (Sección 4) 24.02.2011 (Auto 46/2011; Rollo 722/2010)

"PRIMERO. 1. Se formula recurso de queja por Don. Braulio contra el auto dictado el 20 de abril de 2012, que inadmitió el recurso de apelación contra el anterior auto de 9 de marzo del mismo año. Esta última resolución acordó la separación por justa causa como administrador concursal del Sr. Braulio, con pérdida del derecho de retribución así como el requerimiento para que procediera a devolver en el plazo de cinco días las cantidades que en su caso hubiera percibido y entregara la documentación que obrara en su poder.
La separación del cargo de administrador concursal fue acordada por el juez mercantil por no haber sido presentado en el plazo legal y en la debida forma el informe de la administración concursal, de conformidad con lo previsto por el art. 74.3 LC (en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011), en relación con el art. 37.
2. Dispone el art. 39 LC (en la redacción aplicable, anterior a la citada reforma) que contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores concursales no se dará recurso alguno. Por tanto, contra el pronunciamiento del auto de 9 de marzo de 2012 que acuerda la separación del Sr. Braulio como administrador concursal, no cabe ningún recurso, y así lo reconoce el recurrente en el escrito de queja.
No obstante, de acuerdo con el art. 74.3 LC, cabe interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que, como consecuencia de la separación de los administradores concursales, imponga a éstos la sanción de pérdida de la retribución con devolución de las cantidades percibidas.
El recurrente en queja advierte que el recurso de apelación que pretende interponer contra el referido auto tiene por objeto, única y exclusivamente, el pronunciamiento relativo a la pérdida de la retribución y la devolución de las cantidades percibidas. Por ello, en la medida en que la apelación se contrae a este objeto, procede estimar la queja y acordar la admisión del recurso de apelación contra ese concreto pronunciamiento del auto de 9 de marzo de 2012.": AAP Barcelona (Sección15) 12.12.2012 (Auto 152/2012; Rollo 377/2012)

3. Cabe apelación contra la inadmisión a trámite del incidente recusatorio

Vid. art. 194.2

"PRIMERO.- El problema que ha terminado generando el presente recurso de queja derivaba de la inicial decisión del Juzgado de lo Mercantil de no dar trámite al incidente de recusación planteado por la asociación AUSBANC CONSUMO contra uno de los miembros de la administración concursal de

FORUM FILATÉLICO SA al estimar que aquélla carecería de legitimación activa para ese fin. El juzgado entendió luego, ante el intento de la mencionada asociación de recurrir, que contra la inadmisión del mencionado incidente no cabía posibilidad de apelación por aplicación delartículo 39 de la LC.
No es labor de este tribunal, en este momento procesal, enjuiciar la legitimación de la recurrente para recusar a alguno de los miembros de la administración concursal, que sería la cuestión a dilucidar una vez llegase a este tribunal el recurso que se pretende sea admitido, ni tampoco la viabilidad de tal recusación, ya que cualquiera de esos aspectos rebasaría el objeto del presente recurso de queja, limitado al control de si debió tramitarse el recurso de apelación
SEGUNDO.- La previsión delartículo 39 de la LCcontempla, en efecto, que no se dará recurso alguno contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores. Lo que aplicado al caso que aquí nos ocupa significaría que ninguno de los legitimados para recusar, ni tampoco los recusados, tendrían la posibilidad de recurrir contra la resolución del Juez de lo Mercantil que acogiese o desestimase la recusación. Pero esta decisión debería ser el resultado de la previa sustanciación de esa discusión por el trámite incidental al que se refiere elnº 4 del artículo 33 de la LC. El legislador entiende que tras esa fase contradictoria no ha lugar a ulterior discusión.
Ahora bien, considera este tribunal que si lo que ocurre, como en este caso, es que ni tan siquiera se ha llegado a tramitar tal incidente concursal, por la no admisión a trámite de la correspondiente pretensión recusatoria, el precepto legal de aplicación en materia de impugnación de la correspondiente resolución judicial sería el que se prevé en elartículo 194.2 "in fine" de la Ley Concursal, que resulta aplicable, con el carácter de ley especial, a todo supuesto de inadmisión a trámite de un incidente concursal (y no sólo cuando ello ocurra porque eljuez estime que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, como ha explicado este tribunal en precedentes resoluciones-entre otras, en el auto de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2006).
Entiende la sala que lo procedente es referir la previsión de cada uno de dichos preceptos legales (artículos 39 y 194.2 "in fine" de la Ley Concursal) a fases distintas del incidente concursal recusatorio, ya que están en juego dos derechos con distinta significación en aras a las exigencias delartículo 24de la Constitución, en un caso el de poder plantear una pretensión en un proceso y obtener una resolución judicial motivada al respecto (principio pro actione) y en el otro el de pretender recurrir la resolución judicial dictada tras el seguimiento de aquél. Las limitaciones que puedan imponerse en el segundo no tienen por qué ser las mismas que en el primero, que siempre ha de ser analizado con mayor flexibilidad, como ha aclarado en multitud de resoluciones la jurisprudencia constitucional.
TERCERO.- La consecuencia de los razonamientos precedentes es la estimación del recurso de queja interpuesto por la representación de la asociación AUSBANC CONSUMO contra elauto dictado el 19 de diciembre de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, a fin de que se dé trámite a la apelación interpuesta por aquélla contra la resolución inadmisoria de su incidente de recusación de administrador concursal.”: AAP Madrid (sección 28) 19.07.2007 (JUR 2008/95535)

“PRIMERO El Juzgado de lo Mercantil decidió no dar trámite al incidente de recusación planteado por la asociación AUSBANC CONSUMO contra uno de los miembros de la administración concursal de FORUM FILATÉLICO SA al apreciar que aquélla carecería de legitimación activa para ese fin. Se entiende en la resolución recurrida que la apelante no cumple la premisa de ser acreedora de la entidad concursada, entendiendo restringida la facultad de recusar a la actuación individualizada del que sea acreedor de la concursada (además de la del propio deudor). Sin embargo, AUSBANC CONSUMO no se conforma con tal decisión, insistiendo en que ostenta legitimación para instar el incidente de recusación, que debería ser admitido a trámite.
En sede de oposición se ha cuestionado por la parte apelada la procedencia de tramitar la presente apelación. Se trata, sin embargo, de una discusión zanjada por elauto de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 19 de julio de 2007 (JUR 2008, 95535)que ordenó, tras la queja de la apelante, la admisión del recurso de apelación. Señalábamos entonces que la previsión delartículo 39 de la LC contempla, en efecto, que no se dará recurso alguno contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores. Lo que aplicado al caso que aquí nos ocupa significaría que ninguno de los legitimados para recusar, ni tampoco los recusados, tendrían la posibilidad de recurrir contra la resolución del Juez de lo Mercantil que acogiese o desestimase la recusación. Pero esta decisión debería ser el resultado de la previa sustanciación de esa discusión por el trámite incidental al que se refiere elnº 4 del artículo 33 de la LC. El legislador entiende que tras esa fase contradictoria no ha lugar a ulterior discusión. Ahora bien, si lo que ocurre, como en este caso, es que ni tan siquiera se ha llegado a tramitar tal incidente concursal, por la no admisión a trámite de la correspondiente pretensión recusatoria, el precepto legal de aplicación en materia de impugnación de la correspondiente resolución judicial sería el que se prevé en elartículo 194.2 "in fine" de la Ley Concursal, que resulta aplicable, con el carácter de ley especial, a todo supuesto de inadmisión a trámite de un incidente concursal (y no sólo cuando ello ocurra porque eljuez estime que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, como ha explicado este tribunal en precedentes resoluciones-entre otras, en el auto de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 162127)).
Como ya explicamos en su momento lo procedente era referir la previsión de cada uno de dichos preceptos legales (artículos 39 y 194.2 "in fine" de la Ley Concursal) a fases distintas del incidente

concursal recusatorio, ya que están en juego dos derechos con distinta significación en aras a las exigencias delartículo 24de la Constitución, en un caso el de poder plantear una pretensión en un proceso y obtener una resolución judicial motivada al respecto (principio pro actione) y en el otro el de pretender recurrir la resolución judicial dictada tras el seguimiento de aquél. Las limitaciones que puedan imponerse en el segundo no tienen por qué ser las mismas que en el primero, que siempre ha de ser analizado con mayor flexibilidad, como ha aclarado en multitud de resoluciones la jurisprudencia constitucional. En consecuencia procedía, y así lo acordamos, dar trámite a la apelación de AUSBANC CONSUMO, por lo que no cabe nueva discusión al respecto.": AAP Madrid (Sección 28) 20.02.1009 (AC 2009/860; Auto 39/2009; Rollo 131/2008)

"SEGUNDO Expuesto en esencia en el fundamento jurídico precedente el contenido de lo que es exactamente objeto del presente recurso y cuestionándose por las apeladas en las respectivas oposiciones la procedencia de tramitar la apelación debe indicarse al respecto que, con relación al incidente de recusación de los administradores concursales, la admisibilidad del recurso de apelación se trata de una cuestión ya zanjada por distintas resoluciones de esta sección 28ª de la AP de Madrid como la de 20 de febrero de 2009 que se remite a la de 19 de julio de 2007 que ordenó, tras la queja de la apelante, la admisión del recurso de apelación.
Señalábamos entonces que la previsión delartículo 39 de la LC contempla, en efecto, que no se dará recurso alguno contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores. Lo que aplicado al caso que aquí nos ocupa significaría que ninguno de los legitimados para recusar, ni tampoco los recusados, tendrían la posibilidad de recurrir contra la resolución del Juez de lo Mercantil que acogiese o desestimase la recusación.
Pero esta decisión debería ser el resultado de la previa sustanciación de esa discusión por el trámite incidental al que se refiere elnúm. 4 del artículo 33 de la LC. El legislador entiende que tras esa fase contradictoria no ha lugar a ulterior discusión. Ahora bien, si lo que ocurre, como en este caso, es que ni tan siquiera se ha llegado a tramitar tal incidente concursal, por la no admisión a trámite de la correspondiente pretensión recusatoria, el precepto legal de aplicación en materia de impugnación de la correspondiente resolución judicial sería el que se prevé en elartículo 194.2 "in fine" de la Ley Concursal, que resulta aplicable, con el carácter de ley especial, a todo supuesto de inadmisión a trámite de un incidente concursal (y no sólo cuando ello ocurra porque el juez estime que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, como ha explicado este tribunal en precedentes resoluciones, entre otras, en el auto de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2006).
Como ya explicamos en su momento lo procedente era referir la previsión de cada uno de dichos preceptos legales (artículos 39 y 194.2 "in fine" de la Ley Concursal) a fases distintas del incidente concursal recusatorio, ya que están en juego dos derechos con distinta significación en aras a las exigencias delartículo 24 de la Constitución, en un caso el de poder plantear una pretensión en un proceso y obtener una resolución judicial motivada al respecto (principio pro actione) y en el otro el de pretender recurrir la resolución judicial dictada tras el seguimiento de aquél. Las limitaciones que puedan imponerse en el segundo no tienen por qué ser las mismas que en el primero, que siempre ha de ser analizado con mayor flexibilidad, como ha aclarado en multitud de resoluciones la jurisprudencia constitucional. En consecuencia si procedía dar trámite a una eventual apelación en lo referente a la inadmisión del incidente concursal de recusación.
Pero, llegados a este punto, resulta como ya se ha expuesto que en el presente caso tal decisión en concreto fue consentida y es firme al no haberse formulado la oportuna protesta en su momento a efectos de apelación, por el error de la parte en cuanto a la admisibilidad del recurso, y ni siquiera se llega a impugnar tal pronunciamiento con el escrito de interposición del recurso, que claramente se centra únicamente en la inadmisión a trámite de la solicitud de separación de los administradores concursales subsidiariamente deducida, lo que evidentemente ya no puede ser subsanado mediante el escrito de formalización del recurso en el que, ya sí, se introducen alegatos en torno a la inadmisión de la recusación y se solicita la revocación de la decisión adoptada en tal aspecto por lo que nos encontramos ante un motivo de inadmisibilidad del recurso, por intentarse de forma extemporánea frente a una resolución firme, lo que en definitiva comporta su desestimación.": AAP Madrid (Sección 28) 05.03.2010 (JUR 2010/165596; Auto 53/2010; Rollo 25/2010)

Redacción desde ley 38/2011

Artículo 39. ***Recursos.***

Contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados cabrá recurso de reposición y, contra el auto que lo resuelva, el de apelación que no tendrá efecto suspensivo.
Estarán legitimados para recurrir el deudor, la administración concursal, los administradores concursales afectados y quienes acrediten interés legítimo, aunque no hubieran comparecido con anterioridad.

Nueva redacción del art 39 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)

En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

AP Girona

"SEGUNDO.-Ante la oposición de la parte apelada a la recurribilidad de la resolución apelada, debe señalarse que al supuesto presente le es de aplicación la normativa contenida en el Art. 39 de la LC, según la redacción dada por Ley 38/2011 de 10 de octubre, en vigor desde el 1 de enero de 2012 en la forma que en ella se determina. Y ello porque si bien la Disposición Transitoria Primera invocada por la parte apelada alude al Régimen General, mientras que la Disposición Transitoria Décimo Tercera, en materia de Recursos dispone: "Los apartados 4, 5 y 6 del Art.197 de la Ley Concursal, modificados por esta Ley se aplicarán en los recursos, que se promuevan frente a resoluciones que se dicten a partir de la fecha de su entrada en vigor. " Y el Art. 197 dispone:
4. Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concúrsales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días. A estos efectos, se considerará apelación más próxima la que corresponda frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada de convenio. Se exceptúan las sentencias dictadas en los incidentes a que se refiere el artículo 72.4 y el artículo 80.2, que serán apelables directamente. Este recurso de apelación tendrá carácter preferente.
Número 4 del artículo 197 redactado por el número ciento nueve del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre).Vigencia: 1 enero 2012.
El artículo 197.4 se aplicará en los recursos que se promuevan frente a resoluciones que se dicten a partir de la fecha de entrada en vigor (Disposición transitoria decimotercera de la Ley 38/2011, de 10 de octubre).
5. Contra las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan incidentes concúrsales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente.
Número 5 del artículo 197 redactado por el número ciento nueve del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre).Vigencia: 1 enero 2012
El artículo 197.5 se aplicará en los recursos que se promuevan frente a resoluciones que se dicten a partir de la fecha de entrada en vigor (Disposición transitoria decimotercera de la Ley 38/2011, de 10 de octubre).
En consecuencia habiéndose dictado la sentencia apelada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 238/2011, la sentencia dictada es apelable conforme a la nueva redacción dada al Art. 39 de la LC ":SAP Girona (Sección 1) 16.12.2013 (Sentencia 462/2013; Rollo 378/2013)

TÍTULO III - DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

CAPÍTULO I - De los efectos sobre el deudor

Artículo 40. Facultades patrimoniales del deudor.

1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.

Art. 40.1

1. Capacidad para ser interrogado en juicio

"PRIMERO: La declaración de concurso voluntario no priva al concursado de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio salvo que el Juez del concurso lo estableciera así expresamente (art. 41 de la Ley Concursal), pero en todo caso, en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43). Por ello, no se entiende la postura de la recurrente, que tras insistir en la necesidad de que se admitiera el recibimiento a prueba en esta segunda instancia, acordando el interrogatorio de la misma, para poder combatir así uno de los argumentos de la sentencia que era precisamente que ante su incomparecencia injustificada al acto del interrogatorio se le tuvo por reconocido en los hechos que le eran desfavorables (la existencia de un acuerdo sobre devolución de las mercancías y compensación de la deuda), ahora en la apelación tras conseguir de la Sala que se acordara el interrogatorio señalando día y hora para la celebración del mismo, se desiste de dicha prueba con el insostenible argumento de que la parte ha sido declarada en concurso voluntario, declaración que no le inhabilita para ser interrogado en un procedimiento en el que se es parte, ni desde luego le impide ejercitar cuantos actos sean conducentes al ejercicio de sus créditos, no en beneficio propio, pero si evidentemente a favor de los intereses del concurso.
En definitiva, el demandante dejó de comparecer en la instancia al interrogatorio sin justa causa, y tras conseguir que en esta alzada se acuerde dicha prueba, manifiesta que no comparecerá alegando una causa que en modo alguno justifica su actitud, por lo que subsisten las mismas razones que se tuvieron en la instancia para tenerle por reconocido en la existencia del acuerdo de devolución de mercancías y compensación del importe de las mismas.": Sentencia AP Toledo 06.06.2006 (JUR 2006/187429)

2. Actos del concursado (intervenido) como administrador de filial no concursada

"Según el Art. 43.2 de la Ley Concursal, "..Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integra la basa activa sin autorización dar juez. Es patente, por tanto, que la autorización judicial que contempla el último inciso de dicho precepto se encuentra referida a la enajenación o gravamen de bienes y derechos integrantes de la masa activa del concurso, hipótesis en la que no se encuentran comprendidas las fincas registrales XXX y YYY pertenecientes, no a la concursada CENTRO ASEGURADOR, sino a una sociedad denominada VELAZQUEZ 157, S.L.
No puede ignorarse, desde luego, que VELAZQUEZ 157 S.L. es una sociedad instrumental de CENTRO ASEGURADOR desde el momento en que oda esta última es titular del 100% de su capital así come su administrador único, pero no puede de ello deducirse jurídicamente que, por virtud del presente concurso de acreedores, aquélla tenga intervenidas sus operaciones mercantiles o que el juez del concurso daba -o puede- adoptar decisiones capaces de interferir, cuando menos de una manera directa, en sus decisiones, o, en definitiva, en su trayectoria empresarial, Al respecte, merece la pena recordar que, en respuesta a una petición de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL por la que se interesaba que el Juzgado requiriese a CENTRO ASEGURADOR para que se abstuviese de adoptar determinadas decisiones en el seno de VELAZQUEZ 157, S.L., la Providencia de 6 de abril de 2005 (resolución que ganó firmeza por aquietamiento de las partes) denegó ya en su día la prédica del requerimiento solicitado porque -se decía en dicha resolución- "no encontrándose VELAZQUEZ 157 S.L. declarada en situación do concurso, no es procedente acordar la Intervención do la operaciones de sus órganos de administración, sin perjuicio de que cuantas actividades haya de desarrollar CENTRO ASEGURADOR en su condición de titular del capital aquélla entidad (e integren el ejercicio de derechos económicos o políticos en el ' seno de la misma) se encuentran ya intervenidas por la Administración Concursal designada en el presente concurso". En definitiva, lo que se quiere destacar es que, teniendo en cuente que lo que pretende venderse no son las participaciones sociales que le concursada ostenta en su sociedad instrumental (elemerto patrimonial si integrado en la masa del concurso) sino determinados activos inmobiliarios propiedad de ésta última, cuantas decisiones pueda adoptar CENTRO ASEGURADOR en el seno de VELAZQUEZ 157, S.L. en su calidad de socio y administrador único de dicha mercantil no constituyen sino iniciativas comprendidas dentro de la órbita de la actividad empresarial de dicha concursada, actividad cuya continuidad no se encuentra interrumpida por virtud de la declaración de concurso (Art. 44-1 de la Ley Concursal). Decisiones, en suma, que, por encontrarse sometidas un régimen de simple intervención, no precisan de otro presupuesto o requisito que la aulorización o conformidad de la ADMINISTRACION CONCURSAL (Art. 40-1 de la Ley Concursal). Cuestión distinta seria que, por razón de la especial trascendencia de tal iniciativa, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL decidiera hacer uso de la facultad discrecional que la otorga el Art. 188-1 de la Ley Concursal recabando dei Juzgado una autorización especial

con carácter previo a la prestacion por su parte de esa conformidad preceptiva a la que alude el Art. 40-1, hipótesis en la que la resolución judicial no habría de versar -al menos no directamente- sobre la venta de los bienes, sino sobre la conveniencia de que ADMINISTRACION CONCURSAL autorizase a CENTO ASEGURADOR a adoptar en el seno de VELEZQUEZ 157, S.L. el acuerdo societario consistente en proceder a la enajenación de tales activos. Pero, como quiera que la ADMINISTRACION CONCURSAL no ha estimado oportuno -el menos por el momento- hacer uso de dicha facultad, no le cabe al órgano judicial adoptar resolución alguna de carácter directo -ni de signo estimatorio ni de signo desestimatorio- en torno al porvenir de unes bienes que no pertenecen a la masa activa del concurso.": Auto JM-2 Madrid 10.02.2006 (Concurso 77/2005)

3. Orden de pago anterior no ejecutada deviene ineficaz

"En cualquier caso, la solución es idéntica aunque se hable de pago y no de compensación de deudas. Aun cuando se considerase que en el presente supuesto no operó la compensación de créditos, sino que se ejecutó una mera orden de pago, lo cierto es que conforme a lo establecido en elart. 40.1 de la LC, y a pesar de que el deudor conserve las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, queda sometido en el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad. Dado que la orden de pago no se ejecutó con anterioridad a la declaración en situación de concurso, ésta devino ineficaz de manera sobrevenida a los efectos pretendidos, por precisar desde ese momento de la autorización o visado de los administradores del concurso, lo que en ningún momento consta se diera. Y es que el pago, como modo de extinción de las obligaciones, por más que insista la recurrente, no se habría producido en la fecha en que se dio la orden, sino en el mismo momento en que se hubiere entregado la cosa debida, lo que tuvo lugar el 14-11-07 mediante el ingreso del importe líquido obtenido en la cuenta en la que se instrumentalizó el crédito, de conformidad con lo previsto en losarts. 1.157 y 1.170 del CC.". SAP Segovia 26.05.2009 (JUR 2009/302789; Sentencia 98/2009; Rollo 187/2009)

4. El concursado meramente intervenido como interlocutor para extinción contractual por mutuo disenso tácito

"PRIMERO.-La Sentencia de fecha 9 diciembre 2011 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo acuerda rechazar la demanda presentada por la concursada "Obras y Proyectos Mineros Internacional, S.L." contra "Endesa Generación, S.A." -OPM- en la que venía a solicitar la declaración de resolución contractual por incumplimiento imputable a la parte demandada del contrato de movimientos de estéril y de extracción de carga de carbón que fue firmado por ambos litigantes el 21 febrero 2007 para la explotación minera de la Corta Barrabasa Oeste del Centro Minero de Andorra (Teruel), solicitando asimismo la condena de la parte demandada a abonar en concepto de lucro cesante la suma de 1.031.925,63 euros o, subsidiariamente, la que resultara acreditada en fase probatoria en concepto de daños y perjuicios. Entiende el Ilmo. Juez de lo Mercantil que del cruce de comunicaciones escritas habido entre una y otra parte se desprende que el contrato había quedado resuelto por muto disenso en un momento anterior al de la presentación de la demanda. Frente a este pronunciamiento se alza en apelación "Obras y Proyectos Mineros Internacional, S.L." alegando en su recurso primeramente que el burofax de 11 mayo 2009 en que se fundamenta la resolución recurrida no aparece remitido por el Sr. Norberto ni va dirigido al Sr. Joaquín, únicas personas habilitadas por el contrato para emitir o recibir tales comunicaciones; se continúa alegando que la repetida comunicación tampoco fue dirigida a la Administración concursal, a pesar de que Endesa Generación era conocedora de que OPM se encontraba incursa en dicha fecha en situación concursal; por último se alega en el recurso que de la cadena de comunicaciones habida entre una y otra parte litigante aparece que el burofax de 12 junio 2009 fue muy posterior al cobro por parte de OPM de la factura que se dice en la recurrida, siendo por tanto incierto que ambos acontecimientos fueran simultáneos, de donde resulta a su vez que no puede concluirse que la falta de respuesta a tal burofax pueda ser interpretada como un asentimiento tácito a la resolución contractual.
SEGUNDO.-La sistemática de las razones invocadas en el recurso aconseja comenzar examinando la secuencia de comunicaciones que una y otra parte litigantes se cruzaron con posterioridad a la firma el 21 febrero 2007 del contrato de movimiento de estéril y de extracción y carga de carbón para la explotación de la corta Barrabasa Oeste del Centro Minero de Andorra (Teruel). Así cabe observar primeramente que aún cuando la cláusula 4ª contempla como plazo de vigencia del contrato el de "tres años y diez meses a partir del día 1 marzo de 2007", recoge seguidamente la posibilidad de que el contrato perdiera su vigencia de modo anticipado si concurrieran una serie de eventualidades que pudieran comprometer la viabilidad de la explotación y que aparecen descritas bajo los términos "si se modificaran los contratos actualmente en vigor de ventas de carbón, o se produjese una bajada significativa en el precio de éste". Estas son las circunstancias en las que parece ampararse la empresa Endesa Generación cuando se dirige mediante carta de 11 diciembre 2008 a OPM para ponerle de manifiesto que "se ha venido produciendo una serie de desviaciones negativas en los parámetros fundamentales de valoración de la viabilidad económica de la explotación sobre las previsiones iniciales del Proyecto Minero que han dado como resultado unas importantes pérdidas económicas", exponiendo acto seguido que la mejor alternativa era la de terminar de explotar el panel 2 con una previsión que finalizaría en febrero-marzo 2009, terminando la misiva con la siguiente declaración "en base a lo anterior, les comunico que con la finalización de la zona de explotación correspondiente al panel 2, terminaría el contrato que actualmente tenemos en vigor con su empresa". A partir de aquí la tesis mantenida por la actora OPM en su escrito rector ha sido la de considerar que la conducta llevada a cabo por Endesa Generación con el envío de la comunicación descrita es la propia de una terminación unilateral e injustificada del contrato, generadora además de un daño contractual para la contraparte cuyo importe reclama en la demanda que nos ocupa. Lo cierto no obstante es que el examen del resto de correos y comunicaciones que ambas partes

continuaron cruzándose revela que, como con total acierto concluye el Ilmo. Juez de lo Mercantil, nos hallamos ante un supuesto de mutuo disenso, y en tal sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia convienen en admitir que la relación de causas extintivas de las obligaciones recogida en el art. 1156 C.Civil es meramente enunciativa y no exhaustiva, existiendo además otra causa de extinción de las obligaciones que vendría dada por el mutuo disenso manifestado, ya sea de forma expresa o tácita, mediante actos que inequívoca y concluyentemente revelen la común voluntad de los contratantes de dejar sin efecto el negocio concluido, desligándose de las obligaciones contraídas por ellos y renunciando a exigir su efectividad y cumplimiento (así SSTS 13 febrero 1965, 8 junio 1972, 5 abril 1979, 11 febrero 1982, 25 octubre 1999), habiendo precisado la STS 27 junio 2011 que el mutuo disenso es un negocio jurídico bilateral que exige un acuerdo de voluntades para dejar sin efecto la relación obligatoria preexistente.

A este propósito resulta sumamente revelador que OPM no llegara a contestar de manera inmediata la carta en la que Endesa Generación expresamente le advertía de su voluntad de dar por resuelto anticipadamente el contrato, a lo que vendría obligado si su deseo era el de manifestar su oposición a semejante pretensión, debiendo recordar también en este punto que nuestro Alto Tribunal viene admitiendo el posible efecto jurídico del silencio como declaración de voluntad en los casos en que sea aplicable la regla de que el que calla "podía" y "debía" hablar ("qui siluit qum loqui et debuit et potuit, consentire videtur"), entendiendo que existe ese deber, entre otros casos, cuando habiendo relaciones de negocios, el curso normal y natural de los mismos exigían responder de modo que al no hacerlo se provoca en el "destinatario" la lógica creencia de que se aceptaba (por todas STS 21 febrero 2008 y las que en ella se citan). Pero es que para despejar cualquier duda la siguiente comunicación que obra en las actuaciones es el correo electrónico dirigido por OPM a Endesa Generación el 14 abril 2009 (4 meses después de aquella misiva) indicando que "esperamos vuestra respuesta para alcanzar un acuerdo y así proceder a la liquidación del contrato". Constan seguidamente diversos correos cruzados entre una y otra parte dirigidos a convenir el importe de la liquidación correspondiente a las voladuras realizadas por OPM durante toda la explotación de la Corta Barrabasa Oeste, fruto de todo lo cual OPM termina emitiendo una factura de 171.182,39 euros y que aparece con el sello de entrada en Endesa el 11 mayo 2009 (doc. nº 6 contestación). Una vez lo anterior Endesa remite un burofax con fecha de emisión de 12 junio 2009 dirigido a OPM en el que, tras recordar los antecedentes habidos hasta ese momento, le comunica lo siguiente: "Con la factura antes mencionada nº FV09/015 de fecha 30 de abril de 2009, por un importe de 171.182,39 # sin I.V.A. y la retirada de útiles de las instalaciones según se indica en el párrafo siguiente, queda finalizado el contrato de movimiento de estéril y de extracción y carga de carbón para la explotación de la Corta Barrabasa Oeste, Centro Minero de Andorra (Teruel), de febrero de 2007, garantizando ambas Partes que no existirán reclamaciones por ningún concepto relacionado con este Contrato", sin que conste a partir de aquí ningún otro comunicado por parte OPM mostrando algún tipo de impedimento a la repetida liquidación contractual, consideraciones que conducen a concluir inequívocamente conforme los términos que arriba habíamos anticipado. Cabe añadir en cualquier caso que tampoco resulta obstáculo a ello la circunstancia en la que insiste la apelante cuando señala en su recurso que el cobro de la factura por parte de OPM (el 11 mayo 2009) y el envío del burofax por Endesa (el 12 junio 2009) no fueron simultáneos, como así parece afirmares en la Sentencia recurrida, pues tal circunstancia carece de relevancia para la solución que aquí se alcanza.

TERCERO.-Por último resta por analizar las demás alegaciones contenidas en el recurso. Se discute primeramente la legitimación de las personas intervinientes en la confección y en la recepción del burofax de 11 mayo 2009 (emitido el 12 junio 2009) y en este sentido cabe observar efectivamente que la cláusula vigésima del contrato litigioso señala que "Endesa Generación designa como Director de Obra a Don Norberto, o persona en quién expresamente delegue, que será el interlocutor válido de Endesa Generación para todas las relaciones con el Contratista que afecten a la ejecución del Contrato.- El Contratista dsigna como Director de Obra (DOC) a D. Joaquín, que asimismo será el interlocutor válido frente a Endesa Generación para todas las relaciones referentes al Contrato, y responsable de la correcta realización de los trabajos objeto del mismo.- Los mencionados serán las únicas personas habilitadas, en nombre y representación de Cada una de las partes para dar y recibir todas aquellas comunicaciones, instrucciones, consultas, notificación de incidencias, etc. que se produzcan en la ejecución del contrato, careciendo de todo valor y efectos las actuaciones que pudieran desarrollar otras personas de Endesa Generación o de El Contratista". Cierto es que ninguna de tales personas interviene en el repetido burofax pues tal comunicación aparece redactada por Don Pedro en nombre de Endesa Generación y dirigida a la persona de Don Jose Luis como destinatario en nombre de OPM, pero es igualmente cierto que el mero hecho de que no exista esa identidad con las personas indicadas en el contrato no les priva de su condición de interlocutores válidos en la negociación contractual. En este sentido resulta de las actuaciones que el Sr. Norberto se encontraba prejubilado desde octubre 2008, habiendo sido sustituido en sus funciones como director del Centro Minero de Andorra por el Sr. Pedro, y en tal condición de legal representante de Endesa Generación intervino este último en la prueba de interrogatorio judicial practicada en el juicio con expreso asentimiento de la parte contraria. Y con mayor razón cabe rechazar el motivo del recurso examinado en lo que afecta a Don Jose Luis desde el momento en que fue la propia parte de OPM quien presentó también a esta persona para responder al interrogatorio judicial asumiendo la condición de legal representante de la sociedad habida cuenta de que el Sr. Joaquín había sido despedido con anterioridad a aquella fecha.

E idéntica suerte desestimatoria merece la alegación contenida en el recurso acerca de que era necesario recabar la autorización de la administración concursal para proceder a la resolución del contrato. Olvida la apelante que el auto de 9 febrero 2009 declara a "Obras y Proyectos Mineros Internacional, S.L." en situación de concurso voluntario, lo que conlleva que la concursada siga conservando las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, sin más limitaciones que las establecidas en el art. 40-1 L.C. en orden a la intervención de la Administración concursal para el ejercicio de tales facultades, motivo por el que la declaración de voluntad encaminada a zanjar la liquidación del contrato aparece correctamente dirigida por parte de Endesa a la sociedad concursada, sin perjuicio de que si la voluntad de esta última fuera la de tratar

de mantener la vigencia del contrato debería entonces solicitar la autorización o conformidad de la Administración concursal, voluntad que en cualquiera de los casos parecía descartada a la vista de los antecedentes fácticos arriba descritos que habían conformado ya el deseo común de ambas partes de terminar con el vínculo contractual.": SAP Oviedo (Sección 1) 22.02.2013 (Sentencia 55/2013; Rollo 356/2012)

5. Emisión de "instrucciones" por la administración concursal al concursado intervenido

AP Barcelona

"PRIMERO. 1. El recurrente pretende que se revoque la sentencia en la que se desestimó la demanda incidental formulada y se acuerde el cese del administrador concursal tal y como se pide en dicho escrito. Para formular está petición se basa en las instrucciones que el administrador concursal le da por escrito el 16/4/2013 en la que insta al administrador de la concursada para que suspenda el contrato que la concursada tiene con Aparthotel Apolo S.L.. El contrato, al que las partes denominaron arrendamiento, tiene por objeto la explotación turística de los apartamentos que la concursada tiene en propiedad, debido a que, a juicio de la administración concursal, la arrendataria Aparthotel Apolo no ha pagado cantidad alguna a la concursada ni ha asumido el pago de las cuotas de los prestamos hipotecarios que gravan los apartamentos, tal y como se había comprometido.
2. En síntesis, en su desproporcionado recurso, el recurrente entiende que con dicha instrucción el administrador concursal se excedió de su funciones invadiendo las facultades de administración y disposición que retenía el concursado.
3. En el régimen de intervención la función del administrador concursal, conforme el art. 40.1 LC, no se limita a visar los actos de administración o disposición que realice el concursado, sino que su intervención consiste en una autorización o conformidad con el acto intervenido. Ello implícitamente le autoriza a impartir instrucciones en las que defina cuales son los actos que autorizará y cuales no. Por lo tanto, advertir que no autorizará ciertos actos de administración o de disposición cae dentro de sus competencias.
4. En cualquier caso, aun cuando el concursado hubiera estado disconforme con esa decisión y el juez la hubiera revocado, hipótesis que no se ha cumplido, en principio eso no es causa de separación del administrador concursal. Es indudable que si el administrador constata que la parte no concursada está incumpliendo un contrato, puede instar al concursado a que oponga la excepción de contrato no cumplido y deje de cumplir su parte, según lo establecido en el art. 1124 CC.": SAP Barcelona (Sección 15) 09.06.2015 (Sentencia 155/2015; Rollo 565/2014)

2. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener.

Art. 40.3

1. No justificación para la mera intervención en concurso necesario

"PRIMERO.- Se recurre en apelación el auto que declara a la sociedad recurrente en situación de concurso necesario, tras constatar su situación de insolvencia y la desaparición de hecho de tal sociedad.
Se acuerda también la suspensión del deudor en el ejercicio de sus facultades de administración, siendo sustituído por la administración concursal (…)
En cuanto a la suspensión de la administración, alega que el buen fin de las operaciones en curso, hace necesario que se mantega como interlocutora, en las negociaciones en marcha, a la actual administradora de la sociedad, debiéndose establecer la mera intervención de las facultades patrimoniales del deudor. (…)
TERCERO.- En lo que se refiere a la suspensión de las facultades de administración, tal medida resulta acorde a lo dispuesto en elart. 40 LC, no apreciándose ninguna circunstancia que aconseje, no adoptar tal suspensión.
Las alegaciones de la recurrente, que hacen valer la conveniencia de mantenimiento de la administradora, en su condición de interlocutora, en las relaciones contractuales en curso, no justifican que deban mantenerse sus facultades, pues tal como razona el Juzgador de la instancia, la suspensión de facultades no impide que se desarrolle tal función, y por el contrario, el mantenimiento de la administradora en sus funciones, a la vista del resultado de tal adminitración, podría producir un incremento de la situación de insolvencia.": AAP Vizcaya (sección 4) 07.02.2008 (JUR 2008/174345)

4. A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio.

Art. 40.4.I

1. Cambio de mera intervención a suspensión

JM-3 Barcelona

"Primero.- En el auto de declaración de concurso se recogía literalmente que "Dado que se trata de una solicitud de concurso voluntario la parte instante solicita que no se suspendan las facultades de los

administradores de la sociedad y que únicamente queden intervenidas dichas facultades patrimoniales y de disposición, quedando sometido su ejercicio a la intervención y administración de los administradores concúrsales conforme dispone el artículo 40 de la Ley Concursal. Esta petición que parece, en principio, razonable, queda en cualquier caso sometida al cumplimiento por parte del concursado y de sus representantes de los deberes de colaboración e información previstos en el artículo 42 y 45 de la Ley Concursal. De igual modo esta situación en cuanto a la capacidad del concursado queda en cualquier caso sometida a ulteriores modificaciones en función del desarrollo del procedimiento".

El artículo 40.3 de la Ley concursal permite al Juez acordar la suspensión de facultades patrimoniales siempre y cuando se motive el acuerdo en los riesgos que se pretenda evitar y las ventajas que se quieran obtener. De Igual modo el párrafo cuarto del mencionado precepto permite a la administración concursal solicitar, oído el concursado, en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio, Este cambio de las facultades patrimoniales del concursado también se prevé en el artículo 48.1 respecto de las personas jurídicas.

Segundo.- Tal y como exige el artículo 40.3 la decisión de cambio e facultades del concursado exige motivación evaluando los riesgos que se pretende evitar y las ventajas que se quieran obtener. Cualquier modificación de los órganos de decisión, representación y gestión de una sociedad mercantil declarada en concurso genera cierta inquietud y abre un periodo de tiempo durante el "traspaso de poderes" que puede afectar a la gestión cotidiana de la sociedad.

Evidentemente la Ley concursal apuesta porque la declaración de concurso no interfiera en la actividad empresarial de la concursada, ni los administradores del concurso ni el juzgado puede interferir - en principio - en el normal desarrollo de las decisiones de los órganos societarios y de sus accionistas, ni pueden alterar el juego de mayorías y minorías que deben presidir el funcionamiento de una entidad jurídica.

Sin embargo Junto a la Incertidumbre apuntada en el primero de los párrafos de este fundamento concurren otras circunstancias especiales en el supuesto de autos que aconsejan la inmediata suspensión de las facultades del consejo de administración o cualquier otro órgano de representación o gestión de la sociedad:

1. Tal y como se ha indicado se han constatado serias discrepancias entre los miembros del consejo saliente y el entrante,

2. Hay una razonable duda jurídica - cuando menos temporal - respecto de la eficacia de los acuerdos adoptados:

a. No han sido inscritos en el registro mercantil,

b. Un accionista ha manifestado en la junta y ha reiterado en la comparecencia celebrada esta misma mañana su intención de impugnar el acuerdo.

3. Las manifestaciones vertidas en la comparecencia celebrada esa misma mañana por don Pablo generan inquietud respecto de una posible colisión de intereses entre la sociedad concursada y él Sr. Pablo derivadas de las cuantiosas deudas personales del Sr. Pablo que determinan que esté valorando solicitar la declaración de concurso de su persona y que, además, parte de estas deudas sean consecuencia de los avales o fianzas suscritos por el Sr. Pablo a titulo personal en garantía de deudas de TRACOINSA.

4. El Sr. Pablo ha puesto de manifiesto en la comparecencia que él no llevaba la gestión financiera de la empresa sino sólo la industrial. Hoy por hoy la mercantil concursada no tiene verdadera actividad industrial e la medida en la que los contratos de cesión de activos firmados por TRACOINSA y autorizados por el Juzgado el día 28 de diciembre determinan que esa actividad industrial la asuma un tercero, bajo la supervisión de los administradores del concurso. Sin embargo el análisis de la documentación financiera de la sociedad - imprescindible para la elaboración del informe - se convierte ahora en la tarea fundamental que garantiza una correcta tramitación del concurso, en esta tarea poco o nada puede aportar el Sr Pablo según ha manifestado al ignorar el detallada de las operaciones financieras abordadas durante los meses anteriores a la declaración de concurso.

5. El Sr. Pablo ha cuestionado en su comparecencia algunas de las decisiones del consejo cesante referidas a la viabilidad de la empresa, en concreto la cesión temporal de activos. Sin perjuicio de ese derecho a discrepar - que le corresponde como accionista do la sociedad - lo cierto es que su entrada en el consejo como la presencia de otras dos personas de su entorno familiar - dos hijos - puede interferir en el correcto y completo cumplimiento de las concretas obligaciones derivadas del cumplimiento de ese contrato. Ese periodo de transferencias es fundamental para la viabilidad del nuevo proyecto y, por lo tanto, para garantizar el trabajo al 25% de la plantilla de TRACOINSA que ha sido contratado por la nueva sociedad.

6 Nadie duda de la capacidad del Sr. Pablo para "levantar" la estructura empresarial de TRACOINSA y de las sociedades a ella vinculada, pero esa misma capacidad se le debe presumir para llevar a la sociedad a la situación que determinó la solicitud de concurso. Es cierto que no se ha elaborado todavía el informe de los administradores concúrsales pero ya existen datos como para ponderar la situación da insolvencia, la desconfianza que ha generado en las entidades financieras - que han cortado cualquier línea de crédito, descuento o financiación - y en los clientes que advierten importantes incumplimientos contractuales. Se asume un riesgo importante en el proceso concursal si se reconocen facultades al nuevo consejo en cuanto a generar una confianza en los mercados que había desaparecido y había provocado la situación de insolvencia.

7. La estructura de TRACOINSA y de las otras sociedades en las que era accionista determinan que la práctica totalidad de la gestión empresarial, laboral y financiera de TRACOINSA SERVICIOS S.A. y TRACOIN S.A. - declaradas ya en concurso por este mismo juzgado - se haya de coordinar desde TRACOINSA y por ello es necesario evitar discrepancias, enfrentamientos o inseguridades en el seno de un accionariado dividido y de consejos - entrante y saliente - con claras discrepancias estratégicas, organizativas y empresariales- Se deben salarios a los trabajadores de TRACOINSA SERVICIOS S.A.- ya se ha presentado un expediente de extinción de contratos al amparo del artículo 64 de la ley Concursal - y la supervivencia de TRACOIN S.A. depende de la concreción del compromiso adquirido por la sociedad a la que se le cedieran temporalmente los activos. Por lo tanto es fundamental ofrecer claridad y transparencia en este momento y esa claridad y transparencia no la

ofrece la actual situación de incertidumbre y enfrentamiento.
8. En la comparecencia se han apuntado cuestiones que ya constan en el procedimiento concursal respecto de la titularidad de TRACOINSA de Inmuebles propiedad de inmuebles en otras sociedades de Asturias y Navarra participadas por TRACOINSA en las que se tiene conocimiento en el procedimiento de serias dificultades financieras, Estas empresas - más otras situadas en el extranjero - exigen una actividad muy coordinada de la gestión de la empresa imposible ante el panorama derivado de la junta celebrada ayer y los cambios desencadenados por los acuerdos adoptados.
9. El propio Sr. Pablo ha manifestado que no se encuentra bien de salud y que está sometido a tratamiento como consecuencia de esta situación de estrés y ansiedad, no es por lo tanto adecuado reincorporarse a tareas de decisión y representación en una situación procesal y empresarial tan compleja como la que se presenta.
10. La administración concursal ha desplegado ya una importantísima actividad que ha ido más allá de la simple intervención, se han nombrado auxiliares delegados que abordan distintos ámbitos de la actividad concursal y empresarial y, por lo tanto, se encuentran en condiciones operativas de asumir dicha responsabilidad.
En definitiva hay argumentos de peso para suspender las facultades patrimoniales del órgano de representación, dirección y gestión de la concursada ya que los riesgos de la situación generada por el cambio de consejeros en pleno proceso concursal puede afectar al normal desarrollo del procedimiento concursal, interferir en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad empresarial desarrollada por TRACOINSA desde la declaración de concurso - en concreto la ejecución de los contratos de cesión de activos temporalmente - y bloquear la coordinación de las empresas concursadas y no concursadas vinculadas a TRACOINSA, en la que no se han producido hasta la fecha cambios en el consejo.": Auto JM-3 Barcelona 30.12.2004 (JUR 2006/144884)

JM-1 Las Palmas

"SEGUNDO.- Del contenido del escrito presentado por los administradores concursales, así como de la continua y permanente información que este Juzgador ha recibido de aquéllos desde la fecha de inicio del procedimiento de concurso de la Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D., resulta que en todo este tiempo (algo más de dos meses), la administración concursal ha venido observando una inadecuada gestión de la empresa, reflejada en hechos tales como:

- la no asistencia de todos los consejeros, a pesar de la gravísima situación patrimonial y económica por la que atraviesa la entidad, a los consejos de administración celebrados, poniendo énfasis en que se ven desbordados ante los acontecimientos que genera el concurso;
- la existencia de una total descoordinación entre ellos, siendo de enorme dificultad la toma de decisiones, ya que se denota una clara discrepancia entre los mismos;
- la celebración de escasos consejos de administración, lo cual es inusual en cualquier empresa en crisis, en el que o bien se convocan constantes consejos de administración o, se nombra un gabinete de crisis, lo que en ningún momento se ha verificado.

A todo ello se ha unido, para mayor énfasis, el dato de que en el consejo de administración celebrado en el día de ayer, día 12, se pusieron de manifiesto todas las premisas anteriores hasta el punto de haberse puesto de manifiesto el absoluto descontrol económico de la sociedad y no tratar o acordar temas relevantes para el concurso y sí abordar temas que en ningún momento son urgentes o que tuvieran que ver con la viabilidad de la concursada, lo que resulta definitivo para comprender la dimensión de una empresa sometida a concurso.
No es conveniente, por lo expuesto, que los componentes del Consejo de Administración de la sociedad concursada sigan en el ejercicio de sus funciones ya que está perjudicando notoriamente el desarrollo de la actividad del negocio": (…)PARTE DISPOSITIVA.- Debo revocar y revoco las facultades del Consejo de Administración de la entidad concursada, Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D., cambiando la situación de mera intervención por la de suspensión, lo que conlleva la supresión en todos los miembros del Consejo de Administración de Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D. de sus facultades de administración, representación y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones de la entidad concursada.
Debo facultar y faculto a la Administración Concursal para llevar la gestión de la concursada y su representación, así como la disposición de sus bienes derechos y obligaciones en los términos previstos en la Ley Concursal.": Auto JM-1 Las Palmas 13.01.2005 (Concurso 6/2004)

JM-1 Murcia

"UNICO.- Con carácter previo indicar que, en contra de lo manifestado por la concursada, la Ley Concursal, en el apartado 3 de su artículo 40, impone la obligación de motivar la excepción a la regla general contenida en sus apartados 1 y 2, " señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener ", cuando la alteración a la previsión legal de decretar la intervención en caso de concurso necesario y la suspensión en caso de concurso voluntario se adopte " ab initio", en el auto de declaración de concurso, pero no cuando se acuerde de forma sobrevenida durante la tramitación del procedimiento, en cuyo caso ha de considerarse o valorarse las razones esgrimidas por la Administración concursal para interesar esa modificación posterior, tras oir a la concursada a fin de conocer bien la justificación de la actividad o actitud que se pretende atajar con el cambio.
Pues bien, las razones apuntadas por la Administración concursal en sendos escritos presentados ante el Juzgado el día 27 de Abril de 2006, uno, en el que comunica al Juzgado que la concursada no le facilita la documentación precisa y que le ha sido requerida reiteradamente por la Administración concursal para conocer

la situación económica de la misma y otro, en el que se solicita se acuerde el cierre de las actividades de sus instalaciones ante el abandono de sus funciones por parte del administrador de la sociedad, así como con la finalidad que apuntan en el escrito de fecha 4 del presente mes y año, para interesar el cambio de la medida acordada inicialmente en orden a las facultades patrimoniales de la concursada y tomando en consideración las ocasiones en las que por la Administración concursal se ha informando verbalmente al Juzgado de la falta de colaboración e información por parte de los administradores de Bioferma Murcia, S.A, conculcando lo preceptuado en el art. 42 de la LC, justifican que, a fin de proteger los intereses de la masa activa, y sobre todo atendiendo a que en fechas próximas habrá que decidir cual es la solución del concurso que más conviene a los intereses de los acreedores, incluido, por supuesto, a los trabajadores, es por lo que se estima que concurren razones más que suficientes para adoptar una medida más rigurosa en orden a la gestión de la actividad empresarial de la concursada y acceder a lo peticionado por la Administración concursal en su escrito de fecha 4 de Mayo de 2006.": Auto JM-1 Murcia 12.05.2006 (concurso 158/2005)

JM-2 Bilbao

"PRIMERO.- Establece el artículo 44.1 *[40.1]* Ley Concursal {LECO) la regla general de la intervención de las facultades de administración y disposición del deudor al que se ha declarado en concurso voluntario por su solicitud, mientras que el apartado 4 del mismo precepto permite al Juez el cambio de la situación de intervención a suspensión, a solicitud de la Administración, previa audiencia del concursado.
SEGUNDO.- La administración concursal pide el canje a la situación de suspensa de la sociedad anónima deudora, sustituyendo al administrador social único Iñaki Olabarri Isasi.
Carece de sentido ningún tipo de traslado, como ordena la Ley, puesto que el administrador social es dimisionario en documento público, y puesto que la representación procesal de PEAPSA ha producido escrito de esta misma fecha por el que se encuentra conforme con lo solicitado por la administración concursal.
Funda su petición la administración concursal en el vacío de poder que se genera en la anónima hasta que se celebre válidamente una junta general por el abandono del administrador social único, no existiendo apoderados inscritos operativos (1); en el deterioro de las relaciones de la mayoría del capital con el administrador social cesante, hasta haber perdido la confianza de la mayoría de los socios (2); el deterioro del equilibrio financiero de la concursada, de modo que deben adoptarse medidas de choque para paliar la ausencia de tesorería inmediata (3).
La regla, y la excepción, en punto a conservación de las facultades de administración de los concursados se basa en su funcionalidad, de cara al principio de continuidad empresarial, y en la presunción de las posibilidades convencionales, que se entienden por indicios mayores en el concurso voluntario respecto del necesario. Ahora bien, la misma conducta del administrador social existente, a fin de garantizar que se llega a una propuesta de convenio en situación de "limpieza" del procedimiento, o la misma conservación de la empresa "en globo", por el contrario, de cara a la liquidación más conveniente, requieren valorar la confianza que puede inspirar aquélla.
Así pues, a pesar de que la doctrina es la de exigibilidad del mantenimiento "de facto" en el cargo del administrador dimisionario, bajo su responsabilidad, por repeler al ordenamiento el descabezamiento consciente de la compañía, la desconfianza del capital, y la exigencia de medidas tácticas inmediatas para salvar la liquidez que apuntan los administradores concúrsales, abonan una tesitura por la que resulta oportuno acceder a la petición de cambio a la suspensión de sus facultades.": Auto JM-2 Bilbao 22.01.2007 (Concurso 20/2007)

JM-6 Madrid

"PRIMERO.-Dispone el Art. 40.4 de la Ley Concursal que "...a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el Juez, mediante Auto podrá acordar el cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio...".
Resulta de tal regulación que junto a la facultad judicial de alterar -en el momento de la declaración de concurso-la regla general respecto a las facultades de administración y disposición de los administradores de la concursada, la Ley Concursal regula la alteración o modificación sobrevenida de tales facultades, de tal modo atendiendo a circunstancias conocidas y alegadas tras la declaración del concurso, invocadas por la Administración concursal el cualquier momento y previa audiencia del deudor, podrá alterarse aquel régimen inicial de administración y disposición.
Si ello es así, resuta que tales hechos o circunstancias, determinantes y justificativas de dicha modificación, exigen la concurrencia de hechos -imputables o no al deudor-relativos a la administración y disposición de los bienes y derechos, así como de hechos relativos al comportamiento procesal de la deudora, que supongan la plasmación de perjuicio cierto y real para la masa, o peligro cierto y real de su causación, tanto a los acreedores concursales como contra la masa.
SEGUNDO.-Atendiendo a tales criterios generales, resulta en la presente causa, del examen de las alegaciones y manifestaciones de la administración concursal, así como del examen general de la causa y los avatares ocurridos en la misma, sin necesidad de entrar en la valoración de diferencias personales entre la administración social y la concursal [que carecen de relevancia a los efectos que nos ocupan]: 1.-que desde la declaración concursal de la mercantil Fercaber Construcciones, S.A.U. se han generado créditos contra la masa superiores a los 7.500.000.-#; 2.-que dentro de dichos créditos extraconcursales, contra la masa y prededucibles se encuentran créditos tal esenciales como los derivados de las indemnizaciones por despido devengados en los expedientes de adopción de medidas de carácter colectivo, que a día de hoy continúan desatendidos; 3.-que transcurrido el año a que se refiere el art. 154 L.Co., algunos de los trabajadores han iniciado y obtenido el despacho de la ejecución sobre bienes y derechos de la concursada, hasta cubrir el

importe de sus créditos y la necesaria provisión de los créditos contra la masa de preferente abono, lo que supone una cifra cercana a los 7.500.000.-#; 4.-que la concursada ha venido obstaculizando tanto la enajenación de bienes autorizados por la vía del art. 43.2 L.Co. (Auto de 3.12.2009), negándose a dar ejecución a la autorización otorgada y que requería su directa y esencial intervención), como por la vía del despacho de la ejecución del art. 154 L.Co. (Auto de 17.5.2010; ETJ 581/10 de éste Juzgado) llegando a rechazar, bajo excusas de insuficiencia de precio, la compra de activos -gravados con cargas realesrealizadas por terceros.
Resulta de todo ello, que con la mera intención de mantener indemne el patrimonio social, sin minoraciones derivadas de la satisfacción de créditos contra la masa, a los fines de pretender una mejor posición patrimonial ante la eventual finalización del proceso por convenio o por liquidación, el deudor obstaculiza sistemáticamente la venta de activos para atender a acreedores que no pueden ni deben verse afectados por los avatares del proceso concursal; por lo que sea cual fuera la suerte de éste, es procedente eliminar cualquier obstáculo a la realización de bienes y el pago de los 7.500.000.-# -aproximadamente-que como créditos contra la masa a generado la concursada, para lo cual resulta imprescindible la sustitución a la concursada en sus facultades de administración y, especialmente, en la de disposición de sus bienes.
TERCERO.-En coherencia con lo indicado, procede estimar la alteración o cambio de los efectos del concurso sobre el deudor, cambiando la situación de intervención por la de suspensión, de tal modo que la administración concursal sustituirá a aquella en el ejercicio de tales facultades; dando a tal pronunciamiento la publicidad exigida legalmente.”: AJM-6 Madrid 29.11.2010 (Concurso 253/2009)

1.2 Desestimación, en contexto de enfrentamiento con los administradores concursales cuya separación se confirma en la misma resolución

AP Alicante

“DÉCIMOTERCERO.-Constituye la última cuestión a examinar lo relativo a la desestimación de la demanda formulada por los administradores instando la sustitución del régimen de intervención por el de suspensión de las facultades del deudor de administración y disposición sobre el patrimonio - art 40-4 LC -, pronunciamiento desestimatorio que únicamente recurre la representación legal del Sr. Diego dado que si bien se formula en su momento impugnación de la Sentencia sobre este particular por la representación legal del Sr. Jon, lo ha sido con ocasión de la oposición al recurso de apelación formulado por la concursada que, por falta de liquidación de la tasa quedó en trámite precluido (Diligencia Ordenación de 15 de julio de 2014 en Rollo de Apelación) lo que arrostra secuencialmente la ineficacia de la impugnación sustentada en el trámite de aquella apelación, al no haber continuado el trámite de la apelación de la que traía causa dicha impugnación.
En cualquier caso, el argumento en que se sustenta la decisión de este Tribunal es común a los argumentos tanto del Sr. Juan Francisco como del Sr. Jon, pues resulta complejo admitir que los administradores concursales, cuyo comportamiento en su labor es objeto de reproche tan relevante como para confirmar su separación del concurso, puedan motivar la suspensión del deudor en relación a hechos ya pretéritos y cuya incidencia de futuro en un nuevo marco concursal, no se vislumbra.
Y es que no puede disgregarse de los hechos determinantes de la separación de los administradores la pérdida de confianza por parte del concursado que también se ha podido estar proyectando en la falta de colaboración con la administración concursal -en relación, por ejemplo, con la acreditación de la propiedad por la concursada de la cuadra de caballos- e incluso con actos de tan evidente descortesía como la expulsión de los administradores de la sede social.
Cuando a principios de 2012 se solicita por el Sr. Juan Francisco y el Sr. Jon a D. Fermín, administrador de Luxender, la acreditación de la propiedad de la cuadra de caballos o cuando tiene lugar la disputa que termina con la expulsión de los administradores de la sede social de Luxender, las discrepancias son ya múltiples y la pérdida de confianza mutua.
Por tanto, las anteriores cuestiones o la disputa jurídica - art 40-1 y 48-2 LC - acerca de la omisión de la comunicación a la administración concursal de la Junta General de la sociedad Aquabellum S.L., participada por la concursada en el cien por cien, sobre si el nombramiento de un nuevo administrador social de ésta constituye o no un acto de trascendencia patrimonial que deba ser comunicado a la administración concursal, no pueden ya conformar causa de inversión de la situación de intervención por la de sustitución.
Más grave nos parece lo denunciado sobre cobros y pagos de la mercantil Desarrollos Empresariales Alnofrey S.L., pero la valoración sobre si ello supone una causa que deba, en el nuevo marco concursal que derive de la confirmación de la separación de los administradores concursales, vincularse al cambio de intervención en suspensión, debe corresponder a la nueva administración concursal como proponente en el marco de una relación de normalidad.
Son estas razones, sustentadas en la pérdida de confianza producida entre la concursada y los administradores concursales respecto de los que se ha apreciado justa causa de separación, las que deben ponderar ahora el rechazo de su propuesta de suspensión del deudor al no poder apreciarse la objetividad suficiente en los proponentes como para valorar adecuadamente las razones dadas.”:
SAP Alicante (Sección 8) 03.11.2014 (Sentencia 220/2014; Rollo 168/2014)

2. No procede su tramitación mediante incidente, aunque haberlo tramitado no perjudica a las partes ni tampoco puede otorgarles mayor acceso a recursos

AP Alicante

“Y lo consideramos necesario porque a pesar de que no ha sido cuestión planteada por las partes, la

regularidad del trámite a que se refiere tanto el artículo 40-4 como el 37-1, ambos de la Ley Concursal, es cuestión que puede resultar relevante desde la perspectiva de los derechos de las partes.
En efecto, no puede dejar el Tribunal de señalar que el cauce procesal elegido por el Tribunal de instancia para tramitar tanto la petición modificación del régimen sobre facultades de administración del concursado sobre su patrimonio como de separación de Administradores Concursales, no ha sido el adecuado pues, como señala tanto la Sección 28 AP Madrid -Auto de 5 de marzo de 2010- como la Sección 1 ª AP Girona -Sentencia de 16 de diciembre de 2013 - en relación al trámite de separación pero con argumentos perfectamente trasladables al régimen de modificación del régimen de disposición - art 40-4 LC -,
"... *no existe previsión legal de que dicha solicitud deba tramitarse por el cauce del incidente concursal por lo que no puede atenderse la invocación de la recurrente al articulo 192.1 de la Ley Concursal, ya que en el propio articulo 37 de la Ley Concursales esta estipulando que cuando concurra justa causa podrá el Juez separar del cargo a los administradores concursales, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar el concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, estableciéndose en el apartado 3 del propio precepto que la resolución judicial de cese revestirá la forma de auto en el que se consignaran los motivos en los que el juez funde su decisión, lo que de suyo descarta aquella tramitación incidental que debe terminar por Sentencia, tratándose por tanto de un tramitación especifica en atención a las facultades discrecionales del Juez sobre el nombramiento y separación de los administradores concursales que ya vienen recogidas en la exposición de motivos de la Ley Concursal, sin que exista previsión de que deba darse un tramite contradictorio y siempre bien entendido que lógicamente habría de darse audiencia al afectado o afectados, ya se tome la medida a iniciativa del Juez del concurso o bien a solicitud de algún legitimado, siendo necesario en todo caso consignar los motivos en los que el Juez funde la decisión* ".
La cuestión no es relevante desde la perspectiva de los derechos de las partes en el proceso ya desarrollado pues, como dice la Sentencia AP Girona, en caso alguno se ha producido indefensión sin que por tanto, haya motivo de nulidad
"... *al suponer la tramitación por los cauces del incidente unas mayores garantías de defensa por las partes, y siendo apelable la sentencia dictada,como así también se recoge en la nueva redacción del Art. 39 de la LC, en consecuencia no se ha originado indefensión alguna a la parte apelante* ",
Sin embargo, desde la perspectiva del derecho al recurso, la cuestión es sí es importante porque al variar el trámite y la forma de concluirlo, pudiera entenderse que se modifica el régimen de los recursos frente a la resolución dictada por el Órgano *ad quem*, lo que debemos desde luego negar.
En efecto, de haberse seguido el trámite pertinente, la resolución habría adoptado la forma de Auto y en consecuencia, en caso alguno se plantearía la posibilidad de recurso de casación (y/o extraordinario por infracción procesal) frente a esta decisión - art 477-2 en relación a la DF 16ª LEC -.
Cabe plantearse por tanto si, viéndose obligado este Tribunal a dictar Sentencia en un trámite procedimental que no procedía, debe cambiar la perspectiva de tal derecho en sentido positivo, reconociéndolo donde antes estaba procesalmente vedado.
A nuestro parecer, en absoluto cabe entender que se ha producido o se puede producir tal mutación, porque el derecho al recurso no es disponible para las partes, ni se puede variar por la circunstancia de un erróneo planteamiento procedimiental del que nunca pueden resultar otros efectos procesales distintos a los que derivarían del trámite regular que, en los supuestos de modificación del efecto de la declaración concursal sobre el concursado y de separación de los administradores concursales, no es otro que el de la terminación de las cuestiones planteadas por Auto ante el Tribunal de Apelación.
Consecuentes con ello este Tribunal se hará constar en el fallo, de forma expresa, que esta resolución es firme en derecho y que contra la misma no cabe formular recurso alguno.
Hechas las anteriores aclaraciones, procedemos ya sí, a analizar los recursos formulados por los administradores cesados en la instancia, comenzando por la resolución de las cuestiones procesales que formulan los recurrentes.": SAP Alicante (Sección 8) 03.11.2014 (Sentencia 220/2014; Rollo 168/2014)

Art. 40.4.II

Redacción inicial

Al cambio de las situaciones de intervención o de suspensión y a la consiguiente modificación de las facultades de la administración concursal se dará la misma publicidad que, conforme a los artículos 23 y 24, se hubiera dado a la declaración de concurso.

Redacción introducida por RDL 3/2009

[Nueva redacción del segundo párrafo del artículo 40.4 LC introducida por art. 6-siete del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009).
Según la Disposición Transitoria Segunda del mismo Real Decreto-Ley, el régimen de publicidad previsto en el art. 23.1 entrará en vigor conforme a la Disposición Final Tercera del presente Real Decreto Ley *[es decir, el día 10.04.2009, día siguiente al de la publicación del Real Decreto-ley en el BOE]* y resultará de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación.
En lo restante, entrará en vigor de acuerdo con lo que disponga el Real Decreto previsto en la Disposición Adicional Tercera [por el que se habrá de crear el Registro Público Concursal]
Cuando entre dicho Real Decreto, tal régimen de publicidad será también de aplicación para los procedimientos concursales en tramitación.

En todo caso, desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2009, las publicaciones que se remitan al Boletín Oficial del Estado contempladas en el apartado primero del artículo 23, en el apartado segundo del artículo 95, en el artículo 144 y en el artículo 177 LC tendrán carácter gratuito siempre que así se acuerde por el Juez del concurso, por insuficiencia de bienes y derechos del concursado o de la masa activa.]

El cambio de las situaciones de intervención o de suspensión y la consiguiente modificación de las facultades de la administración concursal se someterá al régimen de publicidad de los artículos 23 y 24

5. En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación.

6. La intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal.
El deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia.

7. Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta.
Los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme.

Art 40.7 Anulación actos no intervenidos

0. La limitaciones operan desde la fecha del auto, no desde su notificaciòn al deudor o la aceptación de la AC

"CUARTO.-Alega la recurrente en su siguiente motivo de recurso, la no concurrencia de los requisitos para que proceda la nulidad del contrato.
Significa que el art. 40.7 de la LC. permite la anulación de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en el propio precepto; pero en su caso, -concurso voluntario, en el que el deudor conserva facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido en su ejercicio a la intervención de los administradores concursales- el contrato plasmado en fecha 9 de Abril de 2007, es anterior a esa fecha, como lo demuestra que ya el 30 de Marzo anterior se remitieran las comunicaciones a las Compañías Aseguradoras; y, por otro lado, los administradores concursales no toman posesión hasta el 9 de Abril de 2007, siendo su primera reunión el día 10; por lo que no se trata el debatido de un acto de disposición o administración que deba ser intervenido por los administradores, y en cuanto tal susceptible de someterse a la acción de anulación, sino, en todo caso, a la acción de restitución. Niega, por último, la existencia de perjuicio para el patrimonio de la concursada.
Sin embargo, tampoco cabe la estimación del presente motivo de recurso. Bastaría para ello con remitirse al fundamento de derecho quinto de la sentencia de instancia. Es de reseñar que el Auto declarando el concurso tiene una importancia capital dentro del procedimiento concursal, hasta el extremo de que puede considerarse como resolución de referencia para todos los efectos que el concurso produce. Sus efectos se inician con la firma de la resolución, y aún cuando es cierto que el deudor, en el concurso voluntario, conserva la posesión y las facultades de administración y disposición, sometiéndose a la intervención de la administración concursal, también lo es que en ausencia de administración concursal y hasta la aceptación de los administradores concursales, el deudor podrá realizar los actos propios de su tráfico o giro que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado (art. 44,2 LC).
En el caso, si concurren, pues, los requisitos necesarios para la acción de anulación. Como indica la parte apelada, la concursada realiza toda una serie de actividades, constatadas documentalmente, al margen de la administración concursal, que en una normal y lógica confrontación de las diferentes fechas de los mismo, suponen una infracción de la restricción de su capacidad de obrar que deriva de su situación concursal ya declarada, y que en cuanto tal hace anulables, no nulos, los actos del deudor que infrinjan esas limitaciones. La falta de confirmación o convalidación del acto (se entenderá ésta producida bien de forma expresa, bien de forma tácita cuando la administración concursal, conociendo la causa de la anulabilidad, actúa de modo que implique la renuncia a la acción) y la propia conducta de los demandados, a que hace relación la sentencia de instancia en su fundamento de derecho cuarto, no hace sino corroborar la tesis explicitada.": SAP Salamanca (Sección 1) 09.05.2011 (Sentencia 201/2011; Rollo 499/2010)

"Alega en primer lugar que el auto de declaración de concurso necesario, de fecha 22 de octubre de 2009, fue notificado días más tarde, por lo que nadie tenía conocimiento de la situación concursal hasta la notificación.
El argumento es ineficaz ya que, a los efectos del art. 40.7 LC, lo relevante es la fecha del auto que declara el concurso y establece los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor (en este caso de suspensión y sustitución por la adminisración concursal), como deriva del art. 21.2 LC, que establece que dicho auto "producirá sus efectos de inmediato" y "será ejecutivo aunque no sea firme". ": SAP Barcelona (Sección 15) 01.03.2012 (Sentencia 83/2011; Rollo 470/2011)

1. Competencia del juez del concurso

"TERCERO Así las cosas, entrando a conocer de los concretos motivos alegados en el recurso de apelación, en cuanto a la alegada falta de jurisdicción, dado que la Tesorería General de la Seguridad Social estima que a ella corresponde la competencia para resolver sobre la procedencia de la devolución de las cantidades ingresadas indebidamente y no al Juzgado de lo Mercantil, no nos encontramos ante la discusión de si el pago efectuado es debido o indebido, más bien en la disposición de bienes de la masa activa por la entidad concursada sin autorización de la Administración Concursal, a quien compete decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso. Y de conformidad con elartículo 86 ter 1.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y elartículo 8 de la Ley Concursal la competencia del juez del concurso es exclusiva y excluyente respecto a toda ejecución frente a los bienes y derechos de la concursada cualquiera que sea el órgano que la hubiese decretado. Por otro lado, elartículo 9 LC extiende la jurisdicción del juez del concurso a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del concurso. Por lo que cuando la Administración Concursal fundamenta su petición en elartículo 40.7 de la Ley Concursal ha de concluirse que el competente para la resolución que nos ocupa es el Juzgado de lo Mercantil a quien le corresponde decidir sobre la acción de anulación(art. 40-7 L.C.) de pagos postconcursales realizados por la entidad concursada. En atención a lo expuesto, el motivo se desestima.": SAP La Coruña (Sección 4) 13.12.2010 (JUR 2011/54554; Sentencia 542/2010; Rollo 223/2010)

2. Mera anulabilidad: validez, en tanto no se ejercite y resuelva la acción correspondiente

AP Barcelona (Sección 16)

"Mal puede reprochar al Juzgado no haber dirigido a la administración concursal una comunicación que la propia concursada pudo -y debió- haber efectuado (v. SSTC de 23 de mayo de 2005, 10 de diciembre de 2007 o 27 de abril de 2010). Pero es que, además, como se ha apuntado antes, al declarar como testigo, tuvo conocimiento el administrador concursal Sr. Luis Angel de la vertencia del presente procedimiento con posterioridad a la reapertura del concurso e inicio de la fase de liquidación sin que, significativamente y, en lo que no cabe sino calificar de ratificación tácita, conste haya cuestionado las actuaciones procesales realizadas por la ahora apelante. Debe remarcarse al efecto que, siendo susceptibles de confirmación o convalidación y, por tanto, no absolutamente nulos sino meramente anulables los actos de administración y disposición realizados sin la intervención de la administración concursal (art. 40-7 de la LC), sólo esta última ostentaría legitimación para impugnarlos por tal motivo (v. SS AP Madrid, Secciones 14ª y 13ª, de 21 de junio de 2011 y 25 de enero de 2013).". SAP Barcelona (Sección 16) 30.07.2014 (Sentencia 392/2014; Rollo 9/2013)

AP Burgos

"SEXTO. Cooperativa en concurso.
Dice la parte apelante que, al estar la Cooperativa L.L. en concurso, las facultades de administración y disposición de la Cooperativa están sometidas a la autorización o conformidad de los administradores concursales (artículo 40.1 Ley Concursal).
El motivo se desestima. La autorización o conformidad de los AACC, cuando las facultades de administración de la concursada están solamente intervenidas, puede ser presunta cuando no consta su oposición, y en este caso no consta. Dice además el artículo 40.7 LC que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado". Es necesaria por lo tanto la acción de nulidad ejercitada por la administración concursal.": SAP Burgos (Sección 3) 03.01.2014 (Sentencia 2/2014; Rollo 255/2013)

AP Madrid

"SEGUNDO. El art. 40.1 de la Ley 22/2003 de 9 julio, Ley Concursal establece: " En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición de su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad". El número 7 de dicho artículo establece: " Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancias del administrador concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación concursal afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción de nulidad o de la convalidación o confirmación del acto...". Es decir, los actos realizados por el deudor, sin la intervención o confirmación de los administradores del concurso, no son nulos sino anulables, y el único legitimado para dicha anulación son los administradores concursales. El acreedor puede exigir a la administración concursal que se pronuncie sobre el ejercicio de la acción de nulidad o sobre la confirmación o convalidación del acto. Es una posibilidad que la ley otorga al acreedor para su propia seguridad, pero no es una obligación.": SAP Madrid (Sección 28) 19.06.2009 (JUR 2009/472791; Sentencia 167/2009; Rollo 90/2009)

AP Zaragoza

“TERCERO.- Respecto del segundo motivo del recurso, expresa elartículo 40.7que: "Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal...". Elart. 1300 del Código Civildispone que "Los contratos en que concurran los requisitos que expresa elart. 1261pueden ser anulados aunque no haya lesión para los contratantes siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a laley". Lo primeroque debe destacarse de dicha redacción es la contraposición entre la acción de anulabilidad susceptible de aplicarse solo a los contratos en los que concurran los requisitos delart. 1261 del Código, frente a la de nulidad radical o de pleno derecho para aquellos otros en los que falten dichos requisitos o contravengan lo dispuesto en elart. 6.3 del Código. Prescindiendo de la exposición de las distintas concepciones doctrinales en torno a la determinación de que es un negocio jurídico anulable, sea suficiente con decir que la Jurisprudencia lo ha concebido como aquel inicialmente eficaz si bien con una eficacia claudicante, o dicho de otro modo aquel que se encuentra en una situación provisional de la que puede salir definitivamente válido o inválido. Por un lado también resulta oportuno resaltar que la misma Jurisprudencia-Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1981, 6 de abril 1984, 13 de mayo de 1983, 22 de noviembre de 1983, 13 de febrero de 1988, 10 de octubre de 1988, 8 de marzo de 1989, 23 de octubre de 1992, 31 de octubre de 1992, 8 de marzo de 1994, 5 de junio de 1994, 9 de mayo de 1995, 20 de octubre de 1999, 14 de marzo de 2000, 5 de junio de 2000 y 23 de octubre de 2002, entre otras muchas-- afirma que la falta de ejercicio de una acción de nulidad por faltar uno de los elementos esenciales del contrato fijados en elartículo 1261no supone confirmación tácita. Y por otro lado del mismo modo ha de destacarse que elartículo 1311 del Códigodispone que "Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo", e igual Jurisprudencia ha venido manifestando que la confirmación puede hacerse tácitamente, en concordancia con el principio jurisprudencial de los llamados actos de apropiación o de utilización, con la equivalencia a una admisión de la prestación, a modo de expresión de una latente voluntad de aceptarla, cuya eficacia jurídica dimana de entenderse que quien hace uso, conforme a lo convenido, de la cosa y ejecuta así el contrato es porque admite quedar vinculado recíprocamente, incardinado además con el principio "venire contra factum propium"-Sentencias de 8 de marzo de 1989 y 4 de julio de 1991--, esto es, para que un contrato anulable pueda entenderse confirmado de modo tácito, ha de existir un acto por parte de quien pueda ejercitar la acción que suponga claramente la renuncia a su ejercicio, mostrando de modo claro y patente la voluntad subsanatoria. No cabe duda que el legislador actual se ha inclinado por considerar anulables los actos realizados por el concursado, contrariando el criterio anterior que sostenía su nulidad radical, y en su consecuencia podrían ser confirmados expresa o tácitamente, pero en el caso no ha existido acto alguno concluyente de la administración concursal por la que la pudiera estimarse que tal renuncia se hubiera hecho presente con esa eficacia de convalidación, pues, advertido el inicial error en la configuración inicial del proceso -reclamación de un crédito contra la masa con ejercicio de una acción de nulidad, y no de impugnación de la lista de acreedores--, se reorientó el juicio conforme a lo que había sido pedido por las partes, por parte de la administración concursal de modo indubitado la nulidad del contrato indebidamente celebrado, no existiendo acto alguno de signo contrario por el que pudiera inferirse aquella voluntad purificadora. Por todo ello el motivo también deberá decaer.”: SAP Zaragoza (sección 5) 26.12.2007 (JUR 2008/139374)

JM-1 Murcia

“Ciertamente, como apunta la Administración concursal, que dicho abono precisaba de su autorización o conformidad desde el momento en que fue decretada la intervención de sus facultades de administración y disposición, esto es desde el día 8 de Junio de 2005 (fecha del auto de declaración del concurso), pero la infracción a esa limitación de sus facultades patrimoniales no conlleva las consecuencias jurídicas, la nulidad del acto, pretendida por el órgano ejecutor o de gestión del concurso.
Efectivamente, los actos que infringen las limitaciones a las facultades de disposición y administración no son nulos, son válidos aunque viciados, ya que pueden ser anulados a instancias de la administración concursal- y sólo de ella-, si, como ocurre en el presente caso, no los ha convalidado o confirmado.
Quedan convalidados si no se impugnan dentro del plazo de caducidad- transcurrido un mes desde que un acreedor o la otra parte del contrato requieran a la Administración concursal para que se pronuncie y ésta no haya accionado- o al cumplimiento del convenio o fin de la liquidación.
En consecuencia, habiéndose acreditado por la actora que la factura por importe de 2.000.000 euros está contabilizada y tiene su soporte en un contrato autorizado por el Consejo de Administración de la concursada debe ser incluida en su activo y en el pasivo a favor de Hebi Intressenter, en tanto no se ejercite y resuelva, en su caso, la acción de anulabilidad a tramitar por el cauce del incidente concursal (art. 40.7 de la LC).”: Sentencia JM-1 Murcia 30.01.2006 (Incidente Concursal 322/2005)

2.1... y exclusiva legitimación activa de la AC

AP Madrid (Sección 13)

“SEGUNDO.-Para poder decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandada Viewpoint Distribution, Sales, S.L., en adelante Distribución Sales, contra la sentencia que, estimando la demanda que interpuso

Nokia Spain, S.A.U., en lo sucesivo Nokia, resulta imprescindible efectuar una relación cronológica de los hechos y actos procesales que integran el procedimiento, que son los siguientes:
El 7 de octubre de 2010 Nokia presentó escrito de demanda contra Distribución Sales en reclamación de 246.533,64 #. Errando en tal extremo la demandada recurrente al fijar dicho acto procesal inicial el 9 de diciembre de 2010.
El 18 de noviembre de 2010 se dictó Decreto por la Secretaria judicial admitiendo a trámite la demanda y disponiendo el emplazamiento de la demandada, lo que tuvo lugar el 9 de diciembre de 2010 -folios 132 a 134 y 137-.
El 23 de diciembre de 2010 el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid declaró en concurso voluntario a Distribución Sales, disponiendo en el apartado 2 del auto dictado al efecto, que " el deudor conservara las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización y conformidad ", los cuales fueron nombrados en el apartado 4 de dicho auto, cuya aceptación del cargo no consta -folios 150 a 152-.
El 12 de enero de 2011 Distribución Sales presentó escrito, fechado el 7 de enero de 2011, por el que se allanaba a la demanda, salvo en el particular relativo a las costas procesales; asimismo en el apartado cuatro de dicho escrito hacía saber que se hallaba declarada en concurso voluntario, aportando copia del auto a que antes se ha hecho referencia, y que había solicitado en el procedimiento concursal la acumulación de este procedimiento ordinario, por lo que resulta lógico inferir que los órganos del concurso tenían pleno conocimiento de su existencia y tramitación -folios 143 y 144-.
El 18 de enero de 2011 Nokia presentó escrito en el que manifestaba haber tenido conocimiento, a través de la administración concursal, de la situación de concurso en que se hallaba Distribución Sales, y solicitaba le fuese entregado testimonio de las facturas presentadas en el juicio ordinario, con objeto de aportarlas en el procedimiento concursal, lo que así se acordó por diligencia de ordenación de 8 de febrero de 2011 -folios 140 y 141-. Circunstancia que igualmente debió permitir a la administración concursal tomar conocimiento de la existencia de este procedimiento.
El 16 de marzo de 2011 el Magistrado-Juez de 1ª Instancia dictó sentencia en la que, a la vista del allanamiento formulado por la demandada, estimó la demanda e impuso las costas a la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -folios 195 y 160-. Dicha resolución fue notificada a los Procuradores que representaban a las partes litigantes el 29 de marzo de 2011.
El 22 de marzo de 2011 Distribución Sales presentó escrito solicitando la invalidación y rectificación parcial del allanamiento presentado en lo concerniente a la aceptación por dicha parte de la compensación efectuada por Nokia sobre el importe de las facturas giradas contra ella por importe de 57.330,81. Pretensión que hacía descansar en lo dispuesto en los artículos 51.3 y 58 de la Ley Concursal, que desde luego podía haber realizado el 12 de enero de 2011 cuando presentó el inicial escrito de allanamiento, y que, por las razones que fuera, no hizo -folios 166 a 170-.
El 11 de abril de 2011 la Secretaria Judicial dictó diligencia uniendo el precedente escrito a los autos y, visto su contenido, dispuso estar a la sentencia que se dictó el 16 de marzo de 2011 -folio 171-. Esta diligencia fue notificada el 13 de abril de 2011.
El 6 de abril de 2011 Distribución Sales presentó escrito preparando recurso de apelación contra la sentencia, que luego interpuso el 21 de junio de 2011, y que basó en las siguientes alegaciones:
Primera. Infracción de las normas procesales que emanan de los artículos 24.1 de la Constitución y 218-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto del que transcribió su primer apartado, sin precisar cual sea el principio, de los varios que recoge, que haya sido vulnerado en este caso.
Segundo. Infracción material. La sentencia recurrida debió tener en cuenta la solicitud de rectificación e invalidación parcial del allanamiento, que fundó en los artículos 7.8, 19.1 y 21.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 51.3 y 58 de la Ley Concursal.
Concluyó solicitando la estimación del recurso que consideraba procedente porque: "1. La Sentencia fue dictada obviando importantes alegaciones realizadas en tiempo y forma, habiéndose generado indefensión por tanto.
Si esta parte no denunció oportunamente la infracción cuando pudo apreciarla -esto es, con la Diligenciad e fecha 28-3-2011, es por causas ajenas a su diligencia o voluntad; siendo, por tanto, que objetivamente no tuvo oportunidad procesal para ello.
Al margen de lo anterior, la Sentencia fue dictada con clara vulneración de preceptos formales de imperativa aplicación, pues conocía la situación de concurso de la demandada y -iura novit curia- no debió permitir el allanamiento inicial sin la preceptiva autorización fehaciente de la Administración concursal.
En todo caso -y como consecuencia de todo lo anterior-, fue dictada omitiendo todo análisis sobre la procedencia o no de la compensación indirectamente operada ".
La parte demandante y apelada se opuso al recuro y solicitó su desestimación y, por consiguiente, la confirmación de la sentencia.
TERCERO.-Las dos alegaciones del recurso, dada su interconexión fáctica y jurídica, las examinaremos conjuntamente, rechazando la genérica alusión a la infracción de los artículos 24-1 de la Constitución y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la parte apelante no ha sido privada de la tutela ni las resoluciones judiciales le han causado indefensión alguna, salvo la que pueda proceder de sus propios actos u omisiones, conteniendo la sentencia la motivación suficiente que permite conocer la razón que determina el pronunciamiento estimatorio de la demanda, plenamente congruente con la petición que en esta se hace y con el allanamiento manifestado de modo expreso por la demandada, salvo el pronunciamiento atinente a las costas del proceso, sujeto a prescripciones de carácter imperativo y, por tanto, excluido de la disponibilidad y rogación de las partes, apreciándose rectamente por el Juzgador el concurso del supuesto del previsto en el artículo 395-1, párrafo segundo, a tenor del requerimiento extrajudicial de pago que ponen de manifiesto los documentos obrantes a los folios 61 a 66.

Por lo que atañe al fondo del recurso hemos de comenzar señalando que el artículo 40 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, efectivamente señala en su apartado 1 que, en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. Y el artículo 51. 3 matiza el aspecto procesal en el sentido de que en caso de intervención el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, conservando, no obstante, como se dice en el artículo 54.2 de la capacidad para actuar en juicio, aunque necesite la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Sin que, finalmente, la declaración del concurso afecte a los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de producirse aquélla, que se continuarán hasta la firmeza de la sentencia.
En este caso, es incuestionable que la demanda se presentó más de dos meses antes de que fuera declarada en concurso voluntario Distribution Sales y que cuando esta se allanó, ya se hallaba en tal situación concursal, pero no es menos cierto: a) que cuando el día 12 de enero de 2011 la demandada formalizó el allanamiento, la existencia de que este procedimiento ya se hallaba en tramitación debía ser conocido por la administración concursal, no solo por haber solicitado la deudora su acumulación al procedimiento de concurso, como aduce en el apartado cuarto del escrito de allanamiento, sino por la más que presumible presentación en él de las facturas que dan causa a este litigio por Nokia, como se infiere del escrito que presentó en este el 18 de enero de 2011, sin que, pese a ello, haya efectuado ninguna objeción o reparo o siquiera insinuación o manifestación en contra dicha administración concursal; b) que la declaración del concurso voluntario no priva al deudor de capacidad para actuar en juicio, sino que únicamente precisa la autorización de la administración concursal, cuya omisión, por tanto, no trasciende al proceso declarativo sino que pertenece al ámbito interno del procedimiento concursal, presumiéndose que la ostenta; c) que quien, en todo caso, ha omitido dicho trámite no puede aducir indefensión ni beneficiarse de la situación que voluntariamente ha provocado; d) que los actos realizados sin la intervención de la administración concursal (autorización o conformidad) no son nulos sino meramente anulables, siendo susceptibles de ser confirmados o convalidados, ostentando, con carácter exclusivo, legitimación para anularlos la administración concursal, no el deudor, en el plazo y por el trámite del incidente concursal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.7 de la Ley Concursal, de modo que la pasividad de la administración concursal confirma la plena eficacia del acto, de no haber otorgado antes su conformidad; e) que Distribution Sales no solicitó la nulidad del procedimiento o del allanamiento, sino solo " la improcedencia de dicho allanamiento en lo concerniente a la aceptación, por esta parte, de la retención/ compensación, efectuada por Nokia sobre el importe de las facturas giradas contra ella por valor de 57.330,81 euros ", más la prohibición de compensación que se establece en el artículo 58 de la Ley Concursal no se extiende a aquélla cuyos requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración, supuesto que es el que aquí se da, tal y como se expone en el hecho segundo, apartado c) del escrito de demanda y se deduce de la fecha de las facturas emitidas en los meses de diciembre de 2009, abril, mayo y junio de 2010, muy anteriores a la declaración del concurso voluntario de Distribution Sales; por lo que reconocidos ambos créditos y deudas por las partes, recíprocamente acreedoras y deudoras, los efectos previstos en el artículo 1202 en relación con los artículos 1195 y 1196 del Código Civil son automáticos.”: SAP Madrid (Sección 13) 25.01.2013 (Sentencia 12/2013; Rollo 409/2012)

AP Barcelona (Sección 16)

“Mal puede reprochar al Juzgado no haber dirigido a la administración concursal una comunicación que la propia concursada pudo -y debió- haber efectuado (v. SSTC de 23 de mayo de 2005, 10 de diciembre de 2007 o 27 de abril de 2010). Pero es que, además, como se ha apuntado antes, al declarar como testigo, tuvo conocimiento el administrador concursal Sr. Luis Angel de la vertencia del presente procedimiento con posterioridad a la reapertura del concurso e inicio de la fase de liquidación sin que, significativamente y, en lo que no cabe sino calificar de ratificación tácita, conste haya cuestionado las actuaciones procesales realizadas por la ahora apelante. Debe remarcarse al efecto que, siendo susceptibles de confirmación o convalidación y, por tanto, no absolutamente nulos sino meramente anulables los actos de administración y disposición realizados sin la intervención de la administración concursal (art. 40-7 de la LC), sólo esta última ostentaría legitimación para impugnarlos por tal motivo (v. SS AP Madrid, Secciones 14ª y 13ª, de 21 de junio de 2011 y 25 de enero de 2013).”. SAP Barcelona (Sección 16) 30.07.2014 (Sentencia 392/2014; Rollo 9/2013)

AP Burgos

“SEXTO. Cooperativa en concurso.
Dice la parte apelante que, al estar la Cooperativa L.L. en concurso, las facultades de administración y disposición de la Cooperativa están sometidas a la autorización o conformidad de los administradores concursales (artículo 40.1 Ley Concursal).
El motivo se desestima. La autorización o conformidad de los AACC, cuando las facultades de administración de la concursada están solamente intervenidas, puede ser presunta cuando no consta su oposición, y en este caso no consta. Dice además el artículo 40.7 LC que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado". Es necesaria por lo tanto la acción de nulidad ejercitada por la administración concursal.”: SAP Burgos (Sección 3) 03.01.2014 (Sentencia 2/2014; Rollo 255/2013)

3. No es requisito para esta anulación el perjuicio para la masa, basta su carácter inconsentido por la AC

AP Almería

"Tercero, enlazado con lo anterior sobre la actuación de terceros y supuesto perjuicio, como señala la resolución de instancia en el fundamento 12, ha de tenerse presente que esta acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectada de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio, y ello mediante una operación inconsentida por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 40 apartados 1 y 6 L.C.), siendo así que en este caso, con la prueba practicada a instancias de la demandadas y frente a la inactividad probatoria de la administración, consta referida autorización, sin perjuicio, de una mera discrepancia en la liquidación económica de esas operaciones que como reitera la resolución, es ajena a la acción ejercitada.": SAP Almería (Sección 2) 21.20.2014 (Sentencia 226/2014; Rollo 226/2014)

AP Pontevedra

"En suma, entendemos que el Recurso debe ser acogido porque sea cual sea la calificación que en su momento haya de darse al crédito de la Caja España, de momento se ha procedido a su pago sin la intervención de la administradora concursal y es nulo. Cabe señalar que el remedio de ineficacia diseñado por el legislador mediante la acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectado de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, estando por lo tanto exonerada la acción de anulación de la carga de alegación y prueba en tal sentido, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio, pues lo realmente relevante vendrá dado por la salida de bienes o derechos de la masa activa mediante una operación inconsentida por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 192-3 L.C.), lo que a su vez se plasma en que sólo a la voluntad de la Administración concursal le corresponde optar bien por el ejercicio de la acción de anulación cuya legitimación le viene encomendada en exclusiva por el art. 40-7 L.C. o bien por la convalidación o confirmación del acto si así lo entiende oportuno, siendo el Juzgado del concurso el que asume y despliega su jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de la irregular salida de bienes y derechos del patrimonio de la concursada (art. 86 ter núm. 1 L.O.P.J), por tanto no la tiene motu proprio la entidad ahora apelada que, por ello, ha de proceder a la devolución de lo adeudado en la cuenta de los concursados. ":SAP Pontevedra 10.12.2010 (Sentencia 598/2010; Rollo 631/2010)

AP La Coruña

"Así que para que prospere la acción de anulación delart. 40.7 de la Ley Concursal, que se establece en beneficio de la masa activa, basta para su estimación la acreditación de la actuación de la concursada disponiendo de su patrimonio, esto es, de bienes o derechos de la masa activa, una vez declarado el concurso, sin contar con la autorización de la administración concursal, sea para satisfacer con el pago de un crédito concursal o un crédito contra la masa, por cuanto que es a quien corresponde decidir sobre su realización en cada momento y ello en defensa de la masa activa del concurso, autorizándolo, o en su caso de no haberlo hecho, la ley le posibilita, bien el ejercicio de la acción de anulación, cuya legitimación le viene encomendada en exclusiva por elart. 40-7 L.C., o bien la convalidación o confirmación del acto si así lo entiende oportuno.": SAP La Coruña (Sección 4) 13.12.2010 (JUR 2011/54554; Sentencia 542/2010; Rollo 223/2010)

AP León

"SEGUNDO.-Ha de partirse que esta acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectada de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio (art. 145 de la Ley al estar el concurso en fase de liquidación) y ello mediante una operación inconsentida por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 40 apartados 1 y 6 L.C.), siendo así que en este caso, con la prueba practicada no consta la referida autorización.
El régimen del artículo 40.7 LC utiliza indistintamente la referencia a convalidación propia de los actos nulos y de confirmación de los actos anulables. La infracción de las limitaciones establecidas al concursado nos permite distinguir aquellos que van contra normas imperativas (43, 155 o 146 bis LC) de aquellos que suponen una mera trasgresión de los actos limitativos de disposición y administración en los términos de intervención o suspensión que se hubiere decretado (art. 40 LC). Por lo tanto la referencia a dichos actos en el artículo 40.7 LC debe partir de considerarlos como actos anulables (confirmables en sentido contrario), pudiendo ocurrir, como acontece en el caso, que sea la Administración Concursal la que ejercite las acciones.": SAP León (Sección 1) 24.04.2015 (Sentencia 108/2015; Rollo 404/2014)

AP Vizcaya

“I.-La acción de anulación concursal del art. 40 de la Ley Concursal establece en su número 1 que: "En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición de su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad". El número 7 de dicho artículo establece: "Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancias del administrador concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación concursal afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción de nulidad o de la convalidación o confirmación del acto...". Es decir, los actos realizados por el deudor, sin la intervención o confirmación de los administradores del concurso, no son nulos sino anulables, y el único legitimado para dicha anulación son los administradores concursales. El acreedor puede exigir a la administración concursal que se pronuncie sobre el ejercicio de la acción de nulidad o sobre la confirmación o convalidación del acto.
No se acogen las alegaciones vertidas por la parte apelante, porque se ha ejercitado en este caso por la administración concursal la acción de anulación ex art. 40.7 de la Ley Concursal, del pago concertado entre la concursada y la apelante- demandada con posterioridad a la fecha de declaración de concurso, y prescindiendo de la autorización o conformidad de dicho órgano concursal, pese a resultar preceptivo al hallarse sometida la concursada al régimen de intervención de las facultades de administración y disposición de su patrimonio (art. 40.1 LC). Cabe señalar que el remedio de ineficacia diseñado por el legislador mediante la acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectado de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, estando por lo tanto exonerada la acción de anulación de la carga de alegación y prueba en tal sentido, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio, pues lo realmente relevante vendrá dado por la salida de bienes o derechos de la masa activa mediante una operación inconsentida por la administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 15.04.2015 (Sentencia 227/2015; Rollo 580/2014)

4. Régimen de la anulación: aplicación de las reglas generales

4.1 Materiales: Consecuencias de la anulación. Reglas generales del CC

AP Alava

“CUARTO.- Consecuencias de la nulidad
La controversia queda centrada en las consecuencias que la anulabilidad trae consigo. Las quejas de la administración concursal respecto a la fundamentación de la sentencia se soportan en que ésta concede la nulidad fundamentándola en el art. 71 LC, precepto que no puede aplicarse puesto que no se discuten actos realizados por el deudor antes de la declaración de concurso conforme al apartado 1 de esa norma. Cierto que, al argumentar sobre la anulabilidad, la administración concursal cita tal norma en el Fundamento Jurídico II de su demanda, pero lo hace después de exponer en el Fundamento Jurídico I las razones que, a su juicio, conducen a la nulidad de las transmisiones realizadas por la concursada sin su intervención conforme al art. 40 LC.
Lo procedente, por lo tanto, es atender las previsiones de la acción que ejercitó la administración concursal, apartando toda referencia al inaplicable art. 71 LC. El art. 40.7 LC dispone la anulación a instancia de la administración concursal, que se tramitará, en su caso, por los trámites del incidente concursal. La expresión “en su caso”, utilizada por el citado art. 40.7 LC, parece referirse a la eventualidad de que quien contrató con el deudor concursado sin la intervención de la administración concursal reconozca lo improcedente de su obrar y reintegre a la masa los elementos patrimoniales del deudor concursado indebidamente transmitidos.
No hay regulación expresa en la Ley Concursal para el caso de que proceda esta acción de anulación. No puede aplicarse la del art. 73 LC, como se pretende, pues es propia de las acciones rescisorias, de distinta naturaleza. De ahí que se recurra a la previsión general que en casos de nulidad establece el art. 1303 del Código Civil (CCv), que supone que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Para fijarlos tendrá que tenerse en cuenta que, como indica el apelado, la petición en la instancia no puede modificarse. Entonces se reclamaba “la inmediata devolución de los bienes objeto de la transmisión” y que se condenara a la demandada “al pago de una indemnización por daños y perjuicios cuyo importe se concretará en función del volumen de negocio que FONTANA PROJECT CENTER haya desarrollado durante el ejercicio 2006 y 2007, dato que deberá facilitar esta sociedad al juzgado”.
La primera petición supone, por lo tanto, la devolución a la concursada del material almacenado que se enajenó. Si no fuera posible la restitución, por haberse utilizado en la actividad productiva, en aplicación del art. 1.307 CCv será sustituido por su valor. Este no es el precio satisfecho, pues se reconocía un descuento del 50 %, sino el que realmente tenía al transmitirse, es decir, 43.293,64 euros, más su interés legal desde el 22 de diciembre de 2005. Es procedente la restitución (y si no es posible, el equivalente) porque así se solicitaba en la demanda incidental, sin que quepa en esta instancia modificar los términos del debate optando directamente por el valor.

A su vez sería procedente la restitución del precio al comprador. Pero como indica la administración concursal, es aplicable el art. 1.306.2º CCv, en tanto que la causa torpe está de parte de uno de los contratantes, el comprador. El vendedor en realidad no actuó, porque no tenía autorización para hacerlo. En cambio el comprador conocía la situación de concurso de la primera, que conlleva cuando menos la intervención por la administración concursal, puesto que era notorio en la plaza y además quien actúa en representación de FONTANA es el hermano del representante legal de la deudora concursada, relación que unida a la ocultación a la administración concursal de las transmisiones, justifica una seria sospecha sobre el valor real de lo transmitido y manifiesta la causa torpe. No puede, por lo tanto, repetirse lo que se hubiera dado en virtud del contrato, como indica el citado art. 1.306-2º.
La segunda transmisión se produjo sin contraprestación, por lo que, como se pedía en la solicitud de la demanda incidental al reclamar "la inmediata devolución de los bienes objeto de la transmisión", también deberá restituirse a la deudora la maquinaria, útiles, materias primas y clientela indebidamente entregadas a la demandada, y de no ser posible, por las razones expuestas, su valor e intereses desde el 22 de diciembre de 2005. ":SAP Alava 09.04.2010 (Sentencia 163/2010; Rollo 442/2009)

AP Barcelona

"CUARTO: Las consecuencias de la nulidad de tales contratos de cesión de crédito son las previstas para la anulabilidad en los arts. 1303 y ss. del Código civil, que integran la previsión contenida en el art.
40.7 LC. Además de que tales contratos dejen de producir efectos desde la declaración de nulidad, lo que conlleva la pérdida por parte de DOOKU de cualquier derecho al cobro de los créditos cedidos pendientes de pago por el Ayuntamiento de Mollet, en este caso depositados en el juzgado, los contratantes debían restituirse los bienes o derechos que constituían materia del contrato anulado, esto es: la concursada estaría obligada a devolver las cantidades que como consecuencia del contrato de cesión de créditos hubiera recibido de la cesionaria (DOOKU).
De los seis créditos objeto de cesión, tan sólo consta que DOOKU hubiera cobrado del Ayuntamiento de Mollet el importe global correspondiente a los tres primeros que vencían el 29 de febrero de 2008 y que ascendían a un total de 94.171,69 euros. El importe correspondiente a los otros tres créditos fue depositado por el Ayuntamiento de Mollet en el juzgado.
Por otra parte, también consta que antes de que DOOKU se cobrara estos tres primeros créditos, el 22 de febrero de 2008 entregó a la concursada la suma de 134.217,91 euros que sería la contraprestación por la cesión de los créditos. Al margen de si relacionamos esa suma con el primer contrato de cesión de créditos o con los dos, lo cierto es que cedidos los seis créditos, que ascendían a un total de 182.238,81 euros, DOOKU tan sólo entregó a la concursada 134.217,91 euros.
Como quiera que de los seis créditos, DOOKU tan sólo cobró los tres primeros, que suman un total de 94.171,69 euros, y que el importe correspondiente al resto de los créditos ha sido depositado en el juzgado que tramita el concurso, una vez anulada la cesión de créditos y reconocido el derecho de la concursada a cobrarse de las cantidades depositadas por el Ayuntamiento de Mollet lo correspondiente a los tres últimos créditos objeto de la cesión anulada, DOOKU tan sólo viene obligada a reintegrar el importe de los tres primeros créditos (94.171,69 euros).
Por su parte, la concursada viene obligada a restituir a DOOKU la suma recibida como contraprestación a la cesión de créditos anulada (134.217,91 euros). Este crédito que deriva de la anulación del contrato, que tiene efectos ex nunc, es posterior a la declaración de concurso y por ello debe considerarse crédito contra la masa. No cabría aplicar analógicamente la previsión contenida en el art. 71.3 LC pues tiene carácter sancionatorio, lo que exige una interpretación restrictiva, sino que debería haberse aplicado lo previsto en los arts. 1305 y 1306 CC respecto de la causa torpe, máxime a la vista de la deducción de testimonio y remisión al juzgado de instrucción, que conllevaría la pérdida del derecho de DOOKU a reintegrarse la cantidad abonada en su día de 134.217,91 euros. Pero como quiera que la calificación del crédito de DOOKU como crédito subordinado no ha sido impugnado en el recurso de apelación, debemos confirmar dicho pronunciamiento.
Consecuencia de todo lo anterior es que debemos revocar parcialmente la sentencia en el sentido de reducir el importe que DOOKU tiene que restituir a la concursada, que no será, como inicialmente se dice en la sentencia, 136.983,42 euros, sino 94.171,69 euros.": SAP Barcelona (Sección 15) 30.03.2010 (Rollo 411/2009)

AP Pontevedra

"La figura jurídica que el legislador ha elegido para impugnar los actos que se enmarquen dentro del ámbito previsto en el art. 40 de la LCon. es la de "acción de anulación" atribuyendo exclusivamente legitimación activa para su ejercicio a la administración concursal. No hay regulación expresa en la Ley Concursal para el caso de que proceda esta acción de anulación. No puede aplicarse la del art. 73 LC pues es propia de las acciones rescisorias, de distinta naturaleza, de ahí que se recurra a la previsión general que en casos de nulidad establece el art. 1303 del Código Civil, que supone que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses; sus efectos, por tanto, están regulados en el art. 1300 del Código Civil, el que dispone que "Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el art. 1261 pueden ser anulados aunque no haya lesión para los contratantes siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley". En el caso de la nulidad que nos ocupa, sancionada por la Ley concursal, se predica por la falta de consentimiento del Administrador concursal al acto dispositivo del patrimonio de la concursada, una vez declarado el concurso. Pues bien, si ello es así prescindiendo de la exposición de las distintas concepciones doctrinales en torno a la determinación de que es un negocio jurídico anulable, será suficiente con decir que la Jurisprudencia lo ha concebido como aquel inicialmente eficaz si bien con una eficacia claudicante, o dicho de otro modo aquel que se encuentra en una

situación provisional de la que puede salir definitivamente válido o inválido, hasta que se le declare como tal a través del ejercicio de la correspondiente acción de "anulación". ":SAP Pontevedra 10.12.2010 (Sentencia 598/2010; Rollo 631/2010)

4.2 Procesales: debe demandarse también a quién fue parte en el acto

"SEGUNDO.-De la falta de legitimación pasiva.-La acción ejercitada por la administración concursal claramente debe calificarse de anulabilidad y se funda en lo prescrito en el art. 40.7 LC, en concreto en que la concursada soportó cargos en la cuenta abierta en Caja España para abonar liquidaciones de su tarjeta de crédito y pago de comisiones, y sin la autorización de la administración concursal ni su posterior confirmación. La Administración concursal proporcionó a los concursados unas normas básicas de actuación y a las entidades bancarias se les remitió una carta informándoles que no se podían realizar operaciones bancarias sin su consentimiento e intervención, incluidas las compensaciones.
Sostiene el juzgador a quo que "es apreciable de oficio la falta de legitimación pasiva de cualquier codemandado que no sea el propio deudor, a diferencia de las acciones rescisorias que exigen demandar no sólo al deudor sino también a quien fue parte en el propio acto impugnado, la legitimación pasiva se restringe al propio concursado, por lo que no resulta válido el allanamiento realizado por la Caja de Ahorros del Mediterráneo, en tanto que la legitimación pasiva es norma apreciable de oficio y se contravendrá el interés general...sin perjuicio del derecho que le asiste a restituir voluntariamente las cantidades que tenga pro convenientes". El Tribunal no comparte tal erróneo pronunciamiento, y así lo veremos.
Según el art. 40-7 de la Ley Concursal "Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta."
La figura jurídica que el legislador ha elegido para impugnar los actos que se enmarquen dentro del ámbito previsto en el art. 40 de la LCon. es la de "acción de anulación" atribuyendo exclusivamente legitimación activa para su ejercicio a la administración concursal. No hay regulación expresa en la Ley Concursal para el caso de que proceda esta acción de anulación. No puede aplicarse la del art. 73 LC pues es propia de las acciones rescisorias, de distinta naturaleza, de ahí que se recurra a la previsión general que en casos de nulidad establece el art. 1303 del Código Civil, que supone que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses; sus efectos, por tanto, están regulados en el art. 1300 del Código Civil, el que dispone que "Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el art. 1261 pueden ser anulados aunque no haya lesión para los contratantes siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley". En el caso de la nulidad que nos ocupa, sancionada por la Ley concursal, se predica por la falta de consentimiento del Administrador concursal al acto dispositivo del patrimonio de la concursada, una vez declarado el concurso. Pues bien, si ello es así prescindiendo de la exposición de las distintas concepciones doctrinales en torno a la determinación de que es un negocio jurídico anulable, será suficiente con decir que la Jurisprudencia lo ha concebido como aquel inicialmente eficaz si bien con una eficacia claudicante, o dicho de otro modo aquel que se encuentra en una situación provisional de la que puede salir definitivamente válido o inválido, hasta que se le declare como tal a través del ejercicio de la correspondiente acción de "anulación".
Es claro, pues, que tanto desde un punto de vista procesal como sustantivo, inevitablemente para que el negocio se anule -se queden sin efecto los cargos en la cuenta que la concursada tenía con la Caja España de Inversiones, en los términos que hemos descrito más arriba-la meritada contraparte en el contrato ha de ser demandada pues ni el art. 40.7 limita su legitimación (como no podía ser de otra manera), ni podría tener virtualidad alguna la Sentencia incidental que se dictase si es que no había sido demandada, ni por tanto condenada, salvo que se incurriese en una flagrante indefensión proscrita en el art. 24 de la CE e innumerables resoluciones jurisprudenciales y del T.C.
Así pues, el primer motivo de recuso, a salvo lo que se dirá a continuación, sobre los efectos de la nulidad pretendida. ":SAP Pontevedra 10.12.2010 (Sentencia 598/2010; Rollo 631/2010)

5. Sobre la caducidad de la acción de anulación

"QUINTO.- Ya en el motivo siguiente propuesto por la otra parte recurrente, el que se corresponde a la alegada caducidad de la acción, resulta de obligada cita sobre el particular lo que se dispone en elArtículo 40,7 de la Leyen su parte final: "...La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta", que es precepto del mismo modo de absoluta inaplicabilidad a la especificidad del supuesto. La administración concursal, conociendo la existencia del contrato por la demanda presentada por quienes ahora son recurrentes, interpone demanda reconvencional, instando su nulidad, comportamiento que ha de clasificarse como claro e inequívoco, de una intencionalidad que no deja margen alguno a la duda, manifestando así que el contrato ha sido celebrado en tiempo prohibido por la Ley y faltando a sus requisitos, por lo que la acción no puede entenderse caducada, y tampoco ha de aceptarse la pretendida equiparación entre requerimiento y juicio, absolutamente inaceptable, aparte de lo ya expuesto sobre las dudas que se presentaron con motivo de las acciones inicialmente ejercitadas, después rectamente reconducidas, ni

tampoco lo que pretende sostenerse sobre que la administración conoció la existencia del contrato, cuando este fue formalmente celebrado en la fecha que se ha indicado, y en su tiempo se instó su nulidad, aparte que el posible conocimiento, o la posibilidad de conocimiento, en modo alguno ha de suponer consentimiento y aceptación del contrato y sus efectos, que sólo ha de manifestarse con actos efectivos y concluyentes, como tantas veces ha tenido ocasión de exponer la Jurisprudencia en diferentes esferas de aplicación del Derecho.": SAP Zaragoza (sección 5) 26.12.2007 (JUR 2008/139374)

6. Anulación de pagos inconsentidos a la Seguridad Social o la AEAT

AP La Coruña

"QUINTO La Administración Concursal ejercita la acción de anulación en defensa de los intereses de la masa por el pago hecho a la TGSS por la entidad concursada con posterioridad a la fecha de declaración del concurso (25-9-2008) sin su previa autorización, en concepto de cotizaciones sociales (cuota obrera y patronal) correspondientes a los meses de agosto y septiembre (éste último hasta la fecha de declaración del concurso), que no convalida dicho órgano con posterioridad. Lo realmente trascendente radica en la acreditación de la salida de bienes o derechos de la masa activa mediante una operación llevada a cabo por la concursada prescindiendo de la Administración Concursal.
Dicha acción es el remedio que se ha previsto en la Ley de reintegración a la masa de los bienes de la concursada, cuando el pago se ha llevado a cabo por la entidad concursada para satisfacer un crédito, con posterioridad a la declaración del concurso, sin consentimiento de la Administración Concursal en cuanto es el único órgano con capacidad de decisión, vulnerando aquélla las facultades de disponer o administrar su patrimonio, con independencia además de si el pago realizado es de un crédito concursal o para satisfacer un crédito contra la masa, pues para el éxito de la acción de anulación basta con la acreditación del pago hecho por la concursada sin autorización de dicho órgano concursal. Así la Exposición de Motivos de la Ley Concursal se recoge "Declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se somete a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal. En principio, la primera de estas situaciones corresponde al concurso voluntario y la segunda al necesario; pero se reconocen al juez del concurso amplias facultades para adoptarlas o modificarlas. Se atenúa también la sanción de los actos realizados por el deudor con infracción de estas limitaciones, que pasa a ser de anulabilidad, además de la prohibición de su acceso a registros públicos". Y así en elart. 40 que dispone sobre las facultades patrimoniales del deudor, en su apartado 1 establece "En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad". Y en su apartado 7, primer párrafo "Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta."
Consecuentemente con lo regulado legalmente, encontrándose en situación de intervención la entidad concursada, ésta no puede efectuar pago alguno sin recabar la previa autorización de la Administración Concursal, y dicha decisión en todo caso no fue ratificada por dicho órgano del concurso con posterioridad, quien ejercita por el contrario la acción de anulabilidad, que por dichas razones es estimada en la sentencia apelada, al haberse realizado el mismo con infracción de las limitaciones de las facultades patrimoniales de disposición del deudor, acordadas en el auto de declaración del concurso. Sin que podamos por ello estimar los motivos alegados por la parte apelante de consentimiento por parte de la Administración Concursal, ni de caducidad de la acción, ni de tratarse de una especie de deposito irregular separado de la masa activa por obligación legal, y sin perjuicio de lo que con posterioridad ésta última disponga sobre su calificación.
SEXTO En cuanto al pago de los intereses a que viene condenada la TGSS en la sentencia apelada desde la presentación de la demanda, alega la TGSS que contraviene lo dispuesto en elartículo 24 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, que literalmente refiere "Si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación.".
Sobre dicha cuestión que supone el reconocimiento de un tratamiento privilegiado a la Administración, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, que no existe una razón constitucionalmente relevante para justificar un distinto trato en el devengo de los intereses de demora a cargo de la Hacienda Pública, y critica al legislador estatal, al reproducir en elart. 24 de la Ley General Presupuestaria de 2003 la ambigua por imprecisa redacción del anteriorart. 45 de L.G.P. de 1988, para acomodar la regulación del régimen jurídico del devengo de intereses moratorios a cargo de la hacienda pública a la interpretación conforme a la Constitución indicada por dicho Tribunal desde susentencia 69/1996, ya que el devengo de intereses se vuelve a situar en el día de notificación de la resolución judicial. Y así se razona en lasentencia de fecha 26 de noviembre de 2009 "...la pretensión de los intereses reclamados sobre el tenor delart. 24 LGP-2003 (de idéntico tenor alart. 45 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre : LGP-1988), ni la recurrente objeta la constitucionalidad de dicho precepto legal por vulnerar el principio de igualdad(art. 14 CE) en relación con el régimen legal del

reconocimiento de intereses de demora a cargo de la hacienda pública, nieste Tribunal, en STC 69/1996, de 18 de abril, consideró que hubiese lugar a "declarar la inconstitucionalidad delart. 45 de la Ley general presupuestaria, por contrario a losarts. 14 y 24.1 CE, siempre que se interprete en los términos expresados en el fundamento jurídico sexto de la sentencia", términos que sustancialmente se concretan en prescribir que la resolución judicial desde la que comienzan a correr los intereses de demora "no es otra sino la dictada en la primera instancia" (doctrina reiterada en lasSSTC 110/1996, de 24 de junio, FJ 3;113/1996, de 25 de junio, FJ 3;81/2003, de 30 de abril, FJ 5; y157/2005, de 20 de junio, FJ 3)." Y continua razonando dicho Tribunal "En efecto, en laSTC 69/1996 constatamos que el problema gira en torno al principio de igualdad, en tanto aparecen desequilibradas las posiciones del particular y de la hacienda pública, toda vez que siendo deudor cualquier ciudadano y acreedora la Administración pública, cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida ésta devengará intereses de demora procesal en favor del acreedor desde que aquélla fuere dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada, conforme establecía elart. 921, párrafo 4, de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (LEC-1881); y en términos semejantes se pronuncia el actualart. 576 LEC-2000).
Mientras que en la situación opuesta, pesando la obligación de pagar sobre la hacienda, elart. 45 LGP-1988 establecía una solución ambigua por imprecisa, ya que el devengo se situaba en el día en que fue notificada la resolución judicial, sin precisar si se trata de la dictada en primera instancia o la recaída en vía de recurso.
De forma que si se entendiera que el devengo de intereses de demora a cargo de la hacienda pública no se inicia desde que fue dictada en primera instancia la sentencia condenatoria al pago de una cantidad líquida, sino desde su firmeza, una vez agotada la vía de recurso, ello conduciría a la declaración de la inconstitucionalidad delart. 45 LGP-1988, por no existir una razón constitucionalmente relevante para justificar un distinto trato en el devengo de los intereses de demora, según la posición que ocupe la hacienda pública y sólo por ella, pues siendo tales intereses una exigencia material de justicia, principio rector de nuestro Estado de Derecho, ha de ser rechazada de plano la posibilidad de que el ciudadano, cuando trate con las Administraciones públicas y sea su acreedor, resulte peor tratado por no conseguir la íntegra compensación de un derecho de crédito reconocido judicialmente (STC 69/1996, FJ 5).
Sentado lo anterior, en la mismaSTC 69/1996, FJ 6, concluimos que el contenido delart. 45 LGP-1988, puesto en relación con elart. 921, párrafo 4, LEC-1881, admite una interpretación conforme con la Constitución, y que consiste, como ya hemos señalado, en entender que desde que fuere dictada en primera instancia la resolución judicial que condene a una Administración pública al pago de una cantidad líquida, comienzan a devengarse los intereses de demora a cargo de la hacienda pública, al igual que sucede cuando el condenado al pago es un particular. De dicha interpretación conforme se deja constancia en el fallo.".
Por tanto, debe ser estimado en parte el recurso, y en atención a la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta, en interpretación del precepto legal invocado por la parte apelante, en el sentido de que el pago de los intereses queda sujeto a las exigencias de que hayan transcurrido tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al TGSS que debe cumplirla, y de que de no hacerlo en plazo tras instarse la ejecución forzosa y oírse al órgano encargado de hacerla efectiva, se acuerde así por la autoridad judicial por apreciar falta de diligencia en el cumplimiento, liquidándose aquellos en tal caso desde el dictado de la sentencia de primera instancia.”: SAP La Coruña (Sección 4) 13.12.2010 (JUR 2011/54554; Sentencia 542/2010; Rollo 223/2010)

AP León

“PRIMERO.-La Tesorería recurre la sentencia del Juzgado Mercantil alegando, en primer lugar, infracción del Art. 21 y 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial porque entiende que no puede el Juez Mercantil por aplicación del art. 8 de la Ley Concursal dejar sin efecto una resolución administrativa, habría que ir al conflicto de jurisdicción. A su vez, alega, en segundo lugar, infracción de los artículos 31 a 36 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Afirma que al tener el concursado la deuda aplazada se considera al corriente del pago con todos los efectos lo que permite siga realizando ingresos y a su vez que se le reconociera la pensión de jubilación, en otro caso de tener que devolver la suma de 6.000 euros que abonó supondría anular todos los acuerdos adoptados y la suspensión de la misma y además la devolución de la cantidad citada pasaría a engrosar la cantidad adeudada a la Tesorería, actualizada con intereses y recargos.
SEGUNDO.-Ha de partirse que esta acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectada de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio (art. 145 de la Ley al estar el concurso en fase de liquidación) y ello mediante una operación inconsentida por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 40 apartados 1 y 6 L.C.), siendo así que en este caso, con la prueba practicada no consta la referida autorización.
El régimen del artículo 40.7 LC utiliza indistintamente la referencia a convalidación propia de los actos nulos y de confirmación de los actos anulables. La infracción de las limitaciones establecidas al concursado nos permite distinguir aquellos que van contra normas imperativas (43, 155 o 146 bis LC) de aquellos que suponen una mera trasgresión de los actos limitativos de disposición y administración en los términos de intervención o suspensión que se hubiere decretado (art. 40 LC). Por lo tanto la referencia a dichos actos en el artículo 40.7 LC debe partir de considerarlos como actos anulables (confirmables en sentido contrario), pudiendo ocurrir, como acontece en el caso, que sea la Administración Concursal la que ejercite las acciones.
En el presente supuesto se pretende el reintegro de la suma de 6.000 euros a la masa del concurso que se hizo sin la previa autorización de la Administración Concursal. La Sentencia recurrida acuerda la anulación del

acuerdo de aplazamiento concedido al concursado por la Tesorería General de la Seguridad Social y condena a la devolución de dicha suma, así como de las mensualidades cobradas.
La Sala de Conflictos en su sentencia 11/2012 de 24 de octubre viene a decir que a tenor del principio de universalidad que establece la Ley Concursal atribuye jurisdicción exclusiva y excluyente al Juez del concurso, con desplazamiento del competente primariamente -sea jurisdiccional o, en su caso, administrativo-, exclusividad que se funda en razones de economía procesal y eficacia respecto del proceso universal abierto; por otro lado, el Auto de la Sala especial de 20 de julio de 2012 niega la jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil para enjuiciar la legalidad de un acto administrativo dictado frente a un tercero que no es el concursado. Se desprende de ello que con independencia de la competencia del juez mercantil, no puede pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo de la Tesorería General de la Seguridad Social. El Tribuna Supremo en su reciente sentencia de 18 de febrero de 2015, en un caso análogo al presente (anulación de providencias de apremio de la Tesorería de la Seguridad Social), se pronuncia en el sentido de dejar sin efecto la declaración de nulidad de las resoluciones administrativas (ex art. 38 de la LEC) que hace el Juzgado Mercantil por falta de jurisdicción (art. 21 y 86 ter de la LOPJ).
Sin embargo, (como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014) una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del art. 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la apertura de la fase de liquidación ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del art. 154 LC, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS.
TERCERO.-Según lo argumentado hasta ahora el concursado no podía realizar el ingreso de los 6.000 euros sin el consentimiento de la Administración Concursal estando el concurso en fase de liquidación, pues la TGSS, para la satisfacción de un crédito contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso, no podía embargar bienes o derechos de la deudora concursada incluidos en la masa activa ni recibir activos en la forma que se ha realizado, por ello ese ingreso debe entenderse sin efecto y si con su realización la TGSS ha cobrado algo, debe retornarlo a la masa, sin perjuicio de exigir después de la administración concursal el pago de sus créditos contra la masa, de acuerdo con el orden previsto en la Ley Concursal. Lo realizado en el caso contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del art. 154 LC.
Procede revocar en parte el fallo de la sentencia recurrida en el sentido de condenar a la Tesorería a la devolución de la suma de 6.000 euros percibida para la concesión del aplazamiento, así como de las mensualidades cobradas, excepto el exceso del importe embargable conforme el art. 607 de la Ley de Enjuiciamiento civil.": SAP León (Sección 1) 24.04.2015 (Sentencia 108/2015; Rollo 404/2014)

JM-1 Oviedo

"PRIMERO Ejercitada por la Administración concursal de «Primera Base, S.L». la acción de anulación «ex» art. 40-7 LC del pago llevado a cabo por la concursada con fecha 18 julio 2005 por importe de 8.149,31 euros a favor de la acreedora Agencia Estatal de Administración Tributaria, realizado con posterioridad a la fecha de declaración de concurso, que lo fue el 30 junio 2005, y prescindiendo de la autorización o conformidad de dicho órgano concursal pese a resultar preceptivo al hallarse sometida la concursada al régimen de intervención de las facultades de administración y disposición de su patrimonio (art. 40-1 LC), cabe señalar que el remedio de ineficacia diseñado por el legislador mediante la acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectado de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, estando por lo tanto exonerada la acción de anulación de la carga de alegación y prueba en tal sentido, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio, con independencia además de si el pago se ha llevado a cabo para satisfacer un crédito concursal o para satisfacer un crédito contra la masa pues lo realmente relevante vendrá dado por la salida de bienes o derechos de la masa activa mediante una operación inconsentida por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 192-3 LC), lo que a su vez se plasma en que sólo a la voluntad de la Administración concursal le corresponde optar bien por el ejercicio de la acción de anulación cuya legitimación le viene encomendada en exclusiva por el art. 40-7 LC o bien por la convalidación o confirmación del acto si así lo entiende oportuno.
Tampoco resulta obstáculo para el éxito de la acción de anulación aquí ejercitada el que la propia concursada «Primera Base, S.L». hubiera acudido el 3 octubre 2005 a solicitar por vía administrativa la devolución de ingresos indebidos mediante escrito presentado ante la AEAT, expediente que fue posteriormente resuelto con fecha 1 diciembre 2005 en el sentido de desestimar la petición, pues es el Juzgado del concurso el que asume y despliega su jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de la irregular salida de bienes y derechos del patrimonio de la concursada (art. 86 ter núm. 1 LOPJ).
Finalmente queda por añadir que la liquidación de la ineficacia así declarada conlleva la recíproca restitución de las prestaciones entregadas por aplicación del régimen general previsto en el art. 1303 CC, procediendo en consecuencia condenar a la AEAT a devolver a la masa del concurso la suma de 8.149,31 euros con los intereses legales desde la fecha del pago, no así a la concursada dado que la prestación reinvidicada se encuentra en poder de la primera.": SJM-1 Oviedo 04.07.2006 (AC 2006/1779)

7. Anulación de disposiciones o adeudos en cuentas bancarias

7.1 ¿Procede la anulación de pagos por cargo en cuenta, pese a provenir los fondos de ingresos de los garantes?

[Véanse en el art. 71.1 las resoluciones sobre la cuestión análoga que se plantea en caso de pagos anteriores a la declaración de concurso que pasan instrumentalmente por la cuenta del deudor concursado y en ocasiones son objeto de pretensiones rescisorias]

7.1.1 No procede su anulación

AP Alava

"PRIMERO Los Administradores Concursales de CONTEXYE SA solicitaban en su escrito de demanda la anulación de la liquidación y cancelación del préstamo concedido por BARCLAYS BANK SA con fecha 8 de junio de 2.007 así como de los cargos en detallados en la cuenta titularidad de CONTEXYE SA, y que se ordene a restituir en la mimsma cuenta la cantidad de 78.647,05 indebidamente cargados, con expresa imposición de costas a la demandada.
La sentencia de instancia estima la demanda en su integridad por entender que la operación de cancelación del préstamo debía contar con la aprobación de la Administración concursal por imperativo delart. 40.1 de la Ley Concursal, declara la anulación de la operación realizada por BARCLAYS, y le ordena reintegrar en el patrimonio de CONTEXYE la suma de 78.647,05 euros.
BARCLAYS impugna la resolución alegando error en la valoración de la prueba y en la interpretación del derecho, considera que elart. 40.1 LC no es aplicable al presente supuesto ya que el dinero se obtuvo de la venta de un bien privativo del Administrador de CONTEXYE, bien con el que se garantizaba el préstamo, por lo que no era exigible el consentimiento de los Administradores Concursales para cancelar el préstamo.
La secuencia de los hechos acreditados viene a reflejar que BARCLAYS BANK SA (en adelante BARCLAYS), figuraba en la lista de acreedores de la Concursada con un importe a su favor de 79.051,89 euros que tenía su origen en un préstamo concedido a la mercantil en fecha 8 de junio de 2.007 y con vencimiento en 2.013, garantizado con una hipoteca constituida sobre un piso propiedad del administrador de la Concursada D.Julio y su esposa DªMarí Luz, vivienda sita en laCALLE000 nºNUM000 -NUM001 de Logroño. El inmueble fue vendido con fecha 26 de agosto de 2.008 en escritura pública, procediéndose con el importe de dicha venta a cancelar a BARCLAYS el referido préstamo, entregando al banco un cheque nominativo por importe de 77.020,15 euros, que fue previamente ingresado en la cuenta de CONTEXYE en la citada entidad.
Elartículo 40.1º Ley Concursal establece que en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. El apartado séptimo añade que los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal, y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado.
Partiendo de los hechos descritos en el párrafo anterior y que consideramos probados, la sentencia hace una interpretación delart. 40.1 LC que no compartimos, como a continuación pasamos a explicar.
Lo dispuesto en el apartado primero no puede ser aplicado a nuestro caso puesto que se refiere al patrimonio del deudor- concursado y no al de terceros, y en relación a este patrimonio exige que cualquier acto de administración o disposición se apruebe o autorice por los Administradores. La vivienda que se vende, y de donde se obtiene el dinero para cancelar el préstamo, no pertenecía al deudor-concursado sino a su Administrador a título particular y a la esposa de éste. El Sr.Julio y su esposa habían hipotecado su vivienda para conseguir que BARCLAYS concediese el préstamo a CONTEXYE, la hipoteca era la garantía del préstamo, sin embargo, el bien hipotecado no era propiedad de CONTEXYE sino del Sr.Julio a título particular.
Conforme establece elart. 1.158 CC (LEG 1889, 27), "puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor". En base a esteprecepto, cualquier tercero puede realizar el pago de la obligación, independientemente del interés que pueda tener. En este caso se da la circunstancia que quien realiza el pago no es cualquier extraño, sino los fiadores, que habían garantizado la deuda con un bien particular hipotecando su vivienda.
En consecuencia, la obligación dimanante del préstamo concertado por CONTEXYE con BARCLAYS fue extinguida por el pago efectuado por los fiadores de dicho préstamo Sr.Julio y Sra.Marí Luz, con cargo a su patrimonio particular, con el importe obtenido por la venta de un piso de su propiedad.
En la cuenta que CONTEXYE tenía en BARCLAYS y donde se pusieron a sudisposición los 90.000 euros del préstamo el 8 de junio de 2.007 (0065 0027 44 000105497), los compradores del inmueble ingresaron por cuenta de los vendedores, Sr.Julio y esposa, los 77.020,15 euros con los que se amortizó el préstamo. En la misma escritura de préstamo hipotecario se disponía esta cuenta para realizar todas las operaciones en relación con el préstamo y desde esta misma cuenta se abonaban las cuotas para amortizar el mismo. El abono de dicho cheque en la cuenta de CONTEXYE con la finalidad de cargar y cancelar el préstamo no hace propietaria a la mercantil de dicha suma, sencillamente porque ese dinero no era suyo. Si en vez de ingresarlo en la cuenta de CONTEXYE se hubiese entregado el dinero en mano a BARCLAYS para cancelar el préstamo quizás se vería con mayor claridad que no pertenecía a CONTEXYE, el hecho de ingresarlo en la cuenta donde se venían realizando las operaciones en relación con el préstamo no le otorgaba la propiedad de esta suma.
El dinero ingresado en la cuenta de CONTEXYE en BARCLAYS provenía de la venta del inmueble propiedad del Sr.Julio y su esposa, y ninguno de ellos declara que su intención fuese donar el dinero a CONTEXYE o

entregárselo por cualquier otra causa. Está claro que la finalidad de este ingreso era cancelar el préstamo y que el ingreso en esta cuenta tenía carácter transitorio hasta cancelar el préstamo en cuestión.
Una vez ingresado el dinero en la cuenta, el Banco efectúa las operaciones contables correspondientes para cancelar el préstamo, estas operaciones se realizan por orden del Sr.Julio, a quien pertenecía el dinero después de la venta del inmueble. Los Administradores Concursales no pueden exigir autorización para realizar esta operación contable puesto que el dinero no era propiedad de CONTEXYE sino de su administrador a título personal por la venta del inmueble.
Con posterioridad se embargan bienes del administrador para hacer frente a deudas de la mercantil de la que es administrador, pero tampoco esta circunstancia puede servir para anular la cancelación del préstamo con BARCLAYS. Aunque se hubiese embargado el inmueble antes de venderlo, BARCLAYS tendría preferencia para cobrar su deuda puesto que el piso estaba hipotecado y constituía garantía para cobrar la cantidad prestada a CONEXYE.
Por todo lo expresado entendemos que no se ha vulnerado lo dispuesto en elart. 40.1 LC, el Sr.Julio y su esposa entregaron al Banco un cheque por valor de 77.020,15 euros, con el único motivo de pagar y cancelar con esta entidad financiera el préstamo concedido en su día a CONTEXYE y que dichas personas garantizaban con bienes personales. El Banco no necesitaba autorización alguna de la Administración Concusal entre otras cosas porque el pago lo efectuaban unos terceros fiadores del crédito que obtuvieron el dinero para su pago con el importe obtenido por la venta de un inmueble de su propiedad particular, no de la concusada, hipotecado a favor de esta entidad. El Banco no obtiene enriquecimiento injusto alguno por cuanto contra la entrega de los 77.020,15 euros, cancela el préstamo y la hipoteca que lo garantiza. No había confusión de patrimonios entre CONTEXYE y su Administrador, los Administradores Concursales no pueden exigir la administración de este dinero por el solo hecho de que se ingresase en la cuenta de BARCLAYS con la finalidad de cancelar el préstamo de CONTEXYE puesto que el dinero no era de la mercantil.": SAP Alava 26.07.2010 (JUR 2010/408621; Sentencia 394/2010; Rollo 137/2010)

AP Sevilla 2012

"Primero.- El incidente concursal del que deriva el presente rollo tiene su origen en una demanda presentada por el Administrador Concursal contra el concursado y contra la CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA. Se trataba de un acción de reintegración de la masa ejercida al amparo de los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal. En esencia la citada Caja era acreedora del concursado en virtud de un préstamo concertado y vencido antes de la declaración del concurso, por lo que reclamó de la entidad avalista, AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCÍA, el pago de la cantidad garantizada por la misma. Dicha avalista, una vez declarado ya el concurso, en lugar de ingresar directamente la cantidad a la acreedora, lo hizo en la cuenta que tenía la entidad concursada con la acreedora, de donde la misma retiró la cantidad de 299.980 #, cuyo reintegro es el que se pretende.
De los hechos relatados, admitidos por todas las partes, resulta con claridad que la avalista a quien tenía la obligación de pagar y pretendía pagar era a la Caja y que, por tanto, el ingreso en la cuenta corriente de la entidad concursada no puede considerarse sino como un mero depósito a favor de un tercero que tenía pleno derecho a retirar un dinero que era de su propiedad. No ha habido por tanto ni compensación, ni afectación de la masa activa o pasiva del concurso, ya que el dinero no fue en ningún momento propiedad de la entidad concursada. (...)
Tercero.- Por tanto no cabe estimar el recurso de apelación interpuesto por carecer de legitimación activa la entidad concursada para pedir la estimación de la demanda, dado que su posición en el litigio es de demandada.
Por otro lado ni puede considerarse que una sentencia absolutoria sea desfavorable a quien ostenta la posición de demandado, ni por otro lado puede sostener un demandado pretensiones que fueron ejercidas por la parte actora, además de que en esta alzada sostiene pretensiones nuevas que ni siquiera estaban contenidas en la demanda, por lo que no concurren los presupuestos a los que el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil supedita la viabilidad del recurso de apelación.
Si la apelante considera que tiene algún tipo de acción contra la entidad bancaria porque el hecho de haber recuperado sin su expreso consentimiento el dinero que a dicha entidad bancaria iba destinado y que se ingresó en la cuenta de la que era titular la concursada infringe alguna normativa bancaria o los términos de la relación contractual, causándole perjuicio, deberá ejercitarla presentando la correspondiente demanda; pero en ningún caso puede aprovechar una acción de reintegración de la masa cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a la Administración Concursal y en cuyo procedimiento ha tenido la posición procesal de demandado para llevar a cabo las reclamaciones que tenga contra el banco. ":":SAP Sevilla (Sección 5) 24.10.2012 (Sentencia 511/2012; Rollo 6417/2012)

AP Zaragoza

"Al margen de la cuestión doctrinal, la parte demandada considera que el pago no lo realizó la concursada, sino la entidad Business Re-imagina In; ciertamente era una deuda de la concursada, pero abonada por cuenta del numerario de la tercera entidad, pues había obtenido un reciente crédito de la propia demandada.
La resolución recurrida acepta la tesis de la actora -fue un pago por compensación-, frente a la que se alza la demandada considerando que fue un pago realizado por un tercero y, por ello, no deben afectarle la regulación del art. 71 y ss. de la LC.
Resulta acreditado: a) Que la entidad Re-Imagina Restauración S.L. fue declarada en concurso el día 29 de abril de 2009. b) Que la entidad Bussines Reimagina In S.L., cuyo administrador social era también el de la entidad concursada, formalizo el contrato de préstamo nº 0619.52090.00012.7 con la entidad Caixa d'Estalvis

del Penedés con fecha 14 de mayo de 2009 y por importe de 207.000 euros, siendo fiador de dicha operación, entre otros, la entidad Re-Imagina Restauración S.L. c) Que las cantidades obtenidas con dicho contrato se aplicaron los días 14 y 15 de mayo de 2009 al pago y cancelación de las obligaciones que la entidad concursada tenía con la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés. El mecanismo utilizado fue el de transferencia entre cuentas por la entidad Business Reimagina In S.L. a favor de la entidad actora; concretamente de dos órdenes transferencias por importe de 109.236,64 y 11.496,57 euros, el día 14 de mayo, y otras dos por importe de 21.735,13 y 31.474,05 euros para el pago de las concretas cantidades debidas por la segunda a la entidad bancaria por diversas operaciones de crédito. Tanto la Entidad Business Reimagina In S.L. como Re-Imagina Restauración S.L. estaban administradas por la entidad Servicios de Administración TWO S.L, siendo la persona física designada por la misma para ejercerla D. Pio.
De la prueba practicada, documental e interrogatorio del legal representante de la actora, la Sala estima que se produjo pago por tercero de las obligaciones de la actora por las siguientes razones:
a) Del contenido literal de las órdenes de transferencia -documentos 1 a 5 de la contestación a la demanda-, en los que se documenta la entrega de una suma global de 170.343,34 euros a Business Reimagina In por la formalización de un préstamo, el nº 0619.52090.00012.7, y la transferencia a la entidad actora de diversas sumas con un destino determinado. La primera de ellas de 109.236,64 para la cancelación del préstamo de Reimagina con la demandada; la segunda de 11.596,57 euros para cancelar la liquidación de la cobertura, operación de swap; por 21.735,13 euros para cancelar los impagos por descuento y la suma de 31.474,05 euros para "pignorar cancelación de cobertura". Esto es, no se hizo una sola transferencia alzada, sino diversas, hasta cuatro para cancelar concretas deudas de la concursada. Todas ellas fueron firmadas por el legal representante de Busines Restaura In, que también lo era de la concursada.
b) Frente a esta realidad documentada la explicación dada por el legal representante de ambas sociedades en el acto del juicio estima la Sala que, simplemente, no puede ser aceptada. Así, alega que firmó las órdenes en blanco. Lo que no parece una postura siquiera próxima a la diligencia de un ordenado comerciante (Art. 61 LSRL), pero además manifiesta que se contradijeron expresamente sus órdenes por la entidad, pues estaban destinadas dichas cantidades al pago de obligaciones propias de la entidad Business Restaura In S.L. Tampoco es satisfactoria la respuesta dada a la pregunta de por qué no hizo nada al respecto, pues alega que el administrador le dijo que nada hiciera, cuando lo cierto es que la entidad transferente no se halla en concurso de acreedores y esta y no otra era la legitimada para reclamar la devolución de las cantidades que, a su juicio, indebidamente habían sido transferidas a la cuenta de la concursada para pago de sus deudas.
c) Solo una finalidad solutoria de las deudas de la concursada justifica el traspaso de las cantidades a la actora, pues consta el concepto en que se realizó cada transferencia y no consta que la entidad transferente tuviera deudas con la entidad en concurso, amén de que difícilmente podía ignorar que la entidad actora estaba ya en tal situación, cuando tenían un administrador social común.
d) Ciertamente no ha explicado la entidad Business Reimagina In que finalidad pretendía con el pago de las deudas de un tercero, pero a la vista de la insatisfactoria explicación por parte del legal representante del pretendido abuso sufrido por la misma y su nula reacción frente a él hasta la formulación de esta demanda, ha de concluirse que ha de prevalecer la literalidad de las transferencias realizadas, estimándolas adecuadas a las ordenes del mandante y, en consecuencia, estimar el recurso y desestimar íntegramente la demanda.
e) En el mismo sentido postulado, puede ponerse de manifiesto que la demandada aceptó la fianza de la entidad actora en el préstamo concedido a Business Restaura In, tras su declaración de concurso, lo que no puede sino interpretarse como un indicio del desconocimiento por la misma de la declaración concursal ya existente respecto a Reimagina Restauración. ": SAP Zaragoza (Sección 5) 18.11.2010 (Sentencia 707/2010; Rollo 593/2010)

6.1.2 Sí procede su anulación

AP Sevilla 2008

"PRIMERO La sentencia recaída en el incidente concursal de que el presente rollo dimana, accediendo en parte a lo solicitado por la Administración Concursal y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40, 7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, acordó la anulación de determinados cargos que, sin la intervención de ésta, y en una de las cuentas corrientes que, en la sucursal de La Algaba de la demandada Banco Santander Central Hispano, SA, tenía abiertas la concursada Transfrío Rinconada, SL, había efectuado dicha entidad bancaria para el cobro de las amortizaciones del préstamo hipotecario y del contrato de arrendamiento financiero o leasing que había concedido a la concursada y, más concretamente, acordó dicha resolución la anulación de los cargos que sirvieron para el cobro de las cuotas del préstamo hipotecario vencidas con posterioridad al 15 de agosto de 2005 y de las relativas a las cuotas de leasing vencidas con posterioridad al 14 de julio del mismo año.
SEGUNDO Y, consentida y acatada dicha resolución por la demandada Banco Santander Central Hispano, SA, que, incluso, ha procedido a la retrocesión de las cantidades que se cobró en su día, la apelaron, sin embargo, por una parte, la concursada, y, por otra, Guirado Transportes Internacionales Reunidos, SA, Rugisa, SL, y Don Raúl, quienes, como coadyuvantes todos ellos y para sostener, con plena autonomía, la postura de dicha entidad bancaria, tal y como autoriza el artículo 193, 2 de la Ley Concursal, se habían personado en el incidente concursal y contestado la demanda origen del mismo, insistiendo, en sus respectivos escritos interponiendo el recurso de apelación, en sus alegaciones de la primera instancia, de que, aunque se trate de la cuenta corriente de la concursada, el dinero de la misma que sirvió para el pago de las amortizaciones del préstamo hipotecario y del leasing, no era de ésta, sino de los otros coadyuvantes, que, como hipotecantes no deudores y avalistas, directamente interesados en evitar que, por falta de pago, pudieran salir a subasta sus fincas, o se ejecutara el aval, transfirieron o ingresaron en dicha cuenta las cantidades que después se

destinaron al pago de las correspondientes amortizaciones, de acuerdo con la entidad bancaria, que, según afirman, les impuso la necesidad de que tales pagos los efectuaran a través de la cuenta corriente de la concursada, y de acuerdo con la administración concursal, que, según manifiestan, también autorizó los correspondientes cargos efectuados en dicha cuenta.
TERCERO Pues bien, una vez delimitados, aunque sea someramente, los términos del debate en esta alzada, hay que decir que el tribunal comparte por completo el criterio de la juzgadora "a quo" al acordar la anulación de los cargos concretos a los que su sentencia se refiere. De las pruebas practicadas se deduce, efectivamente, que la Administración Concursal autorizó determinados cargos efectuados en la cuenta corriente de Transfrío Rinconada, SL, para el pago de las amortizaciones de que se trata. Así resulta de los documentos números 2 y 17 de los aportados con el escrito de contestación de ésta última, pero, sin embargo, no consta que fueran autorizados aquéllos, efectuados a partir de unas determinadas fechas, a los que se refiere la sentencia apelada.
CUARTO Tales cargos, necesariamente, han de contar con el consentimiento o la autorización de la Administración Concursal, como consecuencia de la intervención por ésta de los actos de administración y disposición de la concursada, que decreta el artículo 40, 1 de la Ley Concursal, por lo que, a falta de prueba de tal autorización, la consecuencia no puede ser otra que la de su anulación, conforme a lo dispuesto en el apartado 7 de dicho precepto.
QUINTO Cuesta trabajo aceptar las manifestaciones de los apelantes de que los ingresos y transferencias efectuadas a la cuenta corriente de la concursada, no obstante las limitaciones derivadas del concurso, fuera la única alternativa posible que la entidad bancaria demandada les ofrecía para poder hacer frente a las amortizaciones del préstamo y del leasing y evitar así la ejecución de la hipoteca y del aval, y lo cierto es que ninguna prueba se ha practicado sobre ello y, ni siquiera, propusieron la testifical del Director de la Sucursal de La Algaba, con el que, según afirman, se entrevistaron para ello.
SEXTO Y, aunque pueda estimarse acreditado, a través de los extractos bancarios aportados, que los cargos se efectuaron con dinero procedente de transferencias o ingresos realizados por los hipotecantes no deudores y avalistas, se desconoce, sin embargo, el origen del dinero, que podría proceder de la misma concursada o responder a deudas que con ésta tenían aquéllos.
SÉPTIMO No puede accederse, por ello, a la petición subsidiariamente ejercitada de que las cantidades retrocedidas por la entidad bancaria demandada, les sean entregadas a ellos, a cada uno de acuerdo con el importe de sus respectivas transferencias e ingresos, ya que tal petición va más allá de lo que puede y debe entenderse como actuación de un coadyuvante, puesto que, lejos de limitarse a sostener la postura de la coadyuvada, piden para ellos mismos. Y, mucho menos, puede accederse a la petición de que su importe sea calificado como crédito contra la masa, petición que, entre otras cosas, se formula por primera vez en el escrito de interposición del recurso de apelación, constituyendo, por lo tanto, una cuestión nueva extraña al objeto del incidente concursal ("pendente apellatione, nihil innovetur").": SAP Sevilla (sección 5) 31.01.2008 (AC 2008/1777)

AP Alava

"PRIMERO.-Con fecha 15 de octubre de 2.008 se dictó Auto por el Juzgado de lo Mercantil declarando el concurso voluntario de LASERCART SL. En ese momento la empresa disponía de la cuenta de crédito 0834112438 en Caja Laboral Popular, avalada por Felisa y Abelardo; otra cuenta de crédito nº 0834113000 en la misma entidad y avalada por las mismas personas; y una póliza de cobertura de riesgos para operaciones de comercio exterior nº 6930008086.
Declarado el Concurso, Caja Laboral Popular acuerda con los avalistas el pago de las deudas originadas en estas cuentas a cambio de renunciar a tenerles como avalistas, para ello les concedió el 20 de octubre de 2.008 un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 188.000 euros (doc. nº 2 anexo a la contestación).
Del referido importe se destinó 113.739 euros a la cuenta de crédito 0834112438 de la que eran avalistas los Sres. Felisa y De Abelardo. Y 25.471 euros a disminuir la deuda pendiente de la cuenta 08344113000 de la que también eran avalistas.
Los dos cargos se admiten por la Administración Concursal al considerar acreditado que el matrimonio Felisa -Abelardo eran avalistas de estas cuentas de crédito.
Además, se destinan 27.100 euros a cancelar la deuda pendiente de la póliza de cobertura de riesgos para operaciones de comercio exterior nº 6930008086, operación realizada a través de la cuenta 0830088528. Caja Laboral Popular alega que esta póliza estaba avalada por el matrimonio Felisa -Abelardo, al respecto presenta certificado (doc. nº 4, folio nº 84), declarando que la póliza de cobertura de riesgo nº 6930008086 a nombre de LASERCART XXI estaba avalada por Abelardo.
Caja Laboral no presenta otra documentación al respecto, nos hubiese gustado examinar la póliza de riesgo, que la entidad intentó presentar en el acto de juicio y fue rechazada por la juez de instancia por extemporáneo. Ninguna otra prueba presenta para acreditar el aval de la póliza. No desconfiamos del certificado, si Caja Laboral afirma que la póliza estaba avalada le creemos. El problema que surge es que la cancelación de la deuda se realiza a través de la cuenta n º 0830088528 también de Caja Laboral, se reintegran 27.100 euros en esta cuenta y desde ésta se abona la deuda originada en la póliza de riesgo. Esta circunstancia ha quedado acreditada por la documentación anexa (folios nº 85 y s.s.).
En su escrito de recurso la Caja está reconociendo que cobró ese dinero de los fiadores, no de LASERCART XXI, y que en caso de devolución deberá reintegrarse a los Sres. Felisa y Abelardo. No es del todo cierta esta afirmación puesto que el dinero se abonó a través de la cuenta de Caja Laboral nº 0830088528, en la que aparece una disposición a cuenta con posterioridad a la declaración del concurso, cuando la cuenta estaba intervenida por la Administración Concursal. La Caja Laboral no podía disponer del dinero de esa cuenta directamente sin consentimiento de la Administración Concursal, distinto hubiese sido que los fiadores le

hubiesen entregado directamente el dinero a Caja Laboral a título personal, sin pasar por la cuenta de la mercantil.
En virtud de todo lo expuesto la Sala concluye que Caja Laboral Popular deberá reintegrar la suma de 27.100 euros a la cuenta nº 0830088528 de la que es titular LASERCART XXI, si bien, esta cantidad pertenece a Felisa y Abelardo, debiendo tener en cuenta los Administradores del concurso esta circunstancia a efectos de su devolución. ": SAP Alava (Sección 1) 22.02.2011 (Sentencia 96/2011; Rollo 556/2010)

AP Badajoz

"PRIMERO. La sentencia apelada estima la demanda planteada por la Administración Concursal de la entidad E- CULTURA NET S.A. (declarada en situación de concurso voluntario de acreedores por auto de 31 de enero de 2012), y tenía por objeto la declaración de nulidad de determinados adeudos efectuados por la entidad demandada Liberbank S.A. en una cuenta bancaria titularidad de la concursada, pero abierta antes de la declaración de concurso, y la consecuente reintegración de su importe a la masa activa del concurso.
La parte apelante sostiene que tales adeudos y, por tanto, el cobro de su importe por parte de la entidad bancaria demandada, tienen su origen en el pago efectuado por la entidad GLOBAL EVENTS en su calidad de fiadora solidaria de la concursada, y se corresponden con el abono de las correspondientes cuotas del préstamo suscrito entre Liberbank y la concursada, afianzado solidariamente por Global Events, siendo que tales pagos del fiador están admitidos en el art. 87.6 de la Ley Concursal.
SEGUNDO. Las alegaciones del recurrente deben ser rechazadas, porque, como certeramente recoge la sentencia apelada, efectivamente el fiador del concursado puede pagar al acreedor de dicho concursado; y este pago tiene las consecuencias que recoge el art. 87 de la Ley Concursal en relación con el reconocimiento y la calificación de los créditos tanto del acreedor que cobra del fiador, como de éste último.
Ahora bien, esos pagos han de ponerse en conocimiento de la administración concursal, al menos por el acreedor del concursado, a fin de que puedan aplicarse las previsiones de los párrafos 6 y 7 del precitado art. 87 de la Ley Concursal. Pero no son objeto del presente incidente ni la licitud de los pagos efectuados por Global Events a Liberbank ni tampoco la repercusión que aquéllos tengan en el reconocimiento y calificación de los créditos de fiador y acreedor, y más en este caso en el que la entidad fiadora, Global Events, es a su vez deudora de la concursada - lo que podría tener relevancia a efectos de la calificación y reconocimiento final del importe del crédito de dicha fiadora en el caso de sustitución del titular del crédito garantizado con la fianza -.
Como señala la administración concursal al oponerse al recurso, lo pretendido con el incidente es la anulación de las disposiciones que ha hecho un acreedor del concursado de unos activos del concurso, aplicándolos a la minoración de su propio crédito, y ello operando sobre una cuenta bancaria de la propia concursada, abierta antes de la declaración de concurso, y que debía estar bloqueada. Tal actuación por parte de la demandada, sin la autorización o conformidad de la administración concursal, supone una clara vulneración del principio par conditio creditorum, esencial en la materia que tratamos, lo que determina la nulidad de tales disposiciones, en los términos dispuestos en la sentencia apelada, que se confirma íntegramente.": SAP Badajoz (Sección 3) 14.01.2014 (Sentencia 18/2014; Rollo 332/2013)

7.2 No procede la anulación de la retrocesión de un abono erróneo en la cuenta del concursado

AP Vizcaya

"PRIMERO.-La administración concursal de la mercantil "La guía comercial 2000 SL" formuló demanda incidental contra el Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, en adelante BBVA, en la que solicita se condene a BBVA a reintegrar a la masa 7.360,34 euros, que es el saldo de la cuenta corriente nº 0201510969, titularidad de la concursada, que BBVA aplicó al pago parcial de un crédito contra la misma por importe total de 12.055,12 # derivado de una anotación contable errónea, consistente en la realización de una anotación de ingreso en vez de cargo en la cuenta de la demandante que es la que correspondía. La demandada, que se opuso a la demanda, alegó que BBVA no había aplicado dinero de la concursada al cobro de un crédito sino que se había limitado a corregir la anotación contable equivocada.
La sentencia de primera instancia desestima la demanda al considerar que BBVA no ha aplicado ningún dinero depositado por la concursada a un crédito de su titularidad y absuelve a la demandada de los pedimentos contra la misma formulados y frente a dicha sentencia se alza la AC que postula la revocación de la resolución de primera instancia y el dictado de otra en su lugar que estime la demanda.
SEGUNDO.-Como declara la sentencia apelada el banco demandado no ha aplicado ningún dinero que hubiera sido previamente depositado en la cuenta de la concursada a un crédito de su titularidad, es decir, que no habido una compensación parcial entre el saldo positivo de una cuenta de la concursada y la deuda de ésta con el banco, la actuación del Banco ha sido rectificar el error padecido al anotar en la cuenta de la concursada nº 02015110969, consistente en la anotación de un ingreso de 6.000 euros cuando debió de anotar un cargo de ese importe a consecuencia del embargo realizado por la Seguridad Social de esa suma, que era el saldo que había en aquel momento en la cuenta de la concursada y corregido el apunte ha resultado un saldo deudor en la cuenta corriente de la concursada de 4.694,78 euros, que es la consecuencia de los cargos por pagos varios que se realizaron en la cuenta del concursada antes de que se rectificara el error y que reclama el Banco como crédito ordinario.
Por tanto, no habiendo detraído el Banco cantidad alguna de las cuentas de la concursada no procede el reintegro de suma alguna a la masa activa.": SAP Vizcaya (Sección 4) 26.05.2015 (Sentencia 331/2015; Rollo 133/2015)

7.3 Anulación de transferencias. Debe demandarse al beneficiario, no a la entidad bancaria que las tramitó de buena fe.

AP Alava

"PRIMERO.-*Antecedentes necesarios en relación al objeto del pleito. El Auto de la instancia. Motivos del recurso*.
Del conjunto de la prueba practicada han quedado acreditados los siguientes hechos:
Con fecha 29 de enero de 2.013 se dicta Auto por el Juzgado de lo Mercantil de Álava declarando el Concurso Voluntario de APOYO TÉCNICO EN CALIDAD SL (en adelante Apoyo Técnico). El Auto se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 12 de febrero de 2.013. En la misma resolución se nombra Administrador Concursal a la sociedad ABANTE KLZ auditores SLP.
Por Auto de 25 de febrero de 2.013 se deja sin efecto el nombramiento del Administrador Concursal, nombrando como nuevo Administrador a ZUBIZARRETA ADMINISTRADORES CONCURSALES SL, que acepta el cargo el 6 de marzo de 2.013.
No consta en este incidente en qué fecha el Administrador Concursal comunicó a BANKINTER SA (en adelante Bankinter) la declaración de concurso de Apoyo Técnico.
En el escrito de demanda el Administrador Concursal solicita la anulación de los cargos y/o transferencias realizados desde la fecha de declaración de concurso por Apoyo Técnico a través de la cuenta ES75 01280321100502138636 por un total de 52.097,24 euros, operaciones realizadas desde el 30 de enero de 2.013 hasta el 1 de abril de 2.013 según la documentación adjunta.
El Auto dictado en la instancia estima íntegramente la demanda acordando la anulación de las operaciones, y condenando a la demandada a reintegrar a la cuenta de la concursada la suma de 52.097,24 euros. Argumenta que los efectos de la declaración del concurso son inmediatos desde que se declara esta situación por Auto de 29 de enero de 2.013 y que desde ese momento la concursada debe contar con el consentimiento o convalidación de la AC para los actos de disposición y de administración de su patrimonio cuando está sometida al régimen de intervención como ocurre en este caso. " *En estas condiciones, no puede decir la entidad bancaria que sea totalmente ajena a los efectos de la acción que se ejercita, pues su labor, al prestar el servicio de caja, es ejecutar las órdenes de disposición del titular de la cuenta y si el consentimiento emitido por el titular de la cuenta resulta inválido, o deja de ser válido desde la declaración de concurso, por falta de consentimiento o convalidación posterior de la AC, el efecto ha de ser la anulación de las órdenes de pago que emite el titular".*
BANKINTER se alza contra esta resolución alegando infracción de lo dispuesto en el art. 40.7 LC, el banco no incumplió su deber de vigilancia ni control, si hubiera incumplido algo hubiera sido por culpa o dolo, y resulta que no conocía la situación de concurso de Apoyo Técnico, el Administrador Concursal no se había dirigido al banco para comunicar esta situación. En todo caso deberían ser llamados los beneficiarios de estos pagos, que por cierto, la mayoría de ellos se realizan antes de ser nombrado el administrador concursal.
El objeto del recurso queda limitado a determinar los efectos de la estimación de la acción del art.
40.7 LC. La anulación de los pagos realizados por Apoyo Técnico a través de la cuenta de Bankinter tras la declaración de concurso, la legitimación de Bankinter, y los efectos de la declaración de nulidad.
SEGUNDO.-Facultades patrimoniales del deudor. Interpretación del *art. 40.7 LC. Falta de legitimación pasiva.*
Establece el art. 40.1 de la Ley Concursal que en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.
El apartado séptimo del mismo precepto indica que los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando esta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto.
La Sala no comparte la interpretación que realiza la juez de instancia del precepto, el Administrador Concursal solicita la nulidad de los actos de disposición realizados por el concursado sin la intervención de los administradores concursales, considera que se han pagado de forma contraria a derecho, sin entrar a conocer de los contratos anteriores a la declaración de concurso que justificaban esos pagos.
Como consecuencia de la nulidad de estos pagos declara la obligación de los demandados de restituir las cantidades pagadas indebidamente tras la declaración de concurso de Apoyo Técnico, sin tener en cuenta que a quien debía traer al incidente es a quien resultó beneficiado por esos pagos, porque si alguien tiene que reintegrar estas cantidades en el patrimonio del concursado será quien las cobró de forma indebida sin el consentimiento del Administrador Concursal.
Bankinter actúa como mandatario, no tenía conocimiento de la declaración del concurso cuando se realizan las transferencias, el Administrador Concursal no comunica al banco esa situación, tampoco le advierte de sus obligaciones desde el momento que se dicta el Auto de declaración de Concurso. El 12 de febrero de 2.012 se publica en el BOE el Auto de 29 de enero que declara el concurso de Apoyo Técnico. El nuevo Administrador Concursal toma posesión de su cargo el 6 de marzo de 2.013, sin embargo, no remite comunicación al banco sobre la situación de concurso de Apoyo Técnico, no consta en este incidente prueba al respecto.
Cuando se realizaron los pagos la entidad bancaria no conocía la situación de concurso de Apoyo Técnico, actuó de buena fe, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en los art. 1.732 y 1.738 CC. Quien prestó el consentimiento viciado fue el propio concursado, que a sabiendas de su situación no contó con el Administrador Concursal, por tanto, sus actos son anulables, y los efectos de los mismos son los que establece el régimen general, ex art. 1.300 y 1.303 CC, corresponde a cada uno de los intervinientes devolver las cosas con sus frutos e intereses. Bankinter tan solo cumplía las órdenes de su mandante, el acto anulable sería en

todo caso la orden de transferencia, que tendrá como consecuencia la devolución de las comisiones cobradas por ello, no el dinero transferido. De lo contario, el banco sufriría un quebranto sin causa alguna y el concursado el correspondiente enriquecimiento injusto, de la forma que resuelve el Auto impugnado saldaría una deuda sin pagar nada por ello. El banco no puede devolver lo que no recibió.
Quien en todo caso comete una negligencia al realizar la transferencia es el concursado y el Administrador Concursal, a quien tampoco se ha oído en este incidente ya que renunció y fue nombrado para el cargo Zubizarreta Administradores Concursales, desconocemos porque no se le comunicó a Bankinter la declaración de concurso de Apoyo Técnico.
En suma, las únicas personas obligadas a devolver el dinero y que debieron ser demandadas por la Administración Concursal son las que cobraron de Apoyo Técnico al realizar estos pagos.": SAP Alava (Sección 1) 11.03.2015 (Sentencia 73/2015; Rollo 463/2014)

"PRIMERO.-Antecedentes necesarios en relación al objeto del pleito. El Auto de la instancia. *Motivos del recurso*.
Del conjunto de la prueba practicada han quedado acreditados los siguientes hechos:
Con fecha 29 de enero de 2.013 se dicta Auto por el Juzgado de lo Mercantil de Álava declarando el Concurso Voluntario de APOYO TÉCNICO EN CALIDAD SL (en adelante Apoyo Técnico). El Auto se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 12 de febrero de 2.013. En la misma resolución se nombra Administrador Concursal la sociedad ABANTE KLZ auditores SLP.
Por Auto de 25 de febrero de 2.013 se deja sin efecto el nombramiento del Administrador Concursal, nombrando como nuevo Administrador a ZUBIZARRETA ADMINISTRADORES CONCURSALES SL, que acepta el cargo el 6 de marzo de 2.013.
El nuevo Administrador Concursal comunica a KUTXABANK SA la situación de concurso de Apoyo Técnico el día 12 de marzo de 2.013. Desde ese momento el representante del Administrador Concursal tuvo acceso a toda la información de la cuenta 109026243.6 a nombre de Apoyo Técnico en Calidad en la entidad.
En el escrito de demanda el Administrador Concursal solicita la anulación de los cargos y/o trasferencias realizados desde la fecha de declaración de concurso por Apoyo Técnico a través de esta cuenta que en su totalidad ascienden a 14.175,20 euros. En concreto se hicieron dos transferencias a través del servicio de banca electrónica en fecha 30 de enero de 2.013 por importe de 12.202,80 euros y 1.922,60 euros. Y un tercer pago de un recibo domiciliado de 50 euros el día 12 de febrero de 2.013.
El Auto dictado en la instancia estima íntegramente la demanda acordando la anulación de las operaciones, y condenando a la demandada a reintegrar a la cuenta de la concursada la suma de 14.175,20 euros. Argumenta que los efectos de la declaración del concurso son inmediatos desde que se declara esta situación por Auto de 29 de enero de 2.013 y que desde ese momento la concursada debe contar con el consentimiento o convalidación de la AC para los actos de disposición y de administración de su patrimonio cuando está sometida al régimen de intervención como ocurre en este caso. " *En estas condiciones, no puede decir la entidad bancaria que sea totalmente ajena a los efectos de la acción que se ejercita, pues su labor, al prestar el servicio de caja, es ejecutar las órdenes de disposición del titular de la cuenta y si el consentimiento emitido por el titular de la cuenta resulta inválido, o deja de ser válido desde la declaración de concurso, por falta de consentimiento o convalidación posterior de la AC, por la intervención en sus facultades, el efecto impuesto por el art. 40.7 LC ha de ser la anulación de las órdenes de pago que emite el titular* ".
KUTXABANK se alza contra esta resolución alegando infracción de lo dispuesto en el art. 40.7 LC, en relación a los art. 1.738 y 1.732 CC y 279 y 280 C. Comercio que tratan sobre el mandato. Falta de legitimación pasiva en cuanto que no se han traído al incidente a las personas que recibieron las cantidades transmitidas. Y por último alega error en la aplicación del art. 1.303 CC, KUTXABANK no puede devolver lo que no percibió.
El objeto del recurso queda limitado a determinar los efectos de la estimación de la acción del art. 40.7 LC. La anulación de los pagos realizados por Apoyo Técnico a través de la cuenta de KUTXABANK tras la declaración de concurso, la legitimación de KUTXABANK, y los efectos de la declaración de nulidad.
SEGUNDO.-*Facultades patrimoniales del deudor. Interpretación del art. 40.7 LC. Falta de legitimación pasiva*.
Establece el art. 40.1 de la Ley Concursal que en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.
El apartado séptimo del mismo precepto indica que los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando esta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto.
La Sala no comparte la interpretación que realiza la juez de instancia del precepto, el Administrador Concursal solicita la nulidad de los actos de disposición realizados por el concursado sin la intervención de los administradores concursales, considera que se han pagado de forma contraria a derecho, sin entrar a conocer de los contratos anteriores a la declaración de concurso que justificaban esos pagos.
Como consecuencia de la nulidad de estos pagos declara la obligación de los demandados de restituir las cantidades pagadas indebidamente tras la declaración de concurso de Apoyo Técnico, sin tener en cuenta que a quien debía traer al incidente es a quien resultó beneficiado por esos pagos, porque si alguien tiene que reintegrar estas cantidades en el patrimonio del concursado será quien las cobró de forma indebida sin el consentimiento del Administrador Concursal.
KUTXABANK actúa como mandatario, no tenía conocimiento de la declaración del concurso cuando se realizan las transferencias virtuales el 30 de enero de 2.013. Tampoco cuando se abona el pago domiciliado de cincuenta euros a favor de una sociedad el 12 de febrero de 2.012. Esta es la fecha de la publicación en el BOE del Auto de declaración del concurso, sin embargo, no es hasta el 12 de marzo cuando el Administrador

Concursal lo comunica a KUTXABANK.
Cuando se realizaron los pagos la entidad bancaria no conocía la situación de concurso de Apoyo Técnico, actuó de buena fe, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en los art. 1.732 y 1.738 CC. Quien prestó el consentimiento viciado fue el propio concursado, que a sabiendas de su situación no contó con el Administrador Concursal, por tanto, sus actos son anulables, y los efectos de los mismos son los que establece el régimen general, ex art. 1.300 y 1.303 CC, corresponde a cada uno de los intervinientes devolver las cosas con sus frutos e intereses. KUTXABANK tan solo cumplía las órdenes de su mandante, el acto anulable sería en todo caso la orden de transferencia, que tendrá como consecuencia la devolución de las comisiones cobradas por ello, no el dinero transferido. De lo contario, el banco sufriría un quebranto sin causa alguna y el concursado el correspondiente enriquecimiento injusto, de la forma que resuelve el Auto impugnado saldaría una deuda sin pagar nada por ello. El banco no puede devolver lo que no recibió.
Quien en todo caso comete una negligencia al realizar la transferencia es el concursado y el Administrador Concursal, a quien tampoco se ha oído en este incidente ya que renunció y fue nombrado para el cargo Zubizarreta Administradores Concursales, desconocemos porque no se le comunicó a KUTXABANK la declaración de concurso de Apoyo Técnico.
En suma, las únicas personas obligadas a devolver el dinero y que debieron ser demandadas por la Administración Concursal son las que cobraron de Apoyo Técnico al realizar estos pagos.”: SAP Alava (Sección 1) 11.03.2015 (Sentencia 74/2015; Rollo 24/2015)

8. Otros supuestos concretos anulados o controvertidos

8.1 Falta de prueba de ser el acto de fecha anterior a la declaración de concurso

AP Murcia

“SEGUNDO Que en el recurso de apelación interpuesto en nombre de BIOFERMA MURCIA, SA, se pretende que se revoque íntegramente la sentencia de instancia, de fecha 10 de noviembre de 2006, desestimando la demanda incidental interpuesta por la Administración Concursal, y en cuanto a las alegaciones en que se basa hace suyas las formuladas en el recurso de apelación interpuesto en fecha 27 de abril de 2007 por la mercantil HEBI INTRESSENTER AB.
TERCERO Que a efectos de resolver los motivos articulados en los recursos de apelación es preciso referir los siguientes particulares: a) que en la demanda incidental, formulada por los administradores concursales de BIOFERMA MURCIA, SA, se ejercitó la acción prevista en el art. 40.7 de Ley Concursal, solicitándose la nulidad de la factura de fecha 28 de septiembre de 2005, emitida por HEBI INTRESSENTER AB. La sentencia de instancia de fecha 10 de noviembre de 2006, dictada en el incidente concursal núm. 60/06, y objeto del recurso de apelación, declara la nulidad de la mencionada factura de fecha 28 de septiembre, así como de los asientos contables generados en la contabilidad de la entidad concursada, BIOFERMA MURCIA, SA; b) que la sentencia de fecha 30 de enero de 2006, dictada en el incidente concursal núm. 322/05, seguida a instancia de la entidad concursal BIOFERMA MURCIA, SA no tuvo como objeto la nulidad o validez del contrato suscrito en fecha 23 de diciembre de 2003, (obrante a los folios 70 a 72), ello al margen de que se reconociera la existencia del anterior contrato, así como del acuerdo del Consejo de Administración de BIOFERMA MURCIA, de fecha 23 de enero de 2005. En el procedimiento concursal se reconoce el crédito a favor de la entidad HEBI INTRESSENTER AB, por importe de 2000.000 Euros, en base a la factura de fecha 28 de septiembre de 2005, emitida por la entidad referida contra BIOFERMA MURCIA, SA En el fundamento tercero de la sentencia de fecha 30 de enero de 2006 se alude a que los actos que infringen las limitaciones o facultades de la administración no son nulos, son válidos, aunque viciados, ya que pueden ser anulados a instancia de la administración concursal, si como ocurre en el presente caso, no los ha convalidado o confirmado. Se afirma, asimismo que deben ser incluidos en el activo y en el pasivo a favor de HEBI INTRESSENTER AB, de un crédito por importe de 2000.000 euros, en tanto no se ejercite y resuelva, en su caso, la acción de anulabilidad a tramitar por el cauce del incidente concursal, art. 40.7 de la Ley Concursal; c) la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2006, dictada en el incidente núm. 60/06, y objeto de recurso de apelación, no declara la nulidad del contrato de fecha 23 de diciembre de 2004, sino que se basa en lo dispuesto en el art. 1227 del Código Civil, pues viene a afirmar que dicho contrato no surtió efectos frente a terceros, sino desde la fecha de 28 de septiembre de 2005 de la factura y del asiento contable generado, dimanante del contrato privado de fecha 23 de diciembre de 20004, por los servicios prestados desde junio de 2005 a marzo de 2006, (folio 12); d) el acuerdo de fecha 23 de diciembre de 2004, de colaboración técnica, tiene por objeto suministrar tecnología y asistencia técnica, con un período de duración de cinco años y con coste total de dos millones de Euros, a pagar en diez plazos, iniciándose el pago del primer plazo a los seis meses desde la firma del acuerdo. En la factura, de fecha 28 de septiembre de 2005, se incluye el importe de los diez plazos, cada uno de 200.000 euros, desde junio de 2005 a marzo de 2006 y finalmente d) se considera un hecho aceptado que la declaración del concurso de la entidad BIOFERMA MURCIA, SA tuvo lugar en fecha 8 de junio de 2005.
CUARTO Que a la vista de los particulares referidos hay que manifestar lo siguiente: a) que la sentencia recurrida no ha quebrantado lo dispuesto en los art. 216 y 218 de la LEC, ni ha incurrido en incongruencia extra petita, pues la misma se pronunció en su parte dispositiva, en el sentido estimatorio de lo peticionado en la demanda, no pronunciándose tampoco en sus razonamientos acerca de la validez del contrato de colaboración suscrito en fecha 23 de diciembre de 2004, pues lo único que hizo fue diferir la eficacia de este contrato a la fecha de 28 de septiembre de 2005, basándose dicha fundamentación en el art. 1227 del Civil. Este razonamiento es compartido por esta Sala, ya que el contrato de colaboración es de naturaleza privada, de tracto y ejecución sucesiva, que perjudica a terceros en cuanto viene a reconocer un crédito a favor de la

entidad recurrente, HEBI INTRESSENTER AB. No se ha demostrado el grado de ejecución del contrato privado referido en la concreta fecha en que se declaró el concurso de la entidad BIOFERMA MURCIA, siendo el único hecho objetivo el de la emisión y asiento de la factura, de fecha posterior a la declaración del concurso, de ahí que en base a estas circunstancias, y especialmente a la naturaleza de contrato en cuestión, de tracto sucesivo, carezca de relevancia en el presente caso, la formal fecha de celebración del contrato y el acto de ratificación por el Consejo de Administración, por lo que se acepta como fecha de eficacia frente a terceros la de 28 de septiembre de 2005; b) no se ha vulnerado el principio de cosa juzgada, ni quebrantado los arts. 222 y 207 de la LEC, pues la sentencia de fecha 30 de enero de 2006, no se pronunció sobre la validez o nulidad del contrato de colaboración de fecha 23 de diciembre de 2004, aceptándose simplemente, y a efectos de reconocimiento de crédito, el importe que figuraba en la factura expedida en fecha 28 de septiembre, por 2000.000 Euros, razonándose en cuanto que podía haber precisado la autorización de la administración concursal, aludiéndose a la acción anulabilidad prevista en el art. 40.7 de la Ley Concursal y, finalmente, c) que no se ha quebrantado por aplicación por aplicación indebida el art. 40.7 de la Ley 22/2003, Concursal, en tanto que la declaración de concurso de la entidad BIOFERMA MURCIA, SA tuvo lugar en fecha 8 de junio de 2005, de ahí que aceptado que la eficacia del contrato de colaboración fue a partir de la fecha de 28 septiembre de 2005, resulta evidente que el negocio material generador del crédito, precisó la autorización o conformidad de los administradores concursarles de la entidad BIOFERMA MURCIA, SA, ello a tenor de lo dispuesto en el art. 40.1.7 de la Ley Concursal.
En atención a lo expuesto procede desestimar los recursos de apelación, confirmándose íntegramente la sentencia de instancia.”: SAP Murcia (Sección 4) 16.01.2008 (AC 2009/231)

AP Zaragoza

“PRIMERO.-La administración concursal ejercita en su demanda acción de anulabilidad frente a un contrato por el cual la concursada había decido un crédito que ostentaba contra tercero a cierta entidad, con base a lo dispuesto en el artículo 40. 7 de la Ley Concursal. La Sentencia del Juzgado estima íntegramente aquella, después de confirmar la aplicación al caso de autos de cada uno de los requisitos exigidos en aquel precepto, y acuerda la nulidad de la cesión. La entidad concursada recurre la Sentencia alegando que los documentos aportados con su escrito de oposición, que había señalado en el hecho segundo párrafo segundo de aquel, acreditan -documentos uno y siguientes-- que la cesión había tenido lugar con fecha anterior a la consignada en la escritura notarial, y no fueron objeto de impugnación, y por tanto no concurre el requisito de la temporalidad impuesto en aquel artículo, habiéndose efectuado la cesión antes de la declaración del concurso, y por su consecuencia no resulta de aplicación el artículo que invoca la administración que insta la acción, todo ello con cita de los artículos que entiende resultan de aplicación al caso. En efecto, por lo que se refiere al concreto motivo del recurso señalado, aquel artículo establece que: "La acción de anulación... caducará al cumplirse un mes desde la fecha de éste (del requerimiento)", y en virtud de ello, no habiéndose declarado el concurso, la acción no puede prosperar, pues, entre otras posibles razones, corresponde a la administración concursal su ejercicio en el plazo que ha sido señalado. El argumento no puede acogerse por las dos siguientes razones. Por un lado, bien que el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento atribuya una cierta eficacia al documento privado, cuando por ejemplo en su párrafo primero expresa que : "Los documentos privado harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen", y, en el caso que lo hayan sido, podrá efectuarse un cotejo pericial de letras u otro medio probatorio, y el tribunal los valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Pero el artículo 1227 del Código Civil conserva toda su eficacia, cuando, en relación a terceros, señala que: "La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio". En la interpretación de aquellos artículos, en la eficacia del documento privado con relación a terceros, que no han intervenido en su confección -sensu contrario, artículo 317 de la Ley, cuando manifiesta los funcionarios que expiden los documentos públicos--, como es el caso, debe transcribirse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 24 de septiembre de 2012, Recurso 308-2012, al razonar que: "A falta de otros medios de prueba de los que pudiera deducirse la efectividad de la transmisión desde la fecha consignada en el documento, este tribunal debe aplicar, no sólo el artículo 1227 del Código Civil sino también el artículo 217-3 de la Ley de Enjuiciamiento que imponen al demandado la carga probatoria de los hechos extintivos e impeditivo de la pretensión ejercitada". Esto es, corresponde al demandado probar la fecha del documento privado, puesto que, frente a terceros, el evidente riesgo de fraude de que éstos pueden ser objeto, justifica que no se extienda al documento privado reconocido el efecto de probar frente a tercero el hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste, que los públicos sí producen: únicamente esta última se tendrá por cierta a partir de uno u otro de los eventos que previene el artículo 1.227 del Código Civil; son ellos, pues, los que aportan una certidumbre cronológica, de datación, que el documento por sí solo no tiene. Pero, fijada la fecha de acuerdo con el precepto, la veracidad del contenido del documento frente a terceros queda sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1990 (A.C./518-1990). Todo ello significa en definitiva que frente a terceros el documento privado por sí solo carece de valor de prueba legal: Sentencia del mismo Tribunal de 26 de septiembre de 1991 (A.C./72-1992).
SEGUNDO.-El segundo argumento en razón al cual debe desestimarse el recurso consiste en reseñar como la administración concursal actora ya aportó con su demanda copia de la escritura notarial de cesión del crédito -folios 29 y siguientes--, y, conforme a la fecha que se expresa en la misma, la acción ha sido ejercitada en su momento en aplicación de aquel precepto citado, con la eficacia establecida para esta clase de documentos, con relación a las partes y a terceros, y la recurrente, que intervino en la redacción del documento aportado, con base a lo anteriormente razonado, no ofrece explicación alguna del motivo por la que la fecha consignada

en la escritura notarial deba ceder ante la expresada en una factura de elaboración privada.": SAP Zaragoza (Sección 5) 22.04.2015 (Sentencia 170/2015; Rollo 111/2015)

JM-1 Murcia

"PRIMERO.- En el presente incidente la administración concursal del concurso ordinario seguido ante este Juzgado con el número 158/05 ejercita la acción de anulabilidad prevista en el art. 40.7 de la Ley Concursal solicitando la anulación del adeudo en la contabilidad de la empresa de la cuenta de "Gastos de Investigación y Desarrollo" y el consiguiente reconocimiento de la deuda a favor de AB.
Alega como hechos en que fundamenta su solicitud básicamente que la factura que la concursada pretende asentar definitivamente en su contabilidad por importe de 2.000.000 euros fechada el 28 de Septiembre de 2005 se corresponde a unos servicios técnicos, según se recoge en la factura, prestados desde Junio de 2005 hasta Marzo de 2006, es decir, tras la intervención de las facultades patrimoniales de la concursada y por tanto requerían de la autorización o conformidad del órgano de administración del concurso, autorización que no fue solicitada. Además de que en la contabilidad de la empresa no se hizo constar en su día el contrato de 23 de Diciembre de 2004 y en el que la concursada pretende servir de soporte a la factura y que los trabajos que en ésta se recogen fueron realizados por una sociedad italiana ajena a AB.
SEGUNDO.- Frente a dicha pretensión se opusieron BIOFERMA MURCIA S.A y AB en sendos escritos con idéntico contenido en el que alegaron básicamente que la factura por importe de 2.000.000 euros se corresponde a la prestación por AB a BIOFERMA de unos trabajos de asistencia tecnológica lo que tuvo lugar desde el momento en que se firmó el contrato, en Diciembre del año 2004, coincidiendo con la compra por AB del 97% de las acciones de la concursada, prestación de servicios que se prolongó durante todo el año 2005 e insisten a lo largo de sus escritos de contestación en reiteradas ocasiones que en un anterior incidente, el número 322/05, ya quedó declarada la existencia y validez del contrato de fecha 23 de Diciembre de 2004 que sirve de soporte documental a la factura que la administración concursal pretende hacer excluir de la contabilidad de la empresa.
TERCERO.- Centrada en términos generales la cuestión suscitada de conformidad con lo reseñado en los fundamentos anteriores, y, con carácter previo, ha de precisarse que en el incidente número 322/05 en modo alguno se declara la validez del contrato de fecha 23 de Diciembre de 2004, no cuestionada en aquel incidente, sino únicamente que, constatada su existencia, se sugiere a la Administración concursal el ejercicio de la acción de anulabilidad a tenor de lo previsto en el art. 40.7 de la LC, para tratar la cuestión de la nulidad o validez del contrato y de su soporte contable.
Los demandados consideran que el acto de administración plasmado en el contrato no precisaba de la autorización de la administración concursal por ser anterior a la declaración del concurso, pues el contrato de prestación de servicios data de fecha 23 de Diciembre de 2004 y la declaración de concurso aconteció el día 8 de Junio de 2005.
De conformidad con el art. 1227 del Código Civil " La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregare a un funcionario público por razón de su oficio".
Este precepto se refiere al caso de que por un documento o documentos se pretenda justificar determinado hecho, tratando de evitar que la anticipación intencionada de la fecha perjudique a quien no hubiera intervenido en el mismo. Ahora bien, no impide que la fecha de un documento privado pueda tenerse por eficaz en juicio cuando se corrobora por otras pruebas practicadas.
En el caso de autos es cierto que aquel contrato fue ratificado por el Consejo de Administración pero ello no corrobora la autenticidad de su fecha atendiendo básicamente a que los miembros del Consejo de Administración Don y Don son los mismos que suscribieron aquél, por tanto, y no pudiendo tenerse por cierta la fecha del contrato privado habrá que estar a la fecha en que la partida referente a gastos de investigación y desarrollo está asentada en las cuentas, esto es, el 28 de Septiembre de 2005 correspondiéndose a servicios técnicos prestados desde Junio de 2005 a Marzo de 2006, y por tanto se trata de un acto afectado por la limitación y realizado al margen de las previsiones del auto de declaración del concurso, para el que el legislador concursal establece la obligación inexcusable de recabar la autorización de la administración concursal, autorización que no pudo ser concedida al no haber sido siquiera solicitada por cuanto como aporta la administración concursal al final del hecho primero de su escrito de demanda " nunca se le hizo entrega, ni tan siquiera mención, de la existencia de ese contrato de asistencia técnica".
En consecuencia, procede acoger lo peticionado en la demanda y declarar la nulidad de la factura de fecha 28 de Septiembre de 2005 emitida por AB a BIOFERMA MURCIA S.A, contraviniendo lo dispuesto en el art. 40 de la Ley Concursal y por ende, la nulidad de los asientos contables generados en la contabilidad de la concursada, como consecuencia de la emisión de dicha factura.": Sentencia JM-1 Murcia 10.11.2006 (Concurso 158/2005)

8.2 Anulación del acuerdo de aplazamiento en el cobro de un crédito

"PRIMERO Se recurre en apelación en el presente caso la Sentencia dictada en primera instancia que estimó la demanda incidental interpuesta por la administración concursal de la entidad TRANSPORTE URGENTE FRIGORÍFICO, S.L.U. solicitando la declaración de nulidad del acuerdo de fecha 25 de abril de 2007, firmado entre la concursada y la entidad SURTIDOS CÁRNICOS MARTÍN, S.L., por el que se establecía un fraccionamiento del pago de la deuda de 309.402,86 euros de la que es acreedora la entidad concursada y en tanto se había suscrito sin la debida autorización de la administración concursal.

La Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda con imposición de costas a la demandada SURTIDOS CÁRNICOS MARTÍN, S.L., tras establecer en síntesis los antecedentes del caso, en base a la aplicación legal de lo establecido en elartículo 40 de la Ley Concursal al carecer ese acuerdo de la autorización de la administración concursal y a falta de convalidación por ésta, tratándose el fraccionamiento de pago de la deuda reconocida por SURTIDOS CÁRNICOS MARTÍN, S.L. de un acto de administración sobre una obligación que debe integrarse en el concurso y por tanto de un acto nulo, careciendo de relevancia el que a su vez tenga la condición de acreedora concursal y las expectativas de cobro de su crédito en el concurso, siendo harto discutible el que tal acto no sea perjudicial y errónea la alegación de parte de que se trataría de uno de los actos no sometidos al control de la administración concursal conforme al acta de intervención suscrita por ésta con la entidad concursada.
El recurso de apelación de la representación de SURTIDOS CÁRNICOS MARTÍN, S.L. frente al indicado pronunciamiento viene a fundarse en que no sería ajustado a derecho por entender que no estaríamos frente a ningún acto de administración, sino que se trataría de un simple acuerdo para el cobro de una deuda, y que en el acta de intervención únicamente se dice que la concursada necesitará autorización de la administración concursal para pagar y cumplir sus obligaciones, para enajenar o gravar sus bienes o derechos, para desistir, renunciar, transigir, allanarse o conciliar litigios o arbitrajes en los que sea parte, sin que en ninguno de tales actos pueda darse cabida al acuerdo cuya anulabilidad se interesa por la administración concursal.
Por la representación de la concursada se formuló oposición al recurso en los términos que constan en el correspondiente escrito.
SEGUNDO Elart. 40.1 de la Ley 22/2003 de 9 julio, Ley Concursal establece: " En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición de su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad". El número 7 de dicho artículo establece: " Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancias del administrador concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación concursal afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción de nulidad o de la convalidación o confirmación del acto...". Es decir, los actos realizados por el deudor, sin la intervención o confirmación de los administradores del concurso, no son nulos sino anulables, y el único legitimado para dicha anulación son los administradores concursales. El acreedor puede exigir a la administración concursal que se pronuncie sobre el ejercicio de la acción de nulidad o sobre la confirmación o convalidación del acto. Es una posibilidad que la ley otorga al acreedor para su propia seguridad, pero no es una obligación.
Ejercitada en este caso por la Administración concursal de la acción de anulaciónex art. 40-7 L.C. del acuerdo de aplazamiento de pago concertado entre la concursada y la codemandada Surtidos Cárnicos realizado con posterioridad a la fecha de declaración de concurso, que lo fue el 14 de diciembre de 2005, y prescindiendo de la autorización o conformidad de dicho órgano concursal pese a resultar preceptivo al hallarse sometida la concursada al régimen de intervención de las facultades de administración y disposición de su patrimonio (art. 40-1 L.C.), cabe señalar que el remedio de ineficacia diseñado por el legislador mediante la acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectado de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, estando por lo tanto exonerada la acción de anulación de la carga de alegación y prueba en tal sentido, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio, pues lo realmente relevante vendrá dado por la salida de bienes o derechos de la masa activa mediante una operación inconsentida por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 192-3 L.C.), lo que a su vez se plasma en que sólo a la voluntad de la Administración concursal le corresponde optar bien por el ejercicio de la acción de anulación cuya legitimación le viene encomendada en exclusiva por elart. 40-7 L.C. o bien por la convalidación o confirmación del acto si así lo entiende oportuno, siendo el Juzgado del concurso el que asume y despliega su jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de la irregular salida de bienes y derechos del patrimonio de la concursada (art. 86 ter núm. 1 L.O.P.J.) y debiendo considerarse necesariamente, pese a lo que se sostiene en el recurso acerca de que no se contraviene el acta de intervención de la concursada de 12 de enero de 2006, en cuanto la misma únicamente refiere que se necesitará autorización de la administración concursal para pagar o cumplir sus obligaciones, para enajenar o gravar sus bienes o derechos, para desistir, renunciar, transigir, allanarse o conciliar litigios o arbitrajes en los que sea parte, que el concertar el aplazamiento de pago a la concursada se encuentra incardinado precisamente en los actos que gravan los derechos de la concursada y por tanto sea necesaria la autorización de la administración concursal. Debe por tanto necesariamente entenderse que con el acuerdo cuya nulidad se pretende nos encontramos indudablemente ante un acto de administración, de los necesitados de la preceptiva autorización, y que además, a diferencia de lo que sostiene la recurrente, se encuentra comprendido en el acta de intervención entre aquellos actos susceptibles de gravar los derechos de la concursada en cuanto, por un lado, supone un aplazamiento sobre la fecha prevista de cumplimiento de la obligación y, por otra parte, conlleva renuncia de derechos en relación con los posibles intereses por demora. De ahí que no pueda prosperar el recurso de apelación y que haya de convalidarse plenamente la decisión adoptada en primera instancia.”: SAP Madrid (Sección 28) 19.06.2009 (JUR 2009/472791; Sentencia 167/2009; Rollo 90/2009)

8.3 Anulación: no están exentos de intervención los actos de giro ordinario, ni los realizados son tales

“TERCERO.- La acción ejercitada y el allanamiento

La administración concursal considera que la compraventa del contenido del almacén y la transmisión gratuita de maquinaria, útiles, materias primas y carteras de clientes, realizadas sin su intervención o autorización, es anulable por vulnerar lo dispuesto en el art. 40.1 y 7 y 43 LC. Manifiesta que ofreció a convalidar dichas actuaciones, pero reintegrando al concurso el importe de los daños padecidos, ofrecimiento que rechazó la hoy apelada. La posición procesal de ésta ha sido allanarse a la petición de nulidad, pero negar los perjuicios reclamados, afirmando que la transmisión fue un acto de tráfico o giro "normal" por parte de la concursada, argumento que sostiene en que ésta había cesado por completo en su actividad productiva y atravesaba una situación acuciante, que le obligaba a obtener recursos económicos que pudo atender, parcialmente, gracias al desembolso de la compradora.
Esta última afirmación debe ser rechazada, pues aún siendo intrascendente para la acción de nulidad, cuya pertinencia se ha reconocido, tiene relevancia para determinar las consecuencias jurídicas de aquella. En efecto, es principio sustancial del procedimiento concursal que la actuación del deudor concursado no puede conducirse con la libertad que se dispone en una situación no concursal. El deudor concursado, beneficiado de los efectos de la declaración de concurso, se somete también a sus consecuencias, que regula el Capítulo I del Título III de la Ley Concursal.
En particular sus facultades patrimoniales quedan sometidas al régimen contenido en el art. 40 LC, que, como regla general en caso del concurso voluntario, dispone que su ejercicio queda sometido "a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad". No puede el deudor disponer o administrar libremente su patrimonio, sino que precisa de la cooperación de la administración concursal, que puede fijar directrices sobre el modo de actual y conceder o no autorización para disposiciones concretas. En este caso se trata de una compraventa del stock de almacén y, además, la cesión gratuita, pues no consta contraprestación, de clientela, maquinaria, útiles y materia prima. Tales actos son de disposición, se verifican sin autorización o conformidad de la administración concursal y exceden del giro o tráfico "normal" de cualquier empresa, aunque haya cesado en su actividad y atraviese una difícil situación de liquidez.
De hecho los actos de giro o tráfico "normal" no quedan excluidos en la legislación concursal de la intervención de la administración concursal. Que puedan no ser rescindidos los actos anteriores a la declaración de concurso (art. 71.5.1º LC) es irrelevante cuando se trata de actos de disposición o administración realizados una vez declarado el concurso. La excepción del art. 43.3 LC, que impide enajenar o gravar bienes hasta la aprobación del convenio o apertura de la fase de liquidación sin autorización judicial, se admite "en los términos establecidos en el artículo siguiente". En el art. 44 se dispone en su apartado 2 que en caso de intervención "y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor", la administración concursal "podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general".
Se aprecia, en primer lugar, que la norma se refiere a actos que aseguren la continuidad de la actividad empresarial, requisito inexistente si, como asegura la demandada, la concursada había cesado "por completo" en su actividad. Pero aunque no fuera así, la administración concursal tiene que determinar cuáles son los actos u operaciones propios del giro o tráfico que se autorizan con carácter general, cosa que no hizo. La excepción legal persigue evitar que operaciones de escasa relevancia económica pero propias del tráfico de la concursada, tengan que venir forzosamente intervenidas, admitiendo unas indicaciones generales que obligan al concursado. Pero es precisa una posición activa de la administración concursal, expresando de modo explícito los criterios generales a seguir.
Pues bien, disponer de la totalidad del producto terminado almacenado, por muy obsoleto que se proteste, transmitir la integridad de la cartera de clientes y la maquinaria, útiles y materia prima, ni facilita la continuación de la actividad, pues sencillamente acaban con ella, ni son actos de tráfico o giro normal. Todo lo contrario, merecen la consideración de extraordinarios, de modo que ni podrían haberse realizado sin la conformidad de la administración concursal, ni eran admisibles, además, sin la autorización expresa del juez del concurso, como de modo rotundo dispone el art. 43.2 LC.
La actuación del administrador social de INOVAC RIMA S.L. al enajenar el producto almacenado y disponer a título gratuito de maquinaria, útiles, materia prima y clientes, a favor de la empresa demandada, se sanciona con la anulabilidad disciplinada en los arts. 40.7 y 43.2 LC. Esos actos no han sido convalidados por la administración concursal, por lo que la acción de anulación debe prosperar, como pretendía la demanda, pero por esta razón, y no por la indicada en la sentencia apelada, y por no ser el allanamiento contrario al interés público.": SAP Alava 09.04.2010 (Sentencia 163/2010; Rollo 442/2009)

8.4 Anulación de acuerdo de reconocimiento de deuda

"PRIMERO.-En la demanda que dio lugar al presente incidente, la Administración Concursal interesó la anulación del acuerdo de reconocimiento de deuda alcanzado el 17 de diciembre de 2009 entre la Comunidad de propietarios demandada y la mercantil deudora, cuyo concurso había sido declarado por Auto del día 5 del anterior mes de noviembre, demanda que es estimada en la sentencia ahora apelada al vulnerar dicho convenio lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Ley Concursal.
Al contestar a dicha demanda, la Comunidad firmante del acuerdo impugnado interesó la acumulación de dicho incidente con el que bajo el número 170/10 y ante el mismo Juzgado, dicha demandada había promovido a fin de obtener la convalidación del polémico convenio.
El Juzgado "a quo" en diligencia de ordenación de 23 de junio de 2010, tuvo por formulada la contestación por la demandada ahora recurrente, sin pronunciarse sobre la acumulación interesada, requiriendo a las partes por providencia de 28 de octubre de 2010 para que manifestaran, en su caso, su interés en la celebración de vista y acordando por nueva diligencia de 29 de noviembre de 2010, y al no haber solicitado ninguna de las partes dicha celebración, quedaran los autos para resolver.

Frente a la sentencia dictada en los términos expuestos se alza ahora la Comunidad demandada, alegando, en esencia, que existen razones para que el acuerdo sea convalidado y que en el incidente concursal 170/10 ha sido acreditada la existencia de una deuda, por incumplimiento de contrato, contraída con la Comunidad por la mercantil concursada, interesando, por ello se revoque dicha resolución, se reconozca, como crédito ordinario, a favor de la apelante la suma de 15.618, 99 euros (o, subsidiariamente la de 14.922, 35 euros e interesando, en todo caso, que no le sean impuestas las costas del incidente ante la existencia de las dudas de hecho que plantea la condición de perjudicada de la Comunidad demandada y que, a su juicio, justificaba el intento de resarcirse, a través del acuerdo impugnado, de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual de la concursada.
SEGUNDO.-El recurso no puede ser estimado. En el presente incidente se ha conocido y resuelto, únicamente, sobre la demanda de anulación promovida por la Administración Concursal. La Comunidad hoy recurrente pudo combatir las resoluciones del Juzgado "a quo" que acordaron la prosecución de la sustantación de dicha sola demanda sin resolver sobre la acumulación de incidentes interesada, aquietándose, sin embargo, a dichos actos de trámite con los que, en definitiva, el objeto de este recurso, y como fue ya también advertida dicha recurrente en la diligencia de ordenación de 22 de septiembre de 2011, se ciñe y circunscribe a la resolución que declara la nulidad del convenio que suscribió en su día con la concursada, siendo que al respecto de dicho pronunciamiento nada se alega que ponga de manifiesto el mismo sea consecuencia de una errónea valoración de la prueba o que se haya dictado con infracción de precepto legal alguno. La argumentación del recurso y dirigida como ésta, en realidad, a tratar de justificar la adopción del acuerdo nulo, no desvirtúa la acertada fundamentación de la sentencia apelada y que, en observancia de la falta de previa intervención de la Administración concursal en la celebración del negocio jurídico que celebraron las demandadas, declara, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.7 de la Ley Concursal, su nulidad, ni, por ello, permite a este Tribunal discrepar, y dado que tampoco ha sido alegada ni justificada la concurrencia del supuesto excepcional de validez que contempla el artículo 44.2.2º de la citada Ley (actos propios del giro o tráfico del deudor que sean imprescindibles para la continuación de su actividad realizados antes de la aceptación del cargo por los administradores concursales), del acertado criterio del juzgador de la primera instancia, sin que, con los antecedentes procesales expuestos y por razones de congruencia, pueda tampoco hacerse pronunciamiento alguno en esta alzada sobre los pedimentos de reconocimiento de créditos que se han articulado en el suplico del escrito de recurso.": SAP Alicante (Sección 8) 24.05.2012 (Sentencia 238/2012; Rollo 55/2012)

8.5 Nulidad de los actos de disposiciòn no intervenidos posteriores al concurso, no de los contratos anteriores de los que traen causa

"TERCERO. Nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones del artículo 40.
Es de aplicación lo previsto en el Artículo 40. Facultades patrimoniales del deudor [.] 7. Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta. Los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme.
La Sala no comparte la interpretación realizada por la sentencia de instancia en cuanto a los efectos de la nulidad. Lo que la demanda solicitaba era exclusivamente la nulidad de los actos de disposición realizados por el concursado sin la intervención de los administradores concursales, que no conlleva necesariamente la nulidad o rescisión de los contratos anteriores a la declaración del concurso que justificaban esos pagos.
Lo que resuelve ese incidente concursal se limita exclusivamente a esos actos de disposición, sin perjuicio de lo que en el momento oportuno se determine sobre el carácter de crédito concursal o crédito contra la masa, o su total exclusión, mediante los trámites oportunos.
Razona la sentencia la imposible aplicación del artículo 1.303 del Código Civil, por no poderse restituir las prestaciones profesionales que justificaban esos pagos, sino su valor y la correspondiente compensación. Pero la cuestión no es si existen esos créditos que reclaman los acreedores, y su tratamiento concursal, sino que en cualquiera de los casos se han pagado de forma contraria a derecho y lo que se anulan son los pagos.
En la oposición al recurso, la apelada mantiene la validez de los contratos y la corrección de los pagos, o su posterior convalidación o confirmación. En cuanto a lo primero, no es objeto de este incidente en que los contratos no se anulan ni rescinden, y lo segundo lo tuvo que plantear mediante la impugnación de la sentencia, en ese aspecto que le perjudicaba.
Debe estimarse el recurso, dando pleno efecto a la declaración de nulidad de los pagos, siendo procedente la restitución del dinero a la masa activa del concurso.": SAP Las Palmas (Sección 4) 14.05.2014 (Sentencia 256/2014; Rollo 471/2013)

9. Validez de la escritura de compraventa otorgada, tras la declaración de concurso, por la vendedora en representaciòn de la concursada, sin intervención de la AC, en ejercicio de poder irrevocable concedido al concertarse la opción de venta.

AP Madrid

“PRIMERO.- Antecedentes procesales

1.- La presente litis trae causa de la demanda formulada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE TEGECOVI, S.A. EN LIQUIDACIÓN solicitando la anulación de la venta a la concursada de las acciones de la mercantil senegalesa BAOBAB INVESTMENTS, S.A. ("BAOBAB", de aquí en adelante) titularidad de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE FINANCIACIÓN DEL DESARROLLO COFIDES, S.A. (en adelante, "COFIDES"). Dicha operación trae causa del ejercicio de la opción de venta reconocida a COFIDES en un denominado "acuerdo de inversión" datado el 24 de julio de 2006 que dicha entidad tenía suscrito con TEGECOVI, S.A. EN LIQUIDACIÓN ("TEGECOVI" en lo sucesivo), y fue formalizada en escritura pública de fecha 28 de abril de 2009. La escritura pública en cuestión fue otorgada por COFIDES, interviniente en dicho acto en su propio nombre y derecho como parte vendedora, y en representación de TEGECOVI como parte compradora, esto último en virtud del poder conferido a su favor en el acuerdo de inversión indicado anteriormente.

2. TEGECOVI, a pesar de no figurar como demandada en el escrito iniciador del expediente, intervino en el mismo en tal condición. Mostró su conformidad con los pedimentos de la administración concursal, por lo que se la tuvo por allanada. En cambio, COFIDES se opuso a las pretensiones actoras.

3. El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia estimatoria de la demanda, al apreciar que, precisándolo de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley Concursal ("LC " en adelante), la compra no había sido autorizada por la administración concursal.

4. Disconforme con la decisión del juez de lo mercantil, COFIDES recurrió en apelación, con base en los alegatos que, convenientemente ordenados y en la medida que resulten pertinentes, serán objeto de examen más adelante.

SEGUNDO.- Escenario fáctico.

5. A efectos de la adecuada resolución de la controversia que se nos somete, se estima conveniente reseñar los siguientes hechos, sobre los que no existe controversia, sin perjuicio de ulteriores añadidos.

5.1. Con fecha 24 de julio de 2006 COFIDES y TEGECOVI suscribieron un denominado "acuerdo de inversión", que incluía una opción de venta de la primera frente a la segunda y una opción de compra de la segunda frente a la primera (estipulación 10), ambas de carácter gratuito e incondicional, referidas a las acciones de BAOBAB de las que fuera titular COFIDES. Dicho acuerdo aparece incorporado a las actuaciones a los folios 414 y ss. De su contenido conviene destacar los siguientes extremos, relativos a la opción de venta otorgada a COFIDES:

5.1.1. La opción podría ejercitarse una vez transcurridos 6 años a contar desde el día siguiente a la fecha del primer desembolso de COFIDES y hasta el transcurso de 9 años, contados en los mismos términos (10.1(i)).

5.1.2. No obstante, se contempla la posibilidad de que COFIDES ejercitase de forma anticipada su derecho de opción en el caso de que se produjese alguno de los acontecimientos mencionados en la estipulación 11 (10.1(iv)), en cuyo supuesto el ejercicio de la opción de venta habría de ser notificado a TEGECOVI en el plazo de seis meses a contar desde la fecha en que COFIDES tuviese conocimiento de la circunstancia habilitante, sin perjuicio de que el plazo pudiera ser prorrogado por acuerdo expreso de las partes (11.4).

5.1.3. El precio de la compraventa resultante del ejercicio de la opción de venta ("precio de desinversión") sería el fijado conforme a lo establecido en la estipulación 12 del acuerdo (10.1(ii)).

5.1.4. Según reza la estipulación 10.1(v), "TEGECOVI se compromete a adquirir las acciones de BAOBAB que COFIDES pretenda transmitir, una vez ejercitada por esta la opción de venta, y a actuar con la debida diligencia tanto para la formalización de la compraventa como para la ejecución de la misma y la consiguiente entrega del precio".

5.1.5. La estipulación 13 "Formalización de la compraventa y pago del precio tras el ejercicio de las opciones de venta o de compra" contiene las siguientes previsiones:

5.1.5.1. Una vez ejercitada la opción de venta por COFIDES, la compraventa de las acciones debería formalizarse de acuerdo con los requisitos exigidos por la legislación senegalesa dentro de los plazos que allí se señalan. En el caso de que la ley senegalesa no exigiese ninguna formalidad especial, "la compraventa se formalizará en Madrid ante Notario público o en documento privado elevado a público" (estipulación 13.1).

5.1.5.2. En el momento de formalización de la transmisión de las acciones, TEGECOVI habría de abonar el precio de desinversión en su totalidad, al contado y en euros. COFIDES, contra el pago íntegro del precio de desinversión debería entregar a TEGECOVI los títulos representativos de las acciones transmitidas, con todas las formalidades y menciones exigidas por la legislación senegalesa (estipulación 13.2).

5.1.5.3. En la estipulación 13.4 se establece que "En el caso de que llegada la fecha prevista para la formalización de la transmisión de las acciones, y en todo caso transcurrido el plazo de 45 días a contar de la fecha de la comunicación del ejercicio de la opción de compra o de venta (anticipado o no), TEGECOVI no cumpliera con su compromiso de compra de las acciones de las que COFIDES sea titular en BAOBAB, COFIDES queda expresamente facultada por TEGECOVI, con "eximente de autocontratación", a comprar dichas acciones en BAOBAB, en los términos previstos en la Estipulación 14, en nombre de TEGECOVI otorgando ésta a tal efecto en este acto en virtud del presente Acuerdo de Inversión un poder expreso a favor de COFIDES, de carácter irrevocable, para la formalización de dicha compraventa en los términos y condiciones del presente Acuerdo de Inversión".

5.1.6. La estipulación 14 "Incumplimiento de la obligación de comprar por parte de TEGECOVI y privación del derecho de propiedad de las acciones de COFIDES" especifica que "En el caso de que TEGECOVI incumpla su obligación de compra, una vez ejercitada, anticipadamente o no, la opción de venta por parte de COFIDES, ésta podrá cumulativamente: (i) Cumplir este acuerdo en sus propios términos. A estos efectos, COFIDES podrá otorgar escritura de compraventa en su propio nombre y derecho y en representación de TEGECOVI, ejercitando, en este caso, el poder a que se refiere la Estipulación 13. [.] (ii) COFIDES podrá, además, exigir a TEGECOVI el pago de una penalización a la capitalización del Precio de Desinversión a un interés simple anual del 15%, desde el día del incumplimiento de la obligación, conforme al procedimiento y plazos que la estipulación señala.

5.2. El 23 de diciembre de 2008, COFIDES, TEGECOVI y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL suscribieron un "addendum" prorrogando el plazo que la primera tenía según lo pactado en el acuerdo de inversión para comunicar el ejercicio anticipado de la opción de venta como consecuencia de la presentación de concurso voluntario por parte de TEGECOVI (circunstancia prevista en la estipulación 111.1.5 del acuerdo de inversión) hasta el 19 de febrero de 2009, sin perjuicio de ulterior prórroga. En la estipulación 3 del citado documento se ratifica la vigencia del acuerdo de inversión en todos sus términos y condiciones.
5.3.. El 30 de enero de 2009, COFIDES comunicó a TEGECOVI y a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL el ejercicio anticipado de la opción de venta contenida en el contrato que tenían suscrito (f. 9 vuelto y siguientes). La comunicación recoge el requerimiento para comparecer ante notario a las 10,00 horas del día 16 de marzo de 2009 a fin de formalizar la escritura de compraventa.
5.4. El 13 de marzo de 2009, COFIDES comunicó el precio de desinversión, que cifraba, conforme a lo pactado en el acuerdo de inversión, en 12.037.336,23 euros (folio 29 v.).
5.5. El representante legal de TEGECOVI y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, mediante acta de manifestaciones otorgada el 16 de marzo de 2009 ante el notario designado para el otorgamiento de la escritura de compraventa, dejaron constancia de la no aceptación del ejercicio de la opción de venta. En la misma acta (que obra a los folios 65 y ss.), el representante legal de TEGECOVI "expresamente revoca y deja ineficaz el poder para efectuar dicha compraventa a que se refieren las cláusulas 13.4 en relación con la 14 del referido acuerdo de inversión, suscrito en su día entre COFIDES y TEGECOVI". Dicha acta fue notificada en la misma fecha de su otorgamiento a la representante de COFIDES.
5.6. Los administradores concursales, ante un nuevo requerimiento de comparecencia para el otorgamiento de escritura pública de compraventa, mediante acta notarial de manifestaciones fechada el 21 de abril de 2009 y notificada a la representante de COFIDES el día 28 de ese mismo mes (folio 54 y ss.), reiteraron su oposición a la formalización de la escritura de compraventa, haciendo constar igualmente "que los comparecientes en su condición de administradores concursales de la indicada sociedad "TEGECOVI, S.A. EN LIQUIDACIÓN" y de acuerdo con lo que establece el artículo 42 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal solicitan de la sociedad "COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE FINANCIACIÓN DEL DESARROLLO COFIDES, S.A." que se abstengan de utilizar el apoderamiento a que se refiere la Estipulación 13.4 del antes referido Acuerdo de Inversión por no contar con la preceptiva autorización de los aquí comparecientes, en su condición de administradores concursales en funciones de intervención, para poder llevar a efecto dicha compraventa e informándoles que el incumplimiento de este deber de colaboración les podrá acarrear las consecuencias que en Derecho procedan".
5.7. Con fecha 28 de abril de 2009, COFIDES procedió a formalizar ante notario la venta de sus acciones de BAOBAB a TEGECOVI, interviniendo COFIDES en dicho acto en su propio nombre y derecho y en representación de TEGECOVI, en virtud del poder conferido por esta última a su favor en el acuerdo de inversión (una copia de la citada escritura obra a los folios 1021 y ss.).
SEGUNDO.- Incongruencia omisiva
6. Aduce COFIDES que la sentencia dictada en primera instancia adolece de incongruencia omisiva, toda vez que se centra en el tema de la autorización de la administración concursal (lo que para la parte no pasa de ser una cuestión abstracta y meramente formal), sin entrar a examinar los puntos esenciales del debate, más concretamente si los acuerdos existentes entre COFIDES y TEGECOVI permitían llevar a cabo la compraventa discutida sin necesidad de dicha autorización.
Valoración del Tribunal
7. Coincidimos con la parte recurrente en la importancia que reviste para la resolución de la litis el examen particularizado de los convenios que conformaron la relación trabada entre COFIDES y TEGECOVI, remitiéndonos en este punto a lo que más adelante diremos. Discrepamos, sin embargo, en la procedencia de la tacha que se hace a la sentencia impugnada con tal pretexto.
8. En puridad, a lo que apuntaría el alegato en examen sería a un defecto de motivación. Pero ni siquiera de esto cabe hablar, cuando en la resolución impugnada se explican adecuadamente las razones del fallo, se aprecia un nexo lógico entre este y aquellas, y todo ello se enmarca dentro de los términos en que las partes han configurado el objeto de la litis. El hecho de que una sentencia no entre en todas las cuestiones que una de las partes considere esenciales y resuelva la controversia acogiendo los postulados de la contraria en relación con otra cuestión a la que se atribuye virtualidad determinante, no autoriza la imputación de un defecto procesal tan grave como el que aquí señala la parte recurrente, sin perjuicio, por supuesto, del derecho a promover la revisión de los criterios manejados por el juez de la primera instancia.
TERCERO.- De la necesidad de autorización por parte de la administración concursal
9. Como línea fundamental de su discurso impugnatorio, sostiene COFIDES que, habida cuenta que nos encontramos ante las resultas de una opción de venta cuya validez no se discute, la obtención de la autorización o conformidad de la administración concursal resultaba innecesaria para entender perfeccionada la compraventa resultante del ejercicio de la opción. Recordemos que el entendimiento de lo contrario es lo que llevó al juzgador de la anterior instancia a resolver en el sentido que lo hizo.
10. Para abordar esta cuestión se impone examinar, en primer lugar, los perfiles con los que la opción de venta se configura en nuestro ordenamiento. El Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de febrero de 1995 (Fundamento Jurídico Primero) señala al respecto: "La doctrina jurisprudencial civil viene estableciendo de forma reiterada que la opción de venta, al carecer de propia regulación en el Código Civil, se configura como una relación jurídica atípica y que tiene un precisado desarrollo dinámico, ya que se exige que el optante ejercite dentro del plazo convenido el denominado derecho de opción proyectado a la compraventa convenida, y que actúa a modo de facultad derivada y de condición dispositiva, prestando así de forma expresa y vinculante para el cedente su consentimiento, que, aunque postergado, se actualiza de esta manera y determina la consumación o extinción de la opción, por cuanto el optatario, una vez recibida la manifestación positiva del interesado en este sentido, queda obligado y debe cumplir con lo que se comprometió y también a

su cooperación para la celebración formal del contrato de compraventa, que surge desde dicho momento, pues basta la expresión de voluntad del optante para que dicha compraventa quede perfeccionada y en estado de ejecución, sin precisar de nuevos convenios posteriores y de tal manera que las discrepancias o incidencias que puedan surgir después entre los contratantes hay que residenciarlas como dice la Sentencia de 22 de noviembre de 1993 en el ámbito del cumplimiento del contrato de compraventa perfeccionado y único, ya realizado y vinculante para las partes, pues existe concurrencia de consentimientos del vendedor y comprador, objeto y precio (Sentencias más recientes, entre otras numerosas, de 23 de diciembre de 1991, de 22 de diciembre de 1992, de 29 de marzo y 17 de mayo de 1993 y 4 de febrero de 1994)".

11. Resultaría improcedente, pues, condicionar el ejercicio del derecho opcional de COFIDES a la expresa y concreta autorización de la administración concursal de la optataria. La interposicion de la administración concursal opera como elemento integrador de la capacidad del concursado en el ejercicio de las facultades de administración y disposición que este último conserve sobre su patrimonio tras la declaracion de concurso. En el caso que nos ocupa, el ejercicio de la opcion de venta es algo que no depende en modo alguno de la concursada, sino únicamente de COFIDES.

CUARTO.- De los efectos del ejercicio de la opción de venta

12. Ahora bien, a la vista de los términos en que aparece configurado el debate no parece que la conclusión reflejada en el apartado precedente pueda determinar por sí sola y en exclusiva el signo de la decisión de la controversia. En efecto, uno de los puntos en que se asientan las pretensiones deducidas en la demanda (apartado tercero del "DECIMOS") es la necesidad de otorgar documento público de compraventa, por una parte, y, por otra, la de contar para ello con la autorización de la administración concursal. Ello comporta la introducción de un importante matiz que ha de ser objeto del adecuado examen, a la luz de lo pactado en el acuerdo de inversión que liga a COFIDES y TEGECOVI y los acontecimientos ocurridos tras la notificación por la primera de su derecho de opción.

13. El régimen pactado en su día suscita serias dudas acerca de que la compraventa debiera entenderse perfeccionada por la mera notificación del ejercicio del derecho reconocido a COFIDES. Indicativas de lo que se quiere decir son ciertas estipulaciones del acuerdo de inversión a las que hicimos referencia en líneas precedentes: "TEGECOVI se compromete a adquirir las acciones de BAOBAB que COFIDES pretenda transmitir, una vez ejercitada por esta la opción de venta." (estipulación 10.1(v), vid. apartado 5.1.4 supra); "En el caso de que llegada la fecha prevista para la formalización de la transmisión de las acciones, y en todo caso transcurrido el plazo de 45 días a contar de la fecha de la comunicación del ejercicio de la opción de compra o de venta (anticipado o no), TEGECOVI no cumpliera con su compromiso de compra de las acciones de los que COFIDES sea titular en BAOBAB, COFIDES queda expresamente facultada por TEGECOVI, con "eximente de autocontratación", a comprar dichas acciones en BAOBAB, en los términos previstos en la Estipulación 14, en nombre de TEGICOVI otorgando ésta, a tal efecto en este acto en virtud del presente Acuerdo de Inversión un poder expreso a favor de COFIDES, de carácter irrevocable, para la formalización de dicha compraventa en los términos y condiciones del presente Acuerdo de Inversión" (estipulación 13.4, vid. apartado 5.1.5.3 supra); "En el caso de que TEGECOVI incumpla su obligación de compra, una vez ejercitada, anticipadamente o no, la opción de venta por parte de COFIDES, ésta podrá cumulativamente: (i) Cumplir este acuerdo en sus propios términos. A estos efectos, COFIDES podrá otorgar escritura de compraventa en su propio nombre y derecho y en representación de TEGECOVI, ejercitando, en este caso, el poder a que se refiere la Estipulación 13." (estipulación 14, vid. apartado 5.1.6 supra).

14. Los términos de tales pactos (los énfasis son un añadido de nuestra parte) dan a entender que el ejercicio de la opción de venta produciría un efecto puramente obligacional, en el sentido de que, comunicado por COFIDES el ejercicio de tal derecho, TEGECOVI vendría obligada a comprar según las condiciones pactadas en el acuerdo de inversión, debiendo instrumentalizarse dicha compra en escritura pública (en el debate no ha aflorado ninguna cuestión relativa a la forma exigida por la legislación senegalesa, salvo en el escrito de oposición de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, de forma extemporánea por tanto, para señalarse que no se ha acreditado cuáles fueran las formalidades exigidas por dicho ordenamiento), no produciéndose hasta su otorgamiento la perfección del contrato. A fin de asegurar el buen fin de su derecho,
COFIDES quedaría autorizada a actuar supletoriamente en lugar de TEGECOVI, en virtud de poder concedido expresamente en su favor con "eximente de autocontratación" y con el carácter de irrevocable.

15. Es en este contexto donde cobra sentido la toma en consideración de los acontecimientos acaecidos con posterioridad a la notificación del ejercicio de la opción de venta. Estamos refiriéndonos, en concreto, a los capítulos relativos a la revocación del poder otorgado a COFIDES y al expreso requerimiento por parte de la administración concursal desautorizando que la compra pudiera llevarse a cabo con la sola intervención de dicha entidad al socaire del referido poder (vid. apartados 5.5 y 5.6 supra).

16. La cuestión que, en definitiva, se suscita es si cabe reconocer a tales hechos algún efecto invalidatorio del ulterior otorgamiento de escritura pública formalizando la compraventa (vid. apartado 5.7 supra), habida cuenta del carácter irrevocable del poder conferido a COFIDES.

17. La revocabilidad es connatural al apoderamiento. Así resulta del régimen contenido en los artículos 1732 y 1733 del Código Civil para el contrato de mandato. Es comúnmente admitido, sin embargo, que siendo esa la regla, caben excepciones. Se suele diferenciar a estos efectos según que el mandato esté otorgado o no en exclusivo interés del mandante. Mientras que en el primer caso se entiende que el mandante puede revocar el mandato a su voluntad (el pacto expreso de irrevocabilidad en este supuesto no habría de producir otro efecto que el derecho del mandatario a una indemnización, en función de las circunstancias en que se produjese la revocación), el mandato se entiende irrevocable cuando su otorgamiento no responde al solo interés del mandante, así como cuando forma parte del sinalagma contractual u opera como requisito para el cumplimiento de un contrato. Así lo refleja, desde antiguo, la jurisprudencia. La sentencia de 27 de abril de 1989 es un claro exponente, expresándose en los siguientes términos: "según tiene reiterado la jurisprudencia de esta Sala (sentencias, entre las más recientes, de 20 de abril de 1981 y dos de igual fecha de 31 de octubre

de 1987), la irrevocabilidad del mandato deviene no sólo cuando existe pacto expreso que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme con su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino también cuando el mandato responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas; es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige y aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados". Exponentes recientes de esta doctrina son
las sentencias de 17 de enero y 20 de noviembre de 2007, y de 15 de noviembre de 2010.
18. Tal es el caso que nos ocupa, en el que el acuerdo que liga a COFIDES y TEGECOVI se fundamenta en el carácter temporal de la inversión asumida por la primera (así habría de ser como consecuencia de su intervención en calidad de gestora del Fondo para Inversiones en el Exterior, imponiendo tal nota de temporalidad la normativa que lo regula; todos estos extremos constan de modo expreso en la parte expositiva del documento contractual, en particular apartados II y VIII), teniendo la opción de venta y, en el marco de la misma, el poder conferido y demás facultades reconocidas a COFIDES, un carácter instrumental, ordenados todos estos elementos a hacer posible la retirada del capital invertido por dicha entidad (apartado XIV de la parte expositiva del acuerdo).
19. De cuanto antecede se desprende la incorrección del análisis efectuado en la resolución impugnada, y la plena acogibilidad de las objeciones manifestadas al respecto por la parte recurrente.": SAP Madrid (Sección 28) 21.12.2012 (Sentencia 400/2012; Rollo 577/2011)

10. Autorizaciòn tácita

AP Barcelona

"QUINTO. 15. A) La acción de anulación de actos posteriores a la declaración de concurso: *art. 40.7 LC.*
El presupuesto de esta acción es que la concursada haya realizado un acto (por ejemplo, un pago) con infracción de las limitaciones impuestas en el auto de declaración de concurso a sus facultades de disposición y administración, en este caso, sin la autorización o conformidad de la AC, en que se traduce la modalidad de intervención en el concurso voluntario (apartados 1 y 7 del art. 40 LC).
La autorización, como se deduce del apartado 2 del art. 44 LC, puede ser general, para los actos (incluidos los pagos) propios del giro o tráfico de la actividad de la concursada. Así ocurrió, ante todo, tras la declaración del concurso, ya que la AC no manifestó su intención o voluntad de resolver, conforme el art. 61.2 LC, la relación financiera con la entidad demandada, ni constan instrucciones específicas para desactivar la operativa de financiación.
Además, la AC admite que algunos cargos en cuenta, que no precisa, fueron autorizados expresamente por ella (aunque -alega- por error), lo cual confirma que tras la declaración de concurso tenía conocimiento y confirmó esta dinámica de financiación, cuyo término conforme al art. 61.2 LC no consideró conveniente para el concurso.
Debe entenderse, por tanto, que los cargos realizados por Caixa Penedès tras la declaración de concurso, correspondientes a facturas previamente anticipadas cuyo vencimiento era posterior a la declaración de concurso, estaban autorizados o conformados explícitamente, o, si se quiere, de manera implícita, por la AC, bien por una conformidad expresa o bien por la autorización o conformación implícita que deriva de no haber instado o no haber manifestado oportunamente la intención de ejercer la acción de resolución del contrato de crédito conforme al art. 61.2 LC..": SAP Barcelona (Sección 15) 18.09.2013 (Sentencia 338/2013; Rollo 118/2013)

AP Almería

"PRIMERO. -Se ejercitaba en la instancia por parte de la administración concursal de la entidad Transportes R#Su sl, frente a la concursada y frente a la entidad Agencia Transadra SL en el marco del art 40.7 de la Ley Concursal (LC en lo sucesivo) una acción de anulación de los actos realizados por ambas tras el concurso con reintegración a la masa de derechos de cobro pendientes. Se alegaba que se trata de operaciones entre la concursada y la agencia Transadra SL, siendo socios de la concursada D. Valentín, D. Jose Ángel, Dª Diana y D. Luis Enrique, este ultimo, además, socio y administrador único de la agencia Transadra SL y que de acuerdo con la contabilidad de la concursada, se ha tenido conocimiento de que la agencia Transadra SL adeudaba un importe de 744.729,33 euros, calificando los actos de ambas entidades como actuación dolosa o culposa al haberse apoderado los socios de la concursada de recursos financieros de ésta en perjuicio de los acreedores.
La concursada se opuso a la demanda alegando que no existe la aludida deuda sino que la concursada es deudora de la agencia en la cantidad de 421.184,54 euros en la ejecución de un acuerdo entre ambas entidades suscrito con la administración concursal y conocido por la misma a quien se le iba informando de las distintas operaciones sin que haya existido dolo o perjuicio alguno. En similar sentido se opuso la agencia Transadra SL alegando además que no se concretan los actos que se pretenden anular, que el saldo es a favor de la Agencia en la cantidad de 183.152 euros y que en cualquier caso, estando en liquidación, de existir esa hipotética deuda que niega, debería acudir a un procedimiento de reclamación de cantidad.
La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda y tras analizar exhaustivamente la acción ejercitada en el marco del art 40.7 de la LC y los distintos supuestos expresos y tácitos de consentimiento y convalidación por parte de la administración de los actos del concursado bajo intervención concursal, considera

acreditado que las operaciones a las que genéricamente alude la administración, son la ejecución de un acuerdo o Protocolo autorizado por la propia administración concursal de 30 de junio de 2011 entre ambas entidades por la que los servicios de transporte se contratarían a través de la agencia Trasadra SL que facturaría a los destinatarios finales, remitiéndose informes periódicos a la administración concursal y con facturación a 30 de cada mes. Considera que la administración dio su apoyo y consentimiento a referido acuerdo, el cual, ni siquiera ha discutido, pero que existe una discrepancia en la liquidación de la relación jurídica en términos económicos con saldos discrepantes entre las partes y socios, por lo que esos actos no pueden ser anulados- al existir consentimiento-, ni rescindidos, más aún los que no son de la propia concursada como las facturas y pagos de socios frente a la agencia. Considera que la cuestión a debate no encierra una acción de anulación, sino una reclamación de cantidad frente a socios y terceros que han de ventilarse a través de la correspondiente acción por parte de la administración dada la fase concursal en la que se encuentra- en liquidación-o a través de la correspondiente pieza de responsabilidad concursal por calificación del concurso, considerando acreditado simplemente un contrato de logística de transporte pero sin pronunciamiento alguno sobre la imputación de portes, no obstante las periciales y los indicios sobre quién soportó los gastos.
Frente a este pronunciamiento se alza la administración concursal y parece alegar la inexistencia de consentimiento expreso o tácito o mero silencio a los actos referidos, pues el Protocolo aludido no está suscrito por la Administración concursal, consta en el Libro de Actas el voto en contra a la relación, son múltiples los requerimientos y se ha informado en ese sentido en el Informe de Calificación, siendo así que de las propias periciales se desprende la existencia de entregas a terceros no justificadas y combatiendo la afirmación de que los actos no se han realizado por la concursada, pues han sido ejecutados por la misma para incrementar su insolvencia y sin autorización de la administración concursal, siendo así que todos los gastos de los portes han sido soportados por la concursada.
Sendas apeladas se oponen al recurso. (...)
TERCERO.-Bajo estos presupuestos, han de realizarse las siguientes consideraciones sobre el objeto del recurso; primero, la apelante considera errónea la apreciación del juez de instancia de que ese acuerdo o Protocolo de junio de 2011 (folio 45 y ss del incidente) estaba autorizado por la administración concursal y que ha conocido las operaciones, siendo así que como señala la resolución de instancia, no solo no impugnó este acuerdo ni siquiera formalmente en la vista, si no que ni siquiera discutió su firma y contenido en el propio acto de conclusiones, tal y como consta en el acta reproducida en la alzada mediante soporte videográfico, como no discutió la recepción de los informes periódicos- correos electrónicos- y documentos adjuntos a la contestación de la propia concursada, ni consta acreditada la oposición de la Administracion concursal a la propia ejecución del acuerdo pues ni una sola prueba consta practicada o aportada a instancias de la administración en este incidente concursal-único del que dispone la Sala-, más allá de una impugnación genérica al saldo o liquidación en ejecución del acuerdo y en base a una sola prueba, el documento 1 de su demanda(folio 7), mero extracto de una contabilidad discutida, pues ni siquiera se propuso el interrogatorio de partes en el acto de la vista y sin que como se anticipaba, desde luego pueda considerarse "prueba" alguna en sede de la acción de anulación objeto del incidente la mera trascripción en el recurso de apelación del informe de calificación en la pieza de responsabilidad del concurso, que no solo no se adjunta, sino que ni siquiera son alegaciones efectuadas en la instancia que puedan ser objeto de revisión en los términos anteriormente expuestos, sino que serán alegaciones a debatir, como señala la propia resolución, en la pieza correspondiente.
Segundo, como subraya el juez de instancia y resulta de la prueba practicada en la vista a instancias de las demandadas- periciales- reproducida ante la Sala, la discrepancia de la administración con la concursada y la agencia demandada- además de los socios no demandados-,es económica sobre la imputación de portes y gastos en la ejecución de ese protocolo que consta autorizado por la Administracion Concursal, con lo que, el posible crédito o deuda es una cuestión que escapa a la propia acción de anulación que lo sería del acuerdo- que se considera consentido por lo que falta el presupuesto de la acción ejercitada ex art 40.7 LC -para ubicarse en la correspondiente acción de reclamación de cantidad por parte de la administracion de la concursada, en el marco del art 54 y art 145 de la LC pues no se discute que está en liquidación como señala el juez de instancia aún cuando no conste a la Sala-frente a la agencia o, en su caso, frente a socios o administradores- que ni siquiera son parte en el incidente- por el procedimiento correspondiente o, como señala el juez, en la correspondiente pieza de calificación, máxime cuando como señala la resolución actos de los que genéricamente se pretende impugnar no solo son actos de la concursada, sino de la propia agencia con terceros en este incidente.
Tercero, enlazado con lo anterior sobre la actuación de terceros y supuesto perjuicio, como señala la resolución de instancia en el fundamento 12, ha de tenerse presente que esta acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectada de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio, y ello mediante una operación inconsentida por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 40 apartados 1 y 6 L.C.), siendo así que en este caso, con la prueba practicada a instancias de la demandadas y frente a la inactividad probatoria de la administración, consta referida autorización, sin perjuicio, de una mera discrepancia en la liquidación económica de esas operaciones que como reitera la resolución, es ajena a la acción ejercitada.
Pues bien, en evitación de innecesarias reiteraciones, bastaría con dar por reproducida la fundamentación que se contiene en la sentencia apelada para desestimar el recurso de apelación; debiéndose recordar que la jurisprudencia viene afirmando que es motivación suficiente de las sentencias la remisión hecha por el Tribunal superior a la sentencia de instancia que era impugnada (S.S.T.S 174/1987; 146/1990; 27/1992, 11/1995, 115/1996, 105/1997, 23/1997 y 26/1998), precisando la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de

1998 que: "Si la resolución de primera instancia es acertada, la de apelación, que la confirma, no tiene porque repetir o reproducir los argumentos de aquélla, pues basta, en aras de la economía procesal, la sola corrección de lo que, en su caso, fuera necesario, según tiene declarado reiteradamente esta Sala respecto a la fundamentación de la sentencia por remisión (aparte de otras, TS SS 16 Oct. 1992, 5 Nov. 1992 y 19 Abr. 1993).".
Dicho esto, revisión en la alzada del material probatorio obrante en autos y de la acción ejercitada, permite alcanzar a este Tribunal una conclusión plenamente coincidente con la sentada en la resolución recurrida, en la medida en que sus pronunciamientos se sustentan en el resultado de la prueba practicada sobre la única acción ejercitada cual es la acción de anulación del art 40.7 d ela Ley Concursal. ":SAP Almería (Sección 2) 21.20.2014 (Sentencia 226/2014; Rollo 226/2014)

Artículo 41. Efectos sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor.

Los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades fundamentales del deudor en materia de correspondencia, residencia y libre circulación serán los establecidos en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal.

LORC art 1.2. Imposición de deber temporal de residencia al administrador de la sociedad concursada. Necesidad y proporcionalidad.

"PRIMERO.- Se recurre la medida acordada respecto al administrador único de la sociedad declarada en concurso, consistente en impo nerle el deber de residencia en la Provincia de Barcelona o Tarragona durante un plazo, a fin de conseguir su colaboración para obtener la necesaria información sobre la situación patrimonial de la sociedad y otros datos precisos para tramitar el Concurso. Como motivos de recurso se alega la nulidad del Auto por incongruencia, infracción del principio de legalidad penal y falta de justificación y desproporcionalidad de la medida, impugnando las razones que han llevado a adoptar tal resolución.
La medida acordada viene prevista en el artículo primero de la L.O. 8/02 de 9 julio para la Reforma Concursal que establece los "Efectos del Concurso sobre los derechos Fundamentales del Concursado". En el apartado 2 extiende a los administradores de una sociedad las medidas previstas en el apartado 1 entre las cuales se encuentra la imposición del deber de residencia en la población de su domicilio.
Autoriza al Juez a acordar en cualquier estado del procedimiento diversas medidas que enumera expresando que puede ser "de oficio o a instancia de cualquier interesado" por lo cual no resulta atendible la incongruencia que se denuncia como fundamento de nulidad, basada en la falta de petición de tal medida por parte de la Administración Concursal. La exigencia de petición de parte, no rige en esta materia, a tenor de lo establecido en el precepto reseñado.
SEGUNDO.- La imposición del deber de residencia previsto en el precepto citado con referencia al deudor cuando se trata de personal natural, al hacerse extensiva al administrador de una persona jurídica, como órgano de la sociedad, hay que entenderla referida al domicilio social.
No se exige al administrador de una sociedad un deber de residencia con carácter general, pero puede ser preciso imponerlo en la situación especial de concurso, cuando hay necesidad de localización del concursado para determinados trámites. Se trata de una medida que guarda conexión con los deberes del cargo de administrador cuyo ejercicio en particulares circunstancias precisa su presencia en las proximidades del domicilio social para realizar las gestiones necesarias, más concretamente cuando se requiere su colaboración.
Siendo que, en este caso, además se ha adoptado con un criterio más flexible, al ampliarse el ámbito territorial donde puede establecer la residencia, no son atendibles las alegaciones sobre la incorrecta interpretación de una norma limitativa de derechos. Sin perjuicio de indicar que no se trata de una "norma penal" como califica el recurso, y de recordar que las garantías y principios de derecho penal referidas a un régimen sancionador no son aplicables en el ámbito civil: S.T.S. 23 noviembre 2004, 8 febrero 2005.
TERCERO.- Resultan desestimables las alegaciones que expresa el recurso considerando desproporcionada e injustificada la medida porque la razón de la obligación impuesta al administrador es obtener la documentación e información necesaria para tramitar este proceso, que no puede conseguirse de otra forma, dadas las circunstancias concurrentes.
La permanencia en el extranjero del administrador único de la sociedad sin gestionar su situación patrimonial supone una dejación de las funciones propias del cargo asumido, especialmente grave en un estado de crisis como el que ha motivado el concurso. Lo que justifica su citación y, en su defecto, la medida acordada.
El administrador de la sociedad concursada ha incumplido la obligación de comparecer ante el Juzgado a los efectos de colaborar y dar información, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la Ley Concursal, justificando su incomparecencia en causa de enfermedad en el extranjero; pero de los certificados presentados para acreditarlo no se desprende una imposibilidad definitiva para trasladarse a España.
La presentación de una documentación incompleta impide tramitar adecuadamente este Expediente y exige la colaboración por parte del administrador que se trata de conseguir mediante la imposición de una residencia próxima durante un tiempo limitado que permita requerirle, como representante y responsable de la sociedad, para que aporte los datos necesarios en este procedimiento.
CUARTO.- El auto apelado cumple las exigencias establecidas en el apartado 3 del artículo primero aludido, en cuanto adopta una medida específicamente prevista con observancia de los trámites necesarios, siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal que así lo solicitó, y motivando tal decisión en el sentido de exponer el objetivo perseguido y las razones que llevan a considerar necesaria esta medida, frente a las cuales no ofrece el recurrente alternativa indicando otro medio que permitiera conseguir el mismo resultado.
Las anteriores consideraciones obligan a desestimar el recurso de apelación. Con imposición de costas, de conformidad con el art. 398 L.Enj.Civil.": Auto AP Tarragona 30.09.2005 (JUR 2006/81458)

LORC art 1.3 - entrada, registro y ocupación de las dependencias de la sociedad concursada

“ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.-Por escrito de 13.4.2010 de D. Ramón, en cu calidad Administrador concursal de la mercantil Civaplas, S.L., se interesó la adopción de autorización para la entrada, registro y toma de posesión de los bienes de la concursada; alegando los hechos y fundamentos de Derecho que constan en autos.
SEGUNDO.-De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3º del art. 1 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, se dio traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones, con el resultado que obra en autos.
FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.-Son antecedentes necesarios para enmarcar la presente solicitud: 1.-que la sociedad Civaplas, S.L. solicitó concurso voluntario, siendo declarada tal situación mediante Auto de 5.6.2009, conservando la concursada sus facultades de administración y disposición; 2.-que posesionado el Administrador concursal de su cargo en fecha 8.6.2009, requirió al Administrador social D. Luis Francisco, para permitir el acceso a las dependencias de la empresa, para tomar conocimiento de los documentos contables y de los bienes y derechos de la concursada; 3.-que D. Luis Francisco, de modo deliberado y voluntario, retrasó el acceso del Administrador concursal los locales de la empresa hasta el día 1.10.2009, no permitiendo al Administrador concursal el acceso a las existencias; 4.-que en dicha fecha por el Administrador concursal se comprueba que D. Luis Francisco, ha cedido, de modo voluntario y libre, la posesión de los bienes, derechos, dependiencias, instalaciones y documentación contable a la mercantil Emilio Roldán, S.L.; 5.-que los responsables, empleados y demás dependientes de Emilio Roldán, S.L. [-cuya identidad, por ahora, se desconoce-], fueron informados por el Administrador concursal de la titularidad de la concursada sobre el uso de tales instalaciones, dependiencias, bienes y derechos, prohibiendo tales responsables -de modo consciente y voluntario-el acceso del Administrador concursal a los bienes y derechos de la concursada; 6.-que por escrito de 22.10.2009 se solicitó por la Administración concursal, por el cauce del art. 40.4 L.Co., se solicitó la suspensión de la concursada en las facultades de administración y disposición, siendo acordada mediante Auto de 10.12.2009; 7.-que la mercantil Emilio Roldán, S.L., en connivencia y de mutuo acuerdo con D. Luis Francisco, viene haciendo uso, sin título válido [-pues nada ha sido autorizado por la Administración concursal o por este Juez del concurso-] de los bienes y derechos de la concursada, así como de las instalaciones y dependencias, existiendo indicios fundados de que se están produciendo actos de disposición sobre tales bienes y derechos, con conocimiento, conformidad, anuencia y beneplácito de D. Luis Francisco, privando [-de igual modo voluntario y libre-] a la Administración concursal del acceso, tanto antes como en la actualidad, del acceso a los bienes, para su adecuado control y valoración; utilizando para ello el subterfugio de la cesión de hecho de la explotación del negocio a tercera entidad y la resolución del arriendo [-sito en la Calle Pozuelo, posterio nº 5, Polígono Industrial Ventorro del Carro, 28.925 Alcorcón, Madrid-] sobre el local en que venía realizando la actividad empresarial [-sin conocimiento, comunicación y autorización de la Administración concursal o de este Juez del concurso-] para constituirlo a favor de la nueva entidad.
SEGUNDO.-Así establecidos los antecedentes fácticos de la resolución, debe señalarse que dispone el art. 1 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, que "...desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instgancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, y tanto en los casos de suspensión como en los de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, el juez podrá acordar en cuaqluier estado del procedimiento las siguientes medidas:...3ª. La entrada en el domicilio del deudor y su registro...".
Señala la Exposición de Motivos de la indicada Ley Orgánica que "...la primera de estas disposiciones se refiere a los derechos fundamentales del deudor. Tradicionalmente, la declaración de insolvencia ha producido efectos sobre la persona del deudor, que incluso podían consistir en el arresto del quebrado...; añadiendo que "...es inevitable que en algunos casos esos efectos alcancen a derechos fundamentales de la persona del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio y libre residencia y circulación por el territorio nacional. La intervención de las comunicaciones, la imposición del deber de residencia y la entrada en el domicilio son medidas que, tanto en los supuestos de suspesnión como en los de intervención del ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado, pueden resultar necesartias para la normal tramitación del procedimiento, pero que siempre ha de adoptar el Juez con las debidas garantías y motivando en todo caso la procedencia de la resolución...".
TERCERO.-Afectando la medida solicitada al nucleo de los derechos fundamentales de la concursada, debe señalarse que es doctrina constitucional, reiterada, recogida por Sentencia del Tribunal Constitucional nº 69, de 26 de abril de 1999, que "...En lo que respecta a la titularidad del derecho que el art. 18.2 CE reconoce, necesariamente hemos de partir de la STC 137/1985, ampliamente citada tanto en la demanda de amparo como en las alegaciones del Ministerio Fiscal. Decisión en la que hemos declarado que la Constitución, «al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente de las personas jurídicas» (en el mismo sentido, SSTC 144/1987 y 64/1988 [RTC 1988\64]). Si bien esta afirmación de principio se ha hecho no sin matizaciones relevantes, entre ellas la consideración de la «naturaleza y especialidad de fines» de dichas personas (STC 137/1985, fundamento jurídico 5º). Tal afirmación no implica, pues, que el mencionado derecho fundamental tenga un contenido enteramente idéntico con el que se predica de las personas físicas. Basta reparar, en efecto, que, respecto a éstas, el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, como hemos declarado desde la STC 22/1984, fundamento jurídico 5º (asimismo, SSTC 160/1991 y 50/1995, entre otras); pues lo que se protege no es sólo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada (STC 22/1984 y ATC 171/1989), lo que indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas. Aunque no es menos cierto, sin embargo, que éstas también son titulares de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se

lleva a cabo, requieren una protección frente a la intromisión ajena. Por tanto, cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros....".

Atendiendo a tal doctrina, la medida solicitada, requiere no sólo su ponderación de su legalidad ordinaria, sino la valoración y apreciación de su legalidad constitucional, pues recayendo la entrada, registro y toma de posesión, sobre las instalaciones y dependencias donde se gestionan y almacenan los documentos mercantiles, contables y fiscales de la sociedad concursada [-aunque formalmente esté alquilada atualmente a favor de Emilio Román, S.L.-], así como los bienes de la concursada, procede aquella ponderación desde la perspectiva constitucional y de los derechos fundamentales afectados por la medida.

CUARTO.-En tal sentido señala la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 56, de 24 de marzo de 2003 [RTC 2003\56], a los efectos de fijar los requisitos o presupuestos de la adopción de la entrada y registro, que "...Nuestra doctrina ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. En las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999\239), F. 4; 136/2000, de 29 de mayo (RTC 2000\136), F. 4; y 14/2001, de 29 de enero (RTC 2001\14),

F. 8, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 de octubre [RTC 1982\62]; 13/1985, de 31 de enero [RTC 1985\13]; 151/1997, de 29 de septiembre [RTC 1997\151]; 175/1997, de 27 de octubre [RTC 1997\175]; 200/1997, de 24 de noviembre [RTC 1997\200]; 177/1998, de 14 de septiembre [RTC 1998\177]; 18/1999, de 22 de febrero [RTC 1999\18]). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión; SSTC 181/1995, de 11 de diciembre [RTC 1995\181], F. 5; 290/1994 [RTC 1994\290],

F. 3; ATC 30/1998, de 28 de enero [RTC 1998\30 AUTO], F. 4). A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e, igualmente, habrá de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una «notitia criminis» alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión. Lo que resulta exigible es la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, así cuando exista la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o que éstas pudieran ser destruidas, junto a la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos; por último, se requiere también que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro. En suma, a falta de otra indicación en el precepto constitucional, los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, lo que obliga a realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 239/1999, de 20 de diciembre [RTC 1999\239], F. 5; 136/2000, de 29 de mayo [RTC 2000\136], F. 4 y 14/2001, de 29 de enero [RTC 2001\14],

F. 8). Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito-con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, de 5 de abril [RTC 1999\49], F. 8; 166/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999\166], F. 8; 171/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999\171], F. 10; y 8/2000, de 17 de enero [RTC 2000\8], F. 4)...".

Atendiendo a tales parámetros constitucionales, no todos de aplicación al proceso civil donde se acuerda la entrada para la práctica de prueba en domicilio o dependencia de sociedad mercantil, resulta que la medida solicitada aparece como necesaria e idónea para que la Administración concursal pueda, en beneficio e interés de los acreedores, cumplir leal y diligentemente su función [-art. 35 L.Co.], entre las cuales se encuentra [-dada la suspensión de la concursada en el ejercicio de sus facultades patrimoniales-] la de posesionarse de todos los bienes, derechos, dependencias, instalaciones, y especialmente, existencias, como medida adecuada para garantizar su conservación, depósito, valoración y la continuidad de la actividad empresarial con los medios económicos existentes; debiendo recordarse, tal como señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 4.12.2008 [Roj: AJM 23/2008; concurso nº 950/08], que "...no hay prevista una verdadera diligencia de ocupación en la Ley Concursal, pero, atendiendo a las circunstancias del caso y, concretamente, al hecho de que la entidad solicitante sea una empresa que continúe su actividad, resulta conveniente autorizar

expresamente a los administradores del concurso para que puedan acceder a las instalaciones del deudor, revisar sus libros y la contabilidad y recabar cuantos documentos o información consideren necesaria para el ejercicio de las facultades propias de su cargo, así como para la elaboración de los correspondientes informes...".
Tal medida aparece como proporcionada y equilibrada, pues atendiendo a la ponderación de la restricción al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio y los fines perseguidos con la misma, cual es el dotar al concurso de los mecanismos necesarios para su continuación por sus cacues, en beneficio e interés de todos los acreedores, aquella restricción aparece plenamente justificada; justificación que se amplía al existir serios indicios de que tanto D. Luis Francisco como los responsables de la nueva empresa Emilio Roldán, s.L. están procediendo a la enajenación de las existencias de la concursada; indicios que se apoyan tanto en la identidad personal de los empleados, en la identidad de instalaciones y clientes, así como en la ocultación a la Administración concursal y al Juzgado de la existencia de tal explotación de hecho por tercera empresa y la oculta resolución por la concursada del contrato de arrendamiento sobre el local para la constitución de uno nuevo a favor de dicha empresa; por lo que agotadas las vías de los arts. 42 y 45 L.Co., denegado todo auxilio, información [-que se oculta deliberadamente-] y colaboración con la Administración concursal, procede acudir a tales medidas restrictivas de derechos fundamentales.
Tal medida aparece igualmente motivada por la parcial privación a la masa de bienes, derechos, explotaciones e instalaciones propias de la concursada, mediante el simple subterfugio de D. Luis Francisco de permitir y tolerar la explotación por tercero, lo que otorga a aquél comportamiento un juicio de gravedad, tanto intrínseca como en sus consecuencias.
Por todo ello, procede acordar la entrada, el registro y la toma de posesión solicitada.
En su virtud,
PARTE DISPOSITIVA
DISPONGO: Que estimando la solicitud de 13.4.2010 del Administrador concursal D. Ramón de la mercantil Civaplas, S.L., respecto a la entrada, registro y ocupación de bienes, derechos, documentos y demás elementos unidos a la actividad empresarial de la concursada, DEBO:
1.-acordar la entrada del Administrador concursal D. Ramón, en las dependencias e instalaciones de la mercantil Civaplas, S.L., sita en la Calle Pozuelo, posterior nº 5, del polígono industrial Ventorro del Cano, 28.925 -Alcorcón (Madrid), alquilada recientemente por su titular " DIRECCION000, CB" a favor de la mercantil Emilio Roldán, S.L.; para su registro y ocupación [-mediante su toma de posesión por el Administrador concursal-] de todos los bienes, derechos, documentos, instrumentos o elementos unidos a la actividad empresarial desarrollada en ese mismo lugar por la concursada Civaplas, S.L., y especialmente las existencias allí depositadas;
2.-se señala para la práctica de la entrada, registro y ocupación en las citadas dependencias el día 25.5.2010 a las 9:00 horas, comisionando al Sr. Administrador concursal a los indicados fines; levantando el correspondiente Acta de lo allí ocurrido;
3.-comisionar al Administrador concursal, para que requiera a la concursada a través de su administrador social, así como a la mercantil Emilio Roldán, S.L., a través de los representantes o empleados que allí se encuentren [-con entrega de testimonio de esta Resolución-], para que permitan la entrada y permanencia de la Administración concursal y sus auxiliares en las dependiencias señaladas, el registro completo de las mismas, así como permitan y faciliten la retirada y ocupación de los bienes, documentos, derechos, instalaciones, existencias o elementos, titularidad de la concursada; bajo expreso apercibimiento de delito de desobediencia a la Autoridad judicial; sirviendo la presente de requerimiento en forma;
4.-de no facilitarse el contínuo acceso a las dependencias donde se encuentra la documentación, bienes y demás elementos señalados, de denegarse dicho acceso a la integridad de los documentos, bienes y elementos indicados, de no facilitarse un lugar adecuado para su examen, o de facilitarse la retirada y ocupación de bienes y demás elementos, cualquiera de las partes podrá solicitar, de modo inmediato, de éste Juzgado la adopción de medidas alternativas, tanto reales como personales, para el adecuado cumplimiento de lo ordenado;
5.-para la debida protección y custodia de la comisión judicial en la persona del Sr. Adminsitrador concursal, así como de los demás asistentes, auxiliando a los mismos en la entrada a las dependencias de la sociedad concursada [actualmente alquilada a Emilio Roldán, S.L.-], librese Oficio al Excmo. Ayuntamiento de Alcorcón (Madrid) para que ordene la personación en el lugar y hora indicado, de una dotación de la Policía Local, a los fines señalados; cuyos gastos, tasas u honorarios serán satisfechos con cargo a la masa; debiendo remitir dicha dotación policial a éste Juzgado copia del acta de intervención, donde conste todo lo acaecido en dicho lugar y sus protagonistas.
6.-asimismo, podrá acudir la Administración concursal acompañada de auxiliares, de cerrajero para la forzada apertura de las dependencias o mobiliario que lo requiera, así como de vehículo de gran capacidad para el traslado de la documentación contable y mercantil, de los bienes, elementos e instrumentos señalados, que quedarán ocupados por la Administración concursal; cuyos gastos, tasas u honorarios serán satisfechos con cargo a la masa; ": AJM-6 Madrid 18.05.2010 (Concurso 386/2009)

Inaplicabilidad de medidas personales frente al socio, no probada su condición de administrador de hecho

"PRIMERO.- Es objeto de recurso el auto dictado por el juez de lo mercantil por el que imponía al administrador de la sociedad en concurso, APAREJADORES E INSTALACIONES CENTRO, S.L. la obligación de residir en la ciudad de Vigo durante el plazo de un mes a contar desde su primera comparecencia ante el juzgado, con apercibimiento de arresto domiciliario en otro caso. La medida, en su ámbito subjetivo, se dirigía tanto contra el administrador de la sociedad, D. José Antonio Torres Baqueiro, titular además del cincuenta por ciento del

capital social, como contra el socio titular del capital restante, D. José Luis Fontán Verde.
Es éste último el que recurre la resolución, con un doble argumento. De una parte, se sostiene que el recurrente carece de la cualidad subjetiva que permita extender la medida cautelar, pues no ostenta ninguna condición de administrador, ni de hecho ni de derecho, de la sociedad concursada. En segundo lugar, el recurrente sostiene que el auto combatido no cumple con los requisitos necesarios para fundamentar una medida como la acordada, en particular con las exigencias de idoneidad, proporcionalidad y determinación exacta del resultado y del objetivo perseguido.
Para la resolución de la cuestión planteada conviene partir de la situación de hecho que el juez mercantil ha tomado en consideración para fundamentar el auto objeto de recurso.
a) Como se desprende de las actuaciones, solicitada por un acreedor la declaración de concurso necesario de la sociedad APAREJADORES E INSTALACIONES CENTRO, S.L., el juzgado procedió al emplazamiento del deudor, tal como previene el art. 15 de la Ley Concursal. Ante la ausencia del deudor en el domicilio designado, y de conformidad con lo establecido en el apartado 7 del art. 184 LC, se realizaron diversas diligencias tendentes a la localización de quien figuraba como administrador, el Sr. Torres Baqueiro, que tampoco arrojaron resultado positivo, por lo que tras la correspondiente publicación edictal se dictó auto, fechado el día 13 de noviembre de 2008, por el que se declaraba a la sociedad en concurso necesario.
b) Por escrito con entrada el día 22 de diciembre, el administrador concursal solicitó que “se acordara lo necesario” para la localización por la policía judicial del administrador de la sociedad, Sr. Torres, así como del Sr. Fontán Verde “socio al 50% y por ende administrador de hecho de la deudora concursada”. Del mismo modo se solicitaba la intervención de las comunicaciones de ambos, la imposición del deber de residencia y de su arresto domiciliario y la entrada en sus respectivos domicilios “a los fines del concurso”. A requerimiento del propio juzgado, el administrador concursal reiteró, -esta vez en forma motivada-, su petición, que fue parcialmente compartida por el Ministerio Fiscal, que en dictamen emitido el día 12 de febrero de 2009 interesó la citación por la policía judicial de administrador y socio, con apercibimiento de detención.
SEGUNDO.- Es sabido que la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, por exigencia del art. 81 constitucional, reguló los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos fundamentales del concursado, permitiendo la intervención de las comunicaciones del deudor, la imposición de un deber de residencia, el arresto domiciliario y la entrada y registro en su domicilio.
Dentro de la diversidad de aspectos que suscita la interpretación y aplicación de su artículo primero, interesa en este lugar detenerse en la determinación del ámbito subjetivo de la medida, pues el recurrente sostiene su propia falta de legitimación, al carecer de la cualidad de administrador de la persona jurídica deudora.
En primera aproximación, el legitimado para soportar las medidas enunciadas ha de serlo necesariamente el deudor frente al cual haya sido admitida una declaración de concurso. Caso de tratarse de persona jurídica, los posibles afectados por la medida habrán de ser sus administradores, todos o alguno, y los liquidadores, tanto de los que lo fueran en el momento de la declaración de concurso como de los que ostentaron tal condición en los dos años anteriores (art. 1.2 LORC). Pese a la falta de mención legal expresa, un análisis sistemático y teleológico de la norma no dificulta la inclusión de los administradores de hecho, según es generalmente admitido.
Lo que no resulta posible, en modo alguno, es extender fuera del ámbito descrito la posibilidad de limitación por el juez del concurso de derechos fundamentales. Ello así, no podrá el socio de la persona jurídica deudora ver limitados sus derechos por tal condición. Es en este aspecto donde la Sala discrepa, acogiendo los argumentos del recurrente, del criterio seguido en la resolución combatida, lo que debe llevar a su revocación.
En efecto, ya desde la propia petición inicial del administrador concursal era detectable la falta de fundamento de la medida cuando iba dirigida contra el socio titular de la mitad del capital social. Con evidente falta de argumentación, la petición anudaba a tal cualidad el hecho de convertirse en administrador de hecho de la empresa deudora declarada en concurso. El auto recurrido omite todo razonamiento sobre la legitimación pasiva de los afectados por la medida, singularmente con respecto al recurrente, al que incluye de forma acrítica en diversas consideraciones bajo la mención genérica del “deudor”. Ello supone la infracción del deber específico de motivación impuesto en el art. 1.3 LORC, tanto más cuanto que, según es bien sabido, la apreciación de la cualidad de administrador de hecho normalmente va ligada a una necesaria depuración del material probatorio, en atención a las concretas circunstancias de cada caso sometido a enjuiciamiento.
En trámite de oposición al recurso, tanto la administración concursal como la representación del acreedor instante han querido ver en la circunstancia de que el Sr. Fontán fuera titular del cincuenta por ciento del capital fundamento bastante para predicar su cualidad de administrador de hecho, a lo que añaden el dato relativo a que el recurrente habría incluso avalado la concesión a la concursada de diversas operaciones de préstamo.
La insuficiencia del argumento es palmaria. Basta para ello recordar las líneas más generales de la figura del administrador de hecho, a saber, falta de nombramiento eficaz, carácter sistemático y no puntual del ejercicio de sus funciones, identificación de su ámbito de actividad con las funciones de los administradores legales y la autonomía efectiva en su ejercicio. Ha de demostrarse que la persona contra la que se dirige la medida actúa en la realidad del tráfico como administrador de la concursada, sin nombramiento legítimo.
Pues bien, ninguno de estos requisitos consta en el presente supuesto. Nada aparece en los autos, -hasta el momento en el que se dicta la resolución combatida-, de donde pudiera colegirse la función de administrador de hecho del Sr. Fontán en la empresa declarada en concurso. Ni la condición de ser titular de la mitad del capital social, ni el hecho de “estar al tanto de la empresa”, ni la cualidad de avalista son circunstancias, determinantes, por sí mismas, de la condición de administrador de hecho, en la medida en que no indican la existencia de un poder de dirección y control de la sociedad, con continuidad y autonomía, por lo que resulta forzado proclamar su falta de legitimación.
En su consecuencia, se estima el recurso y se revoca la resolución recurrida en el particular relativo a las medidas acordadas en relación al recurrente, sin pronunciamiento en materia de costas.”: AAP Pontevedra 09.09.2009 (Rollo 438/2009; Auto 142/2009)

Procede deber residencia administrador, pero no prohibición de salida del territorio nacional y retirada de su pasaporte

“PRIMERO Con arreglo alartículo 1 de la LO 8/2003 desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, el juez del concurso, previa audiencia del Ministerio Fiscal, podrá acordar en cualquier estado del procedimiento determinadas medidas restrictivas de derechos fundamentales del deudor enumeradas en ese precepto, que en caso de ser el concursado una persona jurídica, podrán acordarse respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores, tanto de quienes lo sean en el momento de la solicitud de declaración de concurso como de los que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores

SEGUNDO En el caso presente, y cumplimentado los requisitos procesales, procede analizar las medidas interesadas que afectan a la libertad ambulatoria del administrador de la concursada -Braulio - que asimismo lo es también de RIVIERA INVEST MAROC, que según consta en el informe del art 75 LC es participada en un 49,962 % por la concursada RIVIERA COAST INVEST SL, siendo el 50,03% titularidad de RIVIERA COAST INVEST PATRIMONIO SL (cuyos socios son el Sr.Braulio y su esposa) y el Sr.Braulio,Felisa yPedro con un 0.003? cada uno de ellos

Estas medidas son de dos tipos: a) fijación del domicilio de residencia en España, con el deber de residir en él y b) prohibición de salida del territorio nacional y retirada de su pasaporte aBraulio

Respecto de lo primero, al margen de si era o no conocido por la Admon Concursal el lugar de residencia (doc num 8), que es dudoso cuando algunos interesados exponen que se designó en actuaciones judiciales penales un domicilio en Madrid distinto al ahora indicado, de lo actuado resulta que esa medida se considera idónea para la adecuada tramitación del proceso, que precisa la presencia personal del administrador (art 42 y 45 LC) para esclarecer los complejos mecanismos de la amalgama de sociedades creadas y el destino de las sumas percibidas o transferidas a la cuenta de socios, no siendo desproporcionada si se pone en relación con el interés general que se busca y persigue con la misma (SS TC 207/1996, de 16 Dic. (RTC 1996, 207) y 3 Abr. 2002) ni implicar injerencia alguna, al ser admisible como tal el lugar de residencia familiar indicada en Benidorm, que esta ubicado en la misma provincia en la que está domiciliada la SL

TERCERO La controversia básicamente se centra en la segunda al exponerse por la concursada que: a) no tiene cobertura legal y b) en todo caso ni es proporcionada, es lesiva para el proceso concursal y está infundada

Respecto de lo primero elart 1. de la LO 8/2003 de reforma de la LOPJ contempla tres medidas restrictivas de derechos fundamentales: 1ª) La intervención de las comunicaciones del deudor; 2ª) El deber de residencia del deudor en la población de su domicilio y 3ª) La entrada en el domicilio del deudor y su registro, que tratándose de concurso de una persona jurídica, podrán acordarse también respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores

Marginadas en este caso la 1ª y 3ª, la 2ª se completa con la previsión legal de que " Si el deudor incumpliera este deber (de residencia) o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario"

A la hora de su exegesis hay que tener en cuenta lo que al respecto indica el propio legislador en la Exposición de Motivos que apunta que " La reforma concursal ha de orientarse, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, en el sentido de atemperar el rigor de esos efectos, suprimir aquéllos de carácter represivo y limitarse a establecer los necesarios desde un punto de vista funcional, en beneficio de la normal tramitación del procedimiento y en la medida en que ésta lo exija, confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso, pero es inevitable que en algunos supuestos esos efectos alcancen a derechos fundamentales de la persona del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio y libre residencia y circulación por el territorio nacional" y añade " El arresto domiciliario del concursado ha de contemplarse, además, sólo como medida extrema en aquellos casos en que infrinja el deber de residencia, incumpla la prohibición de ausentarse sin autorización judicial o existan motivos fundados para temer que lo haga"

No hay, pues, una mención expresa en elart 1 a la medida interesada de prohibición de salida del territorio nacional, que implica una limitación al derecho constitucional consagrado en elart 19 CE, habiendo aclarado el TC que el que no mencione expresamente a los extranjeros (condición del aquí afectado) no significa que carezcan siempre y en todo caso del derecho a la libre circulación por el territorio español y, específicamente, que carezcan del derecho a salir del territorio español cuando han entrado en él de forma lícita (STC 94/1993, de 22 de marzo (RTC 1993, 94)

Y es doctrina constitucional que la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional. Así en relación con el derecho a la libertad de circulación[STC 85/1989, de 10 de mayo (RTC 1989, 85), (F. 3)], o el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo SIC (RTC 1987, 32); 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86)). En la STC 49/1999 (RTC 1999, 49) se sostiene que «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981 (RTC 1981, 8), 34/1995 (RTC 1995, 34), 47/1995 (RTC 1995, 47) y 96/1996 (RTC

1996, 96)), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981 (RTC 1981, 27), -F. 10 -)»
Por tanto, y frente al parecer de la Admón Concursal, Ministerio Fiscal y acreedores, existe un déficit legal que impide al juzgador imponer directamente una medida restrictiva de derechos fundamentales como la interesada, que provoca que no pueda hacerse el análisis de su pertinencia como medida de protección del patrimonio de una sociedad participada por la concursada, reconociendo el propio sr.Braulio en otros incidentes cautelares que la totalidad del capital social que conforma la sociedad marroquí procede de la concursada, por lo que los daños que pudiera causar con su actuación como administrador de esa mercantil repercutirán directamente en la concursada y de los que deberá responder en su caso el citado Sr.Braulio
Solamente, en su caso, podría plantearse tal medida en caso de incumplimiento del deber de residencia al amparo de la expresión "el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario", sin dejar de apuntar los problemas que suscita la Ley desde la óptica constitucional, ya que como resume laSTC de 16 de julio de 2001 (RTC 2001, 169) " la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho" y aquí no figura la habilitación de modo análoga a la prevista en elart 530 LECRIM ("Para garantizar el cumplimiento de esta obligación (de comparecencia), el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte»
CUARTO Por lo novedoso de la cuestión y la ausencia de jurisprudencia sobre la misma, no se imponen costas a ninguna de las partes de este incidente": AJM-1 Alicante 22.05.2009 (AC 2009/1556; Concurso 428/2008)

Artículo 42. Colaboración e información del deudor.

1. El deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Art. 42.1

Tribunal Supremo

"TERCERO Elartículo 42, apartado 1, de la Ley 22/2.003 contiene una regla general por la que los administradores de la sociedad concursada tienen el deber de informar a los órganos del concurso de todo aquello que sea necesario o meramente conveniente para el interés de éste.
La Audiencia Provincial consideró que convenía a la tramitación del concurso conocer quien había administrado realmente la sociedad concursada, que no era otro que el ahora recurrente, oculto bajo la cobertura de una administradora aparente. Y declaró probado no sólo que esa anómala situación fue disimulada intencionadamente por ambos administradores - la de derecho y el de hecho -, sino también negada por ellos "de forma tajante y rotunda " a la administración concursal al ser requeridos al efecto.
No tiene en cuenta el recurrente en este motivo que, como destacó lasentencia 142/2010, de 22 de marzo (RJ 2010, 3920), es doctrina de esta Sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelaciones, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada.
Por otro lado, la calificación del dato ocultado como de conveniente conocimiento para la tramitación del concurso se muestra plenamente razonable, dado lo anómalo de las situaciones aparentes, normalmente buscadas de propósito para la obtención de resultados fraudulentos.": **STS 23.02.2011 (Sentencia 56/2011; Recurso 1626/2007)**

JM-1 Cádiz

"Conforme al art. 42 LC, el deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el Juez del concurso y ante la administración judicial cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Cuando el deudor sea persona jurídica estos deberes incumben a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Estos deberes alcanzan también a los apoderados del deudor y a quienes lo hayan sido dentro de dicho periodo.
En el presente caso, en virtud de dicho deber de colaboración de los deudores, se les requiere a los administradores de ambas sociedades para que en el plazo de CINCO DIAS amplíen la información sobre los siguientes extremos:
- Razones por las que no han sido formuladas las cuentas consolidadas del grupo, e identificación de los socios y administradores de la sociedad matriz, aportando la certificación del Registro Mercantil de la misma, de las solicitantes y de las demás sociedades del grupo, indicando los socios de las mismas, a efectos del art. 93.2.3º LC, completando la información aportada, y en concreto, el domicilio de todas las sociedades del grupo.

- Se amplíe la información sobre la operación de dación en pago de deuda realizada entre ambas sociedades con fecha 23 de febrero de 2008, por un precio de 14.400.000 euros.
A los administradores sociales de INMOBILIARIA AMUERGA, S.L. se les requiere para que completen la información aportada con la solicitud en el plazo de CINCO DIAS, sobre los siguientes extremos:
- Que completen el inventario de bienes y derechos, indicando el lugar en que se encuentran los bienes inmuebles (existencias) de cada sociedad (existencia inmobiliaria de INMOBILIARIA AMUERGA, págs. 1-3 del inventario); y se aporte relación detallada de todas las fincas registrales de las que es titular la sociedad, con sus correspondientes datos de identificación registral.
- Que completen la lista de acreedores con el domicilio de todos los acreedores.
- Que completen la Memoria con la identificación de los trabajadores, centros de trabajos, y órganos de representación legal o sindical de los mismos.
A los administradores sociales de JALE CONSTRUCCIONES S.A.U. se les requiere para que completen la información aportada con la solicitud en el plazo de CINCO DIAS, sobre los siguientes extremos:
- Que completen la lista de acreedores con el domicilio de todos los acreedores.
- Que completen la Memoria con la identificación de los trabajadores, centros de trabajo, y órganos de representación legal o sindical de los mismos.": Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

2. Los deberes a que se refiere el apartado anterior alcanzarán también a los apoderados del deudor y a quienes lo hayan sido dentro del período señalado.

Artículo 43. Conservación y administración de la masa activa.

1. En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario.

2. Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.

Por ley 38/2011 se dice dar nueva redacción a este apartado, aunque –salvo error- parece idéntica a la preexistente.
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a su entrada en vigor (Disposición transitoria segunda, 2, Ley 38/2011)

Art. 43.2

1. Legitimación para la solicitud de actos de disposición

1.1 No corresponde al deudor sino a la administración concursal

"PRIMERO Para resolver sobre la autorización para la enajenación de determinados activos de los ramos del negocio «Dormilón» y «Dorwin», hay que tener en cuenta que se han formulado dos solicitudes. La primera, en fecha 2 de marzo de 2005, por la Administración concursal; y la segunda, mediante escrito presentado el 8 de abril de 2005 -y complementado por la «oferta de venta» presentada el 21 de abril de 2005- por la representación procesal de las entidades concursadas. Conviene recordar que, durante el concurso, las entidades concursadas carecen no sólo de las plenas facultades de administración y disposición de sus bienes y derechos (artículo 40.1 LC), sino también de legitimación para solicitar del órgano judicial autorización para la venta de bienes que se encuentran formando parte de la masa activa. Los preceptos de la Ley Concursal que contemplan la posibilidad de solicitar del órgano judicial la autorización para la enajenación de bienes y derechos del concurso, legitiman únicamente a la Administración concursal para cursar tal solicitud. De esta manera los apartados 3 y 4 del artículo 155 expresamente establecen que debe ser la Administración concursal la que, en los casos que proceda, solicite del órgano judicial la autorización para la enajenación de biene y derechos afectos a crédito con privilegio especial; y el apartado 2 del artículo 43, que contempla la posibilidad de autorizar la enajenación de bienes y derechos que integran la masa activa, debe ponerse en relación con el artículo 188 LC que regula el régimen procesal para la concesión de tales autorizaciones y atribuye, en su apartado 1, la legitimación para presentar la solicitud a la Administración concursal y no a la entidad concursada, lo cual es plenamente acorde con la limitación de facultades a la que se encuentra sujeta esta última como consecuencia de la declaración del concurso. Por tal razón, y a pesar de que por la representación de las entidades concursadas se presentó solicitud de autorización para la venta de bienes y derechos de la masa activa, al haberse ratificado la Administración concursal, mediante escrito presentado el día 22 de abril de 2005, en su inicial solicitud, deberemos decidir la cuestión únicamente a la luz de la misma. ": Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

2. Tramitación: audiencia a las partes interesadas

"En principio la Ley no exige el conocimiento y mucho menos a aprobación de los acreedores personados pero, en función de la naturaleza y valor del bien no debe descartarse que, cuando menos, los acreedores personados puedan tener conocimiento de la solicitud, algunos autores, como la profesora Martínez Flórez, advierten de la aplicación del artículo 188.2 de la Ley que determina la necesidad de dar traslado a las partes

“que deban ser oídas”, partes que no tienen porqué coincidir con las partes personadas, sino con aquellas que tengan un interés directo y específico en la operación objeto de fiscalización. En la normativa concursal no aparecen los efectos de la enajenación sin autorización del Juez aunque por la regulación que se establece en el artículo 40 no parece que haya un verdadero obstáculo para que en caso de situaciones urgentes la disposición se realice con anterioridad y posteriormente el Juez ratifique lo realizado por los administradores del concurso o por el propio concursado. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 3

“PRIMERO Sobre la necesidad de la audiencia.- La Procuradora Dª..., en nombre y representación de las concursadas, presentó al final de la mañana del día cinco de enero de este año una solicitud de autorización de venta de la cabaña propiedad de las concursadas, y al tiempo de autorización para la disposición de las cantidades que dispone en efectivo en los bancos Popular y Urquijo, que al parecer tenían pignorados sus saldos.
Al respecto, el art. 43.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (LC) establece que «hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez». Por otro lado el art. 188 de la misma dispone la forma en que puede procederse a conceder autorización judicial.
La concursada en su escrito sostiene que carece de liquidez para atender la alimentación de una importante cabaña de ganado, unas 4.500 cabezas en Cistierna (León), y que precisamente el día de hoy ya no podría alimentarlas, aunque en la audiencia reconoce que quizá pueda hacerlo hasta el próximo miércoles.
Tal petición, sin embargo, la plantea el día cinco de enero, víspera de fiesta, cuando el día seis es inhábil, el día siete no pueden realizarse notificaciones porque el Ilustre Colegio de Procuradores ha comunicado que no las realizará, el día ocho sábado y el nueve domingo. Y lo hace, además, a última hora de la mañana, de manera que se hace prácticamente imposible resolver con audiencia de las partes, lógicamente interesadas en el destino de una parte importante del activo de las concursadas.
Es incomprensible que si esta situación existía, o si era previsible, se haya esperado a última hora de la víspera de una jornada consecutiva de fiestas para plantear una petición semejante, de manera urgente y casi sin posibilidad de comunicar a las partes la petición. Ahí queda el dato para cuando corresponda valorarlo, sin que el hecho de que ya se anunciara en octubre la dificultad de tesorería oscurezca que no se presentó un plan de liquidación con la solicitud, nunca se haya planteado la necesidad de venta anticipada con anterioridad, ni que aún se desconozca si las concursadas pretenden alcanzar un convenio o proceder a la liquidación.
Pese a todo, teniendo en cuenta las previsiones del art. 188 de la LC, se ha considerado más razonable convocar urgentemente, a través del fax remitido el mismo día cinco a los respectivos procuradores, a las partes que puedan comparecer, que decidir sin su audiencia. Aunque haya sido con muchísima premura todos han podido conocer la existencia de la audiencia y el contenido de las peticiones de la concursada y del Banco Popular Español, SA.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 10.01.2005 (AC 2005/114)

“1.- Se pide la autorización de venta antes de apertura de la fase de liquidación de las marcas BRANDT, DE DIETRICH, VEDETTE, SAUTER Y EASYCOOK, titularidad de FAGOR IRELAND LIMITED al grupo CEVITAL, en concreto, a cualquier sociedad controlada directa o indirectamente por la sociedad francesa EXAGON, SAS (matriz del grupo); el precio ofertado sería de 25 millones de euros a abonar en los plazos que se indican en el escrito.
La oferta se enmarca en otra de caracter global que incluye, además, de las marcas, activos del grupo FAGOR en Francia, España y Polonia, cuyas circunstancias se reseñan en el documento nº1 acompañado al escrito de solicitud de autorización; esta oferta, según el escrito, supondría la rehabilitación de la actividad a nivel europeo del grupo FAGOR, con el mantenimiento de mas de 1.200. puestos de trabajo en Francia, la creación de 300 puestos de trabajo en España y retomar 300 empleos en Polonia.
Esta oferta esta pendiente de la aceptación de la oferta de adquisición de la unidad productiva francesa por parte del Tribunal competente frances; esta oferta, a su vez, esta condicionada suspensivamente a la adquisición de las marcas, cuya autorización de venta se pide.
2º.- Al encontrarse el concurso de FAGOR IRELAND LIMITED aun en fase común, el art. 43.2 de la L.C. exige autorización judicial para poder proceder a la enajenación de activos como los que nos ocupan, no subsumibles en las excepciones del apartado 3º del precepto.
Consideramos que esa autorización, al no tener cauce procesal prefijado, debe de cursarse por los tramites del art. 188 L.C., precepto que regula de forma general el tramite relativo a la petición de autorización judicial.
Ese precepto prevé un traslado a las partes que deban de ser oidas respecto de su objeto por un plazo de 3 a 10 dias; ese plazo debe modularse, según el propio precepto en función de la complejidad e importancia de la cuestión; no obstante, lo anterior, sin restar importancia a la cuestión discutida, existe aqui un factor que aunque no contempla ese precepto, ha de tenerse en cuenta, como es la urgencia de la toma de decisión, habida cuenta de que el procedimiento de concurso de las filiales francesas de FAGOR se encuentra en puertas de toma de decisión sobre la oferta global antes referida, cuya condición suspensiva es la relativa a la adquisición de marcas.
Esta oferta global se considera, en principio, interesante en orden a las prioridades de la LC relativas a la conservación de la actividad y fomento del mantenimiento/creación de empleo (expositivo VI de la Exp. de Motivos, arts. 100.2, 148.1 y 149.1.3ª de la L.C.).
De la regulación de la L.C. y del Reglamento (CE) Nº 1346/2000 del Consejo se desprende el interes en una deseable coordinación entre procedimientos de insolvencia que se desarrollen entre diversos estados miembros; esta coordinación se considera tambien predicable de dos procedimientos que tengan el caracter

de principales como los que se desarrollan en España y Francia, cuando estan intimamente relacionados, como es el caso, y de la coordinación se puede derivar un beneficio reciproco.
Todas esas razones nos hacen inclinarnos por el plazo mínimo de 3 dias.
3.- Coetaneamente al traslado a las partes, se hace necesario para la debida transparencia y seguridad juridica de la operación, abrir un periodo de posibilidad de presentación de ofertas mejores con la debida publicidad.
Entendemos que esas ofertas deberan ser de indole global como la que nos ocupa, sirviendo de guia la presentada (doc nº 1).
Esta publicidad, dada la perentoridad de los plazos se hará en el tablón de anuncios del Juzgado, las paginas webs de las empresas implicadas y mediante una nota de prensa que por parte del grupo fagor se remitirá a medios de comunicación.
Se fija como fecha limite perentoria para la presentación de ofertas la del 5 de marzo; se considera que las empresas que puedan estar interesadas ya han tenido contactos tanto con el Grupo FAGOR como con la administración concursal, por lo que tampoco es necesario, ni conveniente un plazo mas largo.": Providencia 27.02.2014 JM-1 San Sebastián (Concurso 1009/2013)

3. Sentido y finalidad de la norma

JM-1 Bilbao

"Como se ha indicado, el art. 43.2 de la LC dispone la imposibilidad de venta de activos del concursado salvo que concurra autorización judicial. Lo que la norma establece es que no puede anticiparse la enajenación de bienes hasta que no se produzca la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación, debiendo aquéllos permanecer en poder del deudor, bajo la tutela de la administración concursal.
El precepto mencionado, que desarrolla las previsiones generales del art. 40, pretende mantener la actividad de la empresa, inspirándose en una voluntad que destila la norma a lo largo de todo su articulado, desde la propia Exposición de Motivos, que busca la continuidad empresarial y sólo como excepción autoriza la liquidación. La apuesta del legislador por la inalterabilidad del patrimonio persigue la conservación de bienes suficientes para la definitiva satisfacción de los acreedores.
Hay que partir del principio de que en el concurso voluntario, como dispone el art. 40.1 de la Ley Concursal, el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido su ejercicio a la intervención de la administración concursal, a través de su autorización o conformidad. La regla es que todo deudor en concurso necesario puede administrar y disponer libremente de sus bienes cuando cuenta con la autorización o conformidad de la administración concursal.
El art. 43 por lo tanto dispone una excepción a esa posibilidad: antes del convenio o la liquidación, no es posible enajenar los bienes. La excepción se dirige a asegurar la conservación y administración de la masa activa. A su vez esta excepción se puede orillar, también excepcionalmente, permitiendo la enajenación o gravamen de los bienes y derechos que la integran previa autorización del juez aun antes de alcanzarse convenio o abrirse la fase de liquidación. Por otro lado el art. 44 continúa inspirándose en la misma filosofía, pretendiendo la continuación de la actividad empresarial o profesional siempre que fuera posible, y sin perjuicio de los gastos de la masa.
Como se ha dicho, la imposibilidad de disposición no es absoluta, ni se constituye como una prohibición. Es posible que mediante autorización judicial se autorice la enajenación. Así lo dispone el art. 43.2 y se desprende igualmente de la exposición de motivos, que en el párrafo 7º del apartado IV indica «la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso».
En los casos de simple intervención de las facultades de administración y disposición del concursado, como ocurre como regla general en el caso del concurso voluntario (art. 40.1) y sucede en este concurso, será preciso que concurran tres voluntades. La primera, la del deudor, que pretende realizar un acto de administración o disposición. La segunda, la administración concursal, que tiene que prestar su autorización o conformidad a tal pretensión. La tercera, la del juez del concurso, puesto que antes de alcanzarse convenio o abrirse la fase de liquidación, la Ley exige su aquiescencia.
Pues bien, en ocasiones es necesario enajenar alguno de los bienes que componen la masa activa bien porque sea preciso obtener liquidez para garantizar la continuidad empresarial o atender los gastos de la propia masa, bien porque existan bienes consumibles, perecederos, que se devalúen rápidamente o puedan disminuir notoriamente de valor si no se enajenan en un momento concreto.
Se trata, en definitiva, no tanto de conservar a ultranza los elementos que integran el patrimonio del deudor, como de asegurar que se mantenga el valor de tal patrimonio, que es la garantía que tanto por lo dispuesto en el art. 1911 del Código Civil como por lo disciplinado en la Ley Concursal, en particular en su art. 76, tienen los acreedores para hacer efectivos sus respectivos créditos. Así se explica, en consecuencia, que el art. 43.3 autorice a realizar los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial, que no podrían perfeccionarse válidamente si no se pretendiera, justamente, conservar el valor patrimonial de la empresa por encima de los elementos específicos que conformen su patrimonio. "Auto JM-1 Bilbao 10.01.2005 (AC 2005/114)

"De nuevo la administración concursal reclama, conforme alart. 43.2 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (LC), autorización para la enajenación de ciertos bienes de una de las 19 sociedades concursadas, antes de la aprobación del convenio o la apertura de liquidación. De nuevo ha de recordarse que el precepto dispone que hasta ese momento no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.

Debe insistirse otra vez que la imposibilidad de "liquidación anticipada" a la que alude el precepto no es absoluta. No hay prohibición, sino que se supedita a autorización judicial la eventual enajenación, como explica el párrafo 7º del apartado IV de la norma al decir que "la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso".
Por lo tanto han de valorarse ventajas e inconvenientes, la finalidad que persigue la ley teniendo en cuenta, además, no que no hay acreedores que se opongan.": AJM-1 Bilbao 20.11.2008 (JUR 2009/13126)

JM-1 Madrid

"TERCERO Entrando en la cuestión relativa a la posibilidad de autorizar la enajenación solicitada por la Administración concursal, debemos poner de relieve que a pesar de que en la Ley Concursal no se prevé un trámite de liquidación anticipada -que pudiera superponerse a la fase común del concurso-, es lo cierto que existen varios preceptos dispersos en la misma que contemplan la posibilidad de la enajenación de bienes de la masa activa con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación. El artículo 43.2 LC que establece la regla general consistente en la prohibición de enajenar bienes de la masa activa hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación, permite la excepción siempre y cuando concurra autorización del Juez. El artículo 155.3 LC prevé abiertamente que pueda procederse «incluso antes de la fase de liquidación» a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. Y el apartado cuarto del mismo precepto, al encauzar el modo en que se debe proceder a la enajenación, admite que la realización de bienes afectos a privilegio especial se pueda llevar a cabo «en cualquier estado del concurso». Habida cuenta de lo anterior debemos concluir que la Ley prohíbe a la Administración concursal proceder a la enajenación de bienes y derechos de la masa activa durante la fase común, pero permite que para el caso en que concurran circunstancias que lo justifiquen - fundamentalmente el interés para el concurso-, pueda procederse a la enajenación de bienes y derechos del concurso, aunque en tal caso siempre con autorización judicial. ": Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

JM-2 Madrid

"PRIMERO Según el art. 43-2 de la Ley Concursal, «... Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez...». Ahora bien, constatada la concurrencia de circunstancias que aconsejen el otorgamiento de esa clase de autorización, la parquedad relativa del precepto comentado plantea el dilema de determinar la forma en que la enajenación o gravamen -una vez autorizados- han de llevarse a cabo. En suma, lo que se trata de dilucidar es si la autorización judicial comporta un simple asentimiento o venia para que el concursado y la Administración Concursal (o solamente ésta en caso de suspensión) lleven a cabo el acto dispositivo en la forma que estimen más conveniente para los intereses de la masa, o si, por el contrario, dicho acto ha de ejecutarse con sujeción a las normas previstas en los arts. 148 y 149 de dicha Ley que disciplinan el régimen al que ha de someterse la liquidación de la masa activa del concurso una vez abierta la fase procesal del mismo nombre, y, más concretamente, si deben o no observarse las formalidades propias de la vía de apremio de la LECiv a las que remite el art. 149-1,3ª de la Ley Concursal. Dilema que -dicho sea de paso y hasta donde este juzgador conoce- no ha sido abordado en el terreno doctrinal, ámbito en el que los distintos tratadistas acometen, con mayor o menor grado de extensión, el estudio de la naturaleza, presupuestos y fines de la autorización judicial prevista en el referido art. 43-2, pero sin de analizar las implicaciones o consecuencias prácticas que de la misma derivan.
El silencio que al respecto guarda el precepto comentado obliga necesariamente a prescindir del análisis de su componente gramatical para pasar directamente a acometer su estudio sistemático y teleológico. En tal sentido, cabe efectuar las siguiente reflexiones:
1.-La enajenación «"ex" art. 43-2» no es una enajenación de finalidad liquidatoria sino conservativa y así se desprende tanto del epígrafe del precepto («Conservación y administración de la masa activa») como del contenido normativo de su apartado 1 («...1.-En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso»). En tal sentido, señala Colino Mediavilla, comentando el citado precepto, que «... las enajenaciones o gravámenes autorizados por el juez no suponen realización o liquidación de bienes o derechos, sino que sólo responden a una finalidad conservativa». («Comentarios a la Ley Concursal», coordinada por Pulgar Ezquerra y Alonso Ureba entre otros, pág. 614), e indica en similar sentido Martinez Florez que «... Para que el juez pueda autorizar la enajenación o el gravamen de un bien, debe tratarse de un acto necesario para conservar dicho bien o su valor». («Comentario de la Ley Concursal», coordinada por Angel Rojo y Emilio Beltran, pág. 897). Se trata de un matiz que, aunque puramente académico en apariencia, incorpora una noción de evidente trascendencia práctica. En efecto, según resulta comúnmente admitido por la más autorizada doctrina, ante la necesidad de evitar que estos actos de enajenación o gravamen se traduzcan en una anticipada liquidación del patrimonio del concursado, las circunstancias que ordinariamente se aducen como capaces de justificar la autorización judicial se caracterizan en general por la nota de la perentoriedad: necesidades de tesorería para atender gastos de administración del concurso, carácter perecedero de los bienes a enajenar, susceptibilidad de rápida depreciación de los mismos, conveniencia de eludir -atendido su escaso o incierto valor- gastos de conservación (depósito, almacenaje), necesidad de ahorrar rentas del local en que se encuentran bienes de inmovilizado material en los casos de falta de continuidad de la actividad empresarial, ofertas de compra que, revistiendo interés para la masa, se formulan con vigencia temporal limitada y resultan de incierta o improbable reiteración futura, etc. En suma, circunstancias que, lejos de implicar un organizado proceso de apremio sobre conjuntos homogéneos de bienes como el que es propio del trámite liquidatorio (arts. 148 y 149 LC), generan

necesidades estratégicas singulares caracterizadas por la premura o la urgencia.”: Auto JM-2 Madrid 23.05.2005 (AC 2005/907)

“En lo referente a la solicitud para la venta de la finca registra) ZZZ 1 esta si propiedad de la concursada CENTRO ASEGURADOR, hay que tener en cuenta que la enajenación "ex Art. 43-2" no es una enajenación de finalidad liquidatoria sine conservativa y así se desprende tanto del epígrafe del precepto ("Conservación y administración de la masa activa') como del contenido normativo de su apartado 1 (" 1.-En el ejercido de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso.. "). En tal sentido, señala COLINO
MEDIAViLLA, comentando el citado precepto, que «..las enajenaciones o gravámenes autorizados por el juez no suponen realización o liquidación de bienes o derechos, sino que solo responden a una finalidad conservativa.." ('Comentarios a la Ley Concursar, coordinada por PULGAR EZQUERRA y ALONSO UREBA entre otros, pag. 614), e indica en similar sentido MARTINEZ FLOREZ que "para que el juez pueda autorizar la enajenación o el gravamen de un bien, debe tratarse de un acto necesario para conservar dicho bien o su valor.." ("Comentario de la Ley Concursar, coordinada por ANGEL ROJO y EMILIO BELTRAN, pag 897). Y es que, según resulta comúnmente por la más autorizada doctrina, ante le necesidad de evitar que estos actos de enajenación o gravamen se traduzcan en una anticipada liquidación del patrimonio del concursado, las circunstancias que ordinariamente se aducen como capaces de justificar la autorización judicial de caracterizan en general por la nota de la perentoriedad: necesidades de tesorería para atender gastos de administración del concurso, carácter perecedero de los bienes a enajenar, susceptibilidad de rápida depreciación de los mismos, conveniencia de eludir -atendido su escaso o Incierto valor- gastos de conservación (depósito, almacenaje), necesidad de ahorrar rentas del local en que se encuentran bienes de inmovilizado material en los casos de falta de continuidad de la actividad empresarial, ofertas de compra que, revistiendo interés para la masa, se formulan con vigencia temporal limitada y resultan de incierta o improbable reiteración futura, etc... En suma, circunstancias que, lejos de implicar un organizado proceso de apremio sobre conjuntos homogéneos de bienes como el que es propio del trámite liquidatorio (Arts. 148 y 149 L.C.), generan necesidades estratégicas singulares caracterizadas por la premura o la urgencia. Pues bien, haciendo aplicación de esa idea e la solicitud que ahora nos ocupa, y, atendiendo a las especificas razones invocadas por CENTRO ASEGURADOR en apoyo de aquélla, hemos de indicar: 1. Que, aún cuando la oferta de compra formulada por el sea más o menos ajustada a valores de mercado, nada autoriza a vaticinar con seriedad que, dada le tendencia incesantemente alcista del mercado inmobiliario, esa oferta no pueda mantenerse o reproducirse en el futuro -incluso con ventaja- si se tiene en cuenta que el activo de que se trata constituye un edificio situado en el la zona más céntrica de Madrid (Calle Velázquez), El simple hecha de que exista una oferta seria de compra no es motivo suficiente para justificar una operación apresurada que, hasta donde se razona en la solicitud, no vendría impuesta por necesidades perentorias e inaplazables de tesorería.
2. Que el alegato relativo al carácter antieconómico de los gastos de mantenimiento del edificio no aparece soportado por datos cuantitativos concernientes a su importe aproximado ni por una justificación documental y/o pericial capaz de respaldarlo, especialmente si se tiene en cuenta, a falta de una información cumplida sobre el particular, que su posible importe síempre podría resultar compensado por el ahorro inherente a la posibilidad de prescindir del alquiler del local alternativo que se precisaría para albergar a los 29 trabajadores que aún se encuentran en activo en la empresa, o, en su caso, mediante arrendamiento a terceros de todo o parte de las oficinas integrantes del edificio.
No es procedente, pues, acceder por el momento a la solicitud de autorización formulada, todo ello sin perjuicio de que, si en el curso de tramitación de estos autos surgieran -o se desvelasen necesidades perentorias conservativas de la naturaleza anteriormente expuesta, pueda someterse ala consideración del Juzgado cualquier nueva propuesta sobre el particular”: Auto JM-2 Madrid 10.02.2006 (Concurso 77/2005)

JM-5 Madrid

“Respecto a la primera petición, autorización de venta, debemos señalar que el principio general recogido en la ley concursal en materia de venta de bienes y derechos de la masa activa es el de su prohibición hasta que se produzca la aprobación judicial del convenio o la apertura de la fase de liquidación (artículo 43.2 LC). Ahora bien, esa regla admite la excepción de su venta o gravamen durante la fase común del concurso, pero en ese supuesto es absolutamente necesario la existencia de autorización judicial. Además en otros preceptos de la ley se recoge la mención de venta de activos durante la fase común; artículo 155.3 LC que menciona la posibilidad de venta incluso antes de la liquidación o elartículo 155.4 LC que se refiere a la venta de bienes en cualquier estado del concurso. Del juego de estos preceptos se puede concluir que el legislador ha previsto la posibilidad de venta de bienes en la fase común. Sin embargo esa posibilidad no implica sin más, que se autorice judicialmente la venta en cualquier supuesto. Solo cuando concurran circunstancias relevantes para los intereses del concurso se podrá conceder dicha autorización.
En este sentido, no debe olvidarse que elartículo 43.2 de la LC, que recoge la excepción a la regla general, se encuentra ubicado dentro de capítulo 1ª, del Título III, y tiene como rúbrica la de conservación y administración de la masa activa. Es decir, toda medida de venta de bienes de la masa activa durante la fase común ha de responder a la idea de conservación o mantenimiento del valor de la masa, para la íntegra o máxima satisfacción de los créditos incluidos en la masa pasiva, de manera que esa medida no pueda perjudicar a los acreedores. Estamos, por tanto, en presencia de una manifestación de uno de los principios esenciales de la legislación concursal, consistente en que toda actuación ha de estar presidida por el interés del concurso.
Se ha venido entendiendo que la autorización puede responder a una doble finalidad:
a) Garantizar la conservación del bien, permitiendo así la venta de mercancías perecederas, de difícil o imposible conservación.

b) Garantizar el valor del bien., para los supuestos de bienes de rápida depreciación.
Desde un punto de vista doctrinal se ha considerado que está justificada la autorización de enajenación en los siguientes casos:
Cuando tras la realización de los actos necesarios para la conservación el valor del bien sería inferior a la suma de dicho valor antes de la conservación más los gastos efectuados para la misma
Cuando pueda adquirirse un bien nuevo similar por el precio de reparación del que se encuentra en la masa concursal
Bienes de lujo destinados al recreo del concursado cuyos mantenimientos supongan gastos y no produzcan ningún tipo de rendimiento o beneficio
Bienes cuyos gastos de depósito durante el concurso alcance casi el valor del propio bien,
Bienes que se deprecien rápidamente con el paso del tiempo y que además, exijan determinados gastos de mantenimiento o conservación - tales como automóviles, equipos informáticos.
Bienes perecederos
Por lo tanto, a la vista las anteriores consideraciones se entiende que solo cabe que el Juez del concurso autorice a la Administración concursal para la enajenación de bienes y derechos, o de bienes, o de derechos, de la masa activa cuando sea imprescindible para el mantenimiento del valor de ésta, o para evitar que la permanencia de determinados bienes o derechos en la misma suponga un lastre que haga previsible que la minorará gravemente. Fuera de estos supuestos, la Ley parece querer que se esté a la espera de la apertura bien de la fase de convenio, bien de la de liquidación (artículo 43.2 LC) para que en ellas la Administración concursal, siguiendo las directrices plasmadas en el convenio aceptado por los acreedores y aprobado judicialmente, o en el plan de liquidación finalmente aprobado -o en su defecto en las normas supletorias-, pueda proceder a la enajenación de los bienes y derechos pertenecientes a la masa activa.": AJM-5 Madrid 19.11.2009 (JUR 2010/94304; Concurso 810/2008)

JM-6 Madrid

"PRIMERO.-El principio general recogido en la Ley Concursal [en adelante L.Co.] en materia de venta de bienes y derechos de la masa activa es el de su prohibición hasta que se produzca la aprobación judicial del convenio o la apertura de la fase de liquidación (art. 43.2 L.Co.). Ahora bien, esa regla admite la excepción de su venta o gravamen durante la fase común del concurso, pero en ese supuesto es absolutamente necesario la existencia de autorización judicial.
En este sentido, no debe olvidarse que el art. 43.2 de la L.Co, que recoge la excepción a la regla general, se encuentra ubicado dentro de Capítulo 1º del Título III, que tiene como rúbrica la de conservación y administración de la masa activa. Es decir, toda medida de venta de bienes de la masa activa durante la fase común ha de responder a la idea de conservación o mantenimiento del valor de la masa, para la íntegra o máxima satisfacción de los créditos incluidos en la masa pasiva, de manera que esa medida no pueda perjudicar a los acreedores. Estamos, por tanto, en presencia de una manifestación de uno de los principios esenciales de la legislación concursal, consistente en que toda actuación ha de estar presidida por el interés del concurso.
SEGUNDO.-Por lo tanto, a la vista de las anteriores consideraciones se entiende que sólo cabe que el Juez del concurso autorice a la Administración concursal para la enajenación de bienes y derechos [o de bienes, o de derechos] de la masa activa cuando sea imprescindible para el mantenimiento del valor de ésta, o para evitar que la permanencia de determinados bienes o derechos en la misma suponga un lastre que haga previsible que la minorará gravemente y, además, siempre con carácter previo, el otorgamiento de la compraventa.
Fuera de estos supuestos, la Ley parece querer que se esté a la espera de la apertura bien de la fase de convenio, bien de la de liquidación (art. 43.2 LC) para que en ellas la Administración concursal, siguiendo las directrices plasmadas en el convenio aceptado por los acreedores y aprobado judicialmente, o en el plan de liquidación finalmente aprobado -o en su defecto en las normas supletorias-, pueda proceder a la enajenación de los bienes y derechos pertenecientes a la masa activa.
Dicho en otros términos, existen supuestos en que la correcta y exigible conservación de la masa activa y su valor patrimonial (en beneficio de la masa pasiva) exige y hace imprescindible la enajenación y realización de actos de disposición patrimonial sobre bienes y derechos de la concursada; siendo indiferente su importancia proporcional o valor respecto al activo patrimonial, pues no es éste el parámetro tenido en cuenta por el art. 43.2 L.Co., sino la adecuada conservación del patrimonio y su valor; de tal modo que la decisión judicial, evitando la liquidación anticipada del patrimonio, pero anteponiendo el interés general y la adecuada conservación del valor patrimonial, puede -previa ponderación de los intereses en conflicto y en evitación de circunstancias negativas- autorizar la venta de aquellos bienes que minoran, perjudican o pueden perjudicar la masa activa y su valoración.
TERCERO.-Si ello es así, resulta que lo pretendido por la norma analizada es la conservación dentro del activo patrimonial de aquellos bienes y derechos titularidad de la concursada, pero tal principio general vence cuando en los bienes y derechos concurren circunstancias fácticas que perjudican el interés de la masa, pudiendo señalarse, de modo ejemplificativo y no exhaustivo: 1.-cuando los bienes corran el riesgo de perderse o deteriorarse por el mero paso del tiempo; 2.-cuando los derechos corran el riesgo de perjudicarse en su calidad o garantías por el paso del tiempo y circunstancias del tercero deudor; 3.-cuando el valor del bien
o derecho corra el riesgo de ver minorado su valor por cualesquiera circunstancias, incluidas las de mercado; 4.-cuando para la consecución del interés del concurso sea necesaria la venta de bienes -p.ej. la consecución de liquidez para la continuación de actividad empresarial [beneficiosa económicamente para la masa] o el pago de los gastos del concurso]-; 5.-cuando el mantenimiento y mera custodia y depósito de los bienes
o derechos supone un coste proporcionalmente elevado, sin existir de presente actividad empresarial y no suponer rendimiento alguno; 6.-cuando, tratándose de bienes deteriorados, la reparación del bien suponga un

porcentaje que no justifique tal actuación; entre otras.
CUARTO.-Atendiendo a tales parámetros, resulta que la necesaria ponderación -a la que antes se hizo referencia- judicial de los intereses concurrentes, de la regla general y su excepción, requerirá, necesariamente: 1.-la determinación e identificación de los bienes y derechos cuya disposición se pretende; 2.-la determinación de la naturaleza del acto de disposición que se pretende; 3.-la determinación e identificación de los elementos esenciales del negocio jurídico pretendido, en lo relativo a su sujeto o sujetos, objeto (venta global o venta en bloques o individualizada, razonando la conveniencia y oportunidad de tal opción desde la perspectiva del interés de la masa) y precio y forma de pago, plazo para la formalización de la venta, tributos que la gravan, etc, así como causa negocial; y 4.-la determinación de los hechos concurrentes en la naturaleza o circunstancias de los bienes o del mercado, que justifican -entre las antes citadas u otras concurrentes- la excepcionalidad y la solicitud de disposición patrimonial.
QUINTO.-Estando a los criterios y elementos valorativos señalados, preceptos y argumentos, procede autorizar la venta de la finca e instalaciones en ella ubicadas afectas a la indicada unidad productiva, pues finalizada la actividad productiva de la concursada en lo relativo a la fabricación y comercialización de helados bajo la marca "Royne", su conservación dentro del patrimonio social mediante su cuantiosa custodia y conservación resulta antieconómica para el interés de la masa; lo que hace útil y razonable su venta.": AJM-6 Madrid 09.01.2012 (Concurso 239/2011)

Congreso 2005

"El artículo 43.2 prohíbe las enajenaciones salvo que cuenten con la autorización del Juez, lo que en la práctica ha supuesto que en muchas ocasiones bien el concursado bien la administración concursal reclamen del Juez esta autorización excepcional para hacer frente a situaciones que pueden parecer excepcionales desde una perspectiva legal pero que en la práctica cotidiana se dan con frecuencia. En estos casos el Juez debe actuar con ciertas cautelas y, entre ellas, la de evitar que la enajenación de activos sirva para hacer frente al pago de deudas contra la masa en una fase anterior a la liquidación – prohibición expresamente recogida en el artículo 154.2 de la Ley. Esta prohibición genera tensiones que incluso podrían llegar a comprometer el buen fin de un posible convenio ya que el convenio no puede adoptar disposición alguna respecto del pago de los créditos contra la masa, pago que debe hacerse conforme vayan venciendo los mismos y sin sometimiento ni a quitas ni a otras esperas que las derivadas de la existencia de tesorería en la concursada y, en su caso, activos realizables.- Estas deudas contra la masa en caso de continuidad de la actividad empresarial pueden comprometer seriamente el patrimonio de la concursada y los intereses de los acreedores concursales. Reproduciendo las palabras de la profesora Martínez Flórez con estas restricciones "se pretende evitar la liquidación paulatina de los bienes, puesto que la misma podría constituir un obstáculo para el convenio" [Aurora Martínez Flórez en la obra colectiva Comentario de la Ley Concursal, coordinado por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004.]. Siguiendo esta misma línea argumental si el concurso desde su arranque se configura como de liquidación los obstáculos para la enajenación de activos antes de la apertura de la fase de liquidación deben reducirse o, por lo menos, ponderarse con otros intereses del concurso. Este tipo de autorizaciones responden a uno de estos dos factores: a) Garantizar la conservación del bien.- Permitiendo la venta de género perecedero, de difícil o imposible conservación. b) Garantizar el valor del bien.- Autorizando bienes de rápida depreciación cuyo valor en fase de liquidación puede ser irrisorio. La profesora Martínez Flórez a modo de ejemplo enumera algunos casos en los que está justiciada la enajenación:
- Cuando tras la realización de los actos necesarios para la conservación el valor del bien sería inferior a la suma de dicho valor antes de la conservación más los gastos efectuados para la misma,
- Cuando pueda adquirirse un bien nuevo similar por el precio de reparación del que se encuentra en la masa concursal,
- Bienes de lujo destinados al recreo del concursado cuyos mantenimientos supongan gastos y no produzcan ningún tipo de rendimiento o beneficio,
- Bienes cuyos gastos de depósito durante el concurso alcance casi el valor del propio bien,
- Bienes que se deprecien rápidamente con el paso del tiempo y que, además, exijan determinados gastos de mantenimiento o conservación – tales como automóviles, equipos informáticos.
Se observan en la práctica algunos supuestos de liquidación anticipada que generan serios problemas legales:
***** La solicitud de venta de stocks de escaso valor en el mercado que plantean dificultades en su depósito porque pueden llegar a gravar en exceso la masa.- Si el Juzgado exige aguardar a la espera de la liquidación puede incrementarse la deuda contra la masa – pago de rentas de una nave en la que estén depositados los bienes -. Es habitual que se reclame la venta inmediata incluso por adjudicación directa de estos stocks de empresas en liquidación e incluso la venta de pequeño utillaje y chatarra o bienes en desuso y con poca salida en el mercado.- En estos casos deben ponderarse algunos factores para facilitar la autorización:
- La identificación efectiva de los bienes, incluso facilitando fotografías del estado de los mismos, complementadas en su caso por el informe de la administración concursal o de un perito,
- Valor real de los bienes.- para ello es imprescindible que la administración concursal anticipe el inventario – así lo permite el artículo 82.1 al hablar de que la Administración concursal a la mayor brevedad posible elaborará un inventario -, o cuando menos disponga de una valoración de los bienes que permita al juez fijar los parámetros para la venta,
- La habilitación de un proceso transparente y ágil de ventas por medio de la presentación de ofertas en el Juzgado,
- Efectos de la no enajenación en las deudas contra la masa – gastos de depósito – e impacto del incremento de estas deudas en las previsiones de pago a los acreedores concursales.

* Los mecanismos de resolución de contratos con obligaciones recíprocas y restitución de bienes, así como la asunción por la masa de algunas obligaciones derivadas de la resolución o del cumplimiento,
* El cese de la actividad y la extinción total o parcial de los contratos laborales antes de la presentación del informe también puede considerarse una operación liquidatoria.- En la práctica de los Juzgados mercantiles es habitual que en concursos de liquidación el concursado o la administración concursal reclamen el anticipo de estas medidas al objeto de no cargar nuevos créditos a la masa del concurso – salarios devengados, retenciones e impuestos. "_ II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 3

4. Forma de enajenación

Congreso 2005

"En cuanto a los mecanismos de enajenación nada dice la ley en los preceptos citados lo que podría determinar que el Juez del concurso exigiera a los administradores concursales una propuesta de liquidación que avanzara algunos aspectos del plan de liquidación, a falta de esta propuesta de liquidación o venta por parte de los administradores del concurso al Juez no le quedan más opciones legales que las de la subasta, sin embargo las especiales circunstancias y necesidad que llevan a autorizar la venta en esta fase del concurso chocan con los formalismos del sistema de subasta, las publicaciones y la formalización de los requisitos de la subasta pueden demorar durante varias semanas la venta frustrando la celeridad y con grave riesgo de incrementar las deudas contra la masa. En la práctica del primer año de aplicación de la Ley las ventas realizadas en esta fase del procedimiento se han materializado bien por medio de adjudicación directa bien por medio de la presentación de plicas cerradas al Juez del concurso.": II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 3

JM-2 Madrid

"2.-Esa premura o urgencia a que acaba de hacerse alusión, como nota definitoria de la finalidad conservativa de valor inherente a las autorizaciones de venta de que tratamos, resulta difícil de conciliar con la necesaria observancia de preceptos como el art. 149-1, 3ª de la Ley Concursal a cuyo tenor «... Los bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio»: a) En unos casos, porque la obligada dilación de los trámites correspondientes al procedimiento de apremio es capaz de malograr de modo definitivo e irreversible la operación de venta (piénsese en el perecimiento natural de los productos, la depreciación considerable de las existencias, la pérdida definitiva -y de dudosa reproducción futura- de una oferta de compra aceptable, etc.); b) En otros casos, porque esa misma dilación comporta el mantenimiento en el tiempo de costes (depósitos, rentas, etc.) cuya importancia económica, unida a la de los gastos ineludibles del apremio judicial (peritaciones, publicaciones, etc.), es capaz de absorber y neutralizar plenamente cualquier virtual mejora de precio -en todo caso de probabilidad sumamente discutible- que el sistema de pública licitación pudiera propiciar.
3.-En tales circunstancias, la distinción entre finalidad liquidatoria y finalidad conservativa acarrea otro tipo de consecuencia que, aunque de importancia relativa si se considera de forma aislada, contiene implicaciones de entidad no desdeñable dentro del entramado de las consideraciones que preceden. En efecto, toda la disciplina relativa a la liquidación del patrimonio del concursado (arts. 148 y 149) está diseñada en torno al principio de enajenación unitaria (o, en su defecto, del menor número posible de enajenaciones de unidades productivas autónomas), lo que, en condiciones normales, supone la concentración de todos los gastos que genera el apremio en torno a un solo trámite (o, en el peor de los casos, en torno a un escaso número de trámites), por lo que, comparativamente, resultaría francamente antieconómico -y manifiestamente contrario a los intereses del concurso- asumir íntegramente el mismo o similar coste cuando de lo que se trata no es de la enajenación global sino de la venta singular de algún bien concreto como la que tiene lugar en aplicación del tantas veces citado art. 43-2 LC.
4.-También es importante destacar que, aún en el caso de que nos decantásemos por la tesis de la obligada observancia de la disciplina propia de la fase de liquidación para ejecutar las enajenaciones autorizadas al amparo del art. 43-2, nada autorizaría a aplicar prioritariamente la norma contenida en el art. 149-1,3º anteriormente trascrito (remisión al procedimiento de apremio de la LECiv) cuando lo que esa norma configura es un sistema que la propia Ley conceptúa como «supletorio» y solamente aplicable en defecto de aprobación del plan de liquidación que regula el art. 148. En efecto, la Ley Concursal prioriza sobre el sistema de pública licitación un mecanismo («plan de liquidación») caracterizado por la más amplia libertad de criterio imaginable en torno a la elección de las fórmulas o técnicas de realización de bienes que en cada caso puedan juzgarse convenientes. Sistema cuya aprobación por parte del juez solamente se condiciona a la observancia de un previo trámite contradictorio (puesta de manifiesto en la secretaría del juzgado del «plan de liquidación» elaborado por la Administración Concursal, posibilidad de que el deudor y/o los acreedores formulen observaciones o propuestas de modificación y nuevo informe, en este último caso, de la Administración Concursal) que, en esencia, no difiere excesivamente del que, con base en el art. 188 LC, debe preceder al otorgamiento de una autorización de venta «"ex" art. 43-2» (traslado de la solicitud de autorización formulada por la Administración Concursal a todas las partes a quienes concierna y posibilidad de alegaciones por parte de éstas). Pues bien, siendo ello así, no parecería consecuente sostener para estas enajenaciones perentorias de finalidad conservativa la observancia a ultranza de las formalidades de realización reguladas en la LECiv cuando es el propio legislador quien, incluso en trámite de liquidación global, considera preferible

la adopción de sistemas de enajenación alternativos y acompasados a las necesidades de cada caso de acuerdo con los intereses del concurso y las oportunidades de venta que coyunturalmente puedan suscitarse.
5.-Finalmente, destacar que en el terreno doctrinal parece unánime la consideración de que a los actos de enajenación o gravamen que, precisados de la autorización judicial prevista en el art. 43-2, se lleven a cabo prescindiendo de ella, no les resulta de aplicación el art. 6-3 del Código Civil y no pueden, por tal motivo, reputarse nulos de pleno derecho, de tal suerte que, si en un examen «ex post» el juez llega a la conclusión de que el acto dispositivo en cuestión resulta provechoso para la masa, cabe subsanar aquella falta de autorización mediante la convalidación judicial de lo ya ejecutado (obras citadas, págs. 615 y 898 respectivamente; en idéntico sentido, Tapia Hermida en «Comentarios a la Legislación Concursal», dirigida por Sanchez-Calero y Guilarte Gutierrez, pág. 831; también Zurilla Cariñana en «Comentarios a la Ley Concursal », dirigida por Bercovitz Rodriguez-Cano, págs. 379 y 380). Apreciación de la que, de manera indirecta, se extrae también la consecuencia de que no pertenece a la esencia de tales actos la observancia de ritos procedimentales específicos, toda vez que, si ha de considerarse jurídicamente eficaz un acto dispositivo llevado a cabo con el informalismo característico del mercado por el hecho de ser judicialmente convalidado con posterioridad, nada parece oponerse a que sea el propio juez quien, «ex ante» y atendidas las razones de conveniencia o premura concurrentes en cada caso, otorgue la autorización exigida por el art. 43-2 determinando al propio tiempo de manera discrecional, una vez oídos los interesados (art. 188 LC), las concretas condiciones en que la venta que autoriza haya de tener lugar.
SEGUNDO Llegados a este punto, obligado resulta concluir que el silencio que al respecto guarda el art. 43-2 LC, lejos de representar un olvido involuntario, constituye el fruto de una opción legislativa implícita con arreglo a la cual, en el trance de elegir entre -por un lado- el otorgamiento al solicitante de libertad absoluta para la enajenación y -por otro- la inexorable observancia de los trámites del apremio judicial previstos en la LECiv, se quiere que impere un sistema híbrido caracterizado por la discrecionalidad judicial donde sea el titular del órgano quien, a su prudente arbitrio y de manera en cierto modo paralela a la disciplina de liquidación configurada como prioritaria en el art. 148 LC, determine el precio, la forma y las condiciones bajo las que autoriza la realización del acto dispositivo de que se trate. Tarea sin duda delicada en cuyo desempeño cuenta el juez con el asesoramiento de la Administración Concursal, integrada por profesionales cualificados a los que no cabe suponer otra inclinación que no sea la defensa de los intereses del concurso y cuya actuación, tanto en éste como en otros aspectos, se encuentra limitada por un sistema de responsabilidad característico (art. 36 de la Ley Concursal). Lo que -huelga decirlo- tampoco excluye necesariamente la eventual adopción del sistema de pública licitación contemplado en la LECiv si las circunstancias de tiempo y la entidad del bien a enajenar o gravar así lo aconsejan, y todo ello sin perjuicio, desde luego, de la obligada observancia de trámites específicos en los supuestos en que la Ley así lo exige de manera expresa (v. gr. realización en cualquier estado del concurso de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, art. 155-4 LC).“: Auto JM-2 Madrid 23.05.2005 (AC 2005/907)

4.1 Autorización para venta directa

JM-1 Madrid

“OCTAVO La opción para la venta directa abarca la totalidad de los bienes que relaciona la Administración concursal en relación con la rama de negocio «Dormilón», esto es derechos de propiedad industrial que permiten la fabricación y comercialización de los productos para el descanso que se distinguen con la marca «Dormilón» de los que es titular Dorlast, SL a las existencias, a las materias primas, a los productos semielaborados o productos terminados propiedad de Dorlast, SL correspondientes a productos para el descanso de la marca «Dormilón», así como a la maquinaria propiedad de Dorlast, SL con la que se realiza la fabricación de los productos para el descanso que se distinguen con la marca «Dormilón». La posibilidad de venta directa de un bien o derecho afecto a privilegio especial, se encuentra contemplada en el artículo 155.4 LC que prevé que el Juez la autorice a fin de que la Administración concursal proceda a la misma. Es cierto que el referido precepto hace referencia a la posibilidad de su autorización por el Juez a un oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado. En el presente caso debemos tener en cuenta que la solicitud de autorización se realizó sobre la base del precio total ofertado por Flex Equipos de Descanso, SA, que ascendía a 2.300.000 €. En tal oferta se especificaba que, del total del precio, 600.001 euros correspondían a la marca española «Dormilón» registrada con el núm. 771.181, correspondiente a la clase 20ª, con lo que se superaba el precio pactado en la escritura de constitución de hipoteca para que sirva de tipo de la subasta en caso de ejecución, según consta en la disposición 7.3 letra c) de la escritura pública de constitución de hipoteca sobre tal derecho de propiedad industrial. Ahora bien, no podemos olvidar que la oferta para la adquisición, de la entidad Flex Equipos de Descanso, SA englobaba otra clase de bienes, y que a esa se han sobrepuesto otras correspondientes a diferentes entidades. Debe entenderse que es la Administración concursal la que puede valorar de manera más eficaz la conveniencia de que la enajenación de los bienes y derechos se haga mediante venta directa o a través de subasta. Ahora bien, al encontrarse integrado dentro de los bienes objeto de autorización el derecho de propiedad industrial gravado con hipoteca, la Administración judicial, en uso de la facultad que se le confiere, deberá observar los siguientes límites: 1) la autorización para la enajenación de tal derecho se otorga con la condición de que el precio de adquisición de tal derecho de propiedad industrial debe ser en todo caso superior a 600.000 euros; y 2) que para el caso de enajenación separada del derecho de propiedad industrial gravado con hipoteca mobiliaria, o de un lote de bienes entre los que se encuentre el referido derecho, la enajenación se deberá anunciar en todo caso en el tablón de anuncios del Juzgado según lo previsto en el apartado 4 del artículo 155 LC, y al concurrir -ya en este momento- diversas ofertas de adquisición sobre tal derecho se abrirá licitación, debiendo

los interesados en participar consignar la cantidad del 10% del precio mínimo de enajenación de tal derecho, y adjudicándose al mejor postor que acepte las condiciones que en su día se publiquen.
En cuanto a los demás bienes, no podemos olvidar que, aunque la venta directa se encuentra prevista en el artículo 155.4 LC para los bienes y derechos afectos a privilegio especial, el hecho de que en el presente caso la autorización para la venta directa se haya promovido respecto de un conjunto de bienes entre los que se encuentra un derecho afecto a privilegio especial, y habida cuenta de la globalidad como se han configurado las distintas ofertas de adquisición, deberá autorizarse tal forma de venta respecto de todos los bienes que forman parte del conjunto propuesto por la Administración concursal -con las limitaciones antedichas para el caso del derecho sujeto a gravamen hipotecario-, sin que sea necesario respecto de los demás bienes referencia a precio pactado alguno que no se exige por parte de la Ley. La autorización a través del método de venta directa de los demás bienes debe entenderse posible a la luz de lo previsto en el artículo 43.2 LC.": Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

" (….) Por último se afirma que la discrecionalidad concedida a la Administración concursal para determinar el procedimiento por el que se podrá proceder a la enajenación de los activos del ramo de negocio «Dormilón» titularidad de Dorlast, SL infringe el mandato contenido en el artículo 155.4 y 149.1.3º LC.
TERCERO 1. Debemos empezar el examen del recurso por el último de los motivos. A través del mismo se quiere combatir la discrecionalidad que el órgano judicial ha atribuido a la Administración concursal en relación con el procedimiento para la enajenación de los activos objeto de autorización. En la estructura de la parte dispositiva del Auto impugnado, se hacen varias referencias a las facultades de opción atribuidas a la Administración concursal en orden a la elección del método de la enajenación. En la parte dispositiva del Auto de 17 de abril de 2005 se atribuye a la Administración concursal la posibilidad de optar por la venta de los activos objeto de la resolución bien vía publica subasta, bien directamente, en los puntos 1 y 3, si bien respecto de la marca española «Dormilón» registrada con el núm. 771.181 correspondiente a la clase 20ª en la OEPM se matiza dicha opción en el punto 2 de la resolución. Debe decirse desde este momento que la facultad de opción atribuida a la Administración concursal para que pueda elegir entre la venta directa de los activos o la pública subasta, proviene de la solicitud que la misma realizó en el escrito presentado en fecha 2 de marzo de 2005. Es la Administración concursal la que después del análisis económico de la situación patrimonial de la concursada entendió que era adecuado para optimizar los ingresos derivados de la enajenación, que se le facultase para la citada opción. No debemos olvidar que la Administración concursal está integrada por un economista. El juicio que les llevó a tal solicitud fue en todo caso un juicio de oportunidad que excede a lo puramente jurídico. Y quien está en mejores condiciones para llevarlo a cabo es precisamente la Administración concursal o el empresario concursado. Debe resaltarse que la entidad concursada se mostró en este punto de acuerdo con la solicitud de la Administración concursal (escrito presentado en fecha 17 de marzo de 2005). Además, no podemos olvidar lo que se ha puesto de manifiesto en el primer fundamento jurídico de esta resolución. El Juez del concurso no gestiona el patrimonio del concursado, ni interviene sus facultades patrimoniales. Sólo se configura como órgano rector del procedimiento. Y en este papel que la Ley le asigna, ha autorizado la venta de determinados activos titularidad de Dorlast, SL en los términos expuestos en el Auto recurrido.
2. Por otro lado, debe tenerse en consideración que la venta directa de activos se contempla expresamente en el artículo 155.4 LC que regula la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial. El citado precepto establece que tal clase de bienes y derechos -afectos a privilegio especial- «se hará en subasta». Esta es la regla general. A continuación se instaura la excepción: «salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa». Pero hay que acotar dicho precepto a los bienes y derechos a los que se refiere. Por ello, no es válida la conclusión de que la venta directa sólo cabe en el caso de bienes y derechos afectos a privilegio especial. Al contrario. A pesar de que la Ley no se muestra partidaria de que tal clase de activos se enajenen a través de otro medio diferente al de subasta, se contempla la posibilidad de venta directa de los mismos. Pero la contrariedad de la Ley para que en la enajenación de los bienes y derechos afectos a privilegio especial se haga un uso de un método distinto al de subasta deriva de sus especiales características. No podemos olvidar que el bien o derecho afecto sale del patrimonio del concursado permaneciendo el gravamen, y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor que se excluye de la masa pasiva. De ahí que si para los bienes afectos a privilegio especial se prevé la posibilidad de quebrar la regla general de subasta, para los bienes y derechos afectos que no están sometidos necesariamente a la regla general de subasta, con mayor motivo cabe la autorización de venta directa. Por esto no cabe extraer que respecto de lo demás bienes en los que no concurra la especialidad de encontrarse afectos a privilegio especial sólo quepa la enajenación mediante subasta. Respecto de éstos -y a falta de disposición expresa al respecto- deberá actuarse como si de la fase de liquidación se tratara. No obstante, no puede pasarse por alto que el artículo 149.1.3º LC que la parte recurrente estima infringido, a pesar de encontrarse en sede de liquidación, es una regla legal supletoria. Y precisamente por su supletoriedad no entra en juego caso de haberse aprobado un plan de liquidación. Y, en fase de liquidación, no existe ninguna prohibición para que en el referido plan se contemple la posibilidad de venta directa de bienes y derechos, quedando siempre a salvo las reglas -especiales, que no supletorias- del artículo 155 LC. Eso no significa que la autorización para la venta directa pueda llevarse a cabo sin ningún tipo de formalismo. Pero tales formalismos no podrán exceder de los contemplados en el artículo 188 LC que -es de advertir- coinciden prácticamente con los previstos en el artículo 148.2 LC. De ahí que no pueda estimarse que la posibilidad ofrecida a la Administración concursal para que elija a fin de enajenar bienes y derechos no afectos a privilegio especial bien por la subasta, bien por la venta directa, infrinja lo previsto en el artículo 149.1.3º LC porque este es un precepto que contiene una regla supletoria, aplicable únicamente en fase de liquidación y para el caso de inexistencia de un plan de liquidación, lo cual no es el supuesto de hecho objeto de discusión.": Auto JM-1 Madrid 13.06.2005 (AC 2005/1130)

JM-4 Madrid

"CUARTO La autorización para venta directa es la pertinente en este caso *[vehículo usado no necesario para la actividad]*, puesto que, aunque la Ley Concursal solo se refiere a ella a propósito de la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (artículo 155 núm. 4), es el cauce más adecuado cuando sea precisa una actuación ágil y que no grave con costes innecesarios a la masa. Porque el procedimiento de subasta o los demás previstos la LECiv sólo los contempla la Ley Concursal (art. 149) con carácter subsidiario a las propuestas que efectúe la administración en el plan de liquidación (art. 148), lo que no cierra las puertas a mecanismos más ágiles de realización de bienes en el marco del concurso en función de las circunstancias que concurran en cada caso.
QUINTO El otorgamiento de la autorización debe quedar sujeto, no obstante, a que se cumplan una serie de garantías que impone el juzgador para garantizar la transparencia de la operación. En concreto: 1º) la venta se realizará con la intervención de la administración concursal de HIDROPLASTIC SA.; 2º) el precio de la transmisión no podrá ser inferior a 4.000 euros, según la valoración mínima apuntada por la administración concursal para este tipo de vehículos industriales de segunda mano, y el pago del mismo deberá efectuarse al contado; y 3º) las condiciones de la venta y el contenido de la presente autorización deberán publicarse en el tablón de anuncios de este juzgado, de modo que dentro del plazo de 10 días siguientes a dicha publicación puedan presentarse postores que ofrezcan una cantidad superior al mínimo fijado, lo que daría lugar, si existiese más de uno, a que se abriese licitación entre los oferentes. No resulta indispensable, atendiendo al reducido volumen de la operación, que se efectúe además una publicación ni en diarios oficiales ni en otros medios de comunicación que encarecerían y sobre todo dilatarían la realización de la misma.": Auto JM-4 Madrid 14.06.2005 (AC 2005/966)

"CUARTO La autorización para venta directa es la pertinente en este caso *[muebles usados no necesarios para la actividad]* puesto que, aunque la Ley Concursal solo se refiere a ella a propósito de la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (artículo 155 núm. 4), es el cauce más adecuado cuando sea precisa una actuación ágil y que no grave con costes innecesarios a la masa. Porque el procedimiento de subasta o los demás previstos la LECiv sólo los contempla la Ley Concursal (art. 149) con carácter subsidiario a las propuestas que efectúe la administración en el plan de liquidación (art. 148), lo que no cierra las puertas a mecanismos más ágiles de realización de bienes en el marco del concurso en función de las circunstancias que concurran en cada caso.
QUINTO El otorgamiento de la autorización debe quedar sujeto, no obstante, a que se cumplan una serie de garantías que impone el juzgador para garantizar la transparencia de la operación. En concreto: 1º) la venta se realizará con la intervención de la administración concursal de Depuradoras Ecológicas Modulares SA; 2º) el precio de la transmisión no podrá ser inferior a 700 euros (más IVA), según la oferta recibida por la administración concursal, que está documentada en autos, y el pago del mismo deberá efectuarse al contado; y 3º) las condiciones de la venta y el contenido de la presente autorización deberán publicarse en el tablón de anuncios de este juzgado, de modo que dentro del plazo de 10 días siguientes a dicha publicación puedan presentarse postores que ofrezcan una cantidad superior al mínimo fijado, lo que daría lugar, si existiese más de uno, a que se abriese licitación entre los oferentes. No resulta indispensable, atendiendo al reducido volumen de la operación, que se efectúe además una publicación ni en diarios oficiales ni en otros medios de comunicación que encarecerían y sobre todo dilatarían la realización de la misma.": Auto JM-4 Madrid 11.10.2005 (AC 2005/1712)

4.2 Faculta a la Administración Concursal para optar entre venta conjunta o separada

"SÉPTIMO En segundo lugar, debemos plantearnos la cuestión suscitada por la Administración concursal en relación con la autorización a la misma para determinar si la enajenación de los bienes y derechos relacionados debe realizarse conjuntamente, o por separado. No se suscita oposición a dicha facultad respecto del grupo de bienes correspondientes al ramo del negocio «Dormilón». Por ello, encontrándose la Administración concursal en mejor disposición de valorar en cada momento, y muy particularmente, en el momento de la venta, si es mejor la enajenación de tales activos como un todo o por separado, es conveniente atribuir esta facultad a la Administración concursal, tal y como se solicita. Por tanto deberá dejarse este punto a criterio de la Administración concursal la cual se encontrará siempre sujeta a la actuación en interés del concurso. ": Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

5. Supuestos concretos autorizados

5.1 Bienes no necesarios que se deprecian y/o causan gastos

JM-4 Madrid

"PRIMERO La entidad concursada es propietaria de un vehículo que, según se desprende del informe de la administración concursal, ha quedado sin utilidad alguna para la empresa en atención a la nueva dimensión de la plantilla de trabajadores que ha supuesto la reducción de las plazas de conductor. Dicho vehículo está suponiendo una carga para la concursada, pues le ocasiona costes de mantenimiento (seguro, ITV, reparaciones, etc.) que gravan a la masa sin reportarle expectativa de beneficio si no se realiza pronto, a tenor de la rápida depreciación que sufren este tipo de bienes.

SEGUNDO El artículo 43.2 de la Ley Concursal solo permite enajenar bienes y derechos de la masa activa, antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación, si se obtiene autorización judicial para ello. Ésta deberá ser otorgada por el juez si advierte que la finalidad de la operación no es una simple liquidación anticipada de la masa activa sino que responde a un propósito, en última instancia, de conservar el soporte patrimonial que ha de responder ante los acreedores. Lo relevante en estos casos es conservar el valor del patrimonio concursal y ello puede pasar por la necesidad de enajenar bienes perecederos, de difícil o costosa conservación e incluso puede justificar que se realicen bienes y derechos para salvar otros de mayor interés.
TERCERO En el presente caso concurren dos circunstancias determinantes para la procedencia de la venta. En primer lugar, la rápida depreciación del vehículo con el paso del tiempo, por lo que resulta más rentable para el interés del concurso obtener en un momento determinado el valor en metálico del bien que permitir que siga bajando de precio con rapidez y de modo inevitable. Y en segundo lugar, que dicho vehículo es innecesario para continuar la actividad empresarial de la concursada, de modo que ya no le produce rendimiento alguno y sin embargo le ocasiona costes que gravan el patrimonio de aquélla.": Auto JM-4 Madrid 14.06.2005 (AC 2005/966)

"PRIMERO La entidad concursada es propietaria de unos bienes muebles, sitos en las oficinas de la calle Princesa núm. 1, Edifico España de Madrid, que, según se desprende del informe de la administración concursal, han quedado sin utilidad alguna para la empresa que carece de actividad y que además va a ser lanzada del mencionado local a instancia de su propietario por impago de las rentas. Dichos enseres, que consisten en muebles de oficina, pueden finalmente perderse si no se realizan pronto, a tenor de la rápida depreciación que sufren este tipo de bienes, y generarían, en su caso, costes de depósito si se pretendiera conservarlos.
SEGUNDO El artículo 43.2 de la Ley Concursal solo permite enajenar bienes y derechos de la masa activa, antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación, si se obtiene autorización judicial para ello. Ésta deberá ser otorgada por el juez si advierte que la finalidad de la operación no es una simple liquidación anticipada de la masa activa sino que responde a un propósito, en última instancia, de conservar el soporte patrimonial que ha de responder ante los acreedores. Lo relevante en estos casos es conservar el valor del patrimonio concursal y ello puede pasar por la necesidad de enajenar bienes perecederos, de difícil o costosa conservación e incluso puede justificar que se realicen bienes y derechos para salvar otros de mayor interés.
TERCERO En el presente caso concurren dos circunstancias determinantes para la procedencia de la venta. En primer lugar, la rápida depreciación de esos bienes con el paso del tiempo, por lo que resulta más rentable para el interés del concurso obtener en un momento determinado el valor en metálico del bien que permitir que siga bajando de precio con rapidez y de modo inevitable. Y en segundo lugar, que dichos muebles resultan innecesarios para continuar la actividad empresarial de la concursada, de modo que ya no le producen rendimiento alguno y sin embargo sólo podrían ocasionar costes de almacenaje susceptibles de gravar el patrimonio de aquélla.": Auto JM-4 Madrid 11.10.2005 (AC 2005/1712)

JM-1 Sevilla

"UNICO.- El art. 43 LC consagra el principio de conservación de la masa activa durante la tramitación del procedimiento concursal hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la fase de liquidación aunque permite que puedan enajenarse los bienes que la integran con autorización judicial (art 43.2 LC). Por su parte el art. 188 LC, regula el procedimiento para las autorizaciones judiciales.
En el presente caso, la entidad concursada, que tiene intervenidos las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, ha interesado autorización judicial para la enajenación de los vehículos y del mobiliario de oficina, de los que es titular, aduciendo que al haber optado por la rescisión de los contratos de alquiler de las oficinas y plazas de garaje, carece de lugar idóneo para depositar los bienes muebles y estacionar los vehículos.
Habida cuenta de la situación de inactividad de la empresa y teniendo en cuenta el deterioro que pueden sufrir los vehículos con el transcurso del tiempo y la falta de garaje para los mismos y que la rescisión del contrato de alquiler de la nave, determina que para la conservación del mobiliario habría que arrendar un local, incrementando los gastos, se estima procedente autorizar la enajenación solicitada, con la que ha mostrado conformidad la administración concursal.": Auto JM-1 Sevilla 22.12.2005 (JUR 2006/150449)

JM-1 La Coruña

"1º.- Bajo el principio de continuidad de la actividad empresarial de la deudora concursada –artículo 44.1 de la LC- la conservación del valor de la masa activa de MARTINSA-FADESA S.A. implica necesariamente la autorización de concretas operaciones preliquidativas tanto encaminadas a dotar del numerario preciso para atender a los gastos corrientes de la compañía y a la atención de las obligaciones del concurso, como –y en ocasiones, prioritariamente- a eludir compromisos de los que pueden derivarse obligaciones de pago e inversión futuras que, en la situación de grave crisis de iliquidez que aqueja a la concursada, difícilmente podrá afrontar a costa de la masa activa y sin daño para la masa pasiva que conforman sus acreedores. La flexibilidad característica de la regulación concursal tiene una de sus más relevantes manifestaciones en el artículo 43. 2 de la LC, que en modo alguno prohíbe gravar o enajenar los bienes de la masa activa, sino que supedita esta clase de operaciones a la autorización judicial, que habrá de concederse o denegarse en función de la conservación del valor de la masa activa y en interés de la colectividad de los acreedores.

2º.- Apenas es necesario argumentar, por ser evidente, la conveniencia de autorizar la venta de la aeronave a que se refiere la solicitud. Se trata de un bien de considerable antigüedad y de valor decreciente, absolutamente prescindible desde la perspectiva de la continuidad de la actividad empresarial que la deudora en concurso desarrolla que, sin embargo, comporta importantísimos gastos de mantenimiento, tasas, servicios complementarios y seguros que no redundan en modo alguno en beneficio de los acreedores. Al autorizar su venta conforme a precios de mercado, según verificación de la administración concursal, no sólo se obtiene una importante inyección de liquidez que la compañía precisa para atender, de momento, al pago de los créditos contra la masa que se van generando, sino que se eliminan gastos no productivos en beneficio del concurso y de la colectividad de los acreedores. ":AJM-1 La Coruña 16.09.2009 (Concurso 408/2008)

5.2 Participación en sociedad extranjera en dificultades económicas

"En el supuesto ahora examinado, encontrándonos en presencia de una endémica ausencia de liquidez que imposibilita atender a los más elementales gastos exigidos por el normal desarrollo del concurso, se solicita autorización para la venta de la participación -al parecer total- que la concursada ostenta en el capital de la venezolana Eurovips Operador Internacional de Turismo. Se trata de una mercantil que, disponiendo de escasos activos propios, ejerce la industria de agencia de viajes desde un local arrendado y de cuyo balance, examinado al efecto por la Administración Concursal, se extrae la conclusión de que, contando con la suma que adeuda a la concursada, se encontraría en la actualidad con fondos propios negativos, de manera que el incremento previsible de sus pérdidas incrementaría el riesgo de que en poco tiempo se malograse el 100% de su actual valor. Ante dicha situación, juzgándose satisfactorio por parte de la Administración Concursal el precio de 26.000 $ ofertado por Don Javier para la adquisición de dicha empresa, ha de tenerse en cuenta que el virtual desarrollo en España de los trámites de subasta propios de la LECiv, además de comportar gastos y una considerable dilación temporal capaz de agravar el riesgo anunciado, no añadiría especiales ventajas al concurso en razón a la previsible ausencia de atractivo e interés en nuestro país por la adquisición de un lejano negocio, no especialmente pujante, situado en Caracas (Venezuela). Por tales motivos, teniendo en cuenta, además, que no se ha formulado por parte de ningún acreedor personado oposición expresa a que dicha operación sea judicialmente aprobada, se está en el caso, en vista de cuanto se ha razonado con anterioridad, de autorizar a la Administración Concursal a que proceda a la venta de dicho activo patrimonial en las condiciones propuestas. ": Auto JM-2 Madrid 23.05.2005 (AC 2005/907)

5.3 Venta de activos del ramo de negocio en el que ha cesado la actividad para obtener liquidez destinada a la actividad que continúa

"QUINTO Ceñido el objeto de la solicitud de autorización a lo dicho en el anterior fundamento, en primer lugar, debemos examinar si concurre justa causa para autorizar la enajenación. La inexistencia en la Ley de los parámetros que deben ser tenidos en cuenta para acceder a tal autorización pudiera conducir a entender que el órgano judicial tiene discrecionalidad absoluta en orden a decidir la procedencia o improcedencia de la autorización. Sin embargo, no entendemos que las cosas sean así. A fin de decidir sobre la procedencia de la autorización deberá tenerse en cuenta básicamente el interés del concurso. En este orden de cosas debe ponerse de relieve que la Administración concursal ha puesto en conocimiento del Juzgado que Dorlast, SL ha cesado definitivamente en la actividad empresarial del ramo del negocio «Dormilón». Asimismo, se evidencia la necesidad de conseguir liquidez a fin de afrontar los pagos correspondientes a las deudas que son a cargo de la masa y que permitirían, según afirma la Administración concursal, la continuación de la actividad empresarial en la rama de negocio «Dorwin» en la que -como se ha dicho- subsisten tanto la actividad productiva como las relaciones laborales. Con ello quedan puestas en evidencia las razones que aconsejan la necesidad de enajenar los bienes que integran el ramo del negocio «Dormilón», inactivo e improductivo para la concursada en estos momentos. No puede sostenerse la tesis de Banco de Vasconia, SA que mantiene que la autorización para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa sólo procede en supuestos en los que es inevitable -como ocurriría en el ejemplo que plasma en su escrito relativo a bienes perecederos-, y ello porque si bien en el caso de bienes perecederos puede ser aconsejable la solicitud de autorización para su enajenación, no pueden descartarse otros motivos como los aducidos en el presente caso en que el mantenimiento de determinados activos es una carga para la masa activa y que su enajenación, por el contrario, permite la continuidad de la actividad productiva en otro sector de la empresa que, sin la enajenación solicitada, podría verse seriamente comprometida. A mayor abundamiento debe decirse que también es apreciable como motivo que persuade para conceder la autorización para la enajenación de bienes, el relativo a la rápida depreciación de los mismos, depreciación que subyace en la limitación temporal que se plasma en las propuestas de ofertas para la adquisición de tales bienes y derechos. Por todo ello la autorización para la enajenación de los bienes y derechos del ramo del negocio «Dormilón» debe ser concedida en los términos que se dirá.": Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

5.4 Autorización venta ganado. Autorización disposición de cuentas pignoradas, para la alimentación del ganado

"TERCERO Sobre la necesidad de venta de la cabaña de la sociedad deudora.- El artículo 43 exige la conservación del patrimonio del deudor, pero la exigencia se supedita a que se verifique «del modo más conveniente para los intereses del concurso». No se trata de preservar la masa activa por encima de cualquier otra consideración, sino de asegurar la decisión económica más conveniente, según las circunstancias concurrentes, que lógicamente serán muy diferentes en cada caso.

En el que nos ocupa el problema es que la falta de liquidez impide la conservación de un activo, las reses, que precisa todos los días de alimentación para conservar e incrementar su valor. Si no se alimenta al ganado existe el evidente riesgo, que no precisa de prueba alguna, de que enferme o muera, con lo cual no una parte sino la totalidad de su valor se perdería.
No nos encontramos ante un elemento del patrimonio que pueda sufrir merma por la falta de conservación, como ocurriría con un inmueble o la maquinaria de una empresa. La especialidad con la que se enfrentan deudor, acreedores y administración concursal es que si no se conserva el ganado, las pérdidas serán totales y además puede generarse un importante problema sanitario.
El problema es que parece que con ello las entidades concursadas van a paralizar su actividad. Y lógicamente no es éste el momento, todavía, para determinar si procede abrir ya la vía liquidatoria. Pero que no sea el momento no significa que la realidad económica no sea palmaria: el objeto del negocio no puede mantenerse sin alimentar el ganado, y no hay liquidez para verificarlo.
Si se trata, como se decía en el anterior ordinal, de asegurar no tanto unos elementos individualizados del patrimonio, como son las respectivas cabezas de ganado que lo conforman, sino su valor patrimonial, lo que habrá que preservar es tal valor, que en definitiva sirve para satisfacer a los acreedores, a los trabajadores o incluso al deudor, que son los intereses del concurso a los que alude el art. 43.1 de la LC.
Hay que optar, en consecuencia, o por seguir atendiendo los gastos precisos para la conservación del ganado hasta que llegue el momento de su sacrificio, para lo cual se precisa tesorería de manera inmediata, o por enajenar el ganado evitando nuevos gastos, o por ambas cosas a la vez. Esto último, a la vista de las alegaciones de la entidad concursada, es de alguna forma lo que se ha pretendido por la empresa, que al parecer llegó a disponer de hasta cincuenta mil cabezas de ganado vacuno en su día, cuando ahora apenas llega a la décima parte.
Por otro lado de lo actuado hasta hoy se aprecia que las entidades deudoras no han adquirido nuevas cabezas de ganado para su engorde. El problema se tiene con las actuales, que todavía no han llegado a la edad o peso ideales para su sacrificio, y que si no se alimentan enfermarán o perecerán, perdiéndose todo su valor que no es irrelevante, teniendo en cuenta su número y que por cada una puede obtenerse entre novecientos a mil euros.
La deudora entiende que ese problema quizá pueda solucionarse en parte con la obtención de tesorería, por lo que solicita que se le autorice a disponer de las cuentas corrientes donde se ha ingresado el importe obtenido por el sacrificio de reses con anterioridad, a lo que se oponen las entidades financieras afirmando que disponen de un derecho de prenda sobre las mismas, que estarían dispuestas a transmutar si se reconociera un crédito sobre la masa.
La petición del Banco Popular Español, SA, en el sentido de que la administración concursal se pronuncie sobre si ha de entregarse o no cantidades que a su juicio tiene en prenda, entra de lleno en esta discusión sobre la forma más conveniente de actuar. Al respecto debe recordarse, en primer lugar, que todavía la administración concursal no ha emitido su informe, ya que dispone aún de plazo para elaborar la lista de acreedores con el importe de los respectivos créditos y para la calificación de la clase correspondiente.
Y además, como se ha puesto de relieve en la audiencia, a juicio de ésta es, cuando menos, discutible que pueda existir realmente la garantía pignoraticia que afirman las entidades financieras, al menos en la extensión pretendida, lo que hace que la calificación del crédito pueda ser polémica. Ciertamente el Banco Popular Español, SA y Banco Urquijo, SA disponen de documentos que podrían sostener su consideración del carácter de prenda sobre ciertas reses. Pero también es cierto que los términos de la garantía no son concluyentes, que el propio Banco Popular Español, SA ha solicitado en la audiencia de hoy que se constatara en escritura pública, y que por lo tanto habrá que estar al informe previsto en el art. 75 LC y en particular a la lista de acreedores del art. 75.2.2º y 94.l y al eventual incidente del art. 96 si existiera disconformidad.
Ante la petición del Banco Popular Español, SA, la administración concursal en la audiencia ha aceptado como única solución para solucionar el problema creado que se enajene el ganado, aunque no con la premura que se solicita, para evitar malbaratarlo, y que entretanto se disponga de los saldos que existen en Bancaja para atender las necesidades sanitarias y de alimentación, saldos que consideran objeto de prenda ambos bancos, pues en aquélla se ingresa el importe de la venta del ganado pignorado. También los demás acreedores que se han manifestado en la audiencia de hoy son partidarios de esa solución, con las prevenciones que cada uno sugiere.
Todas las anteriores consideraciones determinan que haya de atenderse la petición de la deudora, que cuenta con la autorización de la administración concursal, manifestada en la misma audiencia. Se trata así de salvaguardar, en la medida de lo posible, el valor patrimonial del activo que se autoriza a enajenar, que de otro modo desaparecía totalmente o se vería disminuido de forma notablemente perjudicial para los intereses del concurso. Esa enajenación se realizará, en consecuencia, previa autorización de la administración concursal en cada caso.
CUARTO Sobre la disposición de los saldos al parecer pignorados.- Se polemiza por Banco Popular Español, SA y Banco Urquijo, SA sobre las consecuencias de la prenda que dicen ostentar sobre los saldos en Bancaja. Sobre si existe o no la prenda, y sobre su objeto, habrá que estar al informe de la administración concursal previsto en el citado art. 75.
Se discute que tenga que ser precisamente ese activo el que tenga que utilizarse para atender las necesidades de tesorería, pues constan otros activos, como los inmuebles, que también podrían realizarse con la misma finalidad. No obstante es más razonable que se recurra a un activo fácilmente disponible, pues son saldos en cuentas bancarias, que al eventual fruto de la realización de un inmueble que tardará semanas en poder ser vendido o nuevamente gravado.
Unos activos de gran valor, las reses, pueden perderse completamente o en un grado muy importante, si no son alimentadas, si no reciben los cuidados sanitarios y si no se sacrifican en su momento. La especialidad

de tales activos es que, a diferencia de lo que ocurre con otros, como los inmuebles, precisan de una atención especial y diaria, que no puede posponerse si no se quiere que desaparezcan o minusvaloren de forma importante.
Por dicha razón, y sin perjuicio de la calificación que merezca el crédito de ambas entidades financieras, que se propondrá en su día por la administración concursal, ha de permitirse la disposición de los saldos existentes en Bancaja en la estricta medida en que sean necesarios para asegurar la indemnidad del ganado, al menos hasta el momento de su venta.
Será bajo la supervisión de la administración concursal, que estará autorizada a recortar la petición de la concursada si le parece excesiva, como se dispondrán de las cantidades necesarias para atender a las vacas, sin perjuicio de que con el resultado que se obtenga de la venta se repongan la misma cuenta o, con autorización expresa de la administración concursal, las necesidades alimenticias, sanitarias y de cuidado o sacrificio del resto de la cabaña.
No es posible atender la petición de los bancos de que se transforme el crédito concursal, aún no reconocido, en crédito contra la masa. Ese cambio no tiene fundamento legal, supone vulnerar el régimen de preferencias que dispone la Ley Concursal y modificar la calidad de la garantía que se sostiene existe.
En definitiva, bajo el control de la administración concursal se autoriza al deudor a disponer, en la estricta medida en que sea necesario, de los saldos existe en la cuenta de Bancaja que figura en la parte dispositiva, a la que deberá reintegrarse el resultado de la venta de los animales a la que se ha autorizado en el anterior ordinal.": Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 10.01.2005 (AC 2005/114)

5.5 Inmueble inacabado (circulante)

"PRIMERO - Sobre la pertinencia de la autorización
"De nuevo la administración concursal reclama, conforme alart. 43.2 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (LC), autorización para la enajenación de ciertos bienes de una de las 19 sociedades concursadas, antes de la aprobación del convenio o la apertura de liquidación. De nuevo ha de recordarse que el precepto dispone que hasta ese momento no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.
Debe insistirse otra vez que la imposibilidad de "liquidación anticipada" a la que alude el precepto no es absoluta. No hay prohibición, sino que se supedita a autorización judicial la eventual enajenación, como explica el párrafo 7º del apartado IV de la norma al decir que "la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso".
Por lo tanto han de valorarse ventajas e inconvenientes, la finalidad que persigue la ley teniendo en cuenta, además, no que no hay acreedores que se opongan.
SEGUNDO - Las razones de la administración concursal
Ya se dijo en varios autos anteriores, de 25 de enero, 23 de junio, 3 de octubre y 14 de noviembre (entre otros), que la mayoría de las 19 entidades que están declaradas en situación de concurso en este procedimiento se dedican al negocio inmobiliario. En dichas resoluciones se decía que "integran en su activo inmuebles en diversos estados constructivos, que no tienen intención de incorporar al mismo con carácter definitivo, sino provisional, porque el negocio de las sociedades es precisamente lucrarse con la venta de los mismos a los compradores".
Ahora se trata de una finca en Aguilas (Murcia), de RESIDENCIAL MARINA DE COPE S.L., que de nuevo merece la consideración de circulante y no inmovilizado, y que como tal es perfectamente disponible dado el objeto social de la sociedad concursada. Dicho inmueble se tasó en mayo de 2008 en 17.898.930 euros, pero el mismo tasador dice que a fecha de hoy ha padecido una depreciación del 50 % de su valor. Afirma la administración concursal, y nadie le ha desmentido, que dicha sociedad concursada carece de liquidez y, sobre todo, de posibilidades razonables de obtener financiación para llevar a cabo el negocio que pretendía sobre la finca en cuestión. Esto supone, en definitiva, que no va a poderse efectuarse la promoción pretendida inicialmente, y que hasta la liquidación el bien seguirá ocasionando los gastos que el préstamo hipotecario y las obligaciones fiscales y urbanísticas traen consigo.
La oferta de adquisición proviene de una solvente entidad, el BANCO DE SANTANDER S.A., que la quiere para una sociedad que participa al 100 %, CENTRO DE QUIPAMIENTOS ZONA OESTE S.A. El banco se subrogaría en la hipoteca pendiente evitando de este modo la carga de intereses y otras financieras que padece la concursada y adquiriría la propiedad, respectivamente y la sociedad adquiriría la propiedad. Se ofrece, al tiempo, renunciar a créditos ordinarios respecto de otras sociedades del grupo, también en concurso, como EREAGA GESTION S.L. y BOULEVARD DE UDONDO S.L. Dice la administración concursal que ello supone reducir la masa pasiva de dichas sociedades en créditos ya reconocidos que importan 3.617.968,26 euros.
Al tiempo el Banco renunciaría también a créditos de otras sociedades del grupo también declaradas en concurso, lo que aliviaría notablemente las obligaciones derivadas de la hipotecas, la línea de crédito y el SWAPP. Parece una propuesta razonable para evitar que se incremente, sin razón alguna, ante la imposibilidad de continuar el negocio pretendido, los créditos contra la masa, que concursada y administración concursal cifran en 44.713,82 euros mensuales. Además disminuiría la masa pasiva de RESIDENCIAL MARINA DE COPE S.L. en la cantidad de 630.000 euros a que ascendía la obligación derivada del SWAPP de EREAGA GESTION S.L., el préstamo hipotecario pendiente de 8.614.436,88 euros, y las cuentas de crédito de 997.124,23 euros, 1.013.623,29 euros y 999.670,86 euros de BOULEVARD DE UDONDO S.L., EREAGA MARINA COPE S.L., y RESIDENCIA MARINAD DE COPE S.L.
Sostiene en definitiva la administración concursal que esta enajenación beneficiaría a los diferentes concursos, pues traería consigo la cancelación de deuda por importe de 12.862.405,14 euros, superior al 50

% de la tasación realizada en su día, y la desaparición de futuros créditos contra la masa. En definitiva, que además de liberar a RESIDENCIAL MARINA DE COPE S.L. de obligaciones futuras de alguna entidad, la disminución de pasivo en ésta y otras sociedades del grupo sería superior al 50 % del valor tasado del inmueble, que según el perito tasador constituiría el valor actual del mismo. No se aprecia, por ello, perjuicio alguno para la masa.
Finalmente no consta oposición alguna de los acreedores personados, que han tenido puntual conocimiento de la oferta realizada, por lo que se concluye que concurren razones para conceder la autorización en los términos solicitados.". AJM-1 Bilbao 20.11.2008 (JUR 2009/13126)

5.6 [Antes de RDL 11/2014] Venta de unidad productiva antes de la apertura de la liquidación o sin esperar al plan de liquidaciòn

AP Barcelona

"Fundamentos de derecho.— I. El auto apelado, de 18 de julio de 2006, abunda en las sólidas razones que ofrecía el anterior de 12 de junio del mismo año, dictado el mismo día en que se abría la fase de liquidación (por no haberse aprobado por los acreedores la propuesta de convenio), para autorizar la venta urgente, mediante adjudicación directa a un tercero (Electro Calbet S.A.), de una unidad productiva suficientemente definida (conforme a la propuesta de convenio que fue debatida y rechazada) de la concursada Red Élite Electrodomésticos S.A., conformada por un conjunto de 30 tiendas, 146 trabajadores y stock, anticipando así la liquidación, con amparo en una interpretación flexible y pragmática del art. 43 LC en relación con el art. 149 LC.
Indicaba la primera de tales resoluciones que, abierta ya la fase de liquidación y perfiladas unidades de negocio con autonomía para ser explotadas de inmediato y en su caso vendidas, el interés del concurso y la preservación del valor de la masa activa exigía atender a la petición de la administración concursal y proceder a la enajenación directa a favor del único interesado, Electro Calbet S.A., que había formulado una oferta concreta en lo que a esa unidad productiva respecta, garantizando un importante número de puestos de trabajo y la asunción de las obligaciones arrendaticias, lo que suponía el ahorro de importantes gastos a la masa activa (rentas de alquiler, obligaciones salariales, fiscales y de la Seguridad Social), y era necesario llevar a cabo sin esperar a la aprobación del plan de liquidación, cuya demora era susceptible de deteriorar el valor de esa unidad productiva y desincentivar a los adquirentes.
Argumentaba el auto ahora apelado (resolviendo el recurso de reposición que formularon varios acreedores) que a finales de mayo de 2006, abordar el plan de liquidación conforme a los plazos procesales determinaba la adopción de dos decisiones: a) resolver todos los contratos de arrendamiento de los locales y los financieros, liquidar a los proveedores y extinguir los contratos de trabajo (más de 200), todo ello con cargo a la masa; o bien b) esperar dos meses, hasta la aprobación del plan, manteniendo unidades productivas en funcionamiento para que no perdieran valor, al objeto de buscar fórmulas de adjudicación (conforme al art. 148 o bien al art. 149 LC), soportando la masa dos meses más de pagos de créditos prededucibles que podrían superar los dos millones de euros. Por ello, resultaba justificado, dentro de la flexibilidad que admiten las soluciones liquidatorias, anticipar las operaciones de liquidación y proceder a la adjudicación directa, único medio para reducir sensiblemente los gastos a cargo de la masa y generar valor a su favor derivado del ingreso por la venta de la unidad productiva al único ofertante, evitando así una depreciación segura.
II. La administración concursal refrendó la decisión judicial (así como otros varios acreedores de forma expresa) poniendo de relieve (en la oposición al previo recurso de reposición) que la enajenación conjunta de la empresa como unidad era lo deseable pero "ya se ha intentado y no se han obtenido ofertas dignas de consideración" (f. 163 y 375); que las razones de urgencia son incuestionables por la propia estructura de negocio de la concursada (un conjunto de tiendas en arrendamiento diseminadas por el territorio nacional), cuyo mantenimiento hasta la aprobación del plan de liquidación y sometimiento a un procedimiento de oferta pública hubiera implicado la práctica desaparición de los activos, debido a los gastos operativos, que habrían consumido la masa activa; que la imposibilidad de suministro de género a las tiendas, al hallarse la compañía en liquidación, hubiera diluido el fondo de comercio, en tanto que la masa vería incrementar los gastos (salarios, alquileres, cotizaciones, vigilancia, mantenimiento...); todo lo cual justificaba la adjudicación directa anticipada, que atiende a la preservación del valor de los activos y con ello refuerza la expectativa de cobro por los acreedores; de aceptar otra solución, la que proponen los recurrentes —señalan los administradores concursales—, "no hay ninguna garantía de que aprobado el plan de liquidación se hubiera mantenido la oferta actual atendido el inevitable deterioro del negocio durante ese período".
III. La solución adoptada por el juez del concurso no desborda el espíritu del art. 43 LC, integrado en el marco más general del art. 149 LC, pues en su ratio y en la lógica de su previsión encuentran acogida los supuestos de disposición de activos que a la postre aseguran el mantenimiento del valor del patrimonio realizable, que es el soporte material de la expectativa de cobro de los acreedores concursales. La conservación del valor, o mejor su preservación, imponen soluciones no recogidas de forma expresa por la Ley, como puede ser lo que se reconoce por el Sr. magistrado como una operación de liquidación anticipada, pero debe tenerse presente que tal solución se adopta no antes de la apertura de la fase de liquidación sino después, o inmediatamente después de la resolución que procede dictar de conformidad con el art. 143 LC, de modo que la anticipación es relativa, no a la fase procesal sino al trámite dentro de ella, y viene impuesta por necesidades o conveniencias de gestión y pragmatismo (como admiten los apelantes en su recurso —f. 260—) en el seno del concurso y específicamente en el trámite de la liquidación. El Sr. magistrado justifica satisfactoriamente la prevalencia de la eficiencia en el logro de los fines del concurso en liquidación sin contrariar la finalidad de la norma aplicable, y lo hace a instancia de la administración concursal. Si hay un término que se repite en la exposición de motivos de la Ley en el apartado dedicado a la fase de liquidación (apartado VII), con referencia

a la gestión procesal de los trámites, es el de flexibilidad, y de forma expresa —así lo entendemos— quiere resaltar el legislador la eficiencia de esta opción como forma de solución alternativa al convenio, al decir que "la Ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias...".
I V. El auto apelado ya apuntaba que los recurrentes no han aportado argumentos jurídicos ni económicos eficaces para combatir la decisión de adjudicación anticipada y que, por contra, ignoran el interés del concurso y de la masa activa y pasiva. Y esa reflexión es igualmente aplicable al recurso de apelación que formulan ahora tan sólo dos acreedores (de los seis que presentaron el previo recurso de reposición), porque se limitan a abundar en los motivos que les condujo a rechazar el convenio (lo que ahora resulta irrelevante) y a alegar razones genéricas de orden jurídico y económico, pero no concretas, sin denunciar, al fin, un precio inferior al razonable de mercado ni más razones que la abstracta conveniencia de que la venta tenga proyección internacional mediando oferta pública con anuncios en internet, pero sin justificación atendible en atención a las circunstancias constatadas que exponían las resoluciones judiciales y la administración concursal. El recurso podría ser merecedor de mayor atención si se concretaran los motivos por los que debe dilatarse la liquidación y se hubieran rebatido las razones que impulsan a la administración concursal a apoyar una solución como la acogida, pero no se ha hecho, y más parece que el ánimo impugnatorio de los recurrentes debió detenerse ante las resoluciones de la primera instancia, que fundamentan en abundancia la opción adoptada, impuesta por las concretas circunstancias.": AAP Barcelona (Sección 15) 26.06.2007 (Rollo 78/2007)

"Sobre la venta anticipada de la unidad productiva fuera del plan de liquidación del concurso nos hemos pronunciado en el auto de 30 de octubre de 2013 (rollo de apelación 269/2013), cuyos razonamientos deben reproducirse en el caso de autos, atendida la naturaleza coincidente de la cuestión planteada. Decíamos en aquella resolución que no faltaba razón a la recurrente cuando se quejaba por la forma en que se había procedido a la venta de la unidad productiva, pues resultaba sorprendente no solo el precio sino el procedimiento seguido, esto es, fuera del plan de liquidación.
"Aunque es cierto que el artículo 43. 3 LC autoriza las ventas anticipadas, esto es, las ventas fuera del plan de liquidación, no establece que ése sea el procedimiento ordinario de enajenación, sino que se trata de un procedimiento extraordinario y que, por lo tanto, debe tener justificación en la finalidad de garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso.
El procedimiento ordinario de realización dentro del concurso es el plan de liquidación y debe permitir que los procedimientos de enajenación se lleven a cabo con transparencia, preservando los intereses de la masa pasiva del concurso, que son los intereses esenciales a tomar en consideración cuando el concurso entra en liquidación.
La venta anticipada cumple dar satisfacción a otras finalidades que también son legítimas, si bien es un procedimiento de realización menos transparente, en el que prima la urgencia sobre la publicidad y la transparencia. Por ello no es razonable que se convierta en el método ordinario de realización sino que a él únicamente debe acudirse de forma extraordinaria, y cuando realmente exista una clara justificación.
En suma, que sea admisible la venta anticipada una vez abierta la fase de liquidación, no significa que sea razonable acudir a ella cuando a través de la misma no se esté razonablemente seguro de que se vayan a obtener unas ventajas apreciables respecto de la venta a través del plan de liquidación, dado que es previsible que la ganancia de tiempo, que es la justificación esencial de la venta anticipada, no sea en estos casos esencial. Por consiguiente, resulta esencial que los órganos del concurso que tienen la posibilidad de hacerlo, esto es, la Administración concursal y el juez del concurso, actúen con prudencia al autorizar este procedimiento de venta, para evitar que pueda constituirse en un peligroso instrumento de fraude a los intereses de los acreedores concursales.
Esas consideraciones generales creemos que son adecuadas en un caso como el que enjuiciamos, en el que, tal y como se queja la recurrente, ciertamente que resulta muy dudoso que el procedimiento seguido para la adjudicación de la totalidad de la unidad productiva, integrando en ella la práctica totalidad de los bienes que integraban la masa del concurso, fuera el más adecuado. La consecuencia que de ello se ha seguido ha sido que el plan de liquidación, esto es, el método ordinario de realización en el concurso, ha quedado en la práctica vacío de contenido".
Ahora bien, sentado lo anterior, que resulta enteramente aplicable al caso que ahora se examina, debemos concluir como lo hacíamos en la resolución citada, por las mismas razones que se expusieron entonces: "pese a ello, estimamos que no nos corresponde a nosotros juzgar sobre esa venta anticipada, si la misma estaba justificada o si las condiciones en las que se llevó a cabo eran las más adecuadas. La competencia para ello corresponde a otros órganos del concurso, concretamente a la AC y al juez del concurso. Ambos estimaron que la venta realizada, en las condiciones aprobadas, era el mejor método de realización de esos activos y nosotros nada podemos añadir a ello".
Nos referíamos a la imposibilidad de entrar en esa cuestión en un recurso de apelación en el que lo impugnado no era la resolución que aprobaba la venta anticipada de la unidad productiva sino exclusivamente una resolución distinta, el auto aprobando el plan de liquidación. Y añadíamos que tampoco lo podríamos examinar en el caso de que el acreedor hubiera impugnado separadamente aquella resolución pues, tal y como habíamos dicho en nuestro auto de 21 de enero de 2013 (rollo número 249/2012) y en las resoluciones que éste citaba, particularmente el auto de esta Sección 15ª de 13 de diciembre de 2012, no consideramos admisible la apelación frente a las resoluciones dictadas en la fase de liquidación a las que la propia Ley Concursal no atribuye el recurso de apelación.
El auto citado, de 21 de enero de 2013 (rollo 249/2012), examinaba el recurso de queja de Bastos Medical contra la denegación por el juzgado de la tramitación del recurso de apelación -más exactamente, de la protesta previa a la interposición del recurso de apelación- contra el auto de 10 de noviembre de 2011 que

resolvía el recurso de reposición contra el auto de 27 de septiembre de 2011 (que autorizaba la enajenación de activos).
Las razones expuestas nos han de conducir a la desestimación del actual recurso de apelación de Bastos Medical. Pese a la desestimación, las serias dudas que hemos expresado sobre la forma en que se produjo la venta que ha centrado el recurso de apelación de Bastos Medical han de determinar la no imposición de las costas de la segunda instancia, conforme al artículo 398.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, en relación con el artículo 39 4. 1 de la propia ley.": AAP Barcelona (Sección 15) 08.01.2014 (Auto 2/2014; Rollo 136/2013)

JM-8 Barcelona

"Primero.- Marco Legal.
El artículo 43 de la Ley Concursal establece que en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso (43.1 LC). Como consecuencia de este mandato el mismo artículo 43 establece, como norma general, que no será posible gravar o enajenar bienes o derechos que integren la masa activa hasta que se apruebe el convenio o se abra la fase de liquidación sin autorización judicial (43.2 LC). Con la nueva redacción dada por la Ley 38/2011 se exceptúan de autorización judicial los siguientes actos:
1) Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. Deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad.
2) Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez % y en el caso de muebles de un veinte %, y no constare oferta superior. La administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior.
3) Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo 44 LC.
Segundo.- Necesidad de la venta de unidad productiva y autorización.
En el caso de venta de unidad productiva debe existir autorización judicial, ya que así se exige en el art. 43.2 LC cuando estamos en fase común —como es el caso-, y el art. 149.3 LC en fase de liquidación.
La administración concursal ha manifestado la conveniencia, necesidad y urgencia en iniciar un proceso de venta de la unidad productiva de las entidades en concurso considerando que es la salida más favorable para los intereses del concurso vista la pérdida de financiación y las consecuencias negativas que el procedimiento concursal pudiera suponer para la empresa como una progresiva pérdida de clientes, así como las dificultades de la compañía para generar recursos que permitan cubrir los créditos contra la masa.
Teniendo en cuenta que la Ley Concursal prioriza la venta de unidad productiva y el mantenimiento de puestos de trabajo, debo compartir la misma opinión ya que de otra forma sería inevitable la liquidación de la mercantil concursada por lo que debo autorizar la venta de unidad productiva de conformidad con el art. 43.2 LC.
Teniendo en cuenta la posible concurrencia de interesados en la venta de la unidad productiva resulta conveniente, para el procedimiento concursal, no sólo autorizar la venta dentro de la fase común sino también fijar con claridad cuál es el procedimiento a seguir por los interesados para poder optar a la definitiva adjudicación de la unidad productiva de SATI GRUPO TEXTIL S.A.":.AJM-8 Barcelona 20.09.2013 (Concurso 559/2013)

JM-10 Barcelona

"PRIMERO.- El Artículo 188 de la Ley Concursal dispone que "en los casos en que la Ley establezca la necesidad de obtener autorización del juez o los administradores concursales lo consideren conveniente, la solicitud se formulará por escrito".
Por su parte, el Artículo 43.2 de la misma Ley, reformado por la Ley 38/2011, dispone que "hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez ". Este último precepto, en los términos en que está redactado, permite al Juez del concurso autorizar la enajenación de cualquier activo del concursado en cualquier momento, siempre que se den los requisitos previstos en el Artículo
43.3 de la misma Ley, el cual prevé diversas formas de enajenación, dependiendo de la situación del concurso y de los activos de la concursada.
El Artículo 43.3.2º de la Ley Concursal excepciona de esta regla "los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario", entendiendo por coincidencia sustancial, en caso de bienes inmuebles, una diferencia inferior al 10% de ese valor y, en el caso de bienes muebles, del 20%.
SEGUNDO.- En el presente caso, no se abrió la fase de liquidación en el mismo Auto de declaración del concurso, a pesar de haberlo solicitado así la concursada, por incorporarse con la solicitud oferta vinculante presentada por IDCSalud, sino que por motivos de urgencia y beneficio del concurso, de los acreedores y de los trabajadores, se acordó abrir el proceso de venta de la unidad productiva dentro de la fase común, por la vía del referido Artículo 43.2 de la Ley Concursal, tal y como se justificó en la Providencia de 15 de noviembre de 2013, siempre con el objetivo de dar la posibilidad a otros ofertantes de entrar en el proceso para el mayor beneficio de los acreedores y del resto de interesados y para maximizar las ofertas de compra.
En este escenario, y aun cuando no existe plan de liquidación, procede realizar el trámite de los Artículos 43.2

y 43.3 de la Ley Concursal, pues esperar a la apertura de la fase de liquidación y a la aprobación del plan de liquidación podría perjudicar irremediablemente la venta de la unidad productiva, dado que existían, como así se ha demostrado, diversos interesados en su adquisición y no solamente la ofertante que presentó oferta vinculante con la solicitud de concurso voluntario. La valoración dada a los activos para la consideración de las ofertas es la que ha presentado la concursada con la solicitud de concurso, que ha sido revisada por la administración concursal, aun cuando ésta aún no ha presentado el informe que prevé el Artículo 75 de la Ley Concursal.
Por tanto, en este estado del procedimiento, y por interés del concurso, de los acreedores y de los trabajadores, no puede descartarse el régimen de enajenación previsto en los Artículos 43. 32 y 43.3 de la referida Ley, siempre con la autorización judicial, pues la necesidad de rapidez es básica, siempre que se analice el valor de los bienes a transmitir y la baremación establecida en la Providencia de 15 de noviembre de 2013, todo ello con base en la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2013 (RJ 2013, 5203) y en los criterios de los Jueces Mercantiles de Catalunya, aprobado en seminario celebrado el 23 de marzo de 2011, según ya se señaló en el Auto de este Juzgado de 25 de noviembre de 2013.
De un análisis de todo ello y de las ofertas vinculantes presentadas, es posible comprobar que la venta de la unidad productiva de la concursada supone un evidente interés para el concurso y un beneficio para los acreedores y los trabajadores, pues la sociedad que finalmente se adjudique la unidad productiva, según se determine en la presente resolución, conoce el estado en que se encuentran los activos y el resto de bienes que integran la unidad productiva, incluyendo las condiciones laborales de los trabajadores.”: AJM-10 Barcelona 19.12.2013 (Concurso 745/2013)

JM-1 Palma de Mallorca

“PRIMERO.-*Continuidad de la actividad empresarial.*
1. Dispone el artículo 44 de la vigente Ley Concursal (en adelante, LC) que la declaración del concurso no interrumpe la continuación de las actividades profesionales o empresariales que viniese ejerciendo el deudor; incluso, para el caso de la intervención de las facultades de administración del concursado (como se produce en el supuesto de autos), en aras a facilitar la continuación de la actividad empresarial, la administración concursal puede determinar los actos propios del tráfico o giro a que se dedica el concursado que podrá realizar (artículo 44.2, párrafo 1º LC), e incluso, sin necesidad de autorización, el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para continuar su actividad, con la condición de que se ajusten a las condiciones normales del mercado (artículo 44.2, párrafo 2º LC).
SEGUNDO.-*Autorización para la venta de la unidad productiva.*
2. En este punto, también conviene recordar que el artículo 43.2 LC permite a la autoridad judicial autorizar la enajenación o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa, debiendo recalcarse este último aspecto, es decir, aquellos bienes que conforman la masa activa pero que exceden de los normales del tráfico o giro empresarial.
TERCERO.-*Venta libre de cargas.*
3. Las condiciones de la venta de la unidad productiva son las expresadas en el documento número 1 acompañado junto con el escrito presentado en este Juzgado el día 11 de octubre de 2013. Es decir, interesan que el auto judicial que autorice la transmisión contenga los siguientes pronunciamientos específicos:
" *a. Deberá declarar expresamente que el adquirente no asume las condiciones salariales y de antigüedad del personal.*
b. Deberá declarar expresamente que el adquirente no asume ningún tipo de deuda del concursado. Específicamente se deberá señalar que no existe la sucesión de empresa prevista en el art. 44 del estatuto de los trabajadores, especificándose en el auto de enajenación que los juzgados sociales no podrán condenar a PESCADOS MAYOL por deudas de Pescados Mallorquines amparándose en dicho artículo 44 del estatuto de los trabajadores, tal y como permite el art. 149.2 de la ley concursal. c. Deberá declarar expresamente que, de conformidad con el art. 42 de la ley general tributaria, PESCADOS MAYOL no se subrogará en las deudas tributarias anteriores de Pescados Mallorquines.
d. Deberá declarar expresamente que PESCADOS MAYOL no se subroga en las obligaciones anteriores con la Tesorería general de la Seguridad Social, tal y como estableció el auto de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 15, de 29 de noviembre del 2007. "
4. Conferido traslado a las partes personadas, al efecto de manifestar lo que a su derecho convenía, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social se opuso a la autorización interesada, en el entendido de que la letra d. de las condiciones de la venta de la unidad productiva conculca lo dispuesto en el artículo 149.2 LC, así como el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y los artículos 104 y 127 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS). En apoyo de su postura cita el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada de 24 de junio de 2013, así como el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012. En definitiva, entiende la Letrada de la Administración de la Seguridad Social que no cabe que el Juez del Concurso introduzca en una resolución del procedimiento una decisión de no subrogación del adquirente en los créditos de la Seguridad Social como consecuencia de la venta de la unidad productiva, ya que dicha resolución incurriría en nulidad al no ser competente el Juez del Concurso para hacer este pronunciamiento.
5. El debate introducido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social no ha sido objeto de una decisión unánime por los Juzgados de lo Mercantil y las Secciones Especializadas de las Audiencias Provinciales, existiendo dos posiciones contrapuestas entre los Juzgados que consideran que es posible la transmisión de la venta de la unidad productiva libre de cargas (Auto del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona de 23 de julio de 2012, entre otras resoluciones) y quienes consideran que el auto otorgando la autorización no puede efectuar ese pronunciamiento por carecer de competencia (el citado Auto del Juzgado

de lo Mercantil número 1 de Granada de 24 de junio de 2013). En resumen las razones para optar por una u otra postura son las siguientes:

a. A favor de la inclusión de la cláusula de no subrogación en las cuotas de la Seguridad Social por parte del adquirente de la unidad productiva:

-La decisión sobre la autorización de la venta de la unidad productiva no ha de agotarse en los estrictos términos del artículo 149.2 LC, sino que ha de ir más allá, teniendo presente que, conforme a las normas del artículo 148 LC, los bienes han de enajenarse libre de cargas. Lo anterior se defiende desde la posición, también defendida por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, de que es aplicable por analogía el artículo 149.2 LC. Así, el Auto del Juzgado de lo Mercantil citado indica que " *Ahora bien, es criterio de este juzgador que la competencia del juez del concurso a la hora de aprobar la venta de la unidad productiva, no se agota a los estrictos términos del art. 149.2 LC, tal como plantea la TGSS sino que la competencia objetiva va más allá debiendo pronunciarse sobre los efectos que se derivan de esa venta pues el art. 149.2 LC no lo limita, estableciendo por otra parte el art. 148 LC que los bienes deben venderse libres de toda carga y gravamen. Además, por el principio de seguridad jurídica que debe regir en las relaciones mercantiles pues el comprador debe conocer exactamente qué es lo que compra y cuáles son sus responsabilidades a fin de formar su convicción y emitir libre y conscientemente su consentimiento y proponer una oferta* ". En este mismo sentido, la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 29 de noviembre de 2007 citada por la Administración Concursal concluye que " *Al Juez del concurso le corresponde no sólo aprobar el plan de liquidación, conforme al art. 148 LC, sino también dictar los autos de adjudicación correspondientes al activo realizado en la liquidación, y tanto en uno como en otro puede pronunciarse sobre los efectos o las condiciones en que se enajena una unidad productiva, en aplicación de la normativa concursal, en este caso el art. 149.2 LC. Fuera del concurso, el Juez Mercantil carece de competencia para decidir sobre la procedencia de la consideración de sucesión de empresa en caso de transmisión de una unidad productiva, a los efectos de que el adquirente se subrogue en las deudas de la Seguridad Social preexistentes, pero si la enajenación se realiza en la fase de liquidación de un concurso, es lógico que sea el Juez del concurso quien aplicando la normativa concursal se pronuncie sobre el alcance de la sucesión de empresa. En el ejercicio de esta competencia es lógico que se pronuncie sobre alguna cuestión de naturaleza administrativa o social pues, en la medida en que están directamente relacionadas con el concurso o son necesarias para el buen fin del procedimiento concursal, son cuestiones prejudiciales respecto de las que tiene extendida su competencia conforme al art. 9 LC* ".

-La sucesión de empresas a las que se refiere el artículo 149.2 LC lo es sólo a los efectos laborales, lo que no atañe a otras deudas. En este sentido, la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 16 de diciembre de 2009 argumenta que:

" *Como ya hacíamos en la resolución de referencia, hemos de distinguir entre el régimen legal de sucesión de empresa respecto de los créditos de la TGSS dentro y fuera del concurso de acreedores. Fuera del ámbito concursal la normativa legal propia, en concreto los arts. 104 y 127.2 TRLGSS, expresamente prevé que respecto de los créditos que la TGSS tuviera por cotizaciones, cuando se produzca una transmisión de la empresa o de una unidad productiva, existirá sucesión de empresa y consiguientemente el adquirente es responsable solidario del pago de las deudas con laSeguridad Social generadas por la empresa o la unidad productiva que adquiere. Una previsión paralela a ésta podemos encontrarla en el actual art. 42 LGT, respecto de los créditos tributarios, y en el art. 44 ET, respecto de los créditos laborales.*

Pero este régimen general, que se regula por la normativa sectorial, queda afectado o alterado en caso de concurso de acreedores, en la medida que en ese caso la norma especial es la concursal, que regula y condiciona la sucesión de empresa en el caso de que la liquidación, realizada dentro de un plan de liquidación (art. 148 LC) o por aplicación de las reglas supletorias del art. 149 LC, se lleve a cabo mediante la enajenación del conjunto de la empresa o de una unidad productiva. "

-La transmisión de la unidad productiva debe efectuarse libre de carga, ya que de lo contrario se burlaría el propósito de las normas liquidativas, siendo que las normas concursales tienen carácter especial respecto de las normas sectoriales o tributarias. En este sentido, se argumenta que el propósito de la enajenación es servir de medio para la obtención de líquido con el que poder hacer frente al pago ordenado de los acreedores, evitando que por la vía de la subrogación se afecte a la "par conditio creditorum". La venta de la unidad productiva ha de efectuarse libre cargas y gravámenes, ya que la enajenación no supone una subrogación del adquirente en la posición de la entidad concursada, sino un medio para satisfacer ordenadamente y con sumo respeto de la "par conditio creditorum", los créditos de los acreedores. No existe justificación razonable, salvo que el crédito fuera de los privilegiados por razón de una garantía real, para que los créditos de la Seguridad Social hayan de ser satisfechos por un no concursado y fuera del procedimiento concursal. En este sentido, el AAP Córdoba (Sección 3ª), de 8 de octubre de 2013 señala que " *el artículo 149.3 de la Ley Concursal, que en su nueva redacción establece que "el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90". Además, el propio artículo 55.1 LC hace referencia expresa también al momento de aprobación del plan de liquidación, como límite temporal para la continuación de procedimientos administrativos de ejecución y ejecuciones laborales. Por tanto, puede considerarse pacífico que en la liquidación todos los bienes que formen parte de la masa activa se enajenan libres de cargas y su producto se destina a incrementar la masa activa a favor de todos los acreedores, en aras del principio de la "par conditio creditorum"* ". En este mismo sentido la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 16 de diciembre de 2009 señala que:

" *La venta de empresa o de una unidad productiva no deja de ser un medio de realización, dentro de la liquidación concursal, de los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor concursado, alternativo a la enajenación individualizada o por lotes de los distintos elementos de la masa activa. De hecho, tal y como se recoge en la exposición de motivos, "la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de*

bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa" (E.m VII LC). Es precisamente el beneficio generalizado que produce la continuidad de la empresa, en la medida en que contribuye a conservar total o parcialmente los puestos de trabajo, lo que consiguientemente evita mayores gastos para la masa derivados de la extinción de los contratos de trabajo y genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado, el que lleva al legislador a favorecer esta forma de realización.
Primero, el art. 149.1.1ª LC, al regular las reglas legales supletorias de la liquidación, antepone claramente la venta de empresa o de unidades productivas a la enajenación aislada o en lotes de los elementos del activo. Y después, el art. 149.2 LC regula los efectos de tales ventas de empresa o de unidades de producción, disponiendo que "se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa", sin perjuicio de reconocer al Juez del concurso la facultad de "acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatutos de los Trabajadores".
Con ello, claramente, la Ley Concursal parte de la premisa de que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro de la liquidación se hace libre de deudas, esto es, el adquirente no se subroga en las deudas del concursado, sin perjuicio de las garantías reales que puedan gravar alguno de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o unidad productiva. A estos efectos, la venta de la empresa o de una unidad productiva tiene el mismo régimen que la realización individualizada o en lotes de los elementos que componen el activo, pues el adquirente las recibe libre de cargas, salvo las reales que graven alguno de los bienes adquiridos. Y ello es así como consecuencia de la lógica del concurso que busca dar una solución común al problema ocasionado con la insolvencia del deudor común para sus acreedores, articulando un procedimiento que facilite un convenio y, si no es posible o no se llega a cumplir, una liquidación universal del activo del deudor. La liquidación concursal va encaminada a la realización de la masa activa para con lo obtenido pagar a los acreedores, afectados por el principio de la par condicio creditorum, según las reglas de pago derivadas de la clasificación de créditos y de la existencia de créditos contra la masa. En esta lógica, los acreedores cobran dentro del concurso y con lo obtenido de la realización del activo, por el orden derivado de la clasificación de sus créditos, sin que, salvo en el caso de quienes tengan garantizado el crédito con una garantía real, tengan derecho a hacerlo de los terceros que adquieran los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, caso de optarse por tal forma de realización, pues de otro modo, se alteraría la par condicio creditorum.
Así se entiende que, bajo esta lógica del concurso, el art. 149.2 LC regule la única excepción a este principio general de que la transmisión de la empresa o de una unidad productiva no constituye propiamente una sucesión de empresa. Según este precepto tan sólo a efectos laborales se considerará que existe sucesión de empresa, y por ello el adquirente responderá durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la adquisición que no hubieren sido satisfechas (art. 44.3 ET), en este caso con la liquidación concursal.
No obstante, el art. 149.2 LC permite que el juez en el auto de adjudicación pueda acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 ET. Esto es, el importe de los salarios e indemnizaciones que conforme al art. 33 ET pagó el FOGASA, como consecuencia del concurso del empresario empleador, y que tendría derecho a subrogarse para repetir contra el deudor concursado, no será reclamable del adquirente de la empresa o unidad productiva si ha sido liberado de esta obligación por el Juez del concurso. "
- La venta de la unidad productiva libre de cargas es respetuosa con la Directiva 2001/23/CEE. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona de 23 de julio de 2013 dispone que " *Dicha interpretación es acorde, además, con la los principios que representa la Directiva 2001/23/CE, la cual distingue entre la transmisión de una unidad productiva, y la adjudicación como resultado de un procedimiento de insolvencia. Esta distinción no es casual, en la primera, impone al adquiriente la responsabilidad de las deudas (art. 3 y 4 de la Directiva), mientras que en la segunda (art. 5 de la Directiva) libera de esa obligación a quien se adjudica como resultado de dicho proceso de insolvencia, y de forma más concreta, el apartado b) del memorando prevé que la modificación de las obligaciones contempladas en los artículos 3 y 4 de la Directiva, se haga cuando la adjudicación tenga como fin la salvaguarda de empleo asegurando la supervivencia de la unidad productiva. Esto no es otra cosa que recoger lo que establece la exposición de motivos de la LC: "conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado."* ".
b. En contra de la inclusión de la cláusula de no subrogación en las cuotas de la Seguridad Social por parte del adquirente de la unidad productiva, se argumenta por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social:
-No existe cláusula legal habilitante para que el Juez del Concurso acuerde la no subrogación en las cuotas de la Seguridad Social por parte del adquirente de la unidad productiva. Se afirma que esta facultad está concedida a la Administración. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada de 24 de junio de 2013 citado argumenta que:
" *El juez del concurso no puede, por no existir cláusula legal habilitante para ello, acordar que la parte compradora no se subrogue en cantidad superior o por concepto distinto al propio de sucesión de empresas. Este tribunal no puede eximir a la parte compradora del cumplimiento de las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otro tipo que eventualmente pudiere asumir como consecuencia de la adquisición de la unidad productiva (...)*
Ello no implica forzosamente que la empresa adquirente quede automáticamente subrogada en las obligaciones de orden tributario y en las de seguridad socil devengadas en fecha anterior a la transmisión como consecuencia de ésta, pero no puede excluirse dicha posibilidad, que en todo caso deberá determinarse por la Administración, y eventualmente por los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, conforme a su

legislación específica. "
-En base al artículo 9 LC, los Juzgados de lo Mercantil no resultan competentes para resolver en relación a la impugnación de la resolución por la que se derive la responsabilidad solidaria a una empresa que haya adquirido activos de una entidad concursada, habiéndose especificado en el contrato de compraventa que la entidad compradora no se hacía cago de las cuotas de Seguridad Social anteriores a la firma del contrato. En este sentido, la Letrada de la Administración de la Seguridad Social citó de forma incorrecta el ATS Sala de Conflictos de 20 de julio de 2012, ya que pone en palabras del TS, lo que no es más que el informe del Ministerio Fiscal. Incurre en el mismo error el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada de 24 de junio de 2013. En efecto, la postura del Alto Tribunal respecto de la posibilidad de autorizar la no subrogación de las deudas de la Seguridad Social es nítida y frontalmente contraria a la que se ha expuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, ya que este auto en realidad aclara que:
" *El art. 149.2 LC en los casos de sucesión de empresas no recoge la responsabilidad por deudas con la Seguridad Social, que expresamente fueron excluidas en el contrato de venta autorizado judicialmente, por lo que no concurre responsabilidad solidaria de ANJAMA con AURGI, en base a la legislación concursal, con respecto a las cuotas devengadas con anterioridad a la venta, por lo que ninguna relación tiene el juez del concurso con la cuestión que se introduce en el proceso contencioso administrativo, y tampoco se plantea, en este caso, una cuestión prejudicial administrativa relacionada con el concurso (art. 9 LC).*
Esta especialidad de la norma concursal tiene un profundo sustento en el mantenimiento productivo de la unidad de negocio transmitida, intentando evitar el mayor número de cargas posibles en beneficio de los trabajadores y de la economía en general, por ello la Ley Concursal es más restrictiva con las deudas de la Seguridad Social, pues se parte de que la unidad productiva transmitida es viable economicamente, lo que podría no ocurrir si su balance tuviese que acoger como pasivo, deudas provenientes de la Seguridad Social, por un período anterior a la venta.
Por tanto, la derivación de la responsabilidad solidaria efectuada por la TGSS contra ANJAMA no tiene sustento en la normativa concursal ni tiene el carácter de prejudicial, por lo que ningún pronunciamiento se puede impetrar de los Juzgados de lo Mercantil. "
6. Este Juzgador acoge, por resultar más acorde a la finalidad del concurso de acreedores, a la normativa comunitaria, a la jurisprudencia del Alto Tribunal y a la benéfica trascendencia de esta decisión para la economía y el tráfico mercantil, la primera de las posturas. No puede acogerse la postura defendida por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, por cuanto que parte de una interpretación equivocada de la resolución del Alto Tribunal, el cual, conviene recordar, únicamente se pronuncia sobre la competencia en un conflicto negativo de jurisdicción planteado entre un Juzgado de lo Mercantil y un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, vedando que se pueda impetrar del Juzgado de lo Mercantil la tutela judicial de una reclamación que se dirige contra el adquirente, persona no concursada. Ahora bien, a esta conclusión llega el Alto Tribunal tras proclamar que la LC es norma especial y que la venta de la unidad productiva ha de hacerse libre de cargas, pudiendo autorizarse la venta con supresión de la subrogación por el adquirente en los créditos contra la Seguridad Social.
CUARTO.-*Oferta de compra.*
7. Llevado al caso de autos, tal y como se refiere del escrito de la Administración Concursal y de la oferta de compra anexa, debemos declarar procedente la venta directa de la unidad productiva ubicada en el inmueble propiedad de la entidad mercantil concursal, en que consiste la actividad de la concursada (en concreto del inmueble titularidad de la entidad mercantil Pescados Mallorquines, S.L. y sus instalaciones, de la maquinaria y el utillaje necesarios para desarrollar la actividad, el mobiliario, equipos de procesamiento de la información y vehículos y otros elementos de transporte y existencias y producción), con oferta de empleo a 4 de los antiguos empleados de la entidad concursada (sin comprometerse a asumir las mismas condiciones laborales que los trabajadores tenían con anterioridad).
8. Y ello por resultar realmente beneficioso para el concurso en trámite. En particular consideramos que, tal y como sostiene la Administración Concursal en su solicitud de venta, la venta permite la pervivencia de la empresa, la nueva contratación de antiguos trabajadores, la subsistencia de la estructura empresarial haciendo frente a los pagos propios de la actividad. En estas condiciones, queda claro que el escenario de un posible convenio se hace más viable, con el beneficio que para el concurso supone.
9. A ello unimos, confirmando los argumentos de la administración concursal, que no estamos reduciendo o comprometiendo la actividad propia de la sociedad concursada dado que, además de la contraprestación económica, la entidad compradora se compromete a prestar los servicios del negocio.
10. Gracias a la operación se conseguirá obtener tesorería, eliminando deuda del concurso, eliminando deuda contra la masa, así como consiguiendo el mantenimiento de la estructura empresarial y de los puestos de trabajo.
11. Todos estos datos ahora expuestos y valorados conjuntamente, permiten alcanzar la conclusión de la idoneidad de la oferta realizada, de encontrarse en condiciones de mercado.
12Visto cuanto antecede, procede declarar procedente la venta cuya autorización se solicita, por cuanto resulta de interés para el concurso, amén de cumplir con los requisitos que la legislación vigente impone al respecto.”:
AJM-1 Palma de Mallorca 14.11.2013 (Concurso 463/2013)

JM-8 Madrid

“RAZONAMIENTOS JURÍDICOS
Marco de la salida de bienes de la masa activa antes de liquidación.
(1).-Declarado el concurso, la primera finalidad respecto a los bienes integrantes en la masa activa es su conservación a expensas de la futura solución concursal, al disponer el art. 43.1 LC que " *en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más*

conveniente para los intereses del concurso ", impidiéndose así su salida del patrimonio de la concursada antes del momento de liquidación, como expresamente dispone el art. 43.2 LC, al señalar que " *hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez* ".
Por tanto, fuera de la posible continuación de la actividad económica, con el tráfico mercantil ordinario de la misma, el cauce legal que habilita la salida de ciertos activos de la masa del concurso de forma alternativa a la vía anterior, el art. 43.2 LC permite al Juez del concurso autorizar, vía art. 188 LC, la enajenación o el gravamen de los bienes y derechos que integran la masa activa.
Y así, de acuerdo con lo reseñado en ese cauce legal, los parámetros para valorar las propuestas de la AC de los concurcuros de las sociedades de Grupo Maemoda (Blanco), y conceder o denegar la autorización, son los siguientes:
(i).- habrá de basarse en un presupuesto, que no sea justificadamente posible la espera a la fase de liquidación concursal para acudir a tal enajenación;
(ii).- habrá de estar regida por el mayor interés para el propio concurso, en los parámetros legales y económicos tomados en consideración en la LC, y
(iii).- habrá de rodearse de garantías suficientes para lograr la máxima transparencia en la enajenación y el respecto a las prohibiciones de adquisición por parte de ciertos sujetos, de modo que por acudir a esta vía urgente no se vulneren las cautelas propias de la liquidación.
Necesidad de acudir a la enajenación previa.
(3).-*Propuesta.* Se expone por la AC, en su escrito d.f.i. 20 de noviembre de 2013 que no es posible dilatar la enajenación de la unidad productiva a la fase de liquidación, ya que así se exige en la propuesta de adquisición formulada por FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY, donde existe una fecha tope para formalizar la transmisión, el día 30 de enero de 2014, y por que el deterioro de la actividad productiva desarrollado en las distintas sociedades sociedad en concurso de este GRUPO MAEMODA (BLANCO) es progresivo.
(4).-*Valoración.* A tenor de lo expuesto por la AC, y de las razones que se expondrán seguidamente, ha de entenderse que no es posible esperar a la apertura de la fase de liquidación para proceder a la enajenación de la unidad productiva, ya que:
(i).- No se está ante la enajenación de un activo aislado, un bien mueble o inmueble o derecho individualizado, sino ante la venta de una unidad productiva, contemplada como un conjunto complejo y extenso de bienes, derechos, contratos de trabajo y expectativas de negocio, lo que determina que la gestión de venta sea especialmente dificultosa y delicada, respecto a la negociación de enajenación de bienes individualizados. Ello justifica que cuando puede encontrarse a un potencial comprador, las condiciones de venta sea especialmente meticulosas con los plazos contractuales pactados para ejecutarla. Si se desatendiese esa necesidad, se abocaría al concurso a peder dicha oportunidad de venta, con graves dificultades para encontrar otras, similares o no, en un momento posterior, ya en fase de liquidación.
(ii).- La venta de la unidad productiva a la que se refiere la oferta de FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY y la solicitud de la AC d.f.i. 20 de noviembre de 2013, comprende elementos integrados en los diversos procedimientos concursales de las sociedades del GRUPO MAEMODA (BLANCO), que comprende un total de 14 concursos diferentes, por lo que alcanzar la fase de liquidación en todos y cada uno ellos puede dilatar enormemente la gestión de venta de la unidad productiva, hasta el punto de frustrar el interés legal de conservar la unidad productiva en funcionamiento en el mercado, debido al agravamiento de las dificultades de explotación.
(iii).- El tiempo que deba esperarse a la apertura de la liquidación en cada uno de los 14 concursos de las sociedades del GRUPO MAEMODA (BLANCO), no solo resulta ya de su número, sino también del carácter complejo de varios de tales concursos, donde será preciso solventar diversas incidencias hasta alcanzar la apertura de la liquidación.
(iv).- Las graves dificultades financieras por las que atraviesan las sociedades en concurso del GRUPO MAEMODA (BLANCO), en parte generadas por la dificultad añadida que supone acceder a financiación ajena cuando el deudor ha sido declarado en concurso, determina que sea prácticamente imposible para estas sociedades concursadas mantener en funcionamiento dicha unidad productiva hasta que llegue la apertura de la liquidación concursal.
Autorización de la enajenación propuesta.
(5).-*Elementos de contenido subjetivo.* Respecto del contenido de la oferta referida en el escrito de la AC d.f.i. 20 de noviembre de 2013, respecto al concurso, deben ser resaltados ahora los siguientes extremos:
(i).- El adquirente, FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY, es una entidad extranjera, cotizada en la bolsa de Riad, con una capitalización bursátil superior a los 2.538.000.000#, lo que acredita su solvencia económica y financiera para asumir la plena continuidad de la actividad económica de la unidad productiva de GRUPO MAEMODA (BLANCO).
(ii).- El adquirente, FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY, es una entidad con experiencia en el sector de venta de prendas de moda, con presencia en 9 países diferentes, bajo un total de 75 marcas de venta de moda, con explotación de 1.400 tiendas, y titular de 13 centros comerciales, con una cifra de venta en el año 2012 de 906.595.235#, y con más de 10.000 empelados directos, lo que acredita su capacidad empresarial y operativa, por conocimiento del negocio y de su mercado, incluso en el ámbito internacional para dar continuidad a la actividad económica de la unidad productiva de GRUPO MAEMODA (BLANCO).
(6).-*Elementos de contenido objetivo.* En cuanto las condiciones internas de la oferta presentada por la AC de los concursos de las sociedades de GRUPO MAEMODA (BLANCO), deben valorarse, sin perjuicio de otros, los siguientes extremos relevantes y esenciales:
(i).- Concurre un rasgo especial en este supuesto, la unidad productiva a la que se refiere la propuesta de venta por la AC está delimitada por la actividad empresarial única, comprensiva de todos los escalones de la producción y distribución de ropa, que se desarrolla a través del conjunto de sociedades concursadas, de

manera que la unidad productiva a transmitir no está cobijada bajo la estructura de una única sociedad del GRUPO MAEMODA (BLANCO), sino de todas ellas. Existe pues una compartimentación de los elementos de dicha unidad productiva entre los Inventarios de activo de cada concurso de esas sociedades, pero sí está presente el elemento definidor de una unidad productiva, su entidad individual de destino al desarrollo de un único e identificable negocio. Ello permite, y obliga, a contemplar la operación con una visión transversal respecto de cada uno de los procesos concursales aislados, por cierto, para lo que se acordó en su día la acumulación inicial de los mismos.

(ii).- El precio de la adquisición es de 1.500.000# pagaderos al contado, más la asunción de deuda por una cantidad de 6.440.000#, representada en créditos concursales, más el pago de los créditos contra la masa generados por el mantenimiento de la actividad productiva de la unidad desde el día 1 de noviembre de 2013 hasta el momento de consumación de la venta, cuyo coste puede rondar los 5.000.000#, en déficit de caja en dicho periodo.

(iii).- Por otra parte, durante la tramitación del concurso, la AC y las sociedades concursadas integrantes del GRUPO MAEMODA (BLANCO) alcanzaron un acuerdo con la entidad Gordon Brother a fin de disponer de financiación para el pago a los proveedores de ropa, y así mantener la actividad en las tiendas y poder afrontar las sucesivas temporadas de rotación de producto de moda, por una suma de 20.800.000#, ya que las líneas habituales de financiación bancaria de GRUPO MAEMODA (BLANCO) estaban cerradas, y dichas sociedades concursadas carecían de liquidez con la que afrontar el pago de suministro. El pago de tal suma financiada por Gordon Brother será asumida por la adquirente, FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY.

(iv).- Adicionalmente, FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY asume deuda hasta la cuantía de 2.930.000# de crédito laboral de las plantillas conformadas por empleados en fecha de 1 de noviembre de 2013, y de 3.510.000# en deuda con arrendadores de locales.

(v).- En la unidad productiva que se transmite por los concursos de las sociedades de GRUPO MAEMODA (BLANCO), no están comprendida la titularidad dominical de bienes inmuebles de ninguna clase, ni participaciones sociales en filiales dentro del GRUPO MAEMODA (BLANCO).

(vi).- De la unidad productiva que se pretende transmitir por los concursos de las sociedades de GRUPO MAEMODA (BLANCO) dependen de modo directo 1.200 trabajadores, cuyos contratos se compromete a asumir y mantener FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY.

(vii).- Para dar viabilidad a la negociación de venta, por parte de los socios y/o administradores sociales de las sociedades concursadas se ha aportado a las mismas la titularidad de las marcas "Blanco", referencia de mercado bajo la que gira el desarrollo del negocio transmitido. Dichos elementos de propiedad industrial no estaban integrados en el activo de los concursos de tales sociedades,

(7).-*Valoración del interés del concurso.* De todas las condiciones que conforman la oferta de adquisición realizada por FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY respecto de la unidad productiva de GRUPO MAEMODA (BLANCO), debe entenderse que queda salvaguardado el interés del concurso de cada una aquellas sociedades, ya que:

(i).- Dado el arduo proceso de venta de la unidad productiva, con la localización de un único oferente, y de procedencia extranjera, la alternativa sería la venta en liquidación de cada uno de los elementos que integran dicha unidad productiva tras el cese de su actividad.

(ii).- Tomado en consideración que no existen afectos a la enajenación de la unidad productiva ni bienes inmuebles, ni créditos frente a terceros, resulta evidente que el valor de empresa en funcionamiento de la unidad productiva supera sin comparación posible el valor residual, en muchos casos de pura liquidación y achatarramiento, de los elementos materiales que pueden integrarse en ella. Por tanto, el precio obtenido de la venta de la unidad productiva, ya sea por aportación de numerario al contado, ya sea por asunción de pasivos, algunos contra la masa, supone una expectativa de enriquecimiento muy superior para los concursos de las sociedades de GRUPO MAEMODA (BLANCO) que su alternativa.

(iii).- La conservación de 1.200 puestos de trabajo permite a demás, desde la perspectiva de las sociedades en concurso, la evitación de la extinción de dichos puestos, vía art. 64 LC, lo que generaría un importante volumen de créditos contra la masa derivados de la indemnizaciones laborales por dichos despidos, pasivo concursal contra la masa cuya aparición se evita con la enajenación de la unidad productiva.

(iv).- Existe un especial desiderátum legal de otorgar preferencia en todo caso a la realización concursal de las unidades productivas como tal, en funcionamiento, tal cual establece el art. 148.1 LC, al referirse a la propuesta de plan de liquidación, " *(...) que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunas de ellas* ", como en el art. 149.1 LC, al regular las reglas supletorias para la liquidación de activo, " *el conjunto de conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas (...) se enajenaran como un todo* ", precepto que incluso se cuida de establecer que, en cuanto a las ofertas de compra, serán " *(...) consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso, de las unidades productivas y de los puestos de trabajo* ". Estos rasgos son los que precisamente pueden ser predicados de la oferta de FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY.

(v).- No existe formulada o presentada por terceros propuesta de adquisición alternativa a la de FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY sobre la unidad productiva, no ya en términos de superación de precio, de conservación del empleo y de continuidad empresarial ofrecida por aquella, sino en absoluto, esto es, no hay otra posibilidad, y ello pese a la importante difusión de publicidad sobre el intento de venta.

(vi).- Por lo demás, la observación más puntual, por encima de los datos expuestos en el escrito de petición de autorización, del equilibrio prestacional entre el activo transmitido, la unidad productiva, y el precio recibido por ello y su imputación a cada concurso de las sociedades de GRUPO MAEMODA (BLANCO), cae bajo la directa gestión y responsabilidad de la AC.

Observación de garantías en el proceso de enajenación.

(8).-Por lo que respecta a las garantías de transparencia en el precoso de venta de elementos del activo del concurso antes de la apertura de la fase de liquidación, nada dispone el art. 43 LC, salvo la autorización judicial. En tal sentido, parece que lo inmediatamente aplicable será el sistema de enajenación por venta directa, art. 149 LC, dada la urgencia de la venta, y en los casos en los que por tal apremio sea posible, la subasta del art. 149.1 LC, sin ajustarse a las normas rígidas de la LEC, pero garantizando la publicidad de la enajenación para hacer efectiva la concurrencia de licitadores, y la salida por un precio de mercado, según el estado de los bienes a enajenar.
(9).-En tal sentido, la AC ha acreditado haber dado una amplia difusión a la gestión de venta de la unidad productiva, a través de (i).- la una comunicación previa de su intención a las partes personadas en los concursos, mediante escrito de fecha 26 de julio de 2013, (ii).- con la publicación específica en diarios, generales, ABC, y específicamente económicos, Cinco Días, (iii).- con la consignación de dicha intención de negocia la venta de la unidad en las páginas web de cada una de las sociedades concursadas, (iv).- con el contacto directo con diversas empresas del sector, que culminó incluso con la directa negociación, luego frustrada, con otro importante grupo de moda.
(10).-En cuanto a las garantías subjetivas, es evidente que no existe quebranto de la prohibición del art. 151 LC, ni operación sospechosa por venta a favor de terceros especialmente relacionados con la sociedad concursada, como socios, administradores, o sociedades vinculadas.
(11).-*Laborales.* El art. 149.1.3ª pf. 2º " *in fine* " LC establece que en caso de enajenación de unidades productivas " *en todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores* ", opinión que se acredita haber sido recabada por la AC en el seno del expediente del art. 64 LC que se tramitó en el conjunto de los concursos de las sociedades de GRUPO MAEMODA (BLANCO), terminados con acuerdo pleno, a fin de ajustar las plantillas a la conservación de la unidad productiva para su enajenación como tal.
Efectos especiales de la venta.
(12).-*Peticiones.* Por parte de la AC de los concursos de las sociedades de GRUPO MAEMODA (BLANCO), de acuerdo con las condiciones de adquisición formuladas por FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY, se solicita una declaración del Juez del concurso sobre dos extremos relevantes, como son la exclusión del efecto de sucesión de empresa y de la forzosa subrogación en los contratos instrumentales a la continuación de la actividad de la unidad productiva.
(13).-*Exclusión de la consideración de sucesión de empresa.* La finalidad fundamental de este pronunciamiento es excluir el efecto extensivo de responsabilidad, frente a la TGSS, del sujeto adquirente, por las deudas de SS nacidas antes de la transmisión, prevista específicamente en los arts. 104 y 127.2 TRLGSS. Sobre la viabilidad jurídica de dicho pronunciamiento, que se acogerá, deben realizarse las siguientes consideraciones:
(i).- Sobre la competencia objetiva, debe entenderse que el Juez del concurso tiene plena competencia para resolver sobre este extremo, sin tener que dejar dicha cuestión para un proceso posterior frente a la TGSS, ante el ejercicio de su potestad ejecutiva. Y ello, no ya por que así lo recoge el art. 9.1 LC, " *la jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluídas en el art. 8, administrativas y sociales directamente relacionadas con el concurso* ", sino por que expresamente lo admite la *STS, Sala de Conflictos, nº 11/2012, de 24 de octubre, FJ 2º, pte. Lesmes Serrano, " en relación con la cuestión de fondo planteada, este Tribunal tiene dicho en Sentencia de 25 de junio de 2007, dictada en el conflicto 3/2007 (BOE de 16 de agosto de 2007), que el principio de universalidad que establece la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, atribuye jurisdicción exclusiva y excluyente al Juez del concurso, con desplazamiento del competente primariamente -sea jurisdiccional o, en su caso, administrativo-, exclusividad que se funda en razones de economía procesal y de eficacia respecto del proceso universal abierto* ". Se reitera de modo especial esta doctrina, en particular en lo referente a la TGSS, en el *ATS, Sala especial, de 20 de julio de 2012, pte. Arroyo Fiestas*.
(ii).- Respecto a la cuestión de fondo, si es o no posible excluir este efecto de sucesión de empresa, a fin de evitar la responsabilidad extensiva del adquirente endeudas anteriores derivadas de la unidad productiva trasmitida, este Juez se adhiere por completo al criterio expresado por la *SAP de Barcelona nº 391/2007, de 29 de noviembre, FJ 2º, pt. Sancho Gargallo,* la cual señala que " *Tiene razón la TGSS de que fuera del ámbito concursal la normativa legal propia, en concreto los arts. 104 y 127.2 TRLGSS, expresamente prevén que respecto de los créditos que tuviera por cotizaciones, cuando se produzca una transmisión de la empresa o de una unidad productiva, existirá sucesión de empresa y consiguientemente el adquirente es responsable solidario del pago de las deudas con la Seguridad Social generadas por la empresa o la unidad productiva que adquiere. Una previsión paralela a ésta podemos encontrarla en el actual art. 42 LGT, respecto de los créditos tributarios, y en el art. 44 ET, respecto de los créditos laborales. Este régimen general, que se regula por la normativa sectorial, queda afectado o alterado en caso de concurso de acreedores, en la medida que en ese caso la norma especial es la concursal, que regula y condiciona la sucesión de empresa en el caso de que la liquidación, realizada dentro de un plan de liquidación (art. 148 LC) o por aplicación de las reglas supletorias del art. 149 LC, se lleve a cabo mediante la enajenación del conjunto de la empresa o de una unidad productiva. (...)Con ello, claramente, la Ley concursal parte de la premisa de que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro de la liquidación se hace libre de deudas, esto es el adquirente no se subroga en las deudas del concursado, sin perjuicio de las garantías reales que puedan gravar alguno de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o unidad productiva. A estos efectos, la venta de la empresa o de una unidad productiva tiene el mismo régimen que la realización individualizada o en lotes de los elementos que componen el activo, pues el adquirente las recibe libre de cargas, salvo las reales que graven alguno de los bienes adquiridos. Y ello es así como consecuencia de la lógica del concurso que busca dar una solución común al problema ocasionado con la insolvencia del deudor común para sus acreedores, articulando un procedimiento que facilite un convenio y, si no es posible o no se llega a cumplir, una liquidación universal del activo del deudor. La liquidación concursal va encaminada a la realización de la masa activa para con lo obtenido pagar a los acreedores, afectados por el principio de la par condicio creditorum, según las reglas de*

pago derivadas de la clasificación de créditos y de la existencia de créditos contra la masa. En esta lógica, los acreedores cobran dentro del concurso y con lo obtenido de la realización del activo, por el orden derivado de la clasificación de sus créditos, sin que, salvo en el caso de quienes tengan garantizado el crédito con una garantía real, tengan derecho a hacerlo de los terceros que adquieran los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, caso de optarse por tal forma de realización, pues de otro modo, se alteraría la par condicio creditorum. Así se entiende que, bajo esta lógica del concurso, el art. 149.2 LCregule la única excepción a este principio general de que la transmisión de la empresa o de una unidad productiva no constituye propiamente una sucesión de empresa. Según este precepto tan sólo a efectos laborales se considerará que existe sucesión de empresa, y por ello el adquirente responderá durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la adquisición que no hubieren sido satisfechas (art. 44.3 ET), en este caso con la liquidación concursal. No obstante, el art. 149.2 LCpermite que el juez en el auto de adjudicación pueda acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 ET. Esto es, el importe de los salarios e indemnizaciones que conforme al art. 33 ETpagó el FOGASA, como consecuencia del concurso del empresario empleador, y que tendría derecho a subrogarse para repetir contra el deudor concursado, no será reclamable del adquirente de la empresa o unidad productiva si ha sido liberado de esta obligación por el Juez del concurso. Esta normativa nacional no contradice la normativa comunitaria, constituida originariamente por Directiva 77/187, de 14 de febrero, que ha experimentado diferentes reformas, entre otras la Directiva 98/50 de 29 de junio (que contempla las transmisiones de empresa en concurso), y que han quedado refundidas en el texto consolidado aprobado por la Directiva 2001/23, de 12 de marzo (DOCE de 22 de marzo de 2001). La Directiva, que pretende asegurar la continuidad de los contratos de trabajo tras la transmisión de la empresa o la unidad productiva en la que se trabaja, para lo cual se prevé la subrogación contractual laboral del cesionario en la posición empresarial del cedente, que asume la condición de empleador, permaneciendo inalteradas las condiciones de trabajo anteriores a la transmisión, en situaciones concursales reduce los standares de protección para el trabajador siempre que con ello se consigue la continuación de la empresa, y con ello el mantenimiento de la mayor parte de los puestos de trabajo (art. 5). En este contexto, el crédito de la Seguridad Social, como cualquier otro crédito que no sea propiamente laboral, no resulta exigible al adquirente de la únidad productiva, y ello sin necesidad de que se pronuncie expresamente en tal sentido la normativa sobre Seguridad Social. Podría haberlo hecho, como la Ley General Tributaria que expresamente lo prevé en el último párrafo de su art. 42.1, pero ello no es necesario, pues como ya hemos apuntado en caso de concurso la norma especial, que regula no sólo el procedimiento concursal sino también sus efectos, es la Ley Concursal, que expresamente ha sido promulgada bajo el principio de unidad legal, de que sea esta Ley la única que regule el concurso de acreedores y sus efectos ". El criterio de esta resolución ha sido reiterado en el *AAP de Barcelona, sec. 15, de 26 de junio de 2013, pt. Rallo Ayezcuren, a. Inoxcrom*.

(iii).- No cabe añadir más argumentación respecto de la reproducida, quizás sí indicar que esa interpretación es la más acorde con la intención legislativa de recortar la extensión de responsabilidad subyacente a la transmisión de empresa para el empresario adquirente, respecto a pasivos anteriores, lo que ya está previsto para deudas tributarias, vd. art. 42.1.c) LGT, " *lo dispuesto en el primer pf. de esta letra* (la extensión al adquirente de responsabilidad fiscal por deudas anteriores a la transmisión) *no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal* ", y para las deudas laborales, art. 149.2 LC, " *(...) el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de cuantía de los salarios o indemnizaciones laborales pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial* ", rasgo este que al aplicarse a las deudas de Seguridad Social dota de plena coherencia al sistema concursal de transmisión de empresa.

(14).-*Cesión forzosa de contratos.* La legalmente deseable conservación por transmisión de empresa o unidad productiva del deudor concursado sólo puede ser lograda gracias a otro efecto consustancial, la cesión con mantenimiento de las relaciones contractuales vigentes del deudor concursado a favor del adquirente. La cuestión ha determinar es cuál sea el basamento legal para imponer a los que eran originariamente contratantes del deudor concursado la cesión de su contrato, con subentrada en la relación contratual del adquirente.

(15).-Es relevante resolver esta cuestión, ya por la pluralidad de contratos que pueden quedar afectados en el caso de GRUPO MAEMODA (BLANCO), como contratos de arrendamiento, de leasing, de franquicia, licencias de uso de propiedad industrial, suministros duraderos...; ya por que es preciso clarificar la situación de los contratantes. Así, de dejarse abierta esta cuestión, podría, v. gr., algún contrate, como por ejemplo, franquiciados, podrían tratar de desconocer la cesión de los contratos, y continuar pagando su canon y liquidaciones al anterior contratante, GRUPO MAEMODA (BLANCO), en lugar de al adquirente, FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY, lo que daría lugar a graves problemas para la viabilidad de la operación, abocada en tal caso a largo y dispares procesos judiciales con cada contratante, para validar la cesión en cada caso. Ello no puede admitirse, ya que se trata de una cuestión estrictamente vinculada a los actos de liquidación del concurso, art. 9 LC.

(16).-En cuanto a la efectividad de la cesión de los contratos, con abstracción del consentimiento de las partes del contrato, debe razonarse así:

(i).- La relación contractual se establece por medio de un negocio jurídico, el contrato, en el que las partes consienten en obligarse a algo y frente a alguien, precisamente. Ello impone que la cesión de los contratos, entendida como el traslado de una de las posiciones obligacionales completa, derivada del contrato vigente, de un sujeto contratante a un tercero, sea tratada con carácter restrictivo, ya que supone una alteración no admitida por el contratante que perdura en la relación contractual, respecto de los términos en los que consintió en celebrar aquel negocio jurídico.

(ii).- Debe además, señalarse que no se está exactamente ante una delegación o expromisión de deuda, art.

1.205 y 1.210 CC, o de cesión de crédito, art. 1.526 CC, actos generalmente admitidos, art. 1.112 CC, " *todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario* ", ya que en ellos se transmite tan solo la carga prestacional derivada del contrato, esto es, el débito de cumplimiento de la prestación o el derecho subjetivo crediticio a exigirlo. En cambio, en la cesión del contrato se transfiere todo el conjunto de facultades, acciones y derechos que se deriven del contrato, ya devengados antes, ya a devengar en el futuro durante la vida del contrato. Tiene pues una entidad de mucho mayor alcance.

(iii).- Ese cierto disfavor a admitir la libre transmisión del contrato se refleja en la ausencia de regulación sistemática de esta figura, su práctica atipicidad legal. Por ello, la doctrina suele integrar dicha regulación bien con los preceptos propios de la novación subjetiva, arts. 1.203 y ss. CC, bien mediante la referencia a supuestos de tipos de contratos específicos en los que se regula dicha cesión. Ello ocurre en el caso del art. 1.969 CC, respecto al contrato civil de sociedad, pero sin que el cesionario llegue a integrarse en la sociedad sino con el consentimiento de los otros socios; el art. 32.1 LAU respecto a arrendamientos de inmuebles para uso distinto de la vivienda; el art. 23 LAR, cesión sometida a consentimiento de la contraparte; art. 49 TRLPI, sobre cesión de contratos de explotación de obra intelectual, donde la falta de consentimiento del contratante no impide la cesión, pero sí extiende la responsabilidad entre cedente y cesionario; o el art. 34 LCS, sobre cesión del contrato de seguro de daños.

(iv).- Lo esencial aquí, lo determinante, es si dentro del concurso debe prevalecer una visión *ius civilista* de la cesión del contrato, que prima la protección de derechos individuales, observando aisladamente la relación jurídica dimanada del contrato, o si debe imperar la perspectiva de conjunto propia del Derecho concursal, con la ponderación de diversos intereses implicados, que desbordan los contornos de las relaciones contractuales individualmente contempladas.

(v).- En el conjunto de los principios de aquella normación fragmentaria y analógica de la cesión del contrato, el elemento fundamental está en la autonomía de la voluntad para la cesión del contrato por una de las partes contractuales a un tercero. Esa situación es precisamente la que no existe dentro concurso de acreedores. No se está ante una cesión voluntaria de la relación contractual, sino forzosa. Y lo es un triple reforzado sentido.

(vi).- El primero es que se enmarca dentro de un acto liquidatorio de la masa concursal, un acto debido conforme a Derecho, ya que la AC está obligada legalmente a la liquidación del activo concursal, y por lo tanto ha de proceder ese órgano concursal, ni siquiera el deudor contratante, a dicha enajenación. Si la cesión se vincula a la enajenación, ha de afirmarse que se está ante un acto indefectible, de ejecución imperativa.

(vii).- El segundo de los sentidos de esa forzosa cesión se manifiesta en que, si el contrato sirve instrumentalmente al desarrollo de actividad de una unidad productiva, existen mandatos legales en la liquidación que obligan a la AC a enajenar como tal dicha unidad productiva, arts, 148.1 y 149.1.1ª LC, el cual afirma que " *el conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas se enajenarán como un todo* ", es decir, se impone un deber a la AC de proceder a la liquidación del haber concursal mediante la venta de las unidades productivas como tales que puedan existir. De hecho, para acudir a otra solución, sólo puede hacerlo bajo autorización expresa del Juez, " *salvo que (...) el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división* ". No existe libre elección en este punto para la AC, no tiene autonomía para optar por el cese de la actividad de esa unidad productiva, con terminación de los contratos instrumentales a ella, y vender sus elementos integrantes de modo aislado. Además, ello podría incluso constituir un supuesto de responsabilidad para dicha AC, por la pérdida de valor de tal activo.

(viii).- El último aspecto de ese forzamiento es que la unidad productiva sólo puede conservarse como tal con el mantenimiento de las relaciones contractuales por las que se instrumentaliza la actividad económica que desarrolla. Si se admitiese la extinción de esos contratos como consecuencia de la cesión, se produciría el estrangulamiento de la actividad económica de manera automática, con el cese de su actividad, lo que frustraría en todo caso, siempre, cualquier posibilidad fiable de proceder a la enajenación de una unidad productiva por la AC, y con ello se cercenaría la vía para alcanzar la realización de los actos exigidos legalmente en los arts. 148.1 y 149.1.1ª LC.

(ix).- Este es precisamente el sentido del art. 191 ter.2 LC, aún quizás siendo demasiada escueta sede normativa para tan poderoso efecto jurídico. Dicho precepto se dedica, precisamente, a regular un concurso abocado a la solución liquidatoria, sin otra posibilidad. Y en tal marco, se indica que " *en el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella* ". La ley por tanto parte del mantenimiento de la vigencia de los contratos necesarios para el mantenimiento de la unidad productiva, cuyo destino ha de ser necesariamente, se está ante un concurso con solución exclusivamente liquidatoria, la enajenación, lo que conllevará, también como consecuencia necesaria, la cesión de dichos contratos.

(x).- Y todo ello, lógicamente, con desvinculación de la voluntad de la parte contractual cuyo contrato se cede, ya fuera relevante su consentimiento a tal fin, como requisito de la validez de la cesión, por el régimen legal del tipo de contrato de que se trate, ya por pacto expreso de las partes en el contrato. Esa posibilidad estará prevista, legal o convencionalmente, para un supuesto de hecho diferente, la cesión voluntaria, pero no para una cesión forzosa, por imperativo legal, de contratos vinculados instrumentalmente a una unidad productiva. Ese supuesto es el no contemplado en dichas normas o previsiones contractuales y el que debe regirse por los principios de mantenimiento de la actividad empresarial, derivados de la normativa concursal. Ha de entenderse que la finalidad impuesta en la LC no puede depender de la conservación de dichos contratos, una vez cedidos, por la voluntad de la contraparte contractual, por esa sola causa. De hecho, la claudicación de los principios de autonomía de la voluntad y vinculación contractual en situación concursal es más que evidente a lo largo de la LC, ya sea en materia de resolución no causal, del art. 61.2 pf. 2º LC, ya sea por la potestativa exclusión de la facultad resolutoria, art. 62.3 LC, ya por otras facultades exorbitantes, respecto de la normación clásica del Derecho de contratos, prevista en los arts. 66 y ss. LC.

(17).-*Efecto de la cesión de contratos.* Si bien una cosa es llegar a la conclusión de que es imponible a la voluntad de las partes la cesión del contrato, con plena eficacia, otra cosa es la regulación de los efectos de la cesión. En aquellos contratos en los que, por su tipología legal, no existe previsión alguna, el único efecto será la sustitución subjetiva de un contratante, el deudor concursado, GRUPO MAEMODA (BLANCO), por el adquirente, FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY. Respecto a las deudas ya generadas, recogidos los efectos crediticios en el concurso, se ha de estar simplemente a su tratamiento legal según la LC.
En cambio, si la regulación legal o convencional de una clase concreta de contratos prevé un cierto efecto de la cesión, que no afecte a la vigencia, eficacia y perdurabilidad del mismo, sino a elementos accesorios (preciso, fianzas...), habrá de estarse a los mismos, vd. *STJUE de 16 de octubre de 2008,* ya que ello es precisamente un efecto de la cesión contractual, admitida para esa clase de contratos, que no resulta expropiable al contratante cedido.
Observaciones realizadas.
(18).-*Valor de las observaciones.* Cuando el art. 188 LC admite que las partes personadas puedan poner de manifiesto su opinión sobre la solicitud de autorización judicial instada en algún asunto por la AC, no significa que ese trámite se convierta en un proceso controversial plenario, de suerte que el Juez tenga que pronunciarse sobre todas y cada una de dichas observaciones, y resolverlas puntualmente. La autorización del art. 188 LC es tan solo una manifestación de la relación especial entre dos órganos del concurso, el Juez y la AC, donde aquel valora la conveniencia de su concesión, según los intereses del concurso, para lo que puede sopesar aquellas observaciones con tenerlas a la vista, sin necesidad de resolverlas o contestarlas.
(19).-La anterior doctrina es algo matizable cuando se acude, vía autorización, a un acto de liquidación anticipado a su fase, art. 43.2 LC (el que, por cierto, no impone el traslado a las partes personadas de la solicitud de autorización, traslado asentado meramente en la previsión general del art. 188 LC), ya que precisamente por su naturaleza de acto de liquidación concursal, se apareja más bien a las previsiones observables de un plan de liquidación, del art. 148 LC, cuya resolución da lugar incluso a un recurso de apelación específico, lo que parece evidenciar que se erigen en cuestiones cuasi controversiales. Desde esa perspectiva híbrida, entre el art. 188 y el 148 LC, de las manifestaciones de los personados, se examinarán las realizadas.
(20).-*Oposiciones al acto mismo de enajenación.* Tan sólo se ha deducido una, la presentada por Kent Garment Factory Limited, que argumenta que al venderse la unida productiva, no se conserva o mantiene el valor de la masa activa del concurso, y se produce su liquidación anticipada. Hay otras oposiciones, como las de Novagalicia SA o la de UBS Real State Sucursal España, pero son más bien por ciertas condiciones especiales de la venta, que por el hecho mismo de proceder a ella.
Como se ha descrito antes, y se afirma por la AC, es justamente al contrario. Por las sociedades en concurso de GRUPO MAEMODA (BLANCO) no puede sostenerse el mantenimiento de dicha unidad productiva por más tiempo, como lo demuestra en tener que haber acudido a un sistema especial de financiación, otorgado por Gordon Brothers, con pacto de derecho de cobro contra ingresos de caja, para mantener la apertura de las tiendas y el suministro de género en ellas. De aplazarse la decisión de venta, el estrangulamiento financiero sería tal que habrían de cesarse por completo la actividad empresarial de GRUPO MAEMODA (BLANCO), lo que determinaría la inmediata pérdida de valor de toda la unidad, y el incremento de los créditos contra la masa, ya por arrendamientos sostenidos, ya por las indemnizaciones laborales.
(21).-*Oposiciones al precio de venta.* Otro grupo de observaciones, la del mismo Kent Garment Factory Limited, Novagalicia SA o la de New Other Way 2010 SL, indicando que dicho precio bien no cubrirá la expectativa de cobro de los acreedores concursales, bien que el precio debió ser de 25 millones de euros, como se proyectó en junio por la AC, bien que solo el Inventario del concurso de DIAGOMODA SLU arroja un valor de 112.135.976#, según el Informe de la AC, del art. 75 LC.
De entrada, ya se ha señalado que la gestión de venta y la responsabilidad por ello, corresponde a la AC, encargada exclusiva de los actos de liquidación concursal, y que la observancia final de los equilibrios prestacionales del negocio por el que se articula la realización de la unidad productiva de GRUPO MAEMODA (BLANCO), es cuestión que atañe a la misma. Lo relevante es que finalmente un activo vale en el mercado lo que alguien está dispuesto a pagar por él, y tras la intensa publicidad de la intención de enajenar, la única oferta lograda es la de FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY. Si el precio ofrecido se considera irrazonablemente bajo (sus circunstancias objetivas fueron analizadas en el RRJJ de esta resolución), lo que puede hacerse por los interesados es presentar otros potenciales adquirentes que deduzcan ofertas superiores, lo que hasta ahora no ha sido hecho.
En cuanto al valor del Inventario de la masa activa del Informe de la AC y su comparación con el precio ofrecido por la unidad productiva, debe decirse que, quizás, eso sea más bien una cuestión que atañe a los criterios de valoración de aquel Informe que la oferta misma. No puede juzgarse la razonabilidad económica del precio ofrecido por comparación con una valoración más que peculiar del Inventario, basado fundamentalmente en participaciones sociales de otras sociedades del grupo sin corrección de su valor. Si existe error, no está en la oferta, estaría en la valoración del Inventario.
Por otra parte, ninguno de los observantes, además no presentar oferentes alternativos, entre en la valoración del resultado de la alternativa de la realización de los elementos integrantes de la unidad productiva, una vez cesada su actividad. Y no lo han hecho, pese a sus observaciones, por que es evidente que al no incluirse en la unidad productiva a enajenar ni bienes inmuebles ni participaciones sociales, su valor residual es muy inferior al precio ofrecido.
Finalmente se razona en alguna de dichas observaciones sobre las condiciones de aportación por parte de socios o administradores de GRUPO MAEMODA (BLANCO) de las marcas a favor de FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY, y de los derechos de cobro que podrían derivar a favor de GRUPO MAEMODA (BLANCO) por tal razón. Pero ello es una cuestión que afecta al activo de los concursos, por eventuales derechos contra terceros, que podrían derivar de esa aportación de marcas, en su caso, pero no es relevante a

la hora de aprobar o rechazar la autorización de la venta de unidad productiva propuesta.
(22).-*Oposición a los efectos contractuales.* Por Inversiones y Desarrollos Hermanos Pérez SLU, Banco de Santander SA, RREEF Invesment GMBH, TGSS o Jon, se realizan una serie de observaciones que apuntan unas a la invulnerabilidad de la relación contractual respecto de la cesión del contrato, y otras a la alteración de la *pars condictio* concursal, derivada de la asunción de ciertas deudas por parte de FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY.
(23).-En cuanto a la cuestión de la cesión forzosa de los contratos debe estarse a lo ya razonado en extenso en esta resolución sobre tal extremo, sin que ninguna de las observaciones aporte argumentación alguna que motive apartarse del criterio mantenido en esta resolución.
(24).-*Alegación de la alteración de pars condictio.* Se señala en varios de tales escritos que la asunción de deuda por FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY podría alterar la comunidad de pérdidas de los acreedores en los concursos, ser asumidos unos por FAWAZ ABDULAZIZ ALHOKAIR COMPANY y otros dejados a su suerte en el concurso.
Sobre ello ha de decirse que (i).- la práctica totalidad de los créditos que se propone asumir en la oferta de adquisición son créditos contra la masa, no concurrentes con los de los acreedores concursales, sometidos a la *pars condictio;* (ii).- no puede hablarse de alteración de dicha *pars condictio* cuando los acreedores del concurso cobran de un tercero distinto del deudor concursado, sino que ésta queda alterada cuando los acreedores concursales alteran su orden de cobro sobre el patrimonio del deudor concursado mismo, y de hecho, para el resto de los acreedores el interés está en la desaparición de esos pasivos concurrentes al patrimonio del deudor común; y (iii).- por tal causa, la LC contempla la posibilidad de que por terceros se asuma deuda concursal, vd. arts. 100.2 pf. 3º y 149.2 LC.
Extremo distinto, y diverso, es el destino que la AC otorgue al precio de la venta, una vez obtenido en el concurso, para el pago de los acreedores, ya que en ello deberá ajustarse a las previsiones de la ley, según el orden clasificatorio. Es sólo en este punto donde podría imputarse una posible alteración de las *pars condictio,* pero ello, llegado el caso, no derivaría de la realización de la unidad productiva, sino de algo bien distinto, posterior, el fin que de la AC al precio obtenido para el pago a los acreedores, razón está por la que no es posible denegar la autorización del acto de enajenación.
(25).-*Oposición en cuanto a la exclusión de sucesión de empresa.* Por lo demás, al TGSS presenta varias observaciones en cuanto a la exclusión de dicho efecto en lo referente a la pérdida de extensión de deudas anteriores con la SS. Esto ha sido razonado ya en extenso a en el presente Auto, sin que se aporten razones por las que apartarse del criterio mantenido. ":AJM-8 Madrid 20.12.2013 (Concurso 380/2013)

JM-1 Vitoria

"TERCERO.- Satisfacción del interés del concurso y necesidad de venta en fase común.
El art. 43.1 LC establece que "en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario". A continuación establece el art. 43.2 LC que "hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez"; y ello con excepción de los actos de disposición que el art. 43.3 LC permite llevar a cabo sin autorización judicial.
Finalmente, con la reforma del RD-Ley 11/2014, el legislador ha confirmado lo que venía siendo admitido por la Jurisprudencia; la posibilidad de acometer la venta de unidades productiva en fase común, remitiéndose para estos casos el art. 43.3 LC a lo dispuesto en el art. 146 bis LC.
La posibilidad de realizar bienes o derechos que integran el patrimonio del deudor durante la fase común del concurso se regula en la Ley concursal como un medio de conservación y administración de la masa activa y no una liquidación. El artículo 43 LC lleva por título "conservación y administración de la masa activa" pese a que en el apartado segundo establece la posibilidad de autorización judicial para vender bienes y derechos en fase común. Si ello es así es porque la conservación de la "masa activa" como conjunto del modo "más conveniente para los intereses del concurso", puede implicar la necesidad de disponer de determinados bienes, conjunto de bienes, o unidades productivas por diversos motivos; necesidad de obtener liquidez para atender la propia continuidad de la actividad empresarial (fin conservativo del conjunto con sacrificio de determinados elementos), o incluso garantizar el valor del bien o conjunto de bienes (fin conservativo del valor de la masa).
Cuando se trata de vender en fase común no cualquier activo, sino unidades productivas, entra en juego además la satisfacción de uno de los propósitos de la Ley Concursal, como es la continuidad de la actividad empresarial. Mantenimiento de la actividad y satisfacción de los créditos de los acreedores son las dos finalidades del concurso que el Juez debe equilibrar.
Partiendo de estas consideraciones generales y de la situación del Grupo CEGASA, que como se ha dicho más arriba tiene ya a trece de sus empresas en concurso, no puede negarse que la operación que se proyecta es la más satisfactoria para el interés del concurso.
-La venta que se propone tiende a la finalidad de mantener el valor económico de los activos con los que cuenta la concursada. Es bien sabido que el precio que puede obtenerse por los activos de una empresa es mayor cuando están integrados en una empresa en funcionamiento que si se venden de forma aislada y previa paralización de la actividad y "despiece" de la empresa. Se pone de manifiesto en la solicitud de la AC la crítica situación de la concursada; progresivo deterioro de la tesorería, próxima ruptura de liquidez e inminente cese de la actividad si no se acomete la venta de las unidades productivas cuando todavía tienen el valor de un negocio en funcionamiento.
En este escenario se presenta la oportunidad que brinda la oferente, inversor dispuesto a adquirir las tres unidades productivas señaladas. La AC deja bien claro que la alternativa a la venta que se propone es el cese

inmediato de la actividad, con la consiguiente extinción de todas las relaciones laborales y apertura de liquidación, sin expectativa alguna de obtener en esta última fase una oportunidad de venta unitaria o de la unidad productiva que para entonces será inexistente. La próxima ruptura de liquidez a causa del vencimiento de la línea de factoring suscrita con las entidades bancarias, prevista para el 17.10.2014, se ha tornado efectiva. En sus alegaciones finales la AC informa de que se venía negociando con las entidades financieras que también tienen suscrito el préstamo sindicado la prórroga del factoring y que se había llegado a obtener la autorización de alguna de ellas. Sin embargo, en fechas recientes la prórroga se ha truncado y se ha dado por finalizado el factoring por las entidades financieras. Ello hace que sea inevitable el cese de la actividad de la concursada, carente de liquidez para mantener su actividad y que solo ha podido mantenerse desde entonces gracias a la financiación adelantada por la propia oferente. Entre los compromisos asumidos por SHERPA, se encontraba adelantar para financiar la actividad de CEGASA hasta 1.500.000 euros durante la tramitación de la presente autorización, como parte de los 7.000.000 euros en total que se van a inyectar si se autoriza la venta, lo que ha permitido mantener la actividad en funcionamiento desde la negativa a la prórroga por las entidades financieras. No podemos obviar que una de las condiciones de la oferta, y que en buena lógica sería compartida por cualquier inversor, es el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones normales (volumen de negocio no inferior a determinados porcentajes, doc. 2, y pleno funcionamiento de la planta de cogeneración, doc. 3) hasta la adquisición de la unidad productiva, evitando el deterioro del fondo de comercio y por tanto la pérdida de valor del negocio.

De todo ello resulta no ya la conveniencia, sino la absoluta necesidad de acometer la transmisión que se propone como única vía de mantener una actividad en funcionamiento y mantener así el valor que actualmente pueden tener los activos de la concursada.

La entidades financieras que ahora se oponen a la venta, básicamente porque la unidad productiva comprende inmuebles sobre los que pesan cargas hipotecarias en garantía de su crédito, alegando, entre otras cuestiones, que no existe necesidad de transmisión en fase común y que la venta no impedirá la apertura de la fase de liquidación, olvidan que el precio que se ofrece por el conjunto se debe a que se va a adquirir una negocio en funcionamiento, que cancelado el factoring la concursada no va a poder mantener su actividad y que la consiguiente liquidación va a consistir en venta de bienes aislados o por lotes, pero en todo caso, con la pérdida de valor del negocio. En este sentido, tras la venta que se propone se podrá abrir igualmente fase de liquidación, pero se habrá conseguido conservar el valor que solo por ahora tienen los activos de la concursada, cumpliendo así uno de los objetivos de la venta en fase común; como antes se decía “finalidad de conservación del valor de la masa” en beneficio de los acreedores.

Manifiestan las mismas entidades que en el Informe de la AC se atribuía a los inmuebles que se venden con la unidad productiva un valor de 8.703.790 euros, muy superior al efectivo que se va a ingresar en la masa por toda la unidad (2.500.000 euros al tiempo de la transmisión), pero olvidan, que el precio de la unidad productiva no se limita a dicha cantidad, sino que además, se compone de un ahorro para la masa de 6.300.000 euros con la asunción de 130 trabajadores cuyas indemnizaciones por despido no se tendrán que pagar –ahorro que implica que no se disminuirá en esta cantidad la masa en beneficio de los acreedores-, se podrá incrementar el precio al cierre del ejercicio de 2015, con fecha límite del 31.07.2016, entre 1.500.000 y 3.000.000 euros en función de la cifra de negocios que alcancen las unidades productivas en dicho ejercicio y existe un compromiso de inyectar financiación hasta 7.000.000 euros, parte de los cuales ya hemos visto que se ha empezado a adelantar.

Por otro lado, olvidan que los inmuebles a los que hacen referencia se encuentran en suelo urbano industrial, que carecen de toda expectativa de ser utilizados para un destino distinto del fabril actual y que pese a su oposición y expectativas de venta por un precio mejor tampoco ofrecen noticias de otros interesados que estén dispuestos a adquirirlos por un precio superior.

- Con la venta anticipada que se propone se mantienen 130 puestos de trabajo, lo que representa nada menos que el 45 % de la plantilla de CEGASA. Se mantienen además las condiciones laborales de los trabajadores; antigüedad, categoría profesional y salario con la única salvedad de los trabajadores que superen los 40.000 euros de salario bruto, para los que se prevé una rebaja salarial de una media del 15 %, medida que tal como informa la AC en su solicitud ha sido apoyada expresamente por los representantes de los trabajadores en el marco del Plan Social pactado y aprobado por los trabajadores. Con ello, la adquirente asume la sucesión empresarial que la compra representa a efectos laborales, cumpliendo así con el mandato del art. 149. 2 LC –en la versión aquí aplicable- y con el art. 5.2. a y b, en relación con los arts. 3 y 4 de la Directiva 2001/23: respecto de trabajadores asumidos, se subrogan en la posición de empleador que hasta la fecha venía ostentando CEGASA –y CIDETEN respecto de los trabajadores adscritos a esta empresa-, sin perjuicio de que la modificación salarial de algunos de ellos, expresamente aceptada por la RLT, y sin perjuicio solicitar que se les exonere de la parte de salarios e indemnizaciones asumida por el FOGASA.

Adicionalmente, se compromete a no iniciar un expediente de regulación de empleo para la extinción de lso contratos de trabajo de los trabajadores asumidos en un plazo de doce meses a contar desde la transmisión y si en los doce meses siguientes fuera necesario contratar a nuevos trabajadores serán preferidos antiguos trabajadores de CEGASA que hayan visto extinguidos sus contratos de trabajo y se presenta con la oferta un Plan Industrial que a juicio de la oferente garantiza la viabilidad del negocio y en consecuencia le permite adquirir los compromisos anteriores.

Se dice por las entidades financieras que se oponen a la venta que no se garantizan los puestos de trabajo más allá de doce meses, pero es innegable que se presenta una inversión y un compromiso que dibuja un escenario mucho más favorable y esperanzador que la alternativa de la extinción inmediata de todos los puestos de trabajo.

-Por otro lado, tampoco cabe despreciar que uno de los compromisos que adquiere la oferente es mantener los contratos con el proveedor tradicional de CEGASA del servicio de transporte y logística, es decir CEGA MULTIDISTRIBUCIÓN S.L, empresa del grupo también en concurso, con lo que las expectativas de

supervivencia de esta última dependen de la operación que se propone. Se concede un derecho de tanteo a la proveedora del grupo para el caso de que se obtenga una oferta para la prestación del mismo servicio en mejores condiciones y la adquirente se compromete a mantener este compromiso incluso aunque se venda el fondo de comercio de CEGA MULTIDISTRIBUCIÓN a otra sociedad en el seno del concurso de esta última.
- La oferta comprende activos y trabajadores de CIDETEN CEGASA S.A.U, otra de las empresas del grupo en concurso, adscritos a las unidades productivas de "manganeso", "sistemas de energía" y "comercializados de energía y luz", con lo que si ponemos en relación este punto con el anterior, no podemos negar el beneficio para grupo.
-Se incluye en la oferta una cláusula "anti-embarrassment", conforme a la cual, si en los 18 meses siguientes SHERPA transmitiera los activos a un tercero no relacionado con la misma (en los términos del art. 93.2 LC), y con dicha transmisión obtuviera una plusvalía, abonará a CEGASA el 50 % de la misma.
Se trata de un compromiso que, junto con el de no promover un ERE en el periodo de los 12 meses siguientes y la financiación proyectada y que de forma efectiva se ha prestado antes incluso de la adjudicación para sustituir la línea de factoring que las entidades financieras no han renovado, permite valorar la seriedad de la apuesta que la oferente realiza, por más que las entidades financieras que ahora se oponen a la venta quieran infundir dudas sobre la capacidad de la oferente y la viabilidad de la inversión. Cierto que no se garantiza el mantenimiento de los puestos de trabajo más allá de doce meses, ni la venta de las unidades más allá de los dieciocho, como tampoco se puede garantizar el éxito de la operación e inversión que SHERPA está dispuesta a hacer, pero de ningún modo se pueden despreciar y dejar de valorar los fuertes compromisos asumidos y que ningún otro inversor ha venido a mejorar.
El que la oferente no "desnude" su contabilidad –las entidades financieras echan de menos Balances y Cuenta de Resultados auditados de la adquirente- más allá de la presentación que efectúan en el Anexo I de la oferta referenciando sus últimas adquisiciones, empresas participadas y clientes, o el que el Plan Industrial presentado como Anexo II no contenga proyecciones económicas, Balance, Resultados o Flujo de Caja, puede deberse a la publicidad que se sabe se va a dar a su oferta y consiguiente ventaja que se puede proporcionar con ello a otros posibles interesados que quieran aprovechar el estudio realizado por la oferente.
La oferta que se presenta, la oportunidad que representa para mantener in extremis una actividad empresarial que se muestra ahogada y necesitada de una reestructuración, el beneficio de la operación para el concurso de CEGASA, para garantizar el valor que todavía pueden mantener sus unidades productivas en funcionamiento y por tanto garantía para los acreedores, para el mantenimiento del 45 % del empleo que la concursada proporcionaba y las mejores expectativas que representa para otras empresas del grupo, hacen inclinar claramente la balanza a favor de la autorización, entendiendo que ninguna otra alternativa se ha presentado, más allá de la inevitable liquidación, con el cese de la actividad, extinción de la totalidad de los puestos de trabajo y venta aislada o por lotes del activo. Téngase en cuenta que se han mantenido en los últimos meses contactos y negociaciones con diversos posibles inversores (JZ International, Ekarpen, Argi Industrial Partners, S.L, Grupo I Bright Service Business, S.L, Albia Capital Partners, Pricewaterhouse Coopers Tax & Legal Services, S.L, Poessa) siendo finalmente la negociación con Sherpa la única que ha cristalizado en una oferta en firme –al margen de la oferta presentada por Poessa conforme al acta notarial adjuntada (doc. 1) pero que ha resultado descartada por la AC por inviable-, con lo que difícilmente puede mantenerse la expectativa de que en un escenario de cese de la actividad pueda obtenerse alguna otra oferta para adquirir las unidades productivas. De hecho, pese a la publicidad dada a la oferta de SHERPA, ninguna otra compañía o inversor ha dado noticias de poder mejorar la oferta presentada.
Por todo ello, entendiendo que la venta que se propone es la mejor alternativa y que responde a la finalidad de conservar el valor de la masa en beneficio de los acreedores, además de conseguir satisfacer el objetivo o finalidad de mantener la actividad empresarial, debe autorizarse la venta propuesta.": AJM-1 Vitoria 28.11.2014 (Auto 265/2014; Concurso 183/2014)

5.7 [Antes de RDL 11/2014] Venta de todos los activos con exclusión de la sucesión de empresa

JM-2 Málaga

"PRIMERO.- Establece el art. **43.2 de la** LC que hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del Juez. Por su parte, el art. **155.3** de la Ley concursal establece que *"Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación^ a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos. Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta"*
El artículo 43,2 de la LC solo permite enajenar bienes y derechos de la masa activa, antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación, si se obtiene autorización judicial para ello. Ésta deberá ser otorgada por el juez si advierte que la finalidad de la operación no es una simple liquidación anticipada de la masa activa sino que responde a un propósito, en última instancia, de conservar el soporte patrimonial que ha de responder ante los acreedores. Lo relevante en estos casos es conservar el valor del patrimonio concursal y ello puede pasar por la necesidad de enajenar bienes perecederos, de difícil o costosa conservación e incluso puede justificar que se realicen bienes y derechos para salvar otros de mayor interés,

sin olvidar el momento de oportunidad, esto es: la oferta recibida que supere al valor previsiblemente a obtener, lo que sucede en el presente supuesto.
En este sentido la jurisprudencia ha venido admitiendo la posibilidad de autorizar la enajenación de bienes de la masa activa del concurso en fase común, e incluso la de la totalidad de los bienes, puesto que el art, 43 de la LC y el 155 de la misma no excluye esta posibilidad.
En este sentido, la sentencia de 27 de abril de 2005 del juzgado de lo Mercantil n° l de Madrid afirma que a pesar de que en la Ley Concursal no se prevé un trámite de liquidación anticipada -que pudiera superponerse a la fase común del concurso-, es lo cierto que existen varios preceptos dispersos en la misma que contemplan la posibilidad de la enajenación de bienes de la masa activa con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación. El artículo 43.2 LC que establece la regla general consistente en la prohibición de enajenar bienes de la masa activa hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación, permite la excepción siempre y cuando concurra autorización del Juez. El artículo 155.3 LC prevé abiertamente que pueda procederse "incluso antes de la fase de liquidación" a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, Y el apartado cuarto del mismo precepto, al encauzar el modo en que se debe proceder a la enajenación, admite que la realización de bienes afectos a privilegio especial se pueda llevar a cabo "en cualquier estado del concurso". Habida cuenta de lo anterior debemos concluir que la Ley prohíbe a la Administración concursal proceder a la enajenación de bienes y derechos de la masa activa durante la fase común, pero permite que para el caso en que concurran circunstancias que lo justifiquen- fundamentalmente el interés para el concurso-, pueda procederse a la enajenación de bienes y derechos del concurso, aunque en tal caso siempre con autorización judicial.
Asimismo, la venta directa de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial en fase común, por la vía del art, 43 y del art. 155.3 de la LC, sin necesidad de acudir al trámite posterior previsto en el 155,4 de la misma norma» tras dar audiencia a las partes, con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, quedando excluido de la masa pasiva, ha sido reconocida jurisprudencialmente por varios autos del Juzgado de lo Mercantil n° l de La Coruña (en el concurso 408/08 de la entidad Martinsa-Fadesa y acumulados) y por auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de *9* de diciembre de 2009. En todos los casos se procede a autorizar una propuesta concreta de enajenación.
SEGUNDO.- En el presente caso, la solicitud de la administración concursal está plenamente justificada. Nos encontramos ante tres concursos de acreedores de tres sociedades que constituyen el llamado Hotel los Monteros. Dicho hotel, se encuentra cerrado desde el pasado verano de 2009 y actualmente, se encuentran suspendidos los contratos de numerosos trabajadores, una vez resueltos los tres expedientes de suspensión de los contratos de trabajo de los empleados de las empresas declaradas en concurso DAJOAL S.L., LAS DUNAS LAND S.L. y ALJODA S.L. Existe un gravísimo riesgo de deterioro de las instalaciones del hotel, las cuales se han mantenido hasta ahora gracias a que los trabajadores del mismo han estado acudiendo al hotel a mantenerlas, pese al cierre del mismo. Sin embargo, en la situación actual, tras la tramitación de la suspensión de los contratos de trabajo, las empresas en concurso carecen de los medios para mantener las instalaciones y evitar su deterioro y expolio.
La oferta propuesta planteada a la administración concursal por parte de las empresas New Monteros S.L. para la compra de los inmuebles de las concursadas, y de la entidad Monterotel S.L., para la compra de los bienes muebles, enseres e instalaciones, tangibles e intangibles, y un derecho de arrendamiento de los inmuebles, manteniendo los puestos de trabajo actualmente existentes; abarca todos los bienes que conforman el referido hotel y el club de playa, es decir, el total de los bienes de las tres concursadas. Dicha oferta tiene grandes ventajas, y difícilmente podría encontrarse en el actual momento de crisis otra más beneficiosa. La propia administración concursal reconoce que no se ha dispuesto de ninguna otra oferta que garantice la inmediata apertura del hotel, la continuidad de la actividad y el mantenimiento de todos los puestos de trabajo,
En este sentido, resulta importantísimo que el acreedor principal del concurso, el Banco BANIF S.A. cuyos créditos con privilegio especial (sin contar sus créditos ordinarios y subordinados) ascienden a más de más de *55* millones de euros, y que recaen sobre la totalidad de los bienes inmuebles y muebles de las concursadas -pues se encuentran hipotecados tanto los bienes inmuebles como los muebles y objetos existentes dentro de los mismos de forma permanente y a todas las mejoras y edificaciones y obras de todas clases que existan o se realicen, tal como se extrae de la documental obrante en los tres concursos y de las copias de las escrituras de préstamos hipotecarios aportadas por las administración concursal mediante comparecencia-, ha llegado a un acuerdo con las empresas compradoras, y estaría dispuesto a aceptar la enajenación en las condiciones de la propuesta referida. Aceptar dicha propuesta supone para el referido banco -tal como ha precisado en escrito presentado en el día de hoy-renunciar a la subsistencia del crédito hipotecario que ostenta frente a la concursada en la parte que no alcance la subrogación del comprador. Es decir, renuncia a una gran parte de su crédito hipotecario, condonando la parte del mismo que no quede cubierto con el precio de la venta. Esto significa, que la masa pasiva de los tres concursos se vería reducida en su mayor parte, lo cual justifica sobradamente la venta. De no aceptarse esta oferta, no se produciría esta reducción de la masa pasiva, puesto que el banco está dispuesto a esta renuncia solo en relación con esta propuesta de compra concreta, no frente a otros compradores, y siempre que la misma se perfecciones y consume en los términos previstos en ella -circunstancias a las que se condiciona la efectividad de la renuncia, por lo que carece de sentido acudir a la vía del art. 155.4 de la Ley Concursal, dado que la renuncia del banco solo se produciría en relación con éstos compradores y esta oferta concreta.,
Esto es así, porque la realidad es que solo el crédito con privilegio especial de dicho acreedor, BANIF, es superior al valor actual de la totalidad de los bienes, tal como se extrae de la simple lectura de los informes de la administración concursal, por lo que las posibilidades de cobro del resto de la gran mayoría de los acreedores es muy limitada o prácticamente inexistente, máxime teniendo en cuenta que la deuda del referido banco se incrementa diariamente. Por ejemplo, solo en Aljoda S.L., se estima que el crédito con privilegio

especial del referido banco -garantizado con hipoteca sobre la totalidad de los bienes inmuebles y muebles- supera en cerca de cinco millones de euros el valor total de la masa activa,
Asimismo, no se ha presentado hasta ahora, ninguna otra oferta de venta en condiciones más ventajosas que la referida. Además, con el paso del tiempo, la falta de cuidados de las instalaciones del hotel, solo llevarán a una mayor depreciación del activo. Asimismo, la enajenación de estos bienes mediante subasta, no solo tendría muchas posibilidades de terminar con una adjudicación total de los bienes a la acreedora hipotecaria -BANIF- por debajo de su valor de tasación, lo que supondría que dicho banco entraría a incrementar la masa de acreedores ordinarios por el importe no cubierto por la ejecución, sino que impediría obtener el resto de las ventajas de esta propuesta (inmediata apertura del hotel, continuidad del negocio, mantenimiento de los puestos de trabajo, y pago de la mayor parte de la deuda de los concursos).
Por último, al optar por esta solución, el resto de acreedores adquiere mayores posibilidades de cobro, incluso en caso de abrirse pieza de calificación, habida cuenta que ya se acordaron medidas cautelares de embargo para asegurar la ejecución de una eventual sentencia de calificación.
TERCERO.- Por otro lado, la oferta planteada tiene otras ventajas importantísimas. En primer lugar, las empresas adquirentes se comprometen a pagar los créditos contra la masa, el IBI y los honorarios de la administración concursal. Por lo tanto, no habría inconveniente en que se cumpla lo solicitado por el Patronato de Recaudación provincial de Málaga, dado que se mantendría la anotación preventiva de embargo del Ayuntamiento de Marbella hasta que se satisfagan los créditos garantizados con la misma, habida cuenta que la propuesta de adquisición incluye el pago de los mismos, que se refieren al IBI.
Asimismo, se compromete a mantener los puestos de trabajo de toda la plantilla del hotel (los de las tres empresas en concurso), incluida la de los trabajadores de la empresa Los Monteros Management S.L. (que no se encuentra en concurso), únicos a los que no afectó el ERTE; reduciendo muy poco sus salarios y comprometiéndose a incrementarlos progresivamente. Se trata de un total de 89 trabajadores. A esto hay que añadir, que Ja oferta incluye la satisfacción de los créditos laborales a los referidos 89 trabajadores cuyos contratos no se han extinguido, conforme a lo expuesto en el punto 7.2 de la propuesta. Además, para aquellos que han extinguido sus contratos laborales prevé otra cantidad. Todo ello, sin perjuicio de las cantidades a abonar por el FOGASA,
Teniendo en cuenta la situación de inactividad de la empresa y el deterioro que pueden sufrir los bienes -se trata de un hotel de lujo-, además de la dificultad que supone reabrir un hotel y volver a contactar con la clientela; la oferta planteada no solo garantiza la reanudación de la actividad empresarial con la apertura inmediata del hotel, sino el mantenimiento de toda la plantilla de trabajadores cuyos contratos no se han extinguido. Por tanto, se lograría la continuidad del negocio de hostelería, evitando la extinción de dichos contratos de trabajo. Por estas circunstancias, y por que la oferta planteada -única hasta ahora con las ventajas ya referidas- está condicionada a que la apertura del hotel se produzca inmediatamente, este mes de julio de 2010, debe entenderse que existen las razones de urgencia que justifican esta solicitud, en contra de lo expuesto por la representación de la AEAT y de la TGS$. En cuanto a los muebles o activos inmateriales a los que se refiere la AEAT, no constan en los inventarios de bienes realizados por la administración concursal con un valor económico propio, por lo que la posibilidad de cobro de los acreedores sobre los mismos no está justificada. En cuanto al resto de los derechos que se mencionan en el escrito de la AEAT, al no mencionarse en la propuesta, tal como se reconoce en dicho escrito, no ha lugar a hacer pronunciamiento respecto de los mismos, sin perjuicio de resolución posterior. En cuanto al resto de las alegaciones de la AEAT, relativas al punto n° 9 de su escrito, no corresponde a este juzgado pronunciarse sobre las mismas.
Por último, en cuanto a la sucesión de empresas, la única previsión al respecto que prevé la Ley Concursal en caso de enajenación del conjunto de los establecimientos, explotaciones o unidades productivas de bienes se recoge en el art. 149.2 de la misma, por lo que se entiende que existe sucesión de empresas "a los efectos laborales", si bien el adquirente no se subrogará en la parte de cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación, que sea asumida por el FOGASA conforme al art. 33 del estatuto de los trabajadores.
Por tanto, la Ley Concursal parte de que la enajenación de una empresa o unidad productiva se hace libre de deudas, de forma que el adquirente no se subroga en las deudas del concursado, salvo en lo que se refiere a las excepciones ya mencionadas del propio art. 149.2 y del 155.3 en cuanto a la subrogación en la parte pactada del crédito hipotecario. La razón estriba en que lógicamente los acreedores han de cobrar dentro del concurso y por su orden, no de los terceros que adquieran los bienes del activo en las distintas fases del concurso. Por tanto, tal como expone el auto de 9 de diciembre de 2009 del Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Barcelona, aun cuando la venta se realice durante la fase común, a los efectos del 149.2, deben excluirse los efectos de la sucesión de empresa, de forma que las trasmisiones de empresas *o* unidades productivas no implican sucesión de empresas y, en consecuencia, el adquirente no se subroga en las obligaciones anteriores. En este caso, serían las de la AEAT y TGSS. Es decir, que la transmisión en el concurso se hace libre de deudas y solo cabe hablar de sucesión "a efectos laborales". Esta postura se mantiene también en el auto de 29 de noviembre de 2007 de la sección 15ª de Barcelona.": AJM-2 Málaga 01.07.2010 (Concurso 628.33/2009)

6. No autorización de la venta desmembrada de una unidad productiva

"Antes de examinar si concurren circunstancias que justifiquen la concesión de la autorización para la enajenación de bienes y derechos que integran la masa activa, es menester delimitar el objeto que en su caso puede ser objeto de enajenación. Para ello, debemos dividir la solicitud en dos grandes grupos, el primero (…); el segundo, integrado por bienes y derechos que forman parte del ramo del negocio «Dorwin». Como bien dice la entidad concursada, estos últimos deben considerarse como unidad productiva en funcionamiento toda vez que la fábrica sita en la localidad de Agoncillo (La Rioja) se encuentra en funcionamiento, y precisamente la Administración concursal justifica en parte la necesidad de la venta de activos de las entidades concursadas en la continuidad del ejercicio de la actividad social en el ramo de negocio «Dorwin».

No puede negarse que nos encontramos ante una unidad productiva en funcionamiento en la que existe una plantilla de trabajadores realizando las prestaciones para las que fueron contratados. Por ello, no se puede considerar adecuado el fraccionamiento que de dicha unidad productiva supondría la autorización de venta de los derechos de propiedad industrial que permiten la fabricación y comercialización de los productos para el descanso que se distinguen con la marca «Dorwin», de la maquinaria con la que se realiza dicha fabricación, y de las existencias de materias primas, productos semielaborados o productos terminados correspondientes a productos para el descanso de la marca «Dorwin». La enajenación de determinados activos del ramo del negocio «Dorwin» daría lugar sin duda, a una depreciación de lo que quede, con unas consecuencias previsiblemente perjudiciales para los puestos de trabajo. Por tanto, al no haberse contemplado su enajenación en su conjunto como unidad productiva, y por ello sin seguirse el cauce procesal previsto en el artículo 149.1 LC, no cabe autorizar su enajenación en los términos propuestos.": :Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

"QUINTO 1. El último de los motivos -en la sistemática seguida por esta resolución- se refiere a la denegación de la autorización solicitada por la Administración concursal para la enajenación de bienes y derechos del ramo del negocio «Dorwin». Al respecto la entidad recurrente afirma que la denegación de la autorización para enajenar bienes y derechos del ramo del negocio «Dorwin» es contraria a los intereses del concurso. Se sustenta tal afirmación en que el artículo 43.1 LC exige a la Administración concursal atender a la conservación de los bienes y derechos de la masa activa «del modo más conveniente para los intereses del concurso». Partiendo de lo anterior estima que no cabe mantener el ramo de negocio «Dorwin» en el patrimonio de Dorlast, SL por las dudas existentes sobre su viabilidad. Con independencia de que en tal alegato la entidad impugnante vierte juicios de carácter económico que en modo alguno quedan acreditados, la cuestión objeto de debate tiene mayor calado. La autorización para la enajenación de los bienes y derechos del ramo de negocio «Dorwin» fue denegada porque el órgano judicial entendió que el ramo de negocio «Dorwin» no estaba integrado sólo por bienes y derechos superpuestos, sino que los mismos forman parte de una organización, de tal modo que configuran lo que el artículo 149.1.1º LC califica como de unidad productiva. Y como tal unidad productiva no puede ser enajenada de manera desmembrada sino que, en este caso, al proceder como si se estuviera en la fase de liquidación, al no existir el plan previsto en el artículo 148 LC, debía procederse a su enajenación como un todo. Para ello debía encauzarse la solicitud de un modo determinado, exigiéndose la audiencia de los representantes de los trabajadores. Al no haberse solicitado la enajenación como un todo orgánico y por ello, al no haberse dado audiencia a los representantes de los trabajadores para que pudieran dar su parecer sobre la procedencia de esa clase de enajenación, no podía ser autorizada la solicitud.": Auto JM-1 Madrid 13.06.2005 (AC 2005/1130)

7. Convalidabilidad de la falta de la autorización

"5.-Finalmente, destacar que en el terreno doctrinal parece unánime la consideración de que a los actos de enajenación o gravamen que, precisados de la autorización judicial prevista en el art. 43-2, se lleven a cabo prescindiendo de ella, no les resulta de aplicación el art. 6-3 del Código Civil y no pueden, por tal motivo, reputarse nulos de pleno derecho, de tal suerte que, si en un examen «ex post» el juez llega a la conclusión de que el acto dispositivo en cuestión resulta provechoso para la masa, cabe subsanar aquella falta de autorización mediante la convalidación judicial de lo ya ejecutado (obras citadas, págs. 615 y 898 respectivamente; en idéntico sentido, Tapia Hermida en «Comentarios a la Legislación Concursal», dirigida por Sanchez-Calero y Guilarte Gutierrez, pág. 831; también Zurilla Cariñana en «Comentarios a la Ley Concursal », dirigida por Bercovitz Rodriguez-Cano, págs. 379 y 380). Apreciación de la que, de manera indirecta, se extrae también la consecuencia de que no pertenece a la esencia de tales actos la observancia de ritos procedimentales específicos, toda vez que, si ha de considerarse jurídicamente eficaz un acto dispositivo llevado a cabo con el informalismo característico del mercado por el hecho de ser judicialmente convalidado con posterioridad, nada parece oponerse a que sea el propio juez quien, «ex ante» y atendidas las razones de conveniencia o premura concurrentes en cada caso, otorgue la autorización exigida por el art. 43-2 determinando al propio tiempo de manera discrecional, una vez oídos los interesados (art. 188 LC), las concretas condiciones en que la venta que autoriza haya de tener lugar. Auto JM-2 Madrid 23.05.2005 (AC 2005/907)

8. Cancelación de los embargos que gravan el bien cuya venta se autoriza

Vid. las resoluciones incluidas junto con el art. 149.3

"OCTAVO.-Mostrando conformidad con la venta y realización de los bienes en la fase común, formula la T.G.S.S. oposición al alzamiento del embargo acordado por dicho ente público sobre la finca cuya venta se autoriza y debidamente anotado en el Registro de la Propiedad para hacer efectivo el cobro de créditos públicos, al estimar que la Ley Concursal ni la Ley Hipotecaria autorizan dicha cancelación.
Tales alegaciones deben ser desestimadas. Señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 19.6.2009 [Roj: AJM 48/2009] que *"... Respecto a la posibilidad de alzamiento de los embargos, no debemos olvidar, como se ha indicado, que con la declaración del concurso se produce la integración de todos los acreedores en la masa pasiva, y con sujeción a las vicisitudes del concurso. No cabe sostener que la anotación de embargo ha de continuar, porque ésta no atribuye al acreedor ningún privilegio especial. Los privilegios especiales aparecen regulados en el art 90 de la ley, y en los supuestos previstos no se contempla el relativo a la anotación de embargo. Esto supone que no cabe atribuirle al acreedor que ha anotado un embargo previo a la declaración del concurso un privilegio que no está expresamente recogido en la ley. El crédito habrá recibido*

el tratamiento concursal que le corresponda y deberá ser satisfecho por el orden legalmente previsto. De hecho, como hemos dicho no cabe que pueda obtener fuera del concurso más de lo que obtiene éste, ni con preferencias no expresamente reguladas en la ley concursal. No debemos olvidar, como indica el AAP de Barcelona, sección 15ª, de 15 de mayo de 2009 que los bienes se venden en liquidación libres de cargas. Es posible extrapolar ese principio cuando se trate de la venta de un bien en fase común, y el crédito que ha dado lugar al gravamen ha recibido el tratamiento concursal correspondiente, por lo que se debe procederse al levantamiento de las cargas existentes. En cuanto al órgano competente para ello, debe considerarse que es el juez del concurso. En este sentido el art 86 ter 1 de la LOPJ y el 8 de la LC atribuyen la competencia "exclusiva y excluyente" al juez del concurso, y en concreto en materia de ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". En la medida que es el juez del concurso el que debe adoptar las decisiones relativas al patrimonio del concurso es éste el que debe alzar los embargos existentes...".
Atendiendo a tales razones debe estimarse que la autorización judicial de venta en fase común debe determinar la cancelación y alzamiento de todo gravamen cuyo origen no se encuentre en garantías de carácter real determinante de privilegio especial del art. 90 L.Co.; y ello porque nacido el crédito de la T.G.S.S. de mera obligación legal la anotación o inscripción de embargo preventivo o ejecutivo a su favor no otorga al acreedor ejecutante mejor derecho en el cobro de su crédito, rigiéndose el orden de cobro y el momento del mismo por las normas dispuestas en la Ley Concursal para los acreedores privilegiados generales y ordinarios; de lo que resulta que el alzamiento y cancelación de la carga no supone perjuicio alguno para la acreedora, mientras que su mantenimiento busca perpetuar respecto a dicho bien un mejor derecho de cobro incompatible con la normativa concursal.": AJM-6 Madrid 09.01.2012 (Concurso 239/2011)

9. Al margen de los casos a que se refiere el art. 43.3, la autorización judicial del art 43.2 es requisito necesario para la formación del consentimiento de la concursada. En caso de opción de venta, no cabe su válido ejercicio si se emite en fecha posterior a la caducidad de la oferta.

AP Madrid

"SEGUNDO.-Resumidos así los antecedentes del presente recurso en atención a las pretensiones de las partes, objeto del proceso, sentencia dictada, y motivos por los que se recurre la resolución, pasamos a señalar el escenario fáctico relevante para la resolución de la cuestión litigiosa:
1.- TORREVISA SAU fue declarada en situación de concurso voluntario de acreedores bajo número de autos 905/2009 por el Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Alicante, en el que con fecha 8 de junio de 2012 se ha dictado sentencia de aprobación de convenio. Documento 1 y 2 demanda.
2.- CAJA MURCIA (actualmente BANCO MARE NOSTRUM S.A.), con fecha 24 de octubre de 2008 había suscrito con TORREVISA SAU escritura de préstamo por importe de 3.000.000 euros con garantía hipotecaria sobre determinadas fincas, así como escritura de préstamo hipotecario en virtud de la cual se hipotecaba el 50% de un local comercial propiedad de TORREVISA. Documento 5 y 6 demanda.
3.- Tras declararse el concurso de acreedores de TORREVISA SAU, esta entidad y CAJA MURCIA -personada en el Concurso- acuerdan cancelar los créditos hipotecarios derivados de los dos préstamos citados, así como el saldo deudor en la cuenta num. 0462.2000515401, mediante contrato de compraventa en virtud del cual la entidad bancaria adquiría los inmuebles objeto de la garantía hipotecaria a cambio de cancelar dichos préstamos y saldo deudor. Para ello con fecha 20 de julio de 2010 CAJA MURCIA presenta a TORREVISA SAU oferta vinculante de adquisición de determinadas fincas que se detallan. Y expresamente se dice que "la presente oferta tiene una validez de noventa días a partir de la fecha de este escrito". Documento 7 demanda.
4.- Mediante escrito presentado el 26 de julio de 2010, dirigido a los autos de Concurso del Juzgado de lo Mercantil, TORREVISA SA, conjuntamente con la Administración Concursal, solicita autorización judicial para la venta de dichos inmuebles ante la oferta de compra recibida; poniendo de relieve que "se trata de una oferta temporal, ya que la misma tiene una vigencia hasta el próximo 19 de octubre del presente año, lo cual supone un importante condicionante para la aceptación de la referida propuesta". Documento 8 demanda. Por providencia de 8 de noviembre de 2010 -ya transcurrido el plazo de la oferta que concluía el 19 de octubre- se acuerda formar pieza separada de "autorizaciones de ventas", y se da traslado a las partes y acreedor hipotecario para alegaciones. Documento 9 demanda. CAJA MURCIA no formula objeciones, que sí se presentan por otro de los acreedores personados. Documento 10 demanda. El Juzgado por providencia de 16 de diciembre de 2010 manifiesta que resolverá conjuntamente sobre la autorización de venta una vez transcurridos los plazos procesales exigidos para otras autorizaciones de ventas de inmuebles. Documento 10 demanda.
5.- No constando recurso frente a dicha resolución, y presentados escritos de oposición por dos acreedores y de alegaciones por la administración concursal y la concursada, es con fecha de 29 de julio de 2011 que se dicta Auto autorizando la venta solicitada por TORREVISA a favor de CAJA MURCIA. Documento 11 demanda.
6.- Con fecha 3 de agosto de 2012 TORREVISA remite burofax a CAJA MURCIA emplazándola para el cumplimiento voluntario de su oferta, requiriéndole para otorgar la correspondiente escritura pública de venta de los inmuebles. Documento 13 demanda. CAJA MURCIA da respuesta negativa, alegando que la oferta se emitió el 20 de julio de 2010 y que estaba sometida al plazo de 90 días que habían transcurrido antes de la autorización judicial. Documento 14 demanda.
TERCERO.-Como línea fundamental del discurso impugnatorio de TORREVISA, se sostiene que estando sujeta la oferta vinculante de la demandada a un plazo de noventa días, fue aceptada dentro de dicho término, pues solo dos días después de recibir esa oferta de compra vinculante, la actora solicitó, con el

consentimiento de la administración concursal, la correspondiente autorización judicial, habiendo quedado desde entonces perfeccionado el contrato. Tal argumento no puede prosperar, coincidiendo la Sala con el ponderado criterio del Juzgador de Instancia, al valorar la prueba practicada y extraer sus consecuencias jurídicas, por las razones que a continuación vamos a exponer.
Sabido es que los contratos, según establecen los arts. 1.258 y 1.262 del Código Civil, se perfeccionan por el consentimiento, no automáticamente, lo que requiere el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato. Según el artículo 1258 del Código Civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, esto es, por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituirlos, según se establece en el artículo 1262 del mismo Código. Conjunción de ambos elementos que se produce cuando emitida por una parte (oferente) una declaración de voluntad precisa, completa y con intención seria de quedar obligado en caso de aceptación por el destinatario o destinatarios, éstos, en el plazo fijado o en otro caso, en el que sea razonable atendidas las circunstancias y contenido de la oferta, comunica al proponente de forma expresa, escrita o verbal, o en este último supuesto a través de actos inequívocos y concluyentes, su conformidad con la oferta realizada y, en definitiva, su aceptación.
1.- Sobre la oferta
Debemos tener en cuenta la doctrina del TS sobre la configuración y requisitos de una oferta de venta para obligar a quien la realiza, aplicable al supuesto de autos. Sobre la oferta de compra, el TS Sala 1ª en sentencia de 31 de diciembre de 1998, con cita de la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 1986, dice:
"a) Aún siendo frecuente que el proceso formativo del contrato se inicie con manifestaciones de voluntad, contenidas en tratos preliminares o conversaciones previas que los interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a la celebración del negocio y mediante las cuales se comunican sus respectivas aspiraciones, tal fase preparatoria es bien distinta de la oferta en cuanto declaración de voluntad de naturaleza recetica, como tal dirigida a otro sujeto y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce, siguiendo en consecuencia el consentimiento por la coincidencia de esas declaraciones de los contratantes en que la oferta y la aceptación consisten, de donde se sigue que encaminados los tratos preliminares a la formación de la primera, desaparecerán una vez cumplida su misión en el momento en que el "iter" contractual se llegó a formular una proposición final, con todas las notas de una verdadera oferta.
b) Realizada la oferta de contrato o propuesta conteniendo los requisitos indispensables al fin proyectado y por consiguiente con todos los elementos necesarios para el futuro contrato (los denominados (esentialia negotti") que tratándose de una compraventa serán la cosa y el precio, el contrato se genera en su perfección con el asentamiento de la otra parte, manifestando su aceptación a los términos en que aquella declaración ha sido hecha por el oferente y alcanzándose en suma, el "in idem plactium" o punto de conjunción de los contrapuestos intereses que es el acuerdo determinante del consentimiento, cuya suficiencia para la perfección del negocio viene proclamada por el artículo 1.254 del Código Civil y ha sido recordada por la doctrina jurisprudencial"; por otra parte es doctrina jurisprudencial reiterada y constante que es cuestión de hecho determinar si existe o no consentimiento y ello compete al juzgador de instancia, pesando sobre quien lo alega la prueba de su existencia."
En el caso que enjuiciamos, en la oferta de compra, que se concreta en el documento num. 7 de la demanda, se plasma una oferta en firme, concreta y vinculante sobre determinadas fincas, que permitiría consumar la venta por la emisión de la voluntad de aceptar dicha oferta por parte de la presunta compradora. Oferta sujeta a un plazo de 90 días.
2.- Sobre la aceptación
Los contratos se perfeccionan por el consentimiento, lo que requiere el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato. Consentimiento o aceptación que han de ser emitidos de forma válida y eficaz, por persona con capacidad para ello.
La aquí demandante, a quien se le hace la oferta, se encuentra en situación de Concurso de acreedores, por lo que le está vedada la enajenación de bienes de su propiedad hasta la fase de liquidación o el convenio, salvo autorización judicial (art. 43.2 Ley Concursal de 9 de julio de 2003, vigente con anterioridad a la reforma introducida por Ley 38/2011), la cual ha de solicitarse con la anuencia de la administración concursal (art. 40.1 Ley Concursal). La conclusión, que ya se anticipa, es que la aceptación de la oferta no puede tener lugar sino cuando ha sido aprobada judicialmente, lo que en este caso se ha producido transcurrido el plazo de vigencia de los noventa días por el que se hizo la oferta.
Sostiene la apelante que, declarada en concurso voluntario de acreedores en el año 2009, conservó las facultades de disposición y administración de su patrimonio, sometidas únicamente a la intervención de la Administración concursal, y que la administración concursal complementó la voluntad de la concursada, y aunque la autorización judicial fuese preceptiva conforme al art. 43.2 LC en su redacción vigente con anterioridad a la reforma introducida por Ley 38/2011, ello no supone que la aceptación de la concursada no fuese válida sin la misma, y como la aceptación fue puesta de manifiesto con la presentación del escrito de autorización judicial de venta, queda la compraventa perfeccionada con la autorización de la administración judicial dentro del plazo de validez de noventa días de la oferta.
No comparte la Sala tales argumentos.
El artículo 40.1 de la Ley Concursal dispone: "En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido al ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad". Lo que no implica sino que la solicitud de autorización judicial de venta ha de contar, como así ha sido en este caso, con la conformidad o confirmación para tal acto de disposición por parte de la Administración del Concurso. Y de conformidad con el artículo 43.2 LC, en su redacción vigente en la fecha de la oferta que nos ocupa, es

necesaria la autorización judicial para la enajenación de los bienes de la concursada, como paso previo y necesario para el acto de aceptación de la oferta.
El artículo 43 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio "Conservación y administración de la masa activa", vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos, es taxativo cuando dice:
"1. En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario.
2. Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.
3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente."
La Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, modifica los apartados 2 y 3 del artículo 43, que quedan redactados de la siguiente forma:
«2. Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.
3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior:
1.º Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. Deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad.
2.º Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez por ciento y en el caso de muebles de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. La administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior.
3.º Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente.»
Tras la reforma, cabe por tanto la enajenación de bienes del concurso simplemente contando con el consentimiento de la Administración Concursal, que vincula bien a razones de urgencia y necesidad para la viabilidad de la empresa, bien por recibirse ofertas económicas que coincidan con el valor del bien asignado en el inventario. Pero precisamente esta reforma viene a poner de manifiesto que, conforme a la redacción anterior, la autorización judicial era un elemento indispensable para la formación del consentimiento de la concursada, que sin tal autorización no podía realizar acto alguno de disposición de los bienes de la masa activa del concurso.
El art. 43.2 de la Ley Concursal (en su redacción anterior a la reforma del año 2011) determina la imposibilidad de venta de activos del concursado antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación, salvo que se obtenga una autorización judicial que así lo permita. Se impide así la enajenación de bienes hasta que se dé la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación, debiendo permanecer estos bienes en poder del deudor y bajo la tutela de la administración concursal.
De esta forma, el art. 43 constituye un verdadero límite, no permitiendo la enajenación de los bienes antes del convenio o de la liquidación. Aunque no es un límite rígido, como se indica anteriormente, ya que permite la enajenación o gravamen de los bienes y derechos en virtud de la autorización del Juez, al que se habrá dado traslado de la oferta junto con la solicitud de venta, en el caso de que concurran circunstancias que lo justifiquen.
Lo expuesto supone que la solicitud de autorización no es un mero trámite, ya que el Juez está facultado para rechazar la misma si cree que es contraria a los intereses del concurso, lo que conlleva la conclusión de que hasta que no se produzca dicha autorización no existe aceptación plena y, por ende, es este el momento a computar a efectos de determinar si existió o no aceptación de la oferta.
CUARTO.-En el supuesto litigioso, de los hechos que se declaran probados, ha de concluirse que, estando vinculada la oferta de compra realizada por la demandada a un plazo de 90 días, la concreción de este plazo para la aceptación de la oferta se configura como requisito esencial y la aceptación dentro de ese plazo es requisito indispensable, de forma que si no tiene lugar dentro del plazo pactado ello conlleva la pérdida por caducidad del derecho a aceptar la oferta y que se perfeccione la compraventa. Y se ha de tener en cuenta que un plazo de caducidad, como se cuida de precisar una sólida doctrina jurisprudencial, no admite suspensión ni interrupción (por todas, STS de 22 de enero de 2014). Por tanto, el argumento de la apelante relativo a que la caducidad de la oferta quedó interrumpida por la tramitación de la solicitud de autorización judicial de venta no puede ser tenido en consideración. La oferta se hizo por un plazo concreto y determinado, plazo que, hallándose la demandante en Concurso, no se ve interrumpido por la tramitación de de la necesaria autorización judicial para proceder a la venta de unos bienes de la masa del concurso. Y estando la oferente personada en el Concurso, es claro que tal circunstancia se tuvo en cuenta a la hora de fijar el plazo de tres meses de la oferta, bajo la previsión de un tiempo que se estimó prudencial para obtener, primero, la conformidad de la Administración judicial para formular la solicitud, y luego la autorización judicial.
La actora era desde luego consciente de que precisaba a la Administración judicial para completar su capacidad de actuación, como también la autorización judicial para proceder a la aceptación de la oferta de compra de inmuebles recibida, lo que se evidencia con el hecho propio que supone la solicitud de esa autorización judicial. Como también era consciente de que tenía un plazo de noventa días para aceptar la oferta, tal como expresamente pone de manifiesto en su escrito dirigido al Juzgado señalando el elemento

temporal de la oferta: "lo cual supone un importante condicionante para la aceptación de la referida propuesta".
QUINTO.-Resulta asimismo improcedente la invocación de la doctrina de los actos propios que fundamenta la apelante en la constante asunción por la demandada de la tramitación de la autorización judicial que supone el que con ocasión del traslado y audiencia al acreedor hipotecario (CAJA MURCIA entre los demás personados) para alegaciones sobre las autorizaciones de venta solicitadas, que CAJA MURCIA nada manifestara, y que no recurriera el Auto de fecha 29 de julio de 2011 autorizando las ventas solicitadas de activos del concurso.
La SAP Madrid, Sección 25, de 5 de diciembre de 2014, expresa:
"Los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquéllos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquéllos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieren creado una situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla; y para apreciar su carácter vinculante se requiere un acto concluyente e indubitado, de forma que defina de modo inalterable e inequívoco la situación del que los realiza" (SSTS 16 junio, 5 octubre y 21 diciembre 1984 EDJ 1984/7582; 15 julio EDJ 1985/7523 y 19 noviembre 1985; 22 junio, 25 septiembre y 5 octubre 1987 EDJ 1987/6990, 25 marzo, 4 y 10 mayo 1989, 5 EDJ 1991/2393 y 11 marzo 1991 EDJ 1991/2602 y 13 junio 1992 EDJ 1992/6267, entre otras, citadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 11ª, de 28-11-2003, nº 149/2003, rec. 250/2002), y ello porque como pone de manifiesto la STS de 12 de julio de 1997 EDJ 1997/6170, que cita las SSTS de 14 de noviembre de 1994 y 27 de enero de 1996 EDJ 1996/236, para que concurran dichos actos propios, que define en la forma indicada, es preciso que en la conducta del agente no exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho, situación que concurre en el presente caso cuando, en todo momento se consideró válida y temporánea el ejercicio de la acción de cumplimiento contractual, llevándose a cabo actos concluyentes que así lo evidencian, tal y como consta en el relato de hechos probados."
También la SAP Madrid, Sección 18, de 1 de diciembre de 2014, dice:
"Como tiene establecido la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras la STS de 27 de abril de 2005 establece que "La doctrina de los actos propios ha sido desarrollada por esta Sala en el sentido de que el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, exige, para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos, una palmaria contradicción entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejercita, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido, habiéndose matizado dicha doctrina por la jurisprudencia en el sentido de que no merecen la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo los actos contra los que no es lícito actuar aquéllos que, por su carácter trascendente o por constituir convención, causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, situación jurídica o de hecho que no podrá ser alterada por quien se hallaba obligado a respetarla (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Febrero de 1988). En parecidos términos las Sentencias de 5 de Abril de 1991 y 10 de Octubre de 1988. El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (Sentencia de 5 de Octubre de 1987). En igual sentido la Sentencia de 10 de Junio de 1994 "."
Desde luego, en modo alguno puede entenderse, a la luz de dicha doctrina, que los referidos actos de la demandada puedan ser calificados de actos propios a los efectos pretendidos por la actora, por lo que el alegato se desestima.
SEXTO.-En definitiva, por más que insista la apelante, no cabe aceptar el argumento de la demandada de que la aceptación se produjo con la conformidad que la Administración concursal da a la solicitud de autorización judicial. La aceptación es un acto que ha de ser dirigido al oferente, y aquí no se ha producido acto de aceptación alguno, sino únicamente la solicitud de autorización judicial como paso previo y necesario para la aceptación. Como acertadamente concluye el Juzgador de instancia, la autorización judicial debió de haberse producido en el plazo de la oferta para que la aceptación de la actora pudiera dar lugar a la perfección del contrato, pues hasta esa necesaria autorización la actora concursada no podía disponer legalmente de los bienes integrantes en la masa activa del concurso.
Transcurrido en exceso el plazo de la oferta, la oferente dejó de estar interesada en la compraventa, y la demandada no puede verse compelida a formalizar una compraventa cuya oferta delimitó en un plazo de noventa días, precisamente para evitar las consecuencias negativas que pudieran derivarse de un retraso o dilación no deseada en la perfección del contrato. Sin entrar en la causa de la demora en la tramitación y autorización judicial, y siendo así irrelevante a estos efectos que el Juzgado de lo Mercantil acordara tramitar dicha autorización de venta conjuntamente con otras, conforme a providencia de 8 de noviembre de 2010 que no consta recurrida por la concursada, y por otra parte dictada cuando ya había transcurrido el plazo de la oferta-, lo cierto es que cuando se otorga tal autorización han transcurrido nueve meses desde que finalizó el plazo para aceptar la oferta, y no es a la oferente, que se ha limitado a hacer una oferta de compra por un tiempo concreto y determinado, a la que ha de perjudicar la mayor o menor tardanza en la obtención de la autorización judicial.
Procede por consiguiente desestimar el recurso.”: SAP Madrid (Sección 11) 17.02.2015 (Sentencia 46/2015; Rollo 763/2013)

3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente.

[A continuaciòn, nueva redacción del art. 43.3 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a su entrada en vigor (Disposición transitoria segunda, 2, Ley 38/2011)

3.Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior:

1.º Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. Deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad.

2.º Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez por ciento y en el caso de muebles de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. La administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior.

3.º Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente

~~En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por el artículo 146 bis~~

[Nuevo último párrafo (subrayado) del art 43.3 introducido por Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. (BOE 06.09.2014)
En vigor desde 07.09.2014 (Disposición final quinta).
Régimen transitorio: aplicable a los procedimientos concursales en tramitación en los que a fecha 07.09.2014 no se haya iniciado la fase de liquidación (Disposición transitoria primera, 2)]

[Por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015), Artículo único, Dos, 1, se suprime el último párrafo del apartado 3 (añadido por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre) y se añade un apartado 4 al artículo 43.
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)
Régimen transitorio: "6. Lo dispuesto en los números 1, 3, 4, 6, 8 y 9 del apartado dos del artículo único será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya iniciado la fase de liquidación." (Disposición transitoria primera. Régimen transitorio aplicable a los procedimientos concursales en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley; apartado 6)

Art. 43.3 (actual 43.3.3º) Actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad

"El artículo 43.3 exceptúa los actos de disposición inherentes a la continuidad de la actividad empresarial o profesional.- Son los actos propios del giro o tráfico mercantil – venta de stock o mercancías, asunción de obligaciones derivadas de este giro.- La Ley establece dos requisitos expresos y otro implícito: a) Han de ser actividades imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial, b) Deben ajustarse a las condiciones normales de mercado. c) Además será necesario que cuenten con el visto bueno implícito o explícito de la administración concursal. En este punto el legislador no ha tenido en cuenta que el inicio de un proceso concursal trae de suyo una desconfianza del mercado hacia el concursado, desconfianza que pese a los remedios que pone la propia Ley – por ejemplo en materia de contratación – hace imposible o, cuando menos muy difícil que el mercado reaccione de modo normalizado, así, por ejemplo es habitual que las ventas que realiza el concursado se efectúen con importantes descuentos o que se devalúen considerablemente algunas mercaderías que, con el paso de un breve plazo de tiempo, pueden llegar incluso a carecer de valor efectivo. El hecho de que estos actos no requieran de la autorización del Juez no determina que el Juez no pueda y deba tener un conocimiento del mismo y que tanto el Juez como los administradores del concurso ponderen la trascendencia de dichos actos en orden a mantener o cesar la actividad empresarial conforme permite el artículo 44.4 de la Ley Concursal. ": II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 3

1. Caso de venta de inmuebles de promotora

JM-1 Málaga

"PRIMERO Ciertamente el régimen concursal de autorizaciones de venta (arts 43 y 155 LC) se ha visto delimitado y superado por el régimen de ventas referidos a empresas, como la presente, que tienen como objeto social precisamente esa actividad.
El régimen de autorizaciones previstos en la norma parte de considerar dos supuestos diferentes: 1. Por un lado el régimen delartículo 43 LCque parte de la conservación y administración de la masa activa que, hemos defendido, no se trata de una regla prohibitiva sino limitativa de las ventas a autorización del juez. El apartado tercero de dicho precepto nos señala que " se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente".
Las soluciones de los juzgados de lo mercantil han sido diferentes pero en cualquier caso favorecedoras de una interpretación flexible en la materia. Así se ha resuelto en supuestos como Bilbao (Auto de 25 de enero de 2008 del Juzgado Mercantil1) un régimen de autorización genérica. En otros casos como en Coruña (Auto de 24 de julio de 2008, Juzgado Mercantil1) se entiende que el régimen aplicable (vías 44.2 y 24 LC) nos llevaría a distinguir entre bienes del inmovilizado y otros contabilizados en existencias; estos últimos no resultarían afectados por las inscripciones revistas en el segundo de los preceptos citados y por ello propios del giro o tráfico de la actividad empresarial.
Deberíamos distinguir, a todos los efectos, entre dos supuestos diferentes: por un lado la actividad propia de estas empresas (promotoras) en tanto se refieren a su objeto social y por ello a la venta de fincas y, por otro, a la extracción de los bienes concretos de la masa activa. Es cierto que no podemos limitar - y debe por ello quedar sujeto a lo previsto en los referidos preceptos- la actividad propia más allá de lo que la propia norma refiere (arts 43 y 44 LC) y que resultaría del todo paradójico que no se pudieran concluir contratos de compraventas de viviendas en relación a estas actividades empresariales cuyo objeto es precisamente este dado que ello supondría una grave afectación de su capacidad de mantenerse en el mercado. Sin embargo también lo es que partimos del principio de universalidad en la constitución de la masa activa (art. 76 LCC) sin más excepciones que las establecidas en la norma. Los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor son bienes y derechos de la masa activa y por ello debe existir, en relación al proceso concursal, un control judicial bajo el auspicio de los principios de defensa y contradicción al objeto de cubrir los intereses de las partes y en particular de los acreedores como objetivo esencial y primordial del proceso de insolvencia.
Por otro lado la convalidación o confirmación de los actos que requieran algún tipo de formalidad concursal se prevé en elartículo 40.7 LC.
A todo ello hemos de unirle también la limitación de capacidad que pueda existir en función de la intervención o suspensión de las facultades de adminitración y disposición previsto en losartículos 40, 51 y 54 LC.
En caso de intervención el concursado mantiene sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio sujeto a la intervención de la administración concursal, mediante autorización o conformidad. En caso de suspensión es sustituido por los administradores concursales.
Sin duda masa activa del concurso lo son dichos bienes y derechos y las ventas constituyen verdaderos actos dedisposición que también lo son inherentes a la actividad empresarial. Por ello debemos distinguir dossupuestos:
1. Ventas desde la declaración hasta la aceptación de los administradores concursales: sujetas a los límites previstos en elartículo 44.2.2º LCen tanto solo podrán realizarse los actos imprescindibles para la continuación de su actividad, en condiciones normales de mercado.
2. Ventas posteriores sujetas al régimen previsto en losartículos 43,44 y 155 LC.
Nada impide que pueda realizarse una autorización genérica entendida no a modo de " patente de corso" o "carta blanca" para estas operaciones.
Los problemas prácticos con los que nos encontramos son esencialmente dos: por un lado el colapso de los juzgados y, derivado de ello, la tardanza en la tramitación de estas autorizaciones sujetas al orden del juzgado; por otro la existencia de macroconcursos en donde la ingente actividad empresarial supera, con mucho, la capacidad de resolución de los juzgados.
Nada impide- tal y como hemos señalado se ha hecho en algún proceso concreto- que se tomen medidas de no inscripción en los Registros (sin perjuicio de la problemática que pudiera plantearse particularmente) para favorecer dicha actividad y evitar gastos al concurso.
Todo ello depende, además, de la situación emrpesarial con la que nos encontremos en función de que deba favorecerse o no la continuidad de la actividad empresarial o la conservación de la masa activa en función del camino tomado por el propio concursado hacia el convenio o la liquidación.
SEGUNDO En el presente supuesto se pretende la venta de diferentes promociones en una empresa en funcionamiento, sin petición de liquidación, referido a viviendas y conforme a su objeto social.
Se distinguen a su vez- por esta petición y por la comunicación de la administración concursal- entre aquellos supuestos de ventas ya formalizadas y pendientes de escritura, de aquellas que deben procederse a la venta.
En cuanto a las primeras procede entender que la posibilidad de formalizar contratos de compraventa- cuando este es su objeto social- no está limitado sino en la forma prevista en losartículos 40, 43 y 44 de la LC y que por ello la intervención o suspensión marcaría los límites de actuación de la concursada. Ello significa que no se puede limitar la formalización (mediante elevación de escrituras públicas o agotamiento de los contratos) de contratos de compraventa en la medida en que la empresa siga en funcionamiento más que conforme a lo establecido en dichos preceptos y autorizaciones o limitaciones que pudiera realizar la administración concursal. La continuación conlleva una necesidad prevista en elartículo 62 LC, por cuanto de no realizarse podría incurrirse en causa de resolución contractual.

La segunda de las posibilidades, ventas no formalizadas aún, requieren autorización en cuanto a la disposición de los bienes y derechos de la masa activa con los límites antes referidos. Nada impide formalizar contratos de compraventas- propios de la actividad- condicionados a dicha autorización. Y nada impide que puedan realizarse en particular o en bloque (genéricas con concrección de los bienes) con indicación de cláususas condicionales - referidas a la autorización del concurso- u otras. Pero dicho margen de maniobra se verá limitado por lo previsto en elartículo 155 LC.
TERCERO En virtud de lo anterior procede autorizar las ventas propuestas con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor en tanto existan dichas cargas.": AJM-1 Málaga 19.12.2008 (JUR 2009/71616, Autos 450/2008)

"PRIMERO.- LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE VENTA..- La concursada AIFOS, se constituye como una sociedad cuyo objeto social esencial es la promoción y construcción, así como la venta y alquiler de urbanizaciones, viviendas, locales y edificios. Pues bien, situados en este escenario de actividad societario de la concursada, debemos de acudir art. 44 de la LC "1. En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concúrsales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario
2. Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez
3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente, este precepto se encuentra enraizado con lo dispuesto en el art. 44.1 y 2 de la LC:"1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. 2. En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general". Por último estos dos preceptos, no son sino reflejo del principio inspirador de la Ley Concursal que de manera más intensa informa el articulado de la misma, y que podemos encontrar en el apartado VI de la Exposición de Motivos de la LC, al indicar que "La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado....".
A la vista de lo expuesto se debe convenir que el mantenimiento de la actividad empresarial es una de las finalidades de la norma, y lo es precisamente porque ello provoca un efecto beneficioso exponencial, ya que se evita por un lado la pérdida de tejido empresarial, con la principal consecuencia en conservación de puestos de trabajo, tan importante para un país, y se consigue que la actividad de la empresa siga generando valor que a su vez provocará afrontar de mejor forma las obligaciones de pago de la concursada dentro del procedimiento concursal, lo cual a su vez genera igualmente sensibles beneficios a los acreedores afectados, a su vez también, muchos de ellos, pequeñas y medianas empresas. En definitiva, como vemos, el efecto beneficioso de la continuidad de la actividad empresarial es sin duda enorme, por ello debe interpretarse la norma en orden a favorecer dicho escenario de continuidad empresarial. Pues bien, conseguir el citado objetivo, es algo en lo que la administración concursal tiene mucho que decir, ya que precisamente es esta su labor. Más allá de que España la falta adecuada una de "cultura concursal" conlleva que la mayoría de los concursos recaigan sobre deudores a los cuales su cuasi estado de "enfermedad terminal" les impide o es muy dificultoso conseguir soluciones de viabilidad, los administradores deben orientar su función a dar una solución de viabilidad en el ámbito empresarial, y por ello la razón de otorgarle la propia LC unas amplias facultades cuando las mismas se ejercitan dentro de lo que es la propia actividad de la concursada. Y así debe ser, por cuanto que presuponiendo a la administración concursal un ejercicio del cargo marcado por la probidad, la profesionalidad y la diligencia, de cuyo déficit pueden llegar a responder, coartar esa actividad conllevaría un vaciado de hecho de lo que debe ser unas de las principales actividades de los administradores. Junto a ello, se debe añadir el hecho de que el Juez del concurso no posee el conocimiento de la actividad concreta de la concursada como lo deben conocer los administradores, y por ello son estos los que en mejor disposición están de tomar decisiones en el ámbito de la actividad de la empresa. A todo ello, debemos añadir un elemento más, muy dañino para el citado fin de continuidad, como es el absoluto colapso de esta jurisdicción, lo cual ya no sólo conlleva que el Juez del concurso deba aún más despegarse de la vida de la concursada dado el ingente número de procedimientos que debe controlar, sino que además, cualquier decisión que se haga depender de una decisión judicial, sin duda, supone un sesgo en el devenir del procedimiento concursal, y quien no conoce el dicho sobre todo en el mundo empresarial, de que "el tiempo es dinero". Con ello, debe optarse por parte del Juez del Concurso, porque así lo quiere la norma, y porque así lo impone la triste realidad en la que se encuentra la administración de justicia, por adoptar soluciones que dentro de la legalidad, impriman al concurso de la máxima celeridad, ello será bueno para el deudor y para los acreedores. Pues bien, bajo la idea expuesta, y ciñéndonos a la concreta petición que aquí nos ocupa, no sería necesario que este juzgador autorizase a la administración concursal a realizar lo que esta solicita, pues que una promotora venda inmuebles no puede ser más del objeto social de la concursada, no obstante, pues lo que abunda no daña, se otorgará dicha autorización, debiéndose no obstante advertir que esta autorización no supone ni mucho menos una "cláusula de inimputabilidad" a favor de la administración concursal ante actuaciones desviadas de lo que le es exigible, ya que simplemente se trata de un refrendo protocolario, perfectamente prescindible, debiéndose por otro lado destacarse, que desde luego, las imposiciones de terceros en cuanto a la necesidad de la autorización judicial para concluir determinadas operaciones, no pueden modificar por la vía de hecho una posibilidad legal, sin perjuicio de que para no perjudicar precisamente la actividad empresarial este titular decida otorgar el refrendo, autorización, convalidación, o

como quiera denominarse, repito, absolutamente innecesaria.": AJM-1 Málaga 16.11.2009 (Concurso 947/2009)

JM-1 La Coruña

"1º.- La necesidad de recabar la autorización judicial para enajenar o gravar bienes y derecho de la masa activa (artículo 43. 2 LC) tiene como excepción (art. 43. 3) los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos del artículo 44. El punto de partida es, por lo tanto, el de continuación de la actividad empresarial del deudor concursado, que podrá llevar a cabo todas las operaciones o actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de la actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado, que le hayan sido autorizados con carácter general por la propia administración concursal. Consecuentemente, la autorización judicial sólo será necesaria cuando se trate de enajenar o gravar bienes de la masa activa mediante actos u operaciones ajenos al giro o tráfico de la actividad empresarial de la deudora o en circunstancias que puedan ser calificadas de anormales respecto de las que de ordinario integran ese giro o tráfico propio.
No es por ello necesario – a salvo lo que se dirá en el fundamento de derecho siguiente- recabar autorización judicial para llevar a cabo las operaciones a que se refiere la solicitud conjunta de la administración concursal y de la concursada, que no presenta más anormalidad con respecto a las que definen el giro o tráfico propio de MARTINSA-FADESA S.A. que el hecho de tratarse, en conjunto, de una operación de considerable entidad y el de destinar parte del precio obtenido a la satisfacción en unos casos y a la minoración en otros de la deuda viva hipotecaria contraída con la propia entidad compradora - créditos vivos dotados de privilegio especial, cuyo saldo real actual, incluyendo intereses hasta donde alcance la garantía, se incrementa con el transcurso del tiempo-, eludiendo con ello el riesgo de una ejecución hipotecaria que, en las circunstancias actuales del mercado, difícilmente permitiría la conservación del valor de la masa activa. ":AJM-1 La Coruña 21.07.2009 (Concurso 408/2008)

"1º.- La necesidad de recabar la autorización judicial para enajenar o gravar bienes y derechos de la masa activa (artículo 43. 2 LC) tiene como excepción (art. 43. 3) los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos del artículo 44. El punto de partida es, por lo tanto, el de continuación de la actividad empresarial del deudor concursado, que podrá llevar a cabo todas las operaciones o actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de la actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado, que le hayan sido autorizados con carácter general por la propia administración concursal. Consecuentemente, la autorización judicial sólo será necesaria cuando se trate de enajenar o gravar bienes de la masa activa mediante actos u operaciones ajenos al giro o tráfico de la actividad empresarial de la deudora o en circunstancias que puedan ser calificadas de anormales respecto de las que de ordinario integran ese giro o tráfico propio.
No es por ello necesario – a salvo lo que se dirá en el fundamento de derecho siguiente- recabar autorización judicial para llevar a cabo las operaciones a que se refiere la solicitud conjunta de la administración concursal y de la concursada, que no presenta más anormalidad con respecto a las que definen el giro o tráfico propio de MARTINSA-FADESA S.A. que el hecho de tratarse, en conjunto, de una operación de considerable entidad y el de destinar el precio obtenido a la satisfacción de la deuda viva hipotecaria contraída con la propia entidad que consiente, junto con la compradora, la operación - créditos vivos dotados de privilegio especial, cuyo saldo real actual, incluyendo intereses hasta donde alcance la garantía, se incrementa con el transcurso del tiempo-, eludiendo con ello desde la perspectiva del concurso el riesgo de una ejecución hipotecaria que, en las circunstancias actuales del mercado, difícilmente permitiría la conservación del valor de la masa activa.": AJM-1 La Coruña 18.05.2010 (Concurso 408/2008)

Art 43.4

4. En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por los artículos 146 bis y 149.

[Por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015), Artículo único, Dos, 1, se suprime el último párrafo del apartado 3 (añadido por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre) y se añade un apartado 4 al artículo 43.
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)
Régimen transitorio: "6. Lo dispuesto en los números 1, 3, 4, 6, 8 y 9 del apartado dos del artículo único será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya iniciado la fase de liquidación." (Disposición transitoria primera. Régimen transitorio aplicable a los procedimientos concursales en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley; apartado 6)

Artículo 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial.

1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor.

Art. 44.1

“En cuanto a los efectos de la declaración de concurso, serán los previstos en el Título III, entre los que ha de destacarse, el contenido en el art. 44 LC, que en su apartado 1º establece que “la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”, constituyendo el cese (previsto en el apartado 4º) la excepción, ya que la Ley Concursal pretende favorecer la continuidad de las empresas. Precisamente dicho principio va íntimamente relacionado con la apuesta del legislador concursal favorable al convenio como solución del procedimiento concursal, de forma que el procedimiento que regula la LC se decanta a favor del principio de continuación de la actividad del deudor, de donde se colige que el convenio es la solución normal del concurso, en beneficio, como señala la Exposición de Motivos, de los acreedores, del concursado, de los trabajadores y de otros interesados.
Es decir, la Ley Concursal en cierta forma configura el concurso de acreedores como un procedimiento de reestructuración empresarial (aunque su finalidad primordial lógicamente sea la satisfacción de los acreedores), y no sólo favorece el convenio, sino que en la regulación de éste, y en concreto en el contenido de la propuesta de convenio (art. 100 LC), permite que además de contener proposiciones de quita y/o espera, se incluyan proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o de determinadas unidades productivas, a favor de una persona natural o jurídica determinada; debiendo incluir las proposiciones necesariamente en dicho caso, la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta; debiendo ser oídos los representantes de los trabajadores. Y es más, en los casos de liquidación, también el legislador concursal ha intentado favorecer la continuidad de las empresa, y entre las reglas legales supletorias establecidas en el art. 149 LC, recoge como la primera de ellas, la enajenación como un todo del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor, salvo que el juez, previo informe de la administración concursal, estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división y realización aislada; debiendo dictarse estas resoluciones previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores. Y en la misma regulación de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones de trabajo en que sea empleador el concursado (art. 64 LC), se intenta favorecer con su adopción la viabilidad futura de la empresa y del empleo (apartados 3º, 4º y 5º del art. 64 LC), y asimismo prevé que en el caso de empresas de más de 50 trabajadores, se acompañe con la solicitud de medidas, un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y el empleo (art. 64.5 LC).”: Auto JM-1 Cádiz 04.03.2008 (Concursos 157/2008 y 158/2008)

1. Sobre los certificados de estar al corriente con la AEAT o la TGSS

AP Alicante

“PRIMERO.-La mercantil actora, en proceso de liquidación, interpuso demanda solicitando la condena de la demandada al pago de la suma de 3.248 euros e intereses, importe de instalaciones de aire acondicionado efectuadas por encargo de dicha demandada.
Esta admitió la existencia de la deuda, pero alegó que para pagarla necesita que la actora le expida el certificado de contratistas y subcontratistas exigido por el art. 43 de la Ley General Tributaria, documento que la actora no puede emitir porque se encuentra en situación concursal.
La Juzgadora de instancia concluye que falta la adecuada coordinación normativa entre la Ley concursal y la Ley General Tributaria, y desestima la demanda.
El apartado 1, f del citado art. 43 establece que "Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades: f) Las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación. La responsabilidad prevista en el párrafo anterior no será exigible cuando el contratista o subcontratista haya aportado al pagador un certificado específico de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias emitido a estos efectos por la Administración tributaria durante los 12 meses anteriores al pago de cada factura correspondiente a la contratación o subcontratación".
SEGUNDO.-No comparte la Sala la decisión plasmada en la sentencia recurrida, pues si como en la misma se razona, no se discute que la cantidad reclamada es debida por la demandada, la imposibilidad de la actora para la obtención del certificado antes aludido no puede ser óbice para la condena al pago de esa suma.
Las posibles responsabilidades que, con fundamento en la regulación contenida en la Ley General Tributaria, deberán ser ventiladas en dicho ámbito, pero en modo alguno impedir que la actora cobre lo que se le debe, máxime cuando se le ofreció la posibilidad de efectuar el pago en el seno del procedimiento concursal,
Además, según la interpretación que la Agencia Tributaria mantiene al respecto y que consta en el documento obrante al folio 143, de la inexistencia del certificado en cuestión "no procederá la derivación de responsabilidad prevista en dicho artículo", procediendo en consecuencia la estimación del recurso y de la demanda, si bien se mantiene lo resuelto en la instancia respecto a las costas por las dudas que se han suscitado y que permiten la aplicación de la excepción prevista en el art. 394.1 de la L.E.C. ”: SAP Alicante (Sección 5) 13.07.2012 (Sentencia 302/2012; Rollo 25/2012)

AP Oviedo

“PRIMERO.-La sentencia dictada en los autos de los que este recurso dimana desestimó la demanda formulada por la entidad Toraño y Hevia, S.L. contra la también mercantil "Taller Global de la Edificación, S.A" al considerar que no podía exigir a la demandada el pago de la facturas litigiosas por cuanto ella había previamente incumplido su obligación, asumida contractualmente, de justificar hallarse al corriente en los pagos a que el contrato suscrito entre las partes específicamente se refería (pagos a la Seguridad Social, Agencia Tributaria, trabajadores, etc.)
Y, frente a dicho fallo se alzó la referida demandante quien, tras poner de manifiesto aquellos elementos fácticos y jurídicos que, a su juicio, sustentaban su tesis, en concreto, la existencia a su vez de un anterior incumplimiento de la demandada por no haber satisfecho al suscribirse el referido contrato el pago del 20% del precio pactado para la obra, como así estaba pactado, y que la citada obligación de justificar los discutidos pagos era meramente accesoria, además de ser de imposible cumplimiento por imposibilidad sobrevenida, interesó la revocación de la recurrida para acoger su demanda.
La parte apelada interesó la confirmación de la recurrida con costas al apelante.
SEGUNDO.-Así centrados en esta alzada los términos del debate, con carácter previo a la resoluciones de cada una de las cuestiones alegadas y en orden a ello, se hace preciso poner de manifiesto que lo actuado permite establecer lo siguiente: 1.- El 9 de noviembre de 2.009 las partes suscribieron un contrato de ejecución de obra, consistente en la edificación de una nave industrial, que habría de ser llevada a término en el plazo de cuatro meses desde la fecha de replanteo. 2.- En dicho contrato se introdujo la estipulación que, literalmente transcrita, dice: <<El promotor no firmara acta de conformidad, ni pagará ninguna factura pendiente hasta que el contratista acredite mediante la documentación necesaria, que no tiene pendiente de pago ningún cargo de materiales, seguros, cargas sociales, ni reclamaciones laborales respecto del personal empleado en las obras del contratista>>. Así mismo se estableció, igualmente, literalmente transcrito, que <<esta obligación es considerada elemento esencial del presente contrato y resulta indispensable, como consecuencia de la responsabilidad solidaria, y en su caso subsidiaria que le atribuye la legislación en materia laboral y de seguridad social al promotor>>, insistiendo también en que <<no se liquidará, ni pagará ninguna factura sin la previa entrega por parte de la contratista de toda la documentación>>. 3.- La demanda se sustenta en el impago de las facturas 10/2010, de fecha 26 de febrero, y 20/2010, de fecha 28 de mayo, que ascienden a un total de 71.920,00 Euros. 4.- Durante la tramitación de los autos se suspendió el procedimiento con vista a alcanzar las partes un acuerdo, que al no obtenerse provocó que por la parte actora se solicitara su reanudación. 5.- La parte demandada fue declarada en rebeldía procesal por Diligencia de Ordenación de 26 de noviembre de 2.010. 6.- La demandante fue declarada en concurso voluntario de acreedores el 26 de abril de 2.010 por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, autos 75/2010. 7.- En el referido juzgado de los mercantil la entidad hoy apelada instó procedimiento de consignación voluntaria de dicha cantidad de 71.920,00 Euros que, tras dictarse la sentencia objeto de este recurso, desestimatoria de las pretensiones actoras, fueron devueltos a quien los había consignado. Y 8.- La demandada reconoce tanto que la obra fue ejecutada, como el impago de las facturas objeto de reclamación.
TERCERO.-Pues bien, a la vista de dicho elementos, se ha de estudiar en primer término la cuestión relativa el previo incumplimiento de la demandada de su obligación de pago del 20% del precio pactado al momento de suscribirse el contrato.
Dicha cuestión debe ser desestimada, toda vez que la mera lectura de la demanda y, en especial, de su suplico pone de relieve que lo que en ella se solicita es el pago de la dos facturas de 16 de febrero y 28 de mayo de 2.010 antes referidas y si bien es cierto que en la primera se vendría a comprender el 20% inicial, también lo es que no se hace en la demanda mención alguna a un previo incumplimiento de la demandada, ni al porqué se incluyó en dicha factura, razón por la cual su alegación en el recurso deviene una cuestión nueva, cuyo examen se halla vedado en esta alzada, pues sabido es por reiterado, lo que hace innecesaria cita alguna, que no cabe introducir cuestiones nuevas en la segunda instancia, pues con ello se privaría a la contraparte de hacer sobre las mismas las alegaciones que considerara pertinentes y proponer prueba sobre ellas ya que, es igualmente sabido, que con el recurso de apelación no se abre un nuevo proceso desvinculado de los términos en los que se mantuvo el debate en la primera instancia y de lo resuelto en la misma, ya que ello iría en contra de los principios de defensa, audiencia y contradicción, so riego de causar indefensión a la otra parte; es decir, que no se puede variar en la segunda instancia la causa o razón de pedir, ya que con ello se alterarían sustancialmente los términos del debate y, se reitera, se daría lugar a la quiebra del principio de defensa plasmado en el art. 24 de la Constitución Española.
CUARTO.- Distinta suerte debe correr, siquiera parcialmente el motivo del recurso que versa sobre los efectos de la obligación contractualmente asumida por la actora de justificar hallarse al corriente en determinados pagos, con carácter previo a serle abonadas las facturas de la obra litigiosa, respecto de la cual sostiene que al momento del pago de la primera factura sí cumplió con la referida obligación y, en todo caso, no se trata de una obligación esencial, sino accesoria; y en relación con la segunda factura viene a sostener que la cuestionada obligación era de cumplimiento imposible por imposibilidad sobrevenida, al haber sido emitida dicha factura cuando la hoy recurrente ya había sido declarada en concurso.
Por razones de mera sistemática debe señalarse que el carácter esencial de la litigiosa estipulación es algo que se halla fuera de toda duda, no sólo por la claridad de su dicción literal, que hace innecesaria toda interpretación, sino también porque la misma aparece destacada en negrilla en el texto del contrato, lo que si algo denota es la voluntad de las partes de otorgarle una relevancia especial, así como que la misma no pasara desapercibida para los contratantes, tratando a buen seguro de evitar con ello toda sorpresa sobre su contenido.

En suma, que de la mera literalidad de la estipulación y de sus taxativos términos, que se ven reforzados al ser destacados por la negrilla, y la relación de documentos que se deben aportar para que sea posible proceder al pago, se colige que los litigantes elevaron a la categoría de esencial la cuestionada cláusula.
Establecido pues, el carácter esencial de dicha cláusula contractual, no siendo objeto de debate, ni la realidad de la obra, ni el impago de su precio, ni que la misma se halla en poder de la demandada apelada, la cuestión litigiosa se reconduce a determinar si efectivamente dicha condición fue incumplida y, de ser así, acarrearía la desestimación de la demanda, teniendo en cuenta que la actora-acreedora fue declarada en situación de concurso voluntario el 26 de abril de 2.010.
En orden a su adecuada resolución, debe también recordarse que no puede ignorarse la incidencia que en las instituciones civiles o incluso en lo pactado por las partes, tiene la declaración de concurso, dada la fuerza expansiva que de la misma dimana, aunque ello pueda tener unos perfiles poco nítidos. Ciertamente la constitución de una comunidad de acreedores regidos por el principio de igualdad de trato dentro de cada una de sus categorías, específicamente determinadas por el legislador y que han de ser pagados con cargo a una masa activa, a su vez regida por el principio de universalidad, modula sin lugar a dudas las relaciones contractuales del concursado, dando lugar ello, ya de entrada, a un control del juez del concurso sobre los créditos y deudas de la masa, bien directamente, bien a través del administrador concursal, poniendo bajo su vigilancia no sólo las obligaciones de pago, sino también los derechos de cobro, pues éstos tienen una trascendental incidencia en la constitución de la masa activa del concursado, ya que la ausencia en la masa activa de sumas de dinero en poder de terceros, ya generadas por el trabajo realizado por el concursado, que duda cabe que dificulta o pone en grave riesgo la viabilidad de quien se halla en dicha situación, convirtiéndose así en un factor determinante de la liquidación.
Atendiendo a dicha doctrina es lo cierto que respecto a la primera factura ha de operar la literalidad de la cláusula, pues no existía ninguna situación de concurso y de autos lo único que es dable colegir, una vez analizada la documentación aportada, que se la pretende hacer coincidir con la que litigiosa cláusula señala como necesaria, tanto la aportada con la demanda, como la unida tras el requerimiento de la audiencia previa, se infiere que no solamente está incompleta, como así se hace constar en el correo de 20 de abril de 2010 de la jefa de Compras de Ofersa, Dª Lourdes, que requiere a la demandante para que remita la documentación pues la enviada no da cumplimiento al artículo. 43 de la L.G.T., sino que además se refiere a otras empresas subcontratadas por la demandante (Redes y Protección, S.L., Prefabricados Hormitec, Estructuras Pitón, Aplicaciones y Sistemas de Vidrio y Aluminios, S.L., etc.
En definitiva que, como bien dice la recurrente en su recurso (pág. 7) se trataba de dar cumplimiento, pero no se logró; ahora bien siendo ello así, debe ahora ser objeto de estudio, como ya se dijo, si ello acarrearía la desestimación de la demanda, teniendo en cuenta que la actora se halla en situación de concurso voluntario por declaración de 26 de abril de 2.010.
Ahora bien, distinta suerte debe correr la reclamación respecto a la segunda factura, teniendo presente lo anterior, toda vez que aún siendo cierto que las partes, por pacto expreso, elevaron a la categoría de condición esencial del contrato litigioso en orden a percibir el abono del precio de la obra, el que la contratista se hallare al corriente en el pago de sus obligaciones fiscales, laborales, Seguridad Social etc. y las misma no constare como cumplida, no lo es menos que al vencimiento de la segunda, o sea, la 20/2010 de 28 de mayo, y, por ende, la momento de presentación de la demanda, la aquí recurrente ya había sido declarada en situación de concurso voluntario el 26 de abril de 2.010, lo que tienen una relevancia fundamental a los efectos de la resolución de la cuestión debatida toda vez que dicha declaración, precisamente, vino motivada por su imposibilidad para hacer frente a sus obligaciones, entre las que se hallaban las referidas, y que se asienta, por definición, en su insolvencia y con ella se buscaba precisamente o reflotar la sociedad o proceder a su ordenada liquidación, dando cumplimiento a sus obligaciones dentro de la situación de concurso y con arreglo a la ley que lo regula.
Así las cosas, comoquiera que la declaración en situación de concurso de la recurrente, por sí sola, no interrumpe su actividad empresarial o profesional y, además, la conservación y reintegración de la masa activa, así como los correspondientes pagos a los acreedores, han de realizarse ordenadamente y bajo el control directo del juez del concurso o por medio de los administradores concursales, que gestionan no sólo las obligaciones de pago del concursado, sino también sus derechos de cobro, ha de concluirse que tanto los pagos, como los cobros, y en concreto la segunda factura, efectuados dentro de la disciplina del concurso y bajo la supervisión directa del juez o de la disciplina concursal, como es el caso, pues la demanda rectora del procedimiento fue presentada con la intervención del administrador concursal, nunca podrán tener la consideración de pagos negligentes, por lo que no podrían sustentar una derivación de responsabilidad, como así lo entendió la propia demandada apelada, cuando procedió a consignar en el procedimiento concursal la cantidad aquí reclamada.
En su consecuencia, el recurso debe ser estimado parcialmente para acoger la demanda en lo que respecta a la segunda factura nº 20/2010 por importe de 31.437,73 #, pues la exigencia contractual de hallarse la aquí recurrente al corriente en los pagos con la Agencia Tributaria, Seguridad Social, trabajadores etc., para poder exigir a la demandada-apelada el abono de la obra, perdió efectividad al ser declarada aquélla en situación de concurso que, como ya se señaló, por concepto, presupone una situación de insolvencia y con ella lo que, precisamente, se busca es dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por la concursada dentro de la disciplina del concurso lo que supone que la concursada precisamente por la situación concursal no puede acceder a la certificación de hallarse al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, ya que la declaración concursal se asienta en su insolvencia, siquiera sea transitoria, pero de la que con dificultad podrá salir si no gestiona el cobro de sus adeudos, para cumplir con sus obligaciones, todo ello, se insiste dentro de la disciplina del concurso.”: SAP Oviedo (Sección 1) 27.07.2012 (Sentencia 336/2012; Rollo 446/2011)

AP Madrid (Sección 11)

"PRIMERO.- Por la demanda origen del presente procedimiento la actora, JIBC Revestimientos, S.L., ejercita una acción de reclamación de cantidad por importe de 103.451,84 euros contra la entidad Ferrovial Agroman S.A.; la pretensión se sustenta en un relato fáctico según el cual la actora habría realizado diversas obras para la demandada, concretamente en Mojácar, Vícar, Playa Macenas, y Colegio Diocesano, con retenciones del 10% de cada factura hasta que finalizase el periodo de garantía o se recepcionasen definitivamente las obras por la propiedad, siendo así que la actora se hallaría en situación de concurso de acreedores por auto de 20 de noviembre de 2009, los trabajos se hallarían totalmente concluidos y las facturas impagadas, sin reclamarse el importe de las retenciones, ascenderían a la cantidad reclamada.
La demandada se opuso a la demanda alegando la falta de legitimación activa y falta de acción, y ello porque la actora habría incumplido los contratos en cuanto los mismo prevén la obligación de la subcontratista de estar al corriente de pago con la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria, lo que no habría hecho por lo que se le habrían devuelto las facturas, comprobándose que no estaría al corriente del pago de sus obligaciones, habiéndosele notificado a la demandada dos embargos de los créditos de la actora con la Agencia Tributaria por importe de 124.666,51 euros, y otro de la Seguridad Social por importe de 3.348,60 euros; en cuanto al fondo de la reclamación se rechaza la factura 1/271 de 27 de junio de 2008 al no corresponder con ningún trabajo ejecutado por la actora; y respecto de la factura 1/299 de 29/8/08 se expresa que la cantidad correcta sería la de 6.776,97 euros, por lo que el total que se reconoce sería de 97.751,02 euros en lugar de los 103.451,84 euros reclamados, si bien no correspondería su pago por las causas manifestadas al fundar la excepción.
El juez de instancia dicta sentencia en la que tras extractar la posición de las partes aborda el fondo del asunto y concluye que la actora ostentaría un crédito contra la demandada por importe de 97.751,02 euros, si bien estima no exigible dicho pago al no haber cumplido la actora con las obligaciones contractualmente asumidas respecto de sus obligaciones con la Seguridad Social y Agencia Tributaria, por lo que desestima la demanda sin declaración sobre las costas causadas dada la especial complejidad de la cuestión jurídica sometida a debate. (...)
TERCERO.- En cuanto al otro motivo del recurso el mismo atañe en verdad al fondo de la controversia existente, cuestión indudablemente jurídica que el juzgador ha abordado con impecable motivación aun cuando no se comparta la decisión que se alcanza.
El razonamiento del juzgador en este punto comienza señalando como en principio la actora debería poder integrar su crédito en la masa activa del concurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 55.1 de la Ley Concursal; a continuación no obstante centra el juez su razonamiento en el contrato suscrito entre las partes y en las obligaciones que pudieran afectar a la demandada como contratista principal por impagos relacionados con la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria, concluyendo que la acreditación por la actora de estar al corriente del pago de los salarios, afiliación y cotización de los seguros sociales vigentes, así como tributos, se estableció como una condición suspensiva de la obligación de la entidad contratista demandada de abonarle el precio de la obra ejecutada, de manera que determina el juez no proceder la condena en este momento al no se exigible el crédito de la actora al no haber acreditado la misma estar al corriente en los pagos a la Seguridad Social y la Agencia Tributaria, sin perjuicio de la posibilidad de volver a reclamar la cantidad cuando la condición suspensiva se haya cumplido.
Esta solución como anticipamos no es compartida por la Sala pues al resolverse conforme a las previsiones del contrato se omite la situación creada tras la declaración del concurso y sus consecuencias, convirtiéndose lo que fue una condición suspensiva en impedimento permanente para el pago de lo debido, pues no haciéndose el pago no podrán con ese importe pagarse las deudas de la concursada por su orden de prelación, cuestión que solo al juez que conoce del concurso compete.
En definitiva estima la Sala que no procede dejar el contenido de la sentencia en una mera declaración de que se ostenta el crédito reclamado por el importe acreditado, pues no era tal lo que se pedía ni puede limitarse el fallo a dicha declaración, sino que la consecuencia jurídica de tal declaración, tras la declaración del concurso es la de integrar ese crédito en la masa activa del mismo, cumpliéndose la previsión del artículo 55 de la Ley Concursal, y permitiendo que sea el juez que conoce del proceso concursal el que pueda conocer cuantas incidencias pudieran surgir, sin que pueda la contratista para prever futuras hipotéticas reclamaciones actuar como si el concurso no existiera y argumentar sobre los pactos contractuales que prevén una solvencia de la actora que la declaración del concurso niega.
Debe por ello estimarse el recurso y consiguientemente estimarse en parte la demanda por la cantidad que se ha acreditado adeudaría la demandada a la actora.": SAP Madrid (Sección 11) 08.02.2012 (Sentencia 83/2012; Rollo 1/2011)

JM-1 Granada

"CUARTO.- Finalmente, es preciso señalar que esta obligación de la entidad requerida de ingresar en la masa activa el importe retenido no puede verse enervado por la obligación de la concursada, igualmente recogida en la cláusula 6ª del contrato al recoger las retenciones en garantía, así como en la 8ª, de certificar mensualmente que está al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, que permitirían a la promotora mantener la retención. Las entidades concursadas en esta situación, como es REINA MARÍA 2000 S.L, no pueden acceder a tales certificados precisamente por la declaración concursal, que se asienta por concepto en su insolvencia. El efecto de situación es la imposibilidad de lograr avances en la viabilidad de la entidad concursada, bloqueando uno de los fines centrales de todo concurso según nuestra LC y constituyendo, uno más, otro factor de liquidación.

Sin embargo, a los efectos de precisar la eficacia de los certificados previstos en el artículo 41.1.f) de la LGT y el artículo 42 del ET, resulta oportuno destacar que los mismos son documentos estrictamente administrativos-tributarios que no prejuzgan ni inciden por sí mismos en las relaciones contractuales de la solicitante con sus deudores, regida por el principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, ni produce una alteración en la aplicación a esa relación negocial de los principios especiales derivados de la declaración en concurso de la solicitante previstos en la LC. En consecuencia, como quiera que esta declaración no debe por sí sola interrumpir su actividad empresarial o profesional, ya que así lo establece la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y expresamente lo señala su artículo 44.1, y la conservación y reintegración de la masa activa, así como los correspondientes pagos a los acreedores, han de realizarse ordenadamente y bajo el control del juez del concurso, la certificación de la existencia de tales deudas no exime a los deudores de la solicitante de efectuar los pagos sujetándose a la disciplina del concurso que resulte del correspondiente requerimiento judicial, que produce para ellos un efecto liberatorio. Requerido judicialmente un deudor, es a la acreedora a la que hay que pagar, sin que la AEAT ni la TGSS puedan pretender una duplicidad de pagos.
De hecho, la tesis en pos de la vigencia a ultranza de la dicha cláusula está ya superada. Se ha superado por la AEAT y habrá de serlo por la TGSS. El Departamento de Recaudación de la AEAT, sensible a los devastadores efectos que para el tejido empresarial del país tiene en los concursos de acreedores la tesis de las entidades deudoras retenedoras del pago al amparo de las cláusulas mencionadas, acude correctamente al control jurisdiccional que, directamente o por medio de los administradores concursales, ejerce constitucionalmente el Juez del concurso, gestionando no sólo las obligaciones de pago del concursado sino también sus derechos de cobro. Para la AEAT, esta supervisión de la legalidad de los flujos de cobro del concursado efectuada por el Juez del concurso supone que, efectuado un requerimiento expreso por parte de éste o de la administración concursal, los pagos efectuados no pueden tener de cara a la Administración Tributaria la condición de negligentes, por lo que no podrían sustentar una derivación subsidiaria de responsabilidad al faltar el imprescindible componente subjetivo que integra la misma. La AEAT, en consecuencia, ajustándose a la legalidad concursal y armonizándola con el artículo 43.1.f) de la LGT, establece este supuesto como una causa de exoneración para el deudor aunque al acreedor concursado se le haya denegado el certificado (v. informe Departamento de Recaudación de la AEAT de fecha 1 de diciembre de 2009).
No existe óbice alguno, por tanto, para la eficacia del requerimiento efectuado a la recurrente, que se mantiene en su integridad.": AJM-1 Granada 13.04.2010 (Concurso 338/2008)

JM-2 Las Palmas

"PRIMERO.- Se presenta por la concursada, GUAYDIL SL, escrito en el que manifiesta que como consecuencia del Auto de declaración de concurso de fecha 4 de septiembre de 2009 y la voluntad de la citada mercantil de continuarla actividad mercantil cuyo objeto social es la promoción inmobiliaria, de conformidad a lo prevista en el artículo 42.1 ET, es cláusula explícita de los contratos de obra que la constructora tenga que aportar certificación al promotor, so pena de retención del pago a favor de la concursada activa del presente concurso, tesorería necesaria para la viabilidad de la empresa. Que entre otros, la mercantil concursada tiene pendientes de cobro y retenidos pagos por el concepto indicado de certificación de obra de un importe aproximado de 1.238.800 euros de las entidades OASIS BEACH MASPALOMAS SL, BLUE PROYECT SL, IGEVAN CANARIAS SL Y LA CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS. Que en aplicación de los artículos 49 y 55 en relación con 154 y ss de LC impiden realizar el pago de créditos concursales. Que la mercantil concursada solicitó a la Seguridad Social la expedición del certificado en fecha 25 de septiembre de 2009. Que el artículo126 del Reglamento General de Recaudación debe ser aplicado de igual forma a la Seguridad Social por los propios principios inspiradores del mismo conforme al artículo 4.1 CC y ello porque la Disposición final 2ª del RD 939/2005 DE 29 DE JULIO informa que se promoverá la adopción de criterios comunes entre la Agencia estatal de la admón. Tributaria con la Tesorería General de la Seguridad Social. Que de la exención de la obtención de tal certificado (toda vez que ya se ha declarado el concurso) depende no solo el cobro de estas cantidades sino la futura contratación que permita generar los ingresos previstos en el plan de viabilidad, suplicando al Juzgado la expedición de oficios a la Tesorería General de la Seguridad Social para que emita certificación negativa de descubierto exclusivamente referido a las deudas posteriores al Auto de declaración de concurso de 4 de septiembre de 2009, toda vez que las anteriores se encuentran sometidas al procedimiento concursal y se expida oficio a las entidades OASIS BEACH MASPALOMAS SL, BLUE PROYECT SL, IGEVAN CANARIAS SL Y LA CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS haciendo constar que, una vez declarado el concurso de acreedores de GUAYDIL, la certificación negativa de descubiertos solo será exigible respecto de los conceptos posteriores a la declaración de concurso y así habrá de ser interpretada dicha certificación porque de otra forma, el pago que presupone entrañaría la violación de lo establecido en el artículo 49 y 55 de la Ley Concursal.
Por su parte, la propia ADMINISTRACIÓN CONCURSAL alega que la misma ha tenido conocimiento de la existencia de una cantidad pendiente de cobro por la citada mercantil que asciende a 1.238.800 euros y que parecen adeudar las entidades LOPESAN S.A., OASIS BEACH MASPALOMAS SL, BLUE PROYECT SL, IGEVAN CANARIAS SL Y LA CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS las cuales no proceden a su abono a la vista de la certificación negativa que, solicitada en aplicación de lo previsto en el artículo 42.1 del ET expide la TGSS. Que la citada Administración entiende que la normativa recaudatoria permite a la citada, la expedición del citado certificado en sentido positivo, en virtud de la aplicación analógica que a tal efecto debe realizarse del artículo 126 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por RD 939/2005 de 29 de Julio y aplicable a la AEAT, según su ordinal número F), al considerar que dicho apartado va referido a las ejecuciones suspendidas como consecuencia de los procedimientos concursales en los que la AEAT y la TGSS deba personarse para hacer valer sus derechos de crédito, resultando la posibilidad de paralización de

ejecuciones conforme al artículo 55 LC. Concluye señalando que el artículo 126 debe ser aplicado de forma analógica a la TGSS debido al idéntico fundamento y finalidad que persigue la expedición del certificado en uno y otro caso, a saber, la exención de responsabilidad para el contratista o subcontratista de obras y servicios. A mayor abundamiento, la personalidad del Estado como única persona jurídica, sin perjuicio de sus distintas ramificaciones y el principio de Caja Única que viene a consagrarse en los artículos 90 y ss de la Ley General Presupuestaria aconsejan no tratar de forma diferente problemáticas recaudatorias que persiguen una misma finalidad y tienen un fundamento jurídico común, entendiendo que la normativa prevista para la SS y la AEAT obedece a una mera cuestión temporal, motivada por la publicación de un nuevo Reglamento de Recaudación para la Administración Tributaria, extensivo a ésta como señala su ámbito de aplicación, sin que se pueda aplicar de manera directa a la Seguridad Social, interesando que en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.1 del CC y la Disposición Final 2ª del RD 939/2005 de 29 de julio se proceda a promover la adopción de criterios comunes entre la TGSS y la propia AEAT, suplicando que se libre por este Juzgado atento Oficio a la TGSS para que la misma expida certificación negativa de descubierto de referido a deudas posteriores al Auto de declaración de concurso y simultáneamente libre Oficio a las mercantiles LOPESAN S.A. OASIS BEACH MASPALOMAS SL, BLUE PROYECT SL, IGEVAN CANARIAS SL Y LA CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS indicando que la certificación negativa determinará que los descubiertos frente a la citada entidad pública tan sólo resultarán exigibles respecto de los conceptos posteriores al Auto de declaración de concurso y no respecto de los anteriores.

La TGSS contesta promoviendo, en primer lugar DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN. En este sentido señala que La Ley 30/1992 establece que la competencia para expedir los certificados objeto de debate está atribuida a la Administración expedidora, que en el ejercicio de las potestades públicas que le competen, se desenvuelve el principio de autotutela y la presunción de legalidad, no pudiendo venirse a cuestionar salvo por la vía de los recursos administrativos expresamente previstos en la ley el tenor de las certificaciones administrativas. En relación con lo anterior, el Art 18 de la LGSS establece la competencia de la TGSS, como caja única del sistema de Seguridad Social, la gestión recaudatoria de ésta, tanto en vía voluntaria como en ejecutiva y como consecuencia de lo anterior es la única competente para expedir documento acreditativo del cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social.

Señala que la legalidad y la realidad de dichas certificaciones no pueden ser cuestionada en este orden jurisdiccional puesto que el conocimiento de las impugnaciones y reclamaciones que puedan realizarse respecto a estos certificados, y por ende, de su contenido, está residenciado en el orden jurisdiccional contencioso–administrativo, según lo dispuesto en la Ley General de la Seguridad Social y la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. Que las certificaciones expedidas por la TGSS son documentos públicos que acreditan la veracidad de un hecho, en concreto y para el supuesto que nos ocupa, se acredita si existen o no deudas con este Servicio Común.

La Disposición Final Primera del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, en adelante RGRSS, establece en lo no previsto, la aplicación supletoria del Reglamento General de Recaudación del Estado, es decir del RD 939/2005. Sentado lo anterior, como quiera que en materia de certificaciones expedidas a instancia de las contratas o subcontratas de obras o servicios no existe regulación específica, se ha de estar a lo dispuesto en el mentado RGR, en concreto su art. 126.2 que establece:

"Para la emisión del certificado regulado en este artículo se entenderá que el solicitante se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias cuando se verifique la concurrencia de las circunstancias que, a tales efectos, se prevén en el art. 74.1 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el RD 1065/2007,de 27 de Julio."

El Art. 74.1 del RD 1065/2007, entre las circunstancias enumeradas contiene, en su apartado g) "No mantener con la Administración tributaria expedidora del certificado deudas o sanciones tributarias en período ejecutivo, salvo que se trate de deudas o sanciones tributarias que se encuentren aplazadas, fraccionadas o cuya ejecución estuviese suspendida."

Que el RGSS sí contiene, aunque dispersa, regulación específica en materia de suspensión de los procedimientos ejecutivos; en concreto, se entienden únicamente causas de suspensión: el aplazamiento de la deuda, la interposición de recurso de alzada contra la providencia de apremio y en los supuestos de tercerías de dominio, en cuanto a los bienes controvertidos, artículos 31.3, 86.2 y 134.1 c) respectivamente, del RGSS.

Por lo que respecta a la afirmación contenida en el escrito de la concursada, invocando la aplicación analógica del Art 126 del RGR, que dice prever la posibilidad de expedición de certificado de estar al corriente cuando las deudas de la Administración Tributaria estuvieren pendientes de calificación en un proceso concursal, no tiene sustento legal, ya que la letra del precepto no contempla tal posibilidad, ni puede fundarse sobre la base de la suspensión del procedimiento ejecutivo puesto que en materia de Seguridad Social, de entre las causas de las suspensiones, no se encuentra la alegada, ni tampoco lo es en el ámbito tributario donde las causas de suspensión del procedimiento de apremio se contienen en el Art 165 de la LGT y en sus correlativos 117 y 122 del RGSS, sin hacerse mención alguna a la situación argüida. De otro lado, nada dice al respecto la Ley Concursal.

Es por lo expuesto que no puede retorcerse el tenor de la norma, ni poner en boca del legislador aquello que no quiso decir; no se puede entender que ha lugar a la emisión de certificado negativo de deudas por el hecho de que estén pendientes de calificación los créditos concursales, entre otras causas, por el peligroso precedente que se puede crear y al que se hace mención más adelante.

El auto de declaración de concurso supone la paralización de las ejecuciones administrativas en los términos establecidos en el Art. 55 de la LC, de un lado, con el objeto de que se integren todos los créditos en la masa pasiva del concurso, y de otro, limitar los privilegios de la potestad de autotutela de la que goza la Administración en aras del principio "pars conditio creditorum", procurando la máxima satisfacción de todos los

acreedores, hallándose en el presente proceso los créditos que la concursada mantiene con la TGSS sometidos a la L.C. de conformidad con lo establecido en el Art 22 de la LGSS. Se concluye así que la pendencia de la calificación de los créditos en el procedimiento concursal no es causa de suspensión del procedimiento ejecutivo por la inexistencia de cobertura legal ya que de admitirlo así, supondría, dada la actual coyuntura, configurarlo como un aventurado antecedente y supondría que bastaría la declaración de concurso para obtener "certificados de descubiertos irreales" que acrediten la inexistencia de deudas cuando no es así, provocando una situación de privilegio de las concursadas que continúan su actividad viéndose eximidas del pago de sus obligaciones con la Seguridad Social, respecto de aquéllas que no están incursas en un procedimiento concursal. A mayor abundamiento, si de hecho no se han cumplido desde el auto de declaración de concurso las obligaciones de pago de cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta respecto de los trabajadores que se tengan aún dados de alta, imponer la emisión de un certificado negativo supondría obligar a la TGSS a expedir documento público en el que se afirmaría la un hecho incierto.
Que el fin último que persigue la concursada es la liberación del crédito que tiene retenido de las entidades que enumera en virtud de la cláusula contractual a la que alude en su escrito obteniendo para ello la emisión de certificado negativo y exonerando así de la responsabilidad legal que éstas tienen atribuida, en virtud de lo establecido en el Art. 42.2 del E.T. a la que se añade la contenida en los Arts 127 y 104 de la LGSS, la cual, conforme a la Jurisprudencia que tiene declarada el TS concretamente, en Sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, de 6 de julio de 2005 dictada para unificación de doctrina, se establece la concurrencia, de un lado, de la responsabilidad solidaria (Art 42 del ET) respecto de los salarios debidos por el subcontratista a los trabajadores y por el descubierto de cuotas de Seguridad Social, que se extiende hasta un año después de haber concluido la contrata, y se condiciona al hecho de que no se hubiese recabado la certificación negativa de descubiertos en la TGSS, habiendo transcurrido el plazo de treinta días sin que hubiese sido librada, caso de silencio administrativo, y de otro, el Art. 127 en relación con el Art. 104 de la LGSS, y para la misma clase de contratas y subcontratas que en el caso anterior, responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra con respecto a la obligación de cotizar y al pago de prestaciones para el caso de que el empresario obligado a hacerlo fuese declarado insolvente. Por ello, y a todas luces la cláusula citada se incluye en los contratos a fin de hacer frente a una posible exigencia de la responsabilidad que tienen impuesta, no pudiendo ser depuestos de ésta por estar determinada ex lege; pero menos adecuado parece aún, provocarla planteándole al juzgador la concesión del instrumento (irreal) que la norma establece para su exoneración. Esta representación entiende que el adecuado cauce para que sea hecho efectivo el crédito que tiene a su favor la concursada, es plantear el cumplimiento del contrato a través del cauce establecido en Ley Concursal.
Por último, señala que la declaración de concurso no extingue la obligación de satisfacer las cotizaciones de los trabajadores que continúen de alta, conforme al Art.104 de la LGSS, siendo responsabilidad no sólo de la entidad en concurso sino también de los administradores concursales. El incumplimiento de la obligación de cotizar supone el menoscabo de los derechos de los trabajadores, máxime cuando de hecho se estuviesen haciendo las deducciones en los salarios correspondientes a la cuota obrera, sin proceder a su ingreso. Perjuicios nada desdeñables, ya que en sus vidas laborales constará el período como no cotizado, afectando a las prestaciones de las que pudieran ser beneficiarios, puesto que en primer lugar, según la experiencia acumulada, les son denegadas por falta de la cotización exigida, requisito imprescindible para causar derecho a ellas, con forme dispone el Art. 124 LGSS, que les lleva a incoar tediosos procedimientos judiciales a fin de que sea declarada la responsabilidad empresarial y el derecho a la prestación.
En otro orden de cosas, el documento que es aportado por la concursada, ha sido obtenido a través del sistema RED, reflejándose en el las deudas que la concursada mantiene hasta julio de 2009. Debido a la actual configuración del sistema de constancia de la recaudación efectiva de las cotizaciones y demás conceptos de recaudación, unido a la ingente cantidad de datos que deben ser volcados sucesivamente de las entidades recaudadoras a las distintas unidades administrativas y lo dilatado en el tiempo de los procedimientos, a la TGSS no le es posible conocer si se han hecho efectivas las obligaciones hasta transcurrido el plazo de tres meses. Siendo el auto de declaración de concurso de fecha 4 de Septiembre de 2009, podría ser emitido certificado negativo a partir de ese momento siempre que se aporten los documentos de cotización, TC1 y TC2, que acrediten el cumplimiento de las citadas obligaciones, circunstancias que según lo expuesto se desconoce por la TGSS.
Concluye las alegaciones la concursada alegando jurisprudencia del Tribunal de conflictos de jurisdicción de fecha 19 de octubre de 2005, sentencia 10/2006 de 22 de diciembre y 22 de junio de 2009, en relación a la TGSS, siendo por ello competente el Juzgado e lo Mercantil para resolver el incidente planteado. Que supone que la declinatoria solo se plantea respecto del primer petitum del suplico de demanda. Que la TGSS quiere decir que se puede negar a expedir un certificado que distinga debidamente a) las deudas del concursado de naturaleza concursal, que el concursado no podrá abonar aunque quisiera y contara con medios para ello, de b) las posteriores al concurso, que son abonables, como crédito contra la masa, a su vencimiento. Que la cuestión anterior es de mucha importancia para las constructoras, pues la certificación permanente es exigida por los contratos de obra, visto el art. 42 ET y LGSS. Que la concursada no quiere cambiar el régimen de responsabilidad, sino que se adapte tal certificación a la legislación aplicable, lo que incluye forzosamente a la LC; que de otra forma, se contemplaría tal certificación como sometida exclusivamente a una parte del ordenamiento jurídico, como si la entidad no estuviera en concurso. La certificación mentiría por ocultar parte de la verdad, no siendo lo anterior aceptable. Que esa certificación resulta primordial para la concursada que ha optado por la continuidad de la actividad para satisfacer a los acreedores, siendo vital en el tráfico mercantil tal certificación sin la que la concursada no podrá cobrara de sus clientes ni podrá contratar obra nueva, convirtiendo el concurso en una liquidación. Que algunos deudores de la mercantil están reteniendo pagos por culpa de la certificación defectuosa. Que la Tesorería cita la facultad de autotutela como fundamento de la falta de jurisdicción de este Tribunal, no siendo argumento contra el orden civil y a favor de la jurisdicción

contencioso-administrativa, sino alegable frente a toda jurisdicción, de forma que la invocación de la TGSS es inocua. Resulta por tanto evidente que la Administración Pública no puede invocar una potestad administrativa contra el interés público (STS SALA CONFLICTOS 22 DICIEMBRE DE 2006). Que a partir de dicha resolución las administraciones Públicas se han visto obligadas a someterse a los juzgados de lo mercantil, incluso respecto de apremios administrativos con prioridad temporal sobre la declaración de concurso a fin de que éstos definan si los bienes sobre los que recae el apremio son necesarios para la continuidad de la actividad o no, de forma que en el primer caso, habrán tales administraciones de abstenerse de continuar el expediente, dejando claro quien es el órgano competente para interesar de una administración pública que deje de expedir certificaciones. En definitiva, el interés público, tratándose de una entidad concursada, lo tutela el Juzgado de lo Mercantil y la administración correspondiente ha de someterse a sus decisiones. Que la competencia para la emisión de dicho certificado corresponde a la propia TGSS. Que aplicando el artículo 9 de la LC el juez mercantil es competente para su examen e incluso pueden ser objeto de impugnación vía artículo 96.3 LC, citando STS 509/2009, de 1 de septiembre, destacando de la misma el fdto jurídico 3º, sobre IVA. La concursada pretende, con la autorización de los administradores concursales satisfacer las cuotas de la Seguridad Social durante la tramitación del concurso pues se tarta de créditos contra la masa, indispensables para la continuidad de la actividad empresarial, de forma que es inevitable que las certificaciones de la TGSS sean negativas respecto de los créditos de la SS que la empresa pueda abonar, los posteriores a la declaración del concurso positiva respecto de los que la LC prohíbe abonar, estos son, los anteriores. Más allá de las intenciones de terceros de eludir su responsabilidad conforme al artículo 42 ET, es inconcebible que dado el tenor de la certificación que se interesa, la TGSS no aporta argumento jurídico alguno para negar una petición ajustada a derecho.

Por otra parte, la concursada está al corriente en el pago de las cotizaciones anteriores a la declaración del concurso, y con la autorización de la administración concursal abonará hasta donde le alcancen sus medios este crédito contra la masa, pues se lo impone la LGSS, la LC y porque sus deudoras no compensarán la obra realizada si no se abona previamente tal concepto. Que si cumplidas las obligaciones legales impuestas la TGSS se niega a acreditar tal abono adaptando la certificación a la legislación aplicable, los promotores se negarán a satisfacer el importe de la obra pues los contratos reproducen tal exigencia legal, la concursada se verá obligada a cesar en su actividad por falta de ingresos y los acreedores de la concursada verán frustradas sus expectativas, vulnerando el artículo 44 LC, siendo ingentes los daños y perjuicios causados.

Que parece desprenderse del escrito de contestación de la TGSS que el problema se reduce a que la TGSS no ha procedido a adaptar su formulario informático de certificados de descubiertos a la LC, cuestionando la existencia de dicho incidente de existir dicho formulario, de forma que si la TGSS no encuentra la norma que le permita expedir el certificado en los términos interesados debe acudir a integrar normativamente la disposición sectorial con las superiores de la LC, y si se trata de problemas de índole práctico, debe verse que la misma ha insinuado su crédito desglosando cada uno de los diferentes conceptos que integran la deuda que reputa exigible, y su régimen legal. Que el final del escrito de la TGSS parece que se ofrece a expedir la certificación negativa, bajo determinadas condiciones, por lo que se le insta a hacerlo por cuanto de ello depende la vida del concurso.

SEGUNDO.- Las cuestiones a resolver en la presente resolución al amparo del escrito presentado por la concursada y las alegaciones de las partes son las relativas a la posible incompetencia del Juzgado para resolver el presente incidente por carecer de competencia objetiva, y en su caso, y de no ser estimada la misma el objeto, alcance, límites de las certificaciones negativas por impago de cuotas a la TGSS, si se puede ordenar la emisión de dichas certificaciones y por último, hacer algunas precisiones sobre responsabilidad de terceros por deudas sociales y requerir a dichas entidades que liberen los pagos retenidos.

Delimitado por tanto el objeto de lo que va a ser la litis de la presente resolución, la primera de las cuestiones a tratar es la relativa a la cuestión de la declinatoria de competencia planteada por la TGSS. Dicha cuestión aún cuando a primera vista pudiera ser baladí ha generado, sin duda, algunos pronunciamientos de los Juzgados de lo Mercantil sobre la emisión de certificaciones tanto por la AEAT y la TGSS; al respecto, destaco AJM Mercantil nº 2 de Málaga de 13 de Octubre de 2009, en el que se señala que “no corresponde al Juez de lo Mercantil regular los requisitos que han de contener los certificados que en el futuro expida la TGSS o la AEAT, ni las menciones que en ellos han de hacerse, siendo esta facultad de la Administración que el juez de lo Mercantil no puede sustituir, infringiendo dicho Auto lo dispuesto en el artículo 9 LC”; AJM Mercantil nº1 de Valencia de 23 de Abril de 2009, en el que “estimando la declinatoria planteada por la AEAT, cuestiona que el juez de lo Mercantil pueda imponer a la AEAT el tenor de una certificación administrativa, señalando que será en todo caso la via contencioso-administrativa donde se podrá instar la revisión de la legalidad del proceder de la Administración Tributaria, desbordando las posibilidades y ámbito del incidente concursal”.; AJM Mercantil nº 1 de Málaga de 6 de julio de 2009 en el que señala que “si bien no caber ordenar a las citadas administraciones que certifiquen la inexistencia de la deuda, por no resultar tal hecho cierto, si cabe ordenar que las certificaciones se emitan de forma tal que no creen dudas, en terceros, sobre el sometimiento del pago de créditos que ostentan dichas administraciones a las normas concursales”; AJ Primera Instancia nº 7 y de lo Mercantil de Almeria de 12 de julio de 2007 en el que señala que “ este órgano judicial no puede aquietarse lo solicitado. Librar un oficio a la Administración Tributaria, el sentido de que apliquen la normativa tributaria en un determinado sentido, apruebe su aplicación, o la censure, es un acto propio de la Administración Pública, y ajeno a la Administración de Justicia, hasta tal punto que podría encontrarse dentro de los actos prohibidos a los jueces y magistrados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 395,1 ° LOPJ. Este órgano judicial no puede librar el oficio solicitado, en tanto no puede indicar a una Administración Pública que actúe o deje de actuar en determinados sentido. Las labores de auxilio a la administración concursal para la conservación del patrimonio no incluye facultades directamente administrativas, y ni siquiera indirectamente, a través de la indicación a los órganos administrativos de cuál debe ser su resolución, en asuntos que sólo a estos órganos le competen, sin que surja contienda. Si así fuera, debería haberlo dicho expresamente. Mientras no sea así, la

competencia para dictar ese certificado es del órgano administrativo correspondiente, que, en ningún caso, puede renunciar a su competencia (art. 12 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Sobre el particular, entiendo que la cuestión suscitada, según los antecedentes de hecho que obran en las presentes actuaciones debiera haberse planteado por la vía de un conflicto de jurisdicción, al igual que señala el Ministerio Fiscal, en vez de la declinatoria de jurisdicción, y ello porque atendiendo a lo dispuesto en el artículo 9 LC, el juzgador no duda en su caso y en momento alguno de la competencia exclusiva de la TGSS para la emisión de las certificaciones de estar al corriente en el pago de las cuotas de la SS, de su contenido o de los requisitos para su emisión o denegación; lo realmente planteado es si el juez de lo mercantil, como consecuencia de que existen varias mercantiles que han retenido unos créditos de la concursada de cuantía muy considerable, so pretexto de la ausencia de la emisión de la certificación por parte de la TGSS, siendo urgente y necesaria su exacción para la continuidad y viabilidad de la actividad empresarial de la concursada puede, por via del incidente concursal planteado y atendiendo a los meros efectos prejudiciales, hacer determinados pronunciamientos referentes a la emisión de las certificaciones por la TGSS en orden a procurar la liberación de los créditos. Sobre este particular, entiendo que la respuesta es afirmativa por cuanto no supone una arrogación de una facultad administrativa por parte del Juez de lo Mercantil. Siendo así que en numerosas ocasiones la cuestión se ha planteado también respecto de la emisión de certificaciones por parte de la AEAT, las resoluciones del Tribunal de conflictos del TS en sentencias de 19 de octubre de 2005, 22 de diciembre de 2006 (respecto de la AEAT) y de 22 de junio de 2009 que establece los criterios a seguir para determinar si la preferencia en la ejecución corresponde al procedimiento administrativo de ejecución cuando la providencia de apremio dictada por la Administración es anterior a la fecha de declaración del concurso) concluyen en la competencia del Juzgado de lo Mercantil para decidir dicho incidente, incluso haciendo conclusiones tan relevantes como las derivadas del Fdto jurídico sexto de la sentencia de 22 de diciembre de 2006, en la que señala que "en las situaciones de concurso, el interés público, expresado en la normativa concursal es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental han de supeditarse ciertos privilegios, y también el de autotutela...".

No obstante lo anterior, lo cierto es que en el presente incidente solo se discute la posición de la TGSS desde el punto de vista de órgano emisor del certificado, no como acreedor (aún cuando se hacen ciertas referencias a la insinuación de créditos respecto a la concursada GUAYDIL S.L.) y en términos muy similares a los que se discutía en el Auto dictado por el Juzgado Mercantil número Dos de Málaga (Concurso 80/09) de 13 de julio de 2009, que fue repuesto por Auto de 13 de Octubre de 2009. En dicho expediente, la administración concursal solicitaba del Juzgado Mercantil que:

"se ordenara lo procedente a fin de que la concursada pudiera hacer efectivos sus derechos de cobro por trabajos ya realizados en régimen de subcontratación, los cuales se encuentran condicionados a la declaración de exención de responsabilidad tributaria y de Seguridad Social de los empresarios preceptores de sus servicios; bien requiriendo a los referidos organismos públicos para la emisión de dichas declaraciones por el perjuicio que la emisión negativa de los mismos viene ocasionando al concurso, bien mediante la declaración judicial de que las deudas tributarias y de Seguridad

Social de la concursada merecerán el tratamiento concursal correspondiente, sin que resulte procedente la derivación de responsabilidad extracontractual"

Pues bien, lo relevante de dicha cuestión es que entiendo que vista la regulación legal existente no se puede obligar tanto a la TGSS como a la AEAT a emitir una certificación (documento público) en el que no se constate un hecho veraz, cual es, la inexistencia de deuda, y que incluso cuando se trata de la AEAT justifica la misma la no emisión del certificado negativo, manifestando que :" por el contrario y al igual que el resto de acreedores, en el caso de concurso la A.E.A.T., no suspende la gestión de cobro (que sólo es posible en los supuestos tasados del ya citado artículo 165 de la Ley General Tributaria) y únicamente suspende el procedimiento de apremio (que no la gestión de cobro) frente a la entidad concursada, con arreglo al artículo 55 de la Ley Concursal, la cual no hace referencia a la emisión de certificados.". En definitiva, que no concurre la causa de "suspensión" que se establece para la emisión de un certificado negativo.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta, conforme a las manifestaciones de la propia concursada y de la administración concursal que el principal objetivo de la misma es la continuación de la actividad empresarial, no tiene ningún sentido que determinadas actuaciones contrarias a lo previsto en el artículo 154 LC, mediante la retención de de pagos por importe aproximado de 1.238.800 euros por terceros supongan que la concursada se vea abocada de forma inminente a la liquidación en contra de los intereses de la misma y del resto de los acreedores, debiendo por ello, mediante la presente resolución requerirse a la Administración Concursal para que proceda a satisfacer los créditos posteriores a la declaración de concurso referentes a las cuotas de la Seguridad Social y como consecuencia de lo anterior, la TGSS vendrá obligada a emitir certificado en el que se acredite la inexistencia de deuda a partir de la misma, siendo los anteriores a esta declaración créditos contra la masa.

En cuanto al contenido del punto segundo del suplico de la demandante, esto es, "que se libre Oficio a las mercantiles LOPESAN S.A. OASIS BEACH MASPALOMAS SL, BLUE PROYECT SL, IGEVAN CANARIAS SL Y LA CAJA INSULAR DE AHORROS DE CANARIAS indicando que la certificación negativa determinará que los descubiertos frente a la citada entidad pública tan sólo resultarán exigibles respecto de los conceptos posteriores al Auto de declaración de concurso y no respecto de los anteriores" no se trata de una mera declaración que deba hacer el juzgador en sede de esta resolución por cuanto evidentemente esa responsabilidad se deriva de la aplicación de la propia ley, resultando innecesario que por esta vía se declare tal responsabilidad en los términos señalados. ": SJM-2 Las Palmas 15.01.2010 (Incidente Concursal 10/2009)

2. En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.
No obstante lo establecido en el apartado anterior, y sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado.

Art. 44.2

1. Excepción: actos propios del giro o tráfico imprescindibles para la continuación de su actividad en condiciones normales de mercado.

AP Zaragoza

"SEGUNDO.- Respecto del primer motivo, se ha de recodar que el citadoartículo 44.2.2, de la Ley ya citado dispone una primeraregla que ha de entenderse básica, como es la que en caso de intervención, con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, a la administración concursal corresponderá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general, estableciéndose a después, a modo de excepción, que el Juez que hubiese declarado el concurso será el competente para adoptar las medidas cautelares que considere necesarias, y a continuación, a modo de nueva excepción, se permite al deudor practicar determinadas actividades, pero con un carácter fuertemente restrictivo, pues por un lado se refiere al momento temporal señalando que dicha autorización sólo ha de ser válida "Hasta la aceptación de los administradores concursales", y por otro limitando con claridad el contenido de dicha actividad, al exigir un triple requisito, como es A) Que sean actos propios de su giro o tráfico, B) Que sean imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial, y C) Que además se han de ajustar a las condiciones normales de tráfico, siendo requisitos los tres invocados, de concurrencia absolutamente necesaria, además con aquel carácter de constituir excepción de una excepción, que en modo se cumplen en el caso de estas actuaciones, pues ni los servicios que se dicen prestados por los recurrentes pueden considerarse propios del tráfico mercantil de la concursada, ni se ha acreditado reuniesen aquella segunda cualidad de ser necesarios en cuanto que imprescindibles para la continuidad de su actividad, ni tampoco lo ha sido que se ajustaran a las condiciones normales de tráfico, pues objetivamente las dos entidades tenían objetos sociales diferentes, y las declaraciones prestadas por sus respectivos representantes, deudora e interviniente, y otras personas vinculadas a las mismas, sobre cual fuera el fin pretendido por la actora -que con extensión se copian en los dos recursos--, sin duda acomodadas a sus respectivos intereses defendidos en este pleito, en modo alguno permiten alcanzar conclusión contraria, y aun todavía menos considerando que aquella actuación que se dice tan urgente podría haber sido acordada por el Juez al declarar el concurso, o que en definitiva se trataría de medidas además temporalmente limitadas, en cuanto que su eficacia sólo ha de alcanzar hasta el momento de la aceptación por los administradores, pues ciertamente no puede quedar vinculado su cometido futuro a actos inmediatamente realizados por terceros actuantes, lo que sería contrario a la normativa concursal, y el único criterio con que el que se ha de interpretar dicho artículo es el restrictivo razonado, como corresponde a su expresión literal y contenido o finalidad lógica, y no desde luego conforme al otro formal y flexible que es pretendido por los recurrentes.": SAP Zaragoza (sección 5) 26.12.2007 (JUR 2008/139374)

AP Barcelona

"PRIMERO: La sentencia ahora recurrida estima la demanda formulada por la administración concursal de ARCOTYP, S.L. y, además de declarar la nulidad de la cesión de créditos realizadas por la concursada ARCOTYP, S.L. a favor de la entidad DOOKU INTERNACIONAL 21, S.A. (en adelante, DOOKU), con posterioridad a la declaración de concurso y sin la autorización o confirmación de la administración concursal, acuerda que el concurso haga suya la cantidad depositada por el deudor de dichos créditos (Ayuntamiento de Mollet) y condena a DOOKU a pagar al concurso 136.983,42 euros. Además, la sentencia reconoce que DOOKU tiene un crédito frente a la concursada de 134.217,91 euros, que califica de concursal y subordinado.
DOOKU recurre en apelación por las siguientes razones:
1º La cesión de créditos es cuando menos anterior al 13 de febrero de 2008, en que se notificó la cesión al Ayuntamiento de Mollet, y es anterior también a que la administración concursal hubiera tomado posesión del cargo y por lo tanto operara la limitación de facultades patrimoniales que justificaría la anulación del acto. Argumenta también que el acto debiera haber sido en su caso objeto de una acción rescisoria concursal, que por otra parte no hubiera prosperado porque no habría perjuicio;
2º El fallo de la sentencia resulta incongruente porque de las cinco facturas objeto de descuento, cuyos créditos ascendían a un montante total de 136.983,42 euros, y que motivaron un ingreso por parte de DOOKU a favor de la concursada en fecha 22 de febrero de 134.217,91 euros, DOOKU tan sólo llegó a cobrar del Ayuntamiento de Mollet los créditos correspondientes a tres facturas que ascendían un importe total de 94.171,69 euros, pues el importe correspondiente a las otras dos facturas (42.811,73 euros) fue depositado por el Ayuntamiento de Mollet en el juzgado. Argumenta el recurso que se habría producido un enriquecimiento injusto a favor de la concursada de 177.029,64, que resulta de sumar lo que en exceso debe reintegrar DOOKU en relación con los créditos que cobró (42.811,73 euros) más el crédito que tendría contra la

concursada por el importe adelantado de los cinco créditos objeto de descuento (134.217,91 euros), que no podrá cobrar por calificarse como crédito concursal subordinado.
SEGUNDO: La acción ejercitada por la administración concursal claramente debe calificarse de anulabilidad y se funda en lo prescrito en el art. 40.7 LC, en concreto en que la concursada cedió créditos a favor de DOOKU después de ser declarada en concurso, y sin la autorización de la administración concursal ni su posterior confirmación.
Esta acción requiere que los actos de disposición del deudor sean posteriores a la declaración de concurso, no como argumenta el recurso de apelación que sean posteriores a que la administración concursal tome posesión de su cargo. Conforme al art. 21.1.2º LC, constituye un efecto consiguiente a la declaración de concurso la restricción de facultades patrimoniales del deudor, sin perjuicio de que pueda existir un espacio de tiempo entre la declaración de concurso y la toma de posesión de los administradores concursales que deben complementar las facultades patrimoniales limitadas al deudor. En nuestro caso, ARCOTYP, S.L. fue declarada en concurso por auto de fecha 11 de febrero de 2008, que en su parte dispositiva acordó que la deudora concursada conservara sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometida en el ejercicio de estas facultades a la intervención de la administración concursal, conforme a lo previsto en el art. 40.1 LC. Para estos supuestos, el art. 44.2 LC prevé que "hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado".
Esta previsión legal supone una salvedad al régimen general previsto en el art. 40.7 LC. Este precepto legitima a la administración concursal para pedir la anulación de los actos de administración y disposición patrimonial realizados por el deudor concursado, una vez declarado el concurso, sin haber recabado previamente su autorización o, cuando menos, con posterioridad su confirmación. El deudor concursado y el destinatario del acto de disposición podrían evitar esta sanción de nulidad si acreditaran que el acto de disposición fue realizado bajo las condiciones del art. 44.2 LC : en el periodo comprendido entre la declaración de concurso y la aceptación del cargo por los administradores concursales; que el acto fuera propio del giro o tráfico del deudor; que fuera imprescindible para la continuación de su actividad y que hubiera sido realizado en condiciones normales de mercado.
TERCERO: En los autos constan dos contratos privados de cesión de créditos realizados por ARCOTYP, S.L. a favor de DOOKU (ff. 19 y 20).
i) En el primero, ARCOTYP, S.L. cede a DOOKU cinco facturas que contienen cinco créditos frente al Ayuntamiento de Mollet:
Factura nº 78/2007, por un importe de 31.430,84 #, que vencía el 29 de febrero de 2008.
Factura nº 81/2007, por un importe de 49.592,34 #, que vencía el 29 de febrero de 2008.
Factura nº 82/2007, por un importe de 13.148,51 #, que vencía el 29 de febrero de 2008.
Factura nº 1/2008, por un importe de 28.646,42 #, que vencía el 30 de abril de 2008.
Factura nº 2/2008, por un importe de 14.165,31 #, que vencía el 30 de abril de 2008.
ii) En el segundo contrato, ARCOTYP, S.L. cede a DOOKU una factura que contiene un crédito frente al Ayuntamiento de Mollet:
Factura nº 6/2008, por un importe de 45.255,39 #, que vencía el 30 de abril de 2008.
El primer contrato de cesión de créditos si bien lleva fecha de 6 de febrero de 2008, conforme al art. 1.227 CC, por tratarse de un contrato privado, dicha fecha no cuenta respecto de terceros, en este caso los acreedores de ARCOTYP, S.L. cuyos intereses en la masa del concurso representa la administración concursal, sino desde que se hubiera incorporado o registrado a un registro público, hubiera fallecido cualquiera de los otorgantes o se hubiera entregado a un funcionario público por razón de su oficio. De estas tres circunstancias consta la tercera, su entrega al Ayuntamiento de Mollet, deudora de los créditos cedidos, el día 13 de febrero de 2008, a la vista del sello incorporado al documento (f. 19), por lo que debemos confirmar la decisión del juez mercantil de no entender acreditado la existencia de ese contrato de cesión de créditos hasta el 13 de febrero de 2008, fecha posterior a la declaración de concurso de ARCOTYP, S.L., aunque anterior a la aceptación del cargo por los administradores concursales. En cuanto al segundo contrato, está datado el 12 de febrero de 2008, con posterioridad a la declaración de concurso y no consta aportado al Ayuntamiento de Mollet hasta el 27 de febrero de 2008 (f. 20).
En principio, el acto de disposición que supone la cesión de créditos por parte de la concursada a un tercero después de haber sido declarada en concurso quedaría afectada por los efectos derivados de dicha declaración de concurso de limitación de facultades patrimoniales y hubiera requerido para su validez la previa autorización de la administración concursal y, como ésta todavía no había tomado posesión de su cargo, su posterior confirmación. Por lo que la ausencia de dicha confirmación determinaría la nulidad de tales actos, conforme al art. 40.7 LC.
Según lo argumentado al final del fundamento jurídico anterior, tan sólo se hubiera podido justificar la validez de tales actos de cesión de créditos si los demandados hubieran acreditado la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 44.2 LC, en concreto que tales cesiones de créditos constituyeran actos propios del giro o tráfico del ARCOTYP, S.L., que además fueran imprescindibles para la continuación de su actividad y que hubieran sido realizados en condiciones normales de mercado. Como quiera que los demandados ni siquiera han alegado la concurrencia de estas circunstancias ni mucho menos justificado, debemos confirmar la anulación de tales cesiones de crédito. “: SAP Barcelona (Sección 15) 30.03.2010 (Rollo 411/2009)

AP Salamanca

“B) En este sentido, es claro que la Entidad Asistencia Integral S.A., solicitó en fecha 5 de Marzo de 2007, declaración de concurso voluntario. En la memoria que adjuntaba exponía una propuesta de viabilidad,

consistente en la cesión de la explotación. (Los objetivos básicos que un plan de viabilidad debe cubrir en un procedimiento concursal giran entorno a la disposición de un documento, con un contenido riguroso, que sirva de base para que cada una de las partes interesadas pueda enjuiciar y aportar sus criterios, en relación con la situación actual y futuramente predecible de la unidad económica en cuestión; se supone, por tanto, una doble intervención en las decisiones). También lo es, la fecha de declaración del concurso, mediante Auto de 23 de Marzo de 2007, el cual, en si mismo, conlleva toda una serie de efectos, en línea con lo expuesto en la sentencia de instancia, cuya reiteración aquí se hace innecesaria. (Es de reseñar aquí, la afirmación contenida en la sentencia de instancia acerca de que el administrador de la concursada admite en su interrogatorio "con rotundidad conocer el alcance de una intervención concursal.)"
Pues bien, tras estos dos datos, ciertamente importantes, se producen otros que por la razón de las personas que intervienen en los mismos, y por su relación con la concursada, no es posible obviar: a) Escritura pública de fecha 30 de Marzo de 2007, -ya con declaración de concurso-, en la que se constituye la mercantil Unidad de Gestión Sanitaria Integrada S.L. (UGSI S.L.), con idéntico objeto social que Asistencia Integral S.A., y con dos socios mayoritarios, 72 por ciento de participaciones, que son respectivamente hija y compañera del administrador de la concursada, D. Luis Alberto; b) en la misma fecha, 30 de Marzo de 2007, éste último, en nombre de la sociedad ya declarada en concurso, y su hija, administradora única de UGSI S.L., remiten escrito a las compañías de seguros con las que trabajaba la concursada, comunicándoles que ésta autorizaba a UGSI S.L. para gestionar y facturar los servicios prestados así como cualquier otra gestión técnico-administrativa necesaria para el buen funcionamiento de las actividades; c) Coincidiendo con la aceptación del cargo por los administradores concursales, 9 de Abril de 2007, se suscribe un documento privado por las dos entidades citadas, (representadas por padre e hija respectivamente), en el que la concursada -no consta comunicación de la misma ni al Juzgado, ni, lógicamente, a la Administración Concursal- cede en arrendamiento a UGSI S.L. "la clínica descrita... como unidad patrimonial de explotación...", haciendo constar en el mismo contrato que la primera se encontraba inmersa en un procedimiento concursal; d) En el acta nº 1 de la Administración Concursal, se advirtió a la Concursada que cualquier acto que lleve a cabo infringiendo las limitaciones establecidas en el propio acta, serán anuladas por la Administración Concursal, conforme al art. 40.7 de la L.C.; e) En el contrato de fecha 9 de Abril de 2007, se consignó que la renta del local se abonaría por la arrendataria, previa presentación de justificante de la arrendataria de que dicha cantidad ha sido abonada al arrendador del local. (Ello a propósito del desahucio y de la falta de aviso UGSI, que se dice en el escrito de recurso); y f) La afirmación de la sentencia de instancia referente a que la Administración Concursal prueba documentalmente (doc. 13 a 20, ambos inclusive, de los acompañados a la demanda) la existencia de cobros por parte de UGSI, correspondientes a servicios ya prestados por la concursada, por un importe total de 54.157,62 euros, no cabe sino adverarla en la presente alzada, en vista de la acción aquí ejercitada sobre el contrato de fecha 9-3-07, del que derivan todos los actos posteriores, pues no cabe olvidar que en dicho contrato se cedió toda la actividad mercantil de la concursada. En su momento, de forma conjunta y a la vista de todos los datos, fundamentalmente contables, se resolverá sobre los efectos de la anulación del contrato, pero por el momento, lo único que consta es la cuantía de los cobros habidos por UGSI, de resultas del referido contrato y de lo que el mismo supuso.
Consecuentemente, no se aprecia, desde la óptica de la acción ejercitada, error en la valoración y apreciación de las pruebas, siendo por ello los hechos declarados probados válidos para fundamentar la decisión final.
CUARTO.-Alega la recurrente en su siguiente motivo de recurso, la no concurrencia de los requisitos para que proceda la nulidad del contrato.
Significa que el art. 40.7 de la LC. permite la anulación de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en el propio precepto; pero en su caso, -concurso voluntario, en el que el deudor conserva facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido en su ejercicio a la intervención de los administradores concursales- el contrato plasmado en fecha 9 de Abril de 2007, es anterior a esa fecha, como lo demuestra que ya el 30 de Marzo anterior se remitieran las comunicaciones a las Compañías Aseguradoras; y, por otro lado, los administradores concursales no toman posesión hasta el 9 de Abril de 2007, siendo su primera reunión el día 10; por lo que no se trata el debatido de un acto de disposición o administración que deba ser intervenido por los administradores, y en cuanto tal susceptible de someterse a la acción de anulación, sino, en todo caso, a la acción de restitución. Niega, por último, la existencia de perjuicio para el patrimonio de la concursada.
Sin embargo, tampoco cabe la estimación del presente motivo de recurso. Bastaría para ello con remitirse al fundamento de derecho quinto de la sentencia de instancia. Es de reseñar que el Auto declarando el concurso tiene una importancia capital dentro del procedimiento concursal, hasta el extremo de que puede considerarse como resolución de referencia para todos los efectos que el concurso produce. Sus efectos se inician con la firma de la resolución, y aún cuando es cierto que el deudor, en el concurso voluntario, conserva la posesión y las facultades de administración y disposición, sometiéndose a la intervención de la administración concursal, también lo es que en ausencia de administración concursal y hasta la aceptación de los administradores concursales, el deudor podrá realizar los actos propios de su tráfico o giro que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado (art. 44,2 LC).”:
SAP Salamanca (Sección 1) 09.05.2011 (Sentencia 201/2011; Rollo 499/2010)

2. Inaplicabilidad: pago de deuda concursal

AP Tenerife

“SEGUNDO.- En el presente caso, la AC de Jenmeri S.L. alega que la concursada, con fecha 19 de Agosto de 2.008, pagó al codemandado Justo mediante transferencia bancaria la suma de 6.345 euros, que

correspondían a la factura 13008, de la misma fecha, y pretende la anulación del pago en base al artículo 40 de la LC por estar ya declarado el concurso.
La sentencia recurrida desestima la demanda en base a que la aceptación del primer miembro de la AC se produjo el día 5 de Noviembre de 2.008, por lo que a la fecha de contraer la deuda no se había producido la aceptación, ni, por tanto, la vulneración por el administrador de la concursada de las limitaciones establecidas en el artículo 40 de la LC.
La AC acompanó con la demanda incidental, además del extracto contable, la factura cuyo pago se ha impugnado, y en ella se puede observar que se están pagando conceptos anteriores a la declaración del concurso, ya que se pagan trabajos realizados en los meses de Mayo, Junio y Julio de 2.008, aunque la fecha de la factura sea de 19 de Agosto. Consiguientemente, no se trata de una deuda generada por el ejercicio de la actividad del deudor después de la declaración del concurso sino antes, por lo que, con respecto a la deuda, resultan aplicables los preceptos y la doctrina más arriba citada, y respecto al pago, no son aplicables al caso ni el artículo 44.2, ni los artículos 84.2, 5 o y 154 de la LC, sino que al no haber sido convalidado dicho pago posteriormente por la AC se infringen las limitaciones establecidas en el artículo 40 de la LC, por lo que procede su anulación, sin perjuicio de la posterior calificación que merezca el crédito, y sin que el hecho de que en la fecha del pago no hubiera tomado posesión el órgano de administración concursal sea una cuestión relevante, ya que el artículo 40 tampoco establece excepción alguna al respecto, debiendo primar el principio de trato igual a todos los acreedores.": SAP Tenerife (Sección 4) 10.10.2012 (Sentencia 389/2012; Rollo 249/2012)

3. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial.

4. Como excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta.
Cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el juez actuará conforme a lo establecido en el párrafo 2.º del artículo 8 y en el artículo 64.
Cuando las medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos, el juez actuará conforme a lo establecido en el artículo 8.2.º y simultáneamente iniciará el expediente del artículo 64. La administración concursal en su solicitud deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64.4.

Nueva redacción del último párrafo del art 44.4 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en curso a la fecha de su entrada en vigor, para la tramitación del expediente y adopción de las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo. (Disposición transitoria séptima, 1, Ley 38/2011).

Art. 44.4

1. Caso de procedencia del cese de la actividad

AP Sevilla

"En cuando al segundo de los motivos, ya respecto al fondo, ni la administración concursal, ni menos aún el Juzgado de lo Mercantil, pueden permitir que se lleve a cabo una actividad sin cumplimiento de los requisitos que legalmente son exigibles a la misma.
Siendo la actividad de la empresa el transporte por carretera y careciendo actualmente la empresa de las preceptivas tarjetas de transporte, concurre una causa que permite aplicar la excepción que el artículo 44.4 de la Ley Concursal establece al principio general de mantenimiento de la actividad empresarial durante el concurso, dado que es imposible mantener esa actividad dentro de la legalidad.": AAP Sevilla (Sección 5) 31.01.2008 (AC 2008\1780; Rollo 5677/2007)

JM-1 Santander

"SEGUNDO.- En el presente caso, atendiendo a los argumentos sostenidos por la administración concursal y los documentos presentados junto a la solicitud, se considera que existe justa causa para acordar el cese de la actividad, por cuanto, tal y como se establece en el informe del administrador, la actividad, de facto, se encuentra ya cesada, sin pedido alguno, sin materia prima y sin medios, en definitiva, para la continuación de la actividad, mostrándose esa situación indiciariamente como irreversible.
Por estas razones, se estima más adecuado a los intereses del concurso, el cese de la actividad empresarial del concursado, evitando con ello el aumento de la masa pasiva que se produciría sin redundar con ello ningún beneficio en tanto que al no desarrollar actividad alguna en la práctica, se estarían aumentando los gastos sin obtención de beneficios, y por los datos obrantes en autos, aún incluso en el supuesto de que se recibiesen pedidos, la ausencia de medios para obtener materia prima impediría su cumplimiento.
A todo lo anterior no son óbice las alegaciones realizadas por parte del representante de los trabajadores, todas ellas relativas a la responsabilidad de los socios y administradores de la concursada. En primer lugar

por cuanto esas alegaciones, en su caso, serán relevantes en orden a la sección de calificación, si se abre en un futuro y carecen de incidencia en lo que ahora nos ocupa. En segundo término, porque no se refieren a la conveniencia del mantenimiento de la actividad y a las razones existentes en contra. En todo caso, la apertura simultánea del expediente del artículo 64 de la Ley Concursal permite el amparo de los derechos e intereses de los trabajadores y la superación de la situación actual en que se encuentran.": Auto JM Santander 20.02.2004 (JUR 2005/141043)

JM-1 Bilbao

"La regla en la Ley Concursal es la continuidad de la actividad y la excepción su cese. La finalidad, sin embargo, no es la supervivencia de la empresa, sino más bien la satisfacción del interés de los acreedores, que en ocasiones y merced al mantenimiento de la actividad empresarial, pueden ver satisfechos en mayor medida sus respectivos créditos.
La excepción puede plantearse por la administración concursal. Así ha sucedido en este caso en el que, a la vista de lo argumentado en el auto de admisión del concurso, del informe que ha presentado y las vicisitudes que atraviesa la sociedad, se entiende conforme al art. 43.1 LC que lo más aconsejable es finalizar con la actividad empresarial, porque la actividad que se mantiene es deficitaria, y por lo tanto, sólo provoca un incremento de nuevos créditos que, de conformidad con el art. 84.2.5º LC, además serán contra la masa.
Para valorar la solicitud habrá que tener en cuenta que el cese solicitado es una medida excepcional, que debe ser interpretado con criterio restrictivo, y en todo caso, atendiendo los intereses del concurso.
SEGUNDO Justificación de la petición
No hay trabajadores empleados por Kupela, SLL., y sólo ha atendido el trámite de audiencia concedido a cuantos estaban personados la propia concursada, cuya representación procesal argumenta que los obstáculos para solucionar los problemas económicos provienen de las dificultades que dispone el administrador concursal, que se niega a verificar pagos o atender compromisos. Tal alegación poco se compadece con la situación concursal previa, a la que era ajena el administrador concursal hoy puesto en cuestión, y que desembocó en la imposibilidad de un acuerdo con los acreedores de la Suspensión de Pagos en la junta de diecisiete de junio de dos mil cinco.
Frente a los argumentos económicos del administrador concursal ninguna propuesta viable se opone. Se limita la concursada a indicar que fue la persistente voluntad de un acreedor de realizar un crédito al margen de la Suspensión de Pagos la que impidió el convenio, que los demás acreedores deseaban. Aunque así fuera, el acreedor se limitó a usar de una facultad legal, pues no estaba obligada a pasar por el convenio.
El administrador concursal pone de manifiesto cómo se comprometió con el administrador social un plan de negocio que debía suponer para el mes de noviembre de 2005, unas ventas de 46.000 euros, y para diciembre, de 250.000 euros, ya que en este último caso la campaña de navidad facilitaría ingresos superiores. Se operaría además con un margen neto del 25 %. Sin embargo tales expectativas se han reducido a 22000 euros en noviembre y de 22000 euros en diciembre.
A ello se une que las cuentas no se han formulado en los últimos tres ejercicios, y que el administrador teme que no todos los ingresos en metálico que se producen en el establecimiento puedan estar siendo depositados en la cuenta bancaria abierta con tal fin, según manifiesta en las conclusiones de su informe (folio 20).
Los datos con los que se opera, en consecuencia, son una situación económica que impide atender pagos, el sometimiento a un procedimiento de suspensión de éstos, la imposibilidad de acuerdo con los acreedores, la presentación de un consecuente concurso voluntario en el que el Juzgado el que, dadas tales circunstancias, se decide privar de las facultades de administración a sus gestores, encomendándoselas al administrador concursal, la gestión durante tres meses sin que se haya logrado resultado positivo, la presentación del informe de la administración concursal que plasma la inviabilidad económica del proyecto y la insistente petición del concursado de mantener abierto el establecimiento incurriendo en gastos sin remontar su situación patrimonial.
Con tales datos la petición del administrador concursal debe considerarse ajustada a los intereses del concurso a los que alude el art. 43.1 LC, que tiene que tratar de mantener la continuidad de la actividad empresarial del concursado, pero sin que ello suponga una merma insostenible de los ya de por sí escasos recursos de los que dispone, razones por las que haciendo uso de las «amplias potestades» que la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal (III, pfo. 4º) reconoce al Juez del concurso en esta materia, procede el cese solicitado en interés del concurso.
Se evitará de esta forma que los escasos recursos existentes se consuman en un proyecto empresarial económicamente inviable, pues sigue siendo deficitario pese a la declaración de la situación concursal, y en consecuencia, que se frustren las legítimas expectativas de los acreedores que se han visto abocados a dos procedimientos concursales sucesivos, el de Suspensión de Pagos y éste, en los que no se vislumbra una solución razonable para sus intereses.": Auto JM-1 Bilbao 25.01.2006 (AC 2006\249)

JM-6 Madrid

"PRIMERO.-Dispone el Art. 44.4 de la L.Co. en sede de efectos de la declaración concursal sobre el deudor, que es excepción a la continuidad de la actividad empresarial o profesional, la adopción del acuerdo del cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor
SEGUNDO.-Para mejor comprender el alcance de la solicitud y de los motivos de oposición debe señalarse como antecedentes necesarios [-según resultan del informe provisional-] que la entidad Inmobiliaria Urbanitas, S.L. ha venido dedicándose profesionalmente a la urbanización y promoción de suelo residencial, especialmente en la denominada "PEGASO-CITY", resultando que como consecuencia de la paralización de la promoción, construcción y venta de viviendas y demás obra de tales características, la única actividad real desarrollada por la concursada es la mera tenencia de dichos solares.

Del mismo modo consta que la concursada carece de trabajadores a su cargo, presentando unos gastos fijos mensuales de 2.500.-# aproximadamente en el mantenimiento, conservación y explotación de la actividad y suelos, a los que deben sumarse los constantes incrementos de los saldos deudores de los créditos garantizados con derechos reales y calificados como privilegiados especiales [-que son la mayor parte de su pasivo-].
Asimismo resulta que la concursada carece de ingreso recurrente alguno, presentando desde el 31.12.2012 una situación de desbalance con fondos propios negativos por importe de 31.402.008,38.-#, cuyo importe negativo se ha incrementado a los 55.690.068,54.-# a 31.12.2013, teniendo a dicha fecha un pasivo no corriente de 185.286.154,20.-# y uno corriente de 67.283.088,82.-#; de todo lo cual resulta que desde hace años la concursada se encuentra incursa en causa de disolución por pérdidas cualificadas, sin que sus socios hayan adoptado decisiones societarias para recuperar el equilibrio patrimonial.
TERCERO.-Resulta de todo ello que la continuación de la actividad productiva [-limitada a la mera enajenación de suelo urbanizado para la promoción de viviendas y anexos-] coincide con la mera liquidación colectiva concursal, resultando la situación financiera y contable como legalmente incompatible con la continuidad de la actividad empresarial a través de un convenio concursal [-sea de promoción, sea de enajenación-] en cuanto requeriría equilibrar el patrimonio en un nivel tan exigente [196.079.174,40.-# de patrimonio neto más pasivo] que resulta imposible la viabilidad empresarial.
Si a ello sumamos que la mera tenencia de bienes está diezmando el activo concursal sin generar ingreso alguno, resulta plenamente justificada la finalización de dicha actividad y el cierre de establecimientos; no siendo exigible el cauce del art. 64 L.Co. pues, como se dijo, no hay relaciones laborales en vigor.": AJM-6 Madrid 11.09.2014 (Concurso 1068/2013)

Artículo 45. Libros y documentos del deudor.

1. El deudor pondrá a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial.

2. A solicitud de la administración concursal, el juez acordará las medidas que estime necesarias para la efectividad de lo dispuesto en el apartado anterior.

Artículo 46. Cuentas anuales del deudor.

Redacción inicial

1. Declarado el concurso, subsistirá la obligación de formular y la de auditar las cuentas anuales.
No obstante, se exime a la sociedad concursada de realizar la auditoría de las primeras cuentas anuales que se preparen mientras esté en funciones la administración concursal, excepto que esta sociedad tenga sus valores admitidos a negociación en mercados secundarios de valores o esté sometida a supervisión pública por el Banco de España, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Art. 46.1

1. "... se exime a la sociedad concursada de realizar la auditoría de las primeras cuentas anuales..."

AP Madrid

"Aunque después de la declaración de concurso subsiste la obligación de someter a auditoría las cuentas anuales en los casos en que sea preceptivo (artículos 40 y 41 del Código de Comercio, y 263 y 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, así como la disposición adicional primera de la Ley de Auditoría de Cuentas), la norma del artículo 46.1 de la Ley Concursal exceptúa dicha obligación respecto de las primeras cuentas anuales que se preparen una vez que la administración concursal esté en funciones. Se trata de una excepción que tiene su fundamento en la obligación que se impone a los Administradores concursales de presentar al Juez del concurso el preceptivo informe que debe contener, entre otras circunstancias, el estado de la contabilidad del deudor así como la información contable y patrimonial al que se refieren el artículo 75, apartados 1 y 3, de la Ley Concursal, documento que a tales efectos tiene un valor legal equivalente al de la verificación contable de los auditores.": SAP Madrid (Sección 28) 07.05.2012 (Sentencia 138/2012; Rollo 392/2011)

2. Facultad de la AC, en caso de mera intervenciòn, para solicitar al Registro Mercantil la designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales si no lo hubiese nombrado la Junta ni, en su defecto, lo hubiesen solicitado los administradores sociales

AP Madrid

"PRIMERO. La Administración concursal de AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A. (en adelante, AFINSA) solicitó por medio de escrito presentado en fecha 20 de mayo de 2008 la designación de auditor de cuentas al objeto

de que fueran auditadas las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2007. La solicitud se basaba en que la Junta General Extraordinaria "convocada" para el día 27 de diciembre de 2007 por los accionistas de AFINSA no llegó a celebrarse y dado su carácter "universal" la Administración concursal tenía intención de introducir en el orden del día un extremo relativo al nombramiento de auditor, dando así cumplimiento a la normativa vigente. Añade que el artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que ha de ser la Junta General de Accionistas la que proceda al nombramiento de auditor antes del cierre del ejercicio económico que se pretende auditar, lo que no se efectuó, y que el artículo 205 de la Ley autoriza a los accionistas y a los administradores a solicitar del Registro Mercantil el nombramiento de auditor en el caso en que no hubiera sido efectuado por la Junta.
Considera la Administración concursal que la solicitud al Registrador Mercantil para el nombramiento de auditor no constituye un acto de administración o disposición de carácter patrimonial a los efectos previstos en el artículo 40.2 LC. Entiende que solo puede acudir al auxilio judicial al amparo de lo dispuesto en el artículo 206 TRLSA y solicitar el nombramiento judicial de auditor. Añade que corresponde a la Administración concursal en todo caso la contratación del auditor por lo que parece la vía más adecuada que sea el Juez del concurso quien determine la persona a contratar.
Evacuado traslado de dicha solicitud a las partes, que formularon las alegaciones que tuvieron por conveniente, finalmente se dictó auto de fecha 5 de mayo de 2011 por el que se consideró que la Administración concursal se encontraba legitimada para solicitar del Registro Mercantil la designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales.
Considera dicha resolución que la Junta carecía ya de competencia para la designación de auditor y que la fiscalización de las cuentas anuales se extiende hasta el cierre del ejercicio económico posterior a la disolución de la sociedad, disolución que se produce con la apertura de la fase de liquidación en el concurso, que se acordó por auto de 14.11.2009, lo que comprende hasta el ejercicio 2009 inclusive.
En dicha situación corresponde acudir a la competencia subsidiaria de designación por el Registrador Mercantil a tenor de lo dispuesto en el artículo 265 TRLSC pues la designación judicial que contempla el artículo 266 TRLSC aparece como revisora de la realizada por alguno de los medios antes indicados.
Concluye la resolución recurrida señalando que si bien la legitimación para acudir al Registrador Mercantil corresponde a los administradores sociales y a los socios, puede la Administración concursal asumir tal legitimación en supuestos de suspensión concursal de facultades ante la inactividad de los administradores sociales. Parte para ello de la obligación de designación de auditor, de su carácter necesario para una ordenada continuación de la actividad empresarial, de su limitada proyección económica a través de la remuneración y de los intereses llamados a proteger de su actuación, entre ellos los de los propios acreedores, de modo que entiende que la solicitud de designación que efectúe la Administración concursal puede encuadrarse dentro de los actos de administración del artículo 40.2 LC ante la inactividad del órgano de administración de la concursada.
SEGUNDO. Contra dicha resolución se alza el recurso de apelación interpuesto por AFINSA. Señala que la cuestión debatida se centra en determinar si el nombramiento de los auditores de cuentas corresponde a la Administración social o a la Junta de accionistas de la sociedad declarada en concurso necesario y considera que la designación corresponde a la Junta y que cualquier acto tendente a impedirlo infringe el artículo 204 TRLSA y el actualmente vigente 264 TRLSC.
Basa la Administración concursal su oposición al recurso en la preclusión del derecho de la Junta a designar auditor y considera que la atribución a la Administración concursal de facultades para que solicite del Registrador Mercantil la designación de auditor resulta conforme a los artículos 40.2 y 48.1 LC.
TERCERO. Conforme a lo dispuesto en el artículo 205.1 TRLSA, vigente en el momento en el que se efectuó la solicitud de designación de auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2007 por parte de la Administración concursal, cuando la junta general no hubiera nombrado a los auditores antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o las personas nombradas no acepten el cargo o no puedan cumplir sus funciones, los administradores, el comisario del sindicato de obligacionistas o cualquier accionista podrá solicitar del Registro Mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil.
La atribución conferida para la solicitud se mantiene en el vigente artículo 265.1 TRLSC.
Por su parte el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil, establece en su apartado a) que una vez finalizado el ejercicio a auditar, la competencia para el nombramiento de auditores para la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión de sociedades obligadas a ello corresponderá exclusivamente al Registrador Mercantil del domicilio social o, previa revocación del designado por el Registrador, al Juez de Primera Instancia del domicilio social.
De los preceptos citados se desprende que, una vez finalizado el ejercicio a auditar, ya no corresponde el nombramiento de auditor a la Junta (artículos 204 TRLSA y 264 TRLSC), sino que debe procederse al nombramiento por el Registrador Mercantil.
Y así lo ha venido entendiendo la Dirección General de los Registros y del Notariado, como se desprende, entre otras, de su Resolución de 15 de septiembre de 2000:
De los artículos 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 del Reglamento del Registro Mercantil resulta de modo categórico que, cuando la sociedad estuviese obligada a la verificación de las cuentas anuales y hubiese finalizado el ejercicio por auditar sin que su junta general hubiese nombrado a los Auditores que debían realizarla, tal designación corresponderá, ya en exclusiva, bien al Registrador mercantil, bien al Juez de Primera Instancia. Por ello, no procede acceder ahora a la inscripción del nombramiento cuestionado, realizado directamente por la sociedad recurrente, en cuanto tiene por objeto la verificación de las cuentas de un ejercicio ya cerrado al tiempo en que se efectuó, pretendiendo con ello dar cumplimiento a la obligación establecida en los artículos 203 y 204 de la Ley de Sociedades Anónimas.
Como quiera que el nombramiento judicial se circunscribe a la revocación del efectuado por la junta

o por el registrador mercantil (artículos 206 TRLSA y 266 TRLSC), la solicitud, finalizado el ejercicio por auditar, debe efectuarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205 TRLSA y en el actualmente vigente 265 TRLSC, de idéntico contenido, es decir, debe efectuarse ante el registrador mercantil del domicilio social.
Para efectuar dicha solicitud están facultados los administradores sociales, además de cualquier socio, de manera que la resolución recurrida se plantea si dicha atribución, dada la pasividad de los administradores sociales, puede ser asumida por la Administración concursal en caso de concurso que conlleve para el deudor la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio social.
A tal efecto la resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil se centra en el interpretación de los artículos 40 y 48 de la Ley Concursal.
Se trata de encuadrar de una manera forzada la solicitud de nombramiento de auditor en las atribuciones conferidas a la Administración concursal por dichos preceptos. Y decimos de manera forzada porque es evidente que tal solicitud no puede entenderse comprendida en ninguna actuación de administración o disposición sobre el patrimonio de la concursada, es decir, sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso (artículo 40.6 LC).
El ámbito de atribuciones que corresponde a la Administración concursal queda clarificado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012. Se refiere dicha sentencia al alcance de las facultades de los órganos societarios en caso de suspensión de las de administración y disposición, y en concreto a las que corresponden a la Junta, señalando lo siguiente:
La interpretación conjunta de ambos preceptos [arts. 40.6 y 48.1 LC] permite afirmar que la declaración de concurso no afecta al regular funcionamiento de los órganos sociales y, singularmente, de la Junta General en cuanto órgano social de formación de la voluntad de la sociedad que no desarrolla funciones de administración ni actos de disposición, por lo que en modo alguno estuvo justificada la imposición por la Administración Concursal de la Presidencia de la Junta.
Más aún, la suspensión de facultades del concursado -sea persona física o jurídica y, en este último caso, órgano colegiado o no- quedan referidas a la administración y disposición sobre bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y por ello fija las atribuciones de la Administración Concursal en relación con los mismos, pero en el proceso de formación de la voluntad de los órganos colegiados tan solo les atribuye derechos de asistencia y voz.
Y añade la sentencia que esta interpretación se ha visto confirmada por la redacción dada al artículo 48 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, al mantener durante la tramitación del concurso los órganos de la persona jurídica deudora y el derecho de la administración concursal de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada, sin perjuicio de que los acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal.
De este modo, el contenido patrimonial que se derive de la solicitud de nombramiento de auditor por el registrador mercantil, como puede ser la contratación del auditor designado, no debe confundirse con el hecho mismo de la solicitud, que no se refiere a actuación alguna de gestión sobre bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso. Fuera de este ámbito, la suspensión de facultades del concursado no afecta a las competencias de los órganos de la sociedad.
CUARTO. La cuestión controvertida se ha referido a la interpretación de los artículos 40 y 48 de la Ley Concursal cuando dichos preceptos no son los únicos que atribuyen competencias a la Administración concursal. El artículo 46 de la Ley, en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, establecía en su apartado segundo que la formulación de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso corresponderá a los administradores concursales en caso de suspensión.
La verificación de las cuentas por el auditor es una actuación estrechamente ligada a la formulación de las cuentas, de manera que resulta difícilmente escindible que quien tenga a su cargo la formulación de las cuentas anuales no tenga a su vez atribuida la obligación de procurar que dicha verificación se lleve a cabo, por lo que es dicha conexión y la competencia que atribuye el citado precepto a los administradores concursales en relación a la formulación de las cuentas la que justifica que, en los casos de suspensión, la solicitud de nombramiento por el Registrador mercantil deba entenderse comprendida en el ámbito de atribuciones de la Administración concursal. En definitiva, quien formula las cuentas anuales debe tener competencia para, en caso de que sea necesario, solicite dicho nombramiento, a fin de que se cumpla con las obligaciones establecidas legalmente en orden a su verificación.
Se facilita con dicha interpretación la consideración de las cuentas anuales como un proceso complejo o secuencia - STS de 5 de julio de 2002 -, que no está constituido por compartimentos estancos, de manera que la colaboración entre diversos órganos no significa que deba producirse una disgregación de atribuciones para separar las que ostenta la Administración concursal en orden a la formulación en supuestos de suspensión, de la consecuente e inescindible obligación de procurar lo necesario para la verificación contable. Hay que tener en cuenta además que, a consecuencia del informe de auditoría, quienes han formulado las cuentas pueden verse obligados a efectuar modificaciones, que dan lugar a la ampliación del informe (arts. 210.2 TRLSA y 270.2 TRLSC). Carece de sentido pues establecer una secuencia en la que se introduce un nuevo intermediario dentro de ese proceso complejo: Administración concursal (formulación) -Administradores sociales (intervención para su sometimiento a auditoría) -Auditor (Informe de auditoría) -Junta General (aprobación).
Se evitan además situaciones de bloqueo que en el seno del concurso puedan producirse por la inactividad de los administradores sociales (al margen de las consecuencias a que pudiera dar lugar este hecho ex art. 165.3º LC).
Por último, se facilita una aplicación armónica de la legislación concursal y de la legislación societaria.
Y así se contempla en la actualidad expresamente en la nueva redacción del artículo 46 LC, cuyo apartado tercero establece lo siguiente:

En caso de suspensión, subsistirá la obligación legal de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, correspondiendo tales facultades a los administradores concursales.
Visto lo expuesto, el recurso debe ser desestimado en atención a los fundamentos expuestos.
Como quiera que la cuestión controvertida es esencialmente jurídica y no existe jurisprudencia al respecto, quedando definido el criterio del legislador en la reciente reforma concursal, se está en el caso de no efectuar expresa imposición de las costas derivadas del recurso.": AAP Madrid (Sección 28) 17.10.2012 (Auto 147/2012; Rollo 591/2011)

2. La formulación de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso corresponderá al deudor bajo la supervisión de los administradores concursales, en caso de intervención, y a estos últimos en caso de suspensión.

Redacción según Ley 38/2011

Nueva redacción del art 46 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

1. En caso de intervención, subsistirá la obligación legal de los administradores de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, bajo la supervisión de los administradores concursales.
La administración concursal podrá autorizar a los administradores del deudor concursado que el cumplimiento de la obligación legal de formular las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración judicial de concurso se retrase al mes siguiente a la presentación del inventario y de la lista de acreedores. La aprobación de las cuentas deberá realizarse en los tres meses siguientes al vencimiento de dicha prórroga. De ello se dará cuenta al juez del concurso y, si la persona jurídica estuviera obligada a depositar las cuentas anuales, al Registro Mercantil en que figurase inscrita. Efectuada esta comunicación, el retraso del depósito de las cuentas no producirá el cierre de la hoja registral, si se cumplen los plazos para el depósito desde el vencimiento del citado plazo prorrogado de aprobación de las cuentas. En cada uno de los documentos que integran las cuentas anuales se hará mención de la causa legítima del retraso.

2. A petición fundada de la administración concursal, el juez del concurso podrá acordar la revocación del nombramiento del auditor de cuentas de la persona jurídica deudora y el nombramiento de otro para la verificación de las cuentas anuales.

3. En caso de suspensión, subsistirá la obligación legal de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, correspondiendo tales facultades a los administradores concursales.

1. Régimen aplicable al entrar en la fase de liquidación.

1.1 Procedencia de la Auditoría

DGRN

"HECHOS.- "PRIMERO Solicitado en el Registro Mercantil de Barcelona el depósito de los documentos contables correspondientes al ejercicio 2007 de «CT Y M, SA», la titular del Registro Mercantil núm. VII dicha localidad, con fecha 11 de diciembre de 2008, acordó no practicarlo por haber observado los siguientes defectos que impiden su práctica:
«1. Han sido calificadas con defectos las cuentas anuales de la Sociedad del/los ejercicios 2006, que deberán aportarse para su depósito previa o simultáneamente a las presentes cuentas anuales (artículo 221.1º de la Ley de Sociedades Anónimas, y artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil).
2. Al superar durante dos ejercicios consecutivos dos de las circunstancias previstas en el artículo 181 de la Ley de Sociedades Anónimas, la compañía debe acompañar:
Informe de auditoría de cuentas emitido por el Auditor debidamente inscrito, designado por la sociedad antes del cierre del ejercicio, o, en su defecto, por el Auditor nombrado por el Registrador Mercantil (artículos 181, 203, 204, 205 y 208 de la Ley de Sociedades Anónimas, y artículo 366.1.5º del Reglamento del Registro Mercantil). Asimismo, deberá certificarse que las cuentas presentadas a depósito se corresponden con las auditadas (artículo 366.1.7º del Reglamento del Registro Mercantil)».
SEGUNDO La sociedad, a través de su apoderado, don R. T. B., interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación el 11 de febrero de 2009, alegando que la redacción del artículo 46 de la Ley Concursal es oscura e incompleta, entendiendo que la excepción a que se refiere debe entenderse no sólo referida a las primeras cuentas anuales, sino también a las posteriores si no existe convenio y, por tanto, continuidad de la empresa. Añade que una vez abierta la fase de liquidación decae la obligatoriedad de auditar las cuentas y siendo así que el período de liquidación de la mercantil se abrió el 7 de julio de 2008 por Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona.
TERCERO La Registradora Mercantil núm. VII de Barcelona, con fecha 17 de febrero de 2009, emitió el preceptivo informe manteniendo la calificación recurrida.
FUNDAMENTOS DE DERECHO.- Vistos los artículos 218 a 222 de la Ley de Sociedades Anónimas, 46 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; la disposición adicional 24 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y,

entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativas a expedientes sobre nombramiento de auditores, de 16 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 10061) y 4 de septiembre de 2007.
No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones que la sociedad formula en su escrito de recurso respecto al segundo de los defectos de la nota de calificación, ya que no se impugna el primero. En efecto:
1º El artículo 46 de la Ley Concursal, en contra de lo que la sociedad entiende, es claro exigiendo la aplicación de las normas generales una vez formuladas las primeras cuentas anuales y, en consecuencia, la procedencia de formularlas y auditarlas ya con las segundas cuentas anuales que se formulen y presenten a depósito como ocurre en el caso que nos ocupa.
2º No es cierto tampoco que una vez abierta la fase de liquidación decae la obligatoriedad de auditar las cuentas. Este Centro directivo ha señalado con reiteración que subsiste la obligación de auditoría de las cuentas en fase de liquidación, y ello, dada la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y, una vez extinguida, a la cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil.
En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso interpuesto": RDGRN 26.05.2009 (RJ 2009/3009)

1.2 Improcedencia de la Auditoría

JM-2 Pontevedra

"UNICO.- Para resolver sobre la pretensión deducida por la representación del socio de la concursada resulta de interés partir de las siguientes consideraciones, relativas a la reglamentación de las obligaciones contables en sede concursal: a) el art. 6.2 obliga al deudor, en caso de concurso voluntario, a acompañar a su solicitud las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión o informe de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios, así como de estados financieros intermedios; b) el art. 46 declara que durante el concurso subsisten las obligaciones impuestas por las leyes societarias a los administradores sociales sobre elaboración y auditoría de cuentas, con la especialidad de eximir a la sociedad de realizar auditoría de las primeras cuentas anuales que se preparen mientras esté en funciones la administración concursal; c) la formulación de las cuentas anuales de la sociedad en concurso corresponde al deudor, bajo supervisión de los administradores concursales, en caso de intervención y a éstos en caso de suspensión; d) no obstante, si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración del concurso, deberán ser formuladas por la administración concursal; e) el informe de la administración concursal habrá de referirse necesariamente al estado de la contabilidad del deudor.
Cuanto acaba de consignarse constituye el régimen general del cumplimiento de las obligaciones contables durante la fase común del concurso. Entiéndase, por tanto, que cuanto se va a argumentar no exime a la administración concursal del cumplimiento de sus obligaciones respecto a las cuentas anuales. Sucede que, llegado el concurso a fase de liquidación, la sociedad queda en estado de disolución y sus administradores quedan imperativamente separados de sus funciones, produciéndose su liquidación en la forma establecida en la ley hasta llegar a su extinción. El régimen de fiscalización de la actividad de la administración concursal en esta fase se regula en los arts. 152 y 153, resultando obligatorio para dicha administración la presentación de informes trimestrales. El patrimonio en liquidación ha de ser realizado para la satisfacción en lo posible de los acreedores, en la forma establecida en los arts. 154 y ss. De lo anterior se sigue que el cumplimiento de las obligaciones contables no puede ser el ordinario de la fase común, pues no se está en presencia de una empresa en funcionamiento, como por otra parte prevé la legislación societaria cuando de la liquidación de una sociedad mercantil se trata (cfr. arts. 272-274 TRLSA). En consecuencia, tampoco resulta aplicable el régimen de verificación de las cuentas anuales durante la fase de liquidación, especialmente la facultad de designación de auditor por el Registro Mercantil a instancia de los accionistas, prevista en el art. 205 párrafo segundo TRLSA.
Se insiste: las operaciones de liquidación se regulan en la Ley Concursal, a partir de la elaboración del plan de liquidación, sometido a contradicción y a la aprobación judicial, así como a través de la presentación de los correspondientes informes periódicos, sin que resulte aplicable el régimen ordinario de verificación de las cuentas. La singularidad de la obligación de formular cuentas en la fase de liquidación ha sido apreciada, en la misma línea en que aquí se razona, por el ICAC, (BOICAC, 12), en los siguientes términos: ?Asimismo, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas prevé, en su artículo 269, un sistema de vigilancia de los liquidadores consistente en que los accionistas minoritarios y los obligacionistas puedan controlar las operaciones de liquidación a través de interventores encargados de la fiscalización de dichas operaciones y de la censura del balance final de la liquidación, con lo cual los interventores vienen a sustituir con sus actuaciones a los auditores de cuentas previstos en la ley para el período de actividad de la sociedad anterior al acuerdo de disolución de la misma. Igualmente, la función de los auditores decae al no existir, a partir de la entrada de la sociedad en período de liquidación, obligación de formular cuentas anuales de acuerdo con el régimen general y sustituyéndose las mismas por un balance final de liquidación que será censurado por los interventores de acuerdo con lo establecido en el artículo 274 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. En consecuencia, este Instituto considera que la obligación de someter a auditoría las cuentas anuales de una sociedad no rige cuando dicha sociedad se encuentre en período de liquidación?. No se desconoce que la cuestión resulta discutible, amén de que, -que este juzgador tenga noticia-, no ha existido pronunciamiento expreso sobre tal cuestión de parte de la jurisdicción o de la doctrina de la DGRN. Durante el ejercicio de 2007 se dictó el auto de liquidación. Tampoco se desconoce la peculiaridad del presente proceso concursal, donde la sociedad ha continuado en funcionamiento hasta el momento de su enajenación, como un todo, a medio de subasta, pendiente en el instante actual del dictado del correspondiente auto de adjudicación,

-previa consignación del precio por el adjudicatario-, pero ante la ausencia de previsión legal expresa, no cabe considerar una aplicación mimética del régimen general de verificación contable, al existir, se repite, norma especial que regula dicho proceso. A ello cabe añadir la consideración de que, como alega el administrador concursal, la tesorería de la sociedad es exigua y apenas ofrece recursos suficientes para atender las necesidades ordinarias de la explotación. En consecuencia, no ha lugar a acceder a lo solicitado, todo ello, lógico es, sin perjuicio de la obligación por parte de la administración concursal de atender puntualmente la exigencia de presentación de los correspondientes informes.": AJM-2 Pontevedra 10.11.2008 (JUR 2009/184960)

2. Caso de cuentas formuladas pero no depositadas al declararse el concurso

Se refiere el presente recurso únicamente al segundo de los defectos puestos de manifiesto por la Registradora Mercantil núm. II de Barcelona en su nota de calificación, planteando la cuestión de si las cuentas deben ser firmadas o no por los administradores concursales o, al menos, que éstos certifiquen que han sido supervisadas por ellos, cuando la declaración de concurso se ha producido entre la formulación de las cuentas y antes de su presentación a depósito en el Registro Mercantil.
Aunque es cierto que la Ley Concursal no se pronuncia al respecto y que una interpretación literal del artículo 46.2 de la Ley Concursal podría llevar a la conclusión de que la sociedad estaba eximida de la obligación de supervisión de las cuentas por los administradores, dado que fueron formuladas antes de que se produjera la tramitación del concurso, entiende este Centro Directivo que el propio precepto se refiere a la supervisión de las administraciones concursales y que dicha finalidad quedaría sin contenido si se prescindiera de ella en el presente caso. Apoya esta interpretación lo dispuesto en el artículo 75 de la propia Ley Concursal para el caso de que el deudor no hubiera presentado las cuentas correspondientes al ejercicio anterior a la declaración del concurso, ya que correspondería entonces su formulación y presentación a la propia administración concursal y, a mayor abundamiento -y también de conformidad con este precepto- por ser función de los administradores concursales el emitir informe sobre el estado de la contabilidad del deudor y que así tanto los socios como terceros interesados puedan conocer -pendiente el procedimiento concursal- si la contabilidad llevada por los administradores no suspendidos por la sociedad ha sido supervisada por los administradores concursales.
En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso interpuesto": RDGRN 06.03.2009 (RJ 2009/1736)

Art 46.2

1. Revocación de auditor voluntario, sin sustitución

"Primero: La peculiaridad de la presente revocación no parte de las razones de sustitución que la norma concursal (art. 46.2 LC) preve a los efectos de sustitución (generalmente por confianza) del auditor nombrado sino de la innecesariedad de dicha auditoría partiendo de una sociedad no obligada a la misma y que voluntariamente ha optado, en beneficio de la transparencia, por dicho nombramiento.
Tomando en consideración la Consulta 1 del ICAC de 7 de octubre de 1991 y el artículo 19 de la Ley de Auditoría de Cuentas (TRReal Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas) las limitaciones previstas a la rescisión o revocación no son aplicables en los supuestos voluntarios. A ello se une la aplicaciónd e lo previsto en el citado artículo de la ley concursal también para los supuestos necesarios.
Segundo. De conformidad a lo anterior es evidente que es posible la revocación sin sustitución dado que la misma está prevista para cuando esta sea obligatoria de conformidad a lo previsto en el artículo 263 de la LSC.": AJM-1 Granada 17.03.2015 (Concurso 716/2014)

Artículo 47. Derecho a alimentos.

1. Durante la tramitación del concurso, el deudor persona natural tendrá derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo lo dispuesto para el caso de liquidación.
Su cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos.

2. La obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada en alguno de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se satisfará con cargo a la masa activa.

3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, las personas respecto de las cuales el concursado tuviese deber legal de alimentos sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos, previa autorización del juez del concurso, que resolverá por auto sobre su procedencia y cuantía.

1. El concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus

necesidades y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad.
Su cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos.

2. Las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos, con excepción de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad, sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos y siempre que hubieran ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse, previa autorización del juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía. La obligación de prestar alimentos impuestos al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez de concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración de crédito concursal ordinario.

Nueva redacción del art 47 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 47.1

1. La legitimación para solicitar la revocación o modificación de los alimentos sólo corresponde a la Administración Concursal y al concursado

"TERCERO partiendo de lo dicho, en relación al primero de los puntos objeto de controversia, el de los alimentos del concursado con ocasión de la tramitación del proceso concursal, debemos destacar inicialmente (más allá de su consideración de crédito contra la masa que nadie discute), que por voluntad del legislador, la fijación de los mismos o su modificación o revocación, se somete a un cauce procedimental propio, el previsto en el artículo 47.1 LC, sin que podamos acudir al cauce del incidente concursal dado que el art.154.2 LC solo prevé ese tipo de proceso para las eventuales disputas referentes a la calificación o al pago de los créditos contra la masa, pero no para tratar si es o no procedente la fijación de los alimentos.
De ahí que lo primero que se concuerda con la administración concursal es la inadecuación de la presente demanda para tratar de revocar o reducir el importe de un crédito contra la masa que viene fijado mediante una solicitud de parte legítima, apoyada en la audiencia del órgano de administración y resuelta por auto judicial susceptible de recurso según las normas generales, en el que se valoraron todos los factores necesarios para fijar esa prestación periódica. Para ello baste observar el auto de 12 de diciembre de 2006, en el que se abordó esta problemática, y en el que queda claro que no es la Administración Concursal la que pide o fija los alimentos, sino que tras solicitud del concursado, previa audiencia de ésta, es el Juez (por mandato legal) el que resuelve conceder los alimentos en la cantidad que ahora se recoge en el informe emitido.
Sin perjuicio de ello, la legitimación para solicitar la revocación o modificación de los alimentos solo corresponde a la Administración Concursal y al concursado, sin que se permita a terceros formular dicha solicitud.
Al lado de lo dicho debemos destacar que según la resolución que se acaba de citar, se procedió a valorar cada una de las circunstancias concurrentes en el caso para fijar esos alimentos, partiendo de los requisitos que la Ley impone, llegando a la conclusión de que, más allá de eventuales responsabilidades al hilo del proceso concursal, o de lo que pudiera acontecer en el proceso penal, procedía acceder a la solicitud de D. Eusebio, fijando los alimentos.
Por todo ello procede desestimar la primera petición de la demandante.": SJM-1 Palma de Mallorca (Baleares) 02.11.2007 (JUR 2008/350816)

2. Cuantía de los alimentos

"El art. 47.1 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (LC), dispone que durante la tramitación del concurso el deudor persona natural tendrá derecho a alimentos con cargo a la masa activa. En el caso, como el de autos, en que el deudor está suspendido de sus facultades de administración y disposición, corresponde fijar su cuantía y periodicidad al juez, previa audiencia del deudor y la administración concursal.
Habrá que atender a la previsión que en nuestro ordenamiento jurídico dispone el art. 146 Código Civil (CCv) sobre cuantía de los alimentos, a que se pretende salvaguardar, cuando menos, el importe del Salario Mínimo Interprofesional, como señala el art. 607.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), y que dicho índice ha sido sustituido para efectos no salariales por el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mediante el RDL 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del Salario Mínimo Interprofesional y para el incremento de su cuantía.
Sobre esos presupuestos hay que resolver, atendiendo que en la audiencia preceptiva nadie ha sugerido criterio alguno, ni mencionado datos que justificaran algún pronunciamiento especial. La deudora no ha considerado preciso explicar sus circunstancias particulares, y la administración concursal explica que tampoco se le han dado datos para hacer una petición concreta. Ante la falta de datos precisos sobre las necesidades que hay que atender y los recursos de los que se pueda disponer, se considera prudente y razonable fijar como

alimentos, con periodicidad mensual, la cantidad de 527,24 euros, que es la fijada para el año 2009 por la D.A. 28ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado.
La duración de esta obligación con cargo a la masa activa –es decir, como crédito contra la masa del art. 82.4º LC- tendrá efecto desde la declaración de concurso, por lo que se abonará íntegro el mes de febrero, hasta que, en su caso, se acuerde la apertura de la fase de liquidación, como dispone el art. 145.2 LC. No obstante, y para el caso de que la tramitación del concurso se prolongue, automáticamente se actualizará para ejercicios sucesivos atendiendo a las normas legales o reglamentarias que eleven el importe del IPREM, cada primero de año.": AJM-1 Bilbao 24.03.2009 (Concurso 219/2008)

Artículo 48.

Redacción inicial

Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica.

1. Durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición y salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores. Los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados.

Art. 48.1

1. El órgano de administración puede convocar válidamente junta de accionistas.

AP Madrid

"PRIMERO La sentencia recurrida estimó la demanda de impugnación deducida por la Administración Concursal y, en consecuencia, declaró la nulidad del acuerdo del consejo de administración de la concursada FORUM FILATÉLICO S.A. de 2 de marzo de 2007 mediante el cual dicho órgano societario había convocado junta general de la sociedad con el doble objeto de proceder a la renovación de los cargos del propio consejo y a la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2005.
Dicho pronunciamiento, contra el que se alza la referida concursada a través del presente recurso de apelación, se fundó, entre otras razones que analizaremos, en la consideración de que la convocatoria realizada constituye un acto de administración que se encuentra vedado a la sociedad concursada como consecuencia de su sometimiento al régimen de suspensión que se estableció en el auto que declaró a dicha entidad en situación de concurso necesario, todo ello de conformidad con elArt. 40-2 de la Ley Concursal a cuyo tenor ".En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales." y entendiendo, en aplicación de dicho precepto legal, que la convocatoria de junta general constituye un acto de administración comprendido dentro del ámbito de la sustitución de funciones que debe asumir la Administración Concursal.
SEGUNDO Entiende este tribunal que el concepto de acto de administración que la sentencia apelada considera sometido al régimen de interdicción característico de la declaración de concurso es excesivamente amplio. La convocatoria de junta general, que es en sí misma un acto neutro en cuanto no prejuzga el sentido del voto que pueda llegar a alcanzarse en el momento de la celebración de aquella, constituye, ciertamente, un acto que se enmarca dentro de las funciones atribuidas al órgano de administración de la sociedad y, en esa medida, es decir, en un sentido amplio, puede ser considerado como un acto de administración. Sin embargo, se trata de un acto de administración orgánica que se limita a posibilitar el funcionamiento interno de la sociedad y que, por sí mismo, carece de trascendencia patrimonial alguna, no debiendo olvidarse que, como señala el comentadoArt. 40 en su apartado 6, las limitaciones que comporta la suspensión -lo mismo que la intervención- son solamente las referidas a ".las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso.".
Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que a quien impone elArt. 40 esa clase de restricciones es a la sociedad y no a sus órganos por más que el funcionamiento de estos últimos haya de verse necesariamente afectado a consecuencia del régimen de administración y disposición que venga determinado según la clase de concurso (voluntario o necesario) o según las circunstancias particulares concurrentes (posibilidad de alteración de la regla general inherente a cada clase). Tan es así, que el Art. 48-1 de la Ley Concursal dispone que "Durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición y salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores. Los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados ". Por si alguna duda pudiera abrigarse al respecto, del último inciso de dicho precepto se infiere con total claridad que el mantenimiento de los órganos de la sociedad no es un mantenimiento puramente nominal: al contemplar la facultad de los administradores concursales de asistir a las sesiones de aquellos, el legislador está asumiendo que, en tanto no se produzca la apertura de la fase de liquidación, dichos órganos celebren, efectivamente, sesiones, y que las celebren -como es natural- para el desarrollo del tipo de actividad que las leyes societarias les encomiendan en sus respectivos casos. Esta Sala se pronunció ya tangencialmente sobre dicha cuestión, aunque en presencia de una problemática distinta, en lasentencia de 16 de febrero de 2009 en la que se indicó que elArt. 48-1 anteriormente transcrito

".abona el normal desarrollo y mantenimiento de la vida social en las funciones representativas a excepción de los casos de cese en fase de liquidación y sin que la mera mención a la constricción de las facultades de administración y disposición sobre bienes y derechos pueda llevar a entender que deban suplantarse todas las funciones de los administradores por la administración concursal cuando ello no se encuentra expresamente establecido en la Ley Concursal."

Ciertamente, es la propia norma comentada la que nos previene en relación con los efectos que sobre el funcionamiento de los órganos societarios ha de producir la intervención o la suspensión. Sin embargo, no particulariza elArt. 48-1 el alcance de tales efectos para los órganos de la sociedad, particularización que, en cambio, sí lleva a cabo elArt. 40 en relación con el concursado propiamente dicho, es decir, en relación con la sociedad misma. En tal sentido, puede afirmarse que tanto conduce a interferir el funcionamiento de los órganos societarios la interpretación que considera que en caso de suspensión les está vedada la adopción misma de acuerdos de contenido o de proyección patrimonial como aquella otra exégesis que, considerando admisible la adopción de esa clase de acuerdos, entiende que la interferencia en el funcionamiento de los órganos se ha de producir, en todo caso y forzosamente, en el momento de su ejecución y en aquella medida en que la eventual disconformidad de la Administración Concursal con el acuerdo adoptado determinará inexorablemente su falta de efectividad práctica. Piénsese que esta segunda interpretación no proviene de la contemplación de una hipótesis absurda o meramente virtual, pues ha de admitirse que los socios de una sociedad mercantil declarada en concurso pueden tener un interés legítimo en adoptar y solemnizar cuantos acuerdos sean consistentes con las líneas maestras o con la estrategia que ellos consideran que la sociedad a la que pertenecen debiera seguir durante su sometimiento al proceso concursal, de manera que, en el caso de que el contenido de sus decisiones no llegue a culminar materialmente, puedan contar, cuando menos, con la evidencia de haber puesto de relieve, a través de los mecanismos previstos en las leyes societarias, cual es la voluntad social, lo que podría resultarles de utilidad, vgr., ante incidentes que deba dirimir el juez del concurso sobre la necesidad de adoptar determinadas medidas o ante un eventual litigio con los administradores concursales en exigencia de responsabilidad por las decisiones de estos contrarias a aquella voluntad. Y todo ello sin contar con todas aquellas hipótesis en las que la adopción de determinados acuerdos integra una obligación legal -y no una mera facultad- para los órganos societarios.

De ahí que juzguemos más acertada la segunda de las apuntadas interpretaciones posibles porque, resultando la más coherente con el principio de continuidad de los órganos que enuncia elArt. 48-1, respeta al propio tiempo la finalidad práctica perseguida por elArt. 40 que no consiste en otra cosa que en imposibilitar que la sociedad concursada en cuanto tal lleve a cabo actos de administración o de disposición sobre el patrimonio afecto al concurso.

TERCERO Sin perjuicio de cuanto acaba de razonarse, y, descendiendo al análisis específico del orden del día de la junta cuya mera convocatoria se impugna, debemos indicar que ni la renovación de cargos del consejo ni la aprobación de cuentas del ejercicio 2005 constituyen acuerdos que, en la hipótesis de que llegaran a ser adoptados por la junta general convocada, integrarían verdaderos actos de administración o de disposición sobre el patrimonio, y ello sin contar con que no son esos acuerdos asamblearios -en tanto que meramente virtuales en el momento de la convocatoria- los que integran el objeto de la impugnación emprendida en el presente incidente (lo único que se impugna es el acto mismo de convocar la junta), de manera que su eventual proyección patrimonial solamente podría ser analizada contemplándolos como una derivación meramente indirecta del acuerdo del consejo objeto de litigio, lo que no deja de resultar francamente cuestionable.

Se considera, en general, que son actos de administración (de carácter patrimonial y no meramente orgánico) aquellos que se encuentran encaminados a la explotación e incremento del patrimonio y los de percepción y utilización de sus frutos o productos (arrendamiento, recolección, venta de productos etc..), así como aquellos otros que tienden a su conservación y defensa (reparación, custodia, reclamaciones a terceros etc..). Y se consideran actos de disposición los de transmisión, gravamen, modificación o extinción de derechos subjetivos. Pues bien, no apreciamos que los hipotéticos acuerdos que pudiera llegar a adoptar la junta convocada por el acuerdo impugnado, en razón al contenido del orden del día, sean susceptibles de incardinación en ninguna de dichas categorías.

CUARTO La sentencia apelada detecta también cierta proyección patrimonial en el acuerdo impugnado sobre la base de considerar que la convocatoria de una junta general es siempre generadora de gastos que la Administración Concursal debiera autorizar. Ahora bien, esa característica no pertenece al acuerdo impugnado sino que alude más bien a una circunstancia externa a él y eventualmente capaz de interferir en su ejecución, esto es, en la efectiva celebración de la junta convocada. En tal sentido, es patente que una hipotética negativa de la Administración Concursal a la realización del gasto correspondiente podría dar lugar, caso de que ese gasto no llegase a ser suplido desinteresadamente por terceros o cubierto por cualquier otro medio legítimo, a la imposibilidad de que la asamblea se celebre de manera efectiva. Ahora bien, esa contingencia no constituiría otra cosa que una concreción, ya prevista y asumida por el Art. 48-1 de la Ley Concursal anteriormente comentado, del elenco de interferencias que en el funcionamiento de los órganos societarios es capaz de provocar el sometimiento de la sociedad al régimen de limitaciones propio del concurso. Tampoco se advierte el riesgo -que la sentencia aprecia- de que quienes pudieran suplir dichos gastos tratasen de repercutirlos sobre la masa dado que se trataría de obligaciones no válidamente contraídas al no contar con el respaldo de la Administración Concursal(Art. 84-2 9ª de la Ley Concursal)

Finalmente, acoge la sentencia el argumento conforme al cual, correspondiendo a la Administración Concursal la formulación de las cuentas de 2005 por imperativo de losArts. 46-2 y 75-1,2º de la Ley Concursal en los casos de suspensión como el presente, el acuerdo cuestionado estaría usurpando dicha prerrogativa reservada al órgano concursal. Pero tampoco se comparte este planteamiento. Los referidos preceptos encomiendan, efectivamente, a la Administración Concursal la formulación de las cuentas, pero ni le atribuyen la facultad de convocar la junta a la que deben someterse para su aprobación ni se contempla en el Art. 48-1 temperamento

alguno por cuya virtud esa función deba considerarse también transferida a la Administración Concursal. Partiendo, pues, del principio general de continuidad de los órganos de la sociedad concursada, la convocatoria de junta con el fin de aprobar las cuentas de un ejercicio pretérito pendientes de ello no es ni siquiera una facultad sino que constituye una verdadera obligación que la ley impone legalmente al consejo de administración, pudiendo ser generadora de consecuencias adversas para sus miembros una hipotética actitud pasiva en relación con dicha carga legal. Lógicamente, si, llegada la fecha señalada para la celebración de la junta (e incluso llegada la fecha en la que las cuentas a someter son solicitadas por cualquier socio con anterioridad en el ejercicio de su derecho de información), las cuentas aún no han sido formuladas, con o sin justificación para ello, por parte de la Administración Concursal (ni, consiguientemente, han sido aún auditadas), la resultante de tal circunstancia será la imposibilidad de someterlas a aprobación. Pero se tratará -se insiste una vez más- de un nuevo tipo de interferencia, también asumido por elArt. 48-1, de los que es capaz de provocar en el normal funcionamiento de los órganos societarios el sometimiento de la sociedad a régimen de suspensión. En ningún caso se trataría de una circunstancia capaz de anular, por extralimitación de las prohibiciones inherentes a dicho régimen, el propio acuerdo de convocatoria que, más que como una iniciativa espontánea, se nos presenta, al menos en lo que a las cuentas se refiere, como un acto debido, esto es, como una obligación de cuyo cumplimiento no quedan dispensados los administradores sociales por ninguno de los preceptos de la Ley Concursal reguladores de la materia.
Finalmente, indicar que le está vedada a esta Sala la posibilidad de entrar a valorar el argumento de la caducidad de los cargos de los miembros del consejo de administración en la fecha en la que adoptaron el acuerdo impugnado al tratarse de un alegato enteramente novedoso que no fue utilizado en el escrito de demanda y que la Administración Concursal emplea por primera vez en el escrito de oposición al recurso de apelación. En efecto, al definir el ámbito de la pretensión revisora que es propia del recurso de apelación, elArt. 456 L.E.C exige que dicha pretensión se formule ".con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia." y no con base en fundamentos diferentes e inéditos, pues, como tiene señalado esta misma Sala en reiteradas ocasiones (por todas,sentencia de 6 de noviembre de 2009), aunque el tribunal de segunda instancia puede realizar un examen en su integridad de las actuaciones practicadas en el proceso, la apelación no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente, tanto en lo que se refiere a los hechos ("questio facti"), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas ("questio iuris"), a tenor de lo previsto en elnúm. 1 del artículo 456.1 de la L.E.C., y todo ello sin perjuicio de lo que pueda resultar, en su caso, de la prueba que en casos excepcionales se practique ante el tribunal de apelación.
Se ha de estimar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto en torno a dicha cuestión.
QUINTO Comparte, en cambio, este tribunal el punto de vista de la sentencia apelada en lo referente al pronunciamiento sobre costas de conformidad con elArt. 394-1, "in fine" L.E.C., toda vez que la problemática relativa al alcance del régimen de suspensión en relación con el funcionamiento de los órganos societarios no aparece adecuadamente resuelta por la Ley Concursal, sin que hasta la fecha se haya producido doctrina jurisprudencial capaz de arrojar luz en torno a ese intrincado problema interpretativo. No cabe, pues, acoger la pretensión de la apelante de que las costas de primera instancia le sean impuestas a la parte demandante.”: SAP Madrid (Sección 28) 13.07.2010 (JUR 2010/310613; Sentencia 180/2010; Rollo 138/2010)

1.1 No puede. Medida cautelar de suspensión de la junta.

JM-7 Madrid

“PRIMERO.- La cuestión que se somete a la consideración de este Juzgado se refiere a la posible vulneración, por parte de los administradores de la sociedad concursada, de las limitaciones que en orden a la administración de la sociedad se les impuso en el auto de declaración del concurso, auto que acordaba la suspensión de la deudora en las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, al haber convocado Junta General de accionistas de la sociedad concursada. Esta posible vulneración debe examinarse a través del incidente concursal, tal y como prevé el art. 40.7 de la Ley concursal, a fin de evitar que se consume el acto que se considera ilegal, es por lo que la administración concursal solicita la medida cautelar consistente en dejar sin efecto la convocatoria de la Junta General que había sido acordada por el Consejo de administración de la concursada.
La adopción de una medida cautelar, como la que se insta, precisa de la concurrencia de estos dos requisitos que se contemplan en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil :
1.- Justificación del derecho que se reclama ("bonus fumus iuris o titulo"), por cuanto carecería de sentido el aseguramiento de la efectividad de una sentencia si desde el principio no se ofreciese justificación alguna del derecho que se pretende se reconozca en la resolución definitiva.
2.- "periculum in mora"; esto es, que exista peligro tangible de que el retraso en la obtención de la sentencia pueda dar lugar a su ineficacia real.
Para apreciar la apariencia de buen derecho es preciso analizar, sin prejuzgar el fondo de la cuestión planteada, si el consejo de administración de una sociedad concursada aparece como legitimado, a pesar de estar suspendido en el ejercicio de sus facultades de administración, para convocar la Junta general de accionistas. Ciertamente, nuestra vigente Ley concursal no regula expresamente esta cuestión; tan solo el parco contenido del art. 48.1 de la Ley concursal regula el funcionamiento de los órganos sociales, disponiendo que: Durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición y salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores. Los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados. Se condiciona, por tanto, el

funcionamiento de los órganos a lo acordado en relación a la limitación de las facultades de administración de la deudora. Se produce así una remisión al contenido del art. 40 del citado texto legal en sus apartados 2 y 6, en virtud de los cuales en caso de suspensión de facultades la deudora es sustituida en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio por los administradores concursales, produciendo efectos respecto de todos los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso.
El problema surge cuando se delimita el concepto administración y se determina su extensión. La sociedad mercantil, como toda persona jurídica actúa a través de sus órganos, pero lo hace sin intermediación alguna, de tal modo que el acto del órgano es el acto de la persona jurídica. En el caso de las sociedades de capital esos órganos necesarios son dos: La Junta general y el órgano de administración; ahora bien dichos órganos no deben constituir dos centros de intereses autónomos, sino que su actuación confluye en un único resultado: el acto de la persona jurídica, en nuestro caso el acto de la sociedad. Ello no impide que, con fundamento en el principio de dualidad de órganos, la competencia de cada uno de dichos órganos delimite el reparto de funciones entre ambos. En este reparto de funciones corresponde al órgano de administración la facultad de administrar la sociedad. La expresión administrar constituye, a estos efectos, un término complejo que incluye un haz de facultades que se concretan en: Deberes de gestión en sentido estricto, que se refiere al desarrollo de los actos en los que se concreta la gestión de la empresa que constituye el objeto social; la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él en los términos de los arts. 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y los deberes que le corresponden en la administración de la sociedad que, respecto a la Junta general incluye la facultad de iniciativa, ya que pueden convocar la Junta y fijar el orden del día, tal y como disponen los arts. 94, 97, 98 y 100 de la Ley de Sociedades Anónimas.
En el caso de que, como consecuencia de la suspensión de las facultades de administración, los administradores sociales sean sustituidos por los administradores concursales éstos asumen todas esas funciones, de las que quedan desposeídos los administradores de la sociedad. No implica este hecho que la Junta General no pueda ser convocada durante la tramitación del concurso, sino que esa facultad-obligación se traspasa a la administración concursal quedando siempre a salvo la posibilidad de convocatoria judicial de la Junta en los términos del art. 101 de la Ley de Sociedades Anónimas. Podría argüirse, no sin falta de razón, que esas limitaciones operan solo en el ámbito patrimonial de la sociedad y que no afecta a todo aquello que carezca de tal carácter por no integrarse en la masa activa, en los términos del art. 40.6 de la Ley concursal. Sin embargo, frente a ello conviene recordar que la convocatoria de la Junta es un acto propio de administración y que razones de seguridad jurídica imponen la necesidad de que solo exista un órgano que ejecute dichos actos. Por otra parte no siempre es posible a priori delimitar que acto tiene un alcance patrimonial y cuál no lo tiene. En este punto conviene recordar que cuando la Ley concursal en su art. 54.1 ha permitido al concursado comparecer personalmente para la defensa de acciones personales, condiciona esa actuación, cuando pueda afectar al patrimonio, a la autorización de la administración concursal, lo que parece imponer la necesidad del planteamiento previo de la cuestión en orden a determinar si es posible o no tal afectación y actuar en consecuencia. Es también de señalar que la mera convocatoria de la Junta general genera gastos que deben ser autorizados por la administración y también la ejecución de los hipotéticos acuerdos que en su caso se acordaran generaría gastos que no han sido autorizados. Sin embargo, el Consejo de administración de la concursada ha actuado unilateralmente en una actuación que aparentemente infringe las limitaciones acordadas en el auto de declaración del concurso.
A mayor abundamiento, cabe destacar que uno de los puntos del orden del día podría vulnerar lo dispuesto en el art. 46 de la Ley concursal, pues no consta que las cuentas del ejercicio 2.005 hubieran sido formuladas, por lo que tal obligación compete, en caso de suspensión a los administradores, caso de adoptarse el acuerdo se estaría usurpando una facultad de la administración concursal y, en consecuencia estaríamos ante un acuerdo nulo por ser contrario a la Ley.
De todo lo expuesto cabe concluir que la petición de la administración concursal revista la apariencia de buen derecho exigida en orden a la adopción de la medida interesada.
SEGUNDO.- En cuanto a la idoneidad de la medida es evidente que la proximidad de la fecha de celebración de la Junta hace imposible resolver el incidente antes de su celebración, por lo que solo la desconvocatoria de la Junta aparece como una medida hábil para impedir que se consume la celebración de una Junta que podría haber sido convocada por un ente no cpacitado para ello, relegando para sentencia la determinación definitiva del órgano legitimado para convocar la misma. Precisamente esa premura justifica la existencia del periculum in mora, segundo requisito exigido para adoptar la medida que, como se ha visto, también concurre en el presente caso, lo que conduce a la adopción de la medida interesada, debiéndose significar que a la desconvocatoria de la junta se le dará la misma publicidad que a su convocatoria.
TERCERO.- En cuanto a la caución es de señalar que la administración concursal actúa en el ejercicio de sus funciones en defensa de la masa; por otra parte no parece que la medida adoptada debe causar perjuicios a la concursada, por lo que se exonera a la solicitante de la obligación de prestar caución.
CUARTO.- La presente medida se adopta sin oír a la parte a que debe afectar por concurrir los presupuestos del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la demora en el tiempo solo agravaría la situación que se pretende solventar e impediría la eficacia de la tutela judicial que pretende la demandante, por lo que se considera plenamente justificada la adopción de la misma inaudita parte.”: Auto JM-7 Madrid 29.03.2007 (Incidente Concursal 639/2007)

2. Improcedencia de que la AC presida la Junta de Accionistas de la concursada

Tribunal Supremo

“1. Enunciado y desarrollo del motivo

22. El único motivo del recurso de casación se fundamenta en la vulneración de lo dispuesto en los artículos 40.2 y 48.1 de la Ley Concursal, por entender que la suspensión de las facultades de administración del deudor y su sustitución por la Administración Concursal, en el caso de concurso de persona jurídica comporta asignar a esta la facultad de presidir las Juntas Generales de la concursada, ya que si bien los órganos sociales subsisten, carecen de facultades efectivas, al estar atribuidas a la Administración Concursal.
2. Valoración de la Sala
2.1. La presidencia de las juntas de las sociedades anónimas.
El artículo 110.1 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente en el momento en el se desarrollaron los hechos litigiosos disponía que "[l]a junta general será presidida por la persona que designen los estatutos; en su defecto, por el presidente del Consejo de Administración, y a falta de éste, por el accionista que elijan en cada caso los socios asistentes a la reunión" - hoy, en términos sustancialmente idénticos, el artículo 191 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital dispone que "[s] alvo disposición contraria de los estatutos, el presidente y el secretario de la junta general serán los del consejo de administración y, en su defecto, los designados por los socios concurrentes al comienzo de la reunión".
Como hemos indicado, el artículo 16.1 de los estatutos de AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A. disponía que "[l]as juntas generales se celebrarán en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio. Actuarán como presidente y secretario los que lo sean del Consejo de Administración"
25. Lo expuesto determinó que la sentencia recurrida concluyese correctamente que en el caso enjuiciado " resultan coincidentes en el presente caso la previsión estatutaria con el primer mecanismo supletorio establecido en el precepto, en la persona de Don Miguel, correspondía al mismo legalmente la presidencia de la Junta General de Accionistas.
2.2. La presidencia de las juntas en caso de concurso.
El artículo 48.1 de la Ley Concursal en el momento en el que se desarrolló la junta controvertida disponía que "[d]urante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición y salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores. Los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados".
Por su parte, el artículo 40.6 de la Ley Concursal dispone que "[l]a intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso...", lo que concuerda con lo previsto en el número 2 del propio precepto que limita la suspensión al ejercicio por el deudor "de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio".
La interpretación conjunta de ambos preceptos permite afirmar que la declaración de concurso no afecta al regular funcionamiento de los órganos sociales y, singularmente, de la Junta General en cuanto órgano social de formación de la voluntad de la sociedad que no desarrolla funciones de administración ni actos de disposición, por lo que en modo alguno estuvo justificada la imposición por la Administración Concursal de la Presidencia de la Junta.
Más aún, la suspensión de facultades del concursado -sea persona física o jurídica y, en este último caso, órgano colegiado o no- quedan referidas a la administración y disposición sobre bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y por ello fija las atribuciones de la Administración Concursal en relación con los mismos, pero en el proceso de formación de la voluntad de los órganos colegiados tan solo les atribuye derechos de asistencia y voz.
Esta interpretación se refuerza con el examen del trámite parlamentario de la Ley en el que fue rechazada la enmienda núm. 276 del Grupo Parlamentario Socialista al entonces artículo 47 del Proyecto, a cuyo tenor "3. Los administradores judiciales presidirán las juntas o asambleas, generales o especiales, de la sociedad deudora y podrán ejercitar en ellas el derecho de voz cuantas veces consideren oportuno".
31. Finalmente, dicha interpretación se ha visto confirmada con posterioridad a la sentencia recurrida por la redacción dada al artículo 48 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, al mantener durante la tramitación del concurso, los órganos de la persona jurídica deudora y el derecho de la administración concursal " de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada", sin perjuicio de que "[l]os acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal".
2.3. Desestimación del motivo.
Al no haberse cuestionado en el recurso si la vulneración de la norma procedimental, pese a ser de derecho necesario, tiene tal trascendencia como para que proceda la nulidad de los acuerdos o, por el contrario, supone un ejercicio anómalo del derecho a impugnar, procede desestimar el motivo y con él el recurso. ": STS 24.04.2012 (Sentencia 258/2012; Recurso 1004/2009)

AP Madrid

“TERCERO.- Con relación al motivo de impugnación que refiere la infracción del artículo 110.1 de la LSA, en cuanto a la inválida constitución de la Junta de accionistas bajo la presidencia de persona que no debía asumir tal cargo y en referencia al administrador concursal Don B.A.M., al corresponder la presidencia al presidente del Consejo de Administración de la concursada Don J.A.C.C., ha de convenirse con los apelantes en la concurrencia de tal infracción al señalar el mencionado precepto que “ La junta general será presidida por la persona que designen los estatutos; en su defecto, por el presidente del Consejo de Administración, y a falta de éste, por el accionista que elijan en cada caso los socios asistentes a la reunión” y al resultar coincidente en el presente caso la previsión estatutaria (art.16.1 “Actuarán como presidente y secretario los que lo sean del Consejo de administración de la sociedad…”) con el primer mecanismo supletorio establecido en el precepto,

en la persona de Don J.A.C.C., correspondía al mismo legalmente la presidencia de la Junta General de Accionistas y de ahí que haya de considerarse no acorde con lo establecido legalmente la designación y asunción de tal cargo por la administración concursal lo que es determinante de la inválida constitución de la Junta.
Por otra parte no puede entenderse, en correcta interpretación, que tal previsión legal venga soslayada como consecuencia de la declaración en concurso necesario de la sociedad y puesto que el artículo 48.1 de la Ley Concursal establece que "Durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición y salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores", lo que abona el normal desarrollo y mantenimiento de la vida social en las funciones representativas a excepción de los casos de cese en fase de liquidación y sin que la mera mención a la constricción de las facultades de administración y disposición sobre bienes y derechos pueda llevar a entender que deban suplantarse todas las funciones de los administradores por la administración concursal cuando ello no se encuentra expresamente establecido en la Ley Concursal.
La Ley Concursal establece y fija claramente en este ámbito las facultades y funciones de la administración concursal en caso de concurso necesario, estipulando que se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40.2) y concretando que la intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal (40.6).
Del mismo modo en el catálogo de facultades de la administración concursal se establece en el artículo 46.2 que "La formulación de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso corresponderá al deudor bajo la supervisión de los administradores concursales, en caso de intervención, y a estos últimos en caso de suspensión".
Pero nada se establece expresamente que pueda venir a conculcar, fuera de esos estrictos márgenes, otras atribuciones de los administradores sociales como la que nos ocupa y puesto que el propio artículo 48.1 de la Ley Concursal, en su mención final, únicamente atribuye a los administradores concursales el derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados, pero no el derecho de arrogarse los cargos representativos en sustitución de los que legalmente los tienen conferidos al albur de la suspensión de los administradores sociales en otro tipo de funciones, y en definitiva han de limitar su actuación a las concretas facultades que les vienen otorgadas legalmente, de asistencia y voz con relación a su intervención en la Junta, *pues necesariamente ha de interpretarse que si el legislador hubiera querido establecer otras atribuciones así lo hubiera dispuesto expresamente y sin que quepa llevar a cabo una interpretación extensiva. Por ello entendemos que el recurso de apelación debe prosperar y, en atención a la indebida constitución de la Junta General de Accionistas de AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A. de 30 de junio de 2007 debe declararse la nulidad de la misma, sin que proceda hacer expresa imposición de las costas causadas en primera instancia por idéntico argumento al considerado en primera instancia y dadas las serias dudas jurídicas que puede plantear la cuestión controvertida.": SAP Madrid (sección 28) 16.02.2009 (Rollo 356/2008)

2. Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.
Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior.
La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado.

3. Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.

Art. 48.3

Nota:

La jurisprudencia recaída en aplicación del art. 48.3 la incluimos en el nuevo art 48 ter.1 que, en términos muy similares, viene a sustituirlo.

4. Corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento.

5. De igual manera, durante la tramitación del concurso de la sociedad, la acción contra el socio o los socios subsidiariamente responsables de las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso corresponderá a la administración concursal y, subsidiariamente, en el supuesto previsto en el apartado 4 del artículo 54, a los acreedores, no pudiendo ejercitarla hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social. El juez, de oficio o a

instancia de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de los referidos socios en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pudiendo, a solicitud del interesado, acordarse la sustitución del embargo por aval de entidad de crédito.

Art 48.5

1. Inaplicabilidad de este precepto al caso de responsabilidad solidaria por no constancia registral de la unipersonalidad

AP Badajoz

"El artículo 14 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, establece que transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad.
La consecuencia de la unipersonalidad sobrevenida no inscrita es que el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. El elemento sustancial es la solidaridad, ya que la configuración de la responsabilidad con este carácter, permite que el acreedor pueda dirigirse de forma indistinta contra cualquiera de los responsables, debido a que la responsabilidad solidaria sitúa a los responsables en un mismo plano, respecto del acreedor, por el total de la responsabilidad objeto de la solidaridad.
El artículo 48.5 de la Ley Concursal articula la legitimación activa, durante el concurso de la sociedad, de las acciones contra el socio o los socios subsidiariamente responsables. La redacción del precepto es meridianamente clara al referirse a la relación de subsidiariedad. Cuando se afirma una relación de subsidiariedad se infiere la existencia de un elemento principal y otro que suple al mismo en su defecto. Esta circunstancia, que se extrae de la redacción del precepto indicado, impide su aplicación al supuesto examinado, ya que el demandado se constituye en responsable solidario, en el mismo plano que el de la sociedad, desde que transcurre el plazo señalado en el artículo 14 de la LSC sin practicar la inscripción, no siendo de aplicación el indicado precepto, y por tanto, el demandante goza de legitimación activa para ejercer la acción.
Una vez admitida la legitimación activa, procede analizar si concurren los presupuestos fácticos que fundamentan la petición de la parte demandante.": SAP Badajoz (Sección 3) 04.12.2014 (Sentencia 229/2014; Rollo 238/2013)

Redacción según ley 38/2011

Nueva redacción del art 48 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Vid la jurisprudencia recaída en aplicación del antiguo art 48.1

Artículo 48. ***Efectos de la declaración de concurso sobre los órganos de las personas jurídicas deudoras.***

1. Durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición.

2. La administración concursal tendrá derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada. A estos efectos, deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse.
La constitución de junta o asamblea u otro órgano colegiado con el carácter de universal no será válida sin la concurrencia de la administración concursal. Los acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal.

3. Los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso. En caso de suspensión, las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración o liquidación pasarán a la administración concursal. En caso de intervención, tales facultades continuarán siendo ejercidas por los administradores o liquidadores, con la supervisión de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o confirmar los actos de administración y disposición.
Los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso quedarán afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales.

4. Si el cargo de administrador de la persona jurídica fuera retribuido, el juez del concurso podrá acordar que deje de serlo o reducir el importe de la retribución, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones de administración y del patrimonio de la concursada.

5. A solicitud de la administración concursal, el juez podrá atribuirle, siempre que se encuentren afectados los intereses patrimoniales de la persona jurídica concursada, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a ésta en otras entidades.

Art. 48.3

1. Caso del poder al procurador

AP Oviedo

"El segundo motivo se refiere a la inexistencia del poder del Procurador.
El posicionamiento de la parte es que la declaración del concurso extingue los apoderamientos para pleitos otorgados por la Administración de la sociedad antes de su declaración de concurso y trae en su apoyo lo establecido en el nº 3 del art. 1.732 del CC, de acuerdo con el cual el mandato se extingue por concurso o insolvencia del mandante.
Por el contrario, el Tribunal de la instancia consideró de aplicación lo dispuesto en el art. 30.2 LEC y dio validez al apoderamiento del Procurador de la parte aún cuando fue otorgado por la Administración del concursado antes de la declaración de concurso y acierta, pues la regulación de la representación procesal por la LEC configura un mandato representativo de caracteres propios, en cuanto, por razones de interés público, se impone a la parte la intervención en juicio a través de Procurador (art. 23 LEC), la forma de constitución del apoderamiento (art. 24 LEC) y sus funciones o contenido (art.26 y 28), remitiéndose, con carácter supletorio, a las normas del contrato de mandato establecidas en la legislación civil para regular las relaciones entre poderdante y Procurador (dimensión privada del mandato representativo), de forma y en consecuencia que, frente a lo dispuesto en el invocado art. 1.732 CC, debe prevalecer el régimen de los supuestos de cesación del art. 30 LEC y, más en concreto, su nº 2, que no es sino plasmación legislativa de la doctrina jurisprudencial dada con motivo de la interpretación del nº 5 del art. 9 de la derogada LEC (STS 20-9-1.985, 7-5-1.987 y 3-6-1.988 y 15-2-1.993), que, por demás, no entra en contradicción con la Ley Concursal, como Ley especial, en cuanto que su art. 54.2 dispone que en caso de intervención el deudor conserva su capacidad para actuar en juicio pero con la conformidad de la intervención, así como, del mismo modo, el 40 declara que conserva sus facultades de administración y disposición y el art. 48 1 y 3 la continuación de los órganos de la Administración del concursado en la representación del concursado, de forma que no hay razón para que no sea de aplicación lo dispuesto en el referido art. 30.2 LEC ni aún cuando el precitado nº 3 del art. 48 de la Ley Concursal haga expresa referencia a los apoderamientos anteriores a la declaración del concurso, pues su afectación por esa declaración se conecta con el decreto de intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del concursado y sus efectos, lo que, si lo segundo, a su vez entraría en conexión con el invocado nº 3 del art. 1.732 CC.": SAP Oviedo (Sección 5) 02.06.2015 (Sentencia 158/2015; Rollo 192/2015)

Artículo 48 bis. ***Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los socios.***

Nuevo art 48 bis introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

1.Durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso.

Art 48.bis.1

1. Caso de la responsabilidad ex art. art 80 LSRL

AP Zaragoza

"PRIMERO.- Motivos de recurso
Entabló la Administración Concursal (en lo sucesivo AC) de la entidad concursada acción ex art. 80 LSRL contra la propia concursada y los dos socios de esta que percibieron el importe del capital objeto de reducción, pidiendo la condena a su reintegro a la masa activa y la declaración de que fue realizada la reducción de mala fe y considerando los créditos objeto de rescisión como subordinados.
Las demandadas comparecieron todas ellas con una sola defensa y representación y alegaron que no existió en modo alguno deseo de descapitalizar la sociedad, que en la actualidad esta tiene un importante patrimonio y prácticamente todas sus deudas garantizadas por hipoteca, que si no se hubiera producido la actual situación de crisis económica-financiera las deudas de la concursada estarían suficientemente garantizadas. Que lo que

se reclama, a pesar del petitum, no es la rescisión de la reducción de capital sino la responsabilidad de los socios de las deudas sociales hasta el límite de lo percibido conforme al art. 80 de la LSRL que no es una acción rescisoria. Cuestiona también que todos los acreedores puedan beneficiarse de las acciones entabladas pues la acción solo se atribuye al titular de un crédito derivado de una obligación contraída anteriormente a la operación cuestionada. Por último, alega que no procede la condena al pago de lo recibido sino al pago de las deudas en lo que no alcance el patrimonio social de la entidad concursada.
La sentencia estimó íntegramente la demanda.
La concursada formula recurso de apelación reiterando las razones expuestas en la instancia.
La AC actora y la parte coadyuvante también reiteran los argumentos de la demanda.
SEGUNDO.- Acción ejercitada
Del examen de las actuaciones resulta clara que la acción ejercitada en el presente supuesto es la acción ex art 80 de la LSRL tendente a que los socios respondan solidariamente de las deudas anteriores a la reducción el capital social y hasta el límite de lo percibido, ejercitada por la AC, lo que expresamente parecen autorizar, interpretados en su sentido más amplio, los art. 71.7 y 72 de LC, aun siendo una acción de naturaleza indemnizatoria, no impugnatoria. Si por el contrario se optase por una interpretación más estricta, limitando el contenido de la legitimación de los artículos citados a las acciones impugnatorias, las acciones indemnizatorias, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, se cobijarían perfectamente al amparo del art. 48 bis de la LC, que establece la legitimación de la AC para "el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso". En definitiva, la legitimación para entablar la acción referida en modo alguno es ajena a la AC, por lo que ha de reconocérsele la posibilidad de ejercitar la acción.
A través de ella, cuyo plazo de ejercicio es de 5 años (art. 80.3 LSRL), plazo más amplio que el previsto para la rescisoria concursal, se puede ampliar el círculo de los obligados al pago de las deudas sociales.
A tenor del petitum pudiera parecer que la AC ejercita una acción rescisoria tendente a la declaración de ineficacia del acuerdo de reducción de capital con reintegro de lo percibido.
Sin embargo, la única acción que pudiera ser ejercitada es la revocatoria o pauliana con base en los arts. 1111 y 1290 y ss. del Cc.
Según reiterada jurisprudencia la acción paulina exige los siguientes requisitos (STS de 19 junio 2007, 12 noviembre 2008 y 26 de octubre de 2012):
a) La existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa;
b) La realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena;
c) El propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor, que goza de la presunción legal establecida en los arts. 643.2 º y 1297, primer párrafo, del Código Civil; y
d) La ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor. En consecuencia la salida del bien del patrimonio del demandado ha de producir como resultado el perjuicio del "crédito" del actor en cuanto a la posibilidad de ejecución sobre dicho bien.
Sin embargo, una primera aproximación a la demanda en su conjunto, pone de manifestó que el requisito de la subsidiariedad queda en entredicho en cuanto, conforme al propio art. 80 citado como fundamento de la condena, se desprende que existe un instrumento legal específicamente dirigido a la tutela del derecho de crédito de los acreedores anteriores a la operación de reducción del capital. En este sentido, ha de concluirse como se hizo también en el rollo 61/2013 de la misma fecha que: "En el presente caso, la Sala entiende que el ejercicio previo del derecho a oponerse, que no fue ejercitado, o la ulterior exigencia de la responsabilidad derivada del art 259 de la LSA -en este concreto supuesto el art. 80 de la LSRL -, no supone un negocio con terceros, sino el ejercicio de una responsabilidad civil especial de origen legal que ese establece precisamente para salvaguardar los derechos de los acreedores en las modificaciones estructurales de toda sociedad, en definitiva ante las vicisitudes que el contrato de sociedad tiene entre los socios y para proteger a los terceros".
A la vista del petitum sí que pudiera entenderse que se ejercita la condena a la responsabilidad del art.80 de la LSRL.
TERCERO.- Responsabilidad ex art.80 de la LSRL
El examen de las actuaciones muestra que incluso en el propio acuerdo social de reducción de capital, elevado a escritura pública el 5 de diciembre de 2008, se hace constar la concreta responsabilidad contraída, que ha de ser declarada sin mayor comentario, como no sea para realizar dos precisiones.
Pese a que con arreglo a los arts. 48 bis, 71.7 y 72.1 de la LC y 10 de la LEC la AC tiene legitimación activa para ejercitar la acción, no cabe duda que no lo es en modo alguno en beneficio de la masa activa en su conjunto, sino de los acreedores de la concursada con obligaciones contraídas con anterioridad a que el acuerdo de reducción de capital fuera oponible a terceros, lo que con independencia de que en el presente caso sean más o menos numerosos respecto a la total masa pasiva exige previamente la distribución del patrimonio de la concursada a falta de convenio entre los acreedores con arreglo a las normas de la LC y, posteriormente, solo los acreedores anteriores a la reducción de capital serían favorecidos por la condena al abono de la responsabilidad pendiente.
La condena que ha de recogerse, estimando en esto el recurso, no es al abono de las cantidades percibidas por los socios en virtud de la reducción de capital. Las mismas actuarán como límite de responsabilidad a la de cada socio, pero sólo en la medida en que el patrimonio social sea insuficiente para colmar las deudas de los acreedores favorecidos deberán hacer frente al déficit los socios.
Por último, al no existir rescisión de acto alguno, sino la responsabilidad de los socios por las deudas sociales previas a la reducción de capital, ni procede el examen de la existencia de mala fe, ni realizar pronunciamiento sobre las clasificación de los créditos resultantes, por otra parte, incluso en la tesis no acogida de la rescisión, de existencia dudosa pues lo obtenido se limitaba a incrementar el capital social de la sociedad, y por ello, la participaciones de los socios en el mismo, lo que no es propiamente un crédito concursal.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 18.04.2013 (Sentencia 214/2013; Rollo 60/2013)

2.Durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento.

Art 48.bis.2

Procedimiento del art. 84 de la LSC

AP Zaragoza

"PRIMERO.- Motivos de recurso
Frente a una reclamación de la Administración Concursal (AC) de la entidad concursada, con base en los arts. 48 bis.2 de la LC y art. 84 de la LSC, a los socios de la misma de los dividendos comprometidos en una ampliación de capital de la concursada, estos manifestaron su imposibilidad de pago y consideraron que procedía su abono mediante la venta de las acciones en la forma prevista en el nº 1 del art. 84 esto es "por cuenta y riesgo del socio moroso"
La sentencia de la instancia estima íntegramente la //////demanda.
Los recurrentes no niegan la deuda, ni la mora, sino que consideran que ante la imposibilidad de abonar los dividendos pasivos, se proceda a la venta forzosa de las acciones por ser el medio necesariamente previsto en la norma para ello.
La actora mantiene los argumentos de la instancia.
SEGUNDO.- Procedimiento del art. 84 de la LSC
La demandada realiza una interpretación del art. 84 que le lleva a concluir que a la vista de su redacción, el mismo no concede una posibilidad, sino que ante el impago del importe de los dividendos pasivos comprometidos, la mora en el mismo determina la necesidad de activar el mecanismo de la venta forzosa.
La actora y la sentencia recurrida consideran que la enajenación forzosa de las acciones es una mera facultad del acreedor, no un derecho del deudor.
Ha de partirse con arreglo al art. 48 bis 2 de la LC que la exigencia de los dividendos pasivos en el concurso tiene una regulación especial respecto a la LSC, la legitimación se atribuye a la AC y, en cuanto a su exigibilidad, parece que pueden reclamarse tanto los vencidos, como es el caso, como aquellos meramente comprometidos, "en el momento y cuantía que estime conveniente -la AC-". Por tanto, ha de partirse de una regulación más exigente para el socio deudor que la ordinariamente fijada en la LSC.
De otra parte, a la vista de la regulación legal ha de concluirse que tanto desde el punto de vista gramatical, como del lógico y sistemático la expresión "la sociedad podrá" ha de interpretarse como una facultad del acreedor a exigir el pago y ejecutarlo por los medios ordinarios, instar la tutela judicial y tras la condena al pago activar el proceso ejecutivo, o acudir a un método, en general, no en el caso particular, más eficaz, la autotutela, la realización por la propia sociedad de las acciones no desembolsadas totalmente como realización de una garantía de origen legal, las propias acciones, que, como el resto del patrimonio del socio garantizan el desembolso de los dividendos pasivos, pero las acciones son realizables inmediatamente por la sociedad en pago de la deuda por ministerio de la ley.
Sobre esta conclusión jurídica, resulta claro que tan relevante facultad de autotutela está establecida en favor de la sociedad, no del socio. Por ello, la facultad, la elección del mecanismo de cobro, el ordinario o el privilegiado, corresponde al acreedor a la sociedad. Lo anterior bastaría para desestimar el recurso.
No puede propugnar la demandada que ante su impago y con su sola aseveración de insolvencia, la sociedad deba acoger la segunda solución como un mecanismo a modo de beneficio de excusión limitado a ciertos bienes, los títulos suscritos por los demandados, estando imposibilitada de acudir a los mecanismos de coacción general sobre el patrimonio del deudor hasta que no agote el mismo.
Incluso acogiendo, que no se acoge, esta singular idea, en el presente caso, la actuación resulta vacua y sin sentido pues se trata de una sociedad que esta disuelta, este es un efecto de la apertura de la fase de liquidación concursal cuyo activo esta precisamente realizándose para el pago a los acreedores y cuyo valor de realización de las acciones será nulo por ser su pasivo notablemente superior a su activo, por lo que no parece siquiera posible una oferta relevante por el precio de las acciones, que puede razonablemente presumirse carecerán de valor.
Por todo ello, el recurso ha de ser desestimado.": SAP Zaragoza (Sección 5) 21.04.2014 (Sentencia 129/2014; Rollo 127/2014)

Artículo 48 ter. ***Embargo de bienes.***

Nuevo art 48 ter introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

1. Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus

administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley.
El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime y podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.

Art 48 ter.1 Embargo de los bienes de los administradores

Nuevo art 48 ter.1 introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Este art 48 ter.1 sustituye el antiguo art 48.3, con el que tiene básicamente dos diferencias:
- La introducción de la expresa mención a que el embargo se acuerda "como medida cautelar"
- La sustitución de la referencia a la fundada posibilidad de que "el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas" por la de que "en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley"

Se incluye a continuación la jurisprudencia recaida en aplicación del antiguo art. 48.3, que en lo esencial es aplicable al nuevo art. 48 ter.1

1. Sobre el sujeto pasivo del embargo

1.1 Administrador cesado antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal. Irretroactividad.

"SEGUNDO En el presente caso la administración concursal dirige su petición de embargo preventivo contra la administradora actual de la concursada, Doña Montserrat, y contra quien ostentó el cargo hasta el día 13 de abril de 2004 -Doña Catalina -. La petición obliga a analizar si el nuevo régimen jurídico instaurado con la Ley Concursal en materia de calificación del concurso y, en concreto, la posibilidad de condenar a quienes hubieran tenido la condición de administradores dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso (artículo 172.3º de la Ley), es aplicable o no a quienes cesaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Debe recordarse que, conforme al artículo 2.3º del Código civil, las Leyes no tienen efecto retroactivo salvo que dispusieren lo contrario, irretroactividad que igualmente proclama el artículo 9.3 la Constitución Española en relación con las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. La irretroactividad de la Leyes se asienta en el principio de seguridad jurídica y en el respeto a los derechos adquiridos y «a las situaciones jurídicas beneficiosas» (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984). Ahora bien, la retroactividad absoluta que prohíben los preceptos citados alcanza solo a los efectos jurídicos agotados o ya producidos de situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley. De ahí que el Tribunal Supremo, en ocasiones, aluda a una retroactividad débil o de primer grado (sentencias de 24 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7635] y 23 de mayo de 1989, entre otras muchas), que puede venir impuesta, sin necesidad de mandato expreso en este sentido, cuando así se derive del espíritu y finalidad de la Ley. Las disposiciones transitorias del Código civil, aplicables a problemas de derecho transitorio suscitados por la entrada en vigor de otras normas (artículo 4.3º del CC), también permiten sostener la aplicación retroactiva de la Ley a situaciones o relaciones jurídicas cuyos efectos no se hayan consumado o agotado. Pues bien, a la vista de cuanto antecede, entiendo que no puede mantenerse la aplicación de la nueva Ley a la administradora que lo fue y que cesó mucho antes de la entrada en vigor. El respeto a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas actúa como límite de la retroactividad tácita, media o de primer grado. La administración concursal funda la petición de embargo en irregularidades graves en la llevanza de los Libros de contabilidad y en la falta de depósito de las cuentas anuales -además de la falta de colaboración, durante el concurso, que sólo puede imputarse a la administradora actual-; y aun cuando los hechos determinantes del concurso culpable tuvieran lugar, al menos en parte, durante la gestión de Doña Catalina, conforme a la Legislación vigente mientras ejerció el cargo, el administrador cesado en ningún caso respondía personalmente, dentro de un proceso concursal, de la parte no cubierta con el producto de la liquidación del activo. Ese marco jurídico más beneficioso para el administrador, por razones de seguridad jurídica, no puede verse alterado por una nueva Ley que agrava sustancialmente su posición. Por todo ello, debe descartarse el embargo preventivo de sus bienes, pues no parece que pueda ser condenada en la pieza de calificación. ":Auto JM-2 Barcelona 5.05.2005 (JUR 2005/126664)

1.2 Embargo contra los bienes del Consejo de Administración vigente en el Registro

"El art. 48.3 de la LC permite, desde la declaración de concurso de persona jurídica, que el juez de oficio acuerde el embargo de bienes y derechos de los administradores de hecho o derecho, y de quienes hubieran tenido dicha cualidad en los dos años anteriores, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que

el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante.
En este caso hay fundadas razones para hacer uso de dicha facultad respecto de D. Alberto de D. C., presidente del Consejo de Administración, y de los dos solicitantes D. Antonio C. V. y D. Juan Carlos V. L., Vocal y Secretario del mismo Consejo de Administración.
El primero es el presidente del Consejo de Administración de la sociedad, pues pese a que alega que nunca se inscribió su nombramiento y que fue renunciado en forma expresa e inequívoca, los datos registrales que constan en autos evidencian que sigue ostentando tal cualidad. Como consta en la inscripción 1ª de la hoja de Akidne Construcciones, SL en el Registro Mercantil (folio 19), fue designado como tal y no hay constancia de su cese.
D. Antonio C. V. y D. Juan Carlos V. L. son, respectivamente, Vocal y Secretario del citado Consejo de Administración, y como tales siguen figurando en el Registro Mercantil de Bizkaia, en la misma inscripción y el folio citados. En cuanto al Sr. V. L., únicamente consta su renuncia a la condición de gerente, que se había asentado en la inscripción 2ª (folio 20) y que se constata en la inscripción 3ª (folio 21), dimisión que no afecta a su condición de Secretario del Consejo de Administración.
Todos ellos son, por lo tanto, administradores de Akidne Construcciones, SL, al menos según los datos que constan en los autos.
No es admisible, como mantienen los solicitantes, oponer como excusa que ulteriormente se acordó que se nombrara como administrador único a D. Alberto de D. C.. Este afirma que no aceptó el cargo, y no hay constancia ni de la inscripción del mismo, ni de su cese, por lo que a lo único que este Juzgado puede estar es a lo que consta inscrito, ante la falta de datos fehacientes sobre si se aceptó o no la designación como administrador único.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248)

1.3 Responsabilidad formal y material del vicepresidente y director financiero

“En el supuesto de autos don Ángel G. T. consta que ha sido primero asesor del presidente de la mercantil concursada y posteriormente vice-presidente de la citada mercantil hasta el día 7 de octubre de 2004 -días antes de la presentación del concurso-.
Consta también acreditado que en su condición de miembro del consejo de administración de Tracoinsa ha desempeñado funciones similares en otras empresas del grupo.
A la vista del sistema de funcionamiento del grupo de empresas, en el cual la matriz Tracoinsa centralizaba la totalidad de pedidos y toda la financiación de las empresas debe considerarse que el centro de decisiones de las empresas del grupo recaía en la matriz.
Hay elementos en los autos que permiten considerar que el Sr. G. T. era el responsable máximo de todo el departamento financiero -así consta en las declaraciones del director financiero de la empresa y en las del propio Sr. G. T.- así como en los datos aportados por los auditores y por distintos ejecutivos de la empresa.
Consta en autos que la mercantil concursada presentaba a negociación a distintas entidades financieras las mismas facturas o pedidos produciéndose la circunstancia de que un mismo instrumento de cobro era financiado a la vez por varias entidades financieras generando con ello una deuda sensiblemente superior a los cobros pendientes de percepción que por esta vía se financiaban.
Sin perjuicio de los datos que puedan surgir en el informe y, en su caso, en la sección de calificación, lo cierto es que tanto en las comparecencias celebradas como en un detenido examen de la contabilidad efectuado por los administradores del concurso y sus auxiliares delegados se detectan facturaciones a sociedades y personas en conceptos «extraños», pagos sobre los que hasta la fecha no se ha dado justificada cuenta al Juzgado o a los administradores del concurso.
Consta por las diligencias practicadas que el Sr. G. T. asumía funciones de dirección respecto de empresas vinculadas que se encontraban fuera de territorio español, concretamente las que se localizan en Hispanoamérica, que aparecen como integrantes del grupo en la documentación corporativa editada por la propia concursada. Respecto de dichas sociedades no existen elementos de conocimiento fiables ni respecto del grado de participación de TRACOINSA en las mismas ni de las operaciones efectuadas entre las empresas del grupo.
Consta en autos que el Sr. G. T. ha firmado documentos privados frente a terceros comprometiendo el patrimonio de Tracoinsa, así aparece, por ejemplo en las operaciones que dieron lugar a la constitución de Tracoinsa Asturias, SL -actualmente en concurso y en liquidación-.
En definitiva junto a las responsabilidades formales que el Sr. G. T. asumió en su condición primero de «asesor» y luego de vicepresidente del grupo durante los dos años en los que se genera una parte importantísima de la deuda, deben imputársele también responsabilidades materiales en cuanto a la gestión cotidiana de las decisiones financieras de Tracoinsa y de las empresas a ella vinculada.
Junto con estos factores aparece un elemento adicional en la medida en la que consta que el Sr. G. T. por medio de una sociedad limitada que responde casualmente a las iniciales de su nombre y apellidos y que está constituida por él mismo y por personas de su entorno familiar, ha actuado como administrador de otra pequeña, SL, constituida por los directivos de la concursada, que supuestamente adquirió un porcentaje de participaciones de Tracoinsa -sobre un 5%-. El Sr. G. T. ha actuado como administrador del administrador de esta sociedad (ADA, SL que a su vez es administrada por AGT, SL).
En definitiva el Sr. G. T. tanto de modo directo como por medio de sociedades interpuestas ha jugado un papel capital en la situación financiera de la empresa en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, su condición de administrador de hecho resulta en esta fase del procedimiento indudable como indudable es que al ser el vicepresidente y asesor del presidente del consejo de administración se le deba considerar como elemento fundamental en los mecanismos de funcionamiento financiero y contable de la concursada.”: Auto JM-3 Barcelona18.02.2005 (AC 2005/243)

1.4 Responsabilidad solidaria de los integrantes del Consejo de Administración

“Aunque el citado precepto requiere la identificación e individualización de la responsabilidad a efectos de la medida cautelar a adoptar procede en este caso realizarla de forma solidaria pues se entiende que los mismos participan en igual medida de la posible responsabilidad y por la cuantía decretada.”: Auto JM Málaga 25.01.2005 (AC 2005/273)

1.5 Administrador de hecho

[Vid. también las resoluciones sobre administradores de hecho incluidas en los arts. 71.3.1 y 172.2.1]

AP Baleares

“La construcción doctrinal y jurisprudencial del llamado administrador de hecho venía siendo utilizada como fundamento de responsabilidad. Esta figura, por oposición a los administradores de derecho, tiene dos acepciones distintas: por un lado, se denomina administrador de hecho a la persona que ejerce funciones de administrador pero su nombramiento no es válido (el nombrado en quien concurre alguna de las prohibiciones delart. 124 LSA) o haya caducado (RDGRN 15-2-1999); y, por otro, recibe igualmente el apelativo quien, pese a no haber sido nombrado administrador, ejerce funciones de tal, de hecho y de manera efectiva, incluyendo en ciertos casos al socio o a la sociedad dominante. De cualquier manera, el administrador de hecho es una nueva denominación para la figura del factor notorio (art. 286del Cº de Comercio), es decir, un factor con nombramiento tácito que actúa con notoriedad como tal factor, sin oposición del empresario, por lo que su régimen debe pasar por aplicarle las normas de las relaciones de apoderamiento.
La nueva redacción dada alart. 133 LSAporLey 26/2003, de 17 de julio, por la que reforma la Ley del Mercado de Valores y el Texto Refundido de laLey de Sociedades Anónimas que introduce el número 2 de dicho precepto, refuerza tal tesis.
Establece el precepto que "el que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador" CUARTO.- Sobre si D.Juan Manuelera o no el administrador de hecho de la entidad "Restaurante Asador Vizcaya, S.L.", este Tribunal concuerda con el Juzgador de instancia en que tal condición le es considerable, afirmativamente, dando por reproducidas, por acertadas, las consideraciones expuestas en el considerando quinto de la resolución recurrida, a fines de evitar inútiles repeticiones, siendo aquél único gestor directo de los negocios y tráfico diario de la empresa, amén de accionista mayoritario, y controlador del administrador de derecho, que, ocultando tal condición, pretende eludir las responsabilidades derivadas del concurso voluntario, a la vez que sólo le interesa salvaguardar sus intereses económicos (inversión en la empresa), pero no los de los acreedores. En la solicitud del concurso se hacía mención en el hecho primero que "la sociedad carece de otros administradores de hecho o de derecho distintos al indicado (María), lo cual, además de ocultado, ha resultado incierto, y basta ver las aportaciones económicas que hacía a la entidad y el control de los débitos y de las cuentas bancarias. Por demás, la administradora de derecho manifestó, en el acto de la vista, que D.Juan Manueltomaba las decisiones sobre a qué proveedores se pagaba o se dejaba de pagar, que ella acataba las órdenes de éste último, que el Sr.Juan Manuel controlaba la caja y la documentación, y conocía las pérdidas anteriores y las que se iban generando, que ella sólo figuraba en los papeles, que el Sr.Juan Manuel era el administrador de hecho y la insolvencia se arrastraba desde 1999. Y el administrador judicial Sr.Millánmanifestó que la administradora de derecho pidió autorización al de hecho (Sr.Juan Manuel) para consulta de los libros, que el Sr.Juan Manuelse presentó como propietario del negocio, que le dificultó la elaboración del inventario, que desde 2001 las cuentas anuales no se habían "presentado", y que la entidad estaba incursa en causa de disolución a tenor de los fondos propios negativos, que el Sr.Juan Manuelpagaba al personal (trabajadores), que se pagaba al contado a los proveedores, que los fondos propios negativos se arrastraban desde el ejercicio 2000 y no se dio solución de aumentar el capital o instar la disolución de la sociedad, que las aportaciones se formalizaban como préstamos, y que el activo era prácticamente nulo o simbólico e absolutamente insuficiente para satisfacer todas las deudas. Por último, el Sr.Juan Manuelmanifestó que es el accionista mayoritario de la sociedad, que no controlaba las cuentas pues desde el primer día hubo pérdidas y deudas, que debía continuar mientras pudiera para intentar cobrar "su" deuda; que el pasivo se generó en un 90% antes del año 2001, que pagaba a los proveedores que convenía para sacar la empresa a flote, que reunió al personal y les informó que procedería a traspasar el local y les cedería la mitad del valor pero los trabajadores quisieron cobrar, que pagaba a los proveedores "pequeños" que le servían y eran diariamente necesarios, que tomaba las decisiones importantes porque "se jugaba su dinero", y que desconoce el montante del débito total pero que con el activo (que valoró entre 12 y 15.000.000 pts) pueden pagarse todas las deudas (Véase contenido de los soportes audiovisuales, del acto de la vista).
Evidentemente, es claro que el Sr.Juan Manuelera el administrador de hecho de la entidad concursada, y que su gestión directa es coadyuvante en la agravación de la insolvencia.. ”: Auto AP Baleares 10.04.2007 (Sección 5) (JUR 2007/313769)

AP Oviedo

“SEGUNDO.- Por lo que respecta al primero de los motivos de la apelación, esgrime la recurrente una serie de argumentos que a su juicio impiden que podamos considerar a Hermonte como administradora de hecho de

Herconsa. La figura del administrador de hecho -desconocida por nuestro ordenamiento societario hasta que la Ley 26/2003, de 17 julio le da entrada en losarts. 127 ter y 133 L.S.A.- ha resultado delimita en sus contornos por la doctrina mercantilista al exigir que la actuación del extraneus suponga el ejercicio positivo de una labor de dirección, administración o gestión en la persona jurídica de que se trate, intervención que además debe revestir una importancia relativa en el ámbito de los negocios sociales pues no serían suficientes a tal fin actuaciones de escasa importancia para la compañía. A ello se le añaden las exigencias de una total autonomía decisional, sustituyendo o colaborando con los administradores formalmente designados, pero nunca de forma subordinada a ellos, así como la necesidad de que la actuación sea constante y continuada y no esporádica u ocasional. Por su parte nuestro Alto Tribunal ha acogido bajo esta figura a una pluralidad de supuestos que tienen en común el tratarse de personas que en la práctica ostentan al poder de decisión de la sociedad, y así se califica como administrador de hecho al apoderado general de la sociedad (STS 26 mayo 1998), o a una sociedad que, a su vez, era socia única de otra, asumiendo de esta manera la gestión de esta última (STS 24 septiembre 2001), o a quienes actúan como apoderados-gestores, aunque carezcan de poderes, entendiendo por tales además los que refiere elart. 141 L.S.A., los factores generales o singulares delart. 286 C.Com. y similares (STS 22-3-2004).
En el caso presente nos encontramos ante dos sociedades, "Hermonte Proyectos Inmobiliarios, S.L." y "Herconsa Norte, S.L.", que desde el 20 abril 2004 se encuentran regidas por un mismo Administrador único, DonÍÑigo, quien asumió el gobierno conjunto de ambas y quien ostentaba la mayoría del capital de social de una y otra sociedad, hasta que llegado el día 3 mayo 2006 la Junta General de la sociedad Herconsa cesó a este último en dicho cargo para designar en su lugar a quien venía siendo su apoderado general, DonAurelio. Ambas sociedades comparten además en la actualidad su objeto social e incluso su domicilio social sito en Noreña,CALLE000nºNUM000,NUM001NUM002., teniendo también en común el resultar prácticamente idénticos los signos distintivos utilizados por una y otra sociedad en el tráfico mercantil. Los datos hasta aquí expuestos permiten por sí solos alcanzar como primera impresión la de que nos hallamos ante dos sociedades que operaban en grupo, acudiendo para tal calificación al criterio utilizado en las normas mercantiles que se ocupan de tal estructura societaria contenidas en losarts. 42 C.Com., 4Ley Mercado de Valores y 18Ley Cooperativas de las que se extrae la idea común a todas ellas de la necesaria presencia de una unidad de decisión sobre el conjunto de las sociedades agrupadas, ya se trate de la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia (grupos verticales o de estructura jerárquica) o ya lo sea de grupos por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria), pues es precisamente aquella dirección unitaria el elemento que aporta cohesión al grupo.
Se alega por la apelante en su recurso que en el caso de existir una estructura de grupo de empresas se podría acudir en su caso a la técnica del levantamiento del velo en exigencia de la responsabilidad civil que procediera frente a la sociedad oculta, pero no apreciar la existencia de un Administrador de hecho como presupuesto normativo para la aplicación delart. 48-3 L.C. Ciertamente la calificación de una sociedad mercantil como administradora de hecho de otra requiere -en aplicación del criterio funcional a que arriba se alude- la presencia del elemento de influencia dominante de la primera sobre la segunda propia de las estructuras jerárquicas, así como que los actos de gestión llevados a cabo por la dominada obedezcan a instrucciones imperativas emanadas de la matriz. A este propósito cabe reparar en otra serie de datos que se añaden en el Auto aquí recurrido donde se habla de indicios de confusión de patrimonio, puesto que elementos del inmovilizado material tales como equipos informáticos y mobiliario de oficina se encuentran en poder de Hermonte pese a haber sido pagados por Herconsa; de aparición súbita de pérdidas en Herconsa tras la firma del contrato de ejecución de obra suscrito con Hermonte el 5 mayo 2006, o de que Herconsa, en cuanto que contratista, carece de herramienta o equipo alguno relacionado con la construcción, y ello pese a que en la fecha del concurso ya estaba ejecutada el 60% del total de la obra, argumentos todos ellos que parecen aludir a que la contratista Herconsa no es sino un instrumento o pantalla en manos de Hermonte que esta última utiliza para su propio interés. Esto es, que era Hermonte quien asumía con plena autonomía la tarea de gestión del patrimonio de Herconsa, actuando la primera como empresa promotora y esta última como constructora, pero permaneciendo la capacidad decisional en poder de Hermonte para de esta manera imputar a Herconsa los gastos derivados de la promoción del complejo residencial "La Llosona", reservándose Hermonte para sí los beneficios.
Se insiste en su recurso por la demandada Hermonte en que la relación de interdependencia entre ambas sociedades cesó con ocasión de la operación llevada a cabo el 5 mayo 2006 por la que se nombra como nuevo Administrador social de Herconsa a DonAurelioa quien se le adjudican 5.418 participaciones sociales de dicha sociedad, continuando a partir de ese momento con intereses y patrimonios plenamente diferenciados una sociedad de la otra. Olvida sin embargo el recurrente que elart. 48-3 L.C., en concordancia con lo dispuesto en elart. 172-3 L.C. en cuanto que medida instrumental la primeraencaminada a asegurar la responsabilidad concursal exigida en la segunda, extiende su ámbito subjetivo de aplicación no sólo a los administradores de hecho o derecho vigentes en el momento de declararse el concurso sino también a quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a dicha declaración, siendo así que datando en este caso la declaración judicial de concurso de Herconsa del día 26 febrero 2007, no puede negarse que las repetidas vinculaciones fueran efectivas y reales en el período de los dos años anteriores a esta fecha.": AAP Oviedo 01.02.2008 (JUR 2008\131648; Auto 9/2008; Rollo 446/2007)

AP Vizcaya

"El primer motivo de apelación esgrimido por la recurrente es que no se le puede considerar administradora de hecho de la concursada Ingeniería Tag, SL.
Como se dice en la Sentencia de Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de febrero de 2008 (JUR 2008, 131648): "La figura del administrador de hecho -desconocida por nuestro ordenamiento societario hasta que la Ley

26/2003, de 17 de julio, le da entrada en los arts. 127 ter y 133 de la LSA - ha resultado delimitada en sus contornos por la doctrina mercantilista al exigir que la actuación del extraneus suponga el ejercicio positivo de una labor de dirección, administración o gestión en la persona jurídica de que se trate, intervención que además debe revestir una importancia relativa en el ámbito de los negocios sociales, pues no serían suficientes a tal fin actuaciones de escasa importancia para la compañía. A ello se le añaden las exigencias de una total autonomía decisional, sustituyendo o colaborando con los administradores formalmente designados, pero nunca de forma subordinada a ellos, así como la necesidad de que la actuación sea constante y continuada y no esporádica y ocasional. Por su parte nuestro Alto Tribunal ha acogido bajo esta figura a una pluralidad de supuestos que tienen en común el tratarse de personas que en la práctica ostenta el poder de decisión de la sociedad, y así se califica como administrador de hecho al apoderado general de la sociedad (STS de 26 de mayo de 1998 [RJ 1998, 4002]), o a una sociedad que, a su vez, era socia única de otra, asumiendo de esta manera la gestión de esta última (STS de 24 de septiembre de 2001 [RJ 2001, 7489]) o a quienes actúan como apoderados-gestores, aunque carezcan de poderes, entendiendo por tales además los que refiere el art. 141 de la LSA, los factores generales o singulares del art. 286 del Ccom y similares (STS de 22-32004 [RJ 2004, 1661])"
Asimismo la Sentencia de 19 de marzo de 2006 de la Audiencia Provincial de Zaragoza manifiesta: "El administrador de hecho... sustituye a los administradores legales o ejerce sobre ellos una influencia decisiva, de forma tal que rige de facto el destino de la sociedad... convirtiéndose pues en sus verdaderos rectores. No siendo suficiente a tal efecto que se ejerciten funciones propias de un apoderado, tales como gestiones bancarias, con proveedores, pagos o cobros... etc. (STS de 22 de marzo de 2004 [RJ 2004, 1661] y SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 7 de junio de 2004 [AC 2004, 1860]). Son, pues, los datos de hecho los que determinarán si administraba o no (STS de 7 de mayo de 2007 [RJ 2007, 3405]). Para ello será preciso averiguar: 1.- La participación efectiva en la gestión y administración de la sociedad; 2.- Que tal actividad sea de dirección y desarrrollo de la actividad empresarial; 3.- Con total autonomía de decisión, sin subordinación a instrucciones de tercero, es decir, marcando la política empresarial; 4.- Y, todo ello de una manera constante, no sólo a través de hechos aislados esporádicos"
Aplicando lo anteriormente expuesto, procede la revocación de la resolución recurrida al no haberse acreditado que concurra en Dña. Alicia la condición de administradora de hecho de Ingeniería Tag, SL, por el mero hecho esporádico y puntual, puesto en evidencia en otra incidencia de este concurso, de cobrar en octubre de 2003 un cheque de 69.900 euros, no contabilizado, y entregado por Heckaberri, SL, acreedor de la concursada, y ser la hija y la persona de confianza de la Administrador Social Dña. María Luisa, que trabajaba junto con su madre y su otra hermana en dicha sociedad, desde el 4 de febrero de 2003.
Tampoco se ha acreditado su participación efectiva y autónoma en alguna actividad de dirección, gestión y control de la sociedad Ingeniería Tag S.L, salvo la de cobro de un talón, por la mera circunstancia de ser Administradora Única de la empresa Gestiones Inmobiliarias Altube 200, SL (siendo cosocia con su madre), que es socia minoritaria en un 21% de la concursada Ingeniería Tag, SL, ostentado el restante 79% Dña. María Luisa.
Cuestión distinta es el patrimonio que posee la recurrente (que la apelada específica de siete inmuebles en Bizkaia, otras propiedades en Ourense, Laredo y Tolosa y ser titular de dieciseis cuentas bancarias) y que, el Magistrado de lo Mercantil, considera desproporcionado con relación a la edad y recursos económicos de la apelante, cuya procedencia y legalidad pudiera ser objeto de examen al ejercitarse las correspondientes acciones contra Dña. Alicia, como las de reintegro del arts. 71 de la LECO, que parece que ya han sido promovidas en el Juicio Ordinario núm. 501/07 del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Bilbao, o de su posible consideración de cómplice en la calificación de la quiebra, al amparo de los arts. 166 y 172 y demás concordantes de la LECO.": AAP Vizcaya (sección 4) 17.07.2008 (JUR 2008/389652; Auto 522/2008; Rollo 578/2007)

"SEGUNDO.-El Auto que decreta la medida cautelar que se cuestiona únicamente en el aspecto referente a la extensión de la responsabilidad personal a los recurrentes, fundamenta el embargo preventivo de bienes de estos en la condición de administradores de hecho de sociedades pertenecientes al mismo grupo de la concursada y en su parentesco con D. Carlos Alberto, Administrador de la concursada.
La STS de 24 de julio de 2005 se refiere a los grupos de sociedades, concepto que se acuñó en nuestro derecho positivo a partir del art. 42 Co Comercio y 4 de la Ley del Mercado de Valores en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 16/2007, en los siguientes términos: "los grupos de sociedades, caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario), constituye un ámbito propicio para la aplicación de la referida técnica (de levantamiento del velo), precisamente en casos en que la necesidad de satisfacer el interés del conjunto se traduzca en sacrificio del de las sociedades dependientes, con daño para ellas y, por repercusión, para sus acreedores".
El art. 42 del Código de Comercio en su actual redacción, conforme a la reforma operada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, define el grupo de sociedades del siguiente modo: "Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la

mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta(...) A los efectos de este apartado a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuanta de la entidad dominante o de otras persona dependiente o aquellos de que disponga concertadamente cualquier otra persona.
Por su parte, el art. 87.1 LSA caracteriza la sociedad dominante a los efectos de los negocios sobre las propias acciones del siguiente modo "se considerará como sociedad dominante a la sociedad que, directa
o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación. En particular, se presumirá que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre con relación a ésta en alguno de los supuestos previstos en el núm. 1 del art. 42 del Código de Comercio o, cuando menos, la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta".
Y sobre el tema de los administradores de derecho y de hecho y la configuración de tal figura, se ha pronunciado el TS en diversas resoluciones con ocasión de la resolución de cuestiones referentes al ejercicio de acciones de responsabilidad en la que se perfila la calificación de administradores de hecho. Así, la ST 14 de abril de 2009 dice que "El art. 133 LSA se refiere como titulares de la responsabilidad que en él se establece a los "administradores" (o "miembros del órgano de administración": art. 133.3 LSA). Esta cualidad la ostentan no sólo los nombrados por la Junta General (art. 123.1 LSA), sino también, según la jurisprudencia, los administradores de hecho (así se prevé expresamente a partir de la Ley 26/2003, que modificó, entre otros, el artículo 133.2 LSA), es decir, quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades o continúan ejerciéndola una vez producido formalmente su cese o sobrevenida la caducidad del nombramiento. La condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados (SSTS de 7 de junio de 1999 y 30 de julio de 2001), siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. Cabe, sin embargo, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho (STS de 26 de mayo de 1998, 7 de mayo de 2007, RC núm. 2225/2000) en los supuestos en que la prueba acredite que actúan o han actuado en tal condición.
Por su parte, la STS 14 Oct 2010 declara que " Como primera consideración es evidente que, de entrada, solo tienen la calidad de administradores las personas designadas como tales, cuyo nombramiento esté inscrito. Los apoderados no están legitimados pasivamente para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, ya que no constituyen un órgano de la sociedad y sus relaciones con la misma y con terceros se rigen por las normas del mandato (STS de 30 julio de 2001) (...) Ahora bien, es un hecho cierto que en el ámbito de la sociedad pueden existir diversos cargos directivos. Así representantes voluntarios, gerentes, directores generales etc. Siendo indudablemente que una de las cuestiones que con mayor frecuencia pudiera presentarse es cuando, bajo la doble cobertura de un administrador insolvente y la apariencia de un apoderado o de un cargo técnico, se oculta la del verdadero administrador. Y en relación con lo precedente en ocasiones, cuando con el fin de eludir responsabilidades, de forma fraudulenta se oculta tal carácter a pesar de tenerlo de hecho, la jurisprudencia permite que, en estos casos, se realicen las oportunas indagaciones para determinar cuál sea la verdad. Ello supone sin duda una cuestión de prueba en el sentido de que para imputar la responsabilidad característica del administrador a quien en el Registro no ostenta tal condición exige que se pruebe que, bajo la apariencia de otras funciones, es realmente el administrador.
Pues bien, en el caso las relaciones existentes entre la concursada Druckuggs Ibérica SL y las sociedades Cohíbela SL, Baltzola Assergement Internacional, propietaria de la totalidad del capital social Ibermanegement Transilvana SRL y Algisseri Zubiaur SL que a su vez es dueña del 100% de Tunatore Iberica, revelan que nos encontramos ante un grupo de sociedades en el que la posición dominante la ostentan Druckuggs Ibérica SL y Cohíbeal SL. Así, entre los datos que aporta la administración concursal se puede señalar que todas las sociedades se dedican a la misma actividad -fundición de piezas de aluminio para fabricación de componentes de automoción y electrodomésticos y no llevan a cabo ninguna actuación distinta de las demás que forman parte del grupo-; que desde el año 2004 Druckuggs Ibérica SL ha sufrido un paulatino proceso de despatrimonilización y reducción de la actividad productiva en beneficio de otras empresas del grupo, asentadas en Bulgaria y en Rumanía, que en todas los sociedades la toma de decisiones se lleva a cabo por las mismas personas, quienes actúan de forma coordinada, y que la propiedad del capital de las distintas sociedades pertenece en su totalidad, directamente o a través de otras sociedades, a los miembros del grupo familiar con distinta composición en unas y otras.
Ahora bien, el hecho incontestado de detentar los recurrentes la condición de socio en una o en varias de las empresas que integran el grupo no basta para soportar la aplicación de la medida cautelar contemplada en el art. 48.3 LC, que exige ostentar la condición de administrador o liquidador de hecho o de derecho o haber detentado alguno de tales cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Y en el caso ni en el escrito de la administración concursal en el que se solicita la adopción de la medida cautelar ni en las sucesivas resoluciones del Juzgador de instancia - Autos de embargo y de desestimación de la oposición a la medida cautelar -se consigna datos indicativas del desempeño por las recurrentes de administración de la concursada o de alguna de las sociedades del grupo o de la realización de actuaciones propias de tal cargo en los dos años anteriores a la declaración de concurso. D. Ascension participa en el capital de las sociedades Cohíbeal en un 25% y Baltzola en un 33,33%, pero no es administradora de derecho de ninguna de las sociedades del grupo, ni lo ha sido en los dos anteriores a la declaración de concurso (el cese en el cargo de administradora de Cobeal se produjo en el año 2000) y no se ha aportado dato alguno que indique que la Sra.

Ascension hubiera realizado en la concursada o en alguna de estas sociedades que integran el grupo alguna de las actuaciones que la ley atribuye a los administradores y la misma situación se da en D.ª Rosario, titular del 33% del capital social de la concursada y de Coíbeal y de Algissera Zubiaur, y en D. Ángel Daniel, propietario de un tercio de las participaciones sociales de la concursada, de Coibeal y de Baltzola.
Por tanto, sin perjuicio de la responsabilidad que en su caso pudiera corresponder a los recurrentes por actos realizados por los mismos relacionados con la presumible calificación como culpable del concurso de Druckuggs Ibérica SL o de las medidas que se pudieran adoptar respecto a las participaciones que estos detentan en las sociedades del grupo en el supuesto de titularidad meramente formal en ausencia de datos indicativos de participación de los recurrentes en la administración de la concursada o de las demás sociedades del grupo que actuan en unidad de decisión, procede dejar sin efecto la medida cautelar adoptada respecto a los mismos con base en el art. 48.3 LCo. ": AAP Vizcaya (Sección 4) 04.05.2011 (Auto 315/2011; Rollo 950/2010)

AP Barcelona

"La anterior alegación supone introducir otra consideración respecto de la posible responsabilidad de Benigno : el art. 172.1 LC permite atribuir la condición de persona afectada por la calificación, sobre la cual se proyectarán los efectos de la calificación culpable, entre los que se puede encontrar la responsabilidad ex art. 172.3 LC, no sólo a los administradores legales, sino también al administrador de hecho. Pero en atención a la propia noción de administrador de hecho, o se atribuye la responsabilidad a los administradores legales o se le imputa al administrador de hecho, pero en ningún caso cabe hacerlo simultáneamente a los dos.
Como hemos recordado en otras ocasiones [Sentencia de 9 de abril de 2009 (RA 356/2008)], la noción de administrador de hecho, en su versión de administrador oculto, que es la que aprecia la sentencia recurrida, viene configurada por las siguientes notas definitorias:a) El elemento esencial de la figura del administrador de hecho es el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social.
b) Debe añadirse la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad. c) Y cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, lo que permite excluir de este concepto a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión.
En nuestro caso, a la vista de lo alegado por la administración concursal, sin perjuicio de que el Sr. Benigno pueda ser el responsable de los abonos injustificados, que habrían contribuido a agravar la insolvencia, no por ello podemos atribuirle la condición de administrador de hecho. Aunque hubiera podido actuar faltando a la lealtad debida por el cargo que desempeñaba en la sociedad, no consta y ni siquiera ha sido alegado, en justificación a su condición de administrador de hecho, que actuara de forma habitual como administrador de la sociedad, con plena autonomía, y por lo tanto sin subordinación al Consejo de Administración. En realidad, nos encontramos ante un directivo, que desarrollaba la dirección comercial de la filial francesa y que por breves meses se hizo cargo de la dirección general de la concursada, pero no parece que ejerciera el poder efectivo de toda la compañía, sin perjuicio de los actos concretos que pudieran haber perjudicado a la sociedad, ni que careciera de subordinación, pues cuando se advirtió su posible deslealtad, fue destituido como directivo de la compañía. ": AAP Barcelona (Sección 15) 17.12.2009 (Auto 220/2009; Rollo 157/2009)

"FUNDAMENTOS DE DERECHO
Don. Doroteo y Heraclio apelan contra el auto del juzgado mercantil que, con base en el artículo 48.3 de la Ley concursal (LC), desestima la oposición que formularon a la medida cautelar de embargo preventivo adoptada contra ellos -y contra Don. Matías - en el concurso de Urbas Associats, S.L. (en adelante, Urbas). El embargo de bienes y derechos fue por la cuantía de 5.638.399,44 euros, de la que fueron considerados responsables solidarios los Sres. Doroteo, Heraclio y Matías, como administradores de hecho de la concursada.
La primera de las alegaciones del recurso del Sr. Doroteo y del recurso del Sr. Heraclio niega que estos apelantes hayan sido administradores de hecho de Urbas y, concretamente, que lo hayan sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Según los recurrentes, tanto el Sr. Doroteo como el Sr. Heraclio fueron administradores solidarios de Urbas hasta el 23 de julio de 2008, fecha en que cesaron y fue nombrado administrador el Sr. Alexander.
La cuestión es ciertamente relevante, puesto que el artículo 48.3 LC, en la redacción anterior de la norma -la aplicable al caso, como puntualiza la Sra. magistrada- establece que el juez del concurso de una persona jurídica podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.
El supuesto de hecho descrito por la norma se corresponde con el del artículo 172.3 LC (actual 172 bis): " si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. "

Por tanto, la apariencia de buen derecho exigida para adoptar la medida cautelar de embargo de bienes de aquellas personas físicas, tal como resume el auto impugnado, ha de abarcar los siguientes extremos:
Que el concurso acabará presumiblemente con liquidación.
Que el activo resulte insuficiente para pagar la totalidad de créditos concursales.
Que las personas cuyos bienes se embargan son administradores -o liquidadores- de derecho o de hecho de la persona jurídica concursada, al tiempo de declararse el concurso, o lo han sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.
Que el concurso se calificará como culpable.
Los dos primeros presupuestos no se discuten: nos hallamos en la fase de liquidación del concurso, que se solicitó ya con esta finalidad, y el auto del juzgado señala que, del informe definitivo de la AC, resulta con claridad el déficit patrimonial, lo cual no es tampoco objeto de discusión.
Debe examinarse, por tanto, en primer lugar, el dato que ha suscitado la principal controversia en ambas instancias: si los apelantes Sres. Doroteo y Heraclio, al declararse el concurso o dentro de los dos años anteriores eran o habían sido administradores de la sociedad Urbas.
El auto del juzgado, tras examinar detenidamente la cuestión, concluye que los Sres. Doroteo y Heraclio no eran administradores de derecho ni en el momento de la declaración del concurso (el día 14 de octubre de 2010), ni los dos años anteriores, puesto que, al igual que el Sr. Matías, cesaron en el cargo de administradores solidarios de Urbas el día 23 de julio de 2008, fecha en que fue nombrado administrador de Urbas Don. Alexander. La Sra. magistrada fundamenta el embargo preventivo, como se ha dicho, en la condición de los apelantes de administradores de hecho de Urbas los dos años precedentes a la declaración de concurso.
En la revisión de esta valoración debemos tener en cuenta, por una parte, que nos hallamos en el ámbito de la tutela cautelar y que el enjuiciamiento para la adopción de la medida del artículo 48.3 LC (actual 48.ter) no requiere una prueba con el grado de certeza exigido en la sentencia definitiva de condena prevista en el artículo 172.3 LC (actual 172 bis). Basta un juicio provisional e indiciario favorable, a partir de los datos de que se dispone en esta fase procesal.
Por otra parte, la juez mercantil distingue adecuadamente, dentro de la figura del administrador de hecho, entre quien actúa y se presenta frente a terceros como administrador sin serlo formalmente, pero actuando de manera directa o "en primera persona" ("administrador de hecho notorio") y aquella persona que, de manera deliberada, oculta su condición de gestor, pero influye decisivamente sobre los administradores formales ("administrador oculto" o "en la sombra"). Esta última sería la conducta desarrollada por los recurrentes en el caso de autos, con la correlativa dificultad de acreditación, siquiera indiciaria, puesto que la finalidad perseguida con la actuación en la sombra habría sido precisamente la de ocultación de la condición de administrador.
En este sentido, no puede obviarse un dato que pone de relieve la Sra. magistrada: el cese como administradores de los Sres. Doroteo y Heraclio -y del Sr. Matías, que no apela el auto- es el 23 de julio de 2008 y la solicitud de concurso voluntario de acreedores por parte del nuevo administrador nombrado, Sr. Alexander, es de 20 de julio de 2010, es decir, tres días antes de que transcurra el plazo de dos años establecido en los artículos 48.3 y 172.3 LC como plazo de sospecha para imputar la responsabilidad concursal -del que es término final la fecha de la declaración de concurso.
Sin embargo, aunque este tribunal es consciente de que basta una demostración meramente indiciaria de la administración de hecho y tiene en cuenta las dificultades de prueba inherentes, una vez examinadas las actuaciones, no aprecia que concurran en el caso datos suficientes para concluir que, después de la fecha del cese de los Sres. Doroteo y Heraclio como administradores de Urbas, el 23 de julio de 2008, estas personas físicas continuaron ejerciendo como administradores de hecho de la sociedad en lugar de, o conjuntamente con, el administrador Sr. Alexander nombrado en aquella misma fecha.
Los datos tomados en cuenta en el auto del juzgado son los siguientes:
Las tres personas contra quienes se adoptan las medidas son socios de Inversiones Rohefer, S.L., socio único de Urbas.
Los tres fueron administradores solidarios de Urbas hasta 23 de julio de 2008, cuando se nombra administrador al Sr. Alexander.
El Sr. Alexander, además de la concursada, es administrador de otras once sociedades.
La Sra. Diana, empleada de Urbas, declara, como testigo, que el Sr. Matías se ocupaba de las compraventas, el Sr. Doroteo del tema industrial y el Sr. Heraclio iba poco pero hacía las aportaciones cuando había necesidad de dinero; que, a pesar de la llegada del Sr. Alexander, el Sr. Doroteo seguía en el despacho de la empresa y el Sr. Matías dejaba notas para que se hicieran ciertas gestiones.
En las diligencias previas penales, el Sr. Matías manifestó que el nombramiento del Sr. Alexander fue para contar con un profesional que apoyara la gestión financiera.
Los Sres. Doroteo, Heraclio y Matías aparecen como socios, administradores o apoderados de otras quince sociedades, el domicilio de siete de las cuales es el mismo de Urbas y de Inversiones Rohefer. El domicilio de las restantes coincide con el personal o la segunda residencia de los citados señores.
Existe una querella por delito de estafa, interpuesta por los Sres. Casimiro, admitida a trámite el 29 de marzo de 2010, dirigida no solo contra la concursada sino también contra el administrador de derecho y los Sres. Doroteo, Heraclio y Matías.
Los dos primeros datos relacionados (que los apelantes son socios de Rohefer -socia única de Urbasy fueron administradores solidarios de Urbas hasta 23 de julio de 2008) son el punto de partida ya conocido y nada aportan sobre la administración de hecho de Urbas posterior a julio de 2008.
El hecho de que esas personas sean administradores de otras quince sociedades, por si solo ni en conjunción con los restantes datos, tampoco dice nada sobre la administración de hecho que se alega, cualquiera que sea el domicilio de esas otras sociedades. Tampoco la presentación de una querella por estafa contra Urbas y los

Sres. Doroteo, Heraclio y Matías aporta información sobre el tema controvertido, sin perjuicio de las responsabilidades penales que puedan atribuirse a estas personas en el proceso penal y de las responsabilidades civiles que puedan serles imputadas en ese proceso o en otro de naturaleza civil.
Que el Sr. Alexander administre otras once sociedades, como dice el auto, no hace inverosímil su condición de administrador de Urbas, ni siquiera atendiendo al dato, también valorado en la resolución, de la facturación de Urbas en 2008 (1 1. 178.208,86 euros). El propio auto atribuye a los Sres. Doroteo, Heraclio y Matías la administración, junto con Urbas, de otras quince sociedades.
Mayor interés podrían tener, en su caso, los datos de hecho que, según el auto impugnado, resultan de la declaración del Sr. Matías en las diligencias previas penales y, sobre todo, de la testifical de Doña. Diana en el incidente concursal.
En su declaración ante el Juzgado de Instrucción, el Sr. Matías, administrador solidario de Urbas hasta julio de 2008, habría manifestado que el nombramiento del Sr. Alexander fue para contar con un profesional que apoyara la gestión financiera. Esa puntualización daría sustento a la tesis de que el Sr. Matías continuó de hecho en la administración de Urbas, tras su cese como administrador solidario en julio de 2008. En realidad, el Sr. Matías no ha recurrido contra la resolución del juzgado que, con ese fundamento, acuerda el embargo de sus bienes y derechos con base en el artículo 48.3 LC. Sin embargo, su declaración no introduce elementos que sirvan para establecer, aun indiciariamente, que también los otros dos antiguos administradores continuaron en la gestión de Urbas.
Finalmente, hemos examinado la declaración testifical prestada en la vista del incidente por doña Diana (grabación audiovisual, minutos 24 y ss.). En la Sra. Diana concurre las condiciones de empleada de Urbas, entre 2004 y 2009, y de hija política de los adquirentes de una vivienda a Urbas (acreedores de la concursada).
La Sra. testigo afirma, efectivamente, que el Sr. Matías se ocupaba de las compraventas, el Sr. Doroteo del tema industrial y el Sr. Heraclio iba poco y hacía las aportaciones cuando había necesidad de dinero. Sin embargo, la Sra. Diana se está refiriendo a la época anterior a la asunción del cargo de administrador por parte del Sr. Alexander. Por lo que respecta a la actuación de los Sres. Doroteo, Heraclio y Matías después de julio de 2008, la testigo, que desempeñaba su trabajo en el área administrativa y de contabilidad de Urbas, no aporta ningún dato que permita apreciar la administración de hecho. Al contrario, afirma que el Sr. Alexander reunió a los empleados -sin la presencia de los socios Sres. Doroteo, Heraclio y Matías -, les comunicó que él era el nuevo administrador de la sociedad, que todo lo relativo a la sociedad tenía que pasar por él y que no debía informarse a ningún socio.
Es cierto que la Sra. Diana, a preguntas de la AC, manifiesta que el Sr. Doroteo tenía despacho en la empresa y que seguía acudiendo allí después de su cese como administrador, porque la testigo veía aparcado su coche. Pero también es cierto que, a preguntas de la parte contraria, la declarante aclara que en la misma oficina tenían su domicilio por lo menos otras cinco sociedades del Sr. Doroteo y que supone que éste realizaba gestiones de esas otras empresas domiciliadas allí. No da razón de ninguna actuación del Sr. Doroteo en Urbas, relevante o irrelevante, posterior a su cese como administrador.
En cuanto al Sr. Heraclio, ni siquiera se hace mención o pregunta a ninguna actuación o presencia en Urbas tras su cese como administrador.
En consecuencia, la valoración de los documentos y las declaraciones del incidente cautelar nos conduce a una conclusión distinta a la de la resolución impugnada. Sin perjuicio de las responsabilidades de diferente naturaleza que puedan imponerse a quienes han sido administradores de Urbas, al parecer, en un complejo entramado de sociedades, no apreciamos, por ahora, en este concreto procedimiento cautelar, la apariencia de buen derecho requerida por el artículo 48.3 LC, específicamente, en cuanto a la condición de los apelantes de administradores de hecho de Urbas dentro de los dos últimos años anteriores a la declaración del concurso. Por ello, debemos estimar los recursos de apelación de los Sres. Doroteo y Heraclio.
Pese a la estimación del recurso y de la demanda de oposición a la medida cautelar, apreciamos la existencia de dudas sobre la verdadera dinámica de los hechos, teniendo en cuenta las dificultades inherentes a la prueba de la administración oculta, a las que antes nos hemos referido. Por ello, no imponemos las costas de ninguna de las dos instancias (artículos 398.1 y 39 4. 1 de la Ley de enjuiciamiento civil).": AAP Barcelona (Sección 15) 02.01.2014 (Auto 1/2014; Rollo 95/2013)

JM-1 Cádiz

"TERCERO El art. 48.3 LC permite el embargo de bienes de administradores de hecho y de derecho. En el presente caso, no plantea duda el cargo de administrador de derecho, que recae en la persona de D. Eusebio, procediendo el embargo de sus bienes. Ahora bien, mayores dificultades prácticas plantea en estos supuestos la determinación del administrador de hecho. Como señala la STS 22 de marzo de 2004 (RJ 2004\ 1661), «la figura del administrador de hecho de las sociedades anónimas se presenta a veces como actuación de apoderados-gestores, aunque carezcan de poderes, entendiendo por tales además los que refiere el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, y los factores generales o singulares (artículo 286 del Código de Comercio) y similares, haciendo necesario se lleve a cabo prueba suficiente, directa o indiciaria, acreditativa de ostentar y actuar con la condición de administrador de hecho, que aparece mas clara cuando la sociedad carece de efectivo administrador legalmente nombrado, ya que no resulta posible la existencia de una Sociedad Anónima que opere sin los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la Ley reguladora de las mismas (Sentencia de 24-9-2001 [RJ 2001\ 7489])».
En el presente caso, conforme manifiesta la administración concursal, de la documentación obrante en el expediente y presentada a dicha administración, se desprende que D. Carlos Alberto viene realizando a gestión o administración de hecho de la sociedad, por lo que igualmente resulta procedente el embargo de sus bienes y derechos.": Auto JM-1 Cádiz 05.05.2006 (AC 2006/844)

1.5.1. La sociedad dominante y las personas físicas integrantes de su consejo de administración como administradores de hecho

AP Sevilla

"QUINTO Los recurrentes niegan que Boliden AB y Boliden Mineral AB sean administradores de hecho de Boliden Apirsa S.L.; niegan la apariencia de buen derecho tanto por no apreciar indicios de culpabilidad como por haber masa activa suficiente; sostienen que los indicios de administración fáctica a los que alude la administración concursal son anteriores al año 2003, por lo que no se cumple el requisito temporal de los dos años que establece elart. 48.3 LC, ya que el concurso se declaró el 10 de febrero de 2005; niegan la existencia de periculum in mora; cuestionan la competencia judicial internacional del Juzgado de los Mercantil para decretar el embargo de bienes situados en el extranjero, propiedad de quien no es el concursado; y consideran exigible caución a la administración concursal solicitante de la medida.
Lo primero que debemos analizar es si Boliden AB y Boliden Mineral AB pueden ser considerados administradores de hecho de Boliden Apirsa S.L. Ante todo hemos de resaltar que como va a suceder con todas las cuestiones que deberemos abordar para resolver sobre la medida cautelar que nos ocupa, ha de tenerse presente que nos hallamos en sede exclusivamente cautelar, en la que tan sólo es posible hacer un juicio provisional de los datos con los que se cuenta, y que no es preciso un convencimiento absoluto sobre la eventual responsabilidad de las personas sobre las que se decreta la medida, sino la concurrencia de datos suficientes para apreciar que podrían ser declarados administradores de hecho.
La carencia de un concepto legal o jurisprudencial del administrador de hecho, hace necesario fijar criterios que permitan su identificación, por cuanto no cabe duda de que es posible participar en la gestión comercial y financiera de una empresa, incluso con algún rasgo de autoridad e independencia, sin ostentar sin embargo, la condición de administrador de hecho. La doctrina científica se ha preocupado de precisar las características de esta figura. Díez Echegaray utiliza criterios negativos y positivos. Los primeros consisten en la no condición de administrador de derecho, es decir, la ausencia de válida investidura, ya porque la misma nunca existió, ya porque ha perdido su eficacia. En cuanto a los positivos se señala:
1.- La realización de una actividad positiva, que se traduce en la participación efectiva en la gestión y administración de la sociedad, implicando la vulneración del deber del extraño de intervenir en la administración, inmiscuyéndose indebidamente en la gestión de la sociedad, lo que no impide que una vez producida tal ingerencia que permita la calificación del sujeto como administrador de hecho, no responda también, como cualquier administrador por falta de la diligencia debida legalmente impuesta.
2.- Que tal actividad sea de dirección administración o gestión, entendiendo que tal actividad implica bien los actos de administración de la sociedad en sentido estricto -convocatoria de la junta general, redacción de cuentas anuales...- bien los de gestión de los negocios sociales, o lo que es lo mismo, la dirección y desarrollo de la actividad empresarial que constituye el objeto de la sociedad, siendo este segundo supuesto el más frecuente en la realidad socio económica. Esta ingerencia ha de revestir importancia para la sociedad, sin que pueda equipararse a la misma, la mera función de control del socio, ni las meras opiniones, recomendaciones etc..., ni la intervención de determinados colaboradores en la gestión, como puede ser el caso de los directores técnicos, administrativos, comerciales o financieros.
3.- Que la actividad se ejerza con total independencia o autonomía de decisión. La dirección de hecho sólo se produce cuando una persona que no ha sido designada administrador ha impuesto sus propias decisiones en la conducción de los negocios sociales, ya directamente ya a través de los administradores legalmente designados. Ha de tratarse de un auténtico poder autónomo de dirección y administración sin subordinación a las instrucciones de tercero. No pueden ser administradores de hecho quienes participan en la dirección de la sociedad de forma subordinada, sin independencia, siguiendo la política fijada por los administradores de derecho, sin poder definirla ellos mismos de manera soberana, como en el caso de los administradores asalariados (directores técnicos, administrativos, comerciales o financieros, etc...) que a priori no son administradores de derecho ni de hecho, aunque pudieran serlo si se cumpliesen los presupuestos señalados.
4.- Finalmente que su ejercicio sea de manera constante, pues un acto esporádico de dirección, administración o gestión no permite conceptuar a quien lo realiza como administrador de hecho.
Una de las tipologías habituales de administrador de hecho es la del socio de control de la sociedad, que, no formando parte del órgano de gestión de la sociedad, sin embargo condiciona sistemáticamente la actuación de los sujetos que, formalmente, ostentan la cualidad de administradores. En todo caso se requiere constatar la realidad de una absoluta y sistemática ingerencia en la gestión y administración para evitar la indebida extensión de la figura, pues no debe confundirse la normal influencia que el socio mayoritario pueda ejercer en el legítimo ejercicio de sus derechos corporativos, con aquellas otras hipótesis de auténtico y absoluto dominio sobre los administradores formales, ya mediante la intervención directa en la gestión, ya a través de la impartición de instrucciones o directivas incluso secretas, a los administradores de derecho que quedan sometidas a ellas, pues en el primero de los caos no podríamos hablar de un administrador de hecho.
La circunstancia de que el socio único o mayoritario de la sociedad sea una persona jurídica no impide la posibilidad de que pueda ser calificado de administrador de hecho, quedando condicionada la imputación de la responsabilidad a la verificación de una ingerencia sistemática y permanente que produzca efectos distorsionantes en la disciplina organizativa propia de las sociedades de capital.
La condición de administrador de hecho de la persona cuyo embargo se solicita exige especificar los indicios que de forma provisional permiten llagar a esta conclusión.
Boliden Apirsa S.L. forma parte de un Grupo de Empresas, cuya compañía matriz es BOLIDEN AB, que es dueña del cien por cien de las acciones de BOLIDEN MINERAL AB, no teniendo esta última sociedad ninguna participación de BOLIDEN APIRSA S.L.

La administración concursal considera que BOLIDEN AB y BOLIDEN MINERAL AB son administradoras de hecho de BOLIDEN APIRSA S.L. por diversas circunstancias. Así, en primer término, porque deducen tácitamente a partir del nombramiento de D.Gines como administrador único, y posteriormente liquidador, que hay acuerdos en el seno del grupo en los que se ha establecido la determinación de las funciones de administración del mismo o la delimitación estratégica de responsabilidades; asimismo porque ha quedado patente que la verdadera administración y gestión del patrimonio y la toma de decisiones del destino de la concursada se han adoptado desde la dirección unitaria del Grupo, representado por BOLDEN AB y BOLIDEN MINERAL AB; afirman los administradores concursales que el Grupo NEW BOLIDEN a través de estas dos sociedades que lo dirigen ha controlado la gestión social, asumiendo funciones de administración propias de las sociedades mercantiles; que la filial se ha comportado de acuerdo con las instrucciones de la matriz, sin autonomía propia, siendo la matriz la que a la postre ha decidido el destino de la sociedad, siendo el Grupo BOLIDEN perfectamente consciente del estado de insolvencia de la filial y del estado de su contabilidad., tal y como reflejan los Annual Report del Grupo. Y el carácter sistemático de las funciones propias de los administradores se demuestra con la designación como administrador de derecho de D.Gines, quien forma parte de la estructura del Grupo Boliden, fue empleado de BOLIDEN MINERAL desde junio de 2005 a octubre de 2007, simultaneando el cargo con el de Liquidador de BOLIDEN APIRSA, residía en Suecia, y representaba al socio BOLDEN BV en las Juntas de la concursada. Siendo en la actualidad Director Financiero de BOLIDEN AB. También lo revela a criterio de la administración concursal el control sobre la movilidad del personal directivo; la adopción de decisiones estratégicas propias del órgano de administración, como la no continuidad de la actividad empresarial, el cierre de las minas o la negativa a financiar la filial.
A la vista de los informes de la Administración concursal y de las pruebas documentales obrantes en la presente pieza de medidas, entendemos que lo anteriormente expuesto revela una pluralidad de actuaciones que apreciada en su conjunto nos aporta indicios suficientes para de una manera provisional e indiciaria, a los meros efectos de estas medidas cautelares, y sin prejuzgar en absoluto la solicitud de responsabilidad que como administradores de hecho de la concursada se pide a BOLIDEN AB y a BOLIDEN MINERAL AB en la sección de calificación del concurso, considerar que la empresa matriz BOLIDEN AB podría ser declarada administradora de hecho de la concursada y, por tanto, exigírsele la responsabilidad que establece elart. 172.3 de la LC, lo que comportaría la posibilidad de embargarle bienes si concurren los demás requisitos necesarios para adoptar tal medida cautelar.
No estimamos, sin embargo, que de los hechos anteriormente expuestos quede evidenciada la posible administración de hecho de BOLIDEN MINERAL AB. Por supuesto que ello se afirma sin prejuzgar la solicitud que los administradores han hecho en la sección de calificación. Y ello porque esta Sala no aprecia que quede bien determinada la actuación de esta sociedad dentro del Grupo de empresas Boliden. Así como de los actos que han quedado expuestos puede deducirse una dirección unitaria del Grupo, y la adopción de decisiones por parte de la empresa matriz BOLIDEN AB, lo que no parece claro a esta Sala es que en esta unitaria dirección pueda a su vez deslindarse una corresponsabilidad administrativa de la entidad matriz y de una de las filiales del grupo como BOLIDEN MINERAL AB, sociedad perteneciente cien por cien a BOLIDEN AB, y que no tiene una sola participación en BOLIDEN APIRSA S.L. La unidad de dirección y de control supone la existencia de una única cabeza rectora del grupo, y si sostenemos que es la matriz la que dirigía, controlaba y adoptaba las decisiones estratégicas de BOLIDEN APIRSA, no parece ello compatible con que una filial administre y adopte decisiones trascendentes conjuntamente con su propietaria de una manera permanente, continuada, duradera y estable. En definitiva, no vislumbramos una autonomía o independencia en la adopción de las decisiones determinantes de la declaración de administradores de hecho, que permita deslindar la responsabilidad individualizada de BOLIDEN AB y de BOLIDEN MINERAL AB. Por el contrario estimamos que la sociedad matriz o controladora es quien ejerció la dirección unitaria del grupo, sin que una filial íntegramente perteneciente a aquella, lo que significa que carece de una voluntad social distinta e independiente de quien titula todo su capital social, pueda estar en una situación de igualdad y autonomía con la misma en la toma de las decisiones sobre la administración de BOLIDEN APIRSA S.L.
Por lo que respecta a que los actos de los que se deduce el carácter de administradores de hecho se produjeron con anterioridad al plazo que establece elart. 48.3 LC de dos años anteriores a la declaración de concurso, hemos de significar que los indicados actos constituyen datos, hechos o elementos indicadores de una situación de administración de hecho de la Compañía Boliden Apirsa S.L., situación de gestión o administración permanente y continuada, que no consta cesase en los dos años anteriores a la declaración del concurso de acreedores. Es más, la documentación aportada y la prueba testifical practicada en el acto de la vista acredita que la decisión de presentar el concurso fue adoptada desde la dirección del Grupo BOLIDEN, sin que se adoptase el acuerdo por la Junta General de Boliden Apirsa S.L., y la contratación de la dirección jurídica de la concursada y el abono de honorarios profesionales se hacen desde la dirección del grupo (declaración de Dª Marianne Lindholm en el acto de la vista).”: AAP Sevilla (Sección 5) 12.11.2010 (JUR 2011/122776; Auto 225/2010; Rollo 1902/2010)

JM-1 Sevilla

“TERCERO.- La medida cautelar de embargo preventivo se solicita en relación con las participaciones que las sociedades BOLIDEN AB y BOLIDEN MINERAL AB tienen en las empresas del grupo, así como de las acciones de BOLIDEN AB que ostentan los miembros del consejo de administración y del Bolidens Group Management de BOLIDEN AB. Se trata de empresas integrantes del grupo al que pertenece la concursada, y que según los administradores concúrsales han sido los administradores y liquidadores de hecho de la sociedad concursada durante los dos años anteriores a la declaración del concurso.
Como se ha dicho, la Ley Concursal equipara a efectos de responsabilidad, la figura de los administradores y liquidadores de hecho a los de derecho, debiéndose determinar qué se entiende por administradores de hecho.

La ley los contrapone a los de derecho, que son aquellos cuyo nombramiento está vigente y cumple los requisitos materiales y formales legalmente establecidos. Por ello, el administrador de hecho será aquél que ejerce funciones propias del administrador, sin nombramiento vigente y válido, quien realiza las actividades de administración y gestión empresarial, de manera positiva e independiente, quien adopta las decisiones de gestión y dirección que la ley atribuye a los administradores sociales con cargo formal y vigente. Se trata de supuestos en los que la capacidad de decisión no corresponde a las personas formalmente designadas como administradores, sino a otros sujetos que no han sido nombrados y que por lo tanto no reúnen los requisitos formales y materiales para el ejercicio de dicho cargo.
En el caso de un grupo de empresas, la sociedad dominante podrá ser considerada administrador de hecho, cuando los actos de administración adoptados por la dominada, obedezcan a instrucciones imperativas impuestas por la matriz. La Ley Concursal no contiene un concepto de grupo de empresas y tampoco en nuestro ordenamiento jurídico existe un concepto unitario, sin embargo, tras la redacción dada al artículo 42 del Código de Comercio por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, la idea fundamental en la que debe descansar el concepto de grupo de empresas es la unidad de decisión, que puede producirse por medios societarios, esto es, cuando la dominante tiene el control de las dominadas por ser titular de las acciones, poseer la mayoría de derechos de voto, facultad de nombrar los miembros de los órganos de administración, etc, o por medios extrasocietarios, cuando por cualquier medio exista una dirección única. La jurisprudencia ha utilizado la técnica del levantamiento del velo para declarar la responsabilidad dentro de las empresas que forman el grupo.
En el presente caso, la existencia del grupo de empresas resulta acreditada por los documentos acompañados con el escrito de calificación y por las cuentas consolidadas presentadas por la concursada y por su propia solicitud de concurso. El carácter de administrador de hecho que tienen alguna de las empresas del grupo sobre la concursada, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, debe deducirse de indicios y datos que permitan presumir el poder de control y la unidad de dirección. La administración concursal justifica en la unidad de decisión que las sociedades BOLIDEN AB y BOLIDEN MINERAL AB, ejercen en el grupo NEW BOLIDEN, sobre el resto de las empresas que lo integran, y que se comprueba en la asistencia de consejeros de estas sociedades a los consejos de administración de la sociedad concursada, alguno de los cuales se celebra en la sede de la matriz BOLIDEN AB, y en los que se adoptan decisiones como la designación del administrador y liquidador de derecho Don Juan Alberto, el cese de la actividad empresarial de la concursada y el cierre de las minas al negarse a proporcionar financiación a la filial. Además, son las sociedades que tienen el control y la dirección del grupo las que adoptan decisiones en relación con la movilidad del personal directivo, que actúa indistintamente en una u otra empresa del grupo, resultando acreditadas todas estas circunstancias con los documentos aportados con la solicitud de medidas cautelares. Por dicha razón, procede acordar el embargo preventivo de bienes de las empresas del grupo que han actuado como administradores de hecho de la concursada.
El embargo preventivo solicitado se extiende a los bienes de los miembros de los consejos de administración de estas sociedades, administradores de hecho de la concursada. A este respecto debe valorarse si las decisiones adoptadas por la sociedad dominante como administrador de hecho de la filial, lo han sido por el órgano de administración de estas sociedades, esto es, pueden ser calificadas como voluntad de la sociedad dominante al haberse respetado en su adopción las exigencias de procedimiento y competencia que rigen la actuación de sus órganos, o han sido decisiones adoptadas por los administradores de la matriz al margen de estas exigencias, por lo que los administradores de hecho serán los propios administradores de las sociedades dominantes. Esto es, habrá de determinarse quién ha realizado los actos de administración y de qué manera, y en la solicitud presentada no se justifica que la actuación de los administradores de las sociedades dominantes haya sido personal al margen del órgano de administración del que forman parte, por lo que la petición en este sentido debe desestimarse por no estar suficientemente justificada.": Auto JM-1 Sevilla 13.06.2007 (auto 152/2007)

1.5.2 Embargo, como administradora de hecho, de los bienes de la sociedad accionista única de la concursada

JM-1 Bilbao

"El art. 48.3 LC permite dirigir el embargo a los administradores de hecho o derecho de la sociedad concursada. En el doc. nº 15 de la solicitud consta que el actual administrador es D. JOSE MARIA N.A., que ha de verse afectado por la medida. También se extenderá aquella a quienes eran los administradores de derecho anteriores, comprendidos dentro del plazo de dos año al que alude el precepto y que son los también responsables de la situación financiera de la sociedad concursada. Por ello se extiende a D. GONAZALO M.C. y D. JOSEPH N..
Pero además de los administradores de derecho la ley permite embargar a los administradores de hecho. En la memoria que acompañaba la solicitud de concurso (doc. nº 1) se explicaba por ROTAREX SPAIN S.A.U. que el grupo ROTAREX, de nacionalidad luxemburguesa, decide implantarse en España en 1.999, adquiriendo TALLERES MECÁNICOS MAFRA S.L., al que la matriz asigna un volumen importante de fabricación de válvulas medicinales, decidiendo luego su traslado a la actual planta de Galdakao, en Bizkaia, incorporando en el año dos mil a D. GONZALO M.C. como gestor.
Luego se adquiere IBERICA DE GAS IBERGAS S.A., con planta en OIARTZUN (Guipúzcoa) y TÉTRICA 2002 S.A., restructurando el grupo mediante absorción el veintiséis de agosto de dos mil cuatro. La primera sociedad absorbe a las otras y pasa a denominarse ROTAREX SPAIN Sociedad Anónima, que declara más adelante su unipersonalidad. En definitiva, que la sociedad ROTAREX S.A., de nacionalidad luxemburguesa, es dueña de

la totalidad de las acciones de ROTAREX SPAIN S.A.U., la entidad concursada (doc. nº 12 de la solicitud), y controla su producción, pues le asigna la que estima conveniente.
Ese accionista único, que es el que designa administrador social en la persona de los Srs. M. y N., y luego en el Sr. N., es en realidad el administrador de hecho de la sociedad. Su condición de accionista único es dato suficiente para constatarlo, pues le permite controlar las decisiones de la sociedad concursada a través del administrador social que ha designado. Pero además reconoce en su memoria que asigna la producción que estima conveniente, de modo que el devenir de la concursada depende de lo que decide la sociedad luxemburguesa, que asigna la carga de trabajo en función de sus criterios, no de los que tenga el administrador social de derecho. En consecuencia ROTAREX S.A. sociedad luxemburguesa es administrador de hecho de ROTAREX SPAIN S.A. unipersonal, y también se verá afectado por la medida cautelar que ahora se adopta.
El importe que se fija será el de las pérdidas declaradas en el ejercicio dos mil seis por la propia sociedad, 850.745,95 euros, aunque teniendo en cuenta los gastos contra la masa que puedan producirse, y los términos del acuerdo suscrito entre trabajadores y administración concursal, que obligan a indemnizaciones a los que no ha querido comprometerse la sociedad, se elevará el importe de dicho embargo a la cantidad de un millón y medio de euros, sin perjuicio de las revisiones que el transcurso del procedimiento concursal pueda determinar, ampliando o reduciendo dicha cantidad o incluso alzar la medida antes de la calificación.
En todo caso el embargo se acuerda a expensas de la eventual declaración culpable del concurso y de que, si se facilitan nuevos datos, pueda extenderse a otras personas diferentes, en particular, para el caso de no se encuentren bienes suficientes para cubrir el importe sujeto con esta medida, a otras sociedades filiales de ROTAREX S.A. o de cualquiera otras respecto de las que exista indicios de que puedan pertenecer al grupo.”: AJM-1 Bilbao 12.07.2007 (Medidas cautelares 18/2007, Auto 355/2007)

1.5.3 Persona fisica designada por la sociedad administradora de derecho que actúa como administrador de hecho

AP Barcelona

“TERCERO Discute el apelante, en primer lugar, que pueda ser considerado administrador de hecho. Se argumenta en el desarrollo del motivo que la solicitud cautelar se basaba en la atribución de la condición de administrador de hecho al Sr.Artemio, y es claro que éste no puede ser considerado como tal ya que, como recoge el auto apelado, es la persona física designada por la persona jurídica administradora de derecho para desempeñar el cargo en su representación. Dice el auto apelado -prosigue el apelante- que "lo relevante es la condición de administrador, que sin duda reúne", pero no se justifica su condición de administrador de hecho, que fue lo que alegó la Administración Concursal, de modo que si la acción se dirige contra el administrador de hecho y el demandado no ostenta tal condición, debe ser absuelto.
Debemos partir, como primera premisa, que el Sr.Artemio no es, en efecto, administrador de derecho de LOVIPRO RESIDENCIAL S.A., entendiendo como tal a aquella persona, física o jurídica, que ha sido designada formalmente por la junta general para asumir la titularidad del órgano de administración. El administrador de derecho es en este caso la sociedad SETBEZ S.L.U., la cual, en cumplimiento de lo que dispone elart. 143 RRM, designó al Sr.Artemio como persona física para desempeñar el cargo en su representación.
Dicho lo anterior, es cierto: (a) que el auto apelado parece confundir a la persona jurídica administradora de derecho (SETBEZ S.L.U.) con la persona física que necesariamente debe designar como su representante para el ejercicio de las funciones del cargo (el Sr.Artemio), la cual no es administradora de derecho, sino que lo es aquélla; (b) que la legitimación pasiva para soportar la medida de embargo, instrumental de la condena prevista por elart. 172.3 LC, se fundó por la AC en la condición de administrador de hecho del Sr.Artemio, por las razones que exponía el escrito de solicitud y que con anterioridad se han expuesto; y (c) que el auto no motiva, o no lo hace adecuadamente, por qué el Sr.Artemio debe ser considerado administrador de hecho.
Este déficit de motivación habrá de ser suplido por la Sala (art. 465.2 LEC), analizando la procedencia de la atribución de la condición de administrador de hecho al Sr.Artemio, que el recurso discute en los términos expuestos, alegando, en definitiva, que si ha ejercido el cargo ha sido en su condición de persona física designada por la persona jurídica administradora de derecho.
Así debe admitirse, cuando menos en el plano formal, pues el Sr.Artemio ha contado para ejercer el cargo con la cobertura jurídica que dispensa la habilitación legal generada por la necesaria designación de persona física que ha de actuar en representación de la persona jurídica administradora de derecho. Pero junto con tal cualidad formal, que no se identifica con el administrador de derecho, concurre en este caso, sobre la base de los datos ofrecidos, otra fáctica que coloca al Sr.Artemio (lo que decimos con las prevenciones propias de la fase cautelar, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia de calificación) en la posición de administrador de hecho de la sociedad concursada, al asumir con autonomía de decisión y sin sujeción a una actuación supervisora o directora de la administradora de derecho (SETBEZ S.L.U.) la gestión de los asuntos relativos al objeto social, al reflejo contable de las operaciones y a la vida interna de la sociedad.
En esta fase cautelar contamos con datos suficientes para estimar que quien realmente ha ejercido las funciones del poder efectivo de gestión y gobierno de los asuntos sociales, propias del cargo de administrador, de modo continuado, con autonomía y falta de subordinación, ha sido el Sr.Artemio en su propio nombre y no, por su mediación representativa, SETBEZ S.L.U., pues ésta es una sociedad unipersonal vinculada al Sr.Artemio y cuyo administrador único desde abril de 2005 es el propio Sr.Artemio.
No existe constancia (y no se alega) de una voluntad propia o independiente de SETBEZ S.L.U. distinta de la voluntad personal del Sr.Artemio; no se alega tampoco que el citado demandado hubiese seguido, en el desempeño del cargo o en la producción de los concretos hechos que valora el auto apelado, las instrucciones

de SETBEZ S.L.U., ni en su caso el origen subjetivo de ellas en el ámbito interno de dicha sociedad, que deben presumirse originarias del propio Sr.Artemio. En estas circunstancias, la interposición de la citada sociedad como administradora de derecho, que no se justifica, no puede impedir la apreciación de la actuación del demandado como verdadero administrador de hecho, a menos que se quiera reconocer la consumación de un fraude de ley, amparando al Sr.Artemio como persona física designada por la persona jurídica administradora, sin posibilidad de dirigir contra él el sistema de responsbailidad concursal, ni como amdinistrador de derecho ni como administrador de hecho, cuando en el recurso ni siquiera se combate que ha venido actuando, en los dos años anteriores a la declaración de concurso, los poderes propios del administrador con plena autonomía y sin sujeción a un poder supervisor o directivo superior o ejercido por un mandante.": AAP Barcelona (Sección 15) 18.09.2009 (AC 2009/2227; Auto 155/2009; Rollo 212/2009)

1.6 Administradores solidarios: distribución de la responsabilidad según la imputabilidad de las conductas en que se basa. Deducción delimporte de los créditos que perderían

AP Barcelona

"PRIMERO: El auto recurrido, después de analizar con detalle cuales son los presupuestos que deben concurrir para acordar el embargo de los bienes de los administradores de la sociedad concursada, valora la prueba practicada y concluye que: 1º presumiblemente el concurso concluirá por medio de la liquidación; 2º como reconocen las partes, la masa activa resultará insuficiente para pagar los créditos de los acreedores concursales, pudiendo estimarse ahora la diferencia en 181.453'98 euros; 3º existen indicios para calificar culpable el concurso por concurrir tres causas legales, como son el incumplimiento sustancial de llevar contabilidad (art. 164.2.1º LC), el alzamiento de los bienes en perjuicio de sus acreedores (art. 164.2.4º LC) y la enajenación fraudulenta de bienes (art. 164.2.5º LC); 4º estas conductas son imputables por acción o por omisión a los dos administradores (Jorge Mas Esteruelas y Pedro Molina Jordan); 5º Presumiblemente dichos administradores serán condenados en la sección de calificación a pagar la totalidad de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación, que en ese momento cifra de forma estimativa en 181.453'98 euros, pudiéndose repartir la responsabilidad de los administradores de forma aproximada en un 70% para el Sr. Molina y en un 30% para el Sr. Mas. (…)
"QUINTO: De este modo, por una parte, existen indicios suficientes para presumir que se abrirá la sección de calificación, como consecuencia de la apertura de la liquidación; y que no existen bienes para satisfacer el importe de los créditos concursales, que ascienden a 181.453'98 euros. Por otra, que en principio parece razonable pensar que la generación y/o agravación de la insolvencia ha sido provocada por una conducta dolosa o culposa de los dos administradores, aunque sólo sea porque el incumplimiento por su parte de la llevanza de la contabilidad en los dos últimos ejercicios impide conocer las causas de la insolvencia y porque hay indicios de que en los meses previos a la petición de concurso se hicieron disposiciones patrimoniales injustificadas por un valor superior a 146.000 euros.
También resulta razonable la distribución de responsabilidad impuesta por el Juez Mercantil, pues si bien de la falta de llevanza de contabilidad son responsables ambos administradores, de los actos de disposición injustificada parece que sólo lo sería el Sr. Molina.
Eso sí, parece razonable atender a la petición del Sr. Molina de que se rebaje la cifra por la que se debe responder, al restarse de ella los créditos de ambos administradores porque, de confirmarse una sentencia de calificación culpable, éstos perderían el derecho a cobrarlos (art. 172.2.3 LC). ".Auto AP Barcelona (sección 15) 25.03.2008 (Concurso 416/2005)

1.7 Responsabilidad sólo del consejero-delegado

AP Barcelona

"TERCERO.- A diferencia de otros casos anteriores, en el presente no existe discusión sobre la idoneidad de estos requisitos o sobre su concepción de cara a la aplicación delartículo 48.3. El Sr. Magistrado parte de ellos en su resolución, perfectamente motivada, y el recurso no discute su procedencia, sino su concurrencia. Pero sus razones no son atendibles.
Por una parte, el Juzgado a quo ha modulado la aplicación del embargo según la información disponible y frente a la persona concreta de la que, en esta fase interina y cautelar, se predica una agravación de la insolvencia. No es necesario que, existiendo un Consejo de Administración, todos sus integrantes deban ser objeto del embargo, si se entiende, como es el caso, que sólo el Consejero-Delegado incurre en la conducta prevista en elartículo 164.1 de la LC. En este sentido, del informe pericial contable realizado por la empresa BDO S.L se desprende la posible existencia de irregularidades relevantes: de hecho, aparece una desviación respecto a la realidad de la entidad de 8 millones de euros (se reflejan beneficios por dos millones, cuando en verdad existían pérdidas por 6), y los soportes contables apenas dan cobertura a las cuentas, con facturas no sustentadas en albarán alguno. En relación a ello, bien podría admitirse que, como dice el apelante, su conducta no ha quedado concretada, o que, en su caso, sería predicable de todo el órgano de administración, que aprobó esas cuentas, si bien nada de ello le excluye a él como Consejero Delegado. Pero el auto recurrido no se centra en ello, sino en la existencia de disposiciones por parte del Sr.Benitoy de sus empresas de la cuenta 553.
Las disposiciones de dinero por el apelante, por más de 880.000 euros, no han podido ser negadas. Lo que el recurso trata es de explicarlas y compensarlas con ciertas aportaciones, destinadas a cubrir ese agujero. Pero el criterio de los administradores concursales, lógicamente más objetivo que el del recurrente, parece certero: existe un abono de 350.000 euros en la mencionada cuenta en 2005, pero provenía de una póliza de crédito

concedida por el Banco Espirito Santo a una empresa vinculada con el Sr.Benito, AZUL CONSULTORES MEDITERRANEOS S.L, abono que la concursada invirtió íntegramente en un fondo para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de dicha empresa vinculada con el BES, pignorando las participaciones en el fondo. Prenda que, en efecto, ante el impago de AZUL CONSULTORES, el BES hizo efectiva. Que el abono de 350.000 euros no minoraba la deuda del administrador con MD SOLUCIONES DE IDENTIFICACIÓN S.A, sino que, por el contrario, incrementa ese pasivo, aunque fuera mediando una tercera entidad vinculada al Consejero Delegado, parece de momento, y en sede de medida cautelar, un criterio perfectamente lógico y racional.
De la misma forma, la existencia de otro abono de 200.00 euros no resta valor al criterio de los administradores concursales y del Juzgado a quo, pues el pago se imputa a otro préstamo con el Banco Popular, efectivamente suscrito por el apelante, que lo garantizó con otra prenda de acciones de la concursada.
Estos hechos, en efecto, resultan de una pericial contable encargada por el Consejo de Administración y practicada por un auditor de cuentas, sujeto a la responsabilidad que le es propia. Y aunque el apelante se ocupa de cuestionar su parcialidad, lo cierto es que no se ha aportado ninguna otra prueba alternativa que enerve su eficacia. De esta forma, la resolución recurrida se pronuncia respetando los requisitos antedichos para acordar el embargo de bienes del administrador, ajustándose a su exacta contribución en la agravación de la insolvencia, merced a unas disposiciones sobre el patrimonio de la concursada que incrementan su insolvencia en 889.726 euros, cifra que muestra la contabilidad examinada, por lo que el recurso debe ser desestimado.”: AAP Barcelona (Sección 15) 25.06.2008 (JUR 2008/329162; Auto 225/2008; Rollo 264/2008)

1.8 Miembros del anterior Consejo de Administración

AP Vizcaya

“En la presente alzada no se ha replanteado discusión sobre la idoneidad de estos requisitos del artículo 48.3 LECO, ni que la masa es insuficiente para pagar, ni que resulta inviable un convenio ni siquiera que el concurso pueda declararse culpable, sino sólo la concurrencia del último presupuesto, esto es, si los apelantes cuyos bienes se han embargado tienen la consideración de administradores a estos efectos legales.
De la prueba documental obrante en autos, consta la declaración de concurso de Sutegui SL el 18 de septiembre de 2.006, y que esta Sociedad fue constituída 8 de octubre de 1.991, sin que efectivamente fuera socia fundadora la Sra. Luz, si bien figura como apoderado D. Ildefonso. Por acuerdo social de 21 de mayo de 1.993 se nombra Administradora General a Dña. Luz < folio 358 y ss de autos>. Por acuerdo social de 22 de septiembre de 1.994 se cambia el órgano de administración y se nombra un Consejo de Administración integrado por la Presidente Dña. Luz, el Secretario D. Ildefonso y el Vocal a D. Julio < folio 366 de autos>, hasta que por acuerdo de 31 de octubre de de 2.005 cesa el Consejo de Administración y se nombra Aministrador Único a D. Ildefonso < folio 187 y ss de autos>. En resumen, durante los dos años anteriores a la declaración del concurso, y durante el periodo que se extiende del 18 de septiembre de 2.004 al 18 de septiembre de 2.006, los dos apelantes han sido administradores de derecho de la Sociedad Sutegui SL.
Como se ha dicho, la Ley Concursal equipara a efectos de responsabilidad, la figura de los administradores y liquidadores de hecho a los de derecho, debiéndose determinar qué se entiende por administradores de hecho. La ley los contrapone a los de derecho, que son aquellos cuyo nombramiento está vigente y cumple los requisitos materiales y formales legalmente establecidos. Por ello, el administrador de hecho será aquél que ejerce funciones propias del administrador, sin nombramiento vigente y válido, quien realiza las actividades de administración y gestión empresarial, de manera positiva e independiente, quien adopta las decisiones de gestión y dirección que la ley atribuye a los administradores sociales con cargo formal y vigente. Se trata de supuestos en los que la capacidad de decisión no corresponde a las personas formalmente designadas como administradores, sino a otros sujetos que no han sido nombrados y que por lo tanto no reúnen los requisitos formales y materiales para el ejercicio de dicho cargo.
En el presente caso, estamos en presencia de administradores de derecho, puesto que sus nombramientos cumplen los requisitos materiales y formales legalmente establecidos, actuando la Sra. Luz y el Sr. Ildefonso como adminitradores de derecho a todos los efectos legales, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, debiendo asumir las obligaciones de su cargo en cumplimiento del deber de diligencia y de información de la marcha de la sociedad, de conformidad con los arts. 127 de la LSA y 69 de la LSRL.
En ningún caso la apelante Sra Luz puede alegar ser una administradora aparente o simulada, puesto que ha certificado y elevado a públicos los acuerdos adoptados en Junta de Accionistas y ha formulado las cuentas anuales de la sociedad, lo que ha sido adverado por el testimonio del Sr. Ildefonso < m. 50,10 a 55,44 del cd-rom>, desprendiéndose claramente su intervención y conocmiento en la administración y gestión de la Mercantil concursada. ”: AAP Vizcaya (Sección 4) 23.06.2010 (Auto 515/2010; Rollo 317/2009)

1.9 Administradores en cuyo ámbito de responsabilidad se produjeron los hechos

AP Vizcaya

“TERCERO.-El segundo de los motivos de los recursos se basa en que sus representados o bien no tuvieron papel alguno en los hechos origen de la reclamación, o bien habían cesado en sus puestos de administradores o bien su responsabilidad debe ser calibrada con mayor detenimiento para entrar en una más concreta definición de la misma.
Los hechos por los cuales se establece la posibilidad de que el concurso sea declarado culpable son dos: primero, la absoluta ausencia de contabilidad de la concursada, hecho éste que es imputable a todos los administradores pues ninguno de ellos formuló las cuentas de la sociedad pese a estar obligados a ello durante

el período correspondiente a su mandato; el segundo de los motivos es la despatrimonialización de la sociedad mediante varias operaciones que han venido a representar la práctica desaparición de todos los activos de la sociedad con intervención de testaferros e, incluso, de uno de los administradores, el actual que no recurre el auto.
La posición defendida por los recurrentes en el acto del juicio ha sido la del desconocimiento de todos los hechos, su ignorancia de la marcha de la sociedad y la imputación al administrador D. Celso de los hechos que han derivado en el concurso. Esta posición no se aviene en absoluto con la responsabilidad de los administradores ni con las mas mínimas exigencias que debe cumplir un administrador de una sociedad. Su negligencia se evidencia en su propio argumento pues la absoluta dejadez de sus funciones e incumplimiento de todas sus obligaciones contables justifican suficientemente la resolución adoptada.
Por otra parte es evidente que concurren todos los requisitos necesarios para decretar un medida cautelar como al que nos ocupa; la importancia de las operaciones de desvió patrimonial que asciende a casi cuatro millones de euros, la imposibilidad de alcanzar fondos para atender a los acreedores y el periculum in mora patente ante al conducta de los administradores justifican sobradamente la adopción de la medida que nos ocupa. ": AAP Vizcaya (Sección 4) 07.03.2011 (Auto 149/2011; Rollo 801/2010)

2. Presupuestos objetivos

2.1 ¿Bastan los requisitos específicos del art. 48.3LC o deben concurrir también los generales de las medidas cautelares?

2.1.1 Bastan los requisitos específicos del art. 48.3LC

AP Tarragona

"TERCERO El art. 48.3 LC da al Juez la posibilidad, que deja en gran parte a su libre arbitrio, de fijar como medida cautelar el embargo de bienes y derecho de los administradores de la entidad concursada tendente a garantizar la efectividad de la sentencia de calificación en su posible pronunciamiento previsto en el art. 172.3 LC, consistente en condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Requisitos de la medida son:
a) Que se haya dictado auto declaratorio del concurso, momento que constituye el inicio de la posibilidad de adoptar la medida.
b) Que se de la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable, lo que implica que el Juez a de fundamentar adecuadamente la referida posibilidad, lo que, en parte, viene a restringir su libre arbitrio en consonancia con el carácter restrictivo de la medida.
c) Que exista posibilidad fundada de que la masa activa no sea suficiente para pagar las deudas, lo que implica que la responsabilidad que trata de garantizarse es de naturaleza subsidiaria.
La fundamentación se ha de extender, pues, a la calificación de culpabilidad del concurso y a la insuficiencia de la masa activa.
d) Que las personas contra quienes se dicte la medida sean administradores o liquidadores, de hecho o de derecho de lo concursado, o lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
La referida medida ha sido criticada por parte de la doctrina, que la califica de una de las más polémicas previsiones de la LC en cuya Exposición de Motivos se la considera como el efecto más severo que la Ley establece de los derivados de la declaración de concurso, lo que lleva a la conclusión de su prudente y restrictiva aplicación. Asimismo se reprocha que no se requiera para la adopción del embargo prueba alguna de que quien va a ser sometida a él haya observado una conducta irregular o negligente, permitiendo por igual el embargo respecto de los administradores culpables de la insolvencia como de los que no sean, ya se trate de administradores actuales como de esos administradores que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, posibilidad que ha sido calificada de especialmente severa; defendiéndose una interpretación teológica que, en estos casos, limite la posibilidad de la medida a aquellos que hubieran contribuido a la insolvencia culpable de la concursada, lo cual, sin embargo, no exige la literalidad de la norma.
En el supuesto de autos el Juez a quo fundamentó la insuficiencia de la masa activa en razón a la carencia de activos de la sociedad concursada, en su falta de domicilio social y en su falta de actividad.
Respecto a la fundamentación de la calificación del concurso como culpable, lo ha amparado en la presencia de los supuestos de los arts. 164.2.1, 165.2 y 165.3 LC, en razón al silencio y a la pasividad del actual administrador, Sr. Vicente, en comparecer para aportar la información y documentación necesaria para la correcta tramitación del concurso así como por la falta de documentos y cuentas anuales de la sociedad.": Auto AP Tarragona 21.02.2006 (AC 2006/1168)

AP Oviedo

"Se continúa alegando por la recurrente que en cualquiera de los casos tampoco puede considerarse a Hermonte como responsable a título de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia de Herconsa. El recurso no puede prosperar en este punto si atendemos a que concurre en el caso examinado una apariencia indiciaria del fumus boni iuris exigido en elart. 48-3 L.C. como posibilidad de que el concuso se califique como culpable, y que en este caso viene dada por los indicios de culpabilidad iuris et de iure por la

comisión las conductas tipificadas en los ordinales 4º a 6º delart. 164-2 L.C., como acertadamente se expone en la resolución recurrida y no se combate en esta alzada, conductas imputables directamente a la aquí demandada Hermonte y que eximen de entrar en cualquier consideración acerca de la concurrencia del dolo o la culpa grave exigidos por la regla general contenida en el 164-1 L.C. A ello cabe añadir que también concurre el periculum in mora referido en elart. 48-3 L.C. al supuesto de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pues existe una probabilidad cualificada de que así tendrá lugar al ascender el déficit patrimonial de la concursada a 2.798.294,26 euros, indicios todos ellos suficientes a los efectos meramente cautelares que aquí nos ocupan para estimar la procedencia de la medida de embargo preventivo.": AAP Oviedo 01.02.2008 (JUR 2008\131648; Auto 9/2008; Rollo 446/2007)

2.1.1.1 Por no ser aplicables los generales de la LEC

JM-2 Barcelona

"El artículo 48.3º de la Ley Concursal permite al Juez del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, ordenar el embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores de hecho o de derecho de la concursada, y de quienes hubieran tenido dicha condición dentro de los dos años anteriores a la declaración, cuando «de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas». Dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 172.3º, por el que «si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». Por tanto, aun cuando el embargo preventivo tiene naturaleza cautelar, pues pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena de la pieza de calificación del concurso, la Ley establece en el artículo 48 unos requisitos específicos. Basta, en definitiva, para que pueda adoptarse la medida, conque se constate la insuficiencia de la masa para responder de todas las deudas sociales y la posibilidad de que el concurso se declare como culpable.": Auto JM-2 Barcelona 5.05.2005 (JUR 2005/126664)

"PRIMERO Que el artículo 48.3º de la Ley Concursal permite al Juez del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, ordenar el embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores de hecho o de derecho de la concursada, y de quienes hubieran tenido dicha condición dentro de los dos años anteriores a la declaración, cuando «de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas». Dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 172.3º, por el que «si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». Por tanto, aun cuando el embargo preventivo tiene naturaleza cautelar, pues pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena de la pieza de calificación del concurso, la Ley establece en el artículo 48 unos requisitos específicos. Basta, en definitiva, para que pueda adoptarse la medida, conque se constate la insuficiencia de la masa para responder de todas las deudas sociales y la posibilidad de que el concurso se declare como culpable. ": Auto JM-2 Barcelona 18.07.2005 (JUR 2005/185572)

Decretan también el embargo sin examinar el periculum in mora: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248); Auto JM-3 Barcelona18.02.2005 (AC 2005/243); Auto JM-2 Barcelona 18.07.2005 (JUR 2005/185572)

2.1.1.2 Por estar implícitos los generales en los específicos del art. 48.3

AP Pontevedra

"SEGUNDO Elart. 48.3 de la Ley Concursal da al Juez la posibilidad, ya actuando de oficio ya en respuesta a solicitud razonada de la administración concursal, de fijar como medida cautelar el embargo de bienes y derechos de los administradores de la entidad concursada tendente a garantizar la efectividad de la sentencia de calificación en su posible pronunciamiento previsto en elart. 172.3 Ley Concursal, consistente en condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.
Se trata de una medida cautelar especial cuya instrumentalidad, propia de toda medida cautelar, se establece en relación con la condena que, en caso de formación de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, pueda recaer sobre determinados administradores o liquidadores de la persona jurídica declarada en concurso que pueda calificarse como culpable. Condena que puede consistir en

pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa o fallido concursal.
Los Requisitos de la medida son:
a) Que se haya dictado auto declaratorio del concurso, momento que constituye el inicio de la posibilidad de adoptar la medida.
b) Que se dé la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable.
c) Que exista posibilidad fundada de que la masa activa no sea suficiente para pagar las deudas, lo que implica que la responsabilidad que trata de garantizarse es de naturaleza subsidiaria.
La fundamentación se ha de extender, pues, a la calificación de culpabilidad del concurso y a la insuficiencia de la masa activa.
d) Que las personas contra quienes se dicte la medida sean administradores o liquidadores, de hecho o de derecho de lo concursado, o lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
Ciertamente la Ley Concursal en su Exposición de Motivos considera la medida como el efecto más severo que la Ley establece de los derivados de la declaración de concurso, lo que lleva a la conclusión de su prudente y restrictiva aplicación. Ahora bien, la propia Ley fija cuales deben ser los presupuestos o requisitos para considerar su procedencia y por lo tanto, siempre que concurran, la medida no solo puede sino que debe adoptarse en garantía de los derechos de los acreedores concursales, a fin de garantizar ese eventual pronunciamiento.
Las primera alegaciones de la parte recurrente inciden en la interpretación restrictiva, a que se ha dado ya respuesta, y a la necesidad de que la medida cautelar debe fundarse en una posibilidad fundada de futura culpabilidad, es decir, en indicios sólidos y graves y de una apariencia vehemente que nos convenza de su existencia real, lo que le lleva a cuestionar la adopción de la medida en un momento inicial cuando aún la apertura de la fase de calificación es una mera posibilidad.
Tales argumentaciones, con la finalidad que se pretende, no son admisibles. No debemos olvidar que estamos ante una medida cautelar que para su adopción no requiere la certeza de tal calificación de culpabilidad, sino que dicha calificación sea probable. Son suficientes unos indicios razonables que hagan posible tal probabilidad.
No es este incidente cautelar en el que se deba entrar a enjuiciar lo que está reservado al incidente de calificación del concurso. Es en ese cauce procesal donde deberán practicarse las correspondientes pruebas y entrar al análisis detallado del comportamiento de los administradores. El trámite cautelar no es apropiado para exigir la convicción total sobre la existencia real del fallido concursal que sustenta, como instrumental, la medida cautelar, bastando con la mera posibilidad fundada (así lo expresa elart. 48.3 Ley Concursal) de que el concurso se califique como culpable para la procedencia de la medida cautelar, es decir, basta en esta fase con la existencia de indicios de actuaciones dolosas o culposas de los administradores, estando fuera de lugar, en este momento procesal, la exigencia de prueba concluyente sobre la que fundar la responsabilidad de los administradores sociales.
Ello permite, cuando resulte procedente, adoptar la medida cautelar desde el inicio del proceso concursal, una vez declarado el concurso, como inicio del ámbito temporal de la medida. Momento en el que se debe realizar un juicio de probabilidad acerca de la apertura de la sección de calificación, que en el presente caso resulta razonable por cuanto ante la insuficiencia de bienes para pago de los acreedores, que no resulta discutido, y el cese de la actividad de la empresa desde hace dos años, aboca a la fase de liquidación, una vez terminada la fase común, que conlleva de forma automática la formación de lasección de calificación (art. 163.1.2º LC.)
TERCERO Elart. 48.3 LC que regula la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo, ha de ser completado con lo establecido en laLey de enjuiciamiento civil 1/2000 en sede de medidas cautelares. La LEC 1/2000 regula las disposiciones generales de las medidas cautelares en losarts. 721 a 729, y el procedimiento para la adopción de medidas cautelares en losarts. 730 y ss.; recogiendo expresamente en elart. 727.1ª, como medida cautelar específica "el embargo preventivo de bienes". Los requisitos legales para la adopción de medidas cautelares son.
A) Fumus boni iuris o "apariencia de buen derecho". Elart. 728.2 LEC preceptúa que el solicitante de las medidas cautelares habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; pudiendo en defecto de justificación documental, ofrecerla por otros medios.
B) Periculum in mora o peligro por la mora procesal. Elart. 728.1 LEC, establece que el solicitante de las medidas cautelares deberá justificar en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares podrían producirse durante la pendencia del proceso, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. El periculum in mora constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no al daño jurídico - tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso.
Pues bien, elart. 48 Ley Concursal viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se deriva de la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa insuficiente, de donde se podrá derivar conforme alart. 172.3 Ley Concursal, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, que podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. De otra parte, el periculum in mora estriba en evitar que durante la tramitación del concurso de administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer conforme al citadoart. 172.3 Ley Concursal.”: AAP Pontevedra 10.07.2008 (JUR 2009/433193; Auto 153/2008; Rollo 432/2008)

AP Sevilla

“Elart. 172.3 LC prevé la posibilidad de condenar a los administradores de hecho de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hayan tenido esa condición durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Y el art. 48.3 LC establece que el Juez del concurso, de oficio o a solicitud de la administración concursal, puede ordenar el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.
La indicada medida ha sido criticada por parte de la doctrina, que la califica de una de las más polémicas previsiones de la Ley Concursal en cuya Exposición de Motivos se la considera como el efecto más severo que la Ley establece de los derivados de la declaración de concurso, por lo que debe aplicarse con criterios restrictivos. También es criticable que no se requiera para la adopción del embargo prueba alguna de que quien va a ser sometido a él haya observado una conducta irregular o negligente, permitiendo el embargo tanto de los administradores culpables de la insolvencia como de los que no sean, de los actuales administradores y de los que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Un sector doctrinal es partidario de una interpretación teleológica que, en estos casos, limite la posibilidad de la medida a aquellos que hubieran contribuido a la insolvencia culpable de la sociedad concursada, lo que sin embargo tiene difícil encaje en la literalidad de la norma.
El caso es que el Juez del concurso puede, por tanto, adoptar una medida cautelar sobre los bienes y derechos de los administradores de derecho o de hecho de la concursada como medida garantizadora del cobro de los créditos que no resulten cubiertos con la masa activa. Lo escueto delart. 48.3 determina la necesidad de completar la regulación con las disposiciones que sobre medidas cautelares contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre ellas la que establece la concurrencia de los requisitos propios para adoptar medidas cautelares, es decir, la apariencia de buen derecho y el peligro por la mora procesal(art. 728 LEC).
Elart. 48.3 LC viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se deriva de existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa sea insuficiente, así como de la condición de administradores de derecho o de hecho de las personas contra las que se va a decretar la medida. Por otro lado, el periculum in mora estriba en evitar que durante la tramitación del concurso los administradores de derecho o de hecho puedan disponer de sus bienes, haciendo ineficaz la eventual condena que pudiera decretarse a tenor delart. 172.3 Ley Concursal.”: AAP Sevilla (Sección 5) 12.11.2010 (JUR 2011/122776; Auto 225/2010; Rollo 1902/2010)

AP Tarragona

“CUARTO Solventadas estas dos cuestiones de orden procesal, el presente recurso se centra en si se cumplen los requisitos de losarts. 48.3 LC y 728 LEC para adoptar las medidas cautelares, embargando a los Srs.Jose Enrique,Pio,Sergio y a ISRA. Aunque la doctrina y algunas resoluciones de los tribunales difieran sobre si los delart. 728 LEC deben también exigirse cuando se presenta un supuesto de los delart. 48.3 LC (ver los autos de los Juzgados de lo Mercantil 2 de Barcelona el 5-5-2005 y 18-7-2005, además de losAutos JM-1 Vizcaya 23-03-2005, JM-3 Barcelona 18-02-2005, JM-2 Barcelona 18-07-2005, donde parecen bastar los requisitos delart. 48.3 LC; y los que consideran implícitos los delart. 728 LEC en elart. 48.3 LC, como elAuto JM-1 Cádiz 05-05-2006 y el Auto JM-5 Madrid 10-10-2005; y los que consideran que elart. 48.3 LC y el 728 LEC se deben integrar, como en laSAP Barcelona 6-2-2006), lo cierto es que estaSala ha tenido ya alguna ocasión de pronunciarse al respecto, en concreto, en el AAP Tarragona 2-5-2007 (ver también elAAP Tarragona 21-2-2006), que lo hizo en los siguientes términos:
"Elart. 48 de la Ley Concursal da al Juez la posibilidad, que deja en gran parte a su libre arbitrio, de fijar como medida cautelar el embargo de bienes y derecho de los administradores de la entidad concursada tendente a garantizar la efectividad de la sentencia de calificación en su posible pronunciamiento previsto en elart. 172.3 Ley Concursal, consistente en condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Requisitos de la medida son:
a) Que se haya dictado auto declaratorio del concurso, momento que constituye el inicio de la posibilidad de adoptar la medida.
b) Que se de la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable, lo que implica que el Juez a de fundamentar adecuadamente la referida posibilidad, lo que, en parte, viene a restringir su libre arbitrio en consonancia con el carácter restrictivo de la medida.
c) Que exista posibilidad fundada de que la masa activa no sea suficiente para pagar las deudas, lo que implica que la responsabilidad que trata de garantizarse es de naturaleza subsidiaria.
La fundamentación se ha de extender, pues, a la calificación de culpabilidad del concurso y a la insuficiencia de la masa activa.
d) Que las personas contra quienes se dicte la medida sean administradores o liquidadores, de hecho o de derecho de lo concursado, o lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
La referida medida ha sido criticada por parte de la doctrina, que la califica de una de las más polémicas previsiones de la Ley Concursal en cuya Exposición de Motivos se la considera como el efecto más severo que la Ley establece de los derivados de la declaración de concurso, lo que lleva a la conclusión de su prudente y restrictiva aplicación. Asimismo se reprocha que no se requiera para la adopción del embargo prueba alguna de que quien va a ser sometida a él haya observado una conducta irregular o negligente, permitiendo por igual

el embargo respecto de los administradores culpables de la insolvencia como de los que no sean, ya se trate de administradores actuales como de esos administradores que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, posibilidad que ha sido calificada de especialmente severa; defendiéndose una interpretación teleológica que, en estos casos, limite la posibilidad de la medida a aquellos que hubieran contribuido a la insolvencia culpable de la concursada, lo cual, sin embargo, no exige la literalidad de la norma.
Dicho precepto que autoriza al juez del concurso para la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo, ha de ser completado con lo establecido en la LEC en sede de medidas cautelares. La LEC regula las disposiciones generales de las medidas cautelares en losarts. 721 a 729, y el procedimiento para la adopción de medidas cautelares en losarts. 730 y ss.; recogiendo expresamente en elart. 727.1ª, como medida cautelar específica "el embargo preventivo de bienes". Los requisitos legales para la adopción de medidas cautelares son.
A) Fumus boni iuris o "apariencia de buen derecho". Elart. 728.2 L.Enj.Civil preceptúa que el solicitante de las medidas cautelares habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; pudiendo en defecto de justificación documental, ofrecerla por otros medios.
B) Periculum in mora o peligro por la mora procesal. Elart. 728.1 L.Enj.Civil, establece que el solicitante de las medidas cautelares deberá justificar en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares podrían producirse durante la pendencia del proceso, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. El periculum in mora constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no al daño jurídico -tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso. Como dice laSAP Barcelona de 24 mayo 1990, "puede ser entendido como peligro de que con el transcurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o grave daño por el retraso en su ejecución.
El peligro por mora procesal tiende no sólo a impedir la desaparición de los medios necesarios para la ejecución forzosa (finalidad asegurativa), sino también a proteger contra la prolongación de un juicio que puede producir un grado de insatisfacción continuada y que, en ocasiones, cuando llega a la fase ejecutiva, ya no puede ser amparada en condiciones de plena efectividad.
Pues bien, elart. 48 LC viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se deriva de la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa insuficiente, de donde se podrá derivar conforme alart. 172.3 Ley Concursal, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, que podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. De otra parte, el periculum in mora estriba en evitar que durante la tramitación del concurso de administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer conforme al citadoart. 172.3 Ley Concursal ":": AAP Tarragona 17.06.2009 (JUR 2009/426453: Auto 65/2009; Rollo 429/2008)

"SEGUNDO El presente recurso se centra en si se cumplen los requisitos de losarts. 48.3 LC y 728 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) para adoptar las medidas cautelares, embargando al Sr.Moises. Aunque la doctrina y algunas resoluciones de los tribunales difieran sobre si los delart. 728 LEC deben también exigirse cuando se presenta un supuesto de los delart. 48.3 LC (ver los autos de los Juzgados de lo Mercantil 2 de Barcelona el 5-5-2005 (JUR 2005, 126664) y 18-7-2005 (JUR 2005, 185572), además de losAutos JM-1 Vizcaya 23-03-2005 (AC 2005, 248), JM-3 Barcelona 18-02-2005 (AC 2004, 243), JM-2 Barcelona 18-07-2005, donde parecen bastar los requisitos delart. 48.3 LC; y los que consideran implícitos los delart. 728 LEC en elart. 48.3 LC, como elAuto JM-1 Cádiz 05-05-2006 (AC 2006, 844) y el Auto JM-5 Madrid 10-10-2005 (JUR 2005, 279376); y los que consideran que elart. 48.3 LC y el 728 LEC se deben integrar, como en laSAP Barcelona 6-2-2006 (JUR 2006, 242022)), lo cierto es que estaSala ha tenido ya algunas ocasiones de pronunciarse al respecto, en concreto, en el AAP Tarragona 2-5-2007 (AC 2007, 1732) (ver también elAAP Tarragona 21-2-2006 (AC 2006, 1168) y el AAP Tarragona 17-6-2009 (JUR 2009, 426453)), que lo hizo en los siguientes términos:
"Elart. 48 de la Ley Concursal da al Juez la posibilidad, que deja en gran parte a su libre arbitrio, de fijar como medida cautelar el embargo de bienes y derecho de los administradores de la entidad concursada tendente a garantizar la efectividad de la sentencia de calificación en su posible pronunciamiento previsto en elart. 172.3 Ley Concursal, consistente en condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Requisitos de la medida son:
a) Que se haya dictado auto declaratorio del concurso, momento que constituye el inicio de la posibilidad de adoptar la medida.
b) Que se de la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable, lo que implica que el Juez a de fundamentar adecuadamente la referida posibilidad, lo que, en parte, viene a restringir su libre arbitrio en consonancia con el carácter restrictivo de la medida.
c) Que exista posibilidad fundada de que la masa activa no sea suficiente para pagar las deudas, lo que implica que la responsabilidad que trata de garantizarse es de naturaleza subsidiaria.
La fundamentación se ha de extender, pues, a la calificación de culpabilidad del concurso y a la insuficiencia de la masa activa.

d) Que las personas contra quienes se dicte la medida sean administradores o liquidadores, de hecho o de derecho de lo concursado, o lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
La referida medida ha sido criticada por parte de la doctrina, que la califica de una de las más polémicas previsiones de la Ley Concursal en cuya Exposición de Motivos se la considera como el efecto más severo que la Ley establece de los derivados de la declaración de concurso, lo que lleva a la conclusión de su prudente y restrictiva aplicación. Asimismo se reprocha que no se requiera para la adopción del embargo prueba alguna de que quien va a ser sometida a él haya observado una conducta irregular o negligente, permitiendo por igual el embargo respecto de los administradores culpables de la insolvencia como de los que no sean, ya se trate de administradores actuales como de esos administradores que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, posibilidad que ha sido calificada de especialmente severa; defendiéndose una interpretación teleológica que, en estos casos, limite la posibilidad de la medida a aquellos que hubieran contribuido a la insolvencia culpable de la concursada, lo cual, sin embargo, no exige la literalidad de la norma.
Dicho precepto que autoriza al juez del concurso para la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo, ha de ser completado con lo establecido en la LEC en sede de medidas cautelares. La LEC regula las disposiciones generales de las medidas cautelares en los arts. 721 a 729, y el procedimiento para la adopción de medidas cautelares en losarts. 730 y ss.; recogiendo expresamente en elart. 727.1ª, como medida cautelar específica "el embargo preventivo de bienes". Los requisitos legales para la adopción de medidas cautelares son.
A) Fumus boni iuris o "apariencia de buen derecho". Elart. 728.2 L.Enj.Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) preceptúa que el solicitante de las medidas cautelares habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; pudiendo en defecto de justificación documental, ofrecerla por otros medios.
B) Periculum in mora o peligro por la mora procesal. Elart. 728.1 L.Enj.Civil, establece que el solicitante de las medidas cautelares deberá justificar en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares podrían producirse durante la pendencia del proceso, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. El periculum in mora constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no al daño jurídico -tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso. Como dice laSAP Barcelona de 24 mayo 1990, "puede ser entendido como peligro de que con el transcurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o grave daño por el retraso en su ejecución.
El peligro por mora procesal tiende no sólo a impedir la desaparición de los medios necesarios para la ejecución forzosa (finalidad asegurativa), sino también a proteger contra la prolongación de un juicio que puede producir un grado de insatisfacción continuada y que, en ocasiones, cuando llega a la fase ejecutiva, ya no puede ser amparada en condiciones de plena efectividad.
Pues bien, elart. 48 LC viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se deriva de la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa insuficiente, de donde se podrá derivar conforme alart. 172.3 Ley Concursal, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, que podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. De otra parte, el periculum in mora estriba en evitar que durante la tramitación del concurso de administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer conforme al citadoart. 172.3 Ley Concursal ".
En consecuencia, analizando para el presente supuesto cada uno de los requisitos delart. 48.3 LC ("fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas") que conlleva implícitos os delart. 728 LEC, sin prejuzgar el fondo del asunto, determinaremos si las causa de oposición a las medidas cautelares otorgadas (esencialmente, que el concurso pueda ser razonablemente declarado culpable y la insuficiencia del activo para hacer frente al pasivo) deben ser admitidas, teniendo en cuenta que los motivos del embargo preventivo de elementos del patrimonio personal del Sr.Moises se pretenden justificar en base a una posible declaración de concurso culpable(art. 164 LC), con las correspondientes consecuencias en elart. 172.3 LC, por doble motivo: haber incumplido el deber de colaboración con la administración concursal(art. 165.2 LC) y por la circunstancia de que el Sr.Moises posiblemente haya participado en algún supuesto delart. 164.2.5 LC, por cobros a su favor.": AAP Tarragona 22.03.2010 (AC 2010/977; Rollo 412/2009)

AP Vizcaya

"TERCERO.-El contexto jurídico en que opera el embargo acordado está perfectamente descrito en la resolución apelada: el artículo 48.3º de la Ley Concursal permite al Juez del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, ordenar el embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores de hecho o de derecho de la concursada, y de quienes hubieran tenido dicha condición dentro de los dos años anteriores a la declaración, cuando "de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas". Dicho precepto, pues, debe ponerse en relación con el artículo 164 de la misma LECO, que establece los títulos de imputación de culpabilidad, y con el artículo 172.3º, por el que "si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique

como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".
Asistimos por tanto a un régimen cautelar de garantía, que la misma Exposición de Motivos de la LECO califica como el efecto más severo en la declaración del concurso de una persona jurídica, que incardina el embargo preventivo dentro de las medidas cautelares, pues pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena en la pieza de calificación del concurso, pero que se rige por requisitos específicos y genéricos. Unos son propios de esta medida, como es la posibilidad de acordarla de oficio, lo que no es posible según el régimen general de la LEC (art. 721), con la lógica consecuencia de la no necesidad de caución propia del régimen general (art. 728.3 LEC), sin que sea preciso esperar al informe de la calificación del concurso del artículo 169.1 LC y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación (arts. 163 y 167 LC); y otros animan la adopción de cualquier medida cautelar, como el peligro en la mora y la apariencia de buen derecho (art. 728 LEC), que se entienden ya subsumidos en la especial situación que describe el artículo 48.3, es decir, una fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas; o la admisión de la posibilidad de caución sustitutoria, aunque restringida por el legislador a un aval de entidad de crédito.
Para su concurrencia es preciso que se cumplan estos requisitos:(1) Insuficiencia de la masa activa para pagar todas las deuda, destacando que basta que resulte fundada la posibilidad de dicha insuficiencia patrimonial; (2) Indicios igualmente fundados de que el concurso puede ser declarado culpable y de que el administrador podría ser condenado al amparo del artículo 172.3 LECO. Según el sistema del artículo 164, ello procederá si en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, lo que en última instancia vincula la responsabilidad concursal del administrador con su deber de diligencia en el ejercicio de su cargo (arts. 127 LSA y 61.1 LSRL); (3) La declaración de la responsabilidad concursal de los administradores sólo es posible si la apertura de la pieza de calificación obedece a la apertura de la liquidación, de forma que se excluye cualquier pronunciamiento sobre dicha responsabilidad en la sentencia en los casos de convenio, cualquiera que fuera el acuerdo alcanzado, sea éste más o menos gravoso; y (4) La persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes. ”: AAP Vizcaya (Sección 4) 23.06.2010 (Auto 515/2010; Rollo 317/2009)

“TERCERO.-El contexto jurídico en que opera el embargo acordado está perfectamente descrito en la resolución apelada: el artículo 48.3º de la Ley Concursal permite al Juez del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, ordenar el embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores de hecho o de derecho de la concursada, y de quienes hubieran tenido dicha condición dentro de los dos años anteriores a la declaración, cuando "de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas".
Dicho precepto, debe ponerse en relación con el artículo 164 de la misma LECO, que establece los títulos de imputación de culpabilidad, y también con el artículo 172.3º, que dispone que "si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total
o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".
Asistimos por tanto a un régimen cautelar de garantía, que la misma Exposición de Motivos de la LECO califica como el efecto más severo en la declaración del concurso de una persona jurídica, que incardina el embargo preventivo dentro de las medidas cautelares, pues pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena en la pieza de calificación del concurso, pero que se rige por requisitos específicos y genéricos. Unos son propios de esta medida, como es la posibilidad de acordarla de oficio, lo que no es posible según el régimen general de la LEC (art. 721), con la lógica consecuencia de la no necesidad de caución propia del régimen general (art. 728.3 LEC), sin que sea preciso esperar al informe de la calificación del concurso del artículo 169.1 LC, y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación (arts. 163 y 167 LC); y otros animan la adopción de cualquier medida cautelar, como el peligro en la mora y la apariencia de buen derecho (art. 728 LEC), que se entienden ya subsumidos en la especial situación que describe el artículo 48.3, es decir, una fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable, y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas; o la admisión de la posibilidad de caución sustitutoria, aunque restringida por el legislador a un aval de entidad de crédito.
Para su concurrencia es preciso que se cumplan estos requisitos: (1) Insuficiencia de la masa activa para pagar todas las deuda, destacando que basta que resulte fundada la posibilidad de dicha insuficiencia patrimonial; (2) Indicios igualmente fundados de que el concurso puede ser declarado culpable y de que el administrador podría ser condenado al amparo del artículo 172.3 LECO. Según el sistema del artículo 164, ello procederá si en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, lo que en última instancia vincula la responsabilidad concursal del administrador con su deber de diligencia en el ejercicio de su cargo (arts. 127 LSA y 61.1 LSRL); (3) La declaración de la responsabilidad concursal de los administradores sólo es posible si la apertura de la pieza de calificación obedece a la apertura de la liquidación, de forma que se excluye cualquier pronunciamiento sobre dicha responsabilidad en la sentencia en los casos de convenio, cualquiera que fuera el acuerdo alcanzado, sea éste más o menos gravoso; y (4) La persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de

declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes.”: AAP Vizcaya (Sección 4) 10.03.2011 (Auto 165/2011; Rollo 495/2010)

JM-5 Madrid

“Dada la naturaleza cautelar del embargo previsto en el artículo 48.3 de la L.C., su adopción exige la concurrencia de los tradicionales requisitos, propios de toda medida cautelar, del "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho y del "periculum in mora" o peligro de retardo procesal (artículo 728 de la L.E.C.)
Con esta medida cautelar se trata de asegurar la efectividad de la sentencia que pueda recaer en la sección de calificación y, más concretamente, la condena de los administradores o liquidadores de la persona jurídica deudora, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, esto es, a la denominada por la doctrina cobertura del déficit.
Dada la vinculación de esta medida cautelar a la finalidad señalada, el propio artículo 48.3 de la L.C., requiere que: a) resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y, b) que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, fijando de este modo la norma los elementos que integran el fumus boni iuris.
(…) el hecho de que el artículo 48.3 silencie el requisito del peligro por la mora procesal no significa que se prescinda del mismo, lo que implicaría desnaturalizar la medida cautelar (artículos 726 y 728 de la L.E.C.), pero aquél está implícito en la posibilidad de que el concurso se califique como culpable. Esto es, en el supuesto tan particular analizado, si hay apariencia de buen derecho concurre el peligro por la mora procesal, pues la posibilidad de que el concurso se califique como culpable implica que el administrador o liquidador ha actuado con dolo o culpa grave determinante de la generación o agravación del estado de insolvencia, por lo que cabe entender que ante una eventual condena a la cobertura del déficit podría intentar eludir la efectividad de la sentencia.”: Auto JM-5 Madrid 10.10.2005 (Concurso 307/2005)

JM-1 Cádiz

“PRIMERO El art. 48.3 LC, atribuye competencia al juez del concurso, desde la misma declaración, para acordar de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, el embargo de bienes y derechos de administradores y liquidadores de derecho o de hecho del concursado persona jurídica, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración. Los presupuestos para el embargo según el citado precepto son dos:
Que de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y
Que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.
Dicho precepto que autoriza al juez del concurso para la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo, ha de ser completado con lo establecido en la LECiv en sede de medidas cautelares. La Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv) regula las disposiciones generales de las medidas cautelares en los arts. 721 a 729, y el procedimiento para la adopción de medidas cautelares en los arts. 730 y siguientes; recogiendo expresamente en el art. 727.1ª, como medida cautelar específica «el embargo preventivo de bienes». Los requisitos legales para la adopción de medidas cautelares son:
A) Fumus boni iuris o «apariencia de buen derecho». El art. 728.2 LECiv preceptúa que el solicitante de las medidas cautelares habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; pudiendo en defecto de justificación documental, ofrecerla por otros medios.
B) Periculum in mora o peligro por la mora procesal. El art. 728.1 LECiv, establece que el solicitante de las medidas cautelares deberá justificar en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares podrían producirse durante la pendencia del proceso, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. El periculum in mora constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no al daño jurídico -tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso. Como dice la SAP Barcelona de 24 de mayo de 1990, «puede ser entendido como peligro de que con el trascurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o grave daño por el retraso en su ejecución».
El peligro por mora procesal tiende no sólo a impedir la desaparición de los medios necesarios para la ejecución forzosa (finalidad asegurativa), sino también a proteger contra la prolongación de un juicio que puede producir un grado de insatisfacción continuada y que, en ocasiones, cuando llega a la fase ejecutiva, ya no puede ser amparada en condiciones de plena efectividad.
Pues bien, el art. 48 LC viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se deriva de la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa insuficiente, de donde se podrá derivar conforme al art. 172.3 LC, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, que podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. De otra parte, el periculum in mora estriba en evitar que durante la tramitación del concurso los administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer conforme al citado art. 172.3 LC.
SEGUNDO En el presente caso, concurren los presupuestos del citado art. 48.3 LC para acordar el embargo preventivo de bienes de los administradores de la sociedad. En primer lugar, del informe de la administración concursal se colige que la masa activa habrá de ser insuficiente para satisfacer todas las deudas. De otra parte, se ha solicitado por el deudor la liquidación, lo que determinará la apertura de la sección de calificación,

y según consta en la solicitud de la medida cautelar, se aprecian las siguientes anomalías reflejadas en el informe de la administración concursal:
Haber cometido incumplimiento sustanciales en la llevanza de la contabilidad por parte de la empresa concursada.
Haber cometido irregularidades relevantes para la comprensión de su situación financiera o patrimonial.
Inexactitud grave en documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso y presentados durante la tramitación del mismo.
Anomalías en la baja del inmovilizado reflejado en la contabilidad de la empresa.
De las anteriores circunstancias se colige la presumible calificación del concurso como culpable, conforme al art. 164.2 apartados 1º y 2º LC.": ":Auto JM-1 Cádiz 05.05.2006 (AC 2006/844)

2.1.1.3 Además, previsible apertura de la liquidación

"También, aunque lo omite el artículo 48.3, debe tenerse en cuenta que solo podrá decretarse el embargo cuando exista algún indicio de que, en su momento, podría llegar a abrirse la fase de liquidación, pues sólo en este caso, es posible la condena a la cobertura del déficit (artículo 172.3 de la L.C.). Ahora bien, dicha exigencia debe interpretarse, a juicio de este órgano judicial, de forma muy amplia, en el sentido de que no conste con un mínimo de seriedad la posibilidad de que pueda resultar aprobado un convenio, como por ejemplo, si ya se ha admitido a trámite una propuesta anticipada, en cuyo caso no parece que pudiera decretarse el embargo so pretexto de una ulterior no aprobación del mismo e incluso del futuro incumplimiento en caso de que llegara a aprobarse, al no concurrir el necesario fumus boni iuris": Auto JM-5 Madrid 10.10.2005 (Concurso 307/2005)

2.1.2 Tesis contraria. Integración con las normas generales de las medidas cautelares. Accesoriedad. Fumus boni iuris y periculum in mora

AP Alava

"SEGUNDO.- Si bien la medida cautelar de embargo de bienes de los administradores de hecho o de derecho tiene su propia regulación en el art. 48.3 L.C., sin embargo en su esencia es de aplicación con carácter general los establecido en el art. 728 L.E.C., conforme al cual sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual resolución condentaria. No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión.
La apariencia del buen derecho y el "periculum in mora" también conforman requisitos contrastables para la adopción de la medida cautelar de embargo de bienes, si bien con las matizaciones que resultan de la singularidad del proceso concursal en relación con personas jurídicas. Así cabe la adopción de medida de oficio o a instancia de la administración concursal y afecta a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la concursada que intervinieron durante las dos años anteriores al concurso. Los requisitos se concretan en la objetiva existencia de una masa activa insuficiente para satisfacer todas las deudas y en la posibilidad de que el concurso sea declarado culpable. Ésta último circunstancia se revela como el contenido básico de la apariencia de derecho que debe valorar el Juez, una vez comprobada la insuficiencia de la masa activa.
En el supuesto de autos la insuficiencia de la masa activa es evidente y no ofrece ningún motivo específico de impugnación. El examen del "periculum in mora" riesgo que significa uno de los requisitos esenciales que ha de valorarse a efectos de la adopción de la medida cautelar, resulta de la propia apariencia del derecho e importancia de la deuda, que viene representada por la prospección fáctica y jurídica que permite atisbar la posibilidad de que el concurso pueda ser declarado culpable, con las consiguientes consecuenias y responsabilidades personales que ello conlleva, conforme a los arts. 164, 165 y 172 L.C.
A tal efecto la existencia de actos relacionados con la gestión y administración de la empresa que permitan deducir una apariencia de auténtica implicación personal en el fondo de las decisiones u omisiones de las que resulte la calificación del concurso es, en la esfera de los simples indicios, razonable bajo la consideraciónde que Dña. Francisca es esposa del administrador único, apoderada de la sociedad, tras vender sus participaciones a su marido, y participa en la gestión administrativa al tiempo que presta su aval personal en operaciones bancarias. Todo lo cual permite atisbar la posibilidad de deducir su responsabilidad en la pieza de calificación, al tomar parte y ser corresponsable de los actos de disposición que afectaron a la concursada en detrimento de la igualdad, orden y preferencias de créditos.
Actos que se concretan en la existencia de distintas transaciones y compensaciones de deudas, que se llevan acabo en el periodo imediatamente anterior al concurso, cual es la cancelación anticipada de préstamos con entidades bancarias y las compensaciones de créditos referidas. Ello sin perjuicio de que a su vez tales transaciones puedan o no ser objeto de una acción rescisoria. Asimismo es de destacar que la solicitud del concurso indiciariamente se realizó de forma tardía, pues el 31 de diciembre de 2008 ya constan fondos propios negativos por importe de 153.971 euros, situación agravada a 7 de julio de 2009, cuando ya ese importe negativo se eleva a 523.441 euros, habiéndose producido en el mes de junio, un mes antes de la presentación del concurso, la referida compensación, precisamente con una sociedad constituida por los

mismos socios que la propia concursada.”: AAP Alava (Sección 1) 10.02.2011 (Auto 42/2011; Rollo 454/2010)

“El art. 48.3 LC indica que desde la declaración de concurso, el juez, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.
Exige el precepto para declarar el embargo:
a) Que se haya dictado auto declaratorio del concurso, momento que constituye el inicio de la posibilidad de adoptar la medida.
b) Que se de la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable, lo que implica que el Juez ha de fundamentar adecuadamente la referida posibilidad, lo que, en parte, viene a restringir su libre arbitrio en consonancia con el carácter restrictivo de la medida.
c) Que exista posibilidad fundada de que la masa activa no sea suficiente para pagar las deudas, lo que implica que la responsabilidad que trata de garantizarse es de naturaleza subsidiaria.
La fundamentación se ha de extender, pues, a la calificación de culpabilidad del concurso y a la insuficiencia de la masa activa.
d) Que las personas contra quienes se dicte la medida sean administradores o liquidadores, de hecho o de derecho de lo concursado, o lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
La declaración de culpable procederá si en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, lo que en última instancia vincula la responsabilidad concursal del administrador con su deber de diligencia en el ejercicio de su cargo (art. 127 LSA y 61.1 LSRL).
Al respecto en el Auto de esta Audiencia de 6 de julio de 2.006 decíamos que no se exige la plena acreditación de la insuficiencia del activo y de la calificación del concurso como culpable, sino que es suficiente la simple probabilidad de que ello suceda, y habida cuenta de que la responsabilidad concursal de los administradores del art. 172.3 LC no tiene naturaleza indemnizatoria, para decretar el embargo preventivo en garantía de dicha responsabilidad no es preciso que se acredite ni un concreto daño ni una relación de causalidad.
SEGUNDO.-El art. 48 LC ha de ser completado con lo establecido en los art. 721 a 729 LEC que establece como requisitos legales:
A) Fumus boni iuris o "apariencia de buen derecho". El art. 728.2 LEC preceptúa que el solicitante de las medidas cautelares habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; pudiendo en defecto de justificación documental, ofrecerla por otros medios.
B) Periculum in mora o peligro por la mora procesal. El art. 728.1 LEC, establece que el solicitante de las medidas cautelares deberá justificar en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares podrían producirse durante la pendencia del proceso, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. El periculum in mora constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no al daño jurídico - tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso. Como dice la SAP Barcelona de 24 mayo 1990 puede ser entendido como peligro de que con el transcurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o grave daño por el retraso en su ejecución.
Pues bien, el art. 48 LC viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se deriva de la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa insuficiente, de donde se podrá derivar conforme al art. 172.3 Ley Concursal, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, que podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. De otra parte, el periculum in mora estriba en evitar que durante la tramitación del concurso los administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer conforme al citado art. 172.3 Ley Concursal. ”: AAP Alava (Sección 1) 14.04.2011 (Auto 61/2011; Rollo 667/2010)

“El art. 48.3 LC, atribuye competencia al juez del concurso, desde la misma declaración, para acordar de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, el embargo de bienes y derechos de administradores y liquidadores de derecho o de hecho del concursado persona jurídica, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración. Los presupuestos para el embargo según el citado precepto son dos :
Que de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y
Que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.
Dicho precepto que autoriza al juez del concurso para la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo, ha de ser completado con lo establecido en la LEC sede de medidas cautelares. La Ley de Enjuiciamiento Civil regula las disposiciones generales de las medidas cautelares en los arts. 721 a 729, y el procedimiento para la adopción de medidas cautelares en los arts. 730 y siguientes; recogiendo expresamente en el art. 727.1ª, como medida cautelar específica "el embargo preventivo de bienes". Los requisitos legales para la adopción de medidas cautelares son:
A) Fumus boni iuris o "apariencia de buen derecho". El art. 728.2 LEC preceptúa que el solicitante de las

medidas cautelares habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; pudiendo en defecto de justificación documental, ofrecerla por otros medios.
B) Periculum in mora o peligro por la mora procesal. El solicitante de las medidas cautelares deberá justificar en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares podrían producirse durante la pendencia del proceso, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria ex artº. 728.1 LEC. El periculum in mora constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no al daño jurídico -tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso. Como dice la SAP Barcelona de 24 de mayo de 1990, "puede ser entendido como peligro de que con el trascurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o grave daño por el retraso en su ejecución".
El peligro por mora procesal tiende no sólo a impedir la desaparición de los medios necesarios para la ejecución forzosa (finalidad asegurativa), sino también a proteger contra la prolongación de un juicio que puede producir un grado de insatisfacción continuada y que, en ocasiones, cuando llega a la fase ejecutiva, ya no puede ser amparada en condiciones de plena efectividad.
Pues bien, el art. 48 LC viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se deriva de la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa insuficiente, de donde se podrá derivar conforme al art. 172.3 LC, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, que podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.
De otra parte, el periculum in mora estriba en evitar que durante la tramitación del concurso los administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer conforme al citado art. 172.3 LC. ": AAP Alava (Sección 1) 02.06.2011 (Auto 85/2011; Rollo 166/2011)

AP Barcelona

"La medida cautelar de embargo preventivo de los bienes del administrador de la sociedad concursada -prevista en el art. 48.3 LC- es accesoria de la pretensión principal que deberá ejercitarse en la sección de calificación, cuando proceda la calificación culpable del concurso de una persona jurídica, de condena de dicho administrador de la sociedad -de derecho o de hecho- o de quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación (art. 172.3 LC).
Es cierto que, como argumenta el auto recurrido, esta medida cautelar goza de una regulación específica en el art. 48.3 LC, que la singulariza frente al régimen general de las medidas cautelares previstas en los arts. 722 y ss. LEC, pero también lo es que la regulación específica es insuficiente y que debe ser integrada con el referido régimen general -especialmente con el art. 728 LEC- e interpretada de forma sistemática con las normas que regulan la calificación concursal (art. 163 y ss. LC)
Una de las peculiaridades de esta medida cautelar es que puede ser apreciada de oficio por el Juez o a instancia del administrador concursal, como ocurrió en el caso enjuiciado. Otra se refiere al momento de su adopción, pues no es preciso esperar al informe de la calificación del concurso del art. 169.1 LC y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación (arts. 163 y 167 LC), si no que puede ser acordada desde la misma declaración de concurso. Además, se exime de la obligación de aportar caución a la administración concursal, sin perjuicio de que el embargo pueda ser sustituido, a solicitud del interesado, por un aval de entidad de crédito (art. 48.3 LC).
Estas especialidades no empecen a la referida relación de accesoriedad del embargo respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores (o liquidadores) por los créditos no satisfechos con la liquidación, ni a que, en función de ello, deban cumplirse los requisitos generales del fumus boni iuris y el periculum in mora, analizados siempre en relación con dicha acción principal.
De este modo, el embargo puede adoptarse desde que surge la apariencia de responsabilidad de los administradores o liquidadores, que presupone también la previsión de que se optará por la liquidación y que ésta resultará insuficiente para el pago de los créditos. El peligro por la demora procesal incluirá la urgencia en adoptar esta medida antes incluso de la apertura de la calificación, en atención al riesgo de inefectividad de la hipotética sentencia condenatoria como consecuencia de la dilación propia de la tramitación de la fase común del concurso y del incidente de calificación, por lo que estará en función de la solvencia patrimonial del administrador.": Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)

"SEGUNDO Como hemos venido reiterando desde elauto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05) la medida cautelar de embargo preventivo de los bienes del administrador de la sociedad concursada -prevista en elart. 48.3 LC - es accesoria de la pretensión principal que deberá ejercitarse en la sección de calificación, cuando proceda la calificación culpable del concurso de una persona jurídica, de condena de dicho administrador de la sociedad -de derecho o de hecho- o de quien lo hubiera sido dentro de los dos a-os anteriores a la declaración de concurso, a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación (art. 172.3 LC).
Aunque esta medida cautelar goza de una regulación específica en elart. 48.3 LC, que la singulariza frente al régimen general de las medidas cautelares previstas en losarts. 722 y ss. LEC, dicha regulación específica es insuficiente y por ello debe ser integrada con el referido régimen general -especialmente con elart. 728 LEC - e interpretada de forma sistemática con las normas que regulan la calificación concursal (art. 163 y ss. LC).

Una de las peculiaridades de esta medida cautelar es que puede ser apreciada de oficio por el Juez o a instancia del administrador concursal, como ocurrió en el caso enjuiciado. Otra se refiere al momento de su adopción, pues no es preciso esperar al informe de la calificación del concurso delart. 169.1 LC y ni siquiera a la apertura de lasección de calificación (arts. 163 y 167 LC), si no que puede ser acordada desde la misma declaración de concurso. Además, se exime de la obligación de aportar caución a la administración concursal, sin perjuicio de que el embargo pueda ser sustituido, a solicitud del interesado, por un aval de entidad de crédito (art. 48.3 LC).
Estas especialidades no empecen a la referida relación de accesoriedad del embargo respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores (o liquidadores) por los créditos no satisfechos con la liquidación, ni a que, en función de ello, deban cumplirse los requisitos generales del fumus boni iuris y el periculum in mora, analizados siempre en relación con dicha acción principal.
De este modo, el embargo puede adoptarse desde que surge la apariencia de responsabilidad de los administradores o liquidadores, que presupone tambiÉn la previsión de que se optará por la liquidación y que Ésta resultará insuficiente para el pago de los créditos. En relación con la concurrencia del primero de estos dos presupuestos legales, la administradora demandada no ha objetado nada frente a la previsión de que probablemente el concurso acabe con la liquidación de la masa activa, por lo que debemos admitirlo. Por lo que respecta al segundo, la insuficiencia de sus bienes para pagar con su liquidación los créditos concursales, a pesar de que la administradora genéricamente lo niegue, la solicitud de concurso voluntario ya lo admitía al cifrar el activo en 2.915.061,65 euros y el pasivo en 4.518.058,72 euros, lo que no ha sido negado por la Sra.Brigida. Si según la solicitud de concurso la diferencia entre el activo y el pasivo era, al tiempo de solicitarse el concurso, de 1.602.997,07, resulta razonable concluir de presumiblemente quedarán créditos concursales impagados por una cuantía superior a aquella por la que se ha acordado el embargo, 1.778.346,84 euros.”: AAP Barcelona (Sección 15) 30.01.2009 (JUR 2009/411710; Auto 35/2009; Rollo 575/2008)

“SEGUNDO.- El contexto jurídico en que opera el embargo acordado está perfectamente descrito en la resolución apelada: elartículo 48.3º de la Ley Concursalpermite al Juez del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, ordenar el embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores de hecho o de derecho de la concursada, y de quienes hubieran tenido dicha condición dentro de los dos años anteriores a la declaración, cuando "de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas". Dicho precepto, pues, debe ponerse en relación con elartículo 164 de la misma LC, que establece los títulos de imputación de culpabilidad, y con elartículo 172.3º, por el que "si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".
Como venimos expresando desde elAuto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05), asistimos por tanto a un régimen cautelar de garantía, que la misma Exposición de Motivos de la LC califica como el efecto más severo en la declaración del concurso de una persona jurídica, que incardina el embargo preventivo dentro de las medidas cautelares, pues pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena en la pieza de calificación del concurso, pero que se rige por requisitos específicos y genéricos. Unos son propios de esta medida, como es la posibilidad de acordarla de oficio, lo que no es posible según el régimen general de la LEC (art. 721), con la lógica consecuencia de la no necesidad de caución propia del régimen general (art. 728.3 LEC), sin que sea preciso esperar al informe de la calificación del concurso delartículo 169.1 LCy ni siquiera a la apertura de lasección de calificación (arts. 163 y 167 LC); y otros animan la adopción de cualquier medida cautelar, como el peligro en la mora y la apariencia de buen derecho (art. 728 LEC), que se entienden ya subsumidos en la especial situación que describe elartículo 48.3, es decir, una fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas; o la admisión de la posibilidad de caución sustitutoria, aunque restringida por el legislador a un aval de entidad de crédito.
Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la regulación específica delartículo 48.3 LC, que singulariza el embargo al administrador frente al régimen general de las medidas cautelares previstas en losartículos 722 y siguientes de la LEC, es insuficiente y debe ser integrada con el referido régimen general e interpretada de forma sistemática con las normas que regulan la calificación concursal (arts. 163 y ss. LC). Estas especialidades no empecen a la referida relación de accesoriedad del embargo respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores (o liquidadores) por los créditos no satisfechos con la liquidación, ni a que, en función de ello, deban cumplirse los requisitos generales del fumus boni iuris y el periculum in mora, analizados siempre en relación con dicha acción principal.
El peligro por la demora procesal incluirá la urgencia en adoptar esta medida antes incluso de la apertura de la calificación, en atención al riesgo de inefectividad de la hipotética sentencia condenatoria como consecuencia de la dilación propia de la tramitación de la fase común del concurso y del incidente de calificación, por lo que estará en función de la solvencia patrimonial del administrador.
Respecto a la apariencia de buen derecho, para su concurrencia es preciso que se cumplan estos requisitos:
* Insuficiencia de la masa activa para pagar todas las deudas. Importa destacar cómo el legislador, al recoger sustancialmente el contenido de losartículos 25 y 27 de la Propuesta de Anteproyecto de 1995para redactar elartículo 48.3, no exige que de lo actuado resulte la insuficiencia patrimonial de la deudora para satisfacer todas las obligaciones, como hacía el antecedente, pues basta que resulte fundada la posibilidad de dicha insuficiencia patrimonial.

* Indicios igualmente fundados de que el concurso puede ser declarado culpable y de que el administrador podría ser condenado al amparo delartículo 172.3. Según el sistema delartículo 164, ello procederá si en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, lo que en última instancia vincula la responsabilidad concursal del administrador con su deber de diligencia en el ejercicio de su cargo (arts. 127 LSA y 61.1LSRL). La Sala, sobre la base de una interpretación gramatical y lógica de las normas aplicables, viene sosteniendo que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Es este incumplimiento o negligencia causal el que permite constreñir la responsabilidad concursal exclusivamente a los administradores a los que quepa imputar causalmente la generación o la agravación del estado de insolvencia, y determinarla en proporción a la medida en que se hubiera generado o agravado la misma. Así, elartículo 48.3cifra el embargo en "la cuantía que el Juez estime bastante."
* La declaración de la responsabilidad concursal de los administradores sólo es posible si la apertura de la pieza de calificación obedece a la apertura de la liquidación, de forma que se excluye cualquier pronunciamiento sobre dicha responsabilidad en la sentencia en los casos de convenio, cualquiera que fuera el acuerdo alcanzado, sea éste más o menos gravoso. Evidentemente, en el momento de la adopción de esta medida de cautela, al inicio del concurso, si no es en el mismo auto de declaración, como es el caso, será difícil en muchas ocasiones valorar las posibilidades reales de concretar un convenio con los acreedores, lo que permite interpretar esta condición de forma más flexible, limitándose el Juez a descartar el embargo si ya constan indicios que apunten a un posible convenio (por ejemplo, una propuesta anticipada admitida a trámite) y cabe presumir que el proceso termine en liquidación.
* La persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes.": AAP Barcelona (Sección 15) 25.06.2008 (JUR 2008/329162; Auto 225/2008; Rollo 264/2008)

"III. A la vista de la argumentación contenida en el auto que desestima la oposición al embargo, necesariamente tenemos que reiterar la doctrina que venimos sosteniendo acerca del alcance del enjuiciamiento para el embargo de los bienes de la administración concursada desde el auto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05).
En aquella resolución ya exponíamos que esta medida cautelar de embargo preventivo de los bienes del administrador de la sociedad concursada —prevista en el art. 48.3 LC— es accesoria de la pretensión principal que deberá ejercitarse en la sección de calificación, cuando proceda la calificación culpable del concurso de una persona jurídica, de condena de dicho administrador de la sociedad —de derecho o de hecho— o de quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación (art. 172.3 LC).
Es cierto que esta medida cautelar goza de una regulación específica en el art. 48.3 LC, que la singulariza frente al régimen general de las medidas cautelares previstas en los arts. 722 y ss. LEC, pero también lo es que la regulación específica es insuficiente y que debe ser integrada con el referido régimen general —especialmente con el art. 728 LEC— e interpretada de forma sistemática con las normas que regulan la calificación concursal (art. 163 y ss. LC).
Una de las peculiaridades de esta medida cautelar es que puede ser apreciada de oficio por el juez —como ocurrió en el caso enjuiciado— o a instancia del administrador concursal. Otra se refiere al momento de su adopción, pues no es preciso esperar al informe de la calificación del concurso del art. 169.1 LC y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación (arts. 163 y 167 LC), sino que puede ser acordada desde la misma declaración de concurso. Además, se exime de la obligación de aportar caución a la administración concursal, sin perjuicio de que el embargo pueda ser sustituido, a solicitud del interesado, por un aval de entidad de crédito (art. 48.3 LC).
Estas especialidades no empecen a la referida relación de accesoriedad del embargo respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores (o liquidadores) por los créditos no satisfechos con la liquidación, ni a que, en función de ello, deban cumplirse los requisitos generales del fumus boni iuris y el periculum in mora, analizados siempre en relación con dicha acción principal.
De este modo, el embargo puede adoptarse desde que surge la apariencia de responsabilidad de los administradores o liquidadores, que presupone también la previsión de que se optará por la liquidación y que está resultará insuficiente para el pago de los créditos. El peligro por la demora procesal incluye la urgencia en adoptar esta medida antes incluso de la apertura de la calificación, en atención al riesgo de inefectividad de la hipotética sentencia condenatoria como consecuencia de la dilación propia de la tramitación de la fase común del concurso y del incidente de calificación, por lo que estará en función de la solvencia patrimonial del administrador.
Pero lo que resulta más conflictivo, como se pone de relieve también en el presente caso, es la apreciación del requisito de la apariencia de buen derecho, pues ello exige ineludiblemente especificar la naturaleza de la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC, en donde se aprecian las primeras diferencias de criterio con el auto recurrido.": AAP Barcelona (Sección 15) 29.11.2007 (Rollo 652/2007)

"SEGUNDO. Los requisitos para que pueda ser adoptada la medida de embargo preventivo prevista en el art. 48.3 LC están descritos en la propia norma y son:
1.º) Que la concursada sea una persona jurídica.
2.º) Que de lo actuado resulte una fundada sospecha de que el concurso pueda ser declarado culpable.
3.º Que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.
La parcial regulación contenida en esa norma se debe completar con la que se establece en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre las medidas cautelares, particularmente con el art. 728 LEC, precepto en el que se regulan sus presupuestos, y entre ellos la apariencia de buen derecho (art. 728.2).

En este ámbito, la apariencia de buen derecho equivale a un juicio provisional o indiciario sobre la posibilidad de que se termine declarando responsable al administrador de la sociedad de las deudas de ésta, lo que presupone indicios de que la solución concursal será de liquidación y de que el concurso puede ser declarado culpable.
Cuando concurran esos presupuestos, el juez puede acordar el embargo preventivo de los bienes de quienes ostenten la condición de administradores o liquidadores de hecho o de derecho, o hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores al momento de la declaración, embargo que se puede acordar por la cuantía que el juez del concurso considere bastante. ":AAP Barcelona (Sección 15) 03.02.2011 (Auto 14/2011; Rollo 533/2010)

AP La Rioja

"SEGUNDO Se ha de tener en cuenta, al respecto, que elartículo 48 de la Ley Concursalautoriza al Juez del concurso, de oficio o a solicitud de la administración concursal y desde la declaración de concurso, a ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho y de quienes hubiesen tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. Así pues, como medida cautelar, el embargo de bienes del administrador de la persona jurídica concursada tiene como finalidad asegurar la condena de dicho administrador a pagar total o parcialmente los créditos concúrsales no satisfechos con la liquidación, que se acuerde en la sentencia de calificación, al amparo de lo dispuesto en elartículo 172.3 de la Ley Concursal. Para su adopción es preciso que concurran, no solo los requisitos establecidos en el artículo citado, sino los previstos en elartículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civilpara las medidas cautelares, al amparo de lo dispuesto en laDisposición Final 5ª de la Ley Concursal. Es preciso por tanto, que de lo actuado en el procedimiento se pueda obtener un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión, esto es y tal y como recoge elartículo 48.3, que existan indicios de que el concurso sea declarado culpable una vez sea abierta la fase de calificación, y de que la masa activa sea insuficiente, pudiendo ser condenados los administradores o liquidadores de la sociedad a pagar a los acreedores total o parcialmente el importe que no perciban de sus créditos en la liquidación de la masa activa (artículo 172.3). Además, es preciso que exista un riesgo o peligro por la mora procesal, de manera que pudiera frustrarse la pretensión principal de la que la medida es accesoria, y que se ejercitará en la fase de calificación, porque los administradores puedan disponer de sus bienes.
De otro lado, elartículo 164 de la Ley Concursalestablece que "el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho" estableciendo como presunciones iuris tantum de la existencia del dolo o culpa grave, entre otras, cuando el deudor, administradores o liquidadores hubiesen incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso, o no hubiesen formulado las cuentas anuales, ni las hubieran sometido a auditoria debiendo hacerlo, o una vez aprobadas, no las hubieran depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. Tales medidas, si bien sólo se regulan en la Ley como medidas a adoptar desde la declaración de concurso, podrían encontrar adecuado encaje legal en elartículo 17 de la Ley Concursalen relación con elartículo 727.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que como medida cautelar específica refiere el embargo preventivo de bienes, siempre que se someta al principio dispositivo exigido para la adopción de cualquier medida cautelar, que en la solicitud se acrediten los presupuestos que conforme alartículo 48 de la Ley Concursalautorizan su adopción y que en el auto que la acuerde se valore adecuadamente su procedencia. Esta cautela encuentra su justificación en elartículo 172.3 de la Ley Concursal, que contempla como unode los pronunciamientos de la sentencia de calificación, la condena a los administradores o liquidadores de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Esta medida aseguratoria, ha sido considerada por algunos como exorbitante y así se puso de manifiesto en la tramitación parlamentaria en la que se presentó enmienda de supresión por cuanto de decretarse se colocaba a los administradores o liquidadores de personas jurídicas en peor situación que la de un deudor concursado, ya que con todos sus bienes embargados, ni siquiera tendrían derecho de alimentos de la masa. Otros autores, en cambio, estiman que tanto la medida como la responsabilidad deberían extenderse también al supuesto de culpa leve de los administradores. Mas la cuestión de auténtica trascendencia jurídica lo es si elartículo 17 de la Ley Concursalque autoriza sólo a adoptar las medidas que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor autoriza a adoptar las necesarias para asegurar la integridad del patrimonio de los administradores de hecho o de derecho en tanto que éstos, propiamente, no son el deudor concursado.": AAP La Rioja 09.01.2009 (JUR 2009\240176)

AP León

"SEGUNDO Elart. 48.3 LCestablece una posibilidad de embargo del patrimonio de los administradores de las personas jurídicas declaradas en concurso que la exposición de motivos de la LC califica de severa y ha sido interpretada de forma diferente por los tribunales, en los que se atisba la tendencia a hacer una interpretación restrictiva consecuentemente con aquella severidad.
Es opinión común y criterio general de las resoluciones judiciales, que el precepto mencionado no regula de forma completa la mecánica de este embargo, por lo que ha de ser integrado con otras normas, como losarts.

172.3 LC, que vinculan el embargo a la posible condena de los gestores sociales al pago de los créditos que integran la masa pasiva en la sentencia que pone término a lasección de calificación, y los arts 164 LC y 165LC, que establecen los supuestos y presunciones para que el concurso pueda ser declarado culpable. Asimismo, y como quiera que no contiene ninguna norma de carácter procesal, elart. 48.3 LCha de ser completado con las disposiciones dedicadas a las medidas cautelares que contiene la LEC a la que ladisposición final 5ª LC confiere carácter supletorio cuando dice "En lo no previsto en esta ley, será de aplicación la LEC. En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la LEC en cuanto a la ordenación formal y material del proceso".
Por tanto la cautela de que se trata tiene el carácter accesorio o instrumental que establece elart. 726 LECy que exige la concurrencia de los elementos esenciales de toda medida cautelar, esto es, la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora (art. 728 LEC), requisitos cuya concurrencia fue analizada en elauto de fecha 3 de marzo de 2008, resolviendo en el sentido de acordar el embargo preventivo de bienes de la administradora única y su esposo.
Además será precisa la concurrencia de los necesarios presupuestos para que pueda ser dictada una sentencia de calificación que contenga la condena de los administradores al pago de todas o parte de las deudas que integran la masa pasiva, al aseguramiento de cuya ejecución se halla dirigido el embargo. De este modo será necesario para la adopción de la medida que concurran otros elementos con los señalados en elart. 48.3 LEC, en concreto, la apariencia de que se dan los presupuestos necesarios para que la responsabilidad de los administradores que prevé elart. 172.3 LCpueda ser declarada, lo cual exige la apertura o reapertura de la fase de liquidación y que la conducta de los administradores haya incidido en dolo o culpa que haya generado o agravado las consecuencias de la insolvencia.": SAP León 15.10.2008 (JUR 2009/92746; Sentencia 392/2008; Rollo 219/2008)

AP Valencia

"SEGUNDO.- Centrado el recurso de apelación en los términos que han quedado expuestos, conviene recordar que, con arreglo al contenido del artículo 48.3 de la Ley Concursal: "desde la declaración del concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el Juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito."
La expresada norma ha sido interpretada y aplicada por las Audiencias Provinciales con competencia para conocer del concurso (como es el caso de los Autos de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 10 de octubre de 2006, 12 de julio de 2007, o el de 6 de noviembre de 2007, Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de julio de 2006, 21 y 27 de septiembre de 2006 y 25 de junio de 2008, Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 8 de noviembre de 2007 y 7 de febrero y 10 y 17 de julio de 2008, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de noviembre de 2007 y de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 de octubre de 2007), y en las resoluciones recaídas se han examinado la concurrencia o no de los presupuestos que resultan de la norma indicada para la determinación de la procedencia o no de la adopción de la medida cautelar interesada.
A destacar, en lo que se refiere a los presupuestos que han de concurrir para la adopción de tales medidas, el contenido del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de junio de 2008, que señala:
" … El contexto jurídico en que opera el embargo acordado está perfectamente descrito en la resolución apelada: el artículo 48.3º de la Ley Concursal permite al Juez del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, ordenar el embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores de hecho o de derecho de la concursada, y de quienes hubieran tenido dicha condición dentro de los dos años anteriores a la declaración, cuando "de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas". Dicho precepto, pues, debe ponerse en relación con el artículo 164 de la misma LC, que establece los títulos de imputación de culpabilidad, y con el artículo 172.3º, por el que "si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".
Como venimos expresando desde el Auto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05), asistimos por tanto a un régimen cautelar de garantía, que la misma Exposición de Motivos de la LC califica como el efecto más severo en la declaración del concurso de una persona jurídica, que incardina el embargo preventivo dentro de las medidas cautelares, pues pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena en la pieza de calificación del concurso, pero que se rige por requisitos específicos y genéricos. Unos son propios de esta medida, como es la posibilidad de acordarla de oficio, lo que no es posible según el régimen general de la LEC (art. 721), con la lógica consecuencia de la no necesidad de caución propia del régimen general (art. 728.3 LEC), sin que sea preciso esperar al informe de la calificación del concurso del artículo 169.1 LC y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación (arts. 163 y 167 LC); y otros animan la adopción de cualquier medida cautelar, como el peligro en la mora y la apariencia de buen derecho (art. 728 LEC), que se entienden ya subsumidos en la especial situación que describe el artículo 48.3, es decir, una fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las

deudas; o la admisión de la posibilidad de caución sustitutoria, aunque restringida por el legislador a un aval de entidad de crédito.
Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la regulación específica del artículo 48.3 LC, que singulariza el embargo al administrador frente al régimen general de las medidas cautelares previstas en los artículos 722 y siguientes de la LEC, es insuficiente y debe ser integrada con el referido régimen general e interpretada de forma sistemática con las normas que regulan la calificación concursal (arts. 163 y ss. LC). Estas especialidades no empecen a la referida relación de accesoriedad del embargo respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores (o liquidadores) por los créditos no satisfechos con la liquidación, ni a que, en función de ello, deban cumplirse los requisitos generales del fumus boni iuris y el periculum in mora, analizados siempre en relación con dicha acción principal.
El peligro por la demora procesal incluirá la urgencia en adoptar esta medida antes incluso de la apertura de la calificación, en atención al riesgo de inefectividad de la hipotética sentencia condenatoria como consecuencia de la dilación propia de la tramitación de la fase común del concurso y del incidente de calificación, por lo que estará en función de la solvencia patrimonial del administrador.
Respecto a la apariencia de buen derecho, para su concurrencia es preciso que se cumplan estos requisitos:
** Insuficiencia de la masa activa para pagar todas las deudas. Importa destacar cómo el legislador, al recoger sustancialmente el contenido de los artículos 25 y 27 de la Propuesta de Anteproyecto de 1995 para redactar el artículo 48.3, no exige que de lo actuado resulte la insuficiencia patrimonial de la deudora para satisfacer todas las obligaciones, como hacía el antecedente, pues basta que resulte fundada la posibilidad de dicha insuficiencia patrimonial.*
** Indicios igualmente fundados de que el concurso puede ser declarado culpable y de que el administrador podría ser condenado al amparo del artículo 172.3. Según el sistema del artículo 164, ello procederá si en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, lo que en última instancia vincula la responsabilidad concursal del administrador con su deber de diligencia en el ejercicio de su cargo (arts. 127 LSA y 61.1 LSRL). La Sala, sobre la base de una interpretación gramatical y lógica de las normas aplicables, viene sosteniendo que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Es este incumplimiento o negligencia causal el que permite constreñir la responsabilidad concursal exclusivamente a los administradores a los que quepa imputar causalmente la generación o la agravación del estado de insolvencia, y determinarla en proporción a la medida en que se hubiera generado o agravado la misma. Así, el artículo 48.3 cifra el embargo en "la cuantía que el Juez estime bastante."*
** La declaración de la responsabilidad concursal de los administradores sólo es posible si la apertura de la pieza de calificación obedece a la apertura de la liquidación, de forma que se excluye cualquier pronunciamiento sobre dicha responsabilidad en la sentencia en los casos de convenio, cualquiera que fuera el acuerdo alcanzado, sea éste más o menos gravoso. Evidentemente, en el momento de la adopción de esta medida de cautela, al inicio del concurso, si no es en el mismo auto de declaración, como es el caso, será difícil en muchas ocasiones valorar las posibilidades reales de concretar un convenio con los acreedores, lo que permite interpretar esta condición de forma más flexible, limitándose el Juez a descartar el embargo si ya constan indicios que apunten a un posible convenio (por ejemplo, una propuesta anticipada admitida a trámite) y cabe presumir que el proceso termine en liquidación.*
** La persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes."*
TERCERO.- Siendo así, lo que se somete a la consideración del Tribunal viene determinado por la constatación de si en el supuesto enjuiciado concurren o no los presupuestos legalmente exigibles para, sin prejuzgar el fondo del asunto, conceder la tutela cautelar solicitada, esto es, la determinación de la existencia o no de una situación jurídica cautelable en los términos que resultan del artículo 48.3 de la Ley Concursal.
Y a tal fin, este Tribunal ha procedido de nuevo al examen de las alegaciones oportunamente deducidas por las partes en relación con la actividad probatoria desplegada, y se constata - en el supuesto enjuiciado – la concurrencia de los presupuestos exigidos por el precepto para acordar la medida adoptada por el magistrado "a quo" pues:
1) No cabe apreciar la indefensión alegada en su momento por el hecho de no haber sido acordada la diligencia final que propició la admisión de prueba en la alzada o la denegación de la petición de suspensión para un nuevo llamamiento del testigo – citado por dos veces e incomparecido -, pues amén de tratarse de una facultad discrecional del Juzgador "a quo" en lo que a las diligencias finales se refiere, lo cierto es que resultan del expediente suficientes elementos para valorar la concurrencia o no de los presupuestos legalmente exigibles para la adopción de la medida, como veremos en los apartados siguientes. A saber:
2) Concurre el presupuesto de tratarse del concurso de persona jurídica: DAGICOM SL.
3) La solicitud de adopción de la medida cautelar procede del administrador concursal y aparece debidamente razonada.
4) La persona contra la que se dirige ostenta la condición de administrador de derecho de la mercantil concursada.
5) Resulta – como razona el magistrado a quo en su resolución – la existencia de una posibilidad fundada de calificación culpable del concurso, a tenor de las causas que se alegan – razonadamente - por la Administración concursal, que se incardinan tanto en el ámbito de las presunciones iuris et de iure del artículo 164 de la Ley Concursal, como en el marco de las presunciones iuris tantum del artículo 165, y que se concretan por la Administración concursal en el incumplimiento del deber de solicitar el concurso – estando calificado precisamente por ello el concurso como necesario -, en el incumplimiento del deber de colaboración con la administración concursal derivada de los requerimientos practicados – a lo que el demandado manifiesta no disponer de más documentación que la aportada -, la ausencia de formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2005 – extremo éste que no se niega por el recurrente, quien imputa a terceros

tal incumplimiento -, incumplimiento del deber sustancial de contabilidad, irregularidades e inexactitudes graves en la presentación de documentos, salida de bienes y derechos del patrimonio de la concursada en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso y simulación de la situación patrimonial de la mercantil.
6) Finalmente se cumple el presupuesto de ser insuficiente el patrimonio de la concursada para la satisfacción de todas las deudas del concurso, pues frente a una masa activa de 10.934,94 euros, el administrador concursal señala que la masa pasiva asciende a 1.062.030,26 euros, lo que supone una diferencia superior al millón de euros.
Habiéndose aportado, por tanto, por la Administración Concursal solicitante elementos suficientes para revelar la concurrencia de una situación jurídica cautelable conforme al artículo 48.3 de la LC anteriormente citado en relación con cuanto resulta de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de medidas cautelares; ello permite concluir en un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión cautelar, por lo que no cabe sino la confirmación de la resolución de instancia por sus propios fundamentos. ":AAP Valencia (Sección 9) 05.03.2009 (Auto 80/2009; Rollo 48/2009)

AP Zamora

"Efectivamente y como se expone en el escrito de recurso, y se recoge en la resolución objeto de recurso, para la adopción del embargo preventivo es preciso por tanto, que de lo actuado en el procedimiento se pueda obtener un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión, esto es y tal y como recoge elartículo 48.3, que existan indicios de que el concurso sea declarado culpable una vez sea abierta la fase de calificación, y de que la masa activa sea insuficiente, pudiendo ser condenados los administradores o liquidadores de la sociedad a pagar a los acreedores total o parcialmente el importe que no perciban de sus créditos en la liquidación de la masa activa (artículo 172.3) y además, que exista un riesgo o peligro por la mora procesal, de manera que pudiera frustrarse la pretensión principal de la que la medida es accesoria, y que se ejercitará en la fase de calificación, porque los administradores puedan disponer de sus bienes.
Dichas exigencias deben ponerse en conexión con lo dispuesto en elartículo 164 de la Ley Concursal que establece que "el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho" estableciendo como presunciones iuris tantum de la existencia del dolo o culpa grave, entre otras, cuando el deudor, administradores o liquidadores hubiesen incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso, o no hubiesen formulado las cuentas anuales, ni las hubieran sometido a auditoria debiendo hacerlo, o una vez aprobadas, no las hubieran depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.
El auto objeto de recurso centra la fundamentación relativa a dicho requisito en la imposibilidad de determinación hasta el momento de cual es la masa activa del concurso por falta de colaboración de los recurrentes y sistemático incumplimiento de los requerimientos efectuados por la administración concursal a tal fin y a pesar de las alegaciones de los recurrentes esa base no ha sido desvirtuada. De esas propias alegaciones resulta que se admite: 1) la imposibilidad de aportar el Balance de sumas y Saldos, Balance de pérdidas y ganancias y balance de situación, alegando que no constan en su poder por problemas de la Asesoría Fiscal y Contable. 2) La existencia de discrepancias entre lo que consta en los libros contables y los modelos 110 y 109 en relación con la cuantía de lo abonado a los trabajadores. 3) La realización de distintas operaciones, con anterioridad a la solicitud de concurso y cuando ya la situación de la mercantil era claramente de tal, como la dación en pago de los muebles o la emisión de recibos por servicios que no iban a ser prestados y 4) que la situación de la mercantil era deficitaria desde mucho tiempo antes de que se produjera la solicitud de concurso.
Así pues, debemos estar con el Magistrado Juez del concurso en cuanto a la existencia de indicios de falta de diligencia del administrador en cuanto a la falta de presentación del concurso en el momento en que se produjo la situación de insolvencia que debería haber dado lugar a instar el procedimiento, irregularidades en la contabilización de determinadas partidas y falta de colaboración con los órganos del concurso. Si a eso añadimos que hasta el momento no ha sido posible determinar el activo de la sociedad declarada en concurso, debemos concluir la existencia de peligro por la mora y la adecuación de la medida cautelar a la finalidad pretendida por el propio concurso de acreedores, es decir, garantizar los derechos de los acreedores.": AAP Zamora 19.06.2009 (JUR 2009/330759; Auto 48/2009; Rollo 74/2009)

AP Zaragoza

"La totalidad de las Audiencias que se han enfrentado con la cuestión han concluido que la cautela de que se trata tiene el carácter accesorio o instrumental que establece el art. 726 LECiv y que exige la concurrencia de los elementos esenciales de toda medida cautelar, esto es, la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora (art. 728 LEC), si bien este último punto existen dos posiciones, una primera que entiende que a los expresados efectos basta la concurrencia de los presupuestos establecidos en art. 48.3 LC, esto es, fundada sospecha de que el concurso sea calificado culpable e insuficiencia de masa activa para el pago de todas las deudas, mientras que otras resoluciones entienden que es precisa la concurrencia de otros requisitos que se derivan de su carácter accesorio y de los necesarios presupuestos para que pueda ser dictada una sentencia de calificación que contenga la condena de los administradores al pago de todas o parte de las deudas que integran la masa pasiva, al aseguramiento de cuya ejecución se halla dirigido el embargo.
De este modo sería necesario para la adopción de la medida que concurrieran otros elementos concurrentes con los señalados en el art. 48.3 LECiv, en concreto, la apariencia de que concurren los presupuestos necesarios para que la responsabilidad de los administradores que prevé el art. 172.3 LECiv pueda ser declarada.

A tal efecto, y ante el silencio legal, se hace preciso indagar cuáles sean aquellos presupuestos, bien, entendido, que la responsabilidad personal de los administradores sociales ha sido muy recientemente introducida en la legislación más moderna con clara inspiración en los daños punitivos propios de otros sistemas jurídicos y neto carácter excepcional.
Así las cosas, la mayor parte de los tribunales ha señalado que esta responsabilidad exige la apertura o reapertura de la fase de liquidación y que la conducta de los administradores haya incidido en dolo o culpa que haya generado o agravado las consecuencias de la insolvencia. En conclusión no basta la mera concurrencia de los supuestos de culpabilidad que se indican en el art. 164.2, sino que es necesaria la aportación de elementos de los que resulten indicios (apariencia) de que concurren aquellos presupuestos de la responsabilidad para cuyo aseguramiento se prevé la cautela.": AAP Zaragoza (Sección 5) 31.10.2007 (AC 2008/438)

JM-1 Sevilla

"PRIMERO.- El artículo 48.3 de la Ley Concursal establece que desde la declaración del concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. Dicho embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituido a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.
Como medida cautelar, el embargo de bienes del administrador de la persona jurídica concursada tiene como finalidad asegurar la condena de dicho administrador a pagar total o parcialmente los créditos concúrsales no satisfechos con la liquidación, que se acuerde en la sentencia de calificación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 172.3 de la Ley Concursal. Para su adopción es preciso que concurran, no solo los requisitos establecidos en el artículo citado, sino los previstos en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para las medidas cautelares, al amparo de lo dispuesto en la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal.
Es preciso por tanto, que de lo actuado en el procedimiento se pueda obtener un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión, esto es y tal y como recoge el artículo 48.3, que existan indicios de que el concurso sea declarado culpable una vez sea abierta la fase de calificación, y de que la masa activa sea insuficiente, pudiendo ser condenados los administradores o liquidadores de la sociedad a pagar a los acreedores total o parcialmente el importe que no perciban de sus créditos en la liquidación de la masa activa (artículo 172.3). Además, es preciso que exista un riesgo o peligro por la mora procesal, de manera que pudiera frustrarse la pretensión principal de la que la medida es accesoria, y que se ejercitará en la fase de calificación, porque los administradores puedan disponer de sus bienes.
SEGUNDO.- El fumus boni iuris se deduce de la propia declaración del concurso, de la existencia de indicios de que el presente concurso sea calificado como culpable, siendo la masa pasiva insuficiente para satisfacer todos los créditos. En el presente caso, la administración concursal ofrece argumentos en su solicitud que permiten deducir que el presente concurso será calificado como culpable, dada la existencia de graves inexactitudes en las cuentas y estados financieros de los tres años anteriores a la declaración del concurso, que dificultan la apreciación de la imagen fiel del estado financiero y patrimonial de la concursada; la inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de declaración del concurso y durante el procedimiento; la salida de bienes del patrimonio de la concursada en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de forma fraudulenta para financiar gastos procesales que no le correspondían; o el retraso en la solicitud de declaración del concurso, incurriendo en falsedades e inexactitudes graves en relación con operaciones patrimoniales entre las sociedades del grupo; o la falta de colaboración de la concursada, aportando con retraso la documentación e información precisa a la administración concursal y creando confusión.
De los datos aportados por la administración concursal se desprende que los bienes de la deudora no serán suficientes para cubrir la totalidad de las deudas, deduciéndose que el déficit será de 141.041.185,70 euros, más el importe de los créditos contra la masa. La relevancia del déficit patrimonial y las circunstancias expuestas por la administración concursal para calificar el concurso como culpable, determinan la procedencia de la medida solicitada, siendo razonable su adopción en este momento del procedimiento.": Auto JM-1 Sevilla 13.06.2007 (auto 152/2007)

2.1.2.1 Periculum in mora

AP Alava

"B) Periculum in mora o peligro por la mora procesal. El art. 728.1 LEC, establece que el solicitante de las medidas cautelares deberá justificar en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares podrían producirse durante la pendencia del proceso, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. El periculum in mora constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no al daño jurídico - tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso. Como dice la SAP Barcelona de 24 mayo 1990 puede ser entendido como peligro de que con el transcurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o grave daño por el retraso en su ejecución.
Pues bien, el art. 48 LC viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se

deriva de la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa insuficiente, de donde se podrá derivar conforme al art. 172.3 Ley Concursal, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, que podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. De otra parte, el periculum in mora estriba en evitar que durante la tramitación del concurso los administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer conforme al citado art. 172.3 Ley Concursal ": AAP Alava (Sección 1) 14.04.2011 (Auto 61/2011; Rollo 667/2010)

"B) Periculum in mora o peligro por la mora procesal. El solicitante de las medidas cautelares deberá justificar en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares podrían producirse durante la pendencia del proceso, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria ex artº. 728.1 LEC. El periculum in mora constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no al daño jurídico -tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso. Como dice la SAP Barcelona de 24 de mayo de 1990, "puede ser entendido como peligro de que con el trascurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o grave daño por el retraso en su ejecución".
El peligro por mora procesal tiende no sólo a impedir la desaparición de los medios necesarios para la ejecución forzosa (finalidad asegurativa), sino también a proteger contra la prolongación de un juicio que puede producir un grado de insatisfacción continuada y que, en ocasiones, cuando llega a la fase ejecutiva, ya no puede ser amparada en condiciones de plena efectividad.
Pues bien, el art. 48 LC viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se deriva de la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa insuficiente, de donde se podrá derivar conforme al art. 172.3 LC, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, que podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. De otra parte, el periculum in mora estriba en evitar que durante la tramitación del concurso los administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer conforme al citado art. 172.3 LC. ": AAP Alava (Sección 1) 02.06.2011 (Auto 85/2011; Rollo 166/2011)

AP Alicante

"PRIMERO.El auto recurrido, sobre la base del art. 48.3 de la Ley Concursal (que permite el embargo de los bienes y derechos de los administradores sociales cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas), acuerda el embargo preventivo de los bienes y derechos del apelante, por importe de 850.000 #, en cuanto fue administrador de la sociedad concursada; y ello, al considerar que existe tanto el peligro por la mora procesal (que viene de la mano de la falta de solvencia del administrador, en tanto titular, según parece, de un único inmueble, gravado además con hipotecas) cuanto la apariencia de buen derecho, pues, con relación a este presupuesto, y en primer lugar, existe un desbalance de casi quinientos mil euros, y, de otro, hay datos que, provisional e indiciariamente, podrían permitir, en su día, la calificación del concurso como culpable, lo que permitiría, de conformidad con el art. 172.3 LC, la condena del administrador a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que, de sus créditos, no percibieran en la liquidación de la masa activa.
Contra esta decisión se alza el administrador alegando la inapreciable concurrencia de ambos presupuestos.
Coincide este Tribunal plenamente con la resolución recurrida, cuyos razonamientos damos íntegramente por reproducidos, a fin de evitar inútiles reiteraciones, efectuando, eso sí, las siguientes reflexiones.
Con relación al peligro por la mora procesal, el apelante efectúa una serie de disquisiciones, breves, sobre el hipotético valor de la finca, pero no niega que sea el único activo de que dispone el administrador, con lo que aquél presupuesto queda claramente de manifiesto, desde el momento en que su solvencia y su posibilidad de hacer frente, en su día y en su caso, a las posibles responsabilidades que pudieran dimanar del concurso se encuentran muy en entredicho, existiendo, pues, un indudable peligro de que, durante la sustanciación del pleito, la garantía que, en definitiva, puede suponer este elemento patrimonial se viera minorada, o desaparecida, por algún tipo de actuación.": AAP Alicante (Sección 8) 24.02.2011 (Auto 15/2011; Rollo 611/2010)

"También se da el presupuesto del periculum pues bien, bajo la rúbrica "Peligro de Mora", dispone el art. 728-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que " sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria " y en el caso disponemos en los autos de datos objetivos suficientes para justificar la medida solicitada, en particular la propia existencia de un procedimiento concursal, promovido a instancia de acreedor y la concurrencia de circunstancias tan concretas como las descritas por el administrador concursal con ocasión del informe del artículo 75 de la Ley Concursal donde, entre otros extremos, se pone de manifiesto 1) la inviabilidad patrimonial de la mercantil y por tanto, que su destino pasa por su total liquidación y, 2) la existencia de una irregular contabilidad y de falta de deposito de cuentas anuales, extremos ambos que implican prima facie, 1) que procederá la formación de la sección sexta o de

calificación del concurso - art 163-1-2º LC -; 2) que se puede declarar el concurso culpable ante la concurrencia de una presunción iures et de iure - art 164-2-1º LC - al incumplir el deudor sustancialmente la obligación de llevanza de contabilidad y; 3) que la sentencia de calificación podría extender su condena al administrador al pago de toda o parte de la deuda pendiente una vez conclusa la liquidación - art 172-3 LC -, todo lo cual constituye sin duda, respecto del solicitante, una situación que podría impedir la tutela impetrada en el procedimiento del que dimana la medida.
En conclusión, lo que se constata en autos es que el citado patrimonio puede quedar afecto en un procedimiento vinculado a su conducta empresarial, de la que dimana la responsabilidad que aquí se le exige y, por tanto, que existe peligro efectivo que, durante la pendencia de este procedimiento, el patrimonio del deudor quedase fuera del alcance de quien, ejercitando una acción de responsabilidad, demuestra la concurrencia en la petición de medidas cautelares de la apariencia de su buen derecho y que, con su conducta, puede quedar finalmente o colocarse en una situación de insolvencia.": AAP Alicante (Sección 8) 09.06.2011 (Auto 36/2011; Rollo 160/2011)

AP Barcelona

"El peligro por la demora procesal incluirá la urgencia en adoptar esta medida antes incluso de la apertura de la calificación, en atención al riesgo de inefectividad de la hipotética sentencia condenatoria como consecuencia de la dilación propia de la tramitación de la fase común del concurso y del incidente de calificación, por lo que estará en función de la solvencia patrimonial del administrador.": Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)

"Aunque la solicitud de embargo preventivo y el auto que lo acuerda omitan una referencia expresa al requisito del peligro por la demora procesal, su concurrencia está implícita en el contexto concursal en que se solicita el embargo, durante la fase común, antes de que se abra la sección de calificación. Es la previsión de que la administradora puede devenir insolvente durante este lapso de tiempo, la que justifica la adopción del embargo. En la medida que elart. 48.3 LC permite acordar el embargo de oficio por el Juzgado, sin que necesariamente haya de ser solicitado antes por la administración concursal, el tribunal está legitimado para apreciar la concurrencia de este requisito aunque no se haya argumentado nada acerca del mismo.": AAP Barcelona (Sección 15) 30.01.2009 (JUR 2009/411710; Auto 35/2009; Rollo 575/2008)

"TERCERO Como ya exponíamos en nuestroauto de 6 de febrero de 2006 (JUR 2006, 242022) (RA 841/05), en el que justificábamos la integración delart. 48.3 LC con las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento sobre las medidas cautelares, "el peligro por la demora procesal incluirá la urgencia en adoptar esta medida antes incluso de la apertura de la calificación, en atención al riesgo de inefectividad de la hipotética sentencia condenatoria como consecuencia de la dilación propia de la tramitación de la fase común del concurso y del incidente de calificación, por lo que estará en función de la solvencia patrimonial del administrador". En este sentido el auto recurrido identifica perfectamente el periculum in mora en la "desconfianza razonable sobre el comportamiento del administrador para colocar su patrimonio personal al resguardo de sus responsabilidades", a la vista no sólo de las propias conductas que justifican la presumible calificación culpable del concurso (entre las que se encuentra las enajenaciones fraudulentas), sino también porque recientemente ya ha realizado algún acto que justifica esta desconfianza, como es haber hipotecado sus propios bienes, en concreto una finca, en garantía de una supuesta deuda de 175.000 euros, a favor de una persona física con un vencimiento muy próximo (abril de 2008). Lo anterior es considerado por esta Sala suficiente para acreditar la concurrencia del periculum in mora, por lo que también procede desestimar este segundo motivo de la apelación.": AAP Barcelona (Sección 15) 16.07.2009 (JUR 2009/464638; Auto 139/2009; Rollo 97/2009)

"CUARTO Dice el recurso, en segundo lugar, que la AC en ningún caso ha probado o justificado el peligro en la demora.
Como ha quedado dicho (Fundamento Primero, I.3º), la AC expuso en el escrito de solicitud los motivos que habrían de sustentar este requisito cautelar, y el apelante no ha desvirtuado esos datos indiciarios que, en principio, son idóneos para conformar su contenido legal. No se rebaten, además, los argumentos que aporta el auto apelado para fundamentar esta exigencia, realmente apreciable si tenemos en cuenta que: no hay constancia de otros bienes pertenecientes al demandado, de valor relevante, que no sea la mitad indivisa de la finca embargada; dicha finca está gravada con numerosas cargas (no se ha negado); las sociedades del grupo, LOVIPRO RESIDENCIAL S.A., LOVIPRO S.A. y SETBEZ S.L.U. están declaradas en concurso; el demandado es avalista de la concursada y son previsibles (decía la AC y no se ha negado en el recurso) ejecuciones individuales de las entidades financieras; la constitución de la hipoteca a que se refiere el Juez mercantil en el auto apelado no ha sido negada; y la actuación observada por el demandado como administrador de la concursada, propiciando el desvío de fondos sociales a su propio patrimonio y al de una sociedad administrada por su esposa y de la que es apoderado, sin justificación desde el momento en que no se acredita una contraprestación real equivalente, permite fundar un temor racional de que el demandado puede repetir esa actuación, ahora para salvaguardar su propio patrimonio.": AAP Barcelona (Sección 15) 18.09.2009 (AC 2009/2227; Auto 155/2009; Rollo 212/2009)

"iii) El requisito del peligro en la demora se configura legalmente (art. 728.1 LEC) como un riesgo fundado de que durante la tramitación del proceso se produzcan si-tuaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse con una sentencia estimatoria, en este caso por actos de las personas que pudieran resul-tar afectadas por la calificación de concurso culpable orientados a minorar u ocultar su patrimonio, con el que deberían afrontar, en su caso, la responsabildiad que prevé el citado art. 172.3 LC.

Puede ser constatado este requisito en el caso que contemplamos a partir del déficit de la masa activa en relación con la pasiva, de la opción por la liquidación y de la dila-ción propia de la tramitación de la fase común del concurso y del incidente de califi-cación, unido a la fundada probabilidad de que los administradores que en su día puedan resultar afectados por la calificación y condenados por virtud del régimen de responsa-bilidad que diseña el art. 172.3 LC puedan efectuar operaciones o maniobras tendentes a minorar su patrimonio o en general a dificultar la eventual condena dineraria que re-sulte de su aplicación a los citados administradores, riesgo que el recurso no ha rebatido.": AAP Barcelona (Sección 15) 26.05.2010 (Rollo 44/2010)

"TERCERO. Los recurrentes entienden que no existe peligro derivado de la demora, por cuanto se encuentran suspendidos en las facultades de administración, de manera que no existe riesgo de que puedan hacer desaparecer la sociedad.
No puede compartirse que no exista peligro en la demora. El mismo no está relacionado con la sociedad o con su patrimonio, que es obvio que no corre riesgo alguno derivado de actos futuros que pudieran llevar a cabo los administradores. La situación de riesgo relevante es bien distinta y está referida a los actos que los propios administradores o bien terceros (como sus acreedores) pudieran llevar a cabo sobre su patrimonio que pudieran frustrar las eventuales consecuencias patrimoniales derivadas de la calificación del concurso como culpable, lo que podría determinar que se hiciera a los administradores responsables de los créditos concursales que no resulten satisfechos con la masa activa, como se establece en el art. 172.3 de la propia Ley Concursal.
En suma, el riesgo de inefectividad que justifica la medida debe ser puesto en relación con una eventual sentencia de calificación que estableciera obligaciones patrimoniales a cargo del patrimonio personal de los administradores. Y no puede cuestionarse que tal riesgo existe, tal y como se razonó con detalle en el auto de 15 de abril de 2009, por las siguientes circunstancias:
Primera, la propia conducta de los administradores antes de instar el concurso, de la que se deduce un riesgo de que puedan hacer desaparecer su patrimonio personal.
Segunda, su carácter de garante de algunas deudas sociales, que podría determinar que tales acreedores se dirigieran directamente sobre su patrimonio obteniendo ventaja sobre los que no tienen esa posibilidad.
Y tercera, nuestro peculiar sistema de responsabilidad de administradores, que deja abierta durante el concurso la posibilidad de que los acreedores puedan ejercitar acciones singulares de responsabilidad, con el evidente riesgo de vaciamiento del patrimonio de los administradores y el perjuicio para el resto de los acreedores, que podrían verse afectados por la falta de éxito de la responsabilidad concursal. ": AAP Barcelona (Sección 15) 03.02.2011 (Auto 14/2011; Rollo 533/2010)

"SEGUNDO. El primero de los motivos de los recursos cuestiona que concurra el presupuesto del periculum, aunque los recurrentes lo funden incorrectamente acudiendo a una norma como es el art. 730 LEC, y a la jurisprudencia que lo aplica, que regula una cosa completamente distinta, esto es, la posibilidad de adoptar medidas cautelares antes de haberse interpuesto la demanda principal.
No se deriva de ello que la urgencia no pueda considerarse ínsita en el peligro por la demora, si bien en la medida que del art. 48.3 LC no se desprende que sea exigible una situación de peligro concreto, como aquellas a las que los recurrentes hacen referencia (el riesgo de que puedan malbaratar sus bienes), sino que basta con el riesgo de insolvencia que se deriva del hecho, que los recurrentes reconocen, que su patrimonio esté expuesto al riesgo de ejecuciones singulares derivadas del hecho de ser fiadores de una parte de los créditos de la concursada. Basta con la existencia de ese riesgo para que deba considerarse que concurre ese presupuesto.
No podemos compartir que el referido presupuesto haya quedado enervado por el hecho de que sus facultades de administración hayan resultado intervenidas, porque esa intervención no se refiere a las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio propio sino exclusivamente sobre el patrimonio de la sociedad.
Tampoco podemos admitir que haya quedado enervado el periculum por el transcurso del tiempo, esto es, por haberse esperado demasiado para solicitar la medida cautelar, que es lo que afirman los recurrentes. La administración concursal puede solicitar la medida cuando estime conveniente, desde la declaración del concurso, y el juez acordarla de oficio. Que lo hayan hecho tardíamente se lo podrían reprochar los perjudicados por ello, esto es, los acreedores de la sociedad cuyos derechos se pretenden tutelar con la medida adoptada, pero no así quienes la deben sufrir.
También resulta irrelevante que la administración concursal conociera, o pudiera haber conocido desde dos años antes, esto es, desde la declaración del concurso, la existencia de la situación que cualifica el periculum.": AAP Barcelona (Sección 15) 26.01.2012 (Auto 16/2012; Rollo 556/2011)

AP Castellón

"Y finalmente se niega en el último motivo del recurso, tal y como ya hemos referido, la concurrencia de los requisitos necesarios para adoptar la medida cautelar, el fumus boni iuris y el periculum in mora.
Su adopción requiere, además de dicha posibilidad de insatisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva por hechos que puedan producirse durante la pendencia del proceso (periculum in mora), la llamada apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), lo que exige un examen indiciario de la prosperabilidad de la pretensión, esto es, aun sin prejuzgar el fondo de un proceso aun no llevado a término, es necesaria la comprobación por el órgano judicial de que la pretensión ejercitada no carece de fundamentos sólidos. (...)
En cuanto al "periculum in mora" como presupuesto de la adopción de la medida cautelar, se fundamenta en el riesgo de daño que recae sobre el actor por la dilación temporal que el desarrollo de un proceso contradictorio con todas las garantías conlleva, y en la necesaria respuesta que deben otorgar los órganos jurisdiccionales, a

instancia de parte, en aquellos supuestos en los que la mera interpretación de la demanda puede llevar a actuaciones voluntarias tendentes a evitar la ejecución de una eventual sentencia de condena.
El artículo 728-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que el solicitante de la medida pueda justificar que "en caso de que se trata, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayera en el juicio".
En el presente supuesto discrepamos de la conclusión que se alcanza en el recurso respecto a la falta de concurrencia de ambos requisitos. (...)
En todo caso ninguno de los argumentos del escrito del recurso de apelación desvirtúa la concurrencia de la apariencia de buen derecho y también apreciamos que concurre el peligro por la mora procesal, que en este caso lo entendemos existente desde el momento en que el propio apelante reconoce haber avalado junto con su esposa determinadas operaciones de Urbinsa por las que se siguen varios procedimientos que enumeró la Administración Concursal en su escrito de fecha 30 de Diciembre de 2009, procedimientos que no han quedado en suspenso por la declaración del concurso y que pueden suponer que los bienes que ahora se pretenden embargar queden allí trabados en beneficio de uno o varios acreedores y no del conjunto de los mismos, vulnerando lo que pretende el procedimiento concursal, el respeto a la par conditio creditorum.
Procede por todo ello desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución recurrida, al rechazar la totalidad de motivos del recurso de apelación.": AAP Castellón (Sección 3) 23.03.2011 (Auto 29/2011; Rollo 560/2010)

AP Sevilla

"OCTAVO Las recurrentes niegan también la concurrencia del requisito delpericulum in mora.
Este requisito se configura por la existencia del riesgo de que de no adoptarse la medida pudieran producirse situaciones durante la tramitación del procedimiento que impidieran o dificultaren la efectividad de la eventual sentencia estimatoria que pudiera dictarse. Conforme alart. 728 de la LEC al solicitante le incumbe la obligación de justificar la realidad de esas situaciones que pudieran dificultar o impedir la efectividad de la sentencia condenatoria, a tenor de lo que dispone el indicado precepto de la Ley procesal civil.
Pues bien, examinadas las actuaciones y la prueba documental obrante en autos, no estimamos acreditado que exista el riesgo de que durante la pendencia de la tramitación de la fase de liquidación del concurso se produzcan situaciones que impidan o dificulten la finalidad de la misma.
BOLIDEN AB es una sociedad con una cifra de activos el año 2007 de 9.663 millones de coronas suecas (cerca de mil millones de euros), habiendo recibido 251 millones de euros (2350 millones de coronas suecas) de dividendos de sus filiales Esta sociedad cotiza en la Bolsa de Estocolmo y está controlada por la Comisión del Mercado de Valores de Suecia. Su capital social está dividido entre 86.336 accionistas. La solvencia de esta entidad parece obvia. Tan es así que su solvencia actual no ha sido puesta en duda por la administración concursal.
Por su parte, BOLIDEN MINERAL AB es una sociedad con una cifra de activos el año 2006 de 25.793 millones de coronas suecas (2.817 millones de euros).
La solvencia de estas empresas resulta incuestionable. Por otro lado, no se aportan datos o indicios de los que se desprendan actuaciones que pudieran vislumbrar actos de despatrimonialización de la compañía o de alzamiento de bienes al objeto de hacer inefectiva la eventual sentencia estimatoria que pueda dictarse en la sección de calificación.
No cabe decretar una medida cautelar por la simple y genérica invocación de que existe el riesgo de que los demandados pueden proceder durante la pendencia del proceso a realizar con sus bienes actuaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que se pretende en la demanda, o que los bienes pudieran ser gravados con otras cargas. Es preciso que el solicitante acredite ese riesgo, que aporte datos, elementos o actos concretos de los demandados de los que puedan inferirse al menos indicios de que pudieran estar creando situaciones para impedir o dificultar la efectividad del derecho del demandante. El solicitante de la medida ha de aportar y acreditar elementos objetivos de los que se desprenda una posibilidad concreta de riesgo para la efectividad de la eventual sentencia condenatoria que pudiera dictarse. Y sin prueba sobre la existencia de hechos o situaciones reveladoras de un riesgo de mora procesal para el derecho ejercitado, riesgo o peligro que la Ley exige expresamente que lo justifique el solicitante, no puede decretarse ninguna cautela.
Tras el examen de las actuaciones contendidas en esta pieza de medidas no se constata la existencia de actuación alguna de las entidades contra las que se pretende la adopción del embargo preventivo que pudiera llevarnos a la conclusión de que pretenden evitar las consecuencias de una sentencia condenatoria. Y es que para apreciar elpericulum in mora no bastan meras elucubraciones, sino que es necesario la aportación y prueba de algún hecho cierto, acto o actividad de quienes gestionan la compañía del que pueda deducirse la realización de actuaciones encaminadas a hacer desaparecer los fondos o bienes que actualmente disponen la sociedades afectadas por la calificación del concurso.
Desde luego no pueden serlo actuaciones o decisiones adoptadas por el Grupo BOLIDEN a partir del año 1987 hasta 1999, a los que se remite la administración concursal, pues son actuaciones muy anteriores a la fecha de la solicitud de concurso. Tampoco el hecho de que un litigio en Canadá contra la compañía Boliden Limited se solucionase abonando el grupo Boliden las cantidades reclamadas, pues obviamente se trataría del cumplimiento de una obligación existente. Y en relación con los documentos que la administración concursal aportó en la vista de las medidas cautelares consistentes en unas notas de prensa de 2 noviembre 2007, 8 de mayo 2008 y 16 de julio 2008 sobre reducción de participaciones propias en el Grupo Boliden, resulta evidente que de unas meras noticias de prensa no puede llegarse a conclusión alguna que permita imputar a las

sociedades recurrentes la realización de actos de fuga de activos que impidan o dificulten la efectividad de la sentencia que se dicte en la sección de calificación.
Por ello, en este caso, no es posible apreciar la concurrencia del requisito delpericulum in mora, por lo que la petición de medida cautelar de embargo debe desestimarse, debiendo acogerse los recursos de apelación formulados contra elAuto de 20 de noviembre de 2008.": AAP Sevilla (Sección 5) 12.11.2010 (JUR 2011/122776; Auto 225/2010; Rollo 1902/2010)

JM-4 Barcelona

"Peligro en la Mora
El peligro en la mora procesal supone que, razonablemente, exista el riesgo de que durante la pendencia del proceso concursal, de no adoptarse el embargo provisional, pudieran producirse situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de las medidas que pudieran acordarse en la sentencia declarando la culpabilidad del concurso. Respeto de este requisitos hay que señalar dos cosas importantes, que particularizan estas medidas, la primera es que las propias conductas de los administradores que ley sanciona con la declaración de culpabilidad del concurso, permiten deducir lógicamente ese riego, por lo que un juicio provisional de culpabilidad permitiría justificar, a priori, la existencia de un riesgo razonable de que los bienes del administrador desaparezcan. La segunda, que los administradores suelen ser garantes de algunas deudas sociales y que, con independencia del la responsabilidad concursal, el concurso no excluye que se le reclame cualquier otro tipo de responsabilidad como administradores de la compañía, lo que puede implicar que el patrimonio del presunto responsable soporte cargas que se antepongan a la que pueda resultar de la calificación, anteposición que con el embargo preventivo se puede evitar.": Auto JM-4 Barcelona 06.03.2008 (Concurso 528/2007)

2.2 ¿Carácter resarcitorio o sancionador de la responsabilidad principal ex art 172.3?

[Vid las resoluciones sobre el art 172.3]

2.2.1 Responsabilidad por daño y culpa. Se requiere la imputabilidad de la conducta que determina la calificación de culpable y que tal conducta haya generado o agravado la insolvencia

AP Barcelona [antes de STS 06.10.2011]

"Lo que resulta más conflictivo, como se pone de relieve en el presente caso, es la apreciación del requisito de la apariencia de buen derecho, pues ello exige ineludiblemente especificar la naturaleza de la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC.
Se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es, cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: "la sentencia podrá, además, condenar a los administradores...". Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización.
De este modo, aunque el art. 48.3 LC exija tan sólo que "de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas", ello no es suficiente pues, además, debe acreditarse también indiciariamente que al administrador (o liquidador) a quien se pretende embargar se le puede imputar la conducta que merece la calificación culpable del concurso y que dicha conducta ha generado o agravado la insolvencia o cuando menos es apta para ello.
En consecuencia con lo anterior, el auto de embargo debe justificar la apariencia de buen derecho, esto es, que de los elementos obrantes en el concurso existen indicios de los siguiente extremos: 1° El concurso acabará presumiblemente por liquidación, sin que el activo resulte suficiente para pagar la totalidad de los créditos concursales;. 2° La persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes; 3° Dicho administrador (o liquidador) será declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso, siendo su conducta no sólo idónea para obtener dicha calificación, sino también para

haber generado o agravado la situación de insolvencia; 4° En qué medida esta persona afectada por la calificación ha generado o agravado este estado de insolvencia, pues de acuerdo con ella podrá calcularse su responsabilidad con respecto al importe que presumiblemente no vaya a satisfacerse con la liquidación. (...) sería necesario que además existiera una relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador que sería merecedora de la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.
El art. 48.3 LC no hace ninguna mención al respecto, lo que puede interpretarse en el
sentido de que a los efectos de valorar la procedencia del embargo, en atención al momento en que se adopta, muy anterior a que se conozcan todas las circunstancias que permitirían formular propiamente la petición de calificación -cuando se abra la sección sexta y la administración concursal emita su informe conforme al art. 169 LC-, bastaría con los indicios de la calificación culpable, quedando para el posterior incidente concursal la valoración de la repercusión que esta conducta del administrador ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia, pues atendiendo a ello debería condenarse al demandado y fijarse la cuantía objeto de condena. Lo que no impide analizar en esta fase cautelar si la conducta imputada al administrador de la sociedad, al margen de que pueda merecer la calificación culpable del concurso, podría además ser causa de la generación o agravación de la insolvencia.": Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)

" Pero lo que resulta más conflictivo, como se pone de relieve también en el presente caso, es la apreciación del requisito de la apariencia de buen derecho, pues ello exige ineludiblemente especificar la naturaleza de la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC, en donde se aprecian las primeras diferencias de criterio con el auto recurrido.
Frente a la posición del juez de lo mercantil de que se trata de una responsabilidad sanción, que deriva de la simple calificación culpable del concurso, esta sala desde el referido auto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05), sobre la base de una interpretación gramatical y lógica de las normas aplicables, viene sosteniendo que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 LC en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: "la sentencia podrá, además, condenar a los administradores…". Luego, si el juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización.
Frente a esta tesis, el auto recurrido formula las siguientes objeciones: existen criterios legales para calificar culpable el concurso que no necesariamente guardan relación con la generación y/o agravación de la insolvencia, previstos en los arts. 164.2 y 165 LC, lo que a su juicio demuestra que la responsabilidad ex art. 172.3 LC no puede hacerse depender de dicha vinculación con la generación y/o agravación de la insolvencia; de seguirse la postura de esta audiencia provincial se llegaría al absurdo de que en los casos en que faltara la contabilidad no podría determinarse si el administrador ha contribuido a la generación o agravación de la insolvencia y se le eximiría de la responsabilidad ex art. 172.3 LC; por motivos sistemáticos, si el art. 172.2.3º LC ya recoge una responsabilidad por daño y culpa, la contenida en el art. 172.3 LC debe ser distinta, cumpliendo así una función sancionatoria y alternativa a la responsabilidad por daño y culpa prevista en el art. 172.2.3º LC.
I V. Pero, como ya hemos argumentado recientemente (sentencia de 29 de noviembre de 2007 RA 549/07), se puede calificar la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC como resarcitoria y no por ello duplicar la prevista en el art. 172.2.3º LC. Una interpretación sistemática del art. 172 LC, que regula el posible contenido de la sentencia de calificación y por ende el objeto de la calificación, permite advertir que el apartado 1 prevé que la sentencia pueda calificar fortuita o culpable el concurso, lo que habrá que hacer en atención a los criterios de imputación previstos en los arts. 164 y 165 LC, de modo que la sentencia debe "expresar la causa o causas en que se fundamente la calificación". La acumulación de causas no es baladí, pues aunque cualquiera de ellas permitiría calificar el concurso como culpable, en atención a unas y otras podremos determinar la persona o personas afectadas por la calificación y graduar el periodo de inhabilitación, así como advertir si alguna de ellas ha incidido en la generación o agravación de la insolvencia.
El resto de los apartados del art. 172 LC resultan de aplicación, caso de que la calificación sea culpable. Entonces, el apartado 2 recoge el contenido necesario de la sentencia, mientras que el apartado 3 prevé un pronunciamiento facultativo. El verbo empleado en el apartado 2 es "contendrá", que tiene un carácter imperativo, mientras que el verbo empleado en el apartado 3 es "podrá", que lo tiene potestativo.
Según el apartado 2, "la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos":

1º) Determinar las personas afectadas por la calificación, a quienes cabría imputar la autoría de la (s) conducta (s) que ha (n) permitido calificar el concurso de culpable y, en su caso, los cómplices, sobre las que se aplicarán consecuencias legales previstas en los números 2º y 3º de ese mismo apartado.
2º) La inhabilitación de la persona afectada por la calificación, sin perjuicio de su graduación entre dos y quince años, en atención a la gravedad de las conductas.
Y 3º) "la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados". Esta condena a indemnizar daños y perjuicios no sólo va dirigida a la persona afectada por la calificación, sino que también puede alcanzar a los cómplices; y es consecutiva a la sanción de pérdida de los créditos de todos ellos, ya sean concursales o contra la masa, y, sobre todo, a la condena a devolver los bienes o derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor —lógicamente antes de la declaración de concurso— y los recibidos de la masa activa —obviamente durante el concurso. Los daños y perjuicios a que se condenará a pagar a la (s) persona (s) afectada (s) por la calificación y/o a los cómplices van ligados a la referida condena restitutoria, como por ejemplo la devaluación realizada por el uso y el tiempo transcurrido de los bienes o derechos que deben restituirse o la imposibilidad de verificarse dicha devolución por haber perecido los bienes o haber ido a parar a terceros de buena fe o que gozan de irreivindicabilidad o de protección registral.
Y el apartado 3 no afecta a los cómplices, sino sólo a las personas afectadas por la calificación, pero no necesariamente a todas, sino sólo a "los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso"; y, además, por su carácter potestativo y no necesario, sólo tiene sentido si va justificada por una vinculación entre la (s) conducta (s) que ha (n) permitido calificar culpable el concurso, imputable (s) a los referidos administradores o liquidadores, y la generación o agravación de la insolvencia, lo que además también suministra un criterio objetivo para graduar el alcance de la condena. Y esta responsabilidad resarcitoria se diferencia claramente de la contenida en el art. 172.2.3º LC, sin que pueda advertirse ninguna duplicación.
V. En contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de la generación o agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad. En primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC). En segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC). Y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume iuris tantum el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).
Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo, ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia.
Consiguientemente con lo anterior, la interpretación que venimos sosteniendo distingue en la calificación del concurso dos niveles de enjuiciamiento: el primero se refiere a la calificación propiamente dicha, que procederá siempre que resulte de la aplicación de alguno de los tres criterios de imputación previstos en los arts. 164.1, 164.2 y 165 LC, y que dará lugar a los pronunciamientos contenidos en el apartado 2 del art. 172 LC; y el segundo, que presupone el primero, juzga si la conducta que ha merecido la calificación culpable ha incidido en la generación y/o agravación de la insolvencia, para condenar en atención a ello al administrador o liquidador de la entidad concursada a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación, que es el perjuicio ocasionado con la generación y/o agravación de la insolvencia.
En el hipotético supuesto aducido por la argumentación del auto recurrido del deudor que no aporta la contabilidad, lo que dificulta, si no impide, conocer las causas de la generación y/o agravación de la insolvencia, ello claramente daría lugar a la calificación culpable del concurso de conformidad con el art. 164.2.1º LC en relación con el art. 172.2.1º LC. Es cierto que, en puridad, el mero hecho de no llevar contabilidad no necesariamente debe estar ligado a la generación y/o agravación de la insolvencia, por lo que apoyado en esta conducta no cabría condenarle a la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC, pero ello no significa que tal responsabilidad no pueda hacerse efectiva. No debe perderse de vista que en realidad la falta de aportación de libros lo que hace es impedir conocer las causas de la insolvencia o de su agravación, y es por ello que partiendo de que el administrador ha incumplido uno de los deberes esenciales de su cargo —asegurarse de la llevanza de la contabilidad— que es lo que impide acreditar en qué medida su conducta ha contribuido de forma dolosa o culposa a la generación y/o agravación de la insolvencia, la falta de aportación de libros contables lo que provoca es una presunción de responsabilidad. La falta de contabilidad es un principio de prueba de que se pretende ocultar una realidad que guarda relación con la responsabilidad del administrador en la generación y/o agravación de la insolvencia, por lo que ante la duda de si ello es así, como es el administrador quien tiene la facilidad probatoria, debería considerarse acreditada la existencia de una conducta dolosa o culposa grave por parte del administrador que ha incidido en la generación de la insolvencia, mientras no se pruebe lo contrario de otra manera, y consiguientemente procedería su condena a pagar los créditos no satisfechos con la liquidación. Pero insistimos, lo que genera la responsabilidad no es en sí mismo la no llevanza de la contabilidad, sino la actuación dolosa o culposa que ha contribuido a generar o agravar la insolvencia, que se presume en perjuicio del administrador como consecuencia de haber privado al juzgado de

uno de los elementos de prueba esenciales para conocer las causas de la insolvencia o de su agravación, cual es la contabilidad..
VI. De este modo, aunque el art. 48.3 LC exija tan sólo que "de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas", ello no es suficiente pues, además, debe acreditarse también indiciariamente que al administrador (o liquidador) a quien se pretende embargar se le puede imputar la conducta que merece la calificación culpable del concurso y que dicha conducta ha generado o agravado la insolvencia o cuando menos es apta para ello.
En consecuencia con lo anterior, el auto de embargo debe justificar la apariencia de buen derecho, esto es, que de los elementos obrantes en el concurso existen indicios de los siguiente extremos: 1º) El concurso acabará presumiblemente por liquidación, sin que el activo resulte suficiente para pagar la totalidad de los créditos concursales. 2º) La persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes. 3º) Dicho administrador (o liquidador) será declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso, siendo su conducta no sólo idónea para obtener dicha calificación, sino también para haber generado o agravado la situación de insolvencia. 4º) En qué medida esta persona afectada por la calificación ha generado o agravado este estado de insolvencia, pues de acuerdo con ella podrá calcularse su responsabilidad con respecto al importe que presumiblemente no vaya a satisfacerse con la liquidación ": AAP Barcelona (Sección 15) 29.11.2007 (Rollo 652/2007)

"II. No puede negarse que el auto recurrido centre adecuadamente la cuestión controvertida, el embargo de los bienes de los administradores, y valore de forma pormenorizada y prudente la prueba practicada, siendo sus conclusiones muy ade-cuadas, sobre todo si tenemos en cuenta que nos hallamos en sede cautelar, en un momento muy anterior al inicio de la calificación del concurso y, por tanto, cuando sólo puede juzgarse de forma sumaria y por indicios la concurrencia de la aparien-cia de buen derecho, representada por la posible responsabilidad de los administra-dores concursales al pago total o parcial de las deudas concursales.
Como ya hemos apuntado, la controversia tan sólo gira en torno al fumus boni iuris, y en concreto a la posible responsabilidad de los administradores. Es muy sig-nificativo que de las tres conductas que el juez aprecia de forma indiciaria como posibles causas de una calificación culpable del concurso [el incumplimiento sus-tancial de llevar contabilidad (art. 164.2.1º LC), el alzamiento de los bienes en per-juicio de sus acreedores (art. 164.2.4º LC) y la enajenación fraudulenta de bienes (art. 164.2.5º LC)], tan sólo se han formulado algunas objeciones respecto de la segunda. En concreto respecto a la valoración equivocada de una disposición de fondos (una transferencia de 4.000 euros) que no se hizo el 8 de julio de 2005 a cuenta de la concursada y a favor de la sociedad Sharap Consultants SL, sino al revés, lo que no puede calificarse como alzamiento de bienes. Al margen de este hecho, que debemos considerar acreditado por el extracto de cuenta aportado (f. 54), donde claramente se aprecia que se trata de una transferencia realizada por Sharap Consultants SL a favor de la concursada, las otras conductas no han sido negadas, sin perjuicio de la participación de cada uno en dicha actividad.
III. No se niega que la sociedad no hubiera presentado las cuentas del ejercicio económico 2004, ni consta la contabilidad correspondiente a los ejercicios 2003, 2004 y 2005. Este hecho permitiría calificar culpable el concurso al amparo del art. 164.2.1º LC y del art. 165.3º LC.
Es cierto que en nuestro auto de 6 de febrero de 2006 (RA 851/05) exponíamos que "no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del con-curso son causa de la generación o agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputa-bilidad. En primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquida-dores (art. 164.1 LC). En segundo lugar, una tipificación de supuestos que al mar-gen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación cul-pable (art. 164.2 LC). Y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume iuris tantum el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contra-rio para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).
Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la califica-ción culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo, ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la cali-ficación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya inci-dido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia.
Consiguientemente con lo anterior, la interpretación que venimos sosteniendo distingue en la calificación del concurso dos niveles de enjuiciamiento. El primero se refiere a la calificación propiamente dicha, que procederá siempre que resulte de la aplicación de alguno de los tres criterios de imputación previstos en los arts. 164.1, 164.2 y 165 LC, y que dará lugar a los pronunciamientos contenidos en el apartado 2 del art. 172 LC. Y el segundo, que presupone el primero, juzga si la con-ducta que ha merecido la calificación culpable ha incidido en la generación y/o agravación de la insolvencia, para condenar en atención a ello al administrador o liquidador de la entidad concursada a pagar total o parcialmente los créditos con-cursales no satisfechos con la liquidación, que es el perjuicio ocasionado con la generación y/o agravación de la insolvencia".
En este caso, la falta de llevanza de la contabilidad correspondiente a los ejercicios 2003, 2004 y 2005 (este último se corresponde con aquél en que se instó el concurso) constituye una conducta tipificada en el art. 164.1 LC, que permite calificar el concurso de culpable, sin necesidad de probar la generación o agravación de la insolvencia ni tampoco la concurrencia de dolo o culpa grave. Por lo que, como de la obligación que tiene una sociedad de responsabilidad limitada de llevar los libros de contabilidad son finalmente responsables sus administradores legales, al margen de la posible distribución de funciones, en principio ambos debían haber adoptado las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de este deber.

En otra ocasión [auto de 29 de noviembre de 2007 (RA 652/07)] tuvimos oca-sión de argumentar que la no aportación de la contabilidad dificulta, si no impide, conocer las causas de la generación y/o agravación de la insolvencia, lo que clara-mente daría lugar a la calificación culpable del concurso de conformidad con el art. 164.2.1º LC en relación con el art. 172.2.1º LC. Es cierto que, en puridad, el mero hecho de no llevar contabilidad no necesariamente debe estar ligado a la generación y/o agravación de la insolvencia, por lo que apoyado en esta conducta no cabría condenarle a la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC, pero ello no significa que tal responsabilidad no pueda hacerse efectiva. No debe perderse de vista que en realidad la falta de aportación de libros lo que hace es impedir conocer las causas de la insolvencia o de su agravación, y es por ello que partiendo de que el adminis-trador ha incumplido uno de los deberes esenciales de su cargo —asegurarse de la llevanza de la contabilidad— que es el que impide acreditar en qué medida su con-ducta ha contribuido de forma dolosa o culposa a la generación y/o agravación de la insolvencia, la falta de aportación de libros contables lo que provoca es una presunción de responsabilidad. La falta de contabilidad es un principio de prueba de que se pretende ocultar una realidad que guarda relación con la responsabili-dad de los administradores en la generación y/o agravación de la insolvencia, por lo que ante la duda de si ello es así, como es el administrador quien tiene la faci-lidad probatoria, debería considerarse acreditada la existencia de una conducta dolosa o culposa grave por parte del administrador que ha incidido en la genera-ción de la insolvencia, mientras no se pruebe lo contrario de otra manera, y con-siguientemente procedería su condena a pagar los créditos no satisfechos con la liquidación. Pero insistimos, lo que genera la responsabilidad no es en sí mismo la no llevanza de la contabilidad, sino la actuación dolosa o culposa que ha con-tribuido a generar o agravar la insolvencia, que se presume en perjuicio del admi-nistrador como consecuencia de haber privado al juzgado de uno los elementos de prueba esenciales para conocer las causas de la insolvencia o de su agravación, cual es la contabilidad.
IV. La segunda conducta que debemos enjuiciar es la enajenación fraudulenta de bienes. El juez refiere que el Sr. J.M.E. declaró en el juicio que a finales de marzo de 2005 comprobó que se habían librado talones indebidos y que se realizaron tras-pasos de activos a favor de Sharap Consultants SL, que de alguna manera fueron reconocidos en la vista por el Sr. P.M.J., aunque niegue su apropiación; así como el reconocimiento realizado por el Sr. P.M.J. de haber llevado a cabo la venta un activo de la sociedad (un vehículo) y haber ingresado en su cuenta personal el precio, des-contado el pago del leasing; y la existencia de indicios de que el Sr. P.M.J. retiró dinero de las cuentas de la sociedad cuyo destino no está justificado, por lo menos por valor de 146.000 euros.
Estos hechos que no han sido impugnados categóricamente por el Sr. P.M.J., ser-virían indiciariamente para calificar el concurso de culpable al amparo de los arts. 164.1.4º y/o 5º LC, dependiendo de si se acredita una enajenación a favor de terce-ros, sin perjuicio de su calificación de fraudulenta, o de si se trata de una simple dis-tracción de esos bienes. Ello justificaría que el concurso se calificara culpable (art.
172.1 LC) y presumiblemente respecto de este hecho la persona afectada por la calificación sería el responsable de estos actos de disposición patrimonial, el administrador Sr. P.M.J. (art. 172.2.1º LC). Y qué duda cabe que tales actos de disposición patrimonial injustificada habrían contribuido, si no a la generación de la insolvencia, sí cuando menos a su agravación, por lo que también en relación con esta conducta cabría una posible condena a responder por los créditos concursales no satisfechos con la liquidación.
V. De este modo, por una parte, existen indicios suficientes para presumir que se abrirá la sección de calificación, como consecuencia de la apertura de la liquida-ción; y que no existen bienes para satisfacer el importe de los créditos concursales, que ascienden a 181.453'98 euros. Por otra, que en principio parece razonable pen-sar que la generación y/o agravación de la insolvencia ha sido provocada por una conducta dolosa o culposa de los dos administradores, aunque sólo sea porque el incumplimiento por su parte de la llevanza de la contabilidad en los dos últimos ejercicios impide conocer las causas de la insolvencia y porque hay indicios de que en los meses previos a la petición de concurso se hicieron disposiciones patrimo-niales injustificadas por un valor superior a 146.000 euros.
También resulta razonable la distribución de responsabilidad impuesta por el juez mercantil, pues si bien de la falta de llevanza de contabilidad son responsables ambos administradores, de los actos de disposición injustificada parece que sólo lo sería el Sr. P.M.J.
Eso sí, parece razonable atender a la petición del Sr. P.M.J. de que se rebaje la cifra por la que se debe responder, al restarse de ella los créditos de ambos administradores porque, de confirmarse una sentencia de calificación culpable, éstos perderían el derecho a cobrarlos (art. 172.2.3º LC).": AAP Barcelona (Sección 15) 25.03.2008 (Rollo 810/2007)

"Según el recurso de apelación, Juan Antonio y Vidal invocaron varias causas de improcedencia del embargo preventivo que no fueron debidamente atendidas: 1º que cuando se solicitó el concurso el activo era superior al pasivo, existiendo la probabilidad cualificada de que todos los acreedores percibieran sus créditos, no siendo imputable a los administradores sociales el incremento del pasivo derivado de un convenio de los administradores concursales y los trabajadores; 2º Los administradores concursales no han alegado que la descapitalización de TENIMAGEN sea debida a la constitución de la filial francesa, y sin embargo las pérdidas habrían sido motivadas exclusivamente por la conducta fraudulenta del Sr. Benigno; 3º No se ha justificado el importe de los abonos realizados a los clientes franceses, que no resulta de la documentación acompañada por la administración concursal, y dicho abonos no fueron aprobados por los administradores sociales sino por Benigno, quien los ocultó maliciosamente; 4º los avales bancarios fueron prestados en momentos de importantes beneficios de la sociedad TECNIMAGEN FRANCE y no hubieran sido ejecutados si el Sr. Benigno hubiera cumplido sus obligaciones; y 5º la causa principal de la solicitud de concurso consistió en la bajada generalizada de precios de los productos fabricados por TENIMAGEN (televisores convencionales de tubos catódicos), siendo la facturación francesa la que permitió retrasar el cierre durante los años 2003, 2004 y parte de 2005.

Estas cinco razones afectan al fumus boni iuris, cuyos presupuestos exceden de los previstos en el art. 48.3 LC. Como venimos considerando desde nuestro primer auto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05), "aunque el art. 48.3 LC exija tan sólo que "de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas", ello no es suficiente pues, además, debe acreditarse también indiciariamente que al administrador (o liquidador) a quien se pretende embargar se le puede imputar la conducta que merece la calificación culpable del concurso y que dicha conducta ha generado o agravado la insolvencia o cuando menos es apta para ello.
En consecuencia con lo anterior, el auto de embargo debe justificar la apariencia de buen derecho, esto es, que de los elementos obrantes en el concurso existen indicios de los siguiente extremos: 1º El concurso acabará presumiblemente por liquidación, sin que el activo resulte suficiente para pagar la totalidad de los créditos concursales; 2º La persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes; 3º Dicho administrador (o liquidador) será declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso, siendo su conducta no sólo idónea para obtener dicha calificación, sino también para haber generado o agravado la situación de insolvencia; 4º En qué medida esta persona afectada por la calificación ha generado o agravado este estado de insolvencia, pues de acuerdo con ella podrá calcularse su responsabilidad con respecto al importe que presumiblemente no vaya a satisfacerse con la liquidación".
El juez del concurso, en el fundamento jurídico tercero del auto ahora recurrido, sintetizó los referidos cinco motivos en la atribución de la responsabilidad exclusiva a Benigno, en cuanto administrador de hecho de la sociedad concursada, por la insolvencia culpable de la misma. Y en puridad, si los volvemos a examinar, tan sólo el 2º, 3º y 4º de los motivos responderían a la razón de la oposición analizada por el juez del concurso. El quinto de los motivos negaría la calificación culpable del concurso, al considerar que la insolvencia habría sido debida a causas fortuitas; y la primera alegación, negaría que el activo no fuera suficiente para pagar a los acreedores, si no fuera por el acuerdo alcanzado por los administradores concursales con los trabajadores. Cabría dudar de que estos dos motivos no se entendieran analizados en el resto de la resolución judicial recurrida, cuando revisa la causa de la generación de la insolvencia, pero aunque entendiéramos que el auto no los resuelve, esta omisión no daría lugar a la nulidad de lo actuado y la reposición de los autos al momento en que se dictó la resolución, sino a que en esta apelación volvamos a resolver acerca de estos dos motivos de oposición.
De este modo, procederemos a volver a revisar estos motivos de oposición, al hilo de los dos presupuestos que de hecho se han cuestionado en las dos demandas de oposición y ahora se reiteran: la posibilidad de que se declare culpable el concurso por considerar que la insolvencia fue generada por una conducta en la que intervino culpa grave o dolo de los administradores de la sociedad; y la determinación de quien, presumiblemente, sería declarado persona afectada por la calificación.
Al respecto, conviene advertir que estamos analizando el fumus boni iuris, por lo que no cabe exigir ni una prueba plena ni tampoco una certeza propia de la sentencia que resuelva el incidente de calificación. En un momento muy anterior a que se abra la sección de calificación y se formule el informe de los administradores del art. 69 LC, el art. 48.3 LC permite acordar el embargo de los bienes de los administradores. Es precisamente esa antelación de tiempo la que lleva al legislador a mencionar tan sólo dos de los requisitos o presupuesto legales, que el concurso vaya encaminado a la liquidación y que presumiblemente no haya activo suficiente para pagar los créditos concursales. No es que haya que obviar los presupuestos que acabarían de justificar una apariencia de buen derecho de una condena ex art. 172.3 LC, sino que respecto de estos bastará su mención y la argumentación básica o esencial que permita advertir que razonablemente podría llegar a dictarse tal condena. Es por ello que la exigencia de acreditación de estos hechos, ajenos a la dicción literal del art. 48.3 LC, es menor, sin perjuicio de que deba argumentarse su procedencia.
CUARTO: El juez del concurso estima como un hecho incuestionado que el concurso concluirá en liquidación, pues la propia concursada lo ha solicitado. También aprecia que, a la vista de lo informado por la administración concursal, no será posible abonar todos los créditos concursales. Entiende además que cabría calificar culpable el concurso al amparo de los dispuesto en el art. 164.1 LC, pues cuando menos la insolvencia se habría agravado en 2.184.514 euros, al haberse realizado abonos a favor de clientes de la filial francesa, sin que conste la documentación que lo justifique. El auto argumenta que los administradores de derecho y el que considera de hecho, serían responsables de esta conducta, que habrían realizado concurrendo dolo o culpa grave, y que por ello podrían llegar a ser condenados a pagar los créditos concursales no satisfechos con la liquidación, hasta la suma correspondiente a lo que ellos habrían contribuido a agravar la situación de insolvencia. ":AAP Barcelona (Sección 15) 17.12.2009 (Auto 220/2009; Rollo 157/2009)

"iv) En cuanto al requisito de la apariencia de buen derecho, el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión no puede detenerse en la mera apreciación de la fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable, sino que debe justificarse también indiciariamente que el administrador o liquidador que se presenta como sujeto pasivo del embargo puede llegar a ser declarado persona afectada por la calificación y condenado, con base en el art. 172.3 LC, por haber ge-nerado o contribuido a generar, con dolo o culpa grave, el estado de insolvencia, sen-tado que este régimen de responsabilidad, en la interpretación que venimos mante-niendo, que se aparta de la concepción de responsabilidad-sanción, procederá en la medida en que el administrador de hecho o de derecho de la sociedad deudora haya contribuido, mediando dolo o culpa grave, y con dicha actuación que funda la califi-cación de concurso culpable, a generar o agravar la insolvencia, y en la medida en que haya producido este resultado.
III. i) Concurren en este caso suficientes indicios de que la sección de califica-ción será abierta, ya que se ha optado por la liquidación; de que la masa activa no se-rá suficiente para cubrir todo el pasivo reconocido y de que el concurso puede, con pro-babilidad razonable, llegar a ser calificado culpable con base en la causa prevista en el art. 164.2.1.º LC, a tenor del cual: «En todo caso, el concurso se calificará como cul-pable

cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1.º Cuando el deudor le-galmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obli-gación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera».
ii) Las alegaciones defensivas de los sujetos pasivos del embargo, la documen-tación aportada por ellos en el acto de la vista de medidas cautelares y los argumen-tos impugnatorios, carecen de entidad suficiente, en esta fase cautelar, para desvir-tuar la conclusión que alcanza la administración concursal y el juez del concurso acerca de la justificación, en juicio indiciario y provisional, de la citada causa determinante de la calificación culpable, determinada por un cúmulo de irregularidades contables de ca-rácter relevante que dificultan la comprensión de la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad concursada.
En particular, la administración concursal incide (sin prueba en contrario que desvirtúe estas anomalías) en que:
a) La ausencia de subcuentas para diferenciar los distintos clientes y acreedores (pues las partidas se llevan a cuentas generalistas) impide un seguimiento y control de las ope-raciones llevadas a cabo con cada uno de ellos, lo que a la postre repercute en el conoci-miento de la verdadera situación de la sociedad, no siendo cierto, en contra de lo alegado por la concursada, que exista una cuenta de mayor individualizada para cada uno de los clientes, proveedores y acreedores que permita diferenciar las operaciones con unos y otros.
b) Se ha hecho un uso incorrecto de las subcuentas «cuadre de saldos» (n.º 5555555) y «partidas pendientes de aplicación» (n.º 5550000), al utilizarse estas cuen-tas para reclasificar importes conocidos que ya constaban contabilizados en otras cuentas y practicar regularizaciones de saldos de una cuenta a otra, integrando asientos de di-fícil comprensión.
c) La contabilización de las existencias sufre cambios relevantes injustificados en escaso lapso de tiempo (la administración concursal hace una comparativa entre el inventario de la solicitud, los balances a 5 de diciembre de 2008 y a 31 de diciembre de ese mismo año, y el inventario aportado de fecha 17 de diciembre de 2009).
d) Como queda justificado por la documentación aportada en la vista de medidas, la legalización de los libros contables de los ejercicios 2005, 2006 y 2007 se efectúa el 14 de enero de 2009, misma fecha que la del auto de declaración del concurso; no se han legalizado los libros del ejercicio de 2008 ni se han formulado las cuentas de dicho ejercicio.
e) El libro diario aportado por la concursada adolece de irregularidades: su pagi-nación no es correlativa, carece de asientos, no consta la fecha en que se realizan los apuntes contables, y no sigue cronológicamente ningún apunte contable; se acredita también la falta de llevanza de libro diario del ejercicio de 2008.
f) En el inventario de bienes y derechos se han omitido los saldos deudores de personas y empresas vinculadas a la concursada, y en la relación de acreedores se han omitido importantes créditos (docs. 4, 5, 6, 7 y 8 aportados en la vista por la administración concursal).
En conclusión, y así lo advierte la administración concursal, se trata de un con-junto de irregularidades que impiden conocer con la necesaria fiabilidad la evolución de los negocios de la concursada y su verdadera situación patrimonial y financiera, sin perjuicio de que en el proceso principal relativo a la calificación del concurso, tras la pertinente fase de prueba, pueda sustentarse otro criterio.
IV. La contabilidad empresarial, debidamente llevada, además de ofrecer en cada momento y períodos regulares la imagen fiel de la situación económica, financiera y patrimonial de la sociedad, permite conocer las operaciones realizadas, reconstruir su evolución, hacer una estimación de valor y, en cierta medida, un pronóstico de viabilidad, por lo que también, en fin, permitirá conocer datos relevantes para determinar la producción del estado de insolvencia y sus causas.
Si, por el contrario, adolece de irregularidades que, por su entidad o relevancia y apreciadas en conjunto, dificultan o llegan a impedir ese conocimiento, la reacción de la Ley es la calificación culpable del concurso de conformidad con el art. 164.2.1.º LC, sin perjuicio de que también pueda incidir en la formulación general de concurso culpable conforme al art. 164.1 LC, ya que la ausencia contable o las irregularidades relevantes también pueden impedir la determinación de la medida en que el administrador ha contribuido a la generación o agravación de la insolvencia.
Como hemos indicado en otras resoluciones, las deficiencias o irregularidades con-tables relevantes no son, per se, un acto o conducta idónea para generar o agravar la insolvencia, pero pueden servir para presumir el dolo o culpa grave del deudor o de su administrador en la generación o agravación de la insolvencia, en la medida en que di-ficulten o impidan averiguar sus causas verdaderas y el comportamiento observado por el administrador ante la situación económica, financiera y patrimonial de la sociedad en cada momento. En este sentido permiten construir una presunción judicial de res-ponsabilidad con dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de in-solvencia, sólo desvirtuable mediante prueba en contrario por parte del administrador, que es quien tiene la facilidad y disponibilidad probatoria, ante la ausencia de tan esen-cial elemento de juicio para poder juzgar su contribución causal a dicho estado.
V. En atención a lo expuesto, consideramos procedente la confirmación de las medidas, sin perjuicio de lo que pueda llegar a ser probado en el proceso principal de calificación del concurso. No obstante, las dudas de hecho que en este caso se suscitan con respecto al nexo de causalidad con la causación o agravación de la insolvencia determina que no impongamos las costas en esta instancia.": AAP Barcelona (Sección 15) 26.05.2010 (Rollo 44/2010)

"CUARTO. También se cuestiona la existencia de apariencia de buen derecho, aduciendo que no es suficiente que exista la posibilidad de que el concurso se declare culpable sino que también se exige que exista un nexo de causalidad entre el comportamiento del administrador y la causación o agravación de la insolvencia, nexo que no existe en el supuesto enjuiciado, en opinión de los recurrentes.
En el auto adoptando las medidas cautelares se justificó la apariencia de buen derecho en el proceder doloso de los administradores sociales, que trataron de ocultar a la hacienda pública una operación inmobiliaria realizada a título gratuito entre la concursada y otra sociedad (Fefa Patrimonial 66, S.L.) de la que es

administradora la Sra. Adriana, madre y esposa de los administradores de la concursada, y cuyas participaciones corresponden al 50 % a la misma y al propio Sr. Victorio, lo que originó una importante deuda tributaria (superior a un millón de euros) que determinó la situación de insolvencia de la sociedad.
En el auto recurrido, que resolvió el incidente de oposición a las medidas, se precisó que la razón de ser de esa cesión gratuita fue desviar los beneficios obtenidos por la concursada como consecuencia de la operación inmobiliaria a una sociedad patrimonial vinculada con los propios administradores, hechos que aparecen detalladamente descritos en el informe de la administración concursal.
Ante ello, no parece razonable cuestionar la apariencia de buen derecho, ya que: a) no se ha cuestionado que la solución concursal vaya a ser otra que la liquidación; b) existe una fundada probabilidad de que el concurso se termine declarando culpable; y c) existe un nexo causal, no sólo legalmente presumible sino razonable, entre la conducta que se imputa a los administradores y la causación o agravación del estado de insolvencia de la sociedad.
Los recurrentes cuestionan que la conducta que se les imputa haya supuesto perjuicio alguno para el patrimonio de la concursada, aduciendo que la misma recuperó toda su inversión en la operación inmobiliaria y, si finalmente cedieron los derechos a una tercera sociedad, con la misma composición social, fue precisamente para que no pudiera imputarse a la concursada haberse apartado de su objeto social, que eran las artes gráficas, no actividades inmobiliarias. También alegaron que son infundadas las imputaciones realizadas por la administración tributaria en el expediente abierto como consecuencia de esas operaciones.
Para examinar la concurrencia de la apariencia de buen derecho no es preciso hacer un examen definitivo de la cuestión de fondo, que quedará reservado para la pieza de calificación. Basta con un examen indiciario. Y lo que puede decirse es que existen indicios, derivados del informe de la Administración concursal, que permiten sostener razonablemente la idea de que el concurso pueda ser declarado culpable y de que la conducta de los administradores sobre cuyo patrimonio se ha adoptado la medida que puede determinar esa calificación es relevante desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia.”: AAP Barcelona (Sección 15) 03.02.2011 (Auto 14/2011; Rollo 533/2010)

2.2.1.1 Conductas susceptibles de generar o agravar la insolvencia

“En contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de la generación o a agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad: en primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume iuris tantum el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).
Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia”:
Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)

“V. En contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de la generación o agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad. En primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC). En segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC). Y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume iuris tantum el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).
Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo, ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia.
Consiguientemente con lo anterior, la interpretación que venimos sosteniendo distingue en la calificación del concurso dos niveles de enjuiciamiento: el primero se refiere a la calificación propiamente dicha, que procederá siempre que resulte de la aplicación de alguno de los tres criterios de imputación previstos en los arts. 164.1, 164.2 y 165 LC, y que dará lugar a los pronunciamientos contenidos en el apartado 2 del art. 172 LC; y el segundo, que presupone el primero, juzga si la conducta que ha merecido la calificación culpable ha incidido en la generación y/o agravación de la insolvencia, para condenar en atención a ello al administrador o liquidador de la entidad concursada a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación, que es el

perjuicio ocasionado con la generación y/o agravación de la insolvencia.": AAP Barcelona (Sección 15) 29.11.2007 (Rollo 652/2007)

2.2.1.1.1 Inexactitud grave en la lista de acreedores aportada con la solicitud del concurso: no es susceptible de generar o agravar la insolvencia

"En este caso, no se discute que el concurso se encaminaba hacia la liquidación ni que Sr. Antonio Pérez sea el administrador de la sociedad concursada. Sí que se discute la concurrencia de indicios de los dos motivos que podrían justificar la calificación culpable del concurso: haber cometido el deudor una inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud de concurso (art. 164.2.2° LC) y (...)
En la vista de medidas cautelares, la representación procesal de Antonio P.L. reconoció que en la lista de acreedores aportada con la solicitud de concurso se omitió la deuda que la sociedad tenía con la Seguridad Social (24.443'05 euros) y con la Agencia Tributaria (27.202'l 8 euros), aunque también argumentó que ello fue debido a un simple error, pues ambos créditos se reflejan en la contabilidad aportada también con al solicitud. El art. 6.2.4° LC menciona, entre los documentos que el deudor debe aportar con su solicitud de concurso voluntario, una relación de acreedores, y aunque la omisión de un acreedor, si el crédito no es muy significativo, podría carecer de relevancia, no ocurre lo mismo cuando se trata de dos créditos públicos, que sumados (51.645'23 euros) representan casi una cuarta parte del total del pasivo concursal (233.452,02 euros). Esta omisión, por sí sola, en principio constituiría un indicio suficiente en el que apoyar un juicio provisional de que nos hallamos ante una inexactitud grave en la lista de acreedores aportada por el deudor instante del concurso, y por lo tanto ante la conducta tipificada por el art. 164.2.2° LC. Los motivos aducidos por el deudor, de que ello responde a un simple error, pues quien elaboró la lista mencionó todos los acreedores comerciales y financieros, pero no los acreedores públicos, debería en todo caso valorarse en el incidente concursal que resuelva la oposición a la calificación culpable basada en esta causa, para apreciar si ello resta gravedad al error e impide la subsunción de estos hechos en el supuesto de hecho descrito en el art. 164.3.2° LC. (...)
Hasta aquí se advierte la existencia de apariencia de buen derecho respecto de la calificación culpable del concurso y de que la persona afectada por esta calificación sería el administrador único de esta entidad, Antonio P.L., pero ello no es suficiente, pues para que dicho administrador fuera condenado a pagar la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación sería necesario que además existiera una relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador que sería merecedora de la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.
El art. 48.3 LC no hace ninguna mención al respecto, lo que puede interpretarse en el sentido de que a los efectos de valorar la procedencia del embargo, en atención al momento en que se adopta, muy anterior a que se conozcan todas las circunstancias que permitirían formular propiamente la petición de calificación -cuando se abra la sección sexta y la administración concursal emita su informe conforme al art. 169 LC-, bastaría con los indicios de la calificación culpable, quedando para el posterior incidente concursal la valoración de la repercusión que esta conducta del administrador ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia, pues atendiendo a ello debería condenarse al demandado y fijarse la cuantía objeto de condena. Lo que no impide analizar en esta fase cautelar si la conducta imputada al administrador de la sociedad, al margen de que pueda merecer la calificación culpable del concurso, podría además ser causa de la generación o agravación de la insolvencia.
En contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de la generación o a agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad: en primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume iuris tantum el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).
Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia. Así ocurre en el presente caso con la inexactitud grave en la lista de acreedores aportada con la solicitud del concurso, que conforme al art. 164.2.2° LC dará lugar a una calificación culpable y, sin embargo, por tratarse de una conducta concurrente a la solicitud y declaración de concurso, es imposible que haya generado o agravado la situación de insolvencia. Es por ello que, aunque no es necesario en esta fase cautelar la acreditación indiciaria de la relación de causalidad entre la conducta

imputada al administrador de la sociedad -tipificada en los arts. 164.2 o 165 LC- y la generación o agravación de la insolvencia, sí es imprescindible que por las características de dicha conducta sea susceptible de haber generado o agravado la insolvencia, de modo que en supuestos en los que no lo sea cabrá apreciar la ausencia de fumus boni iuris.": Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)

2.2.1.1.2 Retraso en la solicitud del concurso voluntario: la agravación de la insolvencia vendrá determinada por los créditos nacidos con posterioridad a dicho incumplimiento

"En este caso, no se discute que el concurso se encaminaba hacia la liquidación ni que Sr. Antonio Pérez sea el administrador de la sociedad concursada. Sí que se discute la concurrencia de indicios de los dos motivos que podrían justificar la calificación culpable del concurso: (...) el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso a tiempo (art. 165.1° LC). (...)
Por otra parte, el art. 5 LC impone al deudor el deber de solicitar el concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde que hubiere conocido y debido conocer su estado de insolvencia. El certificado de la TGSS aportado con su petición de medidas cautelares (folio 5) prueba que la sociedad concursada había dejado de pagar las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los meses de agosto, septiembre, y octubre de 2004, por lo que desde primeros de noviembre de aquel año comenzaba a contarse el plazo de dos meses para presentar la solicitud de concurso, cumpliéndose a primeros de enero de 2005. El auto de ocho de marzo de 2005, por el que se declaró el concurso (aportado a los autos -folio 34-), deja constancia de que la solicitud fue presentada al juzgado el 2 de febrero de 2005. Si esto es así, puede decirse que el deudor se habría retrasado un mes en presentar el concurso. Este retraso es uno de los hechos tipificados en el art. 165.1° LC, que por sí solo permite también la calificación culpable del concurso porque presume el dolo o la culpa grave del deudor concursado o, tratándose de una persona jurídica, de sus administradores (o liquidadores). Y aunque esta presunción es iuris tantum, y por lo tanto admite prueba en contrario, resulta suficiente para, a través de un juicio provisional e indiciario, apreciar el fumus boni iuris respecto de la calificación culpable del concurso. De modo que quedaría para el incidente concursal que resuelva la oposición a la calificación la valoración de las razones y hechos que negarían la concurrencia del dolo o la culpa grave.
Hasta aquí se advierte la existencia de apariencia de buen derecho respecto de la calificación culpable del concurso y de que la persona afectada por esta calificación sería el administrador único de esta entidad, Antonio P.L., pero ello no es suficiente, pues para que dicho administrador fuera condenado a pagar la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación sería necesario que además existiera una relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador que sería merecedora de la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.
El art. 48.3 LC no hace ninguna mención al respecto, lo que puede interpretarse en el sentido de que a los efectos de valorar la procedencia del embargo, en atención al momento en que se adopta, muy anterior a que se conozcan todas las circunstancias que permitirían formular propiamente la petición de calificación -cuando se abra la sección sexta y la administración concursal emita su informe conforme al art. 169 LC-, bastaría con los indicios de la calificación culpable, quedando para el posterior incidente concursal la valoración de la repercusión que esta conducta del administrador ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia, pues atendiendo a ello debería condenarse al demandado y fijarse la cuantía objeto de condena. Lo que no impide analizar en esta fase cautelar si la conducta imputada al administrador de la sociedad, al margen de que pueda merecer la calificación culpable del concurso, podría además ser causa de la generación o agravación de la insolvencia.
En contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de la generación o a agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad: en primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume iuris tantum el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).
Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia.
(...)

La segunda de las conductas imputadas al administrador de la sociedad -no haber presentado a tiempo la solicitud de concurso (art. 165.1° LC)- presupone ya la existencia del estado de insolvencia, por lo que no podríamos atribuirle su generación, pero sí su agravación. Y sería en la medida en que lo hubiera agravado en la que debería, a la postre -al dictar la sentencia de calificación-, condenarse al administrador de la sociedad, que se demoró en el cumplimiento de este deber legal, a pagar los créditos concursales no satisfechos con la liquidación.
Si esto es así, resulta lógico advertir que la agravación de la insolvencia provocada por retraso en la solicitud de concurso vendrá determinada por los créditos nacidos con posterioridad a dicho incumplimiento (en este caso, desde el 1 de enero de 2005) y antes de la solicitud de concurso (1 de febrero de 2005), y en concreto por el importe total de dichos créditos. Como quiera que la administración concursal tenía que elaborar la lista de acreedores (junto con el inventario y el preceptivo informe), podía conocer cuales eran estos créditos y la suma total de los mismos, y consiguientemente debía haberlo indicado en su solicitud de embargo. No habiéndolo hecho, se desconoce si existió algún crédito nacido en el mes en que se retrasó el deudor en presentarse en concurso. En consecuencia, no se aprecia en este momento, y en el curso de un juicio provisional, ningún indicio de en que medida la conducta del deudor -se retrasarse en la solicitud de concurso- pudo agravar su estado de insolvencia.": Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)

"Aún cuando a mi juicio el titulo por el cual debe de imputarse a los administradores de hecho o de derecho de la sociedad concursada la responsabilidad por el déficit patrimonial es dolo o la negligencia grave de su conducta en relación con la causa de culpabilidad, lo cierto es este no es el criterio seguido por la sección 15 de la Audiencia de Barcelona, órgano que entiende de las apelaciones contra esta resolución.
12. La Audiencia mantiene que el titulo por el cual se puede imputar la responsabilidad concursal es el de la relación de causalidad entre la conducta del administrador, dolosa o gravemente negligente, y el déficit patrimonio. Por lo que para imputar dicha responsabilidad a los administradores es necesario que exista un nexo de causalidad entre su comportamiento y la causación o agravación de la insolvencia.
13. Siguiendo este criterio, en el presente caso, los administradores son responsables de las deudas generadas después de que fueran conscientes del estado de insolvencia de la compañía.
14. De conformidad con el informe de la administración concursal la situación de insolvencia de la compañía hay que situarla en agosto de 2006, por que las dedudas contraidas con posterioridad a esa fecha agravan su situacion.
15. Conforme el mismo informa de la administración concursal el importe de esas deudas es de 4.557.765 euros
16. Se pide la medida cautelar respectos de los miembros del consejo de administración de la compañía D. PLMI, PMI y FMI.
PARTE DISPOSITIVA.- Acuerdo embargo de los bienes y derechos de PLMI, PMI y FMI.para cubrir la suma de 4.557.765 euros de principal y 1.000.0000 euros de intereses y costas.": Auto JM-4 Barcelona 06.03.2008 (Concurso 528/2007)

2.2.1.1.3 Falta de llevanza de la contabilidad

"En el hipotético supuesto aducido por la argumentación del auto recurrido del deudor que no aporta la contabilidad, lo que dificulta, si no impide, conocer las causas de la generación y/o agravación de la insolvencia, ello claramente daría lugar a la calificación culpable del concurso de conformidad con el art. 164.2.1º LC en relación con el art. 172.2.1º LC. Es cierto que, en puridad, el mero hecho de no llevar contabilidad no necesariamente debe estar ligado a la generación y/o agravación de la insolvencia, por lo que apoyado en esta conducta no cabría condenarle a la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC, pero ello no significa que tal responsabilidad no pueda hacerse efectiva. No debe perderse de vista que en realidad la falta de aportación de libros lo que hace es impedir conocer las causas de la insolvencia o de su agravación, y es por ello que partiendo de que el administrador ha incumplido uno de los deberes esenciales de su cargo —asegurarse de la llevanza de la contabilidad— que es lo que impide acreditar en qué medida su conducta ha contribuido de forma dolosa o culposa a la generación y/o agravación de la insolvencia, la falta de aportación de libros contables lo que provoca es una presunción de responsabilidad. La falta de contabilidad es un principio de prueba de que se pretende ocultar una realidad que guarda relación con la responsabilidad del administrador en la generación y/o agravación de la insolvencia, por lo que ante la duda de si ello es así, como es el administrador quien tiene la facilidad probatoria, debería considerarse acreditada la existencia de una conducta dolosa o culposa grave por parte del administrador que ha incidido en la generación de la insolvencia, mientras no se pruebe lo contrario de otra manera, y consiguientemente procedería su condena a pagar los créditos no satisfechos con la liquidación. Pero insistimos, lo que genera la responsabilidad no es en sí mismo la no llevanza de la contabilidad, sino la actuación dolosa o culposa que ha contribuido a generar o agravar la insolvencia, que se presume en perjuicio del administrador como consecuencia de haber privado al juzgado de uno de los elementos de prueba esenciales

para conocer las causas de la insolvencia o de su agravación, cual es la contabilidad.”.: AAP Barcelona (Sección 15) 29.11.2007 (Rollo 652/2007)

“TERCERO: No se niega que la sociedad no hubiera presentado las cuentas del ejercicio económico 2004, ni consta la contabilidad correspondiente a los ejercicios 2003, 2004 y 2005. Este hecho permitiría calificar culpable el concurso al amparo del art. 164.2.1º LC y del art. 165.3º LC.
Es cierto que en nuestro auto de 6 de febrero de 2006 (RA 851/05) exponíamos que “no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de la generación o agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad: en primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume *iuris tantum* el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).
Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia.
Consiguientemente con lo anterior, la interpretación que venimos sosteniendo distingue en la calificación del concurso dos niveles de enjuiciamiento: el primero se refiere a la calificación propiamente dicha, que procederá siempre que resulte de la aplicación de alguno de los tres criterios de imputación previstos en los arts: 164.1, 164.2 y 165 LC, y que dará lugar a los pronunciamientos contenidos en el apartado 2 del art. 172 LC; y el segundo, que presupone el primero, juzga si la conducta que ha merecido la calificación culpable ha incidido en la generación y/o agravación de la insolvencia, para condenar en atención a ello al administrador o liquidador de la entidad concursada a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación, que es el perjuicio ocasionado con la generación y/o agravación de la insolvencia”.
En este caso, la falta de llevanza de la contabilidad correspondiente a los ejercicios 2003, 2004 y 2005 (este último se corresponde con aquel en que se instó el concurso) constituye una conducta tipificada en el art. 164.1 LC, que permite calificar el concurso de culpable, sin necesidad de probar la generación o agravación de la insolvencia ni tampoco la concurrencia de dolo o culpa grave. Por lo que, como de la obligación que tiene una sociedad de responsabilidad limitada de llevar los libros de contabilidad son finalmente responsables sus administradores legales, al margen de la posible distribución de funciones, en principio ambos debían haber adoptado las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de este deber.
En otra ocasión [auto de 29 de noviembre de 2007 (RA 652/07)] tuvimos ocasión de argumentar que la no aportación de la contabilidad dificulta si no impide conocer las causas de la generación y/o agravación de la insolvencia, lo que claramente daría lugar a la calificación culpable del concurso de conformidad con el art. 164.2.1º LC en relación con el art. 172.2.1º LC. Es cierto que, en puridad, el mero hecho de no llevar contabilidad no necesariamente debe estar ligado a la generación y/o agravación de la insolvencia, por lo que apoyado en esta conducta no cabría condenarle a la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC, pero ello no significa que tal responsabilidad no pueda hacerse efectiva. No debe perderse de vista que en realidad la falta de aportación de libros lo que hace es impedir conocer las causas de la insolvencia o de su agravación, y es por ello que partiendo de que el administrador ha incumplido uno de los deberes esenciales de su cargo –asegurarse de la llevanza de la contabilidad- que es el que impide acreditar en qué medida su conducta ha contribuido de forma dolosa o culposa a la generación y/o agravación de la insolvencia, la falta de aportación de libros contables lo que provoca es una presunción de responsabilidad. La falta de contabilidad es un principio de prueba de que se pretende ocultar una realidad que guarda relación con la responsabilidad de los administradores en la generación y/o agravación de la insolvencia, por lo que ante la duda de si ello es así, como es el administrador quien tiene la facilidad probatoria, debería considerarse acreditada la existencia de una conducta dolosa o culposa grave por parte del administrador que ha incidido en la generación de la insolvencia, mientras no se pruebe lo contrario de otra manera, y consiguientemente procedería su condena a pagar los créditos no satisfechos con la liquidación. Pero insistimos, lo que genera la responsabilidad no es en sí mismo la no llevanza de la contabilidad, sino la actuación dolosa o culposa que ha contribuido a generar o agravar la insolvencia, que se presume en perjuicio del administrador como consecuencia de haber privado al Juzgado de uno los elementos de prueba esenciales para conocer las causas de la insolvencia o de su agravación, cual es la contabilidad.”: Auto AP Barcelona (sección 15) 25.03.2008 (Rollo 810/2007)

2.2.1.1.4 Enajenación fraudulenta de bienes

"CUARTO: La segunda conducta que debemos enjuiciar es la enajenación fraudulenta de bienes. El Juez refiere que el Sr. MS. declaró en el juicio que a finales de marzo de 2005 comprobó que se habían librado talones indebidos y que se realizaron traspasos de activos a favor de SHARAP CONSULTING, que de alguna manera fueron reconocidos en la vista por el Sr. ML, aunque niegue su apropiación; así como el reconocimiento realizado por el Sr. ML de haber llevado a cabo la venta un activo de la sociedad (un vehículo) y haber ingresado en su cuenta personal el precio, descontado el pago del leasing; y la existencia de indicios de que el Sr. ML retiró dinero de las cuentas de la sociedad cuyo destino no está justificado, por lo menos por valor de 146.000 euros.
Estos hechos que no han sido impugnados categóricamente por el Sr. ML, servirían indiciariamente para calificar el concurso de culpable al amparo de los arts. 164.1.4º y/o 5º, dependiendo de si se acredita una enajenación a favor de terceros, sin perjuicio de su calificación de fraudulenta, o de si se trata de una simple distracción de esos bienes. Ello justificaría que el concurso se calificara culpable (art. 172.1 LC) y presumiblemente respecto de este hecho la persona afectada por la calificación sería el responsable de estos actos de disposición patrimonial, el administrador Sr. ML (art. 172.2.1º LC. Y qué duda cabe que tales actos de disposición patrimonial injustificada habrían contribuido, si no a la generación de la insolvencia, sí cuando menos a su agravación, por lo que también en relación con esta conducta cabría una posible condena a responder por los créditos concursales no satisfechos con la liquidación.": Auto AP Barcelona (sección 15) 25.03.2008 (Rollo 810/2007)

2.2.1.1.5 Improcedencia: inexistencia de irregularidades contables relevantes

"SÉPTIMO En el presente caso, los hechos sobre los que se sustenta la petición de embargo son que los administradores incurrieron en irregularidad relevante en la contabilidad, que existe una modificación de las cuestas anuales auditadas respecto de las halladas en la empresa y presentadas al juzgado por la administración, y, finalmente, que la concursada incumplió la obligación de efectuar el pago del IVA durante tres meses consecutivos en el ejercicio de 2004; y además, por el conocimiento hasta ahora existente de la situación patrimonial de la empresa cabe anticipar que la masa activa no alcanzará a cubrir el pasivo.
En lo que se refiere a la primera de las circunstancias, sin perjuicio de señalar, por haber sido discutido, que las cuentas anuales sí forman parte de la contabilidad de las sociedades mercantiles, pues se encuentran reguladas en el título III del libro primero del CCom, sí debe ser advertido que para decidir acerca del supuesto en cuestión no puede atenderse sólo a ellas, sino también al resto de las elementos que contienen dicha contabilidad, y nada se ha justificado sobre que haya otras irregularidades en los mismos que perturben el entendimiento de la situación patrimonial de la concursa, como se desprende de la testifical practicada en el acto de la vista y del propio informe de auditoría, en el que no se advierte dificultad alguna en la contrastación de los datos contables de la empresa, incluso sobre los que se ponen reparos, a salvo la partida existencias, que no incluida en el activo del las cuentas ningún dato negativo puede significar. Esto es de meras deficiencias en la formulación de las cuentas anuales no cabe seguir la conclusión que se pretende a los efectos del art. 164.2.1 LC, y en este sentido puede ser citada el AAP de Barcelona núm. 173/2007, de 19 de marzo (JUR 2007, 272870).
Por lo que se refiere a la segunda, esta Sala no advierte en la pieza elemento alguno sobre el que sustentar el segundo de los supuestos, pues al efecto tan sólo se ha puesto la existencia de ciertas diferencias en los datos manejados por la las administración de la concursa y la administración concursal, que fueron resueltas por aquéllos oportunamente, sin que halla indicio alguno sobre el alcance de tales diferencias a efectos de su calificación como inexactitud grave o falsedad a los efectos del art. 164.2.2 LC.
Finalmente, y en lo que atañe al supuesto previsto en el art. 165.1 LC en relación con el art. 2.3.4 LC y 5 LC, de la documentación que obra en la pieza, así como de la esclarecedora declaración del testigo que depuso en las vistas, resulta con claridad que hasta el mes de marzo de 2005 los administradores de la concursa y la AEAT estuvieron en negociaciones para el aplazamiento de la deuda, las cuáles se rompieron en ese mes ante la imposibilidad por parte de los primeros de dar las garantías que ésta exigía para mantener los aplazamientos, lo que determinó el embargo de sus bienes en el mes de marzo, y la presentación de la solicitud de concurso en el meas de abril, que fue declarado por auto de 18-4-2005.
Por todo lo dicho, procede la estimación del recurso interpuesto, y dejar sin efecto el embargo que viene acordado.": AAP Zaragoza (Sección 5) 31.10.2007 (AC 2008/438)

2.2.1.1.6 Falta de colaboración: cuando la no aportación de la documentación requerida supone la presunción de que la causa de la insolvencia es imputable al administrador

"VII. El auto que acordó inicialmente el embargo, cuya oposición ha sido desestimada en el auto ahora recurrido en apelación, invoca como causa o motivo de la calificación culpable del

concurso el incumplimiento, por el administrador de la sociedad concursada, de los deberes de colaboración con los órganos del concurso, en este caso con la administración concursal y con el juzgado: “incumplimiento del deber de aportar los extractos financieros y los documentos de los que resulte la deuda laboral, desobedeciendo el requerimiento de este juzgado para que aportase la documentación necesaria para tramitar el correspondiente expediente de extinción colectiva de las relaciones laborales”.
Esta conducta, que conforme al art. 165.2º LC permitiría calificar el concurso de culpable, no guarda por sí sola relación de causalidad o incidencia con la generación o agravación de la insolvencia, entendida por tal la que da lugar a la declaración de concurso, pues se trata de una conducta posterior en el tiempo. El incumplimiento del deber de colaboración, previsto en el art. 42 LC, acaece después de solicitado y declarado el concurso, por lo que ontológicamente no puede haber generado o agravado la insolvencia que motivó la apertura del concurso, que es la que se debe tomar por referencia para juzgar la responsabilidad ex art. 172.3 LC.
Pero como ocurre con el caso de la contabilidad, puede ser que la documentación requerida sea necesaria para conocer con exactitud las causas de la insolvencia (que es lo que a renglón seguido argumenta el fundamento jurídico cuarto del auto que acordó el embargo), lo que provoca la presunción de que esas causas son imputables al administrador demandado, que se resiste a cumplimentar los requerimientos. De este modo, mientras no se aporte la documentación requerida y se constate si a la vista de la misma puede atribuirse responsabilidad al administrador en la causación y/o agravación de la insolvencia, y sin perjuicio de que en el incidente de calificación pueda acreditarse por otros medios de prueba cuáles son las causas reales de la generación de la insolvencia, ahora, provisionalmente, existiendo dudas sobre tales hechos, procede aplicar las consecuencias de la carga de la prueba en perjuicio del administrador, que incumplió el deber de aportar lo que debía estar a su disposición, conforme al art. 217.1 y 6 LEC y considerar que existen indicios de su posible responsabilidad ex art. 172.3 LC.”: AAP Barcelona (Sección 15) 29.11.2007 (Rollo 652/2007)

2.2.1.1.7 Salida de importantes fondos a favor de sociedad controlada por el administrador

“La Sra.Brigida reconoce que ella era administradora tanto de la sociedad concursada, TONERCOLOR, S.L. como de la sociedad SELINK 2001, S.L., y que de esta sociedad es titular de participaciones que representan el 55,06% del capital social. También admite que, siendo ella administradora de la sociedad concursada, ésta entregó dinero a SELINK 2001, S.L. por, al menos, 2.175.042 euros, aunque alega que fueron entregados en préstamo, si bien no se reflejó en el inventario aportado con la solicitud de concurso. Y, finalmente, la Sra.Brigida no ha negado que la concursada carezca de participación en el capital de SELINK 2001, S.L. Todo lo cual, a estas alturas del procedimiento concursal, antes de que se haya abierto la fase de liquidación y con ella la sección de calificación, es suficiente para apreciar la posibilidad de que estos hechos pudieran justificar la calificación culpable del concurso, pues la entidad de los supuestos préstamos, en relación con el capital de la sociedad y sus activos, concedidos a favor de una sociedad en la que tiene intereses personales la propia administradora, podrían constituir un comportamiento gravemente negligente que hubiera motivado, cuando menos la agravación de la insolvencia en la cuantía de dichos préstamos, o incluso una enajenación fraudulenta o alzamiento de bienes, además de una inexactitud grave en los documentos aportados con la solicitud de concurso. La primera de estas conductas justificaría la calificación culpable del concurso al amparo delart. 164.1 LC, las otras dos sobre la base delart. 164.2.4º ó 5º LC, y la última en virtud delart. 164.2.2º LC. Es por ello que, a los meros efectos de un juicio provisional e indiciario, cabría apreciar la apariencia de buen derecho respecto de la calificación culpable del concurso. Y esta apariencia se extendería también a la posible responsabilidad de la administradoraex art. 172.3 LC, pues la conducta que justifica la calificación culpable del concurso habría contribuido a generar o a gravar la situación de insolvencia, cuando menos en la suma de 1.778.346,84 euros, por lo que presumiblemente puede ser condenada a pagar los créditos concursales que ascienden hasta esta cuantía.”: AAP Barcelona (Sección 15) 30.01.2009 (JUR 2009/411710; Auto 35/2009; Rollo 575/2008)

2.2.2 Responsabilidad-sanción

AP Baleares

“El art. 48 LCautoriza al Juez del concurso, de oficio o a solicitud de la administración concursal y desde la declaración de concurso, a ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho y de quienes hubiesen tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. De otro lado, elart. 164 LCestablece que "el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del deudor y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho", estableciendo como presunciones iuris tantum de la

existencia del dolo o culpa grave, entre otras, cuando el deudor, administradores o liquidadores hubiesen incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso, o no hubiesen formulado las cuentas anuales, ni las hubieran sometido a auditoría debiendo hacerlo, o una vez aprobadas, no las hubieran depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. Tales medidas, si bien sólo se regulan en la Ley como medidas a adoptar desde la declaración de concurso, podrían encontrar adecuado encaje legal en elart. 17 LCen relación con elart. 727.1 LECque como medida cautelar específica refiere el embargo preventivo de bienes, siempre que se someta al principio dispositivo exigido para la adopción de cualquier medida cautelar, que en la solicitud se acrediten los presupuestos que conforme alart. 48 LCautorizan su adopción y que en el auto que la acuerde se valore adecuadamente su procedencia. Esta cautela encuentra su justificación en elart. 172.3 LC, que contempla como unode los pronunciamientos de la sentencia de calificación, la condena a los administradores o liquidadores de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.
La previsión normativa delart. 48 LCy la redacción empleada-"desde la declaración del concurso"- no contraría su adopción con carácter precautelar (elart. 48 LCya establece propiamente una cautela), dado que elart. 17 LCy toda la normativa de la LEC en materia cautelar, así como la especifica cláusula "apertus" delart. 727.11 de la LECautoriza, razonadamente, a adoptar cualquier medida, sea la fuere, siempre que esté preordenada a la finalidad pretendida según la naturaleza de cada procedimiento que, en el caso que nos ocupa, no es otro que favorecer el cobro de los créditos de los acreedores.
En algunos casos el embargo de los bienes de los administradores será el único patrimonio con el que los acreedores podrán cobrar sus créditos, normalmente.
Si en un proceso declarativo en solicitud de una condena dineraria contra una mercantil y su administrador puede acordarse tal medida cautelar, no existe razón para no adoptarla en sede concursal. Y es que, no es casual que en los últimos años, hayan proliferado el ejercicio de acciones civiles acumuladas contra la sociedad y sus administradores como último resorte para el cobro de los créditos.
Al efecto es claro el hecho de que incumplidas las obligaciones legales (de convocatoria, de solicitud de disolución judicial o, en su caso, del concurso), los administradores responden frente a los acreedores sociales con todo su patrimonio personal ilimitadamente, en aplicación de losarts. 262.5 LSA, 105.5LSRL y 1911 C. Civil. Como sanción legal y por incumplimiento de deberes propios responden de deudas ajenas (las de la sociedad).
Con la reforma concursal, los administradores deberán solicitar el concurso cuando concurre el presupuesto objetivo del mismo (art. 2 LC) pues, en caso contrario, también serán responsables de las deudas sociales cuando la masa activa sea insuficiente para satisfacer las deudas. Ello no exonera al Juez de efectuar un serio, reflexivo, prudente y responsable juicio sobre la indiciaria culpabilidad de los Administradores, en esta fase inicial.
(…)
Es más acorde con la realidad y la diversidad que pueden presentar estos procedimientos la libertad judicial para pronunciarse sobre las medidas cautelares al declarar el concurso o desestimar la solicitud, bien manteniendo las acordadas entonces, bien modificándolas expresamente.
La existencia de un numerus apertus es fiel reflejo del fértil encauzamiento de la imaginación judicial hacia la mejor defensa del patrimonio del deudor en cada supuesto concreto.
La LC combina atinadamente, por otra parte, la enumeración de los efectos consecuentes al advenimiento del estado concursal con la fijación cautelar de medidas tendentes al normal desenvolvimiento del procedimiento y, por ende, a la mejor conservación de la masa activa, garantía de cobro de los acreedores cualquiera que sea la forma de la terminación del propio procedimiento.
En el ámbito concursal todo el patrimonio es objeto del procedimiento, de ahí que pueda solicitarse embargo de bienes en modo alguno coincidentes con la pretensión principal, declaratoria de derechos.
Pueden adoptarse toda clase de medidas cautelares, y especialmente el embargo de bienes y derechos, contra los administradores y liquidadores de una sociedad concursada.
Los patrimonios de estos miembros de los órganos de gestión societaria pueden ser objeto de tales cautelas si así lo acuerda el juez a solicitud razonada de la administración concursal.
Tales embargos dificultarán la actuación patrimonial de los demandados, lo que reclama, un previo estudio judicial de los antecedentes del caso en orden a la posible calificación del concurso como culpable.
La documentación de constancia en las actuaciones sobre las cuentas anuales y los inventarios e informes de gestión son de capital importancia a la hora de valorar la insuficiencia de la masa activa para garantizar el cobro de todos los créditos presentados al llamamiento judicial conforme alart. 21.1.5º.LC.
Estas acciones de responsabilidad, intentadas por la persona jurídica o por la administración concursal, no afectarán en nada a la calificación de la conducta del deudor demandado, ésta objeto de otra fase del procedimiento.
TERCERO.- Analizada detenidamente la exhaustiva documental acompañada, y puesta en relación con las manifestaciones de DªMaríay de D.Juan Manuel, y con las del administrador judicial en sede laboral, Sr.Millán, este Tribunal concluye que concurren los requisitos exigidos para adoptar la medida cautelar de embargo preventivo de bienes de los administradores de derecho y de hecho, por existir indicios fundados de que el concurso, voluntario en este caso, se califique como culpable, y que el activo es claramente insuficiente para satisfacer a todos los acreedores reconocidos de la entidad concursada (artº 48.3 de la Ley Concursal), una vez declarado el mismo. Es más, falta la valoración justificada del activo, cuantificado que el informe en 8.640,80.- Euros, reducido a vinos, por pérdida del derecho de traspaso ante el desahucio por falta de pago de rentas, y a falta de inventarios, y valorar la maquinaria del restaurante, lo que no llega a cumplimentar el oponente a las medidas, siquiera tras los requerimientos del Juzgado, como quedó evidenciado durante el acto

de la vista; y todo ello sin perjuicio de la decisión final que recaiga en el plenario, en sede de la Secc. Sexta de Calificación (artº 172 de la Ley Concursal).
Además, como indicios adicionales e interrelacionados con los anteriores, y entre sí:
a) la no formulación, sino ad hoc, para presentar con el concurso voluntario de las cuentas anuales.
b) La formulación de las mismas, correspondiente a 2001, 2002, 2003, fuera de plazo, y no depositadas en el Registro Mercantil hasta 15-12-04 (hecho adicional de calificación culpable) y reconocido por la administradora de derecho como suscritas para poder presentar el concurso.
c) La entidad concursada estaba incursa en causa de disolución, al menos desde el ejercicio 2000, sin presentar procedimiento concursal, ni disolverse, ni aumentar su capital.
d) Los administradores no han colaborado, ni facilitado la labor, con el Juzgado ni con el administrador concursal único, a falta de aportar documentación necesaria, y por ocultar reiteradamente la existencia de un administrador de hecho-gestor.
e) No se puede negar el "fumus bonis iuris" de los acreedores con créditos reconocidos, ni que el peligro no exista ante el aumento progresivo de deudas de la empresa, en perjuicio de la casi totalidad de acreedores, y agravado el estado de insolvencia que ya existía al entrar en Agosto-01 en el accionariado el Sr.Juan Manuel, gestor directo de la misma (véanse el estado deficitario evolutivo frente a los acreedores a corto plazo, así como el de fondos propios negativos, desde 2001 a 2004).
f) Si el administrador de hecho sólo pretendía recuperar el importe de sus créditos, mientras aumentaban las deudas, tuvo 7 años para aumentar el capital, disolver la sociedad o presentar expediente de Suspensión de Pagos o Quiebra Voluntaria, con anterioridad a la vigencia de la actual Ley Concursal. No hay que confundir el querer salvar la empresa y los puestos de trabajo, con mantenerla en funcionamiento a costa, también, de los trabajadores; amén de que, al entrar como accionista, conocía la situación de la entidad, o debió conocerla, y asumió la gestión y la actividad, y siguió haciendo aportaciones dinerarias, sin justificar los recursos y posibles ahorros.
g) Se adeudaban ya las rentas del local desde Febrero-2004, y las nóminas de los trabajadores desde Junio-04, y amén con ello el Sr.Juan Manuelseguía-según alega-haciendo aportaciones. ": Auto AP Baleares 10.04.2007 (Sección 5) (JUR 2007/313769)

AP Pontevedra

"Pero no podemos dejar de hacer referencia a los requisitos que la parte apelante exige para fijar la responsabilidad a que se refiere elart. 172.3 LC y de la que es instrumental esta medida cautelar. La parte apelante al inicio de su recurso recoge como elementos de la misma no solo la culpabilidad sino la causación de un daño y un nexo causal entre ambos. Sigue así la tesis indemnizatoria, de ahí que cite en su recurso resoluciones de la AP de Barcelona, sección 15ª. Pero esta tesis no es compartida por esta Audiencia.
Como ya dijimos en nuestrasentencia de 13 de marzo de 2008, en la discusión doctrinal y jurisprudencial, cuya actualidad se mantiene, acerca de la naturaleza de la responsabilidad concursal establecida en elart. 172.3 LC, puede optarse por la de entender que dicha responsabilidad tiene una naturaleza indemnizatoria, no sancionadora, y por lo tanto, debe exigirse una acción u omisión al menos culposa, la causación de un daño y un nexo causal entre aquélla y éste. O bien que tiene una naturaleza sancionadora, que consideramos mas ajustada a la regulación actual.
En elapartado 3 del citado art. 172 LC, la Ley se refiere a la llamada responsabilidad concursal. En dicho precepto se dice que "Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".
Los presupuestos para que se pueda declarar dicha responsabilidad, material y cuantitativo, dejando a un lado el subjetivo, son: a) Que la sección se haya abierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación; b) Que exista un déficit patrimonial entre el activo del concurso y el pasivo.
El cumplimiento de estos requisitos determina el nacimiento de la responsabilidad, sin que sea exigido por la LC ningún elemento propio de una responsabilidad indemnizatoria, como otros elementos subjetivos diversos de los que ya determinaron la calificación como culpable, ni un concreto daño, y un nexo causal entre ambos.": AAP Pontevedra 10.07.2008 (JUR 2009/433193; Auto 153/2008; Rollo 432/2008)

2.3 "… *resulte fundada la posibilidad* …"

AP Alava

"La declaración de culpable procederá si en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, lo que en última instancia vincula la responsabilidad concursal del administrador con su deber de diligencia en el ejercicio de su cargo (art. 127 LSA y 61.1 LSRL).
Al respecto en el Auto de esta Audiencia de 6 de julio de 2.006 decíamos que no se exige la plena acreditación de la insuficiencia del activo y de la calificación del concurso como culpable, sino que es suficiente la simple probabilidad de que ello suceda, y habida cuenta de que la responsabilidad concursal de los administradores del art. 172.3 LC no tiene naturaleza indemnizatoria, para decretar el embargo preventivo en garantía de dicha responsabilidad no es preciso que se acredite ni un concreto daño ni una relación de causalidad.": AAP Alava (Sección 1) 14.04.2011 (Auto 61/2011; Rollo 667/2010)

AP Barcelona

"En este ámbito, la apariencia de buen derecho equivale a un juicio provisional o indiciario sobre la posibilidad de que se termine declarando responsable al administrador de la sociedad de las deudas de ésta, lo que presupone indicios de que la solución concursal será de liquidación y de que el concurso puede ser declarado culpable.
Cuando concurran esos presupuestos, el juez puede acordar el embargo preventivo de los bienes de quienes ostenten la condición de administradores o liquidadores de hecho o de derecho, o hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores al momento de la declaración, embargo que se puede acordar por la cuantía que el juez del concurso considere bastante. (...)
Para examinar la concurrencia de la apariencia de buen derecho no es preciso hacer un examen definitivo de la cuestión de fondo, que quedará reservado para la pieza de calificación. Basta con un examen indiciario. Y lo que puede decirse es que existen indicios, derivados del informe de la Administración concursal, que permiten sostener razonablemente la idea de que el concurso pueda ser declarado culpable y de que la conducta de los administradores sobre cuyo patrimonio se ha adoptado la medida que puede determinar esa calificación es relevante desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia.": AAP Barcelona (Sección 15) 03.02.2011 (Auto 14/2011; Rollo 533/2010)

AP Vizcaya

"TERCERO.-El segundo de los motivos del recurso se basa en que no concurren motivos de apariencia de buen derecho que justifiquen la adopción de la medida; que lo que existen es, en el mejor de los casos, indicios indemostrados insuficientes para la adopción de una medida de esta naturaleza.
La medida se acuerda por el Juzgado tomando en consideración dos hechos: primero que en la contabilidad de la sociedad existen importantes salvedades puestas por el auditor y que éste, en relación con las cuentas del ejercicio de 2007, se ha visto imposibilitada para llevarla a efecto ante la falta de colaboración por parte de la sociedad en la entrega de la documentación que, durante largo tiempo y en varias ocasiones, le interesaba y, segundo, que la situación patrimonial declarada por la concursada en el momento inicial del concurso y la que se va acreditando en estos primeros pasos difiere considerablemente; así la Administración Concursal alega, en el acto dela vista, que de los iniciales 299 acreedores consignados por el concursado en su petición se ha pasado a 357 personados y que todos los créditos insinuados en el concurso lo son por cifra superior a la consignada por la concursada, cantidad que en algún supuesto llega a pasar de 700.000 euros a 1.567.000 euros, lo que pone en evidencia que muy probablemente la masa activa va a ser inferior a la pasiva del concurso.
En el momento en que nos movemos no se pueden pedir, como señala la parte recurrente, certezas, debiendo bastar los indicios y las apariencias de buen derecho; y todos los indicios apuntan a que la masa activa va a ser inferior a la pasiva y que existen irregularidades contables y actitudes ante la auditoria, constatadas documentalmente en autos, que en ese marco del indicio en que nos movemos aportan la sospecha de que el concurso puede ser declarado culpable y puede llegar a liquidación. Por ello los argumentos consignados en el auto recurrido son más que suficientes para fundar la apariencia del buen derecho y el riesgo de impago de la deuda como razones base de la decisión tomada. ": AAP Vizcaya (sección 4) 01.03.2010 (auto 183/2010; Rollo 362/2009)

JM-4 Madrid

"SEGUNDO Argumentan también D. Alberto y D. Oscar que al decretarse la medida cautelar se ha prejuzgado sobre su responsabilidad (…)sin que hubiese proporcionado la administración concursal prueba alguna al respecto. Estas afirmaciones de índole procesal carecen de fundamento, puesto que: (…) no tiene sentido que se hable de prejuzgar y al mismo tiempo se reproche la falta de pruebas, pues precisamente en este incidente cautelar lo que no procede es entrar a enjuiciar lo que está reservado al incidente de calificación del concurso. Es en ese cauce procesal donde deberán practicarse las correspondientes pruebas y entrar al análisis detallado del comportamiento de D. Alberto y D. Oscar. El trámite cautelar no es el apropiado para exigir tales pruebas, bastando con la mera posibilidad fundada (así lo expresa el artículo 48.3 de la Ley Concursal) de que el concurso se califique como culpable para la procedencia de la medida cautelar; es decir, basta en esta fase con la existencia de indicios de actuaciones dolosas o culposas de los administradores, estando fuera de lugar, en este momento procesal, la exigencia de prueba concluyente sobre la que fundar la condena al administrador. " Auto JM-4 Madrid 24.10.2005 (JUR 2006\109)

Redacción anterior a Ley 38/2011

2.3.1 "…*de que el concurso se califique como culpable* y..."

AP Alava

"TERCERO. -Descendiendo a nuestro caso resulta que la conducta de los administradores ha tenido relación directa con el estado insolvencia. En la contabilidad de la empresa se constata como los administradores se han repartido cantidades importantes, bien sea como sueldos o gastos diversos, cantidades que no guardan proporción con los beneficios obtenidos. La administración concursal pone de manifiesto otros gastos, viajes,

joyas, regalos de empresa excesivamente caros, gastos que, entendemos, lesionan los intereses de la sociedad y que han agravado el estado de posible insolvencia de la empresa.
El art. 66 LSRL establece el carácter gratuito del cargo a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución. Cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios, los estatutos determinarán concretamente la participación, que en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios. El art. 20 de los Estatutos de la concursada establece que el cargo de administrador será gratuito. Los Estatutos no contemplan la retribución de los administradores, ni siquiera como una participación de los beneficios, y menos cuando no han existido.
En la demandada principal de este incidente se interesaba la reintegración a la masa de la totalidad de las cantidades retiradas por los administradores de la concursada en concepto de salarios, seguros sociales, seguros privados y planes de pensiones, así como la reintegración de cantidades destinadas al pago de servicios y compras que no respondían al tráfico mercantil de la concursada sino al exclusivo beneficio de sus administradores a modo particular, ajenos al tráfico de la empresa y perjudiciales para la masa, alegando la Administración Concursal que estos gastos no habían quedado reflejados en los libros de la empresa.
Con fecha 20 de julio de 2.010 se dicta sentencia por el Juzgado de lo Mercantil condenando a Cartera Saraspe SL, HIPOGLASS SL, y a los Administradores Alfonso, y Jose Miguel, a la reintegración a la masa de la cantidad de 462.420,45 euros de acuerdo con el súplico de la demanda, además de los intereses moratorios y costas. En relación con los salarios de los administradores argumenta que no existen acuerdos que fijen la remuneración y que los estatutos no contemplan la retribución como participación en beneficios.
Además, el Administrador concursal de Cartera SARASPE SL interpuso demanda de responsabilidad contra los administradores que concluyó por sentencia condenando solidariamente a estos al reintegro de la cuantía de cuatrocientos doce mil seiscientos veintiún euros con cincuenta y nueve euros.
Así las cosas, la Sala entiende que existen suficientes indicios para deducir que el estado de insolvencia de la empresa se debe a la conducta presuntamente culpable de los administradores, han realizado gastos excesivos, se han repartido los beneficios a modo de salarios cuando los estatutos no lo preveían, y se han acudido en exceso a la financiación bancaria. En su contabilidad reflejan una situación de insolvencia que tiene su origen en la conducta de los administradores, conducta que no ha sido responsable ni ordenada, existiendo una relación directa entre uno y otra. En consecuencia, procede decretar el embargo preventivo y confirmar el Auto.": AAP Alava (Sección 1) 14.04.2011 (Auto 61/2011; Rollo 667/2010)

"SEGUNDO.- En el presente caso concurren todos los requisitos exigidos en el art. 48.3 LC.
Es posible que el concurso se califique como culpable, puesto que los indicios expresados apuntan, como indica el art. 164.1 LC, a que en la generación o agravación del estado de insolvencia podría haber mediado dolo o culpa grave de los administradores de hecho y derecho del deudor, no se ha solicitado la declaración de concurso por parte de los administradores, todo ello sin perjuicio de las graves inexactitudes contables en que podría haberse incurrido, conforme al art. 164.2.1º y 2º LC, ya que no se han presentado las cuentas de los años 2.009 y 2.010; las existencias se encuentran sobrevaloradas, reflejando una situación incierta frente a terceros.": AAP Alava (Sección 1) 02.06.2011 (Auto 85/2011; Rollo 166/2011)

AP Alicante

"PRIMERO. El auto recurrido, sobre la base del art. 48.3 de la Ley Concursal (que permite el embargo de los bienes y derechos de los administradores sociales cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas), acuerda el embargo preventivo de los bienes y derechos del apelante, por importe de 850.000 #, en cuanto fue administrador de la sociedad concursada; y ello, al considerar que existe tanto el peligro por la mora procesal (que viene de la mano de la falta de solvencia del administrador, en tanto titular, según parece, de un único inmueble, gravado además con hipotecas) cuanto la apariencia de buen derecho, pues, con relación a este presupuesto, y en primer lugar, existe un desbalance de casi quinientos mil euros, y, de otro, hay datos que, provisional e indiciariamente, podrían permitir, en su día, la calificación del concurso como culpable, lo que permitiría, de conformidad con el art. 172.3 LC, la condena del administrador a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que, de sus créditos, no percibieran en la liquidación de la masa activa.
Contra esta decisión se alza el administrador alegando la inapreciable concurrencia de ambos presupuestos.
Coincide este Tribunal plenamente con la resolución recurrida, cuyos razonamientos damos íntegramente por reproducidos, a fin de evitar inútiles reiteraciones, efectuando, eso sí, las siguientes reflexiones. (...)
En lo que respecta a la apariencia de buen derecho, es fundamental que no se niega el importante desbalance; es más, se reconoce diciendo que, obviamente, es el presupuesto del concurso ante el que nos encontramos. La discusión sobre los cinco aspectos que la resolución recurrida considera que pueden tener relevancia en orden a la calificación del concurso como culpable nos remitiría, según lo que se pretende, a resolver sobre el fondo de los mismos, y ello nos está vetado en el estadio procesal en el que nos encontramos. Lo relevante es que los hechos en que descansa la apreciación del juzgador de instancia existen, y, desde ese momento, y sin anticipar las consecuencias que de ellos se pudieran derivar, es dable formar el juicio, provisional e indiciario, en que ha de descansar la adopción de la medida cautelar que nos ocupa.
Por lo dicho, y sin necesidad de mayores disquisiciones, se desestimará el recurso interpuesto. ": AAP Alicante (Sección 8) 24.02.2011 (Auto 15/2011; Rollo 611/2010)

"PRIMERO.- El auto recurrido acuerda desestimar la oposición a las medidas cautelares adoptadas, respecto de los apelantes, por el juez del concurso.
En la primera instancia, y sobre la base del art. 48.3 LC (que permite el embargo de bienes y derechos de los

administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la concursada, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas), el juzgador ha considerado que existe la posibilidad fundada de que el concurso sea calificado finalmente como culpable, debido a la actuación de los administradores sociales, ya que, aparentemente al menos, éstos, que lo eran de varias sociedades de un mismo grupo empresarial, adoptaron la estrategia de generar deudas en dos de ellas (una, la concursada) a favor de otras del grupo, de modo que éstas dejaron de cumplir sus obligaciones con aquélla, posponiendo los pagos y generando su estado de insolvencia, cuando, al tiempo, realizaban inversiones empresariales mediante otras sociedades del grupo. Por ello, se acordó el embargo preventivo de las participaciones que los administradores tienen en las varias sociedades del grupo empresarial.
En el escrito de interposición del recurso se alega que no existe posibilidad de que el concurso se califique como culpable, pues no concurre ninguna de las causas previstas para que ello se produzca en el art. 164.2 LC. Sin embargo, no se discute la actuación en que el auto recurrido funda la actuación de los administradores como generadora de la insolvencia, ni se ofrece explicación satisfactoria alguna para la adopción de la estrategia que podía abocar a la sociedad BASCORA 2001, SL a la insolvencia, favoreciendo a otras del grupo, en lugar de adoptar estrategias conjuntas que permitieran la viabilidad de todas ellas.
Como el auto recurrido mantiene que la falta de depósito de las cuentas anuales es irrelevante para fundar la culpabilidad, ninguna disquisición se efectuará sobre los alegatos que, al respecto, se efectúan en el escrito de interposición del recurso de apelación.
Por último, se alega que tampoco existe posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pues el activo es superior al pasivo y no habrá lugar, por ello, a una condena a la cobertura del déficit. Ahora bien, como ha manifestado la administración concursal, cuando se presentó la solicitud de concurso la mercantil no contaba con saldo alguno, y aún siendo cierto que tenía créditos frente a terceros, uno de ellos, nada desdeñable por su importe (casi tres millones de euros) lo es frente a una sociedad declarada en concurso, CASAZUL 2000, SL, sociedad aparentemente dominante del grupo social. En esta tesitura, sí que estimamos que exista el segundo requisito que establece el art. 48.3 LC para que pueda acordarse el embargo preventivo de bienes y derechos, cual es la probabilidad fundada, siempre teniendo en consideración la fase en la que nos encontramos, de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. “:AAP Alicante (Sección 8) 23.02.2012 (Auto 24/2012; Rollo 31/2012)

AP Barcelona

“5. El recurso cuestiona los dos restantes elementos que el auto considera concurrentes. Los apelantes sostienen que en ningún caso generaron o agravaron con su conducta el estado de insolvencia ni, aún menos, actuaron mediando dolo o culpa grave que justifique una medida de embargo tan severa como la adoptada. Reprochan a la resolución que haya dado el mismo tratamiento a los apelantes -que, al admitirse el concurso, hacía casi dos años que no dirigían ni trabajaban en la sociedad- y a la persona que fue administradora antes, durante y después de que se generara la situación de insolvencia y permitió con su absoluta dejadez que se cerrara la empresa "a las bravas" en julio de 2009, según informa la AC, además de otras actuaciones dolosas que el auto detalla.
A criterio de los recurrentes, pese a que la magistrada concreta, en algunos casos, las responsabilidades de unos y otros, cuando adopta las medidas de embargo no discrimina y las aplica a todos los demandados, con una diferencia de cuantía (1.500.000 euros, los Sres. Federico y Baltasar; 2.800.000 euros, la Sra. Adelina) que carecería de relevancia, atendida la elevada magnitud de las cifras.
El análisis del motivo requiere, en primer lugar, unas puntualizaciones de orden normativo. Es cierto que, como refleja el auto impugnado, esta Sección 15ª había declarado que el artículo 172.3 LC -en su redacción anterior a la reforma por la Ley 38/2011- establecía una responsabilidad por daño y culpa, lo que exigiría, como presupuesto necesario para la condena del administrador de derecho o de hecho, que con su actuación hubiera generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, resultaría necesario valorar su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y, con ello, la parte de los créditos insatisfechos que debían ser objeto de la condena.
Sin embargo, ya en decisiones anteriores (entre otras, sentencia de 23 de abril de 2012) hemos expuesto el cambio de criterio del tribunal, conforme a la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. En el espacio temporal entre el auto impugnado y esta resolución de apelación, el TS se ha pronunciado sobre la cuestión en diversas sentencias cuya doctrina conviene traer aquí.
6. La STS de 6 de octubre de 2011 declara, en el fundamento de derecho tercero:
" *La Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable.*
Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.
Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.
Este mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos", evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola -esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-.
Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera

norma un tipo de daño y, en la segunda, uno -varios- de mera actividad, respecto de aquella consecuencia ".
En ese mismo sentido, las SSTS de 17 de noviembre de 2011, de 16 de enero de 2012 y de 16 de julio de 2012.
La STS de 6 de octubre de 2011 continúa diciendo que, " *para que pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 -la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación-, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 -haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo -haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado...* "-.
Y concluye: " *Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social -y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable*."
7. La imputación de responsabilidad a los apelantes Sres. Baltasar y Federico debe efectuarse aplicando la doctrina jurisprudencial transcrita. En consecuencia, se debe examinar el comportamiento de cada uno de ellos en relación con los diferentes tipos que han conducido a la Sra. magistrada a calificar el concurso como culpable.
Tres de dichos tipos, la inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de concurso (164.2.2 LC); el alzamiento de bienes y salida injustificada durante los dos años anteriores a la declaración de concurso (artículo 164.2.4 LC) y la falta de colaboración con la AC (165.2 LC) los refiere el auto impugnado exclusivamente a la conducta de la Sra. Adelina, administradora de la sociedad cuando se declaró el concurso, no a los hoy apelantes, por lo que no serán objeto de examen. Los restantes tipos, por razones de complejidad, en este ámbito cautelar, los sistematizaremos así:
a) Falta de llevanza de la contabilidad (artículo 164.2.1 LC).
b) Falta de depósito de las cuentas (artículo 165.3 LC).
c) Generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave (artículo 164.1 LC).
d) Incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso en plazo (165.1 LC).
8. a) El artículo 164.2.1 LC considera culpable el concurso, en todo caso: " *Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara* ".
La juez señala que la única contabilidad de que dispone la AC es el libro diario de los ejercicios 2008 y 2009 y, respecto de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2007, tiene en cuenta las irregularidades constatadas en el informe de auditoría, de fecha de 9 de junio de 2008, incorporado al incidente como documento número 20.
El informe de auditoría de Gallemí Grau dice, en el apartado 3, en relación con las existencias, que no han podido verificar el método de valoración aplicado por la compañía en las existencias de los ejercicios 2006 y 2007 y, por ello, no pueden opinar sobre la adecuación del saldo de existencias que figura en el balance de situación a 31 de diciembre de 2007, por importe de 1.552.000 euros y el efecto que pudiera tener en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio.
Según el apartado 4 del informe, la compañía no ha podido facilitar al auditor la documentación soporte de los elementos del Inmovilizado Material e Inmaterial adquiridos antes del ejercicio 2007, registrados por un valor neto contable de 726.000 euros y, en consecuencia, no se ha podido verificar la adecuada titularidad y registro de dichos bienes, así como su correcta amortización acumulada por los importes indicados.
El apartado 5 afirma que la compañía ha realizado diferentes entregas monetarias a empresas del grupo, que figuran registradas bajo los epígrafes "Inmovilizado Financiero" e "Inversiones Financieras temporales", por unos importes de 326.000 euros y 221.000 euros, respectivamente. De dichos importes, la compañía no posee documento soporte que avale la titularidad y recuperabilidad. Se añade que, dentro del epígrafe "Deudas a largo plazo" que figura en el pasivo del balance, consta una deuda de 84.000 euros de la que no se ha facilitado documentación soporte, por lo que no puede opinarse sobre su adecuación.
Dice el apartado 6 que, en el epígrafe "Deudores" del balance de situación, figura, dentro de la cuenta de "socios y administradores", un importe total de 382.000 euros sin documentación soporte. Por ello, se desconoce la recuperabilidad de dicho saldo y el impacto que pudiera tener en los resultados y el neto patrimonial de la compañía.
El apartado 7 se refiere a los epígrafes de "compras" y "servicios exteriores" que constan registrados por unos importes de 6.186.000 euros y 1.416.000 euros, respectivamente, en la cuenta de pérdidas y ganancias. Se expone que no ha sido facilitada toda la documentación contable solicitada a la compañía y por ello no se puede opinar sobre la razonabilidad de esos gastos incluidos en la cuenta de resultados de la compañía del ejercicio 2007.
El apartado 8 se refiere a la falta de respuesta por la entidad bancaria Bancaja y el apartado 9 al extravío por la sociedad del libro de actas.
El apartado 10 dice que la Memoria no contiene indicación sobre el Fondo de Maniobra de la compañía de los tres últimos ejercicios (2005, 2006 y 2007) que viene resultando negativo por importes de 536.000 euros, 955.000 euros y 362.000 euros que constituyen factores causantes de duda sobre la continuidad de las actividades de la empresa, ni tampoco [contiene indicación] de las circunstancias que podrían contribuir a reducir dichas dudas como la capacidad de incrementar los fondos propios. Ello indica la incertidumbre sobre la

capacidad de la entidad de continuar su actividad de forma que pueda realizar sus activos y liquidar sus pasivos por los importes y según la clasificación con que figuran en las cuentas anuales, que han sido preparadas asumiendo que tal actividad continuará.
El auditor hace constar que, dada la importancia de las salvedades expuestas, no puede expresar una opinión sobre las cuentas anuales del ejercicio 2007.
En su solicitud de embargo, de octubre de 2010, la AC ponía de relieve que no disponía de contabilidad alguna de PGS y lo único que podía afirmar, a la vista del informe de auditoría de 9 de junio de 2008, eran aquellas importantes irregularidades en la contabilidad del ejercicio 2007. En su escrito de oposición al recurso de apelación, de mayo de 2011, la AC precisa que no aparece la contabilidad de PGS anterior al año 2008 y alude de nuevo al informe de auditoría de junio de 2008. Los apelantes admiten la existencia de ciertas irregularidades, como la no contabilización de determinadas partidas correctamente, y se limitan a alegar que ello no implica que la sociedad no fuera viable ni que dichas incorrecciones no se pudiesen solucionar. Tampoco implica, dice el recurso, que los administradores llevaran una doble contabilidad o hubieran cometido irregularidades relevantes a conciencia.
Al respecto, debe aclararse que, de las tres situaciones tipificadas en el artículo 164.2.1 LC antes transcrito, el auto no ha apreciado la relativa a la llevanza de doble contabilidad, sino las otras dos: el incumplimiento del deber de llevar contabilidad (por la ausencia de la contabilidad de la concursada anterior a 2008) y la comisión de irregularidades contables relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera (a partir de lo que resulta del informe de auditoría referido). Por lo que respecta a las irregularidades relevantes, la norma no requiere ninguna especial intencionalidad, como parece pretender el recurso.
Como se ha expuesto, los Sres. Baltasar Federico Adelina Armando renunciaron unilateralmente al cargo de administradores solidarios el 31 de julio de 2008 (Federico) y el 5 de agosto de 2008 (Baltasar). Los anteriores datos -en este juicio provisional exigible en sede de medidas cautelares y sin perjuicio de la resolución definitiva- conducen a considerar que se está en presencia del supuesto del artículo 164.2.1 LC,
9. b) Relacionada con la causa analizada, concurre también, en principio, el supuesto del artículo 165.3 LC, que presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso. No se han depositado en el Registro Mercantil las cuentas de PGS del ejercicio 2007 (tampoco las del ejercicio 2008 ni del ejercicio 2009).
10. c) El auto del juzgado atribuye asimismo a los Sres. Federico y Baltasar la generación y agravación del estado de insolvencia de PGS. Dice el artículo 164.1 LC : " *El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho* ". Según la Sra. magistrada, fue la conducta de los tres hermanos Baltasar Federico Adelina en la administración de la sociedad lo que generó la situación de insolvencia.
En este sentido, la juez tiene en cuenta el informe de auditoría de las cuentas anuales de 2007 antes citado. A partir de él, deduce que la situación al cierre del ejercicio de 2007 era, en realidad, mucho peor que la reflejada en las cuentas anuales. Observa que en un año se pasa de unas pérdidas de 47.302,31 euros (a 31 de diciembre de 2007) a unas pérdidas de 1.575.174,42 euros (a 31 de diciembre de 2008), por lo que, concluye, a finales de julio de 2008 -cuando marchan los hermanos-, la empresa estaba incursa en un estado de insolvencia del que ellos eran conocedores, pese a lo cual, continuaban haciendo pedidos, como reconoció el Sr. Armando en la vista de la medida cautelar.
El auto hace referencia a los pedidos efectuados por PGS a Ricoh España durante el primer semestre de 2008, en situación de insolvencia inminente, generando una deuda de 1.500.000 euros, cuyas facturas de mayo y junio de 2008 no iban a poder atenderse, pese a lo cual se siguieron efectuando pedidos a Ricoh en julio de 2008; al retraso en el pago de nóminas en junio y julio de 2008; a deudas con Agencia Tributaria desde mayo de 2008; a descubiertos que empiezan en abril de 2008 y que generan el pago de intereses y comisiones en todas las entidades bancarias con las que operaba PGS, así como a gastos por tarjetas de crédito excedidas y por modificación de vencimientos de facturas.
A partir de ese conjunto de datos -y habida cuenta la escasa contabilidad suministrada por el deudor-, el auto fija provisionalmente la fecha de la insolvencia de PGS a finales de julio de 2008, cuando ya no puede cumplir regularmente con sus obligaciones. La AC sitúa la insolvencia, como mínimo, en el año 2007. Se afirma en el auto que, pese a la complicada situación con que termina el ejercicio 2007, los hermanos Baltasar Federico Adelina no adoptan ninguna medida adecuada para atender aquella situación, sino que continúan haciendo pedidos e incrementando desmesuradamente las pérdidas de la sociedad. Sobre este particular, la AC se refiere a la concertación de varios contratos de renting y leasing los años 2007 y 2008; a las elevadas nóminas, gastos de viaje, liquidaciones de tarjetas de crédito sin justificar (según resulta del libro diario de 2008) o al otorgamiento de préstamos a empresas del grupo y a socios y administradores, sin documentar (remite al informe de auditoría ya citado y a la declaración en juicio de don Baltasar).
El auto razona -también la AC- que tal situación se agravó con la salida de Federico y Baltasar, que dejaron la empresa en manos de Adelina, la cual estaba viviendo en Madrid y llevando la delegación en aquella ciudad, por lo que su dedicación al negocio de Barcelona era a tiempo parcial (amén de que se agravara también, dice la juez, con la dejadez de la Sra. Adelina en la administración, tras la marcha de sus hermanos).
Que los Sres. Baltasar Federico Adelina Armando hoy apelantes conocían la situación de insolvencia resultaría, como afirma la AC, entre otras fuentes, del informe de auditoría de las cuentas del ejercicio de 2007 (punto 10º); de los interrogatorios de los Sres. Adelina, Baltasar y Armando (testigo); de su conocimiento de los balances y resultados de la concursada. En el escrito de oposición al recurso, la AC invoca unos documentos conocidos tras la vista de las medidas cautelares, que por esa circunstancia resultan admisibles en esta segunda instancia: 1) un acta de manifestaciones ante notario de los Sres. Federico y Baltasar, de fecha 31 de

julio de 2008, que acompaña una memoria de la situación financiera de fecha 16 de julio de 2008, en la que consta: " *actualmente la sociedad está atravesando graves dificultades financieras para poder hacer frente a sus obligaciones de pago corrientes* " y 2) una minuta de honorarios de un despacho de abogados, de 8 de agosto de 2008, por, entre otras partidas, el análisis de la situación de PGS, en especial de la posible situación de concurso; el análisis de la posible responsabilidad de los administradores sociales en relación con la situación de la sociedad o el informe sobre diferentes opciones de reestructuración societaria.
El recurso de apelación niega que, al tiempo de cesar los apelantes en su cargo de administradores, la sociedad se hallara en situación de insolvencia. Da a entender que se produjo un año más tarde, con el cierre de las oficinas y la extinción de los contratos de los trabajadores.
11. La medida cautelar del artículo 48 LC requiere una apariencia de buen derecho, no una prueba con el grado de certeza exigido en la sentencia definitiva para la condena prevista en el artículo 172.3 LC.
En este contexto, estimamos que los datos tomados en consideración por la juez fundamentan suficientemente la decisión de embargo de bienes de los recurrentes. Por lo que atañe al artículo 164.1 LC, los hechos que se desprenden del testimonio de actuaciones aportado nos conducen a compartir la valoración efectuada por la Sra. magistrada de que los tres administradores de PGS, con su actuación -cuando menos, gravemente culposa-, contribuyeron a generar -y a agravar- la situación de insolvencia de la sociedad.
La falta de certeza sobre datos relevantes de la evolución patrimonial de la sociedad en 2007 y 2008 debe ponerse en relación con la falta de contabilidad -y las irregularidades contables- antes referida, imputables a los propios administradores. Ello fundamenta debidamente, a nuestro criterio, la apariencia de buen derecho respecto del tipo del artículo 164.1 LC. Por otro lado, como se ha razonado en fundamentos de derecho anteriores, concurre la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165.1 LC (no presentación de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso) y el tipo de concurso culpable (a modo de presunción que no admite prueba en contra) del artículo 164.2.1 LC (incumplimiento del deber de contabilidad, irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera). En consecuencia, debemos confirmar la adopción de la medida, sin necesidad de examinar de manera específica el último -lo hemos enunciado como d)- de los tipos legales apreciados por el juzgado en relación con los administradores apelantes, la presunción de dolo o culpa grave contenida en el artículo 165.1 LC (incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso), directamente relacionada con lo dicho en el fundamento de derecho anterior.”: AAP Barcelona (Sección 15) 26.09.2012 (Auto 114/2012; Rollo 435/2011)

AP Castellón

“Y finalmente se niega en el último motivo del recurso, tal y como ya hemos referido, la concurrencia de los requisitos necesarios para adoptar la medida cautelar, el fumus boni iuris y el periculum in mora.
Su adopción requiere, además de dicha posibilidad de insatisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva por hechos que puedan producirse durante la pendencia del proceso (periculum in mora), la llamada apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), lo que exige un examen indiciario de la prosperabilidad de la pretensión, esto es, aun sin prejuzgar el fondo de un proceso aun no llevado a término, es necesaria la comprobación por el órgano judicial de que la pretensión ejercitada no carece de fundamentos sólidos.
Debemos señalar que el rigor en la ponderación judicial de la necesaria apariencia de buen derecho, o de prosperabilidad de la pretensión principal de la que la medida cautelar es meramente accesoria ha de ser acorde a la naturaleza de la cautela que se está pidiendo. Asimismo, y aunque la decisión acerca de la medida cautelar debe adoptarse sin perjuicio del resultado del proceso principal, parece obvio, precisamente porque las medidas cautelares no se piden y, en su caso, se adoptan, en abstracto, sino en función de cuál sea la pretensión que se dilucida en el pleito del que son instrumentales, que no se puede tomar la decisión sobre las mismas sustrayéndose totalmente al objeto del debate y a los hechos que en el pleito se están sustanciando. (...)
En el presente supuesto discrepamos de la conclusión que se alcanza en el recurso respecto a la falta de concurrencia de ambos requisitos.
Así respecto del primero, la apariencia de buen derecho, ya nos hemos referido con anterioridad a cuáles eran básicamente los hechos que se entendían relevantes en la actuación del Sr. Pedro Antonio como administrador de Urbinsa, y que al menos indiciariamente entendemos concurrentes con la prueba documental acompañada a la demanda.
Se alega en el recurso que D. Pedro Antonio no era administrador de hecho de la mercantil y que nunca la gestionó, lo que desde luego no se ha demostrado y no excluye su responsabilidad y que pudiera haber incumplido las obligaciones esenciales que dicho cargo comporta.
Y tampoco puede ser justificación de pago de honorarios a la mercantil que contrató para llevar dicha gestión, Valencia RSI, S.L., que la sociedad que compró después las acciones de Urbinsa, Antodi Europa S.L., se haya comprometido a realizar nuevos pagos a la primera. Deben justificarse los conceptos por los que se han abonado dichos honorarios y el acierto y la necesidad de esa contratación.
Y con relación a la presentación de concursos defectuosos de los distintos promotores con los que trabajó Urbinsa, si bien se desistió de mismos como se acredita documentalmente, también es cierto que en algunos de los casos se había requerido previamente al promotor de estos expedientes para que subsanara los defectos existentes.
Y lo mismo ha sucedido con la obligación de D. Pedro Antonio de promover la declaración de concurso voluntario de la mercantil Urbinsa,, en su condición de administrador de la misma, lo que si bien hizo dicha demanda no fue admitida a trámite por presentar defectos de naturaleza procesal que quedaron pendientes de subsanación, lo que no llegó a verificarse ante el desistimiento posterior del procedimiento.
En todo caso ninguno de los argumentos del escrito del recurso de apelación desvirtúa la concurrencia de la apariencia de buen derecho (...)

Procede por todo ello desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución recurrida, al rechazar la totalidad de motivos del recurso de apelación.”: AAP Castellón (Sección 3) 23.03.2011 (Auto 29/2011; Rollo 560/2010)

AP La Rioja

“TERCERO Teniendo en cuenta las cifras aportadas por los administradores concursales, en la resolución del recurso no se ha cuestionar que, en este caso, concurre uno de los requisitos a los que se refiere elartículo 48.3 de la Ley Concursalpara ordenar el embargo de bienes y derechos de los administradores, el de que la masa activa ha de resultar insuficiente para satisfacer todas las deudas de la concursada, aunque los recurrentes afirmen que por ahora no se puede confirmar este extremo. La discusión se centra en el cumplimiento del otro requisito, la previsión fundada de que el concurso habrá de ser calificado en su momento como culpable. Esta apariencia de culpabilidad, conforme se razona por los recurrentes, fue fundada por parte de los solicitantes del embargo en una agravación del estado de insolvencia de la mercantil concursada que fue provocada por culpa grave de los administradores, entendiendo que existió culpa grave, en tanto que la sociedad "ha padecido un deterioro patrimonial de 297.896,07 euros consecuencia de haber permanecido activa y no haberse disuelto una vez conocido el estado patrimonial contable de la misma con fecha 31 de diciembre de 2003". En la resolución recurrida se entiende acreditado - y no se discute en esta instancia- que en esta fecha reseñada la mercantil "HIJOS DE CELEDONIO LEON SA" se hallaba incursa en causa de disolución, por la merma de su patrimonio contable, concluyéndose en el párrafo último del expositivo segundo que "puede decirse que los administradores pudieron agravar la situación de insolvencia de la empresa al no haber acudido al concurso cuando conocían ya que los intentos de reflotar la mercantil eran en vano".
Frente a ello, entendemos que en el incumplimiento de las obligaciones de disolución (que podría determinar la exigencia de responsabilidad patrimonial de los administradores sociales frente a los deudores) no puede apreciarse que haya existido una culpa grave por parte de los administradores, y que no está acreditado esta acción u omisión se haya manifiestamente traducido en una agravación del estado de insolvencia. Ello es así por cuanto que en la propia solicitud de la administración concursal y en la resolución recurrida se reconoce que, producida la reducción del patrimonio contable en el ejercicio económico 2003, por parte de los administradores se propició que por los socios se aportara la cantidad de 100.000 euros, que se hizo efectiva de forma inmediata, y fue contabilizada en concepto de préstamo, como se hizo respecto a aportaciones anteriores, teniendo como objetivo en ambos casos el reflotar la empresa en la creencia fundada de que la misma seguía siendo viable. No consta además que el agravamiento del estado de insolvencia haya sido debido a la falta de disolución de la sociedad, habiéndose reconocido expresamente en la resolución recurrida que en el año 2004, a partir de ser solventadas las dificultades de tesorería, hubo beneficios, aunque se arrastraran pérdidas, y no fue hasta 2005, a partir de la pérdida del principal cliente y la feroz competencia asiática, cuando la situación devino irreversible; y fue igualmente determinante de la insolvencia la falta de renovación de las líneas de crédito hasta entonces concedidas a la concursa. A partir de este momento, no puede entenderse que existiera retraso en la presentación del concurso, o al menos no se ha especificado ni en la solicitud ni en la resolución recurrida que tal retraso existiera.
Por otro lado, conforme se expresa por parte de los recurrentes, no puede identificarse el incumplimiento de la obligación de disolver la mercantil por la reducción del patrimonio contable con el incumplimiento de la obligación de presentar concurso, ya que la reducción del patrimonio contable permite optar por otros mecanismos de saneamiento financiero distintos al concurso (como así se hizo) y porque la declaración de concurso sólo procede ante la existencia de un estado de insolvencia del deudor, y este se identifica sólo por la imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (artículo 2 de la ley Concursal) o, al solicitarse de forma voluntaria, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Y no existe en este caso constancia alguna de que este estado de insolvencia se diera con anterioridad a la solicitud de concurso o, al menos, que este estado de insolvencia le impidiera el cumplimiento regular de sus obligaciones de pago.
Con ello entendemos que no puede ser formulado en este momento procesal un juicio apriorístico de culpabilidad, con independencia de las responsabilidades que en definitiva pudieran ser derivadas contra los administradores, y es por ello por lo que ha de ser revocada la resolución recurrida, desestimando la pretensión de la administración concursal y declarando no haber lugar al embargo de bienes de los recurrentes.”: AAP La Rioja 09.01.2009 (JUR 2009\240176)

AP Murcia

“PRIMERO.-En el recurso de apelación interpuesto en nombre de la mercantil VIRGOSA, S.L., se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose otra por la que se deje sin efecto el embargo preventivo acordado respecto de la recurrente. En síntesis se alega que la medida cautelar adoptada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 48.3 de la LC, se ha mantenido únicamente en relación con el administrador de la concursada Conducciones Hidráulicas y Carreteras, S.A. (en adelante CHC) D. Dimas y frente a los miembros que formaban el último Consejo de Administración: Equipamientos Deportivos S.A., Proyectos y Diseños de Inversiones, S.L., y Virgosa, S.L., desde 19 de junio de 2006 al 19 de abril de 2007, en que fue adquirida la sociedad por los nuevos accionistas; que las causas alegadas por la administración concursal para justificar el embargo preventivo son imputables al nuevo administrador de la sociedad y no al antiguo órgano de administración; que la sentencia de instancia no imputa ni una sola conducta a Virgosa, S.L., que pueda justificar la condena a cubrir el déficit del concurso, artículo 172.3 de la LC y que la medida adoptada no cumple ninguno de los presupuesto exigidos por la LEC para la adopción de la medida. Se indica que la posición que mantenía la mercantil apelante en el consejo de administración en CHC era meramente formal,

que nunca ha tenido capacidad para adoptar decisiones debido a su escasa participación, que no ha tenido el cargo de consejero delegado, que no se le imputan actos concretos que hayan influido en la generación de la insolvencia o en su agravamiento, que el 19 de abril de 2007 Virgosa, S.L., abandona el consejo de CHC, que esta sociedad no tenía ninguna deuda con Hacienda, Seguridad Social ni con los trabajadores y que el primer efecto impagado tuvo acceso al RAI el 2 de julio de 2007. Se hace mención a la naturaleza y requisitos del embargo de bienes, artículo 48.3 LC, con mención a los artículos 164, 165 y 172.3 LC y también artículos de la LEC relativos a las medidas cautelares; se hacen alegaciones en relación con la no formulación de las cuentas del ejercicio 2006; que durante la vista quedó acreditado que las cuentas del ejercicio 2006 se encontraban formuladas pero no aprobadas, como lo reconoció el administrador concursal D. Hernan y que no concurre el requisito de apariencia de buen derecho ni se justifica el requisito del periculum in mora.
La sentencia de instancia mantiene la medida cautelar de embargo preventivo respecto del administrador de la concursada, D. Dimas y de los miembros del último Consejo de Administración de la concursada, CHC. En cuanto a la entidad apelante Virgosa, S.L., fija el embargo preventivo para responder de la suma de 200.000 #. La medida cautelar se adopta al amparo de lo dispuesto en el artículo 48.3 de la LEC, se indica que dicha medida se prevé para asegurar la responsabilidad concursal a los efectos de lo dispuesto en el artículo 172.3 LC; que se debe restringir a aquéllos respecto de los cuales resulte fundada posibilidad de que, incumpliendo sus deberes de diligencia con dolo o culpa grave, hayan generado o agravado la insolvencia de la sociedad, artículo 164.1 y 172.3 LC; que la medida cautelar presenta las características de instrumentalidad respecto de un proceso principal, en este caso, la Sección de Calificación; que en relación con el elemento culpabilístico o subjetivo es preciso acudir para su acreditamiento a pruebas indirectas o indiciarias; que en sede de medidas cautelares no es necesaria la prueba plena de la culpabilidad. Que en el presente caso tales indicios se infieren del hecho de que el legal representante del último Consejo de Administración, D. Horacio, ha reconocido en su interrogatorio, que ya en el año 2006 estudiaron la posibilidad de presentar la declaración del concurso, que en dicho año la empresa no se sometió a auditoría y ni siquiera formularon las cuentas anuales, que en el informe de auditoría de dicho ejercicio, emitido el 16 de octubre de 2007 por Beta Auditores, se deniega la opinión y que las acciones de Conducciones Hidráulicas y Carreteras, S.A., fueron vendidas por un solo euro. Se indica que la cuantía del déficit concursal se cifra en unos 30 millones de euros; se gradúa la responsabilidad de cada uno de los administradores; que el empeoramiento del estado de insolvencia se debe fundamentalmente al proceder del actual administrador Sr. Dimas y en menor medida a los integrantes del anterior Consejo de Administración y que de los tres miembros del Consejo ha resultado probado, en el incidente de oposición a las medidas, que el legal representante de Equipamientos Deportivos, era el que tenía el poder de decisión, como lo admitió en el interrogatorio el Sr. Horacio y ha sido adverado por el interrogatorio de D. Melchor, legal representante de Proyectos y Diseños de Inversiones, S.L.
SEGUNDO.-Que se aceptan los hechos que se refieren en el párrafo tercero del fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia, referidos en el anterior fundamento, ya que los mismos están acreditados por las pruebas practicadas, especialmente por la documental aportada, debiéndose añadir que desde julio de 2006 la entidad concursada estaba en una crítica situación económica, como se pone de manifiesto por la propia ampliación de capital acordada a finales de 2006 y que no llegó a consumarse, así como por la venta de las acciones que se efectuó el 19-4-2007 por un sólo euro a D. Dimas, siendo a este relevante la propia situación del déficit concursal fijado en treinta millones. No se aceptan, pues, las alegaciones formuladas en el recurso tendentes a efectuar una valoración de las pruebas en el intento de descartar cualquier hecho que sirva de basa para la calificación del concurso de culpable.
La adopción de la medida cautelar en el seno del procedimiento concursal está prevista en el artículo 48.3 de la LC en relación con lo dispuesto en los artículos 172.3 y 164.1 LC. Y así en el artículo en el artículo 48.3 de la LC, vigente en la fecha en que se adoptó la medida cautelar, se dispone: *"Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito"*.
En artículo 172.3 se establece: *"3. Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa".* En el artículo 164.1 se establece: *"El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho"*.
A la vista de los hechos que se consideran probados, procede mantener la medida cautelar acordada en instancia, ya que existen elementos indiciarios de los que se puede deducir que el concurso de la mercantil CHC, S.A., es culpable, al haber mediado dolo o culpa grave del administrador actual y de los miembros del Consejo de Administración que lo integraban desde el 19 de junio de 2006 hasta abril de 2007, entre éstos la entidad mercantil apelante, Virgosa, S.L., de manera tal que dicho comportamiento hubiera contribuido a la generación a agravación del estado de insolvencia, conclusión valorativa esta que se deduce de la presunción, prevista en el artículo 165 LC, al no haberse formulado las cuentas correspondientes al ejercicio 2006 ni haberse sometido a auditoria, habiéndose valorado de manera adecuada en instancia el grado de responsabilidad que a estos efectos se atribuye a los miembros del consejo de administración.

Resulta, pues, que existen datos y circunstancias que ponen de manifiesto la apariencia de buen derecho en cuanto a la calificación de culpable del concurso, así como la del hecho de que la masa activa de la concursada sea insuficiente para hacer efectivo el importe total de los créditos, ello a la vista del elevado importe de éstos, por lo que se considera justificada la adopción de la medida cautelar acordada, con la que se han aquietado los demás miembros del consejo de administración.
En atención a lo expuesto procede desestimar el recurso apelación, de conformidad con lo interesado en el escrito de impugnación presentado por los administradores concursales.*":* SAP Murcia (Sección 4) 07.02.2013 (Sentencia 89/2013; Rollo 983/2012)

AP Pontevedra

"La calificación como culpable se determina en la norma por la concurrencia de determinadascircunstancias previstas en los artículos 164 a 166 Ley Concursal.
Con carácter general elart. 164.1 LC establece que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho.
Esta es la cláusula definitoria de la culpabilidad concursal. Los problemas de prueba han llevado al legislador a establecer unas presunciones absolutas para la calificación como culpable en elart. art. 164.2 LC, y unas presunciones relativas que admiten prueba en contrario, no del concurso culpable, sino que se refieren al dolo o culpa grave que interviene a tal efecto, es decir, en la generación o agravación de la insolvencia (art. 165 LC).
Pero al margen de esas presunciones, el criterio de atribución de la pertinente responsabilidad anudada a la calificación del concurso como culpable recae, no sobre la producción de un resultado que es el propio de la situación concursal, el estado de insolvencia, sino sobre la conducta del deudor. El criterio determinante de la calificación se hace radicar no en la situación de insolvencia en sí, sino en la valoración que ha de merecer la conducta seguida por el deudor común cuando aquélla se produce o en su producción misma.
Es opinión común y criterio general de las resoluciones judiciales, que el precepto de mención no regula de forma completa la mecánica de este embargo, por lo que ha de ser integrado con otras normas, como losarts. 172.3 LC, que vinculan el embargo a la posible condena de los gestores sociales al pago de los créditos que integran la masa pasiva en la sentencia que pone término a lasección de calificación, y los arts 164 LC y 165 LC, que establecen los supuestos y presunciones para que el concurso pueda ser declarado culpable.
CUARTO Llegados a este punto, estamos en condiciones de examinar las concretas circunstancias del supuesto que nos ocupa en orden a valorar la procedencia o no de la adopción de la medida cautelar de embargo que se impugna.
No se cuestiona por la parte apelante el presupuesto de insuficiencia de la masa activa para satisfacer todas las deudas. Tampoco se utiliza argumento alguno para cuestionar la probabilidad de apertura de la fase de liquidación que determinará la apertura de la sección de calificación. Ni siquiera se cuestiona la existencia de datos objetivos que pueden integrar las presunciones de losarts. 164 y 165 LC en orden a calificar el concurso como culpable, lo que se cuestiona es la interpretación de tales hechos sobre manifestaciones que tienden a exculpar de responsabilidad a los administradores.
Así, en lo que respecta a la inexactitud grave en los documentos que acompañan a la solicitud del concurso, se reconoce lo que no se puede negar, y es que en el inventario se hace constar como bien de la sociedad un inmueble libre de cargas que es el principal patrimonio de la empresa y sede de su actividad, cuando el mismo día de presentación de la solicitud de concurso era adjudicada al acreedor en un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, además de tener otras cargas y gravámenes.
Como bien señala el auto impugnado, objetivamente no puede discutirse que dicha actuación supone una inexactitud grave por la relevancia de la información y del bien a que se refiere, para presentar una visión clara del patrimonio de la sociedad. La parte apelante pretende justificar el hecho acudiendo a que se trata de un error involuntario, y que además no se puede considerar como tal aquél dato que no puede ocultar al constar en un registro público. Sin embargo no es este el momento de realizar una valoración en profundidad de la forma de conducirse los administradores en este particular, o de la finalidad a que pudiera obedecer, pues tal cuestión debe quedar para su prueba y examen en la correspondiente sección de calificación. Aquí es suficiente para valorar la procedencia de la adopción de la medida cautelar el indicio claro y racional de la concurrencia de un hecho que determina la calificación del concurso como culpable, y además sin admitir prueba en contrario (art. 164.2.2º LC).
Similar respuesta debe darse a las alegaciones respecto de la concurrencia de un hecho que establece la presunción, que admite prueba en contrario, sobre el dolo o la culpa grave de los administradores en la generación o agravación de la situación de insolvencia. Nos referimos la obligación de aportar con la solicitud de concurso de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios (art. 6.3.1º LC), considerándose presunción de dolo o culpa grave cuando no se hubieran formulado o, una vez aprobadas, depositadas en el Registro Mercantil (art. 165.3 LC). En el caso enjuiciado la parte apelante viene a reconocer lo evidente, y es la falta de presentación de las cuentas anuales. Pretende exonerarse de la responsabilidad que ello implica con un argumento solo explicable en términos de defensa, y es que el precepto solo se refiere a formulación y depósito, pero sin que establezca plazos, cuyo incumplimiento sería, por tanto, una mera irregularidad. Pero es que no puede aislarse dicha norma de las que regulan precisamente la formulación y depósito de las cuentas anuales, las cuales claramente establecen como los administradores deben formular aquéllas en el plazo máximo de tres meses desde el cierre del ejercicio, debiendo reunirse la junta general para su aprobación dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente, y dentro del mes siguiente a dicha aprobación, están obligados a su presentación para depósito en el Registro Mercantil, por lo que a 30 de julio de 2007, debían

estará depositadas las cuentas anuales. No ocurre así en el presente caso, lo que añade sospechas sobre la certeza de las cuentas presentadas con posterioridad, únicamente para cumplir formalmente la exigencia legal, pues solo son presentadas cuando le son requeridas por el Juzgado.
No debe olvidarse que las cuentas anuales deben ofrecer una visión global y completa de la situación financiera y patrimonial de la sociedad, reflejando su imagen fiel. Precisamente la importancia que el ordenamiento otorga a una llevanza correcta de la contabilidad, es lo que ha llevado a establecer sanciones indirectas ante el incumplimiento de las prescripciones legales, siendo una de ellas, precisamente, presumir, salvo prueba en contrario, dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia en caso de concurso.
Pero lo que ahora interesa, es que concurre otro dato de hecho del que cabe deducir con claridad la probabilidad de que pueda apreciarse dolo o culpa grave en orden a la calificación del concurso como culpable.
QUINTO Pero el dato más relevante en orden a la adopción de la medida cautelar se encuentra en el grave retraso en solicitar la declaración de concurso.
Elart. 165.3 LC establece la presunción de dolo o culpa grave de los administradores cuando "Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso".
Para valorar tal conducta debemos acudir a los plazos delart. 5 LC. Elart. 165.1 LC establece la presunción de dolo o culpa grave ante el incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso. En una interpretación literal y sistemática, es obligada la remisión alart. 5 LC que regula precisamente el deber de solicitar el concurso, que ha de realizarse en el plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.
La Ley Concursal establece el deber del deudor de instar la declaración de concurso en el plazo de dos meses desde que conoce o debiera conocer su situación de insolvencia, con la finalidad de anticipar soluciones concursales y evitar o minorar la producción de daños y el agravamiento de la negativa situación económica. Precisamente para estimular o garantizar el cumplimiento de este deber, la norma establece la sanción que ahora nos ocupa, como es, presumir, salvo prueba en contrario, la presunción de dolo o culpa grave, por lo que la interrelación entre ambos preceptos es acorde a una adecuada interpretación de la norma.
Reconocido y acreditado el cese en la actividad de la empresa en octubre de 2005, precisamente ante la deuda que abocaría a la disolución de la sociedad por reclamación de más de 600.000 euros por la TGSS, así como que este dato impidió la financiación de la sociedad, no se explica que no se solicitara la declaración de concurso voluntario hasta dos años después en septiembre de 2007, cuando era manifiesta la situación de insolvencia que obliga a dicha solicitud, cuando menos una situación de insolvencia inminente.
Es precisamente este incumplimiento el que de forma más clara permite establecer una relación directa sino con la generación, cuando menos con la agravación del estado de insolvencia, dado que ante la imposibilidad de hacer frente a las deudas estas siguen creciendo aunque sea únicamente con los intereses convencionales o moratorios. Pero además perjudica las diversas opciones que permite la declaración de concurso como continuar la actividad en una situación controlada si pudiera encaminarse la situación hacía un convenio, así como la aplicación de otras normas de salvaguarda de los contratos o del patrimonio.
En cuanto a este último no puede dejar de mencionarse la pérdida, por ejecución hipotecaria, de la finca y la nave construida en la misma en la que se ejercitaba el objeto social (fabricación de herramientas) que suponía el mayor patrimonio de la sociedad, sustrayendo la misma del concurso, impidiendo la continuación o reactivación de la empresa, abocando la situación a una segura liquidación. Situación que pudiera haberse evitado, al menos temporalmente, dada la novedosa regulación sobre la paralización, inicio y reanudación de ejecuciones de garantáis reales de losarts. 56 y 57 LC. Curiosamente se adjudica en procedimiento de ejecución hipotecaria el mismo día en que se presenta la solicitud de concurso.”: AAP Pontevedra 10.07.2008 (JUR 2009/433193; Auto 153/2008; Rollo 432/2008)

AP Sevilla

“SEXTO Continuando con el examen del requisito delfumus boni iuris, elart. 48.3 LC exige que de las actuaciones resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.
Las recurrentes niegan que existan razones para calificar el concurso como culpable. Y se extienden en el examen de los indicios de culpabilidad denunciados por la administración concursal y recogidos en el Auto recurrido, como son la falta de contabilización en los ejercicios 2002 y 2003 de la deuda derivada del expediente sancionador impuesto por el Consejo de Ministros de Medio Ambiente, la no inclusión en la lista de acreedores de los créditos de los principales acreedores, y la falta de colaboración con la administración concursal.
Para resolver sobre la adopción de medidas cautelares basta la existencia de indicios que conduzcan a fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. Desde esta premisa, parece obvio que un concurso que cuenta con los informes de la administración concursal y del Ministerio Fiscal favorables a que se califique como culpable, presenta indicios más que suficientes de la alta probabilidad de que la Resolución final califique así el concurso, salvo que la calificación sea absurda o ilógica, o incurra en un error manifiesto, patente y evidente a la hora de apreciar los supuestos contemplados en losartículos 164 y 165 de la LC para calificarlo como culpable o para presumir la existencia de dolo o culpa grave del deudor o de los administradores o liquidadores. Lo que no acontece en el presente caso, en el que los motivos alegados por la administración concursal son susceptibles de una profunda discusión jurídica hasta llegar a conclusiones definitivas sobre la existencia de irregularidades contables, inexactitudes en la documentación presentada con la solicitud de concurso o durante la tramitación o el cumplimiento del deber de colaboración. Es en el seno de la sección de calificación donde procede abordar el examen concienzudo y pormenorizado que conduzca a la declaración definitiva sobre la calificación del concurso. Esta pieza de medidas cautelares no es el cauce ni el

momento procesal adecuado para discutir con la profundidad jurídica necesaria sobre las causas de culpabilidad que se invocan. Aquí para la adopción de la cautela no se requiere tener una certeza absoluta sobre los motivos de la calificación como culpable, sino que tal calificación aparezca como probable. En este caso los indicios de esta probabilidad cuentan con sólido y suficiente fundamento.”: AAP Sevilla (Sección 5) 12.11.2010 (JUR 2011/122776; Auto 225/2010; Rollo 1902/2010)

AP Tarragona

“En consecuencia, analizando para el presente supuesto cada uno de los requisitos delart. 48.3 LC que conlleva implícitos os delart. 728 LEC, sin prejuzgar el fondo del asunto, iremos dando respuesta a cada una de las peticiones realizadas a esta alzada, para determinar si las causa de oposición a las medidas cautelares otorgadas deben ser admitidas:
a) Que se haya dictado auto declaratorio del concurso, momento que constituye el inicio de la posibilidad de adoptar la medida. En nuestro supuesto, éste se dictó el 5-3-2007.
b) Que se de la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable, lo que implica que el Juez a de fundamentar adecuadamente la referida posibilidad, lo que, en parte, viene a restringir su libre arbitrio en consonancia con el carácter restrictivo de la medida. La existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado culpable, debe ponerse en relación con losarts. 164 y 165 LC. De lo obrante en autos, en el presente supuesto pueden llegarse a contemplar las siguientes situaciones:
-Art. 164.1 LC : "1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho".
-Art. 164.2.5 LC : "Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos". En este sentido, tanto el Sr.Jose Enrique como el resto de los demandados
-Art. 165.1 LC : "el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores" "hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.
-Art. 165.3 LC : "3º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso".
En contemplación de todo ello, tanto el Sr.Jose Enrique (hasta finales agosto 2006), como los Srs.Sergio (desde finales agosto 2006 a noviembre de ese año; no es suficiente para redimirlo del embargo preventivo que señale que no estaba al corriente de las cuentas de ASM DIMATEC - DVD 1:07:00-, en tanto que como administrador de derecho que era debería haber asumido la diligente gestión de la compañía, lo que incluye exigir los compromisos asumidos con ARED para capitalizar la empresa y/o haber solicitado el concurso voluntario, más cuando asegura que la empresa estaba inactiva en DVD 1:08:00) yPio (desde noviembre 2006; ha marzo 2007; no presentó el concurso de la sociedad y dice que desconocía el estado de la sociedad, DVD 1:12:00, más cuando reconoce que suele aceptar ser administrador de "según qué sociedades"; declara desconocer lo que pasaba en la sociedad respecto a los acreedores, según DVD 1:13:00), han sido administradores de derecho de la concursada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, lo que es indubitado (art. 48.3 LC). Además, según declaraciones del Sr.Jose Enrique, la concursada tuvo una crisis fuerte en 2003/2004 y él empezó a hacer gestiones con alguna empresa para salvar la situación y encontró a ISRA, hablando de ella con Caixa Tarragona (DVD 49:00); ello queda corroborado por Don.Héctor que declara las fuertes pérdidas de ASM DIMATEC en 2004 y 2005. De manera que, a la vista de lo sucedido, deberían de haber solicitado el concurso, no sirviendo de excusa para los Srs.Sergio yPio que desconociesen el estado de la empresa de la que eran administradores (lo que, por otro lado, les añade negligencia). Además tres administradores de derecho han reconocido que no han presentado las cuentas en el Registro Mercantil, no sirviendo como excusa que no tenían copia (ver, en este sentido, laSAP Tarragona 25-10-2008). Ninguno de los tres, por último, se ocupó de monitorizar los acuerdos con ARED y sobretodo de la capitalización de DIMATEC -que a la vista del informe de los administradores concursales no se hizo; ver también declaración del tesorero de ASM DIMATEC, Don.Candido en DVD2 50:10-, habiéndose marchado el Sr.Jose Enrique marcho a ARED desentendiéndose, por lo tanto, de DIMATEC (de hecho era parte del acuerdo que los empleados también pasasen a ARED y que la capitalización fuese, en su caso a ARED, según declara el tesorero Don.Candido en DVD2 52:20) y los otros dos se desentendieron al no saber el estado de cuentas de DIMATEC y no seguir los tratos con los acreedores (esenciales, además, para poderse admitir la cesión de pasivo).
Respecto a la posibilidad de que ISRA actuase en los meses anteriores a la declaración de concurso como administrador de hecho, debemos señalar que la jurisprudencia ha establecido que un administrador de hecho es más evidente cuando la empresa carece de un efectivo administrador legalmente nombrado (STS 22-3-2004; ver también la STS 14-3-2008); además tiene dos acepciones: "por un lado, se denomina administrador de hecho a la persona que ejerce funciones de administrador pero su nombramiento no es válido (el nombrado en quien concurre alguna de las prohibiciones delart. 124 LSA) o haya caducado (RDGRN 15-2-1999); y, por otro, recibe igualmente el apelativo quien, pese a no haber sido nombrado administrador, ejerce funciones de tal, de hecho y de manera efectiva, incluyendo en ciertos casos al socio o a la sociedad dominante. De cualquier manera, el administrador de hecho es una nueva denominación para la figura del factor notorio (art. 286 CCom.), es decir, un factor con nombramiento tácito que actúa con notoriedad como tal factor, sin oposición del empresario, por lo que su régimen debe pasar por aplicarle las normas de las relaciones de apoderamiento" (SAP Baleares 10-4-2007). Otras decisiones de los tribunales (Auto JM-1 Sevilla 13-6-2007) señalan que "por ello, el administrador de hecho será aquél que ejerce funciones propias del administrador, sin

nombramiento vigente y válido, quien realiza las actividades de administración y gestión empresarial, de manera positiva e independiente, quien adopta las decisiones de gestión y dirección que la ley atribuye a los administradores sociales con cargo formal y vigente. Se trata de supuestos en los que la capacidad de decisión no corresponde a las personas formalmente designadas como administradores, sino a otros sujetos que no han sido nombrados y que por lo tanto no reúnen los requisitos formales y materiales para el ejercicio de dicho cargo. En el caso de un grupo de empresas, la sociedad dominante podrá ser considerada administrador de hecho, cuando los actos de administración adoptados por la dominada, obedezcan a instrucciones imperativas impuestas por la matriz". Ver también el nuevo redactado delart. 133.2 LSA que prevé expresamente la figura del administrador de hecho y le hace responsable de los daños que pueda causar a la sociedad, los socios y/o a los acreedores. Diversas son las evidencias que apuntan a que ISRA ejerció desde la"Carta de Intenciones" firmada el 21-5-2006 entre el Sr.Jose Enrique, administrador de la concursada e ISRA (folios 128 a 132):

- Que en la carta de intenciones se refleja el vaciado de activos pero la cesión futura y condicionada de pasivos de ASM DIMATEC a una tal "NewCo 2" (relativo a una segunda nueva compañía que se crearía para adquirir los activos de ASM DIMATEC) que bien podría ser ASM ARED (entonces MAXMALIA) (folio 131; así lo reconoce Don.Héctor al decir que Don.Ernesto hacía la transacción de activos de ASM DIMATEC a ARED en DVD2 2:59 y en folio 634 el propio Don.Ernesto afirma que pasará a trabajar a NewCo2 cuando pueda, relacionándola en DVD2 1:00:00 como MAXMALIA; cuando se le pregunta Don.Héctor directamente si Newco 2 es MAXMALIA responde evasivamente, DVD2 9:16,art. 405.2 LEC; según Don.Héctor, MAXMALIA fue creada por una compañía de inversores de Frankfurt e ISRA sólo dio un préstamo y promesa de apoyo a los inversores, DVD2 10:37, para implementar adecuadamente ARED). Debe denotarse que si bien el acuerdo de cesión de activos y créditos (folio 129 punto 8) dependía únicamente de cendente (la concursada ASM DIMATEC) y cesionaria (NewCo2), no así la condicionada cesión de pasivos (folio 131, punto 18) que según elart. 1205 CC debe tener el consentimiento expreso y claro de los acreedores (STS 30-7-1996), lo que no costa en autos y además es discutido por dos de los acreedores presentes en esta causa. De manera que si bien el vaciado de activos es obvio y eficaz inmediatamente no así la ayuda con las deudas que debía asumir la cesionaria, porque no depende de ella y porque se condiciona.
- No son suficientes, a criterio de este Tribunal, los argumentos esgrimidos en la apelación por ISRA relativos a que dicha carta de intenciones nada tiene que ver con el contrato de cesión de activos y pasivos de 2-8-2006 (escritura notarial de cesión) entre ASM DIMATEC y MAXMALIA (folios 354 y ss autos). Entendemos que entre ambas operaciones existen vinculaciones suficientes para evidenciar el papel que ISRA ha tenido en todo el proceso, en los siguientes términos:

a) Se ceden a MAXMALIA los activos de ASM DIMATEC (créditos, utillaje, maquinaria, patentes, software, derechos de uso, etc., folios 358 a 364) y asume determinadas deudas sin contar con el referido consentimiento de los acreedores, sin los cuales dicha cesión de pasivo no puede ser en modo alguno eficaz, evidenciándose la despatrimonialización de la concursada.

b) Que ISRA tiene vinculación con MAXMALIA, en tanto se presentan los diseños realizados por los responsables de ISRA (reuniones en mayo 2006 en Alemania; DVD 51:40) para cómo hacer la operación de cesión de activos y pasivos. Estos diseños quedan plasmados después en la Carta de Intenciones y tanto en el esbozo como en ésta se ve la constante intervención de ISRA y participación de ésta en las empresa Newco1 y de ésta en Newco2. De hecho, que ASM DIMATEC quede controlada por una compañía (Newco2, MAXMALIA, ARED) ya aparece en el fax enviado por el responsable de ISRA, Don.Héctor el 12-4-2006 (folio 570). Es decir, la situación empresarial actual responde al plan diseñado por ISRA desde mayo-abril 2006 (ello es afirmado por el Sr.Jose Enrique, en DVD 56:57; ej que el Sr.Jose Enrique acabe siendo administrador de ARED, igual que se diseñó en la carta de intenciones, folio 130). Don.Héctor (DVD 1:29:40), de ISRA, declara que des de la Carta de Intenciones se fueron pidiendo más datos a ASM DIMATEC que revelaron que la aportación dineraria prevista no sería suficiente lo que provocó que el Consejo de ISRA no aprobara la transacción (a pesar de que él dice que tiene pleno poder en la empresa, DVD2 40:06), lo que parece contradecirse no sólo con la propia Carta firmada pocas semanas antes sino porque fue la propia ISRA quién pidió una due diligence y una auditoría a una empresa de Barcelona (PKF; DVD2 20:40) para conocer la situación real de ASM DIMATEC y, al conocerla, firmó la Carta, de manera que difícilmente a las pocas semanas puede darse cuenta que las circunstancias han cambiado tanto a peor. Reconoce, además, que hubo una gran supervisión de ISRA sobre ASM DIMATEC para informar a los posibles inversores (DVD2 3:00). Y es el propio Don. Héctor quien reconoce que dicha supervisión era la única manera de hacer el asset deal (cesión de activos) a ARED (MAXMALIA), concediendo luego ISRA a los inversores un préstamo. En consecuencia, ISRA no sólo diseñó la operación de transacción de activos y pasivos, sino que hubo personal de ISRA que supervisó y analizó ASM DIMATEC, buscó a inversores y los financió, y dio asesoramiento para crear ARED (DVD2 11:40).

c) Que ISRA ha ejercido como efectiva administradora de hecho de la concursada, no sólo porque de ella dependía la contratación de personal como Don.Ernesto (folio 634 autos; Don.Ernesto estaba contratado desde 18-5-06 o desde el 25 ó 26-5-2006 -queda claro para qué compañía: no podía ser para ARED porque ésta empezó a funcionar en julio, folio 634, y a ella debía ir él cuando se pudiese según la referencia a NewCo2 del folio 634; de manera que queda confirmado que trabajó para ASM DIMATEC con la declaración del propio Don.Ernesto en DVD 58:30 afirmándolo sin duda- aunque negoció su contrato laboral e indicaciones con Don.Héctor -folio 633- y al tiempo negociaba la cesión de activos con ARED, según el propio Don.Héctor, en DVD2 2:59) sino porque éste pedía permiso a los responsables de ISRA (Don.Héctor Don.Rafael) para efectuar pagos y operaciones corrientes (folios 651 y 654 autos). Ver en este sentido el control e intervención de ISRA en la transmisión de activos y pasivos de ASM DIMATEC a ASM ISRA mediante el nombramiento deJosé yMaximino como apoderados de ASM ARED, y que habían sido o eran trabajadores de ISRA e incluso director financiero; ver poderes en folio 557 autos y ver declaración del Sr.Héctor en DVD2 13:00 y reconoce que Don.José asistió con temas financieros a ARED por indicación de ISRA; ello es corroborado también por el Sr.Jose Enrique en DVD 1:00:00 y Don.Ernesto en DVD2 1:05:00 quien señala que en ASM DIMATEC

Don.José yMaximino daban las órdenes, aunque no le costa que tuvieran poderes. ISRA, además, según todo lo establecido en el punto anterior no sólo diseñó la operación de transacción de activos y pasivos, sino que hubo personal de ISRA que supervisó y analizó ASM DIMATEC, buscó a inversores y los financió, y dio asesoramiento para crear ARED (y apoyó el nombramiento como su responsable Don.Silvio, DVD2 13:08).
d) El Sr.Sergio reconoce haber recibido instrucciones de Alemania (DVD 1:08:00). El Sr.Pio declara que él era consciente de que no tendría que hacer nada en la sociedad concursada porque eran otros quien la llevaban (DVD 1:15:30). En consecuencia, la transmisión de activos y pasivos entre ASM DIMATEC y ASM ISRA fue monitorizada desde ARED, donde ISRA había nombrado apoderados de su empresa, ASM DIMATEC había sido estudiada y estaba monitorizada desde personal vinculado a ISRA, como Don.Ernesto (quién de hecho dirigía el negocio de ASM DIMATEC antes del acuerdo de agosto 2006 y siguió después, según declaración Don.Candido). Don.Candido, tesorero hasta diciembre 2006 de ASM DIMATEC señala que desde abril-mayo todas las instrucciones de pagos se recibían desde Alemania (DVD 47:50), incluso desde la firma del asset deal desde agosto 2008, calificando como administradores de hecho Don.Héctor, Don.Rafael,José yMaximino.
- Todo ello concuerda con la situación financiera actual de ASM DIMATEC que ha desvelado la Administración concursal: algo más de 4 millones de euros en activos y algo más de 13 millones de euros en deudas (folio 157 autos correspondiente al informe de la Administración concursal).
Todo lo descrito conlleva a deducir la posibilidad de que el concurso sea declarado culpable en cuanto a la actuación de los tres administradores de derecho (Srs.Jose Enrique,Sergio yPio) en los dos años anteriores a la apertura del concurso y al de hecho desde mayo de 2006.
c) Que exista posibilidad fundada de que la masa activa no sea suficiente para pagar las deudas, lo que implica que la responsabilidad que trata de garantizarse es de naturaleza subsidiaria. La fundamentación se ha de extender a la calificación de culpabilidad del concurso y a la insuficiencia de la masa activa. Así queda verificado por el patrimonio analizado por la administración concursal, como se ha dicho, algo más de 4 millones de euros en activos y algo más de 13 millones de euros en deudas (folio 157 autos correspondiente al informe de la Administración concursal). Esta diferencia justifica también la cuantía del embargo cautelar acordado por el juzgador de instancia.
d) Que las personas contra quienes se dicte la medida sean administradores o liquidadores, de hecho o de derecho de lo concursado, o lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Según lo ya explicado, los Srs.Jose Enrique,Sergio yPio fueron administradores de derecho en dicho período de la concursada e ISRA de hecho. Queda justificada la necesidad del embargo preventivo por la cuantía debida y la imposibilidad de que ASM DIMATEC pueda por sí sola hacer frente a ello, porque los demandados son tres personas físicas cuyo patrimonio es volátil y porque ISRA tiene su razón social en el extranjero, sin que haya acreditado su absoluta solvencia, incluso en la coyuntura actual, además de porque se trata de una medida especialmente prevista para casos de concurso que pueda llegar a ser calificado de culpable como el actual y de que la masa activa de la concursada pueda ser suficiente (art. 48.3 LC).
Recordemos que quedan integrados los requisitos delart. 728 LEC (fumus bonis iuris y periculum in mora) tanto en lo que se ha dicho sobre la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa insuficiente (en relación a la apariencia de buen derecho) como en lo relacionado a la insuficiencia patrimonial del concursado y de la posibilidad de que los que puedan eventualmente ser hechos responsables de haber llegado a la situación concursal puedan disponer libremente de sus bienes, dejando en peor situación la expectativa de los acreedores de poder resarcirse (periculum in mora); todo ello conforme al art. 172.3 LC.": AAP Tarragona 17.06.2009 (JUR 2009/426453: Auto 65/2009; Rollo 429/2008)

"En consecuencia, analizando para el presente supuesto cada uno de los requisitos delart. 48.3 LC ("fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas") que conlleva implícitos os delart. 728 LEC, sin prejuzgar el fondo del asunto, determinaremos si las causa de oposición a las medidas cautelares otorgadas (esencialmente, que el concurso pueda ser razonablemente declarado culpable y la insuficiencia del activo para hacer frente al pasivo) deben ser admitidas, teniendo en cuenta que los motivos del embargo preventivo de elementos del patrimonio personal del Sr.Moises se pretenden justificar en base a una posible declaración de concurso culpable(art. 164 LC), con las correspondientes consecuencias en elart. 172.3 LC, por doble motivo: haber incumplido el deber de colaboración con la administración concursal(art. 165.2 LC) y por la circunstancia de que el Sr.Moises posiblemente haya participado en algún supuesto delart. 164.2.5 LC, por cobros a su favor
De este modo, tenemos, en cuanto a las causas del embargo:
a. Señala el Sr.Moises que él ha colaborado con la administración concursal adecuadamente(art. 165.2 LC). Alega que desde la declaración de concurso él ya no era el administrador de la empresa concursada. Pero tal circunstancia no le exonera de colaborar con la administración concursal, como le obliga losarts. 42.1 y 165.2 LC, como administrador que era los dos años anteriores a la declaración de concurso. Según el escrito en el que se solicita la adopción de la medidas cautelares (folio 4 autos), y que reseña también el apelante en su escrito, las peticiones eran 4, en general, consistentes en justificaciones de pagos realizados por la empresa concursada durante el tiempo en que el Sr.Moises era su administrador. Se escuda el hoy apelante en que desde la declaración de concurso porAuto de 7-2-2008. Como administrador que era al tiempo de realizarse tales gastos -esto está indubitado- bien podría razonablemente conocer los motivos que llevaron a efectuarse, lo que debería haber comunicado en tiempo y forma adecuados a la administración concursal, atendiendo a las reglas de la buena fe(art. 7.1 CC (LEG 1889, 27) yart. 111-7 CCC) y sin poderle requerir, de no verificarse existencia de copia de los datos en poder del Sr.Moises, una concreción al céntimo. Por ello, no es razón suficiente el no hacerlo, como alega en su escrito de apelación, el no tener acceso a la sede de la empresa, sino que con la información -no necesariamente documentada- de la que disponía en tanto que administrador, tendría que haber contestado con la mayor concreción posible con los medios a su alcance, mostrando máxima

disposición en colaborar con la administración concursal de buena fe. Ni tampoco que no fuese el administrador al tiempo de ser requerido para tal información, dado que a ello está obligado por elart. 42.1 LC, al tratarse la concursada de persona jurídica. Es decir, por mucho que tres de los requerimientos fueran a la empresa deudora, ex lege queda claro que "cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso", sin más requisitos de concreción que el Sr.Moises solicita en su apelación; todo ello no coadyuva para verificar su disponibilidad a colaborar con la administración concursal, antes al contrario. En su escrito de demanda, demandante señala que recibió respuesta a 1 de los 4 requerimientos solicitados y que incluso se dictó Providencia de 26-6-2008 solicitando tales respuestas que, afirma, aún no están contestadas. El Sr.Moises, sólo se defiende reiterando que él ya había informado y que en el informe concursal se afirmaba tener toda la información necesaria (la existencia reconocida de las preguntas evidencia de lo contrario, no siendo exhaustiva tal información en dicho informe), pero no aporta las respuestas a las cuestiones planteadas, lo que no puede ir más que en su contra(art. 217 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)). Sólo se halla una referencia en su comparecencia de 5-11-2008 es decir, 7 meses después de efectuársele la primera petición con las preguntas y 5 meses después de la Providencia donde se le solicitaba que lo hiciese. Las respuestas, además, no son completas, sin concretar todos los extremos solicitados (folios 383 y 384). Por lo tanto, su colaboración con la administración concursal no ha sido lo suficientemente diligente que cabría esperar(art. 127 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206)).
2. Y, en cuanto a si el Sr.Moises ha colaborado en que saliesen fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos(art. 164.2.5 LC). De la prueba obrante en autos (docs. 1 a 5 de la petición de embargo) se desprende que las salidas de tres cuentas corrientes de la sociedad concursada durante 2007 y 2008 (Barclays, BBVA y Caja Inmaculada) por valor de 253.000 euros fueron, esencialmente, ingresadas en la cuenta de gastos del Sr.Moises (doc. 4, folio 20 de autos), y éste no ha justificado suficientemente que dichas cantidades fueran necesarias para efectuar pagos imprescindibles de la sociedad (para asegurar su buena y regular marcha), sino que no sólo no constan tales movimientos hasta 10-7-2008 sino que en su escrito de apelación reconoce que ello podía ser para regalos o pagos en efectivo (no señala que fuesen necesarios, más en una situación pre-concursal o conociendo como dice que conocía en su escrito de apelación -folio 412- la existencia de un saldo deudor de la sociedad de 167.013.35 euros por una auditoría llevada a cabo en 2006) y que también lo ingresado en dicha cuenta, según sus propios términos, "se incluían gastos personales como un plus añadido a la nómina". Siendo la cantidad importante, no quedan apriorísticamente suficientemente justificadas tales disposiciones a favor del Sr. Moises, las cuales, y sin perjuicio del análisis que corresponda cuando se ventilen las responsabilidades en el procedimiento concursal, bien podrían haber contribuido a agravar la compleja situación de la empresa concursada, puesto que no parecen que fueran necesarios o convenientes para la empresa. Lo mismo sucede con unos gastos de 44.002,15 euros que se corresponden a sustracciones más o menos periódicas de 3.000 euros de gastos en tiendas ydisposiciones en cajeros, que, a tenor de los conceptos (Decathlon, Bang Oloufsen, TOUS, 3.000 euros en El Corte Inglés Supermercado, casa de electrodomésticos que dice que son para su familia en al comparecencia de 5-11-2008, etc.) no parece que estén directamente relacionados con la actividad de la construcción.
Ambas situaciones cumple, por lo tanto, con el requisito para tomar la medida cautelar delart. 48.3 LC cuando se refiere a la "fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable", dada la insuficiente diligencia en la provisión de información y en la atribución de importantes cantidades que eran propiedad de la empresa concursada (motivos declaración de concurso culpable que se hallan en losarts. 164.2.5 LC y 165.2 LC.)": AAP Tarragona 22.03.2010 (AC 2010/977; Rollo 412/2009)

AP Vizcaya

"TERCERO.- También se niega, al igual que en la instancia, la concurrencia del segundo de los requisitos que para acordar el embargo preventivo establece el art. 48.3 LC, consistente en que "resulte fundada la posibilidad de que el concurso de califique como culpable".
El auto de instancia determina la concurrencia del requisito analizado reiterando la posible concurrencia de los supuestos de culpabilidad recogidos en los arts. 164.2.6º, 165.1º y 165.3º todos ellos LC.
Las alegaciones del recurrente van dirigidas a negar la concurrencia de los distintos requisitos, que aparejarían la declaración como culpable del concurso, olvidándose de nuevo, que estamos ante una medida cautelar, que para su adopción no requiere de la certeza de tal calificación, sin que dicha calificación sea probable.
Desde ese punto de partida, y si bien podemos admitir que a la fecha de la adopción de la medida cautelar podía no estar suficientemente esbozada la posibilidad de la concurrencia del supuesto de culpabilidad recogido en el art. 164.2.6º de la LC, no siendo en este punto lo suficientemente preciso el auto recurrido, de lo que no tenemos ninguna duda es de la concurrencia en dicho momento de los supuestos recogidos en el art. 165.1º y 165.3º.
La concurrencia del primer supuestos se niega por la recurrente, reiterando su situación de solvencia, algo ya resuelto en el auto en el que se adoptó la medida cautelar, reproduciendo idénticas alegaciones alas realizadas en la instancia justificando su conducta, es decir, su ausencia de culpabilidad en la oportunidad de presentar el concurso, justificación que no puede ser acogida, pues se olvida de que tal conducta supuso un grave perjuicio para los acreedores y ha contribuido a la agravación del estado de insolvencia.
En cuanto al supuesto del art. 165.3º, se argumenta que las cuentas se presentaron y que por ello la presunción iuris tantum que dicho precepto establece está desvirtuada.
No podemos compartir dicha conclusión, puesto que para destruir la presunción de culpabilidad habría que haber desarrollado una actividad probatoria tendente a acreditar que tal falta de presentación de las cuentas no se debió a su dolo o negligencia grave, y tal prueba no existe.

No puede evitarse la calificación de culpabilidad basándose en conductas posteriores, pues el supuesto analizado lo que está sancionando es precisamente la opacidad contable de una empresa que se encuentra activa en el mercado y contratando sin que en ese momento se conozca su auténtica situación económica.
Procede por todo lo expuesto la íntegra confirmación de la resolución recurrida.": Auto AP Vizcaya 08.11.2007 (Rollo 476/2006, Auto 95/2006)

"SEGUNDO.- La cuestión debatida en esta alzada consiste, por tanto, en determinar si se dan los requisitos establecidos en elartículo 43 LCpara ordenar el embargo preventivo de bienes y derechos de D.Andrés, en su condición de administrador social de la concursada Dinergestión, S.L., que dispone la posibilidad de embargo preventivo de los administradores de hecho o derecho de la entidad declarada en concurso, que lo hubieran sido en los dos años anteriores, si consta la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. Alega la recurrente que no se da el primero de los requisitos exigidos por elartículo 48.3 LC, al no concurrir ninguna de lascircunstancias previstas en los artículos 164.2.1º y 2º y 165.1º y 3ºLC, conforme a los cuales el juzgador "a quo" considera que existe la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable, y que no se aprecia actuación dolosa ni culposa que haya agravado la situación de insolvencia.
El recurso debe ser desestimado, ya que examinado el material probatorio desarrollado en estas actuaciones, al igual que la valoración de la prueba efectuada por el "juzgador a quo", este Tribunal estima que existen indicios fundados suficientes para, en esta fase cautelar del procedimiento concursal, acordar el embargo preventivo de los bienes del administrador, en la que, como ha declarado la jurisprudencia, debe realizarse un juicio provisional, meramente indiciario, de los datos con que se cuenta, sin perjuicio de lo que, con carácter definitivo, se resuelva en la sentencia de calificación del concurso. Así, por lo que respecta a lo dispuesto en losapartados 1º y 2º del artículo 164 LCconsta en el informe de la administración concursal que en la contabilidad dejó de recogerse deuda contabilizable entre los ejercicios 1999 y 2002, lo que permite apreciar "irregularidad relevante" en la llevanza de contabilidad, y, al tiempo, en íntima relación la presunción anterior, "inexactitud grave" en la lista de acreedores presentada al concurso presentada por Dinergestión. Argumenta el recurrente que tal omisión no tiene relevancia jurídica, en cuanto la existencia de esa deuda fue reconocida por la sociedad, y durante ese tiempo no realizó actividad con terceros; ello ha de ser rechazado, ya que, como razona el juzgador "a quo", la cuestión de si tal omisión ha de tener o no relevancia jurídica, dada la presunción "iuris et de iure" que establece elartículo 164 LC, no debe analizarse en sede cautelar, sin perjuicio de lo que finalmente, en su caso, disponga la sentencia de calificación.
Asimismo, por lo que respecta a las presunciones que establece elartículo 165 LC, ha de tenerse por acreditado el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, así como la obligación de depósito de cuentas anuales, conforme a lo dispuesto en losapartados 1 y 3 de dicho precepto. Por lo que respecta a la primera, se rechaza la alegación de que en el caso presente la concursada no se hallara obligada a solicitar tal declaración, sobre la base de que lo dispuesto en elartículo 5 LCno es aplicable a las situaciones de insolvencia anteriores a su entrada en vigor, en las que el deudor no estaba obligado a declararse en suspensión de pagos ni presentar su declaración de quiebra; y ello, porque al haberse declarado la situación de concurso durante la vigencia de la Ley Concursal, el "dies a quo" para el plazo de dos meses establecido por el artículo 5 LC para la solicitud de concurso voluntario no es otro que el de la entrada en vigor de la misma. Por tanto, si la fecha de entrada en vigor de estaLey fue el 1 de septiembre de 2004, el plazo legal de dos meses ya había vencido cuando el 15 de noviembre de 2004 se presentó escrito por la representación del señorJoninstando la declaración de concurso, por mucho que el recurrente sostenga que éste se anticipó a la solicitud del deudor; por ello, no ofrece duda que fue incumplida la obligación establecida por dichoprecepto. Y por lo que respecta a la segunda, recogida en el apartado 3, el hecho que da lugar a esta presunción legal no se ha negado, por lo que aquélla sólo se puede desvirtuar en sede de calificación del concurso.
Asimismo, debe desestimarse la alegación de que no ha existido actuación dolosa ni culposa del administrador que haya agravado la situación de insolvenciaex artículo 164.1 LC, ya que las presunciones establecidas en losartículos 164 y 165 LCpara calificar el concurso como culpable presumen dicho requisito, con carácter "iure et de iure " o "iuris tantum", respectivamente.": AAP Vizcaya (Sección 4) 10.07.2008 (JUR 2008/389921; Auto 484/2008; Rollo 531/2007)

"Pues bien en esta alzada, al igual que en la instancia, lo que se niega es la existencia de indicios fundados de que el concurso pudiera ser declarado culpable, alegando que se ha realizado una presunción de culpabilidad sin fundamento alguno, pues la situación patrimonial de equilibrio se rompe por un hecho sobrevenido e inesperado en cuanto a su cuantía y a su alcance, habiéndose adoptado una provisón adecuada y ajustada a la vista de las reclamaciones de los propietarios que ya se habían producido, habiéndose atendido la situaciones de fondos propios negativos, y no habiéndose repartido dividendos en tal situación.
Planteado así el recurso, podemos concluir que el recurrente sustenta la ausencia de toda responsabilidad en el estado de insolvencia, en la afirmación de que la misma se debió a un hecho sobrevenido e inesperado, siendo tal hecho la condena que con carácter firme estableció la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 25 de Mayo de 2009.
Tal afirmación es la que no es compartida por el Juzgador de la instancia, y tampoco por este Tribunal a la vista de la actuación de la recurrente, en la ejecución del proyecto que finalmente dio lugar a las reclamaciones de los propietarios, que fueron atendidas en la sentencia antes citada.
Y es que a los administradores no les podía sorprender la posible existencia de cuantiosas reclamaciones, pues tal como establece la sentencia de la Audiencia,se apartaron del proyecto que se habían obligado a ejecutar, haciéndolo en su propio beneficio, reduciendo su coste y perjudicando a los propietarios.
Habiendo actuado de esa forma, y a pesar de que las reclamaciones de los propietarios se inician ya en el año 2004, solo provisonan una cantidad mínima, que no es ampliada una vez iniciado le procedimiento judicial y

realizado el dictámene pericial, cuando de su resultado ya se desprendía que, existían visos ciertos de prosperabilidad de la demanda en cuantía muy superior.
En esas circunstancias, y figurando alterada su situación de fondos propios, pues no se contabilizó hasta el 31/12 del 2006, la devolución a los propietarios de la planta bajo cubierta cuya propiedad se había atribuido la recurrente, se reparten dividendos por importe de 300.000 euros, aumentando de esa forma la previsible insolvencia de la sociedad.
Por ello entendemos que al momento del dictado del auto objeto de recurso, y con independencia del resultado final, existían indicios en los que poder sostener una eventual declaración de culpabildad de los administradores, y por ello el auto de instancia debe ser ratificado en este extremo.": AAP Vizcaya (Sección 4) 10.03.2011 (Auto 165/2011; Rollo 495/2010)

JM-2 Barcelona

"TERCERO En lo que a la administradora actual se refiere -Doña Montserrat -, el juicio provisional e indiciario que necesariamente ha de realizarse en sede cautelar (artículo 728 de la LECiv) ha de recaer sobre los presupuestos de la condena en la sentencia de calificación, de la que el embargo preventivo es instrumental. Pues bien, es la propia concursada la que ha solicitado la apertura de liquidación, y, según el informe de la administración concursal, el desfase patrimonial alcanza la cantidad de 1.083.203,26 euros. La demandada es administradora con cargo vigente e, incluso, ha llegado a admitir que lleva la gestión, de facto, de la sociedad, como apoderada, desde muchos años antes. Por otro lado, la demandada admitió, ante la administración concursal, que Alexan 23 SL carece de libros de contabilidad; sólo dispone de listados de ordenador sin encuadernar ni legalizar. A todo ello debe añadirse que no se han depositado las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios en el Registro Mercantil. En fin, el buen derecho de la solicitante es incuestionable, pues todo hace indicar que el concurso se calificará como culpable de conformidad con lo dispuesto en los artículos 164.1, primero y 165.3ª de la Ley Concursal. Por todo ello, debe decretarse el embargo preventivo de sus bienes, en cuantía suficiente para cubrir el 75% del desfase patrimonial -812.402 euros-, dada la gravedad de los hechos denunciados y el hecho de figurar, en principio, como única responsable.": Auto JM-2 Barcelona 5.05.2005 (JUR 2005/126664)

"La prueba practicada permite presumir que el concurso será declarado culpable por concurrir, cuando menos, dos de las conductas contempladas en los artículos 164 de la Ley Concursal. En efecto, la solicitud del concurso tuvo entrada en este Juzgado el día 25 de enero del presente año 2005. A ella se acompañaba como documento cuatro un inventario de bienes que incluía buena parte de aquellos que se dieron en pago a los trabajadores en el acto de conciliación celebrada el día 17 de enero (folio 127); ello obligó a la concursada a presentar, a instancias de la administración concursal, un segundo inventario (folio 169). Tal conducta, en principio, podría incardinarse dentro del artículo 164.2º, apartado segundo, que sanciona «la inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso». Por otro lado, el informe de auditoría, fechado en mayo de 2004, correspondiente al ejercicio 2003 (documento 6, al folio 98) indica que las pérdidas correspondientes a dicho ejercicio (999.805 euros) había reducido el haber social por debajo del 50% del capital social y, en consecuencia, que la sociedad se encontraba en causa de disolución. Sin perjuicio de lo que pueda resultar en la pieza de calificación, los criterios contables del auditor han de prevalecer sobre los de la empresa. El deterioro patrimonial se vio agravado con ocasión de la suspensión de pagos, también en mayo de 2004., de una empresa del grupo (TUPANEL S.A), según declaración del asesor fiscal Javier (minuto 54), que provocó una «asfixia financiera galopante». Por tanto, provisional e indiciariamente cabe concluir que un año antes de la solicitud del concurso, la situación patrimonial de la concursada era tal que sus administradores estaban obligados a promover su disolución o, alternativamente, a instar la suspensión de pagos o la quiebra voluntaria y, tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, a solicitar de inmediato la declaración de concurso. Existe, por tanto, la «posibilidad fundada» de que el concurso se declare culpable conforme a lo previsto en los artículos 165.1º y 5 de la Ley Concursal. Y esta conducta omisiva puede vincularse causalmente con la generación o agravación del estado de insolvencia, a los efectos establecidos en el artículo 164.1º de la Ley Concursal, máxime cuando en el interín, es decir, en el período de tiempo que medió entre el momento en que la concursada debió recurrir al expediente concursal y cuando efectivamente se solicitó el concurso, la deudora, posiblemente en perjuicio de sus acreedores, cedió la maquinaria y buena parte de sus bienes a los trabajadores. Por todo ello, debe accederse a la petición de la administración concursal, acordando el embargo de los bienes del demandado en la cantidad de dos millones de euros, para cubrir, siquiera parcialmente, el desfase patrimonial. ": Auto JM-2 Barcelona 18.07.2005 (JUR 2005/185572)

JM-1 Bilbao

"De lo actuado se infiere, además, fundada posibilidad de que el concurso sea declarado como culpable. Como puede deducirse de la documentación presentada por los solicitantes, la sociedad Akidne Construcciones, SL ha sido condenada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Bilbao, en procedimiento de ejecución instado por Excavaciones Imar, SL al abono de 32.845,04 euros, que resultaron insatisfechos como evidencia la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Bilbao, recaída en Juicio Ordinario 442/2003, que condena a los tres integrantes del Consejo de Administración a abonar solidariamente dicha deuda impagada (doc. núm. 6 de la solicitud, folios 160 y ss.). Otro tanto sucede con la sentencia recaída en juicio ordinario 453/2003 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 12 de Bilbao, que condena solidariamente a la sociedad

y sus administradores por impago a un tercero, por la cantidad de 11.823,25 euros. E igualmente con la Jura de cuentas 537/2000 seguida en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Bilbao frente a la misma sociedad.
Pese a la existencia de dichas reclamaciones judiciales, que no fueron satisfechas, no se han decidido los administradores a proceder a la liquidación ordenada de la entidad, o a plantear un procedimiento concursal (de manera voluntaria) u operación de ampliación o disminución de capital que permitiera solucionar la evidente situación de insolvencia en que se encuentra. Pueden concurrir, en consecuencia, las circunstancias previstas en los arts.164.2.6º, 165.1º y 165.3º de la Ley Concursal, lo que determinaría la calificación del concurso como culpable.
(...) A todo ello se añade que este procedimiento está siendo utilizado por los propios administradores para discutir su posición dentro de la sociedad. Las acusaciones de responsabilidad mutua sólo pueden perjudicar a la propia sociedad y a los terceros acreedores. Se ha instado de forma inusual el concurso necesario de la sociedad de la que son partícipes y administradores, valiéndose de su condición de acreedores de la sociedad derivada de una condena solidaria que han atendido en parte, lo que les confiere también la cualidad de acreedores de la propia sociedad limitada.
En lugar de reunir al Consejo de Administración y conducir a la sociedad a la liquidación o a una situación concursal, su incapacidad de reconocerse como integrantes de tal órgano de administración, pues los tres niegan que lo sean, persiguiendo a todas luces verse apartados de eventuales responsabilidades pretendidas por terceros, han ideado un alambicado proceder para tratar de sustraerse de tal posibilidad.
Por lo tanto, las eventuales consecuencias perjudiciales que puedan ocasionarse a terceros, si resultara declarado el concurso culpable y fuera insuficiente el patrimonio social, deben ser atendidas por todos los administradores eventualmente responsables de haber conducido a la sociedad, debido a sus discrepancias, a la situación actual. ": Auto JM-1 Bilbao 23.03.2005 (AC 2005/248)

Grupo solvente que abandona a su filial española concursada

"El último requisito es que haya indicios de que pueda ser declarado culpable el concurso. En este sentido los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal establecen una serie de casos y presunciones que merecerían tal calificación. Pues bien, ROTAREX SPAIN S.A.U. forma parte del grupo ROTAREX que, sencillamente, ha abandonado a la sociedad española a su suerte, pese a que las cuentas consolidadas del grupo evidencian su solvencia.
Ese abandono se produce con maniobras que podrían incluirse en los preceptos citados. Se deja sin carga de trabajo a la filial española, se produce el cambio del administrador social el doce de abril de dos mil siete (doc. nº 15 de la solicitud), apenas unos días antes de que se inste el concurso, que se presenta el treinta de ese mismo mes, no se participa en el acuerdo de extinción colectiva de las relaciones laborales, lo que hubiera asegurado la percepción automático de la indemnización que, por otro lado, hubiera tenido que atenderse si no se hubiera solicitado la declaración de concurso.
Todas esas circunstancias carecen de explicación razonable. Si la sociedad concursada decide cerrar su centro productivo en España por ser deficitario, trasladando eventualmente aquel a otros lugares donde los costes de producción sean inferiores, no puede hacerlo sin atender las legítimas expectativas de sus acreedores. El grupo ROTAREX tiene solvencia suficiente (cuentas consolidadas del grupo aportadas como docs. nº 8 y ss de la solicitud), para haber procedido a un cierre ordenado, abonando a sus empleados las cantidades correspondientes y a los demás acreedores el importe de sus créditos.
Puede constatarse, con tal actitud, indicios suficientes para considerar que hubo dolo o culpa grave de los representantes legales del deudor en la generación o agravación del estado de insolvencia, como señala el art. 164.1 LC, de modo que concurren todos los requisitos para que se acuerde el embargo. ": AJM-1 Bilbao 12.07.2007 (Medidas cautelares 18/2007, Auto 355/2007)

"CUARTO.- La oposición del actual administrador social
La representación del actual administrador social y de la concursada sostiene la improcedencia de la medida cautelar adoptada por diversas razones. Insiste en la inexistencia de insuficiencia patrimonial, que ya ha sido desmentida en el fundamento jurídico segundo, por lo que se apartan esas razones en razón a lo allí indicado.
Lo que sostiene el opositor es que no consta de manera fundada la posibilidad de que el concurso pueda ser declarado culpable ni los requisitos que la LEC exige para adoptar cualquier medida, en particular la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora.
En cuanto a lo primero, la falta de indicios de que el concurso vaya a ser calificado como culpable, el auto que acordaba el embargo preventivo se indicaba que podrían concurrir las circunstancias de los arts. 164 y 165 LC. La administración concursal ha relatado al respecto una relación de lo que, a su juicio, son incumplimientos que justifican la medida.
Pero incluso aunque se discutieran, no pueden obviarse el conjunto de salvedades que las auditorias que sí se presentaron por la concursada ponen de manifiesto. Incertidumbres que se remontan al ejercicio dos mil tres, cuando ya existían fondos propios negativos de 1.101.389 euros. En el ejercicio de dos mil cuatro la auditoría recoge que no puede verificarse respecto del concepto de existencias, que ascendía a 962.000 euros, y que debería dotarse una provisión en cobertura de su depreciación; pone también de manifiesto que se activa un crédito fiscal por bases imponibles negativas de 1.021.516 euros con abono a beneficios extraordinarios, y además lo hace corto plazo, cuando su recuperabilidad nunca lo sería en los doce meses siguientes. En las cuentas anuales de dos mil cinco sigue manteniéndose activado un crédito fiscal por importe de 522.324 euros, cuyo saldo el auditor pone en duda y se constata un fondo de maniobra negativo.
Es decir, sin utilizar otra prueba que la presentada por la concursada en la solicitud del concurso, atendiendo a los informes de auditoría encargados en su día, hay fundamento para entender que concurren varias causas de presunción de dolo o culpa grave de las previstas en la Ley Concursal en sus arts. 164 y 165, que podrían

haber contribuido o generado la situación de insolvencia, y que dichas causas pueden remontarse a varios ejercicios atrás.
Hay que señalar que indiciariamente aparecen circunstancias que pueden incardinarse en ambos preceptos, pero que además podrían haber originado o agravado el estado de insolvencia, porque activar créditos fiscales de forma incorrecta, operar año tras año con fondos propios negativos y las demás circunstancia que se han relatado y que resaltaron los auditores, parece, sin perjuicio de que pueda acreditarse lo contrario, que son causas originadoras de la insolvencia o que podrían haberla incrementado.
Como se ha insistido hasta aquí, en realidad no es necesario, en estos momentos, más que un juicio de indicios. Las convicciones han de alcanzarse, si finalmente se acuerda la apertura de la Sección de Calificación, cuando llegue el momento oportuno. Lo que consta ahora son elementos objetivos, como las cuentas anuales e informes de auditoría, que avalan suficientemente la medida adoptada, puesto que revelan que podría ser posible la eventual calificación culpable del concurso, de modo que no hay razón para revocar, al menos por esas causas, las medidas adoptadas, que son puramente cautelares y en absoluto suponen una definitiva decisión sobre esta materia, pues sólo se pretende salvaguardar la eventual eficacia de una posible sentencia que disponga las responsabilidades a las que alude el art. 172 LC.
En cuanto a los demás reproches, es decir, que no concurren los requisitos de apariencia de buen derecho o peligro en la mora, después de oír la declaración del actual administrador social han de ser desestimados. El actual administrador ha reconocido en la vista que fue nombrado con anterioridad a la declaración del concurso, que no conoce al administrador social saliente, que no sabe nada del accionista único ni ha hablado con su representante, que desconoce si se ejecutó el plan de viabilidad, que no revisó la situación de la empresa, e incluso que no tuvo intervención en la decisión de prestar el concurso.
Tan llano reconocimiento permite arrumbar cualquier duda sobre la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora. El actual administrador social sostiene que sólo intervino con la finalidad de hacer posible la solicitud de concurso. Con su actuar, que omitió toda indagación sobre la situación patrimonial de la empresa y un contacto tan elemental como el del propietario del 100 % de las acciones, podría haber contribuido a agravar la situación de insolvencia de la concursada, pues al menos durante su ejercicio pocos remedios podrían haberse dispuesto para remontar una situación patrimonial que sencillamente se desconocía. Queda acreditada en consecuencia la apariencia de buen derecho y sin duda, el peligro en la mora procesal, dado que la sociedad sigue estando dirigida por quien hoy en día admite que prácticamente desconoce sus avatares.
En consecuencia, al menos en su caso, los temores de la opositora están claramente infundados, pues se dan las exigencias de la LEC para adoptar medidas cautelares y de la Ley Concursal para adoptar la decisión de embargo preventivo sobre su patrimonio, medida que en consecuencia debe mantenerse desestimando la oposición planteada.": Auto JM-1 Bilbao 19.11.2007 (Incidente Concursal 5/2007; auto 529/2007)

Estimación de la oposición por haberse desvirtuado los indicios de que el administrador contribuyese a generar o agravar la insolvencia

"TERCERO.- La oposición del administrador saliente
Toda la prueba que ha propuesto el administrador social saliente iba a dirigida a acreditar que en su caso no había datos suficientes para evidenciar que haya podido contribuir a la generación o agravación de la situación de insolvencia de la concursada, puesto que precisamente su actuación se encaminó justo a lo contrario, presentando un plan de viabilidad, defendiendo la continuidad del proyecto empresarial y su viabilidad, hasta que finalmente el accionista único y el coadministrador le manifestaron, dice, su intención de proceder a la liquidación de la sociedad.
El art. 48.3 LC exige que se constate la fundada posibilidad de que el concurso sea declarado como culpable. Al respecto el art. 164.1 LC considera que habrá de calificarse culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, o si los tuviere, de sus representantes legales y en caso de personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores de hecho o derecho.
No puede obviarse que, por muchas presunciones iuris tantum e iuris et de iure que contengan los arts. 165 y 164.2 LC, la exigencia para calificar el concurso como culpable es que los administradores sociales, en este caso de derecho, hayan contribuido a la generación o agravación del estado de insolvencia de la concursada.
Esa última relación, que se había considerado indiciariamente acreditada, decae con el resultado de la prueba practicada a instancia del administrador que se opone. En efecto, constan declaraciones en la vista de un representante sindical, el anterior letrado de la concursada, el jefe de producción de la empresa y la actual administración concursal, que coinciden unánimemente en que el Sr. MOTA intentó salvaguardar el proyecto empresarial, buscar una alternativa a la crisis, elaborar un plan de viabilidad y que, desde que se ha declarado el concurso, ha colaborado con diligencia y eficacia en cuanto ha sido requerido.
Se han aportado también documentos que acreditan las dificultades con las que su pretensión chocó, pues recibió comunicaciones directas de la propiedad en el que se impedían ciertas actuaciones. Es posible, como se apunta desde la representación de alguno de los acreedores personados, que con anterioridad a su cese como administrador tal empeño pueda estar menos acreditado.
Pero nos encontramos en sede cautelar, y en consecuencia, hay que operar con los indicios de los que se dispone. No es este el momento de ponderar definitivamente si hubo o no responsabilidad del administrador que merezca su inclusión como persona afectada por la calificación. Es el momento de solventar si han de mantenerse o no unas medidas que se han adoptado para asegurar, en su caso, los pronunciamientos que puedan recaer en una eventual sentencia de calificación culpable.
Y en estos momentos la prueba ha desmentido los indicios sobre los que se tomó la decisión de adoptar, en su caso, el embargo preventivo. Hoy los datos que constan no permiten apreciar razones suficientes para

mantener el embargo adoptado, pues resulta discutible que realmente la actuación del coadministrador saliente haya contribuido bien a generar, bien a agravar la situación de insolvencia de la concursada.
En consecuencia, y sin perjuicio de lo que en definitiva pueda solicitarse en el escrito de calificación del art. 169 LC por la administración concursal y el fiscal, resulta procedente alzar en su caso la medida de embargo preventivo que se había adoptado.": Auto JM-1 Bilbao 19.11.2007 (Incidente Concursal 5/2007; auto 529/2007)

JM-4 Madrid

"TERCERO Alegan igualmente D. Alberto y D. Oscar que no concurre en este caso el presupuesto de que pueda estimarse fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable. Sin embargo, los indicios señalados por la administración concursal resultan suficientes para justificar la medida de embargo, puesto que: 1º) los administradores concursales han detectado operaciones de apariencia irregular entre sociedades entre las que existen vinculaciones -por razón de sus gestores o de sus accionistas- y que resultan, cuando menos, sospechosas (entre ellas, pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad, el reparto de reservas sin previo acuerdo de junta del que se beneficia PJ Anagris Limited, entidad socia de la concursada y domiciliada en Gibraltar, de la que es apoderado el Sr. Alberto, que afirma que quién le apoderó fue el Sr. Oscar; las operaciones cruzadas, sin que conste la causa que las justifique, con Canary Islands Entreprises Development SA, entidad que gira en la documentación comercial con el mismo domicilio de la concursada y en la que participan familiares del Sr. Alberto; las facturaciones por arrendamiento de maquinaria y de local pendientes de aclarar por parte Promoción de Negocios Inmobiliarios del Centro SA, en la que el Sr. Alberto también figura como administrador y el Sr. Oscar como socio fundador); 2º) existe el precedente de una sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Madrid que aprecia la existencia de un entramado de empresas relacionadas con la concursada Aviosystem SA, a las que el juzgador fuerza a responder de modo solidario ante los trabajadores para que no resulten defraudados los derechos de éstos, y precisamente entre ellas aparecen algunas de las mencionadas anteriormente, cuyos flujos de dinero ha sido puestos en entredicho por parte de la administración concursal; y 3º) están documentadas en autos las quejas de la administración concursal por la falta de colaboración de los administradores de Aviosystem SA a la hora de proporcionarles documentación e información, pese a que la Ley Concursal es rigurosa en la imposición de obligaciones y sanciones a este respecto. Basta por ahora con la presencia de los enunciados indicios, que permiten entrever cierto fundamento racional a la exigencia de responsabilidad que anuncia la administración concursal, para sustentar la medida solicitada por ésta, no siendo objeto de este incidente cautelar, pues lo contrario entrañaría el riesgo de prejuzgar, ni profundizar en tales comportamientos ni realizar una calificación precisa de los mismos a tenor de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal. ": Auto JM-4 Madrid 24.10.2005 (JUR 2006\109)

JM-5 Madrid

"Precisado lo anterior, en el supuesto de autos debe afirmarse la apariencia de buen derecho en tanto que el activo es inferior al pasivo y el activo realizable manifiestamente inferior al pasivo declarado y, además, resulta fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable, pues sin prejuzgar sobre el fondo de esta cuestión, debe tenerse en cuenta que el administrador inició la liquidación de la sociedad sin previa disolución en el año 2004, enajenando la maquinaria y la nave sin que ahora disponga de ningún tipo de inmovilizado con valor estimable.
Además, la memoria acompañada a la solicitud de concurso se redactó en febrero de 2005, según se admite expresamente en la misma, y la solicitud no se presentó hasta el mes de julio, por lo que, al menos, a los solos efectos de esta resolución, cabe apreciar la presunción de dolo o culpa grave contenida en el artículo 165.1º de la L.C. en relación con el artículo 5 del mismo texto legal.
Por otra parte, no existe el menor atisbo de que pueda alcanzarse convenio alguno, siendo patente que el concurso está abocado a la liquidación. Es más, de hecho, se ha liquidado extraconcursalmente por el administrador de la sociedad que ha dado maquinaria en pago de deudas y enajenado la nave para con su producto pagar otras deudas.": Auto JM-5 Madrid 10.10.2005 (Concurso 307/2005)

JM-1 Málaga

"SEGUNDO La calificación como culpable se determina en la norma por la concurrencia de determinadas circunstancias previstas en los artículos 164 a 166 LC. En el primero establece una serie de supuestos iuris et de iure y en el segundo (artículo 165) una serie de presunciones de dolo o culpa grave. Entre estas se encuentra la referida a la llevanza de contabilidad y en el segundo el incumplimiento del deber de solicitar declaración de concurso, deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o formulación de cuentas anuales.
En el presente supuesto el deudor no se ha personado en debida forma y a requerimiento judicial ha presentado parcialmente las cuentas. La sociedad no tiene domicilio de facto y el concurso se ha solicitado a instancias de un tercero mucho tiempo después del cierre efectivo y de facto de la sociedad que permanecía inactiva pero con deudas. Es imposible determinar quienes son los acreedores, los deudores y la masa activa del concurso debido a la falta de colaboración del administrador y liquidador.
A razón de esto existe también, de las parciales cuentas presentadas, razones fundadas, por el pasivo de la misma dos años antes de la declaración, de que la masa activa es insuficiente para satisfacer en principio incluso al propio crédito del solicitantes.

Todo ello nos muestra un fumus bonis iuris suficiente para acordar el embargo." Auto JM Málaga 25.01.2005 (AC 2005/273)

2.3.1.1. No es necesaria actuación que hubiese causado o agravado la insolvencia

AP Alicante

"A tal decisión hace oposición el demandado de la pretensión cautelar, acentuando en particular su discrepancia con al tesis abstracta de responsabilidad concursal mantenida por el Juez a favor de la tesis causal que requeriría la prueba de la vinculación del hecho imputado y la generación o agravación del concurso, entendiendo que ninguna prueba se ha practicado al respecto, señalando que no desempeñaba todas las funciones administrativas sino de forma compartida con el resto de socios, llevándose la contabilidad por una gestoría, no estando en suma probada conducta negligente, tanto más cuando la situación de insolvencia ha venido dada por razón del devenir empresarial que determinó la drástica disminución del consumo y la posterior asfixia económica. Además, señala el apelante, en todo caso no se da el requisito del periculum, dado que carece de bienes que distraer, siendo la medida adoptada gravosa y desproporcionada.
SEGUNDO.-Ninguno de los argumentos que desglosa en su recurso el recurrente pueden desvirtuar el acierto de las argumentaciones contenidas en el Auto impugnado.
Este Tribunal no solo comparte con el Juez a quo, sino que ha defendido en numerosas resoluciones - Sentencias de fecha 13 y 27 de enero, 24 de febrero, 5 de marzo de 2009 y de 26 de octubre de 2010 -, que la responsabilidad a que se refiere el artículo 172-3 de la Ley Concursal es, siguiendo el modelo del artículo 262 LSA y 105 LSRL, un caso de responsabilidad sanción impuesto por la Ley para asegurar el pago de la deuda ajena, sanción que consiste en la atribución de responsabilidad personal y solidaria de las deudas de la sociedad a liquidadores y administradores en estos casos de concursos culpables en fase de liquidación pues si la sanción se prevé sobre la preexistencia de una causa de culpabilidad y si ésta ha determinado la calificación, no hay razón legal para reconsiderarla en un segundo plano como módulo de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador y los créditos particulares pues la condena del 172-3 LC se sustenta sólo en la culpabilidad del concurso que es, en el caso de las personas jurídicas, la de sus administradores o liquidadores en la generación o agravación del concurso - art 164 y concordantes LC -.
En consecuencia, basta la acreditación, en los términos requeridos por el artículo 728-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin prejuzgar el fondo y a modo de juicio provisional e indiciario, de la concurrencia de causas de culpabilidad para entender que se produce el fumus bonis iuris. En el caso, el contenido del propio informe del Administrador concursal es suficiente a estos efectos en tanto contiene un contenido objetivo suficiente a los efectos de la tutela cautelar solicitada, tanto más cuando, primero, en absoluto puede desprenderse de responsabilidad del administrador societario por el hecho de delegar de facto sus funciones a terceros carentes de facultades legales y, segundo, menos aún huir de la responsabilidad contable cuando el Código de Comercio establece en su artículo 25 que el responsable de la misma es, en todo caso, y aun en la materialidad de tercero gestor, el empresario, representado en el caso societario por el administrador social.": AAP Alicante (Sección 8) 09.06.2011 (Auto 36/2011; Rollo 160/2011)

AP Barcelona [Tras STS 6.10.2011]

"TERCERO. 1. En segundo lugar se cuestiona que concurra apariencia de buen derecho, alegación que los recurrentes ponen en relación con los presuntos motivos por los que el concurso podría ser declarado culpable. Lo que estiman los recurrentes es que las conductas que se les imputan son irrelevantes desde la perspectiva del agravamiento de la insolvencia, razón por la cual no está justificada la medida cautelar.
2. Para resolver sobre esta cuestión es preciso partir del hecho de que la resolución recurrida imputa a los recurrentes una pluralidad de conductas conforme a las cuales el concurso podría ser declarado culpable:
a) La fundamental es que no se pueda conocer la situación patrimonial o financiera a partir de la contabilidad de la concursada (art. 164.2, 1.º LC).
b) La extemporaneidad en la legalización de los libros de los ejercicios 2006 y 2007 y la ausencia de legalización de los correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009.
c) La realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia (art. 164.2, 6.º LC).
d) Haber actuado en régimen de caja única entre las diversas personas jurídicas del grupo, de manera que no pueda conocerse con seguridad qué compañía realizaba las diversas operaciones.
e) Demora en la solicitud del concurso.
Los recurrentes se refieren de forma explícita en el recurso a la legalización tardía o la falta de legalización de los libros, que consideran irrelevante desde la perspectiva del perjuicio a los acreedores, a la simulación de una situación patrimonial ficticia, que afirman que era un dato de sobras conocido por la administración concursal, y a la existencia de caja única, negando que fuera cierta.
La administradora concursal alega al contestar al recurso que las irregularidades contables no pueden ser tomadas en consideración de forma separada sino en su conjunto y que no se puede ignorar el dato de que no se le facilitó a la administración concursal la documentación exigible para permitirle analizar debidamente las cuentas y su correspondencia con el patrimonio de la concursada y alega que, además de los incumplimientos que refiere la resolución judicial, también ha incumplido el deber de colaboración que se impone a la concursada con la administración concursal.
Tanto de la solicitud de la administradora concursal como de la propia resolución recurrida se deriva que la razón sustancial que ha tomado en consideración la resolución recurrida para apreciar la probabilidad de que el

concurso se termine declarando culpable no es una concreta y determinada irregularidad contable sino un cúmulo de ellas, lo que ha llevado al juzgado mercantil a la conclusión de que podría concurrir la causa 1.ª del art. 164.2 LC, es decir, la existencia de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la concursada.
Es cierto que ese carácter no se puede atribuir a las irregularidades que la administración concursal aprecia en los libros contables, esto es, las referidas a su falta de legalización. Pero sí que deriva, en cambio, de la contabilización de partidas ficticias dirigida a maquillar las cuentas de la sociedad. No se cuestiona que, como resultado de ello, las existencias reales no se correspondían con las que resultaban de las cuentas, y lo mismo ocurría con otras cuentas del activo (como la de clientes), lo que es razón suficiente para apoyar la conclusión a la que ha llegado la resolución recurrida sobre la probable concurrencia de la referida causa de culpabilidad.
Y lo mismo cabría decir respecto de las alegaciones de caja única que se imputan a las diversas sociedades que integran el grupo al que pertenece la concursada. Aunque los recurrentes niegan ese hecho, la administradora concursal ha ofrecido indicios relevantes de su existencia, lo que a estos efectos cautelares se estima suficiente.
6. Resulta irrelevante si la administración concursal tuvo conocimiento desde el primer momento de esas irregularidades. Lo trascendente es que existían y afectaban a la contabilidad de la sociedad en el momento en el que el concurso se declaró, lo que es suficiente para apreciar que la contabilidad no permitía conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la concursada. Ante ello, resulta irrelevante que la concursada no intentara ocultar tales irregularidades a la administradora concursal. Lo relevante es que existían.
Y también resulta irrelevante que esa conducta no fuera susceptible de agravar la insolvencia, porque el tipo del art. 164.2. 1.º LC no exige que tal requisito concurra, ni tampoco es presupuesto para el éxito de la acción de responsabilidad del art. 172.3 LC, tal y como se desprende de la STS de 6 de octubre de 2011 (ROJ: STS 6838/2011). A ello debe añadirse una circunstancia adicional que sí es relevante desde la perspectiva del agravamiento de la concurrencia, que la existencia de esas irregularidades contables ha impedido conocer con razonable seguridad las causas de la insolvencia y el momento en el que efectivamente concurría, de forma que no resulta indiferente desde la perspectiva del desbalance producido.": AAP Barcelona (Sección 15) 26.01.2012 (Auto 16/2012; Rollo 556/2011)

"5. El recurso cuestiona los dos restantes elementos que el auto considera concurrentes. Los apelantes sostienen que en ningún caso generaron o agravaron con su conducta el estado de insolvencia ni, aún menos, actuaron mediando dolo o culpa grave que justifique una medida de embargo tan severa como la adoptada. Reprochan a la resolución que haya dado el mismo tratamiento a los apelantes -que, al admitirse el concurso, hacía casi dos años que no dirigían ni trabajaban en la sociedad- y a la persona que fue administradora antes, durante y después de que se generara la situación de insolvencia y permitió con su absoluta dejadez que se cerrara la empresa "a las bravas" en julio de 2009, según informa la AC, además de otras actuaciones dolosas que el auto detalla.
A criterio de los recurrentes, pese a que la magistrada concreta, en algunos casos, las responsabilidades de unos y otros, cuando adopta las medidas de embargo no discrimina y las aplica a todos los demandados, con una diferencia de cuantía (1.500.000 euros, los Sres. Federico y Baltasar; 2.800.000 euros, la Sra. Adelina) que carecería de relevancia, atendida la elevada magnitud de las cifras.
El análisis del motivo requiere, en primer lugar, unas puntualizaciones de orden normativo. Es cierto que, como refleja el auto impugnado, esta Sección 15ª había declarado que el artículo 172.3 LC -en su redacción anterior a la reforma por la Ley 38/2011- establecía una responsabilidad por daño y culpa, lo que exigiría, como presupuesto necesario para la condena del administrador de derecho o de hecho, que con su actuación hubiera generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, resultaría necesario valorar su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y, con ello, la parte de los créditos insatisfechos que debían ser objeto de la condena.
Sin embargo, ya en decisiones anteriores (entre otras, sentencia de 23 de abril de 2012) hemos expuesto el cambio de criterio del tribunal, conforme a la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. En el espacio temporal entre el auto impugnado y esta resolución de apelación, el TS se ha pronunciado sobre la cuestión en diversas sentencias cuya doctrina conviene traer aquí.
6. La STS de 6 de octubre de 2011 declara, en el fundamento de derecho tercero:
" *La Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable.*
Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.
Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.
Este mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos", evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola -esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-.
Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno -varios- de mera actividad, respecto de aquella consecuencia ".
En ese mismo sentido, las SSTS de 17 de noviembre de 2011, de 16 de enero de 2012 y de 16 de julio de 2012.
La STS de 6 de octubre de 2011 continúa diciendo que, " *para que pueda pronunciar esa condena y, en su*

caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 -la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación-, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 -haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo -haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado... "-.
Y concluye: " *Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social -y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable*."
7. La imputación de responsabilidad a los apelantes Sres. Baltasar y Federico debe efectuarse aplicando la doctrina jurisprudencial transcrita. En consecuencia, se debe examinar el comportamiento de cada uno de ellos en relación con los diferentes tipos que han conducido a la Sra. magistrada a calificar el concurso como culpable. “: AAP Barcelona (Sección 15) 26.09.2012 (Auto 114/2012; Rollo 435/2011)

AP Lleida [Tras STS 6.10.2011]

“SEGUNDO.-El tenor literal del art. 48-3 evidencia que estamos ante un régimen cautelar de garantía, indicando la Exposición de Motivos de la LC que el embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores es el efecto más severo que el juez puede acordar en la declaración del concurso de una persona jurídica, pues como se deriva del mismo precepto pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena de la pieza de calificación del concurso, siendo para ello necesario que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para hacer frente a todas las deudas.
En este sentido, y sin perjuicio de los requisitos y rasgos propios y específicos de esta medida, (como la posibilidad de acordarla de oficio) participa también de aquellos otros presupuestos inherentes a la adopción de toda medida cautelar, como son el "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho, y el peligro de demora, a los que se refiere con carácter general el art. 728 de la LEC y que según lo dicho también se exigen en el art. 48-3 LC.
Los recurrentes reiteran en esta alzada el planteamiento seguido en primera instancia haciendo especial énfasis en la inexistencia de la necesaria relación causal para poder imputar un daño porque, dicen, no consta que directa ni indirectamente ninguna actuación suya haya generado o agravado la insolvencia de la concursada, ni la deuda con la TGSS, de modo que no habiendo mediado dolo o culpa grave no será procedente la condena a indemnizar el daño prevista en el art. 172-3 LC.
Pues bien, con arreglo a los más recientes criterios jurisprudenciales no cabe acoger la tesis de los apelantes que prescinden interesadamente del hecho de que "prima facie" la posibilidad de calificación del concurso como culpable se funda en el art. 164- 2-2º LC -inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud-, siendo que cuando concurre tal supuesto el mismo precepto establece que "en todo caso" el concurso se calificará como culpable.
Poniendo en relación este precepto con la responsabilidad concursal establecida en el art. 172-3 LC, cabe indicar que, como decíamos en nuestra sentencia de 8 de marzo de 2012 ".....En cuanto a la sanción de pagar a los acreedores concursales la totalidad del importe de sus créditos que no puedan percibir tras la liquidación de la masa activa (art. 172.3 de la LC), si bien es cierto que esta Sala se había decantado por concebirla como una consecuencia jurídica de la declaración de culpabilidad concursal de naturaleza sancionadora y objetiva, tal criterio debe ser acomodado a la doctrina sentada recientemente por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23-2-11, 12-9-11 y 6-10-11, recogidas todas ellas en la STS de 17-11-11. Dice esta última sobre esta cuestión lo siguiente: "varias Sentencias de esta Sala ya se han pronunciado sobre algunos de los temas problemáticos en relación con la aplicación del art. 172.3 LC. Así las Sentencias de 23 de febrero de 2011, núm. 56, 12 de septiembre de 2011, núm. 615, y 6 de octubre de 2011, núm. 644, señalan que «la norma no es sancionadora porque la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales, sean de hecho o de derecho, que establece el art. 172.3 [desde la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC 22/2003, el art. 172 bis] deriva de serle imputable el daño que indirectamente fue causado a los acreedores en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa». Y la Sentencia de 6 de octubre de 2011, 644, dictada para un supuesto de concurso culpable del art. 164.2 LC, desestima la pretensión del motivo (que sostenía que el precepto del art. 172.3 LC describe una responsabilidad de naturaleza resarcitoria, cuya exigibilidad presupone la demostración, además del dolo o culpa grave de los administradores sociales, de una relación causal entre el comportamiento de los mismos y la insolvencia de la concursada o su aumento, de cuyos presupuestos había prescindido el Tribunal de apelación al condenar a los recurrentes administradores de la sociedad concursada al pago de las deudas sociales) con la siguiente doctrina (fto. cuarto) «La condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el apartado 3 del artículo 172 de la Ley 22/2003, no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida.
Ello sentado, para que pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 -la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la

fase de liquidación-, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 -haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo -haber omitido sustancialmente el deber de llevar la contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado...-. Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social -y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable. Eso es lo que pretenden los recurrentes, a los que se atribuyó la comisión en la contabilidad de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada artículo 164, apartado 2, ordinal primero -, dado que impugnan la condena por no haberse demostrado que esas irregularidades, no obstante su trascendencia a los efectos tenidos en cuenta por el legislador al describir el tipo, hubieran causado o agravado el estado de insolvencia de la sociedad. Eficacia que, como se ha dicho, es ajena a aquél".
A tenor de la expresada doctrina, debe partirse del tipo que ha provocado la declaración de culpabilidad, que es el previsto en el art. 164.2.2, y, por tanto, se trata de un supuesto de mera actividad, por haber cometido inexactitud grave en los documentos acompañados con la solicitud de concurso. No se trata, por tanto, de una conducta típica por el resultado producido, por lo que no precisa la existencia de una relación de causalidad entre aquella y esta. Es decir, a la inexactitud cometida no debe anudarse la consecuencia de la situación de insolvencia o su agravamiento. Por otro lado, la intervención del administrador en la producción de la causa de calificación concursal (la inexactitud en la documentación acompañada con la solicitud del concurso), es directamente atribuible al mismo, de cuya realización se desprende normativamente el efecto sancionador previsto en el art. 172.3, debiendo tener el alcance y extensión establecidos en la resolución apelada...", a tenor de la gravedad de la inexactitud cometida, de forma tal que de la apariencia creada consistente en existir suficiente activo para cubrir el pasivo, se ha pasado a la cruda realidad de no ser ello posible en ninguna forma ni cantidad"
TERCERO.-Trasladando estos criterios al supuesto que nos ocupa, y a los solos efectos de resolver sobre la concurrencia del requisito a que se subordina la adopción de esta medida cautelar cual es la probabilidad de que el concurso se califique como culpable, es claro que no puede prosperar el alegato de los apelantes en lo que se refiere a su falta de intervención en la generación o agravación de la insolvencia de la mercantil concursada ni en la de las otras dos que dieron lugar a la deuda generada con la TGSS. La STS de 16 de enero de 2012 recoge el criterio sentado en la STS de 6-11-2011 cuando distingue, a efectos de calificación del concurso como culpable, entre los supuestos previstos en el apartado 1 de dicho precepto -en el que la calificación depende de que la conducta dolosa o gravemente culposa del deudor o de sus representantes legales haya producido un especifico resultado externo: la generación o agravación del estado de insolvencia del concursado- y los supuestos del art. 164-2 LC en los que ".... la calificación del concurso como culpable es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma. Este mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos", evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-. Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno -varios -de mera actividad, respecto de aquella consecuencia".
Otro tanto sucede, a los mismos efectos de "fumus boni iuris", en lo que se refiere a la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio, tal como se deriva de la doctrina expuesta. Es cierto que la sociedad sí formuló ante la TGSS alegaciones frente al acuerdo de iniciación del procedimiento de derivación de responsabilidad solidaria, y que dicho el escrito de alegaciones se acompañó con la memoria del concurso, pero ello no resulta determinante para la revocación del auto impugnado pues no puede obviarse el hecho de que la solicitud de concurso se presenta el 25-5-2011 y la resolución de la TGSS que declara la responsabilidad solidaria es de 3-9-2010 (notificación en el BOP del 23-11-2010) por lo que teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre unas y otras fechas, y dado que no se trata ahora de efectuar un juicio definitivo sobre el conocimiento de la resolución recaída en el expediente de derivación al tiempo de presentar al demanda ni sobre la aplicación del art. 172-3 LC sino, únicamente, de un juicio provisional e indiciario a efectos de adoptar la medida cautelar, hemos de respetar en esta alzada el recto criterio del juzgador de instancia cuando acuerda mantener la medida decretada al entender que, al menos en esta sede provisional, puede considerarse que conocían dicho expediente. ":AAP Lleida (Sección 2) 24.09.2012 (Auto 103/2012; Rollo 313/2012)

"Primer. La concursada recorre en apel·lació contra la interlocutòria de data 30 de maig de 2012 que desestima el recurs de reposició contra la interlocutòria de 13 d'abril de 2012 per la que el jutge d'ofici acordava la mesura cautelar d'embargament de bens propietat del concursat i per import de 120.000 #. La raó del recurs rau en el fet de que s'infringeix la interpretació jurisprudencial que cal fer dels articles 164, 172.3 i 48.3 de la LC sent que la imputació que el jutge fa al concursat de diverses conductes, com ara, la no reclamació de morositat, la venda de patrimoni i la suposada doble comptabilitat, són errònies i mal valorades i no poden portar a pensar en una possible declaració de culpabilitat del concurs, el que fa que no sigui procedent l'adopció de la mesura cautelar presa d'ofici.
L'AC s'oposa al recurs i demana la íntegra confirmació de la interlocutòria recorreguda.

Segon. El quid de la qüestió en la resolució del present recurs rau en la determinació "ab initio" de si existeixen o no indicis fundats suficients per considerar que el concurs podria ser qualificat com a culpable i per tant, derivar-ne responsabilitat envers el concursat conforme el que preveu l' article 172 de la LC que fa que sigui adequada l'adopció de mesures cautelars sobre el patrimoni d'aquell.
La part apel·lant justifica el seu recurs fonamentalment en el que considera una aplicació errònia de la jurisprudència que interpreta l' article 172 de la LC i fa cita expressa d'una STS de 6 d'octubre de 2011. Resulta però que discrepen de la valoració i interpretació que d'aital sentència fa l'apel·lant. Efectivament la STS de data 6 d'octubre de 2011 que aclareix força la qüestió, sosté en el seu Fonament de Dret Tercer el següent:
La Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable. Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado. Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.
Este mandato de que el concurso se califique como culpable " en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos ", evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-.
Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno -varios -de mera actividad, respecto de aquella consecuencia."
Fixats els dos possibles criteris per qualificar el concurs com a culpable, el TS continua argumentant que la condemna als administradors d'una societat a pagar als creditors, en tot o en part, l'import dels crèdits que no percebin en la liquidació de la massa activa i a que es refereix l' article 172.3 de la LC, no és, segons la lletra de la norma, una conseqüència necessària de la qualificació del concurs com a culpable, sinó que requereix d'una justificació afegida. Això és, no existeix sempre un automatisme entre la declaració de culpabilitat i les conseqüències que preveu l'article 172.3 per a l'administrador. Així diu el TS en l'esmentada Sentència que:
"... *para que pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 - la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación -, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 - haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia -, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo - haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado... -*."
Amb això el que el TS vol dir és que en el cas de que la causa de la declaració del concurs com a culpable sigui exclusivament la recollida a l'article 164.1, això és que en la generació o agravació de l'estat d'insolvència concorri dol o culpa greu dels allí esmentats, caldrà que quedi perfectament acreditat que subjectivament els allí relacionats tinguin una culpa jurídicament rellevant que causalment relacioni la seva conducta amb l'agreujament o generació de l'estat de insolvència, però en cap cas vol dir que si la causa de la declaració de culpabilitat és alguna de les que recull l' article 164.2 de la LC, s 'hagi de demostrar també aquella culpa o dol sinó que en aquest casos n'hi haurà prou amb relacionar al deutor amb la realització d'alguna de les conductes que "en tot cas" són generadores de la declaració de culpabilitat del concurs. I cal entendre-ho així atès que el propi TS en la Sentència que aquí hem recollit acaba dient en el Fonament de Dret Quart "in fine" el següent:
" *Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social - y, al fin, a la sociedad - y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable. Eso es lo que pretenden los recurrentes, a los que se atribuyó la comisión en la contabilidad de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada - artículo 164, apartado 2, ordinal primero -, dado que impugnan la condena por no haberse demostrado que esas irregularidades, no obstante su trascendencia a los efectos tenidos en cuenta por el legislador al describir el tipo, hubieran causado o agravado el estado de insolvencia de la sociedad. Eficacia que, como se ha dicho, es ajena a aquél.".*
Per tant, partint de la base de que la raó per la que el jutge a quo acorda la mesura cautelar és l'existència de documentació esbiaixada i incorrecta acompanyada a la demanda de concurs (recordem que és un concurs voluntari), l'existència de diner B (doble comptabilitat) o l'aixec de bens que constitueix no haver incorporat en la comptabilitat la maquinaria, conductes totes elles que "prima facie" estarien incloses en l' article 164.2 de la LC i que permetrien "en todo caso" com diu l'esmentat precepte (presumpció iure et de iure) la qualificació del concurs com a culpable, és pla que el jutge actua conforme a llei adoptant la mesura cautelar, en un concurs en que des d'un inici es demana la liquidació i la previsió conforme a l'informe de l'AC, es que no es cobrirà el passiu. Òbviament, s'entén la mesura sens perjudici clar està que posteriorment i en el curs de la tramitació del concurs i en especial de la peça sisena si escau, l'ara apel·lant pugui demostrar l'erroni d'aquesta apreciació inicial. ":AAP Lleida (Sección 2) 20.11.2012 (Auto 136/2012; Rollo 597/2012)

AP Vizcaya

“Asimismo, debe desestimarse la alegación de que no ha existido actuación dolosa ni culposa del administrador que haya agravado la situación de insolvenciaex artículo 164.1 LC, ya que las presunciones establecidas en losartículos 164 y 165 LCpara calificar el concurso como culpable presumen dicho requisito, con carácter "iure et de iure " o "iuris tantum", respectivamente.”: AAP Vizcaya (Sección 4) 10.07.2008 (JUR 2008/389921; Auto 484/2008; Rollo 531/2007)

JM-2 Barcelona

“El precepto transcrito [art. 48.3 LC] permite interpretar la responsabilidad del artículo 172.3º de la Ley Concursal como una responsabilidad por deudas, esto es, no parece que la Ley exija un nexo causal entre las conductas que permiten calificar el concurso como culpable y la situación de insolvencia. En efecto, el embargo preventivo es instrumental de la sentencia de calificación y el artículo 48.3º sólo exige que el tribunal aprecie, provisional e indiciariamente, la posibilidad de que el concurso se califique como culpable. “Auto JM-2 Barcelona 18.07.2005 (JUR 2005/185572)

2.3.2 “… y *de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas”*

AP Alava

“Respecto a las deudas, ha quedado documentado que el pasivo de la empresa es muy superior al activo, el informe del Administrador Concursal es contundente al respecto. Las deudas conocidas hasta el día de hoy son superiores al activo de la masa. El Administrador no admite la inclusión en el activo de los futuros alquileres, ni de los presupuestos a clientes de trabajos todavía no ejecutados y que no sabemos si llegarán a realizarse en el futuro. El activo se valora según la administración en 170.160 euros, mientras que las deudas conocidas alcanzan la suma de 547.097, 22 euros; además de la deuda con la Diputación Foral que puede ascender a 34.454,21 euros. Así la cosas, procede la confirmación del auto. “:AAP Alava (Sección 1) 02.06.2011 (Auto 85/2011; Rollo 166/2011)

AP Alicante

“Por último, se alega que tampoco existe posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pues el activo es superior al pasivo y no habrá lugar, por ello, a una condena a la cobertura del déficit. Ahora bien, como ha manifestado la administración concursal, cuando se presentó la solicitud de concurso la mercantil no contaba con saldo alguno, y aún siendo cierto que tenía créditos frente a terceros, uno de ellos, nada desdeñable por su importe (casi tres millones de euros) lo es frente a una sociedad declarada en concurso, CASAZUL 2000, SL, sociedad aparentemente dominante del grupo social. En esta tesitura, sí que estimamos que exista el segundo requisito que establece el art. 48.3 LC para que pueda acordarse el embargo preventivo de bienes y derechos, cual es la probabilidad fundada, siempre teniendo en consideración la fase en la que nos encontramos, de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. “:AAP Alicante (Sección 8) 23.02.2012 (Auto 24/2012; Rollo 31/2012)

AP Barcelona

“El juez mercantil presume que el activo de la sociedad resultará insuficiente para pagar los créditos concursales, al menos en la suma de 2.184.514 euros, porque la administración concursal informó que el activo estaba valorado en 16.050.605,55 euros, mientras que el pasivo ascendía a 21.332.365,74 euros, resultando una diferencia negativa de -5.281.760,19 euros.
Frente a ello, el recurso de apelación de Juan Antonio y Vidal argumenta que las anteriores cifras no son correctas, pues la propia administración concursal, si bien inicialmente había cifrado el pasivo concursal en 12.191.042,58 euros, luego lo rectificó y lo redujo a la cifra de 9.141.396,16 euros. En este extremo tiene razón la parte apelante, razón por la cual deberemos considerar esta cifra como pasivo concursal, a los efectos de considerar si se cumple el presupuesto legal de que el activo no alcance a pagar los créditos concursales. Es cierto que el activo, respecto de cuya valoración las partes no discuten (16.050.605,55 euros), se vería disminuido por los créditos contra la masa. La administración concursal cifró los créditos contra la masa en su escrito inicial, se supone que de forma estimativa, en 9.000.000 euros, pero lo cierto es que, del único crédito contra la masa que se tiene noticia acreditada es de la indemnización a los trabajadores aprobada en el ERE, que ascienden 6.123.395,43 euros. Es lógico que existan otros créditos contra la masa, pero la admnistración concursal no ha justificado, o cuando menos invocado, la existencia de otros créditos contra la masa que completaran la cifra inicialmente indicada.
Aunque la práctica ilustra que, ordinariamente, de la liquidación del activo se obtiene un precio inferior a su inicial valoración, no se nos ha alegado nada al respecto. En este contexto, siendo el valor dado por la administración concursal al activo superior al montante de los créditos concursales y de los créditos contra la masa que se han alegado en este incidente, se desvanecen los indicios de que, al margen de si ha existido una conducta que agravó la insolvencia, los acreedores concursales no lleguen a cobrar sus créditos. Insistimos que esta valoración se realiza a la vista de lo actuado y alegado en este incidente, pues fuera de lo actuado y por un conocimiento experimental de la práctica concursal, que no podemos aplicar, intuimos que lo obtenido con la liquidación será insuficiente para pagar todos los créditos concursales. ”: AAP Barcelona (Sección 15) 17.12.2009 (Auto 220/2009; Rollo 157/2009)

AP Tarragona

"Y sobre la insuficiencia del activo (lo que implica que la responsabilidad que trata de garantizarse es de naturaleza subsidiaria,art. 172.3 LC), todas las reseñadas detracciones bien podrían haber contribuido, apriorísticamente, a la insuficiencia de activos de la empresa en relación a su pasivo, como lo evidencia el informe concursal (en folio 242 autos) con un activo de 5.431.416,48 euros y un pasivo que asciende a 8.329.541,71 euros, lo que bien justifica el periculum in mora.": AAP Tarragona 22.03.2010 (AC 2010/977; Rollo 412/2009)

AP Sevilla

"SEPTIMO También cuestionan los recurrentes que la masa activa sea insuficiente. Lo que basan el la posible disminución del pasivo en la suma de 89.867.545'56 €, crédito reclamada por la Junta de Andalucía, y que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 12 de noviembre de 2007 ha declarado nulo. En que el resto del pasivo, que ascendería a unos cincuenta millones de euros es objeto del recurso de apelación contra laSentencia dictada en el incidente concursal nº 287/05 (en la actualidad pendiente de la resolución del recurso de casación formulado contra la Sentencia que dictó esta Sala). Y en que de ganar BOLIDEN APIRSA S.L. el pleito frente aACS-Dragados en reclamación de 115.213.219 € su activo sería suficiente para pagar a los acreedores.
Como vemos, la alegación está basada en las posibilidades de que todos los litigios se resuelvan favorablemente a las pretensiones de la concursada. Pero precisamente las medidas cautelares se adoptan para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de la pretensión, y tienen un carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento, por lo que en el momento de decidir sobre la conveniencia de su adopción ha de contemplarse el escenario que pudiera poner en mayor riesgo la efectividad de la tutela judicial que otorgase la Resolución estimatoria de la pretensión. Y este escenario es el de que la masa activa y la pasiva permanezcan en el mismo estado actual tras las decisiones por el Alto Tribunal de todas las contiendas judiciales que mantiene la concursada. Y es que no tenemos posibilidad de evaluar que las pretensiones de BOLIDEN APIRSA en esos pleitos tengan más posibilidades de prosperar que de fracasar. Por lo que en el momento de decidir sobre las medidas hemos de partir de la existencia de un pasivo de 141.041.185'70 €, montante económico que teniendo en cuenta las contingentes expectativas de derechos que tiene la concursada comporta la apreciación de la fundada posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.": AAP Sevilla (Sección 5) 12.11.2010 (JUR 2011/122776; Auto 225/2010; Rollo 1902/2010)

AP Vizcaya

"SEGUNDO.- Se niega en primer lugar la concurrencia del requisito exigido por el art. 48.3 de la Ley Concursal consistente en que "la masa activa de la quiebra sea suficiente para satisfacer todas sus deudas".
Se alega que de la contabilidad que ha sido aportada se desprende que el activo de la concursada es netamente superior a su pasivo, no negándose dicho dato por la resolución recurrida, que lo que niega es su viabilidad, infiriendo tal falta de viabilidad de una valoración superficial realizada por el juzgado de la instancia, cuando la misma debería ser deducida de la contabilidad presentada.
Olvida la recurrente que el precepto que resulta de aplicación, el art. 48.3, no exige que de forma taxativa se concluya la insuficiencia del activo, sino que como en toda media cautelar, lo que se exige es un juicio de probabilidad, y de ahí que la norma estudiada estime suficiente que resulte "resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas".
Por tanto las valoraciones que sobre la viabilidad del activo realiza el Juzgado de la instancia resultan acordes a las exigencias del precepto.
Y tales valoraciones, que se centran en establecer unas perspectivas muy poco favorables a la materialización del principal activo de la concursada, consistente en los contratos y obligaciones adquiridos, que se encuentran pendiente de cumplimiento, y sobre todos ellos, el suscritos con el Ayuntamiento de Bagdad, debido a la situación actual en Irak, por todos conocida, no son atacadas por la recurrente, que se limita a sostener su criterio frente al del Juzgado de instancia.
Compartimos plenamente la conclusión de que la situación política en la que se encuentra Irak hace que se presente como altamente probable que las expectativas de la concursada en ese país no se realicen, y si a ello unimos otro aspecto no atacado, cual es que la empresa se encuentra cerrada, sin trabajadores e incursa en diversos procesos judiciales, necesariamente habremos de concluir que aumenta la probabilidad de que no se pueda hacer frente a todas las deudas, y por ello no existe duda de la concurrencia del requisito analizado.": Auto AP Vizcaya 08.11.2007 (Rollo 476/2006, Auto 95/2006)

"es la propia concursada la que ha solicitado la apertura de liquidación, y, según el informe de la administración concursal, el desfase patrimonial alcanza la cantidad de 1.083.203,26 euros..": Auto JM-2 Barcelona 5.05.2005 (JUR 2005/126664)

"El pasivo reconocido en la solicitud inicial era sensiblemente superior a los 70 millones de € y de los datos facilitados hasta la fecha, datos que sin duda se reflejarán en el informe que en pocas fechas presentarán los administradores concursales, el desequilibrio patrimonial es muy grande ya que el activo que hasta la fecha se ha conocido apenas podrá cubrir un 30% de las deudas pendiente.
Hay, por lo tanto, elementos de juicio que permiten adoptar las cautelas reclamadas tanto por la insuficiencia de la masa activa como por las perspectivas de la sección de calificación.

Por lo tanto parece razonable y ajustada la medida reclamada.”: Auto JM-3 Barcelona 18.02.2005 (AC 2005/243)

“Por último, la evidencia de que la masa puede ser insuficiente para atender las obligaciones de la sociedad se deduce de las condenas a los administradores, que no se hubieran producido de haber existido recursos suficientes en la sociedad para atender las condenas judiciales.”: Auto JM-1 (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248)

“Los requisitos que derivan del art. 48.3 de la Ley Concursal son sin duda severos. Es preciso que se determine claramente qué administradores, de hecho o derecho, puedan ser eventualmente responsables de una calificación culpable del concurso, y constatar la insuficiencia de la masa activa para satisfacer todas las deudas. Y es necesario que los indicios para tal previsión sean serios, fundados.
En realidad con el embargo preventivo se está realizando un juicio de indicios, pues de algún modo se anticipa la eventual calificación culpable del concurso, trascendiendo la responsabilidad social al patrimonio de los administradores de hecho o derecho de los últimos dos años, que habrán de asegurar que, ante una eventual sentencia que califique al concurso como culpable, integrarán el defecto patrimonial para asegurar la satisfacción de los acreedores.
Todavía no se ha abierto la fase de liquidación que justifique tal medida, pero se ha solicitado ya por la concursada que el procedimiento discurra con tal finalidad, que de algún modo se apuntó en la solicitud.
En efecto, en aquella, como indica el fundamento jurídico séptimo del auto que declaraba el concurso, se hacía una petición de suspensión de las facultades de la administración social, a pesar de no solicitar la liquidación. Más tarde se ha reconocido por la concursada, en escrito presentado con tal fin, que la finalidad del procedimiento ha de ser la liquidación de la sociedad. Resulta así que se ha solicitado la liquidación de la sociedad, declarando un pasivo que supera notoriamente el activo.
De los datos facilitados por la concursada resulta, por otro lado la insuficiencia de la masa activa para atender las reclamaciones de los acreedores. En la solicitud de extinción colectiva de las relaciones laborales se indica la situación de iliquidez de la sociedad como justificativa de la petición de extinción colectiva. En todo caso también se constata con las cuentas anuales presentadas, sin perjuicio de lo que refleje en su día el informe de la administración concursal. ”: AJM-1 Bilbao 12.07.2007 (Medidas cautelares 18/2007, Auto 355/2007)

“CUARTO El requisito de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer las deudas, que también contempla el núm. 3 del artículo 48 de la Ley Concursal para que el juez del concurso pueda decretar el embargo de bienes y derechos de los administradores de la persona jurídica concursada, no ha sido objeto de controversia, por lo que basta con la simple remisión al desbalance cuantificado en el precedente auto que acordó tal medida. El valor de los activos de la concursada es muy inferior al de su pasivo, según se desprende del informe emitido por la administración concursal, por lo que ni hay posibilidad de plantear un convenio ni en la fase de liquidación, que sería la otra salida, se podrán satisfacer con cargo a los bienes de la masa activa las deudas contraídas por dicha sociedad. ”: Auto JM-4 Madrid 24.10.2005 (JUR 2006\109)

“En el presente supuesto el deudor no se ha personado en debida forma y a requerimiento judicial ha presentado parcialmente las cuentas. La sociedad no tiene domicilio de facto y el concurso se ha solicitado a instancias de un tercero mucho tiempo después del cierre efectivo y de facto de la sociedad que permanecía inactiva pero con deudas. Es imposible determinar quienes son los acreedores, los deudores y la masa activa del concurso debido a la falta de colaboración del administrador y liquidador.
A razón de esto existe también, de las parciales cuentas presentadas, razones fundadas, por el pasivo de la misma dos años antes de la declaración, de que la masa activa es insuficiente para satisfacer en principio incluso al propio crédito del solicitantes.
Todo ello nos muestra un fumus bonis iuris suficiente para acordar el embargo.” Auto JM Málaga 25.01.2005 (AC 2005/273)

3. Cuantía del embargo

AP Barcelona

“12. Sobre la determinación de la cuantía de la condena de los administradores por la responsabilidad prevista en el artículo 172.3 LC, a cuyo aseguramiento se dirige la medida instrumental del artículo 48.3 LC, dice la reciente STS de 16 de julio de 2012 (fundamento tercero.2.3): " *la norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal* " y añade que " *no fijaba ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso*."
La sentencia cita la anterior STS de 6 de octubre de 2011 -reiterada en la de 17 noviembre de 2011-, parte de cuyo fundamento de derecho cuarto transcribimos de nuevo por su interés para la cuestión debatida: " *para que pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 -la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación-, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario,*

los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 -haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo -haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad ".
Como advierte la STS de 16 de julio de 2012 : " *También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172.bis.1, de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* ".
Consideramos que la Sra. magistrada, en el auto impugnado, ha valorado detenidamente la conducta de los administradores de PGS, incluidos los apelantes, en relación con los diversos tipos de concurso culpable. A la vista de las cifras que resultan de los escasos datos de contabilidad de las actuaciones (así las indicadas en el informe de auditoría), no advertimos, en este enjuiciamiento provisional propio de la medida cautelar, el exceso en la cuantificación que se denuncia en el recurso. Por ello, debemos confirmar la resolución. ":AAP Barcelona (Sección 15) 26.09.2012 (Auto 114/2012; Rollo 435/2011)

AP Guipúzcoa

"El problema se suscita respecto a la cuantia por la que cabe decretar el embargo, dada la indefinición del precepto, dejando al arbitrio del juez (la cuantia que el juez estime bastante), su determinación. Al no existir ningún criterio legal para fijar la cuantía del embargo, parece lógico pensar que el juez tiene que efectuar un juicio indiciario sobre la gravedad de las conductas que han dado lugar a la calificación culpable del concurso, la participación de los responsables en los actos que han generado o agravado la insolvencia, así como el eventúal deficit patrimonial que pueda resultar tras la liquidación concursal. Se trata de una labor compleja si se tiene en cuenta que el embargo puede acordarse en el mismo momento de la declaración del concurso y antes de que el juez disponga de los datos presentados por el deudor o por el acreedor que insta el concurso.
También resulta discutible si para cuantificar el embargo deben tomarse en consideración unicamente los créditos concursales, o también los créditos contra la masa": AAP Guipúzcoa (Sección 2) 08.02.2011 (Auto 13/2011; Rollo 2381/2010)

3.1 Setenta y cinco por ciento del desfase patrimonial dada la gravedad de los hechos

"TERCERO En lo que a la administradora actual se refiere -Doña Montserrat -, el juicio provisional e indiciario que necesariamente ha de realizarse en sede cautelar (artículo 728 de la LECiv) ha de recaer sobre los presupuestos de la condena en la sentencia de calificación, de la que el embargo preventivo es instrumental. Pues bien, es la propia concursada la que ha solicitado la apertura de liquidación, y, según el informe de la administración concursal, el desfase patrimonial alcanza la cantidad de 1.083.203,26 euros. La demandada es administradora con cargo vigente e, incluso, ha llegado a admitir que lleva la gestión, de facto, de la sociedad, como apoderada, desde muchos años antes. Por otro lado, la demandada admitió, ante la administración concursal, que Alexan 23 SL carece de libros de contabilidad; sólo dispone de listados de ordenador sin encuadernar ni legalizar. A todo ello debe añadirse que no se han depositado las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios en el Registro Mercantil. En fin, el buen derecho de la solicitante es incuestionable, pues todo hace indicar que el concurso se calificará como culpable de conformidad con lo dispuesto en los artículos 164.1, primero y 165.3ª de la Ley Concursal. Por todo ello, debe decretarse el embargo preventivo de sus bienes, en cuantía suficiente para cubrir el 75% del desfase patrimonial -812.402 euros-, dada la gravedad de los hechos denunciados y el hecho de figurar, en principio, como única responsable.": Auto JM-2 Barcelona 5.05.2005 (JUR 2005/126664)

3.2 Importe del pasivo más gastos del concurso

"TERCERO Respecto de la cuantía se ha solicitado que se embargue por la cantidad de 60.000 euros. Dicha cantidad se considera suficiente a los efectos de la totalidad de las deudas inicialmente señaladas por el solicitante (cercanas a los treinta mil euros) y los gastos derivados de la declaración del concurso y administración concursal.": Auto JM Málaga 25.01.2005 (AC 2005/273)

"La evidencia de que la masa puede ser insuficiente para atender las obligaciones de la sociedad se deduce de las condenas a los administradores, que no se hubieran producido de haber existido recursos suficientes en la sociedad para atender las condenas judiciales. (...). Concurriendo por lo tanto las exigencias legales se acordará el embargo, que atendidos los datos facilitados por los solicitantes en los docs. de la solicitud núm. 9, que refleja un pasivo de 48.411,99 euros, y doc. núm. 12, que recoge que además de acreedores por dicha cantidad existe un cuarto proveedor, Alcansa, cuyo crédito se sabe existente pero se desconoce en qué cuantía, se estima prudente y razonable fijarlo por el momento en 60.000 euros, con el fin de atender los créditos existentes y los gastos que el propio concurso generará, y que será necesario atender.": Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248)

3.3 Importe del desbalance

"VIII. El alcance de la responsabilidad de los bienes embargados está en función de la cifra aproximada de créditos concursales no satisfechos con la liquidación. Para determinarlo, debemos partir en primer lugar de la valoración de los bienes y derechos que forman parte del inventario de la sociedad deudora, y que ascienden a 922,11 euros; y después del pasivo que debe atenderse con dichos bienes, en primer lugar los créditos contra

la masa (43.615,68 euros) y, después, los créditos concursales (1.149.812,63 euros), según la información que puede extraerse del informe elaborado por la administración concursal (ff. 121 y ss.). De esta forma, de una manera estimativa, presumiblemente los créditos no satisfechos con la liquidación alcanzarán la suma de 1.100.000 euros, cuya eventual obligación de pago por el deudor debe ser asegurada por el embargo acordado. Teniendo en cuenta que se trata de una valoración estimativa y que la diferencia respecto de la suma cifrada por el juez en el auto de embargo es inferior a un 10%, no procede hacer ninguna modificación al respecto.": AAP Barcelona (Sección 15) 29.11.2007 (Rollo 652/2007)

"El artículo 48.3 establece que el Juez debe establecer la cuantía que estime bastante, que en este caso se fija en 50 millones de euros, cantidad que responde a los datos que obran hasta la fecha en la que se constata que la concursada debe hacer frente a una deuda que incluso podría alcanzar los 100 millones de euros y el patrimonio y activo no va a llegar a 50 millones de euros.": Auto JM-3 Barcelona18.02.2005 (AC 2005/243)

"CUARTO En cuanto a la cuantía del embargo, el art. 48.3 LC establece que será la que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito. El importe de los créditos de los acreedores incluidos en la lista asciende a 112.823,50 euros, y el de los créditos contra la masa devengados pendientes de pago, a 22.704,90 euros. Los bienes y derechos integrados en la masa activa están valorados en 62.843,08 euros. Por ello, tomando por base dichos importes, y la posibilidad de otros gastos posteriores, se estima oportuno fijar como cuantía del embargo la cantidad de 75.000 euros. ":Auto JM-1 Cádiz 05.05.2006 (AC 2006/844)

"Siendo procedente la medida cautelar, debe acordarse el embargo de bienes y derechos del administrador único de la sociedad concursada don Carlos Manuel, con DNI …, designado en Junta General Extraordinaria de 15 de enero de 2001, para responder de la cantidad de 2.963.138,96 euros, al fijar el propio deudor su pasivo en 2.973.882,96 euros y el activo realizable en 10.744 euros, consistiendo el resto de activo declarado en créditos frente a terceros de dudoso cobro (1.448.939,47 euros), que están provisionados como tales en las cuentas del deudor.": Auto JM-5 Madrid 10.10.2005 (Concurso 307/2005)

4. Tramitación del embargo y de la oposición al mismo: supletoriedad LEC

AP Barcelona

"SEGUNDO: Como ya hemos reconocido en otras ocasiones, la oposición de los administradores sociales o de hecho al embargo de sus bienes al amparo del art. 48.3 LC se tramita por las reglas previstas en los arts. 739 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, normas que resulta de aplicación supletoria para todo lo no regulado por la Ley concursal (disposición adicional 5ª LC). El tramite previsto en dichos preceptos prevé que tanto la demanda de oposición como su contestación se hagan por escrito, "procediéndose seguidamente de conforme a lo previsto en el artículo 734 " (art. 741.1 LEC).En el art. 734.2 LEC si bien se contiene una referencia general a que en la vista, las partes "podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón a los presupuestos de las medidas cautelares", nada se dice expresamente acerca de la valoración de la prueba. Lo cual nos lleva a integrar el precepto con lo que con carácter todavía más general se prevé en el art. 185 LEC respecto de la celebración de las vistas. En esta norma, el apartado 4 dispone que una vez "concluida la práctica de prueba (...) el Juez o Presidente concederá de nuevo la palabra a las partes para rectificar los hechos o conceptos y, en su caso, formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas". De ahí podemos concluir que, en principio, si se ha celebrado la vista para la práctica de pruebas, las partes tienen derecho a que se les permita formular conclusiones sobre el resultado de las pruebas. Pero incluso el mismo precepto se cuida de añadir al verbo "formular" el adverbio "concisamente", para remarcar que debe hacerse con brevedad y precisión. En este contexto se advierte justificado que el juez pueda marcar un tiempo máximo para las conclusiones, pero ha de ser adecuado a la actividad probatoria realizada e igual para todas las partes.
Al margen de lo que ocurrió en las alegaciones iniciales de las partes, pues son ajenas a lo que debe ser examinado, que es la facultad de realizar alegaciones sobre la prueba practicada, el juez formalmente cumplió con la previsión legal de otorgar a las partes la palabra para que formularan conclusiones, aunque el tiempo que les dio pudiera parecer un tanto escaso (4 minutos), a la vista de la prueba practicada. No obstante, esta apreciación, que llevaría a recomendar la concesión de mayor lapso de tiempo, no permite concluir que haya existido una infracción de la norma legal, presupuesto previo para poder considerar la nulidad de actuaciones, siempre que además dicha infracción hubiera ocasionado indefensión. Cuatro minutos es poco tiempo, pero puede ser suficiente para ilustrar al juez del resultado de la prueba, lo que exige centrarse exclusivamente en aquello que resulta más relevante en relación con la practicada en la vista y obviar la reiteración de alegaciones que ya se contienen en el escrito de alegaciones.
TERCERO: El art. 48.3 LC permite la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo de los bienes de los administradores de la sociedad concursada, ya sea a instancia de la administración concursal ya sea de oficio. Por consiguiente, si el juez puede acordar, sin previa petición de parte, el embargo de los bienes de los administradores, en el caso en que haya mediado una previa petición y se resuelva inaudita parte, la adopción de la medida puede fundarse en razones distintas a las aducidas en la inicial petición, sin incurrir en incongruencia. En puridad, en estos casos en que puede acordarse de oficio, si existe una previa petición, la incongruencia sólo podría ser infra petitum si dejara de resolver sobre lo solicitado, pero no, insistimos, si resolviendo sobre lo pedido, se funda en razones distintas.

Deberíamos distinguir la posible incongruencia del auto que acuerda el embargo inaudita parte, que es a la que nos hemos referido hasta ahora, de aquella en que podría incurrir el auto que resuelve el incidente de oposición a la medida cautelar de embargo preventivo.
Como ya hemos expuesto al comienzo del segundo fundamento jurídico, por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de conformidad con la disposición adicional 5ª de la propia Ley Concursal, frente al auto que acuerda inaudita parte el embargo de los administradores de la sociedad concursada, cabe que éstos se opongan por el tramite previsto en los arts. 739 LEC. En este caso, la congruencia del auto que resuelva el incidente de oposición a la medida cautelar vendrá determinada porque haya resuelto la oposición formulada, atendiendo a la causa petendi esgrimida.“: AAP Barcelona (Sección 15) 17.12.2009 (Auto 220/2009; Rollo 157/2009)

AP León

“SEGUNDO Elart. 48.3 LCestablece una posibilidad de embargo del patrimonio de los administradores de las personas jurídicas declaradas en concurso que la exposición de motivos de la LC califica de severa y ha sido interpretada de forma diferente por los tribunales, en los que se atisba la tendencia a hacer una interpretación restrictiva consecuentemente con aquella severidad.
Es opinión común y criterio general de las resoluciones judiciales, que el precepto mencionado no regula de forma completa la mecánica de este embargo, por lo que ha de ser integrado con otras normas, como losarts. 172.3 LC, que vinculan el embargo a la posible condena de los gestores sociales al pago de los créditos que integran la masa pasiva en la sentencia que pone término a lasección de calificación, y los arts 164 LC y 165LC, que establecen los supuestos y presunciones para que el concurso pueda ser declarado culpable. Asimismo, y como quiera que no contiene ninguna norma de carácter procesal, elart. 48.3 LCha de ser completado con las disposiciones dedicadas a las medidas cautelares que contiene la LEC a la que ladisposición final 5ª LC confiere carácter supletorio cuando dice "En lo no previsto en esta ley, será de aplicación la LEC. En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la LEC en cuanto a la ordenación formal y material del proceso":. SAP León 15.10.2008 (JUR 2009/92746; Sentencia 392/2008; Rollo 219/2008)

AP Zaragoza

“CUARTO Recurso formulado por los Sres. Baltasar y Luis Enrique
El art. 48.3 LC establece una posibilidad de embargo del patrimonio de los administradores de las personas jurídicas declaradas en concurso que la exposición de motivos de la LC califica de severa, ha sido criticada por la doctrina y ha sido interpretada de forma diferente por los tribunales, en los que se atisba la tendencia a hacer una interpretación restrictiva consecuentemente con aquella severidad.
Es opinión común y criterio general de las resoluciones judiciales, que el precepto de mención no regula de forma completa la mecánica de este embargo, por lo que ha de ser integrado con otras normas, como los arts. 172.3 LC, que vinculan el embargo a la posible condena de los gestores sociales al pago de los créditos que integran la masa pasiva en la sentencia que pone término a la sección de calificación, y los arts 164 LC y 165 LC, que establecen los supuestos y presunciones para que el concurso pueda ser declarado culpable. Asimismo, y como quiera que no contiene ninguna norma de carácter procesal, a diferencia de lo que sucede con el art. 17 LC, el art. 48.3 LC ha de ser completado con las disposiciones dedicadas a las medidas cautelares que contiene la LECiv a la que la disposición final 5ª LC confiere carácter supletorio cuando dice "En lo no previsto en esta ley, será de aplicación la LECiv En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la LECiv en cuanto a la ordenación formal y material del proceso"
Partiendo de todo ello es cómo ha de ser resuelto el presente recurso.
QUINTO En lo que se refiere a los motivos de apelación basados en razones procesales.
En tal punto es llamativo que mientras el recurso formulado por la concursa sostiene que la tramitación que debió darse a la solicitud de embargo era la prevista para los incidentes concursales, sus gestores mantienen por el contrario que el trámite a seguir es el señalado en los art. 730 LECiv y ss., y que el mismo no ha sido observado porque la petición no fue deducida por demanda, fue admitida la prueba documental propuesta en la comparencia por los peticionarios que no propusieron ninguna con su solicitud, porque no se ofreció ni pidió contracautela y por indeterminación de la suma por la que se pide la medida.
Pues bien, aún cuando existen opiniones en contra en la doctrina, la práctica totalidad de los tribunales se han inclinado por entender que el trámite a seguir es el marcado en la Ley procesal por claras razones de especialidad (AAP Tarragona núm. 46/2007 [AC 2007, 1732], Barcelona núm. 284/2006), si bien, claro está con respeto, de las particularidades que resultan de la Ley especial, señaladamente la posibilidad de adopción de oficio y la petición mediante solicitud razonada. Respecto de la contracautela del 728.3 LECiv y 732.3 LECiv, la misma no representa un elemento esencial de toda cautela, como claramente se desprende de la excepción que el mismo precepto admite, del art. 17 LC, que, a diferencia de la norma general, tan sólo la prevé para el caso de que el Juez la estime necesaria, y del art. 48.3 LC que guarda silencio respecto de ella, consecuentemente con la posibilidad de que las medidas puedan ser acordadas de oficio, por lo que no entendemos aplicable dicha caución al supuesto que nos ocupa por la vía de la aplicación subsidiaria de la LECiv, que no se hace necesaria por no apreciarse vacío alguno en la LC.
El juzgador de primer grado ha seguido los trámites de la Ley procesal, la solicitud fue deducida de conformidad con el art. 48.3 LECiv, y ninguna norma impone la exigencia de demanda, ofrecimiento de caución ni la expresión de la cuantía por la que se solicita el embargo, que el precepto deja al criterio del juzgador, por lo que no cabe apreciar los motivos de apelación que se basan en la inobservancia de estos requisitos.

Por lo que se refiere a la admisión de prueba, es cierto que el art. 732.2 LECiv hacer precluir para el solicitante la posibilidad de pedir prueba con su escrito de solicitud, que el presente caso tal petición no ha sido deducida temporáneamente y que, sin embargo, el juzgador de primer grado admitió la documental propuesta dicha parte en la vista del art. 734 LECiv con en fin de acreditar la concurrencia de los presupuestos de la medida, pero no es menos cierto que a los indicados documentos se hace mención en la solicitud y que los mismos forman parte del propio expediente concursal, por lo que no se trata realmente de la aportación de nueva prueba, y menos puede argüirse cualquier sorpresa para el solicitado que pueda producirle indefensión. En cualquier caso, la posibilidad de actuación de oficio que el art. 48.3 LC atribuye al juzgador de primer grado debe entenderse suficiente para suplir cualquier defecto procesal en la proposición de la medida por parte del solicitante si el juzgador de primer grado entiende en definitiva procedente el embargo.
En consecuencia con todo lo dicho, procede el rechazo de los motivos de apelación que reiteran los de oposición basados en cuestiones procesales.": AAP Zaragoza (Sección 5) 31.10.2007 (AC 2008/438)

"dándose cumplimiento a las previsiones de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en tanto aplicables supletoriamente a lo previsto en la LC según su Disposición Final Quinta, de modo que cabrá oposición por los trámites de ésta (arts. 739 y ss. LECiv), será notificado a sus respectivos cónyuges para que dispongan de la oportunidad procesal de usar de sus derechos si los bienes que puedan ser objeto de traba pertenecen al patrimonio común (art. 541 LECiv) y averiguación de los que puedan disponer (art. 590 LECiv).
Sin embargo, no se hará requerimiento de manifestación de bienes conforme al art. 589.1 LECiv por el carácter preventivo que tiene este embargo, lo que excluye esa eventualidad conforme al art. 738.2 LECiv.": Auto JM-1 Bilbao 23.03.2005 (AC 2005/248)

"La adopción de esta medida cautelar debe realizarse aplicando las normas de la Ley de Enjuiciamiento civil, que determinan:
1) la necesidad de que se notifique esta resolución al Sr. G. T. al objeto de que pueda, si así le interesa, oponerse a la misma en los términos previstos en el artículo 739 y siguientes de la LECiv;
2) la necesidad de remitir los oficios reclamados por la administración concursal al amparo del artículo 590 de la LECiv al objeto de determinar el patrimonio del que dispone el Sr. G. T.;
3) la necesidad de notificar la vertencia de este incidente a la esposa del Sr. G. T. por si los bienes susceptibles de traba pudieran integrar el patrimonio común del matrimonio.": Auto JM-3 Barcelona 18.02.2005 (AC 2005/243)

"SEGUNDO Argumentan también D. Alberto y D. Oscar que al decretarse la medida cautelar se ha prejuzgado sobre su responsabilidad sin haberse garantizado su derecho a ser oídos previamente y sin que hubiese proporcionado la administración concursal prueba alguna al respecto. Estas afirmaciones de índole procesal carecen de fundamento, puesto que:
1º) la adopción de las medidas cautelares «inaudita parte» no priva de posibilidades de defensa al afectado, que quedan garantizadas merced a la facultad que le asiste de suscitar el trámite de oposición que contemplan los artículos 739 a 742 de la LECiv. Por lo que el alegato relativo a la queja por la falta de audiencia resulta gratuito, pues como se explicó en el precedente auto las irregularidades advertidas por la administración concursal en la gestión desempeñada por los administradores de Aviosystem SA y la necesidad de preservar el interés del concurso, en el que están implicados una pluralidad de acreedores insatisfechos, exigían que con celeridad y eficacia se previniese cualquier posible comportamiento de los gestores de la concursada que en ciernes de serles exigidas responsabilidades por su actuación podrían tener la tentación de tratar de desprenderse de bienes o de ponerlos a salvo de una posible ejecución, lo que pudiera comprometer el buen fin de la medida cautelar, que no es otro que asegurar la posible condena que pudiera recaer contra aquéllos. Lo cual justificaba que, en interés del concurso, la tramitación procesal de la solicitud de medidas se recondujese al cauce excepcional del artículo 733.2 de la LECiv, que permite prescindir de la previa audiencia a los demandados, sin que ello suponga privar de garantías al proceso cautelar al respetarse la efectividad del principio de contradicción con la posterior posibilidad de oponerse a la cautela acordada; y
2º) no tiene sentido que se hable de prejuzgar y al mismo tiempo se reproche la falta de pruebas, pues precisamente en este incidente cautelar lo que no procede es entrar a enjuiciar lo que está reservado al incidente de calificación del concurso. Es en ese cauce procesal donde deberán practicarse las correspondientes pruebas y entrar al análisis detallado del comportamiento de D. Alberto y D. Oscar. El trámite cautelar no es el apropiado para exigir tales pruebas, bastando con la mera posibilidad fundada (así lo expresa el artículo 48.3 de la Ley Concursal) de que el concurso se califique como culpable para la procedencia de la medida cautelar; es decir, basta en esta fase con la existencia de indicios de actuaciones dolosas o culposas de los administradores, estando fuera de lugar, en este momento procesal, la exigencia de prueba concluyente sobre la que fundar la condena al administrador. " Auto JM-4 Madrid 24.10.2005 (JUR 2006\109)

4.0 Cabe incluso tras la sentencia de calificación, en tanto no sea firme

AP Guipúzcoa

* Tampoco pueden prosperar los restantes motivos de recurso, puesto que,
-Sostiene el recurrente que para asegurar el cumplimiento de la condena impuesta hubiera debido utilizarse la vía de la ejecucion provisional de las sentencias. Sorprende tal petición habida cuenta que tal posibilidad resultaría mas gravosa para el recurrente que la medida de embargo preventivo

acordada, que no genera mas consecuencias que la existencia de una anotación sobre los bienes del recurrente.
La medida acordada resulta procedente porque aunque existen sentencias dictadas en dos instancias, el procedimiento no ha concluido por resolución firme, y en consecuencia lo que debe tomarse en consideración en este momento es que existe la posibilidad mas que fundada de que la declaración de concurso culpable se mantenga, sin que el recurrente aporte datos que demuestren el error del juez al considerar que la liquidación de la masa activa será insuficiente para satisfacer todas las deudas, que es el otro requisito exigido por el art. 48.3 de la L. Concursal. Es cierto que la sentencia de instancia no condenó a los administradores a pagar todas las deudas que no puedan satisfacerse con la liquidación de la masa activa, sino solo los créditos nacidos a partir del dia 1 de junio de 2005 que resulten impagados tras la finalización de la fase de liquidación, pero hay que tener en cuenta que dicho pronunciamiento ha sido impugnado por la Tesoreria General de la Seguridad Social, a fin de que se incluyan créditos anteriores a tal fecha.
* Consideraciones que también sustentan la desestimación del motivo de recurso referente a la cuantía del embargo, al desconocerse cual va a ser finalmente el importe de los créditos que resulten impagados, en función de la fecha en que se devengaron. El recurrente no menciona dato alguno que permita considerar irrazonable la estimación hecha por el juez, que tiene en cuenta los créditos existentes con independencia de su fecha, al no constar nada al respecto en el informe de la Administración Concursal; pero tampoco el Sr. Felicisimo aportó dato alguno al oponerse al embargo, donde efectuó una serie de alegaciones que repite en su recurso de apelación, limitándose a señalar que la mayor parte de las deudas de la concursada se generaron antes del dia 31 de diciembre de 2004 y por tanto no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de fijar la cuantía del embargo.”: AAP Guipúzcoa (Sección 2) 08.02.2011 (Auto 13/2011; Rollo 2381/2010)

4.1 Falta de legitimación de la concursada para impugnar el embargo de los bienes del administrador

AP Alava

“Cabe señalar, además de lo razonado, como art. 170 L.C., revela que en materia de responsabilidad personal los administradores de la sociedad (si no lo hubieran hecho con anterioridad) deben personarse en tal calidad necesariamente cuando los informes apunten a la calificación del concurso como culpable, pues si no lo hacen serán declarados en rebeldía. Por ello debemos entender que quien realmente está legitimado para comparecer, para impugnar el auto de medidas cautelares lo serán personalmente los afectados por el mismo: los administradores de derecho o de hecho de la sociedad concursada, sobre cuyo patrimonio personal recae la medida de garantía, y no la propia concursada a quien no afecta la medida cautelar. Conforme a la referida norma pueden comparecer en tal concepto desde el mismo momento en que se adopta la medida que garantiza su eventual responsabilidad personal. ”: AAP Alava (Sección 1) 10.02.2011 (Auto 42/2011; Rollo 454/2010)

AP Girona

“PRIMERO.-Se interpone recurso de apelación por PRADA URBAN, S.L. contra el auto dictado por el Juzgado MERCANTIL Nº 1 de GIRONA, de fecha 13 de enero de 2011, que ACORDÓ la medida cautelar solicitada por la administración concursal consistente en el embargo preventivo de los bienes del administrador de la concursada Don. Amador.
SEGUNDO.-El artículo 448 de la LEC establece que "Contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recurso previstos en la ley". En el presente supuesto, pese a que la resolución combatida acuerda el embargo de bienes del Sr. Amador, la recurrente el la sociedad PRADA URBAN, de la que éste es administrador.
Es cierto que concurre en la recurrente la condición de parte en el procedimiento, pero también que la resolución recurrida no le afecta, pues se refiere a los bienes de una persona física, el Sr. Amador, que, aun siendo el administrador de la concursada y apelante, tiene personalidad jurídica propia e independiente de ésta, en tanto que persona física. Sólo el Sr. Amador ostenta legitimación activa para recurrir el auto acordando las medidas cautelares sobre su patrimonio, pues sólo a él puede resultar ésta desfavorable.
Es por ello que sin entrar a en las consideraciones vertidas por la apelante en su recurso, muchas de las cuales a buen seguro serán planteadas nuevamente por la vía de incidente concursal, procede la desestimación del recurso sin más innecesarios pronunciamientos.”: AAP Girona (Sección 1) 13.07.2011 (Auto 111/2011; Rollo 368/2011)

AP Madrid

“PRIMERO.- Por auto de 5 de julio de 2013 el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid acordó el embargo de bienes de Don Juan Ignacio, Doña Salvadora y Don Germán.
Dicho embargo se acordó con base en la condición, concurrente en dichos señores, de administradores de la mercantil concursada ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE VIAJES Y EXCURSIONES S.A. y en aplicación del Art. 48 de la Ley Concursal a cuyo tenor "Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos

de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley...".
Don Juan Ignacio, Doña Salvadora y Don Germán, únicas personas afectadas por la medida cautelar adoptada, consintieron dicha resolución al abstenerse de interponer contra ella recurso alguno.
Interpuso recurso de apelación, en cambio, la concursada ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE VIAJES Y EXCURSIONES S.A.
SEGUNDO.- La circunstancia que acaba de señalarse nos obliga a plantearnos de oficio la cuestión relativa a la legitimación de ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE VIAJES Y EXCURSIONES S.A. para recurrir dicha resolución en atención al hecho de que el embargo decretado respecto de bienes de sus administradores sociales constituye una medida que no afecta a dicha entidad en ningún sentido, ni favorable ni desfavorable. Tal circunstancia nos permite cuestionar la concurrencia del gravamen exigido por el Art. 448 de la L.E.C. cuando exige, para la admisibilidad de cualquier recurso, que la resolución recurrida afecte "desfavorablemente" a la parte que la recurre.
Como señala, últimamente y entre otros muchos precedentes, la STS 28 de noviembre de 2014, "La sentencia de esta Sala núm. 288/2013, de 26 abril, afirma que la legitimación para cualquier clase de recurso contra resoluciones judiciales se funda en la existencia de un gravamen o perjuicio causado a la parte recurrente por la resolución que se impugna (STS,1ª 25 febrero 2002); y como también afirma la sentencia núm. 188/2012, de 27 marzo «el recurso de casación (igual sucede con el de infracción procesal) exige un interés para recurrir - gravamen -, el cual puede ser económico, o estrictamente jurídico, pero en todo caso ha de suponer que se pretende eliminar un posible perjuicio u obtener un beneficio propio». El presupuesto se recoge con carácter general para todos los recursos en el artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando dispone que «contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley»...".
Este tribunal se ha pronunciado al respecto en relación específica con la problemática sobre la que versa la resolución recurrida al indicar, entre otras, en sus sentencias de 16 de septiembre de 2011 y 25 de mayo de 2012, con cita de la sentencia de la Sala 1 ª del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010, que la entidad concursada carece de legitimación en lo que se refiere a los intereses de los administradores sociales en virtud del principio de personalidad del recurso. Los administradores sociales tienen la condición de "personas afectadas" por la calificación del concurso, de conformidad con el artículo 170.2 LC, y por consiguiente disponen de un interés propio en el incidente, que es exclusivo en cuanto a las medidas o pronunciamientos que les pueda afectar desfavorablemente (artículos 448 LEC y 172 LC) que acarrearían el gravamen que podría justificar la apelación. El recurso que puede emprender la entidad concursada no puede extenderse ni comprender, según tal pronunciamiento jurisprudencial, los intereses individuales y personales de sus administradores sociales, los cuales, como afectados por la calificación de culpable del concurso y por las medidas o pronunciamientos relativas a los mismos acordadas por las correspondientes resoluciones judiciales, tienen un interés propio, autónomo y diferente del de la entidad deudora concursada.
En su recurso, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE VIAJES Y EXCURSIONES S.A. expone sus discrepancias con aquella parte de la argumentación del auto apelado que conduce al juzgador a realizar un pronóstico positivo en cuanto a las posibilidades de que el concurso de dicha entidad llegue a ser calificado como culpable. Pues bien, es doctrina jurisprudencial reiterada la de que al gravamen exigido por el Art. 448 L.E.C. tiene que ser el gravamen que produzca el pronunciamiento contenido en su parte dispositiva, con independencia de los fundamentos que hayan podido conducir a ese pronunciamiento (S.T.S. de 29 de julio de 2010). Y si bien es cierto que la sentencia número 157/2003 del Tribunal Constitucional admitió que "es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva", fue esa misma sentencia la que matizó que "la determinación, en cada caso concreto, de si la resolución judicial impugnada causa o no efectivamente un perjuicio al recurrente, dependerá de las específicas circunstancias presentes en el caso, debiendo tenerse en cuenta que no toda afectación de carácter negativo o desfavorable para aquél merecerá necesariamente la consideración de perjuicio a los efectos que nos ocupan, pudiendo exigirse que tal afectación reúna determinada intensidad o caracteres".
Pues bien, trasladada esta idea al caso que nos ocupa, es el propio carácter cautelar de la resolución apelada el que hace que las reflexiones que esta pueda contener en relación con los indicios de prosperabilidad futura de una calificación de culpabilidad no prejuzguen, ni siquiera mínimamente, la resolución que, tras la tramitación del correspondiente proceso incidental en la sección sexta del concurso, pueda recaer en torno a esa misma cuestión. Con lo que huelga decir que la fundamentación contenida en el auto apelado no es capaz de originar para la concursada, ni siquiera de forma refleja, el menor gravamen.
Se ha de desestimar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.”: AAP Madrid (Sección 28) 26.01.2015 (Auto 19/2015; Rollo 302/2014)

AP Tarragona

“PRIMERO.- Se recurre la medida acordada respecto a quien se considera administrador de hecho de la sociedad concursada, consistente en embargo preventivo de sus bienes, en aplicación de lo dispuesto en elart. 48 Ley Concursal.
SEGUNDO.- La sociedad concursada carece de legitimación para impugnar una resolución que afecta a una persona concreta en su esfera particular como persona física y no tiene trascendencia alguna respecto a la sociedad porque no afecta a su patrimonio ni en el ámbito de la actuación de sus órganos sociales.
Así lo indica el apartado primero de la fundamentación jurídica del Auto recurrido, con mención del criterio de este Tribunal expuesto enAuto de 7 marzo 2006que negó legitimación a la sociedad concursada para recurrir una medida impuesta sobre el patrimonio particular del administrador en cuanto que no afecta a la empresa; considerando que no tiene gravamen para la apelante, concluyó que falta el presupuesto delart. 448 L.Enj.Civilpara admitir el recurso de apelación que sólo cabe contra las resoluciones que afecten desfavorablemente a la parte recurrente.
Por consiguiente, procede declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto.”: Auto AP Tarragona 30.04.2007 (JUR 2007/304744)

AP Vizcaya

“PRIMERO.-Frente al Auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que desestima la oposición formulada por la mercantil "Kautxo Tiuna Injeccion SL", en liquidación, al embargo preventivo de bienes y derechos de D. Urbano y de D.ª Rebeca declarado en anterior Auto de fecha 19 de mayo de 2009, en prevención de la calificación de culpable del concurso de la mercantil "Kautxo Tiuna Injeccion SL" y de la insuficiencia de la masa de bienes de la concursada para satisfacer los débitos, se alza la concursada que pretende se deje sin efecto la medida cautelar decretada sobre los patrimonios del Sr. Urbano y de la Sra. Rebeca, alegando, como fundamento del recurso, la no concurrencia de los requisitos de fumus boni iuris (apariencia de buen derecho) en el concreto aspecto de posibilidad razonable de declaración de culpabilidad del concurso, de periculum in mora al no haber riesgo de disposición y ocultación de su patrimonio por los reputados administradores de hecho e incumplimiento y la no concurrencia de presupuestos para la apreciación de grupo de empresas entre la mercantil la concursada y "Kautxo Tiuna Injeccion SL" que administra la Sra. Rebeca no forman un grupo de empresas.
SEGUNDO.-La impugnación formulada por la mercantil Kaixo Tuna Injection no debió de ser admitida por falta de legitimación para la defensa de los intereses del administrador, conforme a la doctrina jurisprudencial contenida en la STS Pleno 22 de abril de 2010, que declara que, en virtud del principio de personalidad del recurso, los administradores sociales en la condición de "personas afectadas" por la calificación del concurso de conformidad con el art. 170.2 LC tienen interés propio en el incidente, que es exclusivo en cuanto a las medidas o pronunciamientos que les puedan afectar desfavorablemente (art. 448 LEC y 172 LC) y diferente del de la entidad concursada, a lo que no obsta que a todos interese que se declare culpable el concurso.
TERCERO.-Dado que lo expuesto y razonado comporta la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, se imponen a la recurrente las costas causadas en el recurso.”: AAP Vizcaya (Sección 4) 29.04.2011 (Auto 313/2011; Rollo 910/2010)

“PRIMERO.-Frente al Auto dictado por el Ilmo Sr. Magistrado Juez, que desestima la oposición formulada por D. Arcadio, Administrador Único de la mercantil San Vicente Siglo XXI SL, al embargo preventivo de sus bienes y derechos declarado en anterior Auto de fecha 20 de abril de 2009, en prevención de la calificación de culpable del concurso de la mercantil de la que es administrador y de la insuficiencia de la masa de bienes de la concursada para satisfacer los débitos, se alza el afectado por la medida cautelar con la pretensión de que se alce el embargo preventivo que se decretó sobre sus bienes alegando, sustancialmente, la inexistencia de indicios para calificación del concurso de la mercantil como culpable y la imprevisibilidad de los débitos, que no pueden ser satisfechos con la masa de bienes de la concursada al derivar de acciones judiciales entabladas después de que la mercantil hubiera cesado en su actividad. Por su parte, la mercantil concursada en el trámite de traslado impugnó el Auto que desestima de la oposición al embargo.
SEGUNDO.-La medida de embargo preventivo de los bienes de D. Arcadio, que se adoptó con motivo del concurso de la mercantil "San Vicente Siglo XXI SL", se había dejado sin efecto cuando se celebró la vista del recurso de apelación. Y como quiera que lo que pretendía el recurrente mediante la interposición del recurso era que se alzara el embargo, el recurso ha quedado sin objeto por circunstancias sobrevenidas, sin que proceda entrar a examinar la existencia de datos que apunten a una eventual calificación del concurso de la mercantil San Vicente como culpable, pues la calificación del concurso como fortuito por parte de la Administración Concursal con la que se ha manifestado conforme el Ministerio Fiscal, compromete cualquier valoración posterior.
TERCERO.-La impugnación formulada por la mercantil "San Vicente Siglo XXI SL" no debió de ser admitida por falta de legitimación para la defensa de los intereses del administrador, conforme a la doctrina jurisprudencial c contenida en la STS Pleno 22 de abril de 2010, que establece que, en virtud del principio de personalidad del recurso, los administradores sociales en la condición de "personas afectadas" por la calificación del concurso de conformidad con el art.170.2 LC, y tienen un interés propio en el incidente que es exclusivo en cuanto a las medidas o pronunciamientos que les puedan afectar desfavorablemente (art. 448 LEC y 172 LC) y diferente del de la entidad concursada, a lo que

no obsta que a todos interese que se declare culpable el concurso.”: AAP Vizcaya (Sección 4) 16.06.2011 (Auto 434/2011; Rollo 669/2010)

AP Zaragoza

“No advierte esta Sala, ni ha sido justificado en modo alguno por la citada recurrente, el interés que puede albergar en la pieza de medidas en la que se ha adoptado el embargo contra sus administradores en disputa, pues es una cuestión que afecta a éstos exclusivamente y ningún gravamen le supone.
Conforme a una sólida jurisprudencia (STC 90/1986), corresponde al tribunal de apelación velar por la observancia de los presupuestos que hacen posible la interposición del recurso de apelación que estudia a los efectos de reiterar el filtro de admisibilidad.
Pues, bien, con arreglo al art. 456 LECiv y la jurisprudencia que lo interpreta, el recurso contra una resolución sólo puede ser interpuesto por aquél al que le sea desfavorable o cause un gravamen al que puede oponer una revisión ante una instancia superior (STS 30-1-1996 [RJ 1996, 539], 9-11-2000, 12-2-2001 [RJ 2001, 851] y 8-2-2002 [RJ 2002, 2713]), y en el presente caso la falta de interés legítimo en el auto recurrido priva a la concursa de legitimación para interponer el recurso de apelación, lo que en el estado procesal en que estamos da lugar a la desestimación del mismo, y ello sin perjuicio de que sean aplicables a su recurso, por identidad sustancial en sus fundamentos, lo que se razonará sobre el recurso de los administradores embargados.
A lo dicho no puede ser opuesto lo prevenido en el art. 193 LC, pues el trámite seguido para decidir sobre las medidas cautelares no ha sido en incidente concursal.”: AAP Zaragoza (Sección 5) 31.10.2007 (AC 2008/438)

4.1.1 Tesis contraria

AP Barcelona

“II. Al margen de si el magistrado de lo mercantil denegó legitimación a la concursada para oponerse a la medida cautelar acordada contra su administrador, Sr. I.L.A., lo cierto es que una vez planteado el incidente de oposición, en él puede ser parte no sólo la administración concursal y el Sr. I.L.A., sino también la propia concursada, pues el art. 184.1 LC expresamente dispone que “en todas las secciones serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y los administradores concursales”. Por este motivo no cabe negar a la sociedad concursada legitimación para recurrir el auto que desestima la oposición a las medidas formulada por su administrador, sin que además se le pueda negar interés legítimo, pues aparte del general propio de que se trata de una actuación dentro de su concurso de acreedores, además en este caso uno de los presupuestos de la adopción de la medida es la existencia de indicios que permitirán en su día calificar culpable el concurso de la sociedad, lo que le afecta directamente.”: AAP Barcelona (Sección 15) 29.11.2007 (Rollo 652/2007)

4.2 Falta de legitimación activa de los acreedores

[Vid.además las resoluciones incluidas en el art. 168.1]

AP Barcelona

“SEGUNDO El recurso de CONTRYFOR, SL se contrae al pronunciamiento que deniega la adopción del embargo preventivo de los bienes del administrador de la concursada. Llama la atención la apelante sobre los hechos que puso de manifiesto en su inicial demanda y que, en su decir, justifican la adopción de la medida de embargo, que, añade, debe ser resuelta, a partir de su petición, aunque se formule en el mismo escrito en el que impugnó la lista de acreedores, y denuncia, en fin, que no se ha enjuiciado esta pretensión.
Pocas consideraciones merece este planteamiento impugnatorio: la petición, en lo que respecta al embargo del art. 48.3 LC, fue resuelta por el Sr. Magistrado en sentido denegatorio, porque la acreedora impugnante no está legitimada para solicitar esta medida y, además, debe entenderse que implícitamente, porque no se han apreciado elementos de juicio suficientes, a la luz de la doctrina de esta Sala (que la Sentencia apelada condensa en la exigencia de culpa y daño), para acordar dicha medida.
Si el Juez del concurso, pudiendo hacerlo, no acordó el embargo de oficio debe suponerse que es, y así lo sugirió al final de su resolución al mencionar la interpretación de esta Sala, porque no considera probable la condena que prevé el art. 172.3 LC, y la Administración Concursal expresa en su escrito de oposición al recurso que no ha solicitado esta medida porque no estima que concurran los requisitos para su adopción, y prueba de ello es que en la Sección de calificación ha emitido informe interesando que el concurso se califique como fortuito.
Debe recordarse al apelante, otra vez, que la legitimación para instar la medida cautelar del art. 48.3 corresponde a la Administración Concursal, no a los acreedores, sin perjuicio de que el Juez del concurso pueda acordarla de oficio, lo que no significa que aquéllos deban pedirla y éste acordarla de

manera arbitraria o por sistema, sino únicamente si concurren los requisitos exigidos para adoptar una tutela cautelar que es instrumental de una pretensión de condena principal, la del art. 172.3 LC.”: SAP Barcelona (sección 15) 26.07.2007 (Rollo 278/2007; AC 2008/424)

AP Madrid

“PRIMERO.- Por el auto que se recurre "se rechaza" la solicitud de embargo de los bienes y derechos de los administradores y ex administradores de la concursada ASSISTANT WORKS, S.A., formulada por la mercantil recurrente, quien invoca como sustento de sus pretensiones el artículo 48.3 de la Ley Concursal. Integrando el contenido del fallo con los razonamientos jurídicos que lo fundamentan debemos concluir que dicho pronunciamiento no entraña decisión alguna sobre el fondo; se trata de un rechazo a limine, esto es, de una inadmisión a trámite de la solicitud deducida por considerar la cuestión planteada impertinente, todo ello al amparo del artículo 194.2 de la Ley Concursal.
El ámbito revisor de la presente alzada ha de entenderse circunscrito al examen de la corrección de tal decisión, sin que nos sea dable pronunciarnos sobre la procedencia del embargo solicitado, cual pretende la recurrente con carácter principal.
Por otra parte, tan solo desde la perspectiva expuesta cabria admitir la recurribilidad de la resolución que nos ocupa (último inciso del artículo 194.2 de la Ley Concursal), pues, como tenemos señalado en autos de 6 de julio de 2006 y 6 de noviembre de 2008, el régimen de recursos al que está sometido el auto del juzgado del concurso resolutorio de la petición de embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores de la entidad concursada al amparo del artículo 48.3 de la Ley Concursal es el previsto con carácter general en el artículo 197.2 de la misma, lo que excluye la posibilidad de recurrir aquel en apelación.
SEGUNDO.- Forzoso es reconocer el error del juzgador de primera instancia al basar su juicio de impertinencia en la falta de concurrencia de los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 48.5 de la Ley Concursal, siendo así que la norma invocada por la mercantil recurrente como fundamento de su solicitud no es dicho precepto, sino el artículo 48.3 de la meritada norma. Ahora bien, la constatación de lo anterior no ha de llevarnos a revocar la decisión del juez a quo, toda vez que, tal como se desprende del precepto de referencia, la legitimación para solicitar la medida se reconoce en exclusiva a la administación concursal. En tales circunstancias, la solicitud deducida por otro (presupuesto su interés legítimo en el concurso) no tiene más valor que el de mera denuncia o comunicación a efectos de poner de manifiesto al juez la oportunidad o la conveniencia de que acuerde de oficio el embargo, tal como le autoriza el artículo 48.3 de la Ley Concursal, lo que no entraña, desde luego, reconocimiento alguno de habilitación para provocar una decisión del juzgador previa tramitación de un incidente concursal.”: AAP Madrid (Sección 28) 06.05.2011 (Auto 61/2011; Rollo 402/2010)

AP Vizcaya

”SEGUNDO.-El primero de los motivos del recurso hace referencia a la legitimación para pedir el embargo; la pieza se inicia con testimonio del escrito presentado por varios acreedores individuales los que, de conformidad con el art. 48, no están legitimados para pedir el embargo preventivo; la legitimación le asiste bien al Juez, de oficio, o a la Administración Concursal, nunca a los acreedores individuales del concursado.
Aun cuando así es, y al precepto nos remitimos, en el presente supuesto la Administración Concursal ha tomado el testigo que le brindan determinados acreedores del concursado y ha hecho suya la petición por ellos articulada, de donde se sigue que, primero, quien está legitimado ha pedido la medida por lo que decae el motivo y, segundo, que habremos de acordar la medida limitándonos principio de rogación -a lo pedido por la Administración Concursal, al ser ella la legitimada, sin que quepa atender (como hace el juez acertadamente) a las peticiones de los acreedores individuales.
En tal sentido se han pronunciado el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Barcelona (auto de 11 de abril de 2005) y la Audiencia Provincial de Álava en Sentencia de 6 de julio de 2006, (Aranzadi Civil, 404 de 2007).”: AAP Vizcaya (sección 4) 01.03.2010 (auto 183/2010; Rollo 362/2009)

“PRIMERO.-El primero de los motivos del recurrente hace referencia a la falta de legitimación activa de la Diputación Foral para solicitar el embargo de bienes al amparo del art. 48 de la LECO. En nuestro Auto de 1 de marzo de 2010 señalábamos: "El primero de los motivos... hace referencia a la legitimación para pedir el embargo; la pieza se inicia con testimonio del escrito presentado por varios acreedores individuales los que, de conformidad con el art. 48, no están legitimados para pedir el embargo preventivo; la legitimación le asiste bien al Juez, de oficio, o a la administración concursal, nunca a los acreedores individuales del concursado.
"Aun cuando así es, y al precepto nos remitimos, en el presente supuesto la Administración Concursal ha tomado el testigo que le brindan determinados acreedores del concursado y ha hecho suya la petición por ellos articulada, de donde se sigue que, primero, quien está legitimado ha pedido la medida por lo que decae el motivo y, segundo, que habremos de acordar la medida limitándonos al principio de rogación - a lo pedido por la Administración Concursal, al ser ella la legitimada, sin que quepa atender (como hace el juez acertadamente) a las peticiones de los acreedores individuales.
En tal sentido se han pronunciado el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona (auto de 11 de abril de 2005) y la Audiencia Provincial de Álava en Sentencia de 6 de julio de 2006, (Aranzadi Civil, 404 de 2007)." ”: AAP Vizcaya (Sección 4) 20.07.2011 (Auto 528/2011; Rollo 852/2010)

4.2.1 Y de los administradores

AP Barcelona

"3. Sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario
La Ley de enjuiciamiento civil (LEC) regula la figura del litisconsorcio pasivo necesario en el artículo 12.2. Establece: " Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa."
No hay litisconsorcio necesario, por tanto, en el caso en examen, ya que la tutela solicitada (el embargo de bienes de tres administradores de la concursada) no requiere en ninguna medida, para su efectividad, que se llame -junto a los tres administradores referidos- a una cuarta persona física, don Armando, que, según los apelantes, habría ejercido funciones de apoderado o administrador de hecho de la sociedad concursada.
Por otra parte, tal como expone la AC y resulta del artículo 48.3 LC, antes transcrito, el embargo sólo puede acordarse, o bien de oficio por el juez, o bien a solicitud razonada de la AC. Los hoy apelantes carecen de legitimación -en primera y en segunda instancia- para solicitar que el embargo que les afecta se extienda a terceras personas respecto de las cuales ni la AC ni la juez han considerado que reunían los requisitos establecidos en el artículo 48.3 LC.
Por último, cabe recordar que la medida cautelar no prejuzga la decisión sobre la cuestión de fondo. Nada impide que los datos para imputar a don Armando, que la Sra. magistrada ha estimado insuficientes en el juicio provisional e indiciario exigido en sede cautelar, puedan llegar a ser más consistentes en un momento ulterior y puedan dar lugar, finalmente, a una declaración de aquél como persona afectada por la calificación culpable del concurso y, en su caso, al embargo de sus bienes con base en el artículo 48.3. Tales hipótesis no afectarían, en ningún caso, a lo ya dicho sobre la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.": AAP Barcelona (Sección 15) 26.09.2012 (Auto 114/2012; Rollo 435/2011)

4.3 ¿Es necesario probar en el incidente lo que ya consta por lo actuado en el concurso?

4.3.1 No es necesario

AP Girona

"PRIMERO.-Se interpone recurso de apelación por Pedro Antonio (administrador único de la sociedad concursada VITALOISIR, S.L.). contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona, de fecha 10 de diciembre del 2009, en el que se acordó el embargo preventivo de los bienes de dicho recurrente, en su calidad de adminsitrador de la sociedad concursada y ello al amparo del artículo 48.3 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.-Se impugna el auto recurrido insisitiendo en que debe desestimarse la medida cautelar al no haberse practicado ninguna prueba a instancia de la parte solicitante de la medida que demuestre la concurrencia de los requisitos legales para adoptar tal medida contra el administrador de la sociedad en situación de concurso.
Establece el artículo 48.3 de la Ley Concursal que Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.
A la vista de la literalidad del precepto, y que ha sido destacado, no cabe más que confirmar los acertados razonamiento del Juzgador de instancia, siendo absolutamente innecesario que en el acto de la vista para la adopción de la medida cautelar, sea necesario que de forma expresa se proponga la prueba documental de todo lo actuado en el concurso, pues el precepto ya dice que el Juez, incluso de oficio, puede adoptar el embargo de los bienes del administrador a la vista de todo lo actuado. Por lo tanto, si en su poder se encuentran todas las piezas abiertas relativas al concurso, entre cuyas actuaciones está el informe de la administración concursal, es claro que a la vista de ello puede, bien de oficio, bien a instancia de parte abrir el incidente correspondiente para adoptar el embargo preventivos, sin necesidad de unir a tal pieza separada todo lo actuado en el concurso.
Y visto que no se impugna todo lo alegado por la administración concursal y lo razonado por el Juzgador de instancia, es clara la pertinencia del embargo acordado.": AAP Girona (Sección 1) 30.09.2010 (Auto 230/2010; Rollo 369/2010)

AP Baleares 2010 - Rectifica su tesis anterior

"SEGUNDO.-Junto a la solicitud de medidas cautelares no se ha aportado prueba documental alguna ni se ha solicitado apertura de período probatorio, y, sin embargo, la Juzgadora de instancia se ha fundado en un informe de la Administración Concursal emitido en virtud del artículo 75 de la LC. Con

ello se plantea si tal informe puede tenerse en cuenta como prueba en esta pieza de medidas cautelares, con preclusión del plazo para la actora de proponer pruebas con la solicitud inicial.
Sobre el particular la Sala comparte la argumentación del auto recurrido, en el sentido de que no le es de aplicación el plazo de preclusión del artículo 732 de la LEC, atendidas las peculiaridades de estas medidas cautelares, singularmente el hecho de que pueden ser planteadas incluso de oficio por el Juzgador que conoce del procedimiento concursal, y en este sentido ante tal hipótesis, de que tales medidas pueden acordarse incluso sin petición de parte, y en atención a los fines de todo procedimiento concursal, no se encuentra óbice alguno en que el Juzgador puede tener en cuenta cualquier documento obrante en el procedimiento concursal, y entre ellos el informe del artículo 75 de la LC, conocido por las partes demandadas al ser partes en el concurso.
En cuanto al fondo, y todo ello sin prejuzgar lo que pueda resolverse en una hipotética pieza de calificación, las circunstancias puestas de relieve en el informe concursal son de la suficiente entidad como para estimar acreditados los dos requisitos necesarios para la adopción de esta medida cautelar: fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. Las referencias a la contabilidad, reiteramos "prima facie" y sin prejuzgar, ponen de relieve la hipótesis de que pueda incardinarse en la causa de concurso culpable del artículo
164.2.1 de la LC, esto es, incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad o comisión de irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevare. También del citado informe se infiere la probabilidad de que la masa activa será insuficiente para satisfacer todas las deudas, en un contexto de un concurso en el que las concursadas ya solicitan directamente la liquidación, y en el que el único activo relevante -la nave industrial-está gravado con varias hipotecas.
También cabe tener en cuenta el fundado riesgo de que el patrimonio de dichos administradores pueda desaparecer durante la tramitación de la pieza de calificación en todas sus instancias, lo que redundaría en perjuicio de los acreedores.
El aludido informe del artículo 75 de la LC, alude a indicios, que de confirmarse, podrían motivar la declaración de culpabilidad de los administradores. Entre otros llama la atención que se afirma en cuanto a las tres entidades que "la empresa se ha desarrollado sin haber implantado unos sistemas de gestión adecuados y dentro de un marco de relaciones comerciales y financieras con personas y entidades vinculadas -grupo-, sin ningún tipo de orden y transparencia..... Desorden y dejadez administrativa contable que ha impedido reflejar la imagen fiel de los estados financieros de la entidad. Se producen incumplimientos mercantiles tanto de plazos de depósitos de cuentas anuales y las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil, no reflejan la imagen fiel de las operaciones ni tampoco el patrimonio de la entidad. Se realizaron sin ningún tipo de rigor profesional y sin ningún tipo de soporte contable mínimo adecuado.... No hemos podido acudir a todos los documentos soportes de las mismas.... La empresa no dispone de una adecuada dirección económica y financiera propia, ya que Virtual Inversions SL y otras sociedades vinculadas aparecen como un mero instrumento de todas las actividades económicas y particulares de D. Luis.... Se actúa en el grupo de empresas sin ningún tipo de previsión financiera (pagos y cobros), utilizándose de hecho un sistema indebido de "caja única", sin ningún tipo de control; en los estados contables no se reflejan separadamente dichos movimientos. Se cargan y se abonan a una cuenta única, multitud de operaciones financieras realizadas.....Puede también interpretarse que existen pagos a proveedores sin facturas, las cuales se han cargado a dicha cuenta de socios y administradores; así como ingresos no facturados abonados a dicha cuenta..... La compañía durante estos ejercicios ha realizado multitud de regularización de saldos contables de forma global y en ejercicios posteriores a los hechos u operaciones devengadas. Dichas deficiencias muestran que la contabilidad en los ejercicios no reflejan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera de la empresa ni tampoco de las operaciones de la mercantil...". Con tales datos procede ratificar la medida cautelar acordada. “:AAP Baleares (Sección 5) 28.04.2010 (Auto 83/2010; Rollo 110/2010)

4.3.2 Sí es necesario: denegación por falta de aportación de documentación o prueba alguna al incidente

AP Baleares 2008

“PRIMERO El día 16 de octubre de 2.007 la representación de la Administración Concursal de la entidad Ibigrafic SL, declarada en concurso porauto de 23 de febrero de 2.007, y que, parece ser, se halla en fase de liquidación, solicita la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo de bienes y derechos de D.Germánen la cantidad de 1.200.000 euros, por considerar que la deudora debería haber solicitado por su propia iniciativa la declaración del concurso, con los efectos de presunción de dolo o culpa grave que de ello se desprende, de conformidad con elartículo 165.1.1 de la Ley Concursal; los presupuestos objetivos del concurso concurrieron antes de la solicitud de declaración de concurso necesario; probablemente la masa activa será insuficiente para satisfacer todas las deudas; el demandado fue administrador en los dos años anteriores a la declaración del concurso, por lo que puede solicitarse la medida cautelar delartículo 48,3 de la LC; comisión de irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera (art. 164.2.1 LC) como expresa la Administración Concursal en su informe.
En el acto de la vista por el Abogado del Sr.Germánse señala que todo el patrimonio del mismo está incorporado al concurso, y se reduciría a participaciones de la sociedad; no hay culpabilidad, pues el

concurso se debe a la pérdida de dos clientes de gran relieve, que implicó una inversión importante en maquinaria, y esos clientes por desfase en los pagos, le fallaron y la actividad sufrió un frenazo importante.
En dicho acto de la vista no se propuso ni practicó prueba alguna, y con la petición inicial de medidas cautelares no se aportó documentación.
El auto recurrido desestima la petición de medidas cautelares, y tras indicar que queda evidenciada la concurrencia de alguno de los requisitos exigibles, como la existencia de un concurso, que la masa activa resulta insuficiente para satisfacer todas y cada una de las deudas y que se abrirá la sección de liquidación, no habiendo dudas ni impugnaciones, pero, el demandado niega la existencia de presunción de culpabilidad; que el actor debe presentar junto con la petición los documentos en que funde su tutela, así como la práctica de pruebas que deban practicarse en el acto del juicio oral, a los efectos de acreditar los requisitos de apariencia de buen derecho y de "periculum in mora", y en otro caso, precluye dicha posibilidad; la Administración Concursal no ha presentado documento alguno con la demanda para sostener estas afirmaciones, ni ha propuesto prueba alguna en tiempo y forma, y resulta una ausencia de prueba de los elementos constitutivos de la pretensión procesal. No efectúa expresa imposición de costas porque la actora actúa en beneficio de la masa activa y de existir condena en costas se estaría agravando la situación de la masa, gravemente comprometida por hallarse en fase de liquidación.
Dicha resolución es apelada por la representación de la Administración concursal y argumenta que discrepa de que no se estime aportada prueba documental cuando los autos son bien voluminosos; la pieza de medidas cautelares forma parte de los autos que deben contemplarse como una unidad, y los documentos obran en otra sección del concurso; la demanda se remitió al informe de la Administración concursal; y se aprecia una discordancia entre el hecho de que un mismo Juez no ponga reparos a dicho informe que obra en una sección del concurso, y en otra niegue los presupuestos de las medidas cautelares y no tenga en cuenta dicho informe. Por la representación del SrGermánse indica que dicha postura provocaría indefensión en la parte demandada.
SEGUNDO Debemos reseñar que la tesis mantenida por la parte recurrente de que, ante una solicitud de medidas cautelares, por el mero hecho de tratarse de un voluminoso concurso, no es necesario aportar ningún documento ni proponer prueba en el acto del juicio oral, no se corresponde con la normativa legal vigente, o lo que es lo mismo, carece de todo soporte legal. En la hipótesis de que se tramite bajo el procedimiento delartículo 732 y siguientes de la LEC, el párrafo segundode dicha norma establece que se acompañarán a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares; y si se considera que debería tramitarse por el incidente concursal, elartículo 194.1 LC se remite a los requisitos relativos a la demanda delartículo 399 de la LEC, e igualmente deberían presentarse los documentos en que se funda su pretensión. No existe norma alguna que establezca una excepción en el procedimiento concursal por muy voluminoso que sea o porque se presuma que el Juez del concurso conoce todas sus secciones y piezas, y el motivo probablemente radique en evitar se produzca indefensión a la contraparte, que debe conocer las pruebas en las que se funda la concurrencia de los presupuestos exigidos para la adopción de la medida cautelar, en la peculiar apariencia de buen derecho reseñada en elartículo 48.3 de la LC, esto es, que resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. Concordamos que en la petición de medidas cautelares se alude a un informe, pero no se aporta. Aparte de ello, al someterse la controversia a esta Sala, resulta que la misma desconoce los documentos por no obrar en el expediente, y, por tanto, no puede ejercer su labor revisora fundada en documentos que no se han incorporado a las actuaciones, y más cuando tales requisitos han sido negados por la demandada, y no cuentan con el soporte de prueba alguna.
Debemos reseñar que dichas medidas pueden ser adoptadas de oficio por el Juez del concurso de una persona jurídica, con lo cual dichos requisitos formales devendrían de menor relevancia, pero se trata de una facultad potestativa del Juzgador, que en este caso no ha considerado oportuno ejercitar.
En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el auto recurrido.”: AAP Baleares (sección 5) 29.10.2008 (JUR 2009\163345)

4.4 Imposición de las costas a la AC por haber instado indebidamente la medida

AP Barcelona

“PRIMERO El juzgado, a instancia de la administración concursal, acordó sin la previa audiencia de los afectados, porauto de 6 de marzo de 2008, el embargo preventivo de determinados bienes de tres administradores de la concursada (Victoriano,Juan Antonio yAurelio)ex art. 48.3 LC. Frente a la adopción de esta medida cautelar, la representación procesal deAurelio formuló oposición, argumentando que desde el año 2005 padecía una enfermedad que le impedía hacerse cargo de las funciones de administrador y que el 1 de agosto de 2005 cesó como miembro del Consejo de Administración. A la vista de este motivo de oposición, que afectaba al fumus boni iuris de la medida, y de la documentación aportada que lo acreditaba, la administración concursal desistió del embargo de los bienes deAurelio. El juez del concurso, visto el desistimiento, acuerda levantar la medida cautelar, pero no condena en costas y dispone que los gastos de la adopción de la medida corran de cuenta de la masa del concurso y los del levantamiento, de cuenta deAurelio.

Aurelio recurre en apelación este último pronunciamiento, por entender que el embargo fue solicitado con "gran ligereza" por parte de la administración concursal, que no tuvo en cuenta la avanzada edad deAurelio (81 años), ni su delicado estado de salud, ni, lo que es más importante, que había cesado como administrador el 1 de agosto de 2005.
SEGUNDO Como hemos recordado en otras ocasiones, desde elauto de 6 de febrero de 2006 (RA 840/2005), aunque no se diga nada expresamente en la Ley Concursal, y por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de conformidad con ladisposición adicional 5ª de la propia Ley Concursal, frente al auto que acuerda inaudita parte el embargo de los administradores de la sociedad concursadaex art. 48.3 LC, cabe que estos se opongan por el tramite previsto en losarts. 739 LEC. En nuestro caso, el juez estima la oposición, al desistir la administración concursal del embargo, una vez tiene conocimiento de los motivos de la oposición. Si estos motivos, que fundamentalmente giran en torno a que el administradorAurelio había dejado de serlo en agosto de 2005, más de dos años antes de que se declarara el concurso (26 de octubre de 2007), podían haber sido conocidos por la administración concursal de haber procedido con un mínimo de diligencia antes de pedir el embargo, en ese caso está justificado que opere laregla del art. 741.2.III LEC, y que se imponga a la masa del concurso todos los gastos generados, no sólo con la adopción del embargo, sino también con su levantamiento.
Como quiera que el cese deAurelio como miembro del consejo de administración de la sociedad concursada está documentado y se encontraba al alcance de la administración concursal (documento nº 22 del concurso), debía haberlo conocido al tomar posesión de su cargo y estudiar con detenimiento la documentación de la sociedad, cuando menos la aportada al concurso. Al solicitar el embargo de los bienes de aquel antiguo administrador, sin percatarse de esta circunstancia, propició el embargo inaudita parte y los gastos consiguientes, entre los que se encuentran los derivados de la defensa deAurelio, quien tuvo que oponerse para hacer valer aquella circunstancia, que ya debía ser conocida por la administración concursal, en orden a que se levantara el embargo. El desistimiento de la medida por la administración concursal no puede excluir la condena a la masa del concurso a correr con los gastos, tanto de la adopción de la medida como de su levantamiento, además de las costas. Lo que en ningún caso está justificado es que sea la persona afectada por la negligente actuación de la administración concursal la que deba correr con los gastos que ello le ha deparado, y en tal sentido procede la aplicación delart. 741.2.III LEC.": AAP Barcelona (Sección 15) 04.12.2009 (JUR 2010/117867; Auto 194/2009; Rollo 319/2009)

4.5 No necesidad de prestar caución

AP Vizcaya

"CUARTO.-Señala la recurrente, en último lugar, que no se ha señalado caución conforme a las previsiones que se señalan en la LECivil caso de embargo preventivo acordado en medidas cautelares. Siguiendo a nuestra doctrina (Fernando Gómez, Tratado Práctico de Derecho Concursal, Thomson Reuters 2009) "la mayoría de los tribunales entienden que a diferencia del régimen general previsto en el art. 728, 3, LEC, no es necesaria la prestación de caución, como consecuencia lógica resultante de la posibilidad de que el embargo pueda ser acordado de oficio por el Juez y de que, en caso de que fuese acordado a instancia de la Administración Concursal, la caución habría de prestarse con cargo, no a su patrimonio personal, sino a la mas activa del concurso. El principio de intangibilidad de la masa activa proclamado por el art. 43, 2, L.C., así como el carácter de crédito contra la masa (art. 84, 2, 2º, L.C.) que ostentará el derecho de los administradores embargados ex art. 48, 3, L.C., por la reparación de los daños y perjuicios que eventualmente puedan derivarse de la medida abonan esta interpretación".
Añadir a lo anterior que en ningún momento del juicio pidió la parte ahora recurrente la prestación de caución alguna.
Concluyendo compartimos plenamente la fundamentación jurídica del auto recurrido, que debe ser íntegramente confirmado. ":AAP Vizcaya (sección 4) 01.03.2010 (auto 183/2010; Rollo 362/2009)

"CUARTO.-Señala la recurrente, en último lugar, que no se ha señalado caución conforme a las previsiones que se señalan en la LECivil caso de embargo preventivo acordado en medidas cautelares. En nuestro Auto 183/10, 1 de marzo de 2010 señalamos que, siguiendo a nuestra doctrina (Fernando Gómez, Tratado Práctico de Derecho Concursal, Thomson Reuters 2009) "la mayoría de los tribunales entienden que a diferencia del régimen general previsto en el art. 728, 3, LEC, no es necesaria la prestación de caución, como consecuencia lógica resultante de la posibilidad de que el embargo pueda ser acordado de oficio por el Juez y de que, en caso de que fuese acordado a instancia de la administración concursal, la caución habría de prestarse con cargo, no a su patrimonio personal, sino a la masa activa del concurso. El principio de intangibilidad de la masa activa proclamado por el art. 43, 2, LC así como el carácter de crédito contra la masa (art. 84, 2, 2º, LC) que ostentará el derecho de los administradores embargados ex art. 48, 3, LC por la reparación de los daños y perjuicios que eventualmente puedan derivarse de la medida abonan esta interpretación".
Añadir a lo anterior que en ningún momento del juicio pidió la parte ahora recurrente la prestación de caución alguna.
Concluyendo compartimos plenamente la fundamentación jurídica del auto recurrido, que debe ser íntegramente confirmado. ": AAP Vizcaya (Sección 4) 07.03.2011 (Auto 149/2011; Rollo 801/2010)

“SEGUNDO.-Señala en segundo lugar el recurrente que no se ha impuesto caución a la parte solicitante del embargo en garantía de sus responsabilidades y al amparo de lo dispuesto en la LECivil. El tema esta resuelto en nuestro Auto 149/11, 7 de marzo donde afirmamos: "Señala la recurrente, en último lugar, que no se ha señalado caución conforme a las previsiones que se señalan en la LECivil caso de embargo preventivo acordado en medidas cautelares. Siguiendo a nuestra doctrina (Fernando Gómez, Tratado Práctico de Derecho Concursal, Thomson Reuters 2009) "la mayoría de los tribunales entienden que a diferencia del régimen general previsto en el art. 728, 3, LEC, no es necesaria la prestación de caución, como consecuencia lógica resultante de la posibilidad de que el embargo pueda ser acordado de oficio por el Juez y de que, en caso de que fuese acordado a instancia de la administración concursal, la caución habría de prestarse con cargo, no a su patrimonio personal, sino a la mas activa del concurso. El principio de intangibilidad de la masa activa proclamado por el art. 43, 2, LC así como el carácter de crédito contra la masa (art. 84, 2, 2º, LC) que ostentará el derecho de los administradores embargados ex art. 48, 3, LC por la reparación de los daños y perjuicios que eventualmente puedan derivarse de la medida abonan esta interpretación".”: AAP Vizcaya (Sección 4) 20.07.2011 (Auto 528/2011; Rollo 852/2010)

4.6 Preclusión de la proposición de prueba

AP Castellón

“Rechazamos por ello el primer motivo del recurso y respecto del segundo sí que entendemos que le asiste la razón en cuanto a que el interrogatorio del Sr. Pedro Antonio no debió decretarse y a la inaplicabilidad de la ficta confessio, lo que no supone que debe modificarse la resolución dictada ya que si bien el Juez Mercantil utilizaba este argumento para entender justificado el riesgo por la mora procesal, concurren otras circunstancias que justifican la concurrencia de este requisito.
Y decíamos que ha sido improcedente la admisión del interrogatorio de D. Pedro Antonio porque, como argumenta el apelante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 732-2 de la LEC, " Para el actor precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de medidas cautelares".
En nuestro Auto nº 67, de fecha 19 de Abril de 2010, ya nos referíamos a esta cuestión admitiendo como prueba la documental acompañada a la demanda, con la que la parte actora cumplía con su obligación procesal de acompañar con su solicitud los documentos que la apoyaban, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 1º de ese artículo 732 de la LEC, cuando se refiere a que " Se acompañaron a la solicitud los documentos que la apoyan o se ofrecerá la practica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de las medidas cautelares".
Pero también expresamos que no hubiera podido aceptarse la practica de otros medios de prueba que no se hubiera ofrecido su practica con la solicitud de la medida cautelar.
Y si observamos el escrito de demanda, en el segundo otrosí digo, se indicaba que " a los efectos probatorios oportunos, se tenga por reproducida la totalidad de la prueba documental que se acompaña al presente escrito, así como el resto de documentación ya obrante en los presentes autos".
No se hizo ninguna mención al interrogatorio que después se interesó extemporáneamente en el acto de la vista y que no debió admitirse, lo que impide utilizar la ficta confessio o el interrogatorio de D. Pedro Antonio como argumento justificativo de los requisitos de las medidas cautelares, lo que se analizará en el último motivo del recurso.”: AAP Castellón (Sección 3) 23.03.2011 (Auto 29/2011; Rollo 560/2010)

5. Alzamiento del embargo al no subsistir los fundamentos por los que se decretó

“PRIMERO En el presente procedimiento se dictó auto acordando, de conformidad con el artículo 48.3 de la Ley Concursal el embargo preventivo de bienes y derechos de administradores actuales y pretéritos, de hecho y de derecho, de la concursada. A tal efecto, dicho precepto exige como requisitos para la adopción del embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de la concursada, de hecho o de derecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, que de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. De este modo articula la Ley la posibilidad de adoptar inaudita parte una medida, de naturaleza eminentemente cautelar, cuyo objeto es el aseguramiento de las posibles responsabilidades que puedan recaer frente a los administradores de hecho o de derecho de la concursada que exige para su adopción la concurrencia de los requisitos establecidos en dicho precepto y que, en definitiva, equivalen conjuntamente a la apariencia de buen derecho y al periculum in mora, y se encuentran íntimamente relacionada con el posible contenido de la sentencia de calificación condenado a dichos administradores o liquidadores a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa, en los supuestos de apertura de la fase de liquidación, supuesto que integra necesariamente la insuficiencia del activo para hacer frente al pasivo.
Por la propia naturaleza de dicha medida, como se ha dicho eminentemente cautelar, dichos requisitos resultan igualmente exigibles para su mantenimiento, de manera que cuando cesan o desaparecen, resulta adecuado su alzamiento, respecto al cual, dada la facultad concedida al Juez y a la administración concursal en el artículo 48.3 LC en orden a su adopción, que no se adecua a los trámites establecidos con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las medidas cautelares con las cuales se encuentra íntimamente relacionada, no es preciso acudir al procedimiento establecido en los artículos 734 y siguientes LECiv por

remisión efectuada por el artículo 743 LECiv, siendo posible su alzamiento sin necesidad de dicho trámite contradictorio, en el momento en que cesen sus presupuestos.
SEGUNDO En el presente caso, tras la adopción de dicha medida se han modificado las circunstancias que la motivaron a la vista del informe presentado por la administración concursal en el que se refleja una situación patrimonial diferente a la inicialmente extraída en el momento de la adopción de la medida de embargo a la vista de la documentación obrante en autos y de lo actuado hasta ese momento, puesto que a fecha de hoy, atendiendo al inventario y a la lista de acreedores, el activo resulta suficiente para cubrir el pasivo.
Por todo lo anterior y atendiendo a los argumentos expuestos por la administración concursal en el escrito presentado en el día de hoy en el que consideraba adecuado el alzamiento de los embargos, al extraerse de ello que han cesado en este momento parte de los presupuestos que dieron lugar a la adopción de la medida de embargo, ha de ser dejada sin efecto, levantando la totalidad de los embargos acordados en el presente procedimiento.": Auto JM-1 Santander 14.02.2006 (AC 2006/1271)

6. Denegación de otras medidas cautelares por no justificarse su finalidad ni necesidad

"CUARTO.- La administración concursal solicita además, la adopción de otras medidas cautelares, consistentes en la prohibición de cesión al Sindicato de acreedores derivado del anterior convenio de suspensión de pagos, de los expectantes derechos indemnizatorios derivados del ejercicio de las acciones judiciales pendientes de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid; la anotación preventiva del Auto que acuerde las medidas en la hoja registral de la concursada, y su publicación en un diario de máxima difusión en España, así como la anotación en el correspondiente registro público de Suecia y su publicación en un diario de máxima difusión en ese país.
No se ofrece en el escrito de solicitud justificación suficiente para la adopción de estas medidas, para las cuales la Ley Concursal no establece una regulación específica, debiendo aplicarse las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan las medidas cautelares. Se trata en consecuencia, de medidas que no pueden ser adoptadas de oficio y que han de ser proporcionadas y adecuadas para garantizar la solución del presente procedimiento concursal, y además, de medidas que tienen otros fundamentos y finalidades distintos a los del embargo solicitado en primer lugar. No sólo no se justifica la necesidad de la adopción de las medidas, ni su finalidad, a fin de que se pueda analizar y comprobar su adecuación, sino que ninguna relación tienen con la petición principal realizada en el escrito de calificación. La falta de justificación de los requisitos establecidos en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conlleva la desestimación de la petición de estas medidas cautelares. Además, debe tenerse en cuenta cuáles son los efectos derivados de la declaración del concurso y de su publicidad, y que la medida acordada en esta resolución afecta a personas distintas de la concursada.": Auto JM-1 Sevilla 13.06.2007 (auto 152/2007)

7. Sustitución del embargo por una administración judicial

AP Oviedo

"TERCERO.- El siguiente motivo del recurso de Hermonte viene a combatir la conversión operada mediante elAuto de fecha 13 julio 2007de la medida de embargo preventiva por la de administración judicial, entendiendo el recurrente que esta última debe ser dejada sin efecto al no haber sido solicitada ni debatida en el procedimiento, o subsidiariamente sustituida por la de intervención judicial por resultar ésta menos gravosa que la anterior. Establece elart. 726-1 en su nº 2 LEC-aplicable subsidiariamente al ámbito concursal por virtud de laDisposición final quinta L.C.- que una de las características que debe reunir toda medida cautelar adoptada judicialmente es la de no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado, precepto que no es sino una traslación del principio general de proporcionalidad entre la tutela jurídica que se demanda y el tipo de medida cautelar que se instrumenta para asegurarla, y que resulta aplicada en el presente caso por el juzgador de primera instancia para sustituir la medida de embargo preventivo por la de administración judicial. Ciertamente la aplicación de oficio por el juzgador del ius variando contenido en esta norma procesal requerirá -como así lo entiende la doctrina procesalista- que la posibilidad de sustitución de una medida por otra sea ofrecida por el Juez al debate contradictorio de las partes y que con la nueva medida adoptada se respeten al menos los hechos configuradores del fumus boni iuris y el periculum in mora que fueron planteados respecto de la primitiva medida solicitada. Ahora bien, ocurre que el diseño legal de la específica medida cautelar prevista en elart. 48-3 L.C. no responde a los principios de rogación y de congruencia sino que, por el contrario, su adopción por el Juez del concurso puede obedecer tanto a solicitud razonada de la Administración concursal como a su propia iniciativa. La opción del legislador de conceder al Juez del concurso la posibilidad de adoptar de oficio el embargo preventivo de los bienes de los administradores de la persona jurídica concursada -en este sentido la Exposición de Motivos de la Ley ya anuncia esta medida como un efecto "severo", así como la atribución al órgano judicial de "facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas"- debe conducir por la misma razón a posibilitar que también de oficio pueda procederse, en su caso, a su sustitución en los términos que autoriza elart. 726-1-2º LEC, sin que quepa hablar en tal caso de incongruencia extra petita. Por lo que se refiere a la vulneración del repetido principio de proporcionalidad por resultar menos perjudicial para la demandada la medida de intervención judicial que la de la administración judicial adoptada en la resolución recurrida, cabe advertir que la primera de ellas no responde a la finalidad a que obedece la sustitución del embargo preventivo acordada por la recurrida. La medida de intervención judicial supone la conservación por el demandado de las facultades de gestión y administración sobre su patrimonio -regla de injerencia mínima- si bien sometido a una fiscalización que garantice que no se van a llevar a cabo actuaciones que puedan comprometer el buen fin del derecho cuya

efectividad se está asegurando. Sin embargo la finalidad buscada con la sustitución es, según expresa la resolución recurrida, la de procurar la terminación de la obra de La Llosona para la mejor tutela tanto de los acreedores de la concursada Herconsa como de los compradores de los futuros pisos, ejecución que sería inviable en el caso de mantenerse el embargo preventivo. Pues bien, para el acometimiento de dicha ejecución parece que la medida más aconsejable es la de remover al administrador social de la demandada Hermonte para que en su lugar sea un tercero quien gestione la promoción de la urbanización La Llosona y ello ante la inidoneidad del primero para tal labor tal y como se colige de las numerosas irregularidades expuestas en el informe elaborado por el nuevo Administrador judicial tales como cantidades dejadas de cobrar por Hermonte de varios compradores (58.000 euros a Sociedad Piamonte 2005, 180.722,50 euros a otros socios), cobro por cada socio de 7.758,62 euros en 2007 como honorarios de gestión y administración según contratos inexistentes, etc. Tal medida aparece efectivamente como menos gravosa para la demandada Hermonte desde el momento en que, frente a lo que acontecería en el caso de mantener el embargo preventivo, permite superar la situación de bloqueo en que se encuentra la ejecución de la de la obra de La Llosona posibilitando de esta manera la venta de los pisos para los que se encuentre comprador y con ello la minoración o la superación del déficit patrimonial, lo que redundará en su beneficio, indirectamente en el caso de estimara su responsabilidad concursal, y directamente en otro caso.": "Se continúa alegando por la recurrente que en cualquiera de los casos tampoco puede considerarse a Hermonte como responsable a título de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia de Herconsa. El recurso no puede prosperar en este punto si atendemos a que concurre en el caso examinado una apariencia indiciaria del fumus boni iuris exigido en elart. 48-3 L.C. como posibilidad de que el concuso se califique como culpable, y que en este caso viene dada por los indicios de culpabilidad iuris et de iure por la comisión las conductas tipificadas en los ordinales 4º a 6º delart. 164-2 L.C., como acertadamente se expone en la resolución recurrida y no se combate en esta alzada, conductas imputables directamente a la aquí demandada Hermonte y que eximen de entrar en cualquier consideración acerca de la concurrencia del dolo o la culpa grave exigidos por la regla general contenida en el 164-1 L.C. A ello cabe añadir que también concurre el periculum in mora referido en elart. 48-3 L.C. al supuesto de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pues existe una probabilidad cualificada de que así tendrá lugar al ascender el déficit patrimonial de la concursada a 2.798.294,26 euros, indicios todos ellos suficientes a los efectos meramente cautelares que aquí nos ocupan para estimar la procedencia de la medida de embargo preventivo.
CUARTO.- Finalmente, sostiene el apelante la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida en el particular del nombramiento intuitu personae del administrador judicial y de los actos posteriores. Argumenta en su recurso que la persona del administrador judicial debe ser designada siguiendo el cauce previsto en elart. 631 LEC (por remisión delart. 738-2 LEC) que contempla con carácter principal su designación por acuerdo de las partes y sólo por el Juez en caso de desacuerdo, a lo que se añade que concurre en la persona designada en este caso por el Juez del concurso, el Administrador concursal DonCornelio, la defensa de intereses contrapuestos o antagónicos, como son los de la masa del concurso y los de Hermonte. Efectivamente el régimen de designación por el Juez del concurso con carácter discrecional de personas de su confianza, como ocurre en el caso de la elección de los Administradores concursales, no parece que pueda trasladarse sin más al ámbito de una medida cautelar como la que nos ocupa que afecta al patrimonio de terceras personas distintas del concursado, y ello por cuanto responden uno y otro nombramiento a finalidades distintas. Ocurre sin embargo que el caso enjuiciado presenta la particularidad ya apuntada de una apariencia indiciaria de confusión de patrimonios entre dos sociedades que venían operando mediante estructura de grupo, razón ésta que lleva a plantear la cuestión de un modo distinto, pues de un lado no parece que exista inconveniente en que quien gestiona y administra el patrimonio del concursado extienda tales facultades frente a la otra sociedad del grupo, y puesto que de otro lado resultaría sumamente perturbador el que personas distintas y sin ningún deber de coordinación entre sí se ocuparan de administrar lo que a la postre apunta a ser intereses convergentes. Procede, eso sí, delimitar las facultades del administrador judicial designado en aras a evitar riesgos como el apuntado por el apelante y referido al desistimiento por Hermonte de una demanda de incidente concursal promovida en su día, desistimiento llevado a cabo una vez nombrado el nuevo administrador judicial. Debe precisarse por lo tanto que la remoción del administrador social de "Hermonte Proyectos Inmobiliarios, S.L." y la consiguiente atribución de facultades patrimoniales al Administrador judicial se entienden limitadas exclusivamente a lo concerniente a la ejecución del complejo residencial "La Llosona", conservando la primera sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio en todo lo que no afecte ni interfiera a dicha actuación.": AAP Oviedo 01.02.2008 (JUR 2008\131648; Auto 9/2008; Rollo 446/2007)

8. Sobre su adopción de oficio

AP Barcelona

"SEGUNDO En cuanto al primer motivo, el recurso insiste en que "si la acción se dirige contra el administrador de hecho y el demandado no ostenta tal condición, debe ser absuelto (...). Y no tiene a estos efectos consecuencias jurídicas que el demandado, como administrador de hecho, sea administrador de derecho". Apela al principio de justicia rogada para afirmar que si alguien ha sido demandado como administrador de hecho, no puede ser condenado luego como administrador de derecho.
A la vista de estas alegaciones vertidas en el recurso de apelación, conviene aclarar que, aunque se aplique de forma supletoria la normativa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre medidas cautelares, el juez del concurso puede acordar el embargo de bienes de un administrador de la sociedad concursada no sólo a instancia de parte, sino también de oficio, pues así lo prevé expresamente elart. 48.3 LC. Consiguientemente, el juez del concurso no se ve vinculado, en esta fase cautelar, por la calificación que la solicitud de medidas

haya hecho del Sr.Fermín como administrador de hecho, de forma que si advierte que sobre dicho señor recae la condición de administrador de derecho, a quien además pueden imputarse las causas de calificación culpable apreciadas (irregularidades contables y enajenaciones fraudulentas), podría considerar a los efectos del fumus boni iuris que sobre él recaería la consideración de persona afectada por la calificación (art. 172.2.1º LC), y acordar el embargo de sus bienes, si se cumplen los demás requisitos legales.": AAP Barcelona (Sección 15) 16.07.2009 (JUR 2009/464638; Auto 139/2009; Rollo 97/2009)

"2. Sobre la incongruencia alegada
Según la parte apelante, la resolución incurre en vicio de incongruencia al haber acordado como medida cautelar el embargo de las participaciones de los recurrentes en la sociedad Aika, cuando dicha medida no fue solicitada por la AC en el escrito de demanda ni tampoco posteriormente, en el acto de la vista de las medidas cautelares. Por ello, dice el recurso, habría incongruencia por exceso extra petitum o ultra petitum. La juez no sólo habría dado algo diferente de lo pedido, sino algo más de lo solicitado y de lo que era objeto de la litis, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, garantizado en el artículo
24.1 de la Constitución.
La AC, en el otrosí de su solicitud, al manifestar los bienes de los demandados sobre los cuales interesaba el embargo, no hizo mención de las participaciones de los demandados en la sociedad Aika -lo admite expresamente en su oposición al recurso. Sin embargo, ese dato no permite apreciar incongruencia en el auto del juzgado. No se trata de la adopción de una medida cautelar diferente ni de más alcance que la solicitada por la AC. Ésta había pedido, en el suplico inicial, el embargo preventivo de bienes de los administradores (los tres administradores) en la cantidad de 5.574.059,21 euros y la juez lo acuerda, respecto de los ahora apelantes, en la cuantía, inferior, de 1.500.000 euros.
Pero, además, nos hallamos en un procedimiento concursal, con una regulación específica de la cuestión. El artículo 48.3 LC - norma aplicable por razones temporales; actualmente disciplina la materia el artículo 48 ter- dota al embargo preventivo de características propias y peculiares, tal como pone de relieve la Sra. magistrada al iniciar su sólida motivación sobre la medida cautelar acordada. El precepto dice literalmente: " Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores
o liquidadores, de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito " (subrayado nuestro).
Vista la amplitud de las facultades que el precepto atribuye al órgano jurisdiccional, en cuanto a la adopción misma de la medida de embargo y a su alcance, no puede apreciarse la incongruencia alegada.
Pese a lo que afirma la recurrente, el caso no guarda similitud con el resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional 182/2000, de 10 de julio, que invoca. En aquella ocasión, se trataba de un juicio declarativo de menor cuantía y se había solicitado, como medida cautelar, la intervención y nombramiento de administrador sobre unas acciones, mientras que la resolución judicial acordó la medida -distinta, no pedida ni debatida en el juicio- de intervención de una empresa y lo hizo con base en un fundamento de derecho distinto del que había sido objeto de contradicción en el proceso. Por ello, el Tribunal Constitucional apreció la incongruencia.": AAP Barcelona (Sección 15) 26.09.2012 (Auto 114/2012; Rollo 435/2011)

AP Zamora

"SEGUNDO En primer lugar y en cuanto a la vulneración de normas esenciales del procedimiento susceptibles de causar indefensión por haberse adoptado la medida cautelar de que tratamos sin audiencia de los recurrentes, lo que a juicio de los mismos infringiría la regla general establecida en elartículo 733 de la L.E.C., debemos señalar que: 1) La L.E.C. es supletoria de laLey Concursal por establecerse así en la Disposición Final 5ª de la misma, deber señalarse que el alcance de dicha Disposición es efectivamente el que en la misma se establece, es decir la aplicación de la L.E.C. en todo aquello que en laLey concursal no se regule expresamente. 2) Que en dicha Ley se contempla expresamente la posibilidad de adoptar la medida cautelar de la que tratamos sin audiencia, dado que elartículo 48,3 permite dicha adopción de oficio o a instancia de parte y desde el mismo momento de la declaración de concurso. En este sentido se han pronunciado los Juzgados de lo Mercantil nº 4 de Madrid de 17-1-2006,el nº 5 de la misma ciudad de 10-10-2005 y 1 de Bilbao de 23-3-2005.": AAP Zamora 19.06.2009 (JUR 2009/330759; Auto 48/2009; Rollo 74/2009)

"PRIMERO.- Por la representación deCarlos Alberto se solicita la nulidad del Auto de 18/12/08 que acuerda el embargo de sus bienes, por inobservancia de normas procedimentales y patente indefensión., reiterando en esta alzada los mismos argumentos.
El recurso no puede prosperar, pues basta una lectura de las alegaciones de los administradores concursales de la entidad Transportes JMC e Hijos SJ, del que el recurrente era administrador, para poner de manifiesto la temeridad de la solicitud, donde los administradores concursales manifiestan haber intentado ponerse en contacto con él, negándose a todo tipo de colaboración, incluso se le ha requerido la documentación contable haciendo caso omiso, por lo tanto, causa perplejidad que casi un año y pico se solicite la nulidad del embargo. Si a lo anterior unimos que se le ha entregado la cedula de citación de la sociedad para comparecer a la vista el 16/07/08, sin formular oposición, ni comparecer a juicio, cuando era el administrador único de dicha entidad y por lo tanto como representante legal debió de acudir, no haciéndolo, supone atentar contra el principio de buena fe procesal y abuso de derecho solicitar, ahora la nulidad, siendo así que debió y pudo oponerse en su día a dicha medida, no haciéndolo, por lo que ninguna indefensión se ha producido, máxime cuando el

Juzgado de lo mercantil en su resolución le permite apelar el Auto de conformidad con elart. 735 Lec, cosa que al parecer no ha hecho.
Por otra parte, de conformidad con el art 48 Ley Concursal, el Juez del concurso podrá acordar de oficio o a petición de los administradores del concurso el embargo de bienes de los administradores, lo que se ha efectuado, sin que resulte necesario su audiencia, pues es de aplicación supletoria en esta materia la Lecart 731 y siguientes, por lo que en todo caso, la audiencia no es necesario, si bien hemos dicho que se convocó a comparecencia a la entidad, mediante entrega de cédula al hoy recurrente como representante legal. Por lo tanto ninguna vulneración delart 24 de la Constitución se ha producido.
Para finalizar y con relación a la sordera que dice padecer, como muy bien expone el Juzgador de instancia, ni se acredita la sordera, ni se ha practicado notificación en forma oral.": AAP Zamora 17.02.2011 (JUR 2011/170569; Auto 17/2011; Rollo 338/2010)

9. Improcedencia de su suspensión

AP Sevilla

"SEGUNDO.- En primer término hemos de pronunciarnos sobre la indicada solicitud de suspensión de las medidas cautelares. Se pide fundamentalmente en base alAuto que esta Sala dictó el 25 de julio de 2007 que decretó la suspensión de las actuaciones afectadas por los recursos interpuestos contra lasSentencias dictadas en los incidentes concursales Nº 286/05 y287/05.
Pues bien, la naturaleza temporal, provisional, condicional y modificable de unas medidas cautelares, y su función instrumental en garantía de la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse, determina que el proceso cautelar no quede afectado en cualquier caso y ocasión por la suspensión del proceso principal, la cual hace más necesario, si cabe, siempre que se den los requisitos legales precisos para ello, la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares, precisamente por la dilación que la suspensión del proceso principal va a suponer para la definitiva decisión del asunto. La suspensión del proceso principal no es razón suficiente para que quede en suspenso la adopción de medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables. Así lo previene ya la propiaLey de Enjuiciamiento Civil cuando regula los efectos de la suspensión del proceso principal por formulación de una declinatoria(art. 64.2 LEC). En definitiva, si concurren motivos para la adopción de medidas cautelares, la suspensión del proceso principal las hace todavía más necesarias. Por ello, no cabe estimar la solicitud de suspensión de la pieza de medidas cautelares, debiendo procederse a la resolución del recurso de apelación formulado.": AAP Sevilla (Sección 5) 12.11.2010 (JUR 2011/122776; Auto 225/2010; Rollo 1902/2010)

10. La responsabilidad asegurada es tanto la del art. 172.3 como la del 172.2.3º

AP Guipúzcoa

"Sentado lo anterior y en relación con los motivos de recurso, cabe señalar :
* El Sr. Felicisimo alega que el Juzgado de lo Mercantil le condenó a la responsabilidad indemnizatoria por daños del art. 172.2.3º, y no en base a la responsabilidad concursal del art. 172.3. El pronunciamiento fue confirmado por la Audiencia y frente al mismo el apelante interpuso recurso de casación e infracción procesal, alegando en éste que la sentencia de la Audiencia habia incurrido en un vicio de incongruencia extrapetita, porque la acción ejercitada por las partes demandantes en la sentencia de calificación del concurso (el Ministerio Fiscal y la Administración Concursal), era la responsabilidad concursal del art. 172.3 y no la indemnizatoria de daños del art. 172.2.3º, que sirvió de apoyo a la condena impuesta por el Juzgado de lo Mercantil.
De dicha alegación y del examen de las resoluciones dictadas por el Juzgado y por la Audiencia, (a las que la Sala tiene acceso, aunque no se hayan aportado al incidente), se extrae la conclusión de que el motivo alegado en el recurso por infracción procesal, es decir la incongruencia extrapetita imputada a la Sala, no fue alegada por el Sr. Felicisimo en el momento de recurrir la sentencia del juzgado, puesto que del contenido de la sentencia de apelación se desprende que los motivos de recurso se centraron en el error de valoración de prueba respecto a los incumplimientos imputados al Sr. Felicisimo, tales como la falta de llevanza de los libros contables, de falta de colaboración con la administración concursal, y falta de formulación y depósito de las cuentas anuales, que tanto la sentencia del juzgado como la de la Sala, consideraron enlazadas causalmente con la insolvencia o su agravación.
Ciertamente existen dos posturas jurisprudenciales enfrentadas respecto a la intrepretación del art. 172.3 de la L. Concursal.
Así, una interpretación sostiene que dicho precepto contiene una responsabilidad sanción y por lo tanto no se requiere la acreditación de la relación de causalidad entre las conductas que han determinado la declaración de concurso culpable (164.1, 164.2, y 165 de la L.Concursal, aplicados en el presente caso por la sentencia de instancia), y la generación o agravación de la insolvencia, por lo que resulta suficiente que concurran los presupuestos del art. 172.3, para que proceda la imposición de la responsabilidad concursal.
Y otra interpretación (defendida esencialmente por la Audiencia Provincial de Barcelona), es la que considera la responsabilidad concursal del art. 172.3, como una responsabilidad por daños, que solo cabe imponer cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica, abundando en tal argumento el tenor literal del art. 172.3, que no se refiere a la imposición de una sanción automática

consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al juez la facultad de poder condenar o no a los administradores (la sentencia, podrá, además condenar a los administradores).
Sin embargo, dicha distinción resulta irrelevante en el caso que nos ocupa, desde el momento en que la condena de los administradores se sustenta en los incumplimientos que se les imputan enlazados con la generación o agravación de la insolvencia, por lo que cualquiera que sea la interpretación dada al art. 172.3, estaríamos ante una responsabilidad por daños que es la apreciada en la sentencia de instancia, en la que el juez condena por el art. 172.2.3º, a indemnizar los daños y perjuicios, que concreta en los créditos generados en los cinco meses posteriores al cese de la actividad, momento en que dejaron de pagarse las cuotas de la Seguridad Social.
Por otra parte, el embargo previsto en el art. 48.3 de la L.Concursal, no aparece vinculado a la naturaleza de la acción que pueda ejercitarse en base a la responsabilidad de los administradores, con independencia de que se trate de una responsabilidad sanción o de una responsabilidad civil por culpa. Lo único que exije el precepto es que "de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable", y por ello, el éxito de la solicitud de embargo viene condicionado por la acreditación de que las conductas determinantes de la calificación culpable, hubieran sido causa de la generación o agravación de la insolvencia. Y como en el presente caso tal posibilidad resulta más que fundada tras el dictado de las sentencias que así lo declaran, ninguna consecuencia podría acarréar en órden a la procedencia del embargo, que la acción ejercitada fuera la del art. 172.3, o la del 172.2.3º, como así entendió el juez y confirmó la Audiencia.": AAP Guipúzcoa (Sección 2) 08.02.2011 (Auto 13/2011; Rollo 2381/2010)

2.De igual manera, durante la tramitación del concurso de la sociedad, el juez, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos del socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pudiendo, a solicitud del interesado, acordarse la sustitución del embargo por aval de entidad de crédito.

3.Contra el auto que resuelva sobre la medida cautelar cabrá recurso de apelación

Artículo 48 quáter. ***Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora.***

Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores.

Nuevo art 48 quáter introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Vid. la jurisprudencia anterior a la ley 38/2011, incluida en el art 50.2

Las acciones iniciadas con anterioridad que se hallen en curso en curso quedarán en suspenso ex 51 bis.1-

0. Interpretación de la disposición transitoria

AP Valencia

"El artículo 48 quater dispone que: " declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores". La norma fue introducida en la Ley Concursal por reforma operada por Ley 38/2011, con entrada en vigor - a los efectos que ahora nos ocupan - el 1 de enero de 2012.
No podemos acoger los argumentos esgrimidos por la recurrente en orden a la infracción de la Disposición Transitoria Primera, ni del principio de irretroactividad de las leyes procesales a que se refiere en su escrito para justificar un diverso pronunciamiento sobre costas respecto del acordado en la instancia, pues no compartimos la interpretación que efectúa del apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 38/2011 en orden a que, para la aplicación de la norma, deba concurrir el doble requisito de que la presentación y declaración del concurso sea posterior a la entrada en vigor de la reforma, pues ha de tenerse en cuenta que el precepto distingue entre el régimen de las solicitudes que se presenten y los concursos que se declaren, a los efectos de dar a cada uno de ellos el tratamiento correspondiente.
El concurso necesario de la mercantil EDIFICACIONS PARADEISOS SL se declaró el 31 de octubre de 2012, estando vigente la reforma operada por la Ley 38/2011 (desde el 1 de enero de 2012, como se ha apuntado anteriormente), de manera que cuando tiene lugar dicho pronunciamiento y se insta el ulterior incidente concursal de que trae causa esta resolución (el 5 de julio de 2013) era aplicable el artículo 48 quater, que no se refiere a las solicitudes de declaración de concurso voluntario o necesario, sino a la legitimación para promover el incidente en ejercicio de la acción social ya en sede de concurso declarado. Por tanto, en tal momento procesal, el demandante carecía de legitimación para el ejercicio de la acción, como apreció el magistrado a quo y ha reconocido el actor al limitar su recurso al pronunciamiento sobre costas, consistiendo de este modo

la falta de legitimación apreciada en la instancia.": SAP Valencia (Sección 9) 12.02.2015 (Sentencia 48/2015; Rollo 801/2014)

CAPÍTULO II - De los efectos sobre los acreedores

SECCIÓN 1.- DE LA INTEGRACIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA MASA PASIVA

Artículo 49. Integración de la masa pasiva.

Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes.

1. Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes.

2. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal.

Nueva redacción del art 49 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal. A tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta ley, constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal. (Disposición transitoria cuarta, 2, Ley 38/2011).
.

SECCIÓN 2 - DE LOS EFECTOS SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES

Nota para el caso de convenio

Para el caso de convenio, téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 133.2 LC, conforme al cual desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, de modo que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 LC. Véase la jurisprudencia incluida en el citado art. 133.2

Artículo 50. Nuevos juicios declarativos.

1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.

[Vid. Art. 8, en el que se incluye la jurisprudencia sobre cuáles son las materias de las que debe conocer, o no, el juez del concurso]

Art. 50.1

0. Inaplicabilidad de este precepto al no existir concurso sino suspensión de pagos

"Tales consideraciones deberían bastarnos para rechazar la competencia que nos viene atribuida, pero en todo caso debe reiterarse con rotundidad, además, que no es de aplicación el supuesto del artículo 50 de la Ley concursal en cuanto que no existe declaración de concurso, por más que en todo caso no debería remitirse físicamente el expediente sino proceder al archivo de la causa, y por ende tampoco el supuesto de que se trata resulta incardinable atendidos los particulares enunciados relativos a la prosecución de la Suspensión de Pagos ante el Juzgado de Primera Instancia num. 5 de Paterna, al amparo del artículo 51.
En todo caso, piénsese que la finalidad de la normativa conformada ex artículos 8, 50 y 51 de la Ley Concursal, en lo que ahora nos interesa, no es que el conocimiento de los asuntos venga atribuido al Juzgado de lo Mercantil, y allí donde existan varios se proceda al repartimento de asuntos, sino que antes bien, en los

supuestos en que los Juzgados de Primera Instancia deben abstenerse de conocer, el interesado debe insinuar su crédito o hacer valer el derecho que pretende ante el Juez de lo Mercantil que tramita el concurso de que se trate.”: Auto JM-1 Valencia 1.02.2005 (AC 2005/719)

1. Inadmisibilidad/Archivo de demanda posterior a la declaración de concurso

AP Madrid

“PRIMERO Ante la negativa del Juzgado de Primera Instancia y del Juzgado de lo Mercantil a conocer de la demanda planteada por la actora, por entender ambos que carecían de competencia objetiva, se ha planteado una cuestión negativa de competencia, que conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de ser resuelta por el órgano inmediato superior común (en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid) y, a la vista de lo dispuesto en el últimoinciso del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dada la falta de una previsión específica para el caso de competencia objetiva, por aplicación analógica de lo previsto en elartículo 60.2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan las cuestiones de competencia territorial, han sido remitidos los autos a esta Sección de la Audiencia Provincial con emplazamiento de la parte personada.
SEGUNDO Ahora bien, en función de los antecedentes de hecho que han sido expuestos, no nos encontramos estrictamente ante una cuestión de competencia al uso sino ante errores de procedimiento de ambos Juzgados puesto que el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Leganés, constatada la declaración de concurso de la entidad demandada LABWARE, S.A. con anterioridad a la presentación de la demanda, debía simplemente y de conformidad con lo dispuesto en elartículo 50.1 de la Ley Concursal abstenerse de conocer e inadmitir la demanda a trámite con archivo del procedimiento, previniendo a la actora de que ejercitara su derecho ante el Juzgado competente, en lugar de declarar su incompetencia y remitir las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil núm. 7 previo emplazamiento de la actora para su comparecencia ante dicho Juzgado.
Por su parte el Juzgado de lo Mercantil núm. 7, si bien razona de forma correcta acerca del modo de proceder en un caso como el presente, no resultaba competente para reportar los autos nuevamente al Juzgado de origen para su archivo y debía haber procedido, como finalmente efectuó, conforme a lo dispuesto en elartículo 60 de la LEC remitiendo las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del conflicto.
TERCERO Sentado lo anterior y en función de lo ya argumentado resulta claro que procede la devolución de las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Leganés para que dicte resolución de inadmisión de la demanda a trámite con archivo del procedimiento, previniendo a la actora de que, si a su derecho conviene, ejercite su derecho ante el Juez del concurso por los trámites correspondientes.”: AAP Madrid (Sección 28) 27.04.2009 (JUR 2009/472972; Auto 75/2009; Rollo 63/2009)

AP Guadalajara

“UNICO La cuestión a que se circunscribe el presente recurso, de naturaleza formal o procedimental, gira en torno a la decisión que ha de adoptar el Juez de instancia ante el que se plantea una reclamación de la que deba conocer el Juez de lo mercantil que examina la situación concursal del demandado. En la resolución impugnada la Juzgadora archiva el procedimiento declarando la falta de validez de las actuaciones practicadas, interesando la recurrente y demandante que planteándose una cuestión de competencia debió la Juzgadora dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, remitiendo las actuaciones al Tribunal competente, esto es el Juzgado de lo mercantil.
La Exposición de Motivos de laLey Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, justifica esta previsión normativa relativa al conocimiento de las reclamaciones dirigidas frente al concursado del siguiente modo: "El carácter universal del concurso justifica la concentración en un sólo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado. Mediante la correspondiente modificación de laLey Orgánica del Poder Judicial (nuevo artículo 86ter), esta atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente se incorpora ahora expresamente a las competencias de los juzgados de lo mercantil". Uno de los principios del proceso concursal regulado en laLey Concursal es el de la universalidad del concurso, tanto en cuanto a la masa activa, es decir, que la declaración de concurso produce una afectación de todos los bienes y derechos de contenido patrimonial de deudor, tanto los presentes como los futuros, que constituyen la masa activa del concurso (art. 76.1 de la Ley Concursal), como a la masa pasiva, esto es, que declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso (art. 49 de la Ley Concursal). Sin embargo este principio de universalidad no es absoluto. El propioart. 76, en los siguientes apartados, prevé algunas excepciones, y elart. 49contiene un inciso final en tal sentido, al afirmar que esa integración de todos los acreedores en la masa pasiva del concurso se producirá "sin más excepciones que las establecidas en las leyes". Por tanto, excepcionalmente, determinados acreedores pueden ejecutar sus créditos contra determinados bienes del concursado separadamente al proceso concursal, como es el caso, por ejemplo, de lo previsto en elart. 76.3 de la Ley Concursal y de algunos de los supuestos previstos en losarts. 55 y 56 de la Ley Concursal.
Por ello, al juez del concurso se le atribuye el conocimiento de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en suLey reguladora, y en todo caso de las previstas en los apartados 1º a 6º delart. 86.ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
La reducción de la masa activa del concurso, puede producirse por varias razones. En primer lugar, porque

existan bienes que, aun siendo propiedad del concursado y aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables (art. 76.2 de la Ley Concursal). En segundo lugar, porque en poder del concursado se encuentren bienes de dominio ajeno, que son reclamados por sus dueños (separatio ex iure dominii). Finalmente, la reducción puede producirse porque determinados bienes del quebrado estén afectos con carácter preferente a la satisfacción de ciertos créditos que gozan del derecho de ejecución separada, al margen del concurso (separatio ex iure crediti).
Respecto del primer apartado, será el juez del concurso quien haya de decidir las impugnaciones que, por el trámite del incidente concursal, puedan haberse formulado por cualquier interesado respecto del inventario de la masa activa realizado por los administradores concursales y acompañado al informe delart. 75 de la Ley Concursal (art. 96 de la Ley Concursal), bien por entender que éstos han incluido bienes del concursado de carácter inembargable, bien por entender que éstos han excluido bienes por el motivo previsto en elart. 76.2 de la Ley Concursal cuando no concurren en ellos el carácter de inembargable.
Respecto del segundo apartado, es también el juez del concurso quien habrá de resolver, por los trámites del incidente concursal, la impugnación de la decisión denegatoria de la administración concursal a entregar los bienes en poder del concursado reclamados por quienes se consideran sus propietarios (art. 80 de la Ley Concursal).
En el tercer apartado (separatio ex iure crediti) se incluyen diversos supuestos, entre los que pueden citarse los delart. 76.3 de la Ley Concursal, 55 y 56de la Ley Concursal.
En estos últimos preceptos se observa que determinados créditos (por ejemplo, algunos de los que son objeto de procedimientos administrativos de ejecución o de ejecuciones laborales, créditos con garantía real, derivados de ventas con reserva de dominio o de arrendamientos financieros, etc) son susceptibles de ejecución separada respecto del concurso dependiendo de determinadas circunstancias.
Las anteriores consideraciones habrán de ponerse en relación con la regulación de las cuestiones de competencia. En esta línea y tras la aprobación de laLey 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LECiv), que regula en el Capítulo II del Título II la competencia de los órganos jurisdiccionales, cualquier órgano jurisdiccional del orden civil está autorizado a declarar de oficio su falta de competencia objetiva, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del demandante (art. 48.3 LECiv), indicando "la clase de tribunal al que corresponde el conocimiento del asunto" (art. 48.4 LECiv).
Esto significa que, con la actual regulación legal, salvo en el caso de los Juzgados de 1ª Instancia con competencia en Familia a los que elart. 46 LECiv autoriza expresamente, no es posible que un Juzgado de 1ª Instancia pueda "inhibirse" a favor de otro, ya que la LECiv le autoriza a declarar su incompetencia objetiva, indicando al demandante qué órgano considera competente para resolver (art. 48.4 LECiv), apreciar de oficio su falta de competencia territorial (art. 58 LECiv) o estimar una declinatoria cuando laLey lo autoriza (arts. 63 y ss.), pero en ningún caso declarar al tiempo su incompetencia objetiva y ordenar la remisión de los autos al que considera competente.
Quizá la regulación de las cuestiones de competencia territorial que se aprecian de oficio, en las que expresamente dispone elart. 58 de LECiv que se remiten las actuaciones al tribunal que se considera territorialmente competente, pueda haber dado lugar a confusión. Esa regulación no es semejante a la que se dispone en los casos de falta de competencia objetiva, pues elart. 48.4 se limita a indicar que "el auto que declare la falta de competencia objetiva indicará la clase de tribunal al que corresponde el conocimiento del asunto".
Hay que resaltar que la norma legal distingue, por obvias razones, el tratamiento procesal de cada cuestión. Las relativas a la competencia objetiva y funcional son de orden público, indisponibles, y por lo tanto han de ser objeto de control judicial desde el primer momento en que se analiza una demanda para su admisión. En cambio las normas sobre competencia territorial en ocasiones pueden ser objeto de disposición por las partes, ya que a falta de norma procesal imperativa, como la contenida en elart. 54 LECiv, cabe la sumisión expresa (art. 55) o tácita (art. 56).
Como dicen losAutos de la AP Sevilla de 7 de marzo de 2005 (AC 2005, 1005), y AP Asturias de 29 de marzo de 2005 (JUR 2005, 112292), en los casos en que se declara la falta de competencia objetiva no hay que remitir el asunto mismo a la jurisdicción o juzgado que se considera competente, sino reservar al demandante la posibilidad de plantear la pretensión ante el que se designa. Además hay que añadir que es razonable que la norma disponga tal regulación, pues habrá casos en que por la lejanía geográfica, o el coste que supone la postulación, bien diverso según órdenes jurisdiccionales o cuantías, el demandante puede decidir no reiterar su demanda.
En este caso debe rechazarse la inhibición pretendida. El Juzgado que considera que tiene falta de competencia objetiva, como es el caso, puede inadmitir la pretensión, señalar el órgano competente y reservar a la parte demandante la posibilidad de presentar la demanda ante el mismo, como expresamente dispone elart. 48.4 LECiv. Así lo ha indicado, por ejemplo, elAuto de la AP Asturias de 7 de febrero de 2005 (JUR 2005, 84034), que frente a las protestas de la parte recurrente porque no se remitieron los autos al Juzgado que se señala como competente, desestima el recurso e indica que eso es, precisamente, lo que la norma dice que hay que hacer en los casos de falta de competencia objetiva.
Volviendo a laLey Concursal distingue esta que la pretensión sea declarativa (arts. 50 y 51), arbitral (art. 52) o ejecutiva (arts. 55 y ss.). Si es declarativa, como en este caso, puede suceder que se plantee antes o después de la declaración del concurso. De ser anterior, elart. 51.1 ordena continuar hasta la firmeza de la sentencia..
En efecto, si el deudor requerido, pese a estar situación de concurso, guarda silencio, se dictará auto finalizando el procedimiento porque no es posible, en aplicación delart. 55.1 LC, "iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales", frente al concursado. El acreedor podrá acudir con tal auto al concurso y comunicar su crédito, en el modo que dispone elart. 85 LC.
También puede el concursado oponerse, en cuyo caso se seguirán los trámites del juicio declarativo que corresponda por la cuantía, hasta llegar a sentencia firme. Es decir, si el procedimiento si inicia antes de la

declaración del concurso no puede suspenderse sin más, sino que el Juzgado debe continuar hasta alcanzar resolución firme, y a partir de ahí, suspender su conocimiento.
No es posible paralizar el procedimiento, porque debe finalizar bien por el silencio del concursado, bien con sentencia tras su oposición. Privar de ese derecho al deudor es inadmisible, incluso aunque se encuentre en situación de concurso, y además carece de fundamento legal, porque elart. 51.1 de la Ley Concursal obliga, simplemente, a continuar hasta que se dicte sentencia firme.
Otro tanto cabe predicar del juicio cambiario, en el que el requerimiento de pago debe ser hecho conforme alart. 821.2 LECiv. En ese momento el deudor requerido puede tratar de acreditar al Juzgado que se encuentra en situación de concurso, declarada por el Juzgado competente, para evitar los embargos que se realizarían al tiempo que el requerimiento, pues elart. 821.2 dice que han de hacerse ambas diligencias: requerimiento y embargo, sin que sea posible anticipar esta segunda al momento de la admisión de la demanda cambiaria.
En cambio si el procedimiento declarativo se inicia después de declarado el concurso, elart. 50 LC dispone que "los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso". Es decir, declarado el concurso, el Juzgado de 1ª Instancia carece de competencia para conocer de una pretensión declarativa, y el solicitante debe ver repelida su pretensión, en aplicación de ese precepto.
Evidentemente eso no significa dejar inerme al acreedor. Este puede acudir al concurso, comunicar su pretendido crédito en la forma que dispone elart. 85 LC, y si no lo ve reconocido, impugnar tal negativa a través del incidente concursal que dispone elart. 96 LC. O bien ejercitar las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan frente al patrimonio del concursado a las que alude elart. 86 ter 1.1º de la LOPJ, tras su reforma por la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC), que dicho precepto y elart. 8.1 LC reservan, precisamente, al Juez del Concurso, es decir, ni siquiera a los juzgados de lo mercantil, sino a aquel concreto Juzgado Mercantil que esté tramitando el concurso.
El acreedor no precisa un título judicial que ya no puede obtener fuera del concurso, sino que tiene procedimientos reglados, determinados por la norma concursal, para obtener el reconocimiento de su pretensión.
Si el conocimiento del Juzgado de 1ª Instancia es posterior a la declaración de concurso, la propia norma dispone en elart. 50.1 LC que "de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado". Eso sucedió en este caso, en el que la representación procesal de Espavisa comunica el 20 de febrero de 2009 la situación concursal declarada por auto del Juzgado de primera instancia num.4 de Guadalajara con competencia en materia mercantil con fecha 31 de julio de 2008, antes pues de la presentación de la demanda origen de estos autos, el 12 de diciembre de 2008. Ante tal manifestación el Juzgado de 1ª Instancia ordenó lo que dice la norma, el archivo de las actuaciones que se hayan practicado, siendo improcedente lo que plantea la parte recurrente según lo expuesto anteriormente al referirnos a las cuestiones de competencia pues se daría lugar a una inexistente cuestión de competencia por inhibitoria frente a la que no hay cauce procesal previsto, pues el señalado por el art. 60.2 LECiv se refiere a los casos en que la cuestión se refiere a la competencia territorial.": AAP Guadalajara 01.12.2009 (JUR 2010/35279; Auto 118/2009; Rollo 255/2009)

1.1 Caso de juicio monitorio

AP Barcelona (sección 15)

"PRIMERO La empresa demandante presentó ante elJuzgado en fecha 18 de julio pasado, solicitud de juicio monitorio contra la sociedad demandada en reclamación del pago del precio de determinados suministros mercantiles. Admitida la solicitud y efectuado el requerimiento a la parte demandada ésta compareció explicando que en fecha 18 del propio mes había sido declarada en concurso voluntario en el Juzgado Mercantil nº 2 de esta capital por lo que solicitaba la acumulación de los autos al proceso concursal.
El Juzgado proveyó tal manifestación como declinatoria por falta de competencia objetiva dando vista al solicitante quien alegó no haber tenido conocimiento previo de aquélla circunstancia por lo que, admitiendo la competencia del Juzgado Mercantil, termina solicitando la remisión de los autos a aquel Juzgado.
El Juzgado de Primera Instancia, en la resolución que hoy es motivo de recurso, resuelve no ser procedente la remisión de los autos al Juzgado mercantil sino el archivo de los autos con imposición de costas a la parte solicitante quien recurre este particular de la resolución.
SEGUNDO Efectivamente, lo propio en este caso no era la remisión de los autos al Juzgado de lo mercantil, pues tal posibilidad la reserva elart. 51.1 de la Ley Concursal para los asuntos declarativos en tramitación que el Juez del concurso reclame por entender que su resolución tiene trascendencia esencial para la formación de inventario o de la lista de acreedores. La solución legal respecto de los procesos con trascendencia patrimonial contra el concursado que se interpusieran con posterioridad a la declaración del concurso, que es el caso, es la establecida en elart. 50.1 del mismo texto legal que dispone la abstención del Juez civil y la ineficacia de tales actuaciones.
No establece el indicado precepto de la Ley Concursal, disposición alguna respecto de las costas de tal proceso. Tampoco está prevista esta circunstancia en el art. 394 de la Ley de enjuiciamiento civil ni, especialmente, en elart. 812 del mismo texto que, al regular el juicio monitorio, la única referencia a imposición de costas la hace al hecho de no interponer la demanda de juicio ordinario tras oposición del demandado, que tampoco es el caso. Por otro lado, tampoco hubo petición de imposición de costas por la parte demandada que se limitó a solicitar la remisión de los autos al Juzgado Mercantil. En tales circunstancias y vista la existencia documentada de reclamaciones previas extrajudiciales desatendidas por el deudor, vistas las explicaciones del recurrente sobre ignorancia de que se hubiera ya presentado concurso voluntario y vista la cercanía de fechas

entre la presentación de la solicitud del juicio monitorio en los juzgados civiles y la presentación de concurso voluntario en los mercantiles, consideramos procede dejar sin efecto la imposición de costas que contiene la resolución recurrida, sin aplicar el principio del vencimiento que materialmente no ha existido en el presente caso y que es el criterio básico en materia de imposición de costas, significando que, a diferencia de las situaciones de incompetencia de jurisdicción ordinarias aquí no estamos ante una situación fija sino ante una contingencia eventual (la declaración de concurso) que no justifica, al menos en este caso, la imposición de costas por "vencimiento procesal".": AAP Barcelona (sección 15) 10.03.2009 (AC 2009/1329; Auto 56/2009; Rollo 17/2009)

AP La Rioja

"PRIMERO.- Por el Juez de Primera Instancia nº1 de Logroño, se dictóauto el 28 de marzo de 2007, en el que acordaba la inhibición del Juzgadoindicado del Procedimiento Abreviado tramitado en el mismo con el nº941/06 del Juzgado de Primera Instancia nº6 de Logroño, pues la demandada en dicho Procedimiento Monitorio había sido declarada en concurso, de modo que de acuerdo con lo dispuesto en losartículos 8 y 50 de la Ley Concursalse inhibía a favor del Juzgado de Primera Instancia nº6 de Logroño en materia concursal.
Previamente a este auto, por el Procurador Don José Toledo Sobrón, se había interpuesto demanda de Juicio Monitorio, en representación de BANKE PSA FINANCE, contra instalaciones LOGROGAS S.L..
Esta demanda fue admitida a tramite por providencia delJuzgado de Primera Instancia nº1 de Logroño de 31 de octubre de 2006, tal y como consta a los folios 2 y 33 de los autos.
La demandada en el procedimiento monitorio fue declarada en concurso en 6 de febrero de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia nº6 de Logroño.
SEGUNDO.-Por el Juzgado nº6 de Logroño se ha dictadoauto en 27 de abril de 2007, en cuya parte dispositiva se dispone:
1.-Acuerdo no aceptar la competencia para resolver en el procedimiento Monitorio nº 1101/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Logroño, seguido a instancia de BANQUE PSA FINANCE HOLDING, contra INSTALACIONES LOGROGAS S.L.
2.-Se plantea conflicto negativo de competencia respecto del procedimiento monitorio 1101/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño, seguido a instancia de BANQUE PSA FINANCE HOLDING, contra INSTALACIONES LOGROGAS S.L., declarada en concurso el seis de febrero de dos mil seis por carecer este Juzgado de lo Mercantil de competencia para resolver.
3.-Remítanse los autos con todos los antecedentes a la Audiencia Provincial de La Rioja, por ser el tribunal inmediato superior común, para que decida el tribunal al que corresponde conocer del asunto, participando que al estar la sociedad INSTALACIONES LOGROGAS S.L., en concurso es urgente su resolución para la inclusión o no del crédito concursal en la lista de acreedores."
En este auto del Juzgado nº6 se hace referencia a lospreceptos indicados en el auto del Juzgado nº1, en relación también con elartículo 51 de la Ley Concursaly se resuelve en el sentido expuesto.
Resulta acertado el razonamiento efectuado por el Juzgado de lo Mercantil de La Rioja en los dos primeros fundamentos de derecho delauto de 27 de abril de 2007, por cuanto que, conforme alartículo 50.1 Ley Concursal, los Juecesdel orden Civil ante quien se ha interpuesto demanda de la que deba conocer el Juez del concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal, deberán abstenerse de conocer previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso.
Y, asimismo, en el mismo precepto se señala que de haberse admitido a tramite la demanda, se debe ordenar el archivo de lo actuado careciendo de validez las actuaciones.
En este sentido se manifiesta el Juez de lo Mercantil en el referido segundo fundamento de derecho en relación con el anterior.
Por tanto por parte del Juez de Primera Instancia nº6, habiéndose admitido a tramite la demanda de Juicio Monitorio por dicho Juzgado, después de la declaración de concurso respecto de la Sociedad demandada en el procedimiento monitorio, se deberá resolver conforme a lo dispuesto en elarticulo 50.
TERCERO.-También resulta acertado el tercer fundamento de derecho del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de La Rioja de acuerdo con lo dispuesto en elarticulo 51-1 de la Ley Concursal, en relación con losartículos 85 y 21 apartado 1-5 de la Ley Concursalpues aun cuando se tratase de un procedimiento en tramitación en el Juzgado de Primera instancia nº1 al momento de la declaración del concurso, que podría, tramitarse hasta sentencia o, acumularse a aquellos que se estuviesen tramitando en Primera Instancia, competencia del Juez del concurso, no obstante tendría también que tenerse en cuenta, como expone el Juez de lo Mercantil, que no es este el caso que se cuestiona, ya que quien figura como parte actora en el monitorio, esta reclamando cantidad que se podría comunicar como crédito, al amparo de los preceptos mencionados, de concurrir los supuestos previstos en el mencionadoartículo 51.1, tal y como se expone en el tercer fundamento de derecho de la resolución dictada por el Juez de lo Mercantil.": Auto AP La Rioja 07.06.2007 (JUR 2007/312416)

AP Tarragona (Sección 3)

"PRIMERO Interpone la representación procesal de APTEC PRODUCTES TECNOLOGICS, S.L. el presente recurso de apelación impugnando el pronunciamiento de la resolución de instancia por la que se le condena en costas, considerando que no ha existido desistimiento alguno por su parte sino la aplicación estricta delartículo 50 de la Ley Concursal de 2.003. Señalaeste precepto: "1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso.

De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
Con la finalidad de resolver adecuadamente el presente recurso de apelación, debe partirse del íter seguido por el mismo; así:
- el día 21 de marzo de 2.007, la actora APTEC presenta demanda de juicio monitorio contra la mercantil ASM AUTOMATION, ROBOTICS, ENGINEERING AND DESIGN, S.L. (folio 1);
- el 27 de abril de 2.007 se requirió de pago a la demandada (folio 42);
- el 14 de mayo de 2.007 la Administración concursal de ASM ASRED pone en conocimiento delJuzgado que la misma se encuentra en situación de concurso, autos núm. 73/2007 del Juzgado de lo Mercantil de Tarragona (folio 45); y
- mediante escrito de 24 de octubre de 2.007, la parte actora solicita el archivo del procedimiento monitorio (folio 60) y aporta Providencia de 23 de abril de 2.007 delJuzgado de lo Mercantil, autos 73/2007en la que se expresa: "Por presentado el anterior escrito por D. Ramón Forés Prats en nombre y representación de APTEC (PRODUCTES TECNOLOGICS S.L.), únase a la presente sección. // Se tienen por aportados los documentos relativos a su crédito a los efectos legales oportunos, con traslado a la Administración Concursal. " (folio 61).
Por tanto, de lo expuesto y atendiendo a la proximidad de fechas señalada, se desprende que la parte actora - apelante conocía la situación de concurso de la sociedad demandada (siendo prueba de ello la Providencia del Juzgado de lo Mercantil) antes de que la Administración Concursal comunicara al Juzgado de instancia la situación de concurso de la misma, por lo que la actuación de la actora APTEC conforme a las reglas de la buena fe procesal (ex. artículo 247 de la L.E.C.) exigía que, o bien no hubiera presentado la demanda de juicio monitorio para tratar de cobrar la deuda fuera del procedimiento concursal, o bien, caso de que éste se hubiera incoado con posterioridad a la presentación de la demanda, que hubiera solicitado el archivo con carácter inmediato a su conocimiento y no esperar, como hizo, a presentar escrito de fecha 24 de octubre de 2.007.
En definitiva, no procedía decretar el sobreseimiento tal y como efectúa la Juzgadora de instancia, sino el archivo como previene el mencionadoartículo 50 de la Ley Concursal. En cuanto a las costas de la primerainstancia, al apreciarse que la parte actora APTEC ha procedido en su actuación procesal de mala fe, debe mantenerse el pronunciamiento de la resolución de instancia por la que las mismas le son impuestas.
Por todo ello, procede estimar parcialmente el presente recurso de apelación, revocando en parte la resolución de instancia en el sentido de ordenar el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado, manteniendo el pronunciamiento por el que se imponen a la parte actora las costas de la primera instancia.”: AAP Tarragona (Sección 3) 15.01.2009 (JUR 2009\142691)

AP Valencia (Sección 11)

“PRIMERO.-Planteada con fecha 8 de abril de 2011 solicitud de juicio monitorio por "Mapfre Seguros" contra la mercantil "Llirauto S.A.", que había sido declarada en concurso de acreedores por auto de 28 de enero de 2009, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia en procedimiento 1071/08, se esta en el caso de declarar la nulidad de todo lo actuado y el archivo del procedimiento por venir ello impuesto "ope legis" por lo dispuesto en los ars 8.1 y 50.1 de la Ley Concursal, que establecen: de un lado, que serán competencia del Juez del concurso con carácter exclusivo y excluyente las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, cual es el caso enjuiciado; de otro, que los Jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso; y finalmente, que de admitirse por el Juez del orden civil una demanda contra un concursado, ordenará el archivo de lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.”: SAP Valencia (Sección 11) 15.10.2012 (Sentencia 607/2012; Rollo 152/2012)

AP Vizcaya

“PRIMERO.-Estamos en presencia de una resolución del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Bilbao, dictado procedimiento monitorio nº 565/05, por el que acuerda la inhibición del Juzgado a favor del de lo mercantil en razón de que la demandada en el monitorio, Matriceria Vizcaína, S.A., ha sido declarada en concurso.
Se trata de un supuesto en el que, con posterioridad a la declaración del concurso, se ejercita una acción declarativa por un acreedor, siéndole de aplicación lo dispuesto en el art. 50 de la Ley, conforme al cual “Los jueces del orden civil... ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado”.
Es este el precepto que debe aplicar el Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Bilbao, sin que quepa remitir las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil ante el que, si a su derecho conviene, deberá acreditar su crédito el demandante en el procedimiento monitorio.
SEGUNDO.-Suscitada la cuestión como de competencia negativa y para evitar ulteriores problemas, la trataremos como tal, declarando la competencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 el cuál deberá proceder conforme señala el art. 50 de la Ley Concursal.”: Auto AP Vizcaya 13.03.2006 (JUR 2006/154171)

JM-1 Bilbao

“En cambio si el procedimiento declarativo se inicia después de declarado el concurso, el art. 50 LC dispone que «los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las

partes que usen de su derecho ante el juez del concurso». Es decir, declarado el concurso, el Juzgado de 1ª Instancia carece de competencia para conocer de una pretensión declarativa, incluida la monitoria, y el solicitante debe ver repelida su pretensión, en aplicación de ese precepto.
Evidentemente eso no significa dejar inerme al acreedor. Este puede acudir al concurso, comunicar su pretendido crédito en la forma que dispone el art. 85 LC, y si no lo ve reconocido, impugnar tal negativa a través del incidente concursal que dispone el art. 96 LC. O bien ejercitar las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan frente al patrimonio del concursado a las que alude el art. 86 ter 1.1º de la LOPJ, tras su reforma por la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC), que dicho precepto y el art. 8.1 LC reservan, precisamente, al Juez del Concurso, es decir, ni siquiera a los juzgados de lo mercantil, sino a aquel concreto Juzgado Mercantil que esté tramitando el concurso.
El acreedor no precisa un título judicial que ya no puede obtener fuera del concurso, sino que tiene procedimientos reglados, determinados por la norma concursal, para obtener el reconocimiento de su pretensión.": AJM-1 Bilbao 23.01.2006 (AC 2006\75)

"Si el conocimiento del Juzgado de 1ª Instancia es posterior a la declaración de concurso, la propia norma dispone en el art. 50.1 LC que «de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado». Eso sucedió en este caso, en el que al parecer la comunicación de la declaración de concurso no llegó al Juzgado de 1ª Instancia, o no se tuvo en cuenta, y por eso la concursada, cuando es requerida de pago, se opone y solicita en su escrito de veintiocho de junio, precisamente, el archivo del procedimiento monitorio.
Ante tal petición, que la concursada fundó en varios preceptos, indicando expresamente el último inciso del art. 50.1 de la Ley Concursal, el Juzgado de 1ª Instancia no ordenó lo que dice la norma, el archivo de las actuaciones que se hayan practicado, sino que inventa en la providencia de treinta de junio una audiencia a las partes y al ministerio fiscal que carece de previsión legal, y que determina la opinión del fiscal favorable a una competencia que desoye lo dispuesto en la Ley, la del solicitante que reclama la remisión y acumulación de los autos al concurso, y el silencio de la concursada, que se aquieta a la resolución en lugar de recurrirla, para poner de manifiesto el incumplimiento de lo señalado en la Ley Concursal.
Pues bien, no es posible tampoco la acumulación de autos pretendida por el promotor del juicio monitorio, porque el art. 51 de la Ley Concursal a lo que autoriza, excepcionalmente, es que los procedimientos declarativos iniciados antes de la declaración de concurso, lo que no es el caso, puedan ser acumulados por el juez del concurso, porque éste «estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores».
La competencia para acordar la acumulación al concurso es del juez del concurso, como corrobora que la legitimación para solicitarla sea de la administración concursal o las partes personadas en el concurso (segundo párrafo del art. 51.1 LC). Esa competencia se atribuye al Juzgado que tramita el concurso porque en ciertos casos de relevancia puede ser crucial para determinar qué elementos patrimoniales integran la masa activa del concursado, o porque la importancia del crédito sea relevante para la elaboración de la lista de acreedores. Tales circunstancias las pondera el Juez del Concurso, y no es posible que el Juzgado de 1ª Instancia decida unilateralmente acumular un procedimiento a un procedimiento concursal.
Lo que debe verificar el Juzgado de 1ª Instancia es lo que disponen los artículos citados, es decir, llevar el asunto hasta que se alcance sentencia firme o auto definitivo por el silencio del concursado, si es monitorio o cambiario, o sentencia firme, si hay oposición (art. 51.1 LC), si se incoaron con anterioridad a la declaración de concurso, o simplemente archivar el «nuevo juicio declarativo», como dispone el art. 50 LC, si es posterior a tal declaración.": Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.01.2006 (AC 2006\75)

JM-5 Madrid

"ÚNICO Por el Juzgado de Puerto del Rosario se han remitido las actuaciones inhibiéndose del conocimiento del juicio monitorio al no ser competente territorialmente para conocerlo, siendo el Juzgado mercantil que por turno de reparto corresponda o en su caso el Mercantil n' 5 de Madrid al estar la entidad Air Madrid en situación de concurso.
Debe señalarse que aunque la resolución del Juzgado acuerda su falta de competencia territorial y acuerda remitir las actuaciones a este Juzgado, en realidad en su fundamentación jurídica alude a la falta de competencia objetiva. Sin embargo a la hora de resolver sobre la falta de competencia objetiva en lugar de archivar el procedimiento y remitir a la parte al Juzgado que se estime competente para que presente la demanda, directamente remite las actuaciones, cono si se tratara de una falta de competencia territorial. Decimos que no es posible acudir a la falta de competencia territorial, porque para ello se requiere en primer lugar tener competencia objetiva, y evidentemente el juzgado de Puerto del Rosario no la tiene por aplicación del art. 86 ter de la LOPJ, ya que no se trata de un juzgado que tenga atribuidas competencias en asuntos mercantiles, en consecuencia una vez declarada la falta de competencia objetiva no es posible declarar la territorial y remitir las actuaciones al órgano que considere competente territorialmente. En todo caso, en la medida que el Juzgado Mercantil de Madrid es competente objetivamente para conocer el presente monitorio, y para evitar dilaciones innecesarias que llevarían a la misma conclusión, ya que la resolución que; va a adoptarse es la misma ahora que si el actor reiterara su petición, no se considerara necesario devolver las actuaciones al Juzgado remitente, como se tendría que hacer al estar en presencia de un supuesto de falta de competencia objetiva.
Como dato determinante para poder decidir sobre la admisión a trámite del juicio monitorio hemos de señalar que la entidad Air Madrid SA fue declarada en concurso por resolución de este Juzgado de 11 de enero de 2007; además debe tenerse en cuenta la naturaleza de la pretensión ejercida (juicio monitorio).

El juicio monitorio tiene una especial naturaleza porque participa tanto de aspectos declarativos como de ejecución. En este sentido una vez que se ha presentado la petición si se admite se tiene que requerir de pago a la persona contra la que se dirige y si no paga o se opone se despachará ejecución contra ella. Estamos por tanto ante actuaciones de índole evidentemente ejecutivas, procedimiento de apremio o de ejecución singular. Solo si se opone la reclamada se seguirán los trámites del juicio verbal o del ordinario según la cuantía; es decir, aquí sí estaríamos ante un declarativo.
Por otro lado, debemos destacar que la reclamada es unas entidad declarada en concurso, y por ello no es posible requerir de pago a la concursada, porque tratándose de un crédito concursal no podrá ser abonado de forma aislada, sino siguiendo el orden previsto en los arts 89 y as de la LC y en el momento previsto (en convenio aprobado o en fase de liquidación).
En materia concursal es necesario acudir al art. 49 de la LC referente a la integración de la masa pasiva. Señala dicho precepto que declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las Leyes.
En materia de ejecución el art. 55.1 párrafo 1º de la Ley, establece que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. En el apartado 3º del artículo se recoge la nulidad de pleno de derecho de todas las actuaciones que contravengan lo dispuesto, entre otros apartados, en el primero.
Es decir, el legislador ha previsto expresamente que una vez que se declare el concurso no sea posible el inicio de ejecuciones contra el patrimonio del concursado declarando la nulidad de todas las actuaciones que se realicen contraviniendo dicha prohibición. Se excluye de este régimen lo establecido por la Ley para los acreedores con garantía real.
Como se señala en la exposición de motivos de la Ley concursal (apartado III, párrafo 8) la imposibilidad de iniciar ejecuciones una vez declarada el concurso es consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso, integración que aparece expresamente prevista en el art. 49 de la LC. La razón de ser de estos preceptos (arts 49 y 55) está en que la finalidad esencial del concurso es la de satisfacción de los intereses de los acreedores, con sometimiento a la regla de la par conditio ereditorum a través del proceso concursal, finalidad que se vería frustrada si se iniciaran ejecuciones singulares o se continuaran las ya iniciadas tras la declaración del concurso, porque algunos acreedores podrían cobrar por esta vía, eludiendo el régimen del concurso.
Por lo tanto, una vez que se ha declarado el concurso no es posible el inicio de ejecuciones nuevas para no hacer inviable la propia naturaleza colectiva del concurso.
La Audiencia Provincial de Madrid, secc. 28ª, se ha pronunciado sobre supuestos parecidos de apremio singular. Concretamente ante la posibilidad de pedir provisión de fondos contra la concursada en concurso por parte del procurador, la ha rechazado en autos de 10 de mayo de 2007 y 11 de octubre de 2006. El argumento seguido por la Audiencia Provincial en esas resoluciones es que si se tiene en cuenta que el procedimiento de provisión de fondos del art. 29.2 de la LECiv tiene la naturaleza de un procedimiento de apremio, es decir, de ejecución singular, no es posible acudir a este procedimiento de ejecución para obtener una provisión de fondos con la que hacer frente a gastos futuros al impedirlo el artículo 55.1 de la LC.
Dicha solución es aplicable también a los casos de procedimientos monitorios, que como ya hemos dicho exigen el requerimiento de pago al demandado, situación semejante a la provisión de fondos.
Por otro lado, en otras resoluciones este juzgado inadmitía estas pretensiones así como los juicios verbales y las reconvertía en insinuaciones de créditos ya que era una solución más ventajosa para el acreedor, porque se evitaba la necesidad de presentar el incidente concursal con abogado y procurador, abaratando mucho sus gastos. Sin embargo, ya se ha presentado el informe y por ello no es posible esta misma solución en la actualidad. Ahora la parte podrá, si su crédito no está incluido o está reconocido en cantidad inferior, presentar incidente impugnando la lista de acreedores
Por lo tanto, a la vista de lo anterior, se debe inadmitir a trámite el juicio monitorio": AJM-5 Madrid 20.10.2008 (JUR 2009/185285; Autos 670/2008)

JPI-1 Santander

"PRIMERO La petición inicial de juicio monitorio fundada en el artículo 21 LPH (y artículo 812.2.2° LECiv -deuda generada con la Comunidad de Propietarios por su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos comunes- se dirige frente a una entidad que ha sido, con anterioridad a la presentación de la petición, declarada en concurso voluntario.
En este sentido el artículo 8 de la Ley Concursal establece la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez concursal para el conocimiento, entre otras, de todas aquellas acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (apartado 1°), es decir, todas las acciones civiles en que se formule una pretensión de condena -dineraria, de hacer, no hacer o dar-, declarativa o constitutiva, por responsabilidad contractual o extracontractual con fundamento en el Derecho Privado -sin distinguir si tiene una naturaleza estrictamente civil o puede ser calificada de mercantil-.
Indudablemente la acción ahora ejercitada, sin que sea trascendente que se ejercite a través de un procedimiento especial, tiene una indudable trascendencia patrimonial para el concursado, al tratarse de una reclamación de cantidad fundada en derecho civil por una responsabilidad legal.
SEGUNDO En consecuencia, debe aplicarse el contenido del artículo 50 LC, que literalmente expresa que «1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado».

En definitiva, en el precitado artículo exige una peculiar vigilancia judicial, de tal grado que si aprecia que se ha presentado una acción competencia exclusiva del Juez concursal se abstendrá de conocer «previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el Juez del concurso», lo que inevitablemente supone que no se remiten los autos al Juez del concurso -como suele ocurrir en los supuestos en que se aprecie la incompetencia territorial, artículo 58 LECiv- ni se emplazará en tal sentido al demandante": Auto Juzgado de Primera Instancia 1 de Santander 4.01.2005 (AC 2005/98)

1.2 Caso de demanda de desahucio

AP Oviedo

"UNICO ElAuto dictado con fecha 22 mayo 2008 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lena en el Procedimiento de Desahucioy Reclamación de Cantidad 187/2008 acuerda el archivo de la causa ante la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia apreciada de oficio, imponiendo a la parte actora las costas causadas. Apelada dicha resolución únicamente en el extremo referido al pronunciamiento sobre las costas, cabe señalar primeramente que, efectivamente, la falta de jurisdicción resulta apreciada de oficio y no como consecuencia de la declinatoria que aparece presentada por la parte demandada fuera de plazo, de tal manera que la resolución recurrida deberá entenderse dictada al amparo delart. 48y no delart. 65 LEC. Lo cierto no obstante es que ninguna relevancia tiene tal diferenciación a los fines que aquí nos ocupan, pues en ninguno de tales casos la LEC contiene una previsión legal expresa acerca de la imposición de costas, razón por la que habremos de acudir a la regla general contenida en suart. 394que consagra el principio del vencimiento objetivo, salvo que el Tribunal aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Es claro en el supuesto presente que no existe duda alguna, ni fáctica ni jurídica, para llegar a la solución de que el Juzgado de Primera Instancia carece de competencia objetiva para el conocimiento de una demanda de desahucio presentada con fecha 28 abril 2008 frente a un demandado que ya había sido declarado en situación de concurso con fecha 2 abril 2008, pues el mandato contenido en elart. 50-1 de la Ley Concursal, en relación con suart. 8, es meridianamente claro al disponer que los Jueces de PrimeraInstancia se abstendrán de conocer de tales demandas, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso y sancionando incluso con la invalidez todas las actuaciones que se hubieran llegado a practicar. Finalmente resulta también irrelevante el hecho de que la parte actora ignorase en el momento de presentación de la demanda la circunstancia de que hubiera ya recaído declaración judicial de concurso respecto de su deudor "Muebles Lena, S.A.", pues el argumento decisivo es que el demandante, aunque por motivos procesales, ha sido vencido al no obtener la tutela que solicitaba. En definitiva, el litigante vencido ha sido el causante de un proceso defectuosamente planteado y ha originado con su actuar una serie de gastos a la contraparte que deberán ser sufragados por el primero (como señala en tales casos laSTS 10 noviembre 1994), a lo que además obliga el señalado principio del vencimiento objetivo, razones todas ellas que conducen a la desestimación del recurso con imposición al apelante de las costas causadas en esta alzada (art. 398 LEC).": AAP Oviedo 05.12.2008 (JUR 2009/212684; Auto 118/2008; Rollo 228/2008)

1.3 Continuación de las actuaciones en cuanto a los demás codemandados

[NOTA: En cuanto a la no suspensión de las *ejecuciones* contra otros obligados solidarios, vid. las resoluciones incluidas en el art 55.1]

AP Baleares (Sección 3)

"PRIMERO.-Constituye el objeto de la presente alzada el auto dictado en la primera instancia el 27 de septiembre de 2011 por el que se acuerda declarar la falta de competencia del juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ciutadella, para conocer del juicio ordinario seguido a instancia de la entidad TELEFONICA DE ESPAÑA SA contra Edificaciones Ramos SA y Mapfre Industrial SA, por causa de hallarse Edificaciones Ramos SA declarada en concurso de acreedores, ordenando el archivo de las actuaciones. Se alza contra la meritada resolución la entidad actora que solicita de este tribunal su revocación y el dictado de otra, en su lugar, por la que se acuerde el archivo de las actuaciones únicamente respecto a la codemandada Edificaciones Ramos SA, ordenando la continuación del procedimiento respecto de la aseguradora codemandada Mapfre Industrial SA. Esgrime la parte apelante en fundamento de tal pretensión revocatoria las alegaciones que, resumidamente, pasamos a exponer: a) no resulta aplicable el artículo 86 ter. 2 a) LOPJ pues las demandas a las que alude van referidas a un tipo de acciones que no son las ejercitadas en el presente caso; b) por contra, si resulta aplicable el artículo 86 ter. 1 LOPJ; c) no resulta atinente el criterio de evitar sentencias contradictorias ya que la acción ejercitada contra Mapfre es la directa del artículo 76 LCS, rigiendo la solidaridad entre ambos codemandados, por lo que Telefónica puede dirigirse contra cualquiera de ellos; d) las normas aplicables al presente caso no permiten otra interpretación posible, debiendo rechazarse las consideraciones sobre lege ferenda que se contienen en el auto impugnado.
SEGUNDO.-A los efectos de dar la más cumplida respuesta a la cuestión litigiosa planteada ante este Tribunal, resulta conveniente recordar que:
1º) La demanda interpuesta por TELEFÓNICA en fecha 7 de febrero de 2011, se dirigió contra Edificaciones Ramos SA, cuyo personal, afirma en dicho escrito inicial, estaba realizando trabajos de excavación en la calle Santísimo y en la calle Roser de Ciutadella, cuando enganchó las instalaciones propiedad de telefónica que discurrían subterráneas rompiendo el prisma de canalización y cables de 400 pares en el primero de los lugares señalados y, en la calle Roser, la rotura de la canalización y de los cables de 1.200 pares, causando daños cuyo importe se cifra por la actora en 22.651,67 euros que reclama en la demanda mediante el ejercicio

de una acción indemnizatoria en sede de responsabilidad extracontractual; se ejercita igualmente en la demanda la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley de Contrato Seguro contra la aseguradora Mapfre Industrial SA.
2º) Admitida a trámite la demanda por Decreto de de 10 de mayo de 2011 y previamente a comparecer en autos las codemandadas, en fecha 19 de mayo se presentó escrito por Telefónica en el que se decía que había tenido conocimiento de que Edificaciones Ramos SA había sido declarada en situación de concurso de acreedores por auto dictado el 2 de diciembre de 2010, acompañando el edicto publicado en el BOE de 5 de mayo de 2011, por lo que solicitaba, por una parte, que se decretara el archivo de las actuaciones respecto a la entidad en concurso, en aplicación de los artículos 8.1 y 50 de la Ley Concursal, y, por otra parte, se acordara la continuación del procedimiento respecto de la aseguradora Mapfre al ejercitarse una acción de responsabilidad extracontractual en el que rige el principio de solidaridad.
3º) El Ministerio Fiscal informó que, conforme el artículo 50 de la Ley Concursal, el juzgado carecía de competencia objetiva respecto de la entidad Edificaciones Ramos SA. Por parte de Mapfre se realizaron las manifestaciones que constan en su escrito de 13 de septiembre, que se tienen aquí por reproducidas, dictándose a continuación el auto de 27 de septiembre que constituye el objeto de la presente alzada.
TERCERO.-Conforme se dispone en el artículo 8 de la Ley Concursal : Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.
A su vez, el artículo 50 de la meritada norma dispone que, "1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
Consecuentemente a las previsiones legales citadas lo procedente es ordenar el archivo de todo lo actuado respecto del demandado que se hallase sometido a concurso, pues de darse este estado, carecerán de validad las actuaciones que se hayan practicado al respecto, mandando la propia norma en el artículo repetido, que los Jueces civiles que no sean de lo mercantil, que conozcan del concurso, que se abstengan de conocer de aquellas acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (artículo 86 ter.1, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 8.1º de la Ley Concursal y 50.1º de la misma Ley), no siendo posible acceder, por contra, a la declinatoria postulada para remitir al Juzgado de lo Mercantil el conocimiento de cuestiones que no le son propias, como sería la de conocer de la acción directa frente a la aseguradora codemandada, habida cuenta del contenido de los preceptos a que se acaba de hacer mención y cuando, como en nuestro caso, no estamos en presencia de un litis consorcio pasivo necesario. En tal sentido cabe citar el Auto de 20 de enero de 2012 de la AP de Lleida (sección 2 ª), Auto de 6 de octubre de 2011 de la AP Barcelona (sección 11), Auto de 20 de mayo de 2011 de la AP Madrid (sección 19) y Auto de 30 de diciembre de 2010 de la AP de Guipuzcoa (sección 2 ª), en el que se argumenta: "Estamos ante el ejercicio de dos acciones, una acción civil con trascendencia patrimonial dirigida contra el patrimonio de la concursada Construcciones Graisu S.L., para la que sería competente el Juzgado de lo Mercantil. El problema se plantea porque en una misma demanda la actora acciona frente a una empresa concursada y otra que no está en tal situación y además frente a la aseguradora de ésta, ejercitando la acción por culpa extracontractual de los art. 1902, 1903, y 1909 del C.Civil, en base a una solidaridad impropia entre la promotora y la constructora del inmueble vecino, cuyas obras causaron las humedades en el edificio de la actora. Se trata de una acumulación subjetiva de acciones frente a dos mercantiles distintas, prevista en el art. 72 de la L.E.C., respecto a la que es ineludible hacer referencia a la atribución de competencias que el artículo 86 ter LOPJ hace a los Juzgados de lo Mercantil, porque será a la luz de tal precepto cómo deberá decidirse respecto de la existencia o no de competencia objetiva de tales órganos para conocer de una de las acciones acumuladas. Así cuando el Tribunal Supremo alude al criterio de flexibilidad en orden a decidir sobre la procedencia de la acumulación de acciones en relación con la conexidad causal mencionada en el art. 72 LEC -, esto es al nexo que se exige en relación con el título o la causa de pedir, y aconseja admitir la acumulación, exige que al supuesto no le alcancen las prohibiciones del art. 73 de la L.E.C., que impide la acumulación de acciones cuando el Juez es incompetente por razón de la materia. En definitiva, sin competencia objetiva, no cabe acumulación y por ello no se puede entrar en la valoración de si procede o no aplicar el criterio de flexibilidad. A estos efectos, el artículo 73.1.1º LEC, lleva al Supremo a denegar acumulaciones cuando se produce infracción de dicha norma. No es posible si el Juez que deba conocer de la principal sea incompetente por razón de la materia o de la cuantía litigiosa para conocer de la acumulada. Es más, el Tribunal Supremo, cuando ha resuelto supuestos de indebida acumulación por razón de falta de competencia respecto de alguna de las acciones acumuladas, ha querido resaltar que la competencia objetiva es materia de «derecho necesario e imperativo», e incluso ha fundamentado la norma legal contraria a la acumulación cuando existe distinta distribución competencial entre órganos pertenecientes a un mismo orden jurisdiccional. Atendiendo a dichos principios, el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, competente para conocer sobre las acciones de naturaleza civil dirigidas frente al patrimonio de la concursada Construcciones Graisu S.L., carece de competencia objetiva para conocer sobre una acción dirigida frente a otra demandada ajena al concurso. Y aunque el art. 72 de la L.E.C. permite "la acumulación y el ejercicio simultáneo de acciones que uno tenga contra varios sujetos, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", tratándose de supuestos de litisconsorcio, hay que distinguir entre los casos de litisconsorcio pasivo necesario, en los que hay que traer al proceso a todos los eventuales afectados, de aquellos casos de litisconsorcio facultativo o voluntario cuando se ejercitan acciones

frente a personas que puedan aparecer unidas por vínculos de solidaridad, como acontece en el presente caso en el que la actora demanda solidariamente en base a los arts. 1902, 1903 y 1909 del C. Civil, en los que la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que no es necesario demandar a todos los supuestos responsables del daño (y ello solo para el caso de no poderse individualizar las responsabilidades), porque no existe un litisconsorcio pasivo necesario (S.T.S. 24.3.01 y 29.5.03). Por lo tanto, no siendo posible la acumulación de acciones en una única demanda por incompetencia tanto del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la acción ejercitada frente a la promotora, como del Juzgado de Primera Instancia para conocer de una acción instada frente a la constructora en concurso, no cabía la estimación de la declinatoria sino la declaración de oficio por parte del Juzgado de Primera Instancia de su incompetencia para conocer de la demanda frente a la constructora concursada, pudiendo las partes en tal caso, mantener la acción civil contra la promotora y su aseguradora ante el Juzgado de Eibar, o bien optar por reclamar dentro del procedimiento concursal seguido en el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao".
A la vista de lo expuesto, debe prosperar la apelación sostenida contra el Auto de instancia, al constar que la codemandada Edificaciones Ramos SA se halla en situación concursal y la atribución de competencia que viene fijada legalmente, de forma que la resolución apelada resulta ajustada a derecho al disponer respecto de la citada codemandada el archivo del procedimiento, pero no en cuanto al resto de codemandados que no se hallan en situación concursal y respecto de la cual no viene diferida la competencia a tales órganos judiciales. Tal consideración, derivada de lo dispuesto legalmente, no puede quedar obviada por las consideraciones de la aseguradora codemandada pues la pluspetición a la que se alude incide en el presente procedimiento en cuyo seno deberá dilucidarse y sin que su posible incidencia pueda dar lugar a que se deba acoger la falta de competencia del tribunal civil para resolver de la acción directa ejercitada contra la meritada aseguradora “:AAP Baleares (Sección 3) 24.04.2012 (Auto 53/2012; Rollo 670/2011)

AP Barcelona (Sección 11)

“PRIMERO.- Se alza contra el Auto de instancia,en recurso de apelación, la representación de codemandada GISA, solicitando el archivo del procedimiento contra las misma y subsidiariamente la admisión de la declinatoria a favor del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid tal como fue planteada, debiéndose remitir al mismo los autos de procedimiento ordinario para su conocimiento en sede de concurso. Fundamenta su recurso, sucintamente, en que la resolución apelada, al ordenar el archivo del proceso contra una sola codemandada remitiéndola al Juzgado Mercantil del concurso y prosiguiéndose otro procedimiento diferente al planteado por la actora, alterándolo en cuanto a la parte demandada, no es ajustada a derecho, produciendo la división de la continencia de la causa, la litispendencia, prejudicialidad e indefensión. Así señala que la acción que se ejercita es una sola e indivisible, no siendo procedente que se sigan en dos procesos diferentes, pudiendo llegar a suceder que en el procedimiento civil hicieran responsables a los apelantes de lo que el Juez Mercantil decidiese que no procediera y que por tanto no tendrían que abonar.. Por ello entiende la apelante que la resolución recurrida aboca a la litispendencia impropia o por conexión.Añade que la presente situación obligará a la suspensión del procedimiento,en trámite de audiencia previa, por concurrir la excepción alegada, dando lugar los mismos argumentos, en otra secuencia temporal a la prejudicialidad.
Sigue expresando que, presentando la acumulación de acciones hecha por el actor la particularidad de dirigirse contra una pluralidad de demandados vinculados por una misma causa de pedir, la resolución apelada no contempla dicha circunstancia, entendiendo que si no existe una vis atractiva a favor de los Juzgados de lo Civil, serían todos los demandados los que deberían acudir al Juzgado de lo Mercantil. Refiere además la existencia de incongruencia en la resolución recurrida al haber solicitado la actora la inhibición al Juzgado de lo mercantil, con remisión de los autos, no resolviéndose la solicitud tal y como estaba plateada.
La representación de la codemandante Enguixats Joel S.L. presentó escrito de impugnación al Auto de instancia solicitando su revocación y el dictado de resolución que determine la competencia del Juzgado de primera instancia, prosiguiéndose las actuaciones. Se alega en sustento de sus pretensiones que el Auto apelado altera la identidad de las partes en el proceso, los sujetos pasivos de la acción y la obligación, así como las causas de pedir y la identidad del proceso mismo, aduciendo además que la titularidad del crédito refaccionario que ostenta lo era ya desde la fecha de su acción defensiva.
Según resulta de las actuaciones, por Auto de 20 de octubre de 2009 se admitió a trámite la demanda y por resolución de 16 de noviembre del mismo año la ampliación,constando escrito presentado por la codemandada Begar Construcciones y Contratas S.A., en concurso, en el que se ponía de manifiesto que la misma había sido declarada en concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid por Auto de 25 de junio de 2009, presentándose declinatoria, interesando la inhibición ante el Juzgado de lo Mercantil citado y subsidiariamente se tenga por presentado recurso de reposición contra el Auto que admitió a trámite la demanda, dictándose finalmente el Auto objeto de la apelación, que dispone el archivo del procedimiento respecto de Begar, Construcciones y Contratas.
SEGUNDO.- Según consta en autos, la codemandada Begar Construcciones y Contratas, S.A. fue declarada en concurso necesario por Auto de 25 de Junio de 2009, esto es antes de que la demanda fuera admitida y según resulta de la diligencia previa al Auto de Admisión, de forma previa a que las instantes acreditaran su representación.
Conforme al art. 50 de la Ley Concursal, punto 1, los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso,de conformidad con lo previsto en esta Ley,se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso.
De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.

El art. 8, del mismo cuerpo legal, bajo el título del "Juez del concurso", dispone que son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil, disponiéndose que La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1.Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.
2.Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.
3.Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
4.Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1 de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.
5.Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita y, en concreto, las que le atribuye la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
6.Las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad concursada, cualquiera que sea la fecha en que se hubiera contraído y las acciones para exigir a los socios de la sociedad concursada el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias.
7.acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores de la sociedad concursada, tendentes a exigir responsabilidad civil por los perjuicios causados al concursado, cualquiera que sea la fecha en que se hubieran producido los daños y perjuicios o en la que la responsabilidad por las deudas sociales hubiera devenido exigible.
Pues bien, a la vista de lo expuesto, no puede prosperar la apelación ni la impugnación sostenidas contra el Auto de instancia, al constar que la codemandada es halla en situación concursal y la atribución de competencia que viene fijada legalmente, de forma que la resolución apelada resulta ajustada a derecho al disponer respecto de la misma el archivo del procedimiento, lo que no procederá en cuanto al resto de codemandados que no se hallan en situación concursal y respecto de la cuales por tanto no viene diferida la competencia a tales órganos judiciales. Tal consideración,derivada de lo dispuesto legalmente, no puede quedar obviada por las consideraciones de los apelantes e impugnantes y si incidieran en el presente procedimiento diversas excepciones, será en el mismo en el que en su caso deberán alegarse, con resolución al respecto tal y como prevé la L.E.C., sin que su posible incidencia pueda dar lugar a que se deba acoger la pretensión de los apelantes e impugnantes, sino a su alegación y sustanciación tal y como viene previsto legalmente, como se ha expuesto. ": AAP Barcelona (Sección 11) 06.10.2011 (Auto 201/2011; Rollo 518/2010)

AP Barcelona (Sección 16)

"PRIMERO. - La compañía telefónica demandante reclama 2.034,47 euros como importe de los daños habidos en una conducción subterránea por la excavación realizada por la empresa Manresa i Fills en el contexto de los trabajos adjudicados a las compañías Rubau Tarrés SA - Popsa Construccions SL, U.T.E. MAS REIXACH.
El Juzgado de Primera Instancia mediante auto de 29 de septiembre de 2011 se abstuvo de conocer los autos por haber tenido conocimiento de la situación de concurso en que se encontraba la parte demandada. El demandante intentó infructuosamente aclarar cuál de las varias empresas demandada estaba en concurso y la motivación por inadmisión respecto de las otras.
SEGUNDO. - En el BOE de 9 de junio de 2009 consta que la empresa POPSA CONSTRUCCIONS SL había sido declarada en concurso el 5 de mayo de 2009 en el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona.
La decisión por tanto de no incoar demanda contra dicha empresa podría tener justificación conforme al art. 50 de la ley concursal, si bien se ignora en este momento cuál es la situación actual de dicha empresa, pero no se explica en la resolución recurrida el por qué no se admite la demanda respecto de los restantes codemandados, ni consideramos exista motivo legal para ello, por todo lo cual se estima procedente lo que solicita el recurrente.": AAP Barcelona (Sección 16) 22.01.2013 (Auto 7/2013; Rollo 948/2012)

AP Barcelona (Sección 17)

"PRIMERO.-Contra el Auto dictado en fecha 28 de febrero de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Rubí en el juicio ordinario registrado con el nº 854/2010 seguido a instancia de BANCO SANTANDER
S.A. contra HIPHERFO, S.L. y DON Virgilio, que acuerda el archivo del procedimiento y declara que carecen de validez todas las actuaciones practicadas, incluida la admisión a trámite de la demanda, interpone recurso de apelación BANCO SANTANDER, S.A. en solicitud de que "se dicte Sentencia por la Superioridad en la que se estime este recurso de apelación y ordene la continuación del procedimiento respecto al demandado no concursado, en la forma solicitada en la demanda, ingresados debidamente por error, con expresa condena en costas a los demandados".

SEGUNDO.-La demanda sobre reclamación de cantidad contra la entidad demandada, declarada en concurso con anterioridad a ser admitida a trámite, y contra la persona física, se basa en el contrato de arrendamiento financiero en la que aquella es la arrendataria y este es el fiador solidario, con lo que al no formularse reclamación alguna contra el mismo por responsabilidad como administrador, la previsión legal contenida en el artículo 50 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, conforme a la cual "Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.", en relación a lo que dispone el artículo 8 de la misma Ley sobre la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso sobre, entre otras materias, las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", sin que, sin embargo, se contemple dicha jurisdicción como la competente para conocer de las acciones civiles que se dirijan contra la persona física o jurídica que figure como fiador en un contrato suscrito en su día, con anterioridad a la declaración de concurso, por el concursado, con independencia de que los artículos 568.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 55 de la Ley Concursal invocados por la parte recurrente vienen referidos al proceso de ejecución, que no es el caso que resolvemos, al haberse acordado en la resolución recurrida el archivo del juicio ordinario y de las medidas cautelares no sólo contra la entidad declarada en concurso sino también contra el que en el contrato suscrito entre las partes figura como fiador solidario, procede la estimación del recurso de apelación. ": AAP Barcelona (Sección 17) 19.03.2012 (Auto 46/2012; Rollo 516/2011)

"PRIMERO.-Por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de los de Barcelona se dictó auto en fecha de 14 de diciembre de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: " *Acuerdo el archivo del presente procedimiento respecto de SIMUGON PROHABITATGE 200,S.L. siguiéndose el mismo contra L, Aida, Isidro Y CONSTRUCCIONES IBAÑEZ SILES, SL"*
Dicha resolución consideraba que el Juzgado de Primera Instancia carece de competencia para conocer de la demanda interpuesta contra, entre otras, la comandada entidad SIMUGON PROHABITATGE 200,S.L por cuanto dicha demandada se encuentra- y se encontraba ya al tiempo de interponerse la demanda- declarada en concurso que se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona; Así, este último juzgado dicto auto en fecha de 25 de junio de 2009 (vid. folios 127 y ss. de las actuaciones) declarando en concurso voluntario a la citada demandada, debiendo destacarse que la demanda que dio origen a las presentes actuaciones fue presentada en fecha de 22 de diciembre de 2009.
Por la representación de los actores, D. Cesar y DÑA. Montserrat, se recurre en apelación la citada resolución alegando que, inicialmente la demanda se presentó ante el Juzgado de lo mercantil que tramita el concurso de la referida codemandada, el cual, entendió que carecía de competencia, devolviendo la demanda al Juzgado decano, por considerar que, tratándose de una demanda contra diversos demandados, no era de aplicación el art. 8 de la Ley Consursal que carece de vis atractiva.
Los recurrentes, siguiendo la tesis del Juzgado Mercantil e invocando el auto de 15 de enero de 2008 dictado por la Sección 14ª de esta misma Audiencia Provincial, defienden que, como quiera que la demanda interpuesta se dirige contra otras tres personas distintas de la sociedad concursada que no están sometidas al régimen del concurso, deben ser los juzgados de primera instancia los que, en virtud de su competencia genérica, residual y subsidiaria, conozcan de las acciones subjetivamente acumuladas ya que lo juzgados mercantiles carecerían de competencia para conocer de las pretensiones dirigidas contra los restantes codemandados no concursados, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 72 de la propia LEC. Además estiman que es perfectamente viable la acumulación subjetiva de acciones contra los diversos codemandados adin de evitar la división de la continencia de la causa.
SEGUNDO.-Planteada la controversia en el modo expuesto en el ordinal anterior, para la resolución de la misma se hace necesario hacer constar que los demandantes, en la demanda inicial de estas actuaciones, ejercitaban, en su condición de adquirentes del inmueble sito en Alella, CALLE000 nº NUM000, acción en reclamación de diversas cantidades contra: a) la codemandada concursada SIMUGON PROHABITATGE 200,S.L. como promotora de la construcción del referido inmueble; b) contra DÑA. Aida como arquitecta autora del proyecto y directora de la obra; c) contra D. Isidro como arquitecto técnico y director de la ejecución de obra, y d) contra la entidad CONSTRUCCIONES IBÁÑEZ SILES,S.L., como constructora. Basaban su reclamación en la concurrencia de numerosos defectos constructivos en la ejecución de las obras de edificación de dicho inmueble y, así, ejercitaban las acciones derivadas tanto del contrato de compraventa, como las derivadas de la Ley de Ordenación de la Edificación.
TERCERO.-A la vista de estas pretensiones debemos señalar, en primer lugar, que el art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) atribuye a los juzgados de lo mercantil el conocimiento de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, disponiendo también que, en todo caso, *la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente,* entre otras materias, con respecto a *las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (..).* En el mismo sentido se pronuncia el art. 8 de la Ley Concursal (LC).
En el caso de autos no ofrece duda alguna- y así se admite en el propio escrito de demanda (fundamento de derecho primero)- que todas las acciones que se ejercitan de forma acumulada por los actores contra, entre otros, la codemandada concursada, SIMUGON PREHABITATGE 200, SL, tienen carácter patrimonial con lo que, en atención a estas normas, el conocimiento de cualquier posible acción de trascendencia patrimonial dirigida contra la codemandada concursada vendría atribuido en exclusividad a los juzgados mercantiles.
A la misma conclusión se llega tomando en consideración lo dispuesto, con toda claridad, en el art. 50 de la propia LC, destinado a regular la atribución de competencia para conocer de los nuevos pleitos declarativos que se dirijan frente a un concursado; esta norma indica que : " *1. Los jueces del orden civil y del orden social*

ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso.
De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado ".
De lo dispuesto en estos preceptos no puede sino ratificarse la actuación llevada a cabo por el Juzgado de Primera Instancia y estimar que, tal y como aparece planteada la demanda, se produce una indebida acumulación de acciones al no poder conocer el Juez de Primera Instancia de las acciones patrimoniales dirigidas contra la entidad en concurso, al menos en lo que a ella respecta, máxime teniendo en cuenta que la declaración de concurso era anterior a la interposición de la demanda dado que, para conocer de tales acciones, esto es, la que se dirigen contra la concursada, sólo resulta competente el juez del concurso.
Ahora bien, ello no significa, como parece entender la recurrente, que lo que proceda es el ejercicio, también acumulado, de las mismas acciones ante el Juzgado de lo Mercantil, ya intentada por los demandantes. Como hemos tenido ocasión de exponer en supuestos en que se planteaba una controversia análoga a la que se analiza, a criterio de esta Sala (expresado, por ejemplo, en nuestro auto de 1 de diciembre de 2012) la consecuencia es otra y consiste en la imposibilidad, por razones de competencia objetiva en función de los sujetos demandados (ex. art. 73.1.1. de la LEC), de un ejercicio acumulado de dichas acciones, que, en su caso, habrán de ser ejercitadas separadamente ya que una de las condiciones que dicho precepto exige par la viabilidad de la acumulación subjetiva es que " *el Tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas* ".
Así las cosas, la juzgadora de primer grado, al apreciar que la acumulación subjetiva de acciones resultaba indebida por razones de competencia objetiva actuó correctamente al decidir archivar la causa frente a la codemandada concursada. En puridad, debió ofrecer la subsanación de dicho defecto en la constitución de la relación jurídico procesal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 73.3 de la LEC, pero estimamos que dicha subsanación se ha operado por el curso del procedimiento al haberse acordado la prosecución del mismo frente a los restantes codemandados sin que los actores se hayan opuesto o hayan desistido de la acción frente a los mismos.
Por lo expuesto, la resolución recurrida debe ser confirmada en esta alzada lo que comporta la desestimación del recurso planteado.": AAP Barcelona (Sección 17) 19.07.2012 (Auto 120/2012; Rollo 274/2011)

AP Lleida (Sección 2)

"PRIMERO.- El día 11-6-10, Prefabricados y Contratas SA (PRECON SA), presentó demanda de juicio ordinario contra Benito Arnó e Hijos SA, reclamando el pago de 532.934,62 # por el suministro de material contratado con UTE Sils-Caldes de Malavella, la cual está formada por Benito Arnó e Hijos SA y por la sociedad Begar Construcciones y Contratas SA. Contestada la demanda, se celebró la audiencia previa el día 16-11-10, señalándose para la celebración del acto del juicio para el día 25-1- 11. El 12-1-11 compareció en el procedimiento Begar Construcciones y Contratas SA solicitando que se admitiese su intervención como codemandada al ostentar el 50 % de la UTE Sils-Caldas de Malavella. Al mismo tiempo, comunicaba al Juzgado que se encontraba en situación de concurso necesario acordado por auto de 25-6-09 dictado por el Juzgado Mercantil nº 1 de Valladolid. Por auto de 20-1-11 se admitió la intervención voluntaria litisconsorcial de Begar Construcicones y Contratas SA. El 25-1-11, esta última presentó escrito en el que solicitaba el archivo del procedimiento por encontrarse en situación de concurso con anterioridad a la interposición de la demanda, por carecer de competencia objetiva el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lleida y, en cambio, corresponder la misma al Juzgado Mercantil nº 1 de Valladolid. Por auto de 1-2-11 se volvió a admitir la intervención voluntaria litisconsorcial de Begar Construcciones y Contratas SA y, además, se acordó "desestimar la solicitud de abstención de este Juzgado y la remisión de las actuaciones al Juzgado Mercantil 1 de Valladolid, por ser improcedente y, además, contraria a las reglas de la buena fe procesal, adoptando las medidas correspondientes de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ". Contra dicha resolución, Begar Construcciones y Contratas SA interpuso recurso de reposición que fue admitido por auto de 2-6-11, declarando la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lleida y el archivo del procedimiento, remitiendo a las partes al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid. Contra esta resolución interpone recurso de apelación la demandante PRECON, por el que solicita la revocación de la resolución recurrida "sustituyéndola por otra en la que confirmando íntegramente el Auto de fecha 1 de febrero de 2011, se declare la jurisdicción y competencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Lleida ordenando la continuación del procedimiento" (textual).
SEGUNDO.- No pasa inadvertido a la Sala que la falta de competencia objetiva sólo puede hacerse valer a instancia de parte planteando dentro de tiempo oportuno la correspondiente declinatoria (arts. 49 y 64 de la LEC), cosa que aquí no ha sucedido. Ciertamente que también puede plantearse de oficio por el tribunal (art. 48 de la LEC), en cuyo caso debiera haber intervenido el Ministerio Fiscal. Tampoco puede pasar por alto la hábil utilización del proceso que ha realizado Begar Construcciones y Contratas SA, tal y como ha quedado descrito en el párrafo anterior. Lo que se plantea en el recurso no es otra cosa que determinar a qué Juzgado corresponde la competencia objetiva para conocer de un procedimiento en el que se pretende el pago de una deuda dineraria, siendo demandadas dos sociedades, una de ellas inicialmente y la otra sobrevenidamente introducida en el proceso como interviniente voluntaria, cuando una de las demandada (precisamente esta última), se encuentra en concurso necesario por resolución de fecha anterior a la interposición de la demanda de ordinario. Cuando se constituyó la relación jurídico procesal con la inicialmente demandada Benito Arnó e Hijos SA, no existía duda de la competencia del Juzgado de Primera Instancia. Sin embargo, al ser aceptada la intervención voluntaria litisconsorcial de la concursada Begar Construcciones y Contratas SA, entraría en juego

el art. 50.1 de la LC, por el cual al tener la acción civil ejercitada trascendencia en el patrimonio de la concursada, la competencia correspondería de forma exclusiva y excluyente al Juzgado Mercantil del concurso. Esta norma, además, está reforzada por el art. 50.1 de la LEC, según la cual los jueces del orden civil ante los que se interpongan demandas de las que deba conocer el juez del concurso deben abstenerse de conocerlas y, caso de haber sido admitidas a trámite, dispone el citado precepto que "se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".

TERCERO.-Ante el problema procesal suscitado, debe partirse de la premisa que la competencia objetiva tiene carácter de presupuesto del proceso, con la consecuencia jurídica que de ello deriva de poder apreciar su defecto por los Tribunales incluso de oficio y en cualquier momento. Así resulta del art. 48 de la LEC, y lo constata el Auto del Tribunal Supremo de 30-11-09 ("Tanto la competencia objetiva como la funcional presentan un carácter improrrogable para las partes, y consecuentemente, las normas que las regulan ostentan una naturaleza imperativa, de ius cogens [...] Consecuencia de todo lo anterior es que, mientras la competencia objetiva y la funcional son presupuestos procesales susceptibles de ser controlados de oficio por parte del órgano judicial (art. 48 y 62 LEC, respectivamente)..."). Debe tenerse en cuenta también que, tal y como indica la propia apelada Begar Construcciones y Contratas SA, la responsabilidad frente terceros de las dos sociedades integrantes de la UTE es de carácter solidario, por lo que desde un punto de vista procesal, se trata de un supuesto de litisconsorcio pasivo voluntario, no necesario o legal (art. 1.144 del C.c.). Sin embargo, debe resaltarse que si la demanda se hubiese dirigido inicialmente también contra Begar Construcciones y Contratas SA en forma de acumulación subjetiva de acciones, la misma no sería admisible por impedirlo el art. 73.1 de la LEC, por corresponder la competencia objetiva para conocer de la acción contra ella dirigida al Juzgado del concurso (ex. arts. 8 y 50 de la LC). La consecuencia de ello no puede ser otra que el archivo del proceso por falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lleida pero sin que ello pueda ser total, según se acuerda en la resolución apelada, si no que debe ser solamente parcial y afectar, exclusivamente, a Begar Construcciones y Contratas SA, por ser competente el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid, a tenor del carácter imperativo de los citados arts. 8 y 50 de la LC. Esta solución es la aplicada por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11, de 6-10-11, ante un supuesto en el que, igualmente a como sucede aquí, había varias sociedades codemandadas, una de ellas también en concurso con anterioridad a la interposición de la demanda. Esta resolución, que no es extraña a la apelada Begar Construcciones y Contratas SA porque era parte codemandada en ese procedimiento, merece ser transcrita desde sus Antecedentes de Hecho, que rezan de la siguiente forma:

"Se aceptan los hechos del auto dictado el 22/12/2009 por el Iltmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado Primera Instancia 34 Barcelona en el incidente dimanante de autos de nº 1142/2009 promovidos por D./D.ª COMPAÑIA TECNOLOGICA DE CORELLA CONSTRUCCIONES S.A., EXCAVACIONES Y ENDERROCS COTAZERO SL, CONSTRUCCIONES SEPTENIO S.L., ESCALCER SL, MONTFUSA SCC.L. Y ENGUIXATS JOEL SL representado por el procurador/a D./Dª. PILAR LOPEZ RODRIGUEZ contra D./Dª. GISA, GESTION E INFRAESTRUCTURAS S.A., ICF SAU (ICFE) Y BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA representado/s por el procurador/a D./Dª. FCO. Javier siendo la parte dispositiva del auto apelado del tenor literal siguiente: "PARTE DISPOSITIVA: DISPOSO L'ARXIVAMENT d'aquest procediment respecte la codemandada Begar, Construcciones y Contratas, per les raons exposades ut supra". Y en sus fundamentos se dice: "Se alza contra el Auto de instancia, en recurso de apelación, la representación de codemandada GISA, solicitando el archivo del procedimiento contra las misma y subsidiariamente la admisión de la declinatoria a favor del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid tal como fue planteada, debiéndose remitir al mismo los autos de procedimiento ordinario para su conocimiento en sede de concurso. Fundamenta su recurso, sucintamente, en que la resolución apelada, al ordenar el archivo del proceso contra una sola codemandada remitiéndola al Juzgado Mercantil del concurso y prosiguiéndose otro procedimiento diferente al planteado por la actora, alterándolo en cuanto a la parte demandada, no es ajustada a derecho, produciendo la división de la continencia de la causa, la litispendencia, prejudicialidad e indefensión. Así señala que la acción que se ejercita es una sola e indivisible, no siendo procedente que se sigan en dos procesos diferentes, pudiendo llegar a suceder que en el procedimiento civil hicieran responsables a los apelantes de lo que el Juez Mercantil decidiese que no procediera y que por tanto no tendrían que abonar. Por ello entiende la apelante que la resolución recurrida aboca a la litispendencia impropia o por conexión. Añade que la presente situación obligará a la suspensión del procedimiento, en trámite de audiencia previa, por concurrir la excepción alegada, dando lugar los mismos argumentos, en otra secuencia temporal a la prejudicialidad. Sigue expresando que, presentando la acumulación de acciones hecha por el actor la particularidad de dirigirse contra una pluralidad de demandados vinculados por una misma causa de pedir, la resolución apelada no contempla dicha circunstancia, entendiendo que si no existe una vis atractiva a favor de los Juzgados de lo Civil, serían todos los demandados los que deberían acudir al Juzgado de lo Mercantil. Refiere además la existencia de incongruencia en la resolución recurrida al haber solicitado la actora la inhibición al Juzgado de lo mercantil, con remisión de los autos, no resolviéndose la solicitud tal y como estaba plateada. La representación de la codemandante Enguixats Joel S.L. presentó escrito de impugnación al Auto de instancia solicitando su revocación y el dictado de resolución que determine la competencia del Juzgado de primera instancia, prosiguiéndose las actuaciones. Se alega en sustento de sus pretensiones que el Auto apelado altera la identidad de las partes en el proceso, los sujetos pasivos de la acción y la obligación, así como las causas de pedir y la identidad del proceso mismo, aduciendo además que la titularidad del crédito refaccionario que ostenta lo era ya desde la fecha de su acción defensiva.

Según resulta de las actuaciones, por Auto de 20 de octubre de 2009 se admitió a trámite la demanda y por resolución de 16 de noviembre del mismo año la ampliación, constando escrito presentado por la codemandada Begar Construcciones y Contratas S.A., en concurso, en el que se ponía de manifiesto que la misma había sido declarada en concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid por Auto de 25 de junio de 2009, presentándose declinatoria, interesando la inhibición ante el Juzgado de lo

Mercantil citado y subsidiariamente se tenga por presentado recurso de reposición contra el Auto que admitió a trámite la demanda, dictándose finalmente el Auto objeto de la apelación, que dispone el archivo del procedimiento respecto de Begar, Construcciones y Contratas.
SEGUNDO.- Según consta en autos, la codemandada Begar Construcciones y Contratas, S.A. fue declarada en concurso necesario por Auto de 25 de Junio de 2009, esto es antes de que la demanda fuera admitida y según resulta de la diligencia previa al Auto de Admisión, de forma previa a que las instantes acreditaran su representación.
Conforme al art. 50 de la Ley Concursal, punto 1, los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso, de conformidad con lo previsto en esta Ley, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso.
De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
El art. 8, del mismo cuerpo legal, bajo el título del "Juez del concurso", dispone que son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil, disponiéndose que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.
Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral [...]. Pues bien, a la vista de lo expuesto, no puede prosperar la apelación ni la impugnación sostenidas contra el Auto de instancia, al constar que la codemandada se halla en situación concursal y la atribución de competencia que viene fijada legalmente, de forma que la resolución apelada resulta ajustada a derecho al disponer respecto de la misma el archivo del procedimiento, lo que no procederá en cuanto al resto de codemandados que no se hallan en situación concursal y respecto de la cuales por tanto no viene diferida la competencia a tales órganos judiciales. Tal consideración, derivada de lo dispuesto legalmente, no puede quedar obviada por las consideraciones de los apelantes e impugnantes y si incidieran en el presente procedimiento diversas excepciones, será en el mismo en el que en su caso deberán alegarse, con resolución al respecto tal y como prevé la L.E.C., sin que su posible incidencia pueda dar lugar a que se deba acoger la pretensión de los apelantes e impugnantes, sino a su alegación y sustanciación tal y como viene previsto legalmente, como se ha expuesto."
CUARTO.- Idéntica solución aplica el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, de 20-5-11, en un supuesto idéntico en el que también era codemandada Begar Construcciones y Contratas SA. Así, dice esta resolución que: "La C.P. DE LA CALLE DIRECCION000 Nº NUM000 DE SAN SEBASTIÁN DE LOS REYES, a través de su representación procesal, formuló demanda ex artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación y 1.591 del Código Civil, contra SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA TODO MADRID, los arquitectos técnicos D. Juan Antonio y D. Baltasar y BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS. S.A, en concurso voluntario de acreedores desde elauto de 25 de junio del año 2009, que precede a la interposición de la demanda que da lugar a los autos 1417/2010. En nuestro caso concreto, contestaron a la demanda los Sres. Juan Antonio (514), Sr. Baltasar (593 y siguientes), SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA TODO MADRID (552 y siguientes), mientras que BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. formula declinatoria por falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia (482 y siguientes), por entender que al estar en situación de concurso voluntario el Juez competente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado habrá de ser, salvo las excepciones establecidas en la Ley, el Juzgado de lo Mercantil correspondiente, en nuestro caso el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid, que conoce del procedimiento concursal 9/2009 y suplica, en su declinatoria, la inhibición a favor de aquél Juzgado. Se opuso a la declinatoria la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, a través de su representación procesal en escrito unido a los folios 634 y siguientes, para el Juzgador de instancia dictar el auto, recurrido, de 5 de noviembre del año 2010 en el que acuerda "el archivo de la causa respecto de la demandada de dar BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., por hallarse en situación de concurso, continuando el procedimiento su curso respecto de los restantes demandados.
SEGUNDO.- Se alza contra el auto la representación procesal de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS que denuncia vulneración del artículo 17.2 y 3 y Disposición adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación y demás disposiciones concordantes de aplicación, infracción de los principios de seguridad jurídica y ausencia de perjuicio para la masa del concurso por el hecho de que el procedimiento se siga ante el Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid para suplicar se estime íntegramente el recurso, se revoque también íntegramente la resolución recurrida reintegrándose a la MERCANTIL BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., como parte demandada en el presente procedimiento civil con imposición de las costas a la contraparte que se opongan al presente recurso; efectivamente se dio aquella oposición en escrito unido a los folios 683 y siguientes donde se resalta que es la propia parte demandante la que trajo al litigio a la sociedad anónima en concurso voluntario de acreedores pues al estar ante la responsabilidad solidaria que pueda deducirse de los vicios constructivos, y de la propia configuración de la solidaridad, se pudo excluir a BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.; y para interpone demanda ante un Juzgado que, desde la normativa que se mencionaba, no podía conocer de acciones civiles de trascendencia patrimonial contra el patrimonio del concursado.

TERCERO.- Ya anunciamos que este Tribunal daba por reproducida la fundamentación jurídica recogida en al auto impugnado, pues ciertamente lo que procede, como establece el artículo 50 de la Ley Concursal, es ordenar el archivo de todo lo actuado respecto del demandado que se hallase sometido a concurso, pues de darse este estado, carecerán de validad las actuaciones que se hayan practicado al respecto, mandando la propia norma en el artículo repetido, que los Jueces civiles que no sean de lo mercantil, que conozcan del concurso, que se abstengan de conocer de aquellas acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (artículo 86 ter.1, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 8.1º de la Ley Concursal y 50.1º de la misma Ley), no siendo posible acceder, como explicó el Juzgador de instancia, a la declinatoria postulada para remitir al Juzgado de lo Mercantil el conocimiento de cuestiones que no le son propias, como sería la de conocer de la acción derivante de vicios ruinógenos en materia constructiva dirigida contra la promotora de la las edificaciones y los arquitectos técnicos, habida cuenta del contenido de los preceptos a que se acaba de hacer mención y cuando, como en nuestro caso, no estamos en presencia de un litis consorcio pasivo necesario y sí voluntario en razón de la solidaridad que podría existir entre los distintos agentes constructivos, que hubieran permitido, de así haberlo creido oportuno la actora demandar a quienes no se hallaban en situación de concurso, habida cuenta que para el hecho de que se dé este estado de concurso, surgiría, de manera imperativa, y propia caracterización de orden público, la determinación de la competencia objetiva del Juez de lo Mercantil que conozca del concurso para, desde la estimación, en su caso, de la acción civil con trascendencia patrimonial que se dirija contra el patrimonio del concursado, formar la masa activa y pasiva del concurso, con todas las consecuencias que aquél procedimiento universal comporta. No puede hablarse, por tanto, como hace la parte apelante, de infracción del artículo 17.2 y 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; y es que la exigencia de la solidaridad, a que se refiere el número 3 del artículo 17, queda condicionada a que no sea posible exigir aquella responsabilidad de modo individual por causa de los daños materiales, de una parte, y de otra que aun en cuando se diese aquella solidaridad, precisamente desde la configuración de esta institución en los artículos 1.137 y siguientes del Código Civil, se podría traer al proceso, exclusivamente, a alguno o algunos de los deudores solidarios, que no a todos. No existe infracción de la seguridad jurídica, sino todo lo contrario, al garantizar que cada órgano jurisdiccional conozca de la materia que tenga asignada, y pudiendo, la parte demandante, en este litigio, y en su caso en el que formule ante el Juzgador de lo Mercantil, obtener el total resarcimiento de los perjuicios que haya podido sufrir; no es que estemos en presencia de la producción o no de perjuicios a la masa del concurso, sino ante un supuesto legalmente previsto que reconduce la competencia exclusiva y excluyente de las acciones civiles contra trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, al Juzgado de lo Mercantil correspondiente que haya asumido el conocimiento del concurso ya voluntario o necesario de acreedores".

QUINTO. - En el mismo sentido se pronuncia el auto de la Audiencia Provincial, también de Madrid, Sección 13, de 23-9-11, así como el de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 30-12-10, que argumenta: "Estamos ante el ejercicio de dos acciones, una acción civil con trascendencia patrimonial dirigida contra el patrimonio de la concursada Construcciones Graisu S.L., para la que sería competente el Juzgado de lo Mercantil. El problema se plantea porque en una misma demanda la actora acciona frente a una empresa concursada y otra que no está en tal situación y además frente a la aseguradora de ésta, ejercitando la acción por culpa extracontractual de los art. 1902, 1903, y 1909 del C.Civil, en base a una solidaridad impropia entre la promotora y la constructora del inmueble vecino, cuyas obras causaron las humedades en el edificio de la actora. Se trata de una acumulación subjetiva de acciones frente a dos mercantiles distintas, prevista en el art. 72 de la L.E.C., respecto a la que es ineludible hacer referencia a la atribución de competencias que el artículo 86 ter LOPJ hace a los Juzgados de lo Mercantil, porque será a la luz de tal precepto cómo deberá decidirse respecto de la existencia o no de competencia objetiva de tales órganos para conocer de una de las acciones acumuladas. Así cuando el Tribunal Supremo alude al criterio de flexibilidad en orden a decidir sobre la procedencia de la acumulación de acciones en relación con la conexidad causal mencionada en el art. 72 LEC -, esto es al nexo que se exige en relación con el título o la causa de pedir, y aconseja admitir la acumulación, exige que al supuesto no le alcancen las prohibiciones del art. 73 de la L.E.C., que impide la acumulación de acciones cuando el Juez es incompetente por razón de la materia. En definitiva, sin competencia objetiva, no cabe acumulación y por ello no se puede entrar en la valoración de si procede o no aplicar el criterio de flexibilidad. A estos efectos, el artículo 73.1.1.º LEC, lleva al Supremo a denegar acumulaciones cuando se produce infracción de dicha norma. No es posible si el Juez que deba conocer de la principal sea incompetente por razón de la materia o de la cuantía litigiosa para conocer de la acumulada. Es más, el Tribunal Supremo, cuando ha resuelto supuestos de indebida acumulación por razón de falta de competencia respecto de alguna de las acciones acumuladas, ha querido resaltar que la competencia objetiva es materia de «derecho necesario e imperativo», e incluso ha fundamentado la norma legal contraria a la acumulación cuando existe distinta distribución competencial entre órganos pertenecientes a un mismo orden jurisdiccional. Atendiendo a dichos principios, el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, competente para conocer sobre las acciones de naturaleza civil dirigidas frente al patrimonio de la concursada Construcciones Graisu S.L., carece de competencia objetiva para conocer sobre una acción dirigida frente a otra demandada ajena al concurso. Y aunque el art. 72 de la L.E.C. permite "la acumulación y el ejercicio simultáneo de acciones que uno tenga contra varios sujetos, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", trátandose de supuestos de litisconsorcio, hay que distinguir entre los casos de litisconsorcio pasivo necesario, en los que hay que traer al proceso a todos los eventúales afectados, de aquellos casos de litisconsorcio facultativo o voluntario cuando se ejercitan acciones frente a personas que puedan aparecer unidas por vínculos de solidaridad, como acontence en el presente caso en el que la actora demanda solidariamente en base a los arts. 1902, 1903 y 1909 del C. Civil, en los que la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que no es necesario demandar a todos los supuestos responsables del daño (y ello solo para el caso de no poderse individualizar las responsabilidades),porque no existe un litisconsorcio pasivo necesario (S.T.S. 24.3.01 y 29.5.03). Por lo tanto, no siendo posible la acumulación de acciones en una única demanda por incompetencia tanto del Juzgado de

lo Mercantil para conocer de la accion ejercitada frente a la promotora, como del Juzgado de Primera Instancia para conocer de una acción instada frente a la constructora en concurso, no cabía la estimación de la declinatoria sino la declaración de oficio por parte del Juzgado de Primera Instancia de su incompetencia para conocer de la demanda frente a la constructora concursada, pudiendo las partes en tal caso, mantener la acción civil contra la promotora y su aseguradora ante el Juzgado de Eibar, o bien optar por reclamar dentro del procedimiento concursal seguido en el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao". En consecuencia, el recurso interpuesto debe ser estimado parcialmente.": AAP Lleida (Sección 2) 20.01.2012 (Auto 7/2012; Rollo 490/2011)

AP Madrid (Sección 8)

"PRIMERO.-El presente recurso de apelación se interpone frente a auto dictado el 6 de julio de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid, a tenor del cual, admitiendo la declinatoria de jurisdicción planteada por ALMARFE, S.L. y DRAGADOS, S.A., -demandadas, entre otros, en el procedimiento ordinario del que la resolución trae causa-, se declaraba la falta de competencia objetiva del órgano judicial para conocer de la demanda instada por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios AVENIDA000 nº NUM000, de Madrid, por cuanto la citada ALMARFE, S.L. había sido declarada en concurso voluntario de acreedores con fecha 8 de septiembre de 2008, anteriormente a la presentación de la demanda rectora de las actuaciones; el referido auto ordenó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.
SEGUNDO.-El auto que declara la incompetencia objetiva en los términos expuestos, es recurrido en apelación por la representación procesal de la demandante articulando dos motivos en los que, respectivamente, se denuncia la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario e inadecuada apreciación de incompetencia respecto de los demandados que no están en concurso.
Las alegaciones que se vierten en el escrito de formalización deben de ser estimadas, reiterando los argumentos ya vertidos en anteriores resoluciones de esta misma Sala (auto de 20 de marzo de 2012 -recurso 871/2011-, y en auto de 16 de abril de 2012 -recurso apelación 811/11-), haciendo suyas las argumentaciones que se contienen en auto de 27 de noviembre de 2009, dictado por la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial.
La acción que se ejercita en la demanda es una reclamación por defectos constructivos. Tanto el artículo 1591 del Código Civil como la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, siguen manteniendo el principio general de la solidaridad de los intervinientes en su art. 17, apartados 2 y 3; es decir, se establece la solidaridad, por un lado, cuando la responsabilidad se atribuye a un agente y al tiempo a la persona de quién se debe responder (art. 17.2); de otra parte cuando se atribuye a agentes y no se puede individualizar la causa de los daños o el grado de intervención de cada uno (art. 17.3); asimismo cuando se atribuye a agentes y también "en todo caso" al promotor (art. 17.3 segundo inciso); y finalmente cuando ha habido actuación conjunta del proyectista con otros profesionales.
Nos encontraríamos por tanto en el caso de autos ante una acumulación subjetiva de acciones prevista en el art. 72 LEC, según el cual "podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos..., siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", tratándose de supuestos de litisconsorcio pero bien entendido que deben distinguirse los de litisconsorcio pasivo necesario, en los que sería preciso traer al litigio a todos los eventuales afectados, de los que, como en el presente caso, y al tratarse del ejercicio de acciones frente a personas unidas por vínculo de solidaridad, son de litisconsorcio facultativo o voluntario.
En estos casos, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe ningún argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque no puede olvidarse que, para que pueda admitirse la acumulación de acciones es preciso, según el art. 73.1.1º LEC, "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas", dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones (ex art. 72 LEC), deba ser requerido para que desacumule las acciones frente a terceros distintos de la concursada (ex art. 73.4 LC). No existen por otra parte razones que impidan o desaconsejen el ejercicio separado de las acciones.
Sentado lo anterior, la extensión del archivo de las actuaciones a todos los terceros demandados, carece de sustento legal y choca frontalmente con el carácter excluyente y exclusivo de la competencia del Juez del concurso que se recoge en el art. 8.1 de la Ley Concursal.
Consecuentemente, y sin perjuicio del derecho que asiste a la recurrente a desistir de la demanda dirigida frente a la concursada conforme a lo que establece el art. 20 de la LEC, el auto que se recurre debe reponerse pues debieron continuarse las actuaciones respecto al resto de los codemandados. ":AAP Madrid (Sección 8) 18.06.2012 (Auto 160/2012; Rollo 161/2012)

AP Madrid (Sección 10)

"QUINTO.-Nos hallamos ante una demanda formulada ante un Juzgado de Primera Instancia con posterioridad a las fechas en que dos de los cuatro sujetos frente a quienes se dirige fueron declarados en situación de concurso de acreedores lo que determina que la misma admisión a trámite de la demanda frente a ellas se halle viciada de nulidad absoluta, radical, *ipso iure* e insubsanable en aplicación del artículo 50.1 de la Ley Concursal (en su redacción anterior a la reforma de la Ley Concursal operada por la ley 38/2011, de 10 de octubre, aplicable al caso litigioso). Demanda que, sin embargo, también se formuló frente a dos personas físicas particulares no concursados.

Se ha de indicar que el pronunciamiento de la resolución dictada por el Juzgado « *a quo* » por el que acuerda declarar su falta de competencia objetiva para el conocimiento de las pretensiones dirigidas frente a las entidades concursadas ha sido explícitamente consentida por la parte actora, de modo que ninguna consideración puede hacer esta Sala en relación con la misma.
SEXTO.-Al margen de valoraciones subjetivas como las efectuadas por el codemandado Sr. Pedro, a criterio de esta Sala la competencia objetiva para conocer de la demanda formulada por la Comunidad demandante frente a los integrantes de la Dirección Facultativa, no concursados, de las obras de construcción del inmueble en relación con las deficiencias constructivas corresponde de modo exclusivo y excluyente a los Juzgados de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto con carácter general en el art. 85 LOPJ. Cuestión distinta es que carezca de ella para conocer de las pretensiones dirigidas, simultáneamente, con base en una pretendida vinculación solidaria entre los distintos sujetos eventualmente responsables de los hechos en que se funde. Así, pues, el Juzgado « *a quo* » debió circunscribir su resolución a declarar la nulidad de lo actuado en relación con las entidades concursadas, reservando a la parte demandante la facultad de acudir, en su caso y de convenir a sus intereses, a usar de sus derechos respecto de estas últimas ante los respectivos órganos de lo mercantil que conocen de los procesos concursales pendientes, sin que la resolución así dictada contuviera pronunciamiento alguno en relación con los sujetos no concursados.
SÉPTIMO.-En relación con un caso semejante, el AAP Madrid, Secc. 28.ª, núm. 201/2009, de 27 de noviembre (RA num. 262/2009; ROJ: AAP M 17998/2009), reproducido en lo sustancial por el más reciente AAP de Madrid, Secc. 28.ª núm. 89/2012, de 25 de mayo (RA núm. 224/2012; ROJ: AAP M 6840/2012), razonó que:
«... *No puede compartirse en modo alguno la invocación a la división de la continencia de la causa cuando se está reclamando solidariamente frente a diversas personas físicas y jurídicas, en base a la existencia de defectos constructivos, como se desprende claramente de la demanda y se reconoce por los propios recurrentes.*
Tanto el artículo 1591 del Código Civil como la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, siguen manteniendo el principio general de la solidaridad de los intervinientes en el proceso constructivo. Así el art. 17 de la L.O.E., establece en su apartado 2 que "la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada tanto por actos y omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley se deba responder". Y en su apartado 3, dice que "no obstante cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente". Como puede observarse la L.O.E. se ha limitado en esta materia a transformar en norma o precepto legal la doctrina del Tribunal Supremo en la interpretación del art. 1591 del Código Civil.
En consecuencia se establece la solidaridad, por un lado, cuando la responsabilidad se atribuye a un agente y al tiempo a la persona de quién se debe responder (art. 17.2); de otra parte cuando se atribuye a agentes y no se puede individualizar la causa de los daños o el grado de intervención de cada uno (art. 17.3); asimismo cuando se atribuye a agentes y también "en todo caso" al promotor (art. 17.3 segundo inciso); y finalmente cuando ha habido actuación conjunta del proyectista con otros profesionales.
Nos encontraríamos por tanto en el caso de autos ante una acumulación subjetiva de acciones prevista en el art. 72 LEC, según el cual "podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos..., siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", tratándose de supuestos de litisconsorcio pero bien entendido que deben distinguirse los de litisconsorcio pasivo necesario, en los que sería preciso traer al litigio a todos los eventuales afectados, de los que, como en el presente caso y al tratarse del ejercicio de acciones frente a personas unidas por vínculo de solidaridad, son de litisconsorcio facultativo o voluntario.
En estos casos, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe ningún argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque no puede olvidarse que, para que pueda admitirse la acumulación de acciones es preciso, según el art. 73,1,1º LEC "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia
o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas" dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones (ex art. 72 LEC) deba ser requerido para que desacumule las acciones frente a terceros distintos de la concursada (ex art. 73,4 LC). No existen por otra parte razones que impidan o desaconsejen el ejercicio separado de las acciones.
Debe indicarse al respecto que la jurisprudencia había venido rechazando de forma constante la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en los casos, como el presente, en los que se ejercitaban acciones de responsabilidad por defectos constructivos o vicios ruinógenos. La figura o excepción de la falta de litisconsorcio pasivo necesario no venía prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a diferencia de la actual que la recoge en sus artículos 12, 416.1.-3º y 420, siendo de creación jurisprudencial que entendía que, si bien el actor era libre de llamar al proceso como demandado a quien tuviera por conveniente, no lo era menos que para que la relación jurídico-procesal pudiera quedar válidamente constituida era preciso que en ella estuvieran como demandantes o demandados todas aquellas personas unidas por la relación jurídico-material, aquellas a las que pudiera afectar "directamente" la sentencia que pudiera dictarse y también las que pudieran tener "un interés legítimo" en impugnarla, pues de lo contrario no podía dictarse sentencia sobre el fondo, sino que procedía la absolución en la instancia, en aras del principio de tutela efectiva y para evitar que pudieran dictarse sentencias contradictorias o atentar contra la santidad de la cosa juzgada (SS de 14 de junio de 1994 y 18 de mayo de 1995, entre muchas), pero esta doctrina tenía una excepción con base en el artículo 1144 del Código Civil y era que, en el caso de la solidaridad tanto propia como impropia, el acreedor o perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, sin perjuicio de las acciones de

repetición que puedan proceder entre estos y que ocurren con frecuencia en el caso de los vicios ruinógenos.
Es reiterada la doctrina del TS que establece que para que tal excepción sea aplicable es preciso que la sentencia que se dicte afecte de forma directa a terceros ajenos al proceso, sin que baste la producción de efectos reflejos o indirectos que precisen de otro proceso para materializarse, como serían acciones de repetición, doctrina la expuesta que aparece recogida, entre otras resoluciones, en la STS de 10 de octubre de 2000, la cual indica que "Persiguiendo en definitiva, dicho instituto procesal, evitar que la sentencia recaída en un proceso pueda afectar de forma directa y perjudicial y con los efectos de cosa juzgada a alguna o algunas personas que no hayan sido parte en el proceso, ni hayan tenido posibilidad de ser oídas y defenderse y eliminar la posibilidad de resoluciones contradictorias sobre el mismo asiento" pero especificando que "no basta con que los efectos que se produzcan hacia un tercero sean de carácter meramente reflejo para que cause la excepción de litisconsorcio pasivo necesario" y más concretamente "No basta la existencia de un mero interés en el resultado del litigio para que haya de demandar a todos los que acrediten el mismo, pues es un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario…»
OCTAVO.-Como quiera que ninguna circunstancia impone indefectible e inesquivablemente la demanda conjunta frente a todos los interesados, como sin embargo acaecería en una hipótesis de necesario litisconsorcio pasivo, es posible ejercitar y conocer separadamente de las pretensiones formuladas frente a los diferentes sujetos intervinientes en el proceso edificatorio; y, en consecuencia, no es admisible que la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, que además no recae sobre un único órgano, atraiga la correspondiente a los codemandados no declarados en concurso. Por ello ha de considerarse correcto el criterio defendido en el recurso y con acogimiento del mismo, procede acordar la continuación del proceso frente a los codemandados y don Evaristo por ser el Juzgado «a quo» competente para el conocimiento de las pretensiones formuladas en relación con los mismos. “:AAP Madrid (Sección 10) 10.10.2012 (Auto 316/2012; Rollo 706/2012)

AP Madrid (Sección 12)

“PRIMERO.- Para resolver el recurso de apelación que la demandante interpone contra el Auto de 11 de febrero del presente año, por el que el Juzgado se declara objetivamente incompetente y, por ello, no resuelve sobre el desistimiento que pretendía la demandante contra una de las demandada ni sobre la procedencia de la acumulación subjetiva de acciones, es necesario exponer los actos procesales que sirven de antecedente a dicha resolución.
Tales antecedentes son los siguientes:
1º La demandante, CARPINTERÍA DE MOREIRA, S.A., interpuso demanda, fechada el 8 de marzo de 2.010 y presentada el 12 de dicho mes y año, contra PLODER UICESA, S.A. y UNICAJA, en la que, en síntesis, basándose en el contrato de ejecución de obra que concertó con la primera de las demandadas citadas y del precio de la obra devengado y no satisfecho lo reclamaba tanto a la comitente como a la entidad bancaria con la que la otra demandada tenía concertado contrato de confirming sin recurso, en base al que la demandante remitió la factura correspondiente.
2º Admitida la demanda la entidad MONTES DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS DE RONDA, CÁDIZ, ALMERÍA, MÁLAGA, ANTEQUERA Y JAÉN (más conocida como UNICAJA) se personó y contestó la demanda. En la contestación dijo plantear, con carácter previo, "nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Juzgado", al estar declarada la otra demandada en concurso antes de la presentación de la demanda y corresponder, por ello, el conocimiento del asunto al Juez de lo Mercantil. Además, expuso los hechos y fundamentos que consideró oportunos, y concluyó solicitando el inmediato archivo del procedimiento, y, subsidiariamente, el pronunciamiento de sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda.
3º PLODER UICESA, S.AU. contestó la demanda exponiendo igualmente la situación de concurso en la que fue declarada por Auto de 1 de marzo de 2.010, publicado en el B.O.E. del 11 de marzo, por lo que planteó, como cuestión previa, la falta de competencia del Juzgado, y la indebida acumulación de acciones; de igual modo, contestó al fondo de la reclamación, y concluyó solicitando que se abstuviera el Juzgado de conocer por su incompetencia objetiva, o alternativamente, que se apreciara una indebida acumulación de acciones, y, subsidiariamente, se dictara sentencia desestimando la pretensión en su contra deducida.
4º Antes de celebrarse la audiencia previa, la demandante presentó escrito, el 11 de enero de 2.011, por el que desistía de la demanda frente a PLODER UICESA S.A., y mantenía, en cambio, su pretensión respecto de la otra demandada
5º El 10 de febrero de 2.011 se celebró la audiencia previa en la que se trató de manera específica tanto la falta de competencia, como la procedencia de la acumulación de acciones y del desistimiento, reservándose la Juez la decisión para fundarla en resolución separada.
6º Efectivamente, el 11 de febrero del presente año se dicó Auto en el que, por la situación de concurso de PLODER UICESA, S.A., se declaraba la Juez incompetente, por corresponder el conocimiento al Juez del concurso, y consideraba que ya no debía pronunciarse ni sobre el desistimiento ni sobre la acumulación subjetiva de acciones.
7º Este es el Auto que la demandante apela, solicitando que se revoque la resolución recurrida por estar viciada de nulidad, o se declare competente a la jurisdicción civil para conocer de la demanda, o, subsidiariamente, no se le impongan las costas de primera instancia.
8º El recurso fue impugnado por las demandadas.
SEGUNDO.- Pues bien, siendo un hecho incontestable que una de las codemandadas fue declarada en concurso antes de que la demanda fuera presentada, y, siendo incuestionable que, por tal razón, el Juez de Primera Instancia carece de competencia objetiva para conocer de la pretensión dirigida contra la concursada (artículo 8 de la Ley Concursal), la cuestión a resolver es, en primer término, las consecuencias que hayan de derivarse de no haber hecho valer ninguna de las demandadas la falta de competencia a través de la

declinatoria, y, en segundo término, el alcance de la falta de competencia en casos de acumulación subjetiva de acciones.
TERCERO.- La denuncia de la falta de competencia del órgano que está conociendo del asunto se puede realizar por distintas vías, según la clase de competencia cuya falta se denuncie. Como consecuencia de caracterizar la Ley las normas de competencia territorial como dispositivas, salvo excepciones que no son ahora del caso (artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y las relacionadas con la falta jurisdicción o la de competencia objetiva o funcional como imperativas (artículos 37, 48 y 62 de la misma Ley), la falta de competencia territorial se ha de articular necesariamente través de la declinatoria (artículo 59), mientras que respecto de las otras clases la declinatoria se muestra como una posibilidad (artículo 63.1 primer párrafo), pero siempre queda la facultad de denuncia en cualquier momento en que se constate, pues el Juez puede y debe examinarlas de oficio, hasta el punto de que el proceso seguido con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional es nulo de pleno derecho (artículo 225.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, el que las demandadas no hayan usado en este caso de la declinatoria no impide que la Juez de Primera Instancia haya debido, como lo ha hecho, apreciar la falta de competencia por efecto de la declaración de concurso de una de las demandadas, siendo momento también hábil para su tratamiento de oficio el de la audiencia previa (artículo 416, último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
CUARTO.- En relación al alcance de la falta de competencia objetiva en caso de acumulación de acciones, cuando el Juez carece de la misma en relación a uno de los demandados pero la ostenta y mantiene en relación a la pretensión deducida contra otro, las consecuencias que se derivan surgen de las siguientes consideraciones jurídicas:
1º Toda acumulación de acciones implica, necesariamente, una acumulación de relaciones procesales, esto es, de procesos, pues la pretensión que se dirige frente a cada uno de los demandados es en sí misma procesalmente independiente y autónoma, aunque la reunión en un solo procedimiento haya de producir ciertos efectos comunes, en especial, la tramitación conjunta y la decisión en la misma sentencia, por lo que algunos presupuestos procesales (por ejemplo, la competencia territorial, ante posible diversidad de fueros - artículo 53) sufren alguna modificación.
2ª En todo caso, cuando la acumulación es subjetiva, la pretensión que en relación a cada demandado se deduce no tiene por qué ser única, aunque sí conexa (artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de modo que no hay obstáculo alguno a su tratamiento separado, tanto a nivel de presupuestos procesales específicos que determinen su admisibilidad, como, por supuesto, en cuanto al fondo de la misma.
3ª Por eso, cuando la acumulación no es posible por resultar el Juez incompetente para el conocimiento de alguna de las acciones (artículo 73.1) nada impida que la declaración de incompetencia quede circunscrita a su ámbito propio, y, por ello, subsista el proceso para examinar la pretensión deducida contra aquel demandado para el que el mismo Juez ostente la competencia.
En tales casos, lo más correcto y los más acorde con el principio de economía procesal, será desvelar la improcedencia de la acumulación tan pronto se presente la demanda (artículo 73.4), pero si, por la razón que sea, no se ha actuado así, cuando se determine la incompetencia para el conocimiento de una de las acciones, se deberá mantener el trámite para la resolución de la que no esté afectada por esa falta. En especial para cuando se trata la cuestión en la audiencia previa, la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene norma expresa que establece esa solución (artículo 419). Únicamente, en aquellos casos en que la resolución se haya de dar necesariamente frente a todos por constituirse un verdadero y propio litisconsorcio pasivo necesario, se excepcionará esa regla, en cuanto entonces, la imposibilidad de acumulación se traduce en la imposibilidad de examen separado. Tal sería el caso de la reclamación de una deuda mancomunada indivisible, en la que alguno de los deudores haya caído en concurso.
QUINTO.- En este supuesto, en el que el litisconsorcio creado con la acumulación subjetiva es meramente facultativo, y se deriva de distintas causas de pedir, aunque conexas, rige en toda su plenitud la regla del artículo 419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil
En efecto, frente a PLODER UICESA S.A.U. la causa de pedir está en el contrato de obra que directamente le vincula con la demandante. Frente a UNICAJA la causa de pedir es otra: el contrato de confirming celebrado entre ésta y la otra demandada, que produce también ciertos efectos sobre los proveedores de ésta, de manera que la reunión en un solo proceso ha obedecido a razones de estricta oportunidad.
Por tanto, si respecto a la concursada el Juez de Primera Instancia carece de competencia objetiva, respecto a la otra demandada la mantiene en toda su extensión, y por ello, el Auto habrá de ser revocado en parte, a fin de que, manteniendo la declaración de incompetencia se ciña exclusivamente a la concursada, y se continúe el proceso en el estado en que quedó, esto es, después de la audiencia previa y de la resolución sobre la admisión de la prueba, respecto a la otra demandada.
SEXTO.- Lo expuesto supone e implica que una de las conclusiones del Auto recurrido no pueda ser mantenida. En efecto, contrariamente a lo que expone la Juez, la incompetencia por la razón por la que en este proceso se ha apreciado, no significa que no pueda entrarse a conocer de la improcedencia de la acumulación subjetiva. Todo lo contrario, la acumulación supone siempre que el Juez deba plantearse, anquen sea implícitamente si carece ello de trascendencia, si es competente o no para el conocimiento de todas las acciones (artículo 73.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
Tampoco se produce ningún fraude procesal, pues, contrariamente a lo que alega UNICAJA al impugnar el recurso de apelación, si bien es cierto que, de haberse presentado la demanda sólo contra ella podía haber mantenido su fuero territorial, no lo es menos que tal cuestión pudo y debió articularla mediante declinatoria, en la que, además de la falta de competencia objetiva y como consecuencia de la misma, propusiera la falta de competencia territorial, pero lo que no cabe es en este estado del procedimiento cuestionar esta última clase de incompetencia cuando se ha producido una sumisión tácita de la demandada que la discute.
En cambio, es correcto que, careciendo de competencia ab initio no deba pronunciarse el Juez, como no lo hizo, sobre el desistimiento.”: AAP Madrid (Sección 12) 11.11.2011 (Auto 803/2011; Rollo 463/2011)

AP Madrid (Sección 13)

“SEGUNDO.-Por Dña. Gema, se interpuso recurso de apelación contra el auto dictado en fecha 17 de marzo de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fuenlabrada, que acordó estimar la cuestión de competencia por declinatoria planteada por la mercantiles GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A y archivar el procedimiento sin imposición de costas. Alega la parte apelante, en síntesis, que tratándose de una obligación solidaria el concurso de una de las demandadas no afecta a la otra, por lo que interesa su continuación en cuanto a ella. Frente a tales alegaciones la representación procesal de la parte apelada se opuso al anterior recurso alegando que las dos empresas demandadas conforman una Unión Temporal de Empresas por lo que el concurso de una de ellas afecta a la codemandada, pudiendo acumularse ante el Juez del concurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 51 de la Ley Concursal.
TERCERO.-El tema a decidir en el presente recurso se circunscribe a la posibilidad, pretendida por la recurrente, de que se continúe el procedimiento respecto de una de las demandadas, GEEXPARK S.L., considerando que la codemandada, GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A., ha sido declarada en concurso necesario de acreedores mediante Auto dictado el 16 de marzo de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de los de Madrid,y que ambas demandadas integran la UTE HABANA.
Es doctrina mayoritaria de la Audiencias Provinciales seguida, entre otras por la Sección 14ª de las de esta Audiencia en Auto de 22 de febrero de 2012 (Rollo de Sala 815/2011), con remisión al auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 5ª, de fecha 24 de marzo de 2009, que: *"(...) la normativa concursal toma como referencia la situación patrimonial de una determinada persona, física o jurídica. Por ello, de principio para la Ley concursal es indiferente que una empresa con personalidad jurídica propia se encuentre o no integrada dentro de un grupo de sociedades, pues lo que se declara en concurso es a cada persona jurídica. No obstante, debe advertirse también que uno de los principios informadores de la nueva legislación concursal es lo que denominaríamos la unidad de tratamiento. Desde el punto de vista procedimental cabe resaltar que la nueva legislación concursal pretende responder a las situaciones de insolvencia empresarial de forma unitaria, coordinada y coherente a las múltiples y complicadas aristas que surgen en el contexto de una insolvencia empresarial; respuesta unitaria frente a los diferentes intereses en juego, para atender equilibradamente al conjunto de sujetos afectados y perjudicados por la situación concursal, para la búsqueda de una solución efectiva que procure conjugar debidamente las variadas opciones posibles. Como afirma expresamente la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, se opta por "los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema". Por tanto, puede comprobarse que la propia legislación concursal propicia que se ascienda un nivel más, por encima de la empresa, en términos tales que habilita para que la situación a contemplar tome en consideración el conjunto de un grupo de empresas. En efecto, la nueva Ley Concursal lo prevé a través de dos vías. De un lado, contempla la posibilidad de que el acreedor pueda "instar la declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones "(art. 3.5 LC). Las consecuencias de ello, son que si se produce tal resultado, lo significativo es que el procedimiento concursal discurrirá a partir de entonces de forma unitaria a lo largo de toda su tramitación. Cuestión, sin embargo, no claramente resuelta por el texto de la ley es si en estos casos se actúa a todos los efectos como si se tratase de un único patrimonio o, por el contrario, se trata de un análisis unitario en lo procedimental pero diferenciado en lo sustancial. En el primer caso, el órgano judicial procedería a analizar al grupo como un todo unitario desde el punto de vista económico, lo que comportaría agrupar al conjunto de los acreedores, así como de los trabajadores, de modo que la masa del concurso fuera una única. En el segundo de los casos, se trataría de tomar en consideración la interinfluencia de las decisiones de una empresa del grupo sobre las restantes, pero manteniendo la idea de que se trata de concursos diferenciados para cada empresa, con acreedores y trabajadores igualmente diferenciados, con un inventario y una masa distinta para cada uno de los concursos. Probablemente la falta de concreción se deba a que la respuesta haya de ser distinta según el tipo de grupo. La fórmula más razonable, es la de distinguir según que se trate de grupos ficticios o de grupos reales. En el primer caso de grupo ficticios, lo que la ley contempla cuando se refiere a una situación de confusión de patrimonios, que habría que extender a la jurisprudencia social identificativa de los supuestos desencadenantes de la responsabilidad solidaria entre las diversas empresas del grupo, procedería efectuar un tratamiento unitario tanto en lo procedimental como en lo material. En el segundo caso de grupos reales, la unidad debería ser exclusivamente en lo procedimental, que no en lo material".*
Por tanto, y partiendo de que la pertenencia de una sociedad a un grupo de empresas no le priva de personalidad jurídica y, en principio, no se produce comunicación entre su activo y pasivo y los activos y pasivos del resto de sociedades integradas en el grupo, el hecho de que una empresa con personalidad jurídica propia se encuentre integrada dentro de un grupo de sociedades no significa que el concurso de la misma alcance automáticamente a las demás, pues lo que se declara en concurso es a cada persona jurídica, de modo que en el concurso de una empresa que forme parte de un grupo tendrán cabida los créditos que el acreedor tenga frente a la concreta sociedad concursada con personalidad jurídica propia, no los créditos que se ostenten frente a otra de las empresas del grupo cuyo concurso no haya sido declarado.
Aplicando dicha doctrina al caso que nos ocupa, resulta que, aun admitiendo que la Ley 18/1982 de 26 de mayo sobre el Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresa y Sociedades de Desarrollo Regional establece la responsabilidad solidaria frente a terceros de los miembros integrantes por los actos y operaciones en beneficio del común y que, como indica la STS de 28 de enero de 2002, crea el instituto de la responsabilidad solidaria de las empresas miembros de la "agrupación" o "asociación temporal" frente a terceros acreedores en el cumplimiento obligacional, no sólo circunscritos al ámbito de los deberes fiscales, sino de cualesquiera otras obligaciones dimanantes de los actos y operaciones que por constituir el objeto o

actividad para la cual nació esa "unión" vienen siendo realizadas con el común denominador del beneficio conjunto de todos sus componentes, según recoge también el STS de 12 de junio de 2007, resulta palmario que careciendo de personalidad jurídica propia la Unión Temporal de Empresas, como dispone el art. 7.2 de la ley 18/1982, de 26 de mayo, cada una de las empresas agrupadas -aunque, insistimos, frente a terceros respondan solidariamente de las obligaciones contraídas- mantienen su personalidad jurídica independiente y responden con su propio patrimonio del cumplimiento de las obligaciones contraídas por cada una de ellas.
Ello comporta que la declaración de concurso de acreedores de una de las demandadas no afecte a la otra ni prive a los acreedores del derecho que les asiste a ejercitar las acciones correspondientes en defensa de sus legítimos intereses ante la Jurisdicción Ordinaria, al margen de ejercitar igualmente las acciones pertinentes en el concurso de acreedores frente a la codemandada GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A.
Por cuanto antecede estamos en el caso de estimar el presente recurso y dejar sin efecto el Auto contra el que se apela, acordando la continuación del procedimiento contra la demandada GEEXPARK S.L. ante el Juzgado de procedencia al que se remitirán las actuaciones. “:AAP Madrid (Sección 13) 01.06.2012 (Auto 132/2012; Rollo 458/2011)

AP Madrid (Sección 14)

“TERCERO.-Construcciones Edisan S.A., fue declarada en concurso voluntario de acreedores mediante auto dictado el 23 de diciembre de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de Madrid (concurso voluntario 500/08) y la demanda interpuesto por la demandante contra Construcciones Edisan S.A., los arquitectos don Enrique, don Carlos y don Fulgencio y el arquitecto técnico don Samuel, por ruina decenal, fue presentada el 15 de septiembre de 2009.
Conforme a los artículos 86 ter 1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, en redacción vigente a la fecha de interposición de la demanda, la jurisdicción del Juez del concurso es exclusiva y excluyente en las materias que siguen: las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
En el presente supuesto, la codemandada Construcciones Edisan S.A., se halla en concurso desde casi un año antes de la fecha de interposición de la demanda y la competencia objetiva para el conocimiento de cuantas acciones con transcendencia patrimonial se dirijan contra ella corresponde al Juez del concurso.
Ahora bien, la alteración de la competencia objetiva por razón de la declaración de concurso no afecta a los demás codemandados que han sido demandados ante el órgano jurisdiccional competente ya que la competencia de los Juzgados de lo Mercantil queda ceñida a las materias que enumera el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8 de la Ley Concursal, disponiendo el artículo 85.1 de la primera, que los Juzgados de Primera Instancia tienen competencia para conocer de los juicios que no vengan atribuidos por la misma Ley Orgánica a otros Juzgados o Tribunales.
En consecuencia, la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda afecta a la acción ejercitada por la Comunidad de Propietarios contra Construcciones Edisan S.A., pero sólo a esa acción, en cuanto Construcciones Edisan S.A., debe ser demandada ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de Madrid y, por ello, del conocimiento de dicha acción debía abstenerse el Juzgado de Primera Instancia advirtiendo a la parte actora que debía usar de su derecho ante el juez del concurso, como ordena el artículo 50.1 de la Ley Concursal; más, como quiera que la demanda fue indebidamente admitida a trámite respecto de Construcciones Edisan S.A., quién, por otra parte, nada manifestó durante la sustanciación del procedimiento hasta el acto del juicio, lo que procede es declarar la nulidad de lo actuado, única y exclusivamente con relación a dicha demandada, con conservación de todos los actos procesales, incluida la sentencia condenatoria de los restantes codemandados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50.1 de la Ley Concursal y los artículos 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225.1º de la Ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que, como alega la apelante, y disponen dichos preceptos, son nulos de pleno derecho los actos procesales que se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 25 de mayo de 2012, que, en lo que aquí conviene reseñar, aunque en el supuesto que resuelve se trata de la intervención provocada de una concursada que ya lo estaba a la fecha de interposición de la demanda, razona: "(...) se trata de un litigio promovido contra una sociedad que estuviera en situación concursal al tiempo de la interposición de la demanda de modo que su admisión a trámite estuviera viciada de nulidad en aplicación del artículo 50.1 de la Ley Concursal. La competencia objetiva para conocer de la demanda formulada por determinados compradores contra la sociedad vendedora y promotora de las viviendas, la mercantil no concursada (...), por incumplimiento contractual y vicios constructivos, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia (artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Como es natural, la competencia objetiva no puede mutar por el hecho de que se pretenda provocar la intervención de una sociedad que está declarada en concurso, pues la consecuencia sólo será que no puede dirigirse la acción contra dicha sociedad en el seno de dicho procedimiento por imperativo del artículo 50.1 de la Ley Concursal, pues, en definitiva, a tenor de la disposición adicional séptima de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, ello implica dirigir la acción contra la concursada en calidad de demandada. En ningún caso la competencia objetiva para el conocimiento de las concretas acciones ejercitadas en una demanda pueden venir determinada por las eventuales alegaciones de la parte demandada o, en este supuesto, por la pretensión de provocar la intervención de terceros. El Juzgado de Primera Instancia gozaba de competencia objetiva para el conocimiento de la demanda formulada contra la sociedad vendedora por lo que si carece de competencia objetiva para conocer de la acción que se dirige posteriormente contra la concursada, como consecuencia de su intervención provocada, lo que debe rechazar

es ésta. En definitiva, el Juzgado de Primera Instancia debió limitarse a declarar la nulidad de actuaciones respecto de la concursada, manteniendo su competencia respecto de la inicial demandada y el resto de los intervinientes, previendo a las partes para que usaran su derecho, respecto de la concursada, ante el juez del concurso. (...). Por lo demás, como ya razonamos en auto de fecha 27 de noviembre de 2009, nada impide que se tramite ante el Juzgado de Primera Instancia la demanda por la que se exija a los diferentes intervinientes en el proceso constructivo su responsabilidad con motivo de la edificación y que se ventile ante el juez del concurso la que corresponda al que se encuentre en concurso. Así, en la citada resolución se confirmó la resolución por la que un Juzgado de Primera Instancia estimó la declinatoria promovida por una entidad concursada y se acordó el archivo de las actuaciones respecto de la constructora concursada ordenando la continuación del procedimiento respecto de los codemandados no concursados, todo ello con ocasión de una demanda por vicios de la construcción dirigida contra la promotora, la constructora -concursada-, el proyectista, los directores de obra y los directores de ejecución. (...)".
CUARTO.-El recurso de apelación interpuesto por Construcciones Edisan S.A., debe ser estimado sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada por dicho recurso (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento civil). “: SAP Madrid (Sección 14) 12.12.2012 (Sentencia 554/2012; Rollo 547/2012)

AP Madrid (Sección 19)

“PRIMERO.-La C.P. DE LA CALLE DIRECCION000 Nº NUM000 DE SAN SEBASTIÁN DE LOS REYES, a través de su representación procesal, formuló demanda ex artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación y 1.591 del Código Civil, contra SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA TODO MADRID, los arquitectos técnicos D. Juan Antonio y D. Baltasar y BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS. S.A, en concurso voluntario de acreedores desde el auto de 25 de junio del año 2009, que precede a la interposición de la demanda que da lugar a los autos 1417/2010. En nuestro caso concreto, contestaron a la demanda los Sres. Juan Antonio (514), Sr. Baltasar (593 y siguientes), SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA TODO MADRID (552 y siguientes), mientras que BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. formula declinatoria por falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia (482 y siguientes), por entender que al estar en situación de concurso voluntario el Juez competente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado habrá de ser, salvo las excepciones establecidas en la Ley, el Juzgado de lo Mercantil correspondiente, en nuestro caso el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid, que conoce del procedimiento concursal 9/2009 y suplica, en su declinatoria, la inhibición a favor de aquél Juzgado. Se opuso a la declinatoria la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, a través de su representación procesal en escrito unido a los folios 634 y siguientes, para el Juzgador de instancia dictar el auto, recurrido, de 5 de noviembre del año 2010 en el que acuerda "el archivo de la causa respecto de la demandada de dar BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., por hallarse en situación de concurso, continuando el procedimiento su curso respecto de los restantes demandados.
SEGUNDO.-Se alza contra el auto la representación procesal de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS que denuncia vulneración del artículo 17.2 y 3 y Disposición adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación y demás disposiciones concordantes de aplicación, infracción de los principios de seguridad jurídica y ausencia de perjuicio para la masa del concurso por el hecho de que el procedimiento se siga ante el Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid para suplicar se estime íntegramente el recurso, se revoque también íntegramente la resolución recurrida reintegrándose a la MERCANTIL BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., como parte demandada en el presente procedimiento civil con imposición de las costas a la contraparte que se opongan al presente recurso; efectivamente se dio aquella oposición en escrito unido a los folios 683 y siguientes donde se resalta que es la propia parte demandante la que trajo al litigio a la sociedad anónima en concurso voluntario de acreedores pues al estar ante la responsabilidad solidaria que pueda deducirse de los vicios constructivos, y de la propia configuración de la solidaridad, se pudo excluir a BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.; y para interpone demanda ante un Juzgado que, desde la normativa que se mencionaba, no podía conocer de acciones civiles de trascendencia patrimonial contra el patrimonio del concursado.
TERCERO.-Ya anunciamos que este Tribunal daba por reproducida la fundamentación jurídica recogida en al auto impugnado, pues ciertamente lo que procede, como establece el artículo 50 de la Ley Concursal, es ordenar el archivo de todo lo actuado respecto del demandado que se hallase sometido a concurso, pues de darse este estado, carecerán de validad las actuaciones que se hayan practicado al respecto, mandando la propia norma en el artículo repetido, que los Jueces civiles que no sean de lo mercantil, que conozcan del concurso, que se abstengan de conocer de aquellas acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (artículo 86 ter.1, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 8.1º de la Ley Concursal y 50.1º de la misma Ley), no siendo posible acceder, como explicó el Juzgador de instancia, a la declinatoria postulada para remitir al Juzgado de lo Mercantil el conocimiento de cuestiones que no le son propias, como sería la de conocer de la acción derivante de vicios ruinógenos en materia constructiva dirigida contra la promotora de la las edificaciones y los arquitectos técnicos, habida cuenta del contenido de los preceptos a que se acaba de hacer mención y cuando, como en nuestro caso, no estamos en presencia de un litis consorcio pasivo necesario y sí voluntario en razón de la solidaridad que podría existir entre los distintos agentes constructivos, que hubieran permitido, de así haberlo creido oportuno la actora demandar a quienes no se hallaban en situación de concurso, habida cuenta que para el hecho de que se dé este estado de concurso, surgiría, de manera imperativa, y propia caracterización de orden público, la determinación de la competencia objetiva del Juez de lo Mercantil que conozca del concurso para, desde la estimación, en su caso, de la acción civil con trascendencia patrimonial que se dirija contra el patrimonio del concursado, formar la masa activa y pasiva del concurso, con todas las consecuencias que aquél procedimiento universal comporta. No puede hablarse, por tanto, como hace la parte apelante, de infracción del artículo 17.2 y 3 de la Ley 38/1999, de 5 de

noviembre, de Ordenación de la Edificación; y es que la exigencia de la solidaridad, a que se refiere el número 3 del artículo 17, queda condicionada a que no sea posible exigir aquella responsabilidad de modo individual por causa de los daños materiales, de una parte, y de otra que aun en cuando se diese aquella solidaridad, precisamente desde la configuración de esta institución en los artículos 1.137 y siguientes del Código Civil, se podría traer al proceso, exclusivamente, a alguno o algunos de los deudores solidarios, que no a todos. No existe infracción de la seguridad jurídica, sino todo lo contrario, al garantizar que cada órgano jurisdiccional conozca de la materia que tenga asignada, y pudiendo, la parte demandante, en este litigio, y en su caso en el que formule ante el Juzgador de lo Mercantil, obtener el total resarcimiento de los perjuicios que haya podido sufrir; no es que estemos en presencia de la producción o no de perjuicios a la masa del concurso, sino ante un supuesto legalmente previsto que reconduce la competencia exclusiva y excluyente de las acciones civiles contra trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, al Juzgado de lo Mercantil correspondiente que haya asumido el conocimiento del concurso ya voluntario o necesario de acreedores.”: AAP Madrid (Sección 19) 20.05.2011 (Auto 138/2011; Rollo 147/2011)

“PRIMERO.- La parte apelante alega como fundamento del recurso que sostiene en la presente alzada, la vulneración por la resolución de instancia del principio de solidaridad que acoge el artículo 17.2 y la disposición adicional 7ª de la ley de Ordenación de la Edificación, y ello en el sentido de que de procederse a la remisión a la competencia de los juzgados de lo mercantil de la acción ejercitada contra la entidad constructora, el principio de solidaridad se vería vulnerado y se tornaría inútil, con grave perjuicio para la demandante.
SEGUNDO.- Tales alegaciones deben ser desestimadas en función de los mismos razonamientos que recoge el Auto recurrido, debiéndose poner de manifiesto que lo que resulta procedente a tenor de lo establecido en el artículo 50 de la ley concursal, es ordenar el archivo de la demanda en cuanto se refiere a una entidad constructora declarada en concurso, siguiendo el procedimiento para el resto de los demandados, pues de darse esa situación carecerán de validez las actuaciones que se practiquen por imperativo expreso de la citada norma. Como ha tenido ocasión de poner de relieve esta misma sección (Auto de 20 mayo 2011), no estamos en presencia de un litisconsorcio pasivo necesario y sí voluntario en razón de la posible solidaridad entre los distintos obligados, en concreto los agentes constructivos, lo que viene a determinar la competencia de distintas jurisdicciones para el conocimiento de las acciones que se formulen, y de manera específica la acción civil con trascendencia patrimonial dirigida contra la entidad declarada en concurso, determina que la misma sea ventilada dentro del orden mercantil, con remisión a aquel procedimiento universal con todas las consecuencias que comporta. No existe infracción alguna del principio de seguridad jurídica sino todo lo contrario se viene a garantizar que cada órgano jurisdiccional conozca de la materia que tiene asignada, estando en presencia de un supuesto legalmente previsto que reconduce la competencia exclusiva de las acciones con trascendencia patrimonial contra el concursado al conocimiento del juzgado de lo mercantil. ”: AAP Madrid (Sección 19) 15.12.2011 (Auto 294/2011; Rollo 434/2011)

“I.- ANTECEDENTES DE HECHO:
Se dan por reproducidos los que contiene el auto recurrido en cuanto se relacionen con esta resolución y
PRIMERO.-Con fecha 27 de junio de 2011, el Juzgado de 1ª Instancia nº 53 de Madrid, en el procedimiento de que dimana este rollo de Sala, dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:
" ACUERDA
Habiendo sido admitida a trámite demanda contra la entidad Castella Tietar SLU, declarada en concurso voluntario de acreedores en fecha anterior a la presentación de la demanda, sobreseer el presente pleito respecto de la misma al carecer el Juzgador civil de competencia para su conocimiento y resolución que corresponde al Juez de lo Mercantil que sigue y conoce del Concurso.
Siga adelante el curso de los autos respecto de los restantes codemandados cumpliéndose lo acordado en materia de prueba en la audiencia previa. (...)
II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:
PRIMERO.-Este Tribunal ha de desestimar los recursos interpuestos por las representaciones procesales de los demandantes y de la codemandada Sra. Nicolasa, pues como ya señalase esta Sección 19ª en su auto de 20 de mayo del año 2011, cuando uno de los codemandados, antes del inicio del procedimiento, en el que se ha llamado como parte demandada, hubiese sido declarado en situación de concurso, lo que ocurre, ciertamente, con CASTELLANA TIETAR S.L. UNIPERSONAL, la competencia para conocer de la acción ejercitada contra aquella persona jurídica, tiene que reconducirse al Juzgado de lo Mercantil, pues como establece el artículo 50 de la Ley Concursal es procedente adoptar la resolución que llevó al Juzgado al auto recurrido, pues de no haber adoptado aquella decisión, carecerían de validez las actuaciones que se hubiesen practicado al respecto, mandando la propia norma en el artículo repetido, que los jueces civiles que no sean de lo mercantil, que conozcan del concurso, se abstengan de conocer de aquellas acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirigen contra el patrimonio del concursado (artículo 86 ter.1. 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y artículos 8.1 de la repetida Ley Concursal y 50.1 de la misma Ley); téngase en cuenta que no estamos en presencia, en lo que se refiere a los sujetos que ocuparon el lado pasivo de la relación jurídica procesal, ante un litis consorcio pasivo necesario, y sí voluntario en razón de la solidaridad que podría existir entre los distintos agentes constructivos, que hubieron permitido, de así haberlo creído por la actora, demandar a los que no se hallan en situación de concurso, habida cuenta que para el hecho de que se dé este estado de concurso, surgiría, de manera imperativa y propiamente con caracterización de orden público, la determinación de la competencia objetiva del Juez de lo Mercantil que conozca del concurso para dar respuesta a la acción civil con trascedencia patrimonial que se dirija contra el patrimonio del concursado, con la consiguiente formación de la masa activa y pasiva del concurso y con todas las consecuencias que aquél procedimiento universal comporta. Así las cosas se comprenderá la imposibilidad, ante la situación en que nos encontramos, de tener por allanada a la entidad CASTELLANA TIETAR S.L. UNIPERSONAL, pues de

haberlo hecho así el "iudex a quo" hubiese infringido normas imperativas, allanamiento que defendió la representación procesal de los demandantes. En cuanto al recurso de la Sra. Nicolasa, como mencionar, al igual el que hicimos en nuestro auto de 20 de mayo del año 2011 no se da infracción de los artículos 17.2 y 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; y es que la exigencia de la solidaridad, al que se refiere el nº 3 del artículo 17, queda condicionada a que no sea posible exigir aquella responsabilidad de modo individual por causa de los daños materiales, de una parte, y de otra, que aun cuando se diese aquella solidaridad, precisamente desde la configuración de esta institución en los artículos 1.137 y siguientes del Código Civil, se podría traer al proceso, exclusivamente, alguno o algunos de los deudores solidarios que no a todos.
SEGUNDO.-De todo lo expuesto queda ya avidenciada la tesis que sostiene este Tribunal en el sentido de ajustarse plenamente a derecho el auto dictado por el Juzgado que acordó el sobreseimiento del pleito respecto de la demandada CASTELLANA DEL TIETAR S.L.U., por corresponder la competencia para conocer de la problemática en relación con la referida entidad, en el ejercicio de la acción que se trajo al proceso, al Juez de lo Mercantil que sigue y conoce del concurso, para continuar el curso de los autos respecto del resto de los codemandados. “:AAP Madrid (Sección 19) 16.03.2012 (Auto 80/2012; Rollo 17/2012)

AP Madrid (Sección 28)

“PRIMERO Se alzan los recursos de apelación e impugnación de distintos demandados en el procedimiento ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 63 de Madrid, en ejercicio de acciones declarativas y de condena solidarias frente a promotora, constructora, proyectista, directores de obra y directores de ejecución con base en la existencia de determinados defectos constructivos, frente al auto dictado por el Juzgado estimando la declinatoria formulada por la constructora SEOP OBRAS Y PROYECTOS, S.L.U. por falta de competencia objetiva para conocer de la demanda frente a tal entidad al ser competente el Juzgado de los Mercantil núm. 1 de Madrid, que la había declarado en concurso voluntario con fecha de 7 de abril de 2008 con anterioridad a la presentación de la demanda el 14 de mayo de 2008, y acordaba el archivo de todo lo actuado con respecto a esa codemandada y la continuación del pleito únicamente frente al resto de los codemandados.
Las distintas representaciones de apelantes e impugnantes, si bien muestran conformidad con la estimación de la declinatoria, entienden que no es correcto el archivo de las actuaciones únicamente frente a esa concreta demandada y la continuación frente al resto porque propicia la división de la continencia de la causa dando lugar a que se tramite ante dos Juzgados diferentes el mismo asunto y se puedan originar con ello resoluciones contradictorias, señalando que la literalidad delartículo 50.1 de la Ley Concursal no establece que el archivo de lo actuado sea exclusivamente frente a la entidad concursada, haciendo en uno de los casos alusiones a la seguridad jurídica, la cosa juzgada y sus efectos, la litispendencia y la prejudicialidad.
SEGUNDO Establece elarticulo 86 ter, apartado 1 que "Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere elArt. 17.1 de la Ley Concursal."
De conformidad con lo establecido en elart. 8.1º de la Ley Concursal la competencia del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.
Por su parte en elart. 51.1 de la ley concursal se establece que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia". Si el procedimiento declarativo se inicia después de declarado el concurso, elart. 50 LC dispone que "los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso". Igualmente dispone "de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado". Es decir, declarado el concurso, el Juzgado de 1ª Instancia carece de competencia para conocer de una pretensión con trascendencia patrimonial dirigida frente a la concursada, y el solicitante debe ver repelida su pretensión, en aplicación de ese precepto o bien, de haberse admitido a trámite, conlleva el archivo de todo lo actuado frente a la concursada.
En el presente caso, nos encontramos ante una demanda planteada por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA C/DIRECCION000 NUM000 -NUM001 DE MADRID contra SEOP OBRAS Y PROYECTOS, S.L.U. y otros, que son los apelantes e impugnantes, que fue presentada con fecha de 14 de mayo de 2008. Por tanto, su tramitación se inició con posterioridad alauto de fecha 7 de abril de 2008, fecha en la que el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid declaró en concurso a la demandada SEOP OBRAS Y PROYECTOS, S.L.U., asimismo las acciones ejercitadas, de declaración de que estaría la concursada obligada solidariamente a la reparación de determinados defectos constructivos y la de condena al pago de determinada cantidad para el supuesto de no proceder a la ejecución de las obras, tendrían indudablemente trascendencia patrimonial e iban dirigidas contra el patrimonio de la concursada.
Con tales elementos resulta plenamente conforme a derecho la resolución adoptada en primera instancia estimando la declinatoria y acordando el archivo de todo lo actuado frente a la concursada, en base a la carencia de competencia objetiva para el conocimiento del litigio, lo que no es discutido mediante las impugnaciones formuladas.

TERCERO La pretensión de las impugnaciones planteadas pasa por extender ese archivo de las actuaciones y carencia de validez de lo actuado frente a la concursada a todos los terceros demandados, lo que carece de sustento legal y choca frontalmente con ese carácter excluyente y exclusivo de la competencia del Juez del concurso. Por el contrario, en la regulación de la Ley Concursal la extensión de la competencia respecto de terceros distintos al deudor concursado constituye una excepción y así se contempla en el supuesto delart. 50,2 de la Ley Concursal, relativa a los casos de asuntos competencia de las jurisdicciones social, penal o contenciosa-administrativa, respecto de los que se respeta la competencia incluso en los casos de acciones con trascendencia para el patrimonio del deudor, defendiéndose la masa por la administración en dichos procesos sin acumulación al concurso.
No puede compartirse en modo alguno la invocación a la división de la continencia de la causa cuando se está reclamando solidariamente frente a diversas personas físicas y jurídicas, en base a la existencia de defectos constructivos, como se desprende claramente de la demanda y se reconoce por los propios recurrentes.
Tanto elartículo 1591 del Código Civil como la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, siguen manteniendo el principio general de la solidaridad de los intervinientes en el proceso constructivo. Así elart. 17 de la L.O.E., establece en su apartado 2 que "la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada tanto por actos y omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a estaLey se deba responder". Y en su apartado 3, dice que "no obstante cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente". Como puede observarse la L.O.E. se ha limitado en esta materia a transformar en norma o precepto legal la doctrina del Tribunal Supremo en la interpretación delart. 1591 del Código Civil.
En consecuencia se establece la solidaridad, por un lado, cuando la responsabilidad se atribuye a un agente y al tiempo a la persona de quién se debe responder (art. 17.2); de otra parte cuando se atribuye a agentes y no se puede individualizar la causa de los daños o el grado de intervención de cada uno (art. 17.3); asimismo cuando se atribuye a agentes y también "en todo caso" al promotor (art. 17.3 segundo inciso); y finalmente cuando ha habido actuación conjunta del proyectista con otros profesionales.
Nos encontraríamos por tanto en el caso de autos ante una acumulación subjetiva de acciones prevista en el art. 72 LEC, según el cual "podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos..., siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", tratándose de supuestos de litisconsorcio pero bien entendido que deben distinguirse los de litisconsorcio pasivo necesario, en los que sería preciso traer al litigio a todos los eventuales afectados, de los que, como en el presente caso y al tratarse del ejercicio de acciones frente a personas unidas por vínculo de solidaridad, son de litisconsorcio facultativo o voluntario.
En estos casos, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe ningún argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque no puede olvidarse que, para que pueda admitirse la acumulación de acciones es preciso, según elart. 73,1,1º LEC "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas" dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones (ex art. 72 LEC) deba ser requerido para que desacumule las acciones frente a terceros distintos de la concursada (ex art. 73,4 LC). No existen por otra parte razones que impidan o desaconsejen el ejercicio separado de las acciones.
Debe indicarse al respecto que la jurisprudencia había venido rechazando de forma constante la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en los casos, como el presente, en los que se ejercitaban acciones de responsabilidad por defectos constructivos o vicios ruinógenos. La figura o excepción de la falta de litisconsorcio pasivo necesario no venía prevista en laLey de Enjuiciamiento Civil de 1881, a diferencia de la actual que la recoge en sus artículos 12, 416.1.-3º y 420, siendo de creación jurisprudencial que entendía que, si bien el actor era libre de llamar al proceso como demandado a quien tuviera por conveniente, no lo era menos que para que la relación jurídico-procesal pudiera quedar válidamente constituida era preciso que en ella estuvieran como demandantes o demandados todas aquellas personas unidas por la relación jurídico-material, aquellas a las que pudiera afectar "directamente" la sentencia que pudiera dictarse y también las que pudieran tener "un interés legítimo" en impugnarla, pues de lo contrario no podía dictarse sentencia sobre el fondo, sino que procedía la absolución en la instancia, en aras del principio de tutela efectiva y para evitar que pudieran dictarse sentencias contradictorias o atentar contra la santidad de la cosa juzgada (SS de 14 de junio de 1994 y 18 de mayo de 1995, entre muchas), pero esta doctrina tenía una excepción con base en elartículo 1144 del Código Civil y era que, en el caso de la solidaridad tanto propia como impropia, el acreedor o perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan proceder entre estos y que ocurren con frecuencia en el caso de los vicios ruinógenos.
Es reiterada la doctrina del TS que establece que para que tal excepción sea aplicable es preciso que la sentencia que se dicte afecte de forma directa a terceros ajenos al proceso, sin que baste la producción de efectos reflejos o indirectos que precisen de otro proceso para materializarse, como serían acciones de repetición, doctrina la expuesta que aparece recogida, entre otras resoluciones, en laSTS de 10 de octubre de 2000, la cual indica que "Persiguiendo en definitiva, dicho instituto procesal, evitar que la sentencia recaída en un proceso pueda afectar de forma directa y perjudicial y con los efectos de cosa juzgada a alguna o algunas personas que no hayan sido parte en el proceso, ni hayan tenido posibilidad de ser oídas y defenderse y eliminar la posibilidad de resoluciones contradictorias sobre el mismo asiento" pero especificando que "no basta con que los efectos que se produzcan hacia un tercero sean de carácter meramente reflejo para que cause la excepción de litisconsorcio pasivo necesario" y más concretamente "No basta la existencia de un

mero interés en el resultado del litigio para que haya de demandar a todos los que acrediten el mismo, pues es un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario.
En consecuencia, al no resultar imprescindible que la actora dirigiera su demanda frente a la totalidad de intervinientes en el proceso constructivo, estando éstos obligados solidariamente, no puede darse viabilidad a la pretensión de los recurrentes de archivar el procedimiento frente a la totalidad de los demandados con ocasión de su archivo frente a la concursada, por imperativo legal, y ha de considerarse correcta la continuación del procedimiento frente a tales demandados por ser el Juzgado de Primera Instancia el competente para el conocimiento de las acciones planteadas.": AAP Madrid (Sección 28) 27.11.2009 (JUR 2010/94020; Auto 201/2009; Rollo 262/2009)

AP Murcia (Sección 1)

"PRIMERO.-La actora ha acreditado, conforme le exige la regla 2ª del art. 217 de la LEC, que prestó trabajos profesionales para una unión temporal de empresas de la que la demandada formaba parte en un 50%.
Un pagaré librado por la suma reclamada evidencia igualmente la realidad de la deuda correspondiente al abono de aquellos trabajos, de forma que, no habiéndose atendido dicho efecto mercantil, que en verdad fue emitido confusamente al alojar una fecha de vencimiento anterior al de su libramiento, queda pendiente de satisfacer tal cantidad, ello en cumplimiento por la UTE recipiendaria de los servicios del art. 1544 del CC.
Como la parte demandante invoca, el art. 8 de la ley especial que regula esas uniones temporales de empresa proclama la solidaridad de sus miembros respecto de tercero, de ahí que Grupo Generala deba responder ante la mercantil aquí apelada, sin que exista situación alguna litisconsorcial.
Ni las reiteradas alegaciones a la tramitación de un Juicio Monitorio anterior, ni las argumentaciones sobre la persona que firmó el referido pagaré, ni, por fin, la alusión a que se realizaron las obras para la otra empresa integrante de la UTE, han obtenido suficiente refrendo probatorio, pues la única confusión al respecto de todo ello es la que pretende crear la apelante, sin que su estrategia procesal pueda alcanzar éxito en esta segunda instancia.
Una prospección detenida de los medios de acreditación de índole personal practicados en el desarrollo del pleito conduce al alcance de inferencia sobre la vigencia y exigibilidad de la deuda, pues la tesis de la demandada no consiste sino en introducir en el debate judicial dudas e hipótesis sobre las relaciones habidas entre las empresas contendientes, las que son despejadas ya por el Juez a quo en la fundamentación de Derecho de su resolución, debiéndose destacar que en nada empece a cuanto faculta al acreedor solidario el art. 1137 del propio CC la circunstancia de que una de las deudoras se encuentre al demandar a la otra en situación concursal.
Por todo, ha de confirmarse en su integridad dicha resolución, con paralela y consecuente desestimación del presente recurso apelatorio. ":SAP Murcia (Sección 1) 12.01.2012 (Sentencia 16/2012; Rollo 319/2011)

AP Sevilla (Sección 5)

"CUARTO.- Hemos de iniciar el examen de las cuestiones planteadas por las de naturaleza procesal. En primer lugar la falta de competencia objetiva del Juzgado de instancia por encontrarse la constructora GOYPESA S.A., integrante de la UTE en concurso de acreedores antes de la presentación de la demanda. La apelante considera, además, que esa falta de competencia objetiva ha de extenderse también a las otras dos sociedades integrantes de la UTE, aunque éstas no se hallen en situación concursal.
Conforme a los arts. 86 ter.1.1º de la LOPJ y 8-1 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, la jurisdicción del Juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
En el presente caso la concursada intervino en el proceso constructivo de la DIRECCION000 formando parte integrante de la Unión Temporal de Empresas demandada, junto a OHL y ACCIONA.
Con arreglo a la normativa citada, hallándose GOYPESA S.A. en concurso desde el 10 de diciembre de 2008, la competencia objetiva para el conocimiento de cuantas acciones con trascendencia patrimonial se dirijan contra ella corresponde al Juez que está tramitando el concurso de dicha sociedad. Cierto es que fue demandada en esta litis conjuntamente con las otras dos entidades que constituían la Unión Temporal de Empresas, pero aun cuando una UTE tenga capacidad para ser parte en un proceso con independencia de cada uno de sus componentes, sin embargo no tiene personalidad jurídica distinta o independiente de la de cada uno de sus miembros (art. 7.2 de la Ley 18/1982 de 18 de mayo, de Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas), por lo que la alteración competencial producto de la declaración de concurso de una de las sociedades que conforman la UTE no es extensible a todas ellas porque tienen una personalidad jurídica diferenciada, debiendo las no concursadas ser demandadas ante el órgano jurisdiccional competente en situaciones de normalidad económica de la empresa, por cuanto la competencia de los Juzgados de lo Mercantil está circunscrita a las materias que enumera el art. 86 ter de la LOPJ y 8 de la LC, disponiendo el art. 85.1 de la LOPJ que los Juzgados de Primera Instancia tienen competencia para conocer "de los juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales", lo que significa que su competencia se extiende a todas aquellas materias del orden jurisdiccional civil que no se atribuyan expresamente en la LOPJ a otros órganos judiciales. Es decir, que todas aquellas cuestiones que no estén expresamente atribuidas al conocimiento del Juzgado de lo Mercantil en el art. 86 ter de la LOPJ son competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sin que la competencia de los órganos mercantiles sea expansiva y pueda ir más allá de los límites expresamente marcados en la LOPJ, como por lo demás

constituye un principio general en el deslinde de competencias cuando existen órganos especializados en alguna materia.
Por ello la falta de competencia objetiva del Juzgado de Instancia para conocer de la demanda sólo puede declararse respecto de GOYPESA S.A, que debe ser demandada ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso, pero no respecto de las otras dos sociedades que formaron la UTE, que no están en concurso, que tienen su propia personalidad jurídica diferenciada del resto de las integrantes de la UTE, y cuyos miembros responden solidariamente.
El carácter excluyente de la competencia del juez del concurso comporta que si la demanda se plantease ante un juez distinto, éste deberá abstenerse de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, como ordena el art. 50.1 LC, lo que habrá de hacerse por medio de auto. En otro caso, esto es, si la demanda fue indebidamente admitida a trámite, debe procederse al archivo, careciendo de validez lo actuado. Así pues, en este caso, debe declararse la nulidad de todo lo actuado en la instancia en lo relativo a GOYPESA S.A., conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 50.1 LC, y en los artículos 238.1º de la LOPJ y 225.1º de la LEC, según los cuales son nulos de pleno derecho los actos procesales que se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional ": SAP Sevilla (Sección 5) 25.06.2012 (Sentencia 348/2012; Rollo 7331/2011)

AP Valencia (Sección 6)

"TERCERO.- Sostiene en su recurso la apelante, que si el servicio se prestó para Excavaciones Licenciados S.L. exclusivamente, no se puede desestimar íntegramente la demanda y al menos esta debe ser condenada.
Como ya señala la sentencia apelada "resulta que Excavaciones Licenciados SL (Liexa) se encuentra declarada en concurso en fecha 6/11/08 en el Procedimiento Concurso 1073/08 Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia (doc. 4 de la demanda) y el administrador concursal comunica a la actora su condición de acreedora por idéntico objeto al de la presente litis, ascendiendo la deuda a 12615 euros, habiéndose emitido informe por la administración concursal de fecha 11/02/09, y siendo la actora incluida en la lista de acreedores nº 125 por el mismo importe que se reclama en el presente"
Las codemandadas que comparecieron y contestaron a la demanda plantearon declinatoria alegando entre otras razones la situación concursal de Excavaciones Licenciados S.L. y por ello que la competencia era del Juzgado de lo Mercantil, y por auto de 24 de febrero de 2.010 (folios 140 y 141) se declaró no haber lugar a la declinatoria por entender que la acción se dirige frente un tercero que no está en situación de concurso, que es la UTE cuya responsabilidad es solidaria e ilimitada y como existen otras dos empresas que forman parte de la UTE que no se encuentran en concurso. Mantuvo su competencia.
El artículo 8 de la Ley Concursal dice:
"Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de esta Ley"
Y añade el artículo 50 que:
"1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
Por tanto, si bien el Juzgado de Primera Instancia es competente para conocer de la reclamación formulada frente a las otras dos mercantiles que no están en situación de concurso, no lo era para conocer de la reclamación formulada frente a Excavaciones Licenciados S.L. por estar en situación de concurso y cualquier actuación que se hubiera seguido frente a esta mercantil carecería de validez, no así las actuaciones seguidas frente a las otras dos mercantiles que también integraban la UTE.
Visto lo actuado, el procedimiento no se ha seguido frente a Excavaciones Licenciados S.L. ni podía haberse efectuado ninguna actuación frente a esta mercantil ni frente a la UTE de la que la concursada formaba parte por las mismas razones. ": SAP Valencia (Sección 6) 16.03.2012 (Sentencia 184/2012; Rollo 1006/2011)

1.3.1 Inadmisión de la demanda por no subsanar el defecto desacumulando acciones

AP Barcelona (Sección 17)

"PRIMERO. -Por el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de los de Barcelona se dictó auto en fecha de 18 de enero de 2.011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: " Inadmito a trámite la demanda de Procedimiento ordinario presentado por el/la Procurador/a IVO RANERA CAHIS, en nombre y representación de JOSEL,S.L., contra DEMOLICIÓN INTEGRAL SL, Elias Y DEMOLICIONES Y CONSTRUCCIONES MARCOS SL; así como acuerdo el archivo de las actuaciones, una vez hechas las oportunas anotaciones en los libros correspondientes".
Dicha resolución consideraba que se produce en estas actuaciones una indebida acumulación de acciones por cuanto una de las demandadas, DEMOLICIÓN INTEGRAL SL, se encuentra declarada en concurso que se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona, siendo que, pese a haberse concedido a la actora el plazo prevenido en el art. 73.3 de la LEC a fin de corregir la indebida acumulación apreciada, la demandante no ha procedido a subsanar tal defecto, acordando, en consecuencia, la inadmisión de la demanda y el archivo de las actuaciones.

Por la representación de la actora, la mercantil JOSEL SL, se recurre en apelación la citada resolución alegando que, como quiera que la demanda interpuesta se dirige contra otras dos personas distintas de la sociedad concursada que no están sometidas al régimen del concurso, deben ser los juzgados de primera instancia los que, en virtud de su competencia genérica, residual y subsidiaria, conozcan de las acciones subjetivamente acumuladas ya que lo juzgados mercantiles carecerían de competencia para conocer de las pretensiones dirigidas contra los restantes codemandados no concursados, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 72 de la propia LEC.
SEGUNDO.-Planteada la controversia en el modo expuesto en el ordinal anterior, para la resolución de la misma se hace necesario tomar en consideración los siguientes antecedentes:
1º) Según se expone en la demanda, en fecha de 11 de febrero de 2009, la actora, JOSEL, suscribió con la codemandada, DEMOLICIÓN INTEGRAL SL, un contrato en cuya virtud esta última se obligaba a ejecutar los trabajos de demolición de las edificaciones ubicadas en el Polígono nº 29, parcela 75, Santa Clara, en el término municipal e Brihuega (Guadalajara).
2º) El proyecto de derribo y dirección de la obra de demolición se encomendó al arquitecto técnico, también codemandado, D. Elias cuyos honorarios estaban incluidos en el presupuesto total de la obra concertada.
3º) En fecha de 16 de febrero de 2010 la entidad DEMOLICIÓN INTEGRAL SL fue declarada en concurso voluntario de acreedores mediante Auto dictado por el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona (autos 920/2009-F).
4º) En fecha de 5 de noviembre de 2010, esto es, después de la declaración en concurso de la indicada mercantil, tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Barcelona la demanda inicial de estas actuaciones dirigida por JOSEL SL contra DEMOLICIÓN INTEGRAL SL, contra Elias y contra DEMOLICIONES Y CONSTRUCCIONES MARCOS SL. A través de esta demanda, JOSEL, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y que, en lo que ahora interesa, consistían esencialmente en denunciar el incumplimiento del aludido contrato por parte de DEMOLICIÓN INTEGRAL, interesaba se dictara sentencia por la que, textualmente:
" A) Se DECLARE que DEMOLICIONES & CONSTRUCCIONES MARCOS SL es la continuadora del negocio de DEMOLICIÓN INTEGRAL SL, levantándose en consecuencia el velo jurídico creado, correspondiendo la solidaridad tácita entre ambas sociedades.
B) Se CONDENE solidariamente a DEMILICIÓN INTEGRAL SL y a DEMOLICIONES & CONTRUCCIONES MARCO SL a llevar a cabo los trabajos que determine el perito cuya designación judicial se tiene solicitada, dentro del plazo que éste determine en su informe, a fin de que la parcela 75 ubicada en el Polígono nº 29, Santa Clara, Brihuega (Guadalajara) quede como un solar limpio de cualquier construcción
o edificación, con retirada de la totalidad de los escombros producidos y totalmente descontaminado, con entrega a mi principal de los certificados acreditativos de que el material retirad ha sido tratado según lo dispuesto en la normativa de aplicación.
C) Se CONDENE a D. Elias a dirigir los trabajos que el perito judicial determine como pendientes de ejecución por parte de DEMOLICIÓN INTEGRAL SL y/o por DEMOLICIONES & CONSTRUCCIONES MARCOS SL, así como a emitir el certificado final de obra una vez finalizados los mismos, acreditando y certificando el correcto tratamiento de todos los residuos generados desde el inicio de la demolición, de conformidad con lo dispuesto en la normativa de aplicación.
D) SUBSIDIARIAMENTE y, para el supuesto de que los demandados no puedan o no quieran cumplir con sus obligaciones en los términos contenidos en los parágrafos anteriores, se CONDENE de forma solidaria a DEMOLICIÓN INTEGRAL SL, DEMOLICIONES & CONSTRUCCIONES MARCOS SL y DON Elias a abonar a JOSEL SL el coste de las reparaciones a realizar para la completa ejecución de las obras de demolición y descontaminación de la finca objeto de este procedimiento, en la cantidad que determine el perito judicial cuya designación se tiene solicitada a este Juzgado, MINORADA con el importe de 71.050.-# correspondiente a la factura núm. 2009/031 de fecha 29 de julio de 2009."
TERCERO.- A la vista de estas pretensiones debemos señalar, en primer lugar, que el art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) atribuye a los juzgados de lo mercantil el conocimiento de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, disponiendo también que, en todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente, entre otras materias, con respecto a las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (..). En el mismo sentido se pronuncia el art. 8 de la Ley Concursal (LC).
En el caso de autos no ofrece duda alguna que al menos la acción que, con carácter subsidiario, se ejercita de forma acumulada por la actora contra, entre otros, la codemandada concursada DEMOLICIÓN INTEGRAL SL, tiene carácter patrimonial con lo que, en atención a estas normas, el conocimiento de la misma vendría atribuido en exclusividad a los juzgados mercantiles.
A la misma conclusión se llega tomando en consideración lo dispuesto, con toda claridad, en el art. 50 de la propia LC, destinado a regular la atribución de competencia para conocer de los nuevos pleitos declarativos que se dirijan frente a un concursado; esta norma indica que : " 1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso.
De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado ".
De lo dispuesto en estos preceptos no puede sino ratificarse la actuación llevada a cabo por el Juzgado de Primera Instancia y estimar que, tal y como aparece planteada la demanda, se produce una indebida acumulación de acciones al no poder conocer el Juez de Primera Instancia de las acciones patrimoniales dirigidas contra la entidad en concurso, máxime teniendo en cuenta que la declaración de concurso era anterior

a la interposición de la demanda; ello por cuanto para conocer de tales acciones sólo resulta competente el juez del concurso.
Ahora bien, ello no significa, como parece entender la recurrente, que lo que proceda es el ejercicio, también acumulado, de las mismas acciones ante el Juzgado de lo Mercantil. La consecuencia es otra y consiste en la imposibilidad, por razones de competencia objetiva en función de los sujetos demandados (ex. art. 73.1.1. de la LEC), de un ejercicio acumulado de dichas acciones, que, en su caso, habrán de ser ejercitadas separadamente.
En otro orden de cosas debe advertirse que, dado que la parte actora- aquí apelante-interesa la condena solidaria de las codemandadas, ese mismo régimen de solidaridad impetrado, impide considerar la existencia de una relación litisconsorcial necesaria entre las mismas, con lo que, por una parte, no resulta de aplicación la doctrina que emana de las resoluciones citadas por la ahora recurrente y, por otro lado, determina que la acumulación pretendida que se ha considerado incorrecta resulte superflua o, cuando menos, innecesaria, en la medida en que a la actora le bastaría con dirigirse frente a uno solo de los obligados, eso sí, siempre ante los órganos competentes.
Así las cosas, el juzgador de primer grado, al apreciar que la acumulación subjetiva de acciones resultaba indebida, obró conforme a derecho, ofreciendo a la actora la posibilidad de subsanar el defecto apreciado en el planteamiento de su demanda, de conformidad con lo dispuesto en el art. 73.3 de la LEC, y, al no haberse subsanado dicho defecto, inadmitiendo a trámite la demanda y acordando el archivo de las actuaciones, en resolución que debe ser confirmada en esta alzada lo que lleva, consecuentemente, a la desestimación del recurso planteado. “:AAP Barcelona (Sección 17) 01.12.2011 (Auto 229/2011; Rollo 306/2011)

1.4 Caso de juicio ordinario

AP Barcelona

“PRIMERO Para la adecuada resolución de la cuestión a que se contrae la presente alzada, se estima necesario hacer una breve referencia al iter procesal de los autos seguido en la instancia; en tal sentido consta que con fecha 13 de noviembre de 2008, tuvo entrada en la Oficina de Registro y Reparto Civil del Decanato de los Juzgados de Barcelona, la demanda formulada por D.Obdulio contra EXPOFINQUES S.L., en solicitud de "que se declare la no obligatoriedad del pago de rentas del período establecido entre el mes de febrero de 2002, hasta junio de 2004, al concurrir en mi mandante el carácter de propietario de la finca desde la fecha de presentación de la demanda el día 24 de diciembre de 2001, reconocido por sentencia firme dictada a favor de la mandante, por ser incompatible el hecho de propiedad con el pago de rentas todo ello con imposición costas a la demandada" y, asimismo, "que, interesa la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la sentencia de la Audiencia Provincial núm. 74/06 de fecha 22 de febrero de 2006 (JUR 2006, 111307), correspondiente a los autos de procedimiento ordinario nº 454/04 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Barcelona, sobre sentencia dictada por dicho Juzgado en fecha 9 de diciembre de 2004."
Dicha demanda correspondió por turno al Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona, quien tras requerir al actor para que aportara el domicilio de la demandada (Providencia de 17/12/2008), con fecha 20 de enero de 2009 dictó Auto de admisión, dando traslado a la demandada emplazándoles para que contestara en el plazo de veinte días hábiles. Contestada que fue la demanda, mediante providencia de 12/03/2009 se señaló para la celebración de la audiencia previa el 17/06/2009.
El 20/04/2009 mediante Diligencia de constancia el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona confirmó que la sociedad demandada EXPOFINQUES, S.L. había sido declarada en concurso de acreedores por auto de fecha 21/04/2008, estando en la fecha de interposición del presente procedimiento aún vigente (en fecha 20/04/2009) dicho concurso.
Finalmente por Auto de 04/06/2009, y al amparo de lo establecido en elartículo 8, 48 y 50 de la Ley Concursal la juzgadora de instancia dispuso la abstención de este Juzgado para conocer de la presente demanda interpuesta por DonObdulio contra la sociedad mercantil EXPOFINQUES, S.L. por falta de competencia objetiva de este Juzgado, indicando a la parte actora que si era su interés deberá hacer valer el derecho que pretende ante el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona; resolución que es impugnada por la parte demandante.
SEGUNDO Las normas sobre competencia objetiva son de orden público y, por lo tanto, indisponibles para las partes, lo que determina que han de ser objeto de control judicial desde el primer momento en que se analiza una demanda para su admisión, sin perjuicio de que pueda, además, ser apreciada a instancia de parte. Son nulos de pleno derecho los actos procesales cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de competencia objetiva (LEC art. 225.1º).
Elartículo 86 bis y 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Modificado por la Ley Orgánica 8/2003, 9 de Julio para la Reforma Concursal), atribuye al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor concursado, aunque sean de naturaleza social, así como las medidas cautelares y de ejecución, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado, ya que tal y como se recoge en la exposición de motivos, el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental (principio general básico de la Ley Concursal) y de decisión.
Por ello elartículo 50 de la Ley Concursal, en su apartado 1, establece "los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado". Estableciendo, asimismo, elartículo 8.1 de dicho texto legal que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con

trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, salvo las excepciones que el mismo precepto contempla.
Ahora bien, sucede que el propio legislador también se ha encargado de precisar qué ocurre con aquellos procesos con trascendencia patrimonial que se hallaren en curso al momento de la declaración del concurso, estableciendo expresamente en eartículo 51.1 que continuarán su tramitación hasta la firmeza de la sentencia, salvo que expresamente el Juez del concurso, y de encontrarse en trámite en la instancia "estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores" en cuyo caso podrá interesarse y acordarse su acumulación al proceso concursal.
TERCERO Conforme a lo expuesto debe entenderse que cualquier cuestión que afecte, directa o indirectamente, a la masa concursal o al patrimonio de la entidad concursada [tal como se estima que concurre en este caso habida cuenta que la pretensión de la demanda tiene una clara trascendencia patrimonial al afectar de modo inequívoco a los derechos de contenido económico y/o patrimonial de la demandada, ya que aquélla - en definitiva -tiende a impedir que se ingrese en el patrimonio de la demandada el importe de unas rentas] deberá ser objeto del correspondiente incidente dentro del procedimiento de concurso de acreedores; siendo el dies a quo para determinar la competencia para conocer de la acción ejercitada, la fecha de presentación de la demanda, conforme criterio mantenido tanto por el Tribunal Supremo (SSTS 25-02-1983 (RJ 1983, 1072), 18-03-1989 (RJ 1989, 2162), 3-02-1990 (RJ 1990, 656), 26-01-1998, 23-12-02 (RJ 2003, 125), 03-07-07 (RJ 2007, 4676), entre otras) como por la doctrina procesalista y que sostienen que la litispendencia comienza con la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, rechazando anteriores opiniones que ponían tal inicio en la citación, emplazamiento o contestación a la demanda, y siendo además la tesis que ha tenido acogida en la actualLey de Enjuiciamiento Civil al señalar en su artículo 410 que "la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida"; debe concluirse la procedencia de la abstención del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Barcelona, toda vez que la sociedad EXPOFINQUES, S.L. había sido declarada en concurso por Auto Firme de 21 de abril de 2008, mientras que la demanda fue presentada el 13 de noviembre de 2008 en la Oficina del Juzgado Decano (sin que en modo alguno afecte a este supuesto el hecho de en fecha 25/06/2009 se dictara por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona la Sentencia aprobando el Convenio de Acreedores), resultando de plena aplicación elartículo 8, 48 y 50 de la Ley Concursal, y en consecuencia, la improcedencia de la continuación de la tramitación del proceso instado por la parte actora.”: AAP Barcelona (Sección 13) 09.02.2010 (Auto 43/2010; Rollo 833/2009)

AP Huelva

“Segundo.- En cambio, la demanda rectora del Juicio Ordinario número 1811 del 2011, del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Huelva, tuvo entrada en él el 4 de noviembre del 2011, con posterioridad, pues, a la declaración del concurso.
En esa fecha, el artículo 50 de la Ley Concursal disponía, a propósito de los nuevos juicios declarativos:
«... 1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado....».
En estos casos, cabe interpretar la ambigua norma antes transcrita en uno de estos dos sentidos:
[a] El Juez de Primera Instancia ante el que se presentó la demanda, dictará auto declarándose incompetente para conocer del litigio, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso, archivando seguidamente el procedimiento.
[b] El Juez de Primera Instancia dictara Auto declarándose incompetente para conocer el litigo, y remitirá lo actuado al Juzgado de lo Mercantil, emplazando ante él a la parte demandante a fin de que inste lo que corresponda a la tutela judicial del derecho invocado.
Parece más razonable la primera de esta posibilidades alternativas, interpretando intrasistemáticamente los dos párrafos del artículo 50.1 de la Ley Concursal. En efecto, si hubiese llegado a admitirse a trámite la demanda, el Juez de Primera Instancia debería archivar el procedimiento, careciendo de eficacia lo previamente actuado, de modo que aquél se mantendría en el Juzgado de origen, sin traslado al Juzgado del concurso. Aplicando por analogía esta disposición al caso presente, parece justificado que ni siquiera recaiga pronunciamiento sobre la admisibilidad de la demanda a trámite, y, no habiendo otra actividad procesal aprovechable (si la hubiera habido, carecería de validez), no tendría sentido ni utilidad funcional remitir el caso al Juez del concurso.”: AAP Huelva (Sección 1) 13.03.2012 (Auto 13/2012; Rollo 2/2012)

AP Madrid (sección 8)

“PRIMERO.-Antecedentes procesales y objeto del recurso.
1.- La demanda planteada por RECONFER, S.L., contra la mercantil VIUDA DE FEDERICO GUTIÉRREZ, S.A., se funda en una acción de reclamación de cantidad de 297.117,48 euros IVA incluido, más los intereses y las costas en base a la realización de las obras para la construcción del Centro de Menores de Oria (Almería) que la demandada tenía adjudicadas por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, y que subcontrató con la hoy demandante y que realizadas las obras dejó de abonar la factura proforma de septiembre de 2003 en la que se detalla las cantidades adeudadas a esa fecha por la finalización del trabajo más las ampliaciones realizadas durante el mismo y que quedaron pendientes de liquidar y abonar a la finalización del edificio, más el gasto por el descuento bancario de los pagarés con los que abonó la demandada parte de la obra, arrendamiento de la caseta de obra, servicio de vigilancia de la obra de los meses de marzo y abril de 2002 abonados a Servilant Servicios Integrados de Vigilancia, S.L., y los trabajos como

consecuencia de la modificación del proyecto básico y que se formalizó en el proyecto de ejecución de obras complementarias de la reforma de edificios para Centro de Menores de Régimen Cerrado "Tierras de Oria", reclamando también el 50% del importe de los sueldos de los trabajadores que tuvieron que ser abonados por la demandante a pesar de que no podían trabajar todos los días por la oposición del vecindario del término de Oria que se oponía a que fuese construido allí el mencionado Centro.
2.- La demandada no compareció habiendo sido emplazada, siendo declarada en rebeldía, declarados los autos conclusos para sentencia en la audiencia previa, al amparo del artículo 429.8 de la LEC.
3.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta de acuerdo con la documental presentada, todo ello en los términos concretos que refleja el antecedente de hecho primero de esta resolución, que se corresponde con la parte dispositiva de la misma.
4.- El recurso planteado por la representación procesal de la demandada, con la adhesión de la Administración Concursal de la sociedad, se fundamenta, a modo de síntesis comprensiva de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición, en la infracción de los artículos 50 y 51 de la Ley Concursal, al haberse interpuesto la demanda con posterioridad a la declaración judicial de Concurso de la entidad demandada.
Se solicita la revocación de la sentencia, dictando otra por la que se declare la nulidad de todo lo actuado, haciendo valer la actora sus pretensiones ante el Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid, Concurso Voluntario 234/05, imposición de costas a la demandante en ambas instancias.
5.- Por la demandante apelada se interesó la confirmación de la sentencia, poniendo de manifiesto que el recurso debía inadmitirse, por interponerlo la sociedad demandada y no los administradores concursales, la existencia de mala fe por la misma en el momento de emplazarles, así como que la demanda no tiene trascendencia patrimonial; se interesa la imposición de costas a la apelante.
SEGUNDO.-Motivo del recurso: sobre la incompetencia de jurisdicción.
Efectivamente, consta que la sociedad demandada fue declarada en Concurso Voluntario de Acreedores nº 234/05 por el Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid, con fecha 7 de Julio de 2.005, en tanto que la demanda del presente procedimiento se presentó el 16 de Mayo de 2.007; en consecuencia, es de aplicación el artículo 50.1 de la Ley Concursal que establece " 1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
No pueden aceptarse las causas de oposición de la apelada, por las siguientes razones:
1ª) Es correcta la admisión del recurso pues por parte de la sociedad concursada se mantienen incólumes sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad, como establece el artículo 40 del citado texto legal y así ha acontecido en el presente caso, constado expresamente la adhesión de tales administradores en el presente procedimiento.
2ª) No es objeto del presente procedimiento la posible e invocada mala fe de la demandada, pues tal actividad concursal se encuentra reglada, incluidos sus efectos registrales y de publicidad frente a terceros acreedores, quedando expeditas las acciones que se consideren oportunas al efecto.
3ª) Carece de fundamento alguno tratar de excluir el presente procedimiento de aquellos sujetos a la vis atractiva del Concurso, por ser evidente que la acción de condena estimada afecta directamente al patrimonio de la Concursada, quien debe hacer frente a la suma reclamada de 297.117,48 euros IVA incluido, más los intereses y las costas.
Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la estimación del recurso, revocando la sentencia de instancia, dictando otra en su lugar en los términos interesados, si bien no se hace especial pronunciamiento en costas de primera instancia, por la dudas de hecho existentes al no haberse personado ni contestado la demanda la sociedad ya en concurso, al amparo todo ello del artículo 394 LEC.": AAP Madrid (Sección 8) 23.04.2012 (Auto 225/2012; Rollo 278/2011)

"3º.- Estando, pues, acreditado que la empresa Begar Construcciones y Contratas S.A., estaba declarada en concurso de acreedores por Auto de fecha 25 de junio de 2009, y que la demanda de juicio ordinario fue presentada el 26 de octubre de 2010, la cuestión que se plantea en el recurso ha de resolverse conforme dispone el art. 50.1 de la Ley especial, 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según el cual: " *Los jueces del orden civil y del orden social antes quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso de conformidad con lo dispuesto en esta Ley se abstendrán de conocer, previendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas* -este es el caso -*, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez todo lo actuado",* consecuencia lógica de los principios de universalidad del procedimiento concursal que determina la unidad de disciplina y de sistema de la institución concursal, que se traduce en la jurisdicción y competencia exclusiva del Juez del concurso (art. 89), así en la integración de todos los acreedores en la masa del concurso (art. 49). Por lo tanto, es incuestionable, que teniendo conocimiento de la declaración de concurso viene obligado el Juez de oficio a dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 50 de dicha ley especial, tanto respecto a quienes interponen la demanda, como la reconvención o a los procesos en curso, por imperativo de la propia Ley, ya que conforme a lo dispuesto el art. 1, 7 del Código civil, " *Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver todos los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecidos* ", guardando dentro de la jerarquía de leyes la que corresponde, prevaleciendo la especial sobre la general, y también de los apartados 1 º a 61 del artículo 86. ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En consecuencia procede la estimación del recurso declarando la competencia para conocer del
presente procedimiento, demanda principal y reconvención, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valladolid. ": AAP Madrid (Sección 8) 05.10.2012 (Auto 317/2012; Rollo 376/2012)

AP Madrid (Sección 9)

“PRIMERO Estableciendo elartículo 48.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto, y siendo así que de conformidad con lo prevenido en elartículo 86 ter 1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora, para a continuación expresar que, en todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente, entre otras materias, con respecto a las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I delLibro IV de la Ley Procesal, disposición esta que reproduce el Turno 7º apartado b de las Normas de Reparto de asuntos civiles actualmente en vigor, sin que en el supuesto de autos el desistimiento de la acción de carácter monetario hasta la total liberación de las cargas (hipoteca y condiciones resolutorias así como su constancia registral) prive a éstas de su trascendencia patrimonial, como fácilmente se colige por sus efectos, independientemente de que se trate de obligaciones de hacer o de dar, se está en el caso de desestimar el recurso examinado, con la consiguiente confirmación de la resolución combatida, a la luz por otra parte de lo estatuido en losartículos 49 y 50 de la Ley Concursal, donde respectivamente se dice que declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedarán de derecho integrados en su masa pasiva, y que los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, para añadir que, de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.”: AAP Madrid (Sección 9) 14.01.2010 (JUR 2010/137186; Auto 11/2010; Rollo 686/2009)

AP Madrid (Sección 13)

“PRIMERO. Se ejercitó por la comunidad de propietarios recurrente acción de reparación de vicios constructivos contra don Emilio, don Laureano, don Severiano, don Adrian, Mergara Proyectos Inmobiliarios S.L.U. y Nambar Empresa Constructora S.L.U., en reclamación de ejecución de las obras necesarias para la reparación y acabado de los defectos de aquella clase existentes en el inmueble y relacionados en la demanda, hasta conseguir la eliminación total y definitiva de las deficiencias y la finalización de las obras inacabadas (y en caso de no efectuarse la reparación y finalización de las obras en el plazo que a tal efecto se confiera, se autorice a la parte actora a proceder a la misma a costa de los demandados). Las dos últimas demandadas, Mergara Proyectos Inmobiliarios S.L.U. y Nambar Empresa Constructora S.L.U., se hallaban declaradas en concurso (febrero de 2011) antes de ser presentada la demanda (noviembre de 2011). La magistrada a quo ha aplicado correctamente, como normas de orden público, los artículos 50, apartado uno, y 8, primero, de la Ley Concursal y artículo 86 ter, apartado uno, primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La competencia del juez del concurso es exclusiva y excluyente en materia de acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, a excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. La acción que se ejercitaba en este proceso contra las demandadas Mergara Proyectos Inmobiliarios S.L.U. y Nambar Empresa Constructora S.L.U., como promotora y constructora del inmueble de la comunidad demandante, tiene repercusión en los patrimonios de estas sociedades, aunque la petición principal consista en una obligación de hacer (reparación de los defectos constructivos), puesto que la eventual estimación de la demanda en cuanto a los pedimentos formulados contra las mercantiles supondría disposición de medios materiales y personales, económicamente evaluables, por parte de las mismas para dar cumplimiento a la sentencia (en definitiva, merma de sus patrimonios) y porque, caso de no llevarse la obra a cabo en el plazo señalado por el órgano judicial de ejecución, procedería la realización de la obra por un tercero, a costa de las demandadas condenadas y restantes ejecutados, o la indemnización de daños y perjuicios, conforme al artículo 706 de la ley procesal civil (en ambos casos con directa incidencia en el patrimonio de las dos sociedades). Las sociedades Mergara Proyectos Inmobiliarios S.L.U. y Nambar Empresa Constructora S.L.U. se encontraban ya declaradas en concurso cuando se interpuso la demanda, por lo que el juzgado que dictó el auto recurrido carece de competencia para conocer del proceso, en cuanto dirigido contra las sociedades, y el artículo 50 de la Ley Concursal impone al juez el archivo de todo lo actuado contra las concursadas, careciendo de la validez las actuaciones que se han practicado respecto de las mismas. Admite la apelante que el juzgado del concurso, en cuanto juzgado de lo mercantil, carece de competencia para enjuiciar la pretensión deducida contra los codemandados no concursados y sostiene, por ello, la competencia del juzgado de primera instancia a quo para conocer de la demanda en toda su integridad, en evitación de problemas procesales y de fondo que pudiesen derivar de la fragmentación de la litis, mas ello supondría eludir el carácter de jurisdicción exclusiva y excluyente que el juez del concurso tiene para el conocimiento de acciones con repercusión en el patrimonio de las concursadas, lo que significa que solo el juez del concurso puede conocer de estas acciones y que ningún órgano judicial de primera instancia que no sea el juez del concurso puede hacerlo.”: AAP Madrid (Sección 13) 23.07.2012 (Auto 206/2012; Rollo 144/2012)

“PRIMERO.- Por la representación de los apelantes D. Pablo Jesús y Dª. Francisca, actores en primera instancia, se interpone recurso contra el Auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1ª inscia.nº 46 de Madrid con fecha 26 de abril de 2.010 que estimando el recurso de reposición contra el Auto de admisión a tramite de la demanda de resolución de contrato interpuesta por los referidos actores contra las demandadas Obras y Estructuras S.A. y Edificaciones y Obras Publicas S.A. decretó el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de todo lo actuado, con base en las alegaciones que luego se exponen.

SEGUNDO.- Son antecedentes necesarios para la resolución del presente recurso los siguientes: 1) Con fecha 30 de octubre de 2.009 los precitados actores presentaron demanda de resolución de contrato de compraventa contra las citadas demandadas. 2) Por Auto de 23 de Noviembre de 2.009 se admitió a tramite la demanda interpuesta.
3) Con fecha 22 de diciembre de 2.009 las demandadas presentaron escrito pidiendo la nulidad de todo lo actuado desde el Auto de admisión a tramite de la demanda, alegando que desde el 9 de octubre de 2.009 se encontraban en situación de concurso, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el art. 50 de la Ley Concursal en relación con el art. 227 de la L.E.C. procedía tal declaración, con la consiguiente declaración de suspensión del plazo para contestar a la demanda, y para el caso de que no se decretara la nulidad solicitada, formulaban recuso de reposición contra el referido Auto de admisión.
4) Con fecha 14 de enero de 2.010 se dicta Providencia en la que se tiene por presentado recurso de reposición contra el Auto de 23 de noviembre de 2.009.
5) Con fecha 19 de enero de 2.010 las demandadas contestan a la demanda.
6) Por Providencia de 28 de enero de 2.010 se señala la audiencia previa.
7) Por Auto de 26 de abril de 2.010 se estima el recurso de reposición interpuesto por las demandadas contra el Auto de admisión a tramite de la demanda y se acuerda su reposición y el archivo de todo lo actuado.
TERCERO.- En las alegaciones de su recurso los apelantes afirman que no se les emplazo para contestar al recurso de reposición interpuesto por las demandadas contra el Auto de admisión a trámite de la demanda, resolviéndose el mismo sin haberles dado audiencia por lo que debe revocarse el mismo y conceder a los actores el plazo establecido en el art. 453 de la L.E.C. para impugnarlo. Añade que en todo caso lo procedente era dar traslado de las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil nº 8 para su unión al procedimiento concursal ya que se había presentado la contestación a la demanda dentro de plazo, por aplicación de lo dispuesto analógicamente en el art. 58 de la L.E.C
CUARTO.- El recurso debe ser rechazado. Como dice la Sentencia de 2 de febrero de 2.001 de la Sección 10ª de esta misma Audiencia "la L.C. ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva L.C. resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principio de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso". Por ello el art. Artículo 8 de la citada Ley establece que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de esta Ley. En el mismo sentido el art. 86 ter de la L.O.P.J. Y por ello como acertadamente oponen las apeladas la vis atractiva con que el legislador ha querido dotar al procedimiento concursal se manifiesta claramente en el art. 50.1 de la misma cuando dispone que " Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el arch o de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
De otra parte, resulta sorprendente que los apelantes denuncien una supuesta infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas cuando ellos mismos, en lugar de asumir desde el principio la clara competencia del Juzgado de la Mercantil nº 8 para conocer de su reclamación, formularon primero un recursode reposición contra el Auto hoy recurrido (que fue luego dejado sin efecto para admitir el presente), y luego el de apelación invocando una supuesta indefensión por no habérsele dado traslado del recurso de reposición interpuesto por las demandadas contra el Auto de admisión a tramite de la demanda, cuando tuvieron conocimiento de la presentación de dicho recurso mediante la notificación de la Providencia de 14 de enero de 2.010 en la que se tuvo por presentado el mismo, no habiendo formulado frente a la misma alegación o recurso alguno durante tres meses. Pero es que en todo caso olvidan que no había necesidad alguna de tramitar la reposición frente al Auto de admisión de la demanda porque las hoy apelantes, ya antes de formular el mismo, en el Otrosí de su escrito de 22 de diciembre de 2.009 habían pedido el archivo del procedimiento por falta de competencia objetiva para conocer del presente procedimiento, y en todo caso el art. 48.1 de la L.E.C. dispone que "la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el Tribunal que este conociendo del asunto" de forma que advertida dicha falta bien pudo el Juzgador a quo decretar de oficio el archivo del procedimiento con base en dicho precepto y en lo dispuesto en el art. 227 de la L.E.C.
Finalmente no procede remitir lo actuado al Juzgado de lo Mercantil nº 8 porque no estamos en presencia de una falta de competencia territorial (art. 58 de la L.E.C.), sino objetiva y por ello el art. 48.2 dela L.E.C. se limita a decir que en estos casos se decreta la nulidad de lo actuado dejando a salvo el derecho de las partes para ejercitar sus acciones ante el tribunal que corresponda.”: AAP Madrid (Sección 13) 11.11.2011 (Auto 282/2011; Rollo 46/2011)

AP Madrid (Secciòn 25)

“PRIMERO. - La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por entender que la demanda era inadmisible al carecer el Juez de competencia objetiva debido a que corresponde conocer de la causa a los Juzgados de lo Mercantil por hallarse la demandada en situación de concurso de acreedores.

Contra la expresada resolución se alza la parte actora, y en ello está conforme la demandada, pidiendo la nulidad de actuaciones porque el Juez de primera instancia ha infringido lo dispuesto en el artículo 45 en relación con el 50.1, ambos de la Ley Concursal, que le obliga ordenar el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado, y ello a pesar de las advertencias reiteradas por ambas partes.
SEGUNDO. - Tiene razón la parte apelante, y con ella la apelada, pues de acuerdo con lo dispuesto en las normas citadas en el recurso, no es posible en modo alguno proseguir la tramitación de un proceso hasta sentencia donde se ha comunicado que la demandada se halla en situación de concurso de acreedores, pues a partir de ese momento pierde la competencia objetiva y el proceso carece de validez, lo que impide en todo caso dictar sentencia, ni siquiera para decir, como se hace en la recurrida, que se carece de competencia. Ello supone que no sólo debe ser anulada la sentencia, sino también las actuaciones seguidas desde el momento en que se puso al Juzgado en conocimiento de la declaración de concurso. ": SAP Madrid (Sección 25) 10.02.2012 (Sentencia 81/2012; Rollo 706/2011)

AP Toledo

"PRIMERO: Se alza la apelante contra la sentencia de la primera instancia alegando básicamente dos cuestiones: la nulidad del procedimiento por aplicación errónea de las normas de competencia objetiva y error en la aplicación de la doctrina sobre la responsabilidad por negligencia de los administradores societarios
La primera de tales cuestiones se fundamenta en la consideración del recurso de que, formulada la demanda contra la apelante y contra la sociedad Superficies y Viales S.A., por ser ambas administradoras mancomunadas de la sociedad Hormigones Grecos S.L., y constando que antes de la formulación de la demanda se declaro en concurso a Superficies y Viales S.A., se dicto auto en este procedimiento de fecha 13.3.12, antes del emplazamiento a la demandada/apelante, por el que, en aplicacion de los arts 8 y 50,1 de la LC se acordó el archivo del procedimiento respecto de Superficies y Viales S.A., remitiendo a la demandante a que hiciera valer sus derechos en el concurso de dicha sociedad
Lo que alega la apelante es que el Juez que conocía del concurso de esta inicial codemandada es el del Juzgado de lo Mercantil num 1 de Toledo, que es el mismo que conocía del presente procedimiento, por lo que tenia competencia para conocer de esta demanda también contra la concursada, por lo que solicita la nulidad de lo actuado para su nueva tramitación con citación como demandado de la citada sociedad en concurso
La acción ejercitada de reclamación de responsabilidad de administradores societarios de una tercera sociedad se dirige contra dos sociedades que, como tales personas jurídicas eran administradoras de aquella tercera, y una de estas dos esta declarada en concurso, asi que es de plena aplicación el art 8 de la LC en cuanto establece que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, y porque esta acción aquí ejercitada tiene trascendencia patrimonial en el patrimonio de la sociedad concursada, era de aplicación el art 50,1 por el que el Juez civil ante quien se interponga demanda que deba conocer el juez del concurso se abstendrá de conocer previniendo a las partes que usen su derecho ante el juez del concurso. La cuestión es que la interpretación que a la cualidad del "juez del concurso" da el recurso es incorrecta. Pueden coincidir el Juez titular del Juzgado y el numero de Juzgado de lo Mercantil y su localidad que lleva el concurso con aquel en que se sigue el procedimiento actual, pero el sometimiento al Juez del concurso no hace exclusiva referencia a tal titular o juzgado sino al juez ante quien se sigue el concurso y en el seno del mismo procedimiento de concurso, por ello para mas claridad ya se advertia en el reseñado auto previo a la demandante que acudiera a ejercer sus derechos "en el concurso". Todo ello resulta patente de la conjunción de estos preceptos con el art 192 de la LC por el que es el tramite del incidente concursal, en el seno del concurso, el cauce en que se ejercitan las acciones que deben serlo ante el Juez del concurso por lo dispuesto en el art 50,1 de la LC. En fin, todas las reclamaciones que tengan trascendencia patrimonial sobre el patrimonio del concursado se tramitan en el seno del mismo concurso y no aparte del mismo en procedimiento distinto. Asi pues lo que plantea el recurso no es una cuestión de competencia objetiva/ funcional Y aunque el Juez y Juzgado que tramitan este procedimiento tengan tal competencia por ser los mismos que tramitan el concurso, la cuestión que impide su conocimiento en este procedimiento, independiente del concurso, es porque este no es el concurso, es decir, se trata de una cuestión no de competencia sino de procedimiento a seguir. Este motivo de recurso no puede prosperar ":SAP Toledo (Sección 1) 23.04.2014 (Sentencia 67/2014; Rollo 42/2013)

AP Valencia (Sección 11)

"PRIMERO.-Frente al auto definitivo recaído en la estancia, apreciando la falta de competencia objetiva, acordando el archivo de todo lo actuado, y declarando la falta de validez de todas las actuaciones, ello por aplicación del art. 50 de la Ley Concursal, dada la declaración de concurso de la codemandada " Estructuras Aleixandre Gascó S.L.", se alzó en apelación la parte actora pretendiendo que, con revocación de dicho auto, se siguiera el procedimiento hasta el momento de dictarse Sentencia en virtud de lo establecido en el art.51.1 de la ley Concursal, pero las razones impugnatorias deducidas al efecto no pueden llevar a la revocación de la resolución apelada, pues declarado el concurso de la mercantil citada antes del planteamiento del presente procedimiento, es claro que la norma a aplicar es el art. 50 de la Ley Concursal, como correctamente ha hecho el Juzgado "a quo", y no el art. 51 que pretende la parte recurrente. ": AAP Valencia (Sección 11) 22.03.2010 (Auto 75/2010; Rollo 891/2009)

1.4.1. Nulidad de la sentencia del JPI por falta de competencia objetiva

AP Castellón (Sección 1)

“A/ Recurso de CONSTRUCCIONES FRANSOMAR S.L..-
PRIMERO.-Se recurre por la codemandada Construcciones Fransomar S.L. la sentencia que la condena de forma conjunta y solidaria con el otro codemandado Don Juan Ignacio, a satisfacer a la actora la suma de 331.806,73# correspondientes al importe de la reparación de la mitad de la campa propiedad de ésta y que ha resultado defectuosa.
El primer motivo, cuya estimación haría innecesario conocer sobre el resto de los articulados, denuncia la vulneración de los artículos 8.1 y 50.1 de la Ley Concursal que atribuyen al Juzgado de lo Mercantil la competencia exclusiva y excluyente para el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de aquellas que versen sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores del Título I del Libro IV de la LEC.
Se pretende la declaración de nulidad de nulidad de lo actuado con archivo de las actuaciones.
El motivo debe ser estimado. Establece el art. 50.1 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, que "los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
Esta precepto no es sino una manifestación concreta del carácter exclusivo y excluyente con que se atribuye al juez del concurso el conocimiento de determinadas materias en el art. 8 de la Ley Concursal, más exactamente, es la consecuencia lógica de la obligatoriedad de acumular al proceso concursal las nuevas demandas civiles o sociales cuyo conocimiento corresponde al juez del concurso. Si este juez debe conocer necesariamente de las demandas que tengan un determinado contenido, resulta evidente que el resto de los jueces y tribunales no podrán entrar a conocer de ellas, pues el legislador ha querido que sean asumidas por el juez del concurso, en el marco del proceso concursal.
Para que entre en juego el art. 50.1 LC es preciso que se den determinados presupuestos que conforman la delimitación del supuesto de hecho del precepto. Son los siguientes: 1º Un tercero tiene que haber ejercitado una demanda de la que debe conocer el juez del concurso, por tratarse de una materia comprendida en el elenco del art. 8 LC. 2º La demanda ha sido ejercitada ante un juez civil o social, y no ante el juez del concurso. 3º La demanda ha sido ejercitada después de la declaración de concurso. Y 4º La demanda tiene como parte demandada al concursado.
En el caso presente todos esos presupuestos concurren, porque en la demanda se ha ejercitado una acción con trascendencia patrimonial que se dirige contra el patrimonio de Construcciones Fransomar S.L. y que no es de las excluidas por el art. 8 de la LC, se ha ejercitado ante un Juzgado de 1ª Instancia y no ante el Juzgado de lo Mercantil, y se ha presentado el 7 de septiembre de 2011, es decir, después de que la citada codemandada Construcciones Fransomar S.L. hubiera sido declarada en concurso por Auto de 21 de junio de 2011(folio 428).
En consecuencia debió acordar la juzgadora cuando supo de tal circunstancia por la Administración concursal como se ordena en el art. 50.1 de la LC, que no hace sino recoger la doctrina general sobre nulidad de actuaciones realizadas por un juez o tribunal en caso de falta de jurisdicción o competencia objetiva, sancionada ya en la LOPJ y en la LEC, pues el art. 238.1º LOPJ sanciona con la nulidad de pleno derecho los actos judiciales que se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, en tanto que el art. 225.1º LEC establece que los actos procesales serán nulos de pleno derecho... cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
En consecuencia, todas las actuaciones practicadas ante el juez civil sin jurisdicción o, como es el caso, incompetente por razón de la materia, carecerán de validez, tal y como dispone el art. 50.1 LC y por lo tanto debe declararse la nulidad de actuaciones y el archivo de lo actuado respecto del concursado demandado, declaración que obviamente no alcanzará al otro codemandado ajeno a dicha situación concursal, respecto del cual la demanda respeta las exigencias legales sobre jurisdicción y competencia.
Dicha declaración de nulidad y archivo no conllevará sin embargo, como se pretende, la imposición de las costas de la instancia a la parte demandante, toda vez que la prosecución del procedimiento respecto de dicha demandada deriva tanto de la inobservancia por la juzgadora de su obligación de abstenerse de conocer en aplicación de las normas legales antes citadas, como de actitud de la propia concursada que debió personarse en el proceso en vez de remitir un mero escrito, lo que le hubiera permitido recurrir la decisión judicial que permitía la prosecución del proceso respecto de la misma.
Estimado el presente motivo, no es necesario conocer sobre los restantes formulados con carácter subsidiario.
B/ Recurso de Don Juan Ignacio.- (...)
F A L L A M O S
1º.- Que debemos declarar y declaramos la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento de juicio ordinario seguido bajo el nº 661/2011 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Villarreal y el archivo de las actuaciones respecto de la codemandada Construcciones Fransomar S.L., con reserva de acciones a la demandante para que pueda ejercitarlas ante el Juzgado de lo Mercantil en que se tramita su concurso, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en ambas instancias respecto de dicha codemandada.
Y 2º.- Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Juan Ignacio, contra la sentencia recaída en dicho procedimiento, la revocamos en el sentido de que estimando la demanda formulada contra el mismo por Palo Rosa Cerámicas y Parquets S.L., condenamos a dicho demandado a que satisfaga a la actora la cantidad de 33.581,56 mas los intereses del art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia de instancia, con imposición de las costas de la primera instancia a dicho codemandado y sin hacer especial pronunciamiento respecto de las de esta alzada. “:SAP Castellón (Sección 1) 13.03.2013 (Sentencia 23/2013; Rollo 87/2012)

AP Oviedo

“PRIMERO Por DoñaTomasa se formuló demanda frente a la mercantil U.P.M. Proyectos Urbanos, S.A. en base a los hechos siguientes:
El 1-10-2.008 ambas partes habrían suscrito contrato de compraventa por el que la actora adquiría de la demandada una vivienda sita en la localidad de Grado, con trastero y plaza de garaje, habiendo abonado la actora conforme a lo pactado 20.281,65 euros como entregas a cuenta, habiéndose concertado para el 30-3-2.010 el fin de la obra.
Como quiera que habría transcurrido dicha fecha sin que aquélla hubiese concluido, hallándose los trabajos paralizados, la demandante, en base a lo estipulado en lacláusula novena del contrato, postuló su resolución con la devolución de la cantidad ya abonada más el interés pactado.
La demandada no compareció siendo declarada en rebeldía y la sentencia estimó la demanda, resolución frente a la que se alza la demandada.
SEGUNDO Alega la recurrente, como único motivo, la falta de competencia objetiva del juzgado de instancia para conocer de la litis, habida cuenta que con anterioridad a la presentación de la demanda U.P.M. Proyectos Urbanos, S.A. había sido declarada en concurso por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo, de ahí que en base a lo preceptuado en la Ley Concursal la competencia habría de ser atribuida a dicho Juzgado, estimando que en consecuencia lo procedente sería declarar nulo todo lo actuado y archivar las actuaciones.
Así planteado el debate, cabe señalar en primer lugar que elart. 8 de la Ley Concursal dispone que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente sobre las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, señalando elart. 50 que los Jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso se abstendrán de conocer, previniendo a las partes a usar de su derecho ante dicho Juez, y de admitirse a trámite la demanda se ordenaría el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. Por su parte elart. 51 contempla el supuesto de los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, disponiendo que continuarán hasta la firmeza de la sentencia.
Elart. 45 de la L.E.C. señala en orden a la competencia objetiva que corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento en primera instancia de los asuntos civiles que por expresa disposición legal no se hallen atribuidos a otros tribunales.
En cuanto a la falta de competencia objetiva, puede ser instada por el demandado a través de la declinatoria(art. 49 de la L.E.C.) o apreciada de oficio por el Juzgado o Tribunal tan pronto lo advierte(art. 48 de la citada Ley de Ritos), y ello no sólo en la primera instancia, sino en la apelación o incluso durante el trámite de un recurso extraordinario, dando lugar a la nulidad de lo actuado, con prevención a las partes de ejercitar sus acciones ante el órgano que corresponda; y en este sentido cabe recordar que en elart. 240-2 de la L.O.P.J. se establece que en ningún caso con ocasión de un recurso se podrá decretar de oficio una nulidad de actuaciones no solicitada en dicho recurso salvo que se aprecie entre otros supuestos, que contempla el precepto, falta de competencia objetiva.
TERCERO En el caso que nos ocupa la demanda fue presentada el día 18-5-2.010 y admitida a trámite al día siguiente.
La recurrente aportó al apelar copia delauto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo en el que se le declaraba en concurso de fecha 12-5-2.010, esto es anterior a la presentación de la demanda que dio origen a la presente litis.
Por tanto, y en atención a lo expuesto, el Juzgado de Primera Instancia carecería de competencia objetiva, si bien no lo declaró así, y la demanda fue admitida y se tramitó la litis hasta su conclusión no porque el Juzgado no se apercibiese de su falta de competencia, sino porque no tenía ni tuvo conocimiento a través de toda la litis de la situación concursal de la demandada, siendo por vez primera en esta alzada cuanto tal circunstancia se notificó a este Tribunal.
En base a esto último es por lo que esta Sala ha de apreciar en este momento dicha falta de competencia objetiva, con las consecuencias a ello inherentes.
La apelada sostiene que no sería posible ahora tal apreciación habida cuenta que la demandada no planteó en su momento la declinatoria, y que en base alart. 459 de la L.E.C. no podría estimarse por la Sala tal óbice al no haber sido denunciado oportunamente por la apelante, mas ante tales alegaciones cabe recordar que, en cualquier caso, la normativa antes expuesta faculta para la apreciación de oficio por el Tribunal.”: SAP Oviedo (Sección 5) 19.01.2011 (JUR 2011/104221; Sentencia 15/2011; Rollo 539/2010)

AP Madrid (Sección 28)

“PRIMERO.- La denuncia por las partes de defectos que hayan podido cometerse en la tramitación de un proceso no limita el análisis que necesariamente debe realizar el tribunal de apelación respecto de premisas procesales tales como la competencia objetiva y la funcional, que deben ser comprobadas de oficio por aquél (artículo 227 de la LEC).
SEGUNDO.- Entre las asignaciones competenciales que el nº 1 del artículo 86 ter de la LOPJ, en relación con el artículo 8 de la Ley Concursal, reserva al juez del concurso se encuentran las acciones con trascendencia patrimonial dirigidas contra el concursado, salvo las allí exceptuadas (procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores). Se incluirían, por lo tanto, entre las conferidas con exclusividad a la jurisdicción del juez concursal las reclamaciones contra el concursado como la que dio origen al proceso que aquí nos ocupa, por la que se le exigía una responsabilidad dineraria, con cargo a su patrimonio personal, como consecuencia de la gestión que desempeñó como administrador de la entidad MAGNA AQUILEA SL.

TERCERO.- La comunicación que se ha recibido en el rollo de apelación que estaba tramitando esta Audiencia Provincial ha acreditado que el demandado, D. Martin, se hallaba declarado en concurso necesario por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid desde el 17 de abril de 2007 y en tal situación continúa. Es decir, que ya estaba en tal estado procesal al tiempo de la interposición de la demanda, el 15 de octubre de 2009. En consecuencia, ni tan siquiera debería aquélla haber sido admitida a trámite por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid y de serlo, como ha ocurrido, carecen de validez las actuaciones que hubieran podido realizarse, según dispone el artículo 50 de la Ley Concursal. Era el juez del concurso el único con atribuciones para conocer, en el marco del expediente concursal y por los cauces allí previstos, de reclamaciones dinerarias contra D. Martin.
CUARTO.- La manifiesta falta de competencia objetiva y funcional del Juzgado de lo Mercantil que, sin embargo, tramitó la demanda, afecta a un presupuesto procesal que está al margen del poder de disposición de las partes y supone además un defecto tan grave que determina la nulidad de todo lo actuado (artículo 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 225.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la previsión de la Ley Concursal anteriormente citada), debiendo así decretarlo este tribunal en los términos previstos en el nº 4 del artículo 465 de la vigente LEC (en su redacción tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.), si bien en forma motivada (pese al tenor literal de la ley a este respecto), como parece lo lógico cuando media controversia entre las partes interesadas.
QUINTO.- Remarcamos, asimismo, que es a esta sección 28ª, por exigencia de reparto (norma quinta de las de esta Audiencia Provincial de Madrid), a la que incumbiría dirimir cualquier cuestión de competencia que, en el ámbito de Madrid y entre órganos del orden civil, pudiera afectar a un Juzgado de lo Mercantil.": AAP Madrid (Sección 28) 13.07.2012 (Auto 122/2012; Rollo 514/2011)

AP Madrid (Sección 8)

"Efectivamente, consta que la sociedad demandada fue declarada en Concurso Voluntario de Acreedores nº 234/05 por el Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid, con fecha 7 de Julio de 2.005, en tanto que la demanda del presente procedimiento se presentó el 16 de Mayo de 2.007; en consecuencia, es de aplicación el artículo 50.1 de la Ley Concursal que establece " 1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
No pueden aceptarse las causas de oposición de la apelada, por las siguientes razones:
1ª) Es correcta la admisión del recurso pues por parte de la sociedad concursada se mantienen incólumes sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad, como establece el artículo 40 del citado texto legal y así ha acontecido en el presente caso, constado expresamente la adhesión de tales administradores en el presente procedimiento.
2ª) No es objeto del presente procedimiento la posible e invocada mala fe de la demandada, pues tal actividad concursal se encuentra reglada, incluidos sus efectos registrales y de publicidad frente a terceros acreedores, quedando expeditas las acciones que se consideren oportunas al efecto.
3ª) Carece de fundamento alguno tratar de excluir el presente procedimiento de aquellos sujetos a la vis atractiva del Concurso, por ser evidente que la acción de condena estimada afecta directamente al patrimonio de la Concursada, quien debe hacer frente a la suma reclamada de 297.117,48 euros IVA incluido, más los intereses y las costas.
Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la estimación del recurso, revocando la sentencia de instancia, dictando otra en su lugar en los términos interesados, si bien no se hace especial pronunciamiento en costas de primera instancia, por la dudas de hecho existentes al no haberse personado ni contestado la demanda la sociedad ya en concurso, al amparo todo ello del artículo 394 LEC. (...)
III.- FALLAMOS
Que debemos ESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Jorge Deleito García, en representación de la mercantil VIUDA DE FEDERICO GUTIÉRREZ, S.A., con la adhesión, de la Administración Concursal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid, con fecha dieciséis de febrero de dos mil nueve, revocando la misma y dictando otra en su lugar por la que se declara la nulidad de todo lo actuado, haciendo valer la actora sus pretensiones ante el Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid, Concurso Voluntario 234/05, sin especial pronunciamiento en costas de ambas instancias": SAP Madrid (sección 8) 23.04.2012 (Sentencia 225/2012; Rollo 278/2011)

AP Madrid (Sección 14)

"PRIMERO.-La demandante, Dragados S.A., reclama a la demandada, Evenly Mater S.L., la suma de 102.080,06 euros, como precio pendiente de pago por la ejecución de la red de saneamiento que atravesando la parcela propiedad de Conjuntos Residenciales S.A., permitiera a Evenly Mater S.L., conectar su red a la general de la urbanización de la "Cala de Mijas" en Málaga, alegando que se convino por las tres mercantiles que el importe del presupuesto ofertado por Dragados S.A., fuera satisfecho por la demandada en la suma de 88.000 euros (más IVA) y por Conjuntos Residenciales S.A., en la cantidad de 14.540,66 euros (más IVA) y habiendo ejecutado la obra contratada Dragados S.A., y satisfecho Conjuntos Residenciales S.A., a Dragados S.A., el importe que le correspondía, la demandada no lo hizo, adeudando la suma de 88.000 euros más IVA, esto es, la suma de 102.080,06 euros que se reclama con los intereses moratorios establecidos en la Ley

3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, hallándose en mora la demandada desde el 4 de abril de 2008.
La demandada, emplazada por edictos en el tablón de anuncios del juzgado, fue declarada en situación de rebeldía procesal.
La sentencia dictada en la primera instancia declara acreditados los hechos constitutivos de la pretensión de la demandante y estima la demanda condenando a la demandada a pagar a Dragados S.A., la suma de 102.080,06 euros e intereses de demora conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 3/2004, desde el día 4 de abril de 2008 hasta el efectivo pago del principal, más intereses legales -se supone, del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil - y costas.
La demandada interpone recurso de apelación contra dicha sentencia alegando la nulidad de pleno derecho del procedimiento por falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Madrid para conocer del mismo, al haberse interpuesto la demanda -17 de julio de 2009 - después del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de Málaga -2 de junio de 2009 - declarando a Evenly Mater S.L., en concurso de acreedores -autos de concurso voluntario 748/09- y de su publicación en el Boletín Oficial del Estado -18 de junio de 2009- y corresponder la competencia al Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de Málaga, con cita de los artículos 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 45 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 8.1 y 50.1 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.-La mercantil Evenly Mater S.L., fue declarada en concurso voluntario de acreedores mediante auto dictado el 2 de junio de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de Málaga (concurso voluntario 748/09), publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 18 del mismo mes y año, y la demanda formulada por la demandante, Dragados S.A., contra Evenly Mater S.L., fue presentada el 17 de julio de 2009.
Conforme a los artículos 86 ter 1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, en redacción vigente a la fecha de interposición de la demanda, la jurisdicción del Juez del concurso es exclusiva y excluyente en las materias que siguen: las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
En el presente supuesto, la demandada Evenly Mater S.L., se halla en concurso a la fecha de interposición de la demanda y la competencia objetiva para el conocimiento de cuantas acciones con transcendencia patrimonial se dirijan contra ella corresponde al Juez del concurso.
En consecuencia, la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Madrid para conocer de la demanda afecta a la acción de cumplimiento de contrato -pago de precio- ejercitada por Dragados S.A., puesto que Evenly Mater S.L., debe ser demandada ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de Málaga y, por ello, del conocimiento de la demanda debía abstenerse, de oficio, el Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Madrid advirtiendo a la parte actora que debía usar de su derecho ante el juez del concurso, como ordena el artículo 50.1 de la Ley Concursal, por lo que procede declarar la nulidad de lo actuado desde el auto de admisión a trámite de la demanda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50.1 de la Ley Concursal y los artículos 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225.1º de la Ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que, como alega la apelante, y disponen dichos preceptos, son nulos de pleno derecho los actos procesales que se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. “:SAP Madrid (Sección 14) 20.06.2013 (Sentencia 242/2013; Rollo 969/2012)

AP Madrid (Sección 20)

“TERCERO.- Sentado lo anterior se está en analizar si esta Sección tiene competencia objetiva para el conocimiento de las presentes actuaciones tal y como ha quedado trabada la litis.
Establece el artículo 227.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "en ningún caso podrá el Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional....".
Los artículos 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen que "los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: cuando se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional.".
El artículo 48.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "cuando el Tribunal que conozca del asunto en segundo instancia o en trámites de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación entienda que el Tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de Tribunal que corresponda.".
La asignación competencial a los Juzgados de lo Mercantil que se contempla en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial lo es por materias, de manera que lo que determina que deba conocer el Juzgado de lo Mercantil es que el litigio verse sobre alguna de las específicamente incluidas en el catálogo del citado texto legal (lo que abarca no todo el Derecho Mercantil y no se ciñe exclusivamente a lo propio de este), con independencia del cauce procesal por el que deba ventilarse la contienda, quedando el resto de las materias civiles para el Juez de Primera Instancia (artículo 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Conforme a la anterior Doctrina los órganos especializados no pueden conocer de otras cuestiones que las explicitadas en la Leyes que regulan su competencia.
Previene la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que " declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad o domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso sin más excepciones que las establecidas en las leyes.".
Por su parte el artículo 50 previene en su párrafo primero " 1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en

esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. ".
Dado que se ha traído a la litis a la mercantil Atención Social Castilla y León, S.L.U. una vez esta se encontraba concursada desde el 9 de enero de 2.012, mediante Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Segovia, ello evidencia que el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Majadahonda carecía de competencia objetiva para enjuiciar a la referida mercantil, dada su precedente declaración de concurso; y que arrastra una falta de competencia funcional de este recurso para el conocimiento de las actuaciones en lo referente a la referida mercantil pues es de advertir que es la Sección 28 de esta Audiencia, la que por exigencias de reparto (norma quinta de las de esta Audiencia Provincial de Madrid) a la que incumbiría dirimir cualquier cuestión de competencia que en el ámbito de Madrid y entre órganos del orden civil pudiera afectar a un Juzgado de lo Mercantil incluidos los conflictos con los Juzgados de Primera Instancia.
La respuesta que ahora damos es en virtud del principio de estricta legalidad y por ello procede la declaración de nulidad de la sentencia dictada en cuanto se contienen pronunciamientos que afectan a la mercantil concursada ATENCIÓN SOCIAL CASTILLA Y LEÓN S.L.U. y, por tanto, procede la nulidad de todo lo actuado debiendo retrotraerse las actuaciones al momento procesal en el que se acordó su presencia en autos, cuya expromisión es procedente conforme a la normativa que hemos transcrito.": SAP Madrid (Sección 20) 20.04.2015 (Sentencia 183/2015; Rollo 258/2014)

AP Pontevedra (Sección 3)

"SEXTO.-Habiéndose dado traslado a las partes acerca de la existencia de un Procedimiento Concursal el Nº 263/12, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Pontevedra, donde a 11-XII-2012 se dictó Auto de Declaración de Concurso Voluntario de la deudora Aluminios Freire SL, aquí codemandada, publicado en el BOE de 30-I-13, esto es, antes de la Presentación de la Demanda de P. Ordinario que nos ocupa, de 5-XII-13, e incluso de la del procedimiento P. Monitorio Nº 433/13, de 8-X-13, en el que por Auto de 26-XI-2013 ya se acordó de conformidad con el Art. 50 L. Concursal su inadmisión a trámite, resulta llano que en su momento no debió tampoco haberse admitido a trámite la acción dirigida contra la SL referida. Debió la parte haberse dirigido al Juez Concursal a hacer valer allí sus pretensiones económicas frente a la misma, y así entendemos hubo de hacerlo al no objetar nada al traslado acordado, tal y como se acordó en el Auto de 11-XII-12 que remitió a los Acreedores, en aplicación de lo prevenido respecto del Concursado (Art. 21 L. Concursal) al ser éste el adecuado cauce de reconocimiento de créditos a efectos de la Masa Pasiva, Arts. 85 y ss. de la norma concursal. Ha de darse lugar al archivo y nulidad de todo lo actuado en este P. Ordinario, tal y como establece el Art. 50 L. Concursal, sin perjuicio de los derechos que puedan subsistir a la entidad financiera demandante por mor de la ulterior decisión de Conclusión de la liquidación y Extinción de la SL, dada en el Auto de 25-III-2014 publicado en el BOE de 19-IV-2014, posterior a la demanda aquí formulada (4-XII-13) e incluso al Decreto, muy ulterior, que la admitió a trámite (17-I-2014). No procede hacer declaración sobre costas visto que se ha propiciado la tramitación y no se personó la SL (Arts. 398 y 394 LEC /00)." :SAP Pontevedra (Sección 3) 17.06.2015 (Sentencia 172/2015; Rollo 122/2015)

AP Sevilla

"OCTAVO.- Por la unión temporal de empresas demandada se alegó, en su escrito de interposición del recurso de apelación, la excepción de incompetencia de jurisdicción, respecto de una de las tres empresas que la componen, Goypesa, Empresa Constructora, S.A., al haber sido declarada en situación de concurso voluntario con fecha 10 de Diciembre de 2.008, con anterioridad, por lo tanto, a la presentación de la demanda origen de éste pleito, excepción que, no obstante no haber sido alegada en su momento procesal oportuno, a través de la correspondiente declinatoria, puede y debe ser acogida, por el carácter de orden público, indisponibles por los particulares, que tienen las normas procesales, conforme al principio "ius publicum privatorum pactis mutare non potest".
Ciertamente, el primero de los efectos que produce la declaración de concurso de una persona es la ampliación de la competencia especializada del juez de lo mercantil encargado de su conocimiento, que pasa a conocer de las acciones cuyo conocimiento correspondería en principio, por especialidad, a los Jueces de Primera Instancia, y así, conforme a lo dispuesto en el artículo 86, ter, 1, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 8 de la Ley Concursal, le corresponde el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.
La estimación de la incompetencia de jurisdicción acarrea la nulidad de la sentencia de instancia y de todo lo actuado en lo relativo, únicamente, a Goypesa, Empresa Constructora, S.A., conforme a lo dispuesto en el artículo 50,1 de la Ley Concursal, debiendo entenderse la condena, únicamente, con las otras dos sociedades que componen la unión temporal de empresas, Obrascon-Huarte-Lain, S.A., y Acciona, S.A. Hay que señalar que no puede ni debe entenderse modificada con ello la relación jurídico procesal, puesto que la UTE, una simple unión de empresas, por tiempo determinado, para la ejecución de obras, servicios o suministros también determinados, no tiene personalidad jurídica distinta e independiente de la de sus miembros, de modo que no es una sociedad mercantil, ni se inscribe en el Registro Mercantil, respondiendo únicamente sus miembros, que lo hacen de una manera solidaria e ilimitada, todo lo cual nos lleva a estimar que deben entenderse demandadas, desde un primer momento, las empresas que la componen.": SAP Sevilla (Sección 5) 28.07.2011 (Sentencia 361/2011; Rollo 7156/2010)

1.4.1.1. Validez de la sentencia pese a la incompetencia objetiva (¿)

AP Madrid (Sección 8)

“PRIMERO.
1º.- En el juicio ordinario nº 1.759 /2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid, recayó sentencia el 9 de abril de 2010, cuyo Fallo dice textualmente: "Uno. - con estimación parcial de la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, representada por el Procurador Don Juan de la Ossa Montes, contra Andria Inversiones Inmobiliaria S.A., representada por la Procuradora Doña Victoria Pérez- Mulet y Diez Picazo, contra Niza Servicios Obras y Promociones S.A., representada por el Procurador Don Evencio Conde de Gregorio, estos dos representados por la Procuradora Doña Begoña Díaz-Urgorri y Don Sabino, y contra Don Leoncio :
"Dos.- declaro que el edificio de la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, presenta los defectos y vicios constructivos relacionados en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución;
Tres.- y condeno a Andria Inversiones Inmobiliarias S.A., Niza Servicios Obras y Promociones S.A., y Don Jose Ramón, a efectuar, a su entera e integra costa, los trabajos u obra de reparación de todos y cada uno de los defectos o vicios antes expresados, así como su causa respectiva, todo ello de conformidad y en los términos del informe dictamen pericial del arquitecto Don Dimas que figura a los folios 502 a 524 de los autos, incluso de su presupuesto por un total de 52,446, 29 euros;
Cuatro.- Asimismo, desestimo la demanda en cuanto a las restantes pretensiones, de las que absuelvo a los demandados Andria Inversiones Inmobiliarias S.A, Niza Servicios Obras y Promociones S.A., y Don Jose Ramón.
Cinco.- al propio tiempo desestimo la demanda, en cuanto dirigida contra Doña Zaira a y Don Sabino, a los que absuelvo de la demanda en su totalidad.
Seis.- Por último, en cuanto a las costas de la demanda contra Andria Inversiones Inmobiliarias S.A., Niza Servicios Obras y Promociones y Don Jose Ramón, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad; y respecto de las costas de la demandada contra Doña Zaira y Don Sabino, condeno a su pago a la comunidad demandante".
2º.-Contra la referida resolución por la representación procesal de la codemandada Niza, Servicios, Obras y Promociones, S.A., se interpone recurso de apelación, interesando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de todo lo actuado desde la admisión a trámite de la demanda rectora de dichas actuaciones por carecer el Juzgado de competencia funcional para conocer del presente asunto.
3º.-El recurso es impugnado por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, formalizando oposición al mismo, e interesando su desestimación y consiguiente confirmación de la sentencia recurrida. Se persona la empresa Andria Inversiones Inmobiliarias, Don Sabino y Doña Zaira, sin hacer alegaciones.
SEGUNDO.-
El recurso planteado por la representación procesal de la entidad perjudicada, Niza Servicios Obras y Promociones, S.A., se fundamenta en los siguientes motivos:
1º.- La recurrente reproduce en su recurso la cuestión suscitada de falta de competencia funcional del Juzgado de Primera Instancia nº 38, de Madrid, resuelta negativamente de forma definitiva en la instancia por Auto de 4 de marzo de 2010, y considera que la Sentencia ha sido dictada por Juez funcionalmente incompetente, toda vez que con fecha 23 de junio de 2009, el Administrador de su representada presentó ante dicho Juzgado, escrito poniendo en conocimiento de dicho Tribunal que esta sociedad había sido declarada en concurso voluntario por Auto de fecha 5 de septiembre de 2008, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, copia del cual se acompañaba, y la demanda estaba presentada en el Registro del Decanato de los Juzgados de Madrid el 22 de octubre de 2008, interesando se acordase el archivo de las actuaciones, así como la falta de validez de las actuaciones que se hubieren practicado, sobre cuyo escrito, del que previamente se dió cuenta a las partes, la Comunidad se opuso, dos partes manifestaron su conformidad y el resto no hizo alegaciones, recayendo el Auto el 4 de marzo de 2010 desestimando lo interesado, por entender el Juzgador de instancia que la parte trataba de promover un incidente de nulidad de actuaciones manifiestamente extemporáneo, habida cuenta que la demandada no contestó a la demanda, ni promovió cuestión de competencia por declinatoria, y se insta el incidente cuando el proceso se encuentra pendiente de celebración de juicio.
2º.- Para abordar correctamente la problemática que el caso plantea es conveniente concretar los hechos y circunstancias cuya concurrencia realmente constituyen la base o punto de partida de la cuestión a dilucidar, los que se reducen a los siguientes hechos:
a) La demanda rectora de este procedimiento nº 1759/2008, del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid, fue presentada en el Registro del Decanato de los Juzgados de Madrid el 22 octubre de 2008, admitida a trámite por Auto de 12 de diciembre de dicho año, y se dirige contra cinco demandados, entre ellos, la mercantil Niza, Servicios, Obras y Promociones, S.A., frente a los que se pide se dicte sentencia por la que se les condene solidariamente a hacerse cargo y tomar a su costa la ejecución y pago de todas las necesarias para dejar la vivienda en perfecto estado, a hacerse cargo solidariamente y tomar a su costa todos los gastos que conlleve la ejecución de la obra, así como al pago integro de las costas.
b) No se presentó por la parte hoy recurrente declinatoria en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la demanda, cuestionando la competencia del Juzgado de lo Civil.

c) La mercantil Niza, Servicios, Obras y Promociones, S.A., que en dicho procedimiento fue declarada en rebeldía, resolución contra la que no presentó recurso y devino firme, estando la sociedad declarada con anterioridad a la presentación de la referida demanda, en estado de concurso voluntario por Auto de 4 de septiembre de 2008, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, y como tal concursada compareció posteriormente y acreditó ante el Juzgado Civil haciendo constar su situación de concursada, aportando la documentación que así lo acreditaba, y dicho Juzgado civil, considerando que se planteaba un incidente de nulidad de actuaciones dictó Auto el 4 de marzo de 2010 desestimándolo por extemporánea.

3º.- Estando, pues, acreditado que la empresa Niza, Servicios, Obras y Promociones, S.A. estaba declarada en concurso voluntario desde el 4 de septiembre de 2008 y que la demanda de juicio ordinario contra la misma y otros fue presentada el 22 de septiembre y admitida a trámite el 12 de diciembre de dicho año, es evidente que dicha declaración pudo pasar desapercibida por el Juzgado civil por el hecho ir dirigida la demanda contra dicha sociedad y otros, en reclamación de una responsabilidad solidaria, y si bien es cierto que de forma fehaciente tuvo conocimiento durante el curso del procedimiento civil que uno de ellos estaba declarado en concurso y como tal interesaba la aplicación de fuero a favor del Juzgado Mercantil, el Juzgado civil estimó que se planteaba un incidente de nulidad, lo desestimó por extemporáneo y continuó el procedimiento hasta dictar sentencia, por la que estimando la demanda se condenó solidariamente a todos los demandados, entre ellos a la demandada concursada.

4º.- La cuestión que se plantea tendría fácil solución de haber sido ella sola la demandada, toda vez que por imperativos del art. 50.1 de la Ley especial, 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según el cual: " Los jueces del orden civil y del orden social antes quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso de conformidad con lo dispuesto en esta Ley se abstendrán de conocer, previendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas -este es el caso -, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez todo lo actuado", consecuencia lógica de los principios de unidad, de disciplina y de sistema que informan la institución concursal, que se traduce en la jurisdicción y competencia exclusiva del Juez del concurso (art. 89), así como en la integración de todos los acreedores en la masa del concurso (art. 49). Por lo tanto, era incuestionable, que a partir de la fecha en que el Juez de lo civil tiene conocimiento de la declaración de concurso viene obligado de oficio a dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 50 de dicha ley especial, tanto respecto a quienes interponen la demanda o a procesos en curso, por imperativo de la propia Ley, ya que conforme a lo dispuesto el art. 1, 7 del Código civil, " Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver todos los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecidos ", guardando dentro de la jerarquía de leyes la que corresponde a la especial sobre la general.

Pero como quiera que la acción que se ejercita en la demanda es una reclamación por defectos en la construcción, tanto el artículo 1.591 del Código Civil, como el artículo 17, apartados 2 y 3, de la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, siguen manteniendo el principio general de la solidaridad de los intervinientes, al dirigirse la pretensión objeto de la demanda contra varios demandados considerados solidariamente obligados al cumplimiento de las obligaciones que se demandan y se contienen en la sentencia, la cuestión se traduce en determinar si la concurrencia de dicha pluralidad de partes como demandados constituye una excepción al principio de la competencia exclusiva del Juez del concurso y consiguientemente a la aplicación al caso del artículo 50.1 de dicha Ley concursal, toda vez que por un lado la actora, a la que se dio traslado de la manifestado por la concursada, no desistió de su pretensión contra la concursada; y de otra, por los efectos de la solidaridad pasiva propio de esta clase de obligaciones, por la que cada uno de los deudores puede pagar, con efecto liberatorio para a los demás (art. 1.145 Código Civil) y el acreedor dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellos o contra todos simultáneamente, sin que la reclamación judicial o extrajudicial contra uno no le impide nueva reclamación contra los demás mientras la deuda no haya sido vencida (art. 1.144 Código Civil); así como la acción de reembolso que corresponde al deudor que paga contra los demás codeudores, a fin de que le satisfagan la parte que a cada uno le corresponde de la deuda con los intereses de anticipo a prorrata (art. 1.145 Código Civil).

5º.- Nos encontramos ante una acumulación subjetiva de acciones prevista en el artículo 72 de la LEC, según el cual "podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tengas contra varios sujetos....siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", tratándose de supuestos de litisconsorcio pero bien entendido que deben distinguirse los de litisconsorcio pasivo necesario, en los que sería preciso traer al litigio a todos los eventuales afectados, de los que, como en el presente caso, y al tratarse del ejercicio de acciones frente a personas unidas por vinculo de solidaridad, son de litisconsorcio facultativo o voluntario. En el presente procedimiento, objeto del recurso que nos ocupa, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe un argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el Juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque para admitirse la acumulación es preciso a tenor de lo dispuesto en el art. 73.1.1º de la LEC "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulación o acumuladas" dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones (art. 72 LEC), deba ser requerido para que desacumule las acciones frente a terceros distintos de la concursada (art. 73.4 LEC).

En cuanto a la acumulación de materias litigiosas por identidad de alguno o alguno de sus elementos, respeto de las que lógicamente no cabe establecer la preferencia entre los elementos que concurren parece que la ley se inclina en reconocer una facultad electiva al demandante (art. 53.1 LEC), toda vez que con arreglo a la LOPJ la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgado de lo mercantil se contrae única y exclusivamente a las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, no contra aquellas otras que solidaria y mancomunadamente se dirijan no solo contra éste, sino contra el de todos los obligados bajo dicho carácter y condición.
6º.- Por lo tanto, no siendo competente el Juez del concurso para conocer de la demanda que se dirija solidaria y mancomunadamente contra varios demandados, entre los que uno de ellos se encuentre en concurso, no cabe considerar nulo el procedimiento seguido ante el Juez civil por falta de jurisdicción o de competencia funcional prevista en el art. 225. 1 de la Ley Procesal Civil, máxime cuando conforme a lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Concursal, " los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviese conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia ". Lo dispuesto en el citado artículo es aplicable al presente caso, ya que el Juzgado de Primera Instancia estaba tramitando el procedimiento, y sólo al señalarse el juicio se le pone en su conocimiento la declaración de uno de los demandados, el recurrente, de que estaba declarado en concurso voluntario, desde un mes antes de presentarse la demanda, sin que por su parte compareciese e inmediatamente lo pusiera en conocimiento del Juzgado como ya hemos hecho referencia anteriormente, demostrando una pasividad que permitió la tramitación del procedimiento.
Valorados los motivos expuestos procede desestimar el recurso, manteniendo la sentencia apelada.”: SAP Madrid (Sección 8) 18.06.2012 (Sentencia 437/2012; Rollo 612/2010)

1.5 Caso de tercería de dominio

AP Valencia

“PRIMERO Los recursos de apelación, interpuestos por las representaciones procesales de los demandantes y demandada, administración concursal de CERAMICAS ROSAGASO S.L., contra la sentencia de instancia, la impugnan por las razones que se expondrán, por lo que interesan su revocación y, por el contrario, se dicte nueva sentencia de conformidad a sus respectivos escritos de apelación. Los demandantes impugnan el pronunciamiento desestimatorio de la demanda de tercería al considerar que se infringe losartículos 9 y 87-1 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social en relación con losartículos 57-2 y 58 de la Ley 30/1992 de la LRJAPPAC, por lo que solicita su revocación y que se estime la tercería de dominio sobre el sobrante de la subasta de los bienes de la ejecutada Cerámicas Rosagosa S.L. al tener un titulo de dominio cual es la escritura de cesión de crédito de 14 de marzo de 2007. La demandada, administración concursal de Cerámicas Rosagaso S.L., impugna igualmente la sentencia por infracción entre otros delarticulo 93 del Reglamento General de Recaudación aunque también plantea la falta de competencia objetiva del Juzgado "a quo" por corresponder el conocimiento al Juzgado de lo Mercantil al estar declarada en concurso la demandada en el procedimiento concursal abreviado nº 334/2007 que se sigue ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia.
Por cuestión de orden procesal debemos pronunciarnos sobre la falta de competencia objetiva que plantea la administración concursal de la demandada CERAMICAS ROSAGASO S.L. en relación al conocimiento del asunto al estar declarada esa mercantil en estado de concurso de acreedores porauto de 17 de julio de 2007 y afectar el sobrante a la masa del concurso, no solo porque la TGSS ha comunicado su crédito sin que se haya aplicado la cantidad del sobrante a ninguna liquidación, sino también porque se ha calificado el sobrante como de no propiedad de la TGSS. En el orden temporal son relevantes las siguientes fechas, primero, el concurso se declara porauto de 17 de julio de 2007, segundo, la escritura de cesión de crédito es de 14 de marzo de 2007, tercero, la subasta y supuesta retención del sobrante es de fecha 8 de marzo de 2007, por ultimo, la demanda de tercería se interpone el 14 de abril de 2008.
Elarticulo 48 de la L.E.C. establece que la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que este conociendo del asunto, y en el aparado 2 se establece: " Cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia o en tramite de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda." En el presente caso la parte demandada, administración concursal de CERAMICAS ROSAGASO S.L., plantea la falta de competencia objetiva en el recurso, allanándose a la misma la representación de la demandante mientras que la TGSS no formuló impugnación por lo que este tribunal entiende que las partes han tenido ocasión de formular alegaciones sobre dicha falta de competencia, por lo que se considera innecesario abrir un nuevo tramite de alegaciones sobre el particular.
Revisadas las actuaciones este tribunal declara que el Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Valencia carece de competencia objetiva para conocer de la demanda de tercería al estar declarada en concurso de acreedores la demandada porauto de 17 de julio de 2007, anterior a la interposición de la demanda, y afectar el objeto a la masa del concurso con relevancia patrimonial al ser controvertida la propiedad del sobrante de una subasta por importe de 96.669,26 ? y existir una disposición expresa en la ley concursal que atribuye la competencia a los Juzgados de lo Mercantil. La Ley Concursal de 9 de julio de 2003 establece que la competencia objetiva corresponde al Juez del concurso por aplicación delartículo 8 que dispone bajo la rubrica de: "Juez del Concurso, que son competentes para conocer del concurso los Jueces de lo Mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias, epígrafe 1º: "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se

ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el titulo I del libro IV de la ley de Enjuiciamiento Civil", por lo que es innegable que la tercería de dominio afecta al patrimonio de la concursada no solo como cedente del crédito integrado por el sobrante de la subasta, sino por su calificación como bien de la masa activa del concurso. Corresponde la competencia objetiva al Juez de lo Mercantil Nº 1 de Valencia y procede declarar la nulidad de la sentencia dictada y de todo el procedimiento sustanciado en primera instancia, por lo que acordamos por aplicación delarticulo 50 de la Ley Concursal su archivo sin que proceda la remisión del asunto al Juez del concurso, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante este.
SEGUNDO Al apreciarse de oficio la falta de competencia objetiva no procede especial pronunciamiento en cuanto a las costas de primera y segunda instancia.": AAP Valencia (Sección 7) 13.07.2009 (JUR 20010/95453; Rollo 415/2009)

AP Castellón

"PRIMERO Por DªCarlota y D.Ceferino se dedujo tercería de dominio en relación con la finca registral n.NUM000 del Registro de la Propiedad de Benicarló (que constituye la vivienda tipoNUM001 de la plantaNUM002 del edificio sito en laAVENIDA000 n.NUM003 de dicha población) como consecuencia de haber sido la misma embargada con fecha 24 de marzo de 2009 en procedimiento de apremio seguido por la Agencia Tributaria frente a la mercantil Promociones Benirabe SL.
Admitida la demanda con emplazamiento de esta compañía y de la Agencia Tributaria, sobre la base de no haber contestado dichos demandados y en aplicación delart. 602 de la LEC se acordó a través de la resolución impugnada estimar la demanda de tercería con el correspondiente alzamiento del embargo referido.
Frente a dicha resolución se alza la Agencia Tributaria invocando de manera primordial su nulidad por carecer de competencia objetiva el Juzgado de 1ª Instancia que ha resuelto el asunto al corresponder su conocimiento alJuzgado de lo Mercantil de Castellón al haber sido declarada en concurso de acreedores la mercantil codemandada Promociones Benirabe SL mediante Auto de fecha 27 de octubre de 2009 y haberse deducido la demanda en enero de 2010. De manera subsidiaria aduce que la resolución impugnada infringe elart. 602 de la LEC por cuanto, contrariamente a lo señalado en la misma, si que formuló oposición en tiempo y forma, aduciendo por último que no se ha acreditado fehacientemente por la parte demandante que el bien litigioso embargado es de su propiedad.
SEGUNDO Procede la estimación del recurso en la medida en que, con independencia de la nulidad que ya surge del hecho de que la resolución impugnada se basó en la ausencia de contestación de todos los demandados y aplicación de la norma legal prevista para tal caso cuando si que había formulado en tiempo y forma su oposición la parte apelante (elAuto recurrido se dictó en fecha 6 de julio de 2010 y la Agencia Tributaria contestó a la demanda oponiéndose en fecha 30 de junio de 2010 dentro del plazo de veinte días conferido mediante Providencia de fecha 27 de mayo de 2010 notificada en fecha 1 de junio de dicho año, si bien dicha oposición no se unió a las actuaciones sino mediante Providencia de fecha 9 de julio de 2010), el hecho que la codemandada Promociones Benirabe SL, mercantil a la que se embargó el bien litigioso como de su propiedad, estuviera declarada en concurso de acreedores (Auto de fecha 27 de octubre de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Castellón) previamente a la interposición de la demanda de tercería (27 de enero de 2010), determina que resulte competente objetivamente dicho Juzgado de lo Mercantil en tanto en cuanto está tramitando el procedimiento concursal de referencia, no siendo aplicable el fuero competencial delart. 52.1.15º de la LEC, con la consiguiente nulidad de todo lo actuado, pronunciamiento éste que es el que corresponde por cuestiones de orden procesal, por mucho que, pese a lo aducido en el escrito de oposición al recurso de apelación, no se haya deducido declinatoria, habida cuenta del contenido delart. 48 de la LEC y delart. 50 de la Ley Concursal.
La competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil como Juzgado del concurso se basa en el hecho que, dada la finalidad de la tercería, en la medida en que supone discutir realmente la pertenencia de un bien a la parte ejecutada, en este caso, una concursada, lo que equivale a negar su integración en su masa activa aunque sea con efectos limitados a la ejecución particular seguida por un crédito concursal (como aquí es el caso en atención a la clasificación que resulta procedente del crédito de la Agencia Tributaria en atención a la época anterior a la declaración de concurso en que se ha originado), no puede ser más que conocida por aquel por dicha influencia en la configuración del activo de la concursada. Desde esta óptica se trata de una acción civil con trascendencia patrimonial que se dirige contra el patrimonio del concursado y que es competencia del Juez del concurso, atendida la amplitud de supuestos que abarca esta disposición y la posición de demandado del concursado, supuesto que es competencia del Juez del concurso una vez declarado éste conforme alart. 8 de la Ley Concursal. En este sentido se ha pronunciado laSentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, S.7, de 13 de julio de 2009.
De primar la naturaleza incidental de la tercería de dominio, considerando además que no procede una interpretación expansiva de la disposición legal antedicha en atención a la especialidad que rige los fueros competenciales del Juez del concurso, llegaríamos al mismo punto, pues no puede obviarse que existe una afección del bien litigioso a la ejecución de créditos concursales y que conforme al mismoart. 8 reseñado es competencia del Juez del concruso toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado cualquiera que fuera el órgano que la hubiera acordado, situación que tampoco cambiaría de haber proseguido de manera separada la ejecución del crédito de la Agencia Tributaria conforme alart. 55 de la Ley Concursal (lo que no consta), en la medida en que no dejaríamos de estar ante un procedimiento que incide en las masas activa y pasiva del concurso fruto del denominado privilegio procesal que establece dicho artículo por la afección particular de un bien del concursado a la satisfacción preferente de una de sus deudas, sin olvidar la necesaria integración en la masa activa de todo sobrante que pudiere resultar de la realización del bien embargado y que, en otro caso, podría quedar vedada al margen de toda decisión del órgano judicial que

en último término dirige el proceso de ejecución colectiva y universal del deudor que aparece como titular del bien embargado. En esta línea podemos citar laSentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.16, de 21 de junio de 2006 ": AAP Castellón (Sección 3) 24.03.2011 (JUR 2011/228260; Auto 31/2011; Rollo 421/2010)

1.6 Caso de juicio cambiario

"PRIMERO Frente alAuto dictado en 26-2-09, por el Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Guadix, en juicio cambiario 636/08, seguido por demanda de Maderas Germán Fuentes Porto e Hijos SL, frente a Envases Pleguezuelos SL, en reclamación de 17.283,05 € de principal, 338,34 € de gastos y 5.734,35 € para intereses y costas, que acordó dar por finalizado el juicio Cambiario, al haber transcurrido el término conferido, sin comparecer la mercantil deudora oponiéndose, ni constando abonadas las cantidades interesadas, despachándose ejecución a tenor de lo prevenido en el artículo 825 LEC, una vez lo solicite la promotora del expediente, se interpuso por la representación de Envases Pleguezuelos SL, recurso de apelación, que ha originado el Rollo 194/10 de esta Sala, que resolvemos, y que articula sobre la base de un único motivo de infracción por inaplicación de losartículos 8 y 50 de la Ley Concursal, señalando como datos de hecho: a) Por auto del Juzgado número 14 de lo mercantil de Granada, de 19-9-08, se declaró en concurso voluntario a Envases Pleguezuelos SL. (Obra unido y se tiene por reproducido). b) La demanda se interpuso en 5-11-09.
SEGUNDO La claridad y nitidez delartículo 50 de la Ley Concursal, no dejar lugar a dudas. En efecto, si como en el caso sometido a nuestra consideración, el procedimiento declarativo se inicia con posterioridad a la declaración de concurso, el precepto citado establece que "los jueces del orden civil y del orden social, ante quienes se interponga la demanda de la que deba conocer el Juez del concurso, de conformidad con lo previsto en esta Ley, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso". Esto es, declarado el concurso, el juzgado de 1ª Instancia carece de competencia para conocer de una pretensión declarativa y el solicitante debe ver repelida su pretensión en aplicación de este precepto.
Si el conocimiento del juzgado de 1ª Instancia es posterior a la declaración de concurso, la propia norma dispone en elartículo 50-1º de la Ley Concursal que "de admitirse a trámite las demandas, se ordenara el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
TERCERO Pues bien, en el caso consta acreditada la declaración judicial de Envases Pleguezuelos SL, en situación legal de concurso voluntario, por comunicación efectuada por el juzgado de lo mercantil, en septiembre de 2008, en tanto que la demanda originadora de la presente litis se presentó en 5-11-09, resultando pues, incontestable la ausencia de competencia del juzgado para el conocimiento de la litis, debiendo pues, acogerse la alzada y, de conformidad con losartículos 238-1º y 3º LOPJ y 225-1º y 3º LEC declararse la nulidad de lo actuado.": AAP Granada (Sección 4) 09.07.2010 (JUR 2011/73746; Auto 103/2010; Rollo 194/2010)

1.7 Incluso en caso de litisconsorcio pasivo necesario

"PRIMERO.-Los recurrentes se muestran disconformes con la decisión del juez de primera instancia de abstenerse de conocer del litigio por el que aquellos promovieron acciones de rescisión y/o nulidad como consecuencia de una cadena de trasmisiones que afectaban a la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Illescas con el nº 8611, mediante las que fue sucesivamente vendida por la entidad Azateca a Grúas Metalbo SA, posteriormente por ésta a Leyten Europea SL y, por último, por ésta nuevamente a Grúas Metalbo SA, que a su vez gravó dicho inmueble con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros de Cataluña.
El motivo de tal abstención radica en que el juez advirtió que había sido declarada en concurso una de las entidades codemandadas, Grúas Metalbo SA (ahora Fábrica Española de Grúa Torre SA), con anterioridad al inicio del proceso declarativo.
Los recurrentes consideran que el juez habría aplicado incorrectamente la Ley Concursal, porque no se trataría de un supuesto atribuido a la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso al afectar el litigio a otras empresas ajenas a dicho proceso universal, lo que justificaría que el pleito prosiguiese ante el juez de primera instancia.
SEGUNDO.-El primer acercamiento al problema exige tener en cuenta que conforme a lo previsto en el artículo 50 de la Ley Concursal si un Juzgado de Primera Instancia, erróneamente o por desconocimiento de que el concurso hubiese sido ya declarado, hubiese admitido a trámite una demanda de un proceso declarativo seguido contra el concursado que se hubiere iniciado tras la declaración del concurso y del que debiera conocer el juez de éste, habría aquél de ordenar el archivo de las actuaciones, previniendo a las partes que usasen de su derecho ante el juez del concurso, careciendo de validez las actuaciones que se hubiesen practicado.
Tal previsión legal, que es terminante, resulta aplicable al caso de autos, pues: 1º) se trata de un asunto que incumbe a la competencia del juez del concurso, conforme a lo previsto en el artículo 8 de la LC, pues las actuaciones se refieren a acciones con trascendencia patrimonial para el concursado, ya que afectarían a un bien formalmente de su propiedad; y 2º) estamos ante un proceso declarativo iniciado el 27 de julio de 2007, sin que se discuta que se trata de fecha posterior a la declaración de concurso de Grúas Metalbo SA (ahora Fábrica Española de Grúa Torre SA), luego ha de entrar en juego la regla del artículo 50 de la LC.
TERCERO.-La implicación, además del concursado, de terceros no será óbice para la aplicación de la regla procesal enunciada cuando no haya manera alguna de escindir el litigio por darse un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario que exija que todos ellos deban ser demandados de modo conjunto (lo que ocurre, a tenor del artículo 12 de la LEC, cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados). La presencia de terceros en el proceso que, por la índole de la contienda, no pudieran ser demandados por separado no sería razón suficiente para eludir la atribución en bloque del asunto a favor del juez del concurso conforme a normas de carácter

especial (artículos 86 ter de la LOPJ y 8 de la Ley Concursal), que han de prevalecer sobre las generales en materia competencial (artículo 85 de la LOPJ y 45 de la LEC).
Así ocurre en el presente caso, ya que precisamente la entidad concursada ha sido parte en todas y cada una de las operaciones en cadena cuestionadas en la demanda, que afectan a un mismo inmueble sobre cuya transmisión se polemiza, siendo además precisamente aquélla la última adquirente del mismo. No hay manera, por lo tanto, de eludir la competencia del juez del concurso para debatir sobre la suerte de esas operaciones que afectan a la titularidad de un inmueble en principio llamado a estar incluido en el activo del concurso de Grúas Metalbo SA (ahora Fábrica Española de Grúa Torre SA), por más que en aquéllas hayan sido parte, con la concursada, terceras sociedades, que también deberían serlo en el litigio promovido por la actora para plantear si procede declarar la rescisión o la nulidad de tales negocios, con las consecuencias correspondientes.": AAP Madrid (Sección 28) 29.10.2010 (Auto 146/2010; Rollo 216/2010)

1.8 Improcedencia de intervención provocada del ya concursado, debiendo continuar el juicio ante el JPI sin esa intervención

AP Madrid (Sección 28)

"PRIMERO.- Rechazada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por el Juzgado de lo Mercantil su competencia objetiva o funcional para conocer de la demanda presentada por la actora, se ha planteado una cuestión negativa de competencia que, conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de ser resuelta por el órgano inmediato superior común (en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid) y a la vista de lo dispuesto en el último inciso del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, dada la falta de una previsión específica para el caso de competencia objetiva, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 60.2 º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan las cuestiones de competencia territorial, el trámite seguido se entiende correcto, en el sentido de haber sido remitidos los autos a la Audiencia Provincial.
SEGUNDO.- Para la adecuada resolución de la cuestión negativa de competencia cuya decisión se somete a este tribunal, deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias fácticas, en esencia, ya transcritas en los antecedentes de hecho de esta resolución:
1) Con fecha 25 de septiembre de 2008, don Bruno y otros, presentaron demanda ante los Juzgados de San Lorenzo de El Escorial, turnada al Juzgado nº 2 de la citada localidad, en la que se ejercitaban contra la vendedora y promotora de determinadas viviendas, la entidad "SETHOME, CONSTRUCCIÓN Y PROMOCIÓN, S.A.", acciones por incumplimiento contractual y subsanación de vicios constructivos.
2) Admitida la demanda y emplazada la entidad demandada, ésta solicitó la intervención de la entidad constructora, la mercantil "PRASI, S.A."; de los arquitectos directores de la obra, don Humberto y don Rogelio; y del aparejador y director de la ejecución de la obra, don Juan Enrique, así como de diversas entidades con las que la demandada había concertado el contrato de compraventa y que habían cedido el derecho a escriturar a favor de los demandantes.
3) Mediante auto de fecha 13 de abril de 2009, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Lorenzo de El Escorial, de conformidad con el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la disposición adicional séptima de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, admitió la intervención provocada de la constructora "PRASI, S.A.", de don Humberto y don Rogelio, arquitectos directores de la obra, y de don Juan Enrique, aparejador y director de la ejecución de la obra, acordando notificarles la pendencia del proceso.
4) Los administradores concursales de la entidad "PRASI, S.A." pusieron de manifiesto al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Lorenzo de El Escorial que dicha entidad había sido declarada en concurso por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid mediante auto de fecha 17 de marzo de 2008.
5) Mediante auto de fecha 29 de abril de 2011, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Lorenzo de El Escorial declaró su falta de competencia objetiva para conocer de la demanda, inhibiéndose de su conocimiento en favor del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.
6) Remitidas las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, éste incoó el juicio ordinario nº 576/11 y mediante auto de fecha 27 de septiembre de 2011 rechazó su competencia objetiva, devolviendo las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia que, a su vez, las remitió, de nuevo, al Juzgado de lo Mercantil, que dictó auto de aclaración de fecha 24 de enero de 2012, elevando las actuaciones a la Audiencia Provincial de Madrid al haberse planteado una cuestión negativa de competencia
TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia considera que la competencia objetiva para conocer de la demanda corresponde al Juzgado Mercantil en aplicación del artículo 50.1 de la Ley Concursal, en tanto que la demanda principal se interpuso el día 25 de septiembre de 2008, tras la declaración de concurso de la entidad "PRASI, S.A.", lo que tuvo lugar el día 17 de marzo de 2008, estando atribuido el conocimiento de la demanda, según se afirma, a los juzgados de lo mercantil en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 ter 2.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (demandas promovidas al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles), arrastrando la competencia de la concursada la de los demás demandados -no concursados-, para que no se dividiera la continencia de la causa con posibilidad de resoluciones contradictorias. En realidad, parece que desde la lógica del Juzgado, éste debió argüir que el conocimiento de la demanda estaba atribuido al juez del concurso en aplicación del artículo 86 ter 1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.1º de la Ley Concursal (acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado).
Por lo demás, siempre desde el punto de vista de dicho Juzgado, apreciada su falta de competencia objetiva, debió limitarse a acordar la nulidad de las actuaciones practicadas con archivo de los autos, previniendo a las partes para que usaran su derecho ante el juez del concurso (artículo 50.1 de la Ley Concursal), en lugar de inhibirse a favor del Juzgado que consideraba competente con remisión de las actuaciones.
Por su parte, el Juzgado de lo Mercantil rechaza su competencia objetiva con fundamento en el artículo 51 de la Ley Concursal, al entender que estando en tramitación el procedimiento ante el Juzgado de Primera

Instancia, aquélla debía continuar hasta la firmeza de la sentencia, correspondiendo al juez del concurso acordar, en su caso, la acumulación del juicio declarativo cuando estimase que, siendo de la competencia del juez del concurso, su resolución tuviese transcendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
Dada la reciente reforma de la Ley Concursal operada por la ley 38/2011, de10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, resulta necesario precisar que todas las referencias legales hasta ahora efectuadas y las que en lo sucesivo se hagan, deben entenderse realizadas a la redacción vigente con anterioridad a la citada reforma legal por ser la aplicable al supuesto de autos por razones temporales.
CUARTO.- Ambos juzgados desenfocan la cuestión sometida a su decisión. No se trata de determinar la competencia para conocer y, en su caso, decidir sobre la acumulación al concurso de un juicio declarativo en tramitación al tiempo de la declaración del demandado en concurso conforme al artículo 51.1 de la Ley Concursal, como parece entender el Juzgado de lo Mercantil. La entidad constructora estaba declarada en concurso no sólo antes de que se provocara su intervención en el litigio seguido en el Juzgado de Primera Instancia, sino que ya lo estaba incluso con anterioridad al inicio del pleito contra la promotora y vendedora.
Tampoco se trata de un litigio promovido contra una sociedad que estuviera en situación concursal al tiempo de la interposición de la demanda de modo que su admisión a trámite estuviera viciada de nulidad en aplicación del artículo 50.1 de la Ley Concursal, como parece entender el Juzgado de Primera Instancia. La demanda se promovió contra una sociedad no concursada, siendo provocada con posterioridad la intervención de otras personas físicas y jurídicas y, entre otras, la constructora ya declarada en concurso, incluso antes de la presentación de la demanda inicial.
En todo caso, la decisión del juez de primera instancia de San Lorenzo de El Escorial por la que declara su falta de competencia objetiva para el conocimiento de la demanda respecto del inicial demandado y de las demás partes llamadas al proceso en virtud de la intervención provocada y, entre otras, de la concursada, no resulta acertada.
La competencia objetiva para conocer de la demanda formulada por determinados compradores contra la sociedad vendedora y promotora de las viviendas, la mercantil no concursada "SETHOME, CONSTRUCCIÓN Y PROMOCIÓN, S.A.", por incumplimiento contractual y vicios constructivos, corresponde a los Juzgados de Primera instancia (artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).
Como es natural, la competencia objetiva no puede mutar por el hecho de que se pretenda provocar la intervención de una sociedad que está declarada en concurso, pues la consecuencia sólo será que no puede dirigirse la acción contra dicha sociedad en el seno de dicho procedimiento por imperativo del artículo 50.1 de la Ley Concursal, pues, en definitiva, a tenor de la disposición adicional séptima de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, ello implica dirigir la acción contra la concursada en calidad de demandada.
En ningún caso la competencia objetiva para el conocimiento de las concretas acciones ejercitadas en una demanda pueden venir determinada por las eventuales alegaciones de la parte demandada o, en este supuesto, por la pretensión de provocar la intervención de terceros.
El Juzgado de Primera Instancia gozaba de competencia objetiva para el conocimiento de la demanda formulada contra la sociedad vendedora por lo que si carece de competencia objetiva para conocer de la acción que se dirige posteriormente contra la concursada, como consecuencia de su intervención provocada, lo que debe rechazar es ésta. En definitiva, el Juzgado de Primera Instancia debió limitarse a declarar la nulidad de actuaciones respecto de la concursada, manteniendo su competencia respecto de la inicial demandada y el resto de los intervinientes, previendo a las partes para que usaran su derecho, respecto de la concursada, ante el juez del concurso.
Lo que resulta inadmisible es que, gozando el Juzgado de Primera Instancia de competencia objetiva para conocer de la demanda, la pierda como consecuencia de la posterior admisión de la intervención provocada de una sociedad ya concursada, declarando a continuación la nulidad de las actuaciones anteriores a dicha intervención cuando lo que debió rechazar es ésta y, al no hacerlo, sólo podía declarar la nulidad de las actuaciones en cuanto referidas a la intervención de la concursada.
En este sentido, el Tribual Supremo en sentencia de 26 de octubre de 2001 tiene declarado que las alegaciones eventuales de la demandada, defensivas o reconvencionales, en su caso, no pueden alterar la competencia originaria, preceptiva y obligatoria, en base al principio de perpetuatio iurisdictionis.
En similar sentido, pero con relación a la jurisdicción, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2009 señala que: "La jurisprudencia tiene declarado que los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, y a los que ha de estarse a la hora de establecer qué jurisdicción es competente para conocer del litigio (en contra de lo que sostiene la parte recurrente invocando el artículo 411 LEC) se producen, con arreglo al artículo 410 LEC, desde la interposición de la demanda si luego es admitida - SSTS de 8 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, 30 de mayo de 2007, 21 de mayo de 2008, RC núm. 648/01 - y este principio, fundado en razones de seguridad jurídica, no puede resultar alterado por el hecho de que con posterioridad a la interposición de la demanda se llame a otros sujetos al proceso, pues la perpetuación de la jurisdicción, además de los supuestos previstos en el artículo 411 LEC, abarca, por razones análogas a aquellas en las que se funda este artículo (el cual contempla la modificación del objeto del proceso) y al amparo del principio general formulado en el artículo 410 LEC, los supuestos de sucesión e intervención de partes y la llamada al proceso a litisconsortes y se ha mantenido incluso en los casos en que ha existido una importante demora desde el momento de la interposición de la demanda hasta el momento del emplazamiento (STS 23 de diciembre de 2002, RC núm. 1812/97).".
Por lo demás, como ya razonamos en auto de fecha 27 de noviembre de 2009, nada impide que se tramite ante el Juzgado de Primera Instancia la demanda por la que se exija a los diferentes intervinientes en el proceso constructivo su responsabilidad con motivo de la edificación y que se ventile ante el juez del concurso la que corresponda al que se encuentre en concurso. Así, en la citada resolución se confirmó la resolución por la que un Juzgado de Primera Instancia estimó la declinatoria promovida por una entidad concursada y se

acordó el archivo de las actuaciones respecto de la constructora concursada ordenando la continuación del procedimiento respecto de los codemandados no concursados, todo ello con ocasión de una demanda por vicios de la construcción dirigida contra la promotora, la constructora -concursada-, el proyectista, los directores de obra y los directores de ejecución.
En la resolución comentada también se indicaba: «La pretensión de las impugnaciones planteadas pasa por extender ese archivo de las actuaciones y carencia de validez de lo actuado frente a la concursada a todos los terceros demandados, lo que carece de sustento legal y choca frontalmente con ese carácter excluyente y exclusivo de la competencia del Juez del concurso...
No puede compartirse en modo alguno la invocación a la división de la continencia de la causa cuando se está reclamando solidariamente frente a diversas personas físicas y jurídicas, en base a la existencia de defectos constructivos, como se desprende claramente de la demanda y se reconoce por los propios recurrentes.
Tanto el artículo 1591 del Código Civil como la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, siguen manteniendo el principio general de la solidaridad de los intervinientes en el proceso constructivo. Así el art. 17 de la L.O.E., establece en su apartado 2 que "la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada tanto por actos y omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley se deba responder". Y en su apartado 3, dice que "no obstante cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente". Como puede observarse la L.O.E. se ha limitado en esta materia a transformar en norma o precepto legal la doctrina del Tribunal Supremo en la interpretación del art. 1591 del Código Civil.
En consecuencia se establece la solidaridad, por un lado, cuando la responsabilidad se atribuye a un agente y al tiempo a la persona de quién se debe responder (art. 17.2); de otra parte cuando se atribuye a agentes y no se puede individualizar la causa de los daños o el grado de intervención de cada uno (art. 17.3); asimismo cuando se atribuye a agentes y también "en todo caso" al promotor (art. 17.3 segundo inciso); y finalmente cuando ha habido actuación conjunta del proyectista con otros profesionales.
Nos encontraríamos por tanto en el caso de autos ante una acumulación subjetiva de acciones prevista en el art. 72 LEC, según el cual "podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos..., siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir", tratándose de supuestos de litisconsorcio pero bien entendido que deben distinguirse los de litisconsorcio pasivo necesario, en los que sería preciso traer al litigio a todos los eventuales afectados, de los que, como en el presente caso y al tratarse del ejercicio de acciones frente a personas unidas por vínculo de solidaridad, son de litisconsorcio facultativo o voluntario.
En estos casos, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe ningún argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque no puede olvidarse que, para que pueda admitirse la acumulación de acciones es preciso, según el art. 73,1,1º LEC "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas" dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones (ex art. 72 LEC) deba ser requerido para que desacumule las acciones frente a terceros distintos de la concursada (ex art. 73,4 LC). No existen por otra parte razones que impidan o desaconsejen el ejercicio separado de las acciones.
Debe indicarse al respecto que la jurisprudencia había venido rechazando de forma constante la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en los casos, como el presente, en los que se ejercitaban acciones de responsabilidad por defectos constructivos o vicios ruinógenos. La figura o excepción de la falta de litisconsorcio pasivo necesario no venía prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a diferencia de la actual que la recoge en sus artículos 12, 416.1.-3º y 420, siendo de creación jurisprudencial que entendía que, si bien el actor era libre de llamar al proceso como demandado a quien tuviera por conveniente, no lo era menos que para que la relación jurídico-procesal pudiera quedar válidamente constituida era preciso que en ella estuvieran como demandantes o demandados todas aquellas personas unidas por la relación jurídico-material, aquellas a las que pudiera afectar "directamente" la sentencia que pudiera dictarse y también las que pudieran tener "un interés legítimo" en impugnarla, pues de lo contrario no podía dictarse sentencia sobre el fondo, sino que procedía la absolución en la instancia, en aras del principio de tutela efectiva y para evitar que pudieran dictarse sentencias contradictorias o atentar contra la santidad de la cosa juzgada (SS de 14 de junio de 1994 y 18 de mayo de 1995, entre muchas), pero esta doctrina tenía una excepción con base en el artículo 1144 del Código Civil y era que, en el caso de la solidaridad tanto propia como impropia, el acreedor o perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan proceder entre estos y que ocurren con frecuencia en el caso de los vicios ruinógenos.
Es reiterada la doctrina del TS que establece que para que tal excepción sea aplicable es preciso que la sentencia que se dicte afecte de forma directa a terceros ajenos al proceso, sin que baste la producción de efectos reflejos o indirectos que precisen de otro proceso para materializarse, como serían acciones de repetición, doctrina la expuesta que aparece recogida, entre otras resoluciones, en la STS de 10 de octubre de 2000, la cual indica que "Persiguiendo en definitiva, dicho instituto procesal, evitar que la sentencia recaída en un proceso pueda afectar de forma directa y perjudicial y con los efectos de cosa juzgada a alguna o algunas personas que no hayan sido parte en el proceso, ni hayan tenido posibilidad de ser oídas y defenderse y eliminar la posibilidad de resoluciones contradictorias sobre el mismo asiento" pero especificando que "no basta con que los efectos que se produzcan hacia un tercero sean de carácter meramente reflejo para que cause la excepción de litisconsorcio pasivo necesario" y más concretamente "No basta la existencia de un

mero interés en el resultado del litigio para que haya de demandar a todos los que acrediten el mismo, pues es un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario.
En consecuencia, al no resultar imprescindible que la actora dirigiera su demanda frente a la totalidad de intervinientes en el proceso constructivo, estando éstos obligados solidariamente -o, en su caso, pudiendo individualizarse su responsabilidad sólo responderán aquellos a quienes pueda imputarse la conducta generadora del daño-, no puede darse viabilidad a la pretensión de los recurrentes de archivar el procedimiento frente a la totalidad de los demandados con ocasión de su archivo frente a la concursada, por imperativo legal, y ha de considerarse correcta la continuación del procedimiento frente a tales demandados por ser el Juzgado de Primera Instancia el competente para el conocimiento de las acciones planteadas.».
En definitiva, como ya indicamos en auto de fecha 29 de octubre de 2010, sólo cuando no sea posible dividir el objeto de litigio por concurrir una situación de litisconsorcio pasivo necesario -lo que no es el caso de autos-, la competencia del juez del concurso atraerá el enjuiciamiento de los litisconsortes no concursados. En la citada resolución lo indicábamos en los siguientes términos: "La implicación, además del concursado, de terceros no será óbice para la aplicación de la regla procesal enunciada -el archivo de las actuaciones por dirigirse la acción contra una persona declarada en concurso con anterioridad a la presentación de la demanda ex artículo 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - cuando no haya manera alguna de escindir el litigio por darse un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario que exija que todos ellos deban ser demandados de modo conjunto (lo que ocurre, a tenor del artículo 12 de la LEC, cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados). La presencia de terceros en el proceso que, por la índole de la contienda, no pudieran ser demandados por separado no sería razón suficiente para eludir la atribución en bloque del asunto a favor del juez del concurso conforme a normas de carácter especial (artículos 86 ter de la LOPJ y 8 de la Ley Concursal), que han de prevalecer sobre las generales en materia competencial (artículo 85 de la LOPJ y 45 de la LEC).".
Los razonamientos anteriores determinan que debamos declarar la competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia, salvo respecto de la entidad concursa, limitando el archivo de las actuaciones a las practicadas con relación a la misma, previniendo a las partes para que usen su derecho ante el juez del concurso respecto de la concursada.": AAP Madrid (Sección 28) 25.05.2012 (Auto 89/2012; Rollo 224/2012)

1.9 Caso de reconvención contra el ya concursado

Vid. las resoluciones incluidas junto con el art 8.1º, apartado 2.

2. Apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva, previa audiencia a las partes

"TERCERO La falta de competencia en los casos de asuntos que correspondan a los Juzgados de lo mercantil es un supuesto de falta de competencia objetiva por razón de la materia que es apreciable de oficio, sin necesidad de plantear la declinatoria. Así lo establece elartículo 48.1 LEC : la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio tan pronto como se advierta por el tribunal que esté conociendo del asunto. Y elartículo 50 de la Ley Concursal, enlazando ya con la materia que quita o atribuye la competencia en el supuesto que nos ocupa, señala que los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas se ordenará el archivo de todo lo actuado careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.": SAP Burgos (sección 3) 05.11.2008 (JUR 2009/120306; Sentencia 348/2008; Rollo 265/2008)

2.1 Nulidad por falta de audiencia a las partes

AP Las Palmas

"PRIMERO: Se discute en este rollo de apelación el archivo del procedimiento "a limine" que decidió elJuzgado de origen una vez constatado que con fecha 7 de febrero de 2004, es decir dos años antes de la fecha de la demanda de 15 de febrero de 2006, se había dictado auto de declaración de concurso de la sociedad demandada, por lo que con arreglo alart. 8 de la Ley Concursalprocedía el archivo al ser incompetente objetivamente el Juzgado de Primera Instancia Arrecife, a beneficio del Juzgado de lo Mercantil de Las Palmas. El actor apelante sostiene que se han conculdado normas procesales pues el archivo y la apreciación de incompetencia objetiva no pueden ser automáticas, sino que se exige bien la tramitación de declinatoria, bien en caso de aplicarse elart. 48-3º de la Lecdar previo traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para alegaciones, por lo que se ha causado indefensión.
SEGUNDO: Ciertamente, aunque elart. 8 de la Ley Concursaldeclara la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil y elart. 50-1 de la misma Ley 22/03, de 9 de julio, se refieren a que si se han admitido a trámite las demandas se archivará todo lo actuado, ello ha de integrarse con las normas procesales delart. 48 de la LECsobre apreciación de oficio de la incompetencia objetiva, que exige previa audiencia de las partes y del M. Fiscal. Máxime cuando podría ocurrir en hipótesis que el proceso concursal estuviera concluso a la fecha de la demanda -obsérvese que la admisión del concurso es dos años anterior a la del escrito rector del proceso singular- o que por algún motivo no fuera un procedimiento de los afectados por laregla del art. 8 y 50 de la Ley 22/03, todo lo cual tendría que ser debatido contradictoriamente al menos, antes de decretarse el archivo. Por lo cual procede estimar el recurso de apelación anulando las actuaciones con retroacción al momento del auto de archivo.": Auto AP Las Palmas (Sección 3) 29.05.2007 (JUR 2007/287071)

AP Madrid

“PRIMERO.- Frente al auto impugnado, en el que se declara la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para el conocimiento de la pretensión planteada por donInocenciocontra Primayor Foods, S.L.U., por entender que la competencia incumbe al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Segovia, interpone recurso de apelación el actor, solicitando se declare la competencia objetiva del Juzgado que actualmente conoce del procedimiento, y se decrete la suspensión de su curso, dando traslado, para su conocimiento, al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Segovia, que tramita los autos de concurso voluntario seguidos respecto de Primayor Foods, S.L.U.
SEGUNDO.- El pronunciamiento sobre falta de competencia objetiva que contiene la resolución impugnada está precedido de un vicio de procedimiento, pues elart. 48 L.E.c., en los supuestos en que la falta de competencia objetiva se aprecie de oficio, impone conferir traslado en trámite de alegaciones al Ministerio Fiscal y a las partes por plazo común de diez días, antes de resolver lo procedente, en tanto que en el presente caso dicho trámite previo fue omitido. Significando que no puede entenderse cumplimentado mediante el traslado conferido a través de providencia de 19 de Julio de 2007, en la que expresamente se otorgó trámite de alegaciones a los efectos delart. 58 L.E.c., es decir, para alegaciones sobre posible falta de competencia territorial del Juzgado, por razón de las incidencias habidas con motivo del emplazamiento de la sociedad demandada, y de su posible domicilio en las localidades de San Sebastián de los Reyes o de Segovia. Por lo expuesto, apreciándose un vicio procesal determinante de indefensión por omisión del trámite de audiencia,ex art. 238 L.O.P.J. y 225.3L.E.c., es procedente declarar la nulidad del pronunciamiento que declara la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia.”: AAP Madrid (sección 14) 26.02.2008 (JUR 2008\121577; Auto 47/2008; Rollo 11/2008)

AP Cantabria

“PRIMERO: Los recurrentes se alzan contra el auto del juzgado que apreció su propia incompetencia objetiva e interesan, en primer lugar, se declare su nulidad de pleno derecho, lo que debe ser acogido. En efecto, el examen de lo actuado permite constatar que la resolución recurrida se dictó tras el debate abierto por la demandada durante la tramitación del pleito acerca de la procedencia o no de su suspensión en aplicación de lo dispuesto en elart. 56 de la Ley Concursal; la actora fue oída estrictamente sobre tal solicitud, alegando cuanto tuvo por conveniente sobre tan precisa cuestión; y sin embargo el juzgador, de manera sorpresiva y sin haber sometido la cuestión siquiera a debate de las partes, apreció en el auto impugnado su propia incompetencia en aplicación delart. 50 de la misma Ley. En definitiva, se resolvió sobre un aspecto no cuestionado anteriormente y sobre el que la parte no había tenido oportunidad de pronunciarse; pero además se infringió con tal proceder lo dispuesto en elart. 48 de la LEC, que ordena que la declaración de incompetencia se adopte previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, precepto de plena aplicación al caso que nos ocupa dado el carácter supletorio de la LEC respecto de laLey Concursal en todo lo no previsto en esta (D.F. QuintaLC), como es sin duda el procedimiento que haya de seguirse para adoptar una decisión como la delart. 50,1 de dicha LC, pues tal precepto contiene una norma de competencia pero no regula el modo de declararla, lo que sí regula aquelart. 48citado.
SEGUNDO: Por lo anterior, es visto que el auto recurrido fue dictado con infracción de los principios generales de audiencia y defensa y de la norma legal que los disciplina en el caso concreto, produciendo efectiva indefensión a la parte actora que con tal proceder se ha visto privada en la instancia de hacer alegaciones sobre la posible incompetencia objetiva del juez que conoce del asunto, cuestión obviamente de graves consecuencias habida cuenta del archivo acordó por el juez de instancia; todo ello conduce a tener que acoger el recurso y, como se pide expresamente, en aplicación de lo dispuesto en elart. 238,3 de la Ley Orgánica del Poder Judicialdeclarar la nulidad de lo actuado para que, con retroacción de las actuaciones, el juez de instancia someta previamente a las partes y al Ministerio Fiscal la cuestión de su posible incompetencia conforme alart. 48 de la LEC.”: SAP Cantabria (Sección 2) 09.07.2008 (JUR 2008/345061; Sentencia 453/2008; Rollo 324/2008)

3. Sobre las costas

“SEGUNDO Efectivamente, lo propio en este caso no era la remisión de los autos al Juzgado de lo mercantil, pues tal posibilidad la reserva elart. 51.1 de la Ley Concursal para los asuntos declarativos en tramitación que el Juez del concurso reclame por entender que su resolución tiene trascendencia esencial para la formación de inventario o de la lista de acreedores. La solución legal respecto de los procesos con trascendencia patrimonial contra el concursado que se interpusieran con posterioridad a la declaración del concurso, que es el caso, es la establecida en elart. 50.1 del mismo texto legal que dispone la abstención del Juez civil y la ineficacia de tales actuaciones.
No establece el indicado precepto de la Ley Concursal, disposición alguna respecto de las costas de tal proceso. Tampoco está prevista esta circunstancia en el art. 394 de la Ley de enjuiciamiento civil ni, especialmente, en elart. 812 del mismo texto que, al regular el juicio monitorio, la única referencia a imposición de costas la hace al hecho de no interponer la demanda de juicio ordinario tras oposición del demandado, que tampoco es el caso. Por otro lado, tampoco hubo petición de imposición de costas por la parte demandada que se limitó a solicitar la remisión de los autos al Juzgado Mercantil. En tales circunstancias y vista la existencia documentada de reclamaciones previas extrajudiciales desatendidas por el deudor, vistas las explicaciones del recurrente sobre ignorancia de que se hubiera ya presentado concurso voluntario y vista la cercanía de fechas entre la presentación de la solicitud del juicio monitorio en los juzgados civiles y la presentación de concurso voluntario en los mercantiles, consideramos procede dejar sin efecto la imposición de costas que contiene la

resolución recurrida, sin aplicar el principio del vencimiento que materialmente no ha existido en el presente caso y que es el criterio básico en materia de imposición de costas, significando que, a diferencia de las situaciones de incompetencia de jurisdicción ordinarias aquí no estamos ante una situación fija sino ante una contingencia eventual (la declaración de concurso) que no justifica, al menos en este caso, la imposición de costas por "vencimiento procesal".": AAP Barcelona (sección 15) 10.03.2009 (AC 2009/1329; Auto 56/2009; Rollo 17/2009)

2. Los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior.

Nuevo apartado 50.2 introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Vid los nuevos artículos 48 quáter, 51.1 y 51 bis.1 en su redacción por ley 38/2011.

Art. 50.2 Acciones contra administradores

1. Régimen anterior a la reforma de la LC por ley 38/2011

1.1 Acciones iniciadas antes de la declaración del concurso

1.1.1 No procede su suspensión

AP Oviedo

"Procede, por tanto, decidir si es ajustado a derecho el Auto recurrido o si, por el contrario, no resultaba procedente acordar esa suspensión. No cabe duda de que en esa resolución se contiene un estudio exhaustivo sobre la cuestión debatida en la que esta dividida la doctrina, como se expresa en ella. Sin embargo a juicio de esta Sala debe diferenciarse el tratamiento que debe darse a las acciones de responsabilidad frente a los administradores que se hubieran ejercitado antes de la declaración de concurso, de las planteadas después. En el presente supuesto nos encontramos en el primero de los casos, tal y como se colige del relato histórico que se contiene en el precedente fundamento de derecho. Es indudable que puede ejercitarse una acción de responsabilidad frente a los Administradores, y que tendrá éxito si concurren sus presupuestos, cuando la Sociedad no está sometida a un proceso concursal. También lo es, a juicio de esta Sala, que esa acción no puede resultar afectada por la declaración de concurso de la Sociedad ya que la misma tiene características y presupuestos propios que son independientes de la responsabilidad de ésta. Debe tenerse en cuenta que reiterada Jurisprudencia ha señalado que el proceso ha de resolverse en relación a la situación de hecho existente en el momento de la demanda (S 3-2-90, 2-7-94, 23-4-98, 21-5-02, 7-6-02 etc.), por lo que hay que examinar, para ver si se acoge o se rechaza la pretensión, si en ese momento concurrían o no los presupuestos o requisitos de la acción. Por eso el pago o cumplimiento posterior no impide el éxito de la demanda, aunque se tenga en cuenta en la ejecución. La L.E.C. parte de este criterio en los art. 410 y siguientes, señalando por la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, que las alteraciones posteriores no modifican la competencia, que no cabe alterar el objeto del proceso y que no se tendrá en cuenta el cambio de circunstancias salvo que la innovación privara de interés legitimo.
La acción de responsabilidad frente a los Administradores es distinta y obedece a diversos requisitos que la de reclamación frente a la Sociedad. Por consiguiente no puede verse afectada por la declaración de ésta en concurso. Eso es lo que, a juicio de esta Sala, se desprende del núm. 2 del art. 48 de la Ley Concursal cuando indica que la formación de la Sección de Calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado. Este criterio de no afectación por el concurso a las acciones dirigidas frente a los administradores con anterioridad viene mantenido por diversos autores, como Muñoz Planas, Muñoz Paredes, Rodríguez Esparza, Alonso Ureba, Garcia Cruces, Beltrán Sánchez, Borras de Quadras, Quevedo Aracil, etc.. Es más, muchos de ellos lo mantienen también para las deducidas con posterioridad a la declaración concursal, lo que, sin embargo, es mas dudoso. En todo caso, a juicio de esta Sala, resulta claro que las acciones de responsabilidad de los administradores ejercitadas antes de esta declaración no resultan afectadas por el proceso concursal y pueden seguir tramitándose.": Auto AP Oviedo 29.12.2006 (Rollo 319/2006)

AP Burgos

“PRIMERO.-Por la representación de D. Virgilio y D. Apolonio, se apela la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación, y apreciando las excepciones opuestas, o en su defecto desestimando la demanda, se absuelva a los codemandados mencionados de las pretensiones deducidas en la demanda, con imposición de las costas de primera instancia a la parte actora.
La parte apelante plantea, como primer motivo de impugnación de la sentencia de instancia, la compatibilidad o no, del ejercicio de la acción de responsabilidad estando en trámite, o conociendo la actora la presentación del Concurso Voluntario; cuestión que la Sentencia apelada considera viable, por remisión al Auto de 30 de abril de 2.008.
El artículo 50-1 de la Ley Concursal no establece de forma absoluta la abstención de los jueces del orden civil de conocer sobre la demanda interpuesta ante los mismos, sino una vez declarado el concurso, siendo así que en el presente caso, la demanda se presentó con anterioridad a la declaración del Concurso Voluntario.
En el supuesto procesal, se ejercita una acción de responsabilidad individual de los administradores sociales frente a los acreedores sociales, en base al artículo 69 de la LSRL, que se remite a lo establecido para los administradores de la sociedad anónima, en lo que interesa, los artículos 133 y 135 de la LSA -daño causado por actos u omisiones realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo, entre otros supuestos; y la indemnización que pueda corresponder cuando los actos de los administradores lesionen directamente los intereses de terceros-.
El tema que se opone, mediante excepción, es si estas acciones pueden ejercitarse al margen del concurso y de la responsabilidad exigible a los administradores en sede concursal, Sección Sexta de Calificación del Concurso.
SEGUNDO.-El Auto del Juzgado de Instancia, de fecha 30 de abril de 2.008, funda la compatibilidad del ejercicio de estas acciones, por ser distintas responsabilidades, una concursal y otra extraconcursal, cuya posibilidad de ejercicio no es un descuido u olvido del legislador, pues pudo establecerse otra cosa al tiempo de aprobarse la Ley Concursal -una imposibilidad de ejercitar la acción extraconcursal o prioridad de ejercicio al artículo 172-3 de la Ley Concursal, y no se hizo- especialmente al reformar los artículos 262 LSA y 105 LSRL -Disposiciones Finales 20 y 21 -como tampoco mediante algún otro precepto ad hoc que así lo estableciera, frente a un no concursado. Tampoco se hizo con la reforma del artículo 262-5 LSA por Ley 19/2005, que tenía por finalidad coordinar la responsabilidad de los administradores entre esta Ley y la Concursal.
A mayor abundamiento, lo dispuesto en el artículo 60-2 de la Ley Concursal, como excepción al artículo 1.973 del Código Civil, permitiendo la interrupción del plazo para ejercitar las acciones frente a los administradores sociales, durante la tramitación del concurso, a cuyo término se inicia un nuevo plazo -artículo 60-3 de la Ley Concursal -.
Más explícito es el artículo 48-2 de la Ley Concursal, al disponer que "la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieren ejercitado", o se amplíe la legitimación de la acción social del artículo 134 LSA a la administración concursal, posibilitando su ejercicio durante la tramitación del concurso, ni ésta posibilita que, dentro del concurso se dilucide la responsabilidad de los artículos 262 LSA y 105 LSRL.
Por último, el artículo 172-3 de la Ley Concursal limita temporalmente su responsabilidad, que se amplía, en este aspecto temporal, en el artículo 949 del Código de Comercio.
Este es el criterio mayoritario en la doctrina y Tribunales mercantiles, singularmente, cuando la acción de responsabilidad se ha ejercitado con anterioridad a la declaración del concurso.
En consecuencia, también el procedimiento seguido ha sido el adecuado, y excluye, en cualquier caso, el ejercicio abusivo o fraudulento de esta acción, al tener una naturaleza extraconcursal.”: SAP Burgos 14.06.2010 (Sentencia 275/2010; Rollo 164/2010)

AP La Rioja

“PRIMERO.- La única cuestión planteada en el presente recurso de apelación hace referencia a la alegación de prejudicialidad civil en la relación entre el presente procedimiento seguido contra Jose Manuel como administrador único de la mercantil Troquelados López S.L (que se allanó a la reclamación, f.-164) y el procedimiento concursal seguido contra la mercantil Troquelados López S.L y a lo que pueda resolverse en su Pieza de Calificación.
Tal cuestión fue planteada por la ahora recurrente en su escrito de contestación a la demanda (f.-164 y ss) y en el acto de la Audiencia Previa realizado el 3-3-2011 (f.-213-215) se resolvió desestimando tal alegación, formulándose protesta (11:50), y es ahora planteada en el presente recurso de apelación.
Cabe señalar que no es objeto de discusión la cuantía, respecto de la cual la mercantil se allanó en su momento y que tal como se indicó en el acto de la Audiencia Previa por el actor la acción ejercitada era principalmente la del art. 105 LSRL (Audiencia Previa actora 6:00 y fijación judicial 8:48) dirigida contra el administrador único que era Jose Manuel (Registro Mercantil f.- 52 y ss).
También interesa señalar -a los efectos de determinar la normativa aplicable- que la demanda que da lugar al presente procedimiento se presentó el 3-3-2010 y en el procedimiento concursal se dictó en fecha 12-3-2010 el Auto de Declaración de Concurso Voluntario (f.-149-154) que fue publicado en el BOE de 10-4-2010.
De lo anterior cabe señalar que no resulta aplicable la normativa introducida por reforma Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 (D.F. 3ª-1 partir del 1/1/2012, fecha general de entrada en vigor) al impedir a partir de entonces la nueva normativa este tipo de acciones de responsabilidad mientras dure el proceso concursal, tanto respecto de nuevos juicios como de los pendientes. Así

resulta del artículo 50.2 LC, al ordenar la inadmisión a trámite de las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución, so pena de nulidad; al tiempo que el artículo 51 bis ordena, una vez declarado el concurso, la suspensión de los juicios declarativos iniciados con anterioridad en los que se hubieran ejercitado este tipo de acciones (no habla de las acciones individuales por culpa o indemnizatorias).
Dentro del marco de la normativa aplicable cabe señalar diversas resoluciones en las que se indica la posibilidad de continuar separadamente ambos procedimientos y así entre otros Auto de AP Asturias de fecha 29-12-2006 que indica <<... *las acciones de responsabilidad de los administradores ejercitadas antes de esta declaración no resultan afectadas por el proceso concursal y pueden seguir tramitándose...* >>, Auto AP Madrid de 2-10-2008 (Secc. 28, Rec. 531/2007) que señaló -en relación con el asunto que le ocupaba- que <<... *en el auto de esta sección 28º de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de noviembre de 2007 ya tuvo ocasión este tribunal de indicar a estas mismas partes que no existe tal incompatibilidad, pues no hay en la Ley Concursal precepto alguno que impida el ejercicio de las acciones extraconcursales de responsabilidad frente a un no concursado como es el administrador social de una entidad concursada.*>> o SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 30-9-2010 (Secc. 4ª, Rec 234/2009) en el mismo sentido.
De manera especial cabe señalar señalar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña de 23-3-2012 (Secc. 4ª, Rec. 31/2012) en la que analiza profundamente la cuestión en supuesto similar al del presente recurso de apelación y en línea con el criterio seguido en el Juzgado de Logroño nº 6, la argumentación contenida la lleva a concluir que <<... *Sin embargo, con fundamento en la normativa anterior aplicable al caso, nos alineamos con la tesis de la compatibilidad, por tener encaje la acción ejercitada en la normativa societaria (art. 105.5 LSRL,262.5 LSA, 367 LSC); por no tratarse del concurso los administradores; por el principio general de responsabilidad y de interpretación restrictiva de las prohibiciones y limitaciones; por no haber prohibición expresa en la Ley Concursal para el ejercicio de las acciones en cuestión; incluso el art. 48 admite las acciones sociales, ampliando la legitimación activa a la administración concursal; como tampoco se impidió ni dijo nada distinto en las sucesivas reformas de la legislación societaria; porque la interrupción de la prescripción del artículo 60.2 LC no es en perjuicio sino en beneficio de los acreedores, ampliando su campo de posibilidades al permitirles esperar al resultado del concurso sin que corra el tiempo en su contra; porque ha sido necesaria la reforma legislativa 38/2011 para establecer la incompatibilidad al no estar prevista con anterioridad; porque en principio el concurso no implica la disolución de la sociedad; y porque si bien cabe una eventual responsabilidad de los administradores en los supuestos de concursos culpables que permita allegar activos para pago de los créditos del concurso de la sociedad (art. 172), lo cierto es que la calificación no es la finalidad esencial del concurso, ni la apertura de la sección sexta obligatoria ni imprescindible sino en casos especialmente gravosos (art. 163 anterior a la reforma, 167 actual), sin perjuicio de otras posibles acciones vía normativa societaria; disponiendo incluso el artículo 48.2 que la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado (aunque también podría referirse solo a las acciones sociales o a las anteriores a la declaración del concurso); aparte de las medidas cautelares que podrían adoptarse en el seno del procedimiento concursal a tal fin...*>> con el amplio análisis que realiza en la misma de anteriores resoluciones.
En conclusión debe desestimase el recurso de apelación interpuesto": SAP La Rioja (Sección 1) 12.11.2012 (Sentencia 377/2012; Rollo 261/2011)

AP Lleida

"SEGUNDO Alega también la citada apelante que procede la suspensión de la acción ejercitada contra los administradores sociales por cuanto que su responsabilidad para el pago de las deudas sociales puede ser declarada en el concurso de acreedores que se sigue contra la apelante, y todo ello por efecto delart. 172.3 de la LC. Es evidente que no puede ser acogida esta alegación basada en el argumento de evitar que los administradores sociales sean condenados dos veces a pagar las deudas de la sociedad. La suspensión solicitada, a modo de litispendencia, no está legalmente prevista ni consta tampoco acreditado que en la pieza de calificación del concurso se haya pretendido su calificación como culpable o se encuentre en fase de liquidación o, en fin, concurran los presupuestos necesarios para que se produzca la consecuencia jurídica prevista en elart. 172.3 de la LC. Lo que plantea la recurrente, así, no es más que una posibilidad o una hipótesis. En cualquier caso, ello no impide que en un procedimiento declarativo anterior al concurso se hayan ejercitado las acciones de responsabilidad de los administradores de una sociedad que, con posterioridad, se ha encontrado inmersa en un procedimiento concursal.": SAP Lleida (sección 2) 17.07.2008 (JUR 2009/43319; Sentencia 259/2008; Rollo 574/2007)

AP Murcia

"SEGUNDO.- Para la resolución del recurso se ha de partir de que no hay discusión entre las partes sobre el hecho de que la mercantil actora vendió a la demandada (Fercasan 2005, S. L.) determinados productos entre el 21 de febrero y el 18 de marzo de 2008 por importe de 89.642#17 # y que para su pago se libraron por la compradora seis pagarés, con vencimientos entre el 15 y el 25 de julio de igual año, resultando todos ellos impagados.

Tampoco la hay en que la presente demanda se presentó ante los Juzgados el 10 de noviembre de 2008 y que el emplazamiento de los demandados tuvo lugar el 13 de abril de 2009, así como que por la mercantil demandada se presentó ante el Juzgado su solicitud de concurso voluntario el 11 de mayo de 2009, un día antes de contestar a la presente demanda.
Lo que se cuestiona no es la deuda ni la obligación de la compradora de hacer frente a la misma, sino si los administradores sociales de la demandada están obligados solidariamente a responder de la misma por no haber convocado junta general o disuelto legalmente la sociedad por concurrir causa legal para ello, o solicitado la declaración de concurso al estar en situación de insolvencia, tal y como impone el artículo 105.4 y 5 de la LSRL.
La sentencia de la primera instancia entiende que la compradora estaba en situación de insolvencia, pues según el inciso último del art. 262.5º LSA se presume que las deudas son posteriores a la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los demandados prueben lo contrario, y al no haber desplegado ninguna actividad probatoria en el presente caso, debe declararse su responsabilidad. Además señala que, según resulta del informe de la administración concursal, en el año 2008 la sociedad tuvo pérdidas por importe de 534.014#94 #.
Frente a tales argumentos, los apelantes sostienen que en la documentación aportada a las actuaciones hay datos suficientes para concluir que a la fecha de la compra de los productos (febrero y marzo de 2008) no existían pérdidas y que fue la grave crisis económica y financiera que empezó a manifestarse en el verano de ese año, con el "cerrojazo" del crédito por los bancos que se negaron a descontar papel y los numerosos impagos de sus acreedores, cuando se vieron impedidos de atender las deudas concertadas, sin que el saldo negativo del balance final del año 2008 permita acreditar que a principio de ese año ya estuvieran en causa de disolución. Añaden estos apelantes que en los documentos aportados se aprecia que en esas fechas atendían sus obligaciones de pago y tenían saldos disponibles en las pólizas de descuento. Finalmente, aportan un informe de la administración concursal y un auto dictado en el concurso de la mercantil que lo califica de fortuito, por lo que no existe culpabilidad en las actuaciones de los administradores sociales.
Sin embargo, la Sala no puede aceptar tales argumentos. La presunción establecida en el art. 262.5º de la LSA determina que deba concluirse que, a la fecha de contraer la deuda, la mercantil demandada está incursa en causa de disolución. Tal presunción es iuris tantum, pero es a los demandados a quienes corresponde acreditar que los hechos eran diferentes, y ello les impone la carga de la prueba. Los propios demandados en su contestación a la demanda anuncian una prueba pericial sobre este particular (otrosí 1º), pero la misma no ha sido presentada. Los documentos que aporta con su contestación a la demanda no son suficientes para concluir en un sentido u otro, al no comprender todas sus operaciones ni hacer un pronunciamiento específico sobre la cuestión, por lo que, tal y como establece el artículo 217.1 LEC, las dudas existentes a la hora de resolver se han de solventar en contra de quien tenía la carga de la prueba, estos es, los demandados, desestimando sus peticiones.
Tampoco el resultado de la sección Sexta del procedimiento concursal es suficiente para liberar de responsabilidad a los administradores sociales en el presente procedimiento. La sentencia de primera instancia hace un detallado y completo estudio de la compatibilidad de las acciones de responsabilidad de los administradores sociales tanto en el concurso como extraconcursalmente, y en el presente caso, en el que estamos ante una responsabilidad extraconcursal, se ha de tener presente el carácter objetivo o cuasi objetivo de dicha responsabilidad, por lo que no tiene relevancia la exculpación que se determine en el concurso.
Junto a lo anterior, hay en las actuaciones otro dato revelador de que al contraer la deuda la sociedad demandada era consciente de su situación de insolvencia, por lo que incluso se puede defender la responsabilidad subjetiva de los administradores, que también se imputa en la demanda. Tal dato es que en esas mismas fechas (26 de febrero de 2008) se constituye otra mercantil (Ruisandoors, S. L.) por los mismos socios, con iguales administradores, con un objeto social igual (aunque ampliado a otras especificaciones, lo que podía conseguirse sin crear una nueva sociedad, ampliando el objeto social de la anterior) y con idéntico domicilio social, lo que es un indicio más de que se pretendía dejar sin contenido a la primera empresa, que acaba cesando en sus actividad a principios del año siguiente.
Por todo lo anterior, debe rechazarse el recurso planteado y confirmar la sentencia de primera instancia por sus propios y acertados fundamentos.”: SAP Murcia (Sección 4) 13.09.2012 (Sentencia 567/2012; Rollo 225/2012)

JM-1 Bilbao

“La administradora demandada insiste en alegar nulidad del procedimiento, que ya sostiene desde su personación y que siempre ha sido denegada sin que se hayan recurrido las resoluciones que han dado impulso procesal. Es necesario por lo tanto analizar el fundamento de tan insistente solicitud.
Ciertamente la cuestión de si es posible demandar a un administrador social de una empresa declarada en concurso es polémica *[demanda anterior a la declaración de concurso, aunque el emplazamiento es posterior],* porque desde algún sector doctrinal ha propugnado su incompatibilidad o, cuando menos, la prioridad de la *responsabilidad concursal* prevista en el art. 172.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), respecto de cualquier otra que puede declararse al amparo de las normas que regulan las sociedades.
Hay que destacar, además, que ya ha habido algún motivado pronunciamiento judicial, como el conocido Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 13 de diciembre de 2005 (JUR

2006\123836), que propugna y dispone la suspensión del ejercicio de la acción individual allí ejercitada hasta la conclusión del concurso.
Para afrontar la cuestión hay que partir del reconocimiento de la contradicción que supone que, ante una situación concursal, en el concurso pueda ventilarse la responsabilidad a los administradores sociales, y fuera del mismo, pero al tiempo, otro tipo de responsabilidad que deriva de la acción individual regulada tanto en el art. 69 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), como en el 133 del R.D.L. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), y de la llamada "responsabilidad sanción" o por deudas de los arts. 104 y 105 LSRL y 260 y 262 LSA.
La contradicción no es fruto, sin embargo, de un descuido del legislador. Es una opción legislativa que parece deliberada, y que podrá compartirse o no, pero no corresponde corregir a la jurisdicción. Porque al tiempo de aprobarse la Ley Concursal se tuvo ocasión de recoger, en la LSA, LSRL o en la propia LC la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad del art. 172.3 LC respecto de las contempladas en las demás leyes, y no se hizo. En efecto, la propia Ley Concursal reforma en las Disp. Finales 20 y 21 los arts. 262 LSA y 105 LSRL, y ni en ese tipo de responsabilidad se posterga o dispone la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso, ni los demás preceptos de tales leyes se cambian para acordarlo. Tampoco hay precepto que impida ejercer acciones no concursales frente al administrador social de la sociedad concursada en la Ley Concursal, por lo que no hay impedimento o postergación para el ejercicio de las acciones extraconcursales frente a un no concursado, el administrador social.
El único fundamento serio que se ha encontrado es la previsión del art. 60.2 LC, que dispone una excepción a la regla general del art. 1.973 Código Civil (CCv), al permitir la interrupción del plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores sociales durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se iniciará de nuevo, según el art. 60.3 LC, al terminar la tramitación del procedimiento concursal.
Esa previsión no impide, sin embargo, interponer la acción. Lo que hace es suspender el cómputo para su ejercicio durante el concurso, de manera que privilegia al acreedor que se ve afectado por el concurso, que no se ve forzosamente compelido a ejercitar su pretensión en el término que dispone el art. 949 del Código de Comercio (CCom), pudiendo aguardar al resultado del concurso, por el que pasaría si se aprobara convenio, haciendo innecesario el ejercicio de otras acciones.
Es más, el propio art. 48.2 LC dispone en su último párrafo que "*la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado*". Esa norma no parece que se refiera sólo a la acción social, a la que alude en párrafos anteriores, pues emplea el tiempo plural, en lugar del singular que correspondería si sólo se aludiera a la acción social.
Es significativo que una de las acciones que pueden dirigirse frente al administrador social, la que compete a la sociedad por el daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o los estatutos o incumpliendo sus deberes de administrador, la acción social del art. 134 LSA, vea ampliada su legitimación a la administración concursal en el art. 48.2 LC. Parece que con ello se ha posibilitado ejercitar tal acción social durante el concurso.
Cierto es que, como señala el citado Auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, la falta de prohibición para el ejercicio de acciones extraconcursales contra el administrador social de la sociedad concursada parece incoherente, y que podría haber optado el legislador por un sistema en el que se supeditara al resultado del procedimiento concursal la posibilidad de su ejercicio. Pero tal opción legislativa no es la recogida en la reforma concursal, que ha dejado incólumes las acciones que cualquier acreedor del concurso quiera ejercitar frente al administrador social de sociedades que se encuentran declaradas en concurso. Y si no hay una prohibición expresa, sería contrario al art. 24 de la Constitución, en cuanto garantiza el acceso al proceso, realizar una interpretación que restrinja tal acceso al mismo, pues no puede el juez *"...imponer requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de la acciones sin o existe previsión legal de las mismas..."* (STC 206\1987, de 21 de diciembre), ya que *"...la inadmisión basada en un motivo inexistente constituye no sólo una ilegalidad, sino inconstitucionalidad que afecta al derecho fundamental del art. 24.1 de la Constitución*" (STC 201\1987, de 17 de diciembre), y una negativa "*carente de una base legal, supondría manifiestamente una negativa a la satisfacción del derecho a la tutela judicial*" (STC 171/1988, de 30 de septiembre).
Por otro lado hay que señalar que el fundamento de la acción individual o la responsabilidad sanción por deudas no siempre es coincidente con la responsabilidad concursal que previene el art. 172.3 LC. La primera, individual, porque la acción extraconcursal se basa en la comisión de un daño, y es más que polémico que otro tanto suceda con la concursal, que podría calificarse como responsabilidad sanción, aunque no corresponda ahora más que dejar apuntada la discusión que se están planteado los tribunales.
Desde luego respecto de la segunda, *responsabilidad sanción* ex arts. 262 LSA y 105 LSRL la diferencia es evidente, pues no hay un solo precepto en la Ley Concursal que contemple responsabilidad que haya de analizarse dentro del concurso por no convocar junta para disolución o adecuación del capital, de manera que difícilmente puede sostenerse que haya de tener que aguardar un acreedor a la finalización del concurso para exigir responsabilidad por omisiones que nunca se dilucidarán concursalmente.
Además puede constatarse como el art. 172.3 LC limita la responsabilidad a quienes hayan sido administradores sociales en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, mientras que conforme al art. 949 CCom podría un acreedor actuar frente al administrador social por

los dos años inmediatamente anteriores, e incluso, al no ser apreciable de oficio la prescripción que contempla este precepto (STS 22 de diciembre 2000, RJ 2000\10137, 19 de marzo de 1999, RJ 1999\1860), por otros que superen el término de cuatro años.
Si hubiera coincidencia, que no parece que la haya, será cometido de la administración concursal y del juez del concurso no aguardar a que sean los acreedores quienes ejerciten tales acciones de responsabilidad, puesto que tienen la iniciativa, conforme al art. 48.3 LC, de cuando menos obtener el embargo de bienes de algunos responsables de un eventual concurso culpable con insuficiencia de masa para atender las deudas sociales, como por cierto ha ocurrido en el concurso de la demandada, INGENIERIA TAG S.L., en el que hay acordado un embargo preventivo de los bienes de la aquí demandada. De esta forma podría evitarse el riesgo, que ciertamente puede concurrir, de que mediante el ejercicio de estas acciones extraconcursales se pretendan eludir los sacrificios que suelen corresponder a los acreedores en el concurso, acudiendo directamente al patrimonio del administrador social. Se trata simplemente de que si prosperan tales acciones extrañas al concurso haya prioridad lograda con el embargo preventivo del art. 48.3 LC adoptado con anterioridad a la ejecución, provisional o definitiva, de una eventual sentencia condenatoria.
Para concluir sólo hay que destacar que las STC 1/1987, de 14 de enero, y 90/1985, de 22 de julio, sostienen que "*el mandato contenido en el art. 24.1 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos*", y en este caso, el actor ejercitó la acción antes de que se declarara a la sociedad en concurso, por lo que las pocas dudas que pudieran existir al respecto de la viabilidad para el ejercicio de la acción quedan absolutamente disipadas, como además ha señalado el Auto de la AP de Asturias de 29 de diciembre de dos mil seis, que revoca el auto antes citado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, permitiendo la continuación de la acción emprendida por el acreedor, precisamente como sucede en el asunto de autos.
En definitiva, si las Disp. Finales 20 y 21 LC modificaron los arts. 262 LSA y 105 LSRL y no impidieron (ni postergaron) el ejercicio de dichas acciones durante el concurso, si el ámbito temporal de exigencia de responsabilidad es diferente, si es distinta la naturaleza de las que se solventan en el concurso y fuera de él, si el art. 48.2 declara expresamente que la sección de calificación no afectará a las acciones que se hubieran ejercitado frente al administrador social, resulta sumamente dificultoso, por mucho que parezca la opción legislativa más coherente, pretender que de la dicción del art. 60.2 LC puede deducirse una imposibilidad de ejercitar una acción que el ordenamiento jurídico, pues está en juego un derecho fundamental, el art. 24.1 CE, que resistiría mal semejante empeño. Todo ello determina que proceda entrar a analizar la acción ejercitada. ": Sentencia JM-1 Bilbao 29.12.2006 (Juicio ordinario 206/2005)

JM-1 Málaga

"En segundo lugar en cuanto a la posibilidad de reclamación contra los administradores en virtud de lo dispuesto en la propia ley concursal y por la distinta naturaleza de las responsabilidades que pueden derivarse de la normativa societaria y concursal las posiciones jurisdiccionales han sido casi unánimes. La doctrina y los juzgados de lo mercantil han venido determinando la posibilidad, en virtud de la distinta naturaleza de las acciones que pudieran plantearse, de una reclamación contra los administradores por virtud de los artículos 262 LSA o 105 LSRL, 133 a 135 de la LSA o 172 de la Ley Concursal en relación al artículo 48.2 de esta última norma. Los juzgados de lo mercantil de Santander y Oviedo plantean la cuestión de forma diferente al amparo de lo previsto en el artículo 60 de la Ley Concursal. El régimen, conforme a la nueva ley concursal parte del citado precepto, en donde se recoge que: "1. desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.2. Desde la declaración hasta la conclusión quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora. 3. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso".
De conformidad a lo previsto en el artículo 48.2 de la ley Concursal, el legislador ha querido que la responsabilidad de los administradores no se vea, en cuanto al ejercicio de las acciones de responsabilidad, condicionada por el concurso, de tal forma que ha previsto tanto el hecho de que la formación de la sección de calificación no afecte a dichas acciones como la posibilidad de su ejercicio incluso, en la responsabilidad social, por la administración concursal sin necesidad de previo acuerdo de la Junta o asamblea de socios. Ello nos lleva a considerar que aunque, con carácter general, el artículo 60 de la Ley Concursal, prevea una interrupción de la prescripción de las acciones desde la declaración hasta la conclusión del concurso, dichas acciones puedan ejercitarse incluso cuando se tramita el mismo y sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse, respecto del patrimonio personal de los administradores, a partir de la calificación que resulte del concurso (172.2 LC).
Sin embargo, otras posiciones doctrinales parecen avanzar teorías más estrictas relacionando ambos preceptos y señalando que el artículo 48.2 LC se refiere única y exclusivamente a la acción social que pudieran ejercitar los administradores, que la ley recoge sin necesidad de convocatoria de Junta y que, respecto de las demás, se producirá el efecto de interrupción de la prescripción hasta en tanto no concluya el concurso en referencia a las acciones referidas a créditos anteriores a la declaración y ello sobre la base de que la interrupción no se podrá dar si no es en el supuesto de que ya se haya iniciado el plazo de la misma. Diferentes argumentos pueden llevarnos al rechazo de tal pretensión:

1. Cuando las sentencias, también del TS, desde 5 de julio de 2001, vienen a establecer un plazo de prescripción común de cuatro años derivado del artículo 949 del Código de Comercio, utilizan, entre otros, un argumento interesante (vid esta citada y la de 7 de mayo de 2004): el plazo se refiere a todas las acciones contra el administrador o gerente de la compañía o sociedad, sin distinción alguna. Es decir, la redacción del 949 CCO ("La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades...") se utiliza como argumento, a pesar de su localización sistemática tras dos preceptos que parecen indicar que sólo se refiere a la acción contra el administrador que ejerciten los socios, para no hacer distinción. El artículo 60.2 LC habla genéricamente, también, de "acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora", sin distinción.
2. El artículo 60.1 LC parte de una base importante como es la interrupción de la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración del concurso. Si partimos de que la acción individual y la de responsabilidad por deudas, parte igualmente de que se haya producido el impago de la sociedad y tenemos en cuenta que este pago se puede realizar, en todo o en parte dependiendo del convenio y en todo o en parte dependiendo de hasta donde llegue la masa activa en liquidación, no sería lógico que no se interrumpiera también el computo del plazo para reclamar a los administradores en la acción individual y de deudas pues respecto de la primera aún no sabemos sin existirá o no ese impago, hasta la conclusión del concurso; y respecto de la segunda el hecho de no promover la disolución o de solicitar el concurso, quedaría reducida a la primera. El hecho de no promover la disolución cuando existe un concurso que puede terminar con convenio y con aportación de capital nos debe hacer partir de la doctrina jurisprudencial que dice que hay que atender a la situación actual y real de la empresa pues lo que realmente interesa y es relevante es que exista y subsista una situación de crisis en la empresa (STS de 30 de octubre de 2000).
3. Otro de los argumentos utilizados por las citadas sentencias es la referencia al Código de Comercio. Se trata de sociedades mercantiles y cabe acudir al código de comercio (121 Cco). Primero a su norma específica y luego al código de comercio. Pues bien, el código de comercio y la normativa societaria nos señalan claramente que la declaración de concurso no lleva de por sí la disolución sino la apertura de la fase de liquidación en su caso. Podríamos entender que la declaración de concurso, hasta la liquidación, abre un periodo de espera que se identifica con la prescripción de las acciones sin perjuicio de que la causa de disolución fuera anterior a la declaración o posterior al concurso.
4. Cuando la LSA (también correlativos de LSRL) nos dice en el 260.2 que "la declaración de concurso no constituirá, por si sola, causa de disolución..." también parece querer indicar que tras la declaración de concurso no basta el haber incurrido en causa de disolución, es evidente, y corolario sería la no exigencia, durante el concurso, de los administradores, que no pueden, de instar la disolución. Esta causa puede haber sido anterior pero el plazo para pugnar su responsabilidad se ve condicionado necesariamente por el concurso y ello parece establecer un lapsus interruptivo de la acción de responsabilidad durante la tramitación del concurso.
5. Si analizamos el 48.2 LC se refiere a dos tipos de acciones: 1. El ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores; y", 2. la concreta acción que se concede a la administración concursal para ejercitar acciones de responsabilidad contra estos derivadas de las que asistan a la persona jurídica deudora. Parece dejar al margen, este es el argumento esencial de la doctrina para mantener el ejercicio de las acciones individual y por deudas, estas otras, la conexión con el artículo 60 LC parece indicar -fuerte argumento- que la interrupción de la prescripción, se debe referir sólo a esas acciones sociales de las que excluiríamos la acción que tiene la administración concursal pues con la conclusión del concurso ya cesa salvo que se le permita continuar por la vía 133 LC. Pero la redacción es diferente pues no se introduce el apartado "que asistan a la persona jurídica deudora" sino que este apartado se excluye. Podríamos entender que la referencia del 60.2 LC lo es a las acciones que antes ha descrito en el 48.2 LC pero también cabe rechazar esta remisión puesto que al hablar en el 60.1 de la interrupción de otras acciones (las que existan contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración) no se está remitiendo a nada, lo que nos puede llevar a pensar que la regulación de la prescripción ha pretendido ser genérica.
6. En el caso de Convenio la eficacia novatoria del 136 LC hace que se extingan determinados créditos en parte y se aplace su exigibilidad. ¿Cómo puede seguir transcurriendo el plazo de ejercicio de acción si los créditos no son exigibles por la parte no extinguida? Pero y ¿si se produce la declaración de "incumplimiento" del convenio?, resulta que la rescisión de este nos lleva a la desaparición de los efectos del 136 LC (vía 140.4 LC) y entre ellas que el crédito es exigible y además por todo. Desde ese momento comienza por tanto la posibilidad de exigir y sobre todo vuelve a aparecer una parte del crédito que estaba extinguido.
7. Otro sería el propio argumento previsto en las primeras sentencias referidas que unificaron el plazo en cuatro años y que transcribo: "Siendo la prescripción una figura de interpretación restrictiva, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en caso de duda sobre los plazos de prescripción posiblemente aplicables, siempre habría que optar por el de mayor duración por ser el más favorable a la viabilidad de la acción ejercitada".
8. No es sin duda, el anterior, argumento que haya servido al TS, pero en su sentencia de marzo (STS 30 de marzo de 2005 Pte Sierra Gil de la Cuesta) utiliza un argumento también curioso: la calificación en la concreta quiebra, que dice no afecta. Claro que esto era con la anterior normativa, con la presente hay cómplices y afectados a los que se les puede hacer responsables de indemnizar los daños y perjuicios causados (172.2 y 3 LC) y del pago del importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa los acreedores. La "finalidad" de resarcimiento objetivo e

indemnización que conllevan las acciones de responsabilidad contra los administradores es, ahora, la misma finalidad que recoge el precepto, argumento que también sirvió al Supremo para señalar que no se interrumpía. Y, aún más, el actual concurso no tiene esa finalidad liquidativa a la que se refiere el TS para apreciar prescrita la acción de forma diferente a la quiebra.

9. La redacción del artículo 60 obedece esencialmente a una enmienda del Grupo Socialista en el Congreso (287) y se propuso en concordancia a una reforma al artículo 47 del proyecto que finalmente se convirtió en artículo 48 LC. Esta última enmienda que fue rechazada (la 276) distinguía diferentes apartados. Es decir que inicialmente la interpretación del actual artículo 60 (anterior 59) podría realizarse (en antecedentes histórico-legislativos) a partir de la formulación conjunta que se realiza del artículo 47 (actualmente 48 que no acogió la propuesta). Es conveniente, por tanto, recoger lo que pretendía la enmienda 276:

ENMIENDA NÚM. 276: Grupo Parlamentario Socialista

Al artículo 47.

Se propone dividir este artículo en cinco nuevos, con el contenido siguiente:

«Artículo 47. Efectos de la declaración judicial de concurso sobre la Junta o Asamblea de socios de la sociedad deudora.

1. Desde la declaración judicial de concurso, no será obligatoria la convocatoria de junta o asamblea de socios, ordinaria o extraordinaria, de la sociedad deudora, aunque lo solicite persona legitimada. Si se solicitara convocatoria judicial, la competencia para conocer de la solicitud corresponderá al Juez del concurso.

2. En todo caso, la convocatoria de la junta por los administradores de la sociedad deudora requerirá autorización de los administradores judiciales.

3. Los administradores judiciales presidirán las juntas o asambleas, generales o especiales, de la sociedad deudora y podrán ejercitar en ellas el derecho de Voz cuantas veces consideren oportuno.

4. Si se convocara junta o asamblea, los acuerdos que adopte sólo podrán ser ejecutados previa ratificación por parte de los administradores judiciales.

Artículo 47 bis. Efectos de la declaración judicial de concurso sobre el órgano de administración de la persona jurídica deudora.

1. Desde la declaración judicial de concurso y hasta la apertura de la liquidación, se mantendrán los órganos de administración de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición.

2. Los administradores judiciales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de administración.

Artículo 47 ter. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los socios.

1. Durante la tramitación del concurso de la sociedad, la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso corresponderá exclusivamente a los administradores judiciales y a los acreedores.

2. El socio o socios personalmente responsables por las deudas sociales no responderán de las deudas de la sociedad declarada en concurso de acreedores que tengan la consideración de deudas de la masa.

3. Durante la tramitación del concurso de la sociedad, la acción para obtener el desembolso íntegro de las aportaciones de los socios que hubiesen sido diferidas o para exigir el cumplimiento de las prestaciones accesorias corresponderá exclusivamente a los administradores concursales.

Los administradores podrán reclamar el desembolso íntegro de las aportaciones de los socios que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos sociales para el cumplimiento de esta obligación.

Artículo 47 quáter. Efectos de la declaración de concurso sobre la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad deudora.

1. Durante la tramitación del concurso de la sociedad, la acción social contra los administradores, auditores y liquidadores de la sociedad deudora corresponderá exclusivamente a los administradores judiciales, los cuales podrán ejercitarla sin necesidad de acuerdo de la junta o asamblea de socios.

2. La misma regla será de aplicación al ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores que sean legalmente responsables de las deudas sociales.

3. Durante la tramitación del concurso, la competencia para conocer de las acciones contra los administradores, los auditores y los liquidadores a que se refieren los apartados anteriores corresponderá al Juez del concurso.

4. La formación de la Sección de Calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado.

Es decir que recogía la interrupción de la prescripción para todos los supuestos salvo para la administración concursal durante el concurso que de esta forma podía ejercitarla.

Si bien, como vemos, los mismos argumentos nos pueden servir para lo contrario pues lo que inicialmente se quiso decir no es lo que realmente ha terminado diciéndose; y la nueva regulación concursal no es liquidación universal sino ordenación dirigida a la liquidación o a la continuidad de la actividad. De esta forma lo cierto es que hemos de partir de que el artículo 60 LC, en su apartado segundo recoge la interrupción de la prescripción, cuyo efecto es esencialmente que habrá un nuevo dies a quo para computar la posibilidad de ejercicio de dicha acción: existirá un nuevo inicio de la acción cuando se produzca la conclusión del concurso. Y esto se realizará en relación a las deudas anteriores del concurso (60.1 LC) pero no respecto de las posteriores.

Otra nueva cuestión que podría derivarse es, de la propia redacción del artículo 48.2 LC, el hecho de que la interrupción afectaría sólo a otras acciones (la individual, social o por deudas) ejercitadas por legitimados diferentes a los que recoge el primero de los preceptos. De esta forma sólo las acciones que pudiera ejercitar la persona jurídica deudora y las que pudiera ejercitar la administración concursal, quedarían vivas durante la tramitación del concurso, debiendo estarse, respecto de las demás a que concluya el concurso.

Esta última posición puede defenderse desde diferentes argumentos:

1. Desde la declaración de concurso se interrumpe la prescripción para el ejercicio de las acciones contra socios, administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora (60.2 LC).
2. El cómputo comenzará de nuevo en el momento de la conclusión del concurso.
3. Ello nos lleva a que no se podrán ejercitar acciones de responsabilidad social, individual o por deudas. (262.5 LSA, 105.5 LSRL y 69 LSRL en relación a los artículos 133 a 135 LSA).
4. No obstante y por tener un régimen especial recogido en el artículo 48.2 LC, será posible que la persona jurídica deudora ejercite acciones de responsabilidad contra sus administradores, auditores o liquidadores. Esta legitimación la tendrá también la administración concursal de conformidad al artículo 48.2 LC.

Los argumentos en los que nos podemos fundar son de diferentes tipos:

1º. Histórico legislativos en cuanto a que la regulación propuesta, como hemos visto, inicial no es la que finalmente culminó en el artículo 48 LC.

2º. Literales, respecto de los artículos 60 y 48 LC en cuanto a que la interrupción de la prescripción se produce respecto de todo tipo de acciones quedando a salvo las que el segundo de los preceptos desarrolla expresamente en una interpretación integral del título.

3º. Jurisprudenciales puesto que el Tribunal Supremo se ha venido fundamentando en la existencia de un proceso liquidatorio universal, como es la quiebra, habiéndose producido un cambio sustancial en la cultura legislativa concursal que recoge la Ley 22/2003.

Doctrinalmente se habían venido dando diferentes argumentos para justificar lo que hoy estamos defendiendo:

a) Carece de sentido aplicar una medida preconcursal como es la exigibilidad de responsabilidad a los administradores que se justifica por la protección a estos mismos, cuando se ha abierto un proceso concursal cuya finalidad primaria es, precisamente, satisfacer a los acreedores.
b) La responsabilidad patrimonial de los administradores vendría ahora ya determinada por la propia pieza de calificación.
c) El propio procedimiento de concurso, con la interrupción ya señalada garantiza que lo que se está realizando es una reclamación judicial de la deuda y que el plazo queda interrumpido desde la declaración hasta la conclusión del mismo.

No parece ser esa la posición inicial de la doctrina que considera que “la declaración de concurso tampoco afecta al ejercicio posterior de cualquiera de esas acciones contra los administradores”. Y ello aún a pesar de afirmaciones tan rotundas, como la que realiza otro sector (al referirse al plazo de caducidad en la impugnación de los acuerdos sociales) que parten de la propia naturaleza de la acción y del hecho mismo de que estemos hablando de caducidad para no aplicar el artículo 1969 CC en cuanto a que la acción sólo nace, salvo el supuesto de caducidad, cuando se inicia el cómputo de prescripción pues hasta ese momento no se había tenido. El efecto, por tanto, de la interrupción es que deja de tenerse dicha acción hasta en tanto no comience de nuevo el cómputo y sin perjuicio de que se continúen aquellas acciones ya ejercitadas con anterioridad a la declaración del concurso.

Lo que resulta claro, conforme a un sector doctrinal, es que el artículo 48.2 de la Ley Concursal destaca y regula la compatibilidad entre la acción social contra los administradores y el procedimiento concursal. Posteriormente, sin embargo, se parte de la naturaleza autónoma de la acción individual y de la distinción de los deberes de disolución o de solicitud de la declaración de concurso del artículo 262.5 LC o 105.5 LSRL, para determinar la compatibilidad entre el concurso y la acción individual y por deudas respectivamente. La naturaleza sancionadora derivada del artículo 172.3 LC y de los supuestos del 262.5 LSA y 105.5 LSRL, nos llevaría a la incompatibilidad de su ejercicio.

Estas y las anteriores posiciones son contradichas por otro sector doctrinal que considera que los presupuestos y la deficiente redacción de las normas concursales (que deberían haber limitado la legitimación a la administración concursal) nos deben hacer partir de problemas de coordinación pero no de imposibilidad de su ejercicio pues sólo se habla de interrupción de la prescripción (60.2 LC).

La última de las reformas de los últimos preceptos citados justifica la misma a partir de la enmienda que la introduce y por “la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de Julio”. Lo que pone de manifiesto que se pretende esta coordinación y la separación y distinción, por otro lado, de la responsabilidad societaria respecto de la responsabilidad derivada cuando la sociedad está en concurso afectando a la autonomía de dichas acciones. Pretende distinguir momentos: por un lado la responsabilidad de los administradores por obligaciones posteriores a la causa de disolución; por otro responsabilidad concursal por la generación o agravación del concurso. La coordinación también se

busca en la individualización de esta responsabilidad a partir del camino seguido por la sociedad y del que en suerte participa con su responsabilidad el administrador.
La práctica unanimidad de la doctrina viene a señalar que "la declaración concursal no altera el régimen de responsabilidad de los administradores, auditores o liquidadores de la sociedad por las conductas realizadas con anterioridad o posterioridad a la apertura del concurso, pero sí introduce alguna modificación respecto de su ejercicio, y en concreto en la legitimación, competencia judicial y medidas cautelares". A ello hemos de añadir el tema de la prescripción. Sin embargo lo cierto es que la responsabilidad se ve alterada de muy diferente modo cuando entra en tramitación un supuesto concursal puesto que el administrador ya no responderá por la vía societaria respecto de los actos posteriores sino que lo hará por la vía concursal y, desde nuestro punto de vista, con lo expuesto, consideramos que también en cuanto a las acciones interrumpidas (las que no se hubieren ejercitado) con la declaración del concurso, respecto de aquellas que nazcan con anterioridad a este, que no volverán a tener cabida hasta que no se produzca el levantamiento de la interrupción a la que se refiere el artículo 60.2 de la Ley Concursal. Pero interrupción no significa exclusión, conforme a la doctrina más autorizada, aún a pesar de la falta de coordinación que se reconoce entre las normas. Esta última postura ha sido la defendida por el Auto de fecha 13 de diciembre de 2005 del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo declarando la suspensión del curso de las actuaciones de responsabilidad ejercitadas contra los administradores hasta la conclusión del concurso.
En el presente supuesto la acción ejercitada es anterior a la declaración de concurso y respecto de deudas anteriores ya ejercitadas por lo que procede, a este respecto, rechazar dicha alegación.": SJM-1 Málaga 02.05.2008 (Ordinario 20/2006)

1.1.2 Sí procede su suspensión

JM-1 Oviedo

"PRIMERO Formulado por la representación procesal de Roberto, Fernando, Victor Manuel Y Jose Miguel, recurso de reposición contra el auto de fecha 6 octubre 2005, se plantea en toda su extensión la cuestión relativa a la compatibilidad, y en su caso coordinación, entre las acciones ejercitadas por los acreedores en exigencia de la responsabilidad de los administradores sociales, ya sea la acción individual de responsabilidad por daño prevista en el art. 135 LSA ya lo sea la acción por la llamada responsabilidad por deudas «ex» art. 262-5 LSA y art. 105-5 LSRL, y la pendencia del procedimiento concursal declarado contra la sociedad de la que estos últimos integran o han integrado su órgano de administración.
SEGUNDO Una primera aproximación a la cuestión enunciada nos lleva a comprobar que la Ley Concursal dedica una única norma a regular de manera explícita la articulación de una responsabilidad general contra los administradores sociales en sede de situación concursal, y así el apartado 2º del art. 48 dispone que:
«2. Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras Leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.
Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior.
La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado».
La lectura de la norma revela claramente que ésta se ocupa de regular en exclusiva las particularidades que atañen al régimen de la acción social de responsabilidad prevista en el art. 134 LSA, de manera que una vez declarado el concurso la legitimación para su ejercicio se extiende no solo a la persona jurídica (la norma se ubica bajo la rúbrica de «efectos sobre el deudor persona jurídica») sino también a los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios, con lo que se reconoce expresamente la dualidad de legitimaciones que a propósito del ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores societarios asiste tanto al órgano del concurso como a la propia persona jurídica deudora, atribuyendo seguidamente la competencia funcional para el conocimiento de tal acción al juez del concurso. Finalmente el párrafo último del art. 48-2 L.C. dispone que la apertura de la sección de calificación «no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado», norma cuya cabal interpretación permite por un lado afirmar que la repetida responsabilidad de los administradores sociales por el ejercicio de la acción social puede efectivamente compatibilizarse y superponerse a la responsabilidad que también para ellos puede derivarse de la eventual calificación del concurso como culpable, singularmente la responsabilidad establecida en el art. 172-3 L.C., y por otro lado descartar que pueda ser utilizada por sí sola como argumento permisivo para compatibilizar con el concurso otro tipo de responsabilidades frente a los administradores sociales como serían las derivadas de la acción individual del art. 135 LSA y la responsabilidad ex lege del art. 262-5 LSA y 105-5 LSR, pues habremos de recordar que la ubicación sistemática de la norma (Capítulo I «De los efectos sobre el deudor» y la propia rúbrica del art. 48 «efectos sobre el deudor persona jurídica») en modo alguno permite tal conclusión.
TERCERO Sentado lo anterior observamos que el art. 48-2 LC deja incólume la cuestión que nos ocupa y que no es otra que determinar la posibilidad de compatibilizar las acciones generales de responsabilidad que los acreedores pueden ejercitar extraconcursalmente frente a los administradores

sociales, con la existencia misma del proceso concursal.
Para acercarnos a la respuesta a tal interrogante habremos de comenzar señalando que la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal viene a operar una transformación fundamental frente al régimen derogado, entre otras tantas, en lo que concierne al patrimonio destinado a satisfacer los derechos de los acreedores que conforman la masa pasiva, pues aquél ya no lo constituye únicamente el patrimonio del deudor fallido sobre el que pesa la ejecución colectiva sino que, en el caso de las personas jurídicas, el procedimiento se podrá dirigir también contra los patrimonios de terceras personas como son los administradores o liquidadores de hecho o de derecho y que de esta manera son ofrecidos a los acreedores a modo de garantía para asegurar que, cuando concurran determinadas circunstancias, tales patrimonios estarán llamados a satisfacer el importe de sus créditos en lo que no perciban en la liquidación de la masa activa. La Ley Concursal instaura así una novedosa responsabilidad concursal en su art. 172-3 para los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, ya lo sean en el momento actual o ya hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, y que opera en los supuestos de que el concurso desemboque en la apertura de la fase de liquidación y el concurso de la persona jurídica se hubiere declarado como culpable. Con tal cometido la Ley se ocupa de articular los mecanismos necesarios para asegurar el buen fin de esta eventual responsabilidad disponiendo la posibilidad de instrumentar cautelarmente, incluso de oficio, ya desde el inicio del procedimiento abierto con la declaración de concurso, y desde entonces en cualquier momento, el embargo de los bienes de aquellas terceras personas en cuantía suficiente para asegurar la diferencia ente la masa activa y el importe de todas las deudas (art. 48-3 LC) y con esa misma finalidad dispone la Ley una serie de impedimentos expresamente llamados a evitar el que un concurso pueda ser concluido por inexistencia de bienes y derechos del concursado sin antes haber descartado la viabilidad de las acciones de responsabilidad que pudieran ejercitarse frente a aquéllos, imponiendo a la administración concursal la tarea de informar razonada e inexcusablemente al respecto y arbitrando un trámite de audiencia para las demás partes personadas antes de que el Juez decida sobre la conclusión del procedimiento (apartado 3 y 4 art. 176 LC).
En este estado de cosas resultaría sumamente perturbador para la operatividad del sistema así diseñado por el legislador el facultar a los acreedores para, al mismo tiempo que insinúan su derecho en el seno del concurso, dirigirse extraconcursalmente frente a los administradores sociales en ejercicio de las acciones generales de responsabilidad y en exigencia del pago de sus respectivos créditos. La disfunción que tal reclamación simultánea y paralela a la tramitación del concurso podría acarrear al respeto de las reglas sobre las que se asienta este procedimiento como son la par conditio creditorum y el sometimiento a la comunidad de pérdidas vendría dada primeramente -tal y como se ha apuntado por algún autor- por la posibilidad de que cualquier acreedor, incluso clasificado entre los postergados o subordinados, actuara con mayor diligencia que el resto para dirigir su reclamación frente a los administradores sociales, pues con ello se daría la paradoja de que en el probable caso de resultar el patrimonio de éstos insuficiente para atender al resto de acreedores concurrentes estos créditos verían frustrado su derecho de cobro en el concurso, lo que resulta abiertamente contrario al orden de pagos buscado por el legislador, problema éste para el que no parece la mejor solución -también apuntada por aquella misma doctrina- el anticiparse a solicitar el concurso de tales administradores sociales, pues con ello solo se conseguiría multiplicar el coste y la maraña procedimental. Pero a ello pueden añadirse otros problemas como podrían ser, a título ejemplificativo, los derivados de la fijación de la cuantía del crédito -que deberá ser determinada en el seno del concurso (arts. 86, 95 y 96 LC) y no extraconcursalmente- o de la eficacia novatoria que respecto de ese crédito tendría la eventual aprobación de un convenio en el concurso (art. 135 y 136 LC).
CUARTO La respuesta a la cuestión planteada entendemos que pasa por lo dispuesto en el art. 60 LC que bajo la rúbrica «Interrupción de la prescripción» dispone:
«1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.
2. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora.
3. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso».
El núm. 2 de esta norma -que no figurando originalmente en el Proyecto de Ley, fue posteriormente introducido en el trámite parlamentario tras la enmienda núm. 287 presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista bajo la motivación de «mejora técnica»- permite en una adecuada hermenéutica dotar de coherencia al sistema diseñado por la Ley Concursal en la cuestión que nos ocupa, para lo cual es preciso examinar previamente y como antecedente cada uno de los apartados recogidos en el precepto:
Interrupción de la prescripción de las acciones individuales contra el deudor.
La Ley Concursal establece una regulación precisa a propósito del derecho que asiste a los titulares de créditos contra el deudor fallido, estableciendo que éstos deberán comunicar sus créditos en el concurso como requisito necesario para su reconocimiento en la lista de acreedores y su integración en la masa pasiva (con las excepciones previstas en el art. 86-2), siendo en el seno del concurso donde se habrán de ventilar las controversias relativas a la realidad del crédito, su cuantificación y clasificación (art. 86-1 párrafo 2º). Lo anterior lleva como medida correlativa e imprescindible la imposibilidad de ejercitar demandas ante los órdenes civil y social en solicitud del mismo derecho que incumbe al Juzgado del concurso (art. 50-1), tal y como proclama con mayor claridad la Exposición de

Motivos al señalar en su apartado III que «La Ley regula asimismo con criterios de funcionalidad los efectos que la declaración de concurso sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado». Siendo ello así es claro que la razón de ser de la interrupción prescriptiva en este extremo no puede buscarse solo en la ruptura del silencio de la relación jurídica, pues en tal caso la norma resultaría superflua frente a la regla general ya prevista en el art. 1973 CC, sino en una genuina imposibilidad de ejercitar contra el deudor esas acciones por créditos nacidos con anterioridad al momento de la declaración del concurso, a salvo las particularidades que atañen a los créditos dotados de garantía real y que quedan salvados por el régimen específico de los arts. 56 y 57 LC. Ello queda corroborado si tenemos presente que el dies a quo para la interrupción es el correspondiente al momento de dicha declaración, mientras que el dies ad quem lo será el momento de la conclusión del concurso (art. 60-3) en el que queda nuevamente expedita la posibilidad de ejercicio de las respectivas acciones individuales, como expresamente se dispone en el art. 178-1 en que bajo el epígrafe «efectos de la conclusión del concurso» se dice que «los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso».

Interrupción de la prescripción de las acciones contra los socios de la persona jurídica.

La norma debe en este punto ponerse en relación con el régimen establecido en el art. 48-5 LC. De conformidad con él nos encontramos de nuevo ante el patrimonio de terceras personas como son los socios que resulten subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad - singularmente los socios de la sociedad civil, sociedad colectiva, socios colectivos de la sociedad comanditaria simple o por acciones y socios comanditarios cuyo nombre se incluya en la razón social- cuya responsabilidad debe reclamarse también en el seno del concurso, conforme a la legitimación principal que asiste a la administración concursal y subsidiaria a los acreedores, que viene a configurar un sistema especial de reintegración de la masa activa -como también lo entiende así la doctrina más autorizada- por cuya virtud lo que se obtenga por el ejercicio exitoso de tales acciones no pasará directamente al patrimonio de los acreedores sino a la masa activa del concurso. En cuanto a la tempestividad para su ejercicio, no podrá reclamarse esta responsabilidad hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social, lo que así resulta por aplicación de la regla de subsidiariedad propia de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Cabe por lo tanto concluir aquí también que la interrupción de la prescripción de las acciones contra los socios que sanciona el art. 60-2 encuentra su fundamento en la imposibilidad de dirigirse extraconcursalmente contra ellos en tanto no se alcance la conclusión del concurso.

Interrupción de la prescripción de las acciones contra liquidadores y auditores de la persona jurídica

Se trata también del patrimonio de terceras personas cuya responsabilidad ante la masa del concurso, solicitada bien por la persona jurídica deudora bien por la administración concursal, debe ser ventilada ante el juez del concurso a quien compete el conocimiento de tales acciones, tal y como mandata el art. 48-2 LC, por lo que apareciendo vedada su reclamación extraconcursal el plazo prescriptivo quedará interrumpido hasta la conclusión del procedimiento universal

Interrupción de la prescripción de las acciones contra los administradores de la persona jurídica deudora

Llegados finalmente a este punto la conclusión, en congruencia con lo arriba sostenido, habrá de ser que también aquí la interrupción obedece a la imposibilidad de dirigirse extraconcursalmente frente a los administradores sociales en ejercicio de las acciones generales de responsabilidad, pues en lo que a ellas respecta en modo alguno puede sostenerse que la incoación del proceso concursal opere por sí sola una rotura del silencio de la relación jurídica o sirva como interpelación judicial hábil para interrumpir la prescripción dada la total ausencia de identidad entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad prevista en la regulación societaria, siendo lo cierto que esa perfecta identidad es exigida como presupuesto indispensable de la eficacia interruptiva (así y en entre otras SSTS 3 mayo 1972, 8 marzo 1975, 16 noviembre 1985 [RJ 1985\ 5613], 20 junio 1994 [RJ 1994\ 6025]). Lo primero que merece ser desechado es la idea de que tal interrupción afectaría únicamente al ejercicio de la acción social, única contemplada explícitamente por el art. 48 LC Antes al contrario, es precisamente por venir el ejercicio de la acción social expresamente autorizado en sede concursal la razón por la que su plazo de prescripción no podrá verse afectado de interrupción. Y es por esa misma razón por la que habrán de ser las acciones que asisten a los acreedores frente al concursado las destinatarias de la interrupción de la prescripción que recoge el precepto legal -repárese en que el art. 60 se ubica sistemáticamente bajo el Capítulo II dedicado a «los efectos sobre los acreedores»- esto es, las acciones generales contempladas en los arts. 135 y 262-5 LSA y 105-5 LSRL

QUINTO En definitiva, lo arriba razonado conduce a entender que la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal, ha operado una transformación en esta materia en relación con el régimen imperante en el derecho derogado en el que, efectivamente, la sola incoación de un procedimiento concursal no afectaba al ejercicio de las acciones que asisten a los acreedores frente a los administradores concursales, quedando por ello indemne el transcurso del plazo prescriptivo tal y como señala la reciente STS 21 septiembre 2005 conforme a la cual «la solicitud de declaración de quiebra no puede suponer una actuación judicial que a tenor de lo dispuesto en el art. 1973 del CC pueda servir para interrumpir el plazo de prescripción, en este caso, para el ejercicio de acciones de responsabilidad societaria. Ya que dicho proceso universal, dada su naturaleza y finalidad liquidativa, no puede incidir en el ejercicio futuro de estas acciones societarias, puesto que incluso la apertura de la pieza de calificación acordada en dicho proceso civil es inoperante a estos efectos. Es más, la tramitación de la quiebra no puede determinar la finalidad de las acciones de responsabilidad societaria. En conclusión, que no puede estimarse la solicitud de una declaración de quiebra como una verdadera interpelación

judicial susceptible de interrumpir un plazo de prescripción». Frente a ello el nuevo procedimiento concursal aparece legalmente configurado como un procedimiento de ejecución colectiva que, en su finalidad de encontrarse destinado a satisfacer los derechos de los acreedores concursales que pesan sobre el deudor fallido y conforme a las reglas que le son propias no se encuentra limitado exclusivamente al patrimonio separado que conforma la masa activa de este último (art. 76 L.C) desde el momento en que están también llamados a tal propósito los patrimonios de terceras personas, singularmente y en lo que aquí interesa el patrimonio de los administradores sociales, teniendo presente que esta afección es buscada por el legislador como un efecto anudado ipso iure a la sola declaración del concurso de la persona jurídica y que tal cometido aparece como preeminente frente al derecho que los acreedores individuales pudieran tener frente a aquéllos, para lo cual la Ley Concursal instaura unos específicos mecanismos de salvaguarda mediante la interdicción de la posibilidad de dirigirse extramuros del concurso frente a los administradores en ejercicio de las acciones generales de responsabilidad, facultad que aparece vedada en tanto se mantenga la pendencia del procedimiento concursal y que únicamente quedará expedita cuando se acuerde su conclusión. A ello conduce la norma contenida en el art. 60 L.C. conforme a la interpretación que mejor dota de coherencia a todo el sistema y que únicamente puede encontrar su justificación lógica en la imposibilidad de accionar en los términos señalados dado lo insatisfactorio de hacerlo con fundamento en la regla general de la ruptura del silencio de la relación jurídica (art. 1973 C.Civil), integrando de esta manera las categorías tradicionales de la interrupción y de la suspensión de la prescripción extintiva al atribuir a una causa imposibilitadora de actuar el efecto de reiniciar y no de reanudar el plazo prescriptivo (art. 60-3 LC).
SEXTO La consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra que la de acordar la suspensión del curso de las presentes actuaciones en el estado en que se hallan hasta tanto finalice mediante su conclusión el proceso concursal que se encuentra abierto, concurso 222/05 seguido contra el «Real Sporting de Gijón, SAD»., tal y como se desprende de las presentes actuaciones, reanudándose en su caso en tal instante, resultando procedente conceder frente a la presente resolución la posibilidad de interponer recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el art. 43 LECiv ":Auto JM-1 Oviedo (Asturias) 13.12.2005 (JUR 2006/123836)

1.2 Acciones iniciadas tras la declaración del concurso

1.2.1 No procede su suspensión

Tribunal Supremo

"PRIMERO. Resumen de los antecedentes.
La sentencia recurrida condenó a uno de los consejeros y al presidente del consejo de administración de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA, a cumplir, solidariamente con ella, la deuda que había nacido para la misma de la compra de café, a favor de la vendedora, Cooperativas Cafetaleras del Norte RL, demandante.
La razón de la condena al pago de la referida deuda ajena fue el incumplimiento por los administradores demandados del deber de convocar la junta general de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA, en el plazo de dos meses desde la existencia de la causa de disolución, para que dicho órgano social adoptara el acuerdo procedente.
Aplicó el Tribunal de apelación el entonces vigente Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas -Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre - y, en particular, las normas de sus artículos 262, apartado 5, y 260, apartado 1, ordinal cuarto - este último, por considerar probada la causa de disolución de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA consistente en pérdidas que dejaron reducido su patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social -.
La particularidad del caso deriva, por un lado, de que la deudora, Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA, había sido declarada en concurso previamente a la fecha de interposición de la demanda; y, por otro lado, de que en dicho momento procesal no tuviera vigencia todavía la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio.
Contra la sentencia de apelación interpusieron los dos administradores demandados recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. El primero está compuesto por cuatro motivos, de los que sólo fueron admitidos dos, el tercero y el cuarto - a los que designaremos primero y segundo -. El recurso de casación se compone de un único motivo.
I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE LOS DEMANDADOS.
SEGUNDO. Enunciado y fundamento del primero de los motivos.
Sostienen don Juan Francisco y don Luis María que el Tribunal de apelación había infringido los artículos 222, 410 y 421, apartado 1, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Entienden los recurrentes que el proceso, tal como habían interesado ellos en las dos instancias, debió quedar sobreseído en la primera, al estar tramitándose simultáneamente el concurso de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA y, en particular, la sección de calificación del mismo.
Muestran su discrepancia con la afirmación, contenida en la sentencia recurrida, de compatibilidad entre la declaración del concurso de la sociedad deudora y las acciones de responsabilidad de sus administradores por no haber promovido la disolución.
TERCERO. Desestimación del motivo.
La Ley 22/2003, de 9 de julio, en la redacción anterior a la que le dio la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no establecía expresamente un sistema de coordinación y, menos, una incompatibilidad entre la

tramitación del concurso de la sociedad deudora y el ejercicio por sus acreedores de acciones de cumplimiento de obligaciones sociales, dirigidas contra los administradores por el incumplimiento de los deberes que a los mismos venían impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución de la sociedad.
Es más, el artículo 48, apartado 2, a propósito de la acción social de responsabilidad, partió de la compatibilidad, al establecer que, sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios - si bien dispuso que correspondería al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior -. Además, precisó que la formación de la sección de calificación no afectaría a las acciones de responsabilidad que ya se hubieran ejercitado.
Ante ese relativo silencio sobre la coordinación entre otras responsabilidades societarias de los administradores de la sociedad deudora y las propiamente concursales, el Tribunal de apelación entendió, correctamente, que, pese a que el crédito de la cooperativa demandante era concursal, resultaba admisible la estimación de la pretensión de condena, deducida, contra el presidente y uno de los miembros del consejo de administración de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA, la deudora, ante el Juez del concurso con posterioridad a la declaración del mismo, por tener dicha condena por sujeto pasivo a una persona distinta de la concursada.
No obstante, tras su reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre, la Ley concursal ha dado un tratamiento diferente a la cuestión que se plantea en el motivo. En efecto, en el preámbulo de aquella Ley se señala que la misma pretende precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso y, en primer lugar, " la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación ".
Y, en ejecución de ese designio, dispone el vigente apartado 2 del artículo 50 de la Ley 22/2003 que los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución y que, de admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior - esto es, el archivo de todo lo actuado y la invalidez de las actuaciones que se hubieran practicado -. Y el artículo 51 bis - contemplando un supuesto igual que el planteado - que, declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración, en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.
No obstante, el régimen legal que regulaba el supuesto que se ha presentado como litigioso fue el primero, esto es, el aplicado por la Audiencia Provincial, no el segundo, pues, como establece la disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 38/2011, ésta se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor.
De acuerdo con dicha norma y por lo que ha sido expuesto, procede desestimar el motivo, formulado con invocación de la excepción de litispendencia, inexistente por falta del necesario presupuesto objetivo.”: STS 20.06.2013 (Sentencia 409/2012; Recurso 302/2011)

AP Almería

“PRIMERO. -La mercantil demandante formuló demanda el día 11 de julio de 2008, ejercitando las acciones de responsabilidad de los administradores, acción individual y de responsabilidad objetiva o por deudas, frente a D. Jose Francisco, administrador de la sociedad MOVIMIENTOS Y EXCAVACIONES ALMERIA S.L,
Esta mercantil fue declarada en concurso de acreedores el 21 de enero de 2008, con inscripción registral de 4 de abril de ese mismo año.
El demandado, que ha permaneció en rebeldía, impugna la sentencia de primera instancia que estima sustancialmente la demanda, alegando que la actora no esta legitimada para el ejercicio de las acciones entabladas conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, argumentando, con apoyo en cierto sector doctrinal, que existe incompatibilidad entre las acciones ejercitadas por los acreedores en exigencia de la responsabilidad de los administradores sociales y la pendencia del procedimiento concursal declarado contra la sociedad de la que estos administradores integran o han integrado su órgano de administración.
SEGUNDO. - La base de la argumentación del recurrente radica en la afirmación de que la declaración concursal no altera el régimen de responsabilidad de los administradores, auditores o liquidadores de la sociedad por las conductas realizadas con anterioridad o posterioridad a la apertura del concurso, pero sí introduce alguna modificación respecto de su ejercicio y, en concreto, en la legitimación, competencia judicial, medidas cautelares y prescripción.
Coincidimos con la sentencia de primera instancia en la apreciación de que si bien la cuestión sobre la posibilidad de demandar a un administrador social de una sociedad declarada en concurso es polémica, existiendo algún sector doctrinal que ha propugnado su incompatibilidad o, cuando menos, la prioridad de la responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 de la Ley Concursal, respecto de

cualquier otra que puede declararse al amparo de las normas que regulan las sociedades, es lo cierto que en cualquier caso habría de atenderse a la inexistencia de prohibición legal en tal sentido.
Consideramos correcta la postura mantenida en la sentencia recurrida que a su vez sigue la de otras Audiencias como la de Madrid que en auto de 13 de noviembre de 2007, dice lo siguiente: "Ha de ponerse de relieve que si bien puede parecer contradictorio el que ante una situación concursal puedan exigirse de forma coetánea distintas responsabilidades a los administradores sociales, por un lado en el concurso (art. 172 LC), y fuera del mismo (arts. 133 a 135 y 262 de la LSA, y 105 de la LSRL, tal posibilidad de ejercicio no obedece a un descuido del legislador pues al tiempo de aprobarse la Ley Concursal se tuvo ocasión de recoger, en la LSA, LSRL o en la propia Ley Concursal la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad del art. 172.3 LC respecto de las contempladas en las demás leyes, y no se hizo. En efecto, la propia Ley Concursal reformó en las Disp. Finales 20 y 21 los arts. 262 LSA y 105 LSRL, y ni en ese tipo de responsabilidad se posterga o dispone la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso, ni los demás preceptos de tales leyes fueron objeto de modificación para acordarlo. Tampoco existe en la Ley Concursal precepto alguno que impida ejercer acciones no concursales frente a los administradores sociales de la sociedad concursada, por lo que no hay impedimento o postergación para el ejercicio de las acciones extraconcursales frente a un no concursado como es el administrador social".
Es más, en la más reciente reforma del art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, operada por la Ley 19/2005, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, la finalidad de la misma fue la de coordinar la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales prevista en la normativa societaria con la prevista en la Ley Concursal, y sin embargo no se introdujo previsión legal alguna acerca de que la declaración del concurso de la sociedad supusiera un obstáculo para el ejercicio de las acciones de exigencia de responsabilidad de los administradores previstas en la normativa societaria.
Sigue razonando dicha resolución que por otra parte, el propio art. 48.2 LC dispone en su último párrafo que "la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado", precepto que, al referirse a una pluralidad de acciones, ha de entenderse que no alude únicamente a la acción social, a la que se refiere en párrafos anteriores, sino a la totalidad de las acciones de responsabilidad; resultando significativo que una de las acciones que pueden dirigirse frente al administrador social, la que compete a la sociedad por el daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o los estatutos o incumpliendo sus deberes de administrador, la acción social del art. 134 LSA, vea ampliada su legitimación a la administración concursal en el art. 48.2 LC, al posibilitar con ello el ejercicio de tal acción social durante el concurso. Por otro lado hay que señalar que el fundamento de la acción individual o la responsabilidad "ex lege" por deudas no tiene por qué ser coincidente con la responsabilidad concursal que previene el art. 172.3 LC.
En contraposición con lo argumentado por el recurrente, consideramos que no cabe deducir la falta de legitimación del contenido del art. 60.2 LC, que dispone una excepción a la regla general del art. 1973 del CC, al permitir la interrupción del plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores sociales durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se iniciará de nuevo, según el art. 60.3 LC, al terminar la tramitación del procedimiento concursal. Entendemos que la interrupción del plazo de prescripción lo único que impide es la pérdida de la acción por el transcurso del tiempo pero no el ejercicio y posibilidad de interponerla. Lo que hace es suspender el cómputo para su ejercicio durante el concurso, de manera que privilegia al acreedor que se ve afectado por el concurso, que no se ve forzosamente compelido a ejercitar su pretensión en el término que dispone el art. 949 del CCom, pudiendo aguardar al resultado del concurso.
En definitiva, si las Disposiciones Finales 20 y 21 de la Ley Concursal, así como la Ley 19/2005, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, modificaron los arts. 262 LSA y 105 LSRL y no impidieron el ejercicio de dichas acciones durante el concurso, si el ámbito temporal de exigencia de responsabilidad es diferente, si es distinta la naturaleza de las que se solventan en el concurso y fuera de él, si el art. 48.2 declara expresamente que la sección de calificación no afectará a las acciones que se hubieran ejercitado frente al administrador social, resulta difícil pretender que de la dicción del art. 60.2 LC puede deducirse una imposibilidad de ejercitar una acción, que el ordenamiento jurídico no descarta, con el único sustento de lo preceptuado en dicho precepto sobre la interrupción del plazo para su ejercicio.": SAP Almería (Sección 2) 15.02.2013 (Sentencia 35/2013; Rollo 128/2012)

AP Baleares

"TERCERO.- La representación de la demandada reitera en esta segunda instancia que es improcedente la interposición de demandas por parte de acreedores contra administradores de sociedades en concurso ejercitadas con posterioridad a la declaración del mismo, como es el supuesto enjuiciado.
Nos hallamos una cuestión sobre la cual se ha suscitado polémica en la doctrina mercantilista, con existencia de posturas enfrentadas.
Por una parte, se aprecia la existencia de una postura minoritaria, que sostiene que una vez dictado el auto declarando el concurso, y con independencia de si se plantea en el procedimiento concursal o en otro distinto, no puede tramitarse ninguna acción individual de responsabilidad contra administradores de la concursada, independientemente de que lo sea en el proceso concursal o en otro distinto, cuando menos, la prioridad de la responsabilidad concursal prevista en elart. 172.3 de la LC, respecto de cualquier otra que puede declararse al amparo de las normas que regulan las sociedades. Esta

postura ha sido defendida por Juzgados de lo Mercantil de Santander y Oviedo, citando y transcribiendo la parte demandada recurrente una sentencia del primero de dichos Juzgados, fundada en su interpretación delartículo 60 LC en relación con elartículo 48.2 de la misma Ley.
No obstante, la Sala comparte la postura que admite la posibilidad de interponer dichas acciones en un supuesto en que nos ocupa cuando la demanda se interpone tras la declaración del concurso, recogida en laSAP de Las Palmas de 6 de marzo de 2.009,SAP de Madrid de 13 de noviembre de 2.007 yauto de la AP de Asturias de 29 de diciembre de 2.006 en atención a:
A) Como motivo más relevante, la inexistencia de norma legal que impida el ejercicio de tal acción, y como se indica en la primera de las aludidas sentencias, "es doctrina mayoritaria que no existe norma legal que impida, incluso declarado el concurso de la sociedad.... que los terceros y socios puedan ejercitar contra los administradores la acción de responsabilidad de los administradores por las deudas.... Para afrontar la cuestión hay que partir del reconocimiento de la contradicción que supone que, ante una situación concursal, en el concurso pueda ventilarse la responsabilidad a los administradores sociales, y fuera del mismo, pero al tiempo, otro tipo de responsabilidad que deriva de la acción individual regulada tanto en elart. 69 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, como en el 133 del RDL. 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de laLey de Sociedades Anónimas (LSA), y de la llamada «responsabilidad sanción» o por deudas de los arts. 104 y 105 LSRL y 260 y 262 LSA. La contradicción no es fruto, sin embargo, de un descuido del legislador. Es una opción legislativa que parece deliberada, y que podrá compartirse o no, pero no corresponde corregir a la jurisdicción. Porque al tiempo de aprobarse la Ley Concursal se tuvo ocasión de recoger, en la LSA, LSRL o en la propia LC la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad delart. 172.3 LC respecto de las contempladas en las demás Leyes, y no se hizo. En efecto, la propiaLey Concursal reforma en las Disp. Finales 20 y 21 los arts. 262 LSA y 105 LSRL, y ni en ese tipo de responsabilidad se posterga o dispone la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso, ni los demás preceptos de tales Leyes se cambian para acordarlo. Tampoco hay precepto que impida ejercer acciones no concursales frente al administrador social de la sociedad concursada en la Ley Concursal, por lo que no hay impedimento o postergación para el ejercicio de las acciones extraconcursales frente a un no concursado, el administrador social.".
B) Elartículo 60.2 de la LC, es una excepción a laregla general del art. 1973 Código Civil, al permitir la interrupción del plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores sociales durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se iniciará de nuevo, según elart. 60.3 LC, al terminar la tramitación del procedimiento concursal. Esa previsión no impide, sin embargo, interponer la acción. Lo que hace es suspender el cómputo para su ejercicio durante el concurso, de manera que privilegia al acreedor que se ve afectado por el concurso, que no se ve forzosamente compelido a ejercitar su pretensión en el término que dispone elart. 949 del Código de Comercio (CCom) pudiendo aguardar al resultado del concurso, por el que pasaría si se aprobara convenio, haciendo innecesario el ejercicio de otras acciones.
C) Como se indica en las anteriores resoluciones antes expresadas, "El propioart. 48.2 LC dispone en su último párrafo que «la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado». Esa norma no parece que se refiera sólo a la acción social, a la que alude en párrafos anteriores, pues emplea el tiempo plural, en lugar del singular que correspondería si sólo se aludiera a la acción social. Es significativo que una de las acciones que pueden dirigirse frente al administrador social, la que compete a la sociedad por el daño que causen por actos u omisiones contrarios a laLey o los estatutos o incumpliendo sus deberes de administrador, la acción social del art. 134 LSA (y), vea ampliada su legitimación a la administración concursal en elart. 48.2 LC. Parece que con ello se ha posibilitado ejercitar tal acción social durante el concurso.".
C) Si no hay una prohibición expresa, sería contrario alart. 24 de la Constitución, en cuanto garantiza el acceso al proceso, realizar una interpretación que restrinja tal acceso al mismo, pues no puede el juez «...imponer requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de la acciones sin o existe previsión legal de las mismas...» (STC 206\1987, de 21 de diciembre, ya que «...la inadmisión basada en un motivo inexistente constituye no sólo una ilegalidad, sino inconstitucionalidad que afecta al derecho fundamental delart. 24.1 de la Constitución" (STC 201\1987, de 17 de diciembre), y una negativa «carente de una base legal, supondría manifiestamente una negativa a la satisfacción del derecho a la tutela judicial» (STC 171/1988, de 30 de septiembre). LasSTC 1/1987, de 14 de enero,y 90/1985, de 22 de julio, sostienen que «el mandato contenido en elart. 24.1 de la Constitución EDL encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos»
D) El fundamento de la acción individual o la responsabilidad sanción por deudas no siempre es coincidente con la responsabilidad concursal que previene elart. 172.3 LC. En la responsabilidad sanciónex arts. 262 LSA y 105 LSRL la diferencia es evidente, pues no hay un solo precepto en la Ley Concursal que contemple responsabilidad que haya de analizarse dentro del concurso por no convocar junta para disolución o adecuación del capital, de manera que difícilmente puede sostenerse que haya de tener que aguardar un acreedor a la finalización del concurso para exigir responsabilidad por omisiones que nunca se dilucidarán en el concurso. Además puede constatarse como elart. 172.3 LC limita la responsabilidad a quienes hayan sido administradores sociales en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, mientras que conforme alart. 949 CCom, podría un acreedor actuar frente al administrador social por los dos años inmediatamente anteriores, e

incluso, al no ser apreciable de oficio la prescripción que contempla este precepto (STS 22 de diciembre 2000,19 de marzo de 1999), por otros que superen el término de cuatro años.
E) En cuanto a la objeción argumentada por la representación de la demandada de que con este criterio los acreedores diligentes pueden obtener satisfacción de sus créditos en perjuicio de otros acreedores de la masa, o sin respetar el principio de la "par conditio creditorum", debemos reconocer que tal situación puede darse, pero no debemos olvidar que puede ser cometido de la administración concursal y del juez del concurso no aguardar a que sean los acreedores quienes ejerciten tales acciones de responsabilidad, puesto que tienen la iniciativa, conforme alart. 48.3 LC, de cuando menos obtener el embargo de bienes de algunos responsables de un eventual concurso culpable con insuficiencia de masa para atender las deudas sociales,. De esta forma podría evitarse el riesgo, que ciertamente puede concurrir, de que mediante el ejercicio de estas acciones extraconcursales se pretendan eludir los sacrificios que suelen corresponder a los acreedores en el concurso, acudiendo directamente al patrimonio del administrador social. Se trata simplemente de que si prosperan tales acciones extrañas al concurso haya prioridad lograda con el embargo preventivo delart. 48.3 LC adoptado con anterioridad a la ejecución, provisional o definitiva, de una eventual sentencia condenatoria.
F) Según destaca elauto de la AP Madrid de 13 de noviembre de 2.007, "En la más reciente reforma delart. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, operada por laLey 19/2005, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, se justificó la enmienda en virtud de la que se introdujo la reforma del citado precepto legal de la siguiente forma: "Finalmente, la modificación del artículo 262.5 del TRLSA lleva a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta ley y laLey 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia laLey 22/2003, de 9 de julio. La finalidad con la que se introducía esta reforma fue, por tanto, la de coordinar la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales prevista en la normativa societaria con la prevista en la Ley Concursal, y sin embargo no se introdujo previsión legal alguna acerca de que la declaración del concurso de la sociedad supusiera un obstáculo para el ejercicio de las acciones de exigencia de responsabilidad de los administradores previstas en la normativa societaria.". ": SAP Baleares (Sección 5) 12.01.2011 (JUR 2011/119809; Sentencia 5/2011; Rollo 318/2010)

AP Córdoba

“ 1.- En contra de lo que pretende la parte recurrente, el artículo 8.6 de la Ley Concursal no otorga al juez del concurso competencia para conocer de las actuaciones de orden administrativo realizadas por la Tesorería General de la Seguridad Social para derivar la responsabilidad por deudas sociales a los administradores de la sociedad con anterioridad a la declaración de concurso. En primer lugar, porque el citado precepto limita la competencia del juez mercantil a las actuaciones perjudiciales realizadas por los administradores durante la tramitación del procedimiento; y en este caso, la derivación discutida se refiere a actuaciones previas al concurso. Y en segundo lugar, porque esta competencia se enmarca en la que con más amplitud formula el artículo 48.2 de la Ley Concursal, que tampoco ampara la competencia del juez del concurso en estos casos. En efecto, el artículo 48.2 de la Ley Concursal se refiere exclusivamente a las acciones de responsabilidad que asistan a la sociedad mercantil concursada frente a sus administradores, liquidadores o auditores, es decir, a la acción social de responsabilidad. Por esta razón, este precepto no se refiere ni a la acción individual de responsabilidad que pueden ejercitar los terceros y socios por los daños que hayan podido causarles los administradores, liquidadores o auditores con su conducta ilícita, ni tampoco a la responsabilidad-sanción derivada del incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad cuando concurre causa legal para ello. Como consecuencia de esta distinción entre uno y otro tipo de acciones, al hacer mención el artículo 48.2 de la Ley Concursal únicamente a la acción social de responsabilidad y no a las otras dos, los titulares de las acciones distintas a la social conservan la posibililidad de ejercitar acciones individuales de responsabilidad para obtener la reparación de los daños causados en su patrimonio y, lo que es más importante a los efectos que nos ocupan, los acreedores sociales (en este caso, la Tesorería General de la Seguridad Social) podrán exigir el pago del crédito a los administradores de la sociedad concursada fuera del concurso. Además, cuando dichas acciones se hubieran iniciado o entablado con anterioridad a la declaración de concurso, continuarán por su propio cauce procesal hasta que se dicte resolución firme, incluso aunque fuera parte el concursado, según se desprende del artículo 51.1 de la Ley Ley Concursal.
2.- La compatibilidad de la acción individual de responsabilidad con el concurso es evidente, puesto que la misma no se ejercita contra la sociedad concursada, ni contra su patrimonio, sino contra terceros (administradores, liquidadores o auditores) que no están en concurso, por lo que no operan las restricciones legales que se establecen respecto del ejercicio de acciones contra el concursado (artículos 50 a 57 de la Ley Concursal). Y otro tanto sucede con el ejercicio de la acción de responsabilidad-sanción por no disolución, máxime porque la sanción cobra todo su sentido cuando la sociedad sea declarada en concurso sin que los administradores hubieran adoptado las medidas previstas en la Ley para evitarlo; y por ello, a la responsabilidad del patrimonio social puede venir a

sumarse la de los patrimonios personales de los administradores. Siendo indiferente a estos efectos que dicha responsabilidad individual se exija en vía judicial ante los Juzgados de lo Mercantil, o en vía administrativa, como sucede en este caso, en un procedimiento administrativo de derivación de responsabilidad, al amparo del artículo 15.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 13 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, interpretando conjunta y sistemáticamente los artículos 8.6, 48.2 y 54.4 de la Ley Concursal y el artículo 86 ter 1.6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta que el juez del concurso será competente para conocer de cualquier acción social de responsabilidad (ya sea ejercida por la propia sociedad, la administración concursal o los legitimados subsidiarios), mientras que –por el contrario- no lo será para el conocimiento de las acciones individuales de responsabilidad, subjetivas u objetivas, que ejerciten los acreedores contra los administradores sociales en reclamación de créditos por deudas sociales (aunque sí lo sea, por su cualidad de Juez de lo Mercantil, fuera del concurso, por mor de lo dispuesto en el artículo 86 ter 2 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tratarse de acciones promovidas al amparo del derecho de sociedades mercantiles; tratándose en todo caso de acciones extraconcursales). Así mismo, y por las razones expuestas, no se infringen por la sentencia de instancia los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 172.3 de la Ley Concursal, puesto que el propio artículo 48.2 de la Ley Concursal, en su último párrafo, aclara expresamente que la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado. Es decir, se establece una total indepedencia entre entre las acciones de responsabilidad por daños contra administradores y liquidadores y los efectos que sobre ellos pudieran recaer como consecuencia de la calificación del concurso como culpable, en el doble sentido de que la formación de la sección sexta ni pone fin a las acciones ejercitadas, ni impide su ejercicio. Téngase en cuenta que esta compatibilidad tiene sentido porque la acción individual de responsabilidad únicamente beneficia al acreedor o socio que la ejercita, mientras que la sanción de cobertura del déficit del artículo 172.3 de la Ley Concursal beneficia a la masa ("acreedores concursales", en la dicción del precepto).": SAP Córdoba (Sección 3) 03.04.2008 (Rollo 34/2008)

"PRIMERO.- La primera cuestión que plantea el recurso de apelación, relativa a una supuesta infracción procesal por vulneración de la incompatibilidad entre las acciones de responsabilidad de administradores con la existencia de un procedimiento concursal de la sociedad administrada, ya ha sido tratada por esta misma Sección en diversas resoluciones precedentes (por citar sólo las más recientes, Autos de 20 de abril y 20 de junio de 2012 y Sentencia de 26 de junio de 2012). Como decíamos en tales resoluciones, es cierto que la posibilidad de demandar a un administrador social de una sociedad declarada en concurso produjo en su momento cierta polémica (más doctrinal que jurisprudencial, dicho sea de paso). Sin embargo, aunque pudiera parecer contradictorio el que ante una situación concursal puedan exigirse de forma coetánea distintas responsabilidades a los administradores sociales, por un lado en el concurso (artículo 172 de la Ley Concursal), y fuera del mismo (artículos 133 a 135 y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, y
105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada -actuales artículos 236 a 241 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital -), tal posibilidad de ejercicio no obedece a un descuido del legislador pues al tiempo de aprobarse la Ley Concursal se tuvo ocasión de recoger, en la Ley de Sociedades Anónimas, en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o en la propia Ley Concursal la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad del artículo 172.3 de la Ley Concursal respecto de las contempladas en las demás leyes, y no se hizo. En efecto, la propia Ley Concursal reformó, mediante sus Disposiciones Finales 20 y 21, los artículos 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y ni en ese tipo de responsabilidad se posterga o dispone la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso, ni los demás preceptos de tales leyes fueron objeto de modificación para acordarlo. Tampoco existía en la Ley Concursal, al tiempo de interponerse la demanda, precepto alguno que impidiera ejercer acciones no concursales frente a los administradores sociales de la sociedad concursada, por lo que no hay impedimento o postergación para el ejercicio de las acciones extraconcursales frente a un no concursado como es el administrador social. Es más, en la más reforma del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, operada por la Ley 19/2005, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, se justificó la enmienda en virtud de la que se introdujo la reforma del citado precepto legal de la siguiente forma: "Finalmente, la modificación del artículo 262.5 del TRLSA lleva a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio" (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados. 16 de marzo de 2005, pág. 25). La finalidad con la que se introducía esta reforma fue, por tanto, la de coordinar la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales prevista en la normativa societaria con la prevista en la Ley Concursal, y sin embargo no se introdujo previsión legal alguna acerca de que la declaración del concurso de la sociedad supusiera un obstáculo para el ejercicio de

las acciones de exigencia de responsabilidad de los administradores previstas en la normativa societaria.
SEGUNDO.- Por otra parte, el propio artículo 48.2 de la Ley Concursal, en su redacción vigente a la fecha de interposición de la demanda, disponía en su último párrafo que "la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado", precepto que, al referirse a una pluralidad de acciones, ha de entenderse que no aludía únicamente a la acción social, a la que se refiere en párrafos anteriores, sino a la totalidad de las acciones de responsabilidad. Además, resulta significativo que una de las acciones que pueden dirigirse frente al administrador social, la que compete a la sociedad por el daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o los estatutos o incumpliendo sus deberes de administrador, la acción social del artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas, vea ampliada su legitimación a la administración concursal en el artículo 48.2 de la Ley Concursal, posibilitando con ello ejercitar tal acción social durante el concurso. Por otro lado hay que señalar que el fundamento de la acción individual o la responsabilidad "ex lege" por deudas no tiene por qué ser coincidente con la responsabilidad concursal que previene el artículo 172.3 de la Ley Concursal (actual artículo 172 bis). Con relación a la responsabilidad "ex lege" de los arts. 262 LSA y 105 LSRL la diferencia es evidente, pues no hay un solo precepto en la Ley Concursal que contemple que haya de analizarse dentro del concurso la responsabilidad por no convocar junta para la disolución o adecuación del capital, de manera que difícilmente puede sostenerse que haya de tener que aguardar un acreedor a la finalización del concurso para exigir responsabilidad por omisiones que nunca se dilucidarán concursalmente. Además puede constatarse como el artículo 172.3 LC limita la responsabilidad a quienes hayan sido administradores sociales en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, mientras que conforme al artículo 949 Ccom. podría un acreedor actuar frente al administrador social por los dos años inmediatamente anteriores, e incluso, al no ser apreciable de oficio la prescripción que contempla este precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1999 y 22 de diciembre 2000), por otros que superen el término de cuatro años.
TERCERO.- Ciertamente, en la actualidad la situación ya no es la misma, porque la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (que entró en vigor el 1 de enero de 2012) modificó los artículos 8.7, 48 y 51.1 y, en lo que aquí interesa, introdujo tres nuevos artículos, el 48 bis, el 48 quáter y el 51 bis, conforme a todos los cuales la acción individual de responsabilidad no queda afectada por la declaración de concurso, en tanto que la acción por incumplimiento de deberes legales por parte de los administradores queda afectada en el sentido de que los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso quedan en suspenso como consecuencia de dicha declaración y hasta que no concluya el concurso (suspensión que debe ser acordada por el juez mercantil que conozca del procedimiento, en cuanto conozca la declaración del concurso), mientras que una vez declarado el concurso, no pueden ejercitarse estas acciones. Sin embargo, esta reforma, o si se quiere, esta nueva situación legal, no es aplicable al caso que nos ocupa, porque la Disposición Transitoria 1ª de la mencionada Ley 38/2011 establece que sólo será de aplicación a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor, salvo unas excepciones entre las que no se encuentran los preceptos expuestos, ni tampoco se prevé su aplicación retroactiva en el resto de Disposiciones Transitorias que prevé la propia norma (en este sentido, Sentencia de esta misma Sección de 26 de junio de 2012). Razones por las cuales este primer motivo de apelación debe ser desestimado.”: SAP Córdoba (Sección 3) 22.03.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 79/2013)

“1.- La primera cuestión que plantea el recurso de apelación de los Sres. Pablo y Maximiliano Carlos Jesús, relativa a una supuesta infracción procesal por vulneración de la incompatibilidad entre las acciones de responsabilidad de administradores con la existencia de un procedimiento concursal de la sociedad administrada, ya ha sido tratada por esta misma Sección en diversas resoluciones precedentes (verbigracia, Autos de 20 de abril y 20 de junio de 2012 y Sentencias de 26 de junio de 2012 y 22 de marzo de 2013). Como decíamos en tales resoluciones, es cierto que la posibilidad de demandar a un administrador social de una sociedad declarada en concurso produjo en su momento cierta polémica (más doctrinal que jurisprudencial, dicho sea de paso). Sin embargo, aunque pudiera parecer contradictorio el que ante una situación concursal pudieran exigirse de forma coetánea distintas responsabilidades a los administradores sociales, por un lado en el concurso (artículo 172 de la Ley Concursal), y fuera del mismo (artículos 133 a 135 y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 69 y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada -actuales artículos 236 a 241 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital -), tal posibilidad de ejercicio no obedeció a un descuido del legislador, pues al tiempo de aprobarse la Ley Concursal se tuvo ocasión de recoger, en la Ley de Sociedades Anónimas, en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o en la propia Ley Concursal la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad del (anterior) artículo 172.3 de la Ley Concursal respecto de las contempladas en las demás leyes, y no se hizo. En efecto, la propia Ley Concursal reformó, mediante sus Disposiciones Finales 20 y 21, los artículos 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y ni en ese tipo de responsabilidad se posterga o dispone la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso, ni los demás preceptos de tales leyes fueron objeto de modificación para acordarlo. Tampoco existía en la Ley Concursal, al tiempo de interponerse la demanda, precepto alguno que impidiera ejercer acciones no concursales frente a los administradores sociales de la sociedad concursada, por lo que no hay impedimento o postergación para el ejercicio de las acciones extraconcursales frente a un no concursado como es el administrador social. Es más, en la reforma del artículo 262.5 de la Ley de

Sociedades Anónimas, operada por la Ley 19/2005, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, se justificó la enmienda en virtud de la que se introdujo la modificación del citado precepto legal de la siguiente forma: "Finalmente, la modificación del artículo 262.5 del TRLSA lleva a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio" (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados. 16 de marzo de 2005, pág. 25). La finalidad con la que se introducía esta reforma fue, por tanto, la de coordinar la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales prevista en la normativa societaria con la prevista en la Ley Concursal, y sin embargo no se introdujo previsión legal alguna acerca de que la declaración del concurso de la sociedad supusiera un obstáculo para el ejercicio de las acciones de exigencia de responsabilidad de los administradores previstas en la normativa societaria.

2.- Por otra parte, el propio artículo 48.2 de la Ley Concursal, en su redacción vigente a la fecha de interposición de la demanda, disponía en su último párrafo que "la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado", precepto que, al referirse a una pluralidad de acciones, ha de entenderse que no aludía únicamente a la acción social, a la que se refiere en párrafos anteriores, sino a la totalidad de las acciones de responsabilidad, incluyendo la individual, que es la ejercitada en este caso. Además, hay que señalar que el fundamento de la acción individual o la responsabilidad "ex lege" por deudas no tiene por qué ser coincidente con la responsabilidad concursal que previene el artículo 172.3 de la Ley Concursal (actual artículo 172 bis). Igualmente, puede constatarse como el artículo 172.3 de la Ley Concursal limita la responsabilidad a quienes hayan sido administradores sociales en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, mientras que conforme al artículo 949 del Código de Comercio podría un acreedor actuar frente al administrador social por los dos años inmediatamente anteriores, e incluso, al no ser apreciable de oficio la prescripción que contempla este precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1999 y 22 de diciembre 2000), por otros que superen el término de cuatro años. Pero es que, además, tras la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (que entró en vigor el 1 de enero de 2012), que modificó los artículos 8.7, 48 y 51.1 y, en lo que aquí interesa, introdujo tres nuevos artículos, el 48 bis, el 48 quáter y el 51 bis, la situación sigue siendo la misma, porque conforme a los preceptos citados la acción individual de responsabilidad no queda afectada por la declaración de concurso, modificándose únicamente lo relativo a la acción social y a la acción por incumplimiento de deberes legales por parte de los administradores (art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital). Aparte que la mencionada reforma tampoco afectaría al procedimiento en curso, porque la Disposición Transitoria 1ª de la mencionada Ley 38/2011 establece que sólo será de aplicación a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor, salvo unas excepciones entre las que no se encuentran los preceptos expuestos, ni tampoco se prevé su aplicación retroactiva en el resto de Disposiciones Transitorias que prevé la propia norma (en este sentido, Sentencias de esta misma Sección de 26 de junio de 2012 y 22 de marzo de 2013). Razones por las cuales este primer motivo de apelación debe ser desestimado.

3.- En cuanto a la procedencia de exigir responsabilidad a los administradores sociales por una deuda que está reconocida en la masa pasiva del concurso de la sociedad administrada, en la demanda no se pretende que los administradores cumplan de manera supletoria lo que la sociedad no ha cumplido respecto del pago de una deuda concursalmente reconocida; sino que lo que se exige a los administradores es responsabilidad civil por una negligencia en el ejercicio de sus funciones de administración de la sociedad, por no haber garantizado las cantidades entregadas a cuenta por el comprador de unas viviendas, tal y como exigen el artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación. Respecto de la acción individual de responsabilidad del administrador social, para que pueda subsumirse el caso concreto en el supuesto de hecho del referido artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales artículos 236 y 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), es preciso que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial - Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006, 3 de mayo de 2007 y 16 de julio de 2012, y las que en ellas se citan-, concurran tres elementos: a) Conducta antijurídica; b) Producción del daño; y c) Relación de causalidad entre la conducta y el daño. En este caso, la conducta antijurídica es patente, puesto que la sociedad promotora no constituyó la garantía a que venía obligada conforme a la legislación antes citada, siendo sus administradores quienes tenían que haber llevado a cabo la pertinente actuación para la formalización de dicha garantía. Respecto al segundo requisito, también está acreditado el daño económico producido al comprador, D. Ismael, puesto que el mismo se ha encontrado sin la posibilidad de recibir las dos viviendas que había adquirido y sin poder recuperar las cantidades entregadas a cuenta del precio, más allá del incierto destino concursal que tenga su crédito; reconocimiento del mismo en el concurso y acción de responsabilidad contra el administrador social que no supone duplicidad alguna, pues si el perjudicado lograra resarcirse con el patrimonio del administrador, dicha indemnización se descontaría de la cantidad que pudiera percibir en el concurso (artículo 160 de la Ley Concursal). Y por último, la

relación de causalidad también es evidente, puesto que la omisión por parte de los administradores de sus deberes como tales, que incluían el cumplimiento de la legislación vigente y de lo pactado en el contrato, respecto de la constitución de las garantías oportunas para salvaguardar las cantidades entregadas a cuenta por el comprador para la adquisición de las viviendas, es causa inmediata del daño patrimonial producido al demandante. Sin que dicha omisión pueda trasladarse al perjudicado, con el argumento de que no exigió expresamente la constitución o prestación del aval o la contratación del seguro, puesto que ello ya venía exigido por la Ley y por el contrato, y el artículo 1.258 del Código Civil dispone que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. No cabe, por tanto, hablar en modo alguno de negligencia del comprador, puesto que la obligación competía en exclusiva a la promotora-vendedora. Razones todas por las que este recurso debe ser desestimado.”: SAP Córdoba (Sección 3) 30.09.2013 (Sentencia 156/2013; Rollo 212/2013)

AP Jaén

“Primero.-Por la representación procesal de la parte demandada, se apela la sentencia de instancia, pretendiendo en esta alzada su revocación, y se dicte nueva sentencia por la que se estime la contestación a la demanda con respecto a las excepciones planteadas y se desestime la demanda con imposición de las costas procesales a la parte demandante.
La parte apelante plantea en primer lugar las excepciones alegadas en la instancia, resueltas en la audiencia previa y respecto al fondo del asunto, la vulneración del artículo 363 y artículo 367 de la Ley de Sociedades de capital por entender que ha quedado acreditado que había suficiente patrimonio para los debitos del futuro concurso y que la empresa funcionó con normalidad desde el año 2006 en que se inició la obra y los sucesivos.
Pues bien, las excepciones reproducidas en esta alzada deben ser rechazadas ya que respecto a la extemporaneidad de la acción, por existir declarado un concurso de acreedores, si bien el artículo 50.1 de la Ley Concursal no establece de forma absoluta la abstención de los jueces del orden civil de conocer sobre la demanda interpuesta ante los mismos, en el presente caso se ejercitó una acción de responsabilidad individual de los administradores sociales, el tema que se opone, mediante excepción es si estas acciones pueden ejercitarse al margen del concurso y de la responsabilidad exigible a los administradores en sede concursal; y en este sentido, esta Sala coincide con el juzgador de instancia sobre la compatibilidad de las acciones por ser distintas responsabilidades, una concursal y otra extraconcursal, cuya posibilidad de ejercicio no es un olvido del legislador, pues pudo establecerse otra cosa al tiempo de aprobarse la Ley concursal, una imposibilidad de ejercitar la acción extraconcursal o propiedad de ejercicio al artículo 172-3 de dicha Ley concursal, y no hizo, especialmente al reformar los artículos 262 de la L.S.A y artículo 105 de la L.S.R.L., como tampoco mediante algún otro precepto del hoc que así lo establece, frente a un no concursado.
A mayor abundamiento, lo dispuesto en el artículo 60-2 de la Ley Concursal, como excepción al artículo 1973 del Código Civil, permitiendo la interrupción del plazo para ejercitar las acciones frente a los administradores sociales, durante la tramitación del concurso, a cuyo término se inicia un nuevo plazo.
Más explícito es el artículo 48-2 de la Ley Concursal, al disponer que "la formación de la sección de calificación no afectara a las acciones de responsabilidad que se hubieren ejercitado".
Este es el criterio mayoritario en la doctrina y Tribunales mercantiles y en consecuencia, también el procedimiento seguido ha sido el adecuado, y los hechos controvertidos fijados por la actora en la demanda formulada se sitúan en la responsabilidad de los administradores de la referida sociedad, de conformidad con el artículo 104 de la L.S.R.L., y en el artículo 105 de dicha Ley, actual artículo 367 de la Ley se Sociedades de capital, mientras que el proceso concursal se dirige contra la concursada, y el presente se dirige contra los administradores de la misma. Por otro lado en el proceso concursal el objeto del proceso de dirige bien a la continuidad de la actividad mediante convenio con la empresa o a la liquidación ordenada de la misma y este se dirige a la determinación de la responsabilidad solidaria que puede nacer respecto de los administradores, que constituye, efectivamente un prius pero que nada impide que se pueda discutir en juicio aparte.
Por otro lado y el hecho de no reclamar contra la sociedad no constituye óbice alguno para poder dirigirse contra los administradores de la misma. Bien es cierto que la determinación de la existencia de deuda es uno de los elementos necesarios del artículo 105 citado, pero también lo es que se constituye como un prius no necesariamente prejudicial en los términos que hemos señalado. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005, en referencia a un caso de responsabilidad individual señala que "la prosperabilidad de la acción de responsabilidad individual de los administradores no exige, cuando la lesión de interés del accionante derive de una deuda impagada de la sociedad, de modo indefendible, el presupuesto de la condena el pago de la entidad".
El análisis de la alegada excepción procesal por falta de legitimación pasiva debe realizarse entrando en el fondo del asunto, pues no se trata de una legitimación ad procesum, sino ad causam y de esta forma fue rechazada en la audiencia previa por el juzgador, al igual que la alegación de falta de litiscansorcio pasivo necesario, que también debe ser desestimada y en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 2006, nos da la solución al señalar en estos supuestos, que la aplicabilidad del artículo 1974 del Código Civil a las obligaciones solidarias por naturaleza, "la interrupción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores".

Así pues las distintas excepciones alegadas han sido acertadamente desestimadas por el juzgador de instancia. ”: SAP Jaén (Sección 1) 12.05.2011 (Sentencia 113/2011; Rollo 157/2011)

AP La Coruña

“PRIMERO.-La sentencia del Juzgado de lo Mercantil objeto de la presente apelación, estimando la demanda formulada por parte de cuatro ex trabajadores de la sociedad concursada, condenó a la administradora demandada ahora apelante al pago solidario de varias deudas sociales pendientes con aquéllos, por responsabilidad por incumplimiento en su de la obligación legal de promover oportunamente la disolución de la sociedad, debido a las pérdidas que dejaron reducido su patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (31.011 euros frente a un patrimonio neto negativo de 123.915,26 euros a 31 de diciembre de 2008), sin haber puesto remedio, hasta la solicitud tardía de concurso (29/12/2009), todo ello en aplicación del artículo 105.5 en relación al 104.1-e) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 262.5 en relación al 260.1-4º LSA), anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital.
Además de la normativa y jurisprudencia sobre la materia, la sentencia consideró compatible la existencia del concurso con el ejercicio con base en la normativa societaria de las acciones de responsabilidad contra los administradores, y aceptó las cantidades reclamadas por los demandantes.
SEGUNDO.-Recurre en apelación la sociedad demandada alegando vulneración de los principios concursales de universalidad y paridad de acreedores ordinarios ("pars conditio creditorum"), con base en lo dispuesto en el artículo 60.2 de la Ley Concursal sobre la interrupción de la prescripción de las acciones contra los administradores y otros desde la declaración hasta la conclusión del concurso, la interpretación integradora de la Ley, así como su interpretación sistemática e histórica a la luz de la reforma de la Ley 38/2011 de 10-10, con entrada en vigor el 1/1/2012.
Se sostiene la incompatibilidad entre el proceso universal del concurso de acreedores y las acciones de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada. Se invocan en este sentido los autos del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 13/12/2005 y el del Juzgado nº 10 de Santander de 13/2/2006. Se desprendería también del artículo 60.2 LC. La propia sentencia apelada reconocería ciertos argumentos y que se trata de una cuestión polémica. La corrección de la interpretación defendida por la demandada se vería confirmada con la Ley de reforma 38/2011 (arts. 50 y 51-bis).
Igualmente se alega infracción de los artículos 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24.1 de la Constitución, y su jurisprudencia, por incongruencia omisiva al no haberse pronunciado la sentencia apelada sobre la cuestión alegada por esta parte acerca de la improcedencia legal de determinados conceptos y cuantías de la reclamación por haberse devengado antes del momento de incurrir en la causa de disolución, en lo que se insiste ahora.
TERCERO.-Por la parte actora-apelada se alegó en contra del recurso y la absoluta conformidad con la sentencia. A la presentación de la demanda la doctrina predominante sería la de que el concurso no veda el acceso de los terceros acreedores de la sociedad al planteamiento de acciones de responsabilidad extraconcursal. Se invoca doctrina (Comentarios a la Ley Concursal de Rojo-Beltrán), y las sentencias de la Audiencia Provincial (28ª) de Madrid de 13/11/2007 y del Juzgado de lo Mercantil 1 de Bilbao de 29/12/2006. La reforma legislativa no sería de aplicación retroactiva. Y tampoco se daría incongruencia ni error en cuanto a los importes, porque la causa de disolución se situaría a finales de 2008-principios de 2009, las cantidades adeudadas estarían definidas y determinadas por la sentencia del Juzgado de lo Social, y las cuestiones planteadas de contrario habrían sido desestimadas implícitamente.
CUARTO.-Está claro que a partir del 1/1/2012, fecha general de entrada en vigor de la reforma Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 (D.F. 3ª-1), se termina la polémica al impedir a partir de entonces la nueva normativa este tipo de acciones de responsabilidad mientras dure el proceso concursal, tanto respecto de nuevos juicios como de los pendientes. Así resulta del artículo 50.2 LC, al ordenar la inadmisión a trámite de las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución, so pena de nulidad; al tiempo que el artículo 51 bis ordena, una vez declarado el concurso, la suspensión de los juicios declarativos iniciados con anterioridad en los que se hubieran ejercitado este tipo de acciones (no habla de las acciones individuales por culpa o indemnizatorias).
Creemos que se trata de una nueva normativa, no aplicable retroactivamente a los casos sometidos a la legislación anterior a su entrada en vigor, conforme resulta del régimen general de la Disposición Transitoria Primera de la propia Ley 38/2011 ("la presente ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor"), que no ha dispuesto especialidad en esta materia.
QUINTO.-La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña de 29/7/2011, objeto de esta apelación, razonó sobre la cuestión lo siguiente:
La Ley Concursal no establece un sistema de coordinación de las acciones de responsabilidad de administradores establecidas en la legislación societaria y el procedimiento concursal. Esta ausencia de una regulación coordinada ha venido dificultando la respuesta a una cuestión relevante: Si cabe entablar o mantener esas acciones de responsabilidad frente a los administradores de una sociedad en concurso.

Ante la problemática expuesta han surgido dos posiciones doctrinales y jurisprudenciales encontradas. De un lado, están: quienes afirman que las acciones de responsabilidad de los administradores no son compatibles con el procedimiento concursal, criterio mantenido por la demandada. De otro, están quienes abogan por la autonomía de las acciones societarias frente al concurso, aceptando así que los titulares de dichas acciones puedan entablarlas incluso con posterioridad a la declaración del concurso, postulado este en el que se ampere el actor. El foco del problema se sitúa principalmente en las acciones de responsabilidad que hacen referencia a los intereses individuales de terceros, en particular, los acreedores (es decir, la acción individual de responsabilidad -art. 241 LSC- y la acción de responsabilidad por deudas sociales -art. 367 LSC-). En cuanto a la acción social de responsabilidad, la posibilidad de su ejercicio tras la declaración de concurso no ofrece dudes, como lo prueba que la legitimación activa para su ejercicio se atribuya, además de a los legitimados activamente según la legislación societaria, a los administradores concursales (art. 48.2 LC).

En un primer acercamiento a la cuestión, no parece que la situación de concurso de una sociedad debiera afectar a la posición del socio, acreedor o tercero a quien la normativa societaria atribuye el derecho a reclamar frente a los administradores de la sociedad concursada -y no frente a la propia sociedad- los daños directamente causados por éstos o, en determinados supuestos, las deudas contraídas por la sociedad a partir del momento en que ésta se halla incursa en cause de disolución. En efecto, si con el ejercicio de las acciones de responsabilidad frente a los administradores no se afecta al patrimonio de la sociedad concursada, no parece que la existencia del concurso puede ser óbice para el ejercicio de las acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores del concursado. Sin embargo, este esquema se desdibuja un tanto a la luz del art. 172.3 LC, que convierte el patrimonio de los administradores en una fuente -potencial, si se quiere- de cobro por parte de los acreedores sociales, vinculando dicho patrimonio con el devenir del concurso y, en particular, con las expectativas y posibilidades de cobra de los acreedores.

La posibilidad de que los administradores de la sociedad concursada, bajo determinadas circunstancias, puedan llegar a verse obligados a hacer frente total o parcialmente a las deudas sociales que no se puedan satisfacer con la masa activa, arroja ciertas dudas sobre el presupuesto en el que se basa la teoría de la compatibilidad (la separación entre patrimonio social y patrimonio de los administradores).

En este escenario, un sector de la doctrina y la jurisprudencia son partidarios de excluir o limitar la posibilidad de que el patrimonio de los administradores de la sociedad concursada se vea o se pueda ver "agredido" al margen del concurso, sobre todo, cuando esa "agresión" pueda provenir de terceros en quienes concurra la condición de acreedores de la sociedad concursada, ya que, en ese caso, al permitir dicha posibilidad, se podrían alterar las reglas de ordenación del cobro en una situación de concurso y, al propio tiempo, el principio de la par conditio creditorum.

En esencia, este es el motivo fundamental que ha llevado a parte de la doctrina a negar la posibilidad de entablar las acciones de responsabilidad de administradores durante la vigencia del procedimiento concursal. Esta postura, sobre la base del mismo razonamiento, también ha sido asumida por algún órgano judicial. Así, por ejemplo, cabe citar los Autos de los Juzgados de lo Mercantil de Oviedo y de Santander de 13 diciembre 2005 y 13 febrero 2006.

La autonomía de las acciones societarias respecto del concurso puede provocar, como se ha apuntado, resultado, en principio, poco deseable: que los acreedores que tengan derecho a ello pretendan el cobro de sus créditos mediante la vía paraconcursal de las acciones societarias de responsabilidad, circunvalando así el régimen de calificación de créditos y de page de estos, pudiendo incluso llegar a vaciar la condena a la cobertura del déficit prevista en el art. 172.3 LC. Ciertamente, en la medida en que otorga "al acreedor más avispado o ágil" (según terminología empleada per el Juzgado de lo Mercantil de Santander en su Auto de 13 febrero 2006) la posibilidad de cobrar su crédito con preferencia sobre el resto, esta solución no parece óptima desde un punto de vista de política legislativa. Sin embargo, como apuntan los detractores de la teoría de la incompatibilidad de las acciones de responsabilidad social vigente el concurso, nada indica que el legislador haya optado por otra distinta; más bien todo lo contrario. Así, frente a la tesis de la incompatibilidad, se vienen formulando determinadas objeciones que redundan en favor de la que defiende la compatibilidad.

Las únicas previsiones de la Ley Concursal relativas a la trascendencia de la apertura del concurso para las acciones de exigencia de responsabilidad a los administradores no excluyen la posibilidad de ejercicio de las acciones sociales e individuales de responsabilidad. En efecto, el art. 48.2 LC prevé que "la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado", esa referencia a una pluralidad de acciones no debe circunscribirse a la posibilidad de ejercitar únicamente la acción social vigente el concurso, sino también cualquiera de las acciones de responsabilidad social contempladas en la legislación societaria. En este sentido han tenido ocasión de pronunciarse la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid por Autos de 13 noviembre 2007, 18 diciembre 2009 y 21 mayo 2010 y la Audiencia Provincial de Las Palmas en Sentencia de 6 marzo 2009.

La falta de una norma concreta de la Ley Concursal que dote de base legal a la teoría de la incompatibilidad se ha intentado suplir forzando -en exceso, bajo nuestro punto de vista- el tenor del art. 60.2 LC, que afirma que "desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedare interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora". Partiendo de este precepto se viene sosteniendo que la única justificación posible a la indicada interrupción del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad viene dada por la imposibilidad de su ejercicio durante la tramitación del concurso.

Sin embargo, no se considera que esa interpretación pueda compartirse, por cuanto lo único que parece perseguir la Ley Concursal con ese precepto es precisamente privilegiar al acreedor ampliando, mediante la interrupción de la prescripción, el plazo que fija el art. 949 CCom. pare el ejercicio de las referidas acciones y, en definitiva, permitiendo que el acreedor aguarde - si lo considera oportuno al resultado del concurso. La tesis de la incompatibilidad prescinde del hecho de que la Ley Concursal cuenta con un mecanismo específico para evitar que las "agresiones" al patrimonio de los administradores perjudiquen injustificadamente a los acreedores, este mecanismo es el embargo de los bienes de los administradores del concursado, regulado en su art. 48.3.
A la vista de este precepto, parece claro que no hay necesidad de acudir a interpretaciones forzadas del art. 60.2 LC para proteger las expectativas de cobro de los acreedores.
En definitiva, parece razonable argüir que si el legislador hubiera querido limitar de algún modo los efectos de la protección otorgada, con carácter general, por la legislación societaria, debería haberse pronunciado expresamente en ese sentido. No haberlo hecho, máxime cuando ha tenido oportunidades sobradas para ello, permite sostener que la situación de concurso alterase el esquema de las acciones de responsabilidad frente a los administradores. Por tanto, asumiendo que se esta ante una cuestión controvertida, se ha terminado por imponer la tesis que defiende la compatibilidad de las acciones societarias y el concurso.
SEXTO.-Matizaciones al margen, aceptamos los anteriores razonamientos de la sentencia de primera instancia, no obstante reconocer la seriedad de los argumentos de la tesis contraria, defendidos en el recurso de apelación y en los interesantes autos del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 13/12/2005 (revocado por el AAP (1ª) Asturias de 29/12/2006, con base en haberse ejercitado la acción contra los administradores con anterioridad a la declaración del concurso, ser distinta y obedecer a diversos requisitos que la de reclamación frente a la sociedad, no pudiendo verse afectada por el concurso, como se desprende del art. 48.2 LC y de la doctrina) y del JPI 10 (mercantil) de Santander de 13/2/2006.
Sin embargo, con fundamento en la normativa anterior aplicable al caso, nos alineamos con la tesis de la compatibilidad, por tener encaje la acción ejercitada en la normativa societaria (art. 105.5 LSRL, 262.5 LSA, 367 LSC); por no tratarse del concurso los administradores; por el principio general de responsabilidad y de interpretación restrictiva de las prohibiciones y limitaciones; por no haber prohibición expresa en la Ley Concursal para el ejercicio de las acciones en cuestión; incluso el art. 48 admite las acciones sociales, ampliando la legitimación activa a la administración concursal; como tampoco se impidió ni dijo nada distinto en las sucesivas reformas de la legislación societaria; porque la interrupción de la prescripción del artículo 60.2 LC no es en perjuicio sino en beneficio de los acreedores, ampliando su campo de posibilidades al permitirles esperar al resultado del concurso sin que corra el tiempo en su contra; porque ha sido necesaria la reforma legislativa 38/2011 para establecer la incompatibilidad al no estar prevista con anterioridad; porque en principio el concurso no implica la disolución de la sociedad; y porque si bien cabe una eventual responsabilidad de los administradores en los supuestos de concursos culpables que permita allegar activos para pago de los créditos del concurso de la sociedad (art. 172), lo cierto es que la calificación no es la finalidad esencial del concurso, ni la apertura de la sección sexta obligatoria ni imprescindible sino en casos especialmente gravosos (art. 163 anterior a la reforma, 167 actual), sin perjuicio de otras posibles acciones vía normativa societaria; disponiendo incluso el artículo 48.2 que la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado (aunque también podría referirse solo a las acciones sociales o a las anteriores a la declaración del concurso); aparte de las medidas cautelares que podrían adoptarse en el seno del procedimiento concursal a tal fin.
SÉPTIMO.-Aparte de la doctrina mayoritaria, podemos señalar en la misma línea y en apoyo de la tesis las siguientes sentencias:
-SAP 28ª Madrid de 13/11/2007, al examinar el requisito del "fumus boni iuris" en medidas cautelares, reiterada posteriormente en otras como la de 18/12/2009, en el sentido de no existir prohibición legal que impida demandar a un administrador social y obtener contra él la adopción de medidas cautelares, aunque la sociedad por él gestionada se halle declarada en concurso y existan mecanismos dentro de este tipo de proceso para exigir a aquél determinadas responsabilidades. Las razones son las siguientes:
Ha de ponerse de relieve que si bien puede parecer contradictorio el que ante una situación concursal puedan exigirse de forma coetánea distintas responsabilidades a los administradores sociales, por un lado en el concurso (art. 172 de la Ley Concursal), y fuera del mismo (arts. 133 a 135 y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), tal posibilidad de ejercicio no obedece a un descuido del legislador pues al tiempo de aprobarse la Ley Concursal se tuvo ocasión de recoger, en la LSA, LSRL o en la propia Ley Concursal la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad del art. 172.3 LC respecto de las contempladas en las demás leyes, y no se hizo.
En efecto, la propia Ley Concursal reformó en las Disp. Finales 20 y 21 los arts. 262 LSA y 105 LSRL, y ni en ese tipo de responsabilidad se posterga o dispone la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso, ni los demás preceptos de tales leyes fueron objeto de modificación para acordarlo. Tampoco existe en la Ley Concursal precepto alguno que impida ejercer acciones no concursales frente a los administradores sociales de la sociedad concursada, por lo que no hay impedimento o postergación para el ejercicio de las acciones extraconcursales frente a un no concursado como es el administrador social.

Es más, en la más reciente reforma del art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, operada por la Ley 19/2005, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, se justificó la enmienda en virtud de la que se introdujo la reforma del citado precepto legal de la siguiente forma: "Finalmente, la modificación del artículo 262.5 del TRLSA lleva a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio" (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 16 de marzo de 2005, pág. 25). La finalidad con la que se introducía esta reforma fue, por tanto, la de coordinar la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales prevista en la normativa societaria con la prevista en la Ley Concursal, y sin embargo no se introdujo previsión legal alguna acerca de que la declaración del concurso de la sociedad supusiera un obstáculo para el ejercicio de las acciones de exigencia de responsabilidad de los administradores previstas en la normativa societaria.

Entiende la Sala, en contraposición con lo argumentado en la resolución recurrida, que no cabe deducir otra cosa de la previsión del art. 60.2 LC, que dispone una excepción a la regla general del art. 1.973 del Código Civil, al permitir la interrupción del plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores sociales durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se iniciará de nuevo, según el art. 60.3 LC, al terminar la tramitación del procedimiento concursal, y puesto que la interrupción del plazo de prescripción lo único que impide es la pérdida de la acción por el transcurso del tiempo pero no el ejercicio y posibilidad de interponer la acción. Lo que hace es suspender el cómputo para su ejercicio durante el concurso, de manera que privilegia al acreedor que se ve afectado por el concurso, que no se ve forzosamente compelido a ejercitar su pretensión en el término que dispone el art. 949 del Código de Comercio (CCom), pudiendo aguardar al resultado del concurso.

Por otra parte, el propio art. 48.2 LC dispone en su último párrafo que "la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado", precepto que, al referirse a una pluralidad de acciones, ha de entenderse que no alude únicamente a la acción social, a la que se refiere en párrafos anteriores, sino a la totalidad de las acciones de responsabilidad. Además, resulta significativo que una de las acciones que pueden dirigirse frente al administrador social, la que compete a la sociedad por el daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o los estatutos o incumpliendo sus deberes de administrador, la acción social del art. 134 LSA, vea ampliada su legitimación a la administración concursal en el art. 48.2 LC, posibilitando con ello ejercitar tal acción social durante el concurso. Por otro lado hay que señalar que el fundamento de la acción individual o la responsabilidad "ex lege" por deudas no tiene por qué ser coincidente con la responsabilidad concursal que previene el art. 172.3 LC.

Con relación a la responsabilidad "ex lege" de los arts. 262 LSA y 105 LSRL la diferencia es evidente, pues no hay un solo precepto en la Ley Concursal que contemple que haya de analizarse dentro del concurso la responsabilidad por no convocar junta para la disolución o adecuación del capital, de manera que difícilmente puede sostenerse que haya de tener que aguardar un acreedor a la finalización del concurso para exigir responsabilidad por omisiones que nunca se dilucidarán concursalmente.

Además puede constatarse como el art. 172.3 LC limita la responsabilidad a quienes hayan sido administradores sociales en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, mientras que conforme al art. 949 CCom podría un acreedor actuar frente al administrador social por los dos años inmediatamente anteriores, e incluso, al no ser apreciable de oficio la prescripción que contempla este precepto (STS 19 de marzo de 1999 y 22 de diciembre 2000), por otros que superen el término de cuatro años.

En cualquier caso, será cometido de la administración concursal y del juez del concurso no aguardar a que sean los acreedores quienes ejerciten tales acciones de responsabilidad, puesto que tienen la posibilidad, conforme al art. 48.3 LC, de instar o acordar el embargo de bienes de algunos responsables de un eventual concurso culpable con insuficiencia de activo para atender las deudas sociales. De esta forma puede evitarse el riesgo, que ciertamente puede concurrir, de que mediante el ejercicio de estas acciones extraconcursales se pretendan eludir los sacrificios que suelen corresponder a los acreedores en el concurso, acudiendo directamente al patrimonio de los administradores sociales.

En definitiva, si las Disp. Finales 20 y 21 de la Ley Concursal, así como la Ley 19/2005, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, modificaron los arts. 262 LSA y 105 LSRL y no impidieron (ni postergaron) el ejercicio de dichas acciones durante el concurso, pues en tal reforma se han dejado incólumes las acciones que cualquier acreedor del concurso quiera ejercitar frente al administrador social de sociedades que se encuentran declaradas en concurso, si el ámbito temporal de exigencia de responsabilidad es diferente, si es distinta la naturaleza de las que se solventan en el concurso y fuera de él, si el art. 48.2 declara expresamente que la sección de calificación no afectará a las acciones que se hubieran ejercitado frente al administrador social, resulta difícil declarar la improcedencia de ejercitar una pretensión cautelar, que el ordenamiento jurídico no descarta, con el único sustento de lo preceptuado en el art. 60.2 LC sobre la interrupción del plazo para su ejercicio.

-SAP (3ª) Córdoba de 3/4/2008 :

En efecto, el artículo 48.2 de la Ley Concursal se refiere exclusivamente a las acciones de responsabilidad que asistan a la sociedad mercantil concursada frente a sus administradores, liquidadores o auditores, es decir, a la acción social de responsabilidad. Por esta razón, este precepto no se refiere ni a la acción individual de responsabilidad que pueden ejercitar los terceros y socios por los daños que hayan podido causarles los administradores, liquidadores o auditores con su conducta ilícita, ni tampoco a la responsabilidadsanción derivada del incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad cuando concurre causa legal para ello. Como consecuencia de esta distinción entre uno y otro tipo de acciones, al hacer mención el artículo 48.2 de la Ley Concursal únicamente a la acción social de responsabilidad y no a las otras dos, los titulares de las acciones distintas a la social conservan la posibilidad de ejercitar acciones individuales de responsabilidad para obtener la reparación de los daños causados en su patrimonio y, lo que es más importante a los efectos que nos ocupan, los acreedores sociales (en este caso, la Tesorería General de la Seguridad Social) podrán exigir el pago del crédito a los administradores de la sociedad concursada fuera del concurso. Además, cuando dichas acciones se hubieran iniciado o entablado con anterioridad a la declaración de concurso, continuarán por su propio cauce procesal hasta que se dicte resolución firme, incluso aunque fuera parte el concursado, según se desprende del artículo 51.1 de la Ley Concursal.
2.- La compatibilidad de la acción individual de responsabilidad con el concurso es evidente, puesto que la misma no se ejercita contra la sociedad concursada, ni contra su patrimonio, sino contra terceros (administradores, liquidadores o auditores) que no están en concurso, por lo que no operan las restricciones legales que se establecen respecto del ejercicio de acciones contra el concursado (artículos 50 a 57 de la Ley Concursal). Y otro tanto sucede con el ejercicio de la acción de responsabilidad-sanción por no disolución, máxime porque la sanción cobra todo su sentido cuando la sociedad sea declarada en concurso sin que los administradores hubieran adoptado las medidas previstas en la Ley para evitarlo; y por ello, a la responsabilidad del patrimonio social puede venir a sumarse la de los patrimonios personales de los administradores. Siendo indiferente a estos efectos que dicha responsabilidad individual se exija en vía judicial ante los Juzgados de lo Mercantil, o en vía administrativa, como sucede en este caso, en un procedimiento administrativo de derivación de responsabilidad, al amparo del artículo 15.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 13 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.
(...) Así mismo, y por las razones expuestas, no se infringen por la sentencia de instancia los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 172.3 de la Ley Concursal, puesto que el propio artículo 48.2 de la Ley Concursal, en su último párrafo, aclara expresamente que la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado. Es decir, se establece una total independencia entre las acciones de responsabilidad por daños contra administradores y liquidadores y los efectos que sobre ellos pudieran recaer como consecuencia de la calificación del concurso como culpable, en el doble sentido de que la formación de la sección sexta ni pone fin a las acciones ejercitadas, ni impide su ejercicio. Téngase en cuenta que esta compatibilidad tiene sentido porque la acción individual de responsabilidad únicamente beneficia al acreedor o socio que la ejercita, mientras que la sanción de cobertura del déficit del artículo 172.3 de la Ley Concursal beneficia a la masa ("acreedores concursales", en la dicción del precepto).
-SAP (3ª) de Burgos de 14/6/2010 :
PRIMERO.- (...) En el supuesto procesal, se ejercita una acción de responsabilidad individual de los administradores sociales frente a los acreedores sociales, en base al artículo 69 de la LSRL, que se remite a lo establecido para los administradores de la sociedad anónima, en lo que interesa, los artículos 133 y 135 de la LSA -daño causado por actos u omisiones realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo, entre otros supuestos; y la indemnización que pueda corresponder cuando los actos de los administradores lesionen directamente los intereses de terceros-. El tema que se opone, mediante excepción, es si estas acciones pueden ejercitarse al margen del concurso y de la responsabilidad exigible a los administradores en sede concursal, Sección Sexta de Calificación del Concurso.
SEGUNDO.- El Auto del Juzgado de Instancia, de fecha 30 de abril de 2.008, funda la compatibilidad del ejercicio de estas acciones, por ser distintas responsabilidades, una concursal y otra extraconcursal, cuya posibilidad de ejercicio no es un descuido u olvido del legislador, pues pudo establecerse otra cosa al tiempo de aprobarse la Ley Concursal -una imposibilidad de ejercitar la acción extraconcursal o prioridad de ejercicio al artículo 172-3 de la Ley Concursal, y no se hizo- especialmente al reformar los artículos 262 LSA y 105 LSRL Disposiciones Finales 20 y 21- como tampoco mediante algún otro precepto ad hoc que así lo estableciera, frente a un no concursado. Tampoco se hizo con la reforma del artículo 262-5 LSA por Ley 19/2005, que tenía por finalidad coordinar la responsabilidad de los administradores entre esta Ley y la Concursal.
A mayor abundamiento, lo dispuesto en el artículo 60-2 de la Ley Concursal, como excepción al artículo 1.973 del Código Civil, permitiendo la interrupción del plazo para ejercitar las acciones frente a los administradores sociales, durante la tramitación del concurso, a cuyo término se inicia un nuevo plazo - artículo 60-3 de la Ley Concursal -.
Más explícito es el artículo 48-2 de la Ley Concursal, al disponer que "la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieren ejercitado", o se amplíe la legitimación de la acción social del artículo 134 LSA a la administración concursal, posibilitando su ejercicio durante la tramitación del concurso, ni ésta posibilita que, dentro del concurso se dilucide la responsabilidad de los artículos 262 LSA y 105 LSRL.

Por último, el artículo 172-3 de la Ley Concursal limita temporalmente su responsabilidad, que se amplía, en este aspecto temporal, en el artículo 949 del Código de Comercio.
Este es el criterio mayoritario en la doctrina y Tribunales mercantiles, singularmente, cuando la acción de responsabilidad se ha ejercitado con anterioridad a la declaración del concurso.
En consecuencia, también el procedimiento seguido ha sido el adecuado, y excluye, en cualquier caso, el ejercicio abusivo o fraudulento de esta acción, al tener una naturaleza extraconcursal.
-SAP (4ª) Las Palmas de 6/3/2009 :
Por otra parte, es doctrina mayoritaria que no existe norma legal que impida, incluso declarado el concurso de la sociedad (...) que los terceros y socios puedan ejercitar contra los administradores la acción de responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, ya que el art. 48,2 de la Ley Concursal se ciñe exclusivamente a la acción social de responsabilidad (en la que la legitimada activamente para el ejercicio de la acción es la propia concursada). Esas acciones, dirigidas contra los administradores sociales y en consecuencia para reclamar créditos de los que son éstos responsables (solidariamente con la sociedad concursada, sí, pero con responsabilidad propia derivada de su incumplimiento de la obligación legal) podrán ejercitarse con plena libertad tanto antes como después de que se hubiera declarado el concurso.
Incluso la existencia de una posible responsabilidad concursal por déficit concursal ex art. 172,3 de la Ley Concursal no excluye el ejercicio de las acciones de responsabilidad por las deudas sociales del art. 105,5 de la LSRL, ni antes ni después de la declaración del concurso, desde que los hechos de los que nace la responsabilidad en ambas normas no son los mismos. (...) (A continuación asume las razones de la SJM nº 1 Bilbao de 29/12/2006).
-SJM 1 Bilbao de 29/12/2006:
Ciertamente la cuestión de si es posible demandar a un administrador social de una empresa declarada en concurso es polémica, porque desde algún sector doctrinal ha propugnado su incompatibilidad o, cuando menos, la prioridad de la responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), respecto de cualquier otra que puede declararse al amparo de las normas que regulan las sociedades.
Hay que destacar, además, que ya ha habido algún motivado pronunciamiento judicial, como el conocido Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 13 de diciembre de 2005 (JUR 2006\123836), que propugna y dispone la suspensión del ejercicio de la acción individual allí ejercitada hasta la conclusión del concurso.
Para afrontar la cuestión hay que partir del reconocimiento de la contradicción que supone que, ante una situación concursal, en el concurso pueda ventilarse la responsabilidad a los administradores sociales, y fuera del mismo, pero al tiempo, otro tipo de responsabilidad que deriva de la acción individual regulada tanto en el art. 69 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), como en el 133 del R.D.L. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), y de la llamada "responsabilidad sanción" o por deudas de los arts. 104 y 105 LSRL y 260 y 262 LSA.
La contradicción no es fruto, sin embargo, de un descuido del legislador. Es una opción legislativa que parece deliberada, y que podrá compartirse o no, pero no corresponde corregir a la jurisdicción. Porque al tiempo de aprobarse la Ley Concursal se tuvo ocasión de recoger, en la LSA, LSRL o en la propia LC la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad del art. 172.3 LC respecto de las contempladas en las demás leyes, y no se hizo. En efecto, la propia Ley Concursal reforma en las Disp. Finales 20 y 21 los arts. 262 LSA y 105 LSRL, y ni en ese tipo de responsabilidad se posterga o dispone la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso, ni los demás preceptos de tales leyes se cambian para acordarlo. Tampoco hay precepto que impida ejercer acciones no concursales frente al administrador social de la sociedad concursada en la Ley Concursal, por lo que no hay impedimento o postergación para el ejercicio de las acciones extraconcursales frente a un no concursado, el administrador social.
El único fundamento serio que se ha encontrado es la previsión del art. 60.2 LC, que dispone una excepción a la regla general del art. 1.973 Código Civil (CCv), al permitir la interrupción del plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores sociales durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se iniciará de nuevo, según el art. 60.3 LC, al terminar la tramitación del procedimiento concursal.
Esa previsión no impide, sin embargo, interponer la acción. Lo que hace es suspender el cómputo para su ejercicio durante el concurso, de manera que privilegia al acreedor que se ve afectado por el concurso, que no se ve forzosamente compelido a ejercitar su pretensión en el término que dispone el art. 949 del Código de Comercio (CCom), pudiendo aguardar al resultado del concurso, por el que pasaría si se aprobara convenio, haciendo innecesario el ejercicio de otras acciones.
Es más, el propio art. 48.2 LC dispone en su último párrafo que "la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado". Esa norma no parece que se refiera sólo a la acción social, a la que alude en párrafos anteriores, pues emplea el tiempo plural, en lugar del singular que correspondería si sólo se aludiera a la acción social.
Es significativo que una de las acciones que pueden dirigirse frente al administrador social, la que compete a la sociedad por el daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o los estatutos o incumpliendo sus deberes de administrador, la acción social del art. 134 LSA, vea ampliada su legitimación a la administración concursal en el art. 48.2 LC. Parece que con ello se ha posibilitado ejercitar tal acción social durante el concurso.

Cierto es que, como señala el citado Auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, la falta de prohibición para el ejercicio de acciones extraconcursales contra el administrador social de la sociedad concursada parece incoherente, y que podría haber optado el legislador por un sistema en el que se supeditara al resultado del procedimiento concursal la posibilidad de su ejercicio. Pero tal opción legislativa no es la recogida en la reforma concursal, que ha dejado incólumes las acciones que cualquier acreedor del concurso quiera ejercitar frente al administrador social de sociedades que se encuentran declaradas en concurso. Y si no hay una prohibición expresa, sería contrario al art. 24 de la Constitución, en cuanto garantiza el acceso al proceso, realizar una interpretación que restrinja tal acceso al mismo, pues no puede el juez "...imponer requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de la acciones sin o existe previsión legal de las mismas..." (STC 206\1987, de 21 de diciembre), ya que "...la inadmisión basada en un motivo inexistente constituye no sólo una ilegalidad, sino inconstitucionalidad que afecta al derecho fundamental del art. 24.1 de la Constitución " (STC 201\1987, de 17 de diciembre), y una negativa "carente de una base legal, supondría manifiestamente una negativa a la satisfacción del derecho a la tutela judicial" (STC 171/1988, de 30 de septiembre).
Por otro lado hay que señalar que el fundamento de la acción individual o la responsabilidad sanción por deudas no siempre es coincidente con la responsabilidad concursal que previene el art. 172.3 LC. La primera, individual, porque la acción extraconcursal se basa en la comisión de un daño, y es más que polémico que otro tanto suceda con la concursal, que podría calificarse como responsabilidad sanción, aunque no corresponda ahora más que dejar apuntada la discusión que se están planteado los tribunales.
Desde luego respecto de la segunda, responsabilidad sanción ex arts. 262 LSA y 105 LSRL la diferencia es evidente, pues no hay un solo precepto en la Ley Concursal que contemple responsabilidad que haya de analizarse dentro del concurso por no convocar junta para disolución o adecuación del capital, de manera que difícilmente puede sostenerse que haya de tener que aguardar un acreedor a la finalización del concurso para exigir responsabilidad por omisiones que nunca se dilucidarán concursalmente.
Además puede constatarse como el art. 172.3 LC limita la responsabilidad a quienes hayan sido administradores sociales en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, mientras que conforme al art. 949 CCom podría un acreedor actuar frente al administrador social por los dos años inmediatamente anteriores, e incluso, al no ser apreciable de oficio la prescripción que contempla este precepto (STS 22 de diciembre 2000, RJ 2000\10137, 19 de marzo de 1999, RJ 1999\1860), por otros que superen el término de cuatro años.
Si hubiera coincidencia, que no parece que la haya, será cometido de la administración concursal y del juez del concurso no aguardar a que sean los acreedores quienes ejerciten tales acciones de responsabilidad, puesto que tienen la iniciativa, conforme al art. 48.3 LC, de cuando menos obtener el embargo de bienes de algunos responsables de un eventual concurso culpable con insuficiencia de masa para atender las deudas sociales (...). De esta forma podría evitarse el riesgo, que ciertamente puede concurrir, de que mediante el ejercicio de estas acciones extraconcursales se pretendan eludir los sacrificios que suelen corresponder a los acreedores en el concurso, acudiendo directamente al patrimonio del administrador social. Se trata simplemente de que si prosperan tales acciones extrañas al concurso haya prioridad lograda con el embargo preventivo del art. 48.3 LC adoptado con anterioridad a la ejecución, provisional o definitiva, de una eventual sentencia condenatoria.
Para concluir sólo hay que destacar que las STC 1/1987, de 14 de enero, y 90/1985, de 22 de julio, sostienen que "el mandato contenido en el art. 24.1 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos", y en este caso, el actor ejercitó la acción antes de que se declarara a la sociedad en concurso, por lo que las pocas dudas que pudieran existir al respecto de la viabilidad para el ejercicio de la acción quedan absolutamente disipadas, como además ha señalado el Auto de la AP de Asturias de 29 de diciembre de dos mil seis, que revoca el auto antes citado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, permitiendo la continuación de la acción emprendida por el acreedor, precisamente como sucede en el asunto de autos.
En definitiva, si las Disp. Finales 20 y 21 LC modificaron los arts. 262 LSA y 105 LSRL y no impidieron (ni postergaron) el ejercicio de dichas acciones durante el concurso, si el ámbito temporal de exigencia de responsabilidad es diferente, si es distinta la naturaleza de las que se solventan en el concurso y fuera de él, si el art. 48.2 declara expresamente que la sección de calificación no afectará a las acciones que se hubieran ejercitado frente al administrador social, resulta sumamente dificultoso, por mucho que parezca la opción legislativa más coherente, pretender que de la dicción del art. 60.2 LC puede deducirse una imposibilidad de ejercitar una acción que el ordenamiento jurídico, pues está en juego un derecho fundamental, el art. 24.1 CE, que resistiría mal semejante empeño.
-SAP (2ª) Guipúzcoa de 23/10/2008 y prácticamente iguales términos la SAP (28ª) Madrid de 17/9/2010, ambas en proceso de sección de calificación con el trasfondo de la tesis de la naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal:
La responsabilidad que impone el artículo 172.2.3º a las personas afectadas por la calificación y a los cómplices de indemnizar los daños y perjuicios causados, a diferencia de la denominada responsabilidad concursal del artículo 172.3, es una responsabilidad por daño y culpa, y dada la compatibilidad de la sección con el ejercicio de la acción social contra los administradores (artículos 134 de la Ley de Sociedades Anónimas y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), como se deduce del artículo 48.2 de la Ley Concursal, que atribuye incluso directamente legitimación a la administración concursal para su ejercicio, compatibilidad que también cabe predicar respecto de

la acción individual de responsabilidad (artículos 135 de la Ley de Sociedades Anónimas y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), debe rechazarse que se trate del ejercicio de dichas acciones en sede concursal.
-SJM 1 Alicante de 11/1/2008, insiste en ello:
En cuarto lugar, la tesis de la naturaleza sancionadora permite coordinar mejor esta acción con el régimen de responsabilidad de los administradores societarios previsto en los arts 133 -135 TRLSA (responsabilidad individual por daños), arts 133 -134 TRLSA (responsabilidad social) y arts 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL (responsabilidad por deudas), ya que de admitirse el carácter indemnizatorio, viene esta responsabilidad concursal a reiterar o duplicar la responsabilidad societaria general por daños, cuando se desprende del art 48 LC que la responsabilidad concursal (que se prevé en ese precepto como medida cautelar) es distinta y compatible con el régimen de responsabilidad general diseñado en las leyes societarias.
-En otras resoluciones judiciales se da por supuesto o se afirma directamente y sin mayores detalles la compatibilidad:
SAP (4ª) Las Palmas de 30/9/2010 : con carácter previo procede rechazar la alegación de varios de los demandados de que en el presente juicio ordinario es imposible la condena solidaria de los administradores pues la responsabilidad de los administradores solo es posible declararla en su caso en la pieza de calificación del Concurso contra la Unión Deportiva Las Palmas, pues a parte de que la mayoría de la doctrina es partidaria de la compatibilidad del concurso con el ejercicio de cualquier acción de responsabilidad, en el supuesto enjuiciado la ampliación de la demanda contra los administradores se presentó antes de que se declarara el concurso necesario de la Unión Deportiva Las Palmas y como bien indicó la Audiencia Provincial de Asturias en su Auto de fecha 29 de diciembre del 2006 "las acciones de responsabilidad de los administradores ejercitadas antes de esta declaración no resultan afectadas por el proceso concursal y pueden seguir tramitándose".
SAP 28ª Madrid de 8/2/2008 : En primer lugar, habiendo acaecido la causa legal de disolución por pérdidas agravadas en el ejercicio 2003, (...) la presentación de la solicitud de declaración de concurso en julio de 2005 no exime al demandado de la responsabilidad prevista en el art. 105.5 en relación al 104.1.e) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (que establece un régimen idéntico, a los efectos que aquí interesan, al del art. 262.5 en relación al 260.1.4º de la Ley de Sociedades Anónimas).
SAP (9ª) Valencia de 2/3/2010, estima la demanda de responsabilidad pese al concurso: el procedimiento concursal no puede esgrimirse por el recurrente para intentar eludir su responsabilidad.
AJM 3 Pontevedra de 23/7/2010 : pocas dudas puede ofrecer, en primer lugar, a pesar de unas primeras resoluciones de juzgados de lo mercantil que lo cuestionaron -así SJM 1 de Oviedo de 13-12-05-, la compatibilidad del ejercicio de dichas acciones de responsabilidad vigente el concurso. ":
SAP La Coruña (Sección 4) 23.03.2012 (Sentencia 131/2012; Rollo 31/2012)

AP Las Palmas

"SEXTO El Juez a quo en su sentencia parece considerar suficiente para excluir la responsabilidad de la Administradora social el solo hecho de que haya solicitado el concurso voluntario más de un año después de que concurriera la causa de disolución de la sociedad.
No puede aceptarse esa conclusión. Como ha establecido con claridad elTribunal Supremo en su sentencia de 16 de diciembre de 2004 (ROJ:STS 8154/2004), si bien en relación con un supuesto relacionado con una sociedad anónima,
"El texto legal no ofrece duda: se impone un plazo inexorable de dos meses a los administradores de las sociedades anónimas para convocar la Junta de Accionistas para que en su caso acordar la disolución o las medidas sustitutivas adecuadas. Si fuese la voluntad del legislador el establecer una excepción o cesación de responsabilidad por un cumplimiento tardío, tal cosa sería lógicamente incompatible con el establecimiento de un término fatal, cual es el de dos meses, para convocar la junta. En efecto, si la responsabilidad se alzase en el momento del cumplimiento tardío ello supondría que los administradores en cualquier momento (transcurridos meses o años), cumplido que fuera su deber se liberarían de la responsabilidad que la norma les atribuye y carecería de sentido alguno el plazo bimensual que tan claramente ha establecido la Ley.
Por otra parte, es doctrina mayoritaria que no existe norma legal que impida, incluso declarado el concurso de la sociedad (que en el caso que nos ocupa ni siquiera lo estaba a la fecha de presentación de la demanda) que los terceros y socios puedan ejercitar contra los administradores la acción de responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, ya que elart. 48,2 de la Ley Concursalse ciñe exclusivamente a la acción social de responsabilidad (en la que la legitimada activamente para el ejercicio de la acción es la propia concursada). Esas acciones, dirigidas contra los administradores sociales y en consecuencia para reclamar créditos de los que son éstos responsables (solidariamente con la sociedad concursada, sí, pero con responsabilidad propia derivada de su incumplimiento de la obligación legal) podrán ejercitarse con plena libertad tanto antes como después de que se hubiera declarado el concurso.
Incluso la existencia de una posible responsabilidad concursal por déficit concursalex art. 172,3 de la Ley Concursalno excluye el ejercicio de las acciones de responsabilidad por las deudas sociales delart. 105,5 de la LSRL, ni antes ni después de la declaración del concurso, desde que los hechos de los que nace la responsabilidad en ambas normas no son los mismos.
En el caso que nos ocupa, en que además el crédito de la actora contra la concursada era contingente y en el que por consiguiente la actora tenia suspendidos los derechos de adhesión y voto al convenio

y los derechos de cobro hasta que cesara la causa de la contingencia (se dicte sentencia firme en este proceso declarativo), ni siquiera podría la administradora social intentar beneficiarse de las consecuencias favorables de la posible aprobación de un convenio en el concurso, desde que sería de aplicación elart. 135 de la Ley Concursalconforme al cual

"los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado, y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del convenio ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos".

La cuestión ha sido tratada con profundidad y con acierto por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (Ponente D. Edmundo Rodríguez Achutegui) de 29 de diciembre de 2006 (AC 2007\332), cuyos razonamientos se transcriben a continuación y se suscriben por esta Sala:

"Ciertamente la cuestión de si es posible demandar a un administrador social de una empresa declarada en concurso es polémica, porque desde algún sector doctrinal ha propugnado su incompatibilidad o, cuando menos, la prioridad de la responsabilidad concursal prevista en elart. 172.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), respecto de cualquier otra que puede declararse al amparo de las normas que regulan las sociedades.

Hay que destacar, además, que ya ha habido algún motivado pronunciamiento judicial, como el conocidoAuto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo de 13 de diciembre de 2005 (JUR 2006, 123836), que propugna y dispone la suspensión del ejercicio de la acción individual allí ejercitada hasta la conclusión del concurso.

Para afrontar la cuestión hay que partir del reconocimiento de la contradicción que supone que, ante una situación concursal, en el concurso pueda ventilarse la responsabilidad a los administradores sociales, y fuera del mismo, pero al tiempo, otro tipo de responsabilidad que deriva de la acción individual regulada tanto en elart. 69 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), como en el 133 del RDL. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de laLey de Sociedades Anónimas (LSA), y de la llamada «responsabilidad sanción» o por deudas de los arts. 104y 105 LSRL y 260 y 262 LSA.

La contradicción no es fruto, sin embargo, de un descuido del legislador. Es una opción legislativa que parece deliberada, y que podrá compartirse o no, pero no corresponde corregir a la jurisdicción. Porque al tiempo de aprobarse laLey Concursal se tuvo ocasión de recoger, en la LSA, LSRL o en la propia LC la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad delart. 172.3 LC respecto de las contempladas en las demás Leyes, y no se hizo. En efecto, la propiaLey Concursal reforma en las Disp. Finales 20 y 21 los arts. 262 LSA y 105LSRL, y ni en ese tipo de responsabilidad se posterga o dispone la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso, ni los demás preceptos de tales Leyes se cambian para acordarlo. Tampoco hay precepto que impida ejercer acciones no concursales frente al administrador social de la sociedad concursada en la Ley Concursal, por lo que no hay impedimento o postergación para el ejercicio de las acciones extraconcursales frente a un no concursado, el administrador social.

El único fundamento serio que se ha encontrado es la previsión delart. 60.2 LC, que dispone una excepción a laregla general del art. 1973 Código Civil (CC), al permitir la interrupción del plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores sociales durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se iniciará de nuevo, según elart. 60.3 LC, al terminar la tramitación del procedimiento concursal.

Esa previsión no impide, sin embargo, interponer la acción. Lo que hace es suspender el cómputo para su ejercicio durante el concurso, de manera que privilegia al acreedor que se ve afectado por el concurso, que no se ve forzosamente compelido a ejercitar su pretensión en el término que dispone elart. 949 del Código de Comercio (CCom), pudiendo aguardar al resultado del concurso, por el que pasaría si se aprobara convenio, haciendo innecesario el ejercicio de otras acciones.

Es más, el propioart. 48.2 LCdispone en su último párrafo que «la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado». Esa norma no parece que se refiera sólo a la acción social, a la que alude en párrafos anteriores, pues emplea el tiempo plural, en lugar del singular que correspondería si sólo se aludiera a la acción social.

Es significativo que una de las acciones que pueden dirigirse frente al administrador social, la que compete a la sociedad por el daño que causen por actos u omisiones contrarios a laLey o los estatutos o incumpliendo sus deberes de administrador, la acción social del art. 134 LSA, vea ampliada su legitimación a la administración concursal en elart. 48.2 LC. Parece que con ello se ha posibilitado ejercitar tal acción social durante el concurso.

Cierto es que, como señala el citado Auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, la falta de prohibición para el ejercicio de acciones extraconcursales contra el administrador social de la sociedad concursada parece incoherente, y que podría haber optado el legislador por un sistema en el que se supeditara al resultado del procedimiento concursal la posibilidad de su ejercicio. Pero tal opción legislativa no es la recogida en la reforma concursal, que ha dejado incólumes las acciones que cualquier acreedor del concurso quiera ejercitar frente al administrador social de sociedades que se encuentran declaradas en concurso. Y si no hay una prohibición expresa, sería contrario alart. 24 de la Constitución, en cuanto garantiza el acceso al proceso, realizar una interpretación que restrinja tal acceso al mismo, pues no puede el juez «...imponer requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de la acciones sin o existe previsión legal de las mismas...» (STC 206\1987, de 21 de diciembre [RTC 1987, 206]), ya que «...la inadmisión basada en un motivo inexistente constituye no sólo una ilegalidad, sino inconstitucionalidad que afecta al

derecho fundamental delart. 24.1 de la Constitución « (STC 201\1987, de 17 de diciembre), y una negativa «carente de una base legal, supondría manifiestamente una negativa a la satisfacción del derecho a la tutela judicial» (STC 171/1988, de 30 de septiembre [RTC 1988, 171]).
Por otro lado hay que señalar que el fundamento de la acción individual o la responsabilidad sanción por deudas no siempre es coincidente con la responsabilidad concursal que previene elart. 172.3 LC. La primera, individual, porque la acción extraconcursal se basa en la comisión de un daño, y es más que polémico que otro tanto suceda con la concursal, que podría calificarse como responsabilidad sanción, aunque no corresponda ahora más que dejar apuntada la discusión que se están planteado los tribunales.
Desde luego respecto de la segunda, responsabilidad sanciónex arts. 262 LSA y 105 LSRL la diferencia es evidente, pues no hay un solo precepto en la Ley Concursal que contemple responsabilidad que haya de analizarse dentro del concurso por no convocar junta para disolución o adecuación del capital, de manera que difícilmente puede sostenerse que haya de tener que aguardar un acreedor a la finalización del concurso para exigir responsabilidad por omisiones que nunca se dilucidarán concursalmente.
Además puede constatarse como elart. 172.3 LClimita la responsabilidad a quienes hayan sido administradores sociales en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, mientras que conforme alart. 949 CCom podría un acreedor actuar frente al administrador social por los dos años inmediatamente anteriores, e incluso, al no ser apreciable de oficio la prescripción que contempla este precepto (STS 22 de diciembre 2000 [RJ 2000, 10137], 19 de marzo de 1999 [RJ 1999, 1860]), por otros que superen el término de cuatro años.
Si hubiera coincidencia, que no parece que la haya, será cometido de la administración concursal y del juez del concurso no aguardar a que sean los acreedores quienes ejerciten tales acciones de responsabilidad, puesto que tienen la iniciativa, conforme alart. 48.3 LC, de cuando menos obtener el embargo de bienes de algunos responsables de un eventual concurso culpable con insuficiencia de masa para atender las deudas sociales, como por cierto ha ocurrido en el concurso de la demandada, Ingeniería Tag, SL, en el que hay acordado un embargo preventivo de los bienes de la aquí demandada. De esta forma podría evitarse el riesgo, que ciertamente puede concurrir, de que mediante el ejercicio de estas acciones extraconcursales se pretendan eludir los sacrificios que suelen corresponder a los acreedores en el concurso, acudiendo directamente al patrimonio del administrador social. Se trata simplemente de que si prosperan tales acciones extrañas al concurso haya prioridad lograda con el embargo preventivo delart. 48.3 LCadoptado con anterioridad a la ejecución, provisional o definitiva, de una eventual sentencia condenatoria.
Para concluir sólo hay que destacar que lasSTC 1/1987, de 14 de enero (RTC 1987, 1), y 90/1985, de 22 de julio (RTC 1985, 90), sostienen que «el mandato contenido en elart. 24.1 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos», y en este caso, el actor ejercitó la acción antes de que se declarara a la sociedad en concurso, por lo que las pocas dudas que pudieran existir al respecto de la viabilidad para el ejercicio de la acción quedan absolutamente disipadas, como además ha señalado elAuto de la AP de Asturias de 29 de diciembre de dos mil seis (JUR 2007, 74658), que revoca el auto antes citado del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, permitiendo la continuación de la acción emprendida por el acreedor, precisamente como sucede en el asunto de autos.
En definitiva, si las Disp. Finales 20 y 21 LC modificaron losarts. 262 LSA y 105 LSRL y no impidieron (ni postergaron) el ejercicio de dichas acciones durante el concurso, si el ámbito temporal de exigencia de responsabilidad es diferente, si es distinta la naturaleza de las que se solventan en el concurso y fuera de él, si elart. 48.2declara expresamente que la sección de calificación no afectará a las acciones que se hubieran ejercitado frente al administrador social, resulta sumamente dificultoso, por mucho que parezca la opción legislativa más coherente, pretender que de la dicción delart. 60.2 LCpuede deducirse una imposibilidad de ejercitar una acción que el ordenamiento jurídico, pues está en juego un derecho fundamental, elart. 24.1 CE, que resistiría mal semejante empeño. Todo ello determina que proceda entrar a analizar la acción ejercitada.": SAP Las Palmas (sección 4) 06.03.2009 (JUR 2009\250012)

AP Madrid

“Tampoco nos detendremos más de lo necesario en el problema de la compatibilidad entre las acciones de responsabilidad de índole concursal que puedan ejercitarse contra los demandados, como posibles afectados por la calificación del concurso en su condición de administradores de AFINSA BIENES TANGIBLES SA (artículos 167 y 172 nº 2 y 3), y las acciones extraconcursales de responsabilidad ejercitadas contra ellos (artículo 262.5 del TR de la LSA), aspecto al que solo se alude de modo tangencial en la resolución, porque ello tampoco fue determinante de la suspensión decretada. Por lo que nos limitaremos a reseñar aquí, para despejar cualquier posible duda, puesto que media una alusión en la resolución recurrida respecto a la posible incidencia futura en este aspecto de la apertura de la pieza de calificación, que en elauto de esta sección 28º de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de noviembre de 2007ya tuvo ocasión este tribunal de indicar a estas mismas partes que no existe tal incompatibilidad, pues no hay en la Ley Concursal precepto alguno que impida el ejercicio de las acciones extraconcursales de responsabilidad frente a un no concursado como es el administrador social de una entidad concursada.”. AAP Madrid (Sección 28) 02.10.2008 (JUR 2009/242065; Auto 208/2008; Rollo 531/2007)

“QUINTO Da a entender asimismo la parte recurrente que la demandante debería haber acudido con su pretensión al concurso voluntario que habría sido instado en 2009 en nombre de MURAL PAINTS SL en lugar de emprender acciones contra su administrador. Sin embargo, como ya ha señalado este tribunal en resoluciones precedentes no existe prohibición legal que impida demandar en concepto de tal a un administrador social, y obtener contra él la adopción de medidas cautelares, aunque la sociedad por él gestionada se halle declarada en concurso y existan mecanismos dentro de este tipo de proceso para exigir a aquél determinadas responsabilidades. Como decíamos en elauto de la sección 28ª de la AP de Madrid de 13 de noviembre de 2007 :

"Ha de ponerse de relieve que si bien puede parecer contradictorio el que ante una situación concursal puedan exigirse de forma coetánea distintas responsabilidades a los administradores sociales, por un lado en el concurso (art. 172 de la Ley Concursal), y fuera del mismo (arts. 133 a 135 y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), tal posibilidad de ejercicio no obedece a un descuido del legislador pues al tiempo de aprobarse la Ley Concursal se tuvo ocasión de recoger, en la LSA, LSRL o en la propia Ley Concursal la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad delart. 172.3 LC respecto de las contempladas en las demás leyes, y no se hizo.

En efecto, la propiaLey Concursal reformó en las Disp. Finales 20 y 21 los arts. 262 LSA y 105 LSRL, y ni en ese tipo de responsabilidad se posterga o dispone la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso, ni los demás preceptos de tales leyes fueron objeto de modificación para acordarlo. Tampoco existe en la Ley Concursal precepto alguno que impida ejercer acciones no concursales frente a los administradores sociales de la sociedad concursada, por lo que no hay impedimento o postergación para el ejercicio de las acciones extraconcursales frente a un no concursado como es el administrador social.

Es más, en la más reciente reforma delart. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, operada por laLey 19/2005, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, se justificó la enmienda en virtud de la que se introdujo la reforma del citado precepto legal de la siguiente forma: "Finalmente, la modificación delartículo 262.5 del TRLSA lleva a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta ley y laLey 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia laLey 22/2003, de 9 de julio" (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 16 de marzo de 2005, pág. 25). La finalidad con la que se introducía esta reforma fue, por tanto, la de coordinar la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales prevista en la normativa societaria con la prevista en la Ley Concursal, y sin embargo no se introdujo previsión legal alguna acerca de que la declaración del concurso de la sociedad supusiera un obstáculo para el ejercicio de las acciones de exigencia de responsabilidad de los administradores previstas en la normativa societaria.

Entiende la Sala, en contraposición con lo argumentado en la resolución recurrida, que no cabe deducir otra cosa de la previsión delart. 60.2 LC, que dispone una excepción a laregla general del art. 1.973 del Código Civil, al permitir la interrupción del plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores sociales durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se iniciará de nuevo, según elart. 60.3 LC, al terminar la tramitación del procedimiento concursal, y puesto que la interrupción del plazo de prescripción lo único que impide es la pérdida de la acción por el transcurso del tiempo pero no el ejercicio y posibilidad de interponer la acción. Lo que hace es suspender el cómputo para su ejercicio durante el concurso, de manera que privilegia al acreedor que se ve afectado por el concurso, que no se ve forzosamente compelido a ejercitar su pretensión en el término que dispone elart. 949 del Código de Comercio (CCom), pudiendo aguardar al resultado del concurso.

Por otra parte, el propioart. 48.2 LC dispone en su último párrafo que "la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado", precepto que, al referirse a una pluralidad de acciones, ha de entenderse que no alude únicamente a la acción social, a la que se refiere en párrafos anteriores, sino a la totalidad de las acciones de responsabilidad. Además, resulta significativo que una de las acciones que pueden dirigirse frente al administrador social, la que compete a la sociedad por el daño que causen por actos u omisiones contrarios a laley o los estatutos o incumpliendo sus deberes de administrador, la acción social del art. 134 LSA, vea ampliada su legitimación a la administración concursal en elart. 48.2 LC, posibilitando con ello ejercitar tal acción social durante el concurso. Por otro lado hay que señalar que el fundamento de la acción individual o la responsabilidad "ex lege" por deudas no tiene por qué ser coincidente con la responsabilidad concursal que previene elart. 172.3 LC.

Con relación a la responsabilidad"ex lege" de los arts. 262 LSA y 105 LSRL la diferencia es evidente, pues no hay un solo precepto en la Ley Concursal que contemple que haya de analizarse dentro del concurso la responsabilidad por no convocar junta para la disolución o adecuación del capital, de manera que difícilmente puede sostenerse que haya de tener que aguardar un acreedor a la finalización del concurso para exigir responsabilidad por omisiones que nunca se dilucidarán concursalmente.

Además puede constatarse como elart. 172.3 LC limita la responsabilidad a quienes hayan sido administradores sociales en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso,

mientras que conforme alart. 949 CCom podría un acreedor actuar frente al administrador social por los dos años inmediatamente anteriores, e incluso, al no ser apreciable de oficio la prescripción que contempla este precepto (STS 19 de marzo de 1999 y 22 de diciembre 2000), por otros que superen el término de cuatro años.
En cualquier caso, será cometido de la administración concursal y del juez del concurso no aguardar a que sean los acreedores quienes ejerciten tales acciones de responsabilidad, puesto que tienen la posibilidad, conforme alart. 48.3 LC, de instar o acordar el embargo de bienes de algunos responsables de un eventual concurso culpable con insuficiencia de activo para atender las deudas sociales. De esta forma puede evitarse el riesgo, que ciertamente puede concurrir, de que mediante el ejercicio de estas acciones extraconcursales se pretendan eludir los sacrificios que suelen corresponder a los acreedores en el concurso, acudiendo directamente al patrimonio de los administradores sociales.
En definitiva, si las Disp. Finales 20 y 21 de la Ley Concursal, así como laLey 19/2005, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, modificaron losarts. 262 LSA y 105 LSRL y no impidieron (ni postergaron) el ejercicio de dichas acciones durante el concurso, pues en tal reforma se han dejado incólumes las acciones que cualquier acreedor del concurso quiera ejercitar frente al administrador social de sociedades que se encuentran declaradas en concurso, si el ámbito temporal de exigencia de responsabilidad es diferente, si es distinta la naturaleza de las que se solventan en el concurso y fuera de él, si elart. 48.2 declara expresamente que la sección de calificación no afectará a las acciones que se hubieran ejercitado frente al administrador social, resulta difícil declarar la improcedencia de ejercitar una pretensión cautelar, que el ordenamiento jurídico no descarta, con el único sustento de lo preceptuado en elart. 60.2 LC sobre la interrupción del plazo para su ejercicio".": AAP Madrid (Sección 28) 18.12.2009 (JUR 2010/68324; Auto 215/2009; Rollo 358/2009)

“CUARTO.- SOBRE LA POSIBILIDAD DE EJERCITAR LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR DEUDAS TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO DE LA SOCIEDAD ADMINISTRADA POR LOS DEMANDADOS
Desarrollo del motivo de impugnación
11.- Sostiene el Sr. Maximino que, una vez declarado el concurso de SHIRTS, no cabría el ejercicio de la acción del encabezamiento contra sus administradores hasta la conclusión del expediente concursal.
El recurrente sustenta su postura en la interpretación sistemática de los artículos 178.2 y 60.2 de la Ley Concursal (en la redacción vigente al tiempo de promoverse la demanda, 31 de marzo de 2008), este último, en relación a su vez con el artículo 949 del Código de Comercio.
Valoración del Tribunal
12.- La validez del criterio favorable a la posibilidad que la parte recurrente niega, acogido por esta Sala en resoluciones precedentes, ha sido sancionada por el Tribunal Supremo.
13.- Cabe citar a este respecto la sentencia del AltoTribunal de 20 de junio de 2013, en la que se identifica claramente cuál era la pauta que debía seguirse bajo el régimen vigente al tiempo de promoverse la presente contienda y la incidencia de los cambios manifiestos operados en esta materia por la Ley 38/2011 sobre las situaciones preexistentes, en los siguientes términos:
"La Ley 22/2003, de 9 de julio, en la redacción anterior a la que le dio la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no establecía expresamente un sistema de coordinación y, menos, una incompatibilidad entre la tramitación del concurso de la sociedad deudora y el ejercicio por sus acreedores de acciones de cumplimiento de obligaciones sociales, dirigidas contra los administradores por el incumplimiento de los deberes que a los mismos venían impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución de la sociedad.
Es más, el artículo 48, apartado 2, a propósito de la acción social de responsabilidad, partió de la compatibilidad, al establecer que, sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores
o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios - si bien dispuso que correspondería al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior -. Además, precisó que la formación de la sección de calificación no afectaría a las acciones de responsabilidad que ya se hubieran ejercitado.
Ante ese relativo silencio sobre la coordinación entre otras responsabilidades societarias de los administradores de la sociedad deudora y las propiamente concursales, el Tribunal de apelación entendió, correctamente, que, pese a que el crédito de la cooperativa demandante era concursal, resultaba admisible la estimación de la pretensión de condena, deducida, contra el presidente y uno de los miembros del consejo de administración de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA, la deudora, ante el Juez del concurso con posterioridad a la declaración del mismo, por tener dicha condena por sujeto pasivo a una persona distinta de la concursada.
No obstante, tras su reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre, la Ley concursal ha dado un tratamiento diferente a la cuestión que se plantea en el motivo. En efecto, en el preámbulo de aquella Ley se señala que la misma pretende precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso y, en primer lugar, " la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación ".
Y, en ejecución de ese designio, dispone el vigente apartado 2 del artículo 50 de la Ley 22/2003 que

los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución y que, de admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior - esto es, el archivo de todo lo actuado y la invalidez de las actuaciones que se hubieran practicado -. Y el artículo 51 bis - contemplando un supuesto igual que el planteado - que, declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración, en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.
No obstante, el régimen legal que regulaba el supuesto que se ha presentado como litigioso fue el primero, esto es, el aplicado por la Audiencia Provincial, no el segundo, pues, como establece la disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 38/2011, ésta se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor".
En términos similares se pronuncia la ulterior sentencia de 15 de octubre de 2013.
14.- De todo ello se colige el rechazo del motivo de impugnación en examen.”: SAP Madrid (Sección 28) 31.01.2014 (Sentencia 24/2014; Rollo 562/2012)

AP Vizcaya

“PRIMERO.-La Sentencia dictada en el procedimiento que nos ocupa estima la demanda de responsabilidad de los administradores, concretamente de Don Vicente y de Don Miguel, a la par que declara que la sociedad por ellos administrada y aquí demandada es deudora frente a la demandante. Los demandados, que han permanecido en rebeldía durante la primera instancia pese a haber sido oportuna y correctamente citados, se alzan contra la sentencia aduciendo tanto cuestiones procesales como de fondo.
SEGUNDO.-La primera de las cuestiones de índole procesal hace referencia a que la sociedad demandada se encuentra en concurso de acreedores, entendiendo los apelantes que el presente procedimiento de responsabilidad de administradores debe ser conocido por el Juez del concurso y dentro del procedimiento concursal. Al hilo de lo anterior invoca las excepciones de litispendencia y prejudicialidad civil, en que viene a introducir la misma causa, a saber el procedimiento de concurso de acreedores en que se encuentra incursa la sociedad demandada.
En relación con estas cuestiones nos hemos pronunciado en nuestra sentencia de 2 de abril de 2012, en que se invocó la existencia de una pieza de calificación en que se había calificado como fortuito el concurso lo que, al entender de los recurrentes en aquellos autos, operaba como excepción de cosa juzgada (la que guarda una total similitud con la litispendencia). Allí dejamos señalado que" l a Sentencia recurrida analiza correctamente la cuestión debatida, citando la jurisprudencia aplicable al caso y el art. 48 de la vigente LC, del que se infiere claramente que la responsabilidad personal de los administradores va más allá de lo que se les pueda exigir en el propio concurso y, terminado éste, no existe ningún inconveniente para que cualquiera que sea la calificación del concurso suscitar y resolver la cuestión atinente a la responsabilidad que nos ocupa. "
Esta doctrina es perfectamente aplicable al caso enjuiciado en que cabe concluir que el concurso de acreedores de la sociedad no opera como prejudicialidad civil ni genera una situación de litispendencia en relación con los presentes autos.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 29.06.2012 (Sentencia 494/2012; Rollo 1/2012)

JM-2 Bilbao

“Cuarto. Insistiendo en la finalidad persuasiva de la motivación judicial, y porque se ha advertido que sí toca a lo competencial, no hay método para negar la compatibilidad de acciones de responsabilidad contra administradores sociales y procedimiento concursal de la sociedad.
No es menester entretenerse en destacar, de un lado, las diferencias de contextura y resultancia de la responsabilidad derivada de art. 172.3 LECO, y la derivada de arts. 133, 134 y 135 LSA, en relación con art. 69 LSRL, o de arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, tanto por ámbito subjetivo, como objetivo, temporal, y formal.
Tampoco hay que insistir en que la llamada acción social expresamente se contempla ejercible, pendiente el concurso, por el tenor de art. 48.2 LECO, con la incoherencia conceptual de preverse, sin mención a las otras acciones de responsabilidad mercantiles, y sin que la legitimación activa de los administradores concursales sustituya, sino que se suma a la de sociedad, socios, acreedores y terceros.
Son dos órdenes de razonamientos distintos, que se alimentan para proclamar la incompatibilidad, en un planteamiento plenamente deductivo:
A) La inconsistencia de compatibilizar acciones de responsabilidades concursales y societarias comunes de los administradores sociales durante el procedimiento.
B) Supuesta tal inconsistencia, la indagación de la base legal con apoyo en la que restringir el derecho de acción para hacer preferente la acción de responsabilidad concursal sobre las comunes.
En cuanto a lo primero, debe comprenderse que la inconsistencia no está necesariamente en el plano de los principios, sino en el del fracaso económico de las soluciones del procedimiento colectivo. Ha de tenerse presente que los administradores sociales no son en el concurso eventuales codeudores

solidarios con el concursado, mientras que así se entienden por la jurisprudencia respecto de las llamadas acción individual por daño y acción por deuda, y el fenómeno del codeudores *in solidum* no cuenta con restricciones en general en el concurso, aparte de la polémica clasificación del crédito del fiador subrogado. Y es claro que en los arts. 260.1 LSA y 104.1 LSRL existen focos de responsabilidad conectados con la idea de insolvencia, no alternativos de la solicitud del concurso, que nunca pueden enjuiciarse en el procedimiento concursal, porque son sanciones por infracción de normas, que no hay base legal, ni razón, para que se releven a los administradores que lo sean, o lo hubieran sido, de mercantiles concursadas. Puede que debieran relevarse por el legislador en cualquier caso --por ejemplo, esa causa de disolución estatutaria despreciada, que para nada se conecta con un "aviso" de insolvencia a los acreedores--, aunque no es misión de los tribunales tal reforma.

No obstante, aunque habrá responsabilidades legales de los Sres. A. y J., en su condición de administradores sociales de Desarrollo y Gestión Deportiva S.L. que, por definición, no puedan verse nunca fiscalizadas en la calificación concursal, supuesto que haya de abrirse, y en cualquier caso, estarán mediatizadas por la voluntad de los únicos legitimados activos en ese procedimiento especial, el administrador concursal y el Ministerio Fiscal, si nos ponemos en la tesitura concreta de una causa de disolución societaria por pérdidas significativas que no se atiende tempestivamente, y al tiempo, una falta correlativa de acudir al concurso voluntario, instaurada la insolvencia, en efecto, se podrían encabalgar las responsabilidades de arts. 105.5 LSRL y 172.3 LECO respecto de las mismas personas.

Pero, si se trata, como es la sugestiva propuesta de los Juzgados de lo Mercantil de Oviedo o Santander, de impedir temporalmente acciones de acreedores concursales que escapen a la colectivización en la masa, no desaparece la supuesta inconsistencia conceptual, ya que debieran supeditarse dichas acciones al resultado convencional o liquidatorio con su calificación y no simplemente suspenderse y/o dirimirse. Es decir, se apuesta por una prioridad temporal, a fin de que una pretensión colectiva no quede sin patrimonio de respuesta por el éxito de una pretensión individual o plural anterior en el tiempo. Al final, se trata de vedar que, debiendo el patrimonio de ciertos sujetos --el ámbito subjetivo y temporal no es coextenso en unas y otras responsabilidades-- se agote en favor de uno o unos interesados, cuando debiera contribuir a satisfacer, conforme a la prelación, mediante un instrumento regido por la administración concursal, a todos los interesados. En esta preocupación también se coloca este Juzgador.

En cuanto al segundo razonamiento, deductivo, de búsqueda de la norma no permisiva, incluso si asumiéramos que hay una incoherencia técnica en la no prohibición de acciones de responsabilidad comunes durante el concurso, textualmente, el art. 42, y las Disposiciones Finales 20.ª y 21.ª LECO no ayudan en absoluto.

Y el precepto de art. 60.2 LECO, en sí mismo, al excepcionar la regla general del art. 1.973 CCiv, interrumpiendo el plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores sociales durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se inicia de nuevo al terminar el procedimiento, no impide interponer la acción. Acaso invita a no interponerla, si existe continuidad empresarial, y por ver en qué termina el procedimiento, para lo que se interrumpe el «silencio de la relación» entre acreedor y administrador social durante el concurso, de manera que el acreedor concursal preserve su prescripción cuatrienal de art. 949 CCom, incluso durante el largo cumplimiento de un convenio.

Para llegar a otra conclusión hace falta desplegar una sofisticada hermeneusis. Y efectivamente, si otros supuestos de interrupción prescriptiva del precepto, como las acciones por créditos concursales (art. 60.1 LECO) o las dirigidas frente a socios que deban responder de las deudas sociales (art. 60.2 LECO), se acompañan de prohibiciones o restricciones de ejercicio, éstas se localizan en otras normas, por lo que precisamente debiera exigirse para las acciones de responsabilidad de administradores la norma de acompañamiento al respecto, y no presumir la identidad con aquellos otros supuestos. Además, no hay por qué presumirla con relación a las acciones ejecutivas contra el concursado, puesto que las acciones de declaración por créditos concursales frente a la mercantil concursada y ante el Juez del concurso no están eliminadas de la Ley, sino que, de suyo, están aludidas en arts. 50.1 y 192.1.pfo.2.º LECO, y puesto que las acciones frente a los socios de art. 48.5 LECO sólo se dirimen, en caso de convenio, hasta su aprobación, y no hasta la conclusión del procedimiento. ¿Por qué suspender las acciones que nos ocupan como si fueran demandas ejecutivas civiles?

En todo caso, el art. 60.1 LECO se refiere a diversas acciones cuya prescripción se interrumpe, cuando no todas son competencia del Juez del concurso, ni vienen afectadas por el procedimiento colectivo, como las acciones laborales excluidas de art. 86.ter.1.2.º LOPJ, las de responsabilidad civil *ex delicto* en procesos penales, o las urbanísticas frente a Juntas de Compensación o cosas por el estilo.

La naturaleza de las acciones concernidas no tiene relevancia, amén de que la polémica entre el carácter indemnizatorio o sancionador parece falsa con relación al art. 172.3 LECO, ya que nada impide que una sanción civil, como en dicha norma, consista en aplicar una determinada indemnización --como pudiera ser una multa alzada--, total o parcial, del daño a un sujeto, y el daño siempre viene insito con la constitución de la masa de acreedores, consistiendo en la insatisfacción del crédito por la sociedad concursada. El problema no es de naturaleza, sino de que se considere amortizada la relación de causalidad por la declaración de concurso culpable afectando a administradores o liquidadores sociales, o no.

Recapitulando, la compatibilidad de acciones por responsabilidad de administradores de las leyes societarias y por la calificación del concurso de la sociedad, origina, en ciertos casos, la consecuencia

perversa de que quede sin sentido económico el resarcimiento con que puede sancionar la calificación a aquellos mismos administradores. Pero ello no es más que una opción legislativa, sin «mentís» deducible de norma concursal alguna, y siendo cierto que la tutela de la preferencia del resarcimiento en sede concursal promociona la depuración del mercado, mientras que el resarcimiento individual únicamente promociona el interés del crédito, lo conducente es activar los mecanismos de coordinación entre acciones.
Estos mecanismos de coordinación consisten básicamente en la utilidad de art. 48.3 LECO para adelantar el embargo del patrimonio del administrador o liquidador social, siempre que aparezca el *fumus boni iuris,* y en la afirmación de la competencia del Juez del concurso para conocer de estas acciones.
No son dignas de explorarse vías como la prejudicialidad de art. 43 LEC, o produciéndose el presupuesto objetivo del concurso del administrador social --concursos en cadena, si el administrador es persona jurídica--, la acumulación al concurso de la sociedad desde art. 25 LECO, por la palmaria falta de base legal y su ineficiencia.
La competencia del Juez del concurso tiene un fundamento literal, que se arropa en otro finalístico, y un último sistemático.
1. La base textual está en arts. 86.ter.1.6.º LOPJ y 8.6.º LECO, precepto que si se lee como competencia atraída para las acciones de responsabilidad por daño al concursado durante el procedimiento, nadie le puede encontrar sentido, y tiene que leerse para las acciones de responsabilidad civil por daño que se formulen durante el procedimiento, pudiendo ser ese daño todo lo que deriva la insolvencia como «perjuicio al concursado.»
2. El argumento teleológico, se halla precisamente en art. 60 LECO, puesto que el mismo, desde diversas perspectivas, como queda indicado, salva de prescripción determinadas acciones durante el procedimiento del concurso, unas restringidas y otras no, y se refiere, con las de responsabilidad frente a los administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica, a acciones que son competencia del Juez del concurso. Desde luego que otras acciones de declaración frente al deudor no están afectadas por esta interrupción legal, como las laborales o de responsabilidad civil en proceso penal, la cual no las implica involucradas en el procedimiento.
3. La razón de contexto es la afirmación en art. 48.2.pfo.2.º LECO de la competencia para el conocimiento de la acción social de responsabilidad, la cual, a la postre, convive para un mismo objetivo, con la calificación de los administradores y liquidadores, la reintegración de la masa, directamente mediante acciones rescisorias especiales o desde el pronunciamiento de art. 172.2.3.º LECO, y las «reintegraciones indirectas» de acreedores concursales mediante acción individual o por deuda de arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL. La ratio debe ser idéntica para objetivos indénticos.
Así las cosas, competente el Juez del concurso, ni pueden haber conflictos con la acumulabilidad de acciones, dada la competencia objetiva universalista del mismo, ni puede haber ignorancia de la necesidad, en su caso, de activar por la administración concursal, vías de coordinación, a través del embargo de art. 48.3 LECO o ejercicio de acción social. Y así, los inconvenientes patrimoniales de permitir la tutela judicial efectiva del acreedor frente a quien, en principio, es tercero al concurso, no tienen por qué aparecer, cuando no sea justo. ”: Auto JM-2 Bilbao 22.05.2007 (La Ley, 1075/2007)

“PRIMERO.- Los codemandados en este juicio ordinario aducen la declaración del concurso de Ediciones Mazarredo S.L. -cna nº 343/06, de que conoce este mismo Juzgado-, para sostener el deber de suspender el curso del juicio, al considerar que la necesaria tramitación de la Sección de calificación en dicho concurso, comoquiera que los codemandados lo son en la calidad de administradores sociales solidarios de la mercantil concursada y por un acreedor concursal, conforma una cuestión incidental de previo pronunciamiento.
Es pacíficos que Ediciones Mazarredo S.L. fue declarada en concurso voluntario por este Juzgado con anterioridad a la presentación de la demanda del juicio ordinario frente a sus administradores sociales, y que éstos están suspensos de sus funciones de administración y disposición, y abierta la fase de liquidación, disuelta la sociedad y extinguida su personalidad jurídica.
Obvio también que la S.L. no es parte demandada en este juicio ordinario, por lo que no existen problemas competenciales desde ese punto de vista.
Pero no menos obvio que la pendencia del concurso de la S.L. no encaja en ninguna previsión de cuestión prejudicial de previo pronunciamiento, dado que el eventual óbice procesal para resolver en cuanto al fondo, ya sea subjetivo u objetivo, no se ha producido, por hipótesis, después de la audiencia previa de art. 414 LEC, ni es absolutamente necesario para continuar con el proceso o sobreseerlo decidir una causa de suspensión que no aparece expresa en la Ley (art. 391 LEC).
En este sentido, esta resolución sirve de repulsión de la cuestión incidental de previo pronunciamiento de art. 392.2 LEC
SEGUNDO.- Y en punto a la compatibilidad de acciones de responsabilidad contra administradores sociales y procedimiento concursal de la sociedad, la tesis de este Juzgado, ya expresada con anterioridad, es que no hay manera de negarla.
No es menester entretenerse en destacar, de un lado, las diferencias de contextura y resultancia de la responsabilidad derivada de art. 172.3 LECO, y la derivada de arts. 133, 134 y 135 LSA, en relación con art. 69 LSRL, o de arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, tanto por ámbito subjetivo, como objetivo, temporal, y formal.
Establecida la probanza en la audiencia previa, tanto en el acto del juicio como en la sentencia se verificará la diversidad entre el objeto del proceso y la calificación concursal, por mucho que se aprecien solapamientos.

Tampoco hay que insistir en que la llamada acción social expresamente se contempla ejercible, pendiente el concurso, por el tenor de art. 48.2 LECO, con la incoherencia conceptual de preverse, sin mención a las otras acciones de responsabilidad mercantiles, y sin que la legitimación activa de los administradores concursales sustituya, sino que se suma a la de sociedad, socios, acreedores y terceros.
Son dos órdenes de razonamientos distintos, que se alimentan para proclamar la incompatibilidad, en un planteamiento plenamente deductivo:
A) La inconsistencia de compatibilizar acciones de responsabilidades concursales y societarias comunes de los administradores sociales durante el procedimiento.
B) Supuesta tal inconsistencia, la indagación de la base legal con apoyo en la que restringir el derecho de acción para hacer preferente la acción de responsabilidad concursal sobre las comunes.
En cuanto a lo primero, debe comprenderse que la inconsistencia no está necesariamente en el plano de los principios, sino en el del fracaso económico de las soluciones del procedimiento colectivo. Ha de tenerse presente que los administradores sociales no son en el concurso eventuales codeudores solidarios con el concursado, mientras que así se entienden por la jurisprudencia respecto de las llamadas acción individual por daño y acción por deuda, y el fenómeno del codeudores "in solidum" no cuenta con restricciones en general en el concurso, aparte de la polémica clasificación del crédito del fiador subrogado. Y es claro que en los arts. 260.1 LSA y 104.1 LSRL existen focos de responsabilidad conectados con la idea de insolvencia, no alternativos de la solicitud del concurso, que nunca pueden enjuiciarse en el procedimiento concursal, porque son sanciones por infracción de normas, que no hay base legal, ni razón, para que se releven a los administradores que lo sean, o lo hubieran sido, de mercantiles concursadas. Puede que debieran relevarse por el legislador en cualquier caso -por ejemplo, esa causa de disolución estatutaria despreciada, que para nada se conecta con un "aviso" de insolvencia a los acreedores-, aunque no es misión de los tribunales tal reforma.
No obstante, aunque habrá responsabilidades legales de los codemandados en su condición de administradores sociales de Ediciones Mazarredo S.L. que, por definición, no puedan verse nunca fiscalizadas en la calificación concursal abierta. y en cualquier caso, estarán mediatizadas por la voluntad de los únicos legitimados activos en ese procedimiento especial, el administrador concursal y el Ministerio Fiscal, si nos ponemos en la tesitura concreta de una causa de disolución societaria por pérdidas significativas que no se atiende tempestivamente, y al tiempo, una falta correlativa de acudir al concurso voluntario, instaurada la insolvencia, en efecto, se podrían encabalgar las responsabilidades de arts. 105.5 LSRL y 172.3 LECO respecto de las mismas personas.
Pero, si se trata, como es la sugestiva propuesta de los Juzgados de lo Mercantil de Oviedo o Santander, de impedir temporalmente acciones de acreedores concursales que escapen a la colectivización en la masa, no desaparece la supuesta inconsistencia conceptual, ya que debieran supeditarse dichas acciones al resultado convencional o liquidatorio con su calificación y no simplemente suspenderse y/o dirimirse. Es decir, se apuesta por una prioridad temporal, a fin de que una pretensión colectiva no quede sin patrimonio de respuesta por el éxito de una pretensión individual o plural anterior en el tiempo. Al final, se trata de vedar que, debiendo el patrimonio de ciertos sujetos -el ámbito subjetivo y temporal no es coextenso en unas y otras responsabilidades- se agote en favor de uno o unos interesados, cuando debiera contribuir a satisfacer, conforme a la prelación, mediante un instrumento regido por la administración concursal, a todos los interesados. En esta preocupación también se coloca este Juzgador.
En cuanto al segundo razonamiento, deductivo, de búsqueda de la norma no permisiva, incluso si asumiéramos que hay una incoherencia técnica en la no prohibición de acciones de responsabilidad comunes durante el concurso, textualmente, el art. 42, y las Disposiciones Finales 20ª y 21ª LECO no ayudan en absoluto.
Y el precepto de art. 60.2 LECO, en sí mismo, al excepcionar la regla general del art. 1.973 CCiv, interrumpiendo el plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores sociales durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se inicia de nuevo al terminar el procedimiento, no impide interponer la acción. Acaso invita a no interponerla, si existe continuidad empresarial, y por ver en qué termina el procedimiento, para lo que se interrumpe el "silencio de la relación" entre acreedor y administrador social durante el concurso, de manera que el acreedor concursal preserve su prescripción cuatrienal de art. 949 CCom, incluso durante el largo cumplimiento de un convenio.
Para llegar a otra conclusión hace falta desplegar una sofisticada hermeneusis. Y efectivamente, si otros supuestos de interrupción prescriptiva del precepto, como las acciones por créditos concursales (art. 60.1 LECO) o las dirigidas frente a socios que deban responder de las deudas sociales (art. 60.2 LECO), se acompañan de prohibiciones o restricciones de ejercicio, éstas se localizan en otras normas, por lo que precisamente debiera exigirse para las acciones de responsabilidad de administradores la norma de acompañamiento al respecto, y no presumir la identidad con aquellos otros supuestos. Además, no hay por qué presumirla con relación a las acciones ejecutivas contra el concursado, puesto que las acciones de declaración por créditos concursales frente a la mercantil concursada y ante el Juez del concurso no están eliminadas de la Ley, sino que, de suyo, están aludidas en arts. 50.1 y 192.1.pfo.2º LECO, y puesto que las acciones frente a los socios de art. 48.5 LECO sólo se dirimen, en caso de convenio, hasta su aprobación, y no hasta la conclusión del procedimiento. ¿Por qué suspender las acciones que nos ocupan como si fueran demandas ejecutivas civiles?
En todo caso, el art. 60.1 LECO se refiere a diversas acciones cuya prescripción se interrumpe, cuando no todas son competencia del Juez del concurso, ni vienen afectadas por el procedimiento

colectivo, como las acciones laborales excluidas de art. 86.ter.1.2º LOPJ, las de responsabilidad civil "ex delicto" en procesos penales, o las urbanísticas frente a Juntas de Compensación o cosas por el estilo.
La naturaleza de las acciones concernidas no tiene relevancia, amén de que la polémica entre el carácter indemnizatorio o sancionador parece falsa con relación al art. 172.3 LECO, ya que nada impide que una sanción civil, como en dicha norma, consista en aplicar una determinada indemnización -como pudiera ser una multa alzada-, total o parcial, del daño a un sujeto, y el daño siempre viene ínsito con la constitución de la masa de acreedores, consistiendo en la insatisfacción del crédito por la sociedad concursada. El problema no es de naturaleza, sino de que se considere amortizada la relación de causalidad por la declaración de concurso culpable afectando a administradores o liquidadores sociales, o no.
Recapitulando, la compatibilidad de acciones por responsabilidad de administradores de las leyes societarias y por la calificación del concurso de la sociedad, origina, en ciertos casos, la consecuencia perversa de que quede sin sentido económico el resarcimiento con que puede sancionar la calificación a aquellos mismos administradores. Pero ello no es más que una opción legislativa, sin "mentís" deducible de norma concursal alguna, y siendo cierto que la tutela de la preferencia del resarcimiento en sede concursal promociona la depuración del mercado, mientras que el resarcimiento individual únicamente promociona el interés del crédito, lo conducente es activar los mecanismos de coordinación entre acciones.
Estos mecanismos de coordinación consisten básicamente en la utilidad de art. 48.3 LECO para adelantar el embargo del patrimonio del administrador o liquidador social, siempre que aparezca el "fumus boni iuris", y en la afirmación de la competencia del Juez del concurso para conocer de estas acciones.
Por ello, se confirió traslado al adeministrador concursal de Ediciones Mazarredo S.L., a fin de que viera lo procedente en esa línea, sin que se hayan producido manifestaciones.
No son dignas de explorarse vías como la prejudicialidad de art. 43 LEC, o produciéndose el presupuesto objetivo del concurso del administrador social -concursos en cadena, si el administrador es persona jurídica-, la acumulación al concurso de la sociedad desde art. 25 LECO, por la palmaria falta de base legal y su ineficiencia.
TERCERO.- Aunque aquí no tiene mucho sentido polemizar, ya que el Juez concursal y el Juez mercantil al que se ha repartido la demanda es el mismo, se viene opinando por este Juzgado que habría una competencia del Juez del concurso, desde un fundamento literal, que se arropa en otro finalístico, y un último sistemático.
1. La base textual está en arts. 86.ter.1.6º LOPJ y 8.6º LECO, precepto que si se lee como competencia atraída para las acciones de responsabilidad por daño al concursado durante el procedimiento, nadie le puede encontrar sentido, y tiene que leerse para las acciones de responsabilidad civil por daño que se formulen durante el procedimiento, pudiendo ser ese daño todo lo que deriva la insolvencia como "perjuicio al concursado".
2. El argumento teleológico, se halla precisamente en art. 60 LECO, puesto que el mismo, desde diversas perspectivas, como queda indicado, salva de prescripción determinadas acciones durante el procedimiento del concurso, unas restringidas y otras no, y se refiere, con las de responsabilidad frente a los administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica, a acciones que son competencia del Juez del concurso. Desde luego que otras acciones de declaración frente al deudor no están afectadas por esta interrupción legal, como las laborales o de responsabilidad civil en proceso penal, la cual no las implica involucradas en el procedimiento.
3. La razón de contexto es la afirmación en art. 48.2.pfo.2º LECO de la competencia para el conocimiento de la acción social de responsabilidad, la cual, a la postre, convive para un mismo objetivo, con la calificación de los administradores y liquidadores, la reintegración de la masa, directamente mediante acciones rescisorias especiales o desde el pronunciamiento de art. 172.2.3º LECO, y las "reintegraciones indirectas" de acreedores concursales mediante acción individual o por deuda de arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL. La "ratio" debe ser idéntica para objetivos indénticos.
Así las cosas, competente el Juez del concurso, ni pueden haber conflictos con la acumulabilidad de acciones, dada la competencia objetiva universalista del mismo, ni puede haber ignorancia de la necesidad, en su caso, de activar por la administración concursal, vías de coordinación, a través del embargo de art. 48.3 LECO o ejercicio de acción social. Y así, los inconvenientes patrimoniales de permitir la tutela judicial efectiva del acreedor frente a quien, en principio, es tercero al concurso, no tienen por qué aparecer, cuando no sea justo.
En cualquier caso, no se ha planteado, y sólo habría cuestión en este asunto a propósito de que el juicio ordinario se tramite "exento", o dentro, o acumulado al procedimiento concursal de la S.L., lo cual, en uno u otro caso, no engendra efectiva indefensión a nadie.": AJM-2 Bilbao 18.09.2007 (Ordinario 213/2007)

"**SEGUNDO.-** Las sociedad actora, Tuduri, ejerce una acción de condena derivada de la acción de cumplimiento del pago del precio de un contrato de obra mercantil cuyo precio es ejecutivo frente a Mazarredo en la liquidación concursal de ésta, que es de responsabilidad legal de los administradores sociales de tal mercantil, codemandados, Sres. L., S. y A., denominada por deuda ex art. 105.5 LSRL.
Un extremo debe esclarecerse desde un principio: No hay en la demanda una acumulación objetiva, tan usual, de la acción de art. 105.5 LSRL a la denominada acción individual directa de responsabilidad de los administradores societarios de art. 135 LSA, por relación con art. 69 LSRL, de modo que la contestación a la demanda puede estar sintonizada con la opinión de doctrina y

jurisprudencia al proyectarse sobre los hechos del asunto (tanto para que prospere la acción social como la individual, se exige prueba no sólo directa del daño, sino también, directa o indiciaria, de la falta de diligencia de los administradores que resulten demandados, y la relación de causalidad entre ésta y aquéllos, sin que venga de empleo la inversión de la carga probatoria, propia de la teoría del riesgo creado: SSTS de 30 de enero de 2001, 25 de febrero y 24 de diciembre de 2002, 20 de noviembre de 2003, y 16 de febrero de 2004), pero no es objeto de "litis", de modo que nada se tiene que razonar acerca de la más delicada sintonización de una pretensión indemnizatoria por culpa, que fuera por hipótesis litigiosa, y la eventual inexistencia de culpa grave y relación de causalidad con la insolvencia en la calificación (cfr.: arts. 172.2.3º y 172.3 LECO), por homologación judicial de la postura, coincidente, de administración concursal y Ministerio Fiscal.

El supuesto sometido a resolución semeja un ejemplo académico: durante dos ejercicio sociales consecutivos, años 2004 y 2005, la sociedad Mazarredo, que está administrada solidariamente por sus tres socios, los cuales reúnen ambas condiciones precisamente desde la época en que se genera el débito social en octubre de 2005, publicita en el Registro Mercantil un situación de pérdidas sucesivas que suponen fondos propios negativos, y a raíz de una junta general celebrada a mediados del tercer último posterior ejercicio de 2006, contabilizadas pérdidas que son más de cuarenta veces superiores al monto del capital social, mínimo legal, solicita el concurso voluntario, que fue declarado, habiéndose llegado a la calificación de concurso fortuito, y liquidándose la sociedad.

La cuestión litigiosa resulta de que un acreedor concursal, detentador del indicado crédito social, reclama ex art. 105.5 LSRL a los tres administradores sociales, puesto que no han cumplido en su tiempo con el deber legal de procurar la disolución societaria, o el alternativo saneamiento de las pérdidas significativas. Y los codemandados aducen haberse colocado en concurso en cuanto se determinó en la junta general la situación de insolvencia, por cuanto las inyecciones de dinero proporcionadas por los socios de Mazarredo, que son los administradores sociales, directamente, o indirectamente a través del grupo de empresas, las cuales habían superado las pérdidas contabilizados, no pudieron extraer de la crisis financiera a la sociedad.

Y así, académicamente, no puede más que estimarse la pretensión.

Puede opinarse que resulta contraproducente para el valor del concurso como tutela del crédito una duplicidad de regímenes de responsabilidad de administradores de sociedades mercantiles, en cuanto se haya declarado judicialmente la insolvencia de la sociedad, uno concursal y otro societario, y que puede quedar despojada de efectividad, no ya la famosa responsabilidad de art. 172.3 LECO, sino el mismo régimen de reintegración de la masa que afecte a los administradores sociales, en la medida que se adelante el éxito de la pretensión de condena fundada en las acciones extraconcursales de ciertos acreedores concursales.

La viabilidad de entrar al conocimiento de esta acción de responsabilidad, pendiente el concurso de Mazarredo, ya ha sido afirmada, con su motivación por extenso, en el auto de 18 de setiembre de 2007, pero ha de indicarse que la eventual incompatibilidad de acciones de los acreedores frente al administrador social y del procedimiento concursal de la sociedad deja de tener, como tesis, abrigo intelectual, aparte de la falta de socaire legal, una vez que, según es caso, la calificación está resuelta en firme mediante auto de concurso fortuito, sin que lo que suceda en la liquidación hasta la conclusión del concurso pueda alterarlo. En un caso, como el presente, en que está conjurado el riesgo de inefectividad -no ha habido una agresión al patrimonio de los administradores concursales de la sociedad desde acción del acreedor en la masa, y la responsabilidad concursal no se ha pronunciado, ni existe ejercicio de acciones de nulidad, rescisión o revocación de negocios en que hayan intervenido los administradores concursales-, carece de sitio la reflexión en tal línea.

Y no hay otra posibilidad legal que estudiar, de un lado, si los hechos que deben subsumirse en las respectivas normas, concursales o extraconcursales societarias, son distintos, y de otro, la naturaleza de la responsabilidad que se exige a los administradores como consecuencia del ejercicio de la acción de art. 105.5 LSRL es distinta de la que exige en la sección de calificación en virtud de lo previsto en art. 172.2.3º y 3 LECO. Y aseverándose que los hechos son los mismos y la índole de las responsabilidades distinta, según debe hacerse aquí, nada interviene de suyo la resultancia concursal con relación al "status" jurídico subjetivo de los codemandados en la decisión de este proceso.

Lo primero se contesta desde la relación de hechos probados, puesto que no hay nada en este juicio que abrigue discordancia con lo decantado en el procedimiento concursal, mientras que lo segundo se contesta con escaso esfuerzo. La naturaleza de la responsabilidad que se exige a los administradores en virtud de lo previsto en el art. 172.3 LECO se viene debatiendo en las sentencias de calificación de los Juzgados de lo Mercantil, y es divergente en las doctrinas de apelación que se conocen, puesto que hay resoluciones desde las que se inclinan por la responsabilidad automática, que aplica un deber de pago de los administradores de las sociedades concursadas a los acreedores en general, en cuanto se conciten los presupuestos de la calificación culpable, la apertura de la liquidación, y el déficit de la masa activa para cubrir la masa pasiva, hasta las que hablan de una responsabilidad indemnizatoria de los acreedores concursales por daño, que es el fallido, y por culpa, que debe intervenir en el nexo causal entre determinada acción u omisión y dicho fallido, como resultado.

Aunque, cualquiera que sea la tesis que se imponga en la práctica, y a pesar de que ese género de responsabilidad concursal y la de art. 105.5 LSRL, gravitando sobre unos mismos sujetos, se coincida en calificar como lo que la jurisprudencia ha dado en llamar responsabilidad-sanción, lo cual no es idea que secunde el juzgador, el distingo asalta claro y profundo: 1) No hay necesidad en la responsabilidad societaria de valorar más que una infracción de deberes legales, mientras que en la concursal es siempre presupuesto inexcusable la concurrencia de dolo o culpa grave en la generación agravación de la insolvencia; 2) La responsabilidad societaria "solidariza" el crédito social al administrador, como

si fuera un avalista "ope legis" de la mercantil con base en haber cometido un ilícito formal, mientras que la concursal precisa la previa excusión del patrimonio social; 3) En la acción societaria se condena a los administradores a pagar a los acreedores sociales lo mismo que debe pagar la sociedad, mientras que en la concursal, indemnizarán, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa; 4) La acción societaria legitima activamente de forma ordinaria a cada acreedor de la sociedad, mientras que la concursal exclusivamente contempla legitimados activos extraordinarios, esto es, que no son titulares del derecho concernido, por interés colectivo, en el caso de la administración concursal, y de carácter social o político, en el caso del Ministerio Fiscal; 5) Ninguna mención existe en la responsabilidad concursal a la nota de solidaridad entre administradores sociales corresponsables. Más diáfana todavía es la discrepancia entre la responsabilidad del administrador ex art. 105.5 LSRL y la contemplada en art. 172.2.3º LECO, puesto que esta segunda no se concibe como una responsabilidad solidaria en las deudas sociales, sino que se regula la devolución de los bienes o derechos que hubieran obtenido los administradores indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, e indemnizar los daños y perjuicios causados.

Es verdad, por una parte, que el legislador, en auxilio de la determinación concursal de ese género de responsabilidad en la calificación, tipifica una serie de supuestos en que se presume desde la presencia de ciertos hechos indiciarios, bien la calificación culpable del concurso, sin admitir prueba en contrario (art. 164.2 LECO), con lo que se eliminan los requisitos subjetivos y de causalidad, o bien la culpa generadora o incrementadora de la insolvencia, admitiendo prueba en contrario (art. 165 LECO), con lo que no se elimina la causalidad, y se "aventaja" la acreditación de la culpa, al invertir la carga de probar; y por otra parte, ello así, que los hechos habilitantes para el empleo de estas "praesumptiones legis" pueden coincidir con los que supondrían un deber de disolución bajo el cuidado de los administradores sociales ex art. 105.5 LSRL (lo mismo que podían coincidir con los que justificaran el ejercicio de una acción directa de art. 135 LSA).

Pero ello no determinaría, por hipótesis, al no haber una prevención legal en sentido adverso, más que una interferencia ideal entre los regímenes de responsabilidad societaria y concursal, y esa inefectividad última de uno por el otro, sin que medie una interferencia formal-procesal-competencial.

Y en una ruta lógica, como se ha dicho, de libro, como en ésta, la interferencia no puede siquiera plantearse, dado que la calificación fortuita en el concurso se ha consumado.

La responsabilidad legal por deuda derivada de art. 105.5 LSRL (precepto reformado por las Disposición final 20ª.4 LECO), regula la famosa sanción civil a los administradores sociales, con la consecuencia de suplementar el patrimonial social, fundada en el incumplimiento de deberes legalizados, si concurre determina causa de disolución de la sociedad. En particular en el asunto, tenemos la causa disolutoria que consiste en las pérdidas significativas que demedian el capital social desembolsado, de art. 104.1.f) LSRL, puesto que, en realidad las pérdidas acumuladas desde el 31 de diciembre de 2004 superan grandemente el capital social mínimo de Mazarredo.

La consecuencia reside en suplementar el patrimonial social, con fundamento en el incumplimiento de deberes "ex lege" del administrador social, consistentes, ante la inactividad o las pérdidas significativas, en convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte en tal tesitura el acuerdo de disolución, o bien la adopción de aumento o reducción de capital, o solicitar la disolución judicial en otros dos meses desde que debió celebrarse dicha junta, o desde la celebrada, que no acordara la disolución. Igualmente, decantada la insolvencia, existía el deber de solicitar el concurso.

Claro que la insolvencia, en su noción legal de art. 2 LECO -y en este caso prescindimos de abordar el tema de si LSRL se refiere a todo tipo de insolvencia legalizada, incluso la inminente, que no fuerza a la sociedad a presentarse en concurso, pero podría forzar la conducta de los administradores sociales-, y las pérdidas significativas, pueden ser realidades coincidentes o no.

De suyo, en el supuesto de autos, se prueba que los socios y Tecnopron introdujeron líquidez en Mazarredo para enjuagar las pérdidas, sin embargo de lo cual, Tuduri no vio que ésta cumpliera regularmente con las obligaciones generadas a partir de octubre de 2005.

Aquí el caso, y ello lo corobora el informe de calificación del administrador concursal, al manifestar que Mazarredo no había llenado el deber de solicitar el concurso dentro de los dos meses desde que conoció o debió conocer la situación de insolvencia, parece que se solapan las pérdidas que demedian el capital y la insolvencia, por lo menos desde las cuentas del ejercicio 2005.

Producido, como es probado, el fenómeno de ausencia de junta de disolución o alternativa de reducción a cero y ampliación de capital suficiente, en el plazo legal de art. 105.5 LSRL, o solicitud de concurso en el plazo legal de art. 5 LECO, se transmite como sanción directa el que respondan los administradores sociales solidariamente de las obligaciones sociales de la sociedad. Transmisión ésta que aparece "ipso facto", sin necesidad de acreditar la existencia de culpa del administrador, sino que presume o viene implícita en que haya incumplido las predichas obligaciones legales. Se trata de una responsabilidad por ministerio de la ley, en que tampoco es necesaria demostrar una relación de causalidad entre la omisión de los administradores y la deuda social, y que comienza en el momento mismo en que el administrador ha de conocer la situación patrimonial, y sin embargo, no proceden como dispone la norma, de modo que su mera pasividad apareja la responsabilidad solidaria por obligaciones sociales a modo de "consecuencia objetiva" (SSTS de 29 de abril de 1998, 12 de noviembre y 22 de diciembre de 1999, 14 de abril, 20 de octubre, y 20 de diciembre de 2000, 31 de mayo, 20 de julio, y 3 y 26 de octubre de 2001, 12 de febrero, 25 de abril o 7 de junio de 2002, 18 de setiembre o 23 de diciembre de 2003, o 24 de octubre de 2005).

TERCERO.- De los alegatos de exoneración que se aducen en la contestación, más en el acto del juicio que en el escrito, dado que éste trata de la responsabilidad culposa de arts. 133 y 135 LSA, que aquí no se baraja, debe sentarse:

1. Se entendía en la doctrina mayoritaria, ante la carencia de limitaciones legales, que la responsabilidad que se aplica como sanción al incumplimiento de deberes en estas determinadas circunstancias, alcanzaba a todo tipo de deudas sociales, contraídas por la sociedad y no extinguidas, tanto anteriores como posteriores al incumplimiento de dichos deberes enunciados. Se invoca la SAP Pontevedra -1ª- de 25 de octubre de 2006, la cual entiende que procede la aplicación retroactiva "in bonus" para lo anterior al 16 de noviembre de 2005, cuando ganó vigencia la reforma de art. 105.5 LSRL por Disposición final 2ª Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea con domicilio en España, de modo que tuviera incidencia el que constara un cese de la actividad social anterior a la obligación. No hay necesidad de alinearnos con esa retroactividad favorable, puesto que, sin duda penalidad civil la responsabilidad "ex lege" por deuda social, en sí mismo irretroactiva por lo menos para efectos no surgidos del incumplimiento de los administradores sociales, no hay ninguna exigencia legal -ni constitucional- para la aplicación de la ley más favorable, algo propio del Derecho penal en sentido propio. De un lado, sería de aplicación la presunción "iuris tantum" legal de que constaban antes los débitos sociales al conocimiento de la causa de disolución demostrada, de modo que tendría que destruirse por prueba cabal, la cual no se ha siquiera intentado por el Sr. C.. La norma presume que los débitos de nuestro asunto, los cuales surgen por el incumplimiento contractual, a partir de octubre de 2005, son posteriores a la causa disolutoria, y si Mazarredo nada demuestra sobre su realidad patrimonial y financiera anterior, fuera de lo que eran las cuentas anulaes depositadas del ejercicio 2004, con fondos propios negativos, sobre quien se lanza la carga de probar, obviamente no hay acreditación de una causa de disolución posterior. Por lo tanto, hay seguridad de lo contrario, y otra cosa que la insolvencia, en términos normativos, puesto que hasta 2006 se cumplieran las obligaciones corrientes, tal vez haya aparecido más tarde.

2. Ni la opinión del informe de calificación del concurso de Mazarredo, vertida por el administrador concursal, ni el dato "crudo" de que los socios hubieran inyectado repetidamente dinero en la sociedad para poder cumplir, a pesar de las pérdidas, interviene, como queda explicado, en el desencadenamiento de la responsabilidad ex art. 105.5 LSRL.

Como se ha indicado, la responsabilidad concursal nunca excluye, si no se utilizan presunciones "iuris et de iure", la relación de causalidad entre la acción u omisión de los administradores sociales y la generación o agravación de la insolvencia. Cuando se acude a la presunción "iuris tantum" de art. 165.1º LECO, se facilita la prueba de la culpa grave, siendo factible contraprobar una conducta que deje la culpa en leve, como puede ser el logro de que los socios presten consecutivamente numerario a la sociedad en crisis, sin expectativa de recuperarlo. En cualquier caso, lo mismo que si el informe de calificación se vierte sobre la insolvencia, y el objeto de "litis" se proyecta sobre las pérdidas acumuladas, la opinión del administrador concursal y del Ministerio Fiscal vinculan al juez en la sección sexta del procedimiento concursal (art. 170.1 LECO), nada significan en este juicio ordinario.

Y en definitiva, si se desea que graviten los argumentos bonancibles del informe de calificación sobre los presupuestos del art. 105.5 LSRL, el fracaso resulta predecible: Dicho precepto no clama directamente por una capitalización de las sociedades con pérdidas, acaso inviable, puesto que se endereza a establecer unos deberes de los administradores sociales que, lógicamente ni se debe presumir que son titulares del capital, ni se les puede obligar a que lo sean, ni a que capitalicen la mercantil en crisis; clama por que los adminsitradores sociales desenvuelvan un concreto esfuerzo de depuración del mercado, sirviendo de "aviso de insolvencia", o promoviendo esa capitalización, como alternativas. La alternativa es de la junta general de socios, sin que los administradores tengan más que, si el presupuesto coincide, la alternativa de procurar la junta de disolución o solicitar el concurso.

La ideología legal parte de que la sociedad con pérdidas significativas aparentes puede ser inviable, y la continuidad de la misma genera riesgo cierto para los acreedores sociales. Si se incumplen las obligaciones de los administradores ante la concurrencia de dichas pérdidas, la Ley finge que originan el impago de aquellos acreedores. Lo que se cautela, pues, ante la existencia de pérdidas, cuando el patrimonio social es todavía positivo y los acreedores podrían todavía recuperar íntegramente sus créditos, es que resulte atajada a tiempo la coyuntura. Y en la opción entre el "favor societatis" y el "favor creditorii", los acreedores carecen de posibilidades de reacción frente a la situación en que produciéndose pérdidas graves en el ejercicio, no se haya reaccionado en términos legales por los administradores, y actualmente, acaso, el patrimonio en lugar de ser ligeramente inferior a la mitad del capital social, sea negativo.

Los préstamos de los socios, sabedores de la situación de Mazarredo, que no permitirá el reintegro, pero que quedan contabilizados como acreedores de la sociedad, es un comportamiento entendible, pero nada tiene qué ver con los deberes que urge la Ley de los administradores sociales, aunque en este caso sean también los mismos socios. La conducta de los administradores debió ser convocar la junta tempestivamente, y en ella adoptar, tal vez, la decisión de utilizar los fondos que han perdido en reducir el capital a cero y aumentarlo para eliminar la acumulación de pérdidas experimentada. Si ello puede ser equivalente a una aportación de los socios para compensar pérdidas de ejercicios anteriores, como mantiene el Sr. C., es una discusión contable, estéril en un supuesto en que tal fenómeno, con sus consecuencias tributarias, no se ha producido, pero, de cualquiera de las maneras, no es tampoco lo que exige la medida saneamiento indicada por la causa de disolución legalizada, que implica capitalización.

Por consiguiente, debe darse éxito a la acción de condena, pues se ha probado la condición de acreedora de Tuduri respecto de Mazarredo (1); la condición de administradores sociales solidarios de

Mazarredo, de los tres codemandados (2); la concurrencia objetiva de las causas de disolución en Mazarredo, por las pérdidas no solventadas que demedian -de suyo multiplican- el capital social, institucionalizadas desde 31 de diciembre de 2004, produciéndose la solucitud de concurso en octubre de 2006 (3); y el incumplimiento de los deberes legales derivados de tales causas (4).
La condena solidaria suplementa con el patrimonio de los administradores sociales el patrimonio de la sociedad de cara a Tuduri, como fórmula satisfactiva apartada de la colectivización del concurso de Mazarredo, a falta de otro diseño legal, y con lo que ello signfica de desincentivación, no ya para la solicitud de concurso necesario, sino incluso para no malgastar en el concurso voluntario. ": SJM-2 Bilbao 08.11.2007 (Ordinario 213/2007, Sentencia 153/2007)

JM-3 Barcelona

"18. La acción concursal del artículo 172.3 de la Ley, la posibilidad de atribuir la insuficiencia del activo a los administradores del deudor persona jurídica en caso de liquidación. El artículo 172.3 de la Ley Concursal establece que *"Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia e la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa"*.
19. La compatibilidad de las pretensiones derivadas de la sección de calificación en el artículo 172.3 con otras acciones que los acreedores o la propia administración concursal pudieran ejercitar se ha convertido en uno de los ejes del debate doctrinal sobre el alcance del artículo 172.3 de la Ley.
19.1 Para resolver esta cuestión debe acudirse a la propia Ley concursal – artículo 60 – en la que se advierte que la declaración del concurso y hasta su conclusión queda interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración. Adviértase que no se vincula la interrupción a la suerte de la sección de calificación sino a la conclusión completa del concurso que se regula en el artículo 176 y reclama que no se esté tramitando la pieza de calificación.
19.1.1.De igual modo el artículo 60.1 extiende los efectos de interrupción de la prescripción para el ejercicio de las acciones contra los socios, los administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica del concursado.
19.1.2 Sin perjuicio de algunos pronunciamientos como el del Juzgado Mercantil de Oviedo – de 13-12-2005 – que identifica "interrupción de la prescripción" con "suspensión del procedimiento", es decir, queda vedado a los acreedores o perjudicados es inicio de estas acciones vigente el concurso. Lo cierto es que la interrupción del plazo prescriptivo no es sino un instrumento que ha de beneficiar, no perjudicar a los acreedores y, por lo tanto no se impide que el acreedor que quiera dirigir una reclamación contra el administrador, liquidador o auditor no pueda iniciar las acciones independientes y extraconcursales aún vigente el concurso, sin necesidad de aguardar a la conclusión del concurso, sobre todo en aquellos supuestos en los que la declaración de concurso no suponga el concurso de sus administradores o liquidadores. Se interrumpe el plazo de prescripción por si algún acreedor o perjudicado prefiere aguardar a la sentencia de calificación para tener certeza sobre la fecha en la que se produce la insolvencia, la existencia de operaciones rescindibles o la imputación a administradores, liquidadores o auditores dolo o negligencia en su actuación, siempre y cuando esa conducta dolosa o negligente haya tenido incidencia real en la concurrencia de la causa de insolvencia o en su agravamiento.
19.1.3 El artículo 48.3 de la Ley Concursal permite a la administración del concurso el inicio de las acciones que asistan a la concursada persona jurídica contra sus administradores, auditores o liquidadores, advirtiendo que la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado.
19.1.4 Conforme la doctrina más autorizada – sirva de referencia Emilio BELTRÁN en el comentario a la Ley Concursal editado por Thomson Civitas en 2004, Tomo I, página 976 – considera que la acción de responsabilidad ejercitada al amparo del artículo 48.2 es independiente de la responsabilidad concursal y compatible con ese tipo de acciones.
19.1.5 Conforme a este hilo argumental puede afirmarse que las acciones de responsabilidad contra administradores, liquidadores o auditores ejercitadas por un acreedor, por un perjudicado o por la propia administración concursal es independiente de la acción de responsabilidad concursal que se ejercita –conforme al artículo 172.3 de la Ley – en la sección de calificación, por ello la acción concursal que se ejercita en el marco de a calificación no pueden identificarse de modo mimético con las acciones de responsabilidad no concursales.
19.1.6 La compatibilidad de los efectos de la sentencia dictada en la sección de calificación respecto de los administradores de una sociedad en concurso con las acciones de responsabilidad prevista en las Leyes que regulan las sociedades mercantiles.- Sentada esta cuestión en los epígrafes anteriores lo que parece evidente es que el legislador concursal ha considerado necesario que haya un régimen de responsabilidad concursal vinculado a la culpabilidad del concurso y de las personas afectas a dicha declaración distinto del régimen de responsabilidad societario no concursal.
19.1.6.1 La anterior afirmación no debe significar que la responsabilidad concursal derivada de la calificación culpable haya de descontextualizarse respecto de la responsabilidad de administradores, liquidadores o auditores en el marco de la normativa societaria. No tendría ningún sentido que el administrador de una sociedad concursada se encontrara en mejor situación y menor responsabilidad

que el administrador de una sociedad declarada en concurso y, sin embargo, incursa en una causa de disolución conforme al artículo 260 de la LSA y 104 de la LSRL.
19.1.6.2 Para evitar esa falta de simetría entre al régimen de responsabilidad concursal y el societario la Ley Concursal permite:
19.1.6.2.1 Por un lado que los acreedores inicien y culminen acciones personales de responsabilidad, cuyo efecto solo beneficiará al acreedor o perjudicado que hubiera ejercitado estas acciones.
19.1.6.2.2 Por otro lado que los administradores, en interés del concurso, inicien esas acciones de responsabilidad en el marco del artículo 133, 134, 135 o 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas. En este caso el pronunciamiento que se obtuviera sería en beneficio de la masa activa.": SJM-3 Barcelona 05.10.2007 (Incidente Concursal 36/2004)

1.2.2 Sí procede su suspensión

JM-1 Santander

"PRIMERO.- La actora ejercita una acción de responsabilidad por deudas que ampara en el artículo 262 LSA, si bien dado que se dirige frente a un administrador de una Sociedad Limitada, su cobertura legal es el artículo 105 LSRL, ejercitando subsidiariamente una acción de responsabilidad individual del artículo 135 LSA en relación tonel artículo 69 LSRL.
Al haber sido la sociedad administrada por el demandado, HOSDECAN, S.L., declarada en concurso con anterioridad a la presentación de la demandada frente a su administrador, se plantea la cuestión relativa a la compatibilidad de dichas acciones de responsabilidad de administradores con la existencia de un procedimiento concursal frente a la sociedad administrada, cuestión no resuelta de un modo explícito en la Ley Concursal que únicamente se refiere a la acción de responsabilidad social de los administradores del artículo 134 LSA.
SEGUNDO.- Las pistas para la resolución de dicha cuestión se encuentran, en primer término, en el artículo 60 LC, donde se regula la interrupción de la prescripción, estableciendo en su apartado segundo que desde la declaración y hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora, añadiendo que el cómputo de los plazos para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso.
Coordinando dicho precepto con el artículo 48.2 LC que se ocupa específicamente de la acción social de responsabilidad frente a los administradores extendiendo la legitimación activa a la administración concursal, puede colegirse que el artículo 60.2 LC al ocuparse concretamente a la interrupción de la prescripción de las acciones contra los administradores se está refiriendo a las acciones de responsabilidad por deudas e individual de los administradores puesto que la acción social de responsabilidad se encuentra expresamente permitida durante la declaración de concurso, admitiéndose su ejercicio durante su la tramitación del mismo, por lo que no resulta congruente la suspensión de la prescripción de dicha acción con dicha permisibilidad. Es más, la propia ubicación sistemática del precepto contribuye a esta solución puesto que el artículo 60 se incluye dentro del capítulo dedicado a los efectos del concurso sobre los acreedores, siendo así que las únicas acciones de responsabilidad de los administradores cuya legitimación compete a los acreedores y que, en consecuencia, cualquier modificación de su régimen en sede concursal representa un efecto de la declaración del concurso frente a los acreedores, son las acciones ejercitadas por el actor, esto es, la acción de responsabilidad por deudas de los artículos 105 LSRL y 262 LSA y la acción individual de responsabilidad del artículo 135 LSRL. En cambio, el artículo 48 LC, empleado por la doctrina en justificación de la no eficacia impeditiva de la declaración de concurso para el ejercicio de las acciones de responsabilidad individual y por deudas de los administradores sociales se ocupa específicamente según reza su rúbrica, de los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor persona jurídica, entre los cuales no es posible incluir dichas acciones puesto que no afectan a dicho deudor sino a terceros vinculados con él por su condición de administradores actuales o pretéritos y, especialmente, en lo que aquí nos interesa, por su condición de acreedores de la concursada, por lo que dicho precepto no constituye un argumento que eficaz para colegir que el régimen del artículo 60 LC no conlleva la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones de responsabilidad frente a los administradores, puesto que ambos preceptos se ocupan de realidades diferentes.
La única justificación posible a la interrupción de la prescripción de dichas acciones viene dada por la imposibilidad de su ejercicio durante la tramitación del concurso. Analizando cada una de las acciones cuya prescripción interrumpe el precepto que nos ocupa, se aprecia que en ellas dicha interrupción viene acompañada del imposible ejercicio de la acción interrumpida durante la tramitación del concurso y hasta su suspensión, momento a partir del cual se inicia nuevamente.
TERCERO.- Un argumento que constituye un complemento necesario de lo anterior se extrae del régimen instaurado por el artículo 172 LC en sede de calificación. Este precepto, en su apartado 3, establece un régimen específico y especial de responsabilidad de los administradores actuales y pretéritos en sede concursal que requiere como presupuestos la apertura de la fase de liquidación, que en la misma el activo resulte insuficiente para satisfacer a los acreedores y que el concurso se califique como culpable, cuya consecuencia es que los administradores puedan ser condenados a pagar total o parcialmente el importe que de los créditos no reciban los acreedores en la liquidación de la masa activa.
Dicha responsabilidad derivada directamente de la insuficiencia patrimonial y de la calificación como culpable del concurso, conlleva implícitamente la sujeción en el concurso del patrimonio de los

administradores y liquidadores de hecho o de derecho actuales y de los que lo fueron dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, puesto que es posible extender a estos la responsabilidad por las deudas impagadas. Lo anterior se extrae no sólo del artículo 172 LC sino también de la específica medida establecida en el artículo 48 LC que permite la adopción, incluso de oficio, de una efectiva medida de naturaleza eminentemente cautelar dirigida frente al patrimonio de dichos administradores y liquidadores consistente en el embargo de bienes y derechos suficientes para cubrir el exceso de pasivo. De esta manera, el legislador ha sujetado al concurso no sólo el patrimonio o masa activa del deudor concursado sino que ha extendido la responsabilidad a dichos administradores o liquidadores afectando en dicha medida el patrimonio de dichos administradores al concurso.

Teniendo en cuenta que declarado el concurso la graduación de los créditos viene dada exclusivamente por lo dispuesto en la ley concursal que partiendo del principio del par conditio creditorum privilegia algunos créditos y subordina otros tantos créditos, si se permitiese el ejercicio de dichas acciones de responsabilidad individual y legal por deudas frente a los administradores, se estaría situando en manos de los acreedores un mecanismo para evitar el régimen concursal de prelación de créditos puesto que podría darse el supuesto de que el acreedor más avispado o ágil, incluso de carácter subordinado en el concurso, vería su crédito satisfecho con preferencia al resto de lo acreedores dirigiéndose frente a terceros, administradores o liquidadores, cuyo patrimonio puede quedar afecto por el concurso si se declara su responsabilidad vía 172 LC, postergando con ello al resto de los acreedores del concursado preferentes. Parece que se ha querido con la interrupción de la prescripción de dichas acciones de responsabilidad y su correlativa imposibilidad de ejercicio durante la tramitación del concurso salvaguardar el patrimonio de dichos administradores hasta el momento de finalización del concurso impidiendo con ello el ejercicio de cualesquiera acciones de responsabilidad ejercitadas por los acreedores en su beneficio exclusivo durante la tramitación del concurso. Cierto es que dado que dichos administradores o liquidadores no son, como tales y por esa simple cualidad, sujetos responsables en el concurso siendo preciso para ello una sentencia de calificación específica con dicho pronunciamiento, su patrimonio no se encuentra exento de cualesquiera acciones de terceros ajenas al procedimiento concursal si bien en salvaguardia de los intereses de los acreedores del concursado se establece en la medida específica del artículo 48 LC que vincula directamente el patrimonio de los administradores y liquidadores con el concurso y que salvaguarda su integridad, cuanto menos, en la parte necesaria para cubrir el déficit patrimonial, en garantía de los acreedores.

CUARTO.- Los argumentos anteriores permiten concluir que las acciones de responsabilidad individual y legal por deudas frente a los administradores sociales y liquidadores de hecho o de derecho actuales o de que lo fueron dentro de los dos últimos años a la declaración de concurso resultan impedidas durante la tramitación del concurso, procediendo en el presente caso donde se ejercita una acción de responsabilidad legal por deudas del artículo 105 LSRL y subsidiariamente, individual de responsabilidad del 135 LSA frente a quien dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso de la sociedad fue su administrador, suspender el curso de las actuaciones hasta la finalización del procedimiento concursal seguido contra la sociedad administrada, como mecanismo procesal que mejor se acomoda al régimen de suspensión de interrupción de la prescripción y de imposibilidad de accionar en ejercicio de dichas acciones.”: Auto JM-1 Santander (Cantabria) 13.02.2006 (JUR 2006/99571)

1.3 Conclusiones del II Congreso de Derecho Mercantil

“1.- Problemas de compatibilidad* entre *el régimen de responsabilidad extraconcursal de los administradores y liquidadores sociales y el régimen de responsabilidad concursal.

Sin perjuicio de las opiniones sobre la conveniencia, *de lege ferenda*, de evitar la duplicidad de regímenes de responsabilidad de administradores y liquidadores de sociedades mercantiles, concursal y societaria, cuando la sociedad ha sido declarada en concurso, y de evitar asimismo el riesgo cierto de que, cuando concluya la sección de calificación, sea inoperante la sentencia que declare el concurso culpable y condene a los administradores o liquidadores societarios a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, a indemnizar los daños y perjuicios causados o a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (art. 172.2-3º y 3 de la Ley Concursal), porque las acciones societarias de exigencia de responsabilidad hayan “vaciado” el patrimonio de los administradores y liquidadores sociales, el análisis de la legislación existente, concretamente la normativa societaria y Ley Concursal, arroja los siguientes resultados:

1º) No existe base legal que permita afirmar que la declaración en concurso de una sociedad mercantil suponga que el único régimen posible de responsabilidad de sus administradores es el que resulta de la regulación de la sección de calificación del concurso, y concretamente del art. 172.2-3º y 3 de la Ley Concursal en relación a los demás preceptos reguladores de la calificación del concurso.

2º) Las únicas previsiones de la Ley Concursal relativas a la trascendencia de la apertura del concurso, y más exactamente de la sección de calificación, para las acciones de exigencia de responsabilidad de los administradores societarios no excluyen la posibilidad de ejercicio de las acciones sociales e individuales de responsabilidad. Únicamente se prevé, cuando se atribuye a los administradores concursales la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios, y se atribuye su conocimiento al juez del concurso, que “la formación de la sección de

calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado" (art. 48.2º de la Ley Concursal). Asimismo, el art. 60.2 de la Ley Concursal prevé que desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra, entre otros, los administradores y liquidadores, de hecho y de derecho, de la persona jurídica deudora. Ello en modo alguno puede interpretarse como una imposibilidad de ejercitar las acciones sociales o individuales de responsabilidad contra los administradores y liquidadores, pues la ley lo único que hace es ampliar, mediante la interrupción de la prescripción, el plazo en el que pueden ejercitarse, y ello sin entrar en la polémica de si dicho precepto legal es aplicable únicamente a la acción social de responsabilidad o también a las individuales, como afirman algunos autores.

2.- ¿Es diferente la naturaleza de la responsabilidad que se exige a los administradores como consecuencia del ejercicio de las acciones de los arts. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de la que se exige en la sección de calificación en virtud de lo previsto en el art. 172.2.3º y 3 de la Ley Concursal?

La naturaleza de la responsabilidad que se exige a los administradores como consecuencia del ejercicio de las acciones de los arts. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de la que se exige en la sección de calificación en virtud de lo previsto en el art. 172.2.3º y 3 de la Ley Concursal es distinta. Mientras que en el primer caso se trata de una "responsabilidad sanción", por deudas, sin necesidad de valorar la concurrencia de dolo o culpa de los administradores, y sin que sea precisa la previa excusión del patrimonio social, en el segundo caso se trata de una "responsabilidad por daños", en la que es necesaria la concurrencia de dolo o culpa grave y una relación de causalidad entre esa conducta dolosa o gravemente culpable y la generación o agravación de la insolvencia y la previa excusión del patrimonio social, en cuanto que, además de la necesaria devolución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa y la indemnización de los daños y perjuicios causados, a lo que puede condenarse a los administradores sociales es a pagar a los acreedores sociales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

Si bien es cierto que el legislador tipifica una serie de supuestos, los del art. 164.2 de la Ley Concursal, como dolosos o gravemente culposos y generadores o agravantes de la insolvencia, en cuanto determinantes en todo caso de la calificación del concurso como culpable, mediante el juego de presunciones *iuris et de iure*, los hechos que sirven de base a esas presunciones y determinan necesariamente esa calificación culpable (y por tanto la responsabilidad de los administradores y liquidadores societarios) son distintos de los que según el art. 262.5º de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada determinan necesariamente la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de las deudas de la sociedad.

También la consecuencia de la responsabilidad del administrador o liquidador es distinta en uno y otro caso, pues mientras que en el caso de responsabilidad societaria se trata de responder solidariamente de las deudas sociales, en el de la responsabilidad concursal se trata de devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa e indemnizar los daños y perjuicios causados (con carácter necesario), y a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (con carácter potestativo).

3.- ¿ Y respecto de la responsabilidad de los administradores sociales regulada en el art. 133 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas?

Respecto de la responsabilidad de los administradores sociales regulada en el art. 133 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, tanto la acción social del art. 134 de la Ley de Sociedades Anónimas como la acción individual del art. 135 de la Ley de Sociedades Anónimas conservan un ámbito propio en el que no se produce ninguna concurrencia con la responsabilidad concursal. Son todos aquellos casos en los que los actos lesivos de los administradores no están relacionados con la solvencia de la sociedad, entendido este concepto en sentido amplio.

4.- Posibilidad de interferencia entre los regímenes de responsabilidad extraconcursales y concursales.

Es cierto que respecto de estas acciones societarias puede haber un ámbito coincidente con la responsabilidad concursal. Por ejemplo, cuando en una sociedad declarada en concurso culpable en el que en la sentencia de calificación se ha declarado que los administradores, por su actuación dolosa o negligente en la causación o agravación de la insolvencia, deben pagar a los acreedores, por responsabilidad concursal, el importe total de los créditos que no puedan cobrarse a través de la liquidación de la masa activa, y, paralelamente, uno o varios acreedores han entablado acciones de responsabilidad individual contra los administradores por actos lesivos de sus intereses que, a su vez, han generado o agravado la insolvencia de la sociedad mercantil, reclamándoles, como indemnización del daño, el importe de la deuda que resultó impagada por la insolvencia de la sociedad.

Pero la responsabilidad concursal presenta unos perfiles propios, que en algunos aspectos se asemejan a los de una responsabilidad-sanción (como es el caso de las presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad del concurso del art.

164.2 de la Ley Concursal) y en otros, aquéllos en los que tales presunciones no operan, los de una responsabilidad por daño necesitada de prueba de la relación de causalidad entre la acción negligente y los daños causados a la sociedad y a los acreedores, o con posibilidad de practicar prueba que destruya las presunciones *iuris tantum* del art. 165 de la Ley Concursal. Estos perfiles propios resultan también del carácter "colectivo" de la exigencia de responsabilidad concursal, en un proceso en el que puede intervenir cualquier interesado y en el que interviene el Ministerio Fiscal.

Por tanto, parece difícil que los regímenes de responsabilidad societaria y concursal puedan interferir entre sí.

De entender que en ciertos casos tal interferencia es posible, porque el hecho que determina la exigencia de responsabilidad societaria es el mismo que el que determina la exigencia de responsabilidad concursal, creo

(con muchas reservas, porque la homogeneidad de la naturaleza de la acción es más que discutible) que sólo podría operar si el administrador demandado plantea en el litigio en el que se le exige responsabilidad societaria la excepción de litispendencia por haberse abierto la sección de calificación en el concurso de la sociedad. De ello se desprende:
1º) Que no bastaría la existencia de un concurso, sino que es preciso que estuviera abierta la sección de calificación (art. 163.1º de la Ley Concursal) para que pudiera plantearse la excepción de litispendencia. Ello hace que, incluso de admitir la producción de litispendencia respecto de los juicios declarativos sobre responsabilidad de administradores o liquidadores sociales, la eficacia de esta medida sea más que dudosa, pues parece difícil que en ese momento, ya avanzado el concurso, quien desee accionar contra administradores o liquidadores no lo haya hecho ya.
2º) Que, por el contrario, si se abre la sección de calificación con posterioridad al ejercicio de la acción de responsabilidad societaria, es irrelevante que existan litigios anteriores en los que se ejercite la acción social o individual de responsabilidad, porque la naturaleza de la sección de calificación, en la que se puede condenar a los administradores o liquidadores sociales a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, a indemnizar los daños y perjuicios causados o a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa, hace que su ámbito supere al de cualquier acción societaria. Además, como se dijo anteriormente, el art. 48.2 *in fine* de la Ley Concursal prevé que “la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado”.
3º) Tampoco puede admitirse la posibilidad de que se acumulen a la sección de calificación los litigios existentes sobre responsabilidad de los administradores o liquidadores. Los términos en que está redactado el art. 51.1 de la Ley Concursal (“juicios declarativos en que el deudor sea parte”, “trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores”) hace que la previsión de posibilidad de acumulación contenida en tal precepto sea inoperante respecto de la sección de calificación en relación a los litigios sobre responsabilidad societaria de administradores y liquidadores. “:II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Quinto bloque.- La sección de calificación del concurso y las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores societarios)

1.4 Caso de suspensión por prejudicialidad civil ex art. 43 LEC

“PRIMERO Los apelantes, que esgrimiendo la condición de acreedores de AFINSA BIENES TANGIBLES SA habían instado un proceso ordinario para exigir responsabilidad a los administradores de dicha entidad mercantil, amparándose en elartículo 262.5 del TR de la LSAen relación con elartículo 260.1.4ºdel mismo cuerpo legal, se enfrentan en este recurso a la decisión del juez de lo mercantil de decretar la suspensión de dicho proceso declarativo hasta que exista un listado definitivo de acreedores en el proceso de concurso a que está sometida dicha sociedad mercantil.
Los recurrentes consideran que no debió acordarse, a instancia de la parte demandada, la suspensión del proceso por prejudicialidad civil, porque consideran, en síntesis, que ni la declaración del concurso de la entidad administrada puede suponer que deban suspenderse las acciones de responsabilidad ejercitadas contra los administradores sociales ni se dan en este caso las premisas para que, dada la responsabilidad solidaria que se exige a éstos, pueda apreciarse que media una cuestión prejudicial.
Debemos advertir que no entrará este tribunal en la presente resolución, aunque se aluda a ello en el escrito de recurso, a analizar el alegato de prejudicialidad penal que también había efectuado en su momento la contraparte durante la primera instancia, ya que ello no fue el motivo de la suspensión decretada por el juzgado, que es lo que se combate con este recurso. Precisamente el juzgado descarta la procedencia de la inmediata suspensión por esa causa y pospone la valoración de ese problema al momento de dictar sentencia, amparándose en la previsión delartículo 40 de la LEC, lo que no implica, por el momento, obstáculo alguno para la pretensión del demandante que exija un pronunciamiento en segunda instancia y mucho menos por exigencia del favorecido por la resolución judicial, que ni tan siquiera ostentaría gravamen para recurrirla.
Tampoco nos detendremos más de lo necesario en el problema de la compatibilidad entre las acciones de responsabilidad de índole concursal que puedan ejercitarse contra los demandados, como posibles afectados por la calificación del concurso en su condición de administradores de AFINSA BIENES TANGIBLES SA (artículos 167 y 172 nº 2 y 3), y las acciones extraconcursales de responsabilidad ejercitadas contra ellos (artículo 262.5 del TR de la LSA), aspecto al que solo se alude de modo tangencial en la resolución, porque ello tampoco fue determinante de la suspensión decretada. Por lo que nos limitaremos a reseñar aquí, para despejar cualquier posible duda, puesto que media una alusión en la resolución recurrida respecto a la posible incidencia futura en este aspecto de la apertura de la pieza de calificación, que en elauto de esta sección 28º de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de noviembre de 2007ya tuvo ocasión este tribunal de indicar a estas mismas partes que no existe tal incompatibilidad, pues no hay en la Ley Concursal precepto alguno que impida el ejercicio de las acciones extraconcursales de responsabilidad frente a un no concursado como es el administrador social de una entidad concursada.
SEGUNDO Elartículo 43 de la LECtiene como finalidad actuar como un mecanismo de coordinación entre procesos que están en trámite, procurando evitar que pudieran dictarse resoluciones contradictorias alusivas a un sustrato común. De manera que cuando se dan las circunstancias previstas en dicho precepto legal el Juzgado debe, en cuanto detecte la situación y con independencia de quién se la ponga de manifiesto, decretar la suspensión, hasta la finalización del proceso paralelo, a fin de poder coordinar la solución de ambos. Ello puede suponer, en efecto, una inevitable dilación en la tramitación de uno de los procesos, pero que en modo alguno merece el calificativo de "indebida", pues resulta una consecuencia inevitable en aras a la indispensable

coordinación entre los mismos, ya que lo que resultaría intolerable para el ordenamiento jurídico es la contradicción entre órganos judiciales cuando han de dar respuesta al mismo problema.
TERCERO Los requisitos previstos en elartículo 43 de la LECpara que concurra la situación de prejudicialidad civil son que existan dos procesos paralelos, que no sean acumulables, y que lo que se dirime con carácter principal en uno de ellos suponga una de las premisas para resolver el otro. Si el juez constata la presencia de los mismos deberá decretar la suspensión del procedimiento en el estado en que se halle hasta la resolución del que tiene por objeto la cuestión prejudicial. No es preciso para ello que concurra, en sentido estricto, la triple identidad (de sujetos, objeto y causa de pedir) propia de la cosa juzgada, que originaría un efecto diferente al que aquí se trata, bastando con que medie la conexión, que genere interdependencia, que contempla elartículo 43 de la LEC.
CUARTO Los referidos requisitos concurren en el presente caso, pues: 1º) existen dos procesos paralelos, en concreto, el de concurso a que se haya sometido la entidad AFINSA BIENES TANGIBLES SA y el juicio emprendido contra sus administradores sociales en la que unos acreedores de dicha entidad les reclaman responsabilidad al amparo de la normativa de las sociedades anónimas; 2º) los procesos no resultaban acumulables al tiempo de plantearse la solicitud de suspensión, puesto que no concurrían ni las premisas generales delartículo 77.1 de la LECni las específicas delartículo 51.1 de la LCpara la acumulación de un juicio declarativo a un proceso concursal (pues ni el deudor concursado es parte en el juicio ordinario ni éste es trascendente, de modo sustancial, para la formación del inventario ni la lista de acreedores); y 3º) entre ambos existe una conexión objetiva, que genera interdependencia, la cual se refiere al reconocimiento, cuantía y clasificación del crédito que los actores se atribuyen contra AFINSA BIENES TANGIBLES SA, que debe ventilarse en la fase común del proceso concursal (artículo 89 de la LC), y cuya existencia y definitiva fijación opera como presupuesto de la demanda en exigencia de responsabilidad emprendida contra los administradores de dicha entidad mercantil (algo que incluso los actores admitieron en su escrito inicial del proceso tanto al esgrimir su legitimación, donde aducían su condición de acreedores de AFINSA, como al señalar, más adelante, los requisitos de la acción por ellos ejercitada). No se debe correr el riesgo de que la polémica sobre la calificación de los contratos PIC y CIT que se mencionan en la demanda, con las consecuencias que ello pudiera conllevar para la concreción y exigibilidad del derecho de crédito que esgrimen los demandantes en ambos procesos, pueda resolverse en el declarativo paralelo al margen de lo que se decida en el proceso concursal. Así, la parte actora los considera como una operación financiera (una suerte de préstamos realizados a AFINSA, que es quién invertiría esos fondos en valores filatélicos), en tanto que los demandados, que son los administradores de la concursada, los entienden como una especie de comisión mercantil (unos mandatos de venta, que incluían obligaciones recíprocas para ambas partes) por lo que media una relevante discrepancia al respecto que debería quedar oportunamente zanjada en su marco correspondiente.
QUINTO Además, la sala 1ª del Tribunal Supremo, en susentencia de 25 de octubre de 2005, ha reconocido la eficacia prejudicial de la resolución que resuelve el litigio sobre la deuda social respecto a aquel otro en el que se debe decidir si el administrador, al que se exige responsabilidad a tenor de lo previsto en la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, es deudor solidario de la misma.
Por lo que, conjugando todas las circunstancias apuntadas, apreciamos en el presente caso una situación de prejudicialidad, que recomienda, al amparo delartículo 43 de la LEC, la suspensión del proceso declarativo para procurar su coordinación con lo que se establezca en el concursal respecto al referido crédito.”: AAP Madrid (Sección 28) 02.10.2008 (JUR 2009/242065; Auto 208/2008; Rollo 531/2007)

1.5 Responsabilidad concursal, responsabilidad extraconcursal y non bis in idem

AP Barcelona

“SEXTO. 12. En el tercer motivo el apelante denuncia la infracción del principio constitucional de seguridad jurídica, del principio *non bis in idem* y de la cosa juzgada (art. 222 LEC).
La razón de esta múltiple infracción es la invasión del orden penal (cuestión que ya hemos tratado) y la existencia de dos juicios paralelos ante el juzgado mercantil entre los que existe identidad de partes, de objeto y de causa de pedir, ya que simultáneamente al presente procedimiento se ha tramitado el incidente de calificación del concurso (nº 308/2011), en el que el Sr Teodosio ha sido condenado a pagar a la masa la cantidad de 1.603.139,34 # por los mismos hechos que aquí se enjuician. Concluye que si ha existido daño derivado de la actuación del demandado, ese daño sería por 1.603.139,34 # o bien por importe de 1.741.777,22 #, pero no por la suma de ambas cantidades, pues supondría un enriquecimiento injusto.
13. En este punto el apelante plantea una cuestión relevante. La situación producida es la siguiente:
a) BUTACA STAGE presentó la demanda que motiva el presente litigio el 17 de febrero de 2010, con anterioridad a la declaración del concurso, en reclamación de la suma de 1.741.777,22 #, por el concepto y causa de pedir ya descritos. Este procedimiento fue posteriormente acumulado al del concurso de BUTACA STAGE seguido ante el Juzgado Mercantil nº 4, que continuó la tramitación y dictó sentencia (la aquí apelada) de fecha 19 de diciembre de 2011.
b) Declarado el concurso por auto de fecha 19 de julio de 2010, y concluida la fase común, la administración concursal presentó el informe de calificación el 28 de enero de 2011. Planteada oposición por el Sr. Teodosio, fue finalmente dictada sentencia en la misma fecha que en el otro litigio, 19 de diciembre de 2011.
Esta sentencia acoge la calificación pretendida por la administración concursal y el Ministerio Fiscal y declara culpable el concurso por concurrir el supuesto que prevé el 164.2.4º (alzamiento de bienes), sobre la base de la misma conducta, llevada a cabo por el Sr. Teodosio, que sirve de fundamento a la acción social de responsabilidad (art. 134 TRLSA). Con palabras de aquella sentencia, por razón de la *"fraudulenta apropiación de parte de la recaudación del espectáculo Grease en provecho propio y en perjuicio de Butaca y*

consiguientemente de sus acreedores", ya que el Sr. Teodosio, aprovechándose de su doble condición de consejero delegado de BUTACA y de administrador de STROMBOLI, *"sencillamente engañó a los demás consejeros y socios de Butaca alterando las liquidaciones de recaudación que le presentaban los teatros para ocultar parte de los ingresos procedentes de la recaudación y apropiarse de los mismos"*.
Por ello, la sentencia declaraba al Sr. Teodosio persona afectada por la calificación y, de conformidad con el art. 172.2.3º LC, le condenó a *"devolver los bienes o derechos que hubiera obtenido indebidamente del patrimonio del deudor",* cifrando la condena en la suma de 1.603.139,34 #, que es la que el Sr. Teodosio (en representación de STROMBOLI) reconoció adeudar por liquidaciones incorrectas a BUTACA STAGE en el acta notarial de fecha 17 de abril de 2009.
El recurso de apelación formulado por el Sr. Teodosio contra esta sentencia fue desestimado por sentencia de esta Sección 15ª de fecha 29 de noviembre de 2012, que confirmó la calificación y la condena.
Señalábamos en esta sentencia que el hecho fundamental que ha justificado esa calificación es *"el desvío de una importante cantidad que debió haber entrado en el patrimonio de la concursada y no lo hizo sino que resultó desviada a otra sociedad administrada por el Sr. Teodosio ",* y que la condena a restituir dicha suma responde a la aplicación del citado art. 172.2.3º LC, que configura, como una concreta manifestación de la responsabilidad concursal, una acción de responsabilidad por daños *"cuya estructura se aproxima mucho a la responsabilidad por daños del art. 133 TRLSA (actual art. 236 TRLSC)"*.
14. En efecto, como ha señalado la STS de 16 de julio de 2012, a diferencia de la responsabilidad concursal por el déficit que regula el art. 172.3 LC (actualmente art. 172 bis LC), el art. 172.2.3º LC configura una responsabilidad por daños clásica que requiere los requisitos típicos y en la que la única especialidad es que, normalmente, se identifican los daños y perjuicios causados con la *"generación o agravación de la insolvencia"*, por dolo o culpa grave.
No obstante, como también precisa esa STS, la LC, además de configurar las acciones de responsabilidad propiamente concursales, mantiene los mecanismos societarios de tutela de la sociedad, socios, terceros y acreedores frente a los administradores, si bien, como indica el Preámbulo de la Ley 30/2011, de reforma de la LC (apartado VIII), afirma la necesidad de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante la tramitación del concurso.
La LC parte, por tanto, de la compatibilidad entre las acciones concursales de responsabilidad y las previstas en la ley societaria en tutela de la sociedad, como es la acción social de responsabilidad contra los administradores por el daño causado al patrimonio social (art. 134 TRLSA). Tras la Ley 38/2011, el mecanismo de armonización se articula en el art. 48 quáter LC, mediante la atribución a la administración concursal de la legitimación exclusiva para el ejercicio de las acciones de responsabilidad que asistan a la persona jurídica concursada contra sus administradores.
Con anterioridad a la reforma (es la redacción aplicable en este caso), la LC sentaba como regla general la compatibilidad durante la tramitación del concurso de las acciones de responsabilidad contra los administradores, al indicar en el art. 48.2 que *"sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar estas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios",* precisando seguidamente que *"la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado"*.
Ahora bien, siendo compatibles unas y otras acciones, societarias y concursales contra los administradores, ello no impide el juego de instituciones y mecanismos (como la litispendencia y la cosa juzgada, incluso la acumulación de autos), al objeto de evitar sentencias contradictorias o condenas duplicadas, si es que las acciones ejercitadas paralela o sucesivamente se basan en los mismos hechos y persiguen una consecuencia jurídica de carácter resarcitorio coincidente en su origen y concepto. En todo caso, habrán de operar los mecanismos de armonización que se presenten adecuados para evitar una duplicidad de ejecuciones, que daría lugar, obviamente, a un enriquecimiento injusto.
15. En este caso, la acción de responsabilidad *ex* art. 134 TRLSA y la acción de responsabilidad concursal del art. 172.2.3º LC han operado como un concurso de acciones: en virtud de unos mismos hechos se deriva un mismo efecto a tenor de distintas normas jurídicas, sin que una de ellas, en principio, excluya la otra, salvo que el fin perseguido sea satisfecho mediante la estimación firme de una de las pretensiones.
En efecto: en ambos procedimientos los hechos generadores de la condena son los mismos, de modo que la causa de pedir en el aspecto fáctico es idéntica (fundada, en definitiva, en el desvío dinerario procedente de la recaudación de la obra "Grease", con el resultado de su apropiación por el Sr. Teodosio a través de su sociedad STROMBOLI), y la consecuencia pecuniaria pretendida es conceptualmente coincidente (el reintegro a BUTACA de las sumas *desviadas,* que debieron ingresar en su patrimonio), si bien con una diferencia cuantitativa de 138.637,88 #.
16. En el presente supuesto, la excepción de litispendencia no sería un remedio adecuado, al ser diferentes las acciones ejercitadas (que en principio son compatibles y no excluyentes entre sí, como se ha visto), aparte que el presente procedimiento es anterior en el tiempo al incidente de calificación concursal, de modo que la litispendencia habría de operar en el procedimiento posterior.
De otro lado, no tenemos constancia de que la sentencia dictada por esta Sala en aquel otro procedimiento haya ganado firmeza. Si así fuera, firme la condena del Sr. Teodosio a pagar a la masa activa 1.603.139,34 #, el pronunciamiento de condena del presente procedimiento habría de quedar limitado a la diferencia, los indicados 138.637,88 #, armonizando así la convivencia de sendos fallos judiciales al objeto de evitar una duplicidad de condenas por los mismos hechos, que podría dar lugar o daría lugar a que el demandado pagara a la masa por duplicado.
No constando la firmeza de la sentencia que decide el incidente de calificación concursal, la solución más viable para evitar el pago por duplicado es coordinar las ejecuciones de uno y otro procedimiento de tal modo

que BUTACA STAGE (es decir, la masa activa del concurso) tan sólo pueda percibir, en conjunto, la cantidad de 1.741.777,22 #.
17. La precedente declaración determina la estimación parcial del recurso, ya que el fundamento sustancial del motivo radicaba en la improcedencia de cifrar el daño, derivado de unos mismos hechos, en la suma de las condenas de uno y otro procedimiento.”: SAP Barcelona (Sección 15) 20.03.2013 (Sentencia 113/2013; Rollo 179/2012)

2. Inaplicabilidad del régimen 38/2011 a concursos en tramitación antes de 1.1.2012

Tribunal Supremo

“PRIMERO. Resumen de los antecedentes.
La sentencia recurrida condenó a uno de los consejeros y al presidente del consejo de administración de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA, a cumplir, solidariamente con ella, la deuda que había nacido para la misma de la compra de café, a favor de la vendedora, Cooperativas Cafetaleras del Norte RL, demandante.
La razón de la condena al pago de la referida deuda ajena fue el incumplimiento por los administradores demandados del deber de convocar la junta general de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA, en el plazo de dos meses desde la existencia de la causa de disolución, para que dicho órgano social adoptara el acuerdo procedente.
Aplicó el Tribunal de apelación el entonces vigente Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas -Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre - y, en particular, las normas de sus artículos 262, apartado 5, y 260, apartado 1, ordinal cuarto - este último, por considerar probada la causa de disolución de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA consistente en pérdidas que dejaron reducido su patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social -.
La particularidad del caso deriva, por un lado, de que la deudora, Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA, había sido declarada en concurso previamente a la fecha de interposición de la demanda; y, por otro lado, de que en dicho momento procesal no tuviera vigencia todavía la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio.
Contra la sentencia de apelación interpusieron los dos administradores demandados recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. El primero está compuesto por cuatro motivos, de los que sólo fueron admitidos dos, el tercero y el cuarto - a los que designaremos primero y segundo -. El recurso de casación se compone de un único motivo.
I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE LOS DEMANDADOS. SEGUNDO. Enunciado y fundamento del primero de los motivos.
Sostienen don Juan Francisco y don Luis María que el Tribunal de apelación había infringido los artículos 222, 410 y 421, apartado 1, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Entienden los recurrentes que el proceso, tal como habían interesado ellos en las dos instancias, debió quedar sobreseído en la primera, al estar tramitándose simultáneamente el concurso de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA y, en particular, la sección de calificación del mismo.
Muestran su discrepancia con la afirmación, contenida en la sentencia recurrida, de compatibilidad entre la declaración del concurso de la sociedad deudora y las acciones de responsabilidad de sus administradores por no haber promovido la disolución.
TERCERO. Desestimación del motivo.
La Ley 22/2003, de 9 de julio, en la redacción anterior a la que le dio la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no establecía expresamente un sistema de coordinación y, menos, una incompatibilidad entre la tramitación del concurso de la sociedad deudora y el ejercicio por sus acreedores de acciones de cumplimiento de obligaciones sociales, dirigidas contra los administradores por el incumplimiento de los deberes que a los mismos venían impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución de la sociedad.
Es más, el artículo 48, apartado 2, a propósito de la acción social de responsabilidad, partió de la compatibilidad, al establecer que, sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios - si bien dispuso que correspondería al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior -. Además, precisó que la formación de la sección de calificación no afectaría a las acciones de responsabilidad que ya se hubieran ejercitado.
Ante ese relativo silencio sobre la coordinación entre otras responsabilidades societarias de los administradores de la sociedad deudora y las propiamente concursales, el Tribunal de apelación entendió, correctamente, que, pese a que el crédito de la cooperativa demandante era concursal, resultaba admisible la estimación de la pretensión de condena, deducida, contra el presidente y uno de los miembros del consejo de administración de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA, la deudora, ante el Juez del concurso con posterioridad a la declaración del mismo, por tener dicha condena por sujeto pasivo a una persona distinta de la concursada.
No obstante, tras su reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre, la Ley concursal ha dado un tratamiento diferente a la cuestión que se plantea en el motivo. En efecto, en el preámbulo de aquella Ley se señala que la misma pretende precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso y, en primer lugar, " la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación ".

Y, en ejecución de ese designio, dispone el vigente apartado 2 del artículo 50 de la Ley 22/2003 que los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución y que, de admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior - esto es, el archivo de todo lo actuado y la invalidez de las actuaciones que se hubieran practicado -. Y el artículo 51 bis - contemplando un supuesto igual que el planteado - que, declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración, en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.
No obstante, el régimen legal que regulaba el supuesto que se ha presentado como litigioso fue el primero, esto es, el aplicado por la Audiencia Provincial, no el segundo, pues, como establece la disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 38/2011, ésta se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor.
De acuerdo con dicha norma y por lo que ha sido expuesto, procede desestimar el motivo, formulado con invocación de la excepción de litispendencia, inexistente por falta del necesario presupuesto objetivo.": STS 20.06.2013 (Sentencia 409/2012; Recurso 302/2011)

AP Alicante

"PRIMERO.-La demanda que inicia este proceso tiene por objeto una pretensión de condena al pago de 405.666,95.- # frente a Don Jon, en su calidad de Administrador único de la mercantil BALPERIA, S.L.U. (en lo sucesivo, BALPERIA), en situación de concurso desde el día 24 de septiembre de 2009 en los autos número 909/09 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, porque:
1.-) ha causado un daño a su acreedor ETOSA, reconocido como acreedor concursal por idéntica cuantía en el procedimiento concursal, cuyo origen son facturas de obra ejecutadas e impagadas y retenciones del precio de la obra practicadas en concepto de garantía y no restituidas,
a) tras haber acordado en fechas 31 de julio de 2007 y 3 de octubre de 2008 sendos repartos de dividendos por importes respectivos de 1.200.000.- # y de 1.250.000.- # a favor del socio único PERYPER INMUEBLES, S.L. (en lo sucesivo, PERYPER), del que también es Administrador el demandado, reduciéndose en igual cuantía la cuenta de crédito que mantenía PERYPER con BALPERIA y que figuraba como una partida del activo de ésta;
b) por haber llevado a cabo en fecha 29 de enero de 2009 una operación de dación en pago en virtud de la cual PERYPER entregaba a BALPERIA seis locales y una vivienda con unas cargas hipotecarias que garantizaban una deuda por importe de 410.879,73.- # con la que aquélla no solo extinguió en la cantidad concurrente la deuda que en aquel momento mantenía con BALPERIA en virtud de la cuenta de crédito existente entre ellas por importe de 1.067.181,94.- # sino que, además, BALPERIA pasó a ser deudora en la suma de 370.528,94.- #, transformando así un inicial crédito a corto plazo líquido en inmovilizado más pasivo;
c) lo que provocó una situación de despatrimonialización de la mercantil cuyos fondos propios pasaron a ser de 3.026.648,91.- # en el año 2006 a 1.868.010,77.-# en el año 2007 y de 124.035,61.- # en el año 2008 y unos fondos de maniobra negativos en 2007 por importe de -115.622,78.- # y en 2008 de -301.158,25.- #, todo ello en beneficio del socio único PERYPER que impidió atender la deuda con ETOSA,
d) unido a la falta de reclamación de los créditos pendientes con clientes como METROVACESA que a fecha de 2009 adeudaba ya 2.250.000.- #;
e) todo ello fundado en la acción individual de responsabilidad prevista en los artículos 133 y 135 TRLSA, a los que se remitía el artículo 69 LSRL aplicables ratione temporis.
2.-) no promovió en el plazo de dos meses la convocatoria de la Junta para acordar la disolución de BALPERIA cuando a fecha 31 de diciembre de 2008 constaba que la cifra de fondos propios era de 124.035,61.- #, inferior a la mitad del capital social (345.454,80.- #), todo ello fundado en la acción de responsabilidad por deudas prevista en los artículos 104.1.e y 105 LSRL aplicables ratione temporis.
SEGUNDO.-La Sentencia de instancia estimó la demanda fundando la responsabilidad del demandado en la acción individual de responsabilidad por daños basada en el reparto de dividendos de octubre de 2008 y en la operación de dación en pago de enero de 2009 y, también en la acción de responsabilidad por deudas.
Frente a la misma se ha alzado la parte demandada quien opone las siguientes alegaciones: 1.-) cuestión prejudicial civil suspensiva en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil habida cuenta de que ya se está dilucidando la responsabilidad concursal del demandado Don Jon en la Sección de Calificación del Concurso número 909/09; 2.-) error en la valoración de la prueba e improcedente estimación de la acción individual de responsabilidad por daños basada en el reparto de dividendos de octubre de 2008 y en la operación de dación en pago de enero de 2009; 3.-) improcedente estimación de la acción de responsabilidad por deudas.
TERCERO.-En primer lugar, bajo la oposición de la cuestión prejudicial civil prevista en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la apelante alega la incompatibilidad del ejercicio de las acciones de responsabilidad societaria a favor de un solo acreedor, ETOSA, mientras se sustancia la Sección sexta de Calificación donde puede declararse el carácter culpable del concurso y la responsabilidad concursal del Administrador de BALPERIA prevista en el anterior artículo 172.3 de la Ley Concursal por la que aquél puede responder total o parcialmente frente a la colectividad de todos los acreedores concursales del importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, máxime cuando las causas invocadas en ambos procedimientos son las mismas (reparto de dividendos a favor del socio único en los meses de julio de 2007 y octubre de 2008), lo que debería provocar la inmediata suspensión del actual proceso para evitar así un trato desigual

entre los acreedores pues percibiría ETOSA, instante de las acciones societarias, el íntegro de su crédito mientas que el resto de los acreedores podrían no ver satisfechos sus créditos en su totalidad.
Se rechaza esta alegación por los mismos motivos ya expuestos en la Sentencia recurrida pues si nos atenemos a la redacción de la Ley Concursal anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, legislación vigente al iniciarse la Sección de Calificación y el presente procedimiento: i) ninguna prohibición, limitación temporal ni restricción existía para el ejercicio de las acciones de responsabilidad frente al Administrador previstas en la legislación societaria mientras se sustancia la Sección sexta que puede concluir con la responsabilidad concursal del Administrador social; ii) aunque la finalidad de estas acciones es la misma (responsabilidad del patrimonio personal del Administrador por deudas sociales) el fundamento y requisitos de la responsabilidad concursal (sanción por realizar actos que generan o agravan la situación de insolvencia de la sociedad) es distinto del fundamento y requisitos de la responsabilidad prevista en la legislación societaria (bien sea el daño al patrimonio social o personal de un socio o de un tercero, bien sea la sanción por el incumplimiento del deber de promover la Junta que acuerde la disolución tan pronto concurra una causa legal); iii) la interrupción de la prescripción de las acciones contra los administradores sociales prevista en el artículo 60.2 de la Ley Concursal no impide el posible ejercicio de las mismas acciones durante el procedimiento concursal.
Solo tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se han establecido límites para el ejercicio de la acción social de responsabilidad (artículos 48 quater y 51.1 de la Ley Concursal) y para el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas (artículos 50.2 y 51.bis de la Ley Concursal) pero continua sin restricción alguna el ejercicio simultáneo de la acción individual de responsabilidad por daños del Administrador social.": SAP Alicante (Sección 8) 28.02.2013 (Sentencia 94/2013; Rollo 616/2012)

"Siendo así el panorama jurídico creado por la Ley 38/2011, la cuestión en el caso no es otra que de derecho intemporal pues la reforma legal de que deriva la articulación descrita se produce y entra en vigor con posterioridad a la declaración del concurso que nos ocupa.
En efecto, en relación a la acción de responsabilidad por deudas que ejercita Carrier hay que tomar en consideración que la entrada en vigor de la Ley - DF 3ª Ley 38/11 - tiene lugar el día 1 de enero de 2012. A esa fecha, no sólo ya se había declarado el concurso voluntario de Mirofret S.A. -25 de marzo de 2009-, sino que incluso se había ya aprobado judicialmente el convenio.
Entiende este Tribunal que, en esas condiciones, no es de aplicación el artículo 51-bis LC ni, por tanto, el efecto previsto en el artículo 50 respecto de la inadmisión de tales demandas por el Juez de lo Mercantil, de invalidez de lo practicado caso de admisión pues a ello se opone la temporalidad de la norma y el principio de retroactividad pues, constatado que la entrada en vigor de la reforma de la Ley Concursal se produce con posterioridad al inicio del procedimiento, para resolver la cuestión la aplicación de la norma y si la misma puede suponer vulnerar el principio general de irretroactividad de la ley - art 2-3º CC -, no debe obviarse que se trata de una norma de contenido procesal que se aplica, no a los procesos ya iniciados -que están consolidados bajo su propia regulación- sino a los emprendidos bajo su vigencia y de ahí que proclamemos que no hay obstáculo en admitir la viabilidad de la acción de responsabilidad por deudas pues, de lo contrario, habría aplicación retroactiva de la norma que modificaría ex post un predeterminado marco jurídico con tal intensidad que determinaría la nulidad de lo actuado bajo la vigencia de la norma existente al tiempo del ejercicio de la acción de que se trata, retroactividad que está prohibida por la ley al no existir norma transitoria que disponga lo contrario.": SAP Alicante (Sección 8) 03.04.2013 (Sentencia 154/2013; Rollo 26/2013)

AP Castellón

"PRIMERO.-Ejercitada acción individual de responsabilidad acumulada a acción de responsabilidad objetiva de los administradores de la mercantil Suministros de Fontanería Burriana SLU, la misma es inadmitida por la resolución impugnada sobre la base de lo dispuesto en los arts. 48 quater, 50.2 y 51 bis de la Ley Concursal en relación con el hecho de haber sido declarada en concurso la compañía referida.
Frente a dicha resolución se alza la parte demandante defendiendo, en esencia, la compatibilidad entre el proceso concursal y las acciones de exigencia de responsabilidad individual y objetiva a los administradores de sociedades mercantiles, y denunciando que la resolución impugnada ha tomando en consideración la nueva normativa contenida al respecto en la Ley Concursal tras la reforma operada por la Ley 38/11 pero que no resulta aplicable en el presente caso.
SEGUNDO.-Partiendo de dichos extremos debemos señalar que se comparten plenamente las razones fundamentales en que se sustenta el recurso, procediendo por ello su estimación en los términos que resultan pertinentes, no obstante hacer constar que en ocasiones parece referirse el recurso a una resolución diversa a la impugnada, pues en la misma no se establece análisis alguno acerca de la forma dispar en que doctrina y Juzgados de lo Mercantil han venido resolviendo la cuestión suscitada y, desde luego, carece de todo sentido pedir la imposición de costas a la contraparte cuando, por mor de la inadmisión de la demanda tras su presentación, que es el pronunciamiento que se combate, únicamente ha podido tener intervención una parte en el proceso, amén de que en todo caso no procede especial pronunciamiento en esta materia conforme al art. 398 de la LEC caso de estimarse el recurso.
TERCERO.-Es acertada como hemos apuntado la posición de la parte recurrente por estos motivos:
1) Efectivamente, la Juez de primer grado aplica la Ley Concursal tras la reforma operada por la Ley 38/11 de 10 de octubre, que ha variado la regulación de la materia que nos ocupa, resultando la misma de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (1 de enero de 2012), todo ello de conformidad con la Disposición Transitoria 1 ª y Disposición Final 3ª de la Ley Concursal, teniendo presente que no concurre en el presente caso ninguno de los supuestos comprendidos, como

excepción al régimen general, en las restantes Disposiciones Transitorias de dicha Ley (en especial la 9ª, que se refiere a los efectos del concurso sobre las acciones individuales).
Como la mercantil Suministros de Fontanería Burriana SLU fue declarada en concurso en fecha 21 de noviembre de 2011 en el procedimiento n. 889/2010, según consta en las actuaciones (folios 176 a 179), es evidente que debe estarse a la regulación vigente con anterioridad a la actual y que lo estaba, precisamente, al tiempo de declararse el concurso.
2) Sobre dicha base y teniendo presente además que la demanda inadmitida fue presentada en fecha 14 de septiembre de 2011, esto es, antes de declararse el concurso e, incluso, antes de aprobarse la Ley 38/11, dada la regulación contenida en la Ley Concursal que resulta aplicable (que no es otra que la de su redacción originaria) estimamos que no procede la inadmisión de la demanda que ha sido acordada, habida cuenta que, aunque en los primeros momentos de aplicación de la Ley Concursal surgió la duda acerca de si acciones como las aquí ejercitadas podían mantenerse por las disfunciones que provocaban con el sistema de la calificación concursal y responsabilidad de los administradores de las sociedades concursadas que podría declararse en dicha sede en relación con el hecho de la interrupción de la prescripción de las mismas ordenada por el art. 60.2 de la Ley Concursal, hasta el punto que algún Juzgado de lo Mercantil así lo estimó pertinente, finalmente se impuso la solución contraria ante la ausencia de disposición legal expresa que acordara dicho efecto (al contrario de lo que acontece actualmente en relación con determinadas acciones de responsabilidad, al disponerse su suspensión o inadmisión según el momento de que se trate en relación con la situación o discurrir del proceso concursal), contemplación expresa de la posibilidad de ejercicio de la acción social de responsabilidad y no poder extraerse una solución diversa de la interrupción de la prescripción al contemplarse idéntico efecto en relación con todos los créditos anteriores a la declaración de concurso y prever la normativa concursal, con atribución competencial al Juez del Concurso, la tramitación de acciones en reclamación de los mismos, al margen de las exigencias derivadas del sistema de comunicación y reconocimiento de créditos fijado en la misma, posición ésta que se comparte plenamente y de ahí el sentido de esta resolución, estimando además que la reforma última de la Ley Concursal, con la variación introducida en esta materia, ha partido propiamente de la misma en orden a lograr las consecuencias diversas que aquí se han acogido de manera improcedente.
En este sentido cabe citar, entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, S.1, de 29 de diciembre de 2006 y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, S.28, de 13 de noviembre de 2007.”: AAP Castellón (Sección 3) 30.05.2012 (Auto 98/2012; Rollo 111/2012)

AP Córdoba

“TERCERO.- Ciertamente, en la actualidad la situación ya no es la misma, porque la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (que entró en vigor el 1 de enero de 2012) modificó los artículos 8.7, 48 y 51.1 y, en lo que aquí interesa, introdujo tres nuevos artículos, el 48 bis, el 48 quáter y el 51 bis, conforme a todos los cuales la acción individual de responsabilidad no queda afectada por la declaración de concurso, en tanto que la acción por incumplimiento de deberes legales por parte de los administradores queda afectada en el sentido de que los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso quedan en suspenso como consecuencia de dicha declaración y hasta que no concluya el concurso (suspensión que debe ser acordada por el juez mercantil que conozca del procedimiento, en cuanto conozca la declaración del concurso), mientras que una vez declarado el concurso, no pueden ejercitarse estas acciones. Sin embargo, esta reforma, o si se quiere, esta nueva situación legal, no es aplicable al caso que nos ocupa, porque la Disposición Transitoria 1ª de la mencionada Ley 38/2011 establece que sólo será de aplicación a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor, salvo unas excepciones entre las que no se encuentran los preceptos expuestos, ni tampoco se prevé su aplicación retroactiva en el resto de Disposiciones Transitorias que prevé la propia norma (en este sentido, Sentencia de esta misma Sección de 26 de junio de 2012). Razones por las cuales este primer motivo de apelación debe ser desestimado.”: SAP Córdoba (Sección 3) 22.03.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 79/2013)

“Pero es que, además, tras la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (que entró en vigor el 1 de enero de 2012), que modificó los artículos 8.7, 48 y 51.1 y, en lo que aquí interesa, introdujo tres nuevos artículos, el 48 bis, el 48 quáter y el 51 bis, la situación sigue siendo la misma, porque conforme a los preceptos citados la acción individual de responsabilidad no queda afectada por la declaración de concurso, modificándose únicamente lo relativo a la acción social y a la acción por incumplimiento de deberes legales por parte de los administradores (art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital). Aparte que la mencionada reforma tampoco afectaría al procedimiento en curso, porque la Disposición Transitoria 1ª de la mencionada Ley 38/2011 establece que sólo será de aplicación a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor, salvo unas excepciones entre las que no se encuentran los preceptos expuestos, ni tampoco se prevé su aplicación retroactiva en el resto de Disposiciones Transitorias que prevé la propia norma (en este sentido, Sentencias de esta misma Sección de 26 de junio de 2012 y 22 de marzo de 2013). Razones por las cuales este primer motivo de apelación debe ser desestimado.”: SAP Córdoba (Sección 3) 30.09.2013 (Sentencia 156/2013; Rollo 212/2013)

AP Málaga

“TERCERO.-Resta por analizar el segundo de los pedimentos del recurso por indebida aplicación del art. 51 bis de la Ley Concursal, introducido por el número cuarenta y uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuyo apartado 1º establece: " *Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de*

concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución."

Tras la promulgación de la Ley Concursal, y antes de la reforma de la misma por Ley 38/2011, se planteó por la doctrina y en la práctica judicial la problemática de la coordinación de las acciones de responsabilidad de administradores establecidas en la legislación societaria y el procedimiento concursal, ya que la Ley Concursal no había previsto mecanismos expresos para dicha coordinación. La autonomía de las acciones societarias respecto del concurso podía provocar que los acreedores pretendieran el cobro de sus créditos mediante la vía paraconcursal de las acciones societarias de responsabilidad, obviando el régimen de clasificación de créditos y de pago de éstos, pudiendo incluso llegar a vaciar de contenido una eventual condena a la cobertura del déficit prevista en el entonces vigente artículo 172.3 de la Ley Concursal. Ante esta laguna legal, un sector doctrinal y judicial (Autos de los Juzgados de lo Mercantil de Oviedo y de Santander de 13 de diciembre de 2005 y 13 febrero de 2006) propugnaron una interpretación forzada del art. 60.2 de la Ley Concursal, a fin de negar la posibilidad de entablar las acciones de responsabilidad de administradores durante la vigencia del procedimiento concursal. El citado artículo 60.2 de la Ley Concursal, prevé que desde la declaración hasta la conclusión del concurso quede interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora. La interpretación que se hacía del mismo consideraba que la única justificación posible a la indicada interrupción del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad viene dada por la imposibilidad de su ejercicio durante la tramitación del concurso. Dicha interpretación no fue mayoritariamente acogida por los tribunales, ya que el precepto se refería a la interrupción de la prescripción, pero en modo alguno impedía el ejercicio de dichas acciones, ya que lo que ha perseguido la Ley Concursal con ese precepto es precisamente privilegiar al acreedor ampliando, mediante la interrupción de la prescripción, el plazo que fija el artículo 949 del Código de Comercio para el ejercicio de dichas acciones, permitiendo al acreedor esperar al resultado del concurso. En cualquier caso, la Ley Concursal sí establecía un mecanismo para evitar que mediante dichas acciones se vaciara el patrimonio de los administradores sociales, en beneficio de los acreedores que las ejercitaran, haciendo infructuosa la eventual condena de dichos administradores en la sección de calificación, ya que el entonces vigente art. 48.3 de la Ley Concursal (y el vigente art. 48 ter de la Ley Concursal) regulaba la posibilidad de embargar los bienes de los administradores sociales. En cualquier caso, la cuestión fue resuelta con la reforma operada por la Ley 38/2011 en el artículo 50 y con la introducción del artículo 51 bis de la Ley Concursal.

El legislador de 2011 justifica la reforma en su Exposición de Motivos en los siguientes términos: *" La ley pretende igualmente precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso. Así sucede en primer lugar con la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales."*

La controversia se plantea por el régimen transitorio de dicho precepto. La Ley 38/2011 regula en la Disposición transitoria primera, el régimen general aplicable, estableciendo en su apartado 1 º, que la misma se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor. En las siguientes disposiciones contiene una serie de excepciones a este régimen general, ninguna de las cuales resulta aplicable al art. 51 bis.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de junio de 2013 :

" La Ley 22/2003, de 9 de julio, en la redacción anterior a la que le dio la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no establecía expresamente un sistema de coordinación y, menos, una incompatibilidad entre la tramitación del concurso de la sociedad deudora y el ejercicio por sus acreedores de acciones de cumplimiento de obligaciones sociales, dirigidas contra los administradores por el incumplimiento de los deberes que a los mismos venían impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución de la sociedad.

Es más, el artículo 48, apartado 2, a propósito de la acción social de responsabilidad, partió de la compatibilidad, al establecer que, sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios - si bien dispuso que correspondería al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior-. Además, precisó que la formación de la sección de calificación no afectaría a las acciones de responsabilidad que ya se hubieran ejercitado.

Ante ese relativo silencio sobre la coordinación entre otras responsabilidades societarias de los administradores de la sociedad deudora y las propiamente concursales, el Tribunal de apelación entendió, correctamente, que, pese a que el crédito de la cooperativa demandante era concursal, resultaba admisible la estimación de la pretensión de condena, deducida, contra el presidente y uno de los miembros del consejo de administración de Unión de Industrias Torrefactoreras Españolas, SA, la deudora, ante el Juez del concurso con posterioridad a la declaración del mismo, por tener dicha condena por sujeto pasivo a una persona distinta de la concursada.

No obstante, tras su reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre, la Ley concursal ha dado un tratamiento diferente a la cuestión que se plantea en el motivo. En efecto, en el preámbulo de aquella Ley se señala que la misma pretende precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso y, en primer lugar, " la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación ".

Y, en ejecución de ese designio, dispone el vigente apartado 2 del artículo 50 de la Ley 22/2003 que los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución y que, de admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior - esto es, el archivo de todo lo actuado y la invalidez de las actuaciones que se hubieran practicado -. Y el artículo 51 bis - contemplando un supuesto igual que el planteado - que, declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración, en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.
No obstante, el régimen legal que regulaba el supuesto que se ha presentado como litigioso fue el primero, esto es, el aplicado por la Audiencia Provincial, no el segundo, pues, como establece la disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 38/2011, ésta se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor."
En el presente caso, el concurso se presentó con fecha 5 de mayo de 2011, se declaró por Auto de 19 de mayo de 2011, y la demanda se interpuso con fecha 27 de junio de 2011, y aun cuando efectivamente la demanda es posterior a la declaración de concurso, en la fecha de la declaración de concurso y de presentación de la demanda no estaba en vigor la Ley 38/2011, que como se ha expuesto, entró en vigor el 1 de enero de 2012. Por tanto, no procede la aplicación del art. 51 bis ni del art. 50 de la Ley Concursal, que es el que expresamente se refiere a las demandas presentadas con posterioridad a la declaración de concurso, ya que ni siquiera se acertó en la sentencia recurrida con el precepto supuestamente aplicable.
Por lo expuesto, ha de acordarse la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado, debiendo pronunciarse la sentencia que se dicte sobre las dos acciones ejercitadas, y sin que pueda resolverse en esta alzada, ya que se privaría a las partes de una instancia respecto de la acción de responsabilidad de los administradores societarios.": SAP Málaga (Sección 6) 21.11.2013 (Sentencia 672/2013; Rollo 1370/2012)

AP Valencia

"PRIMERO. Hierros del Mediterráneo SA presentó demanda acumulando dos acciones, la primera de reclamación del precio por importe de 70.411,96 euros en concepto de suministro de mercancía a la demandada Hiforja SL que se allanó a esa pretensión; la segunda acción, de responsabilidad contra la administradora de dicha sociedad, Florinda en ejercicio tanto de la acción individual del artículo 69 de la Ley Sociedades Responsabilidad Limitada en relación con el artículo 133 de la Ley Sociedades Anónimas, como de la objetiva por deudas sociales al amparo del artículo 104 apartados c) y e) en relación con el artículo 105-5 de la Ley Sociedades Responsabilidad Limitada, pidiendo su condena solidaria con la sociedad codemandada en la misma cantidad, oponiéndose a tal pretensión la citada interpelada.
La sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia estima la primera acción pero desestima la petición dirigida contra la demanda Sra. Florinda por no concurrir los presupuestos de las acciones de responsabilidad.
Se interpone recurso de apelación por la parte demandante que interesa la revocación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil por otra que estime la demanda también respecto a la codemandada Florinda alegando como motivos;1º)Nulidad de actuaciones por concurrir el supuesto del artículo 51 bis apartado 1 de la Ley Concursal; subsidiariamente, de no acordarse la nulidad procesal; 2º) Error en la aplicación de las normas legales a tenor de la fecha de presentación de la demanda; 3º) Error de valoración de la prueba respecto a la acción individual de responsabilidad al haber imputado actos negligentes a la demandada; 5º) Errónea valoración de la prueba sobre la acción de responsabilidad del artículo 105-5º, solicitando por estas razones la revocación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil para que se acuerde la nulidad de actuaciones debiendo retrotraerse la última actuación procesal a la fecha de 1/1/2021 y subsidiariamente, se condena a la demanda al pago de 70.411,96 euros más intereses y costas.
SEGUNDO. La primera cuestión a tratar por el Tribunal de la alzada es la petición de nulidad de actuaciones procesales a partir de las actuaciones practicadas desde el 1/1/2012 por aplicación del artículo 51 bis apartado 1 de la Ley Concursal.
La nulidad de actos procesales, exige para ser estimada de dos requisitos que tanto por la Ley Enjuiciamiento Civil (artículo 225) como por la Ley Orgánica del Poder Judicial (238-3) imponen; una, la infracción de una norma imperativa procesal de carácter esencial y otro, además, se haya podido producir indefensión. La indefensión viene definida por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 16-Enero-1992, en posición constantemente reiterada como aquella limitación de los medios de defensa producidos por una inadecuada actuación de los órganos judiciales. Ahora bien el propio Tribunal en numerosísimas sentencias (se reseñan entre otras muchas la número 57/1984, 89/1985, 152/1985, 138/1988 y 10/1993) delimita el concepto de indefensión, en cuanto para su apreciación es necesario además que la parte en el procedimiento muestre la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a si mismo en tal situación o quien no hubiese quedado indefenso de actuar con la diligencia exigible. Así de forma más reciente, la STC de 24 de septiembre de 2007, dice "esta excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión cuando es debida a la propia pasividad, de la parte o de los profesionales que la representan o defiendan" (por ejemplo, SSTC 85/2006, de 27 de marzo, y 61/2007, de 26 de marzo, entre tantas otras).
Pues bien no concurren al caso tales requisitos y la petición anulatoria debe rechazarse por varios motivos. El precepto invocado por el recurrente es introducido en la Ley Concursal por la reforma legal operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, es decir, mucho después de iniciado el actual procedimiento (2009) y no tiene efecto retroactivos, es decir, la vigencia de tal precepto y la suspensión en el establecida solo operará respecto a

concursos que han sido declarados a partir de la fecha de 1/1/2012 (data de entrada en vigor de tal reforma legal) y la declaración de concurso de HIFORJA SL fue en época anterior(2010), por lo que no hay infracción de norma esencial. Además, el precepto claramente refiere a la suspensión del proceso donde se ejercita la acción de responsabilidad por deudas sociales (incumplimiento de las obligaciones legales en caso de causa de disolución) y en el presente caso, también se entabla la acción individual de responsabilidad que es el grueso del recurso de apelación. En todo caso la petición de nulidad es de todo punto extemporánea pues se efectúa por vez primera en el recurso de apelación cuando el acto del juicio se celebró en fecha de 2/2/2012 y la parte demandante nada adujo de suspender este proceso por la causa ahora invocada y la sociedad demandada ya estaba declarada en concurso y es precisamente Hierros del Mediterráneo SA quien instó tal concurso, luego era conocedora de la existencia del procedimiento.": SAP Valencia (Sección 9) 05.12.2012 (Sentencia 439/2012; Rollo 558/2012)

AP Zaragoza

"... careciendo por lo demás de aplicación al caso el artículo 50, 2 de la Ley Concursal, que se cita en el recurso, --"2. Los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior."--, cuya entrada en vigor tuvo lugar el día 1º de enero de 2012, esto es, cuando el concurso ya estaba en tramitación -"1. La presente Ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor"--, por lo que el supuesto que se enjuicia queda fuera de la nueva norma conforme a sus Disposiciones Transitorias.": SAP Zaragoza (Sección 5) 25.09.2013 (Sentencia 405/2013; Rollo 324/2013)

3. Régimen 38/2011

Tribunal Supremo

"17. La estimación del motivo de casación, con la anterior puntualización, nos convierte en tribunales de instancia a los efectos juzgar, de acuerdo con la prueba practicada, si concurren los requisitos legales para que pueda prosperar la acción de responsabilidad.
Pero conviene recordar que ha constituido un presupuesto necesario para podamos conocer de esta acción de responsabilidad la resolución del convenio *[de la previa suspensiópn de pagos]* y la consiguiente apertura de oficio del concurso de acreedores. Esto es: el enjuiciamiento sobre la responsabilidad de los administradores es consiguiente a la resolución del convenio, y esta lleva consigo la declaración del concurso de acreedores. Y la declaración de concurso de acreedores produce como efecto legal y necesario, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la suspensión de " los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución " (art. 51 bis LC).
De ahí que la resolución del convenio y la consiguiente apertura del concurso en su fase de liquidación impide que podamos, por ahora, juzgar como tribunal de instancia sobre la procedencia de la responsabilidad de los administradores, hasta que concluya el concurso. STS 21.06.2012 (Sentencia 394/2012; Recurso 723/2010)

AP Alicante

"Se rechaza esta alegación por los mismos motivos ya expuestos en la Sentencia recurrida pues si nos atenemos a la redacción de la Ley Concursal anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, legislación vigente al iniciarse la Sección de Calificación y el presente procedimiento: i) ninguna prohibición, limitación temporal ni restricción existía para el ejercicio de las acciones de responsabilidad frente al Administrador previstas en la legislación societaria mientras se sustancia la Sección sexta que puede concluir con la responsabilidad concursal del Administrador social; ii) aunque la finalidad de estas acciones es la misma (responsabilidad del patrimonio personal del Administrador por deudas sociales) el fundamento y requisitos de la responsabilidad concursal (sanción por realizar actos que generan o agravan la situación de insolvencia de la sociedad) es distinto del fundamento y requisitos de la responsabilidad prevista en la legislación societaria (bien sea el daño al patrimonio social o personal de un socio o de un tercero, bien sea la sanción por el incumplimiento del deber de promover la Junta que acuerde la disolución tan pronto concurra una causa legal); iii) la interrupción de la prescripción de las acciones contra los administradores sociales prevista en el artículo 60.2 de la Ley Concursal no impide el posible ejercicio de las mismas acciones durante el procedimiento concursal.
Solo tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se han establecido límites para el ejercicio de la acción social de responsabilidad (artículos 48 quater y 51.1 de la Ley Concursal) y para el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas (artículos 50.2 y 51.bis de la Ley Concursal) pero continua sin restricción alguna el ejercicio simultáneo de la acción individual de responsabilidad por daños del Administrador social.": SAP Alicante (Sección 8) 28.02.2013 (Sentencia 94/2013; Rollo 616/2012)

"SEGUNDO.-Argumenta el demandado que resulta procedente la nulidad parcial del procedimiento -oportunamente denunciada a los efectos oportunos- por cuando, en relación a la acción individual de

responsabilidad - art 135 TRLSA -, habiéndose acreditado la apertura de la fase de liquidación del concurso de Mirafret S.A., concurriría prejudicialidad civil respecto de la sección de calificación aperturaza, al ser dicha calificación presupuesto de la acción ejercitada. Y respecto de la acción de responsabilidad por deudas que, habiendo entrado en vigor la Ley 38/2011, cuyo artículo 51-1 establece que la acción de responsabilidad por deudas sociales debe acumularse al concurso, incluso de oficio, su tramitación debería continuarse ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso de Mirafret.
El motivo se desestima.
Sólo con la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011 se han introducido normas tendentes a coordinar el concurso con las acciones de responsabilidad de los administradores que de forma tan deficiente se encontraba regulada con anterioridad a dicha reforma. Para ello la Ley 38/2011 modifica el artículo 8.7º LC, a tenor del cual corresponderá al Juez del concurso la competencia para conocer de " las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada ", haciendo desaparecer la mención introducida por la Ley 13/2009 a las acciones de responsabilidad por deudas sociales, reconduciéndose por tanto aquella competencia exclusivamente a los perjuicios causados a la persona jurídica concursada, con independencia de que los perjuicios sean anteriores o posteriores a la declaración de concurso. Además, en relación con esta misma cuestión, se introduce un párrafo segundo en el artículo 51.1 LC, en el que, frente a la regla general de continuación de los procesos declarativos en curso hasta la firmeza de la sentencia, se establece que " por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios contra los administradores, liquidadores o auditores de la persona jurídica concursada ". Asimismo, en materia de legitimación activa para el ejercicio de las acciones de responsabilidad, se introduce un nuevo artículo 48 quater LC, según el cual " declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores ".
Se elimina, así, la posibilidad de ejercicio de la acción social de responsabilidad durante el concurso por cualquiera de los legitimados para ello según la legislación societaria.
Finalmente, se impide de raíz el ejercicio de la acción social de responsabilidad de administradores por obligaciones sociales, al establecerse en el nuevo artículo 50.2 LC que " los Jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución ". Y, en cuanto a las que se encontrasen en tramitación al tiempo de la declaración del concurso, se introduce un nuevo artículo 51 bis, en cuyo apartado 1 se dispone que " declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución ".
Como se constata pues, hay ya normas dirigidas a coordinar el ejercicio y el mantenimiento de las acciones de responsabilidad contra administradores después de la declaración de concurso si bien es cierto que dicha coordinación se limita a la acción social de responsabilidad -que se atribuye al Juez Mercantil- y a la acción de responsabilidad por deudas sociales -que se paraliza o evita durante el concurso-, sin incluir, sin embargo, la acción individual de responsabilidad. Por tanto, solo la acción individual de responsabilidad puede promoverse después de declarado el concurso y, en el caso de que ya estuviera planteada desde antes, seguirá con su tramitación.:
Siendo así el panorama jurídico creado por la Ley 38/2011, la cuestión en el caso no es otra que de derecho intemporal pues la reforma legal de que deriva la articulación descrita se produce y entra en vigor con posterioridad a la declaración del concurso que nos ocupa.
En efecto, en relación a la acción de responsabilidad por deudas que ejercita Carrier hay que tomar en consideración que la entrada en vigor de la Ley - DF 3ª Ley 38/11 - tiene lugar el día 1 de enero de 2012. A esa fecha, no sólo ya se había declarado el concurso voluntario de Mirofret S.A. -25 de marzo de 2009-, sino que incluso se había ya aprobado judicialmente el convenio.
Entiende este Tribunal que, en esas condiciones, no es de aplicación el artículo 51-bis LC ni, por tanto, el efecto previsto en el artículo 50 respecto de la inadmisión de tales demandas por el Juez de lo Mercantil, de invalidez de lo practicado caso de admisión pues a ello se opone la temporalidad de la norma y el principio de retroactividad pues, constatado que la entrada en vigor de la reforma de la Ley Concursal se produce con posterioridad al inicio del procedimiento, para resolver la cuestión la aplicación de la norma y si la misma puede suponer vulnerar el principio general de irretroactividad de la ley - art 2-3º CC -, no debe obviarse que se trata de una norma de contenido procesal que se aplica, no a los procesos ya iniciados -que están consolidados bajo su propia regulación- sino a los emprendidos bajo su vigencia y de ahí que proclamemos que no hay obstáculo en admitir la viabilidad de la acción de responsabilidad por deudas pues, de lo contrario, habría aplicación retroactiva de la norma que modificaría ex post un predeterminado marco jurídico con tal intensidad que determinaría la nulidad de lo actuado bajo la vigencia de la norma existente al tiempo del ejercicio de la acción de que se trata, retroactividad que está prohibida por la ley al no existir norma transitoria que disponga lo contrario.
TERCERO.-Sobre si procede suspender el proceso en relación a la acción individual por prejudicialidad civil - art 43 LEC - respecto de la sección de calificación del concurso, cabe señalar (obviando lo que afirma la demandante sobre la actual declaración de fortuito del concurso, dado que no tenemos constancia formal de ello), que si bien es cierto que cualquier decisión que pudiera suponer valorar si órgano de administración de la sociedad concursada pudo haber incidido en la insolvencia de la sociedad, puede constituir una cuestión

prejudicial, en el caso, la cuestión no está en determinar si como consecuencia de la conducta del administrador pudo generar o agravar una situación de insolvencia -que por su propia naturaleza es un concepto genérico- sino si como consecuencia actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo pudo causar daños a Carrier, lo que implica el examen de una conducta individualizada en relación a las vinculaciones comerciales con el acreedor, determinantes del impago que constituye para éste, su daño.
Pues bien, desde esta perspectiva, afirmar que pudiera existir prejudicialidad civil requeriría afirmar que la declaración sobre responsabilidad concursal constituye una cuestión en necesaria relación, de modo que la decisión en aquella pieza sea ineludible para tomar una resolución en torno al objeto principal de ese otro procedimiento y sin duda no es así pues de hecho, aun cuando tuviéramos la certeza de la declaración de fortuito, en absoluto ello condicionaría la posible estimación de una acción de responsabilidad del administrador respecto del actor en la medida en que la acción de responsabilidad no se fundamenta en la realización de actos por el Sr. Juan María que hubieran podido generar o agravar la situación de insolvencia
-art 164 LC - de Mirafret S.A., sino en la circunstancia de si la relación comercial entre ambas sociedades se operaron en estado financiero de la sociedad Mirafret S.A. que le impedía garantizar el cumplimiento de sus obligaciones para con la misma.
Por tanto, si bien es cierto que puede haber un ámbito coincidente con la responsabilidad concursal, ámbito por lo demás muy común dada la razón general que se observa en las acciones de responsabilidad por daños, existe sin embargo la suficiente autonomía en aquella acción, dada su especificidad e individualización derivada de la exigencia de la prueba de la relación causal, como para desvincular, al menos en el caso que nos ocupa, una acción, la de responsabilidad por daños del administrador social, de la responsabilidad concursal.”: SAP Alicante (Sección 8) 03.04.2013 (Sentencia 154/2013; Rollo 26/2013)

AP Córdoba

“TERCERO.- Ciertamente, en la actualidad la situación ya no es la misma, porque la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (que entró en vigor el 1 de enero de 2012) modificó los artículos 8.7, 48 y 51.1 y, en lo que aquí interesa, introdujo tres nuevos artículos, el 48 bis, el 48 quáter y el 51 bis, conforme a todos los cuales la acción individual de responsabilidad no queda afectada por la declaración de concurso, en tanto que la acción por incumplimiento de deberes legales por parte de los administradores queda afectada en el sentido de que los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso quedan en suspenso como consecuencia de dicha declaración y hasta que no concluya el concurso (suspensión que debe ser acordada por el juez mercantil que conozca del procedimiento, en cuanto conozca la declaración del concurso), mientras que una vez declarado el concurso, no pueden ejercitarse estas acciones. Sin embargo, esta reforma, o si se quiere, esta nueva situación legal, no es aplicable al caso que nos ocupa, porque la Disposición Transitoria 1ª de la mencionada Ley 38/2011 establece que sólo será de aplicación a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor, salvo unas excepciones entre las que no se encuentran los preceptos expuestos, ni tampoco se prevé su aplicación retroactiva en el resto de Disposiciones Transitorias que prevé la propia norma (en este sentido, Sentencia de esta misma Sección de 26 de junio de 2012). Razones por las cuales este primer motivo de apelación debe ser desestimado.”: SAP Córdoba (Sección 3) 22.03.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 79/2013)

“Pero es que, además, tras la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (que entró en vigor el 1 de enero de 2012), que modificó los artículos 8.7, 48 y 51.1 y, en lo que aquí interesa, introdujo tres nuevos artículos, el 48 bis, el 48 quáter y el 51 bis, la situación sigue siendo la misma, porque conforme a los preceptos citados la acción individual de responsabilidad no queda afectada por la declaración de concurso, modificándose únicamente lo relativo a la acción social y a la acción por incumplimiento de deberes legales por parte de los administradores (art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital). Aparte que la mencionada reforma tampoco afectaría al procedimiento en curso, porque la Disposición Transitoria 1ª de la mencionada Ley 38/2011 establece que sólo será de aplicación a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor, salvo unas excepciones entre las que no se encuentran los preceptos expuestos, ni tampoco se prevé su aplicación retroactiva en el resto de Disposiciones Transitorias que prevé la propia norma (en este sentido, Sentencias de esta misma Sección de 26 de junio de 2012 y 22 de marzo de 2013). Razones por las cuales este primer motivo de apelación debe ser desestimado.”: SAP Córdoba (Sección 3) 30.09.2013 (Sentencia 156/2013; Rollo 212/2013)

AP Pontevedra

“Como resumen de lo expuesto, cuando la actuación ilícita del administrador social ha perjudicado directamente a la sociedad, produciendo un quebranto en su patrimonio social o incluso su desaparición de hecho, la acción que puede ejercitarse es la acción social del antiguo art. 134 TRLSA o de los actuales arts. 238 y ss. TRLSC, dirigida a la reconstitución del patrimonio social, en los términos legalmente previstos en cuanto a legitimación activa, esto es, legitimación directa de la sociedad y subsidiaria, cumpliéndose ciertos requisitos, de la minoría social o de los acreedores. Que de los daños producidos directamente a la sociedad se deriven, lógicamente, perjuicios indirectos para los socios o para los acreedores, que ven frustradas sus expectativas legítimas a obtener una participación en los beneficios sociales o a obtener la cuota liquidativa que les correspondería en la liquidación social, en el primer caso, o sus razonables expectativas de cobrar sus créditos, en el segundo caso, no otorga ni a unos ni a otros legitimación para ejercitar la acción individual estudiada y lograr de este modo una indemnización directa.

El problema surge cuando, como razona el Juzgador "a quo", las mencionadas acciones se plantean en relación con los administradores de una sociedad declarada en concurso.
La STS de 16 de julio de 2012 (ponente Sr. Gimeno Bayón) analiza detenidamente esta cuestión y pone el acento en la necesidad de armonizar la responsabilidad societaria y la responsabilidad concursal.
En todo caso, tras la reforma introducida por la Ley 38/11, de 10 de octubre, en la Ley Concursal, el régimen ordinario de responsabilidad de los administradores sociales puede sistematizarse del siguiente modo:
a) La acción social de responsabilidad : la legitimación para exigir responsabilidad a los administradores por los daños causados a la propia sociedad como consecuencia de su actuación ilícita o contraria a los estatutos o a los deberes inherentes a su cargo, se circunscribe a la Administración concursal, quedando vedada la legitimación subsidiaria que el art. 240 LSC reconoce a los acreedores (art. 48 quáter de la Ley Concursal).
b) La acción de responsabilidad por deudas sociales por incumplimiento del deber legal de promover la disolución de la sociedad cuando existe una causa legal de disolución (arts. 365 y 367 LSC): el Juez de lo Mercantil " no admitirá a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución " (art. 50.2 LC), y, si el procedimiento ya se hubiese iniciado antes de la declaración del concurso, quedará automáticamente " en suspenso " hasta la conclusión del concurso (art. 51 bis LC).
c) La acción individual de responsabilidad : nada dice la normativa concursal en relación con la acción individual de responsabilidad prevista en el art. 241 LSC, por lo que, en principio, tanto los socios como los terceros podrían dirigirse contra los administradores en reclamación de los daños causados " por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos ", lo cual resulta hasta cierto punto lógico al tratarse de sujetos con personalidad jurídica y un patrimonio propio y diferenciado del patrimonio social que constituye la masa del concurso.
Ahora bien, centrándonos en las acciones individuales de responsabilidad, una cosa es que, como regla general, la existencia del concurso no afecte al ejercicio de la acción, y otra muy distinta que esa regla no haya de modularse en función de la actuación que se imputa al administrador, el deber incumplido, la naturaleza de la lesión supuestamente causada o, incluso, la fórmula indemnizatoria por la que se opte.
En efecto, el concurso supone la integración de los acreedores en la masa pasiva para garantizar el principio de igualdad de trato en función de la naturaleza del crédito. Si todo el procedimiento concursal tiene por objeto lograr el convenio, como solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico, o, alternativa o subsidiariamente, según los casos, proceder a la liquidación del patrimonio del concursado, pero siempre teniendo como norte el que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, habrá que tener especial cuidado con aquellas actuaciones que, por la vía oblicua de demandar al administrador, puedan violentar aquel principio con la pretensión de imponer intereses particulares en detrimento de otros generales (cfr. art. 49.1 LC).
En este sentido, si el acto antijurídico que se invoca como determinante del daño se integra por acciones u omisiones objetivamente idóneas para generar o coadyuvar a la generación o agravación de la situación de insolvencia, la acción individual puede superponerse a las instituciones concursales diseñadas para averiguar y, en su caso, corregir y sancionar dicha conducta, sea por el cauce de la acción de rescisión o reintegración a la masa, sea por la vía de la calificación del concurso como culpable y las consecuencias previstos en los arts. 172 y 172 bis de la Ley Concursal, lo que puede provocar distorsiones en el procedimiento concursal.
Y lo mismo debe afirmarse si el daño o lesión que se alega como presupuesto de la indemnización reclamada al amparo de esta acción consiste precisamente en el crédito que el acreedor asevera tener sobre el deudor concursado, sea o no reconocido por la Administración concursal, puesto que en tal caso se estaría amparando la extracción del crédito de la masa pasiva, incrementando sus posibilidades de cobro en contra del principio "pars conditio creditorum" y, aunque es cierto que, a efectos dialécticos, siempre podría argumentarse que no se ataca el patrimonio del deudor concursado sino el de los administradores, también lo es que por esta vía estaríamos creando una suerte de obligación solidaria o incrementando el régimen de garantías en beneficio de un acreedor y a cargo de quien, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 48 quáter, 71 y ss. y 172 y 172 bis de la Ley Concursal, puede ser declarado responsable total o parcial del déficit concursal.
En definitiva, el razonamiento contenido en la sentencia recurrida ha de matizarse en el sentido de que la acción individual de responsabilidad es en principio plenamente compatible con el procedimiento concursal, si bien habrá de prestarse particular atención a los supuestos en que su ejercicio pudiera generar algún tipo de disfunción en los principios que rigen el concurso, con el fin de integrar y garantizar el encaje armónico de ambas normas.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 19.12.2014 (Sentencia 450/2014; Rollo 484/2014)

3. Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo.

Nuevo apartado 50.3 introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 50.3 Acción directa del subcontratista ex art. 1597 CC

Nota:

Vid. el nuevo artículo 51 bis.2 en su redacción por ley 38/2011.

0. Jurisprudencia que aplica la normativa anterior a la reforma de la LC por ley 38/2011

0.1 ¿Cabe esta acción cuando el contratista está en concurso?

0.1.1 Improcedencia en todo caso tras la declaración de concurso, aunque hubiese mediado previo requerimiento extrajudicial

Tribunal Supremo

"Segundo.-Único motivo de casación.
La recurrente formula el recurso de casación, único admitido, en la infracción de los artículos 1597 del Código Civil y artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Como se ha señalado en el Fundamento Jurídico PRIMERO, ODERINVER funda la reclamación en el artículo 1597 del Cc, que dice: " *Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación* ".
1. La acción que nace del precepto transcrito es una acción directa que tiene el subcontratista contra el dueño de la obra, con quien no contrató, y supone una excepción al principio de la *relatividad de los* contratos consagrado en el art. 1256 Cc. Tiene su sentido por razones de equidad y de protección al más débil, que pone trabajo o material en obra ajena, en supuestos de dificultad de cobro del contratista. Para ello es necesario que concurran los siguientes requisitos, proyectados al presente caso:
1º. Que el precio pactado en el contrato de obra entre el promotor (aquí la Fundación) y el contratista (Prosepro, S.A) fue por un tanto alzado (art. 1593 Cc), ha sido reconocido por las partes, sin ninguna dificultad.
2º. Ostenta dicha acción directa cualquier persona física o jurídica que esté vinculada con el contratista por una relación laboral o de prestación de servicios, como es, en el presente caso, PROSEPRO, en calidad de contratista, y la actora, como subcontratista.
3º Es necesaria la existencia de un crédito del subcontratista frente al contratista y de otro de éste frente al promotor, y ambos créditos deben surgir en relación a la misma obra, lo que ha sido indiscutido.
4º Los créditos a que se refieren el apartado 3º anterior deben estar vencidos y ser exigibles para que el subcontratista pueda cobrar directamente del Promotor, la FUNDACION. Con ocasión del primer requerimiento, el *30 de enero de 2008,* la FUNDACION alega que nada debía al contratista porque no había recibido provisionalmente la obra, la que recepcionó, con este carácter, el *7 de marzo de 2008,* reconociendo una deuda de 115.374,76.-#. Por tanto, cuando recibió el segundo requerimiento, el *10 de marzo de 2008,* la FUNDACION ya era deudora del contratista y por consiguiente el subcontratista podía ejercitar la acción directa del art. 1597 Cc.
5º El promotor puede oponer al subcontratista las excepciones que pudiera plantear al contratista, tanto por hechos anteriores o posteriores al ejercicio de la acción pero siempre en relación a la obra ejecutada (ejecución defectuosa, incumplimientos, etc), lo que efectivamente destacó la FUNDACION al contestar la demanda (Hecho Segundo).
6º La acción del art. 1597 CC es una acción directa e independiente, del subcontratista frente al promotor y no un supuesto especial de la acción subrogatoria del art. 1111 Cc. Consiste en una legitimación especial, legalmente prevista en nuestro ordenamiento jurídico, a favor del primero contra el segundo, titular de su propio crédito (SSTS nº 300/2008 de 8 de mayo y 449/2012 de 19 de junio), lo que reconoce la propia sentencia recurrida. (Fundamento de Derecho Segundo).
7º. El ejercicio de la acción no requiere, como requisito ineludible, la interposición de una demanda judicial. Sin embargo, el requerimiento extrajudicial *no supone el ejercicio de la acción,* lleva consigo *una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario (SSTS 657/1997 de 17 de julio y 300/2008 de 8 de mayo), e impide a la promotora, la FUNDACION, realizar el pago liberatorio a un tercero, en el presente supuesto, a la Agencia Tributaria,* como también destaca la sentencia recurrida.
Del mismo modo que el pago anticipado hecho por el promotor al contratista, con anterioridad a su vencimiento y exigibilidad, puede no ser liberatorio, es susceptible de generar una reclamación de daños y perjuicios, por actitud negligente del dueño de la obra, como después se contemplará.
8º. En caso de concurrencia de varios acreedores por razón de la obra realizada, que pudieran hallarse en la misma situación que el hoy actor, por la existencia de distintos subcontratistas y, atendido que todos ellos tendrían la misma naturaleza en un escenario extraconcursal, *"gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad",* por aplicación analógica del art. 1927.3º Cc
9º. La acción directa del art. 1597 Cc es de carácter solidario y autoriza al subcontratista a dirigirla contra el contratista y la promotora, conjunta o aisladamente (SSTS invocadas por la recurrente, de 11 de octubre de 2002 y 31 de enero de 2005, y las que allí se citan), lo que, en el caso, ha llevado a cabo la actora contra la FUNDACION, dado que, en el momento de la interposición de la demanda, la CONTRATISTA *había sido declarada en concurso de acreedores*.
2. Sin embargo, pese al privilegio del contratista que puede accionar contra quien no contrató con él -el dueño de la obra, en la que puso trabajo y materiales- y que la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, lo que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención por el

destinatario, como se ha señalado en el apartado 7º anterior, el requerimiento *no supone el ejercicio de la acción directa del art. 1597 el Cc* (SSTS de 300/2008 de 8 de mayo y 657/1997 de 17 de julio). Y si bien es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003, que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenian *"incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1957 CC " (por todas, STS 27 de julio de 2000),* hoy ya no se puede mantener, bajo la acutal Ley Concursal, la subsistencia de tal privilegio. Lo que era una preferencia más, que convivía con otras muchas, en una situación caótica, hoy ha dejado de tener justificación bajo la regulación concursal actual que ha puesto orden al régimen de prelación de créditos. Por ello, aun concurriendo todos y cada uno de los requisitos de la acción ejercitada por la recurrente en casación, sin embargo, no podemos aceptar que la vigente Ley Concursal impida confirmar, con sus propios argumentos, la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, como seguidamente se razonará.

TERCERO.- Desestimación del recurso.

1. Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es *la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes,* dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, acccionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la " *par conditio creditorum* ", cuya regulación en nuestra Ley Concursal 22/ 2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90 y 91) y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio.

2. Por los principios de *universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva* del artículo 49 LC y el de *universalidad* del artículo 76 LC), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 Cc), quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L.

Por el primero - art. 49 LC -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC).

Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es *solidaria,* dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación.

Pero pronto habrá que, por el *principio de universalidad de la masa activa* que consagra el art. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.

3. Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, *ex lege,* a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual " *no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley* ". Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "... *que no esté reconocido en esta* Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal. Dicho precepto supone una cláusula de cierre del sistema de preferencias y privilegios, que están sujetos al principio de tipicidad. Sólo ella, la Ley Concursal, sanciona enérgicamente, con carácter de *numerus clausus,* los privilegios y preferencias, como excepciones a la igualdad de acreedores sometidos a la ley del dividendo.

4. Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: " *Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".*

Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.

Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.

Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas

activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (artículos 55 y 90 y siguientes de la LC) son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la *vis atractiva* del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal.
Por todos los razonamientos precedentes, el motivo se desestima.": STS 21.05.2013 (Sentencia 322/2013; Recurso 2221/2010)

"CUARTO.-*Razones para la desestimación del motivo.*
La cuestión planteada en la presente litis ya ha sido resuelta por esta Sala, por medio de la STS núm. 322/2013, de 21 de mayo. Se resolvió en el sentido de que la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el art. 1597 Cc, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya hecho efectivo antes de la declaración del concurso, y en aquel supuesto, igual que en el presente, se señaló que *el requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción (SSTS 657/1997, de 17 de julio y núm. 300/2008, de 8 de mayo), aunque lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario.*
Resulta acreditado en los autos que: la actora extrajudicialmente reclamó al dueño de la obra la cantidad de 179.623.-#, por escrito de 18 de septiembre de 2008 (recibido el 22 de septiembre); la demanda rectora del presente pleito no se interpone hasta el 2 de julio de 2009, y la declaración de concurso del contratista es de fecha 23 de septiembre de 2008.
Las razones que expusimos en la sentencia núm. 322/2013, de 21 de mayo, son aplicables al presente supuesto:" *1.* Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco de la norma concursal. *La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la "par conditio creditorum", cuya regulación en nuestra Ley Concursal 22/ 2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90 y 91) y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio.*
>> 2. Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC y el de universalidad del artículo 76 LC), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 Cc), quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L.
>> Por el primero -art. 49 LC -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC).
>> Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es solidaria, dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación.
>> Pero [deberá advertir] que, por el principio de universalidad de la masa activa que consagra el art. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.
>> 3. Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, ex lege, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "...que no esté reconocido en esta Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal...
>> 4. Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".
>> Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.
>> Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario

que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.
>> Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (artículos 55 y 90 y siguientes de la LC) son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la vis atractiva del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal.
>> Por todos los razonamientos precedentes, el motivo se desestima".
En la presente litis la acción directa se ejercitó judicialmente, con fecha muy posterior a la declaración de concurso, por lo que el motivo debe desestimarse.": STS 11.12.2013 (Sentencia 756/2013; Recurso 2356/2011)

"Motivo primero de casación
8. *Formulación del motivo.* El motivo se funda en la infracción del art. 1597 CC, en relación con los arts. 1526, 1255, 1125 CC, y 89 y 49 LC. En el desarrollo del motivo se argumenta que constituye un requisito imprescindible para que pueda ejercitarse la acción directa del art. 1597 CC que exista una deuda del dueño de la obra frente al contratista en el momento en que se hace la reclamación. Y, como consta acreditado que el crédito de Mazotti frente a SAGULPA fue cedido a Banco Sabadell antes de que Ferrosol ejercitara la acción directa, concluye que para entonces SAGULPA no era acreedora de Mazotti. El recurso, para reforzar esta argumentación, insiste en que la cesión de créditos se llevó a cabo a través de un factoring sin recurso, por el que se transfería al factor la plena propiedad de todos los créditos y demás derechos.
Procede estimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.
9. Estimación del motivo. Las razones para la estimación del motivo son dos. La primera porque al tiempo de ejercitarse la acción directa, el crédito de la contratista frente al dueño de la obra había sido cedido a un banco, en virtud de un contrato de factoring sin recurso, y esta cesión había sido comunicada al deudor dueño de la obra.
Entre los hechos acreditados consta que, antes de que se declarara el concurso de acreedores de Mazotti (17 de septiembre de 2007), ésta había cedido en factoring los créditos que tenía frente a SAGULPA, a quien se le comunicó esta cesión el 15 de noviembre de 2006.
Recientemente, hemos tenido oportunidad de ratificar que la eficacia traslativa de la cesión de créditos opera no sólo cuando haya sido realizada pro soluto, sino también cuando lo es pro solvendo, de tal forma que incluso en el caso de cesión de créditos en factoring con recurso hemos declarado que el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido, pues la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué afectar al efecto traslativo (Sentencia núm. 650/2013, de 6 de noviembre, que cita las anteriores Sentencias núms. 80/2003, de 11 de febrero; 957/2004, de 6 de octubre y 1086/2006, de 6 de noviembre). En el presente caso en que la cesión de créditos se hizo en un factoring sin recurso, es más clara todavía la transmisión plena de la titularidad del crédito. Además, concurre la circunstancia acreditada en la instancia de que esta cesión fue comunicada al dueño de la obra, por lo tanto al deudor del contratista, diez meses antes de que fuera declarado en concurso y antes de que Ferrosol se dirigiera frente al dueño de la obra reclamándole el crédito en virtud del art. 1597 CC.
Como ya declaramos en la citada Sentencia núm. 650/2013, de 6 de noviembre, el efecto de la cesión de créditos antes del concurso de la cedente es que estos créditos cedidos no deben formar parte de la masa activa del concurso y, si se hubieran incluido, el cesionario estaría legitimado para reclamar su separación (art. 80 LC).
En este contexto, es posible concluir que cuando se pretendió ejercitar la acción directa, sin perjuicio de que como expondremos a continuación no podría prosperar en caso de concurso del contratista, éste ya no tenía crédito frente al dueño o comitente de la obra, por lo que faltaría uno de los requisitos esenciales del art. 1597 CC.
La segunda razón para la estimación del motivo radica en que en la actualidad es jurisprudencia que, incluso bajo la Ley Concursal anterior a la reforma de la Ley 38/2011, la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el art. 1597 CC, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya ejercitado antes de la declaración del concurso (Sentencias 322/2013, de 21 de mayo, y 756/2013, de 11 de diciembre), y en nuestro caso no existe duda de que la reclamación a SAGULPA es posterior a que Mazotti fuera declarada en concurso.
La estimación del primer motivo de casación, además de hacer innecesario entrar a examinar el segundo, conlleva la estimación del recurso de apelación y la desestimación de la demanda. ":STS 25.02.2014 (Sentencia 62/2014; Recurso 167/2012)

"PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, el alcance de la acción directa del subcontratista, contemplada en el artículo 1597 del Código Civil, en relación al procedimiento concursal del contratista principal; especialmente desde la dialéctica de su autonomía o subordinación respecto de dicho procedimiento.
En el supuesto objeto de enjuiciamiento es un hecho aceptado que la reclamación del crédito se realizó extrajudicialmente antes de la declaración de concurso de la empresa contratista. Dicha reclamación también fue anterior a la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal 2003, que establece la suspensión, una vez declarado el concurso, de los procedimientos iniciados con anterioridad al amparo del artículo 1597 del Código Civil (núm. 2º del nuevo artículo 51 bis).
2. En síntesis, se interpone demanda de juicio ordinario en el ejercicio de la acción directa del subcontratista,

hoy recurrente, frente al dueño de la obra. En el procedimiento ha intervenido el propio contratista, como interviniente voluntario. La sentencia de primera instancia estima la demanda y condena al dueño de la obra a pagar la cantidad exigida. Esta sentencia es revocada por la Audiencia.
En este marco, la sentencia de primera instancia sostiene que la declaración de concurso del contratista principal no debe interferir en la citada acción directa cuando ya hubiese sido planteada con anterioridad la reclamación del subcontratista contra el comitente, pues el ejercicio de tal facultad habría supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del subcontratista y, a sensu contrario, lleva aparejado, de forma indefectible, la aceptación de que la declaración de concurso debe interferir en la reclamación del subcontratista en caso de ocurrir ésta -la declaración de concurso- en momento previo a que tenga lugar la reclamación extra judicial, ex artículo 1597 del Código Civil. Al estar en situación de concurso el contratista, el crédito debe integrarse en la masa pasiva y quedar a resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito; sin que la Ley Concursal excluya el que ostenta el subcontratista contra el contratista en la ejecución de obra y suministro de materiales.
La sentencia de la Audiencia también sostiene el distinto carácter de la acción directa del subcontratista respecto de la acción subrogatoria (1111 del Código Civil). Esta posición implica que los subcontratistas tendrían un crédito directo contra el comitente que lógicamente no debe ni puede integrarse en la masa del concurso del contratista porque no es un activo de la masa sino de un tercero (los subcontratistas).
No obstante, matiza que según la posición doctrinal que se defienda, la acción del 1597 CC estará
o no a salvo de los avatares concursales. En esta línea, puntualiza que según la primera de las posturas doctrinales, en caso del concurso del contratista, las cantidades obtenidas por el ejercicio de esta acción deben ser integradas en la masa activa del concurso. Por el contrario, de defender la segunda de las posturas doctrinales, los subcotratistas tendrían un crédito directo contra el comitente, que lógicamente no debe ni puede integrarse en la masa del concurso del contratista, dado que no es un activo de la masa, sino de un tercero.
En este contexto, la sentencia de la Audiencia señala que la Ley Concursal de 2003 obliga a todo acreedor a integrarse en la masa pasiva y estar a la resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo en los casos excepcionales que la Ley permita, por lo que el crédito debe verse afectado por la declaración concursal anterior.
3. En el presente caso, debe señalarse que la empresa constructora presentó la solicitud de concurso el 22 de marzo de 2011. La demanda judicial de la empresa subcontratista fue registrada el 26 de mayo de 2011. Por su parte, la reclamación extrajudicial del crédito a la empresa comitente se realizó el 28 de febrero de 2011.
Recurso de casación.
Derecho de la construcción: Acción directa del subcontratista (artículo 1597 del Código Civil) y dinámica concursal.
SEGUNDO.- 1. La parte actora, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo. En el recurso se denuncia la vulneración del artículo 1597 CC y la jurisprudencia que lo desarrolla, en relación al momento para la vinculación de esta acción al procedimiento concursal.
En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo formulado debe ser desestimado.
2. Antecedentes doctrinales.
Desde una perspectiva general puede afirmarse que el desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial de la acción directa, contemplada en el artículo 1597 del Código Civil, ha tendido, progresivamente, tanto a un reconocimiento o caracterización propia y diferenciada de esta figura, particularmente respecto de su autonomía con relación a la acción subrogatoria, esto es, como reconocimiento legal de una facultad o derecho del subcontratista, como a una interpretación y aplicación extensiva de la misma sobre la base, principalmente, de la naturaleza tuitiva del precepto.
En este contexto, también puede sostenerse que esta tendencia ha sido seguida, mayoritariamente, por la doctrina y la jurisprudencia anterior a la actual regulación concursal; de modo que el ejercicio de esta acción directa no debía verse afectada por la declaración de quiebra o de suspensión de pagos del contratista. El fundamento o justificación de esta posición se centró en la consideración de que la acción directa constituye, en realidad, una suerte de privilegio o preferencia de cobro asimilándose, de este modo, a los derechos de ejecución separada, todo ello bajo el fundamento tuitivo del precepto o su razón de ser en la equidad, (entre otras, STS de 27 de julio de 2000).
3. Doctrina jurisprudencial aplicable al caso: Alcance de la figura y subordinación a la dinámica concursal.
En este sentido, y con carácter general, debe señalarse que la protección que brinda el artículo 1597, como excepción al carácter relativo del derecho de crédito (artículo 1257 del Código Civil) y, por tanto, su reclamación directa al comitente, no alcanza o se proyecta sobre la naturaleza del derecho de crédito modificando o alterando su previa naturaleza, es decir, se facilita su cobro, pero no se otorga privilegio o preferencia alguna.
De esta forma, esta protección o reforzamiento del derecho del subcontratista no puede ser configurada como un derecho de garantía propio y específico, ni tampoco como una transformación cualitativa del crédito que le otorgue una preferencia de la que carecía en el momento de su constitución. Por lo que su ejercicio debe ceder ante la especialidad que informa el procedimiento concursal, particularmente atendido el principio de universalidad y la vis atractiva que se deriva de su declaración.
En relación con la doctrina jurisprudencial aplicable debe puntualizarse que al presente caso no le resulta de aplicación el nuevo artículo 51.bis de la Ley Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, dado que la disposición transitoria novena de la citada Ley no incluye el nuevo artículo 51.bis entre aquellos que son aplicables a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la misma (1 de enero de 2012).
Sentado esto, y conforme a lo anteriormente señalado, debe precisarse que la reciente doctrina jurisprudencial

de esta Sala, (SSTS de 21 de mayo de 2013, núm. 332/2013 y 11 de diciembre de 2013, núm. 756/2013), subordina la aplicación de esta figura a la dinámica concursal de la empresa contratista. De forma que la acción directa del subcontratista sólo queda extramuros del concurso del contratista bien cuando su ejercicio extrajudicial se hubiera consumado y hecho efectivo antes de la declaración concursal, o bien cuando su ejercicio judicial se hubiera producido con anterioridad a dicha declaración concursal. Supuestos que no se dan en el presente caso, en donde la reclamación extrajudicial de la acción directa no ha resultado consumada y efectiva antes de la declaración del concurso de la empresa contratista, y su reclamación judicial es posterior a la declaración del concurso." STS 26.03.2015 (Sentencia 691/2015; Recurso 113/2013)

"SEGUNDO.- Acción directa del subcontratista de la obra (artículo 1597 del Código Civil) y dinámica concursal.
1. La demandada, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, por interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.
En dicho motivo, denuncia la infracción de los artículos 49.1, 76 y 89.2 LC y del artículo 1597 del Código Civil, con cita de las sentencias, de esta Sala núm. 322/2013, de 21 de mayo y núm. 756/2013, de 11 de diciembre. Argumenta que la sentencia recurrida vulnera la doctrina jurisprudencial de esta Sala, por cuanto no es preciso acudir a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, para poder apreciar el efecto de «vis atractiva» del concurso, pues dicho principio ya estaba implícito en la regulación preexistente que sancionaba los principios de universalidad de la masa pasiva y activa. En cualquier caso, la sentencia recurrida interpreta erróneamente los requisitos para el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil, pues identifica el ejercicio de la acción con la presentación de la reclamación previa a la vía jurisdiccional, olvidando que la doctrina del TS ha declarado expresamente que el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción directa. En el presente caso, la demanda es posterior a la declaración de concurso al haberse presentado con fecha 6 de septiembre de 2009 y, además, los créditos documentados en las dos certificaciones finales impagadas, expedidas con fecha 20 de mayo de 2009, al estar sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicos, no eran vencidos y exigibles al día de la declaración del concurso (10 de, junio de 2009).
2. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser estimado.
3. Para la resolución del presente caso, y dada la identidad de circunstancias concurrentes, debe atenderse a la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de esta Sala núm. 691/2014, del 26 marzo, en donde, declaramos:
«[...] 2. Antecedentes doctrinales.
»Desde una perspectiva general puede afirmarse que el desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial de la acción directa, contemplada en el artículo 1597 del Código Civil, ha tendido, progresivamente, tanto a un reconocimiento o caracterización propia y diferenciada de esta figura, particularmente respecto de su autonomía con relación a la acción subrogatoria, esto es, como reconocimiento legal de una facultad o derecho del subcontratista, como a una interpretación y aplicación extensiva de la misma sobre la base, principalmente, de la naturaleza tuitiva del precepto.
»En este contexto, también puede sostenerse que esta tendencia ha sido seguida, mayoritariamente, por la doctrina y la jurisprudencia anterior a la actual regulación concursal; de modo que el ejercicio de esta acción directa no debía verse afectada por la declaración de quiebra o de suspensión de pagos del contratista. El fundamento o justificación de esta posición se centró en la consideración de que la acción directa constituye, en realidad, una suerte de privilegio o preferencia de cobro asimilándose, de este modo, a los derechos de ejecución separada, todo ello bajo el fundamento tuitivo del precepto o su razón de ser en la equidad, (entre otras, STS de 27 de julio de 2000).
»3. Doctrina jurisprudencial aplicable al caso: Alcance de la figura y subordinación a la dinámica concursal.
»En este sentido, y con carácter general, debe señalarse que la protección que brinda el artículo 1597, como excepción al carácter relativo del derecho de crédito (artículo 1257 del Código Civil) y, por tanto, su reclamación directa al comitente, no alcanza o se proyecta sobre la naturaleza del derecho de crédito modificando o alterando su previa naturaleza, es decir, se facilita su cobro, pero no se otorga privilegio o preferencia alguna.
»De esta forma, esta protección o reforzamiento del derecho del subcontratista no puede ser configurada como un derecho de garantía propio y específico, ni tampoco como una transformación cualitativa del crédito que le otorgue una preferencia de la que carecía en el momento de su constitución. Por lo que su ejercicio debe ceder ante la especialidad que informa el procedimiento concursal, particularmente atendido el principio de universalidad y la vis atractiva que se deriva de su declaración.
- »En relación con la doctrina jurisprudencial aplicable debe puntualizarse que al presente caso no le resulta de aplicación el nuevo artículo 51.bis de la Ley Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, dado que la disposición transitoria novena de la citada Ley no incluye el nuevo artículo 51. bis entre aquellos que son aplicables a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la misma (1 de enero de 2012).
»Sentado esto, y conforme a lo anteriormente señalado, debe precisarse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, (SSTS de 21 de mayo de 2013, núm. 332/2013 y 11 de diciembre de 2013, núm. 756/2013), subordina la aplicación de esta figura a la dinámica concursal de la empresa contratista. De forma que la acción directa del subcontratista sólo queda extramuros del concurso del contratista bien cuando su ejercicio extrajudicial se hubiera consumado y hecho efectivo antes de la declaración concursal, o bien cuando su ejercicio judicial se hubiera producido con anterioridad a dicha declaración concursal. Supuestos que no se dan en el presente caso, en donde la reclamación extrajudicial de la acción directa no ha resultado consumada y efectiva antes de la declaración del concurso de la empresa contratista, y su reclamación judicial es posterior a la declaración del concurso».
En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, el ejercicio de la acción del subcontratista no se ha consumado o hecho efectivo antes de la declaración concursal, pues la demanda se presenta con

posterioridad a ésta. Por lo que su ejercicio debe ceder ante la especialidad que informa el procedimiento concursal, particularmente atendido el principio de universalidad y la vis atractiva que se deriva de su declaración.”: STS 14.06.2016 (Sentencia 397/2016; Recurso 991/2014)

AP Barcelona (Sección 1)

“SEGUNDO. Efectos de la declaración de concurso de ESTRUSAL, S.L.
La primera cuestión que ha de analizarse es la relativa a la influencia que pueda tener en esta litis la declaración de concurso de ESTRUSAL, S.L.
En relación con la misma conviene precisar, frente a lo que sostiene BIGAS GRUP en su escrito de oposición al recurso, que la influencia que la declaración de concurso de ESTRUSAL pueda tener en la viabilidad de la acción directa del art. 1597 CC, que se ejercita en este procedimiento, no viene condicionada por la oposición que la demandada hubiera podido hacer, ya que se trata de una cuestión que entra de lleno en el terreno del principio "iura novit curia", que permite al juez, sin incurrir en incongruencia dar a los hechos una calificación jurídica distinta y hacer uso de las normas que estime pertinentes, normas que está obligado a conocer y a utilizar al margen de lo afirmado por los litigantes, máxime cuando, como aquí ocurre, en algunos aspectos la cuestión se sitúa en el terreno de las normas procesales, que como es sabido, se aplican "de oficio". Todo ello, sin perjuicio de que la demandada sí que aludió expresamente a la situación de concurso de ESTRUSAL S.L., como relevante, cuando contestó la demanda, y acompañó a la misma la acreditación documental del hecho.
Para resolver la cuestión se deben tener en cuenta las fechas en que se produjeron los hechos de los cuales depende su solución: (i) BIGAS GRUP requirió extrajudicialmente de pago a IMVAUR, por la deuda que mantenía con ella ESTRUSAL, mediante burofax de fecha 26 de mayo de 2011, que fue recibido por ESTRUSAL el día 30 de ese mes: (ii) ESTRUSAL fue declarada en concurso voluntario en fecha que no consta, pero que en cualquier caso, fue anterior al día 11 de noviembre de 2011, en que se publicó dicha declaración en el BOE; (iii) BIGAS GRUP presentó la demanda que ahora nos ocupa el día 30 de diciembre de 2011.
I. *No aplicación del art. 50.3 de la Ley Concursal.*
La apelante solicita en primer lugar que se declare la nulidad de actuaciones, porque se ha obviado la aplicación del art. 50.3 de la Ley Concursal, introducido en la reforma operada por Ley 38/2011 de 10 de octubre, en el que se establece: " *3. Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo.».*
Por su parte, el art. 50. 1, a que se refiere el apartado 3, dice: " *Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".*
En atención a la anterior regulación, considera el apelante que debería declararse la nulidad de todo lo actuado y archivarse el procedimiento, ya que la demanda fue presentada después de la declaración de concurso de ESTRUSAL, sin embargo, debe tenerse en cuenta que según estableció la Disposición final tercera, la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que introdujo el párrafo 3 del art. 50, se pospuso al día 1 de enero de 2012, siendo así que la demanda del presente procedimiento se presentó el día 30 de diciembre de 2011, por lo que aquél no resulta de aplicación, como ha tenido ocasión de señalar la STS 25 febrero 2014, en que se discutía la competencia para conocer de la demanda en que se ejercitaba la acción del art, 1597 por deudas de una empresa que también había sido declarada en concurso. En esta ocasión, el TS, razonó: " *Conviene aclarar que las normas aplicables para la resolución de esta cuestión son las anteriores a la reforma de la Ley Concursal introducida por la ley 38/2011, en atención a las reglas sobre la entrada en vigor de esta Ley y sus disposiciones transitorias que, con carácter general, preveían su aplicación a los concursos que se declararan tras su entrada en vigor, salvo las excepciones previstas, que no afectan a los reformados arts. 50 y 51 bis LC ".*
II. *Doctrina jurisprudencial establecida en las SSTS 21 mayo 2013 y 11 diciembre 2013*.
Ahora bien, que no sea de aplicación la reforma operada por Ley 38/2011, no significa en absoluto que la declaración de concurso de ESTRUSAL carezca de relevancia, ya que como se ha encargado de recordar nuestro Tribunal Supremo, lo único que ha hecho la reforma en relación con esta cuestión ha sido sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.
Pues bien, la última jurisprudencia ha aplicado ya este principio de especialidad concursal a los asuntos, como el presente, en que la declaración de concurso tuvo lugar con anterioridad al cambio legislativo.
En el sentido anterior se ha pronunciado la STS 21 mayo 2013, cuya doctrina jurisprudencial ha sido ratificada en STS 11 diciembre 2013, al señalar: *"(...) pese al privilegio del contratista que puede accionar contra quien no contrató con él -el dueño de la obra, en la que puso trabajo y materiales- y que la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, lo que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención por el destinatario, como se ha señalado en el apartado 7º anterior, el requerimiento no supone el ejercicio de la acción directa del art. 1.597 CC (SSTS de 300/2008 de 8 de mayo y 657/1997 de 17 de julio). Y si bien es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003, que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenía "incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1957 CC " (por todas, STS 27 de julio de 2000), hoy ya no se puede mantener, bajo la actual Ley Concursal, la*

subsistencia de tal privilegio. Lo que era una preferencia más, que convivía con otras muchas, en una situación caótica, hoy ha dejado de tener justificación bajo la regulación concursal actual que ha puesto orden al régimen de prelación de créditos".
Y, en atención al principio de universalidad activa y pasiva de la masa del concurso que rige en los procedimientos concursales, sigue razonando:
" *3.Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, ex lege, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual " no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley ". (...)*
4. Así debe entenderse la reciente incorporación del *art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: " Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".*
Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.
Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.
Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (artículos 55 y 90 y siguientes de la LC) son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la vis atractiva del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal".
En conclusión, y como quiera que en la actualidad es jurisprudencia que, incluso bajo la Ley Concursal anterior a la reforma de la Ley 38/2011, la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el art. 1597 CC, no puede prosperar cuando el contratista ha sido declarado el concurso en el supuesto de que no se haya ejercitado antes de la declaración del concurso, (STS 25 febrero 2014), y en nuestro caso no lo ha sido, procederá, con estimación del recurso interpuesto, la desestimación de la demanda": SAP Barcelona (Sección 1) 23.03.2015 (Sentencia 116/2015; Rollo 396/2013)

AP Barcelona (Sección 16)

"SEGUNDO.- La discrepancia entre las partes no ha consistido en la realidad del crédito de la demandante contra la contratista, sino en las alegaciones de improcedencia de la acción directa y de pago al contratista del crédito derivado de estas obras en el momento del requerimiento opuestas por la aquí demandada.
La primera objeción (improcedencia de la acción directa del subcontratista) se relaciona con la modalidad del contrato, la efectividad del requerimiento y la existencia de concurso del contratista (declarado en auto de 4 de abril de 2007) al que está sujeto el crédito de la promotora con el contratista, como masa activa.
Revisadas las actuaciones practicadas, este tribunal participa de la misma perplejidad que apunta elJuzgador de Primera Instancia de que, mediando un procedimiento concursal sujeto a la Ley 22/2003 de 9.de julio, pueda estimarse operativa la posibilidad de una acción directa y ejecución separada de unacreedor contra la masa activa, amparada en el art. 1597 del código civil. Ciertamente, este precepto del código civil no ha sido expresamente derogado ni modificado por la Ley Concursal para desactivarlo (o reafirmarlo expresamente) cuando el contratista esté en concurso.
No obstante, no queremos dejar de señalar que esta posibilidad de ejecución separada contra la masa activa del concurso, que constituye un evidente privilegio, se aviene mal con el principio de universalidad de la masa activa proclamado en art. 76 de la Ley Concursa1 y choca con la expresa prohibición establecida en art. 89.2 del mismo texto de no admitir más privilegios o preferencias contra la masa activa que los reconocidos en la propia ley, sin que resulte satisfactoria la explicación de que la masa activa debiera considerarse reducida idealmente por aquella cantidad reclamada en vía directa antes del concurso. La masa activa es la que es en el concurso y la deudora del contratista concursado que ha puesto su crédito en el activo del concurso, no debería ser obligada a pagar separadamente a uno de los subcontratistas sin que la administración concursal pudiera, dentro o fuera del proceso concursal, defender el interés colectivo.
No es satisfactoria tampoco aquella explicación de "reducción ideal" porque si la acción directa se funda, según reitera doctrina y jurisprudencia, en la equidad para evitar el enriquecimiento injusto del propietario de la obra, no existe tal enriquecimiento en situación de concurso del contratista en la que el crédito se incorpora al concurso. El problema real es el clásico de los privilegios, es decir, si debe cobrar un acreedor por entero su crédito contra la masa activa del concurso por razones más o menos justificadas, o si se reparte a prorrata entre acreedores en similar situación. En el presente caso esta cuestión de equidad o justicia relativa se hace particularmente evidente porque el "contratista" concursado se limitaba a gestionar los encargos de obra que recibía de la promotora, de manera que todos los trabajos y todas las obras eran efectuados materialmente por

pluralidad de subcontratistas que se encuentran en igual posición material que la de la demandante, De hecho, la promotora del concurso del contratista es también una empresa subcontratista del ramo de la excavación.
Por otro lado, el código civil maneja como conceptos distintos la ejecución de obra por unidad de medida (art. 1592) y la.ejecución de obra por ajuste alzado del precio (art. 1593). Estos conceptos han sido puntualizados por jurisprudencia recaída principalmente en relación a la inmodificabilidad del precio prevista en este últirno precepto. Así sucede p. ej. en STS de 7 de octubre de 1986 se indica que es "ajuste alzado" si el precio se pacta como unitario para la entrega de la obra que no guarda relación con la cantidad ni naturaleza de la obra entregada, ó la de 8 de marzo de 1989 que se refiere a precio expresado "para la obra en su conjunto", de manera que la afirmación de que la expresión "obra por ajuste alzado" del art. 1597puede aplicarse indistintamente a las obras por unidad de medida, resulta más bien un ejercicio de voluntad modificadora de la ley que su leal interpretación. Se puede decir -y se dice, p.ej. en sentencia de esta Audiencia Sección 15 de fecha 2 de marzo de 2006 - que existe identidad de raz6n (analogía) para reconocer esta acción de equidad tanto si es ajuste alzado corno si es por unidad de medida. Pero tal conclusión no es satisfactoria en un doble sentido: Por un lado, porque se esta extendiendo un privilegio en base a analogía, lo que resulta contrario a los criterios generales de interpretación y en particular a la prohibición del art. 89.2 de la Ley Concursal y por otro lado, porque la razón de que el código civil restringiera la acción directa a las situaciones en que existe un ajuste de obra a tanto alzado entre el contratista y el promotor es porque se está involucrando a un tercero (el promotor o propietario) en una relación contractual ajena (la del contratista con el subcontratista) y las implicaciones de defensa del demandado en esta acción requieren de una nitidez de la situación, que encuentra su campo mas adecuado en ese tipo de contratación por ajuste alzado. Quizás incluso sea admisible en una subcontrata simple por unidad de medida, pero no es razonable predicarla a una relación tan compleja como la enjuiciada, a la vista de las dificultades que reviste en el presente proceso (y en el proceso concursal1 según parece) la determinación de lo que el promotor pueda deber al contratista, motivo material de la oposición de lo que se tratará seguidamente.”: SAP Barcelona (Sección 16) 09.09.2009 (Sentencia 445/2009; Rollo 709/2008)

AP Cádiz (Sección 5)

“PRIMERO.-Frente a la sentencia desestimatoria del Juzgado se alza en apelación la subcontratista demandante YUDIGAR MOBILIARIO COMERCIAL, S.L.U. -antes YUDIGAR ANDALUCIA, S.A.- bajo distintos argumentos con los que aspira a sobreponerse a la declaración de concurso voluntario de la contratista, SEDITEL, S.A., haciendo prevalecer la acción directa ejercitada contra el comitente, dueño de la obra DON Dionisio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1597 del Código Civil, a tenor del cual "Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de la obra sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación".
El atento y detenido examen de las actuaciones muestra, sin embargo, la inconsistencia del recurso e impone su desestimación, confirmando en sus propios términos el pronunciamiento de primera instancia.
SEGUNDO.-En efecto, indiscutido el suministro de materiales y colocación en el establecimiento del demandado Sr. Dionisio, en Chiclana de la Frontera, por parte de la actora Yudigar Andalucía S.A., en virtud del encargo recibido de la contratista Seditel, S.A., e incontrovertido asimismo el precio ajustado a un tanto alzado por esta última, con el primero, sin haber suscitado problema alguno la entrega de las obras, recepcionadas a plena satisfacción del comitente el 27 de junio de 2008 (documento nº 7 de la demanda), en orden a la mejor inteligencia y recta solución del caso ha de tomarse en consideración la secuencia de hechos probados que esencialmente la sentencia recurrida establece en su fundamento jurídico segundo, a saber:
1).- "Seditel" expidió la factura nº NUM001 en fecha 4 de diciembre de 2008 a Don Dionisio, por importe de 23.405,09 euros más 3.744,94 de IVA, sumando 27.150,84 euros, cantidad que este último había de abonar en seis plazos, el primero con vencimiento el 2 de febrero de 2009, y el último el 2 de julio de 2009, por importe de 4.525,14 euros cada uno.
2).- El 20 de abril de 2009, el Sr. Dionisio recibió comunicación por medio de burofax de "Yudigar" en que ésta participa la devolución e inefectividad del pagaré por importe de 26.942,45 euros librado por "Seditel" para el pago del trabajo y material, conminando a aquél a la entrega de las cantidades debidas a la contratista, bajo admonición de que los pagos a "Seditel" carecerían en adelante de efecto liberatorio (documento nº 10 de la demanda).
3).- Don Dionisio continuó abonando a "Seditel" el precio hasta un total de 17.542,23 euros, haciendo el último pago el 30 de septiembre de 2009, adeudando entonces 9.608,61 euros, representada por tres pagarés, dos de ellos de 2.402,15 y el último por 4.804,31 euros.
4).- "Seditel" ha sido declarada en concurso voluntario por auto de fecha 5 de mayo de 2009, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla (procedimiento nº 562/2009).
5).- "Yudigar" ha designado Administrador Concursal al economista Don Luis Antonio, constando dicha entidad como acreedora de la suma de 26.942,45 euros correspondientes a la factura nº NUM000 (documento nº 3 de la demanda, folios 46 a 55 ambods inclusive), calificándose su crédito de ordinario.
6).- "Yudigar" interpuso la demanda origen de las presentes actuaciones el 30 de julio de 2009, siendo admitida a trámite el 1 de septiembre de 2009 y emplazado el demandado Don Dionisio el 29 de octubre de 2009.
Sentadas tales premisas la conclusión al principio adelantada se abre paso sin dificultad, en detrimento de los alegatos procesales y sustantivos de la entidad apelante "Yudicar". (...)
CUARTO.-Y lo propio sucede en cuanto a los argumentos de fondo que tratan de enervar la solución adoptada, y es que, consciente sin duda de la trascendencia del concurso voluntario declarado respecto de la mercantil con quien se hallaba convencionalmente vinculada y ha dejado de cumplir con las obligaciones económicas asumidas, tratando de sustraerse de la vis atractiva generada a partir de su declaración, pronunciada como se dijo en fecha 5 de mayo de 2009, coloca el acento en la comunicación y requerimiento preprocesal dirigido por

burofax al dueño de la obra, ahora demandado, Don Dionisio el 17 de abril de 2009, recibido el día 20, no sólo sorteando los contactos y aproximaciones ulteriores, traducidas en la continuación de los pagos del Sr. Dionisio a "SEDITEL", hasta completar la cantidad de 17.542,23, cuando desde el punto de vista del pagador sería indiferente hacer a uno u otro las remesas correspondientes; sino además y muy señaladamente, atribuyendo al gesto conminatorio la virtualidad propia de la iniciativa judicial en que verdaderamente se ejercita la acción directa del artículo 1597 del Código Civil, cuando dicha demanda es presentada a reparto el 30 de julio de 2009, con posterioridad -por tanto- a la declaración concursal de "SEDITEL".
Si a todo ello se añade que la en esta litis demandante YUDIGAR ANDALUCIA S.A. -hoy Yudigar Mobiliario Comercial, S.L.U- se ha constituido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, en que se sigue el Concurso Voluntario de "SEDITEL" bajo el nº 562/2009, designando Administrador Concursal al economista Don Luis Antonio, a favor del cual se expide la correspondiente credencial en fecha 20 de mayo de 2009, constando en los meritados autos reclamación formulada por "YUDICAR" de la factura nº NUM000 por importe de 26.942,45 Euros, teniendo la recurrente reconocido su crédito con la calificación de "ordinario" (Vid, documentos nº 14, 15 y 16 de los autos, folios 136 a 142), la conclusión al principio adelantada definitivamente se establece, añadiendo a los acertados argumentos judiciales, el que dimana de la fuerza vinculante de los actos propios, y la necesidad de acomodar toda actuación procesal a las normas de la buena fé, que el ominoso silencio de la demandante respecto de su intervención concursal pone en entredicho, procediendo, pues, la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia con imposición de las costas causadas a la parte apelante (398.1 en relación con el 394.1) como se expresará en la parte dispositiva.": SAP Cádiz (Sección 5) 12.07.2012 (Sentencia 377/2012; Rollo 459/2011)

AP La Coruña (Sección 4)

"...La sentencia recurrida desestima la demanda incidental y la parte apelante insiste en que la acción directa la ejercitó en su día, antes de la declaración de concurso de CURBEL, S.L., por vía extrajudicial frente a la contratista principal COMSA, ante el impago a su vencimiento de tres pagarés suscritos por CURBEL, S.L. por los trabajos de obra contratados y ejecutados en su día, por lo que con su demanda pretende no es el ejercicio de la acción directa más bien su cumplimiento, ya que el pago posterior a la administración concursal de lo adeudado por COMSA a CURBEL,S.L, lo viene a considerar indebido, al estimar que debió ser entregada a ella dicha cantidad al haber ejercitado antes la acción directa que contra el contratista principal de su deudora le otorga el artículo 1597 del Código Civil. La Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración de su deudor en situación concursal, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Y así en la Exposición de Motivos se determina que uno de sus objetivos centrales es el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso. De tal modo dispone el artículo 89.2 de la Ley Concursal que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley.". Por ello, una vez declarada en concurso CURBEL, S.L., todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, y todos los acreedores del deudor se integran en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Y como la acción directa del artículo 1597 del Código Civil se encuentra al margen del concurso, la Ley Concursal no la contempla, y una vez declarada tal situación, no puede ser de aplicación aquel precepto aun cuando se hubiese ejercitado antes por vía extrajudicial, desde el momento en que no fue aceptado por el dueño de la obra, debiendo pues la aquí recurrente integrarse en la masa pasiva y sujeta a las exigencias de la par conditio creditorum según la clasificación de su crédito, sin que proceda en tal situación concursal retraer de la masa activa el importe de su crédito como interesa la parte apelante. De tal modo consideramos jurídicamente correcta la decisión tomada por el Juzgador "a quo" en su sentencia, por cuanto la declaración concursal fija el momento en que los acreedores y deudores de la concursada empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso, y es la Ley Concursal la que reconoce privilegios y preferencias por decisión expresa del legislador, siendo lo argumentado suficiente para la desestimación del motivo del recurso de apelación...": SAP La Coruña (Sección 4) 18.03.2009 (Roj : SAP C 360/2009)

AP La Coruña (Sección 7)

"CUARTO.- (…) 13º.- En múltiples ocasiones se acude a la acción directa por parte del subcontratista cuando el contratista se encuentra en situación concursal. Se pretende así evitar los perjuicios económicos que le supone dicha situación, tanto en cuanto a plazos de cobro, como en cuanto a la cuantía, e incluso en trámites ante el órgano judicial.
Cuando regía laLey de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 la doctrina jurisprudencial era que si se había demandado al dueño de la obra antes de que la contratista hubiese sido declarado en estado de suspensión de pagos, el derecho de crédito de la contratista suspensa contra el dueño no debía de incluirse en la suspensión, ya que«se debe estimar que el dueño a quien debe es a sus demandantes y no al contratista; siendo esto así, por una y otra razón es indudable que la suspensión de pagos no ha de afectar al procedimiento seguido» [sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2000 (Roj: STS 6328/2000, recurso 2694/1995)].
Sin embargo se ha planteado si la situación es la misma en la actualidad, ya que laLey Concursal 22/2003, de 9 julio, como se recoge en la Exposición de Motivos, pretende la conservación de la masa activa, así como plena vigencia de la«pars conditio creditorum» al establecer que«el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso»; preceptuando en suartículo 49 que«Declarado el

concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes».
En este sentido debe traerse a colación la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 18 de marzo de 2009 [Roj: SAP C 360/2009] que, como Sección especializada, estima que«... La Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración de su deudor en situación concursal, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Y así en la Exposición de Motivos se determina que uno de sus objetivos centrales es el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso. De tal modo dispone el artículo 89.2 de la Ley Concursal que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Por ello, una vez declarada en concurso..., S.L., todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, y todos los acreedores del deudor se integran en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Y como la acción directa del artículo 1597 del Código Civil se encuentra al margen del concurso, la Ley Concursal no la contempla, y una vez declarada tal situación, no puede ser de aplicación aquel precepto aun cuando se hubiese ejercitado antes por vía extrajudicial, desde el momento en que no fue aceptado por el dueño de la obra, debiendo pues la aquí recurrente integrarse en la masa pasiva y sujeta a las exigencias de la "par conditio creditorum" según la clasificación de su crédito, sin que proceda en tal situación concursal retraer de la masa activa el importe de su crédito como interesa la parte apelante. De tal modo consideramos jurídicamente correcta la decisión tomada por el Juzgador "a quo" en su sentencia, por cuanto la declaración concursal fija el momento en que los acreedores y deudores de la concursada empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso, y es la Ley Concursal la que reconoce privilegios y preferencias por decisión expresa del legislador, siendo lo argumentado suficiente para la desestimación del motivo del recurso de apelación...»; de lo que resulta la sujeción al concurso de la integridad del derecho crediticio que la concursada ostente contra la actora, así como la satisfacción de los acreedores de la concursada con «dinero concursal» y no de los acreedores de la concursada.”: SAP La Coruña (Sección 3) 11.03.2011 (JUR 2011/155917; Sentencia 121/2011; Rollo 18/2010)

AP Madrid (Sección 28)

"El recurso se sustenta en la infracción del artículo 1.597 CC y la jurisprudencia que lo interpreta y considera, en primer lugar, que la situación de concurso del contratista no tiene incidencia alguna en el proceso en el que se ventila la acción del artículo 1.597 CC.
En segundo lugar, de tener incidencia, alega que la acción directa es inmune frente al concurso del contratista cuando se hubiera ejercitado extrajudicialmente antes de la declaración de concurso, como es el caso. Añade que el requerimiento extrajudicial supone el ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 CC.
En su escrito de oposición al recurso señala la concursada TECNOR que tras la entrada en vigor de la Ley Concursal ya no puede sostenerse que la acción prevista en el artículo 1.597 CC sea inmune al concurso. Ninguno de los créditos existentes contra el deudor queda excluido y las reglas de la Ley Concursal en materia de clasificación de créditos disponen que no se admitirán privilegios o preferencias no reconocidas en la Ley. Por otra parte, como consecuencia de la declaración de concurso, todos los bienes y derechos pertenecientes al deudor se integran en la masa activa. De este modo, no cabe el ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 CC puesto que el crédito del subcontratista se integra en la masa pasiva del concurso del contratista y el crédito de éste contra el dueño de la obra forma parte de la masa activa.
Concluye el escrito de oposición de TECNOR señalando que el primer requerimiento (de fecha 26 de septiembre) es posterior a los efectos derivados de la declaración de concurso.
Con carácter previo hemos de advertir, pese a la confusión que al respecto introduce la concursada, que los requerimientos efectuados extrajudicialmente, con eficacia desde su recepción, son anteriores a la declaración de concurso, puesto que dichos requerimientos se reciben por ARGALIA el 26 de septiembre y el 7 de octubre de 2008 y la declaración de concurso es de fecha 24 de octubre de 2008. Es decir, se efectúan unos días antes de que TECNOR fuera declarada en concurso.
Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal se consideró que los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos del contratista no tenían incidencia en relación a las demandas por las que se ejercitaba frente al dueño de la obra la acción directa prevista en el artículo 1.597 CC (SSTS de 9 de mayo de 1989, RJ 1989/2678 y 27 de julio de 2000, RJ 2000/9179), incluso aunque fueran interpuestas después de declarada la suspensión de pagos (STS de 11 de octubre de 2002, RJ 2002/9850).
Este criterio no podía mantenerse con la entrada en vigor de la Ley Concursal desde el momento en que se declara la integración de todos los bienes y derechos del concursado en la masa activa (artículo 76 LC) y la de todos los acreedores en la masa pasiva (artículo 49 LC), quedando excluido cualquier privilegio o preferencia no reconocido en la misma (artículo 89.2 LC).
El criterio mayoritario seguido por las Audiencias Provinciales entendía que cumplidos los requisitos que establece el artículo 1.597 CC, la acción directa producía los efectos que le son propios si se ejercitaba, incluso extrajudicialmente, con anterioridad a la declaración de concurso (En este sentido, nuestro auto de 17 de septiembre de 2010).
No obstante se trataba de una cuestión controvertida puesto que, desde otro planteamiento, se negaba trascendencia a la reclamación extrajudicial, en cuanto ésta no producía el desplazamiento patrimonial de la deuda. En apoyo de este criterio se citaba la STS de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008/2831) que, a pesar de referirse a una cuestión ajena al ámbito concursal, parecía representar un cambio con respecto a la tesis tradicional en cuanto señala que "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa

establecida en el artículo 1.597 del Código Civil, pues solo lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario". Según esto la reclamación extrajudicial no produce el desplazamiento del crédito desde el contratista al subcontratista.
El legislador pretendió acabar con las dudas interpretativas que planteaba la incidencia del concurso sobre la acción directa prevista en el artículo 1.597 CC a través de la reforma operada por medio de la Ley 38/2011, de 10 de octubre.
Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 noviembre de 2009 (RJ 2009/5562), con cita de otras anteriores, si bien el art. 2.3 CC dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, la regla "tempus regit actum" que recoge tiene diversas excepciones y entre ellas cuando se trate de "normas interpretativas o aclaratorias".
Según el nuevo apartado 3 del artículo 50 LC :
"Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo."
Según la citada disposición no es posible la admisión a trámite de demandas posteriores a la declaración de concurso en las que se ejercite la acción prevista en el artículo 1.597 CC, ello con independencia de que con anterioridad se hubiera o no efectuado reclamación extrajudicial. De ser admitidas se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
Respecto a las demandas que se hubieran interpuesto antes de la declaración de concurso el nuevo apartado segundo del artículo 51 bis establece lo siguiente:
"Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil."
De lo que se desprende que el concurso incluso incide en las demandas anteriores a su declaración, si bien con el efecto suspensivo establecido en el nuevo precepto.
El Tribunal Supremo ya ha aplicado este criterio, que parecía avanzarse en la citada sentencia de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008/2831), en casos anteriores a la reforma provocada por la Ley 38/2011, con referencia a ésta y a la mencionada sentencia.
Así, la STS de 21 de mayo de 2013 establece el alcance de la reclamación extrajudicial en el supuesto en que una vez efectuada la misma, en el momento de la interposición de la demanda, la contratista había sido declarada en concurso de acreedores:
"El ejercicio de la acción no requiere, como requisito ineludible, la interposición de una demanda judicial. Sin embargo, el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción, lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario (SSTS 657/1997 de 17 de julio y 300/2008 de 8 de mayo) [...]"
Tras referirse a los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, que únicamente tienen como excepción los supuestos expresamente contemplados y reconocidos en la propia Ley Concursal y a la necesidad de que el acreedor quede sometido a la ley del dividendo y al régimen de comunidad de pérdidas, puesto que en otro caso sería tanto como reconocer una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, la sentencia destaca, en referencia al nuevo artículo 51 bis.2 LC, que dicho precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido "y, ahora expresamente impide," el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.
Se puede apreciar de este modo que las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011 al respecto, en cuanto normas interpretativas o aclaratorias, son aplicables a las acciones ejercitadas con anterioridad al amparo del artículo 1.597 CC.
La reclamación extrajudicial no supone el ejercicio de la acción, de manera que lo que resulta relevante es la fecha de interposición de la demanda. No son admisibles demandas posteriores a la declaración de concurso y si fueran admitidas debe decretarse el sobreseimiento de lo actuado.
El concurso incide incluso en las demandas interpuestas con anterioridad a su declaración, si bien en este caso quedarán en suspenso los procedimientos iniciados.
Por último se refiere el Alto Tribunal a los supuestos en que la reclamación se ha consumado y hecho efectivo el pago con anterioridad al concurso, con remisión a la acción rescisoria concursal:
Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.
En definitiva, la resolución aquí recurrida ha aplicado el criterio expuesto, al tratarse en este caso de una demanda en ejercicio de la acción prevista en el artículo 1.597 CC interpuesta con posterioridad a la declaración de concurso del contratista": AAP Madrid (Sección 28) 09.12.2013 (citado y transcrito en SAP Madrid (Sección 28) 07.07.2014 (Sentencia 215/2014; Rollo 822/2012).

“PRIMERO.- La mercantil COFER CONSTRUCCIONES Y ALQUILERES, S.A. (en adelante COFER) interpuso demanda de incidente concursal contra HAUS PROYECTOS INMOBILIARIOS S.L. en ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 1.597 CC.
La demandante fue subcontratada por la contratista concursada TECNOR PROYECTOS Y OBRAS, S.A.,

adjudicataria de la obra principal que fue concertada por dicha contratista con la propietaria HAUS PROYECTOS INMOBILIARIOS S.L. para la construcción de 40 viviendas en Recas (Toledo).
Ejecutados los trabajos, COFER reclamó su importe ascendente a 100.875,33 # a la dueña de la obra HAUS PROYECTOS IMOBILIARIOS S.L. por medio de dos burofax consecutivos que fueron recibidos por su destinataria días antes de la declaración de concurso de la contratista TECNOR PROYECTOS Y OBRAS S.A.
Tras dichas reclamaciones extrajudiciales, y con posterioridad a la expresada declaración de concurso, COFER interpuso la demanda de incidente concursal contra la dueña de la obra HAUS PROYECTOS INMOBILIARIOS S.L. en ejercicio de la acción directa y en reclamación de la indicada suma.
El Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso de TECNOR, ante el que se interpuso la demanda en ejercicio de la acción directa, dictó sentencia con fecha 5 de septiembre de 2011 desestimando aquella por entender, sin perjuicio de que el crédito reclamado recibiera el correspondiente reconocimiento y calificación en el concurso, que, aun existiendo requerimiento extrajudicial previo a la declaración de este, la demanda se interpuso con posterioridad a tal declaración, lo que suponía que, en todo caso, el crédito invocado debía someterse al proceso concursal a fin de obtener el tratamiento que en dicha sede correspondiera.
Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza COFER a través del presente recurso de apelación.
SEGUNDO.- La problemática aquí planteada fue ya abordada por este mismo tribunal en su auto de 9 de diciembre de 2013 recaído en un incidente concursal promovido en el mismo concurso y por la misma demandante, esto es, por la entidad COFER, por lo que, dada la práctica identidad de supuestos, parece oportuno proceder a una transcripción amplia de dicha resolución, Dijimos en ella, en efecto, lo siguiente:
"El recurso se sustenta en la infracción del artículo 1.597 CC y la jurisprudencia que lo interpreta y considera, en primer lugar, que la situación de concurso del contratista no tiene incidencia alguna en el proceso en el que se ventila la acción del artículo 1.597 CC.
En segundo lugar, de tener incidencia, alega que la acción directa es inmune frente al concurso del contratista cuando se hubiera ejercitado extrajudicialmente antes de la declaración de concurso, como es el caso. Añade que el requerimiento extrajudicial supone el ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 CC.
En su escrito de oposición al recurso señala la concursada TECNOR que tras la entrada en vigor de la Ley Concursal ya no puede sostenerse que la acción prevista en el artículo 1.597 CC sea inmune al concurso. Ninguno de los créditos existentes contra el deudor queda excluido y las reglas de la Ley Concursal en materia de clasificación de créditos disponen que no se admitirán privilegios o preferencias no reconocidas en la Ley. Por otra parte, como consecuencia de la declaración de concurso, todos los bienes y derechos pertenecientes al deudor se integran en la masa activa. De este modo, no cabe el ejercicio de la acción directa del artículo
1.597 CC puesto que el crédito del subcontratista se integra en la masa pasiva del concurso del contratista y el crédito de éste contra el dueño de la obra forma parte de la masa activa.
Concluye el escrito de oposición de TECNOR señalando que el primer requerimiento (de fecha 26 de septiembre) es posterior a los efectos derivados de la declaración de concurso.
Con carácter previo hemos de advertir, pese a la confusión que al respecto introduce la concursada, que los requerimientos efectuados extrajudicialmente, con eficacia desde su recepción, son anteriores a la declaración de concurso, puesto que dichos requerimientos se reciben por ARGALIA el 26 de septiembre y el 7 de octubre de 2008 y la declaración de concurso es de fecha 24 de octubre de 2008. Es decir, se efectúan unos días antes de que TECNOR fuera declarada en concurso.
Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal se consideró que los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos del contratista no tenían incidencia en relación a las demandas por las que se ejercitaba frente al dueño de la obra la acción directa prevista en el artículo 1.597 CC (SSTS de 9 de mayo de 1989, RJ 1989/2678 y 27 de julio de 2000, RJ 2000/9179), incluso aunque fueran interpuestas después de declarada la suspensión de pagos (STS de 11 de octubre de 2002, RJ 2002/9850).
Este criterio no podía mantenerse con la entrada en vigor de la Ley Concursal desde el momento en que se declara la integración de todos los bienes y derechos del concursado en la masa activa (artículo 76 LC) y la de todos los acreedores en la masa pasiva (artículo 49 LC), quedando excluido cualquier privilegio
o preferencia no reconocido en la misma (artículo 89.2 LC).
El criterio mayoritario seguido por las Audiencias Provinciales entendía que cumplidos los requisitos que establece el artículo 1.597 CC, la acción directa producía los efectos que le son propios si se ejercitaba, incluso extrajudicialmente, con anterioridad a la declaración de concurso (En este sentido, nuestro auto de 17 de septiembre de 2010).
No obstante se trataba de una cuestión controvertida puesto que, desde otro planteamiento, se negaba trascendencia a la reclamación extrajudicial, en cuanto ésta no producía el desplazamiento patrimonial de la deuda. En apoyo de este criterio se citaba la STS de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008/2831) que, a pesar de referirse a una cuestión ajena al ámbito concursal, parecía representar un cambio con respecto a la tesis tradicional en cuanto señala que "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1.597 del Código Civil, pues solo lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario". Según esto la reclamación extrajudicial no produce el desplazamiento del crédito desde el contratista al subcontratista.
El legislador pretendió acabar con las dudas interpretativas que planteaba la incidencia del concurso sobre la acción directa prevista en el artículo 1.597 CC a través de la reforma operada por medio de la Ley 38/2011, de 10 de octubre.
Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 noviembre de 2009 (RJ 2009/5562), con cita de otras anteriores, si bien el art. 2.3 CC dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, la regla "tempus regit actum" que recoge tiene diversas excepciones y entre ellas cuando se trate de "normas interpretativas o aclaratorias".
Según el nuevo apartado 3 del artículo 50 LC :

"Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo."
Según la citada disposición no es posible la admisión a trámite de demandas posteriores a la declaración de concurso en las que se ejercite la acción prevista en el artículo 1.597 CC, ello con independencia de que con anterioridad se hubiera o no efectuado reclamación extrajudicial. De ser admitidas se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
Respecto a las demandas que se hubieran interpuesto antes de la declaración de concurso el nuevo apartado segundo del artículo 51 bis establece lo siguiente:
"Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil."
De lo que se desprende que el concurso incluso incide en las demandas anteriores a su declaración, si bien con el efecto suspensivo establecido en el nuevo precepto.
El Tribunal Supremo ya ha aplicado este criterio, que parecía avanzarse en la citada sentencia de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008/2831), en casos anteriores a la reforma provocada por la Ley 38/2011, con referencia a ésta y a la mencionada sentencia.
Así, la STS de 21 de mayo de 2013 establece el alcance de la reclamación extrajudicial en el supuesto en que una vez efectuada la misma, en el momento de la interposición de la demanda, la contratista había sido declarada en concurso de acreedores:
"El ejercicio de la acción no requiere, como requisito ineludible, la interposición de una demanda judicial. Sin embargo, el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción, lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario (SSTS 657/1997 de 17 de julio y 300/2008 de 8 de mayo) [...]"
Tras referirse a los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, que únicamente tienen como excepción los supuestos expresamente contemplados y reconocidos en la propia Ley Concursal y a la necesidad de que el acreedor quede sometido a la ley del dividendo y al régimen de comunidad de pérdidas, puesto que en otro caso sería tanto como reconocer una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, la sentencia destaca, en referencia al nuevo artículo 51 bis.2 LC, que dicho precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido "y, ahora expresamente impide," el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.
Se puede apreciar de este modo que las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011 al respecto, en cuanto normas interpretativas o aclaratorias, son aplicables a las acciones ejercitadas con anterioridad al amparo del artículo 1.597 CC.
La reclamación extrajudicial no supone el ejercicio de la acción, de manera que lo que resulta relevante es la fecha de interposición de la demanda. No son admisibles demandas posteriores a la declaración de concurso y si fueran admitidas debe decretarse el sobreseimiento de lo actuado.
El concurso incide incluso en las demandas interpuestas con anterioridad a su declaración, si bien en este caso quedarán en suspenso los procedimientos iniciados.
Por último se refiere el Alto Tribunal a los supuestos en que la reclamación se ha consumado y hecho efectivo el pago con anterioridad al concurso, con remisión a la acción rescisoria concursal:
Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.
En definitiva, la resolución aquí recurrida ha aplicado el criterio expuesto, al tratarse en este caso de una demanda en ejercicio de la acción prevista en el artículo 1.597 CC interpuesta con posterioridad a la declaración de concurso del contratista".
No concurriendo razón alguna que justifique un apartamiento de este tribunal respecto del criterio establecido en la resolución parcialmente transcrita, se ha de desestimar el recurso interpuesto.": SAP Madrid (Sección 28) 07.07.2014 (Sentencia 215/2014; Rollo 822/2012)

AP Madrid (Sección 8)

" Partiendo de que la resolución combatida admite la concurrencia de los requisitos exigidos para el ejercicio y éxito de la acción del art. 1597 Cc, -requisitos que no van a ser reproducidos en esta alzada por contenerse en la sentencia recurrida-, la cuestión litigiosa expuesta en el primer motivo del recurso formalizado por el demandante queda centrada en determinar si la demandada puede quedar liberada de la obligación con la actora, como dice la sentencia, habida cuenta que cuando efectúa el pago a la Agencia Tributaria aquélla no había interpuesto demanda judicial sino, exclusivamente, efectuado requerimientos extrajudiciales.
El art. 1597 del CC no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial para producir sus efectos pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos del citado precepto; si bien el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción directa del art. 1597 del CC, aquél lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario (STS de 8 de mayo de 2008). La jurisprudencia es constante en este sentido (STS 127 de julio de 1998, SS AP Guipúzcoa 12 de abril de 2005,

Girona 11 de febrero de 2005, Zaragoza 21 de septiembre de 2004, Barcelona, secc. 14ª, 12 de diciembre de 2002, entre otras). Conforme a ello, los requerimientos efectuados por la actora debieron impedir a la demandada realizar el pago que le fue posteriormente reclamado por la Agencia Tributaria, máxime cuando es evidente que el requerimiento y su significado, fue así apreciado por la demandada que procedió a realizar el acta de manifestación notarial y a consignar parte, la más cuantiosa, de lo reclamado. La consecuencia de lo dicho no podría ser otra, si sólo se centra en ello el debate, que admitir que la demandada no pudo quedar liberada por la entrega de la cantidad a la Agencia Tributaria habiendo mediado anteriormente el requerimiento de la actora. (...)
No obstante lo anterior, ni la demanda ni el recurso de apelación, pueden ser estimados. Como dice la sentencia de la AP de Barcelona de 2 de marzo de 2006, **"No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación** concursal". Si la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc.) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC, la acción que se ejercita está destinada al fracaso cuando hay declaración de concurso, el 28 de marzo de 2008, y además consta que al realizarse la lista de acreedores y de inventario (esto es, la delimitación de las masas pasiva y activa del concurso) previstos en el art. 75 y concordantes de la Ley Concursal, el propio demandante tiene reconocido su crédito en aquél (folio 517 de las actuaciones), sin que se haya alegado ni probado que dicho crédito haya sido impugnado y eliminado de la lista de acreedores". : SAP Madrid (Sección 8) 11.10.2010 (Sentencia 415/2010; Rollo 433/2009)

“SEXTO.-La actora ejercita la acción directa del artículo 1597 del Código Civil frente al dueño de la obra.
Se ha de tener en cuenta la legislación concursal vigente al tiempo de declararse el concurso, 8-1-2009, antes de la reforma operada por la Ley 38/2011.
La parte apelada en su contestación al recurso afirma que ejercita la acción directa antes incluso de la fecha de declaración del concurso como recoge el documento nº 7 de la demanda (comunicación de 18 de enero de 2009), en el que exige el pago de la deuda a la promotora de la obra.
la Ley Concursal hace referencia expresa del momento en que deben entenderse y extenderse los efectos del concurso, que no es otro que el previsto en el art. 21.2, cuando establece: "el auto (de declaración de concurso) producirá sus efectos inmediatos, abrirá la fase común de tramitación del concurso que comprenderá las actuaciones previstas, en los cuatro primeros títulos de esta Ley, y será ejecutivo aunque no sea firme".
El requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción (SSTS 657/1997, de 17 de julio (RJ 1998, 216) y núm. 300/2008, de 8 de mayo (RJ 2008, 2831)), 322/2013, de 21 de mayo (RJ 2013, 4956) y Sentencia TS núm. 756/2013 de 11 diciembre.
Resulta acreditado en los autos que la declaración del concurso del contratista se efectuó por auto de 8-1-2009; la actora extrajudicialmente reclamó al dueño de la obra la deuda por requerimiento de 12-1-2009, recibido 2l 13-1-2009, reiterado por burofax de 30-1-2009, y la demanda se interpone frente a aquella el 10 de febrero de 2009. Reclamación extrajudicial y judicial con posterioridad a la declaración del concurso.
La sentencia nº 62/2014 del Tribunal Supremo de 25 de febrero dice:
" La segunda razón para la estimación del motivo radica en que en la actualidad es jurisprudencia que, incluso bajo la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) anterior a la reforma de la Ley 38/2011 (RCL2011, 1847 y 2133), la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el art. 1597 CC, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya ejercitado antes de la declaración del concurso (Sentencias 322/2013, de 21 de mayo (RJ 2013, 4956), y 756/2013, de 11 de diciembre (RJ 2013, 7885)), y en nuestro caso no existe duda de que la reclamación a SAGULPA es posterior a que Mazotti fuera declarada en concurso."
En aplicación de esta tesis dado que el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del CC, antes de la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, es posterior a la declaración del concurso, el recurso se estima pues aquella cede en favor de la masa activa del concurso del contratista.”: SAP Madrid (Sección 8) 20.05.2014 (Sentencia 232/2014; Rollo 463/2013)

AP Madrid (Sección 21)

“PRIMERO.-La demandante Basileias Global S.L. ejercita contra la demandada Levacci Obras y Construcciones S.L. la acción prevista en el artículo 1957 del Código Civil (" Los que ponen su trabajo en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación"), reclamándole la cantidad de 53.608,03 euros por seis facturas que se alegan adeudadas a la actora por la contratista principal Grupo Promotor Serucema S.L.
Consta acreditado que el 5 de marzo de 2008 la demandada Levacci Obras y Construcciones S.L. celebró con Grupo Promotor Serucema S.L. dos contratos de ejecución de obra, uno de los cuales tenía por objeto la construcción sobre la parcela U-36B1 del sector Soto de Henares de Torrejón de Ardoz (Madrid) de trece viviendas según proyecto redactado por la entidad Arquitectura GM2 S.C.P. y firmado por el Arquitecto Feliciano, y el otro la construcción sobre la misma parcela de 6 viviendas unifamiliares conforme al proyecto redactado por la misma entidad de Arquitectura y suscrito por el mismo Arquitecto.
Grupo Promotor Serucema S.L. subcontrató con la demandante el suministro y colocación de piedra caliza en

la obra contratada por la primera en base a los precios acordados en un presupuesto de fecha 24 de julio de 2008.
Mediante burofax de 4 de diciembre de 2009 la demandante requirió a Levacci Obras y Construcciones S.L. para que retuviera los saldos existentes a favor de Grupo Promotor Serucema S.L. en importe suficiente para hacerle pago de la cantidad adeudada de 38.901,59 euros, burofax que se recibió por su destinataria el 7 de diciembre de 2009.
En este proceso se reclama de Levacci Obras y Construcciones S.L al amparo del artículo 1597 del Código Civil el abono de seis facturas a cargo de Grupo Promotor Serucema S.L., tres de ellas son por suministro y colocación de piedra caliza. La primera, de fecha uno de septiembre de 2008, por importe de 23.385,60 euros. La segunda, de fecha 20 de noviembre de 2008, por importe de 9.232,44 euros. Y la tercera, de fecha 21 de enero de 2009, por importe de 17.786,56 euros. Las otras tres facturas, por importe total de 3.203,43 euros hacen referencia a gastos de devolución de pagarés.
La demanda, presentada el 3 de febrero de 2011, se dirigió también inicialmente contra Grupo Promotor Serucema S.L., pero como esta sociedad había sido declarada en concurso necesario por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid en auto de 25 de octubre de 2010, por diligencia de ordenación de 27 de diciembre de 2011 se acordó el archivo de las actuaciones respecto de aquella demandada en situación concursal, de conformidad con el artículo 50 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.-La demandada Levacci Obras y Construcciones S.L. alegó al contestar a la demanda la falta de competencia objetiva del Juzgado al hallarse la deudora Grupo Promotor Serucema S.L. en situación concursal, excepción que fue rechazada por el Juzgador en el acto de la audiencia previa.
La demanda se presentó antes de la reforma de los artículos 50.3 y 51. Bis 2 de la Ley Concursal operada por ley 38/2011, de 10 de octubre, habiéndose pronunciado este tribunal en sentencia de 9 de octubre de 2012 en un supuesto similar por la competencia de los juzgados de primera instancia ordinarios, conclusión que mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2014.
Cuestión distinta es el efecto que la declaración de concurso del contratista tiene sobre la acción del artículo 1597 del Código Civil contra el dueño de la obra. Este tema parece haber quedado definitivamente resuelto en las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo y 11 de diciembre de 2013 y 25 de febrero de 2014 en el sentido de entender que la acción del subcontratista contra el dueño de la obra con base en el artículo 1597 del Código Civil, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya hecho efectivo el crédito antes de la declaración de concurso, pues el requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción, aunque lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario.
De conformidad con esta doctrina jurisprudencial "Sin embargo, pese al privilegio del contratista que puede accionar contra quien no contrató con él -el dueño de la obra, en la que puso trabajo y materiales- y que la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, lo que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención por el destinatario, como se ha señalado en el apartado 7º anterior, el requerimiento *no supone el ejercicio de la acción directa del art. 1597 el Cc* (*SSTS de 300/2008 de 8 de mayo* y *657/1997 de 17 de julio)*. Y si bien es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003, que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenian *"incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1957 CC " (por todas, STS 27 de julio de 2000),* hoy ya no se puede mantener, bajo la actual Ley Concursal, la subsistencia de tal privilegio. Lo que era una preferencia más, que convivía con otras muchas, en una situación caótica, hoy ha dejado de tener justificación bajo la regulación concursal actual que ha puesto orden al régimen de prelación de créditos....
Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es *la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes,* dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, acccionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la " *par conditio creditorum* ", cuya regulación en nuestra *Ley Concursal 22/ 2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90* y *91)* y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio....
Por los principios de *universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva* del *artículo 49 LC* y el de *universalidad* del *artículo 76 LC)*, tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del *art. 1597 Cc)*, quedan afectados por la declaración de concurso...
Por el primero - *art. 49 LC* -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (*arts. 90*, *91* y *92 LC*)....
Por el *principio de universalidad de la masa activa* que consagra el *art. 76 LC,* deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.
Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (*art. 1911 Cc)*, la afectación automática, *ex lege,* a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su

propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los *artículos 90* y *91 LC,* eluden la previsión contenida en el *artículo 89.2 LC,* según la cual " *no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley* ". Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el *artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "... que no esté reconocido en esta* Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal. Dicho precepto supone una cláusula de cierre del sistema de preferencias y privilegios, que están sujetos al principio de tipicidad. Sólo ella, la Ley Concursal, sanciona enérgicamente, con carácter de *numerus clausus,* los privilegios y preferencias, como excepciones a la igualdad de acreedores sometidos a la ley del dividendo.
Así debe entenderse la reciente incorporación del *art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre,* que establece que: " *Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".*
Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal."
Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (*artículo 71 LC)*, una vez declarado el concurso del contratista.
Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (*artículos 55* y *90 y siguientes de la LC)* son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la *vis atractiva* del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal."
TERCERO.-La aplicación de la mencionada doctrina jurisprudencial implica que la acción ejercitada al amparo del artículo 1597 del Código Civil contra el dueño de la obra pierda su virtualidad a favor de la masa activa del concurso del contratista, habiéndose ejercitado incluso la pretensión cuando con anterioridad ya se había declarado la situación de concurso necesario del contratista deudor. Por ello la demanda no puede prosperar, procediendo su desestimación, lo que conlleva la estimación del recurso de apelación formulado y la revocación de la sentencia recurrida.": SAP Madrid (Sección 21) 15.04.2014 (Sentencia 207/2014; Rollo 67/2013)

AP León (Sección 1)

"QUINTO.-La alegación que se hace en relación con la situación de concurso en que se encuentran la contratista y la subcontratista (auto de fecha 2 de marzo de 2010 declarando el concurso) merece ser acogida por lo siguiente. Consta que la actora suministradora envió burofax el día 27 de agosto de 2009 a la demandada reclamándole el pago de la deuda objeto de litis, contestando ésta el día 12 de noviembre del mismo año donde manifiesta que no se ha satisfecho todo el precio en su totalidad puesto que tampoco ha concluido la ejecución de la obra, resultando pendiente de pago un importe superior. La regulación especifica que se contiene ahora en art. 50.3 y art. 51 bis de la Ley Concursal (según redacción dada por la Ley 38/2001) no estaba en vigor en la fecha de expedición del burofax antes relatado y de la presentación de la demanda y en tal sentido se ha tramitado el presente procedimiento. Ahora bien, esta cuestión ha sido resuelta por esta Audiencia Provincial (Sentencia de la Sección Segunda dictada en el Rollo nº. 59/12 de fecha 25 de junio de 2012) recogiéndose literalmente:
"Tras la entrada en vigor de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, la influencia del procedimiento concursal en el juicio en el que se ejercita la acción directa del art. 1597 CC después de la declaración del concurso es determinante. Como señala la SAP de Barcelona de 11.04.11, que recoge la de la misma Audiencia de 02.03.06, citada en la recurrida, "No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez producida la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal..." En la misma línea, SAP Toledo, Sec. 1ª, de 02.12.11 y SAP Valencia, Sec. 7ª, de 02.12.11...Como pone de manifiesto la última de las resoluciones citadas, respecto a la eficacia de los requerimientos de pago de carácter extrajudicial previos a la interposición de la demanda regulada en el art. 1597 CC, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de mayo de 2008, nos ha dicho que el requerimiento notarial dirigido al propietario de la obra es una intimación pero no una verdadera reclamación"
Como corolario de todo lo expuesto, debe concluirse que en el caso presentada la demanda el día 12 de abril de 2010 (después de haberse dictado el auto de declaración de concurso de la entidad contratista Comonor el

2 de marzo de 2010), a tenor de lo dispuesto en el art. 50.1 de la Ley Concursal no puede seguirse ante los jueces de lo civil demanda de las que deba conocer el juez del concurso, absteniendo de conocer de la mismas, ordenado el archivo de lo actuado y careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado, todo lo cual lleva a estimar la falta de competencia objetiva de del juzgado civil (sin que sea preciso aludir a la rotura de la cadena de responsables frente al suministrador (sentencia del T.S. de 31 de enero de 2002) y, consecuentemente, la nulidad de las actuaciones practicadas, dejando a salvo el derecho de la parte a acudir al Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso en reclamación de su crédito e inclusión dentro de la masa pasiva.": SAP León (Sección 1) 09.10.2012 (Sentencia 406/2012; Rollo 515/2011)

"PRIMERO.- La sentencia recurrida desestima la demanda incidental presentada para declarar la existencia de la deuda de la promotora frente a la contratista y, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.597 del Código Civil, declarar la obligación de aquella (la promotora) de pagar a la demandante, que puso sus materiales para la obra, la suma de 498.870,73 euros. El fundamento de la desestimación viene indicado de forma resumida en el fundamento de derecho segundo: " el ejercicio de tal acción compromete la necesaria tutela de la par conditio creditorum ordenada por el artículo 49 de la LC, al reducir la masa activa en la medida en que se detrae de la misma uno de los créditos titulados por la concursada ".
La viabilidad de la acción directa prevista en el artículo 1.597 del Código Civil, cuando la contratista ha sido declarada en concurso ha recibido un diferente tratamiento en las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales sólo en aquellos casos en los que la subcontratista (o suministradora de los materiales) realizó la reclamación de pago prevista en dicho precepto antes de que la declaración de concurso. Sin embargo la doctrina es pacífica y uniforme cuando la acción se ejercita después de la declaración de concurso y no se ha formulado previamente la reclamación prevista en el artículo precitado o si ha formulado igualmente después de la declaración de concurso.
Ninguna de las sentencias que se citan en el recurso y que mantienen la viabilidad de la acción prevista en el artículo 1597 del Código Civil contemplan una situación como la que se plantea en este caso: demanda posterior a la declaración de concurso sin una reclamación de pago anterior a tal declaración.
Nos remitimos a lo expuesto en la sentencia recurrida, y, al respecto, hacemos cita de la sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 3 de noviembre de 2011 a modo de resumen del parecer expresado de manera generalizada por las Audiencias Provinciales: " QUINTO.- Entiende esta Sala de apelación que son dos las razones que han provocado este cambio de posicionamiento de los Tribunales respecto al tratamiento que la acción del art. 1597 del CC recibe en la nueva Ley Concursal frente al que recibía en la legislación sobre insolvencias anterior a la misma, entendiendo que el subcontratista no puede una vez declarado el concurso ejercer la acción contra el dueño de la obra sino que debe insinuar su crédito en el concurso y someterse a la clasificación de su crédito en igualdad de condiciones que el resto de los acreedores: 1) la poda de privilegios que la Ley Concursal ha supuesto y que se expone con claridad y carácter general en la exposición de motivos así como en el artículo 89.2 de la Ley Concursal que establece taxativamente que 'no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley'; 2) la atribución por el art. 8 de la Ley Concursal al Juez del concurso de la competencia para conocer de las 'acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado', para conocer de 'toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualesquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado' y para conocer, por último, de 'toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción'...". Citamos un párrafo de la sentencia de dicho tribunal porque en el recurso de apelación se invoca otra de fecha anterior de ese mismo tribunal que en modo alguno funda las pretensiones del recurrente porque, en el presente caso, no consta que quien suministró los materiales hubiera formulado reclamación contra la promotora antes de que el concurso hubiera sido declarado.
Por último, y en relación con la reforma introducida por la Ley 38/2011, no sería de aplicación al caso que nos ocupa, pero, tal y como se indica en la sentencia recurrida, viene a establecer un criterio más restrictivo de la acción directa prevista en el artículo 1597 del Código Civil : las demandas presentadas desde la declaración del concurso hasta su conclusión deben de ser inadmitidas (artículo 50.3 LC) y las presentadas antes de la declaración del concurso hasta su conclusión deben quedar en suspenso. Si aplicáramos la nueva normativa la demanda presentada por la recurrente habría sido irremisiblemente inadmitida porque se presentó con posterioridad a la declaración de concurso.
Además, en este caso consta que la demanda se presenta incluso con posterioridad a la presentación del inventario y la lista de acreedores, donde aparece tanto el crédito de la concursada frente a la promotora (apartado 489 del inventario de la masa activa) como el crédito de quien puso los materiales frente a la concursada (final de la página 50, como integrante de la masa pasiva). Esta integración del crédito tanto en la masa activa (el de la concursada frente a la promotora) como en la masa pasiva (el de quien puso los materiales frente a la concursada) impide una ulterior acción separada de la recurrente frente a la promotora porque el crédito que hace valer se integra en la masa activa de la concursada que queda afecto al pago de las deudas de la concursada. Resulta, por lo tanto, inequívoco el sometimiento del crédito de la recurrente al régimen de pagos a realizar en el seno del concurso sin que sea posible una acción separada frente al contratista porque éste queda obligado al pago de su deuda en el seno del concurso (el crédito pasa a ser de la concursada y para el pago de los créditos reconocidos en el concurso).": SAP León (Sección 1) 24.10.2012 (Sentencia 435/2012; Rollo 367/2012)

AP Navarra (Sección 3)

"SEGUNDO.-Pese a que la entidad apelante no mantuvo en su recurso la cuestión relativa a las consecuencias que para el concurso en que se haya inmersa EYCONS tendría la estimación de la demanda caso de

confirmarse la sentencia de primera instancia, la Sala no puede desconocer, porque así se alegó por la actora en su demanda, que la contratista principal EYCONS se encontraba en situación de concurso de acreedores que fue declarado en Auto de 23.3.2010, que la sociedad demandante comunicó su crédito por importe de 55.359,80 euros frente a la concursada en el procedimiento concursal que se tramita ante el juzgado de lo Mercantil con el nº 111/2010, lo que tuvo lugar mediante escrito de 16.4.2010 y que si bien el requerimiento realizado al Ayuntamiento es de fecha 22.2.2010, la demanda se presentó el 7.5.2010 en fecha posterior ya a la declaración de concurso.

Por tanto las propias alegaciones de las partes en su escrito de demanda y contestación obligan a que nos debamos plantear la cuestión de la relación entre acción directa y concurso en aplicación del principio *"lura novit curia",* sobre todo cuando la cuestión que se suscita es ajena al ámbito del poder dispositivo de los litigantes entre otras razones, por afectar a derechos de terceros que no son disponibles por parte de los litigantes.

TERCERO.-Hechas las consideraciones precedentes conviene señalar que el artículo 1.597 del Código civil establece: " *Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación".* Y, como es sabido, aunque quien ha realizado la obra puede reclamar el pago correspondiente al contratista que se obligó a ello, actuando contra el otro contratante y respetando así el principio de relatividad de los contratos, el Código Civil permite el ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra, entendiéndose que ambas obligaciones son solidarias, de manera que el subcontratista puede dirigirse indistintamente contra uno u otro, aunque el comitente o dueño de la obra solamente responderá hasta el límite que el precepto señala, así sentencias del TS de 6 de junio y de 27 de julio de 2000, entre otras muchas. Tal acción, con arreglo a doctrina jurisprudencial reiterada, tiende a proteger los derechos de los verdaderos artífices de la obra que son quienes ponen en ella su trabajo y materiales; así se ha dicho que la razón de ser de

esta norma y el tratamiento privilegiado que supone ha de buscarse en la aplicación criterios de equidad, *"en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, en la protección de un derecho a manera de refacción, o una especie de subrogación general derivada del principio de que "el deudor de mi deudor es también deudor mío".*

La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en su sentencia núm. 102/2006 de 2 marzo AC 2006\1594, dictada autos de incidente concursal, al afrontar una cuestión con cierta similitud a la que se nos plantea aludía, en referencia a los problemas que la acción directa plantea en caso de concurso, del contratista, a que en tal caso se produce *"...el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa del artículo 1597 del Código Civil contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva. Cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder, ya que, o se mantiene la eficacia del artículo 1597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso y el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la par conditio creditorum".* Más adelante decía, en relación con los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra, *"que si bien el derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor".* Pero tal planteamiento no es ya posible desde la entrada en vigor de la Ley Concursal en cuanto que, como dice la resolución citada el *"...propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley".* Y todo ello sin perjuicio de considerar que como el Art. 1597 no exige como requisito ineludible la interposición de la demanda judicial, basta con la reclamación extrajudicial que cumpla los requisitos necesarios al efecto, de manera que una vez ejercitada esta acción contra el dueño de la obra, éste a quien debe abonar su importe es al reclamante que intervino en el proceso constructivo y no al contratista principal. En el caso concreto al que la resolución citada se refiere, el requerimiento fue del 13.10.04 y el Auto declarando el concurso del día 27 siguiente, por lo cual se estimó que la acción directa se dedujo antes de la declaración de concurso, al ser anterior a la resolución que lo declaraba, el requerimiento practicado, razonándose que " *antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó".*

CUARTO.-Por su parte la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) sentencia núm. 415/2010 de 11 octubre AC 2010\1887 si bien estima, como la anterior resolución, que el Art. 1597 del CC no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial para producir sus efectos, siendo suficiente la reclamación

extrajudicial que cumpla con los requisitos del citado precepto, matiza que el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción directa del Art. 1597 del CC, [aunque] aquél lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario, de modo que *"los requerimientos efectuados por la actora debieron impedir a la demandada realizar el pago que le fue posteriormente reclamado..."*

En cuanto al tema nuclear que se planteó en el caso resuelto por la sentencia citada, referido al caso de acción directa del Art. 1597 CC ejercitada mediante demanda cuando el contratista estaba ya declarado en concurso, 28.3.08, y su crédito reconocido, la Audiencia de Madrid compartió, como nosotros lo hacemos, las argumentaciones efectuadas en la sentencia de la AP de Barcelona de 2 de marzo de 2006 antes citada cuando afirma lo siguiente: *"No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal".* De modo que como dijo la sentencia de la Audiencia de Madrid *"si la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc.) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC, la acción que se ejercita está destinada al fracaso cuando hay declaración de concurso... y además consta que al realizarse la lista de acreedores y el inventario (esto es, la delimitación de las masas pasiva y activa del concurso) previstos en el Art. 75 y concordantes de la Ley Concursal, el propio demandante tiene reconocido su crédito en aquél... sin que se haya alegado ni probado que dicho crédito haya sido impugnado y eliminado de la lista de acreedores".* Con base en las argumentaciones referidas, que, insistimos, compartimos, el recurso ha de prosperar en el sentido de deber ser revocada la sentencia apelada, aun cuando lo sea por razones distintas de las contempladas en el recurso, lo que a su vez hace innecesario el estudio y resolución de los motivos alegados por el Ayuntamiento demandado; y ello es así porque al deducirse la acción directa mediante la demanda que tuvo entrada en el decanato el 7.5.10. ya estaba declarado el concurso de EYCONS en Auto de 23.3.10 e incluso comunicado el crédito mediante escrito de 16.4.10, con lo que de estimarse la demanda se generaría a favor de la actora una preferencia o privilegio para el cobro de su crédito no contemplado en la Ley Concursal, sustrayéndole de la *"par conditio creditorum"* sin fundamento en la referida Ley.

QUINTO.-Es conveniente señalar también que el criterio adoptado por la Audiencia de Madrid en la sentencia antes citada ha merecido el refrendo de la Sala Primera del TS en su sentencia núm. 322/2013 de 21 mayo RJ 2013\4956 en la que se confirma la dictada por dicha Audiencia. Y establece que el privilegio del subcontratista contra el dueño de la obra cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya hecho efectivo antes de la declaración del concurso.

Al señalar los requisitos de los que depende el éxito de la acción directa de que tratamos significa que *"... el ejercicio de la acción no requiere, como requisito ineludible, la interposición de una demanda judicial. Sin embargo, el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción, lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario (SSTS 657/1997 de 17 de julio (RJ 1998, 216) y 300/2008 de 8 de mayo (RJ 2008, 2831), e impide a la promotora... realizar el pago liberatorio a un tercero..."* Y añade *"pese al privilegio del contratista que puede accionar contra quien no contrató con él -el dueño de la obra, en la que puso trabajo y materiales- y que la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, lo que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención por el destinatario, como se ha señalado en el apartado 7º anterior, el requerimiento no supone el ejercicio de la acción directa del Art. 1597 el CC (SSTS de 300/2008 de 8 de mayo (RJ 2008, 2831) y 657/1997 de 17 de julio (RJ 1998, 216). Y si bien es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003,que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenían "incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1957 CC "* (por todas, STS 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179), " *hoy ya no se puede mantener, bajo la actual Ley Concursal, la subsistencia de tal privilegio. Lo que era una preferencia más, que convivía con otras muchas, en una situación caótica, hoy ha dejado de tener justificación bajo la regulación concursal actual que ha puesto orden al régimen de prelación de créditos.*

Por ello, aun concurriendo todos y cada uno de los requisitos de la acción ejercitada por la recurrente en casación, sin embargo, no podemos aceptar que la vigente Ley Concursal impida confirmar, con sus propios argumentos, la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, como seguidamente se razonará".

Así la sentencia citada fundamenta el rechazo del recurso, en el que se invocó por cierto la infracción del Art. 218 LEC, con base en los argumentos que reproducimos en cuanto consideramos que confirman los que esta Sala adoptó al resolver la alzada:

"1. Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la "par conditio creditorum", cuya regulación en nuestra Ley Concursal 22/2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (Art. 90 y 91) y negativas (Art. 92), traicionan la formulación del propio principio.

2. Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC y el de universalidad del artículo 76 LC), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su

crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del Art. 1597 CC, quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L.
Por el primero -Art. 49 LC -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (Arts. 90, 91 y 92 LC).
Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es solidaria, dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación.
Pero pronto habrá que, por el principio de universalidad de la masa activa que consagra el art. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.

> *3. Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, ex lege, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley".*
>
> *Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "... que no esté reconocido en esta Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal. Dicho precepto supone una cláusula de cierre del sistema de preferencias y privilegios, que están sujetos al principio de tipicidad. Sólo ella, la Ley Concursal, sanciona enérgicamente, con carácter de "numerus clausus", los privilegios y preferencias, como excepciones a la igualdad de acreedores sometidos a la ley del dividendo.*

2 *Así debe entenderse la reciente incorporación del Art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".*
Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.
Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.
Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (artículos 55 y 90 y siguientes de la LC) son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la vis atractiva del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal". ": SAP Navarra (Sección 3) 18.10.2013 (Sentencia 163/2013; Rollo 227/2012)

AP Sevilla (Sección 5)

"PRIMERO.- Mediante el escrito inicial de este incidente concursal la entidad MONCOBRA S.A. solicitó la entrega de 484.669'20 # que la entidad IZAR había consignado en el Juzgado en el presente proceso concursal de ASTILLEROS DE SEVILLA S.A., la cual fue declarada en concurso el 22 de octubre de 2010. El fundamento de su pretensión es que el 30 de noviembre de 2009 dirigió burofax a la mercantil IZAR mediante el que hacía uso de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil, y le reclamaba como contratista el importe de lo que hasta ese momento adeudara al subcontratista ASTILLEROS DE SEVILLA, entidad ésta que, a su vez, había subcontratado a MONCOBRA para la obra de "ampliación de las puertas de esclusas C-259".
A la pretensión de la demanda se opusieron tanto la Administración concursal como la propia concursada, en base a que el crédito de ASTILLEROS contra IZAR está incluido en la masa activa de la concursada, y el crédito de MONCOBRA contra ASTILLEROS está incluido en la lista de acreedores, no habiendo impugnado la demandante ni lo uno ni lo otro. También aducen que MONCOBRA no ha ejercitado judicialmente la acción directa, lo que deslegitima su pretensión. Y que es inaplicable el artículo 1597 del Código civil una vez declarado el concurso de acreedores de ASTILLEROS DE SEVILLA. La concursada también adujo, por su parte, que a 30 de noviembre de 2009 no existía deuda líquida, vencida y exigible a favor de ASTILLEROS, la

cual se verificó el 3 de diciembre de 2010 al suscribirse un acuerdo de cierre de garantía y liquidación del subcontrato de obras, acuerdo posterior a la declaración de concurso.
El Juzgado de lo Mercantil dictó Sentencia que desestimaba la demanda. Contra ella se alza la entidad demandante para insistir en sus pretensiones.
SEGUNDO.- El primer motivo del recurso es la incorrecta aplicación por la Sentencia recurrida de la reforma de la Ley concursal operada en la Ley 38/2011 de 10 de octubre, la cual no establece que los artículos 50.3 y 51 bis tengan carácter retroactivo. Según la Ley 38/2011, la misma será de aplicación de acuerdo con la Disposición Transitoria primera a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor. Según la Disposición final tercera la entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 2012.
Así pues, la Sentencia recurrida hace una indebida aplicación del Derecho, resolviendo el asunto al amparo de una legislación todavía no existente cuando se declaró el concurso de ASTILLEROS DE SEVILLA. Ahora bien, ello no determina la nulidad de la misma, como pide el apelante, ya que los errores en la aplicación del derecho se corrigen mediante las Sentencias que se dicten en la segunda instancia, que determinarán cual es la legislación y doctrina jurisprudencial que debe aplicarse al caso.
Por tanto, no cabe la declaración de nulidad de la Sentencia, sin perjuicio de rectificar la errónea aplicación de legislación no vigente, y acomodar la resolución que se dicte a una correcta interpretación de la legislación vigente a la fecha de la declaración del concurso, lo que abordaremos a continuación.
TERCERO.-Ahora bien, el hecho de que no sean aplicables los artículos 50.3 y 51 bis de la Ley Concursal reformada en octubre de 2011 no significa que la decisión sobre la cuestión controvertida no pueda ser la misma que la adoptada por el Juez a quo, si bien con aplicación de la Ley Concursal con el contenido anterior a la reforma y la jurisprudencia que fue elaborándose en torno al ejercicio de la acción directa del art. 1597 del Código Civil en situaciones de concurso del contratista. Y es que los mencionados artículos de la LC renovados han recogido en el seno de la Ley lo que era el criterio mayoritario en la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión.
Así la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 18 de marzo de 2009 dice: "La Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración de su deudor en situación concursal, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Y así en la Exposición de Motivos se determina que uno de sus objetivos centrales es el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso. De tal modo dispone el artículo 89.2 de la Ley Concursal que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."
Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de febrero de 2009 declara: "La LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno. Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características. Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales o, por el contrario, proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32 de la LHN, redactada por la D.F 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constitutivas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la Lc, en relación con el artículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho se separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva "sin más excepciones que las establecidas en la leyes", es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en los artículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76: la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos

todos ellos por la LC. Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita."
También es de destacar lo que declara la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 18 de mayo de 2012 : "La Jurisprudencia sobre la materia, que es ciertamente abundante, se residencia más en las resoluciones de las Audiencias Provinciales que en la propia doctrina del Tribunal Supremo pues el contenido, por ejemplo, de la sentencia de 27 de julio del año 2000, precede a la publicación de la Ley Concursal, después de la cual se ha venido a aceptar, de una manera y forma mayoritaria, que el acreedor una vez se haya producido la declaración en concurso del deudor, viene obligado a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas de los proceso concursal; ver en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo del año 2006, que viene a concluir que porque el subcontratista había efectuado la reclamación con anterioridad al concurso prevalecía el crédito del subcontratista frente a la apelante (el dueño de la obra); luego si la reclamación es posterior, como en nuestro caso, no sería posible dar viabilidad a la acción ejercitada, que en nuestro caso tendría que ser desestimada, para tenerse que integrar el acreedor en la masa pasiva del concurso, cuando se den, ciertamente, los requisitos que caracterizan a este acción directa y que recoge con toda nitidez, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona a que acabamos hacer mención".
Por todas estas razones concluimos que una vez declarado el concurso de una entidad mercantil, todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, y todos los acreedores del deudor se integran en la masa pasiva y deben estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. La acción directa del artículo 1597 del Código Civil se encuentra al margen del concurso pues la Ley Concursal no la contempla. Por ello, una vez declarado el concurso del contratista, no puede ser de aplicación aquel precepto del Código Civil aun cuando se hubiese ejercitado antes por vía extrajudicial, debiendo pues el acreedor de la sociedad concursada integrarse en la masa pasiva y someterse a las exigencias de la pars conditio creditorum, según la clasificación de su crédito, sin que proceda en tal situación concursal detraer de la masa activa el importe de su crédito, como solicita en este caso MONCOBRA S.A.
En definitiva, entendemos, junto con lo que es el parecer mayoritaria en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que ya en el régimen concursal anterior a la reforma de la Ley 38/2011, la acción directa debía ceder ante la especialidad de la situación concursal, quedando sometida a la disciplina del concurso. Además, no resultaría razonable ni lógico que tras la reforma efectuada por la Ley 38/2011 que introduce los artículo 50.3 y 51 bis, se hiciese una interpretación contraria a lo que desde el 1 de enero de 2012 constituye la legalidad vigente, cuando la interpretación conforme a las nuevas disposiciones legislativas, no sólo es posible con arreglo a la anterior legislación, sino que estimamos es la más acorde y adecuada al espíritu y finalidad de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003.
CUARTO.-Ahora bien, conforme a los mayoritarios criterios jurisprudencialmente establecidos el sometimiento del crédito del subcontratista que ejercita la acción directa al concurso sólo era obligado si el requerimiento previo al ejercicio de la acción ante los tribunales se hubiese hecho con posterioridad a la declaración del concurso, conservando, por tanto, el privilegio del art. 1597 CC si el subcontratista requirió de pago al dueño de la obra con anterioridad al concurso. En estos casos, la declaración de concurso del contratista principal se estimaba que no interfería en la citada acción directa cuando ya hubiese sido planteada con anterioridad la reclamación del subcontratista contra el comitente, pues el ejercicio de tal facultad habría supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del subcontratista.
En el presente caso, MONCOBRA remitió un burofax a IZAR el 30 de noviembre de 2009 requiriéndole el pago de 484.669'20 #, en base al artículo 1597 del Código civil. Y considera que este requerimiento al ser anterior a la declaración de concurso de ASTILLEROS, supone el ejercicio de la acción directa, debiendo su crédito quedar al margen del concurso de acreedores.
Pues bien, consideramos que para resolver esta cuestión hay que partir de la declaración que contiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008, en la que dice: "El requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario".
Siguiendo este criterio del Alto Tribunal, no podemos estimar el requerimiento efectuado por MONCOBRA el 30 de noviembre de 2009 (folios 28 y 129 de las actuaciones), reiterado el 22 de diciembre de 2009 (folio 135), tenga virtualidad suficiente para que el crédito del subcontratista quede al margen del concurso de acreedores del subcontratante (ASTILLEROS). El indicado criterio del Tribunal Supremo resulta más adecuado al espíritu y finalidad de la Ley Concursal, los cuales han sido definitivamente esclarecidos por la reforma de la Ley 38/2011. Por lo que a la vista de la citada Sentencia del TS, siendo posible hacer una interpretación de la normativa concursal anterior a la última reforma de manera acomodada a la misma, este Tribunal debe de optar por tal interpretación. Por ello consideramos que no habiéndose hecho uso de la acción directa mediante la formulación de una demanda judicial hasta que la apelante formuló su reclamación por vía del presente incidente concursal, el crédito reclamado por la subcontratista MONCOBRA no puede quedar al margen del concurso, careciendo del privilegio del art. 1597 del Código civil, quedando dicho crédito en igualdad de condiciones con el resto de los acreedores de la concursada contenidos en la lista de acreedores elaborada por la administración concursal.
A ello se une que cuando MONCOBRA efectúa el requerimiento el 30 de noviembre de 2009, no existía todavía una deuda líquida, vencida y exigible de IZAR con ASTILLEROS, como ya le expresó la contratista en la respuesta que el envió el 9 de diciembre de 2009 (folio 132), en la que le comunicaba que ASTILLEROS no tenía en ese momento "créditos vencidos, líquidos y exigibles respecto de IZAR, derivados del alcance del contrato de obra firmado con ésta." Fue con posterioridad a ese requerimiento cuando se hizo la liquidación de las cantidades adeudadas, que quedaron definitivamente liquidadas en el Acuerdo de cierre de garantía y de

liquidación del subcontrato de obra en curso con ASTILLEROS DE SEVILLA firmado el 3 de diciembre de 2010, fecha posterior a la declaración del concurso.
QUINTO.-Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso de apelación, sin que proceda hacer especial imposición de las costas por cuanto la cuestión objeto de Resolución presenta serias dudas de derecho, existiendo jurisprudencia contradictora sobre la misma en las Audiencias Provinciales en relación con la interpretación de la regulación normativa anterior a la reforma de la Ley 38/2011, unido a que aun cuando se confirma el fallo desestimatorio de la pretensión deducida por la apelante en su demanda inicial, se hace en virtud de fundamentos de derecho distintos de los que expone la Sentencia apelada (Art. 398.1 en relación con el 394 de la LEC).”: SAP Sevilla (Sección 5) 25.01.2013 (Sentencia 29/2013; Rollo 4733/2012)

AP Sevilla (Sección 8)

[subcontratista contra comitente, JPI, sin ser parte el contratista concursado]
”PRIMERO.- La sentencia recurrida estima en su integridad la demanda promovida por la empresa actora en ejercicio de la acción prevista en el artículo 1597 del Código Civil. La Juzgadora de la Primera Instancia dedica un fundamento de derecho para examinar la concurrencia de los requisitos de la acción en el caso. En uno posterior afirma su competencia frente al Juzgado de lo Mercantil. Y es que aunque la entidad contratista deudora está en situación de concurso, hay acreditado un requerimiento de pago de la demandante, previo a la declaración de concurso, resultando por tanto posible el ejercicio de la acción a dirimir ante la Jurisdicción civil ordinaria, conforme a una jurisprudencia que la sentencia se encarga de extractar. (...)
QUINTO.- Pero en lo que discrepamos abiertamente de lo consignado en la sentencia que nos ocupa es en la cuestión relativa a la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la demanda, habida cuenta de que el crédito exigido está atenido, a diferencia de lo sostenido, al concurso declarado de la empresa contratista. Con independencia de la cuestión relativa a la posición deudora o acreedora de la empresa pública demandada y a la cuestión sobre qué exacta promoción es a la que se refiere la demanda, lo cierto es que, siguiendo el hilo argumental del razonamiento de la resolución que se impugna, el documento 23 que se adjunta a la demanda no supone, en modo alguno, una auténtica reclamación de pago en forma, sino simplemente resulta el comunicado que hace el demandante a la apelada de una determinada situación reclamando la regularización de dicha situación que se antojaba como insostenible. Es por ello que deba el crédito de la actora pasar a formar parte de la masa pasiva en cuanto su naturaleza no está incluida en el haz de privilegios que pudiera suponer un escape de la legalidad concursal. “:SAP Sevilla (Sección 8) 26.06.2012 (Sentencia 304/2012; Rollo 2698/2012)

AP Toledo (Sección 1)

“PRIMERO: La Junta de Comunidades de Castilla la Mancha interpone recurso de apelación contra la sentencia que en fecha diecisiete de mayo dictó el Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Toledo por la que, estimando la demanda interpuesta por Asfaltos Alovera S.L. condenaba a la recurrente al pago de setenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y ocho con dieciocho euros.
El recurso se sustenta en un solo motivo consistente en la incorrecta aplicación de la normativa contenida en el art. 1597 del Código Civil según la cual el dueño de la obra debe responder frente al subcontratista por los impagos del contratista para con él y hasta el límite que alcancen los materiales aportados.
La sentencia de instancia consideró que esa acción, reconocida por el art. 1597, es inmune cuando antes de la declaración de concurso del constructor existe una previa reclamación con independencia de la forma que esta revista.
Por su parte la Junta de Comunidades entiende que no basta una reclamación extrajudicial sino que se precisa que en el momento en que se declara el concurso se haya interpuesto una demanda en ejercicio de la citada acción.-
SEGUNDO: Planteada de este modo la cuestión el supuesto es idéntico al que fue resuelto por esta Sala en su sentencia 299/2011 de 2 de diciembre
En esa sentencia esa Sala expuso cuales eran los requisitos que el Tribunal Supremo había definido para que pudiera prosperar una acción semejante. "Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008, "los presupuestos para el ejercicio de esta acción directa son los siguientes:
a) Que el contratista principal haya concertado la ejecución de la obra de tal forma que su crédito futuro sea cierto y esté determinado en el contrato principal de la obra.
b) Que quienes ponen su trabajo y materiales en la obra sean acreedores del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa.
c) Que el acreedor directo haya constituido en mora al contratista principal.
d) Que el comitente sea deudor del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa.
e) Que, si el acreedor directo es el subcontratista de obra, el comitente haya prestado su autorización para que el contratista principal pueda en su propio nombre, y por su propia cuenta, pero en interés de ambos, subcontratar la ejecución de todo o parte de la obra principal"
Y en concreta aplicación de la doctrina, tanto del Tribunal Supremo cuanto de otras Audiencias, se recoge "En orden al problema de si la acción directa del subcontratista para gozar de autonomía frente a los restantes acreedores en los casos en que el contratista haya sido declarado en concurso ha de entablarse o no antes de dicha declaración mediante la presentación de la demanda, se han ido pronunciando nuestras Audiencias tras la entrada en vigor de la Ley Concursal en sentido claramente afirmativo".
Se hacía un estudio de la situación anterior a la entrada en vigor de la ley Concursal cuando las insolvencias universales tenían una doble tramitación refiriéndose a ello en los siguientes términos "Antes de dicha Ley, cuando la situación de insolvencia provisional y definitiva se regía por las normas de las suspensiones de

pagos y quiebras, aunque la opinión no fuera unánime, resultaba mayoritaria la doctrina sentada entre otras por las SSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000 que señalaron que la situación concursal en que puede encontrarse la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventila la acción del artículo 1597 del C.C y en base a ello diversas sentencias como las de la AP Barcelona, de 9 de junio de 2005 o 2 de noviembre de 2004, de Asturias de 2 de junio de 2005 y 26 de octubre de 2004, o la de octubre de 2001 de la Audiencia Provincial de Navarra, según la cual el derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor."Sin embargo dicho criterio fue modificado con la vigencia de la actual normativa sobre concursos y ello porque "la influencia del procedimiento concursal en el juicio en el que se ejercita la acción directa del artículo 1597 del C.C después de la declaración del concurso, como acontece en este caso, es determinante y así la SAP de Barcelona de 11 de abril de 2011 recoge la de la misma Audiencia de 2 de marzo de 2006 que señala que "la actual Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. (...) No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal, lo que, en consecuencia, conduciría a la necesidad de que el importe consignado por (...) quedara integrado en la masa activa, resultando improcedente la entrega a (...) para su satisfacción autónoma.". Idéntica doctrina se establece en la SAP de Madrid de 5 de octubre de 2010 y de Valencia 23 de febrero de 2009.

La SAP de Asturias de 14 de febrero de 2008 aborda la cuestión desde el punto de vista de la competencia señalando que es competencia exclusiva de los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (art. 86 ter 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.1º de la Ley Concursal) careciendo, por tanto, de competencia objetiva el Juzgado de 1ª Instancia....No tiene relevancia alguna, a efectos de competencia objetiva, la fecha en que se requirió al dueño de la obra pues la misma se decide en razón de la acción ejercitada en relación con la fecha de interposición de la demanda como ha señalado reiterada Jurisprudencia (S. 18-3-89, 31-10-90,20-7 - 94, 23-4-98, 21-5-02, 7-6-02, etc.),

Por último la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 19.5.2010 establece igualmente que "en los casos en que la acción del artículo 1597 del C.C. se ejercita después de la declaración del concurso, como acontece en este caso, la competencia objetiva corresponde al Juez del concurso por aplicación del artículo 8 que establece bajo la rúbrica de, "Juez del Concurso", que son competentes para conocer del concurso los Jueces de lo Mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias, epígrafe 1º: "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el titulo I del libro IV de la ley de Enjuiciamiento Civil".

Añade la misma sentencia más adelante que resulta irrelevante, a efectos de competencia objetiva, la fecha en que se requirió al dueño de la obra pues la misma se decide en razón de la acción ejercitada en relación con la fecha de interposición de la demanda, como ha señalado reiterada Jurisprudencia (S. 18-3-89, 31-10-90, 20-7-94, 23-4-98, 21-5-02, 7-6-02, etc., y la más reciente de fecha 14-2- 2008)."

Si dicha doctrina la aplicamos al caso presente, en el que no existe, al tiempo de declararse el concurso de Juan Nicolás e Hijos Construcciones S.A. que la empresa con la que la recurrente contrató, interposición de demanda contra la Junta de Comunidades en ejercicio de la acción que tiene el subcontratista al amparo del art. 1597 del Código Civil, es claro que deberá ser en el concurso en donde la parte actora haya de hacer valer el crédito que pueda ostentar contra la concursada pero sin que tenga legitimación para reclamar nada a la demandada. Asfaltos Alovera, según resulta del documento dos de la demanda, tiene conocimiento de la existencia de la declaración del concurso de Juan Nicolás Gómez e Hijos S.A. porque así se lo comunica la administración concursal en carta remitida el diez de diciembre de dos mil ocho, según la cual la declaraciónse realizó por auto de 25 de julio del mismo año. La demanda no se interpone hasta el veintidós de enero de dos mil nueve por tanto muy posterior a la declaración del concurso.

Pero es más, aun cuando pudiera superarse la objeción expuesta en el caso presente tampoco podría hablarse de la existencia de una reclamación extrajudicial porque la actora nunca dirigió una reclamación, en el sentido propio del término, ya que no instó a la Junta de Comunidades a que por su parte se le hiciera abono, hasta el límite que legalmente procede, de cantidad alguna. Según el documento número tres lo que hace la apelada es comunicar la existencia, a su favor, de un crédito y solicitar de la Consejería de Obras Públicas que se retuvieran las cantidades pendientes de pago a la concursada, por tanto no es la petición de pago, siendo ello tanto más evidente si se tiene en cuenta que, según el propio documento, tal información lo es solo a efectos informativos, párrafo último inciso primero, y que ya estaban en marcha reclamaciones judiciales, según resulta del último inciso del indicado párrafo final; es decir que la reclamación se realizaba, y además judicialmente, contra Juan Nicolás Gómez e Hijos. Y lo mismo cabe decir del documento cinco, es una nueva comunicación de la existencia de la deuda y una petición de retención de cualquier suma a resultas del procedimiento cuya demanda había sido interpuesta. Y ello era lógico puesto que en ese momento no existía una sentencia que

recogiera como cierto el crédito que la demandante decía ostentar, por lo que, sin perjuicio de pudiera pedir como medida cautelar en la causa abierta para resolver sobre su reclamación una forma de aseguramiento del posible resultado favorable de la sentencia, no podía pedir que por parte de la Junta de Comunidades se le hiciera entrega de suma alguna en tanto en cuanto el crédito estaba siendo debatido en instancias jurisdiccionales.
En definitiva, el recurso ha de ser estimado, con revocación de la sentencia de instancia sin perjuicio, claro está, del derecho de la parte actora de reclamar en el procedimiento concursal cuantos créditos ostenta contra Juan Nicolás e Hijos.-“: SAP Toledo (Sección 1) 18.01.2012 (Sentencia 17/2012; Rollo 253/2011)

AP Valencia (Sección 7)

“PRIMERO.-La representación procesal de Fausto formuló demanda de juicio ordinario contra Blaya Betón S.L. como contratista principal y contra el Ayuntamiento de Alzira, como dueño de la obra, sobre reclamación de cantidad, en ejercicio de la acción del *Art. 1597 del Código Civil, alegando que había firmado el día 21-5-2008* contrato de ejecución de obras de albañilería con la mercantil citada con el fin de desarrollar obras de ampliación del Cementerio Municipal de Alzira.
El procedimiento resultó archivado para Blaya Bretón S.L. por falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer ala demanda inicialmente formulada también contra dicha mercantil, continuándose contra el Ayuntamiento, dictándose sentencia que estimaba la demanda y condenaba al Ayuntamiento al pago de lo reclamado.
Frente a ella recurre el Ayuntamiento de Alzira que alega la improcedencia de la estimación de la demanda por no ser deudor el Ayuntamiento del demandante, sino acreedor de la mercantil contratista principal, además de haberse resuelto el contrato que les vinculaba en virtud de resolución administrativa firme, además de motivos de fondo al no concurrir los requisitos de la acción del Art. 1597 del CC. A ello se opuso el demandante que defendió la tesis de la sentencia.
SEGUNDO.-Esta Sección se pronunció sobre el ejercicio de la acción que nos ocupa, acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra, en diversas resoluciones (Sentencia nº 44/2009 de 23-2-2009 dictada en RAC 864/2009, Auto nº 252/2009 de fecha 26 de noviembre de 2009 dictado en RAC 733/2009, Sentencia nº 649/2011 de fecha 2-12-2011, Auto de fecha 24-4-2009 en RAC 158/2009, Auto de 26-11-2009 en RAC 733/2009, sentencia de fecha 9-4-2010 en RAC 690/2009) a efectos de dilucidar en cada caso si la competencia venía atribuída al juzgado de lo mercantil o al juzgado de primera instancia, y si bien en ellas entendimos que cuando la acción del artículo 1597 del C.C. se ejercitaba después de la declaración del concurso, era competencia objetiva del Juez del concurso por aplicación del artículo 8 de la LC, y admitíamos que podía equipararse el ejercicio de la previa reclamación extrajudicial al ejercicio de la acción a efectos de determinar la temporalidad de los requisitos legales, en la actualidad ya se cuenta con un criterio jurisprudencial que se materializa en las siguientes sentencias del TS que por su interés trascribiremos literalmente en su fundamentación jurídica:
1º.- STS Sala 1ª, S 21-5-2013, nº 322/2013, rec. 2221/2010 (Pte: Sastre Papiol, Sebastián (EDJ 2013/113275, IdCendoj 28079110012013100347)
" *FUNDAMENTOS DE DERECHO*
PRIMERO.- Antecedentes de la primera instancia

1 *ODERINVER, S.A. (también ACTORA o SUBCONTRATISTA) ejercita la acción directa del subcontratista contra el propietario de la obra (exart. 1.597 CcEDL1889/1), en este caso, la Fundación Parque Científico de Madrid (en adelante FUNDACION o la DEMANDADA), por un importe de hasta 174.261,22.-Eur., más intereses legales desde el 30 de enero de 2008, o hasta donde alcance el saldo que tuviese que pagar la FUNDACION a PROSEPRO, S.L. (PROSEPRO, o el CONTRATISTA), con quien contrató obras de reforma de su sede social; el contratista, a su vez, subcontrató parte de dichos trabajos a la actora.*

2 *Según se acredita, ODERINVER, S.A. reclamó extrajudicialmente a la FUNDACION el pago de dicha cantidad por burofax, el 30 de enero y el 10 de marzo de 2008, y tras distintas reuniones con los representantes de la demandada, una vez se le efectuó la entrega provisional de la obra, la FUNDACION reconoció deber al contratista la suma de 115.374,73.-Eur., cantidad convenida como vencida, líquida y exigible (una vez deducida de la cantidad debida, la retención de garantía que debía satisfacerse con ocasión de la recepción definitiva de la obra).*

> *3. Pero LA FUNDACION, que tuvo que realizar averiguaciones para conocer el cambio del órgano de administración de PROSEPRO (hasta entonces se habían mantenido reuniones con el anterior administrador cesado) y la solicitud de concurso de acreedores de dicha Sociedad, decidió constituir un depósito notarial de 115.374,73.-Euros, el 7 de abril de 2008, a disposición bien de la actora, bien de PROSEPRO a través de su actual administrador, en concurrencia con la administración concursal, bien de la propia administración concursal, bien de cualquier otro órgano judicial que lo solicitara. Esta cantidad es la que la actora le reclama fehacientemente, una vez más, mediante un Acta de requerimiento de 28 de abril de 2008.*
>
> *Sin embargo, el 9 de junio de 2008, la FUNDACION requirió al Notario para que le entregara el cheque, pues el crédito que podía tener el CONTRATISTA contra aquélla había sido embargado por la Agencia Tributaria, que fué a quien definitivamente se abonó aquella cantidad el 13 de junio de 2008.*

3 *La FUNDACION en su contestación formuló la excepción de litispendencia, por la existencia del concurso de acreedores del CONTRATISTA (ex art. 410 y 411 LEC EDL 2000/77463 art.410 EDL 2000/77463 art.411 EDL 2000/77463), a quien encomendó la ejecución de obras, concurso que se sigue, desde el 23 de mayo de 2008, ante el Juzgado Mercantil num. 2 de Madrid, (núm. 105/2008). La demanda de la actora es de 22 de julio de 2008. Excepciona igualmente la falta del " debido litisconsorcio " (ex art. 420 LEC EDL2000/77463), al no haber*

sido llamado a juicio aquél con quien contrató, la concursada PROSEPRO, aunque sólo fuera a efectos de saber de la existencia del contrato entre ella y el actor, como subcontratista, la exigibilidad del crédito de éste contra aquél, y, en fin, si se había constituido en mora o no.

En cuanto al fondo, contesta la demanda en el siguiente sentido: que para que se pueda dar por buena la recepción definitiva de la obra era necesario hacerse cargo el CONTRATISTA y, consiguientemente, el SUBCONTRATISTA (que pretende cobrar directamente del propietario), de una serie de trabajos que allí se relacionan; que no se había acreditado que la actora hubiera intimado y constituido en mora a la CONTRATISTA; que a la fecha de la demanda la FUNDACION nada adeudaba a la CONTRATISTA; que tras varios intentos de concretar la recepción provisional de las obras, ésta tuvo lugar el 7 de marzo de 2008; que tuvo intención de abonar la deuda a la actora, pero la reunión que se mantuvo con PROSEPRO lo fue con un administrador que ya no lo era y, además, le constaba que se había efectuado la solicitud voluntaria de concurso de acreedores, antes referida, por lo que decidió efectuar una consignación notarial, poniéndolo en conocimiento de la actora, del Juzgado Mercantil num. 2 de Madrid que entendía del Concurso del contratista y de cualquier otro órgano judicial que "lo solicite mediante resolución". Por último, la FUNDACION recibe una diligencia de embargo de créditos de la Agencia Tributaria, de fecha 9 de mayo de 2008, por deudas que mantenía la CONTRATISTA, por lo que, la cantidad disponible, los 115.374,73.-Eur. fue abonado a la Agencia Tributaria.

Por todo ello solicita la desestimación íntegra de la demanda, con imposición de costas a la actora.

1 *La Sentencia de primera instancia desestimó la demanda, sin imposición de costas a la actora, " por el hecho de que la deuda de la propiedad ha sido saldada frente al contratista de la obra ignorándolo la demandante subcontratista en todo momento ".*

6. La FUNDACION recurrió en apelación la sentencia exclusivamente por no haber condenado en costas a la actora.

También fue recurrida por ODERINVER, quien alegó que en la presente reclamación se daban todos los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial para el ejercicio de la acción directa del art. 1597 del Cc EDL1889/1, que la propia Juzgadora de instancia reconoció acreditados, incluida la validez y eficacia de los requerimientos extrajudiciales, aúnque de forma incomprensible concluyó que el pago a la Agencia Tributaria, antes de la interposición de la demanda y con posterioridad a los requerimientos de reclamación de la actora, liberaban a la FUNDACION de la obligación de pago, dejando sin efecto la reclamación extrajudicial iniciada el 30 de enero de 2008. Citaba abundantes SSTS, destacando la de 29 de abril de 1991 que señala que " después de ser requerida la Propiedad ya no puede realizar el pago ni directamente ni mediante consignación a favor de un tercero, pues ya no le asistiría buena fe para ello ".

2 *La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8, en el Recurso de Apelación 533/2009, dictó Sentencia num. 415, el once de octubre de dos mil diez EDJ2010/281579, cuyo fallo ha sido reproducido textualmente en el Antecedente SEXTO, dio lugar al recurso de apelación de la FUNDACIÓN y, por tanto, impuso las costas de la primera instancia a la actora, y no dio lugar al recurso de apelación de la actora, con imposición de costas en esta alzada.*

3 *La Sentencia de la Audiencia Provincial EDJ2010/281579 se basa en la siguiente fundamentación jurídica que interesa reproducir a los efectos del presente recurso de casación: "Partiendo de que la resolución combatida admite la concurrencia de los requisitos exigidos para el ejercicio y éxito de la acción del art. 1597 Cc EDL1889/1, -requisitos que no van a ser reproducidos en esta alzada por contenerse en la sentencia recurrida-, la cuestión litigiosa expuesta en el primer motivo del recurso formalizado por el demandante queda centrada en determinar si la demandada puede quedar liberada de la obligación con la actora, como dice la sentencia, habida cuenta que cuando efectúa el pago a la Agencia Tributaria aquélla no había interpuesto demanda judicial sino, exclusivamente, efectuado requerimientos extrajudiciales.*

El art. 1597 del CC EDL1889/1 no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial para producir sus efectos pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos del citado precept o; si bien el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción directa del art. 1597 del CC EDL1889/1, aquél lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario (STS de 8 de mayo de 2008 EDJ2008/56439). La jurisprudencia es constante en este sentido (STS 127 de julio de 1998, SS AP Guipúzcoa 12 de abril de 2005 EDJ2005/132268, Girona 11 de febrero de 2005 EDJ2005/34371, Zaragoza 21 de septiembre de 2004 EDJ2004/147166, Barcelona, secc. 14ª, 12 de diciembre de 2002 EDJ2002/100576, entre otras). Conforme a ello, los requerimientos efectuados por la actora debieron impedir a la demandada realizar el pago que le fue posteriormente reclamado por la Agencia Tributaria, máxime cuando es evidente que el requerimiento y su significado, fue así apreciado por la demandada que procedió a realizar el acta de manifestación notarial y a consignar parte, la más cuantiosa, de lo reclamado. La consecuencia de lo dicho no podría ser otra, si sólo se centra en ello el debate, que admitir que la demandada no pudo quedar liberada por la entrega de la cantidad a la Agencia Tributaria habiendo mediado anteriormente el requerimiento de la actora."

Sin embargo, añade en el propio Fundamento de Derecho Segundo: " No obstante lo anterior, ni la demanda ni el recurso de apelación, pueden ser estimados. Como dice la sentencia de la AP de Barcelona de 2 de marzo de 2006 EDJ2006/270887, "No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal". Si la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del

concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc.) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC EDL2003/29207, la acción que se ejercita está destinada al fracaso cuando hay declaración de concurso, el 28 de marzo de 2008, y además consta que al realizarse la lista de acreedores y de inventario (esto es, la delimitación de las masas pasiva y activa del concurso) previstos en el art. 75 y concordantes de la Ley Concursal EDL2003/29207, el propio demandante tiene reconocido su crédito en aquél (folio 517 de las actuaciones), sin que se haya alegado ni probado que dicho crédito haya sido impugnado y eliminado de la lista de acreedores".

Segundo.-Único motivo de casación.

La recurrente formula el recurso de casación, único admitido, en la infracción de los artículos 1597 del Código Civil EDL1889/1 y artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 art.217 EDL 2000/77463 art.218 EDL 2000/77463.

Como se ha señalado en el Fundamento Jurídico PRIMERO, ODERINVER funda la reclamación en el artículo 1597 del Cc EDL1889/1, que dice: " Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación ".

1. La acción que nace del precepto transcrito es una acción directa que tiene el subcontratista contra el dueño de la obra, con quien no contrató, y supone una excepción al principio de la relatividad de los contratos consagrado en el art. 1256 Cc. EDL1889/1 Tiene su sentido por razones de equidad y de protección al más débil, que pone trabajo o material en obra ajena, en supuestos de dificultad de cobro del contratista. Para ello es necesario que concurran los siguientes requisitos, proyectados al presente caso:

1º. Que el precio pactado en el contrato de obra entre el promotor (aquí la Fundación) y el contratista (Prosepro, S.A) fue por un tanto alzado (art. 1593 Cc EDL1889/1), ha sido reconocido por las partes, sin ninguna dificultad.

2º. Ostenta dicha acción directa cualquier persona física o jurídica que esté vinculada con el contratista por una relación laboral o de prestación de servicios, como es, en el presente caso, PROSEPRO, en calidad de contratista, y la actora, como subcontratista.

3º Es necesaria la existencia de un crédito del subcontratista frente al contratista y de otro de éste frente al promotor, y ambos créditos deben surgir en relación a la misma obra, lo que ha sido indiscutido.

4º Los créditos a que se refieren el apartado 3º anterior deben estar vencidos y ser exigibles para que el subcontratista pueda cobrar directamente del Promotor, la FUNDACION. Con ocasión del primer requerimiento, el 30 de enero de 2008, la FUNDACION alega que nada debía al contratista porque no había recibido provisionalmente la obra, la que recepcionó, con este carácter, el 7 de marzo de 2008, reconociendo una deuda de 115.374,76.-Eur.. Por tanto, cuando recibió el segundo requerimiento, el 10 de marzo de 2008, la FUNDACION ya era deudora del contratista y por consiguiente el subcontratista podía ejercitar la acción directa del art. 1597 Cc. EDL1889/1

5º El promotor puede oponer al subcontratista las excepciones que pudiera plantear al contratista, tanto por hechos anteriores o posteriores al ejercicio de la acción pero siempre en relación a la obra ejecutada (ejecución defectuosa, incumplimientos, etc), lo que efectivamente destacó la FUNDACION al contestar la demanda (Hecho Segundo).

6º La acción del art. 1597 CC EDL1889/1 es una acción directa e independiente, del subcontratista frente al promotor y no un supuesto especial de la acción subrogatoria del art. 1111 Cc. EDL1889/1 Consiste en una legitimación especial, legalmente prevista en nuestro ordenamiento jurídico, a favor del primero contra el segundo, titular de su propio crédito (SSTS num. 300/2008 de 8 de mayo EDJ2008/56439 y 449/2012 de 19 de junio), lo que reconoce la propia sentencia recurrida. (Fundamento de Derecho Segundo) EDJ2010/281579

7º. El ejercicio de la acción no requiere, como requisito ineludible, la interposición de una demanda judicial. Sin embargo, el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción, lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario (SSTS 657/1997 de 17 de julio EDJ1997/21574 y 300/2008 de 8 de mayo EDJ2008/56439), e impide a la promotora, la FUNDACION, realizar el pago liberatorio a un tercero, en el presente supuesto, a la Agencia Tributaria, como también destaca la sentencia recurrida EDJ2010/281579.

Del mismo modo que el pago anticipado hecho por el promotor al contratista, con anterioridad a su vencimiento y exigibilidad, puede no ser liberatorio, es susceptible de generar una reclamación de daños y perjuicios, por actitud negligente del dueño de la obra, como después se contemplará.

8º. En caso de concurrencia de varios acreedores por razón de la obra realizada, que pudieran hallarse en la misma situación que el hoy actor, por la existencia de distintos subcontratistas y, atendido que todos ellos tendrían la misma naturaleza en un escenario extraconcursal, "gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad", por aplicación analógica del art. 1927.3º Cc. EDL1889/1

9º. La acción directa del art. 1597 Cc EDL1889/1 es de carácter solidario y autoriza al subcontratista a dirigirla contra el contratista y la promotora, conjunta o aisladamente (SSTS invocadas por la recurrente, de 11 de octubre de 2002 EDJ2002/39385 y 31 de enero de 2005 EDJ2005/6938, y las que allí se citan), lo que, en el caso, ha llevado a cabo la actora contra la FUNDACION, dado que, en el momento de la interposición de la demanda, la CONTRATISTA había sido declarada en concurso de acreedores.

2. Sin embargo, pese al privilegio del contratista que puede accionar contra quien no contrató con él -el dueño de la obra, en la que puso trabajo y materiales- y que la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, lo que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención por el destinatario, como se ha señalado en el apartado 7º anterior, el requerimiento no supone el ejercicio de la acción directa del art. 1597 el Cc (SSTS de 300/2008 de 8 de mayo EDJ2008/56439 y 657/1997 de 17 de julio EDJ1997/21574). Y si bien es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala en supuestos concursales

anteriores a la Ley Concursal EDL2003/29207 de 2003, que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenian "incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1957 CC EDL1889/1 " (por todas, STS 27 de julio de 2000 EDJ2000/32589), hoy ya no se puede mantener, bajo la acutal Ley Concursal EDL2003/29207, la subsistencia de tal privilegio. Lo que era una preferencia más, que convivía con otras muchas, en una situación caótica, hoy ha dejado de tener justificación bajo la regulación concursal actual que ha puesto orden al régimen de prelación de créditos. Por ello, aun concurriendo todos y cada uno de los requisitos de la acción ejercitada por la recurrente en casación, sin embargo, no podemos aceptar que la vigente Ley Concursal EDL2003/29207 impida confirmar, con sus propios argumentos, la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida EDJ2010/281579, como seguidamente se razonará.

TERCERO.- Desestimación del recurso.

1 *Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, acccionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal EDL2003/29207 (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la " par conditio creditorum ", cuya regulación en nuestra Ley Concursal EDL2003/29207 22/ 2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90 y 91) y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio.*

2 *Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC EDL2003/29207 y el de universalidad del artículo 76 LC EDL2003/29207), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 Cc EDL1889/1), quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L.*

Por el primero -art. 49 LC EDL2003/29207 -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC art.90 art.91 art.92).

Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es solidaria, dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación.

Pero pronto habrá que, por el principio de universalidad de la masa activa que consagra el art. 76 LC EDL2003/29207, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.

1 *Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc EDL1889/1), la afectación automática, "ex lege", a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC art.90 art.91, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC EDL2003/29207, según la cual " no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley ".* Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el *artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "... que no esté reconocido en esta Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda num. 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal EDL2003/29207. Dicho precepto supone una cláusula de cierre del sistema de preferencias y privilegios, que están sujetos al principio de tipicidad. Sólo ella, la Ley Concursal EDL2003/29207, sanciona enérgicamente, con carácter de numerus clausus, los privilegios y preferencias, como excepciones a la igualdad de acreedores sometidos a la ley del dividendo.*

2 *Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre EDL2011/222123, que establece que: " Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil EDL1889/1 ".*

s decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.

Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (*artículo 71 LC EDL2003/29207), una vez*

declarado el concurso del contratista.
Bien es cierto, que la propia Ley Concursal EDL2003/29207 establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (*artículos 55 y 90 y siguientes de la LC EDL2003/29207) son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal EDL2003/29207. Fuera de tales supuestos, la vis atractiva del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal EDL2003/29207.*
Por todos los razonamientos precedentes, el motivo se desestima."
-STS 1ª, S 11-12-2013, nº 756/2013, rec. 2356/2011 (Pte: Sastre Papiol, Sebastián). En el mismo sentido el TS desestima el recurso de casación de la entidad demandante y confirma que no procede el pago reclamado, se confirma que no procede la acción de reclamación de cantidad ejercitada ya que la demanda se interpuso con posterioridad a la declaración de concurso de la entidad demandada (FJ 3).
"TERCERO.- Cuestión preliminar: momento a partir del cual se producen los efectos de la declaración de concurso.
Cuestión preliminar que resulta necesario resolver, pese a no tener influencia en la resolución del presente motivo, es la invocación por la sentencia recurrida EDJ2011/370199 del art. 410 LEC EDL2000/77463, respecto del momento a partir del cual deba entenderse producidos los efectos procesales de la litispendencia. La sentencia de la Audiencia Provincial lo fija al momento de la solicitud de Concurso necesario (fundamento de Derecho segundo), invocando como supletoria la norma rituaria antes invocada.
Como acertadamente señala el recurrente no cabe acudir a la LEC EDL2000/77463 como norma supletoria cuando la Ley Concursal EDL2003/29207 hace referencia expresa del momento en que deben entenderse y extenderse los efectos del concurso, que no es otro que el previsto en el art. 21.2, cuando establece: " el auto (de declaración de concurso) producirá sus efectos inmediatos, abrirá la fase común de tramitación del concursoque comprenderá las actuaciones previstas, en los cuatro primeros títulos de esta Ley, y será ejecutivo aunque no sea firme".
Por tanto, el requerimiento extrajudicial del recurrente de 18 de octubre de 2008, recibido por su destinatario el día 22 del mismo mes y año, es anterior al auto de declaración de concurso necesario, que lleva fecha 23 de octubre de 2008.
Sin embargo, esta precisión es irrelevante al supuesto planteado en la presente litis, como examinaremos seguidamente.
CUARTO.- Razones para la desestimación del motivo.
La cuestión planteada en la presente litis ya ha sido resuelta por esta Sala, por medio de la STS núm. 322/2013, de 21 de mayo. Se resolvió en el sentido de que la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el art. 1597 Cc EDL1889/1, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya hecho efectivo antes de la declaración del concurso, y en aquel supuesto, igual que en el presente, se señaló que el requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción (SSTS 657/1997, de 17 de julio y núm. 300/2008, de 8 de mayo), aunque lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario.
Resulta acreditado en los autos que: la actora extrajudicialmente reclamó al dueño de la obra la cantidad de 179.623.-Eur., por escrito de 18 de septiembre de 2008 (recibido el 22 de septiembre); la demanda rectora del presente pleito no se interpone hasta el 2 de julio de 2009, y la declaración de concurso del contratista es de fecha 23 de septiembre de 2008.
Las razones que expusimos en la sentencia núm. 322/2013, de 21 de mayo, son aplicables al presente supuesto:" 1. Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal EDL2003/29207 (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la "par conditio creditorum", cuya regulación en nuestra Ley Concursal EDL2003/29207 22/ 2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90 y 91) y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio.
2. Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC EDL2003/29207 y el de universalidad del artículo 76 LC EDL2003/29207), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 Cc EDL1889/1), quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L.
Por el primero -art. 49 LC EDL2003/29207 -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC art.90 art.91 art.92).
Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es solidaria, dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación.
Pero (deberá advertir) que, por el principio de universalidad de la masa activa que consagra el art. 76 LC EDL2003/29207, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de

contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.

1 *Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 CcEDL1889/1), la afectación automática, "ex lege", a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC art.90 art.91, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC EDL2003/29207, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "...que no esté reconocido en esta Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda num. 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal EDL2003/29207...*

2 *Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre EDL2011/222123, que establece que: "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil EDL1889/1 ".*

Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.

Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (*artículo 71 LC EDL2003/29207), una vez declarado el concurso del contratista.*

Bien es cierto, que la propia Ley Concursal EDL2003/29207 establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (artículos 55y90 y siguientes de la LCEDL2003/29207) son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal EDL2003/29207. Fuera de tales supuestos, la vis atractiva del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal EDL2003/29207.

Por todos los razonamientos precedentes, el motivo se desestima".

En la presente litis la acción directa se ejercitó judicialmente, con fecha muy posterior a la declaración de concurso, por lo que el motivo debe desestimarse.

CUARTO.- Régimen de costas.

Dada la existencia de sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales sobre la materia, anteriores a la Ley 38/2011 EDL2011/222123, y el recurso de casación es anterior a la STS núm. 322/2013, de 21 de mayo, al amparo de lo previsto en el art. 398 en relación con el art. 394 LEC EDL 2000/77463art.394 EDL 2000/77463 art.398 EDL 2000/77463, no procede la imposición de costas ni del presente recurso ni las generadas en las instancias, con pérdida del depósito constituido para recurrir. "

-Y también la Sentencia de esta Audiencia Provincial de Valencia, sec. 8ª, S 31-7-2013, nº 380/2013, rec. 23/2013. Pte: Schuller Ramos, Sandra Silvana, que recoge este mismo criterio y cita la STS 322/2013.

TERCERO.-En el presente caso resultan los siguientes datos:

1º.-En fecha 23-1-2008 El Ayuntamiento de Alzira adjudicó a la mercantil Blaya Betón S.L. la ejecución de obras de ampliación del Cementerio Municipal, mediante subasta por importe de 375.034,89 euros IVA incluido. El contrato se firmó en fecha 27-3-2008, con plazo ejecución 180 días a partir del inicio de las obras. Éstas se iniciaron con el acta de replanteo en fecha 21-4-2008, por lo que debían finalizarse en fecha 21-10-2008. No obstante se concedió una prórroga de dos meses hasta *21-12-2008.* la fianza fue de 15.001,40 euros.

2º.-El Ayuntamiento fue pagando diversas certificaciones respecto a las que los únicos datos que se han aportado son:

a) que la *certificación de obras nº 6 de fecha 6-10-2008* que contenía como unidades de obra ya ejecutadas " *187,00m. Canalización para alumbrado bajo acera... (partida 002006); 843,44 m2 Solera realizada con hormigón HA/25/B/lla con un espesor de 13 cm. reforzada con mallazo... partida 002008;1.852,80m2 Losa horiznontal HA/25/B/20/lla, espesor 13 cm reforzada con falla electrosoldada ME... (partida 005005);487,62m2 Losa horizontal HA/25/B/20/lla, espesor 17 cm reforzada con malla electrosoldada ME... (partida 005006); 88,80m2 Fábrica para revestir, de 11 cm. de espesor, construida según NBE-FL90 y NTE-FFL, con ladrillos huecos de 24x11,5x11 cm., sentados con mortero de cemento... (partida 006001); 1.360,22 m2 fábrica para revestir, de 12 cm. de espesor, construida según NBE-FL)= y NTE-FFL, con ladrillos perforados de 25x11x5,9 cm., sentados con mortero de cemento... (partida 006002);68,00 m. Formación de remate y coronación de la cámara de ventilación de grupo de nichos, mediante frábrica de ladrillo hueco de 11 cm de espesor en los... (partida 006005); 2.011,65m2 Enfoscado sin maestrear fratasado, con mortero de cemento de dosificación M-160a (1:3) en paramento vertical inferior, según NTE-RPE-5 (partida 006006); 88,80 m2 Enfoscado sin maestrear fratasado, con mortero de*

cemento de dosificación M-160a (1:3) en paramento vertical exterior, según NTE-RPE-5 (partida 006007)",
b) que la *certificación de obras nº 4* por importe de 81.701,89 euros fue pagada por el Ayuntamiento en fecha 3-10-2008 (factura C0 34/08) por trasferencia a la cuenta que figuraba en la factura. Sin embargo por escrito con entrada en el Ayuntamiento de fecha 10-7-2009 le fue reclamada por el Banco Popular S.A. al haberla endosado la contratista,
c) que la *certificación nº 9* se le pasó al Ayuntamiento por importe de *78.852,13 euros,* pero el arquitecto técnico municipal la rechazó aceptando en fecha *15-7-2009* tan solo 54.055,02 euros comprensivos de 39.733,20 euros más 14.321,82 por la liquidación de la obra.
3º.-El Ayuntamiento de Alzira recibió las siguientes reclamaciones de subcontratistas:
a) en fecha 9-2 2009 de Mida Marbres por 15.315,31 euros,b) *en fecha 21-4-2009 del Fausto (demandante) de 35.410, 99 euros,*c) en fecha 5-5-2009 de Excavaciones Montañeta 1.138,54 euros.4º.-Ante ello el Ayuntamiento acordó en fecha 20-5-2009 iniciar expediente (360/2007) para resolver el
contrato de fecha 27-3-2008 *"por incumplimiento culpable de la empresa Blaya Betón S.L. de las obligaciones contractuales esenciales, como es la falta de comunicación previa a la Administración de la subcontratación"*
, concediendo a la contratista diez días para alegaciones, y comunicando a los reclamantes subcontratistas el acuerdo. Este expediente caducó al no resolverse en el plazo legal, declarándolo así el Ayuntamiento en acuerdo de fecha 5-5-2010, en el que también acordó iniciar nuevo expediente, con audiencia a la contratista y a los administradores concursales de ella que nada dijeron. Este nuevo expediente se resuelve en fecha 23-6-2010 acordándose la resolución del contrato de ejecución con la contratista Blaya Betón S.L. por incumplimiento culpable de las obligaciones contractuales, como es la falta de comunicación previa de la subcontratación; la incautación de la fianza de 15.001,40 euros; y comunicar a la administración concursal que Blaya Betón S.L. le adeudaba 27.646,87 euros (diferencia entre lo indebidamente cobrado por la certificación nº 4 de 81.701,89 euros y lo debido por el Ayuntamiento 54.055,02 euros segun su certificación nº 9). Este acuerdo se debía notificar a la contratista y a los subcontratistas. En fecha 17-11-2010 ante la falta de recurso en la vía administrativa del acuerdo anterior el Ayuntamiento, se desestimaron las alegaciones del administrador concursal, y se acordó incautar la fianza de 15.001,4 euros y su ingreso en tesorería.
5º.-Por Auto de fecha 15-7-2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia dictado en Procedimiento Concursal abreviado 703/2009 se declaró el concurso de la mercantil Blaya Betón S.L.
6º.-En fecha 16-9-2009 los administradores informan al Ayuntamiento que es deudora de la concursada por 78.852,13 euros, que es el importe de la certificación nº 9 que la mercantil contratista le pasó al Ayuntamiento, y este rechazó fijándola en 54.055,02 euros. El Ayuntamiento les contestó en escrito de 23-9-2009 negando esta deuda y alegando que era la contratista quien le debía 81.701,89 euros, como importe de la factura nº C034/2008 por duplicidad en el cobro.
7º.-El demandante figura en el concurso como acreedor de la contratista por 7.636,58 euros según la relación elaborada por los administradores como créditos no solicitados por el acreedor sino propuestos por la administración con la referencia de fecha de origen 31-3-2009 y vencido.
8º.-En la demanda origen de estas actuaciones presentada en fecha 15-3-2010 el demandante reclama 26.456,23 euros (22.690,71 más IVA) por factura de fecha *21-7-2008* y 8.954,76 euros (8.140,70 mas IVA) por factura de fecha 9-9- 2008 que incluyen IVA al 16%. E igualmente 1.757,94 euros por intereses vencidos.
9º.-La contratista entregó al demandante subcontratista dos pagarés uno de 22.999,80 en fecha 21-7-2008 con vencimiento el 5-11-2008 y otro de 7.312,51 con vencimiento de fecha 11-9-2008 con vencimiento el 20-12-2008, que no fueron satisfechos.
10º.-No se han aportado las certificaciones emitidas por Blaya Betón S.L. al Ayuntamiento, ni tampoco por el demandante el importe de las facturas anteriores a las que reclama que le satisficiese la contratista por la subcontratación.
11º.-El contrato que la contratista principal suscribió con el subcontratista demandante en fecha 21-5-2008 y que el demandante aportó tenía por objeto la realización de lo siguiente *" 88,80 m2 Fábrica para revestir, de 11 cm. De espesor, construida según NBE_FL90 y NTE-FFL, con ladrillos huecos de 24x11,5x11 cm, sentados con mortero de cemento confeccionado en obra M40a (1:6), con juntas de 1 cm. De espesor, aparejados, incluso replanteo, nivelación y aplomado, parte proporcional de enjarjes, mermas y roturas, humedecido de las piezas y limpieza, considerando un 3% de perdidas por roturas y 30% de mermas de mortero, cierre lateral cámara ventilación, por un precio total de 710,40 #.- 1,360,22 m2 Fábrica para revestir, de 12 cm. De espesor, cnstruida según NBE-FL90 y NTE-FFL, con ladrillos perforados de 24x11x509 cm., sentados con mortero de cemento confeccionado en obra M40a (1:6) con juntas de 1 cm de espesor, aparejados, incluso replanteo, nivelación y aplomado, parte proporcional de enjarjes, mermas y roturas, humedecido de las piezas y limpieza, considerando un 3% de perdidas por roturas y un 20% de mermas de mortero,, por un precio total de 20,403,30#.- 1,360,22 m2 Enfoscado sin maestrear fratasado, con mortero de cemento de dosificación M-160a (1:3) en paramento vertical interior, según NTE-RPE-5, por un importe de 4,080,66#.- Enfoscado sin maestrear fratasado, con mortero de cemento de dosificación M-160a (1:3) en parámetro vertical exterior, según NTE-RPE-5, por importe de 266,40#.- 1 Trabajo de oficial, por importe de*
13.00 euros, y 1 trabajo de peón, por importe de 10,00 euros.- TOTAL IMPORTE APROXIMADO: 25,483,76 #". En su desarrollo se emitieron varias facturas, que fueron abonadas (2,3 y 5 según el demandante), pero que reiteramos no se han aportado, por lo que se desconoce el importe efectivo de su subcontrato.
12º.-La obra no está recepcionada.
En el anterior contexto destaca, de nuevo, la falta de aportación por el demandante de las facturas 2,3 y 5,

que según el mismo sí fueron pagas por Blaya Betón S.L. y que hubieran permitido conocer el grado de desarrollo del subcontrato concertado, añadiendo la disparidad de conceptos e importes que resultan entre el documento nº 1 aportado por el demandante y las dos facturas aportadas con sus importes y conceptos, que superan con creces los precios, las cantidades y unidades de obra previstas en el subcontrato. Ello impide conocer con exactitud cual fue el importe realmente percibido por el demandante por el subcontrato celebrado con la mercantil contratista principal. Igualmente destacar la falta de aportación por el Ayuntamiento del presupuesto de ejecución detallado, y de todas las certificaciones emitidas y los documentos de pago, lo que del mismo modo que hemos dicho hubiese permitido conocer el total importe pagado en relación con el importe de la licitación aprobada. Y también cómo el Ayuntamiento no conoció la subcontratación acaecida, no obstante el control por los técnicos municiplaes de la referida obra. Añadir la falta de aportación del presunto pago o reclamación del Banco Popular del importe de la cuarta certificación emitida.

Con estos datos y circusntancias, existe efectivamente constancia que aunque la reclamación previa extrajudicial del demandante como subcontratista se dirigió frente al dueño de la obra, Ayuntamiento de Alzira, en fecha de *21-4-2009, lo indudable es que la demanda origen del presente pleito se interpone en fecha 15-3-2010, cuando ya el concurso había sido declarado previamente por Auto de fecha 15-7-2009.* Ello implica de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta que necesariamente la acción deducida no pueda prosperar, so pena de eludir los principios y fines del procedimiento concursal. Y ello porque la reclamación previa dirigida al Ayuntamiento antes de la declaración de concurso de la contratista principal solo podía imponer al Ayuntamiento la obligación de retener en su caso lo adeudado a la contratista, pero no equipararse al ejercicio judicial de la acción. Tal como dicen las dos sentencias citadas " *la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el art. 1597 Cc, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya hecho efectivo antes de la declaración del concurso,"* y añadiendo que *"el requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción(SSTS 657/1997, de 17 de julio y núm. 300/2008, de 8 de mayo), aunque lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario"*

Así pues estamos en presencia de una acción deducida después de declarado el concurso que no puede prosperar, por lo que la demanda debió ser desestimada, y debe estimarse el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Alzira,": SAP Valencia (Sección 7) 29.01.2014 (Sentencia 35/2014; Rollo 619/2013)

AP Valencia (Sección 8)

"SEGUNDO.-La apelante funda la reclamación en el artículo 1597 del Cc, que dice: " Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación ". La acción que nace del precepto transcrito es una acción directa que tiene el subcontratista contra el dueño de la obra, con quien no contrató, y supone una excepción al principio de la relatividad de los contratos consagrado en el art. 1257 del CC. Tiene su sentido por razones de equidad y de protección al más débil, que pone trabajo o material en obra ajena, en supuestos de dificultad de cobro del contratista.

Alterando el orden elegido por la apelante, analizaremos en primer lugar qué efecto tiene la presentación del mismo crédito aquí reclamado en el concurso de acreedores de la contratista o, en otros términos, la situación concursal del contratista principal, PLODER UICESA, por la relevancia de esta situación en el presente procedimiento.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 21-5-2013, nº 322/2013, rec. 2221/2010, Pte: Sastre Papiol, Sebastián, declarando que "uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, acccionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la " par conditio creditorum ", cuya regulación en nuestra Ley Concursal 22/ 2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90 y 91) y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio.

Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC y el de universalidad del artículo 76 LC, tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 Cc, quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L. Por el primero -art. 49 LC, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC). Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es solidaria, dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación. Pero pronto habrá que, por el principio de universalidad de la masa activa que consagra el art. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas._

Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, "ex lege", a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual " no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley ". Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "... que no esté reconocido en esta Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda num. 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal. Dicho precepto supone una cláusula de cierre del sistema de preferencias y privilegios, que están sujetos al principio de tipicidad. Sólo ella, la Ley Concursal, sanciona enérgicamente, con carácter de numerus clausus, los privilegios y preferencias, como excepciones a la igualdad de acreedores sometidos a la ley del dividendo.
Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: " Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.
Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista".
En consecuencia, en aplicación de los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, tanto la subcontratista como su crédito quedan afectados por la declaración de concurso del contratista, como explica con gran claridad la Sentencia del Tribunal Supremo citada, lo que hace que el ejercicio de la acción directa frente al propietario de la obra que contrató con el concursado que aquí se ventila sea inadmisible.”: SAP Valencia (Sección 8) 31.07.2013 (Sentencia 380/2013; Rollo 23/2013)

AP Vizcaya (Sección 4)

“PRIMERO.-La sentencia de instancia desestima la demanda incidental presentada por Ferlako, S.L., subcontratista de Transportes y Excavaciones Valmar, S.L., declarada en concurso el 9 de junio de 2.011, al amparo del art. 1.597 del Código Civil al solicitar se le entregue el importe total de 58.374,73 euros que varios comitentes o dueños de obra han consignado como precio de las obras contratadas con la Concursada, porque les pertenecen en virtud de requerimientos extracontractuales de 3 de mayo de 2.011, que conllevan una desplazamiento ipso iure al patrimonio del subcontratista, al haberse integrado indebidamente en la masa activa del concurso.
El Magistrado de lo mercantil pone de manifiesto la doctrina jurisprudencial contradictoria sobre el ejercicio de la acción directa en el marco concursal, y la tendencia creciente a no permitir la aplicación de la acción del art. 1.597 del Código Civil, una vez declarado el concurso sin perjuicio de que se haya reclamado (judicial o extrajudicialmente) en momento anterior, y que tiene respaldo en los actuales arts. 50.3 y 51 bis de la LEC, que prevén la suspensión de las acciones directas ejercitadas antes del concurso y el archivo de las planteadas tras su declaración, introducidas por la reforma de la Ley 38/2011, de 11 de octubre de 2.011, y con apoyo en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de febrero de 2.009 y de La Coruña de 18 de marzo de 2.009. Contra la misma se ha interpuesto recurso de apelación por la demandante Ferlako, S.L., alegando que se incurre en una indebida aplicación de la doctrina jurisprudencial y de los principios informadores el ordenamiento jurídico que admite que la acción directa pueda ejercitarse tanto judicial como extrajudicialmente, defendiendo la validez de las reclamaciones extrajudiciales remitidas el 3 de mayo de 2.011 a la propiedad de cada una de las obras subcontratadas a Ferlako, S.L., en el ejercicio de la acción directa; en una indebida fundamentación jurídica, puesto que el art. 51 bis de la LC no es de aplicación al caso examinado al suponer una modificación introducida por al Ley 238/2011, de 10 de octubre, y, en todo caso, el art. 51 Bis de la LC no perjudica la acción directa, sino que evita la consecuencia de resoluciones incompatibles, incoherentes o contradictorias, según la interpretación sistemática de los arts. 56.2 y 55,2 de la LC y 43 de la LEC; en que la insinuación del crédito de Ferlako, S.L., en el concurso y la falta de impugnación del inventario de bienes y derechos de la concursada es acorde con las pretensiones deducidas en este procedimiento; y, por ultimo, invoca la inconsistencia de los argumentos residuales de oposición de Valmar, S.L., y su Administración Concursal.
SEGUNDO.-La discusión planteada es estrictamente jurídica, como se han pronunciado la doctrina jurisprudencial menor (Sentencia de 18 de julio de 2.011 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia y de 14 de noviembre de 2.012 de la Audiencia Provincial Sección 5ª de Zaragoza), y está motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa del artículo 1597 del Código Civil contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y otra la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han

de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva. Cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder, ya que, o se mantiene la eficacia del artículo 1597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso y el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la par conditio creditorum.

Señalemos que la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia de fecha 18 de julio de 2.011, ya se ha pronunciado en el sentido de que:

"Antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal la tesis de la prevalencia del derecho concedido por el artículo 1597 del Código Civil fue reconocida en diversas resoluciones del Tribunal Supremo, como las de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000 y de numerosas Audiencias provinciales (AP de Navarra de 1 de octubre de 2001, AP de Barcelona de 26 de octubre de 2004 o AP de Barcelona Sección 14ª, de 2 de noviembre de 2004 y de 9 de junio de 2005) partiendo del principio de equidad, al proteger a quien pone el trabajo o material, teniendo la norma del artículo 1597 del Código Civil mayor sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista.

Pero frente a dicha tesis se argumentaba, con más razón, en el parecer de la Sala, que admitir lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o de la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso, por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustados alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía del artículo 1597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, esto es, al principio de comunidad de pérdidas.

Pues bien, tras la entrada en vigor de la vigente Ley Concursal de 9 de julio de 2003, en la que se ha optado por proclamar un principio de exclusividad concursal frente a las preferencias extra concursales, de modo que solo por la Ley Concursal es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que le es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que establece el artículo 76, mientras que todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio se integran en la masa pasiva (Artículo 49), estableciendo expresamente el artículo 89,2 de dicha ley que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley ", recogiendo así en la propia ley como excepciones al principio general algunos supuestos, como los buques y aeronaves o los bienes en que se concretan las garantías constituidas a favor de las Sociedades gestoras de valores, quedando claro, en cualquier caso que, según se desprende del contenido de losartículos 49y76 de la Ley Concursal, que lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, fijando así la declaración concursal el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción) y comienzan a vencer los créditos contra la masa quedando todo acreedor integrado en la masa, y a estar a las resultas del proceso concursal, según la clasificación de su crédito..."

En igual sentido se pronuncia la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 21 de julio de 2.011 :

"El artículo 1597 del Código Civil, que constituye una excepción al principio de relatividad contractual, concede, en las relaciones sometidas a precio alzado, a los que ponen su trabajo y materiales, también al que se limita a suministrar materiales, acción directa contra el dueño de la obra por la cantidad que éste adeude al contratista en el momento preciso de la reclamación, y como se indica por el Tribunal Supremo (así en SS de 2 de julio de 1997, 17 de julio de 199, 28 de mayo de 1999 y más reciente de 6 de junio de 2000, entre otras muchas), una correcta interpretación del precepto, adecuándolo a la realidad social de los tiempos presentes, obliga a extender la norma al contratista y también a los subcontratistas anteriores al tercero que ponen su trabajo y materiales, los que cuentan con acción directa frente a todos para reclamar lo que se le debe en relación a su contribución demostrada en la ejecución de la obra de que se trata, pudiendo dirigirse tanto contra el dueño de la obra como contra el contratista o subcontratista anterior, y asimismo frente a todos ellos simultáneamente al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente, y en tal caso la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria.

Y es acción que tiene como límite objetivo la cantidad que el dueño de la obra adeude al contratista en el preciso momento en que se realiza la reclamación (judicial o extrajudicial según SSTS, entre otras, de 30 de enero de 1974, 17 de julio de 1997 y 28 de enero de 1998), siendo que la reclamación es en todo caso un acto recepticio, momento en el que pasaría a inmovilizar el crédito del contratista frente al comitente, de modo que a partir de ese momento cualquier pago realizado por el mismo es ya inoponible al subcontratista….

Como se expone en SAP de Zaragoza de 28 de diciembre de 2010, es tras la entrada en vigor de la Ley Concursal cuando se ha iniciado una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre si el panorama procesal anterior - en que se venía entendiendo de una manera generalizada que la suspensión de pagos no atraía hacia el procedimiento de insolvencia provisional (o definitiva) esa reclamación, ni la misma pasaba a tener incidencia en la misma ya que suponía el ejercicio de un derecho propio, no por delegación del acreedor contractual (STS de 16 de marzo de 1998) - ha cambiado y sobre si ahora, por el contrario, el concurso incide en la acción directa ejercitada con anterioridad y/o con posterioridad al concurso, y sigue siendo inmune a la ejecución colectiva ya que sin ser acción contra el contratista ni directamente contra su patrimonio, tiene transcendencia en el mismo, pues la masa activa se verá mermada por la extinción del crédito de la masa contra el comitente.

La polémica actual es ciertamente intensa, existiendo opiniones doctrinales enfrentadas y pronunciamientos jurisprudenciales de las Audiencias Provinciales contradictorios. Así se sigue rechazando que la declaración de concurso del contratista principal deba interferir en la acción directa del artículo 1597 del Código Civil cuando ya hubiese sido planteada con anterioridad la reclamación del subcontratista contra el comitente, ya que el ejercicio de tal facultad habría supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del subcontratista, así SSAP Granada de 30 de septiembre de 2009 y 21 de mayo de 2010 y AAP Madrid de 6 de mayo de 2010, pero

en los casos de previa declaración del concurso se abre la posibilidad de imponer limitaciones al ejercicio de esa facultad al margen del proceso concursal en AAP Madrid de 19 de mayo de 2010 y AP Granada de 9 de julio de 2010, también en la ya citada SAP de Zaragoza de 28 de diciembre de 2010, lo que se justifica el principio de unidad legal a que aluden la Exposición de Motivos y el artículo 89.2 in fine de la Ley Concursal, adverso al reconocimiento de privilegios no reconocidos en sede de la normativa concursal, además de las previsiones de los artículos 49, 76 y 84.1 de la Ley Concursal; criterio éste que compartimos y en cuya aplicación ha de desestimarse la demanda al no resultar viable la acción aquí deducida ya que no solo la demanda origen de estas actuaciones se ha interpuesto con posterioridad a la declaración de concurso sino también porque atendido el iter de la reclamación extrajudicial efectuada por la subcontratista a la comitente se observa que (documentos nº 56, 57 y 58 de la demanda) la comunicación a tal efecto, fechada a 18 de septiembre de 2008 e impuesta en el servicio de correos el 19 de septiembre, no fue recepcionada por el dueño de la obra hasta el 22 de septiembre de 2008; y si cierto es que el Auto de declaración de concurso necesario (consta al folio 1283 de las actuaciones) se dicta en fecha 23 de septiembre de 2008 ocurre que la solicitud de los acreedores... fue presentada en fecha 19 de septiembre de 2008, habiendo de tomarse en consideración el artículo 410 LEC, norma aplicable en virtud de la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal, de forma que una vez admitida a trámite la solicitud y declarado el concurso, los efectos de la litispendencia en sentido amplio se extienden al momento de la interposición de aquella solicitud, por lo que carece el mero requerimiento tras ella de capacidad para detraer de la masa activa un crédito que ya está inmovilizado por y para el concurso, habiendo la demandante, que ya tiene su crédito reconocido en el proceso concursal, estar sujeta a su universalidad, que proclama el artículo 76 de la Ley Concursal, y a sus resultas. "
En su consecuencia y en base a los mismos razonamientos, desestimando el recurso de apelación interpuesto, debemos confirmar la sentencia de instancia que rechaza la pretensión de la apelante Ferlako, S.L., de ser reintegrada en el importe de 58.374,73 euros de la masa activa del concurso, puesto que, según consta en el propio escrito de apelación, la solicitud de concurso necesario de Valmar se presentó el 6 de mayo de 2.011 <folio 453 de autos>, y los requerimientos extrajudiciales fueron entregados los días 4 y 5 de mayo de 2.011 <doc. nº 1, 6, 11, 16 y 23 de la demanda>, en vísperas de la solicitud de la declaración de concurso, mientras que, aparte que la oposición a las consignaciones efectuadas por los dueños de las obras a partir de verano de 2.011, la interposición de la presente demanda incidental ha acontecido con posterioridad a la declaración el concurso, el 17 de mayo de 2.012.": SAP Vizcaya (Sección 4) 18.04.2013 (Sentencia 219/2013; Rollo 961/2012)

"PRIMERO. - Frente a la sentencia dictada por el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil, que desestima la demanda formulada por Gerpaclin SL contra Biosur Transformación SLU en reclamación de 157.637,36 #, que es el importe del crédito de la actora frente a Montajes Teilan SL por la obra de montaje que realizó por encargo de esta Montajes Teilan SL en régimen de subcontrata en la planta de la demandada Biosur Transformados Metalicos SL, se alza la demandante que postula la revocación de la sentencia de primera instancia y el dictado de otra en su lugar que estime la demanda.
SEGUNDO. -Con carácter previo se considera conveniente, ante la falta de claridad del recurso a la que se hace expresa mención en el escrito de oposición, poner de manifiesto que el relato de hechos y fundamentos de derecho que se contiene en la demanda señalan al ejercicio de acción directa del art. 1597 CC con independencia de la incidencia que pudiera tener la declaración de concurso en la acción directa, es decir, que se pretende que el demandado dueño de la obra abone a la actora el importe del crédito que detentaba la actora frente a Montajes Teilan SL en todo caso, aunque su débito se hubiera integrado en el activo de la concursada. Así, al folio 26 se dice "la acción directa que ejercitamos es ajena al devenir del concurso dado que no tiene trascendencia patrimonial para la concursada. La reclamación efectuada por la representación de Gerbaclim SL se limita a solicitar que el pago realizado por Biosur Transformación SLU a la concursada con posterioridad a la reclamación extrajudicial sea abonado a mi mandante. La demandada () deberá pagar a mi mandante sin detraer cantidad alguna de la masa del concurso, esto es, deberá abonar a mi mandante su crédito frente a Montajes Teilan SL subrogándose posteriormente en el crédito que mi mandante ostenta contra la concursada en los mismos términos que esta. Las cantidades que fueron abonadas a la concursada con posterioridad a la reclamación extrajudicial no debieron haberse abonado y dado que la contratista."
TERCERO. - Con relación al ejercicio de la acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra en los supuestos de concurso del contratista principal, en nuestro Auto 27 de diciembre de 2013, RA 510/13, FD Tercero, se dice:
"La doctrina jurisprudencial dictada con las Leyes de Suspensión de Pagos y de Quiebra mantenía que la situación concursal en que pudiera encontrarse el contratista principal no tenía incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventilaba la acción del artículo 1.597 CC. Sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley Concursal de 2003 es difícil mantener la prevalencia de la acción directa frente a los demás acreedores del contratista, que únicamente cabría en el supuesto de que la acción hubiera sido ya ejercitada en el momento de la declaración del concurso ()
La reciente STS 21 de mayo de 2013, (), dice: "...pese al privilegio del contratista que puede accionar contra quien no contrató con él -el dueño de la obra, en la que puso trabajo y materiales- y que la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, lo que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención por el destinatario, ()el requerimiento no supone el ejercicio de la acción directa del art. 1597 el CC (SSTS de 300/2008 de 8 de mayo 657/1997 de 17 de julio). Y si bien es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003, que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenían "incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1957 CC " (por todas, STS 27 de julio de 2000), hoy ya no se puede mantener, bajo la actual Ley Concursal, la subsistencia de tal privilegio. Lo que era una preferencia más, que convivía con otras muchas, en una situación caótica, hoy ha dejado de tener

justificación bajo la regulación concursal actual que ha puesto orden al régimen de prelación de créditos. Por ello, aun concurriendo todos y cada uno de los requisitos de la acción ejercitada por la recurrente en casación, sin embargo, no podemos aceptar que la vigente Ley Concursal impida confirmar, con sus propios argumentos, la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida (confirma la de primera instancia que desestima la demanda en la que se ejercita acción directa hasta el límite del saldo pendiente de pago de la comitente a la contratista), como seguidamente se razonará.
Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos (...).
Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC y el de universalidad del artículo 76 LC), tanto el acreedor () como su crédito (...) quedan afectados por la declaración de concurso (...). Por el primero - art. 49 LC -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC)(), por el principio de universalidad de la masa activa que consagra el art. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.
Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art.1911 Cc), la afectación automática, ex lege, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley".()
Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".

La sentencia concluye "el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio".
En la misma línea, la ulterior sentencia 25 de febrero de 2014 declara "en la actualidad es jurisprudencia que, incluso bajo la Ley Concursal anterior a la reforma de la Ley 38/2011, la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el art. 1597 CC, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya ejercitado antes de la declaración del concurso (Sentencias 322/2013, de 21 de mayo, y 756/2013, de 11 de diciembre)".
Por tanto, una vez declarado el concurso de la contratista principal la acción directa de la subcontratista contra el dueño de la obra cede a la especialidad concursal de manera que Montajes Teilan SL el crédito de la concursada, contratista principal, frente a Biosur Transformados SL, dueña de la obra, quedará integrado en la masa activa y Gerpaclin, acreedora de Montajes Teilan, se integra en la masa pasiva, no siendo posible el ejercicio de la acción directa.
CUARTO. - La acción directa regulada en el art. 1597 CC, es, al decir de la STS 21 de mayo de 2013, antes citada, una acción directa que tiene el subcontratista contra el dueño de la obra, con quien no contrató, y supone una excepción al principio de la relatividad de los contratos consagrado en el art. 1256 Cc. Tiene su sentido por razones de equidad y de protección al más débil, que pone trabajo o material en obra ajena, en supuestos de dificultad de cobro del contratista en la que se dan, entre otras, las siguientes características () 1º. Que el precio pactado en el contrato de obra entre el promotor y el contratista fuera por un tanto alzado. 2º. Ostenta dicha acción directa cualquier persona física o jurídica que esté vinculada con el contratista por una relación laboral o de prestación de servicios, en calidad de contratista, y la actora, como subcontratista. 3º Es necesaria la existencia de un crédito del subcontratista frente al contratista y de otro de éste frente al promotor, y ambos créditos deben surgir en relación a la misma obra, lo que ha sido indiscutido 4º Los créditos a que se refieren el apartado 3º anterior deben estar vencidos y ser exigibles para que el subcontratista pueda cobrar directamente del Promotor.
Como se ha señalado, en caso de concurso el crédito del contratista principal frente a la dueño de la obra se integra en la masa activa. Por tanto el contratista ya no ostenta crédito frente al dueño de la obra, por lo que no es posible el ejercicio de la acción directa del subcontratista frente al dueño al no concurrir los requisitos del art. 1597 CC.": SAP Vizcaya (Sección 4) 01.04.2015 (Sentencia 217/2015; Rollo 13/2015)

AP Zaragoza (Sección 4)

"TERCERO.- Sobre la acción directa había planeado una intensa polémica entre las Audiencias Provinciales sobre la incidencia que tenía en la acción directa la declaración del concurso del contratista principal, en la que se había llegado a dar un trato diferenciado a la acción ejercitada ex-ante el concurso aunque fuera un ejercicio extrajudicial de la ejercitada ya declarado el concurso. Recientes cambios legislativos y jurisprudenciales han puesto fin a la polémica. Por un lado la incorporación del art. 51.bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre

(BOE 11.10.2011), que establece que "declarado el concurso y hasta su conclusión quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieron su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".
Su disposición transitoria primera dispuso que la aplicación de la reforma lo sería "a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor" con alguna excepción pero entre las que no se contenía el art. 51.bis.
CUARTO.- Pero con esa reforma legal el legislador estaba anticipando un criterio de sometimiento del crédito del subcontratista al concurso. Criterio que es acogido como regla general en la jurisprudencia del TS con relación a la acción directa ejercitada aun con anterioridad a la declaración del concurso y por tanto al margen de la aplicación en el tiempo de esa modificación legal y en este sentido la STS de 21.05.2013 (recurso 2221/2010) afrontará las características de la acción directa y el diferente tratamiento que tenía la misma antes y después de la Ley Concursal, pues ahora, lo mismo es que la acción se ejercite antes que después de la declaración del concurso, queda sometida a la suerte de la misma: "es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación autonómica, ex lege, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en este Ley".
Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: "declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".
Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.
Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hechoefectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito, aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista".": SAP Zaragoza (Sección 4) 20.12.2013 (Sentencia 482/2013; Rollo 352/2013)

AP Zaragoza (Sección 5)

“PRIMERO.-No existiendo auténtica controversia en los hechos básicos, la discusión planteada es estrictamente jurídica, una discusión técnica motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa del artículo 1597 del Código Civil contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal, que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva. Cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder, ya que, o se mantiene la eficacia del artículo 1597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso y el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la par conditio creditorum. Si la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc.) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC, la acción que se ejercita está destinada al fracaso cuando hay declaración de concurso.
1) Por una lado están los que defienden que el artículo 1597 del Código Civil no es más que una versión especial para los supuestos de contratos de obra, y hoy en general para los contratos de suministro, de la acción subrogatoria general del artículo 1111 del Código Civil. Para este sector doctrinal la función del artículo 1597 del Código Civil es clarificar el límite de la acción subrogatoria de los subcontratistas en los supuestos de relaciones de contratos de obra limitándola a supuestos en los que la obra se hubiera contratado a precio alzado y por el importe de la cantidad que el comitente adeude al contratista en el momento en el que el subcontratista realice la reclamación al comitente.
Para el segundo sector doctrinal, el artículo 1597 del Código Civil contiene una acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra. Por tanto esta acción sería una excepción a la acción subrogatoria en tanto que el subcontratista no tendría que hacer exclusión de los bienes de su deudor (el contratista) para dirigirse contra el dueño de la obra. El artículo 1597 del Código Civil sería una acción directa que tendría su origen en la ley frente a la acción subrogatoria del 1111 CC que sería una acción indirecta.
Según qué posición doctrinal se defienda, la acción del 1.597 CC estará o no a salvo de los avatares concursales. Siguiendo la primera de las posturas doctrinales expuestas, en caso de concurso del contratista, las cantidades obtenidas por el ejercicio de esta acción (subrogatoria para ellos) deben ser integradas en la masa activa del concurso.

Por el contrario, de defender la segunda de las posturas doctrinales los subcontratistas tendrían un crédito directo contra el comitente (es esto consiste la acción directa) que lógicamente no debe ni puede integrarse en la masa del concurso del contratista porque no es un activo de la masa sino de un tercero (los subcontratistas).
En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil, RJ 1989/3678).
Según la mejor doctrina, al comentar la referida Sentencia del Tribunal Supremo: "No se olvide que mediante la acción directa, a diferencia de la acción subrogatoria, el actor no está ejercitando por sustitución el crédito de su deudor, sino un crédito propio". La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1994 (Civil RJ 1994/7479) que es citada por la de 11 de octubre de 2002 también sigue este planteamiento.
La LC de 2003 no ha cambiado el escenario antes descrito dado que no ha tomado partido por ninguna de las dos posturas doctrinales descritas, por lo que en buena lógica habrá que seguir defendiendo con la doctrina mayoritaria que la acción del artículo 1597 del Código Civil es directa y no queda afectada por la declaración de concurso del contratista pudiendo el subcontratista cobrar directamente del contratista su crédito. La jurisprudencia concursal ha determinado que "la acción directa no es un privilegio del crédito, sino que opera en un supuesto muy especial -las obras por ajuste o a precio alzado- en beneficio de quienes han contribuido a su realidad, de modo que su trabajo o los materiales se han incorporado definitivamente a otro patrimonio, sin recibir la debida contraprestación, y por eso, es un reflejo del principio que impide el enriquecimiento injusto, lo que aleja toda idea de privilegio.
La Ley Concursal de 2003 "obliga a todo acreedor a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita". Siendo uno de sus objetivos centrales, según la propia Exposición de Motivos de la Ley, "el de rescatar el principio de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso". Objetivo que viene a erigirse de forma incontestable, de tal suerte que dispone el artículo 89, 2 de la Ley Concursal que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". "a raíz de la entrada en vigor de la Ley Concursal, se sigue rechazando, de forma mayoritaria (verbigracia, sentencia de la sección 15ª de la AP de Barcelona de 2 de marzo de 2006, sentencias de la sección 3ª de la AP de Granada de 30 septiembre de 2009 y de 21 e mayo de 2010 y auto de la sección 18ª de la AP de Madrid de 6 de mayo de 2010) que la declaración de concurso del contratista principal deba interferir en la citada acción directa cuando ya hubiese sido planteada con anterioridad la reclamación del subcontratista contra el comitente, pues el ejercicio de tal facultad habría supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del subcontratista". Lo que, sensu contrario, lleva aparejado de forma indefectible la aceptación de que la declaración de concurso deba interferir en la reclamación del subcontratista en caso de ocurrir ésta -la declaración de concurso- en momento previo a que tenga lugar la reclamación ex artículo 1597 del Código Civil.
El Auto de 19 de mayo de 2010 de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid lo refleja señalando que "en el presente caso, al estar declarado el concurso de acreedores en fecha 16 de marzo de 2009, esto es, antes de que se ejercitara la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en fecha 23 de marzo de 2009 las conclusiones son muy diferentes. (...) pues en estos casos en que la acción del artículo 1597 del C.C. se ejercita después de la declaración del concurso, (...) cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita". Estando en situación de concurso el contratista, su acreedor debe integrarse en la masa pasiva y quedar a resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito; sin que la Ley Concursal excluya el que ostenta el subcontratista contra el contratista en la ejecución de obra y suministro de materiales. La acción directa de este tipo intenta evitar que se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003. Y concluye la mencionada sentencia que por ello, "la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Como quiera que la acción directa del artículo 1597 del Código Civil se encuentra al margen del concurso, la Ley Concursal no la contempla, y una vez declarada tal situación, no puede ser de aplicación aquel precepto aun cuando se hubiese ejercitado antes por vía extrajudicial, desde el momento en que no fue aceptado por el dueño de la obra, debiendo pues la aquí recurrente integrarse en la masa pasiva y sujeta a las exigencias de la par conditio creditorum según la clasificación de su crédito. Atendiendo al espíritu de la Ley Concursal, en primer lugar en su Exposición de Motivos claramente expone que el principio igualitario de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general, que únicamente quiebre en casos muy excepcionales previstos por Ley, y en segundo lugar, otro principio consagrado, a través de este cuerpo legal, es la unidad de procedimiento y el principio de universalidad, constituyendo la masa activa del concurso, los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor, a la fecha de la declaración del concurso La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley 22/2003, Concursal, ofrece solución, de principio, a esta problemática suscitada, cuyo artículo 39 reza "Se añaden dos nuevos apartados 2 y 3 en el artículo 50, y el actual apartado 2 pasa a ser el 4: "... 3. Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo". En definitiva, estando en situación de concurso el contratista, su acreedor debe integrarse en la masa pasiva y quedar a resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito; sin que la Ley Concursal excluya el que ostenta el subcontratista contra el contratista en la ejecución de obra y suministro de materiales. La Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de junio de 2010 señala en su FJ Tercero que "...Este criterio es matizado por algún autor, pues si bien es clara la normativa cuando afirma que el patrimonio

del deudor queda afectado en su totalidad por la declaración del concurso (art. 76 LC), no obstante la acción directa puede desplegar sus efectos sustantivos con independencia de la existencia del procedimiento concursal, pero no con independencia de los requisitos formales que ello provoca. Esto es, el subcontratista debe quedar sometido a las normas del procedimiento derivadas de la declaración del concurso, siendo uno más de los acreedores, a la par que el comitente sería llamado al concurso como deudor del concursado"; en el mismo sentido, Sentencia de la misma Sección de 28 de diciembre de 2010, al argumentar que: "A criterio de esta Sala hay que distinguir según el momento del ejercicio de la acción, sin que sea necesario que se trate de un ejercicio judicial, atendiendo a si se ha hecho antes o después de la declaración del concurso, y en este sentido la Sala considera que el ejercicio de la acción directa frente al comitente cuando el contratista está declarado en concurso ya no puede quedar sustraída al procedimiento universal dado que incide en la masa activa, al minorar la misma con el crédito que la misma ostentaría frente al comitente, a la par que alteraría la masa pasiva al desaparecer del pasivo el subcontratista en la medida en la que el mismo pudiera obtener la satisfacción de su crédito. Y esa incidencia casa mal con un proceso universal en el que se instaura una, en principio, intangibilidad de las masas, con una integración ex - iure de todos los acreedores en la masa pasiva (art. 49 LC).Por mucho que el subcontratista ejercite una acción directa, configurada como un derecho propio y no por subrogación, no por ello deja de tener una alteración en el concurso de su obligado contractual. Incidencia que, se repite, para el supuesto de ejercicio, como es el caso, ex - post del concurso, obliga al subcontratista a someter en el mismo su singular derecho para satisfacerse con cargo al específico crédito frente al comitente". Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Atendiendo a tales precedentes y argumentos procede la desestimación de la demanda formulada, pues presentada la demanda, debe verse afectado su ejercicio por la declaración concursal anterior, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda a los créditos de los demandantes, que quedarán sujetos a la universalidad del proceso concursal y al principio de conservación del patrimonio de la concursada, al igual que el crédito de la concursada frente a la dueña de la obra, en tanto no se ha producido ningún desplazamiento patrimonial de dicho crédito con carácter previo a la declaración concursal.": SAP Zaragoza (Sección 5) 14.11.2012 (Sentencia 580/2012; Rollo 527/2012)

0.1.2 Procedencia si se ha instado (incluso extrajudicialmente) antes de la declaración de concurso, pero no en caso contrario

AP Avila

"TERCERO.-En segundo lugar, la defensa de la recurrente invoca la excepción de falta de competencia objetiva, ya que en auto de fecha 15 de Abril de 2009 fue declarada la mercantil Ekena Iberica
S.A en el procedimiento 497/09, en concurso necesario ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.
Considera la recurrente que todos los acreedores de la citada deudora se integran en la masa pasiva del concursado, y todos sus bienes y derechos en su masa activa, no siendo aplicable el art. 1597 del C.Civil, una vez declarado el concurso, no siendo las entidades apeladas (Hormigones Adaja S.A y Construcción Normalizadas S.A) entidades con privilegio respecto a los restantes acreedores, teniendo que observarse el principio de igualdad de trato entre ellos (arts. 49, 76 y 89.2 de la Ley Concursal).
El motivo del recurso se tiene que rechazar igualmente, pues la competencia del Juez del concurso viene determinada en los arts. 8, 9 y 10 de la Ley 22/2003 de 29 de Julio, Concursal, y, en ningún caso se encuentra la cuestión planteada en este procedimiento, en la que se discute si la mercantil Reydeba S.L (no concursada) es deudora de las mercantiles demandantes de primer grado Hormigones Adaja S.A y Construcciones Normalizadas S.A, lo cual es un cuestión previa.
El que la mercantil Ekena Iberica S.L es deudora de las aquí apeladas no ha sido discutido por esta entidad, que se ha mantenido, en este procedimiento, en situación procesal de rebeldía (vid providencia de fecha 1 de Abril de 2009, en relación al art. 496.1 y 497, ambas de la LEC), habiendo demostrado las actoras la existencia de crédito.
Lo discutible es si es aplicable el art. 1597 del C.Civil frente a Reydeba, S.L que fue la promotora de la construcción donde se empleó la mercancía servida por las apeladas.
Por todo ello, la excepción opuesta de falta de competencia objetiva del Juzgado "a quo" se rechaza. ":AAP Avila 03.11.2010 (Auto 259/2010; Rollo 292/2010)

AP Baleares (sección 5)

"PRIMERO.-Hechos probados reconocidos por ambas partes, básicamente en atención a la prueba documental presentada:
A) La entidad ahora codemandada, Endesa Distribución Eléctrica SLU, encargó a la entidad también codemandada, Proyectos Sic Baleares SL, la construcción de una fase de su edificio de oficinas sito en la Calle Sant Joan de Deu nº 1 del Coll den Rebassa (Palma). En dicha obra intervino la demandante RCO 21 SL como subcontratada por Proyectos Sic Baleares SL, realizando obras de fontanería, electricidad, gas, climatización y contraincendios.
B) Una vez concluida la obra, la entidad RCO 21 SL alega que la contratista - Proyectos Sic Baleares SL- le adeuda la suma de 554.913,69 euros.
C) El día 26.01.2.010 la entidad RCO 21 SL remite un burofax a Endesa Distribución Eléctrica SLU en el que le indica que ejercita contra la misma una acción del artículo 1.597 del CCi, "lo que implica su responsabilidad

directa y solidaria, en pago de la deuda hasta el importe que debe a Proyectos Sic Baleares SL" e indica que se le adeuda la suma antes citada.
D) Dicho burofax es contestado por Endesa en escrito, que lleva fecha de 29.01.2.010, en el que le comunica que los trabajos concluyeron el 31.07.2.009 procediéndose a liquidar las obras y efectuados pagos mediante transferencias bancarias, y quedan pendientes de pago 59.089,74 euros, "que están retenidos por esta compañía en concepto de garantía de obra, retención que, a la vista de su comunicación, mantendremos sin perjuicio de que, en su caso, deba aplicarse a la garantía como consecuencia de defectos existentes en la construcción".
E) El día 2.02.2.010, la entidad RCO 21 SL remite nuevo burofax a Endesa en el que le solicita aclaración sobre la anterior comunicación en cuanto a la cantidad y le reitera su obligación de pago a RCO, y no a Sic, al haberse ejercitado la acción directa del artículo 1.597 CCi en su contra por vía extrajudicial. Se le contesta por escrito de 5.02 siguiente, en el sentido de que tiene retenida la aludida suma en concepto de garantía de la obra. Es reconocido, asimismo, que en fecha 9.03.2.010 RCO 21 SL y Proyectos Sic Baleares SL remitieron una carta conjunta a Endesa en la que le solicitaban que la indicada suma fuese abonada a RCO 21 SL.
F) La entidad codemandada Endesa, en fecha que no consta, recibió un oficio del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de esta Ciudad, que lleva fecha de 5.03.2.010, dictado en procedimiento cambiario seguido a instancias de la entidad Matías Arrom Bibiloni SL contra Proyectos Sic Baleares SL, en el que se le comunicaba que había decretado embargo sobre el crédito que esta última entidad tiene frente a Proyectos Sic, hasta cubrir una suma de 115.970,24 euros de principal, más otra suma por intereses y costas, y le requiere para que al vencimiento de dicho crédito lo ingrese en la cuenta de depósitos y consignaciones de dicho Juzgado, con la advertencia del contenido del artículo 1.165 del CCi, que establece "No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habérsele ordenado judicialmente la retención de la deuda".
G) El día 28.01.2.011, la entidad Endesa consignó en dicha cuenta del aludido Juzgado la suma de 59.089,74 euros. No consta que dicha codemandada comunicase a la entidad ahora demandante la realización de esta consignación
H) La entidad Proyectos Sic Baleares fue declarada en concurso en auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta Ciudad de 21.02.2.011.
I) La presente demanda fue presentada el día 20.12.2.010, siendo emplazada la entidad Endesa el día 24.02.2.011.
SEGUNDO.-En la presente demanda, la entidad RCO 21 SL ejercita una acción fundada en el artículo 1.597 CCi, contra las entidades promotora y contratista de la indicada obra, respectivamente, Endesa Distribución Eléctrica SLU y Proyectos Sic Baleares, en reclamación de un principal de 59.089 euros, por cuanto ha ejercitado extrajudicialmente dicha acción, y, por ello, Endesa deviene en responsable solidaria del contratista hasta la suma que le adeuda en la aludida fecha.
La entidad concursada Proyectos Sic SL se allana a la demanda y alcanza una transacción con la entidad actora aprobada por el Juzgado de lo Mercantil y posteriormente por el Juzgador de instancia.
La entidad codemandada Endesa Distribución Eléctrica SLU, dice que no adeuda nada porque ha cumplido con lo ordenado por el Juzgado de Primera Instancia al declarar embargada dicha suma con la advertencia de invalidez del pago a otra persona o entidad por aplicación del artículo 1.165 del CCi.
La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda, y tras referir que la declaración posterior en concurso de la entidad contratista no afecta a la presente reclamación, aplicando la normativa vigente cuando se produjo la reclamación extrajudicial (la nueva entra en vigor el día 1.01.2.012), considera que se ha ejercitado la acción ex artículo 1.597 del CCi por vía extrajudicial con cita de abundante doctrina jurisprudencial; que el efecto del ejercicio de esta acción es la "congelación" del crédito de modo que el pago posterior debe hacerse al subcontratista y no al contratista; que el hecho de que en la fecha del requerimiento el crédito no estuviere vencido no resta eficacia a la intimación, lo que indica la requerida al manifestar que mantendrá la intimación; y que la entidad demandada no pudo quedar liberada de la aludida deuda por la actora por la entrega efectuada al Juzgado en virtud del embargo.
Dicha resolución es apelada por la representación de Endesa Distribución Eléctrica SLU, en petición de nueva sentencia absolutoria, y como argumentos más relevantes, refiere que ningún pago se ha realizado a Proyectos Sic Baleares SL después del requerimiento de la actora; recuerda las advertencias del Juzgado fundadas en el artículo 1.165 del CCi; que la entidad Proyectos Sic SL debió manifestar al Juzgado de Primera Instancia nº 2 la existencia de esta pretensión; que la codemandada debía cumplir con lo ordenado por el Juzgado, y de haber realizado el pago a la ahora demandante el mismo carecería de validez tras el requerimiento del Juzgado, y tras el mismo, la entidad contratista queda liberada de realizar el pago; el cual perjudicaría al acreedor cambiario; que si no es válido el pago después de la retención judicial de la deuda, menos válido sería el pago hecho a un tercero; y que el pago efectuado en cumplimiento de la orden judicial produce efectos liberatorios; que si hubieran pagado a la ahora demandante habrían vulnerado un precepto prohibitivo del Código Civil y éste no habría sido válido; la orden judicial está para cumplirse y se habría perjudicado a un tercero (el acreedor cambiario); se produce un enriquecimiento injusto a favor de Proyectos Sic SL, por cuanto se ha liberado de dos deudas con un solo pago; y la ausencia de buena fe en la entidad Proyectos Sic SL, entidad que sabía la existencia del cambiario, y les indicó en marzo de 2.010 que pagasen a RCO 21 SL.
Las representaciones de las entidades apeladas solicitan la confirmación de la sentencia recurrida. Se alega que, a partir del requerimiento de 26.01.2.010 la entidad titular del crédito que inicialmente ostentaba Proyectos Sic Baleares SL frente a Endesa pasó a ser la entidad actora, y se produjo un desplazamiento del crédito; que la codemandada no debería haber consignado en el Juzgado la indicada suma, un pago a Matías Arrom SL, sino que debió comunicar que no había ningún crédito por cuanto ya dejó de ser acreedora de dicha entidad, y el crédito ya lo ostentaba RCO 21 SL y no Proyectos Sic SL.
TERCERO.-En cuanto a la naturaleza jurídica de esta acción ex artículo 1.597 del CCi, en la sentencia de esta

Sala de 16 de noviembre de 2.011, relativa a una controversia sobre la repercusión de una declaración de concurso en la acción que nos ocupa, pero en razonamientos igualmente aplicables al supuesto enjuiciado, se indica que " *existen dos enfoques doctrinales a la hora de abordar la naturaleza jurídica del art. 1.597 CC que pueden describirse resumidamente como sigue:*
1) Por una lado están los que defienden que el art. 1.597 no es más que una versión especial para los supuestos de contratos de obra, y hoy en general para los contratos de suministro, de la acción subrogatoria general del art. 1111 CC. Para este sector doctrinal la función del art. 1.597 CC es clarificar el límite de la acción subrogatoria de los subcontratistas en los supuestos de relaciones de contratos de obra limitándola a supuestos en los que la obra se hubiera contratado a precio alzado y por el importe de la cantidad que el comitente adeude al contratista en el momento en el que el subcontratista realice la reclamación al comitente.
2) Para el segundo sector doctrinal, el art. 1.597 CC 1 contiene una acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra. Por tanto esta acción sería una excepción a la acción subrogatoria en tanto que el subcontratista no tendría que hacer exclusión de los bienes de su deudor (el contratista) para dirigirse contra el dueño de la obra. El art. 1.597 CC sería una acción directa que tendría su origen en la ley frente a la acción subrogatoria del 1111 CC que sería una acción indirecta.".
La jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue esta segunda opción, y así:
A) En la STS de 2 y 17 de julio de 1.997 se indica que *""el art. 1597 del C.c prevé un caso de acción directa de los que ponen su trabajo y materiales en una obra, objeto de contrato de obra por precio alzado, frente al comitente o dueño de la obra, hasta la cantidad que éste deba al contratista; por tanto, habiendo una relación jurídica entre el dueño de la obra y el contratista, y otra distinta ente éste y "los que ponen su trabajo y materiales", según dicción de dicho art. 1597, se les concede a éstos acción directa contra el primero, constituyendo una excepción al principio de relatividad del contrato que proclama el art. 1257 del C.c; así lo expresa la S. de 29 de octubre de 1987; la acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito.....; el fundamento en razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general que deriva del principio de que "el deudor de mi deudor es también deudor mío", etc.; el carácter solidario recogido en las SS citadas; la necesidad en muchos casos de tener que invertir la carga de la prueba, por no poder acreditar el que reclama, quien ejercitada la acción directa, lo que se deben entre sí propietario de la obra y contratista o entre este y subcontatista, cuando son estos quienes tienen la prueba a su disposición.*
B)En la STS de 8 de mayo de 2.008, se dice que " *En general, la doctrina científica considera que el artículo 1597 del Código Civil reconoce una acción directa "a los que ponen su trabajo y materiales" para exigir del dueño de la obra el pago de los créditos que tienen contra el contratista, sin que se trate de una acción subrogatoria (artículo 1111 del Código Civil), pues el titular de esta acción no ejercita el derecho del contratista en sustitución de éste, sino que hace valer su propio crédito. Por otra parte, las doctrinas científica y jurisprudencial incluyen a los subcontratistas entre los legitimados activamente para el ejercicio de esta acción; sobre este particular esta Sala tiene declarado, en sentencia de 19 de abril de 2004, que "el artículo 1597 otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra y no se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de relatividad de los contratos proclamado por el artículo 1257 del Código Civil (STS de 29 de octubre de 1987, 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 22 de diciembre de 1992, 15 de mayo de 1994 y 2 de julio de 1997), y opera dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista (STS de 16 de marzo de 1996)".*
Otro aspecto relevante en la cuestión, no puesto en duda por la recurrente es la validez del requerimiento extrajudicial, en este caso, por medio de burofax, siendo reconocido por ambas partes su recepción por la destinataria y su contestación en la que se comprometía a abonar el importe ahora reclamado si transcurrido el plazo de garantía no se apreciasen defectos. Tal como acertadamente se indica en la sentencia recurrida, tal posibilidad es admitida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, y en la ya indicada sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 2.007, se indica que " *El ejercicio de la acción directa cabe, en opinión mayoritaria, por comunicación extrajudicial fehaciente en que se requiera de pago al dueño de la obra, al no haber nada regulado en contra.*
Pues lo característico de esta acción directa, por contraste con la subrogatoria radica, pues, en:
1) La ausencia de subsidiariedad, esto es, lo prescindible de reclamar previamente al contratista.
2) El carácter de ejercicio iure propio del crédito de su titular frente al comitente, deudor de su deudor, sin sustituir a este último.
Obviamente, lo que concita el problema que abordamos del concurso del deudor contratista arranca en que el titular de la acción del art. 1.597 CC no ejerce un derecho del contratista, con una legitimación activa por sustitución, sino que hace valer su propio crédito. Pero el art. 1.597 CC consagra una acción directa en sentido estricto, puesto que, aunque los contratantes no lo hubieran previsto, dota a determinado acreedor del contratista de una fórmula de satisfacción procediendo contra el dueño de la obra, en ejercicio del propio crédito y no en ejercicio del crédito del contratista, la cual nace de la decisión de la Ley, por motivos axiológicos del crédito. El titular de la acción directa cuenta con un medio "ex lege" de cobro ejecutivo de su propio crédito, no un medio preventivo o cautelar como la acción subrogatoria, "sobreponiéndose" a la acción del contratista, por el que todo cuanto cobra del dueño de la obra le llegará sin pasar previamente por el patrimonio del contratista. Desde el punto de vista procesal, el acreedor subcontratado ejercita legitimación activa ordinaria directa frente a su subdeudor; el comitente, y no una legitimación extraordinaria por sustitución, puesto que afirma la titularidad de un derecho de crédito frente al demandado como le autoriza la Ley, y no un derecho ajeno en nombre propio.
Por último, tal como acertadamente se señala en la sentencia recurrida, es irrelevante el hecho de que se trate de retenciones pactadas en garantía de posibles defectos, puesto que, a pesar de que se trate de una cantidad sujeta a una condición suspensiva, cual es la inexistencia de defectos que puedan apreciarse en un determinado período de tiempo, se dice que un año, consideramos que tales retenciones en garantía de la

ejecución de obra integran el crédito reclamado, más cuando no han aparecido estos defectos, y ya había transcurrido el plazo de garantía cuando la suma fue ingresada en la cuenta de consignaciones del Juzgado de Primera Instancia nº 2 a favor de otro acreedor. Compartimos el criterio seguido en la alegada SAP de Madrid, Sec 14 de 21.10.2.010.

CUARTO.-En el recurso de apelación no se pone en duda la naturaleza jurídica de la acción que nos ocupa, ni la solidaridad que conlleva, ni que la misma pueda ejercitarse de modo extrajudicial, sino que se opone el cumplimiento de una orden de embargo del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Palma, y los efectos del artículo 1.156 del CC si se hubiere realizado el pago al ahora demandante, con lo cual parece contraponer los efectos de la acción ex artículo 1.597 del CCi a los derivados del artículo 1.165 del CCi, de modo que sostiene que este último, de algún modo, dejaría sin efecto las consecuencias del primero.

Sobre el particular, debemos reseñar que, ciertamente, se produce una situación compleja, cual es que, la entidad ahora recurrente, por una parte conoce que se ha ejercitado una acción del artículo 1.597 del CCi por medio de dos burofaxes con las consecuencias antes citadas de responsabilidad de la entidad Endesa por aplicación de la solidaridad derivada del ejercicio de dicha acción directa, que le convierte en deudora de la entidad actora de modo solidario con la contratista, pero limitado a la suma que le adeuda; y de otra parte, es requerido por el Juzgado de Primera Instancia a instancias de otro acreedor para consignar la suma adeudada a la contratista, bajo apercibimiento de que si realiza el pago de modo distinto no será válido por aplicación del artículo 1.165 del CC.

Quizás lo más razonable ante esta oposición de dos acreedores que pretenden cobrar una misma deuda sería la consignación de la misma, con notificación a ambos acreedores para que entre ellos se discuta cual de los dos tiene preferencia para su cobro. No obstante, la ahora recurrente ha optado por abonar el importe de la deuda en el juicio cambiario y olvidar la obligación solidaria con la contratista que contrajo al ejercitar la entidad RCO 21 SL la acción del artículo 1.597 del CCi por vía extrajudicial.

Ante dicha situación, consideramos que el embargo efectuado en modo alguno deja sin efecto las consecuencias jurídicas de un ejercicio extrajudicial en fecha anterior de una acción del indicado artículo, y, por tanto, no le libera de la obligación solidaria que asumió. Asimismo, conforme a la doctrina jurisprudencial antes citada, consideramos que como consecuencia del ejercicio de esta acción se ha producido un desplazamiento del crédito, que antes era a favor del contratista y pasa a serlo a favor del subcontratista, motivo por el cual, la demandada ha abonado un crédito del cual ya no era titular la entidad Proyectos Sic.

A tal efecto, debemos recordar:

A) Como una consecuencia del ejercicio de esta acción en la aludida sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 2.011, debemos resaltar que " *La eficacia y utilidad de esta acción directa consiste en resultar inmune a las excepciones personales que pudiera oponer el dueño de la obra con posterioridad a su ejercicio, especialmente pago, compensación o cesión a tercero después de ser requerido judicial o extrajudicialmente por el acreedor, toda vez que se ejercita contra quien se aprovecha o beneficia del trabajo y materiales puestos en ella, al margen del trato personal que pudiera haber habido entre éste y el contratista...."*

B) Al objeto de determinar los efectos de un concurso posterior en una reclamación de este tipo, en argumento que se considera igualmente aplicable al supuesto que nos ocupa, es doctrina jurisprudencial dominante la que considera que se ha producido un desplazamiento patrimonial del crédito del contratista al subcontratista. En este sentido, la SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 27 de mayo de 2008 o, más recientemente, de 23 de septiembre de 2010, vienen incluso a considerar que bastaría no ya el impulso de la acción directa mediante la interposición de la correspondiente demanda, sino que una mera reclamación extrajudicial podría bastar y, a tal efecto, señalaban que " *en este caso se produce un desplazamiento del crédito desde el patrimonio del contratista al del subcontratista".*

C) En este sentido es concluyente la STS de 17. 07.97 al indicar que " *es cierto que la sentencia de 30 de enero de 1974 otorga plena eficacia a un requerimiento notarial igual al de autos, cuando en estos (en los que examinamos) se le niega, y ello lo hace teniendo en cuenta el sentido proteccionista del art. 1597 del C.c, las razones que lo inspiran y el principio de buena fe, y que después de ser requerida la entidad por los acreedores, ya no podía realizar el pago ni directamente, ni mediante consignación, a terceros, pues ya no le asistía buena fe para ello; podría, sí, consignar, por existir "varias personas pretendiendo tener derecho a cobrar", para que después discutiesen entre ellas la preferencia, pero no decidir ésta por sí misma, consignando a favor de otro acreedor".*

D) En idéntico sentido, la SAP de Soria 18-06.07, dice que *"De modo tal, que cuando se haga la reclamación, extrajudicial o judicial, es requisito que exista un crédito exigible del contratista frente al comitente dueño de la obra, que a su vez, actúa como límite objetivo de la acción, correspondiendo acreditar al dueño de la obra que no concurre ese presupuesto. Siendo la reclamación el momento a partir del cual el comitente no puede efectuar el pago, con plenos efectos liberatorios, ni mediante consignación a favor del contratista, pues desde ese momento desaparece la buena fe, tal como se deriva de Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1997, sin que le libere frente al subcontratista, la aceptación de una letra de cambio o la entrega de un pagaré, pues hasta su pago sigue siendo deudor del precio de la obra, tal como se deriva de las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992, y de 28 de enero de 1998 ".*

E) SAP de Barcelona Sec 12, de 12-12- 2.002, al exponer que " *Según la doctrina científica la acción directa constituye un medio de pago al acreedor favorecido que otorga un derecho de preferencia a éste, una vez es ejercitada judicial o extrajudicialmente. Debido al carácter directo de la acción existe frente al subcontratista una relación de solidaridad deudora entre el dueño de la obra (en virtud de la acción directa) y el contratista (en virtud de la propia relación contractual), STS de 7/2/68, 12/5/94, 11/10/94 entre otras, por lo que el subcontratista puede ejercitar su acción directamente contra el dueño, siendo el previsto en el art. 1.597 CC uno de los casos de extensión o propagación de la responsabilidad (específica) patrimonial por deuda ajena, en la modalidad especifica de responsabilidad legal de tercero cuantitativamente limitada, puesto que ni la obligación se distribuye en partes iguales entre el contratista y el dueño de la obra, ni cada uno de ellos está*

obligado al pago parcial, sino que responden indistintamente o "in solidum", limitándose la responsabilidad del segundo al importe máximo señalado en la norma (Sentencia TS de 7/2/68).
F) La alegada SAP de Barcelona, Sec 15 de 2.03.2.006, al referir que *"La doctrina antes expuesta sobre la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en la legislación anterior sigue siendo eficaz en estos casos: antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista"* En idéntico se expresa la también alegada SAP de Madrid de 11.10.2.010.
En atención a la aludida doctrina jurisprudencial aplicada a las circunstancias del caso concreto antes expresado, debemos concluir que ante el tan citado requerimiento de la actora en ejercicio de una acción del artículo 1.597 CCi, la codemandada Endesa Distribución Eléctrica SLU, estimamos no debió proceder a abonar ese pago reclamado con fecha posterior por dicho Juzgado de Primera Instancia a petición de otro acreedor, y, ya se considere que se ha producido un desplazamiento del crédito del contratista al subcontratista como consecuencia del ejercicio de esta acción concurriendo todos sus requisitos, o bien, que el pago efectuado por la codemandada no es de buena fe, atendidas las circunstancias concurrentes, en modo alguno puede la entidad recurrente quedar liberada del pago al que, además, expresamente se obligó al contestar el requerimiento por burofax remitido previamente por la ahora demandante.
En cuanto a otras objeciones expuestas por la recurrente, debemos reseñar: A) El hecho de que Proyectos Sic SL efectivamente debiere conocer el embargo practicado en el procedimiento cambiario, no altera las anteriores conclusiones, y no afecta a los derechos que correspondan a la actora al ejercitar la acción que nos ocupa. B) Consideramos que el hecho de que fuese declarado con posterioridad embargado el mismo crédito a instancias de otro acreedor, aunque sea con posible afectación de las consecuencias previstas en el artículo 1.165 del CCi, no puede impedir los efectos o consecuencias del ejercicio anterior en el tiempo por el demandante de la acción que nos ocupa. C) Atendidos los hechos concurrentes, el pago efectuado por la entidad Endesa no produce efectos liberatorios. Ante esta situación conflictiva, y tal como se señala en el supuesto aludido en la STS de 20.11.2.009 en caso análogo de correr el riesgo de pagar dos veces, al tercero que acciona alegando el artículo 1.597 o a otro acreedor (en este supuesto en ejercicio de una acción cambiaria), *"tal riesgo, aparte de que se debe a una conducta personal y voluntaria del aceptante y de nadie más, se corrige con la acción de enriquecimiento injusto que después del pago puede ejercitar contra el contratista".* En el de la STS de 17.07.1.997 de dice que después dicha entidad pudo consignar por existir varias personas pretendiendo tener derecho a cobrar, para que después discutiesen entre ellas la preferencia, pero no decidir ésta por sí misma. D) En cuanto a la alegación de que si se hubiera remitido la suma debida a la entidad actora se hubiera perjudicado a un tercero, -el acreedor cambiario- y se habría incumplido una orden judicial, debemos recordar que si la recurrente tenía dudas debió haber consignado la suma recurrida, como se indica el apartado anterior, para que los distintos acreedores pudiesen litigar para determinar quien ostenta preferencia para su cobro. De seguir dicha tesis quedarían sin efecto por voluntad del dueño de la obra todos las consecuencias del ejercicio previo de una acción del artículo 1.597 CC, quien podría decidir libremente a quien pagar, en consecuencia que ignora los efectos antes reseñados del ejercicio de la tan aludida acción directa. E) En cuanto a la hipótesis de que se pudiere producir un enriquecimiento injusto a favor de Proyectos Sic Baleares SL, por la circunstancia de que tal crédito resultare pagado dos veces por la parte condenada al mismo, debemos reseñar que no es objeto de esta litis, y no justifica la actuación de la entidad ahora recurrente.
En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.”: SAP Baleares (Sección 5) 12.03.2012 (Sentencia 117/2012; Rollo 634/2011)

“La cuestión planteada es de orden jurídico, con lo cual no se han puesto en duda los hechos probados recogidos en la sentencia de instancia, a los cuales nos remitimos para evitar reiteraciones, no obstante destacar a modo de resumen: A) La Dirección General de Tráfico (Administración del Estado) contrató con la entidad Imaga Construcciones y Proyectos SA, la construcción de su sede en esta Ciudad. A su vez, dicha entidad contratista, subcontrató a la demandante, y, por el momento, no le ha abonado la suma reclamada en esta litis, cuya cuantía se estima acreditada. B) La actora en fecha 2.02.2.011 remitió requerimiento de pago a la Dirección General de Tráfico en aplicación del artículo 1.597 del CC. C) La entidad Imaga Construcciones y Proyectos SA fue declarada en concurso en auto de 9 de febrero de 2.011 por un Juzgado de lo Mercantil de la Coruña, y la entidad ahora demandante ha insinuado su crédito en la misma, constando en la lista de acreedores de dicha concursada por la cuantía del crédito aquí reclamado. D) Con posterioridad a dicha fecha, la Administración del Estado ha efectuado pagos a la entidad Imaga, o a otros subcontratistas, o al Ayuntamiento de Palma, en total por una cantidad superior a la aquí reclamada, en algún supuesto con autorización de la Administración concursal, y en otros no. E) La demanda que nos ocupa se ha interpuesto en fecha 2 de mayo de 2.011, esto es, con posterioridad a la declaración del concurso de Imaga.
Ratificamos los argumentos de la sentencia de instancia sobre la concurrencia de los requisitos para que prospere la acción del artículo 1.597 CC, sin perjuicio de que tales argumentos no han sido objeto de una impugnación en forma por el Abogado del Estado. Con ello, la controversia de esta alzada se circunscribe a la cuestión jurídica de la influencia del concurso declarado en el ejercicio de esta acción, en cuestión sumamente controvertida, conforme se indicará.
SEGUNDO.-A modo de introducción, y tal como señala la SAP Barcelona, Sección 15 de 3.03.2.006, la controversia " *viene motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes: por una lado, una extraconcursal, como es la acción directa del artículo 1.597 del CC que se dirige contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas; y por otro, la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las*

masas activa y pasiva. Y así, cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder: o se mantiene la eficacia del artículo 1.597 del CC al margen del concurso de la contratista; o se hace primar al concurso, y en consecuencia el derecho de la subcontratista debe quedar sometido a las exigencias de la par conditio creditorum.".

Son muchas las situaciones que pueden producirse, y nos centraremos en el supuesto concurrente en esta litis, cual es que el requerimiento previo del ejercicio de esta acción es anterior a la declaración concursal, pero la demanda se ha interpuesto con posterioridad a la declaración del concurso, y éste es el más problemático.

TERCERO.-Antes de la Ley Concursal de 2.003 resultaba mayoritaria la doctrina que consideraba que la situación concursal en que pudiera encontrarse el contratista principal no tenía incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventilaba la acción del artículo 1.597 CC, al considerarse que el derecho consagrado en este precepto confiere una situación de privilegio, frente a otros acreedores, al que pone en la obra ajustada alzadamente su trabajo o materiales.

Tras la entrada en vigor de la citada Ley Concursal y su pretensión de disminución de privilegios que afecten a los créditos concursales, y su choque con la excepcionalidad inherente a la naturaleza propia de la acción directa, ha provocado una polémica jurisprudencial con dos posturas contrapuestas, cada una con sus matices, reflejada en la aludida sentencia de esta Sala de 16.12.2.011 : A) A favor de la indemnidad de la acción directa frente al concurso. B) Las que propugnan que la acción directa debe ceder ante el concurso, con discrepancias sobre si debe atenderse a la fecha del requerimiento o al de presentación de la demanda, si la segunda es posterior a la fecha de declaración del concurso, pero no la primera, cual es el supuesto objeto de esta litis. También se produce discrepancia sobre la influencia del segundo criterio, consagrado en la reforma operada por la Ley 38/2.011, con entrada en vigor el día 1 de enero de 2.012, en concreto, si es aplicable al menos como elemento interpretativo en el contexto de la controversia.

CUARTO.-En cuanto a la primera postura, esto es, a favor de la indemnidad de la acción directa frente al concurso, se citan las STS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2.000, señalando ésta: " *La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo -o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir- en el que se ventila la acción del artículo 1.597.*" Es recogido entre otras, en SSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2.005 o 2 de noviembre de 2004, Asturias de 2 de junio de 2.005 y 26 de octubre de 2.004 o la 1 de octubre de 2.001 de la AP de Navarra, " *el derecho establecido en el artículo 1.597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor."*

Por el contrario, otro grupo de sentencias se pronuncian en un sentido contrario al argumentar, que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía del artículo 1.597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas.

Así, la SAP de La Coruña de 18 de marzo de 2009 dice: *"La Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración de su deudor en situación concursal, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Y así en la Exposición de Motivos se determina que uno de sus objetivos centrales es el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso. De tal modo dispone el artículo 89.2 de la Ley Concursal que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."*

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de febrero de 2009 refiere que " *La LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno. Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características. Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales o, por el contrario, proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49,*

determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32 de la LHN, redactada por la D.F 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constitutivas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la Lc, en relación con el artículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho se separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva "sin más excepciones que las establecidas en la leyes", es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en los artículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76: la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC. Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita."

Como se indica en la sentencia de esta Sala de 16.12.2.011, reproducida parcialmente en la sentencia de instancia, ". No obstante lo anterior, de otro lado surgieron las Audiencias Provinciales que propugnaban que la acción directa deba cede ante el concurso. Así, frente al criterio expuesto en el apartado anterior, han sido también numerosas las Audiencias Provinciales que han mantenido una postura contraria, estando a favor de que la acción directa ex art. 1597 del Código Civil deba ceder ante el concurso.

En este sentido, ha habido Audiencias Provinciales que han mantenido posturas ciertamente radicales, razonando con base en el efecto de la declaración de concurso tanto en la masa pasiva como en la masa activa. Este criterio más extremo lo explica y aplica con gran claridad la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) de 30 de junio de 2010.

Sin embargo, y a pesar de haber tenido algún reflejo más, la anterior postura es suavizada por la línea mayoritaria que comenzaba a marcar la Sentencia -ya citada también- de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 d marzo de 2006 que venía a entender que "cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita".

Todo ello en atención a que no había norma alguna que permitiera, " una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal ".

Es decir, si bien excluía la " prosperabilidad " de la acción directa ex art. 1597 del Código Civil, todo ello se hacía con una salvedad temporal, pues venía dicha Sentencia a señalar que "una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal". O lo que es lo mismo -pero con otras palabras-, venía la Audiencia Provincial de Barcelona a admitir sensu contrario una hipotética " prosperabilidad" de la acción directa en caso de reclamaciones formuladas con anterioridad a la declaración de concurso..... También cabe mencionar, en este punto, la SAP de Vizcaya de 11-6-2010, que señala que, efectivamente, tal línea jurisprudencial es anterior a la normativa concursal actual, y plantea " *una reinterpretación de la doctrina anterior ante los nuevos principios que la nueva ley ha consagrado, procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003". Y concluye la mencionada sentencia que por ello, "la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita".*

En idéntico sentido se expresan, entre otras, la SAP de La Coruña de 18.03.2.009 y la SAP de Zaragoza de 30.06.2010.

QUINTO.-Desde otro punto de vista, también existen discrepancias en la doctrina jurisprudencial acerca de si debe atenderse a la fecha del requerimiento previo, o a la de interposición de la demanda, y más en supuestos como el que nos ocupa, en el que la primera es anterior al concurso, y la segunda ya es posterior al auto de declaración del mismo. Así, y tal como se recoge en la tan citada sentencia de esta Sala de 16.12.2.011, " En este sentido, las propias Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) de 27 de mayo de 2008 o, más recientemente, de 23 de septiembre de 2010, vienen incluso a considerar que bastaría no ya el impulso de la acción directa mediante la interposición de la correspondiente demanda, sino que una mera reclamación extrajudicial podría bastar y, a tal efecto, señalaban que "el criterio que ha mantenido esta Sala en la Sentencia de 27 de mayo de 2008, en la que sostuvimos que el requerimiento judicial o extrajudicial ex art. 1597 del Código Civil sólo podía producir efecto si tenía lugar con anterioridad a la declaración de concurso, pues en este caso se produce un desplazamiento del crédito desde el patrimonio del contratista al del subcontratista".

En este sentido, el AAP Barcelona sec 13 de 5.11.12, indica que " *Aunque se emplee el término acción, de carácter procesal, el precepto no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos ya expuestos. La jurisprudencia es constante en este sentido(STS 17 de julio de 1998, SS AP Guipúzcoa 12 de abril de 2005, Girona 11 de*

febrero de 2005, Zaragoza 21 de septiembre de 2004, Barcelona, secc. 14ª, 12 de diciembre de 2002, entre otras)."..... Esta postura ha sido reiterada por Auto de la misma Sección 15ª de 13/06/2012, que declara " Desde nuestra sentencia de 2 de marzo de 2006 hemos venido manteniendo el criterio de que es eficaz esa acción de los subcontratistas en el concurso de la contratista siempre que se hubieran ejercitado antes de la declaración del concurso".

Por el contrario, la SAP de Sevilla, Sec 5ª, de 25.01.2.013, sostiene que debe atenderse a la fecha del auto de declaración del concurso, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008, en la que dice: *"El requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en elartículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario".....El indicado criterio del Tribunal Supremo resulta más adecuado al espíritu y finalidad de la Ley Concursal, los cuales han sido definitivamente esclarecidos por la reforma de la Ley 38/2011. Por lo que a la vista de la citada Sentencia del TS, siendo posible hacer una interpretación de la normativa concursal anterior a la última reforma de manera acomodada a la misma, este Tribunal debe de optar por tal interpretación. Por ello consideramos que no habiéndose hecho uso de la acción directa mediante la formulación de una demanda judicial hasta que la apelante formuló su reclamación por vía del presente incidente concursal, el crédito reclamado por la subcontratista..... no puede quedar al margen del concurso, careciendo del privilegio del art. 1597 del Código civil, quedando dicho crédito en igualdad de condiciones con el resto de los acreedores de la concursada contenidos en la lista de acreedores elaborada por la administración concursal.".* En parecido sentido el AAP Valencia 28.07.10.

La SAP MADRID, SEC 18, DE 7 DE DICIEMBRE DE 2.012 argumenta que " *desde tal resolución del TS viene a considerar que el litigio se ha de entender iniciado a todos los efectos procesales, no con el requerimiento extrajudicial, sino con la formulación del escrito inicial, sin perjuicio de que ese requerimiento tenga trascendencia a efectos del dies a quo del devengo de intereses moratorios, y si ello es así ha de entenderse que aunque ese requerimiento se efectuara antes de la declaración concursal del contratista, si la demanda contra el dueño de la obra se interpone con posterioridad, es el momento de esa interposición el que ha de tenerse presente a los efectos enjuiciados.".*

SEXTO.-Tras la promulgación de la Ley 38/ 2.011 de 10 de octubre, varias sentencias aluden a que esta última postura jurisprudencial, esto es, la que propugnaba que la acción directa deba ceder ante el concurso, ha tenido una plasmación legal expresa con ocasión de la reforma operada de la Ley Concursal por Ley 38/2011, de 10 de octubre, que en el artículo 50 añadió el siguiente párrafo: " *Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo",* que prevé el necesario archivo de todo lo actuado y la carencia de valor de las actuaciones que se hubieren practicado.

A tenor del num. 1 de dicho precepto, *"Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite la demanda -como ya indicamos-, se ordenaría el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado". A Tenor del* artº. 51.bis " *Suspensión de juicios declarativos pendientes,...2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil".*

Así, la SAP de Sevilla, Sec 5 de 25.01.2.013 indica que *"no resultaría razonable ni lógico que tras la reforma efectuada por la Ley 38/2011 que introduce los artículo 50.3 y 51 bis, se hiciese una interpretación contraria a lo que desde el 1 de enero de 2012 constituye la legalidad vigente, cuando la interpretación conforme a las nuevas disposiciones legislativas, no sólo es posible con arreglo a la anterior legislación, sino que estimamos es la más acorde y adecuada al espíritu y finalidad de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003.".*

La SAP MADRID, SEC 18, DE 7 DE DICIEMBRE DE 2.012, con base a dicha reforma justifica un cambio de criterio, e indica : " *Y precisamente esa es la consecuencia que se obtiene a la vista de la vigente regulación legal derivada de la modificación operada en la Ley Concursal.....Es cierto que la norma para mayor claridad y si quería dar solución a la cuestión debatida pudo excluir expresamente y para estos concretos supuestos los efectos de tal reclamación extrajudicial, sin embargo es claro que esa exclusión se deriva de la obligatoria inadmisión de la demanda por mera comparación entre la fecha de declaración del concurso y de la interposición de la misma, más aún cuando aunque ésta fuera anterior ello determinaría al suspensión del proceso. Y es cierto también que esta normativa no es de aplicación a supuestos anteriores a su entrada en vigor el 1 de enero de 2012, pero ello nada obsta a esta argumentación puesto que no nos hallaríamos ante la aplicación retroactiva de una norma a supuestos anteriores a su vigencia que deje sin efecto o modifique circunstancias distintas o requisitos antes no contemplados ni exigidos, sino ante un elemento interpretativo de una cuestión que había provocado grandes dudas y discrepancias doctrinales reflejadas en los divergentes criterios sostenidos por los distintos Órganos Judiciales incluso entre secciones de esta misma Audiencia Provincial. No se trata, pues, de una aplicación retroactiva de una norma sino de un nuevo examen por esta Sala en revisión de su anterior criterio en una cuestión muy discutida en base a también nuevos elementos o criterios interpretativos derivados precisamente de la manifestación clara de la voluntad legislativa que ha venido a apoyar uno de los criterios enfrentados, cual es que lo esencial en estos supuestos de ejercicio de la acción derivada del artº. 1597 C.c. a los efectos determinantes de la competencia no lo es el requerimiento extrajudicial sino la interposición de la demanda de manera que si es posterior a la declaración de concurso no se admitirá a trámite y si ya se encontraba en tramitación cuando esa declaración se produce, se suspenderá tal trámite con lo que se da prevalencia absoluta al proceso concursal entendiendo que el crédito que el*

subcontratista tenga contra el contratista habrá de integrarse en el concurso de éste de la misma forma que en él ha de computarse como activo la deuda que el dueño de la obra tuviera con el contratista aunque lo fuera por materiales o mano de obra puestos en ella por el subcontratista sin que a tales efectos ninguna trascendencia se otorgue a ese requerimiento previo, ni al hecho de que la demanda no se dirija contra la concursada.".
En el mismo sentido la SAP de Madrid 12.11.12, la SAP de León de 15.03.2.013 y de Sevilla sec 5 de 25.01.2013.
En la tan aludida sentencia de esta Sala de 16.12.2.011, que, si bien entra en vigor el 1 de enero de 2012, se destaca que recoge el espíritu finalista antes reseñado.
En conclusión, esta Sala atenderá dicho criterio interpretativo, ya seguido en la aludida sentencia de 16.12.2.011, "En definitiva, estando en situación de concurso el contratista, su acreedor debe integrarse en la masa pasiva y quedar a resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito; sin que la Ley Concursal, excluya el que ostenta el subcontratista contra el contratista en la ejecución de obra y suministro de materiales.".
En cuanto a la objeción expuesta por la recurrente de que tal cuestión jurídica de la influencia del concurso en el ejercicio de esta acción no fue objeto de debate en primera instancia, y que, por ello se le produce indefensión, consideramos que, ciertamente, la actora en su demanda hace una referencia a la cuestión con cita de algunas sentencias que siguen la postura de la indemnidad de la acción directa frente al concurso, frente a lo cual, en la contestación a la demanda, nada se expresó sobre el particular. No obstante, ello en modo alguno provoca indefensión, por cuanto no se trata de unos hechos nuevos no debatidos introducidos indebidamente en el procedimiento, sino de la aplicación de la normativa jurídica vigente, la cual puede ser apreciada de oficio por la Juzgadora de instancia sin necesidad de una alegación previa por las partes. No se ha producido indefensión alguna, y tal cuestión jurídica ha podido ser controvertida en esta fase de segunda instancia.
La recurrente ha hecho referencia en escrito presentado en esta segunda instancia a la sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 2.012 en relación con la misma entidad contratista y en una situación muy parecida. Cabe señalar que en esta sentencia, ni la Juzgadora de instancia, ni las partes en el recurso de apelación, plantearon tal cuestión de incidencia de la situación concursal en el ejercicio de esta acción, con la cual el planteamiento del recurso de apelación no es el mismo, y la solución final es distinta por dicho motivo.": SAP Baleares(Sección 5) 19.07.2013 (Sentencia 313/2013; Rollo 146/2013)

AP Barcelona (Sección 15)

"SEGUNDO.- No existiendo auténtica controversia en los hechos básicos, la discusión planteada es estrictamente jurídica, una discusión técnica motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa del artículo 1597 del Código Civil contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva. Cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder, ya que, o se mantiene la eficacia del artículo 1597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso y el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la par conditio creditorum.
Es preciso aclarar, no obstante, que efectivamente estamos en presencia de una acción directa en el seno de un contrato de ejecución de obra. Respecto a esto último, no cabe más que remitirse a las acertadas apreciaciones del Juez a quo, que tras una examen detenido de los documentos obrantes en autos concluye con corrección que las obligaciones asumidas por las partes, tanto la concursada frente a su contratista como la aquí demandante frente a la concursada, son propias de una ejecución de obra, de instalación de las líneas de producción, y no de una mera relación de suministro o compraventa. En lo que hace a lo primero, es cierto que la demanda incidental de la subcontratista no supone en sí misma ninguna acción directa, pero ello es así porque esta acción ya había sido ejercitada antes de la declaración del concurso, de modo que SERRA SOLDADURA se limita a interesar que se le entregue una suma de dinero que, por mor de la mencionada acción, le pertenece a ella y no a la masa activa.
El artículo 1.597 del Código civil establece que "Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación". Es decir, que aunque quien ha realizado la obra puede reclamar el pago correspondiente al contratista que se obligó a ello, actuando contra el otro contratante y respetando así el principio de relatividad de los contratos, el Código Civil permite el ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra, entendiéndose que ambas obligaciones son solidarias, de suerte que el subcontratista puede dirigirse indistintamente contra uno u otro, aunque el comitente o dueño de la obra solamente responderá hasta el límite que el precepto señala (SSTS de 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997, 22 de diciembre de 1999, 6 de junio y 27 de julio de 2000).
La doctrina del Tribunal Supremo arranca con sentencias como las de 11 de junio de 1928, 15 de octubre de 1915 o 29 de junio de 1936, y se reitera posteriormente, refiriendo la eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena, formado por quienes al fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materiales, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquél o aquéllos que directamente les hubiera contratado. Compendio de esa jurisprudencia del artículo 1597 es la STS de 2 de julio de 1997, si bien, tras destacar los caracteres de la acción directa contemplada en dicho artículo como una excepción al principio de relatividad del contrato, en ella se atiende a la realidad social de nuestros días, con la frecuente aparición de subcontratos encadenados, para justificar la aplicación de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil con planteamientos distintos a los que se enfrentó el Código Civil del año 1889. La razón de ser de esta norma

y el tratamiento privilegiado que supone se ha encontrado en criterios de equidad, en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, en la protección de un derecho a manera de refacción, o una especie de subrogación general derivada del principio de que "el deudor de mi deudor es también deudor mío."
A la vista de la doctrina y jurisprudencia recaída sobre la materia, que las partes conocen, podemos sentar los siguientes requisitos para el ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 1597 del Código civil:
·Están legitimados para reclamar los que ponen su trabajo y materiales en la obra. Los primeros son todos aquellos que llevan a cabo prestaciones de hacer, entendidas en sentido amplio, destinadas a la obra; no sólo los que están unidos al contratista por una relación laboral, sino también los que lo están por una relación civil de servicios, o incluso de gestión, por lo que han de entenderse incluidos los subcontratistas (SSTS de 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997). Así ocurre con la demandante.
·Pasivamente legitimado está el dueño de la obra, y en determinados casos, cuando existen varias subcontratas, el subcontratante. En el caso de existir una pluralidad de personas pasivamente legitimadas, pluralidad de comitentes, comitentes y promotores o subcomitentes, la acción podrá dirigirse contra cualquiera de ellos (STS de 11 de octubre de 1994 y 2 de julio de 1997). También concurre esta condición en KUKA.
·Al tratarse de una acción directa, el subcontratista se hace inmune a las excepciones que el titular de la obra pudiera tener frente al contratista (vicios o defectos que le fueran imputables, por ejemplo, o los pactos entre el contratista y el promotor de exclusión del artículo 1597), toda vez que se ejercita contra quién se aprovecha o beneficia del trabajo y materiales puestos en ella. KUKA no se ha opuesto ni excepciona nada, sino que consigna ante las dudas sobre a quién pagar tras conocer que su acreedora ha sido a su vez declarada en concurso.
·El dueño o el contratista principal sólo podrá alegar, y demostrar (pues, por una inversión derivada de la facilidad probatoria, a él le corresponde la carga de dicha prueba, según doctrina establecida en la STS de 19 de abril de 2004) el pago, ya que así lo dice el precepto, de modo que, acreditada la inexistencia de deuda a su cargo, la acción directa queda sin sustento. Resulta por tanto imprescindible como presupuesto necesario para el ejercicio de esta acción la existencia de un crédito del contratista contra el comitente o dueño de la obra, crédito que ha de existir y ser exigible en el momento de procederse a la reclamación judicial o extrajudicial. Así lo viene entendiendo el Tribunal Supremo en sentencias de 29 de abril de 1991, 28 de enero de 1998, 28 de mayo de 1999, o 31 de enero de 2002, que concluyó al respecto que, si hay una cadena de contrato de obra y subcontratos de la misma, desaparece la acción directa cuando uno de los contratantes o subcontratantes no debe nada al siguiente, rompiéndose así la cadena. En nuestro caso, cuando KUKA es requerida de pago directo, su deuda con TRACOINSA era real, cierta y exigible por un importe muy superior al crédito de la demandante.
·Aun siendo cierto que el artículo 1597 sólo se refiere a los contratos de obra por ajuste alzado, la razón de ser de esta limitación, explicitada en la ya mencionada STS de 11 de junio de 1928 y recordada por las SSAP Asturias de 8 de noviembre de 2004 y 18 de septiembre de 2000, que no es otra que la dotar de certeza y seguridad jurídica al limite cuantitativo de la responsabilidad que consagra, concurre igualmente en las obras contratadas por precio fijo por unidad de obra, aunque en estos supuestos deba limitarse la garantía del dueño de la obra o comitente a cada una de las partes o fases de la obra objeto de contratación. El precio alzado concurre en este caso, según es de ver en los documentos que ligaban a la concursada con KUKA y en los documentos de subcontrata de TRACOINSA, por lo que límite cuantitativo está perfectamente delimitado.
·Una vez ejercitada esta acción contra el dueño de la obra o el subcontratante, éste a quien debe abonar su importe es al reclamante que intervino en el proceso constructivo y no a la contratista principal. Ello no es más que una consecuencia de la naturaleza solidaria de la responsabilidad del dueño de la obra y contratista para con los subcontratistas de este último que intervienen en la misma (STS de 14 de marzo de 2004).
·Aunque se emplee el término acción, de carácter procesal, el precepto no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos ya expuestos. La jurisprudencia es constante en este sentido (STS 17 de julio de 1998, SS AP Guipúzcoa 12 de abril de 2005, Girona 11 de febrero de 2005, Zaragoza 21 de septiembre de 2004, Barcelona, secc. 14ª, 12 de diciembre de 2002, entre otras). En nuestro caso, por tanto, la demandante había ejercitado en forma la mencionada acción, que es la que origina la consignación de la obligada al pago directo.
TERCERO.- La operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en las SSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000, señalando ésta: "La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo - o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir - en el que se ventila la acción del artículo 1597."
Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan las SSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2005 o 2 de noviembre de 2004, Asturias de 2 de junio de 2005 y 26 de octubre de 2004, o la 1 de octubre de 2001 de la Audiencia Provincial de Navarra, el derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.
Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentan que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía del artículo 1597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es

decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que la ley otorga, uniéndose el artículo 1597 del Código Civil a otros muchos preceptos de leyes especiales que han conferido tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la par conditio creditorum. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.

CUARTO.- Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal (LC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, que sería la aplicable al caso que nos ocupa, pues TRACOINSA fue declarada en concurso con fecha 27 de octubre de ese año, habiendo sido requerida KUKA para que pagara directamente a SERRA SOLDADURA el día 13. Es precisamente la operatividad de la LC lo que esgrimen los administradores concursales, pretendiendo una reinterpretación de la doctrina anterior ante los nuevos principios que la nueva ley ha consagrado, procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003.

Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.

Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características.

Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."

No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32 de la LHN, redactada por la D.F 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constitutitas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la Lc, en relación con el artículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho se separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva "sin más excepciones que las establecidas en la leyes", es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en los artículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76 : la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC.

Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.

QUINTO.- No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal, lo que, en consecuencia, conduciría a la necesidad de que el importe consignado por KUKA quedara integrado en la masa activa, resultando improcedente la entrega a SERRA para su satisfacción autónoma.

Sin embargo, las fechas muestran que, en nuestro caso, la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración del concurso: el requerimiento notarial para que se le hiciera pago directo es de 13 de octubre de 2004, que KUKA admite como recibido el día 20, mientras que la declaración del concurso se produce con fecha 27 de octubre. En consecuencia, al producirse el fogonazo jurídico que supone la declaración del

concurso, que fija una imagen - dinámica - de los créditos en ese momento concurrentes, la obligación jurídica de pago que incumbía a KUKA ya no era la que le ligaba con TRACOINSA, sino con SERRA. El crédito seguía operando contra el patrimonio de la contratista principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, de forma que cuando se produce este evento KUKA ya está obligada con la demandante.
La doctrina antes expuesta sobre la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en la legislación anterior sigue siendo eficaz en estos casos: antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó. La reclamación de la empresa demandante era ajustada a Derecho, así como la sentencia recurrida, que por ello se confirma.": SAP Barcelona (sección 15) 02.03.2006

"La reclamació va ser anterior a la declaració de concurs, de 24 de novembre de 2009. En la redacció actual de la Llei concursal (LC), modificada per la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, l'article 51 bis.2 estableix que, declarat el concurs i fins a la conclusió, quedaran en suspens els procediments iniciats amb anterioritat, en els quals s'hagués exercitat l'acció que es reconeix als qui posessin treball i materials en una obra ajustada a tant alçat, contra l'amo de l'obra en els termes previstos en l' article 1597 del Codi civil. Aquesta norma no resulta aplicable, amb caràcter retroactiu, al cas en examen. Les parts no discuteixen el criteri sostingut pel Sr. jutge mercantil, el qual, amb cita de la sentència d'aquesta Secció 15a de 2 de març de 2006, considera que, exercitada -abans de la declaració de concurs- l'acció contra el propietari de l'obra -entenent per acció no només la judicial, sinó també la reclamació extrajudicial- aquest ha de pagar al subcontractista, al patrimoni del qual s'hauria desplaçat el crèdit des del patrimoni del contractista concursat. ":AAP Barcelona (Sección 15) 22.02.2012 (Auto 38/2012; Rollo 488/2011)

"SEGUNDO. 5. No discuten las recurrentes ni la eficacia de la acción directa del subcontratista frente al concurso de la contratista ni tampoco que todos los subcontratistas a los que el juzgado mercantil ha acordado que se hicieran pagos la habían ejercitado, aunque sea extrajudicialmente, con anterioridad a la declaración del concurso.
Desde nuestra sentencia de 2 de marzo de 2006 hemos venido manteniendo el criterio de que es eficaz esa acción de los subcontratistas en el concurso de la contratista siempre que se hubieran ejercitado antes de la declaración del concurso. No resulta de aplicación al caso el art. 51-bis.2 LC, introducido por [ley 38/2011] ":AAP Barcelona (Sección 15) 13.06.2012 (Auto 81/2012; Rollo 55/2012)

AP Barcelona (Sección 1)

"CUARTO.- Llegados a este punto la cuestión se reconduce a analizar el segundo de los requisitos cuya concurrencia en el caso de autos resulta negada en la instancia, esto es, que la mercantil actora ostentara un crédito exigible frente a la contratista SEOP en el momento de ejercitar la acción directa frente a la promotoraex art.1597 CC.
Es de observar que si bien la fecha de las tres facturas cuyo importe reclama la actora en su escrito inicial es anterior a la reclamación dirigida frente a la promotora, lo cierto es que en el contrato de obra suscrito con la contratista SEOP (documento nº1 de la demanda), y concretamente en la estipulación Cuarta, expresamente se pacta un plazo de vencimiento de 180 días, lo que en definitiva supone que en la fecha de interposición de la demanda rectora de autos (25 de abril de 2008), los créditos reflejados en dichas facturas no habrían vencido, de modo que no resultarían exigibles frente a la contratista ni, por tanto, frente a la promotora. Sin embargo, no es esto lo que se discute en esta alzada (el juego de fechas es obvio e incuestionable el requisito de exigibilidad de la deuda -entre otras,STS 10 marzo 1997 -), sino que lo que pretende la ahora recurrente es que la contratista ha perdido el plazo de pago pactado al no haber ofrecido la garantía a la que se había comprometido: confirming.
Así las cosas, conviene comenzar por advertir la autonomía de la acción directa delart. 1597 CC y la consiguiente inmunidad que goza respecto del concurso del contratista, que actúa como deudor principal, siempre que tal reclamación directa se hubiera efectuado con anterioridad a la declaración judicial de concurso, como ocurre en el caso de autos, y ello por cuanto la deuda que mantenía el contratista se habrá desplazado desde el patrimonio del comitente al del acreedor subcontratista, habiendo ingresado por tanto en el patrimonio de este último en el momento en que tiene lugar la declaración de concurso. En este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse laSección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de fecha 2 de marzo de 2006 donde ofrece los siguientes argumentos:
"No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal, lo que, en consecuencia, conduciría a la necesidad de que el importe consignado por KUKA quedara integrado en la masa activa, resultando improcedente la entrega a SERRA para su satisfacción autónoma.

Sin embargo, las fechas muestran que, en nuestro caso, la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración del concurso: el requerimiento notarial para que se le hiciera pago directo es de 13 de octubre de 2004, que KUKA admite como recibido el día 20, mientras que la declaración del concurso se produce con fecha 27 de octubre. En consecuencia, al producirse el fogonazo jurídico que supone la declaración del concurso, que fija una imagen - dinámica - de los créditos en ese momento concurrentes, la obligación jurídica de pago que incumbía a KUKA ya no era la que le ligaba con TRACOINSA, sino con SERRA. El crédito seguía operando contra el patrimonio de la contratista principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, de forma que cuando se produce este evento KUKA ya está obligada con la demandante.
La doctrina antes expuesta sobre la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en la legislación anterior sigue siendo eficaz en estos casos: antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó. La reclamación de la empresa demandante era ajustada a Derecho, así como la sentencia recurrida, que por ello se confirma". ":SAP Barcelona (Sección 1) 18.04.2011 (JUR 2011/185182; Sentencia 159/2011; Rollo 480/2009)

“En este sentido, el artículo 5.3 de la Ley Concursal dice: "3. El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente." Por otra parte, es necesario recordar también el artículo 22 LC cuando establece: "El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario. A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada en el plazo del artículo 5.3 se entenderá presentada cuando lo fue la comunicación prevista en ese artículo."
En este punto cabe recordar lo señalado por la doctrina (GONZALEZ NAVARRO) que considera que "el auto que concede los efectos del artículo 5.3, ciertamente, valora y aprecia la insolvencia actual (al menos, sostengo, debe hacerlo), pero no declara al deudor en concurso, que es cosa distinta, por lo que esa improbable asimilación no es posible. Para confirmarlo, es de observar que el artículo 22.1 de la Ley Concursal, al dar efectos a la fecha de la comunicación previa cuando posteriormente se presenta la solicitud de concurso voluntario, retrotrae la fecha de solicitud, nunca la fecha de la declaración. Ello quiere decir, pues, que la acción directa ejercitada en el plazo de negociación concedido por el artículo 5.3. seguiría siendo anterior a la declaración de concurso, por lo que, mientras el legislador no se ocupe de recular los diversos aspectos que el artículo 1.597 del Código Civil produce en la esfera concursal, debe entenderse que la masa activa del contratista deudor sí que se ve minorada, debiendo el promotor pagar, no a él, sino al subcontratista. La realidad normativa, por tanto, es contraria al blindaje frente a la acción directa si ésta es anterior a la declaración." Postura que comparte este Tribunal.
En consecuencia, tanto por el vencimiento anterior a la comunicación previa como por la falta de efectos de la comunicación previa en la acción del artículo 1.597 CC, cabe considerar que todas las facturas son exigibles.
SEXTO.-Sentado lo anterior, conviene recordar la postura de esta sala en relación a la autonomía de la acción directa del art. 1597 CC y la consiguiente inmunidad que goza respecto del concurso del contratista, que actúa como deudor principal, siempre que tal reclamación directa se hubiera efectuado con anterioridad a la declaración judicial de concurso, como ocurre en el caso de autos, y ello por cuanto la deuda que mantenía el contratista se habrá desplazado desde el patrimonio del comitente al del acreedor subcontratista, habiendo ingresado por tanto en el patrimonio de este último en el momento en que tiene lugar la declaración de concurso. En este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de fecha 2 de marzo de 2006 donde ofrece los siguientes argumentos:
"No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal, lo que, en consecuencia, conduciría a la necesidad de que el importe consignado por KUKA quedara integrado en la masa activa, resultando improcedente la entrega a SERRA para su satisfacción autónoma.
Sin embargo, las fechas muestran que, en nuestro caso, la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración del concurso: el requerimiento notarial para que se le hiciera pago directo es de 13 de octubre de 2004, que KUKA admite como recibido el día 20, mientras que la declaración del concurso se produce con fecha 27 de octubre. En consecuencia, al producirse el fogonazo jurídico que supone la declaración del concurso, que fija una imagen - dinámica - de los créditos en ese momento concurrentes, la obligación jurídica de pago que incumbía a KUKA ya no era la que le ligaba con TRACOINSA, sino con SERRA. El crédito seguía operando contra el patrimonio de la contratista principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, de forma que cuando se produce este evento KUKA ya está obligada con la demandante.

La doctrina antes expuesta sobre la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en la legislación anterior sigue siendo eficaz en estos casos: antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó. La reclamación de la empresa demandante era ajustada a Derecho, así como la sentencia recurrida, que por ello se confirma". ":SAP Barcelona (Sección 1) 25.07.2012 (Sentencia 366/2012; Rollo 120/2011)

AP Burgos

"PRIMERO.-La representación legal de Santillan Instalaciones SL (parte actora) formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 12-3-2010 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Burgos por la que se desestima su acción directa del artículo 1597 del CC por importe de hasta 21.792,36 #, correspondiente a los trabajos de fontanería y calefacción efectuados para la empresa constructora Procorsa en 3 viviendas unifamiliares en el Paseo de la Castellana de Burgos de las que la parte demandada es promotora.
La sentencia apelada desestima las pretensiones de la Demanda por considerar en síntesis que con anterioridad a la declaración del concurso, la deuda del contratista principal no se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el del subcontratista.
Pretende la parte apelante la integra estimación de sus pretensiones indicando la prevalencia de la acción directa frente al concurso independientemente de que se ejercite antes o después de la declaración de concurso. Subsidiariamente interesa la no imposición de costas por existir serias dudas de derecho.
SEGUNDO.-Entrando en el análisis del recurso debe anticiparse que se estiman acertados los pronunciamientos efectuados por la sentencia de instancia en cuanto a la cuestión objeto del fondo del asunto.
En el presente caso son hechos indiscutidos:
-La parte actora fue subcontratada por PROCORSA quien a su vez lo había sido por Asintota SL (parte demandada)
-Con fecha 25-5-2009 se efectúa Declaración de Concurso de la contratista PROCORSA
-Con fecha 5-6-2009-la ahora actora requiere extrajudicialmente de pago a la dueña de la obra (ahora parte demandada) por el importe de obra que afirma no le ha sido satisfecho por PROCORSA.
-Con fecha 11-6-2009-la parte ahora demandada recibe circular de la administración concursal de PROCORSA, efectuando a esta el pago de la última certificación de obra.
-Con fecha 20-10-2009 se formula la presente Demanda en el que la subcontratista ejerce la acción directa del artículo 1597 del CC frente la mercantil promotora de la obra: Asintota SL.
TERCERO.-Es cierto que con anterioridad a la vigente Ley concursal, la doctrina jurisprudencial venía declarando (Sentencias 29 abril 1991, 11 octubre 1994, 22 diciembre 1999 y 6 junio 2000, 27 de Julio del 2000) que la responsabilidad del dueño de la obra y el contratista para con los titulares de la acción del art. 1597 CC es solidaria y que la situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del art. 1597
CC.
Ahora bien con posterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley Concursal y sobre todo a raíz de la interpretación dada por la Sección 15ª de la AP Barcelona en su sentencia de fecha 2 de marzo de 2006 se ha señalado que:"...la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. QUINTO.-No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso deacreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal".
Ese criterio ha sido seguido por múltiples resoluciones de las Audiencias, entre otras: S. A.P. Cantabria sección 2 del 15 de Abril del 2010, S. A.P. Valladolid sección 3 del 23 de Septiembre del 2010,
A.P. Madrid sección 18 Auto del 20 de Septiembre del 2010-S. A.P. Oviedo sección 1 del 11 de Febrero del
No obstante algunas resoluciones minoritarias han mantenido el criterio precedente de inmunidad de la acción directa respecto de la situación concursal de la contratista: SAP Soria sección 1 del 19 de Julio del 2010, SAP, Murcia sección 4 del 25 de Marzo del 2010.
CUARTO.-Aplicando la doctrina mayoritaria expuesta al presente caso, en el que:
-la reclamación por la actora se dirige únicamente frente a la promotora
-la reclamación (tanto extrajudicial como judicial mediante el presente proceso) se ha efectuado con posterioridad a la declaración judicial de concurso de la contratista PROCORSA
-se ha efectuado pago de la última certificación de obra por la contratista principal a la administración concursal el 11-6-2009.
-consta crédito de la parte actora en el pasivo del concurso,
procede confirmar el pronunciamiento desestimatorio efectuado en la instancia. ":SAP Burgos (Sección 2) 10.11.2010 (Sentencia 485/2010; Rollo 334/2010)

AP Granada

“PRIMERO.- La sociedad demandante, en ejercicio de la acción directa prevista en el art. 1.597 del C.C., formuló demanda en reclamación de 71.909 € que considera debidos por los trabajos y actuaciones realizadas en materia de seguridad y salud que le fueron encargados, por..en diciembre de 2006, como contratista de una obra para la edificación de 152 viviendas de protección oficial promovidas por la aquí demandada, Empresa...

La actora interpuso su demanda el 30 de octubre de 2007, y antes había requerido a la promotora, con fecha fehaciente de 5 de julio de 2007, el pago que le era adeudado por la contratista desde el inicio de la obra, que cifraba en 64.782’49 €. Dos días después la promotora, única demandada, acordaba resolver el contrato con la contratista que, a su vez, presentó solicitud de concurso voluntario ante el Juzgado de lo Mercantil de Murcia el 4 de septiembre de 2007, siendo declarado el concurso por Auto de 13 de septiembre de 2007.

La sentencia recurrida desestimó la demanda por no considerar probado que a la fecha del requerimiento la Entidad Pública demandada fuera deudora de la contratista concursada.

Contra la sentencia se alza en apelación la actora que, en un motivo nuclear y conjunto, defiende la concurrencia de cada uno de los presupuestos para el éxito de la acción, así como su carácter independiente en relación al proceso concursal seguido sobre el patrimonio de la contratista concursada que no ha sido demandada en el procedimiento que nos ocupa. […]

QUINTO.- Llegados a este punto, acreditados la totalidad de los presupuestos para la viabilidad de la acción directa, aunque sobre saldo deudor ligeramente inferior al reclamado, la última cuestión a analizar, siquiera de oficio, aunque alegada por la apelada al oponerse el recurso, es la relativa a la cuestión de competencia objetiva a favor del Juzgado de lo Mercantil que conoce del proceso concursal instado por la propia contratista y que ya fue rechazada en la instancia.

De entrada, cabe sintetizar el planteamiento del problema en los términos en que lo hace la A.P. de Madrid (Sección 20ª) en sentencia de 16 de abril de 2007, recordando la Doctrina de nuestro Tribunal Supremo, en sentencias de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000, al señalar que “«la situación concursal en la que se pueda encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del art. 1597», jurisprudencia a la que se puede añadir la STS de 11 de octubre de 2002 que al igual que otras de distintas Audiencias Provinciales (Barcelona, Sección 14ª, 9 de junio ó 2 de noviembre de 2004; Navarra de 1 de octubre de 2001; y, por todas, Barcelona, Sección 15ª, de 2 de marzo de 2006) que versan (sic) sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal en vigor, …, desde el 1 de septiembre de 2004, pero sin que de la nueva Ley Concursal pueda desprenderse, hasta el momento, interpretación unánime distinta a la anteriormente expresada, máxime cuando en nuestro caso la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración de concurso.”.

En justificación de esta autonomía se ha resaltado la solidaridad que caracteriza la acción directa del art. 1597 y la libre elección del acreedor para ejercitarla conjunta o separadamente contra el dueño de la obra, al que es ajeno el proceso concursal de otro deudor. Solidaridad reconocida por el T.S. en sentencia de 26 de septiembre de 2008 y todas las que cita. También el carácter protector a modo de excepcional y especial remedio jurídico que esta acción supone precisamente en casos de insolvencia o dificultades de pago del deudor directo (SAP Barcelona, Sección 14ª, de 9 de junio de 2005) y por tanto que, dada la consideración de crédito subjetivamente privilegiado en cuanto permite, por ley, convertir en deudor de la obligación a un tercero diferente, la acción no atenta ni al principio de la “pars conditio creditorum” ni su ejercicio constituye fraude o abuso al estar amparado en una norma legal (SAP Las Palmas -Sección 5ª-, de 18 de enero de 2008) incluso de amplio arraigo en nuestra tradición legislativa, y así se ha acogido, entendido y aplicado en la mayoría de los procesos de suspensiones de pagos o quiebra regidos bajo la actual legislación (SS.AA.PP. de Valladolid, de 3 de enero de 2007, de Asturias, de 20 de enero y 2 de junio de 2005, de Baleares de 21 de noviembre de 2003, de Cádiz -Sección 5ª-, de 1 de febrero de 2005, de Salamanca, de 24 de octubre de 2005, de Navarra -Sección 1ª-, de 1 de octubre de 2001 y 8 de marzo de 2005, y de Vizcaya -Sección 4ª-, de 5 de febrero de 2001).

Bajo la vigencia de la actual Ley Concursal, la sentencia de la A.P. de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006 aborda el tema, manteniendo estos criterios tradicionales de autonomía de la acción y protección al acreedor subcontratista pero matizándolo en su coexistencia y compatibilidad con los principios y normas de la nueva Ley Concursal. Así, tras señalar que se trata de una “decisión estrictamente jurídica, una discusión técnica motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y de todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva.”. Cuando se ha declarado un concurso, añade esta sentencia, alguna de estas dos realidades han de ceder ya que, o se mantiene la eficacia del art. 1.597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso en cuyo caso el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la “par conditio creditorum”. Situación que le lleva a entender, aún reiterando la posición doctrinal en nuestra traducción jurídica, la inviabilidad del ejercicio de la acción directa del art. 1.597 del C.C., una vez operada la declaración del concurso de la contratista, al entender que el espíritu de la Ley, que procura, principalmente, la viabilidad en la continuación de la empresa, ha de impedir que se detraigan partes sustanciales de la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, por lo que todos los acreedores del deudor han de pasar a integrar la masa pasiva (art. 49 L.C.) en relación con el art. 89.2 de la misma ley, que advierte que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en este Ley” de manera que una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor el subcontratista -entiende la sentencia comentada necesaria- habrá de integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, ya que no existe ninguna norma que permite actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la

masa activa, minorando así las posibilidades de satisfacer con ese capital a todos los acreedores concurrentes de manera proporcional una vez ha sido declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el comitente principal. En definitiva, para esta sentencia el artículo 1.597 del C.C., como la propia acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal.

Dos aspectos son de resaltar de esta sentencia, dictada por la sección especializada en D. Mercantil y Concursal de la A.P. de Barcelona que, por un lado, despoja, ante una declaración concursal, el carácter de privilegio que tradicionalmente se ha reconocido a esta acción directa, y que la más reciente Doctrina Jurisprudencial desmitifica y aclara en sendas SSTS de 7 de octubre de 2008. Así, mientras una no reconoce, en sede de expediente de suspensión de pagos, el privilegio del crédito por no haberse planteado en la demanda (Rec. 2.470/02), en la otra, de la misma fecha (Rec. 2.824/02), el T. Supremo parece decididamente orientado a romper con la Doctrina legal anterior que expresamente señala que "la acción judicial o extrajudicial no otorga ningún privilegio de exclusión ante una eventual concurrencia de acreedores, pues tal privilegio no lo establece el precepto, sólo se limita a la concesión a los que ponen su trabajo y materiales en la obra ajustada alzadamente por el contratista de una acción directa contra el comitente, y no aparece como una excepción a lo dispuesto en el art. 1.925 C.C., que dice que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier clase, o por cualquier otro título «no comprendidos en los artículos anteriores». El crédito de los que ponen su trabajo y materiales en la obra son créditos refaccionarios, que tienen el privilegio reconocido en los números 3º y 5º del art. 1.923 C.C. No aparece del texto del art. 1597 nada que contradiga al art. 1.925, sino que consagra una excepción al principio de relatividad del contrato (art. 1.257 C.C.), en que por razones de justicia y para evitar enriquecimientos injustos, se aplica la regla o aforismo «el deudor de mi deudor es también mi deudor». Nada que ver con la materia de privilegios crediticios. Por lo tanto, el precepto no impide una concurrencia de acreedores, que habrá de ventilarse entre los mismos, ni que el deudor, en este caso el comitente, no pueda acudir al procedimiento de la consignación judicial, si son varios los que pretenden el cobro, al amparo del art. 1.176.". En igual línea se pronunciaba también en un supuesto en que varios subcontratistas se disputaban el cobro frente al promotor en STS de 4 de noviembre de 2008.

La otra cuestión a resaltar, y decisiva para la viabilidad de la acción que nos ocupa en esta apelación, es la decisión expresada en la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006, de admitir la exclusión de la vis atractiva concursal y consentir el ejercicio separado de la acción directa ex art. 1.597, no obstante estar declarado el concurso de la deudora principal (contratista) antes de interponer el subcontratista su demanda, si la acción extrajudicial o el requerimiento fehaciente se llevó a cabo antes de la declaración del concurso entendiendo en este caso que la acción-reclamación y sus efectos de exigibilidad de pago preferente quedaban blindados y lo hacían operativos desplegando sus efectos a partir de ese momento, tal como se ha reconocido en nuestra tradición histórica. Ciertamente así lo expresaba la STS de 17 de julio de 1997, reiterando la de 30 de enero de 1974 y la precedente de 28 de mayo de 1908, al señalar aquélla que "teniendo en cuenta el sentido proteccionista del art. 1597 del C.C., las razones que lo inspiran y el principio de buena fe,... resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ella tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar como requisito único la petición de tal derecho en la vía judicial, por todo lo cual, no solo ha de tener eficacia ésta, sino también la petición formulada en privado.". Criterio seguido por esta Audiencia Provincial de Granada y por la mayoría de las demás Audiencias Provinciales, entre otras, por la de Barcelona (Sección 14ª) de 12 de febrero de 2002; Girona, de 11 de febrero de 2005; Zaragoza, de 21 de septiembre de 2004; Guipúzcoa, de 12 de abril de 2005; y entre las más recientes, SS.A.P. de Madrid (Secc. 12ª), de 30 de diciembre de 2005 y 24 de enero de 2006; (Secc. 13ª) de 6 de febrero de 2007; o (Secc. 21ª) de 2 de diciembre de 2008; o S.A.P. de Las Palmas (Secc. 5ª) de 18 de enero de 2008.

Ahora bien, la última Doctrina legal parece también cuestionar o matizar este criterio hasta ahora consolidado y, así, la STS de 8 de mayo de 2008, aunque referida al cómputo de intereses de la cantidad reclamada, vino a establecer que "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario.". Esta novedosa declaración cuya falta de reiteración evita, por el momento, entender operado un cambio jurisprudencial en la materia, permite, entre tanto, y en supuestos temporales como los examinados de reclamación extrajudicial anterior a la declaración del concurso, el mantener en el caso de autos la autonomía de la acción directa deducida, no obstante, su interposición judicial después de la declaración del concurso, en coherencia con la larga tradición doctrinal antes apuntada y respaldada mayoritariamente por las Audiencias Provinciales y la Doctrina legal. Autonomía absoluta por la que aboga, además, la SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 14 de febrero de 2008 que, ante una acción conjunta contra promotor y contratista dirigido por el subcontratista, separó las acciones acumuladas y derivó el conocimiento de la acción contra el contratista concursado al Juez de lo Mercantil y conociendo únicamente de la acción contra el promotor la estimó con independencia de la fecha del requerimiento y aún aceptando que la declaración del concurso se produjo antes de la acción directa ejercitada en vía judicial.

En definitiva, analizado el panorama Doctrina y sin entrar, por no ser el caso de autos este último supuesto, y de conformidad con la Doctrina Jurisprudencial expuesta y los criterios mayoritarios de las Audiencias Provinciales, se está en el caso de sostener, como ya hizo la sentencia de instancia, no sólo la jurisdicción civil ante esta acción contra la empresa Pública, lo que es criterio pacífico en este tipo de acciones (vid STS de 17 de julio y 12 de diciembre de 2007), sino la objetiva frente al Juzgado de lo Mercantil de Murcia, que ni siquiera requirió de inhibición al Juzgado de Instancia y ello por más que no puede ignorarse que la tramitación separada, desde presupuestos parecidos a los ya expuestos, alcance y produzca, inevitablemente, efectos de acusada trascendencia y repercusión en la masa activa y pasiva del concurso, a los efectos de los arts. 8.1, 51 y 183.4 de la Ley Concursal, en relación con el art. 86 ter de la LOPJ, y sin que, finalmente, la tan comentada en la Doctrina Ley 20/2007, de 11 de julio, de Trabajadores Autónomos, además de no ser

directamente aplicable a la cuestión debatida, pueda entenderse favorecedora de la tesis de la vis atractiva plena, por el hecho de que la norma haga un reenvío genérico al cauce del art. 91.3 de la L.C. para incluir dentro del privilegio concursal junto a los créditos derivados de trabajo de personal autónomo no dependiente, que ya lo estaban, los derivados del trabajo de personal autónomo dependiente, ya que cualquier excepción o impedimento que quiera buscarse a la acción directa, ante una situación concursal del contratista no promotor, debería y podría haber sido expresamente incluida como la relativa al hogar familiar, no en el párrafo que se comenta, sino en el nº 2 del art. 10 en el que el legislador vuelve a contemplar y reiterar, contra el comitente o empresario principal el derecho, que a favor de los trabajadores autónomos ya le concede el C.Civil en el art. 1.597 al ejercicio de una acción directa como la deducida en estas actuaciones, aunque por sociedad limitada subcontratista que, por todo ello, debe prosperar con acogimiento el recurso y estimación parcial de la demanda.": SAP Granada (Sección 3) 30.09.2009 (Sentencia 421/2009; Rollo 353/2009)

"PRIMERO.-La sociedad actora formaba parte como subcontratista de un proceso urbanístico para la edificación de 198 vivienda, plazas de garaje y zonas comunes por contrato de 18 de junio de 2007,con objeto de llevar a cabo la realización de la obra de albañilería interior, celebrado con contratista principal SEOP Obras y Proyectos S.L. a su vez vinculada por contrato con la promotora de la urbanización por contrato de 8 de Agosto de 2005. En esta situación, enterada la actora del propósito de la contratista de presentar demanda solicitando la declaración de concurso voluntario, lo que hizo el 17 de marzo de 2008, se apresuró mediante comunicación fehaciente de 19 de marzo de 2008 a requerir a la promotora para que se abstuviera, a los efectos del art. 1597 del C.C. de efectuar pago a la contratista por ser acreedora de esa contratista concursada por importe de 50.231,33 #.
El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid por Auto de 7-Abril 2008 declaró en concurso voluntario a la empresa SEOP Obras y Proyectos S.L. y al día siguiente la subcontratista demandante formuló demanda que fue turnada al Juzgado de instancia en reclamación de esa cantidad contra la ya consursada y contra la promotora. Admitida inicialmente a tramite contra la contratista que opuso declinatoria de competencia objetiva a favor del Juzgado de lo Mercantil, el Juzgado tras declarar la nulidad parcial de las actuaciones por auto de 19-noviembre 2008 se inhibió a favor de ese Juzgado respecto a la concursada, declarándose competente respecto a la acción dirigida respecto a la promotora, que también planteaba el mismo incidente y formuló recurso de apelación. La Sección 4ª de esta Audiencia Provincial por Auto de 18-septiembre 2009 confirmó la resolución del Juzgado y el Juzgado estimando la demanda y la concurrencia de los requisitos que habilitan la acción directa del art. 1597 condenó a la promotora a pagar la cantidad reclamada en decisión que se recurre en esta alzada, haciendo ya dejación del carácter de deudora que negó en la instancia respecto a la concursada para centrar su impugnación en un único motivo por el que, rozando la prohibición de las cuestiones nuevas, denuncia fraude de ley en el ejercicio de la acción por entender, resumidamente expuesto, que la Ley no concede ese privilegio en detrimento de los demás acreedores de la concursada ni la deuda en sí se encuentra dentro de las que la Ley Concursal reconoce una naturaleza privilegiada por similitud a otros créditos a los que la misma Ley reconoce ese beneficio.
SEGUNDO.-El recurso no puede prosperar. Así decíamos en nuestras sentencias de 22-junio y 5-octubre 2007, que el art. 1.597 del C.C. autoriza una acción directa que actúa como excepción a lo previsto en el art. 1.257 (relatividad de los contratos) que se reconoce tanto a los que ponen su trabajo y/o materiales en una obra ajena, así lo dice literalmente el precepto, como a los subcontratistas, lo mismo primeros como ulteriores (Sentencias de 15 de marzo de 1991, 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 28 de mayo de 1999, 22 de octubre de 1999 ó 31 de enero de 2005). La STS de 2 de julio de 1997 declara, a su vez, que cualquiera de los subcontratistas puede ejercitar esa acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior y de hacerse la reclamación, no excluyendo al deudor directo, la responsabilidad del comitente será solidaria con aquél.
Los dos presupuestos básicos para el éxito de la acción directa son, pues, que el dueño de la obra sea deudor del contratista que viene por ello obligado a soportar la acción que el subcontratista haga valer contra aquél hasta o dentro del límite de la cantidad efectivamente adeudada, y por otro, como elemental presupuesto de la legitimación y de la propia acción, que el contratista principal sea deudor del subcontratista (STS de 2 de julio de 2007). Se instaura así en la Ley dice la STS 31-Enero 2002 una especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también deudor mío» o de responsabilidad del dueño por deuda ajena (SSTS de 6 de junio y 27 de julio de 2000), pues fuera de este esencial requisito será inviable la acción directa, como también si habiéndose extendido esta acción a sucesivos subcontratistas (Ss. de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000) uno de los contratistas o subcontratantes no sea deudor de su subcontratista por ruptura en la cadena de subcontrataciones (SSTS de 11 de junio de 1928 ó 7 de octubre de 2008).
Acción directa, ampliamente reconocida por la doctrina legal, (STSS de 29 de octubre de 1987, 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 22 de diciembre de 1992, 12 de mayo de 1994 ó 22 de diciembre de 1999) que opera dentro de los límites cuantitativos que el precepto establece, y sin carácter sustitutivo ya que el acreedor, proveedor, empleado o subcontratista no necesita reclamar antes al contratista (STS de 16 de mayo de 1996), ni acreditar, previamente, la insolvencia de ésta o hacer excusión de los bienes de la contratista pues la actora hace valer su propio crédito (STS-29-Abril 1991).
Con esta solución, ampliamente protegida y respaldada por los Tribunales, se pretende, dice la STS de 19 de abril de 2004, evitar, desde la realidad social, manipulaciones y abusos a cargo de los propietarios que se valen de contratistas afines, coincidentes con sus intereses, a fin de eludir responsabilidades que les pudieran corresponder por la obra encargada y, a su vez, para impedir situaciones de enriquecimiento injusto (SSTS de 15 de marzo de 1990) de manera, que no queden desprotegidos quienes, en definitiva, han realizado la obra con la aportación de su trabajo y materiales (STS-7-septiembre 2002) y razón por la que cualquiera de los obligados responderá de la deuda salvo que el Promotor dueño de la obra acredite suficientemente, para

liberarse de esta responsabilidad, que tiene saldada la deuda derivada del contrato concertado (STS de 29 de mayo de 1989) ó que ningún crédito tiene el contratista contra él (STS 27 de julio de 2000)."
TERCERO.-Centrada así la cuestión, es la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la acción, más que la incidencia del proceso concursal frente a terceros no sujetos a concurso de acreedores, lo que determina la viabilidad de esa acción directa que la apelante califica, sin ningún fundamento, de abusiva y fraudulenta sin ni siquiera cuestionar en esta alzada cada uno de sus presupuestos que la S.T.S. de 26 de septiembre de 2008 desglosa en los siguientes:
a) Mediar un contrato de obra por ajuste alzado.
b) El subcontratista ha puesto en la obra trabajo y materiales
c) En el momento de la reclamación, extrajudicial o judicial, existe un crédito exigible del contratista frente al comitente, crédito que, a su vez actúa como límite objetivo de la acción, correspondiendo al dueño de la obra acreditar que ya ha pagado. La reclamación marca el momento a partir del cual el comitente no puede efectuar el pago con plenos efectos liberatorios ni directamente ni mediante consignación a favor del contratista, pues desde ese momento desaparece la buena fe.
d) Es menester que exista otro crédito del subcontratista frente al contratista vencido y exigible, sin que sea exigible la previa y acreditada insolvencia del contratista y la persecución de sus bienes, pero sí, al menos, la intimación de la mora tras el impago, por su parte, de la deuda.
A esos cuatro requisitos, la STS de 12 de febrero de 2008 añade un quinto, que también concurre sin discusión en el caso de autos y que exige que "si el acreedor directo es el subcontratista de obra, el comitente haya prestado su autorización para que el contratista principal pueda en su propio nombre, y por su propia cuenta pero en interés de ambos, subcontratar la ejecución de todo o porte de la obra principal.".
Así pues, acreditada y aceptada la totalidad de estos requisitos, especialmente que la promotora-apelante era deudora de la contratista-concursada por deuda en principio, superior a los 900.000 # dimanante de la certificación 28 y además, que pese al requerimiento de la actora para que se abstuviera de hacer pagos a la contratista la apelante atendió pagares librados a favor de la concursada con fecha 30 de abril, por importes superiores en total, a los 645.000 euros (F.453) queda por analizar la viabilidad procesal y sustantiva de la acción, no obstante haber sido declarada en concurso la contratista de la obra, deudora principal de la demandante.
Idéntico análisis y sobre situación similar abordó esta misma Sección Tercera en nuestra sentencia de 30 de septiembre de 2009, y señalábamos entonces, con cita en la SAP Madrid (Sección 20ª) de 16 de abril de 2007, recordando la Doctrina de nuestro Tribunal Supremo, en sentencias de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000, al señalar que "«la situación concursal en la que se pueda encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del art. 1597 », jurisprudencia a la que se puede añadir la STS de 11 de octubre de 2002 que al igual que otras de distintas Audiencias Provinciales (Barcelona, Sección 14ª, 9 de junio ó 2 de noviembre de 2004; Navarra de 1 de octubre de 2001; y, por todas, Barcelona, Sección 15ª, de 2 de marzo de 2006) que versan (sic) sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal en vigor,..., desde el 1 de septiembre de 2004, pero sin que de la nueva Ley Concursal pueda desprenderse, hasta el momento, interpretación unánime distinta a la anteriormente expresada, máxime cuando en nuestro caso la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración de concurso.".
También, que en justificación de esta autonomía se ha resaltado la solidaridad que caracteriza la acción directa del art. 1597 y la libre elección del acreedor para ejercitarla conjunta o separadamente contra el dueño de la obra, al que es ajeno el proceso concursal de otro deudor. Solidaridad reconocida por el T.S. en sentencia de 26 de septiembre de 2008 y todas las que cita. Así como el carácter protector a modo de excepcional y especial remedio jurídico que esta acción supone precisamente en casos de insolvencia o dificultades de pago del deudor directo (SAP Barcelona, Sección 14ª, de 9 de junio de 2005) y por tanto que, dada la consideración de crédito subjetivamente privilegiado en cuanto permite, por ley, convertir en deudor de la obligación a un tercero diferente, la acción no atenta ni al principio de la "pars conditio creditorum" ni su ejercicio lejos de lo que alega la recurrente constituye fraude o abuso alguno por estar amparado en una norma legal (SAP Las Palmas -Sección 5ª-, de 18 de enero de 2008) incluso de amplio arraigo en nuestra tradición legislativa, y así se ha acogido, entendido y aplicado en la mayoría de los procesos de suspensiones de pagos o quiebra regidos bajo la anterior legislación (SS.AA.PP. de Valladolid, de 3 de enero de 2007, de Asturias, de 20 de enero y 2 de junio de 2005, de Baleares de 21 de noviembre de 2003, de Cádiz -Sección 5ª-, de 1 de febrero de 2005, de Salamanca, de 24 de octubre de 2005, de Navarra -Sección 1ª-, de 1 de octubre de 2001 y 8 de marzo de 2005, y de Vizcaya -Sección 4ª-, de 5 de febrero de 2001).
Bajo la vigencia de la actual Ley Concursal, la tan citada por las partes sentencia de la A.P. de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006 abordó el tema, manteniendo estos criterios tradicionales de autonomía de la acción y protección al acreedor subcontratista pero matizándolo en su coexistencia y compatibilidad con los principios y normas de la nueva Ley Concursal. Así, tras señalar que se trata de una "decisión estrictamente jurídica, una discusión técnica motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y de todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva.". Cuando se ha declarado un concurso, añade esta sentencia, alguna de estas dos realidades han de ceder ya que, o se mantiene la eficacia del art. 1.597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso en cuyo caso el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la "par conditio creditorum". Situación que le lleva a entender, aún reiterando la posición doctrinal en nuestra traducción jurídica, la inviabilidad del ejercicio de la acción directa del art. 1.597 del C.C., una vez operada la declaración del concurso de la contratista, al entender que el espíritu de la Ley, que procura, principalmente, la viabilidad en la continuación de la empresa, ha de impedir que se detraigan partes sustanciales de la masa

activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, por lo que todos los acreedores del deudor han de pasar a integrar la masa pasiva (art. 49 L.C.) en relación con el art. 89.2 de la misma ley, que advierte que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en este Ley" de manera que una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor el subcontratista -entiende la comentada sentencia de la A. P. de Barcelona, necesaria-habrá de integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, ya que no existe ninguna norma que permite actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa, minorando así las posibilidades de satisfacer con ese capital a todos los acreedores concurrentes de manera proporcional una vez ha sido declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el comitente principal. En definitiva, para esta sentencia el artículo 1.597 del C.C., como la propia acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal.
CUARTO.-Sin embargo, decíamos en nuestra antes citada Sentencia de 30 de septiembre de 2009 y ahora lo reiteramos, que dos aspectos son de resaltar de esta sentencia, dictada por la sección especializada de la A. Provincial de Barcelona que, por un lado, despoja, ante una declaración concursal, el carácter de privilegio que tradicionalmente se ha reconocido a esta acción directa, y que la más reciente Doctrina Jurisprudencial desmitifica y aclara en sendas SSTS de 7 de octubre de 2008. Así, mientras una no reconoce, en sede de expediente de suspensión de pagos, el privilegio del crédito por no haberse planteado en la demanda (Rec. 2.470/02), en la otra, de la misma fecha (Rec. 2.824/02), el T. Supremo parece decididamente orientado a romper con la Doctrina legal anterior que expresamente señala que "la acción judicial o extrajudicial no otorga ningún privilegio de exclusión ante una eventual concurrencia de acreedores, pues tal privilegio no lo establece el precepto, sólo se limita a la concesión a los que ponen su trabajo y materiales en la obra ajustada alzadamente por el contratista de una acción directa contra el comitente, y no aparece como una excepción a lo dispuesto en el art. 1.925 C.C., que dice que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier clase, o por cualquier otro título «no comprendidos en los artículos anteriores». El crédito de los que ponen su trabajo y materiales en la obra son créditos refaccionarios, que tienen el privilegio reconocido en los números 3º y 5º del art. 1.923 C.C. No aparece del texto del art. 1597 nada que contradiga al art. 1.925, sino que consagra una excepción al principio de relatividad del contrato (art. 1.257 C.C.), en que por razones de justicia y para evitar enriquecimientos injustos, se aplica la regla o aforismo «el deudor de mi deudor es también mi deudor». Nada que ver con la materia de privilegios crediticios. Por lo tanto, el precepto no impide una concurrencia de acreedores, que habrá de ventilarse entre los mismos, ni que el deudor, en este caso el comitente, no pueda acudir al procedimiento de la consignación judicial, si son varios los que pretenden el cobro, al amparo del art. 1.176.". En igual línea se pronunciaba también en un supuesto en que varios subcontratistas se disputaban el cobro frente al promotor la STS de 4 de noviembre de 2008.
La otra cuestión a resaltar, y decisiva para la viabilidad de la acción que nos ocupa en esta apelación, es coincidente, sin embargo con la decisión expresada en la tan repetida SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006, de admitir la exclusión de la vis atractiva concursal y consentir el ejercicio separado de la acción directa ex art. 1.597, no obstante estar declarado el concurso de la deudora principal (contratista) antes de interponer el subcontratista su demanda, si, como aquí ocurrió, la acción extrajudicial o el requerimiento fehaciente se llevó a cabo antes de la declaración del concurso entendiendo en este caso que la acción-reclamación y sus efectos de exigibilidad de pago preferente quedaban blindados y lo hacían operativos desplegando sus efectos a partir de ese momento. Así también lo entendió esta Audiencia de Granada (Sección 4ª) al desestimar otro recurso de apelación de la ahora apelante relativo a la inhibición del proceso a favor del Juzgado del concurso y así se ha reconocido en nuestra tradición histórica, de la que son ejemplo la STS de 17 de julio de 1997, reiterando la de 30 de enero de 1974 y la precedente de 28 de mayo de 1908, al señalar aquélla que "teniendo en cuenta el sentido proteccionista del art. 1597 del C.C., las razones que lo inspiran y el principio de buena fe,... resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ella tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar como requisito único la petición de tal derecho en la vía judicial, por todo lo cual, no solo ha de tener eficacia ésta, sino también la petición formulada en privado.". Criterio seguido por esta Audiencia Provincial de Granada y por la mayoría de las demás Audiencias Provinciales, entre otras, por la de Barcelona (Sección 14ª) de 12 de febrero de 2002; Girona, de 11 de febrero de 2005; Zaragoza, de 21 de septiembre de 2004; Guipúzcoa, de 12 de abril de 2005; y entre las más recientes, SS.A.P. de Madrid (Secc. 12ª), de 30 de diciembre de 2005 y 24 de enero de 2006; (Secc. 13ª) de 6 de febrero de 2007; o (Secc. 21ª) de 2 de diciembre de 2008; o S.A.P. de Las Palmas (Secc. 5ª) de 18 de enero de 2008.
Ahora bien, la última Doctrina legal parece también cuestionar o matizar también, este criterio hasta ahora consolidado y, así, la STS de 8 de mayo de 2008, aunque referida al cómputo de intereses de la cantidad reclamada, vino a establecer que "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario.". Esta novedosa declaración cuya falta de reiteración evita, por el momento, entender operado un cambio jurisprudencial en la materia, permite, entre tanto, y en supuestos temporales como los examinados de reclamación extrajudicial anterior a la declaración del concurso, el mantener en el caso de autos la autonomía de la acción directa deducida, no obstante, su interposición judicial después de la declaración del concurso, en coherencia con la larga tradición doctrinal antes apuntada y respaldada mayoritariamente por las Audiencias Provinciales y la Doctrina legal. Autonomía absoluta por la que aboga, además, la SAP de Asturias (Secc. 1ª) de 14 de febrero de 2008 que, ante una acción conjunta contra promotor y contratista dirigido por el subcontratista, separó como también se ha hecho en este procedimiento las acciones acumuladas y derivó el conocimiento de la acción contra el contratista concursado al Juez de lo Mercantil y conociendo únicamente de la acción contra el promotor la estimó con independencia de la fecha del

requerimiento y aún aceptando que la declaración del concurso se produjo antes de la acción directa ejercitada en vía judicial.
Tesis, finalmente, que tampoco se ve comprometida, como razonábamos en la tan reiterada sentencia de esta sección de 30 de septiembre de 2009 por la Ley 20/2007, de 11 de julio, de Trabajadores Autónomos, que, además de no ser directamente aplicable a la cuestión debatida, no pueda entenderse favorecedora de la tesis de la vis atractiva plena, (a favor del Juez del concurso) por el hecho de que la norma haga un reenvío genérico al cauce del art. 91.3 de la L.C. para incluir dentro del privilegio concursal junto a los créditos derivados de trabajo de personal autónomo no dependiente, que ya lo estaban, los derivados del trabajo de personal autónomo dependiente, ya que cualquier excepción o impedimento que quiera buscarse a la acción directa, ante una situación concursal del contratista no promotor, debería y podría haber sido expresamente incluida, como otras, relativas al hogar familiar, no en el párrafo que se comenta, sino en el nº 2 del art. 10 de esa Ley en la que el legislador vuelve a contemplar y reiterar, contra el comitente o empresario principal el derecho, que a favor de los trabajadores autónomos ya le concede el C.Civil en el art. 1.597 en ejercicio de una acción directa como la deducida en estas actuaciones, y que íntegramente acogida por la sentencia apelada ha de confirmarse por ser plenamente ajustada a Derecho, rechazando, sin más el recurso interpuesto.“: SAP Granada (sección 3) 21.05.2010 (sentencia 209/2010; Rollo 160/2010)

AP Madrid (Sección 12)

“Con respecto al ejercicio de la acción directa que prevé el artículo 1597 del Código civil, esta Sala, siguiendo la posición que se puede considerar mayoritaria de las Audiencias Provinciales, acorde por otro lado con lo indicado en las STS de 30 de enero de 1974 y 17 de julio de 1997, se ha decantado por considerar que, con arreglo a la normativa vigente en el momento de formularse la solicitud de diligencias preliminares el 25 de junio de 2010, es decir antes de la Ley 38/2011, que introdujo la actual redacción el artículo 51 bis, cabía el ejercicio de la acción del artículo 1597 del Código civil al margen del procedimiento concursal, aún cuando el contratista haya sido declarado en situación de concurso, siempre que la acción contra el dueño de la obra se haya ejercitado antes del momento de la declaración de concurso, considerándose que la acción se ejercita mediante el requerimiento extrajudicial dirigido al dueño de la obra (así lo indicó esta Sala en sentencias de 30 de diciembre de 2005 y 24 de enero de 2006; así como la Sección 13ª de esta Audiencia en sentencia de 6 de febrero de 2007, la Sección. 21ª, de 2 de diciembre de 2008, Las Palmas (Secc. 5ª) de 18 de enero de 2008 y Valladolid, Sección 3ª, en sentencia de 16-02-12, entre otras)”: AAP Madrid (Sección 12) 12.12.2012 (Auto 774/2012; Rollo 231/2012)

“SEGUNDO.-Para determinar si la competencia para el conocimiento de la presente acción corresponde al Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid (como sostienen las demandantes apelantes) o a los Juzgados de lo Mercantil (tal como ha determinado el auto objeto del presente recurso,) es fundamental determinar la fecha en que se ejercita la acción y la fecha en que se habría declarado el concurso de las contratistas, puesto que si la acción directa se hubiere ejercitado una vez declarado los concurso de las contratistas, la atribución de competencia al Juzgado Mercantil podría tener un cierto sentido (el artículo 8 de la Ley Concursal es la norma que se cita en el auto, luego parece que parte como si de hecho se hubieran declarado los concursos de las contratistas). Sin embargo, carecería de sentido si la acción se hubiere ejercitado con anterioridad a las declaraciones del concurso. En consecuencia, deben tenerse en cuenta las fechas siguientes: 1)La demanda interpuesta en el presente procedimiento por las subcontratistas entró en el Juzgado de Primera Instancia de Madrid en fecha 15 de noviembre de 2011; 2) la contratista "Montajes y Decoracion Mavicam" fue declarada en concurso mediante auto de fecha 22 de noviembre de 2011; 3) la contratista "Metales Aceros e Inox., S.L." y la contratista "Aislamientos Impais, S.L.", solicitan la declaración de concurso, pero todavía no se habían dictado los correspondientes autos que así lo declare.
Teniendo en cuenta lo anterior, nos hallamos con una demanda formulada ante un Juzgado de Primera Instancia con anterioridad a la fecha en que una de las contratistas fue declarada en concurso (por auto de fecha 22 de noviembre de 2012, siendo que la mercantil contratista "Metales Aceros e Inox, S.L." ha solicitado el concurso y Aislamientos Impais S.L.", se halla en situación de concurso voluntario, pero sin que en ambos casos se hayan dictado los correspondientes autos declarando el concurso de estas dos contratistas.
Debe tenerse en cuenta que la legislación aplicable al caso litigioso es la Ley Concursal en su redacción anterior a la reforma de esta Ley Concursal operada por la ley 38/2011, de 10 de octubre.
TERCERO.-En cuanto a la atribución de la competencia objetiva para el conocimiento del presente procedimiento, ante la situación de concurso en que se encuentra una de las contratistas, y siendo que las otras dos contratistas "Metales Aceros e Inox, S.L." y "Aislamientos Impais, S.L.", han pedido la declaración de concurso pero todavía no se ha dictado por el Juzgado correspondiente el auto que así lo declare, hemos de partir del hecho constatado de que la demanda se presentó el día 15 de noviembre de 2011, es decir con anterioridad a la declaración de concurso de la entidad "Montajes y Decoración Mavicem, S.L. (declarada en concurso por auto de fecha 22 de noviembre de 2012) si bien, previamente a la demanda que ahora nos ocupa, habían existido diversas reclamaciones por parte de las subcontratista a la propiedad (Grupo El Corte Inglés) en la que expresamente manifestaba ejercitar las acciones que le otorga el artículo 1597 del Código Civil. En esta situación, la decisión adoptada por el Juzgado de Primera Instancia entendemos que no es la correcta, a la vista de las decisiones que sobre dicha cuestión han adoptado diferentes Secciones de esta Audiencia a raíz de las resoluciones de la Sección 28ª especializada en materia mercantil dictadas en las cuestiones de competencia que se plantean entre los Juzgados de primera instancia y los especializados en materia mercantil, en base a lo establecido en el artículo 46 de la LEC, 51 de la Ley Orgánica de Poder Judicial y las reglas de reparto establecidas al efecto.

Señala la Sección mercantil, al analizar diferentes supuestos de hecho similares al aquí planteado, que la competencia ha de atribuirse al Juzgado de Primera Instancia, por cuanto la especial naturaleza de la acción directa que otorga el artículo 1597, de la que queda fuera la contratista principal, debe conducir a que desde el momento en que el titular de la acción ha requerido al dueño de la obra, ha de considerarse ejercitada la acción, a los efectos de considerar la reclamación a que se refiere ajena a la declaración de concurso de la contratista principal.
En el Auto de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 15 de octubre de 2010, en lo que aquí interesa, se dice lo siguiente:
"La cuestión que en el fondo se suscita está relacionada con el problema de la coexistencia entre una acción directa dirigida por un subcontratista contra el dueño de una obra, al amparo del artículo 1.597 del Código Civil, y la situación de concurso del contratista principal de la misma, así como la incidencia en las actuaciones en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 42 del auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 (juez del concurso de la contratista principal) declarando su competencia para conocer de la controversia allí suscitada, en el que parece encontrarse (a falta de mayores explicaciones) la razón del auto impugnado.
Este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre estas cuestiones en auto de 17 de septiembre de 2010. En él nos hacíamos eco y acogíamos la posición mayoritaria que rechaza, en el contexto del vigente marco normativo, que la declaración de concurso del contratista principal deba interferir en la referida acción directa cuando ya hubiese sido planteada con anterioridad la reclamación del subcontratista contra el comitente, pues el ejercicio de tal facultad habría supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del subcontratista, citando como exponentes de dicha doctrina las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de marzo de 2006, Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, de 30 de septiembre de 2009 y de 21 de mayo de 2010, y auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, de 6 de mayo de 2010.
De hecho, también el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 participa de dicho criterio, tal como se desprende de la lectura de la fundamentación jurídica del auto de 30 de noviembre de 2009. Todo apunta, con claridad meridiana, a la existencia de un error por parte del juez del concurso, al considerar que la fecha de en que este había sido declarado era el 9 de marzo de 2009, cuando, en realidad, era el 16 de marzo de 2003, fecha esta última posterior en tres días a la de la presentación de la demanda, siendo dicho error motivo determinante de la decisión que adoptó. Tal decisión se muestra, por lo dicho, carente de fundamento, debiendo calificarse, por esta misma razón y sin necesidad de entrar en otras consideraciones, improcedente el requerimiento de inhibición dirigido al Juzgado de Primera Instancia con base en aquella".
Aplicando esta doctrina al presente caso, habiéndose aclarado que el juicio declarativo ordinario que se sigue ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de los de Madrid se inició por demanda presentada por las subcontratistas el 15 de noviembre de 2011 con anterioridad, por tanto, a la declaración del concurso de la contratista "Montajes y Decoraciones Mavicam, S.L." y sin que se hubiera dictado los pertinentes autos declarando el concurso de las otras dos contratistas "Metales Aceros e Inox, S.L." y" Aislamientos Impais, S.L.", procede, de conformidad con la doctrina expuesta en líneas anteriores, declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid para conocer de la presente demanda.”: AAP Madrid (Sección 12) 12.12.2012 (Auto 784/2012; Rollo 601/2012)

“SÉPTIMO.-La acción del artículo 1597 del Código civil, según ha señalado reiterada jurisprudencia, es una acción directa frente al dueño de la obra (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1987, 12 de mayo y 11 de octubre de 1994, 4 de noviembre de 2004 10 de marzo de 2005, entre otras).
Dicha acción directa supone una excepción al principio de relatividad de los contratos proclamado en el artículo 1257 del Código civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998 y 31 de enero de 2005), de tal manera que como consecuencia del contrato suscrito con el contratista, nace el derecho del subcontratista de accionar directamente contra el dueño de la obra, si bien únicamente cuando y con respecto a las cantidades que adeude al contratista.
No se trata, por tanto, de la subrogación del subcontratista en la posición acreedora del contratista, sino en un crédito cuyo titular es el subcontratista y que puede ejercitar de forma directa contra el dueño de la obra.
Como consecuencia de ello, antes de la entrada en vigor del actual Ley Concursal no existía objeción a la posibilidad de ejercitar dicha acción directa, aun cuando el contratista se encontrase en situación de concurso o quiebra.
Tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, que nace con vocación de evitar todo privilegio y preservar la intangibilidad de la masa, se ha suscitado controversia en torno a si cabe su ejercicio cuando el contratista se encuentra en concurso de acreedores.
La posición mayoritaria de las Audiencias Provinciales, acorde por otro lado con lo indicado en las STS de 30 de enero de 1974 y 17 de julio de 1997, se ha decantado por considerar que cabrá el ejercicio de la acción del artículo 1597 del Código civil aún cuando el contratista haya sido declarado en situación de concurso, siempre que la acción contra el dueño de la obra se haya ejercitado antes del momento de la declaración de concurso, considerándose que la acción se ejercita mediante el requerimiento extrajudicial dirigido al dueño de la obra (así lo indicó esta Sala en sentencias de 30 de diciembre de 2005 y 24 de enero de 2006; así como la Sección 13ª de esta Audiencia en sentencia de 6 de febrero de 2007, la Sección. 21ª, de 2 de diciembre de 2008, Las Palmas (Secc. 5ª) de 18 de enero de 2008 y Valladolid, Sección 3ª, en sentencia de 16-02-12, entre otras).
Por tanto, siendo la declaración del concurso de 1 de marzo 2010 (documento 2 de la contestación, folios 129 y siguientes) y habiéndose realizado requerimiento extrajudicial a la dueña de la obra el día 24 de noviembre de 2009 (Documento 28, no impugnado, folios 72 a 74), siendo incluso la demanda de fecha 11-1-2010, anterior también a la declaración de concurso, tal situación concursal no impide el ejercicio de la acción contra el dueño de la obra por parte del demandante.

OCTAVO.-Recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008 parece apartarse de los precedentes referidos, ya que si bien se refiere al devengo de intereses por mora, señala que "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1527 del Código civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o abstención al destinatario".
Igualmente, tras la reforma de la Ley Concursal, a través de la Ley 38/2011, el artículo 51 bis establece que declarado el concurso "quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código civil ". Dicho precepto, por tanto, parece considerar que únicamente la interposición de demanda implica el ejercicio de la acción.
Ahora bien, tales consideraciones, y sus posibles consecuencias carecen de trascendencia en este procedimiento, dado que, por un lado, la interposición de la demanda en enero de 2010 es anterior a dicha reforma, y por otro lado la demanda se ha formulado antes de la declaración de concurso. “:SAP Madrid (Sección 12) 28.11.2012 (Sentencia 748/2012; Rollo 327/2011)

AP Madrid (Sección 14)

“Finalmente, debemos recordar que Obrum fue declarada en estado de concurso de acreedores por auto de 24 de marzo de 2009 y que, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 2 de marzo de 2006, citada por la propia apelante, "la actual Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. (...) No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal, lo que, en consecuencia, conduciría a la necesidad de que el importe consignado por (...) quedara integrado en la masa activa, resultando improcedente la entrega a (...) para su satisfacción autónoma. (...) La doctrina antes expuesta sobre la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en la legislación anterior sigue siendo eficaz en estos casos: antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó".
En este supuesto, Emgiasa no ha acreditado el importe de los créditos efectivamente vencidos y exigibles de los subcontratistas frente a la contratista reclamados extrajudicialmente a la dueña de la obra (ejercicio de la acción directa) antes de la declaración en estado de concurso de acreedores de la contratista, que serían los únicos que podrían dar lugar, en su caso, a la inmovilización del crédito de la contratista frente a la dueña de la obra representado por los pagarés objeto del presente procedimiento (el crédito seguiría operando contra el patrimonio de la contratista, pero se habría desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado), ya que no basta para ello acompañar unas serie de reclamaciones extrajudiciales de los subcontratistas a Emgiasa pues debía acreditarse la fecha fehaciente de la reclamación y la certeza, importe, vencimiento y exigibilidad de los créditos, por lo que tampoco desde esta perspectiva se habría justificado la procedencia de la retención del importe de los pagarés por su libradora, la dueña de la obra Emgiasa.”: SAP Madrid (Sección 14) 05.10.2010 (Sentencia 511/2010; Rollo 237/2010)

“Sobre la posibilidad de accionar al amparo del art. 1597 Cc. cuando media una declaración de concurso del contratista, se ofrecen distintas soluciones por los tribunales, reflejadas en Auto17.Sep.2010 de la Sección 28 de esta Audiencia Provincial, a cuyo tenor "Bajo la legislación anterior a la Ley Concursal se venía entendiendo mayoritariamente que la acción que contra el dueño de la obra se reconoce al subcontratista en el artículo 1597 del Código Civil resultaba inmune a la eventualidad de que el contratista fuese declarado en quiebra, suspensión de pagos o concurso, en el sentido de que esta situación en nada habría de afectar al derecho reconocido en dicho precepto al subcontratista. Claro exponente de esta posición es la sentencia del Tribunal Supremo nº 814/2000, de 27 de julio, de constante cita en las numerosas resoluciones de Audiencias Provinciales que se hicieron eco del criterio expuesto, al señalar sin ambages que "la situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1597 ".
La promulgación de la Ley Concursal suscitó la cuestión de si el planteamiento expuesto conservaba vigencia o si, por el contrario, debía ser revisado, todo ello ante la falta de posicionamiento expreso por parte del legislador.
Simplificando en extremo los términos del debate, se podrían señalar como referentes, para quienes se manifiestan a favor de la inalterabilidad de la doctrina consolidada bajo la regulación anterior, el silencio de la nueva sobre el sometimiento de la acción directa a las reglas del concurso y la vigencia de las razones sobre las que se cimentó aquella postura, que hunden sus raíces en gran medida en el carácter protector y excepcional de la solución arbitrada en el artículo 1597 del Código Civil; quienes se muestran a favor de modular el anterior criterio apuntan los principios de universalidad de la masa activa y de unidad legal del concurso que inspiran la normativa vigente.

Lo que no suscita en exceso debate es la falta de incidencia del concurso del contratista sobre los procesos promovidos en ejercicio de la acción directa consagrada a favor del subcontratista que se hubieran iniciado con anterioridad, incluso para quienes se muestran partidarios de la segunda de las posturas expuestas, al considerar que la eficacia impeditiva del concurso solo se proyectaría sobre las acciones de este tipo intentadas con posterioridad a la declaración del mismo. De este planteamiento participan la resolución impugnada y las partes litigantes; también este tribunal. La controversia surge (esta es, en definitiva la cuestión que ante la sala se residencia) a la hora de determinar cuándo ha de entenderse ejercitado el derecho que en el tantas veces citado artículo 1597 del Código Civil se reconoce a favor del subcontratista, toda vez que la declaración de concurso se produjo después de haber este requerido de pago al comitente pero antes de presentarse la demanda.
Según el criterio tradicionalmente sustentado por nuestra jurisprudencia, la efectividad del derecho en cuestión no está supeditado necesariamente a su petición en vía judicial, imponiéndose por el contrario, en atención al sentido proteccionista del artículo 1597, las razones que lo inspiran y el principio de buena fe, una interpretación amplia del precepto, que lleva a reconocer a estos efectos a la reclamación extrajudicial el mismo valor que a la judicial, siempre que exista fehaciente constancia de aquella (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1974, 17 de julio de 1997 y 19 de abril de 2004). Cumplida esta condición en el presente caso, la proyección de la referida doctrina sobre el mismo ha de llevar a estimar el recurso, solución que coincide con la adoptada por la mayoría de las Audiencias Provinciales en supuestos semejantes (entre otras, sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de marzo de 2006, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, de 27 de mayo de 2008, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1ª, de 14 de enero de 2009 y de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, de 30 de septiembre de 2009 y las citadas en esta última)".
Ante las diferentes soluciones aplicadas, se estima que debe atenderse al criterio definitivamente consolidado en el art. 50.3 de la Ley Concursal, según redacción operada por Ley 38/2011, de 10 de Octubre, a cuyo tenor "Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1597 Cc. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo", es decir, se ordenará el archivo de lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
Aun cuando tal precepto entró en vigor con posterioridad a los hechos litigiosos, se estima acertado aplicar la anterior doctrina jurisprudencial a la luz del criterio sentado por el legislador. Con arreglo al cual, en la fecha en que la subcontratista Diego López, S.L., requiere a la propiedad en los términos del art. 1597 Cc. (el 18 de Marzo de 2008), aún no se había constituido en mora la contratista Seop, ni por ende tampoco la comitente o propietaria, ni por igual razón podía aún ejercitar judicialmente la acción de reclamación del crédito que le atribuye ese art. 1597 Cc., tras lo que se declaró en situación de concurso a Seop (el 7 de Abril de 2008), antes del vencimiento de la deuda por ella contraída frente a Diego López, S.L. (a 25 de Septiembre de 2008). Tras la declaración de concurso, no cabría plantear ya la acción judicial del art. 1597 Cc., lo que obliga al subcontratista a resarcirse de la masa concursal, en concurrencia con los restantes acreedores. Por todo lo cual procede desestimar el recurso.”: SAP Madrid (Sección 14) 23.10.2012 (Sentencia 480/2012; Rollo 341/2012)

AP Madrid (Sección 18)

“En efecto, como pone de manifiesto el Juzgado la acción que se ejercita, con base en el art. 1597, se dirige contra la mercantil HIPERCOR S.A. que era la dueña de la obra en donde el hoy demandante había puesto trabajo y materiales. La contratista de la obra la mercantil DICO se encontraba en concurso de acreedores, habiéndose dirigido a la hoy demandada, como dueña de la obra.
Como pone de manifiesto el Juzgado, ante el impago del efecto emitido para el abono de la obra se produjo el requerimiento extrajudicial del mismo con fecha 13 de febrero de 2009. Con fecha 16 de Marzo de 2009 se declaró en concurso la mercantil DICO, contratista de la obra y con fecha 13 de marzo de 2009 se interpuso la demanda que es objeto de pronunciamiento.
El debate se centra no tanto en la legitimidad o existencia de la deuda sino en la orden, al parecer, de retención ejecutada por el juzgado de lo mercantil que conoce del concurso.
Como es bien sabido, dados los hitos temporales en los que se desarrolla la litis, la doctrina establecida en dicho momento, y que había acogido esta Sala tenía en cuenta, entre otras lo razonado por la Secc. 15ª de la de Barcelona de 2 de marzo de 2006 que tras analizar la permanencia de ciertos privilegios y preferencias de determinados créditos bajo la vigente regulación concursal, a pesar de la manifestada voluntad de la misma de plasmar el principio de igualdad de trato, razona, la diferencia que se deriva de una cuestión temporal como la antes indicada, es decir, si la declaración concursal es anterior a la interposición de la demanda pero posterior al requerimiento extrajudicial o reclamación que establece el citado artº. 1597 C.c..
Como afirma la citada sentencia "... No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal,.....".
Y añadía, "..., las fechas muestran que, en nuestro caso, la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración del concurso.... En consecuencia, al producirse el fogonazo jurídico que supone la declaración del

concurso, que fija una imagen - dinámica- de los créditos en ese momento concurrentes, la obligación jurídica de pago que incumbía a - la contratista - ya no era la que le ligaba con - la subcontratista -, sino con - la dueña de la obra. -. El crédito seguía operando contra el patrimonio de la contratista principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, de forma que cuando se produce este evento - dueña de la obra - ya está obligada con la demandante. La doctrina antes expuesta sobre la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en la legislación anterior sigue siendo eficaz en estos casos: antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó....".
Pues bien, en el presente caso ello es lo acontecido, es mas la competencia del juzgado de primera instancia para conocer de la presente litis ya fue declarada en su día por esta propia Sala, pero lo que desde luego no puede tener acogida es la posibilidad de aplicar al litigio la nueva legislación concursal, modificación operada en la Ley Concursal, a través de la Ley 28/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en cuya virtud, artº. 51.bis "Suspensión de juicios declarativos pendientes,...2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil " parece referirse como auténtico ejercicio de la acción a los procedimientos judiciales iniciados y no al requerimiento extrajudicial, como así se deriva también de la actual redacción del art. 50.3 LC en cuya virtud "...Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo...".
Evidentemente dicha modificación no puede operar en el presente litigio el que se ha resuelto conforme a la legislación y doctrina consolidadas.": SAP Madrid (Sección 18) 07.10.2013 (Sentencia 392/2013; Rollo 343/2013)

AP Madrid (Sección 19)

"TERCERO-La problemática que se suscita en el litigio es la relativa a sí, efectivamente, es factible ejercitar la acción directa que recoge el artículo 1.597 del Código Civil cuando el contratista previamente hubiese sido declarado en concurso de acreedores; decíamos en nuestros autos de 10 de abril y 11 de mayo del año 2012 que esta cuestión es el eje esencial para resolver el recurso que se somete a la consideración de este Tribunal.
Hemos de decir, ya desde aquí, que el único requerimiento de pago que consta verdaderamente en autos es el de 29 de abril del año 2009 (documento 26 de los acompañados a la demanda y folio 89 de los autos principales), pues la comunicación que dirigiese MACE a GTM, que no a la propia actora, expresando las quejas de los subcontratistas, no puede entenderse como requerimiento a los efectos de anteponerse la repetida reclamación a la declaración del concurso; de manera que el documento nº 2 de la contestación a la demanda, fechado en 23 de marzo del año 2009, no lo considera este Tribunal, insistimos en este específico extremo, como reclamación del subcontratista al dueño de la obra en relación con la deuda que el contratista mantiene o pueda mantener con el reclamante, teniendo en cuenta el importante artículo 1.597 del Código Civil que se expresa así: "los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tiene acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación".
La Jurisprudencia de los Tribunales, con anterioridad a la introducción del apartado nº 3 del artículo 50 en la Ley Concursal; dice este apartado 2003 por la también Ley 38/2011 de 10 de octubre, vino a mantener, esencialmente a partir de la entrada en vigor, como decimos, de la Ley Concursal, que era imprescindible para mantener la propia configuración y calificación jurídica que plasma el artículo 1.597 del Código Civil, respecto del crédito del subcontratista frente al contratista, que se ejercita en relación con el dueño de la obra, que efectivamente aquella reclamación tenía que efectuarse con anterioridad a la declaración de concurso, lo que el propio legislador viene a solventar, de manera definitiva, con la introducción, como acabamos de dejar constancia, del nº 3 del artículo 50 de la Ley Concursal; dice este apartado nº 3 después de la reforma de la Ley de 10 de octubre del año 2011, (que nunca no es aplicable al supuesto que se somete a la consideración de este Tribunal), que "los Jueces de Primera Instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite el acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primero apartado de este artículo.
La Jurisprudencia sobre la materia, que es ciertamente abundante, se residencia más en las resoluciones de las Audiencias Provinciales que en la propia doctrina del Tribunal Supremo pues el contenido, por ejemplo, de la sentencia de 27 de julio del año 2000, precede a la publicación de la Ley Concursal, después de la cual se ha venido a aceptar, de una manera y forma mayoritaria, que el acreedor una vez se haya producido la declaración en concurso del deudor, viene obligado a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas de los proceso concursal; ver en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo del año 2006, que viene a concluir que porque el subcontratista había efectuado la reclamación con anterioridad al concurso prevalecía el crédito del subcontratista frente a la apelante (el dueño de la obra); luego si la reclamación es posterior, como en nuestro caso, no sería posible dar viabilidad a la acción ejercitada, que en

nuestro caso tendría que ser desestimada, para tenerse que integrar el acreedor en la masa pasiva del concurso, cuando se den, ciertamente, los requisitos que caracterizan a este acción directa y que recoge con toda nitidez, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona a que acabamos hacer mención; es importante resaltar, como ha reiterado la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que aun cuando el artículo 1.597 del Código Civil utilice el término acción, que es de carácter procesal, el precepto no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos que contiene el artículo 1.597; es indudable, por tanto, que no podemos estar a la doctrina jurisprudencial anterior a la publicación o promulgación de la Ley Concursal, pues en nuestro caso concreto el procedimiento está fechado en el año 2009, y por lo tanto con posterioridad al año 2003 en que se promulga la repetida Ley, de manera que el acreedor deberá integrarse en la masa pasiva del concurso y someterse al principio de "la par conditio creditorum"; y concluye la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona a que ha acabamos hacer mención que : "así las cosas, cabe concluir que la Ley concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso Concursal según la clasificación de su crédito, salvo las excepciones que la Ley permita, lo que no ocurre con el artículo 1.597 del Código Civil; la particularidad o especialidad del artículo 1.597 ha de ceder ante la situación concursal, como también reconoce la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 15 de julio del año 2008. Pero es que el Legislador, atento a la problemática que suscitaba el artículo 1.597, ha dado por zanjada la problemática con la nueva introducción del apartado 3º en el artículo 50 por medio de la Ley 38/2011, de 10 de octubre.
Así las cosas es procedente, por tanto, confirmar la sentencia dictada en la instancia y desestimar el primero de los motivos del recurso, en el que se denuncia infracción del artículo 1.597 del Código Civil, cuando este procedimiento, declarado el concurso, no tenía que haber iniciado su andadura, y porque, no obstante, se admitió a trámite la demanda y se seguía todo a su curso, la sentencia habrá de ser, consecuentemente, desestimatoria; y es que, la parte no acreditada otra cosa, el primer requerimiento se opera, como dice el segundo de los autos aclaratorios, el 29 de abril del año 2009 cuando el concurso, su declaración por medio de auto por el Juzgado nº 5 de lo Mercantil, se había operado el 28 de abril del mismo año": SAP Madrid (Sección 19) 18.05.2012 (Sentencia 229/2012; Rollo 229/2012)

AP Madrid (Sección 20)

"PRIMERO: Interpone la representación procesal de Hermanos García Santiago, S.A. recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 54 de Madrid en el Juicio Ordinario nº 2.491/09, por la que se desestimó la demanda que formuló contra la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. en reclamación del importe de la mercancía servida para la obra que ésta promovía, al amparo de lo previsto en el art. 1.597 del CC, y por no haberle sido satisfecho su precio por la entidad que la subcontrató, que a su vez era contratista de la demandada.
La demanda fue desestimada porque la acción directa ejercitada por la subcontratista frente a la dueña de la obra, lo fue con posterioridad a la declaración de concurso de la contratista principal.
La recurrente adujo lo siguiente: Que en la nueva ley concursal no existe referencia alguna que impida el ejercicio de la acción directa promovida cuando la subcontratante se encuentre en concurso, existiendo el derecho de esta parte a reclamar su crédito en el presente procedimiento, con independencia del procedimiento concursal de aquélla, ya que se trata de una acción directa de naturaleza civil que la Ley le reconoce al subcontratista y de la que deriva la competencia del juzgado de primera instancia; que en ningún momento se demanda a la entidad contratista Fercaber Construcciones, S.A., que es la que se encuentra en concurso; que al no ser parte procedimiento, es indiferente que la declaración de concurso se hubiese producido antes o después de presentar la demanda, y lo que ningún efecto debería tener respecto del mismo; que no se trata de eludir el concurso de acreedores, sino que se ejercita la acción directa del art. 1.597 del CC; que se ha optado por presentar la demanda únicamente contra la promotora; que su legitimación deriva de dicho precepto, siendo deudora solidaria de la deuda reclamada; y que por ello el acreedor puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de esos deudores solidarios para el cobro de lo adeudado, normativa que nada se ha visto afectada por la legislación concursal.
SEGUNDO: El recurso debe ser desestimado en base a las propias argumentaciones contenidas en la resolución impugnada, y que esta Sala asume en su integridad.
Como se recoge en la Sentencia de la Sección 15ª de la AP de Barcelona de 3 de marzo de 2.006, la discusión plateada en el presente procedimiento es estrictamente jurídica, y viene motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes: por una lado, una extraconcursal, como es la acción directa del artículo 1.597 del CC que se dirige contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas; y por otro, la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva. Y así, cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder: o se mantiene la eficacia del artículo 1.597 del CC al margen del concurso de la contratista; o se hace primar al concurso, y en consecuencia el derecho de la subcontratista debe quedar sometido a las exigencias de la par conditio creditorum.
Continua señalando la citada Sentencia, que *el artículo 1.597 del Código Civil establece que "los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación". Es decir, que aunque quien ha realizado la obra puede reclamar el pago correspondiente al contratista que se obligó a ello, actuando contra el otro contratante y respetando así el principio de relatividad de los contratos, el Código Civil permite el ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra, entendiéndose que ambas obligaciones son solidarias, de suerte que el subcontratista puede dirigirse indistintamente contra uno u otro, aunque el comitente o dueño*

de la obra solamente responderá hasta el límite que el precepto señala (SSTS de 6 de junio y 27 de julio de 2000).

La doctrina del Tribunal Supremo arranca con sentencias como las de 11 de junio de 1928, 15 de octubre de 1915 o 29 de junio de 1936, y se reitera posteriormente, refiriendo la eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena, formado por quienes al fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materiales, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquél o aquéllos que directamente les hubiera contratado. Compendio de esa jurisprudencia del artículo 1.597 es la STS de 2 de julio de 1.997; si bien, tras destacar los caracteres de la acción directa contemplada en dicho artículo como una excepción al principio de relatividad del contrato, en ella se atiende a la realidad social de nuestros días, con la frecuente aparición de subcontratos encadenados, para justificar la aplicación de la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil con planteamientos distintos a los que se enfrentó el Código Civil del año

1.889. La razón de ser de esta norma y el tratamiento privilegiado que supone se ha encontrado en criterios de equidad, en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, en la protección de un derecho a manera de refacción, o una especie de subrogación general derivada del principio de que "el deudor de mi deudor es también deudor mío."

A la vista de la doctrina y jurisprudencia recaída sobre la materia, que las partes conocen, podemos sentar los siguientes requisitos para el ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 1.597 del Código civil :

Están legitimados para reclamar los que ponen su trabajo y materiales en la obra. Los primeros son todos aquellos que llevan a cabo prestaciones de hacer, entendidas en sentido amplio, destinadas a la obra; no sólo los que están unidos al contratista por una relación laboral, sino también los que lo están por una relación civil de servicios, o incluso de gestión, por lo que han de entenderse incluidos los subcontratistas (SSTS de 15 de marzo de 1.990, 29 de abril de 1.991, 11 de octubre de 1.994, 2 de julio de 2.007) Así ocurre con la demandante.

Pasivamente legitimado está el dueño de la obra, y en determinados casos, cuando existen varias subcontratas, el subcontratante. En el caso de existir una pluralidad de personas pasivamente legitimadas, pluralidad de comitentes, comitentes y promotores o subcomitentes, la acción podrá dirigirse contra cualquiera de ellos (STS de 11 de octubre de 1.994 y 2 de julio de 1.997. También concurre esta condición con la demandada.

Al tratarse de una acción directa, el subcontratista se hace inmune a las excepciones que el titular de la obra pudiera tener frente al contratista (vicios o defectos que le fueran imputables, por ejemplo, o los pactos entre el contratista y el promotor de exclusión del artículo 1.597), toda vez que se ejercita contra quién se aprovecha o beneficia del trabajo y materiales puestos en ella....

El dueño o el contratista principal sólo podrá alegar, y demostrar (pues, por una inversión derivada de la facilidad probatoria, a él le corresponde la carga de dicha prueba, según doctrina establecida en la STS de 19 de abril de 2.004) el pago, ya que así lo dice el precepto, de modo que, acreditada la inexistencia de deuda a su cargo, la acción directa queda sin sustento. Resulta por tanto imprescindible como presupuesto necesario para el ejercicio de esta acción la existencia de un crédito del contratista contra el comitente o dueño de la obra, crédito que ha de existir y ser exigible en el momento de procederse a la reclamación judicial o extrajudicial.

Una vez ejercitada esta acción contra el dueño de la obra o el subcontratante, éste a quien debe abonar su importe es al reclamante que intervino en el proceso constructivo y no a la contratista principal. Ello no es más que una consecuencia de la naturaleza solidaria de la responsabilidad del dueño de la obra y contratista para con los subcontratistas de este último que intervienen en la misma (STS de 14 de marzo de 2004).

Aunque se emplee el término acción, de carácter procesal, el precepto no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos ya expuestos. La jurisprudencia es constante en este sentido (STS 17 de julio de 1998, SS AP Guipúzcoa 12 de abril de 2005,Girona 11 de febrero de 2005,Zaragoza 21 de septiembre de 2004,Barcelona secc. 14ª, 12 de diciembre de 2.002, entre otras).

La operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en las SSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2.000, señalando ésta: "La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo -o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir- en el que se ventila la acción del artículo 1.597." Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan las SSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2.005 o 2 de noviembre de 2004, Asturias de 2 de junio de 2.005 y 26 de octubre de 2.004 o la 1 de octubre de 2.001 de la AP de Navarra, el derecho establecido en el artículo 1.597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.

Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentan que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía del artículo 1.597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que la ley otorga, uniéndose el artículo 1.597 del Código Civil a otros muchos preceptos de leyes especiales que han conferido

tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la par conditio creditorum. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.

A pesar de todo ello, sigue razonando lo siguiente:

Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal (LC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004.

Dicha Ley sería de aplicación al caso de autos, puesto que la declaración de concurso de la contratista Fercaber Construcciones, S.A., es de 6 de febrero de 2.009, habiendo sido requerida de pago extrajudicialmente por la actora el 16 de julio de 2.009, y presentada la presente demanda el 19 de noviembre de 2.009.

Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.

Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características.

Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."

No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32 de la LHN, redactada por la D.F. 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constituidas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la LC, en relación con el artículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho de separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva "sin más excepciones que las establecidas en las leyes", es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en los artículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso

o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76: la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC.

Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.

Tras exponerse lo anterior, concluye que *no existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal.*

En consecuencia, la acción directa del art. 1.597 del CC ejercitada cuando el contratista deudor ya está en concurso, debe ceder ante la especialidad de la situación existente, de manera que la subcontratista debe integrarse en la masa pasiva y estar al resultado del procedimiento concursal, siendo improcedente cualquier acción dirigida a la satisfacción de ese crédito fuera del concurso, aunque fuere a través de la promoción de la tan referida acción directa contra la dueña de la obra, y como última responsable del mismo.

Esta interpretación del art. 1.597 del CC se ha visto actualmente refrendada por el legislador tras la modificación del art. 50 de la LC operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2.012. Se ha introducido el párrafo 3º cuyo tenor literal es el siguiente: "Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo

dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo." Este inciso establece que "de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
Incluso la doctrina jurisprudencial más reciente parece decididamente orientada a romper con la doctrina legal anterior que confería un cierto carácter privilegiado a la acción directa del art. 1.597 del CC. Señala la STS de 7 de octubre de 2.008, que "la acción judicial o extrajudicial no otorga ningún privilegio de exclusión ante una eventual concurrencia de acreedores, pues tal privilegio no lo establece el precepto, sólo se limita a la concesión a los que ponen su trabajo y materiales en la obra ajustada alzadamente por el contratista de una acción directa contra el comitente, y no aparece como una excepción a lo dispuesto en el art. 1.925 CC, que dice que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier clase, o por cualquier otro título «no comprendidos en los artículos anteriores». El crédito de los que ponen su trabajo y materiales en la obra son créditos refaccionarios, que tienen el privilegio reconocido en los números 3 º y 5º del art. 1.923 CC. No aparece del texto del *art. 1.597* nada que contradiga al art. 1.925, sino que *consagra una excepción al principio de relatividad del contrato (art. 1.257 C.C.), en que por razones de justicia y para evitar enriquecimientos injustos, se aplica la regla o aforismo «el deudor de mi deudor es también mi deudor». Nada que ver con la materia de privilegios crediticios.* Por lo tanto, *el precepto no impide una concurrencia de acreedores, que habrá de ventilarse entre los mismos,* ni que el deudor, en este caso el comitente, no pueda acudir al procedimiento de la consignación judicial, si son varios los que pretenden el cobro, al amparo del art. 1.176". ":SAP Madrid (Sección 20) 12.11.2012 (Sentencia 493/2012; Rollo 521/2011)

"CUARTO.- De la incidencia de la declaración de concurso.
Resta por analizar la incidencia que pudiera haber tenido en el presente pleito la declaración de Concurso de la Contratista PLODER UICESA S.A.U.
Lo primero que hay que puntualizar es que por vigencia temporal -tempus regit actum- no es aplicable la reforma introducida en el art. 51 Ley Concursal (RCL 2003, 1748) operada por Ley 38/2011 (RCL 2011, 1847 y 2133) pues en atención a las reglas sobre la entrada en vigor de esta Ley y sus disposiciones transitorias que, con carácter general, preveían su aplicación a los concursos que se declararan tras su entrada en vigor, salvo las excepciones previstas, que no afectan a los reformados arts. 50 y 51 de la Ley Concursal.
Por tanto las normas aplicables para la resolución de esta cuestión son las anteriores a la reforma de la Ley Concursal antes dicha y la jurisprudencia interpretadora e integradora de la misma, que se viene a recoger en las sentencias del Tribunal Supremo número 62/2014 de 25 de febrero, que establece como jurisprudencia consolidada que incluso bajo la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) anterior a la reforma de la Ley 38/2011 (RCL 2011, 1847 y 2133), la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el artículo 1.597 CC, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya ejercitado antes de la declaración del concurso (Sentencias 322/2013, de 221 de mayo (RJ 2013, 4956) y 756/2013, de 11 de diciembre (rej 2013, 7885), y en nuestro caso no existe duda de que la reclamación a MIRADOR DE VALPORTILLO es anterior a la declaración de concurso de PLODER UICESA S.A.U. dado que no ya la reclamación extrajudicial, sino la propia interpelación judicial -la demanda fecha en 14 de enero de 2.010 y la declaración de Concurso de Ploder Uicesa el 1 de marzo de 2.010-, y por tanto cuando produce sus efectos inherentes; sin que pueda tener incidencia en el caso enjuiciado la situación preconcursal de Ploder Uicesa en momento anterior, al amparo de lo prevenido en el art. 53 de la Ley concursal": SAP Madrid (Sección 20) 16.12.2014 (Sentencia 569/2014; Rollo 1038/2012)

AP Murcia

"PRIMERO La sentencia dictada en la instancia estima en su integridad la acción ejercitada por la sociedad subcontratista "Decoryl Aplicaciones" S.L., al amparo de lo dispuesto en elartº. 1.597 del Código Civil (LEG 1889, 27) contra la demandada "Orbi Mediterránea" S.L., como dueña de la obra, en reclamación de la cantidad de 127.438,69 € , derivada de los trabajos efectuados por la misma y finalizados en el mes de Julio de 2006, previa la oportuna subcontratación realizada por la contratista "Coremur" S.L., declarada en concurso de acreedores por resolución judicial de 30 de Noviembre 2006.
La citada demandada discrepa de dicho pronunciamiento judicial e interesa su revocación por entender que el Juzgador de instancia ha incurrido en error en la valoración de la prueba, y en concreto en la no concurrencia de todos los requisitos señalados en elartº. 1.597 del Código Civil.
SEGUNDO Concretada en los indicados términos la cuestión impugnatoria suscitada en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que no asiste razón a la parte recurrente en la pretensión que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la íntegra confirmación de la sentencia apelada.
Como se afirma por el Juzgador de instancia y se reitera por las partes litigantes, la cuestión objeto de controversia, reproducida ahora en esta fase de apelación, se concreta en un tema estrictamente técnico-jurídico motivado, como dice la Sentencia de 15 de Abril de 2010 (JUR 2010, 357724) de la Audiencia Provincial de Santander, trayendo a colación la Sentencia de 2 de Marzo de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2006, 1594),..."por el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa delartº. 1597 del Código Civil contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores(artº. 49 y 76 de la Ley Concursal) que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva del concurso".
El Juzgador de instancia en su sentencia realiza un completo y detallado estudio de esta cuestión examinándola a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del criterio interpretativo de las Audiencias

Provinciales, con especial mención a la Sentencia de 2 de Marzo de 2008 de la Sección Decimoquinta de Barcelona, tanto en una inicial etapa histórica presidida entonces por la legislación sobre insolvencias anteriores a la actual Ley Concursal, como en una posterior fase temporal ya en vigor la citadaLey Concursal, localizada a partir del 1 de Septiembre de 2004.
En definitiva el criterio interpretativo en la actualidad, cabría sistematizarlo en el sentido de proclamar la existencia de un principio general de exclusividad concursal, al ubicar el legislador los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que le es propia, otorgando relevancia y carta de naturaleza al principio de universalidad que proclama elartº. 76 de la Ley Concursal, determinando al efecto elartº. 89.2 de la Ley Concrsal que..."no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley".
En consecuencia la Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez producida la declaración de concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal, según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la ley permita. No obstante y de acuerdo con el citado criterio interpretativo de las Audiencias Provinciales, se excluiría y cedería, por tanto, la "vis atractiva" del concurso, operando al margen del mismo la cuestionada acción directa del artº. 1.597 del Código Civil, aún cuando la demanda formulada por la subcontratista, fuese de fecha posterior a la declaración del concurso, pero ello siempre que haya existido una reclamación extrajudicial con anterioridad a tal declaración de concurso, que tenga una constancia y fehaciencia indiscutida, sin precisar por tanto como requisito único la petición de tal derecho en vía judicial (Sentencias de la Audiencia Provincial de Santander de 15 de Julio de 2008 y 15 de Abril de 2010 yde las de Guipúzcoa de 12 de Abril de 2005 entre otras). “: SAP Murcia (Sección 4) 25.11.2010 (JUR 2011/47371; Sentencia 616/2010; Rollo 732/2010)

AP Navarra (Sección 2)

“Pero es que además de lo dicho hay una incongruencia en la pretensión de Indumar y su mantenimiento como acreedora de las mismas facturas en el concurso de acreedores de Ecoms y Proyectos ya que se está intentando por Indumar conseguir la vis atractiva del concurso, de manera que ello no afecte a su reclamación de acción directa y tal pretensión no es de recibo ya que la vis atractiva del concurso no cede tampoco ante las acciones directas y estas no han sido planteadas judicialmente con anterioridad, es decir, que si al tiempo de declaración del concurso, no se ha procedido a la formulación de la demanda por el contratista frente al dueño de la obra la reclamación corresponde realmente al Juez del concurso de tal manera que los créditos que Indumar ostenta frente a Ecoms deben ser satisfechos en al sede concursal donde Indumar se ha personado de todas maneras para comunicarlos y en dicha sede figura entre los acreedores concursales de Ecoms tal y como se reconoce en el propio escrito de la demanda con el documento nº 8 de acompañamiento a la demanda de tal manera que Indumar hacer valer sus créditos mediante pagares cuyo plazo contractual deviene vencido ope legis conforme al art. 1915 del C. Civil con la declaración del concurso.”: SAP Navarra (Sección 2) 10.01.2013 (Sentencia 2/2013; Rollo 317/2011)

AP Oviedo

“la subcontratista Prenor presenta su demanda contra SVG en ejercicio de la acción directa del art. 1597 C.Civil con fecha 19 marzo 2008, habiendo ocurrido que con posterioridad la contratista SEOP ha sido declarada judicialmente en situación de concurso voluntario mediante Auto de 7 abril 2008 (…)
SEGUNDO: Antes de comenzar con el examen de los motivos del recurso tal y como arriba se dicen planteados, conviene precisar, aún cuando no ha sido planteado expresamente en esta alzada, que esta Sala comparte el criterio expuesto por el juzgador de primera instancia acerca de la autonomía de la acción directa del art. 1597 C.Civil y la consiguiente inmunidad que goza respecto del concurso del contratista que actúa como deudor principal siempre y cuando la reclamación de que trata la norma se hubiera llevado a cabo con anterioridad a la declaración judicial de concurso, pues en tal caso la deuda que mantenía el contratista se habrá desplazado desde el patrimonio del comitente al del acreedor subcontratista, habiendo ingresado por tanto en el patrimonio de este último en el momento en que tiene lugar la declaración de concurso. “: SAP Oviedo 11.02.2010 (Sentencia 61/2010; Rollo 361/2009)

AP Cantabria

“PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia en que se estima la acción ejercitada en la demanda, la acción delArt 1597 del CC, se alza el recurso interpuesto por Desarrollo Inmobiliario Costa Occidental S.L. quien viene a reiterar la inviabilidad de la acción delArt 1597por no ser exigible la deuda y las relaciones entre el citado artículo y el concurso voluntario de acreedores a que está sometida la entidad Horconte S.L.
SEGUNDO: Comenzando por esta última cuestión y frente a la tesis sostenida en la resolución recurrida, esta Sala comparte la mantenida por la AP de Barcelona (Secc.15) en suS. de 2 de marzo de 2006. Tal y como allí se razona ha de decirse que la discusión planteada es estrictamente jurídica, una discusión técnica motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa delartículo 1597 del CCcontra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva. Cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder, ya que, o se mantiene la eficacia delartículo 1597al

margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso y el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la par conditio creditorum.
Elartículo 1.597 del Código civilestablece que «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación». Es decir, que aunque quien ha realizado la obra puede reclamar el pago correspondiente al contratista que se obligó a ello, actuando contra el otro contratante y respetando así el principio de relatividad de los contratos, el Código Civil permite el ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra, entendiéndose que ambas obligaciones son solidarias, de suerte que el subcontratista puede dirigirse indistintamente contra uno u otro, aunque el comitente o dueño de la obra solamente responderá hasta el límite que el precepto señala (SSTS de 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997, 22 de diciembre de 1999, 6 de junio y 27 de julio de 2000).
La doctrina delTribunal Supremo arranca con sentencias como las de 11 de junio de 1928, 15 de octubre de 1915 o 29 de junio de 1936, y se reitera posteriormente, refiriendo la eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena, formado por quienes al fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materiales, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquél o aquéllos que directamente les hubiera contratado. Compendio de esa jurisprudencia delartículo 1597es laSTS de 2 de julio de 1997, si bien, tras destacar los caracteres de la acción directa contemplada en dicho artículo como una excepción al principio de relatividad del contrato, en ella se atiende a la realidad social de nuestros días, con la frecuente aparición de subcontratos encadenados, para justificar la aplicación de la acción directa delartículo 1597 del CCcon planteamientos distintos a los que se enfrentó el CC del año 1889. La razón de ser de esta norma y el tratamiento privilegiado que supone se ha encontrado en criterios de equidad, en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, en la protección de un derecho a manera de refacción, o una especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también deudor mío».
A la vista de la doctrina y jurisprudencia recaída sobre la materia podemos sentar los siguientes requisitos para el ejercicio de la acción directa prevista en elartículo 1597 del Código civil:
Están legitimados para reclamar los que ponen su trabajo y materiales en la obra. Los primeros son todos aquellos que llevan a cabo prestaciones de hacer, entendidas en sentido amplio, destinadas a la obra; no sólo los que están unidos al contratista por una relación laboral, sino también los que lo están por una relación civil de servicios, o incluso de gestión, por lo que han de entenderse incluidos los subcontratistas (SSTS de 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997). Resulta indiscutido que la aquí actora S.B.E.S.A. ostenta tal condición.
Pasivamente legitimado está el dueño de la obra, y en determinados casos, cuando existen varias subcontratas, el subcontratante. En el caso de existir una pluralidad de personas pasivamente legitimadas, pluralidad de comitentes, comitentes y promotores o subcomitentes, la acción podrá dirigirse contra cualquiera de ellos (STS de 11 de octubre de 1994 y 2 de julio de 1997). Igualmente resulta indiscutido que Desarrollo Inmobiliario Costa Occidental S.L. la ahora recurrente está pasivamente legitimada.
Al tratarse de una acción directa, el subcontratista se hace inmune a las excepciones que el titular de la obra pudiera tener frente al contratista (vicios o defectos que le fueran imputables, por ejemplo, o los pactos entre el contratista y el promotor de exclusión delartículo 1597), toda vez que se ejercita contra quién se aprovecha o beneficia del trabajo y materiales puestos en ella. La apelante simplemente ha alegado que para evitar una duplicidad de pago se tenga en cuenta la consignación judicial efectuada por el contratista Herrero y Duran S.L. El dueño o el contratista principal sólo podrá alegar, y demostrar (pues, por una inversión derivada de la facilidad probatoria, a él le corresponde la carga de dicha prueba, según doctrina establecida en laSTS de 19 de abril de 2004) el pago, ya que así lo dice el precepto, de modo que, acreditada la inexistencia de deuda a su cargo, la acción directa queda sin sustento. Resulta por tanto imprescindible como presupuesto necesario para el ejercicio de esta acción la existencia de un crédito del contratista contra el comitente o dueño de la obra, crédito que ha de existir y ser exigible en el momento de procederse a la reclamación judicial o extrajudicial. Así lo viene entendiendo elTribunal Supremo en sentencias de 29 de abril de 1991, 28 de enero de 1998, 28 de mayo de 1999, o 31 de enero de 2002, que concluyó al respecto que, si hay una cadena de contrato de obra y subcontratos de la misma, desaparece la acción directa cuando uno de los contratantes o subcontratantes no debe nada al siguiente, rompiéndose así la cadena.
Aun siendo cierto que elartículo 1597sólo se refiere a los contratos de obra por ajuste alzado, la razón de ser de esta limitación, explicitada en la ya mencionadaSTS de 11 de junio de 1928 y recordada por las SSAP Asturias de 8 de noviembre de 2004y 18 de septiembre de 2000, que no es otra que la dotar de certeza y seguridad jurídica al limite cuantitativo de la responsabilidad que consagra, concurre igualmente en las obras contratadas por precio fijo por unidad de obra, aunque en estos supuestos deba limitarse la garantía del dueño de la obra o comitente a cada una de las partes o fases de la obra objeto de contratación.
Una vez ejercitada esta acción contra el dueño de la obra o el subcontratante, éste a quien debe abonar su importe es al reclamante que intervino en el proceso constructivo y no a la contratista principal. Ello no es más que una consecuencia de la naturaleza solidaria de la responsabilidad del dueño de la obra y contratista para con los subcontratistas de este último que intervienen en la misma (STS de 14 de marzo de 2004).
Aunque se emplee el término acción, de carácter procesal, el precepto no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos ya expuestos. La jurisprudencia es constante en este sentido (STS 17 de julio de 1998, SS. AP Guipúzcoa 12 de abril de 2005, Girona 11 de febrero de 2005, Zaragoza 21 de septiembre de 2004, Barcelona, secc. 14ª, 12 de diciembre de 2002, entre otras).
TERCERO: La operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en lasSSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000, señalando ésta: «La situación

concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir en el que se ventila la acción delartículo 1597». Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan lasSSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2005 o 2 de noviembre de 2004, Asturias de 2 de junio de 2005 y 26 de octubre de 2004, o la 1 de octubre de 2001 de la Audiencia Provincial de Navarra, el derecho establecido en elartículo 1597 del Código Civilno resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.
Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentan que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía delartículo 1597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que laLey otorga, uniéndose el artículo 1597del cc a otros muchos preceptos de Leyes especiales que han conferido tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la par conditio creditorum. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.
CUARTO: Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigenteLey Concursal, en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, que sería la aplicable al caso que nos ocupa, pues tal y como se afirma en la propia demanda Horconte S.L. fue declarada en concurso con fecha 24 de febrero de 2006, siendo el primer requerimiento de pago (documento num 10 de la demanda) de 2 de marzo de 2006 tal y como lisa y llanamente ase afirma en el hecho quinto.
Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.
Resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características.
Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama elartículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según elartículo 49, determinando al efecto elartículo 89.2 de la LCque «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley».
No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32de laLHN, redactada por la D.F 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ªde la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constitutitas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la LC, en relación con elartículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho de separación delartículo 80; en segundo lugar, elartículo 49proclama la universalidad de la masa pasiva «sin más excepciones que las establecidas en la Leyes», es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en losartículos 55 y 90y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionadosartículos 49 y 76: la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc.) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC.
Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.

QUINTO: No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. Elartículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal.
En el supuesto que nos ocupa y tal y como se ha ido adelantando el primer requerimiento de pago efectuado por la actora a la entidad apelante dueña de la obra se produjo el 2 de marzo de 2006, es decir con posterioridad a la declaración del concurso de la subcontratada Horconte S.L. que fue el 24 de febrero de 2006 por lo que no existe posibilidad alguna de sustraer el crédito de la concursada frente a la contratista o dueña de la obra a las normas del concurso.": SAP Cantabria (sección 2) 15.07.2008 (JUR 2008/353866; Sentencia 468/2008; Rollo 209/2007)

"PRIMERO.-La reclamación de la entidad actora, fundada en la acción del art. 1.597 del CC, fue desestimada por el Excmo. Ayuntamiento de Castro Urdiales en resolución de fecha 11 de mayo del 2.006, en la que se remitía a la reclamante al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, en el que se tramita el concurso de acreedores de la empresa adjudicataria del contrato, con la que la entidad demandante formalizó relación mercantil de subcontratación regulada por el derecho privado; En la misma resolución se dice que el Ayuntamiento de Castro Urdiales ha abonado todos los trabajos efectuados por la contratista, declarada en situación de concurso necesario en fecha 12 de diciembre del 2.005.
SEGUNDA.-Acogida por la sentencia de instancia la reclamación denegada en la previa reclamación administrativa, la resolución del recurso ha de efectuarse con obligada remisión a lo ordenado en el art. 50 de la Ley Concursal, conforme a la cual: " Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso".
Esta regla deriva de la indiferencia que los nuevos juicios declarativos promovidos después de la declaración concursal tiene respecto del objetivo fundamental del procedimiento, concretado en la satisfacción de los acreedores con respeto de la "par condicio creditorum"; Lo que el legislador quiere proteger es la integridad de la masa activa, para lo que el art. 50.1 de la L.C. atribuye la competencia al juez del concurso para conocer de estos nuevos juicios declarativos.
TERCERO.-La aplicación al caso examinado de la indicada previsión legal ha de realizarse con remisión a los razonamientos efectuados en la Sentencia de quince de julio del 2.008 de esta misma Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria (nº 209/07, Pte. Miguel Carlos Fernández Díez) en la que es establece la coincidencia del criterio de esta Sala con la tesis mantenida por la AP de Barcelona (Secc.15) en su Sentencia de 2 de marzo de 2006.
Tal y como allí literalmente se razona, ha de decirse que la discusión planteada es estrictamente jurídica, una discusión técnica motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso : la acción directa del artículo 1597 del CC contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva.
Cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder, ya que, o se mantiene la eficacia del artículo 1597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso y el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la par conditio creditorum.
El artículo 1.597 del Código Civil establece que «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación». Es decir, que aunque quien ha realizado la obra puede reclamar el pago correspondiente al contratista que se obligó a ello, actuando contra el otro contratante y respetando así el principio de relatividad de los contratos, el Código Civil permite el ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra, entendiéndose que ambas obligaciones son solidarias, de suerte que el subcontratista puede dirigirse indistintamente contra uno u otro, aunque el comitente o dueño de la obra solamente responderá hasta el límite que el precepto señala (SSTS de 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997, 22 de diciembre de 1999, 6 de junio y 27 de julio de 2000).
La doctrina del Tribunal Supremo arranca con sentencias como las de 11 de junio de 1928, 15 de octubre de 1915 o 29 de junio de 1936, y se reitera posteriormente, refiriendo la eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena, formado por quienes al fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materiales, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquél o aquéllos que directamente les hubiera contratado. Compendio de esa jurisprudencia del artículo 1597 es la STS de 2 de julio de 1997, si bien, tras destacar los caracteres de la acción directa contemplada en dicho artículo como una excepción al principio de relatividad del contrato, en ella se atiende a la realidad social de nuestros días, con la frecuente aparición de subcontratos encadenados, para justificar la aplicación de la acción directa del artículo 1597 del CC con planteamientos distintos a los que se enfrentó el CC del año 1889. La razón de ser de esta norma y el tratamiento privilegiado que supone se ha encontrado en criterios de equidad, en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, en la protección de un derecho a manera de refacción, o una especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también deudor mío».
La operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en las SSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000, señalando ésta: «La situación concursal en que se

puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir en el que se ventila la acción del artículo 1597 ». Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan las SSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2005 o 2 de noviembre de 2004, Asturias de 2 de junio de 2005 y 26 de octubre de 2004, o la 1 de octubre de 2001 de la Audiencia Provincial de Navarra, el derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.
Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentan que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía del artículo 1597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que la Ley otorga, uniéndose el artículo 1597 del CC a otros muchos preceptos de Leyes especiales que han conferido tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la par conditio creditorum. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.
CUARTO.-Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal, en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, que sería la aplicable al caso que nos ocupa, pues la contratista fue declarada en concurso en el mes de diciembre del 2.005, siendo el primer requerimiento de pago (documento n º 8 de demanda) de 21 de abril del 2.006.
Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.
Resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características.
Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley».
No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32 de la LHN, redactada por la D.F 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constitutitas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la LC, en relación con el artículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho de separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva «sin más excepciones que las establecidas en la Leyes», es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en los artículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76 : la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc.) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC.
Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.
QUINTO.-No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la

ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal.
El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal.
En el supuesto que nos ocupa y tal y como se ha ido adelantando el primer requerimiento de pago efectuado por la actora a la entidad apelante dueña de la obra se produjo el 21 de abril del 2006, es decir con posterioridad a la declaración del concurso de la subcontratante Construcciones, Obras y Montajes del Principado, que fue el 12 de diciembre del 2005, por lo que no existe posibilidad alguna de sustraer el crédito que pudiera corresponder a la concursada frente a la contratista o dueña de la obra de las normas del concurso por la vía del ejercicio de la acción del art. 1.597 del C.C. ":SAP Cantabria (Sección 2) 15.04.2010 (Sentencia 305/2010; Rollo 32/2009)

AP Sevilla (Sección 6)

"Igualmente, al examinar supuestos de concurso de acreedores del contratista instado en fecha posterior a requerimiento de pago extrajudicial del contratista, las Audiencias Provinciales se han venido pronunciando sobre la suficiencia del requerimiento extrajudicial de pago, a efectos de entender producido un desplazamiento del derecho a cobrar en favor del subcontratista. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 29 de marzo de 2012 señala "De acuerdo con el criterio que ha venido manteniendo esta Sección 15ª (desde la sentencia de 2 de marzo de 2006), siendo esas reclamaciones anteriores a la declaración del concurso, las cantidades a las que afectan no están en la masa activa de la concursada, ya que el crédito se desplazó al patrimonio del subcontratista en el momento del ejercicio de dicha acción. Por ello, las cantidades consignadas por ICF (debemos entender que las relativas a la factura cedida) no están en el patrimonio de la concursada (pertenecen a los subcontratistas), de modo que no se cumple el requisito de que el bien o derecho objeto de la separación se encuentre en poder del concursado o incluido en el inventario." Tal como se especifica en la sentencia de esa misma Sección de 18 de abril de 2012, esas reclamaciones anteriores pueden extrajudiciales: "La Administración Concursal y las demandadas no discuten la eficacia de la acción directa del subcontratista frente al concurso de la contratista si ha sido ejercitada, aunque sea extrajudicialmente, con anterioridad a la declaración del concurso, conforme al criterio que hemos venido manteniendo desde nuestra sentencia de 2 de marzo de 2006 ". En igual sentido, sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, de 27 de mayo de 2008, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, de 10 de octubre de 2011, y de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, de 30 de septiembre de 2009 y las citadas en esta última.
SEXTO. Retomando la concreta cuestión debatida en el presente procedimiento, no parece aceptable compaginar el reconocimiento de la titularidad de la acción directa a la subcontratista demandante, y su válido ejercicio por medio del requerimiento extrajudicial de 11 de septiembre de 2009, y negarle el cobro del crédito que en aquel momento tenía contraído Excavaciones y Movimientos de Tierras Óscar León S.L. frente a UTE Cosigas-08, en razón al embargo posterior por un tercero.
La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012 antes citada, y las en ella referidas, reconocen el carácter preferente del crédito, al hablar de "una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor, al que se otorga un derecho de preferencia". Además, el desplazamiento de la titularidad del crédito del contratista hacia la subcontratista, por efecto de la práctica del requerimiento, y el carácter singularmente privilegiado de este instrumento legal, se impone a circunstancias sobrevenidas, como las indicadas en el anterior fundamento jurídico, o al embargo por tercero del derecho de crédito del contratista principal frente al comitente, pues el único pago que permite a éste liberarse, una vez ejercitada acción directa, es el que efectúe al subcontratista.": SAP Sevilla (Sección 6) 11.06.2013 (Sentencia 185/2013; Rollo 6573/2012)

AP Soria

"SEXTO.- Finalmente, se argumenta lasituación concursal de Tecprogesa, S.A., y sus efectos tanto en el ámbito del contrato administrativo como sobre la pretensión ejercitada por la actora. En primer lugar y en relación con los efectos respecto del contrato administrativo, consideramos que no afecta la causa de resolución contractual alegada al subcontratista, que es ajeno a tal relación contractual y además, tiene acción directa contra el dueño de la obra con independencia de que con posterioridad a su reclamación (la declaración de concurso es de fecha 3 de julio de 2007) la empresa contratista incurra en causa de resolución del contrato, pues para entonces ya había realizado los trabajos, cuyo pago reclama.
Y respecto de los efectos del concurso de Tecprogesa, S.A., sobre la reclamación objeto de autos, seguiremos la argumentación que en un caso muy similar establece lasentencia de laAudiencia Provincial de Granada de 30 de septiembre de 2009, que hace un análisis exhaustivo de la cuestión, y cuyos argumentos hacemos nuestros: "De entrada, cabe sintetizar el planteamiento del problema en los términos en que lo hace la A.P. de Madrid (Sección 20ª) en sentencia de 16 de abril de 2007, recordando la Doctrina de nuestro Tribunal Supremo, ensentencias de 9 de mayo de 1989 y27 de julio de 2000, al señalar que "la situación concursal en la que se pueda encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción delart. 1597 ", jurisprudencia a la que se puede añadir laSTS de 11 de octubre de 2002, que al igual que otras de distintasAudiencias Provinciales (Barcelona, Sección 14ª, 9 de junio ó2 de noviembre de 2004;Navarra de 1 de octubre de 2001; y,por todas, Barcelona, Sección 15ª, de 2 de marzo de 2006) que versan (sic) sobre insolvencias anteriores a la vigenteLey Concursal en vigor,..., desde el 1 de septiembre de 2004, pero sin que de la nueva Ley Concursal pueda desprenderse, hasta el momento, interpretación unánime distinta a la anteriormente expresada, máxime cuando en nuestro caso la demandante ejerció su acción directa

antes de la declaración de concurso". (...) En justificación de esta autonomía se ha resaltado la solidaridad que caracteriza la acción directa delart. 1597 y la libre elección del acreedor para ejercitarla conjunta o separadamente contra el dueño de la obra, al que es ajeno el proceso concursal de otro deudor. Solidaridad reconocida por elT.S. en sentencia de 26 de septiembre de 2008 y todas las que cita. También el carácter protector a modo de excepcional y especial remedio jurídico que esta acción supone precisamente en casos de insolvencia o dificultades de pago del deudor directo (SAP Barcelona, Sección 14ª, de 9 de junio de 2005) y por tanto que, dada la consideración de crédito subjetivamente privilegiado en cuanto permite, porley, convertir en deudor de la obligación a un tercero diferente,la acción no atenta ni al principio de la "pars conditio creditorum" ni su ejercicio constituye fraude o abuso al estar amparado en una norma legal (SAP Las Palmas -Sección 5ª-, de 18 de enero de 2008) incluso de amplio arraigo en nuestra tradición legislativa, y así se ha acogido, entendido y aplicado en la mayoría de los procesos de suspensiones de pagos o quiebra regidos bajo la actual legislación (SS.AA.PP. de Valladolid, de 3 de enero de 2007,de Asturias, de 20 de enero y2 de junio de 2005,de Baleares de 21 de noviembre de 2003,de Cádiz -Sección 5ª-, de 1 de febrero de 2005,de Salamanca, de 24 de octubre de 2005,de Navarra -Sección 1ª-, de 1 de octubre de 2001 y8 de marzo de 2005, yde Vizcaya -Sección 4ª-, de 5 de febrero de 2001). (...) La otra cuestión a resaltar, y decisiva para la viabilidad de la acción que nos ocupa en esta apelación, es la decisión expresada en laSAP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006, de admitir la exclusión de la vis atractiva concursal y consentir el ejercicio separado de la acción directaex art. 1.597, no obstante estar declarado el concurso de la deudora principal (contratista) antes de interponer el subcontratista su demanda,si la acción extrajudicial o el requerimiento fehaciente se llevó a cabo antes de la declaración del concurso entendiendo en este caso que la acción-reclamación y sus efectos de exigibilidad de pago preferente quedaban blindados y lo hacían operativos desplegando sus efectos a partir de ese momento, tal como se ha reconocido en nuestra tradición histórica. Ciertamente así lo expresaba laSTS de 17 de julio de 1997,reiterando la de 30 de enero de 1974 y la precedente de 28 de mayo de 1908, al señalar aquélla que "teniendo en cuenta el sentido proteccionista delart. 1597 del C.C., las razones que lo inspiran y el principio de buena fe,... resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ella tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar como requisito único la petición de tal derecho en la vía judicial, por todo lo cual, no solo ha de tener eficacia ésta, sino también la petición formulada en privado". Criterio seguido por esta Audiencia Provincial de Granada y por la mayoría de las demás Audiencias Provinciales, entre otras, por la de Barcelona (Sección 14ª) de 12 de febrero de 2002; Girona, de 11 de febrero de 2005; Zaragoza, de 21 de septiembre de 2004; Guipúzcoa, de 12 de abril de 2005; y entre las más recientes,SS.A.P. de Madrid (Secc. 12ª), de 30 de diciembre de 2005 y24 de enero de 2006; (Secc. 13ª) de 6 de febrero de 2007; o (Secc. 21ª) de 2 de diciembre de 2008; oS.A.P. de Las Palmas (Secc. 5ª) de 18 de enero de 2008.
Siguiendo la anterior argumentación, comprobamos que en este caso, la reclamación previa al Ministerio de Ciencia e Innovación, tuvo lugar el día 29 de marzo de 2007, y la declaración de concurso de Tecprogesa, S.A. fue mediante Auto de fecha 3 de julio de 2007, es decir posterior a la citada reclamación, y por tanto, es plenamente viable el ejercicio de la acción con independencia de la situación concursal de Tecprogesa, S.A., y no puede acogerse esta última alegación del recurso, lo que conlleva la íntegra desestimación del mismo.”: SAP Soria 14.04.2011 (JUR 2011/185476; Sentencia 69/2011; Rollo 47/2011)

AP Toledo

“SEGUNDO: La cuestión trascendental, a juicio de esta Sala, ha de centrarse en la validez de los burofaxes remitidos por la actora a la demandada, obrantes en autos como documentos nº 10 y 11 de los de la demanda, de fechas 15 de Mayo de 2008 y 28 de Mayo, y por ello previos al contrato de rescisión y abono de las cantidades por la demandada a la contratista principal.
El Juez de Instancia considera que la remisión de los citados burofaxes poniendo en conocimiento de la propiedad las cantidades adeudadas por la contratista a los efectos del artículo 1597 del C.c, no imponía a la demandada obligación de retener las cantidades adeudadas, considerando que la acción directa se ejercitó con el escrito de la demanda y por lo tanto a dicha fecha no existía deuda alguna. Y lo justifica al considerar que el burofax citaba textual que "...la deuda que tiene contraída GARENAE S.L. con esta entidad por trabajos ejecutados en la obra asciende a la cantidad de 150.028,54 euros, lo que ponemos en su conocimiento a los efectos de lo previsto en el artículo 1597 del C.C " y por lo tanto "el citado precepto no impone al dueño de la obra ninguna obligación de retención de cantidades que el contratista pudiera deber al subcontratista por lo que dicho burofax no puede considerarse como la reclamación a la que se refiere el artículo 1597 del C.c."
Discrepa la Sala con la argumentación de la instancia, así, tal y como refiere la STS de 4 de Julio de 2013, resumiendo la jurisprudencia del Alto Tribunal: "el requerimiento extrajudicial, es admitido pacíficamente como productor de efectos en ordena al ejercicio de la acción establecida en el artículo 1597 del C.c., y es admitido como anuncio al promotor para que no abone las cantidades pendientes de pago al contratista.
La jurisprudencia ha efectuado una interpretación del artículo 1597 CC en el sentido de concebirla como una acción directa, que se puede ejercer contra el comitente o contra el contratista o subcontratista anterior,
o frente a todos ellos simultáneamente, al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria (SSTS 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 12 de mayo y 11 de octubre de 1994, 2 y 17 de julio de 1997, 28 de mayo y 22 de diciembre de 1999, 6 de junio y 27 de julio de 2000, etc.), señalando que no se trata de una acción sustitutiva, por lo que cabe ejercitarla sin reclamar previa o simultáneamente al contratista (SSTS 16 de marzo de 1998, 11 de octubre de 2002), al que basta con haber constituido en mora, sin necesidad de haber hecho excusión de sus bienes ni de haberle declarado en insolvencia (STS 12 de mayo de 1994), STS, Civil sección 1 del 26 de Septiembre del 2008. Recurso: 155/2002.

Y ya, la Sentencia de 12-7-2012, rec. 1849 de 2009, declaró que desde el requerimiento extrajudicial una promotora debe abstenerse de efectuar pagos.
El art. 1597 del CC. no exige especiales formalidades para el requerimiento de pago a la promotora, siendo que en los burofaxes remitidos en fechas 15 y 28 de Mayo (documentos 10 y 11 de los de la demanda) la actora puso en conocimiento de la demandada la cantidad concreta adeudada por la contratista principal a los efectos previstos en el artículo 1597 del C.c., debiendo ser por tanto las citadas fechas las que han de tomarse como el momento sobre el que ha de determinarse si la propiedad adeudaba cantidad alguna o no a la contratista principal, y no desde la reclamación judicial. Pues si bien es cierto que el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del C.c. si que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario, y por ello los burofaxes remitidos por la actora debieron impedir a la demandada realizar el pago posteriormente acordado con la contratista principal a través del acuerdo de rescisión suscrito pocos días después de la recepción de los mismos, concretamente el 5 de Junio de 2008, tal y como consta en el documento nº 23 de los de la demanda, sobre el que el Juez de Instancia basa su resolución para considerar no acreditada la existencia de deuda alguna de la demandada con la contratista principal.
Y ello, sin que se pueda considerar que el hecho de que la actora ejercitara con carácter posterior a la suscripción del citado acuerdo acciones contra la entidad GARENAE S.L., vaya en contra de sus propios actos por cuanto la acción prevista en el artículo 1597 del C.c. es una acción de carácter solidario y autoriza al subcontratista a dirigirla contra el contratista y la promotora bien conjunta o bien aisladamente, y distinta de las acciones que le pudieren corresponder contra su deudor inmediato.
TERCERO: Considerando conforme lo expuesto, que la acción se ejercitó válidamente en fechas 15 y 28 de Mayo de 2008, ello obliga a la Sala a entrar a valorar si concurren el resto de los requisitos previstos para la prosperabilidad de la acción directa ex artículo 1597 del C.c. instada en la demanda rectora, debiendo en primer lugar hacer referencia a la situación concursal de la deudora inmediata:
Cuestión cuyo análisis necesariamente es decisivo para la viabilidad de la acción que nos ocupa en esta apelación, así tal y como reflejaba esta misma Audiencia en sentencia de 1 de Marzo de 2011, expresando la jurisprudencia recogida en STSS de 17 de julio de 1997, 30 de enero de 1974 y la precedente de 28 de mayo de 1908, : "teniendo en cuenta el sentido proteccionista del art. 1597 del C.C., las razones que lo inspiran y el principio de buena fe,... resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ella tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar como requisito único la petición de tal derecho en la vía judicial, por todo lo cual, no solo ha de tener eficacia ésta, sino también la petición formulada en privado.". Criterio seguido por esta Audiencia Provincial de Granada y por la mayoría de las demás Audiencias Provinciales, entre otras, por la de Barcelona (Sección 14ª) de 12 de febrero de 2002; Girona, de 11 de febrero de 2005 EDJ 2005/34371; Zaragoza, de 21 de septiembre de 2004 EDJ 2004/147166; Guipúzcoa, de 12 de abril de 2005; y entre las más recientes, SS.A.P. de Madrid (Secc. 12ª), de 30 de diciembre de 2005 y 24 de enero de 2006; (Secc. 13ª) de 6 de febrero de 2007; o (Secc. 21ª) de 2 de diciembre de 2008; o S.A.P. de Las Palmas (Secc. 5ª) de 18 de enero de 2008."
Con posterioridad a la sentencia de la AP de Barcelona de 9 de septiembre de 2009, se ha pronunciado en similares términos la de la AP de Cantabria de 15 de abril de 2010. Por lo que resultando que el requerimiento extrajudicial de pago (15 de Mayo de 2008), es anterior a la declaración judicial de concurso, ha de admitirse el examen del resto de los requisitos exigido por la ley para la prosperabilidad de la acción ejercitada.”: SAP Toledo (Sección 2) 04.09.2014 (Sentencia 256/2014; Rollo 318/2012)

AP Valladolid 2008 -

“CUARTO Como último motivo del recurso se argumenta que, tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, resulta inviable el ejercicio por parte del subcontratista frente al dueño de la obra de la acción directa una vez que el contratista ha sido ya declarado en concurso.
No desconoce la Sala la existencia de una corriente en la jurisprudencia menor, de la que es exponente entre otras la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2006 (AC 2006, 1594), que entiende que la entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004 de la vigente Ley Concursal ha operado un cambio sustancial en la materia. Entiende en consecuencia obligado revisar el criterio jurisprudencial que tradicionalmente se había venido sustentando entre otras en sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3678) y 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179), en cuya virtud se reputaba que la operatividad del derecho preferente y directo de cobro que el art. 1597 del Código Civil reconoce al materialista frente al dueño de la obra resulta inmune a la declaración concursal del contratista principal con quien contrataron. Se sustenta así que la nueva regulación obliga a todo acreedor a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los excepcionales casos que la Ley permita, sin que exista norma alguna que posibilite excluir ni de dicha masa el crédito que el subcontratista tiene frente al contratista concursado ni de la masa activa el crédito que este ostenta frente al dueño de la obra.
Se comparta o no esta nueva línea jurisprudencial, lo cierto es que en todo caso el ejercicio de la acción directa frente al dueño de la obra solamente habría de ceder ante la especialidad de la situación concursal del contratista principal, quedando sujeta a la vis atractiva del concurso, a partir del momento en que este se haya declarado, tal y como pone de relieve la parte apelada. Si la acción directa se ha ejercitado anteriormente a la declaración del concurso ya no resultaría en todo caso afectada por este, pues es a partir de ese momento cuando los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia de dicho procedimiento universal, integrándose las masas activa y pasiva. El ejercicio previo de la acción directa por el subcontratista frente al comitente, supone que el crédito del contratista contra este queda congelado, desplazándose la responsabilidad al patrimonio de aquel. Desde el momento en que se produce dicha reclamación por el

subcontratista el dueño de la obra queda vinculado por ella, no pudiendo a posteriori efectuar eficazmente pagos al contratista que disminuyan el crédito de aquel.
La jurisprudencia ha declarado reiteradamente, ya desde la sentencia del Tribunal Supremo de 30-1-1974 cuya doctrina reiteran posteriormente otras entre las que cabe citar las de 17-7-1997 (RJ 1998, 216) y 19-4-04 (RJ 2004, 1563), que teniendo en cuenta el sentido proteccionista de la acción directa contemplada en el art. 1597 del Código Civil, las razones que inspiran dicho precepto y el principio de la buena fe, resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio. Debe reconocerse por tanto ese efecto propio que venimos comentando tanto si la reclamación se hace judicial cuanto extrajudicialmente, siempre que en este último caso exista fehaciente constancia del momento y forma en que se haya producido. En el caso que nos ocupa es cierto que la acción directa se ha ejercitado judicialmente cuando ya se había producido la declaración del contratista en concurso. Ahora bien, basta repasar la demanda rectora del presente procedimiento para constatar como, en su hecho cuarto, se relata que la demandante requirió de pago directa y telefónicamente a las dueñas de la obra hoy demandadas previamente a que la contratista fuera declarada en concurso. El rechazo a dicho requerimiento se dice motivó que también previamente a dicha declaración se promovieran frente a las mismas diligencias preliminares solicitando le exhibieran la documentación precisa para el ejercicio judicial de la acción directa, solicitud en la que anunciaba dicho propósito y detallaba la deuda que para con la misma mantenía la contratista principal con motivo de los materiales y trabajos puestos en la obra. Examinando la contestación a la demanda, constatamos se encabeza negando todos los hechos relatados en esta "en la medida que se opongan a todo lo que vamos a relatar a continuación", sin que de seguido se niegue o cuestione la existencia del requerimiento extrajudicial de pago por via telefónica antes citado que allí se afirmaba, por lo que hemos de tener dicho hecho por admitido en virtud de lo dispuesto en el art. 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En su consecuencia dicho requerimiento, complementado con la ulterior solicitud de diligencias preliminares de la que también las demandadas tuvieron traslado y conocimiento antes de la declaración en concurso del contratista, comporta se ejercitó la acción directa extrajudicialmente y surtió sus efectos propios, desplazando la responsabilidad del crédito del patrimonio de este al de las dueñas de la obra y congelando el que frente a estas ostentaba el contratista. No resultaría por tanto afectada dicha acción directa por la posterior declaración en concurso del contratista, pues ya se había ejercitado, reclamado previa y extrajudicialmente, resultando viable su posterior desenvolvimiento judicial con independencia del concurso. Rechazamos este último motivo del recurso y confirmamos la sentencia apelada.”: SAP Valladolid (sección 3) 27.05.2008 (JUR 2008; Sentencia 80/2008; Rollo 66/2008)

“Quedaría por tanto solo una factura reclamable por la vía delartículo 1.597 del Código Civil, que es la emitida en fecha 3 de julio de 2.008 por importe de 20.056 Euros.
Sin embargo, también hay un obstáculo insalvable respecto a esta factura, pues el concurso de BOCSA se declaró en fecha 29 de octubre de 2.008, antes, por tanto, de la reclamación que aquí nos ocupa.
Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, la jurisprudencia venía entendiendo que la acción delartículo 1.597 del Código Civil no resultaba afectada por los procesos de quiebra o suspensión de pagos. Así, lasSSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000, señalan que: "La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo -o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir- en el que se ventila la acción delartículo 1597."
Sin embargo, la entrada en vigor de la Ley Concursal exige una reinterpretación de la doctrina anterior ante los nuevos principios que la nueva ley ha consagrado, procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003.
Tal y como señala laSAP Barcelona de 2 de marzo de 2.006, Uno de los propósitos básicos de la reforma concursal que constituye clave de bóveda de todo el sistema es la necesidad de de acabar con la dispersión de los privilegios.
En esta línea se planteó el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama elartículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según elartículo 49, determinando al efecto elartículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."
Tal y como mantiene la SAP Barcelona de 2 de marzo de 2.006 no existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. Elartículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal.
Este es el criterio que ha mantenido esta Sala en laSentencia de 27 de mayo de 2.008, en la que sostuvimos que el requerimiento judicial o extrajudicialex art. 1.597 del Código Civil sólo podía producir efecto si tenía lugar con anterioridad a la declaración de concurso, pues en este caso se produce un desplazamiento del crédito desde el patrimonio del contratista al del subcontratista.

Sin embargo, si el requerimiento es posterior a la declaración de concurso, el derecho del contratista pertenece a la masa activa del concurso y por tanto solo puede ser realizado en el ámbito de este procedimiento universal.”: SAP Valladolid (Sección 3) 04.02.2010 (JUR 2010/112632; Sentencia 29/2010; Rollo 432/2009)

“SEGUNDO.- No cabe el ejercicio de la acción directa una vez declarado el concurso. Existe una excepción que se produce cuando la acción se hubiera ejercitado judicialmente o extrajudicialmente con anterioridad.
En el caso que analizamos cuando se declaró el concurso de Begar, 25 junio 2.009, no se había ejercitado judicialmente la acción del Art. 1.597. La anterior Ley Concursal (art. 51) así como el art. 55 de la nueva indican que declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales.
Se acompaña al escrito rector una reclamación a BEGAR con fecha 26 junio de 2.009, seguida de reclamación al dueño de la obra el mismo día 26, cuando ya se había declarado el Concurso, a las que no daremos valor por las razones que expondremos más adelante.
Entiende la Administración concursal que no cabe la mera reclamación extrajudicial, sino que para que el ejercicio de la acción directa tenga los efectos que pretende la actora será requisito imprescindible que se haya interpuesto demanda ante los Tribunales antes de la declaración del concurso, apoyándose en una sentencia de la AP A Coruña 18 marzo 2.009 y en otra del Juzgado Mercantil n 6 Madrid, y no lo estamos porque la doctrina jurisprudencial es la opuesta. La AP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006, admite la exclusión de la vis atractiva concursal y consiente el ejercicio separado de la acción directa ex art. 1.597, no obstante estar declarado el concurso de la deudora principal (contratista) antes de interponer el subcontratista su demanda, si la acción extrajudicial o el requerimiento fehaciente se llevó a cabo antes de la declaración del concurso entendiendo en este caso que la acción-reclamación y sus efectos de exigibilidad de pago preferente quedaban blindados y lo hacían operativos desplegando sus efectos a partir de ese momento, tal como se ha reconocido en nuestra tradición histórica. Ciertamente así lo expresaba la STS de 17 de julio de 1997, reiterando la de 30 de enero de 1974 y la precedente de 28 de mayo de 1908, al señalar aquélla que "teniendo en cuenta el sentido proteccionista del art. 1597 del C.C., las razones que lo inspiran y el principio de buena fe,... resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ella tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar como requisito único la petición de tal derecho en la vía judicial, por todo lo cual, no solo ha de tener eficacia ésta, sino también la petición formulada en privado". Criterio seguido por esta Audiencia Provincial de Granada y por la mayoría de las demás Audiencias Provinciales, entre otras, por la de Barcelona (Sección 14ª) de 12 de febrero de 2002; Girona, de 11 de febrero de 2005; Zaragoza, de 21 de septiembre de 2004; Guipúzcoa, de 12 de abril de 2005; y entre las más recientes, SS. A.P. de Madrid (Secc. 12ª), de 30 de diciembre de 2005 y 24 de enero de 2006; (Secc. 13ª) de 6 de febrero de 2007; o (Secc. 21ª) de 2 de diciembre de 2008; o S.A.P. de Las Palmas (Secc. 5ª) de 18 de enero de 2008. No es menos cierto que la reclamación que se hace al dueño de la obra no es un verdadero requerimiento, porque se le hace una reclamación de una cantidad sin apoyo alguno. No se acompañan contratos, negativa de Begar en el cumplimiento de la obligación, no hay factura alguna. En definitiva es una mera comunicación pensada más en cumplir el requisito legal que ahora se invoca y con objeto de adelantarse a la declaración del concurso que a una reclamación propiamente dicha. En los términos que se realiza la reclamación del 26 de junio nadie paga. Por sí solo sería ello motivo de desestimación de la demanda.”: SAP Valladolid (Sección 3) 02.02.2012 (Sentencia 38/2012; Rollo 499/2011)

En términos prácticamente idénticos, SAP Valladolid (Sección 3) 02.02.2012 (Sentencia 40/2012; Rollo 503/2011), SAP Valladolid (Sección 3) 02.02.2012 (Sentencia 39/2012; Rollo 472/2011), SAP Valladolid (Sección 3) 07.02.2012 (Sentencia 44/2012; Rollo 492/2011), SAP Valladolid (Sección 3) 07.02.2012 (Sentencia 42/2012; Rollo 486/2011), SAP Valladolid (Sección 3) 09.02.2012 (Sentencia 48/2012; Rollo 464/2011), SAP Valladolid (Sección 3) 14.02.2012 (Sentencia 75/2012; Rollo 488/2011), SAP Valladolid (Sección 3) 16.02.2012 (Sentencia 69/2012; Rollo 509/2011) y SAP Valladolid (Sección 3) 28.06.2012 (Sentencia 227/2012; Rollo 504/2011)

“TERCERO.- Es criterio de esta Sala, manifestado en la sentencia de 27 de mayo de 2008 y reiterado entre otras en la sentencia de 4 de febrero de 2010, que "el ejercicio de la acción directa frente al dueño de la obra solamente habría de ceder ante la especialidad de la situación concursal del contratista principal, quedando sujeta a la vis atractiva del concurso, a partir del momento en que este se haya declarado, tal y como pone de relieve la parte apelada. Si la acción directa se ha ejercitado anteriormente a la declaración del concurso ya no resultaría en todo caso afectada por este, pues es a partir de ese momento cuando los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia de dicho procedimiento universal, integrándose las masas activa y pasiva. El ejercicio previo de la acción directa por el subcontratista frente al comitente, supone que el crédito del contratista contra este queda congelado, desplazándose la responsabilidad al patrimonio de aquel. Desde el momento en que se produce dicha reclamación por el subcontratista el dueño de la obra queda vinculado por ella, no pudiendo a posteriori efectuar eficazmente pagos al contratista que disminuyan el crédito de aquel. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente, ya desde la sentencia del Tribunal Supremo de 30-1-1974, cuya doctrina reiteran posteriormente otras entre las que cabe citar las de 17-7- 1997 y 19-4-04, que teniendo en cuenta el sentido proteccionista de la acción directa contemplada en el art. 1597 del Código Civil, las razones que inspiran dicho precepto y el principio de la buena fe, resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio. Debe reconocerse por tanto ese efecto propio que venimos comentando tanto si la reclamación se hace judicial cuanto extrajudicialmente, siempre que en este último caso exista fehaciente constancia del momento y forma en que se haya producido".”: SAP Valladolid (Sección 3) 30.10.2012 (Sentencia 319/2012; Rollo 146/2012)

AP Zaragoza (Sección 4)

“CUARTO.-La acción directa se configura como una específica causa de pedir diferente en la demanda. Y debe resaltarse que se ejercita con la misma demanda, por más que en el recurso la entremezcla con la otra causa de pedir, el reconocimiento de la deuda.
El art. 1597 C. Civil autoriza al subcontratista a dirigirse contra el promotor o comitente, otorgando así a quien pone su trabajo o materiales en la obra de otro una tutela específica de su crédito, pues, en tanto se den los requisitos que el legislador previene legalmente, va a poder dirigir su acción contra dos masas patrimoniales diferentes, de distintos titulares, para satisfacer su crédito. Que se diga que es una acción directa quiere decir que no es una acción subrogatoria y que no hay subsidiaridad con relación al ejercicio de la acción contra su deudor contractual, esto es el contratista principal que no deja de ser su subcomitente.
Porque una de las primeras características de esta acción es la de configurar una excepción al principio de relatividad de los contratos prevenida en el art. 1257 C. Civil (STS nº 31/2005, de 31 de enero), lo que, en el terreno procesal, supone que se actúa en uso de una legitimidad propia del subcontratista, no extraordinaria por sustitución del contratista principal.
De la acción directa se ha dicho que constituye una fianza legal, de manera que se configura al comitente jurídicamente como un garante del crédito que el contratista adeuda al subcontratista. Fianza legal imperfecta según la doctrina. Que se diga que es una fianza imperfecta quiere decir que no despliega eficacia alguna sino desde su ejercicio, momento en el que pasaría a inmovilizar el crédito del contratista frente al comitente, de modo que a partir de ese momento cualquier pago realizado por el mismo ya es inoponible al subcontratista.
La acción directa, en la medida en la que rompe el principio de relatividad de los contratos y que se asemeja a una fianza en cuanto coloca al comitente como garante del crédito del contratista, pero, y esto es lo peculiar, configurado o identificado con la deuda del comitente con el contratista principal, ha presentado siempre una gran complejidad procesal y sustantiva, siendo de destacar tres características del mismo, 1) que sólo opera con relación a los contratos de obra ajustado alzadamente, como mecanismo de certeza inicial del precio, 2) que sólo se hace efectivo desde su ejercicio y como consecuencia del mismo, 3) que sólo responde el comitente por lo adeudado al tiempo de ejercitarse la acción directa, de lo que resultan problemas casi insolubles, como es la de determinar cuando se entiende que es "obra ajustada alzadamente", no obstante lo cual la jurisprudencia (sentencia de 14 de octubre de 2010) incluye dentro de ese concepto tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado como si lo está por unidades de obra, siquiera para este último supuesto exige que "estén determinadas el número de unidades a ejecutar", quedando en el aire con esta doctrina toda la tipología de contratos en los que, sin ser estrictamente por administración, existe una previa determinación de unidades de obra pero no establecidas de una manera absoluta. E íntimamente abonado a este problema se encuentra la de determinar el ámbito de oposición del comitente, si sólo las deficiencias de las partidas del subcontratista o también las del contratista principal u otros subcontratistas, idea esta última que parece encajar mejor con la necesidad de precio global y único.
Se admita o no esa parificación conceptual con la fianza lo cierto es que su semejanza se centra en que el fiador, aquí el comitente, responde con su propio patrimonio de la deuda garantizada, pero se diferencia de la misma en tanto en cuanto la acción directa se construye con un alto grado de identificación con el crédito garantizado, pues sólo se garantiza el mismo en la forma y medida en la que existe al tiempo de su ejercicio, de manera tal que es con su ejercicio, como hemos dicho, con el que se inmoviliza. Y de aquí es cuando se afirma que si existe un previo concurso no se puede inmovilizar cuando tal crédito ya está inmovilizado por y para el concurso, de manera que, en el mejor de los casos para quien ejercita la acción directa y pretende una preferencia frente a los demás acreedores para cobrarse con cargo al crédito que el concursado tiene frente al comitente, integrado ya en la masa activa, debe hacerla valer en el concurso.
Antes de la entrada en vigor de de la Ley Concursal se venía entendiendo de una manera generalizada que la suspensión de pagos no atraía hacia el procedimiento de insolvencia provisional (o definitiva) esa reclamación, ni la misma pasaba a tener incidencia en la misma que suponía, como hemos dicho, el ejercicio de mi derecho propio, no por delegación del acreedor contractual, sin que se configure como un privilegio creditivo (STS de 16 de marzo de 1998).
En la jurisprudencia se quería ver la consideración de que el procedimiento de insolvencia del contratista principal era indiferente con relación a la acción directa ejercitada con anterioridad por el subcontratista, y así se pueden citar las sentencias de 9 de mayo de 1999 y la de 27 de julio de 2000. Criterio que tuvo una evidente repercusión en la jurisprudencia menor, en la que se sostuvo la inoponibilidad de la quiebra al contratista frente al comitente.
QUINTO.-Es tras la entrada en vigor de la Ley Concursal cuando se ha iniciado una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre si este panorama procesal ha cambiado y sobre si ahora, por el contrario, el concurso incide en la acción directa ejercitada con anterioridad y/o con posterioridad al concurso, y sigue siendo inmune a la ejecución colectiva.
Es una consideración generalizada la de que el crédito del contratista frente al promotor no se inmoviliza, como ya hemos razonado, desde el nacimiento de la acción, esto es desde la ejecución de la subcontrata, sino desde su ejercicio, lo que la norma deja claro al referenciar el derecho a lo adeudado al tiempo de la reclamación, lo que a su vez sirve para marcar las excepciones que serán oponibles. Importa destacar, y eso hace particularmente compleja la cuestión, que no se trata de un privilegio crediticio, no configurándose como una particular preferencia de una categoría de acreedores (SS TS de 16 de marzo de 1998, de 27 de julio de 2000, de 19 de marzo de 2004 y de 31 de enero de 2005).
De aquí surge el problema de la interacción de la acción directa cuando la misma se ejercita cuando el contratista principal, subcomitente con relación al subcontratista, se encuentra en situación de concurso. Incidencia que puede plantearse desde dos planos, uno el procesal y otro el sustantivo, aunque íntimamente enlazados pues la vinculación entre una y otra faceta es consustancial en el concurso.
No es acción que se dirija contra el patrimonio del contratista concursado sino contra la del comitente pues, como hemos anticipado, el subcontratista tiene acción contra dos masas patrimoniales en garantía de su

crédito, la del contratista y la del comitente, no sometidas las acciones a régimen de subsidiaridad alguno, la primera vinculada o derivada del contrato, la segunda de la incorporación de un trabajo o materiales a la propiedad del comitente, en definitiva asociada a la refracción.
Mas sin ser acción contra el contratista ni directamente contra su patrimonio, tiene transcendencia en el mismo, pues la masa activa se verá mermada por la extinción del crédito de la masa contra el comitente. La polémica actual es ciertamente intensa, existiendo opiniones doctrinales enfrentadas y pronunciamientos jurisprudenciales de las Audiencias Provinciales contradictorios.
A criterio de esta Sala hay que distinguir según el momento del ejercicio de la acción, sin que sea necesario que se trate de un ejercicio judicial, atendiendo a si se ha hecho antes o después de la declaración del concurso, y en este sentido la Sala considera que el ejercicio de la acción directa frente al comitente cuando el contratista está declarado en concurso ya no puede quedar sustraída al procedimiento universal dado que incide en la masa activa, al minorar la misma con el crédito que la misma ostentaría frente al comitente, a la par que alteraría la masa pasiva al desaparecer del pasivo el subcontratista en la medida en la que el mismo pudiera obtener la satisfacción de su crédito. Y esa incidencia casa mal con un proceso universal en el que se instaura una, en principio, intangibilidad de las masas, con una integración ex-iure de todos los acreedores en la masa pasiva (art. 49 LC).
Por mucho que el subcontratista ejercite una acción directa, configurada como un derecho propio y no por subrogación, no por ello deja de tener una alteración en el concurso de su obligado contractual. Incidencia que, se repite, para el supuesto de ejercicio, como es el caso, ex-post del concurso, obliga al sometimiento del subcontratista y a someter en el mismo su singular derecho para satisfacerse con cargo al específico crédito frente al comitente.
Razones por las que no se puede acoger el recurso, siquiera dada la disparidad de criterios no sea pertinente hacer una especial imposición de las costas causadas en esta alzada. “:SAP Zaragoza (Sección 4) 21.12.2010 (Sentencia 573/2010; Rollo 434/2010)

“PRIMERO.-Se vuelve a plantear en esta Sala la cuestión relativa a las consecuencias que genera en una acción directa ejercitada por el subcontratista contra el comitente cuando el deudor contractual, el subcontratista, se encuentra en situación de concurso.
Del orden temporal de los hechos es relevante precisar que la contratista intentó hacer pago de los trabajos de la subcontratista con tres pagarés, de los que sólo se atendió el primero de ellos, resultando impagados los de vencimiento 15 de noviembre de 2008, por importe de 27.750 # y de 27.695 # el de vencimiento 15 de diciembre de 2008.
La acción directa por el impago del primero de ellos se ejercitó mediante burofax entregado el 25 de noviembre de 2008, y el segundo de ellos por el mismo sistema notificado el 17 de diciembre de 2008. La contratista fue declarada en concurso por auto de 9 de diciembre de 2008.
La sentencia dictada en primera instancia estimará la demanda, entendiendo que la declaración de concurso no puede incidir en el derecho de subcontratista a dirigirse contra el comitente para ejercitar, en definitiva un derecho propio.
SEGUNDO.-Esta cuestión ha sido afrontada en recientes resoluciones de esta Sección en la que se ha considerado que la declaración de concurso del deudor contractual no es irrelevante para el ejercicio de la acción directa, distinguiéndose en este sentido si el ejercicio de la acción directa, aunque sea extrajudicial, es anterior o posterior a la declaración del concurso.
La acción directa se configura como una específica causa de pedir diferente en la demanda. Y debe resaltarse que se ejercita con la misma demanda, por más que en el recurso la entremezcla con la otra causa de pedir, el reconocimiento de la deuda.
El art. 1597 C. Civil autoriza al subcontratista a dirigirse contra el promotor o comitente, otorgando así a quien pone su trabajo o materiales en la obra de otro una tutela específica de su crédito, pues, en tanto se den los requisitos que el legislador previene legalmente, va a poder dirigir su acción contra dos masas patrimoniales diferentes, de distintos titulares, para satisfacer su crédito. Que se diga que es una acción directa quiere decir que no es una acción subrogatoria y que no hay subsidiaridad con relación al ejercicio de la acción contra su deudor contractual, esto es el contratista principal que no deja de ser su subcomitente.
Porque una de las primeras características de esta acción es la de configurar una excepción al principio de relatividad de los contratos prevenida en el art. 1257 C. Civil (STS nº 31/2005, de 31 de enero), lo que, en el terreno procesal, supone que se actúa en uso de una legitimidad propia del subcontratista, no extraordinaria por sustitución del contratista principal.
De la acción directa se ha dicho que constituye una fianza legal, de manera que se configura al comitente jurídicamente como un garante del crédito que el contratista adeuda al subcontratista. Fianza legal imperfecta según la doctrina. Que se diga que es una fianza imperfecta quiere decir que no despliega eficacia alguna sino desde su ejercicio, momento en el que pasaría a inmovilizar el crédito del contratista frente al comitente, de modo que a partir de ese momento cualquier pago realizado por el mismo ya es inoponible al subcontratista.
La acción directa, en la medida en la que rompe el principio de relatividad de los contratos y que se asemeja a una fianza en cuanto coloca al comitente como garante del crédito del contratista, pero, y esto es lo peculiar, configurado o identificado con la deuda del comitente con el contratista principal, ha presentado siempre una gran complejidad procesal y sustantiva, siendo de destacar tres características del mismo, 1) que sólo opera con relación a los contratos de obra ajustado alzadamente, como mecanismo de certeza inicial del precio, 2) que sólo se hace efectivo desde su ejercicio y como consecuencia del mismo, 3) que sólo responde el comitente por lo adeudado al tiempo de ejercitarse la acción directa, de lo que resultan problemas casi insolubles, como es la de determinar cuando se entiende que es "obra ajustada alzadamente", no obstante lo cual la jurisprudencia (sentencia de 14 de octubre de 2010) incluye dentro de ese concepto tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado como si lo está por unidades de obra, siquiera

para este último supuesto exige que "estén determinadas el número de unidades a ejecutar", quedando en el aire con esta doctrina toda la tipología de contratos en los que, sin ser estrictamente por administración, existe una previa determinación de unidades de obra pero no establecidas de una manera absoluta. E íntimamente abonado a este problema se encuentra la de determinar el ámbito de oposición del comitente, si sólo las deficiencias de las partidas del subcontratista o también las del contratista principal u otros subcontratistas, idea esta última que parece encajar mejor con la necesidad de precio global y único.
TERCERO.-Se admita o no esa parificación conceptual con la fianza lo cierto es que su semejanza se centra en que el fiador, aquí el comitente, responde con su propio patrimonio de la deuda garantizada, pero se diferencia de la misma en tanto en cuanto la acción directa se construye con un alto grado de identificación con el crédito garantizado, pues sólo se garantiza el mismo en la forma y medida en la que existe al tiempo de su ejercicio, de manera tal que es con su ejercicio, como hemos dicho, con el que se inmoviliza. Y de aquí es cuando se afirma que si existe un previo concurso no se puede inmovilizar cuando tal crédito ya está inmovilizado por y para el concurso, de manera que, en el mejor de los casos para quien ejercita la acción directa y pretende una preferencia frente a los demás acreedores para cobrarse con cargo al crédito que el concursado tiene frente al comitente, integrado ya en la masa activa, debe hacerla valer en el concurso.
Antes de la entrada en vigor de de la Ley Concursal se venía entendiendo de una manera generalizada que la suspensión de pagos no atraía hacia el procedimiento de insolvencia provisional (o definitiva) esa reclamación, ni la misma pasaba a tener incidencia en la misma que suponía, como hemos dicho, el ejercicio de mi derecho propio, no por delegación del acreedor contractual, sin que se configure como un privilegio creditivo (STS de 16 de marzo de 1998).
En la jurisprudencia se quería ver la consideración de que el procedimiento de insolvencia del contratista principal era indiferente con relación a la acción directa ejercitada con anterioridad por el subcontratista, y así se pueden citar las sentencias de 9 de mayo de 1999 y la de 27 de julio de 2000.
Criterio que tuvo una evidente repercusión en la jurisprudencia menor, en la que se sostuvo la inoponibilidad de la quiebra al contratista frente al comitente.
Es tras la entrada en vigor de la Ley Concursal cuando se ha iniciado una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre si este panorama procesal ha cambiado y sobre si ahora, por el contrario, el concurso incide en la acción directa ejercitada con anterioridad y/o con posterioridad al concurso, y sigue siendo inmune a la ejecución colectiva.
Es una consideración generalizada la de que el crédito del contratista frente al promotor no se inmoviliza, como ya hemos razonado, desde el nacimiento de la acción, esto es desde la ejecución de la subcontrata, sino desde su ejercicio, lo que la norma (art. 1577 C. Civil) deja claro al referenciar el derecho a lo adeudado al tiempo de la reclamación, lo que a su vez sirve para marcar las excepciones que serán oponibles. Importa destacar, y eso hace particularmente compleja la cuestión, que no se trata de un privilegio crediticio, no configurándose como una particular preferencia de una categoría de acreedores (SS TS de 16 de marzo de 1998, de 27 de julio de 2000, de 19 de marzo de 2004 y de 31 de enero de 2005).
De aquí surge el problema de la interacción de la acción directa cuando la misma se ejercita estando el contratista principal, subcomitente con relación al subcontratista, en situación de concurso. Incidencia que puede plantearse desde dos planos, uno el procesal y otro el sustantivo, aunque íntimamente enlazados pues la vinculación entre una y otra faceta es consustancial en el concurso.
No es acción que se dirija contra el patrimonio del contratista concursado sino contra la del comitente pues, como hemos anticipado, el subcontratista tiene acción contra dos masas patrimoniales en garantía de su crédito, la del contratista y la del comitente, no sometidas las acciones a régimen de subsidiaridad alguno, la primera vinculada o derivada del contrato, la segunda de la incorporación de un trabajo o materiales a la propiedad del comitente, en definitiva asociada a la refracción.
Mas sin ser acción contra el contratista ni directamente contra su patrimonio, tiene transcendencia en el mismo, pues la masa activa se verá mermada por la extinción del crédito de la masa contra el comitente. La polémica actual es ciertamente intensa, existiendo opiniones doctrinales enfrentadas y pronunciamientos jurisprudenciales de las Audiencias Provinciales contradictorios.
A criterio de esta Sala hay que distinguir según el momento del ejercicio de la acción, sin que sea necesario que se trate de un ejercicio judicial, atendiendo a si se ha hecho antes o después de la declaración del concurso, y en este sentido la Sala considera que el ejercicio de la acción directa frente al comitente cuando el contratista está declarado en concurso ya no puede quedar sustraída al procedimiento universal dado que incide en la masa activa, al minorar la misma con el crédito que la misma ostentaría frente al comitente, a la par que alteraría la masa pasiva al desaparecer del pasivo el subcontratista en la medida en la que el mismo pudiera obtener la satisfacción de su crédito. Y esa incidencia casa mal con un proceso universal en el que se instaura una, en principio, intangibilidad de las masas, con una integración ex-iure de todos los acreedores en la masa pasiva (art. 49 LC).
Por mucho que el subcontratista ejercite una acción directa, configurada como un derecho propio y no por subrogación, no por ello deja de tener una alteración en el concurso de su obligado contractual. Incidencia que, se repite, para el supuesto de ejercicio, como es el caso, ex-post del concurso, obliga al subcontratista a someter en el mismo su singular derecho para satisfacerse con cargo al específico crédito frente al comitente.
CUARTO.-No se trata por tanto de una cuestión de competencia del Juzgado de lo Mercantil sino de la falta de un presupuesto de la acción, pues si el efecto de su ejercicio, aunque sea extrajudicial, es inmovilizar el crédito del acreedor contractual, tal efecto no puede producirse sin perjuicio de que pueda hacerse valer en el concurso. Y del relato de hechos resulta que la acción directa por uno de los pagarés se ejercitó antes de la declaración del concurso (el del pagaré por importe de 27.750 #), al que no pudo afectar la declaración de concurso pues tal inmovilización la hacía inmune al concurso, de manera que el crédito ya no pudo integrarse en la masa activa. Pero esto no se puede sostener del segundo pagaré, dado que cuando se ejercitó extrajudicialmente la acción directa por el segundo pagaré impagado, el de 27.695#, ya estaba declarado en

concurso. Procede pues una estimación parcial de la demanda y del recurso, sin que sea procedente una especial imposición de las costas en ninguna de las dos alzadas (arts 398 y 394 Lec). “:SAP Zaragoza (sección 4) 27.12.2010 (Sentencia 590/2010; Rollo 358/2010)

“CUARTO.-Pues bien fuera del desconocimiento de lo percibido en el proceso concursal la cuestión se centra en la incidencia que tiene el concurso del subcontratista en la acción directa ejercitada pro el subcontratista contra el comitente. Esta cuestión ha sido afrontada por nuestra reciente sentencia de 21 de diciembre de 2010, en la que se analizaba la naturaleza de la acción directa y se explicaba la incidencia que en la misma podía tener la situación de concurso de la contratista principal.
A tal efecto, razonábamos, que el art. 1597 C. Civil autoriza al subcontratista a dirigirse contra el promotor o comitente, otorgando así a quien pone su trabajo o materiales en la obra de otro una tutela específica de su crédito, pues, en tanto se den los requisitos que el legislador previene legalmente, va a poder dirigir su acción contra dos masas patrimoniales diferentes, de distintos titulares, para satisfacer su crédito. Que se diga que es una acción directa quiere decir que no es una acción subrogatoria y que no hay subsidiaridad con relación al ejercicio de la acción contra su deudor contractual, esto es el contratista principal que no deja de ser su subcomitente.
Porque una de las primeras características de esta acción es la de configurar una excepción al principio de relatividad de los contratos prevenida en el art. 1257 C. Civil (STS nº 31/2005, de 31 de enero), lo que, en el terreno procesal, supone que se actúa en uso de una legitimidad propia del subcontratista, no extraordinaria por sustitución del contratista principal.
De la acción directa se ha dicho que constituye una fianza legal, de manera que se configura al comitente jurídicamente como un garante del crédito que el contratista adeuda al subcontratista. Fianza legal imperfecta según la doctrina. Que se diga que es una fianza imperfecta quiere decir que no despliega eficacia alguna sino desde su ejercicio, momento en el que pasaría a inmovilizar el crédito del contratista frente al comitente, de modo que a partir de ese momento cualquier pago realizado por el mismo ya es inoponible al subcontratista.
La acción directa, en la medida en la que rompe el principio de relatividad de los contratos y que se asemeja a una fianza en cuanto coloca al comitente como garante del crédito del contratista, pero, y esto es lo peculiar, configurado o identificado con la deuda del comitente con el contratista principal, ha presentado siempre una gran complejidad procesal y sustantiva, siendo de destacar tres características del mismo, 1) que sólo opera con relación a los contratos de obra ajustado alzadamente, como mecanismo de certeza inicial del precio, 2) que sólo se hace efectivo desde su ejercicio y como consecuencia del mismo, 3) que sólo responde el comitente por lo adeudado al tiempo de ejercitarse la acción directa, de lo que resultan problemas casi insolubles, como es la de determinar cuando se entiende que es "obra ajustada alzadamente", no obstante lo cual la jurisprudencia (sentencia de 14 de octubre de 2010) incluye dentro de ese concepto tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado como si lo está por unidades de obra, siquiera para éste último supuesto exige que "estén determinadas el número de unidades a ejecutar", quedando en el aire con esta doctrina toda la tipología de contratos en los que, sin ser estrictamente por administración, existe una previa determinación de unidades de obra pero no establecidas de una manera absoluta. E íntimamente abonado a este problema se encuentra la de determinar el ámbito de oposición del comitente, si sólo las deficiencias de las partidas del subcontratista o también las del contratista principal u otros subcontratistas, idea ésta última que parece encajar mejor con la necesidad de precio global y único.
QUINTO.-Se admita o no esa parificación conceptual con la fianza lo cierto es que su semejanza se centra en que el fiador, aquí el comitente, responde con su propio patrimonio de la deuda garantizada, pero se diferencia de la misma en tanto en cuanto la acción directa se construye con un alto grado de identificación con el crédito garantizado, pues sólo se garantiza el mismo en al forma y medida en la que existe al tiempo de su ejercicio, de manera tal que es con su ejercicio, como hemos dicho, con el que se inmoviliza. Y de aquí es cuando se afirma que si existe un previo concurso no se puede inmovilizar cuando tal crédito ya está inmovilizado por y para el concurso, de manera que, en el mejor de los casos para quien ejercita la acción directa y pretende una preferencia frente a los demás acreedores para cobrarse con cargo al crédito que el concursado tiene frente al comitente, integrado ya en la masa activa, debe hacerla valer en el concurso.
Antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal se venía entendiendo de una manera generalizada que la suspensión de pagos no atraía hacia el procedimiento de insolvencia provisional (o definitiva) esa reclamación, ni la misma pasaba a tener incidencia en la misma que suponía, como hemos dicho, el ejercicio de mi derecho propio, no por delegación del acreedor contractual, sin que se configure como un privilegio creditito (STS de 16 de marzo de 1998).
En la jurisprudencia se quería ver la consideración de que el procedimiento de insolvencia del contratista principal era indiferente con relación a la acción directa ejercitada con anterioridad por el subcontratista, y así se pueden citar las sentencias de 9 de mayo de 1999 y la de 27 de julio de 2000.
Criterio que tuvo una evidente repercusión en la jurisprudencia menor, en la que se sostuvo la inoponibilidad de la quiebra al contratista frente al comitente.
Es tras la entrada en vigor de la Ley Concursal cuando se ha iniciado una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre si este panorama procesal ha cambiado y sobre si ahora, por el contrario, el concurso incide en la acción directa ejercitada con anterioridad y/o con posterioridad al concurso, y sigue siendo inmune a la ejecución colectiva.
Es una consideración generalizada la de que el crédito del contratista frente al promotor no se inmoviliza, como ha hemos razonado, desde el nacimiento de la acción, esto es desde la ejecución de la subcontrata, sino desde su ejercicio, lo que la norma (art.1597 C.Civil) deja claro al referenciar el derecho a lo adeudado al tiempo de la reclamación, lo que a su vez sirve para marcar las excepciones que serán oponibles. Importa destacar, y eso hace particularmente compleja la cuestión, que no se trata de un privilegio crediticio, no

configurándose como una particular preferencia de una categoría de acreedores (SSTS de 16 de marzo de 1998, de 27 de julio de 2000, de 19 de marzo de 2004 y de 31 de enero de 2005)
De aquí surge el problema de la interacción de la acción directa cuando la misma se ejercita estando el contratista principal, subcomitente con relación al subcontratista, en situación de concurso. Incidencia que puede plantearse desde dos planos, uno el procesal y otro el sustantivo, aunque íntimamente enlazados pues la vinculación entre una y otra faceta es consustancial en el concurso.
No es acción que se dirija contra el patrimonio del contratista concursado sino contra la del comitente pues, como hemos anticipado, el subcontratista tiene una acción contra dos masas patrimoniales en garantía de su crédito, la del contratista y la del comitente, no sometidas las acciones a régimen de subsidiaridad alguno, la primera vinculada o derivada del contrato, la segunda de la incorporación de un trabajo o materiales a la propiedad del comitente, en definitiva asociada a la refracción.
Mas sin ser acción contra el contratista ni directamente contra su patrimonio, tiene transcendencia en el mismo, pues la masa activa se verá mermada por la extinción del crédito de la masa contra el comitente. La polémica actual es ciertamente intensa, existiendo opiniones doctrinales enfrentadas y pronunciamientos jurisprudenciales de las Audiencia Provinciales contradictorios.
A criterio de esta Sala hay que distinguir según el momento del ejercicio de la acción, sin que sea necesario que se trate de un ejercicio judicial, atendiendo a si se ha hecho antes o después de la declaración del concurso, y en este sentido la Sala considera que el ejercicio de la acción directa frente al comitente cuando el contratista está declarado en concurso ya no puede quedar sustraída al procedimiento universal dado que incide en la masa activa, al minorar la misma con el crédito que la misma ostentaría frente al comitente, a la par que alteraría la masa pasiva al desaparecer del pasivo el subcontratista en la medida en la que el mismo pudiera obtener la satisfacción de su crédito. Y esa incidencia casa mal con un proceso universal en el que se instaura una, en principio, intangibilidad de las masas, con una integración ex -iure de todos los acreedores en la masa pasiva (art. 49 LC).
Por mucho que el subcontratista ejercite una acción directa, configurada como un derecho propio y no por subrogación, no por ello deja de tener una alteración en el concurso de su obligado contractual. Incidencia que, se repite, para el supuesto de ejercicio, como es el caso, ex -post del concurso, obliga al subcontratista a someter en el mismo su singular derecho para satisfacerse con cargo al específico crédito frente al comitente.
CUARTO.-Esta imposibilidad de afrontar la acción directa fuera del concurso obsta a que se puede en el mismo proceso la impugnación, fuera del específico pronunciamiento sobre las costas.
Cierto que no es tanto una cuestión de competencia objetiva, porque corresponda conocer de la misma ante el Juzgado de lo Mercantil, pero sí que debe dilucidarse el derecho en el procedimiento concursal por cuanto el crédito del deudor intermedio en situación de concurso frente al deudor directa estaba ya inmovilizado por el procedimiento de insolvencia cuando se ejercita la acción directa por el acreedor, de manera que no cabe ahora dilucidar si se reunen o no los requisitos para su ejercicio.
Fuera de ello hay que ratificar el pronunciamiento sobre las costas dada la intensa polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la cuestión y hacerla propia respecto a las costas de la segunda instancia.“: SAP Zaragoza (Sección 4) 28.12.2010 (Sentencia 595/2010; Rollo 465/2010)

0.1.2.1 Improcedencia de la impugnación del inventario por el subcontratista que no ejercitó la acción antes de la declaración de concurso

“PRIMERO.- La demanda pretende la reducción parcial de dos créditos incluidos por la administración concursal en el inventario de la masa activa de CURBEL S.L. Se trata de dos derechos de crédito de la concursada, como contratista de obras, frente a dos comitentes distintos –la UTE ACCESO FERROL, por 43.467,12 € y la UTE PARQUE EMPRESARIAL RIO DO POZO, incluido en el inventario por 236.817,08 €-; como las obras fueron en parte subcontratadas con la demandante, EXCAVACIONES UBALDO Y ANTONIO S.L., a la que adeuda la concursada 5.646,54 € y 25.733,95 €, por los trabajos ejecutados respectivamente para cada uno de los dos comitentes, pretende aquélla que se reduzca en la misma cuantía la masa activa en razón de la acción directa que, como subcontratista y al amparo del artículo 1597 del Código civil, ha ejercitado contra las dos UTE comitentes.
SEGUNDO.- Admitido, o al menos no cuestionado, que EXCAVACIONES UBALDO Y ANTONIO S.L. fue subcontratista de CURBEL S.L. en las dos obras de la titularidad de las dos uniones temporales de empresas antes mencionadas, vencida la obligación de pago del precio de los trabajos y obras ejecutados por encargo de CURBEL S.L. (las facturas abarcan el periodo junio a diciembre de 2006), la Ley le concede acción directa frente a los comitentes o dueños de la obra hasta la cantidad que éstos adeuden a la contratista (CURBEL S.L.) cuando se hace la reclamación.
La reclamación –que no exige la doctrina mayoritaria que sea judicial, bastando con que se haga a través de cualquier medio que permita dejar constancia de su fecha y contenido- en este caso se hizo mediante sendos burofax impuestos el día 12 de noviembre de 2007, es decir, dos días antes de la interposición de la demanda incidental y más de siete meses después de la declaración de concurso necesario, que es de fecha 25 de abril de 2007. Además, según resulta de la documentación aportada por la demandante en el acto del juicio, una de las dos UTE, la de la obra denominada ACCESO FERROL, contestó al requerimiento afirmando que ya antes de recibirlo habían ingresado en la cuenta de consignaciones del Juzgado de lo Mercantil, a disposición de la administración concursal, la totalidad de la suma adeudada, con lo que nada debían a CURBEL S.L. en la fecha de recepción del burofax. La otra UTE no contestó al parecer al requerimiento, si bien en el acto de la vista la

administración concursal confirmó que ya se han cobrado íntegramente las sumas adeudadas, aunque no pudo precisar en qué fecha.
Así pues, entre el nacimiento de la acción a favor de la subcontratista y su ejercicio, en este caso extrajudicial, media la declaración de concurso necesario de la contratista –CURBEL S.L.- y la consiguiente constitución de la masa activa con todos los bienes y derechos integrados en su patrimonio en la fecha de la declaración (Art. 76. 1 LC). La acción directa no fue ejercitada antes de esa fecha y no se redujo, por consiguiente, el crédito de la contratista en la misma medida en que pudo haber sido el comitente compelido a pagar al subcontratista. Luego no hay razón alguna para reducir en la misma proporción la masa activa del concurso, de la que debe formar parte íntegramente el derecho de crédito que la concursada contratista tiene frente a la comitente, no sometido a retención ni reclamación previa de tercero en virtud del ejercicio de una acción directa. No tiene sentido impugnar el inventario que forma parte del informe de la administración concursal por incluir un derecho de crédito que sin duda alguna estaba en el patrimonio de la concursada tanto en la fecha de la declaración de concurso como en la fecha a que el inventario se ha de referir legalmente (el día anterior al de la presentación del informe, artículo 82.1 LC).
Al margen de la declaración de concurso y sus efectos, el derecho del subcontratista decae si en el momento del ejercicio de la acción directa ninguna cantidad adeudaba la dueña de la obra a la contratista, como al parecer aquí ha ocurrido.
En todo caso, sin perjuicio de la acción directa contra el dueño que el artículo 1597 del Código civil reconoce a los que ponen su trabajo o materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, el derecho de crédito del contratista sólo se extingue o reduce en la medida en que la acción directa sea efectivamente ejercitada por el subcontratista, o más bien en la medida en que a consecuencia del ejercicio de la acción directa el subcontratista llegue a cobrar del comitente todo o parte de su crédito, lo que en el caso de concurso del contratista se traduce en la inclusión en el inventario de su derecho de crédito íntegro contra el comitente salvo que con anterioridad a la declaración de concurso haya sido la acción directa ejercitada, lo que no es el caso. Paralelamente, se incluye también en la masa pasiva el crédito del subcontratista contra la concursada, incluso en el caso de que ya antes de la declaración de concurso haya nacido la acción directa contra el comitente; si el subcontratista llega a cobrar alguna cantidad del comitente, su crédito se reducirá o extinguirá como en cualquier otro supuesto de fianza de tercero propia o impropia, sin que por este motivo pueda apreciarse una vulneración del principio de la par condictio.
TERCERO.- Es discutible que pueda mantenerse tras la Ley concursal la doctrina jurisprudencial anterior, referida normalmente a procesos de suspensión de pagos, que postulaba la irrelevancia del proceso concursal del contratista respecto de la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra (STS de 9 de mayo de 1989, de 27 de julio de 2000 o de 11 de octubre de 2002). No es ésta, en todo caso, la cuestión que se suscita en este incidente, sino la de exclusión parcial de créditos del inventario, por razón de considerar la subcontratista demandante que con el ejercicio -posterior a la declaración de concurso y a la fecha de referencia del inventario- de la acción directa contra el comitente, ha de ser reducida la masa activa en la misma medida de su reclamación, por ser cantidades, dice impropiamente la súplica de la demanda, “que pertenecen a la actora”. Por lo que aquí interesa baste con decir que es de todo punto correcta la inclusión en el inventario de los créditos impugnados, puesto que estaban en el patrimonio de la concursada en la fecha de la declaración de concurso y en la fecha de referencia del inventario (Art.82.1 LC), por lo que la demanda impugnatoria debe ser íntegramente desestimada. Si con posterioridad los créditos de la masa han sido íntegramente cobrados por el concurso, el dinero obtenido forma parte, indudablemente, de la masa activa y no puede ser detraído para pagar íntegra o separadamente el crédito del subcontratista, haya éste ejercitado o no oportunamente su acción directa contra el comitente; la acción que la Ley reconoce al subcontratista es directa contra el dueño de la obra, hasta el límite de lo que en el momento de la reclamación adeude al contratista, pero no le confiere privilegio alguno en el concurso del contratista.
Si el actor sostiene que conserva la acción directa del artículo 1597 del Código civil, nada impide que la ejercite judicialmente para vencer la resistencia del comitente, como no sea la dudosa concurrencia en este caso de los requisitos que la Ley establece. Contra el contratista, en cambio, no tiene más acción que la causal derivada del subcontrato de ejecución de obra, que está lógicamente sometida a la ley del concurso y a la comunidad de pérdidas que conlleva. “:SJM-1 La Coruña 30.01.2008 (Incidente Concursal 609/2007)

0.1.3 Procedencia en todo caso pese a la declaración de concurso

AP Valladolid 2007

“SEGUNDO Insiste la recurrente en dos de las excepciones; falta de competencia y falta de litis consorcio pasivo necesario, que ya planteara en la instancia y que le fueron rechazadas tanto en el acto de la Comparecencia Previa como en la propia Sentencia apelada, y no otra suerte han de correr en esta Alzada.
La primera, porque la acción que aquí está ejercitando la actora como subcontratista de una obra - frente a la demandada- dueña y promotora de esa obra - es la acción amparada en lo dispuesto en el artículo 1579 del Código Civil por cuya virtud " Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de la obra sino hasta la cantidad que este adeude a aquel cuando se hace la reclamación ".

No se trata por lo tanto de una acción que se dirija contra el patrimonio de la contratista principal que se halla en concurso, - que es el premisa necesaria para que puedan entrar en juego lo dispuesto en el artículo 8.1 relación con 50.1 de la Ley Concursal invocado por la recurrente en apoyo de su cuestión de competencia, sino ante una acción que directamente se dirige contra el patrimonio de la mercantil promotora y dueña de la obra, (que no está sujeta a ningún concurso; y ello por mas que el éxito de esta acción venga condicionado por la existencia y la cuantía del débito que dicha propietaria mantenga con la contratista principal pueda originar de hecho, efectos reflejos para terceros, como es un verdadero derecho de preferencia o prelación, como ya señaló la jurisprudencia cuando en su antigua Sentencia de 20 de junio de 1920 aludía a una preferencia y en la de 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7479) habla de derecho a la manera de uno refraccionario.
Para la desestimación de la segunda de las excepciones, falta de litis-consorcio pasivo necesario, basta recordar la doctrina jurisprudencial que reiteradamente viene declarando (STS 29-abril de 1991 [RJ 1991, 3068]; 11-octubre de 1994;6-junio de 2000 [RJ 2000, 4402]; 27-julio de 2000 [RJ 2000, 9179]) que la responsabilidad del dueño de la obra y la del contratista principal para con los subcontratista -titulares de la acción del artículo 1597 Código Civil- es una responsabilidad "ex lege" y de carácter solidario por lo que el acreedor puede dirigir su reclamación contra cualquier de ellos, como así lo ha hecho la actora en el procedo de autos, al no demandar a la contratista sometida a concurso y hacerlo frente a la promotora y dueña de la obra.
Las vicisitudes del proceso concursal en que actualmente se halla inmersa la sociedad contratista no afectan al presente. Además de que el concurso se inicia con posterioridad al requerimiento de pago, o la reclamación a que alude el comentado artículo 1597 CC, nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de julio de 2000 -única en la que claramente aborda esta cuestión- tiene dicho que la " La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1597 ".Expresa un criterio de autoridad que compartimos plenamente puesto que el tan citado artículo 1597 C Civil no ha sido derogado por la nueva legislación Concursal y el derecho que en el se establece es un derecho especial y preciso que no puede entenderse suprimido ni afectado por la sola circunstancia de que el contratista de la obra haya sido declarado en concurso. Si como es obvio la razón de ser este precepto radica en la querida protección de las personas que ponen su trabajo y materiales en una obra a fin de garantizarles el cobro de tales prestaciones, precisamente esta protección se advierte mas necesaria en aquellos casos en que la contratista deudora deviene insolvente o presenta dificultad de pago. En estos casos justamente la existencia de un deudor solidario (dueño de la obra que a su vez es deudor del contratista) sin duda les facilitará el cobro -total o al menos parcial- de los materiales y trabajos puestos en la obra.
No puede decirse que el principio del "pars conditio creditorum", se vea afectado o quebrantado por el ejercicio de esta acción «ex» artículo 1597 CC, pues el mismo guarda relación con el de responsabilidad universal del deudor (art. 1911 del civil) y opera dentro de ese exclusivo ámbito patrimonial, con referencia que constituye el propio del concursado, mientras que la acción que concede el artículo 1597 del Civil es una acción directa " que no es propiamente sustitutiva de la del contratista sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra" (Sentencia 12-5-1994 [RJ 1994, 3572] y 11-10-2002 [RJ 2002, 9850]). Su ejercicio por la subcontratista actora no supone ningún fraude al procedimiento concursal ni ningún abuso de derecho, cual injustificadamente afirma la recurrente, sino una opción que el legislador ha querido otorgar a los subcontratistas -vendedores y suministradores de materiales- de modo que legítimamente pueden exigir el pago de las cantidades que por tales conceptos le sean debidas, no sólo del contratista principal sino también del dueño de la obra cuando este a su vez es deudor del anterior y hasta donde alcance esta deuda. En resumen, el legislador ha valorado la posición de estos profesionales y considerado que su derecho a cobrar por los trabajos y materiales puestos en la obra debe gozar de determinada protección y salvaguarda, les confiere a tal fin unas mayores facilidades que a los acreedores ordinarios, lo que no puede entenderse sea incompatible con la existencia de un procedimiento concursal, al margen obviamente de las lógicas y reflejas correcciones que una Sentencia estimatoria de esta acción, pueda provocar en la masa de la mercantil concursa, bien la deuda que la subcontratista tenga reconocida a su favor, bien en el crédito que la concursa ostente frente a la dueña de la obra.
TERCERO El segundo de los motivos en los que denuncia la inexistencia del crédito de la actora -subcontratista frente a la contratista principal así como de la deuda de la dueña de la obra frente a la contratista, no requiere para su desestimación de mayor argumentación que la que expresa- con buen sentido jurídico -la sentencia apelada en su fundamento segundo y tercero, que suscribimos íntegramente. La actora-Cerámica Peñafiel S.L ha acreditado de forma sobrada, mediante los documentos contables y cambiarios así como Certificado del Saldo por parte de la Administración Concursal de STC-, que la deuda de la contratista principal - Soluciones Técnicas de la Construcción -STC- para con ella asciende a la suma aquí reclamada de 15.040,18 Euros; e igualmente ha quedado debidamente acreditado que al momento en que la actora llevó a cabo el requerimiento de pago a la demandada, que es al que debe estarse, según redactado del artículo 1597 CCivil ("cuando se hace la reclamación") la demandada, dueña y promotora de la obra, adeudaba a la contratista principal, una cantidad superior a los 15.040,18 euros mencionados. Y en este sentido basta ver que en el documento por el que se resuelve y líquida el contrato de obra entre ambas mercantiles, la promotora reconoce la existencia de un deuda para con la contratista por un importe total de 643.713,71 Euros, de la que 10.291,94 euros no se documenta y 633.521,77 euros se documenta mediante la expedición de unos pagarés cuya realización y pago efectivo sin embargo no consta se hubiera producido (art.1170 CC). Admite además la propia demandada una deuda que cifra en 85.112,18 euros para el conjunto de los subcontratistas de la obra -"Los Molinos" y en todo caso, resultaría de aplicación la doctrina jurisprudencial (STS- 22 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9358], 6 de junio de 2000 [RJ 2000, 4402]..) según la cual en general, la efectividad del derecho concedido por el artículo 1579 C Civil obliga a la inversión de la carga de la prueba siendo de cuenta del dueño

de la obra -que tiene en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado- la relativa a la inexistencia del débito pendiente para con la contratista o que ya tiene saldada totalmente la deuda derivada del contrato concertado con la mismo, pues de no ser así -cosa que ocurre en el supuesto presente-, debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba e incertidumbre de que ha pagado, como atinadamente concluye la Sentencia apelada." SAP Valladolid 05.01.2007 (Sección 3) (JUR 2007/266120)

"PRIMERO-. La representación procesal de la mercantil BETO ESTUDIOS INMOBILIARIOS S.L. recurre en apelación elAuto de 6 de noviembre de 2006que resuelve no haber lugar a reponer una providencia anterior de 3 de octubre de 2006 y en consecuencia, no haber lugar a la suspensión de la ejecución provisional acordada debiéndose hacer entrega a la ejecutante a de la suma que por principal fue objeto de despacho de ejecución sin perjuicio de la devolución que proceda del exceso del importe embargado una vez verificado lo acordado en auto despachando dicha ejecución provisional. Denuncia la recurrente -como ya lo hiciera en la instancia sin éxito- que la resolución impugnada infringe lo dispuesto en losartículos 8.3 y 55.2 de la Ley Concursalasí como elartículo 528.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Argumenta, en síntesis, que dado que la presente ejecución provisional se refiere al mismo crédito que integra el patrimonio del concursado STC SOLUCIONES TÉCNICAS DE LA CONSTRUCCIÓN S.L., el Juzgado no ostenta competencia para llevar a cabo actuación ejecutiva alguna en relación con el crédito mencionado sino que esta corresponde al Juzgado de la Mercantil ante el que se sigue el concurso. Estima que tampoco es admisible que se mantenga retenida una suma muy superior a la que es objeto de ejecución ya que causa o a la ejecutada que no tiene obligación de soportar. Pide por ello se dicte nueva resolución que revoque el auto de instancia y acuerde remitir los autos al Juzgado de lo Mercantil de esta ciudad de Valladolid, con devolución a la recurrente de todas las sumas retenidas y subsidiariamente de las retenidas en exceso.
Se opone a este recurso la ejecutante CERÁMICA PAÑAFIEL S.A. solicitando la confirmación del auto recurrido.
SEGUNDO-. Leído el Auto recurrido y examinadas de nuevo las actuaciones llevadas a cabo en la instancia, la Sala pronto llega a la conclusión de que el presente recurso debe ser rechazado de plano. La pretensión formulada por la mercantil recurrente para que se suspendiera la presente ejecución provisional despachada contra ella y se remitan los autos al Juzgado de lo mercantil, carece toda justificación y apoyo legal. Además de que no encaja -como debiera- en ninguno de los supuestos de suspensión taxativamente previstos por laley procesal civil en su artículos 531 (ejecución provisional) y 565 a 569 (ejecución definitiva) tampoco son aplicables los preceptos invocados de la Ley Concursal (artículos 8.3º y 55.2). La mercantil demandada y ahora ejecutada no se encuentra inmersa en ninguna situación de concurso y como promotora o la dueña de la obra en la que la actora puso su trabajo y materiales viene obligada a soportar las consecuencias de la acción solidariaex articulo 1597 del C Civilaquí ejercitada que sabido es, faculta al subcontratista acreedor a reclamar directamente contra el promotor o dueño de la obra hasta la cantidad que este adeude al contratista principal, pretensión que en el caso de autos ha sido estimada y atendida por la Sentencia de instancia y confirmada por la dictada en grado de apelación por esta Sala con unos Razonamientos -tanto de hecho como de derecho- a los que nos remitimos pues en ellos se da una cumplida respuesta a las mismas cuestiones que de nuevo pretende suscitar la recurrente, aprovechando la ejecución provisional instada respecto de la primera Sentencia, ejecución trasformada ya en definitiva tras haberse dictado Sentencia confirmatoria de los pronunciamientos provisionalmente ejecutados (art. 532 LEC).
No se comprende, por otra parte, que la recurrente mantenga en esta alzada la pretensión subsidiaria de que le sean devuelto el importe retenido en exceso, cuando, tanto la providencia de fecha 8 de octubre de 2006-dictada con anterioridad a la interposición del recurso de apelación como el auto recurrido, ya acordaron la devolución de las sumas retenidas en exceso, con el sólo y lógico condicionante, de que previamente fueran hechas efectivas las pretensiones dinerarias a que se contrae el auto que despachó la ejecución provisional, es decir, tan pronto se haya dado completa satisfacción al acreedor ejecutante y quedado por tanto concluida la ejecución forzosa, como manda elartículo 570 LEC.": Auto AP Valladolid 13.04.2007 (Sección 3) (JUR 2007/305065)

AP Las Palmas

"SEGUNDO.- El recurso de apelación que formulan ambas partes frente al Auto dictado por la Juez de instancia debe estimarse.
Ni existe falta de competencia objetiva por razón de la materia del Juzgado de Primera Instancia, ni se formuló la declinatoria por las demandadas ni excepción alguna de carácter procesal de falta de competencia, por lo que, para que el juzgador pueda acoger de oficio tal excepción, debió darse el trámite preceptivo que establece elartículo 48.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civila las partes y al Ministerio Fiscal, cuya omisión supone una clara infracción del principio de audiencia generando indefensión.
Y tienen razón las apelantes de no estar comprendida la acción ejercitada en ninguno de los supuestos previstos en elartículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicialcomo de competencia del Juzgado de lo Mercantil, ya de forma exclusiva y excluyente, previstos en el apartado 1 de dicho precepto, ya sin este carácter de exclusividad. Efectivamente existe un procedimiento de concurso abierto contra la entidad Yánez Promociones y Construcciones S.L., pero la acción no se ha ejercitado contra dicha concursada, ni, por lo tanto, está dirigida contra su patrimonio.
Y en cuanto a la naturaleza de la acción ejercitada, la misma no tiene carácter mercantil, se otorga por el Código Civil al subcontratista de una obra de frente al dueño de la misma, formando parte de la regulación del contrato de arrendamiento de obra, contrato que no goza de naturaleza mercantil pese a que las contratantes tengan forma societaria.

Losartículos 50 y 51 de la Ley Concursalúnicamente otorgan la competencia objetiva para conocer al Juzgado de lo Mercantil de los juicios declarativos instados con posterioridad a la declaración del concurso y en los que sea parte el concursado, circunstancia que, evidentemente, no ha tenido lugar en el procedimiento, puesto que Yánez Promociones y Construcciones S.L. no es parte en este proceso.
El Tribunal Supremo califica esta acción dimanante delartículo 1597 del Código Civil, como una acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra (véanse lasSTS de 19-12-2006, nº1360/2006, de 29-5-2006, nº510/2006, de 10-3-2005, nº134/2005, y de 31-1-2005, nº31/2005, por citar las más recientes). En consecuencia, la naturaleza directa de la acción que se concede por elartículo 1597 del Código Civilpresupone que su ejercicio por el subcontratista es autónomo respecto de la acción contractual que ostente contra el contratista subarrendador, y, por ello, este ejercicio no está supeditado al previo o simultáneo ejercicio de la dicha acción contractual que le correspondiera frente al contratista principal, ni se ve afectada su autonomía por la situación jurídica de dicho contratista, ni por lo tanto en razón a la declaración de su estado de insolvencia, pues el contratista ni es parte, ni debe serlo en el procedimiento en el cual esta acción directa se ventila. De este modo la acción directa no excluye la que el acreedor tuviera frente al contratista, y en este sentido aclara laSTS de 7 de febrero de 1968que la obligación no se distribuye en partes iguales entre el contratista y el dueño de la obra, ni cada uno de ellos está obligado únicamente al pago parcial, sino que, por el contrario, uno y otro responden indistintamente o "in solidum", si bien la responsabilidad del segundo se limita al "maximum" señalado en el precepto.
En conclusión, la acción ejercitada es de la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia y el auto debe ser revocado.
[…]
TERCERO.- En la demanda inicial del procedimiento la entidad EDYHOSA ejercita la acción directa contemplada en elartículo 1597de frente a las entidades Gestión de Cooperativas Europa S.A. y Cooperativa Canaria de Funcionarios, en sus respectivas condiciones de promotora y dueña de las obras, por las sumas que le son adeudadas por la contratista principal Yánez Promociones y Construcciones S.L., en virtud de las obras subcontratadas por ésta y ejecutadas por la demandante […]
La entidad demandante requirió notarialmente por acta de 19 de abril de 2005 (documento 9 de la demanda) a ambas demandadas, Gestión de Cooperativas Europa S.A., y Cooperativa Canaria de Funcionarios, para que, a tenor de lo dispuesto en elartículo 1597 del Código Civil, abonen a la requirente, en su condición de subcontratista en las dosobras de "Ciudad del Campo" y "Bellavista", la suma de 307.974,01 euros que a su vez les adeuda la contrata "Yánez Promociones y Construcciones S.L." por trabajos realizados en tales obras, y, en su defecto, les abonen el importe equivalente a las cantidades que a día de hoy las requeridas permanecen sin liquidar con dicha constructora, advirtiendo a las requeridas del inicio de acciones judiciales.
[…]
La demanda inicial del procedimiento se presenta en el decanato de los Juzgados de Las Palmas de Gran Canaria el día 29 de julio de 2005 y se admite a trámite porAuto de 30 de septiembre de 2005. Las demandadas, que mantienen el mismo domicilio, fueron emplazadas el día 6 de octubre de 2005 y en la persona de la misma empleada que recibió el requerimiento notarial. Ambas demandadas contestan a la demanda por escrito presentado el 7 de noviembre de 2005 bajo una misma representación y defensa técnicas, que mantienen en esta alzada.
Con anterioridad a la presentación de la demanda, el día 18 de julio de 2005, se dictó Auto por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta ciudad en el procedimiento concursal 18/2005, declarando el concurso de, entre otras, la entidad Yánez Promociones y Construcciones S.L., publicándose en el BOE del viernes 19 de agosto de 2005.
CUARTO.- Por su parte las demandadas, en su escrito de contestación a la demanda, alegan:
1.- La inadmisibilidad de la acción ejercitada de forma separada y de la alegada preferencia inherente a tal reclamación como consecuencia de la situación concursal de la contratista.
[…]
Por lo que se refiere a la primera alegación señalan las demandadas en su escrito de contestación a la demanda que esta acción no es susceptible de ser planteada separadamente y al margen del concurso, no teniendo la actora preferencia ni privilegio que elartículo 1597concedería en ausencia de proceso concursal, y cita en su apoyo laSTS de 23 de abril de 2003 y la SAP de Valencia de 2 de diciembre de 2002 (en realidad de 4 de diciembre de 2002). Indica esta parte que cualquier tipo de crédito que pudiera ostentar Yánez Promociones y Construcciones S.L. contra cualquiera de sus representadas no puede ser ejercitado de forma aislada e independiente por la actora prescindiendo del proceso concursal, por lo que cualquier crédito del que Yánez Promociones y Construcciones S.L. sea titular pasará a formar parte de la masa activa de la concursada, sin que sea posible que ninguno de los acreedores puedan hacer valer sus derechos al margen de tal procedimiento, con cita de losartículos 8, 49, 50 y 76 de la vigente Ley 22/2003 Concursal.
Esta alegación primera se reproduce en el escrito de interposición del recurso de apelación, reiterando esta recurrente que debe ser declarada la inadmisibilidad de la acción por cuanto la contratista está en situación de concurso.
Como ya se ha expuesto en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia, la acción ejercitada en los presentes autos es separada y autónoma de las que puedan derivar entre las partes contratantes -dueño y contratista- del contrato principal de ejecución de obra, e, igualmente, es independiente de la situación de concurso en que pudiera encontrarse la contratista, sin que se prevea un requisito en este sentido para la existencia de la acción que el Código Civil atribuye a la subcontratista. Por lo tanto, la necesaria existencia de un crédito de la contratista frente al dueño de la obra para la prosperabilidad de la acción, puesto que ésta tiene como límite este saldo favorable a la contratista subcontratadora de quien la ejercita al tiempo de la reclamación, ha de considerarse como un presupuesto material de su ejercicio, que no implica la extinción de la acción o ausencia de acción para el caso de que la contratista esté declarada en situación de concurso, y ello

por el hecho de que este crédito frente al dueño de la obra pueda encontrarse contemplado en la masa activa del concurso.
A ello debe añadirse que, en el caso concreto de autos, al tiempo de la reclamación que efectúa la actora a las demandadas a través del requerimiento notarial y posterior burofax con acuse de recibo, la contratista Yánez Promociones y Construcciones S.L. no había sido declarada en situación de concurso. En consecuencia, cualquier pago posterior a la reclamación, momento en que, según reconocen las demandadas apelantes, sí existía a su entender situación de privilegio o derecho de retención, ya que no se había producido la declaración en situación de concurso de la contratista, cualquier pago, decimos, verificado por el dueño de la obra a la contratista resultaría un pago indebido no liberatorio que no impediría el ejercicio de la acción objeto de este proceso.
Ello no se opone en absoluto a doctrina alguna de nuestro Tribunal Supremo, sin que el alto tribunal sostenga que la acción prevista en elartículo 1597deje de existir en los casos de declaración en situación de insolvencia, ya sea quiebra o suspensión de pagos, conforme a la anterior regulación, o concurso, del contratista, y lasentencia que cita la parte de 23 de abril de 2003ni dice tal cosa, ni examina un supuesto análogo, ya que en aquel proceso no se ejercita la acción delartículo 1597 del Código Civil, la subcontratista interesa la resolución de un contrato y otras pretensiones de reserva de dominio de determinados bienes de frente a la propietaria y a una contratista (en situación de quiebra), y la propiedad de la obra en el ejercicio de la reconvención interesó a su vez la resolución de otro contrato distinto que había celebrado directamente con la actora subcontratista, supuesto que nada tiene que ver con el que es objeto de esta sentencia.
Sí resulta ejercitada la acción delartículo 1597en el caso que examina lasentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de diciembre de 2002, Sección 6ª, que parece citar la parte, pero en dicho proceso la Sala determina que la liquidez y vencimiento de los créditos a que hace referencia ocurre con posteridad a la situación concursal de la contratista, circunstancia que no tiene lugar en el presente caso puesto que con anterioridad a la declaración del concurso ya se habían ejercitado contra la contratista las acciones cambiarias por impago de los efectos librados para el pago de las certificaciones que constituyen el crédito que se reclama en autos a la propietaria y promotora de las obras. Además laSala no ha podido hallar la STS de 9 de mayo de 1989que invoca la SAP Valencia citada. En cuanto a lasentencia de esta Audiencia de 7 de septiembre de 1998, que también se cita en laSAP Valencia, es la número 269/1998 de la Sección 4ª de esta Audienciay en aquella resolución la demanda se había dirigido simultáneamente por la subcontratista contra la contratista, Huarte S.A., y contra la propiedad de la obra, Gesplan S.A. y, además, al tiempo de formularse la demanda la contratista Huarte S.A. ya había sido declarada en suspensión de pagos y el crédito de la subcontratista ya estaba reconocido en aquel procedimiento universal. En consecuencia la suspensa sí era parte en el proceso que examinó esta Audiencia Provincial en la citada sentencia de 1998, lo que no acontece en los presentes autos.
Por último, lasentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1936 que también cita la SAPValencia, debe referirse a lasentencia de 29 de junio de 1936, única que examina elartículo 1597 del Código Civilen el mes y año indicado, y en esta sentencia ninguna alusión se hace a la eventual insolvencia del contratista, y lo que se examina en ella es la reclamación encadenada del subcontratista hasta llegar al dueño de la obra, en el caso en que existen sucesivas subcontratas, entendiendo que <<habrá de seguir su orden inverso -según se ha efectuado- hasta el propietario, que resultará obligado subsidiariamente o en defecto de quienes le precedan, pero siempre que en todos se dé la circunstancia condicional o característica mencionada en el precepto de ser deudores unos de otros, porque si alguno de los interferidos no lo fuera, quebraría el vínculo denominador común de la responsabilidad por valladar de su exigencia; es decir que el subempresario acreedor de otro con quien él contrató podrá ante la falta de pago de éste, reclamar del locador en tanto tal empresario sea a su vez deudor del contratante moroso y así hasta el dueño; mas por igual motivo que si el propietario por haber pagado totalmente al contratista suyo ya no habría de suplir obligaciones del mismo; el locador que estuviese finiquitado con su sucedáneo en la empresa, tampoco tiene que afrontar lo debitado por éste, ya que a idéntica razón corresponde la misma norma jurídica y ninguna autoriza que quien pagó bien, contra todo principio de equidad lo haga dos veces>>. Concluye así la resolución que esta cadena tiene solución de continuidad en el momento en que el demandado en cuestión "no es deudor de su contratante, según éste lo es del actor A., cuya solución impide accionar eficazmente contra La U. y el F.", por lo que en absoluto se refiere el alto tribunal a la pretendida pérdida de acción del subcontratista contra el dueño de la obra en razón a la situación de concurso del contratista principal.
Por las consideraciones expuestas y teniendo en cuenta lo ya expresado en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución debe desestimarse esta alegación de las demandadas.”: SAP Las Palmas (sección 5) 18.01.2008 (JUR 2008\125218; Sentencia 3/2008; Rollo 72/2007)

AP Oviedo

“PRIMERO.- En el presente procedimiento se reclama por los subcontratistas al contratista lo que les adeuda como consecuencia de los trabajos realizados en la obra del Centro de Promoción Empresarial del Almuña-Luarca, ejercitándose, acumulada a la anterior, la acción directa frente al dueño de la obra al amparo de lo establecido en elart. 1597 del Código Civil. La sentencia que puso término a la primerainstancia estimó íntegramente la demanda y condenó a las demandadas a abonar a los actores las cantidades reclamadas, más intereses y costas. Frente a dicha resolución se alzan los recursos de apelación interpuestos por las demandadas que pretenden su absolución.
SEGUNDO.- La primera cuestión que debe examinar esta Sala es la relativa a la falta de jurisdicción que opone el contratista principal por estar declarado en concurso de acreedores. Este motivo debe ser estimado pues es competencia exclusiva de los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (art. 86 ter 1º de la Ley Orgánica

del Poder Judicial y 8.1ºde la Ley Concursal) careciendo, por tanto, de competencia objetiva el Juzgado de 1ª Instancia. No existe ninguna duda al respecto de que la acción aquí ejercitada cumple los requisitos exigidos en esos preceptos y puesto que la declaración en concurso de OMP tuvo lugar en el año 2005, siguiéndose en el Juzgado de lo Mercantil bajo el número 534 de ese año, y la presente demanda se presentó en elJuzgado de 1ª Instancia el 17 de abril de 2006, carecía este órgano de competencia objetiva, únicamente frente a la reclamación formulada frente a O.M.P. S.L. pues no cabe duda de que sí le correspondía conocer de la acción directa frente al contratista principal, el Ayuntamiento de Valdés.
No tiene relevancia alguna, a efectos de competencia objetiva, la fecha en que se requirió al dueño de la obra pues la misma se decide en razón de la acción ejercitada en relación con la fecha de interposición de la demanda como ha señalado reiterada Jurisprudencia (S. 18-3-89, 31-10-90, 20-7-94, 23-4-98, 21-5-02, 7-6-02, etc.), y en este momento ya había sido declarada en concurso O.M.P.
Tampoco puede defenderse la competencia sobre la base de una acumulación de acciones que debió rechazarse in limine litis, de conformidad con lo dispuesto en elart. 73.1.1ºpues el Tribunal ante el que se planteó no tiene competencia para conocer de una de las acciones ejercitadas.
TERCERO.- La Jurisprudencia ha venido señalando que es el dueño de la obra el que viene obligado a probar que nada debe al contratista (S. 28-1-98, 28-5-99, 21-1-02, 25-10-04 y 31-10-05entre otras), lo que en modo alguno ha hecho la Corporación Municipal demandada que, por el contrario, en la audiencia previa, manifestó que le era indiferente a quién tenía que efectuar el pago, lo que suponía un evidente reconocimiento de la existencia de la deuda. Por otra parte la deuda de las demandantes con la demandada está reconocida por la Administración Concursal en su informe obrante a los Folios 173 y ss. en el cual se hace expresa referencia que la misma deriva de los trabajos realizados por los subcontratistas en la obra del Centro Empresarial de Almuña, Luarca. No es necesario acreditar, como pretende este recurrente, a que parte de la obra o concreta certificación se refiere la deuda, pero también estos extremos aparecen cumplimentados en el informe de la Administración concursal, al que se ha hecho referencia.
Una vez efectuado el requerimiento por parte de la subcontratista el dueño de la obra no puede seguir efectuando pagos al contratista principal, habiendo reconocido la Corporación Municipal apelante que hizo efectivos con posterioridad a aquel varios pagos que no pueden tener carácter liberatorio frente al subcontratista. Reconoce este apelante que en ese momento la obra no estaba finalizada y que siguió efectuando pagos al contratista principal, desoyendo el aludido requerimiento, lo que le hace responsable frente al subcontratista que era a quién debía realizar esos pagos de conformidad con lo establecido en elart. 1597 del Código Civil.
CUARTO.- Al desestimarse la demanda frente a Construcciones, Obras y Montajes del Principado S.L. se imponen a la actora las costas causadas por la traída a la litis de ésta (art. 394-1 de la L.E.C.), manteniéndose la condena al Ayuntamiento de Valdés al pago de las mismas, que se aclara que serán al 50% de las ocasionadas a la demandante.
Al rechazarse el recurso de la Corporación Local se le imponen las costas causadas por él (art. 398.1 en relación con el 394.1 de la L.E.C.).
No se hace especial pronunciamiento sobre las costas del recurso que se acoge (art. 398-2 de la L.E.C.).”: SAP Oviedo 14.02.2008 (JUR 2008\183752; Sentencia 55/2008; Rollo 235/2007)

AP Navarra 2009

“C).- Ciertamente queda acreditado en los autos que la contratista SEOP que suscribió el contrato de ejecución de obra con la mercantil "NEINOR, S.A." se encuentra incursa en un expediente de concurso de acreedores, y en concreto que en fecha 7 de abril de 2008 se le declaró en concurso, ahora bien ello en el supuesto de autos no puede constituir obstáculo alguno para el ejercicio de la acción directa frente al dueño de la obra.
No debe olvidarse que el ejercicio de la acción directa de la empresa subcontratada, tiene lugar en el momento en que se formula la reclamación, pues al momento de la reclamación es al que reconduce elArt. 1.597 del C. Civil la procedencia de la acción, pues es a ese momento cuando se fija la obligación de pago, que procede respecto de la cantidad que éste, el dueño de la obra, adeude al contratista "cuando se hace la reclamación". Pues bien es evidente que la empresa subcontratada "LOSA, S.L." formuló reclamación mediante requerimiento extrajudicial fehaciente que conoció la dueña de la obra, la hoy recurrente "NEINOR, S.L." en fecha 25 de marzo de 2008, es decir con anterioridad a la declaración del concurso de la contratista. Es decir a la fecha en que se declara en concurso a la contratista, la dueña de la obra ya ha sido requerida de pago por la subcontratada.
Si ello es así el concurso de la contratista ninguna incidencia tiene en la reclamación de la subcontratada, pues desde el momento en que la misma tuvo lugar surge una relación directa entre subcontratado y dueño de la obra, en la que se examina la concurrencia o no de los requisitos exigidos por elArt. 1.597 del C. Civil para la prosperabilidad de esa acción, al margen del devenir de la contratista, que queda al margen de la acción directa.
Se alega por la recurrente que laSentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de mayo de 2008, ha cambiado la situación al contenerse en aquélla la expresión de que el requerimiento notarial comunicando la reclamación no supone el ejercicio de la acción directa establecida en elArt. 1.597 del C. Civil, por lo que habiendo tenido lugar el ejercicio de la acción directa judicialmente con posterioridad a la declaración de concurso, entonces sería preferente la situación concursal y no cabría el ejercicio de la acción directa.
Tal tesis no puede ser compartida ya que la indicada sentencia no está analizando expresamente la cuestión relativa a la incidencia del ejercicio de la acción directa y la declaración de concurso de la contratista, sino una cuestión relativa al devengo de intereses de la cantidad reclamada en sede delArt. 1.597 del C. Civil, lo que impide considerar que en todo caso ha habido un cambio jurisprudencial que determine que como la demanda en ejercicio de la acción directa es posterior a la declaración del concurso de la contratista, no quepa en todo

caso la misma; máxime cuando precisamente en la indicada sentencia y aunque se haga esa expresión se considera la reclamación extrajudicial como el momento en que incurre en mora el dueño de la obra, de manera tal que si ello es así, y desde entonces existía obligación de pago de la deuda por el trabajo y materiales, es que la acción estaba ya ejercitada con esa reclamación.
Así laS.T.S. de 8-5-2008, nº 300/2008, establece de manera clara como la cuestión litigiosa "queda centrada principalmente en casación en la determinación de si los intereses moratorios se devengarán desde la fecha del requerimiento notarial verificado a..... el 6 de octubre de 1997, o a partir de la fecha de la sentencia de apelación", y si bien de manera expresa indica que "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en elartículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario", ello no lo es a los efectos de analizar cuando concurre el ejercicio de la acción, en colisión con un concurso de acreedores, sino sobre la determinación de cuando se devenga el interés de demora, para precisamente concluir que proceden desde el requerimiento notarial, lo que no puede ser suficiente para concluir que por la declaración del concurso no procede el ejercicio de la acción directa al haber tenido lugar la demanda después de aquella declaración, cuando es evidente que desde el requerimiento notarial la dueña de la obra conocía que existía un crédito a favor de la hoy actora que estaba pendiente de pago y precisamente desde entonces por haber incurrido en mora tenía obligación de pagar.
Es más como se recoge en laSentencia del Tribunal Supremo de fecha 27-7-2000, nº 814/2000, en relación con la responsabilidad del dueño de la obra y el contratista para con los titulares de la acción delArt. 1597 del Código Civil, que califica de "solidaria": "la situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción delart. 1.597 ".”; SAP Navarra 14.10.2009 (JUR 2010\88191; Sentencia 158/2009; Rollo 115/2009)

AP Zaragoza. Inexistencia de prejudicialidad

“PRIMERO Conforme a lo preceptuado en elartículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es requisito esencial para que pueda apreciarse la denominada prejudicialidad civil que "para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil...".
Pues bien, frente a lo argüido por el órgano jurisdiccional de instancia en la resolución apelada, esta Sala entiende que para resolver sobre la cuestión que es objeto de debate en el referido procedimiento ordinario del Juzgado de Primera Instancia número Diecinueve de los de esta Ciudad, del que dimana el presente Rollo de Apelación, a saber, la acción directa delartículo 1.597 del Código Civil que ejercita la mercantil Aislamientos Bilbao, S.L. frente a la promotora de la construcción de una serie de viviendas unifamiliares en la Parcela RU-9 del Sector Rosales del Canal, de esta Ciudad, en reclamación del importe de una de las facturas, la nº 109/07, de 25 de Octubre de 2.007, por importe de 5.285,05 euros, que emitió contra la contratista principal de dicha obra, entidad mercantil Estructuras y Contratas Arnaiz, S.L., por los trabajos de aislamiento de las referidas viviendas que ésta última subcontrató con la ahora recurrente y que dejó impagada la referida contratista, generando los correspondientes gastos bancarios de devolución del pagaré librado en su día por la misma para abono de la aludida factura, lo que implica decidir sobre la concurrencia o no de los requisitos o presupuestos que condicionan la viabilidad de dicha acción, a saber, que medie un contrato de obra por ajuste alzado entre la promotora o dueña de la obra y la contratista; que en la obra ponga su trabajo y materiales o una cosa u otra, un tercero, condición que se reconoce a los subcontratistas y a los vendedores y suministradores de los materiales entregados al contratista; que cuando se haga la reclamación, extrajudicial o judicial, exista un crédito exigible del contratista frente al comitente o dueño de la obra, que, a su vez, actúa como límite objetivo de la acción directa dirigida contra éste último, y que además exista otro crédito del tercero (subcontratista o vendedor o suministrador de materiales utilizados en la obra por el contratista) frente a éste último, en cuya virtud se acciona, que esté vencido y sea exigible, para resolver, reiteramos, sobre dichos requisitos o presupuestos de tal acción no es necesario, en modo alguno, decidir sobre cuestión alguna atinente al procedimiento que se sigue ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza sobre concurso voluntario de la citada contratista principal de dicha obra, entidad mercantil Estructuras y Contratas Arnaiz, S.L., en el que la hoy actora ha comparecido solicitando y obteniendo su reconocimiento como acreedor ordinario de la concursada por el importe de la referida factura nº 109/07.
El dato relativo a si en el inventario de los bienes y derechos integrados en la masa activa de dicha concursada (art. 82 de la Ley Concursal de 9 de Julio de 2.003) figura algún crédito que pudiera ostentar la misma frente a la promotora o dueña de la referida obra constructiva, entidad mercantil Viviendas Eriste, S.L., por razón del contrato de ejecución de dicha obra celebrado en su día entre ambas, así como el importe del mismo, dato que, por cierto, no consta acreditado de momento en los presentes autos, constituye sólo un hecho a ser ponderado, en su caso, a la hora de decidir sobre la citada acción directa ejercitada frente a la promotora o dueña de dicha obra por la citada subcontratista.
En consecuencia, no siendo de apreciar la situación de prejudicialidad civil alegada por la demandada y estimada indebidamente por la resolución de primer grado, procede, con acogimiento del recurso de apelación analizado y revocación del auto impugnado, alzar la suspensión del referido procedimiento ordinario decretada en dicha resolución, mandando su continuación.”: AAP Zaragoza (sección 4) 09.06.2009 (JUR 2009/301829; Auto 302/2009; Rollo 194/2009)

AP Soria

“QUINTO.-El último motivo alega la situación concursal de la contratista principal, y que todos los créditos y deudas del concursado se integran en la masa activa y pasiva del mismo, quedando sujetas al régimen previsto legalmente para su desarrollo.

El Tribunal Supremo califica la acción dimanante del artículo 1597 del CC, como una acción directa del subcontratista con el dueño de la obra (19 de diciembre de 2006, recurso 1360/06), en consecuencia, "la naturaleza directa de la acción que se concede por el artículo 1597 del CC presupone que su ejercicio por el subcontratista es autónomo respecto de la acción contractual que ostente frente al contratista subarrendador, y, por ello, este ejercicio no está supeditado al simultáneo o previo ejercicio de dicha acción contractual que le correspondiere frente al contratista principal, ni se ve afectada su autonomía por la situación jurídica de dicho contratista, ni por tanto en razòn de la declaración de su estado de insolvencia, pues el contratista ni es parte, ni debe serlo en el procedimiento en el cual esta acción directa se ventila, De este modo la acción directa no excluye la que el acreedor tuviera frente al contratista, y en este sentido, se ha de indicar que la obligación no se distribuye en partes iguales entre el contratista y el dueño de la obra, ni cada uno de ellos está obligado al pago parcial, sino que, por el contrario, uno y otro responden indistintamente si bien la responsabilidad del segundo se limita al máximo señalado en el precepto".
Por lo tanto, el último motivo de apelación debe ser igualmente desestimado. ":SAP Soria 19.07.2010 (Sentencia 106/2010; Rollo 90/2010)

JM-3 Barcelona

"Segundo.- El artículo 1.597 del Código civil establece que "los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación". Este escueto precepto es el que habilita las acciones directas del subcontratado contra el contratista principal.
En el primero de los hechos recogidos en el escrito de la administración concursal reconoce la deuda que SERRA SOLDADURA S.A. tiene insinuada en el concurso, deuda que tiene el tratamiento de crédito ordinario según el informe Se advierte en el escrito de alegaciones que se ignora el momento en el que se requirió a KUKA para el pago de las cantidades ahora consignadas en el Juzgado. En el acto de la vista la parte demandante aporta el requerimiento notarial de 13 de octubre de 2004 y el testimonio de las diligencias preliminares seguidas ante el Juzgado de Vilanova y la Geltrú. Ambos documentos deben disipar las dudas que respecto de ambas actuaciones tenía la administración concursal.
En el hecho segundo de las alegaciones de la administración mercantil se hace mención a que las cantidades consignadas por KUKA se encuentran en principio inmovilizadas a las resultas de este incidente, reclamando en cualquier caso la fuerza atractiva del procedimiento concursal frente a las acciones directas que pudieran plantearse contra la concursada.
Las dudas que la concursada TRACOINSA plantea en sus hechos respecto de la naturaleza de las actuaciones que SERRA SOLDADURA S.A. efectúa frente a KUKA deben quedar también resueltas a la vista de los documentos aportados en la vista en los que, sin ningún tipo de duda, se advierte que SERRA SOLDADURA S.A. en todo momento puso de manifiesto a KUKA que la reclamación se hacía al amparo del artículo 1.597 del Código civil, reproducido en este mismo fundamento,
Tercero.- Entrando ya en el análisis jurídico de las pretensiones de las partes tres son los planos que se superponen en el presente incidente:
1) Plano procesal, que tiene por objeto determinar qué tipo de acción ejercita SERRA SOLDADURA S.A. en este proceso concursal,
2) Plano material, que tiene por objeto determinar si concurren los requisitos legales para que SERRA SOLDADURA S.A. plantee una acción directa frente a quien subcontrató con TRACOINSA la ejecución de determinadas obras,
3) Plano concursal, que tiene por objeto determinar el encaje de las pretensiones de pago de SERRA SOLDADURA S.A. en un proceso concursal en el que todavía no se ha abierto la fase de liquidación y no se ha presentado convenio.
Cuarto.- Plano procesal.
No puede considerarse que la pretensión de SERRA SOLDADURA S.A. presentando el presente incidente haya de tener la consideración "del ejercicio de una acción directa", dado que ni es parte del procedimiento ni ha sido reclamada la presencia en este incidente de la representación de la mercantil KUKA para que realizara alegación de ningún tipo. Ciertamente KUKA comparece en el Juzgado mercantil el día 11 de marzo de 2005 al objeto de comunicar dos circunstancias:
· Que de común acuerdo con TRACOINSA y con el visto bueno de la administración concursal había resuelto las relaciones contractuales que unían a KUKA con TRACOINSA;
· Que fruto de esa resolución se consignaban en el Juzgado las cantidades que KUKA adeudaba a TRACOINSA, concretadas en la suma de 810.191,56 ingresadas el mismo día 11 de marzo de 2005, reclamando expresamente que el Juzgado mercantil se pronunciara sobre el destino que debiera darse a la mencionada cantidad.
No se trata, por lo tanto, del ejercicio de una acción directa contra un tercero no concursado, las pretensiones de SERRA SOLDADURA S.A. interponiendo el presente incidente, se circunscriben a reclamar de la administración concursal y, en último término del juez del concurso, que se le haga entrega de una suma que le adeuda TRACOINSA y que considera que le adeuda también KUKA, como consecuencia del derecho a accionar directamente que le reconoce el artículo 1.597 del Código civil, y que ha sido consignado en el Juzgado que tramita el concurso después de que SERRA SOLDADURA S.A. realizara un previo requerimiento notarial a KUKA anterior a la declaración de concurso, y unas diligencias preliminares incoadas con anterioridad a la declaración del concurso y cuya vista se celebró con posterioridad a dicha declaración de concurso, sin que la concursada fuera llamada o requerida en ninguna de estas actuaciones.
En definitiva, la cuestión a resolver es la de determinar el destino que debe darse a la cantidad consignada por KUKA en el Juzgado y, específicamente, si le corresponde a SERRA SOLDADURA S.A. la suma de

400.103,62 respecto de las cantidades consignadas.
Cinco.- Plano material. Acciones directas.
Ya se ha reproducido el artículo 1.597 en fundamentos anteriores, precepto en el que se ampara el ejercicio de acciones directas de reclamación de cantidad del subcontratado contra el contratista principal, sin necesidad de reclamar al subcontratante.
En los presentes autos la cadena de contratos se realiza del modo siguiente: Ford contrata con KUKA la realización de un determinado proyecto, KUKA subcontrata parte de dichas obras con TRACOINSA y TRACOINSA, a su vez, subcontrata con SERRA SOLDADURA S.A.
La construcción de las acciones directas se efectúa fundamentalmente por la jurisprudencia a partir de los contratos de obra efectuados en el ámbito de la construcción inmobiliaria.
La jurisprudencia clásica sobre esta cuestión considera que la acción directa es una "verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor que otorga un derecho de preferencia al acreedor favorecido y hace inoponible las excepciones, ?, pues de ser de otra forma, ?, sería inútil en muchos caso la acción directa, que se concede a los que han puesto trabajo y materiales en la obra" (STS de 22 de junio de 1920, citada por la STS de 31 de diciembre de 2002). La Sentencia de 11 de octubre de 2002 refiriéndose a otra sentencia de 12 de mayo de 1994, indica que "el citado precepto [1.597 del Código civil] convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra"
Conforme jurisprudencia reiterada (STS de 6 de junio de 2000, que, a su vez, hace referencia a la STS de 11 de octubre de 1994 o a la de 22 de diciembre de 1999) cualquiera de los subcontratistas tiene acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior, subrogación general derivada del principio: el deudor de mi deudor es también deudor mío.
En cuanto a la justificación de esta acción la jurisprudencia bascula entre la consideración de razones de equidad para evitar el enriquecimiento injusto (STS de 29 de junio de 1936) y las que acuden a criterios de responsabilidad solidaria del dueño de la obra y el contratista frente a posibles subcontratistas (STS de 11 de octubre de 1994, por citar alguna de las más recientes).
Del escrito de alegaciones de la administración concursal se plantea una cuestión de cierta trascendencia que afecta a la naturaleza jurídica de las relaciones que unían a la mercantil SERRA SOLDADURA S.A. con TRACOINSA, relación que la parte demandante califica de contrato de obra - de arrendamiento de obra a precio alzado - y que la administración concursal califica o considera como un mero contrato de suministro. La cuestión es fundamental para determinar si es posible reconocer a SERRA SOLDADURA S.A. la facultad de realizar acciones directas contra quienes contrataron con TRACOINSA. En este punto la administración concursal en su escrito de alegaciones plantea las siguientes interrogantes:
¿ Cual es el cometido de SERRA SOLDADURA S.A. ? El suministro de trabajo y materiales.
¿ Quién era propietario de los trabajos y materiales? Considera la administración concursal que el propietario era TRACOINSA que, a su vez, suministraba el producto a KUKA para que lo vendiera al cliente final.
¿ Qué tipo de bienes se fabricaban ? Bienes muebles, líneas de producción.
¿Qué tipo de relación existía entre TRACOINSA, KUKA y el cliente final? Es un contrato de compraventa mercantil por el cual el cliente final adquiría el producto terminado.
¿Cuál era el sistema de precio? No se establecía un precio alzado sino que el precio quedaba sometido a revisiones, las cuales dependían de cómo se finalizaran los trabajos.
¿Ha existido o puede existir fraude de ley o enriquecimiento injusto en la actuación de la concursada? Considera la administración concursal que no.
Estas cuestiones planteadas por la administración concursal obligan a replantearse la naturaleza jurídica de las relaciones que unen a TRACOINSA con SERRA SOLDADURA S.A., relaciones que SERRA SOLDADURA S.A. califica como arrendamiento de obra y que la administración concursal circunscribe única y exclusivamente al contrato de suministro de material o, por establecer una categoría jurídica más identificable, la de la compraventa de material.
En los documentos aportados por la propia parte demandante aparecen algunos elementos de interés:
· La definición de las relaciones que unían a TRACOINSA con SERRA SOLDADURA S.A. no vienen recogidas en un contrato escrito. SERRA SOLDADURA S.A. aporta unas facturas pero no un contrato con un clausulado por escrito.
· El contrato escrito de arrendamiento de obra aparece en las diligencias preliminares aportado por KUKA, dicho arrendamiento de obra es el que une a Ford con KUKA fechado el día 9 de enero de 2004, con fecha de entrega el 1 de marzo de 2004, por un precio unitario de 13.000.000 de.- En las cláusulas adicionales del contrato se identifica lo que debe hacer KUKA: "Manofacturing, delivery, installation and commisioning of C-307" es decir, manufactura, entrega, instalación y comisionamiento del proyecto. Es decir, el contrato que una a KUKA con Ford aparecen los elementos de un contrato de arrendamiento de obra.
· Cuando KUKA acude al procedimiento de diligencias preliminares aporta documentación que permite identificar las relaciones que unían a KUKA con TRACOINSA, no aporta contrato escrito pero sí aporta pedidos y facturas en las que se observa:
En cuanto al precio se fija en 5.740.000,01 (Pedido 002/45007062).
Lugar de suministro: Valencia/Almussafes.
Hay un pago el 15 de enero de 2004 vinculado a la existencia del contrato y a partir de ese momento se factura en función del progreso del trabajo, de modo que el último pago, el consignado en el Juzgado, debe considerarse vinculado al final de la obra.- Los pagos se efectúan por facturas de:
15 de enero de 2004,
15 de enero de 2004,
4 de mayo de 2004,

19 de mayo de 2004
28 de julio de 2004,
4 de agosto de 2004,
16 de agosto de 2004,
Y la liquidación final de 15 de marzo de 2005.
· como se ha indicado no hay un contrato por escrito entre TRACOINSA y SERRA SOLDADURA, únicamente las facturas libradas donde se constata la entrega del material pero también la realización de trabajos de instalación (así aparece en la factura de 19 de marzo de 2004, en la que se indica que un armario ha sido instalado con determinadas características, y así debe considerarse acreditado en la factura de 27 de abril de 2004, en la que se fija una importante partida con cargo al Proyecto Ford Genk).- Si el contrato que une a KUKA con FORD es de ejecución de obra y el que une a KUKA con TRACOINSA supone una subcontratación de parte de esa obra, hay elementos de prueba sólidos para considerar que entre TRACOINSA y SERRA SOLDADURA S.A. se subcontratan no sólo el suministro de materiales sino también la realización de las obras proyectadas para Ford con la denominación de proyecto Genk.
· Debe advertirse que la propia administración concursal hace mención al suministro de material pero también de trabajo.
· El precio entre Ford y KUKA está preestablecido, el precio entre KUKA y TRACOINSA también aparece definido en el pedido inicial. No así el precio entre TRACOINSA y SERRA SOLDADURA S.A., precio cuya realidad se conoce de la facturación que se remite a TRACOINSA y que no consta impugnada ni antes ni después del concurso.
En definitiva, debe considerarse acreditado que las relaciones que unían a TRACOINSA con SERRA SOLDADURA S.A. se debían considerar un arrendamiento de obra y, con ello, susceptibles de ampararse en el artículo 1.597 del Código civil que habilita el ejercicio de acciones directas.
Retomando el hilo argumental de las acciones directas debe advertirse que se reputa obligado sólo se libera de responsabilidad si acredita suficientemente que tiene saldada la deuda derivada del contrato concertado (STS de 28 de mayo de 1999). En este punto deben advertirse tres cuestiones de trascendencia para este asunto:
1) Que la consignación de las cantidades por parte del contratista no le libera de sus obligaciones de pago si previamente fue requerido de pago.- STS de 17 de julio de 1997: “después de ser requerida «Telefónica» por los acreedores, ya no podía realizar el pago ni directamente, ni mediante consignación, a favor de «Anisa», pues ya no le asistía buena fe para ello; podría, sí, consignar, por existir «varias personas pretendiendo tener derecho a cobrar», para que después discutiesen entre ellas la preferencia, pero no decidir ésta por sí misma, consignando a favor de «Anisa»”
2) Efectuado el requerimiento de pago el contratista pasa a ser deudor.- Desde el momento de la demanda se debe estimar que el dueño a quien debe es a sus demandantes, no al contratista (STS de 9 de mayo de 1989 citada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de febrero de 1997).
3) No es necesario el inicio de acciones judiciales, basta con tener constancia de dicho requerimiento.- STS de 17 de julio de 1997 que, a su vez, hace referencia a una sentencia del mismo tribunal de 30 de enero de 1974: “teniendo en cuenta el sentido proteccionista del art. 1.597 del CC, las razones que lo inspiran y el principio de buena fe, por lo que sienta que «... resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ella tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar como requisito único la petición de tal derecho en la vía judicial, por todo lo cual, no sólo ha de tener eficacia ésta, sino también la petición formulada en privado, cuando como en este caso (y en el que nos ocupa, añadimos), la notificación y el requerimiento se llevó a cabo por conducto notarial»”
Sexto.- Plano concursal.
El Tribunal Supremo es terminante en cuanto a la incidencia de los procedimientos concursales en el ejercicio de las acciones directas: “La responsabilidad del dueño de la obra y el contratista para con los titulares de la acción del artículo 1.597 del código civil es solidaria ? La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1.597” (STS de 27 de octubre de 2000). Idéntico criterio mantiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12) por resolución de 13 de mayo de 2002, o la de Palma de Mallorca de 21 de noviembre de 2003, o la de Asturias de 8 de noviembre de 2004 [aunque advierte que hay soluciones discrepantes en el seno de las audiencias provinciales].
Ciertamente estas resoluciones son anteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003 circunstancia que hace, cuando menos desde un punto de vista teórico, evitar automatismos en la aplicación de las viejas instituciones concursales a la nueva realidad concursal.
No hay en la nueva Ley Concursal referencia alguna ni directa ni indirecta al ejercicio de acciones directas respecto de créditos pendientes de cobro contra el concursado, sólo al abordarse la fase de liquidación la Ley Concursal se refiere al cobro por parte del acreedor de una parte de la deuda por medio de un deudor solidario (artículo 160 de la Ley Concursal) y el artículo 162.2 respecto de quienes hubieran recibido pagos parciales. Estos dos preceptos unidos al contenido del artículo 61.2 de la propia Ley, que advierte que la declaración de concurso no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, y unidos al juego del artículo 50 y 51 de la misma Ley respecto de la posibilidad de ejercitar acciones declarativas contra el concursado que, como regla general, no se acumularán al concurso hasta que no se haya dictado sentencia, habilitan a los acreedores concursales para el ejercicio de acciones directas contra terceros responsables de las deudas, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales previstos en las acciones civiles o mercantiles correspondientes.
Séptimo.- A la vista de los anteriores argumentos deben estimarse las pretensiones de la parte demandante, es decir, debe reconocerse el derecho de SERRA SOLDADURA S.A. a percibir la cantidad adeudada con cargo a las cantidades consignadas por KUKA en el Juzgado. Dado que uno de los acreedores personados en el concurso reclama el reconocimiento de un privilegio especial respecto del mencionado pedido de KUKA debe

darse vista de esta sentencia tanto a FORTIS BANK como a KUKA.”: Sentencia JM-3 Barcelona 23.05.2005 (JUR 2006/113978)

0.2 Inexistencia de privilegio o de acción especial frente al contratista concursado

“PRIMERO Interpone la representación de D,.Porfiriorecurso de apelación contra lasentencia de fecha 11 de febrero de 2008 dictada en el incidente concursal nº 619/2007contra el inventario y lista de acreedores elaborada por la administración concursal de "CURBEL, S.L.", por lo que se refiere al crédito reconocido a la aquí parte apelante, por cuanto con su demanda pretende se declare su legitimación para el ejercicio de la acción directa que regula elart. 1597 del Código Civil, y en consecuencia, se proceda por parte del administrador concursal al abono del crédito reconocido al demandante en el concurso; subsidiariamente, se modifique la clasificación de su crédito como privilegiado en consideración a su carácter refaccionario al haber sido incluido por el administrador concursal entre los ordinarios.
[…]
TERCERO La sentencia recurrida desestima la demanda incidental y la parte apelante insiste en que la acción directa la ejercitó en su día, antes de la declaración de concurso de CURBEL, S.L., por vía extrajudicial frente a la contratista principal COMSA, ante el impago a su vencimiento de tres pagarés suscritos por CURBEL, S.L. por los trabajos de obra contratados y ejecutados en su día, por lo que con su demanda pretende no es el ejercicio de la acción directa más bien su cumplimiento, ya que el pago posterior a la administración concursal de lo adeudado por COMSA a CURBEL,S.L., lo viene a considerar indebido, al estimar que debió ser entregada a ella dicha cantidad al haber ejercitado antes la acción directa que contra el contratista principal de su deudora le otorga elartículo 1597 del Código Civil.
La Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración de su deudor en situación concursal, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que laLey permita. Y así en la Exposición de Motivos se determina que unode sus objetivos centrales es el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso. De tal modo dispone elartículo 89.2 de la Ley Concursalque "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley.". Por ello, una vez declarada en concurso CURBEL, S.L., todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, y todos los acreedores del deudor se integran en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.
Y como la acción directa delartículo 1597 del Código Civil se encuentra al margen del concurso, la Ley Concursal no la contempla, y una vez declarada tal situación, no puede ser de aplicación aquel precepto aun cuando se hubiese ejercitado antes por vía extrajudicial, desde el momento en que no fue aceptado por el dueño de la obra, debiendo pues la aquí recurrente integrarse en la masa pasiva y sujeta a las exigencias de la par conditio creditorum según la clasificación de su crédito, sin que proceda en tal situación concursal retraer de la masa activa el importe de su crédito como interesa la parte apelante. De tal modo consideramos jurídicamente correcta la decisión tomada por el Juzgador "a quo" en su sentencia, por cuanto la declaración concursal fija el momento en que los acreedores y deudores de la concursada empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso, y es la Ley Concursal la que reconoce privilegios y preferencias por decisión expresa del legislador, siendo lo argumentado suficiente para la desestimación del motivo del recurso de apelación.”: SAP La Coruña (sección 4) 18.03.2009 (JUR 2009/207548; Sentencia 131/2009; Rollo 379/2008)

“SEGUNDO.- No está en cuestión que el Sr. C.F. estaba legitimado para el ejercicio de la acción directa contra el comitente o dueño de la obra cuando en el mes de febrero de 2007 remitió a COMSA el burofax cuya fotocopia ha sido aportada con la demanda. Si la obra que COMSA contrató con CURBEL S.L. en el Polígono Industrial de Monterroso fue ajustada alzadamente por el contratista, el subcontratista Sr. C.F. tenía indiscutiblemente acción directa contra el dueño de la obra hasta la cantidad que éste adeudaba a aquél cuando se hizo la reclamación.
Naturalmente que si por entonces concurrían todos los presupuestos y la acción fue válidamente ejercitada –admitiendo que puede serlo extrajudicialmente-, ni la declaración de concurso de la contratista (24 de abril de 2007) ni el pago que posteriormente hizo la comitente a la administración concursal (14 de diciembre de 2007) podrán obstaculizar la efectividad de su derecho. Si COMSA, pese a haber recibido la reclamación, la ha ignorado y ha pagado a su acreedora primitiva, asumió con ello el riesgo de ser condenada a pagar de nuevo a quien le hizo oportuna y formal reclamación hasta el límite de lo que en esa fecha adeudaba a la contratista. En las relaciones entre la comitente y la contratista, la reclamación de la subcontratista opera como una obligación legal de retención; la comitente puede desde luego ignorar o desobedecer el mandato legal, pero si lo hace no podrá oponer después el pago ante la reclamación judicial que le dirija la subcontratista.
De lo expuesto ya se deriva que la efectividad de la acción directa del subcontratista debe postularse en juicio promovido contra el comitente o dueño de la obra, que es el obligado frente al subcontratista de conformidad con lo establecido en el artículo 1597 del C.C., como excepción al principio general de relatividad de los contratos (artículo 1257 del C.C.). Desde el punto de vista concursal es indiscutible que CURBEL S.L., la concursada, era acreedora de COMSA S.A. por 9.443,65 en la fecha a que el inventario se refiere, que es el día anterior al de la presentación del informe (art. 82. 1 LC), y que el Sr. C.F. era acreedor de CURBEL S.L. en la fecha de la declaración de concurso por 11.244,12 €, más intereses. Si el crédito de CURBEL S.L. estaba en la masa activa no por ello se habría de cobrar íntegramente, pues cabía que el deudor opusiera la retención derivada del ejercicio de una acción directa anterior; pero si no lo ha hecho y el crédito ha sido íntegramente cobrado por la administración concursal, el subcontratista titular de la acción directa deberá esgrimir su

derecho contra el comitente, pues la Ley sólo se lo reconoce contra él, que no contra la administración concursal.
El supuesto es sustancialmente distinto del resuelto por la Sección 15ª de la A.P. de Barcelona de 2 de marzo de 2006 (AC 2006\1594), que partía de una consignación judicial realizada por la comitente alegando incertidumbre acerca de la persona a la que debía hacer el pago (art. 1176 2 del Código civil). En todo caso, la referida sentencia mantiene la doctrina tradicional acerca de la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del C.C. pese a la situación concursal en que se halle el contratista, cuando ha sido ejercitada antes de la declaración de concurso. Ello quiere decir que el comitente no podrá oponer al subcontratista excepciones derivadas de sus relaciones personales con el contratista por hechos posteriores a la fecha del ejercicio (judicial o extrajudicial) de la acción; la virtualidad de la acción directa se centra precisamente en ese blindaje, de modo que si el comitente ignora o desobedece el mandato legal y paga a su contratista, puede verse obligado a pagar también al subcontratista.
Lo que desde luego no cabe es que la administración concursal pueda pagar anticipada e íntegramente su crédito a uno de los acreedores reconocidos con cargo a los fondos de la masa activa, sin sujeción a la Ley del concurso y a la comunidad de pérdidas que implica.": SJM-1 La Coruña 11.02.2008 (Incidente Concursal 619/2007)

0.3 Competencia objetiva para la demanda posterior a la declaración de concurso

0.3.1 Competencia del Juez del concurso en todo caso, incluso aunque el concursado no sea parte e incluso si hubo previo requerimiento extrajudicial al comitente

AP Barcelona (Sección 14)

"FUNDAMENTOS DE DERECHO.- 1 LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS
Del examen de las actuaciones se desprenden los siguientes hechos:
a) En fecha 3 de marzo de 2008 se admitió a trámite la solicitud de concurso necesario de la empresa Construcciones Juanes S.A., y se dictóauto declarando en situación de concurso necesario el 23 de mayo de 2008 por el Juzgado 4 de Mercantil de Barcelona.
b) Estructuras Edisec, S.L., a su vez acreedora de la concursada por virtud de un crédito refaccionario, reclama el importe de lo que dice que se le adeuda contra el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès, víaart. 1597 CC, mediante Acta Notarial de fecha 5 de marzo de 2008 (doc. 21 de la demanda); presenta la presente demanda ejercitando dicha acción el 11 de julio de 2008.
De los anteriores hechos se pueden extraer la conclusion: en primer lugar, de que la entidad demandante efectuó su reclamación con el conocimiento o desde luego, en fecha posterior a la presentación de la solicitud judicial de concurso necesario. Igualmente, se deduce que reclamó este crédito judicialmente, íntimamente ligado con los derechos de la masa del concurso, después de la fecha en que se dictó auto declarando al deudor principal en situación de concurso necesario.
Estas consideraciones impiden que se pueda aplicar a este caso el derecho preservado de los acreedores refaccionarios que reclaman su derecho antes de la declaración de concurso, sobre la base de que es un derecho legalmente reconocido. Por el contrario, resulta de aplicación la jurisprudencia de la misma Sección 15ª y del Tribunal Supremo sobre la preservación del principio de par conditio creditorum, o lo que es lo mismo, tratar de evitar que la masa activa del concurso disminuya por créditos que la Ley Concursal no considera preferentes, fuera de los casos legalmente previstos.
En este supuesto podría existir en un principio la duda porque la empresa actora ejercitó su derecho de crédito directo contra el contratista (Ayuntamiento) antes de la declaración de concurso del subcontratado. Sin embargo, del conjunto de la actuación y lo manifiesto de la deuda y de la situación de concurso de la empresa deudora, es evidente que se realizó después de conocer esta circunstancia, y con el propósito de crear una falsa apariencia de ejercicio de la acción del 1597 CC. Todo ello, sin perjuicio de la improcedencia de la reclamación en cuanto que no se ha acreditado la fecha de retroacción del concurso por parte del demandante.
En definitiva, el Juzgado ha aplicado correctamente elartículo 50 en relación con el 8.1 de la Ley 22/2003 de 9 de julio.
A mayor abundamiento, la lógica impone que el mismo Juzgado que conoce del concurso, lo haga también de la procedencia de incluir la deuda del Ayuntamiento en la masa activa y de examinar las condiciones contractuales entre las empresas subcontratista en concurso y subcontratada y el Ayuntamiento o contratista y dueño de la obra.": AAP Barcelona (Sección 14) 28.09.2009 (JUR 2009/460736; Auto 193/2009; Rollo 395/2009)

"TERCER.-Selufer Konstru, SL va formular la demanda no només contra els propietaris de l'obra (art. 1597 Cc) sinó també contra la contractista que la va subcontractar en reclamació de les factures impagades (incompliment d'obligació contractual). Com que Incunart SA havia presentat sol·licitud de concurs voluntari i s'havia declarat en aquest estat en resolució dictada el mateix dia que s'interposà la demanda (fets posats en coneixement pels administradors concursals F. 260), el Jutjat de 1a Instancia es va declarar incompetent per tramitar i resoldre aquella pretensió en favor del Jutjat mercantil que tramitava l'expedient concursal de conformitat amb l' article 50.1 de la Llei concursal. No es qüestiona la decisió presa pel Jutjat en relació a Incunart, SA. El que sosté l'apel·lant, amb caràcter subsidiari, és que la declaració de concurs de la contractista comporta que sigui el Jutjat del Concurs qui hagi també de conèixer i resoldre l'acció directa dels subcontractistes contra el propietari de l'obra.
El que es planteja, en definitiva, és si el dret que concedeix l' article 1597 CC al subcontractista ha de quedar afectat per la declaració concursal de la societat amb qui va contractar.

La jurisprudència sostenia que aquell dret preferent i directe no en quedava afectat. Així, a la sentència de 27 de juliol de 2000 afirmava el Tribunal Suprem que *"la situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo - o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir -en el que se ventila la acción del artículo 1597* ". I en la d'11 d'octubre del 2002 descarta l'apreciació de frau de llei en l'exercici de l'acció directa contra la propietària de l'obra " *cuya finalidad es precisamente salvaguardar los derechos del subcontratista siendo compatible con la existencia de un expediente de suspensión de pagos de la contratista* ". D'acord amb aquesta doctrina jurisprudencial, l'acció de l' article 1597 CC, doncs, seria immune a la situació concursal de la contractista.
No obstant, com bé apunta l'apel·lant, amb la publicació de la Llei concursal de 9 de juliol de 2003, es va plantejar per un sector la necessitat de reinterpretar la doctrina jurisprudencial anterior davant dels principis consagrats per la nova legislació concursal per tal de impedir que amb l'exercici d'una acció directa d'aquest tipus, es detraguessin parts substancials de la massa activa i es donés preferència a determinats creditors que la llei concursal no ha recollit. Mantenia aquest sector que, d'altra manera, es faria del tot inviable la continuïtat de l'empresa que és un objectiu primordial de la nova llei. Així la Secció 15a d'aquesta Audiència Provincial en la coneguda sentència de 2 de març de 2006, després d'analitzar els diferents principis que inspiren la nova legislació i els objectius pretesos pel legislador, conclou que " *no existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal"*
Aquesta doctrina va ser seguida per altres Tribunals (Audiència Provincial de A Coruña de 18 de març de 2009, la de Girona de 16 de gener de 2012, i la de Barcelona de 18 d'abril de 2011(sec. 1a) i 25 de gener de 2012 (sec.19a) i aplaudida per un sector de la doctrina (Magdaleno, Herrera Cuevas) però al mateix temps rebutjada per altres autors (Nuñez-Lago, Rojo, Gozalo). Altres audiències s'han pronunciat en contra (Audiència de Valladolid de 5 de gener de 2007 i secció 4a de la de Barcelona en resolució de 28 de desembre de 2009) i el Tribunal Suprem no s'ha pronunciat en un supòsit al que sigui d'aplicació la Llei 22/2003. La qüestió resultava certament controvertida perquè, sent certs els principis que inspiren la nova legislació, també ho és que la llei concursal no havia derogat l' article 1597 CC ni la seva eficàcia com a acció directa en protecció dels que han posat el seu treball o materials en una obra a preu alçat.
Aquesta era la situació existent en el moment que es va interposar la demanda i, fins i tot, quan en primera instància es van resoldre les qüestions que es van plantejar en relació a la competència d'aquell Jutjat. Ha estat posteriorment que s'ha publicat la Llei 38/11 de 10 d'octubre que ha modificat en diferents punts la llei concursal. I entre elles ha introduït en l'article 50 un nou paràgraf (tercer) en virtut del qual " *los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art.1.597 del Código Civil ".*
Aquesta modificació de la lleu concursal és molt posterior a la data que es va interposar la demanda de Selufer Konstru, SL. No ha estat fins l'1 de gener de 2012 que ha entrat en vigor. Per tant la controvèrsia que s'ha plantejat sobre la competència del Jutjat de 1a instància d'Arenys per conèixer i resoldre de l'acció directe contra els propietaris de l'obra pel fet que la contractista fos declarada en concurs, no es pot resoldre d'acord amb el que actualment estableix l' article 50.3 LC per raons de temporalitat.
Precisament per aquestes raons de temporalitat, s'ha d'atendre a la situació normativa i jurisprudencial existent en el moment que es va interposar la demanda, és a dir a 25 de març de 2010. En aquell moment, la llei concursal no havia derogat l'eficàcia de l'acció directa de l' article 1597 CC i la doctrina que establia la Secció 15a d'aquesta Audiència Provincial en la sentència esmentada atenia a la data del requeriment per determinar si l'acció queda afectada o no pel concurs del contractista. En el present cas, la subcontractista va requerir als propietaris de les obres quatre mesos abans (novembre de 2009) que es presentés la sol·licitud de concurs (3 de març de 2010) i que Incuart fos declarada en concurs (25 de març de 2010). Per tant fins i tot en el cas que es seguís el criteri de la secció 15 i seguit altres tribunals, en el present cas, la competència (que és el que es resol en el present incident) correspon a la jurisdicció civil i no al Jutjat del concurs. El recurs haurà de ser per tant totalment desestimat. ":AAP Barcelona (Sección 14) 28.09.2012 (Auto 192/2012; Rollo 594/2012)

AP Barcelona (Sección 19)

"PRIMERO.-Por parte de la representación de ACIEROID, S.A. se interpone recurso de apelación contra el Auto de 7 de marzo de 2011 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell en Juicio Ordinario 1151/2008.
La referida resolución, que es resolutoria del recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 29 de noviembre de 2010, decide, en definitiva el archivo de las actuaciones por carecer de competencia el Juzgado al estar una de las demandadas, LINKOS REHABILITA, S.L. declarada en concurso de acreedores. A su vez, la citada providencia pretendió aclarar la de 14 de enero de 2010 que, a su vez, intentaba aclarar el Auto de 21 de septiembre de 2009. La cuestión es que se ejercita por la apelante (subcontratista) la acción directa del art. 1597 del Cc. contra SBD LLOGUER SOCIAL, S.A. (promotora) y a tal fin también se demanda a LINKOS REHABILITA, S.L. (contratista) -declarada en concurso de acreedores con anterioridad a la interposición de la demanda- para que se determine cuáles son las cantidades que la promotora le adeuda a la constructora.
La apelante insiste en la procedencia de la continuación de la demanda dirigida contra la demandada no concursada.

La apelada se opone a la estimación del recurso de apelación.
SEGUNDO.-La cuestión, y desde luego podía haberse planteado con más claridad desde el principio, es si es competente el Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda ex art. 1597 de la LEC contra demandado no concursado, pero con demanda dirigida también frente al demandado concursado, pues su patrimonio se verá afectado por la resolución que se dicte.
Entiende esta Sala de apelación que son dos las razones que han provocado este cambio de posicionamiento de los Tribunales respecto al tratamiento que la acción del art. 1597 del CC recibe en la nueva Ley Concursal frente al que recibía en la legislación sobre insolvencias anterior a la misma, entendiendo que el subcontratista no puede una vez declarado el concurso ejercer la acción contra el dueño de la obra sino que debe insinuar su crédito en el concurso y someterse a la clasificación de su crédito en igualdad de condiciones que el resto de los acreedores: 1) la poda de privilegios que la Ley Concursal ha supuesto y que se expone con claridad y carácter general en la exposición de motivos así como en el artículo 89,2 de la Ley Concursal que establece taxativamente que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley"; 2) la atribución por el art. 8 de la Ley Concursal al Juez del concurso de la competencia para conocer de las "acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", para conocer de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualesquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado" y para conocer, por último, de "toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción".
Para esta Sala es indudable la repercusión que para el patrimonio del contratista concursado conlleva la resolución de cualquier litigio en el que se haya formulado la acción del art. 1597 del C.C. por sus subcontratistas acreedores contra el dueño de la obra deudor, desde que afectará a la existencia y cuantía del crédito que habría de formar parte de su activo así como al efectivo cobro de sus créditos contra el concursado por los subcontratistas, aunque se ejercite la acción frente al dueño de la obra, como deudor del contratista. Esa repercusión patrimonial no puede cuestionarse, sea cual fuere la posición que se adopte doctrinalmente tanto respecto a la naturaleza jurídica de la acción del art. 1597 del CC, como a si el mismo reconoce un derecho propio o es una modalidad de acción subrogatoria, como a si en caso de considerarse un derecho propio el mismo precisa de la formulación de reclamación judicial o si basta por el contrario la reclamación extrajudicial, o respecto a los efectos que conlleva la formulación de tal reclamación (ya sea extrajudicial, ya judicial) en relación con la subsistencia del crédito del contratista contra el dueño de la obra (en particular si comporta un efecto similar al embargo, inmovilizando el crédito de modo que desde ese momento el dueño de la obra sólo se liberará de la obligación pagando al subcontratista, salvo resolución judicial en contra, o si supone la extinción del derecho del contratista desde el mismo momento de la reclamación, con las consecuencias que ello comportaría para la formación de la masa activa y de la masa pasiva del patrimonio del contratista principal concursado, que se han calificado por algunas resoluciones judiciales como de privilegio y que indudablemente supondrían una evidente preferencia para el cobro por parte del subcontratista del concursado).
Y si bien puede discutirse la consideración como privilegio o preferencia de cobro de la acción reconocida por el artículo 1597 del CC a los efectos del art. 89,2 de la LC, lo que es indudable es que la resolución que se dicte en estos procesos afecta clara y sustancialmente al patrimonio del concursado, así como al interés de la masa de acreedores en la conservación del derecho de crédito de la contratista concursada como activo que permita el pago de todos los créditos conforme a la par conditio creditorum.
Entiende la Sala que el hecho de que el artículo 8 de la Ley Concursal atribuya al Juez del concurso de modo exclusivo y excluyente el conocimiento de las "acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", sin limitarlas a las acciones que se dirijan contra el propio concursado, obliga a concluir sin lugar a duda alguna que también es competente para conocer las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra terceras personas y que afecten al patrimonio del concursado (como sucede en relación con el ejercicio de las acciones del art. 1597 del CC), siendo irrelevante a estos efectos de mera atribución de la competencia el que se haya formulado o no reclamación extrajudicial anterior a la declaración del concurso (cuestión que en su caso habrá de examinarse al entrar en el fondo del asunto) sino que la competencia la determina el hecho de que la reclamación judicial se haya formulado en fecha posterior a la declaración del concurso.
A mayor abundamiento no puede dejar de señalarse la conveniencia para el concurso y para la masa de acreedores de que se adopten en el seno del concurso por el Juez del mismo las resoluciones relativas a la determinación del derecho del que sea titular el contratista frente al dueño de la obra, cuya extensión y cuantía se verá afectada por las resoluciones judiciales que se dicten en los procesos en que puedan haberse ejercitado acciones del art. 1597 del CC, así como debe significarse que, una vez declarado el concurso, la atribución de la competencia al juez del concurso comportará la adopción de resoluciones con doctrina uniforme e igual para todas las acciones ejercitadas por los subcontratistas del mismo concursado al amparo del art. 1597 del CC, evitando que ante las muy variadas posiciones que se sostienen por los distintos Juzgados y Tribunales en este punto, puedan por ejemplo unos Juzgados de 1a Instancia reconocer la preferencia para el cobro a subcontratistas del mismo contratista principal y de la misma obra y otros negar esa preferencia para el cobro del crédito en supuesto idéntico. La atribución de la competencia al Juez del concurso evita así tratos diferenciados a acreedores del mismo concursado -que pueden producirse si se considera competente para conocer de cada reclamación un juez distinto- desde que el mismo Juez, el del concurso, deberá mantener la misma doctrina para todos los casos idénticos, salvo circunstancias que motiven un cambio de posición, so pena de incurrir en arbitrariedad.
Por último y como corolario de lo anterior, comparte la Sala la apreciación que en el auto de la sección 18a de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 2010 se hace respecto a que las demandas formuladas por los subcontratistas de la contratista concursada contra dueños de la obra incluso en fecha anterior a la de

declaración del concurso, para cuyo conocimiento es competente el Juez de Primera Instancia (sea cual fuere la resolución que éste pueda dictar en cuanto a naturaleza jurídica, requisitos y efectos de la acción o derecho reconocidos por el art. 1597 del CC) dan lugar a procesos que se estén tramitando en primera instancia y cuya resolución puede entender el juez del concurso que tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, quien podrá así acordar su acumulación al concurso de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 51 de la Ley Concursal.
Por todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado ya que la decisión acertada fue la que se tomó por Auto de 21 de septiembre de 2009.”: AAP Barcelona (Sección 19) 25.01.2012 (Auto 4/2012; Rollo 452/2011)

“PRIMERO: Por parte de la representación de PLACADIS, S.L. se interpone recurso de apelación contra el Auto dictado el día 21 de marzo de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona en Juicio Ordinario 857/2011.
La referida resolución estimó de oficio la falta de competencia objetiva para conocer del presente pleito al entender que, al ejercitarse la acción directa del art. 1597 del Cc. contra el dueño de la obra VIAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.- y con relación a la contratista declara en concurso VADEGUIX, S.A., la competencia le corresponde al Juzgado de lo Mercantil.
La apelante señala que la acción se ejercitó, por vía de requerimiento extrajudicial, contra la dueña de la obra con anterioridad a que se declarar el concurso de la contratista, con lo que la competencia le corresponde al Juzgado que la rechaza.
La apelada VIAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. se opone a la estimación del recurso.
SEGUNDO: Acusa la apelante a la resolución de instancia de hacer aplicación retroactiva de la actual redacción del art. 51 bis 2 de la Ley Concursal en tanto establece que: "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil."
Lo cierto es que la resolución de instancia no hace tal aplicación retroactiva, sino que explica que, ante la divergencia de tesis jurisprudenciales sobre si la acción directa que el artículo 1.597 del Código Civil concede al subcontratista frente al dueño de la obra puede ejercitarse en los casos en que el contratista es declarado en concurso de acreedores, opta por entender que en casos como el presente la competencia le corresponde al Juzgado de lo Mercantil.
Y esa solución debe ser aquí ratificada. Señala en caso idéntico el Auto de la A.P. de Castellón de 30 de marzo de 2012 que: "Dicho lo anterior, atendiendo a las fechas del previo requerimiento extrajudicial, formulación de la demanda y auto declarando el concurso, solo resta examinar que data ha de tenerse en cuenta a los efectos del citado artículo 50.1 de la Ley Concursal, cuestión que no es pacífica, pues mientras la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006, entre otras, acepta la exclusión de la vis atractiva concursal si la acción extrajudicial o el requerimiento fehaciente se llevó a cabo antes de la declaración del concurso, siguiendo la postura recogida por las SSTS de 30 de enero de 1974 y 17 de julio de 1997, esta postura no se comparte por todas las Audiencias e incluso el Tribunal Supremo ha llegado a decir en la reciente sentencia de 8 de Mayo de 2.008, que "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario".
Considera este Tribunal, que la línea marcada por esta última sentencia, es más acorde con los criterios establecidos por la nueva Ley Concursal, así como con lo dispuesto en su Artículo 50, que se refiere, en todo momento, a la interposición de la demanda".
Por otro lado, este tribunal considera que esta opción viene avalada por la modificación introducida en la Ley Concursal, a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
«Artículo 51 bis. Suspensión de juicios declarativos pendientes.
2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil.»
Parece que ya no se hace referencia a la reclamación extrajudicial, como hecho que podría otorgar la competencia de la acción del 1.597 CC al juez de primera instancia, sino que sólo se habla de "procedimientos iniciados", es decir, con presentación de la demanda correspondiente.
En el presente caso, sólo es anterior al concurso la reclamación extrajudicial; mientras que la demanda se presentó después del ser declarado el concurso de la contratista. Y no debe, por tanto, considerarse base suficiente para atraer la competencia del juzgado de primera instancia el hecho de la reclamación extrajudicial, llevada a cabo antes de que el contratista fuera declarado en concurso.".
O el AAP Baleares, Civil sección 5 del 27 de Diciembre del 2011 (ROJ: AAP IB 412/2011) que, tras exhaustivo estudio de la cuestión, concluye: "En definitiva, estando en situación de concurso el contratista, su acreedor debe integrarse en la masa pasiva y quedar a resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito; sin que la Ley Concursal excluya el que ostenta el subcontratista contra el contratista en la ejecución de obra y suministro de materiales".
En definitiva, debe confirmarse la resolución recurrida.”: AAP Barcelona (Sección 19) 03.10.2012 (Auto 120/2012; Rollo 448/2012)

AP Castellón (Sección 3)

“PRIMERO.-El presente procedimiento tiene su origen en la demanda interpuesta por Playamar Obras y

Contratas S.L., contra el Ayuntamiento de Chilches frente al que ejercita la acción prevista en el artículo 1597 del Código Civil, alegando que el demandado fue el promotor o propietario de una obra de urbanización de la que el contratista principal, a través de un contrato de ejecución de obra, había sido la mercantil Midascón S.L., quien a su vez había subcontratado parte de la obra con la demandada, cuyos trabajos no le habían sido abonados.

El demandado además de oponerse a la demanda interpuesta planteó la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la acción directa ejercitada por hallarse la contratista declarada en concurso, alegación que motivó que una vez dado traslado de su contenido a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, se dictara Auto en el que se declaró la falta de competencia objetiva de ese tribunal para conocer de la demanda presentada, señalando como competente el Juzgado de lo Mercantil que está conociendo del concurso, por la que se procedió al archivo de las actuaciones, previniendo a las partes para que usaren su derecho ante el Juez del concurso.

Frente a esta resolución se alza la mercantil demandante alegando la vulneración de los artículos 8, 50 y 51 de la Ley Concursal, en relación con el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en relación también a su vez con el artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 1597 del Código Civil, al considerar que la competencia es de la jurisdicción civil y no la mercantil, al no haber interpuesto la demanda frente a ninguna entidad concursada ni contra su patrimonio, habiéndose ejercitado una reclamación meramente civil, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 1597 del Código Civil, por lo que pide que se declare competente objetivamente al Juzgado de Primera Instancia de Nules, con expresa condena en costas.

SEGUNDO.-El artículo 1597 del Código Civil permite a los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, entablar acción contra el dueño de la obra hasta la cantidad que éste adeuda a aquel cuando se hace la reclamación.

Siendo este el fundamento de la acción ejercitada es evidente que no es parte en el presente procedimiento la contratista principal que se encuentra en situación concursal, pero no puede negarse el interés del concurso en este procedimiento ya que puede suponer una merma de las cantidades que integran su masa activa, porque si el ayuntamiento aquí demandado paga al subcontratista y hasta la cantidad que le abone en el ejercicio de la acción directa planteada, ese importe ya no se integrara en el concurso en perjuicio del resto de acreedores del mismo, alterándose las preferencias del cobro.

Esta cuestión por ello se ha planteado con reiteración ante los tribunales al intentar integrar el ejercicio de la acción aquí ejercitada y el procedimiento de concurso del contratista y la respuesta mayoritaria de las Audiencia Provinciales ha sido en principio la adoptada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en resolución de fecha 2 de marzo de 2006, que fue también aplicada entre otras por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 44, de fecha 23 de febrero de 2009, resoluciones a las que ya hacíamos mención en la resolución de esta Sala núm 283, de fecha 23 de diciembre de 2009, y allí lo que se apreciaba fue que si bien se establecía que a partir de la Ley Concursal es obligación de todo acreedor, una vez que se haya producido la declaración de concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y a estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, también se entendió que al haberse producido el requerimiento notarial de pago al promotor antes de la declaración del concurso, el crédito seguía operando contra el patrimonio de la contratista principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, estando ya en ese momento obligada frente al demandante, de forma que el dato relevante era además de la fecha de la reclamación judicial y cuando esta fuera posterior a la declaración del concurso, la de la fecha de la reclamación extrajudicial.

Criterio que también aplicó la Sección nº 3, de la Audiencia Provincial de Granada en sus resoluciones de fecha 30 de septiembre de 2009, 21 de mayo de 2010 y de 31 de marzo de 2011, indicando en esta última que esta es la posición mayoritaria de las Audiencias Provinciales, citando como exponentes de dicha doctrina, las resoluciones de AP de Toledo, Sección 1ª, de 1 de marzo de 2011, la de la AP de Zaragoza sección 4ª, de 28 de diciembre 2010, de la AP de Murcia, Sección 4ª, de 25 de noviembre de 2010, AP Madrid sección 28ª, 17 septiembre y 15 octubre 2010, y AP de Barcelona, sección 15ª, de 2 de marzo de 2006, entre otras, estando afectada la masa activa, antes de la declaración del concurso, por la reclamación de subcontratista contra el comitente, produciendo sus efectos la acción del artículo 1597 CC, desde la reclamación extrajudicial.

No obstante y recientemente dicho criterio ha sido modificado en alguna resolución posterior como es el caso de la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11, núm. 294, de fecha 17 de octubre de 2011,donde se analizaba la cuestión aquí también controvertida con unos argumentos que entendemos conveniente recordar, así en la misma se decía que *"Recientemente, este Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en el Auto de 1 de marzo de 2011, dictado en el Rollo de Apelación 418/2010, y en el que se contestó a la cuestión del siguiente modo: "la misma se circunscribe en determinar si, en la actual normativa, la acción directa que el artículo 1.597 del Código Civil, concede al subcontratista, frente al dueño de la obra, puede ejercitarse en los casos en que el contratista es declarado en concurso de acreedores.*

Como dice la STS. de 2 de Julio de 1.997, que el artículo 1.597 del Código Civil, "prevé un caso de acción directa de los que ponen su trabajo y materiales en una obra, objeto de contrato de obra por precio alzado, frente al comitente o dueño de la obra, hasta la cantidad que éste deba al contratista; por tanto, habiendo una relación jurídica entre el dueño de la obra y el contratista y otra distinta entre éste y "los que ponen su trabajo y materiales", según dicción de dicho art. 1597, se le concede a éstos acción directa contra el primero, constituyendo una excepción al principio de relatividad del contrato que proclama el art. 1257 CC; así lo expresa la S 29 octubre 1987. La acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito. Es un eficaz medio de protección del crédito y, tal como dice la S 29 abril 1991, una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor". En el mismo sentido se pronuncia la STS. de 16 de Marzo de 1.998 que indica que "el artículo 1597 del Código Civil otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra. No se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de la relatividad de los contratos proclamado en el

artículo 1257 del Código Civil (SS. de 29-10-1987, 15-3-1990, 29-4-1991, 22-12-1992, 12-5-1994 y 2-7-1997), operando dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista". Esta doctrina sigue vigente siendo buena prueba de ello la STS. de 19 de Abril de 2.004, cuando dice que "el artículo 1597 otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra y no se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de relatividad de los contratos proclamado por el artículo 1257 del Código Civil ". Por último hemos de referirnos a la STS. de 7 de Octubre de 2.008, que delimita el alcance de la acción directa del art. 1.597 del Código Civil, cuando frente a la postura de que el precepto en cuestión evita toda concurrencia de acreedores y dota al que lo ejercita de un mejor derecho frente a sus pretensiones, dice: "Esta tesis no es admisible, pues tal privilegio no lo establece el precepto, sólo se limita a la concesión a los que ponen su trabajo y materiales en la obra ajustada alzadamente por el contratista de una acción directa contra el comitente, y no aparece como una excepción a lo dispuesto en el art. 1.925 del Código Civil, que dice que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier clase, o por cualquiera otro título "no comprendidos en los artículos anteriores". El crédito de los que ponen su trabajo y materiales en la obra son créditos refaccionarios, que tienen el privilegio reconocido en los números 3 º y 5º del art. 1.923 C.c. No aparece del texto del art. 1.597 nada que contradiga al art. 1.925, sino que consagra una excepción al principio de relatividad del contrato (art. 1.257 C.c.), en que por razones de justicia y para evitar enriquecimientos injustos, se aplica la regla o aforismo "el deudor de mi deudor es también mi deudor". Nada que ver con la materia de privilegios crediticios. Por lo tanto, el precepto no impide una concurrencia de acreedores, que habrá de ventilarse entre los mismos".

Antes de la entrada en vigor de la actual Ley Concursal, no existían problemas insuperables para la coexistencia de la citada acción con la suspensión de pagos o la quiebra. Ahora bien, en el actual marco normativo, es difícil mantener la situación anterior, solo viable cuando la acción del artículo 1.597 del Código Civil, se ha iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, pues en otro caso, es de plena aplicación el artículo 50.1 de la Ley Concursal que, refiriéndose a los nuevos juicios declarativos, esto es aquellos que se inician con posterioridad a la declaración del concurso, establece que los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley, esto es el artículo 8, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, añadiendo que en el supuesto de haberse admitido a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.

Con la normativa en vigor, tendente a excluir privilegios o preferencias que expresamente no estén reconocidos en la Ley (art. 49 en relación con el art. 89.2 de la Ley Concursal), ha de convenirse que una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor el subcontratista habrá de integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, ya que no existe ninguna norma que permite actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el contratista en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa, minorando así las posibilidades de satisfacer con ese capital a todos los acreedores concurrentes de manera proporcional una vez ha sido declarado el concurso, el crédito que el contratista concursado tiene contra el comitente principal.

Dicho lo anterior, atendiendo a las fechas del previo requerimiento extrajudicial, formulación de la demanda y auto declarando el concurso, solo resta examinar que data ha de tenerse en cuenta a los efectos del citado artículo 50.1 de la Ley Concursal, cuestión que no es pacífica, pues mientras la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006, entre otras, acepta la exclusión de la vis atractiva concursal si la acción extrajudicial o el requerimiento fehaciente se llevó a cabo antes de la declaración del concurso, siguiendo la postura recogida por las SSTS de 30 de enero de 1974 y 17 de julio de 1997, esta postura no se comparte por todas las Audiencias e incluso el Tribunal Supremo ha llegado a decir en la reciente sentencia de 8 de Mayo de 2.008, que "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario".

Considera este Tribunal, que la línea marcada por esta última sentencia, es más acorde con los criterios establecidos por la nueva Ley Concursal, así como con lo dispuesto en su Artículo 50, que se refiere, en todo momento, a la interposición de la demanda".

Por otro lado, este tribunal considera que esta opción viene avalada por la modificación introducida en la Ley Concursal, a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

«Artículo 51 bis. Suspensión de juicios declarativos pendientes.

2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil.»

Parece que ya no se hace referencia a la reclamación extrajudicial, como hecho que podría otorgar la competencia de la acción del 1.597 CC al juez de primera instancia, sino que sólo se habla de "procedimientos iniciados", es decir, con presentación de la demanda correspondiente.

En el presente caso, sólo es anterior al concurso la reclamación extrajudicial; mientras que la demanda se presentó después del ser declarado el concurso de la contratista. Y no debe, por tanto, considerarse base suficiente para atraer la competencia del juzgado de primera instancia el hecho de la reclamación extrajudicial, llevada a cabo antes de que el contratista fuera declarado en concurso."

En el caso enjuiciado, tal y como reitera la parte demandada, aun siguiendo uno u otro criterio, lo cierto es que resulta en todo caso correcta la competencia del Juez del concurso y por ello la resolución recurrida debe ser confirmada.

Y ello porque la contratista Midascón S.L. fue declarada en concurso por Auto dictado por el Juzgado nº 2 de Valencia, en fecha 8 de enero de 2009, y tanto la reclamación judicial como la extrajudicial fueron posteriores a

esa resolución, al haberse presentado la demanda el día 15 de enero de 2010 y haberse remitido la reclamación extrajudicial el día 20 de enero de 2009, por lo que no nos encontramos en ninguno de los dos casos ante una fecha anterior a esa declaración del concurso, se han aplicado correctamente los artículos que se citan como infringidos y procede por ello desestimar el recurso de apelación interpuesto.”: AAP Castellón (Sección 3) 30.03.2012 (Auto 55/2012; Rollo 636/2011)

AP Granada (Sección 3)

“PRIMERO: El articulo 86.1.1º ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 8 1º de la Ley Concursal proclaman que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de “las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado…”. Por otra parte el artículo 50.1 de la Ley Concursal dispone que “Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado”.

Aquí nos encontramos ante una acción de reclamación de una subcontratista contra el contratista, declarado en concurso antes de la interposición de la demanda, y frente al comitente al amparo del artículo 1597 del CC, sin que antes de la declaración del concurso y de la interposición de la demanda, el subcontratista efectuara ninguna reclamación extrajudicial o requerimiento fehaciente. Este es el decisivo elemento distintivo de este caso, respecto de otros examinados antes por esta Sala, ya que aquí no consta que la reclamación a que se refiere el art. 1597 CC, se haya ejercitado antes de la declaración de concurso.

Ninguna duda cabe albergar sobre la correcta estimación de la falta de competencia del Juez de Instancia para conocer de la demanda formulada contra la contratista concursada, articulada después de la declaración de concurso, y la procedencia de dictar en tal caso resolución conforme a dispuesto en el artículo 50.1 de la Ley Concursal, sin que el ejercicio de los derechos de la actora contra la concursada ante el Juez predeterminado por la Ley y por el cauce ordenado por la norma, pueda suponer, como erróneamente establece el recurrente, ninguna indefensión, siendo indiferente al respecto la disminución de las perspectivas de cobro que por la situación concursal, realmente por la insolvencia reconocida, pueda tener el actor, o la formulación de la demandada frente al comitente no concursado, cuando no existe ninguna duda en cuanto a que la acción aquí ejercitada contra la contratista cumple con todos los requisitos determinantes de la falta de competencia objetiva del Juez de 1ª Instancia.

SEGUNDO: Cuestión distinta es la relativa al ejercicio de la acción contra la comitente al amparo del artículo 1597 CC. En este caso, como ya hemos anticipado, a diferencia de otros examinados por esta Sala, en sus sentencias de 30 de septiembre de 2009 y 21 de mayo de 2010, donde se estimo competente al Juez de Primera Instancia, aquí la reclamación se ha dirigido al dueño de la obra cuando la contratista ya está declarada en concurso.

Esta acción del artículo 1597 del CC, opera dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece (STS 19 de abril de 2004), es decir hasta la cantidad que el dueño de la obra adeude al contratista cuando se hace la reclamación, tal como dispone el artículo 1597 del Código Civil (STS 12 febrero de 2008), exigiendo por tanto, entre otros requisitos, que el comitente sea deudor del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa, y que exista un crédito del contratista contra el dueño de la obra, de manera que es la cantidad que éste deba al contratista, lo que forma el contenido de la acción (STS de 2 julio 1997 y 12 de diciembre 2007).

Por tanto, en esta situación, donde los efectos operativos de la acción del artículo 1597 CC, no se han desplegado antes de la declaración del concurso, el crédito que el dueño de la obra adeuda al contratista, en principio, debe estar incluido en la masa activa de esta última concursada, articulo 76.1 de la Ley Concursal, y en caso de pago por el comitente al subcontratista, la concursada-contratista perdería su crédito contra el primero, con la consiguiente reducción de la masa activa. La situación especial que se genera aquí, distinguiendo este escenario de otros donde los acreedores del concursado cuenten, como aquí ocurre (SSTS 15 de marzo de 1990, 12 de mayo y 11 de octubre de 1994, 2 y 17 de julio de 1997, 28 de mayo y 22 de diciembre de 1999, 6 de junio y 27 de julio de 2000, etc.), con otros deudores solidarios, se genera por los efectos que el pago del deudor solidario produce en la masa activa del concursado, disminuyéndola.

Por tanto, forzosamente, esta acción, tiene efectos de acusada trascendencia y repercusión contra la masa activa de la concursada, y esta innegable consecuencia no queda eliminada por la autonomía de esta acción, del subcontratista contra el dueño de la obra, respecto de la que le corresponde contra el contratista, reconocida por nuestra jurisprudencia STS 16 de marzo de 1998, 11 de octubre de 2002 y 19 de diciembre de 2006. El carácter universal del concurso, que justifica la concentración en un sólo órgano judicial de las materias que se consideran de trascendencia para el patrimonio del deudor, no desaparece por la autonomía que en su ejercicio frente al comitente asiste al subcontratista. Tampoco se trata aquí, atribuyendo el conocimiento de esta acción al Juez del concurso, de la exigencia de ningún requisito para su viabilidad que rompa con la tradicional doctrina que desvincula su éxito con el estado de insolvencia de la contratista, obviamente no se está exigiendo ninguna previa excusión de bienes del contratista, y menos aún, lógicamente su previa declaración de insolvencia.

Esta Sala entiende que la capacidad de resistir esta acción al concurso del contratista, cuestión sobre la que está planteado un intenso debate doctrinal y judicial, cuando sus efectos se despliegan una vez declarado el concurso, no puede entenderse automáticamente desaparecida por atribuir el conocimiento de la acción del 1597 del CC, articulada contra el dueño, cuando sus efectos operan tras la declaración del concurso de la contratista, al Juez del citado concurso. Ante él puede plantearse que efectos produce la determinación de la masa activa de la concursada, afectada por la correlativa aparición del crédito del tercero en la masa pasiva,

poniendo de relieve el posible ejercicio del articulo 1597 CC, y sobre todo sí ello impide que pueda este tercero obtener el cobro de un deudor solidario no concursado, o impedir que concluya con éxito el ejercicio de la acción directa reconocida por la Ley para reclamar solidariamente, con el limite previsto en el Código Civil, a un deudor a su vez de la concursada, resolviendo el difícil conflicto que plantea en estos casos la aplicación del artículo 1597 CC, en relación, con los artículos 49, 76 y 89.2 de la Ley Concursal, cuando el ejercicio de la acción contemplada en el ultimo precepto citado, posterior a la declaración del concurso, impide considerar que antes de ella se produjo un desplazamiento del crédito desde el patrimonio del contratista al del subcontratista, desapareciendo así sin duda de la masa activa de la concursada.

Es difícilmente entendible, que este trascendente pronunciamiento, ante un acción que, en caso de prosperar, pone forzosamente de manifiesto la disminución de la masa activa del concurso, ante el reconocimiento del derecho de cobro del subcontratista frente al comitente haciendo desaparecer la deuda de este último con el contratista concursado, no deba también entenderse dirigido contra el patrimonio del concursado, y se dilucide al margen del proceso concursal, máxime cuando realmente es la posibilidad de cobro de los restantes acreedores del concurso la que está en juego, reiterando que es la cantidad debida al contratista, lo que forma el contenido de la acción (STS de 2 julio 1997 y 12 de diciembre 2007), es decir, masa activa " bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor" (articulo 76 LC). Por ello, no puede quedar, en el estado en que nos encontramos, la acción del articulo 1597 CC, fuera del ámbito de competencia del Juez del Concurso, fijado por los artículos 86 ter 1.1º LOPJ, 8.1 y 50.1 de la LC.

TERCERO: Por tanto, procede desestimar el recurso, y confirmar la resolución recurrida, si bien, conforme a lo dispuesto en el articulo 398.1 de la LEC, en relación con el articulo 394 del mismo texto legal, las costas derivadas de esta instancia solo deben imponerse al apelante por las devengadas frente a Coprohuetor 2001 SL, no respecto a Casería de San Jerónimo SL, dadas las serias dudas jurídicas que respecto de la determinación de a competencia para esta ultima planteaba el litigio.": AAP Granada (Sección 3) 09.07.2010 (Auto 115/2010; Rollo 254/2010)

AP Las Palmas (Sección 4)

"PRIMERO.- Sobre el procedimiento seguido para la declaración de incompetencia.

Comparte esta Sala las conclusiones sentadas por el auto de 18 de marzo de 2011 de la sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid (recurso 823/2010) en cuanto a que el carácter de Juzgados Civiles especializados de los Juzgados de lo Mercantil "determina la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 46 de la LEC, a fin de que, de plantearse controversia sobre si la pretensión deducida en el proceso resulta incardinable -o no- entre las materias cuyo conocimiento se encuentra atribuido al órgano especializado, la cuestión se sustancia como las cuestiones de competencia, siendo resueltas, conforme a lo prevenido por el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el órgano inmediato superior común y conforme a las normas de reparto al efecto establecidas", procediendo en consecuencia la inhibición a favor del Juzgado que se considere competente en caso de apreciarse de oficio la falta de competencia objetiva, sin archivo de las actuaciones.

No obstante para el supuesto que concretamente se contempla en este auto, en el que una vez declarado el concurso se formula demanda que se entiende por el Juzgado a quo que se dirige contra el patrimonio del concursado (8,1,1o LC), el artículo 50 establece expresa y rotundamente que los jueces del orden civil se abstendrán de conocer previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso y que de admitirse a trámite las demandas se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado, norma especial que sería la de aplicación al supuesto de autos si se entiende que es competencia del Juzgado de lo Mercantil la reclamación formulada por la subcontratista MONTAJES ALUMAN, S.L. contra la duena de la obra, INSTITUTO DE ATENCIÓN SOCIAL Y SOCIOSANITARIA, organismo autónomo local del Cabildo de Gran Canaria, y contra el grupo SERGUESA, S.A (que es la contratista principal de la obra que había subcontratado a su vez DICO HARINSA OBRUM, S.L. -quien a su vez gestionaba el grupo empresarial DICO OBRAS y se dice en la demanda que era la accionista única de DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., siendo esta última entidad quien había a su vez subcontratado a la demandante-).

El supuesto planteado es pues el de una reclamación formulada por una empresa subcontratada por una empresa del grupo DICO CONSTRUCCIONES, la sociedad DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., que ha sido declarada en concurso y en quien concurre a su vez la condición de subcontratista (el grupo de empresas) de la obra pública adjudicada a SERGUESA,S.A por el INSTITUTO DE ATENCIÓN SOCIAL Y SOCIOSANITARIA. Por otra parte, parece resultar de las alegaciones de las partes que la entidad actora ha insinuado también su derecho contra la entidad concursada DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. en el concurso.

SEGUNDO.- Se ha ejercitado acción declarativa en juicio ordinario contra GRUPO SERGUESA, S.A. de la que en la demanda se afirma ser contratista-concesionaria de una obra pública (la Residencia de Mayores de Agüimes) adjudicada por el INSTITUTO DE ATENCION SOCIAL Y SOCIOSANITARIA, organismo autónomo local del Cabildo de Gran Canaria. En la demanda igualmente se afirma que GRUPO SERGUESA, S.A. subcontrató a DICO HARINSA OBRUM, S.L. y que la actora, MONTAJES ALUMÁN, S.L., fue a su vez contratada por la entidad DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. -que se dice perteneciente al mismo grupo empresarial que DICO HARINSA OBRUM, S.L.- para realizar obras de carpintería de aluminio en dicha Residencia de Mayores.

La demandante reconoce haber recibido un pagaré de DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. con vencimiento el 25 de abril de 2009 si bien manifiesta entender que esa fecha comporta un aplazamiento de la fecha de pago con la que no está conforme por lo que formuló reclamación extrajudicial de la deuda por burofax a grupo SERGUESA, S.A. que fue entregado a ésta el día 27 de febrero de 2009, y reclamación previa

al INSTITUTO DE ATENCIÓN SOCIAL Y SOCIOSANITARIA que presentó en el Registro General de dicha entidad el día 13 de febrero de 2009. La demanda que ha dado lugar a este procedimiento se presentó el día 19 de mayo de 2009.
El INSTITUTO DE ATENCIÓN SOCIAL Y SOCIOSANITARIA DEL CABILDO DE GRAN CANARIA presentó contestación a la demanda senalando que había sido admitida a trámite por el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid la empresa DHO INFRAESTRUCTURAS, S.A., que resulta de la fusión de tres empresas (DICO, HARINSA y OBRUM) y que SERGUESA, S.A. había ya comprometido, formalizado e instrumentado -e incluso avalado- en pagarés -que además habían sido descontados por DHO INFRAESTRUCTURAS- y estaba atendiendo, el pago de toda la obra pese a que la misma se encontraba paralizada y alegando que DHO INFRAESTRUCTURAS, S.A. había sido declarada en concurso y a que SERGUESA, S.A. manifestaba haber rescindido los compromisos contractuales con DHO y asumido de forma directa la conclusión y terminación de la misma. Sostiene que conforme a los artículos 115 y 238,2 de la Ley de Contratos 2/2000 la reclamación de cantidad que realiza la demandante sólo puede dirigirse a la empresa adjudicataria del contrato de concesión de obra pública y no contra la Administración, para la que no rige el art. 1597 del CC sino estos preceptos.
Y SERGUESA, S.A. contestó la demanda alegando que el crédito ejercitado no es exigible tanto porque el crédito que se reclama no era exigible (al no haber aún vencido el pagaré entregado por el GRUPO DICO a la demandante para el pago de la deuda) como porque SERGUESA, SA. Ya había pagado la deuda al GRUPO DICO mediante el libramiento de pagarés que, si bien no habían vencido, habían sido avalados como garantía de pago y habían sido incluso descontados por el GRUPO DICO.
Senala además que es sólo después de que el 23 de enero de 2009 el GRUPO DICO solicitara la declaración de concurso de acreedores que la demandante realiza la reclamación extrajudicial contra la adjudicataria de la Residencia y contra el INSTITUTO DE ATENCION SOCIAL Y SOCIOSANITARIA, que el concurso se declara por auto de 16 de marzo de 2009 y no es hasta el 18 de mayo de 2009 que la demandante formula la demanda, por lo que entiende que cuando la demandante reclama extrajudicialmente la deuda no se cumplen los requisitos del artículo 1597 del CC al no ser exigible el crédito de la demandante frente a GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A, y por haber emitido para el pago de la deuda pagarés "no a la orden" a favor de GRUPO DICO que esta entidad había comunicado a SERGUESA en agosto de 2008 que había sido cedidos a CAJA CASTILLA LA MANCHA, puesta en circulación de los títulos que obligaba al pago de los mismos al tercero que los tenía en su poder -teniendo vencimiento el primero de ellos el 10 de marzo de 2009, cuando ya se había dictado la providencia de admisión a trámite del concurso pero éste aún no había sido declarado-.
Ninguna de las demandadas opuso como excepción incompetencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia que conocía del proceso.
TERCERO.- Ya con relación a la legislación sobre insolvencias anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal se discutió sobre la naturaleza jurídica de la acción directa que el art. 1597 del C.C. reconocía a los subcontratistas contra el dueno de la obra, precepto que literalmente dispone que "los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueno de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación", así como sobre la concurrencia del ejercicio de esta acción con la situación de insolvencia del contratista principal en cuya masa activa, en principio, habría de integrarse el crédito frente al dueno de la obra que el artículo 1597 CC permitía ejercitar directamente al subcontratista contra éste.
Concretamente se discutía ya entonces si el artículo 1597 del CC recoge un supuesto de la acción subrogatoria prevista con carácter general en el artículo 1111 del C.C. (si bien sin precisar la previa excusión de los bienes del deudor), ejercitando así el subcontratista no un derecho propio sino del contratista, o si por el contrario se concedía al subcontratista un derecho propio y directo (STS de 12 de mayo de 1994).
Entre las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo respecto a la posibilidad de ejercicio de la acción del art. 1597 del CC se citan, sobre todo,:
La STS de 11 de octubre de 2002, dictada en supuesto de suspensión de pagos en el que afirmó la compatibilidad del ejercicio de la acción del art. 1597 del CC con la tramitación del expediente de suspensión de pagos (con cita de la de 12 de mayo de 1994 según la cual la acción del 1597 CC no es sustituida de la del contratista sino que se sobrepone a la misma para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueno de la obra, anadiendo que incluso en los procesos contra el suspenso pueden los acreedores seguir el proceso declarativo así como continuar los ya iniciados pues la paralización de acciones individuales sólo se produce en su fase de ejecución conforme al art. 9,4 LSP).
La STS de 29 de mayo de 2006 que también mantiene la compatibilidad de ejercicio de la acción en los supuestos de quiebra del contratista, si bien limitado a la obra realizada y por los créditos debidos por ésta, debiendo acudir al proceso universal si existe más reclamación y se han agotado las cantidades debidas por el dueno o comitente al contratista.
La STS de 27 de julio de 2000 que, aún obiter dicta, afirma que la situación concursal en la que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del art. 1597 CC.
CUARTO.- La entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, según la cual no se reconocen otros privilegios que los reconocidos por la propia ley concursal (o las leyes especiales que expresamente los establezcan en sede concursal) provocó que la cuestión se replanteara por la doctrina y por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (ya argumentando sobre la naturaleza jurídica de la acción, ya calificando la acción como privilegio o como privilegio impropio no reconocido por la Ley Concursal) así como por la doctrina, entendiendo autores como NUNEZ LAGOS que nada ha modificado la nueva LC y que conforme a él la acción del art. 1597 CC es directa y no queda afectada por la declaración de concurso del contratista; otros como Abelardo distinguen el ejercicio de la acción anterior al concurso con pago también anterior, que extinguió el crédito del contratista, del supuesto en que a la fecha de declaración del concurso aún no se hubiera pagado la cantidad reclamada en

ejercicio de la acción directa -antes o después de la declaración del concurso-; y otros como Amadeo entienden que no puede afirmarse que la acción directa sea independiente del procedimiento concursal y que se escape de los efectos del mismo, proponiendo este autor que el crédito del titular de la acción no formaría parte de la masa pasiva del concurso sino que tendría la consideración de un crédito contra la masa que debe pagarse conforme al artículo 154 de la Ley Concursal.

El planteamiento de la cuestión, a efectos de determinación del Juzgado competente para conocer de la acción directa ejercitada en juicio declarativo (que es el limitado ámbito de la apelación que aquí nos ocupa), tiene relevancia en cuanto quienes consideran que la acción directa puede ejercitarse por el subcontratista acreedor del contratista concursado con total independencia de la situación concursal del contratista principal admiten la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de dicha reclamación, en tanto que quienes entienden que la acción directa comporta una situación de privilegio crediticio que no admite la vigente Ley Concursal y que se trata de una acción que afecta al patrimonio del concursado conforme a lo establecido en el art. 8 de la Ley Concursal (tanto en lo relativo a la formación de la masa pasiva como de la masa activa) sostienen que, una vez declarado el concurso, la competencia para conocer del litigio en el que se pretenda el ejercicio de esta acción es competencia del Juzgado de lo Mercantil que tenga competencia para conocer del concurso del contratista.

La cuestión así planteada, referida únicamente a la determinación de la competencia para conocer de procesos declarativos en los que se pretenda por la subcontratisa el ejercicio de la acción del art. 1597 del CC contra el dueno de la obra deudor del contratista concursado (sin entrar en la cuestión relativa a la competencia para conocer de la ejecución de las sentencias dictadas, en su caso, por los Juzgados de Primera Instancia -en procesos incoados antes o después de la declaración del concurso-), ha sido resuelta por las distintas Audiencias Provinciales de modo totalmente dispar:

En general se admite por la totalidad de las resoluciones examinadas la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer de las acciones del art. 1597 del CC ejercitadas judicialmente antes de la fecha de declaración del concurso. Si la fecha del requerimiento extrajudicial de pago hecho por el subcontratista al dueno de la obra es anterior a la declaración del concurso y la formulación de la demanda tiene lugar con posterioridad a tal fecha, para algunas sentencias también será competente el Juez de Primera Instancia, pero para otras la competencia ha de atribuirse, en tal caso, al Juez del concurso siendo exigible para excluir su competencia que se haya ejercitado judicialmente la acción antes de la declaración del concurso.

Un sector de la jurisprudencia examinada entiende que incluso cuando la demanda se ha formulado después de la fecha de declaración del concurso la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia, sin que se vea afectado el ejercicio de la acción del subcontratista contra el dueno de la obra por el hecho de haberse declarado el concurso del contratista principal. De éstas, algunas comprenden supuestos en los que se formuló reclamación extrajudicial anterior al concurso (como el Auto de la AP de Ciudad Real de 30 de junio de 2010, la SAP (2a) de Burgos de 31 de marzo de 2011) y otras no establecen distinción por este supuesto como la SAP (3a) de Granada de 30 de septiembre de 2009, el AAP (18a) de Madrid de 6 de mayo de 2010, la S.A.P. (3a) de Granada de 21 de mayo de 2010, la S.A.P.(4a) de Granada de 26 de noviembre de 2010, el AAP (14a) de Madrid de 15 de octubre de 2010, el AAP (28a) de 15 de octubre de 2010, el AAP (28a) de Madrid de 17 de septiembre de 2010, el AAP (28a) de Madrid de 15 de octubre de 2010, la SAP (3a) de Granada de 21 de mayo de 2010, el AAP (18o) de Madrid de 6 de mayo de 2010 (aunque se refiere a una demanda formulada y registrada antes de declararse el concurso e indica expresamente la posibilidad de que el Juez del concurso reclame el asunto en aplicación del art. 51 de la Ley Concursal, por lo que parece ha de adscribirse a la posición que atribuye el conocimiento al Juez del concurso cuando la demanda se formula en fecha posterior a la de su declaración), el AAP (3a) de Castellón de 23 de diciembre de 2009 (aunque tampoco sea un supuesto significativo ya que la razón del mantenimiento de la competencia del Juzgado de 1a Instancia es la negativa de la Audiencia a plantearse de oficio la competencia en la segunda instancia, cuando no se había planteado en la primera instancia), la SAP (1a) de Soria de 6 de noviembre de 2009, la SAP (3a) de Granada de 30 de septiembre de 2009, el AAP (4a) de Granada de 18 de septiembre de 2009 y la SAP (5a) de Las Palmas de 28 de enero de 2008 (que insiste en el argumento de que el concursado no ha sido demandado en el proceso).

El otro gran sector de la jurisprudencia examinada sobre el supuesto de demandas formuladas después de la fecha de declaración del concurso entiende que la competencia corresponde al Juez del concurso, incluso aunque el concursado no haya sido demandado. Así las conclusiones del IV Congreso de Magistrados Especialistas en asuntos competencia de los Juzgados de lo Mercantil, el AAP (7a) Valencia de 23 de febrero de 2009, la SAP (7a) de Valencia de 9 de abril de 2010, la SAP (5a) de Vizcaya de 11 de junio de 2010, la SAP (7a) de Valencia de 7 de febrero de 2011, el AAP de Madrid (11a), la SAP (4a) de Zaragoza de 28 de diciembre de 2010, la SAP (1a) de Toledo de 1 de marzo de 2011, el AAP (18) de Madrid de 20 de septiembre de 2010 -aunque entiende que si se hizo reclamación extrajudicial anterior la competencia es del Juzgado de 1a Instancia-, el AAP (11a) de Valencia de 28 de julio de 2010, la SAP (5a de la AP de Vizcaya de 11 de junio de 2010), el AAP (12) de Madrid de 19 de mayo de 2010, la SAP (3a) de Granada de 9 de julio de 2010, la SAP (15a) de Barcelona de 2 de marzo de 2006, la SAP (5a) de Vizcaya de 11 de junio de 2010, el AAP (12a) de Madrid de 19 de mayo de 2010, la SAP (7a) de Valencia de 9 de abril de 2010, la SAP (4a) de Valencia de 28 de diciembre de 2010, el AAP (14a) de Barcelona 28 de septiembre de 2009, el AAP (7a) de Valencia de 23 de febrero de 2009, el AAP (7a) de Valencia de 24 de abril de 2009, y la SAP (1a) de Oviedo de 14 de febrero de 2008, entre otros.

No se entra en general por la jurisprudencia examinada (y no es objeto tampoco de este auto) en la cuestión relativa a si es posible la ejecución singular de las sentencias dictadas por los Jueces de Primera Instancia con independencia del concurso y a si, en consecuencia, la competencia para conocer de las ejecuciones de dichas sentencias ha de atribuirse al Juez del concurso o al Juez de Primera Instancia.

Pueden senalarse como resoluciones muy motivadas de la posición que acoge la competencia del Juzgado de Primera Instancia las SSAP (3a) de Granada de 30 de septiembre de 2009 y 21 de mayo de 2010, así como las

resoluciones de la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, con competencia en asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil; y como resoluciones ampliamente motivadas de la posición que atribuye la competencia al Juez del concurso el AAP (11a) de Madrid de 11 de marzo de 2011 (supuesto en el que además existió reclamación extrajudicial anterior a la formulación de la demanda del subcontratista), la SAP (4a) de Zaragoza de 28 de diciembre de 2010, la SAP (3a) de Granada de 1 de julio de 2010 (que parece así cambiar su doctrina anterior), el AAP (14a) de 28 de septiembre de 2009 de Barcelona (en un supuesto en el que existió reclamación extrajudicial previa y no se había acreditado siquiera la fecha de declaración del concurso) así como las resoluciones de la sección 15a de la Audiencia Provincial de Madrid, con competencia en asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil.

QUINTO.- Entiende esta Sala de apelación que son dos las razones que han provocado este cambio de posicionamiento de los Tribunales respecto al tratamiento que la acción del art. 1597 del CC recibe en la nueva Ley Concursal frente al que recibía en la legislación sobre insolvencias anterior a la misma, entendiendo que el subcontratista no puede una vez declarado el concurso ejercer la acción contra el dueno de la obra sino que debe insinuar su crédito en el concurso y someterse a la clasificación de su crédito en igualdad de condiciones que el resto de los acreedores: 1) la poda de privilegios que la Ley Concursal ha supuesto y que se expone con claridad y carácter general en la exposición de motivos así como en el artículo 89,2 de la Ley Concursal que establece taxativamente que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley"; 2) la atribución por el art. 8 de la Ley Concursal al Juez del concurso de la competencia para conocer de las "acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", para conocer de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualesquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado" y para conocer, por último, de "toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción".

Para esta Sala es indudable la repercusión que para el patrimonio del contratista concursado conlleva la resolución de cualquier litigio en el que se haya formulado la acción del art. 1597 del C.C. por sus subcontratistas acreedores contra el dueno de la obra deudor, desde que afectará a la existencia y cuantía del crédito que habría de formar parte de su activo así como al efectivo cobro de sus créditos contra el concursado por los subcontratistas, aunque se ejercite la acción frente al dueno de la obra, como deudor del contratista. Esa repercusión patrimonial no puede cuestionarse, sea cual fuere la posición que se adopte doctrinalmente tanto respecto a la naturaleza jurídica de la acción del art. 1597 del CC, como a si el mismo reconoce un derecho propio o es una modalidad de acción subrogatoria, como a si en caso de considerarse un derecho propio el mismo precisa de la formulación de reclamación judicial o si basta por el contrario la reclamación extrajudicial, o respecto a los efectos que conlleva la formulación de tal reclamación (ya sea extrajudicial, ya judicial) en relación con la subsistencia del crédito del contratista contra el dueno de la obra (en particular si comporta un efecto similar al embargo, inmovilizando el crédito de modo que desde ese momento el dueno de la obra sólo se liberará de la obligación pagando al subcontratista, salvo resolución judicial en contra, o si supone la extinción del derecho del contratista desde el mismo momento de la reclamación, con las consecuencias que ello comportaría para la formación de la masa activa y de la masa pasiva del patrimonio del contratista principal concursado, que se han calificado por algunas resoluciones judiciales como de privilegio y que indudablemente supondrían una evidente preferencia para el cobro por parte del subcontratista del concursado).

Y si bien puede discutirse la consideración como privilegio o preferencia de cobro de la acción reconocida por el artículo 1597 del CC a los efectos del art. 89,2 de la LC, lo que es indudable es que la resolución que se dicte en estos procesos afecta clara y sustancialmente al patrimonio del concursado (por más que no sea parte en el proceso), así como al interés de la masa de acreedores en la conservación del derecho de crédito de la contratista concursada como activo que permita el pago de todos los créditos conforme a la par conditio creditorum.

Entiende la Sala que el hecho de que el artículo 8 de la Ley Concursal atribuya al Juez del concurso de modo exclusivo y excluyente el conocimiento de las "acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", sin limitarlas a las acciones que se dirijan contra el propio concursado, obliga a concluir sin lugar a duda alguna que también es competente para conocer las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra terceras personas y que afecten al patrimonio del concursado (como sucede en relación con el ejercicio de las acciones del art. 1597 del CC), siendo irrelevante a estos efectos de mera atribución de la competencia el que se haya formulado o no reclamación extrajudicial anterior a la declaración del concurso (cuestión que en su caso habrá de examinarse al entrar en el fondo del asunto) sino que la competencia la determina el hecho de que la reclamación judicial se haya formulado en fecha posterior a la declaración del concurso.

A mayor abundamiento no puede dejar de senalarse la conveniencia para el concurso y para la masa de acreedores de que se adopten en el seno del concurso por el Juez del mismo las resoluciones relativas a la determinación del derecho del que sea titular el contratista frente al dueno de la obra, cuya extensión y cuantía se verá afectada por las resoluciones judiciales que se dicten en los procesos en que puedan haberse ejercitado acciones del art. 1597 del CC, así como debe significarse que, una vez declarado el concurso, la atribución de la competencia al juez del concurso comportará la adopción de resoluciones con doctrina uniforme e igual para todas las acciones ejercitadas por los subcontratistas del mismo concursado al amparo del art. 1597 del CC, evitando que ante las muy variadas posiciones que se sostienen por los distintos Juzgados y Tribunales en este punto, puedan por ejemplo unos Juzgados de 1a Instancia reconocer la preferencia para el cobro a subcontratistas del mismo contratista principal y de la misma obra y otros negar esa preferencia para el cobro del crédito en supuesto idéntico. La atribución de la competencia al Juez del concurso evita así tratos diferenciados a acreedores del mismo concursado -que pueden producirse si se considera competente para conocer de cada reclamación un juez distinto- desde que el mismo Juez, el del concurso,

deberá mantener la misma doctrina para todos los casos idénticos, salvo circunstancias que motiven un cambio de posición, so pena de incurrir en arbitrariedad.
Por último y como corolario de lo anterior, comparte la Sala la apreciación que en el auto de la sección 18a de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 2010 se hace respecto a que las demandas formuladas por los subcontratistas de la contratista concursada contra duenos de la obra en fecha anterior a la de declaración del concurso, para cuyo conocimiento indudablemente es competente el Juez de Primera Instancia (sea cual fuere la resolución que éste pueda dictar en cuanto a naturaleza jurídica, requisitos y efectos de la acción o derecho reconocidos por el art. 1597 del CC) dan lugar a procesos que se estén tramitando en primera instancia y cuya resolución puede entender el juez del concurso que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, quien podrá así acordar su acumulación al concurso de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 51 de la Ley Concursal.
SEXTO.- En el supuesto que nos ocupa, la demanda se formuló el día 19 de mayo de 2009, en fecha posterior a la del auto de declaración del concurso, dictado por el Juez de lo Mercantil el día 16 de marzo de 2009, por lo que es correcta la declaración de incompetencia objetiva que hizo el Juzgado de Primera Instancia con fundamento en que desde la declaración del concurso el competente para conocer del litigio era el Juzgado de lo Mercantil que declaró el concurso de la entidad contratista GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., siendo la entidad DICHO HARINSA OBRUM, S.L. de dicho grupo una de las sociedades declaradas en concurso (lo que no niega la demandante) y la que, contratada a su vez por el grupo SERGESA, S.A., contratista principal de una obra pública adjudicada por el INSTITUTO DE ATENCIÓN SOCIAL Y SOCIO SANITARIA (organismo autónomo local del Cabildo de Gran Canaria, demandado en este litigio junto a SERGUESA, contratista principal de la obra). ”: AAP Las Palmas (Sección 4) 20.09.2011 (Auto 131/2011; Rollo 643/2010)

AP León (Sección 2)

”FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.-Son hechos que tienen trascendencia para la resolución de la litis y cuya exposición facilita su comprensión los siguientes:
1º) La entidad mercantil LEOCASA INVERSIONES, S.A., concesionaria de la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo y de un edificio comercial y hotelero en el complejo hospitalario de la ciudad de León, en fecha 20.04.07, contrató con BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS la ejecución de las obras por un precio de 28.891.568,00 euros.
2º) En fecha 27.06.08 BEGAR subcontrata a la también mercantil NADIR SOLAR ENERGY, S.L. la ejecución de la energía solar térmica, por un precio de 106.222,71 euros mas IVA, previendo un plazo de ejecución que finalizaba el 12.12.08 y una penalización que variaba según los días de retraso (estipulación vigésima del contrato).
3º) Tras la finalización de los trabajos, en fecha 24.03.09, NADIR emitió sendas facturas (nº 931/000080 y nº 931/000081) por importes de 73.900,68 euros y 49.317,67 euros, respectivamente, pagaderas mediante pagarés a ciento cincuenta días con vencimientos el 21 y el 22 de agosto siguiente, según consta en aquéllas (documentos nº 5 y 5 bis de la demanda).
4º) En escritura pública otorgada por los Consejeros-Delegados de ambas mercantiles en fecha 25.05.09 y ante el Notario de Valladolid Sr. Cuadrado Zuloaga, LEOCASA reconoció expresamente adeudar a BEGAR, por la obra referida y por otra consistente en la construcción de cuarenta viviendas unifamiliares en Arroyomolinos (Madrid), la cantidad de 6.575.523,00 euros, y, por su parte, BEGAR reconoció adeudar a varios proveedores de las obras contratadas con LEOCASA, según listado incorporado a la escritura, la cantidad líquida de 10.527.831, 42 euros. En dicho listado aparecía el precio de los trabajos ejecutados por NADIR incluidos dentro de las deudas para con una tercera entidad, ENERPAL, S.A., vinculada a aquélla y a la que BEGAR subcontrató la ejecución de la energía solar fotovoltaica. En dicha escritura las mercantiles otorgantes acordaron resolver de mutuo acuerdo los dos contratos de ejecución de obra, así como que LEOCASA se haría cargo del pago a los proveedores incluidos en el referido listado, declarando antes extinguida por compensación la deuda que aquélla tenía para con BEGAR.
5º) En fecha 16.06.09 y como consecuencia del impago por BEGAR de otro pagaré con vencimiento anterior, NADIR remitió un burofax a aquélla reclamándole el importe de aquellas dos facturas. No sabemos por qué, pero de la segunda se omitieron los 2.125,76 euros correspondientes a la retención.
6º) Por Auto de 25.06.09 el Juzgado de lo Mercantil de Valladolid declaró en concurso necesario a la deudora BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., concediendo a los acreedores del concursado el plazo de un mes para poner en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos. Aunque no existe prueba sobre el particular, a lo largo del procedimiento, en ningún momento NADIR ha negado encontrarse incluida como acreedora en el concurso de BEGAR, pese a así alegarlo la representación de LEOCASA.
7º) En fecha 14.04.10 la Administración Concursal de BEGAR se dirigió a BEGAR en relación a la escritura pública antes referida haciéndola ver que la compensación de deudas en ella convenida y el endoso de las certificaciones de obra en poder de aquélla a favor de LEOCASA a fin de que ésta abonara directamente a los proveedores, contravenían el principio de igualdad de trato a los acreedores que debe regir todo proceso concursal y requiriéndola para que reconociera su deuda con la concursada por importe de 6.575.523 euros, renunciara al endoso a su favor de las certificaciones de obra y facilitara una relación detallada de todas las cantidades abonadas a proveedores de BEGAR.
8º) Ejercitada acción de rescisión de las operaciones incluidas en la anterior escritura por la Administración concursal contra la concursada y LEOCASA, por sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid, de fecha 13.12.11, que no nos consta sea firme, se declaró la rescisión de las referidas operaciones.

Pues bien, en base a los hechos contenidos en los cinco primeros apartados y al impago de las facturas referidas en el apartado tercero y al amparo de los artículos 1.597 del Código Civil, que regula la acción directa de proveedores y obreros, incluidos subcontratistas, contra el dueño de la obra o comitente para conseguir el pago de los créditos que ostentan contra el contratista principal, y de los preceptos que regulan la asunción de deuda (principalmente 1203 y 1205 CC), por NADIR se formuló demanda de juicio ordinario contra LEOCASA reclamándole la cantidad de 123.218,35 euros (73.900,68 # + 49.317,67 #).
La sentencia dictada en la primera instancia, tras plantearse la viabilidad de la reclamación judicial una vez declarado el concurso de acreedores de la contratista principal, estimó la demanda al constatar que la reclamación extrajudicial fue anterior a la declaración del concurso de BEGAR y al concluir que la deuda reclamada estaba vencida y era exigible, que los defectos en la obra ejecutada por la actora y la demora en su finalización no se habían acreditado y no eran alegables por la demandada y que cuando se formuló la reclamación por NADIR a LEOCASA ésta aún era deudora de BEGAR.
Contra dicha resolución se recurre en apelación por la representación de la mercantil demandada, que considera desacertados todos y cada uno de los argumentos de la juzgadora "a quo", excepción hecha de la consideración de que si la acción del art. 1.597 CC se formula con anterioridad a la declaración del concurso, aunque sea al margen del Juzgado, resulta ajena al mismo.
SEGUNDO. -Aún cuando efectivamente la representación de la demandada, ahora recurrente, en ningún momento se planteó esta última cuestión, afectante a la competencia del Juzgado de Primera Instancia para el conocimiento de la reclamación, hemos de empezar por ella, en cuanto resulta planteable de oficio y además trascendental.
Antes de la Ley Concursal resultaba mayoritaria la doctrina que consideraba que la situación concursal en que pudiera encontrarse el contratista principal no tenía incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventilaba la acción del artículo 1597 CC, al considerarse que el derecho consagrado en este precepto confiere una situación de privilegio, frente a otros acreedores, al que pone en la obra ajustada alzadamente su trabajo o materiales.
Tras la entrada en vigor de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, la influencia del procedimiento concursal en el juicio en el que se ejercita la acción directa del art. 1597 CC después de la declaración del concurso es determinante. Como señala la SAP de Barcelona de 11.04.11, que recoge la de la misma Audiencia de 02.03.06, citada en la recurrida, "No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez producida la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal... " En la misma línea, SAP Toledo, Sec. 1ª, de 02.12.11 y SAP Valencia, Sec. 7ª, de 02.12.11.
No encontrando argumentos serios para permitir las reclamaciones judiciales al margen del concurso por el solo hecho de que una de las acciones ejercitadas, basada en una posible asunción de deuda, ni siquiera tratada en la resolución recurrida, pudiera ejercitarse al margen del mismo ni porque a su declaración haya precedido alguna reclamación extrajudicial, pues, a efectos de la competencia objetiva, carece de relevancia la fecha de esta última reclamación, teniéndola exclusivamente la de la interposición de la demanda. Como pone de manifiesto la última de las resoluciones citadas, respecto a la eficacia de los requerimientos de pago de carácter extrajudicial previos a la interposición de la demanda regulada en el art. 1597 CC, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de mayo de 2008, nos ha dicho que el requerimiento notarial dirigido al propietario de la obra es una intimación pero no una verdadera reclamación.
Postura jurisprudencial que ha tenido plasmación legal expresa con ocasión de la reforma operada de la Ley Concursal por Ley 38/2011, de 10 de octubre, que en el artículo 50 añadió el siguiente párrafo: "Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo", que prevé el necesario archivo de todo lo actuado y la carencia de valor de las actuaciones que se hubieren practicado.
A tenor del nº 1 de dicho precepto, que mantiene la redacción originaria, "Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite la demanda -como ya indicamos-, se ordenaría el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
Por otra parte, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil reguladoras de la competencia objetiva son de ius cogens, no pudiendo ser alteradas por las partes ni por el Juzgado, disponiendo así el artículo 48 que "La falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto" y que "Cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia o en trámite de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, dictará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda".
En consecuencia y puesto que la demanda que dio ocasión al procedimiento de que dimana el presente recurso se planteó cuando el concurso de BEGAR ya estaba declarado, debió ser inadmitida a trámite por falta de competencia objetiva de los juzgados de primera instancia para conocer de la reclamación, dado que la misma debe integrarse dentro del procedimiento concursal, debiendo por ello, en este momento procesal, declarar la nulidad de todas las actuaciones practicadas, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar

las reclamaciones correspondientes en el Juzgado de lo Mercantil de Valladolid. ":SAP León (Sección 2) 25.06.2012 (Sentencia 273/2012; Rollo 59/2012)

"SEGUNDO.-Aún cuando la representación de la demandada, ahora recurrente, en ningún momento se planteó la cuestión, afectante a la competencia del Juzgado de Primera Instancia para el conocimiento de la reclamación, hemos de empezar por ella, en cuanto resulta planteable de oficio y además trascendental.
Antes de la Ley Concursal resultaba mayoritaria la doctrina que consideraba que la situación concursal en que pudiera encontrarse el contratista principal no tenía incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventilaba la acción del artículo 1597 CC, al considerarse que el derecho consagrado en este precepto confiere una situación de privilegio, frente a otros acreedores, al que pone en la obra ajustada alzadamente su trabajo o materiales.
Tras la entrada en vigor de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, la influencia del procedimiento concursal en el juicio en el que se ejercita la acción directa del art. 1597 CC después de la declaración del concurso es determinante. Como señala la SAP de Barcelona de 11.04.11, que recoge la de la misma Audiencia de 02.03.06, citada en la recurrida, "No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez producida la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal... " En la misma línea, SAP Toledo, Sec. 1ª, de 02.12.11 y SAP Valencia, Sec. 7ª, de 02.12.11.
No encontrando argumentos serios para permitir las reclamaciones judiciales al margen del concurso por el solo hecho de que una de las acciones ejercitadas, basada en una posible asunción de deuda, ni siquiera tratada en la resolución recurrida, pudiera ejercitarse al margen del mismo ni porque a su declaración haya precedido alguna reclamación extrajudicial, pues, a efectos de la competencia objetiva, carece de relevancia la fecha de esta última reclamación, teniéndola exclusivamente la de la interposición de la demanda. Como pone de manifiesto la última de las resoluciones citadas, respecto a la eficacia de los requerimientos de pago de carácter extrajudicial previos a la interposición de la demanda regulada en el art. 1597 CC, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de mayo de 2008, nos ha dicho que el requerimiento notarial dirigido al propietario de la obra es una intimación pero no una verdadera reclamación.
Postura jurisprudencial que ha tenido plasmación legal expresa con ocasión de la reforma operada de la Ley Concursal por Ley 38/2011, de 10 de octubre, que en el artículo 50 añadió el siguiente párrafo: "Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo", que prevé el necesario archivo de todo lo actuado y la carencia de valor de las actuaciones que se hubieren practicado.
A tenor del nº 1 de dicho precepto, que mantiene la redacción originaria, "Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite la demanda -como ya indicamos-, se ordenaría el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
Por otra parte, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil reguladoras de la competencia objetiva son de ius cogens, no pudiendo ser alteradas por las partes ni por el Juzgado, disponiendo así el artículo 48 que "La falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto" y que "Cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia o en trámite de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, dictará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda".
En consecuencia y puesto que la demanda que dio ocasión al procedimiento de que dimana el presente recurso se planteó cuando el concurso de BEGAR ya estaba declarado, debió ser inadmitida a trámite por falta de competencia objetiva de los juzgados de primera instancia para conocer de la reclamación, dado que la misma debe integrarse dentro del procedimiento concursal, debiendo por ello, en este momento procesal, declarar la nulidad de todas las actuaciones practicadas, pues el hecho alegado de que se haya aprobado judicialmente el convenio de acreedores en el concurso de BEGAR, no puede servir para convalidar o subsanar la competencia del Juzgado de Primera Instancia, inexistente cuando se plantea la demanda, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las reclamaciones correspondientes en el Juzgado de lo Mercantil de Valladolid. ":SAP León (Sección 2) 15.03.2013 (Sentencia 106/2013; Rollo 558/2011)

AP Valencia

"PRIMERO.- La representación procesal de Membrives Gandía S.L. formuló demanda de juicio ordinario contra METROVACESA, sobre reclamación de cantidad, en ejercicio de la acción del art. 1597 del Código Civil, alegando que había firmado el día 31 de marzo de 2006 contrato como subcontratista, con el fin de desarrollar las labores de pintura de la obra denominada 116 viviendas en "El Puig-2ª fase", con la mercantil Grupo Erre Ingeniería 2003 S.A., habiéndose realizado el trabajo y quedando por satisfacer la cantidad de 58.038,30 €, que eran objeto de reclamación y que el promotor de la mencionada obra era la demandada METROVACESA., habiendo dirigido reclamaciones extrajudiciales, tanto contra la demandada como contra Grupo Erre Ingeniería

2003 S.A.

La demanda origen de este procedimiento fue interpuesta en fecha 21 de diciembre de 2007, habiendo sido la mercantil Grupo Erre Ingeniería 2003 S.A. declarada en concurso necesario ordinario por auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Valencia de fecha 27 de noviembre de 2007.

Por el Juzgado de Primera Instancia Nº 22 de Valencia, al que fue repartida la demanda origen de este procedimiento, se acordó, mediante providencia de 16 de junio de 2008, oír al Ministerio Fiscal y a las partes para que se pronunciaren sobre la posible falta de competencia objetiva, habiéndose informado por el primero que, de conformidad con los dispuesto en el art. 86.ter 1º.1 LOPJ, debían remitirse las actuaciones al Decanato de lo Mercantil de Valencia.

Por auto de 18 de julio de 2008 el mencionado Juzgado acordó la inhibición a favor de los Juzgados de lo Mercantil de Valencia.

SEGUNDO.- El auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia Nº 22 es recurrido en apelación por la representación de la parte actora, alegando que ejercita una acción directa contra el dueño de la obra al amparo del art. 1597 del Código Civil, invocando razonamientos contenidos en la SAP Barcelona Sección 15 de 2 de marzo de 2006, sustancialmente que el mencionado precepto confiere una situación privilegiada al deudor, al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador.

La recurrida se opone al recurso alegando, con base en lo razonado en la misma sentencia, en relación son las situaciones planteadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, pues la declaración de concurso fue anterior a la presentación de la demanda, y la acción directa del art. 1597 del Código Civil es una acción directa que debe ceder ente la especialidad de de la situación concursal, tal y como sucede en este procedimiento y entiende que cualquier cuestión que afecte, directa o indirectamente, a la masa concursal o al patrimonio de la entidad concursada, deberá ser objeto del correspondiente incidente dentro del procedimiento de concurso de acreedores.

TERCERO.- La parte recurrente ha omitido parte de la doctrina pues solamente expone la aplicable antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal cuando la situación de insolvencia provisional y definitiva se regía por las instituciones de la suspensión de pagos y quiebras, en las que si resultaba aplicable la doctrina expuesta de la que era exponente la sentencia del TS de 9 de mayo de 1989 que declaraba que: “La situación concursal en que puede encontrarse la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventila la acción del artículo 1597 del C.C.”; sin embargo, en su fundamento cuarto se contiene la doctrina que si resulta aplicable al estar declarado el concurso de acreedores antes de que se ejercitara la acción directa del articulo 1597 del C.C.. y existir un marco jurídico que difiere sustancialmente del anterior. Así, la sentencia de AP de Barcelona que examina la acción del artículo 1597 del C.C., declara en su fundamento tercero lo siguiente:

TERCERO.- La operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en las SSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000 EDJ2000/68636, señalando ésta: "La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo - o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir - en el que se ventila la acción del artículo 1597." Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan las SSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2005 EDJ2005/110833 o 2 de noviembre de 2004 EDJ2004/199982, Asturias de 2 de junio de 2005 EDJ2005/74384 y 26 de octubre de 2004 EDJ2004/168080, o la 1 de octubre de 2001 de la Audiencia Provincial de Navarra, el derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil EDL1889/1 no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.

Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentan que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía del artículo 1597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que la ley otorga, uniéndose el artículo 1597 del Código Civil EDL1889/1 a otros muchos preceptos de leyes especiales que han conferido tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la par conditio creditorum. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.

Sin embargo, la sentencia invocada por la parte recurrente también analiza la influencia del procedimiento concursal en el juicio en el que se ejercita la acción directa del artículo 1597 del C.C. bajo el prisma de la vigente Ley Concursal de 9 de julio de 2003 y las conclusiones son muy diferentes, pues en estos casos en que la acción del articulo 1597 del C.C. se ejercita después de la declaración del concurso, como acontece en este caso, la competencia objetiva corresponde al Juez del concurso por aplicación del artículo 8 que establece bajo la rubrica de: “Juez del Concurso, que son competentes para conocer del concurso los Jueces de lo Mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias, epígrafe 1º: “Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que

se refiere el titulo I del libro IV de la ley de Enjuiciamiento Civil", por lo que es innegable que con independencia de que no sea parte en el procedimiento la concursada, su patrimonio, en calidad de contratista principal que se concreta en los derechos derivados del contrato de ejecución, como son las retenciones por garantía, se verán afectadas produciendo una incidencia directa en el Concurso en cuyo activo esta computado el crédito que ostenta contra Metrovacesa y en su pasivo el crédito que ostenta la subcontratista. La sentencia citada, al analizar la acción del 1597 del C.C. bajo la influencia de la Ley Concursal y de la existencia de un concurso necesario declarado con anterioridad establece:

CUARTO.- Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal (LC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, que sería la aplicable al caso que nos ocupa, pues XXX fue declarada en concurso con fecha 27 de octubre de ese año, habiendo sido requerida XXX para que pagara directamente a XXX el día 13. Es precisamente la operatividad de la LC lo que esgrimen los administradores concursales, pretendiendo una reinterpretación de la doctrina anterior ante los nuevos principios que la nueva ley ha consagrado, procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003.

Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.

Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características.

Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."

No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32 de la LHN, redactada por la d.C. 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constitutitas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la Lc, en relación con el artículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho se separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva "sin más excepciones que las establecidas en la leyes", es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en los artículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76 : la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc.) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC.

Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.

Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, la competencia objetiva para el conocimiento de este procedimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil, por lo que debemos confirmar el auto de 18 de julio de 2008, sin embargo, debemos acordar por aplicación del articulo 50 de la Ley Concursal que no procede la remisión del procedimiento al Juez del concurso, sino que debe archivarse todo lo actuado, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el juez del concurso.": SAP Valencia (sección 7) 23.02.2009

"PRIMERO La representación procesal de Membrives Gandía S.L. formuló demanda de juicio ordinario contra Oncisa Grupo Inmobiliario de la Corporación Empresarial Once, reclamando el pago de 7.857,51 ? al amparo del artículo 1597 del Código Civil.

Sustentaba su pretensión en que había firmado el día 10 de julio de 2006 un contrato, como subcontratista, con la mercantil ERRE Ingeniería 2003 SA para desarrollar las labores de pintura en la obra denominada "20

viviendas unifamiliares adosadas en Bétera. Concluido el trabajo satisfactoriamente, se le dejó de abonar la suma de 3.979,07 ?, correspondientes a parte de la factura total y a la cantidad retenida, correspondiente al 5% del total facturado.
Como el Grupo ERRE no le ha pagado, ahora dirige su reclamación contra el promotor de la obra, Oncisa, al amparo delartículo 1597 del Código Civil citado.
La demanda origen de este procedimiento ha sido formulada el día 21 de diciembre de 2007, y la mercantil Grupo Erre Ingeniería 2003 S.A. ha sido declarada en concurso necesario ordinario porAuto dictado por el Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Valencia de fecha 27 de noviembre de 2007.
La sentencia de instancia, entrando a conocer sobre el fondo del asunto, desestima la demanda, resolución contra la que se alza la parte actora, instando su revocación.
Ahora bien, esta Sala, tras analizar las actuaciones practicadas en la primera instancia así como las alegaciones formuladas por las partes, y dada la resolución dictada en el Rollo de Apelación 864-08, de 23 de febrero del año en curso, en demanda formulada por Membrives Gandía S.L. contra Metrovacesa, por una obra cuyo contrato para efectuar las labores de pintura también contrató con el Grupo ERRE Ingeniería 2003, SA, al considerar que la competencia para conocer de la presente demanda correspondía al juzgado de la mercantil, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por 10 días a los efectos de decretar la nulidad de todo lo actuado.
La representación procesal de ONCISA S.L., por escrito de 8 de abril de 2009, manifestó que consideraba competentes a los tribunales civiles para conocer de la reclamación, no siendo procedente su remisión a los juzgados de lo Mercantil.
El Ministerio Fiscal, por escrito de 8 de abril de 2009 también consideró que el juzgado de primera instancia era el competente para conocer de la reclamación.
SEGUNDO Esta Sala, siguiendo el criterio establecido con anterioridad, en elAuto dictado el 23 de febrero de 2009, en el Rollo de Apelación 864/08, considera que no es competente para conocer de la presente reclamación, pues la misma correspondería al Juzgado de Mercantil número 2 de esta Ciudad, en el Concurso de Acreedores del Grupo ERRE Ingeniería 2003 S.A. reproduciendo lo dicho en la resolución citada.
"El auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia Nº 22 es recurrido en apelación por la representación de la parte actora, alegando que ejercita una acción directa contra el dueño de la obra al amparo delart. 1597 del Código Civil, invocando razonamientos contenidos en laSAP Barcelona Sección 15 de 2 de marzo de 2006, sustancialmente que el mencionado precepto confiere una situación privilegiada al deudor, al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador.
La recurrida se opone al recurso alegando, con base en lo razonado en la misma sentencia, en relación son las situaciones planteadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, pues la declaración de concurso fue anterior a la presentación de la demanda, y la acción directa delart. 1597 del Código Civil es una acción directa que debe ceder ente la especialidad de la situación concursal, tal y como sucede en este procedimiento y entiende que cualquier cuestión que afecte, directa o indirectamente, a la masa concursal o al patrimonio de la entidad concursada, deberá ser objeto del correspondiente incidente dentro del procedimiento de concurso de acreedores.
TERCERO La parte recurrente ha omitido parte de la doctrina pues solamente expone la aplicable antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal cuando la situación de insolvencia provisional y definitiva se regía por las instituciones de la suspensión de pagos y quiebras, en las que si resultaba aplicable la doctrina expuesta de la que era exponente lasentencia del TS de 9 de mayo de 1989 que declaraba que: "La situación concursal en que puede encontrarse la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventila la acción delartículo 1597 del C.C."; sin embargo, en su fundamento cuarto se contiene la doctrina que sí resulta aplicable al estar declarado el concurso de acreedores antes de que se ejercitara la acción directa delarticulo 1597 del C.C. y existir un marco jurídico que difiere sustancialmente del anterior. Así, la sentencia de AP de Barcelona que examina la acción delartículo 1597 del C.C., declara en su fundamento tercero lo siguiente:
[TERCERO.- La operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en lasSSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000 EDJ2000/68636 señalando ésta: "La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo - o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir - en el que se ventila la acción delartículo 1597." Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan lasSSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2005 EDJ2005/110833 o 2 de noviembre de 2004 EDJ2004/199982, Asturias de 2 de junio de 2005 EDJ2005/74384 y 26 de octubre de 2004 EDJ2004/168080, o la 1 de octubre de 2001 de la Audiencia Provincial de Navarra, el derecho establecido en elartículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.
Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentan que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía delartículo 1597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que la ley otorga, uniéndose elartículo 1597 del Código Civil a otros muchos preceptos de leyes especiales que han conferido

tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la par conditio creditorum. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.]

Sin embargo, la sentencia invocada por la parte recurrente también analiza la influencia del procedimiento concursal en el juicio en el que se ejercita la acción directa delartículo 1597 del C.C. bajo el prisma de la vigenteLey Concursal de 9 de julio de 2003 y las conclusiones son muy diferentes, pues en estos casos en que la acción delarticulo 1597 del C.C. se ejercita después de la declaración del concurso, como acontece en este caso, la competencia objetiva corresponde al Juez del concurso por aplicación delartículo 8 que establece bajo la rubrica de: "Juez del Concurso, que son competentes para conocer del concurso los Jueces de lo Mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias, epígrafe 1º: "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el titulo I del libro IV de la ley de Enjuiciamiento Civil", por lo que es innegable que con independencia de que no sea parte en el procedimiento la concursada, su patrimonio, en calidad de contratista principal que se concreta en los derechos derivados del contrato de ejecución, como son las retenciones por garantía, se verán afectadas produciendo una incidencia directa en el Concurso en cuyo activo esta computado el crédito que ostenta contra Metrovacesa y en su pasivo el crédito que ostenta la subcontratista. La sentencia citada, al analizar la acción del 1597 del C.C. bajo la influencia de la Ley Concursal y de la existencia de un concurso necesario declarado con anterioridad establece:

[CUARTO.- Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigenteLey Concursal (LC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, que sería la aplicable al caso que nos ocupa, pues XXX fue declarada en concurso con fecha 27 de octubre de ese año, habiendo sido requerida XXX para que pagara directamente a XXX el día 13. Es precisamente la operatividad de la LC lo que esgrimen los administradores concursales, pretendiendo una reinterpretación de la doctrina anterior ante los nuevos principios que la nueva ley ha consagrado, procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003.

Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principio de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.

Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características.

Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama elartículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según elartículo 49, determinando al efecto elartículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."

No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32 de laLHN, redactada por la D.F 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constitutitas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la Lc, en relación con elartículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho de separación delartículo 80; en segundo lugar, elartículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva "sin más excepciones que las establecidas en la leyes", es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en losartículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionadosartículos 49 y 76 : la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc.) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC.

Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.]
Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, la competencia objetiva para el conocimiento de este procedimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil, por lo que debemos confirmar elauto de 18 de julio de 2008, sin embargo, debemos acordar por aplicación delarticulo 50 de la Ley Concursal que no procede la remisión del procedimiento al Juez del concurso, sino que debe archivarse todo lo actuado, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el juez del concurso.
Aplicando la doctrina trascrita al supuesto analizado en el presente recurso estimamos que el conocimiento de esta reclamación no corresponde a los juzgados civiles ordinarios, por tanto, no corresponde al Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta Ciudad ni a esta Sala, sino que, corresponde a los juzgados de lo mercantil, en concreto, al que conoce del concurso de acreedores de la mercantil Grup ERRE Grupo ERRE Ingeniería 2003, S.A., por ello al amparo delartículo 48.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede decretar la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda.": AAP Valencia (Sección 7) 24.04.2009 (JUR 2010/120303; Auto 79/2009; Rollo 158/2009)

"PRIMERO.-La representación procesal de Bullona S.L. formuló demanda de juicio ordinario contra Infraestructuras Bomako S.L. sobre reclamación de cantidad, en ejercicio de la acción del art. 1597 del Código Civil, alegando que había firmado el día 13-6-2007 contrato como subcontratista con Llanera Construcciones Obras y Proyectos S.L. con el fin de desarrollar obras consistentes en el suministro y montaje de pérgolas en una obra propiedad de la demandada.
La demanda origen de este procedimiento fue interpuesta en fecha 5-11-2007 habiendo sido la mercantil Llanera Construcciones Obras y Proyectos S.L. declarada en concurso por auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Valencia de fecha 2 de octubre de 2007. La actora dirigió a Llanera carta certificada reclamando el importe de su deuda en fecha 2 de octubre, que fue recibida en fecha 11 de octubre.
Por el Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Xátiva, al que fue repartida la demanda origen de este procedimiento, se siguieron todas las actuaciones necesarias dictándose sentencia en fecha 17-2-2009 que desestimó la demandad y fue apelada por la demandante.
Recibidas las actuaciones en esta sección se acordó, mediante providencia de 21-12-2009, oír al Ministerio Fiscal y a las partes para que se pronunciaren sobre la posible falta de competencia objetiva, habiéndose informado por el primero y por la demandada su conformidad con la competencia del juzgado de lo mercantil para conocer del asunto, no compartiendo en cambio este criterio la actora.
SEGUNDO.-Como ya dijo esta Sección en Sentencia nº 44/2009 de 23-2-2009 dictada en RAC 864/2009 y en Auto nº 252/2009 de fecha 26 de noviembre de 2009 dictado en RAC 733/2009, siguiendo la postura de la SAP Barcelona Sección 15 de 2 de marzo de 2006, bajo el prisma de la vigente Ley Concursal de 9 de julio de 2003 cuando la acción del artículo 1597 del C.C. se ejercita después de la declaración del concurso, como acontece en este caso, es competencia objetiva del Juez del concurso por aplicación del artículo 8 que establece bajo la rúbrica de "Juez del Concurso" establece que son competentes para conocer del concurso los Jueces de lo Mercantil, y que "La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias, epígrafe 1º: "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la ley de Enjuiciamiento Civil".
Por ello es innegable que con independencia de que no sea parte en el procedimiento la concursada, su patrimonio, en calidad de contratista principal que se concreta en los derechos derivados del contrato de ejecución, como son las retenciones por garantía, se verán afectadas produciendo una incidencia directa en el Concurso en cuyo activo esta computado el crédito que ostenta contra Bomako S.L. y en su pasivo el crédito que ostenta la subcontratista. La sentencia de la AP de Barcelona citada, al analizar la acción del 1597 del C.C. bajo la influencia de la Ley Concursal y de la existencia de un concurso necesario declarado con anterioridad establece:
CUARTO.-Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal (LC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, que sería la aplicable al caso que nos ocupa, pues XXX fue declarada en concurso con fecha 27 de octubre de ese año, habiendo sido requerida XXX para que pagara directamente a XXX el día 13. Es precisamente la operatividad de la LC lo que esgrimen los administradores concursales, pretendiendo una reinterpretación de la doctrina anterior ante los nuevos principios que la nueva ley ha consagrado, procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003.
Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.
Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse,

unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características.
Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."
Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.
Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, la competencia objetiva para el conocimiento de este procedimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil, por lo que debemos declarar conforme al art. 238.1º de LOPJ y art. 225.1º. de la LEC declarar la nulidad de todo el procedimiento al haberse tramitado con falta de competencia objetiva por el juez de priemra instancia en lugar de por el juez de lo mercantil. ":SAP Valencia (Sección 7) 09.04.2010 (Sentencia 186/2010; Rollo 690/2009)

"PRIMERO.- En este procedimiento se dictó auto en el que se declaró la falta de competencia objetiva de ese Juzgado para conocer de la demanda promovida. Ante esta resolución por la representación de la parte actora se formulo recurso de apelación, alegando en síntesis: 1º) la Sentencia incurre en error al basar su decisión en el auto dictado por la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 23 de febrero de 2009, con el nº 44/2009 en base a que a diferencia de este proceso cuando se presentó la demanda la mercantil demandada había sido declarada en concurso necesario, mientras que en este caso la acción ha sido ejercitada con antelación a la declaración del concurso, en virtud de la reclamación de 5 de junio de 2009; 2º) la entidad concursada no es parte en este procedimiento por cuanto la acción únicamente se dirige contra la entidad propietaria de las obras; 3º) siendo una cuestión discutida en la Jurisprudencia invocada, la mas reciente, lo resuelve declarando la autonomía de la acción directa, consintiendo el ejercicio separado a pesar de haberse declarado el concurso de la contratista siempre que la acción extrajudicial se haya llevado a cabo antes de la declaración del concurso.
SEGUNDO.- El exámen del primer motivo del recurso debe atender a los siguientes antecedentes fácticos:
1º) La mercantil actora interpuso demanda, el 6 de noviembre de 2009, ejercitando la acción directa prevista en el articulo 1597 del C.C., reclamando al Instituto Valenciano de la Vivienda en su calidad de propietario de la obra por la suma de 49.633,72 #., y que nacía de su condición de subcontratista de la mercantil Begar Construcciones y Contratas, S.A., y por la cuantía que aquella le adeudaba por la subcontrata.
2º) La mercantil Begar Construcciones y Contratas S.A., fue declarada en concurso de acreedores con fecha de 26 de junio de 2009, publicado en el B.O.E. de 10 de julio de 2009 (f. 38).
3º) Con fecha de 3 de junio de 2009 la actora presentó escrito reclamando a la demandada el pago de la deuda pendiente, en la suma ante sindicada (f. 5), que fue contestado por este ultimo en el sentido de recabarle mas documentación (f. 25 y 26).
Con estos antecedentes el Juez a quo concluyo aplicando la doctrina de que "el procedimiento concursal debe atraer las pretensiones de la totalidad de los acreedores del concursado, de modo que no queden fuera del mismo los supuestos de acción directa como la que nos ocupa...". Frente a ello, en este primer motivo del recurso el recurrente alegó que: la Sentencia incurre en error al basar su decisión en el auto dictado por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, de fecha 23 de febrero de 2009, con el nº 44/2009, en base a que a diferencia de este proceso cuando se presento la demanda la mercantil demandada había sido declarada en concurso necesario, mientras que en este caso la acción ha sido ejercitada con antelación a la declaración del concurso, en virtud de la reclamación de 5 de junio de 2009.
Analizada la cuestión entiende esta Sala que el recurrente ha diferido el objeto litigioso, por cuanto el objeto del auto es la falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia, no entra a dilucidar la prevalencia o no del crédito de la subcontratista ni siquiera, si la acción directa debe prevalecer o no concediendo a su titular un privilegio frente al resto de los acreedores del concursado o no, y es en ese campo donde se circunscribe la el auto de al la Audiencia de Barcelona, Sección 15, de 2 de marzo de 2003, (también citado en el auto recurrido), pues en esa resolución la cuestión fáctica de la que partía no era la resolución de la competencia, sino de que "... No existiendo auténtica controversia en los hechos básicos, la discusión planteada es estrictamente jurídica, una discusión técnica motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa del artículo 1597 del Código Civil EDL 1889/1 contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva. Cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder, ya que, o se mantiene la eficacia del artículo 1597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso y el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la par conditio creditorum....". Por otro lado, como se expone en el fundamento de derecho segundo de la citada resolución, se hace remision al auto dictado por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, de fecha 23 de febrero de 2009, con el nº 44/2009 tenido en cuenta por el Juez a quo, en el que si resolviendo una cuestión semejante a la planteada en

este recurso, resolvió que "... una vez declarado el concurso cualquier acreedor esta obligado a integrarse en la masa pasiva y estar a resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo, los casos excepcionales que la Ley lo permita...". Ello implica necesariamente la desestimación de este motivo por cuanto la acción se ejercitó una vez el deudor había sido declarado en concurso, conclusión a la que se llega si ponemos en relación la fecha de interposición de la demanda y la de la declaración concursal, pues solamente cuando se interpone la demanda surge la litispendencia y es ese momento al que debe diferirse la determinación de la competencia objetiva, (articulo 410 de la LEC.), ya que a estos efectos concluye la Sala que la previa reclamación extrajudicial, no atendida por el demandado, carece de transcendencia para determinar la competencia objetiva, por cuanto aquella viene delimitada por la accion que se ejercita ante los Juzgados (artículos 85 y 86 ter. de la LOPJ), sin que la Ley procesal prevea supuestos en los que el ejercicio extraprocesal de la acción tenga trascendencia en la competencia de los Tribunales y sin olvidar que a diferencia de supuesto de hecho contemplado en la Sentencia de la AP de Barcelona, en el enjuiciado el demandado al contestar la reclamación extrajudicial no aceptó la existencia de la deuda, ni su cuantía.
TERCERO.- Los motivos segundo y tercero se han sustentado en que: la entidad concursada no es parte en este procedimiento por cuanto la acción únicamente se dirige contra la entidad propietaria de las obras. Y en que siendo una cuestión discutida en la Jurisprudencia, la invocada, la mas reciente, lo resuelve declarando la autonomía de la acción directa consintiendo el ejercicio separado a pesar de haberse declarado el concurso de la contratista siempre que la acción extrajudicial se haya llevado a cabo antes de la declaración del concurso.
Este motivo se sostiene en calificar la acción directa como una acción independiente de las relaciones generadas entre subcontrarista-contratista-dueño de la obra, pero no tiene en consideración que la declaración de incompetencia nace de que la relación jurídica se establece a tres bandas: entre el subcontratista que tiene un crédito frente al contratista concursado; entre el contratista que ostenta un crédito frente al dueño de la obra, que forma parte de su masa activa; y la que nace por el ejercicio de la acción directa del articulo 1597 de la C.C. que confiere un crédito al subcontratista frente al dueño de la obra; estas relaciones implican que el deudor del concursado va a obtener el cobro de su crédito con preferencia a los demás deudores y a su vez el pago va a detraer de la masa activa del concursado el crédito que éste ostentaba frente al dueño de la obra. Evidentemente en estos antecedentes es donde radica la fundamentación de la competencia del Juez de lo Mercantil que tramita el concurso del contratista, atendiendo a que la Ley Concursal ha recogido el principio de universalidad (artículo 76) y ha establecido que todos los acreedores del deudor se integran en la masa pasiva, articulo 49. Por ultimo, sostiene esta Sala que a los efectos de determinar la competencia del Juez de primera Instancia la reclamación extrajudicial tendría trascendencia si el demandado hubiera aceptado la existencia de la deuda y lo único que se discutiese fuera la concurrencia de los presupuestos de la acción directa. Pero, en el supuesto enjuiciado en el auto recurrido no puede aceptarse que se haya producido ese desplazamiento patrimonial que tenga trascendencia jurídica a efectos de la delimitación de la competencia objetiva que permita el ejercicio autónomo de la acción directa del artículo 1597 del C.C., pues aquel no acontece si la demandada al contestar a esa reclamación el 8 de junio de 2009 (f. 25 y 26), negó la cuantía de la deuda reclamada al impugnar las facturas y los albaranes que justifican documentalmente aquella, y por tanto sin que pueda hablarse de que se ha producido un desplazamiento de la deuda del contratista al subcontratante (dueño de la obra). Y por consecuencia, la aplicación del artículo 86 ter. de la LOPJ., determina que la competencia para el conocimiento de esta demanda recaiga en el Juez de lo Mercantil que esta conociendo del concurso del contratista y no en el Juez de Primera Instancia, lo que implica desestimar el recurso. “:AAP Valencia (Secciòn11) 28.07.2010 (Auto 204/2010; Rollo 379/2010)

AP Vizcaya

“PRIMERO.-La primera de las cuestiones que debe solventar esta Sala a medio del recurso interpuesto por la representación de la demandada Inmobiliaria Basaldi S.L. lo es la de la falta de competencia objetiva o no del juzgado de primera instancia que ha conocido de esta litis ya que sostiene la apelante, como primer motivo de su recurso y ante la desestimación que se ha dado de declinatoria que propuso en su momento procesal oportuno, que esta competencia es de los Juzgados de lo Mercantil.
Es de reseñar que la demanda se dirige frente a esta apelante como dueño de la obra y con sustento en el artículo 1597 del Código Civil y que la contratista Construcciones Graisu S.L.*[no demandada]*, que a su vez subcontrató con las actoras los trabajos cuyo importe se reclama, fue declarada en situación de concurso necesario por Auto de 23 de septiembre de 2008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao en el procedimiento nº 453/08, esto es, antes de la interposición de la demanda que aquí nos ocupa, la que lo fue el 14 de noviembre de 2008.
Pues bien, esta Sala, que no ignora que existen posiciones contrapuestas en la doctrina de las Audiencias Provinciales afirmándose, así por ejemplo en SAP de Granada de 30 de septiembre de 2009, por citar entre las más recientes que la situación concursal en la que se pueda encontrar la empresa contratista no es impedimento al subcontratista para ejercer frente al promotor la acción del artículo 1597 del Código Civil, entiende que la acción directa del artículo 1597 del Código Civil es una acción que debe ceder ante la especialidad de la situación concursal mediando un procedimiento sujeto a la Ley 22/2003 de 9 de julio, ya que el crédito de la deudora a la contratista concursada se integra en el activo del concurso y como se razona en SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 2009, aun cuando este precepto no ha sido expresamente derogado por la Ley Concursal la posibilidad de ejecución separada contra la masa activa del concurso se aviene mal con el principio de universalidad proclamado en artículo 76 de la Ley Concursal y choca con la expresa prohibición establecida en artículo 89.2 del mismo texto de no admitir más privilegios o preferencias contra la masa activa que los reconocidos en la propia ley.
También anterior SAP de Barcelona de 2 marzo 2006, señala que la Ley Concursal obliga a todo acreedor una vez que se ha producido la declaración en concurso de su deudor a integrarse en la masa pasiva y estar a las

resultas del proceso concursal; que no existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal minorando así las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso; por lo cual el artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal. Esta sentencia expresa en sus Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto, que aquí reproducimos por su interés:

" TERCERO.-La operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en las SSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000, señalando ésta: "La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo -o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir -en el que se ventila la acción del artículo 1597." Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan las SSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2005 o 2 de noviembre de 2004, Asturias de 2 de junio de 2005 y 26 de octubre de 2004,

o la 1 de octubre de 2001 de la Audiencia Provincial de Navarra, el derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.

Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentan que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía del artículo 1597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que la ley otorga, uniéndose el artículo 1597 del Código Civil a otros muchos preceptos de leyes especiales que han conferido tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la par conditio creditorum. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.

CUARTO.-Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal (LC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, que sería la aplicable al caso que nos ocupa..... Es precisamente la operatividad de la LC lo que esgrimen los administradores concursales, pretendiendo una reinterpretación de la doctrina anterior ante los nuevos principios que la nueva ley ha consagrado, procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003.

Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.

Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características.

Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."

No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32 de la LHN, redactada por la D.F 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constitutivas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF

18ª de la Lc, en relación con el artículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho se separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva "sin más excepciones que las establecidas en la leyes", es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en los artículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76 : la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC.
Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita ".
Pronunciándose en idéntico sentido también AA Valencia de 23 de febrero de 2009.
Resultando en consonancia con lo expuesto -y añadiendo a las alegaciones de la parte apelada que en este caso no tiene relevancia alguna, a efectos de competencia objetiva, la fecha en que se requirió al dueño de la obra pues la misma se decide en razón de la acción ejercitada en relación con la fecha de interposición de la demanda como ha señalado reiterada Jurisprudencia (SS. de 20 de julio de 1994, 23 de abril de 1998, 21 de mayo y 7 de junio de 2002, entre otras) -la competencia del juez del concurso (artículo 8.1 Ley Concursal) ha de archivarse todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se han practicado, previniendo las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso (artículo 50 de la Ley Concursal) ":SAP Vizcaya (Sección 5) 11.06.2010 (Sentencia 295/2010; Rollo 56/2010)

AP Madrid (Sección 9)

"SEGUNDO.- El auto apelado accedió al requerimiento de inhibición formulado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, inhibiéndose del conocimiento del asunto y acordando el archivo de los autos, haciendo saber a la parte actora que podrá comparecer ante dicho Juzgado para hacer uso de su derecho. En la demanda se ejercitaba por Ruiz Moraza Servicios, SL (subcontratista) la acción directa delartículo 1.597 del Código civil contra El Corte Inglés, SA (dueño de la obra), siendo la contratista Grupo Dico Obras y Construcciones, SA, sociedad que fue declarada en concurso de acreedores por el citado Juzgado de lo Mercantil por auto de 9 de marzo de 2009.
El auto apelado se remite a la fundamentación delauto de 30 de noviembre de 2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, en el que se declara competente para conocer de las demandas en que se ejercitase la acción directa delartículo 1.597 del Código civil por subcontratista acreedor de la concursada contra dueño de la obra deudor de la concursada siempre que hayan sido presentadas después de la declaración de concurso; si fueran anteriores a esa declaración, será competente el Juzgado de Primera Instancia para conocer de la reclamación, debiendo seguirse el proceso hasta que recaiga sentencia firme. En el caso de autos, la demanda se presentó el 23 de marzo de 2009 (después de la declaración de concurso, que es de 9 de marzo de 2009), de ahí que el Juzgado de lo Mercantil se considerase competente.
La apelante Ruiz Moraza Servicios, SL sostiene en su recurso, en esencia, que es competente el Juzgado de Primera Instancia porque la acción directa se ejercitó antes de la declaración de concurso al haberse dirigido reclamación extrajudicial contra Grupo Dico Obras y Construcciones, SA el 13 de febrero de 2009, antes de la declaración de concurso (09.03.2009).
TERCERO.- La cuestión sometida a decisión no ha sido resuelta expresamente por el legislador, no obstante lo cual ha de indicarse como punto de partida, siguiendo lasentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16, de 9 de septiembre de 2009 (ROJ: SAP B 9302/2009), Recurso: 709/2008, que "esta posibilidad de ejecución separada contra la masa activa del concurso, que constituye un evidente privilegio, se aviene mal con el principio de universalidad de la masa activa proclamado enart. 76 de la Ley Concursal y choca con la expresa prohibición establecida enart. 89.2 del mismo texto de no admitir más privilegios o preferencias contra la masa activa que los reconocidos en la propia ley". Desde el momento en que se produce la declaración de concurso, todos los acreedores quedan sujetos a la regulación propia de dicha institución, sin más privilegios que los reconocidos en la propia ley concursal(artículos 49, 76 y 89.2 de la Ley Concursal).
No obstante, el punto central del debate reside en determinar si la acción directa puede considerarse ejercitada de forma extrajudicial, en cuyo caso la competencia correspondería al Juzgado de Primera Instancia por ser ese requerimiento anterior a la declaración de concurso, o si la acción directa sólo se ejercita con la presentación de la demanda, supuesto en que sería posterior a la declaración de concurso, siendo entonces competente el Juzgado de lo Mercantil. Aunque se cita en esta materia la doctrina tradicional del Tribunal Supremo, esta doctrina es anterior a la vigencia de la Ley Concursal(Ley 22/2003, de 9 de julio) y a los principios que la misma consagra.
Si, como se ha dicho, sólo cabe admitir los privilegios establecidos en la Ley Concursal, habrá que concluir que sólo cuando la acción directa delartículo 1.597 del Código civil se haya ejercitado antes de la declaración de concurso será viable que conozca de la misma el Juzgado de Primera Instancia. Hablar del ejercicio de una acción equivale a la formulación de una pretensión ante un órgano judicial, sin que la mera reclamación extrajudicial pueda calificarse como ejercicio de una acción, de ahí que deba entenderse que si a la fecha de declaración del concurso (9 de marzo de 2009) no se había presentado la demanda en ejercicio de la acción directa mencionada, como así es (se presentó el 23 de marzo de 2009), la competencia corresponde al Juzgado de lo Mercantil, y por ello es correcta la decisión de la juzgadora de instancia de acordar el archivo del proceso, a tenor delartículo 50.1 de la Ley Concursal. En consecuencia, procede desestimar el recurso.": AAP Madrid (Sección 9) 11.03.2011 (JUR 2011/168431; Auto 337/2010; Rollo 814/2009)

AP Madrid (Sección 10)

“PRIMERO.-Se recurre la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 87 de Madrid, en fecha 1 de febrero del 2010 en la cual se acordó el archivo de las actuaciones y tener por acumulado el presente procedimiento al que se sigue por el juzgado nº 6 de lo Mercantil de Madrid con el nº 381/2008 al que se remiten las presentes actuaciones.
SEGUNDO.-Por la representación de Aislamiento del Norte Rodríguez y Santamaría Sociedad limitada, se presentó recurso de apelación en relación a la auto anteriormente expresado,entendiendo que sí la resolución judicial entiende y acepta un requerimiento que dirige el juzgado de lo mercantil en virtud del artículo 51 de la ley 22/2003 de nueve de julio, y acuerda la acumulación de los procesos seguidos en primera instancia respecto de los cuales el juez estime que su resolución tiene una trascendencia para la formación de inventario o la lista de acreedores, el recurrente entiende que no es ajustada a derecho por qué no es un proceso que se entabla contra el deudor principal o concursal grupo Dico, sino contra un tercero que no esta en su estación de concurso denominado Tiendas de Conveniencia y por tanto excluye la aplicación del citado precepto establece jugado de primera instancia, porque aquí lo que se ejercita es una acción del subcontratista ante el propietario de la obra por insolvencia del contratista principal de forma autónoma y solidaria y por tanto la cuestión simplemente es determinar si la acción planteada por la actora frente a la propietaria que no están concurso cede ante la fuerza atractiva del concurso de acreedores del contratista principal o si por el contrario la expresa su contratista está legitimada para dirigirse directamente contra el dueño de la obra aun el supuesto de que el contratista se halla sometido a una situación de concurso y entiende que la jurisprudencia resuelve a favor del subcontratista incluso con se declara el concurso de acreedores del contratista principal, la reclamación que se efectúa a la propietaria de las obras tiene lugar antes de declararse el concurso mediante reclamación de fecha 11 de marzo del 2009 y el concurso se declara el día 16 de marzo del 2009 y hubo un requerimiento extrajudicial y fehaciente con anterioridad al concurso e igualmente se interpuso la demanda en fecha 23 de marzo del 2009 antes incluso de que fuera posible conocer la declaración que se publicó de un auto de fecha tres de abril de 2009 y por tanto antes se hace un requerimiento de la declaración concursal y un desplazamiento de crédito a favor del subcontratista y puede contra el dueño de la obra y contratista principal dirigirse,y el auto y el criterio no es ajustada a derecho y no tiene ninguna operatividad y que la actora formule una demanda después de la declaración de concurso ya hay una reclamación extrajudicial fehaciente en fecha 11 de marzo, antes de este concurso alegando deferentes resoluciones al respecto en concreto un auto del juez de primera instancia 54 y se hace por el régimen de solidaridad y se reclama ante el concurso y solamente se insinúan los créditos, y es evidente el abono en cualquiera de sus procedimiento implica la pérdida del objeto del otro y por tanto no es definitivo y se trata de evitar un anterior y potencial perjuicio por ello si no se realiza en tiempo y forma la comunicación de los créditos tendrían carácter subordinados y de difícil cobro y la comunicación de la insinuación del crédito en el procedimiento concursal no implica solamente un cobro contra el concursado que fuera incompatible con el procedimiento de autos, sino que beneficia a ambas partes y comunicar un crédito no implica verse privado de derechos reclamar un trabajo de quien se lucra de ellos y mantiene cantidades en su poder y tienen su poder las cantidades con la certeza de hacer frente a la reclamación de los subcontratista y retienen cantidad en vez de abonarlas y al mismo tiempo considera incompetente al juez de primera instancia y la situación de declaración de concurso no da lugar para la incompetencia del juez de primera instancia, ni existe litispendencia, ni se vulnera el principio de igualdad de crédito cuando además se ha hecho pago algún otro subcontratista en concretos al grupo Guerrero y otros Sociedad limitada.
TERCERO.-Centrado en los anteriores términos el recurso de apelación La cuestión que debe examinar esta Sala es la relativa a la falta de jurisdicción que opone al declarado en concurso de acreedores. Este motivo debe ser desestimado pues es competencia exclusiva de los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (art. 86 ter 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.1º de la Ley Concursal) careciendo, por tanto, de competencia objetiva el Juzgado de 1ª Instancia. No existe ninguna duda al respecto de que la acción aquí ejercitada, es necesario tener en cuenta que la presente demanda tiene entrada el día 23 de marzo del 2009 el concurso se declara con fecha anterior en concreto en fecha y mediante auto del juzgado de lo mercantil 6 de Madrid en fecha 16 de marzo del 2009 y por ello en auto de fecha 30 de noviembre el juzgado acuerda declarar la competencia objetiva sobre las demanda presentada con posterioridad a la declaración de concurso.
No tiene relevancia alguna, a efectos de competencia objetiva, la fecha en que se requirió al dueño de la obra pues la misma se decide en razón de la acción ejercitada en relación con la fecha de interposición de la demanda como ha señalado reiterada Jurisprudencia (S. 18-3-89, 31-10-90, 20-7-94, 23-4-98, 21-5-02, 7-6-02, etc.), y la fecha que debe tenerse en cuenta no es la de un requerimiento como la parte recurrente manifiesta se efectúa con fecha 11 de marzo del 2009 o una reclamación extrajudicial fehaciente sino la fecha de la interposición de la demanda que como anteriormente se expone es de fecha 23 de marzo del 2009.
En base a ello y teniendo en cuenta las circunstancias anteriormente expresadas, el auto recurrido está plenamente ajustado a derecho por acceder a lo solicitado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, el cual atendiendo a las fechas expresadas tiene competencia prevalente.”: AAP Madrid (Sección 10) 30.09.2010 (Auto 235/2010; Rollo 334/2010)

“PRIMERO Se recurre laresolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Majadahonda, en fecha 15 de abril de 2010 es lo cual se apreció la falta de competencia del juzgado para conocer de la demanda entendiendo que la competencia objetiva era el juzgado de lo mercantil y encargado del concurso de Didecon S.A. por lo que dio lugar al archivo de las actuaciones para remitir a las partes que usen de su derecho ante el juzgado de lo mercantil que lleva el concurso.

SEGUNDO Por en la parte recurrente manifiesta que no está conforme dado que esta ejercitando una acción directa frente a la entidad Gescisa por lo que la competencia viene determinada por la ley de enjuiciamiento civil (RCL 2000, 34, 962) y por el domicilio de la demandada y la parte actora y la parte demandada ninguna de ellas se encuentra en concurso y por tanto debe entenderse la competencia del juzgado ordinario y el asunto no se ha demandado al constructor sino al promotor y no rige el fuero atrayente del concurso porque la parte demandada no es la concursada ni parte en el procedimiento y la sentencia que manifiestan la resolución no le es de aplicación y es una acción directa y la competencia es del juez del domicilio en concreto el juzgado de Majadahonda y si no hubiese sido la acción directa sino acumulada si hubiera dado lugar a lo expuestos en la resolución pero hay una diferencia fundamental y existe igualmente una infracción alartículo por 28 de la ley 1/2000 (RCL 2000, 34 y RCL 2001, 1892) donde se establece que la falta de competencia la apreciará en cuanto la entienda el tribunal oyendo a las partes y al Ministerio Fiscal, por tanto debía de ser oído las partes y el ministerio fiscal y resolver por el auto y se ha omitido el trámite de la audiencia a las partes y el propio ministerio público y ello le la causado indefensión.

TERCERO Centrado en los anteriores términos el recurso de apelación es importante, establecen los propios términos objetivos de la demanda donde la situación de las partes esta plenamente acreditada la parte actora contrato o le contrataron por la empresa Dideconsa para realizar y ejecutar unas instalaciones que fontanería y calefacción y esta le debe una cantidad de dinero del trabajo que ésta realizó tanto de materiales como mano de obra en la obra de la entidad propiedad de Gescisa, que a su vez había contratado directamente con la anterior mencionada, y razón de que la entidad Gescisa promociones inmobiliarias incumplió sus obligaciones de pago con la suspensa y otorgó una escritura de reconocimiento de deudas y compromiso de pago aplazado por determinada cantidad y manifestando que así costaba en la memoria del concurso, igualmente manifiesta la propia demanda que había formulado reclamación previa y ésta le había manifestado a dicho requerimiento que había abonado puntualmente todas las certificaciones a la concursada que era contradicho con lo expuesto en la memoria de la demandada del concurso antes citada y por tanto ha necesitado acreditar que la hoy demandada había incumplido sus pagos con la concursada.

Todo el planteamiento anteriormente expuesto en el propio escrito de demanda implica que ya de por sí que ha de desestimarse el motivo del recurso de apelación puesto que manifiesta que no es parte, pero se ejecuta una acción directa y manifiesta que no tiene relación por ello, cuando de la propia lectura unida a la propia fundamentación jurídica de la resolución se invoca el contenido delartículo 1597 del código civil (LEG 1889, 27) es decir de la acción que tienen el que pone trabajos materiales en una obra, y la acción contra el dueño de ella hasta la cantidad que es deudor de aquel cuando se le hace la reclamación y manifiesta que cuando tiene conocimiento de la demandada de la deuda a la concursada por un saldo superior al reclamado es cuando ejercita la acción, e igualmente manifiesta que se encuentra personado en el concurso de la entidad Dideconsa, y manifiesta que ha realizado y adquirido material y trabajo en unas viviendas que la propia demandada ya ha enajenado en parte a terceros teniendo un enriquecimiento ilícito a costa de la parte actora.

la doctrina aplicable antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal cuando la situación de insolvencia provisional y definitiva se regía por las instituciones de la suspensión de pagos y quiebras, en las que si resultaba aplicable la doctrina de la que era exponente lasentencia del TS de 9 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3678) que declaraba que: "La situación concursal en que puede encontrarse la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventila la acción delartículo 1597 del C.C.

La operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia había venido reconociendo de forma mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en lasSSTS de 9 de mayo de 1989 y27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179), señalando ésta: "La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo - o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir - en el que se ventila la acción delartículo 1597." Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan lasSSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2005 (JUR 2005, 181602), o2 de noviembre de 2004 (AC 2005, 38),Asturias de 2 de junio de 2005 (JUR 2005, 137402) y26 de octubre de 2004 (JUR 2004, 291522), ola 1 de octubre de 2001 de la Audiencia Provincial de Navarra (AC 2002, 482), el derecho establecido en elartículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.

Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentaban que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía delartículo 1597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que la ley otorga, uniéndose elartículo 1597 del Código Civil a otros muchos preceptos de leyes especiales que han conferido tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la par conditio creditorum. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.

Sin embargo, l. bajo el prisma de la vigenteLey Concursal de 9 de julio de 2003 y las conclusiones son muy diferentes, pues en estos casos en que la acción delartículo 1597 del C.C. se ejercita después de la declaración del concurso, como acontece en este caso, la competencia objetiva corresponde al Juez del

concurso por aplicación delartículo 8 que establece bajo la rúbrica de: "Juez del Concurso, que son competentes para conocer del concurso los Jueces de lo Mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias, epígrafe 1º: "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la ley de Enjuiciamiento Civil ", por lo que es innegable que con independencia de que no sea parte en el procedimiento la concursada, su patrimonio, en calidad de contratista principal que se concreta en los derechos derivados del contrato de ejecución, como son las retenciones por garantía, se verán afectadas produciendo una incidencia directa en el Concurso en cuyo activo está computado el crédito que ostenta y se basa procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003.
Ciertamente, la LEC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.
Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama elartículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según elartículo 49, determinando al efecto elartículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."
Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.
Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, la competencia objetiva para el conocimiento de este procedimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil, por lo que debemos confirmar la resolución recurrida por estar ésta ajustada a derecho.”: SAP Madrid (Sección 10) 02.02.2011 (Sentencia 74/2011; Rollo 524/2010)

AP Madrid (Sección 11)

“PRIMERO - Son hechos básicos para la resolución de este recurso, los siguientes:
El 23 de Marzo de 2.009, tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de esta capital, demanda de juicio verbal formulada por el procurador Don Miguel Torres Álvarez, en representación de la mercantil AISLAMIENTOS DEL NORTE RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA, S.L., contra HIPERCOR, S.A., en reclamación de 1.594,20 euros, ejercitando la acción establecida a favor del subcontratista en elartículo 1.597 del Código Civil, acreditando que la demandada fue requerida de pago mediante burofax, el 11 de Marzo de 2.009.
Por el procurador Don César Berlanga Torres, en representación de HIPERCOR, S.A., se formuló declinatoria de jurisdicción, al estar inmersa la contratista GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. en elprocedimiento concursal 381/2.008 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de esta capital, en el cual se dictó auto el 16 de Marzo de 2.009, por el que se declaraba a dicha mercantil en situación de concurso necesario, declinatoria a la que se opuso la demandante.
El 17 de Noviembre de 2.009, el Juzgado dictó auto por el que desestimaba la declinatoria de jurisdicción, resolución que fue recurrida en reposición por el procurador Don César Berlanga Torres, en representación de HIPERCOR, S.A., recurso que fue admitido a trámite por providencia de 11 de Diciembre del mismo año e impugnado por AISLAMIENTOS DEL NORTE RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA, S.L. (…)
TERCERO Dicho lo anterior y entrando en el examen de la cuestión litigiosa, la misma se circunscribe en determinar si, en la actual normativa, la acción directa que elartículo 1.597 del Código Civil, concede al subcontratista, frente al dueño de la obra, puede ejercitarse en los casos en que el contratista es declarado en concurso de acreedores.
Como dice laSTS. de 2 de Julio de 1.997, que elartículo 1.597 del Código Civil, "prevé un caso de acción directa de los que ponen su trabajo y materiales en una obra, objeto de contrato de obra por precio alzado, frente al comitente o dueño de la obra, hasta la cantidad que éste deba al contratista; por tanto, habiendo una relación jurídica entre el dueño de la obra y el contratista y otra distinta entre éste y "los que ponen su trabajo y materiales", según dicción de dichoart. 1597, se le concede a éstos acción directa contra el primero, constituyendo una excepción al principio de relatividad del contrato que proclama elart. 1257 CC; así lo expresa la S 29 octubre 1987. La acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito. Es un eficaz medio de protección del crédito y, tal como dice la S 29 abril 1991, una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor". En el mismo sentido se pronuncia laSTS. de 16 de Marzo de 1.998 que indica que "elartículo 1597 del Código Civil otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra. No se trata precisamente de acción sustitutiva, sino

directa, que excepciona al principio de la relatividad de los contratos proclamado en elartículo 1257 del Código Civil (SS. de 29-10-1987,15-3-1990,29-4-1991,22-12-1992,12-5-1994 y2-7-1997), operando dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista". Esta doctrina sigue vigente siendo buena prueba de ello laSTS. de 19 de Abril de 2.004, cuando dice que "elartículo 1597 otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra y no se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de relatividad de los contratos proclamado por elartículo 1257 del Código Civil ". Por último hemos de referirnos a laSTS. de 7 de Octubre de 2.008, que delimita el alcance de la acción directa delart. 1.597 del Código Civil, cuando frente a la postura de que el precepto en cuestión evita toda concurrencia de acreedores y dota al que lo ejercita de un mejor derecho frente a sus pretensiones, dice: "Esta tesis no es admisible, pues tal privilegio no lo establece el precepto, sólo se limita a la concesión a los que ponen su trabajo y materiales en la obra ajustada alzadamente por el contratista de una acción directa contra el comitente, y no aparece como una excepción a lo dispuesto en elart. 1.925 del Código Civil, que dice que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier clase, o por cualquiera otro título "no comprendidos en los artículos anteriores". El crédito de los que ponen su trabajo y materiales en la obra son créditos refaccionarios, que tienen el privilegio reconocido en losnúmeros 3º y 5º del art. 1.923 C.c. No aparece del texto delart. 1.597 nada que contradiga alart. 1.925, sino que consagra una excepción al principio de relatividad del contrato(art. 1.257 C.c.), en que por razones de justicia y para evitar enriquecimientos injustos, se aplica la regla o aforismo "el deudor de mi deudor es también mi deudor". Nada que ver con la materia de privilegios crediticios. Por lo tanto, el precepto no impide una concurrencia de acreedores, que habrá de ventilarse entre los mismos".
Antes de la entrada en vigor de la actual Ley Concursal, no existían problemas insuperables para la coexistencia de la citada acción con la suspensión de pagos o la quiebra. Ahora bien, en el actual marco normativo, es difícil mantener la situación anterior, solo viable cuando la acción delartículo 1.597 del Código Civil, se ha iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, pues en otro caso, es de plena aplicación elartículo 50.1 de la Ley Concursal que, refiriéndose a los nuevos juicios declarativos, esto es aquellos que se inician con posterioridad a la declaración del concurso, establece que los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en estaley, esto es el artículo 8, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, añadiendo que en el supuesto de haberse admitido a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
Con la normativa en vigor, tendente a excluir privilegios o preferencias que expresamente no estén reconocidos en la Ley (art. 49 en relación con elart. 89.2 de la Ley Concursal), ha de convenirse que una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor el subcontratista habrá de integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, ya que no existe ninguna norma que permite actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el contratista en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa, minorando así las posibilidades de satisfacer con ese capital a todos los acreedores concurrentes de manera proporcional una vez ha sido declarado el concurso, el crédito que el contratista concursado tiene contra el comitente principal.
Dicho lo anterior, atendiendo a las fechas del previo requerimiento extrajudicial, formulación de la demanda y auto declarando el concurso, solo resta examinar que data ha de tenerse en cuenta a los efectos del citadoartículo 50.1 de la Ley Concursal, cuestión que no es pacífica, pues mientras laSAP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006, entre otras, acepta la exclusión de la vis atractiva concursal si la acción extrajudicial o el requerimiento fehaciente se llevó a cabo antes de la declaración del concurso, siguiendo la postura recogida por lasSSTS de 30 de enero de 1974 y17 de julio de 1997, esta postura no se comparte por todas las Audiencias e incluso elTribunal Supremo ha llegado a decir en la reciente sentencia de 8 de Mayo de 2.008, que "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en elartículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario".
Considera este Tribunal, que la línea marcada por esta última sentencia, es más acorde con los criterios establecidos por la nuevaLey Concursal, así como con lo dispuesto en su Artículo 50, que se refiere, en todo momento, a la interposición de la demanda. En consecuencia, acreditado que GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., fue declarada en situación de concurso necesario porauto el 16 de Marzo de 2.009 y la demanda iniciadora de este proceso se presentó en el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, el 23 de Marzo de 2.009, ha de aplicarse al caso, lo dispuesto en el segundo párrafo de tan citadoartículo 50 de la Ley Concursal, procediendo acordar el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones practicadas en la instancia, lo que supone la desestimación del presente y recurso y la confirmación del auto apelado.”: AAP Madrid (Sección 11) 01.03.2011 (JUR 2011/142674; Auto 57/2011; Rollo 418/2010)

“TERCERO.-Debemos analizar ahora qué efecto tiene la situación concursal de la contratista CONSTRUCCIONES PEDRALBES SA, por la relevancia de esta situación en el presente procedimiento.
Como ya se ha dicho, la reclamación efectuada en la litis se enmarca dentro de las facultades que concede el art. 1597 a los subcontratistas para reclamar del dueño de las obras por el trabajo y materiales puestos en la misma y ante la situación de insolvencia del contratista principal de la misma. Sobre dicha cuestión se ha debatido de manera muy intensa tanto doctrinal como jurisprudencialmente, y la propia jurisprudencia del T.S. ha sido algo fluctuante en los casos como el presente de interposición de demanda con dicha base en caso de concurso del contratista principal.
Así la STS de 21 de mayo de 2003 indica: "Si bien es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003, que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenían "incidencia alguna

en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1957 CC " (por todas, STS 27 de julio de 2000), hoy ya no se puede mantener, bajo la actual Ley Concursal, la subsistencia de tal privilegio. Lo que era una preferencia más, que convivía con otras muchas, en una situación caótica, hoy ha dejado de tener justificación bajo la regulación concursal actual que ha puesto orden al régimen de prelación de créditos."

Ante la situación de concurso en que se encuentra, en el supuesto que nos ocupa, la contratista CONSTRUCCIONES PEDRALBES SA, de necesaria cita es la STS de 11 de diciembre de 2013, que declara:

"La cuestión planteada en la presente litis ya ha sido resuelta por esta Sala, por medio de la STS núm. 322/2013, de 21 de mayo. Se resolvió en el sentido de que la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el art. 1597 Cc, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya hecho efectivo antes de la declaración del concurso, y en aquel supuesto, igual que en el presente, se señaló que el requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción (SSTS 657/1997, de 17 de julio y núm. 300/2008, de 8 de mayo), aunque lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario.

Resulta acreditado en los autos que: la actora extrajudicialmente reclamó al dueño de la obra la cantidad de 179.623.-#, por escrito de 18 de septiembre de 2008 (recibido el 22 de septiembre); la demanda rectora del presente pleito no se interpone hasta el 2 de julio de 2009, y la declaración de concurso del contratista es de fecha 23 de septiembre de 2008.

Las razones que expusimos en la sentencia núm. 322/2013, de 21 de mayo, son aplicables al presente supuesto:

" 1. Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la "par conditio creditorum", cuya regulación en nuestra Ley Concursal 22/ 2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90 y 91) y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio.

>> 2. Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC y el de universalidad del artículo 76 LC), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 Cc), quedan afectados por la declaración de concurso.

>> Por el primero -art. 49 LC -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC).

>> Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es solidaria, dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación.

>> Pero [deberá advertir] que, por el principio de universalidad de la masa activa que consagra el art. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.

>> 3. Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, ex lege, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "...que no esté reconocido en esta Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal...

>> 4. Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".

>> Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.

>> Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho

anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.
>> Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (artículos 55 y 90 y siguientes de la LC) son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la vis atractiva del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal.
>> Por todos los razonamientos precedentes, el motivo se desestima".
En la presente litis la acción directa se ejercitó judicialmente, con fecha muy posterior a la declaración de concurso, por lo que el motivo debe desestimarse."
CUARTO.-En nuestro caso, la mercantil contratista, CONSTRUCCIONES PEDRALBES SA fue declarada en concurso mediante auto de 24 de noviembre de 2008 del Juzgado de lo Mercantil num. 6 de Barcelona, con anterioridad a la presentación de la demanda, que tuvo lugar, a tenor del sello de la Oficina de Reparto y Registro de Demandas del Decanato, el 12 de marzo de 2009, correspondiendo, conforme a lo expuesto, al Juzgado de lo Mercantil la competencia objetiva.
En aplicación de los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, tanto la subcontratista como su crédito quedan afectados por la declaración de concurso del contratista, producida con anterioridad a la presentación de la demanda, de modo que, como explica la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2013, la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el art. 1597 CC, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista. Y ello sin perjuicio de que se dirigiera requerimiento previo de pago a la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, mediante carta fechada el 31 de octubre de 2008, por cuanto que el requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción, como también declara la sentencia citada. Por consiguiente, ha de estimarse la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia num. 33 de Madrid para conocer de la demanda en la que se ejercita la acción directa contemplada en el artículo 1597 CC, a favor del Juzgado de lo Mercantil.
Se ha de significar que no es óbice a dicha conclusión la circunstancia de que la demandada omitiese plantear ante el órgano de primera instancia la falta de competencia objetiva por la vía específica destinada al efecto, cual es la declinatoria (artículos 49 y 63.1, segundo párrafo, LEC), ya que las normas atributivas de la jurisdicción y de la competencia objetiva y funcional tienen naturaleza imperativa y, por ello, la falta de competencia objetiva ha de apreciarse de oficio "tan pronto como se advierta por el tribunal que esté conociendo del asunto", aun cuando se trate del tribunal de apelación o del de casación (artículos 48, 225,1 º y 227.2 LEC). En este sentido, la SAP Barcelona, Sección 16, de 20.2.14.
Por otra parte, dicha cuestión se alegó en la audiencia previa, que se suspendió para que se aportara el auto de declaración de concurso, y tras un trámite de alegaciones, se dictó auto que declaraba la competencia de este Juzgado de Primera Instancia, que fue recurrido en reposición, denegada en la continuación de la audiencia previa, ante lo que la recurrente formuló protesta. Y como es sabido, el artículo 454 de la LEC dispone que "contra el auto que resuelva el recurso de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva". Que es, precisamente, lo que aquí se ha hecho.": SAP Madrid (Sección 11) 26.05.2014 (Sentencia 194/2014; Rollo 41/2013)

AP Madrid (Sección 12)

"PRIMERO.-La representación procesal de APLIGAMA S.L. formuló demanda de juicio ordinario contra SFERA JOVEN SA, sobre reclamación de cantidad, en ejercicio de la acción del art. 1597 del Código Civil, alegando que había ejecutado una serie de trabajos en varias obras para las que había sido subcontratada por GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A., habiéndose realizado el trabajo y quedando por satisfacer la cantidad de 33.697,20 Euros, que eran objeto de reclamación, y que el promotor de la mencionada obra era la demandada SFERA JOVEN SA.
La demanda origen de este procedimiento fue interpuesta en fecha 23 de Marzo de 2009, habiendo sido declarado GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A., en concurso necesario ordinario por Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en fecha 16 de Marzo de 2009, lo cual había sido solicitado por escrito de fecha 30/5/08.
Por auto de 9 de junio de 2009 el mencionado Juzgado desestimó la falta de jurisdicción planteada, posteriormente en fecha 21/7/09, se dicta auto por el Juzgado de Primera Instancia nº 62 de Madrid, estimando el recurso de reposición planteado y acordando la declinatoria a favor del Juzgado de lo Mercantil que tiene otorgada la competencia del Concurso.
SEGUNDO.-El auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia es recurrido en apelación por la representación procesal de la parte actora, alegando que ejercita una acción directa contra el dueño de la obra al amparo del art. 1597 del Código Civil, invocando razonamientos contenidos, entre otras, en la SAP de Barcelona Sección 15ª de 2 de marzo de 2006, como que la situación concursal no afecta al ejercicio de la acción directa, que debe tenerse en cuenta la reclamación por burofax anterior a la demanda, que no se vulnera el principio de pars conditio creditorum, dada la naturaleza solidaria de la acción ejercitada.
La doctrina que expone el recurrente es la aplicable antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal cuando la situación de insolvencia provisional y definitiva se regía por las instituciones de la suspensión de pagos y quiebras, en las que sí resultaba aplicable la doctrina expuesta de la que era exponente la sentencia del TS de 9 de mayo de 1989 que declaraba que: "La situación concursal en que puede encontrarse la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventila la acción del artículo 1597 del Código Civil ".

En el presente caso debemos tener en cuenta que existe un marco jurídico que difiere sustancialmente del anterior, al estar declarado el concurso de acreedores en fecha 16 de Marzo de 2009, esto es, antes de que se ejercitara la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en fecha 23 de Marzo de 2009, siendo la doctrina que resulta aplicable diferente igualmente.
Así, la sentencia de AP de Barcelona que examina la acción del artículo 1597 del C.C., invocada por la parte recurrente, analiza la influencia del procedimiento concursal en el juicio en el que se ejercita la acción directa del artículo 1597 del C.C. bajo el prisma de la vigente Ley Concursal de 9 de julio de 2003,y las conclusiones son muy diferentes, pues en estos casos en que la acción del artículo 1597 del C.C. se ejercita después de la declaración del concurso, como acontece en este caso, la competencia objetiva corresponde al Juez del concurso por aplicación del artículo 8 que establece bajo la rubrica de, "Juez del Concurso", que son competentes para conocer del concurso los Jueces de lo Mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias, epígrafe 1º: "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el titulo I del libro IV de la ley de Enjuiciamiento Civil".
Por lo que es innegable que con independencia de que no sea parte en el procedimiento la concursada, su patrimonio, en calidad de contratista principal que se concreta en los derechos derivados del contrato de ejecución, como son las retenciones por garantía, se verán afectadas produciendo una incidencia directa en el Concurso en cuyo activo está computado el crédito que ostenta contra SFERA JOVEN, S.A. y en su pasivo el crédito que ostenta la subcontratista.
Resulta igualmente irrelevante, a efectos de competencia objetiva, la fecha en que se requirió al dueño de la obra pues la misma se decide en razón de la acción ejercitada en relación con la fecha de interposición de la demanda, como ha señalado reiterada Jurisprudencia, (S. 18-3-89, 31-10-90, 20-7-94, 23-4-98, 21-5-02, 7-6-02, etc., y la más reciente de fecha 14-2-2008), resultando claro que la presente demanda se presentó cuando ya había sido declarada en concurso GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A.
La sentencia citada, al analizar la acción del 1597 del C.C. bajo la influencia de la Ley Concursal y de la existencia de un concurso necesario declarado con anterioridad establece:
"Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal (LC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, que sería la aplicable al caso que nos ocupa, pues XXX fue declarada en concurso con fecha 27 de octubre de ese año, habiendo sido requerida XXX para que pagara directamente a XXX, el día 13. Es precisamente la operatividad de la LC lo que esgrimen los administradores concursales, pretendiendo una reinterpretación de la doctrina anterior ante los nuevos principios que la nueva ley ha consagrado, procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003".
Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.
Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características.
Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre sí era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."
No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32 de la LHN, redactada por la DF 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constitutivas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la LC, en relación con el artículo 44 bis. 8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho se separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva "sin más excepciones que las establecidas en la leyes", es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en los artículos 55, 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él;

y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76 : la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc.) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC.
Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.
Ahora bien, consideramos irrelevante, a efectos de competencia objetiva, la fecha en que se requirió al dueño de la obra, pues la competencia se decide en razón de la acción ejercitada en relación con la fecha de interposición de la demanda como ha señalado reiterada Jurisprudencia (S. 18-3-89, 31-10-90, 20-7-94, 23-4-98, 21-5-02, 7-6-02, etc. y las más recientes de la AP Asturias, Sección 1ª, de fecha 14-2-2008 y de la AP Valencia, Sección 7ª, de 23-2-2009). Resultando claro que la presente demanda se presentó cuando ya había sido declarada en concurso GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A.
En cuanto a las resoluciones aportadas con su escrito de apelación por la recurrente la mayoría contemplan una situación distinta, cual es la declaración de concurso en fecha posterior a la demanda, razonando en sus fundamentos la conclusión contraria a la que se llegaría en caso de interposición de la demanda con posterioridad a dicha declaración.
Incluso, como bien sienta la resolución de instancia, basta una mera lectura del auto del Juzgado de lo Mercantil obrante al folio 399 de las actuaciones, para constatar la expresa referencia a este procedimiento y sus litigantes, y los efectos liberatorios para la propiedad del abono del crédito en dicho Concurso, debito que es el objeto de reclamación en este litigio.
Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, la competencia objetiva para el conocimiento de este procedimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil, por lo que debemos confirmar el auto de apelado, sin embargo, debemos acordar por aplicación del artículo 50 de la Ley Concursal que no procede la remisión del procedimiento al Juez del Concurso, sino que debe archivarse todo lo actuado, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el juez del concurso. ":AAP Madrid (Sección 12) 19.05.2010 (Auto 337/2010; Rollo 814/2009)

AP Madrid (Sección 14)

"TERCERO.-La primera cuestión planteada en el recurso de apelación por la entidad "Ploder Uicesa, S.A.", se refiere a que la competencia objetiva para conocer de la presente demanda correspondería al Juez Mercantil que lleva el concurso y no al Juzgado de Primera Instancia de orden civil, y ello porque cuando se presentó esta demanda, el concurso ya había sido declarado previamente.
El debate se produce porque, si bien es cierto que hasta no hace mucho se consideraba que la acción directa del artículo 1.597 del Código civil se entendía ejercitada con el simple requerimiento extrajudicial de pago, de forma que cuando ese requerimiento precede a la declaración de concurso, aunque la demanda sea posterior a la declaración de concurso, se entendía que la competencia correspondía al Juzgado de Primera Instancia y no al Mercantil, no es menos cierto que hay dos Sentencias del Tribunal Supremo que han dicho lo contrario y por ello debemos tener en cuenta la doctrina del Alto Tribunal que se desarrolla en esas Sentencias de 21 de mayo de 2013 y de 11 de diciembre de 2013.
La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2013 indica lo siguiente:
" SEGUNDO.- Formulación del único motivo de casación.
Se articula en los siguientes términos: " Infracción del artículo 1597 del Código Civil en relación con los arts. 21.2 y 49 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que asimismo han sido infringidos."
Denuncia la recurrente la infracción del art. 1597 del CC, en relación con los arts. 21.2 y 49 LC. Argumenta el recurrente que, en la fecha de autos, la LC no había derogado ni regulado expresamente el ejercicio de la acción del art. 1597 del CC, habiéndose infringido dicho precepto, debido a una interpretación extensiva de lavis atractiva de la LC, extendiéndola incluso a la fecha de la presentación de la demanda de concurso, en lugar de tener en cuenta la fecha del auto de declaración del concurso. Los arts. 21.2 y 49 LC regulan expresamente el momento de la producción de los efectos del concurso, y ninguno de ellos establece que tal declaración deba retrotraerse al momento de la interposición de la demanda de concurso, en base al art. 410 LEC.
TERCERO.- Cuestión preliminar: momento a partir del cual se producen los efectos de la declaración de concurso.
Cuestión preliminar que resulta necesario resolver, pese a no tener influencia en la resolución del presente motivo, es la invocación por la sentencia recurrida del art. 410 LEC, respecto del momento a partir del cual deba entenderse producidos los efectos procesales de la litispendencia. La sentencia de la Audiencia Provincial lo fija al momento de la solicitud de Concurso necesario (fundamento de Derecho segundo), invocando como supletoria la norma rituaria antes invocada.
Como acertadamente señala el recurrente no cabe acudir a la LEC como norma supletoria cuando la Ley Concursal hace referencia expresa del momento en que deben entenderse y extenderse los efectos delconcurso, que no es otro que el previsto en el art. 21.2, cuando establece: " el auto (de declaración deconcurso) producirá sus efectos inmediatos, abrirá la fase común de tramitación del concursoque comprenderá las actuaciones previstas, en los cuatro primeros títulos de esta Ley, y será ejecutivo aunque no sea firme".
Por tanto, el requerimiento extrajudicial del recurrente de 18 de octubre de 2008, recibido por su destinatario el día 22 del mismo mes y año, es anterior al auto de declaración de concurso necesario, que lleva fecha 23 de octubre de 2008.

Sin embargo, esta precisión es irrelevante al supuesto planteado en la presente litis, como examinaremos seguidamente.

CUARTO.- Razones para la desestimación del motivo.

La cuestión planteada en la presente litis ya ha sido resuelta por esta Sala, por medio de la STS núm. 322/2013, de 21 de mayo. Se resolvió en el sentido de que la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el art. 1597 Cc, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya hecho efectivo antes de la declaración del concurso, y en aquel supuesto, igual que en el presente, se señaló que el requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción (SSTS 657/1997, de 17 de julio y núm. 300/2008, de 8 de mayo), aunque lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario.

Resulta acreditado en los autos que: la actora extrajudicialmente reclamó al dueño de la obra la cantidad de 179.623.-#, por escrito de 18 de septiembre de 2008 (recibido el 22 de septiembre); la demanda rectora del presente pleito no se interpone hasta el 2 de julio de 2009, y la declaración de concurso del contratista es de fecha 23 de septiembre de 2008.

Las razones que expusimos en la sentencia núm. 322/2013, de 21 de mayo, son aplicables al presente supuesto:" 1. Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la "par conditio creditorum", cuya regulación en nuestra Ley Concursal 22/ 2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90 y 91) y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio.

" 2. Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC y el de universalidad del artículo 76 LC), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 Cc), quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L.

" Por el primero -art. 49 LC -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC).

" Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es solidaria, dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación.

" Pero [deberá advertir] que, por el principio de universalidad de la masa activa que consagra elart. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.

" 3. Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, ex lege, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "...que no esté reconocido en esta Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal...

" 4. Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".

" Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.

" Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado elconcurso del contratista.

" Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (artículos 55 y 90 y siguientes de la LC) son expresamente contemplados, y, por

consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la vis atractiva del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal.
Por todos los razonamientos precedentes, el motivo se desestima".
En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 21 de mayo de 2013, que indica lo siguiente:
"Segundo.-Único motivo de casación.
La recurrente formula el recurso de casación, único admitido, en la infracción de los artículos 1597 del Código Civil y artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Como se ha señalado en el Fundamento Jurídico PRIMERO, ODERINVER funda la reclamación en el artículo 1597 del Cc, que dice: " Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación ".
1. La acción que nace del precepto transcrito es una acción directa que tiene el subcontratista contra el dueño de la obra, con quien no contrató, y supone una excepción al principio de la relatividad de los contratos consagrado en elart. 1256 Cc. Tiene su sentido por razones de equidad y de protección al más débil, que pone trabajo o material en obra ajena, en supuestos de dificultad de cobro del contratista. Para ello es necesario que concurran los siguientes requisitos, proyectados al presente caso:
1º. Que el precio pactado en el contrato de obra entre el promotor (aquí la Fundación) y el contratista (Prosepro, S.A) fue por un tanto alzado (art. 1593 Cc), ha sido reconocido por las partes, sin ninguna dificultad.
2º. Ostenta dicha acción directa cualquier persona física o jurídica que esté vinculada con el contratista por una relación laboral o de prestación de servicios, como es, en el presente caso, PROSEPRO, en calidad de contratista, y la actora, como subcontratista.
3º Es necesaria la existencia de un crédito del subcontratista frente al contratista y de otro de éste frente al promotor, y ambos créditos deben surgir en relación a la misma obra, lo que ha sido indiscutido.
4º Los créditos a que se refieren el apartado 3º anterior deben estar vencidos y ser exigibles para que el subcontratista pueda cobrar directamente del Promotor, la FUNDACION. Con ocasión del primerrequerimiento, el 30 de enero de 2008, la FUNDACION alega que nada debía al contratista porque no había recibido provisionalmente la obra, la que recepcionó, con este carácter, el 7 de marzo de 2008, reconociendo una deuda de 115.374,76.-?. Por tanto, cuando recibió el segundo requerimiento, el 10 de marzo de 2008, la FUNDACION ya era deudora del contratista y por consiguiente el subcontratista podía ejercitar la acción directa del art. 1597 Cc.
5º El promotor puede oponer al subcontratista las excepciones que pudiera plantear al contratista, tanto por hechos anteriores o posteriores al ejercicio de la acción pero siempre en relación a la obra ejecutada (ejecución defectuosa, incumplimientos, etc), lo que efectivamente destacó la FUNDACION al contestar la demanda (Hecho Segundo).
6º La acción delart. 1597 CCes una acción directa e independiente, del subcontratista frente al promotor y no un supuesto especial de la acción subrogatoria del art. 1111 Cc. Consiste en una legitimación especial, legalmente prevista en nuestro ordenamiento jurídico, a favor del primero contra el segundo, titular de su propio crédito (SSTS nº 300/2008 de 8 de mayo y 449/2012 de 19 de junio), lo que reconoce la propia sentencia recurrida. (Fundamento de Derecho Segundo).
7º. El ejercicio de la acción no requiere, como requisito ineludible, la interposición de una demanda judicial. Sin embargo, el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción, lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario (SSTS 657/1997 de 17 de julio y 300/2008 de 8 de mayo), e impide a la promotora, la FUNDACION, realizar el pago liberatorio a un tercero, en el presente supuesto, a la Agencia Tributaria, como también destaca la sentencia recurrida.
Del mismo modo que el pago anticipado hecho por el promotor al contratista, con anterioridad a su vencimiento y exigibilidad, puede no ser liberatorio, es susceptible de generar una reclamación de daños y perjuicios, por actitud negligente del dueño de la obra, como después se contemplará.
8º. En caso de concurrencia de varios acreedores por razón de la obra realizada, que pudieran hallarse en la misma situación que el hoy actor, por la existencia de distintos subcontratistas y, atendido que todos ellos tendrían la misma naturaleza en un escenario extraconcursal, "gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad", por aplicación analógica del art. 1927.3º Cc. 9º. La acción directa del art. 1597 Cc es de carácter solidario y autoriza al subcontratista a dirigirla contra el contratista y la promotora, conjunta o aisladamente (SSTS invocadas por la recurrente, de 11 de octubre de 2002 y 31 de enero de 2005, y las que allí se citan), lo que, en el caso, ha llevado a cabo la actora contra la FUNDACION, dado que, en el momento de la interposición de la demanda, la CONTRATISTA había sido declarada en concurso de acreedores.
2. Sin embargo, pese al privilegio del contratista que puede accionar contra quien no contrató con él -el dueño de la obra, en la que puso trabajo y materiales- y que la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, lo que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención por el destinatario, como se ha señalado en el apartado 7º anterior, el requerimiento no supone el ejercicio de la acción directa del art.1597 el Cc (SSTS de 300/2008 de 8 de mayo y 657/1997 de 17 de julio). Y si bien es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003, que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenian "incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1957 CC " (por todas, STS 27 de julio de 2000), hoy ya no se puede mantener, bajo la actual Ley Concursal, la subsistencia de tal privilegio. Lo que era una preferencia más, que convivía con otras muchas, en una situación caótica, hoy ha dejado de tener justificación bajo la regulación concursal actual que ha puesto orden al régimen de prelación de créditos. Por ello, aun concurriendo todos y cada uno de los requisitos de la acción ejercitada por la recurrente en casación, sin embargo, no podemos aceptar que la vigente Ley Concursal impida confirmar, con sus propios argumentos, la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, como seguidamente se razonará.

TERCERO.- Desestimación del recurso.

1 *Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la " par conditio creditorum ", cuya regulación en nuestra Ley Concursal 22/ 2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90 y 91) y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio.*

2 *Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC y el de universalidad del artículo 76 LC), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 Cc), quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L.*

Por el primero -art. 49 LC -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC).

Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es solidaria, dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación.

Pero pronto habrá que, por el principio de universalidad de la masa activa que consagra el art. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.

1 *Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, ex lege, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual " no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley ". Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "... que no esté reconocido en esta Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal. Dicho precepto supone una cláusula de cierre del sistema de preferencias y privilegios, que están sujetos al principio de tipicidad. Sólo ella, la Ley Concursal, sanciona enérgicamente, con carácter de numerus clausus, los privilegios y preferencias, como excepciones a la igualdad de acreedores sometidos a la ley del dividendo.*

2 *Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: " Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".*

Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.

Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.

Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (artículos 55 y 90 y siguientes de la LC) son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la vis atractiva del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal."

En consecuencia, en la doctrina que recogen las sentencias anteriormente transcritas, se remite el ejercicio de la acción directa del art. 1.597 del Código civil a la fecha de interposición de la demanda, y no a la fecha de la reclamación extrajudicial realizada por el subcontratista con anterioridad a la fecha de declaración de concurso. Por tanto, el requerimiento extrajudicial es irrelevante y cuando la demanda es posterior a la declaración de concurso, la competencia objetiva es del Juzgado Mercantil. Así ocurre en el presente caso, por lo que debemos dar la razón a la parte apelante y, en consecuencia, estimar el recurso, en el sentido de declarar la falta de competencia objetiva del juzgado de Primera Instancia nº 19 de los de Madrid para conocer de la

acción directa del artículo 1.597 del Código civil formulada por la subcontratista actora "Antonio García Guillén e Hijos, S.L.", por haber sido interpuesta la demanda en un momento posterior a la fecha del auto de 1 de marzo de 2010 de declaración de concurso de la contratista principal "Ploder Uicesa, S.A.", siendo el órgano competente el Juzgado Mercantil nº 9 de Madrid.
Las resoluciones dictadas por Juez objetivamente incompetente son nulas de pleno derecho (artículo 225. nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
Por otro lado, el artículo 48 de la LEC dispone que "la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto " y que " cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia o en trámite de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda".
En el presente caso la entidad "Ploder Uicesa, S.A.", alegó la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia del orden civil, al ser competente el Juzgado de lo Mercantil, que como hemos dicho con anterioridad, procede así declararlo.": SAP Madrid (Sección 14) 28.05.2014 (Sentencia 193/2014; Rollo 183/2013)

AP Madrid (Sección 18)

"PRIMERO.- Con fundamento legal en el artº. 1597 C.c. se ejercitó por la parte actora Construcciones Metálicas Barceló S.L., mediante demanda presentada el 11 de noviembre de 2011 y admitida a trámite, tras la tramitación de una cuestión competencial iniciada de oficio, el 25 de enero de 2012 una acción personal de reclamación de cantidad en exigencia al Ministerio del Interior, Secretaría de Estado y Seguridad, Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos del la Seguridad del Estado, como dueña de la obra, la suma de 128.920,76.# en concepto de cantidades debidas por la contratista Construcciones Villegas S.L. derivadas de la ejecución de los trabajos por ella efectuados como subcontratista en la construcción de la Casa Cuartel de la Guardia Civil de Guadix según contrato de 19 de noviembre de 2010, habiendo sido la citada constructora contratista declarada en concurso de acreedores por auto de 7 de octubre de 2011 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia, autos 3351/2011.
Emplazada la Administración demandada se formuló por ésta cuestión de competencia por declinatoria entendiendo competentes al Juzgado de lo Mercantil ante el que se seguía el proceso concursal contra la entidad contratista, siendo dictado en la instancia auto por el que se estimaba su incompetencia objetiva remitiendo a la actora a usar de su derecho ante el Juzgado de lo Mercantil, e interponiéndose por ésta el recurso que es ahora objeto de consideración por esta Sala y que ha venido a plantear nuevamente ante la misma la consideración de que la acción ejercitada en su día es directa contra el dueño de la obra al amparo del art. 1597 C.c. y le confiere una situación privilegiada que no exige la interposición de una demanda sino un simple requerimiento al dueño de la obra, realizado extrajudicialmente con anterioridad a la declaración de concurso, para que retenga y pague al subcontratista lo que a su vez adeuda éste al contratista
SEGUNDO.- Planteada en tales términos la cuestión en esta alzada la misma en su generalidad, como se dijo, ya ha sido objeto pronunciamiento por esta Sala (por ejemplo en su auto de 20 de septiembre de 2010) habiéndose manifestado que su resolución "... ha de centrarse en la consideración de si la doctrina jurisprudencial sustentada en la anterior legislación concursal ha de sufrir variación con la vigente; así al amparo de la anterior era cierto que la operatividad del derecho previsto en el artº. 1597 C.c. como derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores no se veía afectada por la declaración concursal de la persona con quien contrataron puesto que la acción no se dirigía contra ella sino contra el dueño de la obra. Actualmente, sin embargo, en base a la nueva legislación concursal, una vez producida la declaración de concurso queda obligado por ella todo acreedor que por ende está también obligado a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito.
Ahora bien, tal afirmación no resuelve la cuestión planteada en esta litis, en la que la concursada no es parte, desde el momento en que la acción dirigida por el subcontratista hoy demandante contra al dueño de la obra, hoy demandado, mediante requerimiento extrajudicial fue anterior a la declaración de concurso según consta documentado en autos. En tal sentido esta Sala, examinados los argumentos recogidos en distintas sentencias de las Audiencias Provinciales, tenía especialmente en cuenta el contenido de la dictada por la Secc. 15ª de la de Barcelona de 2 de marzo de 2006 que tras analizar la permanencia de ciertos privilegios y preferencias de determinados créditos bajo la vigente regulación concursal, a pesar de la manifestada voluntad de la misma de plasmar el principio de igualdad de trato, razona, la diferencia que se deriva de una cuestión temporal como la antes indicada, es decir, si la declaración concursal es anterior a la interposición de la demanda pero posterior al requerimiento extrajudicial o reclamación que establece el citado artº. 1597 C.c..
Como afirma la citada sentencia "... No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal.
El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal,.....".
Y añadía, "..., las fechas muestran que, en nuestro caso, la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración del concurso.... En consecuencia, al producirse el fogonazo jurídico que supone la declaración del concurso, que fija una imagen - dinámica- de los créditos en ese momento concurrentes, la obligación jurídica de pago que incumbía a - la contratista - ya no era la que le ligaba con - la subcontratista -, sino con - la dueña

de la obra. -. El crédito seguía operando contra el patrimonio de la contratista principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, de forma que cuando se produce este evento - dueña de la obra - ya está obligada con la demandante. La doctrina antes expuesta sobre la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en la legislación anterior sigue siendo eficaz en estos casos: antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia
o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó....".
TERCERO.- Tal era el criterio que esta Sala compartía.
Ahora bien con un nuevo y muy detenido estudio de la cuestión resulta de difícil mantenimiento a la vista de la nueva regulación actualmente vigente, y ello es así porque aunque la STS de 8 de mayo de 2008 consideraba que el artículo 1597 del Código Civil reconoce una acción directa "a los que ponen su trabajo y materiales" para exigir del dueño de la obra el pago de los créditos que tienen contra el contratista, sin que se trate de una acción subrogatoria (artículo 1111 del Código Civil), pues el titular de esta acción no ejercita el derecho del contratista en sustitución de éste, sino que hace valer su propio crédito, la misma continuaba afirmando que el requerimiento notarial no suponía el ejercicio de la acción directa establecida en tal precepto, afirmación que si bien se efectuaba al hilo del pronunciamiento sobre el devengo de intereses, no hacía sino anticipar lo que en definitiva fue la voluntad legislativa posterior. Literalmente tal sentencia afirmaba que "...Si bien el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario, la jurisprudencia ha declarado que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengarán desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior... cuya posición es de aplicación al caso debatido, con el entendimiento de que el referido acto notarial comporta una intimación precedente a la formulación del escrito inicial por el que se inició el presente litigio", es decir, que desde tal resolución al TS viene a considerar que el litigio se ha de entender iniciado a todos los efectos procesales no con el requerimiento extrajudicial sino con la formulación del escrito inicial sin perjuicio de que ese requerimiento tenga trascendencia a efectos del dies a quo del devengo de intereses moratorios, y si ello es así ha de entenderse que aunque ese requerimiento se efectuara antes de la declaración concursal del contratista, si la demanda contra el dueño de la obra se interpone con posterioridad, es el momento de esa interposición el que ha de tenerse presente a los efectos enjuiciados.
Y precisamente esa es la consecuencia que se obtiene a la vista de la vigente regulación legal derivada de la modificación operada en la Ley Concursal, a través de la Ley 28/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en cuya virtud, artº. 51.bis "Suspensión de juicios declarativos pendientes,...2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil " parece referirse como auténtico ejercicio de la acción a los procedimientos judiciales iniciados y no al requerimiento extrajudicial, como así se deriva también de la actual redacción del art. 50.3 LC en cuya virtud "...Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo...".
Es cierto que la norma para mayor claridad y si quería dar solución a la cuestión debatida pudo excluir expresamente y para estos concretos supuestos los efectos de tal reclamación extrajudicial, sin embargo es claro que esa exclusión se deriva de la obligatoria inadmisión de la demanda por mera comparación entre la fecha de declaración del concurso y de la interposición de la misma, más aún cuando aunque ésta fuera anterior ello determinaría al suspensión del proceso. Y es cierto también que esta normativa no es de aplicación a supuestos anteriores a su entrada en vigor el 1 de enero de 2012, pero ello nada obsta a esta argumentación puesto que no nos hallaríamos ante la aplicación retroactiva de una norma a supuestos anteriores a su vigencia que deje sin efecto o modifique circunstancias distintas o requisitos antes no contemplados ni exigidos, sino ante un elemento interpretativo de una cuestión que había provocado grandes dudas y discrepancias doctrinales reflejadas en los divergentes criterios sostenidos por los distintos Órganos Judiciales incluso entre secciones de esta misma Audiencia Provincial. No se trata, pues, de una aplicación retroactiva de una norma sino de un nuevo examen por esta Sala en revisión de su anterior criterio en una cuestión muy discutida en base a también nuevos elementos o criterios interpretativos derivados precisamente de la manifestación clara de la voluntad legislativa que ha venido a apoyar uno de los criterios enfrentados, cual es que lo esencial en estos supuestos de ejercicio de la acción derivada del artº. 1597 C.c. a los efectos determinantes de la competencia no lo es el requerimiento extrajudicial sino la interposición de la demanda de manera que si es posterior a la declaración de concurso no se admitirá a trámite y si ya se encontraba en tramitación cuando esa declaración se produce, se suspenderá tal trámite con lo que se da prevalencia absoluta al proceso concursal entendiendo que el crédito que el subcontratista tenga contra el contratista habrá de integrarse en el concurso de éste de la misma forma que en él ha de computarse como activo la deuda que el dueño de la obra tuviera con el contratista aunque lo fuera por materiales o mano de obra puestos en ella por el subcontratista sin que a tales efectos ninguna trascendencia se otorgue a ese requerimiento previo, ni al hecho de que la demanda no se dirija contra la concursada.
En su consecuencia, procede la desestimación del recurso formulado, confirmándose el auto recurrido, sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada dadas las evidentes dudas de derecho que la cuestión ha planteado y plantea.”: AAP Madrid (Sección 18) 07.12.2012 (Auto 283/2012; Rollo 810/2012)

JM-2 Bilbao

“PRIMERO.- De los antecedentes de hecho resulta la existencia de una cuestión entre órganos jurisdiccionales, porque el debate se plantea entre órganos judiciales unipersonales del mismo orden (civil), suscitado por la negativa explícita del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Bilbao, a dejar sin efecto el juicio ordinario frente a la Bizkailur S.A., deudora de la concursada Construcciones Loizate S.A., para cuya conocimiento carece de competencia, una vez declarado el concurso de dicha mercantil con anterioridad, según se expone en su auto desestimatorio de la declinatoria de 13 de mayo de 2008.
SEGUNDO.- La declaración de concurso supone la competencia exclusiva y excluyente del Juzgado concursal para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, según lo prevenido por arts. 86.ter.1.1º LOPJ y 8.1º LECO.
En su consecuencia, el art. 50.1 LECO establece el deber de abstención del tribunal civil ante el que se deduzcan pretensiones en procesos de declaración de la competencia del Juez del concurso, y únicamente para las que estuvieran en trámite para cuando se declaró el concurso -que obviamente, no estaba la solicitud monitoria del caso, de once días después de la declaración del concurso-, puede «prorrogar» su competencia hasta dictado de sentencia, sin proseguir la ejecución, el Juzgado generalista, salvo que se solicite y proceda la acumulación al Juzgado concursal conforme art. 51.1 LECO.
Por ello, con independencia de lo que se haya de resolver respecto al fondo de la reclamación dineraria, puesto que la demanda del Juzgado de Primera Instancia se presentó dieciséis días después de que se declarara el concurso, no procede la acumulación del juicio ordinario, sino la abstención y archivo, sin perjuicio de que se dilucide la cuestión en incidente concursal.
TERCERO.- No hay controversia de nadie al respecto de que el proceso de Teic S.A. contra Bizkailur S.A. supone el ejercicio del derecho del que ha puesto trabajo y materiales -como subcontratista, la demandante- a reclamar del comitente del contrato de ejecución de obra por precio alzado -la demandada- lo que éste adeude por dicho contrato a la contratista, que es Construcciones Loizate S.A., concursada. Este tradicional derecho recogido en art. 1.597 CCiv, denominado acción directa, con independencia de su naturaleza y del régimen que deba concedérsele ante la nueva legislación concursal, no es discutible, puesto que la condena del comitente será, por hipótesis, hasta la cantidad que adeudara cuando se ejercite al contratista en concurso, que producirá, si dicha condena se pronunciara, el efecto de extraer o separar de la masa activa de éste un crédito -en el caso, de 608.367,11 euros, y de extinguir un crédito concursal del subcontratista.
Por consiguiente, no debe mixtificarse la competencia para conocer de dicha acción directa con el resultado predecible de conocerla, dados los términos de su ejercicio extrajudicial previo, las fechas del concurso y la demanda, etcétera, puesto que los órganos judiciales son competentes, tanto para estimar como para desestimar las demandas lógicamente, y no se puede tratar de que el Juzgado del concurso carezca de competencia objetiva por cuanto la acción directa haya de estimarse. Y así ello, no cabe duda que las pretensiones del Juzgado de Primera Instancia son acciones de evidente trascendencia patrimonial que se dirigen contra el patrimonio de la concursada, en los términos de arts. 86.ter.1.1º LOPJ y 8.1º LECO. Es la clara conclusión del auto del Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid de 12 de junio de 2007 (juicio ordinario nº 156/06), en que estimando declinatoria como la del caso, se acuerda la abstención a favor del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid.
Claro que en el ejemplo precedente se codemandaba también a la concursada y aquí no, como no es preciso al ejercer el art. 1.597 CCiv. Pero de la lectura de los arts. 86.ter.1.1º LOPJ y 8.1º LECO, que diseñan la famosa «vis atractiva concursus», no resulta que la competencia del Juez concursal tenga por requisito que en el proceso figure como demandado o codemandado el concursado.
Es verdad que algunos autores han sostenido que es presupuesto de la competencia atractiva concursal que el deudor sea sujeto pasivo en el proceso, desde argumentos textuales, puesto que hablan de acciones «que se dirijan contra», con lo que por el sujeto del verbo, parece se excluya al concursado como demandante, y contextuales, dado que el art. 183.1.4º LECO establece que la Sección 4ª comprenderá «en pieza separada los juicios declarativos contra el deudor que se hubiera acumulado al concurso», sugiriendo que no haya otros. Sin embargo, este razonar, a lo sumo, excluiría los procesos en que el concursado fuera demandante, que no es nunca el supuesto del ejercicio de acción directa respecto del contratista en concurso. En este supuesto, la acción efectivamente se dirige contra su patrimonio sin necesidad de dirigirse contra su persona, lo cual es precisamente el mecanismo de este mecanismo.
Además, no se considera, en general, requisito de la «vis attractiva» que el concursado sea demandado:
1º) El art. 51.1 LECO habla de juicios pendientes al objeto de eventual acumulación al concurso, menciona aquello en que el «deudor sea parte», y no en sede de juicios anteriores, con deber de abstención y nulidad de actuaciones.
2º) El concursado puede agitar en defensa de su patrimonio dentro del procedimiento concursal, impugnando una exclusión de activos o la inclusión de acreedor en los textos del Informe, o en defensa de las condiciones del cumplimiento del convenio aprobado, por ejemplo, y de suyo puede ejercer la resolutoria por incumplimiento contra el contratante «in bonis» según art. 62.3 LECO. Y Ello es competencia innegable del Juez del concurso.
Por lo tanto, son procesos civiles dignos de acumulación todos los que afectan a la titularidad de derechos en el activo o pasivo del patrimonio del concursado, ya fuera el concursado actor o demandado, salvo en materia de estado civil del Título I del Libro IV CCiv (incapacidad, matrimonio, filiación, etc.). En el fondo, se trata de optar por una visión de favor o disfavor respecto de la virtualidad de la «vis attractiva» competencial: si se entiende que la razón de la misma es puramente de adaptación temporal al curso del procedimiento concursal de otros procesos, con indiferencia sobre la información que debe barajar quien resuelve, se apuesta por la interpretación restrictiva, pero si se comprende mucho más justificada, como debe comprenderse, que dicha

virtualidad es la garantía de la continuidad de la actividad empresarial o profesional, de la defensa de la masa activa, y de la coherencia de las tácticas de cara a la solución del concurso, hay que defender la interpretación amplia.
No es aquí, de todas formas, que se afirme la competencia del Juez del concurso para conocer las demandas que formule Construcciones Loizate S.A. en las que se ejerciten acciones de reclamación de cantidad para el cobro de créditos frente a terceros, sino que se afirma la competencia para conocer de demanda de tercero que, aun no ejercitando acción contra dicha concursada, sino contra el principal de una obra, Bizkaikur S.A., es contra el patrimonio bajo control judicial en el procedimiento colectivo.
CUARTO.- Correspondería, pues, que el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de esta Villa se abstuviera y decretara la nulidad de lo actuado, y puesto que no lo ha hecho, y puesto que Bizkailur S.A. planteó sin éxito la declinatoria de competencia objetiva, excitado por la administración concursal, no tiene más remedio el Juzgado del concurso, como cuestión de orden público procesal, que plantear cuestión positiva de competencia.
El problema es que no se encuentra, en general, previsión en LEC para las cuestiones de competencia objetiva, en general -como las hay para los nuevos órganos como Juzgado de Violencia sobre la mujer en art. 49.bis LEC-, y únicamente se regula la cuestión negativa de competencia territorial de art. 60.2 LEC. Aunque debe invocarse la analogía de las cuestiones de competencia a que se remite art. 46 LEC -con respecto a órganos civiles especializados por conducto de art. 98 LOPJ y no los de un suborden orgánico propio como de lo Mercantil-, y entonces, traer de aplicación los arts. 51 y 52 LOPJ, conforme a los que, siendo los órganos que discrepan del orden jurisdiccional civil, resolverá el órgano inmediato superior común, conforme a las normas establecidas en las leyes procesales.
Dicho órgano, a tenor de art. 82.5.a) LOPJ, es la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia (cfr.: art. 82.4.pfo.2º «in fine»), y las normas procesales civiles que nos faltan han de suplirse con la analogía de los conflictos de competencia de arts. 42 y ss. LOPJ, formulando requerimiento al Juzgado de Primera Instancia para que se cumpla con los dispuesto en art. 50 LECO, remitiendo en caso de que aquél no decline las actuaciones a dicha Sección, sin que pueda hacer lo propio este Juzgado con las suyas, puesto que sustancia un procedimiento colectivo, y lo que decretará es la suspensión de medidas concursales sobre los derechos inventariados de la concursada con relación a Bizkailur S.L., hasta que se resuelva la cuestión.
Si el Juzgado requerido accede a la suspensión solicitada debe comunicarlo a éste, que quedará libre para ejercer sus competencias, debiendo en todo caso, por analogía al art. 48 LOPJ suspender, si no lo hubiera hecho antes, la tramitación del juicio monitorio. ":AJM-2 Bilbao 06.10.2008 (Concurso 46/2008)

JM-6 Madrid

"SEGUNDO Dicho lo anterior, la cuestión a resolver, de oficio, en la presente Resolución, es la eficacia de la acción directa del art. 1597 CC dentro del proceso concursal. A este respecto y frente a la tradicional doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo bajo la vigencia de los procesos concursales derogados (quiebra, suspensión de pagos, concurso y quita o espera), la actual doctrina jurisprudencial viene matizando aquella tajante doctrina, estableciendo que si al tiempo de la declaración de concurso no se ha procedido a la formulación de demanda por el contratista frente al dueño de la obra, la competencia para conocer de aquella reclamación corresponde al Juez del concurso; como cauce necesario para la dar efectividad al principio de universalidad [art. 76 L.Co] y de igualdad de trato a los acreedores de igual clase y condición [art. 98.3 y 154 y ss. L.Co]; quedando sujeto el acreedor al proceso concursal y a sus normas, preferencias y pagos.
En este sentido señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 40, de 18.3.2009 (JUR 2009, 207548) [Roj: SAP C 38012009] que «La sentencia recurrida desestima la demanda incidental y la parte apelante insiste en que la acción directa la ejercitó en su día, antes de la declaración de concurso de Curbel, SL, por vía extrajudicial frente a la contratista principal Comsa, ante el impago a su vencimiento de tres pagarés suscritos por Curbel, SL por los trabajos de obra contratados y ejecutados en su día, por lo que con su demanda pretende no es el ejercicio de la acción directa más bien su cumplimiento, ya que el pago posterior a la administración concursal do lo adeudado por Comsa a Curbel, SL, lo viene a considerar indebido, al estimar que debió ser entregada e ella dicha cantidad el haber ejercitado antes la acción directa que contra el contratista principal de su deudora le otorga el artículo 1597 del Código Civil. La Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración de su deudor en situación concursal, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Y así en la Exposición de Motivos se determina que uno de sus objetivos centrales es el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso. De tal modo dispone el artículo 89.2 de la Ley Concursal que "no se admitiré en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Por ello, una vez declarada en concurso Curbel, SL, todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, y todos los acreedores del deudor se integran en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Y como la acción directa del artículo 1597 del Código Civil se encuentra al margen del concurso, la Ley Concursal no la contempla, y una vez declarada tal situación, no puede ser de aplicación aquel precepto aun cuando se hubiese ejercitado antes por vía extrajudicial, desde el momento en que no fue aceptado por el dueño de la obra, debiendo pues la aquí recurrente integrarse en la masa pasiva y sujeta a las exigencias de la par conditio creditorum según la clasificación de su crédito, sin que proceda en tal situación concursal retraer de la masa activa el importe de su crédito como interesa la parte apelante. De tal modo consideramos jurídicamente correcta la decisión tomada por el Juzgador "a quo" en su sentencia, por cuanto la declaración concursal fija el momento en que los acreedores y deudores de la concursada empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso, y es la Ley Concursal la que reconoce

privilegios y preferencias por decisión expresa del legislador, siendo lo argumentado suficiente para la desestimación del motivo del recurso de apelación».
En igual sentido señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 23.2.2009 (JUR 2009, 262303) [Roj: AAP V 83/2009] al resolver cuestión de competencia objetiva, señala que«Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal (LC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, que seria la aplicable al caso que nos ocupa, pues... fue declarada en concurso con fecha 27 de octubre de ese año, habiendo sido requerida... para que pagara directamente a... el día 13. Es precisamente la operatividad de la LC lo que esgrimen los administradores concursales, pretendiendo una reinterpretación de la doctrina anterior ante los nuevos principios que la nueva Ley ha consagrado, procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003. Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que le doctrina venia calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno. Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección especifica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características. Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LO que «no se admitiré en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley». No obstante, y como ya se he dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32 de la LHN, redactada por la D.F 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 308 de la LC), o los bienes en que se concreten los garantías constitutitas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la Lc, en relación con el artículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho se separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva "sin más excepciones que las establecidas en la Leyes", es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, quo como es de ver en los artículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76: la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc.) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC. Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según fa clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, la competencia objetiva para el conocimiento de este procedimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil, por lo que debemos confirmar el auto de 18 de julio de 2008, sin embargo, debemos acordar por aplicación del artículo 50 de la Ley Concursal que no procede la remisión del procedimiento al Juez del concurso, sino que debe archivarse todo lo actuado, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el juez del concurso».
TERCERO Resulta de tal doctrina jurisprudencial, dictada bajo la vigencia de la presente Ley Concursal, que la imposibilidad de reconocer otros privilegios que los expresamente dispuestos en la propia Ley Concursal, así como la sujeción de todos los bienes y derechos de la concursada ?incluidos sus derechos de crédito frente a terceros? al proceso concursal como mecanismo de satisfacción igualitaria y ordenada de los acreedores de la concursada, obliga a atribuir competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil para el conocimiento de las reclamaciones extrajudiciales y pretensiones (por el cauce del reconocimiento crediticio del art. 85 y ss. L.Co.) que el contratista (acreedor de la concursada) dirija contra el dueño de la obra (deudor de la concursada) por el cauce del art. 1597 CC; cuya archivo debe acordarse tras la declaración de concurso, caso de no haberse formulado demanda de modo previo a la declaración concursa) ?art. 50 L.Co y art. 48 LECiv ?.
Procede, por ello, declarar la competencia objetiva de éste Tribunal [dado que los órganos civiles y mercantiles se integran en la Jurisdicción Civil] y reclamar, de oficio, la inhibición de aquel Juzgado, con archivo de lo actuado por imperativo del art. 48 L.Co., respecto de las demandas posteriores a la declaración concursal; de tal modo que tratándose de demandas posteriores a la declaración concursal, podrán y deberán ?a criterio de

este Tribunal? continuar los procesos declarativos hasta sentencia firme ?art. 51 L.Co.?, sin que proceda ejecución alguna, pues lo ventilado en aquél es derecho de crédito de la concursada, sujeto al presente proceso concursal, a la universalidad del mismo y a la pars conditio.”: AJM-6 Madrid 10.11.2009 (JUR 2009/495636; Concurso 281/2008) y, en similares términos, AJM-6 Madrid 30.11.2009 (JUR 2010/42035) y AJM-6 Madrid 25.01.2010 (JUR 2010; Incidente Concursal 219/2009)

0.3.2 Competencia del JPI

0.3.2.1 En todo caso, no siendo parte el contratista concursado

Tribunal Supremo

“Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal: competencia objetiva para conocer de la acción directa
4. Formulación del primer motivo. Este primer motivo se formula al amparo del ordinal 1º del art. 469.1 LEC, al haber vulnerado la sentencia recurrida las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional. La infracción legal que se considera cometida por la sentencia recurrida consiste en la vulneración de lo establecido en los arts. 37 y 38 LEC en relación con los arts. 9.6 y 86 ter.1.1º LOPJ, y con los arts. 8.1, 89.2 y 49 LC. Este motivo se basa en la interpretación, que el recurrente considera más adecuada, de que la competencia objetiva para conocer de la acción directa del art. 1597 CC, con posterioridad a la declaración de concurso del contratista, corresponde al juez que conoce del concurso de acreedores, por aplicación de las reglas de atribución de competencias recogidas en los arts. 8.1 LC y 86 ter. 1.1º LOPJ, porque esta acción va directamente dirigida a un derecho de crédito de la concursada frente al comitente de las obras, de tal forma que su estimación o desestimación afectará la conformación del activo y del pasivo del concurso.
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
5. Desestimación del primer motivo. Conviene aclarar que las normas aplicables para la resolución de esta cuestión son las anteriores a la reforma de la Ley Concursal introducida por la ley 38/2011, en atención a las reglas sobre la entrada en vigor de esta Ley y sus disposiciones transitorias que, con carácter general, preveían su aplicación a los concursos que se declararan tras su entrada en vigor, salvo las excepciones previstas, que no afectan a los reformados arts. 50 y 51 bis LC.
Bajo el régimen legal aplicable, la competencia para conocer de las demandas en las que se ejercitara la acción directa contra el comitente o dueño de las obras, estando el contratista principal en concurso de acreedores, no correspondía al juez del concurso, pues la acción no se ejercitaba contra el patrimonio del concursado, sino contra el del dueño de la obra, sin perjuicio de la repercusión que el pleito pudiera tener en la formación de las masas activa y pasiva. Por lo tanto, no encajaba dentro de la previsión contenida en el núm. 1º del art. 8 LC, que coincide con el núm. 1º del art. 86 ter.1 LOPJ.
Esta interpretación subyace a la nueva regulación, pues el art. 50.3 LC prescribe que "los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten después de la declaración de concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ". La prescripción va dirigida a los juzgados de primera instancia, pues presupone que la competencia les corresponde a ellos porque la demanda no se dirige contra el deudor concursado sino contra un tercero, el dueño de la obra.
Por lo anterior, debemos convenir que el juzgado de primera instancia que conoció de la demanda en la que se ejercitaba la acción directa gozaba de competencia objetiva para ello.”: STS 25.02.2014 (Sentencia 62/2014; Recurso 167/2012)

AP Alicante

“PRIMERO El presente recurso de apelación se dirige contra el auto del Juzgado Mercantil que declaró su falta de competencia objetiva para conocer de demanda, a la que denominaba "incidente concursal", interpuesta por una sociedad limitada contra otra, sobre reclamación de 366.209,90 euros derivada de liquidación de tres contratos de ejecución de obra existentes entre ellas.
Con anterioridad dicha demanda se había presentado, como de juicio ordinario, ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 9 de esta ciudad, que, porauto de 26 de mayo de 2008, que no consta recurrido, también declaró su falta de competencia para el conocimiento del asunto al considerar que la acción ejercitada tenía por objeto la determinación de la masa activa y pasiva del concurso.
Sin embargo, aunque la demanda pudiera revestir transcendencia patrimonial para el patrimonio del concursado -que es la propia mercantil actora- ni elart. 86 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni el 8.1.º de la Ley Concursal atribuyen la competencia para el conocimiento de aquella al Juzgado Mercantil porque no se dirige la acción contra el patrimonio del concursado, sino que es la entidad que se encuentra en tal situación la que se dirige contra otra mercantil; y la hipótesis de que como consecuencia del procedimiento civil pudiera producirse alguna modificación en la determinación de la masa activa o pasiva del concurso tampoco es determinante de la atribución de competencia pues elart. 82.3 de la citada Ley 22/2003, de 9 de julio, permite la modificación del inventario como consecuencia de pleitos que se susciten en reclamación de cantidades de las que no es competente el Juez del concurso.
Por lo tanto, tal y como viene planteada la demanda, la competencia corresponde al Juzgado civil, y así lo vino a reconocer la propia demandante al presentar ante él su reclamación inicial.”: AAP Alicante (Sección 5) 29.04.2009 (JUR 2009/303945; Auto 72/2009; Rollo 120/2009)

AP Barcelona (Sección 1)

“La parte recurrente reitera en esta instancia la supuesta falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia por infracción de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la ley Concursal y 86 ter. 1.1 de la LOPJ pues entiende que la acción directa del artículo 1.597 Cci debió conocerla, por razón de materia, el Juzgado de Lo Mercantil que tramita el concurso voluntario de la contratista SEOP dada su trascendencia patrimonial para su masa activa y que la demanda presentada por TALLERES fue posterior a la fecha en que se declaró en situación de concurso a la indicada contratista.
Esta cuestión, ya resuelta por el Juzgado a quo en el auto de 17 de noviembre de 2007 dictado en el incidente de declinatoria al efecto promovido por la demandada ahora recurrente, se plantea nuevamente al amparo del artículo 66.2 LECi que permite denunciar la falta de los presupuestos procesales de la acción ejercitada. Sin embargo, esta Sala no puede sino más que confirmar la acertada decisión del órgano de primera instancia pues la acción directa no se dirige contra la contratista concursada sino contra la comitente o dueña de la obra y, en consecuencia, no es competencia del Juzgado de Lo Mercantil. La recurrente insiste en que se trata de una acción civil "con trascendencia patrimonial" para el concurso pero olvida que el propio artículo 8 de la LC se refiere tan solo a las acciones civiles que se ejerciten "contra el patrimonio del concursado" lo que viene entendiéndose como acciones dirigidas contra la sociedad o empresa en situación de concurso, no contra terceros como aquí ocurre.
Además, la reciente reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre aborda específicamente la problemática de las demandas en ejercicio de la acción directa, y lo hace para confirmar que los Juzgados de Primera Instancia siguen siendo los competentes para conocer de tales demandas cuando las mismas hayan sido presentadas con anterioridad a la declaración del concurso: " los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil " (art. 50.3)
Ciertamente, de haber estado en vigor este artículo al presentarse la demanda de autos, el Juez de Primera instancia tendría que haberla inadmitido pues la demanda se registró en Decanato el día 22 de julio de 2008 y la contratista SEOP ya estaba declarada en concurso por auto de 7 de abril de 2008, pero lo cierto es que la citada reforma no estaba todavía en vigor (las Disposiciones Transitoria Primera y Final de dicha Ley ya precisan que se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor, la cual tuvo lugar el día 12 de enero de 2012) y hasta la indicada reforma era pacifica la doctrina de que las demandas en ejercicio de la acción directa eran competencia de los Juzgados de Primera Instancia. En consecuencia, el rechazo de la declinatoria decidida por el Juzgado de origen fue totalmente correcta.”: SAP Barcelona (Sección 1) 09.10.2012 (Sentencia 455/2012; Rollo 253/2011)

AP Lleida

“PRIMERO.-El auto impugnado rechaza la petición de archivo instada por la demandada ACSA OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A. al amparo del art. 50-3 de la Ley Concursal (Ley 38/2011, de 10 de octubre) argumentando que la sociedad EMOSA CONSTRUCCIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. fue declarada en situación de concurso voluntario mediante auto de 1-12-2011, por lo que la demanda no debió admitirse a trámite.
La decisión adoptada en primera instancia se funda en que la acción prevista en el art. 1.597 C.C ejercitada en el presente procedimiento no se dirige contra dicha sociedad declarada en Concurso, y dicho precepto permite ejercitar la acción directa tanto contra el dueño de la obra como frente al contratista y subcontratista anterior.
La recurrente reitera en esta alzada la procedencia del archivo alegando que la resolución recurrida vulnera el art. 50-3 de la Ley Concursal, del que resulta que ejercitada por las subcontratistas la acción contra el contratista principal, ACSA, por facturas impagadas a las demandantes por su contratista EMOSA que se encuentra en concurso, el juzgado de primera instancia carece de competencia objetiva para conocer de la acción, de forma que tras la reforma de la Ley Concursal los procedimientos en los que se ejercita esta acción directa son competencia de los Juzgados de lo Mercantil si al tiempo de interponer la demanda el contratista está en situación de concurso, y deben suspenderse cuando la declaración de concurso sea posterior a la admisión de la demanda, según dispone el art. 51 bis.
SEGUNDO.-Para centrar la cuestión hay que recordar que el dueño de las obras cuya ejecución e impago ha dado lugar al ejercicio de la acción directa ex art. 1.597 C.C. es la Administración Pública (mejora General y desdoblamiento de la C-25) siendo la empresa adjudicataria de las mismas la ahora demandada, ACSA, quien a su vez subcontrató con EMOSA CONSTRUCCIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A, y ésta subcontrató a las tres sociedades aquí demandantes. La demanda se interpuso el 20-2-2012 y con anterioridad las demandantes en fecha 28 y 29 de septiembre de 2011 habían requerido extrajudicialmente de pago a ACSA, a los efectos del art. 1.597 C.C.
La mercantil EMOSA fue declarada en Concurso Voluntario mediante auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Valencia de fecha 1-12-2011. Esta última fecha resulta determinante para determina cual es la normativa concursal aplicable en el presente caso. Según la Disposición Transitoria Primera y la Disposición Final de la Ley 38/2100, de 10 de octubre, la presente Ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor, que se fija el 1 de enero de 2012, con las excepciones previstas en relación con los concursos que ya estuvieran en tramitación que se prevén en las mismas Disposiciones Transitorias, entre las que no se encuentra el art. 50-3 ni el 51 bis. Por tanto, teniendo en cuenta estos preceptos y el principio general de irretroactividad de las normas que proclama el art. 2-3 C.C. hay que concluir

que esta normativa prevista en la Ley 38/2011 no resulta de aplicación en el presente caso, al haberse declarado el concurso Voluntario de EMOSA el 1-12- 2011, antes de la entrada en vigor de esta Ley.
A lo anterior hay que añadir que tanto con la nueva normativa como con la interpretación amplia de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 que propugna la recurrente la declaración de Concurso (a efectos de la competencia objetiva de los jueces del orden civil o de los jueces de lo mercantil) ha de referirse al Concurso de la sociedad contra la que se ejercita la acción directa prevista en el art. 1.597 C.C., de modo que la concursada ha de ser parte en dicho procedimiento pues no hay que olvidar que, como ya decía la STS de 11-10-1994 y reiteran las SSTS de 16-3-1998, 11-10-2002 y 31-1-2005, mediante el ejercicio de la acción directa el actor no está ejercitando por sustitución el crédito de su deudor, sino un crédito propio por lo que no se trata de una acción sustitutiva sino directa, que excepciona el principio de relatividad de los contratos que establece el art. 1.257 C.C.. Es también criterio jurisprudencial reiterado el que enseña que el art. 1.597 C.C. debe ser interpretado conforme a la realidad social (art. 3 C.C.) de forma que se considera como tercero, a quien la Ley concede la acción directa, tanto a quienes intervienen en el contrato de obra poniendo trabajo o material como también al subcontratista o subempresario (STS 12-12-2007, y las que en ella se citan), porque la finalidad de esta acción es de proteger los derechos del último eslabón de la cadena formado por quienes ponen en la obra su trabajo o materiales, y se fundamenta en razones de equidad, de evitar el enriquecimiento injusto, y por este motivo se ha extendido su ámbito de aplicación a los contratistas anteriores, reconociendo la jurisprudencia igualmente a quienes han puesto trabajo y materiales en la obra, incluidos los subcontratistas a dirigirse "tanto contra el dueño de la obra como contra el contratista o subcontratista anterior, y asimismo frente a todos ellos simultáneamente al estar afectados, y obligados en la relación contractual instaurada,....siendo su responsabilidad solidaria" (STS 6 de junio de2000, con cita de al de 28 de mayo de 1999). Por lo demás, es cierto que acción directa prevista en el art. 1.597 C.C. comporta la existencia de una obligación solidaria, pero no desde la perspectiva de la parte subcontratista acreedora sino de la parte deudora, de modo que tanto el contratista (o adjudicatario en caso de obras públicas) como el dueño de la obra (que en principio no está ligado contractualmente con el subcontratista) y, en su caso, subcontratista primero están obligados solidariamente frente al subcontratista o subcontratistas posteriores, y éste en virtud de la acción directa puede dirigir su reclamación frente a todos o bien sólo contra uno de ellos (STS 31-1-2005).
De acuerdo con estos criterios y reiterando que no es la mercantil demandada ACSA la que ha sido declarada en concurso de acreedores, sino EMOSA, y que ésta no es parte en el presente procedimiento, procede desestimar el recurso, confirmando la resolución recurrida.”: AAP Lleida (Sección 2) 27.09.2012 (Auto 106/2012; Rollo 359/2012)

AP Madrid (Sección 8)

“QUINTO.-La competencia.
La sentencia 62/2014 del TS indica que: "Conviene aclarar que las normas aplicables para la resolución de esta cuestión son las anteriores a la reforma de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) introducida por la ley 38/2011 (RCL 2011, 1847 y 2133), en atención a las reglas sobre la entrada en vigor de esta Ley y sus disposiciones transitorias que, con carácter general, preveían su aplicación a los concursos que se declararan tras su entrada en vigor, salvo las excepciones previstas, que no afectan a los reformados arts. 50 y 51 bis LC.
Bajo el régimen legal aplicable, la competencia para conocer de las demandas en las que se ejercitara la acción directa contra el comitente o dueño de las obras, estando el contratista principal en concurso de acreedores, no correspondía al juez del concurso, pues la acción no se ejercitaba contra el patrimonio del concursado, sino contra el del dueño de la obra, sin perjuicio de la repercusión que el pleito pudiera tener en la formación de las masas activa y pasiva. Por lo tanto, no encajaba dentro de la previsión contenida en el núm. 1º del art. 8 LC, que coincide con el núm. 1º del art. 86 ter. 1 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635).
Esta interpretación subyace a la nueva regulación, pues el art. 50.3 LC prescribe que "los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten después de la declaración de concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil (LEG 1889, 27)". La prescripción va dirigida a los juzgados de primera instancia, pues presupone que la competencia les corresponde a ellos porque la demanda no se dirige contra el deudor concursado sino contra un tercero, el dueño de la obra.
Por lo anterior, debemos convenir que el juzgado de primera instancia que conoció de la demanda en la que se ejercitaba la acción directa gozaba de competencia objetiva para ello". (Sic).
Por tanto, en este caso la competencia objetiva correspondía al Juez de Primera Instancia para conocer del ejercicio de la acción directa, sin perjuicio de la repercusión que el pleito pueda tener en la formación de la masa activa y pasiva del concurso.”: SAP Madrid (Sección 8) 20.05.2014 (Sentencia 232/2014; Rollo 463/2013)

AP Madrid (Sección 21)

“TERCERO.- Pues bien partiendo de los sucintos hechos referidos en el fundamento jurídico anterior, conviene igualmente que recordemos antes de entrar a examinar los motivos de impugnación contenidos en el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por la Juzgadora de instancia, cual es la concreta acción en la litis deducida por la parte actora en su demanda, que no es sino una acción de reclamación amparada en el art. 1597 del Código Civil que reconoce una acción directa, en este caso, del subcontratista, frente al comitente o dueño de la obra, por la cantidad que éste adeude al contratista de la misma, en relación a los materiales y trabajos que la parte actora en el supuesto que nos ocupa haya puesto en ella.
Nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando en sus resoluciones, pudiendo citar al efecto la sentencia de fecha 11 de Octubre de 2002 (recurso de casación 821/97), en la que se citan otras muchas anteriores, que la

acción directa que concede el Art. 1597 del Código Civil al subcontratista contra el dueño de la obra, "convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra".
Pues bien, partiendo de lo expuesto, no encontrándose declarada en estado de concurso la Comunidad de Propietarios ahora apelante, sino la constructora con quien ella convino la ejecución de determinadas obras, es evidente que tratándose la acción en el procedimiento ejercitada de una acción propia del subcontratista frente al dueño de la obra, salvo que este dueño de la obra fuera quien estuviera declarado en concurso de acreedores, que no es el caso, son los Juzgados del orden civil los competentes para el conocimiento y resolución de una cuestión como la planteada en el supuesto que nos ocupa, y no desde luego el Juzgado de lo Mercantil que conociera de la situación de concurso del contratista con quien la parte demandada en el procedimiento conviniera la ejecución de determinadas obras para cuya realización la misma subcontratara con un tercero determinados trabajos o suministro de material, no siendo dicha entidad parte en el procedimiento que nos ocupa.
Lo expuesto conlleva que, sin necesidad de plantearnos cualquier otra cuestión, en tanto que desde luego aún no alegada en forma procesal correcta la falta de competencia de la jurisdicción civil ordinaria para el conocimiento de determinados asuntos, en todo caso observada la misma cabría su planteamiento de oficio al amparo de lo dispuesto en el Art. 48 de la LECv, es por lo que no procede sino que desestimemos el primero de los motivos de impugnación mantenidos contra la sentencia dictada en instancia en cuanto a la falta de competencia objetiva alegada.”: SAP Madrid (Sección 21) 26.07.2012 (Sentencia 389/2012; Rollo 763/2010)

AP Murcia

“Para ello, alega en primer lugar la apelante vulneración del artículo 50 de la Ley Concursal, al encontrarse la mercantil J.J. Ros Restauración S.L. inmersa en un procedimiento concursal.
Ciertamente, elartículo 50 de la Ley Concursal dispone que los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
Pero la competencia del Juez del Concurso viene recogida en elartículo 8 de la Ley Concursal, y en el presente caso se trata de la reclamación de una subcontratista que ha puesto su trabajo y materiales en una obra, contra la promotora y dueña de la obra, actuando al amparo de lo dispuesto en elartículo 1.597 del Código Civil y sin que una ni otra se encuentre en situación de concurso. Nada tiene que ver la contratista J. J. Ros Restauración, S.L., por lo que no se puede aceptar que concurra la excepción de falta de legitimación pasiva o litisconsorcio pasivo necesario, porque como ha declarado elTribunal Supremo en sentencia de 8 de mayo de 2008, el titular de la acción que concede el artículo 1597 del Código Civil "no ejercita el derecho del contratista en sustitución de éste, sino que hace valer su propio crédito" (STS 8 de mayo de 2008). Así, la doctrina científica considera que elartículo 1597 del Código Civil reconoce una acción directa a los que ponen su trabajo y materiales para exigir del dueño de la obra el pago de los créditos que tienen contra el contratista, sin que se trate de una acción subrogatoria (art. 1111 del Código Civil).
Por ello, es evidente que procede confirmar la sentencia apelada, sobre todo si se tiene en cuenta que la propia apelante reconoce que no puede concretar, como sería necesario, los importes abonados para el pago de la obra ejecutada por Escofer Empresa Constructora, S.L.; ello sin perjuicio de los créditos que la Junta de Compensación apelante pueda hacer valer en el Concurso de J. J. Ros Restauración, S.L., ya que los pagos que la Junta de Compensación hubiera hecho por la ejecución de la obra consistente en 13 viviendas, trasteros y dos sótanos a que se refiere la reclamación que dió origen a este procedimiento, tenía que haberlos acreditado mediante la prueba correspondiente.”. SAP Murcia (Sección 4) 25.03.2010 (JUR 2010/183965; Sentencia 174/2010; Rollo 498/2009)

AP Oviedo

“SEGUNDO.-Consta y es aceptado por el conjunto de las partes que el Ayuntamiento de Gijón es la entidad promotora de la construcción de una piscina cubierta en Vega, La Camocha. Resultando adjudicataria y contratista principal de la obra la entidad Esyco Construcciones SA.
La mercantil Esyco subcontrató los trabajos de suministro e instalación eléctrica, protección de incendios, seguridad, iluminación, etc, con la empresa Electricidad Llano. La mercantil Esyco adeuda a Electricidad Llano por los trabajos realizados en la citada obra la cantidad de 116.247,17 euros.
Con fecha 24 de mayo de 2011 el Juzgado de lo mercantil nº 3 dictó auto de declaración de concurso voluntario a la entidad Esyco Construcciones S.A.
El 5 de mayo de 2011, la mercantil Electricidad Llano requirió al Ayuntamiento de Gijón a los efectos del art. 1.597 del Código civil. Con fecha 27 de septiembre de 2011 presentó demanda contra el Ayuntamiento de Gijón en ejercicio de la acción prevista en el art. 1597 del código civil.
TERCERO.-A la vista de los términos en que se ha planteado el recurso tras la resolución adoptada por el juez de instancia declarando su falta de competencia objetiva, es determinar si el proceso concursal pendiente de la contratista principal impide el ejercicio y conocimiento autónomo y separado por un órgano civil no especializado de la demanda promovida por el subcontratista en ejercicio de la acción directa reconocida en el art. 1597 del código civil frente a la dueña de la obra.
La jurisprudencia del TS ha efectuado una interpretación del art. 1597 del código civil en el sentido de concebirla como una acción directa (STS 8 julio 2011), que se puede ejercitar contra el comitente o contra el

contratista o subcontratista anterior, o frente a todos ellos simultáneamente al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria (STS 27 julio de 2000), señalando que no se trata de una acción sustitutiva, por lo que cabe ejercitarla sin reclamar previa o simultáneamente al contratista (STS 11 octubre de 2002), al que basta con haber constituido en mora, sin necesidad de haber hecho excusión de sus bienes ni haberle declarado insolvente (STS 12 mayo de 1994).
Antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal se venía entendiendo que la suspensión de pagos no atraía hacia el procedimiento de insolvencia provisional (o definitiva) esa reclamación, ni pasaba a tener incidencia en la misma por cuanto suponía el ejercicio de un derecho propio, no por delegación del acreedor contractual, sino que se configuraba como un privilegio crediticio (STS 16 de marzo de 1998). Es tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, cuando se ha iniciado una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre si este panorama procesal ha cambiado y sobre si ahora, por el contrario, el concurso incide en la acción directa ejercitada con anterioridad y/o con posterioridad al concurso, y sigue siendo inmune a la ejecución colectiva.
La cuestión así planteada ha sido resuelta de manera contradictoria por las distintas Audiencias Provinciales. Ante la disparidad de criterios, esta Sala opta, tras el estudio de las diversas posturas, por seguir el criterio sentado por la sentencia de la sección 5ª de esta Audiencia de fecha 2 de junio de 2005, que acoge el criterio sentado por la sentencia del TS de 27 de julio de 2000, única que aborda directamente esta cuestión que se limita a decir: " *la situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del art. 1597 ".* Criterio que es el seguido, entre otras, por la Audiencia Provincial de Navarra en sentencia de 1 de octubre de 2001, cuyos argumentos asume la sentencia dicha, entre los que cabe destacar: " *Centrada así la cuestión, esta Sala considera que el citado art. 1597 CC establece un derecho especial de una forma clara y precisa, el cual no puede entenderse suprimido ni afectado por el hecho de que el arrendatario de obra haya sido declarado en suspensión de pagos. En efecto, ese precepto permite a quien pone su trabajo o materiales en obra ajustada alzadamente dirigirse indistintamente bien contra el arrendatario, bien contra el dueño de la obra. La cantidad que puede reclamar en cada caso es conceptualmente distinta, como distinta es también la causa que justifica la reclamación. Así, contra el arrendatario cabrá reclamar con base en el contrato, que une a ambas partes, de adquisición de bienes o de prestación de servicios, y la cantidad que suponga el coste o precio de los materiales o trabajo desempeñados. En cambio contra el dueño de la obra la reclamación se basa en la norma contenida en el art. 1597 CC, y la cantidad a reclamar se limita, como máximo, a lo que el dueño de la obra adeude al contratista cuando se hace la reclamación. Es claro que la norma busca proteger a quien pone el trabajo o material, pues añade a la responsabilidad del contratista la del dueño de la obra hasta una cantidad máxima. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para aquel acreedor, y configura una responsabilidad solidaria de los deudores citados, aunque por una cantidad que se determina por parámetros distintos. Pues bien, esta protección tiene aún más sentido en los casos de insolvencia o de dificultad de cobro respecto del contratista, pues en tales supuestos justamente la existencia de un deudor solidario facilita al suministrador de materiales el cobro del coste de los mismos. La norma no presupone la insolvencia del contratista, pero sí que evidentemente opera también en ese caso. Nótese que si se permite al suministrador accionar contra el dueño de la obra es porque se parte de que le resulta más fácil intentar el cobro por esa vía que por la reclamación directa al contratista. Por todo ello, consideramos que el derecho establecido en el art. 1597 CC no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en suspensión de pagos ".*
En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 22/11/2011, sección 3ª de la Audiencia Provincial de Tarragona al decir: " *la competencia debe atribuirse al Juzgado de Primera Instancia, y ello por varias razones: a) porque el concursado no ha sido demandado; b) porque se trata del ejercicio de una acción directa, no de una acción sustitutiva, que cabe ejercitarla sin reclamar previa o simultáneamente al contratista; c) porque existió reclamación extrajudicial previa a la declaración del concurso; y d) porque ninguna modificación se ha introducido respecto de ello por el legislador, pudiendo haberlo hecho si así lo hubiera querido"* Como señala igualmente la SAP de Madrid, sección 20ª, de 20 de Julio de 2011, "..... *A hora de atribuir la competencia objetiva para el conocimiento del presente procedimiento, ante la situación de concurso en que se encuentra la contratista principal, hemos de partir del hecho constatado de que la demanda se presentó con posterioridad a la declaración de concurso, si bien, previamente a la demanda, había existido una reclamación por parte del subcontratista a la propiedad en la que expresamente manifestaba ejercitar las acciones que le otorga el artículo 1597 del cc. En dicha situación, la decisión adoptada por el Juzgado de primera instancia, entendemos es la correcta, a la vista de las decisiones que sobre dicha cuestión han adoptado diferentes Secciones de esta Audiencia a raíz de las resoluciones de la Sección 28ª de esta Audiencia, especializada en materia mercantil y competente para resolver las cuestiones de competencia que se plantean entre los Juzgados de primera instancia y los especializados en mercantil, en base a lo establecido en el artículo 46 de la LEC, 51 de la Ley Orgánica de Poder Judicial y las reglas de reparto establecidas al efecto. /// Señala la sección mercantil, al analizar diferentes supuestos de hecho similares al aquí planteado, incluso entre las mismas partes, que la competencia ha de atribuirse al Juzgado de primera instancia, por cuanto la especial naturaleza de la acción directa que otorga el artículo 1597, de la que queda fuera la contratista principal, debe conducir a que desde el momento en que el titular de la acción ha requerido al dueño de la obra ha de considerarse ejercitada la acción, a los efectos de considerar la reclamación a que se refiere ajena a la declaración de concurso de la contratista principal, conclusión que no es contradictoria con lo resuelto en lasentencia del tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008, como sostiene la apelante, en cuanto esta resolución, ampliamente analizada en las resoluciones citadas de la Sección 28ª y que asumimos en su integridad, no se refiere específica y directamente a la atribución de competencia objetiva entre juzgados de lo mercantil y de primera instancia, sino que al indicar que judicialmente la acción del artículo 1597 se entiende ejercitada con la interposición de la demanda, ello no es incompatible con que los intereses moratorios se produzcan desde el requerimiento fehaciente previo. El reconocimiento de los derechos que otorga el referido artículo, precisa una reclamación extrajudicial previa a la*

interposición de la demanda solicitando el auxilio judicial, por lo que cumplido el mismo, sus efectos o consecuencias han de ser los derivados de la configuración especial del derecho concedido. Por tanto, la atribución de la competencia objetiva para el conocimiento del caso concreto al juzgado de primera instancia, debe confirmarse y mantenerse ".
En consecuencia, debe estimarse íntegramente el presente recurso de apelación, y con revocación de la resolución de instancia declarar la competencia del juzgado de primera instancia nº 10 de Gijón para la tramitación del presente procedimiento.": AAP Oviedo (Sección 7) 21.05.2012 (Sentencia 49/2012; Rollo 175/2012)

AP Soria

"CUARTO Como último motivo de Apelación se alega por la representación del Estado la existencia de una situación concursal del contratista principal, y que por tanto, todos los créditos y deudas del concursado se integren en la masa activa y pasiva del mismo, quedando sujetas al régimen previsto legalmente para su desarrollo y no pudiendo ser objeto de tramitación diferente y separada del concurso. Entendiendo que la cantidad que la parte demandada pudiera adeudar al concursado, se convierte en derecho de crédito a favor del actor que no podrá ser aplicado al pago de sus deudas sin autorización de la administración concursal.
La acción ejercitada en este procedimiento no queda incluido en ninguno de los supuestos previstos en elartículo 86 ter de LOPJ, como de competencia del Juzgado de lo Mercantil, ya de forma exclusiva y excluyente, previstos en el apartado 1 de dicho precepto, ya sin ese carácter de exclusividad. Efectivamente existe un proceso de concurso voluntario y en el mismo está incluida la empresa contratista, pero la acción no se ha ejercitado frente a dicha entidad, ni por lo tanto, está dirigida contra su patrimonio.
Y en cuanto a la naturaleza de la acción ejercitada, la misma no tiene carácter mercantil, se otorga por el CC al subcontratista de una obra frente al dueño de la misma, formando parte de la regulación del contrato de arrendamiento de obra, contrato que no goza de naturaleza mercantil pese a que los contratantes tengan forma societaria.
Losartículos 50 y 51 de la Ley Concursal otorgan únicamente competencia objetiva para conocer al Juzgado de lo Mercantil de los juicios declarativos instados con posterioridad a la declaración de concurso y en los que sea parte el concursado, circunstancia, que salta a la vista, no ha tenido lugar en el procedimiento, puesto que Clar Rehabilitación no ha sido parte en este proceso.
El Tribunal Supremo califica la acción dimanante delartículo 1597 del CC, como una acción directa del subcontratista con el dueño de la obra (19 de diciembre de 2006, recurso 1360/06), en consecuencia, "la naturaleza directa de la acción que se concede por elartículo 1597 del CC presupone que su ejercicio por el subcontratista es autónomo respecto de la acción contractual que ostente frente al contratista subarrendador, y, por ello, este ejercicio no está supeditado al simultáneo o previo ejercicio de dicha acción contractual que le correspondiere frente al contratista principal, ni se ve afectada su autonomía por la situación jurídica de dicho contratista, ni por tanto en razón de la declaración de su estado de insolvencia, pues el contratista ni es parte, ni debe serlo en el procedimiento en el cual esta acción directa se ventila. De este modo la acción directa no excluye la que el acreedor tuviera frente al contratista, y en este sentido, se ha de indicar que la obligación no se distribuye en partes iguales entre el contratista y el dueño de la obra, ni cada uno de ellos está obligado al pago parcial, sino que, por el contrario, uno y otro responden indistintamente si bien la responsabilidad del segundo se limita al máximo señalado en el precepto".
Por lo que el último motivo de Apelación ha de ser igualmente desestimado. No habiéndose opuesto ninguna otra argumentación más, procede, en consecuencia, confirmar en su integridad la sentencia de Instancia y con la consiguiente desestimación del recurso de Apelación interpuesto.": SAP Soria 06.11.2009 (Sentencia 177/2009; Rollo 210/2009)

AP Ciudad Real

"PRIMERO.-Se recurre por la demandante el Auto de 20 de febrero pasado por el que el Juzgado de primera Instancia, estimando el recurso de reposición interpuesto por la demandada contra el Auto precedente de 15 de julio de 2.009, daba, en definitiva, lugar a la declinatoria planteada por dicha parte, y declaraba "la falta de jurisdicción de este Juzgado", estimando competente al "orden jurisdiccional mercantil".
La secuencia de actos que, a efectos de resolver el recurso de apelación, interesa es la siguiente:
El 27 de marzo de 2.009 CONSTRUCCIONES DISFAROL, S.L. interpuso demanda frente a ARANCO PLANES Y DESARROLLOS, S.L., en la que afirmaba que aquélla había concertado con GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.A., los trabajos de movimientos de tierra correspondientes a una obra de nueva construcción en la que la demandada era la promotora, y GRUPO DICO la contratista principal.
Afirmando adeudársele por la contratista la cantidad de 25.695,42 euros, y no habiendo hecho pago, remitió DISFAROL S.L. burofax a ARANCO S.L. el 11 de febrero de 2.009, en el que, diciendo remitirle las facturas pendientes de pago por la contratista, y tras recordarle el carácter de "promotores del proyecto", le instaba " a que afronten el pago de nuestra deuda".
El 16 de marzo de 2.009 la contratista, GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES S.L., es declarada en concurso mediante Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.
El 24 de marzo de 2.009 DISFAROL S.L. presenta la demanda, origen de este proceso, en la que ejercita la acción directa reconocida en el artículo 1.597 del Código Civil, en reclamación de la ya indicada cantidad.
La demandada propuso declinatoria por falta de competencia objetiva, desestimada en primer Auto y luego estimada en el resolutorio de la reposición

Entre una y otra resolución, el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, mediante Auto de 10 de noviembre de 2.009, requirió de inhibición al Juzgado nº 1 de Valdepeñas, por considerarse aquél competente para conocer de las demandas presentadas con posterioridad a la declaración del concurso

Ello motivó que el Juzgado nº 1 de Valdepeñas dictara Auto el 24 de febrero de 2.010 accediendo a la inhibición, acordando el archivo del proceso, instando a las partes a personarse, si así lo consideran oportuno, ante el referido Juzgado de lo Mercantil.

El recurso de apelación que ha sido interpuesto y admitido se dirige contra el Auto estimatorio de la declinatoria, fechado el 20 de febrero del presente año, de modo que únicamente en relación al mismo han de entenderse efectuadas nuestras consideraciones y nuestra decisión, sin perjuicio del alcance que la Juez de Primera Instancia, de ser estimado el recurso, haya de determinar en relación a su decisión de inhibición, que acordó en Auto de 24 del mismo mes y año y al que, con cita del artículo 49 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, declaró irrecurrrible, cuando el citado artículo está referido a los conflictos de competencia, y no a las cuestiones de competencia que es la que aquí se ha planteado, pues el Juzgado de lo Mercantil no pertenece a orden distinto del de Primera Instancia.

SEGUNDO.-La competencia objetiva, en cuanto atiende, por lo general, a la materia sobre la que versa el proceso, se ha de dilucidar por las alegaciones que determinan el objeto del juicio

Como tales, se toman en consideración en cuanto afirmadas, de modo que la decisión sobre la competencia no prejuzga en modo alguno la correspondiente al fondo de la pretensión.

Así pues, en este caso, los datos que se consideran son los extraídos de la demanda y de la documentación aportada con ella, complementados con el referido a la fecha de declaración de concurso, que consta en el Auto de 10 de noviembre de 2.009 del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.

De tales antecedentes, resulta que el requerimiento por el que la demandarte dice haber ejercitado extrajudicialmente la acción directa es el que se contiene en el documento nº 29 de la demanda. No es éste el momento de decidir si tal reclamación es o no suficiente, pues ello entra ya en la decisión del fundamento de la pretensión y, como tal, deberá ser decidido en la sentencia definitiva.

Por otro lado, nuestra decisión versa exclusivamente sobre la competencia, esto es, sobre si el Juzgado de Primera Instancia ha de conocer o no de la pretensión ejercitada en la demanda, y no sobre los efectos que pudieran derivarse si conociera en lugar de éste el Juzgado de lo Mercantil. Aunque ambas consideraciones parecen íntimamente ligadas, pues la remisión de las partes al Juzgado de lo Mercantil implicaría la inclusión del crédito del subcontratista en el concurso de la contratista, con el privilegio que le fuera inherente, mientras que el mantenimiento del proceso ante el Juzgado de Primera Instancia determinaría que el crédito que, en virtud de la acción directa, afirma el subcontratista ostentar frente al promotor se decidiera extraconcursalmente, no podría ni debería el Tribunal decidir la competencia atendiendo a tales efectos, sino a las normas que disciplinan la correspondiente atribución a uno u otro órgano

TERCERO.-Hechas estas precisiones, creemos que la cuestión se aclara enormemente.

Si tenemos en cuenta la pretensión en cuanto formulada, es obvio que la demandante no ejercita ninguna pretensión frente a la contratista concursada sino frente a la promotora, y ello lo hace ejerciendo un derecho que afirma como propio en cuanto la Ley se lo reconoce.

Como es sabido, la acción directa se diferencia de la subrogatoria (prevista en el artículo 1.111 del Código Civil) en que mientras que en ésta se ejercita en interés propio un derecho ajeno, dando lugar al fenómeno procesal de la legitimación por sustitución, en la acción directa su titular ejerce un derecho propio, de origen y contenido legal, y, por tanto, actúa con legitimación originaria.

Y ello es así, por cuanto, al momento que nace la acción directa, el crédito que el deudor de quien la ejercita tiene frente al que ha de soportarla, pasa al titular de aquélla, de modo que al deudor del deudor no le es lícito pagar a su acreedor inicial, quedando, por contra, el crédito del accionante directo blindado en favor de su titular. Se produce, cuando se ejercita la acción directa, una nueva relación jurídica entre el acreedor del deudor (titular de la acción) y el deudor del deudor (a quien se reclama en virtud de aquella acción), que excluye, en el montante que la Ley permite reclamar, al acreedor originario. Y este fenómeno se explica en cuanto se produce un desplazamiento del crédito del contratista frente al dueño de la obra, al subcontratista en la parte necesaria para cubrir el de éste y hasta donde alcance lo que en ese momento deba el promotor al contratista.

Así se ha entendido por el Tribunal Supremo y la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales.

De la propia formulación de la acción directa y de su fundamento y naturaleza deriva que no exista la atribución competencial a los Juzgados de lo Mercantil. Tanto el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 8 de la Ley Concursal, siguen en esta materia un criterio subjetivo, de modo que la competencia se atribuye respecto a "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado". Y es obvio que la acción directa se dirige no contra ese patrimonio sino contra el del dueño de la obra.

No habría, pues, razón alguna para que una pretensión contra quien no es concursado se dirima por el Juez del concurso

CUARTO.-Si el estricto enfoque procesal del tema determina la competencia del Juez de Primera Instancia para conocer de la acción directa, a igual conclusión habría de llegarse si se involucra el examen con las normas sustantivas.

Aunque, como hemos expuesto, no sería correcto mezclar lo sustantivo con lo procesal, para fijar la competencia objetiva, podríamos, en todo caso, y desde una visión más integral, comprobar si la declaración de concurso del deudor del subcontratista y, a su vez, acreedor del promotor, ha de incidir, de algún modo, en la relación directa que entre subcontratista y promotor surge ex artículo 1.597 del Código Civil.

Se afirma, en este sentido, que el concurso del contratista hace obligado que el crédito del subcontratista se incluya en la masa pasiva y la deuda del promotor en la masa activa, y que, de dar carta de naturaleza a la

acción directa se reconocería al subcontratista un privilegio que no está en la propia Ley Concursal, vulnerando así la declaración que al respecto contiene el artículo 89.2 de la citada Ley.
Ni una ni otra consideración afecta a la competencia
Es claro que la inclusión del crédito del subcontratista en el concurso, no le impide, además, ejercitar otros derechos que el ordenamiento le reconoce. En este aspecto, no cabe olvidar que el subcontratista, por mor de la acción directa, amplía el círculo de deudores, de modo que su crédito lo puede ejercitar frente al contratista y frente al promotor, creándose una situación de solidaridad, jurisprudencialmente reconocida, de forma que en tal caso, el concurso no impide la acción dirigida frente al codeudor solidario no concursado, en virtud del ius electionis reconocido en el artículo 1.144 del Código Civil, consecuencia ésta específicamente prevista en el artículo 160 de la Ley Concursal, que parte, precisamente, del mantenimiento de aquel derecho de elección
En segundo lugar, la acción directa no es un privilegio del crédito, sino que opera en un supuesto muy especial -las obras por ajuste o a precio alzado-en beneficio de quienes han contribuido a su realidad, de modo que su trabajo o los materiales se han incorporado definitivamente a otro patrimonio, sin recibir la debida contraprestación. Por eso, es un reflejo del principio que impide el enriquecimiento injusto, lo que aleja toda idea de privilegio.
Y, en fin, si con carácter general la normativa examinada abona la atribución de competencia al Juez de Primera Instancia, la conclusión es aún más clara cuando la acción se ha ejercitado antes del concurso, aunque no se haya obtenido el cobro.
En efecto, si la acción directa produce el desplazamiento del crédito del contratista al subcontratista, desde su ejercicio el promotor se constituye en deudor directo de éste, y si tal desplazamiento se origina antes de la declaración constitutiva del concurso del contratista, el crédito de éste frente al promotor no le pertenecerá, al menos en cuanto al importe que deba al subcontratista.
En esta materia, la jurisprudencia, de forma unánime, ha considerado que la acción directa se entiende ejercitada desde la reclamación extrajudicial (STS de 31 de enero de 2.002) y desde ese momento se producen los efectos antedichos. Únicamente se suele invocar como posible excepción a tal uniformidad jurisprudencial la STS de 8 de mayo de 2008. Pero como se han cuidado de señalar otras decisiones judiciales (SAP Granada de 30 de septiembre de 2.009 y de Navarra de 14 de octubre del mismo año) aparte de ser una sola sentencia y no constituir, por ello, jurisprudencia (artículo 1.6 del Código Civil), la indicada sentencia no resolvía sobre la misma cuestión, sino sobre un aspecto tan particular como la fecha de devengo de intereses entre promotor y subcontratista. Y aun así, viene a recocer el efecto propio el ejercicio extrajudicial de la acción directa curando sitúa en el momento de la reclamación extrajudicial el momento del inicio de la mora.
Por tanto, si basta la reclamación extrajudicial y ésta se efectuó, en este caso, antes de la declaración del concurso, no hay razón alguna para que éste interfiera en la pretensión, al menos, a los efectos de determinar la competencia objetiva.
Este es el criterio más extendido en las Audiencias (Sentencia de las Audiencias de Asturias, Sección 1ª, de 11 de febrero de 2.020; Valladolid, Sección 3ª, de 4 de febrero de 2.010; Barcelona, Sección 4ª, de 28 de diciembre de 2.009; Navarra, Sección 1ª de 14 de octubre de 2.009, y Granada, Sección 3ª, de 30 de septiembre de 2.009, entre otras muchas).
QUINTO.-Por lo demás, no puede ocultarse que las decisiones que se han adoptado por los distintos Tribunales en esta materia, son las que, tras la tramitación del proceso ante el Juzgado de Primera Instancia, han entrado al fondo del asunto. En efecto, no debería haber duda que, cuando el demandante ejercita un derecho que afirma como propio contra un deudor que no está en concurso, no hay razón determinante de la competencia objetiva del Juez de lo Mercantil.
En suma, la competencia para conocer de la acción directa no queda afecta pro el concurso de la contratista, pues los efectos que puede producir esa situación, a lo sumo, serán únicamente materiales, y se pueden traducir -cuando la acción se ejercita después de la declaración del concurso de la contratista y una vez incluida la deuda del promotor con ésta en la masa activa-en un obstáculo de fondo al triunfo de la acción, en cuanto el demandado en aquella acción puede estar en una situación similar a la "retención judicial de la deuda" a que alude el artículo 1.165 del Código Civil, lo que no provocará cambio del título competencial, sino excepción material al ejercicio de la acción.
SEXTO.-Procede en consecuencia estimar el recurso, y, desestimando la declinatoria, declarar que corresponde al Juez de Primera Instancia continuar en el conocimiento de la demanda originadora de este proceso ":AAP Ciudad Real 30.06.2010 (Auto 72/2010; Rollo 1090/2010)

AP Granada (Sección 4)

"TERCERO En segundo término.- Se señala que la sentencia apelada adolece nuevamente de incongruencia al entender vulnerado elart. 48 de LEC puesto que considera que al estimar la sentencia la improcedencia de la acción directa delart. 1597 Cc por causa de la previa declaración del contratista en concurso de acreedores, tendría que haber apreciado de oficio su falta de competencia.
Creemos que tampoco debe merecer favorable acogida el motivo, resultando inasumible la pretensión de que este Tribunal " ad quem" aplique elart. 428-3º de LEC., pues a poco se observe la fundamentación de la sentencia recurrida, se aprecia que una de las causas de desestimación de la pretensión, es precisamente que "cuando la parte demandante efectúan el requerimiento extrajudicial de pago (burofax de 24-2-09) a la Sociedad promotora de las obras (la demandada-apelada) la Sociedad Reina Maria 2000 S.L., ya se hallaba declarada en concurso de acreedores por Auto de fecha 2-10-08..." (folio 263). Es decir, se estaba declarando "in fine" la incompetencia del Juzgado " a quo".
CUARTO El tercer motivo de la alzada pretende infracción por la sentencia delart. 1597 Cc. Al respecto, debemos poner de manifiesto que la acción ejercitada (la directa delart. 1597 del Cc), no esta comprendida en ninguno de los supuestos previstos en elart. 86 Ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como de

competencia del Juzgado de lo mercantil, ya de forma exclusiva y excluyente previstos en el apartado 1º de dicho precepto, ya si este carácter de exclusividad. Es verdad que existe un procedimiento concursal contra la mercantil Reina Maria 2000 S.L. pero también lo es que la acción de la presente litis no se ha ejercitado contra dicha concursada, ni por lo tanto, esta dirigida contra su patrimonio. Y, desde otra perspectiva, la naturaleza de dicha acción directa, no tiene carácter mercantil, sino que se otorga por el Código Civil al subcontratista de una obra frente al dueño de la misma, formando parte de la regulación del contrato de arrendamiento de obra, contrato que, es obvio, no goza de naturaleza mercantil aunque las partes contratantes tengan forma societaria (SAP de las Palmas de 18-1-08).
Y es que losarts. 50 y 51 de la Ley Concursal, únicamente otorgan la competencia objetiva para conocer al juzgado de lo mercantil de los juicios declarativos instados con posterioridad a la declaración del concurso de acreedores, y en las que sea parte el concursado, circunstancia que, evidentemente, no ha tenido lugar en el presente procedimiento, puesto que Reina Maria 2000 S.L. no es parte en la litis. El Tribunal Supremo califica esta acción dimanante delart. 1597 del Cc como una acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra, (STS 19-12-06,29-5-06,10-3-05,31-1-05...)
Acción directa que elart. 1597 Cc concede al tercero frente al dueño de la obra que encuentra sus razones (STS de 11-10-94) en evitar el enriquecimiento injusto; exige la existencia de un contrato de obra por ajuste a precio alzado, según STS de 11-6-28, una concreta legitimación activa que alcanza el subcontratista (STS 2-7-97 y 1-3-98) y la existencia de una crédito del contratista con respecto al dueño de la obra, derecho de crédito, no solo real, sino asimismo exigible, como expone laSTS de 10-3-97. Cuestión esta la de determinar si el dueño de la obra era, o no, deudor del contratista al tiempo de la reclamación que corresponde según STS de 30-6-20, al Tribunal Sentenciador y que se ha ido flexibilizando en torno a la prueba hasta alcanzar en ocasiones a los principios genéricos del "onus probandi"(art. 217 LEC), produciendo una verdadera inversión de la carga probatoria (STS 22-12-92 y 2-7-97 entre otras), ya que esa cantidad de dinero que el dueño de la obra debe al contratista, puede quedar a causa de las relaciones entre ellos, en la oscuridad, que es dable deshacer de acuerdo con principios de facilidad y de flexibilidad probatorias (STS 18-5-98,15-7-98,20-11-91...) por la demandada, y si no lo hace, sufrirá las consecuencias de su conducta pasiva.
De manera que los presupuestos para el ejercicio de la acción serán: a) Que el contratista principal haya concertado la ejecución de la obra de tal forma que su crédito futuro sea cierto y esté determinado en el contrato principal de la obra. b) Que quienes ponen su trabajo o materiales en la obra sean acreedores del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa. c) Que el acreedor directo haya constituido en mora al contratista principal, d) Que el comitente sea deudor del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa...
Pues bien, creemos que en el caso sometido a la consideración de la Sala se ha producido, en efecto, la infracción delart. 1597 Cc. No desconoce la Sala la polémica doctrinal existente, que se bifurca en dos extremos: De un lado, si se considera que con la acción directa el subcontratista ejercita un derecho del contratista contra el dueño o promotor, no hay más remedio que afirmar que no cabe su ejercicio en caso de concurso de acreedores del contratista porque se iría contra dos reglas básicas: 1ª) Los acreedores del concursado quedan de derecho integrados en la masa pasiva del concurso y no pueden cobrar por separado sus créditos, sino que habrán de concurrir con los otros " sin más excepciones que las establecidas en las Leyes" (Art. 49 de la Ley concursal) 2º) Los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor al tiempo de la declaración del concurso, integran la masa activa, y de permitirse el ejercicio de la acción directa, se sustraería de la masa activa el crédito del contratista concursado contra el promotor o dueño de la obra. Y de otro lado, si consideramos que el subcontratista ejercita un crédito propio contra el dueño de la obra, al no integrarse en la masa pasiva del concurso, no habría dificultad de ejercicio de la acción salvo que se considere que como consecuencia del pago del dueño de la obra, al subcontratista, desaparece del patrimonio del contratista concursado (esto es, de la masa activa) su crédito frente al promotor.
Parece lógico que si el subcontratista ha realizado un trabajo y puesto unos materiales, con la consecuencia de que el dueño de la obra tiene en su patrimonio algo que antes no tenia, es de justicia que se pueda dirigir directamente contra el dueño de la obra, en ejercicio de un crédito propio, que se le reconoce expresamente por elArt. 1597 del Cc precepto que constituye pues, una excepción legal al contenido delart. 49 de la Ley concursal. La consecuencia, pues, es que la declaración de concurso de Reina Maria 2000 S.L. anterior a la demanda, no impide el ejercicio de la acción directa por el subcontratista en este ámbito jurisdiccional. Y a ello no empece el extremo, también resaltado en la sentencia de instancia, de que en el contrato de obra con Reina Maria 2000 S.L. se prevea en la estipulación 14ª que la "entidad constructora no podrá ceder este contrato, ni subcontratar total o parcialmente la ejecución de la obra, sin obtener el consentimiento expreso y por escrito de la propiedad", lo que no se ha acreditado concurra, pues ello, se desenvuelve en el ámbito de las relaciones entre comitente y contratista, pero no puede ser opuesto al tercero subcontratista, que no fue parte en aquel contrato (Art. 1257 Cc).
QUINTO Veamos pues, si es procedente el ejercicio de la acción instada. Sostiene la actora que a fecha 24-2-09, la demandada García Galindo Hermanos S.A. adeudaba a la mercantil Reina Ana Maria 2000 S.L. más cantidad de la reclamada en la presente litis, habida cuenta que en 24-3-09 la demandada firmó con la concursada y con la Administración Concursal una escritura de cancelación de deuda, por la que declaraba cancelada la deuda existente entre ambas mercantiles con el abono efectivo a la concursada de 2.214.600'88€ y por ende, cancelado el saldo deudor entre ambas empresas, pago que incluía la obra del Edificio Progreso, del que arranca la cantidad reclamada. El acuerdo alzando fue aprobado por el Juzgado de lo mercantil en Auto de 28-5-09, que declara resueltos los contratos entre ambas empresas y convalida el acuerdo alcanzado.
En 24-2-09, la actora remitió a García Galindo Hermano S.A. el escrito que obra al folio 68 de las actuaciones en que requirió a la demandada en ejercicio de la acción directa delart. 1597 Cc, mediante burofax enviado a la calle Acera de Darro, 30 de Granada, a nombre de la demandada, que no fue reclamado y caducó en lista, burofax que fue enviado al domicilio de la demandada que consta en el Registro mercantil, Acera de Darro 30

de Granada, y que es el mismo que se hizo constar en la escritura de cancelación de deuda de 24-3-09. Ahora bien, como seña laSTS de 8-5-08, " si bien el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en elart. 1597 Cc, pues solo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario, la jurisprudencia ha declarado que los intereses moratorios de una cantidad liquida se devengaran desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior..." Sentencia que se dictó, entre otros extremos, a propósito del momento en que deben devengarse los intereses de demora: la de presentación de la demanda, o en su caso, del requerimiento extrajudicial. Criterio este que implica que si la acción directa se formula con la interposición de la demanda, ya que el requerimiento notarial (STS 8-5-08), no supone el ejercicio de la misma, cuando aquella se interpone 6-10- 09, la demandada ya no era deudora de la contratista, puesto que en 24-3-09, se acordó la cancelación de la deuda. Quiere decirse, pues, que no se da uno de los presupuestos para la prosperabilidad de la acción, y por ello, ésta no puede ser acogida. No se produce, pues, la vulneración delart. 1597 Cc.": SAP Granada (sección 4) 26.11.2010 (sentencia 492/2010; Rollo 439/2010)

0.3.2.2 Sólo si media requerimiento extrajudicial anterior a la declaración de concurso

AP Barcelona (Sección 1)

"PRIMERO.-Antecedentes y Objeto del Recurso.
CAT&HABITAT 2000 SL presentó demanda en reclamación de 54.889,77 euros contra PELMAR SL, que era la empresa que la había subcontratado para la ejecución de unos trabajos de albañilería e instalaciones, y contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS SA, (en adelante FCC SA) en cuanto contratista de las obras y al amparo de la acción directa del artículo 1597 del cci.
El Juzgado de Instancia mediante auto de 12 de abril de 2011 acordó el archivo del procedimiento por cuanto PELMAR SL ya estaba en situación de concurso al tiempo de presentarse la demanda y la acción directa que se ejercitaba frente a FCC SA era también posterior a dicha declaración de concurso y, de conformidad con la doctrina establecida por la SAP de Barcelona, Secc. 15ª, de de 2 de marzo de 2006, el Juzgado competente para conocer de la misma era el Juzgado de Lo Mercantil que tramitaba el referido expediente concursal.
La anterior resolución es recurrida en apelación por CAT&HABITAT 2000 SL por cuanto entiende que, de conformidad con la referida doctrina jurisprudencial, el procedimiento debería continuar contra FCC SA pues la acción directa del artículo 1.597 Cci la había ejercitado extrajudicialmente con anterioridad a la declaración de concurso de PELMAR SA.
SEGUNDO.-La acción directa del artículo 1.597 Cci.
No se discute en autos la doctrina establecida por la SAP de Barcelona, Secc. 15ª, de de 2 de marzo de 2006, conforme la acción directa del art. 1597 Cci conserva su autonomía y puede ejercitarse separadamente, al margen del expediente concursal siempre que la misma se ejercite, judicial o extrajudicialmente, antes de que se produzca la declaración de concurso del contratista o subcontratante como ocurre en el caso de autos.
La discrepancia que la recurrente mantiene con la resolución apelada viene referida al momento en que ejercitó dicha acción pues aquélla entiende que fue con la presentación de la demanda que tuvo lugar el día 17 de noviembre de 2010, cuando la declaración en situación de concurso de PELMAR SL ya hacía un par de semanas que se había producido, concretamente el día 29 de septiembre de 2010; Y la recurrente que dicha acción la ejercitó con anterioridad mediante requerimiento extrajudicial que había practicado el día 17 de septiembre de 2010.
Sin embargo, esta Sala, una vez revisados los presentes autos, comparte plenamente el criterio de la resolución apelada pues aun cuando dicho requerimiento extrajudicial es cierto que se había practicado -lo que también se reconoce en la propia resolución apelada- el mismo resultó ineficaz atendido que cuando se practica la referida acción directa todavía no había nacido.
En efecto, uno de los presupuestos que condiciona el éxito de la acción directa del artículo 1597 Cci es que quienes ponen su trabajo y materiales en la obra sean acreedores del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa (SSTS de 29 de abril de 1991, 28 de enero de 1998, 28 de mayo de 1999, o 31 de enero de 2002 o la más reciente de 12 de febrero de 2008). Y en el caso de autos, cuando CAT&HABITAT 2000 SL cursa la reclamación extrajudicial a FCC SA, su crédito frente PELMAR SL no era exigible por la sencilla razón de que la obligación aun no había vencido pues habiéndose convenido en contrato que las facturas se liquidarían a los 90 días de su fecha (cláusulas 2.3 y 2.4 del contrato firmado), resulta que ninguna de las reclamadas en autos había alcanzado a su fecha de vencimiento (las más antiguas tenían fecha de 30 de junio de 2010) y, consecuentemente, no eran ni exigibles frente a PELMAR y, por tanto, tampoco frente a FCC SA, tal y como acertadamente señala la resolución ahora apelada, sin que tampoco sea óbice para ello que el pago de algunas de estas facturas se hubiera instrumentalizado mediante pagarés pues los mismos también tenían como vencimiento una fecha igualmente posterior (25 de septiembre de 2010) a la del requerimiento extrajudicial.
En consecuencia, dado que el requerimiento extrajudicial se practica antes de que las facturas sean exigibles, la primera reclamación e eficaz tiene lugar con la demanda judicial y al ser ésta posterior a la declaración de concurso, de conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta, corresponde su conocimiento al Juez de Lo Mercantil ante el que se tramita el concurso de PELMAR SL. ":AAP Barcelona (Sección 1) 07.05.2012 (Auto 118/2012; Rollo 628/2011)

AP Barcelona (Sección 13)

"Planteada declinatoria por la demandada por falta de competencia objetiva del Juzgado de 1ª Instancia de Barcelona, al considerar que su conocimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil ante el que se sigue el

concurso. Inicialmente, el Juzgado de 1ª Instancia consideró que, habiéndose realizado el requerimiento extrajudicial a la dueña de la obra antes de la declaración del concurso debía mantenerse la compentencia de ese Juzgado. No obstante, al ser recurrida esta resolución, se revoca la anterior y dicho Juzgado declara su falta de competencia objetiva, por cuanto considera que, además de que dicha doctrina es objeto de contraversia jurisprudencial, han de valorarse las circunstancias concurrentes en el caso concreto, teniendo en cuenta que al presentar la demanda la actora ya tenía conocimiento por la prensa de la presentación de la solicitud de concurso, no siendo vinculante al respecto la resolución dictada en incidente concursal planteado por la actora, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valladolid, que conoce del concurso de la contratista Begar.

SEGUNDO. - La cuestión que se plantea en el presente recurso, ciertamente muy controvertida en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, ha venido a ser resuelta con la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/11 de 10 de octubre de "Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal", de acuerdo con la cual los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas, que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción del art. 1957 CC art. 50.3-, quedando éstas acciones en suspenso desde la declaración del concurso hasta su conclusión, cuando el procedimiento se hubiera inciado antes de la declaración de concurso -art. 51 bis-. Ello no obstante, atendiendo a razones de vigencia temporal (D T 1ª.1 en relación con las siguientes Disposiciones Transitorias de la indicada L 38/2011) dichas disposiciones no son aplicables al presente caso, por lo que el recurso deberá ser resuelto aplicando la legislación vigente al tiempo de presentarse la demanda con la jurisprudencia que la desarrollaba, y atendiendo a las circunstancias concurrentes en el presente caso.

En el caso que nos ocupa, procede formular las siguientes consideraciones:

a) Como indicaba el Auto de AP de Barcelona de 27.6.2011, el art. 1597 CC, como excepción al principio contemplado en el art. 1257 CC, concede una acción directa a los terceros que ponen su trabajo materiales en una obra a tanto alzado contra el dueño de la obra, si bien limitando la reclamación a la cantidad que éste deba en el momento de efectuarse la reclamación. Se contempla de esta manera un derecho preferente y directo del contratista o de los subcontratistas posteriores que, según mantenía la jurisprudencia, no podia quedar afectado por la declaración concursal de la sociedad con quien el subcontratista contrató. En este sentido el TS había afirmado en S. 27.7.2000 que "La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del art. 1597"; asimismo la S. 11.10.2002 descarta la apreciación de fraude de ley en el ejercicio de la acción directa contra la propietaria de la obra, "cuya finalidad es precisamente salvaguardar los derechos del subcontratista siendo compatible con la existencia de un expediente de suspensión de pagos de la contratista". De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, la acción ejercitada en el presente pleito seria, pues, inmune a la situación concursal del contratista.

No obstante, con la publicación de la Ley concursal de 9.7.2003, la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial ha entendido que se debía reinterpretar la doctrina anterior ante los nuevos principios que ha consagrado la nueva legislación concursal para impedir que con el ejercicio de una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se de preferencia a determinados acreedores que la ley concursal no había recogido. En la sentencia de 2.3.2006, a que se refieren tanto el inicial auto de 27.1.2011 como las partes, después de analizar los principios que inspiran la nueva legislación y la ratio legis del legislador, concluye la Sección 15ª que ". Esta doctrina ha sido reiterada por la misma Sección 15ª (especializada en Mercantil) en el Auto de 13.6.2012, en el que se afirma que " *No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. Elartículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursa* l", resulta pues determinante que la acción directa se haya ejercitado antes del concurso, y dicha sentencia considera que " *Aunque se emplee el término acción, de carácter procesal, el precepto no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos ya expuestos. La jurisprudencia es constante en este sentido(STS 17 de julio de 1998, SS AP Guipúzcoa 12 de abril de 2005, Girona 11 de febrero de 2005, Zaragoza 21 de septiembre de 2004, Barcelona, secc. 14ª, 12 de diciembre de 2002, entre otras). En nuestro caso, por tanto, la demandante había ejercitado en forma la mencionada acción, que es la que origina la consignación de la obligada al pago directo";* en definitiva, la fecha que considera determinante a estos efectos es la de ejercicio de la acción, sea judicial

o extrajudicialmente. Esta postura ha sido reiterada por Auto de la misma Sección 15ª de 13/06/2012, que declara " *Desde nuestra sentencia de 2 de marzo de 2006 hemos venido manteniendo el criterio de que es eficaz esa acción de los subcontratistas en el concurso de la contratista siempre que se hubieran ejercitado antes de la declaración del concurso".*

Tal como se ha dicho se trata de una cuestión muy controvertida entre las Audiencias Provinciales, por lo que este tribunal considera oportuno aplicar en esta materia lo que constituye un criterio ya reiterado de la Sección núm. 15 con competencia exclusiva en materia mercantil. En consecuencia, ejercitada extrajudicialmente, mediante burofax, la acción directa el día 20.5.2009 y dictado el auto declarando a la contratista Begar en concurso en fecha 25.6.2009, es decir, ejercitada aquélla extrajudicialmente con anterioridad a la declaración de concurso, ha de mantenerse, en aplicación de dicha doctrina, la competencia objetiva para conocer de la acción directa del Juzgado de 1ª Instancia, y no la del Juzgado del concurso

b) Además, en el presente caso no podemos olvidar que planteado por la aquí actora incidente concursal impugnando el inventario de bienes y derechos, solicitando se redujese el derecho de crédito de la concursada frente a Adendia Procam S.L. respecto al que la actora, CALDARA, había ejercitado extrajudicialmente la

acción directa del 1597, habiendo dictado el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valladolid, que conoce del concurso, sentencia resolviendo dicho incidente en fecha 3.3.2010 por la que desestima la petición y remite a la parte a lo que se resuelva fuera del concurso, "ante el Juez de Primera Instancia competente". Ciertamente, la resolución del Juez del concurso no vincula al Juez de 1ª Instancia que conoce de este pleito, tanto más en lo que se refiere a la competencia objetiva (cuestión de orden público, apreciable incluso de oficio en cualquier momento en que se advierta - art. 48 LEC -), pero no podemos olvidar que se trata de una cuestión muy controvertida entre las audiencias y que, es doctrina jurisprudencial reiterada la que tiende a evitar al justiciable la peregrinación de órganos jurisdiccionales.
c) Por último, tampoco puede obviarse que, en este caso, ejercitada por la contratista concursada, Begar, frente a la promotora aquí demandada acción en reclamación de su crédito, de la que conoce en procedimiento ordinario el Juzgado de 1ª Instancia núm. 92 de Madrid, dicho órgano ha resuelto, a instancia de la propia demandada, PROCAM, requerir de acumulación al mismo el pleito del que deriva este rollo según auto de fecha 30.3.2011 (la estimación de la procedencia de la acumulación interesada supone que el Juzgado de 1ª Instancia no encuentra obstáculo respecto a su competencia objetiva para conocer de la presente acción).
Por todo cuanto antecede, procede, estimando el recurso, revocar el auto recurrido, dejándolo sin efecto, confirmando el auto dictado por el mismo Juzgado en fecha 27.1.2011, declarándose la competencia objetiva del Juzgado de 1ª Instancia núm. 57 de Barcelona para conocer del pleito, el cual deberá dar el oportuno curso y resolver sobre el requerimiento de acumulación remitido por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 92 de Madrid.”: AAP Barcelona (Sección 13) 05.11.2012 (Auto 175/2012; Rollo 634/2011)

AP Barcelona (Sección 17)

“SEGUNDO.-La representación de ESPAIS DIAGONAL MAR, S.L. plantea en su recurso la nulidad de actuaciones en base a lo dispuesto en el artículo 225.1º LEC, puesto que considera que la Sentencia recurrida ha sido dictada por un Juzgado que carece de competencia objetiva para conocer del presente pleito dada la situación concursal en la que se encuentra la sociedad INTEMAX, entidad con la que la actora había suscrito contrato para ejecutar una serie de trabajos de "Instalaciones, sanitarios y grifería", en la obra de la recurrente denominada ILLA DEL MAR. Considera que con la admisión a trámite de la demanda se han infringido los artículos 86 ter LOPJ, y 8.1 y 50 de la Ley Concursal. Afirma que como el concurso fue declarado con anterioridad a la presentación de la presente demanda, y ello impide el ejercicio de la acción directa recogida en el artículo 1597 CC., de modo que siendo la actora acreedora afectada por el concurso debe someterse al procedimiento concursal a todos los efectos, defendiendo su crédito en esa sede.
Se debe abordar en primer lugar esta alegación de la demandada, que nunca puso de manifiesto con anterioridad en este procedimiento. Se dio vista a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la falta de competencia objetiva alegada, con el resultado que consta.
En la sentencia de la AP Tarragona, de 22-11-2011 se realiza un exhaustivo resumen de la evolución legal y doctrinal sobre la cuestión que aquí se plantea, determinar si el proceso concursal pendiente de la contratista principal empece al ejercicio y conocimiento autónomo y separado por un órgano civil común de la demanda promovida por la subcontratada en ejercicio de la acción directa reconocida en el art. 1597 CC frente a la comitente (dueña de la obra), que en parte transcribiremos:
"...antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal se venía entendiendo de una manera generalizada que la suspensión de pagos no atraía hacia el procedimiento de insolvencia provisional (o definitiva) esa reclamación, ni pasaba a tener incidencia en la misma por cuanto suponía el ejercicio de un derecho propio, no por delegación del acreedor contractual, sin que se configurara como un privilegio crediticio (STS de 16 de marzo de 1998 citada en el Auto de la A.P. de Madrid, sección 10, de 12-05-2011). (...)
Es tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, cuando se ha iniciado una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre si este panorama procesal ha cambiado y sobre si ahora, por el contrario, el concurso incide en la acción directa ejercitada con anterioridad y/o con posterioridad al concurso, y sigue siendo inmune a la ejecución colectiva.
La cuestión así planteada ha sido resuelta por las distintas Audiencias Provinciales de modo totalmente dispar, pudiéndose distinguir los criterios siguientes:
1º. Acciones del art. 1597 del CC ejercitadas judicialmente antes de la fecha de declaración del concurso: En general se admite la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer de las mismas. Ello se entiende sin perjuicio de que el Juez del concurso considere que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, pudiendo en tal caso acordar su acumulación al concurso, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 51 de la Ley Concursal.
2º. Supuestos en que la fecha del requerimiento extrajudicial de pago hecho por el subcontratista al dueño de la obra es anterior a la declaración del concurso mientras que la formulación de la demanda tiene lugar con posterioridad a tal fecha:
2.1. quienes entienden que también será competente el Juez de Primera Instancia.
2.2. quienes consideran que en tales supuestos la competencia ha de atribuirse al Juez mercantil que conoce del concurso, incluso aunque el concursado no haya sido demandado.
Y la AP de Tarragona, en la sentencia referida, se inclina por compartir el criterio de una sentencia de la AP de Madrid, sección 20ª, de 20 de Julio de 2011, que transcribe: "SEGUNDO.-..... A hora de atribuir la competencia objetiva para el conocimiento del presente procedimiento, ante la situación de concurso en que se encuentra la contratista principal, hemos de partir del hecho constatado de que la demanda se presentó con posterioridad a la declaración de concurso, si bien, previamente a la demanda, había existido una reclamación por parte del subcontratista a la propiedad en la que expresamente manifestaba ejercitar las acciones que le otorga el artículo 1597 del cc.. En dicha situación, la decisión adoptada por el Juzgado de primera instancia, entendemos es la correcta, a la vista de las decisiones que sobre dicha cuestión han adoptado diferentes

Secciones de esta Audiencia a raíz de las resoluciones de la Sección 28ª de esta Audiencia, especializada en materia mercantil y competente para resolver las cuestiones de competencia que se plantean entre los Juzgados de primera instancia y los especializados en mercantil, en base a lo establecido en el artículo 46 de la LEC, 51 de la Ley Orgánica de Poder Judicial y las reglas de reparto establecidas al efecto. /// Señala la sección mercantil, al analizar diferentes supuestos de hecho similares al aquí planteado, incluso entre las mismas partes, que la competencia ha de atribuirse al Juzgado de primera instancia, por cuanto la especial naturaleza de la acción directa que otorga el artículo 1597, de la que queda fuera la contratista principal, debe conducir a que desde el momento en que el titular de la acción ha requerido al dueño de la obra ha de considerarse ejercitada la acción, a los efectos de considerar la reclamación a que se refiere ajena a la declaración de concurso de la contratista principal, conclusión que no es contradictoria con lo resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008, como sostiene la apelante, en cuanto esta resolución, ampliamente analizada en las resoluciones citadas de la Sección 28ª y que asumimos en su integridad, no se refiere específica y directamente a la atribución de competencia objetiva entre juzgados de lo mercantil y de primera instancia, sino que al indicar que judicialmente la acción del artículo 1597 se entiende ejercitada con la interposición de la demanda, ello no es incompatible con que los intereses moratorios se produzcan desde el requerimiento fehaciente previo. El reconocimiento de los derechos que otorga el referido artículo, precisa una reclamación extrajudicial previa a la interposición de la demanda solicitando el auxilio judicial, por lo que cumplido el mismo, sus efectos o consecuencias han de ser los derivados de la configuración especial del derecho concedido. Por tanto, la atribución de la competencia objetiva para el conocimiento del caso concreto al juzgado de primera instancia, debe confirmarse y mantenerse".
Criterio compartido asimismo por la sección 1ª de esta AP Barcelona, en sentencia de 18-4-201, que asimismo transcribe otra de la Sección 15ª de la AP Barcelona de 2-3-2006, que argumenta:
"No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El *artículo 1597,* esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal, lo que, en consecuencia, conduciría a la necesidad de que el importe consignado por KUKA quedara integrado en la masa activa, resultando improcedente la entrega a SERRA para su satisfacción autónoma.
Sin embargo, las fechas muestran que, en nuestro caso, la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración del concurso: el requerimiento notarial para que se le hiciera pago directo es de 13 de octubre de 2004, que KUKA admite como recibido el día 20, mientras que la declaración del concurso se produce con fecha 27 de octubre. En consecuencia, al producirse el fogonazo jurídico que supone la declaración del concurso, que fija una imagen - dinámica - de los créditos en ese momento concurrentes, la obligación jurídica de pago que incumbía a KUKA ya no era la que le ligaba con TRACOINSA, sino con SERRA. El crédito seguía operando contra el patrimonio de la contratista principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, de forma que cuando se produce este evento KUKA ya está obligada con la demandante".
Compartiendo el posicionamiento en torno a la cuestión que nos ocupa mantenido por las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona, Tarragona y Madrid, transcritas, entendemos que el juzgado de primera instancia era competente para conocer de la acción directa planteada. En nuestro caso, el concurso, como se ha repetido, fue declarado por el juzgado de lo mercantil nº 6 de Barcelona, en auto de 19-6- 2008, pero la actora dirigió el 5-6-2008 burofax a ESPAIS PROMOCIONES INMOBILIARIAS, que fue contestado por ESPAIS DIAGONAL MAR S.L., el 9-6-2008, indicando que no era de aplicación el artículo 1597 CC porque el contrato suscrito con INTEMAX era un contrato de ejecución de obra por partidas. La reclamación extrajudicial a la dueña de la obra, del todo correcta, se produjo también en este caso unos días antes de la declaración del concurso.”: SAP Barcelona (Sección 17) 29.05.2012 (Sentencia 275/2012; Rollo 702/2010)

AP Burgos

“PRIMERO La representación legal de Centro Estación Miranda SA (parte demandada) formula recurso de apelación contra lasentencia dictada en fecha 30-9-2010 por el Juzgado de 1ª Instancia e I. nº 2 de Miranda de Ebro por la que al amparo delartículo 1597 del CC, se estimaron íntegramente las pretensiones actoras de reclamación de cantidad.
Pretende la recurrente la desestimación de las pretensiones actoras invocando, en síntesis, como motivos de recurso:
1-Nulidad de la sentencia por falta de competencia objetiva o funcional(art. 225 LEC, 86 ter LOPJ, 76 y 80 Ley Concursal) entendiendo que ejercitada judicialmente la reclamación al amparo delartículo 1.597 CC con posterioridad a la declaración de concurso de la contratista: BOCSA, carece el Juzgado de 1ª Instancia de competencia objetiva para el conocimiento del asunto, debiendo estimarse la declinatoria que fue planteada. (…)
SEGUNDO Entrando en el análisis del recurso debe anticiparse que se aceptan sustancialmente los fundamentos de la sentencia salvo en lo que expresamente se contradice con lo expuesto posteriormente en la presente resolución.
Respecto a 1-Nulidad de la sentencia por falta de competencia objetiva cabe señalar como ha hecho laAP de Madrid Sección 28 en Auto de 17-9-2010 que:"la jurisprudencia ha venido entendiendo que la situación concursal de la empresa contratista carecía de incidencia en la reclamación directa del subcontratista contra el comitente (sentencias de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000), fruto de la protección

especial que el legislador, por razones de equidad, ha querido otorgar al que puso trabajo o material en una obra. Resultaba por ello inmune dicha reclamación a los efectos del proceso concursal en nuestro tradicional derecho de la insolvencia. La nueva Ley Concursal tampoco proporciona, de lege data (a falta de una futura reforma legal que pudiera estimarlo conveniente), una regla específica para interferir en la acción directa promovida por el subcontratista contra el dueño de la obra ni que atribuya, a tenor de lo establecido en el artículo 50.1 de la LC en relación con el artículo 8 del mismo cuerpo legal, competencia al Juez de lo Mercantil, que entiende del concurso del contratista, para conocer de una contienda que lo sería entre terceros. Se ha suscitado, no obstante, una importante polémica doctrinal al respecto en la que, a raíz de la entrada en vigor de la Ley Concursal, se sigue rechazando, de forma mayoritaria (verbigracia, sentencia de la sección 15ª de la AP de Barcelona de 2 de marzo de 2006, sentencias de la sección 3ª de la AP de Granada de 30 septiembre de 2009 y de 21 de mayo de 2010 y auto de la sección 18ª de la AP de Madrid de 6 de mayo de 2010), que la declaración de concurso del contratista principal deba interferir en la citada acción directa cuando ya hubiese sido planteada con anterioridad la reclamación del subcontratista contra el comitente, pues el ejercicio de tal facultad habría supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del subcontratista..."
Respecto al momento en que la reclamación de la subcontratista produce efectos debe señalarse que aunque la cuestión es también discutida, elTS ha considerado la posibilidad de admitirlo desde el momento de su reclamación extrajudicial en SSde 28 de mayo de 1908 y 30 de enero de 1974, señalando ésta última que"visto el sentido proteccionista que encierra, las razones inspiradoras que expone y los principios de buena fe que la complementan, resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ella tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar, como requisito único, la petición de tal derecho en vía judicial".
LaAP de Barcelona Secc. 15 en S. 2-3-2006 señala:"Una vez ejercitada esta acción contra el dueño de la obra o el subcontratante, éste a quien debe abonar su importe es al reclamante que intervino en el proceso constructivo y no a la contratista principal. Ello no es más que una consecuencia de la naturaleza solidaria de la responsabilidad del dueño de la obra y contratista para con los subcontratistas de este último que intervienen en la misma(STS de 14 de marzo de 2004).
Aunque se emplee el término acción, de carácter procesal, el precepto no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos ya expuestos. La jurisprudencia es constante en este sentido(STS 17 de julio de 1998, SS AP Guipúzcoa 12 de abril de 2005, Girona 11 de febrero de 2005, Zaragoza 21 de septiembre de 2004, Barcelona, secc. 14ª, 12 de diciembre de 2002, entre otras).
Es cierto no obstante que existen pronunciamientos divergentes al indicado:AAP, Valencia sección 11 del 28 de Julio del 2010, AAP, Madrid sección 12 del 19 de Mayo del 2010.
En el presente caso resulta que con fechas14-10-2008 y 27-10-2008 (doc 22 y 23 de la demanda) y por tanto previamente a la declaración de concurso de la contratista Bocsa (Auto de29-10-2008), la subcontrata hoy actora había formulado frente a Centro Estación Miranda SA (contratista principal demandada), requerimientos extrajudiciales para que retuviese y entregase las cantidades que adeudaba a Bocsa por importes cuya suma es objeto ahora de reclamación en el procedimiento, por lo que en aplicación de la doctrina antes expuesta procede desestimar el motivo de nulidad invocado.": SAP Burgos (Sección 2) 31.03.2011 (JUR 2011/176696; Sentencia 164/2011; Rollo 514/2010)

AP Alava

" PRIMERO.- Los términos del recurso

SGS TECNOS S.A. presenta el 16 de febrero de 2010 demanda ejercitando la acción directa prevista en el art. 1.597 del Código Civil (CCv) frente al comitente, BIONOR BERANTEVILLA S.L.U. que había contratado a MONTAJES TEILÁN S.L., que a su vez había subcontratado ciertos trabajos a la demandante. SGS TECNOS S.A. requirió de pago a BIONOR BERANTEVILLA S.L.U. mediante burofax de 5 de noviembre de 2009, ante el impago de MONTAJES TEILÁN S.L., que es declarada en concurso por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao mediante auto de 18 de diciembre de 2009.

Admitida la demanda, y contestada sin oponer declinatoria, en la audiencia previa la juez de oficio, tras audiencia del Ministerio Fiscal, declara falta de competencia objetiva, en base a los arts. 86 ter 1 a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y 8.1.a) de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), por considerar competente al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, en tanto que tramita el concurso de MONTAJES TEILÁN S.L.

Contra dicha resolución se alza SGS TECNOS S.A. considerando se incurre en infracción de ley por apreciarse tal falta de competencia, mientras que BIONOR BERANTEVILLA S.L.U. se opone al recurso defendiendo las razones de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- La atribución de competencia de LOPJ y Ley Concursal

En este litigio se discute la competencia objetiva para conocer de una reclamación que el subcontratista plantea, sobre la base del art. 1.597 CCv, ante el impago del contratista declarado en concurso, dirigiéndose al comitente, que no está en tal situación, y que es, a su vez, deudor de la masa. Ejercita por lo tanto acción directa, que es un derecho propio y no supeditado al de su principal. Tal pretensión afecta de modo indirecto a la masa activa del contratista, acreedor del demandado. De ahí que esta acción pueda tener trascendencia respecto al patrimonio del deudor concursado, en el modo que, a efectos de competencia, disponen los arts. 86 ter 1.1º LOPJ y 8.1º LC.

Ambos preceptos, sin embargo, exigen que la acción se dirija "*contra el patrimonio del concursado*". No basta con que tenga trascendencia en dicho patrimonio, lo que obviamente ocurre porque él concursado es acreedor del aquí demandado (aunque sea deudor del actor), de modo que conforme al art. 76 LC el crédito formaría parte de su masa activa, sino que la norma exige que la demanda se dirija contra el mismo, como han

puesto de relieve la SAP Valladolid 5 de enero 2007, JUR 2007\266120, SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 8 febrero 2007 (JUR 2007/88275), SAP Bizkaia, Secc. 3ª, 12 marzo 2009, AAP Alicante, Secc.5ª de 29 de abril de 2009 (JUR 2009/303945), SAP Soria de 6 de noviembre de 2009, o la SAP Murcia, Secc. 4ª, de 25 de marzo de 2010 (JUR 2010/183965).

No obstante también son numerosas las resoluciones que hacen una interpretación extensiva de los arts. 86 ter.1.1º LOPJ y 8.1º LC, como la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 2 de marzo de 2006, AC 206\1594, SAP Asturias 14 febrero 2008, JUR 2008\183752, SAP Cantabria 15 julio 2008, JUR 2008\35866, SAP A Coruña de 18 de marzo de 2009 (JUR 2009, 207548), AAP Valencia, Secc. 7º, de 24 de abril de 2009 (JUR 2010/120303), o el AAP Granada, Sección 3, de 9 de julio de 2010, considerando competente al juzgado del concurso aunque la pretensión se dirija contra el patrimonio del comitente no concursado.

A esta segunda tesis, que matiza las exigencias legales, se acoge la resolución recurrida para resolver de oficio la cuestión, pese a no plantearse declinatoria, por lo que habrá que analizar el fundamento de la pretensión para resolver lo procedente.

TERCERO.- La naturaleza de la acción directa, el concurso y su repercusión procesal

Para resolver hay que partir de la especificidad de la acción ejercitada. La acción directa del art. 1.597 CCv tiene sustantividad propia, pues quien reclama no lo hace en sustitución o subrogándose en el crédito del contratista contra el comitente, sino haciendo valer un crédito propio (STS 8 de mayo 2008, RJ 2008\2831). Por eso se denomina acción directa (STS 19 diciembre 2006, RJ 2006\9244), de ejercicio autónomo a la que el contratista podría ejercitar contra su principal, superando así el principio de relatividad que dimana del art. 1.257 CCv. No obstante se supedita a que el crédito del contratista frente al comitente exista, y alcanza hasta su importe, aunque el crédito del subcontratista frente al contratista sea superior (STS de 2 julio 1997, RJ 1997\5474 y 12 de diciembre 2007, RJ 2007\8924).

Tratándose de dos eventuales acciones hay que resolver que acontece cuando no se ejercitan contra ambos obligados, el contratista y el comitente, posibilidad admitida por la jurisprudencia (STS 7 febrero 1968, RJ 1968\826, 17 junio 1974, RJ 1974\3257), incluso de modo solidario (STS 6 junio 2000, RJ 2000\4402). Si la acción se ejercita por el contratista contra el comitente, el pago impide al subcontratista el ejercicio de la acción directa, pues no habría importe que reclamar. Pero si se ejercita antes la acción directa, ha sido tradicional considerarla inmune al proceso concursal del contratista (STS 9 mayo 1989, RJ 1989\3678, 27 de julio 2000, RJ 2000\9179, 11 octubre 2002, RJ 2002\9850), posición tradicional de la jurisprudencia que a falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo aplicando la vigente Ley Concursal, es cuestionada por la doctrina de Audiencias antes mencionada a partir de la muy citada SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 2 de marzo de 2006, AC 206\1594.

En situaciones no concursales la competencia para conocer de la acción directa será siempre del Juzgado de 1ª Instancia. Pero declarado el concurso del contratista, aparecen las dudas expresadas en el anterior ordinal. Si no se había ejercitado la acción del art. 1.597 CCv, se ha dicho que "*el crédito que el dueño de la obra adeuda al contratista, en principio, debe estar incluido en la masa activa de esta última concursada, articulo 76.1 de la Ley Concursal, y en caso de pago por el comitente al subcontratista, la concursada contratista perdería su crédito contra el primero, con la consiguiente reducción de la masa activa*" (AAP Granada, Secc. 3ª, de 9 de julio de 2010). De ahí que siendo la demanda posterior a la declaración de concurso, se pudiera argumentar que la competencia es del juzgado del concurso.

Sin embargo no puede obviarse que antes de la declaración de concurso la subcontratista intimó mediante un burofax al principal. Con esa reclamación extrajudicial situó en situación de mora al mismo, que ya no podía realizar el pago al contratista, por haber sido intimado por otro de sus acreedores. En ocasiones los comitentes han recurrido a la consignación del importe hasta que se dilucide quien sea el acreedor (es el supuesto de la tantas veces mencionada SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 2 de marzo de 2006, AC 206\1594), pero en el caso de autos no hay duda de que la demandante reclamó expresamente al comitente, semanas antes de que se declarara el concurso.

CUARTO.- El valor del requerimiento anterior a la declaración de concurso

Si el subcontratista requiere de pago al comitente antes de la declaración de concurso del contratista, el deudor intimado no podrá realizar el pago a éste último. Cierto es que si la reclamación se concreta judicialmente, quien ejercita la acción directa puede demandar tanto al contratista como al comitente. Pero por el carácter autónomo de esta acción también puede hacerlo sólo frente al dueño de la obra, que se ha beneficiado del trabajo o materiales puestos por el subcontratista que no haya abonado el precio al contratista. En cambio si no hay tal intimación, en el momento en que se declara el concurso opera la previsión del art. 76.1 LC, es decir, se integran en la masa activa del concurso "*los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor*", sin necesidad de comunicarlo al deudor, pues la previsión actúa *ope legis*.

Siendo la finalidad del precepto proteger a quien aportó esos materiales o su trabajo, la declaración de concurso no modifica la finalidad y eficacia del art. 1.597 CCv. El concursado pudo evitar esta situación requiriendo a su principal antes de la declaración de concurso, anteponiéndose a quien ejercita la acción directa. Si no lo hace, es el subcontratista que haya intimado antes de la declaración de concurso quien ha colocado en situación de no escoger al requerido. El principio de universalidad de la masa activa que deriva del art. 76.1 LC no queda afectado, porque ya no había posibilidad de que el patrimonio del concursado se resarciera contra el comitente, sin perjuicio de las vicisitudes de la reclamación del subcontratista.

El requerimiento del subcontratista anterior a la declaración de concurso sitúa al comitente en situación de tener que retener el importe reclamado, que no podrá abonar a su acreedor, el contratista. El ejercicio de la pretensión contra el principal impide a éste realizar el pago al otro obligado (SAP Valladolid 27 de mayo 2008, JUR 2008\330403).

Hay que añadir que el legislador conocía la jurisprudencia que dispone la inmunidad de la acción directa a un eventual proceso concursal del contratista. Para evitar sus efectos, que es en definitiva lo que propugna la doctrina de audiencias señalada, una opción legislativa podría haber sido modificar la redacción

del art. 1.597 CCv para excluir su eficacia en situaciones concursales. Otra, preverlo en el propio art. 76 LC. Pero desde luego esto no ha ocurrido, lo que abona la tesis de que la acción del subcontratista sigue siendo indemne al concurso si se ejercita antes de que su declaración vincule, ex art. 76.1 LC, al patrimonio del contratista.

Finalmente es recurrente la utilización del argumento de la *vis atractiva* del procedimiento concursal para aplicar a estos casos los arts. 8.1º LC y 86 ter.1.1º LOPJ. La objeción a ese argumento es que si justifica que es competencia del juez del concurso una reclamación que no se dirija contra el concursado, pero afecte a la masa activa del concurso, habría que extenderla también a las reclamaciones que éste hace frente a terceros, que tampoco se dirigen contra su propio patrimonio, pero sin duda pueden afectar la extensión de la masa activa. Sin embargo, nadie se plantea duda al respecto, reclamando la competencia del juez del concurso.

En definitiva, habiéndose hecho requerimiento extrajudicial de pago antes de la declaración de concurso, el principio de universalidad de la masa activa del art. 76.1 LC no opera respecto del crédito que se reclamó al comitente por el subcontratista, como han dicho las SAP Valladolid de 5 de enero 2007, JUR 2007\266120, SAP Madrid 16 abril 2007, JUR 2007\212201, o SAP Bizkaia, Secc. 3ª, 12 marzo 2009, lo que supone alcanzar la conclusión de que no son de aplicación de los arts. 8.1 LC y 86 ter 1.1º LOPJ.

QUINTO.- Determinación de la competencia

Atendiendo a que la STS 8 de marzo 1993 (RJ 1993, 2048) declara que las atribuciones de los órganos especializados no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia, y que la reclamación extrajudicial se hizo antes de la declaración de concurso, no nos encontramos ante uno de los casos en que se atribuye, conforme a los arts. 86.ter.1.1º LOPJ y 8.1º LC, la competencia al juzgado del concurso (AAP Sevilla, Secc. 5ª, de 14 de diciembre de 2005, JUR 2006, 176104, AAP Madrid, Secc. 28ª, de 14 de marzo de 2008, JUR 208\288214 y 8 de octubre de 2009, JUR 2009\469217), por lo que opera la atribución residual de los Juzgados de 1ª Instancia el art. 85.1 LOPJ.

La competencia para conocer de la pretensión del subcontratista contra el comitente, conforme al art. 1.597 CCv, una vez realizada reclamación extrajudicial anterior a la declaración de concurso, es del Juzgado de 1ª Instancia, lo que supone la estimación del recurso, la revocación del auto dictado, que se deja sin efecto, siendo competente el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz que deberá seguir conociendo del procedimiento. ": AAP Alava 06.06.2011 (Auto 93/2011; Rollo 266/2011)

AP Toledo

"PRIMERO Se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de instancia por la parte demandante e impugnación de la misma por la demandada, tratándose de un supuesto de acción directa delart. 1597 del Código Civil ejercitada por la subcontratista Aislamientos Isocir por el precio de determinados materiales de construcción suministrados al contratista DHO Infraestructuras S.A., que a su vez los empleó en una obra promovida por la demandada Gicaman S.A.

La contratista DHO Infraestructuras ha sido declarada en concurso porauto de fecha 24 de marzo de 2009, anterior por tanto al primer requerimiento judicial remitido por aislamientos Isocir a la demandada Gicaman, que tuvo lugar el 1 de abril de 2009, razón por la que la sentencia, pese a haber considerado que la competencia para conocer del asunto corresponde al Juzgado de lo Mercantil ante el que se sigue el concurso, en el cual deberá integrarse la aquí demandante como acreedora de DHO Infraestructuras, desestima la demanda sin entrar en el fondo del asunto.

Frente a tal pronunciamiento se alzan ambas partes, la demandante Isocir, por considerar que al no haber sido invocada la falta de competencia objetiva mediante el ejercicio de la declinatoria por el demandado, habiéndose celebrado la audiencia previa y el juicio, lo procedente es dictar sentencia entrando necesariamente sobre el fondo del asunto, al no poder el Juez apreciar ya de oficio la falta de competencia objetiva dejando imprejuzgada la acción. Y en cuanto a esta, solicita la íntegra estimación de la demanda al considerar suficientemente justificada la deuda de Gicaman con su deudora.

Por la demandada se impugna la sentencia en el sentido de que al estimar el Juzgador que carece de competencia objetiva, lo procedente habría sido dictar auto que así lo acordara conforme alart. 48 de la LEC, remitiendo los autos al Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, que viene conociendo del procedimiento concursal de DHO Infraestructuras. En ese sentido interesa la declaración de nulidad de la sentencia de instancia desde el momento de la contestación a la demanda, y la remisión de los autos nuevamente al Juzgado para que dicte auto declarando su falta de competencia objetiva y remita lo actuado al Juzgado de lo Mercantil. Para el caso de entrar en el fondo, solicita la desestimación del recurso y por tanto de la demanda, por no existir prueba de los requisitos de la acción directa, es decir de que Isocir como subcontratista tuviera un crédito frente a DHO como contratista ni de que esta lo tuviera frente a la promotora Gicaman.

SEGUNDO La primera cuestión que se ha de resolver por tanto, es si el Juzgado de instancia tenía competencia objetiva para conocer de la acción directa instada por la demandante cuando su deudora directa, la contratista, ha sido declarada en concurso, o si por el contrario dicha competencia corresponde al Juzgado de lo Mercantil que conoce de este.

Al respecto realiza un completo y exhaustivo examen de la cuestión lasentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 30 de septiembre de 2009, que establece que "cabe sintetizar el planteamiento del problema en los términos en que lo hace la A.P. de Madrid (Sección 20ª) en sentencia de 16 de abril de 2007, recordando la Doctrina de nuestro Tribunal Supremo, ensentencias de 9 de mayo de 1989 y27 de julio de 2000, al señalar que "«la situación concursal en la que se pueda encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del art. 1597 », jurisprudencia a la que se puede añadir laSTS de 11 de octubre de 2002 que al igual que otras de distintasAudiencias Provinciales (Barcelona, Sección 14ª, 9 de junio ó2 de noviembre de 2004;Navarra de 1 de octubre de 2001; y,por todas, Barcelona, Sección

15ª, de 2 de marzo de 2006) que versan (sic) sobre insolvencias anteriores a la vigenteLey Concursal en vigor,..., desde el 1 de septiembre de 2004, pero sin que de la nueva Ley Concursal pueda desprenderse, hasta el momento, interpretación unánime distinta a la anteriormente expresada, máxime cuando en nuestro caso la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración de concurso.".
En justificación de esta autonomía se ha resaltado la solidaridad que caracteriza la acción directa delart. 1597 y la libre elección del acreedor para ejercitarla conjunta o separadamente contra el dueño de la obra, al que es ajeno el proceso concursal de otro deudor. Solidaridad reconocida por elT.S. en sentencia de 26 de septiembre de 2008 y todas las que cita. También el carácter protector a modo de excepcional y especial remedio jurídico que esta acción supone precisamente en casos de insolvencia o dificultades de pago del deudor directo (SAP Barcelona, Sección 14ª, de 9 de junio de 2005) y por tanto que, dada la consideración de crédito subjetivamente privilegiado en cuanto permite, porley, convertir en deudor de la obligación a un tercero diferente, la acción no atenta ni al principio de la "pars conditio creditorum" ni su ejercicio constituye fraude o abuso al estar amparado en una norma legal (SAP Las Palmas -Sección 5ª-, de 18 de enero de 2008) incluso de amplio arraigo en nuestra tradición legislativa, y así se ha acogido, entendido y aplicado en la mayoría de los procesos de suspensiones de pagos o quiebra regidos bajo la actual legislación (SS.AA.PP. de Valladolid, de 3 de enero de 2007,de Asturias, de 20 de enero y2 de junio de 2005,de Baleares de 21 de noviembre de 2003,de Cádiz -Sección 5ª-, de 1 de febrero de 2005,de Salamanca, de 24 de octubre de 2005,de Navarra -Sección 1ª-, de 1 de octubre de 2001 y8 de marzo de 2005, yde Vizcaya -Sección 4ª-, de 5 de febrero de 2001).
Bajo la vigencia de la actual Ley Concursal, lasentencia de la A.P. de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006 aborda el tema, manteniendo estos criterios tradicionales de autonomía de la acción y protección al acreedor subcontratista pero matizándolo en su coexistencia y compatibilidad con los principios y normas de la nueva Ley Concursal. Así, tras señalar que se trata de una "decisión estrictamente jurídica, una discusión técnica motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y de todos sus acreedores(arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva.". Cuando se ha declarado un concurso, añade esta sentencia, alguna de estas dos realidades han de ceder ya que, o se mantiene la eficacia delart. 1.597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso en cuyo caso el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la "par conditio creditorum". Situación que le lleva a entender, aún reiterando la posición doctrinal en nuestra tradición jurídica, la inviabilidad del ejercicio de la acción directa delart. 1.597 del C.C EDL 1889/1., una vez operada la declaración del concurso de la contratista, al entender que el espíritu de la Ley, que procura, principalmente, la viabilidad en la continuación de la empresa, ha de impedir que se detraigan partes sustanciales de la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama elartículo 76, por lo que todos los acreedores del deudor han de pasar a integrar la masa pasiva(art. 49 L.C.) en relación con elart. 89.2 de la misma ley, que advierte que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en este Ley" de manera que una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor el subcontratista -entiende la sentencia comentada necesaria- habrá de integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, ya que no existe ninguna norma que permite actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa, minorando así las posibilidades de satisfacer con ese capital a todos los acreedores concurrentes de manera proporcional una vez ha sido declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el comitente principal. En definitiva, para esta sentencia elartículo 1.597 del C.C EDL 1889/1., como la propia acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal.
Dos aspectos son de resaltar de esta sentencia, dictada por la sección especializada en D. Mercantil y Concursal de la A.P. de Barcelona que, por un lado, despoja, ante una declaración concursal, el carácter de privilegio que tradicionalmente se ha reconocido a esta acción directa, y que la más reciente Doctrina Jurisprudencial desmitifica y aclara en sendasSSTS de 7 de octubre de 2008. Así, mientras una no reconoce, en sede de expediente de suspensión de pagos, el privilegio del crédito por no haberse planteado en la demanda (Rec. 2.470/02 EDJ 2008/185041), en la otra,de la misma fecha (Rec. 2.824/02), el T. Supremo parece decididamente orientado a romper con la Doctrina legal anterior que expresamente señala que "la acción judicial o extrajudicial no otorga ningún privilegio de exclusión ante una eventual concurrencia de acreedores, pues tal privilegio no lo establece el precepto, sólo se limita a la concesión a los que ponen su trabajo y materiales en la obra ajustada alzadamente por el contratista de una acción directa contra el comitente, y no aparece como una excepción a lo dispuesto en elart. 1.925 C.C., que dice que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier clase, o por cualquier otro título «no comprendidos en los artículos anteriores». El crédito de los que ponen su trabajo y materiales en la obra son créditos refaccionarios, que tienen el privilegio reconocido en losnúmeros 3º y 5º del art. 1.923. No aparece del texto delart. 1597 nada que contradiga alart. 1.925, sino que consagra una excepción al principio de relatividad del contrato(art. 1.257 C.C.), en que por razones de justicia y para evitar enriquecimientos injustos, se aplica la regla o aforismo «el deudor de mi deudor es también mi deudor». Nada que ver con la materia de privilegios crediticios. Por lo tanto, el precepto no impide una concurrencia de acreedores, que habrá de ventilarse entre los mismos, ni que el deudor, en este caso el comitente, no pueda acudir al procedimiento de la consignación judicial, si son varios los que pretenden el cobro, al amparo delart. 1.176.". En igual línea se pronunciaba también en un supuesto en que varios subcontratistas se disputaban el cobro frente al promotor enSTS de 4 de noviembre de 2008.

La otra cuestión a resaltar, y decisiva para la viabilidad de la acción que nos ocupa en esta apelación, es la decisión expresada en laSAP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006 EDJ 2006/270887, de admitir la exclusión de la vis atractiva concursal y consentir el ejercicio separado de la acción directaex art. 1.597, no obstante estar declarado el concurso de la deudora principal (contratista) antes de interponer el subcontratista su demanda, si la acción extrajudicial o el requerimiento fehaciente se llevó a cabo antes de la declaración del concurso entendiendo en este caso que la acción-reclamación y sus efectos de exigibilidad de pago preferente quedaban blindados y lo hacían operativos desplegando sus efectos a partir de ese momento, tal como se ha reconocido en nuestra tradición histórica. Ciertamente así lo expresaba la STS de 17 de julio de 1997,reiterando la de 30 de enero de 1974 y la precedente de 28 de mayo de 1908, al señalar aquélla que "teniendo en cuenta el sentido proteccionista delart. 1597 del C.C., las razones que lo inspiran y el principio de buena fe,... resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ella tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar como requisito único la petición de tal derecho en la vía judicial, por todo lo cual, no solo ha de tener eficacia ésta, sino también la petición formulada en privado.". Criterio seguido por esta Audiencia Provincial de Granada y por la mayoría de las demás Audiencias Provinciales, entre otras, por la de Barcelona (Sección 14ª) de 12 de febrero de 2002; Girona, de 11 de febrero de 2005 EDJ 2005/34371; Zaragoza, de 21 de septiembre de 2004 EDJ 2004/147166; Guipúzcoa, de 12 de abril de 2005; y entre las más recientes,SS.A.P. de Madrid (Secc. 12ª), de 30 de diciembre de 2005 y24 de enero de 2006; (Secc. 13ª) de 6 de febrero de 2007; o (Secc. 21ª) de 2 de diciembre de 2008; oS.A.P. de Las Palmas (Secc. 5ª) de 18 de enero de 2008."
Con posterioridad a lasentencia de la AP de Barcelona de 9 de septiembre de 2009, se ha pronunciado en similares términos la de la AP de Cantabria de 15 de abril de 2010.
Traída la anterior doctrina al caso presente, resulta que el requerimiento extrajudicial de pago (1 de abril de 2009), es posterior a la declaración judicial de concurso (24 de marzo de 2009), por lo que en efecto el Juzgado de Instancia carece de competencia objetiva para conocer de la presente reclamación.
TERCERO Así las cosas, las pretensiones de las partes, pese a admitir lo anterior, discrepan frontalmente, pues mientras que la demandante pretende que era la demandada la que necesariamente debió alegar la falta de competencia objetiva mediante la declinatoria como establece alart. 49 de la LEC, y al no haberlo hecho así y celebrado en juicio el Juzgado ya no puede hacerlo y debe dictar sentencia entrando a conocer sobre el fondo del asunto, la demandada considera que pese a no haber interpuesto la declinatoria, como quiera que en la contestación a la demanda ya puso de manifiesto la existencia del concurso solicitando que el Juzgado apreciara de oficio su falta de competencia, lo procedente al estimar el Juzgado que en efecto no es competente, es acordar la nulidad de la sentencia para que el Juzgado proceda en la forma que establece elart. 48 de la LEC, es decir, declarando por medio de auto su falta de competencia e indicando el Tribunal al que corresponde el conocimiento del asunto.
Para la Sala, en cuanto a la norma de competencia objetiva, no cabe duda de que se está ante una norma de Derecho cogente y orden público apreciable de oficio(art. 48.1 LEC) de interpretación estricta atendidos los principios de legalidad procesal y predeterminación legal de la competencia(artículos 1 y 44 LEC).
No se requiere en ningún caso que la falta de competencia objetiva sea alegada a instancia de parte mediante el ejercicio de la declinatoria(art. 49 LEC), sino que cabe la apreciación de oficio por el Juez, sea al contestarse la demanda o tan pronto como lo advierta.
Elart. 48.2 además, prevé el supuesto de que sea el tribunal de apelación el que entienda que aquel ante el que se siguió el pleito en primera instancia carece de competencia objetiva, en cuyo caso decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante el que corresponda.
Procede por tanto rechazar la pretensión de la parte demandante de que al no haberse planteado por la contraria la declinatoria por falta de competencia objetiva, esta ya no pueda apreciarse y necesariamente se haya de entrar a resolver sobre el fondo, porque dicha falta es perfectamente apreciable de oficio en cualquier instancia del procedimiento.
Tampoco procede la pretensión de la demandada de que se declare la nulidad devolviendo las actuaciones al Juzgado para que sea este el que dicte auto declarando su incompetencia, porque elart. 48.2 establece claramente que será el tribunal que conoce el asunto en la instancia superior (segunda instancia, infracción procesal o casación), el que decretará la nulidad "dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de Tribunal que corresponda", es decir, que procedente es que sea esta propia Sala la que anule la sentencia de instancia y todo lo actuado desde el momento de la contestación a la demanda, en la que ya se aportó como doc. nº 2 copia delauto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 24 de marzo de 2009 declarando en concurso necesario a DHO Infraestructuras SA que permitía tomar una decisión al respecto, declarando la competencia de dicho Juzgado de lo mercantil, resolución que debe revestir forma de auto según elart. 48.3.”: SAP Toledo 01.03.2011 (JUR 2011/169768; Sentencia 64/2011; Rollo 315/2010)

AP Madrid (Sección 28)

“PRIMERO.-En la demanda que da inicio al presente expediente, AISLAMIENTOS DEL NORTE RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA, S.L. (en lo sucesivo, "AISNOR") se dirige, al amparo de lo establecido en el artículo 1597 del Código Civil, contra EL CORTE INGLÉS, S.A., en reclamación del importe pendiente de pago por ciertas obras llevadas a cabo en las oficinas de esta última en Pamplona, habiendo contratado la demandada la ejecución de las referidas obras con GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. (en lo sucesivo, "DICO"), la cual a su vez subcontrató su realización con la entidad demandante. La demanda se presentó el 23 de marzo de 2009, y fue turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de esta capital, que la admitió a trámite; con fecha 11 del mismo mes AISNOR se había dirigido por burofax a la demandada en reclamación del referido importe y requiriéndola para que se abstuviese de efectuar pago alguno a DICO, con expresa cita en la comunicación del artículo 1597 del Código Civil.

La entidad demandada compareció en tiempo y forma en juicio para proponer declinatoria, manteniendo que la competencia para conocer del asunto corresponde al Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, ante el que sigue el concurso de DICO.
El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid estimó la declinatoria al entender que, habiéndose declarado el concurso por auto de 16 de marzo de 2009, siendo, por tanto, de fecha anterior a la de presentación de la demanda, el asunto debía seguirse ante el Juzgado del concurso, acordando la inhibición a favor de este último (en vez de acordar el archivo de todo lo actuado, que era lo procedente a tenor de lo establecido en el artículo 50.1 de la Ley Concursal).
Contra dicho pronunciamiento se alza en apelación AISNOR, quien defiende la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia, a lo que se opone la demandada en coherencia con los planteamientos que la llevaron a proponer declinatoria.
SEGUNDO.-Bajo la legislación anterior a la Ley Concursal se venía entendiendo mayoritariamente que la acción que contra el dueño de la obra se reconoce al subcontratista en el artículo 1597 del Código Civil resultaba inmune a la eventualidad de que el contratista fuese declarado en quiebra, suspensión de pagos o concurso, en el sentido de que esta situación en nada habría de afectar al derecho reconocido en dicho precepto al subcontratista. Claro exponente de esta posición es la sentencia del Tribunal Supremo nº 814/2000, de 27 de julio, de constante cita en las numerosas resoluciones de Audiencias Provinciales que se hicieron eco del criterio expuesto, al señalar sin ambages que "la situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1597 ".
La promulgación de la Ley Concursal suscitó la cuestión de si el planteamiento expuesto conservaba vigencia o si, por el contrario, debía ser revisado, todo ello ante la falta de posicionamiento expreso por parte del legislador. Simplificando en extremo los términos del debate, se podrían señalar como referentes, para quienes se manifiestan a favor de la inalterabilidad de la doctrina consolidada bajo la regulación anterior, el silencio de la nueva sobre el sometimiento de la acción directa a las reglas del concurso y la vigencia de las razones sobre las que se cimentó aquella postura, que hunden sus raíces en gran medida en el carácter protector y excepcional de la solución arbitrada en el artículo 1597 del Código Civil; quienes se muestran a favor de modular el anterior criterio apuntan los principios de universalidad de la masa activa y de unidad legal del concurso que inspiran la normativa vigente.
Lo que no suscita en exceso debate es la falta de incidencia del concurso del contratista sobre los procesos promovidos en ejercicio de la acción directa consagrada a favor del subcontratista que se hubieran iniciado con anterioridad, incluso para quienes se muestran partidarios de la segunda de las posturas expuestas, al considerar que la eficacia impeditiva del concurso solo se proyectaría sobre las acciones de este tipo intentadas con posterioridad a la declaración del mismo. De este planteamiento participan la resolución impugnada y las partes litigantes; también este tribunal. La controversia surge (esta es, en definitiva la cuestión que ante la sala se residencia) a la hora de determinar cuándo ha de entenderse ejercitado el derecho que en el tantas veces citado artículo 1597 del Código Civil se reconoce a favor del subcontratista, toda vez que la declaración de concurso se produjo después de haber este requerido de pago al comitente pero antes de presentarse la demanda.
Según el criterio tradicionalmente sustentado por nuestra jurisprudencia, la efectividad del derecho en cuestión no está supeditado necesariamente a su petición en vía judicial, imponiéndose por el contrario, en atención al sentido proteccionista del artículo 1597, las razones que lo inspiran y el principio de buena fe, una interpretación amplia del precepto, que lleva a reconocer a estos efectos a la reclamación extrajudicial el mismo valor que a la judicial, siempre que exista fehaciente constancia de aquella (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1974, 17 de julio de 1997 y 19 de abril de 2004). Cumplida esta condición en el presente caso, la proyección de la referida doctrina sobre el mismo ha de llevar a estimar el recurso, solución que coincide con la adoptada por la mayoría de las Audiencias Provinciales en supuestos semejantes (entre otras, sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de marzo de 2006, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, de 27 de mayo de 2008, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1ª, de 14 de enero de 2009 y de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, de 30 de septiembre de 2009 y las citadas en esta última).
Objeta la parte apelada que dicha conclusión resulta incompatible con lo afirmado en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008, en el sentido de que el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil. Cabe observar a este respecto que la resolución invocada no se ocupa expresamente de la cuestión relativa a la incidencia que deba reconocerse al concurso del contratista sobre el proceso en que se ventila una acción del artículo 1597 del Código Civil, sino de un tema de intereses moratorios devengados por una cantidad reclamada con fundamento en dicho precepto. Por lo demás, se ignora si con tal afirmación el Tribunal Supremo pretende marcar un cambio de tendencia; lo que está fuera de toda duda es que ni nuestro más Alto Tribunal lo indica de forma explícita, ni nos encontramos ante una sentencia de Pleno, ni el pronunciamiento ha sido objeto de reiteración en sentencias ulteriores, lo que impide tener por producido, en el estado actual de la cuestión, un cambio de la jurisprudencia que deba llevar a apartarnos del criterio ya expuesto. “:AAP Madrid (sección 28) 17.09.2010 (Auto 122/2010; Rollo 207/2010)

AP Madrid (Sección 12)

“PRIMERO.-La representación procesal de STEN, SISTEMA TECNICO DE ENCOFRADOS SA, formuló demanda de juicio ordinario contra WESTINVESST HOTEL PORT SOLLER, SA como promotora, sobre reclamación de cantidad, en ejercicio de la acción del art. 1597 del Código Civil, alegando que había llevado a cabo el suministro de material para una obra bajo contrato concertado por la demandante y PROMOCION DE INGENIERIA DE OBRAS SA, posteriormente ALTIARE EMPRESA CONSTRUCTORA, SA, habiéndose

realizado el suministro y quedando por satisfacer la cantidad de 95.636,54 Euros, que son objeto de reclamación.
La demanda origen de este procedimiento fue interpuesta en fecha 8 de Marzo de 2011, habiendo sido declarado ALTIARE EMPRESA CONSTRUCTORA, SA, en concurso voluntario por Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona en fecha 20 de Marzo de 2010. Habiéndose dictado auto en fecha 6 de Mayo de 2011 por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 71 de MADRID que estima la declinatoria planteada por falta de competencia objetiva, estimando competente al Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, acordando el archivo de lo actuado.
SEGUNDO.-El auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia es recurrido en apelación por la representación procesal de la parte actora, STEN, SISTEMA TECNICO DE ENCOFRADOS SA, alegando que ejercita una acción directa contra el dueño de la obra al amparo del art. 1597 del Código Civil, no siendo parte la mercantil concursada. Invocando razonamientos contenidos, entre otras, en la Sentencia de la AP de Barcelona Sección 4ª de 28 de diciembre de 2008 y de la Sección 15 ª de 21 de Mayo de 2010, como que la situación concursal no afecta al ejercicio de la acción directa. Sostiene, finalmente que debe tenerse en cuenta la reclamación por fax certificado anterior a la demanda, de fecha 17/09/2010 que es anterior al auto de declaración del concurso de fecha 20/09/2010.
TERCERO.-Si tenemos en cuenta la pretensión, es obvio que la demandante no ejercita ninguna acción frente a la contratista concursada sino frente a la promotora, y ello lo hace ejerciendo un derecho que afirma como propio en cuanto la Ley se lo reconoce.
Como es sabido, la acción directa se diferencia de la subrogatoria (prevista en el artículo 1111 del Código Civil) en que mientras que en ésta se ejercita en interés propio un derecho ajeno, dando lugar al fenómeno procesal de la legitimación por sustitución, en la acción directa su titular ejerce un derecho propio, de origen y contenido legal, y, por tanto, actúa con legitimación originaria.
Y ello es así, por cuanto, al momento que nace la acción directa, el crédito que el deudor de quien la ejercita tiene frente al que ha de soportarla, pasa al titular de aquélla, de modo que al deudor del deudor no le es lícito pagar a su acreedor inicial, quedando, por contra, el crédito del accionante directo blindado en favor de su titular. Se produce, cuando se ejercita la acción directa, una nueva relación jurídica entre el acreedor del deudor (titular de la acción) y el deudor del deudor (a quien se reclama en virtud de aquella acción), que excluye, en el montante que la Ley permite reclamar, al acreedor originario. Y este fenómeno se explica en cuanto se produce un desplazamiento del crédito del contratista frente al dueño de la obra, al subcontratista en la parte necesaria para cubrir el de éste y hasta donde alcance lo que en ese momento deba el promotor al contratista.
Así se ha entendido por el Tribunal Supremo y la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales.
De la propia formulación de la acción directa y de su fundamento y naturaleza deriva que no exista la atribución competencial a los Juzgados de lo Mercantil. Tanto el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 8 de la Ley Concursal, siguen en esta materia un criterio subjetivo, de modo que la competencia se atribuye respecto a "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado". Y es obvio que la acción directa se dirige no contra ese patrimonio, sino contra el del dueño de la obra.
No habría, pues, razón alguna para que una pretensión contra quien no es concursado, se dirima por el Juez del concurso.
CUARTO.-Si el estricto enfoque procesal del tema determina la competencia del Juez de Primera Instancia para conocer de la acción directa, a igual conclusión habría de llegarse si se involucra el examen con las normas sustantivas.
Aunque, no sería correcto mezclar lo sustantivo con lo procesal, para fijar la competencia objetiva, podríamos, en todo caso, y desde una visión más integral, comprobar si la declaración de concurso del deudor del subcontratista y, a su vez, acreedor del promotor, ha de incidir, de algún modo, en la relación directa que entre subcontratista y promotor surge ex artículo 1597 del Código Civil.
No puede aceptarse que afecte a la competencia, considerar que el concurso del contratista haga obligado que el crédito del subcontratista, se incluya en la masa pasiva y la deuda del promotor en la masa activa, y que, de dar carta de naturaleza a la acción directa se reconocería al subcontratista un privilegio que no está en la propia Ley Concursal, vulnerando así la declaración que al respecto contiene el artículo 89.2 de la citada Ley.
Pues es claro que la inclusión del crédito del subcontratista en el concurso, no le impide, además, ejercitar otros derechos que el ordenamiento le reconoce. En este aspecto, no cabe olvidar que el subcontratista, por mor de la acción directa, amplía el círculo de deudores, de modo que su crédito lo puede ejercitar frente al contratista y frente al promotor, creándose una situación de solidaridad, jurisprudencialmente reconocida, de forma que en tal caso, el concurso no impide la acción dirigida frente al codeudor solidario no concursado, en virtud del ius electionis reconocido en el artículo 1144 del Código Civil, consecuencia ésta específicamente prevista en el artículo 160 de la Ley Concursal, que parte, precisamente, del mantenimiento de aquel derecho de elección
Además, la acción directa no es un privilegio del crédito, sino que opera en un supuesto muy especial -las obras por ajuste o a precio alzado- en beneficio de quienes han contribuido a su realidad, de modo que su trabajo o los materiales se han incorporado definitivamente a otro patrimonio, sin recibir la debida contraprestación. Por eso, es un reflejo del principio que impide el enriquecimiento injusto, lo que aleja toda idea de privilegio.
Y, en fin, si con carácter general la normativa examinada abona la atribución de competencia al Juez de Primera Instancia, la conclusión es aún más clara cuando la acción se ha ejercitado antes del concurso, aunque no se haya obtenido el cobro.
En efecto, si la acción directa produce el desplazamiento del crédito del contratista al subcontratista, desde su ejercicio el promotor se constituye en deudor directo de éste, y si tal desplazamiento se origina antes de la

declaración constitutiva del concurso del contratista, el crédito de éste frente al promotor no le pertenecerá, al menos en cuanto al importe que deba al subcontratista.
En esta materia, la jurisprudencia, de forma unánime, ha considerado que la acción directa se entiende ejercitada desde la reclamación extrajudicial, (STS de 31 de enero de 2002), y desde ese momento se producen los efectos antedichos. Únicamente se suele invocar como posible excepción a tal uniformidad jurisprudencial la STS de 8 de mayo de 2008. Pero como se han cuidado de señalar otras decisiones judiciales (Sentencia de la AP Granada de 30 de septiembre de 2009 y de Navarra de 14 de octubre del mismo año) aparte de ser una sola sentencia y no constituir, por ello, jurisprudencia, (artículo 1.6 del Código Civil), la indicada sentencia no resolvía sobre la misma cuestión, sino sobre un aspecto tan particular como la fecha de devengo de intereses entre promotor y subcontratista. Y aun así, viene a recocer el efecto propio el ejercicio extrajudicial de la acción directa cuando sitúa en el momento de la reclamación extrajudicial, el momento del inicio de la mora.
Por tanto, si basta la reclamación extrajudicial y ésta se efectuó, en este caso, antes de la declaración del concurso, no hay razón alguna para que éste interfiera en la pretensión, al menos, a los efectos de determinar la competencia objetiva.
Este es el criterio más extendido en las Audiencias (Sentencia de las Audiencias de Asturias, Sección 1ª, de 11 de febrero de 2010; Valladolid, Sección 3 ª, de 4 de febrero de 2010; Barcelona, Sección 4ª, de 28 de diciembre de 2009; Navarra, Sección 1ª de 14 de octubre de 2009, y Granada, Sección 3ª, de 30 de septiembre de 2009, entre otras muchas).
QUINTO.-Por lo demás, no puede ocultarse que las decisiones que se han adoptado por los distintos Tribunales en esta materia, son las que, tras la tramitación del proceso ante el Juzgado de Primera Instancia, han entrado al fondo del asunto. En efecto, no debería haber duda que, cuando el demandante ejercita un derecho que afirma como propio contra un deudor que no está en concurso, no hay razón determinante de la competencia objetiva del Juez de lo Mercantil.
En suma, la competencia para conocer de la acción directa no queda afecta por el concurso de la contratista, pues los efectos que puede producir esa situación, a lo sumo, serán únicamente materiales, y se pueden traducir -cuando la acción se ejercita después de la declaración del concurso de la contratista y una vez incluida la deuda del promotor con ésta en la masa activa- en un obstáculo de fondo al triunfo de la acción, en cuanto el demandado en aquella acción puede estar en una situación similar a la "retención judicial de la deuda" a que alude el artículo 1165 del Código Civil, lo que no provocará cambio del título competencial, sino excepción material al ejercicio de la acción.": AAP Madrid (Sección 12) 29.02.2012 (Auto 127/2012; Rollo 617/2011)

AP Madrid (Sección 14)

"PRIMERO La demandante se alza contra el auto de instancia que, estimando la declinatoria de jurisdicción, se inhibió a favor del Juzgado de de lo mercantil Nº 6 de los de esta Villa.
La cuestión suscitada es si la acción directa del subcontratista,Art.1597 C.C., se ve interferida por la declaración de concurso del constructor, de manera que los subcontratistas se vean obligados a insinuarse en el concurso, o puedan, fuera de el, ejecutar sus créditos hasta el montante de la deuda que el dueño de la obra tenga con el contratista principal.
SEGUNDO Es preciso dejar claro que nos encontramos ante una discusión sobre competencia objetiva por razón de la materia, o si se quiere de jurisdicción; algunos autores opinan que los juzgados de lo mercantil son una jurisdicción especializada.
De acuerdo con estas ideas, dejaremos fuera del debate las cuestiones relativas a los requerimientos de pago hechos por el Juzgado de lo Mercantil, los razonamientos referentes a la consignación de cantidades ante ese juzgado, y la posibilidad de que el dueño de la obra pueda ser obligado a pagar dos veces.
Esas cuestiones no afectan a la competencia, si no al fondo del asunto, y como tales no las abordaremos. De hacerlo, correríamos el riesgo de prejuzgar cuestiones de fondo en fase procesal inadecuada.
Hecha la precisión, nos ocuparemos del objeto de debate.
Los litigantes no están incursos en el presupuesto objetivo del concurso delArt. 2 L. Con., ni las acciones que se dirigen contra el demandado son acciones contra el patrimonio del concursado delArt. 8 L.Con.. Están dirigidas contra el patrimonio del dueño de la obra, hasta un límite económico; lo que deba al constructor.
Como dice laS.T.S. de 8-5-2008, "En general, la doctrina científica considera que elartículo 1597 del Código Civil EDL 1889/1 reconoce una acción directa "a los que ponen su trabajo y materiales" para exigir del dueño de la obra el pago de los créditos que tienen contra el contratista, sin que se trate de una acción subrogatoria(artículo 1111 del Código Civil EDL 1889/1), pues el titular de esta acción no ejercita el derecho del contratista en sustitución de éste, sino que hace valer su propio crédito.
Por otra parte, las doctrinas científica y jurisprudencial incluyen a los subcontratistas entre los legitimados activamente para el ejercicio de esta acción; sobre este particularesta Sala tiene declarado, en sentencia de 19 de abril de 2004 EDJ 2004/14243, que "elartículo 1597 otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra y no se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de relatividad de los contratos proclamado por elartículo 1257 del Código Civil EDL 1889/1 (STS de 29 de octubre de 1987 EDJ 1987/7832,15 de marzo de 1990 EDJ 1990/2895, 29 de abril de 1991,22 de diciembre de 1992 EDJ 1992/12691, 15 de mayo de 1994 EDJ 1994/4289 y2 de julio de 1997 EDJ 1997/4464), y opera dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista (STS de 16 de marzo de 1996)".
Su fundamento según alguna jurisprudencia es evitar el enriquecimiento injusto, sin que nada tenga que ver con el litisconsorcio porque la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra es acción propia y autónoma; por derecho propio, que no tiene tintes de vinculación inescindible de derecho material que obligue

a pronunciamientos forzosamente indivisibles frente a todos los interesados; contratista principal y dueño de la obra.
Lo que ocurre es que por razones de justicia y de prohibición de enriquecimiento se aflojan los límites de la relatividad de los contratos delArt.1257 C.C. y concede acción directa al materialista, trabajador, o subcontratista contra el dueño de la obra como acción propia, autónoma y distinta de la del contratista principal.
No obstante hay otra fundamentación que puede ser más adecuada. El subcontrato produce una cascada de contratos; una cadena prestacional, dirigida al cumplimiento del contrato principal, de manera que los diferentes contratos no se comportan como compartimentos estancos, permitiendo que las reclamaciones sean reciprocas; de ida y vuelta, a lo largo de la cadena. En este sentido la acción directa no necesita mas fundamento que el de la existencia de la propia subcontratación.
En la acción directa no se discute directamente el crédito entre el contratista principal y el dueño de la obra: se discute el crédito de los materialistas, trabajadores, y subcontratistas por su actuación en la obra, y hasta el montante de lo que el dueño de la obra deba al contratista principal. El crédito del contratista principal actúa como límite económico del crédito de los subcontratistas, y su puesta en escena es puramente incidental; un punto prejudicial.
Frente a esta exigencia, y con la naturaleza de la acción basada en la mera existencia del subcontrato, el dueño de la obra puede oponer la inexistencia de deuda para con el contratista, la inexistencia de crédito de los actores directos, su menor entidad, o los defectos de la obra que impiden su pago. En este punto, interesa destacar que las declaraciones de la sentencia sobre el crédito entre dueño de la obra y el subcontratista, no tienen efecto de cosa juzgada en otro proceso entre contratista y dueño de la obra, por la sencilla razón de que este, el contratista no es parte en el proceso en que se discute la acción delArt.1597 C.C., salvo que se le demande expresamente, o se acepte su intervenciónex. Art.13 L.E.C.
Es más, en fase de prueba y a través del mecanismo delArt.381 L.E.C., el contratista principal podrá poner de manifiesto las irregularidades de ejecución, la escasa entidad y cuantía del crédito, o la inexistencia de crédito de los demandantes.
En conclusión, desde la naturaleza de la acción directa no sería posible la declinatoria.
TERCERO Podría pensarse que de, algún modo, y de forma indirecta, afecta al concurso. Extrae un crédito en perjuicio de los demás acreedores, con el agravante de que agotado el crédito del dueño de la obra, los demás intervinientes en ella concurrirían con sus créditos frente al constructor concursado, con la peculiaridad de ser créditos con privilegio especial delart. 90.1. 3º L.Con, y en su defecto con privilegio general delArt.90.1 L.Con
Así pues, la investigación pasa por determinar cuando se tiene por ejercitada la acción directa, para saber si esta fuera o dentro del concurso.
En este sentido los dos autos de la Sección 28 de esta Audiencia tienen una importancia vital. Es la Sección especializada en lo mercantil, que demuestra el criterio contrario a su propia competencia, y la que en vía de raparto decide las cuestiones de competencia entre los juzgados civiles y los mercantiles de Madrid.
Además de estas razones existe alguna más. La primera, que el principio de seguridad jurídica obliga a que haya cierta coordinación entre la sección especializada y las comunes, al menos en esta materia, para evitar las contradicciones. Por otra parte, el principio de igualdad obliga a que situaciones iguales u homogéneas tengan respuesta idéntica.
Los dos autos que se acompañan al amparo delArt.271 L.E.C. tienen común el concurso del Grupo Dico Obras y Construcciones, y las diferencias son escasas. El auto Nº 118/2010 la demandante es Apligama S.L. por obras realizadas para Sfera Joven S.A.,empresa del grupo de El Corte Ingles. SA. En elauto 122/2010, la demandante es la misma que en este proceso, y la demandada es El Corte Ingles.
La segunda que participamos del criterio de la Sección 28, en el sentido de que la acción delArt.1597 C.C. se entiende ejercitada desde el momento en que se requiere de pago al dueño de la obra, aunque la demanda para el ejercicio coactivo del derecho se ha ya interpuesto después de declarado el concurso.
LaS.T.S. de 27-7-2000 es de cita constante en las resoluciones de las Audiencias en la materia que nos ocupa, y parte del principio de que la acción delArt.1597 C.C. es inmune a la situación concursal del contratista cuando la demanda se interpone antes del concurso, y la duda es cuando se interpone después, pero habiendo requerido de pago previamente al dueño de la obra.
En ese caso; coincide con el de autos, parece que la solución es la que apunta elauto Nº 122/2010 de la sección 28 de esta Audiencia que parte de lasS.T.S. de 30-1-1974,17-7-1997 y 19-4-2004.”: AAP Madrid (Sección 14) 04.11.2010 (JUR 2011/81491; Auto 288/2010; Rollo 566/2010)

“PRIMERO.-La actora se alza contra el auto de instancia que estimo la declinatoria de jurisdicción. La acción principal era la del Art.1597 C.C. del subcontratista contra el dueño de la obra, y hasta lo que este deba al contratista principal, y la declinatoria se basaba en que el contratista principal estaba declarado en concurso, antes de la fecha de presentación de la demanda.
A los efectos que nos interesan, es de señalar que el dueño de la obra fue requerido de pago por fax de 14-6-2010, entregado el 15-6-2010, f.39 a 43.
La declaración de concurso es de fecha 18-10-2010, según afirma rotundamente la demandada que opone la excepción, y la demanda que nos ocupa es de fecha 16-2-2011.
SEGUNDO.-Sobre este problema ya nos hemos pronunciado reiteradamente en los rollos de apelación Nº 800/09, 566/10 y 146/11, y ahora no haremos otra cosa que reproducir el criterio del más moderno de los citados.
Decíamos: "Los litigantes no están incursos en el presupuesto objetivo del concurso del Art. 2 L. Con., ni las acciones que se dirigen contra el demandado son acciones contra el patrimonio del concursado del Art. 8 L.Con.. Están dirigidas contra el patrimonio del dueño de la obra, hasta un límite económico; lo que deba al constructor.

Como dice la S.T.S. de 8-5-2008, "En general, la doctrina científica considera que el artículo 1597 del Código Civil EDL 1889/1 reconoce una acción directa "a los que ponen su trabajo y materiales" para exigir del dueño de la obra el pago de los créditos que tienen contra el contratista, sin que se trate de una acción subrogatoria (artículo 1111 del Código Civil EDL 1889/1), pues el titular de esta acción no ejercita el derecho del contratista en sustitución de éste, sino que hace valer su propio crédito.
Por otra parte, las doctrinas científica y jurisprudencial incluyen a los subcontratistas entre los legitimados activamente para el ejercicio de esta acción; sobre este particular esta Sala tiene declarado, en sentencia de 19 de abril de 2004 EDJ 2004/14243, que "el artículo 1597 otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra y no se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de relatividad de los contratos proclamado por el artículo 1257 del Código Civil EDL 1889/1 (STS de 29 de octubre de 1987 EDJ 1987/7832, 15 de marzo de 1990 EDJ 1990/2895, 29 de abril de 1991, 22 de diciembre de 1992 EDJ 1992/12691, 15 de mayo de 1994 EDJ 1994/4289 y 2 de julio de 1997 EDJ 1997/4464), y opera dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista (STS de 16 de marzo de 1996)".
Su fundamento según alguna jurisprudencia es evitar el enriquecimiento injusto, sin que nada tenga que ver con el litisconsorcio porque la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra es acción propia y autónoma; por derecho propio, que no tiene tintes de vinculación inescindible de derecho material que obligue a pronunciamientos forzosamente indivisibles frente a todos los interesados; contratista principal y dueño de la obra.
Lo que ocurre es que por razones de justicia y de prohibición de enriquecimiento se aflojan los límites de la relatividad de los contratos del Art.1257 C.C. y concede acción directa al materialista, trabajador, o subcontratista contra el dueño de la obra como acción propia, autónoma y distinta de la del contratista principal. No obstante puede haber otra fundamentación que puede ser más adecuada. El subcontrato produce una cascada de contratos; una cadena prestacional, dirigida al cumplimiento del contrato principal, de manera que los diferentes contratos no se comporten como compartimentos estancos, y permita que las reclamaciones sean reciprocas; de ida y vuelta, a lo largo de la cadena. En este sentido la acción directa no necesita más fundamento que el de la existencia de la propia subcontratación.
En la acción directa no se discute el crédito entre el contratista principal y el dueño de la obra: se discute el crédito de los materialistas, trabajadores, y subcontratistas por su actuación en la obra, y hasta el montante de lo que el dueño de la obra deba al contratista principal.
Frente a esta exigencia, y con la naturaleza de la acción basada en la mera existencia del subcontrato, el dueño de la obra puede oponer la inexistencia de deuda para con el contratista, la inexistencia de crédito de los actores directos, su menor entidad, o los defectos de la obra que impiden su pago.
Es más, en fase de prueba y a través del mecanismo del Art.381 L.E.C., el contratista principal podrá poner de manifiesto las irregularidades de ejecución, la escasa entidad y cuantía del crédito, o la inexistencia de crédito de los demandantes.
En la acción directa no se discute el crédito entre el contratista principal y el dueño de la obra: se discute el crédito de los materialistas, trabajadores, y subcontratistas por su actuación en la obra, y hasta el montante de lo que el dueño de la obra deba al contratista principal.
Frente a esta exigencia, y con la naturaleza de la acción basada en la mera existencia del subcontrato, el dueño de la obra puede oponer la inexistencia de deuda para con el contratista, la inexistencia de crédito de los actores directos, su menor entidad, o los defectos de la obra que impiden su pago.
Es más, en fase de prueba y a través del mecanismo del Art.381 L.E.C., el contratista principal podrá poner de manifiesto las irregularidades de ejecución, la escasa entidad y cuantía del crédito, o la inexistencia de crédito de los demandantes. Desde la naturaleza de la acción directa no sería posible la declinatoria.
TERCERO.-Podría pensarse que de algún modo, de forma indirecta, afecta al concurso. Extrae un crédito en perjuicio de los demás acreedores, con el agravante de que agotado el crédito del dueño de la obra, los demás intervinientes en ella concurrirían con sus créditos frente al constructor concursado, con la peculiaridad de ser créditos con privilegio especial del art.90.1. 3º L.Con, y en su defecto con privilegio general del Art.90.1 L.Con
Así pues, la investigación pasa por determinar cuándo se tiene por ejercitada la acción directa, para saber si esta fuera o dentro del concurso.
La Sección 28ª de esta Audiencia especializada en lo mercantil en sus autos nº 118/2010, y 122/2010 muestra criterio contrario a su propia competencia, y por razones derivadas del principio de seguridad jurídica es obligado que haya cierta coordinación entre la sección especializada y las comunes, al menos en esta materia, para evitar las contradicciones; el principio de igualdad obliga a que situaciones iguales u homogéneas tengan respuesta idéntica
Participamos del criterio de la Sección 28ª en el sentido de que la acción del Art.1597 C.C. se entiende ejercitada desde el momento en que se requiere de pago al dueño de la obra, aunque la demanda para el ejercicio coactivo del derecho se ha ya interpuesto después de declarado el concurso.
La S.T.S. de 27-7-2000 es de cita constante en las resoluciones de las Audiencias en la materia que nos ocupa, y parte del principio de que la acción del Art.1597 C.C. es inmune a la situación concursal del contratista cuando la demanda se interpone antes del concurso, y la duda es cuando se interpone después, pero habiendo requerido de pago previamente al dueño de la obra.
En ese caso; coincide con el de autos, parece que la solución es la que apunta el auto Nº 122/2010 de la sección 28 de esta Audiencia que parte de las S.T.S. de 30-1-1974, 17-7-1997 y 19-4-2004. En efecto, el requerimiento de pago se hace en 11-3- 2009, la demanda se interpone en 23-3-2009, y la declaración de concurso es de fecha 16-3-2009, f.286." ":AAP Madrid (Sección 14) 30.03.2012 (Auto 88/2012; Rollo 926/2011)

AP Madrid (Sección 18)

“PRIMERO.-Con fundamento legal en el artº. 1597 C.c. se ejercitó por la parte actora Reycosa S.L., mediante demanda presentada el 18 de mayo de 2009 y admitida a trámite tras la subsanación de los defectos apreciados el 10 de junio de 2009, una acción personal de reclamación de cantidad en exigencia a la demandada Al Este de Parla Sociedad Cooperativa Limitada, como dueña de la obra, la suma de 117.460,91.-# en concepto de cantidades debidas por la contratista Grupo Dico Obras y Construcciones S.A. derivadas de trabajos y suma retenidas en la ejecución de los trabajos de guarnecido y tendido de yeso en la construcción de ciento setenta viviendas en la localidad de Parla, según contrato de 27 de septiembre de 2007, habiendo sido la citada constructora contratista declarada en concurso de acreedores por auto de 16 de marzo de 2009 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, autos 381/2008. El titular de dicho Juzgado dictó con fecha 16 de febrero de 2010 auto por el que acordaba, entre otros pronunciamientos, declarar la competencia objetiva de tal Magistrado del concurso de acreedores de la entidad contratista para el conocimiento de las pretensiones formuladas en forma de demanda contra el patrimonio de la concursada y requiriendo específicamente de inhibición al Juzgado de 1ª. Instancia nº 7 de Parla en relación con los presentes autos, requerimiento aceptado por el citado Juzgado mediante auto de 8 de marzo de 2010, contra el que se interpuso por la actora el recurso de apelación al amparo del artº. 66 LEC que es ahora objeto de consideración por esta Sala y que ha venido a fundamentarse en la consideración de que la acción ejercitada en su día es directa contra el dueño de la obra al amparo del art. 1597 C.c. que confiere una situación privilegiada al deudor que no exige la interposición de una demanda sino un simple requerimiento al dueño de la obra, realizado extrajudicialmente con anterioridad a la declaración de concurso, para que retenga y pague al subcontratista lo que a su vez adeuda éste al contratista

SEGUNDO.-Planteada en tales términos la cuestión en esta alzada la misma ha de centrarse en la consideración de si la doctrina jurisprudencial sustentada en la anterior legislación concursal ha de sufrir variación con la vigente; así al amparo de la anterior era cierto que la operatividad del derecho previsto en el artº. 1597 C.c. como derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores no se veía afectada por la declaración concursal de la persona con quien contrataron puesto que la acción no se dirigía contra ella sino contra el dueño de la obra. Actualmente, sin embargo, en base a la nueva legislación concursal, una vez producida la declaración de concurso queda obligado por ella todo acreedor que por ende está también obligado a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito.

Ahora bien, tal afirmación no resuelve la cuestión planteada en esta litis, en la que la concursada no es parte, desde el momento en que la acción dirigida por el subcontratista hoy demandante contra al dueño de la obra, hoy demandado, mediante requerimiento extrajudicial fue anterior a la declaración de concurso según consta documentado en autos. En tal sentido esta Sala, examinados los argumentos recogidos en distintas sentencias de las Audiencias Provinciales, tiene especialmente en cuenta el contenido de la dictada por la Secc. 15ª de la de Barcelona de 2 de marzo de 2006 que tras analizar la permanencia de ciertos privilegios y preferencias de determinados créditos bajo la vigente regulación concursal, a pesar de la manifestada voluntad de la misma de plasmar el principio de igualdad de trato, razona, acertadamente, a juicio de esta Sala, la diferencia que se deriva de una cuestión temporal como la antes indicada, es decir, si la declaración concursal es anterior as la interposición de la demanda pero posterior al requerimiento extrajudicial o reclamación que establece el citado artº. 1597 C.c..

Como afirma la citada sentencia "... No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal,.....".

Ahora bien, como también en el caso ahora enjuiciado, "..., las fechas muestran que, en nuestro caso, la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración del concurso.... En consecuencia, al producirse el fogonazo jurídico que supone la declaración del concurso, que fija una imagen -dinámica-de los créditos en ese momento concurrentes, la obligación jurídica de pago que incumbía a -(en nuestro caso) la Cooperativa demandada Al Este de Parla -ya no era la que le ligaba con (en nuestro caso) Dico Obras y Construcciones S.A. -, sino con -(en nuestro caso) Reycosa S.L. -. El crédito seguía operando contra el patrimonio de la contratista principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, de forma que cuando se produce este evento -la Cooperativa -ya está obligada con la demandante. La doctrina antes expuesta sobre la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en la legislación anterior sigue siendo eficaz en estos casos: antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó....".

Tal es el criterio que esta Sala plenamente comparte en tanto que resolutorio de una cuestión distinta a la que se deriva meramente de la comparación de fechas entre la interposición de la demanda y la de declaración de concurso cuando existe una reclamación anterior a la dueña de la obra, que no es la concursada, que la convirtió en deudora de la demandante por expresa disposición legal, siendo por lo tanto un supuesto distinto al que se deriva de la formulación de demanda después de esa declaración de concurso en cuyo caso cuando ese concurso se había declarado la deuda de la dueña de la obra a favor de su contratista ya había pasado a formar parte de la masa activa, como también al de la pasiva de la concursada el crédito de la subontratada, lo que no acontece cuando por mor del requerimiento anterior la dueña de la obra se convirtió en deudora de la subcontratada y no de la contratista concursada.

En su consecuencia, procede la estimación del recurso formulado, revocándose el auto recurrido, y por ende declarándose la competencia del Juzgado de 1ª. Instancia nº 7 de Parla para seguir conociendo del procedimiento de juicio ordinario nº 401/09. Todo ello sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada. ":AAP Madrid (Sección 18) 20.09.2010 (Auto 192/2010; Rollo 429/2010)

"PRIMERO Se plantea en vía de recurso, la procedencia de la cuestión declinatoria de jurisdicción planteada por la entidad Hipercor S.A., la cuestión que ya ha sido resuelta en asuntos similares por esta misma Sección de la Audiencia Provincial de Madrid, se formula por cuanto que la actora Apligama S.L., fue subcontratada por la entidad Grupo Dico Obras y Construcciones S.A., para la realización de diversos trabajos en varias obras que a su vez le habían sido contratados por la hoy demandada Hipercor S.A., lo que motiva, que la hoy recurrente, al amparo de lo dispuesto en elartículo 1.597 del Código Civil, ejerza la acción directa, no contra el contratista, sino contra el dueño de la obra, al establecer el citado precepto que los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que este adeuda a aquel cuando se hace la reclamación, se sostiene sin embargo por la entidad Hipercor, que la cuestión debe deferirse a la competencia del Juzgado de lo Mercantil, que tramita la situación de concurso de acreedores en que se ve incursa la entidad Dico, en cuanto que contratista de la obra y vinculada contractualmente con la subcontratista hoy recurrente, dicha cuestión como expusimos antes se ha planteado ya reiteradas veces en esta Audiencia Provincial, y ha sido resuelta en el sentido de entender, que en aquellos supuestos en el que el requerimiento al dueño de la obra, se ha producido con antelación en el tiempo a la declaración de concurso, la acción ya es inmune al concurso de acreedores, puesto que no se trata de una acción dirigida frente al deudor principal que es quien está en situación de concurso, sino frente al dueño de la obra que es ajeno a dicha situación concursal, y por ello y en consecuencia no podría prosperar la cuestión declinatoria de competencia, distinto supuesto es aquel en el que el requerimiento extrajudicial formulado por el acreedor frente al dueño de la obra, se ha producido cuando ya está en situación de concurso el contratista, puesto que en dichos supuestos, el crédito del contratista frente al dueño de la obra ya está incurso en la situación de concurso y por ende no puede extraerse dicho crédito de la masa activa de la referida situación concursal, por ello y en el presente caso, teniendo en cuenta, que el requerimiento a la entidad Hipercor para el pago de la deuda, se produce con antelación a la solicitud de concurso, y que la demanda del presente procedimiento se interpone con anterioridad al auto de declaración del concurso, hemos de concluir necesariamente en el sentido de entender, que no procede la inhibición por declinatoria planteada y acogida por el Juez de instancia procediendo en consecuencia la íntegra revocación del auto recurrido.": AAP Madrid (sección 18) 30.03.2011 (JUR 2011/188454; Auto 62/2011; Rollo 186/2011)

"SEGUNDO.- Alega la parte apelante como motivos en los que funda su recurso, que la declaración de la contratista en concurso de acreedores mediante Auto de fecha 19 de Noviembre de 2009, determina que el conocimiento y resolución de la presente litis, la demanda se interpone con posterioridad, el 27 de Julio de 2010, corresponda al Juez del Concurso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 y 50 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Ley Concursal. Por ello estima, que procede acordar al haber sido declarada en concurso la deudora, y contratista CONSTRUCCIONES TOGA SA, con anterioridad a la presente demandada, el archivo de las actuaciones de las que dimana el presente recurso y su remisión al Juzgado del concurso. Además alega que la Jurisprudencia aplicable, también refuerza la tesis de esta parte. Por último, tras añadir que la Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor a integrarse en la masa pasiva y estar al proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los supuestos excepcionales que la Ley prevea, lo que no acontece en el supuesto aquí enjuiciado, acaba solicitando la revocación de la resolución de instancia para que en su lugar se dicte otra en la que se acuerde el archivo de la demanda interpuesta por MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN CANTA SL y la remisión de todas las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, (Autos Concurso 85-2009), con expresa condena a la demandante de todas las costas causadas.
TERCERO.-Frente a las anteriores manifestaciones debe hacerse constar, que ya mediante Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el problema competencial que a la postre se suscitaba en relación a casos como el objeto de autos, se ha resuelto, en el sentido de que cuando conste acreditado requerimiento anterior al Auto declarando el Concurso, efectuado a la Propiedad de la obra, o Promotora de las obras, por parte del suministrador de material, con objeto del ejercicio de la acción prevista en el artículo 1597 del Código Civil, la reclamación que realice el suministrador de materiales, podrá sustanciarse por la jurisdicción civil, sin que se vea afectada por el procedimiento de concurso en que haya podido incurrir el constructor con el cual contrató. Y efectivamente en autos, se aprecia como en fecha de 2 de Noviembre de 2009 se remitió por la parte actora MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN CANTA SL, burofax de requerimiento de pago de los materiales suministrados para la obra a la propiedad de la misma, PROMOCIONES DOS HERMANAS SA (PRODHERSA), en base al impago de los mismos por la Constructora TOGA SA. En tanto que consta también en autos, que no fue hasta fecha de 19 de Noviembre del mismo año, cuando efectivamente se declaró en Concurso a la mencionada TOGA SA. Por ello, constando el requerimiento de pago a la hoy apelante, con anterioridad a la declaración de Concurso de TOGA SA, no puede sino estimarse que es correcta la resolución de instancia al entender que dicho Juzgado Civil, es competente para el conocimiento de la acción ejercitada, y para a la postre en base a las pruebas practicadas estimar en su integridad la demanda formulada por la parte actora, siendo esta última, cuestión que siquiera se impugna en el recurso interpuesto. Procediendo en consecuencia con lo expuesto, la desestimación total, del recurso de apelación objeto de esta alzada.": SAP Madrid (Sección 18) 15.03.2012 (Sentencia 174/2012; Rollo 801/2011)

AP Madrid (Sección 20)

“CUARTO.- A la hora de analizar la vinculación o eficacia que debe desplegar la declaración del concurso del contratista principal, en el ejercicio de la acción directa que el subcantratista ejercita frente al comitente o dueño de la obra al amparo del artículo 1597 de la LEC, hemos de tener en cuenta, en primer lugar que mediante la acción directa, el actor no está ejercitando por sustitución el crédito de su deudor, sino un crédito propio tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1994, citada por la de 11 de octubre de 2002 que también sigue este planteamiento. Siendo ello así, la incidencia que la situación concursal puede producir para el válido ejercicio de esta acción, ha de ser la derivada del momento en que una y otra producen los efectos que les son propios, con independencia del resultado final de ambos procedimientos y la acción del artículo 1597 cc. se considera ejercitada desde el momento en el que el subcontratista acreedor del contratista formula el requerimiento de pago al comitente o dueño de la obra y, por tanto, si dicha reclamación es anterior a la de la declaración del concurso del contratista, el ejercicio de dicha acción directa no queda afectada por la situación concursal del contratista.
En definitiva, no se trata de dilucidar si ha existido o no traslado del crédito del contratista al comitente, relación ajena al demandante, sino del ejercicio de una acción que expresamente le concede la ley, con unos específicos requisitos para poder ejercitarla, que pueden y deben ser analizados previamente y que son distintos de los exigidos para que pueda ser finalmente acogida la pretensión, total o parcialmente, por tratarse de situaciones con un tratamiento distinto, como corresponde a la distinta fase procesal en que deben resolverse, de igual manera que también serían distintos los requisitos que deberían concurrir para poder ejecutar una hipotética sentencia favorable, momento en el que debería analizarse si queda o no afectado por dicha resolución el patrimonio de la concursada, con las consecuencias que de ello pudieran derivarse.
QUINTO.- En definitiva los requisitos que el artículo 1597 exige para el ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra hacen referencia a la existencia de un contrato de obra, que debe ser a precio alzado, que el comitente no tenga extinguido el crédito que frente a él tenía ese contratista y otro objetivo o cuantitativo, en cuanto no puede reclamarse más allá que la reclamación que se hace no puede superar el importe de la cantidad que adeude el comitente al contratista. En el caso presente, la Administración demandada admite la concurrencia de todos los requisitos, excepto el último de ellos, respecto del cual, admitiendo tener una deuda con el contratista, no la admite en su totalidad por cuanto sostiene que el crédito reclamado por el subcontratante no es líquido, vencido y exigible.
Lo que el artículo 1.597 cc exige para el ejercicio de la acción, es que exista una deuda del dueño de la obra, requisito que debe concurrir para el ejercicio de la acción, no que el crédito reclamado por el demandante sea líquido vencido y exigible, cuestión de fondo que deberá ser analizado en el procedimiento, pues es lo que constituye el objeto del procedimiento. Que existe la deuda del comitente con el contratista, es reconocido por la Administración demandada, de manera que exigir esa liquidez como requisito procesal, supone hacer supuesto de la cuestión, en cuanto se da por cierta una situación -iliquidez- cuya decisión sólo puede adoptarse después del procedimiento.
La aplicación de lo indicado al caso presente determina la posibilidad y conveniencia de continuar el procedimiento separadamente del concursal, sin perjuicio de que una vez exista sentencia firme, el posible crédito reconocido se pudiera ver afectado por lo decidido en el concurso.”: AAP Madrid (Sección 20) 17.07.2012 (Auto 185/2012; Rollo 435/2012)

“PRIMERO.-Por la Juez "a quo" se ha dictado auto por el que ha declarado que carece de competencia para conocer del presente asunto, al corresponderle a los Juzgados de lo Mercantil, dado que, aun cuando se ejercita la acción directa que el artículo 1.597 del Código Civil otorga al subcontratista contra el dueño de la obra, el contratista ya ha sido declarado en concurso voluntario de acreedores; razón por la que la competencia le corresponde al Juez del concurso.
Contra dicha resolución se ha alzado la parte demandante, que ha interesado la revocación de la misma y que se dicte otra por la que se declare la competencia para conocer del presente asunto al Juzgado de Primera Instancia que lo venía haciendo, por tratarse de una acción directa que el subcontratista tiene contra el dueño de la obra; así como por haberse declarado el concurso con posterioridad a haberse entablado la misma, pues ha de tenerse en cuenta la fecha en que se realiza el requerimiento -1 de abril de 2011- y que la declaración del concurso se hizo en el Boletín Oficial del Estado de 19 de abril de 2011.
El recurso ha sido expresamente impugnado de contrario, solicitando la confirmación de la resolución recurrida por sus propios fundamentos, que estima no desvirtuados por las alegaciones de la parte apelante; insistiendo en que, cuando se ejercitó la acción, ya había sido declarado el concurso.
SEGUNDO.-Centrado en los precedentes términos el objeto del recurso, el mismo debe ser rechazado y confirmado lo acertadamente resuelto por la Juzgadora de instancia, incluso, en base a la propia jurisprudencia que la recurrente cita.
Ello es así dado que, el artículo 1.597 del Código Civil, reconoce a favor de quienes ponen en una obra ajustada alzadamente su trabajo y materiales, una acción directa contra el dueño de ella hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación. Lo que significa que, mientras esa reclamación no se realice, el dueño de la obra es deudor del contratista y no del subcontratista, que es con quien celebró el contrato, y entre cuyas partes han de producirse sus efectos, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.257 del Código Civil. Por tanto, punto clave para determinar si es a éste a quién debe pagar el dueño de la obra como consecuencia del ejercicio de esta acción directa, es la fecha en que esa acción se ejercite; entendiendo como tal aquélla en la que se efectúa la reclamación puesto que, desde que ésta se lleva a cabo, el dueño de la obra ya no puede pagar al contratista, so pena de verse obligado a pagar dos veces puesto que, desde ese momento y hasta la suma que le adeude, ya está obligado por dicho precepto a pagarla al subcontratista, en base a esta excepción al principio de la relatividad de los contratos que dicho precepto contempla, en aras de la equidad, evitar el enriquecimiento injusto, etcétera, como ha venido a establecer la

jurisprudencia. Es decir, se ejercita cuando se realiza la reclamación fehaciente, aun cuando sea extrajudicial, al margen de cuándo se promueva judicialmente mediante la interposición de la correspondiente demanda.
Del mismo modo, un concurso se declara mediante la resolución judicial que así lo declara, al margen de cuándo sea publicado el mismo en el Boletín Oficial del Estado.
Consecuentemente con todo lo expuesto, el recurso ha de ser rechazado ya que, cuando se efectuó la reclamación extrajudicial al dueño de la obra por la subcontratista, el día 1 de abril de 2001, ya se había declarado el concurso el 31 de marzo anterior. Por tanto, ya no podía disponer del crédito que tenía la contratista contra él a favor del subcontratista, sino que el mismo ya había quedado a disposición de la masa pasiva para atender al conjunto de acreedores, puesto que así lo dispone el artículo 76 de la Ley Concursal, que establece el principio de universalidad, determinando que constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración -no de la publicación-.
Por ello, en base a lo dispuesto en el artículo 86.ter.1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede declarar la incompetencia objetiva para conocer del Juzgado de Primera Instancia del presente asunto, conforme a como había sido declarado por la Juzgadora de instancia.
Esta conclusión es a la que, en definitiva, se llegó también en las Jornadas de Unificación de Criterios de esta Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 15 de septiembre de 2011. “:AAP Madrid (Sección 20) 17.07.2012 (Auto 188/2012; Rollo 818/2011)

“SEGUNDO: El primer motivo de impugnación debe ser desestimado, con independencia de las diferentes alegaciones aducidas por la recurrente. Y es que, aunque no se acepte en su integridad la fundamentación jurídica de la resolución impugnada, la demanda ha de ser desestimada en cuanto que el crédito que reclama la actora frente a la demandada, sólo puede hacerse valer en el seno del procedimiento concursal nº 717/08 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, deviniendo por ello incompetente el Juzgado de 1ª Instancia ante el que se promovió la misma, por serlo aquél, de conformidad con lo previsto en el art. 86 ter de la LOPJ. Y ello desde el momento en que la contratista Vías, Canales y Puertos, S.L., que sería la entidad a la que la actora sirvió determinados suministros para la obra que estaba promoviendo la demandada, y que se dice que no abonó, - fue declarada en concurso por Auto de 26 de diciembre de 2.008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz (folio 240), habiendo sido la demandada requerida extrajudicialmente de pago por la actora en fecha 9 de febrero de 2.009 (folios 76 a 99), y presentada la demanda el 18 de febrero de 2.009 (folio 2), es decir, todo ello con posterioridad a la declaración de concurso.
Esta Sala asume íntegramente la doctrina que a tales efectos fue establecida en la Sentencia de la Sección 15ª de la AP de Barcelona de 3 de marzo de 2.006, que ha sido seguida por numerosas Audiencias Provinciales, y que ha sido expuesta en Sentencia de esta misma fecha en el rollo de apelación nº 521/11.
Como se expuso en la referida Sentencia de la AP de Barcelona, la cuestión viene motivada por el enfrentamiento entre dos realidades diferentes: por una lado, una extraconcursal, como es la acción directa del artículo 1.597 del CC que se dirige contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas; y por otro, la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva. Y así, cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder: o se mantiene la eficacia del artículo 1.597 del CC al margen del concurso de la contratista; o se hace primar al concurso, y en consecuencia, el derecho de la subcontratista debe quedar sometido a las exigencias de la par conditio creditorum.
Continua señalando la citada Sentencia, que *el artículo 1.597 del Código Civil establece que "los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación". Es decir, que aunque quien ha realizado la obra* - o servido un suministro, - *puede reclamar el pago correspondiente al contratista que se obligó a ello, actuando contra el otro contratante y respetando así el principio de relatividad de los contratos, el Código Civil permite el ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra, entendiéndose que ambas obligaciones son solidarias, de suerte que el subcontratista puede dirigirse indistintamente contra uno u otro, aunque el comitente o dueño de la obra solamente responderá hasta el límite que el precepto señala* (SSTS de 6 de junio y 27 de julio de 2000).
La doctrina del Tribunal Supremo arranca con sentencias como las de 11 de junio de 1928, 15 de octubre de 1915 o 29 de junio de 1936, y se reitera posteriormente, refiriendo la eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena, formado por quienes al fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materiales, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquél o aquéllos que directamente les hubiera contratado. Compendio de esa jurisprudencia del artículo 1.597 es la STS de 2 de julio de 1.997; si bien, tras destacar los caracteres de la acción directa contemplada en dicho artículo como una excepción al principio de relatividad del contrato, en ella se atiende a la realidad social de nuestros días, con la frecuente aparición de subcontratos encadenados, para justificar la aplicación de la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil con planteamientos distintos a los que se enfrentó el Código Civil del año 1.889. La razón de ser de esta norma y el tratamiento privilegiado que supone se ha encontrado en criterios de equidad, en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, en la protección de un derecho a manera de refacción, o una especie de subrogación general derivada del principio de que "el deudor de mi deudor es también deudor mío."
A la vista de la doctrina y jurisprudencia recaída sobre la materia, que las partes conocen, podemos sentar los siguientes requisitos para el ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 1.597 del Código civil :
Están legitimados para reclamar los que ponen su trabajo y materiales en la obra. Los primeros son todos aquellos que llevan a cabo prestaciones de hacer, entendidas en sentido amplio, destinadas a la obra; no sólo los que están unidos al contratista por una relación laboral, sino también los que lo están por una relación civil de servicios, o incluso de gestión, por lo que han de entenderse incluidos los subcontratistas (SSTS de 15 de marzo de 1.990, 29 de abril de 1.991, 11 de octubre de 1.994, 2 de julio de 2.007) Así ocurre con la

demandante.
Pasivamente legitimado está el dueño de la obra, y en determinados casos, cuando existen varias subcontratas, el subcontratante. En el caso de existir una pluralidad de personas pasivamente legitimadas, pluralidad de comitentes, comitentes y promotores o subcomitentes, la acción podrá dirigirse contra cualquiera de ellos (STS de 11 de octubre de 1.994 y 2 de julio de 1.997. También concurre esta condición con la demandada.
Al tratarse de una acción directa, el subcontratista se hace inmune a las excepciones que el titular de la obra pudiera tener frente al contratista (vicios o defectos que le fueran imputables, por ejemplo, o los pactos entre el contratista y el promotor de exclusión del artículo 1.597), toda vez que se ejercita contra quién se aprovecha o beneficia del trabajo y materiales puestos en ella....
El dueño o el contratista principal sólo podrá alegar, y demostrar (pues, por una inversión derivada de la facilidad probatoria, a él le corresponde la carga de dicha prueba, según doctrina establecida en la STS de 19 de abril de 2.004) el pago, ya que así lo dice el precepto, de modo que, acreditada la inexistencia de deuda a su cargo, la acción directa queda sin sustento. Resulta por tanto imprescindible como presupuesto necesario para el ejercicio de esta acción la existencia de un crédito del contratista contra el comitente o dueño de la obra, crédito que ha de existir y ser exigible en el momento de procederse a la reclamación judicial o extrajudicial.
Una vez ejercitada esta acción contra el dueño de la obra o el subcontratante, éste a quien debe abonar su importe es al reclamante que intervino en el proceso constructivo y no a la contratista principal. Ello no es más que una consecuencia de la naturaleza solidaria de la responsabilidad del dueño de la obra y contratista para con los subcontratistas de este último que intervienen en la misma (STS de 14 de marzo de 2004).
Aunque se emplee el término acción, de carácter procesal, el precepto no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos ya expuestos. La jurisprudencia es constante en este sentido (STS 17 de julio de 1998, SS AP Guipúzcoa 12 de abril de 2005,Girona 11 de febrero de 2005,Zaragoza 21 de septiembre de 2004,Barcelona secc. 14ª, 12 de diciembre de 2.002, entre otras).
La operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en las SSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2.000, señalando ésta: "La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo -o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir- en el que se ventila la acción del artículo 1.597." Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan las SSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2.005 o 2 de noviembre de 2004, Asturias de 2 de junio de 2.005 y 26 de octubre de 2.004 o la 1 de octubre de 2.001 de la AP de Navarra, el derecho establecido en el artículo 1.597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.
Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentan que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía del artículo 1.597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que la ley otorga, uniéndose el artículo 1.597 del Código Civil a otros muchos preceptos de leyes especiales que han conferido tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la par conditio creditorum. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.
A pesar de todo ello, sigue razonando lo siguiente:
Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal (LC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004.
Dicha Ley sería de aplicación al caso de autos, puesto que la declaración de concurso de la contratista Vías, Canales y Puertos, S.L., es de 26 de diciembre de 2.008.
Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.
Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus

características.
Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."
No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC, 32 de la LHN, redactada por la D.F. 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constituidas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la LC, en relación con el artículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho de separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva "sin más excepciones que las establecidas en las leyes", es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en los artículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso
o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76: la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC.
Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.
Tras exponerse lo anterior, concluye que *no existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal.*
En consecuencia, la acción directa del art. 1.597 del CC ejercitada cuando el contratista deudor ya está en concurso, debe ceder ante la especialidad de la situación existente, de manera que la subcontratista debe integrarse en la masa pasiva y estar al resultado del procedimiento concursal, siendo improcedente cualquier acción dirigida a la satisfacción de ese crédito fuera del concurso, aunque fuere a través de la promoción de la tan referida acción contra la dueña de la obra, y como última responsable del mismo.
Esta interpretación del art. 1.597 del CC se ha visto actualmente refrendada por el legislador tras la modificación del art. 50 de la LC operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2.012. Se ha introducido el párrafo 3º cuyo tenor literal es el siguiente: "Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo." Este inciso establece que "de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
Incluso la doctrina jurisprudencial más reciente parece decididamente orientada a romper con la doctrina legal anterior que confería un cierto carácter privilegiado a la acción directa del art. 1.597 del CC. Señala la STS de 7 de octubre de 2.008, que "la acción judicial o extrajudicial no otorga ningún privilegio de exclusión ante una eventual concurrencia de acreedores, pues tal privilegio no lo establece el precepto, sólo se limita a la concesión a los que ponen su trabajo y materiales en la obra ajustada alzadamente por el contratista de una acción directa contra el comitente, y no aparece como una excepción a lo dispuesto en el art. 1.925 CC, que dice que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier clase, o por cualquier otro título «no comprendidos en los artículos anteriores». El crédito de los que ponen su trabajo y materiales en la obra son créditos refaccionarios, que tienen el privilegio reconocido en los números 3 º y 5º del art. 1.923 CC. No aparece del texto del *art. 1.597* nada que contradiga al art. 1.925, sino que *consagra una excepción al principio de relatividad del contrato (art. 1.257 C.C.), en que por razones de justicia y para evitar enriquecimientos injustos, se aplica la regla o aforismo «el deudor de mi deudor es también mi deudor». Nada que ver con la materia de privilegios crediticios.* Por lo tanto, *el precepto no impide una concurrencia de acreedores, que habrá de ventilarse entre los mismos,* ni que el deudor, en este caso el comitente, no pueda acudir al procedimiento de la consignación judicial, si son varios los que pretenden el cobro, al amparo del art. 1.176".
En definitiva, y por todo lo expuesto, la competencia objetiva para el conocimiento de este procedimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, desestimándose el primer motivo de impugnación aducido, y en consecuencia la demanda formulada por Productos Cerámicos TOB, S.L. contra Promociones González, S.A., aunque por razones diversas a las contempladas en la resolución recurrida.
De conformidad con lo establecido en el art. 50 de la Ley Concursal, procede el archivo de todo lo actuado, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el juez del concurso.“: SAP Madrid (Sección 20)

08.11.2012 (Sentencia 501/2012; Rollo 412/2011)

AP Madrid (Sección 21)

“SEGUNDO.-Constructora Pedralbes S.A., la contratista, fue declarada en estado de concurso necesario por auto de 24 de noviembre de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Barcelona, y la demanda iniciadora de este proceso se presentó el 6 de marzo de 2009, lo que ha planteado la coordinación entre la acción que al subcontratista concede el artículo 1597 del Código Civil y el procedimiento concursal.
En el orden puramente sustantivo, algunas resoluciones judiciales consideran que la acción del subcontratista en base al artículo 1597 del Código Civil no se ve afectada en ningún caso por el concurso de acreedores, tesis que se refleja en las sentencias de las Audiencias Provinciales de Granada -Sección 4ª y Asturias -Sección 6ª- de 26 de noviembre de 2010 y 11 de junio de 2012 respectivamente. Lógicamente, cuando se sustenta esta postura no se pasa al planteamiento del problema procesal de competencia objetiva, entendiéndose, en consecuencia, que el Juzgado de Primera Instancia ordinario es el competente para el conocimiento de la reclamación.
Siguiendo en el aspecto sustantivo, bastantes resoluciones siguen la tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección 15ª- de dos de marzo de 2006, que entiende que declarado el concurso de acreedores la acción que al subcontratista concede el artículo 1597 del Código Civil pierde toda virtualidad.
Por su importancia y porque el criterio reflejado en dicha resolución se ha seguido después por bastantes resoluciones judiciales, reproducimos a continuación algunas de sus consideraciones sobre la materia: "la operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en las SSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000, señalando ésta: "La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo - o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir - en el que se ventila la acción del artículo 1597." Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan las SSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2005 o 2 de noviembre de 2004, Asturias de 2 de junio de 2005 y 26 de octubre de 2004, o la 1 de octubre de 2001 de la Audiencia Provincial de Navarra, el derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.
Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentan que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía del artículo 1597 mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que la ley otorga, uniéndose el artículo 1597 del Código Civil a otros muchos preceptos de leyes especiales que han conferido tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la par conditio creditorum. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.
Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigente Ley Concursal (LC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004.
Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.
Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características.
Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la

masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley."
No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves(art. 76.3 LC, 32 de la LHN, redactada por la D.F 9ª de la LC, y 133 de la LNA, redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constitutitas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de laLc, en relación con el artículo 44 bis.8 de la LMV), sin perjuicio del genérico derecho se separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva "sin más excepciones que las establecidas en la leyes", es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en los artículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76: la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC.
Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.
No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal.
Sin embargo, como la acción directa derivada del artículo 1597 del Código Civil, -la reclamación al promotor o contratista anterior- se había realizado antes de la declaración de concurso, la referida sentencia entiende que el subcontratista no había perdido la acción directa derivada de aquel precepto legal, pues el crédito seguía operando contra el patrimonio de la contratista principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, expresando la señalada sentencia que: La doctrina antes expuesta sobre la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del Código Civilen la legislación anterior sigue siendo eficaz en estos casos: antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó.
Ahora bien, la anterior sentencia se pronuncia en un incidente concursal por lo que no se plantea la cuestión procesal de si declarada la contratista en situación de concurso de acreedores la acción del subcontratista fundada en el artículo 1597 del Código Civil puede ejercitarse o no fuera del procedimiento concursal, independientemente de que en el orden puramente sustantivo pueda prosperar o no en función de la fecha del requerimiento de pago al promotor o contratista anterior no concursado, y en este aspecto bastantes resoluciones, muchas acogiendo expresamente los razonamientos sustantivos de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona entienden que declarada la situación de concurso de acreedores de la contratista no es posible ejercitar la acción del artículo 1597 del Código Civil por el subcontratista fuera del procedimiento concursal, de modo que la competencia para el conocimiento de la referida acción compete al Juzgado de lo Mercantil que conoce del procedimiento concursal, con independencia de cuál fuera la fecha del requerimiento de pago al promotor o al contratista anterior, pudiéndose citar en este sentido las sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya - Sección 5ª- de 11 de junio de 2010, Toledo -Sección 1ª- de uno de marzo y dos de diciembre de 2011, las Palmas de Gran Canaria -Sección 5ª - de 3 de octubre de 2011, Baleares -Sección 5ª - de 16 de diciembre de 2011, León -Sección 2ª - de 25 de Junio de 2012 y Madrid - Secciones 12ª y 8ª- de 19 de mayo de 2010 y 11 de Octubre de 2010 respectivamente.
Pero el criterio de la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, que es la que conoce de las apelaciones de los Juzgados de lo Mercantil de la capital y de los conflictos de competencia entre los Juzgados de Primera Instancia ordinarios y los Juzgados de lo Mercantil, y que se refleja en sus autos de 17 de septiembre y 15 de octubre de 2010, es que si cuando se ejercitó la acción del artículo 1597 del Código Civil por el subcontratista mediante el requerimiento de pago al promotor o al contratista anterior, el concurso de acreedores del contratista no se había declarado aún, la competencia para el conocimiento de la acción recae en los Juzgados de primera Instancia Ordinarios "pues el ejercicio de tal facultad habría supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del subcontratista".
Parece lo razonable que este Tribunal admita y aplique el anterior criterio sentado por la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial, que también sigue la Sección 18ª en sentencia de 15 de marzo de 2012.
Ciertamente, la problemática procesal se halla ahora resuelta, pues por Ley 38/2011, de 10 de octubre se modificó el artículo 50.3 de la Ley Concursal, que actualmente dispone que "Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra justada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo.", pero como la demanda iniciadora del litigio se presentó antes de esta modificación legal, debemos estar al criterio

competencial establecido por la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, todo lo cual lleva a concluir la competencia del Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid para el conocimiento de la acción ejercitada.": SAP Madrid (Sección 21) 09.10.2012 (Sentencia 467/2012; Rollo 84/2011)

AP Madrid (Sección 25)

"PRIMERO.-Productos Cerámicos TOB, S.L. alega infracción de los arts. 1597, 1144 y 1137 C.c. y jurisprudencia aplicable, siendo de aplicación el art. 87.7 de la Ley Concursal. No existe falta de competencia objetiva ya que no se demanda a la mercantil concursada, criterio que se mantuvo en la Providencia de 16 Abril 2010. Desarrolla la acción directa planteada en el art. 1597 C.c. en virtud del cual el demandado sería deudor solidario frente al ahora apelante que como acreedor puede dirigirse contra aquél. Además, el requerimiento a la Comunidad de Propietarios las DIRECCION000 C.B. es anterior a la declaración del concurso de la Constructora Pedralves. Expuesta la precedente síntesis no es necesario insistir en la doctrina que desarrolla el art. 1597 C.c. sobre la acción directa contra el dueño de la obra hasta la cantidad que éste adeude al subcontratista. Como establece el Auto de la Sección 20ª de esta A.P. de 17 Julio 2012, punto clave para determinar si es a éste a quien debe pagar el dueño de la obra, consecuencia del ejercicio de la acción directa, es la fecha en que esa acción se ejercite entendiendo como tal aquella en que se efectúa la reclamación, puesto que desde que ésta se lleva a cabo el dueño de la obra ya no puede pagar al contratista so pena de verse obligado a pagar dos veces. Es decir, se ejercita cuando se realiza la reclamación fehaciente aún cuando sea extrajudicial, concluye dicho Auto.
SEGUNDO.-Esta doctrina es la aplicada poco antes en el Auto de 30 Marzo también 2012 de la Sección 14ª igualmente de esta Audiencia Provincial que sigue el criterio de sus Rollo de apelación 800/09, 566/10 y 146/11 que reproduce con cita de la S.T.S. 8 Mayo 2008 e incluyendo a los subcontratistas entre los legitimados activamente para el ejercicio de la acción directa. Podría pensarse que de algún modo, de forma indirecta afecta al concurso. Extrae un crédito en perjuicio de los demás acreedores con el agravante de que, agotado el crédito, dueño de la obra, los demás intervinientes en ella concurrirían con sus créditos frente al constructor concursado con la peculiaridad de ser créditos con privilegio especial y en su defecto con privilegio general (art. 90.1 y 3º L.C.). Así pues, la investigación pasa por determinar cuándo se tiene por ejercitada la acción directa para saber si está fuera o dentro del concurso. La Sección 28ª de esta Audiencia especializada en lo mercantil, en sus autos 118/2010 y 122/2010 muestra criterio contrario a su propia competencia y por razones de seguridad jurídica es obligada una coordinación en esta materia. Participamos del criterio de la Sección 28ª, concluye el Auto de la Sección 14ª, en el sentido de que la acción del art. 1597 C.C. se entiende ejercitada desde el momento en que se requiere de pago al dueño de la obra,aunque la demanda para el ejercicio coactivo del derecho se haya interpuesto después de declarado el concurso.
Aplicando la doctrina que antecede al caso actual, los datos a contemplar son que TOB requirió a la Comunidad de Propietarios el 31 de Octubre de 2008 (doc. nº12, folio 44); que Constructora Pedralbes se declaró en concurso el 24 de Noviembre siguiente y que la demanda se presenta el 6 de Marzo de 2009. El requerimiento (doc 12) no se impugnó (minuto 7,25 del reloj de grabación de la Audiencia Previa) y, en consecuencia, es anterior a la declaración del concurso procediendo la estimación del recurso.": AAP Madrid (Sección 25) 20.09.2012 (Auto 144/2012; Rollo 889/2011)

"PRIMERO.-La cuestión de fondo que se suscita en el incidente de declinatoria al que la presente alzada se contrae no es otra que la incidencia que la declaración del concurso del contratista produce respecto del ejercicio por el subcontratista, frente al dueño de la obra, de la acción que le reconoce el artículo 1597 del Código Civil.
Tal cuestión ya ha sido objeto de resolución por la Sección Vigesimoctava de esta Audiencia Provincial -especializada en lo mercantil-, en sus Autos números 118 y 122, ambos de fecha 17 de septiembre de 2009, cuyos razonamientos comparte, y asume en su totalidad, esta Sala.
SEGUNDO.-El artículo 1597 del Código Civil, como precisó la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008, reconoce una acción directa "a los que ponen su trabajo y materiales" para exigir del dueño de la obra el pago de los créditos que tienen contra el contratista, sin que se trate de una acción subrogatoria (artículo 1111 del Código Civil), pues el titular de esta acción no ejercita el derecho del contratista en sustitución de éste, sino que hace valer su propio crédito.
Se trata, por tanto, como asimismo precisó la Sentencia de la misma Sala del Alto Tribunal de 19 de abril de 2004, de una acción directa -no sustitutiva- que supone una excepción al principio de relatividad de los contratos proclamado por el artículo 1257 del Código Civil, que opera dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista, y que se pude dirigir tanto contra el dueño de la obra como contra el contratista o subcontratista anterior, o frente a todos ellos simultáneamente, al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente, originando que, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista sea solidaria.
TERCERO.-Ahora bien, aun cuando el contratista declarado en concurso es ajeno a la acción ejercitada por el subcontratista al amparo del repetido artículo 1597 del Código Civil, no puede desconocerse que, de algún modo, de forma indirecta, el ejercicio de la acción afecta al concurso, pues es evidente que la resolución de dicho proceso podría tener trascendencia para las masas activa y pasiva del concurso (influiría en el derecho de crédito del contratista concursado contra el comitente y, por otro lado, en la deuda a cargo de aquél a favor del subcontratista acreedor).
En este sentido la jurisprudencia había venido mayoritariamente entendiendo, bajo la legislación anterior a la Ley Concursal, que la acción que contra el dueño de la obra se reconoce al subcontratista en el artículo 1597 del Código Civil resultaba inmune a la eventualidad de que el contratista fuese declarado en quiebra, suspensión de pagos o concurso, en el sentido de que esta situación en nada habría de afectar al derecho

reconocido en dicho precepto al subcontratista. Claro exponente de esta posición es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2000, en la que se señala expresamente que "la situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1597".

La promulgación de la Ley Concursal, de 9 de julio de 2003, suscitó la cuestión de si el planteamiento precedentemente expuesto conservaba vigencia o si, por el contrario, debía ser revisado, ante la falta de posicionamiento expreso por parte del legislador; pues la nueva normativa no proporciona una regla específica para interferir en la acción directa promovida por el subcontratista contra el dueño de la obra, ni que atribuya, a tenor de lo establecido en el artículo 50.1 de la Ley Concursal en relación con el artículo 8 del mismo cuerpo legal, competencia al Juez de lo Mercantil, que entiende del concurso del contratista, para conocer de una contienda que lo sería entre terceros.

Simplificando en extremo los términos del debate, se podrían señalar como referentes, para quienes se manifiestan a favor de la inalterabilidad de la doctrina consolidada bajo la regulación anterior, el silencio de la nueva sobre el sometimiento de la acción directa a las reglas del concurso y la vigencia de las razones sobre las que se cimentó aquella postura, que hunden sus raíces, en gran medida, en el carácter protector y excepcional de la solución arbitrada en el artículo 1597 del Código Civil, para el que puso trabajo o material en una obra.

Por el contrario, quienes se muestran a favor de modular el criterio sostenido con la legislación derogada apuntan, para justificar su postura, el principio de unidad legal al que aluden la Exposición de Motivos y el artículo 89.2, in fine, de la Ley Concursal (adverso al reconocimiento de privilegios no reconocidos en sede de la normativa concursal), además de las previsiones de los artículos 49, 76 (principio de universalidad en la constitución de la masa) y 84.1 de la Ley Concursal, con la finalidad de impedir que pudieran escapar activos de la masa patrimonial del deudor considerada al tiempo de ser declarado el concurso, que es la referencia legal principal para la producción de sus efectos y que impediría que pudiera salir, desde entonces, del patrimonio del concursado el derecho de crédito que ostenta contra el comitente por la vía indirecta del ejercicio por uno de sus acreedores de la acción directa contra el dueño de la obra.

CUARTO.-No obstante lo anterior, en todo caso se sigue rechazando, de forma mayoritaria, que la declaración de concurso del contratista principal deba interferir en la citada acción directa cuando ya hubiese sido planteada, con anterioridad, la reclamación del subcontratista contra el comitente, pues el ejercicio de tal facultad habría supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del subcontratista.

Por el contrario, es en los casos de previa declaración del concurso en los que se abre la puerta a la posibilidad de imponer limitaciones al ejercicio de dicha facultad al margen del proceso concursal.

En base a todo ello, cabe concluir, en una primera aproximación, que el ejercicio por el subcontratista de la acción del artículo 1597 del Código Civil es totalmente inmune a la situación concursal del contratista cuando la demanda se interpone antes del concurso. Pero, por el contrario, el subcontratista habrá de quedar sujeto al proceso concursal del contratista, si la declaración del concurso se ha producido antes de haber ejercitado la acción del repetido artículo 1597 del Código Civil.

Ahora bien, la duda se suscita en los supuestos en los que la demanda se interpone después de la declaración de concurso, pero habiendo requerido de pago previamente al dueño de la obra, con anterioridad a aquella declaración.

Para resolver dicha cuestión ha de determinarse el momento en el que ha de entenderse ejercitado el derecho que el repetido artículo 1597 del Código Civil reconoce a favor del subcontratista.

En este sentido, según el criterio tradicionalmente sustentado por nuestra doctrina jurisprudencial, la efectividad del derecho en cuestión no está supeditado necesariamente a su petición en vía judicial, imponiéndose por el contrario -en atención al sentido proteccionista del artículo 1597, a las razones que lo inspiran y al principio de buena fe-, una interpretación amplia del precepto, que lleva a reconocer, a estos efectos, a la reclamación extrajudicial el mismo valor que a la judicial, siempre que exista fehaciente constancia de aquella - Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1974, 17 de julio de 1997 y 19 de abril de 2004 -. Conclusión que, por otra parte, no resulta incompatible con lo afirmado en la sentencia del Alto Tribunal de 8 de mayo de 2008 -en el sentido de que el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil - por cuanto dicha resolución no se ocupa expresamente de la cuestión relativa a la incidencia que deba reconocerse al concurso del contratista sobre el proceso en que se ventila una acción del artículo 1597 del Código Civil, sino de un tema de intereses moratorios devengados por una cantidad reclamada con fundamento en dicho precepto. Además, se ignora si con aquella afirmación el Tribunal Supremo pretende marcar un cambio de tendencia, pero lo que está fuera de toda duda es que ni el Alto Tribunal lo indica de forma explícita, ni se trata de una sentencia de Pleno, ni el pronunciamiento ha sido objeto de reiteración en sentencias ulteriores, lo que impide tener por producido, en el estado actual de la cuestión, un cambio de la jurisprudencia que deba llevar a apartarse del criterio ya expuesto.

Por tanto, y por evidentes razones derivadas del principio de seguridad jurídica, que exige que haya cierta coordinación entre la sección especializada y las comunes, al menos en esta materia, para evitar las contradicciones, y del principio de igualdad, que obliga a que situaciones iguales u homogéneas tengan respuesta idéntica, ha de mantenerse el mismo criterio sostenido por la Sección de lo Mercantil de esta Audiencia en sus resoluciones inicialmente reseñadas, y, por ende, atribuir, a los efectos enjuiciados, a la reclamación extrajudicial el mismo valor que a la judicial, siempre que exista fehaciente constancia de aquélla.

QUINTO.-En el supuesto enjuiciado, aun cuando es cierto que la entidad contratista fue declarada en concurso por Auto de fecha 19 de noviembre de 2009 y que la demanda en ejercicio de la acción reconocida por el artículo 1597 del Código Civil fue presentada en el Decanato de los Juzgados de Alcobendas el día 29 de julio de 2010 -como evidencia la diligencia que obra estampada al folio 2-; no puede desconocerse que, como evidencian los documentos obrantes a los folios 97 a 101, la entidad aquí demandante había requerido de pago

a la Comunidad demandada, mediante burofax de fecha 2 de noviembre de 2009, debidamente entregado el día 3; por lo que debe concluirse que al tiempo de ser declarada en concurso la entidad contratista, la entidad subcontratista ya había ejercitado, convenientemente, la acción que le confería el artículo 1597 del Código Civil; por lo que es evidente la falta de incidencia sobre ella del proceso concursal y, por ende, la competencia del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Alcobendas para conocer de la pretensión objeto del proceso del que el presente incidente dimana.": AAP Madrid (Sección 25) 26.09.2012 (Auto 154/2012; Rollo 528/2011)

0.3.3 Incompetencia objetiva del JPI en cuanto a la acción contra el contratista concursado, pero no en cuanto a la acción contra el comitente

AP Oviedo

"PRIMERO.- En el presente procedimiento se reclama por los subcontratistas al contratista lo que les adeuda como consecuencia de los trabajos realizados en la obra del Centro de Promoción Empresarial del Almuña-Luarca, ejercitándose, acumulada a la anterior, la acción directa frente al dueño de la obra al amparo de lo establecido en elart. 1597 del Código Civil. La sentencia que puso término a la primerainstancia estimó íntegramente la demanda y condenó a las demandadas a abonar a los actores las cantidades reclamadas, más intereses y costas. Frente a dicha resolución se alzan los recursos de apelación interpuestos por las demandadas que pretenden su absolución.
SEGUNDO.- La primera cuestión que debe examinar esta Sala es la relativa a la falta de jurisdicción que opone el contratista principal por estar declarado en concurso de acreedores. Este motivo debe ser estimado pues es competencia exclusiva de los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (art. 86 ter 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.1ºde la Ley Concursal) careciendo, por tanto, de competencia objetiva el Juzgado de 1ª Instancia. No existe ninguna duda al respecto de que la acción aquí ejercitada cumple los requisitos exigidos en esos preceptos y puesto que la declaración en concurso de OMP tuvo lugar en el año 2005, siguiéndose en el Juzgado de lo Mercantil bajo el número 534 de ese año, y la presente demanda se presentó en elJuzgado de 1ª Instancia el 17 de abril de 2006, carecía este órgano de competencia objetiva, únicamente frente a la reclamación formulada frente a O.M.P. S.L. pues no cabe duda de que sí le correspondía conocer de la acción directa frente al contratista principal, el Ayuntamiento de Valdés.
No tiene relevancia alguna, a efectos de competencia objetiva, la fecha en que se requirió al dueño de la obra pues la misma se decide en razón de la acción ejercitada en relación con la fecha de interposición de la demanda como ha señalado reiterada Jurisprudencia (S. 18-3-89, 31-10-90, 20-7-94, 23-4-98, 21-5-02, 7-6-02, etc.), y en este momento ya había sido declarada en concurso O.M.P.
Tampoco puede defenderse la competencia sobre la base de una acumulación de acciones que debió rechazarse in limine litis, de conformidad con lo dispuesto en elart. 73.1.1ºpues el Tribunal ante el que se planteó no tiene competencia para conocer de una de las acciones ejercitadas.": SAP Oviedo 14.02.2008 (JUR 2008\183752; Sentencia 55/2008; Rollo 235/2007)

0.4 No constancia del crédito contra el comitente en el inventario firme del contratista concursado

"SEGUNDO Aunque la recurrente plantea la cuestión de la existencia de la deuda de VINCCI para con CAMPOSANGIL en el segundo motivo de su recurso, la sala considera conveniente tratarlo en primer lugar puesto que dada la claridad de la falta de concurrencia del segundo requisito del art. 1597 del Código Civil el recurso ha de ser desestimado.
Como recuerda laSentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 882/2008, de 26 de septiembre [RJ 2009\133], la jurisprudencia ha efectuado una interpretación del artículo 1597 del Código Civil en el sentido de concebir la acción que dicho precepto atribuye al subcontratista como una acción directa, que se puede ejercer contra el comitente o contra el contratista o subcontratista anterior, o frente a todos ellos simultáneamente, al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria (SSTS 15 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1698], 12 de mayo [RJ 1994, 3572] y 11 de octubre de 1994, 2 y 17 de julio de 1997, 28 de mayo [RJ 1999, 4115] y 22 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9358], 6 de junio [RJ 2000, 4402] y 27 de julio de 2000 [RJ 2000, 9179], etc.), señalando que no se trata de una acción sustitutiva, por lo que cabe ejercitarla sin reclamar previa o simultáneamente al contratista (SSTS 16 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1570], 11 de octubre de 2002 [RJ 2002, 9850]), al que basta con haber constituido en mora, sin necesidad de haber hecho excusión de sus bienes ni de haberle declarado en insolvencia (STS 12 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3572]). También ha precisado la jurisprudencia que la responsabilidad del contratista y del dueño de la obra, cuando se ejercitan simultáneamente la acción de reclamación ordinaria del crédito y la acción directa contra el comitente, es de naturaleza indistinta o "in solidum", si bien la responsabilidad del dueño de la obra comitente se limita al importe máximo señalado en el artículo 1597 del Código Civil (el del crédito del contratista contra el comitente), y así se dice, entre otras, en lasSSTS 7 de febrero de 1968, 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7479), 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 338), etc.
Estas características de la acción contra el comitente prevista en elart. 1597 del Código Civil, que obsta a la apreciación del litisconsorcio pasivo necesario por el hecho de que el contratista no haya sido demandado, no impiden que el órgano judicial correspondiente examine si el subcontratista tiene o no un crédito contra el contratista (toda vez que, dada la solidaridad establecida, el deudor solidario puede oponer al acreedor las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación, además de las que le sean personales, en los términos establecidos en elartículo 1148 del Código civil), así como si existe el crédito del contratista respecto

del comitente, por ser éste requisito imprescindible para que nazca la acción directa del subcontratista contra el comitente, y ello incluso en los supuestos en que no se ejerce la acción para reclamación ordinaria frente al contratista.
Del mismo modo, en el litigio entablado por el subcontratista contra el comitente en el ejercicio de la acción que le concede elart. 1597 del Código Civil, tiene carácter prejudicial lo que se decida en el litigio en que se esté discutiendo la existencia y cuantía del crédito del subcontratista respecto del contratista, así como en el litigio que tenga por objeto la existencia y cuantía del crédito del contratista respecto del comitente, de modo que la sentencia que se dicte resolviendo sobre la acción delart. 1597 del Código Civil ha de partir de lo que se haya decidido en esos otros litigios sobre el crédito del subcontratista respecto del contratista o sobre el crédito del contratista respecto del comitente, y ello aunque no haya coincidencia en las partes puesto que en el primero de tales litigios no sería parte el comitente, y en el segundo no lo sería el subcontratista, mientras que cuando se ejercita la acción prevista en elart. 1597 del Código Civil las partes son justamente el subcontratista y el comitente.
Así lo ha afirmado la citada Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 882/2008, de 26 de septiembre [RJ 2009\133], que ha declarado el carácter prejudicial del laudo arbitral que fijó el importe del crédito del subcontratista frente al contratista respecto del litigio entablado por el subcontratista contra el comitente en ejercicio del art. 1597 del Código Civil.
TERCERO Pues bien, en el caso de autos, no es sólo que en el proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Madrid a instancias de CAMPOSANGIL contra VINCCI en reclamación de cantidades supuestamente adeudadas con motivo de las obras en las que actuó como subcontratista la hoy recurrente, se haya dictado sentencia desestimatoria de la demanda interpuesta.
Es que además en el concurso de acreedores de CAMPOSANGIL, al realizar los administradores concursales la lista de acreedores y el inventario (esto es, la delimitación de las masas pasiva y activa del concurso) previstos en elart. 75 y concordantes de la Ley Concursal, reconocieron un crédito a favor de VINCCI por importe de 1.730.306,76 euros, sin que se haya alegado ni probado que dicho crédito haya sido impugnado y eliminado de la lista de acreedores.
La fijación del saldo de las relaciones existentes entre VINCCI y CAMPOSANGIL efectuada en el proceso concursal (que una vez sentado de modo definitivo en el concurso -bien como crédito a favor de CAMPOSANGIL incluido en el inventario, bien como crédito a favor de VINCCI incluido en la lista de acreedores, como ha sido el caso- no puede ser modificada posteriormente,art. 97 de la Ley Concursal) tiene por tanto eficacia prejudicial en el litigio que se entabla por el subcontratista de la contratista CAMPOSANGIL contra el comitente de ésta, VINCCI.
En consecuencia, careciendo CAMPOSANGIL de crédito alguno contra VINCCI, no puede ser estimada la acción ejercitada contra ésta por POTANSER como subcontratista de CAMPOSANGIL en base alart. 1597 del Código Civil, razón por la cual el pronunciamiento de la sentencia apelada desestimatorio de la acción ejercitada ha de ser confirmado sin necesidad de entrar a considerar cuál era la naturaleza del contrato de obra suscrito entre VINCCI y CAMPOSANGIL.”: SAP Sevilla (Sección 6) 11.11.2009 (JUR 2010/87688; Sentencia 454/2009; Rollo 6771/2009)

1. Jurisprudencia que aplica la reforma de la LC por ley 38/2011

Tribunal Supremo

“Segundo.-Único motivo de casación.
La recurrente formula el recurso de casación, único admitido, en la infracción de los artículos 1597 del Código Civil y artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Como se ha señalado en el Fundamento Jurídico PRIMERO, ODERINVER funda la reclamación en el artículo 1597 del Cc, que dice: " *Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación* ".
1. La acción que nace del precepto transcrito es una acción directa que tiene el subcontratista contra el dueño de la obra, con quien no contrató, y supone una excepción al principio de la *relatividad de los* contratos consagrado en el art. 1256 Cc. Tiene su sentido por razones de equidad y de protección al más débil, que pone trabajo o material en obra ajena, en supuestos de dificultad de cobro del contratista. Para ello es necesario que concurran los siguientes requisitos, proyectados al presente caso:
1º. Que el precio pactado en el contrato de obra entre el promotor (aquí la Fundación) y el contratista (Prosepro, S.A) fue por un tanto alzado (art. 1593 Cc), ha sido reconocido por las partes, sin ninguna dificultad.
2º. Ostenta dicha acción directa cualquier persona física o jurídica que esté vinculada con el contratista por una relación laboral o de prestación de servicios, como es, en el presente caso, PROSEPRO, en calidad de contratista, y la actora, como subcontratista.
3º Es necesaria la existencia de un crédito del subcontratista frente al contratista y de otro de éste frente al promotor, y ambos créditos deben surgir en relación a la misma obra, lo que ha sido indiscutido.
4º Los créditos a que se refieren el apartado 3º anterior deben estar vencidos y ser exigibles para que el subcontratista pueda cobrar directamente del Promotor, la FUNDACION. Con ocasión del primer requerimiento, el *30 de enero de 2008,* la FUNDACION alega que nada debía al contratista porque no había recibido provisionalmente la obra, la que recepcionó, con este carácter, el *7 de marzo de 2008,* reconociendo una deuda de 115.374,76.-#. Por tanto, cuando recibió el segundo requerimiento, el *10 de marzo de 2008,* la FUNDACION ya era deudora del contratista y por consiguiente el subcontratista podía ejercitar la acción directa del art. 1597 Cc.
5º El promotor puede oponer al subcontratista las excepciones que pudiera plantear al contratista, tanto por

hechos anteriores o posteriores al ejercicio de la acción pero siempre en relación a la obra ejecutada (ejecución defectuosa, incumplimientos, etc), lo que efectivamente destacó la FUNDACION al contestar la demanda (Hecho Segundo).
6º La acción del art. 1597 CC es una acción directa e independiente, del subcontratista frente al promotor y no un supuesto especial de la acción subrogatoria del art. 1111 Cc. Consiste en una legitimación especial, legalmente prevista en nuestro ordenamiento jurídico, a favor del primero contra el segundo, titular de su propio crédito (SSTS nº 300/2008 de 8 de mayo y 449/2012 de 19 de junio), lo que reconoce la propia sentencia recurrida. (Fundamento de Derecho Segundo).
7º. El ejercicio de la acción no requiere, como requisito ineludible, la interposición de una demanda judicial. Sin embargo, el requerimiento extrajudicial *no supone el ejercicio de la acción,* lleva consigo *una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario (SSTS 657/1997 de 17 de julio y 300/2008 de 8 de mayo), e impide a la promotora, la FUNDACION, realizar el pago liberatorio a un tercero, en el presente supuesto, a la Agencia Tributaria,* como también destaca la sentencia recurrida.
Del mismo modo que el pago anticipado hecho por el promotor al contratista, con anterioridad a su vencimiento y exigibilidad, puede no ser liberatorio, es susceptible de generar una reclamación de daños y perjuicios, por actitud negligente del dueño de la obra, como después se contemplará.
8º. En caso de concurrencia de varios acreedores por razón de la obra realizada, que pudieran hallarse en la misma situación que el hoy actor, por la existencia de distintos subcontratistas y, atendido que todos ellos tendrían la misma naturaleza en un escenario extraconcursal, *"gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad",* por aplicación analógica del art. 1927.3º Cc.
9º. La acción directa del art. 1597 Cc es de carácter solidario y autoriza al subcontratista a dirigirla contra el contratista y la promotora, conjunta o aisladamente (SSTS invocadas por la recurrente, de 11 de octubre de 2002 y 31 de enero de 2005, y las que allí se citan), lo que, en el caso, ha llevado a cabo la actora contra la FUNDACION, dado que, en el momento de la interposición de la demanda, la CONTRATISTA *había sido declarada en concurso de acreedores*.
2. Sin embargo, pese al privilegio del contratista que puede accionar contra quien no contrató con él -el dueño de la obra, en la que puso trabajo y materiales- y que la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, lo que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención por el destinatario, como se ha señalado en el apartado 7º anterior, el requerimiento *no supone el ejercicio de la acción directa del art. 1597 el Cc* (SSTS de 300/2008 de 8 de mayo y 657/1997 de 17 de julio). Y si bien es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003, que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenian *"incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1957 CC " (por todas, STS 27 de julio de 2000),* hoy ya no se puede mantener, bajo la acutal Ley Concursal, la subsistencia de tal privilegio. Lo que era una preferencia más, que convivía con otras muchas, en una situación caótica, hoy ha dejado de tener justificación bajo la regulación concursal actual que ha puesto orden al régimen de prelación de créditos. Por ello, aun concurriendo todos y cada uno de los requisitos de la acción ejercitada por la recurrente en casación, sin embargo, no podemos aceptar que la vigente Ley Concursal impida confirmar, con sus propios argumentos, la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, como seguidamente se razonará.
TERCERO.- Desestimación del recurso.
1. Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es *la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes,* dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, acccionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la " *par conditio creditorum* ", cuya regulación en nuestra Ley Concursal 22/ 2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90 y 91) y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio.
2. Por los principios de *universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva* del artículo 49 LC y el de *universalidad* del artículo 76 LC), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 Cc), quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L.
Por el primero - art. 49 LC -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC).
Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es *solidaria,* dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación.
Pero pronto habrá que, por el *principio de universalidad de la masa activa* que consagra el art. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.
3. Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, *ex lege,* a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de

comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual " *no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley* ". Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "... *que no esté reconocido en esta* Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal. Dicho precepto supone una cláusula de cierre del sistema de preferencias y privilegios, que están sujetos al principio de tipicidad. Sólo ella, la Ley Concursal, sanciona enérgicamente, con carácter de *numerus clausus,* los privilegios y preferencias, como excepciones a la igualdad de acreedores sometidos a la ley del dividendo.
4. Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: " *Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".*
Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.
Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra **e**l dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.
Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (artículos 55 y 90 y siguientes de la LC) son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la *vis atractiva* del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal.
Por todos los razonamientos precedentes, el motivo se desestima": STS 21.05.2013 (Sentencia 322/2013; Recurso 2221/2010)

AP Alava

"PRIMERO.-Tenemos que comenzar indicado que, conforme a la redacción actual, y también vigente a la fecha de interposición de la demanda rectora de la presente litis, del artículo 50.3 de la Ley Concursal : Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo.
SEGUNDO.-Siendo tal la acción ejercitada en el presente caso, ha de continuarse señalando que la demanda rectora de la presente litis fue interpuesta (fecha de entrada en el Registro General) el día 9 de mayo de 2012, y que antes, concretamente, por Auto de 3 febrero de 2012 (publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 20 de febrero de 2012) se declaró en concurso voluntario a Aratika Construcciones. S.L.U., que fue la que contrató la ejecución de obras con la actora, ahora apelante.
TERCERO.-Y dado: que la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 30 de septiembre de 2009, y las que en la misma se citan, a la que se refiere Riargel, S.L. para mantener la exclusión de las vis atractiva concursal en los supuestos de reclamación con anterioridad a la declaración del concurso, es anterior a la actual y aplicable redacción del artículo 50.3 de la Ley Concursal; que el Tribunal Supremo, en sentencia también anterior a tal actual y aplicable redacción del indicado artículo 50.3 y de fecha 8 de mayo de 2008, ha argumentado que:... el requerimiento notarial (en el presente supuesto por burofax, cabe puntualizar) no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario..., y; que el ya, repetidamente indicando, artículo 50.3 de la Ley Concursal habla de demanda, no de reclamación como el artículo 1597 del Código Civil, procede aplicar lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de dicho artículo, y por ende, ordenar el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones practicadas, lo que supone concluir, y atendiendo a la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia que debió inadmitir a trámite la demanda, en línea con lo establecido en artículos tales como el 240.2 párrafo segundo de la L.O.P.J..": SAP Alava (Sección 1) 20.06.2013 (Sentencia 265/2013; Rollo 182/2013)

"SEGUNDO.-La acción directa en el concurso
Ambos apelantes se afanan en explicar que ejercitaron de modo extrajudicial acción directa del art. 1597 CCv frente a la dueña de la obra, la Junta de Compensación que ha con-signado, ante el impago de la contratista. La documentación aportada así lo pone de manifiesto, pues D. Plácido lo hizo mediante burofax recibido el 20 de febrero de 2013, y TRANS ARABA el siguiente día 25. No se planteó reclamación judicial ni se dispusieron embargos previos. No hay cuestión al respecto, ni tampoco en que el mismo día, el 25 de marzo siguiente, se

produce la consignación y la declaración de concurso de AZYSA OBRAS Y PROYECTOS S.L.
Cuantos argumentos se vierten por los recurrentes sobre la bondad de la acción ejercitada han de acogerse. Pero no puede olvidarse que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introdujo importantes cambios en la regulación de la acción directa que dejan sin virtualidad cuantas resoluciones se citan por las partes apelantes, que dan respuesta a la situación previa, en las que no había regulación específica.
Ahora se contiene, sin embargo, en los artículos 50.3 y 51 bis 2 LC. El primero ordena a los Juzgados de Primera Instancia que no admitan a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción del artículo 1.597 CCv. El segundo dispone la suspensión de los juicios en que se ejercite esta clase de acción que estuvieran en trámite. Es decir, que las reclamaciones de esta índole, igual que otras contra los administradores sociales previstas en los arts. 50.2 y 51 bis 1 LC, ya no pueden plantearse al margen del concurso.
La reforma apuesta, por lo tanto, por reforzar la masa, impidiendo reclamaciones fuera del concurso. En el caso de la acción directa ejercitada extrajudicialmente por las partes, por medio de los burofax anteriores a la declaración de concurso, el crédito que contiene podrá ser comunicado en el mismo para su eventual reconocimiento y calificación. Pero una vez declarado el concurso, como sucede en este caso, no es posible el ejercicio judicial, y por lo tanto tampoco el extrajudicial, de la mencionada acción. De haberlo habido previamente, acordándose algún embargo, quedaría vedada la posibilidad de consignación de tales cantidades sujetas, como dijimos en el AAP Álava, Secc. 1ª, de 20 de septiembre de 2012, rec. 392/12, pues no podría disponer libremente el deudor principal de las mismas.
Los apelantes habrán de acudir, por lo tanto, al concurso para ejercer su pretensión, sometiéndose a las reglas del mismo, viéndose afectados por las consecuencias que supone el auto de 23 de marzo de 2013, del Juzgado de lo Mercantil de Pamplona, que al declarar el concurso provoca la aplicación de la Secc. 2 ª del Capítulo II del Título III de la Ley Concursal, que disciplina los efectos de tal declaración sobre el ejercicio de acciones individuales de los acreedores del deudor concursado.
De ahí que sin discutir la concurrencia de los requisitos para el ejercicio de la acción directa, la conclusión que se alcanza es la imposibilidad de que aquélla prospere extrajudicialmente una vez declarado el concurso, pues si no puede ejercitarse en sede judicial, menos aún cabrá acogerla fuera de ella. Esto supone la desestimación del recurso de D. Plácido y la del segundo grupo de argumentos del recurso del otro apelante.”: AAP Alava (Sección 1) 07.11.2013 (Auto 169/2013; Rollo 440/2013)

“SEGUNDO.- Sobre la acción directa
La segunda cuestión en la que insisten los recursos y las impugnaciones es que se ha ejercitado antes de la declaración de concurso de la contratista, la acción directa del art. 1597 CCv frente al dueño de la obra, la Junta de Compensación que ha consignado en este expediente, en unos casos extrajudicialmente, mediante la remisión de burofax, en otros incluso presentado demanda judicial.
Partiendo de esos datos incontrovertidos, no puede olvidarse que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), modifica sustancialmente la regulación de este tipo de acciones, arrumbando la doctrina de Audiencias y jurisprudencia que se cita por quienes cuestionan el auto dictado por el juzgado. En la actualidad el art. 50.3 LC disponen que los Juzgados de Primera Instancia no admitirán a trámite las demandas en las que se ejercite la acción directa del art. 1597 CCv, que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión. Pero además el art. 51 bis 2 LC establece que se suspenderán los juicios en que se haya ejercitado, cuando estuvieran en trámite al declararse el concurso.
Algunos apelantes plantearon la demanda judicial y otros remitieron al dueño de la obra, de manera extrajudicial, reclamación por el crédito que disponían frente a la contratista. No obstante si la norma ha querido suspender estas acciones ejercitadas judicialmente, en aras a salvaguardar la integridad de la masa, y de someter a los acreedores del contratista, incluso a quienes tienen acción directa, al trato igualitario del procedimiento concursal, lógico es que dicho efecto se haya de extender a quien ni siquiera ejercitó tal reclamación judicial, sino que se limitó a plantear una reclamación extrajudicial.
La suspensión no supone impedimento, como se sostiene en algún recurso alegando la eventual reanudación del litigio, para que disputen las partes sobre la existencia, cuantía y preferencia para el pago de sus créditos. Los acreedores están sometidos al resultado del concurso, y por lo tanto, a la eventualidad de la novación del importe del crédito como consecuencia de la aprobación de un convenio, o al reparto que resulte de la liquidación, hasta donde alcance, de la masa del deudor concursado nutrida con los créditos que se ostenten frente a terceros, entre los que podría estar el dueño de la obra que ahora ha consignado, si no se resuelve de otro modo en el procedimiento universal al que están inexorablemente abocados, por exigencia del principio de universalidad de la masa activa (art. 76 LC) y pasiva (art. 49 LC), todos los acreedores del concursado y la integridad de su patrimonio.
Será en el concurso donde los subcontratistas podrán, conforme a las reglas que lo disciplinan, comunicar y exigir su crédito frente al contratista. No es posible, por ello, que se disponga ni en procedimiento judicial, ni menos aún en este expediente de consignación de pago, el abono de los créditos que pretenden recurrentes e impugnantes. Donde tienen que dilucidar sus pretensiones los aquí recurrentes, y quienes impugnaron el auto, es en el procedimiento concursal que se sigue en el Juzgado de lo Mercantil de Pamplona, puesto que la declaración de concurso desencadena los efectos que señala la Secc. 2ª del Capítulo II del Título III de la Ley Concursal, sobre el ejercicio de acciones individuales de los acreedores del deudor concursado.
Reconociendo por lo tanto el legítimo ejercicio de la acción directa por cuantos ahora lo recuerdan en sus respectivos escritos, no es posible acordar, como pretenden, la entrega de los importes que se reclamaban con ella, lo que supone la desestimación de las pretensiones que se plantean con esta finalidad. ”: AAP Alava (Sección 1) 02.04.2014 (Auto 48/2014; Rollo 82/2014)

AP Barcelona (Sección 1)

“Ahora bien, resulta nuevamente obligado hacer alusión a la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 antes citada a pesar de no ser de aplicación en autos, porque la misma introduce el artículo 51.bis el cual dispone que " declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en elartículo 1597 del código Civil ". Y su mención es obligada porque parece estar llamado a solucionar en buena medida los inconvenientes que por la parte recurrente se denuncian y que no merece más que una opinión favorable pues si uno de los objetivos centrales de la ley Concursal era " rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso" (Epígrafe V de la Exposición de Motivos), los créditos por trabajo y materiales de los subcontratistas, por más que respondiera a la idea de proteger al eslabón más débil en la contratación, recibían un tratamiento privilegiado a costa de detraer de la masa activa del concurso el crédito que el contratista ostentaba frente a comitente o dueño de la obra, con clara infracción del principio de la pars conditio creditorum y las normas de prelación y pago que establece la Ley Concursal.: SAP Barcelona (Sección 1) 09.10.2012 (Sentencia 455/2012; Rollo 253/2011)

AP Barcelona (Sección 15)

“SEGUNDO.-Las partes no cuestionan el trámite escogido por la demandante y la procedencia de la consignación, limitándose el conflicto al destino que debe darse a la suma consignada. TRANSPORTES Y GRUAS MENORCA S.L. se apoya en la doctrina de esta misma Sala, sentada a partir de la sentencia de 2 de marzo de 2006, para sostener que debe entregársele 19.729,60 euros con preferencia a cualquier otro acreedor. En aquella sentencia analizamos el tratamiento de la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil en el concurso y concluimos que el precepto no exige como requisito ineludible, para tener por ejercitada la acción, una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial. Por tanto, si mediaba un requerimiento de pago fehaciente al dueño de la obra antes de la declaración del concurso, habría que entender que la deuda del contratista principal ya se había desplazado desde el patrimonio de la concursada -el subcontratante- al del subcontratista, todo ello por mor de una decisión legislativa que pretendía proteger, en los casos de insolvencia, a quien puso el trabajo y el material.
Sin embargo la situación cambia radicalmente con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal. Con el propósito manifiesto de hacer efectiva la reducción de preferencias y privilegios en situaciones concursales, el artículo 50 establece en su apartado tercero que "los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieron su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos en el artículo 1.597 del Código Civil ", acordándose la nulidad de todo lo actuado en caso contrario. La norma se completa con el artículo 51 bis, introducido también con la Reforma de 2011, que declara la suspensión de los procedimientos pendientes en los que se haya ejercitado la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil.
Se trata, en definitiva, de normas procesales con un inequívoco contenido material. Si la acción directa no puede llevarse a efecto, una vez declarado el concurso del contratista o deudor principal, mediante la interposición de la correspondiente demanda ante los Juzgados competentes, ello significa que la acción directa queda excluida o decae por la sola declaración de concurso. El crédito objeto de la acción, por tanto, habrá de integrarse en la masa activa y el subcontratista carecerá de cualquier preferencia sobre ese derecho. Decimos que las normas tienen un contenido material o sustantivo, por cuanto, lógicamente, si el crédito ha de considerarse como un activo más en el concurso, no puede acogerse la pretensión del subcontratista por mucho que se postule ante el Juez de lo Mercantil y aprovechando el expediente de consignación promovido por el dueño de la obra.
En ese sentido nos hemos pronunciado en la reciente sentencia de 10 de junio de 2013 (Rollo 93/2013), en la que declaramos que " *la Ley 38/2011 ha venido a vaciar de contenido o dejar sin efecto la acción directa del artículo 1597 CC, una vez que el contratista ha sido declarado en concurso, por más que el subcontratista haya reclamado judicial o extrajudicialmente al promotor de la obra antes de la declaración de concurso del contratista. No nos corresponde enjuiciar la bondad del nuevo tratamiento, que persigue, sin duda, como también expone la sentencia impugnada, evitar la salida de bienes de la masa activa del concurso para pagar a determinados acreedores concursales -los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista- con afectación del principio de igualdad entre los acreedores (par condicio creditorum)."*
En definitiva, dado que el concurso se declaró tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida en tanto en cuanto declara que la suma consignada se integre en la masa activa del concurso.”: SAP Barcelona (Sección 15) 26.06.2013 (Sentencia 272/2013; Rollo 122/2013)

AP León (Sección 1)

“TERCERO.-Aplicación del artículo 1597 CC, reclamación y consecuencias. Error de Derecho.
Establece el artículo 1597 del CC que: "Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación".
La Sentencia que cita la parte recurrente de la Sección 15ª de la AP de Barcelona obedece a una línea doctrinal que no solo no era unánime sino muy discutida y que además resulta definitivamente superada en la

actualidad debido a una modificación legislativa. Dicha doctrina se fundamentaba en la autonomía de la acción directa en relación con el concurso y señalaba que " la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó".
El criterio mayoritario de las Audiencias Provinciales concretaba que la acción directa ejercitada cuando el contratista deudor ya estaba en concurso, debía ceder ante la especialidad de la situación existente.
Esta interpretación del art. 1.597 del CC se ha visto actualmente refrendada por el legislador tras la modificación del art. 50 de la LC operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2.012. Se ha introducido el párrafo 3º cuyo tenor literal es el siguiente: "Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo." Este inciso establece que "de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado". Así pues no puede ya mantenerse que la deuda se ha desplazado definitivamente del patrimonio del deudor porque la situación declarada impide el ejercicio de la acción directa al margen del concurso.
Incluso la doctrina jurisprudencial más reciente parece decididamente orientada a romper con la doctrina legal anterior que confería un cierto carácter privilegiado a la acción directa del art. 1.597 del CC. Señala la STS de 7 de octubre de 2.008, que "la acción judicial o extrajudicial no otorga ningún privilegio de exclusión ante una eventual concurrencia de acreedores, pues tal privilegio no lo establece el precepto, sólo se limita a la concesión a los que ponen su trabajo y materiales en la obra ajustada alzadamente por el contratista de una acción directa contra el comitente, y no aparece como una excepción a lo dispuesto en el art. 1.925 CC, que dice que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier clase, o por cualquier otro título «no comprendidos en los artículos anteriores». El crédito de los que ponen su trabajo y materiales en la obra son créditos refaccionarios, que tienen el privilegio reconocido en los números 3 º y 5º del art. 1.923 CC. No aparece del texto del art. 1.597 nada que contradiga al art. 1.925, sino que consagra una excepción al principio de relatividad del contrato (art. 1.257 C.C.), en que por razones de justicia y para evitar enriquecimientos injustos, se aplica la regla o aforismo «el deudor de mi deudor es también mi deudor». Nada que ver con la materia de privilegios crediticios. Por lo tanto, el precepto no impide una concurrencia de acreedores, que habrá de ventilarse entre los mismos, ni que el deudor, en este caso el comitente, no pueda acudir al procedimiento de la consignación judicial, si son varios los que pretenden el cobro, al amparo del art. 1.176".
La STS de 8 de Mayo de 2008 señala lo siguiente: "Si bien el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario, la jurisprudencia ha declarado que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengarán desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior (SSTS de 30 de diciembre de 1994, 8 de febrero y 15 de noviembre de 2000), cuya posición es de aplicación al caso debatido, con el entendimiento de que el referido acto notarial comporta una intimación precedente a la formulación del escrito inicial por el que se inició el presente litigio".
Consecuencia de lo anteriormente expuesto, fundamentalmente interpretando el contenido de las Sentencias del Tribunal Supremo que han sido citadas, procede señalar que aunque el deudor no puede efectuar el pago con posterioridad al requerimiento extrajudicial, nada impide que se dicte una sentencia condenatoria y que se reconozca el crédito derivado de un procedimiento judicial. El requerimiento no paraliza la posibilidad del acreedor inicial de reclamar su crédito. Y ello por cuanto aunque la norma citada no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial para producir sus efectos, pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los requisitos del artículo 1597 del CC, aquél lleva consigo únicamente una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario (STS de 8 de mayo de 2008) pero no supone una regla de prelación de créditos ni dota al que ejercita la acción de un mejor derecho frente a pretensiones anteriores que otros acreedores pudieran tener sobre el crédito del contratista. En este sentido debe ser desestimado el recurso interpuesto manteniendo la resolución dictada en Primera Instancia.”: SAP León (Sección 1) 18.03.2013 (Sentencia 117/2013; Rollo 14/2013)

AP Zamora

“·SEGUNDO.-Tenemos enfrente, en el supuesto examinado, dos diferentes realidades; por un lado, la situación concursal en que se encuentra la entidad actora, que acciona en reclamación de las cantidades que le debía a la entidad Acciona Infraestructuras SA, y que han sido objeto de consignación en el juzgado a fin de que se dilucide si han de ser entregadas a la masa del concurso o a los acreedores subcontratistas de ella; y por otro, la situación individual en que se encuentran estas subcontratas, tras haber reclamado, -extrajudicialmente todas las recurrentes --, diversas cantidades que les eran debidas por la contratista, a la dueña de la obra, en el caso Acciona Infraestructuras SA.
En este sentido, sabido es que el concurso de acreedores es un instrumento jurídico previsto para tratar de resolver los problemas derivados de una situación de insolvencia, bien mediante la obtención de un convenio que permita la continuidad de la empresa, bien mediante un procedimiento ordenado de liquidación que trate, dentro de lo posible, de minimizar el daño a los acreedores. La Ley Concursal, a lo largo de su articulado, y también ya desde la Exposición de Motivos, destaca la importancia de lograr el saneamiento de la sociedad en crisis y conseguir la continuidad de la misma como una de las finalidades del procedimiento concursal.

Finalidad frente a la que se encuentra con igual o, probablemente mayor importancia, --lo ponen de manifiesto los recurrentes --, la defensa de quienes resultan los grandes perjudicados en dichas situaciones, los acreedores. Tanto la estructura del procedimiento, como las responsabilidades específicas que se contemplan en la Ley, dan a entender que el legislador pretende que se recurra al concurso cuando ello sea necesario, a fin de evitar que una situación transitoria se convierta en una irresoluble. En suma, el procedimiento del concurso se caracteriza por la concentración en un solo procedimiento de las reclamaciones de todos los acreedores, de forma que uno de sus efectos es la paralización de las acciones individuales, con el fin de integrar en el concurso la solución relativa a la masa de acreedores.
Del mismo modo, es claro que la acción directa que previene el artículo 1597 del código civil autoriza, en palabras de la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección cuarta, de fecha 20 diciembre 2013, al subcontratista a dirigirse contra el promotor o comitente, otorgando así a quien pone su trabajo o materiales en la obra de otro una tutela especifica de su crédito, pues, en tanto se den los requisitos que el legislador previene legalmente, va a poder dirigir su acción contra dos masas patrimoniales diferentes, de distintos titulares, para satisfacer su crédito. Que se diga que es una acción directa quiere decir que no es una acción subrogatoria y que no hay subsidiaridad con relación al ejercicio de la acción contra su deudor contractual, esto es el contratista principal que no deja de ser su subcomitente.
Porque una de las primeras características de esta acción es la de configurar una excepción al principio de relatividad de los contratos prevenida en el art.1257 C.Civil EDL1889/1 (STS num. 31/2005, de 31 de enero), lo que, en el terreno procesal, supone que se actúa en uso de una legitimidad propia de subcontratista, no extraordinaria por sustitución del contratista principal.
De la acción directa se ha dicho que constituye una fianza legal, de manera que se configura al comitente jurídicamente como un garante del crédito que el contratista adeuda al subcontratista. Fianza legal imperfecta según la doctrina. Que se diga que es una fianza imperfecta quiere decir que no despliega eficacia alguna sino desde su ejercicio, momento en el que pasaría a inmovilizar el crédito del contratista frente al comitente, de modo que a partir de ese momento cualquier pago realizado por el mismo ya es inoponible al subcontratista.
La acción directa, en la medida en la que rompe el principio de relatividad de los contratos y que se asemeja a una fianza en cuanto coloca al comitente como garante del crédito del contratista, pero, y esto es lo peculiar, configurado o identificado con la deuda del comitente con el contratista principal, ha presentado siempre una gran complejidad procesal y sustantiva, siendo de destacar tres características del mismo, 1) que sólo opera con relación a los contratos de obra ajustado alzadamente, como mecanismo de certeza inicial del precio, 2) que sólo se hace efectivo desde su ejercicio y como consecuencia del mismo, 3) que sólo responde el comitente por lo adeudado al tiempo de ejercitarse la acción directa, de lo que resultan problemas casi insolubles, como es la de determinar cuando se entiende que es "obra ajustada alzadamente", no obstante lo cual la jurisprudencia (sentencia de 14 de octubre de 2010) incluye dentro de ese concepto tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado como si lo está por unidades de obra, siquiera para éste último supuesto exige que "estén determinadas el número de unidades a ejecutar", quedando en el aire con esta doctrina toda la tipología de contratos en los que, sin ser estrictamente por administración, existe una previa determinación de unidades de obra pero no establecidas de una manera absoluta. E íntimamente abonado a este problema se encuentra la de determinar el ámbito de oposición del comitente, si sólo las deficiencias de las partidas del subcontratista o también las del contratista principal u otros subcontratistas, idea ésta última que parece encajar mejor con la necesidad de precio global y único.
La cuestión es, como se ha apuntado, el trato que haya que dar a esta acción directa basada en el artículo 1597 del código civil, en la situación actual de concurso de acreedores de la actora del presente incidente, y con relación a las cantidades consignadas. Y ello por cuanto no hay cuestión respecto a la declaración de concurso de la actora en fecha 11 julio 2012, ni a la reclamación extrajudicial de las recurrentes, con antelación a tal fecha, frente a Acciona Infraestructuras SA, en tanto que es deudora de la empresa concursada, a la que tenía retenidas diversas cantidades, ni, en definitiva, respecto a la consignación efectuada por la reseñada Acciona acudiendo al procedimiento de consignación judicial al ser varios los que pretenden el cobro.
TERCERO.-Sobre el particular, ha planeado una intensa polémica entre las Audiencias Provinciales sobre la incidencia que tenía en la acción directa la declaración del concurso del contratista principal, habiéndose dado por las mismas -- la sentencia de instancia lo explica perfectamente --, un trato diferenciado a la acción ejercitada antes de la declaración del concurso, aunque fuera un ejercicio extrajudicial, y a la ejercitada ya declarado el concurso. En este sentido, cuántos argumentos se daban respecto de la acción ejercitada eran asumibles. Pero, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección primera, de fecha 7 noviembre 2013, no puede, en el momento actual, olvidarse que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introdujo importantes cambios en la regulación de la acción directa que dejan sin virtualidad cuantas resoluciones se citan por las partes apelantes, que dan respuesta a la situación previa, en las que no había regulación específica.
Sigue diciendo referida resolución que ahora se contiene, sin embargo, en los artículos 50.3 y 51 bis 2 LC. El primero ordena a los Juzgados de Primera Instancia que no admitan a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción del artículo 1.597 del código civil. El segundo dispone la suspensión de los juicios en que se ejercite esta clase de acción que estuvieran en trámite. Es decir, que las reclamaciones de esta índole, igual que otras contra los administradores sociales previstas en los arts. 50.2 y 51 bis 1 LC, ya no pueden plantearse al margen del concurso.
La reforma apuesta, por lo tanto, por reforzar la masa, impidiendo reclamaciones fuera del concurso. En el caso de la acción directa ejercitada extrajudicialmente por las partes, por medio de los burofax anteriores a la declaración de concurso, el crédito que contiene podrá ser comunicado en el mismo para su eventual reconocimiento y calificación. Pero una vez declarado el concurso, como sucede en este caso, no es posible el ejercicio judicial, y por lo tanto tampoco el extrajudicial, de la mencionada acción. De haberlo habido

previamente, acordándose algún embargo, quedaría vedada la posibilidad de consignación de tales cantidades sujetas, como dijimos en el AAP Álava, Secc. 1ª, de 20 de septiembre de 2012, rec. 392/12, pues no podría disponer libremente el deudor principal de las mismas.
Los apelantes habrán de acudir, por lo tanto, al concurso para ejercer su pretensión, sometiéndose a las reglas del mismo, viéndose afectados por las consecuencias que supone el auto de 23 de marzo de 2013, del Juzgado de lo Mercantil de Pamplona, que al declarar el concurso provoca la aplicación de la Secc. 2 ª del Capítulo II del Título III de la Ley Concursal, que disciplina los efectos de tal declaración sobre el ejercicio de acciones individuales de los acreedores del deudor concursado.
De ahí que sin discutir la concurrencia de los requisitos para el ejercicio de la acción directa, la conclusión que se alcanza es la imposibilidad de que aquélla prospere extrajudicialmente una vez declarado el concurso, pues si no puede ejercitarse en sede judicial, menos aún cabrá acogerla fuera de ella.
Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza antes citada afirma que con esa reforma legal el legislador estaba anticipando un criterio de sometimiento del crédito del subcontratista al concurso. Criterio que es acogido como regla general en la jurisprudencia del TS con relación a la acción directa ejercitada aun con anterioridad a la declaración del concurso y por tanto al margen de la aplicación en el tiempo de esa modificación legal y en este sentido la STS de 21.05.2013 (recurso 2221/2010) afrontará las características de la acción directa y el diferente tratamiento que tenía la misma antes y después de la Ley Concursal, pues ahora, lo mismo es que la acción se ejercite antes que después de la declaración del concurso, queda sometida a la suerte de la misma: "es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación autonómica, "ex lege", a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC art.90 art.91, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en este Ley".
Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: "declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil.
Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.
Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito, aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista".
CUARTO.-Procede, pues, llegados a este punto, y ante la asunción por esta Sala de la doctrina expuesta anteriormente, desestimar el recurso de apelación interpuesto, con la consiguiente ratificación de la sentencia dictada por el juzgado de instancia, y ello sin necesidad de entrar en otro tipo de consideraciones, pues los cambios legislativos aludidos, y la interpretación dada a los mismos, lo hacen innecesario.”: SAP Zamora (Sección 1) 02.05.2014 (Sentencia 69/2014; Rollo 168/2013)

JM-1 Zamora

“PRIMERO.- No existen en el caso hechos controvertidos, siendo el objeto del presente incidente la determinación de los acreedores a quienes corresponde percibir las cantidades consignadas por la sociedad ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A. en expediente de consignación acumulado al presente concurso. Tales cantidades, que suman 478.106,18 €, derivan de créditos que la concursada ostentaba contra ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A., y respecto de las cuales las demandadas subcontratistas habían instado extrajudicialmente su retención de conformidad con lo establecido en el art 1597 del Código Civil. Incoado el Expediente de Consignación las demandadas, con la única excepción de EXCAVACIONES DOSITEO S.L y SANTOS FRANCO S.L., se personaron en el mismo para solicitar la entrega de las cantidades a que se referían sus respectivos créditos, dictándose en el referido procedimiento (autos 391/12) auto por el que se tenía por hecha la consignación y se remitía a las partes al oportuno procedimiento contradictorio, el presente incidente concursal, iniciado en virtud de demanda de la propia concursada.
Debe resolverse por tanto a quien corresponde percibir las citadas cantidades: a la concursada, tal y como se sostiene en la demanda -a la que se ha allanado la Administración Concursal-, o a los acreedores de la concursada que reclamaron extrajudicialmente su pago a ACCIONA conforme al art 1597 del Código Civil, como sostienen dichos acreedores, a excepción de EXCAVACIONES DOSITEO S.L y SANTOS FRANCO S.L.
SEGUNDO.- La cuestión que se plantea presenta gran complejidad jurídica habida cuenta de la regulación de la Ley Concursal, que impone la inclusión de todos lo acreedores de la concursada al procedimiento concursal en igualdad de condiciones conforme a los arts 89 y siguientes, complejidad que se ha visto profundizada tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, que ha incluido por vez primera referencias al art 1597 del Código Civil en sus arts 50.3 y 51 bis.
Como puede leerse en numerosas resoluciones judiciales antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal resultaba pacífica la doctrina que consideraba que la situación concursal en que pudiera encontrarse el

contratista principal no tenía incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventilaba la acción del art 1597 del Código Civil, al considerarse que el derecho consagrado en este precepto confiere una situación de privilegio, frente a otros acreedores, al que pone en la obra ajustada alzadamente su trabajo o materiales.
Sin embargo tras la entrada en vigor de la Ley Concursal se abrió un intenso debate doctrinal sobre la influencia del procedimiento concursal en el juicio en el que se ejercita la acción directa del art 1597. Así, sobre todo tras la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de dos de marzo de 2006, se sentó el criterio, confirmado por otras resoluciones posteriores de dicha audiencia como la de once de abril de 2011, de que cabía la acción directa del art 1597 siempre que se hubiera ejercitado con anterioridad al Auto de declaración de concurso del contratista, pero por el contrario no cabía su ejercicio una vez declarado el concurso, pues entonces dicha acción debía ceder ante la especialidad concursal y el crédito del subcontratista quedaba integrado en la masa pasiva del concurso y sujeto a la *par conditio creditorum*.
Esta doctrina se impuso la mayor parte de las Audiencias Provinciales hasta el punto de constituir el criterio mayoritariamente seguido en esta materia. Por lo tanto, ejercitada la acción con anterioridad al concurso debía continuar el proceso judicial contra el comitente ante el Juzgado de Primera Instancia hasta su finalización por Sentencia, que de ser favorable permitiría al subcontratista demandante ver satisfecho su crédito al margen del concurso. Por el contrario, una vez declarado el concurso no cabe el ejercicio de dicha acción pues, como explica la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª, de 18 de marzo de 2009, "*La Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración de su deudor en situación concursal, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.... Por ello, una vez declarada en concurso xxx, todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, y todos los acreedores del deudor se integran en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Y como la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil se encuentra al margen del concurso, la Ley Concursal no la contempla, y una vez declarada tal situación, no puede ser de aplicación aquel precepto aun cuando se hubiese ejercitado antes por vía extrajudicial, desde el momento en que no fue aceptado por el dueño de la obra, debiendo pues la aquí recurrente integrarse en la masa pasiva y sujeta a las exigencias de la par conditio creditorum según la clasificación de su crédito, sin que proceda en tal situación concursal retraer de la masa activa el importe de su crédito como interesa la parte apelante. De tal modo consideramos jurídicamente correcta la decisión tomada por el Juzgador "a quo" en su sentencia, por cuanto la declaración concursal fija el momento en que los acreedores y deudores de la concursada empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso, y es la Ley Concursal la que reconoce privilegios y preferencias por decisión expresa del legislador*".
Sin embargo, como antes se apuntaba, la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 ha introducido dos preceptos que aluden a la acción directa del artículo 1597 del Código Civil. El primero de ellos, el art 50.3, establece que "*Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1.597 del Código Civil*", con lo que parece que la reforma de la Ley Concursal ha confirmado la referida doctrina relativa a la inadmisibilidad de dicha acción tras la declaración del concurso. Dicho precepto, con relación a lo manifestado en la contestación a la demanda de D. JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, alude a los Juzgados de Primera Instancia, pues sólo a tales juzgados puede corresponder la competencia para el conocimiento de dichos pleitos, ya que la acción del art 1591 no está comprendida dentro de ninguno de los supuestos atribuidos a la competencia del los Juzgados Mercantiles conforme al art 8 de la Ley Concursal.
En segundo lugar la citada Ley 38/2011 introdujo igualmente un nuevo art 51 bis, conforme al cual "*declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1.597 del Código Civil*".
En definitiva, conforme a la nueva regulación (artículos 50.3 y 51 bis 2 LC), desde la declaración de concurso y hasta su conclusión no podrán interponerse demandas en ejercicio de la acción del art. 1.597 CC ante los Juzgados de Primera Instancia, quedando en suspenso los procesos judiciales que estuvieran en curso.
Cabe preguntarse que incidencia tiene esta nueva regulación en relación con las acciones ex 1597 ejercitadas con anterioridad a la declaración del concurso. Y se estima que únicamente puede sostenerse una de estas dos soluciones: o bien que la resolución de la cuestión pasa a ser competencia de los juzgados de lo mercantil, o bien que tras la reforma de la Ley Concursal se ha optado definitivamente por excluir la acción directa del ámbito concursal. La primera de las opciones parece difícilmente sostenible habida cuenta de la regulación de la competencia de los juzgados mercantiles contenida en los artículos 86 ter de la LOPJ y 8.1 de la Ley Concursal, amén de que en ese caso no se comprende el motivo de que el proceso inicial ante el juzgado de primera instancia se suspenda cuando la cuestión se va a dilucidar ante el juzgado de lo mercantil. Se estima por ello que lo pretendido en la reforma ha sido precisamente excluir definitivamente la acción directa respecto de los créditos contra el concursado, incluso aunque se hubiera ejercitado con anterioridad al concurso, de manera que proceso judicial en que se ha ejercitado queda suspendido mientras dure el procedimiento concursal, sometiendo a los subcontratistas a dicho procedimiento en igualdad de condiciones con el resto de acreedores, reconociéndose su crédito en la lista de acreedores con la clasificación que le corresponda conforme a los arts 89 y siguientes de la Ley Concursal.
Con arreglo a lo expuesto, y aunque pudiera entenderse ejercitada la acción con anterioridad a la declaración de concurso, procede la estimación de la demanda incidental, correspondiendo incluir en la masa del concurso las cantidades consignadas. A esta conclusión no obsta que nos hallemos ante el ejercicio extrajudicial de la acción directa, como señalan las demandadas, pues sería absurdo pretender que los subcontratistas que hubieran ejercitado judicialmente la acción vieran sus procesos suspendidos hasta la conclusión del concurso

(art 51 bis), mientras que los que sólo hubieran intimado extrajudicialmente al dueño de la obra pudieran obtener el cobro.
TERCERO.- A mayor abundamiento en el caso los acreedores demandados reclamaron *ex* art 1597 el pago de sus créditos a ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A, con la única excepción de FREIJO Y ABELLÁ S.L., que según expone en su contestación a la demanda, presentó demandada ante el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Puebla de Sanabria, con lo que en relación con dicho demandado sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 51 bis antes expuesto.
En relación con los restantes demandados debe señalarse que ni siquiera resulta acreditado que se ejercitara la acción directa con anterioridad a la declaración de concurso. Así, como dice la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid de 13 de junio de 2011 señala que "resulta enormemente clarificador el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 1.3.2011 [Roj: AAP M 1303/2011] señala que "... Dicho lo anterior, atendiendo a las fechas del previo requerimiento extrajudicial, formulación de la demanda y auto declarando el concurso, solo resta examinar que data ha de tenerse en cuenta a los efectos del citado artículo 50.1 de la Ley Concursal, cuestión que no es pacífica, pues mientras la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006, entre otras, acepta la exclusión de la vis atractiva concursal si la acción extrajudicial o el requerimiento fehaciente se llevó a cabo antes de la declaración del concurso, siguiendo la postura recogida por las SSTS de 30 de enero de 1974 y 17 de julio de 1997, esta postura no se comparte por todas las Audiencias e incluso el Tribunal Supremo ha llegado a decir en la reciente sentencia de 8 de Mayo de 2.008, que "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario". Considera este Tribunal, que la línea marcada por esta última sentencia, es más acorde con los criterios establecidos por la nueva Ley Concursal, así como con lo dispuesto en su Artículo 50, que se refiere, en todo momento, a la interposición de la demanda. En consecuencia, acreditado que GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., fue declarada en situación de concurso necesario por auto el 16 de Marzo de 2.009 y la demanda iniciadora de este proceso se presentó en el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, el 23 de Marzo de 2.009, ha de aplicarse al caso, lo dispuesto en el segundo párrafo de tan citado artículo 50 de la Ley Concursal, procediendo acordar el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones practicadas en la instancia, lo que supone la desestimación del presente y recurso y la confirmación del auto apelado...".
Por ello, conforme a la doctrina expuesta, aunque se admitiera que la declaración de concurso no afecta a la acción directa ejercitada con anterioridad al mismo, no resulta acreditado que sea éste el supuesto de autos.": JMI-1 Zamora 31.01.2013 (Sentencia 10/2013; Incidente 299/2012)

1. 1. Inaplicabilidad retroactiva de la refoma

AP Barcelona (Sección 15)

"La reclamació va ser anterior a la declaració de concurs, de 24 de novembre de 2009. En la redacció actual de la Llei concursal (LC), modificada per la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, l'article 51 bis.2 estableix que, declarat el concurs i fins a la conclusió, quedaran en suspens els procediments iniciats amb anterioritat, en els quals s'hagués exercitat l'acció que es reconeix als qui posessin treball i materials en una obra ajustada a tant alçat, contra l'amo de l'obra en els termes previstos en l' article 1597 del Codi civil. Aquesta norma no resulta aplicable, amb caràcter retroactiu, al cas en examen. Les parts no discuteixen el criteri sostingut pel Sr. jutge mercantil, el qual, amb cita de la sentència d'aquesta Secció 15a de 2 de març de 2006, considera que, exercitada -abans de la declaració de concurs- l'acció contra el propietari de l'obra -entenent per acció no només la judicial, sinó també la reclamació extrajudicial- aquest ha de pagar al subcontractista, al patrimoni del qual s'hauria desplaçat el crèdit des del patrimoni del contractista concursat. ":AAP Barcelona (Sección 15) 22.02.2012 (Auto 38/2012; Rollo 488/2011)

AP Lleida (Sección 2)

"La mercantil EMOSA fue declarada en Concurso Voluntario mediante auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Valencia de fecha 1-12-2011. Esta última fecha resulta determinante para determina cual es la normativa concursal aplicable en el presente caso. Según la Disposición Transitoria Primera y la Disposición Final de la Ley 38/2100, de 10 de octubre, la presente Ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor, que se fija el 1 de enero de 2012, con las excepciones previstas en relación con los concursos que ya estuvieran en tramitación que se prevén en las mismas Disposiciones Transitorias, entre las que no se encuentra el art. 50-3 ni el 51 bis. Por tanto, teniendo en cuenta estos preceptos y el principio general de irretroactividad de las normas que proclama el art. 2-3 C.C. hay que concluir que esta normativa prevista en la Ley 38/2011 no resulta de aplicación en el presente caso, al haberse declarado el concurso Voluntario de EMOSA el 1-12- 2011, antes de la entrada en vigor de esta Ley.": AAP Lleida (Sección 2) 27.09.2012 (Auto 106/2012; Rollo 359/2012)

AP Madrid (Sección 11)

"TERCERO.- SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO DE APELACIÓN: INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 51 BIS LC.
Según la actora, como el concurso de EINVEG se tramita, en su gran parte, bajo la reforma de la Ley Concursal, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2012, debería ser de aplicación al presente litigio el artículo 51 bis LC.

La reciente modificación de la LC determina claramente el futuro de la acción directa del artículo 1597 CC, cuando previamente se haya declarado el concurso del deudor principal. Así, el apartado 3 del artículo 50 LC, establece lo siguiente: "Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo". Por tanto, en el caso de que la demanda se hubiese admitido a trámite, al igual que hubiese ocurrido con anterioridad a la reforma, "se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado". Además, el artículo 51 bis LC, establece la " Suspensión de juicios declarativos pendientes". Concretamente, el segundo apartado del citado precepto establece que " Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1597 del Código Civil ».
Por lo tanto, la vigente reforma de la Ley Concursal confirma el criterio que ya habían adoptado la mayoría de las Audiencias Provinciales, después de la aprobación de la Ley Concursal. En primer lugar, la inclusión del apartado tercero del artículo 50 LC corrobora y reafirma la tesis de que la acción directa prevista en el artículo 1597 CC se somete a la jurisdicción del concurso. En segundo lugar, se declarará suspenso el procedimiento iniciado con anterioridad, en el que se haya ejercido la acción directa. De este modo, el legislador ha eliminado cualquier posibilidad de ejercicio de acción directa y los acreedores concursales deberán acudir al proceso concursal, para el ejercicio de tal acción, de tal manera que el Juez Mercantil, competente para conocer del concurso, decidirá sobre los créditos y derechos que deben incorporarse a la masa activa del concursado, sin que puedan distraerse cantidades, a través de otros procedimientos.
Ahora bien, EINVEG, S.A. fue declarada en concurso voluntario, a través de Auto de 28 de noviembre de 2011, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid. Sin embargo, la modificación de la LC entró en vigor el 1 de enero de 2012. A mayor abundamiento, solo nos resta decir que la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por COMONOR se presentó el 16 de junio de 2011.
Por todo lo anteriormente expuesto, por una parte, debemos estimar la falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, para conocer la demanda en la que se ejercita la acción directa, contemplada en el artículo 1597 CC, puesto que el procedimiento se inició con anterioridad a la declaración de concurso. Y, por otra parte, tampoco podrá suspenderse el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcalá de Henares, puesto que no es de aplicación al presente supuesto la modificación de la LC, que entró en vigor el 1 de enero de 2012, al declararse EINVEG en concurso voluntario el 28 de noviembre de 2011.”: SAP Madrid (Sección 11) 10.07.2013 (Sentencia 421/2013; Rollo 535/2012)

AP Madrid (Sección 12)

“Igualmente, tras la reforma de la Ley Concursal, a través de la Ley 38/2011, el artículo 51 bis establece que declarado el concurso "quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código civil ". Dicho precepto, por tanto, parece considerar que únicamente la interposición de demanda implica el ejercicio de la acción.
Ahora bien, tales consideraciones, y sus posibles consecuencias carecen de trascendencia en este procedimiento, dado que, por un lado, la interposición de la demanda en enero de 2010 es anterior a dicha reforma, y por otro lado la demanda se ha formulado antes de la declaración de concurso. “:SAP Madrid (Sección 12) 28.11.2012 (Sentencia 748/2012; Rollo 327/2011)

AP Madrid (Sección 18)

“En efecto, como pone de manifiesto el Juzgado la acción que se ejercita, con base en el art. 1597, se dirige contra la mercantil HIPERCOR S.A. que era la dueña de la obra en donde el hoy demandante había puesto trabajo y materiales. La contratista de la obra la mercantil DICO se encontraba en concurso de acreedores, habiéndose dirigido a la hoy demandada, como dueña de la obra.
Como pone de manifiesto el Juzgado, ante el impago del efecto emitido para el abono de la obra se produjo el requerimiento extrajudicial del mismo con fecha 13 de febrero de 2009. Con fecha 16 de Marzo de 2009 se declaró en concurso la mercantil DICO, contratista de la obra y con fecha 13 de marzo de 2009 se interpuso la demanda que es objeto de pronunciamiento.
El debate se centra no tanto en la legitimidad o existencia de la deuda sino en la orden, al parecer, de retención ejecutada por el juzgado de lo mercantil que conoce del concurso.
Como es bien sabido, dados los hitos temporales en los que se desarrolla la litis, la doctrina establecida en dicho momento, y que había acogido esta Sala tenía en cuenta, entre otras lo razonado por la Secc. 15ª de la de Barcelona de 2 de marzo de 2006 que tras analizar la permanencia de ciertos privilegios y preferencias de determinados créditos bajo la vigente regulación concursal, a pesar de la manifestada voluntad de la misma de plasmar el principio de igualdad de trato, razona, la diferencia que se deriva de una cuestión temporal como la antes indicada, es decir, si la declaración concursal es anterior a la interposición de la demanda pero posterior al requerimiento extrajudicial o reclamación que establece el citado artº. 1597 C.c..
Como afirma la citada sentencia "... No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la

masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal,.....".
Y añadía, "..., las fechas muestran que, en nuestro caso, la demandante ejerció su acción directa antes de la declaración del concurso.... En consecuencia, al producirse el fogonazo jurídico que supone la declaración del concurso, que fija una imagen - dinámica- de los créditos en ese momento concurrentes, la obligación jurídica de pago que incumbía a - la contratista - ya no era la que le ligaba con - la subcontratista -, sino con - la dueña de la obra. -. El crédito seguía operando contra el patrimonio de la contratista principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, de forma que cuando se produce este evento - dueña de la obra - ya está obligada con la demandante. La doctrina antes expuesta sobre la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en la legislación anterior sigue siendo eficaz en estos casos: antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó....".
Pues bien, en el presente caso ello es lo acontecido, es mas la competencia del juzgado de primera instancia para conocer de la presente litis ya fue declarada en su día por esta propia Sala, pero lo que desde luego no puede tener acogida es la posibilidad de aplicar al litigio la nueva legislación concursal, modificación operada en la Ley Concursal, a través de la Ley 28/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en cuya virtud, artº. 51.bis "Suspensión de juicios declarativos pendientes,...2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil " parece referirse como auténtico ejercicio de la acción a los procedimientos judiciales iniciados y no al requerimiento extrajudicial, como así se deriva también de la actual redacción del art. 50.3 LC en cuya virtud "...Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo...".
Evidentemente dicha modificación no puede operar en el presente litigio el que se ha resuelto conforme a la legislación y doctrina consolidadas.": SAP Madrid (Sección 18) 07.10.2013 (Sentencia 392/2013; Rollo 343/2013)

AP Madrid (Sección 20)

"TERCERO.- Partiendo de lo anterior, la siguiente cuestión que entendemos debe clarificarse es la referida a la normativa concursal de aplicación al caso, pues aunque en el auto apelado se afirma de manera expresa, no ser aplicable al supuesto aquí analizado la reforma introducida por la ley 38/2011 de 10 de octubre, en el artículo 50.3 de la Ley Concursal, en la práctica aplica dicha reforma, bajo el subterfugio de una reinterpretación de la normativa anterior, acogiendo una determinada doctrina jurisprudencial, que también refleja de manera expresa. Dicha forma de proceder hace preciso señalar, que la redacción de la Ley Concursal que debe ser tenida en cuenta en el caso presente, es la vigente en el momento en que se solicitó la declaración del concurso, es decir la redacción de la Ley concursal de 2003, que además era la que estaba en vigor, al presentarse la demanda que inició este procedimiento. Ello debe ser así en aplicación del principio general de la irretroactividad de las leyes que proclama el artículo 2.3 del cc, y la redacción de las disposiciones transitoria 1ª y final de esta ley 38/2011, según las cuales, la referida ley se aplicará a las solicitudes que se presenten, y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor; que se fija en el 12 de enero de 2012, salvo las excepciones indicadas en las diferentes disposiciones transitorias, entre las que no se encuentra la previsión del artículo 50.3; de manera que formulada la reclamación previa el 18 de enero de 2010, declarado el concurso el 1 de marzo de 2010 y presentada la demanda el 12 de agosto de 2011, la norma que entró en vigor el 1 de enero de 2012, no puede ser de aplicación al caso presente.": AAP Madrid (Sección 20) 17.07.2012 (Auto 185/2012; Rollo 435/2012)

AP Sevilla (Sección 5)

"SEGUNDO.- El primer motivo del recurso es la incorrecta aplicación por la Sentencia recurrida de la reforma de la Ley concursal operada en la Ley 38/2011 de 10 de octubre, la cual no establece que los artículos 50.3 y 51 bis tengan carácter retroactivo. Según la Ley 38/2011, la misma será de aplicación de acuerdo con la Disposición Transitoria primera a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor. Según la Disposición final tercera la entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 2012.
Así pues, la Sentencia recurrida hace una indebida aplicación del Derecho, resolviendo el asunto al amparo de una legislación todavía no existente cuando se declaró el concurso de ASTILLEROS DE SEVILLA. Ahora bien, ello no determina la nulidad de la misma, como pide el apelante, ya que los errores en la aplicación del derecho se corrigen mediante las Sentencias que se dicten en la segunda instancia, que determinarán cual es la legislación y doctrina jurisprudencial que debe aplicarse al caso.

Por tanto, no cabe la declaración de nulidad de la Sentencia, sin perjuicio de rectificar la errónea aplicación de legislación no vigente, y acomodar la resolución que se dicte a una correcta interpretación de la legislación vigente a la fecha de la declaración del concurso, lo que abordaremos a continuación.
TERCERO.-Ahora bien, el hecho de que no sean aplicables los artículos 50.3 y 51 bis de la Ley Concursal reformada en octubre de 2011 no significa que la decisión sobre la cuestión controvertida no pueda ser la misma que la adoptada por el Juez a quo, si bien con aplicación de la Ley Concursal con el contenido anterior a la reforma y la jurisprudencia que fue elaborándose en torno al ejercicio de la acción directa del art. 1597 del Código Civil en situaciones de concurso del contratista. Y es que los mencionados artículos de la LC renovados han recogido en el seno de la Ley lo que era el criterio mayoritario en la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión.": SAP Sevilla (Sección 5) 25.01.2013 (Sentencia 29/2013; Rollo 4733/2012)

1.1.1 Pero posible valor como elemento interpretativo

AP Madrid (Sección 18)

"Y precisamente esa es la consecuencia que se obtiene a la vista de la vigente regulación legal derivada de la modificación operada en la Ley Concursal, a través de la Ley 28/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en cuya virtud, artº. 51.bis "Suspensión de juicios declarativos pendientes,...2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil " parece referirse como auténtico ejercicio de la acción a los procedimientos judiciales iniciados y no al requerimiento extrajudicial, como así se deriva también de la actual redacción del art. 50.3 LC en cuya virtud "...Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo...".
Es cierto que la norma para mayor claridad y si quería dar solución a la cuestión debatida pudo excluir expresamente y para estos concretos supuestos los efectos de tal reclamación extrajudicial, sin embargo es claro que esa exclusión se deriva de la obligatoria inadmisión de la demanda por mera comparación entre la fecha de declaración del concurso y de la interposición de la misma, más aún cuando aunque ésta fuera anterior ello determinaría al suspensión del proceso. Y es cierto también que esta normativa no es de aplicación a supuestos anteriores a su entrada en vigor el 1 de enero de 2012, pero ello nada obsta a esta argumentación puesto que no nos hallaríamos ante la aplicación retroactiva de una norma a supuestos anteriores a su vigencia que deje sin efecto o modifique circunstancias distintas o requisitos antes no contemplados ni exigidos, sino ante un elemento interpretativo de una cuestión que había provocado grandes dudas y discrepancias doctrinales reflejadas en los divergentes criterios sostenidos por los distintos Órganos Judiciales incluso entre secciones de esta misma Audiencia Provincial. No se trata, pues, de una aplicación retroactiva de una norma sino de un nuevo examen por esta Sala en revisión de su anterior criterio en una cuestión muy discutida en base a también nuevos elementos o criterios interpretativos derivados precisamente de la manifestación clara de la voluntad legislativa que ha venido a apoyar uno de los criterios enfrentados, cual es que lo esencial en estos supuestos de ejercicio de la acción derivada del artº. 1597 C.c. a los efectos determinantes de la competencia no lo es el requerimiento extrajudicial sino la interposición de la demanda de manera que si es posterior a la declaración de concurso no se admitirá a trámite y si ya se encontraba en tramitación cuando esa declaración se produce, se suspenderá tal trámite con lo que se da prevalencia absoluta al proceso concursal entendiendo que el crédito que el subcontratista tenga contra el contratista habrá de integrarse en el concurso de éste de la misma forma que en él ha de computarse como activo la deuda que el dueño de la obra tuviera con el contratista aunque lo fuera por materiales o mano de obra puestos en ella por el subcontratista sin que a tales efectos ninguna trascendencia se otorgue a ese requerimiento previo, ni al hecho de que la demanda no se dirija contra la concursada.
En su consecuencia, procede la desestimación del recurso formulado, confirmándose el auto recurrido, sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada dadas las evidentes dudas de derecho que la cuestión ha planteado y plantea.": AAP Madrid (Sección 18) 07.12.2012 (Auto 283/2012; Rollo 810/2012)

1.2 ¿Aplicabilidad a demandas posteriores a 01.01.2012 habiéndose declarado el concurso con anterioridad?

1.2.1 No procede

Tribunal Supremo

"3.-Tampoco la declaración de concurso de la contratista con posterioridad al ejercicio de la acción directa por parte de la subcontratista supone obstáculo alguno al éxito de la acción, aunque el litigio no hubiera finalizado antes de dicha declaración de concurso.
El nuevo art. 51.bis de la Ley Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, con posterioridad a la declaración del concurso de DLT, conforme al cual «declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil », no es aplicable porque la disposición

transitoria novena de la referida Ley 38/2011, no incluye dicho precepto entre aquellos que son aplicables a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de esta ley.
Sentado lo anterior, al declararse el concurso de DLT, la obligación jurídica de pago que incumbía a la comitente principal, MANTEROLA, ya no era la que le ligaba con la contratista principal, DLT, sino con la subcontratista que ejerció la acción del art. 1597 del Código Civil, LUJANO. El crédito seguía operando contra el patrimonio de la comitente principal, pero se había desplazado en beneficio de la subcontratista antes de que el concurso fuera declarado, de forma que cuando se declara el concurso la comitente principal está obligada con la subcontratista demandante, no con la contratista, por lo que tal crédito no debe constar en el inventario de la masa activa del concurso de la contratista, DLT. ": STS 16.04.2014 (Recurso 2340/2011)

1.2.2 Sí procede

AP Valladolid (Sección 3)

"TERCERO.-Determinada la competencia de la Jurisdicción Ordinaria para el conocimiento del presente procedimiento, entraremos en el ejercicio de la acción directa.
El primer problema que nos planteamos es el de la procedencia o no del ejercicio de la acción directa del art. 1597 contra el dueño de la obra en supuestos como el de autos en que la contratista o constructora principal está declarada en estado de concurso, declaración que en este caso ha sido posterior al ejercicio extrajudicial de la acción directa, aunque anterior a la presentación de la demanda rectora de este procedimiento.
Sobre tal cuestión, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, era criterio judicial absolutamente mayoritario, el que estimaba que la operatividad del derecho preferente y directo de cobro que la acción directa del art. 1597 del CCivil supone no se veía afectado por la declaración concursal de la contratista o deudora principal con la que había contratado la subcontratista que la ejercitaba.
Esta Sala ya tuvo ocasión de señalar esa plena operatividad del derecho preferente y posibilidad de ejercicio de la acción directa pese a la situación concursal de la constructora o contratista principal, incluso en procedimientos en los que también era el contratista principal BEGAR en base a la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencia del TS de 9 de mayo de 1989 y la mas reciente de 27 de julio de 2000, según la cual la situación concursal en que pueda encontrarse el contratista principal carece de toda incidencia en el ejercicio de esta acción desde el momento en que una vez ejercitada la misma contra el dueño de la obra, éste a quien debe abonar su importe es al reclamante que intervino en el proceso constructivo y no la contratista principal declarada en situación concursal.
Es tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, cuando ha vuelto a plantearse la polémica tanto doctrinal como judicial sobre si ese criterio, de admitir la exclusión de la vis atractiva concursal y el ejercicio separado de la misma de la acción directa, podía mantenerse con la regulación que de esas situaciones de concurso efectúa la misma. Ello no obstante el criterio mayoritario en la practica generalidad de las Audiencias que se han pronunciado sobre esta materia, es el que distingue a este respecto según que la acción directa se hubiera ejercitado antes o después del concurso, estimando que la acción directa sigue siendo eficaz, pese a la situación concursal en que pueda encontrarse la contratista principal, siempre que la misma se hubiera ejercitado antes de la declaración del concurso, circunstancia que aquí ha de estimarse concurre, pues la fecha a la que ha de estarse no es la del ejercicio judicial de la misma, como se pretende en el recurso, sino al extrajudicial que en este caso no se discute ha sido previo a tal declaración.
Sin embargo, a pesar de que como hemos indicado anteriormente en otros supuestos hemos estimado las demandas basadas en la acción directa, entendemos que ahora después de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2013, nuestro criterio debe cambiar al mismo tiempo que lo ha hecho nuestro más Alto Tribunal en esa resolución ratificada por otra del 11 de diciembre de 2013.
Haremos un estudio de la primera de las sentencias aplicada al caso presente. El propio TS dice que ha cambiado de criterio: " *Sin embargo, pese al privilegio del contratista que puede accionar contra quien no contrató con él -el dueño de la obra, en la que puso trabajo y materiales- y que la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, lo que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención por el destinatario, como se ha señalado en el apartado 7º anterior, el requerimiento no supone el ejercicio de la acción directa delart. 1597 el Cc (SSTS de 300/2008 de 8 de mayo y 657/1997 de 17 de julio). Y si bien es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003, que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenian "incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción delartículo 1957 CC" (por todas, STS 27 de julio de 2000), hoy ya no se puede mantener, bajo la acutal Ley Concursal, la subsistencia de tal privilegio. Lo que era una preferencia más, que convivía con otras muchas, en una situación caótica, hoy ha dejado de tener justificación bajo la regulación concursal actual que ha puesto orden al régimen de prelación de créditos. Por ello, aun concurriendo todos y cada uno de los requisitos de la acción ejercitada por la recurrente en casación, sin embargo, no podemos aceptar que la vigente Ley Concursal impida confirmar, con sus propios argumentos, la Sentencia de la Audiencia* Provincial *recurrida, como seguidamente se razonará".*
Del párrafo anterior vamos a detenernos en la reclamación extrajudicial. La reclamación extrajudicial llevada a cabo por Decoastur fue realizada el 3/06/09 (f-56) y el Auto de declaración de concurso de Begar es de 25/06/09. Pero ese requerimiento no puede ser tenido como tal pues fue una manifestación de la hoy actora dirigida a la JCYL comunicándole que Begar adeudaba a Decoastur 33.375,52 euros y que la JCYL debería proceder a su pago a la reclamante.
Tal comunicación no puede ser tenida como reclamación extrajudicial, en el sentir de la sentencia citada del TS, expresando que "la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, lo que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención por el destinatario, como se ha señalado en el apartado 7º anterior",

pero "el requerimiento no supone el ejercicio de la acción directa del art. 1597 del Código Civil (SSTS de 300/2008 de 8 de mayo y 657/1997 de 17 de julio)."

La AP de Madrid, Sección 12, en su sentencia de 19 marzo de 2014 determina: "Como expusimos en la Sentencia de esta misma Sección de la Audiencia de 21 de febrero de 2.013, "la acción directa se puede ejercitar por reclamación extrajudicial, pero se requiere para ello que haya una efectiva reclamación de un crédito derivado de una obra o trabajo efectivamente realizado, y, por ello, vencido y exigible, o al menos, para cuando el vencimiento y exigibilidad se produzca, pero no basta con una simple orden de abstención de pagar dirigida al dueño de la obra, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008, "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil " cuando "sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario".

En nuestra sentencia de 28 de junio de 2012 y en un asunto en el que también se ejercitaba la acción directa por un subcontratista de Begar dejamos claro a propósito del requerimiento que "No es menos cierto que la reclamación que se hace al dueño de la obra no es un verdadero requerimiento, porque se le hace una reclamación de una cantidad sin apoyo alguno. No se acompañan contratos, negativa de Begar en el cumplimiento de la obligación, no hay factura alguna. En definitiva es una mera comunicación pensada más en cumplir el requisito legal que ahora se invoca y con objeto de adelantarse a la declaración del concurso que a una reclamación propiamente dicha. En los términos que se realiza la reclamación del 29 de junio nadie paga al carecer de todo tipo de pruebas. Por sí solo sería ello motivo de desestimación de la demanda"

Y eso mismo ocurre en el caso que analizamos. El requerimiento no va acompañado absolutamente de ninguna factura, negativa de Begar al pago ni absolutamente nada, por lo que no puede ser estimada como reclamación extrajudicial.

CUARTO.-**El Auto declarando el Concurso de Begar es de 25/6/09. La presentación de la demanda por DECOASTUR tuvo lugar el 25 de junio de 2012.**

Llegados a éste punto procede traer nuevamente a colación la doctrina del TS reflejada en la sentencia de 13 de mayo de 2013, que hacemos nuestra: " *Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC* y el de universalidad del *artículo 76 LC)*, tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del *art. 1597 Cc)*, quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L.

Por el primero -art. 49 LC -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC). Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es solidaria, dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación.

Pero pronto habrá que, por el principio de universalidad de la masa activa que consagra el art. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.

1 *Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, "ex lege", a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley".* Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el *artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "... que no esté reconocido en esta Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda num. 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101- 15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal. Dicho precepto supone una cláusula de cierre del sistema de preferencias y privilegios, que están sujetos al principio de tipicidad. Sólo ella, la Ley Concursal, sanciona enérgicamente, con carácter de numerus clausus, los privilegios y preferencias, como excepciones a la igualdad de acreedores sometidos a la ley del dividendo.*

2 *Así debe entenderse la reciente incorporación delart. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en elartículo 1597 del Código Civil EDL1889/1".*

Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.

Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (*artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.*

Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares

determinados acreedores (*artículos 55 y 90 y siguientes de la LC) son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la vis atractiva del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal ".*
Por último queremos añadir que las razones por las que desestimamos la demanda no han sido aducidas por la parte demandada, JCYL, que esgrime otras conducentes a la desestimación de la demanda, que no entramos a examinar porque la desestimación de la demanda nos releva de estudios posteriores.
A pesar de la falta de invocación de los razonamientos expuestos entendemos que procede su aplicación en base al art. 50 LC.:
1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
2. Los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior.
3. Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo.
Por tanto el Juez de Instancia nunca debió admitir la presente demanda. Razones de Orden Público hacen que ahora desestimemos la demanda de oficio.": SAP Valladolid (Sección 3) 10.06.2014 (Sentencia 120/2014; Rollo 73/2014)

4. Los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase.

Inicial apartado 50.2, renumerado a 50.4 tras la introducción de nuevos apartadosa 2 y 3 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Artículo 51. Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes.

Art. 51.1 – Redacción inicial

1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

Redacción hasta Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 51.1 - Redacción a partir de Ley 38/2011

1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.
Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.
Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia.

Nueva redacción del art. 51.1 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)

En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

"PRIMERO No concurre causa que permita pronunciarse afirmativamente sobre la pretendida nulidad de actuaciones, pareciendo confundir la apelante entre las materias que, en función de lo que dispone elArt 51 de la Ley Concursal, son competencia del Juez del Concurso, entre ellas, evidentemente, las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (como es el caso), si bien esa competencia viene dada en función de la distinción que hace elArt 51entre la continuación y la acumulación de los juicios declarativos pendientes. Procediendo el primer caso los en que, siendo parte el deudor, se encuentren en tramitación en el momento de la declaración de concurso, como es el caso, los que continuaran tramitándose hasta la firmeza de la sentencia que se dicte. Por el contrario, serán de la competencia del Juez del concurso aquellos que siendo de la competencia del mismo conforme alArt 8 (entre ellos las acciones civiles de trascendencia patrimonial), se estén tramitando y respecto de los que el Juez del concurso considere que su resolución tiene transcendencia para la formación del inventario o de la lista de acreedores, en cuyo caso la acumulación se podrá interesar por la Administración Concursal o por cualquier parte personada, acumulación no interesada y que, en su caso, pudo aquel promoverla.": SAP Granada (sección 3) 19.12.2008 (JUR 2009\200694)

00. Inaplicabilidad del precepto, no siendo parte el concursado

**** Tribunal Supremo ****

"PRIMERO.-El presente conflicto se plantea entre el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Benavente y el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lugo. El primer juzgado acordó la acumulación del juicio ordinario nº 49/2012 al concurso nº 298/2013, seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lugo, que rechazó la acumulación.
En el juicio ordinario, la parte actora, D. Eleuterio, ejercita, en virtud de demanda de 30 de enero de 2012, acción de reclamación de cantidad frente a D. Hermenegildo, con ocasión del impago de una serie de reses suministradas a la mercantil "Matadero Frigorífico Lemos S.L.". En la demanda se declara que con fecha 6 de septiembre de 2010, D. Hermenegildo emite un reconocimiento de deuda, en virtud del cual responde directamente del impago por parte de "Matadero Frigorífico Lemos S.L.". Esta mercantil fue declarada en concurso por auto de 4 julio de 2011 que concluyó por sentencia de 19 de julio de 2012, que aprobó el convenio propuesto por aquella.
Para justificar la razón de la acumulación, en el auto de inhibición dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Benavente se razona lo siguiente : " *Sin embargo y teniendo en cuenta la documentación presentada por la parte demandada junto al escrito de contestación a la demanda, la mercantil MATADERO FRIGORIFICO LEMOS S.L., fue declarada en concurso de acreedores por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lugo y en el que ya ha recaído sentencia por la que se aprueba judicialmente el convenio propuesto por la concursada, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 98 de la LEC, procede la acumulación del presente procedimiento, el procedimiento concursal nº 783/2011, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil de Lugo, por estar en éste, sujeto el caudal contra el que se ha formulado la pretensión".*
El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lugo rechaza la inhibición ordenada por vía de acumulación en base a las siguientes razones:
-No es factible la acumulación de un procedimiento ordinario a un procedimiento concursal, puesto que el artículo 77 LEC determina que solo procede la acumulación de procesos declarativos que se sustancien por los mismos trámites o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales.
-No cabe la acumulación a un procedimiento que concluyó por sentencia firme, como es el caso.
-El proceso concursal 738/2011, es un concurso voluntario en el que el deudor es "Matadero Frigorífico de Lemos S.L." que no es parte en el proceso 49/2012, cuya acumulación se pretende.
-No es aplicable el artículo 51 LC. En el proceso que se pretende acumular no es parte el deudor concursado y tampoco concurren los requisitos para la excepción que permite la acumulación.
SEGUNDO. -Tal como se recoge en el informe del Ministerio Fiscal, procede rechazar la acumulación solicitada, debiendo el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Benavente continuar con la tramitación del juicio ordinario nº 49/2012.
Del contenido de la demanda que ha dado lugar al juicio ordinario cuya acumulación se pretende y en atención a la constitución de la relación jurídica procesal, es claro que en dicho procedimiento no es parte la mercantil concursada y que la deuda que se reclama se imputa a D. Hermenegildo en virtud de un documento de reconocimiento de deuda por el que se hace directamente responsable del impago de "Matadero Frigorífico Lemos S.L.". En consecuencia, se trata de dos deudores distintos y el hecho de que la mercantil concursada no haya sido demandada en el juicio ordinario, impide la aplicación de los artículos 50 y siguientes de la Ley Concursal, a los que, en sede de acumulación de procesos, se remite el artículo 98 LEC.": ATS 24.06.2015 (Recurso 74/2013)

0. Fechas a tomar como referencia

0.1 En cuanto a la demanda singular

0.1.1 La fecha de interposición

**** Tribunal Supremo ****

“I. ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.- En fecha 27 de noviembre de 2008 se interpuso ante el Juzgado Decano de Valdepeñas por la representación procesal de D. Adolfo, D. Anibal, D. Benigno y D. Celso, demanda de juicio cambiario en reclamación de la suma de 15.050,79 euros, contra "ALUMINIOS CASTELLANOS MANCHEGO, S.L.", designándose como domicilio social de éste la Carretera Nacional IV, Kilómetro 2000, de Valdepeñas.
SEGUNDO.- El asunto se turnó al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valdepeñas, que lo registró con el nº 624/2008, y declarada por Auto de fecha 6 de febrero de 2009 su competencia territorial en atención al domicilio del deudor indicado en la demanda, mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2009, la parte demandada, "ALUMINIOS CASTELLANOS MANCHEGO, S.L.", planteó declinatoria por falta de competencia objetiva, al seguirse procedimiento de concurso voluntario de la mentada entidad en el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Ciudad Real, posteriormente acumulado a otro procedimiento concursal del que conoce el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid. (...)
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO UNICO.- El presente conflicto de competencia objetiva debe resolverse, de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, declarando competente al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valdepeñas, tal y como ya se ha declarado por esta Sala en Auto de fecha 12 de febrero de 2009 (conflicto nº 212/2008), al ser de aplicación preferente el art. 51 de la Ley Concursal que dispone que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, continuarán hasta la firmeza de la sentencia. Dado que el juicio cambiario iniciado en los Juzgados de Valdepeñas es de fecha 27 de noviembre de 2008 y la declaración de concurso tuvo lugar el 3 de marzo de 2009, corresponde la competencia al primeramente citado. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 51.1 párrafo primero in fine de la Ley Concursal, en relación con el párrafo segundo del mismo, sobre posible acumulación.”: ATS 22.11.1011 (Recurso 196/2011)

AP Alicante (Sección 5)

“PRIMERO.-En el procedimiento de juicio ordinario seguido ante el Juzgado dos sociedades mercantiles reclamaban de una tercera la cantidad principal de 60.610,58 euros derivada de un contrato de ejecución de obra. La demandada contestó a la demanda formulando en primer término cuestión previa sobre archivo del procedimiento por hallarse en situación de concurso voluntario; en segundo lugar se opuso a la reclamación actora y, por último, articuló reconvención por defecto de obras y daños y perjuicios en cantidad ascendente a 19.836,00 euros.
Rechazada por el Juzgado la aludida cuestión previa por resolución de 7 de abril de 2009, siguió el juicio por sus trámites y después de celebrada la preceptiva audiencia previa y el acto del juicio se dictó auto declarando la nulidad de actuaciones y acordando el archivo del procedimiento por entender que debía resolverlo el Juzgado Mercantil que había admitido la situación concursal de la demandada, decisión que ahora es objeto de la presente apelación formulada por las demandantes.
SEGUNDO.-Los hechos que se deben tener en cuenta son: 1) La demanda rectora del procedimiento fue presentada con fecha 25 de noviembre de 2008, aunque el auto de admisión no se dictó hasta el 30 de diciembre siguiente; 2) El auto de declaración de concurso es de fecha 1 de diciembre de 2008; y 3) El procedimiento ante el Juzgado civil, como ya se ha visto, se desarrolló normalmente hasta el acto del juicio y con anterioridad a su celebración ya se había rechazado la cuestión de competencia que subyace en la decisión que ahora es objeto de la presente apelación.
Los preceptos aplicables para resolver el presente recurso de apelación son: a) el art. 51 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuyo apartado 1 dispone que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo Tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia; y b) el art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida.
La conclusión que se deduce de lo anterior no puede ser otra que la de declarar la improcedencia de la decisión judicial habida cuenta de que la demanda del juicio ordinario, con su efecto de "perpetuatio iurisdictionis", se presentó antes de la declaración de concurso de la demandada, ya que fue definitivamente admitida aunque la resolución que lo acordó fuera posterior a dicha declaración, sin que pueda imputarse a la parte actora tal retraso. Por tanto, el juicio debe continuar sustanciándose, hasta la firmeza de la sentencia que se dicte, ante el mismo Juzgado que está conociendo de él.”: AAP Alicante (Sección 5) 10.05.2012 (Auto 57/2012; Rollo 151/2012)

AP Almería (Sección 2)

“SEGUNDO.-Para la correcta resolución del supuesto y atendiendo a tales antecedentes, debe señalarse que es criterio aceptado doctrina reiterada, recogida por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 11.12.2009 al señalar que "...Como ya se ha puesto de relieve en ocasiones precedentes por este tribunal la cuestión planteada se limita a decidir si resulta de aplicación al supuesto de autos el artículo 50 ó el 51 de la Ley Concursal, según se entienda que al declararse el concurso estaba o no en tramitación el proceso ante el Juzgado de Primera Instancia. En primer término conviene indicar que no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal)..."; añadiendo el Auto de igual Audiencia y Sección en Auto de 14.5.2010 que "... las fechas relevantes para decidir si el proceso se encontraba en trámite son, por un lado, la de interposición de la demanda (que determina,

desde entonces, todos sus efectos procesales, en concreto el de litispendencia, si es admitida - artículo 410 de la LEC) y, por otro, la de declaración -que no de la mera solicitud-del concurso (a la que se vinculan todos los efectos propios de éste - artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal...".
El artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial relaciona un catálogo de materias cuyo conocimiento atribuye a los Juzgado de lo Mercantil, de manera que éste, como órgano especializado, carece de competencia objetiva para enjuiciar lo que no le viene expresamente atribuido, por razón de la materia, en dicho precepto legal. El resto de las materias civiles no comprendidas en ese ámbito competencial incumben al Juez de Primera Instancia (art. 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Como ha declarado la sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de marzo de 1993, en relación a los órganos especializados, éstos no pueden conocer de otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia.
Por tanto y en aplicación de tal criterio, seguido por este Tribunal, resulta que la demandas de proceso cambiario presentada por la mercantil demandante en el juicio cambiario ante el Juzgado Decano de Almería es anterior a la declaración concursal, de tal modo que los efectos del concurso respecto a aquellos procesos debe determinarse por el cauce del art. 51 L.Co., por lo que iniciada antes de dicha declaración concursal debe continuar hasta que recaiga en la misma resolución definitiva. ":SAP Almería (Sección 2) 17.10.2013 (Sentencia 211/2013; Rollo 242/2012)

AP Baleares (Sección 4)

"PRIMERO.-En la demanda instauradora del presente litigio se ejercitaba acción de reclamación de cantidad en juicio ordinario por la entidad "Recreativos Mitjorn, S.L.U." contra D. Serafin, alegándose por éste último la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia por entender competente el Juzgado de lo Mercantil de Palma, al haber sido declarado el demandado en concurso voluntario de acreedores. Mediante providencia se acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 48.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dar traslado a la parte demandante y al Misterio Fiscal; mostrando la parte demandante oposición a la estimación de la cuestión planteada, y habiendo emitido dictamen favorable a la misma el Ministerio Fiscal.
El auto dictado en primera instancia, objeto del presente recurso, refirió en su Fundamento de derecho primero lo siguiente: " A tenor de lo dispuesto en los arts. 86 ter.1. de la L.O.P.J. y 51.1 de la Ley Concursal, que establecen la competencia exclusiva del juzgado mercantil para el conocimiento de las reclamaciones con trascendencia patrimonial para el concursado que, estando en trámite procedimiento declarativo en su contra cuando se haya declarado el concurso, tengan trascendencia patrimonial respecto del mismo, cual acontece en el presente caso en el que la reclamación tiene su origen en las relaciones comerciales entre las partes y, caso de ser condenado el demandado al pago de la deuda de 18.000 euros que le reclama la parte demandante y efectivamente pagarse de forma voluntaria, podría verse alterada la situación de los demás acreedores, es lo procedente decretar el archivo del presente procedimiento haciendo saber a la parte demandante que puede usar de su derecho ante el juzgado de lo mercantil n° 2 de Palma de Mallorca que sigue el procedimiento concursal nº 83/11. ".
En atención a todo lo cual, el citado auto acordó el archivo del procedimiento, haciendo saber a la parte demandante que puede usar de su derecho ante el Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Palma de Mallorca, que sigue el procedimiento concursal n° 83/11 sobre el patrimonio del demandado.
Frente a dicha resolución fue interpuesto recurso de apelación en los términos concretados en el Antecedente de Hecho Segundo de la presente resolución, oponiéndose la apelada en base a las alegaciones reflejadas en el Antecedente de Hecho Tercero.
SEGUNDO.-Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, cuyo eje es el relativo a decidir qué hacer con un juicio declarativo, en este caso un procedimiento ordinario, que se encuentre en tramitación al tiempo de la declaración de concurso (la fecha de registro de entrada de la demanda de autos fue 11.2.11, siendo admitida a trámite por decreto de fecha 4.3.11; mientras que la declaración del concurso viene dada posteriormente, en concreto por el Auto de 5.4.11), el art. 50 de la Ley Concursal (LC) 22/2003, se ocupa de los efectos de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos que se inicien con posterioridad a dicha declaración, mientras que el art. 51 se refiere a los efectos de ésta sobre los juicios declarativos pendientes. Debiéndose entender por estos aquellos en que la presentación de la demanda haya tenido lugar con anterioridad a la declaración de concurso, siempre que haya sido admitida, siendo en tal caso sus efectos distintos a los del art. 50; conclusión que no es sino corolario de lo previsto en el art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que "la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida ". Disponiendo dicho precepto, artículo 51, en su número 1, párrafo 1º, la norma general merced a la cual los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, "...continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia"; y, si bien, como excepción a la norma general, se disponen en el párrafo 2º unos supuestos de acumulación de oficio al concurso, no se ha pretendido por la parte demandada-apelada ni en el Auto objeto de recurso que nos hallemos ante tales supuestos, ni tampoco estamos hablando de una resolución de instancia en tal sentido, pues se acordó el archivo del procedimiento.
Así las cosas, la Sala considera que, como quiera que los efectos del concurso se vinculan a la declaración judicial de éste, y la situación de litispendencia se produce desde la interposición de la demanda admitida a trámite, la posterior declaración del concurso por el Juzgado de lo Mercantil no supone que el Juzgado de Primera Instancia haya de dejar de tramitar la demanda ante él presentada. En dicho sentido, la Sala comparte el criterio contenido en los autos citados en el recurso y correspondientes a la Audiencia Provincial de Madrid, que considera, en concreto en el auto de la Sección 28, de fecha 22.11.07, en su Fundamento Jurídico Tercero, que: "...no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso

pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal). Por el contrario, el artículo 410 de la LEC establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. En el supuesto enjuiciado, al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n° 15 de Madrid, no se había declarado el concurso por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no impedía que el Juzgado de Primera Instancia admitiera la demanda ante él presentada, como de hecho así lo hizo, con lo que los efectos de la litispendencia se entienden producidos desde la interposición de la demanda, en este caso desde el día 29 de junio de 2006. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que al tiempo de presentarse la demanda solo podía serlo ante los Juzgados de Primera Instancia y nunca ante el Juzgado de lo Mercantil que aún no había declarado el concurso. En consecuencia, no resulta de aplicación el artículo 50 y si el 51.1 de la Ley Concursal, de modo que la competencia para conocer de la demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia que debe tramitarlo hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto.". ": AAP Baleares (Sección 4) 30.03.2012 (Auto 44/2012; Rollo 46/2012)

"SEGUNDO.-Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, cuyo eje es el relativo a decidir qué hacer con un juicio declarativo, en este caso un procedimiento ordinario, que se encuentre en tramitación al tiempo de la declaración de concurso (la fecha de registro de entrada de la demanda de autos fue 11.2.11, siendo admitida a trámite por decreto de fecha 4.3.11; mientras que la declaración del concurso viene dada posteriormente, en concreto por el Auto de 5.4.11), el art. 50 de la Ley Concursal (LC) 22/2003, se ocupa de los efectos de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos que se inicien con posterioridad a dicha declaración, mientras que el art. 51 se refiere a los efectos de ésta sobre los juicios declarativos pendientes. Debiéndose entender por estos aquellos en que la presentación de la demanda haya tenido lugar con anterioridad a la declaración de concurso, siempre que haya sido admitida, siendo en tal caso sus efectos distintos a los del art. 50; conclusión que no es sino corolario de lo previsto en el art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que *"la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida* ". Disponiendo dicho precepto, artículo 51, en su número 1, párrafo 1º, la norma general merced a la cual los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, *"...continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia";* y, si bien, como excepción a la norma general, se disponen en el párrafo 2º unos supuestos de acumulación de oficio al concurso, no se ha pretendido por la parte demandada-apelada ni en el Auto objeto de recurso que nos hallemos ante tales supuestos, ni tampoco estamos hablando de una resolución de instancia en tal sentido, pues se acordó el archivo del procedimiento.
Así las cosas, la Sala considera que, como quiera que los efectos del concurso se vinculan a la declaración judicial de éste, y la situación de litispendencia se produce desde la interposición de la demanda admitida a trámite, la posterior declaración del concurso por el Juzgado de lo Mercantil no supone que el Juzgado de Primera Instancia haya de dejar de tramitar la demanda ante él presentada. En dicho sentido, la Sala comparte el criterio contenido en los autos citados en el recurso y correspondientes a la Audiencia Provincial de Madrid, que considera, en concreto en el auto de la Sección 28, de fecha 22.11.07, en su Fundamento Jurídico Tercero, que: "*...no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal). Por el contrario, el artículo 410 de la LEC establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. En el supuesto enjuiciado, al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n° 15 de Madrid, no se había declarado el concurso por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no impedía que el Juzgado de Primera Instancia admitiera la demanda ante él presentada, como de hecho así lo hizo, con lo que los efectos de la litispendencia se entienden producidos desde la interposición de la demanda, en este caso desde el día 29 de junio de 2006. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que al tiempo de presentarse la demanda solo podía serlo ante los Juzgados de Primera Instancia y nunca ante el Juzgado de lo Mercantil que aún no había declarado el concurso. En consecuencia, no resulta de aplicación el artículo 50 y si el 51.1 de la Ley Concursal, de modo que la competencia para conocer de la demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia que debe tramitarlo hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto.".* ":AAP Baleares (Sección 4) 30.03.2012 (Auto 46/2012; Rollo 643/2011)

AP Baleares (Sección 5)

"PRIMERO Para la adecuada resolución de la cuestión a que se contrae la presente alzada, se estima necesario hacer una breve referencia al iter procesal de los autos seguido en la instancia; en tal sentido consta que con fecha 13 de marzo de 2008, tuvo entrada en la Oficina de Registro y Reparto Civil del Decanato de los Juzgados de Palma, la demanda formulada por DONJesúscontra EXPOFINQUES S.L., en reclamación de la cantidad de 1.740,- euros de principal, mas intereses y costas. Dicha demanda correspondió por turno al Juzgado de Primera Instancia número 18 de Palma, quien tras requerir al actor para que compareciera a efectos de la designación apud acta ofrecida (Diligencia de Ordenación 10-04-08), con fecha 25 de abril de 2008 dictó Auto de admisión, citando a las partes para la celebración de la vista oral. Con anterioridad a la celebración de dicha vista compareció la demandada a fin de informar al juzgado de una posible falta de competencia, al amparo de lo dispuesto en elartículo 8.1 de la Ley concursal y con fundamento a que con

fecha 21 de abril de 2008el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona había declarado mediante Auto el concurso de la mercantil EXPOFINQUES S.L. e interesando al propio tiempo el archivo de las actuaciones; petición que, asimismo, y según se desprende delAuto de fecha 26 de junio de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, debió efectuar ante el Juez del concurso, quien mediante exhorto requirió al órgano de instancia, al objeto de que se abstenga de conocer de los autos 261/2008, seguidos a instancia de donJesús, en reclamación de cantidad de la concursada. Finalmente porAuto de fecha 18 de julio de 2007, y al amparo de lo establecido en elartículo 50.1 de la Ley Concursalla juzgadora de instancia acuerda dar por terminado el proceso y la nulidad de todas las actuaciones practicadas, resolución que es impugnada por la parte demandante al entender que no resulta de aplicación el mencionado precepto, dado que el proceso quedó iniciado desde el mismo momento de presentación de la demanda.
SEGUNDO La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada la por la Ley Orgánica para la reforma concursal, atribuye al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor concursado, aunque sean de naturaleza social, así como las medidas cautelares y de ejecución, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado, ya que tal y como se recoge en la exposición de motivos, el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.
Por ello elartículo 50 de la Ley Concursal, en su apartado 1, establece "los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado". Estableciendo, asimismo, elartículo 8.1de dicho texto legal que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, salvo las excepciones que el mismo precepto contempla.
Ahora bien, sucede que el propio legislador también se ha encargado de precisar que ocurre con aquellos procesos con trascendencia patrimonial que se hallaren en curso al momento de la declaración del concurso, estableciendo expresamente en elartículo 51.1que continuaran su tramitación hasta la firmeza de la sentencia, salvo que expresamente el Juez del concurso, y de encontrarse en trámite en la instancia "estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores" en cuyo caso podrá interesarse y acordarse su acumulación al proceso concursal.
TERCERO Conforme a lo expuesto y debiendo entenderse que el dies a quo que debe servir como base para determinar la competencia para conocer de la acción ejercitada, debe ser la fecha de presentación de la demanda, conforme criterio mantenido tanto por elTribunal Supremo (SSTS 25-02-1983 (RJ 1983, 1072), 18-03-1989 (RJ 1989, 2162), 3-02-1990 (RJ 1990, 656), 26-01-1998, 23-12-02 (RJ 2003, 125), 03-07-07 (RJ 2007, 4676), entre otras muchas) como por la doctrina procesalista y que sostienen que la litispendencia comienza con la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, rechazando anteriores opiniones que ponían tal inicio en la citación, emplazamiento o contestación a la demanda, y siendo además la tesis que ha tenido acogida en la actualLey de Enjuiciamiento Civil al señalar en su artículo 410que "la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida"; debe convenirse con el recurrente, que como al momento de presentación de la demanda ((13-03-2008) que dio origen a las presentes actuaciones y que fue admitida por el órgano de instancia, aún no se había declarado en concurso a la entidad demandada (21-04-2008), resulta de plena aplicación elartículo 51.1 de la Ley Concursal, y en consecuencia, la procedencia de la continuación de la tramitación del proceso instado hasta la firmeza de la sentencia, a salvo la acumulación de autos que pudiera decretarse por el juez del concurso.”: AAP Baleares (Sección 5) 26.03.2009 (AC 2009/1390; Auto 66/2009; Rollo 65/2009)

AP Barcelona (Sección 4)

“PRIMERO Con fecha 20 de octubre de 2008, la empresa actora presentó ante el Decanato de los Juzgados de Igualada demanda de juicio cambiario basada en la falta de pago de los pagarés que acompaña, entregados por la empresa demandada a fin de abonar las facturas expedidas por la actora por el importe correspondiente a la fabricación de diferentes piezas mecanizadas, según encargo recibido, siendo repartida alJuzgado nº 1 el siguiente día 21 de octubre.
MedianteAuto de 23 de octubre de 2008, el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona, declaró el concurso voluntario de la empresa "Solincer Internacional, S.L.".
La Juzgadora de instancia resuelve abstenerse de conocer de la demanda origen de las actuaciones, dirigiendo a la actora al Juzgado Mercantil que conoce del concurso, para que pueda hacer uso de su derecho.
SEGUNDO En este supuesto la tesis de la parte apelante debe prosperar. En efecto, cuando se presentó la demanda origen de estas actuaciones, momento que crea litispendencia, no se había aún declarado el concurso de la empresa demandada. Por tanto, conforme a lo prevenido por losartículos 8, 50 y 51 de la Ley Concursal, el Juzgado de 1ª instancia tramitará el proceso hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de que pueda acordarse su acumulación si el Juez del concurso estimare que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
Consecuencia de lo expuesto es que el recurso debe prosperar, y procede dejar sin efecto la abstención de conocer acordada por la Juzgadora de instancia, debiendo continuar el trámite correspondiente, sin efectuar especial imposición de costas.”: AAP Barcelona (Sección 4) 25.06.2009 (RJ 2009/493508; Auto 180/2009; Rollo 16/2009)

AP Barcelona (Sección 11)

“Primero.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR SAMAGAS S.A.
I.- Antecedentes fácticos y procesales.
1.- El día 7 de mayo de 2.010 FERROLI ESPAÑA S.L. presentó demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad contra SAMAGAS S.A. ante el Decano de los Juzgados de Rubí y que fue turnada al Juzgado nº 2 de dicho partido.
2.- El día 10 de mayo de 2.010 el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona declaró en situación de concurso voluntario a SAMAGAS, S.A. sin que conste ordenara la acumulación del anterior proceso.
3.- El día 26 de octubre de 2.010 se declara en situación procesal de rebeldía a SAMAGAS, S.A. y se convoca audiencia previa al juicio.
4.- El día 16 de noviembre de 2.010 SAMAGAS, S.A. comparece en autos y formula una doble petición, principal -carencia sobrevenida de objeto tras haber sido reconocido el crédito de la actora en el concurso- y subsidiaria -allanamiento sin imposición de costas-.
5.- Ese mismo día el Juzgado dicta Sentencia conforme al art. 21.1 LECivil con imposición de costas a la interpelada.
II.- Resolución del recurso.
Frente a esta resolución se alza SAMAGAS, S.A. por medio del recurso que formaliza a los folios 142 a 146 en base a tres motivos:
1º Infracción del art. 51.1 de la Ley 22/03, de 9 de julio, concursal por no haber ordenado la acumulación del presente juicio ordinario al procedimiento concursal.
El motivo se desestima.
A diferencia de lo que sucede con los procesos que se interponen contra el deudor tras su declaración de concurso -en los que la vis atractiva del juez del concurso resulta imperativa (art. 50 LC)-, en el presente la demanda rectora del proceso se interpuso antes de que SAMAGAS, S.A. fuera declarada en concurso: el 7/5/10 se inician los efectos de la litispendencia (art. 410 LECivil) y el 10/5/10 se declara en concurso a la interpelada. En estos supuestos la regla general es la contenida en el art. 51.1 párrafo 1º LC según el cual los juicios declarativos que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso "se continuarán hasta la firmeza de la sentencia". “: SAP Barcelona (Sección 11) 24.05.2012 (Sentencia 255/2012; Rollo 381/2011)

AP Barcelona (Sección 13)

“1º - El presente recurso se sustancia contra el auto que, una vez admitida la demanda de desahucio por falta de pago de la renta, declara la falta de competencia objetiva del Juzgado para conocer del asunto, señalando como competentes los Juzgados de lo Mercantil, al haber sido declarada la demandada en concurso de acreedores.
Para la resolución del presente recurso es preciso partir de los siguientes datos:
-La demandada de desahucio por falta de pago de la renta y reclamación de rentas fue presentada ante el Decanato el día 29 de Octubre de 2008, siendo admitida la demanda porauto de fecha 9 de diciembre de 2008.
-Medianteauto de fecha 7 de noviembre de 2008 la mercantil arrendataria fue declarada en estado de concurso, publicándose edicto en el BOE de 10 de diciembre de 2008.
El primero de los motivos de impugnación aducidos por la recurrente no puede ser acogido. Efectivamente, elartículo 48.1 LEC dispone que "la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta por el tribunal que esté conociendo del asunto; por lo que, advertido el tribunal por el escrito de la propia parte actora de fecha 27.1.2009 de la declaración en estado de concurso del arrendatario demandado, su actuación, ante una eventual falta de competencia objetiva resulta procesalmente correcta. Es más, ratificando esta norma general, elartículo 50.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece que "1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
En cuanto al fondo del asunto, ciertamente, como indica el auto recurrido y recoge el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, elartículo 86 ter.1 de la LOPJ enumera las materias en las que tendrá jurisdicción exclusiva y excluyente el juez del concurso, en una regulación idéntica a la contenida en elart. 8 de la Ley Concursal, entre las que se encuentran "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I delLibro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil...." (apartado 1º). Ahora bien, como bien indica el art 86 ter.1 "Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", por lo que habrá que estar a este respecto a lo que ésta disponga.
En el supuesto de autos la demanda se presentó en fecha 29 de octubre de 2008, por lo que, de acuerdo con lo establecido en elartículo 410 LEC, al haber sido posteriormente admitida, los efectos procesales de la litispendencia se producen desde aquella fecha ("desde la interposición de la demanda"), y desde aquél momento ha de considerarse que el procedimiento se encuentra pendiente. En consecuencia, es preciso acudir a lo dispuesto en elartículo 51.1 LC, referido a la "continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes", que establece que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso (cual es el supuesto de autos, en que la declaración en concurso tuvo lugar el 9.11.08) se continuarán hasta la firmeza de la sentencia", si bien podría procederse a la acumulación del desahucio al concurso (art. 51.1), mientras se encontrara en primera instancia si así lo

acuerda el juez del concurso por estimar que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, acumulación que puede ser solicitada por la administración concursal o por cualquier parte personada, hasta el momento indicado, respectivamente, en el propio precepto, y sin perjuicio de las especialidades que respecto del desahucio en arrendamientos urbanos establece elartículo 70 de la Ley Concursal ("La administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento. En tales casos, deberán pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas hasta ese momento. No será de aplicación en estos casos la limitación que establece el último párrafo del art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "), que despliega todos sus efectos aún cuando el procedimiento se siga ante el Juzgado de 1ª Instancia.
Ciertamente, la regulación contenida en losartículos 61.2 y 3 y 62.1 LEC resulta especialmente relevantes respecto al desahucio por falta de pago de la renta (la declaración de concurso por si sola no afectará a la vigencia del contrato de arrendamiento, siendo nula la clausula del contrato que establezca la facultad de resolución o extinción por esta causa y puede el arrendador pedir la resolución del contrato tanto por incumplimiento anterior como posterior a la declaración del concurso), previendo elartículo 62.2 que la acción resolutoria "se ejercitará -futuro- ante el juez del concurso -lo que supone la existencia de un proceso concursal- y se sustanciará por los trámites del incidente concursal",lo que, además, ha de ser puesto en relación con lo dispuesto en elart. 50 ("Nuevos juicios declarativos) y el citado 51. En definitiva, será competente para conocer del juicio de desahucio por falta de pago de la renta el juez del concurso, incluso por incumplimientos anteriores a la declaración del concurso, siempre que la demanda de desahucio se interponga una vez declarado el arrendatario en situación de concurso, en otro caso conocerá del mismo el Juez de 1ª Instancia ante el que ya se haya presentado la demanda hasta su firmeza y sin perjuicio de que por el Juez Mercantil se acuerde su acumulación al concurso.
Por todo cuanto antecede, procede, estimando el recurso y revocando el auto apelado, dejar el mismo sin efecto, debiendo el Juez a quo continuar el procedimiento por sus trámites.”: AAP Barcelona (Sección 13) 09.10.2009 (JUR 2009\490104; Auto 240/2009; Rollo 419/2009)

“PRIMERO - El presente recurso se sustancia contra el auto que, previamente a la admisión de la demanda, declara la falta de competencia objetiva del Juzgado para conocer del asunto, absteniéndose se conocer y previniendo a las partes que hagan uso de su derecho ante el Juzgado de lo Mercantil correspondiente, al haber sido declarada la demandada en concurso de acreedores.
Para la resolución del presente recurso es preciso partir de los siguientes datos:
-La demandada de procedimiento ordinario en reclamación de cantidad fue presentada ante el Decanato el día 11 de febrero de 2009, dictándose en fecha 19 de febrero de 2009 providencia por la que se acordaba que, con carácter previo a la admisión, se librara exhorto al Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona para que indique si se ha admitido el concurso de Tiferca (demandada) y la fecha de admisión.
-Según resulta de la certificación remitida por dicho órgano judicial, en el mismo se tramita Concurso Voluntario en el que porauto de fecha 24 de marzo de 2009 fue declarada en estado de concurso la entidad demandada; se acompaña testimonio del auto de declaración del concurso en el que consta que la solicitud de concurso voluntario instado por TIFERCA S.A. se turnó a eseJuzgado el día 19 de febrero de 2009.
En cuanto al fondo del asunto, elartículo 86 ter.1 de la LOPJ enumera las materias en las que tendrá jurisdicción exclusiva y excluyente el juez del concurso, en una regulación idéntica a la contenida en elart. 8 de la Ley Concursal, entre las que se encuentran "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I delLibro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil...." (apartado 1º). Ahora bien, como bien indica el art 86 ter.1 "Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", por lo que habrá que estar a este respecto a lo que ésta disponga.
En consecuencia, es preciso acudir a lo dispuesto en laLey 22/2003 de 9 de julio,Ley Concursal y en ella encontramos, de una parte, el artículo 50.1 relativo a "Nuevos juicios declarativos" que establece "Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado", precepto aplicado por la juez a quo y que ha determinado su abstención para conocer. Y por otra, elartículo 51.1 LC, referido a la "continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes", que establece que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso (cual es el supuesto de autos, en que la declaración en concurso tuvo lugar el 9.11.08) se continuarán hasta la firmeza de la sentencia", si bien podría procederse a la acumulación del procedimiento al concurso (art. 51.1), mientras se encontrara en primera instancia si así lo acuerda el juez del concurso por estimar que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, acumulación que puede ser solicitada por la administración concursal o por cualquier parte personada, hasta el momento indicado, respectivamente, en el propio precepto.
Así pues, la ley concursal, respecto de los juicios declarativos, como el que nos ocupa, distingue aquellos cuya demanda se interpone tras la "declaración del concurso" (recordemos que el juez de lo mercantil ha de conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el "concursado" - participio pasado-, es decir que haya sido declarado como tal), de aquéllos que en ese momento ya se encuentran en tramitación; en los primeros el juez ha de abstenerse (obligación que determina la nulidad de todo actuado si, a pesar de haberse declarado el concurso el juez civil admite la demanda, con archivo de las actuaciones) mientras que

en los segundos el procedimiento ha de seguir hasta sentencia, sin perjuicio de la facultad del juez mercantil de acordar la acumulación al concurso.
De acuerdo con lo establecido en elartículo 410 LEC, si posteriormente es admitida, los efectos procesales de la litispendencia se producen desde la fecha de interposición de la demanda, y desde aquél momento ha de considerarse que el procedimiento se encuentra pendiente. Ciertamente, en el supuesto de autos, la demanda no había sido aún admitida, ahora bien no puede condicionar ni la admisión de la demanda ni la competencia objetiva del juzgado (atendidos los términos de los artículos transcritos) un hecho ocurrido con posterioridad a su presentación; y no podemos olvidar que en el caso que nos ocupa en el momento de la interpelación judicial (11.2.2009) no sólo no se había dictadoauto declarando el concurso (que no recae hasta el día 24.3.2009) sino que ni tan siquiera se había presentado la solicitud de concurso que dio origen a tal declaración (lo que se efectuó en 19.2.2009, según consta en el propio auto de declaración del concurso remitido por testimonio). En definitiva, las fechas a tener en consideración para determinar la competencia objetiva para conocer del declarativo son la fecha de presentación de la demanda de éste y la del auto declarando el concurso (siempre a salvo, como ya se ha remarcado, la posibilidad de acumulación).": AAP Barcelona (Sección 13) 09.02.2010 (Auto 49/2010; Rollo 712/2009)

"TERCERO Conforme a lo expuesto debe entenderse que cualquier cuestión que afecte, directa o indirectamente, a la masa concursal o al patrimonio de la entidad concursada [tal como se estima que concurre en este caso habida cuenta que la pretensión de la demanda tiene una clara trascendencia patrimonial al afectar de modo inequívoco a los derechos de contenido económico y/o patrimonial de la demandada, ya que aquélla - en definitiva -tiende a impedir que se ingrese en el patrimonio de la demandada el importe de unas rentas] deberá ser objeto del correspondiente incidente dentro del procedimiento de concurso de acreedores; siendo el dies a quo para determinar la competencia para conocer de la acción ejercitada, la fecha de presentación de la demanda, conforme criterio mantenido tanto por el Tribunal Supremo (SSTS 25-02-1983 (RJ 1983, 1072), 18-03-1989 (RJ 1989, 2162), 3-02-1990 (RJ 1990, 656), 26-01-1998, 23-12-02 (RJ 2003, 125), 03-07-07 (RJ 2007, 4676), entre otras) como por la doctrina procesalista y que sostienen que la litispendencia comienza con la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, rechazando anteriores opiniones que ponían tal inicio en la citación, emplazamiento o contestación a la demanda, y siendo además la tesis que ha tenido acogida en la actualLey de Enjuiciamiento Civil al señalar en su artículo 410 que "la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida"; debe concluirse la procedencia de la abstención del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Barcelona, toda vez que la sociedad EXPOFINQUES, S.L. había sido declarada en concurso por Auto Firme de 21 de abril de 2008, mientras que la demanda fue presentada el 13 de noviembre de 2008 en la Oficina del Juzgado Decano (sin que en modo alguno afecte a este supuesto el hecho de en fecha 25/06/2009 se dictara por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona la Sentencia aprobando el Convenio de Acreedores), resultando de plena aplicación elartículo 8, 48 y 50 de la Ley Concursal, y en consecuencia, la improcedencia de la continuación de la tramitación del proceso instado por la parte actora.": AAP Barcelona (Sección 13) 09.02.2010 (Auto 43/2010; Rollo 833/2009)

AP Barcelona (sección 19)

"PRIMERO El auto de 9 de abril de 2008 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 42 de Barcelona en el curso de los autos de juicio ordinario nº 245/2008 acordaba el archivo del procedimiento instado por LOVIPRO FYNBOS SA frente a SETBEZ SL por haber sido dictado el 4 de marzo de 2008 auto de declaración de concurso voluntario a solicitud de la demandada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona con base en que la presentación de la demanda fue posterior a la solicitud de declaración del concurso. Frente a esta resolución se alza la actora LOVIPRO FYNBOS SA a través del presente recurso de apelación al entender que los hitos temporales determinantes habrían de ser la de las resoluciones de admisión a tramite de la demanda de juicio ordinario y de la de declaración del concurso, solicitando por todo ello la estimación del recurso ordenado la continuación de la tramitación de la causa hasta la firmeza de la sentencia. Por parte de la demandada y apelada se entendió como ajustada a derecho la resolución recurrida al entender que en el momento de declaración del concurso no se estaba tramitando procedimiento alguno en cuanto no había sido admitido a tramite.
SEGUNDO La Sección Segunda del Capitulo de idéntico Ordinal delTitulo III de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, regula en su articulo 50los efectos que sobre las acciones individuales de los acreedores tiene la declaración del concurso resultando así que, en relación con los nuevos juicios declarativos, ordena a los Jueces tanto del Orden Civil como Social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del Concurso que se abstengan de conocerlas, si bien previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del Concurso. Añadiendo como de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. Elartículo 51de la misma Norma se refiere, en cambio, a los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, para los cuales previene su continuación hasta la firmeza de la sentencia con la posibilidad, de acumulación de aquellos que, siendo competencia del Juez del Concurso según lo previsto en elart. 8, entienda este que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. De esta manera la Norma establece un momento determinante e inequívoco para la concreción procesal de las acciones individuales interpuestas por los acreedores y este no será otro que la fecha estricta de declaración de concurso, en este supuesto el 4 de marzo de 2008; no de otro modo puede considerarse el régimen contemplado en laLey 22/2003. así la segunda referencia será la de la fecha de interposición de la demanda, el mismo Art. 50 LC distingue de este modo entre la obligación de abstención en ese momento inicial y el archivo, si se hubiere producido la admisión inadecuadamente; en este

mismo supuesto el 26 de febrero de 2008. Definidas de este modo las circunstancias relevantes a considerar hemos de concluir que la causa que nos ocupa ya se encontraba en tramitación al momento de la declaración de concurso, de modo que hemos de acordar su continuación hasta la firmeza de la sentencia con respeto de la facultad de acumulación por el Juez del Concurso si entendiera que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores; así y por tanto, debemos revocar la resolución de instancia acordando la continuación del procedimiento en el sentido expresado.": AAP Barcelona (sección 19) 29.09.2008 (JUR 2009/39845; Auto 128/2008; Rollo 389/2008)

AP Cáceres

"La petición inicial del procedimiento monitorio se presentó con anterioridad al concurso voluntario y antes del Auto declarando dicho concurso, de manera que debe aplicarse elArt. 51 de la Ley Concursal. A tenor del apartado primero de dicho precepto, los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia.
En definitiva, no procede estimar la incompetencia del Juzgado de primera instancia, como se hace en el Auto recurrido, por corresponder el conocimiento de, procedimiento al Juez del concurso, puesto que antes de la presentación del concurso voluntario y antes de dictarse el Auto declarando el concurso, ya se había iniciado la tramitación del procedimiento monitorio que, dada la cuantía y oposición, debe continuar por los trámites del juicio verbal hasta la firmeza de la sentencia.": AAP Cáceres 28.01.2010 (JUR 2010/101342; Auto 14/2010; Rollo 2/2010)

"PRIMERO. -El presente procedimiento se inició por demanda de juicio ordinario. En fecha 19 de noviembre de 2012, se dictó en el mismo, auto por el que el Juzgado de la Primera Instancia se declaraba incompetente para conocer del asunto, previniendo a las partes personadas para que usen de su derecho ante el órgano judicial que se considera competente, es decir, ante el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, al encontrarse la entidad demandada JOSÉ MARÍA RUIZ MATEOS, S.A. en situación de concurso declarado por dicho juzgado.
Contra esta resolución se formuló recurso de apelación por el demandante en el que se sostenía la infracción por la resolución recurrida del art. 51 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal que, rectamente aplicado, supone que la competencia para el conocimiento el presente asunto corresponda al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Cáceres.
SEGUNDO.- La Ley Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuesto o puedan interponer los acreedores frente al concursado. Así, regula los efectos del concurso respecto de las acciones declarativas anteriores y posteriores a la declaración del concurso, o respecto de las ejecuciones individuales, ejecuciones laborales o apremios administrativos.
En concreto, por lo que se refiere a los efectos del concurso respecto de las acciones declarativas entabladas contra el concursado, la Ley Concursal distingue según que la demanda se haya interpuesto antes o después de declarado el concurso. Así, el art. 50 de la LC señala que " Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado"
Por su parte, el artículo 51 de la citada Ley, señala que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.
Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.
Pues bien, la aplicación de los preceptos referidos al supuesto litigioso, determina con claridad la necesidad de revocar la resolución impugnada, puesto que si bien es cierto que la demandada, JOSÉ MARÍA RUIZ MATEOS S.A., se encuentra en situación de concurso, también lo es que la demanda que encabeza las presentes actuaciones es anterior a la declaración de concurso de la entidad. En efecto, mientras la demanda se presentó el día 25 de mayo de 2011, el concurso de la demandada se declaró por auto de 27 de julio de 2012 del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, tal como figura en el B.O.E. de 7 de agosto de 2012. En estas circunstancias, es claro que la competencia para conocer de este asunto corresponde al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Cáceres, hasta la firmeza de la sentencia": AAP Cáceres (Sección 1) 22.01.2013 (Auto 14/2013; Rollo 3/2013)

AP Burgos

"TERCERO Planteados en estos términos la cuestión controvertida, procede analizar cuáles son los momentos en que debe entenderse a esos efectos, por declaración del concurso y por inicio de un procedimiento declarativo. Respecto de este último hay que entender la fecha de interposición de la demanda, conforme alart. 410 LEC, que señala el comienzo de la litispendencia desde la interposición de la demanda, y así se infiere, implícitamente, de la resolución recurrida, al establecer como fecha de relación comparativa, la de presentación de la demanda, 30 de abril de 2009, folio 2.": AAP Burgos (sección 3) 17.02.2010 (JUR 2010/146423; Auto 72/2010; Rollo 507/2009)

AP Cádiz

“PRIMERO La parte apelante alega que el auto de archivo del procedimiento es erróneo y debería dejarse sin efecto porque se refiere al procedimiento como 'cambiario', 'ejecutivo' o 'ejecución hipotecaria' cuando lo cierto es que se trataría de un declarativo y por tanto no sería de aplicación elartículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sino elartículo 51 de la Ley Concursal según el cual el procedimiento debería continuar su tramitación hasta que se dictase sentencia firme. Nos parece que tiene razón la parte apelante, pues la lectura de 'suplico' de la demanda pone de manifiesto que lo que se reclama es la resolución de un contrato de compraventa de un inmueble y el abono de unas cantidades. Así consta incluso en el auto de admisión de la demanda de 11 de septiembre de 2009 en el que se indica que lo presentado fue una demanda de juicio ordinario, por lo que no encontramos explicación a que el auto recurrido diga en el antecedente de hecho primero que lo presentado fue una 'demanda de juicio cambiario' y en el fundamento de derecho tercero que 'procede la suspensión de la ejecución'. Lógicamente, al no tratarse de una ejecución no es de aplicación elartículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino elartículo 51 de la Ley Concursal según el cual los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso continuarán hasta la firmeza de lasentencia. Puesto que el presente procedimiento se sigue por demanda presentada el 9 de septiembre de 2009 y la declaración de concurso de la demandada se produjo porauto de 30 de octubre de 2009, procede aplicar elartículo 51 de la Ley Concursal y ordenar que continúe el procedimiento hasta la declaración de firmeza de la sentencia. En ese mismo sentido podemos citar lo razonado por laSección Quinta de la Audiencia Provincial de Baleares en Auto de 26 de marzo de 2009 (AC 2009\1390):
"Conforme a lo expuesto y debiendo entenderse que el dies a quo que debe servir como base para determinar la competencia para conocer de la acción ejercitada, debe ser la fecha de presentación de la demanda, conforme criterio mantenido tanto por el Tribunal Supremo (SSTS 25-02-1983 (RJ 1983,1072), 18-03-1989 (RJ 1989,2162), 3-02-1990 (RJ 1990,656), 26-01-1998,23-12-02 (RJ 2003,125), 03-07-07 (RJ 2007, 4676), entre otras muchas) como por la doctrina procesalista y que sostienen que la litispendencia comienza con la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, rechazando anteriores opiniones que ponían tal inicio en la citación, emplazamiento o contestación a la demanda, y siendo además la tesis que ha tenido acogida en la actualLey de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) al señalar en suartículo 410 que "la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida"; debe convenirse con el recurrente, que como al momento de presentación de la demanda ((13-03- 2008) que dio origen a las presentes actuaciones y que fue admitida por el órgano de instancia, aún no se había declarado en concurso a la entidad demandada (21-04-2008), resulta de plena aplicación el artículo 51.1 de la Ley Concursal, y en consecuencia, la procedencia de la continuación de la tramitación del proceso instado hasta la firmeza de la sentencia, a salvo la acumulación de autos que pudiera decretarse por el juez del concurso."
Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso de apelación, dejando sin efecto el archivo acordado y ordenando que en su lugar continúe la tramitación del procedimiento hasta la firmeza de la sentencia.”: AAP Cádiz (Sección 8) 09.07.2010 (JUR 2011/73740; Auto 80/2010; Rollo 139/2010)

AP Girona

“PRIMERO Se interpone recurso de apelación por la entidad LA HISPANO ILARIENCA, S.A. contra elauto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Girona de 19 de febrero del 2.009, en el que se inadmitió la demanda interpuesta por dicha parte contra el Club BÁSQUET GIRONA, S.A., con fundamento en elartículo 50 de la Ley Concursal que establece que deberán ser archivados aquellos procedimiento declarativos que se inicien con posterioridad a la declaración del concurso.
SEGUNDO Vistos losartículo 50 y 51 de la Ley Concursal, se establecen dos consecuencias distintas para los procedimientos declarativos como consecuencia de la declaración del concurso. Así, si el juicio declarativo en el que el deudor es parte se encuentra en tramitación al momento de la declaración del concurso, se continuará hasta la firmeza de la sentencia, pero no podrá iniciarse ninguna ejecución, según dispone elartículo 55 de la misma Ley, ni tampoco podrá acordarse la acumulación al procedimiento concursal, salvo que el Juez del concurso así lo acuerde expresamente. Pero, si el juicio declarativo se inicia con posterioridad a la declaración del concurso, el Juez de 1ª Instancia se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, pero no quiere decir que deban presentar demanda ante el mismo de una forma independiente al procedimiento concursal, sino que deberán comparecer en el mismo a fin de que se le reconozca su crédito (artículo 49 y artículos 85 y siguientes de la LC). Y si se hubiera admitido la demanda se procederá a su archivo inmediato, careciendo de validez todas las actuaciones que se hubieran practicado.
Dicho lo anterior, a los efectos de entender si un procedimiento declarativo se encuentra o no en trámite al momento de ser declarado el concurso debe estarse a lo que dispone elartículo 410 de la L.E.C. esto es al momento de ser interpuesta la demanda y aunque dicho precepto dice si después es admitida, debe entenderse si reúne todos lo requisitos procesales para su admisión, por lo que deberemos estar al 9 de enero del 2.009, fecha en la que se presentó la demanda ante el Juzgado Decano. Por lo que si como se dice en el auto recurrido la declaración del concurso se acordó porauto de 23 de enero del 2.009, debe entenderse que ya estaba en trámite el procedimiento instado por la recurrente, por lo que no se estima correcta la decisión de su inadmisión.
No se aprecia que con ello se infrinja la regla de la pars conditio creditorum, pues la continuación del procedimiento declarativo en nada afecta al crédito de la actora frente a otros acreedores, pues la actora en todo caso debe acudir al concurso, conforme disponen losartículo 85 y siguientes de la Ley Concursal a fin de que se le reconozca su crédito, y sin que la sentencia que se dicte le suponga ningún beneficio concursal, pues la sentencia no convierte el crédito en privilegiado, y la única ventaja que obtendrá es que si el concurso se sobresee tendrá ya sentencia firme para poder iniciar inmediatamente una ejecución individual.

Pero en contra de lo que argumenta la recurrente, la admisión de la demanda no deriva del hecho de que sea el mismo Juzgado el que esté conociendo del concurso, pues la tramitación de este procedimiento será tramitado como un procedimiento normal ajeno al proceso concursal, salvo que, como Juez del concurso, decida su acumulación al mismo, pero si no lo acuerda, una vez finalizado por sentencia firme, simplemente acordará sin más su archivo. Es decir, si la demanda se hubiera interpuesto con posterioridad a la declaración del concurso, hubiera sido correctamente inadmitida, pues la reclamación de los acreedores no se realiza con las correspondientes demandas ante el Juez del concurso, sino compareciendo en el proceso concursal, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley Concursal.": AAP Girona 30.04.2009 (JUR 2009/410637; Auto 123/2009; Rollo 172/2009)

AP Huelva (Sección 3)

"ÚNICO.- Existe un error por parte del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ayamonte en el cómputo de presentación del Juicio Declarativo Ordinario y la declaración de concurso de la demanda; es decir, la demanda de Juicio Ordinario tuvo entrada en el Juzgado de Ayamonte con anterioridad a la fecha de declaración de Concurso de la demandada no siendo de aplicación el art. 50 de LC y siendo aplicable en su caso el art. 51 de LC que sí permitiría al Juzgado de Primera Instancia conocer de la demanda.
No procede que el Juzgado de Primera Instancia pueda acordar la acumulación de actuaciones y de un juicio ordinario al Juzgado de lo Mercantil que conozca de un concurso de acreedores sino que la declaración judicial de trascendencia y valoración de que una acción civil tenga trascendencia patrimonial respecto al patrimonio del concursado está reservada según constante jurisprudencia al Juez del Concurso, no al Juez de Primera Instancia (art. 8 LC).
En el presente caso, por tanto, hay que entender es de aplicación el art. 51 LC y no el art. 50 LC (vista fecha entrada juicio ordinario en Juzgado Decano de Ayamonte) anterior a fecha de declaración de Concurso; en definitiva, es acertada la decisión del Juzgado de lo Mercantil de fecha 12 de Julio de 2011 en el sentido de que no procede aceptar la competencia para el conocimiento de los autos por parte del Juzgado de lo Mercantil y sí debe de conocer del Juicio Declarativo anterior al concurso el Juez de Primera Instancia de Ayamonte. ":AAP Huelva (Sección 3) 16.09.2011 (Auto 74/2011; Rollo 11/2011)

AP Las Palmas (Sección 4)

"SEGUNDO El lo que atañe a la falta de competencia objetiva, que sería apreciable de oficio (art. 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el recurso no puede prosperar. Ciertamente la entidad actora ha sido declarada en concurso voluntario e intervenida judicialmente; sin embargo la declaración del concurso se efectuó medianteauto de 17 de octubre de 2006, por tanto en fecha posterior a la presentación de la demanda origen del presente procedimiento que lo fue el 23 de enero de 2006. Como quiera que la declaración de concurso ha sido posterior a la presentación e incoación del presente procedimiento ordinario nada impide que se continúe hasta sentencia firme dados los claros términos delart. 51 de la Ley Concursal al no existir reclamación del mismo por parte del juez del concurso": SAP Las Palmas (Sección 4) 01.07.2008 (JUR 2009/109911; Sentencia 322/2008; Rollo 101/2008)

"PRIMERO.- La Ley Concursal establece en su art. 51.1 como regla general, que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, continuarán hasta la firmeza de la sentencia. A continuación, el mismo apartado 1 dispone qué procedimientos deben acumularse al proceso concursal, y por exclusión, cuáles deben continuar su tramitación ante el Juzgado que viniese conociendo de ellos.
A efectos de distinguir entre juicios declarativos nuevos y pendientes, deberá estarse a la fecha del Auto de declaración de concurso (art. 51-1 en relación con el 21-2 LC), y a la fecha de interposición de la demanda (art. 410 LEC, relativo al comienzo de la litispendencia).
Este es el criterio asumido por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, en Autos de 21 y 22 de junio de 2007. Aunque referidos a un conflicto positivo de competencia surgido entre unos Juzgados de lo Social y un Juzgado de lo Mercantil, en la interpretación de la distinción entre "acciones sociales" y "acciones individuales", ex arts. 64.10 y 8.2o LC, el TS resuelve la cuestión, asumiendo el criterio del Juzgado de lo Social, senalando al efecto: "La norma general en nuestro Derecho procesal, es la denominada perpetuatio iurisdictionis, que a tenor de los arts. 410 y 411 LEC supone que para la determinación de la competencia, se atienda al momento inicial de la litispendencia, es decir, la interposición de la demanda, si después es admitida, sin que en toda la regulación de la Ley Concursal se establezca una excepción al efecto de perpetuación de la jurisdicción".
En el mismo sentido se ha pronunciado el Auto de 22 de noviembre de 2007, AC. 2008, 116, de la AP. de Madrid, Sección 28, resuelve un conflicto negativo de competencia declarando la competencia objetiva del Juzgado de primera instancia para conocer de una demanda deducida cuando aún no se había declarado el concurso necesario del demandado. Sostiene la Sala que, en consecuencia, no resulta de aplicación el art. 50 y sí el 51.1 LC, de modo que la competencia para conocer de la demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia que debe tramitarlo hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto. Y en el mismo sentido la sentencia del TSJ. de Galicia (Sala de lo Social), de 23 de enero de 2007, AS. 2007, 1991, senalando, además, que ninguna de las normas de la LC establece una excepción al efecto de perpetuación de la jurisdicción, que permitiese una suerte de incompetencia judicial sobrevenida, contraria a las normas procesales generales, y que además, atentaría a la seguridad jurídica porque la determinación competencial dependería de los avatares procesales, incompatible con el carácter de orden público de dicha materia.

SEGUNDO.- En el caso de autos procede estimar el recurso, de conformidad con el art. 51-1 LC y 410 LEC y jurisprudencia analizada anteriormente, ya que la demanda de juicio ordinario fue interpuesta el 30 de junio de 2010 ante el Decanato, siendo admitida a trámite el 15 de julio de 2010, habiéndose declarado el concurso de la entidad VIJAVI 03, S.L. por Auto de 1 de julio de 2010, después de la interposición de la demanda, con independencia de que el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 registrase la demanda el 2 de julio. ": AAP Las Palmas (Sección 4) 13.04.2011 (Auto 59/2011; Rollo 173/2011)

AP Las Palmas (Sección 5)

"CUARTO.- Resulta preciso senalar que los efectos de la declaración del concurso se producen desde el auto en que se acuerda, como así se desprende de los artículos 50 y siguientes de la ley Concursal en los que el legislador en todo momento se refiere a la declaración del concurso y del artículo 21 de la propia Ley, mientras que respecto al momento que debe tenerse en cuenta para decidir si un procedimiento declarativo se ha presentado con anterioridad o no a la declaración del concurso, debe estarse a la fecha de la presentación de la demanda, como dispone el artículo 410 de la L.E.C. por lo tanto, observamos que el presente procedimiento de juicio ordinario, planteado ante el Juzgado de Primera Instancia de del domicilio del deudor en Arrecife de Lanzarote, se interpuso mediante demanda la cual fue, además, admitida por auto a trámite antes de la declaración del concurso.": AAP Las Palmas (Sección 5) 05.05.2011 (Auto 68/2011; Rollo 151/2011)

AP León

"PRIMERO Se impugna la sentencia de instancia, invocando en primer término, la falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Astorga para conocer de la acción que se ejercita en la demanda, y ello en base alart. 8.1 de la Ley Concursal, que señala: Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere eltítulo I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de esta Ley.
Elartículo 50 de la Ley Concursal dispone que "Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. A su vez elart 51.1 de la Ley Concursal, establece que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en elart. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
Para determinar la competencia objetiva a favor de uno u otro juzgado para conocer del juicio declarativo que nos ocupa, deberá determinarse por tanto si el procedimiento se encontraba o no en tramitación cuando se declara en concurso a DERROBLE S.L., porauto de fecha 3 de febrero de 2009, y así nos encontramos con que la demanda de juicio declarativo verbal, fue presentada con fecha 29 de enero de 2009, por la Compañía Mercantil SANTANDER CONSUMER E.F.C., S.A., contra DERROBLE S.A., DªNoemi, D.Carlos Ramón, e INDUSTRIAS DEL MUEBLE ROBLES S.A, dictándose con fecha 10 de febrero de 2009 providencia acordando tenerla por presentada y apreciando que no se acompañan a la misma los documentos relativos a justificantes de pago de las tasas judiciales se concede a la parte demandante un plazo de cinco días para subsanar el defecto, con apercibimiento de que no hacerlo se archivaran las actuaciones. Con fecha 24 de febrero de 2009, se dicta auto admitiendo a trámite la demanda, dando traslado de la demanda a las partes demandadas y citando para la celebración de vista.
En fecha 3 de febrero de 2009 cuando se declara en concurso DERROBLE S.L, aún no se había resuelto por tanto acerca de la admisión a trámite de la demanda, pero debe tenerse en cuenta cual es la fecha de la presentación de la demanda, -anterior a la del concurso-, pues admitida la misma, como fue el caso, a ese momento por razón de la litispendencia-art. 410 de la LE civil-, se ha de estar para entender que el proceso se encontraba en tramitación, lo relevante no es pues la fecha del auto de admisión sino la de presentación de la demanda, si se admitió, y en este caso fue admitida, por tanto la fecha que debe tenerse en cuenta para resolver es la de 29 de enero de 2009, momento en el que la codemandada DERROBLE S.A no había sido declarada "en concurso", criterio mantenido entre otras, ensentencia de la AP Madrid, sección 21, de 26 de marzo de 2008.
Por ello resulta de aplicación la norma delart. 51 de la Ley Concursal, conforme al cual, el Juzgado de Primera Instancia de Astorga es el que tiene la competencia objetiva para conocer del juicio declarativo que nos ocupa, de ahí que no pueda ser estimada la excepción invocada de falta de competencia de dicho Juzgado.": SAP León (sección 2) 01.03.2010 (JUR 2010/144837; Sentencia 85/2010; Rollo 15/2010)

AP Málaga

"SEGUNDO.-Frente a la sentencia dictada formula recurso de apelación Prefabricados Técnicos del Sur S.A. (Pretesur) solicitando que se declare la nulidad de dicha sentencia con archivo de lo actuado previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, lo que fundamenta en que el Juzgado de Primera Instancia carecía de competencia objetiva para conocer del procedimiento en virtud de lo establecido en el

artículo 50.1 de la Ley Concursal puesto que cuando el escrito de demanda se transforma en procedimiento declarativo con el dictado del auto de admisión a trámite ya había sido declarada en concurso la demandada Pretesur, con lo cual el procedimiento ordinario aún no había nacido. Entrando a resolver sobre esta primera cuestión, constituyen los siguientes acontecimientos los antecedentes necesarios para su resolución expuestos por orden cronológico: 1) el 23 Octubre de 2008 se presenta la demanda frente a Pretesur por Ferpinta España S.A. que es turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Málaga, 2) en auto dictado el 28 Octubre de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, dicha demandada es declarada en concurso necesario de acreedores, lo que es comunicado al Juzgado de Primera Instancia mediante oficio del Juzgado Decano fechado el 10 de Noviembre de 2008 (f. 73), y, 3) el Juzgado de Primera Instancia dicta auto de 5 de Enero de 2009 acordando la admisión de la anterior demanda (f. 92) frente a ambas codemandadas razonando que se ha presentado con anterioridad a la declaración de concurso de Prefabricados Técnicos del Sur S.A. (Pretesur). El artículo 50.1 de la Ley Concursal (en su redacción vigente cuando se inicia el presente procedimiento), por lo que resulta de aplicación al presenta caso, establece lo siguiente: "Los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.", disponiendo por su parte el artículo 51.1 de la misma Ley (también en su redacción vigente en dicho momento procesal): "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores." A la vista de estos preceptos procede la desestimación del recurso que se analiza pues parte el apelante en su argumentación de una premisa errónea al decir que el procedimiento ordinario aún no había nacido hasta que se dicta el auto de admisión a trámite de la demanda, pues el artículo 410 LEC establece: " La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida.", y en este caso, cuando se interpone la demanda, la codemandada no estaba aún declarada en concurso, y si bien cuando se dicta el auto acordando la admisión de la demanda ya había sido declarada en tal situación, los efectos de dicho auto de admisión de la demanda se retrotraen a las circunstancia existentes a la presentación de la misma, disponiendo a estos efectos el artículo 411 de la misma Ley procesal : "Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia." En consecuencia, el Juzgado de Primera Instancia era el competente objetivamente para conocer de la demanda pues en el momento de su presentación no debía de conocer de la misma el juez del concurso de conformidad con lo previsto en la Ley Concursal, y según el referido artículo 51.1 LC, los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia, sin que en este caso el Juez del Concurso haya hecho uso de la facultad que le concede el mismo precepto de acumular al concurso ese juicio declarativo en tramitación.”: SAP Málaga (Sección 6) 21.01.2013 (Sentencia 40/2013; Rollo 706/2011)

AP Madrid (Sección 28)

“PRIMERO Ante la negativa del Juzgado de Primera Instancia y del Juzgado de lo Mercantil a conocer de la demanda planteada por la actora, por entender ambos que carecían de competencia objetiva o funcional, se ha planteado una cuestión negativa de competencia, que conforme alartículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de ser resuelta por el órgano inmediato superior común (en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid) y, a la vista de lo dispuesto en el últimoinciso del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dada la falta de una previsión específica para el caso de competencia objetiva, por aplicación analógica de lo previsto en elartículo 60.2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan las cuestiones de competencia territorial, el trámite seguido se entiende correcto, en el sentido de haber sido remitidos los autos a la Audiencia Provincial con emplazamiento de la parte personada y del Ministerio Fiscal.
SEGUNDO De las resoluciones y antecedentes aportados cabe deducir los datos esenciales para la resolución de la cuestión de competencia planteada y que son los siguientes:
1) Con fecha 22 de mayo de 2009, fue presentada por la entidad "L F CARAN, S.L." demanda de juicio ordinario contra la mercantil "BROSSE PROMOCIÓN Y GESTIÓN INMOBILIARIA, S.A." en reclamación de cantidad que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Alcorcón.
2) El referido Juzgado de Primera Instancia, tras requerir la presentación de la tasa a la parte actora, dejó pendiente de admitir a trámite la demanda.
3) En fecha que no consta en las actuaciones, la entidad "BROSSE PROMOCIÓN Y GESTIÓN INMOBILIARIA, S.A.", presentó solicitud de concurso voluntario que se turnó al Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid, el cual fue declarado por auto de fecha 8 de junio de 2009.
4) El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alcorcón al tener conocimiento de la declaración de concurso de la demandada, porauto de 21 de julio de 2009, acordó abstenerse de conocer del procedimiento al amparo delartículo 50 de la Ley Concursal y su remisión al Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid.
5) EL Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid dictóauto de fecha 19 de octubre de 2009, por el que declaró su falta de competencia objetiva, al considerar que la competencia correspondía al Juzgado de Primera Instancia, en virtud de lo dispuesto en elartículo 51 de la Ley Concursal y elartículo 410 de la LEC.
TERCERO Como ya se ha puesto de relieve en ocasiones precedentes por este tribunal la cuestión planteada se limita a decidir si resulta de aplicación al supuesto de autos elartículo 50 ó el 51 de la Ley Concursal, según

se entienda que al declararse el concurso estaba o no en tramitación el proceso ante el Juzgado de Primera Instancia.
En primer término conviene indicar que no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).
Por el contrario, elartículo 410 de la LEC, establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida.
En el supuesto enjuiciado, al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alcorcón, no se había declarado el concurso por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no impedía que el Juzgado de Primera Instancia admitiera la demanda ante él presentada, aunque estuviera pendiente de tal trámite, con lo que los efectos de la litispendencia se entienden producidos desde la interposición de la demanda, en este caso desde el día 22 de mayo de 2009.
Por otra parte, el hecho de que al tiempo de declararse el concurso (8 de junio de 2009) no estuviera admitida la demanda no implica que el proceso no estuviera en tramitación, que lo estaba por la presentación de la demanda (22 de mayo de 2009) pendiente de aportación de la tasa y de la posterior admisión o inadmisión de la demanda. Es más, al presentarse la demanda sólo podía serlo ante los Juzgados de Primera Instancia y nunca ante el Juzgado de lo Mercantil que aún no había declarado el concurso y, probablemente, ni estaba presentada la solicitud.
En consecuencia, no resulta de aplicación elartículo 50 y sí el 51.1 de la Ley Concursal, de modo que la competencia para conocer de la demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia que debe tramitarlo hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto.
En todo caso, aun en el supuesto de que fuera de aplicación elartículo 50 LC, lo que no resulta admisible es la remisión de los autos al Juzgado de lo Mercantil, indicando expresamente dicho precepto que los jueces del orden civil ante los que se interponga una demanda de la que deba conocer el juez del concurso (lo que no es el caso, al no estar declarado el concurso a la fecha de la presentación de la demanda) se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, y de haberse admitido indebidamente la demanda, ordenarán el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado, lo que no es sino aplicación al ámbito concursal de las normas generales sobre falta de competencia objetiva (artículo 48.2 y 4, 65.3 y 225.1 de la LEC y 238.1 de la LOPJ).
CUARTO No procede efectuar ningún pronunciamiento respecto de las costas derivadas de esta alzada puesto que el objeto de la misma no ha sido zanjar una contienda entre partes sino la polémica entre dos órganos judiciales sobre su competencia objetiva para el conocimiento del asunto.": AAP Madrid (Sección 28) 11.12.2009 (JUR 2010/69286; Auto 210/2009; Rollo 381/2009)

"Las fechas relevantes para decidir si el proceso estaba en trámite a los efectos del artículo 51 de la Ley Concursal, son, por un lado, la de interposición de la demanda (que determina, desde entonces, todos sus efectos procesales, en concreto el de litispendencia, si es admitida -artículo 410 de la LEC) y, por otro, la de declaración -que no de la mera solicitud-del concurso (a la que se vinculan todos los efectos propios de éste -artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).": AAP Madrid (Sección 28)14.05.2010 (Auto 70/2010; Rollo 126/2010)

"Las fechas relevantes para decidir si el proceso estaba en trámite a los efectos del artículo 51 de la Ley Concursal, son, por un lado, la de interposición de la demanda (que determina, desde entonces, todos sus efectos procesales, en concreto el de litispendencia, si es admitida -artículo 410 de la LEC) y, por otro, la de declaración -que no de la mera solicitud-del concurso (a la que se vinculan todos los efectos propios de éste -artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).": AAP Madrid (Sección 28) 08.06.2010 (Auto 88/2010; Rollo 286/2009)

"SEGUNDO.-. La aplicación del artículo 50 de la Ley Concursal y la interpretación que del mismo se efectúa en las resoluciones de esta sección de 25 de octubre y 22 de noviembre de 2007 conducen, precisamente, a la solución contraria a la adoptada en la resolución recurrida a pesar de la cita expresa que se hace de las mismas, pues lo relevante no es la fecha en que se haya turnado la demanda al correspondiente Juzgado sino la fecha de la interposición de la demanda que es la que ha de cotejarse con la del auto de declaración del concurso.
La resolución recurrida considera, erróneamente, que lo relevante es que la declaración de concurso (15 de marzo de 2010) sea anterior a la fecha de entrada de la demanda en el Juzgado (18 de marzo de 2010), cuando debía haber atendido a la fecha de la presentación de la demanda (18 de febrero de 2010, tal y como consta en el sello estampado en la primera hoja de la demanda y en la propia hoja de reparto), siendo irrelevante a estos efectos la demora producida en el registro y reparto por parte de la correspondiente oficina del Decanato.
En realidad, la cuestión planteada se limita a decidir si resulta de aplicación al supuesto de autos el artículo 50 o el 51 de la Ley Concursal, según se entienda que al declararse el concurso estaba o no en tramitación el proceso promovido ante los Juzgados de lo Mercantil con motivo de la presentación de la demanda.
A estos efectos es intranscendente la fecha de la presentación de la solicitud de concurso pues todos sus efectos se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).
Por el contrario, el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida.

En el supuesto enjuiciado, al tiempo de la presentación de la demanda (18 de febrero de 2010), no se había declarado el concurso por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid el día 15 de marzo de 2010, según se afirma en la resolución recurrida, no impedía que el Juzgado de lo Mercantil nº 10, al que se turnó la demanda el día 18 de marzo de 2010, admitiera la misma, produciéndose los efectos de la litispendencia, de admitirse la demanda, desde su interposición, en este caso, desde el día 18 de febrero de 2010.
Por otra parte, debe tenerse en cuenta que al tiempo de presentarse la demanda sólo podía dirigirse a los Juzgados de lo Mercantil y nunca al Juzgado de lo Mercantil que conociera de un concurso inexistente al no haber sido aún declarado.
En consecuencia, no resulta de aplicación el artículo 50 y sí el 51.1 de la Ley Concursal, de modo que el Juzgado de lo Mercantil no puede rechazar su falta de competencia objetiva por estar uno de los demandados declarado en concurso, cuestión distinta es si, de haber estado declarado el concurso al tiempo de la presentación de la demanda -lo que no sucede en el caso enjuiciado-, la competencia del juez del concurso respecto del concursado atraería o no la de los demás demandados, cuestión que carece de relevancia para resolución del presente recurso de apelación a pesar de que sobre esta cuestión se han centrado las alegaciones del apelante.”: AAP Madrid (Sección 28) 20.05.2011 (Auto 67/2011; Rollo 513/2010)

“En primer término conviene indicar que no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).
Por el contrario, el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. Es más, en el supuesto analizado la admisión de la demanda fue también anterior a la declaración de concurso
Al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid no se había declarado el concurso de la entidad codemandada por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no afectaba a la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia.
Resulta una obviedad tener que afirmar que en el momento de la presentación de la demanda, ésta sólo podía presentarse ante los Juzgados de Primera Instancia y nunca ante el Juzgado de lo Mercantil que aún no había sido declarado el concurso.”: AAP Madrid (Sección 28) 30.01.2015 (Auto 23/2015; Rollo 283/2014)

AP Madrid (sección 21)

“PRIMERO.- El proceso del que trae causa esta apelación se inició mediante demanda presentada por GARMAR CONSTRUCCIONES METALICAS S.L contra las demandadas REBERMA REFORMAS S.L, TELEFONICA SERVICIOS MOVILES S.A y TELEFONICA ESPAÑA S.A.U, la cual fue admitida por el Juzgado de Primera Instancia, no obstante con posterioridad se abstuvo por entender que habiendo sido declarada en concurso la entidad REBERMA REFORMAS S.L era el Juzgado que conocía del mismo quien tenía la competencia objetiva, lo que es recurrido por la actora quien entiende que se ha resuelto infringiendo elartículo 86. ter.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, yartículos 50, 51.1 y 8 de la Leyconcursal.
SEGUNDO.- La cuestión a resolver en esta alzada es si el tribunal de instancia número 26 de Madrid tiene o no competencia objetiva para resolver pese a haber sido declarada en concurso una de las demandadas, REBERMA REFORMAS S.A, lo que exige en primer lugar concretar una serie de datos esenciales a fin de determinar cuándo se inicio el Juicio ordinario del que trae causa esta apelación y cuándo fue declarada en concurso la referida demandada, para en base a ello decidir qué norma es la que debe ser aplicada para resolver qué tribunal es el competente objetivamente para conocer la demanda de reclamación articulada por GARMAR CONSTRUCCIONES METÁLICAS S.A.
Esos datos esenciales a tener en cuenta son las fechas en las que se presentaron la demanda y fue admitida, y aquélla en la que la demandada REBERMA REFORMAS S.A, fue declarada en concurso:
1.- La demanda fue presentada por GARMAR CONSTRUCCIONES METALICAS S.A el 26 de enero de 2006, folio 1.
Y fue admitida a trámite mediante auto fechado el 16 de marzo de 2006, habiéndose asimismo dictado auto en fecha 24 de marzo de 2006, a fin de subsanar dos errores consistente en la fecha indicada en la "diligencia de ordenación", inicial de la resolución en la que se decía que la demanda había sido presentada el 15 de marzo de 2006, y el nombre de la actora que era GARMAR CONSTRUCCIONES METÁLICAS S.L y no "GAMAR...".
2.- La demandada REBERMA REFORMAS S.A fue declarada "en concurso voluntario" porauto de fecha 27 de febrero de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid.
TERCERO.- La cuestión a decidir es si a la fecha en la que fue declarada en concurso la entidad REBERMA REFORMAS S.A estaba en tramitación el proceso ante el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Madrid, o no, para lo que se ha de estar a lo dispuesto en losartículos 50 y 51.1 ambos de la Ley Concursalyartículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Elartículo 50 LCdispone que "Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado", y elartículo 51.1 de la misma Leydispone que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia".
La cuestión a resolver es qué norma es la que debe ser tenida en cuenta para determinar la competencia objetiva a favor del Juzgado de Primera Instancia que admitió la demanda o por el contrario del Juzgado de lo mercantil que conoce del concurso de la codemandada REBERMA REFORMAS S.A. Y para ello es

fundamental comprobar cuál fue la fecha de presentación de la demanda porque admitida la misma, como fue el caso, a ese momento por razón de la litispendencia se ha de estar a fin de resolver si el proceso estaba "en tramitación" o no cuando fue declarada aquélla en situación concursal, porque lo relevante, en este último caso, no es la fecha de presentación de la solicitud de declaración de concurso, porque todos los efectos se vinculan a la ésta última (artículos 21.4, 49, 51, 60, 61, 71, entre otros, todos ellos de la Ley Concursal) sino la fecha en que fue declarada en esa situación.
En este caso concreto, es cierto, que la declaración de concurso fue el 27 de febrero de 2006, fecha en la que aún no se había resuelto la admisión de la demanda, pero lo relevante no es la fecha del auto de admisión sino el de la presentación, si se admitió; y en este caso fue admitida la demanda, por tanto la fecha que debe tenerse en cuenta para resolver es la de 26 de enero de 2006, momento en el que la codemandada REBERMA REFORMAS S.A no había sido declarada "en concurso" por tanto mal podría ser el tribunal competente a aquella fecha el Juzgado número 5 de lo Mercantil, que es el que está conociendo del mismo. Y ello porque según lo dispuesto en elartículo 410LECla litispendencia se produce desde la presentación de la demanda una vez admitida.
A fecha 26 de enero de 2006 no existía ningún proceso "en tramitación" por lo que el tribunal competente no podía serlo el que conoce posteriormente del concurso, por tanto la norma que ha de ser aplicada es elartículo 51 de la Ley Concursal, conforme al cual el Juzgado de Primera Instancia número 26de Madrid debe continuar la tramitación hasta la firmeza de la sentencia por ser competente.
CUARTO.- En consecuencia debe ser estimado el recurso y declarar que el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Madrid es competente para conocer del procedimiento iniciado mediante la demanda presentada el 26 de enero de 2006 por la entidad GARMAR CONSTRUCCIONES METÁLICAS S.A, y ello hasta la firmeza de la sentencia, no habiendo lugar a hacer pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada de conformidad con lo dispuesto en elartículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.": AAP Madrid (sección 21) 26.03.2008 (JUR 2008\163389; Auto 89/2008; Rollo 619/2007)

AP Murcia (Sección 4)

"PRIMERO.-La mercantil Banco Pastor, S. A., presenta ante el Juzgado el 22 de abril de 2010 demanda solicitando la resolución del contrato de arrendamiento financiero, con devolución del objeto y condena a la demandada (Horytran Oliva, S. L.) al pago de 18.960#77 #.
Por auto del Juzgado de fecha 5 de octubre de 2010 se admite a trámite la demanda. Por la actora se comunica entonces que la demandada está declarada en situación de concurso por auto de 23 de septiembre de 2010 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número Dos de Murcia, por lo que en diligencia de ordenación de 7 de enero de 2011 se acuerda oír a las partes sobre la nulidad de actuaciones a los efectos del art. 50 LC, oponiéndose a ello la actora, en tanto que el Ministerio Fiscal informa que la competencia territorial (sic) corresponde al Juzgado de lo Mercantil.
El Juzgado de Primera Instancia dicta auto el 22 de abril de 2011 por el que, de conformidad con lo establecido en el art. 50.1 LC, al estar declarada en concurso la demandada antes de la admisión a trámite de la demanda, declara la nulidad de todo lo actuado y el archivo de las actuaciones civiles.
Contra dicha resolución la actora prepara e interpone recurso de apelación en el que sostiene que su demanda se presentó antes de que se declarara el concurso de la demandada, por lo que el artículo aplicable no es el 50 LC, sino el 51; en consecuencia, debe seguir el procedimiento en el Juzgado de Primera Instancia hasta la firmeza de la sentencia.
SEGUNDO.-La Ley Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuesto o puedan interponer los acreedores. Así, establece qué efectos ha de producir el concurso respecto de las acciones declarativas anteriores y posteriores a la declaración del concurso, o respecto de las ejecuciones individuales, ejecuciones laborales o apremios administrativos.
Lo que se está planteando es si el precepto aplicable es el art. 50 o el 51.1 LC, y ello depende de si la fecha a tener en cuenta es la de la admisión a trámite de la demanda (como sostiene el auto del Juzgado) o la de la presentación de la demanda (según defiende la recurrente), pues si se acepta este segundo supuesto, no será de aplicación el art. 50, sino el 51., y a la inversa.
Este caso es similar al ya examinado por esta misma Sala en el recurso 496/2011, resuelto por auto de 21 de julio de 2011, y ya entonces, como ahora, entiende este Tribunal que estamos ante un supuesto del art. 51.1 LC, no del art. 50 que refiere el auto apelado, pues la demanda del juicio ordinario se presentó el 22 de abril de 2010 y la declaración del concurso no tuvo lugar hasta el 23 de septiembre de dicho año, por lo que el juicio ordinario ya estaba pendiente cuando se declaró la situación de concurso de la demandada. Para tener en cuenta el precepto aplicable se ha de atender, como dice el Auto del TSJ de Andalucía (sede Granada), de 11 de marzo de 2010, "al artículo 410 LEC [que] señala como momento para considerar producida la litispendencia el de la "interposición de la demanda"".
Establece el art. 51 LC : " Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes. 1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el art. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores. "
Conforme a tal precepto, la norma general es que debe ser el Juez que está tramitando el juicio declarativo el competente para seguir conociendo del procedimiento, hasta la firmeza de la sentencia, por lo tanto, el Juzgado de Primera Instancia.

Excepcionalmente tal procedimiento se acumulará al de concurso pero para ello es preciso:
1º. Que lo solicite el administrador concursal.
2º. Que tal solicitud se dirija al Juez de lo Mercantil, que es el competente para acordarlo.
3º. Que se trata de un asunto que por su materia sea competencia del Juez del concurso, según el art. 8 LC.
4º. Que el asunto tenga trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, circunstancia que sólo el Juez de lo Mercantil puede apreciar.
En el citado sentido se pronuncia la resolución del TSJ de Andalucía antes señalada.
TERCERO.-Aplicando tales principios al caso ahora examinado se desprende que el Juzgado de Primera Instancia carece de competencia para acordar el archivo (en ningún momento el art. 51 permite tal decisión) y que las actuaciones hasta ahora realizadas para tramitar el ordinario no son nulas.
Ahora bien, dado que se ha suspendido a la concursada en el ejercicio de las facultades de administración y disposición, lo que procede es que sea el administrador concursal, conforme autoriza el apartado 2 del art. 51 LC, quien se persone en el juicio ordinario, concediéndole el Juzgado un plazo de cinco días para que se instruyera de la causa.": AAP Murcia (Sección 4) 22.12.2011 (Auto 267/2011; Rollo 825/2011)

AP Sevilla (Sección 5)

"PRIMERO Tras el examen de lo actuado, no puede estar de acuerdo el tribunal con elauto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Guadaira, de fecha 20 de Abril del presente año, por el que declaró su falta de competencia territorial para el conocimiento de los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana y acordó remitirlos al Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, a quien estima competente para conocer de los mismos. Y es que ni se trata de una cuestión de competencia territorial, ni procede la remisión de actuaciones a éste último Juzgado.
SEGUNDO Ciertamente, el primero de los efectos que produce la declaración de concurso de una persona es la ampliación de la competencia especializada del juez encargado del concurso de dicha persona, que pasa a conocer de acciones cuyo conocimiento correspondería en principio, por especialidad, a los Jueces de Primera Instancia, y así, conforme a lo dispuesto en elartículo 86, ter, 1, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y elartículo 8 de la Ley Concursal, le corresponde el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Pero, sin embargo, la declaración de concurso de una persona no altera la competencia del Juez de Primera Instancia que, tiempo de recaer dicha declaración, ya estuviera conociendo de una demanda contra la misma, debiendo continuar su tramitación hasta la firmeza de la sentencia, conforme a lo dispuesto en elartículo 51 de la Ley Concursal, y ello como consecuencia de la llamada "perpetuatio iurisdictionis", que se produce desde el momento de la presentación de la demanda, conforme a lo dispuesto en losartículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
TERCERO Aquí la demanda se presentó el día anterior al de la declaración de concurso y, concretamente, el día 15 de Diciembre del año 2.008, como consta en el sello del Decanato de los Juzgados de Alcalá de Guadaira estampado en la primera hoja del escrito de demanda, aunque, inexplicablemente, por diligencia de 8 de Enero de 2.009 (folio 327), se hiciera constar el día 19 de Diciembre como fecha de tal presentación, dictándose el auto de declaración de concurso el día 16 de dicho mes.
CUARTO Y, si bien es cierto que laLey Concursal, en su artículo 51, permite acumular al procedimiento universal los individuales ya iniciados contra el deudor, es el Juez del concurso el único competente para acordarlo, cuando aprecie que tenga trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.": AAP Sevilla (Sección 5) 16.11.2009 (JUR 2010/94483; Auto 238/2009; Rollo 6162/2009)

"PRIMERO.-Tras el examen y valoración de lo actuado, no puede estar de acuerdo el tribunal con el auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lora del Río, de fecha 28 de Marzo pasado, por el que declaró su falta de competencia para el conocimiento de los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana y acordó remitirlos al Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla, a quien estima competente para conocer de los mismos.
SEGUNDO.- Ciertamente, el primero de los efectos que produce la declaración de concurso de una persona es la ampliación de la competencia especializada del juez encargado del concurso de dicha persona, que pasa a conocer de acciones cuyo conocimiento correspondería en principio, por especialidad, a los Jueces de Primera Instancia, y así, conforme a lo dispuesto en el artículo 86, ter, 1, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 8 de la Ley Concursal, le corresponde el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Pero, sin embargo, la declaración de concurso de una persona no altera la competencia del Juez de Primera Instancia que, al tiempo de recaer dicha declaración, ya estuviera conociendo de una demanda contra la misma, debiendo continuar su tramitación hasta la firmeza de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Concursal, y ello como consecuencia de la llamada " perpetuatio iurisdictionis ", que se produce desde el momento de la presentación de la demanda, conforme a lo dispuesto en los artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
TERCERO.- Aquí la demanda se presentó el día 20 de Abril del año 2.010, como consta en el sello del Decanato de los Juzgados de Lora del Río estampado en la primera hoja del escrito de demanda, dictándose el auto de declaración de concurso el día 28 de Marzo de 2.012. Y, si bien es cierto que la Ley Concursal, en su artículo 51, permite acumular al procedimiento universal los individuales ya iniciados contra el deudor, es el Juez del concurso el único competente para acordarlo, cuando aprecie que tenga trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
CUARTO.-De todos modos, de ser posterior la fecha de presentación de la demanda a la de declaración de concurso, que no es el caso, el Juzgado de Lora del Río debería haberse abstenido de conocer el asunto,

previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el juez del concurso, sin remitir a éste las actuaciones.
QUINTO. -Consecuentemente, procede estimar el conflicto negativo de competencia planteado y, conforme a lo dispuesto en el artículo 60,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, remitir las actuaciones al Juzgado que lo planteó a fin de que, a su vez, las remita al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lora del Río, que deberá conocer del asunto, con emplazamiento de las partes ante el mismo, sin que proceda hacer pronunciamiento acerca de las costas causadas.": AAP Sevilla (Sección 5) 13.09.2012 (Auto 145/2012; Rollo 5216/2012)

AP Sevilla (Sección 6)

"El art. 8 de la Ley Concursal ha de ser interpretado conjuntamente con otros preceptos de dicha ley, en concreto con el art. 51.1, que prevé que "[l]os juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores".
A estos efectos, como declaran los Autos de la Sección 28ª (Mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de octubre y 22 de noviembre de 2007, entre otros, no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso, sino la de la declaración, pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (arts. 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71 LC). Por el contrario, el artículo 410 LEC establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. Si al tiempo de la presentación de la demanda de juicio declarativo no se había declarado el concurso, como es el caso de autos, no resulta de aplicación el artículo 50 y sí el 51.1 LC, de modo que la competencia para conocer de la demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia que debe tramitarlo hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto, lo que aquí no consta que se haya solicitado y que en todo caso sería cuestión ajena a lo planteado en el recurso.
Por tanto, no procede declarar la nulidad de actuaciones por falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia. ":SAP Sevilla (Sección 6) 19.05.2011 (Sentencia 173/2011; Rollo 8321/2010)

AP Toledo (sección 2

"PRIMERO: La representación procesal del BSCH recurre la decisión de instancia por la que se decide archivar el procedimiento monitorio entablado, previniendo a la parte para que use su derecho ante el Juez del Concurso de la entidad demandada.
El recurso debe ser estimado. En los presentes autos se constata que el presente procedimiento se interpuso ante elJuzgado en fecha 1 de septiembre de 2005y conforme con la documentación presentada por los demandados, el Concurso al que se remite la resolución de instancia fue declarado porauto de fecha 22 de septiembre de 2005,por lo que es de aplicación lo preceptuado en elart.51,1 de la Leypara la reforma concursal que establece que en los juicios declarativos en los que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso, se continuarán hasta la firmeza de la sentencia, de forma que la tramitación del presente procedimiento monitorio debe continuar hasta que se produzcan lascircunstancias descritas en el art.816 y 818 de la LEC.": AAP Toledo (sección 2) 03.06.2008 (JUR 2008/330067; Auto 100/2008; Rollo 316/2007)

AP Valencia

"PRIMERO.- El Juzgado de primera instancia 19 de Valencia dictó auto con fecha 28 de Mayo pasado, en que acordaba el archivo del proceso y la nulidad de lo actuado en autos de juicio ordinario 83/08 de dicho Juzgado, con remisión de las partes para que hicieran valer su derecho ante el Juzgado de lo mercantil. El Juez "a quo" consideraba que resultaba aplicable la disposición del artículo 410 de la LEC, en cuanto supletoria de la Ley Concursal, y, en consecuencia, conforme lo previsto en el artículo 50 de dicho Cuerpo Legal, el juicio ordinario que se seguía ante dicho Juzgado, que había sido presentado con posterioridad a la presentación del concurso de la mercantil demandada, y, con independencia de la admisión de uno u otro procedimiento, los efectos debían retrotraerse a la presentación, conforme a la primera norma, lo que determinaba su archivo y la declaración de nulidad conforme lo expuesto.

Frente a dicha resolución recurrió en apelación la parte actora, argumentando que, en este caso, la norma aplicable no era la del artículo 50, sino la del artículo 51 de la Ley Concursal, al haberse admitido a trámite el juicio ordinario con anterioridad a la declaración de concurso de la mercantil, codemandada en el procedimiento civil, solicitando, en consecuencia, la revocación de la resolución recurrida, y que se acordara conforme lo expuesto.

SEGUNDO.- La Sala no acepta la fundamentación jurídica que plantea la resolución recurrida, por las razones que, seguidamente, pasamos a exponer.

Entiende la Sala, con el recurrente, que el precepto aplicable, en este supuesto, no es el invocado por el Juzgado de Primera Instancia –artículo 50 LC- sino el artículo 51 del mismo Cuerpo legal, y ello por las siguientes razones:

a) Cabe precisar, en primer lugar, para clarificar la situación, que el concurso fue presentado el 2 de Enero de 2.008, y la demanda de juicio declarativo, posterior, el 17 de Enero de 2.008, dictándose auto de admisión a trámite del procedimiento ordinario el 1 de febrero de 2.008, y del concurso voluntario el 8 de febrero de 2.008, auto que declaró a la entidad LEMARSA en estado de concurso voluntario abreviado.
b) La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil como supletoria de la Ley Concursal se limita a los aspectos procesales. Así lo precisa la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal, que invoca el Juzgador, al indicar que tal supletoriedad se refiere a lo no previsto –procesalmente- en esta Ley, y, específicamente, al cómputo de todos los plazos, siendo de aplicación "los principios" de ordenación formal y material del proceso. Por tanto, sólo ante la ausencia de norma específica o imposibilidad de valoración de las mismas cabría acudir a la LEC para integrar un aspecto procesal no regulado en aquella.
c) El artículo 410 LEC, también invocado por el Juzgador de Primera Instancia, se refiere a los efectos procesales de la interposición de la demanda, si después es admitida, que se concretan –a los efectos de litispendencia- en la fecha de presentación de aquella, pero los efectos del concurso, tal y como resulta del artículo 21,2 de la Ley Concursal, comienzan a producirse desde el auto de declaración de concurso, y "de inmediato", a partir de dicha fecha, sin que exista norma similar a la expresada de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino, muy al contrario, una norma específica que pospone la producción de efectos del concurso a la "declaración" de dicha situación.
d) Tal mención no es casual, si tenemos en cuenta que la propia Ley Concursal establece en su artículo 13 que la decisión ha de ser inmediata a la presentación del concurso –aunque ello, indudablemente, en ocasiones se vea entorpecido por el excesivo peso soportado por los Juzgados llamados a valorar tales cuestiones- lo que conlleva que, seguidamente, el concurso sea declarado –a solicitud del deudor, como aquí sucede- o admitida a trámite la solicitud de cualquier otro legitimado, lo que determina, a su vez (artículo 16 LC) que se ordene por el juez la formación de la sección primera, conforme el artículo 183, siendo este el momento inicial, como nuevamente se reitera, de producción de efectos.
e) Por lo expuesto, cabría, en este caso, aplicar el artículo 51 ley concursal, y no el 50, ya que, tal y como destaca el recurrente, la admisión a trámite de la demanda de juicio ordinario, producida por auto de 1-2-08, ha de entenderse, en cuanto a litispendencia, retrotraída a la presentación de la demanda, esto es, 17 de Enero de 2.008, y la declaración de concurso voluntario se produjo por auto de 8 de Febrero de 2.008. Por tanto, el juicio declarativo se encontraba "en tramitación al momento de la declaración de concurso" que es, literalmente, lo que indica el artículo 51,1 LC, y, por ende, ha de continuarse dicha tramitación, como expresa el precepto, hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 8 LC, que, desde luego, no es la cuestión que se ha sometido a nuestra valoración. Existe incluso, un sector doctrinal que apunta la hipótesis de que la demanda se presente una vez solicitado el concurso y antes de su declaración y se admita a trámite "después" de declarado el concurso, y, aún así considera que por efecto de la litispendencia civil (artículo 410 LEC) sería aplicable el artículo 51 y no el artículo 50 de la Ley Concursal, lo que, evidentemente, y con mayor motivo, sucedería aquí, por lo ya razonado, en que tanto la presentación como la admisión del juicio ordinario son anteriores a la declaración de concurso, por lo que procede dictar resolución en el sentido que se dirá, acogiendo el recurso planteado.
TERCERO.- No procede hacer expresa imposición de las costas causadas, ni en esta alzada, por estimarse el recurso, ni en primera instancia, dada la particularidad de la cuestión, las dudas de derecho suscitadas y la ausencia de otras análogas de las que se tenga conocimiento, conforme autoriza la propia Ley de Enjuiciamiento, aplicable en este punto.": AAP Valencia 13.11.2008

AP Valencia (Sección 7)

"PRIMERO El presente recurso se formula por la parte actora contra el citado auto que declaró el archivo de la demanda de juicio ordinario por haber sido declarada en situación de concurso la entidad demandada y ser competente para conocer de aquélla el juzgado nº 3 de lo Mercantil donde se ha realizado tal declaración y se funda en que, dicha resolución, vulnera elart.51 de la Ley Concursal en cuanto que cuando se dictó la misma declaración no había tenido lugar lo que impide aquel archivo.
SEGUNDO Esta Sala, no comparte los Fundamentos de la resolución apelada a la vista de las actuaciones y de la diligencia obrante en el presente en relación con el estado del concurso de la demandada, según todo lo cual cabe llegar a las siguientes consideraciones
1)Según informa el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de esta Ciudad, en relación con la aquí demandada el 16-11-09 se la declaró en concurso de acreedores,siendo presentada la demanda que cuyo archivo se recurre del día 3 anterior y el auto que la archiva y recurrido del día 9 sucesivo.
2) A la luz de expresados antecedentes fácticos se ha producido la infracción denunciada por la apelante delart. 51.1 de la Ley Concursal, que establece: "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia" de forma que para que sea de aplicación elart. 50.1 de la Ley Concursal inadmitiendo la actual demanda con su archivo debe darse el requisito temporal, de que el procedimiento declarativo de que se trate se inicie con posterioridad a la declaración de concurso, y para determinar la prioridad temporal de uno y otro procedimiento debe estarse, a la fecha de presentación de la demanda individual y a la fecha de declaración del concurso.
3)En consecuencia no cumplido este requisito temporal, se estima recurso y el juzgado de lª instancia deberá continuar el trámite hasta la firmeza de la sentencia a dictar en el presente juicio ordinario.": AAP Valencia (Sección 7) 20.01.2010 (JUR 2010/169793; Auto 14/2010; Rollo 915/200)

“PRIMERO.-La representación procesal de don Benigno y doña Verónica formuló demanda de juicio ordinario contra la mercantil Prodaemi S.L., instando la resolución del contrato de reserva respecto de una vivienda de protección pública que vinculaba a las partes. La demanda fue presentada el día 8 de octubre de 2009.
Mediante Auto de 16 de noviembre de 2009, el juzgado de primera instancia número 3 de lo mercantil, declaró a la demandada en concurso de acreedores, declaración que había pedido la mercantil el día 13 de octubre de 2009, tras realizar la comunicación a que alude el artículo 5.3 de Ley Concursal, que se tuvo efectuada por Auto de 18 de mayo de 2009.
El juzgador de instancia, en la resolución hoy recurrida, y al amparo del artículo 50.1 de la Ley Concursal, se abstiene de conocer las actuaciones acordando el archivo, resolución que es recurrida por la parte demandante invocando diversos motivos que pasamos a examinar.
SEGUNDO.-Para la resolución del presente recurso hemos de partir del contenido de los siguientes preceptos:
El artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda si después es admitida, por tanto, de admitirse la presente los efectos se producirían desde el día 8 de octubre de 2009.
Por su parte, la solicitud de concurso se produjo el día 13 de octubre y el Auto declarando en situación de concurso es de fecha 16 de noviembre.
El artículo 51 de la Ley Concursal, nos dice que: "1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. [...]".
TERCERO.-En su escrito de recurso, la parte apelante invoca que la presentación de la demanda ha sido anterior a la solicitud de concurso, que los efectos del concurso se vinculan a la declaración y que carece de eficacia, a los presentes efectos, la existencia de una previa comunicación sobre una propuesta anticipada de convenio, según la jurisprudencia que cita.
Esta Sala, sin perjuicio de las alegaciones que pueda formular la parte demandada cuando se le de traslado de la demanda, estima que asiste la razón a la actora dado que cuando presentó la demanda, la demandada no se hallaba declarada en concurso de acreedores, es mas, no había presentado ni la solicitud, por lo tanto, hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Concursal, y declarar que procede admitir a trámite la demanda, que quedó en suspenso según providencia de 20 de octubre de 2009, y cuyo conocimiento corresponde al Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Valencia.“ :AAP Valencia (Sección 7) 06.05.2010 (Auto 106/2010; Rollo 155/2010)

AP Zaragoza (Sección 4)

PRIMERO.-La cuestión que se plantea en esa alzada tiene un exclusivo alcance jurídico-procesal y trae causa de una demanda presentada cuando la mercantil demandada no estaba declarada en concurso y que sin embargo sí que lo está cuando es admitida a trámite, pues es declarada en tal situación en el interin entre la presentación y la admisión. Presentada el 28 de abril de 2010, subsanándose defectos relativo a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil el 26 de mayo de 2010 (f.57 y ss), fue declarada en concurso por auto del Juzgado de la Mercantil nº 1 de Zaragoza en fecha 2 de junio de 2010, siendo admitida a trámite la demanda por parte del Juzgado de Primera Instancia el 16 de junio de 2010.
SEGUNDO.-Defiende la mercantil demandante que la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, proscribe la posibilidad de que se admitan a trámite demandas por los jueces del orden civil frente a quien está declarada en concurso.
Para resolver la cuestión hay que partir del momento en el que determina el efecto de litispendencia, que es al que hay referenciar la competencia objetiva del Juzgado. Y este efecto se genera "desde la interposición de la demanda" (art.410 Lec). Cierto que los efectos solidarizados a la litispendencia se producen solo "si después es admitida". Pero como termina de clarificar el art.411.Lec la alteraciones que una vez iniciado el proceso se produzcan en cuanto, entre otros extremos, a la competencia son irrelevantes y, como se ha dicho, la presentación de la demanda es el acto procesal de parte que determinará la competencia. Por tanto la competencia objetiva que se siente en los arts 86 ter 1.1ª y 2º de la LOPJ, art, 8.1ª y 2º de la Ley Concursal no hace claudicante la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia que la tenía el día en el que se le presentó la demanda y por lo tanto de la que no debía conocer el Juez del concurso, que es el presupuesto del art.50 de la Ley Concursal.”: SAP Zaragoza (Sección 4) 26.09.2011 (Sentencia 413/2011; Rollo 311/2011)

0.1.1.1 Caso de interposición el mismo día de la declaración

“PRIMERO.- La concurrencia de procesos judiciales coincidentes temporalmente con el concurso está resuelta perfectamente por el Legislador en losarts. 50 y 51 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal estableciendo el primerode los preceptos que "los jueces del orden civil... ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso... se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso", mientras que para los ya iniciados dispondrá elart. 51que "los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia".
Lo peculiar en el supuesto de autos es que la declaración del concurso es porauto de 17 de enero de 2007, misma fecha de presentación de la demanda, con lo que se podría plantear la duda sobre la preferencia de uno u otro proceso dada esa coincidencia temporal.

En pro de la preferencia del procedimiento concursal cabría invocar el carácter universal de mismo, que atrae a él todas las reclamaciones que quepa hacer contra el concursado, procedimiento que tiene así un carácter unitario y cuya eficacia es inmediata (art. 21.2 Ley Concursal).
Mas la solución en el caso concreto la da la circunstancia de que, aun presentada la demanda declarativa en la misma fecha que en la que se declaró en concurso al demandado, es lo cierto que la misma se presentó con deficiencias procesales, entre ellas la falta del poder original y el justificante del pago de la tasa, lo que motivó providencia de 23 de enero de 2007 para que se subsanaran las mismas de manera que hasta el 30 de enero de 2007 no se admitió a trámite la demanda, momento en que esa admisión estaba vedada por elart. 50 de la Ley Concursal. No opera aquí el efecto de la litispendencia prevenida en losart. 410 y 411 Lec., pues si bien es verdad que el primerode los preceptos referencia lo perpetuatio jurisdictionis al tiempo de presentación de la demanda, si después es admitida, también lo es que elart. 51 L.Concursalmatiza ese efecto, fruto desde luego del carácter universal del procedimiento, permitiendo sólo la continuación de aquéllos procedimientos "que se encuentren en tramitación". Y este declarativo no lo estaba todavía.
No cabe atender a la argumentación del Juzgado en el sentido de que la parte podría haber solicitado la acumulación, pues se trata de una cuestión y de competencia objetiva que debe ser apreciada de oficio, al margen de que se pudiera haber usado o no la declinatoria.
Procede por tanto acoger el recurso de apelación con los efectos prevenidos en elart. 50 de la Ley Concursal.": SAP Zaragoza (sección 4) 15.11.2007 (JUR 2008/175661)

"PRIMERO.-Tras el examen de lo actuado, no puede estar de acuerdo el tribunal con el auto por el que el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Guadaira acordó remitir las actuaciones de que el presente rollo dimana al Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla, a quien estima competente para el conocimiento de las mismas.
SEGUNDO.-Ciertamente, el primero de los efectos que produce la declaración de concurso de una persona es la ampliación de la competencia especializada del juez encargado del concurso de dicha persona, que pasa a conocer de acciones cuyo conocimiento correspondería en principio, por especialidad, a los Jueces de Primera Instancia, y así, conforme a lo dispuesto en el artículo 86, ter, 1, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 8 de la Ley Concursal, le corresponde el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.
TERCERO.-Pero, sin embargo, la declaración de concurso de una persona no altera la competencia del Juez de Primera Instancia que, al tiempo de recaer dicha declaración, ya estuviera conociendo de una demanda contra la misma, debiendo continuar su tramitación hasta la firmeza de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Concursal, y ello como consecuencia de la llamada "perpetuatio iurisdictionis", que se produce desde el momento de la presentación de la demanda, como resulta de lo dispuesto en los artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, de ser posterior la fecha de presentación de la demanda a la de declaración de concurso, el Juez de Primera Instancia debe abstenerse de conocer el asunto, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el juez del concurso, sin remitir a éste las actuaciones, y, de admitir a trámite la demanda, debe ordenar el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado, como señala el artículo 50 de la Ley Concursal.
CUARTO.-Aquí la demanda planteada por Miproma, S.L., contra Occidental Agropecuaria, S.L., se presentó ante el Decanato de los Juzgados de Alcalá de Guadaira el día 25 de Julio de 2.008, el mismo día en que por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla se dictó el auto declarando en concurso a ésta última, pero lo que es evidente, conforme a lo dispuesto en los preceptos antes referidos, es que el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Guadaira no debió haber remitido las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil.
QUINTO.-Consecuentemente, y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede estimar el conflicto negativo de competencia y, conforme a lo dispuesto en el artículo 60,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, remitir las actuaciones al Juzgado que lo planteó a fin de que, a su vez, las remita al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Guadaira, con emplazamiento de las partes ante el mismo, sin que proceda hacer pronunciamiento acerca de las costas causadas.": AAP Sevilla (Sección 5) 22.03.2010 (Auto 79/2010; Rollo 1021/2010)

0.1.2. La fecha de admisión a trámite

AP Guadalajara (cambiario)

"Pero hay una segunda razón, más poderosa si cabe, por la que el recurrente no puede invocar la aplicación a su favor delart. 51.1 LC, y es que este precepto no se refiere a la continuación de los procedimientos que estuvieran meramente iniciados o comenzados, sino que de manera más precisa alude a los juicios [declarativos] "que se encuentren en tramitación", y por definición, aun concediendo a efectos puramente hipotéticos que lo iniciado por D. Julián hubiese sido un juicio declarativo, es claro que dicho juicio no se hallaba en tramitación en el momento en el que recayó el auto de declaración de concurso, puesto que su demanda se hallaba todavía pendiente de admisión o no a trámite, siendo precisamente la inadmisión a trámite de la misma la que ha dado origen al presente recurso. Así pues, el juicio cambiario instado por D. Julián pudo acaso comenzar -como él dice, apelando a la literalidad delart. 821.1 LEC-, con la presentación de la demanda cambiaria, pero dicho juicio [dejando ahora a un lado su carácter no declarativo] no se encontraba todavía en tramitación, para lo que habría sido necesario que la demanda cambiaria hubiera sido admitida a trámite antes de recaer el auto de declaración de concurso. Por ello, es claro que la primera alegación del recurso no puede ser acogida."; AAP Guadalajara 26.02.2009 (JUR 2009\209292)

AP Madrid (Sección 18)

“PRIMERO.-La cuestión que se plantea en el presente recurso de apelación, es la relativa a la fecha a partir de la cual se ha de entender que se ha ejercitado la acción por la parte hoy recurrente, y por tanto si se entiende que dicha fecha debe ser la de presentación de la demanda, la competencia necesariamente debía recaer en el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Collado Villalba, mientras que si se entiende, que la fecha debe ser aquella en la que se procedió a la admisión de dicha demanda, la competencia necesariamente debe decaer en el Juzgado de lo Mercantil que tramita el proceso concursal de la parte demandada, la cuestión necesariamente debe resolverse en el mismo sentido que lo ha realizado el Juez de instancia, puesto que la mera presentación de la demanda no surte efecto alguno en tanto en cuanto no se haya procedido a dar inicio a la tramitación del procedimiento, al igual que la solicitud de declaración de concurso no puede surtir efecto alguno en tanto en cuanto no haya sido acordado dicho concurso, lo que implica y supone la necesaria confirmación de la resolución recurrida.”: AAP Madrid (Sección 18) 24.04.2012 (Auto 88/2012; Rollo 75/2012)

0.2 En cuanto al concurso: la fecha de su declaración, no la de su solicitud

AP Almería (Sección 2)

“SEGUNDO.-Para la correcta resolución del supuesto y atendiendo a tales antecedentes, debe señalarse que es criterio aceptado doctrina reiterada, recogida por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 11.12.2009 al señalar que "...Como ya se ha puesto de relieve en ocasiones precedentes por este tribunal la cuestión planteada se limita a decidir si resulta de aplicación al supuesto de autos el artículo 50 ó el 51 de la Ley Concursal, según se entienda que al declararse el concurso estaba o no en tramitación el proceso ante el Juzgado de Primera Instancia. En primer término conviene indicar que no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal)...";
añadiendo el Auto de igual Audiencia y Sección en Auto de 14.5.2010 que "... las fechas relevantes para decidir si el proceso se encontraba en trámite son, por un lado, la de interposición de la demanda (que determina, desde entonces, todos sus efectos procesales, en concreto el de litispendencia, si es admitida - artículo 410 de la LEC) y, por otro, la de declaración -que no de la mera solicitud-del concurso (a la que se vinculan todos los efectos propios de éste - artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal...".
El artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial relaciona un catálogo de materias cuyo conocimiento atribuye a los Juzgado de lo Mercantil, de manera que éste, como órgano especializado, carece de competencia objetiva para enjuiciar lo que no le viene expresamente atribuido, por razón de la materia, en dicho precepto legal. El resto de las materias civiles no comprendidas en ese ámbito competencial incumben al Juez de Primera Instancia (art. 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Como ha declarado la sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de marzo de 1993, en relación a los órganos especializados, éstos no pueden conocer de otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia.
Por tanto y en aplicación de tal criterio, seguido por este Tribunal, resulta que la demandas de proceso cambiario presentada por la mercantil demandante en el juicio cambiario ante el Juzgado Decano de Almería es anterior a la declaración concursal, de tal modo que los efectos del concurso respecto a aquellos procesos debe determinarse por el cauce del art. 51 L.Co., por lo que iniciada antes de dicha declaración concursal debe continuar hasta que recaiga en la misma resolución definitiva. “:SAP Almería (Sección 2) 17.10.2013 (Sentencia 211/2013; Rollo 242/2012)

AP Baleares (Sección 4)

“SEGUNDO.-Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, cuyo eje es el relativo a decidir qué hacer con un juicio declarativo, en este caso un procedimiento ordinario, que se encuentre en tramitación al tiempo de la declaración de concurso (la fecha de registro de entrada de la demanda de autos fue 11.2.11, siendo admitida a trámite por decreto de fecha 4.3.11; mientras que la declaración del concurso viene dada posteriormente, en concreto por el Auto de 5.4.11), el art. 50 de la Ley Concursal (LC) 22/2003, se ocupa de los efectos de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos que se inicien con posterioridad a dicha declaración, mientras que el art. 51 se refiere a los efectos de ésta sobre los juicios declarativos pendientes. Debiéndose entender por estos aquellos en que la presentación de la demanda haya tenido lugar con anterioridad a la declaración de concurso, siempre que haya sido admitida, siendo en tal caso sus efectos distintos a los del art. 50; conclusión que no es sino corolario de lo previsto en el art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que "la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida ". Disponiendo dicho precepto, artículo 51, en su número 1, párrafo 1º, la norma general merced a la cual los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, "...continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia"; y, si bien, como excepción a la norma general, se disponen en el párrafo 2º unos supuestos de acumulación de oficio al concurso, no se ha pretendido por la parte demandada-apelada ni en el Auto objeto de recurso que nos hallemos ante tales supuestos, ni tampoco estamos hablando de una resolución de instancia en tal sentido, pues se acordó el archivo del procedimiento.
Así las cosas, la Sala considera que, como quiera que los efectos del concurso se vinculan a la declaración judicial de éste, y la situación de litispendencia se produce desde la interposición de la demanda admitida a

trámite, la posterior declaración del concurso por el Juzgado de lo Mercantil no supone que el Juzgado de Primera Instancia haya de dejar de tramitar la demanda ante él presentada. En dicho sentido, la Sala comparte el criterio contenido en los autos citados en el recurso y correspondientes a la Audiencia Provincial de Madrid, que considera, en concreto en el auto de la Sección 28, de fecha 22.11.07, en su Fundamento Jurídico Tercero, que: "...no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal). Por el contrario, el artículo 410 de la LEC establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. En el supuesto enjuiciado, al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n° 15 de Madrid, no se había declarado el concurso por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no impedía que el Juzgado de Primera Instancia admitiera la demanda ante él presentada, como de hecho así lo hizo, con lo que los efectos de la litispendencia se entienden producidos desde la interposición de la demanda, en este caso desde el día 29 de junio de 2006. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que al tiempo de presentarse la demanda solo podía serlo ante los Juzgados de Primera Instancia y nunca ante el Juzgado de lo Mercantil que aún no había declarado el concurso. En consecuencia, no resulta de aplicación el artículo 50 y si el 51.1 de la Ley Concursal, de modo que la competencia para conocer de la demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia que debe tramitarlo hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto.". ": AAP Baleares (Sección 4) 30.03.2012 (Auto 44/2012; Rollo 46/2012)

"SEGUNDO.-Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, cuyo eje es el relativo a decidir qué hacer con un juicio declarativo, en este caso un procedimiento ordinario, que se encuentre en tramitación al tiempo de la declaración de concurso (la fecha de registro de entrada de la demanda de autos fue 11.2.11, siendo admitida a trámite por decreto de fecha 4.3.11; mientras que la declaración del concurso viene dada posteriormente, en concreto por el Auto de 5.4.11), el art. 50 de la Ley Concursal (LC) 22/2003, se ocupa de los efectos de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos que se inicien con posterioridad a dicha declaración, mientras que el art. 51 se refiere a los efectos de ésta sobre los juicios declarativos pendientes. Debiéndose entender por estos aquellos en que la presentación de la demanda haya tenido lugar con anterioridad a la declaración de concurso, siempre que haya sido admitida, siendo en tal caso sus efectos distintos a los del art. 50; conclusión que no es sino corolario de lo previsto en el art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que *"la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida* ". Disponiendo dicho precepto, artículo 51, en su número 1, párrafo 1º, la norma general merced a la cual los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, *"...continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia";* y, si bien, como excepción a la norma general, se disponen en el párrafo 2º unos supuestos de acumulación de oficio al concurso, no se ha pretendido por la parte demandada-apelada ni en el Auto objeto de recurso que nos hallemos ante tales supuestos, ni tampoco estamos hablando de una resolución de instancia en tal sentido, pues se acordó el archivo del procedimiento.
Así las cosas, la Sala considera que, como quiera que los efectos del concurso se vinculan a la declaración judicial de éste, y la situación de litispendencia se produce desde la interposición de la demanda admitida a trámite, la posterior declaración del concurso por el Juzgado de lo Mercantil no supone que el Juzgado de Primera Instancia haya de dejar de tramitar la demanda ante él presentada. En dicho sentido, la Sala comparte el criterio contenido en los autos citados en el recurso y correspondientes a la Audiencia Provincial de Madrid, que considera, en concreto en el auto de la Sección 28, de fecha 22.11.07, en su Fundamento Jurídico Tercero, que: "*...no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal). Por el contrario, el artículo 410 de la LEC establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. En el supuesto enjuiciado, al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n° 15 de Madrid, no se había declarado el concurso por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no impedía que el Juzgado de Primera Instancia admitiera la demanda ante él presentada, como de hecho así lo hizo, con lo que los efectos de la litispendencia se entienden producidos desde la interposición de la demanda, en este caso desde el día 29 de junio de 2006. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que al tiempo de presentarse la demanda solo podía serlo ante los Juzgados de Primera Instancia y nunca ante el Juzgado de lo Mercantil que aún no había declarado el concurso. En consecuencia, no resulta de aplicación el artículo 50 y si el 51.1 de la Ley Concursal, de modo que la competencia para conocer de la demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia que debe tramitarlo hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto."* ": AAP Baleares (Sección 4) 30.03.2012 (Auto 46/2012; Rollo 643/2011)

AP Barcelona (Sección 4)

"PRIMERO Con fecha 20 de octubre de 2008, la empresa actora presentó ante el Decanato de los Juzgados de Igualada demanda de juicio cambiario basada en la falta de pago de los pagarés que acompaña, entregados por la empresa demandada a fin de abonar las facturas expedidas por la actora por el importe correspondiente a la fabricación de diferentes piezas mecanizadas, según encargo recibido, siendo repartida alJuzgado nº 1 el siguiente día 21 de octubre.
MedianteAuto de 23 de octubre de 2008, el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona, declaró el concurso voluntario de la empresa "Solincer Internacional, S.L.".

La Juzgadora de instancia resuelve abstenerse de conocer de la demanda origen de las actuaciones, dirigiendo a la actora al Juzgado Mercantil que conoce del concurso, para que pueda hacer uso de su derecho.
SEGUNDO En este supuesto la tesis de la parte apelante debe prosperar. En efecto, cuando se presentó la demanda origen de estas actuaciones, momento que crea litispendencia, no se había aún declarado el concurso de la empresa demandada. Por tanto, conforme a lo prevenido por losartículos 8, 50 y 51 de la Ley Concursal, el Juzgado de 1ª instancia tramitará el proceso hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de que pueda acordarse su acumulación si el Juez del concurso estimare que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
Consecuencia de lo expuesto es que el recurso debe prosperar, y procede dejar sin efecto la abstención de conocer acordada por la Juzgadora de instancia, debiendo continuar el trámite correspondiente, sin efectuar especial imposición de costas.": AAP Barcelona (Sección 4) 25.06.2009 (RJ 2009/493508; Auto 180/2009; Rollo 16/2009)

AP Barcelona (Sección 11)

"Primero.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR SAMAGAS S.A.
I.- Antecedentes fácticos y procesales.
1.- El día 7 de mayo de 2.010 FERROLI ESPAÑA S.L. presentó demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad contra SAMAGAS S.A. ante el Decano de los Juzgados de Rubí y que fue turnada al Juzgado nº 2 de dicho partido.
2.- El día 10 de mayo de 2.010 el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona declaró en situación de concurso voluntario a SAMAGAS, S.A. sin que conste ordenara la acumulación del anterior proceso.
3.- El día 26 de octubre de 2.010 se declara en situación procesal de rebeldía a SAMAGAS, S.A. y se convoca audiencia previa al juicio.
4.- El día 16 de noviembre de 2.010 SAMAGAS, S.A. comparece en autos y formula una doble petición, principal -carencia sobrevenida de objeto tras haber sido reconocido el crédito de la actora en el concurso- y subsidiaria -allanamiento sin imposición de costas-.
5.- Ese mismo día el Juzgado dicta Sentencia conforme al art. 21.1 LECivil con imposición de costas a la interpelada.
II.- Resolución del recurso.
Frente a esta resolución se alza SAMAGAS, S.A. por medio del recurso que formaliza a los folios 142 a 146 en base a tres motivos:
1º Infracción del art. 51.1 de la Ley 22/03, de 9 de julio, concursal por no haber ordenado la acumulación del presente juicio ordinario al procedimiento concursal.
El motivo se desestima.
A diferencia de lo que sucede con los procesos que se interponen contra el deudor tras su declaración de concurso -en los que la vis atractiva del juez del concurso resulta imperativa (art. 50 LC)-, en el presente la demanda rectora del proceso se interpuso antes de que SAMAGAS, S.A. fuera declarada en concurso: el 7/5/10 se inician los efectos de la litispendencia (art. 410 LECivil) y el 10/5/10 se declara en concurso a la interpelada. En estos supuestos la regla general es la contenida en el art. 51.1 párrafo 1º LC según el cual los juicios declarativos que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso "se continuarán hasta la firmeza de la sentencia". ": SAP Barcelona (Sección 11) 24.05.2012 (Sentencia 255/2012; Rollo 381/2011)

AP Barcelona (sección 13)

"En cuanto al fondo del asunto, elartículo 86 ter.1 de la LOPJ enumera las materias en las que tendrá jurisdicción exclusiva y excluyente el juez del concurso, en una regulación idéntica a la contenida en elart. 8 de la Ley Concursal, entre las que se encuentran "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I delLibro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil...." (apartado 1º). Ahora bien, como bien indica el art 86 ter.1 "Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", por lo que habrá que estar a este respecto a lo que ésta disponga.
En consecuencia, es preciso acudir a lo dispuesto en laLey 22/2003 de 9 de julio,Ley Concursal y en ella encontramos, de una parte, el artículo 50.1 relativo a "Nuevos juicios declarativos" que establece "Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado", precepto aplicado por la juez a quo y que ha determinado su abstención para conocer. Y por otra, elartículo 51.1 LC, referido a la "continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes", que establece que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso (cual es el supuesto de autos, en que la declaración en concurso tuvo lugar el 9.11.08) se continuarán hasta la firmeza de la sentencia", si bien podría procederse a la acumulación del procedimiento al concurso (art. 51.1), mientras se encontrara en primera instancia si así lo acuerda el juez del concurso por estimar que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, acumulación que puede ser solicitada por la administración concursal o por cualquier parte personada, hasta el momento indicado, respectivamente, en el propio precepto.

Así pues, la ley concursal, respecto de los juicios declarativos, como el que nos ocupa, distingue aquellos cuya demanda se interpone tras la "declaración del concurso" (recordemos que el juez de lo mercantil ha de conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el "concursado" - participio pasado-, es decir que haya sido declarado como tal), de aquéllos que en ese momento ya se encuentran en tramitación; en los primeros el juez ha de abstenerse (obligación que determina la nulidad de todo actuado si, a pesar de haberse declarado el concurso el juez civil admite la demanda, con archivo de las actuaciones) mientras que en los segundos el procedimiento ha de seguir hasta sentencia, sin perjuicio de la facultad del juez mercantil de acordar la acumulación al concurso.
De acuerdo con lo establecido en elartículo 410 LEC, si posteriormente es admitida, los efectos procesales de la litispendencia se producen desde la fecha de interposición de la demanda, y desde aquél momento ha de considerarse que el procedimiento se encuentra pendiente. Ciertamente, en el supuesto de autos, la demanda no había sido aún admitida, ahora bien no puede condicionar ni la admisión de la demanda ni la competencia objetiva del juzgado (atendidos los términos de los artículos transcritos) un hecho ocurrido con posterioridad a su presentación; y no podemos olvidar que en el caso que nos ocupa en el momento de la interpelación judicial (11.2.2009) no sólo no se había dictadoauto declarando el concurso (que no recae hasta el día 24.3.2009) sino que ni tan siquiera se había presentado la solicitud de concurso que dio origen a tal declaración (lo que se efectuó en 19.2.2009, según consta en el propio auto de declaración del concurso remitido por testimonio). En definitiva, las fechas a tener en consideración para determinar la competencia objetiva para conocer del declarativo son la fecha de presentación de la demanda de éste y la del auto declarando el concurso (siempre a salvo, como ya se ha remarcado, la posibilidad de acumulación).”: AAP Barcelona (Sección 13) 09.02.2010 (Auto 49/2010; Rollo 712/2009)

AP Barcelona (sección 19)

“PRIMERO El auto de 9 de abril de 2008 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 42 de Barcelona en el curso de los autos de juicio ordinario nº 245/2008 acordaba el archivo del procedimiento instado por LOVIPRO FYNBOS SA frente a SETBEZ SL por haber sido dictado el 4 de marzo de 2008 auto de declaración de concurso voluntario a solicitud de la demandada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona con base en que la presentación de la demanda fue posterior a la solicitud de declaración del concurso. Frente a esta resolución se alza la actora LOVIPRO FYNBOS SA a través del presente recurso de apelación al entender que los hitos temporales determinantes habrían de ser la de las resoluciones de admisión a tramite de la demanda de juicio ordinario y de la de declaración del concurso, solicitando por todo ello la estimación del recurso ordenado la continuación de la tramitación de la causa hasta la firmeza de la sentencia. Por parte de la demandada y apelada se entendió como ajustada a derecho la resolución recurrida al entender que en el momento de declaración del concurso no se estaba tramitando procedimiento alguno en cuanto no había sido admitido a tramite.
SEGUNDO La Sección Segunda del Capitulo de idéntico Ordinal delTitulo III de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, regula en su articulo 50los efectos que sobre las acciones individuales de los acreedores tiene la declaración del concurso resultando así que, en relación con los nuevos juicios declarativos, ordena a los Jueces tanto del Orden Civil como Social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del Concurso que se abstengan de conocerlas, si bien previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del Concurso. Añadiendo como de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. Elartículo 51de la misma Norma se refiere, en cambio, a los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, para los cuales previene su continuación hasta la firmeza de la sentencia con la posibilidad, de acumulación de aquellos que, siendo competencia del Juez del Concurso según lo previsto en elart. 8, entienda este que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. De esta manera la Norma establece un momento determinante e inequívoco para la concreción procesal de las acciones individuales interpuestas por los acreedores y este no será otro que la fecha estricta de declaración de concurso, en este supuesto el 4 de marzo de 2008; no de otro modo puede considerarse el régimen contemplado en laLey 22/2003. así la segunda referencia será la de la fecha de interposición de la demanda, el mismo Art. 50 LC distingue de este modo entre la obligación de abstención en ese momento inicial y el archivo, si se hubiere producido la admisión inadecuadamente; en este mismo supuesto el 26 de febrero de 2008. Definidas de este modo las circunstancias relevantes a considerar hemos de concluir que la causa que nos ocupa ya se encontraba en tramitación al momento de la declaración de concurso, de modo que hemos de acordar su continuación hasta la firmeza de la sentencia con respeto de la facultad de acumulación por el Juez del Concurso si entendiera que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores; así y por tanto, debemos revocar la resolución de instancia acordando la continuación del procedimiento en el sentido expresado.”: AAP Barcelona (sección 19) 29.09.2008 (JUR 2009/39845; Auto 128/2008; Rollo 389/2008)

AP Las Palmas (Sección 4)

“SEGUNDO El lo que atañe a la falta de competencia objetiva, que sería apreciable de oficio (art. 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el recurso no puede prosperar. Ciertamente la entidad actora ha sido declarada en concurso voluntario e intervenida judicialmente; sin embargo la declaración del concurso se efectuó medianteauto de 17 de octubre de 2006, por tanto en fecha posterior a la presentación de la demanda origen del presente procedimiento que lo fue el 23 de enero de 2006. Como quiera que la declaración de concurso ha sido posterior a la presentación e incoación del presente procedimiento ordinario nada impide que se continúe hasta sentencia firme dados los claros términos delart. 51 de la Ley Concursal al no existir reclamación del

mismo por parte del juez del concurso”: SAP Las Palmas (Sección 4) 01.07.2008 (JUR 2009/109911; Sentencia 322/2008; Rollo 101/2008)

AP Las Palmas (Sección 5)

“PRIMERO Para el análisis de la cuestión planteada en esta alzada por la parte apelante hay que partir del contenido delart. 51.1 de la Ley Concursal de 9 de Julio de 2.003y no delart. 50de la citada norma. Ello es así, pues la demanda del juicio cambiario que nos ocupa, (juicio declarativo especial), tuvo entrada el pasado 16 de Marzo de 2.007 y elauto judicial del Juzgado de lo Mercantil declarando el concurso es de 23 de marzode 2.007, siendo esta fecha la que se ha de tener en cuenta y no la solicitud, pues el primero de los preceptos mentados se refiere expresamente a os juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, el cual coincide con el de la declaración judicial y no con el momento de la solicitud del concurso.”: AAP Las Palmas (Sección 5) 15.04.2009 (JUR 2009/284188; Auto 54/2009; Rollo 822/2007)

“CUARTO.- Resulta preciso senalar que los efectos de la declaración del concurso se producen desde el auto en que se acuerda, como así se desprende de los artículos 50 y siguientes de la ley Concursal en los que el legislador en todo momento se refiere a la declaración del concurso y del artículo 21 de la propia Ley, mientras que respecto al momento que debe tenerse en cuenta para decidir si un procedimiento declarativo se ha presentado con anterioridad o no a la declaración del concurso, debe estarse a la fecha de la presentación de la demanda, como dispone el artículo 410 de la L.E.C. por lo tanto, observamos que el presente procedimiento de juicio ordinario, planteado ante el Juzgado de Primera Instancia de del domicilio del deudor en Arrecife de Lanzarote, se interpuso mediante demanda la cual fue, además, admitida por auto a trámite antes de la declaración del concurso.”: AAP Las Palmas (Sección 5) 05.05.2011 (Auto 68/2011; Rollo 151/2011)

AP Madrid (Sección 12)

“PRIMERO Se interpuso solicitud de juicio monitorio en reclamación de 9.498,96 ? el principal y admitida a trámite y efectuado el requerimiento de pago, la demandada presentó escrito indicando que se encontraba en situación de concurso.
El auto que se recurre acordó el archivo de las actuaciones, remitiendo al acreedor al juez que conociese del concurso.
SEGUNDO El recurrente indica en su recurso que únicamente consta en autos la solicitud de la declaración de concurso voluntario de la demandada, si bien no ha recibido comunicación alguna por parte del juzgado conocedor del procedimiento Concursal, solicitando por ello que no se archive las actuaciones en tanto no se presente por parte de la demandada auto por el que se declare el concurso e inicio del mismo.
TERCERO El recurso debe ser estimado, dado que la demandada, efectivamente, ha aportado la solicitud de declaración de concurso voluntario, si bien no consta que dicha solicitud haya motivado auto declarándola en situación de concurso.
Debe entenderse que la situación de concurso a efecto de acumulación de procesos, se inicia una vez que se ha dictado auto declarando el concurso con arreglo a lo dispuesto en losartículos 14 y 21 y concordantes de la Ley Concursal, dado que sólo entonces puede hablarse de "concursado", término que utiliza elartículo 8. 1 de la citada Ley Concursal, así como alartículo 86 ter. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por su parte, también elartículo 51 de la Ley Concursal al hacer referencia a la continuación y acumulación de procedimientos, se refiere a aquellos que se hubiesen iniciado después de la declaración de concurso, lo cual revela que los efectos sobre los procedimientos en curso se producen a partir de dicha declaración de concurso; por todo lo indicado y debiendo ceñirse la presente resolución a las cuestiones en que han sido planteadas en la misma (artículo 465. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), debe estimarse el recurso, sin perjuicio de que una vez que se hubiese acreditado la declaración de concurso se acuerde lo procedente con arreglo a derecho.”: AAP Madrid (Sección12) 15.07.2009 (JUR 2009/430825; Auto 521/2009; Rollo 473/2008)

AP Madrid (Sección 21)

“se ha de estar a fin de resolver si el proceso estaba "en tramitación" o no cuando fue declarada aquélla en situación concursal, porque lo relevante, en este último caso, no es la fecha de presentación de la solicitud de declaración de concurso, porque todos los efectos se vinculan a la ésta última (artículos 21.4, 49, 51, 60, 61, 71, entre otros, todos ellos de la Ley Concursal) sino la fecha en que fue declarada en esa situación.
En este caso concreto, es cierto, que la declaración de concurso fue el 27 de febrero de 2006, fecha en la que aún no se había resuelto la admisión de la demanda, pero lo relevante no es la fecha del auto de admisión sino el de la presentación, si se admitió; y en este caso fue admitida la demanda, por tanto la fecha que debe tenerse en cuenta para resolver es la de 26 de enero de 2006, momento en el que la codemandada REBERMA REFORMAS S.A no había sido declarada "en concurso" por tanto mal podría ser el tribunal competente a aquella fecha el Juzgado número 5 de lo Mercantil, que es el que está conociendo del mismo. Y ello porque según lo dispuesto en elartículo 410LECla litispendencia se produce desde la presentación de la demanda una vez admitida.”: AAP Madrid (sección 21) 26.03.2008 (JUR 2008\163389; Auto 89/2008; Rollo 619/2007)

AP Madrid (Sección 28)

"...no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre

otros muchos, de la Ley Concursal). Por el contrario, el artículo 410 de la LEC establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. En el supuesto enjuiciado, al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n° 15 de Madrid, no se había declarado el concurso por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no impedía que el Juzgado de Primera Instancia admitiera la demanda ante él presentada, como de hecho así lo hizo, con lo que los efectos de la litispendencia se entienden producidos desde la interposición de la demanda, en este caso desde el día 29 de junio de 2006. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que al tiempo de presentarse la demanda solo podía serlo ante los Juzgados de Primera Instancia y nunca ante el Juzgado de lo Mercantil que aún no había declarado el concurso. En consecuencia, no resulta de aplicación el artículo 50 y si el 51.1 de la Ley Concursal, de modo que la competencia para conocer de la demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia que debe tramitarlo hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto.": AAP Madrid (Sección 28) 22.11.2007 [citado por AAP Baleares (Sección 4) 30.03.2012 (Auto 44/2012; Rollo 46/2012)]

"TERCERO Como ya se ha puesto de relieve en ocasiones precedentes por este tribunal la cuestión planteada se limita a decidir si resulta de aplicación al supuesto de autos elartículo 50 ó el 51 de la Ley Concursal, según se entienda que al declararse el concurso estaba o no en tramitación el proceso ante el Juzgado de Primera Instancia.
En primer término conviene indicar que no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal)": AAP Madrid (Sección 28) 11.12.2009 (JUR 2010/69286; Auto 210/2009; Rollo 381/2009)

"Las fechas relevantes para decidir si el proceso estaba en trámite a los efectos del artículo 51 de la Ley Concursal, son, por un lado, la de interposición de la demanda (que determina, desde entonces, todos sus efectos procesales, en concreto el de litispendencia, si es admitida -artículo 410 de la LEC) y, por otro, la de declaración -que no de la mera solicitud-del concurso (a la que se vinculan todos los efectos propios de éste -artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).": AAP Madrid (Sección 28)14.05.2010 (Auto 70/2010; Rollo 126/2010)

"Las fechas relevantes para decidir si el proceso estaba en trámite a los efectos del artículo 51 de la Ley Concursal, son, por un lado, la de interposición de la demanda (que determina, desde entonces, todos sus efectos procesales, en concreto el de litispendencia, si es admitida -artículo 410 de la LEC) y, por otro, la de declaración -que no de la mera solicitud-del concurso (a la que se vinculan todos los efectos propios de éste -artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).": AAP Madrid (Sección 28) 08.06.2010 (Auto 88/2010; Rollo 286/2009)

"SEGUNDO.-. La aplicación del artículo 50 de la Ley Concursal y la interpretación que del mismo se efectúa en las resoluciones de esta sección de 25 de octubre y 22 de noviembre de 2007 conducen, precisamente, a la solución contraria a la adoptada en la resolución recurrida a pesar de la cita expresa que se hace de las mismas, pues lo relevante no es la fecha en que se haya turnado la demanda al correspondiente Juzgado sino la fecha de la interposición de la demanda que es la que ha de cotejarse con la del auto de declaración del concurso.
La resolución recurrida considera, erróneamente, que lo relevante es que la declaración de concurso (15 de marzo de 2010) sea anterior a la fecha de entrada de la demanda en el Juzgado (18 de marzo de 2010), cuando debía haber atendido a la fecha de la presentación de la demanda (18 de febrero de 2010, tal y como consta en el sello estampado en la primera hoja de la demanda y en la propia hoja de reparto), siendo irrelevante a estos efectos la demora producida en el registro y reparto por parte de la correspondiente oficina del Decanato.
En realidad, la cuestión planteada se limita a decidir si resulta de aplicación al supuesto de autos el artículo 50 o el 51 de la Ley Concursal, según se entienda que al declararse el concurso estaba o no en tramitación el proceso promovido ante los Juzgados de lo Mercantil con motivo de la presentación de la demanda.
A estos efectos es intranscendente la fecha de la presentación de la solicitud de concurso pues todos sus efectos se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).
Por el contrario, el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida.": AAP Madrid (Sección 28) 20.05.2011 (Auto 67/2011; Rollo 513/2010)

"En primer término conviene indicar que no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).
Por el contrario, el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. Es más, en el supuesto analizado la admisión de la demanda fue también anterior a la declaración de concurso
Al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid no se había declarado el concurso de la entidad codemandada por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no afectaba a la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia.

Resulta una obviedad tener que afirmar que en el momento de la presentación de la demanda, ésta sólo podía presentarse ante los Juzgados de Primera Instancia y nunca ante el Juzgado de lo Mercantil que aún no había sido declarado el concurso.": AAP Madrid (Sección 28) 30.01.2015 (Auto 23/2015; Rollo 283/2014)

AP Sevilla (Sección 6)

"El art. 8 de la Ley Concursal ha de ser interpretado conjuntamente con otros preceptos de dicha ley, en concreto con el art. 51.1, que prevé que "[l]os juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores".
A estos efectos, como declaran los Autos de la Sección 28ª (Mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de octubre y 22 de noviembre de 2007, entre otros, no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso, sino la de la declaración, pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (arts. 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71 LC). Por el contrario, el artículo 410 LEC establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. Si al tiempo de la presentación de la demanda de juicio declarativo no se había declarado el concurso, como es el caso de autos, no resulta de aplicación el artículo 50 y sí el 51.1 LC, de modo que la competencia para conocer de la demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia que debe tramitarlo hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto, lo que aquí no consta que se haya solicitado y que en todo caso sería cuestión ajena a lo planteado en el recurso.
Por tanto, no procede declarar la nulidad de actuaciones por falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia. ":SAP Sevilla (Sección 6) 19.05.2011 (Sentencia 173/2011; Rollo 8321/2010)

AP Valencia

"Entiende la Sala, con el recurrente, que el precepto aplicable, en este supuesto, no es el invocado por el Juzgado de Primera Instancia –artículo 50 LC- sino el artículo 51 del mismo Cuerpo legal, y ello por las siguientes razones:
a) Cabe precisar, en primer lugar, para clarificar la situación, que el concurso fue presentado el 2 de Enero de 2.008, y la demanda de juicio declarativo, posterior, el 17 de Enero de 2.008, dictándose auto de admisión a trámite del procedimiento ordinario el 1 de febrero de 2.008, y del concurso voluntario el 8 de febrero de 2.008, auto que declaró a la entidad LEMARSA en estado de concurso voluntario abreviado.
b) La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil como supletoria de la Ley Concursal se limita a los aspectos procesales. Así lo precisa la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal, que invoca el Juzgador, al indicar que tal supletoriedad se refiere a lo no previsto –procesalmente- en esta Ley, y, específicamente, al cómputo de todos los plazos, siendo de aplicación "los principios" de ordenación formal y material del proceso. Por tanto, sólo ante la ausencia de norma específica o imposibilidad de valoración de las mismas cabría acudir a la LEC para integrar un aspecto procesal no regulado en aquella.
c) El artículo 410 LEC, también invocado por el Juzgador de Primera Instancia, se refiere a los efectos procesales de la interposición de la demanda, si después es admitida, que se concretan –a los efectos de litispendencia- en la fecha de presentación de aquella, pero los efectos del concurso, tal y como resulta del artículo 21,2 de la Ley Concursal, comienzan a producirse desde el auto de declaración de concurso, y "de inmediato", a partir de dicha fecha, sin que exista norma similar a la expresada de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino, muy al contrario, una norma específica que pospone la producción de efectos del concurso a la "declaración" de dicha situación.
d) Tal mención no es casual, si tenemos en cuenta que la propia Ley Concursal establece en su artículo 13 que la decisión ha de ser inmediata a la presentación del concurso –aunque ello, indudablemente, en ocasiones se vea entorpecido por el excesivo peso soportado por los Juzgados llamados a valorar tales cuestiones- lo que conlleva que, seguidamente, el concurso sea declarado –a solicitud del deudor, como aquí sucede- o admitida a trámite la solicitud de cualquier otro legitimado, lo que determina, a su vez (artículo 16 LC) que se ordene por el juez la formación de la sección primera, conforme el artículo 183, siendo este el momento inicial, como nuevamente se reitera, de producción de efectos.
e) Por lo expuesto, cabría, en este caso, aplicar el artículo 51 ley concursal, y no el 50, ya que, tal y como destaca el recurrente, la admisión a trámite de la demanda de juicio ordinario, producida por auto de 1-2-08, ha de entenderse, en cuanto a litispendencia, retrotraída a la presentación de la demanda, esto es, 17 de Enero de 2.008, y la declaración de concurso voluntario se produjo por auto de 8 de Febrero de 2.008. Por tanto, el juicio declarativo se encontraba "en tramitación al momento de la declaración de concurso" que es, literalmente, lo que indica el artículo 51,1 LC, y, por ende, ha de continuarse dicha tramitación, como expresa el precepto, hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 8 LC, que, desde luego, no es la cuestión que se ha sometido a nuestra valoración. Existe incluso, un sector doctrinal que apunta la hipótesis de que la demanda se presente una vez solicitado el concurso y antes de su declaración y se admita a trámite "después" de declarado el concurso, y, aún así considera que por efecto de la litispendencia civil (artículo 410 LEC) sería aplicable el artículo 51 y no el artículo 50 de la Ley Concursal, lo que, evidentemente, y con mayor motivo, sucedería aquí, por lo ya razonado, en que tanto la presentación como la admisión del juicio ordinario son anteriores a la declaración de concurso, por lo que procede dictar resolución en el sentido que se dirá, acogiendo el recurso planteado.": AAP Valencia 13.11.2008

“PRIMERO.- El auto del Juzgado de Primera Instancia 20 de los de Valencia de 22 de septiembre de dos mil ocho, inadmite a trámite la demanda de procedimiento cambiario instada por la entidad UTE SEDE UNIVERSITARIA contra la mercantil GESTIÓN INMOBILIARIA VELETA SL EN LIQUIDACIÓN, por considerar que con arreglo al contenido del artículo 50.1 de la Ley Concursal no procedía su admisión a trámite al haber tenido conocimiento el Juzgado del hecho de hallarse la demandada en situación concursal, según informe de la Oficina de Reparto del Decanato que indicó la existencia de procedimiento de concurso 730/08 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil 1 de los de Valencia.

Contra la expresada resolución se alza la representación de la demandante cambiaria – folio 26 y los siguientes de las actuaciones – quien interesa la revocación de la resolución dictada argumentando que al tiempo de acordarse la inadmisión no se había producido la declaración del concurso, que ni siquiera al tiempo de la interposición del recurso de apelación había pronunciamiento judicial relativo a tal declaración, pues el hecho de que se haya presentado la solicitud en la Oficina de Reparto no determina la existencia de resolución judicial estimatoria de la misma. Y siendo así, argumenta la recurrente que la decisión judicial no se ajusta la realidad de los hechos, máxime cuando la declaración de concurso tiene carácter constitutivo y sólo cuando éste se declara se producen los efectos que le son propios, pero no con anterioridad, y por tanto la competencia objetiva para conocer del procedimiento cambiario incumbía al Juez de Primera Instancia, por lo que interesa la revocación de la resolución recurrida y que se ordene al indicado Juzgado la admisión a trámite de la demanda.

SEGUNDO.- En Auto de 13 de noviembre de 2008 (Pte. Sra. Andrés Cuenca) dijimos:

“Entiende la Sala, con el recurrente, que el precepto aplicable, en este supuesto, no es el invocado por el Juzgado de Primera Instancia –artículo 50 LC- sino el artículo 51 del mismo Cuerpo legal, y ello por las siguientes razones:

a) Cabe precisar, en primer lugar, para clarificar la situación, que el concurso fue presentado el 2 de Enero de 2.008, y la demanda de juicio declarativo, posterior, el 17 de Enero de 2.008, dictándose auto de admisión a trámite del procedimiento ordinario el 1 de febrero de 2.008, y del concurso voluntario el 8 de febrero de 2.008, auto que declaró a la entidad LEMARSA en estado de concurso voluntario abreviado.

b) La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil como supletoria de la Ley Concursal se limita a los aspectos procesales. Así lo precisa la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal, que invoca el Juzgador, al indicar que tal supletoriedad se refiere a lo no previsto –procesalmente- en esta Ley, y, específicamente, al cómputo de todos los plazos, siendo de aplicación “los principios” de ordenación formal y material del proceso. Por tanto, sólo ante la ausencia de norma específica o imposibilidad de valoración de las mismas cabría acudir a la LEC para integrar un aspecto procesal no regulado en aquella.

c) El artículo 410 LEC, también invocado por el Juzgador de Primera Instancia, se refiere a los efectos procesales de la interposición de la demanda, si después es admitida, que se concretan –a los efectos de litispendencia- en la fecha de presentación de aquella, pero los efectos del concurso, tal y como resulta del artículo 21,2 de la Ley Concursal, comienzan a producirse desde el auto de declaración de concurso, y “de inmediato”, a partir de dicha fecha, sin que exista norma similar a la expresada de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino, muy al contrario, una norma específica que pospone la producción de efectos del concurso a la “declaración” de dicha situación.

d) Tal mención no es casual, si tenemos en cuenta que la propia Ley Concursal establece en su artículo 13 que la decisión ha de ser inmediata a la presentación del concurso –aunque ello, indudablemente, en ocasiones se vea entorpecido por el excesivo peso soportado por los Juzgados llamados a valorar tales cuestiones- lo que conlleva que, seguidamente, el concurso sea declarado –a solicitud del deudor, como aquí sucede- o admitida a trámite la solicitud de cualquier otro legitimado, lo que determina, a su vez (artículo 16 LC) que se ordene por el juez la formación de la sección primera, conforme el artículo 183, siendo este el momento inicial, como nuevamente se reitera, de producción de efectos.

e) Por lo expuesto, cabría, en este caso, aplicar el artículo 51 ley concursal, y no el 50, ya que, tal y como destaca el recurrente, la admisión a trámite de la demanda de juicio ordinario, producida por auto de 1-2-08, ha de entenderse, en cuanto a litispendencia, retrotraída a la presentación de la demanda, esto es, 17 de Enero de 2.008, y la declaración de concurso voluntario se produjo por auto de 8 de Febrero de 2.008. Por tanto, el juicio declarativo se encontraba “en tramitación al momento de la declaración de concurso” que es, literalmente, lo que indica el artículo 51,1 LC, y, por ende, ha de continuarse dicha tramitación, como expresa el precepto, hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de lo indicado en el artículo 8 LC, que, desde luego, no es la cuestión que se ha sometido a nuestra valoración. Existe incluso, un sector doctrinal que apunta la hipótesis de que la demanda se presente una vez solicitado el concurso y antes de su declaración y se admita a trámite “después” de declarado el concurso, y, aún así considera que por efecto de la litispendencia civil (artículo 410 LEC) sería aplicable el artículo 51 y no el artículo 50 de la Ley Concursal, lo que, evidentemente, y con mayor motivo, sucedería aquí, por lo ya razonado, en que tanto la presentación como la admisión del juicio ordinario son anteriores a la declaración de concurso, por lo que procede dictar resolución en el sentido que se dirá, acogiendo el recurso planteado. “

TERCERO.- De los antecedentes remitidos a este Tribunal únicamente consta que la demanda de procedimiento cambiario que da origen al expediente fue presentada en el Decanato de los Juzgados de Valencia el día 31 de julio de 2008 y repartida al Juzgado de Primera Instancia 20, quien en fecha 15 de septiembre de 2008, de oficio, interesó del Decanato información acerca de si la entidad demandada se encontraba o no en situación concursal. De la diligencia obrante al folio 18 se desprende la única información de figurar procedimiento de concurso nº 730/08 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, pero no consta ni la fecha de presentación de la solicitud de concurso ante el Decanato, ni que a la fecha de 15 de septiembre de 2008 en que se extiende la diligencia haya constancia alguna acerca de que efectivamente

hubiera mediado la declaración de concurso por parte del órgano jurisdiccional al que le fue turnado – Mercantil 1 -, o por el contrario, se hubiera declarado su inadmisión.
En tales circunstancias, y teniendo presente cuanto resulta de la resolución precedentemente transcrita, la Sala considera que procede la revocación del Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia 20, pues no constando la declaración del concurso de la demandada a la fecha en la que se dicta el auto de inadmisión a trámite de la demanda de procedimiento declarativo cambiario, sino únicamente la mera presentación de una solicitud turnada al Juzgado de lo Mercantil 1 de los de Valencia, en ese concreto momento procesal, no era procedente la resolución dictada por el Juzgado de 1ª. Instancia, por cuanto que no consta que se hubieran desplegado los efectos del concurso." : AAP Valencia 15.01.2009

"PRIMERO.- El auto recurrido inadmitió a trámite el escrito inicial de juicio declarativo declarando el archivo de los autos por entender que la entidad demandada Perelló e Hijos, S.A., se encontraba en situación de concurso cuando se presentó la demanda de juicio ordinario, previniendo al demandante para que use su derecho ante del Juez del Concurso.
SEGUNDO.- Frente a tal modo de razonar, la parte recurrente alega, en síntesis, que con base a lo dispuesto en el art. 51.1 Ley 22/03, de 9 de julio, Concursal, la fecha que debe tener en cuenta a estos efectos no es la de la solicitud del concurso, como establece el auto que se recurre, sino la data de declaración del concurso.
TERCERO.- La ley concursal distingue, a estos efectos, entre la formulación de juicios nuevos (art. 50) y juicios pendientes (art. 51). Así mientras el artículo primero establece que los jueces del orden civil y del orden social ante quien se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso, se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que use de su derecho ante éste, el segundo establece que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.
En este caso, Matadero Cunícola Gregorio Lora, S.L., presentó el 20 de octubre de 2011 demanda de juicio ordinario contra la mercantil Perelló e hijos SA en reclamación de 32.080,92 E, que fue admitida a trámite el día 25 de octubre siguiente. Sin embargo, la demandada fue declarada en concurso en fecha posterior, el 15 de noviembre de 2011, por lo que conforme a lo expuesto, el procedimiento objeto de litigio se encontraba en fase tramitación cuando fue declarada la situación de concurso, por lo que procede continuar las actuaciones ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Valencia hasta la firmeza de la sentencia, por ser éste donde se inició (SAP Valencia (Sección 7ª), Auto núm. 14/2010, de 20 enero, SAP de Huelva (Sección 3ª), Auto núm. 74/2011, de 16 septiembre)": AAP Valencia (Sección 6) 04.04.2012 (Auto 66/2012; Rollo 71/2012)

AP Valladolid (Sección 1)

"Insiste la parte recurrente en sus argumentos sobre la falta de competencia del Juzgado "a quo". Deben rechazarse por las razones que ya expresó el Juzgador en los autos de 10 de marzo de 2011 y 11 de abril del mismo año pues de acuerdo al art. 51. 1 de la Ley concursal los juicios declarativos iniciados antes de la declaración del concurso se continuarán tramitando ante el mismo Tribunal que viniese conociendo de ellos. El momento temporal para que se produzca la pérdida de competencia del Tribuna civil es incuestionable, tal como está redactado el precepto, y no es otro que el de la declaración del concurso. Esta se produjo el día 3 de marzo de 2010 mediante auto del Juzgado de lo Mercantil. La demanda iniciadora de este proceso es anterior a dicha fecha por lo que el acierto de los autos dictados por el Juzgador es indiscutible. Al margen de que en el segundo auto expone el Juzgador "a quo" otro argumento jurídico irrebatible cuando menciona el art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial según el cual la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en el caso del ejercicio de acciones civiles (las aquí ejercitadas presentan esa naturaleza) con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado y en el supuesto enjuiciado es el concursado el que está accionando.": SAP Valladolid (Sección 1) 01.10.2012 (Sentencia 344/2012; Rollo 177/2012)

0.2.1 Tesis contraria: la de solicitud

AP Madrid (Sección 18)

"PRIMERO La parte apelante en el escrito fundamentador de su recurso de apelación, impugna la resolución de instancia, alegando en esencia, que la demanda iniciadora del presente procedimiento se interpuso tres días antes de la fecha en que se dictó el auto de 20 de febrero declarando en concurso la mercantil demandada Dylma, aún siendo esto cierto también lo es que la solicitud de concurso se produjo con anterioridad a la presentación de la demanda objeto del presente recurso de apelación, por lo que no puede establecerse la comparación entre fecha de presentación de la demanda y fecha de admisión del concurso, sino que debe compararse la fecha de presentación de la demanda con la fecha de solicitud del concurso y siendo por tanto esta anterior, la resolución del Juez de instancia es correcta, en cuanto que acuerda de conformidad con la Ley Concursal la abstención de conocimiento del asunto y el archivo del mismo respecto de la entidad Dylma Obras y Servicios S.L.": AAP Madrid (Sección 18) 01.07.2009 (JUR 2009/342397; Auto 162/2009; Rollo 375/2009)

AP Barcelona (Sección 14) (cambiario)

"Dispone elartículo 50 de la Ley Concursal, que de admitirse a trámite la demanda, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan formalizado. Elartículo 51 de la misma

Ley Concursal dice que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentre en trámite al momento de la declaración de concurso continuarán hasta la firmeza de la sentencia. Elartículo 8, párrafo 3º dispone que será competente para concer los juicios ejecutantes el juez de lo mercantil de forma exclusiva y excluyente. En igual sentido, elartículo 86 ter. 1 de la LOPJ.
Pues bien, en el supuesto de autos la presentación de la presente demandada es de fecha posterior a la declaración de concurso (providencia de veintiocho de octubre de dos mil ocho), pero lo más importante es que a los efectos de la litispendencia (art. 410 de la LEC) el auto de declaración de concurso de acreedores se retrotrae al momento en que se ha presentado la solicitud (presentación de demanda) de forma que formulada esta petición el día veintiocho de septiembre de dos mil ocho (tal como consta en el auto aportado, al folio 35) es claro que la presentación de este juicio cambiario es posterior a dicha fecha.
Cabe añadir que, aunque se apreciara que la fecha a tener en cuenta no es la de la presentación de la petición de concurso voluntario, sino la del auto de declaración de concurso, conforme a la norma que se contempla en elartículo 55 de la Ley Concursal, el juzgador de instancia debería suspender el juicio en el estado en que se hallare, de manera que como sea que no nos encontramos ante un juicio declarativo (ordinario) sino ante un proceso singular de ejecución cambiaria, procede la confirmación del auto apelado.”: AAP Barcelona (Sección 14) 05.03.2009 (JUR 2009/379390; Auto 46/2009; Rollo 27/2009)

“PRIMERO El Juzgado mediante el auto objeto del recurso se abstiene de conocer de la demanda de juicio cambiario presentada por estar la demandada en situación de concurso y ello en virtud de lo dispuesto en losarts. 8 y 50 de la Ley Concursal.
El actor apelante impugna la resolución alegando que cuanto presentó la demanda el concurso no se había declarado por lo que escapa a la acción atractiva del concurso.
SEGUNDO Ciertamente elauto de declaración de concurso es de 23 de octubre de 2008 y la demanda del juicio cambiario se presentó por el aquí demandante y apelante el 20 de octubre, pero no es menos cierto que, según aquel auto, la solicitud de concurso se presentó el 26 de septiembre, siendo ésta la fecha determinante de la producción de la litispendencia y las consecuencias que, según elart. 411, se producen, entre ellas, las relativas a la jurisdicción y competencia.
Admitida una demanda, en este caso la de concurso, los efectos se producen cuando se dicta el auto, pero retrotrayéndolos al momento de la presentación de aquélla, debiendo estarse a la situación existente en ese momento y siendo indiferentes, a los efectos de la jurisdicción y competencia por lo que aquí interesa, los cambios e incidencias, entre ellas las producidas por la mayor o menor tardanza del Juzgado en el dictado del auto de admisión y la presentación de una reclamación en ese periodo, que puedan haberse producido. La fecha que determina la atracción por los efectos del concurso es la de 26 de septiembre y por ello debe ser confirmada la decisión adoptada por el auto impugnado.”: AAP Barcelona (Sección 11) 14.10.2009 (JUR 2009\489751; Auto 358/2009; Rollo 547/2009)

0.2.2 Fecha del auto, no la fecha de notificacion del auto

“TERCERO Ahora, debemos analizar si además tiene competencia objetiva para el enjuiciamiento del asunto. Indudablemente que no tiene competencia sobre las entidades jurídicas que previamente han sido declaradas en concurso por el Juzgado de Primera Instancia de Badajoz. Los efectos de la declaración del concurso se produce desde la fecha de la declaración del concurso y no desde su notificación como pretende la parte apelante, pues el estado de concursado se adquiere desde la fecha de la declaración judicial no desde la notificación de la resolución.”: AAP Cádiz (Sección 2) 13.01.2010 (JUR 2010/127413; Auto 9/2010; Rollo 440/2009)

0.2.3 Concurso extranjero previa declaración cautelar

“PRIMERO Por la representación de la parte actora se apela elAuto del Juzgado de Instancia, de fecha 1 de junio de 2009, por el que se acuerda la abstención de este Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Burgos para conocer de la solicitud de Juicio Ordinario (autos 599/09) formulada por la Procuradora doña María Francisca Vattier Lagarrigue, en nombre y representación de Step 2000, S.L., contra Fabricación de Bisagras, S.A. Previniendo a la parte actora de que use su derecho ante el Juzgado de 1ª Instancia de Wuppertal (Alemania), en el que ha sido declarada en concurso la demandada Fabricación de Bisagras, S.A. Procédase al archivo de todo lo actuado; pretendiéndose en esta alzada su revocación y se declare la admisión a trámite de la demanda instada por esa parte el día 30 de abril de 2009.
SEGUNDO La cuestión básica que se plantea como objeto de esta alzada consiste en determinar el momento en el que se ha producido "la declaración de concurso" de la sociedad demandada, Fabricación de Brisagras S.A., como hecho determinante de la aplicación de lo dispuesto por elart. 51-1 Ley Concursal para la continuación de los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación en ese momento, en cuanto establece que "los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia".
La resolución recurrida data ese momento en el 3 de febrero de 2009, porque la mercantil demandada "se encuentra en situación de concurso provisional", en virtud de resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Wuppertal (Alemania) - apreciándose de oficio la falta de competencia objetiva,art. 48.1 LEC, pues la demanda de reclamación de cantidad se presentó el 30 de abril de 2009 -.
La resolución recurrida se funda en elAuto del Juzgado de Primera Instancia de Wuppertal, de 3 de febrero de 2009, folios 107 ss, recaído en el procedimiento de declaración de insolvencia sobre el patrimonio de la sociedad demandada, "con el fin de proteger la futura masa concursal y para mejor proveer...", nombra

administrador concursal provisional (procedimiento principal de insolvencia provisional) señalando sus funciones y finalidad, con vistas a la fase que denomina de "apertura de juicio".
Para el Juzgado de Instancia, esta resolución, la equipara a una declaración de concurso delart. 51-1 LC, obviando toda referencia alAuto, de fecha 1 de mayo de 2009, del Juzgado de Primera Instancia de Wuppertal, Auto de procesamiento (procedimiento principal de insolvencia), en el que se expresa " se abre procedimiento principal de insolvencia según elArtículo 3 párrafo 1 EU/nsVO por incapacidad de pago y sobreendeudamiento ".
Sigue diciendo que la "apertura tiene lugar en virtud de la solicitud de la deudora presentada en elJuzgado el 2-2-2009 ".
Se nombra administrador concursal (no ya provisional) y se convoca para la Junta General de acreedores. Las reclamaciones se presentan ante el Administrador Concursal así como las garantías de los acreedores, se acuerda la suspensión de pagos a la deudora, examen y reconocimiento de créditos etc.).
TERCERO Planteados en estos términos la cuestión controvertida, procede analizar cuáles son los momentos en que debe entenderse a esos efectos, por declaración del concurso y por inicio de un procedimiento declarativo. Respecto de este último hay que entender la fecha de interposición de la demanda, conforme alart. 410 LEC, que señala el comienzo de la litispendencia desde la interposición de la demanda, y así se infiere, implícitamente, de la resolución recurrida, al establecer como fecha de relación comparativa, la de presentación de la demanda, 30 de abril de 2009, folio 2.
En cuanto a lo primero, sería la fecha del auto de declaración de concurso-art. 21.2 LC- que "contendrá "los pronunciamientos que establece el apartado 1 delprecepto mencionado, ordenándose la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta (apartado 3) concernientes a Administración Concursal, efectos de la declaración del concurso, informe de la administración concursal y determinación de las masas activa y pasiva.
La cuestión, entonces, se reduce a si elAuto, de fecha 3 de febrero de 2009, del Juzgado de Wuppertal, se puede calificar como de declaración de concurso (provisional, para la resolución recurrida).
En la legislación española se produce la declaración del concurso a instancia del deudor-art. 14 LC - con su solicitud y la aportación documental correspondiente; y a instancia de persona legitimada para instar el concurso necesario-art. 15 LC - que previamente se admite a trámite, en cuyo caso pueden adoptarse medidas cautelares para asegurar la integridad patrimonial del deudor.
ElAuto de 3 de febrero de 2009, del Juzgado de Wuppertal, tiene mas este sentido cautelar, por admisión a trámite de una solicitud de procedimiento principal de insolvencia, con carácter provisional -a instancia de Fabisa- que una propia declaración de concurso, que se abre con elAuto de 1 de mayo de 2009 - aclarándose que la apertura tiene lugar en virtud de la solicitud de la deudora, presentada en eljuzgado el 2-2-2009, folio 137 -con efectos o pronunciamientos análogos o asimilables a los propios de una declaración de concurso-ex art. 21-1 LC - debiéndose significar que, en el ordenamiento concursal español, no existe una declaración de concurso provisional; se declara o no, pero de manera definitiva; existiendo, eso si, la posibilidad de adopción de medidas cautelares, una vez admitida la solicitud de concurso necesario, previamente a su declaración.
CUARTO En consecuencia, procede la estimación del recurso de apelación, sin hacer especial imposición de costas procesales causadas en esta alzada, a tenor de lo dispuesto en elart. 398 LEC.": AAP Burgos (sección 3) 17.02.2010 (JUR 2010/146423; Auto 72/2010; Rollo 507/2009)

0.2.4 Irrelevancia de la fecha de la comunicación ex art. 5.3

"SEGUNDO: Solicita la recurrente que se deje sin efecto la sentencia apelada y que se retrotraigan los efectos del Auto de declaración de concurso de fecha 16 de febrero de 2010 al tiempo de la comunicación al Juzgado de la presentación de la propuesta anticipada de convenio por parte de las empresas concursadas, acordándose que ante la situación concursal la apelante, sea el Juzgado de lo mercantil de Madrid nº7 el competente para dilucidar sobre la deuda reclamada. Tal pretensión no puede prosperar por los propios fundamentos de la sentencia apelada, anteriormente aceptados y dados por reproducidos en esta ocasión procesal en la que únicamente podemos resaltar que en el caso no se está siguiendo ejecución alguna contra la recurrente sino que únicamente se está en la fase declarativa, que ya estaba en tramitación al momento de la declaración de concurso, por lo que conforme al artículo 51.1, debe continuar su tramitación hasta la firmeza de la sentencia al no haber hecho uso el Juzgado de lo mercantil de la facultad que le concede el último inciso de dicho párrafo, no pudiendo la parte pretender con éxito que la referencia temporal venga dada ya no por la declaración del concurso sino por la presentación de la propuesta anticipada de convenio pues el legislador, también tras la reforma introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, sigue disponiendo, expresamente, que es la declaración del concurso el referente temporal a los efectos ahora considerados, por lo que obligado resulta confirmar el pronunciamiento controvertido por los propios fundamentos de la resolución apelada, sin entrar siquiera en los argumentos de fondo allí esgrimidos, en cumplimiento del artículo 465.5 de la ley procesal, al no ser cuestionados en el recurso, con el que no se niega la deuda sino la competencia del juzgado para declararla lo cual ya ha sido acertadamente resuelto por el juzgado por más que la parte venga a estimar, en definitiva, que el artículo 51.1 de la Ley concursal no debería referirse a la fecha de declaración del concurso sino, en los casos del artículo 5.3, a un momento anterior. ": SAP Huesca 29.11.2010 (Sentencia 258/2010; Rollo 310/2010)

0.2.5 Caso de estimación de concurso voluntario inicialmente rechazado, con efectos retroactivos

AP Huesca

"PRIMERO.- 1. Nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción. Si bien el juez del concurso es competente para conocer de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del

concursado", art. 8.1 de la Ley Concursal (LC), el art. 51.1 dispone que "los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia". La autonomía de estos procedimientos que quedan fuera de la competencia del juez del concurso está reforzada por el art. 53.1, "las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda".
2. Una cosa es la fecha a la que se refieren los efectos de la declaración del concurso, 21 de noviembre de 2008, como resultado de la estimación del recurso de apelación por la Audiencia de Madrid -auto de 28 de junio de 2010- y la armonización de esta resolución con el procedimiento de concurso voluntario, declarado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid -auto de 15 de septiembre de 2009 -, en virtud de la cual fijó la fecha de declaración de concurso necesario, y otra muy diferente que todos los procedimientos iniciados o concluidos a partir de esa fecha (21 de noviembre de 2008) hasta la fecha de admisión del concurso voluntario (auto de 15 de septiembre de 2009) en juzgados que no sean el del concurso sean nulos. Pues durante ese lapso no existía ningún concurso y no podían operar las normas competenciales antes indicadas. En este sentido, el art. 21.2 LC dispone que "el auto producirá sus efectos de inmediato,[#] y será ejecutivo aunque no sea firme", de lo que se deduce, a sensu contrario, que si no se admite a trámite o se rechaza la solicitud no se produce ninguno de los efectos anudados a esta declaración. “:SAP Huesca (Sección 1) 28.06.2012 (Sentencia 128/2012; Rollo 279/2011)

“SEGUNDO : 1. La codemandada MAPFRE CAUCIÓN Y CRÉDITO interesa principalmente en su recurso la nulidad del procedimiento por falta de jurisdicción (en realidad, por falta de competencia objetiva), debido a que la otra codemandada, NOZAR, ha sido declarada en concurso en el procedimiento 837/2009, que se sigue en el Juzgado de lo mercantil número 2 de Madrid, y mediante Auto de 17 de septiembre de 2010 allí dictado se ha acordado "declarar como fecha de declaración del concurso necesario la de 21 de noviembre de 2008".
La petición no puede acogerse sobre la base de los argumentos que ya expusimos en nuestra reciente sentencia de 28 de junio de 2012 dictada en un caso similar al presente, en el que la propia MAPFRE CAUCIÓN Y CRÉDITO aducía la misma excepción.
Allí dijimos que si bien el juez del concurso es competente para conocer de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", según el artículo 8.1 de la Ley Concursal, el artículo 51.1 de la misma ley dispone que "los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia". Esto es lo que ocurre en el procedimiento que nos ocupa, el cual se inició con demanda presentada el 8 de junio de 2009. La autonomía de estos procedimientos que quedan fuera de la competencia del juez del concurso está reforzada por el artículo 53.1, a cuyo tenor "las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda".
Por otro lado -seguíamos diciendo-, una cosa es la fecha a la que se refieren los efectos de la declaración del concurso, 21 de noviembre de 2008, y otra muy diferente que sean nulos todos los procedimientos iniciados o concluidos a partir de entonces (21 de noviembre de 2008) hasta la fecha de admisión del concurso voluntario (Auto de 15 de septiembre de 2009) en los Juzgados distintos al del concurso, porque durante ese lapso no existía ningún concurso y no podían operar las normas competenciales antes indicadas. “:SAP Huesca (Sección 1) 27.07.2012 (Sentencia 155/2012; Rollo 266/2011)

“PRIMERO : Las dos demandadas condenadas en la instancia, la una como promotora y vendedora del inmueble - vivienda, garaje y trastero- objeto del contrato concertado en su día con los actores y la otra como aseguradora de la anterior, impugnan ahora la decisión adoptada por el Juzgado. Es preciso observar, con carácter previo, que el referido inmueble pertenece a la misma promoción de viviendas (promoción Las Margas del sector Latas de Sabiñánigo) a la que también pertenecían otros inmuebles que en su momento fueron objeto de pleitos de los que ya ha conocido esta Sala en vía de apelación y en los que también eran partes codemandadas quienes ahora son apelantes, por lo que algunas de las cuestiones planteadas en los respectivos recursos deberán recibir ahora una respuesta idéntica a la que recibieron en las otras ocasiones anteriores.
Así sucede, en primer lugar, con la petición de nulidad del procedimiento por falta de jurisdicción planteada por la aseguradora, y ello porque la otra codemandada, la promotora y vendedora del inmueble, ha sido declarada en concurso en el procedimiento seguido bajo el número 837/2009 ante el Juzgado de lo Mercantil Nº Dos de Madrid, en el cual se acordó, mediante Auto de 17 de septiembre de 2010, "declarar como fecha de declaración del concurso necesario la de 21 de noviembre de 2008". Esta misma cuestión fue examinada y resuelta en nuestras recientes Sentencias de 28 de junio y de 27 de julio de 2012, correspondientes a procesos en que la misma aseguradora hoy apelante planteaba idéntica excepción. Dijimos en aquellas ocasiones que, si bien el juez del concurso es competente para conocer de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", según el artículo 8.1 de la Ley Concursal, el artículo 51.1 de la misma Ley dispone que "los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia". Esto es lo que ocurre en el procedimiento que en este momento nos ocupa, el cual se inició con demanda presentada el 29 de enero de 2009. La autonomía de estos procedimientos que quedan fuera de la competencia del juez del concurso, añadíamos en nuestros precedentes, está reforzada además por el artículo 53.1, a cuyo tenor "las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las

resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda". Por otro lado, decíamos también, una cosa es la fecha a la que se refieren los efectos de la declaración del concurso, 21 de noviembre de 2008, y otra muy diferente que sean nulos todos los procedimientos iniciados o concluidos a partir de entonces (21 de noviembre de 2008) y hasta la fecha de admisión del concurso voluntario (Auto de 15 de septiembre de 2009) en los Juzgados distintos al del concurso, porque durante ese lapso no existía aún ningún concurso y no podían operar las normas competenciales antes indicadas. Todo ello debe dar lugar al rechazo de este primer motivo de recurso.": SAP Huesca (Sección 1) 25.10.2012 (Sentencia 210/2012; Rollo 230/2011)

1. Continuación hasta sentencia de los juicios declarativos en curso ante JPI

AP Alicante (Sección 5)

"PRIMERO LaLey Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuestos o puedan interponer los acreedores. Elartículo 51.1 dice " 1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en elart. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores".
De lo expuesto en el citado precepto se deriva respecto de los juicios declarativos que se continuará hasta la firmeza de la sentencia, pero no podrá iniciarse ninguna ejecución, según dispone elartículo 55 de la misma Ley, ni tampoco podrá acordarse la acumulación al procedimiento concursal, salvo que el Juez del concurso así lo acuerde expresamente.
La única peculiaridad radica que, en caso de intervención el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará autorización de la administración concursal para desistir, allanarse o transigir; y en caso de suspensión de facultades al concursado la administración concursal le sustituirá en los procesos en trámite (y necesitará autorización judicial para desistir, allanarse o transigir), sin perjuicio del derecho del deudor a mantener su representación separada si garantiza que los gastos no recaerán sobre la masa del concurso.
Es cierto que podrá decretarse, a instancia de la administración concursal o de cualquier parte personada, la acumulación de esos procesos al concurso si, estando dentro de su abanico competencial (para lo que hay que atender alartículo 8 de la Ley Concursal), el juez mercantil estima que su resolución tiene "trascendencia sustancial" para la formación del inventario o la lista de acreedores(artículo 51 de la Ley Concursal). La apreciación de este requisito es una facultad legalmente reservada al juicio del juez del concurso que no puede ser suplantada por otro órgano judicial distinto de éste. Porque el legislador no ha previsto que se acumule automáticamente al concurso todo lo que ya esté en trámite contra el patrimonio del concursado sino sólo lo más relevante y previa comprobación de ello por el juez del concurso, al objeto de no dilatar el complejo trámite concursal.
SEGUNDO El acreedor afectado tiene, sin duda, derecho a que su reclamación sea resuelta, pero lógicamente por su cauce natural para ello, es decir, ante el Juez de Primera Instancia al que correspondió su demanda y que debe seguir conociendo de ella hasta dictar sentencia, puesto que todavía estaba tramitando la fase declarativa del juicio. Ello permitirá que se desvanezca el carácter litigioso de dicho crédito.
Aplicado lo expuesto al presente supuesto que, se inicia con la presentación la demanda en fecha 17 de septiembre de 2008, y es con posterioridad incluso a la contestación de fe cha 23 de diciembre de 2009, cuando se declara medianteauto dictado en fecha 12 de enero de 2009 del juzgado de lo mercantil nº 2 de Alicante, el estado de concurso voluntario de la mercantil demandada, y la hipótesis de que como consecuencia del procedimiento civil pudiera producirse alguna modificación en la determinación de la masa activa o pasiva del concurso. Tampoco es determinante de la atribución de competencia pues elart. 82.3 de la citada Ley 22/2003, de 9 de julio, que permite la modificación del inventario como consecuencia de pleitos que se susciten en reclamación de cantidades de las que no es competente el Juez del concurso, lo que nos lleva a estimar el recurso y en consecuencia considerar que el juez de primera instancia es competente para continuar la tramitación del procedimiento iniciado con anterioridad a la declaración de concurso.": AAP Alicante (Sección 5) 13.01.2011 (JUR 2011/119644; Auto 6/2011; Rollo 467/2010)

AP Baleares (Sección 4)

"SEGUNDO.-Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, cuyo eje es el relativo a decidir qué hacer con un juicio declarativo, en este caso un procedimiento ordinario, que se encuentre en tramitación al tiempo de la declaración de concurso (la fecha de registro de entrada de la demanda de autos fue 11.2.11, siendo admitida a trámite por decreto de fecha 4.3.11; mientras que la declaración del concurso viene dada posteriormente, en concreto por el Auto de 5.4.11), el art. 50 de la Ley Concursal (LC) 22/2003, se ocupa de los efectos de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos que se inicien con posterioridad a dicha declaración, mientras que el art. 51 se refiere a los efectos de ésta sobre los juicios declarativos pendientes. Debiéndose entender por estos aquellos en que la presentación de la demanda haya tenido lugar con anterioridad a la declaración de concurso, siempre que haya sido admitida, siendo en tal caso sus efectos distintos a los del art. 50; conclusión que no es sino corolario de lo previsto en el art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que *"la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida* ". Disponiendo dicho precepto, artículo 51, en su número 1, párrafo 1º, la norma general merced a la cual los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, *"...continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia";* y, si bien, como

excepción a la norma general, se disponen en el párrafo 2º unos supuestos de acumulación de oficio al concurso, no se ha pretendido por la parte demandada-apelada ni en el Auto objeto de recurso que nos hallemos ante tales supuestos, ni tampoco estamos hablando de una resolución de instancia en tal sentido, pues se acordó el archivo del procedimiento.
Así las cosas, la Sala considera que, como quiera que los efectos del concurso se vinculan a la declaración judicial de éste, y la situación de litispendencia se produce desde la interposición de la demanda admitida a trámite, la posterior declaración del concurso por el Juzgado de lo Mercantil no supone que el Juzgado de Primera Instancia haya de dejar de tramitar la demanda ante él presentada. En dicho sentido, la Sala comparte el criterio contenido en los autos citados en el recurso y correspondientes a la Audiencia Provincial de Madrid, que considera, en concreto en el auto de la Sección 28, de fecha 22.11.07, en su Fundamento Jurídico Tercero, que: "*...no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal). Por el contrario, el artículo 410 de la LEC establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. En el supuesto enjuiciado, al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n° 15 de Madrid, no se había declarado el concurso por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no impedía que el Juzgado de Primera Instancia admitiera la demanda ante él presentada, como de hecho así lo hizo, con lo que los efectos de la litispendencia se entienden producidos desde la interposición de la demanda, en este caso desde el día 29 de junio de 2006. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que al tiempo de presentarse la demanda solo podía serlo ante los Juzgados de Primera Instancia y nunca ante el Juzgado de lo Mercantil que aún no había declarado el concurso. En consecuencia, no resulta de aplicación el artículo 50 y si el 51.1 de la Ley Concursal, de modo que la competencia para conocer de la demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia que debe tramitarlo hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto"* :AAP Baleares (Sección 4) 30.03.2012 (Auto 46/2012; Rollo 643/2011)

AP Barcelona (Sección 11)

"Primero.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR SAMAGAS S.A.
I.- Antecedentes fácticos y procesales.
1.- El día 7 de mayo de 2.010 FERROLI ESPAÑA S.L. presentó demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad contra SAMAGAS S.A. ante el Decano de los Juzgados de Rubí y que fue turnada al Juzgado nº 2 de dicho partido.
2.- El día 10 de mayo de 2.010 el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona declaró en situación de concurso voluntario a SAMAGAS, S.A. sin que conste ordenara la acumulación del anterior proceso.
3.- El día 26 de octubre de 2.010 se declara en situación procesal de rebeldía a SAMAGAS, S.A. y se convoca audiencia previa al juicio.
4.- El día 16 de noviembre de 2.010 SAMAGAS, S.A. comparece en autos y formula una doble petición, principal -carencia sobrevenida de objeto tras haber sido reconocido el crédito de la actora en el concurso- y subsidiaria -allanamiento sin imposición de costas-.
5.- Ese mismo día el Juzgado dicta Sentencia conforme al art. 21.1 LECivil con imposición de costas a la interpelada.
II.- Resolución del recurso.
Frente a esta resolución se alza SAMAGAS, S.A. por medio del recurso que formaliza a los folios 142 a 146 en base a tres motivos:
1º Infracción del art. 51.1 de la Ley 22/03, de 9 de julio, concursal por no haber ordenado la acumulación del presente juicio ordinario al procedimiento concursal.
El motivo se desestima.
A diferencia de lo que sucede con los procesos que se interponen contra el deudor tras su declaración de concurso -en los que la vis atractiva del juez del concurso resulta imperativa (art. 50 LC)-, en el presente la demanda rectora del proceso se interpuso antes de que SAMAGAS, S.A. fuera declarada en concurso: el 7/5/10 se inician los efectos de la litispendencia (art. 410 LECivil) y el 10/5/10 se declara en concurso a la interpelada. En estos supuestos la regla general es la contenida en el art. 51.1 párrafo 1º LC según el cual los juicios declarativos que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso "se continuarán hasta la firmeza de la sentencia".
Es cierto que esta norma tiene como excepción la posible acumulación al concurso de los juicios que, siendo competencia del juez del concurso según el art. 8 LC, se encontraran en tramitación en primera instancia, como era el caso del presente. Ahora bien, ello exigía el planteamiento del correspondiente incidente de acumulación por los sujetos legitimados para ello -art. 51.1.2º párrafo LC -ante el juez del concurso pues es a él a quien compete valorar si el juicio en trámite "tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores." En este sentido se pronuncia el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Murcia, Sec. 4ª, el 22/12/11 invocando el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) de 11 de marzo de 2.010.
Al no constar que dicha petición hubiera sido articulada, y por tanto hubiera sido requerido el juzgado de primera instancia de acumulación por el juez del concurso, no se aprecia la infracción denunciada por la recurrente.
2º Infracción del art. 22.1º LECivil por no haber apreciado la carencia sobrevenida de objeto del presente juicio ordinario tras haber sido incluido el crédito de FERROLI ESPAÑA, S.L. en la lista de acreedores elaborada en el proceso concursal.

El motivo se rechaza por dos razones: 1.- la pretensión de la actora, tal como fue planteada al inicio de la litispendencia, no se ha visto colmada durante la tramitación del proceso pues aquélla no pretendía solo el reconocimiento de su crédito por SAMAGAS, S.A., sino su cobro efectivo y 2.- el art. 51.1 LC. ordena de manera tajante -sin influencia del proceso concursal- la prosecución del juicio que se hallare en trámite antes de la declaración del concurso hasta que se dicte una resolución judicial en forma de "sentencia". Este mandato excluye la aplicación del supuesto previsto en el art. 22.1º LECivil en el que el proceso concluye por medio de un decreto del Secretario y anteriormente por auto. ": SAP Barcelona (Sección 11) 24.05.2012 (Sentencia 255/2012; Rollo 381/2011)

AP Cáceres

"PRIMERO Frente alAuto de fecha 25 de Junio de 2.008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Navalmoral de la Mataen los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 572/2.006, conforme al cual se acuerda la abstención de dicho Organo Jurisdiccional del conocimiento de la Demanda presentada por Dª.Yolanday veintiséis más contra Jaraoliva, S.L., correspondiendo conocer del asunto indicado al Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres, se alza la parte apelante -demandante, Dª.Yolanday veintiséis más- alegando, básicamente y en esencia, como único motivo del Recurso, aun cuando no se diga de forma expresa en el Escrito de Interposición del mismo, la infracción de precepto legal por indebida aplicación, o por interpretación errónea, delartículo 51 de la Ley Concursal. En sentido inverso, la parte apelada -demandada, Jaraoliva, S.L.- se ha opuesto al Recurso de Apelación interpuesto, interesando su desestimación y la confirmación del Auto recurrido.
SEGUNDO Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, el único motivo en el que aquél se sustenta denuncia -como se acaba de anticipar- la infracción de precepto legal por indebida aplicación, o por interpretación errónea, delartículo 51 de la Ley Concursal, postulando la parte actora apelante, en este sentido y en términos sucintos, la competencia del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Navalmoral de la Mata para conocer del presente Proceso dado que la Demanda origen del mismo había sido presentada y admitida a trámite por dicho Juzgado y se encontraba sustanciándose con anterioridad a que el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres hubiera declarado en situación de concurso voluntario a la entidad demandada Jaraoliva, Sociedad Limitada, porAuto de fecha 13 de Junio de 2.008.
La decisión adoptada por el Juzgado de instancia en elAuto recurrido, de fecha 25 de Junio de 2.008 (conforme a la cual se abstiene del conocimiento de la Demanda origen de este Proceso estimando la competencia del Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres), descansa en la aplicación de losartículos 37.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 86.1ter de laLey Orgánica del Poder Judicial y 51de la Ley Concursal, a través de una interpretación de los expresados preceptos que, en modo alguno, puede compartir este Tribunal.
Pues bien, en este sentido y con carácter preliminar, conviene significar, por un lado, que, en el presente supuesto, no es de aplicación elartículo 50 de la Ley 22/2.003, de 9 de Julio, Concursal, por cuanto que la Demanda origen del presente Juicio Ordinario se interpuso con notable antelación a que el Juzgado de lo Mercantil de Cáceres declarara en situación de concurso voluntario al deudor Jaraoliva, Sociedad Limitada; y, por otro, que no debe desconocerse que losartículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civilestablecen que "la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la Demanda, si después es admitida" y que "las alteraciones que, una vez iniciado el Proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del Juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia". No cabe duda, pues, que la decisión sobre la competencia objetiva (que es la que ha rechazado el Juzgado de instancia absteniéndose de conocer de la Demanda origen de este Proceso) pasa, exclusivamente, por la aplicación delartículo 51.1 de la Ley 22/2.003, de 9 de Julio, Concursal; y, a juicio de este Tribunal, la exégesis hermenéutica del referido precepto es clara y, por tanto, no presenta ningún tipo de dificultad interpretativa, pudiendo ya anticiparse, sin embargo, que los Razonamientos Jurídicos del Auto impugnado resultan radicalmente inadmisibles.
De este modo, elapartado 1 del artículo 51 de la Ley Concursal, en su primer párrafo, dispone que "los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la Sentencia; no obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del Juez del concurso según lo previsto en elartículo 8, se estén tramitando en primerainstancia y respecto de los que el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores", añadiendo el párrafo segundo del mismo apartado y artículo que "la acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores". Luego, resulta patente que la regla general es que el Juicio Declarativo -en el que sea parte el deudor- en tramitación en el momento de la declaración de concurso (que constituye el supuesto de autos) ha de continuar tramitándose por el Juzgado de Primera Instancia -que viene conociendo del mismo- ante el que se interpuso la Demanda hasta la firmeza de la Sentencia, en cuanto que la ejecución de la misma es competencia del Juzgado de lo Mercantil (artículo 8 de la Ley Concursal), y lo que no abriga género de duda alguno es el hecho de que el Juzgado de Primera Instancia que viene conociendo del Juicio Declarativo no puede, en ningún caso (ni de oficio ni a instancia de parte), abstenerse del conocimiento de la Demanda y declarar la competencia del Juzgado de lo Mercantil, cuando la acumulación de Procesos que contempla elartículo 51 de la Ley Concursalsólo puede acordarla el Juez del concurso (es decir, el Juzgado de lo Mercantil) y siempre que "estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores", de forma tal que la parte demandada en el presente Juicio Ordinario -si

conviene a su interés el que este Proceso se acumule a otros en los que aparezca como deudor la misma sociedad demandada- solo podrá postular tal pretensión ante el Juzgado que conozca del concurso, único Organo Jurisdiccional competente para dirimir sobre la expresada acumulación de Juicios.
Consiguientemente, procede declarar y mantener la Competencia Objetiva del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Navalmoral de la Mata para conocer de la Demanda de Juicio Ordinario interpuesta por Dª.Yolanday veintiséis más contra Jaraoliva, S.L., al que se contraen las presentes actuaciones, continuando el indicado Proceso por sus trámites en el estado en el que se encontraba en el momento inmediatamente anterior al del Auto recurrido; todo ello sin perjuicio de que el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres pueda acordar la acumulación de Juicios conforme a las prescripciones establecidas en elartículo 51 de la Ley 22/2.003, de 9 de Julio, Concursal.": AAP Cáceres 06.02.2009 (JUR 2009\191654)

"SEGUNDO Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario partir de los siguientes antecedentes que constan en las actuaciones. A tal efecto, en fecha 16 de julio de 2.008 el actor presentó demanda de juicio ordinario contra la mercantil demandada en reclamación de la cantidad de 7.591,65? por impago de las facturas acompañadas. En fecha 22 de julio de 2.008 se admitió a trámite la demanda, emplazando a la demandada, quine en fecha 26 de septiembre d 2.008 presenta escrito de contestación, negando los hechos y la deuda, ni que hubiera tenido relaciones comerciales con el actor, solicitando se desestime la demanda. En el primer Otrosí pone de manifiesto que la mercantil demandada se encuentra en situación legal de concurso voluntario, segúnAuto de fecha 25 de julio de 2.008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Toledo, lo que ponía en conocimiento a los efectos de que se remitieran los autos a dicho Juzgado de Toledo. El Ministerio Fiscal emitió informe alegando que de conformidad con losArts. 8.1 y 50.1 Ley 22/03, de 9 de julio, ley Concursal, la competencia para conocer de la presente demanda correspondía al Juzgado de lo Mercantil de Toledo, como así se acordó por el Auto que hoy se recurre.
TERCERO Sentado lo anterior, la cuestión planteada consiste en determinar cual es el alcance o afectación del proceso concursal a los restantes procedimientos judiciales, ya que proliferación de acciones y ejecuciones no es compatible con un proceso universal como el concurso. De ahí que la declaración de un deudor en concurso incida sustancialmente sobre los procedimientos declarativos (Art.51) y de ejecución pendientes (Art.55), así como sobre aquellas acciones que se puedan promover con posterioridad (Art.50 en fase declarativa y 55.1en fase de ejecución). Es la conocida vis atractiva del concurso.
Ahora bien, en el supuesto examinado resulta que el Auto declarando en Concurso de acreedores a la mercantil demandada es posterior, a la presentación de la demanda y posterior al auto admitiendo a trámite la misma, por lo que asiste razón a la parte apelante en cuanto que debe aplicarse lo dispuesto en elArt. 51.1 L Concursal, a cuyo tenor "1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia".
Cuando interpone la demanda el Concurso aún no había sido declarado, por lo que el procedimiento debe continuar hasta alcanzar sentencia firme, conforme alArt. 51.1 LC.
LaLey Concursal distingue que la pretensión sea declarativa (Arts. 50 y 51), arbitral (Art. 52) o ejecutiva (Arts. 55y ss). Si es declarativa, como en este caso, puede suceder que se plantee antes o después de la declaración del concurso. De ser anterior, como aquí sucede, elArt. 51.1ordena continuar hasta la firmeza de la sentencia.
También puede el concursado oponerse, como también ha sucedido, en cuyo caso se seguirán los trámites del juicio declarativo que corresponda por la cuantía, hasta llegar a sentencia firme. Es decir, si el procedimiento si inicia antes de la declaración del concurso no puede suspenderse sin más, sino que el Juzgado debe continuar hasta alcanzar resolución firme, y a partir de ahí, suspender su conocimiento.
No es posible paralizar el procedimiento, porque debe finalizar habitualmente, con sentencia tras su oposición. Privar de ese derecho al deudor es inadmisible, incluso aunque se encuentre en situación de concurso, y además carece de fundamento legal, porque insistimos, elArt. 51.1. de la Ley Concursalobliga, simplemente, a continuar hasta que se dicte sentencia firme.
CUARTO Si el conocimiento del Juzgado de 1ª Instancia fuera posterior a la declaración de concurso, que no es el caso, la propia norma dispone en elArt. 50.1 LCque "de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado". Pero este precepto, citado por el Ministerio Fiscal, no es de aplicación al supuesto examinado, pues estamos ante una simple reclamación de cantidad por impago de unas facturas, y lo que debe verificar el Juzgado de primera instancia es lo que disponen los artículos citados, es decir, llevar el asunto hasta que se alcance sentencia firme si hay oposición (Art. 51.1. LC), y ello porque la demanda que nos ocupa se presentó y admitió a trámite con anterioridad a la declaración de concurso, pues el archivo sólo hubiera procedido, si la demanda hubiera sido es posterior a tal declaración, como dispone elArt. 50 LC, que no es el caso.
En conclusión, procede estimar el recurso, revocar la resolución recurrida, y en su lugar, siendo competente el Juzgado de instancia, deberá continuar con la tramitación del procedimiento hasta sentencia firme.": AAP Cáceres 09.02.2009 (JUR 2009/191508; Auto 25/2009; Rollo 49/2009).

"PRIMERO. -El presente procedimiento se inició por demanda de juicio ordinario. En fecha 19 de noviembre de 2012, se dictó en el mismo, auto por el que el Juzgado de la Primera Instancia se declaraba incompetente para conocer del asunto, previniendo a las partes personadas para que usen de su derecho ante el órgano judicial que se considera competente, es decir, ante el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, al encontrarse la entidad demandada JOSÉ MARÍA RUIZ MATEOS, S.A. en situación de concurso declarado por dicho juzgado.
Contra esta resolución se formuló recurso de apelación por el demandante en el que se sostenía la infracción por la resolución recurrida del art. 51 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal que, rectamente aplicado, supone que la competencia para el conocimiento el presente asunto corresponda al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Cáceres.

SEGUNDO.- La Ley Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuesto o puedan interponer los acreedores frente al concursado. Así, regula los efectos del concurso respecto de las acciones declarativas anteriores y posteriores a la declaración del concurso, o respecto de las ejecuciones individuales, ejecuciones laborales o apremios administrativos.
En concreto, por lo que se refiere a los efectos del concurso respecto de las acciones declarativas entabladas contra el concursado, la Ley Concursal distingue según que la demanda se haya interpuesto antes o después de declarado el concurso. Así, el art. 50 de la LC señala que " Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado"
Por su parte, el artículo 51 de la citada Ley, señala que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.
Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.
Pues bien, la aplicación de los preceptos referidos al supuesto litigioso, determina con claridad la necesidad de revocar la resolución impugnada, puesto que si bien es cierto que la demandada, JOSÉ MARÍA RUIZ MATEOS S.A., se encuentra en situación de concurso, también lo es que la demanda que encabeza las presentes actuaciones es anterior a la declaración de concurso de la entidad. En efecto, mientras la demanda se presentó el día 25 de mayo de 2011, el concurso de la demandada se declaró por auto de 27 de julio de 2012 del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, tal como figura en el B.O.E. de 7 de agosto de 2012. En estas circunstancias, es claro que la competencia para conocer de este asunto corresponde al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Cáceres, hasta la firmeza de la sentencia": AAP Cáceres (Sección 1) 22.01.2013 (Auto 14/2013; Rollo 3/2013)

AP Cádiz (Sección 5)

"PRIMERO.-Establece el artículo 51 de la Ley Concursal, en su redacción vigente al tiempo de la resolución que" 1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el art. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.
Por la Juez a quo se olvida la secuencia de hechos: El presente procedimiento declarativo ordinario es consecuencia de un proceso monitorio anterior. Fruto de la oposición de la demandada, la demandante formuló demanda de juicio ordinario con fecha 11 de enero de 2010.Dicha demanda fue admitida a trámite el 28 de enero de 2010.Con fecha 3 de mayo de 2010, no habiendo comparecido la demandada dentro del plazo para contestar a la demanda, se la declaró en situación de rebeldía procesal y se señaló para la Audiencia Previa el día 24 de septiembre. El día 7 de septiembre por el procurador Sr. López Ibáñez, procurador de Pedro Romero, S.A. se formuló declinatoria de jurisdicción en atención a que el Juzgado de lo Mercantil por auto de 28 de julio de 2010 declaraba en concurso a la entidad demandada. Por lo tanto, como se deduce del iter procesal expuesto, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 51 de la LC en sentido de que habrá de seguirse el procedimiento hasta su finalización por sentencia, sin perjuicio de que por el Juzgado de lo Mercantil pueda hacerse valer el supuesto contemplado en dicho artículo y acuerde su acumulación por ser de interés o sustancial, cuestión que ha de ser valorada por dicho órgano a petición de la administración concursal o de cualquier parte interesada, a fin de acordar se proceda a la acumulación. No consta resolución alguna en dicho sentido por el Juzgado de lo Mercantil por lo que entretanto, ha de continuar la tramitación ante el juzgado de primera instancia. ": AAP Cádiz (Sección 5) 09.03.2012 (Auto 20/2012; Rollo 9/2012)

AP Granada (Sección 3)

"PRIMERO El auto recurrido, dictado por el Juzgado de instancia, archivó el proceso ordinario al considerarlo terminado por pérdida sobrevenida de interés jurídico(art. 22.1 L.E.C.) al haber sido declarada en concurso voluntario la sociedad demandada que, además, había formulado reconvención días antes de esa declaración por el Juzgado de lo Mercantil ante el que, implícitamente, la resolución emplaza a las partes para hacer valer sus respectivas pretensiones, que no son otras, por la demandante principal (Castell Bueno, S.L.), que reclamar de la ahora concursada, Andaluzas de Edificación 2001, S.A., la cantidad 11.968'32 € , como importe de las retenciones practicadas por ésta como subcontratante de la actora en dos procesos de edificación concluidos hace tiempo y frente a la que formuló oposición y reconvención la ahora concursada en reclamación de los gastos de reparación de esas obras e indemnización por retraso de ejecución en cantidades que, practicada la compensación oportuna, supondrían un saldo a su favor de 14.426'21 € .
La demanda principal se interpuso el 9 de octubre de 2009; la reconvención el 5 de enero de 2010 y la declaración de concurso se acordó por Auto de 15 de febrero de 2010 y tras contestar a la demanda la actora principal y solicitar el desglose de documentos para comunicar su crédito a la administración concursal el Juzgado de oficio dictó la resolución recurrida que se combate en apelación, por la demandada-reconviniente y

en concurso, desde argumentos que han de prosperar al vulnerar el Auto apelado el art. 51 de la L. Concursal, que claramente establece, como regla general, que la competencia exclusiva por el Juez Mercantil tras la declaración del concurso no se extiende a los procedimientos declarativos civiles, iniciados por la concursada o contra ella antes de la declaración del concurso, sobre los que el Juez de 1ª Instancia mantendrá la competencia hasta la conclusión de los mismos por resolución firme, si bien con las matizaciones y restricciones en orden a la capacidad de obrar de la concursada que establece elart. 51 y 54 de la L.C. según que sus facultades de administración hayan sido suspendidas y sustituidas o, como aquí ocurre o cabe presumir, hayan sido intervenidas(art. 40 L.C.).
Así las cosas no constando que se haya interesado la acumulación de este juicio al proceso concursal abreviado, seguido con el nº 981/2009, por trascendencia patrimonial(art. 8 y 51 de la L.C.)e interesado incluso expresamente por el administrador concursal (f. 159) la continuación del procedimiento ante el Juzgado de instancia, la tácita abdicación que el Auto hace de su competencia objetiva carece de justificación al igual que la malentendida pérdida de interés jurídico como base de una anticipada conclusión del procedimiento, en clara lesión a la tutela efectiva por más que el demandante principal se oponga al recurso sin más razón que pedir que se incluya y reconozca el crédito, ya litigioso, que reclama en el pasivo como deuda concursal.”: AAP Granada (Sección 3) 15.10.2010 (JUR 2011/71477; Auto 142/2010; Rollo 436/2010)

AP Granada (Sección 4)

“PRIMERO Frente alauto, dictado en 24-9-09 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Granada, en Juicio Ordinario 1609/07, seguido por demanda de Prembuk SL, frente a AGF Mayoral SA, en reclamación de cantidad de 100.658,98 € que acordó el archivo del procedimiento se interpuso por la representación de la mercantil accionante, recurso de apelación, que ha originado el Rollo 559/10 de esta Sala, que resolvemos, y que articula en base a un único motivo de infracción del Art. 51.1º de la Ley 22/03 de 9 de julio, Ley Concursal.
SEGUNDO Por elJuzgado de 1ª Instancia nº 14 de Granada se dirigió en 15-7-08 comunicación al de igual clase nº 4 de Granada, en la que se señala (folio 425) que porAuto de dicho Juzgado nº 14 de lo Mercantil de Granada, dictado en 15-7-08 ha sido declarado en concurso necesario el deudor Antonio García Fernández Mayoral SA, con CIF nº A-18421156, y con domicilio social en Carrera del Genil 6, Edificio Zaida de Granada. Los autos de Concurso Ordinario de dicho Juzgado son los nº 198/08.
En los presentes autos de Juicio Ordinario 1609/07, la demanda originadora de los mismos se presentó en el Registro del Decanato en 18-12-07.
TERCERO La procedencia del recurso deviene incuestionable. ElArt. 50-1º de la Ley Concursal señala, en efecto, que los Jueces del orden civil y del orden social ante quienes de interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso, de conformidad con lo previsto en esta Ley, se abstendrán de conocer previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. Pero elArt. 51-1º señala que los juicios declarativos en que el deudor sea parte, y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, se continuarán hasta la firmeza de la sentencia... Consecuentemente, dado que en el caso sometido a la consideración de laSala, el Auto de declaración de concurso, emitido por el Juzgado de lo mercantil (autos 198/08) de Granada fue de 15-7-08, en tanto que la demanda del presente procedimiento ordinario instado por la apelante Prembuk SL se presentó en 18-12-07, y se admitió a trámite en auto de 21-2-08 (folio 403), es palmario que el precepto aplicable es elArt. 51-1º del Código Civil y no el 50 como erróneamente aplica al Juzgado "a quo", por lo que procede acoger la alzada y revocar elAuto de 24-9-09, en los términos que se dirán, sin efectuar condena en las costas del recurso(Art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).”: AAP Granada (Sección 4) 23.12.2010 (JUR 2011/95057; Auto 166/2010; Rollo 559/2010)

AP Guipúzcoa (Sección 2)

“PRIMERO.-Por la representación de Alquileres Deba S.L se ha formulado recurso de apelación contra el auto de fecha 15 de diciembre de 2009 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Eibar en solicitud de que se revoque dicha resolución y en su lugar se dicte otra por la cual se declare la competencia objetiva del juzgado de Primera Instancia nº 2 de Eibar para conocer de la demanda instada frente a Obras y Construcciones S.A. y el Corte Ingles.
Como motivo del recurso se invoca aplicación indebida de lo dispuesto en el articulo 51 y concordantes de la Ley 22 /2003 Concursal y en ese sentido señala la parte recurrente que siendo anterior la fecha de admisión a trámite de la demanda a la fecha de declaración de concurso dicho procedimiento debería continuar hasta la firmeza de la sentencia.
A la vista de los términos en que ha quedado configurado el presente recurso debemos tomar en consideración el hecho de que en el caso que nos ocupa, tal y como manifiesta la parte recurrente,la demanda formulada por Alquileres Deba S.L. se interpuso con fecha 23 de Enero de 2009 habiendo sido admitida a trámite mediante resolución de fecha 13 de febrero de 2009,siendo así que, tal como consta al folio 178 de las actuaciones,por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid se dictó con fecha 16 de marzo de 2009 resolución por la cual se estimaba la solicitud formulada por Montajes de Protección en la Construcción S.L. declarando en estado de concurso necesario de acreedores a Grupo Dico Obras y Construcciones S.A.
De igual modo ha quedado de manifiesto en las actuaciones que con fecha 15 de diciembre de 2009 el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Eibar dictó resolución por la cual declaraba su falta de competencia objetiva para conocer de la demanda presentada por Alquileres Deba S.L. frente a Corte Ingles S.A. y Obras y Construcciones S.A.

Finalmente al folio 267 de las actuaciones figura el auto de fecha 30 de noviembre de 2009 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en cuya parte dispositiva se acordaba la competencia objetiva para conocer de las pretensiones formuladas en forma de demanda si estas lo fueran con posterioridad a la declaración del concurso (9-3-2009).
Respecto a los juicios declarativos, vistos los artículos 51 y 52 de la LC, si el juicio en el que el deudor es parte se encuentra en tramitación al momento de la declaración del concurso, se continuará hasta la firmeza de la sentencia, pero no podrá iniciarse ninguna ejecución, según dispone el articulo 55 de las misma Ley, ni tampoco podrá acordarse la acumulación al procedimiento concursal salvo que el juez del concurso así lo acuerde expresamente. Pero si el juicio declarativo se inicia con posterioridad a la declaración del concurso, el Juez de Primera Instancia se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso, pero no quiere decir que deban presentar demanda ante el mismo de una forma independiente al procedimiento concursal, sino que deberán comparecer en el mismo a fin de que se reconozca su crédito.
Pues bien, una vez expuestos los hechos tal y como han quedado de manifiesto en las actuaciones y teniendo en cuenta la dicción del articulo 51 de la Ley Concursal, se llega a la conclusión de que el recurso formulado debe prosperar, habida cuenta que en el presente caso el juicio declarativo entablado por Alquileres Deba se encontraba ya en tramite al tiempo de la declaración del concurso,tal y como resulta del mero exámen comparativo de las fechas ya reseñadas -sin perjuicio de su continuación hasta el momento de la firmeza de la sentencia -,y la pretensión que se ejercitaba en el mencionado juicio declarativo no guarda trascendencia sustancial, en los términos previstos en el propio articulo 521 de la L.C., para la formación del inventario o de la lista de acreedores. “:AAP Guipúzcoa (Sección 2) 29.07.2010 (Auto 91/2010; Rollo 2097/2010)

AP Huelva (Sección 1)

“PRIMERO.-El art. 51 de la Ley Concursal nos dice que los juicios declarativos en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. Es el caso, pues en la fecha de la declaración de concurso, el juicio ordinario que se tramitaba en el Juzgado de La Palma del Condado se encontraba pendiente de celebración de audiencia previa y juicio, en su caso.
No obstante, dicho precepto reserva al Juez del concurso la facultad de decidir acumularlo, si estima que se trata de un proceso con transcendencia sustancial para la formación de inventario y lista de acreedores. En este caso, no lo ha entendido así, en juicio de valor lógicamente revisable por este Tribunal.
SEGUNDO.-Compartimos con el Juez del concurso que se trata de una reclamación de cantidad cuya cuantía y realidad está por determinar, siendo deuda que una vez determinada judicialmente con carácter firme, por su rango sería de escasa relevancia en la masa pasiva del concurso de acreedores. “:AAP Huelva (Sección 1) 18.01.2012 (Auto 3/2012; Rollo 8/2011)

“Hay que diferenciar dos casos acumulados, de manera no poco heterodoxa, en una misma cuestión de competencia.
Por un lado, el Juicio Ordinario número 123 del 2010, de los del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de La Palma del Condado.
En la fecha -4 de enero del 2010 -en que se dictó la providencia teniendo por presentada la demanda, el artículo 86 ter de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial disponía:
«... 1. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de la Ley Concursal....»
No se entiende muy bien la referencia que hizo, en su informe, el Ministerio Fiscal al apartado 2 a), con arreglo al cual, los Juzgados de lo Mercantil «.... conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:
a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas....».
Atendiendo a ese mismo punto de conexión cronológico, el artículo 8 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, del Concurso, era del siguiente tenor:
«... Juez del concurso. Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
También conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de esta Ley....».
Se da por presupuesto que la regla de competencia rige para los procesos que se inicien con posterioridad a la declaración del concurso.
Así se desprende, por una parte, de su artículo 50 (a propósito de los nuevos juicios declarativos), cuyo apartado 1 dispone que «... [los] jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las

demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado....»
Por otro lado, su artículo 51 contiene una norma específica sobre Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes :
«... 1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el art. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores....»
La acumulación al concurso quedaba, pues, condicionada, como puso de relieve el Juez titular del Juzgado de lo Mercantil, en su Auto de 20 de diciembre del 2011, a una previa declaración de necesidad por la trascendencia sustancial de su resultado para la formación del inventario o de la lista de acreedores, dictada por el Juez del proceso concursal.
Como, por el Juzgado de lo Mercantil, no se entenció necesaria esa acumulación, será competente para tramitar y decidir el caso el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de La Palma del Condado.
La redacción utilizada del artículo 51.1 estuvo vigente hasta el 31 de diciembre del 2011. A partir del 1º de enero del 2012, quedó sustituída por la siguiente, dada por Ley 38/2011, de 10 de octubre :
«... 1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.
Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.
Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia....».
Se ha suprimido ahora la posibilidad de acumulación por necesidades del concurso, de manera que si se aplicara retroactivamente esta nueve redacción seguiría manteniéndose la competencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de La Palma del Condado.”: AAP Huelva (Sección 12) 13.03.2012 (Auto 13/2012; Rollo 2/2012)

AP Huelva (Sección 3)

“PRIMERO.- Esta Sala entiende que el Juzgado de Primera es competente objetivamente para conocer de estas actuaciones de juicio ordinario hasta la resolución de las mismas por sentencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 50 (a sensu contrario) y al artículo 51 de la Ley Concursal, en unión al dictado del articulo 411 de la LEC.
Es decir, nos basamos en el hecho de que cuando se interpone la demanda rectora del proceso ordinario (fecha de entrada en decanato 16.4.2009), la entidad demandada no había presentado solicitud de concurso voluntario, y éste ni siquiera había sido admitido a trámite y en cambio sí había sido admitida la demanda ordinaria y emplazado al demandado.
Es por ello por lo que no cabe duda que cuando se admite la demanda y se declara la competencia objetiva del Juzgado, es correcto, sin que por el devenir de la declaración del concurso posterior a la admisión de la demanda, pueda ahora declararse incompetente objetivamente, ya que se vulneraría el contenido del artículo 411 de la LEC que preconiza la perpetuación de la jurisdicción y se causaría indefensión a la actora, con vulneración del art. 24 de la CE.
SEGUNDO.-A su vez el artículo 51 de la Ley Concursal dispone que los juicios declarativos que estén en trámite al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta sentencia.
Si bien es cierto que dicho artículo dispone igualmente que no obstante, se acumularán al concurso, aquellos procesos que siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia; se ha de tener en cuenta que será siempre que el Juez del concurso estime que su resolución tiene transcendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores y a petición de parte o de la Administración concursal en el Juzgado de lo Mercantil.
TERCERO.-En consecuencia, la demanda de juicio ordinario tuvo entrada en Juzgado de La Palma del Condado con anterioridad a la fecha de declaración de Concurso de la demandada y el Auto de admisión a trámite de la demanda de juicio ordinario por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de la Palma del Condado 9.10.2009 es de fecha anterior al Auto de declaración de Concurso de la entidad demandada.
La declaración judicial de trascendencia y valoración de que una acción civil tenga trascendencia patrimonial respecto al patrimonio del concursado está reservada según constante jurisprudencia al Juez del Concurso, no al Juez de Primera Instancia (art. 8 LC).
Se entiende que concurre supuesto de hecho del art. 51 de la LC "los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de Sentencia. No obstante se acumularán aquellos que siendo competencia del Juez del Concurso según art. 8 se estén tramitando y respecto de los que el Juez del concurso estime que la resolución tiene trascendencia sustancial para formación inventario y de la lista acreedores".
Esto es, el Juzgado de lo Mercantil es el único competente para apreciar esa trascendencia sustancial que no se da en el presente caso al tenerse en cuenta que incluso ya se presentó el informe de la AA concursal prevista en el art. 74 LC en el concurso de acreedores referido, informe que recoge tanto formación de inventario como lista de acreedores; de este modo es acertado el auto del Juez del concurso no aceptando la

competencia para el conocimiento de los autos y sí el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de la Palma del Condado. ": AAP Huelva (Sección 3) 16.09.2011 (Auto 72/2011; Rollo 10/2011)

AP Las Palmas (Sección 5)

"PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por los demandantes Dona Virginia y Don Celso, contra el auto dictado por el Juzgado de 1a Instancia no 07 de Arrecife de Lanzarote, de fecha 29 de octubre de 2010, en el que se declara su incompetencia para seguir conociendo del procedimiento de juicio ordinario en ejercicio de acción de cumplimento contractual, de reclamación de cantidad por demora y por danos y perjuicios, al apreciar que la sociedad demandada se encuentra en situación de concurso, declarando que el Juzgado competente es el que tramita el concurso.
SEGUNDO.- Se observa que la demanda de juicio ordinario contra la mercantil "CUMI 2000, SL" en pos de que se la condene a cumplir el contrato de permuta de solar por edificación futura y de reclamación de cantidad, la interpuso demandantes Dona Virginia y Don Celso, ante el Juzgado de Primera Instancia de Arrecife de Lanzarote, sede del domicilio de la entidad demandada, en fecha de 07 de abril de 2010; que por Auto de fecha 5 de mayo de 2010 el Juez ADMITE A TRÁMITE LA DEMANDA presentada por el Procurador Dona. ENCARNACIÓN PINTO LUQUE en nombre y representación de D/Dona. Virginia y Celso, frente a "CUMI 2000, S.L." sobre reclamación de cantidad a sustanciar el proceso por las reglas del juicio ordinario, y ordenado dar traslado de la demanda a la parte demandada, haciéndole entrega de su copia y de los documentos acompanados, emplazándola con entrega de cédula para que la conteste en el plazo de 20 días computados desde el siguiente al emplazamiento; el cual tuvo lugar el siguiente día 24 de junio de 2010 ante el empleado de la mercantil demandada don Rodolfo (folio 46); que el deudor o persona jurídica demandada "CUMI 2000, S.L." compareció voluntariamente, mediante la Procuradora dona Carmen María Hernández Manchado, en el Juzgado de Arrecife de Lanzarote el 07 de julio de 2010 y manifestó que estaba sujeto al concurso no 81/2009 del Juzgado de Lo Mercantil no 01 de Las Palmas de Gran Canaria en el que se dictó auto de fecha 14 de mayo de 2010 declarando el concurso de la entidad "CUMI 2000, S.L." a tramitar por el procedimiento abreviado y ordenando al publicación de la declaración del concurso en el BOE; aportando al efecto el 4 de octubre siguiente el auto de declaración del concurso voluntario; a continuación el Juez dictó la resolución, aquí combatida, por la cual, con invocación de los artículos 45 y 48.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los artículos 8, 17.1 y 50 de la Ley Concursal, consideró que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente respecto de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, resultando competente para su conocimiento el Juzgado de lo Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria que ha declarado en concurso voluntario a la demandada.
TERCERO.- Dona Virginia y Celso, como demandantes y apelantes piden que se revoque el auto impugnado y que el Tribunal ad quem declare la competencia del Juzgado de Primera Instancia para tramitar la demanda de juicio ordinario contra la concursada, mientras que la entidad mercantil demandada pide que se confirme la resolución apelada..
CUARTO.- Resulta preciso senalar que los efectos de la declaración del concurso se producen desde el auto en que se acuerda, como así se desprende de los artículos 50 y siguientes de la ley Concursal en los que el legislador en todo momento se refiere a la declaración del concurso y del artículo 21 de la propia Ley, mientras que respecto al momento que debe tenerse en cuenta para decidir si un procedimiento declarativo se ha presentado con anterioridad o no a la declaración del concurso, debe estarse a la fecha de la presentación de la demanda, como dispone el artículo 410 de la L.E.C. por lo tanto, observamos que el presente procedimiento de juicio ordinario, planteado ante el Juzgado de Primera Instancia de del domicilio del deudor en Arrecife de Lanzarote, se interpuso mediante demanda la cual fue, además, admitida por auto a trámite antes de la declaración del concurso.
SEXTO.- Procede, pues, la estimación del recurso de apelación, pues conforme al artículo 51.1 de la ley Concursal los juicios declarativos, como el presente, que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, continuarán con su sustanciación hasta la firmeza de la sentencia como aquí acontece vista la cronología supra relatada.": AAP Las Palmas (Sección 5) 05.05.2011 (Auto 68/2011; Rollo 151/2011)

AP Madrid (sección 9)

"SEGUNDO En el escrito de interposición del recurso de apelación de 22 de septiembre de 2008, se alegan como motivos de impugnación que en el auto apelado se infringe elartículo 51.1 de la Ley Concursal, por entender que al haberse presentado la demanda en fecha 23 de julio de 2008 y que la declaración de concurso de la codemandada MARTINSA FADESA, S.A., lo fue por auto de 24 de julio de 2008, por lo que debía continuarse la tramitación del juicio hasta que recaiga sentencia firme.
Elartículo 50 de la Ley Concursalestablece que los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, y por su parte elartículo 51 de dicha Leyestablece, que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia.
Por su parte elartículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a los efectos de la litispendencia y establece que la litispendencia con todos sus efectos procesales se producen desde la interposición de la demanda si después es admitida.
Del examen de los autos se deduce que la demanda fue presentada ante el Decanato de Madrid en fecha 23 de julio de 2008, siendo repartida dicha demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 87 de Madrid en fecha 22

de agosto de 2008, siendo el auto apelado de fecha 4 de septiembre de 2008; mientras que la declaración de concurso de acreedores de la entidad MARTINSA FADESA, S.A. tuvo lugar en fecha 24 de julio de 2008 por auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña.
Partiendo de tales hechos, debe partirse en primer lugar que la admisión o inadmisión de la demanda debe hacerse teniendo en cuenta la situación de hecho y de derecho que existía al momento de presentar la demanda, a fecha 23 de julio de 2008, en dicha fecha no se encontraba en concurso MARTINSA FADESA, S.A., siendo por lo tanto aplicable elartículo 51 de la Ley Concursal, en virtud de lo establecido en elartículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues si los efectos de la litispendencia debe entenderse referidos a la fecha en que se presentó la demanda, 23 de julio de 2008, en ese momento MARTINSA FADESA, S.A., no estaba declarada en concurso de acreedores, por lo que debe entenderse que a la fecha de la declaración del concurso, el presente juicio estaba en trámite, debiendo seguirse hasta que se resuelva por sentencia firme.”: AAP Madrid (sección 9) 05.02.2009 (JUR 2009\172625)

“Segundo.- Sudleasing España EFC, SAU presentó demanda de juicio verbal contra Brookfield Promociones 21, SL sobre entrega inmediata de bienes dados en arrendamiento financiero. La demandada no contestó a la demanda. La sentencia de instancia estimó la demanda, habiendo sido apelada por la demandada.
Tercero.-La sociedad demandada fue declarada en concurso de acreedores por el Juzgado nº 1 de Palencia mediante auto de 10 de junio de 2011, habiéndose presentado la demanda de juicio verbal a que se refiere este recurso el 17 de mayo de 2011. (...)
Cuarto.-El segundo motivo alega falta de competencia del Juzgado para conocer del procedimiento por estar declarada la sociedad demandada en concurso de acreedores.
El artículo 51.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece:
"Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia".
En el caso presente, la demanda inicio del proceso se presentó el 17 de mayo de 2011; la demandada fue declarada en concurso de acreedores posteriormente, por auto de 10 de junio de 2011. En aplicación del precepto citado, la competencia correspondía al Juzgado de Primera Instancia que comenzó a conocer del proceso, el nº 64 de Madrid, careciendo de fundamento el motivo, que se desestima.”: SAP Madrid (Sección 9) 08.02.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 470/2012)

AP Madrid (Sección 10)

PRIMERO.-La Procuradora Doña Concepción Villaescusa Sanz, en representación de "Planes e Inversiones CLM, S.A." formuló demanda de juicio ordinario contra "CCH Gestión de Activos Inmobiliarios, S.L.U.", interesando la resolución del contrato privado de compraventa suscrito entre las partes en fecha 1 de junio de 2006, así como la condena de la demandada a abonar 7.325.372,20 # más los intereses legales y las costas procesales originadas.
Una vez admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada, que no se personó en autos, siendo declarada en rebeldía; si bien, con posterioridad, la demandada interesó la suspensión del procedimiento, debido a su declaración en concurso de acreedores; no habiéndose pronunciado el Juzgador "a quo" sobre dicha cuestión, dado que la demandada no subsanó el defecto de firma de Letrado en el escrito, tras ser requerida para ello.
Tras ser tramitado en primera instancia el procedimiento ordinario, encontrándose en rebeldía la parte demandada, se dictó sentencia estimatoria de la demanda, habiéndose interpuesto contra la misma recurso de apelación, que es objeto de la presente resolución.
SEGUNDO.-La parte apelante interesa la nulidad de la sentencia objeto de recurso, solicitando la declaración de incompetencia del Juzgado de 1ª Instancia, siendo competente el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso de acreedores de la demandada.
Para resolver la referida cuestión hemos de tener en cuenta la sucesión cronológica de los hechos, precisando que la demanda iniciadora del presente procedimiento se interpuso en fecha 2 de julio de 2010, habiendo sido emplazada "CCH Gestión de Activos Inmobiliarios, S.L.U." en fecha 10 de septiembre del mismo año, siendo declarada en rebeldía mediante diligencia de ordenación de 20 de octubre. Con posterioridad, el 15 de diciembre de 2010, dicha entidad es declarada en concurso de acreedores, habiéndole sido notificado el auto en fecha 28 del mismo mes. Por tanto, el auto de declaración del concurso se dictó después de la interposición de la demanda que nos ocupa, circunstancia que excluye la competencia del Juzgado de lo Mercantil con respecto a la cuestión litigiosa objeto del procedimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según el cual "La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado"; sin olvidar que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia", de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 51.1 de la referida Ley.”: SAP Madrid (Sección 10) 16.05.2012 (Sentencia 300/2012; Rollo 905/2011)

AP Madrid (Sección 13)

“ÚNICO APARTADO. El 18 de marzo de 2008 Sobreme S.A. formuló demanda de juicio ordinario, en reclamación de 71.446 euros, contra Residuos y Acopios Centrales S.L. y don Roberto (como avalista). La

demanda fue admitida a trámite. El 31 de marzo de 2008 Residuos y Acopios Centrales S.L. había formulado ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid solicitud de declaración de concurso voluntario. Correspondió al Juzgado de lo Mercantil Seis de Madrid el conocimiento de la petición, declarando dicho Juzgado en concurso, con carácter de voluntario, a Residuos y Acopios Centrales S.L. por auto de 18 de septiembre de 2008.
La demanda del juicio ordinario es anterior en el tiempo a la declaración del concurso, por lo que el juicio debió seguir sustanciándose ante el Juzgado de Primera Instancia al que correspondió su conocimiento por reparto, hasta la firmeza de la sentencia, conforme al artículo 51, apartado uno, de la Ley Concursal de 2003. Salvo que -igualmente según el mismo precepto- el juez del concurso hubiese reclamado su acumulación al procedimiento universal, lo que en este caso no ha sucedido.
En consecuencia, debe estimarse el recurso y mandar que el juicio siga sustanciándose, hasta dictarse sentencia, por el Juzgado de Primera Instancia que dictó el auto recurrido, cuya revocación procede. ": AAP Madrid (Sección 13) 14.10.2011 (Auto 195/2011; Rollo 355/2011)

"PRIMERO. [-Uno.-] Don Efrain formuló demanda contra Unión de Crédito para la Financiación Mobiliaria e Inmobiliaria Credifimo Establecimiento Financiero de Crédito S.A. (sociedad unipersonal) en petición de una sentencia por la que:
-1º.- Se declarase nula la cláusula tercera bis, último párrafo, del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 26 de enero de 2007 ("El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al VEINTE (20,00) por ciento ni inferior al CUATRO COMA DIEZ (4,10) por ciento anual"), condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración.
-2º.- Se condenase a la demandada a devolver al actor la cantidad percibida indebidamente por aquella en aplicación de la cláusula abusiva más los intereses legales correspondientes, todo ello a determinar en ejecución de sentencia.
-3º.- Condena en costas a la demandada.
[-Dos.-] La demanda fue formulada el 11 de mayo de 2010 y don Efrain fue declarado en concurso voluntario de acreedores (con conservación de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio) por el Juzgado de lo Mercantil Diez de los de Madrid (procedimiento de concurso abreviado 137/10) por auto de 25 de mayo siguiente.
[-Tres.-] Celebrada la audiencia previa, la demandada cuestionó, por escrito del 16 de febrero de 2011, la competencia objetiva del Juzgado, al hallarse el actor declarado en concurso. También adujo la necesidad de conformidad de la intervención concursal para el ejercicio de acciones por el concursado, conforme al artículo 54 de la Ley Concursal.
(...)
CUARTO. Y, respondiendo a las razones de la demandada por las que, inicialmente, se acordó oír al Ministerio Fiscal y al demandante sobre competencia objetiva, diremos que el presente proceso se estaba ya tramitando (desde el 11 de mayo de 2010) cuando la declaración del concurso del actor (el 25 de mayo del mismo año). No habiéndose reclamado por el juez del concurso la acumulación al juicio universal, deber continuar conociendo del proceso el Juzgado de Primera Instancia Cinco de los de Parla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51, apartado uno, de la Ley Concursal, en la redacción que tenía antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.
La vigente referencia que hace el mismo artículo y apartado al caso de juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores no afecta al caso. Tampoco afectan los casos de suspensión del actual artículo 51 bis de la Ley Concursal.
Y en cuanto al mantenimiento del demandante en el juicio como parte, al estar ahora declarado en concurso voluntario con conservación de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, sujeto a la intervención de los administradores concursales (artículo 40, apartado uno, de la misma ley), cuestión también suscitada por la demandada, determina el apartado tres del artículo 51 también de la Ley Concursal los casos en que el concursado va a requerir la autorización de la administración concursal, conservando en todo lo demás la capacidad para ser parte. ": AAP Madrid (Sección 13) 22.03.2012 (Auto 77/2012; Rollo 90/2011)

AP Madrid (sección 25)

"SEGUNDO.- Sobre esta primera cuestión conviene puntualizar que no es que no se cumplimentara el requerimiento de inhibición. Sí se cumplimentó pero sin aceptar la inhibición a favor del J. de lo Mercantil nº 6 porque según los datos que contenía el Auto de 9 de Diciembre de 2009 de dicho Juzgado dictado en procedimiento 42/09, Obrum Urbanismo y Construcciones fue declarado en concurso el 24 de Marzo de 2009, mientras que la demanda de dicha entidad se presentó el 23 de Diciembre de 2008 y la de Vancouver el 30 de Enero de 2009, siendo, pues, ambas anteriores a la declaración del concurso, resolviéndose en tal sentido por Providencia de 4 de Febrero de 2010 visto el Fax del día anterior, 3 de Febrero y Auto ya citado de 9 de Diciembre de 2009 del JM nº6, comunicándose al mismo la denegación por oficio del día 4 de Febrero de 2010 (vid. folios 1139-1148,1172,1176,1178-1186, Tomo 2). Por consiguiente, como indicaba el propio Auto del JM nº6 al final de su Fundamento TERCERO, tratándose de demandas anteriores a la declaración concursal deberán continuar los procesos declarativos hasta sentencia firme (art.51.1 LC) tal y como se acordó en la citada Providencia 4 de Febrero de 2010 puesto que en el tan citado Auto del JM nº6 solo se aludía a la inhibición respecto de las demandas posteriores a la declaración concursal no a las anteriores, como ya se ha señalado y sin que se hiciese mención a la acumulación porque se estimase por el Juez del concurso que era transcendental para la formación del inventario o de la lista de acreedores, según la redacción del art. 51.1 párrafo segundo LC entonces vigente, siendo por lo tanto improcedente la nulidad de actuaciones.": SAP Madrid (Sección 25) 24.09.2012 (Sentencia 460/2012; Rollo 299/2011)

AP Madrid (Sección 28)

“PRIMERO.-Los datos esenciales para la resolución de la cuestión de competencia planteada son los siguientes:
1) Con fecha 11 de abril de 2008 la representación de NEGOCIOS SIN FRONTERAS SL presentó demanda contra PROSEPRO SL en reclamación de cantidad por importe de 11.972,94 euros, por razón del precio de la realización de unos trabajos de fontanería, que correspondió por reparto al Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Madrid
2) El Juzgado de Primera Instancia, tras requerir a la parte actora la presentación de la tasa, el otorgamiento de poder apud acta y la aclaración de un extremo del suplico de la demanda, procedió a la admisión de ésta por auto de 26 de mayo de 2008.
3) Mediante escrito presentado el 18 de septiembre de 2008 la administración concursal de PROSEPRO SL informó al Juzgado de Primera Instancia de que mediante auto de 23 de mayo de 2008 el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid había declarado en concurso a dicha entidad.
4) El Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Madrid decidió, en un primer momento, continuar las actuaciones, pero tras diversas dificultades para emplazar a la parte demandada dictó auto, con fecha 17 de noviembre de 2009, declarándose incompetente a favor del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.
5) EL Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, tras oír a la actora y al Ministerio Fiscal, dictó auto de fecha 10 de febrero de 2010, por el que declaró su falta de competencia objetiva, al considerar que ésta correspondía al Juzgado de Primera Instancia, y elevó la cuestión a la Audiencia Provincial de Madrid.
SEGUNDO.-Ante la negativa tanto del Juzgado de Primera Instancia nº 49 como del Juzgado de lo Mercantil nº 2 a conocer de la demanda planteada por la parte actora, por entender ambos órganos que carecían de competencia objetiva o funcional para su tramitación, se ha planteado una cuestión negativa de competencia, que conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de ser resuelta por el órgano inmediato superior común (en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid). A la vista de lo dispuesto en el último inciso del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dada la falta de una previsión específica para los problemas de competencia objetiva o funcional, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 60 nº 2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consideramos correcto el trámite seguido para dirimir la cuestión competencial.
Es a esta sección 28ª, por exigencia de reparto (norma quinta de las de esta Audiencia Provincial de Madrid), a la que incumbe dirimir cualquier cuestión de competencia que, en el ámbito de Madrid y entre órganos del orden civil, pudiera afectar a un Juzgado de lo Mercantil, incluidos los conflictos con los Juzgados de Primera Instancia.
TERCERO.-La cuestión planteada debe resolverse atendiendo a lo que prevé la Ley Concursal en materia de efectos del concurso sobre las paralelas acciones individuales contra el concursado.
Si el proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia es un proceso declarativo en el que el deudor sea parte demandada y se encuentra en trámite al momento de la declaración de concurso, deberá continuarse su tramitación, conforme a lo previsto en el artículo 51 de la Ley Concursal, ante el juzgado que estaba conociendo de él hasta que se obtenga sentencia firme; sólo si el juez del concurso decretase su acumulación, porque estimase que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, deberían remitírsele las actuaciones.
Las fechas relevantes para decidir si el proceso estaba en trámite a los efectos del artículo 51 de la Ley Concursal, son, por un lado, la de interposición de la demanda (que determina, desde entonces, todos sus efectos procesales, en concreto el de litispendencia, si es admitida -artículo 410 de la LEC) y, por otro, la de declaración -que no de la mera solicitud-del concurso (a la que se vinculan todos los efectos propios de éste -artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).
CUARTO.-En el supuesto enjuiciado no se había declarado todavía en concurso a la demandada al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Madrid, por lo que el juicio declarativo debió proseguir su tramitación ante ese órgano judicial hasta sentencia, con arreglo a lo previsto en el artículo 51 de la Ley Concursal. No podía suponer una interferencia en ello la posterior declaración en concurso de la entidad demandada, salvo que el Juzgado de lo Mercantil hubiese requerido, en un momento determinado, la acumulación de los autos. Procede, por lo tanto, remitir a dicho órgano judicial las actuaciones para que para que prosiga y complete el trámite correspondiente a la fase declarativa del proceso. Por su parte, la demandante deberá tener en cuenta, para el momento procedente, que, salvo determinadas excepciones establecidas en la ley, las ejecuciones individuales no resultarán compatibles con una situación de concurso de la demandada y que, con vistas a ello, debería preocuparse de la insinuación de su crédito en tiempo y forma, siquiera como contingente, en el proceso concursal. ”: AAP Madrid (Sección 28)14.05.2010 (Auto 70/2010; Rollo 126/2010)

“PRIMERO.-Los datos esenciales para la resolución de la cuestión de competencia planteada son los siguientes:
1) Con fecha 12 de marzo de 2008 la representación de RAMOS SIERRA SA presentó demanda contra MTR ELÉCTRICA SL en reclamación de cantidad por importe de 95.856,48 euros, por razón del suministro de unas mercancías, que correspondió por reparto al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Alcorcón.
2) El citado Juzgado de Primera Instancia procedió a la admisión de ésta por auto de 8 de mayo de 2008 y tramitó el proceso ordinario hasta llegar al acto del juicio.
3) Mediante escrito presentado el 29 de octubre de 2008 la representación de MTR ELÉCTRICA SL informó al Juzgado de Primera Instancia de que mediante auto de 15 de octubre de 2008 el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid había declarado en concurso a dicha entidad.

4) El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Alcorcón decidió, tras suspender el acto del juicio y dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, dictar auto, con fecha 15 de diciembre de 2008, declarándose incompetente a favor del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.
5) El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, tras oír a la actora, dictó auto de fecha 19 de mayo de 2009, por el que declaró su falta de competencia objetiva, al considerar que ésta correspondía al Juzgado de Primera Instancia, y elevó la cuestión a la Audiencia Provincial de Madrid.
SEGUNDO.-Ante la negativa tanto del Juzgado de Instancia e Instrucción nº 1 de Alcorcón como del Juzgado de lo Mercantil nº 2 a conocer de la demanda planteada por la parte actora, por entender ambos órganos que carecían de competencia objetiva o funcional para su tramitación, se ha planteado una cuestión negativa de competencia, que conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de ser resuelta por el órgano inmediato superior común (en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid). A la vista de lo dispuesto en el último inciso del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dada la falta de una previsión específica para los problemas de competencia objetiva o funcional, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 60 nº 2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consideramos correcto el trámite seguido para dirimir la cuestión competencial.
Es a esta sección 28ª, por exigencia de reparto (norma quinta de las de esta Audiencia Provincial de Madrid), a la que incumbe dirimir cualquier cuestión de competencia que, en el ámbito de Madrid y entre órganos del orden civil, pudiera afectar a un Juzgado de lo Mercantil, incluidos los conflictos con los Juzgados de Primera Instancia.
TERCERO.-La cuestión planteada debe resolverse atendiendo a lo que prevé la Ley Concursal en materia de efectos del concurso sobre las paralelas acciones individuales contra el concursado.
Si el proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia es un proceso declarativo en el que el deudor sea parte demandada y se encuentra en trámite al momento de la declaración de concurso, deberá continuarse su tramitación, conforme a lo previsto en el artículo 51 de la Ley Concursal, ante el juzgado que estaba conociendo de él hasta que se obtenga sentencia firme; sólo si el juez del concurso decretase su acumulación, porque estimase que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, deberían remitírsele las actuaciones.
Las fechas relevantes para decidir si el proceso estaba en trámite a los efectos del artículo 51 de la Ley Concursal, son, por un lado, la de interposición de la demanda (que determina, desde entonces, todos sus efectos procesales, en concreto el de litispendencia, si es admitida -artículo 410 de la LEC) y, por otro, la de declaración -que no de la mera solicitud-del concurso (a la que se vinculan todos los efectos propios de éste -artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).
CUARTO.-En el supuesto enjuiciado no se había declarado todavía en concurso a la demandada al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Alcorcón, por lo que el juicio declarativo debió proseguir su tramitación ante ese órgano judicial hasta sentencia, con arreglo a lo previsto en el artículo 51 de la Ley Concursal. No podía suponer una interferencia en ello la posterior declaración en concurso de la entidad demandada, salvo que el Juzgado de lo Mercantil hubiese requerido, en un momento determinado, la acumulación de los autos. Procede, por lo tanto, remitir a dicho órgano judicial las actuaciones para que prosiga y complete el trámite correspondiente a la fase declarativa del proceso. Por su parte, la demandante deberá tener en cuenta, para el momento procedente, que, salvo determinadas excepciones establecidas en la ley, las ejecuciones individuales no resultarán compatibles con una situación de concurso de la demandada y que, con vistas a ello, debería preocuparse de la insinuación de su crédito en tiempo y forma, siquiera como contingente, en el proceso concursal.": AAP Madrid (Sección 28) 08.06.2010 (Auto 88/2010; Rollo 286/2009)

AP Pontevedra (Sección 1)

"UNICO.- Es causa del presente recurso de apelación el auto dictado por el juzgado de primera instancia por el que se declaraba la falta de competencia para el conocimiento de la demanda por considerar que su conocimiento corresponde al juez de lo mercantil.
La resolución recurrida se fundamentaba en la cita de los arts. 8 y 50 de la LC, al entender el juez de primera instancia que la acción ejercitada en el proceso ha de ser conocida de forma exclusiva y excluyente por el juez del concurso, al resultar de transcendencia para el patrimonio del concursado.
El apelante, por el contrario, considera que la competencia para conocer del litigio debe residenciarse en el juez de instancia, atendiendo al dato fundamental de la fecha en que fue ejercitada la acción, pues en el momento de interposición de la demanda el concurso aún no había sido declarado.
Evidentemente así son las cosas. Sin necesidad de recordar lo sabido bastará con señalar que en el sistema de la LC, -en la redacción que ha de ser tomada en consideración-, los procesos declarativos ya iniciados en el momento de declararse el concurso continuarán hasta sentencia firme, a la que se dará el tratamiento concursal que corresponda. En el presente caso se tiene que la demanda fue presentada, -momento relevante, una vez admitida, para determinar los efectos de la litispendencia, art. 410 de la ley procesal -, el día 25 de noviembre de 2010. El concurso de la entidad demandada, PROMOCIONS XUNTA BRANCA, S.L. fue declarado el día 19 de abril de 2011. Por tanto, de forma evidente, en el momento de dictarse el auto por el juez mercantil, el proceso se encontraba pendiente. Tenga o no relevancia patrimonial para el concursado, el proceso declarativo ha de continuar hasta sentencia, sin perjuicio de la posibilidad excepcional de acumulación por el juez del concurso, en la forma prevenida en el art. 51.1 concursal, en su redacción entonces vigente.
En consecuencia, la resolución recurrida ha de verse revocada, debiendo el juez de instancia continuar con el conocimiento del proceso.": AAP Pontevedra (Sección 1) 24.01.2012 (Auto 6/2012; Rollo 823/2011)

AP Sevilla (Sección 5)

“PRIMERO.-Tras el examen de lo actuado, no puede estar de acuerdo el tribunal con el auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Guadaira, de fecha 11 de Mayo del pasado año, por el que declaró su falta de competencia para el conocimiento de los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana y acordó remitirlos a los Juzgados de lo Mercantil de Sevilla, a quien estima competentes para el conocimiento de los mismos.
SEGUNDO.-Ciertamente, el primero de los efectos que produce la declaración de concurso de una persona es la ampliación de la competencia especializada del juez encargado del concurso de dicha persona, que pasa a conocer de acciones cuyo conocimiento correspondería en principio, por especialidad, a los Jueces de Primera Instancia, y así, conforme a lo dispuesto en el artículo 86, ter, 1, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 8 de la Ley Concursal, le corresponde el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Pero, sin embargo, la declaración de concurso de una persona no altera la competencia del Juez de Primera Instancia que, al tiempo de recaer dicha declaración, ya estuviera conociendo de una demanda contra la misma, debiendo continuar su tramitación hasta la firmeza de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Concursal, y ello como consecuencia de la llamada "perpetuatio iurisdictionis", que se produce desde el momento de la presentación de la demanda, conforme a lo dispuesto en los artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
TERCERO.-Aquí la demanda planteada por Caja Rural del Sur, Sociedad Cooperativa de Crédito, contra Occidental Agropecuaria, S.L., se presentó ante el Decanato de los Juzgados de Alcalá de Guadaira el día 21 de Mayo de 2.008, mientras que el auto declarando en concurso a ésta última se dictó por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla dos meses después y, concretamente, el día 25 de Julio del mismos año.
CUARTO.-Y, si bien es cierto que la Ley Concursal, en su artículo 51, permite acumular al procedimiento universal los individuales ya iniciados contra el deudor, es el Juez del concurso el único competente para acordarlo, cuando aprecie que tenga trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
QUINTO.-De todos modos, de ser posterior la fecha de presentación de la demanda a la de declaración de concurso, que no es el caso, el Juzgado de Alcalá de Guadaira debería haberse abstenido de conocer el asunto, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el juez del concurso, sin remitir a éste las actuaciones.
SEXTO.-Consecuentemente, procede estimar el conflicto negativo de competencia y, conforme a lo dispuesto en el artículo 60,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, remitir las actuaciones al Juzgado que lo planteó a fin de que, a su vez, las remita al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Guadaira, que deberá conocer del asunto, con emplazamiento de las partes ante el mismo, sin que proceda hacer pronunciamiento acerca de las costas causadas. ”: AAP Sevilla (Sección 5) 22.02.2010 (Auto 46/2010; Rollo 652/2010)

AP Tarragona

“PRIMERO.-Tras el examen de lo actuado, no puede estar de acuerdo el tribunal con el auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Reus, de fecha 19 de junio de 2009, por el que declaró su falta de competencia territorial para el conocimiento de los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana y acordó remitirlos al Juzgado de lo Mercantil de Tarragona, a quien estima competente para conocer de los mismos. Y es que ni se trata de una cuestión de competencia territorial, ni procede la remisión de actuaciones a éste último Juzgado.
SEGUNDO.-Ciertamente, el primero de los efectos que produce la declaración de concurso de una persona es la ampliación de la competencia especializada del juez encargado del concurso de dicha persona, que pasa a conocer de acciones cuyo conocimiento correspondería en principio, por especialidad, a los Jueces de Primera Instancia, y así, conforme a lo dispuesto en el artículo 86, ter, 1, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 8 de la Ley Concursal, le corresponde el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Pero, sin embargo, la declaración de concurso de una persona no altera la competencia del Juez de Primera Instancia que, tiempo de recaer dicha declaración, ya estuviera conociendo de una demanda contra la misma, debiendo continuar su tramitación hasta la firmeza de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Concursal, y ello como consecuencia de la llamada "perpetuatio iurisdictionis", que se produce desde el momento de la presentación de la demanda, conforme a lo dispuesto en los artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
TERCERO.-Aquí la demanda de juicio ordinario se presentó el día 10 de marzo de 2008, anterior al de la declaración de concurso que tuvo lugar por Auto del Juzgado Mercantil el día 16 de marzo del mismo año, por lo que de conformidad al artículo citado solo cabe acumular al procedimiento universal los individuales ya iniciados contra el deudor, siendo el Juez del concurso el único competente para acordarlo, cuando aprecie que tenga trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
CUARTO.-Consecuentemente, procede estimar el conflicto negativo de competencia y, conforme a lo dispuesto en el artículo 60,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, remitir las actuaciones al Juzgado que lo planteó a fin de que, a su vez, las remita al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Reus, que deberá conocer del asunto, sin que proceda hacer pronunciamiento acerca de las costas causadas. “: AAP Tarragona 20.04.2010 (Rollo 52/2010)

AP Valencia (Sección 4)

“PRIMERO.- Este procedimiento se inició por la demanda instando la resolución de la escritura de permuta celebrada, con fecha de 24 de octubre del año 2006, con la demandada con las consecuencias inherentes a dicha declaración, la restitución a la demandante de su quinta parte indivisa de la finca registral y la cancelación de asientos registrales derivados, así como que se condene a la demandada a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados. Habiéndose dictado Sentencia en la que la Juez a quo estimó parcialmente la demanda declarando la resolución del contrato, con obligación de la parte actora de restituir la cantidad y 8.282,60 #, absolviendo a la demandada del resto de los pronunciamientos, al considerar la Juez a quo que "... en relación con el plazo que debía cumplir la demandada para construcción del edificio en el que se integraban las viviendas que debía entregar a la actora, del certificado emitido por el Ayuntamiento de Manises y aportado en la audiencia previa, se desprende que la demandada habría dejado transcurrir en exceso el plazo pactado para la ejecución de las obras... sentado lo anterior, la parte actora habría acreditado de manera suficiente el incumplimiento de la obligación relativa a la entrega de las viviendas señaladas la cual no se habría producido por la entidad demandada a pesar de haber transcurrido en exceso el plazo de veinticuatro meses... la resolución del contrato implicará que las partes contratantes se restituyan lo que recibieron con ocasión del contrato de permuta, debiendo la parte actora restituir la cantidad recibida mientras que la demandada deberá restituir el inmueble antes referenciado.". Ante esta resolución por la representación de la demandada se formuló recurso de apelación alegando en síntesis: con fecha de 25 de enero de 2013 se declaró a la demandada en concurso y con fecha de cuatro de febrero de ese año se nombró administrador concursal, por lo cual a partir de esa fecha, según artículo 51 de la Ley Concursal, si bien deben ser el Juzgado que sustancia el procedimiento él que continúe hasta Sentencia pero debe hacerlo con aplicación de la Ley Concursal, en base a ello tener en cuenta el artículo 61 de la LC, por lo que debería incluirse el crédito o la deuda dentro de la masa pasiva, encontrándonos ante un contrato de tracto único, como es la permuta, es imposible resolverlo en sede concursal ya que registrado el concurso no pueden iniciarse ejecuciones singulares.
SEGUNDO.- El recurso no puede prosperar por:
1º) El apelado al oponerse al recurso de apelación ya excepcionó la extemporaneidad de los alegaciones novedosas formuladas por la parte demandante en su recurso de apelación. Sobre ello debe tenerse en consideración que en primera instancia la mercantil demandada fue declarada en rebeldía por Diligencia de Ordenación de 30 de mayo de 2012, sin que en esa instancia compareciera en ninguno de los trámites procesales, pues la primera comparecencia en el pleito se produce tras la Sentencia, mediante escrito en el cual indicó al Juzgado la declaración de Concurso de la mercantil demandada, por auto de 25 de enero de 2013, solicitando la continuación del recurso de apelación. Sobre esta cuestión no debe obviarse que en un supuesto semejante se pronunció la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial en la Sentencia nº 29/2014 de 27 de enero, en el sentido de que se ha introducido una cuestión nueva en segunda instancia, lo que implica tener en cuenta lo manifestado por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1058/2007, de 18 de octubre, considerando que si bien el Tribunal de segundo grado puede examinar en su totalidad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver sobre problemas o cuestiones distintas de lo planteado en primera instancia, (artículo 456 de la LEC), expresión del principio legal de derecho de que "pendente appellatione nihil innovetur". Razón por lo cual el tratamiento de la cuestión nueva no puede ser otro que el de su rechazo, ya que de admitirse supondría un una flagrante indefensión de la contraparte que se vería privada de su facultad de alegar y probar en tiempo y forma lo que a su derecho entendiera convenir; en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias de 19 de julio de 1983, de 6 de marzo de 1984, 20 de mayo de 1986 y de 24 de julio de 1997 entre otras muchas, y posteriores como la de que 21 de diciempre de 2009, criterio compartido por la Sala. Sin obviar que, en el acto de la vista, de manera sorpresiva, el recurrente introdujo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, que implica mutatio del contenido del recurso de apelación, no permitido por el articulo 465.5 de la LEC, que excluye su examen en esta resolución, al no ser apreciada de oficio por la Sala.
2º) Sobre la cuestión de fondo, como esta Sala ya se ha pronunciado en la reciente sentencia nº 52/2014 de 16 de febrero, cuyos criterio se mantiene siguiendo los de esta Audiencia Provincial, Sección 8ª, en la Sentencia de 18 de noviembre de 2013, al analizar idéntica problemática, precisamente adoptando una misma situación procesal, sobre que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 51 de la LEC al establecer que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso continuarán sustanciándose ante el mismo Tribunal que estuviera conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia. Y que, por excepción, se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores. Pues omite el recurrente en su exposición que el juicio ya se había iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, lo que nos sitúa en el ámbito del artículo 51 de la Ley especial, y no habiéndose reclamado por el Juez del concurso la acumulación de los presentes autos, procedió su continuación hasta la firmeza de la Sentencia. Así situada la realidad procesal, contrariamente a lo alegado por el recurrente, no puede resolverse con base a preceptos concursales por la circunstancia sobrevenida de la declaración del concurso de la demandada, sustituyendo al Juez del mismo, sino por efecto de la litispendencia, perpetuatio jurisdictionis y mutatio libelli (artículos 410 a 412 de la LEC), en función de los hechos tal como venían configurados al momento de la presentación de la demanda y quedaron concretados en la audiencia previa. Y a salvo la eficacia ejecutiva de la resolución apelada que deviene firme sometida al tratamiento concursal que corresponda a determinar por el Juez del concurso, una vez puesta en su conocimiento (artículo 53 LC)”: SAP Valencia (Sección 4) 14.03.2014 (Sentencia 95/2014; Rollo 487/2013)

AP Valencia (Sección 7)

“PRIMERO Por la mercantil promociones Conde de Camarena S.L. se interpuso demanda en fecha 23-5-2007 contra Construcciones Dovelar S.L. solicitando "1.- Se declare resuelto el contrato de ejecución concertado entre la demandante y la sociedad demandada respecto de las obras que se determina en el escrito de demanda. 2.- Se declare el derecho de la sociedad actora para retener para sí y apropiarse las cantidades retenidas en concepto de garantía, así como los dos últimos pagarés emitidos y entregados, y uno de ellos no vencido, hasta el momento del requerimiento en concepto de la indemnización de daños y perjuicios y pena convencional. 3.- Se declare el derecho de la demandante para retener para sí de los medios de producción, (grúa y andamios que se mantienen en la obra) y materiales acopiados y pagados a fin de ser usados para la conclusión de los trabajos a realizar."
La demanda se admitió porAuto de fecha 12 de septiembre de 2007, emplazándose a la demandada en fecha 24-9-2007.
En fecha 2 de mayo de 2008 el Juzgado dicta Auto en el que manifiesta que se ha comunicadoAuto de fecha 1-2-2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia expediente 757/2007 en el que se declaraba el estado de concurso voluntario de la mercantil demandada, por lo que procedía con cita delart. 50 de la ley Concursal acuerda archivar el procedimiento. Este Auto es objeto de recurso de apelación por la parte actora que considera de aplicación elart. 51 de la citada ley por lo que debe seguir el procedimiento.
SEGUNDO Sin perjuicio de destacar la falta de constancia, siquiera por Diligencia de la alusión que el Juzgado efectúa en el Auto dictado a la existencia del procedimiento de concurso de la demandada y a su comunicación por alguna forma concreta y determinada, lo que sería exigible para constatar el motivo de la decisión del Juez de instancia, lo cierto es que en el presente caso consideramos que asiste razón a la parte actora apelante y que debe hacerse aplicación delart. 51 de la ley Concursal preferentemente alArt. 50.
Y ello porque si bien elart. 50.1 establece que "Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado,", en el presente caso no se considera de aplicación esteprecepto, ya que el procedimiento ordinario que nos ocupa se inició por demanda de fecha 23-5-2007, y elauto de admisión se dictó en fecha 12-9-2007, siendo ambas anteriores a la declaración de concurso porAuto de fecha 1-2-2008. Esto es cuando se declara el concurso el proceso lleva iniciado casi nueve meses.
Por ello debe aplicarse elart. 51 al decir "1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en elart. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores."
Así pues el procedimiento ordinario que nos ocupa ya estaba en tramitación en el momento de declararse el concurso, por lo debe seguir sus trámites hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de que pueda instarse o acordarse la acumulación a que alude elnº 2 del citado art. 51 de la ley Concursal.”: AAP Valencia (Sección 7) 25.05.2009 (JUR 2009/378237; Auto 116/2009; Rollo 149/2009)

AP Valencia (Sección 11)

“PRIMERO.-
Dª. Magdalena presentó demanda frente a la mercantil Invercarsa Chalet S. L., declarada en concurso en el curso de las actuaciones, instando, según los términos de su suplico: la declaración de resolución del contrato privado de permuta de fecha 18 de junio de 2007 con las consecuencias legales inherentes a tal declaración y la restitución a la demandante del solar que indica objeto del contrato; con indemnización de daños y perjuicios consistentes en el valor de reposición del solar en el estado que se encontraba cuando le fue entregado a la demandada, ascendente a la cantidad de 79.720 euros, y en las cantidades dejadas de percibir en concepto de alquileres, a razón de 200 euros al mes, totalizando 11.400 euros; más los intereses legales correspondientes; más el importe de las mensualidades que fueran transcurriendo hasta la ejecución total de la sentencia que recaiga; y a la condena al pago de 1.804,57 euros como gastos ocasionados por la escritura de agrupación de fincas que exigió la demandada otorgar a la actora. Y ello por el completo incumplimiento de la demandada del compromiso adquirido de entrega de edificación futura en los términos convenidos, cuando la demandada se limitó a demoler el local existente sobre el terreno objeto de permuta y a excavarlo, quedando la obra sin actividad durante muchos meses desde entonces.
Y se dicta sentencia en la primera instancia en la rebeldía de la demandada por la que se estima parcialmente la demanda declarando la resolución del contrato de fecha 18 de junio de 2007, con las consecuencias legales inherentes y restitución del terreno por la demandada a la actora, condenándola también a pagar a ésta los importes de 79.720 y 11.400 euros como indemnización de daños y perjuicios, más el importe de las rentas que pudieran devengarse con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la fecha de la sentencia, e intereses legales correspondientes.
Resolución que es apelada por la demandada, compareciendo a tales efectos.
SEGUNDO.-
Expone la recurrente la necesidad de haber aplicado al caso los artículos 61 y 62 en conexión con el 55 de la Ley Concursal dado que fue declarado el concurso y comunicado al Juzgado con anterioridad a ser dictada la sentencia que se apela, conforme a los cuales no sería factible declarar la resolución del contrato de permuta por incumplimiento de la demandada, atribuyendo a las obligaciones pendientes a cargo de ésta el tratamiento concursal que correspondiese, ni iniciar ejecuciones singulares ni apremios administrativos o tributarios contra

los bienes y derechos integrantes de la masa activa, ni colocar al acreedor al margen del concurso otorgándole un tratamiento privilegiado frente a los que se encontrasen en la misma situación.
Y, al respecto, al margen de no constar en las actuaciones la comunicación que se indica realizada de la resolución declarando el concurso de la demandada, este Tribunal se alinea con los criterios mantenidos por esta Audiencia Provincial, Sección 8ª, S. 18 de noviembre de 2013, al señalar, analizando idéntica problemática, precisamente adoptando una misma situación procesal la demandada respecto a reclamación de distinto acreedor, que: es de aplicación lo dispuesto en el artículo 51 de la LC al establecer que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso continuarán sustanciándose ante el mismo Tribunal que estuviera conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia. Y que, por excepción, se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.
Y siendo que, en el caso analizado, el juicio ya se había iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, por lo que en aplicación del artículo 51 de la Ley especial, y no habiéndose reclamado por el Juez del concurso la acumulación de los presentes autos, procede su continuación hasta la firmeza de la sentencia. Correspondiendo resolver no como pretende la demandada, con base a preceptos concursales por la circunstancia sobrevenida de la declaración del concurso de la demandada, sino por efecto de la litispendencia, perpetuatio jurisdictionis y mutatio libelli (artículos 410 a 412 de la LEC), en función de los hechos tal como venían configurados al momento de la presentación de la demanda y quedaron concretados en la audiencia previa. Y a salvo la eficacia ejecutiva de la resolución apelada que deviene firme sometida al tratamiento concursal que corresponda a determinar por el Juez del concurso una vez puesta en su conocimiento (artículo 53 LC).”: SAP Valencia (Sección 11) 17.02.2014 (Sentencia 52/2014; Rollo 488/2013)

AP Vizcaya (Sección 5)

“Si ello es así, la Sala para valorar si la decisión de la Juzgadora de archivo del procedimiento y con ello de nulidad de todo lo actuado, remitiendo a la parte demandante a usar su derecho ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao ante quien se tramita el concurso de Ingeniería y Mantenimiento Integral S.A., es ajustada a derecho o no, debe establecer una serie de premisas previas sobre las que fundar su fallo:
I.-Cuestiones de hecho.
Del examen de las actuaciones se deduce lo siguiente:
a.-La actual demanda de juicio de desahucio por falta de pago y reclamación de cantidad, que tiene por objeto la resolución del contrato de arrendamiento de nave industrial concertado el día 21 de enero de 2003, entre el actor, como arrendador, y la demandada, como arrendataria, en base al impago de las rentas de junio a setiembre de 2009, se presentó el día 24 de setiembre de 2009, siendo admitida a trámite por auto de fecha 5 de octubre de 2009, en el que se señaló el día 27 de noviembre de 2009 a las 9,30 horas para la celebración del acto de juicio. (…)
b.-Ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao se sigue procedimiento concursal de la entidad Ingeniería y Mantenimiento Integral S.A. nº 25/09, aún en trámite, en el que con fecha 2 de octubre de 2009 se dictó por el que entre otros pronunciamientos se acordaba lo siguiente:
".....
2-Se declara en concurso, que tiene carácter de voluntario al deudor INGENIERIA Y MANTENIMIENTO INTEGRAL S.A. (…)
".
II.-Cuestiones de Derecho.
La publicación de la Ley Concursal, Ley 22/2003 de 9 de julio y la creación de los Juzgados de lo Mercantil, determinaron en esta materia una notable modificación en el panorama legislativo y en la práctica judicial, por la desaparición de las distintas denominaciones de los procesos de insolvencia en los que un deudor podía incurrir y por la atribución de su conocimiento a un órgano judicial especializado con asunción de cuestiones de otros órdenes jurisdiccionales (art. 86 ter LOPJ), por lo que si tras la entrada en vigor de aquélla el 1 de setiembre de 2004, y la creación de estos organos judiciales especializados, nos planteáramos cómo debe proceder un acreedor que entiende es titular de una acción civil con transcendencia patrimonial contra el patrimonio del concursado, cuyo conocimiento es competencia del Juzgado de lo Mercantil, con las salvedades del art. 8, deberíamos distinguir entre:
.-los juicios declarativos nuevos, esto es aquellos que se inician después de la declaración en concurso (la fecha del auto que así lo acuerda dado el tenor del art. 51 y 21 LC) deben ser tramitados ante el Juzgado de lo Mercantil que conozca del concurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50 LC, de modo que si presentara una demanda de juicio ordinario o de juicio verbal, en función de su cuantía, contra la concursada y turnada al Juzgado de Primera Instancia correspondiente en función de las normas de reparto, ante ello el mismo debería inadmitirla a trámite dado que carece de competencia objetiva de conformidad con lo dispuesto en el art. 48 LECn., art. 85 nº 1 y art. 86 ter 1, 1º LOPJ y art. 8 nº 1 y art. 50 nº 1 LC.
Si pese a ello la demanda fuera admitida, bien de oficio por así permitírselo el art. 48 LECn y el art. 50 nº 1 LC deberá dejar de conocer del procedimiento, archivando el mismo careciendo de validez todo lo actuado dado que conforme al art. 225 nº 1 LECn.y art. 238 nº 1 LOPJ estamos ante un órgano judicial carente de competencia objetiva, bien a instancia de parte con igual conclusión mediante la formulación de la oportuna declinatoria (art. 49 LECn y art. 63 y ss LECn), o con la solicitud de acumulación de procesos singulares al concursal que previene el art. 98 nº 1 LECn.
.-los juicios declarativos en trámite ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia en el que el concursado sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso se

continuarán hasta la firmeza de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LC, si bien mientras se encontrara en primera instancia si así lo acuerda el juez del concurso por estimar que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, se podrá solicitar su acumulación si es que fuera el declarativo de la competencia del Juez del concurso.
Esta acumulación puede ser solicitada por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario o de la lista de acreedores.
De lo así expuesto (…) lo que importa es cuándo se declaró a la demandada en concurso (la fecha del auto que así lo acuerda), y si en ese momento el procedimiento de desahucio por falta de pago y de reclamación de cantidad estaba ya en trámite o no, para lo cual se ha de considerar que de conformidad con el art. 410 LECn. la listipendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda si después es admitida.
TERCERO.- (…) lo cierto es que el recurso de apelación debe ser estimado dejando sin efecto la nulidad de lo actuado y con ello el archivo acordado, debiendo continuar el mismo en el trámite en que se paralizó, debiendo señalarse de nuevo el acto de juicio.
Y ello por cuanto que si la actual demanda se presenta el día 24 de setiembre de 2009 y el auto declarando a la demandada en concurso voluntario lo es de 2 de octubre de 2009, resulta que entonces el juicio de desahucio ya estaba en trámite, por virtud del efecto de la litispendencia derivado de la admisión de la demanda, aunque el auto que así lo acuerda sea de 5 de octubre de 2009 (art. 410 LECn.), de modo que la regla a aplicar en este caso no es la del art. 50 LC considerada por la Juzgadora de instancia sino la del art. 51 nº 1 LC, que establece que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia", si bien podría procederse a la acumulación del desahucio al concurso (art. 51.1), mientras se encontrara en primera instancia si así lo acuerda el juez del concurso por estimar que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, acumulación que puede ser solicitada por la administración concursal o por cualquier parte personada, hasta el momento indicado, respectivamente, en el propio precepto, y sin perjuicio de las especialidades que respecto del desahucio en arrendamientos urbanos establece el artículo 70 de la Ley Concursal.
Lo expuesto conlleva la estimación del recurso y la revocación en tal sentido de la resolución recurrida, debiendo continuar en la instancia el procedimiento por sus trámites, con la celebración del acto de juicio. “: AAP Vizcaya (Sección 5) 29.04.2010 (Auto 38/2010; Rollo 119/2010)

1.1 A ello no obsta que se haya comunicado o reconocido el crédito en el concurso

AP Las Palmas (Sección 4)

“PRIMERO Ejercitada demanda en ejercicio de acción de cumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato de transporte marítimo por la compañía transportista, así como reclamando la declaración de responsabilidad solidaria de la Administradora Social de la sociedad codemandada por estar incursa la sociedad en causa de disolución sin que en el plazo legalmente previsto se hubiere siquiera convocado Junta General por la Administradora social demandada, la sentencia recurrida desestimó la demanda contra ambos demandados, contra la que se alza la parte actora.
SEGUNDO La sentencia de instancia, pese a que se ha acreditado documentalmente de modo sobrado la existencia de la deuda que se reclama a la Agencia de Transportes demandada por transportes cargados por ésta y realizados por la Naviera demandante, así como por gastos de devolución del pagaré entregado para el pago de la deuda, que resultó impagado (deuda reconocida por la demandada que incluso intentó un allanamiento que no se admitió por el Juzgador en cumplimiento de lo establecido en elart. 51 apartados 2 y 3 de la Ley Concursalal no acreditarse que la parte demandada, ya declarada en concurso en la fecha en que se celebró el juicio verbal, contara con la preceptiva autorización de los administradores concursales), desestima la demanda por entender que: "la demanda contra la sociedad demandada carece de fundamento en cuanto a la sociedad demandada. Y ello por cuanto en esteJuzgado se sigue, como se acredita documentalmente, el concurso voluntario 19/2006, seguido a instancia de dicha sociedad, en el que fue declarada en concurso porauto de 19 de julio de 2006, concurso en el que se encuentra personada la demandante, en el que insinuó sus créditos y en cuya lista aparece reconocido el que aquí se reclama, por lo que en todo caso será a través del incidente concursal como deba ejercitar cualquier reclamación, pero en modo (alguno) la de reconocimiento de un saldo acreedor que ya lo está en el concurso".
La recurrente alega infracción de lo dispuesto en elart. 51,1 de la Ley Concursal, alegación que debe necesariamente prosperar.
Conforme dispone elart. 51,1 de la Ley Concursal, "Losjuicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquéllos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en elart. 8, se estén tramitando en primerainstancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores". El del primerinciso del art. 51,1 de la Ley Concursales precisamente el supuesto del juicio declarativo incoado a raíz de demanda contra la sociedad PEDRO GUERRA SÁNCHEZ, AGENCIA GUERRA, S.L. que fue presentada el día 12 de mayo de 2006, cuando la demandada fue declarada en concurso porauto de fecha muy posterior, de 19 de julio de 2007según la propia sentencia recurrida.

No existe razón alguna que permita desestimar la demanda formulada contra la sociedad que posteriormente sea declarada en concurso por este solo hecho, haya insinuado su crédito o no en el concurso la parte actora en este litigio. Por el contrario, en todos los casos imaginables (incluso el de acumulación por razón de que el Juez del concurso fuere competente según lo previsto en elartículo 8 de la propia Ley Concursal que se encuentren en primerainstancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores) el procedimiento declarativo iniciado antes de que se dictara auto declarando el concurso debe preceptivamente continuar por sus trámites y recursos hasta que se dicte sentencia firme, como con claridad establece elart. 51,1 de la Ley Concursal.
La existencia del litigio declarativo antecedente a la declaración del concurso tampoco supone una litispendencia respecto al posible reconocimiento del crédito en el concurso. El crédito reclamado se considera en la lista de acreedores y se incluye en ella como el crédito litigioso que es. Precisamente por ello elart. 94,2 de la Ley Concursalestablece con claridad que
"La relación de los acreedores incluidos expresará la identidad de cada uno de ellos, la causa, la cuantía por principal y por intereses, fechas de origen y vencimiento de los créditos reconocidos de que fuere titular, sus garantías personales o reales y su calificación jurídica, indicándose en su caso, su carácter de litigiosos, condicionales o pendientes de la previa excusión del patrimonio del deudor principal"
Y elart. 87,3 de la Ley Concursaldispone que
"Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que corresponden a su cuantía y calificación".
En suma, que no es cierto que no se pueda reclamar en el concurso el crédito sometido a un litigio iniciado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, y que por el contrario, la Ley Concursal permite la insinuación del crédito litigioso y obliga a su inclusión en la lista de acreedores, sólo que como contingentes, sin cuantía propia, con la calificación que corresponda y con las importantes limitaciones consistentes en la suspensión de los derechos de adhesión (al convenio), voto (en la aprobación del convenio) y cobro, hasta que cese la causa de la contingencia (cumplimiento de la condición o finalización del litigio por sentencia firme, momento en el que el crédito contingente dejará de serlo, se le fijará la cuantía correspondiente (la que hubiere resultado del litigio ya concluido) y a partir del cual su titular podrá ejercer los derechos de adhesión, voto y cobro.
En resumen, probado el crédito que reclama la actora contra la agencia de transportes demandada y no acreditado -ni siquiera alegado- el pago de ese crédito, no puede sino estimarse íntegramente las pretensiones deducidas contra "PEDRO GUERRA SÁNCHEZ, AGENCIA GUERRA, S.L" en la demanda.": SAP Las Palmas (sección 4) 06.03.2009 (JUR 2009\250012)

AP Madrid (Sección 18)

"PRIMERO.- Que contra la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda se interpone el presente recurso de apelación. En autos y por la demandante la sociedad Roca Junyent S.L.P. se interpuso demanda en reclamación de cantidad por importe de 15.861,84 # en virtud de servicios públicos prestados a la entidad Hoque Grupo Inmobiliario. Con fecha 20 de abril de 2010, posterior a la presentación del juicio monitorio del que derivan las presentes actuaciones y posterior también a la interposición de la demanda de juicio ordinario que nos ocupa, la demandada fue declarada en concurso acreedores por el Juzgado de lo Mercantil número 11 de los Madrid. Dicha incidencia fue puesta de manifiesto por el propio demandante antes de la audiencia previa celebrada en el presente juicio. Personada la administración concursal solicitó el archivo de las actuaciones por haberse reconocido el crédito de la demandante en el concurso de acreedores, según se deriva de la lista provisional establecida por la administración concursal. La sentencia de instancia no da la razón a la administración concursal, si bien no declara el sobreseimiento del procedimiento sino que desestima la demanda, y contra dicha resolución se interpone el presente recurso de apelación.
SEGUNDO.- Que a la vista de las anteriores consideraciones es del todo evidente la procedencia de estimar el recurso y revocar la sentencia. En efecto el artículo 51 de la Ley Concursal es claro y meridiano, y viene a establecer la competencia del juez ordinario de primera instancia para conocer los procedimientos declarativos que estén interpuestos e iniciados con anterioridad a la presentación del concurso, en los términos establecidos en el propio precepto, es decir continuación de procedimientos de la sentencia y paralización de la ejecución que deberá hacerse en la forma establecida en el concurso. Así lo establece expresamente el citado artículo 51 "Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes
1.- Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia.....". Pues bien, en el presente caso es lo cierto que el procedimiento se ha iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, y por lo tanto es procedente la continuación del proceso hasta su conclusión por sentencia. Por otra parte, la resolución del juzgado lo que hace es desestimar la demanda o que tal y como está redactado supondría que el derecho reclamado no existía, pues aunque en la fundamentación jurídica de la sentencia se hace referencia al reconocimiento hecho por la administración concursal, si por cualquier circunstancia éste no se continuara

o bien alguien lo impugnara, la parte quedaría inerme puesto que la resolución judicial es desestimatoria de la demanda y ni siquiera estima el sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal. Y es que una cosa es el reconocimiento de crédito por administración concursal que no deja de ser un reconocimiento sujeto a las decisiones que se tomen posteriormente y otra cosa es el derecho que asiste a la parte de procurarse un título judicial al margen de concurso en los casos en los que legalmente está permitido, que es el supuesto que nos ocupa, en donde la acción declarativa se interpone con anterioridad a la declaración de concurso, y aún cuando el crédito haya sido reconocido ello no implica que el acreedor no tenga derecho a proveerse de un título judicial al margen del concurso, lo que no podría ocurrir en el caso en que la reclamación se hubiese iniciado cuando el concurso estaba en marcha, para lo que debía necesariamente acudir a los requisitos establecidos en la ley concursal. Por ello el recurso se estima y la sentencia se revoca.": SAP Madrid (Sección 18) 07.03.2012 (Sentencia 141/2012; Rollo 47/2012)

1.2 Demanda ex art 1597 CC instada antes de la declaración de concurso, en la que no es parte el concursado

AP Madrid (Sección 28)

"PRIMERO.-El objeto de la presente resolución es ventilar una contienda entre juzgados a propósito de la interferencia que pueda producirse entre un proceso ordinario seguido ante un Juzgado de Primera Instancia y un proceso de concurso que se tramita ante un Juzgado de lo Mercantil. La resistencia del primero a aceptar el requerimiento que le plantea el segundo para que aceptase su competencia y decretase el archivo del proceso obliga a este tribunal a dirimir la discrepancia entre ambos (artículo 51 de la LOPJ).
El debate planteado está directamente relacionado con el problema de la coexistencia entre una acción directa dirigida por un subcontratista contra el dueño de una obra, al amparo del artículo 1597 del C. Civil, y la situación de concurso del contratista principal de la misma.
Desde un principio, el Juzgado de Primera Instancia mantuvo, ante la cuestión de competencia que planteó el comitente (SFERA JOVEN SA), que le incumbía a dicho órgano, y no al Juzgado de lo Mercantil, el conocimiento de la demanda promovida en el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista (APLIGAMA SL), remarcando que se trataba además de una reclamación previa a la declaración de concurso del contratista (GRUPO DICO). Y en un segundo momento, al recibir el requerimiento antes aludido que le dirigió el Juez de lo Mercantil que entendía del concurso del contratista principal, también lo rechazó al entender que el mismo se asentaba sobre unos presupuestos erróneos.
SEGUNDO.-Consideramos que el Juez de Primera Instancia se habría resistido con acierto al requerimiento que incorrectamente le fue dirigido por el Juez de lo Mercantil que habría interferido en un litigio entre terceros ajeno a su competencia. En primer lugar, el deudor concursado (GRUPO DICO) no es parte en el paralelo proceso declarativo, el cual se promovió por el subcontratista (APLIGAMA SL) exclusivamente contra la comitente (SFERA JOVEN SA), a la que reclamó el pago del precio de los trabajos realizados en su interés, aunque lo hubiese sido por encargo del contratista luego declarado en concurso. Se trataría de un proceso promovido por un acreedor contra un tercero, en el que no se precisaba, y por ello no se le demandó, la presencia del contratista principal. El subcontratista ejercitó un derecho propio, que le confiere el artículo 1597 del C. Civil (como una excepción concebida por el legislador al margen del principio de relatividad de los contratos), contra el comitente o dueño de la obra, sin que mediase una situación de litisconsorcio pasivo necesario con el contratista, pues podía dirigirse indistintamente contra quien más le interesase, el contratista principal o el comitente, dentro del límite cuantitativo establecido con respecto a este último (lo que a su vez adeudase a aquél) en dicho precepto legal.
En segundo lugar, aunque no desconocemos que la resolución de dicho juicio podría tener trascendencia para las masas activa y pasiva del concurso (influiría en el derecho de crédito del contratista concursado contra el comitente y, por otro lado, en la deuda a cargo de aquél a favor del subcontratista acreedor), la jurisprudencia ha venido entendiendo que la situación concursal de la empresa contratista carecía de incidencia en la reclamación directa del subcontratista contra el comitente (sentencias de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000), fruto de la protección especial que el legislador, por razones de equidad, ha querido otorgar al que puso trabajo o material en una obra. Resultaba por ello inmune dicha reclamación a los efectos del proceso concursal en nuestro tradicional derecho de la insolvencia. La nueva Ley Concursal tampoco proporciona, de lege data (a falta de una futura reforma legal que pudiera estimarlo conveniente), una regla específica para interferir en la acción directa promovida por el subcontratista contra el dueño de la obra ni que atribuya, a tenor de lo establecido en el artículo 50.1 de la LC en relación con el artículo 8 del mismo cuerpo legal, competencia al Juez de lo Mercantil, que entiende del concurso del contratista, para conocer de una contienda que lo sería entre terceros. Se ha suscitado, no obstante, una importante polémica doctrinal al respecto en la que, a raíz de la entrada en vigor de la Ley Concursal, se sigue rechazando, de forma mayoritaria (verbigracia, sentencia de la sección 15ª de la AP de Barcelona de 2 de marzo de 2006, sentencias de la sección 3ª de la AP de Granada de 30 septiembre de 2009 y de 21 de mayo de 2010 y auto de la sección 18ª de la AP de Madrid de 6 de mayo de 2010), que la declaración de concurso del contratista principal deba interferir en la citada acción directa cuando ya hubiese sido planteada con anterioridad la reclamación del subcontratista contra el comitente, pues el ejercicio de tal facultad habría supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del

subcontratista; sin embargo, se suscitan más dudas en los casos de previa declaración del concurso, en donde se abre la puerta en significativos precedentes (auto de 19 de mayo de 2010 de la sección 12ª de la AP de Madrid y auto de 9 de julio de 2010 de la sección 3ª de la AP de Granada) a la posibilidad de imponer limitaciones al ejercicio de dicha facultad al margen del proceso concursal, invocándose, para justificarlo, el principio de unidad legal al que aluden la exposición de motivos y el artículo 89.2, in fine, de la Ley Concursal (adverso al reconocimiento de privilegios no reconocidos en sede de la normativa concursal), además de las previsiones de los artículos 49, 76 (principio de universalidad en la constitución de la masa) y 84.1 de la Ley Concursal, con la finalidad de impedir que pudieran escapar activos de la masa patrimonial del deudor considerada al tiempo de ser declarado el concurso, que es la referencia legal principal para la producción de sus efectos y que impediría que pudiera salir, desde entonces, del patrimonio del concursado el derecho de crédito que ostenta contra el comitente por la vía indirecta del ejercicio por uno de sus acreedores de la acción directa contra el dueño de la obra.
TERCERO.-El juicio declarativo en el que se pretende interferir desde el concursal se inició por demanda presentada el 13 de marzo de 2009, luego se hallaba en tramitación al tiempo de ser declarado el concurso, lo que acaeció por auto del ulterior día 16. En consecuencia, ni tan siquiera concurrirían las circunstancias propias de ese último grupo de casos al que hemos aludido, por lo que, sin necesidad de otras consideraciones, debemos de terciar en la polémica suscitada para declarar improcedente el requerimiento dirigido desde el concurso nº 381/2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid al juicio ordinario nº 725/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 81 de Madrid, de manera que tales procesos deberán proseguir su tramitación por separado ante cada uno de dichos órganos judiciales.": AAP Madrid (Sección 28) 17.09.2010 (Auto 118/2010; Rollo 193/2010)

AP Madrid (Sección 11)

"PRIMERO - Son hechos básicos para la resolución de este recurso, los siguientes:
El 13 de Marzo de 2.009, tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de esta capital, demanda de juicio verbal formulada por el procurador Don Miguel Torres Álvarez, en representación de la mercantil AISLAMIENTOS DEL NORTE RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA, S.L., contra HIPERCOR, S.A., en reclamación de 11.594,20 euros, ejercitando la acción establecida a favor del subcontratista en elartículo 1.597 del Código Civil, acreditando que la demandada fue requerida de pago mediante burofax, el 10 de Febrero de 2.009.
Por el procurador Don César Berlanga Torres, en representación de HIPERCOR, S.A., se formuló declinatoria de jurisdicción, al estar inmersa la contratista GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. en elprocedimiento concursal 381/2.008 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de esta capital, en el cual se dictó auto el 16 de Marzo de 2.009, por el que se declaraba a dicha mercantil en situación de concurso necesario, declinatoria a la que se opuso la demandante.
El23 de octubre de 2.009, el Juzgado dictó auto por el que se estimaba la declinatoria de jurisdicción, resolución que fue recurrida por el procurador Don Miguel Torres Alvarez en nombre y representación de AISLAMIENTOS DEL NORTE RODRÍGUEZ Y SANTAMARÍA, S.L.
Por el Juzgado de lo Mercantil nº 6, se dictó auto de 30 de Noviembre de 2.009, en cuya parte dispositiva, declaraba su competencia objetiva como Juez del concurso de GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., para el conocimiento y tramitación concursal de las pretensiones formuladas en forma de demanda, si estas lo fueran con posterioridad a la declaración del concurso ("9.3.2009 "), entre los que no se encuentra el presente proceso, indicando que, en todo caso debía acordarse sus suspensión.
SEGUNDO - Con carácter previo debemos resolver la cuestión planteada en su oposición al recurso de apelación por la representación procesal de Hipercor sobre la firmeza del Auto de 29 de Enero de 2010 al no darse los motivos para declarar la nulidad del mismo.
Sin embargo dicha pretensión no puede prosperar ya que la nulidad decretada en el posterior Auto de 21 de Abril de 2010 es plenamente ajustada a Derecho al ser patente la recurribilidad del mencionado Auto de 29 de Enero de 2010 y la corrección de dicho error por el juzgador es ajustada a lo prevenido en elart. 227.2 LEC.
TERCERO Dicho lo anterior y entrando en el examen de la cuestión litigiosa, la misma se circunscribe en determinar si, en la actual normativa, la acción directa que elartículo 1.597 del Código Civil, concede al subcontratista, frente al dueño de la obra, puede ejercitarse en los casos en que el contratista es declarado en concurso de acreedores.
Como dice laSTS. de 2 de Julio de 1.997, que elartículo 1.597 del Código Civil, "prevé un caso de acción directa de los que ponen su trabajo y materiales en una obra, objeto de contrato de obra por precio alzado, frente al comitente o dueño de la obra, hasta la cantidad que éste deba al contratista; por tanto, habiendo una relación jurídica entre el dueño de la obra y el contratista y otra distinta entre éste y "los que ponen su trabajo y materiales", según dicción de dichoart. 1597, se le concede a éstos acción directa contra el primero, constituyendo una excepción al principio de relatividad del contrato que proclama elart. 1257 CC; así lo expresa la S 29 octubre 1987. La acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito. Es un eficaz medio de protección del crédito y, tal como dice la S 29 abril 1991, una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor". En el mismo sentido se pronuncia laSTS. de 16 de Marzo de 1.998 que indica que "elartículo 1597 del Código Civil otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra. No se trata precisamente de acción sustitutiva, sino

directa, que excepciona al principio de la relatividad de los contratos proclamado en elartículo 1257 del Código Civil (SS. de 29-10-1987,15-3-1990,29-4-1991,22-12-1992,12-5-1994 y2-7-1997), operando dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista". Esta doctrina sigue vigente siendo buena prueba de ello laSTS. de 19 de Abril de 2.004, cuando dice que "elartículo 1597 otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra y no se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de relatividad de los contratos proclamado por elartículo 1257 del Código Civil ". Por último hemos de referirnos a laSTS. de 7 de Octubre de 2.008, que delimita el alcance de la acción directa delart. 1.597 del Código Civil, cuando frente a la postura de que el precepto en cuestión evita toda concurrencia de acreedores y dota al que lo ejercita de un mejor derecho frente a sus pretensiones, dice: "Esta tesis no es admisible, pues tal privilegio no lo establece el precepto, sólo se limita a la concesión a los que ponen su trabajo y materiales en la obra ajustada alzadamente por el contratista de una acción directa contra el comitente, y no aparece como una excepción a lo dispuesto en elart. 1.925 del Código Civil, que dice que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier clase, o por cualquiera otro título "no comprendidos en los artículos anteriores". El crédito de los que ponen su trabajo y materiales en la obra son créditos refaccionarios, que tienen el privilegio reconocido en losnúmeros 3º y 5º del art. 1.923 C.c. No aparece del texto delart. 1.597 nada que contradiga alart. 1.925, sino que consagra una excepción al principio de relatividad del contrato(art. 1.257 C.c.), en que por razones de justicia y para evitar enriquecimientos injustos, se aplica la regla o aforismo "el deudor de mi deudor es también mi deudor". Nada que ver con la materia de privilegios crediticios. Por lo tanto, el precepto no impide una concurrencia de acreedores, que habrá de ventilarse entre los mismos".
Antes de la entrada en vigor de la actual Ley Concursal, no existían problemas insuperables para la coexistencia de la citada acción con la suspensión de pagos o la quiebra. Ahora bien, en el actual marco normativo, es difícil mantener la situación anterior, solo viable cuando la acción delartículo 1.597 del Código Civil, se ha iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, pues en otro caso, es de plena aplicación elartículo 50.1 de la Ley Concursal que, refiriéndose a los nuevos juicios declarativos, esto es aquellos que se inician con posterioridad a la declaración del concurso, establece que los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en estaley, esto es el artículo 8, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, añadiendo que en el supuesto de haberse admitido a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
Con la normativa en vigor, tendente a excluir privilegios o preferencias que expresamente no estén reconocidos en la Ley (art. 49 en relación con elart. 89.2 de la Ley Concursal), ha de convenirse que una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor el subcontratista habrá de integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, ya que no existe ninguna norma que permite actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el contratista en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa, minorando así las posibilidades de satisfacer con ese capital a todos los acreedores concurrentes de manera proporcional una vez ha sido declarado el concurso, el crédito que el contratista concursado tiene contra el comitente principal.
Dicho lo anterior, atendiendo a las fechas del previo requerimiento extrajudicial, formulación de la demanda y auto declarando el concurso, solo resta examinar que data ha de tenerse en cuenta a los efectos del citadoartículo 50.1 de la Ley Concursal, cuestión que no es pacífica, pues mientras laSAP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006, entre otras, acepta la exclusión de la vis atractiva concursal si la acción extrajudicial o el requerimiento fehaciente se llevó a cabo antes de la declaración del concurso, siguiendo la postura recogida por lasSSTS de 30 de enero de 1974 y17 de julio de 1997, esta postura no se comparte por todas las Audiencias e incluso elTribunal Supremo ha llegado a decir en la reciente sentencia de 8 de Mayo de 2.008, que "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en elartículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario".
Considera este Tribunal, que la línea marcada por esta última sentencia, es más acorde con los criterios establecidos por la nuevaLey Concursal, así como con lo dispuesto en su Artículo 50, que se refiere, en todo momento, a la interposición de la demanda. En consecuencia, acreditado que GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., fue declarada en situación de concurso necesario porauto el 16 de Marzo de 2.009 y la demanda iniciadora de este proceso se presentó en el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, el 13 de Marzo de 2.009, ha de aplicarse al caso, lo dispuesto en elartículo 51 de la Ley Concursal, procediendo declarar la competencia objetiva del juez de 1ª Instancia para conocer de la pretensión ejercitada, disponiendo la continuación del presente proceso hasta la firmeza de la sentencia, lo que supone la estimación del presente y recurso y la revocación del auto apelado.”: AAP Madrid (Sección 11) 08.04.2011 (JUR 2011/199376; Auto 107/2011; Rollo 536/2010)

1.3 Competencia del juez del concurso, pese a ser la demanda anterior a la declaración

AP Murcia (Sección 5)

“PRIMERO.-Contra el Auto del juzgado de 1ª Instancia, que acuerda la inhibición a favor del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, por considerar competente al mismo, ya que se tramita en mismo el

concurso de la entidad demandada. Se formula recurso de apelación por la demandante por considerar que no cabe la inhibición, ni declarar la competencia del juez del concurso.
Por la parte apelada no se formulo escrito de oposición.
SEGUNDO.-Se alega por el apelante que el auto declarando el concurso es de fecha posterior a la admisión de la demanda, por lo que es de aplicación el art. 51 de la Ley concursal, que establece que los juicios declarativos pendientes en el momento de la declaración del concurso, continuarán hasta la firmeza de la sentencia, siendo la única excepción aquellos respecto a los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación de inventario o de la lista de acreedores. Y la acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, siendo que en este caso dicha administración se ha allanado, por lo que la única resolución posible sería la de dictar sentencia de allanamiento.
No obstante, como ha resuelto recientemente esta Sección en auto de 29/02/12, Rollo de apelación 474/11, el art. 86 ter.1 de la L.O.P.J., en el que se basa el auto apelado, establece la competencia de los juzgados mercantiles para el conocimiento de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora, añadiendo que en todo caso será competente en las materias concúrsales que señala, entre las que se indican las acciones civiles con trascendencia patrimonial contra el patrimonio de la concursada, reiterando el art. 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, el carácter exclusivo y excluyente de tal competencia objetiva; disponiendo el art. 61.2 y 62 L.Co. que la competencia del Juez del concurso se extenderá a las acciones de resolución de los contratos tanto por causa de incumplimiento como por causa de interés concursal, sea cual fuere la parte incumplidora, que se tramitará por los cauces del incidente concursal.
En una cosa si tiene razón el apelante, es en el hecho de que el art. 48 del la L.E.C., que es el que establece la obligación de declaración de oficio de la falta de competencia objetiva, se limitará en su auto a declarar el tribunal a que corresponde el conocimiento del asunto, no la inhibición como se ha hecho en el auto apelado, lo que deberá de quedar sin efecto.”: AAP Murcia (Sección 5) 16.03.2012 (Auto 41/2012; Rollo 544/2011)

> *[Nota: en realidad el supuesto es diverso al del Auto que cita, incluido en el art 8.1º, apartado 3.0.1, en el que la presentación de la demanda declarativa fue posterior a la declaración de concurso y no anterior como en el presente caso]*

1.4 Caso de demanda de desahucio

AP Barcelona (Sección 13)

“SEXTO.-Finalmente y en cuanto a la petición de que este proceso se acumule al concurso dada la situación de concursado del demandado es preciso acudir a lo dispuesto en la Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal y en ella nos encontramos, de una parte el art. 50.1 relativo a "nuevos juicios declarativos" que establece "los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado". Y por otra, el art. 51.1 LC referido a la "continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes" que establece que "los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso (cuál es el supuesto de autos en que la declaración en concurso tuvo lugar en 22 de junio de 2010) se continuarán hasta la firmeza de la sentencia". Así pues, la ley concursal respecto de los juicios declarativos, como el desahucio, distingue aquellos cuya demanda se interpone tras la declaración del concurso (recordemos que el juez de lo mercantil ha de conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado -participio pasado-, es decir que haya sido declarado como tal) de aquellos que en ese momento ya se encuentren en tramitación; en los primeros el juez ha de abstenerse (obligación que determina la nulidad de todo lo actuado si, a pesar de haberse declarado el concurso el juez civil admite la demanda, con archivo de las actuaciones) mientras que en los segundos el procedimiento ha de seguir hasta sentencia sin perjuicio de la facultad del juez mercantil de acordar la acumulación al concurso.
En definitiva, será competente para conocer del juicio de desahucio por falta de pago de la renta el juez del concurso, incluso por incumplimientos anteriores a la declaración del concurso (art. 62.1) siempre que la demanda de desahucio se interponga una vez declarado el arrendatario en situación de concurso, en otro caso conocerá del mismo el Juez de Primera Instancia ante el que se haya presentado la demanda hasta su firmeza. Las fechas a tener en consideración para determinar la competencia objetiva para conocer del declarativo son la fecha de presentación de la demanda de éste (litispendencia art. 410) que en el caso es de fecha 3 de marzo de 2010 y la del auto declarando el concurso que es de fecha 22 de junio de 2010 (folio 76). El motivo se desestima. “:SAP Barcelona (Sección 13) 17.10.2012 (Sentencia 552/2012; Rollo 809/2011)

1.5 No cabe posterior ampliación de la demanda

AP Madrid (Secciòn 11)

“PRIMERO.- Se dilucida exclusivamente en el recurso si la declaración de concurso del demandado que se produce tras la admisión de una demanda declarativa impide la posterior ampliación de ésta. En nuestro caso los hechos son los siguientes:
1.- El juicio ordinario se inició por demanda presentada el 30 de enero de 2011 por Cadeyma Venta y Colocación de Puertas, S.L. frente a Obrum Urbanismo y Construcciones, S.L.U. en reclamación de la cantidad de 130.935 euros.
2.- La demanda fue admitida por auto de 24 de marzo de 2009 y por otro auto de igual fecha el Juzgado de lo Mercantil n° 6 se declaró el concurso de la sociedad demandada en los autos 42/2009.
3.- El día 19 de junio de 2009 la sociedad demandante presentó escrito solicitando la ampliación de la reclamación inicial a 178.774,05 euros en base a una nueva factura pendiente de pago de fecha 18 de marzo de 2009 por importe de 44.588,70 euros y a los gastos bancarios de devolución de pagarés por importe de 3.249,75 euros. En dicho escrito comunicó la existencia del procedimiento concursal.
4.- Previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, por auto de 24 de marzo de 2009 el Juzgado de instancia, no obstante la declaración de concurso, declaró su competencia objetiva para seguir conociendo la demanda.
SEGUNDO.- El art. 8 de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal atribuye al Juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer, entre otras materias, de "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado..-)". Por lo que se refiere a los juicios declarativos, el art. 50 de la misma norma establece que "Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso". Sin embargo, si los juicios declarativos estuviesen en tramitación, según el siguiente art. 51, "continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia".
A partir de lo dispuesto en los anteriores preceptos, el juicio declarativo ya iniciado no se debe ver afectado por la declaración de concurso, pudiendo y debiendo continuar hasta sentencia. El momento de inicio del juicio coincide con la interposición de la demanda, momento al que está ligado el comienzo de la litispendencia, como recuerda el art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Así pues, en el caso enjuiciado ningún inconveniente presenta la continuación del juicio hasta sentencia con sustento en la pretensión contenida en la demanda que dio origen al juicio porque ésta se presentó casi dos meses antes de la declaración del concurso declarado por auto de 24 de marzo de 2009. Ahora bien, distinto es el caso de la posterior ampliación objetiva de la demanda posterior a la declaración de concurso y que autoriza el art. 401 de la Ley procesal. La ampliación de la demanda conceptualmente supone el ejercicio de una nueva acción que se suma a la pretensión inicial. De hecho nada impide que la pretensión ampliada también se pueda articular mediante la presentación de nueva demanda, Y desde esta concepción no debe ser admisible la acumulación de acciones tras la declaración de concurso. De lo contrario por esa vía se sustraería al Juez del concurso el conocimiento exclusivo y excluyente que indudablemente le corresponde de la acción acumulada. En este sentido la sentencia de la Sección 28ª de esta Audiencia de 19 de febrero de 2007 expresa lo siguiente:
"el juez de primera instancia en su caso deba rechazar la ampliación de la demanda con posterioridad a la declaración del concurso de la entidad demandada, previniendo entonces al interesado para que haga valer al respecto su derecho ante el juez del concurso"
TERCERO.- Cuestión distinta es la relativa al valor que debe darse a la inactividad de la demandada si, como aquí acontece, no denuncia en el plazo de diez días la falta de competencia objetiva del tribunal para conocer de la nueva acción mediante declinatoria atendiendo a lo previsto en los arts. 49, 63, 64 y 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y en este punto el apartado 2 del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deja claro que esa inactividad del demandado no limita las facultades del Juez para apreciar de oficio su competencia. En expresión de este precepto» inste o no declinatoria el demandado, "se entiende sin perjuicio de lo previsto en la ley sobre apreciación por el tribunal, de oficio, de su falta de jurisdicción o de competencia".
Las normas sobre competencia objetiva constituyen presupuesto del proceso, y tienen carácter de "ius cogens", las opongan o no las partes. Por ello, el art. 404 de la Ley procesal establece que desde el mismo momento de admisión de la demanda el tribunal debe comprobar los presupuestos que afectan a su competencia, y particularmente a su competencia objetiva y funcional, lo que resulta relevante porque la ausencia de competencia objetiva o funcional determina la nulidad de los actos procesales posteriores, según establece el art. 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en consonancia con el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello, que aquí la demandada no denunciase en su momento y por medio de declinatoria la falta de competencia objetiva del Juez de instancia para conocer de la demanda ampliada, no puede ser óbice para aceptar los motivos de su impugnación.”: SAP Madrid (Sección 11) 08.07.2013 (Rollo 218/2012)

1.6 Perpetuatio iurisdictionis

AP Tenerife

“PRIMERO.- Tras declararse en un pronunciamiento firme la competencia objetiva del juzgado de 1ª instancia para conocer de la demanda en resolución de un contrato de permuta, presentada y admitida con anterioridad a la declaración de concurso del demandado, la sentencia estima parcialmente la

demanda y declara resuelto por incumplimiento del cesionario el contrato de permuta suscrito entre las partes con las consecuencias legales que de ello se derivan.
Recurre el demandado, quien alega la errónea interpretación del artículo 61 de la Ley Concursal, manteniendo la imposibilidad de la resolución del contrato de permuta como generador de obligaciones recíprocas una vez declarado el concurso de uno de los obligados.
El apelado se opone al recurso, y tras alegar que la cuestión de batida ya fue objeto del auto que declaró la competencia objetiva del juzgado de primera instancia, solicita la confirmación de la resolución recurrida.
SEGUNDO.- Examinadas nuevamente las actuaciones procede la confirmación del auto apelado cuyos fundamentos deben darse por reproducidos para evitar reiteraciones innecesarias.
TERCERO.- El recurrente, al que se le desestimó la alegación de la falta de competencia objetiva del juzgado en base fundamentalmente al artículo 51 y 55 de la Ley Concursal, vuelve a incidir, para contestar el fondo del asunto, en la misma al mantener la imposibilidad de declarar la resolución del contrato por el incumplimiento del demandado, si bien en base al artículo 61 de la Ley Concursal,que dice : 1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización. 3. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.
Sin que quepa poner en duda la certeza de la jurisprudencia que invoca el recurrente, lo cierto es que todas las sentencias citadas están dictadas en el ámbito del concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil, lo que determina que la resolución contractual se instó con posterioridad a la declaración del concurso, situación de hecho esencialmente distinta a la enjuiciada en la que tanto el incumplimiento contractual como el ejercicio de la acción resolutoria del contrato por la parte cumplidora ocurren con carácter previo a la declaración del concurso. Es decir, que al momento de ejercitarse la acción prevista en el artículo 1124 del Código Civil, presentación de la demanda luego admitida, la demandada no era concursada y, consecuentemente, no sólo es el órgano civil ordinario el competente, sino que en nada le afecta a éste, para declarar la resolución del contrato, la posterior situación de concurso en se declara a la demandada. Tal como se expresa en la sentencia nº 52/2014 de 17 de febrero de la sección 11 de la audiencia Provincial de Valencia. " Y siendo que, en el caso analizado, el juicio ya se había iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, por lo que en aplicación del artículo 51 de la Ley especial, y no habiéndose reclamado por el Juez del concurso la acumulación de los presentes autos, procede su continuación hasta la firmeza de la sentencia. Correspondiendo resolver no como pretende la demandada, con base a preceptos concursales por la circunstancia sobrevenida de la declaración del concurso de la demandada, sino por efecto de la litispendencia, perpetuatio jurisdictionis y mutatio libelli (artículos 410 a 412 de la LEC), en función de los hechos tal como venían configurados al momento de la presentación de la demanda y quedaron concretados en la audiencia previa. Y a salvo la eficacia ejecutiva de la resolución apelada que deviene firme sometida al tratamiento concursal que corresponda a determinar por el Juez del concurso una vez puesta en su conocimiento (artículo 53 LC).
Si el juez de primera instancia no pudiese resolver conforme a las pretensiones de la demanda, ningún sentido tendría el mandato del artículo 51 de la Ley Concursal que establece que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso, continuarán sustanciándose ante el mismo Tribunal que estuviera conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.
Todo lo cual, por demás, se deriva de la sentencia del Tribunal Supremo del 24 de julio de 2013 (ROJ: STS 4091/2013) que, tras aplicar la tesis del recurrente a una resolución de un contrato de compraventa instado con posterioridad a la declaración del concurso de la demandada por causa de incumplimiento anterior mantiene: "El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después." Pronunciamiento que evidencia la posibilidad y eficacia de la resolución instada con anterioridad a la declaración del concurso.”: SAP Tenerife (Sección 3) 30.01.2015 (Sentencia 19/2015; Recurso 617/2014)

2. Juicios monitorios en curso

2.1 ¿Es competente el JPI para la tramitación de declarativo posterior que trae causa de oposición a monitorio anterior?

2.1.1 No es competente

Congreso 2004

"Con relación a los procedimientos monitorios y cambiarios iniciados con anterioridad a la declaración de concurso se ofrecieron dos soluciones; o bien el mantenimiento del procedimiento hasta la apertura de la ejecución, o bien la suspensión del procedimiento. La solución que resultó mayoritaria, en el caso del procedimiento monitorio, distinguía varios supuestos. En aquellos en que produce oposición del requerido de pago, si el trámite procedente es el juicio verbal, continúa el juez que conoció del monitorio en tanto que la oposición se tramita en el mismo procedimiento, sin perjuicio de que a efectos estadísticos se le de un nuevo número. En cambio, en los supuestos en que por razón de la cuantía, ante la oposición, fuera necesario que el solicitante presentase una nueva demanda, se concluyó que el juez competente para conocer de ésta sería el Juez del Concurso. Fuera de los casos anteriores, esto es, cuando no se produce oposición, en tanto que legalmente procede el despacho a la ejecución, la solución aceptada fue la suspensión del procedimiento por aplicación del artículo 55 LC. (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDASESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 3

AP Ciudad Real

"PRIMERO Interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el juzgado de 1ª Instancia de Villanueva de los Infantes la representación de Palium S.A. en lo que se refiere a la imposición de costas efectuada a dicha parte, considerando que la misma es injusta, al basar su decisión en los dispuesto en elarticulo 818. 2 de la LEC, que estipula la obligación de imponer las costas en caso de no presentar demanda en el periodo de tiempo señalado, pero sin tener en cuenta la declaración de concurso del desmandado y de los efectos que ello produce en los nuevos procedimientos declarativos. Solicitando no se impongan las costas.
La representación del apelado solicita la confirmación del auto recurrido.
SEGUNDO Para la resolución de la cuestión planteada ha de tenerse en cuenta las actuaciones practicada, así por el apelante se presentó solicitud inicial de procedimiento monitorio, oponiéndose el deudor al mismo, de dicho escrito se dió traslado al ahora apelante para que en el plazo de un mes presentara la correspondiente demanda de juicio ordinario, transcurriendo el plazo sin que la demanda se presentara por el apelante, dictándose por el juzgado auto por el que se sobreseían las actuaciones imponiéndose las costas al apelante en virtud delarticulo 818 de la LEC. Ahora bien ha de tenerse en cuenta que el demandado en el procedimiento monitorio fue declarado en situación de concurso voluntario, dando lugar al procedimiento abreviado nº 659/ 09 el mismo día en que se le requirió por providencia al apelante para que instara la demanda ante la oposición al monitorio por parte del demandado.
Pues bien, ha de decirse que declarado el concurso voluntario de acreedores a tenor de losartículos 50 y 51 de la Ley Concursal, si el demandante hubiere instado la demanda correspondiente el tramite procesal seria el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones practicadas. Por tanto vendría justificado el que el demandante no hubiera interpuesto la demanda, con independencia que la resolución del presente recurso haya proseguido por cuanto elarticulo 51 establece que continuaran el procedimiento- en este caso el auto recurrido-hasta la firmeza de la sentencia. Por tanto resulta de lo expuesto que la no presentación de la demanda por el demandante ofrece en realidad dudas de hecho y de derecho, en cuanto a la imposición de costas pues de instarse la demanda, esta se hubiera archivado, lo que lleva a que no deban ser impuestas las costas de la primera instancia al demandante y en consecuencia que no se haga expresa imposición de las costas de esta alzada al estimarse el recurso.": AAP Ciudad Real 31.03.2010 (JUR 2010/194695; Auto 39/2010; Rollo 250/2009)

AP Granada (Sección 4)

"PRIMERO.-No debemos olvidar que el artículo 818 de la LEC que regula la tramitación de la oposición del deudor en el monitorio, cuando el importe de la reclamación es superior a la prevista para el juicio Verbal, dispone que si el peticionario no interpusiera demanda dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, se sobreseerán las actuaciones con condena en costas al acreedor. En otro caso, si la presentare se seguirán los trámites de los artículos 404 y siguientes de la LEC.
En consecuencia entendemos que ello pone de manifiesto la unidad procedimental en estos casos de manera que la fase contradictoria en que se entra no deja de formar parte del procedimiento inicial.
En consecuencia es la fecha del inicio de la solicitud de monitorio la que deberá tenerse en cuenta a los efectos de los artículos 8 y 50 la Ley Concursal.
SEGUNDO.-Por otro lado resultará igualmente trascendente a los efectos de autos el que el monitorio que después por la oposición se sigue ya por los trámites del procedimiento ordinario, va dirigido no solo contra la entidad concursada sino también contra Servicios Integrales de Mantenimiento Granamant S.L., por existir responsabilidad solidaria el formar parte de "Coprohuetor 2001 S.L: Servicios Integrales de Mantenimiento Granamant S.L. UTE Ley 18/1982 ", debiendo resaltarse además que únicamente se ha opuesto la

concursada, lo que no obstante el carácter de la deuda reclamada ha hecho preciso seguir ya contra ambos el trámite contradictorio.
El artículo 8 de la Ley concursal se refiere solo a las acciones que se dirijan contra le patrimonio del concursado pero ello no podrá afectar a tercero ajeno al concurso. La Ley concursal no prevé vis atractiva en estos casos, por lo que no puede entenderse que sea competencia del Juez del Concurso demanda que además de contra el concursado se dirige contra otra entidad mercantil ajena al concurso.
TERCERO.-Derivado de cuanto antecede entendemos que la competencia para el conocimiento del asunto de autos no es del Juzgado de lo Mercantil lo que determinará proceda sea estimado el recurso. ":AAP Granada (Sección 4) 16.04.2010 (Auto 50/2010; Rollo 699/2009)

AP Madrid (Sección 18)

"PRIMERO. - Por la entidad LOSAN CERRAJEROS, S.L., se formula recurso de apelación frente a la resolución de instancia, Auto que decreta el archivo de las actuaciones instadas por la entidad ahora apelante contra la entidad TECNOR OBRAS Y PROYECTOS, S.A. que ha sido declarada en concurso con fecha 24 de octubre 2008.
SEGUNDO.- En las presentes actuaciones nos encontramos con el planteamiento de la demanda de juicio ordinario originador de las mismas, que consta sellada en el decanato de los juzgados de primera instancia de Madrid con fecha 23 de diciembre 2008. La cual fue admitida a trámite mediante Auto de fecha 3 de enero de 2009, acordando que se diera traslado de la misma a la parte demandada (folios 44 a 46).
Con fecha de escrito 9 de junio de 2009, por el Procurador de los tribunales don José María Murua Fernández, en representación de la entidad demandada, se manifestó que con fecha 8 de mayo 2009 se había notificado el citado auto por el que se admite a trámite la demanda de juicio ordinario, y que se allanaba a la demanda solicitando la no imposición de las costas procesales (folio 62).
Con fecha de comparecencia en 2 de julio de 2009, compareció ante el juzgado el administrador de la empresa demandada, a fin de hacer constar que se encuentra en concurso de acreedores declarado por el juzgado 6 de lo mercantil desde el mes de octubre 2008 (folio 66). Dictándose diligencia de constancia posterior de la misma fecha 2 de julio de 2009, por el secretario judicial haciendo constar el recibimiento en el juzgado de comunicación de la Secretaría General del Decanato de los Juzgados de Madrid, por la que se informa al juzgado que por el juzgado de lo mercantil 6 de Madrid el día 24 de octubre 2008, en el procedimiento de concurso ordinario 635/2008, había sido declarada en concurso de acreedores la mercantil demandada (folio 69).
TERCERO.- Entendiendo este tribunal de segunda instancia que el criterio mantenido por el juzgador "a quo" en la resolución impugnada, se encuentra plena y totalmente ajustado a derecho, puesto que en el presente supuesto resulta de aplicación lo establecido en el artículo 50,1 de la ley concursal, que recoge: los jueces del orden civil y de orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba de conocer, previniendo a las partes, que usen de sus derechos del juez del concurso. De admitirse a trámite la demanda, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se han practicado. En relación con lo establecido en el artículo 8 del mismo texto legal que establece: "son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º-. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en otros hechos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la ley de enjuiciamiento civil. También conoce la relación a que se refiere el artículo 17,1 de esta ley".
Por lo que resultando clara que la demanda interpuesta por la entidad actora, se trata de una acción civil sobre reclamación de cantidad ascendente a la cuantía 28.850,93 # en concepto de principal, con trascendencia patrimonial evidente contra el patrimonio del deudor declarado en concurso, que lo fue con fecha de 24 de octubre 2008, es decir antes de la interposición de la presente demanda de juicio ordinario pero fue con fecha 16 de febrero de 2009. Entendemos que resulta correcto y ajustado a derecho acordar archivo de las actuaciones.
Sin que este criterio pueda quedar desvirtuado por el hecho de que la demanda de juicio Monitorio se planteara con fecha anterior a la declaración del concurso, que lo fue con fecha de sello de registro de entrada de 27 de marzo de 2008, y admitida a trámite mediante providencia de fecha 23 de junio de 2008. Puesto que se trata de un procedimiento independiente al presente, y no se puede establecer que sea una continuidad de la demanda iniciadora del presente juicio ordinario; sino una opción que se le ofrece a la parte demandante para el ejercicio de su derecho en procedimiento posterior y con un trámite procesal distinto y diferente, y a tenor de lo establecido para los juicios declarativos en la ley de enjuiciamiento civil en sus artículos 249, y 399 y siguientes.
Sin que pueda por ello tampoco aceptarse la teoría esgrimida en el recurso de apelación; consistente en que en el presente supuesto resulta de aplicación el artículo 51 de la ley concursal referente a la circunstancia en la que el juicio declarativo en el que el deudor sea parte y se encuentre en tramitación en el momento declaración del concurso, debe de continuar hasta la firmeza la sentencia. Puesto que el momento en que se debe de tener en cuenta para la aplicación de dicho artículo precisamente como su contenido especifica, es el del juicio declarativo, y no el del juicio Monitorio. Quedando claro que en el momento de interposición de la demanda rectora de la presente litis, la entidad demandada ya se encontraba declarada en concurso de acreedores.": AAP Madrid (Sección 18) 29.04.2011 (Auto 99/2011; Rollo 213/2010)

AP Zaragoza

"PRIMERO.- La mercantil demandada, Construcciones Anadón, S.L., alega como motivo único de su recurso

de apelación contra la mentada sentencia de primer grado la nulidad de actuaciones por falta de jurisdicción del órgano judicial que ha conocido del presente procedimiento ordinario, y ello en aplicación de lo dispuesto en losartículos 8, 49 y 50 de la Ley 22/2.003, de 9 de Julio, por cuanto que ejercitada en la demanda rectora de dicho procedimiento una acción civil con trascendencia patrimonial dirigida contra el patrimonio de la hoy recurrente, al instarse por la parte actora su condena a abonar a la misma la suma de 19.377,63 euros, demanda interpuesta en fecha 3 de Mayo de 2.005 y, por tanto, posterior alauto de 24 de Septiembre de 2.004 del Juzgado de Primera Instancia númeroDiecinueve de los de esta Ciudad por el que fue declarada la hoy recurrente en situación de concurso de carácter voluntario, hecho reconocido explícitamente por la actora en su escrito de demanda, correspondía en forma exclusiva y excluyente al Juez del concurso la jurisdicción para conocer tal demanda, conforme a lo preceptuado en elartículo 8.1º de la referida Ley Concursal, que declara en suartículo 50la carencia de validez de las actuaciones llevadas a cabo por el Juez del orden civil carente de competencia.
SEGUNDO.- Es de acoger tal motivo del recurso, procediendo declarar la nulidad radical de todo lo actuado en el presente procedimiento ordinario y ordenar su archivo, y ello en aplicación de lo preceptuado en elartículo 50.1 de la Ley Concursal de 9 de Julio de 2.003, en relación con elartículo 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que visto el contenido de la demanda de juicio ordinario formulada por la mercantil Mármoles Aneto, S.L. contra la hoy recurrente, ejercitando acción de condena al abono de determinada suma de dinero que le adeudaba, demanda que fue interpuesta con posterioridad a la declaración de concurso de la mercantil demandada, tras haberse sustanciado un procedimiento monitorio a virtud de petición deducida por Mármoles Aneto S.L. frente a Construcciones Romea Anadón, S.L. y a la que ésta se opuso, concluyendo en la forma prevista en elartículo 818.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia objetiva para conocer de dicha demanda venía atribuida en exclusiva al Juez del concurso, según lo dispuesto en elartículo 8.1 de la referida Ley Concursal, no hallándonos, en modo alguno, frente a lo argüido de contrario por el juzgador de instancia, en el supuesto delartículo 51 de dicha Ley, toda vez que el referido procedimiento de juicio ordinario no se hallaba en tramitación al momento de la declaración del concurso, ya que sólo la interposición de la referida demanda, que no la petición de juicio monitorio, produjo la litispendencia, con todos sus efectos procesales, conforme dispone elartículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre ellos el de la perpetuación de la jurisdicción que establece elartículo 411de la misma, precepto éste que no resulta aplicable a los procesos monitorios según consolidada doctrina jurisprudencial (Autos de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fechas 29-11-2.004 y 14-03-2.005, resolutorios de cuestiones de competencia núm. 86/04 y 22/05,respectivamente).": Sentencia AP Zaragoza 28.06.2006 (JUR 2006/270260)

2.1.2.Sí es competente

AP Toledo

"PRIMERO: La representación procesal del BSCH recurre la decisión de instancia por la que se decide archivar el procedimiento monitorio entablado, previniendo a la parte para que use su derecho ante el Juez del Concurso de la entidad demandada.
El recurso debe ser estimado. En los presentes autos se constata que el presente procedimiento se interpuso ante elJuzgado en fecha 1 de septiembre de 2005y conforme con la documentación presentada por los demandados, el Concurso al que se remite la resolución de instancia fue declarado porauto de fecha 22 de septiembre de 2005,por lo que es de aplicación lo preceptuado en elart.51,1 de la Leypara la reforma concursal que establece que en los juicios declarativos en los que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso, se continuarán hasta la firmeza de la sentencia, de forma que la tramitación del presente procedimiento monitorio debe continuar hasta que se produzcan lascircunstancias descritas en el art.816 y 818 de la LEC.": AAP Toledo (sección 2) 03.06.2008 (JUR 2008/330067; Auto 100/2008; Rollo 316/2007)

AP Madrid (Sección 13)

"SEGUNDO Exel Ibérica S.L. reclamó, mediante petición inicial de procedimiento monitorio, a la demandada, Ediciones del Prado S.A., 3.277 euros correspondientes a la facturación del período 31 de marzo de 2003 a 1 de marzo de 2004. Por la oposición de la demandada y exceder la cuantía de la reclamación de 3.000 euros, la reclamante formuló demanda de juicio ordinario interesando condena por la misma deuda.
Estando declarada la demandada en rebeldía, se dictó por el Juzgado sentencia estimando íntegramente la demanda, que es recurrida en apelación por Ediciones del Prado S.A., alegando hallarse en situación legal de concurso en virtud deauto dictado por el Juzgado de lo Mercantil Siete de los de Madrid, de fecha 8 de mayo de 2006, por lo que era improcedente la formulación de una reclamación al margen del concurso (número 1 del artículo 8 de la Ley Concursal), de forma que la actora, que necesariamente conoció la existencia de la situación de concurso por la oposición que la demandada hizo a la petición inicial de procedimiento monitorio -previo a este juicio- debió abstenerse de interponer demanda de juicio ordinario contra Ediciones del Prado S.A. y el Juzgado debió rechazarla a limine. Cita la apelante losartículos 50 y 51 de la Ley Concursal y 48de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La demanda de juicio ordinario de Exel Ibérica S.L. -se dice en el escrito de recurso- fue formulada cuando ya existía la situación de concurso de Ediciones del Prado S.A. No cabe extender la calificación de juicio declarativo al procedimiento monitorio. Interesa la recurrente se declare la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento que da origen a la apelación, disponiendo el archivo.
TERCERO La petición inicial de procedimiento monitorio fue formulada por Exel Iberia antes de la declaración de concurso. Por la oposición de la demandada, Ediciones del Prado S.A., se produjo la transformación establecida en elartículo 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del procedimiento monitorio en ordinario. El

procedimiento monitorio, hasta la formación del título (los instrumentos presentados, no ejecutivos, se convierten en títulos ejecutivos por la declaración judicial sobre inactividad del demandado) es un procedimiento declarativo. Con el procedimiento monitorio -se ha dicho- no empieza la ejecución, sino que a través de la petición inicial se abre una fase de declaración (examen de los documentos por el juez, requerimiento de pago y valoración -tasada- de la reacción del demandado) que concluye con la ejecución o -caso de oposición del deudor- con la apertura de una fase contradictoria. Es cierto que esa apertura, en los procedimientos con cuantía por encima de los 3.000 euros -como es el caso- requiere de una especial actuación del solicitante del juicio monitorio (la interposición de demanda de juicio ordinario), pero ello no altera el orden de las cosas: el juicio ordinario subsiguiente al monitorio, con demanda interpuesta en el plazo determinado por elartículo 818 de la Leyrituaria, es continuación del juicio monitorio declarativo entablado con anterioridad y la no interposición de esa demanda por el solicitante acarrea a éste una condena al pago de las costas del proceso monitorio (artículo 818, apartado dos, inciso segundo, in fine, de la misma leyadjetiva). En consecuencia, no importa que la demanda de juicio ordinario subsiguiente al juicio monitorio transformado se hubiese presentado después de la declaración de concurso, si la petición inicial de procedimiento monitorio (artículo 814 de la Leyprocesal civil), como ha ocurrido en este caso, se formuló con anterioridad. Rige elartículo 51 de la Ley Concursal de 2003 ("...juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso..."), y no elartículo 50, apartado uno, de la misma Ley. No es de acoger la pretensión de archivo, nulidad e incompetencia del Juzgado a quo por corresponder el conocimiento del litigio al juez del concurso, puesto que la sentencia apelada fue dictada en un juicio declarativo que ya se encontraba en tramitación cuando el concurso fue declarado.": SAP Madrid (Sección 13) 04.12.2008 (JUR 2009/89316; Sentencia 573/2008; Rollo 370/2008)

AP Madrid (Sección 19)

"PRIMERO.-PAISAJISMO FUENREAL S.L., a través de su representación procesal, formuló demanda de proceso monitorio frente a URCONSA (Urbanizadora Constructora Nuevo Madrid, S.A.), reclamando la cantidad de 7.652,52 euros (folio 52 de los autos principales), lo que efectuó (formuló la demanda de procedimiento monitorio) en 23 de septiembre del año 2008, todo ello partiendo del contrato de prestación de servicios profesionales del folio 66, a cuya petición se opuso URCONSA (95 y siguientes) para por auto de 29 de abril del año 2009, acordar el archivo del proceso monitorio por haber presentado el peticionario la oportuna demanda de juicio ordinario que está fechada el 13 de marzo del año 2009. Pues bien, celebrado ya el juicio el 8 de junio del año 2009 se advierte que en el momento de la interposición de la demanda de juicio ordinario estaba ya declarada en concurso URCONSA por lo que sería de aplicación, como expresa el Juzgador de instancia, el artículo 50 de la Ley Concursal, siendo procedente declarar la incompetencia del Juzgado y el archivo de las actuaciones, lo que se materializa por auto de 8 de junio del año 2011, que es precisamente el apelado por la representación procesal de URCONSA, que deja constancia de que el momento temporal que habrá de conectarse con la declaración del concurso, que tiene lugar el 6 de marzo del año 2009, habrá de ser no el momento en que se presenta la demanda de juicio ordinario de 15 de abril del año 2009 y sí aquél en que se promovió procedimiento monitorio, esto es el 20 de septiembre del año 2008, fecha que antecede a la repetida declaración del concurso por lo que desde el artículo 51.1 de la Ley Concursal sería procedente que el Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Madrid continuase con el conocimiento de los autos hasta que recaiga sentencia firme. Al recurso no se dio oposición de PAISAJISMO FUENREAL, S.L.
SEGUNDO.-A nuestros efectos, ciertamente, la fecha que habrá de relacionarse con la de declaración concurso tiene que ser, de modo necesario, aquella en que se promueve el procedimiento monitorio pues el juicio ordinario posterior no es sino continuación de aquél como evidencia el artículo 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, cuando se de la oposición del deudor y la cuantía de la pretensión exceda de la del juicio verbal, si el peticionario no interpusiera la demanda correspondiente dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, el Secretario Judicial dictará Decreto sobreseyendo las actuaciones y condenando en costas al acreedor. Si se presentare la demanda, en el Decreto poniendo fin al proceso monitorio, acordará dar traslado de ella al demandado conforme a lo previsto en los artículos 404 y siguientes de la presenta Ley, salvo que no proceda su admisión, en cuyo caso acordará dar cuenta al Juez para que resuelva lo que corresponda. Por tanto el juicio ordinario es continuación del procedimiento monitorio, lo que comporta, por tanto, una transformación del primero de los procedimientos, esto es el monitorio, ya en juicio verbal o procedimiento ordinario en razón de la cuantía por lo que en nuestro caso concreto habría de acudirse al artículo 51.1 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, cuando establece que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia, sin que concurra la excepción que el propio artículo 51.1 recoge, esto es, cuando el Juez del concurso estime que los autos tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia tienen transcendencia sustancial para la formación del inventario de la lista de acreedores. En este mismo sentido se viene a pronunciar el Juzgado nº 4 de lo Mercantil de Madrid, dando respuesta a exhorto del Juzgado de Primera instancia nº 51, que devolvió los autos que había enviado este último en el auto de 8 de junio de 2011, para que se tramitase el recurso de apelación; pues bien, dentro de este recurso se puede perfectamente comprobar que el juicio monitorio, que debe de ser nuestro punto de referencia, antecedió a la declaración de concurso y por tanto es procedente estimar el recurso devolutivo interpuesto por la representación procesal de URCONSA para que el Juzgador de instancia continúe conociendo del asunto hasta que recaiga sentencia firme en la forma que recoge el precepto repetido y sin que se impongan las costas del recurso, que se estima, a ninguna de las partes, desde cuanto establece el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.": AAP Madrid (Sección 19) 30.03.2012 (Auto 96/2012; Rollo 157/2012)

AP Madrid (Sección 25)

"PRIMERO - La resolución de primera instancia declaró la nulidad de actuaciones, aplicando lo dispuesto en elartículo 50 Ley Concursal, por haberse admitido a trámite la demanda y practicarse el requerimiento de pago en procedimiento monitorio con posterioridad a la declaración del concurso.
Contra la expresada resolución se alza la parte demandante afirmando que la norma aplicable no es elartículo 50 de la Ley Concursal, sino el 51.1 del mismo texto legal porque la solicitud de procedimiento monitorio se presentó el día 6 de abril de 2009, antes de la declaración del concurso acordada por Auto de 28 del mismo mes y año. Razona, igualmente, que elartículo 51.1 sólo exige que el proceso se encuentre en tramitación, sin indicar en qué estado, y por tramitación debe entenderse, a su juicio, desde el momento de interposición de la demanda.
SEGUNDO - Según resulta de la documentación obrante en las actuaciones la solicitud inicial de procedimiento monitorio se presentó, como dice la recurrente, el día 6 de abril de 2009, pero no entró en el Juzgado hasta el día 4 de mayo de ese año y su admisión tuvo lugar el día 11 de mayo de 2009, momento a partir del cual se da curso a los trámites interesados. Elartículo 50 de la Ley Concursal manda al Juez ante el que se interponga la demanda abstenerse de conocer si el asunto corresponde al Juez del Concurso, por lo que la apreciación de la competencia objetiva vendrá determinada por el momento en que se presentó la solicitud inicial. A ello no obsta la particular naturaleza del procedimiento monitorio, pues éste es un juicio declarativo, en cuanto se plantea una cuestión discutible por ser susceptible de controversia o aceptación, de modo que si no existe oposición resultará la declaración del derecho del acreedor dotando a su título de fuerza ejecutiva, mientras que la oposición del deudor exige continuarlo por trámites de cognición hasta reconocer en sentencia el derecho pretendido. Por eso se trata de un único proceso desde el momento en que se promueve, y donde la competencia del Juez, tanto la territorial como la objetiva, para conocer de la totalidad de su tramitación y las diferentes fases que lo componen se determina en el momento de admitir la solicitud inicial, y no cuando se presenta la demanda de la fase de cognición.
Lo expuesto nos lleva, pues, a estimar el recurso de conformidad con lo dispuesto en elartículo 51.1 Ley Concursal, que obliga al Juez a continuar la tramitación del proceso hasta la firmeza de la sentencia cuando la declaración del concurso hubieses tenido lugar mientras aquél se hallaba tramitándose.": AAP Madrid (Sección 25) 18.03.2011 (JUR 2011/178981; Auto 50/2011; Rollo 322/2010)

"PRIMERO. -La resolución de primera instancia acordó la no admisión a trámite de la demanda formulada por la representación de la entidad CONSAGU, S.L. en reclamación de cantidad frente a las entidades PLODER UICESA, S.A. y UICESA, OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., aplicando lo dispuesto en el artículo 50 Ley Concursal, al estar declarada en situación de concurso de acreedores la primera de las citadas.
Contra la expresada resolución se alza la parte demandante afirmando que la norma aplicable no es el artículo 50 de la Ley Concursal, sino el 51.1 del mismo texto legal porque la solicitud de procedimiento monitorio de la que dimana la presentación de demanda de juicio ordinario, tras la oposición de la parte demandada, se presentó antes de la declaración del concurso acordada por Auto de 1 de marzo de 2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de los de Madrid.
SEGUNDO. -Según resulta de la documentación obrante en las actuaciones la solicitud inicial de procedimiento monitorio, de la que dimana la posterior presentación de la demanda de juicio ordinario tras la oposición de las deudoras a la reclamación, se presentó, como dice la recurrente, el día 29 de mayo de 2009 y su admisión tuvo lugar el día 10 de junio de 2009, momento a partir del cual se da curso a los trámites interesados. El artículo 50 de la Ley Concursal manda al Juez ante el que se interponga la demanda abstenerse de conocer si el asunto corresponde al Juez del Concurso, por lo que la apreciación de la competencia objetiva vendrá determinada por el momento en que se presentó la solicitud inicial. A ello no obsta la particular naturaleza del procedimiento monitorio, pues éste es un juicio declarativo, en cuanto se plantea una cuestión discutible por ser susceptible de controversia o aceptación, de modo que si no existe oposición resultará la declaración del derecho del acreedor dotando a su título de fuerza ejecutiva, mientras que la oposición del deudor exige continuarlo por trámites de cognición hasta reconocer en sentencia el derecho pretendido. Por eso se trata de un único proceso desde el momento en que se promueve, y donde la competencia del Juez, tanto la territorial como la objetiva, para conocer de la totalidad de su tramitación y las diferentes fases que lo componen se determina en el momento de admitir la solicitud inicial, y no cuando se presenta la demanda de la fase de cognición. En este mismo sentido ya se ha expresado este tribunal en su reciente auto de 18 de marzo de 2011.
Lo expuesto nos lleva, pues, a estimar el recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1 Ley Concursal, que obliga al Juez a continuar la tramitación del proceso hasta la firmeza de la sentencia cuando la declaración del concurso hubiese tenido lugar mientras aquél se hallaba en tramitación como aquí sucede, pues no es sino hasta el 1 de marzo de 2010 que se declara en situación de concurso de acreedores a la deudora.": AAP Madrid (Sección 25) 21.06.2011 (Auto 126/2011; Rollo 100/2011)

"SEGUNDO.-El Proceso Monitorio regulado en los artículos 812 a 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es un proceso declarativo especial para exigir el cumplimiento de una obligación, vencida, exigible y que resulte documentalmente acreditada, de entregar una cantidad de dinero determinada de cualquier importe.
El proceso se inicia mediante una demanda sucinta -petición inicial en la terminología legal (artículo 814)- en la que meramente se recaba la tutela judicial mediante el ejercicio de la acción, individualizada en una concreta petición de pago de una deuda de dinero líquida.
Admitida la petición se ha de requerir al deudor para que en el plazo de veinte días pague al peticionario, acreditándolo ante el tribunal, o comparezca ante éste oponiéndose al pago, mediante un escrito en el que sucintamente alegue las razones por las que no resulta adeudada, en todo o en parte, la cantidad reclamada (artículo 815).

El pago de la suma reclamada por parte del deudor determina el archivo de las actuaciones (artículo 817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
La incomparecencia o la no oposición del deudor demandado confieren el carácter de indiscutible a la deuda dineraria reclamada, atribuyendo carácter ejecutivo al documento o documentos acreditativos de la deuda, facultando al acreedor para instar el correspondiente despacho de ejecución -mediante una mera solicitud-, transformando el proceso declarativo especial en proceso de ejecución (artículo 816 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
La oposición del deudor demandado transforma, dentro del mismo procedimiento, el proceso declarativo especial en el proceso contradictorio declarativo -ordinario y plenario- que corresponda por razón de la cuantía, en el que se resolverá definitivamente la cuestión litigiosa (artículo 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Transformación que exige la formulación por la parte reclamante de la oportuna pretensión, completando la petición inicial mediante su correspondiente fundamentación fáctica y jurídica. Formulación que se habrá de realizar bien a través de la oportuna demanda -en el caso de corresponder seguir los trámites del juicio ordinario-, bien, como se desprende del artículo 443.1 de la Ley Procesal, en el acto de la vista -en el caso de corresponder seguir los trámites del juicio verbal-.
En el primero de tales supuestos -cuando la cuantía de la pretensión exceda de los límites del juicio verbal-, la demanda ha de interponerse -en el mismo Juzgado- en el plazo de un mes contado desde el traslado del escrito de oposición.
La presentación de la demanda dentro del plazo legal -completando con la pertinente fundamentación fáctica y jurídica la petición inicial y, por ende, concretando adecuadamente la pretensión formulada- determina la continuación del proceso iniciado con la presentación de la petición inicial.
Por el contrario, la no presentación de la demanda, dentro del plazo legal, determina el sobreseimiento de las actuaciones y la condena en costas del peticionario. Sobreseimiento que, en definitiva, se sustenta en el desistimiento tácito - por el acto concluyente e inequívoco de no formulación en plazo de la demanda- de la parte demandante que, evidentemente, no afecta a la pretensión de fondo, que queda, consecuentemente, imprejuzgada y que, por tanto, no impide promover nuevo juicio sobre el mismo objeto, tal y como establece el artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
TERCERO.-En el supuesto enjuiciado no resulta controvertido, en absoluto, que la demanda, completando la petición inicial y concretando la pretensión formulada, fue presentada dentro del plazo de un mes legalmente establecido. De hecho, la parte demandada, en el término conferido para el trámite de contestación, no alegó la extemporaneidad de la presentación de la demanda, ni interesó el sobreseimiento del proceso iniciado con la petición monitoria inicial.
En virtud de ello, habiéndose iniciado, por tanto, el presente proceso en fecha 25 de noviembre de 2008 -como evidencia la diligencia de presentación estampada en el escrito de petición inicial (folio 2)- y, por tanto, con anterioridad a la declaración en concurso de la entidad demandada, y ahora apelante, que tuvo lugar -como evidencia el testimonio obrante a los folios 102 a 108- en fecha 24 de marzo de 2009, resulta incontestable la competencia del Juzgado A QUO para conocer de la sustanciación del proceso hasta la firmeza de la sentencia, por virtud de lo establecido por el artículo 51 de la Ley Concursal. Tal y como, por otra parte, ya fue acordado, por el propio Juzgado A QUO, en la providencia de 4 de marzo de 2012 (folio 109), que fue consentida por la propia representación demandada y ahora recurrente.
No cabe, por consiguiente, apreciar, en modo alguno, la infracción procesal que se viene a denunciar por la recurrente en la primera de las alegaciones de su escrito de interposición de recurso, al no concurrir el presupuesto fáctico previsto en el artículo 50 de la Ley Concursal": SAP Madrid (Sección 25) 29.10.2013 (Sentencia 444/2013; Rollo 73/2013)

JM-1 Bilbao

"La Ley Concursal distingue que la pretensión sea declarativa (arts. 50 y 51), arbitral (art. 52) o ejecutiva (arts. 55 y ss.). Si es declarativa, como en este caso, puede suceder que se plantee antes o después de la declaración del concurso. De ser anterior, el art. 51.1 ordena continuar hasta la firmeza de la sentencia. En el caso de un procedimiento monitorio, como el que se analiza, habrá que continuar hasta que se produzca una de las circunstancias que describen los arts. 816 y 818 LECiv.
En efecto, si el deudor requerido, pese a estar situación de concurso, guarda silencio, se dictará auto finalizando el procedimiento porque no es posible, en aplicación del art. 55.1 LC, «iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales», frente al concursado. El acreedor podrá acudir con tal auto al concurso y comunicar su crédito, en el modo que dispone el art. 85 LC.
También puede el concursado oponerse, en cuyo caso se seguirán los trámites del juicio declarativo que corresponda por la cuantía, hasta llegar a sentencia firme. Es decir, si el procedimiento si inicia antes de la declaración del concurso no puede suspenderse sin más, sino que el Juzgado debe continuar hasta alcanzar resolución firme, y a partir de ahí, suspender su conocimiento.
No es posible paralizar el procedimiento, porque debe finalizar bien por el silencio del concursado, bien con sentencia tras su oposición. Privar de ese derecho al deudor es inadmisible, incluso aunque se encuentre en situación de concurso, y además carece de fundamento legal, porque el art. 51.1 de la Ley Concursal obliga, simplemente, a continuar hasta que se dicte sentencia firme.
Otro tanto cabe predicar del juicio cambiario, en el que el requerimiento de pago debe ser hecho conforme al art. 821.2 LECiv. En ese momento el deudor requerido puede tratar de acreditar al Juzgado que se encuentra en situación de concurso, declarada por el Juzgado competente, para evitar los embargos que se realizarían al tiempo que el requerimiento, pues el art. 821.2 dice que han de hacerse ambas diligencias: requerimiento y embargo, sin que sea posible anticipar esta segunda al momento de la admisión de la demanda cambiaria.": Auto JM-1 Bilbao 23.01.2006 (AC 2006\75)

2.2 Prosecución hasta sentencia, cuantía de verbal y mediando oposiciòn

2.1 Lo relevante es la fecha de solicitud inicial de juicio monitorio

AP Cáceres

“PRIMERO En fecha 3 de septiembre de 2.009, se dictó Auto por el Juzgado de Primera Instancia Número 7 de Cáceres en los autos de Juicio Monitorio, una vez admitida a trámite la solicitud y formulada oposición, entendiendo la Juzgadora que a tenor delArt. 50 de la Ley Concursal, corresponde el conocimiento del procedimiento al Juzgado Mercantil. Disconforme la parte solicitante se alza el recurso de apelación, alegando que el día del auto de declaración del concurso existe ya una demanda judicial que ha sido admitida, y elArt. 410 LEC, establece expresamente que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida, y por tanto, entiende que el precepto que debe aplicarse es elArt. 51 de la Ley Concursal. Por todo ello, solicita la revocación de la resolución recurrida para que continúe el procedimiento monitorio hasta su finalización.
La parte contraria se opone al recurso solicitando su desestimación.
SEGUNDO Examinadas las actuaciones consta que en fecha 4 de junio de 2.009 se presentó la petición de procedimiento monitorio frente a la mercantil, Eproyecta Imagen y Comunicación Empresarial, S.L. Por providencia de fecha 18 de junio de 2.009 se admitió a trámite acordando requerir de pago a la deudora. En fecha 24 de julio se persona la deudora oponiéndose al procedimiento monitorio, planteando cuestión de competencia por declinatoria, al considerar que el Juzgado competente para conocer de la reclamación es el Juzgado de lo Mercantil, pues dicha sociedad había solicitado concurso voluntario en fecha 19 de junio de 2.009 y porAuto de fecha 2 de julio se declara a Eproyecta Imagen y Comunicación Empresarial, S.L. en concurso voluntario. Ciertamente, a través de la petición inicial del procedimiento monitorio se abre una fase de declaración, consistente en examen de los documentos, admisión a trámite y requerimiento de pago. Con el procedimiento monitorio no empieza la ejecución, sino que concluye con la ejecución, o bien, de existir oposición del deudor, con la apertura de una fase contradictoria. En nuestro caso, dada la cuantía reclamada, el procedimiento debe continuar por los trámites del Juicio verbal, y concluir por sentencia. La petición inicial del procedimiento monitorio se presentó con anterioridad al concurso voluntario y antes del Auto declarando dicho concurso, de manera que debe aplicarse elArt. 51 de la Ley Concursal. A tenor del apartado primero de dicho precepto, los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia.
En definitiva, no procede estimar la incompetencia del Juzgado de primera instancia, como se hace en el Auto recurrido, por corresponder el conocimiento de, procedimiento al Juez del concurso, puesto que antes de la presentación del concurso voluntario y antes de dictarse el Auto declarando el concurso, ya se había iniciado la tramitación del procedimiento monitorio que, dada la cuantía y oposición, debe continuar por los trámites del juicio verbal hasta la firmeza de la sentencia.
TERCERO Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, la revocación del Auto recurrido a fin de que continúe el procedimiento hasta la firmeza de la sentencia.”: AAP Cáceres 28.01.2010 (JUR 2010/101342; Auto 14/2010; Rollo 2/2010)

AP La Coruña

“SEGUNDO.-Objeto del litigio.- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:
1º.-El 29 de diciembre de 2010 don Luis María y don Anselmo presentaron solicitud de procedimiento monitorio, a fin de que se requiriese a "Formoso Estructuras Metálicas, S.L." para el pago de una determinada cantidad, por la prestación de servicios profesionales.
2º.-Admitida a trámite y practicado el requerimiento, el 27 de abril de 2011 se personó "Formoso Estructuras Metálicas, S.L.", sin negar la realidad de la deuda, alegó que el 28 de marzo de 2011 había solicitado ante el Juzgado de lo Mercantil la declaración de concurso voluntario, por lo que el Juzgado requirente carecía de competencia para conocer de un proceso de ejecución, como era el monitorio.
3º.-Por Auto de 2 de mayo de 2011 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de La Coruña, se declaró la situación de concurso voluntario de "Formoso Estructuras Metálicas, S.L.".
4º.-Por Decreto de 7 de julio de 2011 se tuvo por formalizada la oposición y se convocó a las partes a juicio verbal. En el acto del juicio, la demandada se limitó a reiterar la falta de competencia, aportando copia de la resolución del Juzgado de lo Mercantil.
5º.-Tras la correspondiente tramitación, se dictó sentencia estimando íntegramente la demanda; con imposición de costas a la demandada.
TERCERO.-La competencia objetiva.- La única cuestión que plantea "Formoso Estructuras Metálicas, S.L." es la falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer del juicio verbal, pues cuando se celebró ya se había declarado a la recurrente en situación de concurso, por lo que procedía el sobreseimiento de las actuaciones.
El motivo no puede ser estimado:
1º.-El artículo ochenta y seis ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su numeral primero establece que es competencia exclusiva del juez del concurso el conocimiento de «1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores...», así como «3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado».

En consonancia con lo anterior, el artículo 8 de la Ley Concursal reproduce el texto de la Ley Orgánica, preceptuando que el Juzgado de lo Mercantil es el único competente para conocer de «1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores...», y que «3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». Exclusividad que reitera en el artículo 50 de la Ley Concursal, bajo el título "Nuevos juicios declarativos" cuando la obligación correlativa de los demás órganos judiciales civiles de abstenerse, al prever que «1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado».
Sin embargo, el legislador previó la excepción en cuanto a los procedimientos en trámite, al regular en el artículo 51.1 de la Ley Concursal que «Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia».
Las normas que regulan la competencia objetiva, en cuanto señalan cual de las distintas clases de tribunales del orden jurisdiccional civil es el que debe conocer, en primera instancia, de un asunto determinado, ya sea por razón de la materia, ya de la cuantía, tienen fuerza imperativa (constituyen «ius cogens») por razones de orden público, de modo que no permiten prórroga, sino que han de ser necesariamente observadas. Para conseguir el respeto de esas normas, el legislador vincula la sanción nulidad de pleno derecho de todo lo actuado a la falta de competencia objetiva (artículos 225.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) [Ts. 16 de diciembre de 2011 (Roj: STS 9235/2011, recurso 1993/2008)].
2º.-La cuestión de hecho analizada puede resumirse en que el 29 de diciembre de 2010 se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia una solicitud de procedimiento monitorio contra "Formoso Estructuras Metálicas, S.L.". Posteriormente, por decreto de 7 de julio de 2011 se convocó a las partes a juicio verbal. La mercantil demandada fue declarada en situación de concurso por auto de 2 de mayo de 2011 del Juzgado de lo Mercantil.
El problema planteado radica en determinar si el Juzgado de Primera Instancia era competente objetivamente para conocer hasta sentencia del procedimiento declarativo (tesis de los apelados), o si por el contrario debería de haberse abstenido en el conocimiento (postura de la recurrente). La solución estriba en si puede considerarse que el declarativo ulterior (sea verbal u ordinario) puede considerarse como una unidad con el proceso monitorio precedente; o, por el contrario, debe estimarse que se trata de dos procedimientos distintos, o cuando menos con dos fases perfectamente diferenciadas.
La respuesta mayoritaria de las Audiencia Provinciales se decanta por entender que debe seguir conociendo el Juzgado de Primera Instancia que ya conocía del proceso monitorio. Así se argumenta: (i) que debe considerarse que se trata de un único proceso desde el momento en que se promueve, y donde la competencia del Juez, tanto la territorial como la objetiva, para conocer de la totalidad de su tramitación y las diferentes fases que lo componen se determina en el momento de admitir la solicitud inicial, y no cuando se presenta la demanda de la fase de cognición [Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25, de 21 de junio de 2011 (Roj: AAP M 8978/2011) y 18 de marzo de 2011 (Roj: AAP M 3582/2011)]; (ii) que el artículo 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la tramitación de la oposición del deudor en el monitorio, cuando el importe de la reclamación es superior a la prevista para el juicio verbal, dispone que si el peticionario no interpusiera demanda dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, se sobreseerán las actuaciones con condena en costas al acreedor; y si la presentare se seguirán los trámites de los artículos 404 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que pone de manifiesto la unidad procedimental en estos casos de manera que la fase contradictoria en que se entra no deja de formar parte del procedimiento inicial [Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 16 de abril de 2010 (Roj: AAP GR 182/2010)]; (iii) que en la previsión del artículo 8 de la Ley Concursal, en relación en el artículo 51 del mismo texto legal, debe entenderse comprendida la fase declarativa, que debe continuar conociendo hasta la firmeza de la sentencia o del auto correspondiente; y una vez el interesado obtenga su sentencia o su correspondiente auto, que no incumbe al juez del concurso dictar, podrá exigir para ese título el tratamiento que como acreedor le corresponda en el concurso (para esto último sí deberá dirigirse al juez del concurso, ya que lo que no podrá es iniciar a partir de entonces una ejecución separada de su crédito, según el artículo 55 de la Ley Concursal) [Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 26 de marzo de 2010 (Roj: AAP M 4809/2010)]. En la misma línea se pronuncian los Autos de la Audiencia Provincial de Cáceres de 28 de enero de 2010 (Roj: AAP CC 27/2010) y de Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de julio de 2009 (Roj: AAP SE 3539/2009)].
Son minoritarias las resoluciones que apoyan la tesis de la dualidad de fases, y que por lo tanto pierde la competencia objetiva el Juzgado de Primera Instancia [Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 19 de octubre de 2010 (Roj: SAP TO 777/2010), o la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de octubre de 2009 (Roj: SAP V 7392/2009)].
3º.-Esta Sección, teniendo en consideración que el artículo 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «Cuando la cuantía de la pretensión no excediera de la propia del juicio verbal, el Secretario judicial dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y acordando seguir la tramitación...», de lo que se infiere que el legislador configuró la ulterior fase declarativa como formando parte del mismo proceso, pues manda simplemente finalizar una fase y "seguir" la tramitación, no una nueva o un procedimiento distinto, debe sumarse a la tesis mayoritaria. Unidad que además viene dada porque la competencia territorial y funcional corresponde al mismo Juzgado que ya venía conociendo del monitorio, lo que implica la continuidad del procedimiento. ": SAP La Coruña (Sección 3) 11.05.2012 (Sentencia 231/2012; Rollo 182/2012)

2.2. Lo relevante es la convocatoria para vista

AP Valencia (Sección 7)

"En el primer motivo de apelación se reproduce la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia al venir atribuido el conocimiento del asunto al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia al estar la demandada en estado legal de concurso. Los antecedentes son los siguientes: en fecha 5 de junio de 2008 se presentó la petición inicial de juicio monitorio; por providencia de 12 de junio de 2008 se acordó requerir de pago a la demandada, practicándose el requerimiento en fecha 26 de junio de 2008; en fecha 23 de julio de 2008 se opuso al requerimiento; por auto de 10 de octubre de 2008 se acordó convocar a las partes a la celebración de la vista del juicio verbal para el día 3 de marzo de 2009; por auto de 8 de septiembre de 2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia se declaró a COELFRI INSTALACIONES S.L. en concurso voluntario de acreedores.
El Juez de Primera Instancia motivó su pronunciamiento desestimatorio de la falta de competencia en el hecho de que el procedimiento monitorio estaba incoado con anterioridad a la declaración de concurso voluntario de acreedores, por lo que resultaba de aplicación el articulo 51-1 de la Ley Concursal que prevé que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de declararse el concurso se continuaran hasta la firmeza de la sentencia, por lo que entendía que no era aplicable el articulo 50 en relación con el 8 de la citada ley que establece el deber de abstención en el conocimiento del asunto cuando se interponga una vez declarado el concurso. Revisadas las actuaciones debemos destacar las siguientes fechas, por un lado, el 8 de septiembre de 2008 se declara el concurso por el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Valencia, por otro lado, el 10 de octubre de 2008 se acuerda por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Quart de Poblet convocar a las partes a vista al haberse opuesto la demandada al requerimiento de pago, por lo que la declaración de concurso es anterior a la convocatoria a vista del juicio verbal que es un declarativo.
La cuestión a resolver es si debemos entender que el juicio declarativo esta incoado desde la admisión de la petición inicial de monitorio, tesis que sostuvo el Juzgado de Instancia y que supondría la preferencia temporal del procedimiento frente a la del auto de declaración de concurso, y la respuesta es negativa pues no cabe atribuir naturaleza declarativa a la primera fase del juicio monitorio por las siguientes razones: a) El articulo 818 de la L.E.C. contempla dos fases diferenciadas en el proceso monitorio, iniciándose la segunda desde que se opone el demandado al requerimiento, convocando a vista cuando la cuantía no exceda de la propia del juicio verbal, o interponiendo la demanda en juicio ordinario cuando exceda de aquella, por lo que formalmente entendemos que el auto de convocatoria a vista se asimila al auto de admisión a tramite de la demanda en juicio verbal y es el momento en que se inicia el proceso declarativo; b) La doctrina entiende que con la oposición se pone fin al proceso monitorio y se inicia el declarativo que corresponda a su cuantía por lo que son fácilmente diferenciables las dos fases. En el presente caso la fase declarativa se inicia en el momento en que el Juzgado convoca a la vista del juicio verbal, siendo posterior al auto de declaración de concurso voluntario de acreedores.
En atención a lo expuesto procede estimar la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia y anulamos la sentencia dictada en fecha 22 de abril de 2009, archivando el procedimiento.": SAP Valencia (Sección 7) 05.10.2009 (Sentencia 520/2009; Rollo 563/2009)

AP Toledo

"PRIMERO: Presentada demanda de proceso monitorio, que fue admitida a trámite el 26 de octubre de 2009, requerido de pago el demandado, se opuso a la reclamación -22 de diciembre-, si bien lo efectuó sin firma de Letrado, por lo que si dictó Diligencia de Ordenación otorgando plazo para subsanar tal defecto, lo que se subsanó por escrito presentado el 22 de marzo de 2010; dictándose auto el 29 de marzo por el que, transformado la petición monitoria en juicio verbal -auto de 29 de marzo-se citaba a las partes a la celebración de juicio verbal, lo que fue notificado el 9 de abril; constando que el 15 de abril y por la representación de Cerámica El paraíso, S.A., se presentó escrito por el que se ponía de manifiesto al Juzgado que por auto del Juzgado de lo Mercantil de Toledo de 22 de febrero había sido admitido a trámite el concurso de tal entidad ahora recurrente, a cuya acreditación acompañaba la resolución dictada al efecto; y el Juzgado, sin proveer tal petición, procedió a la celebración del acto del juicio con asistencia de las partes, y donde la demandada insistió en la aplicación del art. 50 de la Ley Concursal, optando en caso de su no admisión por el allanamiento sin condena en costas, y dictándose sentencia por la que estimaba el allanamiento con condena en costas.
Dicha resolución ha sido recurrida por el condenado con la pretensión de que se aplicara el art. 50 de la Ley Concursal, y en todo caso impugnando la imposición de costas, al no haber existido mala fe en la oposición al monitorio.
SEGUNDO: Establece el art. 238.1º de la LOPJ., que son nulos de pleno derecho los actos procesales cuando "... se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional"; y sabido es que las normas que regulan la competencia tienen el carácter de ius cogens, lo que supone que su trasgresión es susceptible de invocar la nulidad que se invoca.
En el hecho que se analiza, cuando la petición monitoria se transforma en procedimiento declarativo (verbal por su cuantía), con fecha 29 de marzo de 20010, ya había sido declarada en concurso la mercantil Cerámica El Paraíso, S.A., por auto de 22 de febrero, con lo que el procedimiento ordinario aún no había nacido, con lo que el Juez resolvente carecía de competencia alguna para resolver la controversia, ya de competencia del Juez Mercantil, por lo que se produce el doble efecto de declarar la nulidad de la sentencia por los motivos expuestos; y al propio tiempo proceder a la imperativa aplicación del art. 50 de la Ley Concursal, a cuyo tenor "... los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el

juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
La consecuencia de lo expuesto es la declaración de nulidad de la sentencia, y que seguidamente se proceda al archivo de lo actuado, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, si a su derecho conviniere; todo ello sin imposición de costas en ambas instancias.": SAP Toledo 19.10.2010 (Sentencia 226/2010; Rollo 216/2010)

2.3 Improcedencia de revocaciòn de la admisión a trámite

"PRIMERO Denuncia la parte recurrente la improcedencia de lo acordado en el auto apelado, respecto de la inadmisión de demanda, al no resultar ello procedente en base a la argumentación en que se funda, alegando vulneración de losartículos, 51 y 55 de la Ley Concursal.
Entendemos que asiste la razón a la parte recurrente, resultando insostenible lo acordado en el auto apelado CON ALUSIÓN ALARTÍCULO 55, sobre inadmisión de demanda de monitorio contra OCCIDENTAL TOUR S.A., por causa de haber sido declarada en concurso voluntario dicha sociedad, porauto de 6-3-2009, cuando la demanda ya había sido previamente admitida por providencia de 27-2-2009.
El contenido de losartículos 51 y 55 de la Ley Concursal no puede tener efectos retroactivos sobre una admisión de demanda de monitorio ya admitida y en trámite antes de la declaración del concurso, y todo ello sin perjuicio de la imposibilidad, luego de dicha declaración, de ejecución singulares o procedencia de la suspensión en su momento de las que se encuentren en tramite, a que se refieren los citados preceptos.
SEGUNDO Por cuanto antecede, no resultara aceptable en este caso la inadmisibilidad acordada, a lo que no obstará la suspensión de aquellas actuaciones en la forma y momento previsto en la Ley Concursal.": AAP Granada (Sección 4) 27.11.2009 (JUR 2010/140044; Auto 181/2009; Rollo 397/2009)

2.4 Prosecución hasta sentencia, no mediando oposición

"PRIMERO. Doña Guadalupe formuló ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, el día 10 de noviembre de 2008, petición inicial de procedimiento monitorio contra Saitt S.A. en reclamación de 19.381,63 euros.
El Juzgado Sesenta y Ocho de Madrid, a quien correspondió, por reparto, el conocimiento del asunto, se declaró incompetente por auto de 17 de febrero de 2009, considerando competentes territorialmente a los Juzgados de Getafe.
El Juzgado de Primera Instancia Dos de Getafe, al que fue repartido el procedimiento, acordó por providencia de 13 de mayo de 2009 declararse competente para conocer de la solicitud de procedimiento monitorio, admitir la misma a trámite y requerir a la parte deudora para que, en veinte días, pagase al peticionario la cantidad reclamada o presentase escrito de oposición, ello conforme al artículo 815 de la Ley rituaria civil.
Saitt S.A. fue requerida de pago el 20 de mayo de 2009 y el 22 de junio siguiente presentó escrito alegando que con fecha 17 de abril de 2009 había presentado ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid solicitud de concurso voluntario (lo que acreditó con copia del primer folio de la solicitud y copia del requerimiento hecho por el Juzgado de lo Mercantil Siete a Saitt S.A. para subsanación de defectos en cinco días), que dio lugar al procedimiento de concurso abreviado 274/09 del Juzgado de lo Mercantil Siete, por lo que solicitaba la suspensión del procedimiento monitorio iniciado, a salvo de lo que se resolviese en el procedimiento concursal.
El juzgado de Primera Instancia, con fecha 2 de julio de 2009 dictó el auto recurrido, al amparo del artículo 816 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considerando que el deudor no compareció ante el Tribunal en el plazo del requerimiento.
Recurre en apelación la demandada Saitt S.A. el anterior auto. Alega que no se había conformado con la reclamación de Doña Guadalupe, sino que había solicitado la suspensión del procedimiento por encontrarse incursa en procedimiento concursal, extremo al que no se responde en el auto recurrido, dejando imprejuzgada la pretensión de la demandada, que ha quedado indefensa, viéndose condenada al pago de la suma reclamada sin que sus pretensiones hayan sido objeto de consideración por la juzgadora de la primera instancia, por lo que pide la nulidad del auto, al amparo del artículo 225, tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
SEGUNDO. No se ha prescindido por la juzgadora a quo de las normas esenciales del procedimiento, con producción de indefensión alguna (artículos 225, tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 238, mismo ordinal, de la Orgánica del Poder Judicial). Por el contrario, se han observado por la magistrada de la primera instancia escrupulosamente las normas del procedimiento. En el juicio monitorio -Exposición de Motivos de la Ley procesal de 2000 -el deudor es colocado, en virtud de la apariencia de crédito documentado que el solicitante presenta, ante la opción de pagar o "dar razones", ello en el plazo de veinte días que la Ley determina (artículo 815, apartado uno, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Si paga, termina el proceso por satisfacción del interés del reclamante. Si da razones (oposición), se abre, en toda su amplitud probatoria y cognoscitiva, el juicio declarativo. La falta de pago y de oposición es considerada por la ley como conformidad y se pasa a despachar ejecución (artículos 816 a 818 de la Ley procedimental civil). En definitiva, el monitorio es, desde su inicio, un juicio declarativo simplificado, dándose oportunidad al demandado para la conformidad con la pretensión del peticionario o la oposición, con la consecuencia abrirse un pleno conocimiento de la cuestión controvertida.
Los artículos 50 y 51 de la Ley Concursal de 2003 distinguen entre juicios declarativos iniciados con anterioridad a la declaración del concurso y los iniciados con posterioridad. Los primeros se seguirán hasta la firmeza de la sentencia (salvo que, estando tramitándose en primera instancia, el juez del concurso estime que

su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores). Es el caso de este proceso monitorio, que se incoó en noviembre de 2008, mientras que la solicitud de concurso voluntario fue presentada en abril de 2009.
La juzgadora de la primera instancia tenía que continuar el proceso declarativo hasta su terminación firme (artículo 51 de la Ley Concursal). Y así lo hizo. La demandada solicitante de declaración de concurso no compareció ante el Juzgado oponiéndose en el plazo de los veinte días hábiles que le ley determina (requerimiento de pago el 20 de mayo y escrito solicitando la suspensión el 22 del mes siguiente, folios 87 y 89 de las actuaciones del Juzgado). En tal caso, la ley prevé la declaración de certeza de la deuda mediante el despacho de ejecución (artículo 816 de la Ley procedimental civil).
Con la particularidad de que el Juzgado se limitó en el auto recurrido de 2 de julio de 2009 a declarar cierta la deuda -aunque no lo expresase así en la parte dispositiva de la resolución-, dejando el despacho de ejecución para el procedimiento de ejecución correspondiente, que se sustanciaría a instancia de la parte peticionaria. Se decía en la parte dispositiva del auto:
"Hágase entrega de testimonio de la presente resolución a la parte actora, a fin de que se presente como demanda ejecutiva en el Decanato, y se proceda al reparto a este Juzgado que conoció del proceso inicial, cubriendo el turno correspondiente y registrándose como nueva demanda ejecutiva".
El monitorio, en cuanto juicio declarativo, se tramitó correctamente con el resultado previsto por la ley para el caso de incomparecencia en el plazo legal. No procede la nulidad pretendida. Ahora bien, es competente para la ejecución el juez del concurso, no el Juzgado Dos de Getafe, una vez sea declarada la sociedad demandada en concurso voluntario, conforme al artículo 55 de la Ley Concursal.
Hemos de confirmar el auto recurrido.
TERCERO. Otra cosa es que el Juzgado hubiese debido utilizar expresiones más claras en el auto de terminación del monitorio por procedencia de la vía de apremio, al amparo del artículo 816 de la Ley rituaria civil. Si la jueza a quo entiende que la ejecución sólo puede despacharla en un proceso de ejecución y a petición de parte mediante demanda de ejecución (artículo 549 de la Ley procesal civil), fórmula más apropiada para concluir el procedimiento monitorio hubiese sido: "Se acuerda el archivo del presente procedimiento monitorio, debiéndose despachar ejecución por la cantidad adeudada, lo que se hará, a petición de la parte actora, en el procedimiento de ejecución que corresponda", u otra semejante. ": AAP Madrid (Sección 13) 26.02.2010 (Auto 63/2010; Rollo 830/2009)

3. Juicios cambiarios en curso

AP Alava (Sección 1)

“PRIMERO.- Sobre los antecedentes del caso
Son antecedentes que han de tenerse en cuenta para resolver el recurso planteado:
1.- El 9 de febrero de 2012 el Procurador de los Tribunales D. SEBASTIÁN IZQUIERDO ARRÓNIZ, en nombre y representación de SERVICIOS INTEGRALES DE LIMPIEZA ZULENE S.L. presentó demanda de juicio cambiario frente a ORGANIZACIÓN MÉDICA DE VITORIA S.L., en reclamación del importe de un pagaré de 22.241,82 €, solicitando el inmediato embargo por tal importe y otros 6.705,90 € en concepto de intereses de demora, gastos y costas si no se atendiera el requerimiento de pago, que solicita se verifique en el término de diez días.
2.- La demanda se turna al Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz el siguiente día 13 de febrero, que mediante diligencia de 27 de febrero acuerda requerir al demandante para que subsane la representación que se dice ostentar.
3.- Notificada tal resolución el primero de marzo, mediante escrito presentado el siguiente día cinco se aporta poder que acredita la representación conferida al procurador que firma la demanda.
4.- Mediante auto de 28 de marzo se acuerda incoar juicio cambiario, requerir para que en el plazo de diez días abone 22.353,03 € de principal y 6.705,90 € para intereses de demora, gastos y costas, y declarar embargados saldos que la demandada pudiera ostentar en diversos bancos y créditos frente a la Diputación Foral de Álava.
5.- El 3 de abril se remiten faxes a diversas entidades bancarias, ingresándose el día 5 por la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava la cantidad de 29.058,93 € en la cuenta de consignaciones del juzgado.
6.- El 11 de abril se pone en conocimiento de la parte actora tal ingreso, ordenando aguardar hasta que transcurra el plazo para que la parte demandada pueda oponerse, en su caso.
7.- El 11 de abril el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz pone en conocimiento del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz, y de otros juzgados, que el anterior día 10 se ha dictado auto declarando en concurso voluntario a ORGANIZACIÓN MÉDICA DE VITORIA S.L., en el que las facultades de administración y disposición están intervenidas, informándole que conforme al art. 55.1 de la Ley Concursal no pueden iniciarse ejecuciones singulares contra los bienes del referido concursado.
8.- El 12 de abril a las 13,15 horas se practica diligencia de notificación y requerimiento de pago en juicio cambiario a ORGANIZACIÓN MÉDICA DE VITORIA S.L. a través de una empleada, en la que se notifica el auto de 28 de marzo y se le requiere para que en diez días abone las cantidades que aquél recoge, manifestando “quedar enterada”.
9.- El plazo de diez días ha transcurrido sin que hubiera oposición de la deudora concursada.
SEGUNDO.- Sobre las consecuencias de la declaración de concurso
La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), regula en su Título III los efectos de la declaración de concurso. El capítulo II se dedica a “los efectos sobre los acreedores” y, en lo que aquí interesa, dispone en el art. 50 que no caben nuevos juicios declarativos contra el deudor declarado el concurso, en el art. 51 que los juicio

declarativos pendientes continuarán hasta sentencia aunque podrán acumularse al procedimiento concursal, en el art. 55.1 que no podrán iniciarse ejecuciones singulares ni seguirse apremios, y en el art. 55.2 que las actuaciones judiciales de ejecución o apremio "… que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos".

Como el juicio cambiario se inició antes de la declaración de concurso nos encontraríamos ante el supuesto del art. 51 LC, de modo que el procedimiento debería continuar hasta que finalice por resolución firme. La especialidad del juicio cambiario, en el que se combina una fase declarativa en la que se adopta en el acto mismo de admisión de la demanda, debido a la ejecutividad del título, un embargo preventivo tal y como dispone el art. 821.2.2º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), es que de no haber oposición (art. 825 LEC), o si se plantea pero se desestima (art. 827 LEC), tal embargo preventivo pasa a ser ejecutivo y el procedimiento continúa, sin solución de continuidad, como un proceso de ejecución.

En este caso el auto que inicia el procedimiento se dicta el 28 de marzo, antes de que se declare el concurso, y como dispone embargo preventivo, éste se hace efectivo el 4 de abril, también antes de declararse el concurso, ingresándose el importe reclamado por la caja en la cuenta del juzgado de instancia. Poco después, el 10 de abril, se declara el concurso, que se comunica al juzgado al día siguiente, y el día 12 se hace efectivo el requerimiento a la entidad que, en ese momento, ya está declarada en concurso. Esto supone que al declararse el concurso el procedimiento cambiario está en fase declarativa, en tanto que aún no se había requerido al deudor que no había tenido, por ello, oportunidad de bien atender el plazo de pago de diez días (art. 821.2.1º LEC), bien de oponerse a la ejecución (art. 824.1 LEC).

Cuando se declara el concurso aún no se ha iniciado el procedimiento de ejecución, puesto que ni siquiera había sido requerida la deudora concursada, a la que no se notifica el auto, requiriéndole de pago, hasta dos días después. Es irrelevante, al respecto, que en un partido judicial fuera el día inhábil y en otro no, puesto que los efectos de la declaración de concurso se producen desde que se dicta el auto declarando el concurso (arts. 44.1, 48 ter 1, 49.1, 50.2, 51 bis, 52.1, 53.1, 55.1 y otros de la Ley Concursal). Si no se había iniciado la ejecución consecutiva al juicio cambiario a que aluden los arts. 825 y 827 LEC, la situación en la que se encuentra el proceso se disciplina por el art. 51 LC, es decir, un juicio incoado antes de la declaración de concurso que debe continuar hasta su finalización.

TERCERO.- De la decisión adoptada por el juzgado

Después de comunicada la declaración de concurso el procedimiento debía continuar, pues no se trataba de una ejecución, y efectivamente continuó, pues se requirió a la deudora concursada para que pagara o se opusiera en diez días. Incluso puso el juzgado en conocimiento de la Administración Concursal la existencia y situación en que se encontraba el procedimiento. Pero no hubo oposición cambiaria en el plazo de diez días. Transcurrido el plazo la situación en la que nos encontramos es, por lo tanto, la del art. 825 LEC. El juzgado no pudo dictar la resolución a que alude tal norma, puesto que no cabe despachar ejecución contra quien está declarado el concurso, ya que lo prohíbe expresamente el art. 55.1 LEC. Precisamente eso dispone en la resolución apelada, aunque en la parte dispositiva acuerda el archivo del procedimiento.

La parte apelante, demandante en el juicio cambiario, entiende que debió acordarse la suspensión de la ejecución conforme al art. 55.2 LC, citando en su apoyo la SAP Barcelona, Secc. 17ª, de 11 de abril de 2012 (Roj: AAP B 2989/2012), que contiene un voto particular disidente. En este caso, el embargo que se acordó antes de hacer el requerimiento de pago y de declararse el concurso, es una medida cautelar, pues la propia norma la define como embargo preventivo en el art. 821.2.2º LEC. El art. 55.2 LC se aplica a ejecuciones en trámite, pero aquí no la había, porque nos encontrábamos en una fase previa del procedimiento. No podía haber ejecución hasta que transcurriera el plazo de oposición o hasta que se solventara la que eventualmente pudiera plantearse, de manera que el juzgado adopta la resolución que dispone el art. 55.1 LC, correctamente aplicado en este caso, puesto que acuerda no despachar ejecución.

El argumento de que se causa indefensión si finaliza el concurso y la medida cautelar no permanece efectiva no se acomoda a la legislación concursal. El crédito del acreedor en el juicio cambiario no queda extrañado, por el hecho de haberse planteado antes del concurso, o por disponer de una medida cautelar que pretendía hacer efectiva la resolución judicial, del tratamiento concursal que merezca. En primer lugar porque la medida cautelar es siempre accesoria al procedimiento principal, como señala el art. 726.1.1º LEC y se desprende de los arts. 721.1 y 731.1 LEC, de modo que un crédito reconocido en un procedimiento (con o sin medida cautelar) tendrá concursalmente el mismo tratamiento, sin que la existencia de la medida de aseguramiento suponga un régimen diferente. Pero además porque hay dos principios que lo disponen: 1) el principio de universalidad de la masa activa, que dimana del art. 76 LC, impide que la suspensión de una ejecución derivada del art. 55.2 LC suponga una "reserva" del importe embargado hasta la finalización del concurso, para el eventual caso de que este concluya sin satisfacción de los acreedores, que es la tesis que cita la recurrente; y 2) el principio de trato igual a los acreedores, que dispone el art. 49 LC, integra a todos los acreedores del deudor en la masa pasiva, sin más excepciones que las que señala la ley, de modo que sus créditos se abonarán en la forma y por el orden que establece la Ley Concursal.

La suspensión de la ejecución en el art. 55.2 LC, aunque se relacione con la conclusión del concurso en el art. 178.2 LC, que salvaguarda los derechos de los acreedores en caso de finalización del concurso por liquidación o insuficiencia de masa, no justifica retener elementos del patrimonio del concursado en un procedimiento judicial ajeno al concurso. Este es un procedimiento universal, que afecta a la totalidad del patrimonio del deudor, y en el que uno de los efectos es detener las ejecuciones en trámite e impedir otras nuevas. Con ello se salvaguarda la integridad de la masa activa, que puede cumplir así la finalidad de servir al cumplimiento del convenio, en caso de alcanzarse, o para pago de los acreedores concursales, si hubiera liquidación. En este último caso, aludido en el precepto que esgrime la recurrente, el pago se hace a los acreedores conforme al sistema de calificación de sus créditos regulado en los arts. 84 y ss LC, al disciplinar la masa pasiva, y en la forma que dispone la Secc. 4ª ("Del pago a los acreedores"), del Capítulo II ("De la fase de liquidación"), del

Título V de la Ley Concursal, artículos 154 y ss LC. Para el pago se incluyen todos los elementos patrimoniales del deudor, quedando excluidos exclusivamente los que mencionan los arts. 155 en relación con los arts. 90 y 55.2 LC. Por eso el juez del concurso tiene la posibilidad de cancelar todas las cargas anteriores a la declaración de concurso, como señala el art. 149.3 LC a favor de cualquier crédito concursal siempre que no goce de privilegio especial conforme al art. 50 LC, lo que no es el caso.
Cierto que en la parte dispositiva del auto recurrido no lo dice expresamente, pues se limita a indicar que se archivan las actuaciones. Pero la misma tiene que integrarse con el razonamiento que contiene el fundamento de derecho único, en el que se aplica correctamente la previsión concursal relativa a los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores. En todo caso las partes no solicitaron aclaración para que la resolución contuviera la declaración que señala el art. 55.1 LC, es decir, que no procede despachar la ejecución que previene el art. 825 LEC.
Finalmente respecto del destino de la cantidad ingresada en el juzgado que tramitaba el juicio cambiario, la decisión judicial es correcta, pues se trata de un importe perteneciente a la masa pasiva del concurso, pues se sujetó como medida cautelar que ha quedado sin virtualidad tras la declaración de concurso, en tanto el acreedor que la obtuvo tendrá que hacer valer su derecho en el concurso, como un acreedor más, sin que la existencia de tal medida cautelar otorgue un derecho distinto o una calificación diferente de su crédito.”: AAP Alava (Sección 1) 10.01.2013 (Auto 2/2013)

AP Almería (Sección 2)

“PRIMERO.-GARDE ELECTRODOMÉSTICOS, S.L., interpuso demanda de juicio cambiario frente a CARPINTERÍA CAMPOHERMOSO, S.L., en reclamación de la cantidad de 3.413,02 euros, más los intereses legales y costas por impago de pagarés librados en su día. El juicio cambiario es un proceso en el que se solicita la ejecución de títulos cambiarios, en este supuesto concretamente de seis pagarés. Títulos a los que el ordenamiento jurídico reconoce una especial naturaleza y a los que atribuye unos especiales efectos jurídicos. Ello se deriva del "carácter formal y abstracto" de los títulos cambiarios, cuyas declaraciones están destinadas a un número indeterminado de personas, estando destinados al tráfico mercantil.
La parte demandada alegó la excepción de falta de provisión de fondos o de inexistencia de causa del título, en cuanto que fueron librados como para el pago de unas mercaderías que no han sido entregadas, negándose la pago a virtud de tal alegada causa de oposición que ha sido desestimada por la juzgadora de la anterior instancia, la que en la sentencia dictada ha mandado seguir adelante con la ejecución, condenando al pago de la cantidad reclamada en los términos que constar en el fallo antes trascrito.
En el recurso de apelación interpuesto frente a dicha sentencia, presentado por la parte ejecutada, versa sobre tres motivos que quedan resumidos en una sola cuestión, cual es la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia, en cuanto que si bien la demanda cambiaria fue presentada en al juzgado el día 26 de junio de 2.009, la representación procesal de CARPINTERÍA CAMPOHERMOSO, S.L., en el acto del acto del Juicio celebrado el día 13 de diciembre de 2.010, hizo constar que la misma había sido declarado, en procedimiento de Concurso Abreviado nº 36/2.010, en Auto dictado el día 19 de marzo de 2.010, por el Juzgado de lo Mercantil de Almería, en situación de Concurso Voluntario, que se tramitaría por las reglas del Concurso Abreviado, acordando que el deudor conservara las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido en el ejercicio de estas facultades a la intervención de la administración concursal mediante autorización o conformidad. Presentando en dicho momento Auto del referido Juzgado mercantil, donde se efectúa tal pronunciamiento.
SEGUNDO.-Para la correcta resolución del supuesto y atendiendo a tales antecedentes, debe señalarse que es criterio aceptado doctrina reiterada, recogida por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 11.12.2009 al señalar que "...Como ya se ha puesto de relieve en ocasiones precedentes por este tribunal la cuestión planteada se limita a decidir si resulta de aplicación al supuesto de autos el artículo 50 ó el 51 de la Ley Concursal, según se entienda que al declararse el concurso estaba o no en tramitación el proceso ante el Juzgado de Primera Instancia. En primer término conviene indicar que no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal)..."; añadiendo el Auto de igual Audiencia y Sección en Auto de 14.5.2010 que "... las fechas relevantes para decidir si el proceso se encontraba en trámite son, por un lado, la de interposición de la demanda (que determina, desde entonces, todos sus efectos procesales, en concreto el de litispendencia, si es admitida - artículo 410 de la LEC) y, por otro, la de declaración -que no de la mera solicitud-del concurso (a la que se vinculan todos los efectos propios de éste - artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal...".
El artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial relaciona un catálogo de materias cuyo conocimiento atribuye a los Juzgado de lo Mercantil, de manera que éste, como órgano especializado, carece de competencia objetiva para enjuiciar lo que no le viene expresamente atribuido, por razón de la materia, en dicho precepto legal. El resto de las materias civiles no comprendidas en ese ámbito competencial incumben al Juez de Primera Instancia (art. 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Como ha declarado la sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de marzo de 1993, en relación a los órganos especializados, éstos no pueden conocer de otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia.
Por tanto y en aplicación de tal criterio, seguido por este Tribunal, resulta que la demandas de proceso cambiario presentada por la mercantil demandante en el juicio cambiario ante el Juzgado Decano de Almería es anterior a la declaración concursal, de tal modo que los efectos del concurso respecto a aquellos procesos debe determinarse por el cauce del art. 51 L.Co., por lo que iniciada antes de dicha declaración concursal debe continuar hasta que recaiga en la misma resolución definitiva.

La configuración procesal del proceso cambiario, dotado de una clara fase declarativa e incluido dentro de los procesos declarativos especiales, y el consiguiente despacho de la ejecución no impide el conocimiento por el Juzgado de Primera Instancia de dicho proceso declarativo especial para el control de validez inicial del título-valor, su admisión a trámite y la determinación de la concurrencia o no de circunstancias extintivas, impeditivas o extintivas del mandato u orden de pago contenido en el título producirán en el concurso los efectos oportunos.
Frente a lo anterior, el legislador prevé una excepción en los casos en que el Juez del concurso estime que la resolución del asunto tenga trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la vista de los acreedores, lo que podía haber sido solicitado por la parte ante aquel órgano jurisdiccional, y lo que evidentemente no ha ocurrido ante la omisión de cualquier referencia al respecto.
En base a lo anteriormente expuesto, procede la desestimación del recurso. ":SAP Almería (Sección 2) 17.10.2013 (Sentencia 211/2013; Rollo 242/2012)

AP Barcelona (Sección 1)

PRIMERO D.Pedro Franciscopresentó en fecha 21 de octubre de 2008 demanda de juicio cambiario contra la mercantil Solincer Internacional S.L.U. con base a dos pagarés de vencimiento el día 25 de septiembre de 2008 que habían resultado impagados, resultando acreditado que la referida demandada tenía presentada solicitud de declaración de concurso desde el día 26 de septiembre de 2008 que fue resuelta por eljuzgado el día 23 de octubresiguiente.
La juzgadora de instancia dictó resolución en la que acordaba abstenerse del conocimiento de la demanda por considerar que era competencia del juzgado de lo mercantil, a tenor de lo dispuesto en elartículo 50 de la Ley Concursal, en relación con elartículo 8del mismo texto legal.
Contra la indicada resolución ha planteado recurso la parte demandada con los argumentos que indicamos: a) el auto de de
claración de concurso es de fecha posterior a la presentación de la demanda, b) siendo ello así, la competencia para el conocimiento de la demanda corresponde al juzgado de instrucción de acuerdo con lo que resulta delartículo 51 de la Ley Concursal.
SEGUNDO La interpretación de los preceptos reseñados debe efectuarse en atención a la naturaleza del juicio cambiario instado por la parte actora, lo cual nos lleva a las siguientes consideraciones:
El juez del concurso tiene atribuida competencia exclusiva y excluyente en materia de acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, así como respecto a toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del ejecutado (art. 8 de la Ley Concursal en relación con elartículo 86 ter de la LOPJ).
Por consiguiente, cualquier demanda de las indicadas en el párrafo anterior, que se presente después de la declaración de concurso, es de la competencia del juez de lo mercantil y los juzgados civiles se abstendrán de conocer, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el juez del concurso (art. 50 de la Ley Concursal).
Ahora bien, si la demanda se presenta antes de la declaración de concurso, la regla de competencia a aplicar difiere según se trate de un juicio declarativo o de una ejecución judicial o administrativa, toda vez que en el primer caso, conforme alartículo 51 de la Ley Concursal, los juicios continuarán hasta sentencia, salvo que tuvieran trascendencia sustancial en la formación del inventario, en cuyo caso, el juez del concurso podría acordar su acumulación. En cambio, y conforme a lo dispuesto en elartículo 55, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor, quedando en suspenso las actuaciones que se hallaren en trámite, y sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
TERCERO El juicio cambiario, según la Exposición de Motivos de laLey 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, <<no es sino el cauce procesal que merecen los créditos documentados en letras de cambio, cheques y pagarés. Se trata de una protección jurisdiccional singular, instrumental de lo dispuesto en la ley especial sobre esos instrumentos del tráfico jurídico. La eficaz protección del crédito cambiario queda asegurada por el inmediato embargo preventivo que se convierte automáticamente en ejecutivo si el deudor no formula oposición o si ésta es desestimada>>.
Por consiguiente, y como quiera que elartículo 821 de la LECpermite ordenar inmediatamente el embargo preventivo de los bienes del deudor en la cantidad que figure en el título más otra para intereses y costas, se abre una vía ejecutiva singular que de permitirse la continuación del procedimiento, quedaría desvinculada de la acción conjunta y unitaria de los acreedores que pretende la declaración concursal, y para cuya consecución elartículo 55citado ordena se suspendan las ejecuciones iniciadas.
De ahí que el criterio de temporalidad que cita el recurrente al amparo delartículo 51 de la Ley Concursal no pueda ser aplicado en el supuesto de hecho que nos ocupa, debiendo prevalecer el principio de unidad de la ejecución del patrimonio del concursado y como consecuencia de ello la competencia del juzgado de lo mercantil que resulta de lo explicado.": AAP Barcelona 09.02.2009 (Sección 1) (AC 2009/653; Auto 47/2009; Rollo 14/2009)

AP Barcelona (Sección 14)

"PRIMERO La actora apela elauto de fecha siete de noviembre de dos mil ocho en el que el juez acuerda abstenerse del procedimiento de la demanda de juicio cambiario instado, por ser de competencia del juzgado de instancia de lo mercantil que conoce del expediente de concurso voluntario, que se sigue a instanica de la parte demandada, sucursal mercantil Solincer Internacional, S.L.

Alega en el recurso que, de acuerdo con lo dispuesto en elartículo 50 de la actual Ley Concursal y su concordanteartículo 8, la demanda de juicio cambiario que nos ocupa es anterior a la declaración de concurso porauto voluntario que se dictó el 23 de octubre de dos mil ocho. La presente demanda es de fecha 17 de octubre de dos mil ocho.
El recurso no puede prosperar, por cuanto el proceso se iniciaría en perjuicio de los acreedores concursales.
Tal como se dispone en losartículos 50,51 55 y 8 todos de la Ley Concursal, los juzgados que conocen de las demandas individuales se han de abstener de continuar el proceso una vez iniciado el procedimiento concursal.
Dispone elartículo 50 de la Ley Concursal, que de admitirse a trámite la demanda, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan formalizado. Elartículo 51 de la misma Ley Concursal dice que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentre en trámite al momento de la declaración de concurso continuarán hasta la firmeza de la sentencia. Elartículo 8, párrafo 3º dispone que será competente para concer los juicios ejecutantes el juez de lo mercantil de forma exclusiva y excluyente. En igual sentido, elartículo 86 ter. 1 de la LOPJ.
Pues bien, en el supuesto de autos la presentación de la presente demandada es de fecha posterior a la declaración de concurso (providencia de veintiocho de octubre de dos mil ocho), pero lo más importante es que a los efectos de la litispendencia (art. 410 de la LEC) el auto de declaración de concurso de acreedores se retrotrae al momento en que se ha presentado la solicitud (presentación de demanda) de forma que formulada esta petición el día veintiocho de septiembre de dos mil ocho (tal como consta en el auto aportado, al folio 35) es claro que la presentación de este juicio cambiario es posterior a dicha fecha.
Cabe añadir que, aunque se apreciara que la fecha a tener en cuenta no es la de la presentación de la petición de concurso voluntario, sino la del auto de declaración de concurso, conforme a la norma que se contempla en elartículo 55 de la Ley Concursal, el juzgador de instancia debería suspender el juicio en el estado en que se hallare, de manera que como sea que no nos encontramos ante un juicio declarativo (ordinario) sino ante un proceso singular de ejecución cambiaria, procede la confirmación del auto apelado.”: AAP Barcelona (Sección 14) 05.03.2009 (JUR 2009/379390; Auto 46/2009; Rollo 27/2009)

AP Barcelona (Sección 15)

“PRIMERO El juzgado de primera instancia inadmitió la demanda de juicio cambiario por falta de competencia objetiva, pues la demandada se encuentra en concurso de acreedores. La actora recurre en apelación porque a su juicio no procede aplicar elart. 50 LC, porque la demanda cambiaria fue interpuesta el día 21 de octubre de 2008, mientras que el concurso de acreedores no fue declarado hasta el día 23 de octubre de 2008.
Es cierto que la demanda de juicio cambiario fue interpuesta el día 21 de octubre de 2008, según se desprende del sello de registro, en el encabezamiento de la demanda. Pero el hecho de que fuera en dos días anterior a la declaración de concurso no supone necesariamente la competencia objetiva del juzgado de primera instancia ante el que se presentó, en atención a la naturaleza del juicio cambiario.
SEGUNDO Una vez declarado el concurso, cualquier reclamación civil de contenido patrimonial, contra el deudor concursado, debe hacerse valer ante el Juez del concurso. Este asume, con la declaración de concurso, la competencia funcional para conocer de estas acciones (arts. 86 ter LOPJ y 8.1º LC). Esta competencia es exclusiva y excluyente, por lo que elart. 50 LC impone al resto de jueces del orden civil, tanto mercantiles como de primera instancia, dejar de conocer de las demandas en las que se ejerciten estas acciones una vez se haya declarado el concurso. Estas acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, por la ubicación sistemática de losarts. 8.1º y 50 LC, se refieren a las acciones declarativas por contraposición a las ejecutivas, respecto de las cuales se reconoce la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso y la vis attractiva en otrospreceptos (arts. 8.3º y 55 LC, respectivamente).
En nuestro caso, concurre que la acción civil ejercitada en la demanda es la especial del juicio cambiario, que viene regulado en laLey de Enjuiciamiento Civil dentro del Libro IV, dedicado a los procesos especiales, en concreto en el Título III, que lleva por rúbrica "De los procesos monitorios y cambiario". El juicio cambiario es un proceso especial, al que se accede tan sólo invocando un titulo cambiario (letra de cambio, cheque o pagaré) que reúna todos los requisitos exigidos para su validez en laLey Cambiaria y del Cheque (art. 819 LEC). Sin duda, se trata de un proceso singular, pues de una parte tiene una estructura similar al juicio ejecutivo, en cuanto que la demanda debe ser sucinta e ir acompañada del título cambiario, de tal forma que el tribunal tan sólo examina la corrección formal de éste, para acordar el requerimiento de pago al deudor y el embargo preventivo de sus bienes; pero, al mismo tiempo, admite una fase de cognición, y por lo tanto, declarativa, para conocer de unos motivos de oposición cambiaria previstos en elart. 67 LCCh.
Si consideráramos el juicio cambiario como un juicio declarativo, resultaría de aplicación elart. 50 LC, de forma que la competencia del juez del concurso tan sólo operaría respecto de las demandas presentadas con posterioridad a la declaración de concurso, y en nuestro caso, como la demanda fue dos días anterior, sería competencia del juzgado de primera instancia ante quien se presentó. Pero, como ya apuntábamos, no parece que sea esta la solución que deba seguirse, porque la estructura del juicio cambiario entra en contradicción con la ratio legis que permite la continuación del juicio declarativo ante un juzgado distinto del que tramita el concurso y con el principio general de acumulación de ejecuciones. Esta ratio legis presupone que, si bien se deja a criterio del juez del concurso acumular los juicios declarativos, en atención a la trascendencia que la cuestión tiene para la masa activa y pasiva del concurso, en cualquier caso no cabe ni iniciar ni continuar ejecuciones contra el patrimonio del concursado, para asegurar la eficacia del concurso, preservando la integridad del patrimonio del deudor y al mismo tiempo obligando a los acreedores a someterse a las soluciones concursales (convenio o liquidación).

Bajo este esquema, una vez declarado el concurso, no cabe que el deudor concursado pueda ser requerido de pago en un procedimiento ajeno al concurso ni embargar sus bienes, que integran la masa activa del concurso (art. 76 LC). Lo primero, porque el deudor bajo ningún concepto puede atender a dicho requerimiento, ya que supondría pagar un crédito concursal fuera del concurso, y con ello se alteraría la par condicio creditorum; y lo segundo, porque una vez declarado el concurso no cabe trabar nuevos embargos sobre el patrimonio del deudor concursado pues, ya sea de ejecución o cautelar, elart. 8.3º y 4º atribuye esa competencia de forma exclusiva y excluyente al juez del concurso.
Por esta razón, aunque la declaración de concurso fuera dos días posterior a la presentación de la demanda de juicio cambiario, es lógico que el juez que debía despachar esta última, al conocer entonces de la declaración de concurso, advirtiera su falta de competencia objetiva.": AAP Barcelona (Sección 15) 01.09.2009 (JUR 2009/492599; Auto 147/2009; Rollo 208/2009)

AP Barcelona (Sección 16)

"PRIMERO Se presentó demanda de juicio cambiario en 11 de noviembre de 2.008 y el siguiente día 24 se dictó auto declarando en concurso a la demandada, antes de que dicho procedimiento cambiario fuese admitido a trámite, lo que tuvo efecto medianteauto de 10 de diciembre del mismo año.
Oída la actora y el Ministerio Fiscal, el Juzgado dictóauto en 14 de mayo de 2.009 por el que se acordó su inhibición a favor del Juzgado de lo Mercantil. Interpuesto recurso de reposición por la parte actora, fue desestimado por elauto de 28 de mayo siguiente. Interpone recurso de apelación la parte actora, con invocación de lo dispuesto en elartículo 55.2 de la Ley Concursal. Considera que se trata de una ejecución singular y que, por tanto, conforme a lo dispuesto en dicho precepto, ha de suspenderse el curso del proceso, que es lo que solicita en definitiva.
SEGUNDO Elartículo 55 de la citada ley determina que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares contra el deudor, so pena de nulidad. El número dos del artículo, que es el que invoca la parte recurrente, determina que las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
Sin embargo, el juicio cambiario no es un juicio ejecutivo. Es un proceso de índole especial que hasta el momento establecido en elartículo 825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tiene naturaleza ejecutiva. Es, por tanto, hasta ese momento, un proceso declarativo, de los que a veces se han calificado como "provocatorios", en cuyo proceso se adoptan determinadas medidas cautelares. Puede haber oposición, en la que cabe la discusión de la relación causal entre las partes de la relación cambiaria. Sólo si, requerido el deudor, no paga ni se opone, se entra en el proceso ejecutivo propiamente dicho.
Por tanto, aquí no estamos en el caso prevenido en elartículo 55 de la Ley Concursal.
TERCERO Evidentemente, los juzgados de lo mercantil son competentes para conocer de cualquier acción civil con trascendencia patrimonial que se dirija contra el concursado. Pero eso no significa que cualquier demanda de dicha índole deba acumularse siempre al concurso. Elartículo 51 de la repetida Ley Concursal determina que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, continuarán hasta la firmeza de la sentencia, salvo que se acuerde la acumulación en la forma prevenida en el precepto.
No se comparte el criterio del Juzgado según el cual el proceso cambiario comenzó después del concursal, por la circunstancia de haberse dictado el auto que admitió a trámite el primero después de la declaración del concurso. Lo que define el inicio del proceso es la fecha en que se presenta la demanda, momento desde el que el proceso está en tramitación, sobre todo si, como aquí ocurrió, la demanda resulta finalmente admitida. Además, en este caso ya el día 13 de noviembre (antes del 24, en que se declaró el concurso) dictó el Juzgado providencia ordenando requerir para el pago de la tasa judicial correspondiente.
Por tanto, al inicio del concurso existía un proceso judicial pendiente, el cual no es un proceso ejecutivo, ya que no ha llegado al momento en que se transformaría en tal. Como es aplicable elartículo 51, que no permite acumulaciones de oficio, el Juzgado no actuó correctamente al entender de la sala, de modo que el recurso debe ser estimado, para que el procedimiento siga por sus trámites hasta el momento en que, en su caso, proceda el despacho de la ejecución. Ese despacho ya sí le estará vedado al Juzgado de Primera Instancia mientras penda el proceso concursal. Pero, antes, el juicio debe seguir adelante.
CUARTO A lo expuesto no es óbice el que la parte recurrente haya pedido que se suspenda el curso del proceso. La parte actora puede pedir esa suspensión en los casos y por el tiempo que establece la Ley de Enjuiciamiento. Pero no es de eso de lo que se trata y, por tanto, no puede estarse a esa regulación procesal. Lo que se pretende no procede conforme a la norma que se invoca y no puede darse lugar a ello. De todos modos el tema no parece que tenga mucha trascendencia real pues, si la demandada no se opone, el procedimiento quedará en suspenso y avocado al proceso concursal.": AAP Barcelona (Sección 16) 05.03.2010 (JUR 2010/177512; Auto 37/2010; Rollo 633/2009)

"PRIMERO.-Con argumentos que, como se verá hemos de compartir, se alza Cometna SL frente a la decisión del Juzgado de abstenerse de conocer de la demanda de juicio cambiario origen de las presentes actuaciones, por entender que la competencia incumbe al Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona que tramita el procedimiento concursal contra la demandada Solincer Internacional SLU.
SEGUNDO.-Es verdad que el art. 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por lo que aquí nos interesa, dispone que "La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente" para conocer de "Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (...)". De manera que, según establece el art. 50 "Los jueces del orden civil (...) ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo

a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso" y, no habiéndose hecho así, "se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".
Ocurre que, como argumenta la recurrente, habiéndose interpuesto el 22 de octubre de 2008 la demanda de juicio cambiario que nos ocupa (tal es por tanto la fecha que define el inicio del proceso), hasta el siguiente día 23 no dictó el Juzgado Mercantil auto declarando en situación de concurso voluntario a Solincer Internacional SLU. En consecuencia, sin perjuicio de la acumulación que, a solicitud de "la administración concursal antes de emitir su informe" o de "cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores", pudiera acordar el juez del concurso en el caso de considerar que la resolución de este pleito "tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores", carece de fundamento el archivo acordado en primera instancia e impugnado en esta alzada (art. 51-1 de la Ley 22/2003).
TERCERO.-Es evidente por lo demás que no estamos en el supuesto previsto en el artículo 55 en relación con el art. 8-3º de la LC. Porque, como razonó esta propia sala en el auto dictado el pasado día 5, "el juicio cambiario no es un juicio ejecutivo. Es un proceso de índole especial que hasta el momento establecido en el artículo 825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tiene naturaleza ejecutiva. Es, por tanto, hasta ese momento, un proceso declarativo, de los que a veces se han calificado como 'provocatorios', en cuyo proceso se adoptan determinadas medidas cautelares. Puede haber oposición, en la que cabe la discusión de la relación causal entre las partes de la relación cambiaria. Sólo si, requerido el deudor, no paga ni se opone, se entra en el proceso ejecutivo propiamente dicho".
Partiendo de lo cual, no cabe sino concluir que, habiéndose declarado el concurso con posterioridad al comienzo del cambiario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LC, debe continuar la tramitación de las presentes actuaciones hasta la finalización de su fase eventualmente declarativa, por tanto, hasta que recaiga sentencia firme si es que se formula oposición. Transcurrido el plazo de oposición sin que el deudor haya manifestado nada, se dictará sin embargo auto de archivo al no poder despachar el Juzgado ejecución contra la concursada. “:AAP Barcelona (Sección 16) 29.03.2010 (Auto 50/2010; Rollo 411/2009)

AP Barcelona (Sección 17)

“TERCERO.-A la vista de los anteriores antecedentes debemos señalar, en primer término, que el juzgador de primer grado, en la decisión recurrida, efectivamente- tal y como alega la recurrente-, parte de una premisa errónea cual es la de considerar que la declaración judicial de concurso de TAYMCO fue anterior a la presentación de la demanda de juicio cambiario por la que se iniciaron las presentes actuaciones. Como hemos reseñado, la demanda cambiaria fue presentada en fecha de 18 de noviembre de 2009 siendo que la declaración judicial de concurso data del día 13 de diciembre de 2010.
Bastan estos datos para concluir que no resultaba de aplicación al supuesto de autos lo dispuesto en el art. 50.1 de la Ley Concursal que regula los supuestos de acciones interpuestas una vez declarada la situación concursal y de las que deba conocer el juez del concurso. En consecuencia, no resulta procedente la decisión de abstención y la consiguiente nulidad de lo actuado y archivo de las actuaciones.
Ahora bien, sentado lo anterior, tampoco resulta de aplicación, como postula la recurrente, lo dispuesto en el art. 51.1 de la propia Ley Concursal, el cual, se refiere únicamente a los juicios declarativos que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso, los cuales deben continuar hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de las eventuales acumulaciones que el propio precepto prevé.
Como quiera que en el supuesto de autos, tal y como se ha expuesto en el ordinal anterior, se tuvo por desistida a la entidad TAYMCO de su demanda de oposición a la ejecución cambiaria, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 55 de la Ley Concursal relativo a los efectos del concurso en relación con las demandas ejecutivas, singulares, ya de procedencia judicial (ejecución de títulos judiciales) o extrajudicial (ejecución de títulos no judiciales, como es el caso tratándose de pagarés). Así, esta norma, en su parte relevante, dispone que:
" 1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. (..).
Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.
Por lo expuesto, la resolución recurrida debe ser revocada en cuanto no resultaba procedente la abstención y el archivo de las actuaciones con nulidad de lo actuado, pero ello no conlleva las consecuencias impetradas por la recurrente conforme a lo dispuesto en el art. 51.1 de la Ley Concursal, sino la suspensión del procedimiento con los efectos previsto en el art. 55 de la propia Ley Concursal, lo que comporta la estimación parcial del recurso planteado. “:AAP Barcelona (Sección 17) 05.12.2012 (Auto 214/2012; Rollo 91/2012)

AP Castellón

“PRIMERO Se dirige el presente recurso de apelación a revisar la decisión adoptada por el Juzgador "a quo" de inadmisión a trámite de la demanda de juicio cambiario dirigida contra la mercantil Bath Star, S.L., declarada en concurso por el Juzgado de lo mercantil. El auto apelado estimó aplicable elart. 55.2 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003que impide el inicio de ejecuciones singulares declarado el concurso, en base a la naturaleza específica del juicio monitorio, distinta de los juicios declarativos.

Estima la entidad actora que no es correcta la aplicación del mencionado precepto, pues a su juicio el proceso cambiario es de naturaleza declarativa, de modo que rige lo dispuesto en elart. 51 de la LCsegún el cual los juicios declarativos se continúan hasta la sentencia firme, por lo que insta a la Sala al dictado de pronunciamiento revocatorio de la resolución apelada por el que se acuerde la admisión y tramitación de la demanda. (…)
Descendiendo al supuesto objeto de nuestro análisis, hemos de partir de que la presentación de la demanda cambiaria tuvo lugar el 27 de enero de 2.007, acordándose en providencia posterior oir a las partes sobre la posible falta de competencia objetiva del Juzgado por haberse declarado en concurso voluntario abreviado la mercantil demandada por el Juzgado de lo Mercantil de Castellón. El Ministerio Fiscal solicitó que se declarase la incompetencia objetiva del Juzgado, mientras que la mercantil actora interesó la continuación hasta sentencia.
La problemática que suscita el recurso exige determinar si el procedimiento cambiario regulado en losarts 819 y siguientes de la LECtiene naturaleza declarativa, por lo que sería aplicable elart. 51 de la LCy procedería tramitar el juicio hasta sentencia, tal como propone la apelante, o, por el contrario, es un proceso de ejecución y no puede seguirse de modo separado al concurso conforme a las previsiones delart. 55del referido texto legal.
Si bien se trata de una cuestión opinable, compartimos la opinión de Gimeno Sendra de que se trata de un proceso de naturaleza mixta declarativa-ejecutiva procedente del anterior juicio ejecutivo de la LEC de 1881. En concreto, esta Audiencia y Sección ensentencia de 11 de mayo de 2004, con cita de la SAPde Zaragoza, Sec. 4ª, de 17 de octubre de 2003, decía que "es opinión común entre los comentaristas que la nueva regulación no afecta a la doctrina establecida para el anterior juicio ejecutivo. Esta Sala participa de esta opinión".
El juicio cambiario se configura como el medio jurídico-procesal que confiere ejecutoriedad a los documentos cambiarios. Estos documentos conforme a losarts. 517.2.9º de la LEC, y 66, 96 y 153de laLey Cambiaria y del Cheque, tendrán aparejada ejecución a través del Juicio Cambiario regulado el la LEC. Si en la LEC de 1881esos documentos cambiarios se incluían expresamente en entre los títulos que llevaban aparejada ejecución (art. 1429.4º) en el juicio ejecutivo, en la vigente LEC su "fuerza ejecutiva" la obtienen a través del proceso especial cambiario, a tenor delart. 49.2 LCCH, modificado por la DF Décima 2LEC. Como afirma Gimeno Sendra, el juicio cambiario se ofrece, así, sustituyendo al antiguo juicio ejecutivo y con los caracteres procesales de este juicio.
Viene a reforzar esta conclusión desfavorable a la tesis de la recurrente, la redacción delart. 8. 1º de la Ley Concursal:
"La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores...
3º. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
4º. Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º..."
No cabe duda de que el juicio cambiario contempla una serie de actuaciones con clara vocación ejecutiva tales como el inmediato requerimiento de pago y embargo de bienes delart. 821.2 de la LEC, que resultan incompatibles con el procedimiento concursal, por lo que hemos de concluir que el criterio del auto apelado es conforme con la normativa aplicable, sin que concurran razones que lo invaliden, por lo que deviene forzosa la desestimación del recurso y la confirmación del auto apelado.": AAP Castellón 06.02.2009 (JUR 2009/172442; Auto 37/2009; Rollo 214/2008)

AP Guadalajara

"PRIMERO El recurrente invoca en su recurso la infracción de losarts. 821.2 LEC y 51.1de la Ley Concursal (LC), al considerar que la Juez a quo ha inadmitido incorrectamente la demanda de juicio cambiario instada por él frente a la entidad Huprecesa, la cual ha sido declarada en concurso voluntario de acreedores. El recurrente hace valer que su demanda fue presentada el día 22-7-2008, momento a partir del cual se habría iniciado el juicio cambiario (art. 821.1 LEC), siendo así que elauto de declaración de concurso se dictó el 31-7-2008, por lo que al momento de declaración del concurso el procedimiento por él instado habría ya comenzado, lo que, de conformidad con elart. 51.1 LEC, debería haber llevado -según el recurrente- a la continuación de dicho procedimiento hasta la firmeza de la sentencia que le pusiera fin. Frente a ello, la juzgadora de instancia ha puesto en valor que a la fecha de presentación de la demanda cambiaria ya se había solicitado la declaración de concurso (solicitud que tuvo lugar el 11-7-2008), así como que el auto declarando del concurso recayó con anterioridad al momento de ser examinada la admisión a trámite de la demanda formulada por el ahora recurrente.
En respuesta al recurso entablado es importante constatar que, a diferencia de lo que sostiene el apelante, elart. 51.1 LCno tiene la dicción que se plasma en el escrito de recurso, ya que el precepto no se refiere a la continuación de "todos los procesos judiciales que se encuentren en tramitación en el momento de la declaración de concurso", sino tan sólo a la continuación de "los juicios declarativos en los que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso" [énfasis nuestros]. Esto significa, en primer lugar, que cuando el procedimiento no sea de naturaleza declarativa sino ejecutiva, no es de aplicación la norma delart. 51.1 LC. Para las ejecuciones y apremios debe acudirse alart. 55.2 LC, el cual, lejos de prever la continuación del procedimiento hasta la terminación del mismo por sentencia firme, determina la suspensión de las actuaciones de este tipo que se hallaren en tramitación a partir de la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos; lo cual

debe conectarse con la vis attractiva que ejerce el concurso respecto de todas las ejecuciones singulares que se sigan contra el mismo deudor. Pues bien, el juicio cambiario es un procedimiento especial que no posee propiamente una única naturaleza, declarativa o ejecutiva, ya que su planteamiento puede derivar en dos situaciones de naturaleza bien distinta, dependiendo de si tiene o no lugar la oposición del deudor al requerimiento de pago que deberá deducirse contra él a tenor delart. 821.2 LEC. Si el deudor interpone demanda de oposición al juicio cambiario (art. 824.1 LEC), se dará traslado de ella al acreedor, citándole para la vista conforme a lo dispuesto para los juicios verbales (arts. 440 y 443 LEC, a los que se remite elart. 826 LEC). En tal hipótesis, el juicio cambiario pasaría a adoptar la naturaleza de un procedimiento de tipo declarativo, pero nótese que ello no ocurre desde la deducción de la demanda cambiaria por el acreedor, sino en su caso desde que el deudor interponga demanda de oposición al juicio cambiario. Por el contrario, si el deudor no se opone a la demanda, el procedimiento adopta automáticamente la forma de un juicio ejecutivo, que debe sustanciarse conforme a lo previsto para la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales y arbitrales (art. 825 LEC). De este modo no cabe sostener, como pretende el recurrente, que lo iniciado por él sea un proceso de tipo declarativo al que pueda serle de aplicación lo prevenido en elart. 51.1 LC, sino que se trata de un juicio cambiario que potencialmente puede derivar tanto en un juicio ejecutivo como en un juicio declarativo, esto último sólo en función de la eventual demanda de oposición deducida por el deudor cambiario; de donde la aplicación delart. 51.1 LCpodría reclamarse, a lo sumo, si ya se hubiese formulado demanda de oposición por parte de dicho deudor.
Pero hay una segunda razón, más poderosa si cabe, por la que el recurrente no puede invocar la aplicación a su favor delart. 51.1 LC, y es que este precepto no se refiere a la continuación de los procedimientos que estuvieran meramente iniciados o comenzados, sino que de manera más precisa alude a los juicios [declarativos] "que se encuentren en tramitación", y por definición, aun concediendo a efectos puramente hipotéticos que lo iniciado por D. Julián hubiese sido un juicio declarativo, es claro que dicho juicio no se hallaba en tramitación en el momento en el que recayó el auto de declaración de concurso, puesto que su demanda se hallaba todavía pendiente de admisión o no a trámite, siendo precisamente la inadmisión a trámite de la misma la que ha dado origen al presente recurso. Así pues, el juicio cambiario instado por D. Julián pudo acaso comenzar -como él dice, apelando a la literalidad delart. 821.1 LEC-, con la presentación de la demanda cambiaria, pero dicho juicio [dejando ahora a un lado su carácter no declarativo] no se encontraba todavía en tramitación, para lo que habría sido necesario que la demanda cambiaria hubiera sido admitida a trámite antes de recaer el auto de declaración de concurso. Por ello, es claro que la primera alegación del recurso no puede ser acogida.”; AAP Guadalajara 26.02.2009 (JUR 2009\209292)

AP Girona

“PRIMERO El Juzgado de lo Mercantil de Girona ha dictado Auto declarándose incompetente en relación a la ejecución dimanante de Juicio Cambiario que se sigue en los Juzgados de La Bisbal, la solución del cual pasa por considerar los siguientes trámites procedimentales.
a)En elJuzgado nº 1 de La Bisbal se seguía Juicio Cambiario 17/08, en el seno del cual, al no haber oposición por la demandada, en fecha 4 Febrero 2008 se efectuó requerimiento de pago a la entidad deudora "CONSTRUCTORA PROMOTORA VIVENDAS SIMÓN SL".
b)Como quiera que aquel requerimiento no fuera atendido, la actora solicitó delJuzgado en fecha 11 marzo 2008 el embargo de la finca 282 del Registro de la Propiedad de Sant Feliu de Guixols, extremo que fue acordado por el Juzgado enAuto de 13 marzo siguiente.
c)En fecha 18 marzo 2008 el Juzgado de lo Mercantil de Girona comunica al Juzgado de La Bisbal nº 1, que a los efectos delart. 51 LC, en fecha 13 de marzo anterior la entidad demandada ha sido declarada en Concurso Voluntario
d)El Juzgado de La Bisbal solicitó dictamen sobre competencia al Ministerio Fiscal, el cual fue emitido en fecha 17 abril 2008 en el sentido de acumular el Juicio Cambiario al Concurso que se sigue en el Juzgado de lo Mercantil de Girona.
e)El Juzgado de la Bisbal nº 1 dictoAuto en 30 abril 2008 suspendió la tramitación de la ejecución y enAuto de 23 enero 2009 se levantó la suspensión y se acordó la inhibición al Juzgado de lo Mercantil que no fue aceptada por el meritado Juzgado enAuto ahora examinado de fecha 17 Febrero 2009.
SEGUNDO El Juzgado de la Bisbal no podría inhibirse al de los Mercantil de Girona por las razones que se exponen.
En efecto, en ningún caso procede la inhibición, dado que el juez del cambiario, en el presente caso el Juzgado n1 de La Bisbal, mantiene su competencia, a pesar de que se declare el concurso, únicamente el juez del concurso podría haber pedido la acumulación, con fundamento en elart. 51 LC, si hubiera habido oposición en el juicio cambiario, y aquel estimase que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, pero el Juez de primera instancia de La Bisbal, no puede inhibirse.
Si el juicio cambiario, no hay oposición, como acontece en el presente supuesto, y antes de dictar auto despachando ejecución (art. 825 LEC) se debe de suspender el procedimiento y no despacharla (art.55 LC), si por el contrario hubiera habido oposición el Juez Cambiario conserva su competencia hasta sentencia (art. 51 LC), pero después de dictarla no puede despachar ejecución (art. 56 LC).
En el presente caso nos hallamos ante un supuesto en el que no ha habido oposición cambiaria y el concurso ha sido declarado después de iniciada la ejecución, por lo que debe estarse alart. 55 LC que dice "Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios

administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor." lo que de hacerse deviene nulo de pleno derecho (art. 55.3 LC).
Como quiera que el Juez Cambiario inició la ejecución con anterioridad a tener conocimiento de la declaración del concurso debe de ser suspendida sin que deba de haber la inhibición acordada por la Juez de La Bisbal.": AAP Girona 13.03.2009 (JUR 2010/181016; Auto 70/2009; Rollo 122/2009)

AP Las Palmas (Sección 4)

"PRIMERO.- Estima la parte recurrente Técnicas Constructivas Majoreras, SL que conforme alart. 51 de la Ley Concursal el iudex a quo debe continuar la tramitación del juicio cambiario hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio se acuerde su acumulación al concurso si el Juez del Concurso lo estimare procedente y alguna de las partes lo solicita, y dado que la demanda de juicio cambiario fue admitida a trámite en fecha 11 de septiembre de 2007 y el auto que declara el concurso es de fecha 17/09/07. A lo que se opone la concursada dado el carácter ejecutivo del proceso cambiario que obliga a la aplicación delart. 55 de la Ley Concursal, conforme al cual declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor quedando en suspenso las actuaciones que se hallen en tramitación, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
Considera que tanto el juicio monitorio como el cambiario son juicios especiales, documentales de conocimiento sumario y en cierto modo de ejecución y por ello no se pueden admitir una vez declarado el concurso. Por otra parte los efectos de la litispendencia conforme alart. 410 LECse producen desde la interposición de la demanda, si después es admitida. La solicitud de concurso voluntario fue presentada el 27 de julio de 2007 ante el Juzgado Decano de Las Palmas GC, esto es antes de la presentación de la demanda del juicio cambiario por lo que no procede la aplicación delart. 51 apartado 1ºsino elart. 50 de la Ley Concursal
SEGUNDO.- La demanda de juicio cambiario fue interpuesta el 4 de septiembre de 2007 y admitida a trámite el 11 de septiembre de 2007 produciéndose la litispendencia desde la primera fecha (art. 410 LEC). De modo que al declararse el concurso de Mazotti el 17 de septiembre de 2007 ya estaba en tramitación el proceso cambiario ante el Juzgado de Primera Instancia Cuatro de Las Palmas de GC, siendo que, como índica el auto de la Sección 28 de laAP de Madrid, de 22 de noviembre de 2007, no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal. Y como al tiempo de la presentación de la demanda de juicio cambiario ante el Juzgado de Primera Instancia, no se había declarado el concurso su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no impedía que el Juzgado de Primera Instancia continuara conociendo de la demanda ante él presentada, que debe seguir tramitándolo hasta la firmeza de la sentencia, caso de oposición, y sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto. En consecuencia, no resulta de aplicación elartículo 50 y sí el 51.1 de la Ley Concursal.
El segundo óbice de la apelada a la continuación de la tramitación del juicio cambiario una vez declarado el concurso es su carácter ejecutivo. Sin embargo hay que recordar que el juicio cambiario no es un juicio de ejecución, sino un proceso especial en el que el juez no despacha ejecución directamente, sino que previamente ha de requerir de pago al deudor, solo si el deudor no se opone procede despachar ejecución (art. 825 LEC), en tal caso se habrá de dictar auto finalizando el procedimiento porque no es posible, en aplicación delartículo 55.1 LC, «iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales», frente al concursado. El acreedor podrá acudir con tal auto al concurso y comunicar su crédito, en el modo que dispone elartículo 85 LC, pero de haber oposición (arts. 826 y 827 LEC) del deudor ha de tramitarse con carácter previo al despacho de ejecución.
En definitiva, debe continuar conociendo del asunto el Juzgado de Primera Instancia, hasta ultimar por sentencia firme la posible oposición cambiaria, pues no resulta de aplicación elartículo 50 y sí el 51.1 de la Ley Concursal, sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto a instancia de la administración concursal o de cualquier parte personada, y si el juez del concurso así lo estima. En su consecuencia, el recurso de apelación ha de ser estimado.": AAP Las Palmas (Sección 4) 18.04.2008 (JUR 2008/187919)

AP Las Palmas (Sección 5)

"PRIMERO Para el análisis de la cuestión planteada en esta alzada por la parte apelante hay que partir del contenido delart. 51.1 de la Ley Concursal de 9 de Julio de 2.003y no delart. 50de la citada norma. Ello es así, pues la demanda del juicio cambiario que nos ocupa, (juicio declarativo especial), tuvo entrada el pasado 16 de Marzo de 2.007 y elauto judicial del Juzgado de lo Mercantil declarando el concurso es de 23 de marzode 2.007, siendo esta fecha la que se ha de tener en cuenta y no la solicitud, pues el primero de los preceptos mentados se refiere expresamente a os juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, el cual coincide con el de la declaración judicial y no con el momento de la solicitud del concurso.
Dicho esto, es de apreciar que el procedimiento que nos ocupa debe en principio continuar su trámite hasta la firmeza de la sentencia, salvo que por ser competencia del juez del concurso según lo previsto en elart. 8, (en su apartado 1ºse considera competencia del Juzgado de lo mercantil las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado), éste estime necesaria su acumulación al proceso concursal por entender que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, circunstancia que aquí no consta y que en todo caso debe tomar el juez concursal y no el juez de primera instancia ante el que se sigue el proceso declarativo.

SEGUNDO Por lo expuesto, procede estimar el recurso y revocar la resolución recurrida en el sentido de dejarla sin efecto y en su lugar se acuerda la continuación del juicio cambiario hasta la firmeza de la sentencia que se dicte, sin perjuicio de la previsión hecha en cuanto a su posible acumulación al procedimiento concursal por acuerdo del juez de lo mercantil. Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas derivadas de esta alzada, (art. 398 de la LEC).": AAP Las Palmas (Sección 5) 15.04.2009 (JUR 2009/284188; Auto 54/2009; Rollo 822/2007)

AP León (Sección 2)

"PRIMERO Presentada demanda de juicio cambiario por "Construcciones Sindo Castro, S.A." contra "ACIS 2002, S.L." e interpuesta demanda de oposición por la representación de esta mercantil, la misma no compareció a la vista señalada para el día 27.04.07, presentando escrito en el que, como consecuencia de haber sido declarada en concurso, de carácter voluntario, porAuto de fecha 29.03.07 del Juzgado de lo Mercantil de León, se solicitaba la suspensión de las actuaciones ejecutivas en su caso iniciadas.
Como consecuencia de dicha incomparecencia y en aplicación de lo dispuesto en elartículo 826 párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porAuto de fecha 03.05.07 se tuvo por desistida a "Accis 2002, S.L." de la oposición formulada y en base a lo establecido en elartículo 55.2 de la Ley Concursal, se acordó la suspensión de las actuaciones de ejecución.
Tras permanecer casi dos años paralizado el procedimiento a causa de un accidente sufrido por el Letrado de "Construcciones Sindo Castro, S.A", por la representación de esta mercantil se interpuso recurso de apelación contra aquella resolución, que se considera vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva e infringe lo dispuesto en losartículos 825 y 826 LEC, así como lo dispuesto en el citadoartículo 55 de la Ley Concursal.
SEGUNDO En elartículo 826 LEC se regula la sustanciación de la oposición cambiaria, estableciendo el párrafo segundo que si el deudor no compareciere en la vista, el tribunal le tendrá por desistido de la oposición y adoptará las resoluciones previstas en el artículo anterior: se despachará ejecución por las cantidades reclamadas y se trabará embargo.
En elartículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se dispone que "declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor".
De los términos de losartículos 825 y 826 se podría deducir que no resulta preciso que se formule por el acreedor demanda de ejecución, una vez que el requerido ni paga ni se opone, pero ello no resulta así de conformidad con los preceptos generales que regulan la ejecución. El artículo 549 LEC relativo al despacho de ejecución dispone que sólo se despachará ésta, a petición de parte, en forma de demanda.
Por lo tanto, en ningún caso procede que el Juez despache ejecución si antes no se ha presentado demanda de ejecución; pero, además de ello, el citado precepto de la Ley Concursal no deja lugar a la duda en cuanto a que la ejecución no puede iniciarse una vez declarado el concurso.
En conclusión, la resolución adoptada no sólo no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que además es acorde a cuantos preceptos legales nos hemos referido y que la recurrente considera infringidos o erróneamente interpretados.": AAP León (Sección 2) 28.01.2010 (JUR 2010/113251; Auto 7/2010; Rollo 710/2009)

AP Madrid (Sección 12)

"En segundo lugar, en el caso tratado es obvio que el crédito cambiario incorporado a los pagares no ha sido pagado ni ha quedado extinguido por lo que invocar la excepción de extinción del mismo conforme a lo dispuesto en elart. 67.3 de la Ley Cambiaria y que como ya hemos dicho aunque haya sido declarado en concurso el librador, el tenedor puede seguir el juicio cambiario contra cualquiera de los intervinientes en los pagares, al tratarse de deudas solidarias. Incluso y habiéndose declarado también en concurso según consta en el procedimiento, la sociedad demandada no procede tampoco acordar la suspensión del proceso que deberá seguir su tramitación hasta la Sentencia, cuya ejecución quedara en suspenso mientras no se haya terminado el concurso, de acuerdo con lo previsto en elart. 51 de la Ley Concursal": SAP Madrid (Sección 12) 18.03.2011 (Sentencia 191/2011; Rollo 675/2009)

AP Madrid (Sección 13)

"PRIMERO.-Por la representación de la apelante Provimar 2.000 S.L., actora en primera instancia, se interpone recurso contra el Auto dictado por la Ilma. Sra. Masgistrado Juez de 1ª instancia nº 91 de Madrid con fecha 19 de enero de 2.010 que decretó el archivo del procedimiento de juicio cambiario instado por la referida actora contra la demandada Promociones Delfín 2.020 S.A., con devolución de la documentación aportada con la demanda con el fin de que la actora pudiera usar de su derecho en el procedimiento concursal seguido contra Metrocom Proyectos y Construcciones S.A., alegando que aunque resulten ciertas las razones aducidas por la Juzgadora de instancia, lo procedente hubiera sido requerir al deudor y para el caso de que este no atendiera el requerimiento o no se opusiera decretar entonces la suspensión del procedimiento, y no el archivo del mismo.
SEGUNDO.-En la demanda iniciadora del procedimiento, presentada el 26 de octubre 2.009, la actora Provimar 2.000 S.L. exponía, que siendo tenedora de un pagaré por importe de 25.000 euros, que en la fecha de su vencimiento no fue satisfecho por la libradora y demandada Promociones Delfín 2.020, interesaba se acordara requerir de pago a la deudora y en el caso de no ser atendido el requerimiento se procediera al embargo preventivo de los bienes que designaba.

Admitida la demanda a tramite y acordado el correspondiente requerimiento, así como la averiguación patrimonial pedida, comunicó el Registro Provincial de Bienes Muebles de Madrid que la demandada se encontraba en situación de concurso que se tramitaba por el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid.
Por Auto de 19 de enero de 2.010, la Juzgadora de instancia acordó el archivo del procedimiento con devolución a la demandante de la documentación aportada con el fin de que la misma pudiera usar de su derecho en el procedimiento concursal seguido contra "Metrocom Proyectos y Construcciones S.A." en lugar de contra la referida demandada, posiblemente por error, aunque la actora no solicitara aclaración del Auto, argumentando que aun cuando la declaración de concurso del demandado en este procedimiento, Promociones Delfín S.L., era posterior a la interposición de la demanda, teniendo por finalidad el juicio cambiario requerir de pago al deudor, teniendo en cuenta la situación de concurso del mismo, no podría este en ningún caso atender el requerimiento, por lo que el subsiguiente despacho de ejecución estaría vedado por disposición del art. 55 de la Ley Concursal y de hacerse sería nulo.
TERCERO.-En las alegaciones de su recurso expone la apelante que aunque sea cierto que si el deudor no atiende el requerimiento de pago y no se opone habría que despachar ejecución, debió la Juzgadora de instancia esperar a dicho momento para entonces acordar la suspensión del procedimiento y no su archivo de conformidad con lo dispuesto en el art. 55 de la Ley Cambiaria (por error sin duda se refiere a la Ley Concursal).
Señala la Exposición de Motivos que la Ley Concursal regula con criterios de funcionalidad los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado. Esta paralización, consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso, no afecta a las declarativas de los órdenes civil o social ya en tramitación en el momento de declararse el concurso, que continuarán hasta la firmeza de la sentencia, ni a las de naturaleza contencioso-administrativa o penal con trascendencia sobre el patrimonio del deudor, incluso si se ejercitan con posterioridad a la declaración, pero sí a todas las de carácter ejecutivo, incluidos los apremios administrativos o tributarios, que quedarán en suspenso si se hallasen en tramitación, salvo los acordados con anterioridad a la declaración de concurso, y no podrán iniciarse una vez declarado el concurso. A tal efecto dispone el art. 51.1 de dicha Ley que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el art. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores", y el art. 55. de la misma que "1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. 3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho".
La consecuencia no puede ser otra que cuando como en el caso de autos, después de iniciarse un procedimiento de ejecución, como es el cambiario, es declarado en concurso el deudor, conocida por el Juzgador dicha declaración lo procedente es suspender, que no archivar, el procedimiento en el estado en que se encuentre, y comunicar al Juez del concurso la existencia del mismo, sin que por tanto resulte obligado requerir de pago al deudor como pretende la apelante.”: AAP Madrid (Sección 13) 25.03.2011 (Auto 57/2011; Rollo 232/2010)

AP Madrid (Sección 14)

“TERCERO.- En relación con la segunda de las pretensiones de la parte apelante, de lo actuado se constata que la entidad Primayor Foods, S.L.U. fue declarada en concurso voluntario mediante auto dictado en 20 de Abril de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Segovia, en tanto que el presente juicio cambiario fue admitido a trámite mediante auto de 13 de Abril de 2007.
La incidencia sobre el presente juicio cambiario de la declaración de concurso voluntario de la obligada cambiaria, siempre considerando que aquella declaración se produjo ya iniciado el juicio cambiario, está condicionada por la naturaleza que se adjudique a esta clase de juicio, bien como procedimiento declarativo, bien de ejecución, pues esas alternativas se contemplan separadamente losarts. 51 y 55 de la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de Julio, el primeroalusivo a la continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes, el segundo referente a las ejecuciones y apremios. A cuyo respecto declara la Exposición de Motivos de laLey 1/2000que el juicio cambiario procura "una especial protección jurisdiccional singular, instrumental de lo dispuesto en la ley especial sobre esos instrumentos de tráfico jurídico -letras de cambio, cheques y pagarés-. La eficaz protección del crédito cambiario queda asegurada por el inmediato embargo preventivo, que se convierte automáticamente en ejecutivo si el deudor no formula oposición o si ésta es desestimada. Fuera de los casos de estimación de la oposición, el embargo preventivo sólo puede alzarse ante la alegación fundada de la falsedad de la firma o de falta absoluta de representación, configurándose así, en esta Ley, un sistema de tutela jurisdiccional del crédito cambiario de eficacia estrictamente equivalente al de la legislación derogada".
En definitiva, se trata de un procedimiento especial que permite una cognición limitada del título que sustenta la acción, y de las relaciones entabladas entre los acreedores y deudores cambiarios, pero en el que prevalecen las medidas de ejecución automáticas dirigidas al apremio, a través del embargo preventivo y posterior despacho de ejecución, como privilegio imprescindible para otorgar la necesaria fuerza ejecutiva al crédito

cambiario. En consecuencia, resulta de aplicación lo dispuesto en elart. 55.2 de la citada Ley Concursal, que para las ejecuciones y apremios que se hallaran en tramitación en el momento de ser declarado en situación de concurso el deudor, dispone que "quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos". Por todo lo cual procede estimar el recurso.": AAP Madrid (sección 14) 26.02.2008 (JUR 2008\121577; Auto 47/2008; Rollo 11/2008)

AP Madrid (Sección 18)

"PRIMERO.-Visto el contenido de la resolución recurrida y del recurso de apelación formulado la cuestión planteada en esta alzada se limita a la determinación de la consideración que ha de darse al juicio cambiario, si declarativa o ejecutiva, en relación con la declaración de la demandada en estado legal de concurso de acreedores, declaración producida con posterioridad a la iniciación del proceso cambiario, si bien en este caso, además, éste se inició con posterioridad al ejercicio de la comunicación previa prevista en el artº. 5.3 de la Ley Concursal, con los efectos determinados por el artº. 22 de la misma. Consta en autos que la demanda de juicio cambiario se formuló el 17 de junio de 2009, siendo admitida a trámite el 6 de julio siguiente. Con fecha 29 de abril de 2009, por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid se dictó auto por el que se tenía por efectuada por la hoy demandada comunicación de insolvencia a los efectos del art. 5.3 LC citado concediéndose el plazo de tres meses para negociar con los acreedores y uno más para la presentación en su caso de la solicitud de concurso. Con fecha 29 de julio de 2009 fue requerida de pago la demandada en virtud del proceso cambiario seguido alegando la misma la inexigibilidad de la deuda por el motivo antes indicado, e instando un pronunciamiento sobre ello de la actora o la consideración de tal alegación como demanda de oposición al juicio cambiario, demanda de oposición que se admite a trámite el 29 de octubre de 2009, siendo así que por auto de 26 de octubre anterior la demandada fue declarada en concurso de acreedores por auto del citado Juzgado de lo Mercantil.
Es claro por lo tanto que dependiendo de la naturaleza procesal del juicio cambiario habrá de aplicarse el artº. 51.1 LC o el 55.2 de la misma, de manera que si se trata de un juicio declarativo en el que el deudor es parte y se encuentren en tramitación en el momento de declararse el concurso ha de seguirse hasta sentencia y después suspender la ejecución de la misma, mientras que en los procesos de ejecución ha de suspenderse su tramitación sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos; lo que en el presente caso determinaría la estimación de la demanda de oposición y por ende la suspensión del curso de los autos al no ser exigible por tal cauce procesal la deuda reclamada.
Tal cuestión ha sido objeto de diversos pronunciamientos por las distintas Audiencias Provinciales, siendo de interés la que se cita de la sentencia de la AP de Guadalajara de 26 de febrero de 2009, y la resolución de esta misma Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 14ª de 26 de febrero de 2008, que ha sido seguida por esta 18ª y en cuya virtud "...La incidencia sobre el presente juicio cambiario de la declaración de concurso voluntario de la obligada cambiaria, siempre considerando que aquella declaración se produjo ya iniciado el juicio cambiario, está condicionada por la naturaleza que se adjudique a esta clase de juicio, bien como procedimiento declarativo, bien de ejecución, pues esas alternativas se contemplan separadamente los arts. 51 y 55 de la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de Julio, el primero alusivo a la continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes, el segundo referente a las ejecuciones y apremios. A cuyo respecto declara la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000 que el juicio cambiario procura "una especial protección jurisdiccional singular, instrumental de lo dispuesto en la ley especial sobre esos instrumentos de tráfico jurídico -letras de cambio, cheques y pagarés-. La eficaz protección del crédito cambiario queda asegurada por el inmediato embargo preventivo, que se convierte automáticamente en ejecutivo si el deudor no formula oposición o si ésta es desestimada. Fuera de los casos de estimación de la oposición, el embargo preventivo sólo puede alzarse ante la alegación fundada de la falsedad de la firma o de falta absoluta de representación, configurándose así, en esta Ley, un sistema de tutela jurisdiccional del crédito cambiario de eficacia estrictamente equivalente al de la legislación derogada". En definitiva, se trata de un procedimiento especial que permite una cognición limitada del título que sustenta la acción, y de las relaciones entabladas entre los acreedores y deudores cambiarios, pero en el que prevalecen las medidas de ejecución automáticas dirigidas al apremio, a través del embargo preventivo y posterior despacho de ejecución, como privilegio imprescindible para otorgar la necesaria fuerza ejecutiva al crédito cambiario. En consecuencia, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 55.2 de la citada Ley Concursal, que para las ejecuciones y apremios que se hallaran en tramitación en el momento de ser declarado en situación de concurso el deudor, dispone que "quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos".
Siendo tal el criterio adoptado también por esta Sala, procede la estimación del recurso formulado y por ende estimar la oposición formulada quedando en suspenso las medidas ejecutivas adoptadas sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda al crédito de la actora. Todo ello sin expreso pronunciamiento sobre las costas de la instancias al ser de aplicación el artº. 394 LEC y concurrir en este supuesto serias dudas de derecho como demuestra la existencia de distintos criterios jurisprudenciales, ni las de esta alzada al estimarse el recurso.": SAP Madrid (Sección 18) 13.09.2010 (sentencia 369/2010; Rollo 369/2010)

AP Madrid (Sección 20)

"PRIMERO.- La adecuada resolución del presente recurso precisa poner de manifiesto los siguientes antecedentes.
La representación de la entidad "WORLDCOMPLEMENTS, S.L." presentó de manda de juicio cambiario contra "CORONEL TAPIOCA, S.A."; mediante auto de fecha 2 de septiembre de 2.010, se incoó el juicio correspondiente y se acordó requerir de pago a la entidad deudora, así como el embargo preventivo de

determinados bienes; efectuado el requerimiento de pago en fecha 30 de septiembre de 2010, la representación procesal de la entidad requerida, en la actualidad denominada "INTERNATIONAL RETAIL & BRANDS, S.A.U" aportó copia del auto de fecha 21 de septiembre de 2010 del Juzgado de lo mercantil nº 5 de los de esta ciudad, por el que se declaraba el concurso de la referida mercantil, en base a lo cual solicitaba se acordase la suspensión de las actuaciones en el curso en que se encuentren, remitiendo a las partes al juez competente de lo mercantil para ejercitar, en su caso, sus derechos. El Juzgado de primera instancia dictó auto en fecha 14 de octubre de 2010, en cuya parte dispositiva acordaba el despacho de ejecución contra los bienes de la demandada y la suspensión del procedimiento, en dicho estado procesal, al haberse incoado con posterioridad a la declaración de concurso voluntario de dicha entidad. Finalmente acordaba proceder al archivo de las actuaciones.
Frente a dicha resolución interpuso recurso de apelación la entidad demandante cambiaria, en el que, partiendo del orden cronológico de las actuaciones, sostuvo que el auto apelado infringe los artículo 55.2 de la ley cambiaria y 568 de la LEC, por cuanto lo procedente era haber acordado la suspensión, pero no el archivo de las actuaciones, de manera que solicitó se revocara el mismo en dicho sentido.
SEGUNDO.- Delimitado en los precedentes términos el objeto del presente recurso, el mismo debe ser acogido, al no ajustarse el auto de primera instancia, a lo que señalan los artículos 55.2 de la Ley Concursal y 586 de la LEC expresamente invocados en el escrito de recurso
La Ley Concursal al regular los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, ordena la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado; ahora bien, dicha paralización, no afecta a los procedimientos declarativos seguidos ante la jurisdicción civil, que continúan hasta la firmeza de la sentencia; sin embargo en todos los procedimiento de carácter ejecutivo, las actuaciones quedarán en suspenso, en caso de que se hallen en tramitación.
En el caso presente, una vez requerido el deudor cambiario sin formular oposición, el auto decretó el despacho de ejecución y la suspensión de las actuaciones en ese momento procesal, declaraciones que entendemos son correctas; junto a tales pronunciamientos, decretó también el archivo de las actuaciones, lo que carece de apoyo legal, pues lo que el artículo 55.2 de la LC prevé para esos estos casos, en que la declaración del concurso sea posterior a la interposición de la demanda es sólo la suspensión, no el archivo del procedimiento, declaración que, como acertadamente señala la parte apelante excede de las facultades legales del juez ejecutor.
En conclusión, manteniendo la suspensión decretada por el auto apelado, debe revocarse y dejarse sin efecto el archivo de las actuaciones que tal resolución acuerda también, en consonancia con el criterio seguido en el auto de 25 de marzo de 2011 de la Sección 13ª de esta Audiencia Provincial y en el auto de 9 de junio de 2009 de la Audiencia Provincial de Cáceres": AAP Madrid (Sección 20) 23.09.2011 (Auto 184/2011; Rollo 545/2011)

AP Madrid (Sección 28)

"PRIMERO.- Por elJuzgado de Primera Instancia número 70 de Madrid, en el juicio cambiario número 909/2004, mediante auto de fecha 22 de junio de 2006, se ha planteado conflicto negativo de competencia objetiva con respecto al juzgado de lo mercantil 4 de Madrid, habiéndose remitido las actuaciones a esta audiencia Provincial para resolver sobre el mismo.
SEGUNDO.- Para mejor comprensión y resolución del conflicto negativo de competencia objetiva suscitado entre ambos juzgados, resulta procedente realizar una relación cronológica de las resoluciones judiciales que han dado lugar finalmente a su planteamiento:
Con fecha deAuto de 7 de octubre de 2005, por el Juzgado de Primera Instancia 70 de Madrid, se dictó resolución en la que declaraba su falta de competencia objetiva para conocer del procedimiento cambiario interpuesto por la entidad Cultural S. A. contra la entidad INVERFOCAM, S. L., en demanda interpuesta sobre reclamación de cantidad por impago de letras de cambio y pagarés, que fue ampliada cuatro veces, inhibiendose a favor del Juzgado de lo Mercantil 4 de Madrid, que consideraba competente por seguirse ante el mismo concurso voluntario abreviado 210/2005. Fundamentando dicha resolución en que como había resultado negativa la diligencia de requerimiento de pago y embargo, resultaban de aplicación elartículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con elartículo 8 de la Ley Concursal, que establece que son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil, y que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en materia de ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano y la hubiera ordenado, y todo ello en relación con elartículo 51 de dicha ley concursal establece la acumulación al concurso de los procedimientos pendientes (folios 147y 148).
Con fecha de 20 de diciembre de 2005, por elJuzgado de lo Mercantil 4 de Madrid en concurso abreviado 210/2005, sección primera, se dictó Auto, en el que en su parte dispositiva acordaba no haber lugar a aceptar la incorporación al concurso número 210/2005 de esejuzgado, de las actuaciones del juicio cambiario 909/2004 remitidas por el Juzgado de Primera Instancia 70 de Madrid, acordando devolver las mismas a dicho juzgado para que diese el curso procedente. Fundamentando dicha resolución, en que medianteauto de fecha 21 de enero de 2005 el Juzgado de lo Mercantil 5 de Madriddeclaró en concurso voluntario a la entidad citada INVER FOCAM,S,L, dicho concurso fue posteriormente acumulado a los que se seguían en este Juzgado Nº 4 respecto a la entidad Ediciones y Menaje Grupo Europa S. L., y la entidad Ofertas del Coleccionista S. L., por considerar indebida la remisión de los autos del Juzgado de Primera Instancia 70, que ese órgano judicial rechaza por indebida, al considerar que tal remisión no tiene encaje procesal; así como que desde el punto de vista de la competencia objetiva considera que el competente para conocer de una demanda de juicio cambiario presentada en el mes de septiembre 2004, con meses de antelación a la declaración del concurso de la citada entidad, es el juzgado de primera instancia 70 desde su inicio, por lo que debe de continuar su trámite hasta la firmeza de la sentencia o del título ejecutivo correspondiente; todo ello sin perjuicio de que el juez de primera instancia deba rechazar la ampliación de la demanda con posterioridad a la declaración del

concurso previniendo entonces al interesado para que haga valer al respecto su derecho ante el juez del concurso, según elartículo 50 de la leyconcursal, pero ello no le autoriza a remitirle a este último los autos. Considerando que una vez que el interesado obtenga su sentencia o su correspondiente auto, podrá exigir para ese título el tratamiento que como acreedor le corresponda en el concurso. Sin considerar tampoco justificada la remisión de los autos desde el punto de vista de la acumulación.
Y sin que quepa por lo tanto que un Juzgado de Primera Instancia decida por sí y ante sí que procede la acumulación y remisión de un proceso sometido su conocimiento con destino a un expediente concursal si no recibe antes un requerimiento al efecto del Juzgado de lo Mercantil, en aplicación delartículo 51 de la leyconcursal, careciendo de atribuciones procesales para decretar unilateralmente la remisión de autos de un juicio cambiario en trámite, en su fase declarativa, a un expediente concursal que se tramitaba ante el juzgado de lo mercantil de Madrid. Por lo que no podía aceptar tal remisión (folios 152 a 155).
TERCERO.- Entendiendo ésta Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, de lo mercantil, que el Juzgado competente para conocer de la demanda de Juicio cambiario planteado por la representación procesal de la entidad Cultural S. A. contra la entidad INVER FOCAM,S.L. (declarada en concurso voluntario), resulta el Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid, donde se planteó la misma, de acuerdo con el criterio mantenido por el Juzgado de lo mercantil 4 de Madrid, que se considera plena y totalmente ajustado a derecho. Puesto que según opina la doctrina jurisprudencial en este sentido referente a la competencia de los tribunales civiles, la jurisdicción constituye una potestad del estado, atributo de la soberanía y dimanante de ella. Esta potestad comprende tanto el juicio jurisdiccional como la ejecución de lo juzgado, y se actúa exclusivamente por los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan (artículo 117.3de la Constitución española, ysentencia del tribunal constitucional de 26 de enero de 1981, dictada el recurso de amparo número 65/1980, de siete de junio de 1984 número 67/1984, y de 9 de julio de 1986 número 108/1986, entre otras). Por ello estas normas de competencia pueden definirse como las que establecen el conjunto de procesos en que un tribunal puede ejercer, conforme a la ley, su jurisdicción.
Y de la estructura orgánica de los tribunales del orden civil, dependen las distintas clases de competencia, debiendo de recogerse en orden a la resolución de la cuestión de competencia planteada, que cuando existen diversidad de tipos de tribunales del primer grado por razón de la cuantía, de la materia, o de personas enjuiciadas, es necesario determinar a qué tipo de tribunal corresponde un determinado asunto, a esto se denomina competencia objetiva.
La competencia objetiva determina, en razón del objeto del proceso propuesto por el actor en la demanda, cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de la primera instancia, dentro de los tribunales de primer grado, es decir en este caso de la referida Primera instancia. Debiendo de reflejarse en este sentido, que las normas sobre competencia objetiva tiene carácter absoluto; son inderogables incluso mediando el acuerdo de las partes. Ello impone el examen o control de oficio de la competencia objetiva. En este sentido, el Juez que se crea incompetente se abstendrá de conocer oído el ministerio fiscal, y previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda. Éste control de oficio ha de hacerse no sólo por el juzgado de primera instancia, sino que, llegado el proceso a conocimiento de un tribunal superior por vía de recurso, aún en el caso de que no medie denuncia por el demandado de la competencia objetiva, aquel puede apreciarla, declarando la nulidad de todo lo actuado.
Las normas de competencia objetiva pueden sufrir una derogación cuando se trata de una cuestión prejudicial. Elartículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicialestablece que a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de esta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos jurisdiccionales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca. Además debe de tenerse presente que los órganos jurisdiccionales civiles poseen lo que se denomina competencia residual ya que elartículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicialdispone que conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (como es el caso en el que se atribuye una competencia excepcional en materia civil a la jurisdicción militar para conocer de las testamentarias y asuntos de los miembros de las fuerzas armadas, que en tiempos de guerra, falleciera en campaña, o en navegación; pero se limitará a la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento de sus bienes, dando cuenta a la autoridad judicial civil competente). Por último hay que tener presente que existen determinadas normas que afectan también en la determinación del juzgado competente, y son las relativas a la especialización de órganos judiciales y al reparto de asuntos.
En lo referente a la especialización de los juzgados y de conformidad con lo dispuesto en elartículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicialpodrá acordar, previo informe de la sala de gobierno correspondiente, que aquellas circunscripciones en que exista más de un juzgado de la misma categoría, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate. Recogiendo asimismo elartículo 86 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con carácter general la existencia de unoo varios juzgados de lo mercantil, regulando su extensión.
Las normas de competencia objetiva y funcional son indisponibles por las partes, porque la ley impone a los órganos jurisdiccionales el deber de observar de oficio su cumplimiento. Aunque las partes pueden denunciar la falta de competencia. Por otra parte, elartículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que los actos judiciales serán nulos de pleno derecho cuando se produzca con falta de competencia objetiva o funcional, imponiendo elartículo 240 del mismo cuerpo legal dossoluciones para poder decretar la nulidad, de oficio por el juez o tribunal y previa audiencia de las partes, o a instancia de parte deducida a través de los recursos establecidos en la ley.

En el supuesto de la existencia de conflictos de competencia elartículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicialdispone que la jurisdicción (entendida como competencia), es improrrogable e impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de apreciar de oficio la falta de jurisdicción (competencia), y resolver sobre la misma con audiencia del Ministerio Fiscal. Esta resolución será motivada y contendrá la indicación del orden jurisdiccional que se estime competente. Los conflictos de competencia tanto positivos como negativos, podrán ser promovidos de oficio a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, mientras el proceso no haya concluido por sentencia firme, salvo que el conflicto se refiera a la ejecución del fallo. Siendo el orden jurisdiccional penal siempre preferente, y ningún juez o tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional.
Suscitado el conflicto de competencia en escrito razonado, en el que se expresarán los preceptos legales en que se funde el juez o tribunal, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, se decidirá por medio de auto si procede declinar el conocimiento del asunto o requerir al órgano jurisdiccional que esté conociendo para que deje de hacerlo, como ha ocurrido en el presente supuesto.
Desde que se dicte el auto declinando la competencia o acordando el requerimiento y desde que se tenga conocimiento de éste por el juez o tribunal requerido, se suspenderá el procedimiento, pero podrán realizarse las actuaciones preventivas o preparatorias e incluso las cautelares que tengan carácter urgente o necesario o que de no adoptarse, pudieran producir un quebranto irreparable o de difícil reparación. En su caso, los jueces o tribunales adoptarán las garantías procedentes para asegurar los derechos o intereses de las partes o de terceros o el interés público.
Teniendo dicho nuestros tribunales en este aspecto, que el carácter de ius cogens de las normas reguladoras de la competencia objetiva, exige el examen de oficio de tal competencia por el órgano jurisdiccional que conozca del asunto, razón por la que conforme dispone elartículo 48,1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, que dispone que la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, considerándose incompetente ratione materiae, previniendo entonces a las partes de que usen su derecho ante quien corresponda (AATS de 29 de septiembre de 2002 y 27 de enero de 2001). Porque las normas reguladoras de la competencia objetiva cualitativa, así como la de la funcional, son de índole absoluta, ya que pertenecen al ius cogens, y no pueden ser alterados por las partes, a las que obligan, así como también al juzgado, y han de ser apreciadas de oficio (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1972, entre otras).
CUARTO.- Por lo que estudiando ya el presente supuesto de manera directa, entendemos que la remisión realizada de los autos del juzgado de primera instancia 70 de Madrid al juzgado de lo mercantil 4 que tramita el expediente concursal de la entidad demandada, resulta improcedente. Porque para conocer de una demanda de juicio cambiario planteada con anterioridad a la declaración de concurso de allí entidad demandada, debe de ser competente según lo establecido en elartículo 820 de la leyde enjuiciamiento civil, el juzgado de primera instancia del domicilio del demandado, que también lo era desde un inicio, debiendo por lo tanto continuar con su trámite hasta la finalización de su fase eventualmente declarativa. Y el artículo 8 de la Ley Concursaldebe de relacionarse con elartículo 51del mismo texto legal, por ello se entiende comprendida la fase declarativa de los juicios cambiarios y de los monitorios que culminarán ante el juez de primera instancia que las estaba conociendo.
Todo ello sin perjuicio de que como ocurre en el presente supuesto, el juez de primera instancia en su caso deba rechazar la ampliación de la demanda con posterioridad a la declaración del concurso de la entidad demandada, previniendo entonces al interesado para que haga valer al respecto su derecho ante el juez del concurso, según lo establecido en elartículo 50 de la ley cambiaria, pero ello no autoriza al Juzgador de primerainstancia, a remitirle a este juez de lo mercantil todas las actuaciones. Ya que una vez que el actor como interesado obtenga también en su caso una Sentencia o un Auto a su favor, lo que no incumbe al juez del concurso realizar, podrá exigir para ese título el tratamiento que como acreedor le pueda corresponder en el concurso y en este caso si que se podrá dirigir al juez que lo tramite, pero lo que no puede hacer es iniciar a partir de entonces una ejecución separada de su crédito según establece el artículo 55 de la ley concursal.
Tampoco se podría justificar la remisión de los autos desde el punto de vista de la acumulación por qué la acumulación de procesos que se tramiten ante distintos tribunales se debe de producir de manera preceptiva hacía el que conozca de todos ellos el juicio más antiguo, según lo establecido en losartículos 71 y 89 de la Ley de Enjuiciamiento Civilindependientemente de quién sea quien tenga la iniciativa. Y estos aspectos no desaparecen cuando la acumulación de para efectuarse a un proceso concursal, por qué en ese caso no rige el criterio de la prioridad temporal, ya que quien debe decidir sobre la procedencia o no de la acumulación es el juzgado que conoce del juicio universal, conforme a lo establecido en la legislación concursal, conforme alartículo 98 de la ley de enjuiciamiento civil, que en su apartado primeroprevé la posibilidad de acumular procesos singulares a procesos universales, obedeciendo al deseo de llevar a la masa correspondiente todo lo que tenga relación con dichos juicios universales: aplicándose el párrafo primero si el universal es concursal; el párrafo segundo si el juicio universal es sobre caudal hereditario, porque se recoge como excepción la imposibilidad de acumular a un proceso universal de esta clase procesos de ejecución que sólo persigan los bienes hipotecados o pignorados, lo que está en concordancia con lo dispuesto en elartículo 127 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946. El apartado 2establece que la acumulación debe solicitarse siempre ante el tribunal que conozca del proceso universal. Y el apartado tres se limita a ser una remisión para el procedimiento a seguir en el incidente, a las normas de los artículos anteriores de esta ley, con las especialidades establecidas en la legislación sobre procesos concursales y sucesorios.
Ya que en aplicación de la doctrina jurisprudencial emanada en este sentido, si hay convenio, en los juicios concursales, el producir la cesación del juicio universal conlleva, como lógica consecuencia, la desaparición del soporte procesal, en el que la acumulación puede decretarse (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1983). La ley de enjuiciamiento civil reconoce la fuerza atractiva de los juicios de concurso al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda, por lo que el juicio declarativo dirigido contra la entidad mercantil quebrada, que no se haya concluído por sentencia, deberá atenerse a esa

fuerza atractiva del juicio universal (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 1997). Es forzoso estimar que resultan inaplicables los criterios legales que normalmente y sin esa acumulación, podrían atribuir la competencia a distintos jueces y tribunales, y se ha de regir esta por el criterio especial y unitario regulado, sin más excepción que la marcada en la ley (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de enero de 1981).
Sin que por lo tanto que el Juzgado de Primera Instancia decida por sí mismo que procede la acumulación en su caso y remisión de un proceso ya sometido a su conocimiento, a un expediente concursal, si no es por qué recibiera antes un requerimiento al efecto del Juzgado correspondiente de lo Mercantil, debiendo efectuarse por este una estimación de la posible trascendencia sustancial que la resolución de dicho proceso pueda tener para la formación del inventario o de la lista de acreedores, facultad legalmente reservada al mismo, y que no puede ser asumida por otro órgano judicial distinto. Debiendo de recogerse en este sentido que en el concurso tramitado con el número 210/2005 ante el Juzgado de lo Mercantil 4 de Madrid, fue cerrada definitivamente la lista de acreedores con fecha 22 de septiembre 2005, sin que a partir de ese momento se puedan introducir rectificaciones, a tenor de lo establecido en elartículo 97 de la leyconcursal, resultando un problema imputable a la entidad actora en el juicio cambiario CULTURAL, S.A., la carga de insinuarse en el proceso concursal a su debido tiempo, a tenor de lo establecido en losartículos 21,1,5 y 97 de la citada ley.
QUINTO.- Por lo que procede concluir en aplicación del criterio mantenido anteriormente y de lo establecido en elartículo 51 de la leyde enjuiciamiento civil, declarando que no ha lugar a aceptar la incorporación de las actuaciones del juicio cambiario número 909/2004 delJuzgado de Primera Instancia 70 de Madrid al concurso 210/2005tramitado por el Juzgado de lo Mercantil número cuatro de Madrid.": SAP Madrid 19.02.2007 (Sección 28) (JUR 2007/323355)

"PRIMERO Ante la negativa del Juzgado de Primera Instancia y del Juzgado de lo Mercantil a tramitar la demanda de juicio cambiario promovida por la actora contra las entidades "JUFAN, S.A." y "DISMETEG, S.L." al haberse inhibido el primero para su acumulación a los concursos voluntarios de las citadas entidades que se tramitan, respectivamente, ante los Juzgados de lo Mercantil nº 2 y 7 de Madrid, y haber entendido este último Juzgado la improcedencia de tal remisión, se ha planteado una cuestión negativa de competencia, que conforme alart. 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de ser resuelta por el órgano inmediato superior común (en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid) y dada la falta de una previsión específica para el caso de competencia objetiva, por aplicación analógica de lo previsto en elart. 60.2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan las cuestiones de competencia territorial, consideramos correcto que se hayan elevado los autos a esta Audiencia Provincial para solventar la polémica suscitada.
Como es lógico, este tribunal se limitará a resolver la cuestión de competencia planteada entre el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Torrejón de Ardoz y el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, sin que la resolución que aquí se dicte afecte a la inhibición a favor del Juzgado de lo Mercantil nº 2 a efectos de su acumulación al concurso voluntario de la entidad "JUFAN, S.A.", al no haberse planteado cuestión de competencia alguna por dicho Juzgado o, al menos, no es objeto del presente rollo de apelación.
SEGUNDO En el supuesto de autos la sala realmente desconoce las razones por las cuales el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Torrejón de Ardoz ha decidido inhibirse del conocimiento del juicio cambiario a efectos de su acumulación al concurso de la entidad "DISMETEG, S.L.", pues en su auto no ofrece argumento alguno que justifique tal decisión, sin que lo sea la ritual cita delartículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
El Juzgado de lo Mercantil rechaza su competencia, en esencia, porque entiende que en virtud delartículo 50.1 de la Ley Concursal el Juzgado de Primera Instancia debió archivar las actuaciones y no remitirlas al Juzgado de lo Mercantil. Sin embargo, parece no tener en cuenta que el juicio cambiario se promovió con fecha 25 de junio de 2008 mientras que el concurso voluntario de la entidad "DISMETEG, S.L." fue declarado medianteauto dictado el día 30 de septiembre de 2008, luego dicho juicio cambiario se hallaba en tramitación al tiempo de declararse el concurso, por lo que no nos encontramos en el supuesto de hecho previsto en elartículo 50.1 de la Ley Concursal (nuevos juicios declarativos) como a continuación analizaremos.
Además, debe tenerse en cuenta que el Juzgado de Primera Instancia había dictado el auto acordando las medidas previstas en elartículo 821 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (requerimiento de pago y embargo preventivo) pero no había dictado auto despachando ejecución ni sentencia desestimando la posible oposición.
TERCERO Como indicamos en nuestroauto de fecha 18 de junio de 2008, en supuesto análogo al aquí enjuiciado, para resolver la cuestión planteada es preciso recordar que cuando el proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia es un proceso declarativo en que el deudor sea parte y que se encuentre en tramitación al momento de la declaración de concurso, aquél debe continuar ante el Juzgado en el que esté siendo tramitado hasta la firmeza de la correspondiente resolución, y sólo se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en elartículo 8 de la Ley Concursal, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el propio juez del concurso, por haberlo solicitado así la administración concursal o cualquier parte personada en el concurso, acuerde la acumulación porque estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores (artículo 51 de la Ley Concursal). No se trata, pues, de que hayan de acumularse al concurso la totalidad de los procesos en trámite en los que sea parte el concursado, sino aquellos cuya su resolución, por la naturaleza de la acción ejercitada o por la cuantía litigiosa, tenga "trascendencia sustancial" bien para la determinación de la masa activa (formación del inventario), bien para la determinación de la masa pasiva (formación de la lista de acreedores) del concurso, y así lo acuerde el Juzgado de lo Mercantil que conoce del proceso concursal, previa solicitud de la administración concursal o de cualquier parte personada en el concurso, en determinado momento procesal.
Distinta solución ofrece la Ley Concursal cuando se trata de un proceso declarativo seguido contra el concursado e iniciado tras la declaración del concurso. En este supuesto el Juzgado de Primera Instancia que erróneamente, o por desconocimiento de que el concurso había sido declarado, haya admitido a trámite la

demanda, habrá de ordenar el archivo de la misma, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado (artículo 50 de la Ley Concursal).
Por último, si se trata de un proceso de ejecución que se hallara en tramitación ante los Juzgados de Primera Instancia (salvo algunos supuestos especiales de procesos de ejecución de garantías reales, que no tiene trascendencia en el supuesto de autos), quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos (artículo 55.2 de la Ley Concursal), es decir, sin perjuicio de que el acreedor comunique el crédito en el concurso conforme a lo previsto en elart. 85 de la Ley Concursal.
En cuanto a los juicios cambiarios (y también monitorios), el competente para conocer de un demanda presentada con anterioridad a la declaración del concurso es el Juzgado de Primera Instancia ante el que se haya promovido (artículos 813 y 820 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que debe continuar su trámite hasta la firmeza de la sentencia o del auto correspondiente, porque la previsión delartículo 8 de la Ley Concursal debe ser puesta en relación con la delartículo 51 del mismo texto legal, y en ese tratamiento debe entenderse comprendida la fase declarativa de los juicios cambiarios (y de los monitorios), que deben culminarse ante el Juez de Primera Instancia que los estaba conociendo, salvo que el juez del concurso haya acordado la acumulación conforme a lo dispuesto en elart. 51.1 de la Ley Concursal, en los términos expuestos al analizar el régimen de los juicios declarativos. Una vez el interesado obtenga su sentencia o su correspondiente auto, que no incumbe al juez del concurso dictar, podrá exigir para ese título el tratamiento que como acreedor le corresponda en el concurso (para esto último sí deberá dirigirse al juez del concurso, ya que lo que no podrá es iniciar a partir de entonces una ejecución separada de su crédito, según el artículo 55 de la Ley Concursal). Si la ejecución se hubiera despachado, deberá suspenderla, y el acreedor deberá comunicar sus créditos en el concurso del modo previsto en elartículo 85 de la Ley Concursal, pues no otra cosa significa el inciso "sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos" delartículo 55.2 de la Ley Concursal.”: AAP Madrid (Secciòn 28) 16.10.2009 (Auto 173/2009; Rollo 306/2009)

“SEGUNDO En el supuesto de autos la sala realmente desconoce las razones por las cuales el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Torrejón de Ardoz ha decidido inhibirse del conocimiento del juicio cambiario a efectos de su acumulación al concurso de la entidad "JUFAN, S.A.", pues en su auto no ofrece argumento alguno que justifique tal decisión, sin que lo sea la ritual cita delartículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
El Juzgado de lo Mercantil rechaza su competencia, en esencia, porque entiende que en virtud delartículo 51 de la Ley Concursal y elartículo 98.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia para acordar la acumulación correspondería al Juzgado de lo Mercantil, previa ponderación de la transcendencia de la demanda para la formación del inventario y de la lista de acreedores, siempre a solicitud de la administración concursal o de cualquier parte personada en el concurso.
Efectivamente, en el supuesto de autos el juicio cambiario se promovió con fecha 25 de junio de 2008 mientras que el concurso voluntario de la entidad "JUFAN, S.A." fue declarado mediante auto dictado el día 14 de julio de 2008, luego dicho juicio cambiario se hallaba en tramitación al tiempo de declararse el concurso y aunque el Juzgado de Primera Instancia había dictado el auto acordando las medidas previstas en elartículo 821 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (requerimiento de pago y embargo preventivo) no había dictado auto despachando ejecución ni sentencia desestimando la posible oposición.
TERCERO Precisado lo anterior, como indicamos en nuestroauto de fecha 18 de junio de 2008 y en el ya citado de 16 de octubre de 2009 (AC 2010, 222), en supuestos análogos al aquí enjuiciado, para resolver la cuestión planteada es preciso recordar que cuando el proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia es un proceso declarativo en que el deudor sea parte y se encuentre en tramitación al momento de la declaración de concurso, aquél debe continuar ante el Juzgado en el que esté siendo tramitado hasta la firmeza de la correspondiente resolución, y sólo se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en elartículo 8 de la Ley Concursal, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el propio juez del concurso, por haberlo solicitado así la administración concursal o cualquier parte personada en el concurso, acuerde la acumulación porque estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores(artículo 51 de la Ley Concursal). No se trata, pues, de que hayan de acumularse al concurso la totalidad de los procesos en trámite en los que sea parte el concursado, sino aquellos cuya resolución, por la naturaleza de la acción ejercitada o por la cuantía litigiosa, tengan "trascendencia sustancial" bien para la determinación de la masa activa (formación del inventario), bien para la determinación de la masa pasiva (formación de la lista de acreedores) del concurso, y así lo acuerde el Juzgado de lo Mercantil que conoce del proceso concursal, previa solicitud de la administración concursal o de cualquier parte personada en el concurso, en determinado momento procesal.
Distinta solución ofrece la Ley Concursal cuando se trata de un proceso declarativo seguido contra el concursado e iniciado tras la declaración del concurso. En este supuesto el Juzgado de Primera Instancia que erróneamente, o por desconocimiento de que el concurso había sido declarado, haya admitido a trámite la demanda, habrá de ordenar el archivo de la misma, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado(artículo 50 de la Ley Concursal).
Por último, si se trata de un proceso de ejecución que se hallara en tramitación ante los Juzgados de Primera Instancia (salvo algunos supuestos especiales de procesos de ejecución de garantías reales, que no tiene trascendencia en el supuesto de autos), quedará en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos(artículo 55.2 de la Ley Concursal), es decir, sin perjuicio de que el acreedor comunique el crédito en el concurso conforme a lo previsto en elart. 85 de la Ley Concursal.

En cuanto a los juicios cambiarios (y también monitorios), el competente para conocer de un demanda presentada con anterioridad a la declaración del concurso es el Juzgado de Primera Instancia ante el que se haya promovido(artículos 813 y 820 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que debe continuar su trámite hasta la firmeza de la sentencia o del auto correspondiente, porque la previsión delartículo 8 de la Ley Concursal debe ser puesta en relación con la delartículo 51 del mismo texto legal, y en ese tratamiento debe entenderse comprendida la fase declarativa de los juicios cambiarios (y de los monitorios), que debe culminarse ante el Juez de Primera Instancia que lo estaba conociendo, salvo que el juez del concurso haya acordado la acumulación conforme a lo dispuesto en elart. 51.1 de la Ley Concursal, en los términos expuestos al analizar el régimen de los juicios declarativos. Una vez el interesado obtenga su sentencia o su correspondiente auto, que no incumbe al juez del concurso dictar, podrá exigir para ese título el tratamiento que como acreedor le corresponda en el concurso (para esto último sí deberá dirigirse al juez del concurso, ya que lo que no podrá es iniciar a partir de entonces una ejecución separada de su crédito, según el artículo 55 de la Ley Concursal). Si la ejecución se hubiera despachado, deberá suspenderla, y el acreedor deberá comunicar sus créditos en el concurso del modo previsto en el artículo 85 de la Ley Concursal, pues no otra cosa significa el inciso "sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos" delartículo 55.2 de la Ley Concursal.
CUARTO De lo expuesto se desprenden las siguientes conclusiones pertinentes en el caso sometido a nuestra consideración:
1º) Que el Juzgado de Primera Instancia no puede acordar por propia iniciativa la acumulación de unos autos de los que esté conociendo a un proceso concursal que se siga ante un Juzgado de lo Mercantil, puesto que será en todo caso éste, previa petición de los legitimados para ello dentro del plazo previsto por la ley, quien puede acordar tal acumulación si estima que concurren los requisitos previstos en elartículo 51 de la Ley Concursal.
El mecanismo procesal de la acumulación de procesos que penden ante distintos tribunales supone siempre y sin excepción que el órgano judicial ante el que deba producirse la acumulación (el que conozca del juicio más antiguo,artículos 79 y 89 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sea el que tenga la iniciativa, aunque sea a instancia de parte, para examinar la procedencia de la misma y para requerir al otro órgano judicial para la remisión de autos. Sólo recibido el requerimiento para acumulación podrá este segundo órgano judicial pronunciarse al respecto y acordar la remisión. Decidir esto último sin el antecedente de lo primero no tiene cabida en el esquema diseñado en el capítulo II del título III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello no se excepciona cuando la acumulación deba efectuarse a un proceso concursal, con la peculiaridad de que en ese caso no rige el criterio de la prioridad temporal sino que el que debe decidir, en todo caso, sobre la procedencia o no de la acumulación será el órgano que conoce del juicio universal, que lo hará teniendo en cuenta lo previsto en la legislación concursal(artículo 98 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No cabe, por tanto, que un Juzgado de Primera Instancia decida por sí y ante sí que procede la acumulación y remisión de un proceso sometido a su conocimiento con destino a un expediente concursal si no recibe antes un requerimiento al efecto del juez del concurso. La regla antes enunciada refuerza su sentido en el tenor de la propiaLey Concursal, pues, el citado artículo 51 de dicho texto legal prevé que la acumulación de procesos en tramitación al momento de la declaración del concurso exige no sólo un juicio sobre la competencia del juez del concurso sino que por parte de éste se efectúe una estimación de la "trascendencia sustancial" que la resolución de dicho proceso pueda tener para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Se trata de una facultad legalmente reservada al juez del concurso que no puede ser ejercitada por otro órgano judicial distinto de éste.
2º) Que habiéndose desconocido tales previsiones legales, el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia objetiva para conocer de los autos del juicio cambiario que le ha sido remitido por el Juzgado de Primera Instancia, pues sólo tendría tal competencia si el Juez de lo Mercantil, como juez del concurso, hubiera acordado la acumulación al concurso del proceso que se encontrase en fase declarativa conforme a lo previsto en elartículo 51.1 de la Ley Concursal.
3º) Que el modo de hacer efectiva la competencia prevista en losartículos 86.ter.1.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.3º de la Ley Concursal respecto de las actuaciones ejecutivas que se producen en los procesos cambiarios (y también en los monitorios), lo que no es el caso, al no haberse resuelto la fase declarativa, no es la acumulación de los mismos al proceso concursal, sino la suspensión por dicho Juzgado de Primera Instancia de tales actuaciones para que en el concurso se dé el tratamiento concursal que corresponda a los respectivos créditos.
Por lo expuesto, procede declarar la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de los autos del juicio cambiario por corresponder dicha competencia al Juzgado de Primera Instancia sin perjuicio de lo expresado en relación a las actuaciones ejecutivas propias del juicio cambiario.”: AAP Madrid (Sección 28) 26.03.2010 (AC 2010/434; Auto 48/2010; Rollo 67/2010)

AP Salamanca

“PRIMERO.- Son datos a destacar en orden a la resolución del presente recurso de apelación -interpuesto por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria-, los siguientes:
a) La parte apelante, formuló demanda de juicio cambiario, por impago de diversos pagarés, frente aHugoyPablo, domiciliados en Plasencia y Béjar, respectivamente.
b) Antes de admitir a trámite la demanda, el Juzgado receptor de la misma, tuvo conocimiento oficial de que el segundo de los citados,Pablo, había sido declarado en concurso voluntario, porAuto dictado en fecha 5 de Noviembre de 2007 (la demanda actual fue presentada en 20 de Noviembre de 2007) por el Juzgado Mercantil de Salamanca.
(…)

SEGUNDO.- Pues bien, con referencia al concursado, la rotundidad de las declaraciones de losarts. 8 y 9 de la Ley Concursal, -en el sentido de que abierto el concurso ninguna otra autoridad judicial o administrativa puede tomar decisiones ejecutivas o proseguirlas contra el patrimonio del deudor, y todas las acciones con contenido patrimonial deben resolverse, y, desde luego, ejecutarse, en sede concursal- que sobra cualquier discusión al respecto, y cualquier planteamiento que en orden a la competencia del procedimiento cambiario, se quiera hacer, amparándose en el propio concursado, está abocado a su fracaso, pues con independencia de la norma general de obligación de abstención propia de la regulación de las normas de competencia por parte del Tribunal que resulte incompetente, se establece-art. 50 Leycitada-, una norma especial indicando que de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.": AAP Salamanca 29.04.2008 (JUR 2008/331740)

"PRIMERO Son hechos a tener en cuenta para resolver el presente recurso los siguientes:
a) La parte apelante, formuló demanda de juicio cambiario, por impago de diversos pagarés, frente a Carlos María y Jesus Miguel, domiciliados en Alcaudete (Jaén) y Béjar (Salamanca), respectivamente.
b) Antes de admitir a trámite la demanda, el Juzgado receptor de la misma, tuvo conocimiento oficial de que el segundo de los citados, Jesus Miguel, había sido declarado en concurso voluntario, por Auto dictado en fecha 5 de noviembre de 2007 (la demanda actual fue presentada en 20 de noviembre de 2007) por el Juzgado Mercantil de Salamanca.
c) De resultas de ello, el Juzgado "a quo", dictó Auto en fecha 28 de noviembre de 2007, acordando la no admisión a trámite de la demanda presentada por BBVA, SA respecto del demandado declarado en concurso […]
SEGUNDO Pues bien, con referencia al concursado, la rotundidad de las declaraciones de los arts. 8 y 9 de la Ley Concursal, -en el sentido de que abierto el concurso ninguna otra autoridad judicial o administrativa puede tomar decisiones ejecutivas o proseguirlas contra el patrimonio del deudor, y todas las acciones con contenido patrimonial deben resolverse, y, desde luego, ejecutarse, en sede concursal- que sobra cualquier discusión al respecto, y cualquier planteamiento que en orden a la competencia del procedimiento cambiario, se quiera hacer, amparándose en el propio concursado, está abocado a su fracaso, pues con independencia de la norma general de obligación de abstención propia de la regulación de las normas de competencia por parte del Tribunal que resulte incompetente, se establece -art. 50 Ley citada-, una norma especial indicando que de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.": AAP Salamanca 26.05.2008 (JUR 2008/330475; Auto 23/2008; Rollo 43/2008)

AP Sevilla (Sección 5)

"PRIMERO Por la representación procesal de la entidad mercantil PEDREÑA DE PINTURAS S.L. se presentó el día 23 de septiembre de 2008 en el Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Guadaira demanda de juicio cambiario en reclamación del pago de dos pagarés a la mercantil GRANALLADOS RECUBRIMIENTOS S.L.
PorAuto dictado el día 16 de diciembre de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla se declaró en concurso de acreedores voluntario a la entidad GRANALLADOS RECUBRIMIENTOS S.L.
ElJuzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcalá de Guadaira dictó Auto el 4 de mayo de 2009 declarando su falta de competencia objetiva, y remitiendo las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil de Sevilla.
Este último Juzgado enAuto de 3 de julio de 2009 plantea cuestión de competencia negativa al estimar que carece de competencia objetiva para conocer de la demanda de juicio cambiario.
SEGUNDO La entidad actora presentó demanda de juicio cambiario con anterioridad a la declaración de concurso de la entidad demandada, iniciándose las actuaciones en elJuzgado de Alcalá de Guadaira el 7 de octubre de 2008.
Elartículo 8.1º de la Ley Concursal y el 86 ter 1.1º de la LOPJ establecen que es competencia del juez del concurso el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio, y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento civil.
Ahora bien, elartículo 51 de la LC, relativo a los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales ejercitadas por acreedores del concursado que hayan dado lugar a un juicio declarativo que se encuentre en tramitación al momento de la declaración del concurso, dispone que "se continuarán hasta la firmeza de la sentencia". Y continúa diciendo: "No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del Juez del concurso según lo previsto en elartículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores." La acumulación pueden solicitarla la administración concursal antes de emitir su informe, y cualquier parte personada antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.
El proceso cambiario tiene la naturaleza de un juicio declarativo especial. A tenor de lo dispuesto en estos preceptos, la regla general en los casos de juicios en los que el deudor sea parte y que hayan comenzado y se encuentren en tramitación con anterioridad a la declaración de concurso del deudor, es la continuación del procedimiento en el Juzgado que le correspondió el conocimiento del asunto conforme a las reglas ordinarias de competencia hasta que se dicte sentencia firme. Así pues, el Juez de primera instancia nº 1 de Alcalá de Guadaira al que correspondió el conocimiento de la demanda de juicio declarativo cambiario ha de continuar sustanciando el juicio, no alterando su competencia la declaración de concurso efectuada con posterioridad a la presentación de la demanda.

Sólo deberá abstenerse de seguir conociendo, remitiendo lo actuado al Juez del concurso, en caso de que se decrete la acumulación. Pero la competencia para decidir si procede la acumulación corresponde exclusivamente al Juez del concurso, al cual se lo ha de solicitar la administración concursal o cualquier parte personada en el proceso concursal. Pedida la acumulación por algún legitimado, el Juez del concurso decidirá sobre la misma, para lo cual es necesario que el asunto sea competencia del juez del concurso y, además, que estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Es decir, que sólo el Juez del concurso puede decidir sobre la acumulación pues sólo él puede valorar su trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
En definitiva, siendo competente objetiva y territorialmente para conocer la de demanda de juicio cambiario origen de las presentes actuaciones el Juez de Primera Instancia nº 1 de Alcalá de Guadaira, la posterior declaración de concurso del deudor demandado no altera su competencia objetiva para conocer. Por tanto debe de continuar tramitando el proceso, de cuyo conocimiento de apartó mediante un Auto que sustenta su decisión en un fundamento de derecho de formulario, que es totalmente incongruente con el objeto de la reclamación deducida en esta litis.
TERCERO Estimada la cuestión de competencia negativa, procederá el Juzgado que la ha promovido a remitir los autos al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcalá de Guadaira (Sevilla), en el que se inició el juicio cambiario nº 592/08, y a emplazar a las partes para que comparezcan dentro de los diez días siguientes ante dicho Juzgado (art. 60.3 de la LEC)": AAP Sevilla (Sección 5) 24.11.2009 (JUR 2010/94185; Auto 249/2009; Rollo 6613/2009)

"Concretamente lo que plantea el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcalá de Guadaira es su falta de competencia para conocer una demanda de juicio cambiario presentada el día 10 de junio de 2.008 y admitida a trámite el día 3 de octubre de ese años, por haber instado la demandada solicitud de concurso, situación que fue declarada por auto de 22 de octubre de 2.008
Tercero.-El artículo 8 de la Ley Concursal declara la competencia exclusiva del Juez del Concurso para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Si embargo tal competencia solo se produce desde la fecha en que se declara el concurso. Así resulta claramente del artículo 50 de la Ley Concursal puesto que sólo ordena abstenerse de conocer de las cuestiones para las que adquiere competencia el Juez del Concurso en relación con los nuevos juicios declarativos, es decir, aquéllos que se planteen con posterioridad a la declaración del concurso.
Cuarto.-Por el contrario con respecto a las demandas presentadas antes de esa fecha, como la del caso que nos ocupa, es de aplicación el artículo 51 de la Ley Concursal, conforme al cual los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. Únicamente se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Esta excepción obviamente supone un previo pronunciamiento del Juez de lo Mercantil, que deberá requerir en tal sentido al Juez de Primera Instancia, el cual en ningún caso puede aplicar este precepto por propia iniciativa.
Debe pues declararse la competencia para conocer de la demanda de juicio cambiario del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcalá de Guadaira, por ser la fecha de la demanda anterior a la declaración del concurso y no existir pronunciamiento del Juez de lo Mercantil en el que considere que la misma tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. ":AAP Sevilla (Sección 5) 18.12.2009 (Rollo 6614/2009)

"PRIMERO.-Por la representación procesal de la entidad mercantil HIJOS DE ÁNGEL BLANCO FUNCIA S.L. se presentó el día 29 de enero de 2009 en el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Alcalá de Guadaira demanda de juicio cambiario en reclamación del pago de tres pagarés a la mercantil MATERIALES ALJARAFE S.L., la cual fue admitida a trámite por Auto de 9 de febrero de 2009.
Por Auto dictado el día 18 de febrero de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Sevilla se declaró en concurso de acreedores voluntario a la entidad MATERIALES ALJARAFE S.L.
El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcalá de Guadaira dictó Auto el 7 de julio de 2009 apreciando su falta de competencia objetiva (aunque con evidente error en el Auto se declarase la abstención del Juzgado "por carecer de jurisdicción"), y remitiendo las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil de Sevilla.
Este último Juzgado en Auto de 27 de enero de 2010 plantea cuestión de competencia negativa al estimar que carece de competencia objetiva y territorial para conocer de la demanda de juicio cambiario.
SEGUNDO.-La entidad actora presentó demanda de juicio cambiario con anterioridad a la declaración de concurso de la entidad demandada, iniciándose las actuaciones en el Juzgado de Alcalá de Guadaira el 9 de febrero de 2009.
El artículo 8.1º de la Ley Concursal y el 86 ter 1.1º de la LOPJ establecen que es competencia del juez del concurso el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio, y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento civil.
Ahora bien, el artículo 51 de la LC, relativo a los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales ejercitadas por acreedores del concursado que hayan dado lugar a un juicio declarativo que se encuentre en tramitación al momento de la declaración del concurso, dispone que "se continuarán hasta la firmeza de la sentencia". Y continúa diciendo: "No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del Juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores." La acumulación pueden solicitarla la administración concursal antes de

emitir su informe, y cualquier parte personada antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.
El proceso cambiario tiene la naturaleza de un juicio declarativo especial. A tenor de lo dispuesto en estos preceptos, la regla general en los casos de juicios en los que el deudor sea parte y que hayan comenzado y se encuentren en tramitación con anterioridad a la declaración de concurso del deudor, es la continuación del procedimiento en el Juzgado que le correspondió el conocimiento del asunto conforme a las reglas ordinarias de competencia hasta que se dicte sentencia firme. Así pues, el Juez de primera instancia nº 1 de Alcalá de Guadaira al que correspondió el conocimiento de la demanda de juicio declarativo cambiario ha de continuar sustanciando el juicio, no alterando su competencia la declaración de concurso efectuada con posterioridad a la presentación de la demanda.
Sólo deberá abstenerse de seguir conociendo, remitiendo lo actuado al Juez del concurso, en caso de que se decrete la acumulación. Pero la competencia para decidir si procede la acumulación corresponde exclusivamente al Juez del concurso, al cual se lo ha de solicitar la administración concursal o cualquier parte personada en el proceso concursal. Pedida la acumulación por algún legitimado, el Juez del concurso decidirá sobre la misma, para lo cual es necesario que el asunto sea competencia del juez del concurso y, además, que estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Es decir, que sólo el Juez del concurso puede decidir sobre la acumulación pues sólo él puede valorar su trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
En definitiva, siendo competente objetiva y territorialmente para conocer la de demanda de juicio cambiario origen de las presentes actuaciones el Juez de Primera Instancia Nº 1 de Alcalá de Guadaira, la posterior declaración de concurso del deudor demandado no altera su competencia objetiva para conocer. Por tanto, debe de continuar tramitando el proceso, de cuyo conocimiento se apartó mediante un Auto que sustenta su decisión en un fundamento de derecho de formulario, que es incongruente con el objeto de la reclamación deducida en esta litis.": AAP Sevilla (Sección 5) 07.05.2010 (Auto 106/2010; Rollo 1484/2010)

"PRIMERO Por el Procurador Don Manuel Arévalo Espejo, en nombre y representación de la entidad Banco Santander, S.A., se presentó demanda de juicio cambiario contra la entidad Aluminios Joalpa, S.L., solicitando que se le condenase al pago de 126.922,01 euros, correspondiente a trece pagarés de los que es legítimo tenedor. Al realizarse el oportuno requerimiento, se averiguó que la demandada se encontraba declarada en concurso voluntario, de modo que el Juzgado dictó Auto remitiendo las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil. Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la entidad actora.
SEGUNDO La cuestión analizada en la presente litis, de orden competencial objetivo, no jurisdiccional, como se señala en el Auto recurrido, ha sido analizado en reiteradas ocasiones por esta Sala, no con motivo de recurso de parte, sino mediante conflicto negativo de competencia, y hemos señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el 8 de la Ley Concursal, en cuanto a vis atractiva que supone la competencia del concurso, el Juez del concurso conocerá en exclusiva de todas aquellas acciones civiles, con trascendencia patrimonial, que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Dado que estamos ante una cuestión de reclamación económica, en principio cabría asumir que efectivamente se produce esa atracción competencial del Juzgado de lo Mercantil. Pero esta norma no puede interpretarse aisladamente, sino que ha de hacerse de conformidad con lo establecido en losartículos 50 y 51 de la citada Ley. La primera de las citadas normas, impide el inicio de un proceso declarativo ante un Juzgado del orden civil, cuando ya está en tramitación el proceso concursal, mientras que la segunda de las normas, permite que se continúe aquellos procesos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso ante el órgano jurisdiccional que venía conociendo de los mismos, y ello, sobre la base de cuándo se produce los efectos de la litispendencia, es decir, desde la fecha de la presentación de la demanda, una vez que se ha admitido a trámite. Y este es el supuesto analizado en la presente litis, ya que estamos ante un proceso declarativo, aunque especial, que se inició el día 18 de junio de 2.008, mientras que la declaración de concurso se efectuó porAuto de 22 de octubre de 2.008. Por tanto, estamos ante un proceso anterior que deberá seguir conociendo el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcalá de Guadaíra, salvo que se estimara, por el Juez de lo Mercantil, que se trata de un proceso cuya resolución tenga trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Para ello exigiría una declaración especial por parte de este último Juzgado y un requerimiento expreso al Juzgado que esté conociendo el asunto. En definitiva, quien únicamente puede realizar dicha declaración de especial trascendencia, de modo que se torne indispensable la acumulación de dicho declarativo al proceso concursal, es el Juez de lo Mercantil, en cuanto que es el único que tiene los elementos necesarios para evaluar esa especial cualidad, nunca lo podrá realizar el Juez de Primera Instancia.
TERCERO A tenor de la pretensión de la entidad recurrente, se podría plantear si estamos ante un proceso declarativo o, por el contrario, de ejecución, ya que la solución que da la Ley Concursal es distinta, mientras en el primer supuesto, como ya hemos señalado se continúa tramitando hasta la firmeza de Sentencia, los procesos de ejecución, según dispone elartículo 55 de la Ley Concursal, quedarán en suspenso. No podemos olvidar, como nos dice laSentencia de 10 de julio de 2.009 que: "La doctrina jurisprudencial ha distinguido los supuestos de juicio declarativo (es decir, ordinario, o declarativos por antonomasia) de los de sumario ejecutivo (sobre cuya naturaleza existió una importante polémica doctrinal)". Esta discusión doctrinal, hoy está ampliamente superada, sobre todo por aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que claramente ha despejado toda duda y ha determinado que el juicio cambiario, es un juicio declarativo especial, y así es regulado en el Libro IV, bajo el título De los Procesos Especiales.
Es evidente y notorio, que aún cuando el fin último del proceso sea la conservación y actuación del ordenamiento jurídico, es evidente que el fin mediato es el restablecimiento, y en su caso reconocimiento del derecho subjetivo perturbado o negado, y ello se logra mediante la declaración, la ejecución, y el aseguramiento. Ello conlleva que las únicas clases de procesos, en sentido estricto, sean los procesos declarativos, de ejecución y cautelar. De modo que declarativo ha de considerarse a todo proceso que tienda al

reconocimiento del derecho subjetivo perturbado. Cuestión distinta es la clasificación tradicional y reiterada de procesos declarativos ordinarios y especiales, atendiendo a las cuestiones que han de examinarse en unos y otros. Los primeros, tendrá la consideración de general y subsidiario, mientras que los segundos se refieren a concretas y determinadas materias que por su singularidad, exige que la tramitación tenga determinadas especializadas que se adapten a su particular naturaleza, es decir, están construidos para supuestos concretos y particulares, como señala la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil "con inequívocas e indiscutibles particularidades", pero no desaparece su esencial naturaleza declarativa, y a ello obedece exclusivamente la existencia de un proceso especifico para títulos cambiarios, que en ningún caso afecta a su naturaleza declarativa, porque en ellos se están interesando una declaración de derecho. De ahí que, se entiende que elartículo 248 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala solo a los procesos declarativos ordinarios, sencillamente porque los especiales vienen regulados en el Libro Cuarto.
En consecuencia, la decisión no puede consistir como pretende la recurrente que se suspenda la tramitación del juicio cambiario incoado, sino que ha de continuar su tramitación el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcalá de Guadaíra hasta que se dicte Sentencia firme.": AAP Sevilla (Sección 5) 15.09.2010 (JUR 2011/72745; Auto 183/2010; Rollo 3989/2010)

"Primero.- La parte deudora y demandada recurre el auto que despacha ejecución alegando, en esencia, que el despacho de ejecución conforme al artículo 825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil infringe lo dispuesto en los artículos 8.3 º y 55.1 de la Ley Concursal, por lo que procede declarar su nulidad conforme a lo prevenido en el artículo 55.3 de dicho texto legal.
Igualmente solicita con base al citado artículo 55.3, la nulidad de los embargos acordados por ser medidas ejecutivas que se adoptaron tras la admisión del juicio cambiario el día 27 de enero de 2.011, una vez ya declarado el concurso el día 14 de enero de 2.011 en el concurso ordinario n.º 1077/2010 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla.
Segundo.- El juicio cambiario es un juicio declarativo que tiene como especialidad el que sólo tiene fase contradictoria si el demandado se opone a la pretensión del la parte actora. De no pagar u oponerse en el plazo concedido la deuda adquiere fuerza ejecutiva, debiéndose despachar la ejecución de la misma.
Igualmente tiene como especialidad que en la fase declarativa, es decir mientras la deuda no adquiere fuerza ejecutiva o, de haber oposición, no recae resolución firme resolviendo la controversia, se acuerda de forma inmediata el embargo preventivo de bienes. Al ser un embargo preventivo no es en modo alguno una medida de ejecución, sino una medida cautelar para garantizar un eventual resultado del litigio favorable al demandante, dada la credibilidad y legitimidad que otorga a su pretensión el que venga apoyado por un título cambiario.
Así resulta de lo dispuesto en los artículos 821, 822, 824 y 825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Tercero.- De acuerdo con el artículo 51.1 de la Ley Concursal, los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.
Por tanto, iniciado el juicio cambiario el día 9 de diciembre de 2.010 y declarado el concurso el día 14 de enero de 2.011, el procedimiento cambiario debía seguir tramitándose por el Juez de Primera Instancia hasta la terminación de la fase declarativa, acordándose los embargos preventivos el día 21 de diciembre de 2.010, es decir también antes de la declaración del concurso. Ninguna de estas actuaciones viola pues la competencia del Juez del concurso establecida en el artículo 8, apartados 3 º y 4 º, y 55 de la Ley Concursal.
Ahora bien, terminada la fase declarativa del juicio cambiario por falta de oposición de la entidad deudora, la deuda adquiere fuerza ejecutiva, dando lugar sin solución de continuidad, y sin que sea procedente por tanto acordar archivo alguno, a un procedimiento de ejecución que no precisa que sea instado por el demandante, por así establecerlo el artículo 825 citado.
Desde este momento el procedimiento pasa a ser competencia del Juez del concurso, al que deberán remitirse las actuaciones, de acuerdo con lo que establece el artículo 8.3 º y 55 de la Ley Concursal, quedando en suspenso la ejecución y debiendo decidir dicho Juez sobre el levantamiento o mantenimiento de los embargos preventivos trabados.
No procede pues la declaración de nulidad que se pide, pero si la rectificación de los errores que contiene el auto recurrido, ya que ciertamente es improcedente el despacho de ejecución, decisión que ha de quedar suspendida, ni tampoco la suspensión de los embargos, puesto que lo que ha de resolverse es su mantenimiento o levantamiento por el Juez del concurso. Finalmente tampoco procede el archivo de las actuaciones, sino su remisión al Juez del concurso por ser este el competente a partir de este momento procesal para la toma de cualquier decisión con respecto a la acción ejercitada por la demandante. ":AAP Sevilla (Sección 5) 04.06.2012 (Auto 104/2012; Rollo 7949/2011)

AP Sevilla (Sección 6)

"PRIMERO: Es objeto de apelación la resolución judicial que acordó el archivo de las actuaciones y el alzamiento de las medidas de embargo acordadas. Las actuaciones referidas trajeron causa de una demanda de juicio cambiario frente a una entidad declarada en concurso de acreedores; tal decisión judicial recurrida se fundó en la aplicación del art. 50.1 de la Ley Concursal, por lo que no consideró necesario tramitar la oposición cambiaria; no obstante tal precepto no es de aplicación porque está pensado para los supuestos de demandas interpuestas ante los jueces del orden civil o social cuando ya se encuentre en situación de concurso declarado la entidad demandada frente a la que se dirija la acción, y por ello tiene sentido que al haberse interpuesto la demanda frente a órgano no competente es por lo que se ordena el archivo inmediato a fin de remitirlo todo al que lo sea, el mercantil. Tampoco es de aplicación lo dispuesto en el art. 55.2 de la misma ley concursal cuando dispone que "las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de

declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos". Porque el juicio cambiario no es propiamente un procedimiento ejecutivo o de ejecución, no viene regulado dentro de la sistemática del libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sino incluido en el libro IV como proceso especial, aunque con connotaciones ejecutivas reforzadas por la naturaleza del título que le sirve de base y fundamento. De manera que la cuestión suscitada solo puede resolverse por el cauce que contempla el art. 51.1 de la repetida ley concursal cuando dispone que "Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia", naturalmente sin perjuicio de la especificidad que en cuanto a la fase de ejecución de dicho procedimiento contempla el referido art. 55.2, puesto que la suspensión que en dicho precepto se contempla viene referida a las ejecuciones singulares y no al procedimiento declarativo en sí mismo considerado, o fase declarativa del que se trate. Lo razonado conduce pues a la estimación del recurso de apelación siquiera sea en su petición subsidiaria, manteniendo además los embargos preventivos acordados, sin perjuicio de que en su transformación a embargos ejecutivos, sí que hayan de someterse y quedarse afectados por la situación de concurso declarado. ": AAP Sevilla (Sección 6) 23.12.2009 (Auto 222/2009; Rollo 7161/2009)

AP Valencia (Sección 9)

"PRIMERO. Periguell SA presentó en fecha 26-9-2007 demanda de juicio cambiario contra la entidad Llanera Construcciones, Obras y Proyectos SL en reclamación de 87.452,08 euros de principal.
En fecha de 14/11/2007 el Juzgado Primera Instancia 3 Xátiva admitió la demanda a trámite ordenando el requerimiento de pago a la demandada con el inmediato embargo de bienes; diligencia que se practica el día 18 febrero 2008, momento en que la requerida pone en conocimiento encontrarse en situación de concurso seguido ante el Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia nº 672/07, practicándose los embargos, nombrándose depositario a Enrique Pariguell tal como consta en dicha diligencia (f. 44-45)
En 20-2-2008 se persona en los autos la entidad demandada solicitando la declaración de nulidad de actuaciones, por falta de competencia objetiva del Juzgado Primera Instancia 3 Xátiva con apoyo en los artículos 8 y 50 de la Ley Concursal, al encontrarse Llanera Construcciones, Obras y Proyectos SL declarada por el Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia en concurso voluntario de acreedores conforme auto de fecha 2-10-2007; interesando se declare la falta de competencia del Juzgado Primera Instancia Xátiva y la nulidad de todo lo actuado desde el 2-10-2007.
Tras oír a la parte demandante, el Juzgado Primera Instancia 3 Xátiva dictó auto de fecha 22 abril 2008 decretando la nulidad de actuaciones practicadas reponiendo el proceso "al momento de la presentación de contestación a la demanda"; calificando tal auto de firme y no caber recurso alguno. Contra esta resolución la parte demandante interpuso recurso de queja que fue inadmitido por el Juzgado por Auto de 1-9-2008.
El mismo día, 22-4-2008 el Juzgado Primera Instancia 3 Xátiva dicta auto por el que se abstiene de conocimiento de la demanda por carecer de "jurisdicción" correspondiendo el asunto a "la jurisdicción mercantil" ante el cual deberá presentarse la demanda.
Contra este Auto la parte demandante interpone recurso de apelación alegando como motivos :1º) Que el escrito presentado de contrario no establecía motivo de oposición alguno; 2º) Infracción del artículo 240 párrafos 1º, 3º y 4º; 228-2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no produciendo indefensión a la contraria sino al propio demandante dado que la demanda de cambiario se presentó antes que la solicitud de concurso y no nos encontramos ante un apremio o procedimiento de ejecución, siendo de aplicación el artículo 51 de la Ley Concursal apoyándose en la resolución de Audiencia Provincial Córdoba 2.7-2007; interesando la revocación del auto del juzgado por otro que desestime la oposición planteada de contrario por no cumplir los requisitos de la Ley Enjuiciamiento Civil y se continúe el procedimiento cambiario planteado hasta dictar sentencia y sin que quepa en modo alguno estimar la nulidad planteada de contrario.
SEGUNDO. Esta Sala a la vista del contenido de autos, resolución objeto de recurso que se somete a su consideración, peticiones suplicadas por la parte recurrente, de entrada, ante la complejidad del asunto enjuiciado, tiene que hacer las siguientes precisiones:
1º) El auto que es objeto de recurso de apelación admitido a trámite por el Juzgado dispone la abstención del Juzgado Primera Instancia para conocer del juicio cambiario al estar declarada la demandada en concurso voluntario de acreedores y ser competente para su conocimiento el Juzgado de lo Mercantil, decretando el archivo de las actuaciones. Dada la confusión terminológica que contiene dicha resolución es de señalar que no se trata de falta de jurisdicción, pues no existe una jurisdicción mercantil diferente a la civil (artículo 22 a 25 Ley Orgánica del Poder Judicial), sino se trata de falta de competencia objetiva conforme al artículo 86 ter 1. 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Conforme a tal precepto, el Juzgado de lo Mercantil es competente exclusivo y excluyente para la ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado y para adoptar toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado (86 ter 1.-4º). Por consiguiente declarado el concurso, el Juzgado Primera Instancia no puede acordar medida cautelar sobre el patrimonio del concursado ni despachar ejecución contra dicho patrimonio en aplicación del principio de universalidad del concurso cuya clara manifestación viene recogida en la Exposición de Motivos de la LO 8/2003 al decir :" El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideren de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares para que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualquiera de los órganos jurisdiccionales o administrativos...".
2º) La falta de competencia objetiva puede ser apreciada de oficio (artículo 58 Ley Enjuiciamiento Civil) en cualquier momento del proceso y las actuaciones llevadas a cabo por el Juzgado carente de la misma son nulas de pleno derecho sin posibilidad de subsanación o validación alguna conforme al artículo 225 -1º de la

Ley Enjuiciamiento Civil y 238 -1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al caso, reforzado más si cabe, con el artículo 50 de la Ley Concursal al reiterar la invalidez total de las actuaciones desplegadas por el Juzgado que tramite una demanda de la que deba conocer el Juzgado de lo Mercantil. Caso de que la demanda se esté tramitándo cuando es posteriormente declarado el concurso del demandado, el artículo 51.1 Ley Concursal establece de ser juicio declarativo seguirá hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de la posibilidad de acumulación al Juzgado mercantil tal como se fija en dicho precepto. Si la demanda es de ejecución y se encuentra en trámite, la declaración de concurso del ejecutado provoca la suspensión del proceso de ejecución.
3º) La resolución recurrida no estima demanda de oposición alguna, pues la inicial demandada no presentó demanda de oposición, sino que pidió la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Juzgado Primera Instancia, defensa que no constituye tal trámite conforme al artículo 824 -2 de la Ley Enjuiciamiento Civil. Si bien, a tal efecto, tuvo dicha parte que interponer la oportuna y preceptiva declinatoria conforme impone el artículo 63.1 párrafo segundo de la Ley Enjuiciamiento Civil, nada impedía al Juzgado de Instancia estimar la ausencia de competencia objetiva de oficio si bien con audiencia previa del Ministerio Fiscal, trámite imperativo conforme al artículo 58 citado supra.
4º) No es cuestión sencilla ni pacífica doctrinal ni jurisprudencialmente determinar la naturaleza jurídica del proceso cambiario, pues si bien, el pagaré no se encuentra entre los títulos que sirven para despachar ejecución conforme al contenido del artículo 517 de la Ley Enjuiciamiento Civil, también es que el artículo 821.2-2º de la Ley procesal si que lo califica como título ejecutivo en el momento en que el órgano judicial admite a trámite la demanda y ordena el "embargo preventivo" de bienes del deudor y el artículo 66 de la Ley Cambiaria y del Cheque, precisamente reformado por la Ley 1/2000 afirma que tales títulos cambiarios llevan aparejada ejecución. Tampoco puede catalogarse simplemente como proceso declarativo (sistemáticamente la Ley Enjuiciamiento Civil no lo desarrolla bajo el libro de tales procesos, sino dentro de los especiales) cuando la Exposición de Motivos de la Ley Enjuiciamiento Civil lo califica de "protección jurisdiccional singular, instrumental de lo dispuesto en la ley especial sobre esos instrumentos de tráfico jurídico" y cierto es que de haber oposición formulada por el deudor, se tramita un juicio declarativo (verbal) para resolver sobre la misma; pero de no haber oposición, el propio artículo 825 dispone "..el despacho de ejecución por las cantidades reclamadas y se trabará embargo..." caso de que no se haya practicado previamente el de carácter preventivo que en tal supuesto pasa a ser ejecutivo.
TERCERO. Con las precisiones técnico jurídicas fijadas en el fundamento precedente, es de señalar que si bien en el momento de presentarse la demanda de juicio cambiario no está declarado el concurso de acreedores de la entidad demandada y por ende el Juzgado Primera Instancia Xátiva ostenta competencia objetiva para su conocimiento, de acuerdo con el artículo 820.1 y 411 de la Ley Enjuiciamiento Civil, sí, en cambio, cuando se admite a trámite tal demanda cambiaria (14-11-2007), está declarada con anterioridad en concurso tal entidad (2-10-2007), por lo que aquel órgano judicial le está vedado a tal momento acordar los embargos aún preventivos al constituir medida cautelar sobre el patrimonio de la concursada y por supuesto despachar ejecución contra los bienes de la concursada.
Diferente hubiera sido de concurrir demanda de oposición pues en tal caso el Juzgado Primera Instancia tendría que haber tramitado la misma hasta su decisión por sentencia firme jugando la aplicación del artículo 51 Ley Concursal, pero no en el caso de falta de oposición, como es el presente, donde resulta inaplicable dicho precepto, porque la ausencia de oposición del demandado reporta de forma automática el despacho de ejecución que no puede iniciar dicho juzgado, por lo que el proceso cambiario en tal tesitura, no puede continuar tal como pretende el recurrente, sino que ha de concluir con su archivo tal como decreta el Juzgado Primera Instancia, si bien por las matizaciones técnico jurídicas fijadas en esta resolución. ":AAP Valencia (Sección 9) 18.02.2009 (Rollo 542/2008; Auto 50/2009)

AP Valladolid

"PRIMERO.- La parte recurrente mantiene la tesis de que el juicio cambiario tiene la naturaleza de un juicio declarativo y que por tanto una vez iniciado antes de que se produzca la declaración del concurso debe aplicarse la solución contenida en el art. 51 de la Ley concursal, pues ya en trámite ha de continuar hasta la firmeza de la sentencia. Ha de considerarse como fecha de su inicio, una vez admitida la demanda por el juego del art. 410 de la L.E.Civil, la de la fecha de su interposición.
No es pacífica la calificación de la clase de juicio que sea el juicio cambiario. La propia exposición de motivos de la L.E.Civil en su apartado XIX cuando se refiere a la novedad de su regulación lo conceptúa de protección jurisdiccional singular, instrumental de lo dispuesto en la Ley especial sobre letras de cambio, cheques y pagarés. Y destaca que la protección del crédito cambiario se asegura por el inmediato embargo preventivo que se convierte automáticamente en ejecutivo si el deudor no formula oposición o si esta es desestimada. Entiende pues la Sala que dicho juicio presenta dos fases claramente diferenciadas. Aquella en la que no se produce oposición y que provoca el despacho de ejecución mediante la resolución prevista en el art. 825. Y una segunda fase de naturaleza declarativa cuando el deudor formula demanda de oposición que da paso al subsiguiente juicio verbal del art. 826 que finaliza con la sentencia del art. 827. Solo si se llega esta segunda fase pueden producirse los efectos preconizados por la apelante, pues el art. 51 que cita se refiere a que el proceso llegue hasta la sentencia firme y no habrá lugar al dictado de dicha resolución cuando no se produce la demanda de oposición del deudor cambiario. Sin esta actuación de oposición del deudor cambiario el juicio se detiene en la primera fase con embargo y despacho de ejecución, que para esta Sala es de naturaleza claramente ejecutiva tal como resulta de las propias palabras que se recogen en el art. 825.
Se trata de un procedimiento con dos demandas, la del acreedor cambiario que lo inicia (art. 821) y la del deudor que acciona de oposición (art. 824). Por tanto los efectos que preconiza la parte recurrente de retroacción de los efectos de la litispendencia al momento de interposición de la demanda que abre el juicio,

solo tendrán lugar, a los efectos del art. 51 de la Ley concursal, si el procedimiento se abre a su segunda fase en virtud de la demanda de oposición del deudor y se encuentra en trámite en su etapa declarativa que es la que finaliza con la sentencia que se menciona en el art. 51.
En el caso examinado es obvio que cuando se dicta la resolución recurrida aplicando el art. 50 de la Ley concursal no ha habido oposición de la entidad deudora y que no se ha formulado la demanda de oposición llave del período declarativo del juicio, por lo que nada debemos reprochar a la decisión judicial apelada al no aplicar el art. 51.
SEGUNDO.- Pese a rechazarse el recurso no hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada por aplicación del art. 398. 1 en relación con el art. 394. 1 de la L.E.Civil al presentar el supuesto enjuiciado aspectos jurídicamente discutibles siendo los argumentos de la parte apelante razonables, reflexivos y expuestos con seriedad y rigor, aunque no hayan sido estimados por tener la Sala un criterio distinto en la interpretación de todos los preceptos que se citan en la resolución de la controversia. ": Auto AP Valladolid (sección 1) 13.02.2008 (Auto 18/2008; Rollo 547/2007; JUR 2008/155098)

4. [inciso derogado] Acumulación de los declarativos que se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.

4.0 Sólo procederá a instancia del juez del concurso

AP Madrid

"PRIMERO.- Por elJuzgado de Primera Instancia número 70 de Madrid, en el juicio cambiario número 909/2004, mediante auto de fecha 22 de junio de 2006, se ha planteado conflicto negativo de competencia objetiva con respecto al juzgado de lo mercantil 4 de Madrid, habiéndose remitido las actuaciones a esta audiencia Provincial para resolver sobre el mismo.
SEGUNDO.- Para mejor comprensión y resolución del conflicto negativo de competencia objetiva suscitado entre ambos juzgados, resulta procedente realizar una relación cronológica de las resoluciones judiciales que han dado lugar finalmente a su planteamiento:
Con fecha deAuto de 7 de octubre de 2005, por el Juzgado de Primera Instancia 70 de Madrid, se dictó resolución en la que declaraba su falta de competencia objetiva para conocer del procedimiento cambiario interpuesto por la entidad Cultural S. A. contra la entidad INVERFOCAM, S. L., en demanda interpuesta sobre reclamación de cantidad por impago de letras de cambio y pagarés, que fue ampliada cuatro veces, inhibiendose a favor del Juzgado de lo Mercantil 4 de Madrid, que consideraba competente por seguirse ante el mismo concurso voluntario abreviado 210/2005. Fundamentando dicha resolución en que como había resultado negativa la diligencia de requerimiento de pago y embargo, resultaban de aplicación elartículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con elartículo 8 de la Ley Concursal, que establece que son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil, y que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en materia de ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano y la hubiera ordenado, y todo ello en relación con elartículo 51 de dicha ley concursal establece la acumulación al concurso de los procedimientos pendientes (folios 147y 148).
Con fecha de 20 de diciembre de 2005, por elJuzgado de lo Mercantil 4 de Madrid en concurso abreviado 210/2005, sección primera, se dictó Auto, en el que en su parte dispositiva acordaba no haber lugar a aceptar la incorporación al concurso número 210/2005 de esejuzgado, de las actuaciones del juicio cambiario 909/2004 remitidas por el Juzgado de Primera Instancia 70 de Madrid, acordando devolver las mismas a dicho juzgado para que diese el curso procedente. Fundamentando dicha resolución, en que medianteauto de fecha 21 de enero de 2005 el Juzgado de lo Mercantil 5 de Madriddeclaró en concurso voluntario a la entidad citada INVER FOCAM,S,L, dicho concurso fue posteriormente acumulado a los que se seguían en este Juzgado Nº 4 respecto a la entidad Ediciones y Menaje Grupo Europa S. L., y la entidad Ofertas del Coleccionista S. L., por considerar indebida la remisión de los autos del Juzgado de Primera Instancia 70, que ese órgano judicial rechaza por indebida, al considerar que tal remisión no tiene encaje procesal; así como que desde el punto de vista de la competencia objetiva considera que el competente para conocer de una demanda de juicio cambiario presentada en el mes de septiembre 2004, con meses de antelación a la declaración del concurso de la citada entidad, es el juzgado de primera instancia 70 desde su inicio, por lo que debe de continuar su trámite hasta la firmeza de la sentencia o del título ejecutivo correspondiente; todo ello sin perjuicio de que el juez de primera instancia deba rechazar la ampliación de la demanda con posterioridad a la declaración del concurso previniendo entonces al interesado para que haga valer al respecto su derecho ante el juez del concurso, según elartículo 50 de la leyconcursal, pero ello no le autoriza a remitirle a este último los autos. Considerando que una vez que el interesado obtenga su sentencia o su correspondiente auto, podrá exigir para ese título el tratamiento que como acreedor le corresponda en el concurso. Sin considerar tampoco justificada la remisión de los autos desde el punto de vista de la acumulación.
Y sin que quepa por lo tanto que un Juzgado de Primera Instancia decida por sí y ante sí que procede la acumulación y remisión de un proceso sometido su conocimiento con destino a un expediente concursal si no recibe antes un requerimiento al efecto del Juzgado de lo Mercantil, en aplicación delartículo 51 de la leyconcursal, careciendo de atribuciones procesales para decretar unilateralmente la remisión de autos de un juicio cambiario en trámite, en su fase declarativa, a un expediente concursal que se tramitaba ante el juzgado de lo mercantil de Madrid. Por lo que no podía aceptar tal remisión (folios 152 a 155). […]
Todo ello sin perjuicio de que como ocurre en el presente supuesto, el juez de primera instancia en su caso deba rechazar la ampliación de la demanda con posterioridad a la declaración del concurso de la entidad

demandada, previniendo entonces al interesado para que haga valer al respecto su derecho ante el juez del concurso, según lo establecido en elartículo 50 de la ley cambiaria, pero ello no autoriza al Juzgador de primerainstancia, a remitirle a este juez de lo mercantil todas las actuaciones. Ya que una vez que el actor como interesado obtenga también en su caso una Sentencia o un Auto a su favor, lo que no incumbe al juez del concurso realizar, podrá exigir para ese título el tratamiento que como acreedor le pueda corresponder en el concurso y en este caso si que se podrá dirigir al juez que lo tramite, pero lo que no puede hacer es iniciar a partir de entonces una ejecución separada de su crédito según establece el artículo 55 de la ley concursal.
Tampoco se podría justificar la remisión de los autos desde el punto de vista de la acumulación por qué la acumulación de procesos que se tramiten ante distintos tribunales se debe de producir de manera preceptiva hacía el que conozca de todos ellos el juicio más antiguo, según lo establecido en losartículos 71 y 89 de la Ley de Enjuiciamiento Civilindependientemente de quién sea quien tenga la iniciativa. Y estos aspectos no desaparecen cuando la acumulación de para efectuarse a un proceso concursal, por qué en ese caso no rige el criterio de la prioridad temporal, ya que quien debe decidir sobre la procedencia o no de la acumulación es el juzgado que conoce del juicio universal, conforme a lo establecido en la legislación concursal, conforme alartículo 98 de la ley de enjuiciamiento civil, que en su apartado primeroprevé la posibilidad de acumular procesos singulares a procesos universales, obedeciendo al deseo de llevar a la masa correspondiente todo lo que tenga relación con dichos juicios universales: aplicándose el párrafo primero si el universal es concursal; el párrafo segundo si el juicio universal es sobre caudal hereditario, porque se recoge como excepción la imposibilidad de acumular a un proceso universal de esta clase procesos de ejecución que sólo persigan los bienes hipotecados o pignorados, lo que está en concordancia con lo dispuesto en elartículo 127 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946. El apartado 2establece que la acumulación debe solicitarse siempre ante el tribunal que conozca del proceso universal. Y el apartado tres se limita a ser una remisión para el procedimiento a seguir en el incidente, a las normas de los artículos anteriores de esta ley, con las especialidades establecidas en la legislación sobre procesos concursales y sucesorios.
Ya que en aplicación de la doctrina jurisprudencial emanada en este sentido, si hay convenio, en los juicios concursales, el producir la cesación del juicio universal conlleva, como lógica consecuencia, la desaparición del soporte procesal, en el que la acumulación puede decretarse (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1983). La ley de enjuiciamiento civil reconoce la fuerza atractiva de los juicios de concurso al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda, por lo que el juicio declarativo dirigido contra la entidad mercantil quebrada, que no se haya concluído por sentencia, deberá atenerse a esa fuerza atractiva del juicio universal (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 1997). Es forzoso estimar que resultan inaplicables los criterios legales que normalmente y sin esa acumulación, podrían atribuir la competencia a distintos jueces y tribunales, y se ha de regir esta por el criterio especial y unitario regulado, sin más excepción que la marcada en la ley (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de enero de 1981).
Sin que por lo tanto que el Juzgado de Primera Instancia decida por sí mismo que procede la acumulación en su caso y remisión de un proceso ya sometido a su conocimiento, a un expediente concursal, si no es por qué recibiera antes un requerimiento al efecto del Juzgado correspondiente de lo Mercantil, debiendo efectuarse por este una estimación de la posible trascendencia sustancial que la resolución de dicho proceso pueda tener para la formación del inventario o de la lista de acreedores, facultad legalmente reservada al mismo, y que no puede ser asumida por otro órgano judicial distinto. Debiendo de recogerse en este sentido que en el concurso tramitado con el número 210/2005 ante el Juzgado de lo Mercantil 4 de Madrid, fue cerrada definitivamente la lista de acreedores con fecha 22 de septiembre 2005, sin que a partir de ese momento se puedan introducir rectificaciones, a tenor de lo establecido en elartículo 97 de la leyconcursal, resultando un problema imputable a la entidad actora en el juicio cambiario CULTURAL, S.A., la carga de insinuarse en el proceso concursal a su debido tiempo, a tenor de lo establecido en losartículos 21,1,5 y 97 de la citada ley.
QUINTO.- Por lo que procede concluir en aplicación del criterio mantenido anteriormente y de lo establecido en elartículo 51 de la leyde enjuiciamiento civil, declarando que no ha lugar a aceptar la incorporación de las actuaciones del juicio cambiario número 909/2004 delJuzgado de Primera Instancia 70 de Madrid al concurso 210/2005tramitado por el Juzgado de lo Mercantil número cuatro de Madrid.”: SAP Madrid 19.02.2007 (Sección 28) (JUR 2007/323355)

“TERCERO Recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón.
Ante los pronunciamientos contenidos en elauto del 30 de abril de 2007, mantenido -pese a la aclaración, corrección y subsanación interesada por la misma parte litigante- mediante resolución de igual clase de 21 de mayo siguiente, en el sentido de apreciar aplicable lo dispuesto en elartículo 8.1 de la Ley Concursalen relación con elartículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y considerar que las dosfincas vendidas a la entidad "Centro Sanitario Nuestra Señora de la Almudena, S.A." -posteriormente denominada Centro de Investigación y Tratamiento Oncológico S.A.- tenían una unidad de destino en cuanto al objeto, la construcción de un hospital oncológico con sus dependencias anejas, con el fin de evitar la dispersión de los distintos procesos en diferentes juzgados, se alza esta parte recurrente alegando que el auto contra el que apela infringe lo dispuesto en elartículo 51 de la antedicha Ley Concursal.
Dichoartículo, bajo el enunciado "continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes" dispone en su apartado 1:
"Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del Juez de concurso según lo previsto en elartículo 8, se estén tramitando en primerainstancia y respecto de los que él Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la vista de acreedores.
La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores".

Ciertamente, como se recoge en el auto contra el que ahora se apela, elartículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civilpermite apreciar de oficio y en cualquier momento procesal -tan pronto como se advierta- la falta de competencia objetiva, siendo también cierto que elartículo 8.1º de la Ley Concursalatribuye la competencia para conocer del concurso a los jueces de lo mercantil, con la precisión de que su jurisdicción es exclusiva y excluyente, entre otras materias, en las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado; ahora bien, llegados a este punto necesariamente hemos de remitirnos a lo dispuesto en elartículo 51.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, cuyo contenido antes hemos transcrito. Del mismo resulta, como regla general, la continuación de la tramitación de los juicios declarativos pendientes al momento de la declaración de concurso hasta la firmeza de la sentencia; y, sólo excepcionalmente, la posibilidad de acumular aquellos que, siendo competencia del Juez del concurso según lo previsto en elartículo 8, se estén tramitando en primerainstancia y respecto de los cuales el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
Así las cosas, es claro que sólo el Juez del concurso se encuentra facultado para, a instancia de parte -sea la administración concursal antes de emitir su informe (artículo 74 de la Ley Concursal), sea cualquiera de los intervinientes que estén personados, antes de que venza el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (artículo 96)- decidir si la resolución del juicio declarativo pendiente tiene o no la trascendencia sustancial referida a efectos de acordar la acumulación del proceso declarativo.
En el presente caso, no concurriendo en el Juzgado de procedencia tal condición, no cabe aplicar la excepción prevista en elartículo 51.1 de la Ley Concursal, sino la norma básica y general que en el mismo se contiene, manteniendo la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Móstoles y acordando la continuación de su tramitación conforme a derecho hasta la firmeza de la sentencia; ello sin perjuicio de que cualquiera de las partes legitimadas al efecto pueda instar la acumulación ante el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de los de Madrid, siendo éste el que, en caso de admitir a trámite la acumulación interesada, requeriría al juzgado de procedencia para que se abstuviese dictar sentencia hasta tanto no se decidiese sobre la acumulación pretendida (artículo 88.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Finalmente, de no acordarse la acumulación por el Juez del concurso, la sentencia firme que en este proceso recayese vincularía a aquél en los términos previstos por elartículo 53.1 de la Ley Concursal.": AAP Madrid (Sección 13) 19.01.2009 (JUR 2009/158427; Auto 10/2009; Rollo 638/2007)

"TERCERO Como indicamos en nuestroauto de fecha 18 de junio de 2008, en supuesto análogo al aquí enjuiciado, para resolver la cuestión planteada es preciso recordar que cuando el proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia es un proceso declarativo en que el deudor sea parte y que se encuentre en tramitación al momento de la declaración de concurso, aquél debe continuar ante el Juzgado en el que esté siendo tramitado hasta la firmeza de la correspondiente resolución, y sólo se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en elartículo 8 de la Ley Concursal, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el propio juez del concurso, por haberlo solicitado así la administración concursal o cualquier parte personada en el concurso, acuerde la acumulación porque estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores (artículo 51 de la Ley Concursal). No se trata, pues, de que hayan de acumularse al concurso la totalidad de los procesos en trámite en los que sea parte el concursado, sino aquellos cuya su resolución, por la naturaleza de la acción ejercitada o por la cuantía litigiosa, tenga "trascendencia sustancial" bien para la determinación de la masa activa (formación del inventario), bien para la determinación de la masa pasiva (formación de la lista de acreedores) del concurso, y así lo acuerde el Juzgado de lo Mercantil que conoce del proceso concursal, previa solicitud de la administración concursal o de cualquier parte personada en el concurso, en determinado momento procesal. […]
CUARTO De lo expuesto se desprenden las siguientes conclusiones pertinentes en el caso sometido a nuestra consideración:
1º) Que el Juzgado de Primera Instancia no puede acordar por propia iniciativa la acumulación de unos autos de los que esté conociendo a un proceso concursal que se siga ante un Juzgado de lo Mercantil, puesto que será en todo caso éste, previa petición de los legitimados para ello dentro del plazo previsto por la ley, quien puede acordar tal acumulación si estima que concurren los requisitos previstos en elartículo 51 de la Ley Concursal.
El mecanismo procesal de la acumulación de procesos que penden ante distintos tribunales supone siempre y sin excepción que el órgano judicial ante el que deba producirse la acumulación (el que conozca del juicio más antiguo, artículos 79 y 89 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sea el que tenga la iniciativa, aunque sea a instancia de parte, para examinar la procedencia de la misma y para requerir al otro órgano judicial para la remisión de autos. Sólo recibido el requerimiento para acumulación podrá este segundo órgano judicial pronunciarse al respecto y acordar la remisión. Decidir esto último sin el antecedente de lo primero no tiene cabida en el esquema diseñado en el capítulo II del título III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello no se excepciona cuando la acumulación deba efectuarse a un proceso concursal, con la peculiaridad de que en ese caso no rige el criterio de la prioridad temporal sino que el que debe decidir, en todo caso, sobre la procedencia o no de la acumulación será el órgano que conoce del juicio universal, que lo hará teniendo en cuenta lo previsto en la legislación concursal (artículo 98 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No cabe, por tanto, que un Juzgado de Primera Instancia decida por sí y ante sí que procede la acumulación y remisión de un proceso sometido a su conocimiento con destino a un expediente concursal si no recibe antes un requerimiento al efecto del juez del concurso. La regla antes enunciada refuerza su sentido en el tenor de la propiaLey Concursal, pues, el citado artículo 51 de dicho texto legal prevé que la acumulación de procesos en tramitación al momento de la declaración del concurso exige no sólo un juicio sobre la competencia del juez del concurso sino que por parte de éste se efectúe una estimación de la "trascendencia sustancial" que la resolución de

dicho proceso pueda tener para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Se trata de una facultad legalmente reservada al juez del concurso que no puede ser ejercitada por otro órgano judicial distinto de éste.
2º) Que habiéndose desconocido tales previsiones legales, el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia objetiva para conocer de los autos del juicio cambiario que le ha sido remitido por el Juzgado de Primera Instancia, pues sólo tendría tal competencia si el Juez de lo Mercantil, como juez del concurso, hubiera acordado la acumulación al concurso del proceso que se encontrase en fase declarativa conforme a lo previsto en elartículo 51.1 de la Ley Concursal.
3º) Que el modo de hacer efectiva la competencia prevista en losartículos 86.ter.1.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.3º de la Ley Concursal respecto de las actuaciones ejecutivas que se producen en los procesos cambiarios (y también en los monitorios), lo que no es el caso, al no haberse resuelto la fase declarativa, no es la acumulación de los mismos al proceso concursal, sino la suspensión por dicho Juzgado de Primera Instancia de tales actuaciones para que en el concurso se dé el tratamiento concursal que corresponda a los respectivos créditos.
Por lo expuesto, procede declarar la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de los autos del juicio cambiario por corresponder dicha competencia al Juzgado de Primera Instancia sin perjuicio de lo expresado en relación a las actuaciones ejecutivas propias del juicio cambiario.”: AAP Madrid (Secciòn 28) 16.10.2009 (Auto 173/2009; Rollo 306/2009)

“TERCERO Precisado lo anterior, como indicamos en nuestroauto de fecha 18 de junio de 2008 y en el ya citado de 16 de octubre de 2009 (AC 2010, 222), en supuestos análogos al aquí enjuiciado, para resolver la cuestión planteada es preciso recordar que cuando el proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia es un proceso declarativo en que el deudor sea parte y se encuentre en tramitación al momento de la declaración de concurso, aquél debe continuar ante el Juzgado en el que esté siendo tramitado hasta la firmeza de la correspondiente resolución, y sólo se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en elartículo 8 de la Ley Concursal, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el propio juez del concurso, por haberlo solicitado así la administración concursal o cualquier parte personada en el concurso, acuerde la acumulación porque estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores(artículo 51 de la Ley Concursal). No se trata, pues, de que hayan de acumularse al concurso la totalidad de los procesos en trámite en los que sea parte el concursado, sino aquellos cuya resolución, por la naturaleza de la acción ejercitada o por la cuantía litigiosa, tengan "trascendencia sustancial" bien para la determinación de la masa activa (formación del inventario), bien para la determinación de la masa pasiva (formación de la lista de acreedores) del concurso, y así lo acuerde el Juzgado de lo Mercantil que conoce del proceso concursal, previa solicitud de la administración concursal o de cualquier parte personada en el concurso, en determinado momento procesal. (…)
CUARTO De lo expuesto se desprenden las siguientes conclusiones pertinentes en el caso sometido a nuestra consideración:
1º) Que el Juzgado de Primera Instancia no puede acordar por propia iniciativa la acumulación de unos autos de los que esté conociendo a un proceso concursal que se siga ante un Juzgado de lo Mercantil, puesto que será en todo caso éste, previa petición de los legitimados para ello dentro del plazo previsto por la ley, quien puede acordar tal acumulación si estima que concurren los requisitos previstos en elartículo 51 de la Ley Concursal.
El mecanismo procesal de la acumulación de procesos que penden ante distintos tribunales supone siempre y sin excepción que el órgano judicial ante el que deba producirse la acumulación (el que conozca del juicio más antiguo,artículos 79 y 89 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sea el que tenga la iniciativa, aunque sea a instancia de parte, para examinar la procedencia de la misma y para requerir al otro órgano judicial para la remisión de autos. Sólo recibido el requerimiento para acumulación podrá este segundo órgano judicial pronunciarse al respecto y acordar la remisión. Decidir esto último sin el antecedente de lo primero no tiene cabida en el esquema diseñado en el capítulo II del título III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello no se excepciona cuando la acumulación deba efectuarse a un proceso concursal, con la peculiaridad de que en ese caso no rige el criterio de la prioridad temporal sino que el que debe decidir, en todo caso, sobre la procedencia o no de la acumulación será el órgano que conoce del juicio universal, que lo hará teniendo en cuenta lo previsto en la legislación concursal(artículo 98 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No cabe, por tanto, que un Juzgado de Primera Instancia decida por sí y ante sí que procede la acumulación y remisión de un proceso sometido a su conocimiento con destino a un expediente concursal si no recibe antes un requerimiento al efecto del juez del concurso. La regla antes enunciada refuerza su sentido en el tenor de la propiaLey Concursal, pues, el citado artículo 51 de dicho texto legal prevé que la acumulación de procesos en tramitación al momento de la declaración del concurso exige no sólo un juicio sobre la competencia del juez del concurso sino que por parte de éste se efectúe una estimación de la "trascendencia sustancial" que la resolución de dicho proceso pueda tener para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Se trata de una facultad legalmente reservada al juez del concurso que no puede ser ejercitada por otro órgano judicial distinto de éste.
2º) Que habiéndose desconocido tales previsiones legales, el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia objetiva para conocer de los autos del juicio cambiario que le ha sido remitido por el Juzgado de Primera Instancia, pues sólo tendría tal competencia si el Juez de lo Mercantil, como juez del concurso, hubiera acordado la acumulación al concurso del proceso que se encontrase en fase declarativa conforme a lo previsto en elartículo 51.1 de la Ley Concursal.
3º) Que el modo de hacer efectiva la competencia prevista en losartículos 86.ter.1.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.3º de la Ley Concursal respecto de las actuaciones ejecutivas que se producen en los procesos cambiarios (y también en los monitorios), lo que no es el caso, al no haberse resuelto la fase declarativa, no es la acumulación de los mismos al proceso concursal, sino la suspensión por dicho Juzgado de

Primera Instancia de tales actuaciones para que en el concurso se dé el tratamiento concursal que corresponda a los respectivos créditos.
Por lo expuesto, procede declarar la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de los autos del juicio cambiario por corresponder dicha competencia al Juzgado de Primera Instancia sin perjuicio de lo expresado en relación a las actuaciones ejecutivas propias del juicio cambiario.": AAP Madrid (Sección 28) 26.03.2010 (AC 2010/434; Auto 48/2010; Rollo 67/2010)

"PRIMERO. Como el recurso de apelación que nos corresponde examinar en este momento se ha interpuesto contra un auto, en concreto el de 10 de noviembre de 2010, en el que el Juzgado de Primera Instancia de Parla se inhibe de conocer del proceso ordinario 1017/2008 en favor del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, debemos hacer una relación de los actos procesales que deben tenerse en cuenta para resolver esta materia:
A) En fecha de 19 de diciembre de 2008 la mercantil OBRUM, URBANISMO y CONSTRUCCIONES S.A., que fue declarada en concurso necesario por auto de fecha 24 de marzo de 2009 dictado por el Juzgado nº 6 de lo Mercantil, presentó demanda de juicio ordinario contra la Sociedad Cooperativa Madrileña JUAN DE LA CIERVA ante los Juzgados de Parla, demanda que fue registrada con el número 1017/2008 por el Juzgado nº 1 de dicha localidad. Dicha demanda fue admitida a trámite por auto de fecha 22 de enero de 2009.
B) Al contestar a la demanda, el día 23 de marzo de 2009 antes, por tanto, de la declaración de concurso, la Sociedad Cooperativa presentó demanda reconvencional contra OBRUM, URBANISMO y CONSTRUCCIONES en reclamación de la suma de 273.364 #, en concepto de penalización por retraso en la finalización de la obra.
C) El día 9 de diciembre de 2009 el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó auto en cuya parte dispositiva, refiriéndose a los procesos que se iniciasen con posterioridad a la declaración concursal y en los que estuviese involucrada la sociedad OBRUM, URBANISMO y CONSTRUCCIONES, declaraba su competencia objetiva para conocer de los mismos, en cuanto estaba implicado el patrimonio del concursado(artículo 8.1 Ley Concursal), requiriendo de inhibición, entre otros órganos judiciales, al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Parla respecto a los autos 1017/2008.
D) Con fecha 26 de septiembre y 10 de noviembre de 2010 se dictaron en tal procedimiento distintos autos en los que, a pesar que tanto la demanda principal como la reconvencional se hubiesen presentado con anterioridad a la declaración del concurso por lo que en principio debía seguir conociendo el Juzgado de Parla de los mismos hasta sentencia, ya que el artículo 51 de la Ley Concursal dispone que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia, se admitió la inhibición al entender que concurrían los requisitos excepcionales exigidos en el artículo 51.1 de la Ley Concursal para que el Juez del Concurso conociera del mismo, pues nos encontrábamos ante una materia de competencia del juez del concurso conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley (acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado) y el Juez del concurso había estimado que la resolución que se dictase en el procedimiento tendría trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, pues en otro caso no hubiera requerido de inhibición al Juzgado de Parla por este proceso concreto.
E) La sociedad cooperativa presentó recurso de apelación alegando que debía aplicarse la regla general contenida en el artículo 51.1 y no la excepción, pues para la misma era necesario que fuese el Juez del Concurso, no el que conocía del proceso declarativo, el que hubiese estimado que la resolución que se pudiera dictar tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, lo que en este caso no ocurre como puede verse en el auto dictado en el que se declara competente y reclama la inhibición de determinados Juzgados que está conociendo de unos juicios declarativas y de unos procesos de medidas cautelares.
SEGUNDO. Debemos estimar el recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa Juan de la Cierva pues entendemos que para la aplicación de la excepción contenida en el artículo 51.1 de la Ley Concursal es imprescindible que el juez del Concurso, sin que el juez que este conociendo del proceso en que se vea implicado el concursado pueda suplir su decisión, de modo expreso haya considerado que la decisión que se pudiera dictar en el mismo tenga relevancia esencial en la formación del inventario o de la lista de acreedores lo que no ocurre en este caso, ya que, tras la lectura de la fundamentación jurídica del auto en el que requería de inhibición, vemos que no alude en ningún momento a este tema, sino al contrario en el párrafo segundo del razonamiento tercero dispone que "tratándose de demandadas anteriores a la declaración concursal podrán y deberán- a criterio de este Tribunal- continuar los procesos declarativos hasta sentencia firme" y en la parte dispositiva al enumerar los procesos en los que debe requerirse de inhibición hace tres categorías, a) procesos de declaración posteriores a la declaración concursal, b) pretensiones cautelares y medias cautelares posteriores a la declaración de concurso, c) pretensiones cautelares y medias cautelares anteriores a la declaración de concurso, sin que pueda encuadrarse en ninguno de los mismos el proceso declarativo que nos ocupa, por lo que aunque el Juzgado nº 6 de lo Mercantil se haya referido expresamente al mismo no podemos confundirnos, pues ello solo denota que desconocía el momento en que se había presentado la demanda reconvencional en este proceso y si en el mismo se habían solicitado o no medidas cautelares.
En definitiva, con la lectura atenta del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 requiriendo de inhibición encontramos argumentos sólidos en este caso para rechazar la misma. ": AAP Madrid (Sección 14) 08.06.2011 (Auto 137/2011; Rollo 137/2011)

AP Cáceres

"De este modo, elapartado 1 del artículo 51 de la Ley Concursal, en su primer párrafo, dispone que "los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la Sentencia; no obstante, se acumularán aquellos que, siendo

competencia del Juez del concurso según lo previsto en elartículo 8, se estén tramitando en primerainstancia y respecto de los que el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores", añadiendo el párrafo segundo del mismo apartado y artículo que "la acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores". Luego, resulta patente que la regla general es que el Juicio Declarativo -en el que sea parte el deudor- en tramitación en el momento de la declaración de concurso (que constituye el supuesto de autos) ha de continuar tramitándose por el Juzgado de Primera Instancia -que viene conociendo del mismo- ante el que se interpuso la Demanda hasta la firmeza de la Sentencia, en cuanto que la ejecución de la misma es competencia del Juzgado de lo Mercantil (artículo 8 de la Ley Concursal), y lo que no abriga género de duda alguno es el hecho de que el Juzgado de Primera Instancia que viene conociendo del Juicio Declarativo no puede, en ningún caso (ni de oficio ni a instancia de parte), abstenerse del conocimiento de la Demanda y declarar la competencia del Juzgado de lo Mercantil, cuando la acumulación de Procesos que contempla elartículo 51 de la Ley Concursalsólo puede acordarla el Juez del concurso (es decir, el Juzgado de lo Mercantil) y siempre que "estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores", de forma tal que la parte demandada en el presente Juicio Ordinario -si conviene a su interés el que este Proceso se acumule a otros en los que aparezca como deudor la misma sociedad demandada- solo podrá postular tal pretensión ante el Juzgado que conozca del concurso, único Organo Jurisdiccional competente para dirimir sobre la expresada acumulación de Juicios.
Consiguientemente, procede declarar y mantener la Competencia Objetiva del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Navalmoral de la Mata para conocer de la Demanda de Juicio Ordinario interpuesta por Dª.Yolanday veintiséis más contra Jaraoliva, S.L., al que se contraen las presentes actuaciones, continuando el indicado Proceso por sus trámites en el estado en el que se encontraba en el momento inmediatamente anterior al del Auto recurrido; todo ello sin perjuicio de que el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres pueda acordar la acumulación de Juicios conforme a las prescripciones establecidas en elartículo 51 de la Ley 22/2.003, de 9 de Julio, Concursal.”: AAP Cáceres 06.02.2009 (JUR 2009\191654; Auto 24/2009; Rollo 511/2008)

AP Las Palmas

“Dicho esto, es de apreciar que el procedimiento que nos ocupa debe en principio continuar su trámite hasta la firmeza de la sentencia, salvo que por ser competencia del juez del concurso según lo previsto en elart. 8, (en su apartado 1ºse considera competencia del Juzgado de lo mercantil las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado), éste estime necesaria su acumulación al proceso concursal por entender que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, circunstancia que aquí no consta y que en todo caso debe tomar el juez concursal y no el juez de primera instancia ante el que se sigue el proceso declarativo.”: AAP Las Palmas (Sección 5) 15.04.2009 (JUR 2009/284188; Auto 54/2009; Rollo 822/2007)

AP Alicante

“Es cierto que podrá decretarse, a instancia de la administración concursal o de cualquier parte personada, la acumulación de esos procesos al concurso si, estando dentro de su abanico competencial (para lo que hay que atender alartículo 8 de la Ley Concursal), el juez mercantil estima que su resolución tiene "trascendencia sustancial" para la formación del inventario o la lista de acreedores(artículo 51 de la Ley Concursal). La apreciación de este requisito es una facultad legalmente reservada al juicio del juez del concurso que no puede ser suplantada por otro órgano judicial distinto de éste. Porque el legislador no ha previsto que se acumule automáticamente al concurso todo lo que ya esté en trámite contra el patrimonio del concursado sino sólo lo más relevante y previa comprobación de ello por el juez del concurso, al objeto de no dilatar el complejo trámite concursal.
SEGUNDO El acreedor afectado tiene, sin duda, derecho a que su reclamación sea resuelta, pero lógicamente por su cauce natural para ello, es decir, ante el Juez de Primera Instancia al que correspondió su demanda y que debe seguir conociendo de ella hasta dictar sentencia, puesto que todavía estaba tramitando la fase declarativa del juicio. Ello permitirá que se desvanezca el carácter litigioso de dicho crédito.
Aplicado lo expuesto al presente supuesto que, se inicia con la presentación la demanda en fecha 17 de septiembre de 2008, y es con posterioridad incluso a la contestación de fe cha 23 de diciembre de 2009, cuando se declara medianteauto dictado en fecha 12 de enero de 2009 del juzgado de lo mercantil nº 2 de Alicante, el estado de concurso voluntario de la mercantil demandada, y la hipótesis de que como consecuencia del procedimiento civil pudiera producirse alguna modificación en la determinación de la masa activa o pasiva del concurso. Tampoco es determinante de la atribución de competencia pues elart. 82.3 de la citada Ley 22/2003, de 9 de julio, que permite la modificación del inventario como consecuencia de pleitos que se susciten en reclamación de cantidades de las que no es competente el Juez del concurso, lo que nos lleva a estimar el recurso y en consecuencia considerar que el juez de primera instancia es competente para continuar la tramitación del procedimiento iniciado con anterioridad a la declaración de concurso.”: AAP Alicante (Sección 5) 13.01.2011 (JUR 2011/119644; Auto 6/2011; Rollo 467/2010)

AP Las Palmas

“PRIMERO.- Expresa la recurrente que no era procedente la inhibición del Juzgado a quo a favor del Juzgado Mercantil por el hecho de que la codemandada Inalsa, SA esté actualmente en concurso de acreedores, y ello

por cuanto existe otra codemandada, la entidad de seguros Winterthur, SA, que no lo está y es la responsable civil directa y porque la demanda que dio origen a los presentes autos es de fecha 13 de febrero de 2009 y el auto por el que se declara el concurso de Inalsa, SA es de junio de 2009. De modo que al haberse interpuesto la demanda de reclamación de cantidad con anterioridad al concurso la competencia objetiva corresponde al Juzgado No 5 de Arrecife. El art. 51.1 LC expresa que los juicios declarativos en los que el actor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el art. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de lo que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la litis de acreedores.
SEGUNDO.- Como regla general los procedimientos declarativos en los que el deudor fuere parte, que se hubieren iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, seguirán tramitándose ante el Juez que esté conociendo de los mismos hasta la firmeza de la sentencia (art. 51.1 LC), no obstante, podrá pedirse la acumulación al concurso de aquellos juicios inciados con anterioridad a la declaración del concurso siempre que se den las siguientes circunstancias: que fueran competencia del concurso, que se esté tramitando en primera instancia y que el Juez del concurso estime que tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
En efecto conforme al 51 de la Ley Concursal el iudex a quo debe continuar la tramitación del juicio verbal hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio se acuerde su acumulación al concurso si el Juez del Concurso lo estimare procedente y alguna de las partes lo solicita, y ello porque al tiempo de la presentación de la demanda de juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia, no se había declarado el concurso de Inalsa, SA, y su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no impedía que el Juzgado de Primera Instancia continuara conociendo de la demanda ante él presentada, que debe seguir tramitándolo hasta la firmeza de la sentencia, y sin perjuicio de la posibilidad de su acumulación al concurso en los términos previstos en el mismo precepto.
En este sentido el Auto de AP de Alicante, S. 5a de 13 de enero de 2011 expresa:
" La Ley Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuestos o puedan interponer los acreedores. Elartículo 51. 1 dice " 1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el art. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores ".
De lo expuesto en el citado precepto se deriva respecto de los juicios declarativos que se continuará hasta la firmeza de la sentencia, pero no podrá iniciarse ninguna ejecución, según dispone elartículo 55 de la misma Ley, ni tampoco podrá acordarse la acumulación al procedimiento concursal, salvo que el Juez del concurso así lo acuerde expresamente.
Es cierto que podrá decretarse, a instancia de la administración concursal o de cualquier parte personada, la acumulación de esos procesos al concurso si, estando dentro de su abanico competencial (para lo que hay que atender alartículo 8 de la Ley Concursal), el juez mercantil estima que su resolución tiene "trascendencia sustancial" para la formación del inventario o la lista de acreedores (artículo 51 de la Ley Concursal). La apreciación de este requisito es una facultad legalmente reservada al juicio del juez del concurso que no puede ser suplantada por otro órgano judicial distinto de éste. Porque el legislador no ha previsto que se acumule automáticamente al concurso todo lo que ya esté en trámite contra el patrimonio del concursado sino sólo lo más relevante y previa comprobación de ello por el juez del concurso, al objeto de no dilatar el complejo trámite concursal".: AAP Las Palmas (Sección 5) 20.07.2011 (Auto 136/2011; Rollo 543/2010)

AP Sevilla

“Es cierto que, sobre la base de lo dispuesto en el 8 de la Ley Concursal, en cuanto a vis atractiva que supone la competencia del concurso, el Juez del concurso conocerá en exclusiva de todas aquellas acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Dado que estamos ante una cuestión de reclamación económica, en principio cabría asumir que efectivamente se produce esa atracción competencial del Juzgado de lo Mercantil. Pero esta norma no puede interpretarse aisladamente, sino que ha de hacerse de conformidad con lo establecido en los artículos 50 y 51 de la citada Ley. La primera de las citadas normas impide el inicio de un proceso declarativo ante un Juzgado del orden civil cuando ya está en tramitación el proceso concursal, mientras que la segunda de las normas permite que se continúe aquellos proceso iniciados con anterioridad a la declaración de concurso ante el órgano jurisdiccional que venía conociendo de los mismos, y ello, sobre la base de cuándo se produce los efectos de la litispendencia, es decir, en la fecha de la presentación de la demanda, una vez que se ha admitido a trámite. Y este es el supuesto analizado en la presente litis, ya que estamos ante un proceso declarativo, aunque especial, que se inició el día 30 de junio de 2.008, mientras que la declaración de concurso, en base a la fotocopia unida a autos, cuya autenticidad debemos entender ratificada porque no se pone en duda por el Juzgado de lo Mercantil, se efectuó por Auto de 25 de julio de 2.008. Por tanto, estamos ante un proceso anterior que deberá seguir conociendo el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcalá de Guadaíra, salvo que se estimara, por el Juez de lo Mercantil, que se trata de un proceso cuya resolución tenga trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Para ello exigiría una declaración especial por parte de este último Juzgado y un requerimiento expreso al Juzgado que esté conociendo el asunto. En definitiva, quien únicamente puede realizar dicha declaración de especial trascendencia, de modo que se torne indispensable la acumulación de dicho declarativo al proceso concursal, es el Juez de lo Mercantil, en cuanto que es el único

que tiene los elementos necesarios para evaluar esa especial cualidad, nunca lo podrá realizar el Juez de Primera Instancia.
En consecuencia, ha de declarase que hasta que se dicte resolución definitiva, y salvo que se realizara el citado requerimiento, quien ha de seguir conociendo es el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcalá de Guadaíra, por razón de la materia.”: AAP Sevilla (Sección 5) 23.02.2010 (Auto 50/2010; Rollo 8409/2009)

AP Barcelona

“SEGUNDO: La Ley Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuesto o puedan interponer los acreedores. Así, establece qué efectos ha de producir el concurso respecto de las acciones declarativas anteriores y posteriores a la declaración del concurso, o respecto de las ejecuciones individuales, ejecuciones laborales o apremios administrativos.
Establece el art. 51 LC vigente al tiempo de la presentación de la demanda" Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes. 1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el art. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores. "
Conforme a tal precepto, la norma general es que debe ser el Juez que está tramitando el juicio declarativo el competente para seguir conociendo del procedimiento, hasta la firmeza de la sentencia, por lo tanto, el Juzgado de Primera Instancia.
Excepcionalmente tal procedimiento se acumularía al de concurso pero para ello es preciso:
1º. Que lo solicite el administrador concursal.
2º. Que tal solicitud se dirija al Juez de lo Mercantil, que es el competente para acordarlo.
3º. Que se trata de un asunto que por su materia sea competencia del Juez del concurso, según el art. 8 LC.
4º. Que el asunto tenga trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, circunstancia que sólo el Juez de lo Mercantil puede apreciar.
Nada de lo cual sucedió, y así con exhaustividad y acierto lo ha recogido la sentencia, por lo que el recurso perece.”: SAP Barcelona (Sección 4) 11.03.2014 (Sentencia 98/2014; Rollo 229/2013)

JM-4 Madrid

“PRIMERO La pretensión de la concursada de acumular al concurso de modo indiscriminado todos aquellos procedimientos judiciales en los que es parte exige que se realicen algunas precisiones para que aquélla comprenda el alcance de los efectos de la declaración de concurso sobre los procesos que entonces se hallaban en trámite.
En primer lugar, los juicios declarativos pendientes a la declaración de concurso deben continuar su tramitación, ante el órgano judicial que los estuviese conociendo, hasta la firmeza de la sentencia (así se desprende del artículo 51 de la Ley Concursal). Debe entenderse incluida en este tratamiento la fase declarativa de los juicios cambiarios y de los monitorios, que debe culminarse ante el juez de primera instancia que la estaba conociendo. La única peculiaridad radica en que en caso de intervención el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará autorización de la administración concursal para desistir, allanarse o transigir; y en caso de suspensión de facultades al concursado la administración concursal le sustituirá en los procesos en trámite (y necesitará autorización judicial para desistir, allanarse o transigir), sin perjuicio del derecho del deudor a mantener su representación separada si garantiza que los gastos no recaerán sobre la masa del concurso.
Es cierto que podrá decretarse, a instancia de la administración concursal o de cualquier parte personada, la acumulación de esos procesos al concurso si, estando dentro de su abanico competencial (para lo que hay que atender al artículo 8 de la Ley Concursal), el juez mercantil estima que su resolución tiene «trascendencia sustancial» para la formación del inventario o la lista de acreedores (artículo 51 de la Ley Concursal). La apreciación de este requisito es una facultad legalmente reservada al juicio del juez del concurso que no puede ser suplantada por otro órgano judicial distinto de éste. Porque el legislador no ha previsto que se acumule automáticamente al concurso todo lo que ya esté en trámite contra el patrimonio del concursado sino sólo lo más relevante y previa comprobación de ello por el juez del concurso, al objeto de no enmarañar ni dilatar el complejo trámite concursal. El acreedor afectado tiene, sin duda, derecho a que su reclamación sea resuelta, pero lógicamente por su cauce natural para ello, es decir, ante el Juez de Primera Instancia al que correspondió su demanda y que debe seguir conociendo de ella hasta dictar sentencia, puesto que todavía estaba tramitando la fase declarativa del juicio. Ello permitirá que se desvanezca el carácter litigioso de dicho crédito.
(…)QUINTO Tampoco se justifica la pretensión de acumulación de dos juicios declarativos civiles (uno ordinario y otro verbal -donde se reclaman a la concursada 2.214,22 euros por servicios de limpieza), un cambiario (donde se le demanda por un pagaré de 14.424,34 euros) y un monitorio (donde se le exigen 6.802,58 euros por compra de mercancías) que ya estaban en trámite al tiempo de la declaración de concurso, porque ninguno de ellos cumple el requisito de resultar de trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Desde el punto de vista de la masa activa del concurso de Fusiom Tercer Milenio SL resultan desde luego irrelevantes, pues carecen de incidencia alguna en ella. Y desde el de la masa pasiva su significación es ínfima, pues debe tenerse en cuenta que sobre un pasivo que supera los dos

millones y medio de euros (según la lista de acreedores aportada con la solicitud de concurso) las citadas reclamaciones suponen una influencia de muy escasa importancia (la más cuantiosa supondría solo el 0,5 % de la masa pasiva). Se trata, desde luego, de una cuestión relevante para los acreedores implicados, pero que carece, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo, de la esencial trascendencia en el pasivo que exige el artículo 51 de la Ley Concursal para justificar que el juez del concurso pudiera plantearse la procedencia de su acumulación. Lo procedente es que el Juez de Primera Instancia culmine la fase declarativa de dichos litigios, los resuelva y comunique posteriormente la decisión adoptada, una vez sea firme.”: Auto JM-4 Madrid 27.10.2005 (AC 2006\110)

JM-1 Bilbao

“Pues bien, no es posible tampoco la acumulación de autos pretendida por el promotor del juicio monitorio, porque el art. 51 de la Ley Concursal a lo que autoriza, excepcionalmente, es que los procedimientos declarativos iniciados antes de la declaración de concurso, lo que no es el caso, puedan ser acumulados por el juez del concurso, porque éste «estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores».
La competencia para acordar la acumulación al concurso es del juez del concurso, como corrobora que la legitimación para solicitarla sea de la administración concursal o las partes personadas en el concurso (segundo párrafo del art. 51.1 LC). Esa competencia se atribuye al Juzgado que tramita el concurso porque en ciertos casos de relevancia puede ser crucial para determinar qué elementos patrimoniales integran la masa activa del concursado, o porque la importancia del crédito sea relevante para la elaboración de la lista de acreedores. Tales circunstancias las pondera el Juez del Concurso, y no es posible que el Juzgado de 1ª Instancia decida unilateralmente acumular un procedimiento a un procedimiento concursal”: Auto JM-1 Bilbao 23.01.2006 (AC 2006\75)

4.1 Improcedencia de la acumulación no basada en el art 51.1. in fine requerida por el Juzgado de lo Mercantil

AP Burgos

“PRIMERO El auto recurrido acepta el requerimiento del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, donde se tramita el proceso concursal de DEGESA (Desarrollo Ganadero Español S. A.) de acumulación al mismo del procedimiento ordinario 4/2003 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos por la representación procesal de D.Fulgencio contra la concursada, citando exclusivamente como razonamiento jurídico elart. 51-1 de la Ley Concursal.
Contra la citada resolución se alza ahora en apelación el demandante, alegando infracción legal del citado precepto y solicitando, en consecuencia, la continuación del procedimiento por el cauce del juicio ordinario hasta su finalización.
SEGUNDO Elart. 51.1 de la Ley Concursal, en materia de continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes, establece como regla general que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia.
La citada regla general tiene, no obstante, una excepción en cuya virtud se acumularán al concurso los juicios declarativos pendientes, bajo dos condiciones: de un lado, que se estén tramitando en primera instancia y, de otro lado, que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
Finalmente, el citado precepto somete la solicitud de acumulación a un ulterior presupuesto temporal en atención al sujeto legitimado; así, la administración concursal debe instar la acumulación con carácter previo a la emisión de su informe y cualquier otra parte personada antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.
TERCERO En el presente supuesto, no hay duda de que el juicio declarativo se encontraba en tramitación al momento de la declaración del concurso, puesto que la admisión de la demanda en aquél se produjo medianteauto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 con fecha 16 de enero de 2003 y la declaración de concurso -aún desconociendo su fecha exacta- no puede ser anterior al año 2008, dado que los autos del concurso se encuentran identificados bajo el número 222/2008.
La trascendencia sustancial que la acumulación lleva aparejada para la formación del inventario o de la lista de acreedores no aparece justificada por eljuez del concurso en el oficio dirigido al Juzgado de Primera Instancia con fecha 29 de octubre de 2009, ni tampoco en la resolución recurrida o en el escrito de oposición al recurso de apelación presentado por la administración concursal con fecha 1 de diciembre de 2009.
De las manifestaciones vertidas por el recurrente -que no han sido contradichas- se desprende, por el contrario, que la acumulación carece de trascendencia a los efectos citados, puesto que por resolución de 8 de junio de 2009 se ha acordado ya en el concurso el inicio de la fase de liquidación, que es posterior a la fase común, donde tienen lugar tanto la formación del inventario como la lista de acreedores.
No concurriendo, en el presente caso, las condiciones a las que elart. 51.1 de la Ley Concursal somete el supuesto excepcional de acumulación al proceso concursal de las juicios declarativos pendientes al momento de la declaración del concurso, procede estimar el recurso formulado y, en aplicación de la regla general contenida en el mismoprecepto legal, ordenar la continuación del juicio ordinario 4/2003 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos por la representación procesal de D.Fulgencio contra la mercantil Desarrollo Ganadero Español S. A. (DEGESA) hasta la firmeza de la sentencia.”: AAP Burgos (Sección 3) 04.03.2010 (JUR 2010/154895; Auto 98/2010; Rollo 15/2010)

TSJ Andalucía

“PRIMERO La acción cuya acumulación se pretende al procedimiento concursal tramitado en el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla es una acción de reclamación de cantidad en cumplimiento de contrato, ejercitada por la deudora declarada en concurso voluntario. No es, pues, una acción civil dirigida "contra el patrimonio del concursado ", sino contra otra persona, en ejercicio de un derecho de crédito de aquél. El que el resultado de la acción pueda tener alguna "trascendencia patrimonial" en el patrimonio del deudor concursado no es suficiente para que el Juez del concurso tenga competencia sobre tal acción, pues elartículo 8.1 de la Ley Concursal la ley exige, además de tal trascendencia, que la acción se dirija contra el concursado. Esta es, por otra parte, la solución a que se llegaría con la aplicación delartículo 98.1 LEC (RCL 2000, 34 y RCL 2001, 1892).
SEGUNDO Lo que debe determinarse, por tanto, es si las acciones ejercitadas por el concursado antes o después de la declaración de concurso han de acumularse o no al procedimiento concursal.
A tal efecto, elart. 51.1 LC determina con claridad que los juicios declarativos de que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, "se continuarán hasta la firmeza de la sentencia ", con la únicas excepciones siguientes:
a) los juicios respecto de los que elartículo 8 LC atribuya la competencia al Juez del concurso, lo que ya hemos dicho que no ocurre en este caso;
b) los juicios respecto de los que "el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores ". Respecto de este segundo supuesto es claro que ha de ser el juez del concurso, y no el juez que conoce del juicio ordinario en tramitación, quien valore si tiene aquella "trascendencia sustancial", por lo que sólo a él compete pedir la acumulación.
En el presente supuesto se da la circunstancia de que la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por el deudor concursado se presente el mismo día del auto que declaró el concurso voluntario, siendo así que elartículo 410 LEC señala como momento para considerar producida la litispendencia el de la "interposición de la demanda " (si después es admitida). Si en tal caso, y pese a que aún no se había notificado al deudor el auto declarando el concurso, y caber, en principio, recurso de reposición contra el mismo(art. 451 LEC) -por lo que no había adquirido firmeza- quisiera deducirse que se trata de una demanda o de un juicioposterior a la declaración de concurso, la conclusión no podría ser tampoco la acumulación pretendida, por cuanto el auto de declaración del concurso no había acordado ni la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, ni tampoco la intervención, por lo que el régimen de ejercicio de accionespor el concursado se habría de regular por lo dispuesto en los distintosapartados del artículo 54 LC, que no justificarían en ningún caso la acumulación al concurso.
TERCERO Todo lo expuesto conduce a concluir que el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla carece de competencia objetiva para el conocimiento de la acción ejercitada por SEMAGESCON, S.L., contra la mercantil PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES HERVÁS LÓPEZ, S.L., y que no es conforme a Derecho la acumulación acordada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Málaga, por lo que procede declarar competente a este último Juzgado y remitirle las actuaciones para que continúe su tramitación conforme a Derecho, sin perjuicio de las demás consecuencias que se deriven de la aplicación de la Ley Concursal.”: Auto TSJ Andalucía (Granada) 11.03.2010 (Auto 11/2010; Recurso de casación 8/2010)

4.2 Sobre la apreciación de la “trascendencia sustancial” que es presupuesto de la solicitud de acumulación

TSJ Andalucía

“A tal efecto, elart. 51.1 LC determina con claridad que los juicios declarativos de que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, "se continuarán hasta la firmeza de la sentencia ", con la únicas excepciones siguientes:
a) los juicios respecto de los que elartículo 8 LC atribuya la competencia al Juez del concurso, lo que ya hemos dicho que no ocurre en este caso;
b) los juicios respecto de los que "el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores ". Respecto de este segundo supuesto es claro que ha de ser el juez del concurso, y no el juez que conoce del juicio ordinario en tramitación, quien valore si tiene aquella "trascendencia sustancial", por lo que sólo a él compete pedir la acumulación..”: Auto TSJ Andalucía (Granada) 11.03.2010 (Auto 11/2010; Recurso de casación 8/2010

AP Barcelona

“UNICO Formalmente, el conflicto de competencia se ha planteado a consecuencia de la no aceptación por el Juzgado de Primera Instancia de Manresa, que conoce de un juicio declarativo interpuesto contra la entidad ALMAUX, S.A., de la acumulación de dicho proceso al concurso de acreedores de ALMAUX, S.A. que se tramita en el Juzgado Mercantil de Barcelona. Conforme alart. 93.1 LEC, cuando el tribunal requerido no aceptare el requerimiento de acumulación por considerarla improcedente, lo comunicará al tribunal requerido y ambos diferirán la decisión al tribunal competente para dirimir la discrepancia, que en este caso es la Audiencia de Barcelona.
El Juzgado de Primera Instancia de Manresa justifica la denegación de la inhibición en que el juicio declarativo interpuesto contra la concursada es anterior en el tiempo a la declaración de concurso, y existe una resolución firme que desestimó la declinatoria de competencia por considerar que, de acuerdo con elart. 50 LC, la

competencia para conocer del juicio declarativo sigue correspondiendo al juzgado de primera instancia aunque con posterioridad se declare el concurso de acreedores de la demandada.
Detrás de este razonamiento subyace una supuesta incompatibilidad entre elauto que rechaza la declinatoria de competencia dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Manresa de 25 de mayo de 2009 y la acumulación de autos al concurso acordada por el Juzgado Mercantil, cuando en puridad no existe tal incompatibilidad.
Partiendo del hecho no discutido de que el juicio declarativo instado ante el Juzgado de Primera Instancia de Manresa y frente a la entidad ALMAUX, S.A. es anterior a que fuera declarado el concurso de acreedores de esta demandada, no le falta razón al Juzgado de Primera Instancia cuando rechaza la declinatoria de competencia, pues el efecto previsto en elart. 50 LC como consecuencia de la declaración de concurso de atraer la competencia objetiva para conocer de las reclamaciones de contenido patrimonial ejercitadas contra el concursado al juzgado que conoce del concurso de acreedores, conforme a losarts. 86.ter.1.1º LOPJ y 8.1º LC, opera únicamente respecto de las demandas interpuestas con posterioridad a la declaración de concurso. Respecto de dichas demandas, el Juzgado de Primera Instancia carecerá de competencia objetiva y consiguientemente deberá abstenerse de conocer y caso de haberlo hecho, podrá acordarse la nulidad de todo lo actuado. Como en este caso la demanda es anterior a que se instara y se declarara el concurso de acreedores, no cabe negarle al Juzgado de Manresa competencia objetiva para conocer de la demanda.
Pero lo anterior no impide que, precisamente porque la demanda es anterior a la declaración de concurso, aun reconociendo la competencia objetiva del Juzgado de Manresa, pueda operar lo previsto en elart. 51 LC, según el cual, a instancia de la administración concursal, el juez del concurso puede acordar la acumulación al concurso de los juicios declarativos pendiente al tiempo de declarar el concurso, en los que sea parte la concursada, si estima que la resolución de este juicio puede tener trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. En el presente caso, el juicio que se pretende acumular versa sobre una reclamación de un crédito frente a la concursada de 6.335,60 euros, que caso de prosperar puede afectar a la composición de la masa pasiva, razón por la cual está justificada la acumulación.
De este modo, consideramos que si bien al amparo delart. 50 LC y de los preceptos concordantes(arts. 86ter.1.1º LOPJ y 8.1º LC), el Juzgado de Primera Instancia de Manresa gozaba de competencia objetiva para conocer del presente juicio declarativo, por ser la demanda anterior a la solicitud y a la declaración de concurso, al mismo tiempo queda a la discrecionalidad del Juez Mercantil acordar la acumulación de los juicios declarativos en los que sea parte la concursada, pendientes al tiempo de ser declarado el concurso, si estima que su resolución puede afectar a la composición de las masas activa o pasiva del concurso. De tal forma que, caso de acordar la acumulación, cumplidos todos los presupuestos previstos en elart. 51 LC, el Juzgado de Primera Instancia no puede negarse a dicha acumulación. Y ello no resulta contradictorio con la anterior decisión judicial de rechazar la declinatoria de competencia basada en elart. 50 LC, pues se trata de dos cuestiones distintas, una es determinar si por ser la demanda del juicio declarativo anterior o posterior al concurso de acreedores de la demandada, el Juzgado de Primera Instancia tiene competencia objetiva para conocer de ella, y otra que, caso de gozar de dicha competencia por ser la demanda anterior al concurso, el Juez Mercantil pueda hacer uso de la facultad discrecional de acordar la acumulación del juicio declarativo al concurso, cumplidos los presupuestos legales delart. 51 LC, que son distintos de los contenidos en elart. 50 LC.”: AAP Barcelona (Sección 15) 26.01.2010 (JUR 2011/139459; Auto 3/2010; Rollo 513/2009)

AP Tarragona

“PRIMERO.-La primera de las cuestiones que plantea la parte apelante es la falta de competencia objetiva del Juzgado Mercantil de Tarragona para conocer de la demanda instada por FCC ante el Juzgado de Primera Instancia Dos de Tarragona, que se admitió el día 12 de junio de 2008 y que dio lugar al procedimiento ordinario 805/2008. Debe decirse para el pleno conocimiento de los datos que resultan relevantes a los efectos de dilucidar la cuestión planteada que PRAXIS ARQUITECTONICA se declaró en concurso el día 22 de febrero de 2008 y que posteriormente se tramitó el incidente concursal planteado por PRAXIS seguido con el nº 583/2008. Con fecha 5 de diciembre de 2008 se dictó Providencia por el Juzgado Mercantil de Tarragona por el que se confería traslado a la parte demandante y al Ministerio Fiscal en relación a la competencia de dicho Juzgado para conocer del procedimiento cuya acumulación se pretendía dictándose Auto de fecha 23 de marzo de 2009 por el que se acordaba la acumulación del procedimiento ordinario 805/2008 seguido ante el Juzgado de primera Instancia nº 2 de Tarragona. En fecha 29 de abril se contestó al incidente concursal por parte de FCC y se formularon alegaciones contra la acumulación ya acordada, y tras comparecer en las actuaciones y serle notificado el Auto formuló recurso contra el mismo alegando vulneración del art. 77, 78, 79 y 88 LEC, referidos todos ellos a la acumulación de procedimientos, no siendo el citado recurso admitido a trámite.
Sobre este punto debe decirse en primer lugar que las sentencias que la parte apelante menciona en su escrito no resultan de aplicación ya que versan sobre un supuesto diferente, en concreto de la competencia en general de los Juzgados Mercantiles para conocer de acciones que no se encuentran previstas en el art. 86 ter LOPJ. Sin embargo, la cuestión que aquí se suscita es totalmente diferente ya que la parte apelante cuestiona la posibilidad de conocer por parte del Juez mercantil como Juez del concurso, de una reclamación en la que es parte demandada la sociedad declarada en concurso siendo de aplicación en el momento en que se producen estos hechos el art. 51 LC en su redacción original, donde se dice que en " *los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.*

La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores ".
De dicho precepto se concluye con meridiana claridad la posible acumulación al concurso, de los procedimientos que se venían tramitando con anterioridad a la declaración del mismo ante un Juzgado de Primera Instancia, (entre otras muchos AAP Barcelona, de fecha 26.1.2010) ya que al amparo del art. 50 LC y de los preceptos concordantes (arts. 86 ter.1.1º LOPJ y 8.1º LC), y por ser la demanda anterior a la solicitud y a la declaración de concurso, queda a la discrecionalidad del Juez Mercantil acordar la acumulación de los juicios declarativos en los que sea parte la concursada, pendientes al tiempo de ser declarado el concurso, si estima que su resolución puede afectar a la composición de las masas activa o pasiva del concurso. De tal forma que, caso de acordar la acumulación, cumplidos todos los presupuestos previstos en el art. 51 LC, el Juzgado de Primera Instancia no puede negarse a dicha acumulación gozando de dicha competencia por ser la demanda anterior al concurso, el Juez Mercantil, pudiendo hacer uso de la facultad discrecional de acordar la acumulación del juicio declarativo al concurso, cumplidos los presupuestos legales del art. 51 LC, que son distintos de los contenidos en el art. 50 LC.
Es reiterada doctrina (por todos AAAP Madrid de fecha 18 de junio de 2008 y de 16 de octubre de 2009) que cuando el proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia es un proceso declarativo en que el deudor sea parte y se encuentre en tramitación al momento de la declaración de concurso, aquél debe continuar ante el Juzgado en el que esté siendo tramitado hasta la firmeza de la correspondiente resolución, y sólo se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8 de la Ley Concursal, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el propio juez del concurso, por haberlo solicitado así la administración concursal o cualquier parte personada en el concurso, acuerde la acumulación porque estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores (artículo 51 de la Ley Concursal).
No se trata, pues, de que hayan de acumularse al concurso la totalidad de los procesos en trámite en los que sea parte el concursado, sino aquellos cuya resolución, por la naturaleza de la acción ejercitada o por la cuantía litigiosa, tengan "trascendencia sustancial" bien para la determinación de la masa activa (formación del inventario), bien para la determinación de la masa pasiva (formación de la lista de acreedores) del concurso, y así lo acuerde el Juzgado de lo Mercantil que conoce del proceso concursal, previa solicitud de la administración concursal o de cualquier parte personada en el concurso, en determinado momento procesal.
En el presente caso es indiscutida la condición de parte de la propia concursada, y a mayor abundamiento la demanda de incidente concursal viene suscrita por la administración concursal, y entre otros pedimentos consta la pretensión de acumulación a la que nos estamos refiriendo, por lo que no se vulnera norma procesal alguna, no siendo de aplicación aquellas que con carácter general se contienen en la LEC y que son invocadas por la parte apelante. ":SAP Tarragona (Sección 1) 21.12.2012 (Sentencia 16/2013; Rollo 328/2012)

5. Competencia para incidencias accesorias al proceso principal

[Vid. las resoluciones incluidas en el art 8, 3-Competencia funcional]

6. Demanda en la que se ejercitan las acciones de reclamación de cantidad contra la sociedad y responsabilidad de sus administradores.

"Primero. Los codemandados en este juicio ordinario aducen la declaración del concurso de la codemandada Desarrollo y Gestión Deportiva S.L. para sostener el deber de declinar la competencia en favor del Juzgado del concurso, que es el n.º 1 de lo Mercantil de Bilbao.
Son datos pacíficos que, presentada demanda el 13 de marzo de 2007 en ejercicio de acciones de responsabilidad de administradores societarios frente a la predicha mercantil y sus dos administradores, Sres. A. y J., la cual fue admitida a trámite el día 19 siguiente, resulta que el 28 de marzo posterior fue declarado el concurso voluntario de la sociedad en el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de esta Villa (CNA n.º 122/07), estando intervenida por el administrador concursal Iñigo S. B..
Los codemandados sostienen que la competencia, entonces, conforme art. 8.1.º LECO corresponde al otro Juzgado de lo Mercantil, si bien se aduce falta de competencia territorial, mientras que la parte actora pide a este Juzgado que no decline, al socaire de la doctrina de la sentencia de aquel órgano, expresada en juicio ordinario n.º 206/2005, de 26 de diciembre de 2006, la cual se enfrenta a que las acciones de responsabilidad de administradores estén supeditadas a la eventual sustanciación de la responsabilidad por calificación concursal.
Como bien se comprende, ninguna de las anteriores proposiciones aborda técnicamente de forma correcta el objeto de este incidente --sobre ausencia de presupuesto procesal de competencia--, en tanto que, si la cuestión existe por la declaración del concurso, no es de competencia territorial, sino funcional por conexión, y los argumentos en contra de la parte actora nada tienen qué ver con ninguna competencia, sino con el debate acerca de compatibilidad entre diversas acciones con el procedimiento concursal abierto. En cambio, hay olvido sobre que, de suyo, la entidad actora ejerce una acción de condena al pago de cantidad derivada de una relación jurídica de arrendamiento, dirigida contra una sociedad, ahora concursada, bien que acumulándola a las acciones que solidarizan el débito a los dos administradores sociales codemandados, lo cual tiene un tratamiento en sede de competencia objetiva. Por otra parte, en este debate no hay preocupación por determinar, como es debido, la competencia para conocer de acciones frente a administradores de personas jurídicas en concurso.
Y abordando correctamente cada aspecto del problema, este Juzgado coincide con la carencia de base legal para impedir el ejercicio de pretensiones de responsabilidad de administradores sociales fundadas en legislación de sociedades mercantiles cuando la sociedad está en concurso (1); sostiene que, ante tales, la

competencia objetiva --del orden de lo Mercantil-- está atribuida por conexión al Juez del concurso de la sociedad (2); y en el supuesto presente, no significa que haya de declinar el conocimiento de la demanda (3). Además, duda que sea dable acumular las acciones de la demanda ante este Juzgado de lo Mercantil (4), y recomienda la acumulación de autos al concurso (5).

Segundo. La competencia del Juez del concurso se asiente en los tres planos de *vis attractiva* competencial que previenen LOPJ y LEC, reforzando un rancio principio institucional del concurso, a saber:

1.º) La que se atrae desde la que, ausente la insolvencia formalizada, detentaría de ordinario otro órgano judicial civil, y por lo tanto, regla se competencia objetiva, o alguna competencia material del orden social, que detentaría de ordinario --bien que desde distinto prisma-- un órgano de lo social o de los contencioso-administrativo, y aquí competencia genérica (arts. 86.ter.1.1.º, 2.º, 4.º, 5.º y 6.º LOPJ, 8.1.º, 2.º, 4.º, 5.º y 6.º, y 36.4 y 48.2 LECO).

2.º) La que se expurga de quien la tiene, extrajurisdiccional o jurisdiccional --entonces, criterio objetivo/funcional/territorial, al tiempo-- extramuros del concurso, como ocurre con la ejecución singular (art. 86.ter.1.3.º LOPJ y 8.3.º LECO)

3.º) La que se ostenta de carácter prejudicial --no devolutiva, homogénea o heterogénea-- civil, social o administrativa (arts. 9 LECO y 4.1 LPL)

A su vez, deben diferenciarse los procesos de declaración frente al concursado, y los de ejecución frente al patrimonio de éste --a los que se asimilan algunos de índole recuperatoria especial en art. 56.1 LECO--.

Los juicios de declaración de la competencia atraída por el concurso son los civiles con trascendencia patrimonial, que no sean de estado civil, y aquellos en que tiene que aplicarse el Derecho laboral concursal en el procedimiento colectivo, y se distingue si se inician después de la declaración del concurso, en cuyo caso el Juez no concursal debe abstenerse con nulidad de lo actuado (art. 50.1 LECO), o si son litispendentes ya, en cuyo caso la regla general es una suerte de «prórroga» de la competencia en favor del Juez que conoce de la pretensión hasta dictado de sentencia firme, y la excepción una acumulación como incidente concursal al procedimiento universal (arts. 86.ter.1.1.º LOPJ, 8.1.º, 51 y 192.1.pfo.2.º LECO).

Ninguna previsión legal explícita se encuentra al respecto de los juicios declarativos en que se litisconsorcia al concursado con otros sujetos, cual es el supuesto presente. Y a falta de una salvedad en esas normas sobre atracción competencial, cuando se trate de una acumulación inicial de acciones o de autos, o de un litisconsorcio cuasinecesario --por antonomasia la solidaridad, propia o impropia, de obligados--, la solución parece sencilla:

a) Si se pretende contra el concursado antes de la declaración del concurso puede mantenerse la competencia por el Juez que no es del concurso, sin perjuicio de la predicha acumulación de art. 51 LECO.

b) Si se pretende después de dicha declaración, habrá de desacumularse la pretensión de contenido patrimonial contra el concursado, y tendrá que solicitarse el reconocimiento del crédito en el procedimiento universal, pudiéndose demandar, por separado, al tercero ante el órgano extraconcursal que corresponda --aunque sea el propio Juzgado de lo Mercantil, en proceso de su competencia objetiva--, aplicándose las prevenciones a propósito, por ejemplo, del pago del deudor solidario del concursado.

El asunto del litisconsorcio pasivo necesario, que ya se decidió por auto de este Juzgado de 17 de noviembre de 2006 en Medidas Cautelares dentro del CNA n.º 85/06, resulta más perplejo, ya que no puede escindirse la relación jurídica objeto del proceso, mientras que no hay competente otro órgano judicial, que no sea el del concurso del deudor codemandado, para conocer de una pretensión de declaración de un crédito del insolvente posterior a la apertura del concurso. Y como no puede admitirse un proceso en que varios demandados deben serlo originariamente para que la sentencia resuelva sobre el objeto procesal, si sobre uno de tales no se hace pronunciamiento, lo cual significaría una inadmisión subjetiva parcial de la pretensión única, conceptualmente inviable en asuntos en que la legitimación pasiva es necesariamente plurisubjetiva, este juzgador se inclina por considerar que no cabe en tal supuesto resistir la "vis attractiva" concursal, puesto que el Juzgado concursal no deja de ser un órgano civil de instancia que puede ejercer, en competencia del orden civil que no se ha asignado específicamente a otro órgano, o lo que es igual, el término excluyente de art. 8.1.º LECO, debe relegar al de exclusivo, puramente enfático.

Pues bien, en la controversia del caso, resulta evidente que no hay litisconsorcio pasivo necesario, por la creación jurisprudencial de una responsabilidad "in solidum" de sociedad y administradores sociales, cuando se concitan sus presupuestos, y habiendo elegido la entidad actora codemandar a la concursada y a los Sres. A. y J., comoquiera que la demanda presentada fue admitida a trámite antes de la declaración del concurso, este Juzgado puede seguir conociendo de la demanda, como declarativo pendiente a la declaración del concurso, sin perjuicio del régimen del art. 51 LECO. La regla de principio es que continúe el trámite hasta la firmeza de la sentencia ante este Juzgado, y luego se dará a aquélla el tratamiento concursal que corresponda según los arts. 53 y 86.2 LECO. Que nuestro juicio declarativo se encuentra en tramitación para cuando la declaración de concurso de Desarrollo y Gestión Deportiva S.L. se produce, deriva del concepto de litispendencia de art. 410 LEC, desde la interposición de la demanda, que después fue admitida (13 de marzo de 2007), en comparación con la fecha del auto de declaración de concurso (28 de marzo de 2007).

Otro asunto, en el que no interviene el concurso de la sociedad, es el de la acumulación de acciones verificada y la competencia objetiva con relación a ellas.

Tercero. Por lo tanto, ya se entienda que sólo la acción civil de contenido patrimonial ejercida frente a Desarrollo y Gestión Deportiva S.L. es competencia del Juez del concurso, conforme a las rúbricas de arts. 86.ter.1 LOPJ y 8 LECO, como si fueran también las enderezadas contra los administradores sociales, como de seguido se sostendrá, en tanto que se litisconsorcia pasivamente, no hay base legal para que se declinen en favor del Juzgado de lo Mercantil n.º 1.

Cuestión apartada, es lo conveniente de que ante el Juez del Concurso (cfr.: art. 98.2 LEC) se solicite la acumulación por la administración concursal, antes de emitir su Informe, o por cualquier parte personada, antes

de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, correspondiendo al Juzgado que conoce del proceso universal valorar procede o no la acumulación.
A los meros efectos ilustrativos, dentro de la función de la motivación de las resoluciones judiciales, vicaria de las principales de interdicción de la arbitrariedad y franqueamiento del recurso devolutivo, pero también reconocida por la doctrina constitucional, pedagógica, o de seducción de los justiciables con la bondad de lo que se resuelve, tiene que apuntarse:
A) De una parte, la administración concursal o los interesados valorarán la "trascendencia sustancial" para la formación del inventario o de la lista de acreedores, la cual derivará, en términos comunes, de la importancia relativa del crédito de los HH. Menesianos.
B) En términos específicos, habrán de considerar que la responsabilidad de los Sres. A. y J. puede solaparse con la que proceda en el concurso, a título de deudores suplementarios con la masa frente a los acreedores concursales. Hay que tomar en consideración que, de resultar aquellos condenados solidariamente a satisfacer un crédito social puede producirse una sustancial alteración subjetiva en la formación de las masas del concurso de la sociedad, cuando desaparezca el crédito concursal de los HH. Menesianos de la masa pasiva y aparezca el crédito de reintegro de tales administradores sociales.
C) Como se avanzaba, el crédito concursal de los HH. Menesianos no pertenece a ninguna de las rúbricas de la materia civil asignada en art. 86.ter.2 LOPJ a los Juzgados de lo Mercantil --en sentido orgánicamente exclusivo, según en Bilbao--, por lo que puede producirse el inconveniente de que no se reconozca, o no se reconozca en toda su extensión, por los supuestos obligados, incluso por la administración concursal, con lo que un problema de acumulación de acción ajena a la competencia objetiva de este Juzgado, enfrentado a la norma de art. 73.1.1.º LEC, vendría a aparecer en la audiencia previa, cuando en el Juzgado del concurso nunca aparecería.”: Auto JM-2 Bilbao 22.05.2007 (La Ley, 1075/2007)

7. Caso de cautelares solicitadas antes pero demanda interpuesta después de la declaración

“SEGUNDO Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario partir de los siguientes antecedentes que constan en las actuaciones. A tal efecto, en fecha 10 de julio de 2.008 la sociedad actora presentó demanda de juicio ordinario contra la JARAOLIVA, S.L. y BANESTO solicitando la nulidad de contrato de compraventa, y subsidiariamente, resolución por incumplimiento contractual, a fin de que se deje sin efecto, declarando la inexigibilidad del precio, ordenando a la entidad bancaria codemandada a la devolución del aval. En fecha 18 de septiembre de 2.008 se dictó Auto acordando la inadmisión de la demanda y el archivo del procedimiento, a tenor delArt. 50.1 Ley Concursal, al entender que se trata de una demanda posterior a la declaración de concurso de la demandada JARAOLIVA, correspondiendo la competencia para conocer de ella al Juzgado de lo Mercantil de Cáceres, que es el que tramita los Autos de Concurso Voluntario de dicha Entidad.
La mercantil hoy recurrente, URZANTE, en fecha 5 de junio de 2008, presentó demanda de medidas cautelares previas, procedimiento de Medidas cautelares previas n° 261/2008, acordándose porauto de 11 de junio de 2008 la medida solicitada, a fin de garantizar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria de la demanda de nulidad del contrato de compraventa. La medida consistió en suspender la ejecución del referido aval, requiriéndose a los demandados JARAOLIVA, S.L., en cuanto vendedor tenedor inicial del Aval, y BANESTO, en cuanto cesionario posterior del derecho de crédito y aval, a fin de que se abstuvieran de disponer del mismo o cobrar cantidad alguna con cargo al mismo durante la tramitación del procedimiento principal, notificándose a todas las partes la suspensión de la ejecución del aval. En la misma resolución se advertía a la parte actora de la necesidad de interponer la demanda principal, de la que las medidas cautelares eran parte accesoria, en el plazo de los veinte días siguientes, bajo apercibimiento de archivo y pérdida de efectos de la medida acordada, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en elArt. 730.2 LEC, de modo que, en fecha 9 de julio de 2008, se presentó la demanda que nos ocupa.
En fecha 13 de junio de 2008, el Juzgado de lo Mercantil de Cáceres dictó Auto por el que declaró en concurso de acreedores a la Entidad JARAOLIVA, S.L., dando lugar al procedimiento de concurso voluntario n° 303/2008. Consta en dicho procedimiento el Informe de la Administración Concursal, y se ha considerado solamente a BANESTO como acreedor de JARAOLIVA por razón del contrato de préstamo concertado entre ellas con fecha 11 de marzo de 2008, por un importe de 799.988,76?, de modo que en la lista de acreedores aparece BANESTO y excluida la actora URZANTE, y ello, porque como compradora de un aceite que nunca llegó a entregarse, ni tiene ningún crédito numerario frente a JARAOLIVA, ni tiene tampoco ninguna deuda con ella.
Finalmente, también consta que la demanda se dirige, no solo contra JARAOLIVA, sociedad en concurso, sino también contra BANESTO, de forma que existe una codemandada distinta a la concursada, que además, es la directamente afectada por las acciones ejercitadas en la demanda como cesionaria ordinaria del inicial derecho de cobro que tenía JARAOLIVA.
TERCERO A la luz de los anteriores hechos el recurso debe prosperar por las sólidas razones jurídicas expuestas en los diferentes y bien articulados motivos.
En efecto, la cuestión planteada consiste en determinar cual es el alcance o afectación del proceso concursal a los restantes procedimientos judiciales, ya que proliferación de acciones y ejecuciones no es compatible con un proceso universal como el concurso. De ahí que la declaración de un deudor en concurso incida sustancialmente sobre los procedimientos declarativos (Art.51) y de ejecución pendientes (Art.55), así como sobre aquellas acciones que se puedan promover con posterioridad (Art.50 en fase declarativa y 55.1 en fase de ejecución). Es la conocida vis atractiva del concurso.
Ahora bien, según elArt. 51.1 Ley Concursal, "1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia".

LaLey Concursal distingue que la pretensión sea declarativa (Arts. 50 y 51), arbitral (Art. 52) o ejecutiva (Arts. 55 y ss). Si es declarativa, como en este caso, puede suceder que se plantee antes o después de la declaración del concurso. De ser anterior, elArt. 51.1 ordena continuar hasta la firmeza de la sentencia. Es decir, si el procedimiento si inicia antes de la declaración del concurso no puede suspenderse sin más, sino que el Juzgado debe continuar hasta alcanzar resolución firme, y a partir de ahí, suspender su conocimiento.
No es posible paralizar el procedimiento, porque debe finalizar habitualmente, con sentencia tras su oposición. Privar de ese derecho al deudor es inadmisible, incluso aunque se encuentre en situación de concurso, y además carece de fundamento legal, porque insistimos, elArt. 51.1 de la Ley Concursal obliga, simplemente, a continuar hasta que se dicte sentencia firme.
El otro supuesto, cuando el conocimiento del Juzgado de 1ª Instancia fuera posterior a la declaración de concurso, la propia norma dispone en elArt. 50.1 LC que "de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado". Pero este precepto, citado en la resolución recurrida, no es de aplicación al supuesto examinado como veremos a continuación.
CUARTO La primera razón es que antes del Auto declarando el Concurso de JARAOLIVA, la actora había presentado demanda de medidas cautelares previas, para garantizar la ejecución de la posterior sentencia, y dicho procedimiento es de carácter accesorio e inseparable del procedimiento principal, hasta elpunto que el Art. 730 LEC, atribuye la competencia del procedimiento principal al mismo Juzgado que haya adoptado las medidas, de donde se infiere que el procedimiento en el que se discute la pretensión principal quedó iniciado cuando se presentó la solicitud de medidas cautelares y no después, cuando se presenta la demanda principal, de modo que aunque en el interregno se haya producido un hecho o circunstancia, como es el concurso de una de las partes demandadas, que podría derivar la competencia objetiva al Juzgado de lo Mercantil, será el primero el que deba seguir conociendo del procedimiento, que ya se había iniciado con la solicitud de medidas cautelares. En definitiva, cuando se solicitó la medida cautelar de suspensión de la ejecución del aval entregado por la actora en cumplimiento del contrato de compraventa de aceite, la competencia objetiva y territorial para conocer de la demanda principal era del Juzgado de Primera Instancia de Coria. En ese momento no existía declaración alguna de concurso respecto de la codemandada JARAOLIVA. Es la fecha de 5 de junio de 2008 es la que debe tenerse en cuenta para determinar el inicio del procedimiento, a los efectos de losArts. 50 y 51 Ley Concursal, dado el carácter accesorio del incidente de medidas cautelares respecto del procedimiento principal, pues en otro caso, se produciría una modificación de la competencia para conocer de las medidas, atribuyéndosela al Juez Mercantil del Concurso, que carecía de competencia inicial para decidir sobre ellas.
En el supuesto examinado las acciones formuladas en la demanda es declarativa, y se ha iniciado con la adopción de medidas cautelares previas a la demanda principal, que como hemos visto, es de fecha anterior a la declaración del concurso de una codemandada, y en estos casos, elArt. 51.1 ordena continuar el procedimiento hasta la firmeza de la sentencia, es decir, no puede suspenderse sin más, sino que el Juzgado debe continuar hasta alcanzar resolución firme.
QUINTO El segundo motivo por el que debe estimarse el recurso es por razón a la naturaleza y efectos de la acción ejercitada en el patrimonio de la concursada. En efecto, la pretensión actora no consiste en la declaración o en la condena a JARAOLIVA por algún derecho de crédito que URZANTE tuviera frente a ella, sino en la declaración de ineficacia de un contrato suscrito con ella con la consiguiente inexigibilidad del pago del precio a URZANTE. Además, JARAOLIVA cedió su inicial derecho de cobro a la codemandada BANESTO y es ésta, como cesionaria ordinaria del crédito inicial, la que debe soportar las consecuencias de la declaración de nulidad o de resolución contractual que se pretenden con la demanda, pues el contrato de compraventa suscrito entre la actora y la concursada fue resuelto extrajudicialmente por la actora. El eventual derecho a percibir el precio del contrato de compraventa ya no se encuentra en el patrimonio de JARAOLIVA, dada la cesión efectuada a favor del BANESTO, en garantía del préstamo recibido, por tanto la pretensión formulada no se dirige contra el patrimonio de la concursada, y resulta irrelevante y no afecta a ningún bien o derecho del activo de JARAOLIVA. Igualmente, desde el punto de vista de la masa pasiva tampoco tiene incidencia en este momento, pues la actora no pretende el reconocimiento actual de un crédito frente a JARAOLIVA sino el reconocimiento de que no debe pagar cantidad alguna por razón del contrato de compraventa suscrito, a cuyo efecto se solicita la declaración de nulidad del contrato de compraventa o, en su caso, de la confirmación judicial de la resolución contractual que ya se formuló extrajudicialmente. Esta pretensión a quien afecta directamente, es a la entidad cesionaria BANESTO, como tenedora del aval que le fue cedido por JARAOLIVA. La documental aportada acredita que la Administración concursal no haya incluido a la recurrente en la lista de acreedores de JARAOLIVA, mientras que la inclusión de BANESTO en dicha lista lo haya sido por razón del contrato de préstamo concertado entre ellas y no por razón del contrato de compraventa objeto del procedimiento. En consecuencia, con los anteriores argumentos también resulta inaplicable elArt. 50.1 de la Ley Concursal, dado que la acción civil de la demanda no tiene la trascendencia patrimonial sobre el patrimonio de la concursada, como exige dicho precepto para derivar la competencia para su conocimiento al Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso.
SEXTO El tercer motivo que también conlleva a la estimación del recurso es que el procedimiento no se dirige sólo contra la mercantil en concurso, sino que, como hemos visto, también es demandada la entidad BANESTO, por tanto estamos ante una pluralidad de demandados, y como uno de ellos no está en concurso, la competencia para conocer del asunto se mantiene en el Juzgado de Primera Instancia y no se traslada al Juzgado de lo Mercantil. Si ello es así cuando la acción, dirigiéndose frente a varios, se dirige también frente al patrimonio del concursado, con más razón debe mantenerse la competencia del Juzgado de Primera Instancia cuando la acción no se dirige directamente frente al patrimonio del concursado, aunque éste figure también como demandado por su intervención en los hechos, como hemos dicho anteriormente.

En conclusión, procede estimar el recurso, revocar la resolución recurrida, y siendo competente para conocer del presente procedimiento el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Coria, deberá continuar con su tramitación.”: AAP Cáceres 09.06.2009 (JUR 2009/289405; Auto 111/2009; Rollo 257/2009)

8. Prosecución de juicio declarativo/monitorio sólo contra el fiador solidario

AP Barcelona

“PRIMERO La parte actora interesó en su demanda se declare válida la resolución practicada en los "contratos de renting" suscritos en fechas 4 de marzo y 15 de diciembre de 2004 con la mercantil INTEGRA 2003, SL para el arrendamiento de una serie de bienes, habiendo prestado afianzamiento solidario para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la arrendataria los también demandados D.Pedroy D.Juan Pedro; y ello en atención al incumplimiento de la obligación de pago de las cuotas mensuales; advirtiendo que en fecha 22 de febrero de 2006 procedió a declarar el vencimiento anticipado de los contratos, ascendiendo el saldo deudor de los mismos a la cantidad de 6.156,43 euros y 1.554,24 euros, respectivamente.
En definitiva, la actora interesaba se declarara la validez de la resolución contractual practicada y la condena solidaria de los demandados al pago de 7.710,67 euros, más intereses moratorios pactados desde la última liquidación practicada y costas; así como a la devolución de los bienes arrendados en cada uno de los contratos.
SEGUNDO Tras haber sido admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, la parte actora presentó escrito notificando al Juzgado que la mercantil INTEGRA 2003, SL se halla declarada en concurso, por lo que interesaba se declarara la suspensión de este proceso respecto a la misma, continuándose el mismo respecto a los demás codemandados; precisando posteriormente que, habiéndose comprobado que la declaración en situación de concurso de la mercantil INTEGRA 2003, SL es anterior a la fecha de la presentación de la demanda rectora de autos, procede declarar la nulidad de actuaciones desde dicha fecha únicamente respecto de la sociedad concursada, debiendo continuar el procedimiento respecto del resto de demandados.
Porauto de fecha 7 de octubre de 2008 el Juzgadoacordó dar por concluidos los presentes autos, decretando su archivo, por considerar que la sociedad demandada fue declarada en situación concursal con anterioridad a la fecha de interposición de la demanda rectora de autos, advirtiendo que "si se separa el ejercicio de ambas acciones y las dos fueran ejercitadas, la responsabilidad de los administradores no podría declararse por el Juzgado de lo Mercantil sin la previa declaración de existencia de deuda social de la que se puede hacer responsable a los administradores, obligando a suspender el proceso por prejudicialidad civil", y concluye lo siguiente: "Por lo tanto, dado que la Ley no lo excluye debe entenderse que los Juzgados de lo Mercantil son competentes para el conocimiento de las acciones conexas (aunque se traten de acciones de naturaleza principal) o íntimamente relacionadas a las que se señalan en los distintos apartados del número 2 del mencionado artículo, siempre y cuando no se aprecie intentos de fraudes procesales o una extensión no querida por el legislador de las competencias de los Juzgados de lo Mercantil, lo cual no es el caso".
Frente a tal resolución se alza la parte actora apuntando que la acción ejercitada frente a los codemandados D.Pedroy D.Juan Pedrono es la de responsabilidad de administradores sino la derivada de su condición de fiadores solidarios en los contratos suscritos con la mercantil INTEGRA 2003, SL, de modo que insiste en que procede que el procedimiento continúe únicamente frente a dichos codemandados pues tan sólo es la citada sociedad la declarada en concurso y no los fiadores solidarios y deudores principales en cuanto a las deudas contraídas al amparo de los contratos por ellos afianzados.
TERCERO El recurso debe prosperar en la medida en que lo que interesa la parte actora es tan sólo la continuación del procedimiento respecto a los fiadores solidarios que deben responder, conforme a lo pactado, "de todas y cada una de las obligaciones económicas contenidas en el contrato..." (fs.48 y 53), de modo que, tratándose de una obligación solidaria, asiste al acreedor el derecho a dirigir su reclamación frente a cualquier de los deudores (art.1144 CC); sin que la declaración en concurso de la mercantil INTEGRA 2003, SL pueda afectar a la reclamación dirigida únicamente frente a los deudores solidarios que son demandados en tal condición y no en su calidad de administradores de dicha sociedad.
CUARTO En atención a todo lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación formulado por la parte actora, y en consecuencia, declarar que el procedimiento debe continuar únicamente frente a los fiadores solidarios D.Pedroy D.Juan Pedro, manteniendo el archivo acordado en la instancia respecto de la mercantil INTEGRA 2003, SL (este extremo no ha sido objeto de recurso).”: AAP Barcelona (Sección 1) 23.02.2009 (JUR 2009/170519; Auto 65/2009; Rollo 778/2008)

“Primero. Apela la Resolución de instancia la representación de la parte actora (f. 62 y f. 65 y ss.) por los siguientes motivos: 1º) el Juzgado se declara incompetente por el hecho de que los deudores están en concurso, lo que es cierto, pero no afecta a los fiadores; aquí la reclamación es contra la fiadora solidaria 2º) el Ministerio Fiscal comparte esa tesis.
Segundo. El análisis de lo actuado revela acreditados los siguientes antecedentes y hechos:
a) El BSCH reclama a la demandada (7-4-2009) 2.324,25 euros, saldo deudor de la cuenta especial conexa a un contrato de negociación de letras de cambio, abierta a nombre de Revestimientos y Pinturas Gasómetro SL, de la cual ésta es fiadora; acompaña la póliza (f. 4 y ss. que contiene nombre, dirección y firma de la demandada como legal representante de la sociedad y como fiadora solidaria, cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas, interés de la cuenta especial 29% anual), certificado del saldo deudor (f. 15) y liquidación (f. 16, de donde se deduce sin género de duda que el único impago de efecto que produce el cierre de la cuenta el mismo día de la apertura de la cuenta especial),

burofax de notificación del saldo deudor y requerimiento de pago tanto a la acreditada como a la fiadora (f. 17 y ss.).
b) La parte actora ha manifestado a la demanda que la entidad acreditado se halla en situación de concurso.
Tercero. La Resolución de instancia, de fecha 21-4-2009 (f. 73 y ss.), inadmite la demanda por considerar que estando la deudora en concurso se vulneraría con la tramitación del pleito la pars conditio creditorum, haciendo una interpretación de los arts. 49-51 y 192.1 de la Ley Concursal.
No ha reparado la instancia en que no estamos ante el supuesto de una ejecución singular o siquiera de un pleito declarativo independiente dirigido contra un demandado en situación de concurso, sino contra un fiador solidario. La deudora principal, la sociedad mercantil, es la que está en situación de concurso y no es demandada en este monitorio, sino la persona física fiadora solidaria, siendo irrelevante que la misma sea, a la vez, administradora y legal representante de aquella, pues tratándose de una SL en principio no están conectados los patrimonios de una y otro.
Debemos, por tanto, estimar el recurso y mandar admitir a trámite la demanda monitoria. ": AAP Barcelona (Sección 11) 19.02.2010 (Auto 61/2010; Rollo 833/2009)

9. Como excepción, acumulación de oficio en los casos del art 51.1.II

9.1 No concurren los presupuestos

AP Albacete

"TERCERO.-El segundo motivo del recurso se concreta en el entendimiento de que la decisión correcta hubiera sido la de acordar la suspensión y acumulación en su día solicitadas.
Al respecto debe decirse que este Tribunal entiende que fue acertada la decisión cuestionada, y que ni de oficio ni a petición de parte era procedente la acumulación.
El art. 51 de la Ley Concursal establece la regla general de continuidad de los procesos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso (como es el caso del de autos) ante los Juzgados en que se estuvieran tramitando, e introduce como excepción sólo los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.
Con la demanda que dio origen a los autos de referencia se canalizaron tres pretensiones, a saber:
a) la declaración, conforme a lo pactado, de resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes;
b) la a la restitución a la actora de las cantidades entregadas a cuenta del precio (75.497,50 #);
y c) la condena de la demandada al pago de los intereses legales de dicha cantidad desde el 25 de marzo de 2009 (fecha de un requerimiento de resolución extrajudicial).
De las tres pretensiones, sólo la tercera podría considerarse, por tener sustento en el art. 1108 del Código Civil, una reclamación de daños y perjuicios a los efectos del art. 51 de la Ley Concursal, pero es una pretensión claramente accesoria que no determina la naturaleza de la demanda, ni su estimación tiene una repercusión significativa en la economía del concurso, y -sobre todo- no va dirigida contra los administradores o liquidadores ni contra los auditores, ni se trata de daños y perjuicios causados a la concursada.": SAP Albacete (Sección 1) 23.09.2014 (Sentencia 193/2014; Rollo 252/2013)

AP Madrid (Sección 28)

"TERCERO.- Presentada la demanda origen de estas actuaciones con anterioridad a la declaración de concurso en la que un subcontratista ejercitaba la acción contractual contra el contratista principal y la acción directa contra el dueño de la obra en reclamación del importe de su trabajo, resulta patente que la competencia objetiva para el conocimiento de la demanda correspondía al Juzgado de Primera Instancia.
En primer término conviene indicar que no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).
Por el contrario, el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. Es más, en el supuesto analizado la admisión de la demanda fue también anterior a la declaración de concurso
Al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid no se había declarado el concurso de la entidad codemandada por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no afectaba a la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia.
Resulta una obviedad tener que afirmar que en el momento de la presentación de la demanda, ésta sólo podía presentarse ante los Juzgados de Primera Instancia y nunca ante el Juzgado de lo Mercantil que aún no había sido declarado el concurso.
Por lo demás, declarado el concurso tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 38/2011 en los artículos 50 y 51 de la Ley Concursal que, además introduce el nuevo artículo 51 bis, las normas reformadas son las que resultan de aplicación para resolver la controversia de conformidad con la disposición transitoria primera de la Ley 38/211, que, con carácter general y sin que se contemple especialidad alguna en las demás disposiciones transitorias respecto de los preceptos indicados, ordena la aplicación de la reforma a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor, lo que tuvo lugar, en lo que aquí interesa, el 1 de enero de 2012 (disposición final tercera).

El juicio declarativo tampoco resulta acumulable al concurso sino que debe continuar sustanciándose ante el tribunal que estaba conociendo del mismo hasta la firmeza de la sentencia, esto es, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid.
Tras la reforma operada en el artículo 51 de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 solo resultan acumulables al concurso los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores y liquidadores, de hecho y derecho, y contra los auditores, esto es, los procedimientos en los que se haya ejercitado la acción social o individual de responsabilidad contra los administradores societarios y las de responsabilidad contra auditores y liquidadores por los daños y perjuicios causados a la sociedad, siempre que el procedimiento que se pretende acumular esté en primera instancia y no haya finalizado el acto del juicio o de la vista.
En consecuencia y a la vista de las acciones ejercitadas en la demanda, el procedimiento que se tramitaba ante el Juzgado de Primera Instancia no resultaba acumulable al concurso.
Es más, ejercitándose la acción directa contra el dueño de la obra, el Juzgado de Primera Instancia deberá tener en cuenta y, en su caso, aplicar respecto de la citada acción, el contenido del artículo 51 bis 2 de la Ley Concursal, que ordena, una vez declarado el concurso y hasta su conclusión, la suspensión de los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiere ejercitado la acción directa del artículo 1597 del Código Civil, lo que no afectaría a la acción ejercitada contra la concursada que podría continuar hasta la firmeza de la sentencia.
Tampoco resultaba especialmente afortuna la aplicación efectuada por el Juzgado de Primera Instancia del artículo 51.1 de la Ley Concursal en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, en tanto que, además de no ser de aplicación al supuesto de autos la primitiva redacción, tal y como ya hemos explicado, la norma exigía para que los juicios declarativos en los que el deudor fuera parte pudieran acumularse al concurso: a) que por razón de la materia fuera competencia del juez del concurso; b) que se hallare en primera instancia; c) que el juez del concurso -y no el que conocía de los autos que se pretendían acumular- considerara que su resolución tenía transcendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores. En otro caso, el procedimiento debía continuar ante el juez que estuviera conociendo del mismo hasta la firmeza de la sentencia.
En el supuesto de autos, el juez del concurso no se había pronunciado sobre la conveniencia de la acumulación pretendida por tener la resolución del litigio transcendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores.
En todo caso, ya hemos explicado que resultan de aplicación los artículos 51.1 y 51 bis 2 de la Ley Concursal, en la redacción dada por la Ley 38/2011, que no permite la acumulación al concurso del procedimiento origen de estas actuaciones.”: AAP Madrid (Sección 28) 30.01.2015 (Auto 23/2015; Rollo 283/2014)

2. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto ~~se~~ el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el ~~juez~~ Secretario judicial traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que el Juez estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas.
No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez.

** Nueva redacción del primer párrafo del apartado 2 del art. 51 por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 04.05.2010*

Art. 51.2 Exigencia de crédito por costas tasadas del que es acreedora la concursada

Tribunal Supremo

“PRIMERO.- Se plantea en el recurso que dado que la parte recurrida VLADIGOLF, S.A., acreedora de las costas, se encuentra en situación concurso de acreedores no puede hacerse efectiva el importe de estas al procurador beneficiario o ingresarla en la cuenta de consignaciones del Juzgado como así se indica en la parte dispositiva del Decreto sino que por tener intervenidas sus operaciones debe ser el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia el que determine lo procedente en orden al destino de dicha cantidad.
En el presente caso, está claro que el procedimiento no puede ser entendido como un "juicio declarativo pendiente", ya que ha recaído resolución firme sobre el fondo del asunto, encontrándonos ante un incidente, cual es el de la tasación de costas, en el que, además, la concursada resulta acreedora, por lo que ningún efecto negativo podría generar para los fines del concurso el hecho de que obtenga las correspondientes cantidades para satisfacer los honorarios de su defensa y representación en la tramitación de los presentes recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.
Por tanto, se observa que mediante una supuesta vulneración de normativa concursal no hay más que un intento de eludir las responsabilidades pecuniarias de la recurrente que son consecuencia de la desestimación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal por ella interpuestos.”: ATS 22.04.2015 (Recurso 151/2011)

“PRIMERO.- El presente recurso de revisión plantea tres cuestiones:
a) La infracción del art. 40.1 de la Ley Concursal alegando, en concreto, la falta de autorización o conformidad de la administración concursal, lo que priva de capacidad y de legitimación a ASESORES DE PLANIFICACIÓN URBANA, S.A., acreedora de las costas, para exigir el pago del crédito, al encontrarse en fase de liquidación, lo que determinaría que los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso queden afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales; en consecuencia, mantiene la recurrente que han de declararse indebidas la totalidad de las partidas que componen la tasación de costas.
b) En segundo lugar, se plantea la infracción del art. 9 de la Ley Concursal, que incluye específicamente entre las competencias exclusivas de la jurisdicción especializada mercantil el conocimiento de todas las cuestiones prejudiciales civiles directamente relacionadas con el concurso y, en consecuencia, la relativa a la existencia de un crédito que procedería integrar en la masa activa del concurso. (…)
SEGUNDO.- La cuestión relativa a la consideración de indebidas de todas las partidas incluidas en la tasación de costas por falta de capacidad para ser parte de "ASESORES DE PLANIFICACIÓN URBANA, S.A.", al encontrarse en fase de liquidación, ha de ser rechazada. De conformidad con el art. 40.1 de LC en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. Pero el art. 51.2 LC (en interpretación conjunta con los arts. 145.1 y 48.3 del mismo texto legal), dispone que "en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el Secretario judicial traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que el Juez estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas". Sin embargo, el párrafo segundo del citado precepto ha de ponerse en relación con el apartado primero del mismo artículo, en el que se hace referencia a los procedimientos declarativos pendientes y su sustanciación hasta la firmeza de sentencia. En el presente caso, está claro que el procedimiento no puede ser entendido como un "juicio declarativo pendiente", ya que ha recaído resolución firme sobre el fondo del asunto, encontrándonos ante un incidente, cual es el de la tasación de costas, en el que, además, la concursada resulta acreedora, por lo que ningún efecto negativo podría generar para los fines del concurso el hecho de que obtenga las correspondientes cantidades para satisfacer los honorarios de su defensa y representación en la tramitación del presente recurso de casación.
Además, la parte recurrente obvia lo dispuesto en el segundo apartado del mismo precepto, que dispone expresamente que "no obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez". En este caso, su intervención en el procedimiento no supondrá gasto alguno para la masa del concurso, sino que, por el contrario, supondrá la obtención de las cantidades debidas por la contraparte para saldar gastos judiciales.
Por tanto, se observa que mediante una supuesta vulneración de normativa concursal, que no es tal, no hay más que un intento de eludir las responsabilidades pecuniarias de la recurrente que son consecuencia de la inadmisión a trámite de su recurso de casación.”: ATS 29.04.2015 (Recurso 1098/2012)

“En este sentido, sin olvidar que la cuantía del litigio a los efectos que interesan -base de cálculo en la tasación-fue concretada en el propio auto de inadmisión en una suma muy superior al límite legal para recurrir por el cauce del ordinal 2° del art. 477.2 LEC, debe afirmarse (a) que, contrariamente a lo que se alega, el decreto impugnado se compadece con la verdadera naturaleza de las costas y con su finalidad, que, como también se ha dicho, consiste tan solo en determinar la carga que debe soportar el condenado en costas respecto de los honorarios del letrado minutante, y por tanto, más allá de los pactos o acuerdos entre abogado minutante y su cliente en el marco de la relación de arrendamiento de servicios (FD Primero, primer párrafo); (b) que no tienen razón de ser las alegaciones en torno a la repercusión de su situación concursal en la legitimación activa de Inmobisa (con independencia de la calificación que merezca el crédito por costas en dicho concurso), pues la tasación de costas se instó por la entidad recurrida, que estaba legitimada para hacerlo por su condición de parte procesal en este procedimiento y vencedora en costas (art. 242.2 LEC), y porque, como ha declarado esta Sala, por ejemplo, en ATS de 29 de abril de 2015, rec. n° 1098/2012, en el concurso voluntario el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio siendo sustituido por la administración concursal en procesos en trámite, lo que no cabe entender cuando se trata del incidente de tasación de costas y de su impugnación, «en el que, además, la concursada resulta acreedora, por lo que ningún efecto negativo podría generar para los fines del concurso el hecho de que obtenga las correspondientes cantidades para satisfacer los honorarios de su defensa y representación en la tramitación del presente recurso de casación», ni tienen razón de ser las alegaciones relativas a la falta de legitimación activa del letrado minutante (pues independientemente de la existencia o no de un pacto de cesión a favor del abogado, que atribuya a este finalmente la titularidad del crédito que aquí se reclama, no ha sido dicho letrado sino la referida mercantil la que, en su condición de parte vencedora en costas, ha interesado su tasación); (c) que, relacionado con esto último, puesto que quien reclama es la parte acreedora, no su letrado, carecen también de sentido los argumentos relacionados con la prescripción extintiva del derecho del letrado

por aplicación del art. 1967 CC, ya que no cabe confundir el crédito por costas que ostenta la parte vencedora sobre la vencida -que, en este caso, nace con la condena en costas contenida en el auto de inadmisión del recurso de casación- con el crédito del profesional frente a su cliente para reclamar los honorarios libremente pactados; (d) que contrariamente también a lo que se aduce, de lo dicho hasta aquí resulta de forma notoria que el decreto contiene una motivación adecuada y suficiente sobre las cuestiones suscitadas en el incidente, que han sido resueltas con arreglo a los criterios consolidados de esta Sala que rigen la materia antes expuestos -en este caso el recurso al que la recurrida tuvo que hacer frente mediante sus alegaciones tenía una gran extensión (doce motivos) y complejidad (por el conjunto de cuestiones suscitadas, de carácter sustantivo y procesal)-, sin que quepa confundir falta de motivación con una motivación que la parte no comparta; y (e) que esta Sala viene declarando que a la recurrente no le está permitido desvirtuar razonamientos de este tipo apoyándose en su mera disconformidad con la cuantía -por no haber sido el valor económico del pleito el único criterio determinante de la decisión impugnada-, ni en su disconformidad con el dictamen del colegio de abogados -pues, además de tener un valor orientador, no vinculante ni determinante del fallo, en este caso su cuestionamiento se apoya en normas o criterios sobre honorarios de un colegio profesional distinto, y en circunstancias de hecho no acreditadas sobre una supuesta actuación delictiva de los que elaboraron los dictámenes colegiales en los incidentes de impugnación de las tasaciones practicadas en otras instancias-.
Todo ello nos lleva a la desestimación del recurso y a la confirmación del decreto impugnado, manteniéndose la minuta del letrado Sr. Piñeiro en la cantidad de 10.695,19 euros (IVA incluido), importe con el que figuraba en la tasación de costas practicada con fecha 20 de marzo de 2015.”: ATS 30.03.2016 (Recurso 2369/2013)

Art. 51.2.I Sobre la “sustitución” del deudor en caso de suspensión de sus facultades

Nota: véase también la jurisprudencia incluida en el art. 54.2, apartado 5.0

AP Castellón (Sección 3)

“PRIMERO.-Dª Custodia formuló demanda de resolución de contrato de compraventa y de indemnización de daños y perjuicios contra la mercantil Promociones Finques Gio S.L., demanda que fue estimada en primera instancia, declarando resuelto el contrato de compraventa suscrito por las partes el día 12 de abril de 2006, sobre la vivienda identificada con el número NUM000 del DIRECCION000 de Alborache, y condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 35.310#, que fue la suma entregada a cuenta, más la de 10.800 #, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, así como al pago de las costas procesales.
Frente a esta resolución interpone recurso de apelación el administrador concursal de la mercantil Promociones Finques Gio S.L., alegando que se ha infringido el contenido del artículo 51 de la Ley Concursal, en relación con los artículos 238 y 240 de la LOPJ, al encontrarse el administrador de la mercantil demandada suspendido de las facultades de administración y disposición, por lo que debió de haberle sustituido el administrador concursal para lo que se le debió de haber concedido un plazo de cinco días, solicita que se ordene la remisión del procedimiento al tribunal competente, declarando la nulidad de actuaciones desde la citación a la audiencia previa, ordenando la celebración de nuevo de la misma con citación de la administración concursal de la mercantil demandada, y expresa condena en costas de la instancia a la parte actora si se opusiera al recurso de apelación.
SEGUNDO.-El recurso de apelación no puede prosperar, en primer lugar porque el tribunal competente es el que ha tramitado el procedimiento y además porque ninguna nulidad de actuaciones debe acordarse, al no haberse producido la infracción de la norma que se cita.
Los artículos 50 y 51 de la Ley Concursal regulan la tramitación de los procedimientos declarativos que estén tramitando o que puedan interponerse contra el concursado distinguiendo según se trate de procedimientos que se hayan iniciado antes o después de la declaración de concurso, refiriéndose el primero de estos preceptos a los nuevos juicios declarativos planteados tras la declaración del concurso y el artículo siguiente por el contrario a la continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes.
En el presente supuesto es claro que nos encontramos ante el segundo de estos preceptos ya que la demanda origen de este procedimiento se presentó el día 23 de marzo de 2009 y al administrador de la mercantil demandada se le emplazó el día 27 de abril de 2010, no compareciendo en el plazo concedido por lo que por providencia de fecha 11 de noviembre de 2010 fue declarado en situación procesal de rebeldía, que le fue notificada en fecha 30 de noviembre de 2010, mientras que no fue hasta el día 23 de noviembre de 2010 cuando la demandada fue declarada en situación procesal de concurso, quedando suspendido el deudor de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio.
Encontrándonos por tanto en el supuesto previsto en el artículo 51 de la Ley Concursal, al tratarse de un procedimiento declarativo pendiente cuando la demandada fue declarada en situación de concurso, no procede que por la declaración del concurso pierda el juzgado de primera instancia su competencia para la tramitación del procedimiento, disponiendo por el contrario este artículo que los procedimientos continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.
Y lo que dispone el párrafo segundo de dicho precepto es que " En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el Secretario judicial traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que el Juez estime deban ser oídas respecto de su objeto."
Resulta por tanto que en supuestos como el que nos ocupa, de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, en los procedimientos en trámite la administración concursal sustituirá al deudor, pero

para ello debe personarse y presentar una solicitud en este sentido, disponiendo al efecto el artículo 42 de la Ley Concursal el deber de colaboración del deudor, quien debe informar de todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso, deber que cuando el deudor es una persona jurídica, como aquí ocurre, incumbe a su administrador, por lo que al igual que éste comunicó al administrador concursal la Sentencia que le fue notificada, también debió de informarle de la existencia del procedimiento para que en su caso dicha administración concursal se pudiera personar y solicitar sustituir al deudor, supuesto este en el que se le concedería un plazo de cinco días para poder instruirse del procedimiento.
No se ha producido por tanto ninguna infracción de normas procesales que haya causado indefensión a la demandada, por lo que no cabe declarar la nulidad de actuaciones que se solicita y procede en consecuencia desestimar el recurso de apelación interpuesto.": SAP Castellón (Sección 3) 22.07.2013 (Sentencia 326/2013; Rollo 836/2012)

AP Huelva (Sección 2)

"PRIMERO.-En primer lugar deben despejarse las cuestiones procesales que podrían dar lugar a no entrar a enjuiciar el fondo del asunto en esta segunda instancia. Así, en su oposición al recurso de la actora, ha planteado la demandada falta de legitimación de la actora para recurrir con base en el artículo 51.2 de la Ley Concursal. Anunció el recurso en escrito presentado el 13 de diciembre de 2.010, mediante auto de 22 de diciembre de 2.010 abrió el Juzgado de lo Mercantil la fase de liquidación y el escrito de interposición del recurso fue presentado posteriormente. El artículo 145 de la Ley Concursal establece que la situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el Título III de la presente Ley, dentro del que se encuentra el artículo 51, cuyo número 2 para el caso de tal suspensión determina que la administración concursal sustituirá a éste en todos los procedimientos en trámite. Los términos imperativos en que aparece redactado el precepto llevaría a entender que el concursado deja de ser parte pues ese es el efecto de la sustitución. Sin embargo, ni tal sustitución se opera automáticamente ni la privación de facultades le impide continuar siendo parte. La sustitución automática no tiene encaje en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en los tres casos de sucesión que prevé (por muerte, por transmisión inter vivos del objeto litigioso, y por intervención provocada, artículos 16 a 18 LEC), requiere solicitud y audiencia de las demás partes. El propio artículo 51.2 de la Ley Concursal contempla la personación de la administración concursal y la concesión de un plazo de cinco días para que se instruya de las actuaciones, pero -continúa- no obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado. Esto último es totalmente contradictorio con la sustitución procesal y algún autor ha escrito que "el legislador de la LC nos presenta una filigrana jurídica". En conclusión podemos decir que el concursado no llega a perder su capacidad para ser parte y comparecer en juicio, que por la comparecencia como parte de la administración concursal se consideraría interviniente (así lo llama el art. 51.3 de la Ley Concursal) voluntario (previa petición y autorización) adhesivo litisconsorcial (como titular de la relación jurídica), con facultades para defender sus pretensiones independientemente (artículo 13.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 51.3 de la Ley Concursal) entre ellas la de recurrir pero, si la administración no se ha personado por las razones que sea, conserva tales facultades y el recurso ha sido interpuesto por parte legítima.": SAP Huelva (Sección 2) 23.12.2011 (Sentencia 211/2011; Rollo 200/2011)

1. Nulidad de actuaciones por falta de "sustitución"

AP Cádiz (Sección 7)

"Se interpone recurso de apelación por la parte demandada condenada planteando en primer lugar la nulidad de las actuaciones por infracción del artículo 51. 2 de la Ley Concursal. El 28 mayo 2008 se dictó auto de declaración de concurso necesario de la actora por parte del Juzgado de Lo Mercantil número 1 de Cádiz, autos 644/2007, en el que se acordaba suspender las facultades de administración y disposición del deudor sobre los bienes, derechos y obligaciones de su patrimonio que hayan de integrarse en el concurso, que deberán ejercerse por los administradores concursales. Denuncia, pues, la falta de capacidad procesal de la actora que, en una situación de ausencia de la administración concursal, no ha cumplido con lo preceptuado en el artículo referido. (...)
TERCERO.- Efectivamente, y centrándonos con el problema planteado por la apelante en el caso de autos, el artículo 51 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, vigente en el momento de la tramitación de los presentes autos, establece que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. Pero especifica que en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, aunque afirma que esta sustitución no impedirá que (además de la administración concursal) el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso.
En el caso de autos puede observarse que a partir de la fecha de declaración del concurso, el 28 mayo 2008, mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, autos 644/2007, la sociedad mercantil actora continúa actuando en el presente procedimiento por medio del que había sido su administrador, don Edemiro, a pesar de que expresamente se habían suspendido las facultades de administración y disposición de dicha

entidad sobre los bienes, derechos y obligaciones de su patrimonio, debiendo ejercerse por los administradores concursales.
Además de ello, tampoco cumple con su obligación de asegurar de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso.
Estaríamos pues en un evidente caso de falta de capacidad procesal, especificando el artículo 7 de la LEC que sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y, en concreto por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen, aclarando que las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal.
En Auto de la AP Barcelona, sec. 15ª, A 6-6-2012, nº 77/2012, rec. 117/2012, precisamente se argumenta que la falta de cumplimiento de este requisito de aseguramiento en el juzgado de lo mercantil impide a la parte continuar con la tramitación del procedimiento que venía desarrollándose antes de la declaración del concurso, debiendo inadmitirse el recurso de apelación que se interpusiera constando esta falta de capacidad procesal.
El artículo 9 de la LEC establece que la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso, por lo que es procedente en este momento estimar la nulidad de cuantas actuaciones procesales se han llevado a cabo en el presente procedimiento tras la fecha del Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, autos 644/2007, declarando el concurso necesario, debiéndose retrotraer las actuaciones hasta dicho momento procesal, pudiendo la actora apelada subsanar, si es su deseo, dicho defecto. De lo contrario, se habría estado tramitando contra la hoy apelante un procedimiento por parte de una entidad sin capacidad procesal alguna, por medio de alguien que no tiene poder alguno para manifestar lo que es o no la voluntad de dicha persona jurídica.”: SAP Cádiz (Sección 7) 29.11.2012 (Sentencia 352/2012; Rollo 138/2012)

Art. 51.2.II - Caso de representación y defensa separada

1. Insuficiencia de la garantía ofrecida : crédito del administrador contra la masa

AP Baleares (Sección 5)

“PRIMERO Con carácter previo debemos reseñar que el testimonio remitido por el Juzgado no recoge muchos de los aspectos objeto de controversia, si bien del contenido de los autos y de las alegaciones de la parte recurrente en queja, se infiere que nos hallamos ante un supuesto delartículo 51.2 de la Ley Concursal en el cual la entidad concursada Alimcarat SL pretende recurrir en apelación una sentencia que en primera instancia le ha sido desfavorable - se desconoce si como actora o demandada- y dicha norma exige que los gastos de la actuación procesal y costas procesales no recaigan sobre la masa del concurso, y para ello la entidad deudora deberá garantizar que una hipotética imposición de costas o que el devengo de gastos procesales no comportará ningún perjuicio para la masa del concurso.
Se infiere que la entidad deudora en concurso ofrece como garantía la existencia de un crédito que su administrador Sr Mario ostenta contra la sociedad concursada por un importe de 29.729 euros de principal derivado de un sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de esta Ciudad y que sería un crédito contra la masa de carácter laboral. Además indica que dicha persona es acreedor de la masa por otros conceptos en la suma de 15.476,74 euros. Al mismo tiempo, se desconoce la cuantía del procedimiento, que según la parte recurrente es indeterminada.
El Juzgado de instancia considera que la garantía ofrecida no cumple con los requisitos exigidos por dicha norma, o es insuficiente, por cuanto no reúne los requisitos de ser clara, precisa y existente, sin que pueda hablarse de futuros o eventuales créditos futuros, y alude a que la sentencia antedicha no es firme, y aunque lo fuera no se acredita que se pueda hacer efectivo por no existir bienes suficientes de la masa del concurso que permitan abonarlo. Además, existe una pieza de calificación en la que se ha solicitado se declare el concurso como culpable y Don Mario sea declarado persona afectada por ello con posibilidad de tener que responder con su patrimonio personal, incluido el crédito que ahora reclama.
Frente a ello, el recurrente alega que la garantía es suficiente; que la demanda es de cuantía indeterminada, en ningún caso superior a los 18.000 euros (art. 394.3 de la LC), luego las cantidades ofrecidas son más que suficientes para cubrir una eventual condena en costas; la sentencia del Juzgado de lo Social es firme y es un crédito contra la masa que debe pagarse inmediatamente; se ha liquidado una parte importante de los bienes de la sociedad y la cantidad obtenida - 230.000 euros es suficiente para su pago y debe abonarse inmediatamente; en la pieza de calificación, Don Mario se ha opuesto y está pendiente de señalamiento de vista, todavía ha de dictarse sentencia y es muy improbable que se le pueda imputar la cobertura del déficit; y que se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva y se le produce un perjuicio, y deben utilizarse criterios interpretativos favorables a dicho acceso.
SEGUNDO Como antes se ha reseñado, el testimonio remitido y aportado por la representación de la entidad recurrente no es expresivo de alguna de las alegaciones a que se hace referencia, y en este aspecto, el más relevante es la determinación de si la sociedad concursada tiene un activo suficiente para el pago de las deudas contra la masa, lo que el Juzgador niega y el recurrente afirma, y sobre el particular con la documentación remitida no consta la acreditación de este hecho.
Examinadas las actuaciones consideramos que la garantía prestada en relación con un crédito a compensar es insuficiente, en atención sustancialmente a la existencia de una demanda de la Administración Concursal en la pieza de calificación en la que solicita la declaración de responsabilidad personal del administrador social que presta la garantía, y si bien es evidente que se desconoce el resultado final de esta demanda y sus recursos, en todo caso, provoca la inseguridad de que si la misma es finalmente estimada y se declara la responsabilidad personal de dicho administrador, se produjera el resultado final que la norma del artículo 50.2 de la LC trata de

evitar, cual es que se originen perjuicios a la masa concursal mediante una sentencia desfavorable que comporte la imposición de costas. Los créditos de dicha persona por otros conceptos - no aludidos en el auto- probablemente pueden ser calificados como subordinados y de muy difícil cobro. Compartimos que la cuantía ofrecida en un pleito de cuantía indeterminada es "prima facie" suficiente, pero lo decisivo es que dicho crédito puede verse afectado por la pieza de calificación, con lo cual es una garantía que no revista la adecuada seguridad de que pueda tener una eficacia práctica. Consideramos que con dicha interpretación o exigencia de seguridad en la efectividad de un crédito no se infringe ningún derecho a la tutela judicial efectiva, pues, reiteramos, lo que se trata de evitar es que puedan ocasionarse perjuicios a la masa concursal mediante una sentencia desfavorable, todo ello sin que conste interés en la administración concursal en mantener el recurso.
En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución recurrida.": AAP Baleares (sección 5) 23.03.2009 (JUR 2009\222537)

3. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. En cuanto a las costas, se estará a lo dispuesto en el párrafo primero del apartado anterior.

Art. 51.3

AP Zaragoza

"PRIMERO La primera cuestión que se plantea en el recurso de apelación hace referencia a la legitimación ad processum de la parte actora, puesto que durante la sustanciación del procedimiento entra en situación concursal. Es la propia ley concursal la que da respuesta a dicha problemática. Concretamente el art. 51. Si el deudor (concursado) tiene intervenidas sus facultades (no suspendidas), conservará la capacidad para actuar en juicio. Si bien necesitará autorización de la administración concursal para desistir, allanarse y transigir. En el caso que nos ocupa, la actora no tiene suspendidas sus facultades, sólo intervenidas (Auto de 16-9-2008), por lo que no precisa autorización especial de la administración concursal para mantener su reclamación, ya que ni desiste ni transige.": SAP Zaragoza (Sección 5) 14.04.2009 (JUR 2009\219832)

AP Madrid

"Respecto del primer motivo por la falta de cumplimiento de los requisitos formales esenciales se alega que la entidad mercantil recurrente se halla en una situación de concurso voluntario de acreedores concurso que se declaró en fecha 29 de septiembre del 2008 por eljuzgado de lo mercantil número tres de Madrid, en el procedimiento 346/2008, y de conformidad con lo previsto en laley concursal el artículo 51, era preceptiva la comparecencia de los administradores concursales en su calidad de demandados, a los efecto previsto en el citado artículo, no cumpliendo la juzgadora con tal obligación dejando expresa constancia en el acto de la vista solicitando la suspensión y desestimando la el juez y por tanto solicita una nulidad de actuaciones de conformidad con lo previsto elartículo 225 párrafo tercero, de la ley de enjuiciamiento civil.
ElArtículo 51 de la Ley Concursal expresamente dispone en relación a la continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes.
1 - los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en elArt. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.
2 - En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto se le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el juez traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas.
No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez.
3 - En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. En cuanto a las costas, se estará a lo dispuesto en el párrafo primero del apartado anterior.
Losartículos 50 y 51 de la Ley Concursal únicamente otorgan la competencia objetiva para conocer al Juzgado de lo Mercantil de los juicios declarativos instados con posterioridad a la declaración del concurso y en los que sea parte el concursado, circunstancia que, evidentemente, no ha tenido lugar en el procedimiento, puesto que

la declaración de concurso tiene fecha porauto de 29 de septiembre de 2008 y el presente procedimiento tiene entrada el 29 de enero del 2008 es decir con bastante anterioridad a la fecha anterior.
El acreedor afectado tiene, sin duda, derecho a que su reclamación sea resuelta, pero lógicamente por su cauce natural para ello, es decir, ante el Juez de Primera Instancia al que correspondió su demanda y que debe seguir conociendo de ella hasta dictar sentencia, puesto que todavía estaba tramitando la fase declarativa del juicio.
Junto a la declaración de concurso elartículo 21 y concordantes de la Ley Concursal establecen una serie de pronunciamientos vinculados a la declaración de la situación de concurso voluntario, pronunciamientos que afectan al nombramiento de los administradores del concurso, a la situación personal del concursado, a la publicidad del concurso y a los efectos patrimoniales de esta declaración. Y además exige.
Debe comunicarse la declaración de concurso a aquellos juzgados en los que se tramiten procedimientos con interés patrimonial para la masa, sin perjuicio de que bien el concursado por medio de su representación procesal, bien el administrador del concurso, puedan instar ante los juzgados correspondientes las pertinentes solicitudes de solicitud de suspensión de las ejecuciones ordinarias o, en su caso, acumulaciones, al amparo delartículo 55 y 51 de la Ley concursal.
A estos efectos este interés igualmente, el propio visionado del acto del juicio, donde se hicieron las manifestación de la necesidad de traer a los administradores concursales al acto del juicio en calidad de demandados y quedó resuelto en sentido negativo por el juez de instancia, y no formulándose ningún tipo de recurso contra el anterior resolución, que lógicamente quedó firme por ello sin perjuicio tener en cuenta con carácter incluso anterior la resolución del propioJuzgado de primera instancia mediante providencia de 14 octubre de 2008 en relación al oficio que se envió conforme a la Ley por el Juzgado de lo mercantil y el acuerdo de la continuación del procedimiento hasta sentencia que quedó, igualmente firme; e igualmente respecto de la propia petición de citación de los administradores concursales en calidad de demandado, baste remitir a la conservación de las facultades de administración de los propios administradores de la compañía, por lo que se ha producido la actuación del juez de primera instancia conforme a la ley y por tanto en ningún momento puede pedirse una nulidad actuaciones porque no se ha contradicho ninguna norma esencial del procedimiento sino que se actuando de conformidad con la ley expresamente y de conformidad con el artículo 51 de la ley concursal antes citada, por lo que toda resolución al respecto quedó firme y por lo tanto no puede ser invocada ahora como motivo de apelación.": SAP Madrid (Sección 10) 07.10.2009 (JUR 2010\21069; Sentencia 515/2009; Rollo 254/2009)

1. Necesidad de autorización para modificación transaccional de convenio regulador separacion matrimonial

"SEGUNDO El objeto del incidente en el curso del cual se ha dictado la sentencia que ahora se recurre se limita a la validez del acto de disposición del concursado, Sr.Maximino, al convenir con la Sra.Rosaura una modificación de las medidas definitivas del originario convenio regulador de separación, modificación que se reseña en los antecedentes de hecho de lasentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Sabadell nº 3, de 15 de junio de 2007, que lo aprobó.
El Sr.Maximino fue declarado en concurso porauto de fecha 17 de noviembre de 2006, que expresamente acordó que el deudor conservara las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero su ejercicio quedaba sujeto a la intervención de la administradora concursal, mediante su autorización o conformidad. La administradora concursal tomo posesión de su cargo el día 28 de noviembre de 2006.
Por otra parte, consta que con posterioridad, una vez limitado el ejercicio de sus facultades patrimoniales, el Sr.Maximino prestó su consentimiento a la modificación de las medidas definitivas, aprobadas en su día en el proceso de separación judicial. Esta modificación, tal y como fue convenida por el Sr.Maximino con la Sra.Rosaura, supone un acto de disposición patrimonial por el concursado, porque, además de reconocer una deuda por la pensión compensatoria debida hasta junio de 2006 (151.711,56 euros), se amplía la pensión a 914,18 euros mensuales, y se atribuye el uso del domicilio conyugal a la Sra.Rosaura. Siendo un acto de disposición patrimonial, no consta que hubiera sido autorizado ni confirmado por la administradora concursal, razón por la cual está afectado por un vicio de anulabilidad, que consiste en que una de las partes en la transacción, el Sr.Maximino, al tiempo de prestar consentimiento, se encontraba intervenido en el ejercicio de sus facultades patrimoniales, en cuanto que precisaba la autorización o la confirmación de la administradora concursal.
No consta que la administración concursal hubiera autorizado esta transacción ni que, más tarde, una vez aprobada judicialmente, la haya confirmado. A este respecto, no bastaba con que se hubiera notificado a la administración concursal la existencia del procedimiento de medidas, sino que era necesario que se hubiera recabado expresamente su autorización o, a posteriori, su confirmación (art. 40 LC). En este sentido, como el acuerdo de modificación de medidas se alcanzó en el curso de un procedimiento judicial y con posterioridad a la declaración de concurso, se trataba de una transacción, y para que el consentimiento del Sr.Maximino fuera válido debía contar con la autorización de la administradora concursal, conforme a lo prescrito en elart. 51.3 LC.
Por ello, conforme alart. 40.7 LC, y antes de que caduque la acción, la administradora concursal está legitimada para pedir la anulación del acuerdo transaccional, no siendo impedimento para ello que hubiera sido aprobada por el Juzgado de primera instancia que conoció del procedimiento matrimonial, en el curso del cual se aprobó en su día las medidas que ahora se pretende modificar.
El hecho de que la deuda reconocida en la modificación de medidas fuera anterior a la declaración de concurso no justifica la validez de la transacción, pues se trataría de un crédito concursal que debe reconocerse dentro del concurso, por el preceptivo trámite, y un reconocimiento de deuda en otro procedimiento judicial no deja de constituir un acto de disposición afectado por la limitación de facultades patrimoniales delart. 40 LC. Y, en

cualquier caso, la razón de la anulación no es tanto el contenido exacto de la transacción como el defecto de capacidad para consentir la misma por parte del Sr.Maximino, derivado de tener intervenido el ejercicio de sus facultades patrimoniales como consecuencia de haber sido declarado en concurso de acreedores, de ahí que la consecuencia de esta anulación sea dejar sin efecto dicha modificación de medidas, recobrando valor, consiguientemente, las que se pretendía modificar. De ahí que deberá estarse a las mismas para conocer si está vigente la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar, todo ello sin perjuicio de que el pago de las pensiones adeudadas pudieran estar afectadas por lo previsto en elart. 47 LC.
El crédito que la Sra.Rosaura pudiera tener frente al Sr.Maximino por las mensualidades de la pensión compensatoria no abonadas hasta la declaración de concurso, sin perjuicio de su concreta determinación en el trámite de reconocimiento de créditos, será un crédito concursal (art. 49 LC), cuyo abono queda afectado a las reglas y formas de pago determinadas por la solución concursal por la que se opte (convenio o liquidación y pago).": SAP Barcelona (Sección 15) 05.022009 (JUR 2009/411695; Sentencia 57/2009; Rollo 633/2008)

Artículo 51 bis. ***Suspensión de juicios declarativos pendientes.***

Nuevo art. 51 bis introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

1. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.

Vid. la jurisprudencia anterior a la ley 38/2011, incluida en el art 50.2

Art. 51 bis.1 – En los que se ejercite la acción de responsabilidad por deudas sociales

AP Alicante

"PRIMERO.-La demanda que inicia este proceso tiene por objeto una pretensión de condena al pago del principal por importe de 145.369,29.- #, más intereses legales y las costas derivadas del Juicio Cambiario número 266/11 seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alcoy, contra Don Justiniano, en su calidad de Administrador único de la mercantil URDIDOS CANTÓ, S.L., quien emitió en los meses de marzo y abril de 2008 cinco pagarés que no fueron atendidos cuando fueron presentados al cobro por la entidad actora a quien se los había endosado la mercantil tenedora de los mismos, BREZO HILADOS, S.L., fundando la responsabilidad del Administrador social en la acción individual de responsabilidad por daños prevista en los artículos 133 y 135 TRLSA, a los que se remitía el artículo 69 LSRL por haber emitido los pagarés cuando conocía que la situación patrimonial de la mercantil no permitía hacer efectivo su importe en el momento de su presentación al cobro y, en la acción de responsabilidad por deudas prevista en el artículo 105.5 LSRL porque había contraído deudas después de no haber promovido la disolución de la sociedad cuando concurría una causa legal, en particular, la prevista en el artículo 104.1.e LSRL relativa a la existencia un patrimonio contable inferior a la mitad del capital social.
La Sentencia de instancia estimó la demanda al concurrir los presupuestos de la acción individual de responsabilidad por daños y de la acción de responsabilidad por deudas.
Frente a la misma se ha alzado la parte demandada quien alega: 1.-) suspensión del proceso en aplicación del artículo 51.bis.1 de la Ley Concursal; 2.-) excepción de la prescripción de la acción; 3.-) ausencia de los presupuestos de la acción individual de responsabilidad por daños; 4.-) ausencia de los presupuestos de la acción de responsabilidad por deudas.
SEGUNDO.-Se rechaza la solicitud de suspensión del procedimiento en aplicación de lo previsto en el artículo 51.1.bis de la Ley Concursal porque: i) solo puede afectar de conformidad con lo previsto en el artículo 164.1 de la Ley Concursal a los Administradores que lo hubieran sido en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración del concurso de URDIDOS CANTÓ, S.L.U. (19 de abril de 2013) y el Sr. Justiniano cesó como Administrador el día 8 de abril de 2008, más allá de los dos años; ii) en todo caso, el artículo 51.1.bis de la Ley Concursal solo afecta a la llamada acción de responsabilidad por deudas y, en nuestro caso, se ha condenado también al Sr. Justiniano en el ejercicio de la acción individual de responsabilidad por daños, acción a la que no afecta la suspensión legal.": SAP Alicante (Sección 8) 23.10.2013 (Sentencia 401/2013; Rollo 292/2013)

AP Zaragoza

"CUARTO.-Ya en cuanto al último motivo invocado por el recurrente, aquel que se refiere a la posible nulidad de actuaciones por no haberse suspendido el procedimiento al haber sido declarada anteriormente en concurso de acreedores la entidad de la que los demandados eran administradores, se ha de tener en cuenta lo que se establece en el artículo 51 bis de la Ley Concursal, que dice: "Suspensión de juicios declarativos pendientes. 1. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran

incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución". Dicho artículo 51 bis fue introducido por el número cuarenta y uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre), con vigencia desde el día 1º de enero de 2012, y por tanto resulta de invocación al presente pleito que fue iniciado por demanda presentada el 7 día de noviembre de 2013, iniciándose el concurso en fecha anterior. Este precepto ya fue aplicado por esta Sala en la resolución dictada número 210/2014, de 17 de junio, en pieza incidental de medidas cautelares promovida por la actora contra los demandados, y por lo mismo la declaración concursal de la entidad -comunicada o no a las actuaciones principales-- constaban a este órgano que resuelve, y debe producir los consiguientes efectos suspensivos, conforme a lo que en el mismo se ordena, por las razones evidentes que en el mismo subyacen, impidiéndose un pronunciamiento adelantado que debe resolverse -en todo o en parte-- en el proceso de ejecución colectiva. Quizá, aplicado aquel artículo, el problema esencial que podría plantearse es el referente al momento procesal concreto en que las presentes actuaciones deben quedar afectadas por aquella suspensión, y si los trámites efectuados con anterioridad pueden ser conservados en su integridad, o total o parcialmente alterados por la exigida declaración, que es cuestión sobre la que las partes no se han pronunciado, que podría ocasionar alguna incertidumbre, por cuyas circunstancias el precepto debe aplicarse en su literalidad, desde un punto de vista gramatical suficientemente expresiva, acordando la suspensión de este procedimiento desde el momento mismo de la declaración del consurso. Por este razonamiento, el recurso debe estimarse, acogiéndose la petición de suspensión del procedimiento hasta la conclusión del concurso.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 06.02.2015 (Sentencia 63/2015; Rollo 20/2015)

2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil.

Art. 51 bis.2 – En los que se ejercite la acción directa del art. 1597 CC

Nota

Vid. art. 50.3 y la jurisprudencia anterior a la ley 38/2011 sobre acción directa ex art 1597 CC

AP Alava (Sección 1)

“SEGUNDO.-De la acción directa y el concurso
No puede obviarse que la acción directa por parte de la apelada se ha ejercitado once días antes de que se declarara el concurso de la contratista. La apelante lo recuerda en uno de sus motivos, y desde luego tenía relevancia en el procedimiento. Recordemos que la demanda que ha dado lugar a la sentencia ahora recurrida se insta por Hormigones Premezclados Álava S.A., quien pone material, en concreto hormigón, que le encarga Azysa Obras y Proyectos S.L. Ante el impago por el contratista, ejercita acción directa frente al dueño de la obra, la Junta de Compensación apelante. Primero extrajudicialmente, el 6 de marzo de 2013. Luego mediante demanda que se presenta en el Juzgado Decano de Vitoria-Gasteiz el 14 de marzo. El 25 de marzo siguiente el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona declara mediante auto el concurso voluntario de Azysa Obras y Proyectos S.L.
Todo ello es relevante porque no se atendió lo dispuesto en el art 51 bis 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), tras su reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre. El precepto reformado estaba en vigor al presentarse la demanda frente al propietario de la obra y declararse el concurso. La norma dispone que " Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en elartículo 1.597 del Código Civil ".
Por lo tanto desde el 25 de marzo de 2013 el procedimiento que ha dado lugar a la sentencia recurrida debía haberse suspendido por disposición legal. O cuando menos, desde la contestación a la demanda, puesto que la hoy apelante explica en el hecho quinto de la misma que Azysa ha sido declarada en concurso, aportando como doc. nº 9 copia del auto (folios 274 y ss del tomo I de los autos) en que consta tal declaración por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona.
Sin embargo el procedimiento siguió su curso, no se suspende y se llega a dictar sentencia que ahora se apela. **La irregularidad procesal es manifiesta, aunque no tenga una consecuencia clara como la que dispone el art. 50.3 LC, que remite al último inciso del art. 50.1 LC**. Pero se tendrá bien presente para resolver el recurso.
TERCERO.-Sobre la incongruencia y falta de motivación
La recurrente mantiene que la sentencia vulnera el art. 218 LEC porque no resuelve su reiterada alegación de que está liberado del pago por Auto de 11 de junio de 2013 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Vitoria-Gasteiz en procedimiento de consignación nº 495/13. Efectivamente consta la existencia de tal auto, que debe ser situado en el contexto correspondiente.
La Junta de Compensación recurrente, había contratado a Azysa Obras y Proyectos S.L. que a su vez había encargado a la apelada, Hormigones Premezclados Álava S.A., ciertas cantidades de hormigón que dejó impagadas hasta la cantidad reclamada en el litigio, 57.468,77 #. Como la contratista dejó de pagar a sus proveedores, muchos de ellos ejercitaron extrajudicialmente la acción directa prevista en el art. 1597 del Código Civil (CCv). Entre ellos, la apelada, que después de requerir el 6 de marzo de 2013, presenta demanda el 14 de marzo ante los Juzgados de Vitoria-Gasteiz, dando lugar al presente litigio. Luego, el 25 de marzo de

2013, Azysa es declarada en concurso por Auto de dicha fecha del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona.
Instado el procedimiento de consignación, que presenta el día 8 de abril de 2013, y tras los trámites oportunos, el juzgado declara bien hecha la consignación y libera a la propietaria que había consignado lo que entendía adeudaba a la contratista, 310.317,03 #, aunque los subcontratistas le habían reclamado en total cantidades muy superiores. El auto se notifica a todos los intervinientes entre los que se encuentra Hormigones Premezclados Álava S.A., y alcanza firmeza.
El concurso ya estaba declarado por entonces, por lo que operaba el principio de universalidad de la masa activa que declara el art. 76 LC. Pese a tal conocimiento los acreedores que acudieron al expediente de consignación, sin intervención de la concursada ni de la administración concursal, deciden repartirse los 310.317,03 # en escritura notarial de 16 de diciembre de 2013. De los antecedentes que obran en autos parece deducirse, además, que la diligencia de ordenación de 15 de enero de 2014 da por bueno ese reparto, pues cuestiona un céntimo que detrae de quien obtiene mayor cantidad. Luego en la audiencia previa se ha considerado acreditado que la actora, hoy apelada, recibió en aquel expediente la cantidad de 32.425,62 #. Es decir, parece que el importe consignado se ha repartido obviando el concurso.
Pues bien, aunque se apartara la irregularidad que supone la continuidad del procedimiento en ejercicio de la acción directa pese a que conforme al art. 51 bis 2 LC debiera haberse suspendido, y el reparto extrajudicial de elementos de la masa activa de la contratista concursada, lo cierto es que no puede operar el art. 1597 CCv porque el dueño de la obra ha sido liberado en virtud del referido Auto de 11 de junio de 2013 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Vitoria- Gasteiz en el procedimiento de consignación judicial 495/2013.
Dice la apelada que dicho auto no le afecta porque se dicta en un expediente de jurisdicción voluntaria. No puede acogerse su tesis porque como hemos explicado en AAP Álava, Secc. 1ª, de 5 de noviembre de 2013, rec. 440/2013, y 2 abril 2014, rec. 82/2014, el expediente de consignación no es un acto de jurisdicción voluntaria, sino una forma de pago regulada en el Código Civil en la Sección 1ª ("Del pago") del Capítulo IV el Título I de su Libro IV. Ni está prevista en la LEC de 1881, ni puede venir contencioso, ni su objeto es otro que declarar bien o mal hecha la consignación, que son las alternativas que ofrece la norma. Ni siquiera tiene por objeto la entrega a los acreedores cuando, como es el caso, la causa de que se verifique es que porfían varios por el mismo crédito.
En segundo lugar se asegura que principios como la perpetuatio iurisdiccionis y lite pendente nihil innovatur impiden apreciar el pago. De ser cierto, habría de haberse expresado en el procedimiento de consignación ante el Juzgado de 1ª Instancia en el que fue oída la apelada, y por el que pasó, aceptando su firmeza. Si esos principios fueran de aplicación, allí debiera haberse defendido, lo que no ha ocurrido. La apelada, por el contrario, pasó por lo allí decidido, no impugnó e incluso llegó a acordar con otros acreedores el reparto del importe consignado que, vistos los antecedentes, parece que correspondían a la masa activa de la contratista declarada en concurso.
Se añade que en los procedimientos concursales los efectos del concurso comienzan desde que se dicta la resolución que declara el concurso. Ciertamente es así, lo que no impide que puedan surtir efecto hacia atrás, como ocurre con la acción de reintegración del art. 71 LC, la eventual calificación del concurso o, en cuanto a los procedimientos declarativos pendientes, como es el caso, en los arts. 51, 56 y el ya citado 51 bis LC.
El resto de las argumentaciones descansa sobre un presupuesto que no concurre, que es la consumación de la acción directa antes de la declaración de concurso. Al contrario, en realidad la consumación se ha producido con la sentencia recurrida. Pero además el reparto que se realiza por parte de los acreedores de la concursada tiene lugar mediante escritura pública de 16 de diciembre de 2013, es decir, posterior a la declaración de concurso que tiene lugar el 25 de marzo.
Lo que ha ocurrido, sencillamente, es que el propietario de la obra se ha liberado consignado, y la apelada lo ha consentido. Al pasar por tal auto, sin recurrirlo, y al aceptar el reparto del importe consignado, pese a que la Administración Concursal no participara, queda obligado por sus propios actos. No puede reclamar, por tanto, porque el deudor ha sido liberado, y su acción se sustenta en una deuda que el juzgado declaró que ya había sido saldada.
Las disputas respecto a que sea mayor el crédito contra la concursada o quien deba percibir el pago de lo consignado han de solventarse en el procedimiento concursal de Azysa, ante el juzgado que conoce del mismo. En lo que aquí respecta, la acción del art. 1597 CCv no puede prosperar porque el dueño de la obra se liberó, lo que supone la estimación del recurso y la revocación de la sentencia, debiendo desestimarse la demanda. No se hará, sin embargo, condena en costas, puesto que las dudas jurídicas del caso se han propiciado por las propias partes, al no acudir al juzgado del concurso, al aceptar lo decidido por el Juzgado de 1ª Instancia que tramitó la consignación y al repartirse cantidades de forma discutible, y por el juzgado que tramita este procedimiento al no haberlo suspendido como ordenaba el art. 52 bis 2 LC precisamente para evitar conflictos como el que este recurso ha suscitado.”: SAP Alava (Sección 1) 06.06.2014 (Sentencia 139/2014; Rollo 181/2014)

AP Alicante (Sección 9)

“PRIMERO.-La sentencia de fecha 29 de mayo de 2.013 recaída en la primera instancia, estima en su integridad la demanda formulada por Don Pedro, y condena a la entidad codemandada Firmes y Compact,
S.L. a que pague al demandante la cantidad de 17.263,94 Euros más los intereses legales en los términos que se reflejan en el fundamento jurídico segundo de la referida resolución, y condena igualmente a la mercantil codemandada Azvi, S.A. a retener a favor del demandante las sumas que adeude a la codemandada Firmes y Compact, S.L. en importe de 17.263,94 Euros, imponiendo además a las entidades codemandadas el pago de las costas.
Frente a la referida resolución, la codemandada Azvi, S.A., interpone recurso de apelación que fundamenta en la existencia de una Infracción de normas (art. 459 LEC): Infracción del artículo 51 bis apartado 2 de la Ley

22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su redacción dada tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de Octubre.

SEGUNDO.-Por lo que respecta a los efectos de la declaración de concurso sobre la acción directa del subcontratista del artículo 1.597 del Código Civil frente al dueño de la obra, la Sentencia del T.S. de 11 de diciembre de 2013 (5826/2.013) resuelve la cuestión.

Se trata de un supuesto en el que entran en juego principios esenciales del concurso como la "pars conditio creditorum" o "la universalidad de la masa activa y pasiva del concurso".

El T.S. manifiesta que la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el artículo

1.597 del Código Civil, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya hecho efectivo antes de la declaración del concurso, precisando que el requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción (SSTS 657/1997, de 17 de julio y núm. 300/2008, de 8 de mayo), aunque lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario. Todo ello en el mismo sentido que la Sentencia T.S. de 21 de mayo de 2.013.

En concreto, el T.S. fundamenta su pronunciamiento de la siguiente forma: " *Las razones que expusimos en la sentencia núm. 322/2013, de 21 de mayo, son aplicables al presente supuesto:"*

1 *Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la "par conditio creditorum", cuya regulación en nuestra Ley Concursal 22/ 2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90 y 91) y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio.*

2 *Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC y el de universalidad del artículo 76 LC), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 Cc), quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L.*

Por el primero -art. 49 LC -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC).

Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es solidaria, dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2o y 3o del motivo de casación.

Pero [deberá advertir] que, por el principio de universalidad de la masa activa que consagra elart. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.

1 *Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, ex lege, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieren trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "...que no esté reconocido en esta Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda no 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal...*

2 *Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil ".*

Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.

Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquéllos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.

Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (artículos 55 y 90 y siguientes de la LC) son expresamente contemplados, y, por

consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la vis atractiva del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1a, 2a y 3a y Capítulo III de la Ley Concursal.
Por todos los razonamientos precedentes, el motivo se desestima".
En este mismo sentido la Sentencia de la A.P. de Barcelona (Sección 15ª) de fecha 10 de junio de 2.013 : " *El artículo 51 bis 2 LC dispone: " Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil (LA LEY 1/1889). " Éste es el caso de autos, tal como ha apreciado la juez mercantil. El juicio ordinario -del que conoce el juzgado de primera instancia-, en que KINGSPAN ejercitó la acción directa contra LIDL, ha quedado en suspenso hasta la conclusión del concurso. No cabe, por tanto, que se actúe en el procedimiento concursal como pretende la parte actora apelante, es decir, haciendo entrega a ésta de la suma que reclamó en la acción directa suspendida, como si esa acción hubiera sido estimada y tuviera efectos en el concurso o como si la acción -ejercitada por persona distinta de la concursada contra persona distinta de la concursada- debiera ahora enjuiciarse y estimarse por la juez del concurso. Nada de eso puede extraerse del artículo 51.bis 2 LC, pese a las dudas interpretativas que haya podido suscitar el texto de los artículos 50.2 y 51.bis 2 LC. Debemos compartir el razonamiento de la Sra. Magistrada, conforme al cual, la Ley 38/2011 (LA LEY 19112/2011) ha venido a vaciar de contenido o dejar sin efecto la acción directa del artículo 1597 CC (LA LEY 1/1889), una vez que el contratista ha sido declarado en concurso, por más que el subcontratista haya reclamado judicial o extrajudicialmente al promotor de la obra antes de la declaración de concurso del contratista. No nos corresponde enjuiciar la bondad del nuevo tratamiento, que persigue, sin duda, como también expone la sentencia impugnada, evitar la salida de bienes de la masa activa del concurso para pagar a determinados acreedores concursales - los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista - con afectación del principio de igualdad entre los acreedores (par condicio creditorum).*
Por ello, debe desestimarse el primer motivo de recurso sin que quepa examinar si concurren en el caso los requisitos de fondo de la acción directa. El juzgado ha aplicado, como debía, la LC, que establece las condiciones de ejercicio del artículo 1597 CC (LA LEY 1/1889) cuando el contratista se halla en concurso".
En el supuesto que contemplamos en el presente recurso de apelación resulta evidentemente de aplicación lo establecido en el artículo 51, 2 bis de la Ley Concursal, ya que nos encontramos ante un juicio ordinario en el que se ha ejercitado la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil, y que durante el curso del mismo, ha sido declarado el Concurso de acreedores de la mercantil Firmes y Compact, S.L., por lo que debió quedar en suspenso el procedimiento desde la declaración del Concurso y hasta el momento de la conclusión del mismo, por lo que resulta procedente la estimación del recurso, procediendo la declaración de la nulidad de lo actuado desde la fecha de la declaración del Concurso de acreedores de la entidad codemandada Firmes y Compact, S.L., y acordando la suspensión del presente procedimiento hasta el momento de la finalización del referido procedimiento concursal (Autos de Concurso Voluntario nº 475/12 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante con sede en Elche).”: SAP Alicante (Sección 9) 04.06.2014 (Sentencia 290/2014; Rollo 659/2013)

AP Barcelona (Sección 15)

“5. Primer motivo de apelación. Alegación de infracción del artículo 1597 del Código civil
El artículo 1597 CC establece, efectivamente: " Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación. "
La sentencia del juzgado resume con fidelidad los criterios que, sobre los efectos de la acción del artículo 1597 en el concurso, habían mantenido los tribunales antes de la reforma de la LC por la Ley 38/2011. No profundizaremos en esa cuestión puesto que, sobre estar perfectamente tratada por la Sra. magistrada, ni es realmente discutida ni es relevante en el caso, al que resulta aplicable la LC, en su redacción por la Ley 38/2011, atendida la fecha de declaración del concurso (3 de mayo de 2012). La disposición transitoria primera.1 de la Ley 38/2011 establece: " La presente ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor. "
Tras la reforma citada, el artículo 50.3 LC dice: " Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo. " El inciso de referencia dice: " De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado."
El artículo 51 bis 2 LC dispone: " Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. "
Éste es el caso de autos, tal como ha apreciado la juez mercantil. El juicio ordinario -del que conoce el juzgado de primera instancia-, en que KINGSPAN ejercitó la acción directa contra LIDL, ha quedado en suspenso hasta la conclusión del concurso. No cabe, por tanto, que se actúe en el procedimiento concursal como pretende la parte actora apelante, es decir, haciendo entrega a ésta de la suma que reclamó en la acción directa suspendida, como si esa acción hubiera sido estimada y tuviera efectos en el concurso o como si la acción -ejercitada por persona distinta de la concursada contra persona distinta de la concursada- debiera ahora

enjuiciarse y estimarse por la juez del concurso. Nada de eso puede extraerse del artículo 51.bis 2 LC, pese a las dudas interpretativas que haya podido suscitar el texto de los artículos 50.2 y 51.bis 2 LC.
Debemos compartir el razonamiento de la Sra. magistrada, conforme al cual, la Ley 38/2011 ha venido a vaciar de contenido o dejar sin efecto la acción directa del artículo 1597 CC, una vez que el contratista ha sido declarado en concurso, por más que el subcontratista haya reclamado judicial o extrajudicialmente al promotor de la obra antes de la declaración de concurso del contratista. No nos corresponde enjuiciar la bondad del nuevo tratamiento, que persigue, sin duda, como también expone la sentencia impugnada, evitar la salida de bienes de la masa activa del concurso para pagar a determinados acreedores concursales - losque ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista - con afectación del principio de igualdad entre los acreedores (par condicio creditorum).
Por ello, debe desestimarse el primer motivo de recurso sin que quepa examinar si concurren en el caso los requisitos de fondo de la acción directa. El juzgado ha aplicado, como debía, la LC, que establece las condiciones de ejercicio del artículo 1597 CC cuando el contratista se halla en concurso.": SAP Barcelona (Sección 15) 10.06.2013 (Sentencia 240/2013; Rollo 94/2013)

AP Madrid (Sección 28)

"TERCERO.- Presentada la demanda origen de estas actuaciones con anterioridad a la declaración de concurso en la que un subcontratista ejercitaba la acción contractual contra el contratista principal y la acción directa contra el dueño de la obra en reclamación del importe de su trabajo, resulta patente que la competencia objetiva para el conocimiento de la demanda correspondía al Juzgado de Primera Instancia.
En primer término conviene indicar que no resulta relevante la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de concurso pues todos los efectos del concurso se vinculan a la declaración (artículos 21.2, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61 y 71, entre otros muchos, de la Ley Concursal).
Por el contrario, el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. Es más, en el supuesto analizado la admisión de la demanda fue también anterior a la declaración de concurso
Al tiempo de la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid no se había declarado el concurso de la entidad codemandada por lo que su posterior declaración por el Juzgado de lo Mercantil no afectaba a la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia.
Resulta una obviedad tener que afirmar que en el momento de la presentación de la demanda, ésta sólo podía presentarse ante los Juzgados de Primera Instancia y nunca ante el Juzgado de lo Mercantil que aún no había sido declarado el concurso.
Por lo demás, declarado el concurso tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 38/2011 en los artículos 50 y 51 de la Ley Concursal que, además introduce el nuevo artículo 51 bis, las normas reformadas son las que resultan de aplicación para resolver la controversia de conformidad con la disposición transitoria primera de la Ley 38/211, que, con carácter general y sin que se contemple especialidad alguna en las demás disposiciones transitorias respecto de los preceptos indicados, ordena la aplicación de la reforma a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor, lo que tuvo lugar, en lo que aquí interesa, el 1 de enero de 2012 (disposición final tercera).
El juicio declarativo tampoco resulta acumulable al concurso sino que debe continuar sustanciándose ante el tribunal que estaba conociendo del mismo hasta la firmeza de la sentencia, esto es, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid.
Tras la reforma operada en el artículo 51 de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 solo resultan acumulables al concurso los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores y liquidadores, de hecho y derecho, y contra los auditores, esto es, los procedimientos en los que se haya ejercitado la acción social o individual de responsabilidad contra los administradores societarios y las de responsabilidad contra auditores y liquidadores por los daños y perjuicios causados a la sociedad, siempre que el procedimiento que se pretende acumular esté en primera instancia y no haya finalizado el acto del juicio o de la vista.
En consecuencia y a la vista de las acciones ejercitadas en la demanda, el procedimiento que se tramitaba ante el Juzgado de Primera Instancia no resultaba acumulable al concurso.
Es más, ejercitándose la acción directa contra el dueño de la obra, el Juzgado de Primera Instancia deberá tener en cuenta y, en su caso, aplicar respecto de la citada acción, el contenido del artículo 51 bis 2 de la Ley Concursal, que ordena, una vez declarado el concurso y hasta su conclusión, la suspensión de los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiere ejercitado la acción directa del artículo 1597 del Código Civil, lo que no afectaría a la acción ejercitada contra la concursada que podría continuar hasta la firmeza de la sentencia.
Tampoco resultaba especialmente afortuna la aplicación efectuada por el Juzgado de Primera Instancia del artículo 51.1 de la Ley Concursal en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, en tanto que, además de no ser de aplicación al supuesto de autos la primitiva redacción, tal y como ya hemos explicado, la norma exigía para que los juicios declarativos en los que el deudor fuera parte pudieran acumularse al concurso: a) que por razón de la materia fuera competencia del juez del concurso; b) que se hallare en primera instancia; c) que el juez del concurso -y no el que conocía de los autos que se pretendían acumular- considerara que su resolución tenía transcendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores. En otro caso, el procedimiento debía continuar ante el juez que estuviera conociendo del mismo hasta la firmeza de la sentencia.
En el supuesto de autos, el juez del concurso no se había pronunciado sobre la conveniencia de la acumulación pretendida por tener la resolución del litigio transcendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores.

En todo caso, ya hemos explicado que resultan de aplicación los artículos 51.1 y 51 bis 2 de la Ley Concursal, en la redacción dada por la Ley 38/2011, que no permite la acumulación al concurso del procedimiento origen de estas actuaciones.”: AAP Madrid (Sección 28) 30.01.2015 (Auto 23/2015; Rollo 283/2014)

AP Madrid (Sección 11)

“TERCERO. Sobre la posible incidencia del concurso de ERALAN S.A. en el presente procedimiento.
La acción de reclamación que se ejercita en la demanda va dirigida tanto contra ADIF (la propietaria de la obra) como contra ERALAN (la contratista), acción basada como hemos dicho en el artículo 1.597 CC.
A primera vista, puede parecer de aplicación lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley Concursal :
"3. Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo".
Y la consecuencia sería que la juzgadora de instancia debía no haber admitido a trámite la demanda. Pero, dado que la demanda se interpuso el 11 de julio de 2011, todavía no estaba en vigor ese tercer párrafo del artículo 50 de la Ley Concursal.
Ahora bien, esa misma Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre), que entraba en vigor el 1 de enero de 2012, introdujo también un Artículo 51 bis que dispone:
"2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil ".
Y, como la competencia objetiva para conocer, puede ser examinada y declarada de oficio, la juzgadora de instancia, una vez conocido el hecho de que por Auto de 3 de junio de 2011 la empresa ERALAN había sido declarada en concurso, debió dejar en suspenso el procedimiento iniciado.
En este sentido, es de estimar el segundo motivo de recurso de la apelante, y debe revocarse la sentencia de instancia para ordenar la suspensión del procedimiento en el estado en que estuviera a fecha 1 de enero de 2012, fecha de entrada en vigor del precepto antes citado.”: SAP Madrid (Sección 11) 09.10.2014 (Sentencia 345/2014; Rollo 641/2013)

AP Sevilla

“Primero.- La parte actora reclama el precio de unos trabajos que efectuó para la entidad COMETAL INPESA, S.L., declarada en concurso el día 3 de septiembre de 2.012. La entidad concursada a su vez tenía contrato con FIBES SEVILLA, UTE, formando parte los trabajos que contrató con la actora de los que a su vez se había hecho cargo en virtud de su contrato con la mencionada UTE. La actora reclama directamente con base al artículo 1.597 del Código Civil.
Establece el citado precepto que "los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquel cuando se hace la reclamación". La norma suscitó una viva discusión con anterioridad a la reforma concursal de 2011 en torno a la cuestión de si el derecho de crédito del contratista frente a dicho comitente principal es intocable por el subcontratista, una vez declarado el concurso del primero.
El legislador español dio respuesta a esta problemática en la Ley 38/2011, retocando varios preceptos de la Ley Concursal. En primer lugar el artículo 50.3, que en su redacción actual establece que "los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil ". Por su parte el artículo 51 bis 2 de la Ley Concursal, introducido por la reforma, regula el supuesto de que la acción prevista en el artículo 1.597 se hubiera ejercitado antes de la declaración del concurso. Para este caso, "declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil ".
La disposición transitoria 1ª de la Ley 38/2011 no establece la aplicación inmediata de estos preceptos a los concursos en tramitación por lo que, en principio, estas reglas únicamente resultaban de obligada observancia en los concursos declarados tras su entrada en vigor el día 1 de enero de 2.012.
Segundo.- El Juzgado de Primera Instancia tuvo conocimiento de la declaración del concurso de COMITAL INPESA, S.L. por escrito presentado el día 28 de septiembre de 2.012 al que se adjuntaba fotocopia de la página del B.O.E. de 20 de septiembre de 2.012 en la que se publicaba la declaración del concurso el día 3 de septiembre por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra. Posteriormente recibió comunicaciones del referido Juzgado de la Mercantil de fecha 28 de noviembre de 2.012, respondida por providencia de 17 de diciembre, y de fecha 12 de julio de 2.013, respondida por providencia de 9 de septiembre. En todos los casos el Juez rechazó tanto declinar su competencia, lo que había sido expresamente planteado por la demandada, como suspender el procedimiento, lo que solicitaron tanto la demandada como el Juzgado de lo Mercantil, bajo el argumento de que el concurso no afectaba a su procedimiento por no ser parte en el mismo la concursada.
El argumento es claramente erróneo. Los artículos 50.3 y 51 bis.2 de la Ley Concursal no contemplan acciones que se dirijan directamente contra la concursada y su patrimonio. Tal supuesto está regulado en el artículo 51.1, que se refiere expresamente a los juicios declarativos en que el deudor sea parte, circunstancia esta que no exigen los citados preceptos. Por el contrario los artículos 50.3 y 51 bis.2 se refieren a juicios declarativos

en los que el concursado no es parte. Concretamente se refieren a las acciones que, con base al artículo 1.597 del Código Civil, se dirigen no contra el concursado, sino contra un deudor suyo. La razón es simple de comprender. Si bien estas acciones no se dirigen directamente contra el patrimonio del concursado, si le afectan indirectamente, puesto que de prosperar la acción contra el deudor del concursado este perdería, en todo o en parte, su crédito beneficiándose exclusivamente, en perjuicio de los demás acreedores y con quebrantamiento del principio par conditio creditorum, el acreedor del concursado que ejercita la acción del artículo 1.597 del Código Civil contra un deudor del concursado.
Tercero.- La cuestión de si tal acción es o no competencia del Juez de lo Mercantil planteaba dudas antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, ya que el artículo 8 de la Ley Concursal no exige que el concursado sea demandado para establecer la competencia del Juez de lo Mercantil, sino que se trate de acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. La acción del artículo 1.597 que se dirige contra un deudor del concursado puede tener trascendencia patrimonial para este por cuanto que, de prosperar, produce el efecto de eliminar de la masa activa un crédito del concursado contra un tercero, al mismo tiempo que elimina también una deuda de la masa pasiva.
La jurisprudencia que cita la sentencia apelada, anterior a la citada reforma, había llegado a la conclusión con base a otros preceptos de la Ley Concursal de que las acciones del artículo 1.597 anteriores a la declaración del concurso no quedaban afectadas por ésta, no pudiendo plantearse la mismas con posterioridad a dicha declaración.
Ahora bien, tras la entrada en vigor de la reforma, la cuestión no ofrece dudas. De un lado el artículo
50.3 de la Ley Concursal prohíbe a los jueces de primera instancia la admisión a trámite de estas demandas. Es decir, establece una causa de inadmisión a trámite específica. Por otro lado el artículo 51bis.2 ordena la suspensión de los procedimientos iniciados antes de la declaración del concurso desde que se declare el mismo hasta su conclusión. Ambos preceptos son normas de carácter imperativo, cuyo respeto por tanto es una cuestión de orden público y no queda al arbitrio de las partes, por lo que ha de considerarse nula cualquier actuación judicial que contravenga los mandatos que contienen, si bien entiende esta Sala que los efectos del artículo 51bis.2, por razones de elemental seguridad jurídica, han de empezar a producirse desde que el juez de primera instancia tenga conocimiento de la declaración del concurso y no desde la fecha de la declaración.
Tales preceptos por otra parte no otorgan competencia para el conocimiento de dichas acciones al juez de lo mercantil, por lo que en ningún caso cabe que dicho juez tenga competencia para resolverlas conforme al artículo 8 de la Ley Concursal, que ha de entenderse restringido a las acciones que directamente se entablen contra la concursada y su patrimonio.
Cuarto.- En consecuencia procede acceder a la primera de las peticiones que se contienen en el escrito de interposición del recurso de apelación, si bien en el sentido, como se solicita subsidiariamente, de acordar la nulidad de actuaciones y suspender el procedimiento desde la diligencia de ordenación de 22 de octubre de 2.012, que es la primera resolución que se dicta cuando el juzgado ya tiene conocimiento cierto de la situación concursal de la empresa acreedora de la demandada, que lo es en virtud del crédito que mantiene con la misma, y hasta la conclusión del concurso.”: SAP Sevilla (Sección 5) 18.09.2014 (Sentencia 466/2014; Rollo 9335/2013)

AP Valencia (Sección 9)

“CUARTO.- Ciertamente la Ley Concursal no ha derogado el artículo 1597 Código Civil, conforme al cual los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción directa contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación, pero no menos cierto es que la Ley Concursal contiene una especialidad al respecto al establecer su artículo 51 bis apartado 2 que "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil "; comparte este tribunal la consideración de la sentencia apelada sobre el hecho de que, con la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que introdujo el artículo 51 bis en ésta última, el legislador ha optado por la materialización del derecho de crédito a que se refiere el precepto en sede del procedimiento concursal, sin que en dicha norma se haga distinción alguna en relación con la circunstancia de que el concurso sea el del dueño de la obra o el del contratista.
No cabe olvidar a este respecto que la Ley 38/2011 parte, como indica en su propia Exposición de Motivos, del reconocimiento de los principios esenciales de la Ley Concursal, en concreto, la triple unidad legal, de disciplina y de procedimiento, operando como uno de los vectores de la reforma favorecer la solución conservativa de la empresa concursada, y esta intención o voluntad legislativa tiene una de sus expresiones en el tenor del nuevo artículo 51 bis de la LC, pues por mor de la suspensión del procedimiento en el que se haya ejercitado la acción del 1597 CC y sin perjuicio de su reanudación cuando termine la situación de concurso, la masa activa del concurso no se verá privada de dicho crédito con el consiguiente perjuicio que en caso contrario ello supondría para el principio de la "pars conditio creditorum". Procede, por tanto, desestimar también el último de los motivos del recurso de apelación.”: SAP Valencia (Sección 9) 03.02.2014 (Sentencia 38/2014; Rollo 669/2013)

AP Zaragoza (Sección 4)

“PRIMERO.-Objeto esencial de la litis es decidir si en atención al régimen jurídico vigente el subcontratista es tributario de la acción directa ex- art. 1567 C.Civil, cuando el comitente es una Administración Pública, aquí el Ayuntamiento de "La Joyosa", lo que por dicha entidad se niega atendiendo a las peculiaridades de la

legislación sectorial entre las que, entre uno de los privilegios de la Administración, estaría excluida tal acción directa. Y ello en el seno de una legislación de los contratos en el sector público sometido a continuos cambios normativos que hoy sí dejan clara esa exclusión. Pero claridad que no es predicable de la normativa a la que se sometía el contrato origen del conflicto ahora dilucidado.
SEGUNDO.-Mas a criterio de la Sala hay otra circunstancia que prevalece sobre la anterior y que ha de conducir a una desestimación de la pretensión, circunstancia que deriva de la afirmación contenida en la sentencia de instancia en la que se declara acreditado, en términos no combatidos, de que la contratista principal fue declarada en concurso en octubre de 2012. Y así consta por la notoriedad que resulta de su publicación en el BOE de 24.10.2012.
TERCERO.-Luego si esto es así le era de aplicación el art. 51 bis de la L.C. en el que a través de la reforma introducida por el art. único apartado 41 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en el que se añadió un segundo apartado a dicho precepto a cuyo tenor "declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil...". Y conforme a su disposición transitoria primera "la presente Ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor". Por tanto el art. 51 bis LC., que es de orden público procesal obligaba a suspender el pronunciamiento sobre el comitente, lo que se debe dilucidar en el concurso. Y en ese sentido procede acoger el recurso, aunque fuera de los términos debatidos, dado, como se ha dicho, el carácter de orden público procesal que resulta del art. 51. bis.2 de la Ley Concursal.": SAP Zaragoza (Sección 4) 20.12.2013 (Sentencia 483/2013; Rollo 321/2013)

0. Cuestiones transitorias

0.1 Aplicabilidad sólo en relación con los concursos que se declaren a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/2011 (1 de enero de 2012)

Tribunal Supremo

" En relación con la doctrina jurisprudencial aplicable debe puntualizarse que al presente caso no le resulta de aplicación el nuevo artículo 51.bis de la Ley Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, dado que la disposición transitoria novena de la citada Ley no incluye el nuevo artículo 51.bis entre aquellos que son aplicables a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la misma (1 de enero de 2012)." STS 26.03.2015 (Sentencia 691/2015; Recurso 113/2013)

AP Alava

"No puede obviarse que la acción directa por parte de la apelada se ha ejercitado once días antes de que se declarara el concurso de la contratista. La apelante lo recuerda en uno de sus motivos, y desde luego tenía relevancia en el procedimiento. Recordemos que la demanda que ha dado lugar a la sentencia ahora recurrida se insta por Hormigones Premezclados Álava S.A., quien pone material, en concreto hormigón, que le encarga Azysa Obras y Proyectos S.L. Ante el impago por el contratista, ejercita acción directa frente al dueño de la obra, la Junta de Compensación apelante. Primero extrajudicialmente, el 6 de marzo de 2013. Luego mediante demanda que se presenta en el Juzgado Decano de Vitoria-Gasteiz el 14 de marzo. El 25 de marzo siguiente el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona declara mediante auto el concurso voluntario de Azysa Obras y Proyectos S.L.
Todo ello es relevante porque no se atendió lo dispuesto en el art 51 bis 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), tras su reforma por Ley 38/2011, de 10 de octubre. El precepto reformado estaba en vigor al presentarse la demanda frente al propietario de la obra y declararse el concurso.": SAP Alava (Sección 1) 06.06.2014 (Sentencia 139/2014; Rollo 181/2014)

AP Barcelona (Secciòn 15)

"La reclamació va ser anterior a la declaració de concurs, de 24 de novembre de 2009. En la redacció actual de la Llei concursal (LC), modificada per la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, l'article 51 bis.2 estableix que, declarat el concurs i fins a la conclusió, quedaran en suspens els procediments iniciats amb anterioritat, en els quals s'hagués exercitat l'acció que es reconeix als qui posessin treball i materials en una obra ajustada a tant alçat, contra l'amo de l'obra en els termes previstos en l' article 1597 del Codi civil. Aquesta norma no resulta aplicable, amb caràcter retroactiu, al cas en examen. Les parts no discuteixen el criteri sostingut pel Sr. jutge mercantil, el qual, amb cita de la sentència d'aquesta Secció 15a de 2 de març de 2006, considera que, exercitada -abans de la declaració de concurs- l'acció contra el propietari de l'obra -entenent per acció no només la judicial, sinó també la reclamació extrajudicial- aquest ha de pagar al subcontractista, al patrimoni del qual s'hauria desplaçat el crèdit des del patrimoni del contractista concursat. ":AAP Barcelona (Sección 15) 22.02.2012 (Auto 38/2012; Rollo 488/2011)

"La sentencia del juzgado resume con fidelidad los criterios que, sobre los efectos de la acción del artículo 1597 en el concurso, habían mantenido los tribunales antes de la reforma de la LC por la Ley 38/2011. No profundizaremos en esa cuestión puesto que, sobre estar perfectamente tratada por la Sra. magistrada, ni es realmente discutida ni es relevante en el caso, al que resulta aplicable la LC, en su redacción por la Ley

38/2011, atendida la fecha de declaración del concurso (3 de mayo de 2012). La disposición transitoria primera.1 de la Ley 38/2011 establece: " La presente ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor. " : SAP Barcelona (Sección 15) 10.06.2013 (Sentencia 240/2013; Rollo 94/2013)

AP Cáceres

"Con posterioridad a la interposición de la demanda (21 de marzo de 2012), la contratista ARCOEX es declarada en concurso de acreedores (Auto del Juzgado Mercantil de Cáceres de fecha 4 de junio de 2012). En este momento comienzan a regir los efectos que la declaración del concurso respecto de los procedimientos declarativos pendientes frente a la concursada. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Concursal, el procedimiento debe continuar en relación a la acción de reclamación de cantidad hasta que se dicte sentencia firme. Pero, la solución que se establece para la acción basada en el artículo 1597 CC que se ejercita acumuladamente es distinta, puesto que el artículo 51 bis (introducido por la Ley 38 /2011 de 10 de octubre de Reforma de la Ley Concursal) dispone que el procedimiento en el que se ejercita dicha acción debe suspenderse en el momento de declararse el concurso de acreedores. Esta norma ya estaba en vigor en el momento de interponerse la demanda origen del procedimiento y de declararse el concurso de acreedores, siendo una norma imperativa que debió haber sido aplicada en la primera instancia.": SAP Cáceres (Sección 1) 07.03.2013 (Sentencia 79/2013; Rollo 63/2013)

AP Madrid (Sección 28)

"Por lo demás, declarado el concurso tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 38/2011 en los artículos 50 y 51 de la Ley Concursal que, además introduce el nuevo artículo 51 bis, las normas reformadas son las que resultan de aplicación para resolver la controversia de conformidad con la disposición transitoria primera de la Ley 38/211, que, con carácter general y sin que se contemple especialidad alguna en las demás disposiciones transitorias respecto de los preceptos indicados, ordena la aplicación de la reforma a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor, lo que tuvo lugar, en lo que aquí interesa, el 1 de enero de 2012 (disposición final tercera)."": AAP Madrid (Sección 28) 30.01.2015 (Auto 23/2015; Rollo 283/2014)

AP Madrid (Sección 12)

"SEGUNDO.-Para determinar si la competencia para el conocimiento de la presente acción corresponde al Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid (como sostienen las demandantes apelantes) o a los Juzgados de lo Mercantil (tal como ha determinado el auto objeto del presente recurso,) es fundamental determinar la fecha en que se ejercita la acción y la fecha en que se habría declarado el concurso de las contratistas, puesto que si la acción directa se hubiere ejercitado una vez declarado los concurso de las contratistas, la atribución de competencia al Juzgado Mercantil podría tener un cierto sentido (el artículo 8 de la Ley Concursal es la norma que se cita en el auto, luego parece que parte como si de hecho se hubieran declarado los concursos de las contratistas). Sin embargo, carecería de sentido si la acción se hubiere ejercitado con anterioridad a las declaraciones del concurso. En consecuencia, deben tenerse en cuenta las fechas siguientes: 1)La demanda interpuesta en el presente procedimiento por las subcontratistas entró en el Juzgado de Primera Instancia de Madrid en fecha 15 de noviembre de 2011; 2) la contratista "Montajes y Decoracion Mavicam" fue declarada en concurso mediante auto de fecha 22 de noviembre de 2011; 3) la contratista "Metales Aceros e Inox., S.L." y la contratista "Aislamientos Impais, S.L.", solicitan la declaración de concurso, pero todavía no se habían dictado los correspondientes autos que así lo declare.
Teniendo en cuenta lo anterior, nos hallamos con una demanda formulada ante un Juzgado de Primera Instancia con anterioridad a la fecha en que una de las contratistas fue declarada en concurso (por auto de fecha 22 de noviembre de 2012, siendo que la mercantil contratista "Metales Aceros e Inox, S.L." ha solicitado el concurso y Aislamientos Impais S.L.", se halla en situación de concurso voluntario, pero sin que en ambos casos se hayan dictado los correspondientes autos declarando el concurso de estas dos contratistas.
Debe tenerse en cuenta que la legislación aplicable al caso litigioso es la Ley Concursal en su redacción anterior a la reforma de esta Ley Concursal operada por la ley 38/2011, de 10 de octubre.": AAP Madrid (Sección 12) 12.12.2012 (Auto 784/2012; Rollo 601/2012)

AP Madrid (Sección 20)

"CUARTO.- De la incidencia de la declaración de concurso.
Resta por analizar la incidencia que pudiera haber tenido en el presente pleito la declaración de Concurso de la Contratista PLODER UICESA S.A.U.
Lo primero que hay que puntualizar es que por vigencia temporal -tempus regit actum- no es aplicable la reforma introducida en el art. 51 Ley Concursal operada por Ley 38/2011 pues en atención a las reglas sobre la entrada en vigor de esta Ley y sus disposiciones transitorias que, con carácter general, preveían su aplicación a los concursos que se declararan tras su entrada en vigor, salvo las excepciones previstas, que no afectan a los reformados arts. 50 y 51 de la Ley Concursal.
Por tanto las normas aplicables para la resolución de esta cuestión son las anteriores a la reforma de la Ley Concursal antes dicha y la jurisprudencia interpretadora e integradora de la misma: : SAP Madrid (Sección 20) 16.12.2014 (Sentencia 569/2014; Rollo 1038/2012)

AP Sevilla (Sección 5)

“SEGUNDO.- El primer motivo del recurso es la incorrecta aplicación por la Sentencia recurrida de la reforma de la Ley concursal operada en la Ley 38/2011 de 10 de octubre, la cual no establece que los artículos 50.3 y 51 bis tengan carácter retroactivo. Según la Ley 38/2011, la misma será de aplicación de acuerdo con la Disposición Transitoria primera a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor. Según la Disposición final tercera la entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 2012.
Así pues, la Sentencia recurrida hace una indebida aplicación del Derecho, resolviendo el asunto al amparo de una legislación todavía no existente cuando se declaró el concurso de ASTILLEROS DE SEVILLA.”: SAP Sevilla (Sección 5) 25.01.2013 (Sentencia 29/2013; Rollo 4733/2012)
“La disposición transitoria 1ª de la Ley 38/2011 no establece la aplicación inmediata de estos preceptos a los concursos en tramitación por lo que, en principio, estas reglas únicamente resultaban de obligada observancia en los concursos declarados tras su entrada en vigor el día 1 de enero de 2.012. “: SAP Sevilla (Sección 5) 18.09.2014 (Sentencia 466/2014; Rollo 9335/2013)

AP Zaragoza (Sección 4)

“TERCERO.- Sobre la acción directa había planeado una intensa polémica entre las Audiencias Provinciales sobre la incidencia que tenía en la acción directa la declaración del concurso del contratista principal, en la que se había llegado a dar un trato diferenciado a la acción ejercitada ex-ante el concurso aunque fuera un ejercicio extrajudicial de la ejercitada ya declarado el concurso. Recientes cambios legislativos y jurisprudenciales han puesto fin a la polémica. Por un lado la incorporación del art. 51.bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (BOE 11.10.2011), que establece que "declarado el concurso y hasta su conclusión quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieron su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil ".
Su disposición transitoria primera dispuso que la aplicación de la reforma lo sería "a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor" con alguna excepción pero entre las que no se contenía el art. 51.bis.: SAP Zaragoza (Sección 4) 20.12.2013 (Sentencia 482/2013; Rollo 352/2013)
“SEGUNDO.-Mas a criterio de la Sala hay otra circunstancia que prevalece sobre la anterior y que ha de conducir a una desestimación de la pretensión, circunstancia que deriva de la afirmación contenida en la sentencia de instancia en la que se declara acreditado, en términos no combatidos, de que la contratista principal fue declarada en concurso en octubre de 2012. Y así consta por la notoriedad que resulta de su publicación en el BOE de 24.10.2012.
TERCERO.-Luego si esto es así le era de aplicación el art. 51 bis de la L.C. en el que a través de la reforma introducida por el art. único apartado 41 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en el que se añadió un segundo apartado a dicho precepto a cuyo tenor "declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil...". Y conforme a su disposición transitoria primera "la presente Ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor". Por tanto el art. 51 bis LC., que es de orden público procesal obligaba a suspender el pronunciamiento sobre el comitente, lo que se debe dilucidar en el concurso. Y en ese sentido procede acoger el recurso, aunque fuera de los términos debatidos, dado, como se ha dicho, el carácter de orden público procesal que resulta del art. 51. bis.2 de la Ley Concursal.”: SAP Zaragoza (Sección 4) 20.12.2013 (Sentencia 483/2013; Rollo 321/2013)

0.2 Interpretacion diversa: aplicabilidad a los concursos ya existentes a la fecha de su entrda en vigor

AP Madrid (Sección 11)

“TERCERO. Sobre la posible incidencia del concurso de ERALAN S.A. en el presente procedimiento.
La acción de reclamación que se ejercita en la demanda va dirigida tanto contra ADIF (la propietaria de la obra) como contra ERALAN (la contratista), acción basada como hemos dicho en el artículo 1.597 CC.
A primera vista, puede parecer de aplicación lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley Concursal :
"3. Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo".
Y la consecuencia sería que la juzgadora de instancia debía no haber admitido a trámite la demanda. Pero, dado que la demanda se interpuso el 11 de julio de 2011, todavía no estaba en vigor ese tercer párrafo del artículo 50 de la Ley Concursal.
Ahora bien, esa misma Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre), que entraba en vigor el 1 de enero de 2012, introdujo también un Artículo 51 bis que dispone:
"2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil ".

Y, como la competencia objetiva para conocer, puede ser examinada y declarada de oficio, la juzgadora de instancia, una vez conocido el hecho de que por Auto de 3 de junio de 2011 la empresa ERALAN había sido declarada en concurso, debió dejar en suspenso el procedimiento iniciado.
En este sentido, es de estimar el segundo motivo de recurso de la apelante, y debe revocarse la sentencia de instancia para ordenar la suspensión del procedimiento en el estado en que estuviera a fecha 1 de enero de 2012, fecha de entrada en vigor del precepto antes citado.": SAP Madrid (Sección 11) 09.10.2014 (Sentencia 345/2014; Rollo 641/2013)

1. No suspensión en cuanto a otras acciones acumuladas contra el concursado

AP Cáceres (Sección 1)

"PRIMERO.-En el escrito inicial de este procedimiento la entidad Construcciones Araplasa, S.A. reclama a Arquitectura y Construcción de Extremadura, S.L. (ARCOEX) la cantidad debida por el suministro de material para la construcción del tanatorio-crematorio Santa Teresa sito en la localidad de Plasencia. Reclama siete facturas por importe respectivamente de 19.324,86 euros; 16.207,30 euros; 15.845,34 euros; 2.840,85 euros, 691,48 euros, 1.546,69 euros y 1.073,21 euros. Acumuladamente, se ejercita la acción directa al amparo del artículo 1597 del Código Civi, contra Almoguera Gómez Servicios y Asistencia, S.A. (ALMOGASA) en su condición de dueña de la obra y promotora de la misma, pretendiéndose la condena solidaria al pago de la suma reclamada con el límite de la cantidad que adeude a ARCOEX en la fecha en la que se hizo la reclamación (el 10 de febrero de 2012) o, alternativamente, en la fecha de presentación de esta demanda.
La sentencia dictada en primera instancia estima parcialmente la demanda, condenando a ARCOEX a abonar el importe de las cuatro últimas facturas (6.152,23 euros), el importe de la segunda (16.207,30 euros) y parte del importe de la primera factura que tiene fecha de 31 de mayo de 2011, y a la que imputa parcialmente el pago efectuado mediante la emisión de cuatro pagarés con los cuales se renegoció la deuda que tenía pendiente la demandada frente a la actora. Contra dicha resolución interponen recurso de apelación la parte actora y la codemandada
SEGUNDO.-ARCOEX recurre la sentencia considerando que ha incurrido en error en la valoración de la prueba por haber sido declarada en concurso de acreedores por Auto dictado por el Juzgado Mercantil de Cáceres de fecha 4 de junio de 2012; y por infringirse el artículo 89.2 de la Ley Concursal y el principio de par condictio creditorum al estimarse la acción directa ejercitada en base a lo dispuesto en el artículo 1597 CC.
Como ya se ha dicho, en este procedimiento se ejercitaban acumuladamente dos acciones, la de reclamación de cantidad frente a la contratista y la acción directa contra el dueño de la obra. Con posterioridad a la interposición de la demanda (21 de marzo de 2012), la contratista ARCOEX es declarada en concurso de acreedores (Auto del Juzgado Mercantil de Cáceres de fecha 4 de junio de 2012). En este momento comienzan a regir los efectos que la declaración del concurso respecto de los procedimientos declarativos pendientes frente a la concursada. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Concursal, el procedimiento debe continuar en relación a la acción de reclamación de cantidad hasta que se dicte sentencia firme. Pero, la solución que se establece para la acción basada en el artículo 1597 CC que se ejercita acumuladamente es distinta, puesto que el artículo 51 bis (introducido por la Ley 38 /2011 de 10 de octubre de Reforma de la Ley Concursal) dispone que el procedimiento en el que se ejercita dicha acción debe suspenderse en el momento de declararse el concurso de acreedores. Esta norma ya estaba en vigor en el momento de interponerse la demanda origen del procedimiento y de declararse el concurso de acreedores, siendo una norma imperativa que debió haber sido aplicada en la primera instancia.
El problema en nuestro caso se plantea por la distinta solución que la LC ofrece para cada una de las acciones acumuladas. No se trata de un problema de acumulación de acciones, esto es, de incompatibilidad de las acciones acumuladas, puesto que el concurso se declara después de que la demanda haya sido admitida a trámite y la posibilidad de que el subcontratista acumule las acciones que le correspondan frente al contratista y frente al dueño de la obra ha sido admitida por la jurisprudencia (STS de 7 de octubre de 2008). El conflicto surge cuando se declara en situación concursal a la entidad contratista, momento en el que se plantea la cuestión de si el procedimiento puede continuar o no en los términos en que fue planteado, y entendemos que la solución no puede encontrarse en las normas que regulan la acumulación indebida de acciones porque el procedimiento fue correctamente planteado como ha reconocido la jurisprudencia.
La solución ha de venir de las normas concursales, debiendo tenerse en cuenta que lo pretendido por el legislador en el nuevo artículo 51 bis es proteger la masa activa del concurso y a todos los acreedores, evitando que el acreedor subcontratista pueda cobrar su crédito al margen del concurso eludiendo las normas sobre prelación de créditos. Por ello, a pesar de que la acción directa fue entablada con anterioridad a la declaración del concurso, no resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma que establecía que cuando el requerimiento de pago fehaciente se hubiera realizado con anterioridad a la declaración del concurso, el concursado deja de ser acreedor del tercero y para a ser acreedor el requirente (STS AP de Barcelona - Secc.15ª- de 2 de marzo de 2006; AP de Valencia -Secc.7ª- de 7 de febrero de 2007 o 21 de junio de 2011; AP de Cantabria - Secc.2ª- de 15 de abril de 2010, entre otras). Ahora, por decisión legislativa, el acreedor subcontratista deberá hacer valer su derecho en el concurso sin que pueda reclamar el pago del crédito fuera del mismo y frente a terceras personas, debiendo estar a la solución que se logre en el concurso bien el convenio o la liquidación.
En consecuencia, el recurso debe ser estimado parcialmente dado que la acción de reclamación de cantidad ejercitada frente a la concursada y recurrente debe continuar hasta sentencia que declare la existencia y el importe del crédito que luego deberá hacerse valer en el procedimiento concursal. En cambio, y por así disponerlo una norma imperativa, la resolución de la acción directa regulada en el artículo 1597 CC que se ejercita de forma acumulada debe suspenderse, quedando pendiente de la solución que se alcance en el

concurso de acreedores de la entidad contratista. “:SAP Cáceres (Sección 1) 07.03.2013 (Sentencia 79/2013; Rollo 63/2013)

2. Estimación de la acción directa, teniéndose por concluido el concurso por la aprobaciòn de convenio

AP Madrid (Sección 12)

“Así pues, y en resumen, la situación sobre la que ha de recaer la resolución es la de ejercicio del derecho que reconoce el artículo 1.597 del Código Civil, primero, por requerimiento extrajudicial, y, después, por demanda, mediando entre uno y otro momento la declaración de concurso de la contratista, concurso que ha concluido mediante convenio, de modo que el proceso concursal ésta cerrado. Esta es, sin duda, una importante especialidad del presente caso.
CUARTO.-Lo anterior se ha de completar con el significado y eficacia de la consignación realizada por la demandada.
Habida cuenta de la importancia que tal acto jurídico podía tener, esta Sala, acordó, de oficio, la celebración de vista, para aclarar el destino de la consignación y la eficacia que pudiera atribuirse a la misma.
Resultó que la consignación no fue proveída, de modo que, a lo que aquí interesa, no aprovechó a la masa activa del concurso ni sirvió, por tanto, para aminorar las deudas del concursado, ni, en suma, ingresó en su patrimonio.
Si la cantidad sigue o no consignada, extremo que también se desconocía, no habiendo recaído resolución estimando bien hecha la consignación, no se produce efecto liberatorio y, además, está a disposición del consignante que puede retirarla (artículo 1.180 de Código Civil).
Así pues, la situación probada es que la demandante no ha hecho pago ni a la contratista ni a la demandante de la cantidad reclamada.
Era a la demandada, que así lo alegaba, a la que correspondía la carga de probar el pago, que supone no el simple ofrecimiento sino el efectivo ingreso de la cantidad a que se refiere en el patrimonio del legitimado para el cobro.
QUINTO.-Antes de establecer los efectos que la pendencia del concurso de la contratista y de su terminación puedan tener en el ejercicio del derecho que reconoce el artículo 1.597 del Código Civil, es necesario recordar los presupuestos y naturaleza del mismo y las condiciones de su ejercicio.
En el primer aspecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2.008 sintetiza los presupuestos de la misma, diciendo que "los presupuestos para el ejercicio de esta acción directa son los siguientes: a) que el contratista principal haya concertado la ejecución de la obra de tal forma que su crédito futuro sea cierto y esté determinado en el contrato principal de la obra; b) que quienes ponen su trabajo y materiales en la obra sean acreedores del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa; c) que el acreedor directo haya constituido en mora al contratista principal; d) que el comitente sea deudor del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa; e) que, si el acreedor directo es el subcontratista de obra, el comitente haya prestado su autorización para que el contratista principal pueda en su propio nombre, y por su propia cuenta, pero en interés de ambos, subcontratar la ejecución de todo o parte de la obra principal".
En el segundo aspecto, en cuanto a su naturaleza, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2.008, proclama que: "es cierto que la jurisprudencia ha efectuado una interpretación del artículo 1597 del Código Civil en el sentido de concebirla como una acción directa, que se puede ejercer contra el comitente o contra el contratista o subcontratista anterior, o frente a todos ellos simultáneamente, al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria (SSTS 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 12 de mayo y 11 de octubre de 1994, 2 y 17 de julio de 1997, 28 de mayo y 22 de diciembre de 1999, 6 de junio y 27 de julio de 2000, etc.), señalando que no se trata de una acción sustitutiva, por lo que cabe ejercitarla sin reclamar previa o simultáneamente al contratista (SSTS 16 de marzo de 1998, 11 de octubre de 2002), al que basta con haber constituido en mora, sin necesidad de haber hecho excusión de sus bienes ni de haberle declarado en insolvencia (STS 12 de mayo de 1994). Además, otras decisiones han precisado que la responsabilidad del contratista y del dueño de la obra, cuando se ejercitan simultáneamente la acción de reclamación ordinaria del crédito y la acción directa contra el comitente, es de naturaleza indistinta o "in solidum", si bien la responsabilidad del dominus operis se limita al importe máximo señalado en el artículo 1597 del Código Civil (el del crédito del contratista contra el comitente), y así se dice, entre otras, en las SSTS 7 de febrero de 1968, 11 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 2002, etc.). Este carácter de la acción, que obsta a la apreciación del litisconsorcio pasivo necesario, no ha de impedir que el órgano judicial correspondiente examine si el subcontratista tiene o no un crédito contra el contratista, toda vez que, dada la solidaridad establecida, el deudor solidario puede oponer al acreedor las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación, además de las que le sean personales, en los términos establecidos en el artículo 1148 del Código civil, incluso en los supuestos en que no se ejerce la acción para reclamación ordinaria frente al contratista. Sin que sea necesario acudir al artículo 1853 del Código Civil, que sería llamado a causa por razón de considerar al comitente como un "garante" del contratista, según defiende un sector doctrinal, aún cuando se obtendría un resultado similar en cuanto a las excepciones "inherentes a la deuda" en relación con las que el artículo 1148 del Código Civil, anteriormente citado, denomina "derivadas de la naturaleza de la obligación". Entre las excepciones oponibles se han de computar las que conciernen al desarrollo de la relación obligatoria y a su extinción, tales como la de pago o cumplimiento o las relativas a las consecuencias que hayan de tener los incumplimientos eventuales del subcontratista o el cumplimiento defectuoso de la prestación (STS 25 de octubre de 1999, respecto de un supuesto de aplicación del artículo 1853 del Código Civil)".
Más recientemente las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2.013 y 13 de marzo de 2.014 exponen que "la jurisprudencia ha efectuado una interpretación del artículo 1597 CC en el sentido de

concebirla como una acción directa, que se puede ejercer contra el comitente o contra el contratista o subcontratista anterior, o frente a todos ellos simultáneamente, al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria (SSTS 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 12 de mayo y 11 de octubre de 1994, 2 y 17 de julio de 1997, 28 de mayo y 22 de diciembre de 1999, 6 de junio y 27 de julio de 2000, etc.), señalando que no se trata de una acción sustitutiva, por lo que cabe ejercitarla sin reclamar previa o simultáneamente al contratista (SSTS 16 de marzo de 1998, 11 de octubre de 2002), al que basta con haber constituido en mora, sin necesidad de haber hecho excusión de sus bienes ni de haberle declarado en insolvencia (SSTS 12 de mayo de 1994), STS, Civil sección 1 del 26 de Septiembre del 2008, recurso: 155/2002.

En el mismo sentido las SSTS de 15-6-2011 (Rec. 982 de 2008), 12-7-2012 (Rec. 1849/2009) y 17-12-2012 (Rec. 561 de 2010). Por su parte, la sentencia de 19- 4-2004 (Rec. 1625/1998), incide en la reforzada protección legal que supone el art. 1597 del CC, a favor del contratista, la que declara que, esta Sala tiene declarado que los subcontratistas no sólo son acreedores del precio ajustado, sino también del efectivamente debido por las obras realizadas, bien en el ámbito de la subcontrata o fuera de ella tratándose de mejoras autorizadas. Al no resultar excluidos los subcontratistas de la aplicación del artículo 1597 (STS de 29 de abril de 1991), la acción de reclamación de deuda que les asiste opera en forma directa y la pueden dirigir tanto contra el dueño de la obra como contra el contratista o subcontratista anterior, y asimismo frente a todos ellos simultáneamente al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente, y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria".

Aunque el Código se refiere a la facultad que concede al que ha puesto su trabajo o suministrado materiales usando un terminología procesal propia de su época, en realidad concede un derecho nuevo frente al dueño de la obra, para, superando el principio de relatividad de los contratos, poder reclamar frente a éste, bien en exclusiva bien junto a la contratista y, en este caso, de forma solidaria, el importe de su crédito.

SEXTO.-En cuanto a las formas de ejercicio, se sigue admitiendo el ejercicio extrajudicial.

En realidad, si se admite que esa facultad constituye un verdadero derecho subjetivo, no se puede excepcionar el mismo del régimen general que, ante todo, permite su actuación extrajudicial, para si no es atendido, y sólo en ese caso, poder impetrar el auxilio judicial mediante el correspondiente ejercicio de la pretensión.

En términos procesales, el ejercicio de la acción directa entraña una pretensión de condena, y no constitutiva. Estas últimas son las únicas que requieren, como único medio de ejercicio, la necesaria prosecución del proceso y de una sentencia que las reconozca, pero en las de condena sólo es necesario aquél y ésta cuando no se cumple voluntariamente frente a la intimación del acreedor.

La jurisprudencia sigue admitiendo el ejercicio extrajudicial, con todas las consecuencias que le son propias.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2.013, enfrentada a esa problemática, recuerda que "en particular la Sentencia de 12-7-2012, rec. 1849 de 2009, declaró que desde el requerimiento extrajudicial una promotora debe abstenerse de efectuar pagos.

El artículo 1597 del Código Civil no exige especiales formalidades para el requerimiento de pago a la promotora, y, en el presente caso, consta que se remitió al domicilio social, dejando el Servicio de Correos la correspondiente nota de aviso. No puede exigirse al subcontratista una labor de investigación, por lo que no es de recibo su envío obligatorio a la oficina de ventas o cualesquiera otra, pues es el domicilio social el centro de notificaciones por excelencia, debiendo ser especialmente cautelosa la sociedad mercantil para garantizarse una buena recepción de las mismas y si no llegó a su conocimiento el requerimiento fue exclusivamente por su deficiente organización interna.

Por otro lado, como se declara en la sentencia recurrida se trata de una acción directa y no subrogatoria, por lo que el proceso concursal de la contratista no obsta al requerimiento antes del pago a la contratista. Igualmente la STS de 25-4-2013 (Rec. 214 de 2011)".

Sobre el contenido de la reclamación extrajudicial, esta Sección de la Audiencia en Sentencia de 13 de marzo de 2.014 tiene declarado que "la acción directa se puede ejercitar por reclamación extrajudicial, pero se requiere para ello que haya una efectiva reclamación de un crédito derivado de una obra o trabajo efectivamente realizado, y, por ello, vencido y exigible, o al menos, para cuando el vencimiento y exigibilidad se produzca, pero no basta con una simple orden de abstención de pagar dirigida al dueño de la obra, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008, "el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil " cuando "sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario".

Tal doctrina es expresamente ratificada por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2.013, expresando que "la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, lo que lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención por el destinatario, como se ha señalado en el apartado 7º anterior", pero "el requerimiento no supone el ejercicio de la acción directa del art. 1597 del Código Civil (SSTS de 300/2008 de 8 de mayo y 657/1997 de 17 de julio).

Por tanto, no bastaría con trasladar al promotor o dueño de la obra la problemática que haya podido surgir entre contratista y subcontratista, ni siquiera si ese problema es el relativo al pago por el contratista al subcontratista, ni instar a permitir cumplir con la prestación comprometida por el subcontratista, sino que se requiere una intimación concreta y terminante de pago, con manifestación explicita de ejercicio de la acción directa, para que el promotor, en lugar de satisfacer la deuda al contratista, solvente, hasta donde alcance aquélla, la del subcontratista".

SÉPTIMO.-Sobre este panorama ha incidido, en la más reciente doctrina jurisprudencial, la situación creada por el concurso de la contratista.

A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 322/2013, de 21 de mayo puede apreciarse un giro en la doctrina jurisprudencial, resolviendo la polémica cuestión de la incidencia que la declaración del concurso (y no la mera solicitud del mismo -vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2.013), incluso bajo el

régimen anterior a la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en el sentido de que, por un lado, ha de estarse a la fecha de interposición de la demanda en que se ejercite la acción directa, y, por otro, en el de considerar que la acción del subcontratista contra el dueño de la obra, con base en el artículo 1597 del Código Civil, cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya ejercitado antes de la declaración del concurso.
Esta doctrina se ha reiterado en Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de de 2.013 y 25 de febrero de 2.014, aunque con alguna excepción como la constituida por la Sentencia de 4 de julio de 2.013.
Mas tal doctrina es aplicable en el supuesto de ejercicio y decisión sobre la acción directa pendiente el concurso. Cuando éste acaba cesan sus peculiares efectos y, si es ese el caso, se sustituyen por los del convenio cuya aprobación determina la conclusión del proceso concursal, pues conforme al artículo 133.2 "desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio".
En consecuencia con ello, los artículos 50 y 51 bis, tras su reforma, circunscriben los efectos procesales que la declaración del concurso ejerce en el proceso en que se ejercite la acción directa, al período que va "desde la declaración del concurso hasta su conclusión", de forma que concluido el concurso ningún inconveniente existe para que el Juez de Primera Instancia conozca y decida la acción directa, conforme los presupuestos que le son propios.
OCTAVO.-Ciertamente, la aprobación del convenio tiene un eficacia novatoria, pues conforme al artículo 136 de la Ley Concursal "los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio".
Ahora bien, no alcanza esa eficacia al obligado por la acción directa, al menos en un caso como el presente, en el que no ha satisfecho el crédito ni al titular de acción ni a la contratista.
Y ello, por lo siguiente:
1º La eficacia del convenio, en principio, se ciñe al concursado y a sus acreedores (artículo 134), pero no se extiende a los obligados solidarios, ni a sus fiadores o avalistas, pues según establece el artículo 135, "los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos", y por contra, "la responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido". Se trata de un régimen distinto al que resulta de la disposición contenida en el artículo 1.143 del Código Civil.
Si, como se ya se estableció, la responsabilidad del contratista y del dueño de la obra para con el titular del derecho que reconoce el artículo 1597 del Código Civil es solidaria, sería plenamente aplicable el número primero del artículo 135, al no constar que la demandante votara o se adhiriese expresamente a la propuesta de convenio anticipado.
2º En todo caso, habría que estar a la situación generada al momento de interposición de la demanda, por efecto de la litispendencia (artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y a ese tiempo, el crédito del demandante, como ahora respecto a la promotora, no estaba afecto por novación alguna.
3º El promotor debió atender al requerimiento extrajudicial, por el que se ejercitaba la acción directa y haber hecho pago de la deuda, pues se daban entonces los supuestos que el artículo 1.597 establece, de modo la tardanza en cumplir su obligación no puede representar un premio con una quita o un espera a la que él no tiene derecho
4º Sólo en el caso que el promotor hubiera hecho efectivo el pago en el seno del concurso, podría oponerse a la acción directa, un vez concluido el proceso concursal, pues como ya anticipamos en el Auto resolutorio de la apelación contra la estimación de la declinatoria, declarado el concurso, y por efecto de la vis atractiva del mismo, el crédito del promotor con el contratista quedó afecto al mismo, como si se hubiera declarado la retención judicial de la deuda (artículo 1.165), y si por efecto de ello se hubiera satisfecho, no podría ser compelido a pagar dos veces, pues en ese caso habría hecho el pago al que en ese momento era el único legitimado para el cobro.
Pero no habiendo pagado (a lo que equivale el que no se haya probado el pago), desparecida la razón que lo podía justificar, esto es, la pendencia del concurso, debe realizarlo a quien, conforme al tan citado artículo 1.597, tiene derecho a su cobro.": SAP Madrid (Sección 12) 22.05.2014 (Sentencia 257/2014; Rollo 78/2013)

Artículo 52. Procedimientos arbitrales.

Art 52.1

Redacción inicial

1. Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

1. Nulidad del laudo: el arbitraje no estaba legalmente iniciciado al declararse el concurso

"SEGUNDO.-La primera de las razones esgrimidas por la reclamante para solicitar la declaración de nulidad del laudo arbitral al que se refiere la litis no es otra que la falta de valor y efecto del convenio arbitral suscrito

entre las partes. El artículo 52 de la Ley Concursal ya citado, en su apartado 1 establece "Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales", señalando el párrafo 2 del citado precepto "Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior". Y precisamente en este precepto se basa la reclamante para formular su petición, la cual fue declarada en concurso voluntario por auto de fecha 3 de noviembre de 2.008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid (documento nº 2 de los aportados con la demanda de nulidad), atendiendo a la petición deducida por la citada parte en fecha 19 de septiembre de 2.008, según consta en la citada resolución.
Consta en autos: 1) Que con fecha 29 de octubre de octubre de 2.008 tuvo entrada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid solicitud formulada por el Letrado D. José María Núñez García en nombre de la mercantil PROYECTOS TECNICOS TECNOLOGICOS, S. L. a fin de que fuera nombrado un abogado como árbitro para que tramitara el Arbitraje de Equidad que las entidades ahora enfrentadas tenían pactado en el contrato de ejecución de obras suscrito entre ellas; 2) Con fecha 28 de enero de 2.009, el Colegio de Abogados citado procedió a hacer la designación oportuna, recayendo el nombramiento en la Letrada Dª Sara Isabel Bedoya Piquer; 3) Con fecha 26 de febrero de 2.009, la citada Letrada comunicó su designación a la ahora demandante CONSTRUCCIONES IGMA 2000, S. L. a través del Bufete Bedoya.
El artículo 27 de la Ley de Arbitraje, también invocado por la reclamante, fija el momento en que debe entenderse se inicia el procedimiento de arbitraje en "la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje", salvo que las partes hayan convenido otra cosa. En el supuesto que nos ocupa la estipulación decimonovena ya citada y en el supuesto de discrepancia al que se refiere la litis (motivos diferentes a causas técnicas) establece que "la cuestión debatida se resolverá de acuerdo con la normativa española de arbitraje vigente, sometiéndose la cuestión a un Abogado designado de común acuerdo y en su caso de discrepancia, por el Colegio de Abogados de Madrid a petición de cualquiera de las partes". No hay constancia en autos de que la parte demandada en estas actuaciones requiriera a quien aquí demanda a fin de que ambas se pusieran de acuerdo en el nombramiento de Abogado que resolviera las diferencias que entre ellas habían surgido a través del arbitraje de equidad pactado; es por ello que no cabe otra alternativa que entender iniciado el procedimiento de arbitraje en el momento en que la Letrada ya designada por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid comunica su nombramiento a la entidad CONSTRUCCIONES IGMA 2000, S. L. -el 26 de febrero de 2.009-, momento en el que esta entidad ya está declarada en concurso voluntario, debiendo entenderse, por tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Concursal que a partir de entonces y durante la tramitación del procedimiento universal el convenio arbitral queda sin valor ni efecto, por lo que a su amparo no puede tramitarse ningún procedimiento arbitral y, por tanto, el laudo dictado en el mismo debe reputarse nulo.
Tal conclusión se alcanza al no afectarle al caso objeto de autos la modificación que se prevé del artículo 52.1 de la Ley Concursal, referida por el Letrado de la parte demandada en el acto de la vista, en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2.003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, publicada en el Boletín del Congreso de los Diputados el día 8 de septiembre de 2.010, en la que se establece como redacción del citado precepto la siguiente: "La declaración del concurso, por sí sola no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado". Y ello por cuanto lo dispuesto en este precepto no es una realidad sino una previsión de futuro, y por lo tanto, tal precepto ni está vigente ni tiene efectos retroactivos.
En consecuencia, procede la estimación de la demanda de nulidad de Laudo Arbitral y ello sin necesidad de examinar el resto de causas de nulidad invocadas por la parte demandante. “:SAP Madrid (Sección 8) 20.09.2010 (Sentencia 379/2010; Rollo 6/2009)

2. Sólo en cuanto a acciones contra el concursado, no cuando éste inste el arbitraje contra un tercero

“Primero.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 15.5 de la Ley de Arbitraje procederá la designación de árbitro solicitada por una de las partes cuando conste la existencia de un convenio arbitral entre las partes que cubra la controversia suscitada.
Por la mercantil demandada se oponen dos argumentos contrarios a la eficacia para el presente caso de la cláusula 23 del contrato que liga a las partes, conforme a la cual se pactó la sumisión a arbitraje para cualquier controversia (diferente de las meramente técnico-constructivas) relativa a la interpretación y al cumplimiento de del presente contrato. Por un lado, que dicha cláusula no cubre el presente contrato, en el que más que controversia sobre el cumplimiento no existe sino un incumplimiento unilateral e injustificado por la demandante de sus prestaciones principales que motivó la resolución unilateral del mismo por comunicación efectuada por la demandada a la demandante. De otro lado, se invoca que con fecha 21 de diciembre de 2010, es decir, con anterioridad a la solicitud de nombramiento de árbitro, la demandante fue declarada en concurso voluntaria, lo que comporta la aplicación de lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Concursal, conforme al cual " los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso" (...)
Tercero.- El tenor literal del artículo 52.1 LC parecería ofrecer fundamento a la tesis de la demandada, puesto que, al no distinguir supuestos, estaría contemplando un efecto automático y general de la sola declaración de concurso: la ineficacia (temporal) de los convenios arbitrales cuando el procedimiento arbitral no se hubiere iniciado con anterioridad.
Sin embargo una interpretación teleológica atenta a la razón de ser de esta norma (artículo 3 del Código Civil) fuerza, como propone buena parte de la doctrina que se ha ocupado del asunto (se cita expresamente por su claridad la opinión de Justino, en su obra Comentarios a la Ley Concursal, tomo I, pp. 607 y ss.) a delimitar el alcance de la ineficacia de los convenios arbitrales, limitándola a los litigios o controversias cuya competencia

objetiva viene atribuida con exclusividad a los Jueces de lo Mercantil, es decir, a " las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado " (artículo 8.1 LC).
En efecto, si la razón de ser de la ineficacia sobrevenida de los convenios arbitrales no puede ser otra que la de preservar la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de lo Mercantil en los asuntos atribuidos por la ley a los mismos, es evidente que tal ineficacia queda sin justificación en los casos en que el concursado (o la administración concursal) sí podrían interponer una demanda ante un Juzgado de Primera Instancia, por cuanto en estos casos el conflicto no se suscita entre el juez ordinario civil y el Juez de lo Mercantil, sino entre la jurisdicción y el arbitraje, en cuyo caso el convenio arbitral debe desplegar toda su eficacia.Como en el presente caso se trata de una acción que pretende ejercitar el concursado, y no de una acción dirigida contra el patrimonio del deudor concursado, la Sala entiende que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 52.1 LC.": STSJ Andalucía (Granada, Sección 1) 25.11.2011 (Sentencia 2/2011; Recurso 9/2011)

3. Inaplicabilidad de la restricción a los arbitrajes internacionales

"VI. El art. 52.1 de la LC, que dispone que «*Los convenios arbitrales en que sea par-te el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin per-juicio de lo dispuesto en los tratados internacionales*», es aplicable a los arbitrajes in-ternos mas no a los internaciones que define el art. 3 de la Ley de Arbitraje y los Convenios Internacionales de los que España es parte, ya que la norma se cuida de sal-var expresamente esta restricción de eficacia del convenio arbitral, establecida por razón de la situación concursal, en función de lo que dispongan los tratados internacionales que regulan la eficacia de los convenios arbitrales en los supuestos de arbitraje internacional. Tales Convenios, suscritos por nuestro país, son los ya citados de Nueva York y Gine-bra, y en ellos, como advierte la doctrina, no encontramos una disposición similar a la restricción o excepción contenida en el art. 52 LC, ni norma que le otorgue cobertura.
Dicho art. 52.1 LC (como señala el dictamen jurídico aportado por la parte demandada) sólo sería aplicable al caso en la medida en que los citados Convenios internacionales suscritos por España designasen la ley española como ley aplicable para determinar la eficacia del convenio arbitral. Pero esto no sucede en el supuesto que examinamos.
El art. II.3 del Convenio de Nueva York no dice cual sea la ley aplicable para com-probar si el convenio arbitral «*es nulo, ineficaz e inaplicable*». Si se acude al Conve-nio de Ginebra vemos que su art. 6.2, en lo que concierne al análisis de la eficacia del convenio arbitral, designa en primer lugar (aptdo. a) «*la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral*», en contraste con la ley aplicable al fon-do de la controversia, a la que se refiere el art. 7 de dicho Convenio. La cláusula 34.ª del contrato no señala una ley aplicable al propio convenio arbitral y es muy dudoso, por tanto, que esta ley sea la italiana, que conforme a la cláusula 33.ª rige para las obli-gaciones sustantivas del contrato, es decir, para el fondo de la controversia. En todo caso (como paralelamente indicaba el laudo parcial del CCI en el procedimiento ar-bitral seguido en París) la actora LP no ha alegado ni acreditado (tampoco aquí) que el convenio arbitral sea ineficaz según el Derecho italiano.
En defecto del criterio anterior debemos recurrir al aptdo. b) del art. 6.2 del Con-venio de Ginebra, que a estos efectos se remite a «*la ley del país donde deba dictarse el laudo*», es decir, Francia, y conforme al Derecho francés, según fundamentan tan-to el autor del dictamen jurídico aportado por la demandada (del Dr. Rafael A., cate-drático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona) y el laudo parcial de la CCI en París, el convenio es perfectamente válido y eficaz.
No obstante, el art. 6.2 del Convenio de Ginebra dispone que «*el tribunal ante el cual se hubiere promovido el asunto podrá denegar el reconocimiento del acuerdo o compromiso arbitral si, conforme a la* lex fori*, la controversia, no es por su objeto ma-teria susceptible de arreglo mediante arbitraje*». Pero como se ve, la remisión a la *lex fori* se limita a la constatación de que la materia objetiva del acuerdo arbitral es sus-ceptible de arbitraje, mas no se extiende a la consideración de otras posibles limita-ciones a la eficacia del arbitraje, no vinculadas a la materia objeto de arbitraje.
VII. Por lo que respecta a este último aspecto, si hemos de entrar en él, se ha es-tablecido objetivamente que la reclamación judicial que promueve LP contra «P» se basa en diversos incumplimientos contractuales imputables a la demandada que, en el decir de la actora, han frustrado el desarrollo y la consecución de la finalidad del contrato y la efectividad de su causa económica, reclamando por ello un elenco de indemnizaciones por daños y perjuicios, además de intentar recuperar la vigencia del contrato unilateralmente resuelto por «P» y, con ello, la exclusiva para la distribu-ción de los bienes marcados a que hace referencia el contrato. Se trata de una contro-versia de carácter patrimonial que no supera la dimensión jurídico-privada, sin afectar a materias que escapan a la libre disposición de las partes pues, atendido el objeto del litigio y considerando incluso la invocación de la Ley de Competencia Desleal, las par-tes pueden renunciar, desistir, allanarse y transigir sin impedimento proveniente del orden público jurídico-económico y constitucional, aun cuando la actora esté decla-rada en concurso. No por existir tal declaración judicial constitutiva los litigios que se inicien o desarrollen contra el concursado o los que el mismo pueda instar o conti-nuar, referidos a materias patrimoniales de libre disposición, como es este caso, que-dan revestidos con el carácter de orden público o afectados por un orden público con-cursal que impida la libre disposición, como implícitamente se deriva, entre otros, de los arts. 51 y 54 LC. Lo que la LC establece como efecto de la declaración de con-curso (entre otros efectos) son restricciones a las facultades patrimoniales del deudor (art. 40 LC) y ello incide en la libre disposición del objeto de un proceso que afecta a su patrimonio, pero no dota a la materia de ese proceso jurisdiccional, o en su caso pro-cedimiento arbitral, del carácter de orden público de tal modo que quede impedida la libre disposición.
VIII. De otro lado, no cabe invocar en este caso la salvedad contenida en el convenio arbitral por tratarse, el presente litigio, de «*medidas cautelares o de urgen-cia*», que es el supuesto que la cláusula excepciona de la sumisión a arbitraje (*«ex-ceptuando sin embargo la jurisdicción de la Autoridad Judicial Ordinaria en rela-ción*

con las medidas cautelares o de urgencia a petición de una de las partes», dice el convenio arbitral). Con remisión a la argumentación del auto apelado, no puede equipararse una iniciativa o actuación procesal de carácter cautelar o preliminar, que son las indicadas por dicha cláusula, con el proceso declarativo por el que se so-mete a la jurisdicción ordinaria el conocimiento y resolución del fondo del asunto, por muy urgente que sea, como en todos los casos en que se acude a los tribunales, su resolución.
Por último, la carencia o insuficiencia de medios económicos para afrontar el coste del procedimiento arbitral ante la CCI no es una razón jurídica válida para esta-blecer la ineficacia del convenio arbitral. LP puede en el procedimiento arbitral en cur-so introducir su reclamación, a la que se dará el curso que corresponda por estar su-fragando «P», como afirma, los costes del arbitraje, sin perjuicio de la condena en costas que el laudo definitivo sobre el fondo del asunto pueda establecer.”: AAP Barcelona (Sección 15) 29.04.2009 (Rollo 708/2008; RJC 124)

1. La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

Redacción por ley 11/2011

[Nueva redacción del art 52.1 por Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.]

JM-6 Madrid

“PRIMERO.-A los fines de resolver la cuestión suscitada debe señalarse como hechos relevantes, los siguientes:
1.-que por Auto de 19.1.2010 de este Juzgado se declaró el concurso voluntario de GRUPO EMPRESARIAL ACERTA, S.A.;
2.-que la concursada y la demandada INTER IKEA CENTER ESPAÑA, S.L.U. formalizaron en fecha 17.9.2007 un contrato de gerencia de proyecto y de obra [-conocido como project management-] para la construcción de centro comercial de dicha firma en Arroyo de la Encomienda (Valladolid);
3.-que la cláusula 28ª de dicho contrato dice, bajo la rúbrica de "arbitraje", que "... las partes acuerdan someter la decisión de las cuestiones que puedan surgir entre ellas, como consecuencia de la interpretación
o cumplimiento del presente contrato, a un arbitraje de equidad que se regirá por las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre..., estableciendo seguidamente la cláusula las normas para la formalización del arbitraje;
4.-que por escrito de 12.7.2012, y por el cauce del art. 61.2 L.Co., la mercantil concursada solicitó la resolución en interés del concurso del citado contrato; siendo convocadas las partes a una comparecencia que se celebró con acuerdo parcial, dictándose Auto de 30.1.2012 cuya parte dispositiva reza que "... Se acuerda homologar el acuerdo de resolución contractual formalizado entre GRUPO EMPRESARIAL ACERTA, S.A. y la entidad INTER IKEA CENTRE ESPAÑA, S.L. respecto de contrato de gestión de servicios relativo al centro y parque comercial de Arroyo de la Encomienda (Valladolid) de 17.9.2007; dejando imprejuzgada las cuestiones relativas a las consecuencias económicas de dicha ineficacia, que las partes podrán hacer valer -en su casoa través del oportuno incidente a que se refiere el art. 61.2 L.Co....";
5.-que por demanda de la concursada de 30.12.2013 [-origen de éste incidente-], e invocando desistimiento unilateral, solicita la actora una indemnizaciòn de 76.647,49.-#, al así resultar de la cláusula penal recogida en la cláusula 22ª del contrato; a lo que se opone la demandada sosteniendo la existencia de incumplimiento en la concursada [-para oponerse al fondo-] y la presencia de pacto arbitral [-para oponerse a la jurisdicción-].
SEGUNDO.-En la redacción originaria de la Ley Concursal [-en adelante L.Co.-] el art. 52.1 señalaba que "... los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 º 3º del artículo anterior..."; redacción que fue modificada por Ley 11/2011, de 20 de mayo, por la que se modificó la Ley 60/2003, de Arbitraje, siendo su actual tenor literal que "... la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales...".
Resulta de tal modificación legislativa [-que entró en vigor el 9.5.2011-] que frente al automatismo de suspensión de efectos contractuales que la declaración concursal provocaba sobre los pactos y convenios arbitrales, el legislador de 2011 opta por mantener la eficacia del convenio o pacto, dejando en manos del juez del concurso en decidir si tal suspensión de efectos del pacto arbitral se produce o no; para lo cual deberá atender a circunstancias procedimentales en aras a una ordenada, rápida y coordinada tramitación del concurso.
TERCERO.-De igual modo debe señalarse que tal como señala la mejor doctrina [Prof. MARIN] el convenio arbitral tiene una doble eficacia, positiva y negativa. Tiene una eficacia positiva, en el sentido de que "obliga a las partes a cumplir lo estipulado" (art. 11.1 LArb), es decir, a someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica (art. 9.1 LArb). La eficacia negativa consiste en que el convenio arbitral impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria (art. 11.1 LArb).

En consecuencia, la suspensión de los efectos del convenio arbitral significa: a) por una parte, que las partes del convenio ya no están obligadas a someter las controversias jurídicas que entre ellas surjan o puedan surgir a arbitraje; y b) por otra, que cualquier de las partes tiene vía libre para acudir a los tribunales y ejercitar en ellos las acciones judiciales que estime pertinentes. Y ello es así con independencia de que la parte que celebró el convenio arbitral, y después es declarada en concurso, ocupe en ese nuevo proceso judicial que se va a iniciar la posición de demandada (art. 50 LC) o de demandante (art. 54 LC).
CUARTO.-Atendiendo a tales antecedentes fácticos, legales y doctrinales, no puede sino concluirse en la presente causa que declarado el concurso en fecha 19.1.2010 respecto a cláusula de sumisión expresa de arbitraje incorporada a contrato de 2007, la declaración concursal desplegó todos sus efectos suspensivos sobre dicho convenio arbitral, resultando inadmisible que suspendida por Ley la legitimación de IKEA para invocar a su favor dicha cláusula arbitral, pretenda en la actualidad su validez y vigencia; aun cuando el tenor legal haya sido modificado, en cuanto éste desplegará sus efectos sobre los concursos declarados tras la entrada en vigor de dichos efectos legales.
Aún más; si por auto de 30.1.2012 se dictó Auto homologando el acuerdo sobre la resolución de aquel contrato, no resulta posible [-ya ineficaz aquel-] invocar dicha cláusula; ineficacia a futuro a la que mostró conformidad la demandada IKEA.
Finalmente baste indicar que, aún en el supuesto de acudir a la actual redacción del art. 52.1 L.Co., la extraordinaria prolongación de la fase común en el presente concurso y la actual presencia de la fase de convenio, hace aconsejable una conjunta y unitaria tramitación de las cuestiones económicas que puedan derivar no de aquella resolución convencional, sino de si la resolución unilateral de IKEA en 2010 estaba justificada en un incumplimiento sustancial, grave, relevante e imposibilitante de una plena satisfacción de la pretensión del acreedor "in bonis", o por el contrario, nos encontramos ante una resolución injustificada que suponga desistimiento unilateral; por lo que remitir tal cuestión a árbitros puede causar perjuicio a la tramitación del concurso.”: AJM-6 Madrid 02.09.2014 (Incidente 42/2014; Concurso 786/2009)

2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.

Art. 52.2

1. Prosecución de los procedimientos arbitrales en tramitación

TSJ Murcia

“PRIMERO.-Objeto de la acción de anulación del laudo.
1. La empresa FITO S.A presenta demanda ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia interesando la anulación del laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Transporte de la Región de Murcia con fecha 26 de octubre de 2012. El laudo que ahora se impugna, estimó dos reclamaciones promovidas por RED 30 TRANS, S.A. (SEUR) condenando a la citada mercantil FITO, S.A. a abonar la cantidad de 7.475,15 euros más intereses de demora.
2. La empresa demandante en el escrito de demanda alegó dos causas de nulidad del laudo. Ambas aparecen expuestas al amparo del art. 41.1 d) de la Ley 60/2003 de Arbitraje que dispone como motivo de nulidad del laudo "que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo ente las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no sean ajustado a esta Ley". Esas causas se concretan en el presente caso, según la demanda, en dos aspectos:
(a) La falta de citación en el procedimiento arbitral del administrador concursal de la empresa FITO SA. Alega la representación de esta mercantil que esta circunstancia fue puesta de manifiesto por escrito (de fecha 19 de octubre de 2012) días después de la iniciación del procedimiento arbitral, sin que fuera atendida por la Junta Arbitral de Transporte la petición de la empresa aquí demandante de que se citara al administrador concursal.
(b) La incorrecta constitución de la Junta Arbitral de Transporte. Indica que sólo se constituyó con el Presidente y el Secretario, no asistiendo ninguno de los dos restantes vocales (el de agencia de transportes de mercancías de carga fraccionada ni el de cargadores).
En el acto de la vista, la parte demandante agregó, después de ratificar la demanda, que el rechazo de determinada documental que interesó como prueba determinaba que ahora renunciara a la acción, con el consiguiente reconocimiento de su deuda.
3. La empresa demandada RED 30 TRANS, SA (SEUR) se ha opuesto a los dos motivos de nulidad del laudo. Por una parte, indica que la declaración de concurso fue posterior a la fecha de la iniciación del procedimiento arbitral, por lo que es aplicable el art. 52.2 de la Ley Concursal que dispone que "los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo (...)". Y por otro lado considera que el art. 9.7 del Real Decreto 1211/1990 que aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre después de establecer que "el laudo se acordará por mayoría simple de los miembros de la Junta, dirimiendo los empates el voto de calidad del presidente", añade un inciso final del siguiente tenor: "La inasistencia de cualquiera de los miembros de la Junta, con excepción del presidente, no impedirá que se celebre la vista ni que se dicte el laudo".
SEGUNDO.-Primer motivo : Sobre la falta de citación del administrador concursal en el procedimiento arbitral.
1. Para resolver este primer motivo interesa retener los siguientes datos:
-La solicitud de procedimiento arbitral fue presentada por la empresa RED 30 TRANS, S.A. (SEUR) contra la empresa FITO. S.A. con fecha 11 de junio de 2012, según registro general de la Delegación del Gobierno

(documentos 1 y 2 acompañados junto con la contestación a la demanda). Las solicitudes de arbitraje tuvieron entrada en la Junta Arbitral de Transporte el 18 de junio de 2012
-La vista del procedimiento arbitral se celebró el 26 de octubre de 2012. No asistió al acto de la vista la empresa FITO, SA. El laudo se dictó en esa misma fecha. La Junta se constituyó con el Presidente y el Secretario, no asistiendo los dos restantes vocales.
-La empresa FITO SA había presentado escrito dirigido a la Junta Arbitral del Transporte en fecha 19 de octubre de 2012 comunicando que se encontraba en concurso de acreedores e interesando que se citara al administrador concursal.
-Por Auto de fecha 5 de septiembre de 2012 el Juzgado de lo Mercantil núm Dos de Murcia declaró en concurso voluntario a la empresa FITO SA, determinando, entre otros extremos, que las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor quedaban intervenidas por la administración concursal que se designaba al efecto.
2 Teniendo en cuenta las indicadas premisas el motivo de nulidad esgrimido con base en la letra d) del art. 41 de la Ley de Arbitraje no puede ser atendido. La falta de citación de la administración concursal en el procedimiento arbitral no constituye motivo de nulidad del laudo dictado en el procedimiento arbitral discutido. Veamos por qué.
3 Tras la reforma de la Ley de arbitraje por Ley 11/2011 se modificó la redacción originaria del art. 52.1 de la Ley Concursal manteniendo la eficacia negativa del arbitraje aunque con alguna matización, dado que, con efectos desde el 10 de junio de 2011 (fecha de entrada en vigor de la reforma), la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por concursado. "Cuando el órgano jurisdiccional [el Juzgado de lo Mercantil] entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales" (art. 52.1 inciso final LC). El apartado 2 del art. 52 LC es rotundo al disponer que "Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior"art.51apa.2 art.51apa.3. La remisión al artículo anterior (que es el art. 51 y no el 51 bis LC, pues este último no tiene apartado 3) resulta clave para comprender el alcance de esta previsión en el caso. Los apartados 2 y 3 se refieren respectivamente a dos situaciones distintas: la suspensión y la intervención del deudor. Según el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil, las facultades de administración y disposición del patrimonio de la empresa FITO, S.A. declarada en concurso habían quedado intervenidas por la administración concursal (art. 40.1 LC). En caso de intervención, dispone el apartado 3 del art. 51 de la LC que "el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio (...)".Por tanto, los procedimientos arbitrales en tramitación continúan hasta que se dicte laudo arbitral firme; y se entiende iniciado el arbitraje cuando el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, salvo que las partes hayan acordado otra cosa (Ley Arbitraje 60/2003, art. 27), esto es, la fecha en la que el demandado es notificado y requerido para someter la controversia a arbitraje.
4. A tenor de estos preceptos legales, en el caso examinado se advierte:
4.1 Que ese requerimiento de someter la controversia a arbitraje se produjo con anterioridad a la declaración del concurso, de ahí que no haya impedimento procesal para pueda continuar hasta la firmeza del laudo.
4.2 La empresa FITO, S.A., declarada en concurso iniciado el procedimiento arbitral, y habiendo determinado el Juzgado de lo Mercantil sólo su intervención, conserva la iniciativa en la gestión de sus negocios, si bien debe recabar autorización o conformidad de los administradores concursales para actuaciones de contenido patrimonial. La intervención de la concursada se traduce en el ámbito procesal en limitación más atenuada de la capacidad procesal del deudor, que conserva su legitimación, tanto activa como pasiva. En consecuencia, la citación de la administración concursal no es imprescindible, aunque pueda ser aconsejable, como medida de precaución, pero en modo alguno vicia de nulidad el laudo dictado. La propia concursada, en cuanto meramente intervenida, debía pedir la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios; pero ello no impide conservar su capacidad para actuar en juicio de manera autónoma. En el caso examinado es indudable que el precepto aplicable es el específico del art. 51.3 por remisión del ap. 2 del art. 52 LC ("procedimientos arbitrales"), pues la firmeza del laudo todavía no se ha logrado al estar pendiente esta impugnación judicial. Es más, tampoco podría atenderse este motivo de nulidad aunque nos situáramos en la perspectiva legal, más general, diseñada en el art. 54. 2 de la LC ("ejercicio de acciones del concursado"). Según este precepto la capacidad para actuar en juicio en los casos de intervención sigue conservándola el concursado también de manera general tal como reconoce el art. 54.2 de la Ley Concursal para el ejercicio de acciones por parte del mismo, y cuando se precisa que necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. En principio, puede entenderse que la trascendencia patrimonial de la acción que pretende ejercitar en vía arbitral el concursado es clara, pues afecta a la subsistencia y cumplimiento de contratos del que derivan obligaciones y créditos que habrían de conformar las masas activas y pasivas del concurso; ahora bien, también desde esta óptica legal -que, insistimos, no es la que específicamente resulta aplicable en el presente caso porque media un procedimiento arbitral-,resulta un contrasentido la alegación de nulidad invocada por el propio demandante pues hubiera resultado necesaria la autorización de la administración concursal para interponer la presente demanda.
4.3 Por último, la parte demandante, después de ratificar su demanda en el acto de la vista, manifestó que renunciaba a la acción y reconocía el débito. Estas últimas manifestaciones carecen de validez a efectos jurídicos pues entrañan un poder de disposición del objeto del litigio que, según lo dispuesto y ya visto el artículo 51.3 de la Ley Concursal, le están vedadas a la empresa en concurso sin la autorización de la

administración concursal. Y no consta en el supuesto de autos dicha autorización.”: STSJ Murcia 13.03.2013 (Sentencia 1/2013; Recurso 10/2012)

AP La Rioja

“PRIMERO Por la Junta Arbitral de Transporte de La Rioja se dictaron los laudos arbitrales números 66 a 72 /2008 de fecha 6 de octubre de 2008, en fecha 6 de marzo de 2009, por la procuradora Sra. Reinares Llanos, se presentó escrito de anulación de laudos arbitrales, en relación con los laudos indicados que obran en el procedimiento, interesándose se acordase la anulación de dichos laudos números 66 a 72 de 2008.
Consta en el expediente, asimismo,auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria de fecha 18 de mayo de 2009, dictado en el Pocedimiento Concursal 120/09, y en el que se declaraba el concurso de carácter voluntario de la deudora COFERMETAL S. L., además de disponer, entre otros pronunciamientos que el deudor COFERMETAL SL, conservaría las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursarles, mediante su autorización o conformidad, con nombramiento de administrador único del concurso a la auditora de cuentas que se indicaba.
Conforme alart. 52 de la Ley Concursal en su punto primero los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso.
Conforme al nº 2 del mismo precepto, los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza del auto.
Por otra parte, conforme alart. 86.2 de la misma Ley concursal, se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por ludo o por sentencia, aunque no fueran firmes.
En este sentido y en cuanto a los efectos de la declaración de concurso sobre los procedimientos arbitrales en curso cabe decir: "Del mismo modo que los juicios declarativos que estuvieran pendientes a la fecha de la declaración de concurso continúan hasta la firmeza de la sentencia (art. 51.1, inciso primero), los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración concursal continúan hasta la firmeza del laudo (art. 52.2). Ahora bien, los efectos de la declaración judicial de concurso sobre juicios y arbitrajes en tramitación no coinciden de modo total y absoluto: en el caso de los procedimientos judiciales, el juez del concurso puede optar por la acumulación de esos procedimientos al juicio universal de concurso, cuando estime que la resolución de los mismos puede tener trascendencia sustancial para la masa activa o para la masa pasiva (art. 51.1, segundo inciso); en el caso de los procedimientos arbitrales en curso esta posibilidad de acumulación no existe.
La regla de la continuación de los procedimientos arbitrales opera desde el inicio del arbitraje. Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje (art. 27 LA). El procedimiento arbitral se encuentra en tramitación desde la recepción de ese requerimiento, aunque todavía no estuvieran nombrados los árbitros ni hubieran comenzado las actuaciones. El procedimiento arbitral iniciado continuará hasta la firmeza del laudo. No es firme el laudo contra el que se hubiera ejercitado acción de anulación (art. 40 LA) en el plazo de los dos meses siguientes a la notificación o de la resolución sobre su corrección, aclaración, o complemento (art. 41.4 LA). Del recurso de anulación conoce la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiere dictado el laudo, y no la Audiencia. Provincial competente par-; conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones del juez del concurso (art. 8.3 LA), sin que contra la sentencia que dicte la Audiencia Provincial resolviéndolo quepa recurso alguno (art. 42.2 LA).
Una vez devenga firme el laudo, los pronunciamientos vinculan al juez del concurso, el cual dará a las resoluciones firmes recaídas el tratamiento concursal que corresponda (art. 53.1). No obstante, el laudo arbitral no firme, en cuanto impugnado, no carece de relevancia en el proceso concursal, pues el crédito reconocido por el mismo debe incluirse necesariamente en la lista de acreedores, aunque sea con carácter provisional (art. 86.2).
Durante la tramitación del procedimiento arbitral pendiente puede resultar necesaria la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar la efectividad del laudo que ponga fin al procedimiento arbitral. LaLey de Arbitraje atribuye competencia para acordar esas medidas tanto a los árbitros (art. 23) como al tribunal del lugar donde deba ejecutarse el laudo (arts. 8.3 LA Y 724 LEC). Sin embargo, si una de las partes del arbitraje se encuentra en situación concursal, debe prevalecer la competencia del juez del concurso. A éste corresponde acordar, y, en su caso, ejecutar las medidas cautelares de cualquier clase que afecten al patrimonio del concursado mientras el concurso esté en tramitación (arts. 8 LC y 86 ter LOPJ)".
Por tanto, procede acordar la suspensión del procedimiento de acción de anulación de laudos arbitrales instado con efectos de la fecha de esta resolución, sin perjuicio del tratamiento concursal que se pueda dar a los posibles créditos a que se refieren los laudos.”: AAP La Rioja 08.10.2009 (JUR 2009\459562; Auto 106/2009; Rollo 129/2009)

AP Madrid

“Segundo.-Palomeque Inversiones, SL promovió procedimiento sobre nombramiento judicial de árbitro contra DHO Infraestructuras, SA con fecha 29 de enero de 2009, admitiéndose a trámite por auto de 27 de abril de 2009. El Juzgado que conocía del procedimiento (Primera Instancia nº 9 de Madrid) recibió, al parecer por fax, copia de un auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid por el que se declaraba a DHO Infraestructuras, SA en concurso necesario, auto de 24 de marzo de 2009 (procedimiento de concurso ordinario 2/2009). El auto apelado, de fecha 8 de junio de 2009, acordó la suspensión del procedimiento, basándose en el artículo 8 y en los artículos 50 y siguientes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, razonando que el arbitraje se refiere a

la aplicación de penalizaciones económicas en un contrato de obras, lo que tendría consecuencias patrimoniales para la parte demandada. Palomeque Inversiones, SL ha apelado dicho auto.
Tercero.-Mediante el recurso de apelación, Palomeque Inversiones, SL viene a solicitar que se declare la falta de competencia objetiva del Juzgado en relación con el procedimiento de nombramiento de árbitro, previniendo a las partes que usen de su derecho en relación con el mismo ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, en el procedimiento de concurso necesario 2/2009.
Tal pretensión no guarda relación con el contenido del auto, que se limita a acordar la suspensión del procedimiento. La competencia del Juzgado no se ha discutido, estando fijada por auto firme de 27 de abril de 2009, contra el que ningún recurso interpuso la hoy apelante. Ésta alega que corresponde conocer del procedimiento de nombramiento de árbitro al juez del concurso (artículo 8.1 de la Ley Concursal), pero que el juzgador de instancia no previno a las partes que usasen de su derecho ante el Juez del concurso (artículo 50 de la Ley Concursal).
El artículo 50 de la Ley Concursal se refiere a "nuevos juicios declarativos", que no es la materia de este proceso, luego no resulta aplicable. Es específicamente aplicable el artículo 52 de la Ley Concursal, precepto relativo a "Procedimientos arbitrales", en cuyo apartado 2 se dispone: Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior. El procedimiento arbitral seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 se inició el 29 de enero de 2009; el concurso de DHO Infraestructuras, SA se declaró por auto de 24 de marzo de 2009, luego es claro que aquél estaba en tramitación en el momento de la declaración de concurso, de ahí que la solución ajustada a la ley sería que continuase el procedimiento arbitral (con las particularidades que establecen los apartados 2 y 3 del artículo 51 de la Ley Concursal) hasta dictarse el laudo y devenir firme el mismo. Sin embargo, no es ésta la petición de la apelante, de ahí que no pueda acordarse así, lo que impone desestimar el recurso. ":AAP Madrid (Sección 9) 15.04.2010 (Auto 96/2010; Rollo 138/2010)

"PRIMERO La entidad GEFCO ESPAÑA, S.A., parte demandada en el presente procedimiento de anulación del laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Transporte de la Comunidad de Madrid con fecha 14 de enero de 2010, seguido a instancias de la entidad PLASTICOM VELILLA, S.L., formula una vez personada en las actuaciones y antes de contestar a la demanda cuestión de competencia por declinatoria por falta de competencia objetiva de este Tribunal señalando que sería competente elJuzgado de los Mercantil nº 12 de esta Capital al estar declarada en concurso la entidad PLASTICOM VELILLA, S.L., por auto dictado por dicho Juzgado de fecha 30 de junio de 2010 en el seno del procedimiento nº 339/2010.
Argumenta en esencia la incompetencia de este Tribunal señalando que el criterio de competencia objetiva en caso de situación concursal viene determinado en losartículos 51 y 8 de la Ley Concursal, al establecerse en los mismos un criterio especial para aquellos juicios que se estén tramitando en el momento en que se declara el concurso de una de las partes involucradas en el procedimiento, entendiendo que de conformidad con los mismos el Juez competente para conocer de los juicios seguidos con la entidad concursada es solamente el Juez que está conociendo del concurso.
SEGUNDO El planteamiento de la cuestión de competencia por declinatoria promovida por la representación de la entidad GEFCO ESPAÑA, S.A. supone desconocer lo establecido al efecto y de forma específica en elartículo 52.2 de la Ley Concursal, precisamente para determinar la competencia en el caso de los procedimientos arbitrales ya iniciados al momento de declararse el concurso.
En efecto, establece el citado precepto que "Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior" y esa invocación a tales apartados hace referencia únicamente, por lo que aquí interesa, alapartado 3 del artículo 51 puesto que de la documentación aportada se trasluce que se ha acordado la intervención y no la suspensión de las facultades de administración, a que en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, por lo que resulta evidente que la competencia para el conocimiento de la presente acción de anulación de laudo arbitral corresponde a este Tribunal conforme a lo preceptuado en elartículo 8.5 de la vigente Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010) y en tanto la Sentencia que en su día se dicte determinará precisamente la firmeza del laudo arbitral a la que alude el referidoartículo 52.2 de la Ley Concursal.
Hasta tal punto es así que ya el propioartículo 53 de la Ley Concursal determina que "1. Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda".
Así pues, resultan absolutamente inocuas las invocaciones que se efectúan a la posible afectación patrimonial de la concursada como consecuencia del presente procedimiento y la fundamentación de la declinatoria en la especialidad que vendría determinada, a juicio de la promovente, por lo dispuesto en losartículos 8 y 51 de la Ley Concursal cuando existe el específico precepto que se está aplicando en la regulación de la competencia en el caso de autos y que, por lo que aquí interesa, determina que no pueda alterarse la competencia general como consecuencia del estado concursal de una de las intervinientes en el proceso. Debe por tanto desestimarse la declinatoria planteada acordándose la continuación del procedimiento por sus trámites": AAP Madrid (Sección 13) 23.12.2010 (AC 2011/760; auto 340/2010; Rollo 2/2010)

Artículo 53. Sentencias y laudos firmes.

1. Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda.

AP Pontevedra (Sección 6)

"En todo caso conviene precisar que la demandante únicamente podrá reclamar en el proceso concursal el importe del crédito que le pueda ser reconocido en este procedimiento, ya que la demanda que ha dado origen a los presentes autos se presentó ante los Juzgados de Vigo el 10 de junio de 2010 y la declaración de concurso necesario de la entidad mercantil "VIAJES MARSÁNS, S.A." se produjo a través del Auto de fecha 25 de junio de 2010 dictado en los autos de Concurso Necesario 217/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid. Y así el art. 51-1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal establece que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia; por otra parte el art. 53-1 de la citada ley dispone que las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda, lo que debe ponerse en relación con el art. 55-1 que precisa que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Por lo tanto en el presente proceso declarativo no cabe proseguir la ejecución contra la entidad "VIAJES MARSÁNS, S.A.", debiendo en su caso seguirse la misma en el proceso concursal.": SAP Pontevedra (Sección 6) 20.05.2013 (Sentencia 361/2013; Rollo 79/2012)

Art 53.1

0. Laudo extranjero: es necesario previo procedimiento de reconocimiento ante el TSJ

AP Sevilla

"Primero.- Como primer motivo de su recurso la parte actora muestra su disconformidad con la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil para reconocer la ejecutividad del Laudo. Afirma que si bien los artículos 73.1 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuyen la competencia para el reconocimiento de los laudos o resoluciones arbitrales extranjeros a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, tratándose de un concurso corresponde tal competencia a los Juzgados de lo Mercantil conforme al artículo 8 de la Ley Concursal, por cuanto que este precepto otorga a dicho Juez competencia exclusiva y excluyente para el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concurso.
Confunde la parte apelante el reconocimiento del laudo arbitral extranjero con la ejecución del mismo. La acción de reconocimiento de un laudo arbitral dictado en el extranjero no se dirige contra el patrimonio del concursado. Su objeto es única y exclusivamente dotar de efectividad al documento en el ordenamiento jurídico español y la competencia para ello corresponde exclusivamente a los Tribunales Superiores de Justicia. Una vez reconocida esa efectividad, la parte a cuyo favor se haya pronunciado el laudo podrá iniciar acciones de contenido patrimonial contra el patrimonio del concursado con base a dicho documento, para las cuales será competente el Juez de lo Mercantil que conozca del concurso.
El documento aportado no ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico español mediante el procedimiento establecido al efecto, por lo que carece de la condición de resolución arbitral, no siendo por ello de aplicación el artículo 52.1 de la Ley Concursal, conforme al cual son vinculantes los laudos para el juez del concurso.
Segundo.- La cuestión es si, a pesar de que al documento presentado no se le puede reconocer la condición de laudo firme, es suficiente junto con la documentación que se acompaña para reconocer la existencia de la deuda que se reclama, a la cual en todo caso habría de concedérsele la condición de crédito subordinado dada su extemporánea presentación.
La reclamación de la parte actora y apelante se basa en el hecho de que entregó a la concursada la cantidad de 625.000 $, cuya devolución con intereses y perjuicios reclama dado que la actora no llevó a cabo los trabajos para los que fue contratada y por cuya razón se le entregó esa cantidad como parte anticipada del precio. Del relato de hechos que hace el árbitro en el laudo, sobre la base de las pruebas que tuvo a su disposición aportadas exclusivamente por la demandante, dado que la demandada no compareció en el arbitraje, el único documento en el que realmente la demandada reconoce la deuda es una carta fechada el día 30 de julio de 2.007, que consta en autos, en que reconoce la imposibilidad de llevar a cabo el trabajo, y afirma su disponibilidad para resolver el contrato y devolver los 600.000 $ que admite haber recibido a cuenta del precio. Debe reseñarse, sin embargo que en esa misma carta se muestra la disposición de ceder el contrato a otra compañía.
La demandada reconoce la existencia del contrato firmado el día 16 de marzo de 2.007, cuyo objeto era el reflotamiento de una dársena hundida, la imposibilidad técnica de llevarla a cabo, de la que tuvo conocimiento al poco de haber firmado el contrato, a través de empresas a la que se habían encargado estudios de viabilidad antes de esa firma, y la recepción del dinero reclamado. Pero afirma haber llegado a un acuerdo con la actora posterior a la carta de 16 de marzo de 2.007, en el sentido de que ésta renunciaba al reflotamiento. En su lugar se procedería por una tercera empresa a la que pagaría la demandada al desguace de la dársena sumergida y a su retirada del lugar donde se encontraba, justificando mediante facturas que ello le ocasionó unos gastos

superiores al dinero que había recibido de la demandada. Aporta justificante de los gastos y pagos efectuados como consecuencia del contrato, pruebas gráficas de que en el año 2.008 se llevó a cabo el desguace acordado por una empresa que intervino en el contrato y señala como indicios a su favor los hechos recogidos en el laudo arbitral de la falta de reclamaciones por parte de la actora durante dos años (entre el 11 de julio de 2.007 y el 7 de septiembre de 2.009), lo que extraña al propio árbitro, así como la inexplicable ocultación de la empresa que llevó a cabo la extracción y desguace de la dársena que dice la actora que se hizo a su costa, por cuanto de revelarse ese dato podría haberse determinado que quien la llevó es la empresa proporcionada con la demandada y que cobró de la misma.
A la vista de este conjunto de datos, esta Sala no puede considerar probada con la certeza que exige el apartado 1 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la existencia de la deuda que reclama la parte actora, por falta de datos esenciales, como el contrato por el que se encarga el desguace a una nueva empresa y el importe pagado por la operación. Sin esos datos persisten dudas sobre si realmente la demandada adeuda esa cantidad, ya que existen serios indicios de que, si bien no cumplió el contrato original, llevo a cabo con el acuerdo de la demandada la operación de desguace a través de una tercera empresa, siendo los gastos generados por su labor superiores a las cantidades recibidas de la demandada.”: SAP Sevilla (Sección 5) 29.10.2013 (Sentencia 493/2013; Rollo 4019/2013)

1. Alcance de la vinculación. Necesidad de insinuación o impugnación

“QUINTO Tampoco se advierte infracción del artículo 53.1 de la LC, por más que los apelantes aduzcan que sus créditos derivaban de sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social con fechas 14 de enero y 23 de febrero de 2005 y que éstas vinculan al juez del concurso. Porque no se discute que no cabe reenjuiciar en el seno del proceso concursal la contienda que dio lugar a esas resoluciones judiciales, sino que el problema estriba en el necesario cumplimento de los mecanismos previstos en la Ley concursal para llegar al cierre del listado de acreedores, lo que ofrece a éstos un cauce procesal para poder exigir, en un momento determinado, que sus títulos resulten debidamente reflejados en él. Si no se atiende a este mecanismo (que es el que hubiera permitido volcar en el concurso el crédito laboral, como definitivo -si ya existía sentencia- o contingente -si todavía estaba pendiente de juicio-, según el caso), de modo que ni se insinúa el derecho de crédito cuando debió hacerse y tampoco se impugna, en tiempo y forma, su falta de inclusión, el resultado será que el mencionado derecho no podrá ser tenido en cuenta en el concurso, por no haber sido atendidas las reglas reguladoras de éste.”: Auto AP Madrid 22.02.2007 (Sección 28) (JUR 2007/151911)

“Finalmente, tampoco es admisible el argumento de que el art. 53 obligaba a la inclusión de la resolución judicial en el concurso a través de la pretensión de modificación del informe. Por de pronto, las reiteradas referencias a la "sentencia" no se alcanza, pues la propia parte se encargó de demostrar que se está ante un auto de monitorio dictado a consecuencia de la incomparecencia del deudor. El auto fue dictado el 1.12.2009, por lo que debió haberse comunicado temporáneamente. La norma se refiere a la obligación del juez del concurso de tomar en cuenta, por el efecto de la cosa juzgada, las resoluciones dictadas por los jueces y tribunales, pero no establece una regla especial de comunicación de créditos que faculte a las partes a insinuar un crédito reconocido en resolución judicial en cualquier momento, al margen de las reglas generales de comunicación del art. 96. Titular de un crédito reconocido en resolución judicial con anterioridad a la propia declaración del concurso, la parte soportaba la carga procesal de comunicarlo temporáneamente.”: AAP Pontevedra (Sección 1) 04.06.2012 (Auto 84/2012; Rollo 249/2012)

2. Caso de laudo del que no consta haberse instado la nulidad

“PRIMERO.- La apelante esgrime un único motivo para recurrir la resolución judicial que resolvió los dos incidentes alusivos a impugnaciones que habían sido planteadas contra el inventario y la lista de acreedores contenida en el informe emitido por la Administración Concursal de CONSTRUCCIONES IGMA 2000 SL con la finalidad de concretar en el seno del concurso cuál era la situación crediticia existente entre la citada concursada y la entidad PROYECTOS TÉCNICOS Y TECNOLÓGICOS SL.
La parte recurrente, que lo es la propia concursada, CONSTRUCCIONES IGMA 2000 SL, considera que se habría cometido una infracción del artículo 24 de la Constitución al haber tomado en cuenta el juez de lo mercantil, como dato decisivo al dictar su sentencia, una resolución arbitral que no era firme y contra la que se había anunciado la intención de interponer recurso.
Se refiere la recurrente al laudo dictado el 16 de octubre de 2009 por árbitro nombrado por la Corte Arbitral del Ilustrísimo Colegio de Abogados de Madrid, en sede del conflicto suscitado entre PROYECTOS TÉCNICOS Y TECNOLÓGICOS SL y CONSTRUCCIONES IGMA 2000 SL, que fue fallado con una condena por importe de 661.604,82 euros a cargo de ésta y a favor de la primera de dichas entidades, además de liberar a ésta de tener que afrontar determinados pagos.
SEGUNDO.- Que el artículo 53 de la LC señale que el juez del concurso no deba desentenderse de los laudos que sean firmes, pues le vinculan y ha de darles el tratamiento concursal correspondiente, no significa que no haya de tomar en cuenta el contenido de un laudo hasta que no alcance ese estadio procesal.
La peculiaridad de los laudos arbitrales radica, precisamente, en que se trata de títulos a los que la ley les atribuye fuerza ejecutiva, aunque fuesen objeto de impugnación. Así se deriva de las previsiones de los artículos 45 de la Ley de arbitraje y 517.2 de la LEC. No está condicionada, por lo tanto, la eficacia de las resoluciones arbitrales al que haya de acreditarse su firmeza, aunque ésta sea un dato que resulte relevante para zanjar eventuales situaciones de contingencia.
TERCERO.- Sólo existe (al margen del recurso de revisión de la LEC contra resoluciones firmes) un cauce para que pueda plantearse una impugnación contra un laudo arbitral, cual es el específico de la acción de

anulación, regulada en los artículos 40 y siguientes de la Ley de arbitraje de 23 de diciembre de 2003, que se configura como un remedio extraordinario, sui géneris, con motivos tasados y restringido a efectuar un juicio externo o de control de la observancia en el procedimiento arbitral de las garantías formales, sin que abarque la adecuación jurídica del laudo a la normativa vigente ni la justicia intrínseca de su decisión. No cabe fuera de ese marco procesal, que habría de emprenderse dentro del plazo de los dos meses siguientes a la notificación del laudo (artículo 41 de la Ley de arbitraje), sujetar éste a ningún otro tipo de control judicial.
CUARTO.- No consta acreditado en el seno del incidente concursal al que se refiere esta apelación, que es el marco procesal al que este tribunal debe atenerse, que la parte apelante, lo hubiese hecho o no, ejercitase en su momento, en tiempo y forma, acción de anulación, que fuese además admitida a trámite, contra el referido laudo, ni tampoco cuál hubiera sido, de haber existido, la suerte de la misma, cuando la mencionada resolución arbitral data, nada menos, como antes hemos señalado, del 16 de octubre de 2009. Ante tal falta de justificación de la interposición de acción de anulación en el perentorio plazo marcado por la ley, no existe razón alguna para que pudiéramos plantearnos, a la luz del motivo alegado por la recurrente, la revocación la decisión adoptada en la primera instancia, pues no advertimos que en el seno del incidente concursal se haya cometido infracción alguna del derecho fundamental invocado en el recurso.": SAP Madrid (Sección 28) 06.07.2012 (Sentencia 215/2012; Rollo 499/2011)

2. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude.

Artículo 54. Ejercicio de acciones del concursado.

1. No cabe que la AC ni el Juez del concurso puedan exigir directamente de los deudores de la concursada el importe del crédito que ésta pueda ostentar contra ellos prescindiciendo del procedimiento judicial contradictorio

AP Barcelona

"PRIMERO Años antes de la declaración de concurso de Vicente García García, SL, Landscape Inversions, SL había arrendado a la ahora concursada varias naves de su propiedad (naves nºs. 13-14, 15 y 16 de la calle La Roda núm. 8 de Gavà), y ante el impago de la renta interpuso respectivos juicios de desahucio que han seguido su tramitación después de declarado el concurso. En abril de 2005 la arrendadora, antes del lanzamiento, puso de manifiesto al Juez Mercantil la conveniencia de que, por estar las naves desocupadas (ya que la concursada había cesado en su actividad), la Administración Concursal extinguiera los contratos y entregara la posesión de los inmuebles, a fin de no incrementar más la deuda de la concursada frente a la arrendadora (que, en lo que respecta al período post-concursal, aumentaba cada mes y no había sido satisfecha) y evitar los gastos judiciales. La Administración Concursal informó que la concursada (que efectivamente había cesado en su actividad) mantenía en los inmuebles mobiliario, existencias y, sobre todo, uno de los activos más importantes, ciertas instalaciones extraíbles que valoraba en unos 200.000 euros, y se mostró dispuesta a llegar a un acuerdo, siempre que la masa del concurso obtuviera una compensación por las instalaciones y mejoras introducidas por la arrendataria concursada en las naves.
No consta que se alcanzara un acuerdo y entre octubre y noviembre de 2005 se produjeron los lanzamientos. Antes, en septiembre, la Administración Concursal había interesado autorización judicial para la venta urgente de los bienes e instalaciones que la concursada mantenía todavía en las naves, y solicitó que, contra la entrega de la posesión de los inmuebles, la arrendadora fuera requerida para que devolviera la fianza prestada en su día por la arrendataria.
Esa fianza, exigida por el art. 36 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos y convenida en la cláusula octava de los tres contratos, coincidente con dos mensualidades de renta, fue prestada por la arrendataria por cuantía de 28.958,61 euros, 17.752,86 euros y 19.052,08 euros.
Así lo acordó el Juzgado por providencia de 5 de octubre de 2005: "Requiérase a la concursada para que haga entrega de la posesión de las naves pendientes de lanzamiento y a LANDSCAPE INVERSIONES, SL para que ingresen las fianzas en la cuenta indicada en el escrito de la Administración Concursal", que fue confirmada, tras el recurso de reposición formulado por Landscape, por el Auto ahora apelado, de fecha 18 de enero de 2006.
SEGUNDO Landscape Inversions, SL argumenta en su recurso, como ya hiciera en el anterior de reposición, que resulta improcedente resolver mediante una simple providencia su derecho a retener la fianza arrendaticia, destinada a garantizar las obligaciones dimanantes del contrato a cargo de la arrendataria, y que en este caso procede hacer efectiva para cubrir las rentas impagadas, en particular las que constituyen deudas contra la masa, y los daños que ha constatado en las naves una vez producido el lanzamiento. Y así mismo, que el art. 58 de la Ley Concursal, que regula la compensación en el seno del concurso, no resulta de aplicación a las deudas contra la masa, por lo que en todo caso la puede oponer para aplicar la fianza a las rentas ulteriores a la declaración de concurso.
TERCERO No es discutido que la arrendadora Landscape es acreedora de la concursada por un crédito concursal (las rentas anteriores al concurso) y es titular así mismo de un crédito contra la masa, representado por las rentas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, sin perjuicio igualmente del derecho de crédito que en concepto indemnizatorio pueda probar por los daños y perjuicios causados por razón de los desperfectos que presentan a las naves, cuya exigibilidad surge tras la extinción del arrendamiento, que ha tenido lugar meses después de declarado el concurso.
La fianza arrendaticia que impone, como obligación accesoria a cargo de la arrendataria, el art. 36 de la vigente LAU, tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones arrendaticias a cargo de la arrendataria,

entre las que se hallan, precisamente, las indicadas de pago de la renta y de devolver el inmueble en el mismo estado en el que se recibió (a salvo los desperfectos producidos por el desgaste o uso normal). Y al constituir una cantidad de dinero (dos mensualidades de renta tratándose de locales de negocio, según dispone dicho precepto) que, con dicha finalidad, ha de ser entregada a la firma del contrato al arrendador (sin perjuicio de su depósito en el ente público que designe la Administración Autonómica hasta la extinción del contrato D.A. Tercera-), no parece desacertada, en principio, su calificación como prenda irregular, con el consiguiente derecho de retención, a la extinción del arriendo, para aplicar su importe al crédito líquido representado por las rentas impagadas o al ilíquido cuya consistencia es el resarcimiento de los daños causados al inmueble.
Uno y otro son invocados en este caso por la arrendadora, siendo indiscutido el primero, pues el arrendamiento ha perdurado, en beneficio de la masa activa, varios meses tras ser declarado el concurso. El segundo, generado por los daños que se afirma presentan las naves y que en el decir de la arrendadora son imputables a la arrendataria, ni es líquido ni está admitido, por lo que precisa, a falta de acuerdo, de una declaración judicial.
La cuestión que subyace al conflicto que se ha suscitado pasa por determinar si al término del contrato el arrendador debe devolver en todo caso la fianza al arrendatario para, seguidamente, interponer una reclamación judicial a fin de hacer efectivo su derecho de crédito derivado del incumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones contractuales, o bien si existe un derecho de retención sobre esa cantidad de dinero con correlativa facultad para aplicarla, por vía de compensación, hasta donde alcance, a las responsabilidades pecuniarias a cargo del arrendatario.
No cabe duda, por el propio concepto jurídico en que tal cantidad es entregada a la firma del contrato (fianza, en garantía del cumplimiento), que la solución procedente es la primera y no la segunda. Si esta última se acepta se vacía de contenido la causa de aquel desplazamiento patrimonial que se hace en concepto y finalidad de garantía, y deviene inoperante ab initio desde el momento en que se impone la obligación de devolución en todo caso al término del arriendo, para luego reclamar. Así se deduce, además de los términos que emplea el art. 36.4 de la LAU, que se refiere a la obligación de restitución, al final del arriendo, no ya del importe en que consistió la fianza, sino del saldo de la fianza en metálico que deba ser restituido al arrendatario, lo que sugiere una previa aplicación de su importe, por compensación, que puede efectuar el arrendador, sin perjuicio del derecho del arrendatario a reclamar la integridad.
CUARTO Si es así, vistas las circunstancias que concurren en el conflicto aquí planteado, en el que, por lo menos, existe una parte de la deuda arrendaticia (las rentas post-concursales) que tiene la consideración de crédito contra la masa (art. 84.2.5º y 7º LC), no hay razón para imponer a la arrendadora la obligación de reintegrar a la concursada (o sea, a la masa del concurso) las fianzas prestadas en su día, compeliéndola a interponer seguidamente la oportuna reclamación judicial para hacer efectivos los créditos que invoca y en cuya garantía se constituyó la fianza.
Tampoco está permitido por la Ley Concursal, por lo menos expresamente, que la Administración Concursal o el Juez del concurso puedan exigir, directamente y sin más trámite, de aquellos que aparecen como deudores de la concursada, el importe del crédito que ésta pueda ostentar frente a aquellos terceros, prescindiendo del procedimiento judicial contradictorio.
Procede por lo expuesto revocar el requerimiento de pago o devolución y remitir a los legitimados conforme al art. 54 LC (esto es, la Administración Concursal, o bien la propia concursada con la conformidad de dicho órgano del concurso, según sea el caso) al ejercicio de la correspondiente acción de reclamación que asista a la concursada frente a la arrendadora para la devolución del importe de la fianza, o del saldo procedente.": Auto AP Barcelona 11.12.2006 (AC 2007/1038)

2. Medidas cautelares: la concursada no está exenta de prestar la caución del art 728.3 LEC

AP Oviedo

"CUARTO Por lo que se refiere finalmente a la caución -recuérdese que su ofrecimiento es presupuesto de concesión de la medida, mientras que su prestación es presupuesto para su ejecución- esta Sala discrepa de la postura expuesta en la recurrida. El carácter imperativo empleado en elart. 728-3 LEC al decir que "salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente" no deja lugar a dudas acerca de la necesidad de su constitución, pues las excepciones a dicha regla general no pueden ser otras que las legalmente contempladas y entre ellas no se encuentra la del solicitante en situación de concurso. Ciertamente la medida de embargo preventivo típicamente regulada en elart. 48-3 L.C. no contempla que los solicitantes deban ofrecer ni prestar caución, pero semejante dispensa no parece que pueda hacerse extensible a cualquier otra medida cautelar por la sola circunstancia de la situación de insolvencia patrimonial que les aqueje. Debemos además recordar que nuestro Tribunal Constitucional enSTC 202/87 no admitió la exención de caución para la adopción de una anotación preventiva de demanda cuando se tratara de una persona con insuficiencia de recursos para litigar, pues no juega en este ámbito la capacidad económica del actor sino el perjuicio que pueda sufrir el demandado, y ello es "justamente porque hay intereses contrapuestos". Procede por lo tanto imponer al solicitante la debida caución y determinar su importe atendiendo para ello a los parámetros de la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que merezca el fundamento de la solicitud de la demanda (art. 728-3 párrafo 2º LEC), de todo lo cual y atendidas las razones expuestas en la presente resolución, teniendo además presente la intensidad del fumus boni iuris, se señala por este concepto la suma de 18.000 euros, la cual podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en elpárrafo segundo del apartado 3º del art. 529 LEC.": AAP Oviedo 16.10.2009 (JUR 2009\477267; Auto 125/2009; Rollo 207/2009)

3. Caso de solicitud de designación judicial de árbitro

TSJ Andalucía

"Cuarto. - Con todo, sí resulta de aplicación, por coherencia con lo anteriormente expuesto, lo previsto en el artículo 54.2 LC, que regula el ejercicio de acciones del concursado (no contra el concursado) en los casos de intervención: en tales supuestos, " el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio [a lo que se ha de equiparar la actuación ante árbitros] pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio ".
La trascendencia patrimonial de la acción que pretende ejercitar en vía arbitral el concursado es indudable, pues afecta a la subsistencia y cumplimiento de un contrato del que derivan obligaciones y créditos que habrían de conformar las masas activas y pasivas del concurso. Por ello resulta necesaria la autorización de la administración concursal.
Así las cosas, debe analizarse ahora cuál ha de ser la consecuencia de la falta de acreditación por la actora de esa autorización preceptiva, y al respecto caben tres posibilidades: que se aprecie de oficio un defecto en la capacidad del actor para la interposición de la presente demanda de nombramiento de árbitro; que se exija dicha acreditación en fase de ejecución de esta sentencia, es decir, como condición para que se proceda al efectivo nombramiento de un árbitro; o que dicha acreditación sea presupuesto no del nombramiento de árbitro, sino de la admisión por éste de la demanda en su momento. La Sala entiende que el artículo 54.2 exige la autorización para la interposición de demandas que puedan afectar a su patrimonio, pero no para los actos de preparación de la demanda, como es la solicitud del nombramiento de un árbitro. Y ello es así porque difícilmente la administración puede autorizar o negar la autorización sin conocer previamente el contenido de la demanda, y poder así valorar las ventajas esperables para la masa concursal y el riesgo de desestimación con condena en costas. En consecuencia, será una vez nombrado el árbitro cuando, a la vista del escrito de demanda, la administración concursal dé o no el visto bueno, como condición para su admisión a trámite por el árbitro que se designe. Por todo lo expuesto, la demanda ha de ser estimada y debe procederse al nombramiento de árbitro.": STSJ Andalucía (Granada, Sección 1) 25.11.2011 (Sentencia 2/2011; Recurso 9/2011)

"Primero.-Sobre la acreditación de la legitimación de la actora para la interposición de la demanda de designación de árbitro.
Las demandadas oponen la excepción de falta de legitimación de la actora por no acreditar el cumplimiento de las exigencias del artículo 54 de la Ley Concursal, que concibe como presupuestos procesales para el ejercicio de la acción consistente en la designación judicial de árbitro.
La excepción no puede prosperar por las siguientes razones:
A) En cuanto a la acreditación de representación suficiente, la Procuradora de la actora invoca en su demanda la ya acreditada en el precedente procedimiento seguido entre las mismas partes (Asunto civil nº 17/2013), lo que considerado bastante por el Secretario Judicial. En dicho procedimiento consta un otorgamiento apud acta ante el Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Madrid, efectuado por Don Mario, actuando en nombre y representación de CONSTRUCCIONES TÉCNICAS Y DECORACIÓN NUOR, S.L. "EN LIQUIDACIÓN", " según consta en copia de escritura pública otorgada ante el notario (...) el día 23 de abril de 2013 ", de donde puede inferirse que la sociedad en liquidación es administrada por el Sr. Mario.
B) Siendo admitido por las demandadas que se la actora, en efecto, se encuentra concursada y en fase de liquidación (párrafo tercero del folio 9 de la contestación de la demanda), resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 145.3 de la Ley Concursal, según el cual " si el concursado fuere persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (...). Dicho de otro modo, a partir de la apertura de la fase de liquidación ya no se plantea conflicto sobre quién representa a la sociedad, si sus administradores o la administración concursal, como tampoco ello depende de si hubo suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, o si hubo intervención.
C) Además de ello, esta Sala tiene declarado que los requisitos de autorización previstos en el artículo 54 de la Ley Concursal no operan con relación a la solicitud de designación judicial de árbitro, sino a efectos de la admisión de la demanda arbitral, pues es entonces, en función de su contenido y pretensiones, cuando puede valorarse la conveniencia de autorizar o no su interposición.
En consecuencia, no existe ningún impedimento ni formal, ni probatorio ni sustancial sobre la representación de la sociedad ni sobre su legitimación para el ejercicio de la acción de designación de tercer árbitro.": STSJ Andalucía (Granada, Sección 1) 12.02.2015 (Sentencia 4/2015; Recurso 51/2014)

1. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

Art. 54.1 ***[Caso de suspensión]***

0. Cambio de intervención a sustitución por apertura de la liquidaciòn

AP León

“SEGUNDO.-Falta de legitimación activa y de capacidad de la administración concursal para promover el procedimiento.
Cuando se presenta la demanda de juicio ordinario, e incluso cuando se presentó la demanda inicial del procedimiento monitorio del que trae causa, ya se había abierto la fase de liquidación de la concursada (se aprobó el plan de liquidación por auto de fecha 18 de junio de 2010, tal y como consta en el documento obrante a los folios 49 y 50 de los autos). Tal y como establece el artículo 145.1 de la Ley Concursal, la situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley.
Al estar en situación de suspensión del ejercicio de sus facultades de administración y disposición, la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal corresponden a la administración concursal (artículo 54.1 de la LC).
Por lo tanto, la administración concursal tiene legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación de cantidad deducida.”: SAP León (Sección 1) 11.06.2012 (Sentencia 273/2012; Rollo 591/2012)

AP Badajoz

“Ocurre que en la realidad la recurrente parece querer crear dudas respecto a un asunto que sin embargo no aborda de frente: la validez del apoderamiento otorgado por los administradores concúrsales en lugar de por la empresa concursada. Esta propuesta prácticamente debe rechazarse desde el inicio. Cierto que la sentencia recurrida no es muy explicita en lo que se refiere a la excepción de falta de representación en la actora, alegada pro la hoya recurrente en su escrito de contestación a la demanda, pero debe tenerse presente que la cuestión quedó zanjada en principio durante la audiencia previa del juicio ordinario. Pero hay que añadir que la cuestión difusa que plantea la recurrente en realidad es una cuestión nueva, que por serlo no puede ser valorada en la alzada, Ciertamente, en la contestación a la demanda se sostenía que "según credencial que consta de las actuaciones, estando la administración concursal de la actora, compuesta por tres miembros, estamos en el supuesto de órgano colegiado, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo27 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, solo podrá actuar en representación de dicho órgano el primer administrador concursal designado, es por tanto el que ostenta la representación de la administración concursal frente a tercero; de lo que se desprende que la comparecencia actuación y prerrogativas ejercitada por D. Eloy en la comparecencia mencionada no tiene validez a los fines de otorgar la representación del Procurador...". Así pues, el problema planteado en la demanda era que quien debía haber otorgado el poder de representación era D. Gerardo, y puesto que éste lo ha hecho ya, se ha subsanando el defecto y no es admisible abrir nuevas vías de discusión en el recurso puesto que ya era la propia demandada quien establecía la personalidad de quien debía otorgar el poder de representación. NO debe olvidarse, además, que la demanda se presentó en nombre de "Construcciones Vicarma, S.L. en concurso", y que dicha sociedad tenía suspendido su facultades de administración y disposición sobre su patrimonio con todo los defectos establecidos en el título III de la Ley concursal, según recoge el auto de 13 de junio de 2010, obrante al folio 19 de las actuaciones, según corresponde por lo dispuesto en el Art. 145.1 de la Ley Concursal, que dispone que la situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de la facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todo los afectos establecidos para ella en el título tercero de la presente Ley. Esta disposición se completa con el mandato legal, contenido en el párrafo 3 del mentado artículo, de que, siendo el concursado persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución sino se hubiera acordado y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley. Puesto todo ello en relación con lo que dispone el Art. 54.1 (comprendido dentro del titulo III antes mencionado), respecto a que en caso de suspensión de la facultades de administración y disposición del deudos, corresponderá a la administración concursal la legitimación para ejercicio de las acciones de índole no personal, es claro que corresponde a la administración concursal el ejerccio de la acción ahora ejercitada; pero teniendo en cuenta que la Ley se refiere al ejercicio de acciones del concursado, que es precisamente lo que ha hecho la administración concursal en el presente supuesto en su calidad de representantes de la empresa concursada en liquidación.”: SAP Badajoz (Sección 2) 29.01.2013 (Sentencia 36/2013; Rollo 422/2012)

AP Burgos

“PRIMERO. La parte actora Fundiciones y Talleres Abad SL es una sociedad en concurso que está en liquidación, y que formula un incidente concursal de reintegración en el concurso de Tebycon. El Juzgado del concurso desestima la demanda sin entrar en el fondo por no haberse formulado la demanda por la administración concursal, en su condición de liquidadores de la sociedad actora en concurso, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 145.1 en relación con el artículo 54.1 de la Ley Concursal. En síntesis lo que dicen estos preceptos es que cuando una sociedad en concurso entra en liquidación se produce la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el Título III de la presente Ley. En segundo lugar el artículo 145.1 ha de ponerse en relación con el artículo 54.1 de la LC (comprendido dentro del Titulo III antes mencionado) según el cual en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor "corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal". (...)
Carece de razón la parte apelante. La asistencia de la administración concursal para el otorgamiento del poder, en la forma que se ha hecho para otorgar el poder de 4 de marzo de 2013, no es suficiente. No es suficiente porque lo que exige la ley no es solo que el poder lo otorgue la administración concursal, sino que sea la

administración concursal y no la concursada la que ejercite la acción. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 54.1 de que "corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal". La demanda no puede por lo tanto encabezarse por Fundiciones y Talleres Abad SA, sino por la administración concursal. No es un problema de falta de representación, que pueda subsanarse, sino de falta de legitimación, porque quien presenta la demanda no es la administración concursal. Esta Sala ya se ha pronunciado sobre este mismo tema de la falta de legitimación de la sociedad en concurso teniendo suspendidas sus facultades de administración en auto nº 128 de 11 de abril de 2013. "En ningún caso -dice este auto- la administración concursal plantea la demanda en su nombre, sencillamente autoriza a Urbelar SL para presentar la demanda y a la vista del documento 3 se infiere que ni la propia administración concursal conocía que la demanda que había autorizado en mayo de 2011, antes de decretarse la fase de liquidación, había sido presentada después de la suspensión de facultades de la concursada". Por todo ello procede la desestimación del recurso. “:SAP Burgos (Sección 3) 27.09.2013 (Sentencia 235/2013; Rollo 174/2013)

AP Zamora

“SEGUNDO.-Con relación al primer motivo del recurso, --infracción del artículo 54.2 de la LC --, entiende la parte proponente que la comparecencia en juicio de la administración concursal para ejercitar acciones pertenecientes al concursado precisa de la autorización judicial por exigencia del artículo 54.2 de la LC, por lo que siendo patente que aquí no es el deudor quien ejercita la acción sino la administración concursal, quien no ha recabado previamente la oportuna autorización judicial, la misma carece de capacidad procesal para comparecer en este juicio.
Cabe significar, al respecto de este tema, que parte procesal es la persona que interpone la pretensión ante el órgano jurisdiccional, y la persona frente a la que se interpone; y dentro de esta noción hay que distinguir entre la capacidad para ser parte y capacidad procesal; la primera se relaciona con la capacidad jurídica, en tanto que la segunda alude a la aptitud para realizar válidamente los actos procesales o, en términos del artículo 7 de la LEC, para comparecer en juicio. Siendo esta última la que se cuestiona ahora.
En este sentido, procede su tratamiento procesal, no obstante la tardía puesta de manifiesto por la parte apelante, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LEC, en relación con el artículo 7.8 del mismo texto.
Y al respecto, tras examinar el conjunto de actuaciones obrantes en el procedimiento, procede afirmar, con la consiguiente ratificación de la sentencia de instancia en este aspecto, la posición habilitante de la actora para formular la pretensión en condiciones de ser examinada por el juez en cuanto al fondo y pueda procederse a la estimación o desestimación de la pretensión misma. Ellos sobre la base de que en el estado actual del tema, no es precisa la autorización judicial a que hace referencia el recurrente.
El artículo 54 de la LC versa sobre el ejercicio de acciones del concursado; conforme a dicho precepto, en caso de suspensión, la legitimación para el ejercicio de acciones del deudor de índole personal, corresponde a la administración concursal, y en las demás acciones comparecerá el propio deudor, pero precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, y para allanarse, transigir, o desistir, si la materia litigiosa pudiera afectar a su patrimonio. (Artículo 54.1 de la LC). En caso de intervención, (artículo 54.2 de la LC), el deudor puede actuar en juicio, pero necesita a la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. No obstante, si la administración concursal estima conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor no la formula podrá interponerla la administración concursal con autorización judicial.
Pues bien, apreciando la situación del concurso en cuestión, tenemos que en el mismo se dictó con fecha 16 enero 2008, auto por el que se declara finalizada la fase común del procedimiento y se abría la fase de liquidación, durante la cual quedaban en suspenso las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos en el título tercero de la LC. Ello entraña que la aplicación que propugna el recurrente, del artículo 54.2 de la LC, no es la apropiada para el caso planteado, en el que la entidad deudora, consecuencia de la fase en que se encuentra el concurso, no está intervenida (supuesto de aplicación del precepto antes citado, exigiéndose, además, divergencia entre administradores y deudor en orden a la interposición de una demanda, la cual tampoco consta que exista en el presente caso), y si suspendida en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio.
Por otro lado, la misma solución se impone si tenemos en cuenta que el presente procedimiento ha venido precedido por otro en el que se actuaba la misma reclamación que en el actual. En aquel ya estaba, asimismo, iniciada la fase de liquidación del concurso, ya constaba que la administración concursal había reclamado la deuda por burofax de fecha 16 noviembre 2007, al que había contestado la ahora recurrente dirigiéndose a Coreccal y a la administración concursal para dar cuenta de las gestiones realizadas sobre la refinanciación de sus préstamos y cuentas, y también que de su seguimiento tenía perfecta constancia el juzgado, vía informes trimestrales de la administración concursal, (con lo que ello supone respecto a la existencia de visto bueno por el juzgado, respecto de tal reclamación); es decir, ya entonces se reconoció, en idéntica situación de todos los factores procesales, la capacidad procesal que ahora se discute, lo que hace de aplicación al caso, desde la óptica de la recurrente, de la doctrina de los actos propios, vieja doctrina jurisprudencial que encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil, y que la STC de 21 abril 1988, concreta cuando dice que la doctrina los propios actos encuentra su fundamento último de la protección que objetivamente requiere la confianza que, fundadamente, se puede haber depositado en el comportamiento ajeno, y la regla de la buena fe, que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita, por ello, el ejercicio de los derechos. (STS de 24 julio 1996).
Se desestima, por tanto, el primero de los motivos del recurso interpuesto.”: SAP Zamora (Sección 1) 17.06.2013 (Sentencia 98/2013; Rollo 327/2012)

1. Nulidad del allanamiento del concursado suspendido

“PRIMERO Demart Habitatges SL interpuso la demanda de juicio verbal origen de los autos de que deriva el presente rollo contra Inversiones Urbanas Mallorquinas SL, en solicitud de que se dicte sentencia por la que se declare:
- La resolución del contrato de ejecución de obra del local situado en la C/ Archiduc Lluis Salvador esquina Anselm Turmeda de Binissalem formalizado entre las partes el 30 de mayo de 2007.
- Que por consecuencia de esta declaración se deje sin efecto todos y cada uno de los pagarés relacionados en el hecho cuarto de la demanda y se declare su nulidad con carácter retroactivo con efectos desde el día 30 de mayo de 2007, cumpliendo así con la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional.
- Que el demandado debe abonar al actor en concepto de daños y perjuicios 2000 euros, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones.
D.Luis Antoniocompareció en autos como apoderado de la entidad demandada Inversiones Urbanas Mallorquinas y se allanó a la demanda.
En fecha 17 de enero de 2008 recayó sentencia por la que se estimaba integramente la demanda.
Inversiones Urbanas Mallorquinas SL Sociedad en Concurso se personó en autos e interpuso, contra aquélla resolución, recurso de apelación.
Dicha parte apelante solicita en primer lugar se declare la nulidad de lo actuado y se retrotraigan las actuaciones al momento del emplazamiento de la demandada, toda vez que el administrador único D.Luis Antoniohabia sido suspendido con anterioridad al allanamiento, en el ejercicio de sus facultades de administrador, siendo sustituido por la administración concursal.
Subsidiariamente interesa que se revoque la Sentencia desestimando la demanda por falta de litisconsorcio pasivo necesario ya que los pagarés han sido descontados y endosados a distintos Bancos.
La parte apelada se ha mostrado de acuerdo con la petición de nulidad de la apelante.
SEGUNDO Establece elartículo 21.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que cuando el demandado se allanare a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado, salvo que el allanamiento se hiciere en fraude deley o supusiere renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, en cuyo caso debe rechazarse, siguiendo el juicio adelante.
Habrá por tanto que comprobar si se cumplen los requisitos exigidos por la Ley para su validez.
En cuanto a los requisitos subjetivos el demandado ha de tener capacidad procesal, además de la propia para realizar actos de disposición, por lo que dada su afinidad con la transacción e implicando un posible mayor perjuicio que ésta, se deberá exigir al Procurador poder especial.
Respecto de los requisitos objetivos, según losartículos 19 y 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no caben allanamientos que supongan una renuncia contra el interés o el orden público ni que causen perjuicio a terceros.
TERCERO En el supuesto hoy enjuiciado consta acreditado en autos que porauto de fecha 14 de diciembre de 2007 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palmase declaró en estado de Concurso necesario a Inversiones Urbanas Mallorquinas SL, ordenando la suspensión de las facultades de administración y disposición de la entidad en concurso, que desde ese momento eran asumidas por la administración concursal.
Es claro que el 19 de diciembre de 2007 D.Luis Antoniocarecía de facultad para allanarse a la demanda como apoderado de Inversiones Urbanas Mallorquinas SL, por lo que procede la estimación del presente recurso de apelación.”: SAP Baleares (Sección 3) 21.10.2008 (JUR 2009/122205;Sentencia 336/2008; Rollo 275/2008)

1.1 Pero validez del allanamiento anterior a la declaración de concurso, aunque la vista y la sentencia sean posteriores

“La administración concursal de la demandada, con posterioridad al dictado de la sentencia, se ha personado en el procedimiento pretendiendo la declaración de nulidad de lasentencia, así como del acto de la vista celebrado el 17 de noviembre del 2008, de modo que se retrotraigan las actuaciones a dicho momento; y ello, porque se dice, y está acreditado, que la sociedad demandada fue declarada en concurso medianteauto de 12 de septiembre del 2008 y que, por tanto, y en virtud delart. 51 LC, la administración concursal debería haber sustituido a la deudora en el procedimiento en trámite, siendo precisa la autorización del juez del concurso para allanarse.
Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el allanamiento, como acto legítimo de disposición del objeto del proceso (art. 19 LEC), se produjo muchos meses antes de la declaración de concurso de la demandada, y era apto para producir sus efectos desde ese día, sin perjuicio que posteriormente fuera ratificado en el acto de la vista. El escrito de allanamiento presentado, eso sí, solicitaba la no imposición de costas a la demandada, por no haber existido mala fe en su conducta, y ésta cuestión (la imposición o no de las costas procesales) se constituyó en único objeto del litigio a partir de ese momento, y con independencia de los avatares e irregularidades procesales que existen en el procedimiento. Desde luego, no existe causa alguna que pueda motivar ni la nulidad de la sentencia ni la nulidad del acto de la vista, y el allanamiento (producido en virtud de escrito presentado por Procurador con poder especial para ello, habiendo sido el apoderamiento otorgado por quien, a esa fecha, era legal representante de la sociedad) emitido en su día fue perfectamente válido, sin sujeción a la previa autorización judicial, pues la sociedad que se allanó no se encontraba en situación de concurso de acreedores.”: SAP Alicante (Sección 8) 06.07.2009 (JUR 2009/369168; Sentencia 284/2009; Rollo 186/2009)

2. Subsanabilidad

AP Madrid (Sección 14)

“SEGUNDO: Para resolver el presente recurso, en primer lugar, hemos de referirnos a la causa de inadmisión alegada por la demandada-apelada, al encontrarse la demandante-apelante en fase de liquidación, tal y como se deriva del auto del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, en procedimiento de concurso voluntario 166/2012 de fecha 27 de febrero del 2013 (documento aportado en el acto de la audiencia previa, folios 123 y 124 de las actuaciones) por lo que es de aplicación el articulo 147 Ley Concursal, al disponer "Durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo", por lo que de conformidad al artículo 54 de la misma Ley "1. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio", en consecuencia, entiende la apelada al no constar la conformidad de los administradores concursales para interponer el recurso, y ser este requisito insubsanable, procede su inadmisión.
Si bien han de entenderse aplicables los preceptos enunciados, entendemos que, en contra de lo solicitado por la apelada, el defecto de falta de conformidad de los administradores con la interposición del recurso ha de entenderse como subsanable, y tal subsanación se ha producido, pues en el acta de apoderamiento ante la Secretaria Judicial de esta Sección 14ª, de fecha 9 de mayo de 2014 don Fidel, en su calidad de administrador único concursal de la entidad "Estructuras de Hormigón EG; S.A." (En liquidación) manifiesta: "1.- Que autoriza la interposición del recurso de apelación efectuada por dicha Entidad en el Procedimiento Ordinario 1807/2012 (f. 170 a 178) contra la sentencia de fecha 23 de julio de 2013, dictada en dichas actuaciones por el Juzgado de Primera Instancia nº 84 de Madrid, y a que el presente rollo se contrae".
En consecuencia, al haberse subsanado el defecto, a los efectos del artículo 11.3 LOPJ y 231 LEC, no puede derivarse la inadmisión del recurso.”: SAP Madrid (Sección 14) 24.06.2014 (Sentencia 218/2014; Rollo 775/2013)

AP Málaga

“TERCERO.- Recurso de apelación interpuesto por la parte demandada NAVIRO INMOBILIARIA 2000, S.L..-
Con carácter previo, ha de examinarse la causa de inadmisión del recurso de apelación invocada por la parte actora apelada con base en la falta de capacidad procesal de la mercantil apelante para la interposición del recurso, derivada de la ausencia de la preceptiva autorización de la administración concursal nombrada en el proceso de Concurso Voluntario nº 276/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 14, de lo Mercantil, de Granada, promovido por la deudora NAVIRO INMOBILIARIA 2000, S.L., proceso en el que se declaró a dicha mercantil en situación de concurso voluntario, con intervención de sus facultades de administración y disposición, quedando sometido su ejercicio a la autorización o conformidad de los administradores concursales. Denunciando la apelada la infracción del art. 54 de la Ley Concursal.
La causa de inadmisión ha de ser rechazada, constando que la administración concursal nombrada en el mencionado proceso concursal se ha personado en el presente Rollo de Apelación en nombre y representación de la entidad mercantil apelante NAVIRO INMOBILIARIA 2000, S.L., supliendo así la falta de legitimación de esta última, provocada por la circunstancia de haberse modificado los efectos de lal declaración del concurso, pasando de la inicial intervención a la suspensión de las facultades de disposición y administración de la mecantil concursada. Dándose cumplimiento a las previsiones legales establecidas en el art. 54.1 de la Ley Concursal sobre el régimen aplicable para el ejercicio de las acciones correspondientes al concursado suspendido de sus facultades ex art. 40 de la misma Ley Concursal.”: SAP Málaga (Sección 4) 15.12.2014 (Sentencia 586/2014; Rollo 1079/2011)

AP Murcia

“SEGUNDO.- La apelada al oponerse al recurso plantea como cuestión previa que la apelante carece de capacidad procesal y de legitimación para apelar, ya que está en situación de concurso desde enero de 2009 y en fase de liquidación desde el 6 de julio de 2011, por lo que sus facultades de administración y disposición están suspendidas y son sus Administradores Concursales los que la representan, siendo tales administradores los que tienen legitimidad para continuar este procedimiento (art. 40.2 LC), por lo que debe darse traslado del mismo a la Administración Concursal para que sustituya a la apelante (arts. 54 y 51.2 LC).
Al no plantearse la cuestión en el suplico de la oposición al recurso de apelación, no fue detectada hasta la votación y fallo inicialmente señalada, lo que motivó la suspensión de ese señalamiento, acordando la Sala dar traslado a la apelante para alegaciones, quien presentó escrito oponiéndose, alegando que los artículos mencionados por la apelada no son de aplicación al caso, sino a los supuestos de suspensión de facultadas de los administradores sociales a raíz de la inicial declaración de concurso, mientras que en el presente supuesto es aplicable el artículo 145.3 LC, que permite a la concursada en liquidación seguir con los procedimientos que tiene ya planteados. La Sala entendió que la única parte legitimada en este procedimiento para actuar por la concursada a partir de la apertura de la fase de liquidación era su Administración Concursal, por lo que se le dio un plazo de personación en las actuaciones, en el que la misma lo hizo, por lo que ha quedado subsanado el defecto de legitimación procesal, habiendo actuado en todo momento la concursada con la autorización de sus Administradores Concursales (así folios 30 para la demanda y 899 para el recurso de apelación).”: SAP Murcia (Sección 4) 11.12.2014 (Sentencia 717/2014; Rollo 865/2013)

AP Valencia

“PRIMERO.- Por la representación de DON Gerardo se deduce recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo mercantil 1 de Valencia de 13 de septiembre de 2013 por la que se estima la demanda contra él formulada por la entidad VANAVI DE CONSTRUCCIONES SL en ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas sociales.
El recurrente asevera que la Sentencia apelada no es ajustada a Derecho y sustenta su recurso en los siguientes motivos de apelación:
1) La falta de legitimación activa porque la entidad actora está en concurso. Su representado protesto la "subsanación" consistente en la ratificación de la demanda por los administradores concursales. La entidad actora carecía de facultades para interponer la demanda (artículo 54 de la Ley Concursal) porque tenía suspendida la administración al haberse decretado la apertura de la fase de liquidación el día 5 de octubre de dos mil nueve. Y cita, en sustento de su tesis, diversas resoluciones judiciales que estima de aplicación al caso.
(...)
TERCERO.-Este Tribunal, en uso de la facultad revisora descrita, ha procedido al íntegro examen de las actuaciones y revisión de la prueba aportada al proceso y de su examen, llegamos a las mismas conclusiones que se expresan en la sentencia apelada.
3.1. En lo que se refiere a la falta de legitimación de la entidad demandante, lo cierto es que ha sido aportado a las actuaciones documento emitido por los administradores concursales (el 18 de junio de 2013) en el que manifiestan tener conocimiento de la demanda instada frente al Sr. Gerardo, la designación de la representación y defensa técnica encomendada y la ratificación de todos los anteriores extremos, por lo que entendemos que si al tiempo de la presentación de la demanda podía apreciarse el defecto procesal denunciado por el demandado, éste quedó subsanado tras la Audiencia Previa de 19 de junio de 2013 tal y como se desprende del acta unida a las actuaciones (y su correspondiente soporte de grabación audiovisual) y del acta de apoderamiento de 24 de junio de 2013 efectuada por los administradores concursales, en cumplimiento de lo acordado en la Audiencia Previa y conforme al contenido de los artículos 418 de la LEC y 54 de la Ley Concursal.”: SAP Valencia (Sección 9) 24.04.2014 (Sentencia 115/2014; Rollo 1037/2013)

3. Falta de legitimación del concursado suspendido para...

3.1... **instar incidente en otro concurso en el que es acreedora**

AP Castellón

“PRIMERO El objeto del presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Frutas Ibáñez S.A es decidir si debe admitirse su pretensión de modificación de la lista definitiva de acreedores formulada mediante su demanda incidental presentada en fecha 17 de julio de 2009 en cuanto al crédito de 715.241,61 euros frente a la concursada, la S.A.T Número 1962 Frutas Ibáñez, crédito que aparece incluido como subordinado y que considera la recurrente en su demanda incidental y ahora en su recurso que debería figurar como ordinario, conforme a lo solicitado por esta parte en su escrito de insinuación de fecha 5 de mayo de 2009.
El Juez "a quo" rechaza su pretensión en la sentencia apelada, apreciando que concurre como causa de desestimación la excepción de falta de legitimación activa y de capacidad procesal que fue alegada por la administración concursal y que debió apreciarse de oficio y haber dado lugar a la inadmisión del incidente conforme alarticulo 194.2 de la Ley Concursal, y ello en base a la declaración de concurso de la mercantil actora por el Juzgado de lo Mercantil en fecha 6 de mayo de 2009 que fue publicada en el BOE en fecha 18 de mayo de 2009, es decir, con anterioridad a la presentación de la demanda incidental, teniendo en cuenta que dicha declaración de concurso conllevó la suspensión de facultades de la administración y disposición de la concursada sobre su patrimonio, por lo que la legitimación para el ejercicio de la acción corresponde a la administración concursal, conforme alarticulo 54.1 de la Ley Concursal.
Concluye que no habiendo sido deducida la demanda por el administrador concursal y siendo el poder de representación procesal aportado con la demanda previo a la declaración de concurso, ello comporta que la relación jurídica procesal no ha sido bien constituida y no pueda accederse a lo pretendido en la demanda.
La parte recurrente para fundar su recurso manifiesta que habiendo sido admitido a trámite el incidente concursal promovido por su demanda, mediante Providencia de fecha 1 de septiembre de 2009, siendo esta resolución firme, ya no podría posteriormente desestimarse la demanda, revisando en la sentencia este criterio y apreciando la excepción alegada al contestar la demanda por la administración concursal, que además no debió ser admitida por faltar la asistencia de Letrado. También considera que si tiene legitimación activa la ahora recurrente para la impugnación de la lista de acreedores interponiendo el incidente concursal. Por ultimo, alega que en todo caso se debió conceder por el Juzgado el oportuno plazo a esta parte para subsanar los defectos en que hubiere podido incurrir, al amparo del principio pro actione, considerando que el criterio del juzgador de instancia es demasiado rigorista o formalista y que impide acceder a la tutela judicial efectiva.
SEGUNDO Vistas las alegaciones del recurso, estimamos que no pueden acogerse por cuanto la falta de legitimación activa apreciada en la sentencia ha sido correctamente estimada por el jugador de primera instancia.
Lo primero que debemos señalar es que la falta de legitimación activa puede ser apreciada incluso de oficio, aun cuando no hubiera sido planteada como excepción por la Administración concursal al presentar escrito de contestación a la demanda, por lo que no tiene relevancia alguna a los efectos de dictar la presente resolución el que no se hubiera dado cumplimiento a la exigencia de postulación de comparecer con asistencia de Letrado, y sin que sea impedimento para que se determine su falta en sentencia el que no se hubiera advertido

el defecto procesal con anterioridad, al tiempo de decidir sobre la admisión a tramite de la demanda incidental, siendo una cuestión que podría incluso ser examinada en esta alzada aunque no hubiera sido suscitada en el proceso en la primera instancia
En este sentido laSentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2004 señala que:Esta Sala tiene reiteradamente declarado que la falta de legitimación ad causam, activa o pasiva, puede ser examinada de oficio por el órgano judicial (sentencias de 1 de febrero de 1994 [RJ 1994\854], 13 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8121], 30 de enero de 1996 [RJ 1996\539] y 30 de mayo de 2002 [RJ 2002\4576]), no importando que a estos efectos no se haya alegado en los escritos expositivos del pleito.
Sentado lo anterior, debemos señalar que es claro que en este caso concurre la falta de legitimación de la mercantil actora ahora recurrente para la actuación procesal realizada consistente en interposición de demanda incidental cuando con carácter previo había sido declarado el concurso de la referida sociedad, acordándose la suspensión de las facultades de administración y disposición de la concursada, como se expone en la resolución apelada y no se discute en el recurso, correspondiendo a la Admnistración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal que formule contra terceros, conforme a lo previsto en elarticulo 54.1 de la Ley Concursal, por lo que la recurrente carecía de legitimación para ser actora en el incidente concursal que promovió.
Y estimamos que la decisión de desestimar la demanda por este motivo no comporta vulneración del derecho a la tutela judicial proclamado por elarticulo 24 de la Constitución Española cuando es claro que no cabe hacer una interpretación delarticulo 54.1 de la Ley Concursal que sea mas favorable para la ahora recurrente conforme al principio pro actione y distinta de la realizada por el juzgador de primera instancia, es decir, que permita considerar que ostenta legitimación activa para la acción de impugnación ejercitada en su demanda, cuando resulta de los términos del precepto ya citado que se confiere a la Administración concursal la legitimación para el ejercicio de acciones de índole no personal en los casos de suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado como el que nos ocupa, siendo por ello evidente que estamos ante una falta de legitimación activa determinante de un defecto no subsanable, siendo un supuesto distinto al de mera intervención de las facultades patrimoniales del concursado en que este sí conservaría la capacidad para el ejercicio de la acción pero precisaría de la conformidad de la Administración concursal para interponer la demanda.”: SAP Castellón (Sección 3) 14.01.2011 (JUR 2011/172038; Sentencia 5/2011; Rollo 443/2010)

3.2... instar acciones resolutorias ex art 62

AP Madrid

“Con independencia de que las acciones resolutorias tienen previsto en la Ley Concursal su propio cauce procesal (Art. 62) que no es el del incidente de impugnación del Informe del Art. 96, debemos recordar aquí cual es el contenido del Art. 54-1 de dicha ley : "En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal.". Se trata de un supuesto de atribución legal de legitimación que en la doctrina procesalista se conoce como legitimación "principal" en el sentido de que, tratándose como sucede en el caso- del ejercicio de acciones de contenido no personal sino patrimonial, su atribución exclusiva a la Administración Concursal no se encuentra supeditada a la pasividad de otro legitimado preferente sino que se atribuye a aquella de modo incondicionado. Es manifiesta, pues, la falta de legitimación de la concursada FORUM FILATÉLICO S.A. para el ejercicio de dichas acciones, todo ello sin contar con que no se ve de qué modo podrían prosperar acciones resolutorias de una ingente cantidad de contratos cuando no se ha involucrado en el proceso, en calidad de demandados, a los distintos titulares de esos contratos, esto es, a la otra parte contractual.”: SAP Madrid (Sección 28) 16.07.2010 (Sentencia 190/2010; Rollo 152/2010)

3.3... comparecer en cambiario estándolo ya la la AC

AP Badajoz

“Primero : El recurso merece pronta desestimación. Resulta perfectamente cabal el criterio de la juzgadora de primer grado en punto a negar a la aquí recurrente, per se y cual aparece representada en autos, la necesaria legitimación activa para oponerse, ya por razones de fondo, ya de validez procesal (y consiguiente nulidad), a la ejecución iniciada en el presente procedimiento, puesto que, ciertamente, la firma "Construcciones Arsa", declarada en concurso y suspendida, por ello, en las facultades de administración de sus órganos ordinarios, ya se ha de entender representada y defendida, en cuanto al interés patrimonial perseguido con la ejecución, por el actual órgano de administración concursal, demandante de ejecución por cuenta de dicha firma.
No valen, como base para justificar la "duplicada" legitimación activa que la apelante postula en el caso, los ejemplos o supuestos procedimentales en que la entidad en concurso tiene autorizada una específica defensa, por sí misma, dentro de determinados incidentes (determinación de créditos a su cargo, sustitución de administradores concursales, calificación del concurso), pues se trata de actuaciones "ad intra", contrariamente a lo que sucede en la examinada ejecución, pedida y despachada frente a un tercero (siquiera formalmente), obligado por el pronunciamiento judicial que se pretende efectuar: rescisión contractual y consiguiente reintegración de bienes, recaído en proceso independiente del concurso, como es obvio, sin que, por tanto, se hubiese en principio de demandar, como ejecutada, a la firma ahora recurrente.”: AAP Badajoz (Sección 3) 28.04.2011 (Auto 36/2011; Rollo 98/2011)

3.4... instar tasación de costas

AP Vizcaya

“PRIMERO Se interpone recurso de apelación por D.Florentino contra la sentencia dictada por el juzgado de instancia que resuelve, desestimándola, la impugnación por indebidos presentada por dicho señor contra la tasación de costas practicada inicialmente por el Secretario Judicial deljuzgado de primera instancia nº 4 de Durango con fecha 29 de abril de 2008, posteriormente aclarada y detallada el 21 de mayo posterior.
La tasación se refiere a las actuaciones relativas a la oposición de Promociones Inmobiliarias BMU, S.L. a la declaración del estado de quiebra necesaria de dicha mercantil medianteauto de 16 de mayo de 2002, declaración instada por D.Florentino, oposición que fructificó, con revocación del expresadoauto mediante otro dictado con fecha 8 de julio de 2005 que impuso las costas al vencido Sr.Florentino.
Este propone, como uno de los motivos de impugnación de la tasación de costas por indebidas, la falta de legitimación de Promociones Inmobiliarias BMU, S.L. en dicho trámite procesal; alegación que es forzoso resolver en primer lugar y, en este caso, con exclusividad pues, dado que va a ser estimado, hace innecesario atender al resto de los motivos impugnatorios.
SEGUNDO El escrito en el que la procuradora D.ªCaridad, actuando en la representación que tenía acreditada de Promociones Inmobiliarias BMU, S.L., solicitó que se practicara la tasación de costas al que acompañó la minuta del letrado D.Luis Carlos y la nota de derechos y suplidos de la Procuradora antedicha, tuvo entrada en eljuzgado el día 18 de abril de 2008.
En dicha fecha, la mercantil Promociones Inmobiliarias BMU, S.L. estaba en situación de concurso necesario, a instancia de otro acreedor, Intermediaciones Basfinder, S.L., la cual había sido declarada por auto dictado por el juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Bilbao con fecha 5 de febrero de 2008, resolución que en el apartado tercero de su parte dispositiva, suspendía expresamente a la concursada en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por la administración concursal, cuyos componentes fueron designados en el apartado cuarto de la parte dispositiva del referido auto.
La solicitud de la tasación de costas pretende, como objetivo final, la exacción del importe económico en que las mismas previamente se fijen al condenado a pagarlas en virtud de un pronunciamiento judicial firme; se trata, por tanto, de una actuación novedosa y totalmente independiente del procedimiento en que las costas se causaron, lo cual se comprende muy bien si se considera que la solicitud de la tasación de costas no es una actuación procesal preceptiva o necesaria, pues dependerá de que las costas se paguen o no de forma amistosa o extraprocesal.
De otro lado, es bien sabido que las costas no constituyen un crédito en favor del letrado y del procurador que han desarrollado su respectiva labor profesional al servicio de su cliente y que, en realidad, pretenden resarcirse del importe de sus honorarios, derechos y suplidos a través de la solicitud de la tasación de costas; sino que, como tiene reiteradamente proclamado la jurisprudencia (por todas, Ss. delTribunal Supremo de 16-3-09, 20-12-02, 27-3-99 y 6-6-01) la reclamación de costas se refieren a un crédito del litigante vencedor contra el litigante vencido y condenado a su pago por la sentencia o auto judicial.
TERCERO En base a lo que hasta aquí queda expuesto, resulta de aplicación elartº 54-1 de la Ley Concursal, que hace residir en la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal, condición que cabe atribuir a la relativa a la tasación de costas.
En efecto, se trata de un crédito con contenido económico a incorporar en la masa activa del concurso de Promociones Inmobiliarias BMU, S.L., como otros tantos que dicha mercantil pueda tener contra otros deudores; el letrado y procuradora antedichos tienen la condición de acreedores de Promociones Inmobiliarias BMU, S.L. y en modo alguno del impugnante D.Florentino; y sus respectivos créditos serán calificados en su momento y atendidos con la preferencia o en la medida que proceda, todo lo cual resulta ajeno al presente incidente.
Finalmente, parece conveniente resaltar que en este recurso nos estamos refiriendo a la impugnación de la tasación de costas practicada en la primera instancia; por lo que esta resolución no es incongruente con lo que esta misma Sala ha resuelto respecto a la impugnación de la tasación de costas por la apelación delauto de 8 de julio de 2005, tasación que se solicitó, al contrario que la presente, con anterioridad a que Promociones Inmobiliarias BMU fuera declarada en situación de concurso necesario, en cuyo supuesto es de aplicación lo dispuesto en elartº 51-2 de la Ley Concursal.
Procede, en definitiva, declarar que Promociones Inmobiliarias BMU, S.L. carece de legitimación activa, por su situación concursal, en la tasación de costas objeto de impugnación, por lo que declaramos la misma indebida, con estimación del recurso interpuesto.”: SAP Vizcaya (sección 4) 9.12.2009 /JUR 2010/139164; Sentencia 919/2009; Rollo 233/2009)

3.5... interponer demanda declarativa, sin que sea subsanable, determinado la absolución en la instancia

AP Madrid (Sección 11)

“TERCERO. Entrando en el examen del recurso que formula CR AEROPUERTOS, S.L., hemos de poner de manifiesto que dicha mercantil fue declarada en concurso necesario el 2 de Junio de 2.010, suspendiéndose al deudor, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Concursal, en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, siendo sustituido por la administración concursal.
El artículo 54.1 de la Ley Concursal, establece que en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Como quiera que la demanda iniciadora de este proceso, tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Primera instancia de esta capital, el 14 de Junio de 2.010, es patente que la

concursada, en ese momento carecía de legitimación ad procesun para el ejercicio de dicha acción y por tanto la excepción examinada, en principio está correctamente acogida.
CUARTO. - La segunda cuestión que ha de examinarse es la incidencia que ha de tener en la falta de legitimación cuestionada, la comunicación remitida al juzgado por el administrador concursal delegado de CR AEROPUERTOS, S.L., quien hace constar que la administración concursal no ha revocado la decisión de la administración anterior de iniciar el presente proceso, por considerarla adecuada para los intereses del concurso, estando conforme con que se mantenga la demanda interpuesta por CR AEROPUERTOS, S.L.. No debe pasarse por alto, como ya se ha dicho, que la demanda se presentó cuando CR AEROPUERTOS, S.L. ya había sido declarada en concurso y suspendida en el ejercicio de sus facultades de administración, es decir cuando, conforme establece el artículo 54.1 de la Ley Concursal carecía de legitimación para ello y como quiera que los efectos de la pendencia del proceso quedan determinados por la presentación de la demanda, si ésta es admitida (artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), esta situación consolidada en el proceso, no puede ser subsanada a posteriori, por lo que puesta de manifiesto por la parte demandada esa carencia de legitimación, la misma, necesariamente ha de dar lugar a la estimación de la excepción, con las consecuencias que ello comporta.
QUINTO.- Poe último, hemos de resolver la nulidad invocada por la recurrente. Como es sabido, para declarar la nulidad de actuaciones en el caso presente, es precisa la concurrencia de dos requisitos: infracción de una norma procesal y que dicha infracción haya causado indefensión a la parte que la invoca (artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
En el presente caso, no ha existido infracción procedimental alguna, siendo buena prueba de ello que en momento alguno se cita qué precepto procesal ha sido infringido, circunstancia, por sí sola, bastante para rechazar la nulidad pretendida.
Pero es que, además tampoco puede admitirse que se haya producido indefensión, ya que la presente resolución, no supone obstáculo alguno para que la concursada pueda ejercitar cuantas acciones considere convenientes contra BUFETE GUISASOLA, S.L., con el único requisito de que actúe a través de sus representantes legales. Es cierto que ello puede suponer un desembolso mayor para dicha parte, mas esta circunstancia es únicamente atribuible a quienes representaban a CR AEROPUERTOS, S.L. antes de ser declarada en concurso y ello porque no debieron presentar la demanda, una vez que fueran suspendidos en el ejercicio de las facultades de decisión.
Por último, solo resta añadir que la situación en la que se pretende basar la nulidad, en todo caso, es únicamente atribuible a la parte demandante-apelante, lo que excluye la concurrencia de indefensión, inexistente en estos supuestos.”: AAP Madrid (Sección 11) 02.02.2012 (Auto 49/2012; Rollo 574/2011)

AP Sevilla (sección 5)

“PRIMERO.-Por el Procurador Don José Enrique Ramírez Hernández, en nombre y representación de la entidad Promoción Inmobiliaria Edificarte, S.A., se presentó demanda contra la entidad Grupo Inmobiliario Lather, S.L., interesando que se le condenase al pago de la suma de 843.195 euros, sobre la base del contrato de mandato y gestión de negocios formalizado entre las partes de la presente litis, el día 21 de abril de 1.998, y como saldo final, tras resolverse el contrato. La entidad demandada se opuso, alegó la falta de capacidad, dado que quien únicamente podría interponer la demanda, que encabeza los presentes autos, era la administración concursal, ya que en el concurso se había dictado Auto con fecha 15 de octubre de 2.012, que entre otras decisiones, adoptaba la de cesar al administrador societario que sería sustituido por el administrador concursal. En cuanto al fondo, entendía que el contrato no se había resuelto, y que, al contrario, era la actora quien le adeudaba 1.818.133,66 euros. Tras la oportuna tramitación, se dictó Sentencia que estimó la demanda, contra la que interpuso recurso de apelación la parte demandada, que reiteró sus motivos de oposición.
SEGUNDO.- Es incuestionable, que la primera cuestión sobre la que ha de versar la decisión de esta alzada, es la falta de capacidad que se alega por la demandada, en cuanto que actúa a través de la representación societaria ordinaria, que había sido cesada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla.
Dentro del concepto de la legitimación, nos encontramos, por un lado, la legitimación ad processum, en cuanto capacidad para comparecer en juicio y, por otro lado, la legitimación ad causam, que viene referida a la atribución activa o pasiva de la acción, es decir, aquella que atendiendo al objeto puede conducir eficazmente el proceso concreto. La válida constitución de la relación jurídico-procesal supone que en todo proceso las partes han de estar legitimadas para intervenir en el mismo, tanto activa como pasivamente, es decir, que exista una atribución subjetiva del derecho y la obligación deducida en el proceso. Se trata de determinar quien puede conducirlo eficazmente, tanto en la faceta de actor, como de demandado, atendiendo a su objeto, porque para que produzca efecto la Sentencia necesariamente deben estar aquellos, ya que en caso contrario no podría tener el efecto interesado. En todo proceso necesariamente ha de haber dos partes, una que pide la actuación de la ley y otra, contra la que se pide, aunque con ello no se quiere decir que el demandado no pida la actuación de la ley, sino que la demanda como escrito inicial constituye la relación jurídica que se instaura. En este sentido, señala la Sentencia de 28 de febrero de 2002 : "La legitimación "ad causam" consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La Sentencia de 31 de marzo de 1997, a la que sigue la de 28 de diciembre de 2001, hace especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido". En parecidos términos, la Sentencia de 20 de diciembre de 1.989 declara que: "en puridad, esta falta de legitimación activa "ad causam" del actor se diferencia de la "ad processum" en que según sentencia

de 18 de mayo de 1962 : "Debiéndose distinguir, como establece la teoría científica, la legitimatio ad processum, de la legitimatio ad causam, según la terminología forense, aquella, como capacidad que es necesaria poseer para ser sujeto de una relación procesal y poderla realizar con eficacia jurídica, sin la cual no se puede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo; mientras que esta aparece en función de la pretensión formulada, requiriendo una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta, por obra de una relación en que las partes se encuentran, respecto a la cosa que es objeto del litigio; aquellas, denominaciones de contenido más expresivo, según los tratadistas procesales, que el conocido desde antiguo, como falta de personalidad y falta de acción, que la doctrina jurisprudencial admitía ya desde la sentencia de 22 de septiembre de 1860, en que así se declara, fecha desde la cual se viene diferenciando una y otra, no pueden ni deben ser confundidas, tanto por ser cosas distintas como por los efectos diversos que de ellas se derivan, ya que la primera hace relación a la forma, se ha de fundar en la falta de las condiciones y requisitos que para comparecer enjuicio se expresan en el núm. 2.º del art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ". En definitiva, como nos dice la Sentencia de 26 de abril de 1.993 : "se funda en la falta de acción, de razón y derecho que asiste al que litiga y afecta al fondo del asunto. Así la Sentencia de 10 de julio de 1982, citada por la de 24 de mayo de 1991, dice que "se trata de un instituto que tanto en sus manifestaciones de Derecho sustantivo, legitimatio ad causam, como adjetivo, legilimatio ad processum, constituye un concepto puente al servir de conexión entre las dos facultades o cualidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar (capacidad para ser parte y capacidad para comparecer en juicio) y la real y efectiva de disposición o ejercicio, constituyendo (la legilimatio ad causam), a diferencia de las primeras, que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar, dándose lugar a que mientras en el supuesto de las capacidades
o de su falta, se habla de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo, se haga referencia a la acción o a su falta"".
Como nos dice la Sentencia de 10 de julio de 1.982, se trata de un instituto que tanto en sus manifestaciones de derecho sustantivo (legitimación" ad causam" como adjetivo (legitimación "ad processum ") constituyen una especie de concepto puente, en cuanto sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas, que son la capacidad jurídica y la de obrar (capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en el derecho objetivo) y la claramente real y efectiva de "disposición" o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar o desarrollar, lo que da lugar a que, mientras en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta.
La legitimación ad processum se suele hacer coincidir con los conceptos de capacidad procesal, mientras que ad causam consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye al sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula, no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente, porque el juez competente, cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico, STS 11-11-11.
En parecidos términos la Sentencia de 20 de diciembre de 1.989 declara que: "en puridad, esta falta de legitimación activa "ad causam" del actor se diferencia de la "ad procesum" en que según sentencia de 18 de mayo de 1962 : "Debiéndose distinguir, como establece la teoría científica, la legitimatio ad provessum, de la legitimatio ad causam, según la terminología fórense, aquella, como capacidad que es necesaria poseer para ser sujeto de una relación procesal y poderla realizar con eficacia jurídica, sin la cual no se puede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo; mientras que esta aparece en función de la pretensión formulada, requiriendo una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta, por obra de una relación en que las partes se encuentran, respecto a la cosa que es objeto del litigio; aquellas, denominaciones de contenido más expresivo, según los tratadistas procesales, que el conocido desde antiguo, como falta de personalidad y falta de acción, que la doctrina jurisprudencial admitía ya desde la sentencia de 22 de septiembre de 1860, en que así se declara, fecha desde la cual se viene diferenciando una y otra, no pueden ni deben ser confundidas, tanto por ser cosas distintas como por los efectos diversos que de ellas se derivan"
Esta dualidad de legitimación ad processum y ad causam, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia, ha desaparecido en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la misma distingue entre capacidad procesal y legitimación, refiriendo esta última solo a la tradicionalmente denominada legitimación ad causam, por todas STS 20-2--06
En definitiva, por lo que se refiere a la presente litis, es evidente que en los términos que se plantea se está refiriendo a la falta de capacidad, es decir, a circunstancias subjetivas, que salvo la excepción de algunos actos procesales, tiene carácter abstracto o genérico, en el sentido de que hace abstracción del objeto del proceso, o del acto, a diferencia de lo que ocurre con la legitimación ad causam que atiende al objeto concreto. Como nos dice la Sentencia de 7 de diciembre de 2.011, a la posición o situación de una persona respecto del mismo. En el presente supuesto, estamos ante un supuesto de representación, en el sentido de aptitud para realizar un negocio jurídico a nombre de una persona jurídica, STS 30- 5-11.
TERCERO. - No es objeto de controversia la situación concursal de la actora, y que con fecha 9 de octubre de 2.012 se dicto Auto, unido a los autos por copia a los folios 86 y 87, en el que se acordaba la apertura de la fase de liquidación, el cese del administrador de la concursada, asumiendo, desde ese momento, la representación de dicha entidad, el administrador concursal, sin perjuicio de continuar la representación societaria en aquellos procedimientos y en los incidentes de que sean parte. Todo ello con la consiguiente liquidación de la concursada.

Dicha decisión no es más que reflejo de lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley Concursal que dispone expresamente en su apartado primero que: "La situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título IIIde la presente Ley ".
En el supuesto de personas jurídicas, el apartado tercero, permite continuar en la representación de la concursada al administrador societario, pero sólo para el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte la concursada, es decir, en aquellos que ya estén iniciados al momento de la apertura de dicha fase, por ende, de la declaración de disolución. Esta norma no es más que reflejo de lo dispuesto en los artículos 48 y 54 de la Ley Concursal, que se refieren a los efectos de la declaración del concurso y del ejercicio de acciones por parte de la concursada, que en el caso de suspensión de facultades de administración y disposición, salvo determinadas excepciones, siempre corresponderá a la administración concursal, y en los casos de intervención ha de contar con la preceptiva conformidad de la administración concursal.
La decisión es lógica y consecuente, si ya no es posible mantener la vida societaria, continuar con el cumplimiento del objeto social, sino que se ha entrado en una fase encaminada directamente a disolver ordenadamente la sociedad, con la consiguiente realización de su patrimonio, no tiene lógica mantener en sus funciones a quienes han venido gestionando ordinariamente la persona jurídica, entendiéndose que quien mejor pueden cumplir dicha función, son los integrantes de la administración concursal. Por tanto, a partir de ese momento cualquier acción que pueda emprenderse con el fin de integrar el patrimonio de la sociedad concursada, solo puede ejercerla quien tiene la representación exclusiva y excluyente de la misma. En estas circunstancias, carece de trascendencia jurídica que se haya pretendido convalidar la acción ejercitada por la administración societaria de la concursada en los presentes autos, mediante autorización de la administración concursal, folios 60 y 61 de los autos, ya que en el momento que se realiza, 20 de noviembre de 2.012, quien actúa en nombre de la concursada ha sido cesado por decisión judicial, cuya realidad y firmeza no se ha puesto en solfa. Se trata, con esa autorización, de amparar o justificar el ejercicio de una acción que se ha formalizado con posterioridad a la apertura de la fase de liquidación, es decir, cuando ya ha sido cesada la administración societaria. No podemos olvidar que dicha decisión se adoptó el día 9 de octubre de 2.012 y la demanda que encabeza los presentes autos se interpuso el día 2 de noviembre de 2.012. No estamos en esa fase inicial, tras la declaración de concurso, a que refiere el artículo 48 de la Ley Concursal, en la que se mantienen los órganos de gobierno, en el que se permite el ejercicio de determinadas acciones por dichos órganos societarios, con limitaciones que difieren según sehaya acordado la suspensión o intervención, sino en la fase de liquidación en la que se ha de proceder al cese de los administradores societarios, de modo que han perdido toda facultad de representación.
Por todas estas consideraciones, ha de apreciarse la excepción de falta de capacidad, con la consiguiente desestimación de la demanda.”: SAP Sevilla (Sección 5) 08.04.2015 (Sentencia 148/2015; Recurso 6108/2014)

3.6... recurrir en apelaciòn

AP Cantabria

“SEGUNDO: Ante de abordar el tema objeto de recurso debe examinarse la admisibilidad del mismo puesta de relieve por el apelado en la oposición al recurso al negar la falta de capacidad procesal de la sociedad apelante.
Ha de señalarse que la capacidad procesal se regula en el Art. 7 de la LEC cuyo apartado 8 señala que las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal, según redacción dada por la ley 22/2003 de 9 de julio, y el indicado testo concursal establece en su Art 51.2 que en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite.
En el supuesto enjuiciado se ha puesto de relieve que por Auto de 19 de febrero de 2010 del Juzgado de lo Mercantil de Santander se declaró en concurso con carácter de necesario a la recurrente WUL 60 TRES S.L.U. con suspensión de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por el administrador concursal. Tal acuerdo de suspensión implica la sustitución procesal del deudor a cuyo efecto el administrador concursal habrá de personarse en el procedimiento tal y como expresamente contempla el Art 51.2 de la LC.
En el recurso que ahora nos ocupa los efectos de la suspensión se produjeron en febrero de 2010 y la sentencia que motiva el recurso se dictó en abril de 2010 por lo que resulta evidente que la sociedad concursada carecía de capacidad procesal para recurrirla, sin que por lo demás se haya producido la personación de la administración concursal hasta el 24 de abril de 2013 es decir más de dos años después de la interposición del recurso. Resulta pues evidente que el recurso se interpuso por quien carecía de capacidad procesal y al ser ésta apreciable de oficio en cualquier momento del proceso tal y como expresamente establece el Art 9 de la LEC procede ahora su apreciación resultado que la causa de inadmisión del recurso que en su momento debió ser apreciada se convierte ahora en causa de desestimación.”: SAP Cantabria (Sección 2) 24.05.2013 (Sentencia 301/2013; Rollo 608/2011)

3.7 Falta de legitimación pasiva en demanda para nombramiento de árbitro

TSJ Canarias

“PRIMERO.- Los demandantes Dª Mercedes, Dª Vanesa, D. Augusto interponen demanda judicial contra el demandado D. Elias, por virtud de la cual solicitan la designación judicial de árbitro, de conformidad con lo que

dispone el artículo 15.2.a) de la vigente Ley de Arbitraje. Corresponde a esta Sala de lo Civil y Penal del T.S.J., en funciones de Sala de lo Civil, el conocimiento de la presente demanda, por disposición de los artículos 8.1 de la Ley de Arbitraje y 73.1.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a esta Sala el conocimiento de las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la Ley.
SEGUNDO.- De la documentación adjunta a la demanda resulta un principio de prueba que sustenta la competencia de esta Sala, en funciones de lo Civil, para la reclamación judicial efectuada por los demandantes de designación de árbitro que dirima la controversia suscitada. Dicha prueba consiste en un documento privado de fecha 1º de julio de 1986 por el cual el hoy demandado, Don Elias, y Don Luis Miguel, padre del anterior, constituyen una sociedad civil particular para la explotación de una industria serrajera, ubicada en un local propiedad de éste último, hoy fallecido. En la estipulación décimo quinta del contrato se establece como medio para dirimir las discrepancias del mismo, el arbitraje de equidad o de derecho.
Sin embargo, de la prueba documental aportada por el demandado a las actuaciones, se desprende la existencia de un concurso de acreedores promovido por el propio demandado y Doña Mónica. Ante la posibilidad de carecer de legitimación pasiva para actuar respecto de los bienes en concurso, por esta Sala se intereso al Juzgado de lo Mercantíl nº Uno de Santa Cruz de Tenerife, estado de las actuaciones nº 7/2010, acreditandose que por Auto dictado por dicho Juzgado en fecha 24 de mayo de 2013, se acordó el archivo de la sección de calificación, con fundamento en el art. 170 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Y del Auto de fecha 2 de julio de 2012 se desprende que la pieza de liquidación de dicho concurso se encuentra abierta y que esta liquidación produce los efectos que establecen los arts. 145 y siguientes de la Ley Concursal.
En consecuencia, y a tenor del pàrrafo 1 citado artículo "La situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley", el demandado carece de legimitimidad para actuar como tal en este procedimiento de designación de árbitro, por lo que resulta improcedente la estimación de la demanda interpuesta.": STSJ Canarias (Las Palmas, Sección 1) 22.10.2014 (Sentencia 2/2014; Recurso 5/2014)

4. Legitimación del concursado suspendido para actuaciones *ad intra*

AP Barcelona (Sección 15)

"7. Por otra parte, es cierto que el artículo 54 LC restringe la legitimación de la concursada para el ejercicio de sus propias acciones en el caso de hallarse suspendida en sus facultades de administración y disposición; no obstante, de ello no cabe deducir, como ha hecho el recurrente, que la concursada quede desprovista de legitimación para cualquier actuación en el proceso sino que la restricción se refiere de forma exclusiva al "ejercicio de acciones", esto es, a la actuación " ad extra", no " ad intra". El concursado no puede por sí mismo ejercitar acciones frente a terceros, ya que esa legitimación se atribuye a ón de facultades, pero no tiene restricción alguna para actuar dentro del concurso en tutela de sus intereses legítimos, como ha hecho al oponerse a las cuentas rendidas por el administrador concursal cesado.": SAP Barcelona (Sección 15) 12.03.2014 (Sentencia 84/2014; Rollo 495/2013)

AP Madrid (Sección 28)

"CUARTO. Procede en primer lugar analizar la alegada falta de legitimación de la concursada para recurrir puesto que con anterioridad a la interposición del recurso, en fecha 20 de septiembre de 2011 se declaró abierta la fase de liquidación, con suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición.
Hemos de referirnos en relación a las normas aplicables a la redacción de la Ley Concursal anterior a la reforma operada mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, dado que dicha reforma no entró en vigor, salvo matizaciones que no son del caso, hasta el 1 de enero de 2012, aunque el resultado sería el mismo en lo que nos afecta, como veremos a continuación, dado que la reforma ha venido a clarificar cuestiones que, en garantía del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 CE, ya con anterioridad debían resolverse del mismo modo.
Debemos destacar que el artículo 54 LC se refiere al ejercicio de acciones declarativas que afecten al patrimonio del deudor, es decir, al conjunto de bienes y derechos integrados en el mismo. Este precepto no guarda relación con la impugnación de la lista de acreedores (o incluso, del inventario), para la que están legitimadas todas las partes personadas, incluida la concursada, sin limitación alguna (artículo 96 LC), y aunque se trate de supuestos de suspensión de facultades (que se refieren a la representación ad extra y al funcionamiento del órgano). De otro modo se podría dar lugar, en los casos de suspensión ab initio de facultades de administración y disposición, a la imposibilidad de la concursada para impugnar la lista de acreedores, o a entender que, representada ya por la administración concursal, sería ésta la que impugnase su propio inventario y lista de acreedores demandándose a sí misma, por llevar la interpretación al absurdo. Por ello debe interpretarse toda limitación con carácter restrictivo, de manera que la suspensión de facultades no afecta a la representación y defensa de la concursada en el seno del propio concurso. Y así resulta en la misma Sección de Calificación cuando se hubiera formado a consecuencia de la apertura de la liquidación, es decir, declarado el cese de los administradores o liquidadores (artículos 48.1 y 145.3 LC, según la redacción anterior a la actualmente vigente). Esta situación no priva al deudor del derecho a intervenir, bajo su propia representación y defensa, en el incidente de oposición a la calificación, interponiendo además los recursos que considere oportunos.
Por otra parte la impugnación de la lista de acreedores se realiza durante la fase común, de modo que la posterior suspensión de facultades no afectaría (salvo en los supuestos expresamente previstos ex art. 54 LC) a la legitimación o capacidad procesal de la concursada para recurrir, al margen de que, como hemos

señalado, ese cambio por cese de los administradores con la apertura de la liquidación no priva a la concursada de la representación y defensa que viniera ostentando en el seno del concurso.
Estos limitados efectos de la suspensión de facultades y del cese de los administradores se reconocen ahora, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en el artículo 145.3 LC, que dispone que el cese de los administradores o liquidadores y la sustitución por la administración concursal se efectuará sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada "en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte", de modo que no queda afectada ni la capacidad procesal ni la legitimación.
Y en el mismo sentido, y en general para los supuestos de suspensión de facultades, el nuevo artículo 48.3 LC viene a aclarar que los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso. Lo que asume la administración concursal son las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración o liquidación. De lo contrario, como hemos señalado, se generaría una auténtica indefensión para el deudor, que quedaría apartado definitivamente del concurso, incluso desde su inicio, y sustituido por la administración concursal.
Lo expuesto no afecta ni guarda relación con las especiales previsiones del artículo 54 LC, que no fue objeto de modificación, y que se refiere exclusivamente al ejercicio de acciones declarativas que afecten al patrimonio de la concursada.”: SAP Madrid (Sección 28) 12.05.2014 (Sentencia 152/2014; Rollo 768/2012)

“PRIMERO.- ANTECEDENTES RELEVANTES Y TÉRMINOS EN QUE SE SUSCITA EL DEBATE EN LA SEGUNDA INSTANCIA
1.- El recurso que aquí ventilamos se promueve contra la sentencia dictada por el juzgado del concurso de EL ENSANCHE DE O'DONNELL 2003, SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA (en adelante "ENSANCHE DE O'DONNELL") desestimando la demanda presentada por esta última en el seno del expediente concursal con el fin de que se declarase nulo el procedimiento de venta extrajudicial de ciertos terrenos de su propiedad hipotecados a favor de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. y CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, fechada el 1 de febrero de 2010. (...)
5.- Como observación general de carácter preliminar debemos indicar que los hechos que están en el origen de la demanda son anteriores a la entrada en vigor de la modificación operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, por lo que, salvo indicación expresa, cuantas menciones hagamos de la primera han de entenderse referidas a su redacción anterior a la resultante de la segunda.
SEGUNDO.- SOBRE LA CAPACIDAD PROCESAL DE ENSANCHE DE O'DONNELL PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO
Planteamiento de la cuestión
6.- En opinión de la parte apelada, habiéndose interpuesto el recurso con posterioridad al auto dictado en el seno del expediente concursal decretando la apertura de la fase de liquidación, la concursada carecería de capacidad procesal para interponer aquel, de conformidad con lo establecido en el artículo 145.1, en relación con el 54.1, y 145.3 de la Ley Concursal, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, sin que quepa entender lo contrario con base en el tenor del artículo 145.3 resultante de la modificación operada en el mismo por esta última Ley, al no ser de aplicación por efecto de lo estatuido en su disposición transitoria.
Valoración del Tribunal
7.- Discrepamos del criterio que pretenden hacer valer las entidades apeladas. La capacidad del concursado persona jurídica tras la apertura de la fase de liquidación ciertamente se presentó, desde el principio de la andadura de la Ley Concursal, como una cuestión polémica, a la vista de que, conforme a su artículo 145.3, la apertura de la fase de liquidación había de comportar "el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley". Se alzaron así voces en la doctrina señalando que interpretar el citado precepto en el sentido de que la apertura de la fase de liquidación imponía la sustitución de los administradores o liquidadores de la entidad concursada también en el plano procesal resultaba contrario al derecho de defensa de la misma, al impedir que esta última pudiera sostener su propios intereses, diferentes de los que habría de defender la administración concursal en pro de la masa, postulando esas mismas voces que los efectos sustitutorios que la norma señalaba habían de entenderse circunscritos a las operaciones de liquidación.
8.- La Ley 38/2011 vino a clarificar la cuestión, con la nueva redacción dada al artículo 145.3 3 de la Ley Concursal y a los apartados 1 y 3 del artículo 48. El primero reza ahora: "Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte"). El primer inciso del apartado 1 del artículo 48 quedó así: "1. Durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición", suprimiéndose la siguiente referencia que a continuación contenía: "... y salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores". Por su parte, el apartado 3 del artículo 48 pasó a tener la siguiente redacción: "3. Los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso. En caso de suspensión, las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración o liquidación pasarán a la administración concursal. En caso de intervención, tales facultades continuarán siendo ejercidas por los administradores o liquidadores, con la supervisión de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o confirmar los actos de administración y disposición./ Los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso quedarán afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales".
9.- Lo cierto es, sin embargo, que incluso con anterioridad a tales modificaciones se había venido afirmando en diferentes instancias judiciales la necesidad de mantener, en cuantas actuaciones se desarrollaran en el seno

del expediente concursal tras la apertura de la fase de liquidación (procedimiento de concurso en sí, incidentes ya incoados en los que fuera parte el concursado, nuevos incidentes y recursos), la capacidad procesal de la persona jurídica concursada y la comparecencia de la misma por medio de sus administradores, en aras del artículo 24 de la Constitución y como instrumento necesario para la adecuada defensa de los intereses del concursado.
10.- Tal es la postura de este tribunal. La propia Ley Concursal ofrecía, con anterioridad a la Ley 38/2011, argumentos sólidos a favor de la misma. Así, en la regulación de la sección de calificación (que habría de formarse, recordemos, en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación - artículo 163.1.2º de la Ley Concursal, en su redacción originaria), en la cual se da carta de naturaleza a la intervención separada del deudor. De igual modo, la atribución de legitimación activa a la administración concursal y de la condición de demandado necesario al concursado en las acciones de reintegración habría de abocar a situaciones insolubles de mantenerse el criterio que propugnan las aquí apeladas. La misma posición se sustenta, por ejemplo, en la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero de 2009 y en la de la Sección 9 ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de junio de 2011.
11.- Cabría plantearse (aunque no lo hacen las apeladas), si los requisitos para la actuación separada del concursado en otros procedimientos (artículos 51 y 54 de la Ley Concursal) resultan o no aplicables a los que se desarrollasen en el seno del concurso tras la apertura de la fase de liquidación. Entendemos que no, pues, como señala la doctrina más cualificada, la plena capacidad del concursado tras la apertura de la fase de liquidación además de ser una exigencia elemental del derecho de defensa, enlaza con el carácter contradictorio del proceso concursal, el cual se dirige siempre frente al deudor, incluso cuando este haya sido quien promoviese la declaración de concurso.": SAP Madrid (Sección 28) 12.09.2014 (Sentencia 246/2014; Rollo 844/2012

4.1 Impugnar la lista de acreedores

AP Zaragoza

"Contra tal decisión se alza la concursada mediante el recurso de apelación del que conocemos, en que insiste en la inexistencia de ambos créditos.
SEGUNDO.-Admisibilidad del recurso
La administración concursal sostiene, como único alegato de oposición al recurso de la concursa la falta de capacidad de dicha parte para formularlo, dado que tiene suspendidas sus facultades patrimoniales de administración y disposición, y lo dispuesto en el art. 54.1 L 22/2003, conforme al que en los casos de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en el juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recurso, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.
Tal argumentación no puede ser acogida, pues no se trata de un recurso contra una resolución dictada en un procedimiento ajeno al concurso en el que se conozca de una acción ejercitada por el concursado, supuesto previsto en la norma invocada, sino de la impugnación de una sentencia dictada en un incidente promovido dentro del procedimiento concursal, y en él el deudor mantiene una posición procesal propia y autónoma de acuerdo con lo dispuesto en el art. 184 L 22/2003, y no precisa de autorización de los administradores (Auto de esta misma Secc. nº 464/2012, de 10 de septiembre).": SAP Zaragoza (Sección 5) 21.09.2012 (Sentencia 490/2012; Rollo 446/2012)

JM-1 Las Palmas

"Previamente, aclaramos que, según venimos manteniendo en este y otros casos, el concursado tiene legitimación para impugnar la lista de acreedores, incluso estando suspendidas las facultades de administración y disposición. Si el artículo 54.1 de la Ley Concursal impidiera que el concursado impugnara la lista de acreedores, conculcaría el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción(art. 24.1 CE) ya que, lógicamente, la administración concursal no va a demandarse a sí misma ni tampoco puede hacerse depender la legitimación de la conformidad del demandado. El artículo 96.1 de la Ley Concursal es norma especial y confiere legitimación para impugnar la lista de acreedores a todas «las partes personadas», incluida Inalsa.": SJM-1 Las Palmas 24.03.2010 (Sentencia 73/2011; Incidente Concursal 72/2010)

4.2 Oponerse a la rendición de cuentas de la AC

AP Barcelona

"SEGUNDO. 6. No podemos compartir las apreciaciones que efectúa el recurrente respecto de los efectos que produce la situación de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor respecto de la posibilidad de su administrador de otorgar apoderamiento a procurador y tampoco respecto de la ausencia de legitimación de la concursada para formular oposición a las cuentas que rinde el administrador cesado.
El artículo 40.6 LC precisa cuál es el alcance de la suspensión de las facultades de administración y disposición cuando afirma que se refiere a los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso. Pero no se produce una inhabilitación del deudor o una suspensión en el cargo de sus órganos de representación, que continúan ostentando la representación legal de la sociedad. Por consiguiente, no

podemos compartir que el apoderamiento al procurador hecho por el administrador de la sociedad, que es un acto de carácter estrictamente personal, no sea válido por el simple hecho de que se hiciera una vez declarado el concurso y suspendido el deudor en sus facultades de administración o disposición. Al contrario de lo que opina el recurrente, creemos que el apoderamiento realizado por el administrador de la sociedad a favor del procurador Sr. Bertrán es un acto válido que otorga al referido procurador la representación en el proceso de la concursada.
7. Por otra parte, es cierto que el artículo 54 LC restringe la legitimación de la concursada para el ejercicio de sus propias acciones en el caso de hallarse suspendida en sus facultades de administración y disposición; no obstante, de ello no cabe deducir, como ha hecho el recurrente, que la concursada quede desprovista de legitimación para cualquier actuación en el proceso sino que la restricción se refiere de forma exclusiva al "ejercicio de acciones", esto es, a la actuación " ad extra", no " ad intra". El concursado no puede por sí mismo ejercitar acciones frente a terceros, ya que esa legitimación se atribuye a ón de facultades, pero no tiene restricción alguna para actuar dentro del concurso en tutela de sus intereses legítimos, como ha hecho al oponerse a las cuentas rendidas por el administrador concursal cesado.
El artículo 184.1 LC determina que en todas las secciones del concurso serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y los administradores concursales. Por consiguiente, en la actuación " ad intra" el concursado no tiene restricción alguna en su legitimación y es parte obligada del proceso.
8. La actuación que determinó el inicio del incidente concursal objeto de la resolución recurrida creemos que es una actuación " ad intra", en la que no opera la referida restricción de la legitimación a la que se refiere el artículo 54 LC. Buena prueba de ello es que el artículo 181.2 LC reconoce explícitamente legitimación al deudor, además de a los acreedores, y no creemos que ese reconocimiento deba entenderse corregido en los términos que resultan del artículo 54 LC, como ha entendido el recurrente.”: SAP Barcelona (Sección 15) 12.03.2014 (Sentencia 84/2014; Rollo 495/2013)

2. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.

Art. 54.2 *[Caso de intervención]*

1. Falta de legitimación de la AC por sí sola

... para impugnar la lista de acreedores en otro concurso en el que la concursada es acreedora

“PRIMERO Se formula el presente recurso de apelación frente alAuto de 3 de julio de 2.006 (AC 2006, 1798)en el que se niega legitimación a la Administración Concursal de "TALLERES REVUELTA Y FERNANDEZ S.L." para la impugnación de la lista de acreedores y del inventario aportado en este procedimiento por la Administración Concursal de "CASA FAUSTO S.L.". La impugnación se fundamenta en cinco motivos, el último de ellos formulado de forma subsidiaria.
SEGUNDO El primero de los motivos arriba indicados versa sobre la teoría de la legitimación indirecta de los administradores, cuya consecuencia es, según el apelante, que los administradores concursales están investidos de atribuciones y competencias propias y no por representación del deudor. ElArt. 54 de la Ley Concursal establece que "En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla." Dicho precepto, por tanto, reconoce legitimación a la administración concursal sólo cuando exista autorización del Juez del concurso. Obliga así a éste a hacer una estimación prima facie de la viabilidad de la demanda y de la conveniencia que su estimación o rechazo tenga para la masa del concurso, a fin de evitar condena en costas, si tiene escasas posibilidades de éxito o, incluso, que cuando resulten acogidas no exista beneficio para estos últimos porque no haya bienes suficientes para el pago de sus créditos.
En el presente caso no existió esa autorización judicial y, por tanto, falta ese requisito de procebilidad, tal y como se razona correctamente en el Auto recurrido. No puede eludirse esa exigencia invocando el interés preponderante del concurso, pues el tenor del precepto es claro y supondría desconocer, en la generalidad de los casos, la eficacia de una norma imperativa.
TERCERO Afirma la apelante que laLey Concursal en su Art. 96, reconoce legitimación para la impugnación del inventario y lista de acreedores a cualquier interesado, que elArt. 54.1faculta a la Administración Concursal para el ejercicio acciones de índole no personal y que elArt. 145 en relación con el 40.2supone la sustitución plena del deudor por la Administración Concursal, pero debe señalarse que esta no puede considerarse como interesada a los efectos del concurso de una tercera mercantil, como es el caso, y que elArt. 145sólo opera en la fase de liquidación, la cual se ha producido a través delAuto de 19 de Enero de 2.006, que es posterior a la fecha de la demanda aquí examinada, que se interpuso el 20 de Diciembre de 2.005; debiendo recordar la conocida doctrina jurisprudencial, que hoy encuentra también apoyo en elArt. 410 de la LEC, que señala que los litigios deben ser resueltos teniendo en cuenta la situación de existente en el momento de la demanda (S. 31-10-90 (RJ 1990, 8272), 20-07-94, 23-04-98 (RJ 1998, 2988), 21-05-02 (RJ 2002, 4455), 07-06-02 (RJ 2002, 4980), etc.).”: AAP Oviedo 09.10.2008 (JUR 2009\93116)

“PRIMERO: Encontrándose la concursada “Talleres Revuelta y Fernández, S.L.” en la fecha de presentación de la demanda rectora del presente incidente, 20 diciembre 2005, sometida al régimen de intervención de sus facultades de disposición y administración sobre su patrimonio, como así se admite incontrovertidamente por todas las partes, la legitimación principal para el ejercicio de las acciones de índole no personal que a aquélla le correspondan -como la que aquí nos ocupa- viene encomendada legalmente a la propia concursada que conserva su capacidad para actuar para actuar en juicio, si bien que complementada con el indispensable requisito de la conformidad de la administración concursal en cada caso (art. 54-2inciso primero). Por el contrario, la legitimación que en la presente demanda se arroga la Administración concursal de “Talleres Revuelta y Fernández, S.L.” para el ejercicio de acciones en beneficio de la masa se encuentra diseñada legalmente como una legitimación subsidiaria y reservada para el único supuesto en que el deudor se negara a formular la demanda tras haber sido expresamente requerido a tal fin por dicho órgano concursal, exigiéndose asimismo una vez cumplido lo anterior un segundo requisito cual es la autorización judicial para interponer la demanda (art. 54-2inciso final).
SEGUNDO: Es cierto que el ejercicio de la acción de impugnación de la lista de acreedores viene sometida al breve plazo de diez días a computar desde los momentos previstos en los arts. 95 y 96 L.C. como dies a quo para cada uno de los casos que en ellos se recogen, pero lo anterior en modo alguno pude argüirse como obstáculo para el cumplimiento de los requisitos también exigidos legalmente cuando acontezca que uno de los acreedores recogidos en la lista de acreedores se encuentre a su vez declarado judicialmente en situación de concurso, pues para que la Administración concursal de este último concurso pueda ostentar legitimación impugnatoria deberá haber superado los requisitos arriba expuestos de encontrarse ante una negativa o al menos pasividad del concursado (acreedor en el concurso en el que se pretende entablar la acción) y de obtener autorización judicial para presentar la demanda impugnatoria, siendo lo cierto que el art. 54-2 no establece plazo alguno al respecto por lo que deberá ser la propia Administración concursal la que establezca cuál es el plazo más razonable, atendidas las necesidades de cada caso, que se concede al deudor para que se pronuncie sobre su voluntad de ejercitar la acción, recabando seguidamente y en caso de negativa la autorización judicial, lo que llevado a cabo con una prudente diligencia puede salvar la perentoriedad de los plazos impugnatorios arriba señalados. Por otra parte, una solución contraria a la expuesta supondría obviar la legitimación que la Ley Concursal adjudica con carácter preferente al deudor concursado sometido al régimen de intervención para la defensa en juicio de sus propios intereses patrimoniales.
En el caso presente, no habiendo dado la Administración concursal cumplimiento a los expuestos requisitos sólo cabe declarar su falta de legitimación para representar en el presente juicio a la masa del concurso de “Talleres Revuelta y Fernández, S.L.”, procediendo en consecuencia poner fin al proceso de conformidad con lo dispuesto en el art. 418LEC al resultar por lo demás inviable cualquier subsanación dado que a la fecha de celebración de la vista se encontraba ya precluida la posibilidad de presentar la demanda de impugnación por la propia concursada “Talleres Revuelta y Fernández, S.L.”. “: Auto JM –1 Oviedo 03.07.2006 (Incidente concursal 690/2005)

.. para postular nulidad de actuaciones

“Pero es que, además, aunque lo anterior se obviara, si tal como sostiene el ahora apelante, él no es un "alter ego" de Proyel, quien cuenta con su propia personalidad jurídica y con sus órganos de administración, y en tal sentido se pronuncia el apartado 3 de la parte dispositiva del mentado auto del Juzgado de lo Mercantil al establecer, en armonía con el artículo 40-1 de la Ley Concursal, que "El deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de la Administración concursal, mediante su autorización", ello igualmente comporta que tampoco es quien -procesalmente hablando- el Administrador recurrente para defender por si mismo derechos e intereses ajenos, ni consecuentemente está legitimado para postular la nulidad de actuaciones que pretende a través de su recurso con sustento en una posible indefensión causada por infracción del artículo 553-2 Lec a diferente persona jurídica- la ejecutada Proyel- Y que, en su caso, habrá de ser ésta la que ejercite al efecto los remedios legales que crea le asisten, al margen de la autorización que pueda precisar para ello.”: AAP Madrid (Sección 9) 06.06.2011 (Auto 119/2011; Rollo 481/2010)

2. Subsanación de la falta de conformidad de la AC

2.1 Se admite

AP Alicante (Sección 8)

“El auto recurrido ha estimado la excepción de falta de legitimación activa alegada por la demandada DESARROLLOS URBANÍSTICOS LAS MARINAS, SL con el argumento, dicho sea en síntesis de que, habiendo sido declarado el concurso necesario de la demandante, con intervención (que no suspensión) de las facultades de administración de la mercantil, la conformidad de la administración concursal para la presentación de dicha demanda (art. 54.2 LC debiera haber sido previa a dicho momento, sin que baste que, con posterioridad, se haya aportado el documento en que la administración concursal consiente con la presentación de la demanda que ha originado el pleito ante el que nos encontramos.
Revocaremos esta decisión, por dos motivos.
En primer lugar, porque la falta de legitimación activa, que fue la opuesta por la parte demandada, no es una excepción de índole procesal, que pueda originar un auto de sobreseimiento del procedimiento. Sabido es que la legitimación "ad causam" consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material

objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. Reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que cabe señalar la de 28 de diciembre de 2001, hacen especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido. La vigente LEC., en este sentido, regula en su art. 10 la denominada condición de parte procesal legítima, en cuya virtud " Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso"; del que se desprende que la legitimación no es más que la titularidad jurídica, activa o pasiva, de la relación jurídica que constituya el objeto del pleito. La falta de legitimación activa, por ello, tampoco se encuentra incluida en el elenco de cuestiones procesales a que se refiere el art. 416 LEC.
En segundo término, porque el art. 54.2 LC establece que, en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio (con lo que la cuestión tampoco se refiere a la posible falta de capacidad de aquél), pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas. El precepto no establece que esa conformidad haya de justificarse en el momento de presentación de la demanda, y tampoco la legislación procesal que, en caso de no serlo, la consecuencia haya de ser el sobreseimiento del procedimiento.
En el caso que nos ocupa, la demandante ha justificado la conformidad de la administración concursal para la presentación de la demanda, una vez que la demandada, aún incorrectamente desde un punto de vista procesal, efectuó un alegato en dicho sentido. Justificada la existencia de la conformidad, lo razonado con anterioridad, junto con el principio pro actione, han de conducir a la estimación del recurso, con los efectos a ello inherentes. ": AAP Alicante (Sección 8) 03.06.2011 (Auto 35/2011; Rollo 153/2011)

AP Alicante (Sección 9)

"PRIMERO.-En su primer motivo de recurso la mercantil apelante considera que es improcedente que el tribunal de instancia haya admitido en la vista la autorización de la administración concursal a que se refiere el artículo 54.2 de la LC.
El art.54.2 de la LC establece que en caso de intervención el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.
Aplicando esta norma al caso, se ha de concluir que el concursado conserva su capacidad para actuar en juicio aunque necesite la autorización de la administración concursal, en lo que aquí afecta, para interponer demandas y que, aunque esta autorización se adverara de modo documental en el acto de la vista, ello era admisible en cuanto denunciada la ausencia de aquélla en la oposición tal defecto es subsanable.
En este sentido, entre otros muchos, el AAP de Madrid de 21 de junio de 2011 "Lo dispuesto en los arts. 40.1 y 7, y 54.2 de la Ley Concursal, conduce a entender que la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor declarado en concurso voluntario es defecto subsanable, pues aquél, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuirlas al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, con expresa previsión de convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación. Específicamente, el art. 54.2 declara que el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, aunque precisa de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.
Por su parte, el art. 40 dispone en su apartado 1 que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad", a lo que añade el apartado 7 que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado
o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto".
En igual sentido se pronuncia la A.P. de Asturias, en A. 9.Mar.2007, a cuyo tenor "en relación con la alegada falta de legitimación activa, sólo en la medida en que la alegación efectuada pudiera afectar a la legitimación "ad processum" (capacidad de obrar procesal), debe ser examinada de oficio por el Tribunal, si bien debe ser desestimada, toda vez que con la demanda presentó la parte actora un documento (el número 4) del que se deduce que a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba declarada en Concurso de Acreedores, y que dicho Concurso había sido considerado como voluntario en el Auto de Declaración, sin que se haya acreditado que la Concursada hubiese sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que ha de presumirse que sólo tenía intervenidas tales facultades, de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el ejercicio de la acción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40-1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, pues en tal caso conserva el deudor la capacidad para actuar en juicio (artículo 54-2), y, si bien es cierto que precisa la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, no lo es menos que no se exige que acredite haberla obtenido, y que, incluso su falta no le privaría de capacidad para interponer la demanda, pues sólo los administradores concursales pueden instar la nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, y cabría, en todo caso, la convalidación o confirmación posterior (artículo 40-7 de la Ley Concursal)". Por todo lo cual, se concluye que la

ausencia de autorización del administrador concursal para interponer la presente solicitud de juicio monitorio constituye un vicio sanable.". ": SAP Alicante (Sección 9) 16.07.2012 (Sentencia 456/2012; Rollo 806/2011)

"PRIMERO.- La sentencia de fecha 26 de junio de 2.012 recaída en la primera instancia, estima íntegramente la demanda formulada por Cristalerías Corbalán Valencia, S.L., y condena a la demandada, Cristalerías D#Eulogio Decoración, S.L., a pagar a la actora la cantidad reclamada de 3.402,09 Euros, importe del tercer recibo girado para pago de la factura nº 48.711 de 29 de septiembre de 2.008 por importe de 8.823,85 Euros, emitida por la actora para pago de los pedidos de mercancía realizados por la demandada, así como gastos bancarios e intereses devengados por la cantidad adeudada hasta la fecha de presentación de la demanda inicial de las presentes actuaciones.
Frente a la referida resolución, la entidad Cristalerías D#Eulogio Decoración, S.L., interpone recurso de apelación que fundamenta en los siguientes Motivos: 1º) Vulneración de la tutela Judicial Efectiva. 2º) Falta de Legitimación Activa. 3º) Error en la valoración de la prueba y vulneración de las normas relativas a la carga de la prueba.
SEGUNDO. -Manteniendo el orden expositivo del recurso presentado, procede en primer lugar pronunciarse sobre la alegada Falta de legitimación Activa en relación con la también alegada Vulneración del Principio de Tutela Judicial Efectiva.
Este motivo del recurso de apelación debe ser desestimado. Efectivamente, establece el artículo 40, 1 de la Ley Concursal que, "En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad". La Ley habla de autorización o conformidad, como de dos clases de intervención, entendiéndose que la autorización debe ser expresa ante un acto que pueda revestir cierta importancia o cierto riesgo. La conformidad en cambio, puede ser menos ritual y bastar una media firma para que conste la conformidad de la administración con el acto realizado.
Pues bien, sea cual sea la importancia que se atribuya a la reclamación de una deuda, es lo cierto que en el presente supuesto se aporta por la entidad demandante como documento nº 7 a la demanda de Proceso Monitorio, el certificado emitido por la Administración Concursal autorizando al Letrado de la demandante la interposición de las demandas correspondientes en reclamación de cantidades adeudadas, si bien es cierto que en dicho listado no aparece la entidad demandada, no es menos cierto que por un lado es subsanado, aportando nuevo documento por el que se autoriza dicha reclamación, y por otro lado, no consta motivo alguno por el que pudiera dejarse al margen a una determinada deudora de las reclamaciones a realizar en beneficio de la propia concursada así como de los acreedores de la misma. Consiguientemente, existe autorización del administrador y consta acreditado de forma documental, lo que tampoco resultaba totalmente necesario ya que dicha autorización podría haberse probado de otras formas, como la intervención del propio administrador en el acto de juicio, librando el correspondiente despacho etc.
Finalmente, al respecto debe ponerse de manifiesto lo establecido en el artículo 40, 7 de la referida Ley Concursal, "Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando esta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de este. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta".
Consiguientemente, de existir algún tipo de dudas sobre la corrección de lo realizado por la entidad concursada, no se plantea duda alguna de que cuanto menos por la administración concursal se convalida lo realizado por la entidad demandante concursada.
En cuanto a la posibilidad de subsanar la falta de autorización de la administración del Concurso Voluntario para demandar, ya se ha pronunciado esta Sección 9ª de la A.P. de Alicante en Sentencia de 16 de julio de 2.012. En este sentido, entre otros muchos, el Auto de la A.P. de Madrid de 21 de junio de 2011.
Alega la recurrente que no consta en la causa la aceptación por parte del administrador concursal y que la sentencia recurrida vulnera los artículos 282 y 289 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 24 de la CE, al hacer referencia a una publicación de un Edicto en el B.O.E. sin que ninguna de las partes lo propusiera como prueba, a lo que basta con responder que esa es precisamente la finalidad del referido Boletín Oficial de Estado y de la publicación que se realiza en su momento, dar a conocer la existencia del Concurso y del nombramiento o designación de los cargos que se acuerdan en la resolución que se publica, por lo que no puede entenderse como se puede causar infracción alguna teniendo conocimiento de los extremos publicados, y mucho menos como se puede originar una infracción de la tutela judicial efectiva o del principio de justicia rogada.": SAP Alicante (Sección 9) 04.06.2013 (Sentencia 308/2013; Rollo 962/2012)

AP Oviedo

"En relación con la alegada falta de legitimación activa, sólo en la medida en que la alegación efectuada pudiera afectar a la legitimación "ad processum" (capacidad de obrar procesal), debe ser examinada de oficio por el Tribunal, si bien debe ser desestimada, toda vez que con la demanda presentó la parte actora un documento (el número 4) del que se deduce que a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba declarada en Concurso de Acreedores, y que dicho Concurso había sido considerado como voluntario en el Auto de Declaración, sin que se haya acreditado que la Concursada hubiese sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que ha de presumirse que sólo tenía intervenidas tales facultades, de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el ejercicio de la

acción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40-1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, pues en tal caso conserva el deudor la capacidad para actuar en juicio (artículo 54-2), y, si bien es cierto que precisa la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, no lo es menos que no se exige que acredite haberla obtenido, y que, incluso su falta no le privaría de capacidad para interponer la demanda, pues sólo los administradores concursales pueden instar la nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, y cabría, en todo caso, la convalidación o confirmación posterior (artículo 40-7 de la Ley Concursal)".: AAP Oviedo 09.03.2007 [Citado por AAP Madrid (Sección 14) 21.06.2011 (Auto 136/2011; Rollo 273/2011)

AP Barcelona (Sección 17)

"SEGUNDO.- MOGAUTO, mediante su representación procesal, interpone recurso de apelación contra dicha sentencia reiterando, en primer lugar, su alegación, ya formulada en la instancia, de que concurre un defecto formal en el modo de proponer la demanda que determina una falta de legitimación de la entidad actora. Así, indica que dicha entidad se encuentra declarada en concurso e instó la demanda sin presentar la conformidad de los administradores concursales, conforme requiere el art. 54 de la Ley Concursal (LC). Admite que posteriormente se subsanó dicho defecto puesto que la administración concursal presentó escrito manifestando su autorización pero defiende que, como quiera que en la demanda no se invocó el art. 231 de la LEC, tal defecto inicial debía reputarse insubsanable.
No cabe acoger este motivo de apelación. Efectivamente, mediante escrito presentado en fecha de 1 de junio de 2010 (vid. folios 59 a 61 de las actuaciones) los administradores concursales de la mercantil ENRIQUE BALLÚS,SL, comunicaron que en fecha de 4 de febrero de 2010 autorizaron la interposición de la demanda que dio origen a las presentes actuaciones, que fue finalmente presentada el día 8 de febrero siguiente. Con esta actuación debe estimarse válidamente subsanado el defecto inicial de falta de la presentación de la autorización o conformidad de los administradores concursales exigida por el art. 54 de la LC sin que puedan exacerbarse, con las consecuencias de inadmisión que pretende la recurrente, las exigencias que, en su redacción anterior, resultaban de lo dispuesto en el art. 231 de la LEC. Todo ello por aplicación de la doctrina constitucional que, dando cumplimiento al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, establece el principio pro actione favorable a solventar los obstáculos formales que impidan el acceso al proceso, estableciendo para ello un principio general de subsanación.": SAP Barcelona (Sección 17) 19.07.2012 (Sentencia 394/2012; Rollo 258/2011)

AP Ciudad Real

"PRIMERO-Estimada en la Instancia la demanda de reclamación de cantidad formulada, afirmaba la recurrente, en la alegación segunda de su escrito de recurso, la posible falta de legitimación de la demandante para formular la demanda, en cuanto había tenido conocimiento de que se había presentado un concurso de acreedores el diez de marzo de dos mil ocho, y no constando la solicitud del procedimiento monitorio formulada con la anuencia o autorización de la Administración Concursal para interponer las acciones legales correspondientes.
Ante dicha alegación, y teniendo en cuenta que se trata de cuestión de orden público, examinable de oficio, se proveyó el 28 de noviembre de dos mil once, requerir a la administración concursal para que manifestase su conformidad o no con la interposición de la demanda. Tras sucesivos recordatorios el Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Málaga finalmente dio curso al exhorto recibido y con fecha ocho de mayo de dos mil catorce, la administración concursal manifestó su conformidad con la demanda de juicio ordinario aquí examinada.
Cierto que en el momento de interposición de la demanda no se había aportado la consiguiente autorización. Sin embargo, no es menos cierto, que una interpretación conforme al derecho a la tutela judicial efectiva, y en defensa de los intereses de la concursada, dicha falta de constatación de la autorización, en principio, no debe dar lugar a la inadmisión de la demanda, sino en su caso, a su subsanación.
Proveída el requerimiento tan pronto ha sido advertido, ha de entenderse subsanado el defecto invocado, pasando a resolver el fondo de la pretensión objeto del presente recurso
Habiéndose constatado la conformidad de la administración concursal y teniendo carácter subsanable la ausencia de dicha constatación al tiempo de la demanda, se tiene por subsanado el defecto advertido y en consecuencia cumplido el trámite legal.": SAP Ciudad Real (Sección 1) 06.06.2014 (Sentencia 151/2014; Rollo 342/2011)

AP Cuenca

"En segundo lugar sostiene la recurrente, reiterando lo alegado en la instancia, que no existen garantías de autenticidad de que el documento presuntamente firmado en fecha 7 de septiembre de 2007 se corresponda con las firmas de los tres administradores concursales debiendo exigirse, cuando menos, que dicha autorización conste bien ante el Secretario del Juzgado de lo Mercantil donde se tramita el concurso o bien ante fedatario público.
Este segundo motivo tampoco puede ser estimado y ello por cuanto, como sostiene el Juzgador de Instancia elart. 54.1 de la Ley Concursal no exige que la autorización de los administradores para interponer demandas deba ser intervenida por fedatario público, sea el Sr. Secretario Judicial del Juzgado donde se tramita el Concurso o por Notario, de modo que el documento de fecha 7 de septiembre de 2007 firmado por los tres administradores concursales debe reputarse suficiente a los efectos de subsanar y/o suplir cualquier falta de capacidad procesal de la entidad actora, a no ser que se repute y/o acredite el carácter falsario de dicho

documento, circunstancia que no ha acontecido en el presente procedimiento.”: SAP Cuenca 06.10.2008 (JUR 2009/93442; Sentencia 174/2008; Rollo 98/2008)

AP Girona

“SEGUNDO.-Se interpuso recurso de apelación por CAIXA D'ESTALVIS DE SABADELL (UNIM BANC SA) contra lasentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Girona, de fecha 22 de noviembre del 2011, en la que se estimó la demanda interpuesta por la entidad ROCA VINALS DISTRIBUCIONS S.L. y en la que se interesaba la nulidad del contrato de 26 de marzo del 2007, denominado de gestión de riesgos financieros, y por razón de dicha decisión, se declarasen nulas todas las liquidaciones realizadas y se reintegrasen mutuamente los importes que por razón del contrato se hayan percibido.
TERCERO.-La sentencia estimó la demanda, declaró la nulidad del referido contrato con devolución de las prestaciones realizadas, durante la vigencia del mismo, al apreciar error en el consentimiento, motivado por una deficiente información del producto contratado.
La parte apelante discrepa de tal pronunciamiento así el primer motivo del recurso de apelación se centra en invocar una infracción del art. 50.1 [54.2]de la ley concursal, al invocarse que no debió admitirse la demanda, al no ser subsanable el requisito que dicho precepto establece.
Contrariamente a lo invocado por la parte apelante, dicho requisito al ser un requisito de procedibilidad, como ya recoge la Juez a quo ", y en consecuencia una vez subsanado, mediante la aportación del escrito de los administradores concursales de fecha 25 de octubre de 2011, en que consta que contaba con la preceptiva autorización de la Administración concursal, (folio214) debe estimarse subsanado y en consecuencia, no puede conllevar a la pretendida nulidad de actuaciones que la parte apelante en su momento invocó. Debiendo desestimarse este primer motivo del recurso.”: SAP Girona (Sección 1) 28.05.2012 (Sentencia 228/2012; Rollo 141/2012)

AP Guadalajara

“PRIMERO.-La parte recurrente entiende que existía falta de legitimación activa de la recurrente, y falta de capacidad procesal de la misma, por cuanto presentó la demanda, encontrándose en situación de concurso, pese a no constar la autorización de los administradores concursales para ello.
Entendiendo que existía la correspondiente nulidad de actuaciones.
En el BOE de 27 de febrero de 2012, se publicó edicto en el cual se acordaba la declaración de concurso necesario de la entidad actora, y fijando expresamente que dicha entidad "conserva las facultades de administración y de disposición de su patrimonio, pero sometidas a la intervención de la administración concursal". Siendo la fecha de la demanda posterior a dicha declaración.
Existiendo, a su vez, e incorporado al acto de juicio celebrado, escritura pública de fecha de 21 de mayo de 2013, en que D. Ernesto, economista, en su condición de administrador concursal de la entidad actora, y nombrado para el cargo de administrador por resolución del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, 6, de 13 de febrero de 2012, acordó, otorgar poder a los letrados y procuradores de la entidad actora, a fin que pudieran ejercitar la acción de desahucio por falta de pago, acumulando o no la acción de reclamación de las rentas.
En cualquier caso, la aportación de esta documentación tuvo lugar antes de la fecha celebrada para la vista, y fue documentada debidamente en dicho acto. Hasta el punto que la parte recurrente, en vía de Apelación indicó que "vaya por delante, que, una vez fueron examinados los documentos aportados por ésta en el acto de la vista, se encuentra capacitada para ejercer la acción, por cuanto es evidente que a la vista de los mismos ostenta autorización de la administración concursal".
Es decir, la parte recurrente considera que ya en el acto de juicio quedó acreditada la autorización de la administración concursal a fin que la actora pudiera ejercitar la acción que ha entablado. Siendo el concurso necesario, y no encontrándose, por auto del Juzgado de lo Mercantil, la entidad actora suspendida en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición de su patrimonio, circunstancia perfectamente conocida por la entidad demandada, por cuanto se publicó en el BOE de fecha de 27 de febrero de 2012.
En este sentido, traer a colación el contenido de la doctrina relativa a esta materia, y así, SAP de Asturias de fecha de 26 de diciembre de 2013, donde se indica que nos encontramos con que la parte apelada alega en el escrito de oposición al recurso que dado que el demandado fue declarado en situación de concurso por auto anterior a la fecha de interposición de la demanda, se precisaba de la conformidad de la Administración Concursal, tal como dispone el art. 54.2 de la Ley Concursal. Pues bien, aunque es precisa esa conformidad, su omisión se considera un defecto subsanable, y en este sentido se pronunció el auto de la AP de Alicante de 16 de julio de 2.012, en el que se declara: "El art.54.2 de la LC establece que en caso de intervención el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.
Aplicando esta norma al caso, se ha de concluir que el concursado conserva su capacidad para actuar en juicio aunque necesite la autorización de la administración concursal, en lo que aquí afecta, para interponer demandas y que, aunque esta autorización se adverara de modo documental en el acto de la vista, ello era admisible en cuanto denunciada la ausencia de aquélla en la oposición tal defecto es subsanable.
En este sentido, entre otros muchos, el AAP de Madrid de 21 de junio de 2.011 (JUR 2011, 289446) "Lo dispuesto en los arts. 40.1 y 7, y 54.2 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), conduce a entender que la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor declarado en concurso voluntario es defecto subsanable, pues aquél, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuirlas al administrador concursal, sino que

conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, con expresa previsión de convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación. Específicamente, el art. 54.2 declara que el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, aunque precisa de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.
Por su parte, el art. 40 dispone en su apartado 1 que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad", a lo que añade el apartado 7 que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto".
En igual sentido se pronuncia la A.P. de Asturias, en A. de 9 de Marzo de 2.007 (JUR 2007, 297480), a cuyo tenor "En relación con la alegada falta de legitimación activa, sólo en la medida en que la alegación efectuada pudiera afectar a la legitimación "ad processum" (capacidad de obrar procesal), debe ser examinada de oficio por el Tribunal, si bien debe ser desestimada, toda vez que con la demanda presentó la parte actora un documento (el número 4) del que se deduce que a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba declarada en Concurso de Acreedores, y que dicho Concurso había sido considerado como voluntario en el Auto de Declaración, sin que se haya acreditado que la Concursada hubiese sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que ha de presumirse que sólo tenía intervenidas tales facultades, de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el ejercicio de la acción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40-1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, pues en tal caso conserva el deudor la capacidad para actuar en juicio (artículo 54-2), y, si bien es cierto que precisa la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, no lo es menos que no se exige que acredite haberla obtenido, y que, incluso su falta no le privaría de capacidad para interponer la demanda, pues sólo los administradores concursales pueden instar la nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, y cabría, en todo caso, la convalidación o confirmación posterior (artículo 40-7 de la Ley Concursal)". Por todo lo cual, se concluye que la ausencia de autorización del administrador concursal para interponer la presente solicitud de juicio monitorio constituye un vicio sanable.".
Evidentemente, esta doctrina es igualmente extensible a los casos de concurso necesario, cuando, como en el presente supuesto, tal como ha sido establecido en BOE de 27 de febrero de 2012, la entidad actora ha sido declarada en concurso necesario, pero conserva las facultades de administración y disposición de su patrimonio. Circunstancia que ya había sido establecida por resolución judicial, del Juzgado de lo Mercantil 6 de Madrid, pro auto de 13 de febrero de 2012, en autos número 5/2012, seguidos en dicho órgano judicial.
En definitiva, existía capacidad de la demandante para el ejercicio de la acción, por cuanto existió autorización, aún a posteriori, de la administración concursal, documentada en el acto de juicio, a fin que la entidad actora pudiera ejercitar la demanda. Y habiéndolo resuelto así la Juez a quo, no solo no existía nulidad alguna de actuaciones, sino que la doctrina fijada por la Juez a quo en su resolución, es perfectamente ajustada a Derecho. Por lo que no solo no existe indefensión, ni existe nulidad de actuaciones, sino que la sentencia dictada por el órgano judicial, por razones estrictamente jurídicas, ha de ser confirmada en su plenitud.”: SAP Guadalajara (Sección 1) 22.04.2014 (Sentencia 114/2014; Rollo 311/2013)

AP Las Palmas

“SEGUNDO.- Senala la demandada PEREZ MORENO S.A en primer lugar en su escrito de interposición del recurso, las excepciones relativas a la falta de capacidad y de representación de la entidad demandante al estar declarada actualmente en concurso y a la falta de competencia objetiva de este Juzgado al tratarse las cuestiones litigiosas competencia exclusiva del Juez de lo Mercantil, desestimándose todas las excepciones en la AP.
La primera de ellas, la falta de la autorización del administrador concursal para ejercitar la acción al estar la actora en situación concursal, este requisito que fue cumplimentado con posterioridad, mediante la aportación de una autorización especifica para este procedimiento unida a autos en Audiencia Previa y suscrita por todos los administradores concúrsales, con fecha 4 de MARZO de 2010.
Mantiene PEREZ MORENO S.A. en su recurso, que todos los actos anteriores a la referida AP son nulos y no se puden subsanar y por lo tanto todos los suscesivos que derivan el mismo.
Sin embargo este Tribunal que conforme a lo dispuesto en los arts. 40.1 y 7, y 54.2 de la Ley Concursal, hay que entender que la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor declarado en concurso voluntario es un defecto subsanable, pues aquél, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuirlas al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, con expresa previsión de convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación. Específicamente, el art. 54.2 declara que el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, aunque precisa de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.
Por su parte, el art. 40 dispone en su apartado 1 que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concúrsales, mediante su autorización o conformidad", a lo que anade el apartado 7 que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser

anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto".
En igual sentido se pronuncia la A.P. de Asturias, en A. 9.Mar.2007, a cuyo tenor "en relación con la alegada falta de legitimación activa, sólo en la medida en que la alegación efectuada pudiera afectar a la legitimación "ad processum" (capacidad de obrar procesal), debe ser examinada de oficio por el Tribunal, si bien debe ser desestimada, toda vez que con la demanda presentó la parte actora un documento (el número 4) del que se deduce que a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba declarada en Concurso de Acreedores, y que dicho Concurso había sido considerado como voluntario en el Auto de Declaración, sin que se haya acreditado que la Concursada hubiese sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que ha de presumirse que sólo tenía intervenidas tales facultades, de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el ejercicio de la acción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40-1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, pues en tal caso conserva el deudor la capacidad para actuar en juicio (artículo 54-2), y, si bien es cierto que precisa la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, no lo es menos que no se exige que acredite haberla obtenido, y que, incluso su falta no le privaría de capacidad para interponer la demanda, pues sólo los administradores concúrsales pueden instar la nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, y cabría, en todo caso, la convalidación o confirmación posterior (artículo 40-7 de la Ley Concursal)".
Por todo lo cual, se concluye que la ausencia de autorización del administrador concursal para interponer la presente solicitud de juicio monitorio constituye un vicio sanable, cuya subsanación además ha sido instada por SUINCAHOTEL S.L. mediante autorización suscrita con fecha 4 de marzo de 2010.
Lo que conlleva a considerar que el poder aportado por el administrador de la actora a un procurador de los Tribunales es valido, pues es el administrador el que ha de apoderar al representante procesal de la parte y no necesita estar autorizado expresamente para otorgar el poder sino para interponer la demanda por lo que se desestiman, esta dos causas alegadas por PEREZ MORENO S.A. para justificar una falta de capacidad procesal de la actora, considerando que SUINCAHOTEL S.L. tiene la capacidad necesaria para interponer esta demanda.": SAP Las Palmas (Sección 4) 08.10.2012 (Sentencia 412/2012; Rollo 557/2011)

AP Madrid (Sección 8)

"SEGUNDO.-Pues bien, con carácter previo se plantea una cuestión procesal obstativa cuya eventual prosperabilidad vedaría el paso al análisis de los motivos de impugnación y que afectan al fondo del asunto.
Así, en primer lugar, debe significarse que la primera excepción planteada por la apelante no debe ser calificada como ausencia de legitimación activa sino como eventual defecto procesal subjetivo, por cuanto, es sabido que la legitimación de las partes puede ser contemplada desde dos puntos de vista diferentes que dan lugar a los conceptos doctrinales de legitimación "ad procesum2 y de legitimación "ad causam". La primera de ellas es la contemplada en los arts. 6, 7, 418, 559.1.2º de la ley 1/2000 y se refiere a la capacidad que es necesario poseer para ser sujeto de una relación jurídico procesal y poderla realizar con validez, impidiendo su falta el entrar a conocer del fondo del asunto; la legitimación "ad causam", (art. 10 de la ley procesal), por el contrario, aparece en función de la pretensión formulada, encontrando su fundamento en la falta de acción, proyectándose en el fondo del asunto, al aludir a la falta de título o derecho de pedir. Según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (S. 10 diciembre 1990, entre otras) implica la atribución subjetiva del derecho, sin que se trate de una condición de admisibilidad del proceso sino de la existencia misma de la acción, de tal forma que no es por tanto la legitimación "ad causam" una cuestión de personalidad sino que afecta al fondo de la cuestión para traducirse en la falta de acción.
Desde una perspectiva estrictamente material o sustantiva qué duda cabe que la entidad accionante ostentaría legitimación activa para reclamar como acreedora la deuda generada en el seno de sus relaciones comerciales con la demandada, que por lo mismo ostenta la posición deudora. No debe ignorarse que en este caso la entidad demandante se hallaba declarada en concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, por auto de fecha 2 de febrero de 2010, y en el que se decretaba que el deudor conservaba las facultades de administración y de disposición de su patrimonio, pero sometidas éstas a la intervención de la administración. Y precisamente en esta línea, el art. 40 dispone en su apartado 1 de la Ley Concursal que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad", de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el ejercicio de la acción.
Ya desde la perspectiva procesal habilitante, el artículo 7.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que por las personas jurídicas comparecerán en juicio los que legalmente les represente, estableciendo por su parte en el artículo 7.8 de la ley que las limitaciones a la capacidad de los que están sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la ley concursal.
La ley concursal en el artículo 54, con relación al ejercicio de acciones y recursos, establece en los supuestos de intervención que el "deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla".
En consecuencia, en los supuestos de intervención del deudor en concurso, éste tiene limitada para interponer demandas, o interponer recursos, que deberá suplir con la conformidad de la administración concursal.

En el presente caso, como ya decíamos, la entidad apelante fue declarada en concurso voluntario por auto de fecha 2 de febrero de 2010 por el juzgado de lo mercantil nº 1 de Madrid, (ver B.O.E. aportado como doc. 13), en autos 779/09, y la demanda, sin autorización o conformidad de la Administración, se presentó en fecha 17 de febrero de 2011. Y si bien no se ha procedido a subsanar el déficit de capacidad por tratarse de una circunstancia oculta al Juzgado hasta el mismo momento de la vista del juicio verbal, sin embargo, como bien afirma el Juzgador de Instancia, dicha omisión o déficit quedaría validado desde el momento en que el fallo de la sentencia (favorable en este caso a la masa activa del concurso) contempló específicamente su notificación a la Administración concursal.
Es cierto que sobre este particular existen sentencias de la llamada jurisprudencia menor, i.e. SAP de Madrid sección 28 de fecha 24 de septiembre de 2009, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 9ª, S 7-9-2012, Auto de la AP Barcelona, sec. 15ª, A 6-6- 2012, núm. 77/2012, rec. 117/2012, Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 29-11-2012, nº 352/2012, que aprecian en la ausencia de la integración del defecto de capacidad procesal, un incorrecto planteamiento subjetivo de la relación procesal y llevan a desestimar la acción e incluso a declarar la indebida admisión a trámite del recurso de apelación; sin embargo existen otras, v. gr. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 9ª, S 16-7-2012 con expresa referencia a algunas resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid, como la de la secc. 14ª, A 21-6-2011 y a la A.P. de Asturias, en A. 9.Mar.2007, que partiendo de la naturaleza subsanable de dicho condicionante, en base a lo dispuesto en los arts. 231 y 418 L.E.C., permiten la subsanación ex post del vicio procesal, que nosotros entendemos ha de quedar superado mediante fórmulas tácitas de conformidad por la administración concursal, como es en el supuesto de autos, en que la mera notificación de la sentencia y por ende del procedimiento a dicho órgano, sin oposición ni impugnación de ninguna clase, equivale a la validación de lo efectuado por el Administrador de la Sociedad, máxime en supuestos en que el resultado del proceso judicial ha sido favorable para la masa activa.
Debe considerarse que el deudor declarado en concurso voluntario, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuirlas al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, conformidad que no necesariamente y en todos los casos debe ser expresa sino que puede deducirse en determinados supuestos de actos u omisiones con relevante significación procesal.
Entendemos en este caso, y con arreglo a una interpretación favorable a la realización de los derechos a la tutela judicial efectiva y a los derechos materiales de los acreedores del concurso (masa pasiva), subsanado o convalidado el defecto procesal advertido por la apelante y desestimar en consecuencia este primer motivo de apelación.”: SAP Madrid (Sección 8) 27.03.2014 (Sentencia 152/2014; Rollo 401/2013)

AP Madrid (Sección 11)

“SEGUNDO.-Con carácter previo se plantea una cuestión procesal obstativa cuya eventual prosperabilidad vedaría el paso al análisis de los motivos de impugnación y que afectan al fondo del asunto.
Así, en primer lugar, debe significarse que INMOBILIARIA PARQUE COMILLAS, S.L., fue declarada en concurso por el Juzgado de lo Mercantil num. 6 de Madrid (autos 535/12) mediante auto dictado el 19 de septiembre de 2012, y el art. 40 dispone en su apartado 1 de la Ley Concursal que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad", así como el artículo 54, con relación al ejercicio de acciones y recursos, establece en los supuestos de intervención que el "deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla".
En consecuencia, en los supuestos de intervención del deudor en concurso, éste tiene limitada la facultad para interponer demandas, o interponer recursos, que deberá suplir con la conformidad de la administración concursal.
En el presente caso, si bien se presentó el recurso de apelación frente a la sentencia dictada el 18 del mismo mes de septiembre de 29012, por las demandadas SOCOTRIN, S.A., e INMOBILIARIA PARQUE COMILLAS, S.A., mediante escrito presentado el 23 de octubre de 2012, sin autorización de la Administración Concursal para la realización de tal acto, ante la falta de tal presupuesto, pero tratándose de un vicio de naturaleza subsanable, este Tribunal entiende que ha quedado subsanado ex post, por un lado, mediante la comunicación recibida del Administrador Concursal en lo que se refiere a SOCOTRIN, S.A., en liquidación (también en concurso, autos 431/12 del Juzgado de lo Mercantil num. 9 de Madrid), y después, en cuanto a INMOBILIARIA PARQUE COMILLAS, S.A., al haberse producido el cese del Administrador Concursal mediante sentencia firme dictada en el incidente concursal 501/2013, de fecha 28 de octubre de 2013, que aprueba el convenio concursal adoptado para el Concurso de dicha mercantil.
Entendemos en este caso, por tanto, subsanado o convalidado el defecto procesal advertido por la apelante y desestimar en consecuencia este primer motivo de apelación.”: SAP Madrid (Sección 11) 15.09.2014 (Sentencia 290/2014; Rollo 1003/2012)

AP Madrid (Sección 12, 2014)

“TERCERO.-Se interpone recurso de apelación por la representación de Empresa de servicios municipales de Alcorcón, reiterando la falta de legitimación activa de SUYEQUI SL, pues cuando se interpuso el procedimiento

monitorio ya se encontraba declarada en concurso, y no contaba con la autorización de la Administración concursal.
Consta en actuaciones que el escrito inicial de monitorio fue presentado por la representante de SUYEQUI SL, el 15/11/11, sin embargo previamente al ejercicio de esta acción, ya aparece la firma del administrador concursal en el requerimiento extrajudicial de pago, de estos intereses realizado en fecha 10/2/11, folio 31, personándose la administración concursal en fecha 20/11/12. Se trataba de un concurso voluntario, y tal personación se produjo dado que la administración de la entidad actora había cesado en sus funciones, por auto del Juzgado de lo mercantil nº 12 de Madrid, siendo sustituidos por el administrador concursal D. Ambrosio, auto publicado en el BOE el 3/4/12.
Lo dispuesto en los arts. 40.1 y 7, y 54.2 de la Ley Concursal, conduce a entender que la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor, declarado en concurso voluntario es defecto subsanable, pues aquél, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuirlas al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, con expresa previsión de convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación. Específicamente, el art. 54.2 declara que el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, aunque precisa de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.
Por su parte, el art. 40 dispone en su apartado 1 que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad", a lo que añade el apartado 7 que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto".
En igual sentido se pronuncia la A.P. de Asturias, en A. 9.Mar.2007, a cuyo tenor "en relación con la alegada falta de legitimación activa, sólo en la medida en que la alegación efectuada pudiera afectar a la legitimación "ad processum" (capacidad de obrar procesal), debe ser examinada de oficio por el Tribunal, si bien debe ser desestimada, toda vez que con la demanda presentó la parte actora un documento (el número 4) del que se deduce que a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba declarada en Concurso de Acreedores, y que dicho Concurso había sido considerado como voluntario en el Auto de Declaración, sin que se haya acreditado que la Concursada hubiese sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que ha de presumirse que sólo tenía intervenidas tales facultades, de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el ejercicio de la acción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40-1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, pues en tal caso conserva el deudor la capacidad para actuar en juicio (artículo 54-2), y, si bien es cierto que precisa la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, no lo es menos que no se exige que acredite haberla obtenido, y que, incluso su falta no le privaría de capacidad para interponer la demanda, pues sólo los administradores concursales pueden instar la nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, y cabría, en todo caso, la convalidación o confirmación posterior (artículo 40-7 de la Ley Concursal)".
Por todo lo cual, se concluye que la ausencia de autorización del administrador concursal, para interponer la inicial solicitud de juicio monitorio constituye un vicio sanable, cuya subsanación además ha sido instada por SUYEQUI, S.L., mediante autorización devenida por el otorgamiento del poder otorgado por el administrador concursal, según escrito presentado por dicha demandante en fecha 20/11/12. Por todo lo cual se confirma la desestimación de este motivo del recurso.": SAP Madrid (Sección 12) 27.02.2014 (Sentencia 96/2014; Rollo 199/2013)

AP Madrid (Sección 14)

"PRIMERO.-Mediante el auto ahora impugnado se denegó la admisión a trámite de la solicitud de juicio monitorio presentada por Bogeven, S.L., razonando que dicha entidad en encontraba en situación de concurso a la fecha de la presentación de la solicitud, y no acompañó con ella la oportuna justificación de de la Administración Concursal, por lo que a la vista de lo dispuesto en el art. 54 de la Ley Concursal incurre en un defecto de capacidad que impide admitir a trámite la solicitud.
Frente al expresado pronunciamiento interpone recurso de apelación Bogeven, S.L., argumentando que tras la notificación del auto de inadmisión se ha obtenido autorización para accionar otorgada por la administración concursal, así como que los defectos de capacidad de las partes tienen carácter subsanable de conformidad con lo dispuesto en los arts. 231 y 418 L.E.c., por lo que solicita se tenga por subsanada la deficiencia apreciada, así como que se admita a trámite la solicitud de juicio monitorio.
SEGUNDO.-Con la solicitud de juicio monitorio se aportó el acta de aceptación y juramento del cargo de administrador concursal de la mercantil Bogeven, S.L. por don Baltasar, así como la credencial acreditativa de dicho cargo, ambas de fecha 28 de Diciembre de 2010, interponiéndose aquella solicitud el 31 de Enero de 2011. Sin embargo, no se acompañó justificante expresivo de la conformidad o autorización del administrador para ejercitar la acción, requisito que fue cumplimentado con posterioridad, mediante la aportación de una autorización general para la interposición de "cuantas demandas judiciales le sean necesarias para la reclamación de sus derechos y créditos relacionados con su patrimonio, así como para la tramitación de los

recursos que se precisen en cualquiera de las instancias que se desarrollen durante el procedimiento judicial de dichas demandas", suscrita en 11 de Febrero de 2011.
Lo dispuesto en los arts. 40.1 y 7, y 54.2 de la Ley Concursal, conduce a entender que la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor declarado en concurso voluntario es defecto subsanable, pues aquél, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuirlas al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, con expresa previsión de convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación. Específicamente, el art. 54.2 declara que el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, aunque precisa de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.
Por su parte, el art. 40 dispone en su apartado 1 que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad", a lo que añade el apartado 7 que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto".
En igual sentido se pronuncia la A.P. de Asturias, en A. 9.Mar.2007, a cuyo tenor "en relación con la alegada falta de legitimación activa, sólo en la medida en que la alegación efectuada pudiera afectar a la legitimación "ad processum" (capacidad de obrar procesal), debe ser examinada de oficio por el Tribunal, si bien debe ser desestimada, toda vez que con la demanda presentó la parte actora un documento (el número 4) del que se deduce que a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba declarada en Concurso de Acreedores, y que dicho Concurso había sido considerado como voluntario en el Auto de Declaración, sin que se haya acreditado que la Concursada hubiese sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que ha de presumirse que sólo tenía intervenidas tales facultades, de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el ejercicio de la acción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40-1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, pues en tal caso conserva el deudor la capacidad para actuar en juicio (artículo 54-2), y, si bien es cierto que precisa la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, no lo es menos que no se exige que acredite haberla obtenido, y que, incluso su falta no le privaría de capacidad para interponer la demanda, pues sólo los administradores concursales pueden instar la nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, y cabría, en todo caso, la convalidación o confirmación posterior (artículo 40-7 de la Ley Concursal)".
Por todo lo cual, se concluye que la ausencia de autorización del administrador concursal para interponer la presente solicitud de juicio monitorio constituye un vicio sanable, cuya subsanación además ha sido instada por Bogeven, S.L. mediante autorización suscrita en 21 de Febrero de 2011. ": AAP Madrid (Sección 14) 21.06.2011 (Auto 136/2011; Rollo 273/2011)

“Por su parte, el demandado opone que la empresa recurrente esta en concurso, y que en esa situación necesita, Art.54.2 L.C. autorización de la administración concursal para interponerlo, y no la ha traído.
En esas condiciones la falta de ese requisito se convierte en óbice definitivo, siguiendo la doctrina de la sentencia de la Secc. 28 de esta Audiencia de fecha 24-9-2009, que redunda en causa de falta de capacidad, y en la apelación, la causa de inadmisión es motivo de desestimación.
SEGUNDO.-Suscitada por el apelado la falta de autorización de la administración concursal del actor para la interposición del recurso, la Sala suspendió el curso de las actuaciones y solicito de la administración concursal y del juez del concurso información sobre dicha autorización, que fue contestada en sentido afirmativo, por lo que el óbice procesal esta solventado.”: SAP Madrid (Sección 14) 12.06.2013 (Sentencia 272/2013; Rollo 600/2011)

“SEGUNDO.-En primer lugar procede resolver sobre las causas de inadmisión del recurso de apelación interpuesto alegadas por la parte apelada, así como respecto del primer motivo de la impugnación, en cuanto a la falta de legitimación activa "ad processum" de don Íñigo.
En ambos casos el fundamento viene dado con base a lo establecido en el artículo 54.2 Ley 22/2003 de 9 Julio (Concursal), del siguiente tenor "En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla".
Tanto la causa de inadmisión del recurso como la falta de legitimación activa han de ser desestimadas, pues si bien hemos de estar a los razonamientos expresados en el escrito de oposición al recurso e impugnación de la sentencia, al ser de aplicación el precepto citado y no el artículo 51.3 Ley Concursal, que se recoge por el Juzgador de instancia en el fundamento de derecho tercero de la sentencia objeto del presente recurso, al haberse declarado el concurso voluntario mediante auto de 13 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz en el procedimiento nº 98/2013, conservando el deudor las facultades de administración y de disposición, aunque sometidas a la intervención de la administración concursal, por lo que al presentarse la demanda el 29 de noviembre de 2013, se requería conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos; sin embargo hemos de tener en cuenta que a los efectos del artículo 9 y 231 LEC se trata de defectos subsanables, como se reitera por las diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales,

así Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, Sentencia de 7 Septiembre 2012, recurso 385/2012 (fundamento de derecho tercero), Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, Sentencia 246/2014 de 2 Junio 2014, recurso 662/2012, Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, Sentencia de 26 Diciembre 2013, recurso 485/2013, entre otras.
Subsanación que se ha producido en las presentes actuaciones, pues con relación al recurso de apelación, consta escrito de don Emiliano, en representación de Econolegal Abogados y Economismas, S.L.P., Administrador Concursal de don Íñigo, de fecha 26 de enero de 2015 en el que se hace constar "II.- Que, asimismo, ha sido debidamente informada de la sentencia recaída en el reseñado procedimiento así como, de la decisión de su defensa para la interposición del recurso de apelación, a cuyo efecto recibió expresa autorización de esta AC", por lo que el defecto alegado de no haberse aportado la conformidad de la administración concursal para interponer el presente recurso ha quedado debidamente subsanado, y por lo tanto, procede desestimar la causa de inadmisión del recurso alegada en el escrito de oposición.
De igual modo, en cuanto a la falta de legitimación activa, alegada en la impugnación, pues si bien es cierto que el escrito del Administrador Concursal de fecha 19 de junio de 2014, presentado el 23 de junio de 2014 ante el Decanato de los Juzgados de Madrid, y remitido en la misma fecha al Juzgado de Primera Instancia nº 54 (procedimiento ordinario nº 1530/2013) pudiera albergar alguna duda acerca de la conformidad del administrador concursal respecto de la preceptiva conformidad para presentar la demanda, al reseñarse en el mismo "manifiesta por medio del presente escrito tener conocimiento de los presentes autos de procedimiento ordinario instado por la persona física concursada" (folio 320 de las actuaciones), tales dudas han quedado solventadas con el escrito aportado al presente rollo en fecha 26 de enero de 2015 "I.-Que, esta AC ha estado debidamente informada del procedimiento judicial, autos de procedimiento ordinario nº 1530/2013, sustanciado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid, para cuya tramitación estuvo expresamente autorizado el concursado".
En consecuencia, el primer motivo de impugnación ha de ser desestimado. “:SAP Madrid (Sección 14) 20.04.2015 (Sentencia 120/2015; Rollo 5/2015)

AP Madrid (Sección 19)

“... en relación con la falta de autorización o consentimiento de la administración concursal a la presentación de la demanda, y los defectos que de ello extrae la recurrente, - además de la intención de subsanación por parte de la actora en el acto del juicio, que el Juzgador no entendió necesario-, lo dispuesto en los arts. 40.1 y 7, y 54.2 de la Ley Concursal, conducen a entender que la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor, declarado en concurso voluntario es defecto subsanable, pues aquél, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuirlas al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, con expresa previsión de convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación, ya que el art. 40 dispone en su apartado 1, que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad", a lo que añade el apartado 7, que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto" (en igual sentido, SAPM, Sección 12ª, en sentencia 27 de febrero de 2014).”: SAP Madrid (Sección 19) 11.06.2014 (Sentencia 208/2014; Rollo 131/2014)

AP Madrid (Sección 20)

“PRIMERO : Frente a la sentencia dictada en la primera instancia se ha alzado la representación procesal de la demandante "ARTICA GRUPO ARV, S.L.", que interesa que se acuerde la nulidad de pleno derecho de la sentencia recurrida por haber absuelto a la demandada sin entrar en el fondo del asunto, dada la situación de concurso de la recurrente.
SEGUNDO : El recurso debe ser acogido por las razones siguientes:
a) Como dispone el artículo 40 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concúrsales, mediante su autorización o conformidad". Específicamente para las acciones judiciales que pudiera ejercitar el art. 54.2 de la citada Ley, declara que el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, aunque precisa de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Se sujeta pues al concursado voluntario a un control de la administración concursal cuya finalidad no es otra que garantizar los derechos de los acreedores evitando que con su actuación se agrave la situación económica de la masa.
b) No compartimos, por lo expuesto, el criterio sostenido por la sentencia recurrida. Entendemos que la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor declarado en concurso voluntario es un defecto subsanable, pues, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial, ni éstas se atribuyen al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades. Y el artículo 40 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en su apartado 7º, es muy claro al señalar que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado

o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto".
c) Del conjunto de las citadas normas, entendemos que no concurre en el presente falta de legitimación "ad processum", pues no constando que "ARTICA GRUPO ARV, S.L." hubiese sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, su administrador estaba plenamente capacitado para el ejercicio de la acción personal de condena pecuniaria contra la mercantil "TILIFOR, S.L. ", ya que la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar al patrimonio del concursado, no es preciso que conste por escrito, pues tal conformidad puede constar incluso por comparecencia ante el Juez, y, por otra parte, sólo los administradores concursales tienen acción para instar la nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, siendo posible, en cualquier tiempo, la convalidación o confirmación posterior (artículo 40-7 de la Ley Concursal)".
d) Esta convalidación expresa se intentó acreditar por la mercantil demandante en la instancia, pese a lo cual el Juzgado no le dio ocasión de subsanar el defecto; ello no obstante hay que entender que consta acreditada en autos pues la conformidad de la administradora concursal para interponer la presente apelación, que se acompaña con el escrito interponiendo el presente recurso, presupone necesariamente la convalidación de la actuación procesal de "ARTICA GRUPO ARV, S.L.".
e) Siendo, por otra parte, esta solución (la de considerar convalidado el defecto) la más adecuada a la finalidad de la norma, pues, de confirmarse en sus propios términos la sentencia recurrida, se daría la paradoja de que una norma protectora de los intereses de la masa, se aplicaría en su perjuicio, por el agravamiento que supondría la necesidad de plantear nueva demanda para el ejercicio de una acción a la que la administración concursal ha dado su conformidad, así como por la condena al pago de las costas de la instancia que ha sido impuesta a la entidad concursada.
TERCERO : Por todo lo expuesto, debe accederse a la pretensión de nulidad de actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia, única que se contiene en el escrito de recurso, en tanto en cuanto, la ausencia de conformidad del administrador concursal para interponer la presente demanda constituye un vicio sanable, cuya subsanación debió permitirse por el Juzgado "a quo", y, en todo caso, se ha acreditado por el escrito de la administración que se acompaña con el recurso. Por otro lado, la vigente LEC ha proscrito las sentencias absolutorias en la instancia, como la recurrida, de tal modo que el tribunal de primer grado, si estimaba falta de un requisito de procedibilidad en la demanda rectora de los presentes autos, debió dictar auto de sobreseimiento, y no sentencia absolutoria sin entrar en el fondo. Al no hacerlo así, ha situado a la parte demandante en situación de indefensión pues le ha privado de una instancia, sin que la falta pueda ser subsanada por este tribunal de apelación.”: SAP Madrid (Sección 20) 31.10.2013 (Sentencia 486/2013; Rollo 784/2012)

AP Madrid (Sección 25)

“CUARTO.-Con carácter previo ha de darse respuesta a la excepción formulada por la demandada en las presentes actuaciones, al amparo de lo dispuesto en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que hace referencia a la falta de capacidad de la actora GRUPO DICO OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A., por encontrarse tal entidad declarada en concurso necesario de acreedores por auto de 16 de marzo de 2009 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de los de Madrid en procedimiento 381/2008, al no haberse presentado la necesaria conformidad de la administración concursal para interponer la demanda conforme a lo estipulado en el artículo 54.2 de la Ley Concursal.
Este tribunal entiende al respecto que tal defecto de capacidad al momento de presentar la demanda debe tenerse por subsanado toda vez que se aportó a las actuaciones acreditación suficiente de contar con esa conformidad de la administración concursal con carácter previo a la interposición de la demanda, tal y como se acredita con la documentación acompañada al escrito presentado con fecha de 26 de enero de 2010 y ha venido a ratificarse con el acta notarial de manifestaciones aportada en el acto de la vista del presente recurso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no considerarse un defecto insubsanable.
Ha de tenerse en cuenta la Jurisprudencia que se refiere a la aplicación del principio pro actione en la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, y así el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de junio de 2006 señaló, en relación a la primera decisión judicial, que es cuando el principio "pro actione" se despliega con mayor intensidad y su máxima eficacia (SSTC 13/2002, de 28 de enero; 22/2002, de 28 de enero; 12/2003, de 28 de enero; 188/2003, de 27 de octubre; 124/2004, de 19 de julio, entre otras), que ha de entenderse de la forma más flexible, y ello es así porque el referido principio exige: a) evitar interpretaciones y aplicaciones de los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelve en Derecho sobre la pretensión a él sometida (SSTC 12/2003, 28 de enero; 59/2003, 24 de marzo; 168/2003, 29 de septiembre; 179/2003, 13 de octubre); y, b) eludir cualquier interpretación o aplicación de los requisitos procesales que sea rigorista o excesivamente formalista o por cualquier otra razón revele una clara desproporción entre los fines pretendidos por la norma y los intereses que se sacrifican, y que se conviertan en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 de CE. No puede por tanto ampararse la pretendida falta de capacidad cuando consta la conformidad de la administración concursal a la presentación de la demanda.”: AAP Madrid (Sección 25) 07.06.2011 (Auto 113/2011; Rollo 587/2009)

AP Valencia

“TERCERO.-En cuanto a la cuestión de la exigencia de la autorización del administrador del concurso para la formular oposición válidamente en el juicio monitorio, en el caso que se nos somete no podemos compartir los razonamientos de la resolución apelada, toda vez que como ha indicado la AP Madrid, sec. 14ª, A 21-6-2011, nº 136/2011, rec. 273/2011. Pte: García de Ceca Benito, Paloma, *" Lo dispuesto en los arts. 40.1 y 7, y 54.2 de la Ley Concursal EDL2003/29207, conduce a entender que la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor declarado en concurso voluntario es defecto subsanable, pues aquél, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuirlas al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, con expresa previsión de convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación. Específicamente, el art. 54.2 declara que el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, aunque precisa de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.*
Por su parte, el art. 40 dispone en su apartado 1 que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad", a lo que añade el apartado 7 que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado
o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto".
En igual sentido se pronuncia la A.P. de Asturias, en A. 9.Mar.2007, a cuyo tenor "en relación con la alegada falta de legitimación activa, sólo en la medida en que la alegación efectuada pudiera afectar a la legitimación "ad processum" (capacidad de obrar procesal), debe ser examinada de oficio por el Tribunal, si bien debe ser desestimada, toda vez que con la demanda presentó la parte actora un documento (el número 4) del que se deduce que a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba declarada en Concurso de Acreedores, y que dicho Concurso había sido considerado como voluntario en el Auto de Declaración, sin que se haya acreditado que la Concursada hubiese sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que ha de presumirse que sólo tenía intervenidas tales facultades, de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el ejercicio de la acción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40-1 de la Ley Concursal EDL2003/29207 22/2003, de 9 de julio, pues en tal caso conserva el deudor la capacidad para actuar en juicio (artículo 54-2), y, si bien es cierto que precisa la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, no lo es menos que no se exige que acredite haberla obtenido, y que, incluso su falta no le privaría de capacidad para interponer la demanda, pues sólo los administradores concursales pueden instar la nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, y cabría, en todo caso, la convalidación o confirmación posterior (artículo 40-7 de la Ley Concursal EDL2003/29207)".
Por todo lo cual, se concluye que la ausencia de autorización del administrador concursal para interponer la presente solicitud de juicio monitorio constituye un vicio sanable, cuya subsanación además ha sido instada por Bogeven, S.L. mediante autorización suscrita en 21 de febrero de 2011.
Esta postura jurisprudencia, referida a la interposición de la demanda de juicio monitorio, y por tanto para obtener, en teoría créditos en favor de la sociedad concursada, debe ser -con mayor razón - aplicable al supuesto de la oposición a la reclamación efectuada por otra empresa contra la concursada, en que lo que puede surgir, de no efectuarse la oposición, una responsabilidad en virtud de un título judicial firme. Por tanto, y obrando en autos el consentimiento y autorización del administrador concursal de Estudios Arquitectónicos Valencianos S.L., al folio 99, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por Estudios Arquitectónicos Valencianos S.L. contra el auto dictado en fecha 15 de abril de 2011 en juicio monitorio seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Valencia, y revocar dicha resolución, dejando sin efecto sus pronunciamientos, y acordando en su lugar declarar subsanable la deficiencia de capacidad apreciada respecto de la entidad demandada procediendo en consecuencia resolver, con libertad de criterio, sobre la suficiencia de la subsanación ofrecida por la parte demandada, así como sobre la admisión a trámite de la oposición de juicio monitorio. Sin hacer expresa condena respecto del pago de las costas causadas en esta alzada. Conforme a lo dispuesto por los artículos 394 y 398 LEC.”: AAP Valencia (Sección 6) 30.04.2012 (Auto 84/2012; Rollo 181/2012)

AP Zaragoza

“La demandada, INGENIERÍA Y PROCESOS DE INYECCIÓN A PRESIÓN SL, opuso como primer motivo de oposición a la demanda que le dirigió IBÉRICA DE ALEACIONES LIGERAS SL falta de legitimación activa, porque ésta se hallaba incursa en un procedimiento concursal y no había presentado la conformidad de la administración concursal que exige elart. 54 LC.
Ante tal motivo de oposición, la actora aportó en el acta de audiencia previa documentación acreditativa de la conformidad cuya falta había sido denuncia y el demandado nada opuso, por lo que el juzgador de primer grado tuvo en ese momento por subsanado dicho defecto sin protesta ni recurso alguno. Así las cosas, no cabe sino entender que aquella decisión ha alcanzado eficacia de cosa juzgada formal (art. 207.4 LEC), por lo que no cabe ahora, como pretende el demandado en su recurso de apelación, volver sobre ella, so capa de tardía y defectuosa presentación del documento acreditativo de la mencionada conformidad.”. SAP Zaragoza (sección 5) 02.10.2008 (JUR 2009\93744)

2.2 No se admite

AP Madrid (Sección 12, 2011)

"PRIMERO. -Por la representación procesal de la mercantil Bogeven S.L. se interpone recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcobendas, de fecha 10 de febrero de 2011, que declara la inadmisión a trámite del escrito inicial de procedimiento monitorio formulado.
Manifiesta la defensa de la mercantil recurrente su disconformidad con la resolución recurrida, pues entiende que al amparo de los artículos 231 y 248 de la LEC, la falta de autorización del Administrador Concursal es subsanable.
Peticiona finalmente la revocación del auto impugnado solicitando que se ordene que por el Juzgado de Instancia se acuerde requerir a la parte actora para que en el plazo que se fije se subsane el defecto de falta de autorización del Administrador Concursal para la tramitación de la demanda y sus recursos.
SEGUNDO.-El Auto recurrido no admite a trámite la reclamación inicial del proceso monitorio al estimar que estando la mercantil actora en la situación de concurso, la interposición de la reclamación efectuada no ha sido autorizada por la Administración Concursal tal como exige el artículo 54 de la Ley Concursal, sin que considere que dicho requisito es subsanable.
En un examen de los autos se comprueba que la sociedad actora fue declarada en la situación de concurso en virtud de auto del Juzgado num. 1 de lo Mercantil, de fecha 23 de diciembre 2010, siendo presentada la reclamación de procedimiento monitorio en fecha 28 de enero de 2011, sin que dicha reclamación se realizara con la autorización de Administración Concursal.
Aunque la concursada conserva por regla general la capacidad para actuar en juicio, su capacidad procesal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio precisa de la conformidad de la Administración Concursal -artículo 54 de la Ley Concursal -, autorización con la que no contaba al momento de interponer la reclamación de procedimiento monitorio. Esta cuestión es admitida por la recurrente, centrándose la cuestión controvertida en la posibilidad de subsanación de la omisión de la conformidad de la Administración Concursal una vez interpuesta la reclamación y dictado el auto de inadmisión de la misma.
TERCERO.-La Sala considera que la autorización por la Administración Concursal, previsto en el artículo 54 de la Ley Concursal, para la interposición por la sociedad actora de la reclamación de procedimiento monitorio que nos ocupa, constituía un presupuesto procesal, de tal manera que afectaba a la capacidad de la mercantil reclamante para ser parte en el proceso, cuya apreciación puede realizarse de oficio por el órgano judicial al tiempo de admitirse el escrito de iniciación del proceso monitorio, como así sucedió, considerando que dicho requisito es insubsanable con posterioridad a la formulación de la reclamación, pues no se trata de un defecto formal de dicha autorización, o que la autorización existiera al momento de la presentación y se omitiera la presentación del documento acreditativo de la misma, ni se trataba de un defecto formal de representación, sino que afecta a un elemento esencial -la capacidad para ser parte- para la válida constitución de la relación jurídico-procesal.
En consecuencia, no puede prosperar el motivo de impugnación opuesto.": AAP Madrid (Sección 12) 27.09.2011 (Auto 653/2011; Rollo 256/2011)

3. Revocación de la conformidad de la AC al transigir

"PRIMERO Mediante el primer motivo de su recurso alega la apelante que la autorización concedida por el administrador conforme alart. 54.1 de la Ley Concursal para que el concursado interponga demanda conlleva la de seguir todos los trámites ulteriores hasta obtener la tutela judicial impetrada, pues dicha autorización, siempre según el recurso, es irrevocable durante la tramitación del proceso iniciado con la demanda. Consideramos, por el contrario, que el propioart. 54.1previene que el concursado -siempre que disponga de la debida autorización- pueda no sólamente demandar sino también desistir, transigir o allanarse, contemplando así la posibilidad de que opte aquél por alguna de las formas conocidas como de terminación anormal del proceso. Así las cosas, y si el concursado, que puede disponer del objeto del pleito conforme a lo prevenido por la Ley, no está obligado a continuar el proceso hasta su normal terminación, entendemos que tampoco lo está el administrador, por lo que, si éste retira en un momento determinado la autorización inicialmente concedida para demandar, que es lo que implícitamente ha sucedido en este caso al aceptar el administrador el acuerdo transaccional ofrecido de contrario, el proceso no puede continuar, pues el concursado carece ya de la preceptiva autorización para ello. Por otra parte, y abordando el segundo motivo de recurso, negamos que exista incongruencia omisiva en la decisión ahora apelada de sobreseer el proceso, ya que, al haber desaparecido la autorización del administrador, el concursado no puede seguir adelante con su acción, sin que quepa en tal caso un pronunciamiento de fondo sobre lo pedido en la súplica de la demanda.": AAP Huesca 24.11.2008 (JUR 2009\90427)

4. Alcance de la falta de conformidad de la AC no subsanada.

4.1 Procede absolución en la instancia

AP Vizcaya

"PRIMERO La representación de Club Arkitze Sociedad Cooperativa Polideportiva en Concurso de Acreedores se alza contra la sentencia dictada en primera instancia y solicita que revocándose la misma se dicte otra por la que se estime íntegramente la demanda, pues según se acreditó en el acto del Juicio, a través del testimonio de D.Eutimio, Auxiliar Delegado de la Administración Concursal, D.Joaquín autorizó la interposición de la demanda y la demandada implícitamente ha reconocido dicha autorización por la documental que aportó,

documento nº cuatro, siendo el administrador concursal el único autorizado para anular los actos realizados sin el consentimiento de la Administración concursal.
SEGUNDO El recurso de apelación no puede en modo alguno prosperar, toda vez que constando acreditado que la demandante se encontraba inmersa en un procedimiento concursal con anterioridad a la presentación de la demanda, no se ha aportado por la demandante prueba de entidad suficiente que permita establecer la conformidad de la Administración concursal con la demanda interpuesta, siendo así que elartículo 54 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, tanto en los casos de suspensión como de intervención, si bien el concursado puede comparecer en juicio necesita de la conformidad de la Administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, y tal conformidad de la Administarción concursal no puede enterderse acreditada, pues el auxiliar delegado de la Administración concursal, D.Eutimio, según se desprende delAuto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, de fecha 24 de julio de 2007, no tiene reconocida entre sus facultades la posibilidad de interponer demandas, y ni siquiera la de prestar conformidad para la interposición de la demanda correspondiente, debiendo en éste sentido rechazarse la afirmación que por la parte recurrente se efectúa en orden a que la demandada aceptó implícitamente que existía autorización de la administración concursal, pues la afirmación que se contiene en la carta de fecha 2 de mayo de 2008, suscrita por D.Carlos Alberto, en su calidad de Administrador Concursal Unico del Club Arkitze, en la que simplemente se dice que "con independencia de que el importe de esos recibos sean reclamados y exigidos a sus titulares", dicha frase, en su contexto concreto y determinado, no significa que el Administrador concursal hubiese prestado efectivamente su consentimiento para la presente reclamación, que es a lo que hay que atender.
Ciertamente la desestimación de la demanda en este caso, que supone una absolución en la instancia, no impide a la demandante presentar nueva demanda y cuya admisibilidad estará determinada por la acreditación de la conformidad de la Administración Concursal, que en el supuesto que actualmente nos ocupa, no se ha acreditado.”: SAP Vizcaya (Sección 1) 21.05.2009 (JUR 2009/353843; Sentencia 241/2009; Rollo 397/2008)

AP Castellón

“PRIMERO.-Talleres Franco S.L. formuló demanda (inicialmente reclamación en proceso monitorio) contra Entibaciones y Emisarios S.L., pidiendo la condena de ésta al pago de 3.441,59 euros. Basaba la reclamación en la existencia entre las partes de un contrato de arrendamiento de obra con suministro de materiales generador del crédito esgrimido como fundamento de aquélla.
La juez de instancia ha desestimado la demanda al entender que carece la actora de la necesaria legitimación pasiva, al encontrarse en situación de concurso y no contar con la conformidad de la administración concursal. Si es así, se trata más bien de que su legitimación no está completa, o adolece de la falta de dicha conformidad, lo que no afecta a la normativa que ha de regir la resolución del recurso.
Contra dicha sentencia interpone recurso la demandante, que pide la estimación de la demanda.
La parte apelada solicita la confirmación de la sentencia de instancia.
SEGUNDO.-Con arreglo a lo que dispone el art. 40 de la Ley Concursal, el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, si bien queda sometido en su ejercicio a la intervención de la administración concursal, cuya conformidad es necesaria, en caso de mera intervención, para que el concursado pueda interponer demandas o recursos afectantes a su patrimonio.
En el presente caso, la mercantil actora fue declarada en situación de concurso por auto de 20 de julio de 2010 (folio 61), coincidente en el tiempo con la fecha de presentación de la reclamación monitoria por la mercantil ahora recurrente, para la que no pudo ser sorpresiva aquélla declaración, pues siendo voluntario el concurso, era ella quien la había solicitado (arts. 6 y 22 LC). En dicha resolución se acordó la intervención, no la suspensión
Por lo tanto, no debió formular la reclamación sin contar con la conformidad de la administración concursal, designada en el mismo auto de declaración del concurso (art. 21.1.2 LC). No cabe invocar con éxito el art. 51.1 LC, referido a los juicios declarativos en tramitación al declararse el concurso, pues la primera resolución dictada en el procedimiento fue la diligencia de ordenación del Sr. Secretario del Juzgado recaída el 11 de noviembre de 2010 y, por lo tanto, varios meses después de la declaración de concurso.
Carece de virtualidad el alegato de que es justo que la reclamante cobre el importe de los trabajos realizados y que ello no supondría enriquecimiento injusto. No es esto lo que se cuestiona, pues la resolución dictada en la instancia y ahora recurrida no ha hecho sino constatar -como hace este tribunal- la ausencia de conformidad de la administración concursal que la ley exige, lo que no es óbice a que pudiera prestar la que se le solicitara, una vez ponderado el grado de interés para los intereses de la concursada de la promoción del proceso de reclamación, atendiendo a las posibilidades de éxito de la reclamación, etc. ”: SAP Castellón (Sección 3) 30.03.2012 (Sentencia 154/2012; Rollo 638/2011)

AP Madrid (Sección 19)

“PRIMERO: Es de comenzar señalando que por imperativo del art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil esta sentencia de habrá de pronunciar exclusivamente sobre los puntos y cuestiones hechos valer en el escrito de interposición del recurso, y en atención a ello estamos en el caso de comenzar señalando como por la representación procesal de la ahora apelante, en fecha 29 de Junio de 2011, se presenta demanda frente a la ahora apelada, en reclamación de cantidad invocando crédito propio, sin hacer referencia alguna situación concursal; la demandada contesta a la demanda para oponerse a las pretensiones de la misma, y, en lo que ahora interesa, en el hecho tercero señala que la demandante se encuentra en situación de concurso voluntario de acreedores, cuya declaración viene publicada en el BORME de fecha 11 de Marzo de 2010, concurso en el que la demandada tiene declarado un crédito existente frente a la concursada, ahora

demandante; en la audiencia previa la parte demandada pone de relieve aquella circunstancia con la que indica que el concurso se halla en fase de convenio, lo que por el Letrado de la demandante así se reconoce; se sigue el procedimiento por sus cauces y recae sentencia en la que se desestima la demanda por constar autorización de la administración concursal para la interposición de la demanda, lo que estima insubsanable en el estado en que se encuentra el procedimiento; desde lo precedente es ya de señalar que ciertamente la declaración de concurso supone en regla general, que puede sufrir alteración a criterio del Juzgado del concurso, así en el concurso voluntario, el sometimiento de las facultades patrimoniales del deudor concursado bajo un régimen de intervención de sus facultades patrimoniales, en el que el concursado conserva sus facultades de administración y disposición con la limitación de quedar sujeto su ejercicio a la intervención de la administración concursal, o en el concurso necesario, un régimen de suspensión, en que se suspende para al deudor concursado el ejercicio de sus facultades patrimoniales, que pasar a ser asumidas por la administración concursal; en el concreto caso de autos se trata de que la demandante fue declarada en concurso voluntario e intervenida sus facultades, no obstante la demanda se presenta sin el complemento de capacidad que debe venir dada por la intervención del concurso, así el art. 54 relativo al ejercicio de acciones del concursado en su núm. 2, de la Ley 22/2003, de 9 Julio, señala que en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla; siendo, pues, que en principio, sin perjuicio de lo que más adelante se comentará, la demanda se interpone sin ese necesario complemento de capacidad, lo que ya hace declarar que la parte que así actúa no puede invocar indefensión, ni beneficiarse de la situación en que voluntariamente se ha colocado, máxime cuando la misma es puesta de manifiesto en la contestación a la demanda, y tampoco se pretende la subsanación en la audiencia previa, limitándose el letrado de la demandante a reconocer que se encuentra en concurso, complementado con la intervención del Tribunal que dice que fase de convenio a lo que el Letrado contesta que sí, de modo que con lo hasta aquí señalado nos encontraríamos ante la presencia de un acto anulable, cual la presentación de la demanda sin esa preceptiva intervención, acto sujeto a subsanabilidad, que bien pudo realizar la demandante en el acto de la audiencia previa, conforme a lo antes indicado, y no realizó, por lo que sólo a ella es imputable esa falta de subsanación, como también lo es la acreditación de la fase en que se encuentra el concurso, a los efectos de determinar si en función de ella ya no es necesaria la intervención de la administración concursal, pues hasta ese momento sólo consta el reconocimiento de que el concurso se halla en fase de convenio, sin más concreción y es al recurrir cuando se aporta sentencia, de fecha 30 de Mayo de 2011, de fecha anterior a la de la presentación de la demanda, por la que se aprueba el convenio y el cese de la Administración concursal y el cese de los efectos de su intervención, añadiendo la indicada sentencia que la dicha terminación tendrá q lugar en el momento mismo de cese a la Administración concursal, siendo sustituidos esos efectos por los contemplados en el convenio, para ante indicar que el cese de la Administración concursal se produciría cuando entre en vigor el convenio a, según su propio contenido y sin perjuicio de las funciones que éste pudiera atribuir a los miembros de esa Administración; extremos los señalados en la referida sentencia que en modo alguno existe prueba alguna; por lo que, en definitiva estamos en el caso estimar que existe un defecto de capacidad, que como bien indica la sentencia recurrida impide la obtención de una resolución sobre el fondo del asunto, no obstante esta aseveración en su parte dispositiva dispositiva desestima la demanda, por lo que estamos en el caso de de entender que se ha producido error material subsanable por omisión en la parte dispositiva de la sentencia, de instancia que debe querer decir desestimando en la instancia la demanda, por la existencia del referido vicio, error ahora subsanable al considerarlo material y subsanable en cualquier momento, aunque no venga así postulado en el recurso.”: SAP Madrid (Sección 19) 20.06.2013 (Sentencia 240/2013; Rollo 108/2013)

4.2 Mera anulabilidad ex art 40.7 LC

AP Oviedo

"En relación con la alegada falta de legitimación activa, sólo en la medida en que la alegación efectuada pudiera afectar a la legitimación "ad processum" (capacidad de obrar procesal), debe ser examinada de oficio por el Tribunal, si bien debe ser desestimada, toda vez que con la demanda presentó la parte actora un documento (el número 4) del que se deduce que a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba declarada en Concurso de Acreedores, y que dicho Concurso había sido considerado como voluntario en el Auto de Declaración, sin que se haya acreditado que la Concursada hubiese sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que ha de presumirse que sólo tenía intervenidas tales facultades, de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el ejercicio de la acción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40-1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, pues en tal caso conserva el deudor la capacidad para actuar en juicio (artículo 54-2), y, si bien es cierto que precisa la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, no lo es menos que no se exige que acredite haberla obtenido, y que, incluso su falta no le privaría de capacidad para interponer la demanda, pues sólo los administradores concursales pueden instar la nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, y cabría, en todo caso, la convalidación o confirmación posterior (artículo 40-7 de la Ley Concursal)".: AAP Oviedo 09.03.2007 [Citado por AAP Madrid (Sección 14) 21.06.2011 (Auto 136/2011; Rollo 273/2011)]

AP Madrid (Sección 12)

“TERCERO.-Se interpone recurso de apelación por la representación de Empresa de servicios municipales de Alcorcón, reiterando la falta de legitimación activa de SUYEQUI SL, pues cuando se interpuso el procedimiento monitorio ya se encontraba declarada en concurso, y no contaba con la autorización de la Administración concursal.
Consta en actuaciones que el escrito inicial de monitorio fue presentado por la representante de SUYEQUI SL, el 15/11/11, sin embargo previamente al ejercicio de esta acción, ya aparece la firma del administrador concursal en el requerimiento extrajudicial de pago, de estos intereses realizado en fecha 10/2/11, folio 31, personándose la administración concursal en fecha 20/11/12. Se trataba de un concurso voluntario, y tal personación se produjo dado que la administración de la entidad actora había cesado en sus funciones, por auto del Juzgado de lo mercantil nº 12 de Madrid, siendo sustituidos por el administrador concursal D. Ambrosio, auto publicado en el BOE el 3/4/12.
Lo dispuesto en los arts. 40.1 y 7, y 54.2 de la Ley Concursal, conduce a entender que la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor, declarado en concurso voluntario es defecto subsanable, pues aquél, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuirlas al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, con expresa previsión de convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación. Específicamente, el art. 54.2 declara que el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, aunque precisa de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.
Por su parte, el art. 40 dispone en su apartado 1 que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad", a lo que añade el apartado 7 que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto".
En igual sentido se pronuncia la A.P. de Asturias, en A. 9.Mar.2007, a cuyo tenor "en relación con la alegada falta de legitimación activa, sólo en la medida en que la alegación efectuada pudiera afectar a la legitimación "ad processum" (capacidad de obrar procesal), debe ser examinada de oficio por el Tribunal, si bien debe ser desestimada, toda vez que con la demanda presentó la parte actora un documento (el número 4) del que se deduce que a la fecha de presentación de la demanda, se encontraba declarada en Concurso de Acreedores, y que dicho Concurso había sido considerado como voluntario en el Auto de Declaración, sin que se haya acreditado que la Concursada hubiese sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que ha de presumirse que sólo tenía intervenidas tales facultades, de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el ejercicio de la acción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40-1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, pues en tal caso conserva el deudor la capacidad para actuar en juicio (artículo 54-2), y, si bien es cierto que precisa la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, no lo es menos que no se exige que acredite haberla obtenido, y que, incluso su falta no le privaría de capacidad para interponer la demanda, pues sólo los administradores concursales pueden instar la nulidad de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición, y cabría, en todo caso, la convalidación o confirmación posterior (artículo 40-7 de la Ley Concursal)".
Por todo lo cual, se concluye que la ausencia de autorización del administrador concursal, para interponer la inicial solicitud de juicio monitorio constituye un vicio sanable, cuya subsanación además ha sido instada por SUYEQUI, S.L., mediante autorización devenida por el otorgamiento del poder otorgado por el administrador concursal, según escrito presentado por dicha demandante en fecha 20/11/12. Por todo lo cual se confirma la desestimación de este motivo del recurso.”: SAP Madrid (Sección 12) 27.02.2014 (Sentencia 96/2014; Rollo 199/2013)

AP Madrid (Sección 13)

“Por lo que atañe al fondo del recurso hemos de comenzar señalando que el artículo 40 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, efectivamente señala en su apartado 1 que, en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. Y el artículo 51. 3 matiza el aspecto procesal en el sentido de que en caso de intervención el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, conservando, no obstante, como se dice en el artículo 54.2 de la capacidad para actuar en juicio, aunque necesite la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Sin que, finalmente, la declaración del concurso afecte a los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de producirse aquélla, que se continuarán hasta la firmeza de la sentencia.
En este caso, es incuestionable que la demanda se presentó más de dos meses antes de que fuera declarada en concurso voluntario Distribution Sales y que cuando esta se allanó, ya se hallaba en tal situación concursal, pero no es menos cierto: a) que cuando el día 12 de enero de 2011 la demandada formalizó el allanamiento, la

existencia de que este procedimiento ya se hallaba en tramitación debía ser conocido por la administración concursal, no solo por haber solicitado la deudora su acumulación al procedimiento de concurso, como aduce en el apartado cuarto del escrito de allanamiento, sino por la más que presumible presentación en él de las facturas que dan causa a este litigio por Nokia, como se infiere del escrito que presentó en este el 18 de enero de 2011, sin que, pese a ello, haya efectuado ninguna objeción o reparo o siquiera insinuación o manifestación en contra dicha administración concursal; b) que la declaración del concurso voluntario no priva al deudor de capacidad para actuar en juicio, sino que únicamente precisa la autorización de la administración concursal, cuya omisión, por tanto, no trasciende al proceso declarativo sino que pertenece al ámbito interno del procedimiento concursal, presumiéndose que la ostenta; c) que quien, en todo caso, ha omitido dicho trámite no puede aducir indefensión ni beneficiarse de la situación que voluntariamente ha provocado; d) que los actos realizados sin la intervención de la administración concursal (autorización o conformidad) no son nulos sino meramente anulables, siendo susceptibles de ser confirmados o convalidados, ostentando, con carácter exclusivo, legitimación para anularlos la administración concursal, no el deudor, en el plazo y por el trámite del incidente concursal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.7 de la Ley Concursal, de modo que la pasividad de la administración concursal confirma la plena eficacia del acto, de no haber otorgado antes su conformidad; e) que Distribution Sales no solicitó la nulidad del procedimiento o del allanamiento, sino solo " la improcedencia de dicho allanamiento en lo concerniente a la aceptación, por esta parte, de la retención/ compensación, efectuada por Nokia sobre el importe de las facturas giradas contra ella por valor de 57.330,81 euros ", más la prohibición de compensación que se establece en el artículo 58 de la Ley Concursal no se extiende a aquélla cuyos requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración, supuesto que es el que aquí se da, tal y como se expone en el hecho segundo, apartado c) del escrito de demanda y se deduce de la fecha de las facturas emitidas en los meses de diciembre de 2009, abril, mayo y junio de 2010, muy anteriores a la declaración del concurso voluntario de Distribution Sales; por lo que reconocidos ambos créditos y deudas por las partes, recíprocamente acreedoras y deudoras, los efectos previstos en el artículo 1202 en relación con los artículos 1195 y 1196 del Código Civil son automáticos.
En razón a lo expuesto, desestimaremos el recurso.": SAP Madrid (Sección 13) 25.01.2013 (Sentencia 12/2013; Rollo 409/2012)

AP Madrid (Sección 19)

en relación con la falta de autorización o consentimiento de la administración concursal a la presentación de la demanda, y los defectos que de ello extrae la recurrente, - además de la intención de subsanación por parte de la actora en el acto del juicio, que el Juzgador no entendió necesario-, lo dispuesto en los arts. 40.1 y 7, y 54.2 de la Ley Concursal, conducen a entender que la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor, declarado en concurso voluntario es defecto subsanable, pues aquél, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuirlas al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, con expresa previsión de convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación, ya que el art. 40 dispone en su apartado 1, que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad", a lo que añade el apartado 7, que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto" (en igual sentido, SAPM, Sección 12ª, en sentencia 27 de febrero de 2014).": SAP Madrid (Sección 19) 11.06.2014 (Sentencia 208/2014; Rollo 131/2014)

4.3 Ocultación del hecho del concurso. Sobreseimiento o desestimaciòn.

AP Madrid (Sección 8)

"PRIMERO.- El presente recurso de apelación trae causa del procedimiento ordinario iniciado por larepresentación procesal de PUERTAS DOCAVI, S.A., el 19 de febrero de 2009, en virtud de demanda frente a LEROY MERLIN ESPAÑA, S.L.U., en reclamación de la cantidad de 86.390,09 euros, importe de materiales y suministros que se decían entregados a la demandada y que no habían sido satisfechos. Según se desprende de las actuaciones, la demandada contestó a la demanda oponiéndose y formulando reconvención por importe de 18.613,03 euros; a la reconvención se opuso la parte actora. Citados los litigantes a la audiencia previa, ésta tuvo lugar el 20 de enero de 2010; en dicho acto, se concretaron los hechos objeto de la litis y se recibió aprueba el pleito, señalándose el acto del juicio oral. Con fecha 22 de abril de 2010, LEROY MERLIN ESPAÑA, S.L.U. presentó escrito en el que comunicaba al Juzgado que había tenido conocimiento de que la parte actora había sido declarada en concurso de acreedores el 5 de diciembre de 2008 (BOE de 30 de marzo de 2009), por el Juzgado de lo Mercantil de Toledo, que tal extremo había sido intencionadamente obviado en la demanda, en la contestación a la reconvención y en la audiencia previa y que esa actuación ocasionaba un grave perjuicio al demandado-reconveniente toda vez que, no sólo se había visto privado de presentar su reclamación ante el Juzgado de lo Mercantil, sino que, además, impedía, en su caso, la prosperabilidad de la reconvención y su compensación dada la situación de concursada de la reconvenida, como consecuencia de ello, y del fraude cometido por la actora, terminaba el demandado-reconveniente solicitando la nulidad de todo

lo actuado desde el auto de admisión de la demanda para que, en su lugar, se acordase la inadmisión y sobreseimiento del procedimiento con expresa condena en costas a la demandante. La actora, al cumplir el trámite del traslado del escrito citado, reconoció la situación del concurso, acompañó autorización de los administradores para litigar y solicitó, alegando que la demandada no podía invocar desconocimiento de la situación concursal habida cuenta la publicación en el BOE de esa declaración, que se abstuviera el Juzgado de conocer la reconvención y compensación interesada por la demandada, al amparo de lo dispuesto en los arts. 8 y 50 de la LC.
Con fecha 9 junio 2010, el Juzgado de Primera Instancia número tres de Alcobendas dictó auto declarando el sobreseimiento del proceso y el archivo de las actuaciones imponiendo a la demandante las costas del procedimiento principal, sin hacer expresa imposición de las causadas con la demanda reconvencional. Frente a esta resolución se formaliza el presente recurso de apelación por la representación procesal de la demandante en la primera instancia.
SEGUNDO.- El auto combatido declaró la nulidad de la admisión de la demanda reconvencional, y de todas las actuaciones posteriores realizadas en relación con la misma, ante la situación de
concurso de la entidad demandante, así como el archivo del procedimiento por entender que, en primer lugar, era el juez del concurso es que ya debía de conocer de aquella pretensión y, en segundo lugar, que la demandante no había completado su capacidad procesal, agotando todos los trámites procesales que permitían esa subsanación, infringiendo lo dispuesto en el artículo 40.1 de la ley concursal en relación con el artículo 426.5 de la LEC, habiendo ocultado su situación de concurso tanto al juzgado como a la parte demandada, siendo que la continuación del procedimiento, en la situación provocada, colocaría a la parte demandada en una situación de indefensión. Los argumentos que se vierten en el auto combatido deben ser, examinadas las actuaciones, absolutamente compartidos. Sin perjuicio de cual fuera la fecha real en la que los administradores del concurso mostraron su conformidad a la concursada para interponer la demanda objeto de la presente litis, es lo cierto que ni en el momento de la interposición ni en ningún otro acto posterior, PUERTAS DOCAVI, comunicó su situación de concursada con las consecuencias evidentes que la misma tendría en el resultado y ejecución de lo que se resolviera; consecuentemente, no sólo el defecto de capacidad era absolutamente insubsanable sino que, además, la continuación del procedimiento hubiera constituido a la demandada-reconveniente en una clara situación de indefensión por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 56 de la ley concursal.": AAP Madrid (Sección 8) 28.11.2011 (Auto 258/2011; Rollo 743/2010)

AP Las Palmas

PRIMERO.- En la demanda del procedimiento monitorio, se solicitaba que se requiriera al demandado para que en el plazo de veinte días pagase al acreedor la cantidad de mil 658,78 euros. Funda su causa de pedir en la relación comercial que unía las partes en virtud de la cual la actora suministro a la demandada diversos pedidos habiéndose satisfecho en parte reclamando la factura unida al procedimiento monitorio.
El demandado se opone a la demanda monitoria, alegando que no se adeuda la cantidad reclamada.
Ante esta oposición el Juzgado senala día y hora para la celebración del juicio verbal y desestima la demanda pero sin entrar a conocer el fondo del asunto sino por no constar la autorización de la administración concursal para interponer la demanda, habiendo silenciado la actora que la misma se hallaba en situación de concurso, decretado por el Juzgado de lo Mercantil de Tenerife.
SEGUNDO.- DOMAR DOMINGO TRUJILLO S.L. funda su recurso en que, por el hecho de haber sido declarada en concurso, no está privada de sus facultades como administrador y que la autorización de la administración concursal, es un requisito subsanable, y senala que no es hasta el 8 de julio de 2.010 cuando se le priva de sus facultades de administración y disposición de su patrimonio. Y acompana con el recurso la autorización de la administración para ejercitar la presente demanda. (Senalar que la documental aportada con la apelación fue inadmitida a trámite).
La fecha de la resolución, en virtud de la cual se declara a la actora suspendida de sus facultades de administrar, no es discutida por la demandada.
TERCERO.- Lo dispuesto en los arts. 40.1 y 7, y 54.2 de la Ley Concursal, conduce a entender que la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor declarado en concurso voluntario es defecto subsanable, pues aquél, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuirlas al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, con expresa previsión de convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación. Específicamente, el art. 54.2 declara que el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, aunque precisa de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.
Por su parte, el art. 40 dispone en su apartado 1 que "en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad", a lo que anade el apartado 7 que "los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto".
CUARTO.- En el presente caso la actora omitió en todo momento que se encontraba en situación concursal y mucho menos presento autorización de la administración concursal. Esta ocultación fue detectada al momento de redactar la sentencia por el Juez de instancia, por lo que en ningún momento se le requirió para que subsanara este defecto que le era desconocido al Juzgado salvo por el pie de un documento que se acompano

a la demanda de monitorio donde se dice que esta en situación lega de concurso voluntario no de procedimiento 38/08 por el Juzgado de lo mercantil de Tenerife mediante auto 17-02-09, auto de fecha anterior a la presentación del monitorio.
No prevé nuestro ordenamiento la suspensión del plazo para dictar sentencia, para subsanar la falta de un requisito de capacidad de la parte actora. Tampoco entendemos que es procedente requerir a la parte para que subsane su capacidad que es como consecuencia de una situación de ocultación realizada por la misma, pero sobretodo en el momento de dictar sentencia, la entidad DOMAR DOMINGO TRUJILLO S.L, no solo estaba intervenida pudiendo con autorización de la administración concursal interponer sentencias, sino que estaba suspendida en sus facultades de administración por auto de 8 de julio de 2.010 anterior a la fecha de la sentencia y de la celebración del juicio por lo que en ese momento ya no podía, solicitar autorización a los administradores concursales para completar su capacidad, pues en ese momento ese momento estaba suspendido en su administración. En atención a lo expuesto procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida": SAP Las Palmas (Sección 4) 27.06.2012 (Sentencia 263/2012; Rollo 331/2011)

5. Recurso de apelación interpuesto sin intervención de la AC

5.0 Inaplicabilidad a los procedimientos ya iniciados al declararse el concurso

Tribunal Supremo

"PRIMERO. Doctrina aplicable a la decisión del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandante.
La Ley 22/2.003, de 9 de julio, en desarrollo de su artículo 40, regula los efectos que la declaración del Concurso produce en los procesos declarativos en los que el deudor sea parte y distingue entre los iniciados antes de dicha declaración - artículo 51 - y los que lo hubieran hecho después de ella - artículo 54 -. Además, en ambos casos, atiende a que las facultades de administración y disposición del concursado hubieran sido suspendidas o meramente intervenidas.
En particular, el artículo 51 establece que el juicio declarativo, si se encontrare en tramitación en el momento de ser declarado el concurso, continuará hasta que la sentencia gane firmeza, con independencia de que sea por no haber interpuesto las partes recurso alguno o por que los que lo fueron hubieran sido desestimados.
Dicho precepto dispone que, en caso de mera intervención, el deudor - que conserva la capacidad para actuar en juicio y puede ejercerla hasta aquel momento procesal - necesitará la autorización de la administración concursal " para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio".
Por el contrario, si el juicio declarativo se hubiera iniciado después de declarado el concurso, el artículo 54 establece que, en caso de que las mencionadas facultades del concursado hubieran sido solamente intervenidas, el mismo necesitará " la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio".
Fijando la atención en la facultad de recurrrir - que es la que aquí nos interesa -, parece evidente que, si las facultades de administración y disposición del deudor hubieran sido solamente intervenidas, la Ley 22/2.003- artículo 54, apartado 2 - exige la conformidad de la administración concursal cuando los procesos declarativos se hubieran iniciado después del auto de declaración del concurso, pero no cuando en tal momento estuvieren ya pendientes.
Esa es la interpretación que, de acuerdo con los cánones a que remite el artículo 3 del Código Civil, resulta de los artículos citados. En consecuencia, de aplicar un criterio sistemático deriva la procedencia de entender que los recursos a que se refiere el artículo 54 - al efecto de exigir la conformidad de la administración concursal - son los que se interpongan en los procesos iniciados después de la declaración del concurso, ya que se trata de los que el precepto regula, y no los que se interpongan en los que en ese momento estuvieran pendientes, regulados en el artículo 51
SEGUNDO. Enunciado y fundamento del reurso extraordinario por infracción procesal de la demandante.
En el único motivo del recurso denuncia Consorcio Ganadero, SL la infracción del artículo 54, apartados 1 y 2, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, concursal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.
Responde este motivo a que el Tribunal de apelación, al conocer que la demandante había sido también declarada en concurso, con sus facultades de administración y disposición intervenidas, entendió que, pese a que el proceso se hallaba en curso en aquel momento, para recurrir en apelación la sentencia desestimatoria de la demanda necesitaba la conformidad de la administración concursal y, como la misma no constaba expresada, negó a Consorcio Ganadero, SL aptitud para interponer el recurso, en aplicación del artículo 54, apartado 2, de la Ley 22/2.003.
Alega la recurrente que, al estar en trámite el proceso cuando se dictó el auto de declaración de su Concurso, no era aquel precepto el que debía haber aplicado la Audiencia Provincial, sino el contenido en el apartado 3 del artículo 51.
El recurso debe ser estimado por las razones expuestas en el primero de los fundamentos de derecho, al que nos remitimos": STS 28.05.2012 (Sentencia 321/2012; Recurso 1044/2009)

5.0.1 Voto Particular a la STS 28.05.2012

"VOTO PARTICULAR
FECHA:28/05/2012
Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo a la sentencia de veintiocho de mayo de dos mil doce, recurso de casación nº 1044/2009 en cuya votación y fallo ha participado.

1. Mi discrepancia respecto del parecer de la mayoría afecta al recurso extraordinario por infracción procesal. En concreto, a la cuestión suscitada sobre si, en caso de intervención, el concursado debe o no recabar la autorización de la administración concursal para interponer recurso de apelación frente a la sentencia que resuelve un procedimiento iniciado antes de la declaración de concurso.
2. El criterio de la mayoría contrapone la regulación del art. 51.3 LC, que regula los efectos de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos iniciados con anterioridad, a la del art. 54.2 LC, que regula los efectos del concurso sobre el ejercicio (con posterioridad a la declaración de concurso) de las acciones de contenido patrimonial que el concursado tiene frente a terceros.
En el caso de los juicios iniciados antes de la declaración de concurso, bajo el régimen de la intervención, el art. 51.3 LC omite una referencia expresa a la necesidad de la conformidad de la administración concursal para recurrir la sentencia: " *el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio* ". Mientras que en los juicios iniciados con posterioridad, frente a terceros, en que habrá sido necesaria la autorización de la administración concursal para presentar la demanda, el art. 54.2 LC exige expresamente esta autorización para recurrir la sentencia: " *el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio*.
Esta distinta regulación lleva a la mayoría a interpretar restrictivamente la limitación de facultades patrimoniales que el concurso provoca para el concursado, y por ello a no exigir la conformidad de la administración concursal para recurrir.
Sin embargo, en mi opinión, estamos ante una laguna legal, en cuanto a si el concursado debe recabar autorización de la administración concursal para recurrir una sentencia dictada en un procedimiento iniciado antes de la declaración de concurso. Se trata, pues, de un problema de integración normativa y esta laguna legal ha de colmarse acudiendo a los procedimientos de autointegración y, en concreto, a las soluciones y principios que establece la propia Ley Concursal.
3. Si bien estoy de acuerdo en no aplicar directamente el art. 54 LC para exigir la conformidad de la administración concursal, como hizo la Audiencia Provincial, entiendo, sin embargo, que la exigencia de esta conformidad deriva de la integración del art. 51.3 LC con el art. 40 LC.
El objeto principal de la regulación contenida en el art. 51 LC, en la redacción aplicable al caso, anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, son los efectos del concurso sobre los juicios declarativos ya iniciados al tiempo de declararse el concurso de acreedores, en los que sea parte el deudor concursado. El precepto establecía reglas para la posible acumulación de estos juicios al concurso, siempre que tuvieran trascendencia para la masa activa y pasiva, y el juez del concurso lo considerara conveniente. Al margen de la acumulación, el art. 51 LC especifica a quién le corresponde la representación de los intereses patrimoniales del concursado afectados por el juicio declarativo, según se haya acordado la suspensión o la intervención del deudor en el ejercicio de sus facultades patrimoniales.
4. Pero los apartados 2 y 3 del art. 51 LC son una especificación del art. 40 LC, que regula, con carácter general, los efectos de la declaración de concurso respecto de las facultades patrimoniales del deudor; en concreto, del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. El deudor puede ser suspendido en el ejercicio de estas facultades, siendo sustituido por la administración concursal, o puede ser simplemente intervenido, manteniéndose en dicho ejercicio bajo la supervisión de la administración concursal. La limitación no afecta a la titularidad dominical o del derecho real correspondiente, sino al ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial inherentes al dominio o al derecho real.
Esta limitación de facultades patrimoniales alcanza, en principio, a los bienes y derechos que conforman la masa activa, esto es " *a los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso* " (art. 40.6 LC). Forman parte de la masa activa todos los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor al tiempo de la declaración de concurso, y los que adquiera en el futuro o se reintegren a su patrimonio, mientras esté pendiente el concurso, con las limitaciones previstas en los arts. 76 y ss LC.
En realidad, esta restricción afecta a todos los intereses económico-patrimoniales del deudor, que tengan relevancia para la masa activa y pasiva del concurso, lo que justifica su reflejo en la representación procesal de estos intereses económicos: dependiendo de si el deudor ha sido suspendido o intervenido en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición patrimonial, el deudor será sustituido en los procesos en los que se vean afectados estos intereses económicos por la administración concursal, o necesitará su autorización para iniciarlos o realizar un acto de disposición procesal.
5. En este contexto, no cabe negar que la interposición de un recurso de apelación frente a la sentencia suponga un acto de administración o disposición de los intereses económico-patrimoniales del deudor afectados por el juicio resuelto con la sentencia objeto de recurso, razón por la cual se ven afectados por la limitación prevista con carácter general en el art. 40 LC. Así se entiende que el art. 54 LC, respecto del ejercicio de las acciones posteriores a la declaración de concurso, exija, en caso de intervención, la conformidad de la administración concursal no sólo para presentar la demanda sino también para recurrir.
De hecho, la interposición del recurso, además de afectar a la expectativa de aquellos intereses económico-patrimoniales objeto de litigio, puede conllevar un gasto para la masa del concurso, por las costas y gastos procesales. Resulta lógico que la administración concursal, en función de las expectativas de éxito y de los intereses patrimoniales en juego, confirme la conveniencia o no de asumir el riesgo del recurso.
No es que en el presente caso sea aplicable el art. 54 LC, sino que este precepto ilustra el sentido de integrar el art. 51.3 LC con el art. 40 LC, al objeto de entender exigible la conformidad de la administración concursal para formalizar un recurso de apelación frente a una sentencia dictada después de la declaración de concurso, pero que resuelve un procedimiento iniciado antes de dicha declaración.
6. En consecuencia, la Audiencia actuó correctamente al apreciar la falta de conformidad de la administración concursal respecto de la interposición del recurso de apelación, y por lo tanto debería desestimarse el recurso

extraordinario por infracción procesal. “: Voto particular a la STS 28.05.2012 (Sentencia 321/2012; Recurso 1044/2009)

AP Baleares

“PRIMERO.-En su escrito de oposición a la apelación la dirección letrada de los actores suscita la cuestión de la falta de legitimación de la demandada para interponer recurso de apelación al haber sido declarada en concurso, y ello en la aplicación que postula de lo que dispone el artículo 54 de la Ley Concursal.
La sentencia que puso fin al anterior grado jurisdiccional fue notificada a las partes por vía telemática, con fecha 22 de febrero de 2014.
El siguiente día 25 la demandada presentó escrito en el ponía en conocimiento del Juzgado su declaración en concurso necesario de acreedores mediante auto dictado el anterior 11 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, del que la concursada había tenido conocimiento, al menos, desde el día 14 del mismo mes.
En el punto 3 de la parte dispositiva de dicha resolución declarando el concurso se acuerda "la suspensión de las facultades de administración del deudor sobre su patrimonio". En el punto 4 se nombra administradora concursal a la entidad SMR Consultores 2000, S.L.
Mediante diligencia de ordenación de 26 de febrero de 2014 el Juzgado puso en conocimiento del administrador concursal la existencia del procedimiento, lo que se llevó a la práctica por remisión de una copia de la sentencia por correo certificado recibido por la destinataria el 6 de marzo de 2014.
El 25 de marzo de 2014 la propia concursada sin autorización de la administradora concursal, presentó escrito de interposición del recurso de apelación.
SEGUNDO.-El artículo 54 de la Ley Concursal establece en su apartado 1 que " En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio ".
Dicho precepto se refiere a los procesos iniciados después de la declaración de concurso (STS de 28 de mayo de 2012), por lo que los "recursos"a los que se refiere no son los que se pretendan interponer en procedimientos, como el de autos, iniciados antes de la declaración de concurso.
Para estos últimos, es decir, para los procesos ya iniciados cuando se declara el concurso, rige lo establecido en el artículo 51. Con arreglo a los dos primeros apartados dicho precepto: *" 1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia. Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores. Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia. 2. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor -que es el de autos-, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el Secretario judicial traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que el Juez estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas. No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez."*
Pues bien, en el caso de autos, tras la suspensión de las facultades del deudor acordada en el auto declarando el concurso, la administración concursal no le ha sustituido pese a haberse puesto en conocimientote aquélla la existencia del presente proceso; y tampoco consta que el deudor haya sido autorizado por el juez del concurso para mantener su representación y defensa separada.
El artículo 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la capacidad de obrar procesal, establece que " Las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal " y, en el caso de autos, al no haberse suplido la capacidad para comparecer en juicio del concursado del modo previsto en la Ley Concursal para el supuesto de suspensión de facultades del concursado (artículos 40 y 51), habrá de entenderse que éste carece de capacidad procesal, lo que constituye causa de inadmisión del recurso que, en el presente estadio procesal, merece el tratamiento de causa de desestimación del mismo.”: SAP Baleares (Sección 3) 16.07.2014 (Sentencia 215/2014; Rollo 222/2014)

AP Oviedo

“SEGUNDO.-Debemos detenernos primeramente a examinar el óbice procesal atinente a la admisibilidad del recurso de apelación que nos ocupa, pues dándose la circunstancia de que la parte actora "Promociones Victoria Sociedad Asturiana, S.L.U." ha sido a su vez declarada judicialmente en situación de concurso mediante Auto de 18 febrero 2011 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón, la Administración concursal de "Soprodov, 97, S.L.U." opone en su escrito de oposición al presente recurso la inadsibimilidad de la apelación al haber omitido la recurrente cumplimentar el requisito previsto en el art. 54-2 L.C. cuando exige, en caso de intervención de las facultades patrimoniales del deudor, recabar la "conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio". La interpretación que merece el ámbito de aplicación de este requisito procesal ha sido examinada por la STS 28 mayo 2012 concluyendo que "de aplicar un criterio sistemático deriva la procedencia de entender que los recursos a que se refiere el artículo 54 -al efecto de exigir la conformidad de la administración concursal- son los que se interpongan en los procesos iniciados después de la declaración del concurso, ya que se trata de los que el precepto regula, y no los que se interpongan en los que en ese momento estuvieran pendientes, regulados en el artículo 51". Trasladadas tales consideraciones al supuesto aquí presente encontramos que la declaración de concurso sobrevino con posterioridad al inicio de la litis que tuvo lugar con la presentación de la demanda incidental el 6 abril 2010, lo que excluye que resulte exigible a "Promociones Victoria Sociedad Asturiana, S.L.U." para la interposición del recurso la conformidad de la Administración concursal.”: SAP Oviedo (Sección 1) 21.06.2013 (Sentencia 216/2013; Rollo 505/2012)

AP La Coruña

“PRIMERO. - A la vista de los términos de oposición al recurso, habiéndose alegado la inadmisibilidad del mismo, al amparo del art. 54.2 de la Ley Concursal, procede con carácter previo su examen.
Se aportó en tal trámite copia del edicto publicado el 10 de enero de 2013 (la sentencia de instancia es de 27.03.2013, y la presentación de la demanda de 2 de Febrero de 2012) donde se reseña que por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña por auto de 28 de noviembre de 2012 -la recurrida manifiesta que es de diciembre- se declaró en concurso voluntario la deudora Pura Vida, Turismo Rural Galicia, Sociedad Limitada. Así mismo que la deudora conservará las facultades de administración y disposición de su patrimonio, "quedando sometido el ejercicio de esas facultades a la intervención del administrador concursal, mediante su autorización o conformidad".
Pues bien; la recurrida está sosteniendo la inadmisibilidad del recurso en base al art. 54.2 de la LC, pues la recurrente no cuenta con la preceptiva conformidad del administrador concursal, presentando el recurso sin tal autorización.
En el rollo de sala se dio traslado para alegaciones y/o subsanación, sin que se hubiera alegado nada al respecto.
El TS, aún con voto particular, ha resuelto la cuestión que nos ocupa en sentencia de 28 de mayo de 2012 (recurso nº 1044/2009, nº 321/2012); en el sentido de que la Ley 22/2003, de 9 de Julio, en desarrollo de su art. 40, regula los efectos que la declaración del concurso produce en los procesos declarativos en lo que el deudor sea parte y distingue entre los iniciados antes de dicha declaración -art. 51- Y los que lo hubieran hecho después de ella -art. 54-. Además, en ambos casos, atiende a que las facultades de administración y disposición del concursado hubieran sido suspendidas o meramente intervenidas.
En particular, el art. 51 establece que el juicio declarativo, si se encontrare en tramitación en el momento de ser declarado el concurso, cual es el caso que nos ocupa, continuará hasta que la sentencia gane firmeza, con independencia de que sea por no haber interpuesto las partes recurso alguno o porque los que lo fueran hubieran sido desestimados.
"Dicho precepto dispone que, en caso de mera intervención, el deudor -que conserva la capacidad para actuar en juicio y puede ejercerla hasta aquel momento procesal- necesitará la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse, total o parcialmente y transigir litigios, cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio".
"Por el contrario, si el juicio declarativo se hubiera iniciado después de declarado el concurso, el art. 54 establece que, en caso de que las mencionadas facultades del concursado hubieran sido solamente intervenidas, el mismo necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio".
"Fijando la atención en la facultad de recurrir -que es aquí lo que nos interesa-, parece evidente que, si las facultades de administración y disposición del deudor hubieran sido solamente intervenidas, la Ley 22/2003 - art. 54, apartado 2 - exige la conformidad de la administración concursal cuando los proceso declarativos se hubieran iniciado después del auto de declaración del concurso, pero no cuando en tal momento estuvieran ya pendientes".
Interpretación que se efectuó de acuerdo con los cánones del art. 3 de CC, así como la sistemática pues el art. 54 apartado 2 se refiere sólo a los procesos iniciados tras la declaración del concurso, y no a los que se interpongan en los procesos ya iniciados antes de la declaración del concurso o procesos pendientes, regulados en el art. 51 de la LC.
El motivo de oposición en consecuencia se desestima, debiendo examinarse el fondo de la cuestión.”: SAP La Coruña (Sección 3) 04.02.2014 (Sentencia 42/2014; Rollo 338/2013)

AP Madrid (Sección 25)

“SEGUNDO.- Grupo Inmobiliario Tremón S.A. opuso, efectivamente, la falta de autorización de la AC de Tempa en concurso de acreedores para interponer el recurso, indicando que al inicio del procedimiento Tempa todavía no se encontraba en situación de concurso voluntario, siendo a lo largo del procedimiento cuando se declara el

mismo. Este planteamiento, con cita del art. 54.2 LC, requiere una distinción inicial entre dos momentos relativos a la declaración del concurso: si antes o después de la tramitación del declarativo en que se pretende hacer valer aquella autorización, cuestión a la que debe aplicarse la doctrina recogida en Sentencia de 28 de Mayo de 2012 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de la que destacamos su F.D. PRIMERO del siguiente tenor:
«La Ley 22/2.003, de 9 de julio, en desarrollo de su artículo 40, regula los efectos que la declaración del concurso produce en los procesos declarativos en los que el deudor sea parte y distingue entre los iniciados antes de dicha declaración - artículo 51 - y los que lo hubieran hecho después de ella - artículo 54 -. Además, en ambos casos, atiende a que las facultades de administración y disposición del concursado hubieran sido suspendidas o meramente intervenidas.
En particular, el artículo 51 establece que el juicio declarativo, si se encontrare en tramitación en el momento de ser declarado el concurso, continuará hasta que la sentencia gane firmeza, con independencia de que sea por no haber interpuesto las partes recurso alguno o por que los que lo fueron hubieran sido desestimados.
Dicho precepto dispone que, en caso de mera intervención, el deudor -que conserva la capacidad para actuar en juicio y puede ejercerla hasta aquel momento procesal -necesitará la autorización de la administración concursal " para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio ".
Por el contrario, si el juicio declarativo se hubiera iniciado después de declarado el concurso, el artículo 54 establece que, en caso de que las mencionadas facultades del concursado hubieran sido solamente intervenidas, el mismo necesitará " la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio".
Fijando la atención en la facultad de recurrir -que es la que aquí nos interesa -, parece evidente que, si las facultades de administración y disposición del deudor hubieran sido solamente intervenidas, la Ley 22/2.003 - artículo 54, apartado 2 -exige la conformidad de la administración concursal cuando los procesos declarativos se hubieran iniciado después del auto de declaración del concurso, pero no cuando en tal momento estuvieren ya pendientes.
Esa es la interpretación que, de acuerdo con los cánones a que remite el artículo 3 del Código Civil, resulta de los artículos citados.
En consecuencia, de aplicar un criterio sistemático deriva la procedencia de entender que los recursos a que se refiere el artículo 54 - al efecto de exigir la conformidad de la administración concursal - son los que se interpongan en los procesos iniciados después de la declaración del concurso, ya que se trata de los que el precepto regula, y no los que se interpongan en los que en ese momento estuvieran pendientes, regulados en el artículo 51.»
Puesto que en el supuesto que nos ocupa la declaración del concurso es posterior a la iniciación del procedimiento debe desestimarse la alegación opuesta por Tremón, aceptando la Sala el criterio expresado por la mayoría de aquella Sala del T.S. sin perjuicio del voto particular que entonces se formuló y doctrina que también se resume en el principio que a propósito de los citados arts. 40,51 y 54 se expresaba en Sentencia de 25 de Enero de 2013 de la A.P. de Madrid (Sección 13 ª) que a continuación indicamos: "..... Sin que, finalmente, la declaración del concurso afecte a los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de producirse aquella, que se continuarán hasta la firmeza de la sentencia".": SAP Madrid (Sección 25) 22.09.2014 (Sentencia 338/2014; Rollo 217/2013)

AP Valladolid

"Previamente debemos precisar que entendemos no concurre la causa de inadmisiblidad del recurso articulado por la constructora demandante denunciada por la promotora demandada al oponerse al mismo. En efecto, tal y como resulta del contenido del anuncio publicado en el BOE de 30 de abril de 2012, la entidad actora ha sido declarada en concurso de acreedores y en el auto dictado al efecto se decretó la intervención de sus facultades de administración y disposición. Ahora bien, tal declaración en concurso se produjo con posterioridad a la iniciación del presente litigio, cuando ya se había presentado la demanda rectora del procedimiento y se había contestado por la demandada. Consecuentemente no resulta de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 54 de la Ley Concursal pues dichas previsiones, entre ellas la necesidad de autorización o beneplácito de la Administración Concursal en caso de intervención para la interposición de demandas o recursos que afecten al patrimonio del concursado, se refieren a los procedimientos judiciales declarativos interpuestos con posterioridad a la declaración del concurso. A los procedimientos judiciales entablados con anterioridad es de aplicación lo dispuesto en el art. 51 del propio texto legal, que precisa de dicha autorización por parte de la Administración Concursal solo para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir, es decir para realizar actos dispositivos sobre el proceso o su objeto, no para la interposición de recursos.": SAP Valladolid (Sección 3) 29.07.2013 (Sentencia 205/2013; Rollo 77/2013)

5.1 Falta de capacidad procesal, a falta de subsanación.

AP Alicante (Sección 5)

"PRIMERO.-La sentencia que ahora es objeto del presente recurso resuelve tres procesos acumulados sobre resolución de contratos de construcción por incumplimiento y reclamación de las indemnizaciones correspondientes. El primero de ellos, identificado con el n.º 120/2007, lo interpone la entidad Covalencia, S.L. (antes S.A.) contra Desarrollo Comercial Cansalades, S.A. y Procom Residencial Javea, S.A.U., formando todas estas mercantiles una Unión Temporal de Empresas (UTE). El segundo, n.º 601/2007, lo dirigían las

demandadas en el primero contra la actora en él; y el último, al que se asignó el n.º 347/2007, lo interponía Covalencia División Construcción, S.L. contra las demandadas antes referidas.
La empresa Covalencia, S.L. se extinguió por escisión, inscrita en el Registro Mercantil con fecha 15 de diciembre de 2006, en otras cuatro, una de las cuales es la demandante dicha en el tercer procedimiento que, a su vez, fue declarada en concurso de acreedores en 26 de octubre de 2009, declaración publicada en el Boletín Oficial del Estado del 6 de noviembre siguiente.
La sentencia de primera instancia desestima las tres demandas y frente a ella interpone el presente recurso de apelación Covalencia División Construcción, S.L. solicitando su revocación y sustitución por otra estimatoria de todas sus pretensiones.
SEGUNDO.-Con carácter previo al examen, en su caso, del fondo de la cuestión litigiosa que se reproduce en esta alzada, conviene resolver sobre los motivos de oposición de la parte apelada que, en esencia, denuncian falta de legitimación activa de la apelante derivada de la extinción de la que proviene y consiguiente escisión a que antes se ha hecho referencia, así como de la circunstancia de que al encontrarse declarada en concurso no existe autorización de la administración concursal para litigar. Tales cuestiones fueron alegadas en la audiencia previa de los juicios antes reseñados con los números 347 y 601 una vez acumulados (la del n.º 120 ya se había celebrado antes), posponiéndose su resolución para la sentencia; sin embargo, en ella no se trata de tal asunto, que por ello se debe abordar ahora.
Queda acreditado, pues, que a la fecha de presentación de la primera demanda, 19 de enero de 2007, la mercantil Covalencia, S.L. ya se había extinguido y que la que continuó en los procedimientos acumulados fue una de las cuatro en las que se había escindido, Covalencia División Construcción, S.L., que no consta fuera la sucesora en los concretos derechos y obligaciones de los contratos por los que se está litigando, siendo asimismo esta última empresa la que formula el presente recurso de apelación. Por lo tanto, ni es titular de la relación jurídica frente a los otros litigantes ni se demuestra que ostente derecho alguno sobre el objeto litigioso, por lo que, como se denuncia en el escrito de oposición, carece de legitimación para interponer el recurso de apelación de conformidad con lo establecido en el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y según se alega en el escrito de oposición por las apeladas con arreglo a lo dispuesto en los arts. 252.1.a) y 255 de la Ley de Sociedades Anónimas.
Por otro lado, aunque pudiera obviarse lo anterior, en virtud de la declaración en situación de concurso, la mercantil apelante no consta que haya obtenido la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, como se exige en el art. 54.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por lo que también carece de capacidad para la interposición del recurso. “:SAP Alicante (Sección 5) 08.06.2011 (Sentencia 233/2011; Rollo 51/2011)

AP Badajoz

“PRIMERO. La sentencia apelada desestima la demanda presentada por Sánchez Apimec S.L. en la que se interesaba la declaración de nulidad del contrato de opción de compra suscrito en su día con los demandados; subsidiariamente se instó que se declarara resuelto tal contrato, y, en ambos casos, la condena al pago de las sumas adelantadas en concepto de precio y a la indemnización de daños y perjuicios en la cantidad señalada en el suplico
La parte apelada ha alegado, con carácter previo a la impugnación de fondo del recurso, un posible motivo de inadmisión de tal recurso. Alega que, encontrándose la apelante, al tiempo de formular su recurso, en situación de concurso de acreedores (núm. 206/2011 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz), debió recabar la conformidad de la administración concursal, tal como exige el art. 54.2 de la Ley Concursal. Al no constar tal conformidad, el motivo de inadmisión se convierte en causa de desestimación del recurso. Efectivamente, tal precepto legal exige que, para la interposición de recursos el concursado recabe la conformidad de la administración concursal, exigencia que es aquí de aplicación en tanto el litigio versa sobre cuestiones que indudablemente pueden afectar al patrimonio de la concursada.
SEGUNDO. A mayor abundamiento, y aunque no se estimara precisa tal intervención de la administración concursal, el examen del fondo de los motivos que esgrime el recurrente, centrados en la alegación de un pretendido error en la valoración de la prueba por parte del juzgador a quo, conduce también a la misma conclusión desestimatoria del recurso.”. SAP Badajoz (Sección 3) 27.09.2012 (Sentencia 304/2012; Rollo 312/2012)

AP Barcelona (Sección 16)

“1. Plasfi, S.A. impugna la sentencia del juzgado que desestima íntegramente su demanda contra Europerfil, S.A., en la que reclamaba la condena de la demandada a pagarle 35.952,24 euros, más intereses, como precio del suministro de productos a la demandada en los meses de abril y julio de 2012. El juzgado desestimó la demanda porque consideró que, como defendía la parte demandada, el producto o compuesto que entregó la actora no era el adecuado para la aplicación prevista en el contrato.
2. *Sobre la capacidad procesal de Plasfi, S.A.*
Antes de examinar el recurso de apelación debe resolverse sobre la objeción a su admisión formulada por la parte demandada, en su escrito de oposición al recurso. Según Europerfil, no debería admitirse la apelación debido a la falta de capacidad procesal de la parte apelante, que se halla en situación de concurso de acreedores y no ha obtenido la conformidad de la administradora concursal para formular el recurso, contra lo que exige el artículo 54 de la Ley concursal (LC).
El artículo 54.1 de la LC dice que, " *en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien*

precisará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio ".
El artículo 54.2 establece que " *en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio* ".
3. No se discute que Plasfi fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de 27 de septiembre de 2012 del Juzgado Mercantil número 1 de Tarragona, que acordó la intervención de las facultades de administración y disposición, que seguiría conservando la concursada (f. 113 de los autos).
La demanda de este juicio, de 5 de diciembre de 2012, es posterior a la declaración de concurso. Con la demanda, no se acreditó la conformidad de la administración concursal para el ejercicio de la acción. El defecto fue denunciado oportunamente por la demandada y corregido en la audiencia previa mediante la aportación de un documento por el que la administradora concursal, doña Zaira, autorizaba "a la representación letrada de Plasfi, en el procedimiento ordinario 1748/2012 que se sigue en el Juzgado de Primera Instancia de l'Hospitalet de Llobregat, a continuar con el procedimiento iniciado contra Europerfil, S.A." La Sra. administradora concursal solicitaba al mismo tiempo a la representación letrada de la actora que le informara puntualmente de las actuaciones del procedimiento.
4. La cuestión que plantea ahora la parte demandada es la falta de conformidad de la administradora concursal para la interposición del recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria.
Debe decirse que, ni al tiempo de formular el recurso de apelación ni en ningún otro momento posterior, Plasfi aportó a los autos la manifestación de conformidad de la administración concursal para interponer el recurso de apelación. Europerfil, en su escrito de oposición al recurso, de 20 de septiembre de 2013, solicitó, con carácter principal, la inadmisión de la apelación por ese defecto. El 30 de septiembre de 2013, el juzgado requirió a Plasfi para que aportara la documentación acreditativa del depósito para recurrir. El 7 de octubre de 2013, Plasfi presentó un escrito con el que adjuntaba el resguardo del depósito, pero ni entonces ni después ha aportado documentación alguna acreditativa de la conformidad de la administradora concursal con el recurso de apelación interpuesto.
5. El artículo 54.2 LC, cuando establece que el concursado intervenido necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer *demandas o recursos* que puedan afectar a su patrimonio, no ofrece dudas cuando se está ante una demanda: la iniciación de un juicio requiere la conformidad de la administración concursal.
Cuando se trata de recursos, algunos autores han discutido si el articulo 54 LC se refiere solamente a la presentación de recursos que inician el proceso -como el recurso contencioso-administrativo- o, en general, a todo tipo de recursos, incluyendo los de naturaleza estrictamente impugnatoria -devolutivos o no, contra resoluciones finales o interlocutorias-, entre los cuales, los de apelación como el de autos contra la sentencia desestimatoria de la demanda de la concursada.
6. El artículo 51 LC, en relación con los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso, establece que continuarán sustanciándose hasta la firmeza de la sentencia (apartado 1) y que, "en caso de intervención, el deudor conservará la *capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio* " (apartado 3).
Por tanto, del tenor literal de la LC (artículos 51 y 54) resulta que, en caso de intervención, el recurso de apelación contra una sentencia, interpuesto después de la declaración de concurso, requerirá conformidad de la administración concursal si la demanda fue posterior a la declaración de concurso; no requerirá esa conformidad si la demanda fue anterior a la declaración de concurso, pese a que en ambos casos haya identidad de razón, atinente a la afectación potencial del patrimonio del concursado. Con la consideración añadida de que las demandas posteriores a la declaración de concurso contaron con la conformidad inicial de la administración concursal (artículo 54.2) y las anteriores carecieron de ese control inicial.
7. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de mayo de 2012, al examinar el recurso extraordinario por infracción procesal, deja claro que, en los casos de intervención, es necesaria la conformidad de la administración concursal para interponer recurso de apelación frente a la sentencia que resuelve un procedimiento iniciado tras declararse el concurso (aunque el tema controvertido en el caso era la necesidad de aquella conformidad en un juicio iniciado antes del concurso).
Su fundamento de derecho primero declara: " *Fijando la atención en la facultad de recurrrir -que es la que aquí nos interesa-, parece evidente que, si las facultades de administración y disposición del deudor hubieran sido solamente intervenidas, la Ley 22/2.003 -artículo 54, apartado 2 -exige la conformidad de la administración concursal cuando los procesos declarativos se hubieran iniciado después del auto de declaración del concurso, pero no cuando en tal momento estuvieren ya pendientes.* "
La STS concluye: " *de aplicar un criterio sistemático deriva la procedencia de entender que los recursos a que se refiere el artículo 54 -al efecto de exigir la conformidad de la administración concursal- son los que se interpongan en los procesos iniciados después de la declaración del concurso, ya que se trata de los que el precepto regula, y no los que se interpongan en los que en ese momento estuvieran pendientes, regulados en el artículo 51.* "
8. El voto particular de la STS de 28 de mayo de 2012 considera que también en los juicios iniciados antes de la declaración de concurso se precisa la conformidad de la administración concursal para recurrir, no por aplicación del artículo 54 LC, sino por la integración del artículo 51.3 LC con el artículo 40 LC.
Reproducimos un pasaje de interés para nuestro caso Plasfi -Europerfil: " *no cabe negar que la interposición de un recurso de apelación frente a la sentencia suponga un acto de administración o disposición de los intereses económico-patrimoniales del deudor afectados por el juicio resuelto con la sentencia objeto de recurso, razón por la cual se ven afectados por la limitación prevista con carácter general en el art. 40 LC. Así se entiende que el art. 54 LC, respecto del ejercicio de las acciones posteriores a la declaración de concurso, exija, en caso de*

intervención, la conformidad de la administración concursal no sólo para presentar la demanda sino también para recurrir.
De hecho, la interposición del recurso, además de afectar a la expectativa de aquellos intereses económico-patrimoniales objeto de litigio, puede conllevar un gasto para la masa del concurso, por las costas y gastos procesales. Resulta lógico que la administración concursal, en función de las expectativas de éxito y de los intereses patrimoniales en juego, confirme la conveniencia o no de asumir el riesgo del recurso.
9. Aunque el defecto sea subsanable, no lo ha subsanado Plasfi, ante el juzgado ni ante este tribunal, pese a que Europerfil -que ya advirtió en la contestación a la demanda la falta de conformidad, luego subsanada por Plasfi-, lo denunció también en el escrito de oposición al recurso, de 20 de septiembre de 2013, más de un año antes de la fecha señalada para la decisión de la apelación.
En consecuencia, la causa de inadmisión deviene causa de desestimación del recurso.": SAP Barcelona (Sección 16) 10.03.2015 (Sentencia 102/2015; Rollo 688/2013)

AP Lleida

"PRIMERO.-Interpone la mercantil actora recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que desestima la demanda en la que insta la nulidad de pleno derecho de los contratos SWAP de fecha 7-4-2008 concertados con la demandada, anulando y dejando sin efecto las liquidaciones practicadas por la entidad demandada.
Con carácter previo al examen del recurso procede resolver en primer lugar la cuestión alegada por la representación de la parte apelada en relación con la inadmisibilidad del recurso planteado de adverso, por falta de capacidad procesal de la sociedad demandante, al interponer el recurso sin la necesaria conformidad de la Administración Concursal.
SEGUNDO.-La prueba documental aportada con el escrito de oposición al recurso (admitida en esta segunda instancia) acredita que la sociedad actora fue declarada en situación de concurso voluntario de acreedores mediante Auto de 13-9-2010, procediendo en la misma resolución al nombramiento de administrador concursal y acordando, entre otras disposiciones, que conforme al art. 40 de la Ley Concursal el deudor conserva sus facultades de administración y disposición sobre sus bienes, quedando sometido a la intervención de los administradores concursales, mediante la autorización o conformidad.
Una vez presentado el escrito de oposición al recurso de apelación, junto con el documento mencionado, se acordó en el rollo (diligencia de ordenación de 9-9-2011) conceder a la parte apelante un término de cinco días para que alegara lo que conviniera a su derecho, habiendo transcurrido dicho término sin que por la mercantil apelante se haya efectuado ninguna manifestación.
El art. 54-2 de la Ley Concursal establece que en caso de intervención el deudor necesita la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, como sin duda sucede en este caso aunque solo sea ante la posibilidad de que se desestime el recurso y se impongan las costas a la parte apelante siendo que en este caso la cuantía de la demanda quedó fijada en 22.054,55 euros. En consecuencia, dado que no consta la existencia de autorización o conformidad de la Administración Concursal -ni en el momento de preparación e interposición del recurso ni con posterioridady que el apelante ni siquiera se ha dignado efectuar la más minima alegación cuando se le ha dado traslado, hemos de concluir de de conformidad con los dispuesto en los arts. 40 y 54-2 de la L.C., y con la doctrina jurisprudencial que los interpreta y desarrolla, acogiendo las alegaciones de la parte apelada, y apreciando la falta de capacidad procesal de la recurrente para la interposición del recurso.
El mismo criterio se mantiene, entre otras resoluciones, en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2012 que, además, considera que estamos ante un presupuesto de admisiblidad del recurso, y de un defecto insubsanable, argumentando que "..."... fundada la alegada falta de capacidad procesal de la recurrente en su situación de concurso de acreedores y en que la administración concursal autorizó la preparación del presente recurso pero no su interposición, lo que habría dado lugar a un defecto insubsanable....". No obstante, en el supuesto allí planteado se rechaza la concurrencia de dicho óbice de admisibilidad dadas las especiales circunstancias concurrentes que, en síntesis, se concretan en que la administración concursal sí había autorizado la preparación del recurso extraordinario por infracción procesal; en el escrito de interposición del recurso el recurrente manifestaba haber interesado del Juzgado de lo mercantil que conocía del concurso que requiriera a la administración concursal para que autorizara la interposición del recurso, indicando igualmente en el recurso que estaba en trance de obtener la autorización, como así sucedió, según constaba en el auto del Juzgado de lo mercantil cuya copia se incorporó a las actuaciones, junto con el escrito dirigido a la Sala del Tribunal Supremo por los propios administradores concursales.
En los mismo términos se pronuncian las resoluciones de la jurisprudencia menor que invoca la parte apelada, es decir, la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 24-9-2009, SAP de Zaragoza, sec. 4ª, de 9-9-2009 y SAP Vizcaya de 21-5-2009, y también otras sentencias anteriores y posteriores, como la SAP de Alava, sec. 1º, de 28-1-2008, y la SAP de Madrid, sec. 14ª de 24-2-2011, resoluciones todas ellas de las que se deriva que para la preparación e interposición del recurso de apelación es necesario y exigible contar con la autorización o conformidad de la administración concursal, y que la falta de complemento de la restricción limitada de la capacidad del apelante determina la indebida admisión del recurso de apelación. En alguna de estas resoluciones se plantea la disyuntiva sobre la posibilidad o no de subsanar esa falta de capacidad procesal, pero lo cierto es que aunque en el mejor de los casos para la mercantil aquí recurrente consideráramos que se trata de un defecto subsanable, la respuesta en el presente caso habría de ser igualmente desfavorable para la apelante puesto que no lo ha subsanado con posterioridad a la interposición del recurso, habiendo hecho caso omiso al traslado conferido en la diligencia de ordenación de 9- 9-2011.
TERCERO.-En consecuencia, la concurrencia de una causa de inadmisión a trámite del recurso constituye, en esta fase procesal, causa de desestimación del mismo, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo

contenida entre otras, en sentencias de 26 de enero de 1996, 22 de febrero de 1999, 5 de julio de 2000, 28 de mayo y 14 de junio de 2002, por lo que procede desestimar el recurso planteado sin que sea obstáculo para ello el hecho de que el Juzgado de primera instancia admitiera el recurso puesto que es a esta Sala a quien en definitiva le corresponde decidir sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del mismo, y los motivos legales en que puede fundarse la no admisión de un recurso son pertinentes al resolver sobre el fondo para desestimarlo, aún cuando se haya admitido, porque las razones de inadmisión son suficientes, si resulta demostrada su existencia, para que los recursos a que se contraen deban ser rechazados (SSTS 22-11 y 23-12-2.002, 5-6, 22-9 y 27-11-2003, 17-3, 18-4 7 13-3-2005 entre otras muchas) ": SAP Lleida (Sección 2) 08.05.2012 (Sentencia 191/2012; Rollo 321/2011)

AP Madrid (Sección 28)

"SEGUNDO Elartículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite al tribunal apreciar de oficio, en cualquier momento del proceso, la falta de capacidad para ser parte o de capacidad procesal.
En el supuesto de autos, la demandada reconviniente, tras contestar a la demanda y formular la reconvención (18 de febrero de 2004) fue declarada en concurso de acreedores porauto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid con fecha 8 de mayo de 2006, quedando sometida la concursada al régimen de intervención.
El recurso de apelación contra lasentencia recaída en primera instancia fue preparado el día 29 de septiembre de 2006 e interpuesto con fecha 14 de noviembre de 2006 y, en consecuencia, encontrándose la recurrente declarada en situación de concurso.
Estando sometida la concursada al régimen de intervención de los administradores concursales, su capacidad procesal para interponer recursos aparece limitada por elartículo 54 de la Ley Concursal según el cual, el deudor, en caso de intervención, conserva como regla general la capacidad para actuar en juicio, sin embargo precisa de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.
En el supuesto enjuiciado, el resultado del recurso afecta al patrimonio del concursado, lo que no se ha puesto en duda, desde el momento en que ha sido condenado a la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la sentencia y se interesa la estimación de la reconvención formulada por la concursada que contiene una pretensión de condena al pago de una indemnización y el rechazo de la nulidad de una marca titularidad de la reconviniente que constituye un bien integrado en la masa activa del concurso.
Para la interposición del recurso de apelación la concursada debió completar su capacidad procesal recabando la conformidad de la administración concursal, lo que no verificó la apelante, por lo que el recurso debió ser inadmitido, transformándose ahora la causa de inadmisión en motivo de desestimación del mismo.
No puede oponerse a esta conclusión la ratificación de la interposición del recurso por parte de la concursada, una vez se ha dictado sentencia aprobatoria del convenio, pues ni siquiera se ha acreditado el estado actual de la tramitación del concurso pudiendo haberse incumplido el convenio con las consecuencias señaladas en elartículo 143.1.5 de la Ley Concursal por lo que no cabe entender subsanado el defecto por la ratificación de la propia sociedad recurrente, cuyas facultades para ello no están debidamente justificadas en este momento procesal.
Por otra parte, no resulta de aplicación elartículo 51 de la Ley Concursal pues dicho precepto regula los efectos de la declaración del concurso sobre los juicios declarativos en que el deudor sea parte que estuvieran en tramitación al tiempo de dicha declaración, los cuales continuarán ante el órgano en el que se sustancia y hasta la firmeza de la sentencia, salvo que proceda, conforme a lo indicado en dicho precepto, la acumulación al concurso y sin perjuicio de la incidencia de dicha declaración en su capacidad para actuar en juicio según se halle sometido al régimen de suspensión o intervención, lo que no obsta para que la interposición de un recurso por el concursado en un juicio declarativo iniciado con anterioridad a la declaración de concurso exija, en caso de intervención, la conformidad de la administración concursal, en tanto que la
interposición del recurso conforme alartículo 54 de la Ley Concursal requiere dicha conformidad con independencia de que el juicio se hubiera iniciado antes o después de la declaración de concurso y su ausencia determina la falta de capacidad procesal del recurrente.
Por último, la falta de conformidad de la administración concursal para formular recursos no determina la anulabilidad del acto procesal realizado sin dicha conformidad en aplicación delartículo 40.7 de la Ley Concursal, sino que implica un defecto de capacidad procesal sujeto a las consecuencias previstas en la legislación procesal civil, refiriéndose el citado precepto a los actos realizados por el deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en elartículo 40 de la Ley Concursal, esto es, las que afectan a las facultades de administración y disposición fuera del proceso al estar contempladas las limitaciones relativas a su capacidad procesal y para ser parte en losartículos 51 y siguientes de la Ley Concursal.": SAP Madrid (Sección 28) 24.09.2009 (AC 2009/2098; Sentencia 229/2009; Rollo 235/2008)

AP Madrid (Sección 14)

"La parte apelada se opone al recurso de apelación alegando en primer término que es inadmisible por falta de legitimación de la concursada apelante, al no existir autorización o conformidad de la Administración Concursal para la interposición del recurso de apelación (artículo 54.2 de la Ley Concursal).
SEGUNDO.- En el supuesto presente, la solicitud de concurso voluntario fue presentada por la aquí demandada el 15 de enero de 2010 y ha sido declarado el concurso porauto de 17 de mayo de 2010 del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid (procedimiento 33/10), publicado en el BOE del día 29 del mismo mes y año, esto es, con posterioridad a la demanda -4 de noviembre de 2009- y a la contestación -9 de febrero

de 2010- y con anterioridad a lasentencia aquí recurrida -6 de julio de 2010 - y, por tanto, a la preparación del recurso de apelación objeto de la presente resolución.
La deudora concursada, según el auto de declaración en concurso voluntario publicado en el Boletín Oficial del Estado, conserva las facultades de administración y de disposición de su patrimonio, pero sometidas éstas a la intervención de la administración concursal.
Es de aplicación lo dispuesto en elapartado 1 del artículo 51 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, que señala: "los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia". Y nos encontramos en el supuesto previsto en el apartado 3 (intervención) en el que la deudora continúa conservando la capacidad para actuar en juicio, no en el regulado en el apartado 2 del mismo precepto (suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor).
Elartículo 54.2 de la Ley Concursal dispone: "En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. (...)".
Sobre la necesidad de autorización o conformidad de la administración concursal para la interposición por la concursada voluntaria de un recurso contra una sentencia cuando la declaración del concurso se ha producido después de la interposición de la demanda y puede afectar al patrimonio de la deudora concursada, laAudiencia Provincial de Zaragoza, sección 4ª, en sentencia de 9 de septiembre de 2009 se ha pronunciado en sentido positivo y ha considerado que la ausencia de tal autorización o conformidad implica falta de capacidad de la mercantil recurrente para la interposición del recurso, dando las razones siguientes: "Elartículo 40 de la Ley Concursal regula los efectos patrimoniales sobre el deudor que genera la declaración del concurso. Para el supuesto de concurso voluntario, que es el caso, se previene que el deudor conserve las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad. A diferencia del concurso necesario en el que, en principio, se provoca una suspensión en el deudor en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. No harían falta más consideraciones para entender que la mercantil recurrente no ha obtenido, aunque la recabó, la autorización de la AC para interponer el recurso. Porque en aplicación de esa regla general posteriormente se regulará con todo detalle las consecuencias que la declaración de concurso generan en la capacidad procesal del concursado, distinguiéndose los supuestos de nuevos juicios declarativos(artículo 50 LC) del de, que es el caso, continuación de los pendientes(artículo 51 LC). Para éste último supuesto se previene, como regla general, su continuación "hasta la firmeza de la sentencia", identificándose quien ostentaría la representación de la concursada, para lo que se distinguirá entre el supuesto de suspensión, en el que la AC sustituirá al deudor(artículo 51.2 LC), del de intervención en el que "el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio", pero con capacidad limitada pues, a continuación, la norma someterá a autorización de la AC aquéllos actos procesales de parte que supongan "desistir, allanarse total o parcialmente y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio"(art. 51.3 LC). (...). En cualquier caso, aunque con no muy buena sistemática, con posterioridad y con relación al ejercicio de nuevas acciones, elartículo 54.2 LC definirá la capacidad que tiene el concursado en el supuesto de intervención, la que se conserva pero con "la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio". Por tanto el precepto alcanza no sólo a nuevos procesos sino también a nuevas instancias de un anterior proceso iniciado, bien antes del concurso bien después con autorización de la AC: aun para éste último supuesto sería necesaria la conformidad de la AC aun cuando hubiera autorizado inicialmente la demanda. La segunda instancia o ulteriores grados jurisdiccionales conllevan el peligro de un nuevo coste económico, que por ser crédito concursal, exigen una ponderación por la AC. (...) Bastará lo indicado para concluir que la concursada no puede interponer recurso sin la autorización de la AC".
En el supuesto litigioso, no consta la existencia de autorización o conformidad de la administración concursal para interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada en la primera instancia, pero tampoco tenemos constancia de la fecha en que la administración concursal aceptó el cargo, de modo que no se puede afirmar que a la fecha de preparación del recurso de apelación era exigible la autorización o conformidad de la administración concursal para tal preparación y subsiguiente interposición, al tener que partir de la interpretación más favorable al recurrente conforme a la doctrina constitucional sobre el acceso a los recursos.
De cualquier modo, aún cuando entendiéramos que era exigible la autorización o conformidad de la administración concursal para la preparación e interposición del recurso de apelación, la falta de complemento de la restricción limitada de la capacidad de la apelante, mediante la autorización o conformidad referida, daría lugar al pronunciamiento de indebida admisión del recurso de apelación y esta indebida admisión no lleva necesariamente a una declaración de nulidad, tampoco pedida por los apelados, ya que es doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que los motivos legales en que puede fundarse la no admisión de un recurso, son pertinentes al resolver sobre el fondo para desestimarlo, aún cuando se haya admitido, pues las razones de inadmisión son suficientes, si resulta demostrada su existencia, para que los recursos a que se contraen deban ser rechazados (sentencias del Tribunal Supremo de 8/11/00,12/12/00,6/2/01,28/3/01,22/12/01,10/5/02,31/5/02,22/11/02,23/12/02,5/6/03,9/6/03,22/9/03,27/11/03,17/3/04,18/4/05 y13/5/05, entre otras muchas), o, lo que es igual, que lo que es causa de inadmisión del recurso, en fase de decisión se torna en causa de desestimación, procediendo, en tal caso, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, la condena de la apelante al pago de las costas causadas en la segunda instancia(artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento civil).”: SAP Madrid (Sección 14) 24.02.2011 (JUR 2011/143473; Sentencia 93/2011; Rollo 729/2010)

AP Vizcaya

“PRIMERO La demandante Consorcio Ganadero S.L. formuló demanda el 9 de julio de 2.007 interesando la nulidad de los convenios concursales de 2 de octubre de 2.006 aprobados porsentencia de 23 de octubre de 2.006 dictada en los autos de concurso ordinario nº 9/04 de Energía Viva S.A. en Liquidación, Complejo Cárnico Picos de Europa S.A. en Liquidación, Raciones Naturales S.A.U. en Liquidación y Grupo Carneus S.L. en Liquidación, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, al amparo delart. 143.1.4 de la Ley Conursal, en relación con los arts. 1.265 y demás concordantes del Código Civil, alegando haber incurrido en vicio de consentimiento por error en su compromiso de adquisición de activos y por dolo negocial, y subsidiariamente, se declare la imposibilidad de cumplimiento de la actora como consecuencia de la imposibilidad sobrevenida, al amparo de losarts. 1.184 y 1.272 del Código Civil.
Consta en autos que la actora Consorcio Ganadero S.L. ha sido declarada en concurso voluntario porAuto de 11 de julio de 2.007, en los autos nº 475/07 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Segovia, designando a Administradores Concursales, y declarando la invervención de Consorcio Ganadero S.L. en el ejercicio de sus facultades de administración ydisposición de su patrimonio, que quedan sujetas a la autorización o conformidad de los administradores <folio 263 y ss de autos>.
Contra la sentencia desestimatoria de las pretensiones contenidas en la demanda, Cosorcio Ganadero S.L. ha interpuesto recurso de apelación con fecha 21 de abril de 2.008, en base a los motivos de impugnación que consideró pertinentes, a los que se han opuesto las Mercantiles demandadas alegando, como cuestión previa, la ausencia del requisito procesal necesario de conformidad de la Administración Concursal para la formalización del presente recurso de apelación, en virtud delart. 54.2 de la Ley Concursal.
SEGUNDO ElAuto de declaración de concurso del Consorcio Ganadero S.L. de fecha 11 de julio de 2.007 declaró la intervención de las facultades de administración y disposición de la concursada, por lo que, como efectos de la declaración del concurso en el ejercicio de acciones judiciales de la concursada, el deudor conserva su legitimación, si bien necesitará la autorización de la administración concursal para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando ello pueda afectar a su patrimonio, de conformidad con elart. 54.2 de la Ley Concursal.
En el caso de autos, es evidente que no habiendo dado la Administración Concursal autorización para la interposición del presente recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria dictada en los presentes autos, necesario porque la apelante Concorsio Ganadero S.L. ha sido declarada en concurso el 11 de julio de 2.007, sólo cabe apreciar su falta de legitimación para interponer este recurso de alzada, por lo que la inadmisión a trámite del mismo conlleva la desestimación del recurso de apelación interpuesto.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 26.02.2009 (JUR 2009/322895; Sentencia 154/2009; Rollo 380/2008)

AP Zaragoza

“PRIMERO La primera cuestión que se ha de afrontar, y que, de estimarse, haría ocioso e impertinente entrar a conocer del fondo del recurso, hace referencia a la capacidad de la mercantil recurrente para, por su sola autoridad, interponer el recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia. Dudas de capacidad que derivan del hecho de que, con posterioridad a la presentación del escrito rector del procedimiento (demanda sellada en el decanato el 22 de febrero de 2008), la mercantil recurrente fue declarada en concurso voluntario porauto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza de fecha 19 de septiembre de 2008. En dicho auto expresamente se dispuso que "el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido al ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad".
La cuestión se ciñe a solventar si la mercantil demandante puede interponer recurso contra una sentencia cuando había sido declarada en concurso y cuando no obtuvo la conformidad de la administración concursal para esa impugnación.
Elart. 40 de la Ley Concursal regula los efectos patrimoniales sobre el deudor que genera la declaración del concurso. Para el supuesto de concurso voluntario, que es el caso, se previene que el deudor conserve las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad. A diferencia del concurso necesario en el que, en principio, se provoca una suspensión en el deudor en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio.
No harían falta más consideraciones para entender que la mercantil recurrente no ha obtenido, aunque la recabó, la autorización de la AC para interponer el recurso.
Porque en aplicación de esa regla general posteriormente se regulará con todo detalle las consecuencias que la declaración de concurso generan en la capacidad procesal del concursado, distinguiéndose los supuestos de nuevos juicios declarativos (art. 50,LC) del de, que es el caso, continuación de los pendientes (art.51 LC). Para éste último supuesto se previene, como regla general, su continuación "hasta la firmeza de la sentencia", identificándose quien ostentaría la representación de la concursada, para lo que se distinguirá entre el supuesto de suspensión, en el que la AC sustituirá al deudor (art.51.2 LC), del de intervención en el que "el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio", pero con capacidad limitada pues, a continuación, la norma someterá a autorización de la AC aquéllos actos procesales de parte que supongan "desistir, allanarse total o parcialmente y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio" (art.51.3 LC).
En realidad cualquiera que sea el contenido y el objeto del proceso existe una afección patrimonial generada por las costas que se devenguen en el proceso que pueden llegar a ser muy relevantes.
En cualquier caso, aunque con no muy buena sistemática, con posterioridad y con relación al ejercicio de nuevas acciones, elart. 54.2 LC definirá la capacidad que tiene el concursado en el supuesto de intervención, la que se conserva pero con "la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos

que puedan afectar a su patrimonio". Por tanto el precepto alcanza no sólo a nuevos procesos sino también a nuevas instancias de un anterior proceso iniciado, bien antes del concurso bien después con autorización de la AC: aun para éste último supuesto sería necesaria la conformidad de la AC aun cuando hubiera autorizado inicialmente la demanda. La segunda instancia o ulteriores grados jurisdiccionales conllevan el peligro de un nuevo coste económico, que por ser crédito concursal, exigen una ponderación por la AC.
SEGUNDO Bastará lo indicado para concluir que la concursada no puede interponer recurso sin la autorización de la AC.
No cabe atender a los razonamientos que realiza la concursada: la Sala no puede entrar a valorar la conveniencia o no del recurso para los intereses de la masa. Esa ponderación de los intereses en juego, la razonabilidad o irrazonabilidad de la pretensión o recurso y sus secuentes perspectivas de incrementar el activo del concursado por un lado, y por otro el riesgo de gravar el pasivo con unas importantes costas, está reservada a la AC: la norma previene, en los supuestos de intervención, que el juez autorice el ejercicio de una acción judicial cuando la AC lo considera conveniente y el concursado se niega pero no a la inversa, que estimándose improcedente la acción o el recurso por la AC el deudor pueda conseguir del juez una autorización que supla el consentimiento de la AC.
Es irrelevante la consideración de si la AC denegó la autorización para recurrir o la admitió condicionadamente (a la aportación de garantías), pues en ambos casos se llegaría a la misma conclusión.
Porque no es exacto que lo autorizara con condiciones. En el escrito de la AC de 25 de febrero de 2009 textualmente se afirmaba que la AC entiende que "no procede autorizar la interposición del recurso de apelación... ", si bien después se le informa que la "AC no tendría inconveniente en autorizar la interposición del... recurso, en el caso de que se nos garantizase suficientemente que en caso de ser desestimado el mismo, las costas (costas procesales) de dicha desestimación no repercutirían sobre el activo de la concursada", garantía que debía ser de confianza y suficiente (incluidas las de la defensa de la concursada).
Es verdad que, acaso innecesariamente, se afirme después que en caso de que la garantía presentada no fuere bancaria ni suficiente "se entenderá automáticamente que ésta AC NO autoriza la interposición del citado recurso de apelación", pues tal efecto era ya secuente a una condición suspensiva y cuyo adecuado cumplimiento se reservaba a la propia AC: es una interpretación manipulativa la de que la garantía no debía prestarse en el momento de recurrir "sino que se refería al momento en el que hubiese una condena en costas a la segunda instancia", pues para tal momento ya la prevención resultaría ociosa al haberse podido causar ya de manera definitiva el daño, esto es la imposición de las costas.
Ya por último advertir que corresponde a este Juzgado la competencia para resolver todo incidente o, como es el caso, la falta de un presupuesto para recurrir que se deban, por cierto, al tiempo de presentar el recurso (art.54.2 L. Concursal): el potencial incidente concursal podrá servir para resolver el conflicto interno, sobre si es pertinente o no mantener el recurso en contra del criterio de la AC pero no para que este Tribunal valore si el concursado tiene, en un proceso declarativo iniciado antes de la declaración del concurso, la capacidad necesaria para interponer y mantener un recurso, dado que la competencia funcional se mantiene a favor de este Tribunal (art. 61 Lec. con relación alart. 391 Lec.). No puede el procedimiento quedar paralizado a expensas de que, no ya se resuelva ese potencial incidente sino de que se plantee el mismo.
Las consecuencias de la falta de capacidad para actuar en el proceso del concursado, aquí interponer el recurso, ha de ser la nulidad de las actuaciones.”: SAP Zaragoza (Sección 4) 09.09.2009 (JUR 2009/429159; Sentencia 425/2009; Rollo 248/2009)

5.2 Mera anulabilidad ex art 40.7 LC

AP Madrid (Sección 8)

“Sin embargo, en cuanto a la citada situación nada ha sido acreditado (desconociéndose, por tanto, los efectos dispuestos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, según dispone el artículo 21.1.2º de la Ley Concursal), por lo que ningún pronunciamiento se hará en la presente resolución que tenga que ver con tal motivo de recurso. En este sentido hemos de entender perfectamente admitido el recurso; y ello es así, aun en el caso de que diéramos por cierta la situación concursal de la apelante y, por tanto, consideráramos que es preciso la autorización o conformidad de la administración concursal para la interposición del recurso, por cuanto ello afecta a su patrimonio en atención a lo dispuesto en los artículo 54.1 y 2 y 40.1 de la Ley Concursal, pues atendiendo al párrafo 7 de este ultimo precepto y como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 23 de julio de 2009 (Sección 3 ª): "*... la falta de constancia del cumplimiento de dicho requisito no empece a la admisibilidad del recurso, pues el acto de su interposición, aun cuando infringiera dicha limitación, no se hallaría viciado de nulidad sino de mera anulabilidad que solo cabe declarar exclusivamente a instancia de la administración concursal y siempre que ésta no lo confirme o ratifique, según lo preceptuado en el art.40 nº 7 de la citada Ley Concursal. En su consecuencia y ab initio dicho acto hemos de considerarlo válido y el recurso admisible, sin prejuicio de que en su caso la administración concursal o en su caso acreedor hagan uso de los derechos y acciones que al efecto se confieren en dicho precepto*".”: AAP Madrid (Sección 8) 28.05.2012 (Auto 141/2012; Rollo 250/2011)

AP Valladolid

“Antes de entrar a resolver sobre los motivos de impugnación que se esgrimen en dicho recurso, procede resolver con carácter previo sobre su admisibilidad, que es cuestionada por la actora-apelada ya que las dos entidades integrantes de la UTE [apelantes] han sido declaradas en concurso durante la sustanciación del procedimiento en primera instancia, no constando la conformidad de la administración concursal para la interposición del mismo. En tal sentido el análisis de los autos de declaración en concurso voluntario de ambas

entidades desvela se ha decretado en los mismos no la suspensión de las facultades de administración y disposición de las mismas, sino su mera intervención. En tal supuesto y conforme a lo dispuesto en elart. 54.2 de la ley Concursal, el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, mas precisa la conformidad de la administración concursal para la interposición de demandas o de recursos que puedan afectar a su patrimonio. En el presente caso la interposición del presente recurso de apelación es indudable afecta al patrimonio de las concursadas, pues caso de ser rechazado podrán serles impuestas las costas de la alzada, generándose así un crédito en su contra por tal concepto, sin que conste hayan solicitado y obtenido la autorización o conformidad de la administración concursal al efecto. Ahora bien, la falta de constancia del cumplimiento de dicho requisito no empece a la admisibilidad del recurso, pues el acto de su interposición, aun cuando ifringiera dicha limitación, no se hallaría viciado de nulidad sino de mera anulabilidad que solo cabe declarar exclusivamente a instancia de la administración concursal y siempre que esta no lo confirme o ratifique, según lo preceptuado en elart.40 nº 7 de la citada Ley Concursal. En su consecuencia y ab initio dicho acto hemos de considerarlo válido y el recurso admisible, sin prejuicio de que en su caso la administración concursal o en su caso acreedor hagan uso de los derechos y acciones que al efecto se confieren en dicho precepto. Se rechaza por tanto el motivo de inadmisión articulado por el apelado y se entra a conocer del recurso.": SAP Valladolid (Sección 3) 23.07.2009 (JUR 2009/361536; Sentencia 215/2009; Rollo 266/2009)

5.3 Subsanabilidad. No fomalismo

**** Tribunal Supremo ****

"CUARTO.- El presente recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de apelación se ha interpuesto por la demandante Boliden. Como quiera que una de las partes demandadas-recurridas, Banco Vitalicio, planteó en su escrito de oposición, como cuestión previa, la inadmisibilidad del recurso por falta de capacidad procesal de la recurrente, según el art. 54 de la Ley Concursal en relación con los arts. 7 LEC y 8 de la propia Ley Concursal, y la misma parte recurrida ha mantenido esa cuestión previa en el acto de la vista, necesariamente habrá de resolverse antes de examinar los motivos del recurso.
Fundada la alegada falta de capacidad procesal de la recurrente en su situación de concurso de acreedores y en que la administración concursal autorizó la preparación del presente recurso pero no su interposición, lo que habría dado lugar a un defecto insubsanable, este óbice de admisibilidad ha de ser rechazado por las siguientes razones:
1ª) Es cierto que la autorización de la administración concursal para la preparación del presente recurso expresaba literalmente que "[e]sta autorización se encuentra limitada exclusivamente a este trámiteprocesal de preparación del recurso", pero también lo es que en el escrito de interposición se manifestó haber interesado del Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso se requiriera a la administración concursal para que autorizara la interposición del recurso o, en su caso, la autorizara el propio Juzgado. A la voluntad de recurrir para ante esta Sala, manifestada por la recurrente con plena capacidad procesal, se unió una reiteración de esa voluntad en el escrito de interposición, es decir después de iniciado válidamente el trámite del recurso extraordinario por infracción procesal, y si bien tal reiteración carecía en ese momento de autorización específica por parte de la administración concursal, ya se anunciaba, no obstante, estar en trance de obtenerla, como efectivamente así sucedió en 4 de noviembre de 2010 según el auto del referido Juzgado de lo Mercantil cuya copia se incorporó a las presentas actuaciones junto con el escrito dirigido a esta Sala por los propios administradores concursales.
2ª) Dadas las anteriores circunstancias, las dudas que pudieran plantearse en torno a la interpretación del art. 54 de la Ley Concursal deben resolverse, como resulta del art. 11.3 LOPJ, "de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución", que en casos como el presente, de preparación del recurso concurriendo todos los requisitos y manifestación de la voluntad de cumplirlos en el escrito de interposición, determina que deba considerase válidamente subsanado el defecto de que se trata antes de la decisión del recurso.
Ahora bien, el rechazo del óbice de admisibilidad planteado por Banco Vitalicio tiene, como lógica contrapartida, el que la administración concursal de Boliden deba asumir por completo y sin reserva alguna cualesquiera consecuencias derivadas de la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y de la presente sentencia o, lo que es lo mismo, que no pueda ampararse, para eludir o evitar esas consecuencias, en que la interposición del recurso carecía inicialmente de su autorización.": STS 11.01.2012 (Sentencia 963/2011; Recurso 2120/2009)

AP Alicante (Sección 4)

"PRIMERO.- Acogida en la instancia la oposición articulada por la Comunidad de Propietarios Edificio … sita en Alicante … nº …, frente a la demanda de Juicio Cambiario promovida en su contra por la mercantil Clar Rehablitación S.L.U., con motivo del impago de los 2 pagarés
librados a favor de esta última, con vencimientos al 5-11-07 por importe de 89.274,14 #, y al 25-01-08 por la suma de 94.337,85 #; recurre la actora dicho pronunciamiento, objetando a ello la demandada en primer término, como motivo de inadmisibilidad de la apelación, el no haber obtenido la recurrente la autorización de la administración del concurso para plantear el presente recurso, según impone el artículo 54.2 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de Julio, al haber sido declarado aquel mediante Auto de 6-10-08 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid en el procedimiento nº 375/08, acordándose que el deudor conservaba las facultades de administración y disposición de su patrimonio, pero sometidas éstas a la intervención de la administración concursal.

Sin desconocer la realidad de tal exigencia, tampoco se puede olvidar que en el caso de autos la demanda de Juicio Cambiario se formuló antes de la declaración de concurso; pretensión que resultó avalada en fecha posterior por la propia conducta de los administración concursal, según resulta de la documentación aportada por la demandada, requiriendo a ésta el pago del crédito en cuestión, bajo apercibimiento de iniciar las oportunas acciones legales en defensa de los intereses de la demandante. Por tanto, no sería lógico, a la vista de lo expuesto, que la Sala declarase, sin más, la inadmisibilidad de la presente apelación, cuando existen datos suficientes para considerar que la administración concursal no podría actuar en sentido distinto a la actuación revisora instada por la actora, teniendo en cuenta el resultado adverso del fallo dictado en la instancia, que afecta negativamente al patrimonio de aquella; y ental sentido, la Sala estima procedente habilitar un trámite previo a la admisión de la apelación, para que se dé traslado de la misma a la citada administración, y se le confiera un plazo de cinco días al objeto de que manifieste si presta su conformidad al recurso formulado por la mercantil declarada en concurso; resolviendo a continuación el Juzgado en términos acordes con lo que dispone el artículo 54.2 de la Ley Concursal de 9-07-03, a tenor de lo que resulte de la evacuación de dicho trámite.”: SAP Alicante (Secciòn 4) 22.04.2010 (Sentencia 138/2010; Rollo 164/2010)

AP Castellón

“PRIMERO.-Por la mercantil Carpintería Permar, S.L.", asistida del administrador concursal de dicha sociedad, en estado de concurso, D. Marcial, se presentó el 23 de mayo de 2.011, demanda de juicio monitorio contra la mercantil "Servicios Inmobiliarios Torrenostra, S.L.U.", en reclamación de la cantidad de 10.986,01 euros, con fundamento en que la mercantil actora realizó para la entidad demandada diversos trabajos de carpintería en obras sitas en Almassora y Torreblanca. De la cantidad resultante correspondiente a la suma de las facturas presentadas, queda pendiente de pago actualmente la cantidad de 10.986,01 euros, que la mercantil demandada se ha negado a satisfacer alegando unos supuestos defectos de terminación.
La mercantil demandada se opuso a la demanda de juicio monitorio alegando, en síntesis, que ninguna cantidad se adeuda a la actora. Los trabajos ejecutados por la mercantil demandante no finalizaron por lo que no fueron aceptados por la demandada, requiriendo ésta a la actora para que subsanara los defectos. La entidad demandante se llevó unas puertas al objeto de repararlas, no devolviendo las mismas, debiendo la demandada hacer frente a su importe que asciende a la suma de 2.481,89 euros.
Ante la oposición formulada, el juzgado concedió el plazo de un mes a la mercantil actora al objeto de presentar la demanda de juicio ordinario, lo que así efectuó la demandante, alegando como fundamento de su pretensión que sobre las facturas que amparaban los trabajos realizados por la actora, la demandada procedió a efectuar las retenciones por un importe total de 21.986,01 euros, a cuya suma debe descontarse la de 11.000 euros, importe de un préstamo que por dicho importe fue abonado por la demandada a la mercantil actora, resultando la suma de 10.986,01 euros que se reclama en la demanda. No es cierto que no se subsanaran los defectos a los que hace referencia la parte demandada, por cuanto los defectos que le fueron indicados por la demandada se repararon entre los meses de septiembre y noviembre de 2.010. En relación al importe que se reclama por unas puertas que se cambiaron, debe indicarse que es cierto que la demandada tuvo una fuga de agua que mojó varias puertas, por lo que pidieron un presupuesto a la demandante para cambiar las puertas, presupuesto que fue aceptado por la demandada, cambiando la actora las puertas estropeadas por otras nuevas.
La mercantil demandada contestó a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora con fundamento en los siguientes hechos, expuestos en síntesis: Habiéndose procedido a la compensación por parte de la actora de la suma de 11.000 euros en concepto del préstamo que le fue concedido por la entidad demandada, si bien se acepta dicha compensación, se adeuda por la actora los intereses de dicha suma conforme a lo pactado, bien hasta la fecha de la compensación o, en su caso, al estar la mercantil declarada en concurso, hasta la fecha de la declaración de concurso. Si bien la mercantil demandante ejecutó unos trabajos en los edificios de Almassora y Torreblanca, dichos trabajos en ningún momento fueron debidamente aceptados por la actora, al no haber sido finalizados ni repasados los defectos. Las retenciones de las obras ascienden a un total de 1.834,96 euros, con lo que llevándose a cabo el descuento efectuado por la actora del préstamo concedido, aún resultaría un crédito a favor de la demandada de 9.165,04 euros. En relación a las puertas, resulta incierto que la demandada tuviera una fuga de agua que mojase y estropease las puertas de la obra. Dicha fuga de agua fue ocasionada por la actora durante la colocación de las cocinas, ya que en más de una ocasión durante su instalación agujerearon varias tuberías, al igual que la rotura de varios azulejos, de cuyas reparaciones tuvo que hacerse cargo la demandada, ascendiendo su importe a 841 euros la fuga de agua y 5.608,05 euros más IVA, la reparación de los azulejos, cuyos importe deberán compensarse, por lo que ninguna cantidad adeuda la demandada.
La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y contra dicha sentencia interpone recurso de apelación la mercantil demandante solicitando su revocación y, en su lugar, se estime la demanda por ella formulada.
SEGUNDO.-La sentencia recurrida desestimó la demanda al detraer de la cantidad reclamada en la demanda la suma de 8.931,39 euros, por los desperfectos que causó la empresa demandante al ejecutar los trabajos de carpintería, más la cantidad de 11.000 euros de principal del préstamo que le fue concedido a la actora, a la que debe añadirse el interés pactado desde el día del vencimiento del préstamo que lo fue el 20 de diciembre de 2.010. En consecuencia, siendo la suma de dichas cantidades superior a la reclamada en la demanda, procedía desestimar la demanda.
La parte apelante discrepa de los razonamientos de la sentencia recurrida fundamentando su recurso en una errónea valoración de la prueba por parte de la sentencia apelada, por entender que los desperfectos que pudieran existir en la obra no son atribuibles a la mercantil demandante, por lo que ninguna cantidad debe deducirse de la reclamada en su demanda.

Previamente al examen del motivo del recurso debe resolverse sobre la causa de inadmisión alegada por la parte demandada en su escrito de oposición al recurso de apelación, relativa a la falta de conformidad del administrador concursal de la mercantil demandante para interponer el recurso de apelación, como viene a exigir el artículo 54.1 de la Ley Concursal, que establece que para el ejercicio de las acciones correspondientes comparecerá en juicio el propio concursado, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, por lo que no constando la conformidad del administrador concursal de la entidad demandante para la formulación del recurso de apelación procede declarar su inadmisión.
Para la resolución de la cuestión ahora controvertida debe tenerse en cuenta que tanto la demanda de juicio monitorio como la de juicio ordinario fue interpuesta conjuntamente por la mercantil actora y el administrador concursal que lo hacen bajo una misma representación procesal y dirección letrada. En el encabezamiento del escrito de interposición del recurso sólo se hace mención a la mercantil demandante, sin embargo, en el escrito de personación ante esta Audiencia se presenta el escrito conjuntamente por la mercantil actora y por el administrador concursal, el cual vino a dar su conformidad a la decisión de la entidad actora de recurrir la sentencia al dar traslado a la parte apelante de dicha causa de inadmisión alegada por la parte demandada.
De lo anteriormente expuesto se desprende que la omisión del administrador concursal en el encabezamiento del escrito de interposición del recurso obedece a un mero error material en la redacción de dicho escrito y no a una falta de autorización del administrador concursal, como lo demuestra que el escrito de personación como parte apelante ante esta Audiencia venía encabezado por el administrador concursal conjuntamente con la mercantil demandante, y que posteriormente fue ratificada dicha autorización por el escrito presentado por dicho administrador, subsanando de esta forma dicha omisión, la cual afecta a un supuesto de capacidad procesal, como así se desprende del artículo 7 apartado 8º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al indicar que las limitaciones a la capacidad de quienes están sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal, defecto de capacidad que puede ser objeto de subsanación como reiteradamente tiene declarado la doctrina jurisprudencial, por lo que debe ser rechazada dicha causa de inadmisión alegada por la parte demandada.": SAP Castellón (Sección 3) 28.06.2012 (Sentencia 342/2012; Rollo 263/2012)

AP La Coruña

"PRIMERO.- Como cuestión previa, habiéndose invocado por el apelado la inadmisibilidad del recurso de apelación, al haber sido declarada en concurso de acreedores Inversiones Crisal S.L., careciendo la representación procesal de la misma de capacidad para interponer el recurso de apelación, procede desestimar tal alegación, pues si bien es cierto que el concurso se decreta por auto de 3 de Mayo de 2012, también lo es que a través de diligencia de ordenación del Juzgado de 20 de Junio de 2012 se le requirió a fin de que presentase la conformidad de la administración concursal conforme al art. 54.2 de la L.C., lo que se llevó a efecto por el administrador concursal único, presentándose en plazo escrito en el Juzgado.
Por lo demás, nótese que la apelación se llevó a cabo según registro de entrada el 1 de Junio, y que la publicación de los edictos no se hizo hasta el 29 de Mayo de 2012 comunicando tal situación concursal, defecto subsanado en cualquier caso por el administrador de la sociedad mercantil.": SAP La Coruña (Sección 3) 25.03.2013 (Sentencia 150/2013; Rollo 479/2012)

AP Las Palmas

"PRIMERO.- Se alza la representación de la parte demandante frente a la sentencia dictada en la primera instancia desestimatoria de la demanda.
La parte demandada y apelada, Empresa Municipal de Viviendas y Suelo de la ciudad de Telde S.L.U., en su escrito de oposición al recurso de apelación opone la excepción de falta de capacidad y representación procesal por haber sido declarada la mercantil recurrente Gestión de Cooperativas Europa S.A.U. en concurso voluntario de acreedores en virtud de Auto de 30 de julio de 2007 del Juzgado de lo Mercantil no 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en procedimiento concursal 18/2007. En el referido auto se acordó quedaran suspendidas las facultades de administración y disposición que tenga la deudora sobre su patrimonio, siendo sustituido por los Administradores Concursales.
Pone de relieve la parte apelada que pese a que el recurso de apelación fue anunciado el día 24 de septiembre de 2010 y formalizado el 15 de noviembre de 2010, no consta en las actuaciones que la interposición del recurso de apelación haya sido autorizada por la Administración Concursal, lo que debe llevar, al entender de esta parte, a la inadmisión del recurso de apelación con condena en costas a la apelante.
La recurrente junto con escrito presentado el 28 de febrero de 2011 aportó escrito firmado por los tres Administradores concursales integrantes de la administración concursal de Gestión de Cooperativas Europa S.A.U. designados en el procedimiento 18/2007 por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Las Palmas, Don Eutimio, Don Marcial y Don Jose Manuel, en el que dejan expresa constancia de que el recurso de apelación fue anunciado e interpuesto en los presentes autos con la autorización de la administración concursal.
La Sala por Auto de 7 de julio de 2011 admitió la aportación de los documentos propuestos por las partes, a saber por la apelada la publicación en el BOE de 18 de septiembre de 2007 del correspondiente edicto expedido por la Secretaria Judicial del Juzgado de lo Mercantil 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en relación a la declaración de concurso de "Gestión de Cooperativas Europa, Sociedad Anónima Unipersonal", en procedimiento concursal 18/2007 de dicho Juzgado, edicto en el que figuran los nombres de los administradores concursales designados; y por la parte apelante, el escrito antes referido firmado por los administradores concursales.
Constando por tanto que el recurso de apelación formulado por la entidad actora lo ha sido con conocimiento y autorización de los administradores concursales designados, no cabe acoger la causa de inadmisión alegada

de contrario, procediendo el examen de fondo del recurso interpuesto.”: SAP Las Palmas (Sección 5) 21.12.2012 (Sentencia 596/2012; Rollo 208/2011)

AP Madrid (Sección 20)

“SEGUNDO: La parte apelada, "ENCASA SOLUCIONES FINANCIERO INMOBILIARIAS, S.L.", "HIJOS DE GARCIA MUÑOZ, S.L.", DOÑA Caridad y DON Efrain, alega la inadmisibilidad del recurso por falta de autorización de la administración concursal del concurso voluntario de la mercantil apelante para formular el presente recurso, y, en cuanto al fondo, se opone y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.
TERCERO: La causa de inadmisibilidad planteada por la parte apelada no puede prosperar. Es cierto que al tiempo de prepararse el presente recurso, "GV4" se encontraba declarada en Concurso de Acreedores (voluntario), pero no consta que la recurrente haya sido suspendida en sus facultades de administración y disposición, por lo que ha de presumirse que sólo tenía intervenidas tales facultades, de donde se deduce que estaba el administrador de la sociedad plenamente capacitado para el planteamiento de la apelación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40-1 de la Ley Concursal, pues en tales supuestos el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio (artículo 54-2), y, si bien es cierto que precisa la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio, la ley no impone una forma específica en que debe ser otorgada, de tal manera que puede hacerse mediante correspondencia, incluso por correo electrónico, que es lo que ha ocurrido en el presente caso según consta por la copia acompañada como documento nº 2 del escrito de la parte apelante de fecha 20 de junio de 2012, obrante al presente Rollo, cuya autenticidad no ha sido formalmente cuestionada.”: SAP Madrid (Sección 20) 25.09.2012 (Sentencia 432/2012; Rollo 484/2011)

AP Murcia

“PRIMERO Frente a la Sentencia de primera instancia, que estima íntegramente la demanda interpuesta y condena a la parte demandada en los términos interesados por la actora, se alza aquella en base a las alegaciones que realiza en el escrito de interposición del recurso, solicitando su revocación y que se dicte otra por la que se desestime dicha demanda y sea absuelta de las pretensiones deducidas en su contra. Y previamente a entrar en el fondo del recurso, debe resolverse sobre la cuestión previa planteada por la parte apelada, en su escrito de oposición al recurso de apelación, consistente en señalar que la recurrente no reúne los requisitos necesarios para la interposición del recurso de apelación, al haber sido declarada en concurso voluntario en procedimiento número 357/2008 seguido en el Juzgado de lo Mercantil número uno de Murcia, por lo que -sigue diciendo la parte apelada- al no constar que la apelante cuente con la autorización de la administración concursal para la interposición del recurso, habría que poner fin al mismo, de conformidad con lo dispuesto en elartículo 54.2. de la Ley Concursal. Pero tal cuestión previa debe ser rechazada, toda vez que la parte apelante, a requerimiento de este Tribunal, ha acreditado documentalmente en el presente rollo que la interposición del recurso de apelación cuenta con la conformidad de la administración concursal, de tal manera que no concurre la falta de requisitos que la parte apelada plantea como cuestión previa, que debe ser, por tanto, rechazada.”: SAP Murcia (Sección 5) 18.03.2010 (Sentencia 89/2019; Rollo 274/2009)

AP Pontevedra

“SEGUNDO.-Peticiona con carácter previo el apelado Sr. Evaristo la inadmisión del recurso argumentando que la entidad actora fue declarada en situación de concurso voluntario mediante auto dictado el 11.2.2014, interponiendo la apelación sin constar autorización del administrador concursal, con defecto de capacidad procesal y vulneración de los arts. 54.2 LC y 7.8 LEC.
Reiterado criterio jurisprudencial considera que la falta de autorización o conformidad de la administración concursal para el ejercicio de acciones judiciales por el deudor declarado en concurso voluntario constituye defecto subsanable que no presupone la nulidad o ineficacia de la demanda o recurso, pues en tal caso la administración concursal únicamente interviene, no sustituye, a la concursada, sin perjuicio de posterior autorización o confirmación mediante convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación. El concursado no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial, y la omisión de la referida autorización no trasciende al proceso declarativo sino que pertenece al ámbito interno del procedimiento concursal - SS. AP Madrid (Secc. 13ª) 25.1.2013 y (Secc. 12ª) 27.2.2014, AP Oviedo (Secc. 5ª) 26.12.2013 y AP A Coruña (Secc. 6ª) 9.6.2014 -.
En el supuesto enjuiciado la deficiencia constatada, y denunciada por la parte apelada es objeto de procedente subsanación en la alzada por la recurrente, debiéndose concluir la regular admisión y tramitación de la apelación.”: SAP Pontevedra (Sección 3) 11.03.2015 (Sentencia 70/2015; Rollo 451/2014)

6. Conformidad tácita o implícita

AP Valencia

“TERCERO.- El primer motivo de recurso reitera el obstáculo procesal, que afecta a la legitimación activa y pasiva de la demandada reconviniente, pues se encuentra en concurso, y no hay constancia documental de que los administradores concursales sean conocedores de la existencia de este procedimiento, con arreglo al artículo 54 de la LC.
Tal cuestión fue desestimada en la audiencia previa por el juez de la primera instancia, sin que se recurriera por el abogado de la actora (folio 137), y sin que en el escrito de preparación de la apelación contra la

sentencia apelara también contra esa resolución. Por tanto, el planteamiento que se hizo después, en el escrito de interposición del recurso, fue extemporáneo.
De todas las maneras la pretensión no podía prosperar conforme al artículo 51 LC, pues cuando el 31 de mayo de 2007 la demandada contestó a la demanda y formuló demanda reconvencional (folios 69 a 86) no se hallaba en concurso de acreedores; además, consta en las actuaciones el auto de declaración del concurso voluntario de acreedores de Patrimonial Arenall S.L., dictado por el Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Valencia en fecha 2 de octubre de 2008, donde «3.- Se nombra administradores concursales a D./Dña. Antonio, como Abogado, /.../ a D./Dña, Esteban, como Censor Auditor de Cuentas /.../ y a BANCAJA, como Acreedor» (folios 144 a 156), y se aportó por la representación de la demandada el informe preceptivo de la Administración Concursal, de fecha 14 de abril de 2008, relativo al Detalle de los Litigios que afectan al Inventario, en el que se menciona este «Juicio Ordinario nº 69/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Requena. Demanda interpuesta por DOÑA María, frente a PATRIMONIAL ARENALL, S.L. el 31 de enero de 2007» de cuyo objeto y estado procesal da cuenta puntual (folios 194 y 195). En consecuencia, es patente que la Administración Concursal de la demandada es conocedora de las presentes actuaciones y de sus incidencias, y que la capacidad procesal de la parte demandada reconviniente está perfectamente integrada." SAP Valencia (Sección 6) 02.03.2010 (Sentencia 127/2010; Rollo 832/2009)

"PRIMERO. La entidad Hifeda SL presentó demanda ejercitando la acción social de responsabilidad frente a Juan Francisco en solicitud de su condena al pago total de 1.314.813,6 euros por los daños causados a la entidad actora.
La parte demandada se opuso a tal pretensión.
La sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 Valencia desestima la demanda por no acreditarse el daño causado por el demandado a la entidad actora.
Se interpone recurso de apelación por la entidad demandante, declarada en concurso, alegando el error de valoración de la prueba al acreditarse la actuación negligente del Sr Juan Francisco y el daño causado, solicitando la revocación de la sentencia por otra que estime la demanda.
SEGUNDO. La primera cuestión a tratar es de carácter procesal y afecta a la legitimación de la entidad demandante, por su situación concursal, a la hora de interponer el recurso de apelación, pues la parte apelada denuncia como cuestión previa que no se justifica la autorización de la administración concursal con infracción del artículo 54 de la Ley Concursal.
Este obstáculo procesal para acceder a la segunda instancia no puede ser admitido. Dada la excesiva dilación temporal en la tramitación del presente procedimiento (se incoa en 2006 y la sentencia del Juzgado Mercantil es de 2012), resulta que la entidad demandante fue declarada en concurso de acreedores en el año 2009, pero consta a folio 2149 que la administración concursal conocedora del presente procedimiento, autorizo la continuación del mismo bajo la dirección letrada inicial, por lo que ha de entenderse dispuesta también para el recurso de apelación.": SAP Valencia (Sección 9) 27.12.2012 (Sentencia 469/2012; Rollo 680/2012)

AP Valladolid

"SEGUNDO.- Aduce la apelada que la actora que se encuentra en concurso no ha solicitado la autorización pertinente a la administración concursal de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 54.2 LC.
Tal aseveración no es cierta. Basta examinar el escrito de D. Ernesto, Administrador concursal en el expediente de concurso voluntario de acreedores de la mercantil Semillas y Cereales Justino y ver que en el mismo se dice: "Presta su conformidad a la mercantil SEMILLAS Y CEREALES ESTEBAN RUIZ S.L. para que su representante legal pueda interponer dicha demanda, sosteniendo la petición contenida en el Suplico de la misma durante la completa sustanciación del procedimiento judicial". Es decir, la autorización no se limita a la presentación de la demanda sino a la completa sustanciación del procedimiento judicial, estando comprendido dentro de ello el recurso de apelación.": SAP Valladolid (Sección 3) 07.03.2013 (Sentencia 71/2013; Rollo 378/2012)

7. Denegada la conformidad de la AC ¿puede ser suplida por el juez?

AP Alava

"PRIMERO.-Pretende, la parte apelante, que se autorice o convalide la interposición y consiguiente tramitación del recurso de apelación ya presentado por la apelante contra la sentencia nº 204/2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de esta ciudad, en autos de Procedimiento Ordinario 366/2011, y en virtud de la cual se desestimó la demanda interpuesta, en su momento, por la recurrente, absolviéndose a la Cía. Aseguradora "MutuaVenir Mutua SRPF" de las pretensiones deducidas en su contra, sin expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.
SEGUNDO.-Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz de las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir dado que irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o útiles para la debida resolución de la causa, y una vez examinado lo actuado, hemos de comenzar indicando que la reseñada sentencia nº 204/2012, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de esta ciudad y de fecha 9 de octubre de 2012, obedece a una demanda interpuesta por la ahora apelante, la concursada Reymarc Europa, S.L., siendo el Auto de declaración en concurso de 26 de mayo de 2009 y su efecto sobre las facultades patrimoniales de la deudora el de la intervención.
Según el artículo 54.2 de la Ley Concursal : en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o

recursos que puedan afectar a su patrimonio, y habiendo el Tribunal Supremo argumentado en sentencias como la de 28 de mayo de 2012 que: en consecuencia, de aplicar un criterio sistemático deriva la procedencia de entender que los recursos a que se refiere el artículo 54 -al efecto de exigir la conformidad de la administración concursal - son los que se interpongan en los procesos iniciados después de la declaración del concurso, ya que se trata de los que el precepto regula, y no los que se interpongan en los que en ese momento estuvieran pendientes, regulados en el artículo 51, se presenta, en el caso que nos ocupa, precisa la conformidad de la administración concursal para recurrir la indicada sentencia nº 204/2012, dictada en fecha 9 de octubre de 2012, por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de esta ciudad, y ello, ya que el proceso en el que se dictó la misma se inició después de la declaración en concurso de la ahora apelante, concretamente, en febrero de 2011, y el recurso puede afectar a su patrimonio.
Y, dado que si bien dicho precepto 54.2 de la Ley Concursal añade que si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla, solo habla de demanda y no de recurso, y aunque se entendiera que demanda y recurso merecen un mismo régimen al no existir razón para la diferenciación, no contempla, el reseñado precepto, el supuesto contrario, es decir, que si la concursada estimase conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda o de un recurso y la administración concursal se negara a dar la conformidad, el juez del concurso puede, también, autorizar a la concursada para interponerla/o, entendemos que no ha lugar a acoger la pretensión de la parte apelante y es que, como sostiene la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de 9 de septiembre de 2009, y compartimos, la Sala no puede entrar a valorar la conveniencia o no del recurso para los intereses de la masa, esa ponderación de los intereses en juego, la razonabilidad o irrazonabilidad de la pretensión o recurso y sus perspectivas de incrementar el activo de la concursada, por un lado, y por otro, el riesgo de gravar el pasivo con costas, está reservada a la administración concursal ya que, como ya hemos expuesto, la norma previene, en los supuestos de intervención, que el juez autorice el ejercicio de una acción judicial cuando la administración concursal lo considera conveniente y la concursada se niega pero no a la inversa.
Ahora bien, no desconociendo que existen autores que sostienen que si la administración concursal no se aviene a prestar la conformidad interesada, para interponer demandas o recursos por la concursada, procedería resolver la cuestión a través del incidente concursal regulado en los artículos 192 a 196 de la Ley Concursal, es decir, que, asimismo, el Juez del concurso puede autorizar a ésta, la concursada, para interponer la demanda o el recurso, no cabe desconocer que, en el presente caso, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de esta ciudad es posterior a la apertura de la fase de liquidación, lo cual, se produjo mediante Auto de 3 de marzo de 2011, Auto en el que, asimismo, se acordó, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley Concursal, que durante la fase de liquidación quedaban en suspenso las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio con todos los efectos establecidos en el Título III de la LC (de forma que, conforme al artículo 54.1 : en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal), y, asimismo, se declaró disuelta Reymarc Europa, S.L., cesando en su función sus administradores sociales que eran sustituidos por la administración concursal, por lo que desde dicho momento la única legitimada para interponer el recurso de apelación en cuestión era y lo es la administración concursal, no la concursada que no lo estaba, ni siquiera, para interponer la demanda rectora del presente incidente pues el artículo 145 de la Ley Concursal actualmente establece como única salvedad la de continuar (por lo que han de encontrarse ya iniciados) los administradores en la representación de la concursada en el procedimiento (el concursal ha de entenderse) y en los incidentes (repetimos, ya, igualmente, iniciados) en los que sea parte.
Y, considerando que lo razonado y decidido por la Juzgadora de instancia y lo hasta el momento argumentado no vulnera el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva, concretamente de la concursada pues el Sr. Benedicto no ha recurrido la sentencia apelada, y ello, dado que el texto constitucional posibilita el acceso a la jurisdicción y la intervención en ésta para hacer valer un derecho del que se presenta ser titular o se invoca una interés legítimo, titularidad o interés legítimo que no es apreciable, es más procede negar, respecto de la recurrente en base a lo hasta el momento expuesto, y entendiendo que el pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia ha de mantenerse por su propio fundamento, llegamos a la conclusión de que procede la desestimación del recurso de apelación.“: SAP Alava (Sección 1) 24.04.2014 (Sentencia 109/2014; Rollo 32/2014)

8. Acreditaciòn de la conformidad

AP Oviedo

“SEGUNDO.-La alegada falta de legitimación o defecto de capacidad procesal del accionante se sustenta en que aquél precisa, de acuerdo con el art. 54 de la Ley Concursal, de la conformidad de la Administración Concursal para accionar, y así es y lo dispone el art. 40.1 en caso de concurso voluntario respecto de las facultades patrimoniales del deudor y el art. 54.2 respecto del ejercicio de acciones por el concursado remitiéndose el art. 7.8 LEC a su régimen, pero de autos resulta que el auto del concurso dispone la intervención de la Administración (folio 20) y que la demanda viene suscrita por el Administrador Concursal junto con el Letrado y Causídico designados por el concursado, lo que tanto debe de entenderse como conocimiento y conformidad de la intervención de su presentación.”: SAP Oviedo (Sección 5) 02.06.2015 (Sentencia 158/2015; Rollo 192/2015)

AP Pontevedra

"Con carácter previo la parte recurrida alega la inadmisibilidad del recurso, por no acreditarse la conformidad de la administración concursal para interponer el recurso. Consta en autos que la entidad apelante fué declarada en concurso voluntario por auto de 4 de marzo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid y que se ha sometido su administración a la intervención de la administración concursal. En tal caso en efecto se necesita la conformidad de la administración concursal para interponer recurso, como dispone expresamente el art. 54.2 de la Ley Concursal.
Esta conformidad consta cuando el escrito de recurso, además del procurador y abogado, está también firmado por la administración concursal, mediante la firma de las dos personas físicas identificadas que lo hacen en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) y de BDO Auditores S.A., que coinciden con los administradores publicados en el B.O.E. (f.741).
Estas firmas y su previa identificación al igual que las correspondientes a procurador y abogado, se consideran suficientes para justificar la conformidad que manifiestan previamente en el mismo escrito.": SAP Pontevedra (Sección 3) 30.03.2015 (Sentencia 90/2015; Rollo 386/2013)

3. El deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa.

Art 54.3

Nota:

Véanse las resoluciones incluidas en el art 84.2.2º (correspondientes a la actuación del concursado dentro del concurso o sus incidentes) y 84.2.3ª (correspondientes a la actuación del concursado en otros procedimientos)

AP Madrid

"Por otra parte alega la Administración concursal la falta de autorización a la concursada para la interposición del recurso de apelación *[contra la sentencia que estima una demanda de rescisión concursal].*
En este caso el régimen aplicable no es el que resulta del apartado segundo del artículo 54 LC, sino de su apartado tercero, de manera que no es precisa tal autorización. En los procesos promovidos por la administración concursal el deudor puede personarse y defenderse de forma separada, sin más requisitos. ":SAP Madrid (Sección 28) 15.03.2013 (Sentencia 85/2013; Rollo 33/2012)

4. Los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo hiciesen dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.
En ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme.
Las acciones ejercitadas conforme al párrafo anterior se notificarán a la administración concursal.

Artículo 55. Ejecuciones y apremios.

Vid. art. 568 LEC

Redacción por Ley 13/2009

A tener en cuenta, desde su entrada en vigor en fecha 05.05.2010, lo dispuesto en el art. 568 LEC tras su modificacipon por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 04.05.2010:

«Artículo 568. Suspensión en caso de situaciones concursales.
1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso.
2. El Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.
3. Si existieran varios demandados, y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto al que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás.»

Véase también el nuevo art. 56.5 introducido por ley 38/2011

Redacción por RDL 4/2014

A tener en cuenta, desde su entrada en vigor en fecha 09.03.2014, lo dispuesto en el apartado 1 del art. 568 LEC tras su modificacón(se añade lo subrayado) por *Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014)* Entrada en vigor**:** el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. *Entrada en vigor, "*Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014).

> *«Artículo 568. Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales.*
> *1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución.»*

1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Hasta la aprobación del plan de liquidación ~~P~~ podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo ~~providencia de apremio~~ y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

> *Nueva redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)*
> *En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).*
>
> ***Nota:***
> *En cuanto a la cancelación de estos embargos en fase de liquidación, véase el nuevo apartado 149.3 introducido por Ley 38/2011*

Art. 55.1

0. Consideraciones generales. Doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción

0.1 Doctrina general

Sentencia TCJ 19.10.2005 – Inexistencia de privilegio procesal o jurisdiccional

"Antecedentes de hecho.- Primero.–Por Auto de 3 de enero del 2005, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, dictado en Procedimiento Concurso Ordinario, ordenó dejar sin efectos los embargos decretados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria sobre bienes y derechos, abierto a la Entidad «Unión Deportiva Las Palmas S. A. D.». Al considerar que dichas resoluciones invadían las competencias atribuidas a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Delegado Especial de la misma en Canarias, y remitió al órgano jurisdiccional «oficio de inhibición» a fin que se inhibiera en su jurisdicción.
Segundo.–Mediante Auto de 16 de mayo de 2005, el juez del Juzgado de lo Mercantil acordó rechazar el requerimiento de inhibición formulado y mantener la jurisdicción, disponiendo oficiar al órgano administrativo requirente y anunciándole que quedaba planteado formalmente el presente conflicto de jurisdicción y la remisión a la Sala de Conflictos de las actuaciones. (…)
Fundamentos de Derecho.- Primero.– El conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en el procedimiento de concurso ordinario, entre la entidad «Unión Deportiva Las Palmas» y la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Canarias, debe decidirse, de conformidad con el parecer del Ministerio Fiscal, en favor del Juzgado de lo Mercantil. Al respecto, cuando se analiza la posición de la Hacienda Pública en los procedimientos concursales, se la reconoce una posición privilegiada, tanto en la vertiente formal y procedimental, como en relación al carácter singular o preferente del crédito tributario respecto de otros créditos en orden a la prelación para su cobro, al modo de un privilegio material y sustantivo, que ha tenido y puede tener una justificación, en aras a la mejor consecución o logro del interés público y aún, se mantiene tal situación privilegiada en orden a la ejecución separada en ámbitos propios de la ejecución de créditos tributarios, pero tal posición privilegiada carece de fundamento cuando se examina desde la perspectiva procesal, como sostiene el Ministerio Fiscal, por cuanto debe rechazarse todo intento de mantener una situación privilegiada cuando la cuestión se centra, en definir el órgano jurisdiccional o administrativo que ha de conocer de cuestión o de materia residenciable en sede jurisdiccional, respecto a cuya cuestión ha de partirse del significado y generalidad del sometimiento de tales cuestiones al orden jurisdiccional competente por razón de la materia, sin pretendidos privilegios jurisdiccionales o procesales que no cuentan con una base firme constitucional y que impliquen una quiebra inherente al Estado de Derecho, definido constitucionalmente. Siendo así, en el presente caso, como razona

con fundamento el Ministerio Fiscal, que comparte este Tribunal de Conflictos cuantos alegatos se hacen a favor del sometimiento de la cuestión a la jurisdicción, entrañarían una pretendida posición privilegiada que, no es menester para la defensa de intereses públicos ni menos para el singular que está en la base del conflicto planteado. De aquí que el conflicto debe ser decidido a favor del Juzgado de lo Mercantil de Las Palmas.
En consecuencia: FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos que procede resolver el presente conflicto de jurisdicción a favor del Juzgado de lo Mercantil número 1 de las Palmas de Gran Canaria.": Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 19.10.2005 (BOE 22.11.2005) (CONFLICTO de jurisdicción n.º 4/2005, suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de las Palmas de Gran Canaria y la Delegación Especial Agencia Estatal de la Administración Tributaria)

Sentencia TCJ 22.12.2006 – Carácter necesario o no de los bienes. Necesidad de pronunciamiento del juez del concurso

"Primero. Interesa describir las actuaciones procesales acaecidas con anterioridad al Conflicto que se decide.
En primer término, el origen del conflicto se encuentra en un escrito de los Administradores del Concurso de Spain CNY STATES, S.L., dirigido al Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, para que decida si el crédito que la entidad concursada ostentaba frente a INTEREALTY CANARY ISLANDS, S.L., y que había sido embargado por A.E.A.T., constituía o no un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Admitida y tramitada esa petición, y después de que las partes realizaran alegaciones, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, el 30 de Enero de 2006, dictó una resolución cuya parte dispositiva establecía: "Decido estimar parcialmente la petición realizada respecto de los embargos de la AEAT conforme a lo siguiente: Primero. Procede requerir a la administración concursal y al concursado para que ingrese en la cuenta y procedimiento de la AEAT correspondiente cualquier ingreso que haya obtenido con anterioridad a la declaración del concurso y que se hallare embargado por la misma de INTEREALTY CANARY ISLANDS y en concreto el recogido con fecha de 1 de Abril de 2005 por importe de 75.000 euros si hubiera tenido entrada en la cuenta del concursado. Segundo. Declarar afectados por la declaración del concurso en fecha de 4 de Mayo de 2005 y desde esa fecha, cualquier ingreso que se haya obtenido por el concursado de dicha sociedad, INTEREALTY CANARY ISLANDS. Tercero. Procede requerir a la administración de AEAT para que suspenda, desde la fecha de declaración del concurso, en fecha de 4 de Mayo de 2005, las actuaciones en trámite, con declaración de nulidad de pleno derecho de todas las actuaciones realizadas con posterioridad a dicha fecha, respecto de los embargos de derechos de crédito realizados al concursado, derivados del crédito de INTEREALTY CANARY ISLANDS, S.L.".
No conforme con dicha resolución el Abogado del Estado, en nombre de la A.E.A.T., interpone Recurso de Reposición en el que solicita la revocación de los pronunciamientos segundo y tercero del Auto impugnado.
El Auto decidiendo el Recurso de Reposición, el 21 de Marzo de 2006, desestima el recurso.
Posteriormente, y mediante escrito de 20 de junio de 2006 la Agencia Estatal Tributaria formula el requerimiento de inhibición, que al ser denegado por Auto de 13 de Septiembre de 2006 origina el Conflicto que decidimos.
Segundo. Para la resolución de este conflicto interesa subrayar una cuestión fáctica y dos principios básicos de orden jurídico extrayendo de ellos las consecuencias que se hayan implícitas en su formulación.
El elemento de hecho básico es el de que las providencias de apremio de la Administración Tributaria son anteriores a la declaración de concurso. También lo son las providencias de embargo, aunque los créditos embargados no han sido íntegramente ejecutados en la fecha de declaración del Concurso.
Tercero. Los textos legales que ofrencen cobertura a la decisión que se adopta se hayan contenidos en los artículos 164.1 b) de la L.G.T. y 164.2 del mismo texto legal, y 55 de la Ley Concursal.
Dichos preceptos establecen: El artículo 164.1 b) de la L.G.T. "1. Sin perjuicio del respeto al orden de prelación que para el cobro de los créditos viene establecido por la ley en atención a su naturaleza, en caso de concurrencia del procedimiento de apremio para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución, ya sean singulares o universales, judiciales o no judiciales, la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento vendrá determinada con arreglo a las siguientes reglas:... b) Cuando concurra con otros procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.".
El artículo 164.2 del mismo texto legal afirma "En caso de concurso de acreedores se aplicará lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, en su caso, en la Ley General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del período ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso....".
Por su parte, el artículo 55 de la Ley Concursal preceptúa: "1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. 3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho. 4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real.".

De estos textos legales se infieren los siguientes principios que han de servir de base para la resolución del Conflicto.
Primero, la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquélla es anterior en el plano temporal a ésta.
Segundo, si el apremio administrativo no se hubiese terminado cuando se produce la declaración de concurso, la Administración deberá poner en conocimiento del Juez del Concurso si los bienes o derechos afectados por el apremio son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.
Cuarto. La primera premisa enunciada es, como hemos dicho, que la preferencia en la ejecución corresponde al procedimiento administrativo de ejecución cuando la providencia de apremio dictada por la Administración es anterior a la fecha de declaración del concurso, y se produce alguna de estas dos circunstancias: 1.º) Que el procedimiento de apremio ha terminado y el crédito en favor de la Administración ha sido cobrado. 2.º) Que, aunque el procedimiento de apremio se encuentre en curso, el órgano jurisdiccional decida que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor.
El principio expresado significa que el criterio que marca la preferencia de los procedimientos en los términos expuestos no es el del embargo de bienes o derechos sino el de la fecha de providencia de apremio, conclusión que rechaza una de las cuestiones planteadas en el conflicto acerca de si el momento en que se establece la preferencia es el del embargo de bienes o derechos, o, por el contrario el de la providencia de apremio. Como decimos, y se infiere de modo taxativo del artículo 164 de la L.G.T. en relación con el artículo 55 de la Ley Concursal, es la prioridad temporal de la providencia de apremio, o, alternativamente, de la declaración concursal la que determina la preferencia del procedimiento administrativo o del judicial.
Quinto. La cuestión de fondo planteada acerca de si el procedimiento de apremio no puede incidir sobre los derechos del deudor, circunscribiéndose a los bienes, dada la dicción del artículo 55.1 de la Ley Concursal, requiere una precisión.
Las facultades de este Tribunal, se limitan a decidir acerca de la competencia sobre el conocimiento de la cuestión planteada entre los órganos que la reclaman, o, alternativamente, la declinan. Le está vedado, por tanto, el examen de una cuestión de fondo, que habrá de ser resuelta en el seno del procedimiento en que se dicte. Si se trata de un procedimiento de apremio administrativo, tal pronunciamiento habrá de ser combatido por las vías de impugnación establecidas para esa clase de procedimiento; si, por el contrario, se trata de un concurso, mediante los mecanismos impugnatorios previstos en la legislación concursal.
Sexto. La segunda premisa que antes enunciamos es la de que en las hipótesis en las que el procedimiento de apremio no haya terminado y el bien o derecho sea necesario para la continuidad de la actividad del deudor, el procedimiento administrativo de apremio pierde esa preferencia de que por razones temporales inicialmente gozaba y queda sometido al Concurso, en los términos previstos en el artículo 55 de la Ley Concursal.
Que esto es así se infiere del citado artículo 55 que prohibe, además de la iniciación de procedimientos de apremio después de la declaración del concurso, la continuación de los ya iniciados: "... no podrán iniciarse ejecuciones... ni seguirse...". Expresión que alude, sin duda alguna, a lo ya comenzado.
La Administración, contrariamente, considera que la preferencia en los procedimientos de ejecución viene marcada, de modo exclusivo, por un criterio temporal. Cuando, como en este caso, la providencia de apremio es anterior a la declaración de concurso la preferencia la ostenta a todos los efectos el procedimiento administrativo. Entender las cosas de otra manera constituye la negación del principio de autotutela administrativa, en la tesis sostenida por la Administración.
Sin embargo, la cesión de la competencia administrativa inicial en favor del juez del Concurso, se infiere, además, de una adecuada comprensión del alcance y sentido de las "potestades administrativas".
En materia de potestades administrativas lo primero que ha de tenerse en cuenta es que estas no se constituyen para la satisfacción del interés de una concreta organización administrativa, en este caso la A.E.A.T., sino para la satisfacción del interés público.
El interés público, es un concepto de difícil delimitación, pero desde el punto de vista jurídico entendemos que de modo expreso o tácito ha de ser definido por el legislador en cada sector del ordenamiento que regula.
Siendo esto así, es indudable que en las situaciones de Concurso el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental, han de supeditarse ciertos privilegios, y también el de autotutela.
Por eso, cuando en un procedimiento de ejecución administrativo un concreto bien o derecho es necesario para la continuación de la actividad del deudor, el privilegio de autotutela administrativa ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso, en los términos previstos en la legislación concursal, como de modo expreso proclama el citado artículo 164.2 de la L.G.T. (En este sentido, nuestra sentencia resolviendo el Conflicto 4/2005 de 19 de octubre de 2005).
Ha de proclamarse, por tanto, que la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención.
Séptimo. En el caso analizado, y como ya hemos dicho, la preferencia inicial en la ejecución corresponde a la Administración por ser anterior la providencia de apremio a la declaración de concurso.
Producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.

Es, por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor.
Como en el asunto resuelto la Administración no se ha dirigido al órgano judicial, y obtenido de él, una declaración en el sentido expresado el conflicto ha de ser resuelto en favor del órgano judicial. ": Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 22.12.2006 (La Ley, 6709, 09.05.2007)

Sentencia TCJ 06.11.2007 – Deudas contra la masa. Embargos posteriores sólo cautelares

"PRIMERO Versa el presente Conflicto de Jurisdicción sobre la petición del Juzgado número 2 de lo Mercantil de Bilbao, con jurisdicción y competencia en el procedimiento concursal seguido contra la empresa RECUBRIMIENTOS IPAR, S.S.U., dirigida a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Vizcaya, para que la misma se abstenga de proceder a la ejecución de la cantidad de 4.149,21 ? todavía no satisfecha en deudas generadas a la Seguridad Social declaradas con posterioridad a la declaración de concurso y sin perjuicio de la validez del apremio administrativo con carácter cautelar para asegurar bienes del concursado.
SEGUNDO La cuestión sometida a debate es sí, desde la perspectiva del conflicto ante poderes estatales, mediante actos que se producen con posterioridad a la declaración del concurso puede la Tesorería General de la Seguridad Social continuar la ejecución de los bienes del deudor (previamente embargados con carácter cautelar).
TERCERO El citado conflicto debe resolverse reconociendo la competencia del Juzgado número 2 de lo Mercantil de Bilbao, debiendo excluirse cualquier actuación o medida de ejecución de los bienes del deudor que pueda obstaculizar la realización de la masa del concurso por el órgano jurisdiccional. Esta doctrina reitera la previa de este Tribunal de Conflictos (véanse, entre otras muchas, las Sentencias de 10 de octubre de 2005 ó 20 de diciembre de 2006) en el sentido de que, una vez declarado el concurso, la Administración General del Estado, en este caso la Tesorería General de la Seguridad Social, sólo puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso.
Dicha Doctrina, si bien ha sido sentada con motivo de la aplicación de los procedimientos jurisdiccionales previos a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003\ 1748), Concursal, es aplicable, con mucha más razón, en la actualidad dado que el tenor del artículo 154 de la misma refuerza la jurisdicción universal sobre los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la concursada.
Efectivamente, el artículo 154.2 dispone que "los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos del artículo 84.2.1 [los créditos por salarios por los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional] se pagarán de forma inmediata. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos". Dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que corresponde a la jurisdicción determinar cuándo debe procederse exactamente al pago de la deuda líquida debida a la Seguridad Social cuando la citada liquidación se halla realizado con posterioridad a la declaración del concurso. Esta potestad jurisdiccional también queda claramente reafirmada en el artículo 155.2 de la misma Ley para el pago de los créditos con privilegio especial.": Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 06.11.2007 (Sentencia 9/2007)

Sentencia TCJ 03.07.2008 – Carácter necesario o no de los bienes. Necesidad de pronunciamiento del juez del concurso

"PRIMERO El planteamiento del presente conflicto de jurisdicción obliga a partir de las siguientes actuaciones llevadas a cabo, bien por la autoridad administrativa, bien por la autoridad judicial:
I) Autoridad administrativa.
1º La Unidad de Recaudación Ejecutiva 48/08 de la Dirección Provincial de Vizcaya de la Tesorería General de la Seguridad Social dictó 15 providencias de apremio contra la entidad Modas Borpa SL entre los días 25 de noviembre de 2005 al 26 de junio de 2006, notificadas respectivamente entre los días 13 de diciembre de 2005 y 5 de julio de 2006, por un total de 45.407,52 euros.
2º En fecha 6 de noviembre de 2007 la Unidad de Recaudación Ejecutiva 48/08 dictó diligencia de embargo de cuenta corriente titularidad de la concursada el cual se hizo efectivo el 10 de noviembre trabándose embargo por importe de 22.436,49 euros.
II) Autoridad judicial.
1º En fecha 1 de septiembre de 2006, el juzgado de lo Mercantil núm. 2 de los de Bilbao dictó auto declarando en concurso voluntario a Modas Borpa SL.
2º En fecha 22 de octubre de 2007 el juzgado de lo Mercantil núm. 2 de los de Bilbao dicta auto declarando finalizada la fase común del procedimiento concursal. En el mismo auto abre la fase de liquidación, declara disuelta la sociedad Modas Borpa SL, y ordena el cese en su función de sus administradores que serán sustituidos por la administración concursal. Concede un plazo de 15 días a la administración concursal para que presente un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concursado conforme a lo dispuesto en el art. 148 de la Ley concursal (RCL 2003\ 1748).

3º El 20 de diciembre de 2007 el juzgado de lo Mercantil núm. 2 de los de Bilbao dicta auto acordando requerir de inhibición a la Tesorería General de la Seguridad Social tras la petición formulada el 29 de noviembre anterior por la administradora concursal.
SEGUNDO Expuesta la secuencia temporal de la actividad desarrollada por la administración y por el órgano jurisdiccional mercantil se hace preciso plasmar cuál es la normativa que rige las distintas actuaciones y su naturaleza esencial.
Partimos de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003\ 1748), Ley concursal.
*Del art. 55, de la Ley Concursal, relativo a ejecuciones y apremios nos interesa subrayar el contenido de sus apartados uno y dos.
1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
Queda clara la existencia de una prohibición legal que, a su vez, contiene una expresa excepción a la antedicha prohibición siempre que se hubiere dictado la providencia de apremio.
La antedicha excepción no figuraba en el Anteproyecto inicial aunque sí en el Proyecto de Ley presentado al Consejo de Ministros para su remisión a las Cortes atendiendo a la petición del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en orden a la defensa de los intereses de la Seguridad Social. Tal incorporación posterior dificulta su interpretación al no responder a la línea unitaria inicial del Anteproyecto sustentado en la absoluta competencia exclusiva del juez del concurso para conocer de todas las ejecuciones.
Debe dilucidarse a quién (autoridad judicial o autoridad administrativa) corresponde delimitar el concepto jurídico indeterminado que abarca «bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial».
La norma contempla un privilegio procesal que se enfrenta a la exigencia de un presupuesto material como es la previa calificación de si los bienes son o no necesarios para el ejercicio de la actividad del concursado que debe realizarse en el seno del proceso concursal, con audiencia de la administración interesada titular del privilegio.
*Del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994\ 1825), modificado por la Disposición Final decimosexta de la Ley 22/2003, nos interesa destacar cómo queda modificado el artículo 22 sobre Prelación de créditos en lo que se refiere a sus segundo y tercer párrafos.
«En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal.
Sin perjuicio del orden de prelación para el cobro de los créditos establecido por la ley, cuando el procedimiento de apremio administrativo concurra con otros procedimientos de ejecución singular, de naturaleza administrativa o judicial, será preferente aquel en el que primero se hubiera efectuado el embargo».
Normativa que se encuentra plenamente en vigor al no haberse aprobado todavía lo ordenado por la Disposición Final Trigésima Tercera sobre concurrencia y prelación de créditos para solventar las discrepancias entre el Código Civil (LEG 1889\ 27) y la Ley Concursal al haber decaído el Proyecto de 2006.
*Del art. 50 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio (RCL 2004\ 1453, 2019), relativo a Procedimiento de ejecución universal, Concurso hemos de atender a su apartado tercero.
3. Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
Conforme al art. 34 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en el número 3 del artículo 33.
La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es cuando se procederá al embargo de bienes del apremiado. Lo esencial, pues en este procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia.
*Finalmente volvemos a la Ley concursal, cuyo art. 8.3 respecto al Juez del concurso dice que «La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
3. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado».
Precepto asimismo incorporado a la LOPJ en su art. 86 ter tras la modificación operada por la LO 8/2003, de 9 de julio (RCL 2003\ 1747).
TERCERO Sentado el marco legal hemos de recordar la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de diciembre de 2006: «Las facultades de este Tribunal, se limitan a decidir acerca de la competencia sobre el conocimiento de la cuestión planteada entre los órganos que la reclaman, o, alternativamente, la declinan. Le está vedado, por tanto, el examen de una cuestión de fondo, que habrá de ser resuelta en el seno del procedimiento en que se dicte. Si se trata de un procedimiento de apremio administrativo, tal pronunciamiento habrá de ser combatido por las vías de impugnación establecidas para esa clase de procedimiento; si, por el contrario, se trata de un concurso, mediante los mecanismos impugnatorios previstos en la legislación concursal».

CUARTO Este Tribunal de Conflictos ha venido manteniendo en su sentencia de 6 de noviembre de 2007 (PROV 2008\ 141262), con mención de las de 10 de octubre de 2005 y 20 de diciembre de 2006 que la Tesorería General de la Seguridad Social puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso.
Expresaba la antedicha sentencia que aunque tal doctrina había sido sentada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003\ 1748), era aplicable bajo la vigencia de ésta dado el tenor del art. 154.2 de la citada disposición legal.
Se dijo que el artículo debe interpretarse en el sentido de que corresponde a la jurisdicción determinar cuándo debe procederse exactamente al pago de la deuda líquida debida a la Seguridad Social cuando la citada liquidación se halla realizado con posterioridad a la declaración del concurso.
En un ámbito paralelo, la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de diciembre de 2006 con respecto a un procedimiento de ejecución tributario declara que la preferencia inicial corresponde a la administración por ser anterior la providencia de apremio a la declaración del concurso.
Sin embargo añade «Producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que éste decidiese sobre si los bienes integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.
Es, por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor.
Como en el asunto resuelto la Administración no se ha dirigido al órgano judicial, y obtenido de él, una declaración en el sentido expresado el conflicto ha de ser resuelto en favor del órgano judicial».
Tras lo expuesto no ofrece duda cuál ha de ser la respuesta de este Tribunal al conflicto planteado.
FALLAMOS
En consecuencia:
Que la jurisdicción sobre la que versa el presente conflicto entre el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao y la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco, corresponde al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao.": Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 03.07.2008 (Sentencia 2/2008; Conflicto 2/2008)

Sentencia TCJ 04.07.2008 – Deudas contra la masa

"PRIMERO El planteamiento del presente conflicto de jurisdicción obliga a partir de las siguientes actuaciones llevadas a cabo, bien por la autoridad judicial, bien por la autoridad administrativa:
I) Autoridad judicial.
1º En fecha 10 de octubre de 2006, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de los de Bilbao dictó auto declarando en concurso voluntario a Bator Gestión 2000 SLU, Otsaila XXI SL y Fundifes SA.
2º En fecha 15 de junio de 2007 el juzgado de lo Mercantil núm. 2 de los de Bilbao dicta auto declarando finalizada la fase común del procedimiento concursal. En el mismo auto abre la fase de liquidación, declara disuelta la antedicha mercantil y ordena el cese en su función de sus administradores que serán sustituidos por la administración concursal. Concede un plazo de 15 días a la administración concursal para que presente un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concursado conforme a lo dispuesto en el art. 148 de la Ley concursal (RCL 2003\ 1748).
3º El 27 de septiembre de 2007 los administradores concursales de las tres empresas antes mencionadas presentan escrito ante el juzgado de lo mercantil núm. 2 de los de Bilbao interesando la suspensión de 4 providencias de apremio dictadas entre el 28 de junio y el 29 de agosto siguiente y del subsiguiente embargo de todo el crédito que le corresponda frente a la Diputación Foral y sobre varios inmuebles.
4º El 19 de octubre de 2007 el juzgado de lo mercantil núm. 2 de los de Bilbao dicta auto acordando requerir de inhibición a la Tesorería General de la Seguridad Social para reclamar la jurisdicción para ejecutar en exclusiva la liquidación concursal.
II) Autoridad administrativa.
1º En fechas 28 de junio y 29 de agosto de 2007 la Tesorería General de la Seguridad Social en Vizcaya dicta providencias de apremio contra Fundifes SA por descubierto total en el Régimen de la Seguridad Social correspondiente a octubre y noviembre de 2007 y enero de 2007.
2º Con fecha 27 de julio de 2007 la URE 48-06 dicta diligencia de embargo de todo el crédito que le corresponde a la anterior frente a la Diputación Foral.
SEGUNDO Expuesta la secuencia temporal de la actividad desarrollada por la administración y por el órgano jurisdiccional mercantil se hace preciso plasmar cuál es la normativa aplicable y su naturaleza esencial.
Partimos de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003\ 1748), Ley concursal.
*Del art. 55, de la Ley Concursal, relativo a ejecuciones y apremios nos interesa subrayar el contenido de sus apartados uno y dos.
1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.

Queda clara la existencia de una prohibición legal que, a su vez, contiene una expresa excepción a la antedicha prohibición siempre que se hubiere dictado la providencia de apremio.
La antedicha excepción no figuraba en el Anteproyecto inicial aunque sí en el Proyecto de Ley presentado al Consejo de Ministros para su remisión a las Cortes atendiendo a la petición del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Incorporación que dificulta su interpretación al no responder a la línea unitaria inicial de la competencia exclusiva del juez del concurso para conocer de todas las ejecuciones. Debe analizarse bajo el principio que las cotizaciones obligatorias al régimen público de la Seguridad Social desde que se inicie la correspondiente actividad constituye una fuente esencial de financiación de sus recursos.
* Del art. 154.2 Ley Concursal: Créditos contra la masa.
2. Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso.
Regula el precepto las deudas posteriores a la declaración del concurso o deudas de la masa, es decir, aquellas que, esencialmente, son gastos necesarios durante el tiempo que dura el proceso en que, conforme al art. 84.2.5º se incluyen «los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso».
Por ello las cuotas de la Seguridad Social devengadas tras la fecha de la declaración del concurso han de considerarse créditos contra la masa. La obligación de abonar las cuotas de la seguridad social deriva del simple desarrollo de una actividad incluida en el campo de aplicación de la Seguridad Social, conforme a los arts. 15, 103 y 106 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994\ 1825). Su devengo mensual facilita su determinación.
Tienen un carácter de prededucibles y se abonan, de acuerdo con el art. 154.1 de la Ley Concursal «antes de proceder al pago de los créditos concursales». Significa que han de satisfacerse con anterioridad al pago de los créditos concursales, es decir, aquellos que no tengan la consideración de créditos contra la masa en la propia norma, a salvo claro está de los créditos singularmente privilegiados.
No resulta extraño a nuestro sistema la prelación crediticia.
Así, con ocasión del examen de la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto a la redacción dada al art. 15 de la Ley 40/1980, de 5 de julio (RCL 1980\ 1682), de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, en la redacción dada por el art. 26 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre (RCL 1987\ 2660 y RCL 1988, 590), de Presupuestos Generales del Estado para 1988, como la Disposición Adicional Novena de la Ley 4/1990, de 29 de junio (RCL 1990\ 1336, 1627), de presupuestos Generales del Estado para 1990, ampliando la preferencia contenida en el art. 1924.1. CC (LEG 1889\ 27) y art. 913.d) CCom (LEG 1885\ 21), a la totalidad de los débitos por cuotas de la Seguridad Social, afirmó el máximo intérprete constitucional en su STC 109/2001, de 26 de abril (RTC 2001\ 109) que «... la modificación operada tiende a reforzar las posibilidades recaudatorias del sistema de la Seguridad Social, es decir, se presenta como un instrumento dirigido a ordenar la acción de la Seguridad Social en los procedimientos de recaudación ejecutiva de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, anticipando en la prelación de créditos a la Tesorería General de la Seguridad Social sobre cualesquiera otros acreedores. De esta manera, se producirá un incremento recaudatorio de tales deudas en vía ejecutiva con el consiguiente efecto positivo en los presupuestos de la Seguridad Social, lo cual evidencia, no sólo una relación entre la medida adoptada y la previsión de ingresos del Estado, sino un objetivo de política económica y financiera del sector público estatal, tendente a hacer efectiva esa previsión de ingresos».
*Del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994\ 1825), modificado por la Disposición Final decimosexta de la Ley 22/2003 (RCL 2003\ 1748), nos interesa destacar cómo queda modificado el artículo 22 sobre Prelación de créditos en lo que se refiere a sus segundo y tercer párrafos.
«En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal.
Sin perjuicio del orden de prelación para el cobro de los créditos establecido por la ley, cuando el procedimiento de apremio administrativo concurra con otros procedimientos de ejecución singular, de naturaleza administrativa o judicial, será preferente aquel en el que primero se hubiera efectuado el embargo».
*Del art. 50 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio (RCL 2004\ 1453, 2019), relativo a Procedimiento de ejecución universal, Concurso hemos de atender a su apartado tercero.
3. Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
Conforme al art. 34 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en el número 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva.
*Finalmente de nuevo la Ley concursal, cuyo art. 8.3 respecto al Juez del concurso donde expresa que «La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
3. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado».
Precepto asimismo incorporado a la LOPJ en su art. 86 tras la modificación operada por la LO 8/2003, de 9 de julio (RCL 2003\ 1747).
TERCERO Sentado el marco legal hemos de recordar la sentencia de este Tribunal de conflictos de 21 de diciembre de 2006 sobre que «Las facultades de este Tribunal, se limitan a decidir acerca de la competencia sobre el conocimiento de la cuestión planteada entre los órganos que la reclaman, o, alternativamente, la

declinan. Le está vedado, por tanto, el examen de una cuestión de fondo, que habrá de ser resuelta en el seno del procedimiento en que se dicte. Si se trata de un procedimiento de apremio administrativo, tal pronunciamiento habrá de ser combatido por las vías de impugnación establecidas para esa clase de procedimiento; si, por el contrario, se trata de un concurso, mediante los mecanismos impugnatorios previstos en la legislación concursal».
CUARTO Este Tribunal de Conflictos ha venido manteniendo en su sentencia de 6 de noviembre de 2007 (PROV 2008\ 141262), con mención de las de 10 de octubre de 2005 y 20 de diciembre de 2006 que la Tesorería General de la Seguridad Social puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso.
Expresaba la antedicha sentencia que aunque tal doctrina había sido sentada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003\ 1748), era aplicable bajo la vigencia de ésta dado el tenor del art. 154.2 de la misma.
Se dijo que el artículo debe interpretarse en el sentido de que corresponde a la jurisdicción determinar cuándo debe procederse exactamente al pago de la deuda líquida debida a la Seguridad Social cuando la citada liquidación se haya realizado con posterioridad a la declaración del concurso.
Y la STS de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007\ 8690) con respecto a un procedimiento de ejecución tributario declara que la preferencia inicial corresponde a la administración por ser anterior la providencia de apremio a la declaración del concurso que reputa improcedente la traba de bienes sin que exista un pronunciamiento jurisdiccional declarando la no afectación de los bienes y derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor.
QUINTO Lo consignado en el fundamento precedente en conjunción con las normas expuestas pone de relieve que, independientemente de la preferencia procedimental recogida en las normas, incluyendo la Ley concursal (RCL 2003\ 1748), respecto de determinados procedimientos recaudatorios de la Seguridad Social, lo cierto es que la competencia exclusiva y excluyente del concurso incumbe al juez de lo mercantil.
Ello no es óbice al reconocimiento de la existencia de deudas de la masa como establece la propia Ley concursal. Su naturaleza extraconcursal es indiscutible del mismo modo que su ajenidad a las limitaciones que derivan de la normativa concursal respecto a los créditos concursales.
Sin embargo, el hecho de que no se integren en la masa concursal no comporta que la ejecución no se controle en el seno del proceso jurisdiccional dirigido por el Juez de lo Mercantil antes de proceder al pago de los créditos concursales, conforme al art. 154.1 de la Ley concursal.": Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 04.07.2008 (Sentencia 3/2008; Conflicto 9/2007)

Sentencia TCJ 19.12.2008 – Embargos posteriores sólo cautelares

"PRIMERO Sobre el planteamiento del conflicto de jurisdicción.
El presente conflicto de jurisdicción que enjuiciamos, planteado por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco, se suscita entre el Juzgado número 2 de lo Mercantil de Bilbao, con jurisdicción y competencia en el procedimiento concursal seguido contra la empresa PROTECCIONES ELÉCTRICAS DE ALTA PRECISIÓN, S.A., y la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Vizcaya, como consecuencia de lo acordado en elAuto del referido órgano judicial de 14 de marzo de 2008, por el que se requiere de inhibición a la Tesorería General de la Seguridad Social y que suspenda de forma inmediata el procedimiento de apremio en que se han trabado los embargos sobre derechos patrimoniales de la concursada.
Constituyen antecedentes fácticos del presente conflicto de jurisdicción, los siguientes:
1.- PorAuto de 8 de mayo de 2007 se declaró por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbaoel concurso voluntario de PROTECCIONES ELÉCTRICAS DE ALTA PRECISIÓN, S.A.
2.- La Unidad de Recaudación Ejecutiva, URE 48/08 de la Tesorería General de la Seguridad Social de Vizcaya, expidió providencia de apremio el 29 de marzo de 2007 frente a la concursada por importe de 60.724,81 euros, de los que 10.120,80 euros son recargos.
3.- El Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social, solicitó autorización al Juzgado para continuar el procedimiento recaudatorio mediante el embargo de los créditos de la empresa PROTECCIONES ELÉCTRICAS DE ALTA PRECISIÓN, S.A., respecto de seis clientes, y los saldos de ocho cuentas bancarias.
4.- La administración concursal compareció en las actuaciones judiciales el 5 de febrero de 2008 manifestando, con aportación de documentos, que a la empresa PROTECCIONES ELÉCTRICAS DE ALTA PRECISIÓN, S.A. se le habían declarado embargados por la URE 48/98 derechos económicos de dicha concursada por cotizaciones del mes de agosto de 2006, en expediente 48/04-0800045219, hasta cuantía de 58.581,41 euros, notificando seis diligencias de embargo y reclamando que se ordenara al Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social la cancelación de los embargos trabados.
5.- Porauto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 14 de febrero de 2008, se denegó cualquier pronunciamiento sobre la posibilidad de proseguir el apremio de la recaudación de la Tesorería General de la Seguridad Social con base en la providencia de apremio anterior a la declaración del concurso, y se requirió a dicho Servicio Común para que dejara sin efecto el embargo practicado sobre derechos de la concursada por créditos concursales, reclamando competencia.
6.- El Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Vizcaya respondió en escrito de 27 de febrero, que se resiste a la inhibición.
La cuestión sometida a controversia es sí, desde la perspectiva del conflicto de jurisdicción entre poderes estatales -Juzgados y Tribunales y la Administración-, puede la Tesorería General de la Seguridad Social

continuar el procedimiento de recaudación en vía ejecutiva embargando bienes del deudor, con base en providencias de apremio expedidas con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.
SEGUNDO Sobre la resolución del conflicto de jurisdicción.
El conflicto de jurisdicción suscitado por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco debe resolverse, de conformidad con lo dispuesto en elartículo 17 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo (RCL 1987\ 1256) de Conflictos de Jurisdicción, reconociendo que corresponde la jurisdicción controvertida al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, pues, conforme es doctrina reiterada de este Tribunal de Conflictos[Sentencias de 10 de octubre de 2005, 20 de diciembre de 2006, 6 de noviembre de 2007 (CJ 7/2007) y 3 de julio de 2008 (CJ 2/2008)], una vez declarado el concurso, la Administración General del Estado, en este caso la Tesorería General de la Seguridad Social, sólo puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso.
En efecto, en relación con la aplicación delartículo 55.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003\ 1748), Concursal, que dispone que declarado el concurso no podrán seguirse apremios administrativos contra el patrimonio del deudor, y, en consecuencia, reconoce el principio de vis atractiva del proceso concursal respecto de las ejecuciones y apremios, hemos sostenido, en una interpretación sistemática con elartículo 8del referido cuerpo legal, que corresponde a la jurisdicción mercantil conocer con carácter exclusivo y excluyente de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano -administrativo o judicial- que la hubiere ordenado, lo que promueve la suspensión de los procedimientos administrativos de ejecución en tramitación tras la declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponde dar a los respectivos créditos, lo que delimita el alcance competencial de la cláusula de excepción a que alude el inciso final de la disposición legal analizada, que autoriza a continuar aquellos procedimientos de ejecución en los que se hubieran dictado providencias de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Esta conclusión se revela coherente, según referimos en lasentencia de este Tribunal de Conflictos de 3 de julio de 2008, con lo dispuesto en elartículo 22 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994\ 1825), en la redacción debida a laDisposición final decimosexta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, que en sus parágrafos segundo y tercero dicen:
«En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal.
Sin perjuicio del orden de prelación para el cobro de los créditos establecido por la ley, cuando el procedimiento de apremio administrativo concurra con otros procedimientos de ejecución singular, de naturaleza administrativa o judicial, será preferente aquel en el que primero se hubiera efectuado el embargo».
Por ello, entendemos que el conflicto debe resolverse en favor del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao.
Debe, en último término, significarse, que según dijimos en lasentencia de este Tribunal de Conflictos de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005\ 5055) (Conflicto de Jurisdicción 5/2004), «El proceso de conflictos es una vía jurídicamente regulada para resolver las contiendas que puedan surgir entre jueces o tribunales y cualquier autoridad del orden administrativo. Es ajeno a su ámbito propio todo cuanto se refiere al ejercicio de los poderes o facultades administrativas o de los poderes jurisdiccionales en cuanto no entrañen una invasión competencial que haya de hacerse valer en los términos de losartículos 4º (defensa de una esfera de competencia) y 5º(reclamar el conocimiento de un asunto), ambos de laLey Orgánica 2/1.987 (RCL 1987\ 1256), de Conflictos Jurisdiccionales».
En atención a lo razonado, acogiendo la tesis del Ministerio Fiscal, procede declarar que la jurisdicción sobre la que versa el presente conflicto corresponde al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao.
En consecuencia:
FALLAMOS
Que la jurisdicción sobre la que versa el presente conflicto corresponde al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, debiendo la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Vizcaya paralizar y dejar en suspenso el procedimiento de apremio de la U.R.E. y cualquier actuación o medida de ejecución de los bienes del deudor o que pueda obstaculizar la realización de la masa del concurso por el órgano jurisdiccional, salvo, en su caso, el embargo cautelar de otros bienes del deudor no trabados hasta la fecha.”:
Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 19.12.2008 (Sentencia 4/2008; Conflicto 3/2008)

Sentencia TCJ 22.06.2009 – Lo determinante es la providencia de apremio, no el embargo

“PRIMERO - Habiéndose tramitado correctamente el presente procedimiento, debe en primer lugar recordarse que, como reiteradamente ha señalado este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción(sentencia 10/2006 y más recientemente, sentencias 2/2008) “*las facultades de este Tribunal, se limitan a decidir acerca de la competencia sobre el conocimiento de la cuestión planteada entre los órganos que la reclaman, o, alternativamente, la declinan. Le está vedado, por tanto, el examen de una cuestión de fondo, que habrá de ser resuelta en el seno del procedimiento en que se dicte. Si se trata de un procedimiento de apremio administrativo, tal pronunciamiento habrá de ser combatido por las vías de impugnación establecidas para esa clase de procedimiento; si, por el contrario, se trata de un concurso, mediante los mecanismos impugnatorios previstos en la legislación concursal”.*
SEGUNDO - Determina elartículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003\ 1748), Concursal, relativo a las ejecuciones y apremios, lo siguiente:
”1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse

apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.
4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real."
El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994\ 1825), modificado por laDisposición Final Decimosexta de la Ley 22/2003, Concursal, señala, en suartículo 22, sobre Prelación de Créditos, en sus párrafos segundo y tercero, lo siguiente:
"En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal.
Sin perjuicio del orden de prelación para el cobro de los créditos establecido por la ley, cuando el procedimiento de apremio administrativo concurra con otros procedimientos de ejecución singular, de naturaleza administrativa o judicial, será preferente aquel en el que primero se hubiera efectuado el embargo."
A su vez, elartículo 50 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por elReal Decreto 1415/2004, de 11 de junio (RCL 2004\ 1453, 2019),**dedicado a los** "Procedimientos de ejecución universal", establece lo siguiente:
"1. Si el responsable de la deuda con la Seguridad Social fuera declarado en concurso, la Tesorería General de la Seguridad Social se personará en el procedimiento y comunicará a la administración concursal los créditos de que sea titular mediante la correspondiente certificación administrativa.
2. Si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal.
3. Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
4. Sólo podrá iniciarse o proseguirse la ejecución administrativa de garantías reales constituidas sobre bienes de quien haya sido declarado en concurso cuando concurran algunas de las siguientes circunstancias:
a.- Cuando la garantía se haya constituido para asegurar el cobro de deudas ajenas al concursado.
b.-Cuando los bienes no se hallen afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de titularidad del concursado.
c.- Cuando al tiempo de la declaración de concurso ya se hayan publicado los anuncios de subasta del bien objeto de la garantía, y éste no resulte necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Si no concurriese ninguna de tales circunstancias, se suspenderán las actuaciones de ejecución administrativa de la garantía real y se instará del órgano judicial lo que conforme a Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *pueda resultar procedente para su ejecución, sin perjuicio de la aplicación, en tanto ésta no proceda, de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, para el cobro de la deuda garantizada.*
5. La declaración de concurso suspende el devengo de intereses de las deudas anteriores a dicha declaración, salvo que dichas deudas se hallaran aseguradas con garantía real, en cuyo caso serán exigibles hasta donde alcance dicha garantía.
6. La Tesorería General de la Seguridad Social, conforme al reparto y reserva de competencias que determine su Director General, podrá suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de acreedores.*
*7. Desde que se encomiende al Consorcio de Compensación de Seguros la liquidación de una entidad aseguradora, mediante el procedimiento previsto en la*Ley 30/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995\ 3046), de Ordenación *y Supervisión de los Seguros Privados, y durante su tramitación, quedará en suspenso la ejecución de las providencias de apremio contra dicha entidad aseguradora, a resultas de lo que en dicho procedimiento se acuerde."*
De todo ello se deriva que, con independencia de cuál sea el alcance la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso, sobre lo que se volverá posteriormente, es necesario primero delimitar si se está o no ante un supuesto de los previstos en elartículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y en elartículo 50.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por elReal Decreto 1415/2004, de 11 de junio, para lo cual es necesario determinar si se ha dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, dado que la providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social, que es la que inicia la vía ejecutiva, es realmente lo esencial para determinar la aplicación de aquellos artículos, y no el embargo del apremiado que se decretará cuando no se hubiese efectuado el pago en el plazo establecido.
Pues bien, en el actual conflicto, ha quedado acreditado que las dos providencias de apremio, dictadas en el procedimiento de apremio nº 31.04.06.001102523 seguido contra Molduras y Muebles Salvador Martínez S.L. y que dieron lugar al embargo de la finca, son previas a la declaración del concurso ya que ambas, números 31

05 016773396 y 31 06 010294280, se dictaron por la Delegación de Navarra de la Tesorería General de la Seguridad Social el 25 de abril y el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona en el que se declara a Molduras y Muebles Salvador Martínez, S.A. en situación de concurso. (Procedimiento Concursal nº 169/06) fue de 7 de junio de 2006 (publicado en el BOE de 11 de julio de 2006). Cuestión distinta es que el embargo de la finca el Recaudador ejecutivo de la Tesorería General fuera posterior (de 14 de junio de 2006 comunicado a la empresa el 19 de junio de 2006) a dicha declaración de concurso.
En este sentido las leyes son claras en lo que se refiere al acto que determina la aplicación de los citadosartículos 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y 50.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por elReal Decreto 1415/2004, de 11 de junio : es la providencia de apremio el acto de la Tesorería General de la Seguridad Social que debe tomarse en cuenta. Por ello, no es aplicable la doctrina sentada por este Tribunal ensentencias tales como la nº 9/2007, de 6 de noviembre de 2007 (BOE de 22 de diciembre), o nº 3/2008, de 4 de julio de 2008 (BOE de 23 de septiembre de 2008), en las que se trata de supuestos en que la providencia de apremio es posterior a la declaración del concurso.
TERCERO - Sin embargo, sí ha tenido ocasión este Tribunal enjuiciar una situación similar en laSentencia nº 10/2006, de 22 de diciembre, y en laSentencia nº 2/2008, de 3 de julio de 2008, en las que las diversas providencias de apremio de la Agencia Estatal Tributaria, en el primer caso, y de la Tesorería General de la Seguridad Social, en el segundo, fueron anteriores al Auto de declaración del concurso.
En laSentencia 10/2006 se hizo una primera interpretación acerca del alcance delartículo 55.1, párrafo segundo, llegándose a la conclusión de que la preferencia en la ejecución corresponde al procedimiento administrativo de ejecución cuando la providencia de apremio dictada por la Administración es anterior a la fecha de declaración del concurso, y se produce alguna de estas dos circunstancias: 1º) Que el procedimiento de apremio ha terminado y el crédito en favor de la Administración ha sido cobrado; 2º) Que, aunque el procedimiento de apremio se encuentre en curso, el órgano jurisdiccional decida que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor y ello porque, en las situaciones de concurso, el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental, han de supeditarse ciertos privilegios, y también el de autotutela administrativa en la que consiste la ejecución paralela de la providencia de apremio.
Continúa dichaSentencia 10/2006 : "Ha de proclamarse, por tanto, que la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución.
Si, por el contrario, es positiva pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención."
Por ello,*"producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.*
Es, por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor.
Como en el asunto resuelto la Administración no se ha dirigido al órgano judicial, y obtenido de él, una declaración en el sentido expresado el conflicto ha de ser resuelto en favor del órgano judicial."
En este mismo sentido se expresa laSentencia 2/2008, donde se hizo la exégesis del alcance de la situación especial que en laLey Concursal tienen las providencias de apremio de la Seguridad Social en virtud del citado artículo 55.1, párrafo segundo, de la misma, a partir del reconocimiento de la dificultad de interpretación tanto de la voluntad del legislador como de su propio tenor.
Como señala el párrafo segundo del artículo 55.1 de la Ley Concursal, si bien*"podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio (...) con anterioridad a la fecha de declaración del concurso", ello sólo puede hacerse, "siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".*
Por ello, en la citadaSentencia 2/2008 de este Tribunal, recordando lasentencia previa, también de este Tribunal 10/2006, dictada en el ámbito tributario, se volvió a señalar que*"producida la declaración concursal, la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor (...) [siendo], por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor."*
Concluía, pues, dichaSentencia 2/2008 que*"como en el asunto resuelto la Administración no se ha dirigido al órgano judicial, y obtenido de él, una declaración en el sentido expresado, el conflicto ha de ser resuelto en favor del órgano judicial".*
Esta interpretación abundaría en otra jurisprudencia expresada en numerosas sentencias en las que el apremio de la Administración tendría carácter cautelar, pero la decisión material acerca del destino de los bienes embargados correspondería al juez de la quiebra, o, después de la Ley Concursal, al Juez del concurso.
En el caso de autos, pues, en principio, no habiéndose dirigido la Tesorería General de la Seguridad Social al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona para interesar del mismo el pronunciamiento acerca de la necesidad o no de que los bienes no sean embargados para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, la situación sería la misma que la enjuiciada en aquellassentencias 10/2006 y 2/2008 y procedería

declarar la competencia del citado Juzgado.
CUARTO - Sin embargo, en el presente supuesto, parece claramente acreditado no sólo que la providencia de apremio es anterior a la declaración del concurso sino que los bienes no eran necesarios para la continuidad de la empresa, o al menos aparentemente ello es así puesto que ni el Juzgado ni el Ministerio Fiscal lo discuten. Así pues, en el supuesto de autos ello podría entenderse que se deriva de la propia naturaleza de los hechos dada la baja en la Seguridad Social de todos los trabajadores de la empresa desde mayo de 2006, aunque ello no obsta para que, según lo sentado en las sentencias de este Tribunal anteriormente citadas, ello tuviera que haber sido decidido por el Juzgado.
Sin embargo, aún así, la continuidad de la empresa no depende por entero de esta cuestión fáctica resaltada por la Abogacía del Estado, sino que también podría lograrse con una nueva contratación de trabajadores siempre y cuando los bienes afectos a su funcionamiento siguieran intactos y con posibilidades de uso. La razón principal, pues, para afirmar la competencia del Juzgado no reside en el mero hecho de no haberse continuado la ejecución por la Tesorería General de la Seguridad Social, como dice el Ministerio Fiscal, sino en que dicha ejecución no podría haberse llevado a cabo en ningún caso sin el previo pronunciamiento judicial acerca de la vinculación de los bienes con la continuidad de la empresa, cuestión que no puede ser decidida unilateralmente por la Tesorería. En suma, difícilmente podrá seguirse la ejecución paralela prevista en la Ley Concursal sin una intervención mínima del Juzgado pronunciándose acerca de este extremo, por mucho que la situación de hecho aparentemente, pero sin la intervención judicial, lleve a otra conclusión.
Así pues, con ello bastaría para afirmar que la competencia para decidir los trámites ulteriores a la providencia de apremio (el embargo, u otras vicisitudes, como la cancelación de las anotaciones preventivas) corresponde a la potestad de supervisión y control del Juzgado como Juez universal del concurso.
QUINTO - Sin embargo, en el supuesto de autos, a su vez, toda la actuación del Juzgado hasta elAuto de 27 de mayo, plasmada en el plan de liquidación y en la autorización de la opción de compra y de la venta de la finca y el resto de los bienes a otra entidad, se basaba en la permanencia de las cargas (y por tanto del embargo y cobro con cargo a la venta de la finca de las deudas contraídas por la concursada con la Tesorería General, cuya deuda ahora se satisfará, en su caso, con cargo a los activos líquidos derivados de la venta del conjunto de los bienes). Así pues, todas las actuaciones llevadas hasta el momento de autorizar la venta de la finca embargada a un tercero apuntaban a la innecesariedad de la finca para la continuidad de las actividades empresariales, incluso como transmisión patrimonial a un tercero, ya que la necesidad de que el tercero levantara previamente las cargas y satisficiera la deuda a la que respondían, con motivo de la compra, constaba en todos los actos llevados a cabo por la administración del concurso y por el propio Juzgado hasta el momento mismo de la venta.
Lo que en realidad motivó el requerimiento de la Administración afirmando la competencia de la Tesorería General de la Seguridad Social es el súbito cambio total de criterio del Juzgado que, manteniendo como válidos el plan y la autorización del contrato de opción de compra en las condiciones recién señaladas, sin embargo, sin previa audiencia del titular, a cuyo favor estaban inscritas las cargas, es decir, sin previa audiencia a la Tesorería General, cambia totalmente su criterio privando a dicha Tesorería del cobro de su crédito con cargo al precio a pagar por el comprador debido a las nuevas circunstancias derivadas de la necesidad (apreciada y solicitada por la administración del concurso y autorizada por el Juez) de proceder a una venta a un tercero de todos los bienes muebles e inmuebles conjuntamente transmisibles como explotación y no aisladamente y totalmente libre de cargas.
Se trata, esta decisión, precisamente, de un acto judicial para el que es plenamente competente el Juzgado a quien, en ejercicio de su función de control de las actividades de la ejecución separada prevista en elartículo 55.1, párrafo cuarto, de la Ley Concursal (RCL 2003\ 1748), le corresponde tomar este tipo de decisiones y que, sin duda alguna, puede alcanzar a la supresión de las cargas.
Cuestión totalmente distinta es si esa actuación del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona, cambiando de criterio sin dar previa audiencia a quien tiene un interés obvio en la cuestión, frente a la petición de una de las partes del proceso concursal, es o no legal o inconstitucional (por violación de los derechos de defensa delartículo 24 de la Constitución (RCL 1978\ 2836) de la Tesorería General de la Seguridad Social, al no haber podido alegar en tiempo y forma contra el mayor riesgo que el levantamiento del embargo podría suponer parea el cobro de su crédito, pese a la aparente ventaja del mayor rédito que supone la venta de bienes libre de cargas a un tercero,). Esta es una cuestión que es ajena al presente conflicto jurisdiccional de competencias que debe resolverse, en su caso, en el seno del procedimiento judicial mediante los oportunos recursos procesales que ofrece el Ordenamiento (en forma de recursos contra los actos judiciales, nulidad de actuaciones, recursos de amparo y otros) para hacer valer los derechos frente alAuto recién citado, de 27 de mayo de 2008, y contra su desestimación porAuto de 15 de julio de 2008.": Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 22.06.2009 (Sentencia 5/2009; Conflicto 8/2008)

Sentencia TCJ 18.10.2010 – Culminación apremio si bienes son no necesarios

"PRIMERO.- El presente conflicto de jurisdicción tiene su origen en el distinto entendimiento y alcance que la Administración de la Seguridad Social, apoyada en esta sede tanto por el abogado del Estado como por el fiscal, y el Juez de lo Mercantil 2 de Bilbao otorgan al artículo 55.1 de la Ley Concursal. Este precepto es del siguiente tenor:
«Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o - -tributarios contra el patrimonio del deudor.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.»

Nadie discute que el embargo de los bienes muebles trabados y ejecutados a «CA de^^| S.L» (la subasta de los inmuebles resultó desierta), es anterior a la declaración del concurso y que tales bienes no resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial; así se obtiene implícitamente del punto 2 de la providencia dictada el 6 de octubre de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil. No existe, pues, discrepancia sobre la facultad que, en el actual caso, tenía la Tesorería General de la Seguridad Social para continuar con la ejecución separada de los embargos ya realizados. El desacuerdo se centra, como subraya el abogado del Estado, en el alcance que haya de darse a esa ejecución separada: si debe llegar hasta el final, haciéndose pago la Seguridad Social con el producto de la subasta, o si ha de detenerse en un estadio anterior, el de la realización de los bienes, quedando la Administración obligada a dejar ese producto a disposición de la masa activa del concurso.
SEGUNDO.- Del artículo 55.1 de la Ley Concursal, así como del artículo 129.3 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE de 31 de diciembre), y del 22 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción que, respectivamente, les dieron las disposiciones undécima y decimosexta de la propia Ley Concursa!, se infiere que los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio o trabado embargo de los bienes del concursado pueden seguir su curso si son anteriores a la declaración del concurso, legitimando así una ejecución independiente, salvo que, como no ocurre en el actual caso, los bienes o derechos trabados resulten necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor.
De acuerdo con ello, en la sentencia de 22 de diciembre de 2006 (conflicto 10/06) distinguimos dos situaciones: 1a) que la vía de apremio Atuviese terminada y el crédito a favor de la Administración hubiese sido cobrado y 2a) que aún siguiese en curso. En la primera tesitura no existe posibilidad de conflicto alguno, pues ya el procedimiento y su finalidad se realizaron en su integridad. En la segunda se ha discriminar, a su vez, entre dos hipótesis: (a) que los bienes resultasen necesarios para la pervivencia de la actividad del concursado o (b) que no fueren imprescindibles a tal fin.
Por consiguiente, según hemos indicado en la repetida sentencia, estando en marcha un procedimiento administrativo de ejecución, si se produce la declaración del concurso la Administración queda obligada a dirigirse al juez que lo tramita para que decida si los bienes o los derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor [la misma conclusión se obtiene de las sentencias de 7 de marzo de 2008 (conflicto 2/08, FJ 4o) y 22 de junio de 2009 (conflicto 8/08, FFJJ 3o y 4°)]. Si la respuesta es negativa, la Administración recupera en su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, resulta positiva, queda sin competencia en los términos previstos en el artículo 55 de la Ley.
En este último escenario el procedimiento administrativo pierde su singularidad y debe quedar sometido al concurso, en los términos previstos en el artículo 55 de la Ley; en el otro, la ejecución iniciada por la Administración puede seguir su curso hasta hacer trance y remate de los bienes y liquidar la deuda con su producto.
Este entendimiento es el que, habida cuenta de que, como nadie discute, el Juez de lo Mercantil 2 de Bilbao estimó que los bienes muebles embargados a «CA de S.L.», no eran imprescindibles para la continuidad de la actividad social, nos lleva a la conclusión de que la competencia para finiquitar el apremio sobre dichos bienes corresponde en este caso a la Tesorería General de la Seguridad Social, y así lo hemos de declarar en esta sentencia.
El desenlace al que llegamos es distinto al de las tres citadas sentencias de 22 de diciembre de 2006, 7 de marzo de 2008 y 22 de junio de 2009. La diferencia se explica porque en los casos entonces contemplados faltaba pronunciamiento jurisdiccional sobre la condición de necesarios de ^^^^^^ para que la actividad empresarial del concursado pudiese proseguir, circunstancia que no concurre en el actual supuesto, en el que el Juez de lo Mercantil 2 de Bilbao implícitamente admite que los bienes muebles controvertidos no se necesitan para la continuidad de la empresa.
TERCERO.- La tesis que sostiene el Juez de lo Mercantil 2 de Bilbao no es capaz de enervar las anteriores conclusiones, ya que confunde dos planos claramente diferenciados: el formal del procedimiento con el sustantivo de la naturaleza de los créditos y su prelación, que tiene su cauce específico de resolución.
Aquí nos movemos en el primer plano, llegando a la conclusión de que procede que la Tesorería General de la Seguridad Social termine el procedimiento de ejecución separado, conforme autoriza el artículo 55.1 de la Ley Concursal. El otro nivel, el de la naturaleza del crédito a satisfacer y su prelación, rebasa los límites de este conflicto jurisdiccional y corresponde resolverlo, según recuerda el abogado del Estado, a la propia Tesorería General de la Seguridad Social por el cauce de la tercería de mejor derecho que disciplina el artículo 35 de la Ley General de la Seguridad Social.". Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 18.10.2010 (Sentencia 2/2010; Conflicto 3/2010)

"QUINTO Puede parecer injusto que acreedores que hayan iniciado la ejecución y logrado una determinada resolución administrativa -una providencia de apremio- o judicial -el embargo de bienes del concursado- se encuentren en posición de continuar su ejecución, al margen del carácter privilegiado o no de su crédito.
Parece que la Ley en lugar de privilegiar aquellos créditos que por su especial significación merezcan ser reforzados, privilegia la rapidez de determinados acreedores que pueden acudir raudos a determinados procesos de ejecución (administrativos y del orden laboral) para satisfacer su crédito Ello, señalan los comentaristas, puede dar lugar a que créditos a los que el legislador no atribuye especial privilegio se antepongan, de facto, a otros privilegiados e, incluso, a los créditos contra la masa (artículo 84), que pueden ver como no pueden satisfacer con bienes previamente trabados por algún acreedor que haya llevado su procedimiento de apremio o ejecución laboral a la situación procesal vista, apuntándose por alguna doctrina como única solución a este problema la interposición por esos acreedores preferentes de una tercería para hacer valer su mejor derecho en los procedimientos de ejecución singular ya iniciados, opción que otros

descartan, pues la concesión de esa ejecución extraconcursal separada precisamente se establece para que esos acreedores puedan no solo continuar ejecutando sino cobrar fuera de las vicisitudes del concurso y que ese posterior concurso les repercuta en su esfera jurídica viniendo a convertir a esos acreedores en superprivilegiados": Auto JM-1 Alicante 23.03.2006 (AC 2006\372)

"SEGUNDO. A fin de esclarecer la situación derivada de la concurrencia de procedimientos de ejecución, uno concursal y otro extraconcursal, sobre unos mismos bienes y derechos, conviene poner de relieve que desde el punto jurídico hay que atender a lo previsto en los arts. 8.3º y 55. 1 y 2 LC, Art. 38, 86 bis y ter LOPJ, Art. 1 a 21 de LO 2/1987 de Conflictos Jurisdiccionales y Art. 164 LGT. De dicha normativa y siguiendo las pautas interpretativas del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (aunque alguna de ellas han motivado disparidad de pareceres), se extraen las pautas siguientes:
a) en caso de concurrencia de procedimientos de ejecución judiciales y administrativos, si no hay acuerdo entre los órganos, corresponde al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción determinar cuál es el preferente para la ejecución (STCJ de 17/12/2004, entre otras).
b) es independiente la cuestión competencial de la preferencia crediticia, que deben ser objeto de análisis según las reglas materiales que le son propias por el órgano que ostente la competencia para conocer (STCJ 11/12/1995, con cita de S 14/12/1990 y 22/11/1994). Preferencia crediticia que en caso de estar el deudor común en concurso viene establecida, a mi entender, en los arts. 89 a 93 LC, que vinculan a todo órgano judicial y administrativo al ser de orden público, sin que se participe de la tesis contraria basada en una resolución de la AP de Barcelona, que no es jurisprudencia en sentido técnico (Art. 1.6CC)
c) dos son los criterios que marcan la preferencia de los procedimientos concursales y administrativos: i) temporal y ii) objetivo, que deben concurrir acumuladamente.
Según el primero, es la prioridad temporal de la providencia de apremio, o, alternativamente, de la declaración concursal la que determina la preferencia del procedimiento administrativo o del judicial (STCJ 22/12/2006).
Conforme al segundo, la condición del concreto bien o derecho como necesario para la continuación de la actividad del deudor o no, es la que determina que el privilegio de autotutela administrativa haya de ceder, o por el contrario, pueda continuar (STCJ 22/12/2006)
d) corresponde a la autoridad judicial –Juez del concurso – decidir si los bienes o derechos específicos son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor (STCJ 22/12/2006)
e) declarado un concurso la Administración tributaria debe dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida sobre la necesariedad de los bienes para la continuación de la actividad del deudor, de manera que " Es, por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor" (STCJ 22/12/2006 y 4 de julio de 2008)
f) una vez declarado el concurso, la Administración General del Estado sólo puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso (S de 19/12/2008 con cita de sentencias de 10 de octubre de 2005, 20 de diciembre de 2006, 6 de noviembre de 2007 y 3 de julio de 2008)
Consideraciones perfectamente trasladables a los procedimientos de apremio seguidos por la TGSS.": AJM-1 Alicante 02.12.2009 (Concurso 391/2009)

0.2 Improcedencia de conflicto de jurisdicción por causa de que el embargo administrativo, posterior al concurso, ha devenido firme al no ser impugnado por la Administración Concursal

"Primero.-Son circunstancias relevantes, en el orden temporal, para la resolución de este litigio, las siguientes:
a) El 15 de julio de 2004, 18 de octubre de 2004 y 15 de diciembre de 2004, se dictaron providencias de apremio, para el cobro del Impuesto sobre Actividades Económicas, del Ayuntamiento de ejercicio 2004, contra la entidad concursada Tornifre, S.A., por el Órgano de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona, e importe de 2.575.05 euros.
b) El 28 de febrero de 2005 se acordó el embargo de las cantidades necesarias para el pago con cargo a la cuenta corriente de la entidad deudora, que tuvo entrada en la oficina bancaria correspondiente el 7 de marzo.
c) El Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona había acordado, por auto de 8 de febrero de 2005 la declaración de concursada de la deudora.
d) El administrador del concurso en escrito de 15 de marzo de 2005, manifiesta al órgano jurisdiccional haber tenido conocimiento del embargo practicado por el Órgano de Gestión Tributaria, solicitando el planteamiento del conflicto pertinente.
e) Por auto de 17 de mayo de 2005 el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición a la A.E.A.T., modificando el requerimiento por Auto de 16 de junio de 2005.
Segundo.-Los artículos 7.º y 8.º de la L.O. 2/87 prohíben que se susciten conflictos de jurisdicción en todos aquellos asuntos que hayan sido resueltos por resolución judicial firme o acto que haya agotado la vía administrativa, salvo que el conflicto verse únicamente sobre la competencia para la ejecución de esos actos y resoluciones. Esta prohibición ha de entenderse extensible, incluso, a los supuestos en que se hubiese procedido indebidamente en perjuicio de la competencia del organismo requeriente, si es que la interpelación se produce cuando el acto indebidamente realizado ha agotado sus efectos.
Constituyen precedentes concretos sobre este mismo tema las Sentencias de este Tribunal de 17 de noviembre de 1.992 y 22 de junio de 1998, casos en los que se declaró la improcedencia en el planteamiento del conflicto en razón de que el órgano que había trabado el embargo con posterioridad había consumado, sin embargo, su actividad -la jurisdiccional en ambos supuestos-, al haber ya adjudicado los bienes o hecho entrega del metálico obtenido a sus destinatarios, pese a hallarse sujetos los bienes a un embargo decretado con anterioridad por la Administración.

La razón de las decisiones mencionadas no podía ser más evidente: a este Tribunal no le corresponde extenderse en cuestiones ajenas al conflicto planteado (artículo 17 de la L.O. 2/87), y ha de limitar su fallo a resolver a cuál de las dos autoridades en discrepancia corresponde seguir conociendo, o dejar de hacerlo, de la cuestión sobre la que dicha controversia se plantea. De manera que si la actuación controvertida ha concluido, el conflicto carece razón de ser, tanto desde el punto de vista meramente especulativo como estrictamente normativo (artículos 7.º y 8.º).
Tercero.-En el asunto que decidimos, y a la vista de como han sucedido los hechos, no ofrece dudas que cuando el 16 de junio de 2005 el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición por el embargo de la entidad declarada en estado de Concurso voluntario, este acto, el del embargo, había devenido en acto firme, al que le son aplicables los preceptos de la Ley de Conflictos antes invocados, pues habiendo tenido el administrador del Concurso conocimiento del embargo el 15 de marzo, y no habiendo interpuesto recurso administrativo contra él, el embargo efectuado se había convertido en acto firme, consentido e inatacable en al fecha de 16 de junio de 2005, que es cuando el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición al Organismo de Gestión Tributaria.
En consecuencia: FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos improcedente el presente conflicto de jurisdicción, sin que haya lugar a conocer del mismo. ": Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 19.10.2005 (BOE 13.03.2006) (CONFLICTO de jurisdicción n.º 5/2005, suscitado entre el Organismo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona y el Juzgado de lo Mercantil n.º 4, de Barcelona.)

"PRIMERO Son circunstancias relevantes, en el orden temporal, para la resolución de este litigio, las siguientes:
a) El 15 de julio de 2004, 18 de octubre de 2004 y 15 de diciembre de 2004, se dictaron providencias de apremio, para el cobro del Impuesto sobre Actividades Económicas, del Ayuntamiento de ejercicio 2004, contra la entidad concursada Tornifre, SA, por el Órgano de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona, e importe de 2.575.05 euros.
b) El 28 de febrero de 2005 se acordó el embargo de las cantidades necesarias para el pago con cargo a la cuenta corriente de la entidad deudora, que tuvo entrada en la oficina bancaria correspondiente el 7 de marzo.
c) El Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona había acordado, por auto de 8 de febrero de 2005 la declaración de concursada de la deudora.
d) El administrador del concurso en escrito de 15 de marzo de 2005, manifiesta al órgano jurisdiccional haber tenido conocimiento del embargo practicado por el Órgano de Gestión Tributaria, solicitando el planteamiento del conflicto pertinente.
e) Por auto de 17 de mayo de 2005 el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición a la A.E.A.T., modificando el requerimiento por Auto de 16 de junio de 2005.
SEGUNDO Los artículos 7º y 8º de la LO 2/87 prohíben que se susciten conflictos de jurisdicción en todos aquellos asuntos que hayan sido resueltos por resolución judicial firme o acto que haya agotado la vía administrativa, salvo que el conflicto verse únicamente sobre la competencia para la ejecución de esos actos y resoluciones. Esta prohibición ha de entenderse extensible, incluso, a los supuestos en que se hubiese procedido indebidamente en perjuicio de la competencia del organismo requeriente, si es que la interpelación se produce cuando el acto indebidamente realizado ha agotado sus efectos.
Constituyen precedentes concretos sobre este mismo tema las Sentencias de este Tribunal de 17 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9671) y 22 de junio de 1998 (RJ 1998, 798), casos en los que se declaró la improcedencia en el planteamiento del conflicto en razón de que el órgano que había trabado el embargo con posterioridad había consumado, sin embargo, su actividad ?la jurisdiccional en ambos supuestos?, al haber ya adjudicado los bienes o hecho entrega del metálico obtenido a sus destinatarios, pese a hallarse sujetos los bienes a un embargo decretado con anterioridad por la Administración.
La razón de las decisiones mencionadas no podía ser más evidente: a este Tribunal no le corresponde extenderse en cuestiones ajenas al conflicto planteado (artículo 17 de la LO 2/87), y ha de limitar su fallo a resolver a cuál de las dos autoridades en discrepancia corresponde seguir conociendo, o dejar de hacerlo, de la cuestión sobre la que dicha controversia se plantea. De manera que si la actuación controvertida ha concluido, el conflicto carece razón de ser, tanto desde el punto de vista meramente especulativo como estrictamente normativo (artículos 7º y 8º).
TERCERO En el asunto que decidimos, y a la vista de como han sucedido los hechos, no ofrece dudas que cuando el 16 de junio de 2005 el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición por el embargo de la entidad declarada en estado de Concurso voluntario, este acto, el del embargo, había devenido en acto firme, al que le son aplicables los preceptos de la Ley de Conflictos antes invocados, pues habiendo tenido el administrador del Concurso conocimiento del embargo el 15 de marzo, y no habiendo interpuesto recurso administrativo contra él, el embargo efectuado se había convertido en acto firme, consentido e inatacable en al fecha de 16 de junio de 2005, que es cuando el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición al Organismo de Gestión Tributaria.": Sentencia TCJ 23.01.2006 (RJ 2007/1976; conflicto 1/2006)

0.2.1 Planteamiento de conflicto de jurisdicción no por el embargo sino por el apremio

"PRIMERO.- Se presentó la administración concursal al Juzgado enterando de que la TGSS había procedido a embargar bienes en la masa en cantidad de 58.581,41 euros, en concreto, derechos de crédito por saldos en cuentas de entidades bancarias, y pendientes de satisfacción por clientes.
Es pacífico que el crédito es concursal y los embargos sí corresponden con providencia de apremio dictada antes de día declaración del concurso.

En paralelo, el Letrado de la TGSS personado en los autos solicitó del Juzgado licencia para proseguir el apremio, y precisamente para embargar los créditos mencionados, sobre la base del carácter no necesario de los bienes trabados y la prioridad la apertura del concurso de la providencia de apremio.
Lógicamente el Juzgado resolvió en auto de 14 de febrero pasado que no se pronunciaba sobre la necesariedad de los derechos de crédito embargados, cuando los embargos se han producido ya por propio impulso de la Recaudación, dado que no cabe acudir simultáneamente a una vía de derecho y otra de hecho, y puesto que si se acude al Juzgado del concurso, se admite implícitamente que la competencia del Recaudador está supeditada a una decisión del Juzgado, y además, carece de sentido, una vez originado el problema de iliquidez, con la resultancia más grave de pérdida de confianza de financiadores y proveedores de una empresa en crisis, preguntar al Juzgado si es necesario el dinero en saldos para la continuidad de la actividad empresarial.
SEGUNDO.- Vuelve a sostenerse la tesis del Juzgado:

-El Juzgado del concurso no puede controlar el procedimiento administrativo de la Recaudación, como tampoco los procesos judiciales de ejecución, y otra cosa es que pueda declarar, y razonar previamente, en sus resoluciones, que son nulos ex art. 55.1 LECO los embargos, administrativos o judiciales, a partir de la declaración del concurso del ejecutado.

-El Juzgado debe requerir a la TGSS, como ha hecho, para que suspenda la vía de apremio en defensa de la competencia del Juzgado conforme arts. 8 6.ter.l.3° LOPJ y 8.3° LECO, por ser incompatible con la autotutela ejecutiva de la Administración.

-Efectivamente, existe una salvedad legal para la ejecución separada de la Recaudación, con arreglo al art. 55.1.pfo.2° "in fine" LECO, la cual supone una particular excepción a la competencia exclusiva del Juez del concurso respecto de toda ejecución contra el concursado sobre bienes y derechos de contenido patrimonial.

Esta salvedad a la tradicional "vis attractiva" del órgano competente para el procedimiento universal, indispensable para la preservación de la masa activa, y que se traduce en la parálisis ejecutiva sobre el patrimonio del deudor concursado de los órganos de la ejecución singular después de la apertura del concurso, era en el Derecho previgente masiva, y arruinaba la regla, mientras que en el actual se ha restringido al máximo, pues tanto como principio táctico de las instituciones concúrsales de LECO se reafirma la universalidad del procedimiento, como principio ideológico se reafirma una judicialización absorbente.
El precepto promociona el problema de quién el competente para decidir la aplicación de esta salvedad de ejecución separada. El problema es esa necesidad del bien embargado, puesto que los otros presupuestos de la norma son objetivos y fácilmente susceptibles de fijación, y la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de diciembre de 2006 (A38/004/2006), ha señalado que siempre debe ser el Juez de lo Mercantil, desde la propia definición de las potestades administrativas y de los fines solutorios conservacionistas del concurso.
TERCERO.- Mantiene el Director provincial de la TGSS que los embargos no han sido recurridos en vía administrativa, por lo que hasta no agotarse ésta, sin ser definitivos, no puede ampararse la administración concursal en las competencias del Juzgado. En su apoyo se aduce STCJ de Conflicto N° 05/05, desde luego que anterior a la vigencia de LECO, lo cual es perfectamente contradictorio, dado que esta decisión conflictual exclusivamente aplica el art. 8 LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, de modo que no cabe inhibición respecto del acto administrativo firme -lo mismo que, a la inversa, declinar por el órgano judicial respecto de procedimientos conclusos por resolución firme-. Claro que para la ejecución del acto puede seguirse requiriendo la propia competencia, como ocurre para seguir en el apremio con relación a un embargo firme. Y no tiene sentido exigir que se recurra un acto administrativo, como no se hace, y al propio tiempo señalar que desestimado el recurso no puede ya requerirse de inhibición.
Sea como fuera, firme el embargo o no, si no se reconoce la jurisdicción de este órgano para proseguir con el apremio administrativo, pronunciándose previamente sobre la viabilidad en concreto de la excepción de art. 55.1.pfo.2° LECO, de conformidad con art. 9.1 LO 2/1987 de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, la jurisdicción de este Juzgado de lo Mercantil se vulnera en un asunto de que está conociendo un órgano administrativo, y debe formalizarse el conflicto de jurisdicción dirigiendo directamente el órgano que corresponda requerimiento de inhibición citando los preceptos legales que sean de aplicación.
Con arreglo a art. 12.2 LOCJ, si como es caso, el Servicio Común requerido decide mantener su jurisdicción, oficiará inmediatamente a este Juzgado requirente, anunciándole que queda así formalmente planteado el conflicto de jurisdicción, y que envía en el mismo día las actuaciones al Presidente del Tribunal de conflictos, requiriéndole a que él haga lo propio en el mismo día de recepción, conservando, en su caso, testimonio de lo necesario para realizar las actuación provisional que se adopta.": **Auto JM-2 Bilbao 14.03.2008 (concurso 208/2007)**

1. Continuación de los procedimientos administrativos de apremio

1.0 Declarado el concurso no pueden dictarse nuevas providencias de apremio, aunque se suspenda su ejecutividad

AP Córdoba

“CUARTO.- En cuanto a las actuaciones posteriores, habrá de tenerse en cuenta, en todo caso, la relación de jerarquía normativa entre una ley y un real decreto. A su vez, el problema se centra en determinar el momento en el que se debe considerar que existe un procedimiento de apremio en curso (en este caso, un procedimiento administrativo de apremio de la seguridad social). A cuyo efecto, el artículo 84.1 del citado Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social establece que *“La providencia de apremio constituye el título ejecutivo suficiente para el inicio del procedimiento de apremio por la Tesorería General de la Seguridad Social y tiene la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los responsables del pago de la deuda”.* Es decir, conforme a la propia normativa de recaudación de la seguridad social el procedimiento de apremio se inicia con la providencia, por lo que interpretando dicho precepto en consonancia con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Concursal debe concluirse que, una vez declarado el concurso no pueden dictarse nuevas providencias de apremio, aunque se suspenda su ejecutividad. Es cierto que existe una aparente antinomia con el artículo 50.2 del propio Reglamento de Recaudación *(“Si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal”),* pero en cualquier caso una norma reglamentaria como la transcrita no puede contravenir lo dispuesto en una norma de rango legal, como el artículo 55 de la Ley Concursal.

Además, esta interpretación está avalada por la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 3 de julio de 2008, al decir: *“Conforme al artículo 34 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en el número 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es cuando se procederá al embargo de bienes del apremiado. Lo esencial, pues en este procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia”.”:* AAP Córdoba (Sección 3) 19.02.2010 (Auto 13/2010; Rollo 14/2010)

AP Baleares

SEGUNDO.- En fecha 9-octubre-2009 el Juez del concurso dictó Auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo acordar y acuerdo la nulidad de las providencias de apremio nº 07/09/013113944 y nº 07/09/013113843 dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en fecha de 7 de agosto del año 2.009"; y que, previa reposición y oposición de la entidad concursada, la indicada resolución fue confirmada porAuto de 16-febrero-2010, objeto del presente recurso de apelación, y cuya parte dispositiva reza: "Que debo desestimar y desestimo el recurso de reposición interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social contra el Auto dictado en fecha de 9 de octubre del año 2.009, manteniendo éste en todos sus extremos.".

Contra la indicada resolución se alza el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, insistiendo en que se ha seguido lo dispuesto en elart. 50 del Reglamento General de Recaudación, que no se desconoce laLey Concursal (art. 55) pues son las actuaciones de ejecución las que quedan en suspenso y ello no alcanza a la creación del título ejecutivo, y entiende que la resolución impugnada conculca lo dispuesto en elReglamento de Recaudación de la Seguridad Social en relación con el art.55 de la Concursal, al no hacer una interpretación sistemática y conjunta de ambos artículos, interpretación que lleva a la ineludible conclusión de que dictar y notificar la providencia de apremio en ningún caso supone iniciar o continuar la ejecución, ya que ésta se suspende sin que se altere lo más mínimo lo dispuesto en la Ley Concursal, e interesa que dicte Sentencia por la que se estime el presente recurso de apelación y revoque elAuto de fecha 16.02.10, declarando la conformidad a derecho de providencias de apremio dictadas por la TGSS en fecha 07.08.09.

No consta oposición en plazo al recurso de apelación ni impugnación alAuto de fecha 16-febrero-2010.

TERCERO.- Establece elart. 55 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio :

"1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en lo que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.

3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.

4. Se exceptúa a las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real."; y elartículo 50 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, de Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social que a los efectos previstos en laLey 22/2003, de 9 de julio, Concursal, los créditos de la Seguridad Social contra el concursado tendrán la preferencia que corresponda en aplicación de dicha ley.

Y elartículo 50. Procedimientos de ejecución universal. Concurso.

Si el responsable de la deuda con la seguridad social fuera declarado en concurso, la Tesorería General de la Seguridad Social se personará en el procedimiento y comunicará a la administración concursal los créditos de que sea titular mediante correspondiente certificación administrativa.

Si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido eneste reglamento hasta la notificación de dicha providencia,cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal.
Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en elart. 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
Sólo podrá iniciarse o proseguirse la ejecución administrativa de garantías reales consituidas sobre bienes de quien haya sido declarado en concurso cuando concurran algunas de las siguientes circunstancias:
Cuando la garantía se haya constituido para asegurar el cobro de deudas ajenas al concursado.
Cuando los bienes no sehallenafectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de titularidad del concursado.
Cuando al tiempo de la declaración de concurso ya se hayan publicado los anuncios de subasta del bien objeto de la garantía y no resulte necesario para la comunidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Sí no concurriese ninguna de tales circunstancias, se suspenderán las actuaciones de ejecución administrativa de la garantía y se instará del órgano judicial lo que conforme aLey 22/2003, de 9 de julio, Concursal, pueda resultar procedente para ejecución, sin perjuicio de la aplicación, en tanto ésta no proceda, de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, por el cobro de la deuda garantizada.
La declaración de concurso suspende el devengo de intereses de las deudas anteriores a dicha declaración, salvo que dichas las deudas se hallaran aseguradas con garantía real, en cuyo caso serán exigibles hasta donde alcance dicha garantía.
La Tesorería General de la Seguridad social, conforme al reparto y reserva de competencias que determine su Director General podrá suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en laLey 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sometiéndose a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de acreedores.".
Pues bien,en este supuesto concreto este Tribunal concuerda las consideraciones y conclusiones que desgrana el Juez del concurso en la resolución recurrida, así como en los antecedentes cuya recurso de reposición fue desestimado, en tanto el concurso fue declarado a17-marzo-09, y a partir de tal fechano podíaniniciarse ejecuciones singulares ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor(art. 55.1 de la Ley Concursal), y en cambio sí lo hizo la entidad recurrente al dictar providencias de apremio, con posterioridad a 17-3-09, l o que estaba vedado a3-agosto-09, y que conlleva la declaración de nulidad de las mismas(art. 55.3).
Elartículo 55 de la Ley Concural, que regula el régimen jurídico de las Ejecuciones y Apremios seguidos contra el patrimonio del deudor declarado en concurso, dispone lo siguiente:
"1º. Declarado el concurso,no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
La declaración de concurso comporta, pues, la imposibilidad de que puedan seguirse ejecuciones singulares separadas contra el deudor. Cabe destacar al respecto que la Ley Concursal no se limita a disponer dicha imposibilidad de ejecución separada respecto de las ejecuciones judiciales sino que la predica asimismo, sin exclusión, respecto de las ejecuciones extrajudiciales y, lo que es más importante, respecto de todo tipo de apremios de naturaleza administrativa, incluidos los apremios tributarios y las ejecuciones de naturaleza laboral, cuando los bienes objeto de embargo resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Pero obsérveseen el caso que la ejecuciónno se habíainiciado, y quelas providencias de apremio son posteriores ala declaración de concurso, por lo que ya no cabe seguir ni continuar apremios administrativos, ni suspender por faltar la iniciación, más allá de un mero trámite administrativo preventivo de la vía recaudatoria o de aquéllas tengan carácter exclusivamente cautelar. En tal sentido, se insiste en la interpretación literal y a la vez sistematizada de toda normativa citada.
En tal sentido, elart. 55.1 de la L.C. indica que "Declarado el concurso,no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.", se recuerda.
Dicho precepto no se ve alterado por el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, que, en elart. 50.3ª, se remite, en las situaciones concursales, a lo dispuesto en la Ley 22/2.003, de 22 de julio, Concursal. La alusión en elartículo 50.3 del Reglamento citado a "en los términos previstos en elart. 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal " no puede sino implicar la subordinación de la ejecución administrativa al proceso concursal, siendo el Juez directo del mismo el que debe de determinar si se dan lascircunstancias previstas en el art. 55.1º, párrafo 2º para que pueda proseguirse una ejecución iniciada antes de la declaración de concurso. Pues bien, a a la vista del tenor literal delartículos 55.1º, párrafo segundo, hay que entender que el derecho de ejecución separada que la norma reconoce exige no sólo la existencia de una providencia de apremioanterior a la declaración del concurso, sino también el embargo, también anterior al concurso, de bienes concretos que el Juzgado de lo Mercantil, en último término, considere que no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. No parece que el propósito del legislador haya sido atribuir a la Tesorería General de la Seguridad Social u otra entidad pública, si la providencia de apremio es anterior al concurso, un derecho de ejecución separada universal, que les autorice a perseguir cualquier bien o derecho que no sea necesario para la continuación del negocio, incluido todo aquello que se pudiera obtener o liquidar durante el procedimiento concursal. Elartículo 55 acota o limita tal derecho al

emplear las palabra "siempre que los bienes objeto de embargo" sean de determinada naturaleza, limitación que alcanza a la ejecución laboral y a la administrativa. Por tanto, el privilegio procesal de la ejecución separada sólo se extenderá a aquellos bienes trabados con anterioridad a la declaración del concurso que no resulten necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Las dudas que surgen de la interpretación literal de la norma han de resolverse optando por la interpretación más favorable al interés superior del conjunto de acreedores o, dicho de otro modo, ha de prevalecer una interpretación restrictiva del privilegio procesal de las Administraciones Públicas.
Idem el Tribunal de Conflictos a 19-12-08, a sensu contrario, si las providencias de apremio sonanteriores a la declaración del Concurso.
CUARTO.- Por otra parte, el principio cardinal sobre el que gira toda la sección es la vis atractiva del concurso respecto de las ejecuciones y apremios administrativos y se plasma en laregla primera del art. 55.1 LC : "Declarado el concurso,no podrániniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales,ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor". La finalidad del concurso es ordenar la ejecución patrimonial del deudor, para así poder satisfacer los créditos a los acreedores con arreglo al principio de la "par conditio creditorum". La eficacia de un proceso concursal depende en gran medida de que, constante el concurso, ni se continúennise inicien ejecuciones singulares sobre el patrimonio del concursado. De ahí que el resto de lospreceptos de la Sección 2ª no sean más que especificaciones del citado principio general y éste, a su vez, no sea más que una manifestación del principio de la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso, que se establece, entre otras materias, respecto de "... toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado"(art. 8 LC).
A su vez, elart. 55.1, tras establecer la regla general deprohibición de inicio de ejecuciones singulares y apremios, prevé una excepción a la misma(art. 55.1.2ª. LC), regula los procedimientos de ejecución y apremio en tramitación en el momento de la declaración del concurso(art. 55.2 LC)y prevéla sanción de nulidad de las actuaciones en caso de contravención de las reglas anteriores(art. 55.3 LC). Finalmente, elart. 55.4 LC excepciona de las reglas previstas en los tres apartados anteriores del mismo precepto las ejecuciones de garantías reales, cuya disciplina se contiene en losart. 56 y 57 LC.
Centrándonos ya en el análisis delart. 55 LC, se ve en primer lugar su ámbito de aplicación, posteriormente el régimen de los apremiosno iniciados, con especial incidencia en el significado de la excepción contenida en elart. 55.1.2ª LC [(...) "Podránseguirse aquellos apremios administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado los bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor"] y, finalmente, en tercer y último lugar, el régimen de los apremios administrativos ya iniciados en el momento de declaración de concurso.
Elart. 55.1.1ª. sienta la regla general en esta materia: "Declarado el concurso,no podrán iniciarse ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor". Aparentemente esta regla es de fácil comprensión, pero es importante hacer algunas precisiones. Por un lado, es claro que a la luz delart. 55.1.1ª LC, la previsión contenida en elart. 50.4 a) RGRSS, que dispone que "Sólo podrá iniciarse o proseguirse la ejecución administrativa de garantías reales constituidas sobre bienes de quien haya sido declarado en concurso cuando concurran algunas de las siguientes circunstancias: a) Cuando la garantía se haya constituido para asegurar el cobro de deudas ajenas al concursado" ha de entenderse en el sentido sólo podrá "proseguirse", pero en ningún caso "iniciarse" una ejecución administrativa en tales circunstancias.
Por otro lado, una lectura más atenta delart. 55.1.1ª. LC, combinada con la disposición prevista en elart. 164.2 NLGT, que establece que para el caso de concurrencia entre un procedimiento de apremio y un concurso de acreedores "[...]se aplicará lo dispuesto en laLey 22/2003, de 9 de julio, Concursal y que en su caso, en la Ley General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del período ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso", enturbia esta aparente claridad.
Por tanto, la recta comprensión de estospreceptos debe partir de la fijación de dos datos temporales de extraordinaria relevancia, por un lado, el momento de ladeclaración de concurso y el momento de inicio del procedimiento de ejecución o apremio. En cuanto al primero, ha de estarse a la fecha de auto de declaración del concurso, que produce sus efectos "de inmediato"(art. 21.2 LC). Por cuanto hace a la segunda, a la fecha en que la providencia de apremio fuenotificada al deudor(arts. 167.1 NLGT y 69.2 NRGR).
Sentado lo anterior haya que distinguir tres supuestos distintos: a) La providencia de apremio se notificó con anterioridad a la fecha del auto de declaración de concurso, b) La providencia de apremio se notificó con posterioridad al auto de declaración de concurso, pero los hechos que posibilitan la incoación del procedimiento de apremio existían con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, c) La providencia de apremio y los hechos que posibilitan la incoación del procedimiento de apremio son posteriores al auto de declaración de concurso.
El primero de los supuestos descritos contempla el caso del apremio ya iniciado. El segundo supuesto, que es de aplicación exclusiva a la Administración tributaria (y no a cualquier otra Administración pública) se regula en elart. 164.2 NLGT, de acuerdo con el cual si con anterioridad a la declaración de concurso se dieran los presupuestos para incoar el procedimiento de apremio, la Administración tributaria podría dictar una providencia de apremio de fechaposterior a la declaración del concurso, pero con el limitado efecto de que se devengaría el recargo de apremio, que formaría parte del crédito de Administración tributaria. No se seguirá un procedimiento de apremio separado. Finalmente, si se dicta una providencia de apremio posterior a la fecha de declaración del concurso y con fundamento en hechos posteriores a la declaración de concurso, tal providencia seránula (art. 55.3 LC).

Probablemente, la finalidad del legislador tributario al permitir que el Fisco pueda dictar una providencia de apremio con el correspondiente recargo es hacerlo con vistas a una eventual recuperación posterior de los privilegios de los créditos tributariosex art. 77.2 NLGT. Pero con o sin esta posible recuperación de los privilegios de los créditos tributarios, el cobro del recargo de apremio por parte de la Hacienda Pública se ve limitado por dos hechos relevantes. El primero de ellos es que tales recargos de apremio tienen o bien naturaleza indemnizatoria (así el recargo ejecutivo -del 5%- y el recargo de apremio reducido -del 10%- son incompatibles con los intereses de demora-art. 28.5 NLGT -) o bien carácter sancionador (el recargo de apremio ordinario, cuya cuantía es del 20% de la deuda apremiada y compatible con los intereses de demora-art. 28.5 NLGT -), por lo que caerían, respectivamente.
Un tercer elemento, que ha de tenerse en cuenta es el factor temporal, una eventual recuperación de los privilegios sólo podría abarcar al recargo de apremio si la providencia de apremio se hubiera comunicado a la administración concursal en el plazo de un mes a contar desde la última de cualquiera de estas fechas: la de publicación del concurso en el Boletín Oficial del Estado o en un diario de mayor difusión en la provincia en la que el deudor tuviera su centro principal de intereses.
QUINTO.- A mayor abundamiento,en el supuesto específicode autos, además del contraste de fechas ya reiterado, conviene reseñar que en la solicitud se pedía directamente la liquidación de la sociedad, que la TGSS figuraba como acreedora en la solicitud inicial, y calificados los créditos en el informe del administrador concursal, que la propuesta anticipada de liquidación ha sido aprobada, que las providencias de apremio no han sido notificadas a la entidad deudora; que no procedía dictarlas(art. 50.2 de RGRSS) por no poderiniciar el procedimiento ejecutivo, declarado ya el concurso a 17.3.09; que si se reconoce por la TGSS que procedería suspender cualquier actuación ejecutiva posterior, también es reconocer que las anteriores son ejecutivas, por lo que procede declarar su nulidad por impedimento de inicio de los apremios administrativos, siendo que el concurso ya había sido declarado: inicio de la vía de apremio precisamente en base a títulos (providencias de apremio) de los que derivan los embargos subsiguientes; y no se diga que aquéllas no constituyen ejecución pues, además de entrar en vigor a la misma fecha el RGRSS y la L. Concursal (DF2ª y DF 35ª) a armonizar, las providencias de apremio dan inicio al período de recaudación ejecutiva(art.6), los actos de la TGSS son inmediatamente ejecutivos(art. 7) e inician el procedimiento de apremio según elart. 84 del Reglamento, por el cual: "La providencia de apremio constituye el título ejecutivo suficientepara el inicio del procedimiento de apremio por la Tesorería General de la Seguridad Social y tienen la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los responsables del pago de la deuda."; y elart. 87 : "Una vez firme en vía administrativa la providencia de apremio sin que se haya efectuado el ingreso, el recaudador ejecutará la ejecución de las garantías existentes y, en su caso, procederá al embargo de los bienes y derechos del responsable del cobro forzoso de la deuda, mediante su enajenación o adjudicación a la Tesorería General de la Seguridad Social.
Para proceder contra los bienes y derechos del responsable, se acumularán en un solo procedimiento las providencias de apremio que se hubieran dictado contra éste, sin perjuicio de que, cuando las circunstancias del procedimiento lo exijan, se proceda a la segregación de las providencias acumuladas.
Las actuaciones del procedimiento de apremio para el cobro de la deuda podrán prever un incremento sobre la cuantía exigible de hasta un 10 por ciento, en concepto de previsión de costas e intereses que puedan devengarse hasta el momento del efectivo cobro. La previsión de costas nunca podrá superar el tres por ciento del importe de la deuda.
Si como consecuencia de las actuaciones de ejecución forzosa se produjese un exceso de cobro respecto del importe de deuda apremiada, se procederá a la inmediata restitución del obrante al apremiado o, en su caso, a quien conste como titular o derecho en cuya ejecución se haya producido, salvo que medie embargo u orden de retención"; y D. Transitoria 1ª del Reglamento.
SEXTO.- en el mismo sentido, laSentencia de fecha 18-octubre-2010 del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en supuestos de providencias de apremio anteriores a la declaración del concurso; y de la Aud. Prov. Pontevedra de 8.1.10 y 10-1-08, de Aud. Zaragoza de 21-9-09, de AP. De Alava de 2-6-08, J. M nº 10 de Santander de 4-3-08. Y tampoco puede invocarse que esta Sala no haya resuelto la cuestión planteada con anterioridad, en tanto que por Auto de fecha 30- julio-2007 reseñaba que: "La Sala ratifica la acertada fundamentación de los autos recurridos.
En lasentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2.007, se señala que la nueva normativa concursal, respondiendo a la filosofía de procurar y mantener la posición de igualdad de todos los acreedores concursales, matiza considerablemente la preferencia procedimental a favor de la Hacienda Pública, "pues, si bien se reconoce, por un lado, la posibilidad de ejecución separada - al margen del procedimiento concursal- del crédito tributario (art. 55.1 LC), por otro, consolida la regla de la denominada vis atractiva de los procedimientos concursales sobre el resto de los procedimientos de ejecución, lo que se manifiesta en la atribución en exclusiva al Juez de lo Mercantil - no ya los órganos de la Administración Tributaria en aplicación de las normas tributarias de recaudación - de proceder a la ejecución del crédito tributario(art. 85 ter, ap 1º,3º LO 6/1.985 de 1 de Julio del Poder Judicial - que ha sido introducido por la citada LO 8/2.003, de 9 de julio - yart 8.3 LC). En efecto, según elartículo 55.1 LC, una vez declarado el concurso no se podrán iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor; no obstante, el propio precepto prevé que podrán continuarse aquellos procedimiento administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio - y las ejecuciones laborales en las que se hubieren embargado bienes del concursado- con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Por su parte, elartículo 86 ter de la LOPJ... y elartículo 8.3 de la LC establecen que corresponderá de manera exclusiva y excluyente al Juez de lo Mercantil como Juez del concurso, efectuar toda ejecución frente a todos los bienes y derechos del concursado, con independencia de los órganos o autoridades que la hubieran ordenado... Por lo tanto, si tiene lugar la concurrencia entre el

procedimiento de apremio tributario y un concurso con la nueva regulación se elimina el pretendido carácter exclusivamente administrativo de aquél (art. 163 LGT 03. idart. 129 LGT 63), y se atribuye en exclusiva seguir con la ejecución - separada- del crédito tributario, al Juez de lo Mercantil, lo que supone en definitiva, que la Administración Tributaria ha perdido la prerrogativa procedimental de la autotutela ejecutiva, esto es, el privilegio de seguir con el procedimiento administrativo de apremio al margen de los procedimientos concursales de acuerdo con las normas administrativas tributarias", y ello sin perjuicio de las excepciones previstas en el propioartículo 55 que no afectan al supuesto enjuiciado. Dicha sentencia también señala que " A pesar del tenor literal del artículo 55.....corresponde al Juez de lo Mercantil, como juez del concurso, mediante la tramitación del oportuno incidente concursal, proseguir la ejecución separada del crédito tributario de acuerdo con su jurisdicción exclusiva y excluyente para efectuar toda ejecución frente a los bienes y derechos del concursado, con independencia de que en el título ejecutivo que determinó el nacimiento de la ejecución anterior a la declaración del concurso - esto es, la providencia de apremio- lo dictara la Administración Tributaria...".
Dichos argumentos se entienden igualmente aplicables a ejecuciones y títulos procedentes de laTesorería General dela Seguridad Social.
La pretensión de la TGSS de que partiendo de que nos hallamos ante un crédito contra la masa puede dictar títulos de ejecución y cabe una ejecución singular fuera del concurso, es contraria, tal como acertadamente se indica en las resoluciones recurridas, a losartículos 8, 55.1 y 154.2 de la Ley Concursal.
Elartículo 8, recoge una norma de competencia objetiva según la cual "Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.". La pretensión del recurrente es contraria a la indicada norma, pues se pretende la ejecución singular por parte de la TGSS contra el concursado, siquiera lo sea por una deuda contra la masa.
Elartículo 55 bajo el título de "Ejecuciones y apremios" indica con toda claridad que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, y seguidamente establece unas excepciones no aplicables al supuesto enjuiciado, y en su párrafo tercero sanciona con la nulidad las actuaciones que se practiquen en contravención de la misma. En el supuesto enjuiciado laTGSS ha iniciado una ejecución singular contra el patrimonio del deudor sin hallarse en ninguno de los supuestos de excepción recogidos en la norma, y establece el efecto de su contravención: su nulidad.
Elartículo 154.2 LC relativo a los créditos contra la masa, establece que los mismos, "cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos delart. 84.2.1º se pagarán de forma inmediata. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos." La aludida norma no permite ningún tipo de ejecución singular separada, y en lo relevante a los efectos que nos ocupan, regula que para el pago de los créditos contra la masa no se debe esperar a la apertura de la fase de liquidación ni la declaración de esa apertura supone su vencimiento anticipado, sino que se producen a lo largo del procedimiento concursal en todas sus fases, y si bien se debe pagar a su vencimiento, si es preciso ejecutar algún bien para su pago (salvo regulación especial para determinados créditos salariales) entonces habrá que esperar a que se aprueba el convenio, a que se abra la fase de liquidación o, finalmente, el transcurso de un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera aprobado el convenio ni se haya abierto la fase de liquidación. Ello no implica la posibilidad de una ejecución separada, sino que, por el contrario, todas las vicisitudes posibles de dicho tipo de créditos contra la masa, como por ejemplo su existencia, cuantía, calificación y pago, deben ventilarse mediante la acción correspondiente ante el Juez del concurso, mediante el trámite del incidente concursal, y del mismo modo, tal como acertadamente se señala en la sentencia recurrida, deberán ser dilucidas las discrepancias de la entidad recurrente con la Administración Concursal.. Dicha norma establece el modo de proceder a su pago, antes de los créditos concursales, con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial, y si resultan insuficientes, "lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos".
La cualidad de crédito contra la masa ostentado por la TGSS es reconocido por la Administración Concursal, incardinable en elartículo 84.5 de la LC.
En el primer motivo del recurso, la entidad actora recoge pormenorizadamente las características de los créditos contra la masa y las normas antes citadas para llegar a la conclusión de que no son de aplicación los principios rectores del procedimiento concursal y que no se hallan sometidos alartículo 55. A pesar de que es evidente la existencia de un distinto régimen entre los créditos contra la masa y los créditos concursales, no compartimos las conclusiones que de ella extrae la parte recurrente, y en este sentido nos hallamos en un concurso, con lo cual rige la norma de competencia exclusiva y excluyente del Juzgado de lo Mercantil no alterada por el hecho de que se trate de un crédito contra la masa, estableciendo la mismaLey Concursal en su artículos 154.2 un regulación con respecto de su pago que, en ningún momento priva de su competencia al Juzgado para devolverla a la Autoridad Administrativa, ni menos una ejecución separada, a modo de opción pretendida por la parte recurrente. A la vez, supone, como anteriormente se ha reseñado, una infracción delartículo 55.1 de la misma.
En cuanto a la interpretación delartículo 154.2 LC no debe limitarse a la frase relativa a que dichos créditos deben pagarse a la fecha de su vencimiento, que ciertamente se recoge en la misma, sino que debe ponerse en relación con su contexto, y en ningún modo autoriza la posibilidad de una ejecución singular fuera del concurso de un crédito contra la masa, y si por el motivo que fuere dicho crédito no se paga por la Administración Concursal, lo que no cabe es una ejecución separada como la pretendida por la recurrente.

Descartada la ejecución singular pretendida, al parecer concarácter subsidiario, la recurrente considera que procedería dictar la providencia de apremio, notificarse y luego quedar en suspenso cualquier actuación ejecutiva en aplicación del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, lo cual, a juicio de esta Sala entra en colisión con elartículo 55.1 de la LC, con lo cual se estima correcto la aplicación delprincipio de jerarquía normativa y apreciar que una norma con rango de Reglamento no puede contradecir una norma con rango de Ley. Se concuerda con la resolución recurrida que la aludida norma incluye la totalidad del procedimiento administrativo, y por tanto, la providencia de apremio".
A la luz de lo precedentemente expuesto, y ya resuelto con anterioridad por este Tribunal, la insistencia en la pretensión de la recurrente no se explica si no es para solicitar medidas cautelares(art. 54), o embargos de bienes no afectos a la actividad profesional, o por si el concurso finaliza de modo anormal (sin convenio o sin liquidación) o para recobrar privilegios en caso de liquidación, o para recobrar privilegios de apremio el devengo de intereses de demora y recargos(art. 20 y 36), o ejecutar garantías(art. 36), o prelacionarse frente a otros procedimientos ejecutivos(art. 49), o convertir las medidas cautelares en definitivas en el procedimiento de apremio, o por los gastos y costas derivados(art. 81 y 127), etc., todos ellos del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.”: AAP Baleares (Sección 5) 08.03.2011 (JUR 2011/191524; Auto 38/2011; Rollo 59/2011)

AP Barcelona (Sección 15)

“1. La entidad concursada, CATELEM ASOCIADOS, S.L., por escrito de 8 de enero de 2010, puso en conocimiento del juzgado mercantil que conoce de su concurso voluntario que le habían sido notificadas tres providencias de apremio de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), de fecha 9 de diciembre de 2009, posterior a la declaración de concurso (de 11 de junio de 2009). La concursada, con base en lo dispuesto en el artículo 55.1, 2 y 3 de la Ley concursal (LC), solicitaba al juzgado que tuviera por hechas las manifestaciones y requiriera a la TGSS para que declarara la nulidad de aquellas providencias de apremio y dejara sin efecto cualquier otra actuación posterior a la misma. La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (AC), a quien se dio traslado, se posicionó en el mismo sentido que la concursada, es decir, solicitando que se requiriera a la TGSS para que declarara la nulidad de aquellas providencias de apremio, conforme a lo dispuesto en la LC y en el artículo 62 de la Ley 30/1992, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.
El auto del juzgado de 3 de febrero de 2010 dispuso la suspensión inmediata de todas las actuaciones ejecutivas de la TGSS posteriores a la declaración de concurso y acordó la nulidad de las providencias de apremio de 9 de diciembre de 2009.
Dicho auto fue recurrido en reposición por la TGSS, que alegó la infracción del artículo 55 de la LC y del artículo 50.2 del Reglamento general de recaudación de Seguridad Social (RSS). Desestimado el recurso por auto de 19 de abril de 2010, la TGSS apela contra esta última resolución.
2. La TGSS alega en el recurso de apelación, como lo hizo en el recurso de reposición ante el juzgado, que la decisión judicial infringe el artículo 55.1 de la LC. Este precepto establece:
"Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ".
No advertimos infracción del precepto en el auto impugnado. Como aprecia la Sra. magistrada, las providencias de apremio de 9 de diciembre de 2009 vulnerarían el artículo 55.1, párrafo primero, de la LC, ya que, conforme a él, declarado que había sido el concurso el 11 de junio de 2009, no podía seguirse apremio administrativo contra el patrimonio del deudor.
Lo que permite el párrafo segundo del artículo 55.1 es la continuación de los procedimientos administrativos de ejecución sobre los bienes que ya hubieran sido embargados al tiempo de la declaración de concurso -siempre que no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor-, lo que no es el caso de autos en que, reiteramos, las providencias de apremio son seis meses posteriores a la declaración de concurso, dato no cuestionado en el procedimiento.
Como establece el propio artículo 55 LC, en su apartado 2, " las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos ". Es esta suspensión la que debió actuar la TGSS y, al no hacerlo, habría vulnerado también el artículo 55.2.
Finalmente, como sanciona el artículo 55.3, " las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho." Esta nulidad de pleno derecho afecta a las providencias de apremio en cuestión.
3. Según la TGSS apelante, el auto impugnado habría infringido también el artículo 50.2 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que dispone:
" Si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal."
La aparente contradicción del RSS con la norma del artículo 55 de la LC no puede resolverse a favor de la norma reglamentaria, sino conforme al principio de jerarquía normativa, proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución española. Como manda el artículo 6 de la Ley orgánica del poder judicial, los jueces y tribunales

no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.
Es cierto que el artículo 84.1 -no se cita en el recurso- del citado RSS establece que " la providencia de apremio constituye el título ejecutivo suficiente para el inicio del procedimiento de apremio por la Tesorería General de la Seguridad Social y tiene la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los responsables del pago de la deuda ". De esa norma podría desprenderse que el hecho de dictar la providencia de apremio no implica seguirse apremio administrativo, en los términos del artículo 55.1.I LC y que el dictado de dicha providencia -y su notificación- con posterioridad a la declaración de concurso es compatible con el mandato del artículo 55.1.I LC.
Sin embargo, tal enfoque viene impedido por el artículo 55.2 LC, que establece taxativamente la suspensión de las actuaciones desde la fecha de declaración de concurso -en nuestro caso, 11 de junio de 2009- y por el artículo 55.1.II, que establece como sola excepción la continuación de los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio, no de aquellos en que, a la fecha de la declaración de concurso, no se hubiera dictado tal providencia.
Por ello, las providencias de apremio de 9 de diciembre de 2009, que, de acuerdo con el artículo 84.2.e) RSS, incluían en su contenido, entre otras, la advertencia expresa, engañosa en el ámbito concursal, "de que si el pago no se efectúa dentro del plazo de los 15 días naturales siguientes a la notificación, serán exigibles los intereses de demora devengados desde la finalización del plazo reglamentario de ingreso", están afectadas de la nulidad de pleno derecho prescrita en el artículo 55.3 LC.
4. Ahora bien, no corresponde al juzgado mercantil, sino a la propia TGSS o, en su caso, a la jurisdicción correspondiente, la declaración de nulidad de las providencias de apremio, tal como habían solicitado CATELEM ASOCIADOS S.L. y la AC. Todo ello sin perjuicio de que las providencias de apremio dictadas no tendrán eficacia alguna en el concurso. Esta circunstancia determinan que, aun cuando se desestimen las alegaciones del recurso de apelación, no estimemos procedente imponer las costas de la segunda instancia. ": AAP Barcelona (Sección 15) 21.06.2011 (Auto 87/2011; Rollo 100/2011)

AP Soria

"TERCERO.-En relación al recurso interpuesto contra la Sentencia de fecha 27 de marzo de 2013, debemos señalar en primer lugar que esta Sala, en su sentencia de fecha 8 de abril de 2013, ya confirmó una resolución del Juzgado de Instancia, en el mismo procedimiento concursal, en la que se anulaban otras Providencias de Apremio de la TGSS, y ahora no existen motivos para variar el criterio entonces adoptado, anticipando así una resolución denegatoria del recurso. En efecto, y reiterando los acertados argumentos de la sentencia de instancia al respecto, el artículo 55,1 de la Ley Concursal es claro al establecer que "Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor". No obstante lo cual la apelante sigue dictando Providencias de Apremio, y alega que si se anulan no podrá certificar los créditos a reclamar. No consideramos que exista ninguna justificación legal para dicho comportamiento, porque el crédito se genera, y puede ser reclamado, sin necesidad de emitir Providencias de Apremio, y de hecho la Administración Concursal está admitiendo las certificaciones emitidas por la TGSS, tal y como expone en su escrito de contestación al recurso de apelación.
Por lo expuesto, y siendo clara la Ley Concursal respecto de la nulidad de los actos de ejecución posteriores a la declaración del concurso, el recurso contra la sentencia dictada en el presente incidente debe ser desestimado.": SAP Soria (Sección 1) 22.07.2013 (Sentencia 44/2013; Rollo 52/2013)

1.1 Requisitos para la continuidad de los procedimientos administrativos de apremio (sobre bienes no necesarios para la continuidad)

1.1.1 Basta que la providencia de apremio sea anterior a la declaración de concurso, aunque el embargo sea posterior (antes de Ley 38/2011)

**** Tribunal Supremo ****

"PRIMERO. El artículo 55, apartado 1, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, establece que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Esa regla se completa con la que permite la continuación de los procedimientos administrativos de ejecución y de las ejecuciones laborales, en ciertos casos.
Con anterioridad a que la Ley 22/2003 fuera en este punto reformada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, los requisitos precisos para dicha ejecución separada, tratándose de procedimientos administrativos, eran dos: que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso; y que los bienes objeto de embargo no resultasen necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Se apartó esa inicial redacción el artículo 55, apartado 1, de lo que había dispuesto el artículo 129 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, tras ser modificado por el artículo único de la Ley 25/1995, de 20 de julio, pues, según dicha norma, la concurrencia del procedimiento de apremio administrativo con el judicial de ejecución universal se debía resolver en consideración a la prioridad del embargo o del inicio del procedimiento concursal - respecto de tal tipo de incidencias recayeron diversos pronunciamientos del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción -.
Los artículos 164 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria -apartados 1, ordinales primero y segundo, y 2 - y 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido

de la Ley general de seguridad social, reformados por las disposiciones finales décimoprimera y decimosexta, respectivamente, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, contienen en este punto una remisión a esta última Ley, pero siguen un criterio distinto al establecido en ellas cuando la concurrencia no se de con un procedimiento concursal.
La bondad de la mencionada norma de la Ley concursal fue discutida, pero su claridad no ofrecía dudas, reafirmada por la diferencia que establecía para resolver los problemas de concurrencia del concurso con los procedimientos administrativos de ejecución y con las ejecuciones laborales, al mandar estar, en este segundo caso, a la fecha del embargo.
En definitiva, el artículo 55 de la Ley 22/2.003, en su redacción original, admitía las ejecuciones administrativas separadas, pero condicionadas a que la fecha de la declaración del concurso fuera posterior a la providencia de apremio, esto es, al título ejecutivo de inicio del procedimiento de ejecución - en el caso, tramitado por la Tesorería General de la Seguridad Social -, cuya firmeza dio lugar a la diligencia de embargo de bienes de la deudora para el cobro forzoso de su deuda - artículos 84, 87 y 93 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social -.
Como se expuso, la mencionada regla del artículo 55 ha sido modificada, después de la sentencia recurrida en casación, por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Hoy el repetido artículo admite la continuación de los procedimientos administrativos de ejecución, hasta la aprobación del plan de liquidación, si antes de la declaración del concurso se hubiera practicado, no la providencia de apremio, sino la diligencia de embargo -y, claro está, si los bienes embargados no fueran necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor -.
SEGUNDO. El Tribunal de apelación, en un supuesto regulado por el artículo 55 de la Ley 22/2.003 en su redacción anterior a la mencionada reforma, prescindió de los claros términos del precepto, al anular -en aplicación del apartado 3 del propio artículo -el embargo de bienes inmuebles de la concursada, Estampaciones Zaroki, SL, con el argumento de que se había constituido, en un procedimiento de apremio seguido por Tesorería General de la Seguridad Social, con posterioridad a ser declarado el concurso. Prescindió, por lo tanto, de que lo determinante, según la norma que debía ser aplicada, no era la fecha del embargo, sino la de la providencia de apremio y que ésta era, en el caso, anterior a aquella declaración.
Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación interpuesto por Tesorería General de la Seguridad Social y examinar - en la limitada medida que lo permite el recurso de casación y en la nula que posibilitan los términos del recurso - si se cumple el segundo de los requisitos condicionantes de la ejecución separada.
TERCERO. El Tribunal de apelación declaró que de los tres bienes inmuebles embargados a Estampaciones Zaroki, SL, dos eran necesarios para que la concursada pudiera continuar su actividad empresarial.
Ante tan contundente afirmación, en el recurso no se exponen argumentos que permitan valorar los criterios en que se basa la calificación, para determinar si son inadecuados y merecen ser sustituidos.
Por ello, procede resolver el conflicto, como Tribunal de instancia, con la declaración del derecho de la recurrente a continuar el apremio exclusivamente sobre el bien que la Audiencia Provincial no ha considerado necesario a los mencionados efectos. ": STS 27.03.2012 (Sentencia 158/2012; Recurso 150/2009)

AP Alava

"TERCERO La interpretación del párrafo segundo del art. 55.1 LC
Situada la controversia en términos estrictamente jurídicos hay que reconocer que la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil han optado por la interpretación que sigue las entencia de instancia (SJM Vitoria 28 de enero 2005 (AC 2006, 301),, SJM A Coruña 16 mayo 2006 SIC (AC 2006, 2104),, SJM nº 2 Barcelona 24 mayo 2006 (AC 2006, 1261),), exigiendo no sólo que la providencia de apremio se haya dictado antes del concurso, sino que el embargo se haya efectivo, mediante la correspondiente anotación, también antes de tal declaración.
En el mismo sentido se ha pronunciado también laSAP Asturias de 6 de julio de 2007 (JUR 2007, 308217), laSAP Pontevedra de 10 de enero de 2008, y estamisma Audiencia, en la SAP Álava de 29 de mayo de 2008. Hay sin embargo doctrina de Audiencias Provinciales que niega tal exigencia, como laSAP Sevilla (Secc. 5ª), de 11 de febrero de 2009 (AC 2009, 966),, considerando que la copulativa "y" que separa la mención a procedimientos administrativos de los procedimientos laborales en elart. 55.1 LC, impide añadir el requisito de que el embargo haya sido anotado.
No obstante la resolución citada dictada por esta audiencia, debe atenderse al cambio de tendencia que se aprecia en las resoluciones de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo. Inicialmente esta sala atribuyó la competencia a los Juzgados de lo Mercantil cuando se trata de deudas que se declaran con posterioridad a la declaración de concurso o anteriores si no se ha reclamado del juzgado la declaración de ser bien preciso para la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado (Sentencias de 6 de noviembre 2007 (RJ 2010, 1968),, 4 de julio 2008 (RJ 2010, 1975),, 19 de diciembre 2008 (RJ 2010, 1976),).
Pero si se trata de deudas anteriores, que hayan dado lugar a la providencia de apremio previa a la declaración de concurso, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no exige el embargo para que pueda operar la excepción delpárrafo segundo del art. 55.1 LC. En lasentencia de 3 julio 2008 (RJ 2008, 1974), la Sala de Conflictos de Jurisdicción afirma que "Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en elartículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Conforme alart. 34 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825), la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en elnúmero 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es cuando se procederá al embargo de bienes del apremiado. Lo esencial, pues en este

procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia".
Confirma tal posición laSentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 22 de junio de 2009 (RJ 2010, 1980), que indica que "¿es necesario determinar si se ha dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, dado que la providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social, que es la que inicia la vía ejecutiva, es realmente lo esencial para determinar la aplicación de aquellos artículos, y no el embargo del apremiado que se decretará cuando no se hubiese efectuado el pago en el plazo establecido".
En definitiva, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no exige el embargo, requisito que la norma señala para los procedimientos laborales, a los procedimientos de ejecución administrativa. En estos basta la providencia de embargo anterior al concurso y que los bienes no estén afectados a la actividad profesional o empresarial del concursado. No es preciso que dicha providencia sea firme, como alega el recurrente, que ni siquiera expresa que se hubiera recurrido por la deudora concursada o la propia administración concursal. Semejante exigencia no está expresada en la norma, y contraría el principio de inmediata ejecutividad de los actos administrativos(arts. 56 y 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre 1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).
En el caso de autos tal providencia se dicta antes de la declaración de concurso, por lo que aunque el Juzgado de lo Mercantil tuviera competencia para declarar la nulidad de un acto administrativo, no procedería que lo verificara por encontrarse el procedimiento amparado en la excepción delpárrafo segundo del art. 55.1 LC. Si a ello se une que el bien no puede considerarse que el bien resulte necesario para continuar la actividad empresarial, pues ya desde la solicitud de concurso se pedía liquidación, que ha sido acordada por auto de de 17 de noviembre de 2009, procede revocar la sentencia, desestimar la demanda y no hacer pronunciamiento en costas de la instancia dadas las dudas jurídicas que la cuestión está planteando.": SAP Alava 27.12.2010 (AC 2010/1829; Sentencia 488/2010; Rollo 248/2010)

"PRIMERO.- Sobre los términos del recurso
La TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (en adelante TGSS) presenta recurso frente a las resoluciones dictadas en el procedimiento concursal (Autos de 21v diciembre de 2010, que acuerda la "suspensión" de providencias de apremio de la TGSS, y 8 de febrero de 2011, que desestima el recurso de reposición contra el anterior), sustentándolo en la incorrecta interpretación del art. 55.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), ya que entiende que dictadas éstas providencias de apremio antes de la declaración de concurso, no procede acordar en el modo que se ha hecho.
Hay que precisar que en el recurso de apelación no se plantea duda alguna sobre la competencia del Juzgado de lo Mercantil para acordar como hizo, pese a que su decisión afecta a una resolución administrativa. Aunque se citan las Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 diciembre 2006, 3 de julio de 2008 y 22 de junio de 2009, no se plantea por la TGSS recurrente ninguna duda sobre la posibilidad de que la jurisdicción decida actuar en el modo en que se ha producido en este litigio.
Aclarado lo anterior el recurso procede conforme al art. 197.4 LC, que lo previene contra el auto desestimatorio de la reposición, pues se ha utilizado la apelación más próxima para reproducir la cuestión. El argumento de la TGSS es que el párrafo segundo del art. 55.1 LC permite, como excepción, continuar con la tramitación de procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y no queden afectados bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Contra tal tesis, administración concursal y concursada sostienen que pese a que la providencia de apremio es previa, no ha habido embargo de bienes concretos, de modo que con cita en diversas resoluciones judiciales, entienden que ha de estarse a la regla general que contiene el párrafo primero del precepto, es decir, no podrán iniciarse ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
En definitiva todas la razones expuestas evidencian que nadie cuestiona la jurisdicción del juzgado para actuar como lo hizo y a los estrictos términos del recurso se estará para resolver los motivos de impugnación que esgrime.
SEGUNDO.- Sobre la continuidad del procedimiento de ejecución administrativo
La única cuestión discutida es la interpretación del art. 55.1 LC en su redacción original. La TGSS sostiene que basta que haya providencia de apremio anterior a la declaración de concurso para que pueda continuar si no se comprometen bienes necesarios para la continuidad profesional o empresarial y menciona las ya señaladas Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Los apelados entienden que es preciso que haya embargo, admitiendo que la providencia es anterior a tal declaración, apoyándose en las SJM nº 1 Vitoria-Gasteiz de 28 de noviembre de 2005, Auto del JM nº 1 A Coruña de 16 de mayo de 2006, Auto JM nº 1 Oviedo de 2 de noviembre de 2006, Auto JM nº 2 Bilbao de 24 de junio de 2008 y Auto JM nº 1 San Sebastián de 17 diciembre de 2008.
Ciertamente la regulación de la Ley Concursal hasta la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, disponía el sistema como cita la TGSS. El art. 55.1 LC en su redacción original suponía como regla la suspensión de los procedimientos de ejecución y apremio en trámite al declararse el concurso, exceptuando (además de los laborales), los administrativos de ejecución en que se hubiese dictado providencia de apremio. A ese requisito temporal se añadía otro, que los bienes objetos de embargo no resultaran necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Conocida es la división interpretativa sobre esta cuestión, que mencionan las partes al apoyarse en resoluciones judiciales diversas, y que se sostienen en que el privilegio procesal no puede convertirse en concursal, en el primer caso, o que la ejecución separada beneficia a los deudores porque los aplazamientos y fraccionamientos de esta clase de deudas se garantizan con el embargo, gratuito y por lo tanto menos costoso que la constitución de garantías reales, como la hipoteca. Además de las resoluciones citadas por las partes

hay que recordar que la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de junio de 2009 subraya que lo determinante es la providencia de apremio, no la diligencia de embargo. También optan por considerar que basta que la providencia de apremio sea anterior, aunque el embargo se produzca después de la declaración de concurso, el Auto AP A Coruña de 29 de Septiembre de 2008, JUR 2009\242133, SAP Sevilla 11 de febrero de 2009, AC 2009\966, SAP León 23 diciembre 2010, o nuestra SAP Álava, Secc. 1ª, de 27 de diciembre de 2010, AC 2010\1829. En cambio exigen embargo anterior a la declaración de concurso el Auto AP Pontevedra de 10 de enero de 2008, JUR 2008\88195, Auto AP Córdoba de 19 de febrero de 2010, Auto AP Gipuzkoa de 10 de marzo 2010, SAP Asturias 1 de junio 2010, o SAP Toledo 23 de marzo 2011, JUR 2011\189723.
Pero tales diferencias, centradas en si se había adoptado o no la diligencia de embargo antes de la declaración de concurso, no son de aplicación al caso de autos porque la recurrente aún no ha hecho embargo alguno de bienes del concursado, pese a que desde el 11 de abril de 2011 se ha acordado la apertura de la fase de liquidación. Al no hacerlo, impide ponderar si los bienes sujetos al apremio proveído con anterioridad al concurso se acomoda a las exigencias incluidas en el inciso final del art. 55.1 LC, es decir, “que los bienes objeto de embargo” no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, como hicimos en la SAP Álava, Secc. 1ª, de 27 de diciembre de 2010, AC 2010\1829, declarando que no podía el bien ser necesario porque se había pedido la liquidación desde la misma solicitud de concurso. No puede olvidarse que la reforma de la Ley 38/2011 ha dispuesto también un límite temporal a la posibilidad de continuar una ejecución administrativa iniciada antes de la declaración de concurso “hasta la aprobación del plan de liquidación...”, que es como comienza la nueva redacción del párrafo segundo del art. 55.1 LC.
Como la propia recurrente reconoce que no se ha dictado diligencia de embargo, no se llevan los requisitos legales para que opere la excepción, de modo que sigue desplegando efectos la regla, que es la suspensión de ejecuciones y apremios que ordena el primer párrafo del art. 55.1 LC. No se colman los requisitos de la excepción prevista en el segundo párrafo del art. 55.1 LC porque no basta, como es el caso, con que la providencia de apremio sea anterior a la declaración de concurso. Es necesario, además, que los bienes embargados no estén afectos a la actividad productiva, pues de no ser así el procedimiento de ejecución administrativa podría continuar fuera del ámbito del concurso, como señaló la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 18 de octubre de 20101. Para ponderar si dichos bienes “objeto de embargo” lo están es preciso conocer a qué afecta la traba (sea anterior o posterior al concurso). Al no existir embargo, no podía hacerse por el auto recurrido (de 8 de febrero de 2011), valoración sobre si la ejecución administrativa separada afectaba o no a bienes necesarios para la continuidad, ya que se desconocía cuáles eran. Y desde el auto de 11 de abril siguiente, que abre la liquidación, no es posible que acontezca porque no continuará la actividad empresarial o profesional que justificaba la excepción legal.
Por último, el debate sobre la exigibilidad de embargo previo al concurso se ha resuelto en la reforma de la Ley 38/2011, que cambia la redacción del segundo párrafo del art. 55.1 LC para señalar que la suspensión de la ejecución administrativa tendrá lugar “... si se hubiera dictado diligencia de embargo... con anterioridad a la fecha de declaración de concurso”. La reforma sustituye providencia de apremio por diligencia de embargo y zanja hacia el futuro las diferencias hermenéuticas de los tribunales. En definitiva, en este caso 1) la inexistencia de diligencia de embargo supone que no haya modo de conocer si los bienes a los que podría haber afectado el apremio administrativo eran o no necesarios para continuar la actividad, y 2) la apertura de la fase de liquidación el 11 de abril pasado deja sin contenido la pretensión de la recurrente, todo lo cual supone la desestimación del recurso de apelación. ”: AAP Alava (Sección 1) 21.12.2011 (Auto 152/2011; Rollo 453/2011)

AP Almería

“SEGUNDO.-La sentencia de primera instancia utiliza como ratio decidendi de la resolucion que el art 55 de la Ley Concursal exige para la ejecución separada, no el mero inicio de un procedimiento de apremio anterior a la declaración de concurso, sino el efectivo embargo de bienes, además de que estos no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y, si bien reproduce el art 55 de la Ley concursal antes de la reforma de la ley 38/11, considera está aplicable en la interpretación jurisprudencial del precepto, considerando la misma una aclaración del antiguo precepto.
Admitiendo con la sentencia recurrida que la reforma sea explicativa respecto a la anterior redacción del precepto, lo que no admitimos como correcto es que la mencionada reforma sea aplicable al presente supuesto. La disposición transitoria primera de la ley 38/201, es tan clara que no admite interpretación contraria a lo que indica y que es: "La presente Ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor". De acuerdo con ello es evidente que al haberse producido la declaración de concurso de "PEDELAPE S.L" el 30 de marzo de 2011, con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada ley, que lo fue el 1 de enero de 2012, el art. 55 en su actual redacción no era de aplicación al caso enjuiciado.
El art 55 de la LC aplicable a este incidente establecía:
"1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos".

La regla general que preside la legislación concursal es aquélla que tiende a evitar las ejecuciones separadas en virtud del principio de la pars condictio creditorum; no obstante dicho principio, la propia Ley Concursal admite excepciones a dicha regla general, como la prevista en el art.. 55.2,anteriormente relatado, habiendo señalado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en sentencia de 22 de diciembre de 2006, que la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquélla es anterior en el plano temporal a ésta. Se configura, así, la continuación del procedimiento de apremio como una facultad de la Administración, que habrá de decidir si desea continuar el procedimiento ya iniciado o bien abandonarlo. Conviene aclarar que en la medida en que esta ejecución separada está justificada únicamente respecto de los créditos que la motivaron, lo satisfecho con la realización del embargo servirá únicamente para pagar esos créditos y no otros.
En el presente caso, conviene destacar una serie de antecedentes que o bien, obran en el incidente o bien, no son discutidos por las partes: en el procedimiento concursal 514/10, por auto de 30/4/2011, se declaró en concurso voluntario a la mercantil "Pedelape.L", y se publicó la declaración de concurso en el BOE; con anterioridad a esa declaración, la TGSS seguía expediente administrativo de apremio 180209456532 contra la deudora de la Seguridad Social "Pedelape sL", habiéndose dictado las correspondientes providencias de apremio con fechas 19/1/2011 sobre fincas y con fecha 8/2/2011 sobre créditos pendientes; es admitido por las partes y constatado por la resolución que hay cese de la actividad empresarial; alegado por la apelante que se ha abierto fase de liquidación, no ha sido discutido, aún cuando no conste en este incidente, ni las fechas de resolución ni el resultado.
Conforme a la literalidad del precepto anteriormente expuesto, basta que el inicio del procedimiento de apremio sea anterior al concurso y en este caso, el hecho es indiscutido por las partes, acreditado por la documental y la resolución de instancia así lo estima, la cual no obstante, considera que es preciso el embargo de bienes que estima no consta acreditado; ciertamente, la TGSS pudiendo hacerlo con medios de fácil y accesible prueba ex art 217 de la LEC y que debería haber traído al incidente, no aporta las diligencias
o providencias de embargos de los inmuebles y créditos que relaciona y respecto de los que solicita la autorización, pero colegimos con el recurrente que constan las fechas- no discutidas-, la relación de créditos y la relación de inmuebles registrales embargados en un documento administrativo(documento 9, folio 14 de los autos) cuya autenticidad no ha sido discutida por las partes. Además, consta en la documental aportada las fechas, importes y notificaciones al deudor, siendo así que la propia administración concursal admite expresamente el embargo de los créditos y no ha discutido en la alzada el cese de la actividad empresarial que constata la resolución de instancia y la apertura de la fase de liquidación, aunque no consta en el incidente el resultado de esa fase, pero desde luego, ello implica que no hay continuidad de la actividad(al menos cesó en el 2011) y por ende, los bienes no son necesarios ex art 55 de la LC, concurriendo por tanto, los dos presupuestos habilitantes para continuar la ejecución separada, cual es, el inicio del procedimiento de apremio anterior a la declaración del concurso y que los bienes no sean necesarios para continuar la actividad de la empresa, siendo así que además y pese a no ser preciso el embargo efectivo, consta el mismo.
Es por todo lo expuesto por lo que el presente recurso de apelación debe ser estimado, y, en consecuencia, procede autorizar la ejecución separada solicitada en el mismo.”: SAP Almería (Sección 2) 30.09.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 87/2013)

AP La Coruña

“PRIMERO El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en la alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto, radica en la impugnación del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, en cuanto requiere a la Seguridad Social para que alce los embargos de bienes o derechos de la concursada, que haya podido trabar con posterioridad al 5 de diciembre de 2006, data en la que se declaró a la entidad PRISALTRA S.L. en situación de concurso. Contra la mentada decisión judicial se interpuso recurso de reposición y desestimado el mismo porauto de 21 de noviembre de 2007, se formuló el presente recurso de apelación.
SEGUNDO A los efectos resolutorios de la presente controversia judicializada hemos de partir de los siguientes hechos, que expresamente declaramos probados:
A) Que por la Seguridad Social se dictó y notificó la providencia de apremio contra bienes de la entidad deudora PRISALTRA S.L. con antelación a la fecha de declaración de concurso, el 5 de diciembre de 2006.
B) Que con fecha 25 de septiembre de 2007 se trabó embargo por parte de la Seguridad Social de 6.000 euros de una cuenta que la concursada tenía abierta en una concreta sucursal bancaria.
C) Que en momento alguno ni por el Juez de lo Mercantil ni tampoco por la administración concursal se fundamenta que la razón de alzamiento de tal traba provenga de que dichos recursos económicos, susceptibles de embargo, resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
TERCERO Elart. 55.1 de la LCnorma que: "Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor".
En consecuencia con ello, todas las actuaciones ejecutivas de carácter singular, que se lleven a efecto con posterioridad a la declaración del concurso carecerán de validez jurídica, siendo las mismas nulas de pleno de derecho, produciéndose una vis atractiva a favor del juez de lo mercantil a quien compete de forma exclusiva y excluyente conocer sobre "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado" (art. 8.3º LC), precepto asimismo incorporado a la LOPJ en suart. 86 ter. tras la modificación operada por la LO 8/2003, de 9 de julio.
En este sentido, elart. 55.2señala que: "Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los

respectivos créditos". O dicho de otra forma, los créditos serán exigibles en el propio marco del concurso, pero no de forma independiente. En su traducción procesal elart. 568 de la LEC 1/2000establece que: "El tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece laLey Concursal", existiendo al respecto una remisión al art. 56, que regula expresamente la paralización de ejecuciones con garantía real.

Ahora bien, dicha regla general de imposibilidad de seguirse ejecuciones separadas, durante la sustanciación del concurso, no es una norma absoluta, que no admita ninguna clase de excepciones, pues la propia Ley expresamente las contempla. Una de ellas es la relativa a los créditos contra la masa, a los que se refiere elart. 84, con respecto a los cuales elart. 154.2señala: "Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos delart. 84.2.1ºse pagarán de forma inmediata. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos". No se trata, por lo tanto, en este caso de una prohibición absoluta, sino sometida a término, que la propia norma fija en la aprobación del convenio, apertura de la fase de liquidación o transcurso del precitado plazo de un año.

Otra manifestación de ejecuciones al margen del concurso se contempla en elart. 76.3 LC, que establece al respecto: "Los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica. Si de la ejecución resultara remanente a favor del concursado, se integrará en la masa activa", precepto que contiene, pues, un privilegio de ejecución separada para esta clase de créditos.

Pero laLey Concursal va más allá en tal régimen de excepción, estableciendo en el art. 55.1.IIque: "Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

En este caso, más que hallarnos ante una separación exclusivamente derivada ex iure domino o ex iure crediti ha de completarse con referencia al concreto estado en el que se encuentra el procedimiento ejecutivo al tiempo de declararse el concurso y con una apreciación, que exclusivamente corresponde al Juez de lo Mercantil, concerniente a que los bienes objeto de traba no resulten necesarios para la continuidad de la actividad del concursado. Es evidente que tal precepto merece una crítica en cuanto, como bien se expresa en el auto impugnado, puede constituir una lesión al principio de la par conditio creditorum, que no pasó desapercibida al Legislador que, no obstante, desestimó la enmienda 282 del Grupo Socialista del Congreso, que se planteaba con la finalidad de dejar sin efecto el privilegio de la Administración Pública, en el procedimiento administrativo de ejecución, proponiendo la redacción siguiente del entoncesart. 54.1: "Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, definitivas o provisionales, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", que se justificaba con el alegato de que tal precepto contempla un trato privilegiado para la Administración Pública que no se justifica en absoluto, y se añadía. "si se paralizan las ejecuciones hipotecarias (a pesar de que los ejecutantes tienen un privilegio especial) tienen que paralizarse también los procedimientos administrativos de ejecución".

Ahora bien, merezca o no dicho precepto una crítica, que la merece, esa ha sido la voluntad de un consciente Legislador, que los operadores jurídicos debemos acatar, máxime cuando después es reiterada en elart. 164.1 b) de la Ley 58/2003 General Tributariaal establecer que: "Cuando concurra con otros procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso".

En los mismos términos, aunque con diferente rango normativo, y, por ende, no susceptible de contradecir una disposición de rango legal elart. 50.3 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social norma que: "Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en elart. 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

Conforme alart. 34 del RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en elnúmero 3 del artículo 33.

Se diferencian como realidades distintas el procedimiento ejecutivo del de apremio, así claramente resulta de lo normado en elartº 69 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, cuando señala que: "La recaudación en periodo ejecutivo se inicia de acuerdo con lo dispuesto en elart. 161.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en relación con los importes no satisfechos en periodo voluntario. Iniciado el periodo ejecutivo, la recaudación se efectuará por el procedimiento de apremio, que se iniciará, a su vez, mediante la notificación de la providencia de apremio a la que se refiere elart. 70", la cual, como específica dicho precepto, "es el acto de la Administración que ordena la ejecución contra el patrimonio del obligado al pago".

Es verdad que lo más lógico hubiera sido, en su caso, que la ejecución separada viniese condicionada por la data del embargo, como se venía estableciendo por la doctrina sentada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, conforme a la cual, si la data del embargo administrativo era anterior a la declaración de

quiebra se permitía que continuase el procedimiento administrativo de apremio con independencia al procedimiento judicial, y, en caso, contrario, se produciría la vis atractiva de la quiebra fuera cual fuera la fecha de retroacción (STCJ de 7 de marzo de 1996) y, en el mismo sentido, con respecto a la suspensión de pagos (SSTCJ de 21 de marzo de 1994, 29 de marzo de 1995 o 5 de marzo de 1996). Sin embargo, tampoco esa fue la decisión adoptada por el Legislador, que en elart. 55.1se refiere a la data de la providencia de apremio, distinción que no pasó desapercibida a dicho Tribunal de Conflictos, que, tras la nueva legalidad concursal, varió su doctrina, siendo manifestación de lo expuesto la recientesentencia de 22 de diciembre de 2006, en la que se señala lo siguiente: "la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquélla es anterior en el plano temporal a ésta" a través de una interpretación literal de tal precepto, y añade: "Si se trata de un procedimiento de apremio administrativo, tal pronunciamiento habrá de ser combatido por las vías de impugnación establecidas para esta clase de procedimientos. Si, por el contrario, se trata de un concurso, mediante los mecanismos impugnatorios previstos en la legislación concursal", sin embargo, a continuación precisa: "en las situaciones de Concurso el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental, han de supeditarse ciertos privilegios, y también el de autotutela. Por eso, cuando en un procedimiento de ejecución administrativo un concreto bien o derecho es necesario para la continuación de la actividad del deudor, el privilegio de autotutela administrativa ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso, en los términos previstos en la legislación concursal, como de modo expreso proclama elartículo 164. 2 de la LGT (en este sentido nuestrasentencia resolviendo el Conflicto 4/2005, de 19 de octubre de 2005)". Y concluye diciendo: "ha de proclamarse, por tanto, que la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa, la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución; si, por el contrario, es positiva, pierde su competencia, en los términos establecidos en el citadoartículo 55 y con los efectos previstos en el apartado terceropara la hipótesis de contravención".

La mentada sentencia sienta sendas conclusiones con respecto a la posibilidad de la ejecución administrativa separada, que únicamente es factible cuando concurran estos dos requisitos: a) que la providencia de apremio fuese anterior a la declaración del concurso, y b) que el juez de lo mercantil no considere que los bienes a realizar sean necesarios para la continuación de la actividad del deudor, para lo cual la Administración deberá dirigirse a dicho órgano para que, con competencia exclusiva y excluyente, decida al respecto.

En similar sentido se pronuncia la recientesentencia 2/2008, de 3 de julio, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que proclama al respecto:

"Este Tribunal de Conflictos ha venido manteniendo en susentencia de 6 de noviembre de 2007, con mención de las de 10 de octubre de 2005y 20 de diciembre de 2006 que la Tesorería General de la Seguridad Social puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso.

Expresaba la antedicha sentencia que aunque tal doctrina había sido sentada con anterioridad a la entrada en vigor de laLey 22/2003, de 9 de julio, era aplicable bajo la vigencia de ésta dado el tenor delart. 154.2. de la citada disposición legal.

Se dijo que el articulo debe interpretarse en el sentido de que corresponde a la jurisdicción determinar cuándo debe procederse exactamente al pago de la deuda liquida debida a la Seguridad Social cuando la citada liquidación se halla realizado con posterioridad a la declaración del concurso.

En un ámbito paralelo, laSentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de diciembre de 2006con respecto a un procedimiento de ejecución tributario declara que la preferencia inicial corresponde a la administración por ser anterior la providencia de apremio a la declaración del concurso.

Sin embargo, añade «Producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.

Es, por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor.

Como en el asunto resuelto la Administración no se ha dirigido al órgano judicial, y obtenido de él, una declaración en el sentido expresado el conflicto ha de ser resuelto en favor del órgano judicial».

La razón de ser de este último requisito, que no se contemplaba en el proyecto ley, es evidente, en otro caso se vería frustrada la finalidad del procedimiento de conseguir la conservación de la actividad del concursado como el mecanismo ordinario de satisfacción de sus créditos por parte de los acreedores, no desnaturalizándose el objeto del concurso, que pretende evitar que las ejecuciones singulares determinen la desaparición del patrimonio empresarial, que resulte imprescindible para la prosecución de su actividad y conservación de los puestos de trabajo.

De nuevo se ha pronunciado el Tribunal de Conflictos, ensentencia 3/2008, de 4 de julio, en este caso se trataba de créditos de la Seguridad Social nacidos tras la declaración del concurso, es decir de créditos contra la masa. En la meritada sentencia se señala:

"Lo consignado en el fundamento precedente en conjunción con las normas expuestas pone de relieve que, independientemente de la preferencia procedimental recogida en las normas, incluyendo la Ley concursal, respecto de determinados procedimientos recaudatorios de la Seguridad Social, lo cierto es que la competencia exclusiva y excluyente del concurso incumbe al juez de lo mercantil.

Ello no es óbice al reconocimiento de la existencia de deudas de la masa como establece la propia Ley concursal. Su naturaleza extraconcursal es indiscutible del mismo modo que su ajenidad a las limitaciones que derivan de la normativa concursal respecto a los créditos concursales.

Sin embargo el hecho de que no se integren en la masa concursal no comporta que la ejecución no se controle en el seno del proceso jurisdiccional dirigido por el Juez de lo Mercantil antes de proceder al pago de los créditos concursales, conforme alart. 154.1. de la Leyconcursal".
En el caso que analizamos, la Seguridad Social, sin consulta de clase alguna al Juez de lo Mercantil, procedió unilateralmente al embargo del saldo de una cuenta corriente afecta al proceso concursal, lo que no de es de recibo, en virtud de las consideraciones antes expuestas, generando un acto nulo de pleno derecho, que no puede ser, dada su naturaleza, objeto de ninguna convalidación (art. 55.3 de la LC), tomando algún razonamiento aislado del auto impugnado, lo que conduce a la confirmación de la resolución impugnada, aún cuando no lo sea con idénticos argumentos.
En apoyo de esta decisión se puede citar lasentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 1ª, de 6 de julio de 2007, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la TGSS no por el hecho de que la data a tener en cuenta en la ejecución separada no sea la providencia de apremio, sino por la necesidad del bien trabado para la continuidad de la actividad empresarial, razonando que: "Una cosa es la posibilidad de continuar apremios administrativos cuando la providencia de apremio sea anterior a la fecha de declaración del concurso, y otra que pueda hacerse en forma autónoma y desconectada de la autoridad judicial del concurso, que es la única facultada para decidir sobre los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, y esto cualesquiera sean las circunstancias que concurran. Consecuencia de todo ello es la corrección de la decisión judicial que acuerda dejar sin efecto las diligencias de embargo que son de fecha posterior al auto de declaración del concurso".: AAP La Coruña (Sección 4) 29.09.2008 (JUR 2009\242133)

AP La Rioja

"PRIMERO.- No siendo discutido que la providencia de apremio dictada en los respectivos expedientes administrativos incoados por los apelantes es anterior a la fecha de declaración del concurso, el problema principalmente suscitado por ambos recursos en relación a la resolución recurrida es exclusivamente jurídico y deriva de la diferente interpretación que el Auto recurrido por un lado y los recurrentes por otro, realizan de la dicción del art. 55 de la Ley Concursal
El antedicho precepto establece: *«Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.*
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.»
La resolución recurrida considera que a tenor de esta norma y de acuerdo con la Jurisprudencia que la interpreta, para que pueda continuar el procedimiento administrativo de ejecución contra el deudor no obstante la declaración del concurso, no solo es preciso que la providencia de apremio se hubiese dictado antes de declarase dicho concurso sino que además es necesario que esa providencia de apremio se haya materializado en embargos concretos antes de dicha declaración concursal y además, que los bienes trabados no resulten precisos para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Por el contrario, los recurrentes (Agencia Estatal de la Administración Tributaria y Tesorería General de la Seguridad Social), haciendo cita de jurisprudencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo que esgrimen como más moderna, consideran que el vigente art. 55 de la Ley Concursal ha de ser interpretado en el sentido de que basta que se haya dictado la providencia de apremio antes de la declaración concursal para que el referido procedimiento de ejecución singular administrativo pueda continuar, y ello aunque no se hayan trabado embargos concretos.
SEGUNDO.- Centrada así la cuestión, debemos decir que durante mucho tiempo no eran pocas las resoluciones judiciales que, en la línea del Auto recurrido, exigían no sólo que la providencia de apremio se hubiera dictado antes del concurso, sino que el embargo se hubiera materializado también antes de tal declaración (Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 6 de julio de 2007, Sentencia de la Audiencia Provincial Álava de 29 de mayo de 2008, etc).
Sin embargo, llevan razón ambos recurrentes cuando sostienen que se ha operado un cambio de línea Jurisprudencial en las más recientes resoluciones de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo. Efectivamente, en el momento actual, mediante interpretación literal del precepto, parece que la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no exige ya el embargo para que pueda operar la excepción del párrafo segundo del art. 55.1 LC. Así, la sentencia de 3 julio 2008 de la Sala de Conflictos de Jurisdicción establece lo siguiente: *"Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Conforme al art. 34 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en el número 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es cuando se procederá al embargo de bienes del apremiado. Lo esencial, pues en este procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia".*
De igual forma, la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 22 de junio de 2009 nos señala que " *es necesario determinar si se ha dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, dado que la providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social, que es la que inicia la vía ejecutiva, es realmente lo esencial para determinar la aplicación de aquellos*

artículos, y no el embargo del apremiado que se decretará cuando no se hubiese efectuado el pago en el plazo establecido".
De lo expuesto resulta que actualmente la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, para que entre en juego la posible excepción prevista en el art. 55 de la Ley Concursal para la continuación de las ejecuciones administrativas singulares, solo exige que se haya dictado providencia de apremio previa a la declaración concursal, pero no considera necesario que además se haya trabado el embargo (siempre y cuando, claro está, la vía de apremio termine proyectándose sobre bienes que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, cuestión esta que solo el Juez del concurso puede decidir); siendo esta solución diferente a la prevista por el mismo precepto para los procedimientos laborales, donde sí se exige el embargo previo a la declaración concursal para que tales ejecuciones laborales puedan continuar.
En definitiva, en los procedimientos administrativos solo se exige la providencia de apremio anterior al concurso y que los bienes no estén afectados a la actividad profesional o empresarial del concursado.
Cabe añadir que en el mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia de la sección primera de la Audiencia Provincial de León de 5 de mayo de 2011, la cual razona de la forma siguiente: *"la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no exige el embargo para que pueda operar la excepción del párrafo segundo del art. 55.1 LC. En la sentencia de 3 julio 2008, la Sala de Conflictos de Jurisdicción afirma que "Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Conforme al art. 34 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en el número 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es lo esencial, pues en este procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia". En resumen y según la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no se exige el embargo, requisito que la norma señala para los procedimientos laborales, a los procedimientos de ejecución administrativa. En estos basta la providencia de embargo anterior al concurso y que los bienes no estén afectados a la actividad profesional o empresarial del concursado."*
Todo lo expuesto conduce a la estimación de este motivo de recurso (único que esgrimía la Tesorería General de la Seguridad Social y primero de los invocados por la AEAT), circunstancia que hace innecesario el análisis de los demás que invoca la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.": AAP La Rioja (Sección 1) 18.11.2011 (Auto 108/2011; Rollo 391/2010)

"Tal y como advierte el AAP Burgos de 30 de septiembre de 2010, la STCJ de 22 de junio de 2009 afirma que la leyes son claras en lo que se refiere al acto que determina la aplicación de los citados artículos 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y 50.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio: es la providencia de apremio el acto de la Tesorería General de la Seguridad Social que debe tomarse en cuenta. Ya se pronunció en ese sentido esa misma Sala de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 3 de julio de 2008. E igualmente se han hecho eco de su doctrina diversas Audiencias Provinciales, entre otras la SAP Álava de 27 de octubre de 2010 y el AAP La Rioja de 18 de noviembre de 2011 y las diversas resoluciones en él citadas. ": SAP La Rioja (Sección 1) 20.03.2012 (Sentencia 85/2012; Rollo 447/2011)

AP León

"SEGUNDO La parte recurrente plantea en el recurso la tesis ya defendida en la demanda iniciadora del presente incidente y que se asienta en sostener que, el requisito exigido por elart. 55.1 de la Ley Concursal para seguir adelante aquellos procedimientos administrativos de ejecución cuando se hubiere dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, no impide que si se modifica el "status" de los bienes objeto de embargo y cuando no resulten necesarios para mantener la actividad de la empresa, no pueda seguir el procedimiento adelante, siempre que se cumpla el primer requisito, providencia de apremio antes de la declaración de concurso. En el caso se cumple el requisito referido y también el embargo de los bienes antes de la declaración de concurso, no planteándose en el caso conflicto que surge cuando la providencia de apremio es anterior y el embargo posterior; y tampoco respecto de que la expresión que se contiene en el precepto: "...en las que se hubieren embargado bienes del concursado.." abarca tanto los procedimientos administrativos de ejecución como las ejecuciones laborales. Por otro lado la expresión recogida en el art. 55 en su párrafo segundo: " siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", se interpreta por la mayoría de los órganos mercantiles del país en el sentido de tratarse de aquellos bienes que guardan una intima vinculación con la actividad de la empresa y que sean imprescindibles para los fines de la continuidad empresarial.
La sentencia sostiene como línea argumental para desestimar la demanda la concurrencia de los dos requisitos exigidos por elart. 55 en el momento de declaración del concurso, sin que la modificación posterior que pueda suponer la liquidación de la empresa altere aquella condición, puesto que lo relevante es que ésta sea viable ya que en otro caso todos los créditos por aplicación del principio "par conditio creditorum" se integran en la masa pasiva del concurso. La interpretación de los preceptos aplicables al caso,art. 8.3 de la Ley Concursal que reconoce la competencia de los Jueces Mercantiles de forma exclusiva y excluyente respecto de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado;art. 49 al disponer que declarado el concurso todos los acreedores del deudor,

ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedaran de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes y el supuesto de excepción contemplado en elpárrafo segundo del art. 55 a que ya hemos hecho mención que exige sea el embargo anterior a la declaración del concurso y que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para continuar la actividad de la empresa, lleva a compartir la decisión final adoptada en la sentencia apelada.
TERCERO La interpretación delpárrafo segundo del art. 55.1 Ley Concursal que hacen la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil han optado por seguir la línea que viene exigiendo no sólo que la providencia de apremio se haya dictado antes del concurso, sino que el embargo se haya hecho efectivo, mediante la correspondiente anotación, también antes de tal declaración.
En tal sentido se ha pronunciado lasentencia AP Asturias de 6 de julio de 2007 (JUR 2007, 308217), lasentenciaAP Pontevedra de 10 de enero de 2008 (JUR 2008, 88195). Si se trata de deudas anteriores que hayan dado lugar a la providencia de apremio previa a la declaración de concurso, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no exige el embargo para que pueda operar la excepción delpárrafo segundo del art. 55.1 LC. En lasentencia de 3 julio 2008 (RJ 2010, 1974), la Sala de Conflictos de Jurisdicción afirma que "Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en elartículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Conforme alart. 34 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825), la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en elnúmero 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es lo esencial, pues en este procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia". En resumen y según la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no se exige el embargo, requisito que la norma señala para los procedimientos laborales, a los procedimientos de ejecución administrativa. En estos basta la providencia de embargo anterior al concurso y que los bienes no estén afectados a la actividad profesional o empresarial del concursado.
En el caso examinado no se plantea cuestión sobre el particular por cuanto se admite se dictó providencia de apremio antes de declararse el concurso el día 17 de octubre de 2008 y se realizo también embargo de los vehículos de la concursada con anterioridad a esta fecha. Ahora bien, conforme todo lo razonado previamente no discutiéndose que al momento de declararse el concurso los vehículos seguían al servicio de la empresa, el comienzo posteriormente de la fase de liquidación de la misma no hace variar la solución al caso planteado en cuanto a no ser aplicable el supuesto excepcional delpárrafo según del art. 55, como en cierto modo se viene a sostener en el recurso. Desestimando las alegaciones en el contenidas sobre la consideración de los créditos de la Seguridad Social y privilegios y clasificación de los mismos. Procede confirmar la sentencia y no hacer pronunciamiento en costas del recurso por las mismas razones que no se imponen en la instancia dadas las dudas jurídicas que la cuestión planteaba.": SAP León (Sección 1) 23.12.2010 (Sentencia 493/2010; Rollo 528/2010)

"TERCERO.- La interpretación del párrafo segundo del art. 55.1 Ley Concursal que hacen la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil han optado por seguir la línea que viene exigiendo no sólo que la providencia de apremio se haya dictado antes del concurso, sino que el embargo se haya hecho efectivo, mediante la correspondiente anotación, también antes de tal declaración. En tal sentido se ha pronunciado la sentencia AP Asturias de 6 de julio de 2007, la sentencia AP Pontevedra de 10 de enero de 2008. Si se trata de deudas anteriores que hayan dado lugar a la providencia de apremio previa a la declaración de concurso, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no exige el embargo para que pueda operar la excepción del párrafo segundo del art. 55.1 LC. En la sentencia de 3 julio 2008, la Sala de Conflictos de Jurisdicción afirma que "Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Conforme al art. 34 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en el número 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es lo esencial, pues en este procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia". En resumen y según la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no se exige el embargo, requisito que la norma señala para los procedimientos laborales, a los procedimientos de ejecución administrativa. En estos basta la providencia de embargo anterior al concurso y que los bienes no estén afectados a la actividad profesional o empresarial del concursado.
En el caso examinado no se plantea cuestión sobre el particular por cuanto se admite se dictó providencia de apremio antes de declararse el concurso el día 17 de octubre de 2008 y se realizo también embargo de los vehículos de la concursada con anterioridad a esta fecha. ": SAP León (Sección 1) 05.05.2011 (Sentencia 182/2011; Rollo 224/2011)

"TERCERO: La interpretación del párrafo segundo del art. 55.1 Ley Concursal que hacen la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil han optado por seguir la línea que viene exigiendo no sólo que la providencia de apremio se haya dictado antes del concurso, sino que el embargo se haya efectivo, mediante la correspondiente anotación, también antes de tal declaración.
En tal sentido se ha pronunciado la SAP Asturias de 6 de julio de 2007, la SAP Pontevedra de 10 de enero de 2008. Si se trata de deudas anteriores que hayan dado lugar a la providencia de apremio previa a la declaración de concurso, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no exige el embargo para

que pueda operar la excepción del párrafo segundo del art. 55.1 LC. En la sentencia de 3 julio 2008, la Sala de Conflictos de Jurisdicción afirma que "Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursa !. Conforme ala/t. 34 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en el número 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es Lo esencial, pues en este procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia". En resumen y según la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no se exige el embargo, requisito que la norma señala para los procedimientos laborales, a los procedimientos de ejecución administrativa. En estos basta la providencia de embargo anterior al concurso y que los bienes no estén afectados a la actividad profesional o empresarial del concursado. ”: SAP León (Sección 1) 30.06.2011 (Sentencia 254/2011; Rollo 209/2011)

AP Sevilla

“PRIMERO Por DonEnrique, DoñaSantiagay DonGonzalo, Administradores Concursales de la entidad Dina Obras, S.L., se presentó demanda contra la Tesorería General de la Seguridad Social interesando que se declarase la obligación de la demandada de paralizar su procedimiento administrativo incoado contra la concursada y que procediera a la cancelación y levantamiento del embargo trabado respecto de la finca registralNUM000del Registro de la Propiedad núm. 1 de El Puerto de Santa María, al acordarse con posterioridad a la declaración del concurso. La parte demandada se opuso, ya que estimaba que el requisito exigido por el legislador para continuar el procedimiento administrativo, era exclusivamente que se hubiese dictado con anterioridad la providencia de apremio. La Sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda, contra la que interpusieron recurso de apelación los actores que reiteraron sus pretensiones.
SEGUNDO La cuestión que se torna esencial en la presente litis, que centró el objeto del debate en primera instancia, cuya decisión judicial se combate en esta alzada, es concretar qué requisitos son necesarios e indispensables, de los que establece elartículo 55 de la Ley Concursal, para que el procedimiento administrativo de ejecución, iniciado por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la entidad Dina Obras, S.L., pueda continuar, pese a la existencia del procedimiento concursal. De la lectura del párrafo segundo del apartado primero de la citada norma, se deduce meridianamente que, siempre, ha de concurrir un requisito de naturaleza temporal, como es que se haya incoado el procedimiento administrativo con anterioridad a la declaración de concurso. Sobre esta cuestión no existe la menor duda, ya que el concurso voluntario fue declarado porAuto de 25 de febrero de 2.005, mientras que la providencia de apremio en el expediente núm.NUM001, aunque no consta su fecha, las partes admiten que fue anterior. El segundo requisito es que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el presente supuesto, ha de entenderse que la finca trabada, registralNUM000del Registro de la Propiedad núm. 1 del Puerto de Santa María, no está afectada por ese destino, cuestión que las partes admiten, dado que porAuto de 14 de junio de 2.006se acordó la liquidación de la concursada, aprobándose el oportuno plan de liquidación con fecha 3 de noviembre de 2.006. En definitiva, se está en la fase de liquidación patrimonial con la finalidad de realizar el patrimonio con el que hacer frente a las deudas contraídas, de modo que dicha entidad, como es obvio, ha cesado en su actividad empresarial, deduciéndose que ningún bien, cuya titularidad ostenta, esta afecto al desarrollo del objeto social.
La cuestión sobre la que mantienen divergencias las partes, es referido a si es necesario, o no, la concurrencia de un tercer requisito, al que dicha norma se refiere. En concreto, si es indispensable que los embargos se hayan realizados con anterioridad a la declaración de concurso, es decir, no basta con dictarse la providencia de apremio, porque surge la duda si, con ese tercer requisito, se está refiriendo el legislador al procedimiento administrativo, a la ejecución laboral que contempla en el mismo párrafo, o a ambos.
En orden a dilucidar esta cuestión, será necesario conocer la voluntad del legislador, para lo cual, debemos de acudir a las reglas de la interpretación, con las que se pretende, dado el carácter genérico y abstracto de la norma, realizar una tarea de individualización de la norma al hecho concreto, lo cual, se consigue mediante la indagación del sentido verdadero, es decir, de su contenido y alcance, que ha de abarcar no sólo a la norma concreta sino integrándola en su ámbito normativo.
La interpretación, obviamente, ha de comenzar por el significado verbal de las palabras que emplea, sobre la base de sus conexiones y reglas gramaticales, sin olvidar el motivo o razón, el fin de la norma, como dice la Jurisprudencia su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad; su conexión con otras normas, y sus antecedentes históricos,artículo 3-1º del Código Civil. En este sentido laSentencia de 26 de febrero de 2.004 (RJ 2004, 1751)declara que: "Elartículo 3 del Código Civil, en su apartado 1º, dispone que las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquellas". Aunque con respecto a la realidad social, como señala laSentencia de 28 de febrero de 1.989 (RJ 1989, 1410)estos factores sociológicos no autorizan para modificar o no aplicar la ley y sí sólo para suavizarla, y han de ser aplicados con mucho tino y prudencia.
Esencial es determinar o concretar el significado del vocablo "y". Es evidente que se trata de una conjunción copulativa, cuya finalidad es juntar y enlazar oraciones, o elementos análogos de una misma oración gramatical. La conjunción es una parte invariable de la lengua que se utiliza para enlazar oraciones y establecer relaciones de jerarquía entre ellas, además de explicar el tipo de relación semántica o de significado que existe entre ellas. Su finalidad es enlazar dos oraciones para construir una mayor, existiendo una relación de igualdad entre ambas, sumándose sus significados.

De acuerdo con estas consideraciones, al tratarse de dos oraciones que se unen, porque estamos ante dos conjuntos de palabras con que se expresa un sentido gramatical completo, debemos concluir que estamos ante un requisito exclusivamente referido a las ejecuciones laborales. Si la intención del legislador hubiese sido aplicarlo tanto en el procedimiento administrativo como en el de ejecución laboral hubiese unido los vocablos y a continuación hubiese expresado dicho requisito, es decir en lugar de: Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado", debería haber dicho: "Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución y las ejecuciones laborales...".
Es cierto, que puede inducir a error el requisito anteriormente analizado, referido a que no esté afecto el bien objeto de embargo a la actividad profesional o empresarial del deudor, por cuanto surgiría la duda respecto al procedimiento administrativo, ya que si no es necesario para otorgarle prioridad respecto al concurso, para qué se expresa. Ello tiene una respuesta sencilla y concreta, y es que será un requisito a posteriori, es decir, de orden sucesivo, cuando se produzca el embargo, no de orden cumulativo, y que obviamente, en el momento que se produzca el embargo, incidirá en la continuación, o no, del procedimiento administrativo.": SAP Sevilla (Sección 5) 11.02.2009 (AC 2009; Sentencia 74/2009; Rollo 5819/2009)

""SEGUNDO.- La cuestión que se plantea en los presentes autos, ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala en un supuesto idéntico, en concreto en el rollo 5819/08 donde decíamos que: "se torna esencial en la presente litis, que centró el objeto del debate en primera instancia, cuya decisión judicial se combate en esta alzada, es concretar qué requisitos son necesarios e indispensables, de los que establece el artículo 55 de la Ley Concursal, para que el procedimiento administrativo de ejecución, iniciado por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la entidad Dina Obras, S.L., pueda continuar, pese a la existencia del procedimiento concursal. De la lectura del párrafo segundo del apartado primero de la citada norma, se deduce meridianamente que, siempre, ha de concurrir un requisito de naturaleza temporal, como es que se haya incoado el procedimiento administrativo con anterioridad a la declaración de concurso. Sobre esta cuestión no existe la menor duda, ya que el concurso voluntario fue declarado por Auto de 25 de febrero de 2.005, mientras que la providencia de apremio en el expediente núm. 29 06 03 00097048, aunque no consta su fecha, las partes admiten que fue anterior. El segundo requisito es que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el presente supuesto, ha de entenderse que la finca trabada, registral 54.259 del Registro de la Propiedad núm. 1 del Puerto de Santa María, no está afectada por ese destino, cuestión que las partes admiten, dado que por Auto de 14 de junio de 2.006 se acordó la liquidación de la concursada, aprobándose el oportuno plan de liquidación con fecha 3 de noviembre de 2.006. En definitiva, se está en la fase de liquidación patrimonial con la finalidad de realizar el patrimonio con el que hacer frente a las deudas contraídas, de modo que dicha entidad, como es obvio, ha cesado en su actividad empresarial, deduciéndose que ningún bien, cuya titularidad ostenta, esta afecto al desarrollo del objeto social.
La cuestión sobre la que mantienen divergencias las partes, es referido a si es necesario, o no, la concurrencia de un tercer requisito, al que dicha norma se refiere. En concreto, si es indispensable que los embargos se hayan realizados con anterioridad a la declaración de concurso, es decir, no basta con dictarse la providencia de apremio, porque surge la duda si, con ese tercer requisito, se está refiriendo el legislador al procedimiento administrativo, a la ejecución laboral que contempla en el mismo párrafo, o a ambos.
En orden a dilucidar esta cuestión, será necesario conocer la voluntad del legislador, para lo cual, debemos de acudir a las reglas de la interpretación, con las que se pretende, dado el carácter genérico y abstracto de la norma, realizar una tarea de individualización de la norma al hecho concreto, lo cual, se consigue mediante la indagación del sentido verdadero, es decir, de su contenido y alcance, que ha de abarcar no sólo a la norma concreta sino integrándola en su ámbito normativo.
La interpretación, obviamente, ha de comenzar por el significado verbal de las palabras que emplea, sobre la base de sus conexiones y reglas gramaticales, sin olvidar el motivo o razón, el fin de la norma, como dice la Jurisprudencia su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad; su conexión con otras normas, y sus antecedentes históricos, artículo 3-1º del Código Civil. En este sentido la Sentencia de 26 de febrero de 2.004 declara que: "El artículo 3 del Código Civil, en su apartado 1º, dispone que las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquellas". Aunque con respecto a la realidad social, como señala la Sentencia de 28 de febrero de 1.989 estos factores sociológicos no autorizan para modificar o no aplicar la ley y sí sólo para suavizarla, y han de ser aplicados con mucho tino y prudencia.
Esencial es determinar o concretar el significado del vocablo "y". Es evidente que se trata de una conjunción copulativa, cuya finalidad es juntar y enlazar oraciones, o elementos análogos de una misma oración gramatical. La conjunción es una parte invariable de la lengua que se utiliza para enlazar oraciones y establecer relaciones de jerarquía entre ellas, además de explicar el tipo de relación semántica o de significado que existe entre ellas. Su finalidad es enlazar dos oraciones para construir una mayor, existiendo una relación de igualdad entre ambas, sumándose sus significados.
De acuerdo con estas consideraciones, al tratarse de dos oraciones que se unen, porque estamos ante dos conjuntos de palabras con que se expresa un sentido gramatical completo, debemos concluir que estamos ante un requisito exclusivamente referido a las ejecuciones laborales. Si la intención del legislador hubiese sido aplicarlo tanto en el procedimiento administrativo como en el de ejecución laboral hubiese unido los vocablos y a continuación hubiese expresado dicho requisito, es decir en lugar de: Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado", debería haber dicho: "Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución y las ejecuciones laborales...".

Es cierto, que puede inducir a error el requisito anteriormente analizado, referido a que no esté afecto el bien objeto de embargo a la actividad profesional o empresarial del deudor, por cuanto surgiría la duda respecto al procedimiento administrativo, ya que si no es necesario para otorgarle prioridad respecto al concurso, para qué se expresa. Ello tiene una respuesta sencilla y concreta, y es que será un requisito a posteriori, es decir, de orden sucesivo, cuando se produzca el embargo, no de orden cumulativo, y que obviamente, en el momento que se produzca el embargo, incidirá en la continuación, o no, del procedimiento administrativo".
Ambos supuestos son idénticos, de modo que iniciado el procedimiento de apremio con anterioridad a la declaración de concurso, hecho que no es objeto de divergencia entre las partes, incluido los embargos de los vehículos que recoge la Administración concursal en su plan de liquidación, necesariamente han de ampararse en el citado artículo 55, al ser el supuesto contemplado por el legislador. Con ello, no se está tratando de realizar una interpretación estricta, rigurosa, sino simplemente acorde al supuesto que la norma contempla.": AAP Sevilla (Sección 5) 04.01.2012 (Auto 3/2012; Rollo 7566/2011)

JM-1 Pamplona

"PRIMERO.- Seguido procedimiento administrativo de ejecución frente a la entidad concursada, por deudas con la Seguridad Social, en el mismo se dictó providencia de apremio anterior a la declaración del concurso, embargándose con posterioridad a dicha declaración, bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial de la sociedad en concurso –extremo éste último sobre el que existe acuerdo entre las partes-, en concreto una serie de máquinas afectas al proceso productivo.
La Administración Concursal solicita el levantamiento del embargo, por considerarlo nulo ex art. 55.3 de la Ley Concursal (LC)
La TGSS pide su mantenimiento, por entender que, al haberse dictado providencia de embargo antes de declararse el concurso, de conformidad con el art. 55.1 LC, el apremio puede continuar y el embargo sobre bienes necesarios para la continuación de la actividad es válido, aunque el embargo no pueda ser ejecutado
SEGUNDO.- Aunque el art. 55 LC no es claro en este punto, debe entenderse que en los procedimientos administrativos de apremio susceptibles de continuar su tramitación pese a la declaración de concurso del ejecutado, no pueden embargarse los bienes o derechos necesarios para la continuación de la actividad empresarial de la sociedad en concurso; de llevarse a cabo tal embargo ha de declarase nulo y proceder a su alzamiento.
Tal interpretación es la más coherente con el sistema general diseñado por la Ley Concursal.
En caso de alcanzarse un convenio, la eventual subsistencia de embargos sobre bienes necesarios es radicalmente contraria al fin de continuidad de la empresa que se quiere alcanzar mediante elpacto entre el deudor y sus acreedores,
No resulta lógico mantener la posibilidad de que todo o parte del activo necesario para dar continuidad a la empresa pueda estar sujeto a embargo, pues ello supondría una seria traba –nunca mejor dicho- en el desenvolvimiento de la actividad empresarial y en orden a facilitar el cumplimiento del convenio alcanzado, dado que, entre otros efectos perniciosos, los bienes embargados quedarían de facto excluidos del tráfico económico,
En caso de liquidación concursal (incluido el caso de incumplimiento de Convenio). el organismo embargante queda sujeto a le misma –como los acreedores por su orden, cosa que es inconciliable con el mantenimiento de cualquier embargo sobre los bienes a liquidar.
TERCERO.- De lo anterior se extrae sin dificultad que cuando el art. 55 LC nos dice que "Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio... siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor'" está disponiendo que en las ejecuciones administrativas que prosigan durante el concurso sólo podrán embargarse bienes que no sean necesarios y, en sentido contrario, que no podrán embargarse bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad del concursado.
De contravenirse esto último, el embargo habrá de ser levantado (art. 55.3 LC), que es lo que procede en este caso.": Sentencia JM-1 Pamplona 16.11.2005 (Incidente Concursal 239/2005)

1.1.1.1 Siempre que se haya notificado o publicitado antes de la declaración

AP León

"Son presupuestos exigidos por la Ley Concursal para la excepción a la regla general de suspensión de las ejecuciones o apremios administrativos en curso: a) que la providencia de apremio sea de fecha anterior al auto de declaración de concurso y b) que el bien afecto, objeto de embargo, [no] sea necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Respecto de la providencia de apremio previa a la declaración concursal, conviene hacer las siguientes precisiones: 1ª) La exigencia contenida en el citado precepto, circunscrita en la necesidad de que la providencia de apremio sea anterior a la declaración del concurso, no puede quedar reducida a su mera literalidad, sino, que por exigencias de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), precisará de su debida notificación al deudor o publicidad correspondiente y que ésta resulte anterior a la declaración concursal ": AAP León (Sección 1) 29.07.2011 (Auto 49/2011; Rollo 168/2011)

1.1.1.2 Decaimiento de medidas cautelares administrativas. no dictada providencia de apremio antes de la declaración

AP Vizcaya (sección 4)

"PRIMERO.-La cuestión debatida hace referencia a la aplicación del art. 55 de la LC en un supuesto de medida cautelar administrativa acordada por la Diputación Foral de Bizkaia frente al patrimonio del concursado "Iurbentia Promoción Inmobiliaria". Señala el art. 55 de la LC que "Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio... todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso...". En el supuesto enjuiciado con anterioridad a la declaración del Concurso la Hacienda Foral decretó medidas cautelares administrativas que afectaron al concursado, reteniendo una suma de dinero para hacer frente a unas responsabilidades que se le imputaban; sin embargo, como señala el Auto recurrido y están conformes todas las partes, no se dictó providencia de apremio con anterioridad a la declaración de concurso. En consonancia con ello el Auto deniega la posibilidad, pretendida por la Hacienda Foral, de mantener el embargo como medida cautelar, condenándola a restituir a la Administración Concursal la cifra retenida en aquella medida cautelar.
SEGUNDO.-El recurso de Hacienda Foral no niega que se haya aplicado correctamente el art. 55 de la LC; lo que afirma es que se trata de una aplicación literal del mismo que perjudica sus intereses, alegando hechos o circunstancias ajenos al concurso que vendrían a justificar, en su tesis, el atraso padecido a la hora de dictar providencia de apremio. Termina interesando que en aras a mantener una concordancia entre las normas tributarias y las concursales, se acuerde el mantenimiento del embargo como medida cautelar judicial, dentro de una interpretación abierta del mencionado precepto concursal.
No existe disonancia entre las normas concursales las tributarias. La norma del art. 55 de la LECO es terminante, exige que se dicte con anterioridad a la declaración del concurso la providencia de apremio, providencia que en el caso enjuiciado no se había dictado. No se trata de una norma susceptible de interpretación pues lo que se establece es un requisito inexcusable para que la medida cautelar pueda subsistir, requisito que no concurre en autos y cuya ausencia motiva suficientemente la resolución dictada.
Que el motivo de no dictar providencia de apremio hayan sido maniobras dilatorias del concursado no empaña la resolución dictada. La Administración dispone de medios eficientes para evitar tales dilaciones, si es que las ha habido, y en todo caso la existencia de las mismas no es un dato que el legislador haya tomado en consideración para no exigir el requisito de la providencia de apremio previa a la declaración del concurso, por lo que debe mantenerse la resolución recurrida.
Por último la concordancia normativa no resulta perjudicada pues estamos ante una medida cautelar que, como la práctica totalidad de las medidas cautelares, queda sustituida por la medida cautelar universal que el concurso entraña.": SAP Vizcaya (Sección 4) 15.09.2011 (Sentencia 617/2011; Rollo 321/2011)

1.1.2 Es necesario que el embargo se haya efectuado antes de la declaración de concurso

**** Tribunal Supremo ****

"PRIMERO. El artículo 55, apartado 1, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, establece que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Esa regla se completa con la que permite la continuación de los procedimientos administrativos de ejecución y de las ejecuciones laborales, en ciertos casos.
Con anterioridad a que la Ley 22/2003 fuera en este punto reformada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, los requisitos precisos para dicha ejecución separada, tratándose de procedimientos administrativos, eran dos: que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso; y que los bienes objeto de embargo no resultasen necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Se apartó esa inicial redacción el artículo 55, apartado 1, de lo que había dispuesto el artículo 129 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, tras ser modificado por el artículo único de la Ley 25/1995, de 20 de julio, pues, según dicha norma, la concurrencia del procedimiento de apremio administrativo con el judicial de ejecución universal se debía resolver en consideración a la prioridad del embargo o del inicio del procedimiento concursal - respecto de tal tipo de incidencias recayeron diversos pronunciamientos del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción -.
Los artículos 164 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria -apartados 1, ordinales primero y segundo, y 2 - y 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley general de seguridad social, reformados por las disposiciones finales décimoprimera y decimosexta, respectivamente, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, contienen en este punto una remisión a esta última Ley, pero siguen un criterio distinto al establecido en ellas cuando la concurrencia no se de con un procedimiento concursal.
La bondad de la mencionada norma de la Ley concursal fue discutida, pero su claridad no ofrecía dudas, reafirmada por la diferencia que establecía para resolver los problemas de concurrencia del concurso con los procedimientos administrativos de ejecución y con las ejecuciones laborales, al mandar estar, en este segundo caso, a la fecha del embargo.
En definitiva, el artículo 55 de la Ley 22/2.003, en su redacción original, admitía las ejecuciones administrativas separadas, pero condicionadas a que la fecha de la declaración del concurso fuera posterior a la providencia

de apremio, esto es, al título ejecutivo de inicio del procedimiento de ejecución - en el caso, tramitado por la Tesorería General de la Seguridad Social -, cuya firmeza dio lugar a la diligencia de embargo de bienes de la deudora para el cobro forzoso de su deuda - artículos 84, 87 y 93 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social -.
Como se expuso, la mencionada regla del artículo 55 ha sido modificada, después de la sentencia recurrida en casación, por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Hoy el repetido artículo admite la continuación de los procedimientos administrativos de ejecución, hasta la aprobación del plan de liquidación, si antes de la declaración del concurso se hubiera practicado, no la providencia de apremio, sino la diligencia de embargo -y, claro está, si los bienes embargados no fueran necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor -.
SEGUNDO. El Tribunal de apelación, en un supuesto regulado por el artículo 55 de la Ley 22/2.003 en su redacción anterior a la mencionada reforma, prescindió de los claros términos del precepto, al anular -en aplicación del apartado 3 del propio artículo -el embargo de bienes inmuebles de la concursada, Estampaciones Zaroki, SL, con el argumento de que se había constituido, en un procedimiento de apremio seguido por Tesorería General de la Seguridad Social, con posterioridad a ser declarado el concurso. Prescindió, por lo tanto, de que lo determinante, según la norma que debía ser aplicada, no era la fecha del embargo, sino la de la providencia de apremio y que ésta era, en el caso, anterior a aquella declaración.
Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación interpuesto por Tesorería General de la Seguridad Social y examinar - en la limitada medida que lo permite el recurso de casación y en la nula que posibilitan los términos del recurso - si se cumple el segundo de los requisitos condicionantes de la ejecución separada.
TERCERO. El Tribunal de apelación declaró que de los tres bienes inmuebles embargados a Estampaciones Zaroki, SL, dos eran necesarios para que la concursada pudiera continuar su actividad empresarial.
Ante tan contundente afirmación, en el recurso no se exponen argumentos que permitan valorar los criterios en que se basa la calificación, para determinar si son inadecuados y merecen ser sustituidos.
Por ello, procede resolver el conflicto, como Tribunal de instancia, con la declaración del derecho de la recurrente a continuar el apremio exclusivamente sobre el bien que la Audiencia Provincial no ha considerado necesario a los mencionados efectos. ": STS 27.03.2012 (Sentencia 158/2012; Recurso 150/2009)

AP Córdoba

" PRIMERO.- Habiéndose declarado el concurso de la compañía mercantil "Hostelería y Restauración López Piedras, S.L." por auto de 15 de diciembre de 2008, la resolución apelada confirma en reposición un auto que declaraba la nulidad de ocho providencias de apremio dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social contra dicha empresa, con fechas 28 de noviembre de 2008 y 15 de enero, 3 de febrero y 18 de marzo de 2009 y, por tanto, con anterioridad y con posterioridad a la declaración de concurso. No discutiéndose que el artículo 55, apartados 1 y 3, de la Ley Concursal dispone la nulidad de cualquier ejecución singular iniciada tras la declaración de concurso, se plantea en esta alzada dos cuestiones estrictamente jurídicas, cuales son: a) respecto de las providencias de apremio dictadas antes de la declaración del concurso, si existe un derecho abstracto o general de ejecución separada a favor de la administración que las ha dictado; b) respecto de las dictadas con posterioridad, si haberlas suspendido inmediatamente, sin llegar a ejecutarlas, ha infringido o no la prohibición del artículo 55.1 de la Ley Concursal. No obstante, la resolución apelada no distingue entre las dos providencias que se dictaron con anterioridad a la declaración de concurso y las seis que se dictaron con posterioridad, seguramente por un error material en las fechas, que provoca que considere que todas las providencias se han dictado después de declarado el concurso. Pero, al no ser realmente así, debe dárseles el tratamiento diferenciado indicado.
SEGUNDO.- Respecto de las primeras, debe partirse de la base de que el tan mencionado artículo 55.1 de la Ley Concursal no se ve alterado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, puesto que –respecto de actuaciones ejecutivas anteriores- su artículo 50.3 remite, en las situaciones concursales, a lo dispuesto en la Ley Concursal. Y en cuanto a la distribución de competencias entre la administración y el juez del concurso, respecto de actuaciones ejecutivas anteriores a la declaración del concurso, la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de diciembre de 2006 estableció que "la preferencia en la ejecución corresponde al procedimiento administrativo de ejecución cuando la providencia de apremio dictada por la Administración es anterior a la fecha de declaración del concurso, y se produce alguna de estas dos circunstancias: 1º) Que el procedimiento de apremio ha terminado y el crédito en favor de la Administración ha sido cobrado. 2º) Que, aunque el procedimiento de apremio se encuentre en curso, el órgano jurisdiccional decida que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor".
TERCERO.- En este caso, rige el criterio cronológico, pero como no se embargan bienes en concreto, el Juzgado no puede pronunciarse sobre si los bienes sobre los que recae la traba son necesarios o no para la continuación de la actividad empresarial de la concursada, por lo cual las dos providencias de 28 de noviembre de 2008, si bien no son nulas en origen (ya que, al no estar declarado el concurso, no había impedimento legal alguno para su dictado), para su validez tendrían que haber concretado el embargo antes de la declaración de concurso, ya que un embargo posterior está vedado por el artículo 55.1 de la Ley Concursal. Es decir, no basta con la providencia (aunque ésta determine la preferencia meramente cronológica), sino que tienen que embargarse bienes concretos que, además, no sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial del deudor, ya que a la vista del tenor literal del artículo 55.1º, párrafo segundo, de la Ley Concursal, el derecho de ejecución separada que la norma reconoce exige no sólo la existencia de una providencia de apremio anterior a la declaración del concurso, sino también el embargo, también anterior al concurso, de bienes concretos que el Juzgado de lo Mercantil, en último término, considere que no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Por lo tanto, estas

providencias, más que nulas son inejecutables, ya que -por no contener dichas providencias un embargo concreto sobre bienes del concursado- cualquier acto para ejecutarlas sería nulo, al ser posterior a la declaración de concurso.”: AAP Córdoba (Sección 3) 19.02.2010 (Auto 13/2010; Rollo 14/2010)

AP Pontevedra

“PRIMERO.- En virtud del precedente Recurso por el apelante, el Sr. Abogado del Estado se pretende la revocación de laSentencia dictada en los autos del Incidente concursal nº 71/06 por el Juzgado nº 2 de lo Mercantilde esta ciudad que estimó la pretensión de la concursada en el sentido de que se declara la nulidad de los embargos acordada por la Administración una vez declarado el concurso. Fundamenta su pretensión argumentando que elArt. 55 de la Ley Concursalconduce a entender que ha de ser interpretado literalmente puesto que es claro en su dicción cuando afirma que la posibilidad de continuar el procedimiento administrativo de apremio existe siempre que haya sido citada la providencia del mimo nombre, no exigiendo que se hubiese dictado providencia de embargo.
Cotobad Gestión S.L.U. se opone al Recurso sosteniendo que elArt. 55.1 de la LCno deja dudas en su literalidad puesto que no podrán seguirse apremios tributarios salvo aquéllos en que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional del deudor. Se precisa un procedimiento de ejecución en el que ha existido embargo de bines y es claro que en este caso no se ha producido embargo alguno anterior a la fecha de declaración del concurso habiéndose pospuesto el inicio del procedimiento de ejecución a un momento posterior a tal declaración el 31 de mayor de 2006, 42 días después de admitido el concurso.
SEGUNDO.- Con arreglo alartículo 55 de la Leyconcursal declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
La discusión en este recurso de centra frente a la referencia legal a la providencia de apremio, llevaría a entender que la consecución por la Agencia Tributaria de una providencia de apremio con fecha anterior a la de la declaración de concurso le permitiría como efecto de lo anterior embargar cualesquiera bien o derecho de la masa activa del concurso sin otro límite que el de la total satisfacción de la deuda pendiente. y su equiparación a la decisión judicial de embargo de bienes en el marco de una tributaria, y la propia interpretación del precepto y de su excepción, que para el juzgador a quo supone con que no basta en puridad con que se dicte providencia de apremio en el seno de una ejecución administrativa, en el sentido estricto de resolución administrativa que inicia el proceso de ejecución (artículo 167 de la LGT), sino que es necesario que el apremio se haya concretado en determinados bienes o derechos antes de la declaración de concurso: si éstos no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor la administración podrá continuar la ejecución iniciada, y deberá suspenderla en otro caso (en este sentido,sentencia de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2003, relativa a un supuesto de suspensión de pagos, en la que se dice que es necesario que se haya trabado el embargo de bienes concretos; en el mismo sentido, STS de 7 de marzo de 1996 y de 23 de junio de 1998).
Esta tesis que se había venido manteniendo con anterioridad a la presenteLey Concursal de 9 de julio de 2003, considera esta Sala que debe mantenerse igualmente puesto que el apelante, aparte de defender una interpretación literal, y seccionada, únicamente fundada en elpárrafo 1º del Art. 55, no proporciona ningún otro frente a la razonada fundamentación del juzgador a quo, y que este Tribunal comparte. Complementada a su vez, con la argumentación que realiza la parte apelada al contestar al escrito de Recurso y para oponerse al mismo.
En efecto, y ciñéndonos expresamente al motivo de recurso, no puede entenderse que, se seguir una interpretación literal delArt. 55.1puedan llegarse a la conclusión que pretende la Administración recurrente. Por una parte sienta un principio general: "declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudo". Pero la regla tiene una excepción: "podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".
Es decir, que por dicción legal los apremios tributarios posteriores a la declaración del no pueden seguir adelante, explicando el legislador qué entiende por "apremio tributario" en el párrafo siguiente al establecer la excepción, es decir que se hubieran embargado bienes del concursado esta circunstancia y no otra es la que habilita la posibilidad de continuar con el apremio y no otra. Circunstancia ésta que no concurre en el caso de autos.
No sólo la interpretación doctrinal delart. 55-1 L.C. conduce a equipar en el trato a los beneficiados en dicha norma por el privilegio procesal que supone la ejecución separada, como son los apremios administrativos y las ejecuciones laborales, y consecuentemente a entender que aquélla sólo puede predicarse respecto de bienes y derechos concretos y ya trabados con anterioridad al concurso, pues es únicamente respecto de estos últimos, y una vez hayan sido individualizados, cuando podrá discriminarse entre los que resulten o necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor de tal manera que la ejecución solo podrá continuar

respecto de los bienes tenidos como no necesarios, sino también la literal auspiciada por el Sr. Letrado del Estado conduce igualmente a la misma conclusión que la adoptada en la instancia: el embargo decidido por la autoridad administrativa o tributaria o por el juzgado de lo Social con posterioridad a la declaración de concurso cae siempre y en todo caso dentro de la prohibición legal que, bajo sanción de nulidad, establece elartículo 55. 3 de la LC.": SAP Pontevedra 10.01.2008 (JUR 2008/88195)

AP Guipúzcoa

"TERCERO.-Interpretación del art. 55.1 LC.- La resolución de la cuestión controvertida exige el análisis e interpretación del art. 55.1 LC. El citado precepto dispone que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. No obstante lo anterior, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
De acuerdo con la interpretación del citado precepto mantenida por la TGSS la existencia de una providencia de apremio anterior a la declaración del concurso permitiría seguir la vía de apremio por separado.
Por el contrario, la Administración Concursal defiende en primer término que la ejecución separada correspondiente a los apremios administrativos y a las ejecuciones laborales sólo corresponde a bienes y derechos concretos ya trabados con anterioridad al concurso, que es la mantenida por el Magistrado-Juez de lo Mercantil en su resolución, y que esta Sala (también mantienen dicho criterio, entre otros, el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña -19 de mayo de 2006-y la Audiencia Provincial de Pontevedra -10 de enero de 2008-) entiende más razonable por las consideraciones siguientes:
1.-Conforme con la voluntad del legislador, expresada en la Exposición de Motivos de la Ley, de reducir drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso por aplicación del principio general del mismo de igualdad de tratamiento de los acreedores, las excepciones al mismo deberán ser contadas y justificadas. Establece la norma que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Por tanto, de aquellas posibles interpretaciones que admita el precepto, deberá estarse a la que se acomode a los principios generales inspiradores de la Ley Concursal, de forma que la excepción a la regla general en la que basa su pretensión la parte apelante se ha de interpretar con carácter restrictivo.
2.-Si la continuación del procedimiento de ejecución está condicionada a que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, debe entenderse que aquélla sólo puede predicarse respecto de bienes y derechos ya individualizados, puesto que dicha valoración sólo puede realizarse sobre éstos.
3.-De seguirse el criterio defendido por la parte recurrente se estaría permitiendo, como efecto de la genérica providencia de apremio, embargar cualesquiera bien o derecho de la masa activa del concurso sin otro límite que la satisfacción de la deuda pendiente, lo que no tiene razón de ser.
Sentado lo anterior, si bien es cierto que la TGSS dictó diversas providencias de apremio con anterioridad al 14/7/2008, fecha en que se dictó el auto que declara el concurso de FUNDICIONES LAZKAO, S.A., e incluso se decretó el embargo genérico de bienes inmuebles, no se verificó sobre bienes y derechos concretos, por lo que la decisión recurrida resulta ajustada a derecho sin necesidad de más consideraciones. ":AAP Guipuzcoa (Sección 2) 10.03.2010 (Auto 28/2010; Rollo 2504/2009)

AP Oviedo

"PRIMERO.-La sentencia de instancia estimó la demanda formulada por la Administración Concursal de Misael Campo Asociados de Publicidad S.L. y condenó a la demandada Inmoptions S.L. a abonar a aquélla la suma de 13. 306'11 euros como deuda derivada de las relaciones negociales entre las sociedades, pretensión a la que se allanó en el proceso dicho demandado acordando asimismo la resolución dejar sin efecto el embargo trabado por diligencia de fecha 8 de Mayo de 2006 por la Agencia Estatal de Administración Tributaria -AEAT- sobre el crédito mencionado de la concursada contra Inmoptions S.L., decisión la última recurrida por la entidad pública ante esta alzada resultando oportuno sintetizar las referencias históricas del debate en estos extremos:
a) La actora fue declarada en suspensión de pagos en procedimiento nº 580/2000 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Oviedo, dictándose en su seno Auto de fecha 13 de Abril de 2005 declarando incumplido el convenio aprobado en su día y por ello declarando en concurso a la sociedad y acordando su liquidación.
b) La AEAT había iniciado con anterioridad a dicho Auto procedimiento de apremio contra la actora si bien, como apuntamos, su crédito contra Inmoptions S.A. no fue objeto de embargo hasta Mayo de 2006.
SEGUNDO.-El núcleo del debate radica en que la AEAT considera que tiene preferencia para ejecutar dicho crédito no obstante la dicción del artículo 55 de la Ley Concursal y vierte al efecto una serie de referencias a considerar:
a) Sin mayor aporte argumental apunta que al encontrarnos ante el incumplimiento de un convenio de una suspensión de pagos de la antigua normativa mercantil la vigente Ley Concursal se aplica a los solos efectos de la liquidación, ahora bien dentro de este trámite se enmarca propiamente la determinación, protección y ejecución de los créditos de que sea titular la sociedad intervenida y de hecho el Auto sobredicho de 13 de Abril de 2005 ya señaló en su fundamentación que la declaración de incumplimiento del convenio de suspensión de pagos producía la apertura del concurso a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación con remisión en bloque de las ulteriores actuaciones a la vigente ley Concursal.

b) Operativo por ende su art. 55, la apelante sugiere que conforme a la doctrina del Tribunal de Conflictos la preferencia la determina la providencia de apremio y no la diligencia de embargo y que la recurrida no ha motivado si alza el embargo por no haberse pedido autorización judicial para ver si el crédito era o no necesario para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada o si ya abierta la fase liquidatoria ésta implica "per se" la falta de necesidad de pedir aquella autorización.
c) El recurso asienta como premisa lo que no es más que una interpretación parcial de la Sentencia del Tribunal de Conflictos nº 10/2006 mencionada en su escrito, esta resolución, al igual que la precedente de la Sala del art. 38 de la L.O.P.J. de 19-10-2005, no contempló de modo particular la cuestión -de estricta naturaleza civil y mercantil-de si la preferencia la determina la fecha de la providencia de apremio o la de la diligencia de embargo del crédito concreto sino que, centrándose en su competencia funcional propia, fundamentó que las resoluciones administrativas en procedimientos de apremio sobre sociedades que entren en situación concursal quedan sometidas al control jurisdiccional civil de los Juzgados de lo Mercantil.
d) No es preciso en este pleito dilucidar el tema de la sobredicha preferencia pues aunque a los meros efectos dialécticos -sin profundizar por ello en el criterio mayoritario entre la jurisdicción civil-mercantil-se parta de la tesis de la recurrente de que la preferencia la determina la providencia de apremio contra la concursada y no la diligencia de embargo de su crédito su pretensión no puede prosperar, las apuntadas Sentencias del Tribunal de Conflictos destacan que la Hacienda Pública ostenta una posición privilegiada en la vertiente formal en relación al carácter singular o preferente del crédito tributario pero tal posición no se traslada a privilegios jurisdiccionales o procesales carentes de base constitucional, por ello el Juzgador de instancia, que no solo motivó sino que reprodujo el extenso párrafo del fundamento segundo de la Sentencia de la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial de 6 de Julio de 2007 -nº 295/07-, invoca su criterio para sustentar la decisión cuestionada, resolución ésta que contempló supuesto idéntico al presente -providencia de apremio de la Administración contra la sociedad previa a la declaración de concurso y traba del embargo posterior a ésta-y que en su fundamento tercero expuso que no obstante la secuencia cronológica de la providencia de apremio la obligación de la Administración era dirigirse a la Autoridad Judicial para que decidiera si los bienes sobre los que pretendía hacer efectivo el embargo eran o no necesarios para continuar la actividad del deudor, al no hacerlo así y proceder de forma autónoma a la traba de bienes obviando la declaración de concurso ya dictada a su fecha vulneró el art. 55 L.C. pues "una cosa es la posibilidad de continuar apremios administrativos cuando la providencia de apremio sea anterior a la declaración del concurso y otra que pueda hacerse en forma autónoma y desconectada de la autoridad judicial del concurso, que es la única facultada para decidir sobre los bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y esto cualesquiera que sean las circunstancias que concurran, consecuencia de todo ello es la corrección de la decisión judicial que acuerda dejar sin efecto las diligencias de embargo que son de fecha posterior al auto de declaración del concurso". ":SAP Oviedo (Sección 4) 01.06.2010 (Sentencia 214/2010; Rollo 122/2010)

AP Toledo

"Entrando asi en la interpretación delart 55, 1º de la LC este establece que "declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", y en su inciso segundo establece una excepción por la que "podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".
La sentencia apelada considera que para aplicar dicha excepción ha de estarse a la fecha de los embargos en el apremio administrativo y que sean anteriores a la declaración de concurso porque solo entonces puede atenderse al segundo requisito fijado en este precepto: la consideración para que pueda seguir la ejecución singular de que los bienes embargados no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor, por lo que para seguir la ejecución singular esta debe tener embargados bienes concretos antes del concurso pues solo puede decidirse al existir traba de bienes y derechos ya determinados si estos son necesarios o no para la actividad empresarial, todo ello con lasentencia de la A. P. de Pontevedra de 10.1.08, criterio que esta Sala comparte.": SAP Toledo 23.03.2011 (JUR 2011/189723; Sentencia 101/2011; Rollo 9/2010)

Congreso mercantil 2004

"6. Apremios administrativos.- Dado que la providencia de apremio, a partir de la cual se reconoce a la Administración un derecho de ejecución separada, no contiene reseña de bienes concretos ¿Significa ello que la Administración tiene reconocido un derecho ejecución separada general o debe limitarse a bienes concretos?
Se considera, de forma casi unánime, que el artículo 55 de la Ley Concursal no atribuye a la Administración un derecho de ejecución separada de carácter universal, esto es, que pudiera recaer sobre cualquier bien o derecho. Tal conclusión no sería compatible ni con la naturaleza o el concepto tradicional del derecho de ejecución separada, ni con el hecho de que el propio artículo 55 distinga según que los bienes sean o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Por tanto, aun cuando sea la providencia de apremio la actuación administrativa que otorgue a la Administración, si es previa a la declaración del concurso, un derecho de ejecución separada, éste sólo recaerá sobre bienes o derechos específicamente trabados también con anterioridad al concurso": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre

de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDASESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 5)

JM-1 Alava

"Segundo. La Administración concursal y la concursada coinciden en que el Juzgado de lo Mercantil tiene que ordenar la suspensión del apremio de la Seguridad Social, del cual se tiene el conocimiento referencial predicho.
La norma de empleo es el art. 55.1.pfo. 2.º «in fine» LECO, que supone una particular excepción a la competencia exclusiva del Juez del concurso respecto de toda ejecución contra el concursado sobre bienes y derechos de contenido patrimonial de arts. 86.ter.1.3.º LOPJ y 8.3.º LECO, que se corresponde con la tradicional «vis attractiva» del órgano competente para el procedimiento universal, indispensable para la preservación de la masa activa, y que se traduce en la parálisis ejecutiva sobre el patrimonio del deudor concursado de los órganos de la ejecución singular después de la apertura del concurso.
El precepto promociona tres campos de examen distintos, a saber:
1) Cuáles son los presupuestos de su aplicación, si basta la existencia del procedimiento administrativo y el dictado de la providencia de apremio previo a la fecha de declaración del concurso, o si se exige también el embargo previo. (…)
En cuanto a lo primero, puesto que en la originaria versión prelegislativa de este precepto --introducida en el Anteproyecto por la Subsecretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda-- no existía referencia al embargo, como luego se aceptó relativo al laboral en el mismo texto, pudiera sostenerse que el exclusivo elemento requerido con anterioridad a la declaración del concurso para que pueda no suspenderse el procedimiento administrativo es el dictado de providencia de apremio, pero ello no encuentra un apoyo exegético terminante en la literalidad de la norma promulgada (sólo el femenino «en las que se hubieren embargado», que parece no referirse a los procedimientos administrativos sino sólo a las ejecuciones laborales), y además, resulta tan ajeno a toda la tradición jurídica (de la fecha del embargo como prioridad en la concurrencia), como perfectamente inconsecuente. Si la providencia de apremio no afecta uno o algunos bienes del patrimonio del deudor, y dictada, aun sin notificar, permitiera luego, con independencia de que se declarara el concurso, apremiar cualquier cosa o derecho de la masa activa, no se produciría una salvedad a la suplencia ejecutiva por las soluciones concursales --convenio o liquidación-- fundada en la previa «especialización» de la responsabilidad de un bien para el crédito (en parangón con las garantías reales, pero con raíz procesal), sino una excepción absoluta del principio de universalidad del concurso, como suerte de privilegio del procedimiento administrativo frente a lo jurisdiccional, difícilmente justificable.
Por ello, debe entenderse que la excepción legal es la providencia de apremio en el procedimiento de la Recaudación, simultánea o seguida de un embargo antes de la declaración de concurso del bien que deba entrar en la masa activa, pero que no sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado." Auto JM-1 Alava (Vitoria) 28.11.2005 (AC 2006/301)

JM-2 Barcelona

"PRIMERO Que el artículo 55.1º de la Ley Concursal, precepto citado como infringido por las recurrentes, establece, de un lado, la imposibilidad de iniciar ejecuciones singulares ni apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor una vez declarado el concurso. Como excepción, el apartado segundo dispone que «podrán continuar aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor». Dicho precepto no se ve alterado ni por la Ley General Tributaria ni por el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, pues la primera, en el artículo 164.2º, y el segundo, en el artículo 50.3º, se remiten, en las situaciones concursales, a los dispuesto en la Ley 22/2003, de 22 de julio, Concursal. La alusión en el artículo 164.1º, apartado b), de la Ley General Tributaria, a la concurrencia del procedimiento administrativo de apremio con otros «procedimientos concursales o universales de ejecución», sólo puede venir referida a procesos concursales iniciados con anterioridad a la vigente Ley Concursal, que supera la diversidad de instituciones concursales, de tal suerte que hoy nuestro Ordenamientos sólo contempla un solo procedimiento aplicable a cualquier deudor y a todo tipo de insolvencias. Pues bien, a la vista del tenor literal del artículo 55.1º, párrafo segundo, entiendo que el derecho de ejecución separada que la norma reconoce exige no sólo la existencia de una providencia de apremio anterior a la declaración del concurso, sino también el embargo, también anterior al concurso, de bienes concretos que el Juzgado de lo Mercantil, en último término, considere que no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. No parece que el propósito del Legislador haya sido atribuir a la Agencia Tributaria o a la Tesorería General de la Seguridad Social, si la providencia de apremio es anterior al concurso, un derecho de ejecución separada universal, que les autorice a perseguir cualquier bien o derecho que no sea necesario para la continuación del negocio, incluido todo aquello que se pudiera obtener o liquidar durante el procedimiento concursal. El artículo 55 acota o limita tal derecho al emplear las palabras «siempre que los bienes objeto de embargo» sean de determinada naturaleza, limitación que alcanza a la ejecución laboral y a la administrativa. Por tanto, el privilegio procesal de la ejecución separada sólo se extenderá a aquellos bienes trabados con anterioridad a la declaración del concurso que no resulten necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Las dudas que surgen de la interpretación literal de la norma han de resolverse optando por la interpretación más favorable al interés superior del conjunto de acreedores o, dicho de otro modo, ha de prevalecer una interpretación

restrictiva del privilegio procesal de las Administraciones Públicas. “: Auto JM-2 Barcelona 24.05.2006 (AC 2006/1261)

JM-1 La Coruña

"Dispone el artículo 55 de la Ley concursal que declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

... La referencia legal a la providencia de apremio y su equiparación a la decisión judicial de embargo de bienes en el marco de una ejecución laboral, y la propia ratio del precepto y de su excepción, supone que no basta en puridad con que se dicte providencia de apremio en el seno de una ejecución administrativa, en el sentido estricto de resolución administrativa que inicia el proceso de ejecución (artículo 167 de la Ley general tributaria EDL1963/94), sino que es necesario que el apremio se haya concretado en determinados bienes o derechos antes de la declaración de concurso: si éstos no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor la administración podrá continuar la ejecución iniciada, y deberá suspenderla en otro caso (en este sentido, sentencia de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2003, relativa a un supuesto de suspensión de pagos, en la que se dice que es necesario que se haya trabado el embargo de bienes concretos; en el mismo sentido, STS de 7 de marzo de 1996 y de 23 de junio de 1998), Consiguientemente, el embargo decidido por la autoridad administrativa o tributaria o por el juzgado de lo Social con posterioridad a la declaración de concurso cae siempre y en todo caso dentro de la prohibición legal que, bajo sanción de nulidad, establece el artículo 55. 3 de la LC.

... Desde la declaración de concurso la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso se proyecta también sobre "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado" (artículo 8. 3º), y la administración tributarla estaba obligada -bajo sanción de nulidad- a suspender el procedimiento en el estado en que se hallaba, sin posibilidad por consiguiente de dictar diligencias de embargo sobre bienes o derechos de la deudora concursada, aun cuando no fueran necesarios para la continuación de su actividad empresarial.

... Aun en el caso de que se pudiera discrepar de i a interpretación del artículo 55. 1 que se sostiene en esta resolución- que cuenta según se ha señalado con el apoyo de la jurisprudencia basada en el Derecho anterior a la LC- los créditos embargados por la AEAT son imprescindibles para la continuidad de la actividad empresarial de la entidad concursada. Sin ningún esfuerzo se deduce que una empresa de transportes debe dedicar la mayor parte de sus ingresos a atender los gastos de combustible, mantenimiento de sus camiones y personal. El embargo del precio correspondiente a los portes de carbón realizados por cuenta de la contratista principal del transporte desde el puerto de Ferrol a la central térmica de As Pontes abocaría a la concursada al cese inmediato de su actividad, paralizaría los camiones y perdería el que sin duda es el principal contrato que nutre de ingresos a la concursada.": Auto JM-1 La Coruña 19.05.2006 (Concurso 147/2006)

JM-1 Málaga

“SEGUNDO: En el presente supuesto es un elemento admitido que las providencias de apremio son anteriores a la declaración de concurso y que los derechos de crédito embargados también son anteriores pues se produce en fecha de 18 de abril de 2005, mientras que el auto de declaración de concurso lo es de 4 de mayo de 2005.

De esta forma nos encontramos dentro del supuesto previsto en el artículo 55 LC y por tanto considerando que no sólo es necesaria la providencia de apremio sino también el embargo concreto de un bien o derecho para poder entrar en el análisis de la necesidad o no del bien para la continuidad de la actividad.”: Auto JM-1 Málaga 22.07.2005 (Concurso 79/2005)

JM-5 Madrid

“PRIMERO Para la resolución de la petición debemos tener en cuenta dos fechas, una relativa a la fecha de declaración del concurso y otra sobre la diligencia de embargo de créditos.

La fecha de declaración del concurso se produjo el día 7 de octubre de 2008. Respecto a la diligencia de embargo de bienes, procedimiento de apremio con n° 280823331804X, de un análisis de la mencionada diligencia se observa que no tiene fecha concreta, salvo la que consta en la parte superior de la diligencia que pone en tinta el 8 de octubre de 2008. En este sentido ha de considerarse que esta es la fecha concreta del embargo de los derechos, y ello, porque es la única que aparece en el documento aportado por la administración concursal. No debemos olvidar que se le dio traslado a la AEAT para que hiciera alegaciones sobre la petición de la administración concursal y no las llevó a cabo. Si la fecha verdadera hubiera sido otra, la AEAT se encontraba en condiciones para poder acreditar dicho extremo, adjuntando testimonio del expediente administrativo en el que se reseñara la fecha efectiva de la diligencia de embargo. Al no haberlo hecho ha de considerarse que la fecha de embargo es la que consta en el mencionado documento y en concreto el día 8 de octubre de 2008, es decir, con posterioridad a al declaración del concurso.

También debe considerarse que los bienes embargados por diligencia recaída en procedimiento de apremio con n° 280/823331452 lo fueron en fecha posterior a la declaración del concurso. Así se observa del documento n° 3 aportado pro la administración concursal en su escrito de 12 de noviembre de 2009 (fecha de entrada en el juzgado). Ese documento se trata de un fax remitido por la AEAT al acreedor Abantia Contratas

SA remitiéndole el justificante de ingreso de su saldo a favor del deudor Drappo en respuesta a la diligencia de embargo de créditos en fax de 10 de octubre de 2008, Es decir, la única fecha con la que se cuenta es la de 10 de octubre de 2008, por lo que debemos entender que el embargo de los bienes fue también posterior a la declaración del concurso, ya que tampoco la AEAT ha indicado que la fecha fuera otra.
Elart 8.3° atribuye la competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso en las ejecuciones frente los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado.
Por su parte, elart 55.1 párrafo 1º de la ley, establece que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. En el apartado 3º del artículo se recoge la nulidad de pleno de derecho de todas las actuaciones que contravengan lo dispuesto, entre otros apartados, en el primero. El 55.2 dice que las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Ahora bien, elpárrafo 2º el art 55.1 de la ley señala que podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Del juego de los anteriores preceptos podemos extraer una regla general y una excepción.
La regla general consiste en la suspensión de la tramitación de la ejecución desde que se declare el concurso. La suspensión se adoptará por el propio juez que esté conocimiento la ejecución, y si se trata de un procedimiento administrativo por la Administración correspondiente.
La excepción permite la continuación de la ejecución siempre que concurran varios presupuestos: a) El embargo de bienes previo a la declaración del concurso, b) Que los bienes no sea necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.
Esta excepción ha de ser objeto de interpretación restrictiva, impidiéndose por tanto su aplicación a supuestos no previstos en la norma; no en vano, esta regla es una excepción a la obligatoria integración en la masa pasiva de los acreedores, que obedece a dar respuesta adecuada a la finalidad esencial del concurso, que como ya hemos visto, se trata de la satisfacción de los intereses de los acreedores, con sometimiento a la regla de la par conditio creditorum a través del proceso concursal.
En todo caso para que entre en juego la excepción (es decir, la continuación del procedimiento de apremio), es necesario que el embargo de bienes sea anterior a la declaración del concurso y que los bienes sean necesarios, de manera que si falta alguno de esos presupuestos se deberá suspender la ejecución. El competente para analizar esos presupuestos es el juez del concurso, sin perjuicio de que la AEAT una vez tenga noticia de la ausencia de esos presupuestos debe proceder a la suspensión del procedimiento.
En consecuencia, en la medida que el embargo de los derechos de la concursada es posterior a la declaración del concurso, ha de acudirse a laregla general del art 55.2 LC y por ello procede la suspensión del procedimiento administrativo, y así se ha señalado por la STCJ de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2010, 1976) que corresponde al juez del concurso toda ejecución contra el patrimonio del concursado excluyendo cualquier ejecución contra su patrimonio cualquiera que sea el órgano (administrativo o judicial) que la hubiere ordenado debiendo procederse a al suspensión del procedimiento administrativo sin perjuicio del tratamiento concursal que se le de a los respectivos créditos.
La segunda solicitud es la de reintegro de las cantidades percibidas por la AEAT como consecuencia de estos embargos. En este sentido elart 55.3 de la ley señala que las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 serán nulas de pleno derecho. Si volvemos a la fechas de embargo observamos que son posteriores a al declaración de concurso, por lo que no era competente la AEAT para realizarlas. Por otro lado vemos que la entidad Abantia Contratas SA ingresó el 21 de enero de 2009 la cantidad de 4.491'65 € que había sido embargada por la AEAT con posterioridad a la declaración del concurso, lo que supone que la Agencia Tributaria deberá reintegrar a la concursada dichas cantidades, para que se proceda al pago de los créditos con arreglo a lo previsto en el art 154 y ss de la ley concursal. No debemos olvidar que la STCJ de 19 de diciembre de 2008 ha señalado que tras la declaración del concurso solo cabe el embargo de bienes por parte de la Administración Pública con carácter cautelar, pero quedando la cuantía a disposición del juez del concurso a los efectos de realización de la masa del concurso. Esto supone que debe reintegrarse las cantidades al concurso.": AJM-5 Madrid 15.02.2010 (AC 2010/1307; Autos 251/2008)

1.1.2.1 No pueden embargarse nuevos bienes. Mera ventaja procedimental pero no material o de preferencia

JM-2 Bilbao

"La norma de empleo, el art. 55.1.pfo.2° "in fine" LECO, supone una particular excepción a la competencia exclusiva del Juez del concurso respecto de toda ejecución contra el concursado sobre bienes y derechos de contenido patrimonial de arts. 8 6.ter.l.3° LOPJ y 8.3° LECO. Salvedad a la tradicional "vis attractiva" del órgano competente para el procedimiento universal, indispensable para la preservación de la masa activa, y que se traduce en la parálisis ejecutiva sobre el patrimonio del deudor concursado de los órganos de la ejecución singular después de la apertura del concurso. En el Derecho previgente era excepción masiva, que arruinaba la regla, y en el actual se ha restringido al máximo, pues tanto como principio táctico de las

instituciones concúrsales de LECO se reafirma la universalidad del procedimiento, como principio ideológico se reafirma una judicialización absorbente.
El precepto promociona tres campos de examen para la discusión distintos, a saber: (…)
2) Cuáles son los presupuestos de su aplicación, si basta la existencia del procedimiento administrativo y el dictado de la providencia de apremio previo a la fecha de declaración del concurso, o si se exige también el embargo previo.
3) En cualquier caso, cuáles son los parámetros para la determinación de algo no fácilmente objetivable, sino ambiguo y valorativo, que es el carácter necesario del bien o derecho embargado para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado
En cuanto a lo segundo, puesto que en la originaria versión prelegislativa de este precepto -introducida en el Anteproyecto por la Subsecretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda- no existía referencia al embargo, como luego se aceptó relativo al laboral en el mismo texto, pudiera sostenerse que el exclusivo elemento requerido con anterioridad a la declaración del concurso para que pueda no suspenderse el procedimiento administrativo es el dictado de providencia de apremio.
El Juzgador, como otros, según expone la defensa de Peapsa parafraseando SSJMER A Coruña de 19 de mayo de 2006 o Barcelona Nº 2 de 24 de mayo de 2006, no ha encontrado un apoyo exegético terminante en la literalidad de la norma promulgada (sólo el femenino "en las que se hubieren embargado", que parece no referirse a los procedimientos administrativos sino sólo a las ejecuciones laborales), y además, resulta tan ajeno a toda la tradición jurídica (de la fecha del embargo como prioridad en la concurrencia, que se preserva con claridad en las ejecuciones singulares), como perfectamente inconducente. El procedimiento ejecutivo "exento" conceptualmente debe tener un límite temporal u objetivo previo a la producción de efectos del concurso, como previa, por ejemplo, habrá de ser una garantía real o titularidad fiduciaria asimilada para que, por excepción de art. 5 6 LECO pueda no experimentar su ejecución "congelada". Las cosas o derechos embargados quedarían, como las hipotecadas o vendidas a plazos con reserva de dominio, si no comprometen la continuidad, "aislados" a favor de la ejecución singular prioritaria al momento de constituirse la masa activa, y operarían principios de economía -ya se ha incurrido en el gasto intelectual y material del embargo o la constitución de la garantía- y de irrelevancia, -no trasciende a las soluciones del concurso que se produzca una enajenación forzosa singular del bien innecesario-.
Obsérvese el absurdo de que una providencia de apremio no afectante a uno o algunos bienes del patrimonio del deudor, dictada antes de la declaración del concurso, permitiera apremiar luego cualquier cosa o derecho de la masa activa no necesario. Al margen de la destrucción del principio de universalidad del concurso, y de una ininteligible prevalencia del procedimiento administrativo frente a lo jurisdiccional, puesto que esta ventaja procesal de un acreedor no enerva su consideración como acreedor en la masa, dejaríamos la viabilidad de un convenio a la decisión de un solo acreedor y/o trasladaríamos la liquidación concursal al apremio administrativo, puesto que los créditos privilegiados pedirían el resultado del mismo para cobrarse conforme a la prelación. En un concurso de empresa que haya cesado en su actividad, y que por hipótesis no puede contener bienes necesarios para la misma en la masa, el plan de liquidación se vería anticipado y sustituido por el apremio administrativo, y la Recaudación enajenaría conforme a su Reglamento lo que tuviera a bien, pero no podría eludir el pago que se le exigiera -en incidente concursal- por los acreedores contra la masa, por principio de prededucción, y luego por los concúrsales privilegiados.
Porque, debe quedar claro -y así se ha entendido desde siempre- que la ejecución separada no atribuye ninguna preferencia material al crédito que la justifica, y es prácticamente seguro que la TGSS no podrá cobrar en su apremio todo, ni la mayoría, del crédito ejecutivo, puesto que, por ejemplo, los intereses y recargos serán, como subordinados, los últimos en pagarse, y aun la porción de su crédito privilegiada no podrá resistir el pago de los créditos contra la masa.
No obstante ello, la doctrina de conflictos parece entender que la excepción legal radica en la fecha la providencia de apremio del procedimiento de la Recaudación, sin que simultánea o seguidamente conlleve embargo antes de la declaración de concurso de un bien que deba entrar en la masa activa, y así, cuando, a criterio del Juez de lo Mercantil, el bien en la masa no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado, puede embargarse desde esa excepción legal en cualquier momento.
Entonces, por lo que toca al tercero de los puntos polémicos, si se asume la tesis del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, pudieran admitirse dos tipos de embargos posteriores a la declaración del concurso:

A) El meramente cautelar, que no requeriría providencia de apremio antecedente y prioritaria, y que funcionaría también después del año de "congelación" del procedimiento de apremio, sin que del mismo pueda seguirse una retención o enajenación forzosas, y que permanecerá a expensas de la solución judicial del procedimiento.

B) El ejecutivo amparado en una providencia de apremio antecedente y prioritaria, pero que para poder llegar a retención o enajenación forzosa en satisfacción del crédito administrativo, sólo puede agredir bienes no necesarios, en opinión judicial, para la continuidad.

Y entonces, si en el segundo de los supuestos, la fijación de esa necesariedad o imprescindibilidad del bien embargado para la continuidad de la empresa no se proyecta sobre una situación de embargo ya practicado antes de la apertura del procedimiento colectivo, sino que se puede proyectar sobre situaciones sin límite de objeto ni de tiempo -es el caso de la solicitud paralela de la TGSS, en que se produciría el embargo ocho meses después de la declaración del concurso, y se vertería sobre créditos de seis clientes sobre doce conocidos, o sobre ocho bancos, entre doce, como pudiera ampliarse el elenco, o hacer aparición uno nuevo-, resulta evidente que corresponde aplicar una interpretación "ad restringenda", no sólo como excepción de separación ejecutiva frente a los principios de universalidad y de fuerza atractiva de la competencia del Juez del concurso, sino como algo inconducente en la práctica, dado que el apremio administrativo interferiría como

suerte de liquidación anticipada sin ninguna ventaja para la propia TGSS, que se limitaría a ejecutar a su costa a favor de la masa pasiva.
Por ello, si difícilmente puede concebirse un ámbito de bienes o derechos que no le sea necesario en concreto de cara a una continuidad a la entidad insolvente que mantiene actividad empresarial, bien para la perduración de la empresa, en la misma titularidad o trasladándola a tercero, bien para hacer frente a los créditos contra la masa mientras se conserva ésta en orden a su liquidación, una inteligencia restrictiva supondrá que esta innecesariedad del bien para ser embargado por la impaciencia de la TGSS, no existirá más que: En casos de cese de la actividad (1); en el de bienes no afectos a la actividad en términos de art. 5 6.1 LECO (vivienda particular de la persona natural con una profesión que se ejerce en otro local, o las cosas muebles de una sociedad mercantil que disfrutan los administradores sociales o altos directivos, sin ligamen con el negocio en sí, por ejemplo) (2); y en circunstanciados casos de bienes afectos, que por la razón que fuera, pudieran venderse por anticipado con autorización judicial "a contrario" de art. 43.2 LECO (las razones lógicas son la pérdida galopante de valor, el riesgo de pérdida misma del bien si se conserva, su carácter de pompa u ostentación, la sustituibilidad por otro bien productivo más funcional y barato, etcétera) (3).
En todo otro supuesto, si se sostiene que cabe embargar para seguir apremiando en cualquier momento, todos los bienes de la masa activa de una empresa que mantiene la actividad deben reputarse necesarios, en tanto que surten los créditos contra la masa de la continuidad -entre los que ciertamente estarán los de la TGSS-.
En alguna resolución antigua del disponente (AJMER Vitoria/Gasteiz de 28 de noviembre de 2005) se sostuvo que no puede concebirse una excepción que nunca, o prácticamente nunca, pueda darse dentro de los bienes afectos a la actividad empresarial que continúa, y que un método de aproximación al "bien necesario para la continuidad" hubiera de serlo por hipótesis y ligado al proceso productivo, o si se quiere, en términos contables (por ejemplo, el inmovilizado es necesario, mientras que las existencias o los clientes en concreto no). Pero ello se sostenía sobre la base restricta de que se evaluaba un embargo ya producido de unos bienes en concreto, y no de la posibilidad de practicar embargos sucesivamente sin límite, que es muy diferente. Ante esta posibilidad, no cabe duda que para la empresa en funcionamiento los saldos bancarios y las deudas de clientes siempre han de reputarse bienes necesarios y el apremio exento está excluido.": Auto JM-2 Bilbao 14.02.2008 (Concurso 208/2007)

"SEGUNDO.- Todo el recurso se comprende en una divergencia de criterio con el Juzgador muy clara. La TGSS considera que la providencia de apremio anterior a la declaración del concurso permite, por excepción, extraer de la masa cualquier cosa o derecho para hacerse pago de un crédito concursal de aquella, mediante sucesivas diligencias de embargo, sean anteriores o no a la declaración del concurso, por cuanto hubo una providencia de apremio anterior a la declaración del concurso de Peapsa. El Juzgador opina que no puede ser así dicha excepción legal, puesto que supondría en lugar de una ejecución separada la salvedad completa de todos los principios ideológicos de la Ley Concursal, la jurisdiccionalidad, el principio conservativo-solutorio, y la visión no sancionadora del concursado empresario, sino indemnizatoria de los acreedores por la conducta de éste, independiente del destino de la actividad o empresa. Ni siquiera la separación del buque y aeronave de art. 76.3 LECO carece de límites en una cosa en la masa. Ante dicha divergencia, el Juzgado se ha visto forzado a instar oportuno conflicto de jurisdicción, que supone suspenso de actuaciones de los órganos estatales enfrentados hasta que resuelva el Tribunal.
Abstracción hecha del futuro del conflicto de jurisdicción, la TGSS sostiene que si sus ingresos de las retenciones de derechos de Peapsa frente a terceros vienen de diligencia de embargo precedente al dictado del auto que requiere de inhibición puede seguir reteniendo la URE. El Juzgador entiende que en absoluto puede seguir ingresándose fuera de la masa activa lo que pertenece a ésta, una vez que el procedimiento de apremio debe estar suspenso, sea cual sea la fecha de la actuación administrativa a que obedezca. La razón es obvia: la prosecución del apremio es una pura ventaja procedimental, que se funda en el "principio de indiferencia" para la continuidad (cfr. art. 44 LECO) y para las soluciones del concurso (cese/continuidad-convenio/liquidación), por cuanto los bienes no sean necesarios (cfr. art. 55.1.pfo.2° "in fine" LECO). Para nada supone una ventaja material o de preferencia, que se tiene por privilegio, no se tiene (créditos ordinarios), o se deprime a "hipocrédito" con la subordinación. De todas estas clases habrá en los créditos concursales ejecutivos de la TGSS. De tal forma, se ejecute separadamente, o se proceda conforme a convenio -en cuanto a créditos ordinarios o subordinados sin derecho de abstención-, o se liquide en el concurso, la calidad del crédito concursal es la misma, y estará en la masa de acreedores como el bien ejecutado estará en la masa activa. Lo único que puede hacer el Juez concursal cuando la Recaudación extravasa la excepción legal es acudir al requerimiento de inhibición, lo cual supone paralización del actuar administrativo, como del judicial en conflicto hasta que se decida. Si esta paralización no se respeta, el asunto escapa a las competencias del orden civil y tocan a responsabilidades que no pueden ser más que personales.
Dicho lo cual, si el Recaudador Ejecutivo, del que el Juzgado pide identidad, como la tiene el requirente, es el funcionario quien lleva a efecto la conducta discrepante con la tesis judicial, correspondiente a la URE 48/04, y se inquiere aquélla por el interés de la concursada en activar responsabilidades penales, el Juzgado colabora, sin opinar al respecto de su resultado de esa activación, que no le compete.
Si hay cantidades ingresadas por embargos, ya con anterioridad al auto de 14 de marzo de 2 008, ya con posterioridad, conviene a dicho Recaudador, suspendido el procedimiento de apremio, no aplicarlas al pago de crédito concursal ejecutivo de la TGSS. Como el Recaudador considere que los percibos de embargos cuya diligencia sea anterior a la suspensión del procedimiento pueden seguir produciéndose, no ingresará en la masa activa, mediante consignación en la cuenta del Juzgado, como se le pide. Con ambas admoniciones -no aplicar lo ingresado, no ingresar a partir del 14 de marzo pasado y reintegrar a la masa- el Juzgado cumple con su poder-deber sosteniendo que no es lícito lo contrario, y advirtiendo, en lo que es pura compulsión psicológica, dado que carece de competencias contencioso-administrativas o penales, de las consecuencias

peyorativas que pueden seguir para su persona y patrimonio del recaudador ejecutivo, dado que es interés expreso de la concursada el buscarlas.
Por otra parte, la providencia recurrida también recuerda a la administración concursal el deber de defender la masa activa y las condiciones de voto en el convenio y del pago con arreglo a la prelación, sin tolerar cobros al margen, aunque vengan de ejecución separada, mediante, en su caso, incidente concursal de preferencia respecto de la TGSS acreedora.
TERCERO.- La contradicción de tesis con la TGSS resulta tediosa, y ya se ha repetido en numerosas ocasiones en este concurso, pero cuando se debe repetir en una instancia totalmente prescindible como este recurso de reposición, supone que dejar indemne el derecho de las contrapartes interesadas lleva al pronunciamiento en las costas del incidente.": Auto JM-2 Bilbao 24.06.2008 (Concurso 208/2007)

1.1.2.2 Improcedencia de embargo de créditos futuros

AP Navarra

"PRIMERO.- a) La Administración Concursal presentó demanda en solicitud de que se ordenara a la TGSS y a la Hacienda Tributaria de Navarra la paralización de cualquier procedimiento de ejecución o diligencia de embargo, a partir del auto de declaración de concurso de fecha 3 de abril de 2012.
Se refería, entre otras, a la diligencia de embargo efectuada el día 30 de mayo de 2011 por la Hacienda Tributaria de Navarra, en la que declaraba embargados los créditos que la concursada tuviera frente a las entidades Carser Bus SL, Satenhor, SL, Mi Maminun SL, Talleres de Calderería Mozo, SL, Suncove, SA, Azken SA, Saritu SL, Suministros y Servicios Unificados de Carrocería SL y Construcción de Herramientas SL, a las que se notificó dicha diligencia y ordenó su retención.
En la citada diligencia se señala que "en el supuesto de existencia de créditos, se ordena la inmediata retención de la totalidad del mismo" y, en relación a créditos futuros, que "en adelante, deberá informar a esta Sección de Procedimientos Especiales de la existencia de nuevos créditos a favor del deudor arriba mencionado con antelación suficiente al pago de los mismos, al objeto de que por parte de la misma se envíe la correspondiente diligencia de embargo".
En apoyo de su pretensión la Administración Concursal alegaba fundamentalmente que no podía admitirse un embargo administrativo de naturaleza "permanente", sino que debía recaer sobre bienes que realmente poseyera y estuvieran incorporados al patrimonio de la concursada en el momento de la emisión de la Providencia de Embargo, por lo que el embargo de los créditos de la concursada sólo podría venir referido a aquellos derivados de trabajos ejecutados anteriormente a dicha providencia, que es el requisito para que exista un derecho de cobro, y no sobre créditos que se hubiesen generado por la ejecución de trabajos con posterioridad a dicha providencia.
b) Se opuso la Hacienda Tributaria alegando que la diligencia efectuada el día 30 de mayo de 2011 acordaba el embargo de "créditos ciertos y existentes al momento de ser practicada", como se deduciría de su lectura.
Añade que las obligaciones propias del negocio jurídico nacen al perfeccionarse el mismo, con independencia de cuándo se deban realizar o son exigibles las prestaciones objeto del mismo, por lo que la Administración Concursal está vinculando "improcedentemente" el "momento del nacimiento del derecho de crédito con el momento de la ejecución de la prestación contractual derivada de las relaciones comerciales entre la concursada y sus clientes".
c) Con cita de una sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de enero de 2008, la juez de lo mercantil interpreta el art. 55.1 de la Ley Concursal (LC) en el sentido de que "sólo el embargo sobre bienes o derechos concretos e individualizados anterior a la declaración del concurso puede continuar con posterioridad al mismo", pero no de todos los que se vayan originando, sin que nazca el crédito en el momento en que se contrata la prestación del servicio que se va a efectuar, sino cuando se cumple esa prestación a satisfacción del contratante.
d) Recurre la Hacienda Tributaria de Navarra, reproduciendo las alegaciones vertidas en la primera instancia, sin desvirtuar los razonamientos de la sentencia del Juzgado, por lo que el recurso no puede acogerse.
Como pone de manifiesto la Administración Concursal en su escrito de oposición, en realidad el recurso adolece de cierta ambigüedad.
Sólo leyendo su parte final se descubre cuál es la verdadera tesis impugnativa de la Hacienda Foral.
Efectivamente, si bien la mayor parte del alegato que efectúa la apelante en su recurso va dirigido a sostener que del tenor literal de la diligencia se desprende que el objeto del embargo "se circunscribe solamente a los créditos existentes con anterioridad a la declaración del concurso y no a los futuros, según se vayan originando con posterioridad a dicha declaración", finaliza afirmando que la juez de primera instancia identifica de forma indebida el momento del nacimiento del derecho de crédito con el momento de la ejecución de la prestación contractual derivada de las relaciones comerciales entre la concursada y sus clientes, por lo que se desprende que su tesis impugnativa gira en torno a la idea de que el embargo se extiende a todos los créditos, aun cuando no fueran exigibles a la fecha de la diligencia de embargo.
Esta tesis no puede aceptarse.
Aparte de que se traduciría en un claro perjuicio para los intereses de los acreedores concursales, lo que precisamente trata de evitar el límite temporal establecido por el art. 55 LC, es evidente, en contra de lo que sostiene la apelante, que nada tiene que ver el nacimiento con la exigibilidad de una obligación.
Ha de estarse a lo pactado y, a falta de pacto no puede exigirse el precio mientras no se ha ejecutado el trabajo contratado.": SAP Navarra (Sección 3) 14.03.2013 (Sentencia 75/2013; Rollo 276/2012)

1.1.2.3 Procedencia del embargo de retribución salarial futura (?)

AP Sevilla

“PRIMERO.-La sentencia recaída en el incidente concursal de que el presente rollo dimana, tramitado a solicitud de los concursados Don Fulgencio y Doña Virtudes, a la que se adhirió la Administración Concursal, acordó la paralización del expediente administrativo que, contra aquéllos, tramita la Agencia Municipal de Recaudación del Ayuntamiento de Sevilla, por impago de determinadas multas de tráfico, así como el impago de determinada cuota del impuesto de circulación de vehículos, todo ello con providencias de apremio de fecha anterior a la declaración de concurso, lo que ha sido objeto de recurso de apelación por parte de dicha Agencia Municipal.
SEGUNDO.-Regula esta materia el artículo 55 de la Ley Concursal, que, después de señalar, en el párrafo primero de su apartado primero, que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, y señalar también, en su apartado segundo, que las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, establece, sin embargo, en el párrafo segundo del apartado primero, la salvedad de que podrán continuarse aquéllos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, además de las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, también con anterioridad a la declaración de concurso y siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, con anterioridad a la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por ley 38/2.011, de 10 de Octubre, que entró en vigor el 1 de Enero de 2.012, y con relación a los procedimientos administrativos de apremio, lo que, según dicho precepto, determinaba su continuación, no obstante la declaración de concurso, no era que se hubiera dictado en los mismos diligencia de embargo, sino, simplemente, que hubiera recaído providencia de apremio con anterioridad a dicha declaración, siendo aplicable tal redacción anterior en este caso, dada la fecha de declaración de concurso, que es de 10 de Mayo de 2.010.
TERCERO.-Pues bien, a la vista de ello, no puede estimarse acertada la decisión del juzgador "a quo", al acordar la suspensión del procedimiento administrativo de que se trata y el reintegro de lo percibido, en base al mismo y con posterioridad a la declaración de concurso, por la referida Agencia Municipal, pues, con independencia de la fecha de los embargos, que, según se afirma, son todos anteriores a la fecha de declaración de concurso, pero, realmente, no consta en las actuaciones del incidente concursal, lo cierto es que las fechas de providencias de apremio, que si constan en dicha actuaciones y que es lo que hay que tener en cuenta en este caso, son todas anteriores tal declaración.
CUARTO.-Por otra parte, no puede estar de acuerdo el tribunal con la afirmación del juzgador de instancia, en su sentencia, de que la "continuación de los procedimientos administrativos con providencias de apremio anteriores a la declaración de concurso no puede extenderse a la operativa de trabar sucesivos embargos sobre bienes futuros", refiriéndose a las retenciones mensuales que se vienen haciendo del salario que percibe el concursado Don Fulgencio de la empresa para la que trabaja. Y es que no se trata, en absoluto, de sucesivos embargos, sino de uno solo, y por una cantidad única, sin perjuicio de que, al recaer sobre el salario y dada la escala establecida en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para poder embargar los salarios y sueldos y retribuciones que excedan del salario mínimo interprofesional, deba ser objeto de retenciones por el pagador sobre las sucesivas cuantías mensuales a percibir.
QUINTO.-Consecuentemente, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y, revocando la resolución recurrida, desestimar la solicitud formulada por los concursados, pudiendo continuar, en su consecuencia, la tramitación del procedimiento administrativo de apremio de que se trata, y sin que haya lugar al reintegro de cantidad alguna retenida en base al mismo, imponiendo a los mismos, conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de las costas causadas en la primera instancia, con motivo del incidente concursal de que se trata, sin que, en cambio, dado el signo de la presente resolución, se imponga el pago de las de esta alzada.”: SAP Sevilla (Sección 5) 23.10.2013 (Sentencia 483/2013; Rollo 2050/2013)

1.1.2.4 Aunque lo embargado sea un crédito sujeto a condiciòn

AP Sevilla

“Primero.- Se inicia el presente incidente concursal por la pretensión de las entidades que integran la UTE ALCOY de que se admita por el Juzgado de lo Mercantil la consignación de la cantidad de 228.017,98 # que adeuda a la concursada, cancelándose la deuda y poniendo dicha cantidad a disposición de quien corresponda.
El Juez de lo Mercantil accede a tener por consignada la cantidad y por cancelada la deuda, integrándola en la masa activa del concurso, desestimando con ello la pretensión de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de que dicha cantidad debe ser puesta a su disposición por haber sido objeto de embargo administrativo con fecha de 21 de septiembre de 2.010, con anterioridad por tanto a la declaración del concurso, que tuvo lugar 3 de enero de 2.011.
Segundo.-La pretensión de la apelante se basa en el artículo 55.1 de la Ley Concursal, conforme a cuyo párrafo segundo "Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

La sentencia apelada estima que la providencia de apremio de 21 de septiembre de 2.010 no embargaba un crédito cierto, líquido, vencido y exigible por cuanto que la cantidad ahora consignada estaba retenida por la entidad consignante en garantía de la obra llevada a cabo por la concursada, retención que, conforme a lo pactado, no se levantó hasta el 17 de marzo de 2.014.
Tercero.- El argumento de la sentencia no puede ser admitido por cuanto que cuando se dicta por la apelante la providencia de 21 de septiembre de 2.010, embargando los créditos de la concursada pendientes de pago, la cantidad era cierta, vencida y líquida, como parte del precio pendiente de un trabajo que ya había sido ejecutado por la concursada y recibido por la UTE, por lo que podía ser objeto de embargo y quedar sujeta en esa fecha al pago de las responsabilidades reclamadas por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
El sometimiento del pago a una condición suspensiva, terminación del conjunto de la obra de la que forman parte los trabajos llevados a cabo por la concursada y transcurso del plazo de garantía de la que debe responder la UTE ante el dueño de la obra, conforme se estipula en el último párrafo de la estipulación novena del contrato firmado el día 1 de diciembre de 2.009, no impide el embargo de un crédito cuya efectiva existencia es indudable y que se encuentra perfectamente determinado, eso sí, a resultas del cumplimiento de la condición suspensiva.
Es decir, no es necesario que el crédito sea exigible para poder aplicar el artículo 55.1 de la Ley Concursal, siendo suficiente que conste su efectiva existencia y cuantía y que esté vencido, y por tanto pendiente de pago en el momento de dictarse la providencia de apremio por la entidad apelante.
Cuarto.- La consignación debe considerarse bien efectuada, en tanto que del párrafo segundo del artículo 1.176 del Código Civil resulta su procedencia cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, por lo que ha de estimarse cancelada la deuda de la UTE. Pero en cuanto al destino de la cantidad ha de otorgarse preferencia a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL por ser su embargo previo al concurso.”: SAP Sevilla (Sección 5) 21.11.2014 (Sentencia 579/2014; Rollo 4793/2014)

1.1.2.5 Este precepto requiere un embargo ejecutivo, no es aplicable cuando antes de la declaración sólo existe el embargo como medida cautelar

AP Navarra

“PRIMERO.-El Juzgado de lo Mercantil, en el incidente sobre mantenimiento de medidas cautelares, dictó sentencia desestimando la pretensión de la AEAT, acordando no haber lugar al mantenimiento de las medidas cautelares interesada por aquella.
La AEAT apela la sentencia, solicitando su estimación, revocando los pronunciamientos de la resolución recurrida conforme lo expuesto en su escrito. Con base en estimar que la sentencia infringe lo dispuesto en el Art. 55 LC, al entender que la interpretación realizada es contraria a lo prescrito por la norma. Alegando que la resolución que motiva la derivación de responsabilidad es de un órgano de recaudación, trayendo causa de ser infructuosas las actuaciones ejecutivas sobre el patrimonio de un obligado tributario. La actuación administrativa desarrollada es recaudatoria, deriva del impago de la deuda tributaria en periodo voluntario, dando lugar a la apertura de la vía de apremio, en cuyo marco se dirige contra la concursada, motivo por el que no se dictó providencia de apremio, en atención a la obligación de conferir plazo para el pago voluntario. Mantiene, en definitiva, el carácter ejecutivo de la actuación pese la falta de providencia de apremio, sobre la base que la exigencia de la norma es la de embargo de bienes y no de aquella. Traba llevada a cabo, y, además, por acuerdo de derivación de responsabilidad dictado en el curso de un procedimiento de apremio. Residiendo la " ratio " de la norma no en la actuación ejecutiva en sentido estricto, sino en su finalidad.
La administración concursal impugna el recurso interpuesto. Aduciendo que, si bien, el expediente de derivación de responsabilidad, en el que se acordó la medida cautelar, lo fue antes de la declaración de concurso, la resolución por la que se declara es posterior. No es un procedimiento administrativo de ejecución, que es al que se refiere el precepto en cuestión. De modo que en el momento que se declaró el concurso no había procedimiento de ejecución, cuyo inicio no es posible una vez declarado el concurso de acreedores.
La concursada, igualmente, se opone al recurso. Alegando que el pretendido mantenimiento de las medidas cautelares, es contrario a la legalidad y calificación en el concurso del crédito de la AEAT, comunicado como nacido del procedimiento de derivación de responsabilidad. La fecha de la obligación es posterior al informe de calificación de créditos de la administración concursal.
SEGUNDO.-La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, si bien hace referencia a la falta de necesidad de los bienes, lo es como cuestión no determinante la resolución, y para indicar que si podría serlo en otro caso, no cuando lo que pretende es el mantenimiento de medidas cautelares. Fundando la desestimación de la pretensión en ser contraria a lo dispuesto en el Art. 55 LC, al carecer de objeto el mantenimiento una vez declarado el concurso, momento desde el que no es posible el iniciarse ejecución o seguirse la que lo hubiera sido, sino en los casos excepcionales que admite la norma, que considera no es aquel en el que se sustenta la demanda, por cuanto, aún cuando sea procedimiento administrativo, no lo es de apremio, incluso, no se había producido el impago en periodo voluntario.
Así en el supuesto de autos, en contra de lo sostenido por la apelante, no es determinante la finalidad, sino que como excepción a la norma general y fuera de los supuestos previstos en la ley, no cabe el inicio de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, con la salvedad, en cuanto a los últimos, de continuación de los procedimientos administrativos de ejecución en los que hubiera dictado diligencia de embargo... anteriores a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios... (Art. 55.1 LC).
Es claro, como señala la juez de lo mercantil en la sentencia apelada, que no existe el procedimiento de apremio, administrativo de ejecución, antes de la declaración del concurso, únicamente el de inicio de

expediente de derivación de responsabilidad a la concursada, misma resolución en el que se acuerda la adopción de medidas cautelares (10/5/12) (Art. 81 LGT). Siendo tras la declaración del concurso (27/7/12), cuando tiene lugar la resolución declarando la derivación de responsabilidad de la concursada (28/09/12), momento en el que ya no es posible que las medidas cautelares adoptadas den lugar a la vía de apremio, en tanto que declarado el concurso, no puede iniciarse, ni seguirse ejecución singular virtud de lo dispuesto por el Art. 55.1 LC.
Resultando claro del acuerdo, como de la propia apelación, que se trata de medidas cautelares (Art. 81 LGT), lo que con independencia que hayan supuesto la traba, embargo de bienes de la concursada, o se acordara por la Administración en el marco de un expediente administrativo, no cambia su naturaleza, la propia de las medidas cautelares, de aseguramiento de resolución que pueda adoptarse (Art. 81 LGC).
Además, es materia en la que la norma, expresamente, atribuye la competencia para su conocimiento al juez del concurso (Art. 8.4º LC), sin distinción. Disponiendo la extensión de la jurisdicción, en el Art. 9 LC, que comprende el conocimiento prejudicial de cuestiones administrativas, directamente relacionadas o de necesaria resolución, sin efectos fuera del proceso concurso.
Así el carácter de medidas cautelares respecto de las que se pretende su mantenimiento que, por sí, determina la procedencia de la desestimación de la apelación, al ser conforme a Derecho la resolución apelada.
TERCERO.-En todo caso, como determina el juez de lo mercantil, y resulta de autos, las medidas fueron adoptadas, como cautelares, con la apertura del expediente de derivación de responsabilidad contra la concursada (10/5/12), antes de la declaración de concurso (27/7/12). Si bien, la resolución declarando la responsabilidad derivada de la concursada (28/9/12), se adopta tiempo después de declarado el concurso. De modo que lo resuelto por la juez de lo mercantil en la sentencia objeto de apelación, es conforme a lo dispuesto por el Art. 55.1 LC, toda vez que, en el momento de declaración de concurso, no se había iniciado el procedimiento de apremio contra la concursada por la derivación de la responsabilidad, únicamente existían medidas cautelares, adoptadas al acordar la apertura del expediente. Así, una vez declarado el concurso no es posible el inicio del procedimiento de apremio administrativo, al tiempo que las medidas cautelares quedan privadas de objeto.": SAP Navarra (Sección 3) 06.11.2014 (Sentencia 311/2014; Rollo 134/2014)

1.2 Imputación de los importes que se obtengan en la ejecución separada a los créditos que motivaron el embargo

1.2.1. No sujeción a la clasificación concursal

AP Barcelona

"PRIMERO: Según se desprende de las actuaciones, la entidad mercantil TEIXITS ORATAM, S.L. fue declarada en concurso de acreedores el día 9 de mayo de 2005. En la lista de acreedores se reconoció a la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA un crédito con privilegio general del art. 91.4 LC de 97.220,45 euros; y entre los bienes y derechos incluidos en el inventario aparecía un crédito que la concursada tenía frente a la entidad TYBOR, S.A., en suspensión de pagos. Este crédito originariamente era de 55.532,72 euros, aunque en el inventario se cifró en 27.766,36 euros, en atención a las propuestas de pago del 50% que se planteaban en la suspensión de pagos. Aunque no se mencionaba en el inventario, este crédito había sido embargado por la AEAT con anterioridad a la declaración de concurso.
Finalmente, la suspensa abonó el 70% del crédito, 38.872,90 euros, que el Juez del concurso atribuyó a la AEAT, como consecuencia de la ejecución separada que el embargo anterior a la declaración de concurso le permitía.
En su rendición de cuentas, la Administración Concursal pretendía imputar este pago al crédito clasificado como privilegio general del art. 92.4 LC. Además, aduciendo que la concursada tiene un crédito frente a la AEAT de 13.589,40 euros por un saldo de IVA a su favor, compensó este crédito con cargo al crédito que la AEAT tenía como privilegio general del art. 91.4 LC.
Como consecuencia de la impugnación que la AEAT formuló frente a esta rendición de cuentas, el Juzgado Mercantil resolvió en la sentencia ahora apelada que el importe de 38.872,90 euros cobrado por la AEAT como consecuencia de la ejecución de su embargo debía imputarse a la satisfacción del crédito que motivó el embargo y no deducirse directamente del montante total de créditos con privilegio general del art. 91.4 LC. En cuanto a la compensación del crédito por devolución de IVA, la sentencia argumenta que no cabe proceder a tal compensación porque en ese momento el crédito frente a la AEAT no era exigible, y aclara que caso de serlo sólo cabría la compensación en la medida en que no se alterara el orden de pago de los créditos del art. 91 LC. Ambos pronunciamientos son objeto de apelación por la Administración Concursal.
SEGUNDO: Por lo que respecta a la imputación del pago de 38.872,90 euros a favor de la AEAT, la Administración Concursal considera que la decisión del Juzgado vulnera lo regulado en el art. 97 LC, cuando dispone que quienes no impugnen el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos. Argumenta que si el pago debe imputarse sobre todo el crédito de la AEAT y hay que recalcular la estructura del mismo (subordinado, ordinario y privilegiado), se beneficia injustificadamente a la AEAT que cobrará mas de lo debido. Continúa argumentado la Administración Concursal que si hay un orden para pagar, previsto en los arts. 154 y ss. LC, este orden debe servir para imputar el pago extraconcursal recibido por el acreedor.
El crédito que la concursada tenía frente a la entidad TYBOR, S.A. originariamente era de 55.532,72 euros. Este crédito había sido embargado por la AEAT antes de que se declarara el concurso de acreedores de TEIXITS ORATAM, S.L. Por este motivo, el procedimiento de apremio administrativo en el curso del cual se acordó este embargo no se vio afectado por la declaración de concurso de acreedores, conforme a lo previsto

en el art. 55 LC, en concreto no sufrió la paralización de la ejecución. Ello le permitió a la AEAT satisfacerse con el pago de dicho crédito, al margen del concurso.
Tiene razón el Magistrado de lo Mercantil cuando argumenta que esta facultad reconocida por el párrafo segundo del apartado 1 del art. 55 LC a la Agencia Tributaria es un derecho de ejecución separada que le permite cobrarse con lo realizado al margen del concurso, sin que propiamente ello le confiera ningún privilegio sustantivo.
Conviene aclarar que en la medida en que esta ejecución separada está justificada únicamente respecto de los créditos que la motivaron, lo satisfecho con la realización del embargo servirá únicamente para pagar esos créditos y no otros. A este respecto, no le falta razón a la Abogacía del Estado cuando recuerda que las reglas de imputación de pagos, cuando lo obtenido no cubra la totalidad de las deudas objeto de ejecución y para cuyo pago se trabó el embargo, serán extraconcursales y en concreto las previstas en el art. 63 LGT: el pago se aplicará primero a las deudas más antiguas, en atención a la fecha en que fueran exigibles.
Lógicamente esta imputación de pagos, que es extraconcursal, tiene su repercusión en el concurso, en la medida en que se hayan pagado total o parcialmente los créditos clasificados en la lista de acreedores. Mientras no se verificara el pago, es lógico que la AEAT comunicara sus créditos e interesara su reconocimiento y clasificación. Y una vez abonados parcialmente estos créditos, fuera del concurso, este pago se debe tener en cuenta para evitar que cuando, según las reglas de pago del art. 154 y ss. LC, toque abonar cada uno de los créditos inicialmente incluidos en la lista de acreedores, se tenga en consideración que tales créditos ya han sido satisfechos.
De este modo, lo obtenido por la AEAT no se imputa directamente a los créditos reconocidos con privilegio general del art. 91.4 LC, sino que se imputa a los que se correspondan con los efectivamente pagados, de acuerdo con la imputación de pagos extraconcursal (los más antiguos de los créditos para cuyo pago se inició el apremio y se practicó el embargo del bien o derecho, de cuya realización proviene el pago) y que deberá justificar a la Administración Concursal al comunicar el cobro extraconcursal. Por lo tanto la regla no es aplicar proporcionalmente el importe cobrado a todas las clases de créditos clasificados, sino tener por pagados los créditos realmente extinguidos por el pago, conforme a las reglas de imputación de pagos del art. 63 LGT.
Ello no supone propiamente una modificación de la lista de acreedores, a los efectos del art. 97 LC, sino simplemente la constatación concursal del pago extraconcursal. Lo que no debe extrañar, pues esta misma circunstancia puede ocurrir en otros supuestos en que el acreedor de la sociedad concursada ve satisfecho extraconcursalmente su crédito, durante el concurso. Ese es el caso, por ejemplo, del acreedor de la sociedad concursada que demanda extraconcursalmente al administrador y obtiene su condena al pago solidario de uno de los créditos que tiene contra la concursada; si este pago es posterior a la elaboración de la lista de acreedores, no será necesario modificar la lista, sino simplemente tener por satisfecho dicho crédito para que no llegue a pagarse si, iniciada la liquidación, se procede al pago conforme a las reglas previstas en los citados arts. 154 y ss., especialmente los arts. 156 y ss. LC.
Motivo por el cual, procede confirmar en este extremo la resolución recurrida.”: SAP Barcelona (Sección 15) 10.03.2008 (Rollo 698/2007)

AP León

“PRIMERO.-Se recurre el auto del Juzgado de lo Mercantil por Demetrio, oponiéndose al recurso e impugnando a la vez la resolución apelada la Administración Concursal de la sociedad Cultural y Deportiva Leonesa S.A.
Recurso de Demetrio.
Sostiene esta parte que el auto es contradictorio, pues, por un lado, reconoce el privilegio del art. 55.1 de la Ley Concursal para continuar las ejecuciones laborales en que se hubieren embargado bienes antes de la declaración del concurso y por otro, niega tal condición al crédito que ostentaba el recurrente, clasificándose en el auto apelado como crédito con privilegio general la suma de 14.827,04 euros, única a la que reconoce el derecho de entrega fuera del convenio y no afectada por éste; respecto de las demás habrá de estarse a lo convenido en aquel.
Se argumenta en el recurso que en el caso ya se ha demostrado que la suma embargada a la entidad Sotur no es necesaria para la continuidad de la actividad de la sociedad y por eso nada impide siga la ejecución sobre los embargos trabados.
Conviene hacer un breve relato de los hechos que perfilan la contienda judicial que atrae ahora nuestra atención. Consta que seguido procedimiento de despido a instancia del recurrente contra la concursada se dictó sentencia reconociendo la suma de 90.000 euros de principal y 9.000 euros para costas e intereses, iniciándose posteriormente procedimiento de ejecución nº. 185/2008 del Juzgado de lo Social nº. 2 de León, trabándose embargo sobre el crédito que tenia la concursada contra la sociedad Sotur por importe de 88.570 euros, realizado en el mes de febrero de 2009. Realizados ciertos pagos en fecha 12 de mayo de 2010 la sociedad Sotur ingresó en la cuenta de consignaciones del Juzgado Mercantil la suma de 59.334,23 euros. En el recurso se dice expresamente que sólo se impugna el auto recurrido en el extremo que literalmente se expone en la parte dispositiva con el siguiente tenor: "..en las condiciones y circunstancias que se explican en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución".
SEGUNDO. - El caso enjuiciado y sometido a nuestra consideración trata de dilucidar si el recurrente, que a raíz del incumplimiento de sus obligaciones dinerarias por parte de la concursada "Cultural y Deportiva Leonesa S.A." había iniciado la vía de apremio y trabado embargo sobre el crédito que ostentaba la concursada contra la sociedad Sotur antes de que fuera declarada en concurso, puede mantener la traba al amparo de lo previsto en el art. 55.1.2 LC, y después de aprobarse el convenio. Por el recurrente se propone que se mantenga el embargo y se remita el importe del crédito que está en la cuenta de consignaciones del Juzgado Mercantil al Juzgado de lo Social que conoce de la ejecución laboral.

Cuando se inicia un procedimiento concursal los bienes del concursado tendrán gravámenes derivados de las garantías consecuencia de algunos créditos -hipotecas, prendas- o de la celeridad con la que algunos acreedores hayan podido actuar al margen del concurso, casos tales como los de los embargos preventivos. El carácter universal del procedimiento concursal lleva a pensar que al declararse el concurso dejarán de tener efecto las garantías y preferencias no concursales y operarán las concursales, reconociendo al Juez del concurso la facultad de alzar o modificar las garantías y anotaciones no concursales en beneficio de los principios del concurso. Sin embargo, el legislador ha previsto que respecto de la competencia exclusiva y excluyente que reconoce el art. 8 de la Ley al Juez el concurso tiene una excepción en los supuestos previstos en el art. 55 del mismo texto legal, presentando problemas de interpretación y aplicación en la práctica tanto en las normas concursales como no concursales como se presenta en este recurso.
Se establece dentro de la fase común del concurso la regla general que impide el inicio de ejecuciones singulares o la continuación de apremios administrativos o ejecuciones contra el patrimonio del deudor con la excepción prevista en el artículo 55.1 párrafo 2º, relativa a la posibilidad de continuar los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en que se hubieran embargado bienes del concursado con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
La regla general de imposibilidad de seguirse ejecuciones separadas, durante la sustanciación del concurso no es una norma absoluta sino que, aparte de la excepción que acabamos de contemplar, existen otras en la misma Ley como el del art. 84.2.1 º relativa a los créditos contra la masa, respecto de los que el art. 154.2 indica que "habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea el estado del concurso ".
En esta línea la A. Provincial de Barcelona en Sentencias de 10 de marzo y 12 septiembre de 2008 ha dicho que "Tiene razón el Magistrado de lo Mercantil cuando argumenta que esta facultad reconocida por el párrafo segundo del apartado 1 del art. 55 LC a la Agencia Tributaria es un derecho de ejecución separada que le permite cobrarse con lo realizado al margen del concurso, sin que propiamente ello le confiera ningún privilegio sustantivo.
Esta ejecución separada está justificada únicamente respecto de los créditos que la motivaron, lo satisfecho con la realización del embargo servirá únicamente para pagar esos créditos y no otros. Supone ello una imputación de pagos extraconcursal, que tiene su repercusión en el concurso en la medida en que se hayan pagado total o parcialmente los créditos clasificados en la lista de acreedores. Y una vez abonados parcialmente estos créditos, fuera del concurso, este pago se debe tener en cuenta para evitar que cuando, según las reglas de pago del art. 154 y ss. LC, toque abonar cada uno de los créditos inicialmente incluidos en la lista de acreedores, se tenga en consideración que tales créditos ya han sido satisfechos. Lo argumentado no supone propiamente una modificación de la lista de acreedores, a los efectos del art. 97 LC, sino simplemente la constatación concursal del pago extraconcursal.
La tesis expuesta y seguida por varias Audiencias (así la Sección 28ª de Madrid, sentencia de 7 de julio de 2009) no encuentra acogida unánime en otras resoluciones de los Tribunales con competencia mercantil, la llamada concursalista pura que se sostiene que "....mantener los embargos sobre bienes a realizar haciendo abonos convierte el embargo en un crédito con privilegio especial sobre el bien afecto, por la vía de mantener la sujeción de la garantía de un crédito que, sin embargo, ha quedado calificado en el informe de la administración concursal de forma diferente", asi lo ha sustentado, por ejemplo, por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao en Auto de 30 de junio de 2008.
CUARTO.-Siendo la cuestión muy polémica como se ha expuesto nos inclinamos nosotros por mantener el embargo (aunque desde luego siendo defendible la otra postura), sirviendo como argumento que la Ley Concursal guarda silencio sobre cómo y hasta cuándo ha de continuar la vía de apremio para que sea objeto de ejecución separada, no indica la manera en que estos acreedores singulares pondrán de manifiesto la voluntad de mantenerse al margen del concurso. No se puede entender que "renuncian" a la posibilidad de ejecución separada por no hacer manifestación al respecto, no está previsto como sí lo está en el caso de las garantías reales en el art. 57.3 de la Ley Concursal para los supuestos de garantía real que exige esa ejecución separada antes del inicio de la fase de liquidación, porque en otro caso "perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado", aún así este efecto no puede determinar la pérdida del privilegio especial sino sólo procedimental o preclusivo. La idea que inspira la Ley Concursal es huir de las ejecuciones separadas, incluso cuando hay garantías reales se ocupa de regularlas para a someterlas a plazos perentorios, por ello cuando únicamente las admite en el caso del art. 55.1 de la LC, es porque realmente fue voluntad del legislador respetarlas y se puede sostener que no ha regulado ni ha hecho referencia a las mismas precisamente porque podrán continuarse como se recoge en el párrafo segundo del art. 55. No se oculta la existencia de opiniones que sostienen este precepto puede suponer una lesión al principio de la "par condictio creditorum", pero la interpretación que hemos manifestado es la que entendemos corresponde a la excepción que el precepto comentado contempla. Por otro lado, no tendría mucho sentido permitir la continuación de la vía de apremio y las ejecuciones laborales para cobrar individualizadamente su crédito mediante la ejecución de bienes concretos del deudor, para a continuación limitarla a la "par condictio creditorum", poca eficacia tendrían los embargos cautelares si posteriormente no puede hacerse efectivo el bien. Procede por todas las razones expuestas estimar el recurso en el apartado concreto antes relatado y a que se contrae el motivo de impugnación del auto dictado por el Juzgado. ": SAP León (Sección 1) 29.07.2011 (Sentencia 140/2011; Rollo 140/2011)

AP Sevilla

“Primero.- Tanto la Agencia Estatal de la Administración Tributaria como la Tesorería General de la Seguridad Social acordaron sendos embargos administrativos con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, que tuvo lugar el día 5 de febrero de 2.013, que se hicieron efectivos en fecha posterior al mismo. Frente a la pretensión del Administrador Concursal, a la que se allana la concursada, de que se levante dichos embargos por ser el dinero necesario para la satisfacción de los créditos contra la masa, la sentencia apelada lo deniega por entender que ello contravendría la prohibición contenida en el artículo 55 de la Ley Concursal.
Sin embargo ordena el reintegro de las cantidades al concurso sobre la base de que ni la Agencia Estatal de la Administración Tributaria
Segundo.- El artículo 55 de la Ley Concursal, desde la redacción que le dio la Ley 38/2011, que entró en vigor el día 1 de enero de 2.012, no permite al Juez de lo Mercantil el levantamiento de los embargos administrativaos. Con respecto a los mismos lo único que cabe es la suspensión de la ejecución cuando los bienes objeto de embargo resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Ahora bien si ello es factible cuando se embargan bienes muebles o inmuebles, por cuanto que la diligencia de embargo da lugar a una actividad de ejecución necesaria para realizar el bien y lograr la satisfacción del crédito, no cabe la suspensión de la ejecución cuando lo que se embarga es dinero, ya que la efectividad del embargo conlleva la satisfacción del crédito sin necesidad de ninguna actividad ejecutiva.
Tercero.- Por tanto, sin necesidad de hacer referencia a la doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que resulta de la sentencia de 22 de diciembre de 2.006 citada en la sentencia, de dudosa aplicación en cuanto tiene como presupuesto una norma que ya no es la que está vigente, no es posible mantener un embargo administrativo de dinero y al mismo tiempo ordenar el ingreso del dinero en la cuenta del concurso, porque son decisiones contradictorias, en tanto en cuanto lo segundo implica en la práctica dejar sin efecto el embargo.
Cuando el párrafo segundo del artículo 55.1 de la Ley Concursal establece que la actividad ejecutiva de la Administración podrá continuar "siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", se hace referencia a que es posible suspender la ejecución cuando se trate de bienes en que es compatible mantener el embargo y al mismo tiempo dedicar el bien embargado al servicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, de manera que se supedita la efectiva realización del bien al momento al que cese la actividad profesional o empresarial.
En ningún caso ello es aplicable al caso del dinero. Si se mantiene el embargo, el dinero quedará inmovilizado y no servirá para asegurar la continuidad de la actividad profesional o empresarial, por lo que no se estaría en el supuesto al que legalmente se supedita la posibilidad de suspender la ejecución. Si se permite por el contrario que el dinero embargado se dedique a asegurar esa continuidad, el mismo desaparecerá por lo que el embargo quedará sin contenido, lo que equivale a un levantamiento del mismo expresamente prohibido por la redacción actual del artículo 55.3 de la Ley Concursal.
Cuarto.- En resumidas cuentas, si lo que se ha dictado, como en el caso de autos, es una diligencia embargando dinero que deba recibir el deudor y tal diligencia de embargo es anterior al concurso, desde el momento en que la efectividad del embargo implica ya el cobro de la deuda sin necesidad de realizar actividad ejecutiva alguna, no cabe ni levantar el embargo, ni suspender ningún acto de ejecución, por cuanto que estos no existen como algo distinto del embargo, ni tampoco emplear el dinero que se obtenga de esta forma para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor por no ser materialmente posible sin levantar el embargo.”: SAP Sevilla (Sección 4) 10.06.2014 (Sentencia 350/2014; Rollo 2425/2014)

“Primero.-La Tesorería General de la Seguridad Social acordó un embargo administrativo con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, que tuvo lugar el día 5 de febrero de 2.013, el cual se hizo efectivo en fecha posterior al mismo. Frente a la pretensión del Administrador Concursal, a la que se allana la concursada, de que se levante dicho embargo por ser el dinero necesario para la satisfacción de los créditos contra la masa, la sentencia apelada lo deniega por entender que ello contravendría la prohibición contenida en el artículo 55 de la Ley Concursal. Sin embargo ordena el reintegro de las cantidades al concurso sobre la base de que el apartado 1 del artículo 55 permite la continuación de procedimiento administrativos de ejecución cuando la diligencia de embargo es anterior al concurso, pero ello no supone una alteración de las reglas generales sobre prelación de pagos que establece la Ley Concursal, por lo que el dinero que se obtenga deberá ser ingresado en la cuenta del concurso para que sea la Administración Concursal la que aplique el dinero al pago de las deudas en la forma prevista en la Ley Concursal.
Segundo.-El artículo 55 de la Ley Concursal, desde la redacción que le dio la Ley 38/2011, que entró en vigor el día 1 de enero de 2.012, no permite al Juez de lo Mercantil el levantamiento de los embargos administrativos. Con respecto a los mismos lo único que cabe es la suspensión de la ejecución cuando los bienes objeto de embargo resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, lo que no es de aplicación cuando se trata de embargo de créditos dinerarios, dado que ni la efectividad del embargo requiere en realidad actos de ejecución, ni, en todo caso, el dinero es, en sentido estricto, un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del actor.
Tercero.-Esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en una sentencia anterior de fecha 10 de junio de 2.014 (Rollo 2425/2014) sobre un asunto similar en el cual, contrariamente a lo que entiende la sentencia apelada, se pronunció expresamente sobre la cuestión de si, una vez hecho efectivo el embargo administrativo, la entidad que lo ha obtenido podía hacer suyo el dinero o debía aportarlo a la masa activa para que fuera la Administración Concursal la que lo aplicara al pago de deudas según la prelación establecida en la Ley Concursal. Y decíamos en dicha resolución, y reiteramos ahora, que es contradictorio mantener un embargo administrativo de dinero, como hace la sentencia apelada, y al mismo tiempo ordenar el ingreso del dinero en la cuenta del concurso, en tanto en cuanto lo segundo implica en la práctica privar de sentido a la autorización que se concede para que continúe la ejecución singular administrativa. El que se permita la continuación del apremio administrativo sólo tiene sentido si se permite al mismo tiempo que la administración aplique lo obtenido en el mismo al pago de su deuda, dado que si no es así ningún interés puede tener dicha

administración en seguir un procedimiento de ejecución a su costa y en beneficio del concurso. La interpretación que hace la sentencia apelada vacia de contenido a la excepción prevista en la Ley.
Dicho de otro modo, si el artículo 55.1 de la Ley Concursal permite continuar la actividad ejecutiva de la Administración iniciada antes de la declaración del concurso no puede ser con otra finalidad que la de hacerse pago de su deuda el ejecutante con lo que obtenga, lo que podrá hacer hasta la aprobación del plan de liquidación.": SAP Sevilla (Sección 5) 30.06.2015 (Rollo 2425/2014)

JM-3 Barcelona

"**Cuarto**.- Sobre la segunda cuestión es interesante fijar algunos hechos que no son objeto de discusión:
1) La Agencia Tributaria tiene reconocido un crédito con privilegio general de los previstos en el artículo 91.4 de la Ley Concursal por la suma de 97.220'45 euros.
2) La Agencia Tributaria tenía embargados los derechos que pudieran corresponder a TEIXITS ORATAM S.L. en la suspensión de pagos de la mercantil TYBOR S.A.; ese embargo, según auto dictado por este mismo juzgado dentro del concurso el 4 de julio de 2006 no podía ser alzado ya que el artículo 55 de la Ley Concursal permitía continuar a la administración pública la ejecución de aquellos procedimientos en los que se hubiera dictado providencia de apremio antes de la fecha de la declaración de concurso, siempre que los bienes objeto del embargo no fueran necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
3) Las gestiones realizadas por la administración concursal en la suspensión de pagos de TYBOR S.A. determina que se hayan entregado a la Agencia Tributaria, se hayan pagado 38.872'90 euros.
La cuestión a resolver en este punto es la de determinar si el pago hecho en la suspensión de pagos debe disminuir la partida considerada como crédito concursal con privilegio general del artículo 91.4 de la Ley concursal o sí, como consecuencia del derecho a la ejecución separada reconocido en el artículo 55 de la Ley Concursal la Agencia Tributaria puede y debe aplicar esas cantidades a los créditos por los cuales hubiera iniciado el apremio y trabado el embargo.
La solución a este conflicto no puede darse en el marco del artículo 91.4 de la Ley Concursal y el 156 del mismo texto en cuanto al pago de los privilegios generales, sino en el marco del artículo 55 de la Ley Concursal que permite a los acreedores laborales o administrativos continuar con la ejecución separada si han trabado embargo o iniciado la vía de apremio antes de la declaración de concurso. Ejecución separada que permite a dicho acreedor eludir las reglas de prelación o preferencia concursal y seguir con su ejecución fuera del concurso sin otro riesgo de que un acreedor con mejor derecho pueda acudir a esa ejecución separada a oponer la correspondiente tercería.
La doctrina hace referencia a esa ejecución separada como un "privilegio procesal" que no tiene porqué corresponder con el privilegio sustantivo derivado de la clasificación del crédito en el concurso, así el profesor BELLIDO – comentario de la Ley Concursal en la obra colectiva coordinada por los profesores ROJO y BERTRÁN – advierte que por esta vía la administración pública podría incluso ver satisfecho un crédito que en el marco del concurso pudiera ser considerado subordinado, satisfacción que se antepondría no sólo a los créditos concursales sino también los de la masa.
Por lo tanto reconocido el derecho a culminar la ejecución ya iniciada parece indudable que el bien trabado – en este caso el pago de lo que por convenio le correspondía en la suspensión – debe aplicarse a los créditos por los cuales se trabó dicho embargo, sean del tipo que sean, sin que deba aplicarse de modo automático a los créditos con privilegio general de carácter público clasificados conforme al artículo 91.4 de la Ley Concursal. En este sentido deben aceptarse las objeciones de la Abogacía del Estado.": SJM-3 Barcelona 23.05.2007 (Incidente Concursal 189/2007)

1.2.2 Sujeción a la clasificación concursal

AP Vizcaya

"PRIMERO.- En el procedimiento del concurso de acreedores de Industrias Técnicas del Caucho SL, se abrió la presente pieza incidental a instancias de Candy Hoover Electrodomésticos SA, deudora de la concursada, quien ha consignado las cantidades 23.784,45 euros, 30.086,52 euros, 58.488,91 euros, 72.949,31 euros y 89.977,79 euros, atendiendo a la diligencia cautelar de embargo de bienes de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que quedaron trabadas las facturaciones y otros derechos económicos que Industrias Técnicas del Caucho MTC SL por cualquier concepto acreditara contra Candy Hoover Electrodomésticos SA hasta la cuantía de 2.011.435,82 euros, a los efectos de obtener la declaración de ser correcta la consignación judicial (275.286,98 euros) y el pronunciamiento si Industrias Técnicas del Caucho SL es el legítimo receptor de los créditos, o, en su caso, es la Tesorería General de la Seguridad Social la final beneficiaria de los créditos pretendidos.
El Auto de fecha 12 de septiembre de 2.008, que es objeto de apelación, declara bien hechas las consignaciones efectuadas por Candy Hoover Electromomésticos SA, y considerando que hay embargo definitivo anterior a la declaración del concurso, aplica la excepción a la competencia exclusiva del Juez del concurso en materia de ejecuciones y apremios del art. 55.1.2 de la LECO, admitiendo que la Tesorería General de la Seguridad Social pueda ejercer su derecho a la ejecución separada de los bienes que ha embargado a Candy Hoover Electrodomésticos SA, pero, atendiendo al informe de la Administración Concursal sobre calificación de acreedores de la concursada, acuerda que el importe consignado quede a disposición de la masa activa del concurso, de modo que una vez satisfechos los créditos contra la masa (que ascidente al mayor importe de 334.905,04 euros) y los créditos con mejor privilegio que el de la Seguridad Social (privilegio especial del art. 90.1 de la LECO por importe de 120.271,80 euros del BBVA SA), se entreguen a éste, si hubiera sobrante, lo que corresponda por su crédito privilegiado (29.383, 59 euros del art. 91.2 y 816.164, 44

euros del art. 91.4, ambos de la LECO), ordinario (816.164,44 euros) y subordinado (37.278,58 y 332.791,93 euros de los arts. 92.3 y 4), de conformidad con las previsiones contenidas en la LECO.
Contra la menciona resolución se ha interpuesto recurso de apelación por la Tesorería General de la Seguridad Social alegando incongruencia por entender que las resoluciones acordadas en el mismo son incomparables entre sí, puesto que reconociendo la ejecución separada y que la cantidad consignada pertenece a la TGSS de conformidad con el art. 55.1.2 de la LECO, no puede vaciarse de contenido este derecho en aras a consideraciones de futuro que deben resolverse por los cauces oportunos, al acordar la puesta a disposición de la cantidad consignada a la masa activa del concurso para el abono de los créditos de la masa, por lo que en virtud del derecho de ejecución separada que tiene la TGSS se ordene la entrega de la cantidad consignada a la TGSS.
A su vez la concursada Industrias Técnicas del Caucho MTC SL está disconforme con la fecha 4 de febrero de 2.008 como momento en el que el embargo cautelar devino definitivo, ya que las fechas de transformación del embargo cautelar a definitivo difieren unas de otras, en virtud de lo regulado en los art. 54 y 87 del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, siendo que la providencia de apremio en el seno de la ejecución adminitrativa no se producen con anterioridad a la declaración del concurso, y, añadiendo que no se debe confundir la ejecución de separada con un "superprivilegio" que quede por encima de las créditos contra la masa o con un privilegio especial, sosteniendo que el producto de la ejecución administrativa separada no satisfará el crédito concursal del ejecutante si hay acreedores de la masa o en la masa con mejor derecho, puesto que el art. 55.1.2 de la LECO no concede ninguna garantía ni derecho accesorio material al crédito, por lo que las cantidades consignadas deben ir destinadas a la Administración Concursal.
SEGUNDO.- La presente cuestión debatida es la controversia sobre el destino que ha de darse a la realización de la vía de apremio en el supuesto previsto del art. 55.1.2 de la LECO, que permite la continuación en aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, y cuyos bienes no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, al sostener la apelante Tesorería General de la Seguridad Social que se ordene la entrega o puesta a su disposición de la cantidad consignada, con independecia de lo que más adelante pueda acaecer en el procedimiento concursal.
En el caso de autos, debemos tener en consideración los siguientes presupuestos fácticos:
1º.- Con fecha 18 de diciembre de 2.007 la Recaudación Ejecutiva nº 48/04 de la Dirección Provincial de Vizcaya de la Tesorería General de la Seguridad Social dictó la diligencia cautelar de embargo de bienes, trabándose las facturaciones y otros derechos de contenido económico que debiera hacer efectiva la compañía Candy Hoover Electrodomésticos SA a la concursada Industrias Técnicas del Caucho SA hasta la cantidad de 2.001.435,82 euros <folios 7 y ss de autos>
2º.- Únicamente se ha aportado por la TGSS que se dictó providencia de apremio de fecha 4 de febrero de 2.008 por importe de 12.727,21 euros <folio 76 y ss de autos>, a que se refiere una de las reclamaciones de deuda del listado del embargo cautelar referente al periodo 7/01-7/01 del nº 48/07/ 027479120 <folio 9 de autos>
3º.- No consta en autos acreditación ninguna de que los demás débitos contraídos por Industrias Tecnicas del Caucho MTC SL con la Seguridad Social y a que se refiere el amplio listado desde el 9/94 al 8/04, se hayan dictado providencias de apremio en fechas anteriores a la declaración del concurso.
4º.- Por Auto de fecha 20 de febrero de 2.008 del Juzgado nº 1 de lo Mercantil de Bilbao se declara en concurso voluntario a Industrias Técnicas del Caucho MTC SL <folio 49 y ss de autos>
En base a lo anteriomente acreditado, este Tribunal considera que el privilegio procesal de continuación de la ejecución administrativa sólo se extenderá a aquellos bienes trabados con anterioridad a la declaración del concurso que no resulten necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, siendo que, en el presente caso, únicamente se refiere a la cantidad consignada a que se refiere la providencia de apremio de 4 de febrero de 2.008, por importe de 12.727,21 euros, que es la que se ha acreditado que es anterior a la declaración del concurso.
Así las cosas, y con relación a esta cantidad de 12.727,21 euros, se plantea el dilema si el art. 55.1.2 de la LECO confiere el antiguo privilegio de ejecución separada que permite cobrar con lo realizado al margen del concurso, sin que propiamente se le confiera ningún privilegio sustantivo, como parece que apunta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de marzo de 2.008, o por el contrario, una vez iniciada la liquidación resulta que el dinero o los derechos embargados no irían destinados a satisfacer de forma individual o particular el crédito del acreedor o acreedores que hayan promovido la ejecución administrativa, sino que ese dinero pasaría a formar parte del activo de la masa, y, por tanto, con el mismo habría de atenderse al pago de los créditos en la forma y modo previstos por los art. 154 y siguientes de la Ley Concursal, satisfaciéndose, en primer lugar y con preferencia a cualquier otro, los créditos contra la masa, interpretación que se refleja en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 6 de julio de 2.007.
El Magistrado de lo Mercantil se ha posicionado a favor de la segunda intrepetación referente a la aplicación o finalidad del dinero obtenido por la continuación de los procedimientos administrativos de ejecución, y que este Tribunal acoge, puesto que el caso contrario implica un privilegio procesal al margen del procedimiento judicial. Evidentemente, supone una contradicción con el planteamiento general de la Ley de restringir los privilegios, haciendo además que uno de naturaleza meramente procesal, no reconocido expresamente, altere hasta hacer posible que quede sin efecto la clasificación de créditos establecida en la LC, todo ello en contra del principio "par conditio creditorum", es decir, el relativo al tratamiento igualitario de todos los acreedores del concursado, con las excepciones regladas. Esas excepciones regladas se fijan en la propia Ley Concursal cuando en los arts. 89 a 92 recoge la clasificación de los créditos, mientras que ya en la Exposición de Motivos, en su apartado V, señala que la Ley "reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho" (no

es el caso), para terminar diciendo: "se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas". Como quiera que en ninguno de los preceptos de la Ley de 9 de julio de 2003 se recoge un privilegio de naturaleza procesal, a lo que aboca aquella interpretación, las dudas de interpretación que se plantean en torno a los dos primeros apartados del artículo 55 deberán resolverse de conformidad con otros preceptos de la misma Ley. Pero es que además algún autor dirige a este planteamiento una crítica que se traduce en hacer posible que los acreedores públicos prefieran iniciar la ejecución individual a instar el concurso, aunque concurra el hecho del incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social de los tres últimos meses.
Lo expuesto conduce a la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la TGSS en cuanto se acuerda la puesta a su disposición de la cantidad de 12.727,21 euros, en virtud de derecho que se le reconoce en el art. 55.1.2 LECO, pero sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a su crédito. Este pronunciamiento está fundado en que, de la resolución recurrida, se desprende que el proceso concursal estaba en la fase común del concurso, sin que se hubiera dictado entonces la apertura de la fase de convenio (ordinario) o de liquidación del concurso -arts. 98 y 142.2-, aunque se señala que la Sociedad está abocada a la liquidación, sin que quedara precisado el momento en que hubiera surgido el más que probable derecho de reintegro a cargo de la Tesorería General de la Seguridad Social de dicho importe.”: AAP Vizcaya (Sección 4) 14.10.2009 (Rollo 127?/2009; Auto 727/2009)

“PRIMERO.-Para resolver adecuadamente el presente recurso se han de tener en cuenta los siguientes antecedentes:
La entidad Burdilan, S.A. fue declarada en concurso de acreedores por Auto de fecha 26 de Julio de 2010 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao; con anterioridad a ello y, en concreto, con fecha 20 de Mayo de 2010, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) dictó diligencia de embargo de los bienes de Burdilan, S.A., embargo dimanante de diversas providencias de apremio anteriores; como consecuencia de dicho embargo en conjunción con el hecho de que la Administración Concursal de Burdilan, S.A. reclamó por su parte a la empresa Dragados, S.A. la entrega de los 49.178,57 euros que adeudaba a dicha concursada, dicha sociedad consignó en la cuenta del referido Juzgado la referida cantidad para liberarse de su obligación, consignación que tuvo lugar el 16 de Noviembre de 2010, esto es, una vez declarado el concurso; el Juzgado de lo Mercantil acordó tener por bien hecha la consignación, acordando su ingreso en la masa activa del concurso.
Como consecuencia de todo lo anterior y a sugerencia del propio Juzgado en el expediente de consignación, la TGSS promovió incidente concursal contra la Administración Concursal de Burdilan, S.A. y contra la propia sociedad, en el que sostenía que las diligencias de ejecución administrativa y embargo iniciadas con anterioridad a la declaración de concurso encontraban su respaldo en el artº 55-1 Ley Concursal en concepto de ejecución separada y podían continuarse tras dicha declaración, por lo que solicitaba la entrega de los 49.178,57 euros consignados por Dragados, S.A. tras la declaración del concurso.
Causó oposición la Administración Concursal en la que, sin negar el derecho a la ejecución separada que la TGSS reclamaba, entendía sin embargo que la consignación de los 49.178,57 euros que derivaba de aquélla suponía la integración de dicho importe en la masa activa a la fecha del concurso, quedando a disposición efectiva de la misma para satisfacer los créditos con las preferencias que la Ley Concursal dispone.
El referido incidente concursal (autos 254/11) fue resuelto por Sentencia de fecha 9 de Junio de 2011, que desestimó la pretensión de la TGSS; recurrida dicha resolución, se dictó Sentencia por esta misma Sala con fecha 24 de Julio de 2012 por la que se estimó el recurso de la TGSS y, en razón a los argumentos en ella expuesto, se acordó entregar a la recurrente los 49.178,57 euros consignados en su día por Dragados, S.A..
SEGUNDO.-Con tales precedentes, la Administración Concursal de Burdilan, S.A. promovió tercería de mejor derecho contra la TGSS sobre el referido importe de 49.178,57 euros al entender que existían créditos contra la masa o en la masa del concurso, que se expresaban, detallaban y cuantificaban en la demanda y que eran preferentes al crédito de la TGSS objeto de ejecución; solicitaba que así se declarara y que, como consecuencia de tal declaración, se le hiciera entrega de aquel importe para poder atenderlos.
El Juzgado de lo Mercantil resolvió la tercería mediante Sentencia en la que, tras rechazar las excepciones de cosa juzgada e inadecuación de procedimiento que fueron opuestas por la TGSS, estimó íntegramente la demanda declarando que los créditos contra la masa relacionados por la Administración Concursal ostentan mejor derecho que los créditos concursales de la TGSS y condenando a ésta a reintegrar a la masa activa los 49.187,57 euros recibidos como consecuencia de nuestra anterior Sentencia.
Dicha resolución ha sido objeto de recurso de apelación por la TGSS demandada y condenada.
TERCERO.-Insiste la recurrente en que la Sentencia apelada infringe el artº 222 LEC por cuanto que las cuestiones debatidas ya fueron resueltas por la Sentencia dictada por este Tribunal con fecha 24 de Julio de 2012 a la que antes nos hemos referido, que resolvió la apelación en el incidente concursal nº 254/11 del Juzgado de lo Mercantil nº 2.
La alegación no corresponde a la realidad, como bien se dice por el Juzgador de instancia por lo que el motivo debe de ser desestimado; las partes fueron, ciertamente, las mismas en ambos procedimientos, aunque en posición procesal distinta; la cantidad económica en disputa, 49.187,57 euros, era también la misma; pero la causa o razón de pedir ha sido bien diferente; en el incidente 254/11 la TGSS solicitaba, una vez declarada bien efectuada la consignación por Dragados, S.A. de la cantidad adeudada a la concursada Burdilan, S.A. e integrada la misma en la masa activa del concurso, que se le hiciera entrega de dicho importe pero sólo como consecuencia y remate de la ejecución iniciada con anterioridad a la declaración del concurso, al amparo del artº 55-1 de la LC lo que, efectivamente, así se acordó; en el presente incidente, por el contrario, lo que la Administración Concursal de Burdilan, S.A. defiende es el mejor derecho de los créditos contra la masa y en la masa respecto de los créditos concursales que ostenta la TGSS, solicitando una declaración en ese sentido y,

sólo como consecuencia de esa declaración previa, que se integre en la masa activa del concurso la cantidad consignada de 49.187,57 euros.
En el incidente 254/11 ni se alegó, ni por tanto se resolvió nada, como cuestión de fondo, sobre el mejor derecho de los créditos invocados por la Administración Concursal; simplemente se hicieron referencias puntuales o de pasada sobre esa materia, como simple elemento defensivo a la solicitud de la TGSS de que se le entregara el dinero, pero en absoluto como objeto del incidente, como lo demuestra el hecho que la Sentencia de este Tribunal no hace pronunciamiento alguno sobre esos supuestos mejores derechos y alude sólo a las consecuencias materiales de la ejecución separada iniciada por la TGSS; véase, a este respecto, el inicio del fundamento jurídico segundo de dicha resolución, donde se dijo:
"...A juicio de esta Sala el recurso de apelación debe de ser estimado por entender que en el presente caso procede reconocer a la apelante el derecho de ejecución separada por aplicación de lo previsto en el artº 55 LC y, en consecuencia, la procedencia de entrega a la recurrente de la cantidad consignada en su día por Dragados, S.A. por estar sujeta dicha cantidad al procedimiento recaudatorio de la recurrente con anterioridad al embargo (se quiso decir, concurso).....al entender que el derecho a la ejecución separada autoriza a la recurrente a ejecutar los bienes del deudor hasta cobrar la deuda."
Ello implica que aquélla nuestra resolución se enmarcaba en el aspecto exclusivamente procesal y en modo alguno en el sustantivo, como en este incidente ocurre, por lo que la materia relativa a los derechos de esa naturaleza no fue resuelta y, en consecuencia, no concurre el supuesto del artº 222 LEC al faltar el requisito de que el objeto del proceso en uno y otro incidente haya sido idéntico.
CUARTO.-Los motivos esgrimidos por la TGS en términos subsidiarios tampoco deben de ser admitidos; el hecho de que el concurso no se haya terminado y, por tanto, no conste que la masa activa sea insuficiente para cubrir todos los créditos contra la masa nada tiene que ver y es absolutamente irrelevante respecto del pronunciamiento concreto de la Sentencia objeto de recurso; la cual se limita a afirmar o declarar el mejor derecho de los créditos relacionados por la Administración Concursal que los créditos concursales de la TGSS.
El tema de la inadecuación del procedimiento y la falta de reclamación previa de la tercería ante la propia TGSS ha sido resuelta correctamente en sentido desestimatorio en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia apelada y al mismo nos remitimos; iniciado el expediente concursal y seguido además ante el Juez del concurso a instancia de la propia TGSS el incidente concursal 254/11 sobre la base de la ejecución separada, parece evidente que el presente procedimiento resulta ser un incidente de la propia ejecución, en la que la TGSS es parte interesada, por lo que la misma carece de competencia para resolver nada a ese respecto en vía administrativa, no siendo por tanto obligada una reclamación previa en ese ámbito; es el Juez del concurso el único llamado a pronunciarse sobre el mejor derecho de los créditos que pugnan en el expediente, conforme a lo dispuesto en el artº 192 LC.
QUINTO.-Finalmente, en lo que atañe al fondo de la cuestión controvertida, insistimos en que no cabe confundir el plano exclusivamente procesal atinente a la ejecución separada ex artº 55 LC del plano sustantivo de declaración de mejor derecho de determinados créditos sobre otros, incluso aunque éstos hayan sido objeto de aquella ejecución; con ese planteamiento, el ejecutante administrativo previo al concurso obtendrá la satisfacción de su crédito mediante el embargo de activos que no sean necesarios para la actividad de la empresa en concurso siempre y cuando, bien otro acreedor, bien la Administración Concursal en representación de todos no le plantee, bien como acción reconvencional en aquel incidente 254/11 (lo que no ocurrió), bien a través de una tercería de mejor derecho que sus créditos son de cobro preferente a aquéllos que dieron lugar a la ejecución separada.
En la antes recordada Sentencia dictada por este Tribunal con fecha 24 de Julio de 2012 en el incidente 254/11 del Juzgado de lo Mercantil nº 2, nos remitíamos a la dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra con fecha 8 de Enero de 2010 en cuyo fundamento jurídico cuarto apartado f) se señalaba: "No obsta a la ejecución separada la posible existencia de un crédito preferente de cualquier otro acreedor del concursado, que habría que articularse a través de la tercería de mejor derecho porque la preferencia de la ejecución no implica la preferencia crediticia evidentemente y, dado el carácter excepcional con el que la ejecución separada ha sido reconocida en la LC, sólo tiene sentido que la Administración continúe la ejecución iniciada cuando con ella se consiga la satisfacción de la deuda apremiada" (debe de entenderse, por tanto, en ausencia de otros acreedores con créditos preferentes).
Por otro lado, la Sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción con fecha 18 de Octubre de 2010, con ocasión del requerimiento de un Juzgado de lo Mercantil, también de Bilbao, a la TGSS para el ingreso en la masa activa de determinado concurso del producto de una ejecución administrativa separada seguida con la sociedad concursada, declaró que la competencia para finiquitar el apremio de determinados bienes embargados con anterioridad al concurso y que no son necesarios para la actividad de la empresa en concurso corresponde sólo a la TGSS; pero señala asimismo que, no obstante lo anterior, no cabe confundir los dos planos claramente diferenciados a los que anteriormente nos hemos referido: el formal del procedimiento de ejecución con el sustantivo de la naturaleza de los créditos y su prelación, que tiene su cauce específico de resolución, que es el de la tercería de mejor derecho.
El Auto dictado por esta misma Sala con fecha 14 de Octubre de 2009 en el rollo de apelación concursal 7/09 discurre en la misma línea; dicho incidente no era, ciertamente, de tercería de mejor derecho sino sólo relativo a otra ejecución separada ex- artº 55-1 LC, también a instancia de la TGSS, como consecuencia del embargo de una cantidad consignada por un deudor de la sociedad en concurso; esto es, un asunto similar al que se contempló en el incidente concursal nº 254/11 del Mercantil nº 2; y en el referido Auto, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la TGSS, se acordó poner a disposición de ésta la cantidad consignada por el deudor objeto de embargo y de ejecución separada (es decir, lo mismo que se acordó en la Sentencia de 24 de Julio de 2011 en el incidente 254/11); pero añadiendo el importante pronunciamiento de "sin perjuicio del tratamiento concursal que proceda dar a los respectivos créditos de la masa y concursales", según se razonaba en el fundamento jurídico segundo; pronunciamiento que claramente se ve que se

fundamenta en el eventual mejor derecho de tales créditos sobre aquél que fue objeto de ejecución separada.
SEXTO.-En virtud de los razonamientos que anteceden procede, según ya se ha adelantado, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social; y se imponen las costas de esta alzada a la referida apelante, de conformidad con el artº 398 LEC.": SAP Vizcaya (Sección 4) 13.02.2014 (Sentencia 105/2014; Rollo 384/2013)

AP Baleares

"PRIMERO En esta alzada, al igual que en la instancia, es objeto de controversia una cuestión de orden jurídico, cual es determinar si el derecho de ejecución separada que elartículo 55.1 de la LC confiere a la Tesorería General de la Seguridad Social, implica una preferencia de la misma en cuanto al cobro de la suma que se le adeuda con cargo al dinero obtenido en la subasta, o, por el contrario, la cantidad obtenida debe ser puesta a disposición del Juzgado de lo Mercantil para su distribución conforme a la clasificación de créditos del procedimiento concursal. No obstante, reviste importancia esencial el determinar si tal cuestión ya fue resuelta en el auto de esta Sala de 5 de febrero de 2.007 (JUR 2007, 323467), esto es, el efecto de cosa juzgada de dicha resolución.
Como antecedentes a tener en cuenta para dilucidar esta controversia debemos tener en cuenta:
A) La entidad Eléctrica Industrial Mallorquina SA (en adelante ELIMSA) presentó solicitud de concurso voluntario el día 14/02/05 y fue declarado en concurso en resolución de 28/02/05.
B) En la fecha antes indicada la TGSS tenía señalada la subasta de las naves industriales en las cuales ejercía su actividad la entidad ahora concursada para el día 18/03/05, y con motivo de tal declaración esa subasta fue suspendida.
C) El 27/10/05 se inició la fase de convenio, y el propuesto fue unánimemente rechazado el día 19/12/05, por lo que por auto de 12/01/06 se inició la fase de liquidación. En auto de 24/04/06 se aprobó un plan de liquidación. Entre tanto, de lo actuado se infiere que la entidad concursada siguió en su actividad hasta la indicada fecha, con lo que, entre otras, devengó nuevas deudas con la TGSS.
D) En auto del Juzgado de lo Mercantil de 5/02/07, se denegó una petición de la TGSS en petición de una ejecución separada en atención a que las naves habían sido embargadas con anterioridad a la declaración de concurso y que las mismas habían dejado de ser necesarias para la continuación de la actividad de la empresa, al hallarse en fase de liquidación., y su parte dispositiva indicaba que "debo aprobar y apruebo el plan de liquidación presentado por la Administración Concursal de ELIMSA conforme al cual se llevarán a cabo las operaciones de liquidación, pero con la limitación aceptada por la administración concursal, que viene constituida por la imposición de un límite mínimo del precio de enajenación de los inmuebles, que no podrá ser inferior al 50% del valor de tasación para el supuesto de que quedando dossier la fase de presentación de ofertas, se efectúe la venta directa por la Administración Concursal.".
E) Recurrida la anterior resolución a instancias de la TGSS se dictó por esta Sala el auto de 5 de febrero de 2.007, que estimó parcialmente el recurso, y en su apartado segundo indica: "Se reconoce el derecho de ejecución separada por parte de la TGSS y la AEAT, bajo control y supervisión del Juez del concurso, y previas clasificaciones y graduación de sus respectivos créditos, y de acorde con los fundamentos jurídicos expuestos, hasta finalizar el plan de liquidación.".
F) El día 28/01/08 se recibió oficio del Recaudador ejecutivo de la TGSS indicando que el día 25 anterior se había efectuado subasta de los dos inmuebles embargados. La Administración Concursal solicitó que dicho dinero se ingresara el dinero obtenido en la cuenta de depósitos del Juzgado, a lo que accede la providencia del Juzgado de 3/03/08. El día 6/05/08 se recibe en el Juzgado de lo Mercantil un oficio de la TGSS en el cual comunicaba que se había celebrado subasta de dos fincas registrales (las naves de la entidad concursada) y que los importes de adjudicación eran de 245.100 euros y 600.000 euros, y los mismos han sido aplicados: 216.685,89 a deudas de la masa, 397.607,47 euros a deudas con privilegio general y 230.806,64 a crédito ordinario.
G) La TGSS interpuso recurso de reposición contra dicha providencia y recayó auto desestimatorio de 5 de junio de 2.008, que ahora es objeto de apelación, y entre cuyos argumentos, se indica que analizado el auto de esta Sala de 5 de febrero de 2.007 (JUR 2007, 323467), "se generan serias dudas sobre el alcance del destino que debe seguir el producto de la venta de los bienes objeto de ejecución. No se indica que la TGSS tenga derecho directo e inmediato para hacer suyo el dinero, tampoco se dice lo contrario", si bien interpreta dicha resolución en sentido de que la misma, sobre todo en el apartado segundo de la parte dispositiva, establece que debe seguirse el orden de prelación de créditos aprobado en el concurso y no el pretendido por la recurrente. La Administración Concursal y la representación de la concursada recuerdan los efectos de cosa juzgada de dicho auto.
H) Dicha resolución es apelada por la representación de la TGSS en solicitud de nueva resolución acorde con la petición antes expuesta, y entre sus argumentos tras recordar hechos acaecidos en el concurso, y singularmente que los embargos de dichos bienes son anteriores a la declaración de concurso, argumenta que elauto de 5/02/07 no estableció de modo expreso la preferencia en el cobro, y que elartículo 55 LC es una excepción a laregla general del artículo 8.3 de la misma Ley de atribución exclusiva y excluyente del Juez del concurso para conocer de la ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualesquiera que fuera el organismo administrativo o judicial que lo hubiera ordenado; que no ha colisión de competencias, sino una regla general y una excepción, recordando elartículo 164. 1 b) LGT y 50 del RGRSS, y cita diversassentencias, entre ellas la de 22/12/06 (RJ 2007, 8690) de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, que alude al bien jurídico protegido, que sería el sistema público de pensiones, que debe ceder ante la posibilidad de viabilidad de la empresa, pero si la empresa no puede continuar recupera en su integridad las facultades de ejecución. La representación de la Administración Concursal y de la entidad concursada solicitan la confirmación del auto recurrido, con reseña de que debe aplicarse el principio de cosa juzgada, refiriendo

párrafos de dicha resolución, aparte de oponerse también en cuanto al fondo.
SEGUNDO Al plantearse la aplicación de la cosa juzgada material por las partes apeladas es preciso recordar la doctrina jurisprudencial sobre el particular, en especial sobre si su ámbito debe cubrir lo deducido y lo deducible.
Como se indica en lasentencia de la Sección Tercera de esta Audiencia de 19 de junio de 2.000, ello "es la lógica consecuencia de la naturaleza de la cosa juzgada como concreta determinación de las recíprocas situaciones de las partes contendientes, más que como mera operación cognoscitiva sobre los argumentos o razones aducidas en el proceso no sobre el valor persuasivo de las pruebas. La doctrina entiende que es conveniente que la cosa juzgada cubra también lo que de hecho no se ha juzgado, pero sí se hubiera podido juzgar. Esta regla no pretende tanto eludir el "non bis in idem" o las sentencias contradictorias como evitar la multiplicidad de procesos cuando sería posible, racional y más justo, tanto para la sociedad como para los sujetos pasivos de los juicios, resolver un litigio en un solo proceso", todo ello a los fines de evitar una reiteración de pleitos sobre el mismo asunto y mengua del principio de seguridad jurídica en el que se funda la institución de la cosa juzgada. Entre otras, en lasSTS de 30 de junio de 1.996 y 6 de junio de 1.998 (RJ 1998, 3718), se señala que " está claro que no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, pues no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, no pudieron demostrarse, o el Juzgador no los entendió, y que el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado y requiere el rechazo de los Tribunales según elartículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ".
En laSTS de 6 de mayo de 2.008 (RJ 2008, 4131) se indica que "Dejando aparte la doctrina científica, de la que un sector importante aboga por el axioma de que la cosa juzgada "cubre lo deducido y lo deducible en el proceso", ha sido la Sala Primera del Tribunal Supremo la que, en reiterada jurisprudencia, ha sentado el mismo principio.....La jurisprudencia deja muy claro que la extensión de la cosa juzgada a lo «deducible» en el primer proceso exige que se trate de un fallo sobre el asunto que constituye el «fondo» del pleito ulterior, de modo que existe extensión cuando «lo reclamado en el nuevo juicio se hace por título sólo aparentemente distinto, pero en realidad por el mismo concepto matriz»..... el Tribunal Supremo ha declarado que la decisión de la cuestión principal por el juez produce la eficacia de cosa juzgada, tanto positiva como negativamente, respecto de ulteriores procesos en relación a las cuestiones deducibles y no deducidas y están protegidas por la cosa juzgada tanto si han sido expresamente resueltas como si pueden estimarse implícitamente solventadas por hallarse comprendidas en el thema decidendi (STS 28 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1610)).
Aplicando dicha doctrina al supuesto enjuiciado, debemos reseñar que la cuestión ahora objeto de esta litis, se halla resuelta en el auto antes indicado y en sentido desfavorable a las peticiones de la recurrente, motivo por el cual en atención a los efectos de la cosa juzgada no pueden ser planteados de nuevo, añadiendo nuevos argumentos de derecho, o sentencias dictadas por diversos órganos jurisdiccionales con posterioridad. No compartimos la argumentación del Juzgador de instancia en el sentido de que no se pronuncia sobre la cuestión, pues en deducción lógica de la argumentación del auto, y en especial el apartado segundo de la parte dispositiva, en relación con parte de los fundamentos tercero, cuarto y quinto, se infiere un pronunciamiento sobre la misma, de modo que esta cuestión ahora controvertida ya fue objeto de decisión en el anterior recurso, y no cabe un nuevo examen de la cuestión en atención a nuevas sentencias aparecidas con posterioridad, o mejor dicho, una ampliación de la argumentación, tal como se aprecia entre el escrito de interposición del recurso de reposición e idéntico escrito del de apelación.
En este sentido debemos indicar: A) En el fundamento tercero se indica que "el Juez de lo Mercantil debe controlar e imponer las reglas y el Plan de Liquidación, exigir las rendiciones de cuentas parcial y final.... y entre ellos el Plan de pagos y destino del dinero obtenido según la graduación, clasificación, privilegios y la preferencia de los créditos, según laLey Concursal. La expresión "podrán continuarse" no ofrece dudas a este Tribunal, excluyéndose la aplicación del artículo 56 LC, bajo el control del Juez de lo Mercantil y con estricta aplicación de losartículos 88 a 92, 154 a 158 y concordantes de la Ley Concursal, a fin de deslindar claramente la preferencia de procedimientos de la preferencia de créditos en que incurre el Juzgador " a quo" en las distintas interpretaciones delartículo 55 de la LC, al que se remite elartículo 50 del RD 1.415/2.004, Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.... En el fundamento cuarto "in fine" se dice; "y manteniendo la preferencia en el cobro de los créditos contra la masa y de los privilegiados especiales...", y en el fundamento quinto, " Evidentemente, y antes de continuar la ejecución, el Juez de lo Mercantil, a tenor de su jurisdicción exclusiva y excluyente, deberá determinar las clases y cuantía de los créditos a favor de la Hacienda Pública y la Tesorería General de la Seguridad Social, con previa clasificación, en privilegiados generales, y ordinarios y/o subordinados, el alcance de tal clasificación y cuantías, y dentro de cada orden la preferencia o prelación correspondientes sobre el pago, en base a lo prevenido en losarts. 154, 155, 91, 156, 157, 158, 92 y concordantes de la Ley Concursal...". Y, a modo de conclusión de estos razonamientos, el apartado 2 de la parte dispositiva dice "Se reconoce el derecho de ejecución separada por parte de la TGSS y la AEAT, bajo control y supervisión del Juez del concurso, y previas clasificaciones y graduación de sus respectivos créditos, y de acorde con los fundamentos jurídicos expuestos, hasta finalizar el Plan de Liquidación.".
En conclusión, examinada dicha resolución - que ha alcanzado firmeza-, resulta que la entidad recurrente pretende una consecuencia distinta a la expresada en dicha resolución, y por tal motivo, y pese a que nos hallamos ante una cuestión polémica, deviene improcedente un nuevo examen de esta controversia jurídica. Por ello, se desestima el recurso de apelación interpuesto.
TERCERO Que con respecto a las costas y de acuerdo con lo previsto en elartículo 398, de la L.E.C. procedería imponer las de esta alzada a la parte apelante, al ser este auto confirmatorio del de primera

instancia. No obstante, este Sala considera oportuno hacer uso de la facultad que le confiere elartículo 394.1 de la LEC y no efectuar expresa imposición de costas por serias dudas de derecho en el contexto de una controversia jurídica que es polémica.”: AAP Baleares (Sección 5) 17.06.2009 (AC 2009/1835; Auto 135/2009; Rollo 166/2009)

JM-1 Málaga

“SEGUNDO: Tal y como obra en autos en 20 de julio de 2005 se dictó providencia señalando que no había lugar a suspender el procedimiento de apremio, del que se ha dado traslado a la TGSS. Lo que ha hecho la tesorería es continuar el mismo, sacar a subasta y adjudicar el bien a un tercero que se ha personado en autos. En el escrito de la Seguridad Social se pone de manifiesto que las deudas pagadas por dicha enajenación en subasta son propias de la TGSS y por expedientes iniciados contra el concursado por deudas de este por un total de 25.126,01 euros.
La Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 9/2007 (Conflicto A38/007/2007) y la 10/2006 del mismo Tribunal tratan de consolidar la doctrina competencial entre la Tesorería y los Juzgados. En el marco del artículo 55 de la Ley Concursal, tal y como señala la providencia referida, pueden continuarse los procedimientos de apremio cuando el bien embargado cumpla los requisitos allí referidos y que se señalan en la última de las resoluciones. Sin embargo ello no significa que exista un derecho de separación o un derecho a cobrar dichas deudas saltándose la clasificación concursal. De esta forma lo procedente es requerir a la Tesorería para que ingrese en la cuenta de este juzgado la totalidad de la cuantía obtenida por dicha ejecución. “:AJM-1 Málaga 29.04.2008 (Concurso 143/2005)

JM-1 Alicante

“b) es independiente la cuestión competencial de la preferencia crediticia, que deben ser objeto de análisis según las reglas materiales que le son propias por el órgano que ostente la competencia para conocer (STCJ 11/12/1995, con cita de S 14/12/1990 y 22/11/1994). Preferencia crediticia que en caso de estar el deudor común en concurso viene establecida, a mi entender, en los arts. 89 a 93 LC, que vinculan a todo órgano judicial y administrativo al ser de orden público, sin que se participe de la tesis contraria basada en una resolución de la AP de Barcelona, que no es jurisprudencia en sentido técnico (Art. 1.6CC) ”: AJM-1 Alicante 02.12.2009 (Concurso 391/2009)

1.2.2.1 A falta de masa, obligación de entregar al concurso el producto de la ejecución para pago de créditos contra la masa y privilegiados especiales

JM-1 Bilbao

“Discuten las partes que realmente exista ejecución anterior a la declaración de concurso, pues quien consigna, y otros acreedores que han hecho alegaciones, entienden que no hay providencia de apremio. Sin embargo la TGSS aporta con su escrito aquélla, de fecha 4 de febrero de 2008, es decir, anterior a la fecha en que se declara el concurso.
Esto supone que es aplicable la excepción al principio general de suspensión de ejecuciones y apremios que dispone elart. 55 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (LC), es decir, de la competencia exclusiva y universal del juez del concurso, pues nos encontraríamos en el caso delpárrafo segundo del art. 55.1 LC. En efecto, al dictarse la providencia de 4 de febrero de 2008, el embargo cautelar de diciembre anterior, por importe de 2.011.435,82 euros, que no había permitido aún cobrar la deuda, se convierte en definitivo pues así lo dispone elart. 54.5 del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social aprobado por el RD 1415/2004, de 11 de junio.
Hay por lo tanto un crédito de la TGSS anterior a la declaración de concurso, embargo de bienes concretos el 18 de diciembre de 2007, las cantidades que CANDY HOOVER ELECTRODOMESTICOS S.A. adeuda a la hoy concursada, notificación a esta sociedad el 7 de enero de 2008, y providencia de apremio el 4 de febrero siguiente, que convierte en definitivo el embargo. Todos esos hitos son anteriores al 22 de febrero de 2008, día en que se declara el concurso. La excepción a la competencia exclusiva del juez del concurso en materia de ejecuciones y apremios concurre.
Nadie ha puesto en cuestión el requisito de que no se trate de bien afecto a la actividad empresarial del deudor, como afirma la TGSS. Antes al contrario, las citas que hacen las partes sobre la aplicación delart. 55.1 LC revelan que admiten que no hay tal cualidad.
En definitiva, la ejecución de bienes no necesarios para la actividad empresarial del deudor, consecuencia del procedimiento administrativo de ejecución con providencia de apremio dictada antes de la fecha de declaración del concurso, puede continuar por separado.
TERCERO Los problemas de calificación
Mantiene el Fondo de Garantía Salarial que los créditos que ostenta la TGSS que le permiten el apremio iniciado, merecen la calificación de privilegiados conforme alart. 91.2º y 4º LC. En consecuencia de grado menor que los que podrían tener trabajadores y el propio organismo cuando se subroga en su posición. De ahí que concluya que si continuara la ejecución separada, lo obtenido debería ponerse a disposición de la administración concursal para efectuar los pagos de créditos contra la masa en el modo y orden que establece elart. 154 LC.
Otro tanto afirma el BBVA S.A., que opone la existencia de un derecho real de prenda de 30 de enero de 2008, anterior a la declaración de concurso, que a su juicio debe considerarse privilegio especial

delart. 90.1 LCpor importe de 120.271,80 euros.
La posibilidad de ejecución separada está reconocida legalmente y por lo tanto, sin perjuicio de la calificación que merezca el crédito concursal de la TGSS, y que desde luego éste haya de abonarse después que los créditos contra la masa, no hay razón para suspenderla. Elart. 55.1 LCha permitido que continúe el apremio, y eso significa que la cantidad consignada pertenece a la TGSS.
La cuestión que se proponen Fondo de Garantía Salarial y BBVA S.A. es que pese a aquella ejecución separada, puede suceder que los créditos contra la masa del primero o el privilegiado del segundo no resulten suficientes, en cuyo caso la TGSS habría de devolver, hasta su completo abono, la cantidad percibida.
Al respecto consta en el informe de la administración concursal que la sociedad está abocada a la liquidación. En la lista de acreedores, presentada el pasado doce de junio, se reconoce un crédito concursal de la TGSS por importe de 2.031.782,97 euros, de los que se califican como crédito con privilegio general delart. 91.2 LC 29.383,59 euros, 816.164,44 euros como privilegio general delart. 91.4 LC, 816.164,44 como crédito ordinario, y 37.278,58 y 332.791,93 euros de crédito subordinado de losartículos 92.3 y 92.4respectivamente. Además expresa que se han devengado créditos contra la masa por importe de 334.905,04 euros, e incluye el crédito con privilegio especial del BBVA S.A. por el importe comunicado de 120.271,80 euros.
No constan otros activos de la sociedad, salvo los que se deriven de la venta de su inmovilizado, que permitan atender esos gastos contra la masa. En consecuencia los 275.286,98 euros consignados por CANDY y que son objeto de la ejecución separada por la TGSS, no alcanzan siquiera los 334.905,04 euros devengados como créditos contra la masa hasta la fecha.
Esto significa que la TGSS tendría que reintegrar a la masa el importe de su ejecución separada, para poder atender los créditos contra la masa. Sólo si hubiera sobrante, tras el pago de los créditos con privilegio anterior, como el del BBVA S.A., habría que atender a su crédito concursal privilegiado, y sólo si éstos fueran abonados en su totalidad, su crédito ordinario.
En consecuencia procede, en primer lugar, declarar bien hecha la consignación, con el efecto liberatorio que dispone elart. 1.180 del Código Civil. Y seguidamente, además de admitir el derecho de la TGSS a la ejecución separada, ordenar también el reintegro de cuanto así se haya obtenido para el abono de los créditos contra la masa y de los concursales que tengan mejor calificación que los créditos de dicho organismo. Como es absurdo que la cantidad se entregue primero y se reclame después, se optará por acordar que permanezca en la cuenta de consignaciones de este juzgado, a disposición de la masa activa del concurso.”: AJM-1 Bilbao 12.09.2008 (JUR 2009/81999)

1.3 Caso de declaración como necesarios de los bienes objeto de embargo administrativo.

“PRIMERO.-El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos de fecha 2 de marzo de 2010 acuerda requerir de inhibición a la TGSS para que paralice la vía de apremio a favor de la competencia del Juzgado de lo Mercantil al ser el que conoce del concurso de acreedores de la mercantil " Lavandería Rialca SL" y al amparo de lo establecido en el articulo 55.3 de la LC declara la nulidad de las Resoluciones dictadas por la TGSS por contravenir lo dispuesto en el articulo 55.1 y 2 de indicado texto legal, con devolución de las cantidades objeto de embargo.
La TGSS está conforme en que, como en la nave embargada se ejerce la actividad empresarial y, por ende, resulta necesaria para la continuidad de dicha actividad, quedan suspendidas la actuaciones ejecutivas posteriores a la declaración del concurso, sin embargo impugna la declaración de nulidad de las resoluciones dictadas por la TGSS decretada por Juzgado de lo Mercantil, por ser anteriores a la fecha de declaración del concurso.
SEGUNDO.-La resolución recurrida transcribe, de forma incompleta, la doctrina recogida en la Sentencia del TCJ de 22 de diciembre de 2006 que contempla un supuesto similar al que es objeto de este recurso, esto es: las providencias de apremio (de fecha 24-9-2009 y 25-9-2009) y la diligencia de embargo de bienes inmuebles (de 26-11-2009) de la TGSS son anteriores a la declaración de concurso (Auto de fecha 22-1-2010), si bien el bien inmueble embargado (la nave en la que la mercantil actora ejerce su actividad) no ha llegado a ser ejecutado.
Como expresa la STCJ de 22 de diciembre de 2006, de los textos legales aplicables -artículo 164.1.b) y 164.2 de la Ley General Tributaria y artículo 55 de la Ley Concursal -se infieren los siguientes principios que han de servir de base para la resolución del conflicto:
Primero, la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquélla es anterior en el plano temporal a ésta.
Segundo, si el apremio administrativo no se hubiese terminado cuando se produce la declaración de concurso, la Administración deberá poner en conocimiento del Juez del Concurso si los bienes o derechos afectados por el apremio son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.
Así, en las hipótesis en las que el procedimiento de apremio no haya terminado y el bien o derecho sea necesario para la continuidad de la actividad del deudor, el procedimiento administrativo de apremio pierde esa preferencia de que por razones temporales inicialmente gozaba y queda sometido al Concurso, en los términos previstos en el artículo 55 de la Ley Concursal.
Que esto es así se infiere del citado artículo 55 que prohíbe, además de la iniciación de procedimientos de apremio después de la declaración del concurso, la continuación de los ya iniciados: "... no podrán iniciarse ejecuciones... ni seguirse...". Expresión que alude, sin duda alguna, a lo ya comenzado.
La Administración, contrariamente, considera que la preferencia en los procedimientos de ejecución viene marcada, de modo exclusivo, por un criterio temporal. Cuando, como en este caso, la providencia de apremio

es anterior a la declaración de concurso la preferencia la ostenta a todos los efectos el procedimiento administrativo. Entender las cosas de otra manera constituye la negación del principio de autotutela administrativa, en la tesis sostenida por la Administración.
Sin embargo, la cesión de la competencia administrativa inicial en favor del juez del Concurso, se infiere, además, de una adecuada comprensión del alcance y sentido de las "potestades administrativas".
En materia de potestades administrativas lo primero que ha de tenerse en cuenta es que estas no se constituyen para la satisfacción del interés de una concreta organización administrativa, en este caso la A.E.A.T., sino para la satisfacción del interés público.
El interés público, es un concepto de difícil delimitación, pero desde el punto de vista jurídico entendemos que de modo expreso o tácito ha de ser definido por el legislador en cada sector del ordenamiento que regula.
Siendo esto así, es indudable que en las situaciones de Concurso el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental, han de supeditarse ciertos privilegios, y también el de autotutela.
Por eso, cuando en un procedimiento de ejecución administrativo un concreto bien o derecho es necesario para la continuación de la actividad del deudor, el privilegio de autotutela administrativa ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso, en los términos previstos en la legislación concursal, como de modo expreso proclama el citado artículo 164.2 de la L.G.T. (En este sentido, nuestra sentencia resolviendo el Conflicto 4/2005 de 19 de octubre de 2005).
Ha de proclamarse, por tanto, que la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención".
TERCERO.-A tenor de dicha doctrina es acertada la decisión recurrida en cuanto requiere a la TGSS para que paralice la vía de apremio a favor de la competencia del Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso por ser la nave embargada por la TGSS necesaria para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, sin embargo es improcedente la nulidad decretada de las " indicadas" resoluciones dictadas por la Dirección General de la Seguridad Social, y que a falta de concreción necesaria en los Fundamentos Jurídicos y en la parte dispositiva de la resolución recurrida entendemos que tal expresión no puede sino referirse a las providencias de apremio de fecha 24 y 25 de septiembre de 2009, y no lo son porque no contravienen lo dispuesto en el artículo 55.1 y 2 de la Ley Concursal, dado que dichas providencias de apremio fueron dictadas con anterioridad a la declaración de concurso que operó por Auto de 22 de enero de 2010, y por tanto, son válidas conforme al artículo 55.1 párrafo segundo de la Ley Concursal.
Por tanto, el pronunciamiento judicial solo puede ceñirse a la suspensión del embargo trabado sobre la nave embargada por ser necesaria para la continuidad de la actividad.
Mantiene la parte recurrida que la TGSS ha realizado actuaciones ejecutivas con posterioridad a la declaración de concurso y refleja una serie de retenciones en la cuenta de la que es titular la concursada en diversas entidades bancarias, acompañando como documento1 a 4, los justificantes de las retenciones citadas, y solicitando la nulidad de las resoluciones, tal y como declara la resolución de instancia apelada.
Aparte de ser un alegación extemporánea ya que la petición inicial tenia por objeto exclusivamente la nave embargada en la que se desarrollaba la actividad empresarial, no es procedente la nulidad de dichas retenciones dado que la suspensión de las actuaciones ejecutivas solo puede referirse a aquellas que sean posteriores a la declaración de concurso, y en este caso las retenciones practicadas son consecuencia de las providencias de apremio y de la diligencia de embargo practicadas con anterioridad a la declaración del concurso, por lo que la ejecución de las cantidades objeto de embargo puede seguir adelante siempre y cuando no resulten necesarias para la continuidad de la empresa, presupuesto que no concurre en el caso a la vista de los importes retenidos (33,61 #, 14,07 # 9,20 #).
La STCJ de 22 de junio de 2009 afirma que la leyes son claras en lo que se refiere al acto que determina la aplicación de los citados artículos 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y 50.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio : es la providencia de apremio el acto de la Tesorería General de la Seguridad Social que debe tomarse en cuenta.
En consecuencia, por lo expuesto procede la estimación parcial del recurso. “:AAP Burgos (Sección 3) 30.09.2010 (Auto 399/2010; Rollo 250/2010)

1.4 Sanción no pecuniaria (precinto vehículo) firme al declararse el concurso: improcedencia de su alzamiento

“PRIMERO Por los Administradores Concursales de la mercantil "Internacional de Velocidad Kotarr S.L.", en autos de Concurso Ordinario nº 1078/08, se recurre en apelación elAuto del Juzgado de Instancia, de fecha 27 de octubre de 2009, que estimaba el recurso de reposición interpuesto por el Abogado del Estado, revocando la Providencia originariamente recurrida, de fecha 22 de julio de 2009, en el sentido de que "no procede alzar el precinto e inmovilización por dos meses impuestos al vehículo BOBCAT matrículaU-....-KFM ", pretendiéndose en esta alzada la revocación del Auto recurrido, decretándose el carácter necesario de la máquina (vehículo) mencionada, así como el alzamiento del precinto e inmovilización de la misma.
SEGUNDO La parte apelante alegra la infracción delart. 8-1º, 3º y 4º de la LECO, en relación a losarts. 49, 44-1º y 55-1, párrafo segundo, de la misma Ley.
Elart. 8-3º atribuye al Juez del concurso de jurisdicción exclusiva y excluyente, respecto de toda ejecución

frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado.
Este precepto recoge el principio de la incompatibilidad de las ejecuciones singulares con el concurso, de la liquidación patrimonial de los bienes del concursado, para hacerse pago a algún acreedor, al margen de la liquidación concursal, protegiendo la intangibilidad del patrimonio común, con la finalidad de que no se frustre el principio de la par condictio creditorum. Se trataría de impedir la realización de un bien del concursado para la satisfacción de un crédito pecuniario, o como expresa el Abogado del Estado, de la realización coactiva de bienes concretos del deudor para lograr a través de su realización o adjudicación el pago o sustitución del crédito monetario o pecuniario debido al ejecutante.
Pero esto, no es el supuesto procesal, lo cual hace pertinente la inaplicación delart. 8-3º LECO, que es lo que hace el Juzgador de Instancia en la resolución recurrida.
En efecto, como se desprende del documento obrante en el testimonio, folios 4 y 5, el inmovilizado y precintado del vehículo litigioso, es una sanción no pecuniaria impuesta por uso indebido de gasóleo tipo reducido mediante Resolución firme de la Agencia Tributaria -Dependencia Provincial de Aduanas e II.EE, Oficina Gestora de Impuestos Especiales de Burgos- en cumplimiento de lo dispuesto en elart. 55-4 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, (Ley de Impuestos Especiales).
Que se presentara escrito ante la Agencia Tributaria, poniendo de manifiesto la gestión de alzamiento del precinto e inmovilización del vehículo litigioso, es irrelevante en cuanto a la firmeza de la resolución administrativa, que es el hecho determinante de su ejecutividad.
TERCERO No se trata de una medida cautelar, sino una sanción no pecuniaria -abstracción hecha que pueda repercutir en la actividad empresarial de deudor concursado- que no implica su realización económica (liquidación o enajenación).
Señala el Abogado del Estado que las sanciones pecuniarias impuestas, figuran incluidas en el listado de acreedores elaborada por la Administración concursal (dos sanciones tributarias por importe de 1.350 euros); lo que no consta suceda con la sanción ahora controvertida, precisamente, porque no tiene carácter pecuniario.
Tampoco consta que frente a la comunicación y requerimiento de precintado e inmovilización se interpusiera recurso o reclamación económico-administrativa, mas que la petición antes referida.
No se trata de un crédito pecuniario, que integre una pretensión patrimonial, de modo que no hay ejecución posible sobre la masa concursal, ni por esto, competencia que actuar por el Juez del concurso -es una cuestión ajena a los efectos de la declaración del concurso, como puede ser, por ejemplo, un desahucio arrendaticio, una sanción penal, pérdida o suspensión de una autorización administrativa para ejercer o desarrollar una actividad, etc-. En cambio, por su naturaleza pecuniaria las multas y sanciones pecuniarias se clasifican como créditos subordinaros-art. 92-4º LECO -, lo que, por su naturaleza, no puede calificarse como una sanción pecuniaria, aunque afecte a al actividad económica o empresarial del concursado, de forma temporal, debiéndose subrayar que, aun en este caso, sigue siendo un bien afecto a la masa concursal, porque no altera la titularidad dominical, que sigue siendo de la sociedad concursada y formando parte de su patrimonio, respetándose el principio de universalidad y vis atractiva del concurso-arts.55 y 76 LECO- sin que se persiga su realización al margen del concurso.
Tampoco la Ley concursal contiene alguna norma que impida el cumplimiento de esta sanción no pecuniaria, pues no es un crédito pecuniario.
CUARTO No es óbice a su cumplimiento el hecho que afecte o pueda afectar, temporalmente, a la continuidad de la actividad empresarial, ya no solo por principio, sino porque, como se alega (que se reconoce por la Administración Concursal), folio 25, la entidad concursada incumple todo tipo de requisitos para poder seguir realizando la actividad, pues no tiene licencia municipal de apertura o actividad ni tiene concertado seguro obligatorio necesario para su desarrollo; por lo que mal se pueden infringir losarts. 44 y 55 LECO, en este aspecto, pues no puede autorizarse una actividad empresarial fuera de la legalidad, cuyas condiciones de ejercicio deben ser observadas en todo caso; en términos de igualdad con los restantes operadores -de no ser así, se incurría en una competencia desleal-.
Por último, señalar que el cumplimiento o no de una sanción administrativa no pecuniaria, y firme, no tiene relación de instrumentalidad con la finalidad del concurso, lo que excluye la eventual competencia prejudicial delart. 9 LECO. “:AAP Burgos (Sección 3) 16.04.2010 (Auto 166/2010; Rollo 81/2010)

1a. Caso de reapertura del concurso por incumplimiento del convenio

AP Pontevedra

“PRIMERO.-Planteamiento de la cuestión debatida.
Son antecedentes fácticos de interés para la mejor comprensión de la controversia suscitada los siguientes:
1º La sociedad "Hermanos Malvar Vázquez Construcciones, S.L. en liquidación" fue declarada en concurso voluntario de acreedores mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra de fecha 23 de febrero de 2011.
2º Con fecha 4 de mayo de 2012 se dictó sentencia por la que se aprobó el convenio regulador previamente aceptado por los acreedores en la junta celebrada al efecto; dicho convenio preveía una quita del 50% y una espera de cuatro años o, alternativamente, a ocho años.
3º Al no poder cumplir el plan de pagos acordado, por Auto de fecha 25 de abril de 2013 se acordó la apertura de la fase de liquidación, declarando la disolución de la sociedad y reponiendo a la Administración concursal en su cargo.
4º En fecha 10 de junio de 2013, la Administración concursal presentó el plan de liquidación, al que se adjuntó una relación de créditos incluidos y una relación de créditos contra la masa, figurando en la primera, con créditos calificados como créditos con privilegio general del art. 91.1º.4º, créditos ordinarios y créditos

concursales, la Agencia Estatal de Administración Tributaria; el plan de liquidación fue aprobado por Auto de 9 de septiembre de 2013.
5º Previamente, con fecha 3 de septiembre de 2013, la Administración concursal había reclamado a "Dragados, S.A." para que abonase los siguientes pagos pendientes por facturación:
-30.506,60 # - 05/05/2013
-31.339,87 # - 05/08/2013
-25.829,40 # - 20/08/2013 6º La entidad "Dragados, S.A." contestó indicando que ya había abonado dichas cantidades a la AEAT
en virtud de otros tantos embargos por créditos que tenía frente a la concursada y los siguientes términos: Expediente Fecha Importe Dilig. embargo prev 151223327019Q 02/11/12 780.921,04# Dilig. embargo defin 151323307469H 10/04/13 641.682,18 # 1ª Entrega 13/06/13 30.506,60 # 2ª Entrega 02/09/13 31.339,87 #
3ª Entrega 04/09/13 25.829,40 #
7º Con fecha 18 de septiembre de 2014, la Administración concursal presentó demanda contra la AEAT, postulando la nulidad de los embargos realizados y la devolución de las cantidades retenidas y entregadas por "Dragados, S.A.", por entender que vulneran los arts. 154 y 162 de la Ley Concursal al no respetar el orden de pagos y el principio de igualdad de trato de los acreedores.
8º La demandada AEAT se opone a la demanda argumentando que tanto la traba como los ingresos procedentes del embargo se produjeron con anterioridad a la aprobación del plan de liquidación, que tuvo lugar el 9 de septiembre de 2013, por lo que no se infringió lo dispuesto en los arts. 55, 154 y 162 LC.
9º El Juzgado "a quo" estima la demanda con el siguiente razonamiento:
" *Aprobado el convenio, y contando la AEAR con créditos no sometidos a aquél, recobraba plenamente (art. 134 LC) la posibilidad de ejecutarlos de forma separada. Las diligencias de embargo provisional, por tanto, y las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad no conculcan, en este primer momento, precepto alguno de la Ley Concursal. Empero, decretada la apertura de la liquidación el 25/4/2013, por imperativo del artículo 140.4 desaparecen los efectos del convenio, retornándose a los propios de la declaración de concurso (art. 147). Es por ello que la administración ya no puede seguir ninguna ejecución, y las actuaciones posteriores, entre ellas el dictado de las diligencias definitivas y, sobre todo, el cobro de las sumas, resultan contrarias a derecho, ineficaces en el ámbito del concurso (...) y debiendo ser devueltas aquéllas. Y ello, en particular atención a que si bien el artículo 55 permite (como recordaba el auto de 2/10/213, que ya acordó el alzamiento a futuro, aunque no la devolución de lo percibido) la continuación de las ejecuciones antes de la aprobación del plan de liquidación, ni aquéllos se practicaron en ningún caso antes de la declaración de concurso (55.12º LC) ni se solicitó del juez del concurso la declaración de no necesariedad de los bienes (Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 4/7/2008, entre otras)*."
Disconforme con esta resolución, la demandada AEAT interpone recurso de apelación que articula sobre dos motivos: primero, denuncia la infracción del art. 155.2 LC, que faculta a la Administración, hasta la aprobación del plan de liquidación, para continuar los procedimientos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, inciso que debe entenderse aplicable aquí, no ya a la declaración de concurso cuanto a su reapertura, a efectos de liquidación, por Auto de 25 de abril de 2013, por imposibilidad de cumplimiento del convenio, de forma que, aprobado el plan de liquidación por Auto de 9 de septiembre de 2013, lo cierto es que el procedimiento administrativo de apremio había ya concluido; y, en segundo lugar, se razona que la cuestión de la necesidad para la concursada de los bienes embargados no ha sido objeto de controversia, lo que impide que pueda hacerse de tal necesidad la "ratio decidendi" de la sentencia.
SEGUNDO.-El inicio y continuación de procedimientos de ejecución o de apremio administrativo en reclamación de créditos concursales de carácter público contra la entidad en concurso.
El juego de los arts. 55, 133, 140.4, 146 y 147 de la Ley Concursal permite distinguir los siguientes supuestos, referidos siempre a los procedimientos de apremio en reclamación de créditos públicos concursales:
1º *Procedimientos de apremio administrativos o tributarios iniciados antes de la declaración del concurso* :
De conformidad con el art. 55.1 LC, los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo con anterioridad a la fecha de declaración del concurso podrán continuar hasta la aprobación del plan de liquidación, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En los demás casos, las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos (art. 55.2 LC).
2º *Procedimientos de apremio administrativos o tributarios posteriores a la fecha de declaración del concurso* :
Una vez declarado el concurso, no podrán iniciarse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, según preceptúa el art. 55.1 LC.
3º *Procedimientos de apremio administrativos o tributarios en caso de aprobación del convenio de acreedores*.
Desde la sentencia que apruebe el convenio (salvo que el Juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza
-art. 133.1 LC -), cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio (art. 133.2 LC), cuyo contenido vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso (art. 134.1 LC), así como a los acreedores privilegiados en los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 134 LC.
Lógicamente, tratándose acreedores privilegiados no vinculados, recobran la facultad de ejecutarlos de forma separada.
4º *Procedimientos de apremio administrativos o tributarios en caso de incumplimiento del convenio de acreedores* :
Con carácter general, según dispone el art. 140.4 LC, " *[L]a declaración de incumplimiento del convenio*

supondrá la resolución de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136. "
Ahora bien, el propio precepto señala que, si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134.3 o que se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, " *podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso* ".
TERCERO.-Aplicación al supuesto enjuiciado.
En el caso que nos ocupa no hay duda de la existencia de un crédito público a favor de la AEAT por importe global de 1.551.099,75 #, de los que corresponden 650.635,11 # a créditos con privilegio general, 359.882,64 # a créditos ordinarios y 540.582,00 # a créditos subordinados, según se consigna en la relación de créditos elaborada por la Administración concursal (folios 7 y ss.).
Tampoco se cuestiona que la orden de embargo cautelar es de fecha 2 de noviembre de 2012 (folio 23), es decir, se dictó en un momento en que estaba vigente el convenio de acreedores (aprobado por sentencia de 4 de mayo de 2012), acordándose el embargo definitivo por diligencia de 10 de abril de 2013, recaída cuando ya se había decretado, a instancia del propio deudor, la apertura de la fase de liquidación ante la imposibilidad de cumplir el convenio (Auto de 25 de abril de 2013), mientras que los pagos se efectuaron el 13 de junio, el 2 y el 4 de septiembre de 2013, días antes de la aprobación del plan de liquidación presentado por la Administración concursal (Auto de 9 de septiembre de 2013).
Pues bien, como razona el Juzgador "a quo", aunque las diligencias de embargo provisional y de embargo definitivo no vulneran ninguna norma, en tanto referidas a créditos con privilegio general no vinculados por el convenio y datadas hallándose vigente el convenio, lo cierto es que tanto los documentos de pago emitidos por la AEAT en fechas 2 y 7 de mayo de 2013 (folios 27 y 28), como los pagos realizados en fechas 13 de junio y 2 y 4 de septiembre de 2013, se llevaron a cabo cuando ya se había pronunciado el Auto por el que se abría la fase de liquidación a petición de la propia entidad deudora, lo que, de acuerdo con los arts. 140.4 y 147 LC, determinaba el cese de los efectos del convenio y la aplicación de las reglas generales previstas en el Título III (al que reenvía expresamente el art. 147 LC), titulado "De los efectos de la declaración del concurso" y en cuyo Capítulo II ("De los efectos sobre los acreedores"), Sección 2ª ("De los efectos sobre las acciones individuales"), se incluye el art. 55, anteriormente citado y que impone la suspensión del procedimiento de apremio administrativo o tributario.
Para salvar este obstáculo, la parte recurrente alega que la resolución por la que se acuerda la apertura de la fase de liquidación ante el incumplimiento del convenio debe equipararse a la resolución por la que se declara el concurso, de manera que, habiéndose iniciado el apremio antes de que recayera el Auto de 25 de abril de 2013, el art. 55.1 LC le permitía continuar la ejecución hasta la aprobación del plan de liquidación, por lo que, teniendo en cuenta que dicho plan no se aprobó hasta el 9 de septiembre de 2013, cuando ya había concluido el procedimiento, carece de objeto la pretensión formulada.
El motivo no puede ser acogido porque la analogía pretendida no es tal ni puede asimilarse el Auto que declara el concurso con el Auto que acuerda la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, por más que, en la medida en que el convenio comporta, de alguna manera, la suspensión con sujeción a condición resolutoria, de los efectos de la declaración del concurso, su incumplimiento determine la vuelta a la situación concursal, no inicial sino en los términos previos a la aprobación del convenio.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 12.03.2015 (Sentencia 86/2015; Rollo 54/2015)

2. Concepto de bien necesario

“Solo cabe continuar la ejecución al margen del concurso «siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor». Ello plantea determinar a qué bienes se refiere y a quién le corresponde determinarlo
En cuanto a la cuestión primera-qué bienes embargados resultan necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor la Ley no dice nada y parece que habrá que considerar como tal aquel que resulte preciso para el fin al que se dedica el concursado, si hace falta para cumplir ese fin, de forma que tal que si se prescinde de él no es posible alcanzarlo, sirviendo como pauta interpretativa el art. 275 LPL («1. Cuando los bienes susceptibles de embargo se encuentren afectos al proceso productivo de la empresa deudora y ésta continúe su actividad, el Fondo de Garantía Salarial podrá solicitar la suspensión de la ejecución, por el plazo de treinta días, a fin de valorar la imposibilidad de satisfacción de los créditos laborales, así como los efectos de la enajenación judicial de los bienes embargados sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora) y 606.2º LECiv "Son también inembargables:2º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada" sin olvidar que al ser la ejecución separada una excepción, debe ser interpretada de forma estricta y por ende, debe entenderse en un sentido amplio la necesidad, pero sin que pueda serlo de manera tal que devenga una norma superflua al ser tan amplio que no sea posible encontrar supuestos no encuadrados en el mismo, pues todo en principio deviene adecuado para la actividad, sin que baste la mera afección a la actividad empresarial, ya que la Ley exige un plus (necesidad) y son categorías distintas, como lo pone de relieve una interpretación sistemática de este precepto (art. 55) con el art. 56 relativo a la suspensión de subastas ya anunciada de bienes sujetos a garantía real». ”: Auto JM-1 Alicante 23.03.2006 (AC 2006\372)

2.1 Bienes necesarios de primer grado (los del inmovilizado) y de segundo grado (los del ciclo financiero)

"En una concepción amplia es evidente que todo bien, incluido el metálico, va a resultar necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional cuando esté directamente relacionado al sistema de producción o de comercialización. En el presente caso nos encontramos con una entidad cuyo objeto social es el sector inmobiliario (compra venta e intermediación). El flujo monetario implica por tanto que la liquidez resulta esencial al objeto mismo de la actividad pues no es posible comprar sin tener líquido e igualmente el líquido obtenido puede resultar de la intermediación y por tanto de cantidades dadas a cuenta para las compraventas que se hayan formalizado. En caso de tratarse de ingresos por beneficios de la intermediación es más discutible su naturaleza necesaria. Sin embargo hemos de tener en cuenta las diferentes connotaciones de las expresiones utilizadas por el legislador en los artículos 55 y 56 LC. En el primero se refiere a " bienes objeto de embargo que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", mientras que el segundo habla de " bienes afectos a la actividad profesional". El primero comprendería entonces todos los bienes que estén destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial del concursado y por tanto también el metálico, siempre que no resulte de excendente (que en proceso concursal es difícil) y cuyo flujo sea utilizado para su reinversión o actividad ordinaria de la empresa.- El segundo quedaría limitado a los bienes indispensables para mantener en funcionamiento los establecimientos del deudor. (…) "TERCERO: Este último es el punto esencial que se discute y respecto del que,elocuente y profesionalmente, realiza el letrado de la Administración Tributaria, haciendo un análisis pormenorizado de lo que denomina bienes necesarios (donde han de incluirse- al contrario de lo que afirma el citado letrado- tanto bienes como derechos por la vía de la clasificación de bienes muebles e inmuebles que realiza el código civil y a la que hace referencia) partiendo de una clasificación en bienes necesarios de primer grado (los del inmovilizado) y de segundo grado (los del ciclo financiero). Clasificación que este juzgador comparte partiendo además de que la determinación ha de realizarse teniendo en cuenta dos apartados más:

1º. Por un lado la distinción entre bienes necesarios y afectos que realizan los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal y a la que hemos hecho referencia. Siendo así que los primeros suponen una concepción amplia y los segundos una estricta. Esta última vendría referida esencialmente al inmovilizado mientras que en la primera podríamos situar tanto el inmovilizado como el activo circulante.

2º. Que dentro de los bienes necesarios a los que hace referencia el artículo 55 LC hemos de realizar un análisis no sólo - en los términos realizados por la administración- respecto de la situación contable o económica de la sociedad concursada sino también respecto de la posición que los bienes embargados ocupan en el ciclo financiero de la empresa de tal forma, como ya se ha dicho, que la necesidad queda descartada cuando el destino se dirige a beneficios o para pagos ordinarios (sujetos estos últimos al régimen concursal) pero se pone de manifiesto cuando de no utilizar esos bienes o derechos embargados es de difícil concreción un convenio o una liquidación ordenada. De esta forma la existencia de un embargo de bienes o dinero, como único bien, aunque cumpla los requisitos temporales previstos en la norma, conllevaría la necesidad establecida en la norma cuando, de no declararse así, la viabilidad futura de cualquiera de las dos soluciones anteriores a los efectos de la continuidad de la actividad resultara afectada gravemente.

Partiendo por lo tanto de lo anterior hemos de poner de manifiesto que existe:

a) Una anterior resolución en donde se acuerda la declaración de bien necesario de un embargo de dinero que permite dar liquidez a la sociedad concursada si bien es necesario que en el hacer de la administración se reestructure la empresa encaminándola hacia la conclusión de un convenio o una liquidación ordenada.

b) Que se ha puesto de manifiesto por la administración tributaria el reconocimiento de la consideración como bienes necesarios de los derechos de crédito embargados, sólo en los supuestos en que la entidad no obtuviera por otras vías liquidez suficiente para garantizar su continuidad, es decir, cuando no haya otras fuentes alternativas de obtener liquidez. Y ello conlleva que no basta, por la administración concursal, una mera alegación respecto de la existencia del embargo, sino la justificación- que no se ha realizado- de la necesidad del bien o derecho embargado para la continuidad de la actividad empresarial.

Por último también cabe reseñar que el embargo de dichos derechos de cobro realizados temporalmente en los términos del artículo 55 LC en nada afectan a la continuidad de la actividad, por otro lado garantizada al mínimo con la resolución referida respecto de la necesidad de los bienes consistentes en dinero embargado, pues lo que no se puede pretender es mantener la empresa o la actividad como si nada hubiera ocurrido, cuando está en una situación de concurso. Y esto es lo que pretende el legislador evitar cuando excepciona de los supuestos de suspensión de ejecuciones los referidos en los artículos 55 y 56 de la LC. No debemos olvidar que nos encontramos con una sociedad concursada cuyo objeto es la intermediación en la actividad inmobiliaria y que por tanto el destino final de los bienes embargados es el que ha de determinar la necesidad, en estos supuestos y conforme se ha dicho, a los efectos del artículo 55 LC. Destino que no ha justificado la Administración concursal pero que, con la resolución referida anterior, se incompatibiliza con el mantenimiento de la actividad tanto en lo referido a personal como respecto del inmovilizado pues el mismo ya se ha garantizado. De procederse de forma contraria o bien la deudora paga voluntariamente o bien se deberá exigir dicho pago y una vez dentro de la masa ese dinero no iría al mantenimiento necesario de la actividad sino a una ordenación de pagos en mayor cuantía o con menor espera, tanto en convenio como en liquidación, pero no a garantizar la continuidad de la actividad que inicialmente ya se ha garantizado. ": **Auto JM-1 Málaga 22.07.2005 (Concurso 79/2005)**

2.2 Sólo es bien necesario el inmovilizado, no el dinero o derechos de crédito

AP La Rioja

“Y en cuanto a la necesidad de los bienes embargados "para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", lo cierto es que el objeto de los embargos son determinados créditos existentes frente a terceros a favor de la deudora después concursada, lo cual como tal permite entender que no se trata de bienes afectos, vinculados, a una determinada actividad empresarial o profesional de la concursada, en el sentido previsto en ese inciso del art. 55.1 LC, pues la mera existencia de créditos a su favor no puede considerarse como determinante de la continuidad de la empresa pues de lo contrario, precisamente por la situación financiera y patrimonial de cualquier concursado, todo sería necesario y quedaría desvirtuada esa condición excepcional prevista en el art. 55.1, último inciso, LC. La expresión recogida en el art. 55 LC "siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", se interpreta por la mayoría de los órganos mercantiles del país en el sentido de tratarse de aquellos bienes que guardan una intima vinculación con la actividad de la empresa y que sean imprescindibles para los fines de la continuidad empresarial; así, por ejemplo, vehículos de uso para la actividad de la concursada, naves, etc., como se trata de los casos examinados en, por ejemplo, SSAP León (sec. 1ª) de 20 de junio de 2011 y de 23 de diciembre de 2010 y AAP León (sec. 1ª) de 16 de junio de 2011. Pero es que debe tenerse en cuenta, además, que en el presente caso nadie, ninguna de las partes, ha invocado ni defendido que el embargo trabado por la TGSS y conocido por la administración concursal recayera sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial de la concursada.”: SAP La Rioja (Sección 1) 20.03.2012 (Sentencia 85/2012; Rollo 447/2011)

AP Sevilla

“Primero.- Tanto la Agencia Estatal de la Administración Tributaria como la Tesorería General de la Seguridad Social acordaron sendos embargos administrativos con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, que tuvo lugar el día 5 de febrero de 2.013, que se hicieron efectivos en fecha posterior al mismo. Frente a la pretensión del Administrador Concursal, a la que se allana la concursada, de que se levante dichos embargos por ser el dinero necesario para la satisfacción de los créditos contra la masa, la sentencia apelada lo deniega por entender que ello contravendría la prohibición contenida en el artículo 55 de la Ley Concursal.
Sin embargo ordena el reintegro de las cantidades al concurso sobre la base de que ni la Agencia Estatal de la Administración Tributaria
Segundo.- El artículo 55 de la Ley Concursal, desde la redacción que le dio la Ley 38/2011, que entró en vigor el día 1 de enero de 2.012, no permite al Juez de lo Mercantil el levantamiento de los embargos administrativaos. Con respecto a los mismos lo único que cabe es la suspensión de la ejecución cuando los bienes objeto de embargo resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Ahora bien si ello es factible cuando se embargan bienes muebles o inmuebles, por cuanto que la diligencia de embargo da lugar a una actividad de ejecución necesaria para realizar el bien y lograr la satisfacción del crédito, no cabe la suspensión de la ejecución cuando lo que se embarga es dinero, ya que la efectividad del embargo conlleva la satisfacción del crédito sin necesidad de ninguna actividad ejecutiva.
Tercero.- Por tanto, sin necesidad de hacer referencia a la doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que resulta de la sentencia de 22 de diciembre de 2.006 citada en la sentencia, de dudosa aplicación en cuanto tiene como presupuesto una norma que ya no es la que está vigente, no es posible mantener un embargo administrativo de dinero y al mismo tiempo ordenar el ingreso del dinero en la cuenta del concurso, porque son decisiones contradictorias, en tanto en cuanto lo segundo implica en la práctica dejar sin efecto el embargo.
Cuando el párrafo segundo del artículo 55.1 de la Ley Concursal establece que la actividad ejecutiva de la Administración podrá continuar "siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", se hace referencia a que es posible suspender la ejecución cuando se trate de bienes en que es compatible mantener el embargo y al mismo tiempo dedicar el bien embargado al servicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, de manera que se supedita la efectiva realización del bien al momento al que cese la actividad profesional o empresarial.
En ningún caso ello es aplicable al caso del dinero. Si se mantiene el embargo, el dinero quedará inmovilizado y no servirá para asegurar la continuidad de la actividad profesional o empresarial, por lo que no se estaría en el supuesto al que legalmente se supedita la posibilidad de suspender la ejecución. Si se permite por el contrario que el dinero embargado se dedique a asegurar esa continuidad, el mismo desaparecerá por lo que el embargo quedará sin contenido, lo que equivale a un levantamiento del mismo expresamente prohibido por la redacción actual del artículo 55.3 de la Ley Concursal.
Cuarto.- En resumidas cuentas, si lo que se ha dictado, como en el caso de autos, es una diligencia embargando dinero que deba recibir el deudor y tal diligencia de embargo es anterior al concurso, desde el momento en que la efectividad del embargo implica ya el cobro de la deuda sin necesidad de realizar actividad ejecutiva alguna, no cabe ni levantar el embargo, ni suspender ningún acto de ejecución, por cuanto que estos no existen como algo distinto del embargo, ni tampoco emplear el dinero que se obtenga de esta forma para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor por no ser materialmente posible sin levantar el embargo.”: SAP Sevilla (Sección 4) 10.06.2014 (Sentencia 350/2014; Rollo 2425/2014)

“Primero.-La Tesorería General de la Seguridad Social acordó un embargo administrativo con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, que tuvo lugar el día 5 de febrero de 2.013, el cual se hizo efectivo en fecha posterior al mismo. Frente a la pretensión del Administrador Concursal, a la que se allana la concursada, de que se levante dicho embargo por ser el dinero necesario para la satisfacción de los créditos contra la masa, la sentencia apelada lo deniega por entender que ello contravendría la prohibición contenida en el artículo 55 de la Ley Concursal. Sin embargo ordena el reintegro de las cantidades al concurso sobre la base de que el apartado 1 del artículo 55 permite la continuación de procedimiento administrativos de ejecución cuando la diligencia de embargo es anterior al concurso, pero ello no supone una alteración de las reglas generales sobre

prelación de pagos que establece la Ley Concursal, por lo que el dinero que se obtenga deberá ser ingresado en la cuenta del concurso para que sea la Administración Concursal la que aplique el dinero al pago de las deudas en la forma prevista en la Ley Concursal.
Segundo.-El artículo 55 de la Ley Concursal, desde la redacción que le dio la Ley 38/2011, que entró en vigor el día 1 de enero de 2.012, no permite al Juez de lo Mercantil el levantamiento de los embargos administrativos. Con respecto a los mismos lo único que cabe es la suspensión de la ejecución cuando los bienes objeto de embargo resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, lo que no es de aplicación cuando se trata de embargo de créditos dinerarios, dado que ni la efectividad del embargo requiere en realidad actos de ejecución, ni, en todo caso, el dinero es, en sentido estricto, un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del actor.
Tercero.-Esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en una sentencia anterior de fecha 10 de junio de 2.014 (Rollo 2425/2014) sobre un asunto similar en el cual, contrariamente a lo que entiende la sentencia apelada, se pronunció expresamente sobre la cuestión de si, una vez hecho efectivo el embargo administrativo, la entidad que lo ha obtenido podía hacer suyo el dinero o debía aportarlo a la masa activa para que fuera la Administración Concursal la que lo aplicara al pago de deudas según la prelación establecida en la Ley Concursal. Y decíamos en dicha resolución, y reiteramos ahora, que es contradictorio mantener un embargo administrativo de dinero, como hace la sentencia apelada, y al mismo tiempo ordenar el ingreso del dinero en la cuenta del concurso, en tanto en cuanto lo segundo implica en la práctica privar de sentido a la autorización que se concede para que continúe la ejecución singular administrativa. El que se permita la continuación del apremio administrativo sólo tiene sentido si se permite al mismo tiempo que la administración aplique lo obtenido en el mismo al pago de su deuda, dado que si no es así ningún interés puede tener dicha administración en seguir un procedimiento de ejecución a su costa y en beneficio del concurso. La interpretación que hace la sentencia apelada vacia de contenido a la excepción prevista en la Ley.
Dicho de otro modo, si el artículo 55.1 de la Ley Concursal permite continuar la actividad ejecutiva de la Administración iniciada antes de la declaración del concurso no puede ser con otra finalidad que la de hacerse pago de su deuda el ejecutante con lo que obtenga, lo que podrá hacer hasta la aprobación del plan de liquidación.”: SAP Sevilla (Sección 5) 30.06.2015 (Rollo 2425/2014)

JM-1 Vitoria

“La norma de empleo es el art. 55.1.pfo. 2.º «in fine» LECO, que supone una particular excepción a la competencia exclusiva del Juez del concurso respecto de toda ejecución contra el concursado sobre bienes y derechos de contenido patrimonial de arts. 86.ter.1.3.º LOPJ y 8.3.º LECO, que se corresponde con la tradicional «vis attractiva» del órgano competente para el procedimiento universal, indispensable para la preservación de la masa activa, y que se traduce en la parálisis ejecutiva sobre el patrimonio del deudor concursado de los órganos de la ejecución singular después de la apertura del concurso.
El precepto promociona tres campos de examen distintos, a saber: (…)
2) Asumiendo esa última exigencia, la determinación de algo no fácilmente objetivable, sino ambiguo y valorativo, que es el carácter necesario del bien o derecho embargado para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado. (…)
Tiene que partirse de que corresponde una interpretación «ad restringenda» como excepción de separación ejecutiva frente a los principios de universalidad y de fuerza atractiva de la competencia del Juez del concurso. Pero por otro lado, si se asume que el concursado es insolvente, difícilmente puede concebirse un ámbito de bienes o derechos que no le sea necesario en concreto de cara a una continuidad, bien de perduración de la empresa, en la misma titularidad o trasladándola, bien para hacer frente a los créditos contra la masa mientras se conserva en orden a su liquidación.
Porque lo más sencillo es identificar bienes del patrimonio del concursado que no están afectos a su actividad, como puede ser la vivienda particular de la persona natural con una profesión que se ejerce en otro local, o las cosas muebles de una sociedad mercantil que disfrutan los administradores sociales o altos directivos, sin ligamen con el negocio en sí. De suyo, el art. 56.1 LECO consagra la noción de bienes no afectos, perfectamente perseguibles con separación por los titulares de garantías reales sobre ellos, o asimilados derechos gravitantes, como sugerencia de que las entidades financieras, dedicadas profesionalmente al crédito, puedan acaso mitigar el endurecimiento de las condiciones crediticias que se propicia para empresas en crisis, por la perspectiva del plazo de «enfriamiento» desde la declaración del concurso (aumento del gastos de las hipotecas por incremento de la garantía en el año de intereses de dicho plazo, elevación de los tipos, penalización de la movilización de préstamos y créditos con garantía hipotecaria, peores condiciones por el peso de las mayores provisiones por insolvencia, etc.), con la elección de unos ciertos bienes realizables a pesar del concurso, si los hubiera, como objeto de garantía.
Integrando los dos primeros apartados del art. 56 LECO, surge la inteligencia de que el sector de bienes no afectos susceptibles de realización forzosa a pesar del concurso es un círculo distinto del de bienes, aunque a afectos, dentro de los que pueden discernirse aquéllos no necesarios para la continuidad. Así los bienes no afectos siempre serían irrelevantes para dicha continuidad, y de los afectos, entre los relevantes, sólo algunos además necesarios. Únicamente así es razonable que la ejecución por créditos garantizados sobre estos segundos pueda continuar, pero nunca iniciarse, pendiente el concurso.
La razón de ser las ejecuciones separadas administrativas o laborales, y de la realización de garantías reales, como se percibe, tiene sus coincidencias. El embargo, en tanto que especialización en el valor de un bien determinado, que lo afecta a la resultancia del proceso y dota de reipersecutoriedad, concede una condición de adherencia o «realidad» como la de las garantías reales. Y si el bien embargado no compromete las posibilidades conservativas del procedimiento concursal, al no resultar necesario para la continuidad de la empresa, la diligencia y gastos evidenciados con el embargo madrugador, por preceder a la constitución de la

masa activa, se recompensa con una vía de satisfacción rápida en el valor de lo trabado. Por añadidura, los créditos laborales y de la recaudación administrativa están dotados en su mayoría de un privilegio muy intenso, basado en su función social --aunque la separación ejecutiva es un beneficio procesal, que no requiere la constancia de privilegio material alguno--, y tanto la ejecución social como el procedimiento administrativo de apremio, son especiales orgánicamente respecto a la ejecución civil, e informados por principios de oficialidad y celeridad, siendo que la Administración pública adolece de una institucional falta de agilidad, y los trabajadores nulo acceso al mercado de las garantías crediticias respecto del crédito frente al empresario.
Como corolario de lo expuesto, no puede concebirse una excepción que nunca o prácticamente nunca pueda darse, dentro de los bienes afectos a la actividad del concurso, como resultaría de arbitrar un método de aproximación al «bien necesario para la continuidad» de tipo casuista y circunstancial, ya que nada afecto deja de ser necesario para que continúe una actividad aquejada de insolvencia.
A juicio del disponente, el bien necesario ha de serlo por hipótesis, y ligado al proceso productivo, como sirve de apoyo el referente analógico del art. 275.1 LPL, de los bienes que, siendo los susceptibles de embargo e inviable la satisfacción de los créditos por la empresa deudora, en aras de la continuidad de las relaciones laborales subsistentes, puede dar lugar a la suspensión de la ejecución, a solicitud del FOGASA, y declaración de insolvencia que se suele denominar «técnica», para abono de prestaciones de garantía salarial. Lo necesario es lo que, con independencia de la situación financiera y patrimonial del concursado, no puede expropiarse sin paralización de su actividad, y no lo que precisamente por dicha situación contribuiría a la continuidad, que es virtualmente todo.
Así, el inmovilizado tangible o intangible de una empresa será necesario por hipótesis para mantener el proceso de producción de bienes o servicios, y no lo será el almacén de existencias, cuyo destino es, en el giro de la actividad, enajenarse. Parecería más discutible la catalogación de los créditos y los fondos dinerarios. Pero tampoco éstos son por hipótesis inexcusables para producir, y si la empresa fuera solvente, no dejaría de tener actividad. La necesidad para «salvar» la empresa no es la necesidad para que continúe, prescindiendo del salvamento, que por definición siempre se necesita para una empresa insolvente.
El concurso aúna el interés del conjunto de los acreedores en verse satisfechos en la mayor medida, el de la composición de la empresa por mantenerse, que incluye el interés del mercado en mantener el tejido empresarial, y el del empleo de los trabajadores como colectivo, y en fin, el del deudor, por sobrevivir, o iniciar otros proyectos con el mínimo de rémoras por el fracaso previo. Pero también está la tutela del interés público funcional del crédito de la Recaudación. En este caso, como en el del interés individual del trabajador embargante, protegiendo el crédito que ya ha individualizado bienes de responsabilidad, indirectamente se atiende, también, a la satisfacción y protección de los servicios públicos, y del empleo.
Por ello, no es necesario a estos efectos el crédito embargado de Covitra, S.L. frente a Ikastola Armentia.”: Auto JM-1 Vitoria 28.11.2005 (AC 2006/301)

JM-1Bilbao

“PRIMERO.- Embargo administrativo previo a la declaración de concurso.- De nuevo un concursado plantea una interpretación del art. 55 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (LC), que en esencia pretende que el dinero embargado por una administración pública o las ejecuciones laborales, antes de la declaración de concurso, no puede hacerse efectivo porque es necesario para la "*continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*".
La recurrente cuestión está tajantemente resuelta por la ley, al permitir que estos embargos anteriores surtan eficacia, en esos dos casos concretos, por el carácter social que atienden, ya que en definitiva se pretende tutelar un crédito laboral, la efectiva recaudación para el sistema público de pensiones o el abono de tributos que sirven a intereses generales. La providencia de apremio de la Unidad de Recaudación Ejecutiva que seguía directrices de la TGSS es de 18 de diciembre de 2007, el 16 de enero se embarga el crédito de CANDY y el auto que declara el concurso es de 20 de febrero de 2008.
Admite pues poca discusión que nos encontramos ante una de las excepciones legales, la contenida en el párrafo segundo del art. 55.1 LC, que de forma nítida permite continuar ("podrán continuar", dice la ley), los procedimientos administrativos de ejecución, como el de autos, en los que haya recaído providencia de apremio (la de 18 de diciembre), antes de la declaración de concurso (el 20 de febrero siguiente).
Lo único discutible es si opera la excepción a la excepción. Es decir, si el dinero embargado es o no un bien "*necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*". Eso es lo que hay que dilucidar en este recurso.
SEGUNDO.- El dinero como bien necesario para la continuidad empresarial o profesional.- Se pide por la concursada un esfuerzo de interpretación: que el dinero es un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial o empresarial. De admitirse en los generales términos que se plantea, sin ningún esfuerzo se entiende su afirmación. Sin dinero ni ésta ni otras empresas pueden mantener su actividad. Sin embargo el párrafo 2º del art. 55.1 LC utiliza un concepto bien necesario para la actividad empresarial, tradicionalmente identificados como inmovilizado.
De admitirse lo primero, el precepto art. 55.1 no tendría razón de ser, porque en definitiva cualquier embargo podría suspenderse con la declaración de concurso. Esa es, precisamente, la regla que dispone el art. 55 LC. No pueden iniciarse ejecuciones singulares una vez declarado, ni seguirse apremios administrativos o tributarios, pues los créditos que lo justifican se someten a las exigencias del procedimiento concursal. Sin embargo la norma ha dispuesto dos excepciones: los embargos administrativos y las ejecuciones laborales adoptados antes de la declaración de concurso. Los demás quedan también suspendidos. De ahí que cuantas ejecuciones se siguen por los Juzgados de 1ª Instancia, antes de la declaración de concurso, no puedan seguir adelante.

Por excepción los embargos administrativos y las ejecuciones laborales anteriores pueden hacerlo. Pero han de afectar a bienes que no sean precisos para continuar la actividad empresarial o profesional, porque si se permitiera, la finalidad conservativa del concurso sería imposible de cumplir. Si se quiere ofrecer un convenio a los acreedores para superar la situación de insolvencia, no es posible admitir que elementos esenciales, como los que constituyen el inmovilizado, se realicen por un acreedor que de este modo perciba su crédito pero avoque a la concursada a la desaparición, al no poder realizar su actividad empresarial.
Otro tanto ocurre con los profesionales a los que se haya embargado los instrumentos o útiles precisos para llevar a cabo su profesión, a los que también alude el art. 606-2º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) como inembargables. Si se ejecuta lo embargado, desaparecerá toda posibilidad de ofrecer alguna salida convenida a los acreedores. Es decir, se le condenará a la liquidación, sin posibilidad alguna de superar la insolvencia.
Pues bien, en ese concepto no es posible incluir el dinero. Sin duda es necesario para atender las obligaciones empresariales, para satisfacer salarios o suministros, para cumplir obligaciones fiscales, tributarias o de Seguridad Social, que son, por cierto, las que no se atendieron por el hoy concursado, propiciando el embargo discutido.
Pero lo que el concursado pretende, al reclamar la suspensión de la ejecución exceptuada por el art. 55.1 LC, es decidir a qué acreedores abona su crédito y a cuales no. Deja de abonar sus obligaciones a la Seguridad Social, que por cierto en parte ha retenido a los trabajadores y nunca le pertenecieron, lo hace por un importe que supera los dos millones de euros, la TGSS reclama y embarga a un tercero dicho importe, se solicita el concurso y ahora se pretende que se le entregue la cantidad para abonar, en su caso a otros acreedores. El deudor podría haber hecho lo contrario, es decir, haber dejado de atender obligaciones a terceros por un valor semejante, y haber cumplido con ello frente a la Tesorería General de la Seguridad Social. De este modo ahora no habría lugar a la excepción, porque el tercero que pretendiera hacer efectivo su crédito no se vería amparado por la excepción del art. 51.1 LC, al no ser administración pública ni tratarse de una ejecución laboral. En definitiva, que de amparar el criterio del concursado, sería éste quien habría decidido qué acreedores merecen mejor trato que otros.
Por otro lado la finalidad de la norma es consecuencia de la lógica que persigue: para garantizar la continuidad de la actividad profesional o empresarial se precisa mantener incólume el patrimonio que sirve a aquélla, los bienes que sirven a la producción. Por lo tanto, el lugar donde se desenvuelve, los instrumentos con los que se hace efectiva, etc. Ese carácter esencial no lo tiene el efectivo, porque cabe mantener la actividad sin él.
De hecho es su falta la que provoca la insolvencia. De ahí que se plantee el absurdo interpretativo propuesto: como en todo concurso existe tal situación, actual o inminente, al ser su presupuesto objetivo conforme el art. 2 LC, la falta de efectivo supondrá siempre que cualquier embargo dinerario se deba predicar como de bien necesario para la actividad empresarial. En definitiva, que la simple situación de concurso convierte en necesario un bien, como el dinero, que en cualquier otra circunstancian no lo sería, pues no estaría afecto a la actividad productiva o empresarial.
Consta en este caso que lo embargado no es bien imprescindible para que pueda mantenerse la actividad, como la propia concursada conoce, pues sin haber percibido de su deudor tal importe la ha mantenido, aunque recurriendo a fórmulas bien conocidas, ya que suministra a MANUFACTURAS TECNICAS DEL CAUCHO S.A., sometido a un procedimiento de quiebra, como consecuencia de un contrato muy semejante a los de maquila.
Se citan resoluciones de otros Juzgados de lo Mercantil que sostienen una interpretación restrictiva de la excepción. Participando de que efectivamente las excepciones merecen ese criterio hermenéutico, habrá que convenir que las excepciones a una excepción han de ser tratadas de igual modo. Por lo tanto, si hay que actuar de modo restrictivo al contemplar qué procedimientos administrativos y ejecuciones laborales pueden continuar adelante pese a la declaración de concurso, otro tanto habrá que disponer respecto a qué se entiende por bienes "*necesarios para la actividad profesional o empresarial*".
Una interpretación como la que sostiene la concursada es desproporcionada por lo extensiva. Según su parecer, prácticamente cualquier bien puede ser considerado "necesario", porque la actividad o continuidad empresarial puede quedar afectada si se ejecuta. La norma ha establecido una excepción a la excepción, y por lo tanto también ha de interpretarse de modo restrictivo, sin incluir supuestos que no podían estar en el ánimo del legislador.": Auto JM-1 Bilbao 22.05.2008 (Concurso 56/2008) y en términos prácticamente idénticos, Auto JM-1 Bilbao 22.05.2008 (Concurso 191/2008)

2.2.1 Tesis contraria: el dinero y los derechos de crédito como bienes necesarios

AP Oviedo

"ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada..- SEGUNDO.- El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de OVIEDO dictóSentencia en los autos referidos con fecha 29 de septiembre de 2.006cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por la Administración concursal contra la Agencia Estatal de Administración Tributaria, debo declarar los derechos embargados por la AEAT mediante diligencias de embargo de fechas 27 marzo 2006, 5 abril 2006 y 15 mayo 2006 correspondientes a cantidades "pendientes de facturar" como necesarios para continuidad de la actividad empresarial a los fines de lo dispuesto en elart. 55-1 párrafo segundo L.C., debiendo alzarse aquellos que vengan referidos a facturaciones devengadas con posterioridad a la fecha de declaración del (…)
FUNDAMENTOS DE DERECHO.- (…).- SEGUNDO.- Discrepa la apelante del pronunciamiento de la _Sentencia que califica de necesarios para la continuidad empresarial los créditos correspondientes a las operaciones comerciales futuras. La disconformidad que muestra la apelante la fundamenta en unas circunstancias de hecho que no pueden considerarse demostradas pues no obra en los autos

dato alguno que acredite que la continuidad de la Empresa no es viable si se le permite cobrar las facturas correspondientes a operaciones posteriores a la declaración de concurso. Se dice que el Administrador único está en prisión y que ha vendido la nave a terceros, pero no hay ningún documento que corrobore estos extremos y la única prueba practicada en el juicio fue la pericial contable que, por su naturaleza, no puede servir para acreditar esos hechos.
TERCERO.- Lo que sostiene la sentencia apelada es que los derechos embargados son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial a los fines de lo dispuesto en elart. 55-1, párrafo segundo de la Ley Concursal, por lo que deberán alzarse los embargos que vengan referidos a facturaciones posteriores a la fecha de declaración de concurso. Por tanto las diligencias de embargo referidos a las anteriores, que tanto preocupan a la apelante, no están afectados por la resolución. El criterio sostenido en el Auto es claro y no puede entrar esta Sala, ni tiene los suficientes datos para ello, en si cada concreta factura se ajusta a las pautas establecidas en la Sentencia.": SAP Oviedo 04.01.2008 (JUR 2008/88660)

AP Barcelona

"CUARTO.-Por "bien necesario" habrá que entender aquel que resulte imprescindible para la continuidad, sin el cual la concursada se vería obligada a cesar en su actividad, en contraposición a aquel bien o derecho superfluo o prescindible. Habrá que estar al caso concreto, atendiendo, fundamentalmente, no tanto a la naturaleza de los bienes cuanto a las circunstancias que rodean al concursado y, en concreto, si viene ejerciendo su actividad ordinaria y si la viabilidad de la empresa se presenta como probable. Bienes que nadie dudarían que son "necesarios" para la continuidad, como la nave o la maquinaria, no lo serán si la empresa ha cesado completamente su actividad y viceversa, el dinero o los derechos de crédito, que por su naturaleza podría discutirse su carácter de bienes o derechos necesarios, podrán ser tenidos en cuenta a estos efectos si de ellos depende la supervivencia de la empresa.
En cualquier caso, como señala la recurrente, es preciso vincular la calificación de un bien como necesario con la continuidad del negocio y la viabilidad empresarial del deudor. No estará justificada la pérdida del privilegio procesal de la ejecución separada si la empresa, por las circunstancias que fuera, no es viable. (...)
SEXTO.-Aplicada la anterior doctrina al presente caso, admitimos, en contra de la tesis esgrimida por la AEAT, que pueden declararse como bienes necesarios para la continuidad de la actividad de la concursada los saldos en cuentas corrientes o las rentas arrendaticias. Y que esa declaración comporta el levantamiento de los embargos, dado que se trata de derechos de disposición inmediata.
Ahora bien, entendemos que la administración concursal no justificó debidamente por qué la totalidad del saldo de la cuenta embargada y, sobre todo, por qué todas las rentas de los inmuebles propiedad de la concursada merecen esa consideración y, por tanto, han de excluirse de la ejecución separada.
En efecto, aceptamos, dado que así lo afirma la administración concursal en su oposición al recurso, que BUCABU S.L. mantiene una actividad residual. " *Ante la imposibilidad de acometer nuevas promociones* -dice al respecto la administración concursal-*la actividad actual de la concursada se limita a la gestión de los inmuebles de su propiedad que fueron alquilados con opción de compra".* Sin embargo, para sostener que esos derechos eran necesarios para la continuidad del negocio, la administración concursal se limitó a señalar lo siguiente: "
Siendo las rentas el único ingreso de la concursada y siendo necesarios para hacer frente a la actual actividad de la mercantil, para poder hacer frente a reparaciones y mantenimiento de los inmuebles arrendados, procede la aplicación de la excepción de la continuidad de los embargos".
En el auto de 6 de noviembre de 2012 el Juzgado dijo al respecto lo siguiente: *"Debe destacarse que la referida concursada, si bien se encamina a la liquidación, necesita el cobro de estas rentas de alquiler para la reparación y mantenimiento de los inmuebles arrendados, que forman parte de la masa activa. Esta reparación y mantenimiento redundará en un mantenimiento adecuado de la masa activa y en una mejor venta de estos activos, con el consiguiente beneficio para los acreedores, entre ellos la propia AEAT".* El auto recurrido, resolutorio del recurso de reposición contra aquella resolución, nada añade.
Expuesto cuanto antecede, entendemos injustificada la declaración de necesidad y, por tanto, que es improcedente la suspensión del procedimiento de apremio. El propio Juzgado reconoce en su resolución que la concursada se encamina a la liquidación -extremo no desmentido- y no existe indicio alguno de negocio viable en funcionamiento susceptible de ser enajenado como unidad productiva.
Las vagas y genéricas referencias a que las rentas son necesarias para atender gastos de reparación y mantenimiento son a todas luces insuficientes. No se concretan qué actuaciones de mantenimiento precisan los inmuebles arrendados. Tampoco se explica por qué para atender esos gastos es necesario contar con las rentas de todos los inmuebles arrendados.
Cuestionada por la recurrente la existencia de gastos imprescindibles de mantenimiento o reparación, que no figuran en el informe, la administración concursal dice lo siguiente en su escrito de oposición: " *(...) la relación de acreedores constituyen fotos fijas de la situación de la concursada en un momento determinado, mientras la realidad, inaprensible, está en constante movimiento: lo que hoy no existe mañana puede surgir debido al cambio de las circunstancias". "(...) La prueba de hechos precisos y riesgos concretos que exige la AEAT resulta imposible: implicaría la obligación de predecir todos aquellos desperfectos y obsolescencias derivados del uso durante un periodo prolongado de tiempo por venir".*
En fin, no consta, en absoluto, que la actividad de la concursada dependa de los derechos que fueron

embargados por la AEAT antes de la declaración de concurso. Por todo lo expuesto, debemos estimar el recurso, dejando sin efecto la resolución recurrida. Como consecuencia de ello, deberán abonarse a la recurrente con cargo a la masa todas las cantidades de las que se hayan dispuesto indebidamente por la suspensión del procedimiento de apremio.": AAP Barcelona (Sección 15) 10.04.2014 (Auto 36/2014; Rollo 481/2013)

AP León

"En orden a la distinción entre bienes necesarios para la actividad y bienes afectos, la LC emplea los términos bienes necesarios y bienes afectos con un distinto alcance, siendo aquél un concepto más reducido y de contenido más exigente que este último. El concepto de necesidad, empleado por la LC en determinado preceptos (arts. 55.1 y 56.2 LC), guarda una íntima vinculación con la organización empresarial y su intangibilidad legal hace referencia a aquellos bienes y derechos que se hallen en la órbita de lo imprescindible para los fines de la continuidad empresarial.
Uno de los principios fundamentales e inspiradores del Texto concursal consiste en el carácter imperativo, de orden público e integridad de las normas sobre clasificación y prelación de créditos (art. 89.2 in fine y 100.3 LC), principios sobre los que se asienta la estructura de todo el procedimiento concursal, que no pueden burlarse mediante una interpretación meramente literal de un precepto ubicado sistemáticamente al margen de la masa pasiva y clasificación crediticia. Desde la declaración de concurso por medio de Auto, la universalidad del patrimonio del deudor queda afecto al devenir del proceso concursal y su normativa imperativa, de modo que si con antelación al mismo, no se hubiese producido por parte de la administración la traba de embargo de singulares bienes o derechos del deudor común, nos encontraremos ante un apremio administrativo suspendido de hecho dada la prioridad de la afección universal del concurso de acreedores sobre los embargos posteriores, aún cuando traigan causa de providencia de apremio precedentes.
La necesidad es una cuestión de hecho que ha de ser valorada en cada caso concreto, exigiéndose una actividad profesional o empresarial, es decir, la eventualidad de que pueda seguir dicha actividad no que esté totalmente parada o sea inexistente. No debiendo olvidarse que el principio inspirador del proceso concursal además de su carácter imperativo, de orden publico e integridad de las normas sobre la clasificación y prelación de los créditos, es también, fundamentalmente, la universalidad del patrimonio del deudor que queda afecto al discurrir del proceso concursal, siendo excepcional la traba o embargos singulares y la continuación de ejecuciones al margen del concurso.
TERCERO: La proyección de la anterior doctrina al caso debatido, sin discutir que se cumple el primero de los requisitos exigido en el art. 55 (providencia de apremio, notificación y embargo antes de declararse el concurso) no se cumple el segundo..."siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", por cuanto como bien razona el auto apelado se han embargo los créditos que tenia la concursada lo que supone una asfixia financiera que le impide acceder a recursos con los cuales poder atender pagos y el propio funcionamiento de la empresa facilitando la adquisición de recursos e incluso evitar llegar a la fase de liquidación (como a la postre aconteció), es por ello que se considera que los embargos trabados sobre los créditos se integran dentro del supuesto contemplado en el art. 55, por lo que debe ratificarse lo decidido en el auto apelado, debiendo respetarse el principio de par conditio creditorum, compartiendo lo razonado sobre créditos futuros sin que sea preciso abundar mas en ello": AAP León (Sección 1) 29.07.2011 (Auto 49/2011; Rollo 168/2011)

"TERCERO.-Continuidad de la actividad empresarial de la concursada.
Para que tenga lugar la excepción consistente en la continuación de los procedimientos administrativos de ejecución es imprescindible que los bienes objeto de los mismos no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Este requisito es absolutamente coherente con la trascendencia que el legislador concursal ha concedido a la conservación y mantenimiento de la actividad profesional o empresarial, principio que se encuentra ubicado con carácter general en el artículo 44 LC y de forma particular en otros numerosos preceptos de la misma ley.
El núcleo del concepto elegido por el legislador concursal se encuentra en concretar cuándo nos encontramos ante un bien o derecho del deudor que, habiendo sido embargado en un procedimiento administrativo de ejecución resulte necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Al respecto caben dos interpretaciones. Una de carácter amplio, por cuya virtud ostentará dicho carácter cualquier bien que directa o indirectamente resulte de alguna forma necesario para que pueda continuar la actividad profesional o empresarial del deudor. Y otra, más restrictiva, según la cual tan sólo se consideran como bienes necesarios para tal fin aquellos que, en verdad, resulten imprescindibles o que sin ellos resultaría imposible o muy difícil la continuidad de la actividad del deudor. Como ambas interpretaciones son discutibles parece lógico que la aplicación e interpretación de la norma se realice caso por caso, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho planteado. En todo caso la valoración ha de hacerse en atención a la finalidad perseguida con la norma, que no es otra que conseguir la conservación de la actividad del concursado como mecanismo ordinario para la satisfacción de sus créditos (AAP A Coruña núm. 120/2008), de ahí que la doctrina haya entendido que debe referirse a elementos integrados en la organización de la actividad económica del deudor y han de ser necesarios para la continuidad de la misma, sin que baste su afección a ella (AAP Barcelona núm. 56/2007). Se tendrá

en cuenta el objeto social de la empresa concursada y la actividad que desempeñe en conexión con el bien o derecho embargado de que se trate.
Pues bien, observando la argumentación ofrecida por la resolución recurrida resulta claro que se ha considerado la trascendencia que para la concursada tiene el cobro de los créditos embargados pues lo contrario implicaría la privación de la totalidad de los ingresos de la concursada eliminando toda posibilidad de continuación de la actividad empresarial pues la situación de insolvencia se concretaba en los múltiples apremios civiles y administrativos existentes, de donde resulta que los créditos existentes se reflejan como imprescindibles.
En el recurso planteado se considera que tales créditos no son necesarios para la continuación de la actividad empresarial. La necesidad de los créditos, aunque ciertamente discutible, resulta en este caso suficientemente razonada en la resolución recurrida por la importancia de los mismos en la declaración de concurso, argumentos que en modo alguno han sido desvirtuados por la parte recurrente.
Consideramos que no es posible una interpretación limitada o restringida de "bien necesario", sobre todo en aquellos supuestos, como el enjuiciado, en los que la concursada continuaba con su actividad empresarial en el momento en que se dictaron las resoluciones discutidas y cada crédito cumple con una importante función al suponer el único recurso con el que cuenta para continuar la actividad. El derecho de ejecución separada que el artículo 55 reconoce a las Administraciones Públicas, como privilegio procesal que es, no puede ser objeto de una interpretación extensiva, máxime cuando se fundamenta no tanto en la cualidad del acreedor cuanto en un mero criterio temporal. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª, de 26 febrero 2007 señala que por bien necesario habrá que entender "todos los bienes que estén destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial del concursado", incluyendo como tal, entre otros, "el metálico, siempre que no resulte excedente y cuyo flujo sea utilizado para su reinversión o actividad ordinaria de la empresa". Por tanto no existe un concepto jurídico de bien necesario sino que habrá que atender a cada caso concreto y a las circunstancias particulares de cada deudor. Así, el dinero o los derechos de crédito, que desde un punto de vista teórico cabría cuestionar su necesidad, pueden serlo si de ellos depende la continuidad del negocio, como sucede en este supuesto, de forma que consideramos procedente confirmar la resolución recurrida. ”: AAP León (Sección 1) 13.02.2012 (Auto 9/2012; Rollo 701/2011)

JM-1 Las Palmas

“B) ¿Qué bienes o derechos, de los embargados a la UD Las Palmas, resultan necesarios para la continuidad de su actividad empresarial? Dejando fuera, lógicamente, todas las garantías a favor de los acreedores que tengan naturaleza real (a las que se refieren los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal), este Juzgador considera que el levantamiento de los embargos que se solicita por los administradores concursales ha de quedar referido a aquéllos que recaigan sobre dinero en efectivo o sobre derechos directamente transformables en dinero en efectivo, tales como patrocinios de Entidades Públicas o Privadas, ingresos por venta de entradas en taquilla, por abonos y por venta de palcos, ingresos por publicidad, traspaso de jugadores y otros análogos, al entender que los mismos son absolutamente imprescindibles para la continuidad de la actividad empresarial de la UD Las Palmas. Es evidente que en el caso de la UD Las Palmas, el inmediato ingreso de dinero en efectivo, ahora paralizado por los embargos que pesan sobre derechos tales como los patrocinios de Entidades Públicas o Privadas, ingresos por venta de entradas en taquilla, por abonos y por venta de palcos, ingresos por publicidad, traspaso de jugadores y otros análogos, resulta fundamental, no ya para la continuidad de la actividad empresarial, sino incluso para la propia subsistencia de la entidad. Hay que tener en cuenta que, tratándose, como aquí sucede, de un club de fútbol, los únicos ingresos actuales de la entidad para afrontar los elevados gastos ordinarios de la entidad (unos 500.000 euros mensuales), provienen de la venta de entradas para los partidos (cada dos semanas) y la venta de abonos de media temporada, conceptos éstos que, a la altura del campeonato en que nos encontramos (a punto de iniciar la segunda vuelta), resultan absolutamente insuficientes. Es por ello que el alzamiento de los embargos que pesan sobre los derechos directamente transformables en dinero en efectivo constituye una medida necesaria e imprescindible para la prolongación de la actividad empresarial de la UD Las Palmas.”: Auto JM-1 Las Palmas 03.01.2005

JM-1 Santander

“TERCERO Con relación a la interpretación delartículo 55 LC, el propio precepto alude a que los bienes no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Por lo tanto, ha de analizarse la concreta actividad desarrollada por la concursada y la efectiva necesidad del bien trabado, en este caso saldo de una cuenta corriente, para poder continuar aquella, lo cual dependerá del flujo de caja, volumen de gastos necesarios y posibilidad de acudir a fuentes de financiación, entre otros extremos.
Todos ellos se encuentran suficientemente razonados en el auto recurrido cuyos argumentos se dan aquí por reproducidos, que tras el examen de los datos obrantes en el concurso concluye que dicho resulta necesario para la continuación de la actividad empresarial. En este sentido, por principio no puede sostenerse que el metálico resulte un bien necesario en todo caso, sino que dependerá de las circunstancias concretas. Las concurrentes en el supuesto que nos ocupa determinan que la

concursada se encuentra en una situación crítica derivada de la reducida actividad que ha mantenido en meses anteriores que le impide obtener activo circulante de un modo inmediato y del despido de 70 trabajadores con las consecuencias que ello implica. Esto conlleva la necesidad de financiar el ciclo productivo hasta que éste concluya y se obtengan los cobros correspondientes, en aras de la continuidad empresarial que constituye un objetivo principal que el legislador marcó para el procedimiento concursal. Por otro lado, la imposibilidad de acudir a fuentes de financiación ajena se extrae de lo manifestado por la propia administración concursal, cuyas alegaciones se presumen veraces en atención a la especial posición que ocupa, por lo que puede concluirse y reiterarse lo ya resuelto, relativo a la necesidad del saldo embargado para la continuación de la actividad empresarial de la concursada.": AJM-1 Santander (Cantabria) 06.09.2008) (JUR 2009/82175)

JM-1 Alicante

"PRIMERO La presente resolución tiene el alcance limitado que la administración concursal (en adelante AC)interesa en su escrito de 18 de julio de 2009 y que no es otro que determinar si los derechos de cobro del Alicante CF por el concepto de beneficios sobre recaudación de quinielas a abonar por la Liga Nacional de Fútbol profesional son necesarios para la continuidad de la actividad, ya que los mismos están trabados por AEAT; precisión que viene exigida por las alegaciones que efectúan las partes derivadas del confuso planteamiento verificado por la AC, que entremezcla cuestiones diversas relativas a: i) requisitos temporales para aplicación del art. 55 y ii) destino o aplicación de sumas trabadas, que después no se corresponden con lo suplicado.
SEGUNDO Dado que la jurisprudencia del TCJ ha establecido que la prioridad de la ejecución administrativa la determina la fecha de la providencia de apremio, lo relevante aquí es determinar si lo trabado por AEAT «resulta necesario para la continuidad de la actividad empresarial del deudor». Si la respuesta es afirmativa, no cabe continuar la vía de apremio, ya que sólo continúa en caso de no resultar necesarios, siendo órgano competente para resolver sobre tal condición el Juez del concurso (entre otras STCJ de 22 /12/2006 y 3 [JUR 2008, 297981] y 4 de julio 2008 [JUR 2008, 297980]).
TERCERO Aunque se discute qué se entiende por «necesario» a los efectos del art. 55.1 párrafo 2º, existiendo resoluciones que lo ligan al concepto de «inmovilizado» (AJM núm. 1 de BIlbao, de 22 de mayo de 2008 [AC 2008, 1152]) no parece que en todo caso pueda excluirse tal condición a los derecho de cobro o al numerario, (AJM núm. 2 de BIlbao de 14 de febrero de 2008, AJMSan Sebastián, de 17/12/2008 y AJM núm. 1 de La Coruña, de 19 mayo 2006 [AC 2006, 2104]), pues: i) la Ley no distingue; ii) para una empresa en funcionamiento, los saldos bancarios y derechos de cobro son imprescindibles para seguir atendiendo compromisos y poder mantenerse activa; iii) la tesis excluyente conduce al estrangulamiento financiero de la concursada, y por ende, aboca al cese de actividad, que la LC no desea (art. 44 LC) y se contempla como excepción, al resultar contraproducente con la finalidad conservativa de la empresa, aparejando la extinción de relaciones laborales, no deseadas por el legislador.
En este sentido, el art. 275 LPL en sede de ejecución laboral no distingue y sólo condiciona su aplicación a la trascendencia sobre las relaciones laborales, desprendiéndose como criterio exegético la exclusión de interpretaciones que produzcan o conduzcan a la extinción de relaciones laborales que se derivarán si se niegan las fuentes de ingresos de la concursada.
CUARTO La anterior conclusión no se desvirtúa por lo dicho por AEAT ya que: i) la concursada lleva a cabo una actividad económica organizada, sin que la forma jurídica (Asociación y no Sociedad deportiva) sea determinante; ii) el apremio administrativo no es ilimitado, sino que el mantenimiento de esa actividad actúa como límite de los poderes autoejecutivos públicos, por lo que no se prima a unos acreedores perjudicando a la administración embargante: se aplica la suspensión como instrumento legal para facilitar el mantenimiento de la actividad; iii) consta expuesto por la AC que los únicos ingresos con los que cuenta para atender gastos imprescindibles para la conservación y mantenimiento de la actividad son los afectados por la traba.". AJM-1 Alicante 09.09.2009 (JUR 2009/451095; Concurso 525/2008)

"CUARTO.- Dado que la jurisprudencia del TCJ ha establecido que la prioridad de la ejecución administrativa la determina la fecha de la providencia de apremio, y asumiendo que éste es el caso a la vista de lo expuesto por la AC (que sana la dejadez de TGSS), lo relevante aquí es determinar si lo trabado por AEAT " resulta necesario para la continuidad de la actividad empresarial del deudor". Si la respuesta es afirmativa, no cabe continuar la vía de apremio, ya que sólo continúa en caso de no resultar necesarios, correspondiendo a éste órgano judicial resolver sobre tal condición.
Como ya se ha dicho por este Jugado (auto de 9 de septiembre de 2009, entre otros) aunque se discute qué se entiende por "necesario" a los efectos del art. 55.1 párrafo 2º, existiendo resoluciones que lo ligan al concepto de "inmovilizado" (AJM nº 1 de BIlbao, de 22 de mayo de 2008) no parece que se limite a estos, sin que pueda excluirse tal condición a los derechos de cobro o al numerario en todo caso (AJM nº 2 de BIlbao de 14 de febrero de 2008, AJM San Sebastián, de 17/12/2008 y AJM nº 1 de La Coruña, de 19 mayo 2006), pues: i) la ley no distingue entre clases de activos, sin que lo restrinja la inmovilizado; ii) para una empresa en funcionamiento, los saldos bancarios y derechos de cobro son imprescindibles para seguir atendiendo compromisos y poder mantenerse activa y iii) la tesis excluyente conduce al estrangulamiento financiero de la concursada, y por ende, aboca al cese de actividad, que la LC no desea (art. 44LC) y se contempla como excepción, al resultar contraproducente con la finalidad conservativa de la empresa, aparejando la extinción de relaciones laborales, no deseadas por el legislador.

En este sentido, el art. 275 LPL en sede de ejecución laboral no distingue entre inmovilizado, saldos bancarios, derechos de crédito, entre otras clases de activos, y sólo condiciona su aplicación a la trascendencia sobre las relaciones laborales, desprendiéndose como criterio exegético la exclusión de interpretaciones que produzcan o conduzcan a la extinción de relaciones laborales que se derivarán si se niegan las fuentes de ingresos de la concursada.
Lo relevante es, pues, si esos bienes o derechos aparecen como elementos sin los cuales se resiente, y no de forma imperceptible, la continuidad de la actividad empresarial o profesional, que recordemos, continúa pendiente concurso (Art. 44LC) siendo desechables exégesis restrictivas que conlleven la desaparición de la actividad y consecuentemente la pérdida de puestos de trabajo, de fuentes de ingresos para la concursada con los que atender a los acreedores y del tejido empresarial del país.
Por tanto, expuesto por la AC y concursada que los bienes embargados son necesarios para la continuidad de la actividad, que concuerda con su naturaleza según los datos que figuran en la diligencia de embargo, procede concluir que son necesarios y por ende, que debe abstenerse la TGSS de continuar la vía de apremio.
Y dado que la situación de liquidez de la concursada se manifiesta que es deficitaria, sin tesorería bastantes para atender de forma puntual gastos laborales contra la masa, parece que igual catalogación de necesarios merecen los saldos embargados en el BBVA y las devoluciones de IRPF y IVA referidas por la AC y comunicadas por la entidad bancaria.
Solo añadir que el apremio administrativo no es ilimitado, sino que el mantenimiento de la actividad del concursado actúa como límite de los poderes autoejecutivos públicos, por lo que no se prima a unos acreedores perjudicando a la administración embargante: se aplica la suspensión como instrumento legal para facilitar el mantenimiento de la actividad.
QUINTO.- Distinto a lo anterior es pretensión de la concursada, que aprovechando el trámite conferido, interesa que se acuerde la suspensión de la ejecución administrativa y la nulidad de los embargos trabados por TGSS de la maquinaria y del saldo de BBVA.
Al respecto considera este Juzgado que dicha decisión le corresponde adoptarla al órgano administrativo en su caso, al carecer de competencias administrativas este órgano judicial. Cosa distinta, a no confundir a mi parecer, es la trascendencia que la declaración de necesidad de los bienes y derechos trabados conlleva.
Tal y como dice la STJC de 22 de diciembre de 2006 hay que distinguir dos hipótesis, siempre partiendo de que la providencia de apremio es previa a la declaración de concurso:
a) Apremio administrativo terminado y el crédito en favor de la Administración ha sido cobrado.
La preferencia en la ejecución corresponde a la admón., sin que le afecte el Art. 55 LC.
b) Apremio administrativo en curso cuando se produce la declaración de concurso.
La Administración debe poner en conocimiento del Juez del Concurso si los bienes o derechos afectados por el apremio son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.
Si el órgano jurisdiccional decide que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor, la vía administrativa de ejecución continúa y la Administración "recupera en toda su integridad las facultades de ejecución".
Si el Juez del concurso determina que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo es necesario para la continuidad de la actividad del deudor, el procedimiento administrativo de apremio pierde esa preferencia y queda sometido al Concurso de manera que no puede seguirse (Art. 55); cede ante al proceso concursal o como dice la mentada sentencia, en ese caso la Admón. "pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención", es decir, la nulidad de pleno derecho de las actuaciones que lleve a cabo.
Por tanto, y en conclusión, para el caso que el procedimiento de apremio a la fecha de declaración de concurso no estuviese terminado (extremo que no consta) deberá el órgano administrativo actuar con arreglo a estas prevenciones y dejar sin efecto toda traba posterior de bienes/derechos necesarios, con los efectos que de ello se derivan, transfiriendo a la cuenta de consignaciones judicial el importe de los saldos y derechos de crédito a favor de la concursada trabados al haber perdido la competencia para su realización. Y para el caso que no hayan sido transferidas, deberá informar que no se opone a la transferencia de esas sumas a la cuenta judicial por igual razón. Si no lo hace voluntariamente en el plazo de 5 días, se procederá a requerir de forma expresa, previo cumplimiento de los trámites establecidos en la LO 2/1987 de conflictos de jurisdicción, que no han sido interesados por la AC ni concursada.": AJM-1 Alicante 02.12.2009 (Concurso 391/2009)

"PRIMERO: La presente resolución tiene el alcance limitado que la administración concursal (en adelante AC) interesa en su escrito de 8 de octubre de 2009 y que no es otro que determinar 1º) si los derechos del Alicante FC por el concepto de derechos audiovisuales a abonar por MEDIAPRODUCCION SL son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del CLUB y 2º) si procede el alzamiento del embargo sobre el crédito de 150.800 € por parte de AEAT.
Precisión que viene exigida por las alegaciones que se efectúan derivadas del confuso planteamiento verificado por la AC, que vuelve, otra vez más, a entremezclar cuestiones diversas relativas a: i) requisitos temporales para aplicación del art. 55 LC y ii) destino o aplicación de sumas trabadas.
SEGUNDO. A fin de esclarecer la confusión conviene poner de relieve que desde el punto jurídico hay que atender a lo previsto en los arts. 8.3º y 55.1 y 2 LC, art. 38, 86 bis y ter LOPJ, art. 1 a 21 de LO 2/1987 de Conflictos Jurisdiccionales y art. 164 LGT.
De dicha normativa y siguiendo las pautas interpretativas del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (aunque alguna de ellas han motivado disparidad de pareceres), se extraen las pautas siguientes:

a) en caso de concurrencia de procedimientos de ejecución judiciales y administrativos, si no hay acuerdo entre los órganos, corresponde al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción determinar cuál es el preferente para la ejecución (STCJ de 17/12/2004, entre otras).

b) es independiente la cuestión competencial de la preferencia crediticia, que deben ser objeto de análisis según las reglas materiales que le son propias por el órgano que ostente la competencia para conocer (STCJ 11/12/1995, con cita de S 14/12/1990 y 22/11/1994).

Preferencia crediticia que en caso de estar el deudor común en concurso viene establecida, a mi entender, en los arts. 89 a 93 LC, que vinculan a todo órgano judicial y administrativo al ser de orden público, sin que se participe de la tesis de la AEAT basada en una resolución de la AP de Barcelona, que no es jurisprudencia en sentido técnico (art. 1.6 CC)

c) dos son los criterios que marcan la preferencia de los procedimientos concursales y administrativos: i) temporal y ii) objetivo, que deben concurrir acumuladamente.

Según el primero, es la prioridad temporal de la providencia de apremio, o, alternativamente, de la declaración concursal la que determina la preferencia del procedimiento administrativo o del judicial (STCJ 22/12/2006).

Conforme al segundo, la condición del concreto bien o derecho como necesario para la continuación de la actividad del deudor o no, es la que determina que el privilegio de autotutela administrativa haya de ceder, o por el contrario, pueda continuar (STCJ 22/12/2006).

d) corresponde a la autoridad judicial –Juez del concurso– decidir si los bienes o derechos específicos son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor (STCJ 22/12/2006).

e) declarado un concurso la Administración tributaria debe dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida sobre la necesariedad de los bienes para la continuación de la actividad del deudor, de manera que *" Es, por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor"* (STCJ 22/12/2006 y 4 de julio de 2008).

f) una vez declarado el concurso, la Administración General del Estado sólo puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso (S de 19/12/2008 con cita de sentencias de 10 de octubre de 2005, 20 de diciembre de 2006, 6 de noviembre de 2007 y 3 de julio de 2008).

TERCERO.- Para solventar las cuestiones controvertidas debemos tener en cuenta los siguientes datos fácticos:

i) el concurso del Alicante CF se declara el 5/5/2009.

ii) AEAT dicta providencia de apremio en fecha no determinada y el 10/3/2009 acuerda embargo cautelar de los derechos de crédito del Alicante CF frete a terceros y en particular los derivados frente a MEDIAPRODUCCION SL, que notifica a esta ultima en al parecer el 13 de marzo.

CUARTO.- Dado que la jurisprudencia del TCJ ha establecido que la prioridad de la ejecución administrativa la determina la fecha de la providencia de apremio, lo relevante aquí es determinar si lo trabado por AEAT "resulta necesario para la continuidad de la actividad empresarial del deudor". Si la respuesta es afirmativa, no cabe continuar la vía de apremio, ya que sólo continúa en caso de no resultar necesarios, correspondiendo a éste órgano judicial resolver sobre tal condición.

Como ya se dijo en auto de 9 de septiembre en este mismo proceso concursal, aunque se discute qué se entiende por "necesario" a los efectos del art. 55.1 párrafo 2º, existiendo resoluciones que lo ligan al concepto de "inmovilizado" (AJM nº 1 de BIlbao, de 22 de mayo de 2008) no parece que en todo caso pueda excluirse tal condición a los derecho de cobro o al numerario (AJM nº 2 de BIlbao de 14 de febrero de 2008, AJM San Sebastián, de 17/12/2008 y AJM nº 1 de La Coruña, de 19 mayo 2006), pues: i) la ley no distingue entre clases de activos, sin que lo restrinja la inmovilizado; ii) para una empresa en funcionamiento, los saldos bancarios y derechos de cobro son imprescindibles para seguir atendiendo compromisos y poder mantenerse activa y iii) la tesis excluyente conduce al estrangulamiento financiero de la concursada, y por ende, aboca al cese de actividad, que la LC no desea (art. 44LC) y se contempla como excepción, al resultar contraproducente con la finalidad conservativa de la empresa, aparejando la extinción de relaciones laborales, no deseadas por el legislador.

En este sentido, el art. 275 LPL en sede de ejecución laboral no distingue entre inmovilizado, saldos bancarios, derechos de crédito, entre otras clases de activos, y sólo condiciona su aplicación a la trascendencia sobre las relaciones laborales, desprendiéndose como criterio exegético la exclusión de interpretaciones que produzcan o conduzcan a la extinción de relaciones laborales que se derivarán si se niegan las fuentes de ingresos de la concursada.

Por tanto, expuesto por la AC que la situación económica del ALICANTE CF es desesperada, siendo los ingreso de taquillas y publicidad insuficientes para atender gastos fijos e imprescindible los ingresos afectados por la traba para el mantenimiento de la entidad, procede concluir que tales derechos de cobro son necesarios, sin que atendiendo a la singularidad del concursado y lo limitado de sus fuentes de ingresos, se precise mayor prueba a estos efectos, sobre todo a la vista del informe del art. 74 unido a los autos, sin dejar de apuntar que sí sería conveniente que concursada y admón. concursal en lo sucesivo aportaran mayores datos para apreciar esa necesidad.

Solo añadir respecto de lo dicho por AEAT que el apremio administrativo no es ilimitado, sino que el mantenimiento de la actividad del concursado actúa como límite de los poderes autoejecutivos públicos, por lo que no se prima a unos acreedores perjudicando a la administración embargante: se

aplica la suspensión como instrumento legal para facilitar el mantenimiento de la actividad.”: AJM-1 Alicante 29.10.2009 (Concurso 525/2009)

2.2.2 Tesis contraria: Interpreta “necesarios” como más amplio que “afectos” y comprensivo del dinero

“En una concepción amplia es evidente que todo bien, incluido el metálico, va a resultar necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional cuando esté directamente relacionado al sistema de producción o de comercialización. Sin embargo hemos de tener en cuenta las diferentes connotaciones de las expresiones utilizadas por el legislador en losartículos 55 y 56 LC. En el primerose refiere a "bienes objeto de embargo que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", mientras que el segundo habla de "bienes afectos a la actividad profesional". El primero comprendería entonces todos los bienes que estén destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial del concursado y por tanto también el metálico, siempre que no resulte de excedente (que en proceso concursal es difícil) y cuyo flujo sea utilizado para su reinversión o actividad ordinaria de la empresa. El segundo quedaría limitado a los bienes indispensables para mantener en funcionamiento los establecimientos del deudor.”: Auto AP Barcelona 26.02.2007 (Sección 11) (JUR 2007/204326) [Sección no concursal, obiter dicta]

2.2.3 No lo son las existencias

AP Alava

“SEGUNDO.-Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz de las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir dado que irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o útiles para la debida resolución de la causa, y una vez examinado lo actuado, ha de comenzarse indicando que la controversia radica en si los bienes de la concursada embargados por la ahora apelante: botellas de vino, resultan o no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la deudora, y es que el artículo 55.1 de la Ley Concursal establece que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, añadiendo que, hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Pues bien, consideramos que los bienes en cuestión no merecen la calificación de necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la deudora, pues esta expresión se interpreta por la mayoría o al menos buena parte de los órganos mercantiles del país, interpretación que compartimos, en el sentido de tratarse de aquellos bienes que guardan una íntima vinculación con la actividad de la empresa y que sean imprescindibles para los fines de la continuidad empresarial; así, por ejemplo, vehículos de uso para la actividad de la concursada, naves, etc., como se trata de los casos examinados en, por ejemplo, SSAP León (sec. 1ª) de 20 de junio de 2011 y de 23 de diciembre de 2010 y AAP León (sec. 1ª) de 16 de junio de 2011. Y, siendo cierto, en línea con lo argumentado por la Administración concursal, que con la existencias que se puedan vender se obtiene liquidez para hacer frente a las deudas que se vayan generando, no cabe obviar que ello lo sería desconociendo un procedimiento de ejecución iniciado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso y que, conforme a lo legalmente establecido y expuesto, puede y ha de continuar, al no resultar de lo actuado que se haya producido la aprobación del plan de liquidación, si bien sí, y en base a lo aducido por la Administración concursal y no contradicho, que la concursada se encuentra en fase de liquidación desde el 10 de octubre de 2012, fecha anterior a la del dictado de la sentencia apelada, manteniendo tanto la doctrina como la práctica judicial que no puede considerarse que los bienes objeto de embargo resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la deudora cuando en el concurso se haya declarado o se aprecie como inevitable (habiendo aducido la Administración concursal, en su contestación a la demanda incidental, que la misma, con fecha 25 de septiembre de 2012, solicitó la extinción de la totalidad de la plantilla de forma escalonada), el cese de la misma.
Por todo lo expuesto, procede acoger el recurso de apelación y, estimando la demanda interpuesta por la ahora parte apelante, determinar que los bienes de la concursada Proconsol Bodega Antion, S.L., embargados por aquélla, en concreto, botellas de vino, no resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la deudora, sin verificar especial pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia pues nada concreto al respecto ha postulado ni postula la parte apelante, ni, tampoco, sobre las costas de esta alzada, esto último, partiendo de lo dispuesto en el artículo 398 de la L.E.C. y dado el sentido de la presente sentencia.”: SAP Alava (Sección 1) 11.07.2013 (Sentencia 295/2013; Rollo 210/2013)

2.3 Si cesó la actividad, no puede haber bienes necesarios para su continuidad

AP Almería

“Descartado el motivo en el que se basa la sentencia para denegar la prosecución interesada por la Seguridad Social y constatado que las providencias de apremio habían sido dictadas antes de la declaración de concurso, resta por examinar si concurre el segundo de los prepuestos contemplados en el artículo 55.1.2 de la Ley Concursal. Esto es, si los bienes objeto de embargo resultan o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, cuestión que no plantea duda alguna, a juicio de esta Sala. En efecto, si, como admiten las partes, el concurso se encuentra en fase de liquidación, es obvio que los vehículos embargados sobre los que se interesa la prosecución del procedimiento de apremio -y, con mayor motivo, los créditos- no son necesarios para el fin previsto en la norma, puesto que éste es incompatible en sus propios términos con el objeto de la liquidación.”: SAP Almería (Sección 2) 25.01.2013 (Sentencia 16/2013; Rollo 83/2012)

AP Baleares

“PRIMERO.-Tras declararse el concurso voluntario de Gestión Proyectos Balear SL, por Auto de fecha 21 de de febrero de 2012, por la Administración concursal y la propia concursada se pone en conocimiento del juzgado que la TGSS había embargado, con anterioridad, una serie de derechos de crédito que ostenta la concursada frente a sus clientes, solicitado queden en suspenso los procedimientos administrativos de apremio y que sean alzados los referidos embargos, por recaer sobre bienes absolutamente necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la concursada.
A dicha pretensión se opuso la TGSS, al considerar que dichos créditos no pueden ser considerados como necesarios para la continuación de la actividad, máximo cuando la concursada no tiene trabajadores, ha rescindido el contrato de arrendamiento del local donde desarrollaba su actividad, y lo que se pretende con el importe de los créditos embargados es sufragar los gastos del procedimiento concursal; en cualquier caso, de considerarse bienes imprescindibles, tan sólo procedería la suspensión del procedimiento de apremio, pero de ningún modo el levantamiento de los embargos practicados.
La resolución de instancia, atendiendo a la situación concreta de la concursada, considera que los créditos embargados resultan imprescindibles para la continuación su actividad empresarial y al no gozar la TGSS del derecho de ejecución separada en los términos del artículo 55, el mantenimiento formal de la traba frustraría por completo el efecto de la suspensión del procedimiento ejecutivo, por lo que acuerda alzar los embargos.
Contra dicho pronunciamiento se alza la TGSS, reproduciendo como motivos de impugnación los mismos argumentos esgrimidos en la instancia, insistiendo en que la actividad de la concursada es mínima y que en cualquier caso, se ha abierto la fase de liquidación por Auto de 21 de noviembre de 2013.
SEGUNDO.-Para la adecuada resolución de los motivos de impugnación, se estima oportuno traer a colación la reciente SAP Barcelona de 10 de abril de 2014, en la que tras reconocer que la Ley Concursal en su artículo 55 viene a reconocer el derecho de ejecución separada a determinados procedimientos de apremio, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, atribuyendo expresamente al juez del concurso (art. 56) la competencia para declarar si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, refiere
" Por "bien necesario" habrá que entender aquel que resulte imprescindible para la continuidad, sin el cual la concursada se vería obligada a cesar su actividad, en contraposición a aquel bien o derecho superfluo o prescindible. Habrá que estar al caso concreto, atendiendo, fundamentalmente, no tanto a la naturaleza de los bienes cuanto a las circunstancias que rodean al concursado y, en concreto, si viene ejerciendo su actividad ordinaria y si la viabilidad de la empresa se presenta como probable. Bienes que nadie dudarían que son "necesarios" para la continuidad, como la nave o la maquinaria, no lo serán si la empresa ha cesado completamente su actividad y viceversa, el dinero o los derechos de crédito, que por su naturaleza podría discutirse su carácter de bienes o derechos necesarios, podrán ser tenidos en cuenta a estos efectos si de ellos depende la supervivencia de la empresa.
En cualquier caso, como señala la recurrente, es preciso vincular la calificación de un bien como necesario con la continuidad del negocio y la viabilidad empresarial del deudor. No estará justificada la pérdida del privilegio procesal de la ejecución separada si la empresa, por las circunstancias que fuera, no es viable".
En el caso se alegaba como justificación de aquella "necesidad" que la actividad no había cesado por seguir vigentes un contrato de asistencia técnica a la dirección de obras de construcción de la ampliación de muelles comerciales al Puerto de Palma; un contrato de realización de trabajos de ingeniería en Ibiza en conjunción con Acustel; un contrato de realización de trabajos de ingeniería con el Ayuntamiento de Calvia; y un contrato con AENA de asistencia técnica y supervisión en materia de seguridad operacional de trabajos dirigidos por el aeropuerto de Palma, y que el hecho de que la concursada no tenga trabajadores por cuenta ajena, no implica que su actividad no continúe, mediante la contratación de profesionales (arquitectos o ingenieros) que presentan sus servicios sin ser empleados, de manera que los créditos embargados, son necesarios para afrontar los gastos que comporta la empresa, a fin de poder finalizar y cobrar los contratos vigentes.
Ahora bien, conforme a la doctrina expuesta, aunque no existan motivos que permita descartar de antemano que los créditos o el dinero efectivo no puedan ser considerados como bienes necesarios para la continuidad de la actividad, lo que se ha puesto de manifiesto durante la sustanciación del procedimiento es que la concursada no es viable, habiéndose procedido a la apertura de la fase de liquidación, sin que existan elementos que permita concluir que los derechos de crédito embargados por la TGSS sean necesarios para una entidad en la actualidad inactiva.”: AAP Baleares (Sección 5) 07.10.2014 (Auto 209/2014; Rollo 354/2014)

AP Barcelona

*"CUARTO.-*Por "bien necesario" habrá que entender aquel que resulte imprescindible para la continuidad, sin el cual la concursada se vería obligada a cesar en su actividad, en contraposición a aquel bien o derecho superfluo o prescindible. Habrá que estar al caso concreto, atendiendo, fundamentalmente, no tanto a la naturaleza de los bienes cuanto a las circunstancias que rodean al concursado y, en concreto, si viene ejerciendo su actividad ordinaria y si la viabilidad de la empresa se presenta como probable. Bienes que nadie dudarían que son "necesarios" para la continuidad, como la nave o la maquinaria, no lo serán si la empresa ha cesado completamente su actividad y viceversa, el dinero o los derechos de crédito, que por su naturaleza podría discutirse su carácter de bienes o derechos necesarios, podrán ser tenidos en cuenta a estos efectos si de ellos depende la supervivencia de la empresa.
En cualquier caso, como señala la recurrente, es preciso vincular la calificación de un bien como necesario con la continuidad del negocio y la viabilidad empresarial del deudor. No estará justificada la pérdida del privilegio procesal de la ejecución separada si la empresa, por las circunstancias que fuera, no es viable. (...)
*SEXTO.-*Aplicada la anterior doctrina al presente caso, admitimos, en contra de la tesis esgrimida por la AEAT, que pueden declararse como bienes necesarios para la continuidad de la actividad de la concursada los saldos en cuentas corrientes o las rentas arrendaticias. Y que esa declaración comporta el levantamiento de los embargos, dado que se trata de derechos de disposición inmediata.
Ahora bien, entendemos que la administración concursal no justificó debidamente por qué la totalidad del saldo de la cuenta embargada y, sobre todo, por qué todas las rentas de los inmuebles propiedad de la concursada merecen esa consideración y, por tanto, han de excluirse de la ejecución separada. En efecto, aceptamos, dado que así lo afirma la administración concursal en su oposición al recurso, que BUCABU S.L. mantiene una actividad residual. " *Ante la imposibilidad de acometer nuevas promociones* -dice al respecto la administración concursal-*la actividad actual de la concursada se limita a la gestión de los inmuebles de su propiedad que fueron alquilados con opción de compra".* Sin embargo, para sostener que esos derechos eran necesarios para la continuidad del negocio, la administración concursal se limitó a señalar lo siguiente: "
Siendo las rentas el único ingreso de la concursada y siendo necesarios para hacer frente a la actual actividad de la mercantil, para poder hacer frente a reparaciones y mantenimiento de los inmuebles arrendados, procede la aplicación de la excepción de la continuidad de los embargos".
En el auto de 6 de noviembre de 2012 el Juzgado dijo al respecto lo siguiente: *"Debe destacarse que la referida concursada, si bien se encamina a la liquidación, necesita el cobro de estas rentas de alquiler para la reparación y mantenimiento de los inmuebles arrendados, que forman parte de la masa activa. Esta reparación y mantenimiento redundará en un mantenimiento adecuado de la masa activa y en una mejor venta de estos activos, con el consiguiente beneficio para los acreedores, entre ellos la propia AEAT".* El auto recurrido, resolutorio del recurso de reposición contra aquella resolución, nada añade.
Expuesto cuanto antecede, entendemos injustificada la declaración de necesidad y, por tanto, que es improcedente la suspensión del procedimiento de apremio. El propio Juzgado reconoce en su resolución que la concursada se encamina a la liquidación -extremo no desmentido- y no existe indicio alguno de negocio viable en funcionamiento susceptible de ser enajenado como unidad productiva.
Las vagas y genéricas referencias a que las rentas son necesarias para atender gastos de reparación y mantenimiento son a todas luces insuficientes. No se concretan qué actuaciones de mantenimiento precisan los inmuebles arrendados. Tampoco se explica por qué para atender esos gastos es necesario contar con las rentas de todos los inmuebles arrendados.
Cuestionada por la recurrente la existencia de gastos imprescindibles de mantenimiento o reparación, que no figuran en el informe, la administración concursal dice lo siguiente en su escrito de oposición: " *(...) la relación de acreedores constituyen fotos fijas de la situación de la concursada en un momento determinado, mientras la realidad, inaprensible, está en constante movimiento: lo que hoy no existe mañana puede surgir debido al cambio de las circunstancias". "(...) La prueba de hechos precisos y riesgos concretos que exige la AEAT resulta imposible: implicaría la obligación de predecir todos aquellos desperfectos y obsolescencias derivados del uso durante un periodo prolongado de tiempo por venir".*
En fin, no consta, en absoluto, que la actividad de la concursada dependa de los derechos que fueron embargados por la AEAT antes de la declaración de concurso. Por todo lo expuesto, debemos estimar el recurso, dejando sin efecto la resolución recurrida. Como consecuencia de ello, deberán abonarse a la recurrente con cargo a la masa todas las cantidades de las que se hayan dispuesto indebidamente por la suspensión del procedimiento de apremio.": AAP Barcelona (Sección 15) 10.04.2014 (Auto 36/2014; Rollo 481/2013)

AP Lugo

"La Sala estima a la vista del contenido del auto dictado por el Juzgado de lo Social n° 3 de Lugo, que si el embargo por dicho Juzgado fue decretado el 15 de marzo de 2.004, mientras que la declaración del concurso voluntario de Silmar 2.001 S.L. fue acordado mediante auto de 15 de octubre de 2.004, la interpretación efectuada del art. 55 de la Ley 22/2.003 de 9 de julio, por el Juzgado de lo Social n° 3 no puede ser más que compartida. Se hace referencia en el mismo además que en la Tesorería General de la Seguridad Social en fecha 10.01.2.005 figuraba de baja desde el 29.2.2004 por carecer de trabajadores, además reconociendo la empresa que carece de actividad, luego ya "los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", y el proceso de ejecución iniciada por el Juzgado de lo Social podrá continuarse, por ser una excepción prevista en la Ley. Además los comentaristas del precepto reseñado, estiman que se debe acudir a criterios estrictamente objetivos, y nadie más capacitado para saber si se ha paralizado la actividad que el propio Juzgado de lo Social, que así lo constató, y que

ulteriormente se ratificó.
La ejecución laboral separada reconocida como excepción en el art. 55 n° 1 deber de ser mantenida, y que tiene consecuencias prácticas como se reseña por la apelante.": Auto AP Lugo 18.05.2006 (JUR 2006/198743)

JM-1 Bilbao

"SÉPTIMO Solicita la deudora que se suspenda la subasta del principal elemento patrimonial de la sociedad, es decir, el inmueble conocido como «Castillo de Butrón», que la Tesorería General de la Seguridad Social tiene prevista para el día de mañana. Alega que puesto que dicho inmueble es el único objeto de explotación de la sociedad, que se dedica a arrendarlo, concurre el supuesto previsto en el art. 55.1 y 2 de la Ley concursal.
Esta norma dispone, en efecto, que puede continuar los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
En este caso de la petición de la deudora lo que no se desprende es que haya continuidad de la actividad empresarial. Como manifiesta en su escrito, ya no tiene trabajadores. Se deduce de los datos aportados, que ha habido varios procedimientos judiciales y administrativos que persiguieron bienes del Castillo de Butrón, SA, que han prosperado y que por ello se encuentra la sociedad en situación de insolvencia.
Así se narra en la memoria como se estimaron las pretensiones de los trabajadores de Estudios Arriaga, SA ante el juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao, declarándose la responsabilidad de la hoy deudora. También se indica como esta sociedad fue declarada en quiebra y sus síndicos presentaron y han obtenido en primera instancia la estimación de una acción de reintegración a la masa de la quebrada, por lo que Castillo de Butrón, SA adeuda a Estudios Arriaga, SA en quiebra una cantidad de alguna importancia, aunque la sentencia esté recurrida.
Luego se explican las vicisitudes del expediente de la Seguridad Social, las derivaciones de responsabilidad desde las diversas sociedades involucradas hacia Castillo de Butrón, SA, los intentos de suspensión de la subasta que se celebrará mañana y la imposibilidad de obtenerla.
Pues bien, el conjunto de explicaciones contenidas en la memoria, de las indicaciones realizadas en la solicitud, de la inexistencia de trabajadores y del resto de la documental presentada, lo que se deduce es que Castillo de Butrón, SA carece, sencillamente, de actividad. Es una sociedad sin duda en situación de insolvencia, que pretende la liquidación pues ha presentado un plan en tal sentido, pero que no continúa el ejercicio de su objeto social, aunque es titular de un bien inmueble de indudable valor.
En consecuencia, no concurre el requisito que dispone el art. 55.1, es decir, el bien objeto de embargo no resulta necesario para la continuidad de la activada empresarial, porque ésta hace meses que no existe. En realidad todo apunta a que la petición de declaración de concurso lo que persigue esencialmente es la suspensión de la subasta que ha de celebrarse mañana, empeño comprensible pero que no puede ser acogido, pues se vulneraría la LC.
Esta norma pretende asegurar la continuidad empresarial, y son numerosos los pronunciamientos, desde la Exposición de Motivos hasta el texto articulado, que revelan tan conveniente finalidad. Para tales casos está previsto el citado art. 55.1, que pretende evitar que se prive a la masa de los bienes afectos a la actividad productiva.
Pero la norma no desconoce que hay supuestos en que la continuidad no es posible. En esos casos no tiene sentido detener las ejecuciones de algunos acreedores privilegiados con hipoteca o por su condición de entidades públicas, ya que si no hay actividad empresarial no pueden servir los bienes afectos a la «continuidad de la actividad». Esto sucede en este caso, en el que se presenta un plan de liquidación, no hay trabajadores, y se constata de solicitud y memoria que no hay actividad. En definitiva, no puede suspenderse la subasta como se pretende.": Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) de 22.03.2005 (AC 2005/247)

JM-1 Alicante

"CUARTO En el caso presente el embargo acordado por el juzgado social recae sobre el único inmueble de la concursada donde consta su domicilio social, por lo que en principio habría que concluir que es bien necesario.
Ahora bien, considero que la «necesidad «no se trata de un concepto o cualidad abstracta sino que se trata de una cuestión de hecho y debemos estar al caso concreto para determinar cuándo concurre, añadiendo que por su propia naturaleza implica o exige la existencia real y efectiva de una organización profesional o empresarial. No parece lógico que hablemos de bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor si no hay actividad.
Por tanto, si antes (como aquí acontece) o durante la tramitación del concurso desaparece la actividad profesional o empresarial del deudor concursado a la que estaba vinculado funcionalmente el bien, se producirá una pérdida sobrevenida de esa cualidad de necesario de aquéllos bienes que inicialmente si estaban destinados al desarrollo de dicha actividad, como ocurre en el caso presente con la finca objeto de embargo. Y esta pérdida sobrevenida de la afección tiene lugar evidentemente cuando se acuerda el cierre del establecimiento del concursado y el cese total de su actividad empresarial, como ha acontecido en el caso de autos. A favor de esta postura en cuanto a la afección «ex» art. 56 (trasladable también aquí) se muestran partidarios en la doctrina, entre otros, Eusebio y Mercedes y Adolfo Y se estima la más acertada, sin que los argumentos de contrario propuestos se consideren de peso bastantes para desvirtuarla ya que no puede subordinarse la determinación de si es o no necesario y en consecuencia la paralización, a un superior interés del concurso que el legislador no prevé en esta materia ni que la necesidad sea una cualidad inmutable (y ¿ desde cuándo?) que no se vea repercutida por las vicisitudes del concurso y del concursado, sin que

finalmente sea atendible el relativo a que se frustra un convenio de continuación (art. 100), que precisamente tiene como presupuesto una actividad empresarial o profesional efectiva y que se compromete el adquirente a continuar, pero si no hay ya actividad, decae el presupuesto de aplicación ni que se impide una enajenación en globo, ya que la Ley no impone una limitación absoluta, dado en todo caso recordar que la apertura de la liquidación implica el cese de la suspensión o paralización y por ende la posibilidad de ejecuciones al margen del conjunto.": Auto JM-1 Alicante 23.03.2006 (AC 2006\372)

JM-4 Barcelona

"1.- El art. 86 ter LOPJ y el art. 8 LC atribuye al juez del concurso, competencia exclusiva y excluyente respecto de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que fuese el órgano que la hubiese ordenado, por lo tanto, declarado un concurso, el único órgano competente para conocer de una ejecución contra el patrimonio del concursado es el juez del concurso, aun cuando esa ejecución se haya ordenado por un órgano administrativo.
2.- En coherencia con esa competencia exclusiva el art. 55.1 LC establece que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor" y párrafo segundo de ese precepto añade que "las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursa1 que corresponda dar a los respectivos créditos". La infracción de estas normas generales se sanciona con la nulidad de pleno derecho de la actuaciones, art. 55.3 LC, precepto que se refiere, tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas.
3.- Esta regla tiene una excepción contemplada en el párrafo segundo del apartado primero del citado art. 55 en el que se dice que "Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".
4.- Para que esa excepción sea aplicable, han de concurrir dos requisitos, el primero que la providencia de apremio sea anterior a la declaración de concurso, y, el segundo, que los bienes embargados en dicha ejecución no sea necesarios para continuar con la actividad empresarial del deudor. En consecuencia, para que pueda continuarse el procedimiento, no basta con que la providencia de apremio sea anterior a la declaración del concurso, sino, además, ese procedimiento habrá de limitarse a bienes que no sean necesarios para continuar la actividad empresarial del concursado, en este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 19-12-2008 (nº 412008, rec. 312008. Pte: Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel; EDJ 20081282641)
5.- La competencia para valorar si un bien está o no afecto a la actividad empresarial de la compañía constante el concurso, corresponde en exclusiva al juez del concurso, tal y como reiteradamente ha declarado el Tribunal de Conflicto de Jurisdicción, por ejemplo en su sentencia en su sentencia de 22 de diciembre de 2006 y en su sentencia de 4 de julio de 2008, sin que sea posible que la Administración Publica ejecutante decida por si sola que el bien no esta afecto a la actividad.
6.- En la práctica, ello supone que la Administración no puede continuar ninguna ejecución sin una resolución previa del juez del concurso, declarando que los bienes que pretende embargar no son necesarios para continuar con la actividad, de lo contrario esta invadiendo competencias del juez del concurso.
7.- En el presente caso, en mi opinión, la Agencia tributaria embargó el deposito pignorado, lo que ocurrió es que dicho embargo no pudo hacerse efectivo hasta que se liberó cancelando la prenda, pero el embargo, en cuanto que afectación del bien al pago de un crédito en vía de apremio, existía antes de la declaración de concurso.
8. Ahora bien, como dice el Abogado de Estado lo cierto es que la empresa ha cesado su actividad, con lo que no puede defenderse que el dinero embargado sea necesario para continuar una actividad que no existe, por lo que el concurso ha de respetar el embargo. ":AJM-4 Barcelona 01.04.2011 (Concurso 684/2010)

2.4 La "necesidad" debe probarse

AP Barcelona

"CUARTO.-Por "bien necesario" habrá que entender aquel que resulte imprescindible para la continuidad, sin el cual la concursada se vería obligada a cesar en su actividad, en contraposición a aquel bien o derecho superfluo o prescindible. Habrá que estar al caso concreto, atendiendo, fundamentalmente, no tanto a la naturaleza de los bienes cuanto a las circunstancias que rodean al concursado y, en concreto, si viene ejerciendo su actividad ordinaria y si la viabilidad de la empresa se presenta como probable. Bienes que nadie dudarían que son "necesarios" para la continuidad, como la nave o la maquinaria, no lo serán si la empresa ha cesado completamente su actividad y viceversa, el dinero o los derechos de crédito, que por su naturaleza podría discutirse su carácter de bienes o derechos necesarios, podrán ser tenidos en cuenta a estos efectos si de ellos depende la supervivencia de la empresa.
En cualquier caso, como señala la recurrente, es preciso vincular la calificación de un bien como necesario con la continuidad del negocio y la viabilidad empresarial del deudor. No estará justificada la pérdida del privilegio procesal de la ejecución separada si la empresa, por las circunstancias que fuera, no es viable. (...)
SEXTO.-Aplicada la anterior doctrina al presente caso, admitimos, en contra de la tesis esgrimida por la AEAT, que pueden declararse como bienes necesarios para la continuidad de la actividad de la concursada los saldos

en cuentas corrientes o las rentas arrendaticias. Y que esa declaración comporta el levantamiento de los embargos, dado que se trata de derechos de disposición inmediata.
Ahora bien, entendemos que la administración concursal no justificó debidamente por qué la totalidad del saldo de la cuenta embargada y, sobre todo, por qué todas las rentas de los inmuebles propiedad de la concursada merecen esa consideración y, por tanto, han de excluirse de la ejecución separada. En efecto, aceptamos, dado que así lo afirma la administración concursal en su oposición al recurso, que BUCABU S.L. mantiene una actividad residual. " *Ante la imposibilidad de acometer nuevas promociones* -dice al respecto la administración concursal-*la actividad actual de la concursada se limita a la gestión de los inmuebles de su propiedad que fueron alquilados con opción de compra".* Sin embargo, para sostener que esos derechos eran necesarios para la continuidad del negocio, la administración concursal se limitó a señalar lo siguiente: "
Siendo las rentas el único ingreso de la concursada y siendo necesarios para hacer frente a la actual actividad de la mercantil, para poder hacer frente a reparaciones y mantenimiento de los inmuebles arrendados, procede la aplicación de la excepción de la continuidad de los embargos".
En el auto de 6 de noviembre de 2012 el Juzgado dijo al respecto lo siguiente: *"Debe destacarse que la referida concursada, si bien se encamina a la liquidación, necesita el cobro de estas rentas de alquiler para la reparación y mantenimiento de los inmuebles arrendados, que forman parte de la masa activa. Esta reparación y mantenimiento redundará en un mantenimiento adecuado de la masa activa y en una mejor venta de estos activos, con el consiguiente beneficio para los acreedores, entre ellos la propia AEAT".* El auto recurrido, resolutorio del recurso de reposición contra aquella resolución, nada añade.
Expuesto cuanto antecede, entendemos injustificada la declaración de necesidad y, por tanto, que es improcedente la suspensión del procedimiento de apremio. El propio Juzgado reconoce en su resolución que la concursada se encamina a la liquidación -extremo no desmentido- y no existe indicio alguno de negocio viable en funcionamiento susceptible de ser enajenado como unidad productiva.
Las vagas y genéricas referencias a que las rentas son necesarias para atender gastos de reparación y mantenimiento son a todas luces insuficientes. No se concretan qué actuaciones de mantenimiento precisan los inmuebles arrendados. Tampoco se explica por qué para atender esos gastos es necesario contar con las rentas de todos los inmuebles arrendados.
Cuestionada por la recurrente la existencia de gastos imprescindibles de mantenimiento o reparación, que no figuran en el informe, la administración concursal dice lo siguiente en su escrito de oposición: " *(...) la relación de acreedores constituyen fotos fijas de la situación de la concursada en un momento determinado, mientras la realidad, inaprensible, está en constante movimiento: lo que hoy no existe mañana puede surgir debido al cambio de las circunstancias". "(...) La prueba de hechos precisos y riesgos concretos que exige la AEAT resulta imposible: implicaría la obligación de predecir todos aquellos desperfectos y obsolescencias derivados del uso durante un periodo prolongado de tiempo por venir".*
En fin, no consta, en absoluto, que la actividad de la concursada dependa de los derechos que fueron embargados por la AEAT antes de la declaración de concurso. Por todo lo expuesto, debemos estimar el recurso, dejando sin efecto la resolución recurrida. Como consecuencia de ello, deberán abonarse a la recurrente con cargo a la masa todas las cantidades de las que se hayan dispuesto indebidamente por la suspensión del procedimiento de apremio.": AAP Barcelona (Sección 15) 10.04.2014 (Auto 36/2014; Rollo 481/2013)

AP Zaragoza

"PRIMERO Sostiene la Abogacía del Estado que en determinadas fechas practicó el embargo de determinados créditos que la demandada tenía frente a terceras empresas, y que con posterioridad a los mismos ésta fue declarada en concurso voluntario, en concreto por Auto de 19 de enero de 2007, y con estos antecedentes solicita en el suplico de su demanda que se declare que "Los créditos dichos embargados con anterioridad al concurso no tienen el carácter de bien necesario y que por lo tanto deben ser entregados al órgano administrativo que los ha trabado". La Sentencia del Juzgado, atendiendo a la naturaleza de la sociedad demandada, una empresa de servicios, razona que debe ser el beneficio que se incluye en la facturación lo que debe entenderse como superfluo para la continuidad, y que las facturas que son objeto de embargo sean de los meses de septiembre, octubre y noviembre no es signo revelador de su innecesariedad para la continuidad de la actividad en cuanto una sociedad, en funcionamiento normal, no subsiste de la facturación inmediata sino que siempre cuenta con un remanente para ir cubriendo impagos y es la ausencia de tal remanente o la insuficiencia del mismo lo que conlleva la falta de liquidez que deriva en la situación concursal, ante lo cual, basándose en datos de la experiencia del Juzgado y en la misma prudencia, considera que puede cifrarse en torno al cinco por ciento, lo que supone en el caso 1.211,48 euros. Dicha Sentencia es recurrida por la Abogacía del Estado alegando como unos argumentos de carácter formal, como infracción de los artículos 208, 2 y 218, 2 de la Ley de Enjuiciamiento con relación al artículo 24 de la Constitución al alegar insuficiente motivación de la resolución que ha producido indefensión, y otros de carácter material, como el artículo 55 de la Ley Concursal en relación al artículo 217 de la Ley antes invocada.
SEGUNDO La resolución del tema en litigio, y más en concreto del recurso contra la Sentencia de instancia en los concretos términos en que ha sido planteado, exige una doble consideración. La primera exige la cita del artículo 55, 2 de la Ley Concursal, por el que resulta innegable ha de regirse en esencia la cuestión en litigio, y el entorno sistemático en el que precepto está articulado, llevando el mismo el título "Ejecuciones y apremios", para, después de exponer en su párrafo inicial que, habiendo sido declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, dispone textualmente a continuación que "Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración

del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". La segunda consideración ha de partir del concepto de "Necesidad", que, por ser contingente y variable, no puede ser determinado en abstracto, sin atender los hechos e incluso las circunstancias del caso concreto individualizado, pues lo que aquello que genéricamente puede ser necesario en cierto supuesto no lo ha de ser para otro, cualquiera que sea el grado de similitud con el anterior, y sobre este particular conviene señalar la Jurisprudencia menor emanada de las Audiencias Provinciales, en torno al motivo de oposición de necesidad propia causa de resolución del contrato de arrendamientos urbanos, ciertamente conocida, que señala que: "Por necesario se entiende no lo forzoso obligado e impuesto, sino aquello opuesto a lo superfluo y de grado superior a lo conveniente para conseguir un fin útil", o también la Sentencia del Tribunal Constitucional -Sala 1ª, 134/1990- de 19 de julio (RTC 1990, 134) al razonar que: "El concepto de "Necesidad", delimitado por el Tribunal Supremo inicialmente, y después por la reiterada doctrina de las diferentes Audiencias Provinciales, puede ser definido como lo equidistante entre lo obligado "stricto sensu" y lo que es mera conveniencia".
TERCERO Expuesto lo anterior, no deja de ser arriesgado en efecto señalar con datos de la sola experiencia judicial que bienes son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, bien por las dificultades propias del mentado concepto, bien por las añadidas con relación al ámbito propio empresarial, de claro contenido económico, que hubiera exigido un estudio de la situación contable de la sociedad concursada, e incluso también de la posición que los bienes embargados ocuparan en el ciclo financiero de la empresa, o cuando menos con la aportación de una documentación contable sumamente precisa, de tal forma que la necesidad pudiera quedar descartada cuando el destino en efecto se dirigiera sólo a obtener beneficios u obtener pagos ordinarios, pero ya la solución podría ser más dudosa en otros supuestos más extremos, cuando por ejemplo en aquellos en los que de no poderse utilizar esos bienes o derechos embargados fuera más difícil, o de dificultad superior a la media propia de un caso análogo, la obtención de un convenio o una liquidación ordenada, lo que impone un informe pericial muy completo sobre las circunstancias económicas presentes de la sociedad y de su posible evolución futura a corto y aún a medio plazo, o, más en detalle, si los bienes embargados son o no son suficientes -por eludir la dificultad implícita en el concepto- para la continuación de la empresa, incluyendo, asimismo, su posible repercusión en términos de probabilidad en el convenio que pudiera alcanzarse y aun más en su posterior cumplimiento. Desde otra perspectiva, solucionar el caso, de la complejidad antedicha, con datos prudentes obtenidos en la experiencia de un Juzgado Mercantil, desde luego muy dignos de valorarse, permitiendo el embargo en determinado porcentaje de la facturación, en torno al cinco por ciento, aun cuando partiendo de premisas perfectamente válidas sobre la naturaleza de la empresa y la imposibilidad económica de la subsistencia de la misma con el importe de su facturación inmediata, que en tal concepto han sido citadas y aceptadas, pero, al no resultar empíricamente comprable esa experiencia alegada, constituye dato que no es revisable por las partes, menos aun en el detalle porcentual que lo ha sido, ni puede ser objeto de crítica directa en el recurso que fue interpuesto, ni revisable ahora en su resolución, lo que en definitiva viene a constituir un defecto de motivación denunciado en el escrito de apelación, atendiendo que el hecho que no requiere prueba es el notorio, como tal conocido por todos, aquel que resulta genéricamente evidente, o el obtenido por la experiencia común o al menos constitutivo de una regla de sentido común -no obstante su evidente peligro-, pero no un dato conseguido en una práctica profesional muy concreta.
CUARTO Siguiendo con el razonamiento, citado el precepto legal que admite, no obstante la declaración del concurso, pueda el embargo subsistir por tratarse de bienes no necesarios para la continuidad empresarial, expuesto por lo dicho en el anterior fundamento que este concepto de necesidad no ha sido probado en la especificad del supuesto, como podría haberlo sido a través de la oportuna prueba pericial con la minuciosidad que debería haber sido exigida, o al menos con la aportación de una documentación contable precisa y sobre todo muy detallada, queda ya por determinar para perfilar definitivamente la cuestión, si esta prueba debería haber sido propuesta y practicada por la parte actora, o por la demandada, al objeto de extraer la consecuencia pertinente sobre la aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento, esto es, sobre la determinación de qué parte debería haberlo probado el hecho normalmente constitutivo de la pretensión y por el contrario no lo ha hecho. Constituyendo el precepto en comentario ante todo una excepción a la regla general consistente en no admitir ejecuciones de clase alguna sobre los bienes del concursado, expresión genuina del principio "Par conditio creditorum", debiendo recaer la prueba a practicar sobre la circunstancia particularizada de la concursada de su estado económico en un momento determinado y posibilidad de desenvolvimiento futuro, constituyendo por tanto datos de conocimiento de la demandada y obrantes en su documentación contable, quien por ello deberá valorar primeramente la conveniencia de la oposición a la pretensión actora y después la traslación de los hechos al órgano judicial en la oportuna fase bien a través de prueba pericial o documental justificando que son bienes necesarios para la continuidad de su empresa, comprendidos por tanto en la excepcionalidad de la norma, ha de concluirse por fin que esta prueba debería haber sido propuesta practicada por la entidad concursada demandada, ya al ser concepto el tan repetidamente señalado que de modo directo le afecta, ya por ser documentos que se encuentran a su disposición y por lo mismo cuya aportación y facilidad probatoria no debe ofrecerle dificultad alguna, aplicando así los números 3 y 6 del antedicho artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento.": SAP Zaragoza (Sección 5) 09.05.2008 (JUR 2008\339455; Sentencia 253/2008; Rollo 123/2008)

"No se discute en la alzada el requisito de la prioridad que establece elart. 55.1 LC, pues ambos contendientes se hallan de acuerdo en que tanto la providencia de apremio (notificación incluida), como el embargo de dicho concreto elemento patrimonial han sido anteriores a la declaración de concurso, sino el segundo de los requisitos que en forma negativa establece dicho precepto para que pueda se seguida la ejecución administrativa, esto es, que el bien trabado no resulte necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del sujeto a concurso.

El juzgador de primer grado sostiene que no concurre tal requisito en una parte del crédito perseguido, en concreto 434'75 ?. Al efecto razona que entre los bienes a que hace mención el precepto puede ser comprendido dinero metálico, que la decisión ha de ser tomada en función de las peculiaridades concretas del caso, y que en el presente caso, como la concursa en una sociedad de servicios debe entenderse como necesario el efectivo preciso para el pago de los salarios de los trabajadores, pues son éstos quienes garantizan la continuidad empresarial, concluyendo que "en una empresa de servicios, debe ser el beneficio que se incluye en la facturación lo que debe entenderse como superfluo para la continuidad. Partiendo de la anterior premisa, debe considerarse, desde una apreciación basada en la experiencia de este juzgado y en la propia prudencia, que este puede cifrarse en torno al 5% de la facturación".
SEGUNDO Por su carácter procesal debemos atender en primer lugar el motivo de apelación que achaca falta de motivación a la sentencia de primer grado, motivo que, a parte de que no provocaría otra consecuencia que la subsanación de dicha falta de motivación por la que haya de ser dada por esta Sala (art. 465 LC), no es de apreciar en el caso que nos ocupa, pues se puede discutir al mayor o menor acierto, o la menor o mayor extensión de las razones dadas por el juez de primer grado para motivar su decisión, pero la sola mención a los términos de la sentencia recurrida evidencian que cumple la exigencia de motivación que contiene elart. 218 LEC, entendida esta en los términos en que ha venido siendo interpretada por la jurisprudencia como dirigida a impedir una decisión arbitraria (STC 247/2006 (RTC 2006, 247)) mediante la obligación impuesta al tribunal de señalar de manera suficiente los motivos en que se funda (STEDH García Ruiz v España), pero que no comporta una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lleva al órgano judicial a adoptar una solución, sino que basta que sea suficiente para dar a conocer el motivo que justifica la decisión (STC 109/1992 (RTC 1992, 109)).
TERCERO En cuanto al fondo de la cuestión, se alega infracción delart. 55 LC, lo que exige desentrañar el sentido delart. 55.2 LC en la parte que dispone como excepción a la regla general de suspensión:
"Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieren embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor"
Más concretamente se trata de la interpretación que ha de ser dada a la expresión que destacamos con negrita.
En ella ha sido destacado que la valoración de la necesidad a que se hace referencia ha de hacerse en atención a la finalidad perseguida con la norma, que no es otra que conseguir la conservación de la actividad del concursado como mecanismo ordinario para la satisfacción de sus créditos (AAP A Coruña nº 120/2008 (JUR 2009, 242133)), de ahí que la doctrina haya entendido que debe referirse a elementos integrados en la organización de la actividad económica del deudor y han de ser necesarios para la continuidad de la misma, sin que baste su afección a ella (AAP Barcelona nº 56/2007 (JUR 2007, 204326)). La realización de tal valoración, por otra parte, corresponde aljuez del concurso (STS Sala especial de conflictos nº 5/2009 (JUR 2009, 335091), que reitera la doctrina sentada por las anteriores nº 3/2008 (RJ 2009, 1078) y 10/2006 (RJ 2007, 8690)), que ha de llevarla a cabo en atención a la situación individualizada del concreto deudor de que se trata, eludiendo criterios de carácter abstracto (SAP de esta Sala nº 253/2008 (JUR 2008, 339455)), por lo que no cabe excluir en todo caso como necesario el dinero metálico (AAP Barcelona nº 56/2007 (JUR 2007, 204326)), y que debe ser sometida a una interpretación restrictiva, dado que se trata de una excepción a la solución legislativa de permitir la continuidad de las actuaciones seguidas en la ejecución administrativa iniciada con anterioridad a la declaración del concurso.
De todo lo anterior resulta que se trata de una cuestión de hecho, sometida por tanto al principio de aportación de parte (art. 216 LEC), en la que la carga de la prueba ha de corresponder al deudor, pues es un elemento constitutivo de la pretensión de anulación de concretos actos de ejecución (art. 217 LEC ySAP de esta Sala nº 253/2008)).
En el caso, como destaca la Abogacía del Estado, no existe en la demanda incidental justificación alguna de la necesidad del concreto importe del crédito de cuya traba se discute, sino tan sólo una afirmación genérica, y menos una actividad probatoria desarrollada por el actor a fin de acreditarla, y el juzgador de primer grado la extrae de su experiencia personal, que le lleva a entender, con algún precedente judicial de primer grado, que debe ser tenido como necesario el 5% de toda la facturación de una empresa de servicios como la concursa, afirmación que contradice, por abstracta, la interpretación que hemos dado alart. 55.2 LC.
En consecuencia, no acreditada la necesidad de crédito embargado para la continuidad de la actividad del concurso, procede la estimación del recurso y la desestimación de la demanda incidental.": SAP Zaragoza (Sección 5) 21.09.2009 (JUR 2009/436716; Sentencia 457/2009; Rollo 370/2009)

2.4.1 Debe probarse la "no necesidad"

AP León

"PRIMERO.- El auto recurrido desestima recurso de reposición interpuesto contra elauto de fecha 9 de junio de 2010, que declara la necesidad para la continuidad de la actividad empresarial de la deudora de los bienes y créditos embargados en las diligencias de 27 de febrero, 12 y 17 de junio, 22 de septiembre de 2009, y 21 de enero, 22 de febrero y 1 de marzo de 2010 (expedientes de apremio 24/03/09/00127139 y 09/03/09/00095236 en las Unidades de Recaudación 24/02 de la Dirección Provincial de la TGSS de León, delegación de Ponferrada y 9/03 de Aranda de Duero.
Sostiene la parte recurrente, con base en lo dispuesto por elartículo 55 de la Ley Concursal, que aunque en la citada norma se establece como criterio básico la primacía de la ejecución general (en el seno del concurso) sobre las ejecuciones singulares (las seguidas a instancia de cualquiera de los acreedores), se admite como

excepción los procedimientos de apremio administrativo en relación con bienes que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Sobre la base de lo indicado, el auto recurrido estima que los bienes embargados son necesarios para la continuación de la actividad empresarial, y tal conclusión se impugna en el recurso de apelación interpuesto.
Tal y como se indica en el auto recurrido, la Tesorería General de la Seguridad Social toma como punto de partida que los bienes embargados no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial. Si elartículo 55 de la Ley Concursal es una excepción a la regla general, y supone una alteración del principio de unidad e integridad de la masa activa, debe ser interpretado de manera restrictiva, lo que supone, por una parte, que quien invoca la excepción alegue y justifique la concurrencia del supuesto de la norma, y, por otra parte, que la posibilidad de ejecución separada resulte de su potencial necesidad para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y no de su concreta e inmediata afección a la actividad productiva.
En el presente caso, la recurrente no expone por qué entiende que los concretos bienes embargados no resultan necesarios para la actividad empresarial, sin que sea suficiente una genérica invocación en sentido contrario. Por otra parte, y como se indica en el auto recurrido, los vehículos de tipo industrial afectos a la explotación, los inmuebles que constituyen la seda social, oficinas o almacenes son esencialmente necesarios para la actividad empresarial, y como se razona en el auto recurrido, los créditos de la concursada y su realización constituyen un aporte económico básico para evitar una definitiva imposibilidad de la continuidad de la actividad empresarial": AAP León (Sección 1) 09.03.2011 (JUR 2011/168964; Auto 14/2011; Rollo 14/2011)

AP Toledo

"Aunque se atendiera a la interpretación de la apelante acerca de que la fecha a la que ha de tenerse en cuenta para considerar que la ejecución administrativa debe continuar pese a la declaracion del concurso es la de la providencia de apremio que siendo anterior a la declaración concursal permite la aplicación de esta excepción al principio general de suspensión tras la declaración del concurso de las ejecuciones singulares debe considerarse que el carácter imprescindible de los bienes o derechos para la continuidad de la actividad del concursado es una cuestión de hecho a determinar en el caso concreto y la integración o no de este requisito no es posible de discernirse simplemente de lo que obra por la providencia de apremio que no afecta a ningun bien concreto del patrimonio del concursado y permite actuar sobre todo su patrimonio, de forma que si solo atendiendo a la fecha anterior de dicha providencia a la declaración del concurso, se permite sin mas seguir la ejecución administrativa, puede darse lugar a que embargos posteriores trabados tras aquella providencia en el procedimiento de ejecución que continua recaigan sobre bienes y derechos que conforme al art 55 y a este requisito de la necesidad de los bienes para la continuación de la actividad del concursado hubieran debido determinar la suspensión de aquella ejecucion singular y ello ya sin mas control en el concurso si solo se atiende, como pretende la apelante, a la fecha de la providencia de apremio para dar lugar a que todo lo que haya sido objeto de cobro en la ejecución administrativa ni siquiera pueda tenerse ya como integrable en el activo de la masa concursal como se pretende en el recurso, excluyéndolo solo por aquella consideración de la fecha de inicio del procedimiento de ejecución administrativa (providencia de apremio) del mismo inventario del patrimonio del concursado a los fines del concurso. Por ello, incluso las sentencias que cita la apelante en su recurso en apoyo de esta pretensión determinan que no basta con que considere por si la Hacienda Publica que su providencia de apremio es anterior al concurso para seguir la ejecución singular sino que ademas debería constar que los bienes o derechos concretamente embargados, ya tras el concurso, en la ejecución independiente a este concurso que defiende que debía continuar, no eran necesarios para la continuación de la actividad empresarial, porque esto tambien es requisito esencial para la aplicación de la excepción a la regla general de la suspension, sin lo cual no podía seguir y culminarse la ejecución singular por su propia y unilateral decisión de forma independiente al concurso y sin que conste que cumplia todos los requisitos que la Ley Concursal establece y que no solo son el de la fecha concreta de la iniciación de la ejecución administrativa. Esto no se ha producido en este caso por lo que es evidente que no se encuentra amparada la apelante para que su pretensión de exclusión de la misma como deudora en el concurso por el importe de lo por ella cobrado.En conclusión, laregla general del art 55 de la LC suspende cualquier ejecución administrativa que no puede seguir contra el patrimonio del concursado si es iniciada después de la declaración del concurso o iniciada antes, pero habiendo trabado para el cobro bienes que consten necesarios para la actividad empresarial, de forma que ademas de ser anterior en el tiempo la fecha de la providencia de apremio y de la iniciación de la ejecución administrativa, los embargos de derechos y su consiguiente cobro sobre los mismos por parte de la administración publica requiere la previa determinación en el marco del concurso de que se reúne esta condición negativa de que aquellos bienes o derechos no son necesarios para la actividad empresarial del concursado y solo asi la ejecución singular puede continuar hasta obtener las resultas de aquel embargo. La pretensión aquí esgrimida de que simplemente atendiendo solo a la fecha de la providencia de apremio administrativa haya de entenderse que la ejecución singular fue correctamente continuada y que los cobros a través de los embargos que la administración publica ha obtenido son ajustados a derecho y por ello no puede ser deudora por el importe de los mismos del concursado, no puede ser acogida, sin que tampoco a raíz de sostener esta pretensión concreta se haya venido a alegar en concreto y demostrar por la apelante si los derechos que embargó y cobró eran de los que no son imprescindibles para la actividad del concursado, siendo que a tal fin no es acogible lo alegado en el recurso acerca de que la concursada ha entrado en fase de liquidación en 2009 cuando aparece que aquellos embargos culminados en cobros son de fecha un año anterior a esta liquidación momento aquel en que no existe prueba de la inexistencia de toda actividad en el concursado.": SAP Toledo 23.03.2011 (JUR 2011/189723; Sentencia 101/2011; Rollo 9/2010)

2.5 Colección obras de arte en balneario de lujo

AP Barcelona

"Carácter necesario de los bienes embargados por la TGSS
4. Como es sabido, el art. 55 LC prescribe como efecto consiguiente a la declaración de concurso, la paralización de las ejecuciones ya iniciadas sobre bienes del deudor concursado y la prohibición de que se inicien otras nuevas. Esta prohibición alcanza a las ejecuciones judiciales y extrajudiciales. Una de las excepciones a esta regla general lo constituyen los procedimientos administrativos de ejecución respecto de los bienes del concursado ya embargados antes de la declaración de concurso. Esta excepción tiene a su vez una salvedad, pues, para que opere esta excepción, es preciso que los bienes embargados " no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ".
En nuestro caso, antes de que fuera declarado el concurso de BLANCAFORT, S.L. por Auto del día 8 de mayo de 2008, la TGSS había embargado una relación de obras de arte y decoración que estaban instaladas en el establecimiento hotelero titularidad de BLANCAFORT, S.L. (ff. 22-46), por un valor aproximado de 3.000.000 euros.
A instancia de la propia TGSS, en aplicación de la doctrina contenida en la Sentencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2006, el Juez del concurso se pronunció sobre el carácter necesario de los bienes embargados a los efectos de la continuación de la actividad económica del deudor, mediante una Providencia de 19 de mayo de 2010. Este criterio fue reiterado por Auto de 19 de julio de 2010, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra dicha Providencia. En este Auto, el Juez mercantil argumentó que los bienes embargados son "centenares de cuadros, esculturas, litografías y figuras, que por su número y su ubicación en todas las estancias del balneario hay que entender que comprenden la totalidad de los elementos decorativos del inmueble", y que, por tratarse de un hotel de lujo, dejaría de serlo si se le desposeyera de todos estos elementos decorativos. También advertía que estaba dispuesto a reconsiderar su posición respecto de algún bien concreto y determinado, que constituyera una auténtica obra de arte de un especial valor, y así se acreditara.
Impugnada esta decisión, la Sala entiende que el criterio seguido por el juzgado concursal es adecuado. Basta revisar la relación de objetos embargados en la diligencia de embargo para advertir que, efectivamente, son centenares de elementos decorativos, probablemente todos los que constituían el ornato del establecimiento hotelero. Establecimiento que, según se desprende del propio plan de liquidación, sigue abierto y en explotación, pues se pretende su venta como empresa o unidad productiva. Es lógico que un establecimiento hotelero de lujo tenga elementos de decoración de cierto valor, adecuados a su categoría, pues son los que el consumidor desea encontrar. Despojar de todos estos elementos al establecimiento hotelero o balneario impediría de facto su explotación, pues estos elementos son parte esencial que no pueden ser extraídos sin ser sustituidos por otros de similar calidad. En este contexto, tiene razón el juez mercantil cuando concluye que se trata de bienes necesarios para la continuación de la actividad económica del concursado, porque no cabe continuar explotando el balneario sin sus elementos ornato.
Como apunta con gran agudeza el juez mercantil, el anterior criterio es compatible con que si existe algún objeto singular de especial valor económico, por tratarse de una obra de arte, este objeto pueda ser excluido de esta calificación de bien necesario. Acogiéndose a esta apreciación, la TGSS introduce un nuevo elemento de juicio en su recurso de apelación, pues llama la atención de que uno de los objetos embargados es una escultura de bronce de la "Infanta Margarita" de Manolo Valdés, valorada en 250.000 $. Conviene advertir que en primera instancia no se juzgó si algún determinado objeto no era necesario por tratarse de una obra de arte de especial valor, sino si la totalidad de los bienes embargados que constituían el ornato del establecimiento hotelero eran bienes necesarios o no para que pudiera continuar su explotación económica. Ha sido después de lo manifestado por el juez mercantil en el auto recurrido, que la TGSS ha resaltado que uno de los bienes tiene un valor artístico y económico especial.
El criterio de la Sala es confirmar la decisión del juez del concurso, sin perjuicio de que la TGSS, haciendo uso de la aclaración contenida en el Auto de 29 de julio de 2010, pueda pedir la exclusión de ese concreto bien acreditando entonces la autoría y valoración de dicho bien, así como la posibilidad de su sustitución por otro, sin que ello repercuta en una pérdida relevante para la imagen del establecimiento, que incida en su explotación.": AAP Barcelona (Sección 15) 18.01.2012 (Auto 7/2012; Rollo 513/2011)

3. Competencia para determinar el carácter "necesario" del bien. Posible conflicto de jurisdicción

Nota
Vid. el nuevo art. 56.5 introducido por ley 38/2011
Vid. las sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, art 55.1, apartado 0.

"TERCERO.- Es parecer de este Tribunal que corresponde al juez del concurso la determinación de la necesidad del bien a los efectos de las ejecuciones pendientes partiendo de la universalidad del concurso (artículo 49 LC) y de que la norma en cuestión contiene una regla general de suspensión y varias excepcionales de continuidad en la ejecución. Al juez del concurso le corresponde decidir la continuidad o no de la actividad profesional o empresarial (art. 44.4 LC). Todo ello parte de un principio de la nueva norma concursal como es la continuidad de la actividad profesional o empresarial como criterio general y el control de la Administración concursal (como órgano del concurso) y de la autoridad judicial del concurso quien decidirá, en función de los criterios legales, cual es la situación y solución a cada situación de la empresa o actividad. Sin perjuicio de la posibilidad de Conflicto de Jurisdicción que pudiera plantearse procede por tanto determinar

que, tal y como señala elartículo 8.1,3 y 4 LC, la competencia para determinar la necesidad del bien para la continuidad de la actividad empresarial o profesional corresponde al Juez del Concurso.”: Auto AP Barcelona 26.02.2007 (Sección 11) (JUR 2007/204326) [Sección no concursal, obiter dicta]

“4. Artículo 55.1-2º.- ¿A quien corresponde determinar si los bienes objeto de embargo no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, al Juez del concurso o al Juez o autoridad administrativa que conoce de la ejecución? En caso de discrepancia, ¿Cómo se soluciona el conflicto?
Sabemos que el art. 55.1.1º establece la prohibición de que, iniciado el concurso, puedan iniciarse ejecuciones singulares, judiciales ni extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del concursado, y que el art. 55.2 establece respecto de las actuaciones que se hallaren en tramitación, que quedarán en suspenso, desde la declaración de concurso, sancionando con nulidad las actuaciones que se practiquen en contravención de lo anterior (art. 55.3 LC). Ahora bien, el párrafo 2º del art. 55.1 LC, contiene una excepción, al permitir que puedan continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Casi con unanimidad se acordó que la decisión debería corresponder al Juez de lo Mercantil, quien estará en mejores condiciones para resolver, porque tendrá un mayor conocimiento de dicha actividad, aunque se reconoce que la LC no contiene una previsión específica al respecto y que podrán surgir conflictos. En cualquier caso, quien verdaderamente dispondrá de los conocimientos necesarios sobre la actividad empresarial o profesional del deudor será la administración concursal. La administración concursal podrá solicitar del juez del concurso que requiera al juez de lo social o autoridad administrativa que conozcan de la ejecución para que no la continúen sobre dichos bienes por ser necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. En caso de ejecución laboral, la administración concursal también podrá plantear cuestión prejudicial mercantil ante el juez de lo social que esté conociendo de la ejecución, al amparo de lo previsto en el art. 4.1 LPL, en su redacción dada por la DF 15ª LC (que establece como salvedad al conocimiento por el juez de lo social de las cuestiones prejudiciales, lo previsto en la LC). Esta cuestión prejudicial determinará la suspensión de la ejecución laboral hasta que por el juez del concurso se decida la cuestión. En caso de conflicto, si la discrepancia surge con el Juez de lo Social, seplanteará un conflicto de competencia a resolver por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (arts. 42 LOPJ), a sustanciar por los trámites previstos en los arts. 43 a 50 LOPJ; y si surge con la autoridad administrativa, el conflicto habrá de resolverse por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art. 38 LOPJ). “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDASESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, B, 4.

“ A) ¿Cuál es el Órgano competente para decidir que los bienes objeto de embargo resultan o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor? Al respecto, si bien la Ley Concursal no aclara la cuestión, parece evidente que el único órgano capaz de decidir sin un concreto bien o derecho de los embargados a la UD Las Palmas resulta o no necesario para la continuidad de su actividad empresarial es el Juez de lo Mercantil que conoce del concurso de acreedores, puesto que sólo dicho órgano judicial, con el lógico asesoramiento de los administradores concursales, tiene un conocimiento preciso y detallado sobre cuál es la actividad empresarial de la entidad concursada y sobre cuáles son los motivos y razones que han llevado a la misma a la situación de insolvencia que, a su vez, ha determinado su actual sometimiento al procedimiento concursal. Ello significa que únicamente el Juez de lo Mercantil que conoce del proceso concursal puede valorar, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, si un determinado bien o derecho embargado a la UD Las Palmas resulta o no necesario para la continuidad de su actividad empresarial.”: Auto JM-1 Las Palmas 03.01.2005

“Se ha discutido por la doctrina, al respecto, cual es el órgano competente para determinar la necesidad del bien en referencia a la administración o al juzgado de lo social. En la actualidad existe planteado una Cuestión de Conflicto entre la Administración Tributaria y un Juzgado Mercantil. La primera argumentaba su competencia mientras que el segundo determinaba que corresponde al juez del concurso resolver sobre dicha necesidad.
Es parecer de este juzgador que corresponde al juez del concurso la determinación de la necesidad del bien a los efectos de las ejecuciones pendientes partiendo de la universalidad del concurso (artículo 49 LC) y de que la norma en cuestión contiene una regla general de suspensión y varias excepcionales de continuidad en la ejecución. Al juez del concurso le corresponde decidir la continuidad o no de la actividad profesional o empresarial (art. 44.4 LC, la intervención o suspensión de las funciones de la administración social (artículo 40 LC), la decisión sobre las relaciones laborales y de alta dirección de la actividad profesional o empresarial (artículos 64 y 65 LC). Todo ello parte de un principio de la nueva norma concursal como es la continuidad de la actividad profesional o empresarial como criterio general y el control de la Administración concursal (como órgano del concurso) y de la autoridad judicial del concurso quien decidirá, en función de los criterios legales, cual es la situación y solución a cada situación de la empresa o actividad. Sin perjuicio de la posibilidad de Conflicto de Jurisdicción que pudiera plantearse procede por tanto determinar que, tal y como señala el artículo 8.1,3 y 4 LC, la competencia para determinar la necesidad del bien para la continuidad de la actividad empresarial o profesional corresponde al Juez del Concurso, una vez declarado el mismo”: **Auto JM-1 Málaga 22.07.2005 (Concurso 79/2005)**

"Cuarto. En último lugar, se halla el debate sobre quién sea competente para decretar esa necesidad del bien embargado --lo mismo cabría estudiar para el decreto de los otros presupuestos de la norma, pero al ser tan objetivos y fácilmente susceptibles de fijación, no se consideran--.
Hay quienes opinan que siempre debe ser el Juez de lo Mercantil, porque suya es la competencia ejecutiva de la que resulta excepción el art. 55.1. pfo. 2.º LECO, como una suerte de prórroga en favor de ciertos ejecutores singulares, al estilo de acumulación de declarativos de art. 51.1 LECO; otros se inclinan por conceder la decisión exclusiva al Recaudador o al Juez de lo Social, en tanto que ejecutores en su ejecución, y posiblemente más enterados de la real importancia de lo embargado y de las oportunidades de continuidad de la empresa; y en fin, quienes proponemos que no hay ningún órgano que se imponga por la norma al otro, sino que las circunstancias pueden ser valoradas por cada cual, equidistante el mandato legal a los Juzgados de lo Mercantil y a esos ejecutores excepcionalmente exentos del concurso.
En cualquier caso, no habrá cuestión cuando aparezca conteste la resolución del ejecutor extraconcursal y la del Juez del concurso, porque cuando no, sea cualquiera de las predichas tesis la buena, al no existir mecanismos por los que los órganos respectivos deban secundar las instrucciones que se dirijan entre ellos, nacerá un conflicto de jurisdicción o competencia.
Los conflictos no surgen sólo cuando dos órganos sostienen que detentan potestad atributiva para resolver una cuestión (positivo), o ninguno de los excitados por la parte interesada se considera facultado (negativo), sino también cuando aparece una incompatibilidad física o jurídica en el ejercicio simultáneo de competencias. Entre la ejecución singular, cuya competencia para la U.R.E. no se discute, y el procedimiento concursal, cuya correlativa competencia para el Juez de lo Mercantil tampoco es dudosa, media una incompatibilidad jurídica, ya que la apertura del juicio universal enerva la potestad de los órganos ejecutores para agredir el patrimonio del deudor.
Pero dicha incompatibilidad técnica, regulada en art. 55 LECO puede ser valorada de diferente forma por el Recaudador y el Juez concursal, y si de la comunicación que le dirija el segundo al primero, no hay conformidad, se provocará por la colisión de potestades estatales, una jurisdiccional, y otra de la Administración Pública, un conflicto de jurisdicción, puesto que ésta retiene en nuestro sistema la autotutela declarativa y ejecutiva, declarando el crédito público bajo presunción de legalidad, mediante actos dotados de ejecutoriedad a través del procedimiento de apremio, bien que fiscalizables por el orden contencioso-administrativo. El régimen de conflictos se contempla en LO 2/1987, de 18 de mayo, y este Juzgado podría requerir de inhibición ex art. 9.1 de dicho texto legal, y el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción resolvería por sentencia, la cual nos ilustraría, si no hay en verdad conflicto, y por ende, siempre prevalece la resolución del Juez del concurso, o menos verosímil, que lo hace el Recaudador en su apremio, o bien que lo hay, entrando a caracterizar --curiosamente para un órgano de este carácter--, qué es un bien necesario para la continuidad de la actividad de Covitra, S.L.
Aunque en el preciso asunto que nos ocupa pudiera obviarse el conflicto de jurisdicción, dado que como el embargo administrativo parece que se refiere a las resultas de la realización de un crédito que ejecuta este mismo Juzgado, decidiéndose que el procedimiento de la U.R.E. tiene que suspenderse, la nulidad de pleno Derecho prevenida por art. 55.3 LECO arroparía que se prescindiera de cumplimentar una orden de retención que se recibiera.
En cualquier caso, por lo razonado, no se requerirá de inhibición, y se actuará en consecuencia en las ejecuciones implicadas. ": Auto JM-1 Alava (Vitoria) 28.11.2005 (AC 2006/301)

"TERCERO Respecto a quién corresponde decidir si los bienes embargados resultan necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor unos entienden que al Juez del concurso, en tanto que otros, por el contrario, a la autoridad administrativa o al Juez de lo social que conoce de la ejecución, aduciéndose que sea el Juez del concurso, ya que es quien se encuentra en mejor situación para valorar la naturaleza de los bienes que forman parte de la masa activa y como puede repercutir su ejecución en el proceso productivo del concursado en tanto que otros alegan que ha de ser la autoridad que conoce de la ejecución, al tratarse de una incidencia de su proceso ya que es regla general la de dice que quien conoce de un proceso extiende su competencia a sus incidencias, y, en definitiva, si sigue adelante o no con la ejecución separada.
En todo caso entiendo, que dado que se trata de definir un elemento que en definitiva es el que atribuye jurisdicción (en el supuesto del apremio administrativo) o competencia objetiva (en la ejecución laboral) si un órgano no acepta la decisión adoptada por el otro, la solución no es otra que la de un conflicto de jurisdicción entre la Admón ejecutante y el juzgado del concurso, que se planteará en los términos de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio y a resolver por el órgano colegiado previsto en el art. 38 LOPJ o bien un conflicto de competencia entre el juzgado social ejecutante y el juzgado del concurso, a tramitar con arreglo al art. 43 y ss. de la LOPJ y a resolver por la Sala de conflictos de competencia del TS del art. 38 LOPJ. ": Auto JM-1 Alicante 23.03.2006 (AC 2006\372)

"Con relación a lo primero, es decir, sobre quién sea competente para decretar esa necesidad del bien embargado, puesto que los otros presupuestos de la norma son objetivos y fácilmente susceptibles de fijación, y no requieren especial estudio, las sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción desde la de primera "ad hoc" de 22 de diciembre de 2006 (A38/004/2006) se han inclinado por mantener que siempre debe ser el Juez de lo Mercantil, desde la propia definición de las potestades administrativas y de los fines solutorios conservacionistas del concurso.
La competencia ejecutiva es primaria y generalmente del Juez del concurso, de la que resulta excepción el art. 55.1.pfo.2° LECO, como una suerte de prórroga en favor de ciertos ejecutores singulares, al estilo de acumulación de declarativos de art. 51.1 LECO.": Auto JM-2 Bilbao 14.02.2008 (Concurso 208/2007)

“PRIMERO La TGSS puso declinatoria por falta de jurisdicción del juzgado de lo mercantil para la resolución de la cuestión controvertida basándose en que el procedimiento administrativo de apremio es de naturaleza exclusivamente administrativa quedando sujetos en lo relativo a su control jurisdiccional a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, que la concursada ha acudido a la vía administrativa y posteriormente contencioso-administrativo y que no resulta aplicable la vis atractiva delartículo 86 ter LOPJ.
La administración concursal se opuso alegando que la competencia es exclusiva y excluyente del Juzgado de lo Mercantil en aplicación de losartículos 8 y 9 LC.
La concursada se opuso a la declinatoria alegando que la interposición del recurso contencioso-administrativo se realizó con posterioridad a la solicitud de nulidad.
SEGUNDO De conformidad con elartículo 86 ter 1.3º LOPJ y elartículo 8 LC la competencia del juez del concurso es exclusiva y excluyente respecto a toda ejecución frente a los bienes y derechos de la concursada cualquiera que sea el órgano que la hubiese decretado.
Por otro lado, elartículo 9 LCextiende la jurisdicción del juez del concurso a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del concurso.
Por otro lado, elartículo 55establece que declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Continúa señalando que podrán continuarse aquellos procedimiento administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes embargados no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Añade en el número tercero que las actuaciones que se practiquen en contravención de lo anterior serán nulas de pleno derecho.
TERCERO Oídos los argumentos de las partes procede la desestimación de la declinatoria por falta de jurisdicción. Esto por cuanto la administración concursal fundamenta su petición en elartículo 55 LC relativo a la ejecución sobre bienes de la concursada. De conformidad con dicho precepto y delartículo 8 LCha de concluirse que el competente para la resolución que nos ocupa es el Juzgado de lo Mercantil a quien le corresponde decidir sobre la necesidad o no de los bienes concretos embargados para la continuación de la actividad de la concursada.
Esta solución es la que da laSentencia de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 8690)del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, que otorga la competencia al Juzgado del Concurso para decidir si los bienes integrantes en el patrimonio del deudor son necesarios para la continuación de su actividad, lo que conlleva implícitamente que reconoce su jurisdicción para ello. Siendo competente para esto, también lo es, en consecuencia, para resolver en aplicación delartículo 55.3 y 8 LC sobre la posible nulidad de los actos de ejecución por infracción delartículo 55.1 LC.
En último término, el recurso ante la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria fue interpuesto con posterioridad a la solicitud de nulidad presentada ante este órgano por la administración concursal. Su interposición, en modo alguno modifica las reglas sobre competencia derivadas delartículo 86 ter LOPJ y 8LC ni excluye la de este órgano para el conocimiento de la pretensión deducida.
Por todo lo anterior, procede desestimar la declinatoria de jurisdicción opuesta.”: AJM-1 Santander (Cantabria) 04.03.2008 (JUR 2009/84447)

4. Incidencia de la fase de liquidación:

4.0 Resoluciones anteriores a la reforma por Ley 38/2011

4.0.1 ¿Procede la prosecución del apremio administrativo sobre bienes ya no necesarios al abrirse la liquidación?

4.0.1.1 Sí procede

AP Alava

“PRIMERO.-Los términos de la discrepancia
La Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS), recurre la decisión del juzgado, que no le autoriza a continuar ejecución separada de dos bienes, un inmueble y un vehículo, pese a que la empresa carece de actividad, ejecución iniciada con anterioridad a la declaración de concurso. Considera indebidamente aplicada la nueva redacción del segundo párrafo del art. 55.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que a partir de la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, dispone que la continuación del procedimiento administrativo iniciado previamente al concurso no puede continuar a partir de la aprobación del plan de liquidación. En su opinión la DT 1ª de la Ley 38/2011 impide tal aplicación, debiendo estarse a la redacción originaria, que no especificaba ninguna limitación temporal.
Nadie ha impugnado el recurso, de modo que la cuestión que se suscita es, efectivamente, de aplicación transitoria de la norma.
SEGUNDO.-Sobre la limitación temporal de la ejecución administrativa separada
La regulación originaria del segundo párrafo del art. 55.1 LC disponía " Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio... ". A partir de la reforma de dicho precepto en la Ley 38/2011, lo que dice es " Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquéllos procedimientos administrativos...". Como en este caso ya se había aprobado el plan de liquidación al resolverse la solicitud, el juzgado entiende que no es procedente permitir la continuación

del procedimiento administrativo de ejecución iniciado antes de la declaración de concurso, pese a que tanto la providencia de apremio como la diligencia de embargo son anteriores al mismo, y los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor concursado, que al plantearse la solicitud había cesado en su actividad.
La cuestión ha de resolverse aplicando la norma que proceda, puesto que el concurso se declara por auto de 16 de noviembre de 2011. Al respecto la DT 1ª de la Ley 38/2011, dispone, en su apartado 1, que la reforma se aplica a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor, que la D.F.3ª señala es el 1 de enero de 2012. El concurso de autos es anterior, por lo que, con carácter general, se rige con la normativa anterior a la reforma de la Ley 38/2011.
La DT 1ª.2 de la mencionada reforma especifica, no obstante, que hay previsiones de la misma que entran inmediatamente en vigor. Todas ellas se relacionan de modo detallado, y ninguna afecta al art. 55.1 LC. Tampoco las demás disposiciones transitorias atañen al precepto comentado, de modo que la redacción que tuvo que ser tenida en cuenta para resolver es la anterior a la reforma, y no el texto modificado.
Dicha redacción no impedía que la ejecución administrativa separada que cumpliera los requisitos del art. 55.1 LC, es decir, que se hubiera iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, si se hubiera dictado providencia de apremio embargando bienes del concursado no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor, pudiera seguir surtiendo efecto incluso aprobado el plan de liquidación. Esa limitación temporal se adopta para solicitudes que se presenten a partir del primero de enero de 2012, lo que no es el caso pues el concurso se declara en noviembre de 2011.
En consecuencia el incidente debe ser resuelto aplicando la normativa anterior a la reforma, lo que impide rechazar la autorización por el motivo que contiene la resolución impugnada.”: SAP Alava (Sección 1) 05.02.2013 (Sentencia 52/2013; Rollo 730/2012)

AP Baleares

“SEGUNDO.- Para una adecuada resolución de las novedosas cuestiones planteadas ante esta Audiencia Provincial procede recordar que, en este caso concreto, el concurso voluntario de "Elimsa" fue declarado a 28-febrero-05, que el Plan de Liquidación fue suspendido a 28-julio-06, que las subastas a celebrar el 18-marzo-05 fueron precedentemente suspendidas, tras solicitud y a condición de levantar la suspensión si no se aprobaba el convenio y se acudía a la liquidación, que la solicitud de concurso voluntario se basaba en la continuidad de la empresa (artº 55.1.2 de la L.C), en que las deudas, a 31-12-04, ascendían ante la Tesorería General de la Seguridad Social a 991.820,97 Euros, y ante la Hacienda Pública a 1.820.499,41 Euros y que los procedimientos de apremio estaban iniciados, que la propuesta de convenio del deudor fue unánimemente rechazada, que ha sido aperturada de oficio la fase de liquidación, que se ha dictado Auto de extinción de relaciones laborales a 6-marzo-06, y subsiguiente homologador de indemnizaciones laborales a 14- junio-06, que concuerdan los acreedores y la Administración Concursal que las providencias de apremio (en realidad debería ser la notificación de las mismas) son de fecha anterior a la declaración de concurso y que, aperturada la liquidación, y extinguidos los contratos de trabajo, los inmuebles ya no son necesarios para la actividad empresarial ni, objetivamente, para la continuidad de la empresa, excluyéndose en el caso la excepción a la excepción que recoge el últimoinciso, del párrafo segundo, apartado 1, del artº 55 de la Ley Concursal, sobre ejecuciones y apremios, a que posteriormente se hará específica referencia.
TERCERO.- Como cuestión previa hay que referirse a la peculiar articulación temporal realizada por el legislador en relación con la entrada en vigor de laLey Concursal (el 1 de septiembre de 2004) y la nuevaLey General Tributaria (el 1 de julio de 2004), pues, paradójicamente, aquélla modifica algunos preceptosde la vigenteLey General Tributaria (disp. Final 11ªLC) que, precisamente, es derogada por la nueva Ley General Tributaria; es decir, hay artículos modificados por la Ley Concursal de la actual Ley General Tributaria que ni siquiera llegarán a entrar en vigor, pues cuando debería producirse dicha entrada en vigor -el 1 de septiembre de 2004- ya estarán derogados por la nueva Ley General Tributaria. Asimismo, la remisión que hace la nueva Ley General Tributaria a laLey Concursal (arts. 77.2, 164.2, LGT-03) hay que interpretarla conjuntamente con lo establecido en ladisposición adicional octava de aquella Ley, que establece que habrá que atender a lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento. Ello determina que, a pesar de las citadas referencias a la Ley Concursal contenidas en la nuevaLey General Tributaria, entre el 1 de julio y el 1 de septiembreserá de aplicación lo establecido en la normativa vigente relativa a los procedimientos concursales (así como a los procedimientos concursales iniciados con anterioridad al 1 de septiembre de 2004 en los términos previstos en la disp. Trans. 1ª LC).
Cuando se analiza la posición de la Hacienda Pública en los procedimientos concursales se le reconoce su condición privilegiada, tanto en la vertiente formal o procedimental como en relación al carácter singular o preferente del crédito tributario en relación con otros créditos en cuanto a su graduación u orden de prelación para su cobro (privilegio material o sustantivo). En el primer aspecto, se destaca la preferencia procedimental de la Hacienda Pública en los procedimientos concursales, que le ha permitido, no sólo proseguir la ejecución separada del correspondiente bien o derecho del deudor (el llamado derecho de ejecución separada -o separatio ex iure crediti-) sino, además, aplicar para ello las normas administrativas del procedimiento de apremio (<<autotutela ejecutiva>>), lo que supone que la atracción que despliega el procedimiento concursal respecto a otras ejecuciones cedería en caso del crédito tributario.
Pues bien, la nueva normativa concursal, respondiendo a la filosofía de procurar y mantener la posición de igualdad de todos acreedores concursales, matiza considerablemente esta preferencia procedimental de la Hacienda Pública, pues, si bien se reconoce, por un lado, la posibilidad de ejecución separada -al margen del procedimiento concursal- del crédito tributario (art. 55.1 LC), por otro, consolida la regla de la denominada vis atractiva de los procedimientos concursales sobre el resto de procedimientos de ejecución, lo que se manifiesta en la atribución en exclusiva al Juez de lo Mercantil -no ya los órganos de la Administración tributaria en

aplicación de las normas tributarias de recaudación- de proceder a la ejecución del crédito tributario (art. 86 ter, ap. 1º,3º LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -que ha sido introducido por la citada LO 8/2003, de 9 de julio- yart. 8.3º LC).
En efecto, según elart. 55.1 LC, una vez declarado el concurso, no se podrán iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor; no obstante, el propio precepto prevé que podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio - y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado- con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Por su parte, elart. 86 ter, ap. 1º, 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y elart. 8.3º LCestablecen que corresponderá de manera exclusiva y excluyente al Juez de lo Mercantil, como juez del concurso, efectuar toda ejecución frente a los bienes y derechos del concursado, con independencia de los órganos o autoridades que la hubieran ordenado -entre los que se encuadran también los de la Hacienda Pública-.
Por lo tanto, si tiene lugar la concurrencia entre el procedimiento de apremio tributario y un concurso, con la nueva regulación se <<elimina>> el pretendido carácter exclusivamente administrativo de aquél (art. 163 LGT 03-id.Art. 129.1 LGT 63-), y se atribuye en exclusiva seguir con la ejecución -separada- del crédito tributario al Juez de lo Mercantil, lo que supone, en definitiva, que la Administración tributaria ha perdido la prerrogativa procedimental de la autotutela ejecutiva, esto es, el privilegio de seguir con el procedimiento administrativo de apremio al margen de los procedimientos concursales de acuerdo con las normas administrativas tributarias. Sin embargo, la claridad de este esquema es aparente, pues la nueva regulación genera una serie de dudas que, aunque sea de manera esquemática, pasamos a exponer, a continuación:
1º. La Ley Concursal establece el principio general de la vis atractiva de los procedimientos concursales sobre el resto de procedimientos de ejecución, y, en particular, sobre los procedimientos de apremio tributarios contra el patrimonio del deudor (art. 55.1 párr.1º).
2º. No obstante, como excepción a esta atracción del procedimiento concursal respecto a los otros procedimientos de ejecución, la Ley Concursal contempla la posibilidad de continuar, separadamente -por el juez del concurso-, los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio, siempre que se den las siguientes dos condiciones: que la providencia de apremio sea anterior a la fecha de declaración del concurso y que los bienes objeto de embargo o ejecución no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 55.1, párr.2º).
La primera condición -que la fecha de la providencia de apremio sea anterior a la del auto judicial de declaración de concurso-, se corresponde con lo previsto en la nueva Ley General Tributaria (art. 164.1 b). Como puede observarse, tanto la Ley Concursalcomo la nueva Ley General Tributaria toman como acto determinante la providencia de apremio, esto es, el acto que inicia e impulsa el procedimiento de apremio, que tiene la misma fuerza ejecutiva que una sentencia judicial y que debe notificarse al deudor (aps 1 y 2art. 167 LGT 03), si bien, respecto a esto último, a efectos de determinar la preferencia del apremio sobre el concurso, prevalece el <<criterio>> de validez del acto -esto es, el momento o fecha de la providencia- sobre el de eficacia -fecha de notificación de la providencia-, en principio.
De esta manera, se viene a acabar con la polémica doctrinal, derivada en buena medida de la confusión generada por la actual regulación, sobre cuál debía ser el acto -y momento- determinante a efectos de determinar la preferencia procedimental del procedimiento administrativo de recaudación sobre los procedimientos concursales: si la providencia de embargo, que ciertamente parece ser el criterio que se deriva de la actual regulación positiva (art. 129.3 b) de laLGT 63 en relación con el art. 95.1 a) del RD 1684/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación -RGR, en adelante-), o la diligencia de embargo, como acto de efectiva traba o afección de bienes o derechos (cuestión sobre la que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción se ha mostrado vacilante, decantándose, en unas ocasiones, por la providencia de embargo-sentencia de 18 de junio 1999, entre otras- postura por la que se decanta el Tribunal Económico-Administrativo central -entre otras, Resoluciones de 23 de octubre de 1997, 18 de diciembre de 1997, 11 de febrero de 2000-, y en otras por la diligencia de embargo -sentencia de 23 de junio de 1998, entre otras-).
En todo caso, cualquiera que sea la postura al respecto, lo que resulta evidente es que con la nueva regulación se adelanta el criterio temporal a efectos de determinar la preferencia de la ejecución del crédito tributario en cuanto a su sustanciación separada, pues la providencia de apremio es anterior a la traba de cualquier bien o derecho susceptible de embargo, pues no supone, en sí misma, una afección o traba de un concreto bien o derecho del deudor para el pago del crédito tributario, sino que se limita a advertir de tal posibilidad para el caso que no se efectúe el pago de la deuda tributaria apremiada en el plazo establecido al efecto (art. 167.4 LGT 03). De esta manera el legislador viene en cierto modo a <<premiar>> la celeridad de la Administración tributaria en la iniciación del procedimiento de apremio concediéndole la ejecución de su crédito separadamente o al margen de los otros créditos concursales.
Ello no obstante, se articula como segunda condición o límite de la ejecución separada que los eventuales bienes objeto de embargo o ejecución no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (continuación de la actividad o empresa del concursado que, unida a la satisfacción de los intereses de los acreedores -premisa básica del concurso-, aparecen como elementos que se tratan de cohonestar a través del convenio concursal). Ciertamente esta segunda condición nos sitúa ante una <<expresión jurídicamente indeterminada>>, que, dado el silencio de la Ley Concursal, deberá decidirse en cada caso por el juez del concurso mediante el cauce del incidente concursal (arts. 192 y ss LC), lo que constituye una más de las manifestaciones de las amplias potestades que tiene el juez a lo largo del proceso concursal y que sin duda puede conllevar una importante casuística.

Por lo tanto, si la fecha de la providencia de apremio es anterior a la del auto declarativo del concurso, será posible la ejecución separada del crédito tributario (entendiendo éste en sentido estricto, esto es, cuota o principal, por el juez del concurso sobre aquellos bienes susceptibles de ejecución que no sean necesarios para que el deudor pueda proseguir con su actividad profesional o empresarial.
No obstante, la nueva Ley General Tributaria introduce, un matiz importante respecto a la regulación vigente y a la interpretación que de la misma han hecho los órganos judiciales. En efecto, delart. 129.2 de la actual LGTse deduce que el procedimiento de apremio no se suspenderá por la iniciación de procesos judiciales o de ejecución, salvo cuando proceda de conformidad con lo previsto en materia de conflictos jurisdiccionales o en los casos de preferencia de los procesos concursales respecto de los embargos trabados con posterioridad a su iniciación -art. 129.3 b) LGT 63-. En este sentido, se ha venido interpretando que, siendo el procedimiento de apremio exclusivamente administrativo y que la competencia para entender del mismo y resolver todos sus incidentes es competencia de los tributos con otros procedimientos concursales en que no tenga preferencia la Administración tributaria por no ser el embargo (providencia de embargo) anterior, debe reconocerse la competencia de ésta para continuar -e incluso iniciar, si se dieran las circunstancias para ello- el procedimiento de apremio y proceder incluso a la traba de los bienes del deudor sometido a un procedimiento de insolvencia, siempre que la adopción de esta medida tenga un carácter exclusivamente cautelar (art. 128.2 b) LGT 63), esto es, sin comportar la facultad de proceder a la enajenación de tales bienes sin someterse a la regla de preferencia temporal del procedimiento concursal -que debe entenderse reservada al órgano jurisdiccional en tanto se halle en vigor el proceso concursal iniciado-, ni obstaculizar la realización de la masa activa por el órgano jurisdiccional -sin perjuicio de la prelación o graduación preferente que pueda ostentar el crédito tributario en relación con los demás créditos que concurren en el procedimiento concursal- (entre otras,Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 21 de marzo de 1994; 29 de marzo de 1995; 29 de junio de 1998; 8 de junio de 2001; 10 de mayo y 17 de junio de 2002).
En cambio, la nueva LGT parece que <<restringe>> la actuación administrativa posterior a la fecha del auto de declaración del concurso pero en relación con las deudas apremiables con anterioridad a aquella fecha a que pueda dictarse la providencia de apremio y al devengo de los recargos del período ejecutivo previstos en elart. 28 de dicha Ley. Esta circunstancia podría interpretarse como una excepción equiparable a la previstaart. 55.1, párr. 2º LC, pero se entiende que no es así, pues las condiciones para dictar la providencia de apremio tributario (que es un acto administrativo que corresponde dictarlo a la Administración tributaria) se daban antes del auto de declaración de concurso y, sólo en el caso de que se hubiera dictado en aquel momento, se podría haber continuado con la ejecución separada -por el juez del concurso- en los términos previstos en el mencionadoart. 55.1, párr 2º LC; pero como no se dictó en ese momento, lo que posibilita la Ley General Tributaria es que pueda dictarse la providencia de apremio posteriormente con el devengo de los recargos correspondientes, aunque ello no generará una ejecución separada por el juez del concurso y tampoco, desde nuestro punto de vista, se podría proceder con base en dicho acto al embargo cautelar por la Administración tributaria de los bienes del concursado.
A pesar del tenor literal del párr. 2º delart. 55.1 LC[podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio (...)], corresponde al juez de lo mercantil, como juez del concurso, mediante la tramitación del oportuno incidente concursal, proseguir la ejecución separada del crédito tributario de acuerdo con su jurisdicción exclusiva y excluyente para efectuar toda ejecución frente a los bienes y derechos del concursado, con independencia de que el título ejecutivo que determinó el nacimiento de la ejecución anterior a la declaración del concurso -esto es, la providencia de apremio- lo dictara la Administración tributaria (art. 86 ter, ap. 1º,3º de la LOPJyart. 8.3º LC).
En este sentido, resulta cuanto menos curiosa también la redacción delart. 24.4 in fien LC, que prevé que una vez practicada la anotación preventiva de la declaración del concurso, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores que los acordados por el juez del concurso (esto es, se produce el <<cierre registral>> respecto a trabas o embargos de otros acreedores), << (...) salvo lo establecido en elapartado 1 del artículo 55 de esta Ley>>. Mediante esta exposición podría entenderse que, aun cuando se hubiera declarado el concurso y producida la correspondiente anotación registral se permitiría a la Administración tributaria efectuar anotaciones registrales de traba o embargo en relación con ejecuciones derivadas de providencia de apremio dictadas con anterioridad a la declaración de concurso, lo cual no es correcto, pues sería contrario a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez el concurso, que se extiende, como hemos visto, tanto a la ejecución de bienes y derechos patrimoniales del concursado con independencia del acto del que derive dicha ejecución (art. 86 ter, pa. 1º,3º LOPJyart. 8.3º LC) como a la adopción de medidas cautelares que afecten al patrimonio el concursado (art. 86 ter, apl 1º,4º LOPJyart. 8.4º LC).
Por otro, cabría considerar que, aunque se trata de un supuesto de ejecución separada, la misma se efectúa en el seno del procedimiento concursal y, en consecuencia, serían aplicables las reglas de éste, de manera que serían oponibles al crédito tributario que se pretende ejecutar separadamente tercerías de mejor derecho por otros acreedores cuyos créditos resultaran en sede de concurso preferentes al tributario.
Establece elartº 55 de la Ley Concursal, encuadrado en la Sección 1ªde la integración de los acreedores en la masa pasiva -del Capítulo II- de los efectos sobre los acreedores-, en relación con las ejecuciones y apremios, y apartado de los preceptos sobre nuevos juicios declarativos (artº 50) y pendientes (artº 51), arbitrales (artº 52), sentencias y laudos firmes (artº 53), del ejercicio de acciones del concursado (artº 54), de la paralización de ejecución de garantías reales (artº 56), el inicio o reanudación de éstas (artº 57), que:
"Artículo 55. Ejecuciones y apremios
1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado,

todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
1. 2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
2. 3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.
3. 4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en estaley para los acreedores con garantía real"; que a la vez debe correlacionarse con el artº 8de la LC,artº 86-ter de LOPJ, Disp. Final Undécimade la LC yartº 71 y 129 y 164 de la Ley General Tributaria; en una interpretación literal y finalista, y no anudada por la que pueda hacerse delartº 56 de la L.C; y en el caso pueden continuarse los procedimientos administrativos de ejecución por dictadas providencias de apremio con anterioridad a la declaración de concurso, a modo de ejecución separada, por no necesitar los bienes inmuebles para continuar la actividad profesional pues se han resuelto las relaciones laborales y aperturado la fase de liquidación, y precisamente elnº 4 del artº 55exceptúa de los apartados anteriores lo establecido para los acreedores con garantía real, a los que concede distinta regulación (artº 56 y 57), lo que no constituye el supuesto de autos. Con tales requisitos, es posible la ejecución separada, iniciada por la "Tesorería General de la Seguridad Social" y por la "Hacienda Pública", a continuar por el Juez de lo Mercantil y con las precisiones que se expondrán, por otra parte sorprendente y chocante con elartº 86-ter-1-3º de la LOPJpor prioridad de rango en la atribución de competencia, aun sea el que sea el órgano que hubiere ordenado la ejecución, siendo que procede el control del Juez del concurso a efectos de alcanzar la finalidad del proceso concursal, amén de que el Juez de lo Mercantil debe controlar e imponer las reglas y el Plan de Liquidación, exigir las rendiciones de cuentas parciales y final, dirigir y controlar las operaciones sobre la masa activa y el plazo de la liquidación, y entre ellos el Plan de Pagos y destino del dinero obtenido según la graduación, clasificación, privilegios y la preferencia de los créditos, según la Ley Concursal. La expresión "podrán continuarse" no ofrece dudas a este Tribunal, excluyéndose la aplicación delartº 56 L.C, bajo el control del Juez de lo Mercantil y con estricta aplicación de losarts. 88 a 72, 154 a 158, y concordantes, de la Ley Concursal, a fin de deslindar claramente la preferencia de procedimientos de la preferencia de créditos, en que incurre el Juzgador "a quo" en las distintas interpretaciones delartº 55 de la L.C., al que se remite elartº 50 del R.D. 1.415/2004, Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. La preferencia de procedimiento viene dadas además, por elartº 164 de la Ley 58/2003, General Tributaria, en relación con elartº 55 de la Ley Concursal.
4. En principio, sorprende especialmente la regla que permite la continuación en apariencia incondicionada de los procedimientos administrativos de ejecución iniciados en virtud de la providencia de apremio sin especificar si la continuación se predica sólo de los bienes y derechos previamente trabados [situación actual prevista en elart. 129 de la Ley General Tributaria (LGT)] o si también permite realizar nuevas trabas con fuerza ejecutiva una vez iniciado el concurso. La primera alternativa no sólo es la coincidente con el régimen anterior a las reformas legales de 2003 sino la coherente con la contraexcepción con que concluye el párrafo, conforme a la cual no podrán continuar dichas ejecuciones administrativas o laboral si el bien objeto de embargo resulta necesario para la continuidad del proceso productivo del deudor, lo que parece presuponer la existencia ya del embargo.
5. Quizás la potencial conflictiva que encierra este precepto no llegue a manifestarse dada la anterior entrada en vigor de la nueva LGT, que regula de forma más completa y algo diferente esta materia en suart. 164. En efecto, por un lado mantiene la regla de preferencia procedimental en caso de concurrencia del procedimiento de apremio con procesos concursales <<para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso>>. Y por otro se acoge laregla introducida en el art. 129 de la anterior LGT por la disp. final 11ª. LC: >>En caso de concurso de acreedores se aplicará lo dispuesto en laLey 22/2003, de 9 de julio, Concursaly, en su caso, en laLey 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del período ejecutivo si se dieren las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso>>.
6. En tal sentido, se insiste en la interpretación que delartº 55 de la L.Cperfila esta Sala, desgranada con anterioridad, máxime en cuanto elartº 77.2 de la Ley General Tributariasomete a lo establecido en laLey Concursal, al igual que sus artº 164.2, 164.1-b, y que losarts 48.5 y 50.3 del R.D 1415/2004del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, en adopción de una solución armonizada, e interpretación literal y a la vez sistematizada de toda la normativa citada.
CUARTO.- Previene el nuevoartículo 86-ter, añadido a la Ley Orgánica del Poder Judicial, por laLey Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, entre otras competencias: 1.- los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:... 3º) Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere dictado; 4º) Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado; precepto citado que debe ponerse en correlación directa con elartº 8 de la Ley Concursal 22/2003, y que reproducen; que son normas de competencia objetiva por razón de la materia, siguiendo la normativa de los respectivos procedimientos administrativos de apremio, y manteniendo la preferencia en el cobro de los créditos contra la masa y de los privilegiados especiales; y puede, además, ordenar la cancelación de los embargos anotados, una vez finalizada y rendido finalmente el plan de liquidación, a la Administración correspondiente, como Juez competente para toda ejecución y toda medida cautelar, de acuerdo con la Ley Concursal.
QUINTO.- Evidentemente, y antes de continuar la ejecución, el Juez de lo Mercantil, a tenor de su jurisdicción exclusiva y excluyente, deberá determinar las clases y cuantía de los créditos a favor de la Hacienda Pública y de la Tesorería General de la Seguridad Social, con previa clasificación, en su caso, y desglose como

privilegiados especiales, o privilegiados generales, y ordinarios y/o subordinados, y el alcance de tal clasificación y cuantías, y dentro de cada orden la preferencia o prelación correspondientes sobre el pago, en base a lo prevenido en losarts. 154, 155, 91, 156, 157, 158, 92, y concordantes, de la Ley Concursal, cuyas operaciones y cálculos se regulan en la fase de liquidación, y excluyéndose de los privilegio general los que ostenten privilegio especial y los subordinados.”: Auto AP Baleares 05.02.2007 (JUR 2007/323467)

AP Guipúzcoa

“PRIMERO Por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social se interpuso recurso de apelación frente al Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil en virtud del cual se denegaba la solicitud formulada por la recurrente de autorización para la enajenación de un listado de vehículos y remolques así como de 40 tarjetas de transporte, manteniendo el plan de liquidación presentado por la administración del concurso. A través del recurso formulado se interesa la revocación del mencionado Auto y que en su lugar se dicte otra resolución por la cual se autorice la continuidad del procedimiento administrativo de la TGSS de enajenación de los embargos sobre los vehículos y tarjetas de transporte embargados con anterioridad al concurso, debiendo modificar el plan de liquidación en el sentido de eliminar del mismo la enajenación de los vehículos y tarjetas de transporte embargados, ello en base a los siguientes motivos:
1.- Por infracción de lo dispuesto en elart. 55.2 de la LECO. En el caso que nos ocupa las diligencias de embargo se dictaron y notificaron a la empresa con anterioridad al auto del concurso, no existiendo actividad que proteger, sin que en el plan de liquidación se haya previsto una enajenación unitaria de todo el activo garantizando la continuidad de la empresa.
2.- La propia norma concursal recoge excepciones a los principios de universalidad y de pars conditio creditorum siendo una de ellas elart. 55.2, y así se establece igualmente en elart. 164.1 b) de la Ley General Tributaria, y también existen resoluciones judiciales en apoyo de la tesis de la recurrente, tanto de la Sala de Conflictos del TS como de distintas Audiencias Provinciales.
SEGUNDO Para una mejor comprensión del presente recurso de apelación deben hacer mención a una serie de antecedentes que obran en autos.
1.- En fecha 05/05/09 la TGSS solicitó del Juzgado de lo Mercantil autorización para continuar con el procedimiento de ejecución de una serie de vehículos y tarjetas de transporte de la mercantil concursada que se habían embargado con anterioridad a la declaración de concurso.
2.- El 08/05/09 se presenta por la administración concursal el plan de liquidación en el que se propone la enajenación directa de una serie de vehículos de la concursada.
3.- Mediante el Auto recurrido el juzgador de instancia deniega la autorización solicitada en base a los siguientes argumentos: que elart. 55.1 LC se refiere al estado de la empresa cuando se declara el concurso pero sin que deba de volver a retomar su virtualidad por la apertura de liquidación que generalmente conlleva la no continuidad de la actividad empresarial.
TERCERO Visto lo anteriormente expuesto resulta evidente que la cuestión a dilucidar a través del presente recurso de apelación se circunscribe, a la posible aplicación al caso concreto de lo dispuesto en elart. 55.2 LC.
Efectivamente elart. 55 LC establece que:
1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
En principio tiene razón la parte recurrente en cuanto a que no se discute el hecho de que no solo las providencias de apremio, sino las diligencias de embargo, se dictaron y se notificaron a la concursada con anterioridad a la declaración de concurso por lo que la aplicación automática elart. 55.2 LC permitiría la ejecución separada solicitada dado que evidentemente la propia apertura de la fase de liquidación implica que la actividad empresarial no vaya a tener continuidad bajo la anterior forma con lo que, logicamente, los bienes embargados no serían necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor.
Sin embargo, lo que se deberá dilucidar es el momento en el que el precepto en cuestión puede ser de aplicación, es decir, si en la fase en la que nos encontramos de liquidación puede la TGSS solicitar autorización para la continuidad del procedimiento administrativo, o bien, si ello es predicable al momento en el que se declara el concurso y no cuando se abre la liquidación, tal y como ha entendido el juzgador de instancia.
CUARTO Este Tribunal considera que tiene razón la parte recurrente al solicitar la ejecución separada de los bienes previamente embargados por ella y esto en base a los siguentes argumentos:
1) Evidentemente la regla general que preside toda la legislación concursal es aquélla que tiende a evitar las ejecuciones separadas en virtud del principio de la pars condictio creditorum, sin embargo, la propiaLey Concursal admite excepciones a dicha regla general, como la prevista en el art. 84.2.1º relativa a los créditos contra la masa, respecto de los que elart. 154.2 indica que "habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea el estado del concurso", o elart. 76.3 que establece que los titulares de créditos con privilegios sobre buques o aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante las acciones específicas reconocidas al efecto. Dentro de dichas excepciones cabe incluir igualmente la excepción prevista en elart. 55.2 LC, habiendo señalado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ensentencia de 22/12/06 que la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquélla es anterior en el plano temporal a ésta. Se configura, así, la continuación del

procedimiento de apremio como una facultad de la Administración, que habrá de decidir si desea continuar el procedimiento ya iniciado o bien abandonarlo.
2) Ha sido voluntad del legislador el mantener el carácter excepcional delart. 55.2 tal y como se encuentra redactado, dado que con posterioridad a la publicación de la Ley Concursal se llevó a cabo la reforma de la LGT operada por laLey 58/03 de 17 de diciembre cuyo art. 164 dispone que el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.
3) En este sentido lasSS. de la AP de Barcelona de 10 de marzo y12 de septiembre de 2008 señalan que: ""Tiene razón el Magistrado de lo Mercantil cuando argumenta que esta facultad reconocida por elpárrafo segundo del apartado 1 del art. 55 LC a la Agencia Tributaria es un derecho de ejecución separada que le permite cobrarse con lo realizado al margen del concurso, sin que propiamente ello le confiera ningún privilegio sustantivo.
Conviene aclarar que en la medida en que esta ejecución separada está justificada únicamente respecto de los créditos que la motivaron, lo satisfecho con la realización del embargo servirá únicamente para pagar esos créditos y no otros. A este respecto, no le falta razón a la Abogacía del Estado cuando recuerda que las reglas de imputación de pagos, cuando lo obtenido no cubra la totalidad de las deudas objeto de ejecución y para cuyo pago se trabó el embargo, serán extraconcursales y en concreto las previstas en elart. 63 LGT : el pago se aplicará primero a las deudas más antiguas, en atención a la fecha en que fueran exigibles.
Lógicamente esta imputación de pagos, que es extraconcursal, tiene su repercusión en el concurso, en la medida en que se hayan pagado total o parcialmente los créditos clasificados en la lista de acreedores. Mientras no se verificara el pago, es lógico que la AEAT comunicara sus créditos e interesara su reconocimiento y clasificación. Y una vez abonados parcialmente estos créditos, fuera del concurso, este pago se debe tener en cuenta para evitar que cuando, según las reglas de pago delart. 154 y ss. LC, toque abonar cada uno de los créditos inicialmente incluidos en la lista de acreedores, se tenga en consideración que tales créditos ya han sido satisfechos.
De este modo, lo obtenido por la AEAT no se imputa directamente a los créditos reconocidos con privilegio general delart. 91.4 LC, sino que se imputa a los que se correspondan con los efectivamente pagados, de acuerdo con la imputación de pagos extraconcursal (los más antiguos de los créditos para cuyo pago se inició el apremio y se practicó el embargo del bien o derecho, de cuya realización proviene el pago) y que deberá justificar a la Administración Concursal al comunicar el cobro extraconcursal. Por lo tanto la regla no es aplicar proporcionalmente el importe cobrado a todas las clases de créditos clasificados, sino tener por pagados los créditos realmente extinguidos por el pago, conforme a las reglas de imputación de pagos delart. 63 LGT.
Ello no supone propiamente una modificación de la lista de acreedores, a los efectos delart. 97 LC, sino simplemente la constatación concursal del pago extraconcursal. Lo que no debe extrañar, pues esta misma circunstancia puede ocurrir en otros supuestos en que el acreedor de la sociedad concursada ve satisfecho extraconcursalmente su crédito, durante el concurso. Ese es el caso, por ejemplo, del acreedor de la sociedad concursada que demanda extraconcursalmente al administrador y obtiene su condena al pago solidario de uno de los créditos que tiene contra la concursada; si este pago es posterior a la elaboración de la lista de acreedores, no será necesario modificar la lista, sino simplemente tener por satisfecho dicho crédito para que no llegue a pagarse si, iniciada la liquidación, se procede al pago conforme a las reglas previstas en los citadosarts. 154 y ss., especialmente losarts. 156 y ss. LC."
4)Es un interés que tiene prioridad en la nueva Ley Concursal, pero condicionado a su existencia. No será válido para todas las situaciones concursales. Siempre que sea factible se atenderá al interés de la continuación de la actividad económica con el mismo empresario o mediante la cesión o enajenación de los conjuntos empresariales en bloque (art. 148,1 LC). Siendo que en el presente supuesto no se ha previsto la mencionada enajenación global del conjunto empresarial sino la ejecución separada de los bienes que la conforman, por lo que no supondría ningún impedimento para la continuación de dicha actividad empresarial el admitir en este caso la ejecución separada solicitada por la Tesorería General de la Seguridad Social.
Es por todo lo expuesto por lo que el presente recurso de apelación debe ser estimado, y, en consecuencia, procede la ejecución separada solicitada en el mismo, con lo que la petición de medida cautelar que se interesaba en el mismo queda vacía de contenido.”: AAP Guipúzcoa (Sección 2) 17.06.2010 (JUR 2010/417996; Auto 76/2010; Rollo 2520/2009)

4.0.1.2 No procede

AP León

“SEGUNDO La parte recurrente plantea en el recurso la tesis ya defendida en la demanda iniciadora del presente incidente y que se asienta en sostener que, el requisito exigido por elart. 55.1 de la Ley Concursal para seguir adelante aquellos procedimientos administrativos de ejecución cuando se hubiere dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, no impide que si se modifica el "status" de los bienes objeto de embargo y cuando no resulten necesarios para mantener la actividad de la empresa, no pueda seguir el procedimiento adelante, siempre que se cumpla el primer requisito, providencia de apremio antes de la declaración de concurso. En el caso se cumple el requisito referido y también el embargo de los bienes antes de la declaración de concurso, no planteándose en el caso conflicto que surge cuando la providencia de apremio es anterior y el embargo posterior; y tampoco respecto de que la expresión que se contiene en el precepto: "...en las que se hubieren embargado bienes del concursado.." abarca tanto los procedimientos administrativos de ejecución como las ejecuciones laborales. Por otro lado la expresión recogida en el art. 55 en su párrafo segundo: " siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", se interpreta por la

mayoría de los órganos mercantiles del país en el sentido de tratarse de aquellos bienes que guardan una intima vinculación con la actividad de la empresa y que sean imprescindibles para los fines de la continuidad empresarial.
La sentencia sostiene como línea argumental para desestimar la demanda la concurrencia de los dos requisitos exigidos por elart. 55 en el momento de declaración del concurso, sin que la modificación posterior que pueda suponer la liquidación de la empresa altere aquella condición, puesto que lo relevante es que ésta sea viable ya que en otro caso todos los créditos por aplicación del principio "par conditio creditorum" se integran en la masa pasiva del concurso. La interpretación de los preceptos aplicables al caso,art. 8.3 de la Ley Concursal que reconoce la competencia de los Jueces Mercantiles de forma exclusiva y excluyente respecto de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado;art. 49 al disponer que declarado el concurso todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedaran de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes y el supuesto de excepción contemplado en elpárrafo segundo del art. 55 a que ya hemos hecho mención que exige sea el embargo anterior a la declaración del concurso y que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para continuar la actividad de la empresa, lleva a compartir la decisión final adoptada en la sentencia apelada.
TERCERO La interpretación delpárrafo segundo del art. 55.1 Ley Concursal que hacen la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil han optado por seguir la línea que viene exigiendo no sólo que la providencia de apremio se haya dictado antes del concurso, sino que el embargo se haya hecho efectivo, mediante la correspondiente anotación, también antes de tal declaración.
En tal sentido se ha pronunciado lasentencia AP Asturias de 6 de julio de 2007 (JUR 2007, 308217), lasentenciaAP Pontevedra de 10 de enero de 2008 (JUR 2008, 88195). Si se trata de deudas anteriores que hayan dado lugar a la providencia de apremio previa a la declaración de concurso, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no exige el embargo para que pueda operar la excepción delpárrafo segundo del art. 55.1 LC. En lasentencia de 3 julio 2008 (RJ 2010, 1974), la Sala de Conflictos de Jurisdicción afirma que "Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en elartículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Conforme alart. 34 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825), la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en elnúmero 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es lo esencial, pues en este procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia". En resumen y según la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no se exige el embargo, requisito que la norma señala para los procedimientos laborales, a los procedimientos de ejecución administrativa. En estos basta la providencia de embargo anterior al concurso y que los bienes no estén afectados a la actividad profesional o empresarial del concursado.
En el caso examinado no se plantea cuestión sobre el particular por cuanto se admite se dictó providencia de apremio antes de declararse el concurso el día 17 de octubre de 2008 y se realizo también embargo de los vehículos de la concursada con anterioridad a esta fecha. Ahora bien, conforme todo lo razonado previamente no discutiéndose que al momento de declararse el concurso los vehículos seguían al servicio de la empresa, el comienzo posteriormente de la fase de liquidación de la misma no hace variar la solución al caso planteado en cuanto a no ser aplicable el supuesto excepcional delpárrafo según del art. 55, como en cierto modo se viene a sostener en el recurso. Desestimando las alegaciones en el contenidas sobre la consideración de los créditos de la Seguridad Social y privilegios y clasificación de los mismos. Procede confirmar la sentencia y no hacer pronunciamiento en costas del recurso por las mismas razones que no se imponen en la instancia dadas las dudas jurídicas que la cuestión planteaba.”: SAP León (Sección 1) 23.12.2010 (Sentencia 493/2010; Rollo 528/2010)

“SEGUNDO.- La parte recurrente plantea en el recurso la tesis ya defendida en la demanda iniciadora del presente incidente y que se asienta en sostener que, el requisito exigido por el art. 55.1 de la Ley Concursal para seguir adelante aquellos procedimientos administrativos de ejecución cuando se hubiere dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, no impide que si se modifica el "status" de los bienes objeto de embargo y cuando no resulten necesarios para mantener la actividad de la empresa, no pueda seguir el procedimiento adelante, siempre que se cumpla el primer requisito, providencia de apremio antes de la declaración de concurso. En el caso se cumple el requisito referido y también el embargo de los bienes antes de la declaración de concurso, no planteándose en el caso conflicto que surge cuando la providencia de apremio es anterior y el embargo posterior; y tampoco respecto de que la expresión que se contiene en el precepto: "...en las que se hubieren embargado bienes del concursado.." abarca tanto los procedimientos administrativos de ejecución como las ejecuciones laborales. Por otro lado la expresión recogida en el art. 55 en su párrafo segundo: " siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", se interpreta por la mayoría de los órganos mercantiles del país en el sentido de tratarse de aquellos bienes que guardan una intima vinculación con la actividad de la empresa y que sean imprescindibles para los fines de la continuidad empresarial.
La sentencia sostiene como línea argumental para desestimar la demanda la concurrencia de los dos requisitos exigidos por el art. 55 en el momento de declaración del concurso, sin que la modificación posterior que pueda suponer la liquidación de la empresa altere aquella condición, puesto que lo relevante es que ésta sea viable ya que en otro caso todos los créditos por aplicación del principio "par conditio creditorum" se integran en la masa pasiva del concurso. La interpretación de los preceptos aplicables al caso, art. 8.3 de la Ley Concursal

que reconoce la competencia de los Jueces Mercantiles de forma exclusiva y excluyente respecto de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado; art. 49 al disponer que declarado el concurso todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedaran de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes y el supuesto de excepción contemplado en el párrafo segundo del art. 55 a que ya hemos hecho mención que exige sea el embargo anterior a la declaración del concurso y que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para continuar la actividad de la empresa, lleva a compartir la decisión final adoptada en la sentencia apelada.
TERCERO.- La interpretación del párrafo segundo del art. 55.1 Ley Concursal que hacen la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil han optado por seguir la línea que viene exigiendo no sólo que la providencia de apremio se haya dictado antes del concurso, sino que el embargo se haya hecho efectivo, mediante la correspondiente anotación, también antes de tal declaración. En tal sentido se ha pronunciado la sentencia AP Asturias de 6 de julio de 2007, la sentencia AP Pontevedra de 10 de enero de 2008. Si se trata de deudas anteriores que hayan dado lugar a la providencia de apremio previa a la declaración de concurso, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no exige el embargo para que pueda operar la excepción del párrafo segundo del art. 55.1 LC. En la sentencia de 3 julio 2008, la Sala de Conflictos de Jurisdicción afirma que "Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Conforme al art. 34 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en el número 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es lo esencial, pues en este procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia". En resumen y según la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no se exige el embargo, requisito que la norma señala para los procedimientos laborales, a los procedimientos de ejecución administrativa. En estos basta la providencia de embargo anterior al concurso y que los bienes no estén afectados a la actividad profesional o empresarial del concursado.
En el caso examinado no se plantea cuestión sobre el particular por cuanto se admite se dictó providencia de apremio antes de declararse el concurso el día 17 de octubre de 2008 y se realizo también embargo de los vehículos de la concursada con anterioridad a esta fechaAhora bien, conforme todo lo razonado previamente no discutiéndose que al momento de declararse el concurso los vehículos seguían al servicio de la empresa, el comienzo posteriormente de la fase de liquidación de la misma no hace variar la solución al caso planteado en cuanto a no ser aplicable el supuesto excepcional del párrafo según del art. 55, como en cierto modo se viene a sostener en el recurso. Desestimando las alegaciones en el contenidas sobre la consideración de los créditos de la Seguridad Social y privilegios y clasificación de los mismos. Procede confirmar la sentencia y no hacer pronunciamiento en costas del recurso por las mismas razones que no se imponen en la instancia dadas las dudas jurídicas que la cuestión planteaba.. ”: SAP León (Sección 1) 05.05.2011 (Sentencia 182/2011; Rollo 224/2011)

“SEGUNDO: La Tesoseria recurre el auto del Juzgado argumentado que una vez abierta la fase de liquidación de la empresa concursada, los vehículos embargados en su dia ya no son necesarios para la actividad empresarial de la misma como se exige en el art. 55.2 de la Ley Concursal, por tanto, deben excluirse de la masa activa de la empresa Pizarras de Riofrio
La Ley Concursal tiene como uno de los principios inspiradores su carácter imperativo e integridad de las normas sobre lo que se asienta toda la estructura del procedimiento concursal. Supone ello que desde la declaracion del concurso queda afectado todo el universo patrimonial del deudor al desarrollo del mismo con sus incidencias y la aplicación de la normativa imperativa que regula el concurso.
La cuestión aquí planteada ha sido ya resuelta por el propio Juzgado Mercantil en la sentencia dictada en el incidente concursal nº. 392-10 y posterior sentencia resolviendo el recurso de apelación de 23 de diciembre de 2010 de esta misma Seccion. Deciamos en esta última:
El auto sostiene como línea argumental para desestimar la demanda la concurrencia de los dos requisitos exigidos por el art. 55 en el momento de declaración del concurso, sin que la modificación posterior que pueda suponer la liquidación de la empresa altere aquella condición, puesto que lo relevante es que ésta sea viable ya que en otro caso todos los créditos por aplicación del principio "par conditio creditorum" se integran en la masa pasiva del concurso. La interpretación de los preceptos aplicables al caso, art. 8.3 de la Ley Concursal que reconoce la competencia de los Jueces Mercantiles de forma exclusiva y excluyente respecto de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado; art. 49 al disponer que declarado el concurso todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedaran de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes y el supuesto de excepción contemplado en el párrafo segundo del art. 55 a que ya hemos hecho mención que exige sea el embargo anterior a la declaración del concurso y que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para continuar la actividad de la empresa, lleva a compartir la decisión final adoptada en la sentencia apelada.
No discutiéndose que al momento de declararse el concurso los vehículos seguían al servicio de la empresa, el comienzo posteriormente de la fase de liquidación de la misma no hace variar la solución al caso planteado en cuanto a no ser aplicable el supuesto excepcional del párrafo según del art.55, como en cierto modo se viene a sostener en el recurso.”: AAP León (Sección 1) 16.06.2011 (Auto 38/2011; Rollo 198/2011)

“SEGUNDO: La parte recurrente plantea en el recurso la tesis ya defendida en la contestación de la demanda presentada por la Administración Concursal de la empresa Pizarras Los Templarios,iniciadora del presente incidente y que se asienta en sostener que, el requisito exigido por el art. 55.1 de la Ley Concursal para seguir adelante aquellos procedimientos administrativos de ejecución cuando se hubiere dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, no impide que si se modifica el "status" de los bienes objeto de embargo y cuando no resulten necesarios para mantener la actividad de la empresa, no pueda seguir el procedimiento adelante, siempre que se cumpla el primer requisito, providencia de apremio antes de la declaración de concurso. En el caso se cumple el requisito referido y también el embargo de los bienes antes de la declaración de concurso, no planteándose en el caso conflicto que surge cuando la providencia de apremio es anterior y el embargo posterior; y tampoco respecto de que la expresión que se contiene en el precepto: "...en las que se hubieren embargado bienes del concursado..." abarca tanto los procedimientos administrativos de ejecución como las ejecuciones laborales. Por otro lado la expresión recogida en el art. 55 en su párrafo segundo: "siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", se interpreta por la mayoría de los órganos mercantiles del país en el sentido de tratarse de aquellos bienes que guardan una intima vinculación con la actividad de la empresa y que sean imprescindibles para los fines de la continuidad empresarial.
La sentencia sostiene como línea argumental para estimar la demanda la concurrencia de los dos requisitos exigidos por el art. 55 en el momento de declaración del concurso, sin que la modificación posterior que pueda suponer la liquidación de la empresa (auto de 12 de febrero de 2010) altere aquella condición, puesto que lo relevante es que ésta sea viable ya que en otro caso todos los créditos por aplicación del principio "par conditio creditorum" se integran en la masa pasiva del concurso. La interpretación de los preceptos aplicables al caso, art. 8.3 de la Ley Concursal que reconoce la competencia de los Jueces Mercantiles de forma exclusiva y excluyente respecto de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado; art. 49 al disponer que declarado el concurso todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedaran de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin mas excepciones que las establecidas en las leyes y el supuesto de excepción es el contemplado en el párrafo segundo del art. 55 a que ya hemos hecho mención que exige sea el embargo anterior a la declaración del concurso y que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para continuar la actividad de la empresa.
TERCERO: La interpretación del párrafo segundo del art. 55.1 Ley Concursal que hacen la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil han optado por seguir la línea que viene exigiendo no sólo que la providencia de apremio se haya dictado antes del concurso, sino que el embargo se haya efectivo, mediante la correspondiente anotación, también antes de tal declaración.
En tal sentido se ha pronunciado la SAP Asturias de 6 de julio de 2007, la SAP Pontevedra de 10 de enero de 2008. Si se trata de deudas anteriores que hayan dado lugar a la providencia de apremio previa a la declaración de concurso, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no exige el embargo para que pueda operar la excepción del párrafo segundo del art. 55.1 LC. En la sentencia de 3 julio 2008, la Sala de Conflictos de Jurisdicción afirma que "Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursa !. Conforme ala/t. 34 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el
2

patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en el número 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es Lo esencial, pues en este procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia". En resumen y según la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo no se exige el embargo, requisito que la norma señala para los procedimientos laborales, a los procedimientos de ejecución administrativa. En estos basta la providencia de embargo anterior al concurso y que los bienes no estén afectados a la actividad profesional o empresarial del concursado.
En el caso examinado no se plantea cuestión sobre el particular por cuanto se admite se dictó providencia de apremio antes de declararse el concurso el día 17 de octubre de 2008 y se realizo también embargo dé los vehículos de la concursada con anterioridad a esta fecha (excepción del embargo que tiene fecha de 28 de abril de 2010) Ahora bien, conforme todo lo razonado previamente no poniéndose en cuestión que al momento de declararse el concurso los vehículos seguían al servicio de la empresa, el comienzo posterior de la fase de liquidación de la misma no hace variar la solución al caso planteado en cuanto a no ser aplicable el supuesto excepcional del párrafo según del art. 55, como en cierto modo se viene a sostener en el recurso. Desestimando las alegaciones en el contenidas sobre la consideración de los créditos de la Seguridad Social y privilegios y clasificación de los mismos. Procede confirmar la sentencia como se ha hecho en casos anteriores análogos al presente y no hacer pronunciamiento en costas del recurso por las mismas razones que no se imponen en la instancia dadas las dudas jurídicas que la cuestión planteaba. ”: SAP León (Sección 1) 30.06.2011 (Sentencia 254/2011; Rollo 209/2011)

4.0.2 ¿Procede, al abrirse la liquidación, la suspensión del apremio administrativo sobre bienes no necesarios?

4.0.2.1 No procede. Prosecución de la ejecución separada

AP La Rioja

“PRIMERO.-Con fecha 5 de abril de 2011 el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño dictó una sentencia por la que acordó requerir a la TGSS para que decrete el levantamiento de los embargos efectuados sobre créditos a favor de la concursada en el expediente de apremio administrativo ejecutivo tramitado por la TGSS a que se refiere la solicitud y demanda incidental de la administración concursal tramitada en dicho Juzgado al núm. 21/2011 y que dio lugar a la citada resolución.
Contra la misma se ha presentado recurso de apelación por la TGSS reproduciendo fundamentalmente las alegaciones que expuso en el escrito de oposición a la solicitud presentada por la administración concursal de "Ferrallas Haro S.L." en la que se interesaba el levantamiento de los embargos en el procedimiento de apremio administrativo. Por la TGSS en su recurso solicita la revocación de la sentencia y, por tanto, la desestimación de esa demanda incidental presentada por la administración concursal manteniéndose los embargos; y al respecto fundamentalmente viene a alegar la falta de competencia del Juez del concurso para acordar el alzamiento de los embargos adoptados en el procedimiento administrativo y que la cancelación de esa carga es competencia del órgano que la acordó, advirtiendo a este respecto que cumple con los requisitos previstos en el art. 55 LC para la ejecución separada, no procediendo el alzamiento de los embargos. Por último, la apelante advierte de que el objeto de los embargos acordados en el procedimiento de apremio administrativo son créditos a favor de la concursada y no bienes enajenables, que es a lo que se refería el plan de liquidación.
Por la administración concursal se presentó escrito oponiéndose a la estimación del recurso de apelación presentado de contrario.
SEGUNDO.-A juicio de esta Sala el recurso de apelación debe ser estimado por entender que en el presente caso procede reconocer a la apelante el derecho de ejecución separada por aplicación de lo previsto en el art. 55 LC y, en consecuencia, la procedencia del mantenimiento de los embargos efectuados. Ello es así en cuanto se discrepa del principal argumento del Juez "a quo" en la resolución recurrida: la circunscripción de los efectos del art. 55 LC a la fase común del concurso, teniendo como límite, como señala la apelada administración concursal, la fase de liquidación del concurso; esta Sala no comparte esta afirmación por cuanto entiende que no encuentra apoyo alguno en nuestra legislación, concretamente en la concursal, mientras que, en cambio, el mantenimiento en este caso de la ejecución separada sí que encuentra apoyo legal tal y como se expondrá a continuación.
En primer lugar debe partirse de lo dispuesto en el art. 55.1 LC en la versión aplicable al presente caso: " 1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ".
En el presente caso tanto las providencias de apremio como las diligencias de embargo son de fecha anterior a la declaración de concurso.
Y en cuanto a la necesidad de los bienes embargados "para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", lo cierto es que el objeto de los embargos son determinados créditos existentes frente a terceros a favor de la deudora después concursada, lo cual como tal permite entender que no se trata de bienes afectos, vinculados, a una determinada actividad empresarial o profesional de la concursada, en el sentido previsto en ese inciso del art. 55.1 LC, pues la mera existencia de créditos a su favor no puede considerarse como determinante de la continuidad de la empresa pues de lo contrario, precisamente por la situación financiera y patrimonial de cualquier concursado, todo sería necesario y quedaría desvirtuada esa condición excepcional prevista en el art. 55.1, último inciso, LC. La expresión recogida en el art. 55 LC "siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", se interpreta por la mayoría de los órganos mercantiles del país en el sentido de tratarse de aquellos bienes que guardan una intima vinculación con la actividad de la empresa y que sean imprescindibles para los fines de la continuidad empresarial; así, por ejemplo, vehículos de uso para la actividad de la concursada, naves, etc., como se trata de los casos examinados en, por ejemplo, SSAP León (sec. 1ª) de 20 de junio de 2011 y de 23 de diciembre de 2010 y AAP León (sec. 1ª) de 16 de junio de 2011. Pero es que debe tenerse en cuenta, además, que en el presente caso nadie, ninguna de las partes, ha invocado ni defendido que el embargo trabado por la TGSS y conocido por la administración concursal recayera sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial de la concursada.
Tal y como advierte el AAP Burgos de 30 de septiembre de 2010, la STCJ de 22 de junio de 2009 afirma que la leyes son claras en lo que se refiere al acto que determina la aplicación de los citados artículos 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y 50.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio: es la providencia de apremio el acto de la Tesorería General de la Seguridad Social que debe tomarse en cuenta. Ya se pronunció en ese sentido esa misma Sala de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 3 de julio de 2008. E igualmente se han hecho eco de su doctrina diversas Audiencias Provinciales,

entre otras la SAP Álava de 27 de octubre de 2010 y el AAP La Rioja de 18 de noviembre de 2011 y las diversas resoluciones en él citadas.
Por otro lado, resulta de plena aplicación los argumentos de la SAP Pontevedra de 8 de enero de 2010 en un caso muy similar al presente, compartiendo esta Sala su fundamentación, la cual señalamos a continuación: "... El artículo 55.1.II de la Lc, que regula el privilegio de la continuación de los apremios administrativos, se encuadra en el capítulo II, De los efectos sobre los acreedores, del Título III, De los efectos de la declaración de concurso, dentro de la fase común del procedimiento concursal, en la que han de formarse las masas activa y pasiva del concurso, mientras que el artículo 148 figura en el capítulo II, De la fase de liquidación, del Título V, De las fases de convenio y liquidación, esto es, una vez finalizada la fase común y establece una norma dirimente de los conflictos que pudieran darse al aplicarse las normas generales de liquidación, el artículo 147. Se establece, por tanto, dentro de la fase común del concurso, la regla general que impide el inicio de ejecuciones singulares o la continuación de apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor con la excepción prevista en el artículo 55.1 párrafo 2º, relativa a la posibilidad de continuar los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y se hubieran embargado bienes del concursado con anterioridad a la declaración del concurso".
Continúa señalando dicha SAP Pontevedra de 8 de enero de 2010 : "... Como ha señalado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en la sentencia de 22 de diciembre de 2006, la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquella es anterior en el plano temporal a esta. Se configura, así, la continuación del procedimiento de apremio como una facultad de la Administración, que habrá de decidir si desea continuar el procedimiento ya iniciado o bien abandonarlo. Ahora bien, una vez declarado el concurso, el nudo gordiano de la cuestión consiste en determinar hasta dónde puede llegar dicha continuación desde un punto de vista procesal, si se podrán ejecutar los bienes del deudor a fin de cobrar la deuda de la Tesorería sin límite temporal y con absoluta preferencia a otros acreedores, y, finalmente, cómo y por qué órgano judicial se ha de seguir este procedimiento. La regla general de imposibilidad de seguirse ejecuciones separadas, durante la sustanciación del concurso no es una norma absoluta sino que, aparte de la excepción que acabamos de contemplar, existen otras en la misma Ley como el del art. 84.2.1º relativa a los créditos contra la masa, respecto de los que el art. 154.2 indica que "habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea el estado del concurso"; asimismo el art. 76.3 establece que los titulares de créditos con privilegios sobre buques o aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante las acciones específicas reconocidas al efecto. La voluntad del legislador se ha reforzado en la reforma de la LGT operada por la Ley 58/03 de 17 de diciembre cuyo art. 164 dispone que el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso".
Además esta SAP Pontevedra de 8 de enero de 2010, hace expresa referencia a las SSAP Barcelona de 10 de marzo y 12 septiembre de 2008 : "Tiene razón el Magistrado de lo Mercantil cuando argumenta que esta facultad reconocida por el párrafo segundo del apartado 1 del art. 55 LC a la Agencia Tributaria es un derecho de ejecución separada que le permite cobrarse con lo realizado al margen del concurso, sin que propiamente ello le confiera ningún privilegio sustantivo".
Por otro lado, la SAP Pontevedra de 8 de enero de 2010 advierte que "conviene aclarar que en la medida en que esta ejecución separada está justificada únicamente respecto de los créditos que la motivaron, lo satisfecho con la realización del embargo servirá únicamente para pagar esos créditos y no otros".
Finalmente la SAP Pontevedra de 8 de enero de 2010 concluye que: "CUARTO.- En la tesitura de tener que pronunciarse esta Sala por una u otra posición -esto es, mantenimiento del embargo, o bien purga de la traba lisa y llanamente- el Tribunal se inclina por la primera, aún reconociendo la razonabilidad de la segunda y su posible amparo igualmente en la Ley concursal. Actuando en la obligación que nos incumbe de tomar una decisión que, creemos -aunque no exenta de dudas- como la más conteste la voluntad de legislador, entendiendo asimismo, que el único sentido que cabe encontrar a un posible interés de la Tesorería para personarse en el concurso si puede ejecutar separadamente no es solo que pretenda alcanzar un acuerdo con el concursado a fin de facilitar la viabilidad empresarial sino también que su crédito, en tanto no ha sido cobrado, figura en su puesto correspondiente en el seno del concurso, pero al mismo tiempo también lo tiene el propio concurso para acceder al eventual sobrante del crédito que aquélla ejecute y valorando especialmente lo siguiente, aún a modo de resumen sobre lo ya dicho:
a) La Ley Concursal guarda silencio sobre cómo y hasta cuándo ha de continuar la vía de apremio para que sea objeto de ejecución separada, no indica la manera en que estos acreedores singulares pondrán de manifiesto la voluntad de mantenerse al margen del concurso. Entender que "renuncian" a la posibilidad de ejecución separada por no hacer manifestación al respecto no está previsto como sí lo está en el caso de las garantías reales en el art. 57.3 de la LC para los supuestos de garantía real que exige esa ejecución separada antes del inicio de la fase de liquidación, porque en otro caso "perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado", aún así este efecto no puede determinar la pérdida del privilegio especial sino sólo procedimental o preclusivo.
b) La Ley Concursal ha huido de las ejecuciones separadas, incluso cuando hay garantías reales se ocupa de regularlas para a someterlas a plazos perentorios, por ello cuando únicamente las admite en el caso del art. 55.1 de la LC (y excepcionalmente en otras remisiones más concretas como la el art. 24 para excluirlas del cierre registral, además de las citadas supra), es porque verdaderamente la voluntas legislatoris era "respetarlas", item mas, cabe pensar que no ha regulado ni ha hecho referencia a las mismas precisamente porque "podrán continuarse" en todo caso. Como establece la Ss de la AP de A

Coruña de 29 de septiembre de 2008 "es evidente que tal precepto (ex art. 55.1.2 Lc) merece una crítica en cuanto...puede constituir una lesión al principio de la par condictio creditorum, que no pasó desapercibida al Legislador que, no obstante desestimó la enmienda 282 del Grupo Socialista del Congreso, que se planteaba con la finalidad de dejar sin efecto el privilegio de la Administración Pública, en el procedimiento administrativo de ejecución, proponiendo la redacción siguiente del entonces art. 54.1 "declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, definitivas o provisionales, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor" con el alegato de que tal precepto contempla un trato privilegiado para la Administración pública que no se justifica en absoluto y se añadía "si se paralizan las ejecuciones hipotecarias (a pesar de que los ejecutantes tienen un privilegio especial) tienen que paralizarse también los procedimientos administrativos de ejecución". Como decimos, dicha enmienda no prosperó. Incluso después de dictarse la Ley Concursal y por Ley 58/03, de 17 de diciembre se reformó el art. 164 de la LGT para mantener y reforzar las "preferencia" administrativa para la ejecución de los bienes lo que significa que el legislador persiste en su criterio.
c) La laguna legal puede integrarse no sólo con la interpretación auténtica contenida en la Exposición de Motivos sino por el mismo art. 148.2 que permite al juez del Concurso efectuar las "modificaciones" al plan de liquidación a la vista de las observaciones que se le formulen... [a este respecto y en cuanto al caso objeto del presente rollo de apelación núm. 447/2011, debe tenerse en cuenta que lo embargado no eran bienes enajenables sino créditos]....
d) Entendemos que también sería posible optar por lo previsto en el art. 155.2 LC y es que "la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atenderá los sucesivos como créditos contra la masa." Es decir, que aun cuando la providencia de apremio -y en nuestro caso también practicado el embargo - se haya dictado con anterioridad a la declaración del concurso, la administración concursal puede mediante el pago de las deudas apremiadas evitar la ejecución singular del patrimonio del concursado. La fundamentación en el caso es la misma, evitar la ejecución de bienes y derechos del deudor que perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso, es el que legitima a la administración concursal para proceder al pago de la deuda con la Tesorería de la Seguridad social a fin de evitar la continuación del procedimiento de apremio y en tal caso sí procedería de oficio al levantamiento del embargo por extinción de la deuda a la que amparaba.
e) No tendría sentido permitir la continuación de la vía de apremio y la competencia administrativa para cobrar individualizadamente su crédito mediante la ejecución de bienes concretos del deudor y acto seguido limitarla a la par condictio creditorum. En tal caso el procedimiento de apremio se convertiría en una simple medida cautelar de la Administración pues sólo podría llegar hasta la anotación preventiva de embargo. Nos preguntamos para qué sirve ese " embargo cautelar" si es que luego el titular de la garantía (claro está, en las condiciones del art. 55.1.2 Lc exclusivamente) no puede hacerla efectiva sobre ese bien. Más inútil nos parece que pudiera ejecutarla con el compromiso de depositar su resultado en el concurso "a resultas" de la calificación de su crédito; no se nos oculta que ningún interés tendría la Administración en ejecutar un bien a su costa para que luego se beneficiaran otros antes que ella con su resultado.
f) No obsta a la ejecución separada la posible existencia de un crédito preferente de cualquier otro acreedor del concursado que habría de articularse a través de la tercería de mejor derecho porque la preferencia de ejecución no implica la preferencia crediticia, evidentemente, y dado el carácter excepcional con el que la ejecución separada ha sido reconocida en la LC, sólo tiene sentido que la Administración continúe la ejecución iniciada cuando con ella se consiga la satisfacción de la deuda apremiada.
g) La Ss del Tribunal de Conflictos de 6 de noviembre de 2007 reitera la doctrina de que "una vez declarado el concurso, la Administración General del Estado, en este caso la Tesorería General de la Seguridad social, sólo puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso ", es decir que en una interpretación a contrario, antes de la declaración del concurso la ejecución separada permite la supeditación de la ejecución del bien para la satisfacción del crédito por más que en aquel momento temporal una vez declarado el concurso, "debe excluirse cualquier actuación o medida de ejecución de los bienes del deudor que pueda obstaculizar la realización de la masa del concurso por el órgano jurisdiccional" por lo que la competencia de esta ejecución recaerá sobre el Juez del concurso e incluso corresponderá igualmente al mismo "determinar cuándo debe procederse exactamente al pago de la deuda líquida de la Seguridad social cuando la citada liquidación se haya realizado con posterioridad a la declaración del concurso ".
h) No nos parece de recibo que se pueda argumentar que la preferencia que establece el art. 55.1º.II sea exclusivamente cautelar o procedimental, desligada de la preferencia sustantiva para el cobro del crédito puesto que ello implicaría desatender el concepto jurídico procesal civil de " embargo " sobre un concreto bien al que "sujeta" y que no debe confundirse con la preferencia de créditos para que las que existen otras soluciones en el Ordenamiento jurídico (por ej. la tercería). Dentro del marco normativo del Concurso la preferencia es la que fija el propio art. 55.1º.II interpretado en todo el conjunto del mismo y en la universalidad de la ejecución dentro de la que el legislador ha entendido y ha querido mantener la preferencia para el cobro de procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio antes de la declaración de concurso, posiblemente sustentado en la naturaleza

Pública del acreedor y en facultad de autotulela de la Administración, como era ya tradición en nuestro Derecho de ejecución colectiva, aunque ahora de una manera sensiblemente más restringida.
i) No obsta a lo anterior el argumento de que las características y naturaleza del crédito privilegiado es sólo en el modo y manera que se contiene en los preceptos ad hoc de la Ley concursal (ex art. 154, 91 ó 90) en tanto numerus clausus porque es la misma Ley la que en otro precepto señala la preferencia en una ejecución separada y no precisa reiterarla.".
En parecidos términos se pronuncia el AAP León (sec. 1ª) de 29 de julio de 2011: "Siendo la cuestión muy polémica como se ha expuesto nos inclinamos nosotros por mantener el embargo (aunque desde luego siendo defendible la otra postura), sirviendo como argumento que la Ley Concursal guarda silencio sobre cómo y hasta cuándo ha de continuar la vía de apremio para que sea objeto de ejecución separada, no indica la manera en que estos acreedores singulares pondrán de manifiesto la voluntad de mantenerse al margen del concurso. No se puede entender que "renuncian" a la posibilidad de ejecución separada por no hacer manifestación al respecto, no está previsto como sí lo está en el caso de las garantías reales en el art. 57.3 de la Ley Concursal para los supuestos de garantía real que exige esa ejecución separada antes del inicio de la fase de liquidación, porque en otro caso "perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado", aún así este efecto no puede determinar la pérdida del privilegio especial sino sólo procedimental o preclusivo. La idea que inspira la Ley Concursal es huir de las ejecuciones separadas, incluso cuando hay garantías reales se ocupa de regularlas para a someterlas a plazos perentorios, por ello cuando únicamente las admite en el caso del art. 55.1 de la LC, es porque realmente fue voluntad del legislador respetarlas y se puede sostener que no ha regulado ni ha hecho referencia a las mismas precisamente porque podrán continuarse como se recoge en el párrafo segundo del art. 55. No se oculta la existencia de opiniones que sostienen este precepto puede suponer una lesión al principio de la "par condictio creditorum", pero la interpretación que hemos manifestado es la que entendemos corresponde a la excepción que el precepto comentado contempla. Por otro lado, no tendría mucho sentido permitir la continuación de la vía de apremio y las ejecuciones laborales para cobrar individualizadamente su crédito mediante la ejecución de bienes concretos del deudor, para a continuación limitarla a la "par condictio creditorum", poca eficacia tendrían los embargos cautelares si posteriormente no puede hacerse efectivo el bien. Procede por todas las razones expuestas estimar el recurso en el apartado concreto antes relatado y a que se contrae el motivo de impugnación del auto dictado por el Juzgado"; rechazando en esta resolución que el crédito fuera necesario para continuar la actividad de la concursada.
Por su parte, la SAP Navarra (sec. 3ª) de 18 de junio de 2010 incide en que "La Ley Concursal no prevé cuando hay que renunciar a la ejecución separada, y en todo caso ha de ser una renuncia expresa".
TERCERO.-Con base en la doctrina jurisprudencial indicada y que esta Sala comparte y aplica al presente caso, debe estimarse el motivo de apelación relativo al cumplimiento de las condiciones por parte de la apelante para la ejecución separada, procediendo por ello la revocación de la sentencia recurrida y la desestimación de la solicitud presentada por la administración concursal de "Ferrallas Haro S.L" que dio lugar al presente incidente registrado al núm. 21/2011. Consecuencia de la estimación de dicho motivo de apelación no resulta necesario atender al resto de motivos de apelación alegados. ": SAP La Rioja (Sección 1) 20.03.2012 (Sentencia 85/2012; Rollo 447/2011)

AP Sevilla

"En este orden de cosa, no se comparte el criterio del Juez a quo, de entender que procede alzar los embargos por aplicación del artículo 57 ya que estamos ante un supuesto distinto y diferente. Esta norma se refiere a las garantías reales, pero con el matiz de que no se hayan ejercitado las oportunas acciones reales antes de la declaración de concurso, una vez abierta la fase de liquidación. Por ejercitar hemos de entender la acción, hacer algo, ejecutar, poner por obra una acción o trabajo, es decir, la actividad de hacer uso de un derecho, capacidad o virtud, siempre teniendo en cuenta un elemento temporal, como es que se realice antes de la declaración de concurso. En el supuesto analizado en la presente litis, es obvio que el procedimiento administrativo se había incoado con anterioridad a la declaración de concurso, incluso se había dictado la oportuna providencia de apremio, que, aunque no se ha aportado a los autos, es necesaria e indispensable para acordar el embargo, ya que se trata de abrir la fase de realización del derecho de crédito que ostenta la Administración. Todos estos actos son anteriores a la declaración de concurso, por tanto, no se trata del mismo supuesto contemplado en el artículo 57, que hace decaer ese derecho preferente, de quien ostenta una garantía real, por no haberse anticipado a la declaración de concurso. ": AAP Sevilla (Sección 5) 04.01.2012 (Auto 3/2012; Rollo 7566/2011)

4.1 "Hasta la aprobación del plan de liquidación"

AP Almería

"PRIMERO. - Por la Tesorería General de la Seguridad Social se interpuso recurso de apelación frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil, en virtud del cual se denegaba la solicitud formulada por aquella de autorización, en el marco del art 55 de la Ley Concursal, para la continuación del procedimiento de apremio NUM000 sobre créditos embargados a la concursada con anterioridad a la declaración de concurso, por no ser necesarios para la continuidad de la actividad de la mercantil concursada, por cuanto carece de actividad y se ha abierto la fase de liquidación.

A través del recurso formulado se interesa la revocación de la sentencia y que, en su lugar se dicte otra resolución por la cual se autorice la continuidad del procedimiento administrativo de la TGSS y la aplicación de créditos embargados a la empresa Isabel González Torregosa e Hijos SL, Hotel Restaurante Overa SL, D. Salvador, Almedina Servicios Hoteleros SL y D. Luis Angel y D. Alfredo, para saldar su deuda, al margen del concurso.
La Administración Concursal se opuso al incidente alegando que, si bien es cierta la realidad de los embargos y que la concursada ya no prosigue actividad alguna dado que se ha abierto la fase de liquidación, en la medida en que es inminente la aprobación del plan de liquidación, es forzada la aplicación del art 55.1 y se vulneraría el principio de la par conditio creditorum.
La sentencia de instancia desestima la demanda con imposición de costas a la actora en base al art 55.1 de la ley Concursal en la redacción dada por la ley 38/2011, considerando que pese a que todos los embargos son anteriores a la declaración de concurso, la nueva ley establece un momento preclusivo para pedir al juez del concurso la autorización de continuidad, cual es el momento del plan de liquidación, siendo así que la TGSS, efectúa su petición cuando ya está abierta la fase de liquidación, sin que conste haberlo efectuado en la fase común, momento en que ha de juzgarse si los bienes son o no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial.
Frente a este pronunciamiento, se alza la actora alegando error en la interpretación del art 55 de la LC, por cuanto todos los embargos son anteriores a la declaración de concurso, lo son de créditos o dinero efectivo que no puede tener la consideración de bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial y en cualquier caso, no puede hablarse de tal carácter cuando ya se ha acordado la apertura de la fase de liquidación de la empresa que conlleva el cese de la actividad, siendo así que el incidente se plantea antes de la aprobación del plan de liquidación, por lo que tiene derecho de ejecución separada. Impugna así mismo, la imposición de costas entendiendo que aún en el hipotético caso de desestimar el incidente, concurrirían dudas de derecho, dado el número de sentencias que apoyan la consideración de los créditos embargados como bienes no necesarios para la continuidad empresarial una vez abierta la fase de liquidación y, en todo caso, los derechos de crédito realizables en dinero, por lo que el caso sería jurídicamente dudoso, máxime cuando en una sentencia del mismo Juzgado y en el seno del mismo concurso, se reconoció ese derecho de ejecución separada respeto de otro crédito y no se impusieron las costas a la administración concursal ni a la concursada por entender que actuaban en defensa de la masa activa. Además, considera que el reconocimiento del derecho a costas del letrado actuante como demandado infringe el art 34.2 y art 184.5 de la LC por cuanto el administrador concursal que tenga la condición de letrado, solo podrá percibir por su intervención en el concurso las cantidades fijadas en el arancel.
La parte apelada no ha evacuado el trámite.
SEGUNDO. -Como señala la sentencia e invoca la parte,el art 55 de la LC aplicable al presente incidente, en el marco de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la ley 22/2003 de 9 de julio, en relación con la disposición Final Tercera, lo es en la redacción dada por la ley 38/11, dada su entrada en vigor el 1-1-2012 siendo la fecha de declaración de concurso el 29 de mayo de 2012. El precepto, bajo la rúbrica de Ejecuciones y apremios es del siguiente tenor literal "1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos
o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos".
Para la adecuada aplicación al caso a debate del citado precepto, ha de partirse de unos hechos que realmente no se han discutido y constan acreditados en autos:
1-El auto de declaración de concurso es de 29 de mayo de 2012.
2- Todos los créditos embargados en el procedimiento administrativo de referencia respecto del que se pretende la ejecución separada y al margen del proceso concursal, son anteriores a esa declaración de concurso.
3- El auto por el que se acuerda la apertura de la fase de liquidación de la concursada, disolución de la sociedad y requerimiento a la administración concursal para presentar plan de realización de bienes y derechos- entre otros extremos- es de 11 de septiembre de 2012.
4- La demanda de la que arranca este recurso se presenta el 29 de noviembre de 2012 (folio 2).
5- No consta en estos autos incidentales, copia o testimonio del auto de aprobación del plan de liquidación, pero tanto la administración concursal en su contestación a la demanda, como la sentencia, destacan que a fecha del dictado de la misma, no se había aprobado el plan de liquidación, siendo así que la recurrente señala que ese auto es de 28/2/2013, esto es, de fecha posterior a la demanda incidental.

Con estos datos fácticos indiscutidos, asiste razón al recurrente cuando señala, en contra de la resolución recurrida que no ha precluido la posibilidad de ejercitar su derecho al tiempo de la demanda, pues el art 55 de la LC establece ese límite temporal " hasta la aprobación del plan de liquidación" y así lo ha entendido esta Sala en numerosas resoluciones, entre otras en Sentencia de22/7/2013 donde se señalaba que la a regla general que preside la legislación concursal es aquélla que tiende a evitar las ejecuciones separadas en virtud del principio de la pars condictio creditorum; no obstante dicho principio, la propia Ley Concursal admite excepciones a dicha regla general, como la prevista en el art. 55 anteriormente relatado, habiendo señalado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en sentencia de 22 de diciembre de 2006, que la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquélla es anterior en el plano temporal a ésta. Se configura, así, la continuación del procedimiento de apremio como una facultad de la Administración, que habrá de decidir si desea continuar el procedimiento ya iniciado o bien abandonarlo, cumpliendo los requisitos objetivos y temporales marcados en la ley.
Desde el punto de vista objetivo, el presupuesto de ejercicio de ese derecho de ejecución separada sobre bienes o créditos embargadas antes de la declaración del concurso es que " no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor" y evidentemente la propia apertura de la fase de liquidación implica que la actividad empresarial no vaya a tener continuidad bajo la anterior forma con lo que, lógicamente, los bienes embargados y, sin necesidad de entrar a valorar su característica o no de dinero efectivo, no serían necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor,
Por lo que, considera la Sala que concurriendo todos los presupuestos objetivos y temporales del derecho de ejecución separada de la TGSS sobre esos derechos de créditos embargados en el curso del proceso referido, procede revocar la resolución, estimar el recurso y en consecuencia, reconocer a la parte la ejecución separada solicitada en el mismo sobre los créditos referidos en el procedimiento administrativo del de apremio NUM000.
Conviene aclarar que en la medida en que esta ejecución separada está justificada únicamente respecto de los créditos que la motivaron, lo satisfecho con la realización del embargo servirá únicamente para pagar esos créditos y no otros.”: SAP Almería (Sección 2) 05.02.2014 (Sentencia 25/2014; Rollo 153/2013)

JM-6 Madrid

“PRIMERO.-Para resolver la cuestión suscitada por el Administrador concursal resultan antecedentes necesarios: 1.-que la mercantil Yulanka, S.A.U. fue declarada en concurso de acreedores por 19.12.2013; 2.- que por Diligencia de 5.7.2013 de la Delegación Especial de Madrid de la A.E.A.T. se acordó el embargo de derechos de cobro de la concursada, notificando el embargo a la entidad DIRECCION000, C.B. (Registro Mercantil de Murcia); 3.-que la T.G.S.S. no solicitó ni obtuvo de este Tribunal la declaración de no afección de dichos créditos ni ha finalizado ni ha hecho suyo en resultado de los bienes embargados, que siguen en poder del deudor de la concursada.
SEGUNDO.-Para resolver tal cuestión debe señalarse que es doctrina recogida en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27.3.2012 [-----] que "... Con anterioridad a que la Ley 22/2003 fuera en este punto reformada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, los requisitos precisos para dicha ejecución separada, tratándose de procedimientos administrativos, eran dos: que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso; y que los bienes objeto de embargo no resultasen necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor…", añadiendo que "... Como se expuso, la mencionada regla del artículo 55 ha sido modificada, después de la sentencia recurrida en casación, por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Hoy el repetido artículo admite la continuación de los procedimientos administrativos de ejecución, hasta la aprobación del plan de liquidación, si antes de la declaración del concurso se hubiera practicado, no la providencia de apremio, sino la diligencia de embargo -y, claro está, si los bienes embargados no fueran necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor…".
TERCERO.-Atendiendo a tal doctrina resulta en la presente causa que la Diligencia de embargo [-sea preventivo, sea ejecutivo-] de la A.E.A.T es anterior a la declaración concursal, siendo su objeto los créditos señalados en la Diligencia de 5.7.2013, por lo que la Entidad ejecutante cumplía uno de los presupuestos para la continuación de la actividad ejecutiva singular administrativa, pero en modo alguno ha obtenido la ejecutante la declaración de no afección o no necesidad de los bienes embargados, de lo que resulta que una hipotética incorporación de los créditos embargados al patrimonio de la A.E.A.T [-por pago de los deudores de la concursada a la Autoridad Tributaria-] con posterioridad a la declaración concursal infringiría la exigencia legal dispuesta en el art. 55.1 L.Co.
CUARTO.-Si lo dicho se refiere al pago válido [-constante concurso-] a favor de la A.E.A.T. del crédito titularidad de la concursada frente a tercero, en materia de preclusión de la vía de la ejecución separada que el apremio administrativo supone debe concluirse que la inactividad de la Administración en el ejercicio [constante concurso-] de sus facultades de auto-tutela ha finalizado.
En tal sentido señala el art. 55.1 L.Co. que "... 1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor…".

Resulta de tal tenor literal que abierta la liquidación concursal por Auto de 13.3.2014 sin que la Administración pública embargante haya instado la previa declaración de no necesidad, y obtenida, haya continuado y finalizado las operaciones de apremio, debe declararse precluido e ineficaz en sede concursal el embargo acordado, que debe alzarse; no habiendo lugar al requerimiento a la deudora de la concursada para que abone dicha cantidad, sin perjuicio de que ésta de voluntario cumplimiento al pago debido para su ingreso en la masa activa concursal, y de no producirse su reclamación en la vía civil ante los Juzgados de la Primera Instancia.": AJM-6 Madrid 11.05.2015 (Concurso 921/2013)

4.1.1 Aplicabilidad retroactiva

AP Sevilla

"Primero.- La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en el escrito de interposición del recurso presentado el día 22 de diciembre de 2.011, alegaba, en esencia, que de acuerdo con el artículo 55.1 de la Ley Concursal podía continuar el procedimiento de ejecución laboral que había iniciado contra la concursada por cuanto que como consecuencia del mismo se habían embargado bienes del concursado con anterioridad a la fecha de declaración de concurso, por cuanto que los bienes embargados no resultan necesarios para la continuidad de la actividad de la concursada.
Segundo.- El artículo 55. 1 citado por la apelante en su redacción en el momento de la interposición del recurso decía literalmente: "Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". Este texto había dado lugar a distintas interpretaciones en los órganos judiciales sobre si el mismo era aplicable o no tras la aprobación del plan de liquidación.
El precepto ha sido objeto de una nueva redacción por el artículo único, apartado 42 de Ley 38/2011 de 10 octubre 2011, la cual ha entrado en vigor el 1 de enero de 2.012. La actual redacción dice lo siguiente: " Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".
La nueva redacción aclara el precepto y acaba con las dudas que suscitaba su interpretación, de modo que ahora no cabe sino concluir que los procedimientos administrativos y laborales de ejecución, y los embargos trabados a raíz de los mismos, sólo pueden continuar hasta la aprobación del plan de liquidación. En definitiva el legislador establece que la interpretación correcta del artículo es la que sostenía la tesis de que en ese momento cesa la posibilidad de continuar esas ejecuciones, y mantener los embargos que las garantizaban, con la finalidad de permitir la efectiva realización del conjunto de la masa activa y, con su resultado hacer pago, hasta donde alcance, a los acreedores, por el orden dispuesto en la Ley y en la relación de acreedores que haya sido aprobada. Ello obviamente no supone en modo alguno la extinción del derecho de la Tesorería General de la Seguridad Social, ni se perjudica su crédito; solo que tal derecho de crédito queda supeditado al marco general de realización colectiva que dispone la Ley Concursal para la fase de liquidación.
Tal modificación legal, al ser meramente interpretativa o aclaratoria del precepto, puesto que dicha tesis ya cabía mantenerla y fue mantenida por algunos órganos judiciales vigente la redacción anterior, ha de aplicarse con carácter retroactivo.": AAP Sevilla (Sección 5) 12.11.2012 (Auto 184/2012; Rollo 5387/2012)

"PRIMERO.-La Tesorería General de la Seguridad Social no se opuso, en su momento, cuando se le dio traslado de la propuesta anticipada de liquidación, en la que se interesaba el alzamiento de los embargos que tenía trabados, y al hacerlo, ahora, en su escrito de interposición del recurso de apelación, una vez acordado el alzamiento, se basa, únicamente, en lo dispuesto en el artículo 55, 1 de la Ley Concursal, pero no en su redacción actual, tras la reforma de dicho precepto por el apartado 42 del artículo único de la Ley 38/2.011, de 10 de Octubre, que entró en vigor el 1 de Enero de 2.012, sino en su redacción originaria.
SEGUNDO.-En dicha redacción originaria se decía que "podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". Como esta redacción dio lugar a distintas interpretaciones en los órganos judiciales sobre si era o no aplicable, tras la aprobación del plan de liquidación, su reforma por Ley 38/2.011, de 10 de Octubre, vino a despejar las dudas, señalando ahora que "Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".
TERCERO.-La nueva redacción aclara el precepto y acaba con las dudas que suscitaba su interpretación, de modo que ahora no cabe sino concluir que los procedimientos administrativos y laborales de ejecución, y los embargos trabados a raíz de los mismos, sólo pueden continuar hasta la

aprobación del plan de liquidación. En definitiva el legislador establece que la interpretación correcta del artículo es la que sostenía la tesis de que en ese momento cesa la posibilidad de continuar esas ejecuciones, y mantener los embargos que las garantizaban, con la finalidad de permitir la efectiva realización del conjunto de la masa activa y, con su resultado hacer pago, hasta donde alcance, a los acreedores, por el orden dispuesto en la Ley y en la relación de acreedores que haya sido aprobada. Ello obviamente no supone en modo alguno la extinción del derecho de la Tesorería General de la Seguridad Social, ni se perjudica su crédito; solo que tal derecho de crédito queda supeditado al marco general de realización colectiva que dispone la Ley Concursal para la fase de liquidación.
CUARTO. - En este caso, el auto recurrido, de 19 de Abril de 2.012, se dictó cuando ya estaba en vigor dicha reforma, pero, en todo caso, no dejaría de aplicarse la misma con carácter retroactivo, al tratarse de una modificación meramente interpretativa o aclaratoria del precepto, puesto que la solución que adopta ya cabía mantenerla y, de hecho, fue mantenida por algunos órganos judiciales, vigente la redacción anterior.": AAP Sevilla (Sección 5) 27.11.2012 (Auto 196/2012; Rollo 6469/2012)

5. Tratamiento de las consignaciones por recursos en materia social

Nota: *vid. también las resoluciones incluidas en el art 76.1*

"5. ¿Qué tratamiento debe darse a las consignaciones efectuadas para la interposición de los recursos de suplicación o casación (artículo 228 de la LPL)? ¿Se ven afectadas por el artículo 55 de la Ley Concursal?
La consignación debe tener el mismo tratamiento que el embargo siendo aplicable analógicamente las disposiciones del artículo 55 de la LC, en tanto que responden a la misma finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia.
Para el cobro de la cantidad consignada debe instarse la ejecución de la sentencia, por lo que si al declararse el concurso no se ha instado la ejecución, la consignación debe reintegrarse a la masa activa, dado que no pueden instarse ejecuciones.
Si se hubiera pedido la ejecución y no se hubiera entregado la consignación, resulta de aplicación el artículo 55 y podría entregarse la cantidad salvo que se considerasen bienes necesarios. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDASESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 5)

6. Caso de las condenas a liquidar en ejecución de sentencia (antigua LEC)

"8. ¿Es posible la ejecución de sentencias dictadas al amparo de la anterior legislación procesal civil en las que no se concreta la condena, remitiéndose a la ejecución posterior a los únicos efectos de concretar ésta?
Dos son las soluciones que se han dado; la necesaria concreción de la efectiva condena por el juez competente para el conocimiento de la ejecución o bien la resolución del asunto dentro del concurso, bien mediante incidentes concursales, bien tácitamente por parte de la administración concursal al establecer la lista de acreedores, con la posibilidad de impugnación posterior por parte de los titulares de los créditos.
La solución mayoritariamente aceptada fue la primera. En este sentido se partía de que la ejecución a la que se refiere el artículo 55 de la Ley Concursal es la recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, en la que necesariamente se parte de una resolución judicial en la que se concreta la condena o se establecen los parámetros para fijarla. En cambio, de acuerdo con la anterior legislación procesal civil, no era necesaria dicha concreción en el procedimiento principal del que deriva la ejecución siendo posible que se defiriera a ejecución de sentencia su cuantificación y determinación. De acuerdo con esto, se entiende que las ejecuciones seguidas con relación a estas resoluciones judiciales exigen una previa declaración a realizar dentro de la fase de ejecución, en la cual se concreta la efectiva condena. Por esto, a pesar de la denominación, ejecución, propiamente en ella se desarrolla una previa fase declarativa que no se entendería incluida dentro del artículo 55 de la Ley Concursal a efectos de suspensión.
Teniendo en cuenta la necesidad de concretar los créditos de los acreedores a efectos del concurso, se entiende que en estos casos es posible que se abra la fase de ejecución en el juzgado de primera instancia que corresponda, realizando las actuaciones necesarias para la concreción de la deuda, para una vez fijada ésta, suspender el procedimiento, considerando que es en este momento en el que se inicia propiamente la ejecución. En cualquier modo, la solución anterior partía de la previa iniciativa de los acreedores, instando la ejecución, puesto que en los casos en que no se haya producido ésta, la única posibilidad de solventar la cuestión sería dentro del concurso y por parte del Juez de éste, como actuación necesaria para la fijación definitiva de la lista de acreedores. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDASESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 8)

7. Consignación de crédito embargado en procedimiento administrativo de apremio

"PRIMERO.- En este expediente se produce la consignación de la deuda que mantiene Hermanos García S.A. con la concursada Sutegui S.L., y que consta inventariada en el Informe de la Administración Concursal, en atención a lo resuelto por este Juzgado de lo Mercantil, que es el del concurso, en su providencia de 27 de diciembre de 2006.

En primer lugar, este Juzgado es competente para atender a una consignación liberatoria de una obligación de tercero que es crédito en la masa del concurso del que conoce ex art. 86.ter.1.1º LECO, en tanto que es una voluntaria integración de dicha masa, cuyo destino supone conocer incidentalmente de reclamaciones patrimoniales de acreedores concursales frente al concursado.
SEGUNDO.- La consignación es el depósito que en forma legal hace un deudor de la cosa objeto de la obligación, y que se produce cuando el acreedor se niega sin causa justa (art. 1.176.1ºpfo. C.Civ.), o bien no puede (art. 1.176.2ºpfo., por ausencia, incapacidad, incerteza del acreedor, o extravío del título) aceptar la prestación que el deudor le ofrece, por lo que su naturaleza es la de subrogado del pago o cumplimiento mediante la cooperación de la potestad jurisdiccional.
El previo ofrecimiento de cumplir es el exigible al caso de rehúse del acreedor, y el anuncio de la consignación para el caso de no poderse producir el ofrecimiento, como en el de incertidumbre de quién tenga derecho a cobrar, que es el presente, y si se demuestra, y luego se ha notificado a los interesados, que han alegado lo que les ha convenido, y puesto que así se pide por el deudor, cumple tener por bien hecha la consignación y mandar cancelar la obligación correspondiente a las facturas del caso.
TERCERO.- El mérito del asunto radica en que los derechos de crédito de Sutegui S.L. estaban embargados en procedimiento de apremio con anterioridad a la declaración de su concurso, que se produjo el 12 de setiembre de 2006, por lo que si la masa del concurso es la destinataria de la consignación para liberar el crédito frente al tercero deudor, conforme art. 76.1 LECO, concurre con el derecho de ejecución separada por su crédito concursal de la TGSS, habida cuenta de la excepción de art. 55.1.pfo.2º LECO.
Pues bien, habiéndose dictado providencia de apremio por la URE previamente a la declaración del concurso, en tanto que Sutegui S.L. carece de actividad empresarial, no puede haber bienes o derechos necesarios para la continuidad, y entonces, nada se opone a que el procedimiento de apremio administrativo persevere, a pesar del concurso, haciéndose con aquéllos para satisfacer los créditos concursales de tal procedimiento.
Aunque la norma específica de art. 588.1 LEC gravita sobre el embargo administrativo, y no es válido aquel que traba derechos cuya efectiva existencia no consta cuando se practica. Por ende, el embargo eficaz del procedimiento ejecutivo que persevera es el de los créditos de Sutegui S.L. que estuvieran vencidos y exigibles antes de la declaración del concurso, sin que los posteriores nazcan válidamente embargados.
Es por ello, que la Administración Concursal verificó el cálculo de su escrito de 4 de enero de 2007, relativo a los devengos de las facturas giradas al deudor que paga mediante consignación, de modo que 24/31avas partes de las facturas del mes de agosto y todas las anteriores se entienden créditos existentes de Sutegui S.L. para cuando se produjo el embargo de la URE, y así lo asume la TGSS, con el detalle del escrito expositivo unido al expediente. Por ello, el dinero consignado en ese porcentaje debe destinarse al procedimiento de apremio de la TGSS, y en el resto quedar en la masa del concurso para sus atenciones.
CUARTO.- Las costas del expediente, si hubiere, son a cargo solidario de los acreedores, TGSS y masa del concurso, según dispone el art. 1.179 CCiv.”: Auto JM-2 Bilbao 19.03.2007 (Concurso 296/2006)

8. Procedimiento de solicitud de provisión de fondos del art 29.2 LEC por el procurador al concursado: no cabe

“SEGUNDO.- En cuanto al fondo de la cuestión objeto del recurso, el Procurador recurrente presentó ante el Juzgado de lo Mercantil ante el que se tramitaba el concurso voluntario en el que tal Procurador ostentaba la representación del concursado, solicitud de provisión de fondos delart. 29.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juzgado de lo Mercantil denegó tal solicitud, y contra esta resolución se alza el citado Procurador en el presente recurso de apelación.
Esta Sala ha de remitirse a lo ya declarado en suauto de 11 de octubre de 2006, en la que se resolvía una cuestión similar a la aquí planteada. Como decíamos en esa resolución, sin entrar en la razonabilidad de lege ferenda que pudieran tener las consideraciones expuestas en el recurso de apelación, ni en las consecuencias negativas que el régimen legal establecido por la Ley Concursal pueda traer consigo, por no ser ello función de este tribunal, lo cierto es que, de lege data, coincide la Sala con el Juzgado de lo Mercantil en que en el régimen de la vigente Ley Concursal no es posible el expediente de provisión de fondos delart. 29.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civilpor parte del Procurador del concursado y contra éste.
Como se indica en la resolución recurrida, la Ley Concursal atribuye expresamente a los gastos judiciales ocasionados por la solicitud y la declaración del concurso, la publicación de las resoluciones judiciales y la asistencia y representación del concursado durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.2º de la Ley Concursal), previendo expresamente que los mismos "serán satisfechos conforme a lo dispuesto en elartículo 154". En el apartado 2ºde tal precepto se prevé que "los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos delartículo 84.2.1ºse pagarán de forma inmediata. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos".
Ello, junto con la previsión general delart. 55.1 de la Ley Concursalde que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", lleva a esta Sala a la conclusión de que un procedimiento como el de provisión de fondos delart. 29.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene la naturaleza de un procedimiento de apremio, es decir, de ejecución singular, para obtener una provisión de fondos con la que hacer frente a gastos futuros no es posible en el seno de un concurso de acreedores, a la vista de las previsiones de la Ley Concursal, que ha de considerarse ley especial respecto de la que la Ley de Enjuiciamiento Civil es una

norma supletoria (Disposición Final 5ª de la Ley Concursal), no aplicable en tanto existan normas en la Ley Concursal que permitan resolver la cuestión planteada.": Auto AP Madrid 10.05.2007 (JUR 2007/322394)

9. No suspensión de las actuaciones frente a los ejecutados no concursados

Nota:

Desde otra perspectiva, en cuanto a la no enervación de las acciones contra otros obligados solidarios no concursados por el hecho de la pendencia del concurso o la insinuación del crédito, vid. las resoluciones incluidas en el art. 87.7 LC

Vid. art. 568.3 LEC

A tener en cuenta, desde su entrada en vigor en fecha 05.05.2010, lo dispuesto en el art. 568.3 LEC tras su modificacipon por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 04.05.2010:

> *"3. Si existieran varios demandados, y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto al que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás.»*

AP Albacete (finca transmitida a tercero)

"PRIMERO Por la representación de Banco Español de Crédito S.A., apelante en esta alzada, solicita revocación delauto dictado en fecha 10 de marzo de 2.009 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia nº 3 de Albacete no admitiendo a trámite la demanda de ejecución frente a Severino y Mercantil Ortega 38, S.L, para exigir el pago de deuda garantizada con hipoteca y que se dicte otra resolución admitiendo a trámite la referida demanda, pues el juez de instancia considera erróneamente que las fincas hipotecadas se encuentran afectas a la actividad empresarial pero aunque el destino del crédito hipotecario concedido fue para la empresa Ortega 38, S.L., sin embargo la garantía fue prestada porSeverino con bienes particulares de su propiedad con los que garantizó la devolución del préstamo, tal como se recoge en la escritura de hipoteca aportada con la demanda y se acredita con verificaciones registrales de las referidas fincas (sitas en Carretera de Barrax en Villarrobledo) en las que se puede comprobar que se trata de vivienda y plaza de garaje privativas deSeverino que las donó aEmilia (fincaNUM000) y aRosana,Emilia yElisenda (fincaNUM001) por lo que siendo tales bienes privativos deSeverino y actualmente la titularidad de otras personas físicas que no se encuentran en concurso no le afectaría la restricción prevista en elart. 56.1 de la Ley Concursal.SEGUNDO Elart. 56.1 de la Ley Concursal únicamente veda la posibilidad de iniciar hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte o transcurra un año desde la declaración de concurso sin apertura liquidación ejecución a los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado si éstos estuviesen afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, afección que no consta respecto a los bienes hipotecados a que se refiere la ejecución instada ya que, según se desprende de la escritura de préstamo hipotecario -véase folios 35 y 36- las fincas hipotecadas según los datos registrales -folios 82 a 84- eran bienes privativos deSeverino correspondiendo actualmente la propiedad de tales fincas a terceros que son ajenos al concurso y que han recibido las mismas por donación de su anterior titular, por lo que con independencia de que hay había transcurrido en exceso el límite temporal a que se refiere elart. 56.1 de la Ley Concursal ya que la declaración de concurso se tramitó con en nº 86/2.008 es obvio que concurren los requisitos para admitir a trámite la ejecución.": AAP Albacete 24.02.2010 (JUR 2010/167180; Auto 14/2010; Rollo 21/2010)

AP Barcelona

"PRIMERO La representación del Sr. Lago Pérez presentó recurso de apelación contra el Auto de instancia, que acuerda el archivo de la causa, alegando que el procedimiento de ejecución no sólo se seguía contra el concursado, Verdi Intercontinental S.A., sino contra otros dos más, de forma que el concurso de uno de ellos no puede aprovechar al resto. Señala que el auto recurrido contradice lo dispuesto en providencia de 28 de mayo de 2009 y Auto de 2 de julio de 2009, en los que se acordó continuar el curso de los autos contra los otros dos ejecutados. Por ello solicita se acuerde mantener la ejecución contra los dos codemandados que no se hallan en situación de concurso, el Sr. Secundino y el Sr.Ovidio.
El Auto apelado refiere el contenido delart. 50 y ss de la Ley Concursal y acuerda por ello el archivo de las actuaciones,sin perjuicio de la demandante de reiterar su petición ante el Juzgado de lo Mercantil.
Consta en autos demanda de juicio cambiario, contra Verdi Intercontinental, S.A., el Sr.Secundino y el Sr.Ovidio en atención a la existencia de pagaré, siendo el librador la referida mercantil y avalistas el resto de demandados. Por auto de 26 de mayo de 2008 se acordó incoar juicio cambiario contra los demandados, dictándose el 3 de marzo de 2009 resolución que acordó despachar ejecución contra éstos.
La representación de Verdi Intercontinental, S.L. presentó escrito el 13 de mayo de 2009, en el que ponía de manifiesto que había sido declarada en concurso voluntario, interesando la suspensión del proceso de ejecución frente al mismo y los avalistas solidarios, dictándose providencia el 28 de mayo de 2009 en la que se dispuso la suspensión de la ejecución sólo frente a la sociedad y no contra los avalistas, por ser su responsabilidad autónoma de la del firmante del pagaré.

Tras recurso de reposición contra dicha providencia se dictó Auto el 2 de julio de 2009, que desestimó el mismo.
Posteriormente se recibió en las actuaciones oficio remitido por el Juzgado Mercantil 6 de esta ciudad, en el que se indicaba que, conforme alart. 50 y ss de la Ley Concursal no podrán iniciarse nuevas ejecuciones singulares contra el concursado, Verdi Intercontinental, S.A., Clínicas Verdi, S.L. y Jubalta Gestión S.L., mientras se mantengan los efectos de la declaración del concurso, quedando en suspenso las que se encontraran en trámite. En cuanto a los juicios declarativos, que no podrá admitirse nuevas demandas contra el concursado a partir de la fecha de declaración del concurso, debiendo continuar hasta la sentencia o resolución definitiva los que se encontraran en trámite con anterioridad a la referida fecha. Seguidamente el juzgado de instancia dictó la resolución apelada.
SEGUNDO Elart. 55 de la Ley Concursal, bajo el título de " Ejecuciones y apremios", determina en su punto primero que, declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, pudiéndose continuar aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
El punto segundo de dicho precepto prevé que las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, determinando el punto 3 que las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.
En el supuesto de autos, la ejecución venía suspendida respecto del único ejecutado concursado, continuándose por tanto en cuanto a los otros dos demandados, en tanto que avalistas, y por ello se considera procedente la estimación el recurso de apelación, pues la declaración de concurso voluntario existente, que tiene las consecuencias que el precepto mentado indica a los efectos de estos autos, no puede determinar el archivo del procedimiento que viene siguiéndose contra ejecutados que no están concursados y cuya responsabilidad en el pago resulta autónoma respecto del propio librador del pagaré, que se halla en situación de concurso voluntario. Así elart. 37 de la Ley Cambiaria y del cheque (RCL 1985, 1776, 2483) determina que el avalista responde de igual manera que el avalado, no pudiendo oponer las excepciones personales de éste, que incluso, será válido el aval aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma. Redunda en la procedencia de lo anterior considerar que no existe norma procesal alguna que impida la continuación de la ejecución sólo contra, como en este caso, los avalista dada la propia naturaleza de su obligación, no suponiendo lo acordado infracción de losarts. 55 de la L.E.C (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892). y 568 de la L.E.C., referidos únicamente al deudor declarado en concurso.
Abunda en lo expuesto el hecho de que no existiría impedimento alguna para instar ejecución sólo contra los avalistas.
En definitiva, viniendo acordada la suspensión de la ejecución frente a Verdi Intercontinental, debe estimarse la apelación y acordar, como solicita el apelante, su revocación siguiéndose la ejecución contra los otros codemandados que no están en situación concurso, Sr.Secundino y Sr.Ovidio y por ende a los que no afecta el concurso seguido contra la entidad citada, pues lo contrario, además de no venir dispuesto legalmente, perjudicaría al ejecutante viendo como una declaración de concurso limitada a uno sólo de los ejecutados aprovecharía al resto.". AAP Barcelona (Sección 11) 09.12.2010 (AC 2011/202; Auto 368/2010; Rollo 743/2010)

AP Burgos

"PRIMERO.- La parte apelante, Banco de Castilla SA, pretende la revocación delAuto recurrido por el que se desestima el recurso de reposición contra la providencia de 10 de abril de 2007por la que, conforme alarticulo 55.2 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, se acuerda la suspensión del presente procedimiento de ejecución de titulo no judicial, con archivo provisional del mismo, y en su lugar, se dicte otra por la que se acuerde suspender la ejecución, exclusivamente, contra la coejecutada Felpeto SA, declarada en concurso, pero se ordene seguir adelante la ejecución despachada contra el otro coejecutado no concursado, D.Ramón.
SEGUNDO.- Con fecha 8 de enero de 2007, al amparo delartículo 517.2.5ºen relación alarticulo 520 y 549y siguientes yartículos 572y siguientes, todos ellos de la LEC, se despachó ejecución en virtud de contrato de arrendamiento financiero (leasing), con intervención de Notario, celebrado el 30 de agosto de 2005 entre Banco de Castilla SAA y Felpeto SA, con la fianza solidaria de D.Ramón, quienes renunciaron al beneficio de orden, división y excusión.
Comunicado por el JPI nº 4 y de los Mercantil de Burgos, que porAuto de fecha 28.3.2007se declaró en concurso al deudor Felpeto SA y que las ejecuciones singulares en tramite en esa fecha debían quedar en suspenso, conforme alartículo 55 de la Ley Concursalyarticulo 568 de la LEC, el Juzgado de Villarcayo ha resuelto la suspensión del presente procedimiento no sólo contra la concursada Felpeto SA, sino contraRamón, fiador solidario en la póliza mercantil ejecutada, sobre la base de que siendo el administrador único y apoderado de la mercantil concursada, conforme alartículo 48 de la Ley Concursal, se recoge, implícitamente, la apariencia de buen derecho que deriva de la propia declaración de concurso y la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado culpable y la masa activa insuficiente, de donde se podrá derivar conforme alarticulo 172.3 de la LC, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, que podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa.

La extensión de los efectos del concurso que se contiene en el auto recurrido a quienes no han sido declarados en situación de concurso ni se encuentran en tal condición, resulta improcedente.
El Banco ejecutante suscribió póliza de leasing en la que todos los firmantes responden solidariamente de la deuda. Quiere ello decir que puede dirigirse contra todos o contra cualquiera de ellos, sucesiva o simultáneamente, pues el patrimonio de todos ellos responde de la deuda, conforme alartículo 1911 del C.civil.
El hecho de que uno de los ejecutados haya presentado concurso y se haya admitido a tramite implica que la ejecución se suspende, exclusivamente, contra el concursado, no contra los demás ejecutados, en este caso contra D.Ramón, contra el que se despachó ejecución en su condición de fiador solidario, no obstante ser el administrador único de la empresa. Las suposiciones culpabilidad, insuficiencia de bienes para pagar a los acreedores, eventual declaración del concurso como culpable, además de usurpar la competencia del Juzgado de lo mercantil, son meras hipótesis o conjeturas sin base alguna. Por lo tanto, procede con estimación del recurso, suspender la ejecución exclusivamente contra la concursada Felpeto SA y ordenar la continuación contra el otro ejecutado D.Ramón.": Auto AP Burgos (Sección 3) 10.12.2007 (JUR 2008/133045)

AP Cáceres

" postulando la parte apelante, en este sentido, que, si bien era procedente la suspensión de la ejecución en relación con la entidad ejecutada, Snacks Extremadura Alimentación 2.004, S.A., declarada en Concurso Voluntario porAuto de fecha 28 de Octubre de 2.008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres, en los autos de Concurso Ordinario seguidos con el número 632/2.008, sin embargo, debía alzarse la suspensión de la ejecución respecto del también ejecutado, D.Martin, continuándose la tramitación del Procedimiento contra él por todos sus trámites y de la forma que venía siendo acordada.
Atendiendo al planteamiento esbozado en el párrafo anterior, no cabe duda de que el único motivo del Recurso ha de ser, ciertamente, estimado y acogido. En efecto, ya en elAuto de fecha 14 de Enero de 2.009, dictado por este Tribunal en el Recurso de Queja seguido con el número 2/2.009, se señalaba (primer párrafo del Fundamento Jurídico Cuarto), en término literales, que "asimismo, hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que el Auto recurrido se ha dictado en el ámbito de la ejecución de un título no judicial, y que la misma, no sólo se dirige contra la sociedad que ha presentado el Concurso de Acreedores, sino que también se dirige contra una persona física, que en principio responde solidariamente de la totalidad de la deuda, de forma que el Procedimiento Concursal en nada afecta a dicho ejecutado, no existiendo motivo alguno para acordar la suspensión de la ejecución respecto a dicho demandado, que es ajeno al Procedimiento Concursal". Este razonamiento jurídico constituye exponente inequívoco de que la situación de Concurso no puede afectar a quien no le alcanza esta declaración, a la que, sin género de duda alguno, es ajeno el ejecutado D.Martin; y, sólo de este modo, cabe interpretar elinciso inicial del artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que "el Tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso", de modo que, si, en un mismo Proceso de Ejecución, existe más de un ejecutado, la suspensión sólo puede alcanzar a quien se encuentra en situación de Concurso, no a los demás, respecto de los cuales debe continuar la ejecución dado que no existe norma jurídica alguna que contemple lo contrario. Adviértase que, en el presente Proceso de Ejecución, D.Martinno ha sido demandado por su condición de Administrador, Presidente o Consejero Delegado de la sociedad, Snacks Extremadura Alimentación 2.004, S.A., sino como fiador solidario de la póliza de negociación de documentos mercantiles de fecha 18 de Julio de 2.005 (documento señalado con el número 2 de los acompañados a la Demanda) que sirve de fundamento a la ejecución, condición de fiador del indicado ejecutado a quien no le alcanza la declaración de Concurso Voluntario decretada en elAuto de fecha 28 de Octubre de 2.008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres, en relación con la entidad Snacks Extremadura Alimentación 2.004, S.A..
Finalmente, ha de significarse que la cita que el Juzgado de instancia efectúa, en los Fundamentos Jurídicos delAuto impugnado de fecha 24 de Noviembre de 2.008 (resolutorio del Recurso de Reposición interpuesto frente alAuto de fecha 4 de Noviembredel mismo año), a losartículos 86 ter 1, 1º y 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 56.2de laLey 22/2.003, de 9 de Julio, Concursal, sólo afecta a la entidad declarada en Concurso Voluntario, Snacks Extremadura Alimentación 2.004, S.A., pero no a quien no se encuentra en la referida situación, de modo que la expresada Fundamentación Jurídica en ningún caso puede autorizar la suspensión de la ejecución y el archivo provisional de los autos en relación con D.Martin, como persona física y en su condición de fiador solidario de la póliza de negociación de documentos mercantiles de fecha 18 de Julio de 2.005 (documento señalado con el número 2 de los acompañados a la Demanda), en la medida en que, al mismo -como persona física, insistimos, y en tal condición de fiador solidario (motivo por el cual ha sido específica e individualmente demandado)-, no le alcanza en absoluto la declaración de Concurso y, por consiguiente, no procede, respecto del indicado ejecutado, mantener la suspensión de las actuaciones del Proceso de Ejecución que fue decretada porAuto de fecha 4 de Noviembre de 2.008.": AAP Cáceres 20.03.2009 (JUR 2009/207261; Auto 57/2009; Rollo 141/2009)

AP Cádiz

"UNICO El recurso debe ser estimado. El problema que se suscita en la presente apelación es simple en su planteamiento: se trata de determinar si la preceptiva suspensión de la ejecución -derivada de título ordinario- que se intenta contra una entidad declarada en suspenso se extiende a la que coetáneamente se dirige contra sus fiadores solidarios. Y simple debe ser también la respuesta: según nuestro punto de vista, las previsiones establecidas en elart. 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 55.2de la Ley Concursal afectan exclusivamente al deudor concursado, respecto del cual, y solo sobre él, recaen las consecuencias de la declaración del concurso.

Como es de ver en la póliza de crédito para el descuento de efectos mercantiles, que es el título de ejecución actuado en autos, los fiadores prestan su garantía de forma solidaria con expresa renuncia a los beneficios de excusión, división y orden y cuantos otros pudieran corresponderles (así, estipulación 6ª). Y ello determina la posibilidad de que la entidad acreedora pueda dirigir su acción contra cualquiera de los fiadores, o contra ambos a la vez, por el total de la deuda garantizada, como así deriva de lo dispuesto en elart. 1137 in fine del Código Civil. Que el deudor principal haya sido declarado en concurso es a estos efectos irrelevante. De hecho, en la propia mecánica concursal existen previsiones legales explícitas (art. 87.6 Ley Concursal) sobre el modo de proceder en el caso de que el fiador sea quien pague la deuda insinuada en el concurso, de lo que debe seguirse -a falta de declaración legal más específica- la posibilidad de que continúen las ejecuciones contra los fiadores del concursado hasta la satisfacción del crédito de la acreedora.": AAP Cádiz (sección 2) 19.01.2009 (JUR 2009\158410)

"UNICO El recurso debe ser estimado. Y ello en los mismos términos acordados en elauto de fecha 12/enero/2009 dictado por este mismo Tribunal en el Rollo 499/2008, precisamente relacionado con la declaración en concurso de ACEPA S.L. y la eventual responsabilidad del Sr.Adrian. El problema que se suscita en la presente apelación es simple en su planteamiento: se trata de determinar si la preceptiva suspensión de la ejecución -derivada de título ordinario- que se intenta contra una entidad declarada en concurso se extiende a la que coetáneamente se dirige contra sus fiadores solidarios. Y simple debe ser también la respuesta: según nuestro punto de vista, las previsiones establecidas en elart. 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 55.2de la Ley Concursal afectan exclusivamente al deudor concursado, respecto del cual, y solo sobre él, recaen las consecuencias de la declaración del concurso.
Como es de ver en la póliza de crédito, que es el título de ejecución actuado en autos, los fiadores prestan su garantía de forma solidaria con expresa renuncia a los beneficios de excusión, división y orden y cuantos otros pudieran corresponderles (así, estipulación 11ª). Y ello determina la posibilidad de que la entidad acreedora pueda dirigir su acción contra cualquiera de los fiadores, o contra ambos a la vez, por el total de la deuda garantizada, como así deriva de lo dispuesto en elart. 1137 in fine del Código Civil. Que el deudor principal haya sido declarado en concurso es a estos efectos irrelevante. De hecho, en la propia mecánica concursal existen previsiones legales explícitas (art. 87.6 Ley Concursal) sobre el modo de proceder en el caso de que el fiador sea quien pague la deuda insinuada en el concurso, de lo que debe seguirse -a falta de declaración legal más específica- la posibilidad de que continúen las ejecuciones contra los fiadores del concursado hasta la satisfacción del crédito de la acreedora.": AAP Cádiz (sección 2) 09.03.2009 (JUR 2009/223541; Auto 42/2009; Rollo 30/2009)

"PRIMERO Por el apelante se inició proceso de Ejecución de Título Judicial, concretamente del Auto que homologa la transacción de las partes que pone fin al Juicio Verbal de Desahucio anterior seguido en eseJuzgado bajo el número 430/07, por cuantía de 10.184 euros más 2.000 euros presupuestados para intereses y costas. Dichas cantidades lo eran en concepto de rentas adeudadas por arrendamiento de finca y de costas judiciales, siendo los deudores solidarios la entidad SUMINISTROS LINCH SL y DONDonato, este último administrador solidario junto con DonLucas de dicha sociedad según consta en la certificación del Registro Mercantil de Cádiz unida a las actuaciones.
Despachada ejecución porAuto de catorce de abril de 2008, frente a SUMINISTROS LINCH SL y DONDonato, se declara embargada la finca registralNUM000, identificada en dicho auto, y propiedad de este último con carácter ganancial, suspendiendo la anotación de embargo el Sr. Registrador por aparecer la finca inscrita a favor de persona distinta de los demandados. Con fecha ocho de julio de 2008 se interesó se decretara mejora de embargo sobre la finca 38914 propiedad de SUMINISTROS LINCH SL, contestando el Sr. Registrador de la Propiedad número cuatro de El Puerto de Santa María, que el deudor SUMINISTROS LINCH SL está declarado en concurso desde el uno de julio de 2008. Posteriormente elJuzgado acuerda por providencia de cuatro de noviembre dejar en suspenso los presentes autos, solicitando el ahora apelante que a pesar del concurso de la empresa, se continúe la ejecución respecto de DonDonato y se proceda al embargo de las mitades indivisas que le corresponden de tres fincas que aporta, concretamente tres naves industriales, siendo las otras mitades propiedad del otro administrador solidario de la empresa, DonLucas. A esta solicitud responde el Auto ahora apelado, argumentando el Juez que tanto elartículo 50 de la Ley Concursal 22/2003, como elartículo 568 LEC, determinan la suspensión en supuestos de situaciones concursales del deudor, sin hacer distinción de que existan o no otros deudores que no se encuentran en situación de concurso, como es el presente caso.
SEGUNDO El motivo principal del recurso de apelación es que la acción se ha dirigido desde el principio contra dos deudores solidarios, constando esta solidaridad en el mismo título judicial. Por ello, encontrándonos en fase de ejecución, el ejecutante podía haberse dirigido contra uno o contra otro, como hizo en un principio que sedecretó primero el embargo de un bien titularidad de DonDonato, considerado a priori como suficiente para cubrir la deuda, y es lo que pretende nuevamente, al margen de la declaración tardía del concurso del otro deudor.
Alega el apelante que el auto infringe la normativa de las obligaciones solidarias, y si acudimos a esta, se comprobará, dentro de la dinámica de aquellas obligaciones, que elartículo 1.144 dispone que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo. En el mismo sentido, elartículo 542.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite en la ejecución frente al deudor solidario, la ejecución por importe total de la deuda frente a éste o frente a todos los deudores, cuando en el título ejecutivo aparezcan varios deudores solidarios, en el presente caso título ejecutivo según elartículo 517,3 LEC. Tiene que tenerse en cuenta que este precepto debe conjugarse con los correspondientes de la Ley Concursal, e incluso con losartículos 538 y 568 de la

referida Ley Procesal. Así, los dos preceptos indicados de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren a las partes en el proceso de ejecución forzosa, y, en concreto, permiten que la acción de ejecución pueda dirigirse frente a quien aparece como deudor en el título (en este caso Don Donato no afectado por el concurso) y frente a quienes responden personalmente de la deuda en virtud de afianzamiento acreditado, dada la relación de los mismos con el objeto de la ejecución instada, de modo que la misma puede despacharse frente a uno o frente a todos los sujetos que se encuentran solidariamente en tal situación. También en este sentido, elartículo 87 apartado 6 de la Ley Concursal establece que los créditos en los que en el acreedor disfrute de la fianza de tercero, se reconocen por su importe sin limitación alguna, y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador, es decir, con posibilidad de que el fiador, caso de pagar el acreedor, sustituya a éste en el concurso.": AAP Cádiz (Sección 2) 05.05.2009 (JUR 2009/353999; Auto 76/2009; Rollo 100/2009)

AP Ciudad Real

"PRIMERO La cuestión que se plantea por la ejecutante-recurrente atiende a la extensión de la suspensión de este procedimiento, ante la existencia de un procedimiento concursal en el que se ha declarado en concurso a la deudora Viñedos y Bodegas Visan S.L., cuando este procedimiento ejecutivo no solo se dirige contra esa deudora sino también contra D.Francisco y D.Erasmo.
La juez a quo realmente no entra a analizar estar cuestión limitándose a confirmar la providencia de 24 de mayo por la que se acuerda la suspensión del procediendo.
SEGUNDO La resolución de la cuestión planteada pasa por la estimación del recurso, pues existiendo varios deudores solidarios frente a una deuda, el hecho de que uno de ellos sea declarado en concurso no permite la suspensión de la ejecución frente al resto. Elart. 55 de la Ley Concursal, como no podía ser de otro modo, impone la obligación de suspensión de las ejecuciones singulares pero sólo en relación al deudor declarado en concurso, por lo que en nada se ven afectados el resto de deudores solidarios por tal obligación de suspensión.
El carácter solidario de la deuda, que la caracterización de fiadores de los hermanosErasmo Francisco implica, permite que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de ellos para la satisfacción de su crédito, por lo que la imposibilidad de continuar la ejecución contra uno de deudores, aunque sea el principal, no imposibilita para que pueda continuarse contra el resto.": AAP Ciudad Real 19.01.2009 (JUR 2009/422536; Auto 5/2009; Rollo 191/2008)

AP Cuenca

"PRIMERO Inicialmente, para mejor resolución, conviene hacer un exposición del iter procedimental del presente procedimiento ejecutivo, así:
- Presentada demanda ejecutiva por BBVA basada en póliza de préstamo personal de negocios (folio 16) por importe de 24.942,12 euros de principal y 7.482,64 por gastos, intereses y costas, contra Climalia Conca S.L.L como prestatario, y contraJuan Ramón,Celestino,Héctor yPelayo como fiadores, se dictóauto de 30 de marzo de 2009 (folio 35) acordando despachar ejecución contra los cinco coejecutados.
- Con fecha 16 de abril de 2009 se presentó escrito por la ejecutante interesando la suspensión de la ejecución seguida frente a Climalia Conca S.L.L por encontrarse inmersa en situación de concurso, siguiendo el procedimiento contra el resto de coejecutados.
- Accediéndose a lo anterior mediante providencia de fecha 21 de abril de 2009.
- El 4 de mayo de 2009 se dicta auto, el que hoy se recurre, acordando seguir adelante la ejecución por haber transcurrido el término legal sin que los coejecutados se personaran u opusieren a la ejecución.
- Frente al anterior auto, se interpone recurso de apelación en el que se interesa la revocación de la anterior resolución, y se solicita se suspenda y archive el procedimiento ejecutivo instado contra D.Juan Ramón y D.Celestino, en virtud de lo establecido en losartículo 50 y 55 de la Ley Concursal.
SEGUNDO Visto lo anterior, del examen de las actuaciones se desprende que lo que se alega debió de ser objeto de recurso contra la Providencia de fecha 21 de abril de 2009, pues es la que acuerda la suspensión de la ejecución frente a la concursada Climalia Conca S.L.L, contenido de la Providencia a la que se aquietaron los coejecutados, deviniendo firme; y porque además el auto hoy recurrido no viene a establecer más que siga adelante la ejecución pues los coejecutados ni se opusieron ni se personaron.
Añadidamente, ha de resaltarse que lo que hoy se interesa no entra dentro del tenor literal encuadrado dentro delartículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado pordisposición final 3.7 de Ley 22/2003, de 9 julio, dicho artículo señala expresamente: "El tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal", pues bien, los coejecutados, como fiadores que respondiendo solidariamente de la totalidad de la deuda, son ajenos al procedimiento concursal dirigido contra la sociedad frente a la cual sí se ha suspendido la presente ejecución.": AAP Cuenca 09.04.2010 (JUR 2010/174768; Auto 17/2010; Rollo 69/2009)

AP Granada

"PRIMERO.- Se muestra la parte apelante conforme con que se mantenga la suspensión del proceso de ejecución contra Purullena de Plásticos S.L. al haber sido declarada en concurso necesario de acreedores, de conformidad con lo dispuesto en losartículos 55 y 56 de la Ley Concursal. Sin embargo, disiente de la resolución recurrida en que dicha suspensión pueda afectar a la ejecución sobre los bienes del avalista de los pagarés, que no ha sido declarado en concurso. El motivo ha de ser estimado.

El aval, como medida de garantía del pago de las letras, viene siendo concebido en la L.C.CH. a modo de instrumento autónomo e independiente de la obligación garantizada. No otra cosa puede deducirse delartº 37al señalar que "será válido el aval aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma". Además, establece para el avalista una obligación solidaria al pago de la letra que, como tal, habilita al acreedor cambiario a dirigirse contra cualquiera de los deudores por entero o contra todos a la vez. En este caso, no hay impedimento alguno en dirigir la ejecución solo contra el avalista quedando al margen el deudor, que, además, se encuentra en estado de concurso declarado.
Por otro lado, la continuación de ejecución respecto del citado avalista no ha de producir interferencia alguna en el proceso concursal, ni han de quedar menoscabados los derechos de reembolso y subrogación que para el fiador que paga la deuda recogen losartículos 1.838 y 1.839 del Código Civil. Más aún, la propiaLey Concursal contempla esa posibilidad, como bien dice la parte apelante, en los artículos 87, 6ºy 7º de la misma al indicar que "los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador", añadiendo el apartado siguiente... "podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque este no hubiera comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de deuda."": Auto AP Granada 01.06.2007 (JUR 2008/9001)

"PRIMERO La oposición a la ejecución formulada así como el recurso interpuesto contra la resolución que la desestima tienen una finalidad claramente dilatoria y, por ello, resultan inconsistentes, a la vista de la postura contradictoria mantenida por la ejecutada la que, pese a formular como motivo de oposición la declaración de concurso del deudor principal, en escrito de 2 de febrero de 2010 alegó como motivo de fondo que la deuda reclamada había sido oportunamente atendida y pagada.
Centrándonos en la causa de oposición articulada amparada en elart. 55 de la Ley Concursal, es decir, no poder iniciarse la ejecución por haber sido declarada en concurso la mercantil titular de la obligación (Sumhigran, S.L.), ha de ser rechazada tal y como acertadamente acuerda la Juzgadora de Instancia. En efecto, elart. 55 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. De igual modo, elart. 568 de la LEC determina la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. De ambos preceptos podemos colegir que la imposibilidad de iniciar o proseguir la ejecución se refiere al deudor ejecutado que es declarado en concurso, sin que se extienda al fiador solidario que no se encuentre en tal situación. Más aún la garantía personal que supone la fianza tiene como finalidad subvenir a la situación de insolvencia o falta de liquidez del deudor principal, pues en caso contrario perdería su fin esencial.
Esto que venimos diciendo queda corroborado por la disposición delArt. 87,6 de la L.C., del que puede deducirse que la declaración de concurso no impide el ejercicio de las acciones contra los garantes solidarios, en cuanto que permite la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador.
En el supuesto de autos la demanda ejecutiva no se dirige contra la entidad deudora principal, al parecer declarada en concurso, sino contra la fiadora solidaria que no se halla en esa situación, por lo que ningún obstáculo existe en proseguir adelante la ejecución contra la misma.": AAP Granada (Sección 4) 12.11.2010 (JUR 2011/96206; Sentencia 147/2010; Rollo 425/2010)

AP Huelva

"PRIMERO.-Se apela por los demandados el auto que desestimó los motivos de oposición planteados frente a la demanda de ejecución de título no judicial; alegan incompetencia objetiva, por ser la legal correspondiente al juzgado mercantil al haber caído la deudora principal en situación de concurso, y deber extenderse la regla competencial a a los aquí recurrentes; infracción del artículo 579 de la L.E.Civil al no haberse tramitado preferentemente ejecución hipotecaria; litispendencia por estar pendiente el citado concurso frente al obligado principal avalado; accesoriedad del afianzamiento.
SEGUNDO.-Todo el alegato parte de entender que el afianzamiento solidario prestado, que es la causa de pedir, no puede ser eficaz merced a la declaración de insolvencia o concurso de la entidad afianzada, cuando precisamente por ser solidario, con expresa renuncia, según la naturaleza de tal solidaridad, a los beneficios de orden, excusión y división, está abierta la vía para que la acreedora pueda cobrar aquello que se le debe directamente de los avalistas, sin someterse a la disciplina del concurso ni en lo procesal ni en lo material. Uno de los fundamentos de tal garantía personal, de hecho el esencial y que le dota de causa económica y jurídica, es precisamente evitar que la insolvencia de la persona deudora, o la escasa virtualidad de otras garantías prestadas, como la real hipotecaria dada por un tercero en este caso, hagan incobrable el crédito, sumando otras garantías de pago que sean independientes y ajenas, tanto a las vicisitudes de la deudora principal, como de la garantía real.
Es cosa sabida que sólo las acciones con directa repercusión contra el patrimonio del concursado son las que deben ser acumuladas o caer bajo la disciplina concursal, tanto en lo formal (competencia y procedimiento) como en lo material, como ya hemos apuntado; mientras que esta acción ni está dirigida contra la concursada, ni tiene efectos sobre el patrimonio de la misma.
Dicho esto, todo el alegato decae, pues es patente que la finalidad del contrato escriturado (título de ejecución) y del aval prestado es precisamentefacultar a la parte acreedoraa reclamar el pagosin necesidad de otracosaque hacer uso de ese derechoexigiendo de los avalistasese pagouna vezllegado el vencimiento.
Los artículos 1129, 1843,2 º, y 1831. 1º.2 ºy 3º, del Código Civil, con particular detenimiento en este último apartado (que autoriza incluso la reclamación al fiador sin excusión de bienes del afianzado en caso de concurso, señal obvia de la viabilidad de esa acción de cobro), son explicativos de la improcedencia de aceptar

el alegato, tendente todo él a dejar inútil el afianzamiento prestado.
Y de la Ley concursal pueden citarse los siguientes preceptos, que dan por sentada la viabilidad de ejercitar acciones de cobro frente a avalistas: art. 8. 1 º, 3 º y 4 º; 50 a 63, y en particular 60.2º; 135, y 160. De todos ellos deriva la plena independencia de este tipo de acciones.
TERCERO.-Tal postura, la de los hoy recurrentes, ha sido rechazada de manera constante, v.gr, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de julio de 2011 sobre extensión de efectos de la declaración del concurso. Y con mayor claridad, sentencias de la AP de Zaragoza, de 11 de febrero de 2009 y de 29 de mayo de 2013, ésta con cita de las del Tribunal Supremo nº 770/2002, 118/2004, 327/2009 y 502/2004.": AAP Huelva (Sección 2) 04.02.2015 (Auto 37/2015; Rollo 59/2015)

AP Jaén

"PRIMERO Contra el proveído por el que el Juzgado acordó la continuación de la ejecución despachada respecto de los fiadores solidarios de la deuda proveniente de la póliza de crédito en la que suscribieron como tales, se alzan los ejecutados, una vez desestimada la reposición contra aquel, esgrimiendo como motivo la infracción de las normas y garantías procesales conforme a lo previsto en elart. 459 LEC, con una doble argumentación: la primera, por la infracción de losarts. 267 LOPJ y 207, 214 y 215 LEC yart. 57 LC, alegando que dicho proveído vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva causándole indefensión, toda vez que habiéndose dictado proveído anterior de fecha 28-7-09 en el que se acordaba la suspensión al existir declaración de concurso voluntario del deudor principal, el mismo devino firme al no ser recurrido, por lo que la resolución que se impugna viene a contravenir el principio de intangibilidad y de cosa juzgada formal del que aquella estaba revestida; en segundo lugar alega la infracción delart. 568 LEC yart. 57 L. Concursal, sobre la base de que no es posible la suspensión del procedimiento respecto de una sola de las partes, continuando respecto al resto.
SEGUNDO Centrado así el objeto del debate y antes de entrar en el estudio de las cuestiones planteadas, procede aclarar con carácter general, que la admisión a trámite de la apelación "depende de que la resolución impugnada sea efectivamente apelable y de que el recurso se hubiese preparado dentro de plazo, de modo que si no se cumplen esos requisitos habría que dictar auto denegando la apelación (art. 457. 2 y 3 LEC).
Al respecto y conforme a lo establecido en elart. 455. 1 de la Ley Procesal, sólo son recurribles en apelación "las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos, y aquellos otros que la Ley expresamente señale", por otro lado, con arreglo alart. 207. 1 de dicha Ley "son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas". Si se tiene pues en cuenta, que lo impugnado es el proveído antes referido y atendemos a la naturaleza, finalidad y momento en que la providencia impugnada se dicta, que meramente se limita a alzar una suspensión previamente acordada, fácilmente se ha de concluir que no nos hallamos ni ante un auto ni el mismo es definitivo, en cuanto que no pone fin a la ejecución, y que, por tanto no es susceptible de recurso de apelación al no establecerse tampoco por el legislador de forma expresa, siendo el único procedente el de reposición conforme a lo dispuesto en elart. 562 LEC.
En consecuencia, la apelación debió ser inadmitida en la instancia, siendo dicha causa de inadmisión suficiente para la desestimación del recurso.
No obstante y aun siendo admisible la apelación interpuesta, tampoco podría prosperar al entender que no concurre la infracción de los preceptos que se denuncia, en primer lugar, porque aun gozando la providencia que acordaba la suspensión del efecto de cosa juzgada formal por consentida, la misma por su propio contenido es de carácter provisional, esto es, subsistirá en tanto en cuanto lo hicieran las causas que dieron lugar a la suspensión acordada, otra cosa, efectivamente supondría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y consiguiente indefensión pero no para los ejecutados, sino precisamente para el ejecutante, pues de prosperar la tesis que mantiene la apelante, habría que mantener indefinidamente la suspensión acordada e incluso como parece proponer, equiparar la misma a resolución en la que se hubiese acordado el archivo.
Luego no existiendo norma procesal alguna, que impida la continuación de la ejecución sólo contra los fiadores, al serlo estos con carácter solidario y en consecuencia titulares de una obligación totalmente independiente y autónoma de la que corresponde al deudor como bien alega la ejecutante en su escrito de impugnación, ni en consecuencia infracción de lo preceptuado en losarts. 55, 57 de la Ley Concursal yart. 568 LEC, referidos sólo a dicho deudor declarado en concurso, resulta inadmisible por carecer de justificación alguna la pretensión de abocar a la ejecutante a desistir de la presente e instar una nueva ejecución contra aquellos, con los consiguientes efectos perniciosos que tal decisión provocaría a la misma, por lo que igualmente como decíamos procedería en todo caso el rechazo de la apelación interpuesta.": AAP Jaén (Sección 2) 29.01.2010 (JUR 2010/135885; Auto 9/2010; Rollo 16/2010)

AP León

"PRIMERO El auto impugnado acuerda suspender los tramites de la ejecución instada contra la sociedad Aislamientos y Montajes del Bierzo y contra los fiadores del contrato de arrendamiento financiero firmado el día 10 de julio de 2002, por considerar que lo dispuesto en elart. 55 de la Ley Concursalque obliga a suspender las ejecuciones judiciales que estén en curso contra el concursado desde la fecha de declaración del concurso obliga y afecta también a los citados fiadores porque se dice son socios de la entidad.
La comunicación enviada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 y Mercantil de León al Juzgado " a quo" en virtud de haberse admitido a trámite el concurso instado, se refiere únicamente a la persona jurídica (Aislamientos y Montajes Del Bierzo) y nada dice de otras personas físicas, por tanto, tiene razón la parte apelante cuando alega que no les afecta la petición de concurso a pesar de que sean socios de la entidad,

puesto que ellos intervinieron en el contrato de arrendamiento financiero como tales personas físicas en calidad de fiadores y no se recoge otra participación que les vincule con la sociedad ahora en tramite de concurso, y, por ello, la ejecución instada deberá paralizarse respecto de la sociedad pero no respecto de ellos que, al menos de lo actuado hasta ahora, se deduce han actuado como personas físicas garantizando el buen fin del contrato de leasing. Procede acoger los motivos de recurso y que prosiga la ejecución instada respecto de los dos fiadores por sus trámites ordinarios.": AAP León 17.12.2008 (JUR 2009\240850)

AP La Rioja

"PRIMERO.- Por el Juez de Instancia se dictóauto en 21 de febrero de 2006, en el que se acordaba la suspensión del procedimiento ejecución en el estado en que se encontraba, conforme a lo dispuesto en elartículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de un supuesto en el que el ejecutado se encontraba en situación de concurso, es decir un supuesto en el que el demandado había sido declarado en estado concursal.
Posteriormente, se dictó nuevoauto en 12 de mayo de 2006, en el que desestimaba el recurso de reposición formulado por la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona contra el auto anterior se mantenía íntegramente, pues, conforme alartículo 55 de la Ley Concursal, era claro que, declarada la situación concursal, las actuaciones que se hallaban en tramitación debían quedar en suspenso desde la fecha de tal declaración de concurso, debiendo estarse, conforme alartículo 8 de la misma Ley, en su párrafo 1º apartado 3ºa lo resuelto por otros competente, Juzgado de lo Mercantil.
Por la referida entidad Caja de Ahorros de Pensiones de Barcelona se ha interpuesto recurso de apelación en relación con estas resoluciones, solicitando que con revocación de las mismas, se acordase seguir la ejecución respecto del resto de ejecutados no inmersos en situación concursal, ya que elartículo 543.3permitiría poder pedir que se despachase ejecución por el total de la deuda más intereses y costas frente alguno o algunos de los deudores o frente a todos ellos, cuando en el título ejecutivo apareciesen varios deudores solidarios, conforme se exponía en el escrito de interposición del recurso.
SEGUNDO.- La demanda de ejecución dineraria se se presentó por la referida entidad de ahorro contra la mercantil Chapas y Maderas López S.L., contra DonJuan Carlosy DoñaMaría Rosa, en base a la póliza de crédito intervenida por fedatario público de 30 de marzo de 2000, se dictó para descuento de letras de cambio, recibos y otros efectos de comercio, con número 4636.701.004012-71 hasta el límite de 25 millones de pesetas ó 150.253,03 ?, y se aportaba como documento 1 de dicha demanda, folios 13 y 14.
En dicha póliza aparecía como deudor la entidad Chapas y Maderas López S.L. y como fiadores DonJuan Carlosy DoñaMaría Rosa, estando representada la entidad Chapas y Maderas por DonÁngel Daniel, según la escritura notarial que se indicaba expresamente.
También consta al folio 189 escrito delJuzgado de Primera Instancia nº6 de Logroño de 10 de enero de 2006, en el que se informa de la declaración de concurso de la entidad Chapas y Maderas López S.L., como se recoge en elauto de 21 de febrero de 2006, en el que se acordaba la suspensión de la ejecución, folio 190.
Fijada esta premisa básica, debe indicarse que, conforme alartículo 542.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es posible en la ejecución frente a deudor solidario o frente a todos los deudores, cuando en el título aparezcan varios deudores solidarios, por importe total de la deuda, además de que también tiene que tenerse en cuenta que esteprecepto debe conjugarse con los correspondientes de la Ley Concursal, de 22/03, de 9 de julio, e incluso con losartículos 538 y 568 de la referida Ley Procesal.
Así, debe tenerse en cuenta que los dos preceptos indicados de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren a las partes en el proceso de ejecución forzosa, y, en concreto, permiten que la acción de ejecución pueda dirigirse frente a quien aparece como deudor en el título y frente a quienes responden personalmente de la deuda en virtud de afianzamiento acreditado, dada la relación de los mismos con el objeto de la ejecución instada, de modo que la misma puede despacharse frente a uno o frente a todos los sujetos que se encuentran solidariamente en tal situación.
También, en este sentido se ha de tener en cuenta que, conforme alartículo 87 apartado 6 de la Ley Concursal, los créditos en los que en el acreedor disfrute de la fianza de tercero, se reconocen por su importe sin limitación alguna, con posibilidad de que el fiador, caso de pagar el acreedor, sustituya a éste en el concurso.
Por ello, este es el camino acertadamente iniciado por la parte que insta la ejecución, por tratarse de una ejecución del título no judicial, instada conforme alartículo 517.2.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civily concordantes de la misma, y el que se debe continuar, sin dar lugar a la suspensión de misma, aún a pesar de haberse determinado que se ha producido declaración de concurso de la sociedad ejecutada, ya que la suspensión no afecta a los otros dos demandados ejecutados, fiadores en la póliza de crédito, pues, en todo caso, no están sometidos al procedimiento concursal, sin perjuicio de que si los fiadores lleguen a hacer frente a la cuantía reclamada en la ejecución a la acreedora, puedan sustituir a la misma en el concurso, aunque sin efectuar, por no ser el trámite adecuado, declaración alguna sobre la situación de los fiadores como personas especialmente relacionadas con el deudor definidas en losartículos 92.5 y 93 de la Ley Concursaly, en su caso, sobre la calificación del crédito como subordinada.
Esta posibilidad viene expuesta en lasentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Sevilla, de 14 de julio 2005, autos 134/05y en lasentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid de 5 de julio de 2005, 116/05.
De la última resolución indicada se desprende que el contenido delpunto 6 del artículo 87 de la Ley Concursales un mandato dirigido a la administración concursal para que reconozca el crédito del acreedor que disfrute de fianza de tercero, aunque si el mismo viere cumplido su crédito por pago del fiador, podrá este subrogarse en la posición jurídica del acreedor como consecuencia del pago.
En el mismo sentido se ha manifestado lasentencia indicada en primer lugar, Juzgado de lo Mercantil número de Sevilla de 14 de julio de 2005, con arreglo a la cual elapartado 6 del artículo 87 establece respecto de los

créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de terceroque se reconocerán por su importe sin limitación alguna, con posibilidad de que si el fiador paga al acreedor, sustituya a éste en el concurso.
Por tanto, se estima el recurso de apelación interpuesto por la Caja de Ahorros indicada, de modo que procede alzar la suspensión decretada por el Juzgado de Instancia, en cuanto que la misma podrá continuar respecto de los dos codemandados, DonJuan Carlosy DoñaMaría Rosa, que aparecen como fiadores en la póliza de crédito para el descuento de letras de cambio y otros efectos, número 4636. 701. 0040 12-71, obrante al folio 13 de fecha 30 de marzo de 2000, documento 2 de la demanda de ejecución, base del procedimiento de ejecución, sin perjuicio de lo que se resuelva en el mismo.
No impide esta continuación el tenor delartículo 568 LEC, tanto según su redacción en la fecha de presentación de la demanda de 19 de mayo de 2003 como en la relación del mismo con posterioridad a su reforma en virtud de la Ley Concursal, laLey 22/03, de 9 de julio, disposición final 3ª.7, pues no se trata de una ejecución singular que se tramita únicamente frente a una parte declarada en situación concursal, en el presente caso sociedad declarada en situación de concurso, sino también de una ejecución basada en título no judicial que lleva aparejada ejecución frente también a fiadores de una póliza de crédito.”: Auto AP La Rioja 24.07.2007 (JUR 2007/336277)

“PRIMERO.- Por el Juez de Instancia se dictóauto en 14 de febrero de 2006, en el que se acordaba la suspensión del procedimiento ejecución en el estado en que se encontraba, conforme a lo dispuesto en elartículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de un supuesto en el que el ejecutado se encontraba en situación de concurso, es decir un supuesto en el que el demandado había sido declarado en estado concursal, pues, conforme alartículo 55 de la Ley Concursal, era claro que, declarada la situación concursal, las actuaciones que se hallaban en tramitación debían quedar en suspenso desde la fecha de tal declaración de concurso, debiendo estarse, conforme alartículo 8 de la misma Ley, en su párrafo 1º apartado 3º, a lo resuelto por otro competente, el Juzgado de lo Mercantil.
Por el Procurador de los Tribunales don Luis Ojeda Verde, en nombre y representación del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, se ha interpuesto recurso de apelación contra esta resolución, solicitando que con revocación de las mismas, se acordase seguir la ejecución respecto del resto de ejecutados no inmersos en situación concursal, los fiadores, ya que elartículo 543.3permitiría poder pedir que se despachase ejecución por el total de la deuda más intereses y costas, frente alguno o algunos de los deudores o frente a todos ellos, cuando en el título ejecutivo apareciesen varios deudores solidarios, conforme se exponía en el escrito de interposición del recurso de apelación.
SEGUNDO.- La demanda de ejecución dineraria que dio origen a las actuaciones se presentó por la referida entidad de ahorro contra la mercantil "Chapas y Maderas López SL", y contra donJuan Miguel, doñaPatricia, doñaMaitey donAlexander, en base a la póliza para negociación de letras de cambio y otras operaciones bancarias intervenida por fedatario público de 29 de julio de 1998, con el número 20/98 y con un límite de 120.202,42 euros, y se aportaba como documento 2 de dicha demanda, folios 49 y siguientes.
En dicha póliza aparecía como deudor la entidad mercantil "Chapas y Maderas López SL", y como fiadores DonAlexandery DoñaMaite, estando representada la entidad Chapas y Maderas por DonJuan Miguel, según la escritura notarial que se indicaba expresamente.
También consta al folio 232 de lasa actuaciones el escrito remitido porJuzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño de fecha 10 de enero de 2006, en el que se informa de la declaración de concurso de la entidad "Chapas y Maderas López SL", como se recoge en elauto de 14 de febrero de 2006, en el que se acordaba la suspensión de la ejecución (folio 233).
La cuestión ahora controvertida fue resuelta porAuto de esta Sala de 24 de julio de 2007, dictada en Rollo núm. 472/2006, y respecto a la misma suspensa "Chapas y Maderas López SL". En ella que indicábamos que, "fijada esta premisa básica, debe indicarse que, conforme alartículo 542.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es posible en la ejecución frente a deudor solidario o frente a todos los deudores, cuando en el título aparezcan varios deudores solidarios, por importe total de la deuda, además de que también tiene que tenerse en cuenta que esteprecepto debe conjugarse con los correspondientes de la Ley Concursal, de 22/03, de 9 de julio, e incluso con losartículos 538 y 568 de la referida Ley Procesal".
Así, debe tenerse en cuenta que los dos preceptos indicados de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren a las partes en el proceso de ejecución forzosa, y, en concreto, permiten que la acción de ejecución pueda dirigirse frente a quien aparece como deudor en el título y frente a quienes responden personalmente de la deuda en virtud de afianzamiento acreditado, dada la relación de los mismos con el objeto de la ejecución instada, de modo que la misma puede despacharse frente a uno o frente a todos los sujetos que se encuentran solidariamente en tal situación.
También, en este sentido se ha de tener en cuenta que, conforme alartículo 87 apartado 6 de la Ley Concursal, los créditos en los que en el acreedor disfrute de la fianza de tercero, se reconocen por su importe sin limitación alguna, con posibilidad de que el fiador, caso de pagar el acreedor, sustituya a éste en el concurso.
Por ello, este es el camino acertadamente iniciado por la parte que insta la ejecución, por tratarse de una ejecución del título no judicial, instada conforme alartículo 517.2.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civily concordantes de la misma, y el que se debe continuar, sin dar lugar a la suspensión de misma, aún a pesar de haberse determinado que se ha producido declaración de concurso de la sociedad ejecutada, ya que la suspensión no afecta a los otros dos demandados ejecutados, fiadores en la póliza de crédito, pues, en todo caso, no están sometidos al procedimiento concursal, sin perjuicio de que si los fiadores lleguen a hacer frente a la cuantía reclamada en la ejecución a la acreedora puedan sustituir a la misma en el concurso, aunque sin efectuar, por no ser el trámite adecuado, declaración alguna sobre la situación de los fiadores como personas especialmente relacionadas con el deudor definidas en losartículos 92.5 y 93 de la Ley Concursaly, en su caso, sobre la calificación del crédito como subordinada.

Esta posibilidad viene expuesta en elAuto de 7 de julio de 2004 de la Audiencia Provincial de Sevilla, en autos núm. 476/2004, en elAuto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 2004, en autos núm. 150/2004, y en lassentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, de 14 de julio 2005, autos 134/05 y del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 5 de julio de 2005, autos 116/05.
De la última resolución indicada se desprende que el contenido delpunto 6 del artículo 87 de la Ley Concursales un mandato dirigido a la administración concursal para que reconozca el crédito del acreedor que disfrute de fianza de tercero, aunque si el mismo viere cumplido su crédito por pago del fiador, podrá este subrogarse en la posición jurídica del acreedor como consecuencia del pago.
En el mismo sentido se ha manifestado lasentencia indicada del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla de 14 de julio de 2005, con arreglo a la cual elapartado 6 del artículo 87 establece respecto de los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de terceroque se reconocerán por su importe sin limitación alguna, con posibilidad de que si el fiador paga al acreedor, sustituya a éste en el concurso.
Por todo ello se ha de estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Ojeda Verde, en nombre y representación del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, de modo que procede alzar la suspensión decretada por el Juzgado de Instancia, en cuanto que la misma podrá continuar respecto de los codemandados donJuan Miguel, doñaPatricia, doñaMaitey donAlexander, que aparecen como fiadores en la póliza de crédito base del procedimiento de ejecución, sin perjuicio de lo que se resuelva en el mismo.
No impide esta continuación el tenor delartículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto según su redacción en la fecha de presentación de la demanda de 17 de septiembre de 2003 como en la relación del mismo con posterioridad a su reforma en virtud de la Ley Concursal, laLey 22/03, de 9 de julio, disposición final 3ª.7, pues no se trata de una ejecución singular que se tramita únicamente frente a una parte declarada en situación concursal, en el presente caso sociedad declarada en situación de concurso, sino también de una ejecución basada en título no judicial que lleva aparejada ejecución frente también a fiadores de una póliza de crédito.”: Auto AP La Rioja (sección 1) 28.09.2007 (JUR 2008/59760)

AP Lugo

“PRIMERO.- Formulada demanda de ejecución de títulos no judiciales (Póliza de contrato mercantil de arrendamiento financiero) contra la entidad ASMA YECT SL y nueve personas más, el Juzgado de Primera Instancia de Chantada inadmite la demanda de ejecución de fecha 27 de Octubre de 2.011 al recibirse oficio del Juzgado de lo Mercantil de Lugo comunicando que la entidad ASMA YECT S.L. ha sido declarada en concurso voluntario en fecha 24 de Enero de 2.012 y bajo el razonamiento de que el artículo 568.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "no se dictará Auto autorizando o despachando ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso" y añadiendo que las partes demandadas no constan como fiadores solidarios.
SEGUNDO.- Ciertamente el artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice en su primer apartado lo antes señalado (suspensión en caso de situaciones concursales) pero añade en su apartado tercero que "Si existieran varios demandados y solo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto al que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás. Examinada la póliza del contrato, la realidad documental acredita que en el contrato ya existen nueve personas físicas que responden solidariamente de las obligaciones derivadas del título ejecutivo en su condición de fiadores, así se observa en la condición general novena en la página seis del contrato y en las páginas 1, 7, 8, 9 y en la cláusula adicional. Por tanto, aunque no caben ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor (ASMA YECT S.L.) que fue declarado en concurso nada impide que se pueda proceder contra los fiadores solidarios que no hayan sido declarados en concurso y no constando que los ejecutados demandados personas físicas hayan sido declarados en concurso procede admitir y dar trámite a la demanda contra los mismos, lo que lleva a la estimación del recurso de apelación y a la revocación del Auto recurrido.”: AAP Lugo (Sección 1) 06.06.2012 (Auto 81/2012; Rollo 268/2012)

AP Madrid (Sección 28)

“De la simple lectura del artículo 55 de la Ley Concursal se deduce sin dificultad que la declaración del concurso del deudor impide desde ese momento que se inicien ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales contra el patrimonio del deudor (artículo 55.1), debiendo quedar en suspenso desde la fecha de declaración de concurso las que se hallaren en tramitación, sin perjuicio de determinadas excepciones que no resultan de aplicación.
En consecuencia, la declaración de concurso de uno de los deudores solidarios impide iniciar la
ejecución contra el deudor concursado cuando la declaración de concurso es anterior a la demanda ejecutiva y en caso de que la ejecución singular se hallara en tramitación al tiempo de la declaración de concurso debe suspenderse desde la fecha en que se declare, pero esta declaración en nada afecta a las actuaciones que puedan promoverse o que se encontraran en tramitación contra los deudores solidarios no concursados sin que a los mismos les resulte de aplicación el artículo 55 de la Ley Concursal.
Dicho lo anterior procede la estimación del recurso de apelación y dejar sin efecto la resolución
recurrida en cuanto que acordó la nulidad y el archivo de las actuaciones respecto de los deudores solidarios don Enrique y doña Miriam respecto de los cuales deberá continuar el procedimiento sin que pueda denegarse la ejecución por falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia. Respecto del deudor concursado tampoco acierta el juzgador porque no se trata de un problema de competencia objetiva de modo que sea competente el Juzgado de lo Mercantil para conocer de la demanda ejecutiva, esto es, para tramitar una ejecución singular contra el deudor concursado. Por el contrario, es el Juez de Primera Instancia el que

está obligado a aplicar el artículo 55 de la Ley Concursal de modo que
debe denegar el despacho de ejecución cuando ésta se solicita contra un deudor ya declarado en concurso o suspender la que se hallare en tramitación al tiempo de dicha declaración.
No se discute por el apelante que la entidad "TECVI, S.L." esté declarada en concurso pero,
lamentablemente, lo que no resulta de los autos es la fecha en que la deudora fue declarada en tal situación, por lo que el Juzgado de Primera Instancia deberá dictar la resolución que proceda respecto de la mercantil concursada según la demanda ejecutiva haya sido presentada con anterioridad o con posterioridad a la fecha de la resolución que haya declarado en concurso a la deudora, inadmitiendo la demanda respecto de la misma de ser anterior la declaración de concurso o acordando la suspensión de las actuaciones, sólo respecto de la concursada, si tal declaración fuera posterior a la demanda ejecutiva.": AAP Madrid (Sección 28) 08.10.2010 (Auto 222/2010; Rollo 136/2010)

AP Madrid (Sección 9)

"Primero.-No se aceptan los fundamentos de derecho del auto apelado de 24 de septiembre de 2009, que deben entenderse sustituidos por los de esta resolución judicial.
Segundo.-Con carácter previo a resolver los diferentes motivos del recurso de apelación debe partirse de los siguientes hechos que han quedado acreditados en los autos:
1º) Por la entidad apelante CAIXA DE ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA se interpuso en fecha 2 de enero de 2009 demanda de ejecución dineraria contra la entidad PARQUET MENSANS SL en su calidad de deudor principal, y contra D. Luis Andrés y Dª Gracia en su condición de fiadores solidarios, en ejecución de una póliza de crédito suscrita en fecha 9 de enero de 2003.
2º) En fecha 5 de enero de 2009 se dictó auto despachando ejecución contra los tres demandados.
3º) En fecha 11 de marzo de 2009 la representación procesal de PARQUET MENSANS SL, D. Luis Andrés y Dª Gracia presentó escrito oponiéndose a la ejecución, dado que el deudor principal había sido declarado en concurso por auto de fecha 29 de diciembre de 2008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid en los autos 634/2008, escrito por el que se solicitaba que se declarara que no había lugar al inicio del procedimiento ejecutivo, ordenando la suspensión de los citados autos de ejecución.
4º) En fecha 22 de abril de 2009 la representación procesal de la CAIXA DE ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, manifestó su acuerdo con la suspensión de la ejecución respecto a la entidad declarada en concurso, solicitando que la ejecución siguiera contra los dos fiadores solidarios.
5º) En fecha 28 de mayo de 2009 se dictó providencia remitiendo los autos al Ministerio Fiscal a fin de que informara sobre la competencia objetiva, manifestando en dicho informe el representante del Ministerio Fiscal que de conformidad con lo establecido el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial la competencia debía entenderse atribuida al Juzgado de lo Mercantil nº 7 que estaba conociendo del concurso de la deudora principal.
6º) En fecha 24 de septiembre de 2009 se dictó el auto apelado en el que se declaró la incompetencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Getafe.
Tercero.-Tal como se recoge en el auto apelado el artículo 49 de la Ley Concursal establece que una vez declarado el concurso todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, señalando el artículo 50 de dicha Ley que los Jueces de lo Civil o de lo social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del Concurso, de conformidad con lo previsto en esta Ley, se abstendrán de conocer previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del Concurso. De admitirse a trámite las demandas se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.
Por su parte el artículo 51 de Ley Concursal establece que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del Juez del concurso según lo previsto en el art. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.
De los hechos que se recogen en el fundamento de derecho anterior se deduce que cuando se presentó la demanda de ejecución de títulos no judiciales en fecha 2 de enero de 2009 ya se había dictado en fecha 29 de diciembre de 2009 el auto por el que se declaraba el concurso de acreedores de la entidad ejecutada PARQUET MENSAN SL, por lo que en virtud de lo establecido el artículo 50 de la Ley, siendo la consecuencia por lo tanto no la suspensión de la ejecución contra dicho deudor, sino el archivo, carece de validez lo actuado.
Cuarto.-La cuestión central tanto del auto ahora apelado, como del recurso de apelación, es el efecto que la declaración del concurso del deudor principal debe tener con relación a los fiadores solidarios frente a los cuales también se ha presentado la demanda de ejecución y se ha despachado la misma. O en su caso, el embargo que sobre los bienes de los administradores pueda decretar el Juez del concurso en virtud de lo establecido en el artículo 48.3 de la Ley Concursal.
Como señala con relación a esta cuestión el auto de fecha 31 de marzo de 2009 de la secc. 11ª, de la Audiencia Provincial de Valencia, con cita la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de junio de 2004,"el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de ésta entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del Convenio desvirtúan la obligación resultante del aval", y "si la acreedora demandante tenía o no posibilidad de cobrar su crédito a través de la suspensión de Pagos... es indiferente a su derecho a reclamar su pago a los avalistas solidarios". La segunda de las Sentencias indicadas, recogiendo además la doctrina sentada por esta misma Sala anteriormente en las de 10-VI-99, 10-IV-95 EDJ 1995/1539, 24-I-89 EDJ

1989/11941, 19-XII-89 EDJ 1989/11465, 16-XI-91 EDJ 1991/10882, 10-IV-95 EDJ 1995/1539, 8-I-97 y 4-VII-66, termina diciendo que, el mantener lo contrario a lo anteriormente dicho, "adolece de un error de base, consistente en prescindir de la propia finalidad de la fianza como garantía del acreedor frente a la insolvencia total o parcial del deudor (art. 1.830 del Código Civil) o frente a su mera liquidez cuando el fiador haya renunciado a la excusión o se haya obligado solidariamente con el deudor (art. 1.831 del Código Civil), supuesto este último que, como declara la S. de 3 de octubre de 1995, el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime más conveniente, incluido el fiador", añadiendo la misma que "no debe olvidarse que si bien algún sector doctrinal mantiene la tesis de la liberación o reducción de la obligación del fiador cuando en los supuestos de concurso, quiebra y suspensión de pagos el deudor llegue a determinados acuerdos con sus acreedores, sobre todo si el acuerdo consiste en una reducción de la cuantía de los créditos con extinción por el exceso, las sentencias anteriormente citadas y transcritas demuestran que la jurisprudencia de esta Sala se inclina por el criterio, asimismo mantenido por prestigiosos autores de la doctrina científica, de que en tales casos subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza como por no ser verdaderamente incardinable el Convenio de la Suspensión de Pagos en el concepto de transacción según el sentido del art. 1.835 del Código Civil, ya que el Convenio se impone por una determinada mayoría de los acreedores y no tiene por qué eliminar la garantía adicional que, sobre el patrimonio del deudor, representa la fianza para aquel acreedor que, pese a quedar vinculado por el convenio frente al deudor común, no renuncie expresamente a dicha garantía frente a su fiador singular."
Igualmente, como indica el Auto de 28 de septiembre de 2007, de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Rioja : conforme al artículo 542.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es posible la ejecución frente a deudor solidario o frente a todos los deudores, cuando en el título aparezcan varios deudores solidarios, por importe total de la deuda, además de que también tiene que tenerse en cuenta que este precepto debe conjugarse con los correspondientes de la Ley Concursal, de 22/03, de 9 de julio, e incluso con los artículos 538 y 568 de la referida Ley Procesal. Y estos dos preceptos permiten que la acción de ejecución pueda dirigirse frente a quien aparece como deudor en el título y frente a quienes responden personalmente de la deuda en virtud de afianzamiento acreditado, dada la relación de los mismos con el objeto de la ejecución instada, de modo que la misma puede despacharse frente a uno o frente a todos los sujetos que se encuentran solidariamente en tal situación. Y la suspensión por la declaración de concurso de la sociedad ejecutada no afecta a los otros ejecutados, fiadores en la póliza, pues, en todo caso, no están sometidos al procedimiento concursal, sin perjuicio de que si los fiadores lleguen a hacer frente a la cuantía reclamada en la ejecución a la acreedora puedan sustituir a la misma en el concurso, aunque sin efectuar, por no ser el trámite adecuado, declaración alguna sobre la situación de los fiadores como personas especialmente relacionadas con el deudor definidas en los artículos 92.5 y 93 de la Ley Concursal y, en su caso, sobre la calificación del crédito como subordinada. Conteniendo el punto 6 del artículo 87 de la Ley Concursal el mandato dirigido a la administración concursal para que reconozca el crédito del acreedor con fianza de tercero, aunque si el mismo viere cumplido su crédito por pago del fiador, podrá este subrogarse en la posición jurídica del acreedor como consecuencia del pago.
Teniendo en cuenta que la declaración del concurso solo afecta a la entidad PARQUET MENSAN S.L., que la demanda de ejecución y el correspondiente despacho de ejecución se dictó contra los dos fiadores solidarios, ninguno de los cuales ha sido declarado en concurso, la ejecución despachada debe seguir frente a dichos fiadores, sobre la cual carece de competencia objetiva el Juzgado de lo Mercantil a tenor del artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la medida de que los Juzgados de lo Mercantil tienen competencia exclusiva y excluyente en materia concursal, pero no cuando la ejecución se dirige contra un deudor o fiador solidario, sin perjuicio de los efectos en orden a la prelación de créditos que pueda existir cuando alguno de los fiadores sea administrador de la sociedad concursa, y se decrete el embargo de sus bienes en base al artículo 48.3 de la Ley Concursal. ": AAP Madrid (Sección 9) 30.04.2010 (Auto 110/2010; Rollo 101/2010)

AP Madrid (Sección 14)

"PRIMERO. El recurso que nos corresponde analizar en este momento se interpuso contra el auto dictado por el juzgado de primera instancia nº 52 de Madrid en un proceso de ejecución de títulos no judiciales, en concreto unas pólizas intervenidas por notario, seguido a instancias de UNICAJA contra GOVESAN S.A., como deudora principal, y ESM Inversiones y Propiedades S. L., como fiadora, donde se acordó seguir adelante el procedimiento exclusivamente contra la entidad fiadora en cuanto la sociedad anónima GOVESAN, deudora principal, había sido declarada en concurso por auto de fecha 16 de marzo de 2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid.
SEGUNDO. La sociedad limitada fiadora, ESM Inversiones y Propiedades, presento recurso de apelación en el que invocó los siguientes motivos para solicitar la revocación de la resolución del juzgado nº 52 de Madrid y que la suspensión acordada se extendiera a las dos partes demandadas.
a) Errónea aplicación de los artículos 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 55 de la Ley Concursal. Cuando se produjo la declaración del concurso ambos preceptos ordenaban la suspensión del procedimiento de ejecución por tal motivo sin hacer distinción para los casos de acumulación de acciones de carácter subjetivo, es decir cuando se hubiere instado el procedimiento contra la concursada y otra u otras personas que estuviesen obligadas en función del mismo título.
El Juzgado de Instancia para adoptar la decisión que es recurrida invoca el apartado 3 del artículo 568 que ordena que la suspensión no se puede extender a los terceros demandados que no estén sujetos al concurso, pero tal precepto, que supone un claro cambio legislativo introducido por la Ley 13/2009, no entró en vigor hasta el día 4 de mayo de 2010 por lo que no puede aplicarse a la situaciones anteriores como la que nos ocupa en cuanto no debe olvidarse que el concurso contra la sociedad GAVOSAN se decretó, por auto del juzgado nº 5 de lo mercantil, el día 16 de marzo de 2010.

b) Indebida aplicación del artículo 87.6 de la LEC que ordena que "los créditos en los que el acreedor disfrute de la fianza de tercero, se reconocen por su importe sin limitación alguna, con posibilidad de que el fiador, caso de pagar al acreedor, sustituya a éste en el concurso", pues debe tenerse presente que el concurso de acreedores se presentó con propuesta de convenio al que se han adherido la mayoría de los acreedores y al que, por tanto, debe quedar sujeta UNICAJA, donde se propone una quita del 50% del crédito a pagar en cinco años.
Así pues, como el 1853 del Código Civil determina que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda y el artículo 1826 del mismo texto legal establece que el fiador puede obligarse a menos que el deudor principal pero nunca a más, debe concluirse indicando que tanto el presente procedimiento ejecutivo como la reclamación presentada contra la avalista se encuentra condicionada a la resolución del concurso y, en cualquier caso, la ejecución solamente podría seguirse por el principal que, según el convenio aprobado por la mayoría de los acreedores de la entidad GOVESAN, haya quedado obligado la deudora principal.
TERCERO. No podemos aceptar que hubiese un verdadero cambio de criterio legislativo cuando, por ley 13/2009, se introdujo el apartado tercero del artículo 568, ya que con el mismo el legislador simplemente pretendió aclarar un punto que podría ofrecer cierta confusión a la hora de su aplicación, en concreto que la suspensión de la ejecución solamente, lo que nos permite considerar que tal norma puede aplicarse con carácter retroactivo ya que las normas meramente interpretativas de una disposición anterior son tácitamente retroactivas.
Aunque no tuviésemos en cuenta las anteriores consideraciones, la interpretación que ha hecho el apelante de tales preceptos no resiste un serio análisis, pues la ley(artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 55 de la Ley Concursal) simplemente ordena la suspensión del procedimiento seguido contra la persona que ha sido declarada en concurso, sin que exista base alguna para extenderla a terceras personas, y no debe olvidarse que si se hubiera iniciado la ejecución exclusivamente contra la fiadora, como autoriza la situación de solidaridad en que se encontraba con el deudor principal, no habría motivo alguno para pedir
la suspensión que ahora se pretende que se acuerde en este momento. Por último debemos recordar que la analogía, tal como se desprende del artículo 4.2 de la LEC, no es aplicable en situaciones sancionadoras o punitivas, que impongan una restricción de derechos, que es lo que impondríamos a la acreedora si, extendiendo el contenido de los preceptos antes analizados a supuestos distintos de los recogidos en los mismos, suspendiésemos totalmente la ejecución iniciada en este momento, impidiéndole continuar contra la sociedad fiadora que no se encuentra declarada en concurso.
CUARTO. No es cierto que el fiador se ha obligado a más de la deuda contraída por el deudor, pues solo se obligó al pago de la deuda derivada de las pólizas mercantiles intervenidas por notario, y tampoco que exista una excepción inherente a la deuda que le permita oponerse al pago de la cantidad reclamada en el proceso de ejecución, pues la situación concursal es totalmente ajena al contenido de la obligación contraída por la apelante al afianzar el cumplimiento de los contratos recogidos en las pólizas intervenidas por fedatario público.
Con la fianza, como con el resto de las garantías que regula la ley, el acreedor se pretende asegurar la efectividad de su crédito buscando, principalmente, cubrir la insolvencia, total o parcial, del deudor principal al considerar que el principio de responsabilidad universal recogido en el artículo 1.911 del CC, que establece que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, pudiera ser insuficiente para tal fin.
En definitiva, por lo expuesto, no apreciamos motivo para reducir el alcance de la fianza, aunque no haremos un estudio más profundo sobre la materia ni un pronunciamiento al respecto, ya que simplemente en este momento debemos decidir si se puede seguir adelante o no la ejecución contra la fiadora, que es lo único que acordó el juzgado de instancia en el auto apelada. ":AAP Madrid (Sección 14) 02.03.2012 (Auto 47/2012; Rollo 674/2011)

AP Madrid (Sección 19)

"SEGUNDO.- Se oponen en el escrito de interposición del recurso, las mismas razones que lo fueron con resultado negativo en la oposición a la ejecución ya resuelta.
En primer lugar, se plantea que por sentencia de 23 de septiembre de 2010 del juzgado de lo mercantil 3, pero no como se responde en la sentencia para que se ordenara la suspensión del curso del procedimiento, sino para que tomara en consideración el pronunciamiento que toma en cuenta la imposibilidad de cobro de la deuda por incorrecta liquidación de la póliza.
Es cierto, como dispone el art. 55 de la Ley Concursal, que declarado el concurso, las ejecuciones contra el patrimonio del deudor quedarán en suspenso desde la fecha de aquella declaración, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Sin embargo, esa norma sólo alcanza al concursado, pero en absoluto afecta a las ejecuciones seguidas contra el patrimonio de los codeudores solidarios.
En ese sentido previene el art. 568.2 L.E.C. que el Secretario Judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso (salvo las especialidades de ejecución contra bienes hipotecados y pignorados). Con absoluta claridad añade el número 3 de ese mismo artículo, en su redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que "Si existieran varios demandados, y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto al que se refieren los dos artículos anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás".
Así lo venía declarando la doctrina jurisprudencial incluso con anterioridad a la actual Ley Concursal, como resulta de la STS, 7.May.2009 cuando dice que "La jurisprudencia ha sido reiterada respecto a que la fianza no se ve alterada ni permite la aplicación del artículo 1851 del Código civil por la presencia de un convenio en un procedimiento de suspensión de pagos, hoy llamado concurso. Así, la sentencia de 27 de febrero de 2004

recoge la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la inclusión de la deuda principal en la lista de acreedores no supone novación del crédito y consiguiente extinción de la obligación del fiador como deudor solidario y no impide al acreedor la reclamación a los fiadores, ni desvirtúa la obligación resultante de la fianza: todo ello, con mención expresa de sentencias anteriores, que recogen la misma doctrina, como las de 10 de abril de 1995, 8 de enero de 1997, 17 de septiembre de 1997, 22 de julio de 2002.
Asimismo, la sentencia de 14 de junio de 2004, citando otras muchas anteriores, reitera que el convenio de la suspensión de pagos "no le afecta al fiador, que debe cumplir, en todo caso, frente al acreedor al que le afecte el aval, si éste no cobra total o parcialmente la deuda".
O la sentencia de 17 de septiembre de 2002 reitera, también con abundante cita de sentencias anteriores, que "el aval o fianza solidaria es una institución establecida para garantizar el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de éste entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída, y ni la inclusión del crédito entre las que sean objeto del convenio desvirtúan la obligación resultante del aval ".
O la de 22 de julio de 2002, también con cita de numerosas sentencias, reitera que la suspensión de pagos no afecta a los fiadores solidarios y el convenio "no impide que el acreedor pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno".
En la actualidad declara el art. 135 de la Ley Concursal que "Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos", añadiendo que "La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido".
Finalmente decir que a tenor de la actual redacción del apartado 6 del art. 87 de la misma Ley Concursal, "Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador". ": AAP Madrid (Sección 19) 07.12.2011 (Auto 290/2011; Rollo 666/2011)

AP Madrid (Sección 20)

“SEGUNDO El recurso de apelación interpuesto por "PASTOR Y CANALS, S.A." y "ROYPAS MARKET, S.L." debe ser acogido, pero sólo en parte.
Como señala elartículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 julio 2003, Concursal, en su números 1a 3, citados por la parte recurrente: "Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.
TERCERO Como quiera que el concurso voluntario de "PASTOR Y CANALS, S.A." se declaró porAuto de fecha 10 de mayo de 2007, no se halla incurso en nulidad el primer Auto despachando ejecución en el presente procedimiento de ejecución, al ser de la misma fecha.
De tal modo que no procede, como pretende la parte recurrente, declarar la nulidad de actuaciones desde dicho Auto, sino sólo la suspensión de la ejecución desde la mencionada fecha, pero únicamente respecto a la ejecutada en concurso, "PASTOR Y CANALS, S.A.", en virtud del principio de conservación de los actos judiciales.
No ocurre lo mismo con elAuto ampliatorio de la ejecución, de fecha 25 de julio de 2007, que sí se ve afectado de nulidad al amparo de lo dispuesto en elnº 3 del Artículo 55 de la Ley Concursal. No podemos dejar de destacar la ausencia de colaboración, rayana en la mala fe procesal, de la representación procesal de "PASTOR Y CANALS, S.A.", que teniendo conocimiento de la declaración del concurso voluntario instando por la citada mercantil, no puso dicha circunstancia en conocimiento delJuzgado hasta el día 26 de junio de 2007, al formular oposición.
Ello no obstante, como los efectos delartículo 55 de la Ley Concursalse producen "ope legis" y no dependen de la actuación procesal ni de la voluntad de las partes, incurre en nulidad de pleno derecho elAuto ampliatorio de la ejecución, de fecha 25 de julio de 2007y las actuaciones practicadas con posteridad, pero sólo en la medida en que afecten a la concursada "PASTOR Y CANALS, S.A." y no al resto de los ejecutados.
CUARTO Por lo expuesto, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto por "PASTOR Y CANALS, S.A." y "ROYPAS MARKET, S.L.", sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en esta alzada (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).”: AAP Madrid (Sección 20) 12.11.2008 (JUR 2009/48224; Auto 373/2008; Rollo 483/2008)

AP Madrid (Sección 22)

“TERCERO. Ello sentado, y entrando ya en el fondo de la cuestión suscitada, no puede olvidarse que el artículo 8 de la citada Ley Concursal previene que la competencia del Juez del concurso es exclusiva y

excluyente, entre otros, en los supuestos de ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenando.
Y es lo cierto que, en el supuesto examinado y conforme postula la hoy recurrente ya desde el escrito rector del procedimiento, la ejecución se hace efectiva, no sólo sobre los bienes y derechos del Sr. Pedro, sino sobre el aval constituido, a fin de garantizar el pago de las obligaciones objeto de reclamación, por la entidad FIBANC, según documento suscrito en fecha 20 de diciembre de 2001, en el que dicha entidad avaló a don Pedro "solidariamente y con renuncia a los beneficios de orden o excusión y división, por hasta la cantidad de cuarenta y ocho millones de pesetas (48.000.000 pts.) (288.485,81 Euros) para responder del pago por el Sr. Pedro " de las referidas prestaciones contenidas en el convenio regulador de separación matrimonial, aval que se hizo extensivo al convenio de divorcio, según se expone en este último documento.
Ello nos lleva necesariamente a la regulación que de la fianza se contiene en el Título XIV del Libro IV del Código Civil, disponiendo el primero los preceptos contenidos en el mismo (artículo 1822) que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste. Y se añade que si el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la Sección cuarta, Capítulo III, Título I, de este Libro.
Dentro de estas últimas normas, y en lo que al caso concierne, el artículo 1144 dispone que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.
Sobre dichas bases legales, en su proyección sobre las circunstancias concurrentes en el caso, ha de tenerse en cuenta la ahora recurrente, si bien dirige formalmente la demanda contra el Sr. Pedro, los actos de ejecución que postula no afectan directamente el patrimonio del mismo, pues lo que se interesa es la efectividad del aval constituido por la entidad fiadora.
En consecuencia, tal reclamación resulta ajena a la situación concursal, según se infiere de la regulación al efecto contenida en los artículos 8, 55 y 87 de la Ley 22/2003, y así lo viene a asumir el Juzgado que tramita el concurso de acreedores pues, mediante providencia de 22 de julio de 2010, rechaza la acumulación al procedimiento allí seguido de la ejecución que ahora nos ocupa, "por no ser de aplicación el artículo 57 de la citada Ley Concursal (L.C) por no tratarse de una ejecución de garantías reales, sin perjuicio de que el Juzgado de Alcobendas mantenga la suspensión de la ejecución contra el concursado conforme al art 55 de la L. C., que en ningún caso afecta a los trámites para la ejecución del aval de FIBANC, Banco de Finanzas e inversiones, S.A. ya que el avalista no es el concursado (supuesto al que afectaría la suspensión) sino que es el avalado".
Razones todas ellas que determinan el acogimiento, en los términos que se dirán, de la pretensión revocatoria articulada con carácter principal por la parte apelante, lo que excusa de resolver sobre la formulada de modo subsidiario.”: AAP Madrid (Sección 22) 19.10.2010 (Auto 340/2010; Rollo 498/2010)

AP Pontevedra

“PRIMERO.- Es objeto de recurso el auto dictado por el juez de primera instancia por el que acordaba la suspensión de la ejecución despachada contra la entidad EXCONPOR, S.L., D. José María Portas Martínez y contra D. José Nelson Portas Martinez, estos dos últimos avalistas solidarios de la deuda contraída por la mercantil. Fundamenta la resolución la circunstancia de que EXCONPOR fue declarada en concurso, -por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra de 14 de mayo de 2008, lo que, con fundamento en la cita del art. 55 de la Ley Concursal, determina la obligada paralización del proceso de ejecución frente a todos los deudores solidarios.
Considera el recurrente que dicha resolución es contraria a derecho, en la medida en que ninguna norma autoriza a suspender la ejecución contra los fiadores. El recurso cita como infringido el art. 1852 del Código Civil y la obligada distinción entre el aval “mancomunado” y el aval solidario, así como la doctrina jurisprudencial que establecía que declarada la suspensión de pagos de uno de los deudores solidarios, no quedaba impedido el acreedor de ejercitar su acción por el todo frente a los demás deudores. Por último cita como apoyo de su pretensión el art. 135 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.- La Sala considera puestos en razón los argumentos del recurrente, que conducen a la revocación de la resolución combatida.
Conforme a la lógica del procedimiento universal, es bien conocido cómo el concurso pretende evitar la actuación aislada de los acreedores, que pretendan instar en su propio beneficio la ejecución de sus créditos sobre los bienes del concursado. Por tal razón, el art. 55 establece una regla general: declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios, administrativos o tributarios, sobre los bienes del concursado. Repárese que el dies a quo de la dicha prohibición, como de la paralización de las pendientes que se examinará seguidamente, es el de la declaración del concurso, no el de la solicitud, que puede quedar distante en el tiempo.
A continuación, la norma establece dos excepciones, introducidas en el discurrir parlamentario del proyecto de ley, y que no están en cuestión en el presente supuesto: a) los procedimientos administrativos de ejecución en los que se haya dictado providencia de apremio; y b) las ejecuciones laborales en las que se hubieren embargado bienes del concursado antes de la declaración, y siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para continuar con la actividad empresarial o profesional del deudor.
Para las ejecuciones pendientes, el art. 55.2 dispone que las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso. En la misma línea, el art. 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el tribunal de ejecución suspenderá el procedimiento en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el deudor se encuentra en situación de concurso, todo ello con la conocida salvedad de la ejecución seguida contra bienes hipotecados o sujetos a otra forma de garantía real, cuyo régimen especial establecen los arts. 56 y 57 de la Ley Concursal.

Como se desprende de la literalidad de lo que acaba de exponerse, y de la propia finalidad de los preceptos, la norma tan sólo afecta a las ejecuciones seguidas contra el deudor declarado en concurso, pero no frente a otros posibles obligados, lo estén o no con vínculo de solidaridad.
El deudor solidario lo es por el todo y el acreedor cuenta, según es de sobra conocido, con la facultad de reclamar el importe íntegro de la deuda contra cualquiera de los deudores, o contra todos conjuntamente, hasta que aquélla no le sea satisfecha por entero.
Como sucedía en la legislación previgente, el concurso de un deudor solidario no impide al acreedor mantener el ejercicio de su acción vivo contra los demás codeudores. Así lo venía estableciendo una línea jurisprudencia uniforme que, en su sentencia de 7 de mayo de 2009 ha tenido ocasión de reiterar el TS, del siguiente modo:
"La jurisprudencia ha sido reiterada respecto a que la fianza no se ve alterada ni permite la aplicación del artículo 1851 del Código civil por la presencia de un convenio en un procedimiento de suspensión de pagos, hoy llamado concurso. Así, la sentencia de 27 de febrero de 2004 recoge la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la inclusión de la deuda principal en la lista de acreedores no supone novación del crédito y consiguiente extinción de la obligación del fiador como deudor solidario y no impide al acreedor la reclamación a los fiadores, ni desvirtúa la obligación resultante de la fianza: todo ello, con mención expresa de sentencias anteriores, que recogen la misma doctrina, como las de 24 de enero de 1989, 16 de noviembre de 1991, 10 de abril de 1995, 8 de enero de 1997, 17 de septiembre de 1997, 22 de julio de 2002.
La sentencia de 14 de junio de 2004, citando otras muchas anteriores, reitera que el convenio de la suspensión de pagos "no le afecta al fiador, que debe cumplir, en todo caso, frente al acreedor al que le afecte el aval, si éste no cobra total o parcialmente la deuda".
A su vez, la sentencia de 17 de septiembre de 2002 reitera, también con abundante cita de sentencias anteriores, que "el aval o fianza solidaria es una institución establecida para garantizar el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicarte en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de éste entrar en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito entre las que sean objeto del convenio desvirtúan la obligación resultante del aval".
La sentencia de 22 de julio de 2002, también con cita de numerosas sentencias, reitera que la suspensión de pagos no afecta a los fiadores solidarios y el convenio "no impide que el acreedor pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno".
Esta doctrina, que resulta hoy incorporada al texto legal por méritos del art. 135 concursal, resulta plenamente aplicable al supuesto que ahora se somete a nuestra consideración.
De dicha doctrina se extrae la forzada consecuencia de que en el caso de que entre en concurso uno de los deudores solidarios, no pierde el acreedor la posibilidad de accionar contra el resto de deudores, frente a los cuales permanece intacta su acción. Caso de que el resto de deudores también entre en concurso existe una norma especial que impide el efecto que denuncia el auto recurrido, evitándose cualquier situación de injusto enriquecimiento (cfr. art. 161 LC), del mismo modo que el art. 87, en sus apartados 5, 6 y 7 contienen reglas especiales para el reconocimiento en el concurso de aquellos créditos en los que el acreedor cuente con un patrimonio de refuerzo. De ellas se sigue sin dificultad que el concurso del deudor solidario no impide al acreedor perseguir separadamente el patrimonio del resto de obligados. La reciente reforma del art. 87.6, como es bien sabido, ha clarificado dudas anteriores.
En suma, la forzada suspensión de la ejecución sólo resulta predicable con respecto al deudor en concurso, no respecto de otros posibles deudores solidarios, frente a los que podrá actuar el deudor separadamente si le conviniere.": AAP Pontevedra 24.09.2009 (Rollo 488/2009; Auto 152/2009)

AP Oviedo

"PRIMERO.-La juzgadora de primer grado, acogiendo la oposición planteada por D. Leandro, declaró la nulidad del Auto por el que había despachado ejecución a instancias del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. frente al citado y frente a Doña Estibaliz y a la Compañía "Construcciones y Urbanizaciones Espina, S.L.". Como razón determinante de dicha decisión argumentaba que esta última Compañía había sido declarada en situación de concurso voluntario con fecha 29 de abril de 2009, anterior al momento en que se despachó ejecución en este proceso (el 5 de mayo siguiente), por lo que era de aplicación el art. 55 de la Ley Concursal en cuanto establece que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales... contra el patrimonio del deudor" y que "las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho".
SEGUNDO.-No cuestiona la entidad bancaria recurrente que, efectivamente, esta ejecución no puede seguirse contra la expresada mercantil y, de hecho, así lo había ya planteado en escrito de 28 de mayo de 2009 cuando, al conocer esa declaración de concurso, interesó que la ejecución prosiguiera únicamente frente a las otras dos personas físicas. Lo que discute en el recurso es que la nulidad acordada en el Auto apelado deba alcanzar a dichos particulares.
La ejecutante lleva razón en este punto. En el contrato de préstamo que es objeto de ejecución D. Leandro y Doña Estibaliz figuran como fiadores solidarios, tanto entre ellos como con el prestatario, respecto de todas las obligaciones contraídas por éste y con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división (cláusula decimotercera del contrato). De acuerdo con lo establecido en el art. 1822 del Código Civil y reiterada doctrina jurisprudencial dictada en su aplicación, el fiador solidario asume la naturaleza de una propia obligación solidaria, convirtiéndose en un deudor más en lo que se refiere al derecho del acreedor a exigir el pago de la obligación principal; la acción contra el fiador es en estos casos autónoma y puede ejercitare sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor, pasando el fiador a ser considerado como si de un deudor principal se tratara, con la cualidad de "in solidum", es decir, con las características enunciadas en el art. 1144

del mismo Código (sentencias, entre otras, de 11 de noviembre de 1987, 3 de febrero de 1990 y 3 de febrero de 1990 y 30 de abril de 2002).
Y siendo esto así, no existe razón para que la paralización de acciones que frente al deudor conlleva la declaración de concurso, se extienda a los fiadores solidarios. Es más, tras la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 568, al regular la suspensión de las ejecuciones en el caso de situaciones concursales, ya prevé expresamente que "si existieran varios demandados, y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto al que se refieren los dos apartados anteriores (-en situación de concurso-), la ejecución no se suspenderá respecto a los demás". Igualmente, en la citada cláusula decimotercera del contrato de préstamo, en su último párrafo, se insiste en la autonomía y subsistencia de la obligación de los fiadores en caso de declaración de concurso del prestatario. En definitiva, la nulidad del Auto despachando ejecución ha de limitarse a la compañía concursada, manteniéndose su validez respecto de ambos fiadores.”: AAP Oviedo (Sección 4) 16.01.2012 (Auto 2/2012; Rollo 542/2011)

AP Sevilla (fiador e hipotecante no deudor)

“PRIMERO Se deniega el despacho de ejecución, que se insta por Cajamar contra Nefilin y San Juan, en base a que se ha declarado el concurso necesario de Nefilin y losarts. 551 y 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concordes con el 55 de laLey Concursal 22/03 de 9 de julio, de que declarado el concurso no podrán seguirse ejecuciones ni apremios contra el patrimonio del deudor.
SEGUNDO Recurre Cajamar en cuanto a la denegación respecto a San Juan 36, S.L. y acepta la que se hace de Nefilin, por elart. 36 de dicha Ley Concursal, pero la codemandada San Juan es hipotecante y fiador en la Escritura de Préstamo, y es titular de parte de los bienes objeto de ejecución, por haberse ofrecido en garantía hipotecaria, siendo ajena a la situación concursal de Nefilin, pidiendo se continúe la tramitación y el correspondiente despacho y requerimiento respecto a la citada San Juan 36, S.L.
TERCERO El recurso debe prosperar acogiendo el Tribunal su motivo respecto a San Juan 36, S.L. en la tramitación de ejecución hipotecaria, por ser ajena a la situación concursal de Nefilin, S.L. y por la condición de fiadora en la Escritura de Préstamo Hipotecario concertado con Cajamar, con titularidad de bienes propios y que son así objeto de ejecución y fueron ofrecidos en garantía hipotecaria, debiendo revocarse la resolución apelada y despacharse ejecución, conforme alart. 551 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del examen del título y de la liquidez de la deuda, y requerírsele de pago, por su propio procedimiento para satisfacer el derecho de crédito del citado acreedor hipotecario.”: AAP Sevilla (Sección 6) 18.06.2009 (JUR 2009/419686; Auto 113/2009; Rollo 2967/2009)

AP Tenerife

“PRIMERO 1. El auto que es objeto de recurso acordó la continuación de la ejecución despachada frente al fiador solidario de la obligación asumida en la póliza de préstamo que integra el título de la ejecución, pese a la situación de concurso declarado en la que se encuentra la entidad que intervino como prestataria en la citada póliza, al entender, en síntesis, que no se impone al fiador una carga superior a la que se había obligado dicha entidad, sin que elart. 92.5 de la Ley Concursal tenga "relación con la controversia a resolver en este procedimiento".
2. Dicha resolución ha sido recurrida por el fiador solidario que, partiendo de la base del carácter accesorio de la fianza (como la propia resolución señala), debe correr las mismas vicisitudes que la obligación principal, de manera que si se extingue o modifica ésta, se extinguirá o modificará la fianza en los mismos términos.
Por ello, y pudiendo ser objeto de modificación la obligación principal en el procedimiento concursal que se está tramitando, sujeta a los efectos previstos en la Ley Concursal (en concreto, tratarse de un crédito subordinado, carecer la entidad ejecutante de derecho de voto en la Junta de Acreedores, dejar de devengar intereses el crédito desde la fecha de declaración del concurso, posibilidad de calificar el crédito como especialmente relacionado y, en fin, la repercusión de un eventual convenio en la fianza), impide que pueda continuarse la ejecución contra el fiador.
SEGUNDO 1. Las alegaciones del recurso amplían los argumentos de la oposición de primera instancia, pues en ésta se limitaba a señalar que la entidad ejecutada había sido declarada en concurso porauto de 15 de noviembre de 2007 (la demanda de ejecución se había presentado el día 23 de este mismo mes), por lo que de acuerdo con elart. 50 y 55 de la Ley Concursal, la ejecución despachada debe ser archivada "tanto respecto de la mercantil concursada como respecto de su avalista...".
2. Ciertamente, los artículos mencionados justifican que no se admitan demandas de ejecución contra los concursados o que se suspendan las actuaciones de ejecución frente a quien, durante la tramitación del procedimiento, es declarado en concurso. Ahora bien, tales preceptos se refieren únicamente a la persona del concursado pero no a los avalistas o fiadores solidarios, frente a los cuales se puede despachar ejecución independiente al margen de que no se despache contra otros de los obligados, tal y como permite elart. 542.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC -.
3. En realidad, la posibilidad de despachar ejecución o de continuar la ejecución despachada frente el fiador solidario del obligado cuando éste ha sido declarado en concurso, se encuentra reconocida de manera prácticamente unánime por las distintas Audiencias Provinciales, en concreto y entre otras por las de Valencia, Sección 11ª, enauto de 31 de marzo de 2009, de Zaragoza, Sección 4ª, enauto de 24 de marzo de 2009, de Lérida, Sección 2ª, enauto de 9 de enero de 2007, de Logroño, Sección 1ª, enauto de 28 de septiembre de 2009,de Burgos, Sección 3ª, de 10 de diciembre de 2007, de Cáceres, Sección 1ª, enauto de 20 de marzo de 2009.

En todas esas resoluciones se analizan diversos preceptos de la Ley Concursal, y se llega a la conclusión de que la declaración de concurso no impide que se continúe la ejecución contra un fiador solidario del deudor declarado en tal situación.
Esta Sección también ha tratado la cuestión, si bien en un supuesto sujeto a la normativa anterior a la vigente Ley Concursal, en concreto en elauto de 11 de julio de 2005, en el que se planteaba la posibilidad de desglosar un ejecutivo seguido contra la entidad quebrada y contra el fiador solidario de la deuda, que se había acumulado al procedimiento de quiebra, para continuar la ejecución contra éste último pero no contra la entidad declarada en quiebra; dicho auto decide la procedencia del desglose y la continuación de la ejecución frente al fiador solidario.
TERCERO 1. En este caso debe seguirse el criterio señalado y mantenido por las distintas Audiencias Provinciales sin que a ello se oponga el carácter accesorio de la finaza, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una obligación solidaria en los términos en que está contemplada, lo que implica la asunción por el fiador de la misma obligación garantizada en los términos previstos en el título de su constitución. Y lo que la Ley Concursal impide es iniciar o continuar una ejecución contra el deudor que ha sido declarado en concurso, pero no frente a quien se ha obligado como fiador solidario.
2. Tampoco se opone a ello lo demás alegaciones del recurso respecto a los efectos del concurso, que suscitan cuestiones diferentes a las esgrimidas en la oposición de primera instancia (basada exclusivamente en la declaración del concurso pero nada más).
Así y algunos de esos efectos podrían dar lugar a otras consecuencias y motivos de oposición, pero no impedir ésta (por ejemplo, el no devengo de los intereses, que podría dar lugar a una pluspetición pero nada más); por otro lado, y si la entidad acreedora carece de derecho de voto en la Junta de acreedores, no podrá votar a favor del convenio con lo que ninguna repercusión tendría su contenido sobre el crédito frente al fiador; pero es que, además y como consecuencia de la ejecución, la entidad acreedora ya ha mostrado su voluntad implícita de reclamar la integridad de su crédito, con todo lo que ello lleva consigo. En realidad, nada de ello se opone a la continuación de la ejecución decretada en la resolución recurrida.": AAP Tenerife (Sección 4) 24.06.2009 (JUR 2009/352575; Auto 128/2009; Rollo 241/2009)

"PRIMERO Por la entidad Banco Bilbao Argentaria SA se interpuso demanda en ejercicio de acción ejecutiva reclamando 6.264,97 euros contra la entidad Epromacon Canarias SLU, D.Bartolomé y D.Franco, respecto de la póliza de préstamo suscrita, siendo prestataria la entidad demandada y fiadores los otros dos demandados.
Consta unido a las actuaciones oficio dirigido por el Decano a los Juzgados de fecha 2 de julio de 2009, haciendo saber que por el Juzgado Mercantil ha sido declarado en situación legal de concurso ordinario D.Bartolomé, lo que llevó al Juzgado a dictar auto declarando la indamisión de la referida ejecución en virtud de lo dispuesto en elartículo 55.1 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, que no permite ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, contra el deudor una vez que se haya declarado el concurso.
Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte actora alegando infracción de los dispuesto en elartículo 1.144 del Código Civil, al considerar que por tratarse de obligaciones solidarias puede ejercitarse la acción contra cualquiera de los deudores o contra todos ellos simultáneamente, al tiempo que aporta copia del BOE de 19 de octubre de 2009, en el que se publica la resolución dictada por elJuzgado Mercantil de 18 de marzo de 2009, en los autos 33/09, por la que se declara en situación legal de concurso voluntario ordinario a la sociedad Epromacon Canarias SLU.
SEGUNDO De acuerdo con lo dispuesto en elartículo 55.1 de la Ley Concursal y el 1.144 del Código Civil, en atención a la documental que consta aportada a los autos, debe sobreseerse las actuaciones contra la entidad y la persona física respecto de la que consta la declaración de concurso, admitiéndose la demanda a trámite respecto del fiador D.Franco.": AAP Tenerife (Sección 3) 16.12.2009 (JUR 2010/150632; Auto 377/2009; Rollo 840/2009)

"PRIMERO Pretende la entidad bancaria apelante la revocación del Auto recurrido y que se acuerde la continuación de la ejecución por sus trámites legales oportunos contra el codemandado DonFernando. Alega que quien ha presentado concurso es la sociedad Martaco S.L., no diciéndose nada respecto del citado Sr.Fernando, avalista de la operación, en el procedimiento de concurso seguido en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, siendo además titularidad del último las fincas registrales embargadas en la presente ejecución.
SEGUNDO Considera este tribunal que la cuestión planteada por la parte ahora apelante pudo ser resuelta mediante una simple solicitud de aclaración de la resolución objeto del presente recurso si la indicada parte tenía dudas sobre su alcance y contenido. No obstante ello, y situados ya en este momento procesal, ha de indicarse que, si bien de la mera lectura del Auto apelado no se aprecia en su tenor literal confusión u oscuridad sobre la ejecución cuya suspensión se acuerda -tan sólo la dirigida contra la entidad Martaco S.L.U., que es la declarada en concurso (artículo 55.2 de la Ley Concursal), sin que se haga alusión alguna a la ejecución despachada contra el Sr.Fernando -, a la vista del contenido de la providencia del mismo órgano a quo de 27 de marzo de 2009, conviene aclarar, mas sin que proceda revocar el expresado Auto, que el procedimiento debe continuar contra el último citado frente al que se despachó también ejecución.
TERCERO Por lo expuesto, procede la desestimación del recurso y la confirmación del Auto apelado, con la aclaración de que la suspensión del procedimiento se refiere tan sólo a la ejecución despachada contra la entidad Martaco S.L., debiendo continuar esa ejecución respecto del otro ejecutado Sr.Fernando, no declarado en situación de concurso, todo ello sin hacer expresa imposición de costas (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).": AAP Tenerife (sección 3) 15.01.2010 (JUR 2010/149814; Auto 12/2010; Rollo 832/2009)

AP Vizcaya

“SEGUNDO.-El recurso no puede prosperar ya que son muchas las resoluciones que al respecto de la cuestión que ahora se debate se han pronunciado en los términos recogidos en el auto de primera instancia ahora combatido, así Auto de AP de Valencia de 31 de marzo de 2009, AAP de Cáceres de 20 de marzo de 2009 y AAP de Granada de 16 de julio de 2010, recogiendo "SEGUNDO.- Señalar de entrada, con la STS de 14-6-04, que"....Esta Sala tiene declarado que el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda, que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino en la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de ésta, entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del convenio, desvirtúan la obligación resultante del aval y si la acreedora demandante tenía, o no, posibilidad de cobrar su crédito a través de la suspensión de pagos es indiferente a su derecho a reclamar su pago a los avalistas solidarios; y el mantener lo contrario a lo anteriormente dicho adolece de un error de base, consistente en prescindir de la propia finalidad de la fianza como garantía del acreedor frente a la insolvencia total o parcial del deudor (art. 1830 Cc), o frente a su mera liquidez cuando el fiador haya renunciado a la exclusión o se haya obligado solidariamente con el deudor (art. 1831 Cc), supuesto este último que, como declara la STS de 3-10-95, el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime mas conveniente, incluido el fiador, añadiendo la misma, que no debe olvidarse que, si bien algún sector doctrinal mantiene la tesis de la liberación o reducción de la obligación del fiador cuando en los supuestos de concurso, quiebra y suspensión de pagos el deudor llegue a determinados acuerdos, con sus acreedores, sobre todo si el acuerdo consiste en una reducción de la cuantía de los créditos con extinción por el exceso, las sentencias, anteriormente citadas y transcritas demuestran que la jurisprudencia de esta Sala se inclina por el criterio, asimismo mantenido por prestigiosos autores de la doctrina científica, de que en tales casos subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza como por no ser verdaderamente incardinable el Convenio de la Suspensión de Pagos en el concepto de transacción, según el sentido del art. 1835 Cc., ya que el convenio se impone por una determinada mayoría de acreedores y no tiene porqué eliminar la garantía adicional que sobre el patrimonio del deudor, representa la fianza para aquel acreedor que pese a quedar vinculado por el convenio frente al deudor común, no renuncie expresamente a dicha garantía frente a su fiador singular".

Igualmente, como dice el A. A.P. de La Rioja, de 28-9-07, conforme al art. 542-3º LEC, es posible la ejecución frente a deudor solidario o frente a todos los deudores, cuando en el título aparezcan varios deudores solidarios por importe total de la deuda, además de que también tiene que tenerse en cuenta que este precepto debe conjugarse con los correspondientes de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, e incluso, con los arts. 538 y 568 de la referida ley Procesal. Y estos dos preceptos permiten que la acción de ejecución pueda dirigirse frente a quién aparece como deudor en el título y frente a quienes responden personalmente de la deuda en virtud de afianzamiento acreditado, dada la relación de los mismos con el objeto de la ejecución instada, de modo que la misma puede despacharse rente a uno o frente a todos los sujetos que se encuentran solidariamente en tal situación. Y la suspensión por la declaración de concurso de la sociedad ejecutada, no afecta a los otros ejecutados, fiadores en la póliza, pues, en todo caso, no están sometidos al procedimiento concursal, sin perjuicio de que si los fiadores lleguen a hacer frente a la cuantía reclamada en la ejecución puedan sustituir a la misma en el concurso, aunque sin efectuar, por no ser el trámite adecuado, declaración alguna sobre la situación de los fiadores como personas especialmente relacionadas con el deudor, definidas en los arts. 92-5º y 93 de la Ley Concursal el mandato dirigido a la administración concursal para que reconozca el crédito del acreedor con fianza de tercero, aunque si el mismo viere cumplido su crédito, por pago del fiador podrá éste subrogarse en la posición jurídica del acreedor como consecuencia del pago. ".

Y el Auto de la AP de Cáceres recoge: "Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, el único motivo en el que aquél se sustenta denuncia -como se acaba de anticipar- la infracción de preceptos legales por indebida aplicación, o por interpretación errónea, del artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la inaplicación del artículo 570 del mismo Texto Legal, postulando la parte apelante, en este sentido, que, si bien era procedente la suspensión de la ejecución en relación con la entidad ejecutada, Snacks Extremadura Alimentación 2.004, S.A., declarada en Concurso Voluntario por Auto de fecha 28 de octubre de 2.008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres, en los autos de Concurso Ordinario seguidos con el número 632/2.008, sin embargo, debía alzarse la suspensión de la ejecución respecto del también ejecutado, D. María Rosa, continuándose la tramitación del Procedimiento contra él por todos sus trámites y de la forma que venía siendo acordada.

Atendiendo al planteamiento esbozado en el párrafo anterior, no cabe duda de que el único motivo del Recurso ha de ser, ciertamente, estimado y acogido. En efecto, ya en el Auto de fecha 14 de enero de 2.009, dictado por este Tribunal en el Recurso de Queja seguido con el número 2/2.009, se señalaba (primer párrafo del Fundamento Jurídico Cuarto), en término literales, que "asimismo, hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que el Auto recurrido se ha dictado en el ámbito de la ejecución de un título no judicial, y que la misma, no sólo se dirige contra la sociedad que ha presentado el Concurso de Acreedores, sino que también se dirige contra una persona física, que en principio responde solidariamente de la totalidad de la deuda, de forma que el Procedimiento Concursal en nada afecta a dicho ejecutado, no existiendo motivo alguno para acordar la suspensión de la ejecución respecto a dicho demandado, que es ajeno al Procedimiento Concursal". Este razonamiento jurídico constituye exponente inequívoco de que la situación de Concurso no puede afectar a quien no le alcanza esta declaración, a la que, sin género de duda alguno, es ajeno el ejecutado D. María Rosa; y, sólo de este modo, cabe interpretar el inciso inicial del artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que "el Tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso", de modo que, si, en un mismo Proceso de Ejecución, existe más de un ejecutado, la suspensión sólo puede alcanzar a quien se encuentra en situación

de Concurso, no a los demás, respecto de los cuales debe continuar la ejecución dado que no existe norma jurídica alguna que contemple lo contrario. Adviértase que, en el presente Proceso de Ejecución,
D. María Rosa no ha sido demandado por su condición de Administrador, Presidente o Consejero Delegado de la sociedad, Snacks Extremadura Alimentación 2.004, S.A., sino como fiador solidario de la póliza de negociación de documentos mercantiles de fecha 18 de julio de 2.005 (documento señalado con el número 2 de los acompañados a la Demanda) que sirve de fundamento a la ejecución, condición de fiador del indicado ejecutado a quien no le alcanza la declaración de Concurso Voluntario decretada en el Auto de fecha 28 de octubre de 2.008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres, en relación con la entidad Snacks Extremadura Alimentación 2.004, S.A..".
Conforme a lo expuesto, en el presente supuesto los recurrentes son traídos al procedimiento en su condición de fiadores solidarios y, por tanto, el recurso ha de decaer confirmando la resolución recurrida. ": AAP Vizcaya (Sección 3) 12.05.2011 (Auto 224/2011; Rollo 561/2010)

AP Valencia

"PRIMERO.- La representación procesal de la entidad CAIXA POPULAR-CAIXA RURAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO VALENCIANA, instó en fecha 5 de diciembre de 2005 demanda de ejecución dineraria en base a título ejecutivo consistente en un contrato de crédito para negociación de letras de cambio, efectos de comercio y otras facilidades crediticias, contra la mercantil VICENTE GARRIDO MARTÍNEZ SL, en su condición de deudor, y contra JOSÉ VICENTE ABAD NAVARRO y ENCARNACIÓN MARCONELL SAEZ, en su condición de fiadores solidarios. El procedimiento de ejecución se siguió por sus trámites legales contra los tres ejecutados, si bien en fecha 22 de mayo de 2008 el Juzgado de Instancia dictó Auto por el que, habiendo tenido conocimiento del Auto de fecha 1 de septiembre de 2006 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia por el que se acordaba la declaración de concurso voluntario de la mercantil VICENTE GARRIDO MARTÍNES SL, y con cita de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Concursal, se acordaba la suspensión de la ejecución. Dicha resolución fue confirmada, previa interposición de recurso de reposición por la parte ejecutante, por Auto de fecha 31 de julio de 2008 –objeto de la presente apelación- en base al citado artículo 55 en relación con lo dispuesto en el artículo 568 de la LEC, indicando que la demanda de ejecución se dirigía contra el Sr. Abad que, además de fiador, ostentaba la condición de Administrador de la entidad declarada en concurso.
Interpone recurso de apelación la representación procesal de la entidad ejecutante manifestando su disconformidad con la valoración que se realiza en el Auto en el que se entiende que los bienes personales de los fiadores responden de la deuda contraída por la mercantil en concurso, formando dichos bienes particulares parte de la masa concursal. Añade que el procedimiento no se dirige exclusivamente contra la mercantil declarada en concurso, sino también contra los otros dos demandados, no en su condición de legales representantes de la mercantil, sino por su condición de fiadores, sin que se encuentren en situación de concurso, por lo que no pueden quedar sometidos al procedimiento concursal.
SEGUNDO.- La Sala, examinado que ha sido el contenido de las actuaciones, no acepta los razonamientos jurídicos de la resolución apelada, estimando que asiste la razón a la parte apelante en atención a las consideraciones jurídicas que a continuación se exponen y por lasque se da contestación a los distintos motivos del recurso de apelación.
Clara y taxativamente establece el artículo 55 de la Ley Concursal que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", efecto éste propio que sobre las acciones individuales que se sigan contra el concursado tiene la declaración judicial del concurso. Ello, además, no es sino lógica consecuencia de los principios que rigen dicha norma y que, como indica su Exposición de Motivos, son los de unidad legal, de disciplina y de sistema, y en razón a los que la citada norma, con criterios de funcionalidad, regula los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado, lo que no es sino consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso. Ahora bien, ni en este precepto, ni en el correlativo artículo 568 de la LEC, en el que se establece que el tribunal suspenderá de la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso, se regula o señala que tal suspensión del procedimiento alcanzará también a quienes fueren parte del procedimiento de ejecución pero no tengan la condición de concursado, pues ninguna razón legal existe para que a dichos litigantes –al caso fiadores del contrato- les alcance los efectos propios del concurso como si ellos mismos hubieran sido declarado en concurso. Por tanto, y declarada la entidad VICENTE GARRIDO MARTÍNEZ SL en situación de concurso, sólo respecto de dicha mercantil habrá de procederse a la suspensión de la ejecución –ex artículo 55 LC y 568 LEC-, debiendo proseguir el Juzgado con la tramitación de la ejecución solicitada por la entidad CAIXA POPULAR respecto de los ejecutados JOSÉ VICENTE ABAD NAVARRO y ENCARNACIÓN MARCONELL SAEZ por su condición de fiadores solidarios de la póliza que sirve de título en el presente procedimiento, circunstancia ésta sobre la que ninguna incidencia tiene el hecho de que el Sr. Abad Navarro sea, a la vez, el Legal Representante de la sociedad declarada en concurso. ":AAP Valencia (Sección 9) 09.02.2009 (Rollo 506/2008; Auto 36/2009)

"PRIMERO.- La mercantil Lico Renting S. L. presentó demanda de ejecución de título no judicial consistente en póliza de renting de vehículo en exigencia del importe de 96.350,76 euros de principal, e intereses pactados, frente a la deudora principal, la también mercantil Rya Ingeniería y Gestión S. L., y como fiador solidario y con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, D.Fulgencio.

Y, una vez admitida a trámite la demanda y entrado en concurso la entidad demandada, se dicta por elJuzgado de Primera Instancia auto de fecha 24 de septiembre de 2008, por el que con base a lo dispuesto en elartículo 55-2º de la Ley Concursal, acuerda la suspensión de las actuaciones.
Resolución que es apelada por la ejecutante.
SEGUNDO.- Señala la recurrente que declarada la situación concursal de la mercantil demandada las actuaciones contra la misma debían quedar en suspenso de conformidad con elartículo 55-2º de la Ley Concursal, pero no así frente al fiador solidario de la concursada, al no referirse al mismo el indicado precepto, ni reunir los requisitos para ello, pudiendo dirigirse contra el mismo de acuerdo con elartículo 1144 del Código Civil, y deducirse delartículo 87 de la Ley Concursalcuando admite que el acreedor cobre su crédito de un avalista.
Y, al respecto, cabe acoger las tesis de la apelante, de acuerdo con la doctrina delT. S. que resume la sentencia de 14 de junio de 2004al señalar que: Esta Sala tiene declarado que el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de ésta entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del Convenio desvirtúan la obligación resultante del aval, y si la acreedora demandante tenía o no posibilidad de cobrar su crédito a través de la suspensión de Pagos es indiferente a su derecho a reclamar su pago a los avalistas solidarios; y el mantener lo contrario a lo anteriormente dicho adolece de un error de base, consistente en prescindir de la propia finalidad de la fianza como garantía del acreedor frente a la insolvencia total o parcial del deudor (artículo 1830 del C. Civil) o frente a su mera liquidez cuando el fiador haya renunciado a la excusión o se haya obligado solidariamente con el deudor (artículo 1831 del mismo Código), supuesto este último que, como declara laS. de 3 de octubre de 1995, el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime más conveniente, incluido el fiador, añadiendo la misma que no debe olvidarse que si bien algún sector doctrinal mantiene la tesis de la liberación o reducción de la obligación del fiador cuando en los supuestos de concurso, quiebra y suspensión de pagos el deudor llegue a determinados acuerdos con sus acreedores, sobre todo si el acuerdo consiste en una reducción de la cuantía de los créditos con extinción por el exceso, las sentencias anteriormente citadas y transcritas demuestran que la jurisprudencia de esta Sala se inclina por el criterio, asimismo mantenido por prestigiosos autores de la doctrina científica, de que en tales casos subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza como por no ser verdaderamente incardinable el Convenio de la Suspensión de Pagos en el concepto de transacción según el sentido delartículo 1835 del Código Civil, ya que el Convenio se impone por una determinada mayoría de los acreedores y no tiene por qué eliminar la garantía adicional que, sobre el patrimonio del deudor, representa la fianza para aquel acreedor que, pese a quedar vinculado por el convenio frente al deudor común, no renuncie expresamente a dicha garantía frente a su fiador singular.
E, igualmente, como indica el A. de 28 de septiembre de 2007, de la sección 1ª de la A. P. de La Rioja: conforme alartículo 542.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es posible la ejecución frente a deudor solidario o frente a todos los deudores, cuando en el título aparezcan varios deudores solidarios, por importe total de la deuda, además de que también tiene que tenerse en cuenta que esteprecepto debe conjugarse con los correspondientes de la Ley Concursal, de 22/03, de 9 de julio, e incluso con losartículos 538 y 568 de la referida Ley Procesal. Y estos dospreceptos permiten que la acción de ejecución pueda dirigirse frente a quien aparece como deudor en el título y frente a quienes responden personalmente de la deuda en virtud de afianzamiento acreditado, dada la relación de los mismos con el objeto de la ejecución instada, de modo que la misma puede despacharse frente a uno o frente a todos los sujetos que se encuentran solidariamente en tal situación. Y la suspensión por la declaración de concurso de la sociedad ejecutada no afecta a los otros ejecutados, fiadores en la póliza, pues, en todo caso, no están sometidos al procedimiento concursal, sin perjuicio de que si los fiadores lleguen a hacer frente a la cuantía reclamada en la ejecución a la acreedora puedan sustituir a la misma en el concurso, aunque sin efectuar, por no ser el trámite adecuado, declaración alguna sobre la situación de los fiadores como personas especialmente relacionadas con el deudor definidas en losartículos 92.5 y 93 de la Ley Concursaly, en su caso, sobre la calificación del crédito como subordinada. Conteniendo elpunto 6 del artículo 87 de la Ley Concursalel mandato dirigido a la administración concursal para que reconozca el crédito del acreedor con fianza de tercero, aunque si el mismo viere cumplido su crédito por pago del fiador, podrá este subrogarse en la posición jurídica del acreedor como consecuencia del pago.
Razones que llevan, aceptando esta Sala los anteriores criterios, a estimar el recurso de apelación, y revocar en parte el auto recurrido, a efectos de que se proceda a continuar la ejecución interesada frente al fiador solidario D:Fulgencio.": AAP Valencia (Sección 11) 31.03.2009 (JUR 2009/259759; Auto 72/2009; Rollo 49/2009)

9.1 Coejecutada en trámite de fusión con la concursada

"Cierto es que la fusión de sociedades es un acto jurídico de naturaleza corporativa o social, por virtud de la cual dos o más sociedades, previa disolución de alguna o de todas de ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad. La fusión de sociedades tanto al amparo de lo dispuesto en elart. 142 de LSA de 1.951como al amparo de lo dispuesto en el actual 233 de la actual LSA pueden ser verificadas como fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva (fusión por creación de una nueva sociedad) y fusión resultante de la absorción de una o unas sociedades por otra anónima ya existente (fusión por absorción). Tanto una modalidad como otra implica la unificación de patrimonios. Ya una lejanasentencia del TS de 17 de enero de 1.963señalaba que las fusiones mercantiles pueden revestir varias modalidades y entre éstas, se

destaca la creación de otra nueva, y la absorción de una por la otra, que sucede a la absorbida, sin perder su individualidad en la esfera jurídica, pues la entidad que continúa no es la representante de la fusionada a ella, sino más bien su sucesora por el único título de la fusión, con la eficacia de disolver y extinguir el ente incorporado, sin que pueda siquiera perdurar a los efectos su liquidación.
QUINTO.- Pero no lo es menos que el acuerdo de fusión consta únicamente adoptado por certificación extendida por la Administradora Única de las entidades mercantiles sedicentes absorbente y absorbida, sino que se haya presentado la autorización de los acuerdos respectivos mediante la correspondiente escritura pública ni que los referidos instrumentos públicos hayan accedido al Registro Mercantil, único momento determinante y decisivo, tal como dispone elart. 245.1 de la LSA, al prevenir que la eficacia de la fusión quedará supeditada a la inscripción de la absorción. Como quiera que tan cardinal dato no consta justificado, no puede tenerse por probada la fusión ni, en último término, la pérdida sobrevenida de personalidad de la sociedad absorbida «Roypas Market, SL», ni carece de aptitud para ser sujeto pasivo de la ejecución solicitada, ni la ejecución despachada frente a la misma puede experimentar entretanto modulación o reserva de tipo alguno, ni, finalmente y por las mismas razones le puede afectar la declaración de concurso adoptada respecto de la co-ejecutada y sedicente absorbente «Pastor y Canals, SA». Otra cosa es que en este extremo se haya consentido por la recurrente el auto dictado y por lo mismo haya pasado en autoridad de cosa juzgada formal.": AAP Madrid (sección 10) 15.04.2008 (JUR 2009/188373)

9.2 Sociedad participada por el concursado

"SEGUNDO.-La cuestión relativa a la nulidad del despacho de ejecución respecto a la entidad deudora por ser participada por dos de los fiadores en situación de concurso, se le ha de dar la razón a la parte recurrente, pues por mucho que se dictase en los autos de ejecución hipotecaria 250/2009 del mismo Juzgado auto de 23.4.2010 (folios 114 y 115), es claro, primero, que esa resolución, de cuya firmeza no tenemos noticia, se dictó en otro procedimiento con otras partes y que, para nada, vinculada aquí; y segundo, que la prohibición de iniciar o continuar ejecución ordinaria contra personas en situación de concurso a que se refiere el artículo 55 de la Ley Concursal no permite ni una interpretación extensiva como se pretende, ni olvidar que el concurso supone la afección de los bienes del concursado a ese procedimiento que puede acabar en convenio pero también en liquidación del patrimonio del deudor, pretendiendo, en su caso, una ejecución ordenada que sustituiría a la individualmente instada por uno de los acreedores. Estas circunstancias no se dan cuando de lo que se trata es de una sociedad participada y se habla de un concreto bien, pues que se trata de personalidades jurídicas distintas que para lo bueno y lo malo, han de ser consideradas independientes, fuera de supuestos de levantamiento del velo, siempre que se trata de actos realizados en perjuicio de los acreedores. Pero es más se ha de tener en cuenta que los socios partícipes son titulares de determinadas participaciones sociales en esa entidad, y su valor vendrá dado por valor de la misma según balance, y de ahí derivará el de sus participes y en este al tiempo que se incluyen los activos, en este caso esa finca que se dice que es su único patrimonio, también se ha de hacer lo propio con las deudas, y, entre ellas, las que aquí se trata de cobrar por la ejecutante, con lo que no cabe hablar de una disminución del patrimonio por razón de la ejecución. Otra cosa es el importe que pudiera obtenerse con la subasta del inmueble, llegado el caso, pero eso es cuestión distinta. Por lo tanto, se ha de estimar este primer motivo de impugnación, dejando sin efecto la nulidad del despacho de ejecución contra la mercantil Tiscalva S.L. acordada por este motivo en la resolución apelada.": AAP Córdoba (Sección 1) 13.11.2013 (Auto 100/2013; Rollo 284/2013)

10. No suspensión de ejecución sobre bienes que no forman parte de la masa

"PRIMERO.- El título judicial que sirve de fundamento a la acción ejecutiva deducida en el proceso al que la presente alzada se contrae no es un título de crédito que contiene una obligación de entregar una cantidad de dinero que deba realizarse sobre el patrimonio de la entidad ejecutada; sino que es un título de dominio que contiene una obligación de entregar bienes inmuebles concretos y determinados.
SEGUNDO.- Los bienes inmuebles objeto de la ejecución habían quedado excluidos del patrimonio de la ejecutada por el propio título ejecutivo con anterioridad a la declaración del concurso, por lo que, de conformidad con lo establecido por elartículo 76 de la Ley Concursal, no podían integrar la masa activa del Concurso. Y así lo entendió la propia Administración Concursal, como se desprende de la copia de su Informe aportado con el escrito de oposición al previo recurso de reposición, en el que se expresa (folio 561): "Asimismo esta Administración Concursal ha considerado que no deben formar parte de la masa activa de la Concursada aquellas viviendas del Bloque 12 que han sido entregadas o que con la información disponible a través de las comunicaciones de crédito de los afectados registradas figuran a nombre del afectado".
TERCERO.- Por consiguiente, no dirigiéndose la presente ejecución contra bienes integrantes del patrimonio del deudor no cabe apreciar el supuesto de hecho que determina la suspensión de la ejecución conforme a lo prevenido por losartículos 55 de la Ley Concursal y 568de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por lo que, con estimación del recurso de apelación interpuesto debe revocarse y dejarse sin efecto el Auto recurrido, desestimando el recurso de reposición interpuesto por la representación procesal de la ejecutada y confirmando en su integridad la providencia dictada por elJuzgado A QUO de fecha 14 de diciembre de 2006; debiendo continuarse con la sustanciación del proceso de ejecución con arreglo a Derecho.": AAP Madrid (sección 25) 02.07.2008 (JUR 2008/292784)

10.1 Ejecución de hipoteca sobre finca de tercero

AP Albacete

“PRIMERO.- Por la representación de Banco Español de Crédito S.A., apelante en esta alzada, solicita revocación del auto dictado en fecha 10 de marzo de 2.009 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia nº 3 de Albacete no admitiendo a trámite la demanda de ejecución frente a Severino y Mercantil Ortega 38, S.L, para exigir el pago de deuda garantizada con hipoteca y que se dicte otra resolución admitiendo a trámite la referida demanda, pues el juez de instancia considera erróneamente que las fincas hipotecadas se encuentran afectas a la actividad empresarial pero aunque el destino del crédito hipotecario concedido fue para la empresa Ortega 38, S.L., sin embargo la garantía fue prestada por Severino con bienes particulares de su propiedad con los que garantizó la devolución del préstamo, tal como se recoge en la escritura de hipoteca aportada con la demanda y se acredita con verificaciones registrales de las referidas fincas (sitas en Carretera de Barrax en Villarrobledo) en las que se puede comprobar que se trata de vivienda y plaza de garaje privativas de Severino que las donó a Emilia (finca NUM000) y a Rosana, Emilia y Elisenda (finca NUM001) por lo que siendo tales bienes privativos de Severino y actualmente la titularidad de otras personas físicas que no se encuentran en concurso no le afectaría la restricción prevista en el art. 56.1 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.- El art. 56.1 de la Ley Concursal únicamente veda la posibilidad de iniciar hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte o transcurra un año desde la declaración de concurso sin apertura liquidación ejecución a los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado si éstos estuviesen afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, afección que no consta respecto a los bienes hipotecados a que se refiere la ejecución instada ya que, según se desprende de la escritura de préstamo hipotecario -véase folios 35 y 36- las fincas hipotecadas según los datos registrales -folios 82 a 84- eran bienes privativos de Severino correspondiendo actualmente la propiedad de tales fincas a terceros que son ajenos al concurso y que han recibido las mismas por donación de su anterior titular, por lo que con independencia de que hay había transcurrido en exceso el
límite temporal a que se refiere el art. 56.1 de la Ley Concursal ya que la declaración de concurso se tramitó con en nº 86/2.008 es obvio que concurren los requisitos para admitir a trámite la ejecución.”: AAP Albacete 24.02.2010 (Auto 14/2010; Rollo 21/2010)

AP Cádiz

” si bien el apartado 1 del artículo 55 de la Ley Concursal establece que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, el apartado 4 exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real. No obstante lo cual establece el artículo 56.1 de dicho texto legal que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Ahora bien, en el supuesto de autos se ha acreditado que las demandadas vendieron las fincas objeto de ejecución a la entidad JALE PROCAM S.L. tal y como se infiere de la documental que consta a los folios 311 y siguientes de las actuaciones, del contrato que dicha entidad realiza con el arquitecto para la ejecución y reparcelación de las fincas reseñadas (folios 447 y siguientes de las actuaciones), de la escritura pública de constitución de la Junta de Compensación que consta a los folios 327 y siguientes de las actuaciones, de la solicitud de licencia de obras ante el Ayuntamiento de Estepona que consta como documental al folio 515 y de los justificantes de pago del Impuesto sobre la Construcción y Tasa de la Licencia Urbanística que consta a los folios 516 y 517 de los autos. Pero es que, a mayor abundamiento de lo anterior, las certificaciones registrales que se admitieron como prueba en esta segunda instancia y constan unidas las actuaciones vienen a disipar cualquier tipo de duda que pudiera existir al respecto, por todo lo cual al no ser propiedad de las demandadas las fincas hipotecadas no procede entrar a valorar si las mismas están o no afectas a su actividad empresarial, lo que nos conduce a la estimación del recurso y la admisión a trámite de la demanda inicial de las actuaciones para que, cumplidos los requisitos del artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se proceda por el Juez "a quo" al depacho de ejecución y demás trámites de los artículos 686 de dicho texto legal.“: AAP Cádiz (Sección 5) 16.07.2010 (Auto 99/2010; Rollo 557/2009)

AP Sevilla

“Primero.- La parte ejecutante recurre el auto que declara la falta de competencia del Juzgado, por tenerla en exclusiva el Juzgado de lo Mercantil, alegando, en esencia, que la acción de ejecución hipotecaria se dirige contra un inmueble perteneciente no a la prestataria CONSTRUCCIONES VEGA Y MARISMA, S.L., que es la que ha sido declarado en situación de concurso, sino al fiador, contra el que también se dirige la acción. Igualmente recurre el razonamiento consistente en que la ejecución hipotecaria sólo puede dirigirse contra el deudor hipotecario y no frente al fiador, ya que este tiene la condición de deudor solidario del préstamo por lo que la acción también puede dirigirse contra él.
Segundo.- Tras examinar la escritura de préstamo hipotecario y fianza de fecha 22 de abril de 2.009, es cierto que en la misma se dice en el folio 4 que la finca hipotecada es propiedad de la sociedad prestataria y hoy concursada, pero no es menos cierto que de la misma escritura resulta que ello no es más que un error

material manifiesto. Así en el folio 17 vuelto, cláusula financiera novena, constitución de la hipoteca, queda claro que la finca hipotecada es propiedad de la sociedad fiadora, que es la que constituye hipoteca voluntaria.
Este dato de la propiedad de la fiadora consta igualmente mediante la nota simple informativa del Registro de la Propiedad que aparece incorporada a la citada escritura pública.
En consecuencia la demanda no se dirige contra el patrimonio del concursado, lo que excluye la competencia del Juez del concurso que se encuentra limitada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Concursal a las ejecuciones contra los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado. En el mismo sentido los artículos 55, 56 y 57 de la Ley Concursal otorgan al Juez del concurso la competencia para conocer de las ejecuciones que se dirijan contra bienes del concursado. A contrario sensu, cuando la acción ejecutiva no se dirige contra bienes del concursado, como ocurre en el caso de autos, aunque se trate de cobrar deudas del mismo, la competencia es de los Juzgados de Primera Instancia.
Tercero.- La demanda en solicitud de ejecución sobre bienes hipotecados puede dirigirse contra el deudor, sea o no titular del bien hipotecado, y contra el titular del bien hipotecado. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Establece este precepto que en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y al hipotecante no deudor, incluso al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda. Carece de cualquier fundamento, y contraviene expresamente dicho precepto, la tesis sostenida por el auto apelado de que la ejecución hipotecaria debe dirigirse exclusivamente frente al acreedor (sic, debe querer decir deudor) y al bien hipotecado, pero no frente al fiador. En primer lugar en el caso que nos ocupa resulta que el fiador es el propietario de bien hipotecado. En segundo lugar, y en todo caso, dicha entidad se obligó solidariamente con el el prestatario, por lo que tiene sin duda alguna la condición de deudora. Es decir tiene un doble interés en el pago de la obligación, como deudora solidaria y como propietaria del bien sobre el que versa la ejecución, por lo que la demanda está correctamente dirigida contra la misma, y no podría prosperar de otra forma.": AAP Sevilla (Sección 5) 16.04.2012 (Auto 65/2012; Rollo 816/2012)

10.1.1 Sobre el requerimiento de pago al concursado (deudor personal)

AP Zaragoza

"PRIMERO La entidad financiera "Caja de Ahorros del Mediterráneo" presenta demanda de ejecución de hipoteca inmobiliaria frente a dos sociedades. Una "Epilense de Construcciones S.A.", en concepto de deudora no hipotecante y otra "Centrobinar Industrial, S.L.U." como hipotecante no deudora. Estando la primera de ellas, la deudora del préstamo, en concurso de acreedores.
Los respectivosAutos del Juzgado (de 29 de diciembre de 2009 y 26 de enero de 2010) inadmiten a trámite dicha demanda ejecutiva. Principalmente por la condición de concursada de la deudora principal. En atención, por lo tanto, a losartículos 55 y 56 de la Ley Concursal en relación con el artículo 686 de la L.E.C (RCL 2000, 34, 962).
SEGUNDO Recurre la demandante. En primer lugar, porque considera que el "requerimiento de pago" que ha de hacerse -ex Art. 686 de la L.E.C.- a la deudora no hipotecante no puede suponer un impedimento de ejecución de un inmueble perteneciente a una tercera persona, no sometida a limitación alguna. Aunque se tratare de un requisito sustantivo (no meramente formal), una vez hecho dicho requerimiento, el pago podría obviarse por la situación concursal, pues su finalidad es evitar la indefensión del ejecutado.
En segundo lugar, alega que el hipotecante no deudor no goza del beneficio de excusión.
En tercer lugar, de losartículos 55 y 56 de la L.C. no se desprende la imposibilidad de ejecución de un bien ajeno a la masa activa del concurso. Si es posible en determinadas circunstancias ejecutar bienes del propio concursado, carecería de sentido no poder hacerlo respecto de bienes ajenos.
En cuarto lugar, concluye que la interpretación del Auto recurrido impediría de plano la posibilidad de la ejecución hipotecaria respecto al tercero no concursado.
TERCERO Ciertamente que la cuestión sometida a esta Sala tiene un planteamiento muy sencillo, pero una solución que no lo es tanto.
Es preciso partir de los principios generales que enmarcan la legislación concursal. Así, los principios de igualdad de trato de los acreedores (con sus excepciones) y de universalidad de las masas activa y pasiva (que también tiene sus particularidades). Por eso, la primera conclusión es la "petrificación" de la situación patrimonial de la concursada en el momento de la declaración del concurso, lo que se proyecta -entre otras medidas- en la prohibición de ejecuciones singulares contra el patrimonio del concursado(art. 55 de la L.C.). Bien es cierto que con importantes excepciones. Las ejecuciones laborales y apremios administrativos ya iniciados y las ejecuciones de garantías reales.
Es decir que el acreedor hipotecario puede ejecutar la hipoteca que grava un bien del concursado, salvo que ese bien se halle "afecto" al proceso productivo del mismo(art. 56 de la L.C.).
De la misma manera es un principio clásico -proveniente ya de las antiguas quiebras- que el procedimiento universal no es óbice para el ejercicio de las acciones pertinentes contra los fiadores o garantes de la persona sometida a aquel concurso.
Por ello resulta cuestionable que la prohibición de requerimiento de pago al deudor-concursado inhabilite el proceso de ejecución hipotecaria respecto a un bien que no pertenece a la masa activa del concurso.
Y esta es, en definitiva, la "quaestio litis": cómo interpretar el requisito delArt. 686 de la L.E.C. ("requerimiento de pago al deudor") en relación a la prohibición legal de pago por parte del deudor,ex Art. 55 L.C. (pues aunque la L.C. hable de prohibición de "ejecución", ésta es consecuencia de la previa imposibilidad de "pago" "voluntario").

CUARTO La solución a dicha cuestión ha de venir dada por el alcance y contenido de ese requerimiento de pago en relación con la naturaleza de los créditos de que se trata.
En efecto, cuando el bien ejecutado durante el concurso, a tenor de la excepción delart. 55-4 L.C., es del propio concursado (por tanto, perteneciente a su activo) el requisito del requerimiento de pago delArt. 686 LEC, no queda obviado. No hay precepto que así lo diga. Y ello por una razón. Porque se trata de un crédito con privilegio especial, pues está garantizado con hipoteca(art. 90-1-1º L.C.), lo que implica un derecho de cobro sobre el bien que garantiza el crédito(art. 155-1 L.C.). De tal manera que se entiende que hay un derecho de ejecución separada sobre el bien garante del crédito. No de pago en efectivo, para lo cual no se precisa la garantía inmobiliaria y respecto de la cual no regiría ningún privilegio crediticio.
QUINTO Por lo tanto, es preciso coordinar el privilegio de la posibilidad de la ejecución hipotecaria con el dictado del art. 686 LEC en lo relativo al "requerimiento de pago al deudor". Si éste no puede pagar, pero sí sufrir la ejecución de su bien, la "antinomia" que se produce entre elartículo 55 L.C. y el 686 L.E.C. ha de resolverse a favor de la "ley especial". Es decir, la Concursal.
Y si esto sucede respecto a bienes del propio concursado, con mayor motivo respecto a las del tercero hipotecante no deudor.
SEXTO En su consecuencia, procede revocar el Auto apelado, debiendo decidir el juzgador a quo sobre la ejecutividad del título presentado, sin que para ello sea óbice el requerimiento de pago a la deudora-concursada.": AAP Zaragoza (Sección 5) 08.04.2010 (AC 2010/999; Auto 214/2010; Rollo 181/2010)

10.1.2 La competencia para la ejecución corresponde al JPI

"PRIMERO La controversia competencial que se suscita en la presente demanda de ejecución hipotecaria deriva del dato fáctico no controvertido de que las fincas registradas que garantizan el préstamo hipotecario concedido en 2008 por la ejecutante (Cajamadrid) a TORREVISA (declarada en concurso en 2009) pertenecen a otra sociedad a la misma vinculad EXPLOTACIONES TURISTICAS FINESTRAT SA
Debe aclararse que no es objeto de ésta resolución resolver sobre la condición de afecto o no de los bienes hipotecados y su repercusión sobre la competencia judicial de éste órgano ya que aquí los bienes no son de la concursada
Por tanto la cuestión es previa y reside en determinar si la ejecución hipotecaria de bienes de terceros ajenos a la concursada debe sustanciarse en el proceso concursal.
SEGUNDO Frente al parecer del ejecutante no se considera competente este Juzgado por las razones siguientes:
i) interpretación literal.- Elart 56 en relación con el 57 L.C dedicados a las ejecución con garantía real se refiere y contempla las ejecuciones sobre bienes del concursado, por lo que si antes de la demanda ejecutiva (art 410 LEC) esos bienes ya pertenecen a terceros, carece de competencia objetiva el Juez del concurso.
ii) interpretación sistemática - Elart 86 ter LOPJ,arts 8 y 55 LC dedicados a la competencia objetiva en general ponen de manifiesto que el conocimiento del Juez del concurso en materia ejecutiva tiene como presupuesto que el bien adquirido forme parte del "patrimonio del deudor"(art 55.1) o sean bienes y derechos de contenido patrimonial "del concursado"(art 8.3º), cualidades que aquí no concurren
iii) interpretación teleológica.- La finalidad perseguida por el legislador es mantener intacto durante un lapso temporal el patrimonio del concursado para lograr ya una solución consensuada ya una liquidación ordenada. Por ello la ejecución se concentra en manos del Juez del Concurso.
Ahora bien, no se comprende cómo se vulnera esa finalidad cuando los bienes no forman parte del activo de la concursada, y por ende, no hay razón que justifique que el Juez del concurso conozca de la ejecución singular entablada, o dicho de otra manera, qué motivo impone al agredido a tener que personarse en este proceso concursal y no defenderse ante dicha ejecución en el Juzgado natural que corresponde, previsto en la LEC de forma imperativa.
En relación con esto último indicar que no es el préstamo el que fija la competencia objetiva en fase de ejecución, sino la titularidad de los bienes: el que la concursada siga siendo deudora no obstante no ser propietaria del bien hipotecado no es lo determinante, pues en un proceso como el que nos ocupa lo relevante es el bien objeto de garantía. A pesar del tenor delart 685 LEC, basta con poner de manifiesto que no cabe demandar al deudor no titular del bien por aplicación delart. 55 LC, o en todo caso, indicar que no procede requerimiento alguno(art. 686 LEC), por entrar en juego dicho precepto delimitador de competencias entre órganos ejecutores.
En definitiva, y por considerar que este Juzgado carece de competencia objetiva por corresponder al Juzgado de Primera Instancia la ejecución hipotecaria de fincas no titularidad de la concursada, procede el archivo de la demanda": AJM-1 Alicante 08.11.2010 (JUR 2010/382499; Incidente Concursal 491/2010)

11. Caso de ejecuciones no dinerarias

"CUARTO Por lo tanto, se mezclan aquí dos situaciones afectadas por la declaración de un concurso. Las ejecuciones singulares que estuvieran llevándose a cabo contra la concursada y el cumplimiento de contratos recíprocos.

En el primer supuesto, elart 55-2 L.C. tiene una redacción clara: "Las ejecuciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos".
En el segundo, elart 61-2 L.C. señala que "La declaración del concurso, por sí solo, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa".
Ahora bien, sin embargo, no toda la doctrina esta convencida de que elart 55-2se refiera a toda clase de ejecuciones, pues se plantean dudas respecto a condenas o ejecuciones de hacer y -en general- las no dinerarias, puesto que la finalidad del citado precepto es la de evitar la ruptura del equilibrio e igualdad entre acreedores, permitiendo un cobro de créditos separado del proceso universal, que disminuirían el Activo del concurso y beneficiarían injustamente al acreedor que siguiera adelante con su ejecución.
Esta finalidad no queda -necesariamente- perturbada en las obligaciones de hacer, las cuales pueden suponer un beneficio general para la Masa Activa del concurso, sin privilegiar injustamente a ningún acreedor. Esta es precisamente, la situación contemplada en elart 61 L.C. y de forma más explícita en elart 44del mismo texto legal. Es decir, la declaración del concurso no interrumpe necesariamente la actividad empresarial de la concursa. Incluso, la A. Concursal puede determinar los actos u operaciones propias del giro de la concursada que quedan autorizadas.
Y esto es lo que ha sucedido en este caso. Es decir, la ejecución de la sentencia del J.P.I. nº 8 no es sino el cumplimiento forzoso de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes entre la concursada y la iniciadora de este incidente. Cumplimiento contractual admitido por la Administración concursal, por el Juez del Concurso y -al menos, al principio- por la acreedora a la ejecución del mismo ("Magapor"), como se deduce de su escrito de 23 -febrero- 2005 (f. 46 del Incidente).
En consecuencia, en este caso concreto la "relación contractual" se superpone a la "ejecución singular", pues -en definitiva- de aquello se trata y así habrá que contemplarlo
QUINTO Así, la cuestión de la "cosa juzgada", núcleo de la resolución apelada y del recurso de apelación, habrá de ser enfocada en este contexto.
Y lo que resulta indiscutible es que si no se anula la ejecución del J.P.I. nº 8 -cosa que no ha interesado "Magapor"-, y se resolviera en sede concursal el contrato que allí se está consumando, nos encontraríamos ante dos resoluciones incompatibles por radicalmente contradictorias; lo que configura la institución de la "cosa juzgada" con la flexibilidad que por la finalidad que persigue le ha dotado la jurisprudencia (Auto de esta sección 356/07, de 11 de junio y 583/03 de 9 de octubre, y Ss. T.S. 3-5-2000 y 15 -11-2001).
SEXTO Pero, en este caso, no solamente la demandante no instó la nulidad de la ejecución del J.P.I, nº 8 a la luz delart 55 L.C., ni pidió al Juzgado Mercantil que la asumiera. Sino que interesó -siguiera indirectamente- que la ya concursada realizara su trabajo. Sólo en diciembre de 2006, cuando la máquina ya está terminada (otra cosa no consta), "Magapor" dice que ya no le interesa.
Esto supone -aun desde la óptica delart 61 L.C. (contractual, por tanto)- que el contrato está cumplido por la concursada una vez declarado el concurso. Con lo que el cumplimiento por parte del acreedor de su parte no aboca estrictamente a la competencia del juez del concurso, como se deduce delart 86-ter L.O.P.J. y de una corriente jurisprudencial mayoritaria (S.A.P. Barcelona, sec 15 de 5 -noviembre- 2007).
En consecuencia, no es posible pedir en febrero de 2008 (demanda incidental) la resolución del contrato, cuando el contrato se ha cumplido después de la declaración del concurso por la concursada.
Lo que -desde un punto de vista procesal- tiene en el caso presente su traducción en la declaración de "cosa juzgada".": AAP Zaragoza (Sección 5) 27.01.2009 (JUR 2009\238842)

12. Demandas ejecutivas de fecha anterior a la declaración de concurso que se proveen después de ésta

AP Madrid (Sección 10)

“TERCERO.- En primer término se impone desvanecer las incertidumbres que, a propósito del momento en que tiene lugar la producción de los efectos procesales anudados a la litispendencia, parecen mantener las partes: así la coejecutada «Pastor y Canals, S.A.» afirma que tiene lugar en el momento de la notificación del Auto en que se despacha la ejecución y la ejecutante afirma que tanto puede tener lugar con la presentación de la demanda cuanto con el auto que despacha la ejecución.
Pues bien, se ha de partir del presupuesto incontestable de que, en el sistema de la LEC 1/2000 la ejecución es un verdadero «proceso» y no un mero «procedimiento», que comienza por medio de una demanda.
Repárese en que, sin desconocer la existencia de voces discrepantes, la doctrina procesalista mayoritaria mantiene, y así lo entiende asimismo la Sala Primera del Tribunal Supremo -v gr.,SS. de 25 de febrero de 1983 y 29 de septiembre de 1995, entre otras- que la litispendencia comienza con la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, rechazando las opiniones que ponen tal inicio en la citación, emplazamiento o la contestación a la demanda; lo primero, por suponer una referencia a legislaciones extranjeras, diversas cuando no contrarias a nuestras normas procedí mentales; lo segundo, por entrañar una arcaica reminiscencia a la concepción cuasicontractualista del proceso -«cuasi contrato de litis contestatio»-, que se afirmaba producida con la contestación a la interpelación judicial efectuada de contrario, de tal forma que presentada la demanda y admitida por el órgano jurisdiccional, la «litis pendencia» comienza a producir efectos, hasta tal punto que la posición inicial del demandante es inalterable en lo fundamental, salvo las posibilidades alegatorias reconocidas en elart. 426 LEC. La doctrina de la Sala Primeraes unánime en el sentido de que el proceso ha de resolverse teniendo en cuenta la situación jurídica de la «res de qua agitur» objeto del pleito tal y como se hallara en el momento de presentación de la demanda; doctrina que viene abonada por el propio contenido de losarts. 1.100, 1.109 y 1.973 del C.C.

En tal sentido, la referidaS.T.S., Sala Primera, de 29 de septiembre de 1995se cuida de precisar que: ".. piénsese que el proceso se inicia con la interposición de la demanda; que con ella su objeto queda delimitado y sometido al conocimiento judicial, aunque con la contestación se pueda concretar más, y que las concepciones ius privativas del proceso como cuasicontrato (litis contestatio), relación jurídica (sea de tipo doble o triple) están sustituidas por la configuración del proceso como derecho a la jurisdicción, a la tutela judicial efectiva, que es contraria a las dilaciones, a la variación del procedimiento iniciado, salvo que otra cosa disponga la Ley expresamente (lo que aquí no ocurre), y a cuanto contravenga la ya aludida perpetuatio iurisdiccionis..".
Y es, en definitiva, la tesis acogida en elart. 410 LEC: «La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida».
Así, presentada la demanda ejecutiva en fecha 13 de marzo de 2007 en el Decanato de los Juzgados ha de estarse a dicha fecha a todos los efectos, abstracción hecha de cuándo se dictara el auto despachando la ejecución y, más aún, de cuando se verificasen las diligencias subsiguientes.": AAP Madrid (sección 10) 15.04.2008 (JUR 2009/188373)

AP Madrid (Sección 11)

"PRIMERO.-La actora, Dª Manuela y Dª Serafina formula el 14 de julio de 2009 demanda de ejecución de sentencia dictada por esta Sala en fecha 27 de diciembre de 2005, declarada firme por auto del TS de 14 de abril de 2009, contra la ejecutada NOZAR S.A. a fin de que se la requiera para elevar a público los contratos de compraventa a que se condena en la sentencia.
El 29 de septiembre de 2009 la ejecutante presenta escrito manifestado haber tenido conocimiento de que la ejecutada habría presentado concurso de acreedores con fecha 11 de septiembre de 2009, por lo que interesaba el urgente despacho de la ejecución.
Por providencia de 7 de octubre de 2009 se acuerda requerir a la parte a fin de que informe del estado de concurso de acreedores y juzgado en que se tramite; la parte informa de que el referido juzgado sería el número 2.
La juez de instancia solicitó copia del auto declarando el concurso de acreedores, remitiéndose el referido auto de fecha 15 de septiembre.
Por auto de 11 de diciembre de 2009 deniega la juez el despacho de ejecución al amparo de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Concursal.
Recurre la ejecutante dicha resolución. El recurso se sustenta en la alegación de que se habría aplicado erróneamente el artículo 55 de la Ley Concursal en relación con el artículo 568 de la LEC, y ello porque dada la fecha en que se habría presentado la demanda de ejecución, antes de la declaración de concurso, lo procedente sería ordenar la suspensión de la ejecución.
SEGUNDO.-Se ha extractado en el anterior fundamento de derecho el desarrollo de lo actuado a fin de dejar constancia de las fechas y actuaciones realizadas en la presente demanda de ejecución. Con estos antecedentes es indudable que la demanda se presenta antes de la declaración de concurso de la ejecutada NOZAR S.A., pero también lo es que la demanda no se provee hasta el 7 de octubre de 2009, siendo la declaración de fecha 15 de septiembre, y en tal providencia, como en posterior de 27 de octubre, lo que se hace es indagar el estado del proceso concursal y sus circunstancias antes de resolver sobre la ejecución que finalmente se deniega por aplicación del artículo 55 de la Ley Concursal.
Ciertamente es pieza clave de la declaración del concurso la imposibilidad a partir de ese momento del inicio de ejecuciones singulares, y la consecuencia de las que estén en tramitación es la prevista en el número 2 del mismo artículo, quedar en suspenso; así también lo prevé el artículo 568 de la LEC cuando dispone que "el Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso".
Ocurre en el supuesto que aun presentada la demanda antes de la declaración del concurso cuando se provee, tras la manifestación de la ejecutante de haber conocido la declaración de la ejecutada en concurso, ya se ha producido aquella declaración.
En todo caso de acuerdo al artículo 586.1 LEC "no se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso"; de este modo no cabe duda de que una vez advertido que la ejecutada ha sido declarada en situación de concurso no procede despachar ejecución en su contra, pero ello no evita que sea procedente como señala la recurrente decretar la suspensión de la ejecución en el estado en que se encuentra la misma.
Debe por ello estimarse el recurso interpuesto a estos solos fines.": AAP Madrid (Sección 11) 05.11.2010 (Auto 217/2010; Rollo 252/2010)

AP Madrid (Sección 12)

"CUARTO.-En la alegación que se dice Primera se exponen dos motivos de apelación, uno por infracción de la Ley Concursal, y otro por vulneración de las normas esenciales del procedimiento. En el primero se denuncia la infracción del artículo 55 de la Ley Concursal, porque, declarado el concurso el día 8 de septiembre de 2008, aunque la demanda ejecutiva se había presentado día 4 anterior, se admitió a trámite por auto del 25 de noviembre 2008, con lo que se infringe el precepto invocado, que prohíbe admitir a trámite ejecuciones después de la declaración de concurso, sin que tampoco sea posible la suspensión del procedimiento, puesto que sólo cabe entender que hay una tramitación cuando la ejecución ya se está desarrollando y, en este caso, ni la demanda se encontraba en tramitación ni en desarrollo, por lo que, como la ejecución no estaba siquiera iniciada, se vulnera la norma imperativa que sanciona con nulidad de pleno derecho dicha contravención, que, por otra parte, podría derivar en perjuicio para el resto de los acreedores, mientras que no genera indefensión alguna a la actora, ya que su crédito será reconocido y satisfecho en el procedimiento concursal.

QUINTO.-La alegación es inadmisible, porque como establece la jurisprudencia (STS de 16 de junio de 1993) la demanda da lugar al nacimiento del proceso delimitando su objeto, sin que éste haya de verse afectado por modificaciones legislativas que se produzcan durante su tramitación, pues el transcurso del tiempo necesario para que ésta concluya y se dicte sentencia no debe alterar la situación inicial, salvo casos de retroactividad de grado máximo. En el mismo sentido la STS de 29 septiembre 1995, dispone que el proceso se inicia con la interposición de la demanda; y, con ella, su objeto queda delimitado y sometido al conocimiento judicial, aunque con la contestación se pueda concretar más, y que las concepciones "ius privatistas" del proceso como cuasi-contrato ("litis" contestatio), relación jurídica (sea de tipo doble o triple), están sustituidas por la configuración del proceso como derecho a la jurisdicción, a la tutela judicial efectiva, que es contraria a las dilaciones, a la variación del procedimiento iniciado, salvo que otra cosa disponga la Ley expresamente, y a cuanto contravenga la "perpetuatio iurisdiccionis". Siguiendo esta misma tesis, la STS de 30 diciembre 1994, enseña que tiene reiteradamente declarado esta Sala, de acuerdo con la doctrina procesal, que considera entre los principales efectos de derecho material de la presentación de la demanda, la constitución en mora del deudor conforme al art. 1100 CC. Es la fecha de presentación de la demanda la que determina la perpetuatio iurisdiccionis y la legislación aplicable (SSTS de 11 diciembre y 12 de noviembre 1993).
Como consecuencia, si la fecha de presentación de la demanda fue el día 31 de julio de 2008 -no del 4 de septiembre 2008 como dicen las apelantes-, la declaración de concurso es posterior a ella, por más que la admisión a trámite de la demanda e inmediata suspensión se acordara por Auto de 25 de noviembre 2008, porque la resolución judicial realizada fuera del tiempo establecido, que en este caso hubo de ser el inmediatamente posterior a la fecha de presentación de la demanda, no implican su nulidad (art. 229 LEC) que solo procede si lo impusiera la naturaleza del término o plazo, que no es el caso; ni el retraso en la resolución genera más efectos que los meramente reglamentarios (art. 211 LEC).
La admisión a trámite de la demanda en su momento procesal oportuno, cuando aún no se había producido la declaración de concurso, hubiera dado lugar al trámite correspondiente, que después se habría debido suspender; lo que no ocurría cuando se dictó el Auto de admisión, en que el procedimiento concursal ya se encontraba en trámite, pero, en cualquier caso, la mera interposición de la demanda genera una tramitación, y el artículo 55 de la Ley Concursal no exige para suspenderla que haya sido más o menos prolongada. En último caso, en modo alguno se puede reprochar a la parte una dilación que no le es atribuible. “:AAP Madrid (Sección 12) 07.06.2010 (Auto 376/2010; Rollo 274/2009)

AP Madrid (Sección 14)

“SEGUNDO. El motivo del recurso se fundamenta en no encontrarse la entidad IGS Villalba S.L., en situación de concurso, a la fecha de interposición de la demanda de ejecución hipotecaria presentada el 7 de julio de 2014, pues el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, en los autos 609/2013, de fecha 31 de enero de 2014(en el que se fundamenta el auto que se recurre) fue declarada su nulidad mediante auto en las mismas actuaciones de fecha 31 de marzo de 2014 (f. 686).
Si bien tales extremos se han de tener por acreditados, no podemos obviar que, a la fecha en que se dictó el auto que se recurre 28 de julio de 2014, la situación en la que se encontraba IGS Villalba S.L., era la misma de la que se parte en el meritado auto, pues como se deriva del documento aportado con el recurso de apelación, mediante auto de fecha 21 de julio de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, en los autos 609/2013, declaró el concurso al deudor IGS Villalba S.L. (f. 687)
En consecuencia, al dictarse el auto de 28 de julio 2014 era de plena aplicación el artículo 568 de la LEC al disponer (en la redacción vigente a la citada fecha) " Suspensión en caso de situaciones concursales
o preconcursales 1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución". De igual modo, el artículo 55 Ley Concursal "Art 55. 1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor".
De conformidad a los preceptos trascritos no podemos estar, como se pretende en el recurso, a la fecha de la presentación de la demanda ejecutiva, sino a la fecha en la que se dicta el auto, y en esta última fecha la declaración del concurso ya se había producido.
La aplicación de los preceptos reseñados es inmediata, y lo categórico de sus términos no permite otra interpretación, tal y como señala el Auto de esta Audiencia Provincial Sección 28ª 4 de mayo 2012 recurso 761/2011 "TERCERO.- El artículo 55 de la Ley Concursal, en coherencia con la atribución de competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado (artículo 8.1.3º del mismo cuerpo legal), establece en su apartado 1 que "declarado el concurso no podrían iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales [.] contra el patrimonio del deudor". En el apartado 3 del precepto (en la redacción que debemos tomar en consideración) la contravención de dicho mandato se sanciona con la nulidad de pleno derecho. El claro tenor literal del apartado 1, en relación con el apartado 3, provoca pocas dudas interpretativas acerca de la eficacia invalidante directa e inmediata del auto declaratorio de concurso, en relación con el inicio ulterior de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, contra el concursado. Rectamente entendido, el artículo 568.1 la Ley de Enjuiciamiento Civil, a tenor del cual "No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso" (según la redacción introducida por la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, vigente ya al tiempo de presentarse la demanda ejecutiva en el caso que nos ocupa), implica una simple reiteración, en el marco de la regulación

del proceso de ejecución, del explícito mandato del artículo 55.1 de la Ley Concursal. Por lo tanto, no asiste la razón al recurrente cuando pretende que se mantenga la validez del despacho de ejecución sin perjuicio de la suspensión del trámite ulterior".
Por lo tanto, si a la fecha del auto ya se encontraba en concurso la deudora e hipotecante no procedía el despacho de ejecución, máxime cuando sería ilógico, además de contrario a los preceptos citados y al artículo 56 Ley Concursal, acordar el despacho de ejecución y a su vez su suspensión a los efectos del artículo 56.2, pues no se trata de actuaciones ya iniciadas, al no haberse dictado el auto despachando ejecución, pues a la fecha en que se dictó ya se encontraban establecidos los presupuestos para su no admisión.
En cuanto a la inadmisión respecto de los terceros poseedores se deriva de los preceptos citados, pues no nos encontramos ante un supuesto del artículo 568.3 LEC, al no haberse iniciado la ejecución con el correspondiente despacho de ejecución, y a su vez, de conformidad al artículo 685.1 LEC.
En conclusión, procede desestimar el recurso de apelación, y confirmar la resolución recurrida en todos sus extremos.": AAP Madrid (Sección 14) 15.12.2014 (Auto 339/2014; Rollo 547/2014)

AP Madrid (Sección 20)

"TERCERO Como quiera que el concurso voluntario de "PASTOR Y CANALS, S.A." se declaró porAuto de fecha 10 de mayo de 2007, no se halla incurso en nulidad el primer Auto despachando ejecución en el presente procedimiento de ejecución, al ser de la misma fecha.
De tal modo que no procede, como pretende la parte recurrente, declarar la nulidad de actuaciones desde dicho Auto, sino sólo la suspensión de la ejecución desde la mencionada fecha, pero únicamente respecto a la ejecutada en concurso, "PASTOR Y CANALS, S.A.", en virtud del principio de conservación de los actos judiciales.
No ocurre lo mismo con elAuto ampliatorio de la ejecución, de fecha 25 de julio de 2007, que sí se ve afectado de nulidad al amparo de lo dispuesto en elnº 3 del Artículo 55 de la Ley Concursal. No podemos dejar de destacar la ausencia de colaboración, rayana en la mala fe procesal, de la representación procesal de "PASTOR Y CANALS, S.A.", que teniendo conocimiento de la declaración del concurso voluntario instando por la citada mercantil, no puso dicha circunstancia en conocimiento delJuzgado hasta el día 26 de junio de 2007, al formular oposición.
Ello no obstante, como los efectos delartículo 55 de la Ley Concursalse producen "ope legis" y no dependen de la actuación procesal ni de la voluntad de las partes, incurre en nulidad de pleno derecho elAuto ampliatorio de la ejecución, de fecha 25 de julio de 2007y las actuaciones practicadas con posteridad, pero sólo en la medida en que afecten a la concursada "PASTOR Y CANALS, S.A." y no al resto de los ejecutados.
CUARTO Por lo expuesto, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto por "PASTOR Y CANALS, S.A." y "ROYPAS MARKET, S.L.", sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en esta alzada (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).": AAP Madrid (Sección 20) 12.11.2008 (JUR 2009/48224; Auto 373/2008; Rollo 483/2008)

AP Murcia

"PRIMERO.-Solicita la parte recurrente que se despache ejecución, y alternativamente se acuerde dejar en suspenso el despacho de ejecución.
Debe tenerse en cuenta que la demanda de ejecución hipotecaria fue presentada ante el Decanato el día 29 de enero de 2.010, y tras ser requerida la actora, el día 16 de marzo de 2010 para que presentara el modelo 696 de autoliquidación de la tasa, se vuelve a presentar escrito por la ejecutante en fecha 6 de abril de 2010, acreditando la cumplimentación del trámite requerido.
Posteriormente, se comunica por el juzgado de lo mercantil número 2 de Murcia, que en fecha 26 de abril de 2010, se declara al deudor en concurso voluntario.
SEGUNDO.-Procede señalar que conforme al art. 410 LEC regulador de la litispendencia, habrá que entender que se está tramitando el juicio desde la interposición de la demanda, si después es admitida, teniendo en cuenta que en este supuesto desde que fue presentada en el Decanato, debidamente subsanada fué turnada al juzgado a los tres días siguientes, por lo que éste pudo haber admitido la demanda, con anterioridad a la comunicación del juzgado de lo mercantil.
Por tanto lo determinante es la fecha de presentación en Decanato, que tiene lugar el 6 de abril, y en cuanto a la declaración del concurso, la fecha a tener en cuenta es la fecha del Auto de declaración de concurso, que tiene lugar el 26 de abril, con independencia de cuando conste la solicitud.
Por lo tanto procede resolver, de conformidad con el criterio expuesto en la sentencia de 12 de mayo de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Girona que los efectos de la declaración del concurso se producen desde el auto en que se acuerda, como así se desprende de los artículos 50 y siguientes en los que el legislador en todo momento se refiere a la declaración del concurso y del artículo 21 de la propia Ley, mientras que respecto al momento que debe tenerse en cuenta para decidir si un procedimiento hipotecario se ha presentado con anterioridad o no a la declaración del concurso, debe estarse a la fecha de la presentación de la demanda, como dispone el artículo 410 de la L.E.C
En conclusión, y dados los términos del art. 55.2 Ley Concursal, procede en este momento acceder a la petición alternativa, solicitada por el recurrente. ":AAP Murcia (sección 5) 14.09.2010 (Auto 43/2010; Rollo 288/2010)

13. Cantidades consignadas: si se acordó con anterioridad su entrega al ejecutante, aunque no se hubiese efectado, procede realizarla

AP Madrid

"PRIMERO. -Por la representación procesal del Banco de Valencia S.A. se interpone recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Colmenar Viejo, de fecha 8 de abril de 2010.
Alega la entidad recurrente que el auto recurrido infringe los artículos 634 de la LEC y 55.2 de la L.C. Sostiene que la LEC regula en los artículos 592.2.2º y 634.1 y 2. el embargo de créditos, sus aseguramiento y su entrega al ejecutante, de manera que entiende que una vez ingresados el importe de los créditos embargados en la cuenta del Juzgado, ya han sido realizados. Por ello, los ingresos y transferencias realizados hasta el 16 de marzo de 2010, deben ser entregados a la recurrente.
SEGUNDO.-En un examen de los autos resultan acreditados los siguientes hechos relevantes:
1) Por Auto de fecha 3 de abril de 2009, se despachó ejecución contra la mercantil Govesan S.A., con base en una póliza de crédito intervenida por el Notario de Alcobendas, D. Jesús Alejandre Alberreche, por un principal de 608.438,23 #, más 19.171,77 # en concepto de intereses ordinarios y moratorios vencidos, 188.000 # fijados para costas, se declararon embargados determinados derechos de crédito de la mercantil ejecutada contra varios clientes.
2) Por Auto de fecha 15 de diciembre de 2009, se acordó librar los oficios correspondientes para hacerlos efectivos.
3) Por providencia de fecha 23 de febrero de 2010 se acordó la entrega de las consignaciones efectuadas a la entidad ejecutante -folio 639.
4) Por Auto del Juzgado de lo mercantil nº 5 de Madrid, de fecha 16 de marzo de 2010, se declaró a la mercantil ejecutada, Govesan S.A. en la situación de concurso.
TERCERO.-La cuestión que debe dilucidarse en el recurso planteado es determinar si, de acuerdo con el artículo 55 de la L.C., las cantidades embargadas a la mercantil declarada en concurso y consignadas en la cuenta del Juzgado, cuya entrega a la entidad recurrente fue acordada con anterioridad a dicha declaración, deben ser puestas a disposición del Juzgado de lo Mercantil que conoce del procedimiento concursal.
El artículo 55.2 de la L.C. dispone: "Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos".
Estima La Sala que la aplicación de dicho precepto a los procedimientos de ejecución no tendrá eficacia en relación con aquéllas actuaciones que se hayan realizado antes de la declaración de la ejecutada en la situación de concurso, por lo que en el supuesto sometido a enjuiciamiento no afectaría a las consignaciones realizadas con anterioridad a la providencia de fecha 23 de febrero de 2010, que acordaba su entrega a la parte ejecutante, sin que pueda entenderse que la falta de entrega material de dichas cantidades pueda verse perturbada por la declaración de la mercantil ejecutada en concurso, pues dicha entrega es simplemente una consecuencia del pronunciamiento contenido en la susodicha providencia, sin que pueda reputarse como un acto procesal con identidad propia. Y aunque el artículo 634.1 de la LEC dispone la entrega directa al ejecutante, por su valor nominal, los bienes embragados que consistan en dinero efectivo (como son los créditos a clientes), para su entrega al ejecutante es necesario un acuerdo en este sentido del Juzgado, lo que no sucede con las consignaciones efectuadas con posterioridad al 23 de febrero de 2010.
En consecuencia, procede estimar en parte el recurso de apelación interpuesto.": AAP Madrid (Sección 12) 16.06.2011 (Auto 470/2011; Rollo 554/2010)

14. Sobre las certificaciones administrativas de deuda en cuanto a los créditos sometidos al concurso

"HECHOS.- UNICO.- El pasado día 24 de junio de 2009 se remitió a este juzgado por administración concursal solicitud para que por parte del juzgado se ordenara lo procedente a fin de que la concursada pudiera hacer efectivos sus derechos de cobro por trabajos ya realizados en régimen de subcontratación, los cuales se encuentran condicionados a la declaración de exención de responsabilidad tributaria y de Seguridad Social de los empresarios preceptores de sus servicios; bien requiriendo a los referidos organismos públicos para la emisión de dichas declaraciones por el perjuicio que la emisión negativa de los mismos viene ocasionando al concurso, bien mediante la declaración judicial de que las deudas tributarias y de Seguridad Social de la concursada merecerán el tratamiento concursal correspondiente, sin que resulte procedente la derivación de responsabilidad extracontractual.
RAZONAMIENTOS JURIDICOS.- PRIMERO.- El artículo 55.10 de la Ley Concursal establece la imposibilidad de iniciar ejecuciones singulares ni apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor una vez declarado el concurso.
SEGUNDO.-.- Se plantea en este caso la compleja cuestión de cómo resolver la negativa tanto de la AEAT como la TGSS de emitir certificaciones relativas a que la concursada se encuentra al corriente del pago de sus obligaciones con una u otra. Esta circunstancia impide —según la administración concursal- a la entidad concursada cobrar deudas pendientes referidas a trabajos ya realizados por un importe aproximado de 220.000 euros.
La solución parte del estudio conjunto de las normas enfrentadas y en esencia debe partirse a su vez del análisis de tres exigencias de la LC sin cuyo respeto y sumisión a las mismas de todos los acreedores quedaría desnaturalizada, en su totalidad, la norma concursal, tales exigencias esenciales a respetar son, a saber:

1°.- La competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para resolver sobre todas aquellas cuestiones que incidan o puedan incidir sobre el patrimonio del concursado o sobre el buen desarrollo del concurso, lo que se deduce del tenor literal de los arts. 8; 50; 51; 55 e incidiendo en ello el 9 todos ellos de la LC. los cuales se refieren tanto a acciones civiles, como sociales, como ejecuciones o medidas cautelares e incluso sobre aquellas administrativas (y sociales) directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.
2°.- El sometimiento de todo acreedor al concurso: el art. 71.2 de la LGT (según redacción dada por la LC en su DF l0) afirma que "En caso de concurso los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la LC", redacción similar a la que dicha LC en su DF 16ª da al art. 22.1,2º de la LGSS que establece que "En caso de concurso, los créditos por cuotas de la SS y conceptos de recaudación con junta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquellos procedan, así como los demás créditos de Seguridad social, quedarán sometidos a lo establecido en la LC" y por último recordar que la DD Unica de dicha norma establece en su apartado cuarto que quedaran derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la ley.
3°.- La inexistencia y o prohibición de privilegios o preferencias que no se encuentren reconocidos en la LC contenido tal principio no solo en el art. 89,2 in fine de la norma sino en la propia exposición de motivos (y) cuando afirma que la regla general del concurso es el tratamiento igualitario de los acreedores y que la excepción a ello deben ser muy contadas y siempre justificadas y junto a ello el trato que la ley dispensa a los acreedores privilegiados. (123 y 134.2 y 156 a prorrata).
En relación a la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (arts. 8; 50; 51; 55 e incidiendo en ello el 9 todos ellos de la LC). Aunque el art. 8 de la LC y art. 86 ter de la LOPJ vengan a exponer lo mismo, el valor normativo para atribuir las competencias al juez del concurso emana del art. 86 ter de la LOPJ que es el que va a tener rango de Ley orgánica, requerida para la atribución de competencias (aún cuando pueda discutirse si tal atribución tiene reserva de Ley orgánica debe recordarse al respecto que el TC en sentencia 224/1993 así lo afirmó incluso indicando que tal atribución debía ser de forma específica a la LOPJ). Así en la medida que el art. 86 ter de la referida Ley Orgánica venga a atribuir competencias al juez del concurso, no podrá ser ni entenderse derogada o modificada por lo que digan o lo que se desprenda ni de otras normas ni incluso de otras preceptos de la propia LC, en consecuencia las competencias que los números 1° a 6° del art. 86 ter de la LOPJ atribuyen al juez del concurso no pueden ser hurtadas, recortadas o limitadas por otras normas o preceptos de la propia UD. Si bien es cierto que no existe —al menos en concreto- ni una jurisdicción ni una competencia compartidas entre varios jueces, ni norma que no atribuya competencia excluyente de los demás jueces, valga no obstante la expresión para dejar aún mas claro la exclusión al conocimiento de cualquier otro juez distinto del que conoce.
Con carácter general y para todos los órdenes jurisdiccionales la citada LOPJ atribuye jurisdicción a los solos efectos prejudiciales para conocer asuntos que no le son atribuidos privativamente, por ello si al art. 9 se le da una interpretación general resulta un precepto superfluo por cuanto que el mismo ya se contiene, como se dijo, en la LOPJ (art. lo). El pronunciamiento al respecto del juez del concurso no se efectúa sobre los derechos del concursado o terceros porque sea su función resolverlas sino por el bien del concurso o su buen desarrollo. La dicción del art. 9 debería interpretarse en el sentido (eso sería lo deseable) que, salvo las cuestiones penales, el juez del concurso se encuentra investido de jurisdicción propia para conocer, si bien a efectos del concurso, de forma definitiva todas las materias con trascendencia patrimonial (tal interpretación dejaría abierta la puerta a aquellas acciones en las que el deudor es tanto demandante como demandado), si ello es cierto y seria lo deseado, atendiendo a lo anteriormente expuesto le faltaría el rango de L.O. para tal atribución (recuérdese que así lo indicó la citada sentencia 22411993 del TC), pero la interpretación indicada tiene visos de legalidad si atendemos no ya a la sentencia del TC citada sino a otra posterior que parece afirmar lo contrario, esto es las del TC 91/1998 y es que es perceptible la obsesión de la Ley en atribuir de forma expresa "jurisdicción" para conocer de cuestiones prejudiciales.
El sometimiento de todo acreedor al concurso: en intima relación con lo expuesto en el punto anterior, tal sometimiento no es más que el producto de aquella competencia exclusiva y excluyente a la que antes nos hemos referido y en el presente supuesto y tanto en relación con la TGSS como con la AEAT traer a colación el art.71.2 de la LGT (según redacción dada por la LC en su DF l0a) que afirma que "En caso de concurso los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la LC", redacción similar a la que dicha LC en su DF l6 da al art. 22.1,2° de la LGSS que establece que "En caso de concurso, los créditos por cuotas de la SS y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquellos procedan, así como los demás créditos de Seguridad social, quedarán sometidos a lo establecido en la LC" y por último recordar que la DD Unica de dicha norma establece en su apartado 4° que quedaran derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la ley.
El art. 49 de la LC ordena que declarado el concurso todos los acreedores del deudor, ordinarios o no... quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso sin más excepciones que las establecidas en las leyes. Ello es reflejo claro del principio de universalidad que informa el proceso concursal y que pretende reunir en un solo procedimiento a la totalidad de los acreedores de un mismo deudor para vincular los bienes y derechos de estos a la satisfacción total o parcial de los créditos, Tal fundamento de la formación de la masa pasiva no es otro que el del principio paritario al que se alude como "par condujo creditornm" y que va a perseguir o pretender dar al conjunto de los créditos un tratamiento equitativo e igualitario ante una situación de insolvencia patrimonial. Así, si el conjunto de los bienes no resulta suficiente para satisfacer a la totalidad de los acreedores, lo justo será proceder a distribuir entre todos las eventuales pérdidas conforme un sistema de graduación de los créditos previamente establecidos. Todo ello no resulta novedoso, más bien es el reflejo de lo ya contenido en la normativa anterior en la que se prohibía el ejercicio de las acciones individuales o la suspensión de procedimientos declarativos o ejecutivos (art. 9 LSP) o mediante la acumulación de los procesos

pendientes arts. 1.173.3° y 1.187 LEC de 1.88 1 para el concurso de acreedores aplicable a la quiebra por remisión del art. 1.376).
En la masa se integran los créditos ordinarios, los subordinados, los que tienen privilegio general y los que poseen privilegio especial, en consecuencia fuera de ella solo quedan los créditos contra la masa a que hace referencia el art. 84 y que los contrapone a los créditos concursales. Dentro del plazo para comunicar sus créditos, tanto la AEAT como la TGSS vienen haciéndolo, planteando cuantos incidentes consideran procedentes en defensa de "su crédito", crédito que como puede verse forma parte incuestionable de la masa del concurso y que no ya por mor de lo dispuesto en la LC sino por sus propios actos e intereses comunican el crédito y se integran dentro de la lista de acreedores, quedando sujetos a la resolución que sobre los mismos se produzca.
La inexistencia y/o prohibición de privilegios o preferencias que no se encuentren reconocidos en la LC contenido tal principio no solo en el art. 89,2 in fine de la norma sino en la propia exposición de motivos (V) cuando afirma que la regla general del concurso es el tratamiento igualitario de los acreedores y que la excepción a ello deben ser muy contadas y siempre justificadas. El referido art. 89,2 prohíbe de modo taxativo la admisión en el concurso de privilegio alguno o preferencia que no esté reconocido en la propia LC (se termina así con la dispersión o proliferación anterior de privilegios) privilegios que hoy mantiene la LC tanto para la AEAT como para la Seguridad Social privilegio mantenido y criticado- privilegios que no obstante serlo parece no resultar suficiente para dichas administraciones que pretenden el mantenimiento de un "soporte" externo o garantía adicional a su crédito, interpretando la norma de forma aislada y no en comunión con la LC. ateniéndose al tenor literal del precepto que le beneficia. El privilegio general del que la AEAT y SS gozan, cuyo pago se contempla en el art. 156 de la LC, suponen ya de por sí una preferencia respecto del resto de los acreedores. Tal privilegio del art. 91 de la UD se ha producido en función de la existencia de disposiciones legales específicas que protegen a estos acreedores (art. 32 ET; 71 LGT y 22 LGSS) y ello por el especial reconocimiento del carácter y naturaleza de tales créditos, y/o por razones de oportunidad (quien promovió el concurso necesario). Tales créditos no obstante no gozan de un derecho de ejecución separada, por lo que deberán esperar siempre al inicio de la fase de liquidación y a que la administración promueva la ejecución colectiva de los bienes y solo condiciona el legislador su pago a que se hayan satisfecho o deducido de la masa bienes y derechos suficientes para satisfacer los créditos contra la masa y que no pueden dirigirse, para su cobro, contra bienes afectos a privilegio especial (salvo si existió sobrante tras la venta). Y resulta ilustrativo que para su pago debe seguirse o estarse al orden establecido en el precepto y que, caso de concurrir acreedores de un mismo grupo se efectuará el pago a prorrata, sin atender a ningún otro concepto (ni antigüedad, ni a cualquier otro motivo). De nuevo, aquí vemos corno las administraciones citadas tantas veces a lo largo de esta resolución, si bien se someten a las normas del concurso mantienen a su vez una posición privilegiada para el cobro de sus créditos, esto es: con la negativa a emitir las certificaciones indicadas, parece se "reservan" un privilegio no escrito para el caso de imposibilidad de cobro a través del concurso. Indiscutiblemente es cierto que la deuda existe y que por tanto las administraciones no hacen más que reflejar en sus certificaciones un hecho cierto pero, en buena lid, si tal certificación no se puede emitir en el sentido de afirmar la inexistencia de la deuda (puesto que existe la misma como se dijo) no debería limitarse a indicar el descubierto o impago del deudor concursado sino que debería, (si se afirma que el citado concursado no se encuentra al corriente del pago de su deuda tributaria o de seguridad social) indicar a su vez que el crédito se encuentra reconocido y sometido a las normas concursales.
TERCERO.- Podemos ver como determinados preceptos inciden de forma directa tanto en el cobro de las deudas tributarias como sobre las de seguridad social, incidencia que va a repercutir de forma negativa en el funcionamiento concursal, así tenemos los siguientes preceptos (especialmente y a modo indiciario) que repercuten,
LGT: "Artículo 41. Responsabilidad tributaria. 1. La Ley podrá configurar como responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, a otras personas o entidades. A estos efectos, se considerarán deudores principales los obligados tributarios del apartado 2 del artículo 35 de esta Ley. 2. Salvo precepto legal expreso en contrario, la responsabilidad será siempre subsidiaria.
Artículo 43. Responsables subsidiarios. 1. Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades.... f Las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación,"
ET: "Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios. 1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante."
Como puede verse tales preceptos impiden que la actividad de la concursada pueda llevarse a cabo, paralizando su actividad por la imposibilidad del cobro de lo adeudado y ello vista la responsabilidad antes indicada que obliga a las empresas-clientes a requerir de la concursada certificación de encontrase al corriente de pago.
CUARTO.- Hasta aquí puede afirmarse lo siguiente: Las decisiones que vienen adoptando, tanto la TGSS como la AEAT, en los informes de cotizaciones y/o descubiertos se deben entender íntimamente ligadas al cobro de sus créditos y sobre la base de ello: a) suponen una sustracción a la acción del concurso o de las competencias exclusivas y excluyentes del juez del mismo, a las que se ha hechos referencia, manteniendo

“congeladas” la reclamación de sus créditos “fiera del concurso” en un privilegio del que no gozan. Incumpliendo la AEAT lo dispuesto en el art. 71.2 de la LGT (según redacción dada por la LC en su DF 10a) que afirma que “En caso de concurso los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la LC”, así como lo incumple a su vez la Administración de la Seguridad Social vista la redacción similar a la que dicha LC en su DF 1 6a da al art. 22.1,2° de la LGSS que establece que “En caso de concurso, los créditos por cuotas de la SS y conceptos de recaudación con/unja y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquellos procedan, así como los demás créditos de Seguridad social, quedarán sometidos a lo establecido en la LC” y por último ambas incumplen lo dispuesto en la DD Unica de dicha norma que establece en su apartado 4° que quedaran derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la ley. b) no quedan sometidos a la “par conditio creditorum” (que va a perseguir o pretender dar al conjunto de los créditos un tratamiento equitativo e igualitario ante una situación de insolvencia patrimonial), al no mantener sus créditos exclusivamente integrados en la masa pasiva del concurso sin más excepciones que las establecidas en las leyes, evitan en consecuencia el reparto de pérdidas. e) crean un grave perjuicio, injustificado, al proceso concursal, -impiden la continuación de la producción y paralizan la actividad mercantil de la concursada. d) resultan incompatibles con las normas y a más con el espíritu de la LC por cuanto que pretenden situarse en una posición de privilegio superior a la que ya gozan por mandato legal — comunican y tienen reconocido su crédito dentro del concurso pero no se someten íntegramente a las reglas del mismo para su cobro sino que aparentan mantenerlo frente al posible tercer acreedor en consecuencia no someten sus créditos a lo establecido en la LC ya que para el pago de los mismos, dentro del concurso, debe seguirse o estarse al orden establecido en la norma y que, caso de concurrir acreedores de un mismo grupo el pago deberá efectuarse a prorrata, sin atender a ningún otro concepto, lo que supone que no les afecta el reparto de perdidas, como se dijo. (debe aclararse que tal mantenimiento del crédito frente a un tercero o fiera del concurso no se hace de forma directa o expresa sino que son actos que inducen al tercero a considerar que va a seguir siendo responsable de las deudas de la concursada, lo que está por ver). En consecuencia, si bien no cabe ordenar a las citadas administraciones que certifiquen la inexistencia de la deuda, por no resultar tal hecho cierto, sí cabe ordenar que las certificaciones se emitan de forma tal que no creen dudas, en terceros, sobre el sometimiento del pago de los créditos que ostentan dichas administraciones a las normas concursales. Todo ello y sin perjuicio de las acciones que la administración concursal, considere, pueda entablar contra dichas administraciones y/o acreedores, en beneficio del concurso así como las resoluciones que este juzgado pueda dictar al amparo de lo contemplado en los preceptos citados y en especial lo dispuesto en el art. 9 in fine de la LC, vista las actuaciones subsiguientes de tales administraciones y sus resultados.
Visto los preceptos citados y demás de general aplicación, PARTE DISPOSITIVA: REQUIERASE a la TGSS y a la AEAT, Delegaciones Provinciales de Málaga, para que, en virtud de la declaración de concurso de la entidad EXCAVACIONES ATABAL S.L.U., decidida por auto de fecha 18 de mayo de 2009, y de la competencia exclusiva y excluyente de este Juzgado, así como el obligado sometimiento de todos los acreedores incluidas administraciones públicas, a lo dispuesto para todos sus créditos en la LC, procedan respecto de cualquier certificación que emitan relativa a la existencia de deudas de seguridad social y deudas tributarias de la concursada en relación con los créditos que ostentan sobre la misma dentro del concurso a indicar expresamente: a) La cuantía del crédito adeudado. b) Que dicho crédito en su totalidad forma parte de la masa pasiva del concurso y en consecuencia se encuentra sometido a los principios de reconocimiento, responsabilidad, privilegio y pago contenidos en la Ley Concursal, sin que les sea de aplicación, a tales créditos, norma alguna que resulte incompatible con lo dispuesto en la LC. Que los créditos concursales que ostentan frente al concursado, reconocidos, incluidos y sometidos al concurso, no pueden ser reclamados fuera del mismo y su pago debe efectuarse, con cargo a la masa activa del concurso, conforme a lo ordenado en el art. 156 de la LC una vez deducidos los créditos contra la masa, con cargo a los bienes no afectos de privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, Que tales créditos concursales no gozan de un derecho de ejecución separada.”: AJM-2 Málaga 13.07.2009

15. Competencia para la determinación del sobrante de la ejecución hipotecaria separada: corresponde al Juez de la ejecución

“PRIMERO El administrador concursal del concurso de D.Bernabe y DªRosario presentó ante el Juzgado de lo Mercantil demanda en procedimiento incidental relativo a dicho concurso contra la Caja de Ahorros de Baleares, cuyos argumentos más relevantes son que ha adquirido firmeza, por no haber sido impugnado, la inclusión de un crédito hipotecario privilegiado a favor de dicha entidad y por la suma de 78.397,95 euros en el correspondiente listado de acreedores; que dicha entidad ha ejecutado de manera separada del concurso la aludida hipoteca, y tras la subasta del inmueble, dicha Caja de Ahorros ha presentado una cuenta de intereses y costas, de modo que la reclamación en dicho procedimiento ha superado la cuantía anteriormente fijada; que el Juzgado de Primera Instancia de Manacor que conoció de la ejecución de la hipoteca, subastó el inmueble, siendo la postura final la de 104.001 euros; suscitada controversia por la administración concursal en relación con el sobrante, el Juzgado ha entregado a la citada Caja de Ahorros una cantidad superior a la fijada en el listado (25.603,05 euros), desestimando una petición de la administración concursal de limitación a dicha cantidad, y se ha limitado a remitir a la administración concursal un sobrante de 738,47 euros. Por tanto, dicha administración ejercita una acción de reclamación de la suma entregada al acreedor que exceda de la reconocida en el aludido informe (25.603,05 euros), básicamente por entender que la ejecución separada de un crédito hipotecario no se extiende a la alteración de las reglas generales de reconocimiento de créditos, y funda su pretensión en losartículos 21.5, 85, 90, 94 de la Ley Concursal.
El Juzgador de instancia considera que carece de competencia objetiva para conocer de dicha pretensión, al entender que lo es de los Juzgados de Primera Instancia, por cuanto el legislador al emplear los términos taxativos delartículo 86 ter de la LEC, exige, para que la competencia corresponda a los Juzgados de lo

Mercantil, amén de la existencia de un procedimiento concursal, que la acción que se plantee tenga relevancia patrimonial, y que se dirija contra el patrimonio de la persona concursada, y si se actúa frente a otra persona, deberá seguir las normas de competencia objetiva ordinaria, como es el caso de la reclamación de un cobro indebido de unas cantidades procedentes de una ejecución hipotecaria.
Dicha resolución es apelada por el administrador concursal en petición de que se declare la competencia objetiva del Juzgado de Lo Mercantil, en aplicación delartículo 86 ter de la LOPJ cuando afirma que dichos Juzgados conocerán de "cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", y la frase "cuantas cuestiones" debe entenderse sinónima de "todas las cuestiones"; que la delimitación efectiva y definitiva de las masas del concurso es de su competencia; recuerda elartículo 61 de la LEC regulador de la competencia funcional por conexión, que lo aplica por su relación con materias objeto del concurso; sería aplicable elartículo 192 de la LC al establecer que debe seguirse el incidente concursal en todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan señalado en esta Ley otra tramitación, en precepto que considera aplicable al supuesto enjuiciado, de modo que, en otro caso, carecería de sentido, al igual que elartículo 194.2 de la misma Ley; que existe un caso de competencia de la jurisdicción especializada interpuesta por la administración concursal, cual es la acción delartículo 48 de la LC contra administradores, auditores o liquidadores de la persona jurídica deudora, y su finalidad es recuperar fondos para la masa activa del concurso; y que las palabras "exclusiva y excluyente" no impone un límite al Juez del concurso, sino a los demás jueces con los efectos previstos en losartículos 50.1 y 51.1 de la LC.
SEGUNDO En elartículo 86 ter de la LOPJ se recoge el marco básico de atribución de competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil. El apartado primero de dicho precepto señala : " Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:...". Elartículo 8 de la LC concuerda con el anterior al establecer : " Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:....." y en este aspecto en ninguno de sus apartados se recoge que sean competencia del juez del concurso las acciones que ejercite o entable el propio concursado, esto es, aquellas en que el concursado, o en su nombre, la administración concursal es parte actora, por lo que, con carácter general, no entran en su ámbito de competencia, salvo supuestos en que la propia norma lo atribuya (por ejemplo, las acciones de reintegración delartículo 71 LC, o las delart. 48.2).
La Exposición de Motivos de la indicada LO 8/2003 señala que la denominación de estos nuevos juzgados alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, siendo así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles, añadiendo más adelante que el criterio seguido para atribuir la competencia a los juzgados de lo mercantil, no responde a directrices dogmáticas preestablecidas, sino a un contraste pragmático de las experiencias que han adelantado en nuestra práctica judicial este proceso de especialización que ahora se generaliza. De ello podemos inferir que la mera solicitud de aplicación de unas normas previstas en la Ley Concursal no es suficiente para atribuir la competencia objetiva a un Juzgado de lo Mercantil, pues la jurisdicción civil también podrá aplicar los indicados preceptos cuando ello sea necesario para la resolución del caso.
En el supuesto enjuiciado compartimos la argumentación del Juzgador de instancia, y debemos resaltar que nos hallamos ante una ejecución hipotecaria contra un bien inmueble de los concursados, que por aplicación de la LC (probablemente susartículos 55.4 y 56), se ha llevado a cabo como ejecución separada, lo que implica la competencia objetiva para la ejecución hipotecaria del Juzgado de Primera Instancia, que ha llevado la tramitación, concluida con subasta del bien embargado. En el curso de dicho procedimiento hipotecario se ha suscitado la cuestión controvertida, recayendo una resolución no favorable a las pretensiones de dicha administración concursal, que incluso se personó en tal procedimiento, siquiera lo fuese por indicación del Juez del concurso por no considerarse éste competente ya en dicha fase procesal. Dicha resolución no es recurrible, pero elartículo 698 de la LEC permite al deudor, en este caso, a través de la administración concursal, suscitar controversia sobre el modo del reparto del sobrante, e indica, a efectos de competencia, que la misma "se determinará por las reglas ordinarias", lo que conlleva que los órganos de la jurisdicción civil no especializada ostentan la competencia objetiva para el conocimiento de tal controversia. Por tanto, si tal controversia se ha suscitado correctamente en el procedimiento de ejecución hipotecaria ante un Juzgado civil no especializado, básicamente por permitir la norma concursal una ejecución separada, no apreciamos fundamento para convertir en competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil la misma controversia cuando se reproduce la misma al permitir elartículo 698 de la LEC acudir a un procedimiento ordinario para que de modo definitivo se dilucide. Entendemos que nos hallamos ante un supuesto de competencia funcional por conexión delartículo 61 de la LEC, de modo que si el Juzgado no especializado es competente para conocer de la ejecución hipotecaria, lo será también para conocer de las incidencias de dicha ejecución en el procedimiento ordinario subsiguiente previsto en la norma antes aludida. El hecho de que la pretensión se fundamente en la petición de aplicación de algunos artículos de la Ley Concursal consideramos que no implica un cambio de competencia objetiva, ni implica convertirlo en un incidente concursal.
En cuanto a objeciones de la parte recurrente, debemos reseñar: A) No compartimos la apreciación de una contraposición entre elartículo 86 ter de la LOPJ y elartículo 8 de la LC, puesto que en el aspecto que ahora nos ocupa, dicen los mismo, el primero remite a la ley concursal (" en los términos previstos en su Ley reguladora") y el segundo atribuye la competencia para conocer del concurso, lo que no implica que la mera cita de una disposición de la normativa concursal implique, sin más, la competencia del Juzgado de lo Mercantil. No compartimos la interpretación de las palabras " en todo caso" efectuada por la administración recurrente, puesto que no se atiende al contexto de la frase con remisión a su Ley reguladora. B) Tampoco compartimos la interpretación que efectúa de losartículos 61 de la LEC y 192 y 194.2 de la Ley Concursal en su

aplicación al supuesto enjuiciado, puesto que la competencia funcional por conexidad no correspondería como un posible "incidente" del concurso, sino en el ámbito de un procedimiento de ejecución hipotecaria separada en el que posteriormente se pretende iniciar un procedimiento ordinario en los términos previstos en elartículo 698 de la LEC, y si no es competencia objetiva del Juez del concurso, tampoco pueden vulnerarse las normas relativas a los incidentes concursales. Igualmente la afirmación de que la delimitación efectiva y definitiva de las masas del concurso es de su competencia, olvida que el legislador, como norma general, no ha incluido en los dos artículos antes citados las acciones interpuestas por el deudor o por la administración concursal en beneficio del anterior, con lo que pone de relieve que no toda alegación de una vulneración de una norma de la Ley concursal conlleve una competencia objetiva del Juez de lo Mercantil. C) La doctrina jurisprudencial citada por el recurrente alude a un supuesto fáctico distinto del que nos ocupa.
Por todo ello, debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto, y confirmar la resolución recurrida, lo que implica que el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia objetiva para el conocimiento de la pretensión ejercitada por la administración concursal.": AAP Baleares (Sección 5) 25.11.2009 (JUR 2010/36017; Auto 233/2009; Rollo 546/2009)

2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.

Art. 55.2

AP Valladolid

"PRIMERO.- Nada podemos ni debemos objetar a la decisión del Juzgador "a quo" que se ajusta legalmente a lo previsto en lospreceptos que cita para el sustento de su resolución, aunque el 612. 2es en realidad el 615. 2 de la L.E.Civil., por más que para la parte recurrente resulte frustrante tener que entrar con otros acreedores en el reparto del patrimonio de la demandada no reconociéndose su derecho cobrar con preferencia. De los términos delart. 615. 2ya citado es fácil concluir que hasta que no se produce la entrega al ejecutante de la suma obtenida mediante la ejecución no se inhabilitan los derechos de terceros que tengan derecho a cobrar con preferencia a él. Ni la consignación ni el depósito en sede judicial de los bienes embargados al demandado en el juicio cambiario equivalen a la entrega a que se refiere el precepto y no confieren un derecho definitivo al ejecutante sobre la suma consignada. A mayor abundamiento elart. 55 de la Ley concursal dispone en su apartado 2. que las actuaciones de ejecución que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Añadiendo el 3. que las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho. La declaración del concurso se produjo en fecha 3 de Julio de 2007, con anterioridad por tanto alauto de despacho de ejecución en el presente juicio cambiario que tuvo lugar le día 12 de Julio de 2007. Por tanto no puede considerarse más que acertada la decisión del Juzgador de suspender el procedimiento de ejecución singular instado por la recurrente.": AAP Valladolid 28.01.2008 (JUR 2008\98259; Auto 11/2008; Rollo 494/2007)

AP Barcelona

"PRIMERO Por parte de la representación de ANDRITZ SPROUT EINE ZWEIGNIEDERLASSUNG DER ANDRITZ GMBH se interpone recurso de apelación contra elAuto dictado el día 10 de mayo de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona en Ejecución de títulos judiciales 780/2009. Dicha resolución fue resolutoria del recurso de reposición interpuesto por la apelante contra el Auto de 18 de marzo de 2010, en virtud del cual se suspendió la ejecución de laSentencia dictada el día 21 de octubre de 2009 al habar sido declarada en concurso de acreedores la ejecutada GAGO ENGINEERING, S.L.
Señala la resolución recurrida que una vez declarado el concurso debe suspenderse la ejecución de la Sentencia a la que se ha hecho referencia, que obligaba a devolver a la apelante determinada maquinaria por incumplimiento del contrato de compraventa de la misma, al haberse dejado de abonar el precio pactado, y lo anterior aunque el bien en cuestión estuviera sujeto a reserva de dominio a favor de la apelante.
La administración concursal de la apelada solició la confirmación de la resolución recurrida.
SEGUNDO De acuerdo con lo dispuesto en elart. 86.ter.1.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: (.) Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado".
La Exposición de Motivos de laLey Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, que introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial el precepto antes citado, justifica esta previsión normativa del siguiente modo: "El carácter universal del concurso justifica la concentración en un sólo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado. Mediante la correspondiente modificación de laLey Orgánica del Poder Judicial (nuevo artículo 86 ter), esta atribución de

jurisdicción exclusiva y excluyente se incorpora ahora expresamente a las competencias de los juzgados de lo mercantil".
Los principios antes expuestos justifican que la intervención del juez del concurso sea importante también en aquellas cuestiones que suponen una excepción o restricción del citado principio de universalidad, como son los supuestos de reducción de la masa activa.
La reducción de la masa activa del concurso, respecto de la que como dijimos elart. 76.1 de la Ley Concursal establece un principio general de universalidad, puede producirse por varias razones. En primer lugar, porque existan bienes que, aun siendo propiedad del concursado y aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables(art. 76.2 de la Ley Concursal). En segundo lugar, porque en poder del concursado se encuentren bienes de dominio ajeno, que son reclamados por sus dueños (separatio ex iure dominii). Finalmente, la reducción puede producirse porque determinados bienes del quebrado estén afectos con carácter preferente a la satisfacción de ciertos créditos que gozan del derecho de ejecución separada, al margen del concurso (separatio ex iure crediti).
Respecto del primer apartado, será el juez del concurso quien haya de decidir las impugnaciones que, por el trámite del incidente concursal, puedan haberse formulado por cualquier interesado respecto del inventario de la masa activa realizado por los administradores concursales y acompañado al informe delart. 75 de la Ley Concursal (art. 96 de la Ley Concursal), bien por entender que éstos han incluido bienes del concursado de carácter inembargable, bien por entender que éstos han excluido bienes por el motivo previsto en elart. 76.2 de la Ley Concursal cuando no concurren en ellos el carácter de inembargable.
Respecto del segundo apartado, es también el juez del concurso quien habrá de resolver, por los trámites del incidente concursal, la impugnación de la decisión denegatoria de la administración concursal a entregar los bienes en poder del concursado reclamados por quienes se consideran sus propietarios(art. 80 de la Ley Concursal).
En este caso, la apelante ya ha solicitado al Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona el derecho de separación del patrimonio del deudor de la maquinaria en cuestión, y será el Juez del concurso quien tendrá que resolver al respecto, ya que al Juzgado que estaba ejecutando la resolución recurrida, y desde el momento en que se declaró el concurso, no le queda sino proceder como lo hizo ya que la suspensión de la ejecución singular sobre bienes del concursado deviene en todo caso -habida cuenta de lo prevenido por losartículos 55 y 56 de la Ley Concursal - imperativa.": AAP Barcelona (Sección 19) 02.02.2011 (JUR 2011/147742; Auto 14/2011; Rollo 720/2010)

"PRIMERO Contra elAuto dictado en fecha 23 de septiembre de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arenys de Mar en el juicio ejecutivo registrado con el nº 28/2009 seguido a instancia de Banco Santander S.A. contra DonIsidoro, que acuerda "el archivo de las actuaciones" y el alzamiento de los embargos trabados, interpone recurso de apelación Banco Santander S.A. en solicitud de que se "dicte resolución revocando dicho Auto, resolución por la cual acuerde la suspensión de las actuaciones", al que se opone el Sr.Isidoro.**SEGUNDO** Para la debida comprensión de lo que es objeto de resolución en esta alzada debe tenerse en cuenta los siguientes hitos procesales.
1)La parte ahora apelante, Banco Santander, S.A., mediante demanda articulada al efecto, solicitó del juzgado la ejecución de título no judicial consistente en póliza de préstamo suscrita con el demandado, habiendo tenido entrada la demanda en Decanato en fecha 14 de enero de 2009.
2)MedianteAuto de fecha 18 de mayo de 2009 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arenys de Mar se despacha ejecución y se acuerda requerir de pago al ejecutado y que manifieste bienes suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución.
3)En fecha 5 de junio de 2009 el ejecutado, Sr.Isidoro, comparece en el Juzgado y manifiesta que se encuentra en situación de concurso voluntario de acreedores, acompañando documentación de la que se deriva que formuló solicitud de declaración de concurso voluntario con fecha de entrada en Decanato el 29 de mayo de 2009, y fue declarado en estado de concurso voluntario porAuto de fecha 30 de junio de 2009 dictado por el Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona.
Siendo así, el recurso debe prosperar.
Y ello por cuanto del contenido de la documentación obrante en autos debe concluirse que el juicio ejecutivo, al haberse despachado ejecución medianteAuto de fecha 18 de mayo de 2009, ya se hallaba en tramitación en la fecha en que el Sr.Isidoro fe declarado en estado de concurso voluntario medianteAuto de fecha 30 de junio de 2009, con lo que, como alega la parte apelante, ha de considerarse de aplicación la previsión legal contenida en elartículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, titulado "ejecuciones y apremios", y más concretamente la del apartado 2 conforme a la cual "las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos", con lo que el Juzgado a quo debió haber acordado la suspensión de la ejecución y no, como hizo, el archivo de las actuaciones en base a lo dispuesto en elartículo 50 de dicha Ley y, consiguientemente procede, como se ha adelantado, la estimación del recurso de apelación.": AAP Barcelona (Sección 17) 24.01.2011 (JUR 2011/148803; Auto 8/2011; Rollo 422/2010)

AP Sevilla

"PRIMERO.-En la resolución dictada en primera instancia se acordó el archivo del procedimiento de ejecución porque los demandados D Alonso y Dª María Virtudes habían sido declarados en situación de concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla en nº de autos 89/2009 por auto de fecha 4 de junio de 2009 y la entidad codemandada "BASARELI SA", en procedimiento de concurso voluntario nº 745/08, por auto de fecha 23 de abril de 2009.

En la resolución recurrida se aplica el artículo 50 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, obviando que se trata de un procedimiento de ejecución iniciado con fecha 12 de enero de 2009, es decir, antes de las declaraciones de concurso, por ello, es de aplicación el art 55 de la Ley citada que establece: Ejecuciones y apremios: 1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.....
Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.
Por lo tanto, con independencia de cuales hayan sido las causas por las que se han dictado los autos en la indicada fecha, ha de estarse al tenor literal del precepto citado y en consecuencia, ha estimarse el recurso de apelación, revocando la resolución recurrida debiendo acordarse en lugar del archivo, la suspensión de la ejecución desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar al crédito respectivo. ": AAP Sevilla (Sección 6) 08.02.2011 (Auto 24/2011; Rollo 5942/2010)

JM-1 Las Palmas

"C) ¿Cómo debe interpretarse la expresión contenida en el artículo 55 de la Ley Concursal de que "las ejecuciones quedarán en suspenso"? ¿Es posible destinar el dinero en efectivo embargado o procedente de los derechos embargados al pago actual de los gastos y obligaciones ordinarias de la UD Las Palmas a contar desde la fecha de declaración del concurso de acreedores? Este Juzgador entiende que sí, y ello por lo siguiente:
Si el artículo 55 de la Ley Concursal habla de que ["las ejecuciones quedarán en suspenso", sin utilizar el término archivo o sobreseimiento, es debido a que el artículo 176 de la Ley Concursal contempla varias causas de conclusión del procedimiento concursal en las que esas ejecuciones (y los embargos en ellas decretados) pueden volver a recobrar toda su vigencia (por ejemplo, cuando, en cualquier estado del procedimiento, se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio; o cuando, una vez terminada la fase común del concurso, quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos).
Pero si, como sucede en el caso de la UD Las Palmas, a la vista de las circunstancias que constan en las actuaciones y la situación financiera del deudor, las únicas vías reales y posibles de terminación del proceso concursal son el convenio de acreedores o la liquidación, carece de sentido mantener vivo un embargo de naturaleza no real cuando resulta que tanto en un supuesto (convenio de acreedores) como en el otro (liquidación) el bien o derecho embargado pasará a formar parte del activo del deudor para el pago de los créditos, y ello siempre según la prelación de los mismos y, como no puede ser de otra forma, regidos, dentro de cada clase, por el principio de la "par conditio creditorum ".
Cabe preguntarse entonces, cuál sería en el presente caso la finalidad o el beneficio de mantener embargada una cantidad de dinero o un derecho directamente transformable en dinero en efectivo, cuando la inmediata consecuencia de esa falta de disponibilidad de dinero por parte de la entidad deudora y de la administración concursal habrá de ser la liquidación de la sociedad por imposibilidad de atender en plazo el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el proceso concursal dado que, según el artículo 84.2.5ª de la Ley Concursal, éstas tienen la naturaleza de créditos contra la masa y las mismas deben pagarse a sus respectivos vencimientos (artículo 154.2 de la Ley Concursal). Y es que, en tal caso, una vez iniciada la liquidación resulta que el dinero o los derechos embargados no irían destinados a satisfacer de forma individual o particular el crédito del acreedor o acreedores que hayan promovido la ejecución administrativa o laboral, sino que ese dinero pasaría a formar parte del activo de la masa y, por tanto, con el mismo habría de atenderse al pago de los créditos en la forma y modo previsto por los artículos 154 y siguientes de la Ley Concursal, satisfaciéndose en primer lugar, y con preferencia a cualquier otro, los créditos contra la masa.
En definitiva, y dado que en el proceso concursal de la UD Las Palmas, las únicas vías de conclusión del procedimiento son o bien el convenio de acreedores o bien la liquidación, ninguna efectividad práctica ni ventaja tiene para los ejecutantes el mantenimiento de los embargos sobre el dinero o sobre derechos directamente transformables en dinero en efectivo que se hubieran acordado a su favor. Por el contrario, si dichos embargos se dejan sin efecto, aumentan considerablemente las posibilidades de continuación de la actividad del deudor (objetivo final que, no se olvide, persigue la Ley Concursal) y con ello las opciones de lograr la firma de un convenio de acreedores satisfactorio para todas las partes afectadas.": Auto JM-1 Las Palmas 03.01.2005

1. Procede su suspensión, pero no su acumulación

AP Barcelona

"PRIMERO.- Se plantea, mediante conflicto negativo, entre el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Villafranca del Penedés y el Juzgado Mercantil nº 4 de Barcelona, la determinación de la competencia objetiva para el conocimiento de una demanda de ejecución, primero provisional, luego transformada en definitiva, de una sentencia, ya firme, dictada en contra de CARROCERIAS Y AUTOMOVILES S.A. El argumento de la Sra.Juez para remitir las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil ha sido el conocimiento, en mayo de 2006, de que la ejecutada estaba en concurso, lo que justifica, a su juicio, la inhibición. Para ello se emplea como fundamento jurídico el siguiente: elartículo 46 de la LEC extiende la competencia de los

Juzgados de 1ªInstancia a los que se les haya atribuido exclusivamente el conocimiento de determinados asuntos para conocer estrictamente de los procedimientos en que tales asuntos se ventilen, debiendo inhibirse en favor de los demás si el proceso versa sobre materias diferentes, lo que, a sensu contrario, significa que si se presenta una demanda propia de un órgano especializado ante uno de competencia general, el primero debe inhibirse en favor del segundo.
Es patente, sin embargo, el desconocimiento de la Sra. Juez de la situación en que queda la ejecutoria como consecuencia de la declaración del concurso de la ejecutada, prevista específicamente en elartículo 55 de la Ley Concursal, que no impone la remisión de las actuaciones al Juzgado mercantil, con la consiguiente dilación para el trámite ejecutorio, sino la inmediata suspensión de la misma. Pero aún más sorprendente resulta el que el argumento antes citado se haga valer, con el visto bueno del Ministerio Público, cuando la noticia que llega al Juzgado no es el de la declaración del concurso, sino precisamente la de su archivo con fecha 31 de enero de 2006. A pesar de que el escrito del ejecutante (23 de mayo) ya advertía de este extremo, pues su personación como acreedor en el proceso concursal había sido rechazada por esta circunstancia, elJuzgado decide mediante providencia del día 26 de mayodar traslado al Fiscal por una posible carencia de competencia objetiva, cuando constaba ya que no existía concurso alguno que justificara semejante decisión.
Sea como fuere, y constando en verdad que el concurso no llegó a materializarse, estando archivado varios meses antes de que se produjera la inhibitoria, debemos concluir que la misma fue incorrecta, correspondiendo la competencia para continuar con la ejecución, despachada en julio de 2004, al Juzgado de 1ª Instancia.": Auto AP Barcelona 10.01.2007 (Sección 15) (JUR 2007/245595)

AP Girona

"PRIMERO Por el Juzgado de lo Mercantil de Girona se planteó cuestión negativa de competencia porauto de 17 de febrero de 2009 frente a los criterios de aplicación de las normas de competencia objetiva que realizó el Juzgado de 1 ª Instancia nº 1 de La Bisbal d' Empordà, para inhibirse en favor del Juzgado de lo Mercantil al objeto de la acumulación al concurso voluntario de acreedores nº 198/2008.
De lo obrante en el procedimiento aquí remitido se desprende que por la parte demandante en autos de juicio cambiario,arts.819 y ss LEC, se solicitó el despacho de la ejecución contra "Constructora Promotora Vivendes Simón S.L.", porque habiendo transcurrido con exceso el plazo para interponer la demanda de oposición no lo hizo, según lo previsto en elart. 825 LEC.
El despacho de la ejecución se interesó ante elJuzgado de la Bisbal que conoce del Juicio Cambiario nº 8/2008, por escrito de 13 de marzo de 2008, dictándoseauto despachando la ejecución el 17 de marzo de 2008.
Por oficio de fecha 18 de marzo de 2008 el Juzgado de lo Mercantil 1 de Girona comunica al Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de La Bisbal a los efectos delart. 51 de la Ley Concursal que Constructora Promotora Vivendes Simón S.L. y otros, ha sido declarada en Concurso Voluntario porAuto de 13-3-2008 recaído en Concurso Voluntario nº 198/2008.
Dándose traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que se pronuncien sobre la procedencia de la acumulación de las presentes actuaciones al procedimiento concursal, así lo hicieron, decidiendo el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de La Bisbal d' Empordà la inhibición del procedimiento a favor del Juzgado de lo Mercantil de Girona porAuto de 23 de enero de 2009, para su acumulación al concurso voluntario de acreedores, inhibición que no ha sido aceptada por este último Juzgado que planteó cuestión negativa de competencia ante la Audiencia Provincial como superior jerárquico común.
SEGUNDO De lo expuesto se desprende que cuando se solicitó el despacho de la ejecución, todavía no se había declarado el concurso de la deudora, habiéndose iniciado por tanto el trámite de ejecución, de manera que bien se trate de una ejecución en trámite para la que elart. 55.2 de la Ley Concursal prevé que quedarán en suspenso al no ser un procedimiento laboral o administrativo cuya continuación permite elart.55.1 último párrafo, o bien se trate de una ejecución en trámite durante el cual al Juzgador se le ha notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso,art. 568 de la LEC redactado según lo dispuesto en laDisposición Final 3ª nº 7 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio; en cualquier caso el efecto no es otro que el de la suspensión de la ejecución por parte del Juzgado que conocía del trámite de la ejecución singular, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
Consecuentemente, el efecto de la declaración del concurso no es el de provocar una vis atractiva de todos los procedimientos de ejecución singular en trámite, para su acumulación al procedimiento concursal como parece entender el Juzgado de La Bisbal, sino el de su suspensión desde la fecha de declaración del concurso, quedando los respectivos créditos sujetos al tratamiento que en su caso se les dispense en el ámbito del procedimiento concursal.
Por lo expuesto, corresponde la competencia al Juzgado de origen que inicialmente ha conocido del procedimiento cambiario, el cual no la perdió por la declaración de concurso de la parte demandada una vez iniciado el trámite de ejecución por no haberse formulado oposición cambiaria en el plazo legalmente previsto,art.825 de la LEC. y en consecuencia debe declararse correctamente rechazada la inhibición por parte del Juzgado de lo Mercantil de Girona.": AAP Girona (Sección 2) 11.03.2009 (JUR 2009/411529; Auto 58/2009; Rollo 84/2009)

AP La Coruña

"PRIMERO.-Se plantea a esta Audiencia Provincial, como una cuestión de competencia objetiva negativa, la controversia siguiente entre el Juzgado de Primera Instancia nº 8 y el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña:

El Juzgado de Primera Instancia, una vez que el Juzgado Mercantil le comunicó la declaración de concurso de la demandada- ejecutada del proceso de ejecución dineraria basada en título judicial que estaba tramitando, se inhibió a favor de éste, con remisión del procedimiento y nulidad de lo actuado con posterioridad a dicha declaración, todo ello por falta de competencia sobrevenida, al entender que así resultaría de los artículos 86-ter.1-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.3º LC, en cuanto atribuyen al juez del concurso competencia exclusiva y excluyente sobre toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado4º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º.
. Correspondería decidir la suspensión a que se refieren los artículo 55 de la Ley Concursal y 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al órgano mercantil por pasar a ser el competente objetivamente sobre la ejecución, y dado que aquéllas serían las normas competenciales y no estas segundas.
El Juzgado Mercantil rechazó tal inhibición porque, además de que la remisión de las actuaciones con emplazamiento de las partes estaría prevista en la ley para los casos de falta de competencia territorial y no en la de tipo objetivo, la competencia exclusiva y excluyente atribuida al juez del concurso no significaría la acumulación ni remisión de los autos sino el sometimiento del acreedor ejecutante a la ley del concurso y la suspensión de la tramitación de la ejecución por el secretario del Juzgado de Primera Instancia, según resultaría de los artículos 55.2 LC y 568 LEC, que aunque no como norma delimitadora de la competencia sería una norma procesal complementaria del 8.3º LC, precisando la forma de proceder el Juzgado en estos casos. No habría en la ley norma alguna que permitiese acumular ejecuciones singulares, salvo las de garantías reales que se reanudasen conforme a los artículos 56.2 y 57 LC.
SEGUNDO.-Damos la razón al Juzgado de lo Mercantil:
1- Los artículos 86-ter.1-3º LOPJ y 8.3º LC atribuyen al juez del concurso competencia exclusiva y excluyente, entre otras materias, respecto de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado4º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º.
El título III de la Ley Concursal, sobre los efectos de la declaración del concurso (arts. 49 y siguientes), entre otras cosas comprende el tratamiento procesal a dar a las acciones individuales y procesos judiciales declarativos y de ejecución o apremios (50 a 57).
Salvo excepciones legales, rige en materia concursal el principio de universalidad con igualdad o paridad de trato de todos los acreedores y su integración en la masa pasiva del concurso (art. 49), al igual que la sujeción de los bienes y derechos del concursado como masa activa (art. 76).
El artículo 50 impide a otros jueces o tribunales el inicio de nuevos juicios declarativos de los que deba conocer el juez del concurso, con la invalidez y archivo de las actuaciones que se hubieran practicado.
Respecto de aquellos en tramitación al momento de la declaración de concurso, y salvo los casos concretos del artículo 51-bis, la regla será la del artículo 51: su continuación ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia, aunque se acumularán de oficio al proceso concursal los de reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores y auditores, en determinada fase de pendencia procedimental.
El artículo 55 se refiere a las ejecuciones y apremios. Su nº 1 prohíbe una vez declarado 1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor Véase art. 164.2 LGT.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor Véase art 24.4 de la presente Ley.Téngase en cuenta el art. 51 de presente Ley, así como los arts. 148 y 149..
el concurso el inicio de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, salvo ciertos Véase art. 164.2 LGT
ciertos procedimientos administrativos de ejecución o ejecuciones laboralesTéngase en cuenta el art. 51 de presente Ley, así como los arts. 148 y 149 art.148 art.149. De ahí también la consecuencia del artículo 24.4 al impedir anotaciones de embargos o secuestros posteriores en los registros públicos, salvo tales excepciones. Mientras que el 55.2 dispone expresamente que "las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos". El apartado 4 exceptúa lo establecido en la propia Ley para los acreedores con garantía real (vid. para éstos los arts. 56 y 57).
Como antecedente legislativo, el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, disponía entre otras cosas que, durante el procedimiento, todos los embargos y administraciones judiciales constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados quedaban en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores, todo ello sin menoscabo del derecho de los acreedores privilegiados y de dominio al cobro de sus créditos.
Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil, contempla en su artículo 98 la posibilidad de acumulación de procesos singulares referidos al caudal sujeto al concurso, salvo los de ejecución hipotecaria o pignoraticia, pero siempre procediendo conforme a lo previsto en la legislación concursal, pidiéndolo al juez del concurso, a quien corresponde la decisión, acumulándose al proceso concursal, y rigiéndose cuando proceda, por las normas de la LEC, con las especialidades establecidas en la legislación especial concursal.
En la legislación derogada sobre el concurso y quiebra la acumulación era regla general y llegaba a ser de oficio: arts. 161-3 º, 1173-3 º, 1186, 1187 y 1379 LEC/1881 y su jurisprudencia.
Por otro lado, tras asentar el artículo 565 LEC/2000 el principio general de que solo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso o así lo acuerden todas las partes personadas,

contempla específicamente en el 568 (coherente con el 55 y siguientes LC) la suspensión en caso de situaciones concursales: prohibiendo despachar ejecución cuando conste al tribunal que el demandado se halla en concurso, y ordenando al secretario judicial decretar la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Concursal sobre el inicio de la ejecución o la continuación cuando se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados.

2- No cabe duda que el Juzgado de lo Mercantil es el único competente en todo lo referente al proceso concursal y los artículos 86-ter LOPJ y 8 LC se refieren a su competencia objetiva, pero en el tema que nos ocupa han de ser complementados con los otros sobre su engranaje y concreto alcance en el proceso universal en relación a los efectos de la declaración del concurso.

La declaración del concurso produce una pluralidad de efectos, unos jurídico-materiales y otros de tipo procesal. Entre estos últimos, lo que la Ley prevé específicamente no es la acumulación automática y de oficio al proceso universal de todos los procesos declarativos y todas las ejecuciones singulares contra el patrimonio del concursado, ni la remisión de las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil para continuar con su tramitación, y menos por decisión del Juzgado de Primera Instancia sino, en el caso que nos ocupa y a diferencia de los otros apuntados, la regla dicha de los artículos 55.2 LC y 568 LEC de suspensión por el secretario de éste (y no el mercantil) de la ejecución en curso en el estado en que se hallen y el sometimiento del acreedor a la ley del concurso competencia exclusiva y excluyente del Juzgado de lo Mercantil.

Añadir que los embargos y anotaciones registrales anteriores se mantienen, aunque queden también en suspenso y sometidos a la vigilancia de la administración concursal y juez del concurso o de lo que en determinadas circunstancias la Ley permite acordar en el concurso (AAP Coruña 4ª de 26/9/2012, Barcelona 15ª de 4/5 y 19/7/2006, León 1ª de 29/7/2011).

Los artículos 86-ter.1-3º LOPJ y 8.3º LC tratan entonces de evitar ejecuciones separadas de otros órganos o, en los casos permitidos, sin el control del juez del concurso, que podrían frustrar la finalidad del sistema legal y proceso concursal.

A fin de cuentas ningún proceso es un fin en si mismo sino un instrumento para el reconocimiento y efectividad de los derechos en conflicto. En nuestro supuesto el reconocido en una sentencia firme. El inicio del concurso altera de manera importante la situación jurídico material y procesal preexistente. La efectividad o satisfacción del crédito (que no las actuaciones o ejecutoria), pasa entonces de la vía de la ejecución singular iniciada anteriormente ante el Juzgado de Primera Instancia a lo que se decida en el concurso, en la medida que corresponda dada la pluralidad de acreedores y la insuficiencia patrimonial del deudor, según que se llegue en el mismo a una solución de convenio aprobada judicialmente vinculante para el acreedor o a otra liquidatoria. La ejecución por el Juzgado civil podría recobrar su vigor en los casos de conclusión del concurso que permiten la reanudación de las acciones y ejecuciones en suspenso (art. 178 LC).

La solución procesal elegida por el legislador podría haber sido otra, como la de la quiebra derogada o la defendida por el Juzgado de Primera Instancia, pero no ha sido así, creemos que por razones prácticas dados criterios de flexibilidad y funcionalidad, tanto procedimental como en los efectos de la declaración del concurso, que la propia Ley Concursal reconoce en su Exposición de Motivos (II y II). En uno de sus párrafos destaca que la ley regula con criterios de funcionalidad los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado, la cual es consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso (todo ello salvo los casos especialmente previstos).

Desde este punto de vista, sería no solo nula sino también difícilmente concebible la acumulación de una ejecución singular incoada por una nueva demanda tras el inicio del concurso, contraviniendo la prohibición legal y por órgano objetivamente incompetente. Y si la ejecución estaba pendiente a fecha de declaración del concurso, ninguna utilidad tendría la acumulación y envío de las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil de una ejecución que ha quedar paralizada durante el concurso, a la vez que el crédito y su efectividad a las resultas del mismo. De no ser así se podría incluso plantear un problema añadido si posteriormente su conclusión diera lugar al levantamiento de las restricciones para la reanudación de las acciones y ejecuciones en suspenso, pues entonces no resultaría lógico ni práctico en economía procedimental que continuara el Juzgado de lo Mercantil con la tramitación de la ejecutoria y habrían de volver los autos y recuperar la competencia de nuevo el Juzgado de Primera Instancia.

Y si bien el auto del Juzgado de Primera Instancia no acuerda la acumulación sino la inhibición con remisión de la ejecución en trámite por falta de competencia objetiva sobrevenida al corresponder su conocimiento al Juzgado de lo Mercantil, lo cierto es que aquélla sería su consecuencia, y la decisión tampoco se limita a lo específicamente previsto en los artículos 55.2 LC y 568 LEC en relación al 86-ter. 1-3º LOPJ y 8.3º LC según lo antes expuesto.

3- En la jurisprudencia menor podemos citar los AAP Barcelona (15ª) de 4/5 y 19/7/2006 o 15/5/2009 en el sentido de que la opción legal en el caso de ejecuciones singulares o apremios administrativos contra el patrimonio del deudor no ha sido la de su acumulación al concurso, sino, como expresa el art. 55 LC en necesaria coordinación con el 568 LEC, la de suspender tales ejecuciones y apremios (para el caso de no ser aplicable la excepción legal).

Añade el AAP Barcelona (13ª) de 22/5/2012 al hablar de la vis atractiva del concurso en relación a los preceptos citados que si las ejecuciones se hallaran en tramitación, declarado el concurso quedarán en suspenso y deberá remitirse a los ejecutantes al procedimiento universal, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado.

También el AAP León (2ª) de 8/3/2010 concluye que la Ley Concursal descarta la acumulación de las ejecuciones al concurso, sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 1379 y 1173.3 º) para el proceso de quiebra, y opta por impedir que se inicien nuevas ejecuciones contra el patrimonio del deudor desde la declaración del concurso, y por la suspensión de las ejecuciones pendientes o en tramitación.

Lo mismo el AAP Girona (2ª) de 11/3/2009: consecuentemente, el efecto de la declaración del concurso no es el de provocar una vis atractiva de todos los procedimientos de ejecución singular en trámite, para su acumulación al procedimiento concursal como parece entender el Juzgado de Primera Instancia, sino el de su suspensión desde la fecha de declaración del concurso, quedando los respectivos créditos sujetos al tratamiento que en su caso se les dispense en el ámbito del procedimiento concursal. ":AAP La Coruña (Sección 4) 27.09.2012 (Auto 109/2012; Rollo 496/2012)

AP Madrid

"SEGUNDO Debemos matizar que aunque la discusión ha sido planteada en sede de competencia objetiva entendemos que no cuestionan ninguno de los tribunales que ésta viniera originariamente atribuida al Juzgado de Primera Instancia, al tratarse de un proceso de ejecución hipotecaria instada por una entidad de crédito sobre determinados inmuebles de la sociedad PROCASA PROMOCIONES Y OBRAS SA. El problema se ha suscitado al declararse el concurso de esta última y calificar el Juzgado de lo Mercantil los bienes inmuebles objeto de la ejecución hipotecaria como afectos a la actividad empresarial de la concursada. La reacción del Juzgado de Primera Instancia fue la suspensión de las subastas y la remisión de los autos al Juzgado de lo Mercantil al entender que la ejecución quedaba entonces sometida al juez del concurso. Sin embargo, éste se resiste a admitir tal remisión de autos por entender que el Juzgado de Primera Instancia debió limitarse a suspender la ejecución, sin que pueda interpretar que tal paralización temporal signifique que haya perdido su competencia, en tanto no concurriesen los requisitos para la reanudación de la ejecución ante el Juez de lo Mercantil y lo instase ante éste el ejecutante.
TERCERO Considera este tribunal que no estamos ante un problema de pérdida de competencia objetiva por parte del Juzgado de Primera Instancia, sino de mera efectividad de los mecanismos de coordinación que ha previsto la Ley Concursal para aquellos supuestos en los que como consecuencia de la declaración de concurso procede la suspensión de las actuaciones que ya estaban iniciadas para la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad (supuesto previsto en elartículo 56.2 de la Ley Concursal). La solución que prevé la ley para tales casos es la mera paralización temporal de la acción separada ya ejercitada por el acreedor hipotecario en aras al interés general de todos los acreedores y a la subsistencia de la empresa concursada en tanto se analiza su situación y se buscan salidas razonables para ésta, ya sea el convenio, ya sea su ordenada liquidación. Sobre esta cuestión, afirma la Exposición de Motivos de la Ley Concursal: "Una de las novedades más importantes de la Ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia".
El empleo de ese mecanismo de coordinación supone, por un lado, que compete al Juez de lo Mercantil, como explicamos en losautos dictados por esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de septiembre de 2007 y11 de octubre de 2007, pronunciarse, tras la audiencia del concursado y de la administración concursal, sobre la afección de los bienes a la actividad profesional o empresarial o, en su caso, sobre su carácter necesario para la continuación de la misma (lo que supone un plus sobre el requisito anterior).
Por otro lado, tal mecanismo no entraña que el Juez de Primera Instancia que estaba conociendo antes de la declaración de concurso de la ejecución hipotecaria hubiese perdido por causa de aquél, si se dan las circunstancias descritas relativas a la calificación de los bienes objeto de la misma, su competencia, pues la sigue ejerciendo para decidir sobre la suspensión del proceso hipotecario (para lo que deberá examinar si al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta, en cuyo caso no sería suficiente con que el bien estuviese afecto a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva del concursado, sino que para decretar la suspensión debería comprobar que el Juez de lo Mercantil hubiese declarado que era además necesario para la continuidad de tal actividad; además el juez de la ejecución hipotecaria podría denegar la suspensión si cuando hubiese de decidirse sobre ello el bien ya hubiese sido adjudicado en el seno del proceso de ejecución hipotecaria, ya sea al acreedor, ya sea a un tercero como consecuencia de la subasta, puesto que se habría producido en tal caso la salida del bien del patrimonio del concursado para ingresar en el patrimonio de ese acreedor o tercero) y sigue conservando su competencia mientras el proceso esté suspendido, a resultas de lo que pueda decidirse desde el proceso concursal.
La posible reanudación de las actuaciones de ejecución durante la tramitación del concurso sí quedaría, en cambio, sometida a la jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil, a tenor de lo previsto en elnº 1 del artículo nº 57 de la Ley Concursal. Pero ello sólo sería procedente una vez transcurrido el límite temporal previsto en losartículos 56 y 57 de la Ley Concursal (el transcurso de un año desde la declaración de concurso sin haberse abierto la liquidación) o cuando se hubiese alcanzado el hito procesal señalado en dichos preceptos legales (la aprobación de un convenio que no afecte al derecho de realización forzosa de la garantía real) y si mediase instancia de parte legitimada para la prosecución y además el Juez de lo Mercantil decretase su procedencia(artículo 71.1 de la Ley Concursal), momento a partir del cual éste podría entonces requerir la

remisión del expediente de ejecución hipotecaria para proseguir con su tramitación, según sus propias normas, en una pieza separada del concurso (o requerir para su acumulación necesaria, según se prevé en elnº 3 del artículo 57 de la LC para los supuestos de apertura de la fase de liquidación en el concurso, lo que tampoco diferiría en mucho del trámite explicado). En estos términos, sólo expirado el período de suspensión podría hablarse de una atribución de competencia a favor del juez del concurso para reanudar la ejecución hipotecaria, según la regla especial del artículo 57.1 de la Ley Concursal, a la luz de la cual hay que modular las previsiones generales de losartículos 86 ter nº 1, 3º de la LOPJ y 8.3 de la Ley Concursal.
Por otro lado, cabe también la posibilidad, como se apunta en la resolución recurrida, de que la remisión de autos no llegase nunca a ser necesaria si se aprobase un convenio en sede concursal, el cual no obligaría, salvo excepciones (los casos de voto favorable o adhesión), al acreedor privilegiado(artículo 134.2 de la LC) que podría, por lo tanto, reanudar la tramitación ante el Juez de Primera Instancia al no enmarcarse ya la ejecución en la fase de tramitación, en sentido estricto, del concurso.
En consecuencia, podemos afirmar que la calificación por parte del Juez de lo Mercantil sobre el carácter de los bienes sujetos a un procedimiento de ejecución hipotecaria, amén de poder conllevar, en su caso, la decisión de suspensión de su tramitación por parte del Juez de Primera Instancia que estaba conociendo de dicha ejecución, no significa la automática pérdida de competencia por parte de éste ni justifica que pudiera acordar la remisión de los autos al Juez de lo Mercantil, en tanto éste no se los reclamase, una vez que se diesen los requisitos precisos para la reanudación de la ejecución como pieza separada del concurso.
CUARTO Aunque los autos han sido remitidos a este tribunal para la decisión de la cuestión de competencia por parte del Juzgado de lo Mercantil, lo cierto es que habían sido iniciados por una solicitud dirigida al Juzgado de Primera Instancia, que de modo indebido los envió a aquél, por lo que ha de realizarse la devolución de los mismos al juzgado de inicial procedencia, donde las actuaciones deberán quedar en suspenso hasta que se inste su remisión por el Juzgado de lo Mercantil o proceda su reanudación. Asimismo debe notificarse esta resolución al Juzgado de lo Mercantil que se ha visto implicado para que tenga constancia de lo decidido por este tribunal.": AAP Madrid (Sección 28) 18.03.2011 (JUR 2011/178970; Auto 45/2011; Rollo 35/2011)

AP Pontevedra

"PRIMERO Se impugna elAuto de fecha 19-XI-08 dictado por el J. de 1ª Instancia de Tui Nº 2 en relación a su decisión de "inhibición" en el ENJ Nº 395/08 que ante el mismo se sigue a favor de los Juzgados de lo Mercantil de Pontevedra y, a su vez, se deduce una paralela y adicional impugnación contra elAuto de fecha 26-IX-08, también dado en aquél trámite, en el que se acordó la nulidad de la anotación preventiva de un embargo trabado en relación a unas fincas del coejecutado D.Romeo, por entenderse ahora viable tal recurso al considerar el referidoAuto de 19-XI-08 definitivo viabilizándolo elArt 454 LEC/00. A una y otra razón impugnatoria se opone, en cuanto al fondo, la representación de la contraparte personada, EXCONPOR SL, en el traslado al efecto conferido.
SEGUNDO Siguiendo el orden de las cuestiones planteadas ha de comenzarse por analizar la razonabilidad del acuerdo de inhibición decidido en elAuto de 19-XI-08. Al efecto, ha de discreparse de tal decisión toda vez que la misma parte de un entendimiento inverso de lo prevenido en elArt. 46 LEC/00 en relación a los Juzgados de 1ª Instancia con competencias exclusivas en determinadas materias, en este caso las de Mercantil, obviando la normativa concreta que, en relación a la materia que nos ocupa, imponen losArts 568 de la LEC/00 yArts 50 a 57 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de Julio, llevando así a sus últimas consecuencias la competencia y jurisdicción que a los Juzgados de lo Mercantil les atribuyen losArts 98 LOPJ en relación alArt 86 ter de la misma y alArt 8.3º de la Ley Concursal 22/03. De este modo, no puede olvidarse que nos encontramos en trámite de ejecución siendo de aplicación al efecto lo prevenido en elArt. 568 LEC/00 "El tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley concursal", y en consonancia, lo establecido en elArt 55.2 Ley Concursal 21/03 "Las actuaciones que se hallasen en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a las respectivos créditos". Y de las anteriores normas a aplicar se deriva únicamente la suspensión del trámite de ejecución no contemplándose acumulación alguna, sino solamente, al margen de otras ejecuciones y créditos privilegiados (laborales y administrativos de apremio,Art 55.1.2 L. Concursal, e hipotecarios As 56 y 57 L Concursal), en beneficio de la "par conditio creditorum", el sometimiento de los créditos ordinarios a la masa concursal, debiendo por ello permanecer los autos en el Juzgado de 1ª Instancia en el que se seguían las actuaciones con la suspensión consecuente y a la espera de lo que resulte en el procedimiento concursal, evitándose así mayores complicaciones y complejidades de éste expediente de concurso. De hecho, únicamente se contempla el seguimiento o reanudación de las actuaciones hipotecarias para ante el Juzgado del Concurso en cuanto se compruebe y determine su transcendencia o relevancia conforme se deriva delArt. 57.1 Ley Concursal 22/03. De este modo siendo correcta la declaración de suspensión, por otro lado acordada antes en elAuto de 26-IX-08, al objeto de la reconducción del crédito al concurso para su tratamiento en el modo que corresponda, no puede seguirse de ello la decisión de acumulación, no pedida ni contemplada en las normas que rigen la materia conforme a lo supra analizado. Es necesario entonces el acoger el recurso de apelación deducido en este extremo primero y principal planteado.": AAP Pontevedra (Sección 3) 26.03.2009 (JUR 2009/426717; Auto 31/2009; Rollo 2/2009)

AP Valencia

"PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil número 2 dictó auto, con fecha 28 de Abril de 2.006, que acordaba, a instancia del administrador concursal, la acumulación al concurso de la entidad "ABC S.A. " del procedimiento

de ejecución seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 10 de Valencia, autos 914/05, aludiendo a lo preceptuado en el artículo 51,1 y 55,1 de la Ley concursal.
El Juzgado de Primera Instancia 10 se opuso, rechazando el requerimiento del Juzgado de lo mercantil 2 para acumulación y remisión de los presentes autos, acordando, sin embargo, la suspensión de la ejecución en cuanto a la entidad declarada en concurso, y ello por considerar que puesto que el despacho de ejecución fue anterior a la declaración de concurso realizada por dicho Juzgado, (se despachó ejecución el 5-10-05 y la declaración se produjo el 21 de Marzo de 2.006) el aplicable es el artículo 55,2 ley Concursal, que determina que las actuaciones quedarán en suspenso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, invocando dos autos de dos Juzgados de lo Mercantil de Madrid, que consideraban que, en tal caso, no es cuestión de acumulación, sino de suspensión, y que se tenga en cuenta el derecho del acreedor ejecutante para su reconocimiento y clasificación en el proceso concursal, afectando la suspensión, exclusivamente, a la entidad declarada en concurso, y no a los restantes efectuados.
Ambos Juzgados remitieron pertinentes testimonios de actuaciones, elevándolas a esta Sala para resolución de la discrepancia producida, sin que las partes, debidamente emplazadas hayan efectuado alegación alguna, quedando la cuestión planteada en los términos expuestos.
SEGUNDO.- La Sala considera que, en relación con el conflicto surgido, tal y como mantiene el Juzgado de Primera Instancia 10 de Valencia, no procede dar lugar a la acumulación solicitada por el Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia, ya que aunque según el artículo 8,3 de la Ley Concursal resulta pertinente la acumulación en general, no es de aplicación, en este supuesto, la norma invocada por el Juzgado de lo Mercantil –artículo 51,1 L. Concursal -, que se refiere a los procedimientos declarativos, ya que, en este caso, se trata de un procedimiento de ejecución, por lo que resulta aplicable, exclusivamente, la norma del artículo 55, en su apartado segundo, tal y como resalta el Juzgado de Primera Instancia acertadamente, ya que el primero se refiere a la prohibición de iniciar ejecuciones administrativas o tributarias después de declararse la situación de concurso, aunque podrán continuarse las anteriores –en cuanto a los procedimientos administrativos de ejecución y ejecuciones laborales anteriores, siempre que se dé el presupuesto que el propio precepto contempla, y, en el párrafo segundo, se contempla la suspensión de los procedimientos de ejecución anteriores al concurso, como aquí sucede, sin perjuicio del tratamiento de los créditos -sancionando con nulidad la infracción de tales normas-, ni de las ejecuciones singulares o la continuación de la ejecución frente a los no afectados por la declaración de concurso, en su caso. ": Auto AP Valencia 11.09.2006 (Rollo 505/2006)

JM-4 Madrid

"PRIMERO La pretensión de la concursada de acumular al concurso de modo indiscriminado todos aquellos procedimientos judiciales en los que es parte exige que se realicen algunas precisiones para que aquélla comprenda el alcance de los efectos de la declaración de concurso sobre los procesos que entonces se hallaban en trámite. (…)
TERCERO En el caso de las ejecuciones individuales (salvo en determinadas excepciones y dejando al margen las relacionadas con garantías reales, que merecen un trato especial) el efecto que produce el concurso es la suspensión de las que se hallasen en trámite (artículo 55 de la Ley Concursal), bajo sanción de nulidad de pleno derecho de lo actuado tras la declaración de concurso. Y, en consonancia con su carácter universal, deberá reconducirse el crédito al concurso para que se le dé el tratamiento que le corresponda; lo que no significa acumular procesalmente los autos del expediente de ejecución, sino tener en cuenta el derecho del acreedor ejecutante para su reconocimiento y clasificación en el proceso concursal.
CUARTO Las consideraciones precedentes permiten sentar dos conclusiones terminantes: 1º) yerra la concursada cuando pretende acumular materialmente expedientes de ejecuciones individuales en trámite al concurso, cuando lo procedente es su suspensión con los efectos antes explicados" : Auto JM-4 Madrid 27.10.2005 (AC 2006\110)

2. Se acuerda no sólo la suspensión sino también la acumulación de la ejecución, a instancia del juez del concurso

"PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil número 2 dictó auto, con fecha 11 de Diciembre de 2.008, que acordaba, a instancia del administrador concursal, la acumulación al concurso de la entidad LEVANTE UNIÓN DEPORTIVA S.A.D. del procedimiento de ejecución seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 10 de Valencia, autos 995/08, aludiendo a lo preceptuado en el artículo 8,3 y 55,2 de la Ley concursal.
El Juzgado de Primera Instancia 10 se opuso, rechazando por auto de 28 de Enero de 2.009 el requerimiento del Juzgado de lo mercantil 2 para acumulación y remisión de los presentes autos, acordando, sin embargo, la suspensión de la ejecución en cuanto a la entidad declarada en concurso, y ello por considerar que puesto que el despacho de ejecución fue anterior a la declaración de concurso realizada por dicho Juzgado, (se despachó ejecución el 4-7-08 y la declaración se produjo el 10 de Julio siguiente) el aplicable es el artículo 55,2 ley Concursal, que determina que las actuaciones quedarán en suspenso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, invocando dos autos de dos Juzgados de lo Mercantil de Madrid, que consideraban que, en tal caso, no es cuestión de acumulación, sino de suspensión, y que se tenga en cuenta el derecho del acreedor ejecutante para su reconocimiento y clasificación en el proceso concursal, afectando la suspensión, exclusivamente, a la entidad declarada en concurso, y no a los restantes ejecutados.
Ambos Juzgados remitieron pertinentes testimonios de actuaciones, elevándolas a esta Sala para resolución de la discrepancia producida, sin que las partes, debidamente emplazadas hayan efectuado alegación alguna, quedando la cuestión planteada en los términos expuestos.

SEGUNDO.-El artículo 8 LC y 86 ter LOPJ establecen un catálogo de competencias genéricas que después deben concretarse atendiendo al articulado de la ley. Por lo que aquí nos interesa, en materia de ejecución, si atendemos al tenor del art 8 LC (y el correlativo de la LOPJ) toda ejecución judicial o administrativa contra el patrimonio del concursado es competencia del juez del concurso, pero tal conclusión enseguida observamos que es incorrecta con la simple lectura del art 55 LC, que puntualiza y excepciona, con distinta intensidad y requisitos, los apremios administrativos, las ejecuciones laborales ya entabladas y las ejecuciones de garantías reales a iniciar o ya iniciadas.
En el supuesto anteriormente resuelto por esta Sala se entendió que sólo procedía la suspensión, manteniendo esta Sala la argumentación sostenida por el Juzgado de Primera Instancia 10 de Valencia en contra de la tesis sostenida por el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso, al entender que la norma invocada por este último – relativa a los procedimientos declarativos – no era de aplicación al caso. No se valoró, sin embargo, propiamente, sino el precepto aplicable (en tal sentido, en auto que cita el propio Juzgado de Primera Instancia, de 11 de Septiembre de 2.006, dictado por esta Sala, aunque, por error, se indique como órgano de procedencia la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial)
En el supuesto ahora analizado, se parte de una distinta situación, toda vez que no se cuestiona el precepto aplicable, sino, exclusivamente, la posible coordinación y la conjunción entre la norma ya citada y el artículo 8,3 de la LC más genérico, para realizar una interpretación integradora y no restrictiva o aislada del primer precepto, y, esta Sala, atendidas las razones expresadas por la Administración Concursal, y puesto que, expresamente, no se opone a lo resuelto con anterioridad, dados los términos en que, en aquel momento, se planteó y a la vista del devenir de la Ley concursal, su interpretación integradora y, sobre todo, la finalidad esencial recogida en el segundo de los preceptos, entiende que no resulta contradictorio acordar conforme el artículo 55,2 de aquella Ley la suspensión, y, además, conforme el primero, la remisión de los autos al Juzgado que conoce del concurso, conforme el artículo 8,3 LC, pues la suspensión no equivale al archivo y, desde luego, el contenido patrimonial de la ejecución es evidente. En tal sentido, se modifica la posición anterior, si bien no en cuanto a la consecuencia, sino, exclusivamente, en cuanto al órgano ante el que los autos deberán quedar en suspenso": AAP Valencia 24.03.2009

3. La suspensión no implica el alzamiento de los embargos anteriores

Nota: véase el art 55.3 en su redacción por ley 38/2011

AP Barcelona (Sección 15)

"Fundamentos de derecho.— I. El juzgado de primera instancia, mediante exhorto de 22 de marzo de 2005, fue requerido por el juzgado de lo mercantil para que, tomando conocimiento directo del concurso de acreedores declarado, suspendiera la ejecución singular que en el primero se tramita bajo el número de autos 913/2004, un procedimiento de ejecución de título no judicial instado por la mercantil Banco Urquijo S.A que se había concretado en el embargo de ciertos bienes de A.L.A. y L.V.A. El juzgado inicialmente decidió suspender la ejecución y cancelar los embargos trabados, pero tras el recurso de reposición interpuesto por el banco ejecutante, reconsideró esta medida y, estimando la reposición pretendida, dejó sin efecto la mencionada cancelación de los embargos, que permanecen por tanto en el seno de la ejecución singular suspendida. Contra ello se alzan en apelación los ejecutados, que con esa medida consideran infringido el art. 55.2 LC, siendo irrazonable mantener embargos en el patrimonio del deudor en beneficio singular de un acreedor, cuando éste, declarado el concurso, verá satisfecho su derecho de crédito en la medida que se determine en el proceso concursal, pues de lo contrario se atenta contra el principio de la par condicio creditorum y de universalidad del concurso. Además, afirman, la cancelación de la traba no deja en peor situación al acreedor que la que tenía en el momento de producirse la suspensión, porque por efecto de la misma regla concursal el juzgado de primera instancia no podrá admitir ninguna otra ejecución posterior y no es posible por ello la pérdida de la preferencia en la vía de apremio si ésta se reanudara. Extremos todos ellos rechazados por el ejecutante, que interesa la confirmación del auto recurrido.
II. Los recurrentes consideran que la cancelación de los embargos decretados en la ejecución singular que es objeto de suspensión, al encontrarse en trámite cuando se declara el concurso, es una consecuencia natural de la suspensión, pero discrepamos frontalmente de esa conclusión.
Asiste la razón, ciertamente, a los apelantes cuando describen el propósito del art. 55.2 LC: el concurso pretende una ejecución ordenada sobre el patrimonio del deudor de todos los créditos concurrentes, ya se concrete en un convenio entre ellos ya se plasme finalmente en una liquidación, pero en todo caso bajo el principio mencionado de la par condicio creditorum y la comunidad en las pérdidas según la diferente clasificación de los créditos reconocidos. Por tanto, es claro que no puede admitirse que cada acreedor inicie o prosiga contra el deudor ejecuciones singulares que menoscaben su patrimonio al margen del concurso. Esta vis attractiva del proceso concursal, desde luego conocida en la legislación derogada (v.gr. art. 9 LSP), se recogió en el art. 55 LC, que después de afirmar que " (d)eclarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", aunque estableciendo seguidamente ciertas excepciones que no vienen al caso en estos autos, señala en su segundo párrafo que " (l)as actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos", y como corolario, culmina en su tercer párrafo diciendo que " (l)as actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho."
En coherencia con lo anterior y para que el engranaje funcione con corrección, se modifica (disp. final 3ª LC) la literalidad del art. 568 LEC, que señala que " (e)l tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y

la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal".
Queda claro por tanto que, concurrente el supuesto de hecho de estas normas, la consecuencia legal no es la acumulación de las ejecuciones singulares, como ocurría antes de la LC, sino su suspensión, que provoca la paralización de todas las actuaciones que en el marco de la ejecutoria se pudieran practicar, tal y como es tratada por la LEC, como un supuesto más de suspensión de la ejecución. Es aquí donde yerran los apelantes, tanto desde el punto de vista puramente procesal, como desde la perspectiva concursal:
El art. 568 LEC se incardina en el capítulo V del título III de la LEC, dedicado a la ejecución, y recoge, junto a otros supuestos específicos, la suspensión en caso de situaciones concursales; por tanto, necesariamente debe ser puesto en relación con el art. 565 de la misma Ley, que tras establecer el principio general de que la ejecución no puede suspenderse más que en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso o lo acuerden todas las partes personadas en la ejecutoria, añade: "Decretada la suspensión, podrán, no obstante, adoptarse o mantenerse medidas de garantía de los embargos acordados y se practicarán, en todo caso, los que ya hubieren sido acordados." Siendo la LEC de aplicación supletoria en el concurso (disp. final 5ª LC: "En lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma. En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso"), y no estableciendo nada específico la LC sobre la concepción de la suspensión que decreta el art. 55, no existe razón alguna para entenderla de forma diferente a la que marca la ley ritual civil.
Desde el punto de vista meramente gramatical, es claro que "suspender" una ejecución ya iniciada, con embargos decretados y llevados a cabo, no es compatible con cancelar la traba y dejarla sin efecto, retrotrayendo al ejecutante al momento anterior a la ejecución despachada, algo que ni la LEC ni el mismo juzgado de lo Mercantil exhortante pretenden.
Concursalmente hablando, no sólo no existe norma expresa que ordene que los embargos preexistentes deban ser alzados por mor del concurso, sino que, decretando el art. 55 LC que serán radicalmente nulas las actuaciones que pretendieran realizarse tras la suspensión, y contando el acreedor ejecutante con un título perfectamente hábil para ser incluido en la lista de acreedores del concurso, sin que por ello disponga de preferencia alguna que altere la par condicio, el alzamiento de la traba resulta innecesario. Piénsese, por ejemplo, en que, concebida así la suspensión, y la cancelación del embargo como una consecuencia natural de la misma, la suspensión especial que recoge el artículo 56.2 para las ejecuciones de garantías reales carecería de toda eficacia y sentido.
De alzarse los embargos, el ejecutante quedaría en peor condición que antes de la suspensión, pues si el auto de declaración del concurso se dejara sin efecto por cualquier razón o el concurso terminara sin pago de las deudas, por ejemplo por inexistencia de bienes y derechos del deudor (art. 176.1.3º LC), quedaría expuesto a una pérdida de prioridad si no se recupera la traba con premura. Este es un riesgo que el ejecutante, que inició el proceso ejecutivo con anterioridad a la declaración del concurso, debe arrostrar cuando se haya aprobado un convenio concursal que así lo dispusiera o de otra forma vea satisfecho su derecho de crédito, pero no cuando el concurso acaba de declararse e inicia su fase común.
Por todo lo que antecede, en fin, consideramos que los apelantes parten de un análisis correcto del contenido y espíritu del art. 55.2 LC, pero extraen de la norma una consecuencia exacerbada, el alzamiento necesario de los embargos decretados en la ejecución suspendida, lo que se reputa un exceso sin base legal. Por todo ello, y sin necesidad de adentrarse en los problemas planteados de admisibilidad previa del recurso mismo, confirmamos la decisión de la juzgadora de instancia.": AAP Barcelona (Sección 15) 04.05.2006 (Rollo 844/2005)

"PRIMERO El ejecutante se alza frente el auto que declara la nulidad de pleno derecho de todas las actuaciones, con archivo del proceso, y levantamiento de todos los embargos acordados en las actuaciones, por razón de la declaración de concurso voluntario de la ejecutada. Solicitando la apelante que se mantengan los embargos practicados con anterioridad a la presentación del concurso del acreedores, en aplicación delartículo 55.2 de la Ley Concursal.
SEGUNDO LaLey Concursal, 22/2003 de 9 de julio, en su Exposición Motivos nos dice: "La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión."
En suArt. 55 sobre Ejecuciones y apremios distingue: -1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.".

En el presente caso, nos encontramos ante un proceso cambiario iniciado en fecha 5 de junio de 2008, que al no mediar oposición, se dictó auto despachando ejecución en fecha 31 de julio de 2008, con mandamiento de embargo preventivo de saldos y fincas registrales. Por la ejecutada se aportaauto de fecha 15 de octubre de 2009 en que se declara en situación legal de concurso voluntario de la misma, por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona. Y, en el procedimiento de ejecución cambiaria, se dicta ulterior auto de mejora de embargo de 23 de octubre de 2009, y diligencia de ordenación de 29 de octubre de 2009, señalando la subasta de otras fincas embargadas para el día 11 de diciembre de 2009.
En aplicación delartículo 55 de la Ley Concursal, y en relación alart. 568 de la LEC, debemos de distinguir, en el caso que nos ocupa dos situaciones:
- En relación a los actos anteriores a la declaración de concurso, elart. 55.2 LEC prevé, así como elart. art. 568 de la LEC, no la nulidad o sobreseimiento de las actuaciones, sino que "quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos". Se refieren ambos preceptos a "suspensión" de las ejecuciones, y, no de nulidad ni archivo. La trascendencia de la diferencia de una y otra estriba, como señala la doctrina, en que en el caso de conclusión del concurso, la ejecución suspendida podrá reanudarse siempre, claro está, que el crédito que la motivaba no haya quedado satisfecho o extinguido por razón del concurso.
- Y, en relación a las actuaciones ejecutivas declarado ya el concurso, en éste caso, debemos de acudir alapartado 3 del art. 55 LC, y la consecuencia sí que en éste caso será de nulidad de pleno derecho de las actuaciones ejecutivas practicadas.
Lo que aplicado al caso que nos ocupa, debemos igualmente distinguir, y, por tanto, debe estimarse el recurso en el sentido de que las actuaciones en tramitación anteriores a la declaración del concurso, lo que procederá es la suspensión, no su nulidad, así quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar al respectivo crédito cambiario, dándose conocimiento al juzgado que tramita el concurso. Mientras que respecto de la mejora de embargo y señalamiento de subasta, aquí sí que procede confirmar la nulidad de dichas actuaciones; de hecho el recurrente no se refiere ya a ellas, sino sólo a las anteriores.”: AAP Barcelona 01.03.2011 (JUR 2011/181000; Auto 26/2011; Rollo 399/2010)

AP León

“si bien no compartiendo el razonamiento que contiene sobre el alzamiento de los embargos, siguiendo al efecto los argumentos de la resolución de la Sección Quince de Barcelona de fecha 19 de julio de 2006 sobre la interpretación que hace del art. 55.2 en supuestos como el presente al decir
"Desde el punto de vista meramente gramatical, es claro que "suspender" una ejecución ya iniciada, con embargos decretados y llevados a cabo, no es compatible con cancelar la traba y dejarla sin efecto, retrotrayendo al ejecutante al momento anterior a la ejecución despachada, algo que ni la LEC ni el mismo Juzgado de lo Mercantil exhortante pretenden.
Concursalmente hablando, no sólo no existe norma expresa que ordene que los embargos preexistentes deban ser alzados por mor del concurso, sino que, decretando el artículo 55 de la LC que serán radicalmente nulas las actuaciones que pretendieran realizarse tras la suspensión, y contando el acreedor ejecutante con un título perfectamente hábil para ser incluido en la lista de acreedores del concurso, sin que por ello disponga de preferencia alguna que altere la par conditio, el alzamiento de la traba resulta innecesario. Piénsese, por ejemplo, en que, concebida así la suspensión, y la cancelación del embargo como una consecuencia natural de la misma, la suspensión especial que recoge el artículo 56.2 para las ejecuciones de garantías reales carecería de toda eficacia y sentido.
De alzarse los embargos, el ejecutante quedaría en peor condición que antes de la suspensión, pues si el auto de declaración del concurso se dejara sin efecto por cualquier razón o el concurso terminara sin pago de las deudas, por ejemplo por inexistencia de bienes y derechos del deudor (art. 176.1.3º LC), quedaría expuesto a una pérdida de prioridad si no se recupera la traba con premura. Este es un riesgo que el ejecutante, que inició el proceso ejecutivo con anterioridad a la declaración del concurso, debe arrostrar cuando se haya aprobado un convenio concursal que así lo dispusiera o de otra forma vea satisfecho su derecho de crédito, pero no cuando el concurso acaba de declararse e inicia su fase común."
Procede, pues, la suspensión sin que pueda entenderse también alzamiento de embargos por las propias razones que se exponen en dicha resolución y que recoge el auto ahora apelado, previéndose en el art. 565 y 568 de la L.E.C la suspensión de ejecuciones ya iniciadas en el supuesto de iniciación de concurso (modificación legal introducida en la Ley Procesal precisamente por la Disposición Final Tercera de la Ley Concursal), modificando únicamente en tal sentido el auto impugnado. ”: AAP León (Sección 1) 29.07.2011 (Auto 49/2011; Rollo 168/2011)

AP La Coruña

“PRIMERO.-Por parte de la concursada se presentó demanda incidental pretendiendo el alzamiento y la cancelación de una serie de embargos y anotaciones de demanda en su contra, efectuados con anterioridad a la declaración del concurso, sosteniendo que una vez declarado el mismo todos los acreedores quedan integrados en la masa pasiva y no pueden iniciarse ejecuciones singulares ni apremios, bajo sanción de nulidad de pleno derecho, todo ello por la finalidad del concurso y el principio de "par conditio creditorum", que se vería frustrado si los acreedores a cuyo favor se practicaron tales medidas o anotaciones iniciaran o continuaran las ejecuciones eludiendo el régimen del concurso, y supondría mantener un privilegio no reconocido expresamente en la normativa concursal, siendo extrapolable a la fase común concursal la regla de que los bienes se venden en liquidación libres de cargas.

SEGUNDO.-El auto del Juzgado de lo Mercantil, acogiéndose al artículo 194.2 LC, inadmitió a trámite el incidente por estimar la cuestión planteada impertinente o carente de la entidad necesaria, dado que la Ley Concursal no prevería el alzamiento o cancelación de los embargos y anotaciones preventivas en la fase común del concurso, sino por necesidad derivada de la aprobación del convenio o apertura de la liquidación, con la excepción contenida en el artículo 55.
TERCERO.-En el recurso insiste la parte apelante en su tesis, añadiendo algunas sentencias en apoyo de la misma. Por dos de las acreedoras se alegó en contra del recurso y en apoyo del auto del Juzgado, por carencia de fundamento y acción, incompetencia del Juzgado de lo Mercantil sobre lo pedido, fraude procesal y otras razones.
CUARTO.-Se desestima el recurso, por lo razonado en el auto apelado, no obstante que algunas voces se hubiesen pronunciado en el mismo o parecido sentido al sostenido por la parte apelante.
La finalidad y principios en materia concursal no suponen que, por el solo hecho de la declaración del concurso, deban levantarse las medidas y cancelarse las anotaciones registrales adoptadas judicialmente con anterioridad, al margen de quedar en suspenso y sometidas a la vigilancia de la administración concursal y juez del concurso o de lo que pueda acordar en determinadas circunstancias.
Existen antecedentes en el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 sobre los juicios y ejecuciones. Entre otras cosas disponía que, durante el procedimiento, todos los embargos y administraciones judiciales constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados quedaban en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores, todo ello sin menoscabo del derecho de los acreedores privilegiados y de dominio al cobro de sus créditos.
De la Ley Concursal podemos citar los siguientes preceptos en su redacción actual:
El artículo 8 en cuanto atribuye al juez del concurso, entre otras materias:..."3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. 4º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º.
4º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso".
Artículo 24.4: "Si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se inscribirán en el folio correspondiente a cada uno de ellos la declaración de concurso, con indicación de su fecha, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales. Practicada la anotación preventiva o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el art. 55.1".
Es cierto el principio de integración de todos los acreedores en la masa pasiva del concurso salvo excepciones (art. 49).
El artículo 50 impide el inicio de nuevos juicios declarativos de los que deba conocer el juez del concurso, con la invalidez y archivo de las actuaciones que se hubieran practicado.
El artículo 51 dispone respecto de los juicios declarativos en tramitación al momento de la declaración de concurso su continuación ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.
El artículo 55 se refiere a las ejecuciones y apremios: "1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor Véase art. 164.2 LGT.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor Véase art 24.4 de la presente Ley.Téngase en cuenta el art. 51 de presente Ley, así como los arts. 148 y 149..
1- Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudorVéase art. 164.2 LGT. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudorTéngase en cuenta el art. 51 de presente Ley, así como los arts. 148 y 149 art.148 art.149. 2- Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. 3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.
3- Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos. 4- Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real" (vid. para éstos los arts. 56 y 57).

Entre las reglas legales supletorias de las operaciones de liquidación, para el caso de no aprobarse un plan de liquidación o en lo que no hubiere previsto el aprobado, el artículo 149.3 prevé expresamente que "el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al art. 90".
Por su parte, el artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras establecer en su nº 1 que solo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución, añade en su nº 2 que decretada la suspensión, podrán, no obstante, adoptarse o mantenerse medidas de garantía de los embargos acordados y se practicarán, en todo caso, los que ya hubieren sido acordados.
Más específicamente el artículo 568 LEC contempla la suspensión en caso de situaciones concursales: "1- No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso. 2. El Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal Véanse arts. 55 a 57 LC art.55 art.56 art.57.
2- El secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal".
Con la matización resultante de la redacción normativa vigente entonces, también podemos citar los autos de la Audiencia Provincial Barcelona (15ª) de 4/5 y 19/7/2006, en el mismo sentido que el de León (1ª) de 29/7/2011 :
"Desde el punto de vista meramente gramatical, es claro que "suspender" una ejecución ya iniciada, con embargos decretados y llevados a cabo, no es compatible con cancelar la traba y dejarla sin efecto, retrotrayendo al ejecutante al momento anterior a la ejecución despachada, algo que ni la LEC ni el mismo Juzgado de lo Mercantil exhortante pretenden.
Concursalmente hablando, no sólo no existe norma expresa que ordene que los embargos preexistentes deban ser alzados por mor del concurso, sino que, decretando el artículo 55 de la LC que serán radicalmente nulas las actuaciones que pretendieran realizarse tras la suspensión, y contando el acreedor ejecutante con un título perfectamente hábil para ser incluido en la lista de acreedores del concurso, sin que por ello disponga de preferencia alguna que altere la par conditio, el alzamiento de la traba resulta innecesario. Piénsese, por ejemplo, en que, concebida así la suspensión, y la cancelación del embargo como una consecuencia natural de la misma, la suspensión especial que recoge el artículo 56.2 para las ejecuciones de garantías reales carecería de toda eficacia y sentido.
De alzarse los embargos, el ejecutante quedaría en peor condición que antes de la suspensión, pues si el auto de declaración del concurso se dejara sin efecto por cualquier razón o el concurso terminara sin pago de las deudas, por ejemplo por inexistencia de bienes y derechos del deudor (art. 176.1.3º LC), quedaría expuesto a una pérdida de prioridad si no se recupera la traba con premura. Este es un riesgo que el ejecutante, que inició el proceso ejecutivo con anterioridad a la declaración del concurso, debe arrostrar cuando se haya aprobado un convenio concursal que así lo dispusiera o de otra forma vea satisfecho su derecho de crédito, pero no cuando el concurso acaba de declararse e inicia su fase común."
QUINTO.-Lo dicho basta para la desestimación del recurso, aunque sin hacer mención sobre las costas de la alzada dada la controversia habida sobre la cuestión con las consecuentes dudas jurídicas interpretativas que razonablemente se han suscitado, además de las reformas de la Ley Concursal (art. 398 en relación al 394 LEC). Procede sin embargo la pérdida del depósito constituido para recurrir (D.A. 15ª LOPJ).”: AAP La Coruña (Seción 4) 28.06.2012 (Auto 91/2012; Rollo 315/2012)

3.1 Embargos preventivos preexistentes

3.1.1 Mantenimiento

AP Madrid (cambiario)

“PRIMERO.- El Juez de Instancia en la resolución objeto del presente recurso de apelación, acuerda el sobreseimiento del juicio cambiario respecto de D. Marino y Dª María Luisa, declarados en concurso por auto de fecha 9 de junio de 2009 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, y acuerda asimismo alzar los embargos preventivos trabados sobre los bienes de los citados demandados, frente a dicha resolución se alza la parte recurrente y ejecutante, entendiendo y considerando de forma correcta, que tratándose de un procedimiento de naturaleza cambiaria, el mismo en el momento inicial, tiene el carácter de procedimiento de ejecución, puesto que una vez comprobada por el Juez la licitud del título no judicial que se pretende ejecutar acuerda el despacho de ejecución del mismo y el embargo de bienes de los ejecutados, por lo que y sin perjuicio de que posteriormente pueda formularse demanda de oposición a la ejecución despachada por los ejecutados, lo que convertiría a este otro proceso en declarativo, en su fase inicial es un proceso de ejecución, y por tanto la norma aplicable la constituye e integra el art. 568.2 de la L.E.C., que establece que el Secretario Judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso el inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirige exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estará sujeto a cuanto establece

la Ley Concursal por otra parte el art. 55.2 de la Ley Concursal establece que las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, por lo tanto tratándose de un proceso de naturaleza ejecutiva necesariamente la resolución a adoptar es la suspensión del procedimiento sin perjuicio del tratamiento que quepa dar a los créditos en el procedimiento concursal, no procediendo tampoco en consecuencia ni el sobreseimiento del juicio cambiario ni el alzamiento de los embargos trabados.": AAP Madrid (Sección 18) 29.11.2012 (Auto 274/2012; Rollo 556/2012)

AP Tarragona

"PRIMERO Las medidas cautelares delart. 721 L.Enj.Civil están previstas para garantizar la efectividad de la sentencia estimatoria, pues su finalidad es el aseguramiento de un posible pronunciamiento de la sentencia cuya efectividad pudiera verse frustrada durante el trámite del litigio.
Los presupuestos que deben concurrir para la adopción de medidas cautelares vienen previstos en elart. 728 L.Enj.Civil: peligro por la mora procesal y apariencia de buen derecho, de manera que se exige justificar que durante la pendencia del proceso pueden producirse situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la sentencia; así como presentar datos y argumentos que funden un juicio provisional favorable a la pretensión deducida en la demanda.
Respecto al peligro por la mora procesal, elartículo 728 L.Enj.Civilno exige acreditar la insolvencia del demandado sino que basta con justificar que en el curso del proceso, de no adoptarse la medida, podrían producirse situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.
En lo referente a la apariencia de buen derecho, elartículo 728.2 L.Enj.Civilestablece que "el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión". Por tanto, no corresponde a este momento procesal determinar la viabilidad de la pretensión, sino establecer si existe un cierto juicio positivo de que el resultado del proceso principal podría llegarse a resolver favorablemente para la actora.
En atención a la documental aportada con la demanda existen elementos suficientes para acordar la medida recurrida, tanto con relación a la posibilidad de obtener el reconocimiento del derecho reclamado que aprecia el auto apelado, como a las dificultades de su cobro según viene a ratificar la situación concursal expuesta en el recurso.
SEGUNDO Las alegaciones del recurso sobre la solicitud de concurso voluntario, como garantía de protección de los acreedores frente a una situación de insolvencia, no son impedimento para mantener este embargo preventivo decretado antes de la declaración de concurso.
No es aplicable supuesto enjuiciado la jurisprudencia invocada relativa a medidas cautelares solicitadas antes de la declaración de concurso, que fueron adoptadas con carácter previo habiendo sido interpuesta la demanda con posterioridad a la declaración de concurso y no como ocurre en este caso en el que ha sido planteada la demanda y decidida la adopción de la medida cautelar con anterioridad a la declaración judicial del concurso.
Si bien está limitada la eficacia ejecutiva de la medida cautelar que afecta al patrimonio del concursado tras la declaración del concurso, ello no significa que no pueda ser adoptado el embargo preventivo en el presente proceso civil, sin perjuicio de las consecuencias que la declaración del Concurso pueda tener respecto a la acumulación, lo que es una cuestión ajena a la procedencia de la medida cautelar decretada anteriormente de conformidad con losarts. 8.4º y 51 LC, en relación con elart. 86 ter, 4º LOPJ.": AAP Tarragona 16.10.2008 (JUR 2009/79560; Auto 105/2008; Rollo 278/2008)

3.1.2. Inaplicabilidad del art 731.1 LEC

AP Barcelona (Sección 17)

"PRIMERO.- ESTRUCTURAS METÁLICAS BAYO, S.L. interpone recurso frente al Auto que acuerda dejar sin efecto la medida cautelar de embargo preventivo de los bienes propiedad de GESTIÓN, TECNOLOGÍAS Y DESARROLLOS DE SISTEMAS INDUSTRIALES, S.A.
Considera la resolución recurrida que habiendo sido dictada sentencia, en el procedimiento ordinario 1599/08, el 18-9- 2009, que ha devenido firme, y puesto que la medida cautelar no tiene una autonomía propia, sino que aparece subordinada instrumentalmente a un juicio, así como que la medida cautelar puede transformarse en medida ejecutiva si así se solicita, en aplicación de lo establecido en el art. 731 LEC, procede dejarla sin efecto al haber trascurrido el plazo contemplado en el art. 548 LEC, sin que la parte actora haya planteado ejecución de la sentencia.
SEGUNDO.- Indica la recurrente que la demandada entra en concurso voluntario el 27-5-2009, con posterioridad a los embargos trabados en ejecución de la medida cautelar, acordada el 22-4-2009, y el art. 55 de la ley Concursal le impide la solicitud de la ejecución de la sentencia, indicando que quedarán en suspenso los embargos y apremios, sin perjuicio del tratamiento concursal del crédito. Y considera que, de la misma manera, el Juzgado está obligado a mantener en suspenso las actuaciones hasta que la recurrente, una vez concluso el concurso, pueda tramitar la ejecución de Sentencia, como establece el art. 178.2 de la Ley Consursal, no pudiendo la Administración Concursal de la demandada solicitar el alzamiento de los embargos

trabados, porque son actuaciones resueltas y notificadas con anterioridad al Auto de inicio del concurso voluntario de la demandada.
Y expone que, a mayor abundamiento, el embargo trabado respecto de las cantidades a ingresar por la mercantil VOLKSWAGEN NAVARRA, S.A., tiene su razón de ser en el ejercicio extrajudicial de la acción del art. 1597 CC realizado por burofax el 16-3-2009.
TERCERO.- Efectivamente, el apartado primero del artículo 55 de la Ley Concursal, que regula lo referente a "Ejecuciones y apremios" dispone que: "Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor ". Y el apartado segundo del mismo artículo establece que: "Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos."
Por su parte, el apartado primero del artículo 731 LEC, que regula lo referente a la "Ejecución provisional y medidas cautelares" señala que: "No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el art. 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas".
Una interpretación de la última frase del art. 731 LEC, sin tener en consideración lo establecido en el art. 55 de la Ley Concursal, puede conducir a dejar sin efectividad una medida cautelar, al exigir e impidir al mismo tiempo al favorecido con una sentencia estimatoria, obligar a instar e impedir iniciar, al mismo tiempo, un proceso de ejecución singular, una vez declarado el concurso.
Quien ha visto estimada su pretensión en sentencia no puede iniciar una ejecución singular por impedirlo el art. 55.1 de la Ley Concursal, pero al mismo tiempo, en una interpretación literal del art. 731.1 LEC, si no solicitare ejecución, verá alzadas las medidas cautelares adoptadas.
Una interpretación que tenga en cuenta la finalidad del art. 731 LEC permite integrarlo con el art. 55 Ley Consursal, y no llegar al contrasentido a que conduce su interpretación literal y al margen de lo establecido por la segunda norma.
Es razonable y lógico que, si quien solicitó la medida cautelar no insta por propia voluntad la ejecución de la sentencia favorable firme en el plazo establecido para ello, se alcen las medidas cautelares, pues éstas tienen como finalidad, conforme al art. 721 LEC "asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictase". Y si quien obtuvo la sentencia estimatoria no tiene interés en la ejecución, dejando transcurrir el plazo establecido en el artículo 548 LEC, es él quien considera y decide que el alzamiento de la medida, advertido por el art. 731 LEC, no perjudica la efectividad de la tutela judicial que ha obtenido con la sentencia dictada.
Pero, en el supuesto de que el condenado por la sentencia estimatoria esté incurso en un procedimiento concursal, el actor que ha visto estimada su pretensión en el procedimiento declarativo singular no puede iniciar una ejecución singular, por mandato del art. 55 Ley Concursal. Por ello, la consecuencia no ha de ser la misma que si no tuviera voluntad de instar la ejecución, pues además el apartado segundo del art. 55 de la Ley Concursal establece, como contrapartida a la imposibilidad de ejecución, no su archivo, sino la suspensión de las actuaciones de ejecución hasta la conclusión del concurso, ya que conforme al art. 178 de la Ley Concursal, dependiendo de como acabe aquel, "los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares". Y en el caso de que se permitiera alzar las medidas cautelares acordadas, impidiendo al mismo tiempo el inicio de la ejecución individual, cuando se pudiera instar ésta, la efectividad de la tutela judicial se habría hecho imposible a causa del alzamiento acordado, lo que sin duda habría generado indefensión. ": AAP Barcelona (Sección 17) 11.04.2012 (Auto 52/2012; Rollo 426/2011)

4. Improcedencia de la suspensión por la mera solicitud (no declaración) del concurso

"PRIMERO El presente recurso se formula por la parte ejecutante contra el citado auto que declaró el archivo de la ejecución por haber sido declarada en situación de concurso la entidad ejecutada y se funda en que, dicha resolución, vulnera elart.55 de la Ley Concursal en cuanto que se dictó cuando esa declaración no había tenido lugar lo que impide aquel archivo.
SEGUNDO EstaSala, no comparte loa Fundamentos de la resolución apelada de 6-3-09 a la vista de las actuaciones y de la diligencia obrante en el presente en relación con el estado del concurso que ha instado la ejecutada por las siguientes consideraciones.
1)Según informa el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta Ciudad, en relación con la ejecutada el 27 2-09 se dictó no admitiendo el concurso que había instado, proveyendo el 23-3-09 el recurso de reposición contra ello formulado no resuelto aún en esta fecha y, por tanto no mediando declaración de aquel.
2) Debiendo resolverse la litis según la situación existente al iniciarla, según losarts. 410 a 412 de la LEC, cuando se dictó el repetido auto apelado la misma declaración no se había producido ni siquiera actualmente.
3)La consecuencia de ello, es que efectivamente existe la vulneración delart.55 de la Ley Concursal denunciada en esta apelación que por ello se acoge ya que,según él, no cabe acordar el archivo de la ejecución con esa ausencia de declaración concursal y por ello la misma ha de seguir,lo que resulta del tenor de esa norma al señalar en su apartado 1 que, declarado el concurso,no pondrán iniciarse las ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremio administrativos o tributarios contra el deudor,en su apartado 2,que las actuaciones que estén en tramitación se suspenderán desde la fecha de declaración del concurso,sin perjuicio del tratamiento concursal que proceda dar a los respectivos créditos,y en su apartado 3, que las actuaciones que se realicen en contravención de lo dispuesto en los anteriores serán nulas de pleno derecho.": AAP Valencia (Sección 7) 22.07.2009 (JUR 2010/95420; Auto 166/2009; Rollo 338/2009)

Art. 55.3 (inicial)

3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.

1. Nulidad/Improcedencia de las ejecuciones iniciadas tras la fecha de declaración de concurso

AP Barcelona (Sección 15)

"PRIMERO.- La resolución recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Concursal, deniega el despacho de ejecución de la sentencia de 26 de Mayo de 2010 dictada en segunda instancia por esta Sala en el procedimiento ordinario 275/2007 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil 5. La resolución denegatoria, en definitiva, viene motivada en la declaración en concurso de la entidad contra la que se dirige la demanda de ejecución -MARESMAR GOLF S.A.-.
La apelante considera que se ha infringido el artículo 51 de la Ley Concursal, al haberse iniciado el proceso declarativo con anterioridad a la declaración de concurso. También alude al carácter contingente del crédito y a que, a su entender, éste debe ser reconocido finalmente como crédito contra la masa.
SEGUNDO.-El artículo 55 de la Ley concursal dispone que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor". La razón de ser de la norma se encuentra en la "vis atractiva" del concurso y en la necesidad de dar un trato paritario al conjunto de acreedores, lo que es incompatible con la proliferación de ejecuciones singulares al margen del concurso. La resolución recurrida, por tanto, es ajustada a Derecho, dado que, constatado que la sociedad contra la que se dirige la ejecución ha sido declarada en concurso, extremo que no se discute, ésta no puede ser admitida a trámite.
La recurrente sustenta su recurso en el artículo 51 de la Ley Concursal, precepto que no es aplicable al presente caso. De un lado, por cuanto regula los efectos de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos pendientes, no sobre los procesos de ejecución. Y, de otro, por cuanto la norma sólo permite la continuación de los procedimientos pendientes al tiempo de declararse el concurso "hasta la firmeza de la sentencia". Firme la sentencia entra en juego el artículo 55 de la Ley, que prohíbe iniciar ejecuciones singulares y ordena la suspensión de las que se encuentran en trámite.
TERCERO.-En el hecho tercero del recurso la apelante alega que su crédito fue reconocido en el informe de la administración concursal como contingente, sin aclarar en qué afecta ello a lo que aquí se discute. El carácter contingente del crédito, por litigioso, acredita su naturaleza concursal (artículo 87.3º de la Ley Concursal) La contingencia desaparece con el reconocimiento del crédito en sentencia, sin que por ello pierda su condición de crédito concursal. En cualquier caso, si la apelante entiende que es posible que un crédito concursal contingente se "transforme" en crédito contra la masa, como sostiene en el recurso, deberá hacer valer su pretensión ante el juez del concurso (artículo 84.4º de la Ley Concursal). Todo ello, de igual forma, es irrelevante, a estos efectos. En definitiva, ante una demanda de ejecución de una sentencia firme recaída en un procedimiento ordinario iniciado antes de la declaración de concurso, sólo cabe denegar la ejecución, como así hace la resolución recurrida. Por todo ello, debe desestimarse el recurso.": AAP Barcelona (Sección 15) 15.10.2012 (Auto 118/2012; Rollo 286/2012)

"PRIMERO.- La resolución recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Concursal, deniega el despacho de ejecución del decreto de 19 de mayo de 2011 por el que se aprueba la tasación de costas, por importe de 5.703,17 euros, recaído en procedimiento ordinario 275/2007 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil 5. La resolución denegatoria, en definitiva, viene motivada en la declaración en concurso de la entidad contra la que se dirige la demanda de ejecución -MARESMAR GOLF S.A.-. Aun cuando el decreto objeto de la demanda de ejecución incluye como condenado a Don Moises, es evidente que ello obedece a un mero error material -se desconoce si ha sido subsanado-, dado que éste no fue condenado en el pleito principal. Así se deduce de la documentación aportada con la demanda. De ahí que la resolución recurrida no mencione a Don Moises, que se sustente únicamente en la situación de concurso voluntario de MERESMAR GOLF S.A. y que la ejecutante tampoco denuncie en el recurso el que se haya excluido de la ejecución.
La apelante considera que se ha infringido el artículo 51 de la Ley Concursal, al haberse iniciado el proceso declarativo del que dimana el decreto de aprobación de la tasación de costas con anterioridad a la declaración de concurso. También alude al carácter contingente del crédito y a que, a su entender, éste debe ser reconocido finalmente como crédito contra la masa.
SEGUNDO.-El artículo 55 de la Ley concursal dispone que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor". La razón de ser de la norma se encuentra en la "vis attractiva" del concurso y en la necesidad de dar un trato paritario al conjunto de acreedores, lo que es incompatible con la proliferación de ejecuciones singulares al margen del concurso. La resolución recurrida, por tanto, es ajustada a Derecho, dado que, constatado que la sociedad contra la que se dirige la ejecución ha sido declarada en concurso, extremo que no se discute, ésta no puede ser admitida a trámite.
La recurrente sustenta su recurso en el artículo 51 de la Ley Concursal, precepto que no es aplicable al presente caso. De un lado, por cuanto regula los efectos de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos pendientes, no sobre los procesos de ejecución. Y, de otro, por cuanto la norma sólo permite la continuación de los procedimientos pendientes al tiempo de declararse el concurso "hasta la firmeza de la sentencia". Firme la sentencia entra en juego el artículo 55 de la Ley, que prohíbe iniciar ejecuciones singulares

y ordena la suspensión de las que se encuentran en trámite. La prohibición de iniciar ejecuciones alcanza a todo tipo de resoluciones y cualquiera que sea el órgano que la haya dictado.
TERCERO.-En el hecho tercero del recurso la apelante alega que su crédito fue reconocido en el informe de la administración concursal como contingente, sin aclarar en qué afecta ello a lo que aquí se discute. El carácter contingente del crédito, por litigioso, acredita su naturaleza concursal (artículo 87.3º de la Ley Concursal) La contingencia desaparece con el reconocimiento del crédito en sentencia o resolución judicial, sin que por ello pierda su condición de crédito concursal. En cualquier caso, si la apelante entiende que es posible que un crédito concursal contingente se "transforme" en crédito contra la masa, como sostiene en el recurso, deberá hacer valer su pretensión ante el juez del concurso (artículo 84.4º de la Ley Concursal). Todo ello, de igual forma, es irrelevante, a estos efectos. En definitiva, ante una demanda de ejecución de una resolución judicial firme, sólo cabe denegar la ejecución, como así hace el auto recurrido. Por todo ello, debe desestimarse el recurso.": AAP Barcelona (Sección 15) 16.10.2012 (Auto 119/2012; Rollo 287/2012)

AP La Coruña

"PRIMERO Es objeto del presente recurso de apelación la demanda solicitando despacho de ejecución de título judicial que presenta Aragonesa de Instalaciones y Obras 2000, S.L. contra Mantenimientos y Construcciones Alcuba, S.A. Desestimada íntegramente la demanda, en virtud de Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº. 7 de A Coruña, en atención a la declaración de concurso de la parte demandada, contra la referida resolución judicial se interpuso el recurso de apelación cuya decisión nos incumbe, el cual no ha de ser estimado.
SEGUNDO La Ley Concursal prevé la continuación de los juicios declarativos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso de la entidad demandada, que se tramitarán hasta la firmeza de la resolución judicial, con la particularidad de que intervendrá en los mismos el administrador judicial cuando se hayan suspendido las facultades del órgano de administración de la entidad demanda (art. 51 LC). Ahora bien, una vez obtenido -en su caso- el pronunciamiento de condena, la situación de concurso del demandado entraña -con carácter general- la suspensión de cualquier ejecución contra sus bienes (art. 55 LC), pasando los demandantes a integrar la masa pasiva del concurso y, por tanto, quedando dicha ejecución sometida al especial régimen previsto para las entidades en situación de concurso de acreedores.
En el presente asunto, tiene razón el apelante cuando afirma que el Juzgado ha incurrido en un error al señalar que no procede despachar la aplicación «de conformidad con lo previsto en elart. 50.1 LC » por cuanto dicho precepto alude a la inadmisión de nuevos juicios declarativos contra el demandante. Sin embargo, dicho error no afecta a la resolución del presente recurso por cuanto debe denegarse la ejecución (art. 552.1 LEC) dado que en el momento de dictarse lasentencia de condena, de 12 de enero de 2009, el demandado ya había sido declarado en concurso de acreedores por lo que, a tenor de lo dispuesto en el referidoart. 55 LC, no pueden iniciarse ejecuciones contra el patrimonio del deudor. A mayor abundamiento, elart. 568 LEC prevé la suspensión de la ejecución «en el estado en que se halle» en cuanto le sea comunicado al Juzgado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso.": SAP La Coruña (sección 4) 22.05.2009 (JUR 2009/312452; Sentencia 89/2009; Rollo 235/2009)

AP Las Palmas

"PRIMERO.- El presente proceso de ejecución se inició, en fecha 4 de junio de 2009, con fundamento en una póliza intervenida de Cuenta Corriente. Tras su admisión a trámite con el consiguiente despacho (auto de 15 de julio de 2009) comparecieron las entidades ejecutadas alegando (y justificando) que habían sido declaradas en Concurso Voluntario de Acreedores por el Juzgado de lo Mercantil no 1 de Las palmas mediante Auto de fecha 11 de noviembre de 2008 (Concurso no 50/2008) pretendiendo, con fundamento en el art. 56 de la Ley Concursal, la 'suspensión' inmediata del procedimiento de ejecución.
El Tribunal a quo, por providencia de 30 de septiembre de 2009, considerando formulada oposición 'por motivo de fondo' dio traslado a la ejecutante (con base al art. 560 LEC) para impugnación y trascurrido el, plazo sin efectuarse alegaciones pronunció el auto ahora recurrido declarando 'no proceder la ejecución del título'.
SEGUNDO.- Esta Sala, aunque por motivos distintos a los especificados en el recurso habida cuenta de que se trata de una cuestión de orden público, no tiene por menos que revocar la resolución apelada.
Ciertamente, como en ella se razona, es de aplicación el art. 55 de la Ley Concursal que dispone que: «1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. 3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho. 4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real»).
Conforme a dicho precepto debió acordarse la NULIDAD DE PLENO DERECHO de todas las actuaciones practicadas en cuanto la presente ejecución judicial se inició una vez que ya estaba declarado el concurso [por ello, no tratándose de una ejecución en curso, no cabía contrariamente a lo solicitado por las ejecutadas la 'suspensión' del procedimiento lo que además estaba pedido con fundamento en un precepto no aplicable, el art. 56 LC el cual se refiere exclusivamente a ejecuciones sobre bienes con garantía real; lo que no es el caso].

Lejos de ello el Tribunal a quo estima una oposición inexistente (no se pretendía estrictamente la 'improcedencia' de la ejecución, sino la simple suspensión del procedimiento) tras una tramitación indebida del procedimiento al tramitarse como si de una oposición por motivos 'de fondo' se tratara.
En consecuencia, ni puede estimarse la oposición en la forma solicitada (que nunca sería de fondo, sino de forma y además fuera del cauce del art. 559 LEC. Téngase presente que la nulidad del despacho no resulta de 'no contener la resolución pronunciamientos de condena, no cumplir los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución o por infracción de lo dispuesto en el art. 520, según dispone el art. 559.1.3o LEC, sino estrictamente por mor de lo dispuesto en el art. 55 LC por lo que la denuncia de la nulidad cabría en la forma prevista en el art. 562.2 LEC) ni simplemente puede 'declararse' la improcedencia de la ejecución instada sino que lo procedente era la declaración de nulidad radical de todo lo actuado. No habiéndose así efectuado procede acordar en consecuencia sin que proceda hacer especial declaración sobre las costas causadas en ninguna de ambas instancias.": AAP Las Palmas (Sección 5) 20.01.2011 (Auto 8/2011; Rollo 25/2010)

AP Madrid (Sección 10)

"PRIMERO Se combate la representación procesal de la CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA elauto dictado el día 1 de noviembre de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Leganés, en cuya virtud se declaró la incompetencia territorial de dicho órgano jurisdiccional para conocer de la demanda seguida por la citada entidad mercantil, reputando competente al Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid y acordando la remisión de las actuaciones al mismo, interesándose su revocación y sustitución por otro que acuerde el mantenimiento de la competencia y de las actuaciones en suspenso hasta que se resuelva el concurso, sustentándose como base impugnativa la vulneración delartículo 55-2 de la Ley Concursal en relación con elartículo 568 de la LEC; temática que delimita el ámbito del enjuiciamiento en esta instancia.
Con independencia de que no guardar la debida armonía intrínseca el razonamiento judicial y la parte dispositiva del auto recurrido, al fundamentar el sentido de su decisión en una sedicente falta de competencia funcional -rectius objetiva- y declarar la incompetencia territorial, siendo obvio que elartículo 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio establece con carácter imperativo la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de determinadas materias, entre las que se encuentran toda ejecución frente a los derechos de contenido económico del concursado, como también lo es que la ejecución instada por la apelante es posterior a la fecha de la declaración del concurso, por la propia inferencia obtenida por el iudex a quo con acomodo en ser la fecha de la designación de los administradores concursales anterior a la presentación de la ejecución a que se contraen las actuaciones originales, lo cierto es que, declarando el concurso, no puede iniciarse ningún tipo de ejecución contra el concursado, sin otras salvedades que las taxativamente establecidas en el citado texto legal, debiendo de estarse a la fecha en que se dicte el auto de declaración de concurso, al producir éste sus efectos de inmediato (art. 21-2 de la LC) y desde esa fecha todas las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso; preceptos presididos por su naturaleza de ius cogens, cual se desprende inequívocamente de la sanción que apareja su contravención, id est, la nulidad de pleno derecho, la que opera con independencia de que las partes hayan o no tenido conocimiento de la declaración de concurso, de lo que ha de seguirse que cualquier actuación realizada con posterioridad a la tan reiterada fecha adolecerá de nulidad. Ciertamente en la hipótesis contemplada literalmente en elartículo 55-2 de la LC no se subsume el supuesto controvertido, ya que el previsto en dicho precepto es el de ejecución en sustanciación al tiempo de dictarse el auto de declaración de concurso, por más que nada impide su incardinación, habida cuenta de la finalidad del precepto y del propio concurso, encaminado a ordenar la ejecución patrimonial del deudor para poder así satisfacer los créditos de sus acrredores de acuerdo con el principio de la par conditio creditorum. La circunstancia de que se hayan efectuado actuaciones, con posterioridad a la fecha de la declaración de concurso podrá apreciarla el iudex a quo en la forma que entienda acorde con la legislación vigente, ya que ello extravasa el ámbito del recurso, pero lo que es evidente es que, a diferencia de lo que acaece con las ejecuciones laborables y otras configuradas como excepción a laregla general del artículo 55-1 de la LC, no se establece en su apartado 2 otra consecuencia que la suspensión de las actuaciones de ejecución, sin que ello sea óbice para que se dicte por el órgano jurisdiccional a quo otro tipo de pronunciamientos en consonancia con lo que hemos dejado razonado. Corolario de cuanto antecede es que haya de revocarse la resolución recurrida acordando la suspensión de la ejecución, sin que pueda mantenerse la competencia objetiva del órgano judicial a quo, al carecer de la misma, a tenor delartículo 8 de la LC y sin detrimento de que por el mismo se dicte la resolución oportuna.": AAP Madrid (sección 10) 23.09.2009 (JUR 2009/470863; Auto 319/2009; Rollo 572/200)

"SÉPTIMO.-Pero, aun cuando se sostuviera distinto criterio, el recurso debería desestimarse en el fondo, atendido que el artículo 55 de la Ley Concursal, en coherencia con la atribución de competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado (artículo 8.1.3º del mismo cuerpo legal), establece en su apartado 1 que "declarado el concurso no podrían iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales [...] contra el patrimonio del deudor". En el apartado 3 del precepto (en la redacción que debemos tomar en consideración) la contravención de dicho mandato se sanciona con la nulidad de pleno derecho. El claro literal del apartado 1, en relación con el apartado 3, provoca pocas dudas interpretativas acerca de la eficacia invalidante directa e inmediata del auto declaratorio de concurso, en relación con el inicio ulterior de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, contra el concursado. Rectamente entendido, el artículo 568.1 la Ley de Enjuiciamiento Civil, a tenor del cual "No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso" (según la redacción introducida por la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, vigente ya al tiempo de presentarse la demanda ejecutiva en el caso que nos ocupa), implica una simple reiteración, en el marco de la regulación del proceso

de ejecución, del explícito mandato del artículo 55.1 de la Ley Concursal. ":AAP Madrid (Sección 10) 26.09.2012 (Auto 296/2012; Rollo 637/2012)

AP Madrid (Sección 28)

"No obstante cuanto antecede, ciñéndonos forzosamente, por imperativo de lo establecido en el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a las cuestiones que se nos someten en el escrito de recurso, el tema principal que debemos abordar es el relativo a las consecuencias que han de anudarse al hecho de que con anterioridad al auto de fecha 28 de octubre de 2010 despachando ejecución se hubiese dictado ya auto declarando el concurso del ejecutado.
TERCERO.- El artículo 55 de la Ley Concursal, en coherencia con la atribución de competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado (artículo 8.1.3º del mismo cuerpo legal), establece en su apartado 1 que "declarado el concurso no podrían iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales [.] contra el patrimonio del deudor". En el apartado 3 del precepto (en la redacción que debemos tomar en consideración) la contravención de dicho mandato se sanciona con la nulidad de pleno derecho. El claro literal del apartado 1, en relación con el apartado 3, provoca pocas dudas interpretativas acerca de la eficacia invalidante directa e inmediata del auto declaratorio de concurso, en relación con el inicio ulterior de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, contra el concursado. Rectamente entendido, el artículo 568.1 la Ley de Enjuiciamiento Civil, a tenor del cual "No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso" (según la redacción introducida por la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, vigente ya al tiempo de presentarse la demanda ejecutiva en el caso que nos ocupa), implica una simple reiteración, en el marco de la regulación del proceso de ejecución, del explícito mandato del artículo 55.1 de la Ley Concursal.
Por lo tanto, no asiste la razón al recurrente cuando pretende que se mantenga la validez del despacho de ejecución sin perjuicio de la suspensión del trámite ulterior.
CUARTO.- A falta de toda otra pista sobre la razón de tal decisión, no alcanzamos a ver otro posible fundamento a la condena en costas de TRANSCLEAR en el auto señalado en la precedente relación de antecedentes con el número 9, que el juicio reflejado en él de que debía prosperar la oposición a la ejecución formulada por CEMINTER, dando cumplimiento así a lo establecido en el artículo 559.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como ya se expuso, esto último resultaría contradictorio con la simultánea declaración de nulidad del auto despachando ejecución con fundamento en el artículo 55.3 de la Ley Concursal, lo que debía haber vedado el paso a todo pronunciamiento ligado a esa otra pretensión.
Por lo demás, desde ninguna perspectiva resulta justificada la atribución de las costas generadas en la anterior instancia a TRANSCLEAR. Esta parte se limitó a promover, sin que existiese obstáculo legal que entonces le impidiese hacerlo, proceso de ejecución, y a evacuar el trámite de audiencia conferido por el tribunal con carácter previo a pronunciarse en relación con su posible falta de competencia objetiva, una vez que se le puso de manifiesto la previa declaración en concurso del ejecutado. En tales circunstancias, achacar a esta parte mala fe procesal raya la temeridad. Tampoco cabe apreciar ninguna intencionalidad aviesa (como se viene a defender por la parte apelada en su escrito de oposición al recurso) en el hecho de que, una vez advertida de que CEMINTER había sido declarada en concurso, TRANSCLEAR procediese, en paralelo a la actuación anteriormente descrita, a insinuar su crédito en el expediente concursal, en protección de sus intereses.
De cuanto antecede se desprende que el petitum formulado con carácter subsidiario en el recurso interesando la revocación de la condena en costas de la primera instancia de la recurrente debe prosperar.": AAP Madrid (Seción 28) 04.05.2012 (Auto 76/2012; Rollo 761/2011)

AP Sevilla

"PRIMERO Por la Procuradora Doña Inmaculada Ruiz Lasida, en nombre y representación de la entidad Hirumet, S.L., se presentó demanda de ejecución contra la entidad Fundiciones Caetano, S.A., solicitando que se despechase ejecución por importe de 57.228,48 euros de principal, 1.502,19 euros de gastos de devolución, 667,93 euros por intereses vencidos a la fecha de interposición de la demanda, 6.436,24 euros de intereses desde la fecha de presentación de la demanda, y 19.750 euros calculados para los intereses y costas que se devenguen durante la ejecución. La parte ejecutada se opuso, alegó que porAuto de 7 de diciembre de 2.005 del Juzgado de lo Mercantil de Sevillase había declarado en concurso voluntario, y elartículo 55 de la Ley Concursal impedía que se iniciase ejecuciones singulares. Por parte del Juzgado se dictó Auto que estimó el motivo de oposición, dejando sin efecto la ejecución despachada, interponiéndose recurso de apelación por la parte ejecutante que reiteró sus pretensiones.
SEGUNDO La parte ejecutante formuló, en su día, demanda de juicio cambiario, contra la entidad ejecutada. La Sentencia dictada en primera instancia no estimó la pretensión actora, que sí se reconoció porSentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 2.006 (JUR 2007, 165611), folios 42y siguientes de los autos, y que al no cumplirse voluntariamente, es por lo que se instó la presente ejecución. Se ha acreditado en los autos, que la ejecutada fue declarada en concurso voluntario porAuto de 7 de diciembre de 2.005. Como es bien sabido este tipo de procedimiento tiene carácter universal, es decir, que el espiritu del legislador es que la apertura del concurso alcance a la totalidad de los acreedores del deudor, de modo que queden integrados en la masa pasiva. Los términos delartículo 49 de la Ley Concursal, en este sentido, no dejan lugar al menor resquicio de duda. Consecuencia de ello, es que una vez aprobado el convenio les vinculará tanto al deudor como a los acreedores, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos,artículo 134 de la Ley Concursal. Atendiendo a las fechas anteriores, en cuanto reconocimiento del crédito a favor de la ejecutante y declaración del concurso, sería un crédito litigioso.

Estos supuestos están expresamente contemplados en dicho texto normativo, especificando que han de considerárseles como contingentes, sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio, sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación. En estos términos se le incluyó a la ejecutante, por los administradores, en la lista de acreedores.
En consecuencia, la parte ejecutante pudo y debió intervenir en el concurso, aunque ésta es una cuestión que excede del ámbito de esta litis.
TERCERO Con estas circunstancias, es patente que la ejecutante, dada su condición de acreedora, expresamente reconocida en el concurso, con las singularidades anteriormente mencionada, le afectaba la prohibición que es alegada como motivo de oposición por la ejecutada, es decir, que no es posible iniciar ejecuciones singulares, una vez declarado el concurso,artículo 55 de la Ley Concursal, lo cual es lógico y coherente cuando se trata de un proceso caracterizado por la universalidad. Los términos de dicha norma son categóricos y no dejan lugar a la menor duda.
No es posible estimar, como pretende la ejecutante, que, dado el comportamiento de la ejecutada, se aplique la teoría de los actos propios para estimar que se trataba de un acreedor que no debía integrarse en la masa pasiva del concurso, especialmente porque no se trata de una decisión que pudiera realizar, desde luego, con eficacia jurídica. Los actos propios supone, como señala laSentencia de 30 de octubre de 1.995 (RJ 1995, 7851)que: "la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurran los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior". Agregando laSentencia de 25 de octubre de 2.000 (RJ 2000, 8813)que: "la regla "nemine licet adversus sua facta venire" tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce, han de ser por ende tales actos vinculantes, causantes de estado y definidoras de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminadas a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad". En definitiva, no basta con cualquier acto, es necesario que sea solemne, expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, como señala laSentencia de 31 de enero de 1.995 (RJ 1995, 291), ha de definir de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza, lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia.
La ejecutada no ha realizado un comportamiento que reúna dichos requisitos. Es cierto que se remitieron los presentes autos al Juzgado de lo Mercantil, que rechazó su competencia acertadamente, qué se aquietase la ejecutada con dicha decisión no suponía más que aceptar, como ocurre con la ejecutante que también se aquietó, que, por el estadio del concurso, no era posible la competencia de aquel Juzgado, pero no que contradijera sus pretensiones manifestadas desde el inicio de la presente litis, en el sentido de considerar aplicable la prohibición contenida en la norma anteriormente mencionada. Al igual que tampoco se deduce ese comportamiento contradictorio alegado, por el hecho de que se incluyera la cuantía del crédito de la ejecutante con valor cero, cuando así es como ha de computarse a tenor delartículo 87 de la Ley Concursal, al tratarse de un crédito litigioso.
En consecuencia, ha de acogerse la oposición formulada, sin que proceda la aplicación delpárrafo segundo del artículo 55, es decir, la suspensión, porque la presente litis no estaba en en tramitación al declararse el concurso, sino que se inició con posterioridad, en concreto, la demanda fue presentada el día 2 de febrero de 2.007.: AAP Sevilla (sección 5) 20.02.2009 (AC 2009/1224; Auto 33/2009; Rollo 5152/2008)

AP Zaragoza

“PRIMERO.- La parte actora ejecutante, entidad mercantil Maquinza Servicios, S.A., se alza contra el referido auto de fecha 11 de Enero del año en curso por el que el referido Juzgado de Primera Instancia declara, en aplicación de lo preceptuado en el artículo 55.3 de la Ley Concursal, la nulidad de todas las actuaciones practicadas en el mentado procedimiento de ejecución de título judicial, consistente en el auto aprobatorio de la tasación de las costas devengadas en la primera instancia del Juicio Ordinario seguido con el núm. 258/07-B, con inclusión del auto por el que se acordó el despacho de ejecución sobre los bienes de la demandada ejecutada, condenada al pago de tales costas, entidad mercantil Excavaciones y Transportes Gete e Hijos, S.L., alegando como motivos de su recurso contra la referida resolución, cuya revocación interesa, que la ejecución de la sentencia firme estimatoria de su demanda es de fecha anterior a la declaración del concurso de la demandada ejecutada, habiéndose solicitado el embargo de los bienes de aquella con anterioridad también al concurso, y que, por otra parte, la deuda por la que se despacha ejecución se había generado el año 2.007, dos años antes de la declaración del concurso de la ejecutada, por lo que no sería deuda incluida en el concurso, no habiéndose efectuado comunicación alguna ni por la Administración concursal ni por la empresa demandada, además de que el importe entregado a la ahora recurrente en el presente procedimiento se había destinado al pago de las costas procesales y no al de la deuda entre las empresas, por lo que queda fuera del alcance del concurso.
SEGUNDO.- Las referidas alegaciones que formula la parte actora ejecutante para fundamentar su recurso contra el mentado auto de fecha 11 de Enero último pasado no desvirtúan en lo más mínimo la motivación jurídica del mismo, que permanece incólume, lo que conduce inexorablemente a la desestimación de dicho recurso.
Queda evidenciado por el simple examen de las actuaciones practicadas en el referido procedimiento de ejecución de título judicial, que el mismo se inició a virtud de solicitud deducida por la hoy apelante en fecha 16

de Octubre de 2.009 y con base en el auto de fecha 30 de Julio de ese mismo año por el que se aprobó la tasación de las costas causadas en la primera instancia del aludido Juicio Ordinario promovido por Maquinza Servicios, S.A. contra Excavaciones y Transportes Gete e Hijos, S.L., habiéndose despachado ejecución frente a ésta última por el importe de la aludida tasación, ascendente a 6.963,09 euros mas 1.226,33 euros calculados prudencialmente para intereses y costas de la ejecución, en virtud de auto de 30 de Octubre de 2.009, constatándose por el Juzgado en el curso del procedimiento, por comunicaciones dirigidas al mismo tanto por la AEAT como por las mercantiles Explanaciones Manuel Sánchez, S.L. y GECOCSA, que la demandada ejecutada se hallaba en situación de concurso voluntario declarado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cáceres en auto de fecha 19 de Enero de 2.009 dictado en el procedimiento nº 774/08, lo que consta publicado en el B.O.E. del 11 de Febrero de 2.009.
Siendo ello así es patente que todo lo actuado en el referido procedimiento de ejecución singular lo ha sido en contravención de la norma de carácter imperativo contenida en el apartado 1 del artículo 55 de la Ley Concursal, que establece taxativamente que declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, siendo nulas de pleno derecho, según dispone el apartado 3 de dicho precepto, las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en sus apartados 1 y 2, por lo que el auto que ahora se recurre por la actora ejecutante es plenamente conforme con dicha norma de la Ley Concursal, dado que el referido procedimiento de ejecución judicial se inició después de que hubiese sido declarado el concurso voluntario de la deudora ejecutada, Excavaciones y Transportes Gete e Hijos, S.L., debiendo decaer, por tanto, el recurso de apelación formulado contra el mismo.”: AAP Zaragoza (Sección 4) 27.05.2011 (Auto 163/2011; Rollo 163/2011)

1.1 Improcedencia de imposición de costas al ejecutante de buena fe

“PRIMERO El presente procedimiento se inició mediante la demanda de Juicio Cambiario que presentó, en fecha 10 de febrero de 2009, la mercantil Cricerme S.L. frente a J.I. Llopis Grup Burriana S.L.
Procedimiento en el que al no haber interpuesto demanda de oposición, ni haber pagado al acreedor, se acordó despachar ejecución. La parte demandada formalizó a continuación escrito de oposición a la ejecución en el que alegaba la excepción procesal de nulidad radical delAuto de fecha 30 de marzo de 2009, por el que se despachó ejecución, al amparo de lo prevenido en elartículo 559-1 causa 3ª de la LEC, al contravenir el dictado el contenido delartículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, al haber sido declarada en concurso la entidad demandada porauto de fecha 5 de septiembre de 2008.
El Juzgado de instancia dictó a continuaciónauto, en fecha 19 de mayo de 2009, en el que estimaba la oposición a la ejecución, declarando no haber lugar a continuar con la ejecución, por apreciar nulidad radical del auto por el que se despacha ejecución, dejando sin efecto los embargos trabados, quedando suspendida la ejecución mientras se tramita el procedimiento concursal contra la ejecutada.
A continuación y a instancia de la parte ejecutada dictó en fecha 2 de junio de 2009 nuevo auto que complementaba la parte dispositiva delauto de fecha 19 de mayo de 2009, en el sentido de imponer a la parte ejecutante las costas del incidente de oposición al despacho de ejecución.
Y es frente a esta última resolución contra la que interpone recurso de apelación la parte ejecutante, en el que alega básicamente haber desconocido la situación de concurso de la demandada, que se ha procedido al complemento de la Sentencia sin seguir los trámites necesarios para ello, incurriendo en incongruencia extra petitum, ya que lo que acuerda no es el complemento de la Sentencia sino su rectificación.
Solicita en definitiva se declare la nulidad del indicadoauto de fecha 2 de junio de 2009, y la no imposición de costas de la primera instancia. (…)
Y al respecto lo primero que debemos indicar es que se ha procedido a complementar una resolución judicial, elauto dictado en fecha 19 de mayo de 2009, sin haber seguido los trámites delartículo 215 de la LEC, sin haber oído previamente a ambas partes, lo que como el recurrente indica, en este supuesto, no determina que podamos a acordar la nulidad de lo actuado, al haber subsanado tal omisión en la alzada, donde sí se ha podido tener en cuenta las alegaciones de ambas partes sobre tal cuestión.
Y lo que se pretende por el apelante, que no se le impongan las costas de la primera instancia, está sobradamente justificado.
Las razones que aconsejan acoger esta petición son en primer lugar que ninguna constancia existe en el procedimiento de que la parte ejecutante conociera la situación de concurso de la ejecutada y que a pesar de ello haya planteado demanda de Juicio Cambiario con posterioridad a ser declarado el concurso.
La ejecutada ni siquiera se personó en ese primer momento, ni formuló demanda de oposición, o comunicó en forma alguna al Juzgado que no debía continuar con el procedimiento por esta razón. Y no fue sino cuando se acordó despachar ejecución cuando decidió efectuar alegaciones con fundamento en elartículo 539-1-causa 3ª de la LEC.
En dicho precepto lo que se establece es que se podrá alegar la nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamiento de condena, no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despachar ejecución, de lo dispuesto en elartículo 520 de esa Ley.
Ninguno de estos supuestos concurre en el caso enjuiciado, donde lo que resulta aplicable es el contenido delartículo 55-1 de la Ley Concursal,Ley 22/2003 de 9 de julio de 2003, donde se establece que declarado el concurso, no podrá iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, añadiendo en su párrafo segundo y tercero dicho precepto, que las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.Y que las actuaciones que se practiquen en contravención con lo establecido en estos dos primeros apartados serán nulas de pleno derecho.

La nulidad acordada no tiene por tanto su fundamento en el contenido delartículo 559 de la LEC, por lo que no resulta aplicable lo dispuesto en el mismo sobre imposición de costas.
Y tampoco cabe aplicar el principio de vencimiento objetivo que expone la Juez de instancia, con fundamento en el contenido delartículo 394 LEC, para imponer las costas a la parte ejecutante, ya que el mismo no ha visto rechazada su demanda, sino declarado nulo el despacho de ejecución por encontrarse la ejecutada en situación de concurso, sin que contemos con elemento alguno de prueba para entender que la ejecutante planteó la demanda a sabiendas de conocer ese hecho.
Procede por ello estimar el recurso de apelación y revocar la resolución recurrida en el sentido de dejar sin efecto la imposición de costas de la primera instancia a la parte ejecutante.": SAP Castellón (Sección 3) 19.01.2010 (JUR 2010/159348; Sentencia 11/2010; Rollo 365/2009)

2. Nulidad/improcedencia de las actuaciones en la ejecución posteriores a la fecha de declaraciòn de concurso

2.1. La fecha relevante es la del auto, no la de comunicación al juzgado de la ejecución

AP Barcelona (Sección 13)

"La vis atractiva del concurso, se recoge en el art. 55 LC, en el sentido de que Iniciado el concurso (el momento procesal es la fecha del auto de declaración del concurso, ex art. 55.2 LC, lo que no presenta ninguna duda interpretativa) no procederá la incoación de este tipo de demandas ejecutivas, singulares, ya de procedencia judicial (ejecución de títulos judiciales) o extrajudicial (ejecución de títulos no judiciales, como es el caso: pagaré, y por ello, ejecución ordinaria). Las actuaciones que puedan practicarse en contravención serán nulas de pleno derecho, dispone de forma rotunda el artículo 55.3 LC, sanción lógica al haber sido adoptada por un órgano objetivamente incompetente (art. 238 LOPJ y 225 LEC). Si estas ejecuciones se hallaran en tramitación, declarado el concurso quedaran en suspenso y deberá remitirse a los ejecutantes al procedimiento universal, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado. A estos fines, el artículo 568 LEC en su redacción dada por la DF 3 ª, 7 de la LC, es del siguiente tenor literal: "El Tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso....", lo que no significa cancelar los embargos ya trabados. Todo ello, supone la competencia del Juez del concurso (art. 8 LC). Pero a diferencia del art. 55 LC, el 568 LEC, establece como dies a quo, la fecha de la notificación al Juzgado (lo cual supone un momento posterior a la declaración del concurso), notificación que (a diferencia del sistema anterior) ya no se produce en la LC (que en su art. 23 solo preve la publicidad de la declaración del concurso, mediante anuncios en el BOE y en periódicos oficiales), y que de acogerse supondría primar el interés particular del acreedor singular sobre el interés general del concurso; en base a lo cual, la Sala considera que debe darse preferencia al art. 55 LC y partir de la fecha de declaración del concurso (sin perjuicio del tratamiento concursal del concreto crédito)
Lo procedente era pues la nulidad de las actuaciones posteriores a la declaración del concurso con alzamiento de las medidas cautelares acordadas (el Juzgado de 1ª instancia no era el competente desde dicha fecha).
En fín, la apreciación de oficio de oficio está amparada en el art. 227.2 LEC en relación con el art. 240 LOPJ, máxime cuando se refiere a la falta de competencia objetiva o funcional del tribunal. ": AAP Barcelona (Seción 13) 22.05.2012 (Auto 95/2012; Rollo 530/2011)

AP Barcelona (Sección 15)

"Fundamentos de derecho.—I. Ángel M.B., María Rosa B.G., Miguel Ángel M.B., Patricia L.G., Maria Josep G.R., y José María M.B. solicitaron la declaración de
concurso el 19 de enero de 2009, y sus respectivos concursos fueron declarados por auto de 10 de marzo de 2009 del Juzgado Mercantil n.º 6 de Barcelona.
Por su parte, «T.K., GmbH» sucursal en España (en adelante «T.») instó el despacho de ejecución contra Ángel M.B., María Rosa B.G., Miguel Ángel M.B., Patricia L.G., Maria Josep G.R. y José María M.B., por ser deudores de un crédito reconocido en un título de ejecución no judicial. El juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Cornellá dictó auto de despacho de ejecución en fecha 6 de marzo de 2009.
En fecha 24 de marzo de 2009, la representación de Ángel M.B., María Rosa B.G.,Miguel Ángel M.B., Patricia L.G., Maria Josep G.R. y José María M.B. se opuso al despacho, y con carácter previo pidió que se dejara en suspenso la tramitación de la ejecución. Una vez contestada la demanda de oposición, el juzgado dictó auto de fe-cha 1 de septiembre de 2009 por el que desestimaba la oposición y acordaba que la eje-cución siguiera adelante, sin perjuicio de la suspensión que procede conforme al art. 55 LC.
Mientras se tramitaba la oposición, el juzgado, a instancia de «T.», dictó auto de embargo sobre bienes de los ejecutados, en fecha 26 de mayo de 2009. Este auto fue recurrido en reposición por los ejecutados, y el recurso de reposición fue estimado parcialmente, por auto de 1 de septiembre de 2009, en el que, si bien declaraba la validez de los embargos acordados, decretaba la suspensión de dichos embargos.
El 18 de septiembre de 2009, los ejecutados presentaron un escrito preparando el recurso de apelación, en el que impugnaban todos los pronunciamientos del auto de 1 de septiembre de 2009 que desestima la oposición al despacho de ejecución. En el recurso se volvió a pedir la nulidad de todo lo actuado desde la declaración de concurso y, por lo tanto, la nulidad de los embargos.
II. Desde el momento en que el deudor u obligado personal ha sido declarado en concurso, tiene vedado el cumplimiento de los créditos anteriores a la declaración, en concreto los créditos concursales, al quedar sujeto a la regla de la par condicio credi-torum y a la satisfacción de sus créditos a través de la solución concursal por

la que se opte. Por esta razón, si no cabe un cumplimiento voluntario de estas obligaciones una vez declarado el concurso, tampoco tiene sentido un cumplimiento forzoso al mar-gen del concurso, salvo que la Ley lo reconozca excepcionalmente. De este modo, la vis attractiva del concurso paraliza todas las ejecuciones singulares que se hubieran podido iniciar contra el patrimonio del concursado, e impide iniciar otras nuevas, obli-gando a los titulares de estos derechos de crédito a acudir al concurso para la satis-facción de sus derechos.
En nuestro caso, el despacho de ejecución, que data del 6 de marzo de 2009, es an-terior en unos días a la declaración de concurso de los ejecutados, que data del día 10 de marzo de 2009. En consecuencia, el despacho de ejecución es válido, aunque todo lo actuado con posterioridad al día 10 de marzo de 2009 sería nulo de pleno derecho, pues la declaración de concurso provoca la suspensión de la ejecución, careciendo de competencia, a partir de entonces, el juez que conocía de la ejecución para continuar con la misma, pues los arts. 86ter.1.3.º LOPJ y 8.3.º LC atribuyen al Juez del concur-so la competencia exclusiva y excluyente para conocer de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualesquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado».
Este efecto de la vis attractiva del concurso respecto de las ejecuciones comienza desde la declaración de concurso (art. 55.2 LC), y no desde que el Juez que conoce de la ejecución singular haya tenido conocimiento de la apertura del concurso. Aun-que el art. 568 LEC prescribe la paralización de la ejecución singular desde que le sea notificada al Juez la declaración de concurso del ejecutado, esto no impide que sea a su vez de aplicación lo previsto en el aptdo. 3 del art. 55, en relación con el aptdo. 2, y se declare la nulidad de las actuaciones ejecutivas que medien entre la fecha de de-claración de concurso —momento en que opera la vis attractiva y por lo tanto la pa-ralización— y la fecha en que de hecho se paralice la ejecución singular como conse-cuencia de que se ponga en conocimiento del Juez la apertura del concurso del ejecutado.
De este modo, el juez de primera instancia debía haber acordado la suspensión de la ejecución nada más conocer, por la demanda de oposición a la ejecución, de la exis-tencia del concurso de acreedores, siendo nulo no sólo lo acordado con posterioridad a dicho conocimiento (24 de marzo de 2009), por ejemplo los embargos acordados por auto de 26 de mayo de 2009, sino también lo actuado desde la fecha de la declara-ción de concurso (10 de marzo de 2009).
Los ejecutados, al formular su oposición, con carácter previo instaron la suspensión de la ejecución. Por ello, al no ser atendida dicha solicitud, en apelación puede reiterarse esta petición, que arrastrará la ineficacia de todo lo actuado, también de los embargos y del propio incidente de oposición.
Es cierto que el incidente de oposición tiene una naturaleza declarativa y no eje-cutiva, razón por la cual no debería verse afectada por la suspensión, pero esta obser-vación tendría relevancia en el caso en que la declaración de concurso fuera posterior a la oposición al despacho de ejecución, pues en esos casos tendría sentido continuar con el incidente declarativo ya iniciado con anterioridad, pero en nuestro caso la de-claración de concurso es anterior a que se formule la oposición, y los propios ejecu-tantes lo ponen en conocimiento con carácter previo al desarrollo de los otros motivos de oposición. De este modo, si todavía no se había formulado oposición, el juzgado de primera instancia debía haber acordado inmediatamente la suspensión de la ejecución, así como la nulidad de oficio de lo actuado desde la declaración de concurso de acree-dores.
En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación, y declarar la nulidad de lo actuado desde el día 10 de marzo de 2009, en que se declaró el concurso de acreedores de los ejecutados, debiéndose considerar suspendidas las actuaciones de esta ejecución desde entonces. ": AAP Barcelona (Sección 15) 29.06.2010 (Rollo 112/2010; RJC 128)

AP León

"PRIMERO Se formula recurso de apelación contra elauto de fecha 15 de mayo de 2009, interesando que se dicte nueva resolución, por medio de la cual se declare la nulidad de todas las actuaciones llevadas a cabo desde el 14-04-2009, fecha de la declaración de los Concursos Abreviados 535/2009 y 540/2009 dictados por elJuzgado de Primera Instancia nº 8 y Mercantil de León, así como la nulidad tanto del auto de fecha 16-04-2009, por medio del cual se decreta el embargo de bienes propiedad de los ejecutados que en el mismo se describen, como del propioauto de fecha 22-04-2009, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior decretándose por tanto la suspensión de la ejecución desde la fecha de la declaración de los Concursos Abreviados 535/2009 y 540/2009 de fecha 14-04-2009, y acordando la nulidad de todas las actuaciones llevadas a cabo desde fecha 14-04-2009, así como el levantamiento inmediato de todas las medidas de garantía y embargos trabados sobre los bienes propiedad de los ejecutados, los cuales fueron realizados con posterioridad a fecha 14-04-2009, reponiendo los mismos a su estado original, todo ello a costa de la parte ejecutante.
La resolución recurrida desestima el recurso de reposición formulado contra la resolución de 22 de abril, en la que se acordaba "decretar la suspensión de la ejecución, archivándose provisionalmente los autos, pudiendo las partes solicitar su continuación, una vez se dicte resolución que ponga fin al procedimiento concursal seguido contra el ejecutado. Asimismo se acuerda el mantenimiento de las medidas de garantía y embargos trabados, practicándose en todo caso los que ya hayan sido acordados". Manteniendo la expresada resolución de 22 de abril en sus términos, sin haber lugar a declarar ninguna nulidad de actuaciones.
SEGUNDO Se discrepa en el recurso con la interpretación que hace la Juzgadora de instancia en torno a las cuestiones que se plantean en la resolución recurrida, "momento de efectividad de la suspensión", y "el efecto de esa suspensión en el proceso de ejecución", aduciendo que nos encontramos ante una ejecución ordinaria que se encuentra en tramitación en el momento en que se declara el procedimiento concursal, y de acuerdo con elart. 55.2 de la Ley Concursal deben quedar en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso.
La regulación del destino de los procesos de ejecución una vez declarado el concurso, viene contenida en losarts. 55 a 57 de la Ley Concursal, estableciendo elart. 55 primeramente el régimen general de las

ejecuciones judiciales, sin distinción de orden, y extrajudiciales y apremios administrativos y tributarios, y después regula especialidades de la ejecución hipotecaria y asimiladas, señalandoart. 55 de la Ley Concursal-Ejecuciones y apremio en el apartado 2., que: Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedaran en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. 3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho, -lo que constituye una sanción lógica al ser adoptadas por órgano objetivamente incompetente (arts. 238 LOPJ y 225 LEC)-. 4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real.
El procedimiento en el que nos encontramos es una ejecución de títulos no judiciales despachada a instancia del Banco Pastor, en base alart. 517.5º de la LE Civil, fundada en un titulo que lleva aparejada ejecución, consistente en una póliza de préstamo de inversión por importe de 2.500.000 euros, y con vencimiento a fecha 31-07-2013, suscrita entre el Banco Pastor S.A., y como prestataria la entidad mercantil RECUPERACIÓN MATERIALES DIVERSOS S.A., en la que figuran como avalistas solidarios los ejecutados, se trata pues de una ejecución ordinaria delart. 55 de la Ley Concursal toda vez que dicha póliza de préstamo de inversión, no lleva aparejada ninguna garantía real, y la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad acordada con posterioridad a la declaración del concurso, no le dota al crédito de garantía real. La propia entidad bancaria ante el Juzgado de lo Mercantil, solicita su clasificación como crédito ordinario y no como crédito especial privilegiado dotado de garantía real.
El Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones ha declarado que "la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto de otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación " (STS de 14 de junio de 1988 (RJ 1988, 4876) con cita de las Sentencias de 20 de enero (RJ 1954, 76) y 18 de febrero de 1954; 21 de febrero de 1975 (RJ 1975, 666); 8 de abril de 1976; 30 de octubre de 1978; 5 y 19 de octubre de 1981 (RJ 1981, 3808), Sentencias 30 diciembre 1993, 10 mayo, 13 junio y 25 noviembre 1994, 24 febrero 1995, 13 julio 1996, 19 febrero, 19 abril y 4 diciembre 2000 (RJ 2000, 10430), entre las más recientes, que recogen doctrina consolidada anterior).
TERCERO La Ley Concursal descarta la acumulación de las ejecuciones al concurso, sistema de laLey de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 1379 y 1173.3º) para el proceso de quiebra, y opta por impedir que se inicien nuevas ejecuciones contra el patrimonio del deudor desde la declaración del concurso, y por la suspensión de las ejecuciones pendientes o en tramitación, el momento procesal que determina la aplicación de estas reglas,art. 55.2 de LC, es la fecha de la declaración del concurso, esto es, la fecha del auto de declaración del concurso, pero elart. 568 de la LE Civil, modificado por la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (Disposición Final Tercera), fija el momento de la suspensión en el de la notificación al Juzgado, al decir "que el Tribunal suspenderá la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso", por lo que adopta un momento posterior, hasta la notificación de que el ejecutado se encuentra en situación de concurso.
La descoordinación de ambos preceptos es evidente, ya que se habla de una notificación en elart. 568 de la LE Civil, que la Ley Concursal no tiene prevista, pues únicamente exige en elart. 23, que a la declaración del concurso, se de publicidad mediante anuncios en el BOE y periódicos provinciales. El Juzgado solo podrá decretar la suspensión cuando conozca de la existencia del concurso y lo que hay que determinar es desde qué momento las actuaciones ejecutivas carecen de validez, si desde la fecha de la declaración del concurso o desde que el Juzgado acuerda la suspensión, y aunque esta no es una cuestión pacifica, existen razones que llevan a este Tribunal a dar preferencia alart. 55 de la LC y por ende a dar prioridad al dato objetivo de la fecha de la declaración del Concurso.
Tales motivos manejados por algunos Juzgado de lo Mercantil, son los siguientes: 1.-La reforma delart. 568 se ha hecho para sustituir la redacción dada por la LEC 1/2000 que hablaba de suspensiones de pagos, concursos y quiebras y se ha limitado, con mala técnica, a sustituir la terminología, sin suprimir la referencia a la "notificación" de la situación del concurso cuando tal notificación o comunicación ya no se produce con la nuevaley. 2 La norma que regula los efectos del concurso sobre las ejecuciones singulares es el art. 55 LC y no presenta dudas interpretativas. 3 La interpretación contraria implicaría primar el interés particular del acreedor singular de esa ejecución sobre el interés general del concurso, lo que no es admisible. 4 El plazo de gracia que daría elart. 568 de la LE Civil, desde la declaración del concurso hasta la notificación al Juzgado que ejecuta, afectaría únicamente a las ejecuciones judiciales y no a otras de distinta naturaleza, sin que existan razones que justifiquen el tratamiento discriminado cuando laLey en el art. 55 las equipara.
Pues bien aplicando el anterior criterio, al presente caso en el que con fecha 14 de abril de 2009, se dictaron sendos autos por el Juzgado de lo Mercantil, declarando en concurso a los ejecutados junto con sus esposas, las actuaciones que se hallaban en tramitación quedarán en suspenso, tal y como se ha acordado por el Juzgado de instancia, pero desde la fecha de declaración de concurso, y ello sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar al crédito que no ocupa.
En consecuencia, habiéndose dictado con fecha 16 de abril de 2009 auto por el Juzgado de Primera Instancia nº 2, ratificando el embargo de los bienes descritos en la demanda y acordando librar los oficios y despachos para su efectividad, así como librar mandamientos a los Registros de la Propiedad, a fin de que se procedan a la anotación preventiva de embargo de los inmuebles propiedad de los ejecutados, tal proveído posterior al auto declarando los dos concursos, no deja de ser una mera actuación que elude el tratamiento paritario que se pretende obtener con el procedimiento concursal, y por ello de conformidad con elapartado 3º del art. 55 de la Ley Concursal ha de ser declarado nulo, acordando por ello la nulidad de todas las actuaciones llevadas a cabo desde fecha 14-04-2009, así como el levantamiento inmediato de todas las medidas de garantía y

embargos trabados sobre los bienes propiedad de los ejecutados, realizados con posterioridad a fecha 14-04-2009, reponiendo los mismos a su estado original.”: AAP León (Sección 2) 08.03.2010 (Auto 26/2010; Rollo 585/2009)

AP Oviedo

“SEGUNDO.- Para resolver el recurso en los términos que han quedado planteados habremos de partir de una circunstancia primordial que aún habiendo sido advertida en el curso de la litis, no han resultado debidamente aplicadas las consecuencias jurídicas que de ella se derivan, cual es -como así podemos comprobar de los datos obrantes en autos- que la parte ejecutada de "Excavaciones El Pinur, S.L." fue declarada judicialmente situación de concurso por Auto de fecha 27 octubre 2008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo. Hecha tal consideración habremos de recordar el mandato contenido en el art. 55 L.C. a cuyo tenor "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", regla general que aparece completada por lo dispuesto en el apartado 2º de la norma por la cual
"las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos". Lo anterior no es sino una consecuencia del principio de universalidad aplicable tanto a la formación de la masa pasiva (art. 49 L.C.) como de la masa activa (art. 76 L.C.) del patrimonio del concursado y que provoca el que todos sus acreedores queden afectados por el procedimiento concursal, debiendo acudir a él para hacer valer sus derechos mediante el mecanismo de la comunicación de los créditos de los que sean titulares. Asimismo el principio de unidad de procedimiento -señalado en la Exposición de Motivos de la Ley
Concursal- excluye el que puedan seguirse ejecuciones separadas al margen del proceso concursal, con las excepciones que la propia Ley contempla, evitando de esta manera el que puedan realizarse pagos al margen de la par conditio creditorum. En sintonía con tales principios el art. 8 L.C. atribuye al juez del concurso competencia exclusiva y excluyente para conocer, entre otras materias, de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Lo relevante en este sistema, y este es el dato que ha resultado obviado en la presente
litis, es que el efecto suspensivo de las ejecuciones viene anudado a la propia resolución que acuerda la declaración del concurso, siendo por tanto una consecuencia que opera ope legis sin necesidad de ninguna otra decisión al respecto, con independencia del conocimiento que de aquella resolución pudieran tener las partes, que resulta aplicable a cualquier ejecución en curso no comprendida dentro de las excepciones legales, y cuya contravención lleva aparejada la sanción prevista en el apartado 3º del art. 55 L.C. al establecer que "las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho". Es cierto que el art. 568 LEC obliga al juez que conoce de la ejecución singular a paralizar la ejecución en el instante en que tenga conocimiento de la declaración de
concurso, disponiendo a este respecto que "el tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso". Esta falta de sincronía entre una y otra resolución judicial puede originar en la práctica que cuando llegue el momento de acordar la suspensión se hayan practicado ya diversas actuaciones ejecutivas, supuesto que es el que aquí ha acontecido. Así habiendo tenido lugar la declaración judicial de concurso en la fecha arriba indicada de
27 octubre 2008 encontramos que con posterioridad a dicha resolución en el Procedimiento 593/08 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 Langreo, y del que dimana la presente Tercería de Dominio, se acordó primeramente por Providencia de 14 noviembre 2008 el embargo de "las cantidades pendientes de cobro por la parte ejecutada de las entidades designadas por la parte ejecutante". Dicho embargo fue alzado por la Providencia de 27 noviembre siguiente, resolución que posteriormente fue repuesta por el Auto de 22 diciembre 2008 que de nuevo acordó trabar embargo sobre derechos de cobro de la ejecutada
"Excavaciones El Pinur, S.L.". Pues bien, tales actuaciones incurren por las razones antedichas en la sanción de nulidad de que trata el art. 55-3 L.C., no pudiendo servir por lo tanto como fundamento para sostener válidamente la tercería de dominio que aquí se ejercita al haber decaído los presupuestos sobre los que ésta debe asentarse, cuales son los de pretender el alzamiento del embargo (art. 601-1 LEC). Las consideraciones expuestas conducen consecuentemente al rechazo del recurso sin que haya lugar a realizar expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia habida cuenta que las especiales características bajo las que aparece configurada la litis no son imputables a ninguna de las partes (arts. 394,
397 y 398 LEC): SAP Oviedo 06.05.2010 (Sentencia 590/2009; Rollo 175/2010)

2.1.1 Tesis contraria: relevancia de la fecha de conocimiento por el juzgado de la ejecución

AP Barcelona (Sección 16)

“PRIMERO.-La resolución impugnada acuerda, de conformidad con el artículo 51.1 de la Ley Concursal (LC), el archivo del proceso de ejecución singular promovido por Construcciones Gervilla contra Soldesa Inmobiliaria, por entender que la declaración de concurso voluntario de la ejecutada es de fecha anterior a la de inicio de la presente litis ejecutiva.
La revisión de las actuaciones debe llevarnos a disentir del razonamiento que sostiene el auto apelado por motivos diversos de índole fáctica y jurídica.
SEGUNDO.-En primer lugar, porque sus premisas fácticas no se corresponden con lo actuado. Así, es indiscutido que la aquí ejecutada fue declarada en situación de concurso voluntario por el juez de lo mercantil en fecha 27 de noviembre de 2008, pero también lo es que ocho días antes el Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Sant Feliu había dictado el auto despachando ejecución prevenido en el artículo 825 LEC en vista de la

falta de oposición por parte de Soldesa Inmobiliaria frente a la demanda de juicio cambiario admitida a trámite el anterior día uno de septiembre.
No cambia las cosas el hecho de que el precitado órgano judicial de Sant Feliu siga la anómala práctica procesal de exigir del acreedor cambiario, no obstante el puntual dictado del preceptivo auto previsto en el artículo 825 I LEC, la presentación de una ulterior demanda de ejecución para que "se despache efectivamente ejecución", ya que carece de toda base legal el distingo entre un "despacho de ejecución" (auto de 19 de noviembre de 2008) y un "efectivo despacho de ejecución" (auto de cinco de marzo de 2009). Lo que nada tiene que ver con el hecho de que aquel primer despacho no contuviese embargo sobre bien de ninguna clase y que, en cambio, el auto de "efectiva ejecución" sí embargase dos inmuebles de la ejecutada; como es sabido, el embargo de bienes concretos no es contenido esencial del despacho de la ejecución, habiendo de decretarse en ese momento incial del proceso ejecutivo sólo "si es posible", como precisa el artículo 553.1, 4º LEC.
TERCERO.-De otra parte, el archivo del proceso de ejecución singular iniciado antes de la declaración de concurso del ejecutado es una medida que excede de las facultades legales del juez ejecutor, ya que tanto el artículo 55.2 LC como el artículo 568, primer inciso, LEC prescriben que en tales casos el juez ante el que se sigue la ejecución singular "suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle", tan pronto sea notificado del estado de concurso, no pudiendo por tanto acordar el archivo de la ejecución.
En consonancia con ello, ha de acudirse a lo dispuesto en el artículo 565.2 LEC conforme al cual la mera suspensión de un proceso de ejecución no sólo no acarrea el alzamiento de los embargos acordados antes de conocerse la situación de concurso del ejecutado (como aquí ocurrió, ya que el Juzgado de Sant Feliu tuvo noticia del concurso de Soldesa después de haber dictado el auto de cinco de marzo de 2009), sino que faculta al tribunal ejecutor a llevar a cabo cuantas medidas de garantía de esos embargos crea convenientes, lo que en el caso del embargo de inmuebles implica su anotación preventiva en el Registro de la propiedad (art. 629 LEC).
En conclusión, ha de acogerse la petición expresa del acreedor apelante para que la ejecución singular por él iniciada frente a Soldesa quede ciertamente en suspenso por mientras subsista su situación de concurso (ejecución universal), pero también para que se mantengan los embargos válidamente acordados. ": AAP Barcelona (Sección 16) 28.05.2010 (Auto 99/2010; Rollo 728/2009)

2.2 Nulidad/improcedencia del pago al ejecutante

AP Baleares

"PRIMERO Dentro del procedimiento de ejecución de Título Judicial instado por la aquí apelante Isomat Ibérica Aislamientos, S.L., se aportó por la demandada ejecutada Balear de Techos y Aislamientos, S.L. unauto de fecha 27 marzo 2009 del Juzgado Mercantil nº 1, que declaraba en concurso voluntario a dicha ejecutada; consecuentemente por el juzgado a quo se decretó la suspensión de la presente ejecución y se mandó anular un mandamiento de pago a favor de la ejecutante por importe de 66.271,42 Euros, por providencia del 16 abril 2009.
Contra dicha providencia interpuso recurso de reposición la ejecutante, el cual fue impugnado por la ejecutada.
SEGUNDO El auto con el que se dio por terminado el incidente en la primera instancia, desestima totalmente el recurso de reposición, confirmando la providencia de suspensión, en los términos que se han dejado transcritos ad pedem literam en el antecedente de hecho primero de esta resolución.
La propia actora, Isomat Ibérica Aislamientos, S.L., se levanta en apelación contra el auto con la pretensión de obtener otro que, revocando parcialmente el de instancia, estime su pretensión de que no se anule el mandamiento de pago, reproduciendo literalmente la argumentación mantenida en la instancia.
Recurso éste que es objeto de oposición por la parte demandada apelada, Balear de Techos y Aislamientos, S.L., que ha impetrado de la Sala la confirmación de la resolución.
TERCERO Bueno será por empezar reproduciendo los términos exactos delartículo 55 de la Ley Concursal :
1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.
4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real.
De la sola lectura del punto 2 se aprecia el mandato imperativo de suspender toda actuación en los procesos de ejecución de tal manera que toda actuación que se llevara a cabo contraviniendo la prohibición está declarada nula de pleno derecho, en el punto 3. Efectuar, en nuestro caso, una operación de pago por parte del juzgado es llevar a cabo una actuación que está prohibida con pena de nulidad, por lo que no hace falta recurrir a otra argumentación para desestimar el recurso de apelación de la actora ejecutante. Simplemente decir que la apelante frente al pormenorizado auto de instancia, no hace sino reproducir literalmente los mismos elementos de hecho y de derecho que ya fueron desestimados en el primer grado jurisdiccional, mas sin realizar crítica alguna a los razonamientos que condujeron a tal conclusión, por lo cual se dan éstos

por reproducidos a los fines de rechazar el recurso, obviando reiteraciones o repeticiones inútiles.
Se desestima el recurso de apelación que sostiene la actora ejecutante Isomat Ibérica Aislamientos, S.L., lo cual implica la confirmación del auto de la instancia.": AAP Baleares (secciòn 3) 06.11.2009 (JUR 2010\19040; Auto 198/2009; Rollo 473/2009)

AP Burgos

"PRIMERO Por la representación de la parte ejecutante se apela elAuto del Juzgado de Instancia, de fecha 14 de diciembre de 2007, por el que se acuerda la estimación del recurso de reposición y declara nula la Providencia de 4 de octubre de 2007, retrotrayendo las actuaciones a dicho momento, suspendiéndose el procedimiento de ejecución en el estado en que se encuentra. Asimismo requiere a la ejecutante al reintegro de la suma entregada por importe de 26.219 euros, sin reintegrar a la masa del concurso las cantidades consignadas, pretendiéndose en esta alzada su revocación parcial y se estime íntegramente el presente recurso de apelación en los términos expuestos, sin expresa imposición de costas.
La parte apelante impugna la resolución recurrida, concretamente, en cuanto a la estimación del recurso de reposición y declaración de nulidad de la Providencia de 4 de octubre de 2007 y el requerimiento de la reintegración a la cuenta de consignaciones delJuzgado de la cantidad de 26.219euros, mientras que devienen firmes, por consentirlo las parte y aquietarse, los pronunciamientos concernientes a no haber lugar a reintegrar a la masa del concurso las cantidades consignadas, e implícitamente, la no imposición de costas a ninguna de las partes - también, aunque no se dice, la suspensión del procedimiento de ejecución -.
SEGUNDO La providencia originariamente recurrida en reposición, 4 octubre 2007, folio 67, dispone la devolución de la cantidad consignada, 26.219 euros, a la sociedad ejecutante Nova Recyd S.A.
La sociedad ejecutada Decoletajes Araba SA recurre en reposición la Providencia mencionada, alegando elart. 55 de la Ley 22/2003 Concursal, solicitando la suspensión del procedimiento ejecutivo instado hasta la resolución del procedimiento concursal y la reintegración de la cantidad consignada a la masa activa del concurso, folios 78 y 79, al haber recaídoAuto de fecha 24 de abril de 2007, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Burgos, declarando en concurso a Decoletajes Araba S.A.
Como es visto la impugnación de la Providencia se funda en elart. 55 L.C., que se entiende, lógicamente, es el precepto infringido, al que alude elart. 452 LEC, siendo suficiente su alegación y la expresión de su contenido, como se hace, para inferir el sentido de la impugnación y de la infracción incurrida por la resolución recurrida a la que se refiere.
TERCERO Elart. 55-2 L.C. establece que "las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos".
No ofrece duda que las actuaciones a suspender son las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, y los apremios administrativos o tributarios "contra el patrimonio del deudor", y esto, una vez declarado el concurso, en el presente caso, el 24 de abril de 2007, folios 80 a 82.
El carácter preceptivo e imperativo de la norma expresada produce que, las actuaciones practicadas en su contravención "serán nulas de pleno derecho", conforme establece elart. 55-3 L.C., de manera que la Providencia recurrida incurre en la nulidad que la ley establece, al ser posterior a la declaración judicial de concurso, a cuya consecuencia no empece el desconocimiento inicial del Juzgado sobre esta declaración. De ahí que sea pertinente la retroacción de las actuaciones al momento de la fecha de la declaración del concurso y el requerimiento para el reintegro a la cuenta de consignaciones del Juzgado de Instancia de la suma entregada a la sociedad ejecutante.
CUARTO Por último, la parte apelante alega la carencia de sentido práctico de la decisión, permaneciendo las cantidades retenidas en la cuenta de consignaciones del Juzgado, produciéndose una situación de bloqueo sin resolución previsible.
Sin embargo, como reconoce la propia parte apelante, la resolución recurrida contiene otro pronunciamiento, que no ha sido impugnado por las partes, consistente en que "no ha lugar a reintegrar a la masa del concurso las cantidades consignadas". Pero ello no quiere decir que queden depositadas de forma incondicionada, sino que, como expresa el Auto recurrido, Fundamento Jurídico Segundo, párrafo último, folio 120, "sin que resulte procedente integrarlos a la masa de la quiebra en tanto que así se ordene y se decida por el Juzgado de lo Mercantil que tramita el procedimiento, a cuya petición se transferirán las cantidades" - añade consumadas, pero, lógicamente, se entiende, entregadas o consignadas -. Es decir, quedan, en definitiva, a disposición del Juzgado de lo Mercantil que decidirá sobre el reintegro o no a la masa del concurso de la cantidad litigiosa, cuyo interés ha demostrado la Administración concursal, como la eventual actividad procesal que pueda instar la sociedad ejecutante ante ambos Juzgados para la decisión definitiva del destino de la cantidad litigiosa.": AAP Burgos (Sección 3) 03.12.2008 (RJ 2009/194001; Auto 406/2008; Rollo 333/2008)

AP Lugo

"PRIMERO.- Sin desconocer las dudas que plantea el supuesto analizado también parece evidente que las mismas han de decantarse en el sentido que ya expresa el auto apelado y ello por la importante razón de que el juzgado de lo mercantil decretó a solicitud de la Administración Concursal de la mercantil de referencia que las derechos de cobro de la concursada son bienes necesarios para la actividad de la empresa.
Así las cosas al cohonestar los arts. 55 de la Ley Concursal y 568 de la LEC la conclusión mas coherente es la prevalencia del concurso sobre la ejecución singular previamente iniciada sin posibilidad de devolución al decretarse que los derechos de cobro son necesarios para la actividad empresarial.
SEGUNDO.- Quiérase o no las cantidades retenidas no estaban en el patrimonio del ejecutante sino pendientes de su adjudicación, y como señala la Jurisprudencia Concursal, habría de estarse en cuanto tales

activos a lo que acuerde el Juez que conozca del concurso pues de lo contrario se estaría otorgando al acreedor singular un privilegio del que carece alterando el principio de la "pars conditio creditorum".
TERCERO.- Desde la anterior perspectiva la interesante y razonada argumentación jurídica del apelante no puede ser asumida pues al enfrentarnos ante las normas generales de la prevalencia de créditos y la normativa específica concursal aplicable por la existencia de una ejecución universal de la deudora ha de concederse preferencia a la legislación concursal que ya regula con carácter especial la incardinación de las ejecuciones singulares con el concurso en función del estado en que se encuentre.": AAP Lugo (Sección1) 23.02.2012 (Auto 30/2012; Rollo 773/2011)

AP Madrid

"I.- ANTECEDENTES DE HECHO:
SE ACEPTAN los del Auto impugnado y,
PRIMERO.- ElJuzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid dictó Auto de fecha veintinueve de diciembre de dos mil ocho en los autos de Proceso de Ejecución seguidos ante el mismo con el número 48/2003, cuy PARTE DISPOSITIVA es del tenor literal siguiente:
«...DISPONGO. Que debo desestimar y desestimo el recurso de reposición planteado por la representación procesal de ADMINISTRACIÓN, ASESORAMIENTO Y ASOCIADOS, S.L. contra la providencia de 1 de septiembre de 2008...».
SEGUNDO.- La representación procesal de la entidad ejecutante «ADMINISTRACIÓN, ASESORAMIENTO Y ASOCIADOS, S.L.» interpuso, en tiempo y forma legal, recurso de apelación contra la anterior resolución a medio de escrito en el que, con fundamento en las alegaciones que exponía y dejaba consignadas, terminaba solicitando que por la Sala correspondiente de la Audiencia Provincial se dictase resolución mediante la que, estimando íntegramente el recurso, se revocase el auto recurrido y en su consecuencia se ordenase la entrega a la entidad recurrente de la cantidad consignada para pago por la ejecutada el día 10 de julio de 2003, de 115 500,61 euros, correspondientes, 93 517,48 euros a principal, 11 359,81 euros a intereses liquidados y 10 623,32 euros a costas tasadas; y después de efectuar las tasaciones de costas del Incidente de Tasación d Costas, el sobrante si lo hubiere, se remitiese al Juzgado de lo Mercantil número Siete de Madrid, con expresa imposición de las costas del recurso a quien se opusiere al mismo. (…)
II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:
PRIMERO La Sala acepta y da por reproducida en esta alzada la fundamentación de la resolución apelada, que no resulta desvirtuada con las alegaciones aducidas por la recurrente para sustentar su recurso.
SEGUNDO Resulta incuestionable que al declararse el concurso de la entidad ejecutada las presentes actuaciones ejecutivas se hallaban en tramitación, pues es indudable que en tal momento no se había producido la completa satisfacción de la entidad acreedora ejecutante. Completa satisfacción que es, conforme expresamente establece elartículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que determina el término final de la ejecución forzosa.
TERCERO En la medida de ello, es evidente que las resoluciones impugnadas -elAuto de 29 de diciembre de 2008 y la providencia de 1 de septiembre anterior- resultan plenamente ajustadas a lo prevenido por elartículo 55.2 de la Ley Concursal que establece que las actuaciones (ejecutivas) que se hallaren en tramitación (al declararse el concurso) quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
CUARTO No obstante, y a mayor abundamiento, ha de señalarse que la parte apelante no puede cuestionar, ahora, en modo alguno, la suspensión de la ejecución, por cuanto tal suspensión había sido ya acordada, con anterioridad, por resolución firme y, por tanto, por virtud de lo establecido en elartículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pasada en autoridad de cosa juzgada y, por ende, totalmente vinculante para el tribunal.
Efectivamente, la suspensión de la ejecución, en cumplimiento de lo dispuesto en elartículo 55 de Ley Concursal, había sido acordada por providencia de fecha 9 de octubre de 2006 (folio 247), que notificada a la representación ahora recurrente en fecha 17 de octubre de 2006 (folio 249) fue consentida por ésta al no constar en las actuaciones haber interpuesto contra ella el recurso de reposición que, en todo caso, le reconocían losartículos 451 y 562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.": AAP Madrid (Sección 25) 20.10.2009 (JUR 2010\20259; Auto 209/2009; Rollo 385/2009)

AP Pontevedra

"PRIMERO.- Es objeto de recurso la sentencia dictada por el juez de lo mercantil por la que se estimaba la pretensión deducida por la concursada respecto de la modificación del inventario y de la lista de acreedores.
Se trata, en esencia, de una única pretensión, en la medida en que se solicita la inclusión en la lista de acreedores del importe total de un crédito que se ha visto satisfecho extraconcursalmente con vulneración de normas imperativas.
Los hechos del caso son los siguientes, sin que exista controversia en su determinación:
a) con fecha de 28.4.2011 se dicta sentencia por esta misma sección de la Audiencia Provincial condenando a KARMA VIAJES, S.A.L. a abonar a Transportes Vasa Norte, S.A. la suma de 50.977,68 euros. La acreedora solicitó y obtuvo la ejecución provisional de dicho título ejecutivo, por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra de 26.10.2011.
b) despachada ejecución (por el principal y por la cantidad adicional presupuestada para cubrir intereses, gastos y costas), el juzgado procedió al embargo de numerario obrante en una cuenta propiedad de la deudora. El juzgado acordó la medida y, como garantía de la traba, acordó su transferencia a la cuenta de depósitos y consignaciones, por el importe de 53.953,21 euros el día 30.1.2012. Por diligencia de 2.2.2012

del Sr. Secretario se procedió a la entrega de la suma al acreedor.
c) sucedió que por auto de 21.12.2011 se había declarado el concurso de la deudora por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo. En dicho concurso la administración concursal no incluyó en el inventario la suma anteriormente reseñada y minoró el crédito de Transportes Vasa Norte, S.A. reduciéndolo al importe de 1.559,68 euros.
La sentencia acepta los planteamientos del demandante, al entender que habiéndose declarado el concurso, no puede seguirse ejecución contra la concursada, de suerte que la entrega del numerario no resultó válida y, del mismo modo, la cantidad embargada formaba parte de la masa activa.
El apelante reproduce en esta alzada las razones expuestas en su escrito de contestación, consistentes, en esencia, en que al declararse el concurso y aunque se hiciera entrega posterior del numerario al acreedor, dicha suma no integraba la masa activa, que "todavía no está fijada de forma ni siquiera provisional".
La Sala no acepta el planteamiento de la recurrente y coincide con el criterio expuesto por el juez de primer grado.
SEGUNDO.- Según es bien sabido, conforme a la lógica del procedimiento universal y con base en el principio general de la par conditio, el concurso pretende evitar la actuación aislada de los acreedores que pretendan instar en su propio beneficio la ejecución de sus créditos sobre los bienes del concursado. Por tal razón, el art. 55 establece una regla general: declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios, administrativos o tributarios, sobre los bienes del concursado. Repárese que el dies a quo de dicha prohibición es el de la declaración del concurso, no el de la solicitud, que puede quedar distante en el tiempo.
Para las ejecuciones pendientes, el art. 55.2 dispone que las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso. En la misma línea, el art. 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el tribunal de ejecución suspenderá el procedimiento en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el deudor se encuentra en situación de concurso, todo ello con la conocida salvedad de la ejecución seguida contra bienes hipotecados o sujetos a otra forma de garantía real, cuyo régimen especial establecen los arts. 56 y 57 de la Ley Concursal.
Por tanto, en el presente supuesto, no se duda sobre que, declarado el concurso, lo procedente es que el juez de instancia paralice el procedimiento de ejecución en el estado en que se halle. Las actuaciones de ejecución ya realizadas mantienen su vigencia, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en el proceso concursal. La reforma operada en la LC por la Ley 38/11 aclara, además, que los embargos adoptados en ejecución, -definitiva o provisional-, permanecen, pero el juez del concurso podrá alzarlos y cancelarlos cuando su mantenimiento dificulte la continuación de la actividad empresarial.
Por tanto, en lo que al caso planteado afecta, declarado el concurso de KARMA VIAJES, el día 21.12.2011 no podía seguirse actuación ejecutiva alguna, aunque pudiera permanecer la traba del numerario y la garantía representada por su transferencia a la cuenta judicial (art. 621 de la ley procesal). Pero la diligencia posterior de entrega no es válida y será el juzgado que la adoptó el que tenga que extraer las consecuencias de esta declaración, en línea con lo previsto en el art. 568.2 de la ley procesal civil. De forma que, en lo que aquí interesa, esa suma dineraria integraba la masa activa y, en consecuencia, el crédito del acreedor debería constar por su total importe. ": AAP Pontevedra (Sección 1) 14.12.2012 (Auto 647/2012; Rollo 719/2012)

"TERCERO.- El inicio y continuación de procedimientos de ejecución o de apremio administrativo en reclamación de créditos concursales de carácter público contra la entidad en concurso.
El juego de los arts. 55, 133, 140.4, 146 y 147 de la Ley Concursal permite distinguir los siguientes supuestos, referidos siempre a los procedimientos de apremio en reclamación de créditos públicos concursales:
1º Procedimientos de apremio administrativos o tributarios iniciados antes de la declaración del concurso :
El art. 55 de la Ley Concursal, bajo el título "Ejecuciones y apremios, establece en sus apartados 1º y 2º:
" 1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos."
En consecuencia, de conformidad con el art. 55.1 LC, los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo con anterioridad a la fecha de declaración del concurso podrán continuar hasta la aprobación del plan de liquidación, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En los demás casos, las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos (art. 55.2 LC).
2º Procedimientos de apremio administrativos o tributarios posteriores a la fecha de declaración del concurso :
Una vez declarado el concurso, no podrán iniciarse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, según preceptúa el art. 55.1 LC.
3º Procedimientos de apremio administrativos o tributarios en caso de aprobación del convenio de

acreedores.
Desde la sentencia que apruebe el convenio (salvo que el Juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza -art. 133.1 LC -), cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio (art. 133.2 LC), cuyo contenido vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso (art. 134.1 LC), así como a los acreedores privilegiados en los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 134 LC.
Lógicamente, tratándose acreedores privilegiados no vinculados, recobran la facultad de ejecutarlos de forma separada.
4º Procedimientos de apremio administrativos o tributarios en caso de incumplimiento del convenio de acreedores :
Con carácter general, según dispone el art. 140.4 LC, " [L]a declaración de incumplimiento del convenio supondrá la resolución de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136. "
Ahora bien, el propio precepto señala que, si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134.3 o que se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, " podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso ".
5º Procedimientos de apremio administrativos o tributarios en caso de apertura de la fase de liquidación
Para determinar los efectos de la apertura de la liquidación en el concurso y, en particular, sobre los créditos concursales, tanto el art. 146 como el art. 147 de la Ley Concursal se remiten a las reglas generales del Título III de la misma norma, entre las que se encuentra el art. 55 anteriormente transcrito.
En el supuesto enjuiciado, la diligencia de embargo se ordenó con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, 11 de noviembre de 2011, si bien el importe de los créditos embargados no se puso a disposición de la AEAT sino con posterioridad a dicha declaración.
En estas condiciones, al recibir la notificación de la puesta a disposición de los importes transferidos, la AEAT hubiera debido solicitar del Juzgado de lo Mercantil que se pronunciase sobre la necesidad de tales cantidades a los efectos de la continuidad de la empresa. No nos encontramos ante un procedimiento de apremio agotado, sino ante un procedimiento vivo, como resulta del art. 173 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general Tributaria, ya que la deuda tributaria no había sido pagada y la obligación no se había extinguido al declararse el concurso, de manera que era el Juez del concurso el que debía determinar si los bienes eran o no precisos para la continuidad de la actividad del concursado (cfr. la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 1 de octubre de 2013, ponente Sr. Herrero Rodríguez de Miñón). Sin embargo, la AEAT no evacuó tal consulta, sino que se limitó a percibir el dinero a cuenta de los créditos que ostentaba contra la sociedad concursada.
Por otra parte, a instancia de la Administración concursal, el Juzgado dictó con fecha 5 de diciembre de 2013 un Auto en el que, además de razonar la procedencia de la cancelación de los mencionados embargos, anteriores a la declaración de concurso, establecía que "[P]uesto que el auto de declaración de concurso es de fecha 11-11-11, y obliga a suspender los procedimientos de apremio -a no ser que se hubiera procedido a solicitar la necesidad para la actividad-, los ingresos realizados a favor de la Administración Tributaria, en cumplimiento de una orden de ingreso que debía quedar suspendida por su afección concursal, han vulnerado el artículo 55 LC y son nulos por contravenir norma imperativa, de suerte que han de ser dejados sin efecto; aunque lo deseable es que dicha retroacción de efectos del expediente tributario fuera realizada de oficio por la propia AEAT, con ingreso directo en la cuenta intervenida por la Administración Concursal, siempre asistiría a este órgano la vía incidental para, al menos, declarar nulas tales percepciones, con las consecuencias administrativas que procedan o queda derivar de dicho pronunciamiento ".
A juicio de la Sala, el referido Auto no deja margen a la duda: entiende que los ingresos realizados al amparo de una orden de ingreso que debía haber quedado en suspenso son nulos y articula dos fórmulas para obtener la restitución, esto es, bien la retroacción de efectos de oficio por la propia AEAT, bien la pertinente reclamación de la Administración concursal a través del incidente concursal.
Dicha nulidad no es sino la consecuencia de lo dispuesto en el art. 55.3 LC, que en su redacción vigente en la fecha de los embargos, de la declaración del concurso y de los ingresos, señalaba: " Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho " (dicho apartado desapareció con la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre).
Pues bien, en la medida que, por una parte, el tantas veces citado Auto de 5 de diciembre de 2013 declaró, aunque fuese en los razonamientos jurídicos, la nulidad de las operaciones realizadas tras la declaración del concurso, aunque en virtud de un embargo anterior al mismo, y, por otra parte, dicha resolución devino firme al ser consentida por ambas partes, lo cierto es que, con independencia de lo que pudiera interpretarse en torno al art. 55.1 LC, es decir, con independencia de si estamos ante un supuesto en que la Administración Tributaria podía continuar el procedimiento -aunque fuera previa declaración judicial de no necesidad de las cantidades-, o, por el contrario, venía obligada a poner el importe percibido a disposición de la Administración concursal, lo que no cabe ahora es pretender desconocer los efectos de cosa juzgada de la expresada resolución, ni, por ende, sostener la procedencia del cobro de ambas sumas cuando esta cuestión ya quedó zanjada de forma definitiva.

En conclusión, aun valorando la sugestiva interpretación que hace la Abogacía del Estado en relación con el art. 55.1 LC, lo cierto es que su pretensión no puede ser acogida.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 23.04.2015 (Sentencia 147/2015; Rollo 159/2015)

AP Sevilla

“PRIMERO.-La parte actora ha formulado recurso contra la resolución dictada en primera instancia por la que se acordó alzar los embargos preventivos trabados en los presentes autos de juicio cambiario por dos razones, la primera porque habiendo sido declarada la entidad demandada en situación de concurso, la competencia para conocer sobre las medidas cautelares acordadas correspondía al Juez del concurso, por aplicación del art 86 ter.1.4º de la LOPJ y 8.4º de la Ley Concursal, la segunda razón era que habiendo sido dictada sentencia en el juicio cambiario con fecha 19 de marzo de 2010, según el art 731.1 de la LEC debían alzarse las medidas cautelares por haber transcurrido el plazo de art 548 sin despachar ejecución por la situación concursal de la entidad demandada. En cuanto a la cantidad consignada con fecha 3 de julio de 2009, no se accede a la entrega, por tratarse de un actuación ejecutiva, cuyo conocimiento corresponde igualmente al Juez del concurso en virtud del art 55.1 de la Ley Concursal.
El recurso se fundamenta en el hecho de que el embargo era anterior a la declaración de concurso, estimando la recurrente que ya que la demanda de ejecución está implícita en la demanda inicial de juicio cambiario, el art 55 de la Ley Concursal no es de aplicación y el Juzgado debió entregar el dinero consignado una vez solicitado por el ejecutante.
Del examen de los autos resultan los siguientes hechos: presentada demanda de juicio cambiario contra "GYESA" con fecha 21 de mayo de 2009, ésta fue admitida a trámite por auto de fecha 8 de junio de 2009, acordándose el inmediato embargo preventivo de bienes del deudor. Con fecha 3 de julio de 2009 el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira, en cumplimiento de la orden judicial, consigna la cantidad de 114.731,66 euros. GYESA es declarada en situación de concurso voluntario por auto de fecha 14 de septiembre de 2009, dicha demandada se había opuesto en primer término a la demanda de juicio cambiario, pero posteriormente desistió de la demanda de oposición y se allanó a la pretensión de la actora, dictándose sentencia con fecha 19 de marzo de 2010, estimatoria de la pretensión inicial, condenando a la demandada a abonar a la actor la cantidad de 88.331,66 euros en concepto de principal, así como al pago de intereses y costas. Seguidamente, con fecha 14 de abril de 2010, la actora solicita la entrega del principal con cargo a la cantidad consignada, se acuerda no haber lugar a dicha entrega por diligencia de fecha 20 de julio de 2010, contra dicha diligencia se interpone recurso de reposición que se desestima por decreto de 27 de octubre de 2010, y acto seguido se dicta el auto que es objeto de recurso, de fecha 2 de febrero de 2011
SEGUNDO.-Deben darse por reproducidos los razonamientos contenidos en la resolución recurrida, ya que resulta de plena aplicación al caso lo dispuesto en el art 55 de la Ley Concursal que establece:
Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
Tanto si se entiende que la actividad de ejecución está iniciada con la presentación de la demanda de juicio cambiario porque la cautelar prepara la ejecución definitiva, aunque el art 825 de la LEC prevé ante la falta de oposición el despacho de la ejecución, como si se entiende que se inicia una vez dictada la sentencia, no procede en ningún caso la entrega de cantidad a la parte actora porque, una vez declarado el concurso, en este caso lo fue con fecha 14 de septiembre de 2009, todas las actuaciones ejecutivas quedan sujetas a las reglas de éste, la solicitud de la actora supone desconocer esta regulación y privilegiar un crédito perseguido al margen de las actuaciones concursales, lo que conculca el principio de ejecución universal que establece el precepto citado. La entrega es un acto de ejecución en beneficio de un acreedor, por ello, que vulnera la regulación citada, debe por lo tanto, desestimarse el recurso formulado, manteniendo la resolución objeto de recurso.”: AAP Sevilla (Sección 6) 14.02.2012 (Auto 26/2012; Rollo 6467/2011)

2.3 Nulidad de la ampliación de la ejecución

“SEGUNDO El recurso de apelación interpuesto por "PASTOR Y CANALS, S.A." y "ROYPAS MARKET, S.L." debe ser acogido, pero sólo en parte.
Como señala elartículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 julio 2003, Concursal, en su números 1a 3, citados por la parte recurrente: "Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.
TERCERO Como quiera que el concurso voluntario de "PASTOR Y CANALS, S.A." se declaró porAuto de fecha 10 de mayo de 2007, no se halla incurso en nulidad el primer Auto despachando ejecución en el presente procedimiento de ejecución, al ser de la misma fecha.
De tal modo que no procede, como pretende la parte recurrente, declarar la nulidad de actuaciones desde dicho Auto, sino sólo la suspensión de la ejecución desde la mencionada fecha, pero únicamente respecto a la

ejecutada en concurso, "PASTOR Y CANALS, S.A.", en virtud del principio de conservación de los actos judiciales.
No ocurre lo mismo con elAuto ampliatorio de la ejecución, de fecha 25 de julio de 2007, que sí se ve afectado de nulidad al amparo de lo dispuesto en elnº 3 del Artículo 55 de la Ley Concursal. No podemos dejar de destacar la ausencia de colaboración, rayana en la mala fe procesal, de la representación procesal de "PASTOR Y CANALS, S.A.", que teniendo conocimiento de la declaración del concurso voluntario instando por la citada mercantil, no puso dicha circunstancia en conocimiento delJuzgado hasta el día 26 de junio de 2007, al formular oposición.
Ello no obstante, como los efectos delartículo 55 de la Ley Concursalse producen "ope legis" y no dependen de la actuación procesal ni de la voluntad de las partes, incurre en nulidad de pleno derecho elAuto ampliatorio de la ejecución, de fecha 25 de julio de 2007y las actuaciones practicadas con posteridad, pero sólo en la medida en que afecten a la concursada "PASTOR Y CANALS, S.A." y no al resto de los ejecutados.
CUARTO Por lo expuesto, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto por "PASTOR Y CANALS, S.A." y "ROYPAS MARKET, S.L.", sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en esta alzada (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).": AAP Madrid (Sección 20) 12.11.2008 (JUR 2009/48224; Auto 373/2008; Rollo 483/2008)

2.4 Irrelevancia de la mera solicitud en curso

"PRIMERO Despachada ejecución contra la sociedad ahora apelante con base en lasentencia firme, en el acto de la subasta de las fincas embargadas de 7/6/2010, por la parte ejecutada se pidió su suspensión alegando prejudicialidad penal por unas Diligencias Previas del año 2008 en tramitación, a lo que se opuso la parte ejecutante, decidiendo la Sra. Secretaria Judicial continuar al no haberse recibido escrito del decanato y, no habiendo ningún licitador, se concedió a la ejecutante plazo para pedir la adjudicación al 50% del valor o por la cantidad adeudada, cosa que así pidió. Habiendo la ejecutada pedido la nulidad de lo acordado en la subasta por infracción delartículo 569 LEC, a lo que se opuso la contraparte, el Juzgado desestimó la petición por auto de 24/6/2010, acordándose seguidamente por decreto de la misma fecha adjudicar a la ejecutante las fincas subastadas por el 50% del valor de tasación. Los recursos de reposición de aquélla contra el auto ydecreto fueron desestimados por autos de 23/7 y 4/10/2010, respectivamente.
SEGUNDO En el recurso de apelación, se alega haberse dictado el decreto sin esperar a la firmeza del auto sobre la petición de nulidad siendo ambos del mismo día, cuando el 23/6 se había comunicado al Juzgado la presentación de solicitud de concurso, de manera que en vez de suspenderse el procedimiento parece haberse acelerado, declarándose el concurso con fecha 24/6 y la comunicación del Juzgado de lo Mercantil de 29/6, el mismo día la notificación del auto ydecreto en cuestión, por todo lo cual, en relación al art. 568 LEC y la prudencia aconsejaban la suspensión. En todo caso, al no ser firme el decreto de adjudicación cuando se declaró el concurso, la conclusión sería la suspensión del procedimiento sin ejecución y la nulidad de la resolución. La parte ejecutante-apelada se opuso al recurso alegando tanto su inadmisión como por el fondo procesal debatido.
TERCERO No es de apreciar motivo para considerar errónea la decisión recurrida y, en definitiva, el auto y eldecreto de 24/6/2010, habida cuenta de lo razonado y acordado en las resoluciones judiciales en cuestión. Al margen de si cabe o no recurso, según se consideren losartículos 454 y 455 (tomando el decreto de adjudicación como resolución definitiva) o el 562-2º y 563 LEC, en todo caso el recurso no puede ser estimado. Las peticiones de nulidad no tienen efecto suspensivo porque tampoco lo tendría el recurso de reposición(arts. 240 LOPJ, 227 y 451 LEC), ni los recursos ordinarios durante la ejecución, salvo excepción mediante caución suficiente(art. 567 LEC). El principio general es que no se suspenderá la ejecución más que en los casos en que laLey lo ordene de modo expreso o así lo acuerden las partes (art. 565). La sola solicitud de concurso de acreedores tampoco suspende automáticamente la ejecución, sino una vez declarado judicialmente y notificado(art. 568). En el presente caso, la comunicación del Juzgado de lo Mercantil tiene fecha 29/6/2010, posterior al decreto de adjudicación. Finalmente decir que no puede considerarse contrario a la ley que el decreto se haya dictado a continuación del auto denegatorio de la petición de nulidad.": AAP La Coruña (Sección 4) 21.03.2011 (JUR 2011/190052; Auto 34/2011; Rollo 96/2011)

2.5 Improcedencia de ejecución provisional

"Primero.- Interpuesto recurso de apelación frente al auto en el que se inadmite a trámite la demanda de ejecución provisional -de sentencia recaída en segunda instancia- instada por Gif-Boj, S.A. de conformidad con lo establecido en el artículo 55.1 de la Ley Concursal, los alegatos vertidos por la parte recurrente son de pleno rechazo pues, con independencia de -según se alega- haberse interpuesto la demanda de juicio ordinario antes de ser declarada Base 3 Arquitectura e Interiorismo S.L. en concurso de acreedores y de traer su causa la ejecución provisional planteada en la ejecución provisional de la sentencia de instancia autorizada por el Administrador Concursal, solicitándose la devolución de cantidades abonadas en la misma-, tratándose, en su consecuencia, de acto posterior a la declaración del concurso, lo cierto es que, como razona el Juez a quo, declarado el concurso no cabe el inicio de ejecuciones contra el patrimonio del deudor (art.
55.1 Ley Concursal), correspondiendo al Juzgado de lo Mercantil la competencia sobre las acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado como sobre toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado (art. 8.1 y 8.3 Ley -concursal).": AAP Madrid (Sección 9) 23.02.2012 (Auto 41/2012; Rollo 903/2011)

2.6 Nulidad/improcedencia incluso de la tramitación de cuestiones incidentales a la ejecución

2.6.1 Del auto que resuelve la oposición en curso

“PRIMERO.- Por la parte ejecutada se interpone recurso de apelación contra la resolución dictada en fecha 18/11/2011 que tiene por desestimada la oposición planteada contra la orden general de ejecución acordada por el juzgado de instancia mediante Auto dictado en fecha 17 de dicembre 2010. A su entender la resolución de la instancia inflige las disposiciones relativas a la ejecución contra bienes del concursado y en concreto el articulo 55. puntos 2 y 3 de la Ley del Concurso por las que se establce que las actuaciones que se encontrarenn tramitación quedaran en suspenso desde la fecha de declaración de concurso sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos; y la contravención de este precepto es sancionado con nulidad de las actuaciones que se dicten tras la declaración del concurso, conforme lo dispuesto en el apartado 3 del mencionado precepto.
Sus representados fueron declarados incursos en concurso voluntario en fecha 11 de abril 2011, notificado al juzgado de instancia; por el Secretario se dicta Decreto en fecha 18 de abril 2011 acordando la suspensión de la ejecución en curso; a pesar de esta resolución 6 meses mas tarde se resuelve sobre la oposición planteada por esta parte y se dicta la resolución recurrida desconociendo de la suspensión acordada.
Se infringe con el dictado de esta resolución lo dispuesto en el artículo 568 LEC y 86 LOPJ; siendo que esta infracción conlleva la nulidad de lo actuado de conformidad con el artículo 227 de la LEC; estas infracciones vienen razonadas en idénticos términos a lo sancionado en la ley concursal en cuanto ordena el mencionado artículo 568 LEC que se dicte por el Secretario resolución acordando la suspensión de las ejecuiones que se esten en curso tan pronto como tenga noticias del concurso, sin distinguir que se trate de suspender las actuaciones dictadas al amparo de la demanda de ejecución o de la demanda de oposición sino referida a todo el proceso de ejecucion independientemente de la fase en que se encuentre y ello porque el artículo 86 LOPJ transfiere la competencia al Juez de lo mercantil a partir de la declaración del concurso de todo aquello que afecte al patrimonio del concursado, de lo que resulta que el Auto dictado, resolviendo la demanda de oposición y ahora recurrido, se ha dictado por juez que no tiene la competencia.
En conclusion, seran nulas las actuaciones y resoluciones dictadas que infringan dichos preceptos, solicitando por ello la nulidad del Auto de 18 de noviembre 2011 y todo lo actuado con posterioridad a la declaración de concurso voluntario de sus representados, con expresa decración de suspensión tanto de la pieza de ejecución nº 1660/10 como de la pieza de oposición nº 2/11.
Por la ejecutante se interesa la ratificación del Auto sosteniendo en síntesis que resulta ajustada a derecho la resolución al entender que, presentada la demanda de oposición esta fase es de congicion y por tanto, hasta que no se dicte la resolución definitiva no se reconoce el crédito y por tanto se debe tramitar todo el proceso y una vez recaiga resolición ésta quedará en suspenso, nos remitimos a los motivos desarrollados en su escrito de oposición al recurso.
SEGUNDO.- Es necesario y para comprender los avatares de este proceso de ejecución comenzar reseñando una serie de datos que de forma objetiva se extrae del procedimiento, así; es la entidad bancaria BBK, ahora Kutxabank, la que presenta demanda de ejecución de título no judicial frente a los recurrentes; que dicha demanda fue admitida y se registró con el numero 1660/10; que exminados los requisitos se dicte orden general de ejecución por Auto de 17/12/10; por Decreto del Secretario de la misma fecha, se dictan las medidas concretas de ejecución y se acuerda notificar a los ejecutados de la orden de ejecución; por los ejecutados, ahora recurrentes, se presenta demanda de oposición a la ejecución con fecha 8/2/10 y admitida es registrada con el numero 2/11 y por medio de diligencia del Secretario se da traslado de esta oposición a la ejecutante, quien, a su vez, la contesta mediante escrito presentado en fecha 24 de febrero 2011 y una vez admitida, no se dictan mas resoluciones hasta el dictado del Auto ahora recurrido. Es durante este periodo, entre la admision del escrito oponiendose a la demanda de oposición y el Auto que ahora se recurre, cuando se dicta la declaración de concurso de los recurrentes, Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao, de fecha 11/4/2011; esta resolución es llevada a la pieza de ejecución nº 1660/10 y por mor de tal conocimiento el Secretario dicta el oportuno Decreto suspendiendo esta ejecución en fecha 18 de Abril de 2011 y de ello que no se realizen ni se dicten en esta pieza de ejecución mencionada resoluciones por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Bilbao que afecten al patrimonio de los recurrentes a salvo aquellos consecuentes de su comunicación con el juzgado de lo mercantil quien a partir de la declaración del concurso tiene atribuida la competencia ex artículo 86 LOPJ.
De lo expresado y como primera aseveracion; cabe incidir, en ausencia de dato referido a la situación del concurso en la pieza de oposición a la ejecución 2/11, siendo que la juzgadora resuelve sobre aquellos motivos que expresamente le invocan los ejecutados en su demanda de oposición y en el que no consta referencia alguna al concurso, por cuanto no se hallaba en tal situación, cuando se hace exposición de sus motivos, que deviene dos meses posteriormente, lo que ha podido traer a omisión con consecuencia de falta de resolución sobre los efectos de la declaración del concurso en esta pieza de oposicion 2/11.
Lo esencial en todo caso es de resolver si procede la nulidad de la resolución recurrida y únicamente esta, por cuanto como se ha expuesto es lo cierto que en esta pieza 2/11 no se han dictado ninguna otra resolución salvo la recurrida y por tanto no habrá que anular, en caso de que se estime el recurso, ninguna otra actuación; ratificandose en su caso la suspensión acordada en la pieza 1660/10 tanto porque no es objeto del recurso como por ser una resolución dictada de conformidad a derecho, por asi disponerlo el articulo 568 de la Lec, conforme a lo preceptuado en el artículo 55.1 de la Ley del concurso.
Estimamos que el recurso debe properar; ciertamente estamos ante un proceso de ejecución en el que va insita la propia fase de apremio y ello aunque en el caso de oposición del ejecutado se presente expresa oposición; esta posiblidad de alegación del ejecutado no convierte este proceso de ejecución en declarativo sino que, ante la diversidad de normas reguladoras de la ejecución que en la anterior ley procesal se encontraban diseminadas por el texto vino la reforma del año 2000 a resolver esta disparidad y, a fin de solventar la ineficacia del proceso civil evidenciada en la fase de ejecución, a adoptar una serie de medidas

encaminadas a otorgar de una mayor protección al ejecutante pero siempre sin olvidar del derecho de tutela del ejecutado, permitiendo, mediante la fase de alegación, dar cumplimiento al derecho constitucional regulando así una oposición que, en caso de ejecución de título judicial, preve la posibilidad de articular defectos de forma y de fondo. Pero, esta forma de regular el proceso de ejecución, no permite sostener que existan, como el recurrido sostiene, dos procesos uno declarativo cuando el deudor se opone y propiamente ejecutivo,,iniciado con el Auto de despacho de ejecución; y ello porque como se ha dicho por esta Sala en resolucion de 28 de abril de 2010: "El incidente de ejecución es único aún cuando los juzgados vengan abriendo dos incidentes, uno por la demanda de ejecución y otro por la demanda de oposición a la ejecución; quizás debido, precisamente, a la terminología que emplea la Ley Procesal al denominar demanda de ejecución y demanda de oposición; ello no obsta a que es obvio, y así resulta de la regulación procesal, que, en todo caso, lo que se tramita es un proceso de ejecución; la Ley no autoriza, por pura lógica procesal, a desmembrar a tal punto el unitario procedimiento de ejecución, que prive del conocimiento de los elementos necesarios para su resolución; es, decimos, un sólo proceso en el que la parte ejecutada -demandada de ejecución- para defenderse presenta, a su vez, una demanda de oposición; que constituye así el escrito rector de defensa en sus límites de la argumentación de la demanda del ejecutante".
A este razonar coadyuga la propia sistemática de la regulación del proceso de ejecución en el que viene a establecer los motivos de oposición que el ejecutado puede invocar conforme al título que se presenta a ejecución; en este caso póliza de prestamo; y así, en el libro III se dice "De la ejecución: disposiciones genereles" regulando en el capitulo IV la oposición, diferenciado si se trata de título judicial o no judicial, como el caso de autos, estableciendo los concretos motivos de oposición; de esta sistemática no se desprende que el legislador contemple dos fases de naturaleza diferente sino, como queda dicho, únicamente da respuesta a cumplimiento del derecho de tutela efectiva de que goza el ejecutado
Así las cosas, y teniendo presente que el articulo 55 de la LC culmina con la regulación de los efectos del concurso sobrre los distintos procedimientos judiciales sentando el principio básico característico del carácter universal del procedimiento concursal de que, declarado el concurso, no podrán inciciarse ejecuciones singulares, juidicales o extrajudiciales ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, a salvo las excepciones que en el párrafo siguiente contempla; para en el punto 2 decir que las actuaciones que se hallaren en tramitación quedaran en suspenso desde la fecha de declaración del concurso sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos; dando así la legislación concursal una situación de cierta ventaja a favor del deudor y ello porque no se puede olvidar que la razón última del proceso concursal es la impotencia de los mecanismos ordinarios de la ejecución singular para satisfacer ordenadamente a los diversos acreedores de un mismo deudor; por ello, cuando concurren los presupuestos para que se declare el concurso, el acreedor tiene un derecho subjetivo público de proteger su patrimonio de las ejecuciones en masa y, mediante la paralización de las ejecuciones singulares, poder agotar las posibilidades de llegar a un acuerdo o bien a beneficiarse de una liquidación ordenada del patrimonio; como dicen los autores, la paralización de las ejecuciones singulares viene exigiendose porque en si misma son causa de agravamiento de la situación patrimonial del deudor.
Y que esta suspensión la quiere el legislador esta refrendada porque en el articulo 568 de la LEC en el captiulo V, dentro del libro de la ejecucion, regula en el mencionado precepto el mandato de imposibilidad de dictar Auto despachando o autorizando la ejecución cuando le conste al Tribunal que el deudor se halla en situación del concurso; y previendo para el caso de la ejecución inicida que por el Secretario se dicte Decreto ordenando la suspensión del procedimiento en el estado que se hallare; nótese que no diferencia la Ley procesal si comenzada la ejecución únicamente se hubiere presentado demanda ejecutiva o demanda de oposición sino que expresamente dice"... SE SUSPENDERA LA EJECUCION EN EL ESTADO QUE SE HALLE..", expresión que viene a ratificar la improcedencia de la argumentación del recurrido de diferenciación del momento procesal en que se encuentre el procedimiento y que invoca a la Sala para que se ratifique la resolcuión recurrida.
TERCERO.-La sanción de contravención a los mandatos anteriores se preve en el punto 3 del mencionado artículo cuando, de forma categórica, señala que las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.
Desde esta consideración debe estimarse el recurso de apelación planteado, y acordarse la nulidad de pleno derecho del Auto que desestima la oposición planteada por los ejecutados a la demanda de ejecución presentada por la entidad ahora denominada Kutxabank, por haberse dictado cuando el procedimiento de ejecución se encontraba en suspenso por estar los deudores incursos en declaración de concurso voluntario, atrayendo la jurisdicción el juez de lo mercantil que acordó tal situación, conforme a las normas reguladoras de la competencia objetiva regulada en la LOPJ ex artículo 86 que otorga la competencia al juzgado de lo mercantil que conozca del concurso de todas las cuestiones que tengan relación con el proceso concursal, de ahí que se refrende nuevamente la necesidad de que se paralicen las demas ejecuciones que esten iniciadas ante juzgados civiles por existencia de declaración de concurso.
En definitiva y por todo lo expuesto, el recurso de apelación es estimado, se revoca el Auto dictado en primera instancia y se declara nulo de pleno de derecho.": AAP Vizcaya (Sección 3) 25.04.2012 (Auto 219/2012; Rollo 67/2012)

2.6.2 De la tramitación de tercería de dominio

"PRIMERO: La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda presentada por la parte ahora apelante aduciendo que aún siendo la demanda de autos de fecha 10 de mayo de 2010, lo cierto es que desde el mismo momento en que se declara el concurso voluntario de la mercantil FADIA SL, se paraliza la ejecución cambiaria del procedimiento 773/2009 y, por consiguiente, cualquier incidente relacionado con esta ejecución también ha de suspenderse desde el mismo momento en que se tiene noticia de dicho procedimiento

concursal que afecta a la ejecutada. Por ello, entiende que debe ser desestimada la demanda presentada toda vez que si se estimara, ello infringiría la suspensión impuesta por imperativo legal y conllevaría la nulidad de pleno derecho de dicha resolución.
La representación procesal de AUXILIAR CONSERVERA SA recurre la sentencia dictada en primera instancia fundando su recurso en los motivos siguientes: 1) Por una parte, que la demanda de tercería de dominio no pretende la recuperación del bien, sino el levantamiento del embargo; 2) Que el propio tenor literal del art.55,2 de la Ley Cambiaria implica la suspensión de las vías de apremio, no del incidente que pudiera suscitar el tercerista; 3) Por otra parte, alega la propia finalidad teleológica del art,55 de la Ley Cambiaria e incluso el sentido común para estimar la demanda presentada.
El recurso debe ser desestimado. Debe partirse de la base que el último párrafo del art.55 de la Ley Cambiaria excepciona la ejecuciones de garantías reales exclusivamente, siendo por el contrario concluyente en el sentido de que cualquier actuación posterior a la declaración de concurso queda sancionada de nulidad, sin ninguna excepción, esto es, sin distinguir que se trate de cuestiones incidentales o no dentro de aquella ejecución, tal y como pretende el apelante.
Y lo que es evidente en el presente caso, es que en virtud del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Toledo el 13 de mayo de 2010 en el Procedimiento Concursal de FADIA SL y, en consecuencia, el auto dictado por el Juzgado nº2 de Talavera de la Reina el 17 de mayo de 2010, en el que se ha tramitado la primera instancia del procedimiento cambiario, conforme a lo que se ha expuesto anteriormente, se ha de reputar nulo cualquier acto procesal posterior al 13 de mayo de 2010 y que se hubiera realizado en el seno de los autos del juicio cambiario 7773/2009, que se encuentran archivados.
Es por ello, que la sentencia de instancia, como ya se ha expuesto, solamente analiza la plena aplicación del art.55 de la LC al caso de autos. Sin embargo, el apelante cuestiona el hecho de si se debe o no mantenerse la traba judicial respecto a un adquirente tercero de buena fe y para ello esgrime como argumentos, por una parte, el hecho de que la cesión de crédito de fechas 10 de septiembre y 30 de noviembre de 2009 que operó la concursada FADIA SL a su favor contó con título y modo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que eso no altera el hecho de que en fecha 3 de septiembre de 2009, por auto dictado por el Juzgado nº2 de Talavera en el procedimiento cambiario nº773/2008 y conforme al art.587 de la LEC, tales créditos ya estaban embargados, cuando los adquirió el apelante de la concursada.
Igualmente alega que el Código de Comercio refuerza la compraventa entre comerciantes, lo cual tampoco puede tenerse en cuenta conforme a lo expuesto anteriormente. También alega el hecho de que el tercerista adquirió de buena fe, cosa que no se discute, pero evidentemente tal buena fe también es predicable de la parte que trabó los embargos.
También alega que si bien el embargo, tal y como establece el art.587 de la LEc, se entenderá hecho desde que se decrete por el Secretario Judicial, también es cierto que cuando se transmitió y adquirió por su mandante concurrían las dos circunstancias previstas en el citado precepto, esto es, que el Secretario todavía no había adoptado las medidas de garantía y publicidad propias para el embargo, y que siendo tercero de buena fe debería quedar protegido en atención alo establecido en el artr.587,2 de la LEC. Ahora bien conforme al tenor literal del citado artículo 587 de la LEC el momento del embargo es el Decreto (antes Auto) del Secretario Judicial, aunque no se hayan adoptado aún las medidas que alega el apelante. Al respecto debe tenerse en cuenta que en fecha 3 de septiembre de 2009 y en los autos de juicio cambiario 773/2009 del Juzgado nº2 de Talavera se acordó mediante auto la adopción de una serie de medidas de traba y aseguramiento, todas ellas con efecto desde ese mismo momento, conforme a lo preceptuado en el art,587 de la EC, de forma que ninguna cesión posterior a dicha fecha puede reputarse como legítima al estar llamado su objeto a responder de las resultas del procedimiento judicial que entonces se hallaba en curso.”: SAP Toledo (Sección 2) 13.06.2013 (Sentencia 148/2013; Rollo 315/2011)

3. Nulidad/improcedencia embargo preventivo acordado tras la declaración de concurso

AP Zaragoza

“TERCERO.- La resolución recurrida deniega el embargo preventivo porque la parte demandada ha sido declarada en concurso. Ha de mantenerse por las razones que constan en aquella.
Según consta en la exposición de motivos (III) de la Ley Concursal, uno de los efectos de la declaración del concurso es que no se pueden iniciar acciones individuales de carácter ejecutivo contra el patrimonio del concursado, o si están iniciadas, han de paralizarse, pues los acreedores se han de integrar en la masa pasiva del concurso
En este sentido, el art. 8 p 4 de la Ley Concursal establece que los jueces del concurso conocerán de las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado. El art. 55 también establece que, declarado el concurso, no pueden iniciarse ejecuciones singulares judiciales contra el patrimonio del deudor. En la misma línea, el art. 568 LEC establece que no pueden continuar ejecuciones en caso de situaciones concursales. Por tanto, el recurso ha de ser desestimado.“:Auto AP Zaragoza 15.12.2005 (JUR 2006/79749)

“PRIMERO La parte demandada en su recurso frente al Auto [de fecha 26.01.2009] que decreta el embargo preventivo aboga por la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva al estar inmersa la recurrente en situación de concurso voluntario desde el 13/11/2008 ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña, siendo de aplicación al embargo preventivo lo dispuesto en elArt. 55 de la Ley Concursal y conforme alArt. 8.4 de la misma ley que establece que el juez del concurso tiene jurisdicción exclusiva y excluyente sobre toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado..
SEGUNDO Efectivamente encontrándose la demandada en situación de concurso voluntario desde el 13 de Noviembre de 2008 (autos nº 681/2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña), deberá estarse a lo

dispuesto en elArt. 55.1 Ley 22/2003 siendo de aplicación este precepto al embargo preventivo acordado por el Juzgado por lo que procede dejar sin efecto el mismo. Debiéndose continuar la tramitación del procedimiento conforme a lo dispuesto en elArt. 51.1 de la LEC, al haberlo así acordado elJuzgado en providencia de 15/1/2009 (folio 294).": AAP Zaragoza (Sección 2) 14.07.2009 (JUR 2009/328762; Auto 458/2009; Rollo 271/2009)

AP Barcelona

"No obstant, en el present cas, el criteri per determinar la competència funcional no és el de temporalitat (ART. 50 I 51 LC), perquè el conflicte no es planteja en relació a una demanda declarativa sinó amb una petició de mesures cautelars. L' article 8.4 de la Llei concursal que atribueix al Jutjat Mercantil que tramita el concurs de creditors la competència exclusiva i excloent per conèixer i acordar sobre tota mesura cautelar que afecti el patrimoni del concursat llevat les que s'adoptin en els processos civils que quedin exclosos de la seva jurisdicció en el seu paràgraf 1r (capacitat, filiació, matrimoni i menors). D'aquesta manera, encara que la sol·licitud de mesures cautelars hagués tingut entrada un dia abans que es declarés el concurs, un cop es va declarar la demandada en concurs, el Jutjat civil no era competent per acordar sobre una mesura cautelar que pogués afectar el seu patrimoni (i la que es demana, l'afecta) sinó que la competència funcional passava a ser, de manera exclusiva i excloent, del Jutjat mercantil que tramita el concurs. En aquest sentit, la Secció 15a d'aquesta Audiència Provincial en resolució d'1 de setembre del 2009, raonava que "una vez declarado el concurso no cabe trabar nuevos embargos sobre el patrimonio del deudor concursado pues, ya sea de ejecución o cautelar, el art.8 3º y 4º atribuye esa competencia de forma exclusiva y excluyente al juez del concurso". Per les raons exposades, doncs, la resolució del Jutjat que acorda la seva falta de competència objectiva, ha de ser confirmada, encara que per raons distintes, el que ha de tenir reflex en el pronunciament sobre les costes de l'apel·lació.": AAP Barcelona (Sección 14) 23.09.2010 (Auto 229/2010; Rollo 519/2010)

3.1 Procedencia en caso de codemandados no concursados

"PRIMERO El recurso de apelación formulado contra elAuto dictado por el Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 3 de Zamora en fecha 2 de marzo de 2009, por el que se acordó el embargo preventivo de las fincas que se reseñaban en el mismo en cuanto perteneciera a las personas físicas recurrentes, insiste en la falta de competencia objetiva del Juzgado en atención a la admisión a trámite del concurso de la entidad Jugocarne, S.L. y la personación de la solicitante de la medida cautelar en el procedimiento concursal duplicando la reclamación y sometiéndose a la competencia de dicho Juzgado.
SEGUNDO Esas argumentaciones deben merecer idéntica respuesta que la contenida en el Auto objeto de recurso.
En primer lugar es necesario aclarar que el auto objeto de recurso es un auto que resuelve sobre la solicitud de medidas cautelares, que acuerda adoptar la de embargo preventivo de una serie de fincas titularidad de las personas físicas demandadas en el Procedimiento Ordinario formulado frente a ellas y a la sociedad. Siendo ello así, las alegaciones que se formulan en cuanto a la falta de competencia por la declaración de concurso voluntario de la persona jurídica carecerían de trascendencia respecto de las pretensiones de la demanda y de las medidas cautelares dirigidas a las personas físicas.
En todo caso, esas alegaciones deben ser rechazadas porque al hallarnos ante una reclamación formulada en procedimiento ordinario con anterioridad a la declaración de concurso, resulta de aplicación lo dispuesto en elartículo 51 de la L.E.C. que establece en su punto 1º que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia, manteniéndose así la competencia del Juez de 1ª Instancia que esté conociendo. Cierto es que el propio precepto establece la posibilidad de acumulación en aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en elartículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, pero dicha acumulación ha de solicitarse por la administración concursal o por cualquier parte personada, cosa que en este caso no se ha producido.
TERCERO Igualmente consideramos que debe mantenerse la fundamentación del Auto objeto de recurso en cuanto a la concurrencia de los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar, puesto que la de la apariencia del buen derecho fue admitida por los propios concurrentes en tanto en cuanto el reconocimiento de deuda está documentado en escritura pública y en cuanto al "periculum in mora" el propio letrado reconoció que la deuda no se había abonado por la difícil situación financiera por la que pasaba la entidad demandada y en cuanto a la responsabilidad de los avalistas este deviene de las cargas que graban los bienes embargados.
Por ello, el recurso de apelación debe ser desestimado y las medidas cautelares ratificadas con imposición de las costas a la recurrente cuyo recurso se desestima.": AAP Zamora 15.07.2009 (JUR 2009/375287; Auto 65/2009; Rollo 244/2009)

4. Nulidad de lo actuado en jura de cuentas

"PRIMERO.- Formulada Jura de cuentas en fecha 4-6-09, al ser requerida la mercantil deudora de pago el 9-7-09 manifestó estar en situación de concurso de acreedores,ante lo cual,su administración concursal y aportando auto de su declaración de fecha 25-6-09,solicitó al amparo de los art. 8,50.1 y 55 de la Ley concursal, el archivo de las actuaciones y la nulidad de las practicadas,al ser exclusiva y

excluyente la jurisdicción del juez del concurso en las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, debiendo abstenerse los de los demás órdenes que no sean el Mercantil de conocer de ellas, y al no poder iniciarse ejecuciones de ningún tipo tras dicha declaración y deber suspenderse las que estuvieran en trámite.
SEGUNDO.- La Ley Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuesto o puedan interponer los acreedores.
En primero lugar, respecto de los juicios declarativos, vistos los artículos 51 y 52, sí el juicio en el que el deudor es parte se encuentra en tramitación al momento de la declaración del concurso, se continuará hasta la firmeza de la sentencia, pero no podrá iniciarse ninguna ejecución, según dispone el artículo 55 de la misma Ley, ni tampoco podrá acordarse la acumulación al procedimiento concursal, salvo que el Juez del concurso así lo acuerde expresamente. Pero, si el juicio declarativo se inicia con posterioridad a la declaración del concurso, el Juez de 1ª Instancia se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, pero no quiere decir que deban presentar demanda ante el mismo de una forma independiente al procedimiento concursal, sino que deberán comparecer en el mismo a fin de que se le reconozca su crédito (artículo 49 y artículos 85 y siguientes de la LC). Y si se hubiera admitido la demanda se procederá a su archivo inmediato, careciendo de validez todas las actuaciones que se hubieran practicado.
En segundo lugar, a la vista de lo que dispone el artículo 55, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, con la excepción de los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarias para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Y las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, siendo nulas de pleno derecho todas las actuaciones en contravención de lo anterior. Por lo tanto, el legislador se decanta claramente por la imposibilidad de ejecuciones singulares contra el deudor, salvo las excepciones expresamente previstas. Y ello en concordancia con el artículo 8 que establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
Examinado el caso según lo expuesto, se entiende aplicable esta segunda norma pues el procedimiento de jura de cuentas, tiene la naturaleza de expediente de ejecución sumario de modo que, si bien la instarlo no se había declarado el concurso por lo que se podía iniciar, sí lo había sido al practicarse el requerimiento de pago, tras el cual, según el art. 35.3 de la LEC, al no haber formulado el deudor oposición se despachará ejecución.
La conclusión final, según el tenor de dicho art.55.2,es la de que hubiera procedido la suspensión de este procedimiento desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos ante el Juzgado de lo Mercantil, lo que implica, como su apartado 3 regula, la procedencia de acordar dicha suspensión y la nulidad del requerimiento de pago realizado.”: AAP Valencia 10.06.2010 (secciòn 7) (Rollo 157/2008)

5. ¿Cabe la declaración de nulidad, suspensión o revocación de actos administrativos por el juez del concurso?

5.1 No cabe

AP Alava

“SEGUNDO Sobre el alcance de la jurisdicción.- Aunque las partes no lo han planteado es necesario precisar cual es el objeto del procedimiento. La demandante solicitó y el juzgado concedió la nulidad de un acto administrativo, el adoptado por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la TGSS, en el seno de un procedimiento de tal naturaleza. La jurisdicción exclusiva y excluyente que elart. 8 LC concede al juez del concurso no abarca, sin embargo, la posibilidad de suplir a la administración pública en una competencia propia.
La nulidad pretendida al amparo delart. 55.3 LC no es posible que se adopte ¿en este caso- por el Juzgado de lo Mercantil, que sin embargo puede reclamar de la TGSS, igual que de otras administraciones públicas, que adopte las medidas precisas para atender las exigencias que dispone la Ley Concursal. El Juzgado que tramita el concurso puede, por ello, realizar el requerimiento inhibitorio al que alude elart. 9.1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo (RCL 1987, 1256), de Conflictos de Jurisdicción (LCJ). Atendido aquel, como señala elart. 9.2 LCJ, se ostentará competencia para declarar la nulidad o adoptar la medida procedente.
Si no se atiende, el conflicto entre la potestad administrativa y la jurisdicción tendrá que resolverse en el modo que indica la ley citada, por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Lo que no es posible es que la administración concursal pretenda la nulidad ante el Juzgado de lo Mercantil y que éste la conceda, pues se invade la potestad administrativa, superando los límites de la jurisdicción que señalan losarts. 21 y 86 ter 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985, 1578, 2635), del Poder Judicial (LOPJ). ”: SAP Alava 27.10.2010 (AC 2010/1829; Sentencia 488/2010; Rollo 248/2010)

AP Barcelona (Sección 15)

“1. La entidad concursada, CATELEM ASOCIADOS, S.L., por escrito de 8 de enero de 2010, puso en conocimiento del juzgado mercantil que conoce de su concurso voluntario que le habían sido notificadas tres providencias de apremio de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), de fecha 9 de diciembre de 2009, posterior a la declaración de concurso (de 11 de junio de 2009). La concursada, con base en lo dispuesto en el artículo 55.1, 2 y 3 de la Ley concursal (LC), solicitaba al juzgado que tuviera por hechas las manifestaciones y requiriera a la TGSS para que declarara la nulidad de aquellas providencias de apremio y dejara sin efecto cualquier otra actuación posterior a la misma. La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (AC), a quien se dio traslado, se posicionó en el mismo sentido que la concursada, es decir, solicitando que se requiriera a la TGSS para que declarara la nulidad de aquellas providencias de apremio, conforme a lo dispuesto en la LC y en el artículo 62 de la Ley 30/1992, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.
El auto del juzgado de 3 de febrero de 2010 dispuso la suspensión inmediata de todas las actuaciones ejecutivas de la TGSS posteriores a la declaración de concurso y acordó la nulidad de las providencias de apremio de 9 de diciembre de 2009.
Dicho auto fue recurrido en reposición por la TGSS, que alegó la infracción del artículo 55 de la LC y del artículo 50.2 del Reglamento general de recaudación de Seguridad Social (RSS). Desestimado el recurso por auto de 19 de abril de 2010, la TGSS apela contra esta última resolución.
2. La TGSS alega en el recurso de apelación, como lo hizo en el recurso de reposición ante el juzgado, que la decisión judicial infringe el artículo 55.1 de la LC. Este precepto establece:
"Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ".
No advertimos infracción del precepto en el auto impugnado. Como aprecia la Sra. magistrada, las providencias de apremio de 9 de diciembre de 2009 vulnerarían el artículo 55.1, párrafo primero, de la LC, ya que, conforme a él, declarado que había sido el concurso el 11 de junio de 2009, no podía seguirse apremio administrativo contra el patrimonio del deudor.
Lo que permite el párrafo segundo del artículo 55.1 es la continuación de los procedimientos administrativos de ejecución sobre los bienes que ya hubieran sido embargados al tiempo de la declaración de concurso -siempre que no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor-, lo que no es el caso de autos en que, reiteramos, las providencias de apremio son seis meses posteriores a la declaración de concurso, dato no cuestionado en el procedimiento.
Como establece el propio artículo 55 LC, en su apartado 2, " las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos ". Es esta suspensión la que debió actuar la TGSS y, al no hacerlo, habría vulnerado también el artículo 55.2.
Finalmente, como sanciona el artículo 55.3, " las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho." Esta nulidad de pleno derecho afecta a las providencias de apremio en cuestión.
3. Según la TGSS apelante, el auto impugnado habría infringido también el artículo 50.2 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que dispone:
" Si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal."
La aparente contradicción del RSS con la norma del artículo 55 de la LC no puede resolverse a favor de la norma reglamentaria, sino conforme al principio de jerarquía normativa, proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución española. Como manda el artículo 6 de la Ley orgánica del poder judicial, los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.
Es cierto que el artículo 84.1 -no se cita en el recurso- del citado RSS establece que " la providencia de apremio constituye el título ejecutivo suficiente para el inicio del procedimiento de apremio por la Tesorería General de la Seguridad Social y tiene la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los responsables del pago de la deuda ". De esa norma podría desprenderse que el hecho de dictar la providencia de apremio no implica seguirse apremio administrativo, en los términos del artículo 55.1.I LC y que el dictado de dicha providencia -y su notificación- con posterioridad a la declaración de concurso es compatible con el mandato del artículo 55.1.I LC.
Sin embargo, tal enfoque viene impedido por el artículo 55.2 LC, que establece taxativamente la suspensión de las actuaciones desde la fecha de declaración de concurso -en nuestro caso, 11 de junio de 2009- y por el artículo 55.1.II, que establece como sola excepción la continuación de los

procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio, no de aquellos en que, a la fecha de la declaración de concurso, no se hubiera dictado tal providencia.
Por ello, las providencias de apremio de 9 de diciembre de 2009, que, de acuerdo con el artículo 84.2.e) RSS, incluían en su contenido, entre otras, la advertencia expresa, engañosa en el ámbito concursal, "de que si el pago no se efectúa dentro del plazo de los 15 días naturales siguientes a la notificación, serán exigibles los intereses de demora devengados desde la finalización del plazo reglamentario de ingreso", están afectadas de la nulidad de pleno derecho prescrita en el artículo 55.3 LC.
4. Ahora bien, no corresponde al juzgado mercantil, sino a la propia TGSS o, en su caso, a la jurisdicción correspondiente, la declaración de nulidad de las providencias de apremio, tal como habían solicitado CATELEM ASOCIADOS S.L. y la AC. Todo ello sin perjuicio de que las providencias de apremio dictadas no tendrán eficacia alguna en el concurso. Esta circunstancia determinan que, aun cuando se desestimen las alegaciones del recurso de apelación, no estimemos procedente imponer las costas de la segunda instancia. ": AAP Barcelona (Sección 15) 21.06.2011 (Auto 87/2011; Rollo 100/2011)

AP Pontevedra

"SEGUNDO.-La competencia para declarar la nulidad de las actuaciones practicadas o para levantar el embargo acordado, en un procedimiento administrativo de apremio.
Razones de método obligan a comenzar el examen por el recurso interpuesto por la Administración concursal, en tanto que reitera su petición de nulidad de determinadas actuaciones realizadas por la Administración Tributaria.
En relación con la competencia para declarar la nulidad de actuaciones en un procedimiento administrativo de apremio y subsiguiente embargo abierto al concursado por la Administración Tributaria, cumple recordar la doctrina sentada, entre otras, en las sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 26 de junio y de 31 de marzo de 2014 (ponentes Sres. Herrero Pina y Díaz Delgado, respectivamente), recaídas en supuestos de embargos trabados con anterioridad a la declaración del concurso y que declaran:
" *[...] en primer lugar, se invoca por el Juez del concurso el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispone en su apartado 1 que: <Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:... 3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado>.*
Pues bien, la atribución de competencia a los juzgados de lo mercantil para conocer de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, se hace <en los términos previstos en su Ley reguladora>. Y es esa ley reguladora la que ha restringido la potestad del Juez de lo Mercantil de levantar y cancelar los embargos administrativos acordados antes de la declaración de concurso, pese a que su levantamiento fuera necesario para la buena finalización del mismo. Y hay que interpretar que si antes de la modificación, la declaración de nulidad de los embargos no estaba prevista legalmente, al menos de forma expresa, y si tan solo la suspensión, y excepcionalmente la posibilidad de levantar los embargos anteriores al concurso, tras la modificación legal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se amplia, sino que se restringe dicha posibilidad de intervención judicial.
En el apartado 3 de este precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial se dispone que el juez de lo Mercantil es competente de forma exclusiva y excluyente para resolver en materia de ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Esta competencia viene precisada y es compatible con las previsiones del artículo 55.2 de la Ley Concursal, que dispone que: <Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos>, así como lo dispuesto en el párrafo segundo del número 1 de dicho precepto, que si bien permite la continuación, hasta la aprobación del plan de liquidación, de los procedimientos de ejecución administrativos si el embargo se hubiera producido antes de la declaración del concurso, ello es siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, circunstancia que evidentemente corresponde valorar y apreciar al Juez del concurso.
Es decir, nada impide al Juez de lo Mercantil, pese a no poder levantar los embargos administrativos anteriores a la declaración de concurso, solicitar que los bienes afectados sean puestos a su disposición, integrados en la masa del concurso y, en este ámbito, decidir las cuestiones que se susciten en cuanto a lo que al efecto disponga para su adecuada ejecución y efectividad.
Pero estas no son las facultades ejercitadas por el Juez en este caso, a pesar de que del planteamiento de la entidad en concurso y su Administración concursal, al pedir la restitución de la cantidad recibida por la AEAT, pudiera haber dado pie para ello, pues, por el contrario, lo que se acuerda en el auto de 3 de enero de 2014 es la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración Tributaria en un procedimiento de apremio que se inició bastante antes de la declaración del concurso y sin que hubiera mediado pronunciamiento judicial sobre la necesidad del crédito para la continuidad de la actividad y su puesta a disposición para su integración en la masa del concurso, que impidiera la continuidad del procedimiento de apremio.
TERCERO.- El segundo de los argumentos utilizados por el Juez del concurso en defensa de su competencia es el contenido del artículo 9 de la Ley Concursal en cuanto dispone que: "1.La

jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. 2 La decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca".

La extensión de la jurisdicción al conocimiento de cuestiones prejudiciales se justifica por la necesidad de garantizar el adecuado desarrollo del proceso de que se trate, evitando traslados a otras jurisdicciones con las consiguientes demoras y disfunciones derivadas de seguir varios procedimientos, propiciando que sea el mismo Juez quien resuelva la cuestión planteada con ese carácter prejudicial, es decir, en la medida que sea necesario para el desarrollo del proceso, en este caso concursal, y a los solos efectos de la decisión del mismo, de manera que si no concurren estas circunstancias no puede hablarse propiamente de una cuestión prejudicial. Y esto es lo que sucede en este caso, pues, como se desprende de lo que acabamos de indicar, no se justifica la necesidad de resolver sobre la nulidad de las actuaciones de apremio llevadas a cabo por la Administración Tributaria, ya que nada impedía al Juez, como ya se dijo en la sentencia de este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 25 de febrero de 2013 y hemos reiterado antes, acordar lo que entendiera necesario para que el producto de los bienes y créditos embargados a la concursada, pese a la persistencia formal de los embargos y actuaciones practicadas, fuera puesto a disposición de aquél e integrado en el concurso. En consecuencia, tampoco este argumento justifica la competencia del Juez a los efectos pretendidos con el planteamiento de este conflicto."

En esta línea la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 25 de febrero de 2013 (ponente Sr. Huelín Martínez de Velasco), con cita de resoluciones anteriores, ya había señalado tanto la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil para declarar la nulidad de actuaciones administrativas, como el trámite a seguir por la Administración Tributaria en los casos en que, iniciado un expediente de apremio, se declare el concurso del deudor antes de que haya terminado:

"[...] este Tribunal debe declarar que la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Huesca, en virtud de lo dispuesto por el artículo 55.1 de la Ley Concursal, según la redacción de la Ley 38/2011, que entró en vigor el 1 de enero de 2012 (téngase en cuenta que el auto en el que el Juez de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Huesca aplica dicho precepto fue dictado el 30 de enero de 2012).

Nadie discute que la diligencia acordando el embargo del crédito de «Loyjesa» es anterior a la declaración de concurso, pero tampoco resulta controvertido que al tiempo de esa declaración el procedimiento de apremio no había sido finiquitado y que dicho crédito, pues así lo declaró el juez del concurso, resultaba necesario para la continuidad de la actividad empresarial de la compañía.

Según hemos indicado en nuestra sentencia de 18 de octubre de 2010 (conflicto 3/10, FJ 2º), del artículo 55.1 de la Ley Concursal, así como del artículo 164.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre), según la redacción que le dio la Ley Concursal (disposición final undécima) en la redacción de la Ley 38/2011, se infiere que los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado diligencia de embargo de los bienes del concursado pueden seguir su curso si son anteriores a la declaración de concurso, legitimando así una ejecución independiente, salvo que, como ocurre en el actual caso, los bienes o derechos trabados resulten necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. De acuerdo con ello, en la sentencia de 22 de diciembre de 2006 (conflicto 10/06, FJ 4º) distinguimos dos situaciones: 1ª) que el procedimiento de apremio hubiese terminado y el crédito a favor de la Administración sido cobrado y 2ª) que estuviese aún en curso. En la primera tesitura no existe posibilidad de conflicto alguno, pues ya el procedimiento y su finalidad se realizaron en su integridad. En la segunda se ha discriminar, a su vez, entre dos hipótesis: (a) que los bienes resultasen necesarios para la pervivencia de la actividad del concursado o (b) que no fueren imprescindibles a tal fin.

Por consiguiente, estando en marcha un procedimiento administrativo de ejecución, si se produce la declaración de concurso la Administración queda obligada a dirigirse al juez que lo tramita para que decida si los bienes o los derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor [la misma conclusión se obtiene de las sentencias de 7 de marzo de 2008 (conflicto 2/08, FJ 4 º) y 22 de junio de 2009 (conflicto 8/08, FFJJ 3º) y 4º). Si la respuesta es negativa, la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva, queda sin competencia en los términos previstos en el artículo 55 de la Ley. En el primer escenario el procedimiento administrativo pierde su singularidad y debe quedar sometido al concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley; en el otro, la ejecución iniciada por la Administración puede seguir su curso hasta hacer trance y remate de los bienes y liquidar la deuda con su producto.

Este entendimiento es el que, habida cuenta de que, como nadie discute, cuando se declaró el concurso (22 de marzo de 2011) el procedimiento de apremio aún seguía vivo, pues el crédito embargado a «Loyjesa» fue cobrado más tarde (9 de junio de 2011) y que el Juez de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Huesca estimó que dicho crédito era imprescindible para la continuidad de su actividad social, nos lleva a la conclusión de que la competencia para finiquitar el apremio sobre tales bienes corresponde en este caso a dicho órgano jurisdiccional, y así se ha de declarar en esta sentencia, como hemos hecho para un caso semejante en la sentencia de 11 de diciembre de 2012 (conflicto 4/12)."

Esta doctrina se reitera en la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 1 de octubre de 2013 (ponente Sr. Herrero Rodríguez de Miñón), en los siguientes términos:

" *Segundo. La concurrencia del proceso concursal y el procedimiento administrativo*.
El objeto del litigo consiste en determinar si el Juzgado de lo Mercantil es competente para ordenar que se alcen unos embargos acordados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con anterioridad a la fecha del Auto de declaración del concurso decretado por el citado Juzgado. No se discute que las diligencias de embargo son anteriores a la declaración del concurso.
La Administración Tributaria sostiene su competencia para seguir adelante con la ejecución de bienes aduciendo dos razones. Señala que las cantidades ejecutadas ya no pertenecen a la concursada, de modo que el Juez del concurso carece de potestad sobre ellas. Estas cantidades salieron del patrimonio del deudor en fecha anterior a la declaración de concurso y solo queda resolver sobre su destino final en razón de la tercería de mejor derecho presentada por el Banco Gallego S. A. Sostiene, por tanto, que el procedimiento administrativo ya ha finalizado. A su razonamiento añade que aceptar otros argumentos supone avalar un uso fraudulento de la tercería de mejor derecho, que tendría el efecto de impedir que los bienes pudieran ser ingresados en el Tesoro.
El Juzgado estima, por el contrario, que la deuda tributaria no se ha satisfecho de modo que el procedimiento administrativo no ha finalizado. Así las cosas, es competencia del Juez del concurso decidir si los bienes son o no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada. Con cita de la doctrina de este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción señala que estando en marcha un procedimiento administrativo de ejecución, si se produce la declaración del concurso, la Administración está obligada a dirigirse al Juez que lo tramita para que decida si los bienes o derechos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad empresarial del deudor.
[...] El artículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dispone, en la redacción que resulta de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: [...]
La interpretación de este precepto ha dado lugar a una consolidada línea de doctrina por parte de este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Valga la cita de las Sentencias de 22 de diciembre de 2006, 22 de junio de 2009, 10 octubre de 2010, 18 de octubre de 2010, 21 de septiembre de 2011, 11 de diciembre de 2012 y 25 de febrero de 2013.
En la citada de 11 de diciembre de 2012 se expresa esta doctrina con estos términos:
<QUINTO.- El criterio que marca la preferencia del procedimiento administrativo o judicial desde la perspectiva temporal, no es en definitiva en las presentes actuaciones la fecha de la Providencia de apremio o de embargo, que queda claro que es anterior a la declaración del concurso, sino si, en la fecha en que esta declaración se produce, los bienes incursos en el procedimiento de apremio administrativo se han realizado o no.
Si, como en el presente caso, en la fecha de declaración del concurso el Apremio administrativo no se ha terminado, el criterio relevante es el de si los bienes incursos en el mismo son necesarios o no para la continuidad de la actividad empresarial, momento en el que el procedimiento administrativo pierde la preferencia de la que gozaba inicialmente por razones temporales y queda sometida al concurso en los términos previstos en el art. 55 L.C
En efecto, cuando dicho precepto dispone en su párrafo 1º que declarado el concurso no podrán seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, está reconociendo el principio de vis atractiva del proceso concursal respecto de las ejecuciones y apremios sobre bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, que corresponde conocer a la Jurisdicción Mercantil con carácter exclusivo y excluyente, cualquiera que fuere el órgano que los hubiere ordenado, cuyas actuaciones debiera suspender tras producirse la declaración del concurso, lo que en el presente caso la Administración no hizo. (...) "
De lo expuesto se desprende que el Juzgado de lo Mercantil no es competente para declarar la nulidad de actuaciones administrativas del procedimiento de apremio, como tampoco para ordenar el levantamiento del embargo trabado, sino que su jurisdicción se extiende a determinar si los bienes o derechos trabados resultan necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor y, en todo caso, a requerir a la Administración Tributaria para que, en su caso, proceda a restituir el bien o cantidad a la masa del concurso, a los efectos oportunos, como de manera correcta hizo el Juzgador "a quo".
Por consiguiente, la pretensión de la Administración concursal debe rechazarse de plano, sin que haya lugar a revisar la regularidad del Auto de 5 de diciembre de 2013, en cuanto ordena el levantamiento de los embargos que nos ocupan, al haber devenido firme.": SAP Pontevedra (Sección 1) 23.04.2015 (Sentencia 147/2015; Rollo 159/2015)

JM-1 Alicante

"QUINTO.- La segunda pretensión es la relativa al alzamiento del embargo administrativo *[sobre los derechos de crédto declarados necesarios.en la propia resolución]*
Al respecto considera este Juzgado que dicha decisión le corresponde adoptarla al órgano administrativo en su caso, al carecer de competencias administrativas este órgano judicial. Cosa distinta, a no confundir a mi parecer, es la trascendencia que la declaración de necesidad de lo derechos trabados conlleva-
Tal y como dice la STJC de 22 de diciembre de 2006 hay que distinguir dos hipótesis, siempre partiendo de que la providencia de apremio es previa a la declaración de concurso:
a) Apremio administrativo terminado y el crédito en favor de la Administración ha sido cobrado.
La preferencia en la ejecución corresponde a la admón.., sin que le afecte el art. 55 LC.
b) Apremio administrativo en curso cuando se produce la declaración de concurso.

La Administración debe poner en conocimiento del Juez del Concurso si los bienes o derechos afectados por el apremio son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.
Si el órgano jurisdiccional decide que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor, la vía administrativa de ejecución continúa y la Administración "recupera en toda su integridad las facultades de ejecución".
Si el Juez del concurso determina que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo es necesario para la continuidad de la actividad del deudor, el procedimiento administrativo de apremio pierde esa preferencia y queda sometido al Concurso de manera que no puede seguirse (art. 55); cede ante al proceso concursal o como dice la mentada sentencia, en ese caso la Admón. "pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención", es decir, la nulidad de pleno derecho de las actuaciones que lleve a cabo.
Por tanto, y en conclusión, para el caso que el procedimiento de apremio a la fecha de declaración de concurso no estuviese terminado (extremo que no consta) deberá la AEAT de manera inmediata transferir a la cuenta de consignaciones judicial el importe de los derechos de crédito a favor de la concursada trabados al haber perdido la competencia para su realización. Y para el caso que MEDIAPRODUCCION SL no haya transferido a AEAT las sumas debidas al ALICANTE CF, deberá informar que no se opone a la trasferencia de esas sumas a la cuenta judicial por igual razón.
Si no lo hace voluntariamente en el plazo de 5 días, se procederá a requerir de forma expresa, previo cumplimiento de los trámites establecidos en la LO 2/1987 de conflictos de jurisdicción, que no han sido interesados por la AC.": : AJM-1 Alicante 29.10.2009 (Concurso 525/2009)

"Primero: Planteamiento
Constituye el objeto del presente procedimiento judicial la pretensión de nulidad de la diligencia de embargo acordada por TGSS de devoluciones de la AEAT a favor de la concursada y subsidiariamente la reintegración a la masa de las cantidades obtenidas como consecuencia de la ejecución separada para proceder conforme a su distribución con arreglo a las normas concursales, citando en apoyo de su postura varias resoluciones judiciales.
La petición principal es, pues, la declaración de nulidad de una actuación administrativa "embargo de TGSS " y subsidiariamente, la reclamación de sumas embargadas por TGSS por considerar que el reparto debe ser realizado por la AC en el seno del concurso, aunque esto último no se explica con la suficiente precisión.
Segundo.- La jurisdicción competente para la nulidad de embargo El carácter de «ius cogens» de las normas reguladoras de la jurisdicción exige el examen de oficio de tal competencia por el órgano jurisdiccional que conozca del asunto, razón por la que, conforme dispone el art.. 48.1º de la LECiv 1/2000 en relación con el art. 3 EOMF se ha de abstener este Juzgado de conocer si, oído el Ministerio Fiscal y las partes personadas, se considera incompetente, previniendo entonces a las partes de que usen su derecho ante quien corresponda.
En el trámite conferido para resolver sobre la jurisdicción de este Juzgado no formula alegaciones y el Ministerio Fiscal sorprendentemente afirma que la competencia objetiva es de los Juzgado de Paz, que habrá que considerar que es una errata, sin que haya razonamiento alguno ni cita legal en su escueto informe manuscrito de 4 líneas, por lo que no se alcanza a comprender cual es la postura del ministrarlo público.
Es habitual que ante la adopción por la Administración Pública ejecutora de medidas restrictivas del patrimonio del concursado adoptadas en el seno de la ejecución extraconcursal se acude al Juez del concurso interesando que se decrete ya la suspensión de esas actuaciones ya directamente su nulidad por contravenir lo previsto en los arts. 8 y 55 LC. Y también es habitual ver pronunciamientos judiciales de jueces mercantiles en este sentido confirmados por las Audiencias Provinciales.Entre otros, Auto del Juzgado de Primera Instancia num. 10 de Santander de 6 de septiembre de 2008 que confirma la declaración de nulidad del embargo ejecutado por la TGSS; sentencia de la AP de Pontevedra de 24 de abril de 2008 respeto de la nulidad de una subasta administrativa de TGSS, Auto de la AP de Córdoba de 19 de febrero de 2010 respeto de la nulidad de unas providencias de apremio de TGSS o sentencia de la AP de Álava de 17 de junio de 2010 respecto de unas diligencia de embargo de TGSS.
Marginada en este asunto la suspensión de la vía de apremio, que entiendo que debe resolverse aplicando lo establecido en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales cuando se considere que el bien o derecho afectado es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional de la concursada, cuya declaración y comunicación a la autoridad administrativa ejecutora debe implicar la pérdida de preferencia del procedimiento administrativo de apremio y quedar el bien o derecho sometido al Concurso, de manera que no puede seguirse o como dice la STCJ de 22 de diciembre de 2006 " pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención", respecto de la petición de nulidad de actos dictados en el procedimiento de apremio extrajudicial (ya sean providencias de apremio postconcursales, providencias o diligencias de embargo o subastas) creo que no es posible acordarlas por el Juez del Concurso, como así se dijo por este Juzgado en Auto de 2 de diciembre de 2009.
Las distintas resoluciones que así lo acuerdan no dan razón alguna de cuál es la fundamentación jurídica por la que un órgano judicial del orden civil puede revisar la legalidad de actos administrativos.
De la distintas resoluciones analizadas, en buena medida se comparten las razones de fondo para acordar la nulidad de esos actos, pero no corresponde al Juzgado Mercantil dilucidar sobre su

corrección por carecer de competencia objetiva “art 8LC y 86 ter LOPJ - ya que el Juzgado del concurso se enmarca en el orden civil, y la revisión de actos administrativos corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, una vez agotada la vía administrativa.
Lo que se viene a decir por la tesis que aquí se descarta, se quiera o no, es que el acto administrativo es contrario a Derecho, siendo irrelevante la naturaleza de la norma infringida a efectos de jurisdicción. Y aunque se pueda estar de acuerdo en el fondo, lo cierto y verdad es por mucho que se intente “estirar” el principio de universalidad del juez del concurso, queda fuera de su competencia el control de legalidad de actos administrativos, sin que baste para obviar ello la invocación del art. 9 LC, ya que cabe recordar que, en el orden Contencioso-Administrativo y respecto de las cuestiones prejudiciales, la STS de 11 de julio de 1984 subraya su "carácter excepcional y, por ello, de prudente y no extensivo ejercicio", pues en definitiva aquí lo que se dilucida es una cuestión pura y simplemente administrativa: si el acto del procedimiento de apremio procede o no, por aplicación de la normativa antes mencionada.
Como ello escapa del conocimiento del Juzgado del concurso, deberá en tanto no se modifique por la propia Admon ejecutante al apreciar incorrección, interesarse por la vía de recurso ante la misma o ante la jurisdicción contenciosa administrativa.
En sentido la reciente sentencia de 27 de octubre de 2010 de la AP de Álava cuyo esclarecedor fundamento segundo se trascribe “Aunque las partes no lo han planteado es necesario precisar cual es el objeto del procedimiento. La demandante solicitó y el juzgado concedió la nulidad de un acto administrativo, el adoptado por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la TGSS, en el seno de un procedimiento de tal naturaleza. La jurisdicción exclusiva y excluyente que el art. 8 LC concede al juez del concurso no abarca, sin embargo, la posibilidad de suplir a la administración pública en una competencia propia.
La nulidad pretendida al amparo del art. 55.3 LC no es posible que se adopte “en este caso- por el Juzgado de lo Mercantil, que sin embargo puede reclamar de la TGSS, igual que de otras administraciones públicas, que adopte las medidas precisas para atender las exigencias que dispone la Ley Concursal. El Juzgado que tramita el concurso puede, por ello, realizar el requerimiento inhibitorio al que alude el art. 9.1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos de Jurisdicción (LCJ). Atendido aquel, como señala el art. 9.2 LCJ, se ostentará competencia para declarar la nulidad o adoptar la medida procedente.
Si no se atiende, el conflicto entre la potestad administrativa y la jurisdicción tendrá que resolverse en el modo que indica la ley citada, por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Lo que no es posible es que la administración concursal pretenda la nulidad ante el Juzgado de lo Mercantil y que éste la conceda, pues se invade la potestad administrativa, superando los límites de la jurisdicción que señalan los arts. 21 y 86 ter 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). “
Tercero.- La reintegración a la masa de las sumas embargadas en el procedimiento de apremio administrativo Lo que plantea la AC es determinar el alcance de la ejecución separada administrativa, o dicho de otra manera, la naturaleza del privilegio del art. 55LC Frente a alguna tesis que consideran que la continuación es a los solos efectos asegurativos, entiendo que ello no es así. El art. 55LC contempla la ejecución separada administrativa sin mas restricción que la previa declaración judicial de necesidad del bien / derecho trabado, “de manera que si es negativa la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución”(Sentencia del Tribunal de Conflictos de 22 de diciembre de 2006, reiterada en sentencia de 22 de junio de 2009) y en todo su integridad significa que tal ejecución separada que continúa es plena y por ende, comprensiva de la realización del bien y aplicación del importe obtenido.
Pero ello no significa que se asigne a esa ejecución separada efectos sustantivos, pues los art. 55 LC y art. 164 LGT lo que consagran es un privilegio procesal (como expresamente así lo dice la Sentencia del TCJ de 3 de julio de 2008): bajo determinadas condiciones, no obstante la vis atractiva del proceso concursal, se permite a la Admon Pública continuar una ejecución administrativa sobre determinados bienes de la masa activa, pero sin trascendencia sustantiva, al no otorgar una preferencia de cobro. Así se preocupa de aclararlo el art. 164.1LGT, que al fijar las reglas a seguir en caso de concurrencia del procedimiento de apremio para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución, ya sean singulares o universales, judiciales
o no judiciales, comienza diciendo que ello es “ Sin perjuicio del respeto al orden de prelación que para el cobro de los créditos viene establecido por la Ley en atención a su naturaleza”.
Cuestión distinta es, afirmada la naturaleza procesal y no sustantiva del privilegio, determinar qué consecuencias conlleva y cómo se instrumentalizan Respecto de lo primero, supone que si en esa ejecución separada concurre el crédito publico de la Admon ejecutante con otros acreedores, el orden de pago considero que debe ser el previsto en la Ley Concursal, es decir, la distribución del importe obtenido en la ejecución se verificar según la clasificación concursal de créditos.
En cuanto a lo segundo, y afirmado que la ejecución separada es plena o integra, no es posible que la Administración ejecute de forma separada y, obtenido el valor tras la enajenación forzosa se le pueda obligar a trasferirlo a la masa activa para que por la administración concursal se proceda al pago de los créditos. Y ello no porque no sea deseable desde la óptica del concurso sino porque no tiene anclaje legal tal pretensión, de manera que el único mecanismo hábil en una ejecución singular para hacer valer la preferencia de cobro es la tercería de mejor derecho en sede extraconcursal.
Un planteamiento similar al de la AC ya fue en su día rechazado por la STCJ de 18 de Octubre de 2000 ante un requerimiento en este sentido del Juzgado de lo Social a AEAT por considerar preferentes los créditos laborales objeto de ejecución judicial a los públicos objeto de apremio y de forma expresa, y ya con la nueva LC, ante idéntico requerimiento del Juzgado del Concurso a TGSS la

reciente sentencia del TCJ de 18/10/2010 en la que se decanta por la tesis según la cual el alcance que ha de darse a esa ejecución separada es la de llegar hasta el final, haciéndose pago la Seguridad Social con el producto de la subasta, y no que ha de detenerse en un estadio anterior, el de la realización de los bienes, quedando la Administración obligada a dejar ese producto a disposición de la masa activa del concurso. Y ello porque, en sintonía con lo dicho ut supra, la tesis contraria "confunde dos planos claramente diferenciados: el formal del procedimiento con el sustantivo de la naturaleza de los créditos y su prelación, que tiene su cauce específico de resolución.
Aquí nos movemos en el primer plano, llegando a la conclusión de que procede que la Tesorería General de la Seguridad Social termine el procedimiento de ejecución separado, conforme autoriza el artículo 55.1 de la Ley Concursal. El otro nivel, el de la naturaleza del crédito a satisfacer y su prelación, rebasa los límites de este conflicto jurisdiccional y corresponde resolverlo, según recuerda el abogado del Estado, a la propia Tesorería General de la Seguridad Social por el cauce de la tercería de mejor derecho que disciplina el artículo 35 de la Ley General de la Seguridad Social."
En consecuencia procede inadmitir la demanda por falta de jurisdicción para el pronunciamiento principal y respecto del subsidiario, solo tras el planteamiento de la tercería de mejor derecho tiene sentido su revisión por este Juzgado, integrado en el orden civil al que se remite el art. 35 LGSS y más concretamente el art. 132 RD 1415/2004 que aprueba el RGRSS en relación con el art. 86 ter LOPJ y 8 LC.
Cuarto.- Orden competente
El art. 48 LEC establece que el auto que declare la falta de competencia objetiva se limitará a indicar la clase del tribunal al que corresponde el conocimiento del asunto, sin prever la remisión de actuaciones al que se considere competente, como sí impone el art. 58LEC en sede de competencia territorial.": AJM-1 Alicante 09.03.2011 (Auto 73/2011; Incidente Concursal 910/2010)

JM-2 Bilbao

"ÚNICO Por la entidad concursada se plantea de manera inusitadamente urgente (conoce la situación desde el 10 de agosto, según se indica en la demanda), una demanda incidental para suspender una subasta de bienes muebles acordada por el Ministerio de Trabajo para el 7 de octubre (dos días después de la entrada en el Juzgado del escrito), en base a que la misma podría impedir la continuidad de la actividad productiva de la misma. Se solicita, además, medida cautelar de suspensión de la misma; entendiendo de la increíble premura de fechas, aunque no se pida expresamente, que la misma se haga inaudita parte.
La cuestión se torna más complicada todavía cuando la demanda se plantea sin la intervención de la Administración Concursal, a quien se le ha tenido que dar voz para que informe sobre esa necesariedad de los bienes en relación con la actividad de la concursada; cumplimentándose el mismo con celeridad y en el sentido sostenido por la demandante.
Pues bien, determinado ese carácter necesario que indica el artículo 55.1 LECO, que podría impedir la continuación del procedimiento ejecutivo administrativo; lo único que el Juzgado puede hacer, de manera cautelar, es declarar la afección y necesidad de los bienes objeto de la subasta y ponerlo en conocimiento urgente de la entidad pública, para que obre conforme a derecho. Sin que sea posible que se acuerde la suspensión de una acto de un órgano administrativo, puesto que el Juzgado de lo Mercantil no es quien puede controlar la legalidad de los actos administrativos de recaudación sobre deudores en concurso, dado que la norma que fija la «vis attractiva» del juez concursal no establece, en realidad, más que la desaparición de la potestad de autotutela de la Administración. Lo que se hará es comunicar tal circunstancia, y, en función de la respuesta de la administración, requerir o no de inhibición y plantear, en su caso, el correspondiente conflicto de jurisdicción. Y ello, en el marco de los plazos determinados por la presentación de la demanda.": AJM-2 Bilbao 06.10.2009 (JUR 2009/451117; Concurso 744/2009)

5.2 Sí cabe

AP Soria

"TERCERO.- La TGSS insiste en la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil para entrar en temas de nulidad o anulación de resoluciones administrativas. Como motivo segundo, en cuanto al fondo, alega la sentencia recurrida de 18/10/2012 dictada en el incidente concursal 22/2012 vacía de contenido la sentencia dictada en el incidente concursal 3/2012 de 18/05/2012.
Ambos motivos deben ser rechazados. Con relación al primero, la cuestión objeto de recurso se centra en determinar las facultades que pudiera ostentar una administración pública para proceder o seguir adelante con procedimientos administrativos de apremio, una vez declarado en concurso al deudor. El artículo 55 de la Ley Concursal dice: 1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
No se debe olvidar la propia naturaleza y finalidad del procedimiento concursal, un proceso de carácter universal, que mediante a la flexibilidad que la ley lo dota, se permite su adecuación a

diversas situaciones y soluciones, mediante las cuales se tratará de satisfacer de la totalidad de los acreedores (conforme a la exposición de motivos de la ley 22/2003 de 9 de julio), preservando la integridad del patrimonio del deudor, así como velando por la satisfacción igualitaria de los acreedores mediante un complejo sistema de clasificación y prelación de créditos; es lo que se ha venido denominando la protección de la par conditio creditorum. Fruto de dicha voluntad aparece el artículo 8 de la LC, en el que se recogen cuales son las competencias del Juez del concurso, debiendo destacarse una expresión empleada en el primer párrafo del precepto: "...La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias...".
Con ello queda claro que, conforme a la legalidad vigente, el legislador ha querido que el Juez del concurso sea el único al que se le permite decidir o acordar sobre los aspectos relativos a dicho tipo de procedimiento, proscribiendo cualquier intromisión en dichas facultades, vengan de donde vengan y con independencia de si se trata de personas físicas o jurídicas, de derecho público o privado; es decir, no caben ni se deben tolerar inmisiones de terceros en el devenir del concurso, a salvo que conste la autorización correspondiente o la ley permita expresamente alguna actuación concreta, proscribiendo cualquier injerencia en el patrimonio del concursado, puesto que no puede ser más que el órgano juzgador el que tiene la capacidad y competencia de resolver sobre la afectación, levantamiento, embargo o cualquier otra circunstancia que afecte de manera directa al patrimonio del deudor cuando puede afectar a la determinación de la masa pasiva. El motivo, como hemos adelantado, debe desestimarse.
Con relación al fondo de la cuestión, convenimos que no existe contradicción entre los incidentes 3/2012 y 22/2012, pues el primero se refiere a la cuantificación del crédito concursal y el segundo a la nulidad de varias providencias de apremio de la TGSS, son incidentes diferentes que no entran en contradicción, estando cuantificado el crédito concursal de la TGSS. Por lo tanto el recurso debe perecer. ": SAP Soria (Sección 1) 08.04.2013 (Sentencia 20/2013; Rollo 23/2013)

AP Valladolid

"PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estima la pretensión ejercitada por la Administración Concursal en su demanda, declarando en su consecuencia la nulidad de las actuaciones ejecutivas practicadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en relación con la entidad concursada y en particular de las providencias de apremio dictadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, así como la cancelación y levantamiento de los embargos realizados como consecuencia de dichas providencias sobre determinados bienes de la concursada, con reintegración al concurso de las cantidades en su virtud obtenidas y cancelación de la anotación preventiva practicada respecto de un determinado inmueble. El juzgador califica como crédito contra la masa el ostentado por la Tesorería General de la Seguridad Social, pues responde a cuotas devengadas y por lo tanto pagaderas con posterioridad a la declaración en concurso de la deudora, no sometido por lo tanto al régimen concursal de pago sino debiendo ser satisfecho conforme a lo dispuesto en el art. 154 de la LC. Entiende sin embargo que tal régimen autónomo de pago no comporta la posibilidad por parte de la entidad acreedora de ejecutar su crédito unilateral y separadamente a través del procedimiento de apremio administrativo, tal y como pretende la demandada, pues resulta respecto del mismo de aplicación la sanción de nulidad contemplada en el art. 55 de la LC.
SEGUNDO. - Frente a dicha resolución formula el presente recurso de apelación la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social. Como primer motivo de su recurso alega la falta de jurisdicción del juez el concurso para declarar la nulidad de un acto administrativo, cual son las providencias de apremio y subsiguientes actuaciones ejecutivas, de modo que a su entender debió el juzgador realizar el requerimiento inhibitorio contemplado en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 2/87 de 18 de mayo de Conflicto de Jurisdicción, procediendo a posteriori en consecuencia según fuera o no atendido dicho requerimiento por la Administración. Tal falta de jurisdicción es cuestión que no se suscitó en la primera instancia por la representación procesal de la TGSS al contestar a la demanda incidental, no obstante lo cual ha de resolverse por ser cuestión de orden público apreciable incluso de oficio, conforme a lo dispuesto en el art 38 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al respecto el art. 55. 1 y 3 de la LC dispone que una vez declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, siendo nulas de pleno derecho las actuaciones que en contravención a ello se practiquen. En el caso que nos ocupa la autoridad administrativa ha procedido a dictar las providencias de apremio con posterioridad a la declaración del concurso realizando, acto seguido las actuaciones ejecutivas subsiguientes de manera independiente y separada, procediendo autónomamente a la traba de los bienes como si no tuviera conocimiento del anterior auto declarando el concurso de la entidad contra la que se realizaba aquella ejecución. Ha ignorado la existencia del concurso y la competencia del Juez de lo Mercantil que lo tramita, así como de su obligación de instar ante este el reconocimiento y la satisfacción de su crédito, actuando de manera desconectada por completo del procedimiento concursal, que es el ámbito propio donde tales cuestiones han de sustanciarse. Entendemos ante ello ha de reputarse incluida en la competencia exclusiva y excluyente que el art. 8 de la LC atribuye al juez del concurso la decisión acerca de la posible nulidad de dichas resoluciones administrativas que se ven directamente afectadas por la normativa del concursal. En tal sentido la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 19-10-2005, en torno a un conflicto de competencias planteado entre un Juzgado de lo Mercantil y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en el contexto de la orden dada por el juzgado dejando sin efecto los embargos decretados por el órgano administrativo, señalaba que cuando se analiza la posición de la Hacienda Pública en

los procedimientos concursales, se la reconoce una posición privilegiada en la vertiente formal en relación al carácter singular o preferente del crédito tributario, mas sin embargo "tal posición privilegiada carece de fundamento cuando se examina desde la perspectiva procesal... por cuanto debe rechazarse todo intento de mantener una situación privilegiada cuando la cuestión se centra en definir el órgano jurisdiccional o administrativo que ha de conocer de cuestión o de materia residenciable en sede jurisdiccional, respecto a cuya cuestión ha de partirse del significado y generalidad del sometimiento de tales cuestiones al orden jurisdiccional competente por razón de la materia, sin pretendidos privilegios jurisdiccionales o procesales que no cuentan con una base firme constitucional y que impliquen una quiebra inherente al Estado de Derecho, definido constitucionalmente". Así mismo la sentencia del mismo Tribunal de 22-12-2006 señala "la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquélla es anterior en el plano temporal a ésta; Si se trata de un procedimiento de apremio administrativo, tal pronunciamiento habrá de ser combatido por las vías de impugnación establecidas para esta clase de procedimientos. Si, por el contrario, se trata de un concurso, mediante los mecanismos impugnatorios previstos en la legislación concursal". Tal declaración podría hacer entender que la providencia de apremio administrativa solo puede ser impugnada en este procedimiento, del mismo modo que las resoluciones del concurso deberán combatirse solo en el tramitado por el Juzgado de lo Mercantil; sin embargo la propia sentencia continua diciendo que "en las situaciones de Concurso el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental, han de supeditarse ciertos privilegios, y también el de autotutela. Por eso, cuando en un procedimiento de ejecución administrativo un concreto bien o derecho es necesario para la continuación de la actividad del deudor, el privilegio de autotutela administrativa ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso, en los términos previstos en la legislación concursal, como de modo expreso proclama el artículo 164. 2 de la LGT...ha de proclamarse, por tanto, que la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa, la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución; si, por el contrario, es positiva, pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención": SAP Valladolid (Sección 3) 28.11.2011 (Sentencia 451/2011; Rollo 268/2011)

JM-5 Madrid

“La segunda solicitud es la de reintegro de las cantidades percibidas por la AEAT como consecuencia de estos embargos. En este sentido elart 55.3 de la ley señala que las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 serán nulas de pleno derecho. Si volvemos a la fechas de embargo observamos que son posteriores a al declaración de concurso, por lo que no era competente la AEAT para realizarlas. Por otro lado vemos que la entidad Abantia Contratas SA ingresó el 21 de enero de 2009 la cantidad de 4.491'65 € que había sido embargada por la AEAT con posterioridad a la declaración del concurso, lo que supone que la Agencia Tributaria deberá reintegrar a la concursada dichas cantidades, para que se proceda al pago de los créditos con arreglo a lo previsto en el art 154 y ss de la ley concursal. No debemos olvidar que la STCJ de 19 de diciembre de 2008 ha señalado que tras la declaración del concurso solo cabe el embargo de bienes por parte de la Administración Pública con carácter cautelar, pero quedando la cuantía a disposición del juez del concurso a los efectos de realización de la masa del concurso. Esto supone que debe reintegrarse las cantidades al concurso.”: AJM-5 Madrid 15.02.2010 (AC 2010/1307; Autos 251/2008)

JM-1 Palencia

“HECHOS.- PRIMERO.-Con fecha 22 de febrero de 2010 se da cuenta del escrito presentado por la Administración Concursal del concurso de AGUIR SA por el que conforme a los hechos y fundamentos jurídicos que constan en el mismo y en virtud del art. 43 de la L.C., se interesa se declare la Nulidad de la providencia de apremio nº 34/08/011504218 de fecha 3 de febrero de 2009 dictada por la Tesorería General de la Seguridad Social, Administración nº 1, Unidad de Recaudación Ejecutiva nº 1 de Palencia contra la concursada Aguir SA por cotizaciones del mes de junio de 2008, por infracción del art. 55 de la L.C.
SEGUNDO.- De dicha petición se dio traslado a la TGSS afectada y a las demás partes personadas, oponiéndose la TASS a la petición efectuada por la Administración Concursal, por los hechos y fundamentos que constan en su escrito y contestando la entidad concursada, adhiriéndose a la petición efectuada por la Administración Concursal.
FUNDAMENTOS JURÍDICOS.- PRIMERO.-La resolución de la cuestión planteada por la parte recurrente no puede obviar el principio general e inspirador de la nueva legislación concursal y en especial el empeño de la L.C. (respecto de empresas en concurso) en restringir privilegios a ciertos acreedores para hacer plenamente efectiva y no meramente teórica la igualdad de trato de los acreedores- "par conditio creditorum" y esta nueva directriz de la legislación concursal vigente (muy distinta de la anterior a julio de 2003) debe presidir la interpretación de todos los preceptos de la L.C., obviando todas aquellas otras normas posteriores o especiales que entren en contradicción con ella o pretendan quebrar la regulación concursal en materia de créditos.

SEGUNDO.- En el supuesto planteado por la Administración Concursal respecto de la actuación llevada a acabo por la TASS nos hallamos en el ámbito de aplicación del art. 55 y 56 de la L.C., de manera que declarado el concurso, conforme al art. 55.1 de la L.C. no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, si seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, y las actuaciones que se practiquen en contravención a lo establecido en el art. 53.1 y respecto de las que no concurra la excepción prevista en el art. 53.1 párrafo segundo (únicamente podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor), serán nulas de pleno derecho (art. 53.3 de la L.C.)
TERCERO.-Y asi en el presente supuesto, l a TASS pese a haberse declarado el concurso de la entidad AGUIRSA en fecha 25 de septiembre de 2008, no procedió a la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución que seguía por impago de las cuotas por cotizaciones del mes de junio de 2008, ni alegó que concurriera la excepción establecida en el art. 53.1 párrafo segundo de la LC para continuar con la ejecución y dictó en fecha posterior a la declaración de concurso en fecha 3 de febrero de 2009, la providencia de apremio nº 34/08/0011504218, por lo que en aplicación del art. 55.1 párrafo segundo y de conformidad con el art. 55.3 de la LC procede declarar la nulidad de cuantas actuaciones ejecutivas se hayan efectuado por la TASS con posterioridad a la declaración del concurso de la entidad Aguir SA y en particular de la providencia de apremio nº 34/08/011504218 de fecha 3 de febrero de 2009.": AJM-1 Palencia 01.03.2010 (JUR 2010/103585; Concurso 571/2008)

JM-2 Palma de Mallorca

"ÚNICO.- El artículo 55 de la Ley Concursal impide que, una vez declarado el concurso, se inicien ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, o se sigan apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. No obstante, prevé el mismo artículo, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio con anterioridad a la fecha de declaración de concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las actuaciones que se hallaren en tramitación, quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
En el supuesto de autos, de la documentación incorporada a las actuaciones se desprende que por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se sigue procedimiento de ejecución contra la entidad concursada en el que se dictó providencia de apremio en fecha anterior a la declaración de concurso y por la que se embargaba determinado inmueble de la concursada. Tal como informa la Administración Concursal el embargo acordado en aquel procedimiento priva a la entidad concursada de la posibilidad de continuar con su actividad empresarial al afectar, precisamente, al inmueble que ésta destina a Casino y Hotel, y cuya explotación constituye su objeto social, por lo que el supuesto se enmarcarla en el ámbito de aplicación del precepto antes citado por tratarse de bienes necesarios para continuar con la actividad empresarial. Procede, en consecuencia, acordar la suspensión del procedimiento de ejecución.": AJM-2 Palma de Mallorca 04.11.2009 (JUR 2009\495635; Concurso 551/2008)

Art. 55.3 (a partir de la ley 38/2011)

3.Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos

Nueva redacción del art 55.3 según según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

1. "El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos"

AP Baleares

"TERCERO.-Por otro lado, el apartado 3 del artículo 55 de la Ley Concursal es taxativo a la hora de prohibir expresamente levantar y cancelar embargos administrativos, "El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos", siendo que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en resoluciones de 31 de marzo de 2014, 25 de febrero de 2013 y en la mas reciente de 26 de junio de 2014, ha venido a sostener la falta de competencia de los juzgados de lo mercantil para levantar y cancelar embargos administrativos; en concreto, se refiere en la última de las resoluciones citadas "la atribución de competencia a los juzgados de lo mercantil para conocer de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, se hace en

los términos previstos en la ley reguladora. Y es esa ley reguladora la que ha restringido la potestad del Juez de lo Mercantil de levantar y cancelar embargos administrativos acordados antes de la declaración de concurso, pese a que su levantamiento fuera necesario para la buena finalización del mismo. Y hay que interpretar que si antes de la modificación, la declaración de nulidad de los embargos no estaba prevista legalmente, al menos de forma expresa, y si tan sólo la suspensión, y excepcionalmente la posibilidad de levantar los embargos anteriores al concurso, tras la modificación legal operada por la Ley 38/11, de 10 de octubre, no se amplia, sino que se restringe dicha posibilidad de intervención judicial".": AAP Baleares (Sección 5) 07.10.2014 (Auto 209/2014; Rollo 354/2014)

AP Sevilla

"Primero.- Tanto la Agencia Estatal de la Administración Tributaria como la Tesorería General de la Seguridad Social acordaron sendos embargos administrativos con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, que tuvo lugar el día 5 de febrero de 2.013, que se hicieron efectivos en fecha posterior al mismo. Frente a la pretensión del Administrador Concursal, a la que se allana la concursada, de que se levante dichos embargos por ser el dinero necesario para la satisfacción de los créditos contra la masa, la sentencia apelada lo deniega por entender que ello contravendría la prohibición contenida en el artículo 55 de la Ley Concursal.
Sin embargo ordena el reintegro de las cantidades al concurso sobre la base de que ni la Agencia Estatal de la Administración Tributaria
Segundo.- El artículo 55 de la Ley Concursal, desde la redacción que le dio la Ley 38/2011, que entró en vigor el día 1 de enero de 2.012, no permite al Juez de lo Mercantil el levantamiento de los embargos administrativaos. Con respecto a los mismos lo único que cabe es la suspensión de la ejecución cuando los bienes objeto de embargo resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Ahora bien si ello es factible cuando se embargan bienes muebles o inmuebles, por cuanto que la diligencia de embargo da lugar a una actividad de ejecución necesaria para realizar el bien y lograr la satisfacción del crédito, no cabe la suspensión de la ejecución cuando lo que se embarga es dinero, ya que la efectividad del embargo conlleva la satisfacción del crédito sin necesidad de ninguna actividad ejecutiva.
Tercero.- Por tanto, sin necesidad de hacer referencia a la doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que resulta de la sentencia de 22 de diciembre de 2.006 citada en la sentencia, de dudosa aplicación en cuanto tiene como presupuesto una norma que ya no es la que está vigente, no es posible mantener un embargo administrativo de dinero y al mismo tiempo ordenar el ingreso del dinero en la cuenta del concurso, porque son decisiones contradictorias, en tanto en cuanto lo segundo implica en la práctica dejar sin efecto el embargo.
Cuando el párrafo segundo del artículo 55.1 de la Ley Concursal establece que la actividad ejecutiva de la Administración podrá continuar "siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", se hace referencia a que es posible suspender la ejecución cuando se trate de bienes en que es compatible mantener el embargo y al mismo tiempo dedicar el bien embargado al servicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, de manera que se supedita la efectiva realización del bien al momento al que cese la actividad profesional o empresarial.
En ningún caso ello es aplicable al caso del dinero. Si se mantiene el embargo, el dinero quedará inmovilizado y no servirá para asegurar la continuidad de la actividad profesional o empresarial, por lo que no se estaría en el supuesto al que legalmente se supedita la posibilidad de suspender la ejecución. Si se permite por el contrario que el dinero embargado se dedique a asegurar esa continuidad, el mismo desaparecerá por lo que el embargo quedará sin contenido, lo que equivale a un levantamiento del mismo expresamente prohibido por la redacción actual del artículo 55.3 de la Ley Concursal.
Cuarto.- En resumidas cuentas, si lo que se ha dictado, como en el caso de autos, es una diligencia embargando dinero que deba recibir el deudor y tal diligencia de embargo es anterior al concurso, desde el momento en que la efectividad del embargo implica ya el cobro de la deuda sin necesidad de realizar actividad ejecutiva alguna, no cabe ni levantar el embargo, ni suspender ningún acto de ejecución, por cuanto que estos no existen como algo distinto del embargo, ni tampoco emplear el dinero que se obtenga de esta forma para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor por no ser materialmente posible sin levantar el embargo.": SAP Sevilla (Sección 4) 10.06.2014 (Sentencia 350/2014; Rollo 2425/2014)

"Primero.-La Tesorería General de la Seguridad Social acordó un embargo administrativo con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, que tuvo lugar el día 5 de febrero de 2.013, el cual se hizo efectivo en fecha posterior al mismo. Frente a la pretensión del Administrador Concursal, a la que se allana la concursada, de que se levante dicho embargo por ser el dinero necesario para la satisfacción de los créditos contra la masa, la sentencia apelada lo deniega por entender que ello contravendría la prohibición contenida en el artículo 55 de la Ley Concursal. Sin embargo ordena el reintegro de las cantidades al concurso sobre la base de que el apartado 1 del artículo 55 permite la continuación de procedimiento administrativos de ejecución cuando la diligencia de embargo es anterior al concurso, pero ello no supone una alteración de las reglas generales sobre prelación de pagos que establece la Ley Concursal, por lo que el dinero que se obtenga deberá ser ingresado en la cuenta del concurso para que sea la Administración Concursal la que aplique el dinero al pago de las deudas en la forma prevista en la Ley Concursal.
Segundo.-El artículo 55 de la Ley Concursal, desde la redacción que le dio la Ley 38/2011, que entró en vigor el día 1 de enero de 2.012, no permite al Juez de lo Mercantil el levantamiento de los embargos administrativos. Con respecto a los mismos lo único que cabe es la suspensión de la ejecución cuando los bienes objeto de embargo resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, lo que no es de aplicación cuando se trata de embargo de créditos dinerarios, dado que ni la efectividad del embargo requiere en realidad actos de ejecución, ni, en todo caso, el dinero es, en sentido estricto, un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del actor.

Tercero.-Esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en una sentencia anterior de fecha 10 de junio de 2.014 (Rollo 2425/2014) sobre un asunto similar en el cual, contrariamente a lo que entiende la sentencia apelada, se pronunció expresamente sobre la cuestión de si, una vez hecho efectivo el embargo administrativo, la entidad que lo ha obtenido podía hacer suyo el dinero o debía aportarlo a la masa activa para que fuera la Administración Concursal la que lo aplicara al pago de deudas según la prelación establecida en la Ley Concursal. Y decíamos en dicha resolución, y reiteramos ahora, que es contradictorio mantener un embargo administrativo de dinero, como hace la sentencia apelada, y al mismo tiempo ordenar el ingreso del dinero en la cuenta del concurso, en tanto en cuanto lo segundo implica en la práctica privar de sentido a la autorización que se concede para que continúe la ejecución singular administrativa. El que se permita la continuación del apremio administrativo sólo tiene sentido si se permite al mismo tiempo que la administración aplique lo obtenido en el mismo al pago de su deuda, dado que si no es así ningún interés puede tener dicha administración en seguir un procedimiento de ejecución a su costa y en beneficio del concurso. La interpretación que hace la sentencia apelada vacia de contenido a la excepción prevista en la Ley.
Dicho de otro modo, si el artículo 55.1 de la Ley Concursal permite continuar la actividad ejecutiva de la Administración iniciada antes de la declaración del concurso no puede ser con otra finalidad que la de hacerse pago de su deuda el ejecutante con lo que obtenga, lo que podrá hacer hasta la aprobación del plan de liquidación.”: SAP Sevilla (Sección 5) 30.06.2015 (Rollo 2425/2014)

1.1 El art 55.3 in fine no impide la cancelación de los embargos administrativos por causa de la realización concursal de los bienes trabados

AP Barcelona

“SEGUNDO.-La AEAT discrepa de la interpretación que del artículo 55 de la Ley Concursal realiza la resolución recurrida. Recordemos que dicho precepto dispone, en términos generales, que *"declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor".*
En cuanto a las ejecuciones en trámite, el apartado segundo establece que *"quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos".* Como indica la resolución recurrida, aun cuando el precepto hable de " *suspensión* " de las ejecuciones en trámite, en realidad no nos hallamos ante una suspensión propiamente dicha, entendida como una paralización temporal de un proceso que está llamado a continuar. La norma alude, junto a la suspensión del proceso, a la necesidad de dar al crédito del ejecutante el *"tratamiento concursal que corresponda".* Y ello implica la integración libre de cargas de los bienes objeto de una ejecución anterior (artículo 76 de la Ley Concursal) y la pérdida de cualquier derecho o preferencia del ejecutante sobre los bienes objeto de embargo, dado que la Ley Concursal no admite otros privilegios o preferencias que los expresamente reconocidos en ella (artículo 89.2).
Los bienes y derechos se integran en la masa activa del concurso libre de cargas y salen de él, de igual modo, sin cargas. Esto es, quien adquiere un bien o derecho del concursado lo hace libre de trabas, pues el ejecutante que ha visto suspendida su ejecución no podrá invocar otras preferencias que aquellas que le sean reconocidas en el concurso.
La cancelación de embargos no es un efecto directo de la declaración del concurso. Lo aclara definitivamente el apartado tercero del artículo 55. Sí lo es, por el contrario, de la realización de los bienes en liquidación (artículo 149.3º de la Ley Concursal) o de su disposición en cualquiera de las fases del concurso de acuerdo con el artículo 43 de la Ley Concursal. En concreto, el artículo 149.3º dispone que *"el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de los créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 de la LC ".*
TERCERO.-No obstante la suspensión de las ejecuciones, la Ley Concursal concede el derecho de ejecución separada a determinados procedimientos administrativos de apremio y ejecuciones laborales. De este modo, el párrafo segundo del artículo 55.1 º dice lo siguiente: *"Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la declaración de concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad procesional o empresarial del deudor".*
La Reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, introduce las siguientes novedades:
1º) La posibilidad de continuar los procedimientos de apremio sobre los bienes no necesarios para la continuidad se limita temporalmente *"hasta la aprobación del plan de liquidación".*
2º) El derecho de ejecución separada exige que haya recaído " *diligencia de embargo"* antes de la declaración de concurso. No basta, como con la redacción inicial, con que se hubiera dictado providencia de apremio.
3º) El artículo 56.5º de la Ley Concursal atribuye expresamente al juez del concurso la competencia para declarar si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Esa competencia ya le había sido atribuida al juez en jurisprudencia reiterada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (sentencias de 22 de diciembre de 2006, 19 de diciembre de 2008 y 22 de junio de 2009).
En definitiva, los apremios administrativos o laborales sobre bienes necesarios para la continuidad "no podrán continuar" o, lo que es lo mismo, se suspenden. Entendemos, al igual que el *juez a quo,* que la "suspensión" ha de entenderse en el sentido concursal del término, esto es, implica la plena integración de los bienes objeto de

apremio en la masa activa del concurso, libres de cargas, y la pérdida de cualquier preferencia de la Administración ejecutante sobre esos bienes. El apartado tercero del artículo 55 equipara, a estos efectos, la suspensión de las ejecuciones ordinarias con la de los apremios administrativos y laborales sobre bienes necesarios (*"cuando las actuaciones deejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores...).*

CUARTO.-Por "bien necesario" habrá que entender aquel que resulte imprescindible para la continuidad, sin el cual la concursada se vería obligada a cesar en su actividad, en contraposición a aquel bien o derecho superfluo o prescindible. Habrá que estar al caso concreto, atendiendo, fundamentalmente, no tanto a la naturaleza de los bienes cuanto a las circunstancias que rodean al concursado y, en concreto, si viene ejerciendo su actividad ordinaria y si la viabilidad de la empresa se presenta como probable. Bienes que nadie dudarían que son "necesarios" para la continuidad, como la nave o la maquinaria, no lo serán si la empresa ha cesado completamente su actividad y viceversa, el dinero o los derechos de crédito, que por su naturaleza podría discutirse su carácter de bienes o derechos necesarios, podrán ser tenidos en cuenta a estos efectos si de ellos depende la supervivencia de la empresa.

En cualquier caso, como señala la recurrente, es preciso vincular la calificación de un bien como necesario con la continuidad del negocio y la viabilidad empresarial del deudor. No estará justificada la pérdida del privilegio procesal de la ejecución separada si la empresa, por las circunstancias que fuera, no es viable.

QUINTO.-El análisis del apartado tercero del artículo 55, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, no puede hacerse prescindiendo de las consideraciones anteriores. Dicho apartado dice lo siguiente: " *Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores* -las ejecuciones ordinarias y los apremios laborales y administrativos sobre bienes necesarios para la continuidad-, *el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos".*

Procede una interpretación sistemática del precepto, compatible con su tenor literal, que tenga en cuenta las siguientes consideraciones legales a las que nos hemos referido en los fundamentos anteriores:

1º) Los bienes y derechos del concursado se integran en la masa activa del concurso libres de cargas. El levantamiento o la cancelación de embargos, que es meramente instrumental, tiene esa premisa como presupuesto.

2º) Los acreedores que hubieran iniciado su ejecución antes de la declaración del concurso pierden cualquier derecho sobre los bienes embargados. Sólo ostentan en el concurso aquellos privilegios o preferencias previstas en la Ley Concursal.

3º) La realización de los bienes en el concurso es previa cancelación de las cargas (artículo 149.3º de la LC).

A pesar del tenor literal del artículo 55.3º de la LC, la venta de bienes en liquidación, tanto si se ajusta a las previsiones de un plan (artículo 148), como si se aplican las reglas supletorias del artículo 149, se llevará a cabo previa cancelación de cargas; no será necesario prestar audiencia a los acreedores afectados; y la realización no estará condicionada a otro interés que el propio de la liquidación. Las previsiones de aquel precepto resultan del todo punto incompatibles con los principios y las reglas de la liquidación concursal.

De igual modo, si es necesario anticipar la venta de los bienes por concurrir alguna de las circunstancias del artículo 43 de la Ley Concursal, tampoco será necesario prestar audiencia al acreedor afectado ni exigir, además de los requisitos previstos en el citado artículo 43, el contemplado en el artículo 55.3º -que el mantenimiento de los embargos dificultara gravemente la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado-.

Lo mismo cabe decir de la prohibición de levantamiento y cancelación de los embargos administrativos. Lo que prohíbe la norma es la cancelación de embargos por la sola declaración de concurso, no cuando, de acuerdo con los preceptos de la Ley Concursal, los bienes o derechos se realizan o disponen en el concurso, tanto en liquidación como en otras fases del procedimiento. Y ello por cuanto los acreedores afectados -en este caso, las Administraciones Públicas- han perdido sus preferencias sobre los bienes embargados por la suspensión del apremio y porque éstos se integran en la masa libre de cargas.

Es decir, de acuerdo con la interpretación que sostenemos, el artículo 55.3º prohíbe alzar los embargos por la mera declaración de concurso. No así cuando los bienes se realicen en el concurso. La cancelación anticipada podría perjudicar a la Administración ejecutante si finalmente el concurso concluye por insuficiencia de masa o si se admite que la calificación del bien como necesario para la continuidad es reversible, esto es, si deja de serlo porque la empresa finalmente cesa en su actividad o solicita la liquidación -cuestión en la que no entramos por no haberse suscitado en el recurso-.

Las anteriores consideraciones valen tanto para aquellos supuestos en los que el embargo recae sobre bienes del inmovilizado -inmuebles, maquinaria...- como cuando tiene por objeto bienes y derechos de disposición inmediata -dinero, saldos en cuentas, derechos de crédito...-. El artículo 55 de la Ley Concursal no realiza ninguna distinción. Todos los bienes y derechos pueden ser declarados como necesarios para la continuidad. Y, en tal caso, si es preciso disponer de los bienes para que contribuyan a la continuidad del negocio -como ocurre con la tesorería o los créditos-, tal disposición deberá realizarse libre de cargas, sin que le alcance la prohibición del último inciso del artículo 55.3º.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de septiembre de 2013 (publicada en el BOE el 4 de octubre de 2013), en interpretación del artículo 55.3º, aunque no analiza extensamente la cuestión, admite la cancelación de embargos preventivos cuando la Administración no goza del derecho de ejecución aislada. Dicha resolución dice lo siguiente:

" *El respeto a la ejecución aislada en el caso de las derivadas de providencia administrativa de embargo anteriores al concurso, se traduce en un régimen especial en materia de cancelaciones, de manera que la*

posibilidad que tiene el juez del concurso de ordenar cancelaciones en las ejecuciones que quedan suspendidas, no la tiene cuando se trata de cancelaciones de embargos susceptibles de ejecución separada. Así, el artículo 55.3 de la Ley Concursal termina diciendo con claridad que «el levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos».
Lógicamente, atendiendo a la finalidad de la norma, habrá que entender que la imposibilidad de cancelación de tales embargos administrativos está referida a los que gozan de ejecución aislada, que son los trabados antes de la declaración concursal y que recaen sobre bienes no afectos. Entre tales excepciones no se cuentan, por tanto, los embargos por créditos ordinarios que, en consecuencia, quedan sometidos a la regla general de su cancelabilidad por mandato del juez del concurso (exceptio confirmat regulam in contrarium), cancelación que, en todo caso, queda sometida además a una triple condición: a) que la decrete el juez del concurso a petición de la administración concursal, b) que concurra como causa habilitante el hecho de que el mantenimiento de los embargos trabados dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, y c) la audiencia previa de los acreedores afectados, lo que, como se verá, resulta relevante a los efectos de la resolución del presente recurso." ": AAP Barcelona (Sección 15) 10.04.2014 (Auto 36/2014; Rollo 481/2013)

JM-1 Granada

"Primero: Vista la alegación de la AEAT y la aportación de documental respecto del auxilio requerido debe entenderse entenderse por cumplido sin perjuicio de las acciones y/o recursos administrativos que procedan.
Segundo: Se recurre en reposición respecto del citado auto, al que se oponen las contrarias, el levantamiento de cargas, con infracción señalada del artículo 55 LC, administrativas en autorización de venta.
Tercero. El auto recurrido acuerda autorizar determinadas compraventas de fincas y mandata librar mandamientos de cancelación de cargas anteriores y posteriores a la declaración de concurso y esta misma salvo en la parte que quede gravada la finca respecto de la garantía citada en dicha operación.
La AEAT señala, acudiendo a la doctrina de juzgados que le es interesante a su derecho, que se infringe el 55 LC y que no se ha declarado la no necesidad del bien. Las contrarias, citando las que igualmente le son interesantes pero contrarias a las anteriores, alegan que no existe tal vulneración.
Cuarto. Nos señala el 55.3 LC que de existir actuaciones de ejecución se podrán levantar las cargas y cancelación de embargos cuando su mantenimiento dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. Señala in fine que " El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos".
El citado precepto fue reformado por la Ley 38/2011 partiendo de una pésima redacción que está dando lugar no solo a la contradiccion de las diferentes resoluciones citadas sino también incluso a que se venga resolviendo por los distintos Registros, en su caso, y la DGRN, en sentido adverso o conforme - según el caso - a la competencia del juez del concurso para resolver sobre el supuesto.
La idea esencial en básica: de primeras no es posible, instrumentalmente, levantar los embargos administrativos aún a pesar de la declaración de concurso y siempre que estos sean anteriores a la misma.
La interpretacion sistemática del precepto nos lleva a:
a) No se podrán iniciar ejecuciones ni apremios tras la declaración de concurso como regla general.
b) Se suspenderán los iniciados si bien será posible continuar aquellos que cumplan determinados requisitos y no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional.
c) La suspensión conlleva el sometimiento al tratamiento concursal que corresponda dar a los referidos créditos (55.2 LC).
d) El juez podrá acordar el levantamiento y cancelación de embargos de actuaciones en suspenso cuando su mantenimiento dificulte gravemente la continuidad de la actividad del concursado pero se excepciona el régimen de embargos administrativos respecto de ejecuciones ya iniciadas y en suspenso.
e) Las normas anteriores no son aplicables a los supuestos de existencia de garantías reales que tienen su régimen previsto en los artículos 56 y 57 LC.
Partiendo inicialmente de lo anterior:
1. De dicho precepto podríamos entender, en relación al último señalado que (se refiere a acreedores con garantía real y no a las garantías) que cuando se trate de bienes o derechos que sean garantías reales respecto de determinados créditos el régimen no es aplicable y por ello (y referido una vez más a acreedores y no a garantías) el mantenimiento de embargos administrativos cuando se trate de bienes con garantías reales no es aplicable. Este criterio no es señalado por ninguna de las resoluciones aportadas o que se conozcan sobre el citado apartado, pero parece acomodarse a lo querido por la norma. De esta forma si el bien concreto constituye garantía real respecto de un crédito el artículo 55 LC en su conjunto no es aplicable y por lo tanto cualquier supuesto de mantenimiento de embargos administrativos no le es aplicable.
Dicho de otra forma, en la medida en que estemos hablando de créditos con garantía real el régimen aplicable no es el artículo 55 LC sino el artículo 56 LC (57 y 155 LC) y por lo tanto los embargos administrativos no se mantienen porque sencillamente no le es aplicable el régimen.
Habría por tanto que comprobar en cada uno de los bienes que se autorizan en venta si están o no sujetos a esa garantía real. Estandolo (y siendo el embargo anterior o posterior indiferente) no quedarían sujetos al 55 LC sino a los siguientes y por ello no se pueden mantener.
2. La interpretación sistemática de los apartados 2 y 3 (in fine) del citado precepto se pone de manifiesto la condición necesaria que permite el levantamiento. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos si bien los respectivos créditos quedarán sujetos a lo previsto en la norma concursal. Una de cuyas manifiestaciones no discutidas es lo previsto en el artículo 149.1.3º LC ya en fase de liquidación y respecto de las reglas supletorias. Se trata de reglas supletorias sujetas esencialmente a la aprobación de un plan de liquidación en tal sentido. De otra forma y respetando los derechos previstos en el

artículo 155 LC y lo señalado al respecto por el Tribunal Supremo estaremos al marco del plan de liquidación.
Otra de estas manifestaciones- que si se discute por quien recurre- es la aplicación de lo previsto en el artículo 43 (y por extensión 155 cuando de bienes con garantía real se trate) de la Ley Concursal. La aplicación del precepto lo es bien por su relación con el 55 LC o bien por su relación con los artículos 56 y 57 Lc en cuanto a garantías reales. Entonces se discute igualmente el art. 155 LC respecto de estos. La dinámica del concurso nos lleva siempre al tratamiento concursal de esas situaciones de transmisión durante la fase común o cualquier otra y sin perjuicio de la regla supletoria para el caso de liquidación.
De esta forma será posible transmitir, enajenar o cualquier otra permitida por la norma durante el concurso a los efectos de continuidad, viabilidad o necesidad que prevén los citados preceptos o la dinámica del concurso. Por ello esa enajenación lo será partiendo de que los créditos están en el concurso, de que los bienes están en el concurso y de la decisión que tome el órgano judicial que tiene competencia para ello. A la vista de lo previsto en el artículo 84 de la Ley Hipotecaria el tratamiento competencial es precisamente del juez del concurso en supuestos de anotaciones o inscripciones respecto de los asuntos a él sometidos. A la vista de lo previsto en el artículo 9 LC es el juez del concurso el que debe- con sujeción de dichos acreedores a lo previsto en el concurso y por tanto de los bienes del mismo- y puede acordar dicho levantamiento.
3. El mantenimiento de las cargas que se solicita resulta ciertamente contrario al régimen de poda de privilegios y la par conditio creditorum (o comunidad de pérdidas). Si la administración está en el concurso y mantiene embargos respecto de los bienes de la concursada y nunca se pueden levantar (salvo en liquidación) resultaría:
-Que la administración habría conseguido un privilegio no reconocido respecto de determinados bienes en el concurso (sean o no necesarios y sin necesidad de resolver sobre dicha cuestión que necesariamente también debe interpretarse - en la posibilidad de ejecución separada- en la necesidad de que lo ingresado por esa ejecución separada venga posteriormente al concurso y no para su propio pago).
-Que se imposibilitaría-por embargos generalizados o indiscriminados-la continuidad, el mantenimiento, la conservación e incluso el convenio. Es decir irían en contra de cualquier situación de viabilidad y solo avocandose a la liquidación.
-Que la administración tendría (de ser aceptada la teoría de quien recurre) la posibilidad de cobrar del concursado y respecto del bien que se transmite con dichas cargas en ejecución separada y ya contra el adquirente nuevo (tercero).
-Que se imposibilitarían las operaciones en el concurso y por ello los mismos fines o soluciones que la propia ley da a las situaciones de insolvencia.
Si en todo ello no se ve un ataque grave y perjudicial a los principios que rigen el derecho concursal en interpretación de la normativa legal vigente, es evidente que entonces la solucion liquidatoria es la única prevista por la propia normativa pues de otra forma el proceso concursal (como proceso de ordenación de deudas) resultaría realmente inócuo permitiendo que determinados acreedores (en este caso administraciones públicas) pudieran - en función de ese mayor conocimiento que también tienen de la situación de deudas públicas y de su posición privilegiada a tal efecto- afectar el patrimonio del concursado haciendo inútiles las soluciones de solvencia que nos da la norma.
Quinto. La medida de mantenimiento, en cuanto a quienes mantienen el criterio de aplicación del artículo 55 LC a los supuestos de garantías reales, parte de su instrumentalidad dependiendo del destino o situación en la que finalmente queden los bienes y sin perjuicio de las fases concretas en que aquellas decisiones se tomen.
Vease entonces el artículo 43 LC que nos permite esa transmisión, sin las limitaciones del artículo 155 LC, y que se permiten al amparo del apartado 2 con autorización judicial. En ningún apartado se recoge el mantenimiento de los embargos administrativos sino que deben integrarse ambos preceptos para entender que es en ese momento en donde se deciden los destinos de los bienes y la forma en la que los mismos se transmiten.
La misma pretensión de venta nos sitúan en la no necesidad de los bienes para la continuidad de la actividad del apartado 3.2º del citado precepto, lo que no necesariamente implica necesidad o no para viabilidad o para convenio y sin perjuicio de posterior liquidación.
Véanse igualmente los artículos 89 y ss de la LC en cuanto a la clasificación de créditos y al no reconocimiento de privilegio alguno que no venga allí estipulado. Ello implica que no se tenga superior derecho a ejecutar respecto de un determinado bien (o en general respecto de otros en privilegios generales).
Véanse igualmente los artículos 46 y 82 LC. Fundamentalmente el último apartado del 82.2 LC en donde los gravámenes, trabas y cargas que pudieran afectar a la masa activa lo será en interpretacion integradora con el apartado 3 y por tanto solo de garantías reales, trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva. Por ello excluídas las deudas que si lo están como es la de la recurrente.
Y véase por último lo previsto en el artículo 75 LC como criterio excepcional de separación ejecutada que no incluye sino los supuestos allí previstos.
PARTE DISPOSITIVA
DECIDO tener por cumplimentado el requerimiento de auxilio judicial y desestimar el recurso de reposición interpuesto.”: AJM-1 Granada 08.05.2014 (Concurso 695/2012)

JM-6 Madrid

“CUARTO.- Examen de la pretensión.
A.-Pues bien, desestimado el alzamiento en fase común de los embargos administrativos anteriores al concurso sobre derechos de crédito de la concursada, afirmado el superior interés público en el mantenimiento de la situación de traba de los bienes y derechos de la concursada [-siendo indiferente para tal interés público las consecuencias que dicha suspensión puedan determinar en una u otra solución concursal, sea convenio, sea liquidación-], debe significarse inicialmente que el art. 149.3 L.Co. invocado por la T.G.S.S. en modo

alguno resulta aplicable al presente supuesto.
B.-En efecto, el embargo o traba de derechos de crédito de la concursada carece de naturaleza real, y si bien su origen se encuentra en el ejercicio por la concursada de su actividad empresarial a través de su unidad de negocio, lo embargado es un derecho de cobro y no la unidad productiva o sus elementos tangibles o intangibles; por lo que pretender [-como si de derecho dotado de reipersecutoriedad se tratara-] que la cancelación de las cargas debe ir unida a la realización del bien, resulta ajena a la naturaleza obligacional del objeto embargado y de la traba administrativa [-que solo otorga un mejor derecho incompatible con la regulación concursal de ordenado cobro-].
C.-Por otro lado, el invocado art. 149.3 L.Co. es de aplicación en defecto de plan o ante el silencio del plan, de tal modo que aprobado en el presente caso un plan completo que recoge expresamente la cancelación de toda carga, traba, embargo de naturaleza obligacional [-público, privado, judicial, extrajudicial o administrativo-], sin más excepción que las trabas y garantías de naturaleza real, debe estarse a dicho plan; pues ningún silencio en dicha cuestión puede achacarse a dicha Resolución.
D.-Pero aún más, si lo que pretende [-como se ha indicado-] el art. 55.3 L.Co. es el mantenimiento en fase común del estado jurídico de la sujeción de determinados bienes a una hipotética preferencia de cobro de las Administraciones Públicas embargantes [-interés que se exacerba colocándole a un nivel superior (y a veces contradictorio) al de la propia concursada y de los acreedores concursales-]; tal suspensión de ejecuciones singulares administrativas decae [-como también lo hace la facultad de ejecución separada unida al embargo y auto-tutela administrativa-] con la apertura del plan de liquidación por imperativo del art. 55.1.inciso 2º L.Co.; por lo que es éste plan [-recurrido en apelación por la T.G.S.S. ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid-] el que cancela dichas trabas y pone fin a una posible ejecución separada.
Finalmente, no constando unido al escrito de FIRE CONSULT, S.L. el burofax que se cita en el mismo, y en virtud del cual resultaría acreditado que la T.G.S.S. habría pretendido el cobro de dicho crédito embargado en contra de la suspensión acordada en Resolución judicial firme y en contra de las imperativas normas de pago concursal, todo ello tras el dictado de la Sentencia citada, nada procede acordar; teniendo tal afirmación por mera alegación no acreditada.
E.-Ordenada por Auto de 6.3.2013 por este Tribunal la cancelación de todas las cargas y trabas administrativas anteriores al concurso sobre bienes y derechos de la concursada, que textualmente dice:
"... 4.-ordenar la cancelación de todas las cargas, gravámenes, trabas y garantías personales de naturaleza obligacional que puedan afectar a los bienes muebles e inmuebles sujetos a la presente liquidación y realizadas en virtud de créditos incluidos o excluidos en el presente proceso concursal; y ello bien directamente, librando para ello los oportunos mandamientos a los Registros de la Propiedad que se entregarán a la Administración concursal para su diligenciamiento-; bien indirectamente, mediante requerimiento a las Autoridades que acordaron tales trabas o embargos para su inmediato alzamiento; declarando sólo subsistentes las cargas reales que se sujetarán a lo dispuesto en el art. 155 L.Co..."; a ello debe estarse, en cuanto no habiendo hecho uso la T.G.S.S. de la facultad dispuesta en el art. 197.6 L.Co., aquella resolución es plenamente ejecutiva y vinculante para todos los poderes del Estado.": AJM-6 Madrid 02.09.2014 (Concurso 308/2012)

1.2 Sobre su eventual cancelación en fase común por necesidades de la continuidad de la actividad

1.2.1 Improcedencia

JM-6 Madrid (desde 9/2014)

"PRIMERO.- Antecedentes y posición de las partes.
A.-Consta de lo actuado que por fecha 13.6.2012 se declaró el concurso voluntario de la mercantil GALVANIZACIÓN MADRILEÑA, S.A., siendo que por Auto de 12.12.2012 se acordó la apertura de la fase de liquidación y por Auto de 6.3.2013 se aprobó el plan de liquidación.
B.-Consta igualmente de lo actuado que constante fase común por la administración concursal se digirió demanda [-que dio lugar al ICO nº 647/12-] contra la TGSS en la que se acordó:
"... Que estimando parcialmente la demanda formulada a instancia del ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de la mercantil Galvanización Madrileña, S.A., declarada en concurso en procedimiento Nº 308/12; contra la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, quien compareció representada y asistida por los Letrados de sus Servicios Jurídicos; debo declarar la cualidad de bienes y derechos afectos y necesarios para la continuidad de la actividad empresarial los derechos de crédito a cargo de clientes y a favor de la concursada objeto de diligencias de embargo por la demandada de modo previo a la declaración concursal, así como del bien inmueble titularidad de la concursada donde se ubica su actividad empresarial; desestimando la solicitud de alzamiento de las cargas y trabas administrativas acordadas por la demandada de modo previo a la declaración concursal, que continuarán vigentes y suspendidas; sin hacer imposición de las costas....".
C.-Finalmente, consta que abierta la fase de liquidación, por la entidad deudora de la concursada, se insta de este Tribunal del concurso se indique a quien debe hacer el pago suspendido, pues estableciendo el plan de liquidación [-aprobado por Auto firme-] que tales embargos administrativos quedaban cancelados con la aprobación del propio plan, sostiene la TGSS que sólo la venta de la unidad productiva [-que con la ejecución del plan se pretende-] se podrán cancelar aquellos embargos administrativos sobre créditos realizados antes de la declaración de concurso y suspendidos por el cauce del art. 55 L.Co.
SEGUNDO.- Regulación legal tras la reforma de la Ley 38/2011.
A.-Como ya se indicó en la sentencia dictada en el citado incidente, encontrándonos ante proceso concursal iniciado con posterioridad al 1.1.2012 y siendo de aplicación de modo pleno la modificación legislativa concursal derivada de la Ley 38/2011, debe señalarse que el art. 55.1 L.Co. fue objeto de una relevante

modificación; y ello:
1.-porque se ha alterado el título jurídico preferente en supuesto de colusión de procedimientos de ejecución singular y universal, de tal modo que fijado anteriormente en la providencia de apremio, la actual redacción [aplicable al presente caso] señala la diligencia de embargo; de tal modo que siendo en el presente caso tales diligencias de embargo anteriores a la declaración concursal, resulta procedente examinar si los bienes embargados son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor concursado;
2. - porque se ha alterado el periodo temporal en que la Administración Pública ejecutante puede realizar los bienes embargados no necesarios, de tal modo que mientras antes de la reforma tales actuaciones de apremio podían continuarse hasta su completa realización y pago al acreedor público, tras la reforma sólo podrá realizar actuaciones ejecutivas [haciéndose pago en todo o en parte con las cantidades obtenidas] hasta la aprobación del plan; de tal modo que los bienes y derechos no realizados deberán serlo en ejecución colectiva dentro del concurso de acreedores;
3.-porque manteniendo la reforma como elemento delimitador de la competencia para la continuación de ejecuciones y apremios el de la necesidad o afección de los bienes y derechos, ordenando la suspensión de las actuaciones ejecutivas administrativas desde la fecha de la declaración concursal, se autoriza en el apartado 3º del art. 55 L.Co. a la administración concursal -previa audiencia de las partes afectadas- a solicitar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados sobre los bienes y derechos de la concursada cuando el mantenimiento de los mismos dificulte gravemente la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor;
y 4.-porque el legislador excepciona en dicho apartado 3º de tal levantamiento y cancelación a los embargos administrativos.
B.-Resulta de tal regulación, en interpretación sistemática con lo dispuesto en el art. 59.bis L.Co. y 149.3 L.Co., que frente al silencio legislativo anterior sobre el tratamiento concursal de las cargas y trabas judiciales y administrativas previas a la declaración concursal [-y que dio lugar a pluralidad de posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales-], el legislador de 2011 ha pretendido dar expresa respuesta a las facultades del juez del concurso respecto a los embargos judiciales y administrativos derivados de derechos de naturaleza obligacional [-en contraposición a los derechos reales que gocen de ejecución separada o privilegio especial del art. 90 L.Co.-] adoptados con anterioridad a la declaración concursal.
Y a tal fin a dispuesto una radical distinción entre los embargos administrativos derivados de créditos de titularidad pública y los adoptados por otras autoridades [judiciales o no-] por créditos de naturaleza privada, de tal modo que siendo éstos últimos susceptibles de alzamiento y cancelación [-sin perjuicio del tratamiento concursal del crédito-] en atención a facilitar un fin superior, cual es la continuación de la actividad empresarial, tratándose de créditos de administraciones públicas y embargos administrativos realizados en el ejercicio de sus facultades de autotutela los mismos deben prevalecer sobre la propia continuidad de la actividad empresarial.
TERCERO.- Alzamiento y cancelación de embargos administrativos por créditos de titularidad pública.
A.-De igual modo en dicha Sentencia se razona, a los efectos del alzamiento en fase común de los embargos administrativos sobre derechos de crédito de la concursada que si la declaración de concurso determina por imperativo de los apartados 1º y 2º del art. 55 L.Co. la suspensión de las actuaciones ejecutivas en el estado en que se encontraban al tiempo de aquella declaración, y si la declaración [a instancia de la Administración ejecutante o del Administrador concursal] de afección determina la imposibilidad de la continuación de las actuaciones ejecutivas anteriores a la declaración concursal por el órgano administrativo actuante [-como ocurre en el presente caso y acepta la demandada-] la cuestión a resolver es si puede el juez del concurso alzar aquellos embargos sobre derechos de crédito sobre clientes a favor de la concursada y sobre el bien inmueble de la concursada para permitir la continuación de la actividad empresarial.
B.-Tal cuestión merece, a criterio de éste Tribunal, una contundente respuesta negativa. Resulta del tenor literal antes examinado que el legislador de 2011 ha expresado su voluntad de que las actuaciones ejecutivas administrativas por créditos públicos adoptadas en el ejercicio de legítimas facultades de autotutela no se vean afectadas por la continuidad de la actividad empresarial del deudor [-nótese que la radical distinción entre la naturaleza de los embargos se vincula directamente por el texto legal a dicha continuidad y su grave dificultad-], de tal modo que es mandato expreso del legislador al juez del concurso que si bien aquellas actuaciones quedan en suspenso y no pueden ni deben continuar, los embargos administrativos acordados deben mantenerse hasta el momento de la transmisión de los bienes embargados dentro de la liquidación concursal.
Resulta de ello que el legislador de 2011 ha antepuesto de modo claro y expreso el superior interés de las Administraciones públicas al sostenimiento de las medidas ejecutivas adoptadas y paralizadas al principio de conservación de la actividad empresarial; de tal modo que cuando aquel no concurre el juez del concurso podrá valorar si el mantenimiento de trabas y embargos suspendidos permite o dificulta la continuidad de la empresa, pero concurriendo aquel interés público debe prevalecer éste sobre cualquier consideración sobre la continuidad de la actividad empresarial del deudor concursado.
C.-Puede, en un principio, parecer ilógico que imponiendo la Ley Concursal la suspensión de las actividades administrativas ejecutivas en el estado en que se encuentren al tiempo de la declaración concursal cuando de bienes necesarios se trata, no pueda la Administración pública actuante que no ha llegado a hacer efectivo su crédito hacerse cobro con el importe de los créditos a favor de la concursada objeto de embargo; y haciendo cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3ª, de 17.4.2012 [AC 2012/944] se concluye que suspendidas las actuaciones ejecutivas sobre derechos de crédito a favor de la concursada, sin haberse llegado a hacer cobro la Entidad pública actuante, no se ha producido la extinción del crédito entre el deudor de la concursada y éste, de tal modo que la prohibición de alzar tales embargos aparece dirigido por razones de interés público a suspender en el ámbito obligacional de la concursada los derechos y facultades derivadas de los créditos embargados, pues si la deudora concursada conserva la acción protectora del crédito para reclamar su pago o para reclamar el pago de su deudor a la Entidad embargante, ambos extremos objeto

de suspensión por efectos del concurso.
D.-Por todo ello, siendo irrelevante el examen de la conveniencia del mantenimiento de la actividad empresarial y la existencia o no de dificultades graves para la continuidad de la misma en cuanto debe prevalecer el interés público al mantenimiento en suspenso de las trabas y embargos acordados sobre bienes afectos y necesarios del deudor, procede desestimar la demanda.
No impide tal conclusión la circunstancia de que la Entidad pública embargante deba ver satisfechos sus créditos de conformidad con la "ley del dividendo" y en igualdad de condiciones que los demás acreedores de igual rango [-lo que permitiría sostener la inutilidad de mantener en suspenso un embargo que no puede alzarse por razones de continuidad de la propia actividad empresarial ni puede ejecutarse para el cobro del crédito público-]; y ello porque tal parámetro de valoración aparece excluido del art. 55.3 L.Co. en cuanto atiende a la voluntad del legislador de priorizar el mantenimiento de una medida ejecutiva en suspenso aún a costa de provocar con ello la inmediata liquidación concursal por falta de tesorería para la continuidad de la actividad empresarial; como ocurre exactamente en el presente caso.": AJM-6 Madrid 02.09.2014 (Concurso 308/2012)

"PRIMERO.- Hechos relevantes.
Son antecedentes necesarios para resolver la cuestión: 1.-que con fecha 1.7.2014 se ha declarado el concurso voluntario de la mercantil Valconsa Dos Construcciones, S.L.; 2.-que por diligencia de embargo nº 281323341439-H de 14.3.2014 de la Delegación Especial de Madrid de la A.E.A.T. se acordó el embargo de créditos de la ahora concursada respecto a su deudor Nexus Bodegas, S.L. hasta cubrir el importe de 900.216,36.-#, siendo que la deuda de ésta a favor de la concursada asciende a la cantidad de 169.473,38.-#; 3.- que el embargo de créditos puede afectar a otros deudores de la concursada por importes superiores a los 250.000.-#, no teniendo certeza de dichas diligencias de embargo, así como a cuentas corrientes de la concursada, de lo que no se tiene aún noticia.
SEGUNDO.- Actos de apremio administrativo anteriores a la declaración concursal.
A.-Dispone el art. 55.3 L.Co., derivado de la redacción recibida dicho artículo por la Ley 38/2011, tras establecer, que "... *cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos*...".
B.-Como ya señaló este Tribunal en Auto de 9.1.2012 [Roj: AAP 5/2012] y de 29.5.2014 [Concurso nº 486/13] respecto a la posibilidad de alzar embargos trabados con anterioridad a la declaración concursal y suspendidos por causa de dicha declaración, debe recordarse que "... *Señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 19.6.2009 [Roj: AJM 48/2009] que «... Respecto a la posibilidad de alzamiento de los embargos, no debemos olvidar, como se ha indicado, que con la declaración del concurso se produce la integración de todos los acreedores en la masa pasiva, y con sujeción a las vicisitudes del concurso. No cabe sostener que la anotación de embargo ha de continuar, porque ésta no atribuye al acreedor ningún privilegio especial. Los privilegios especiales aparecen regulados en el art 90 de la ley, y en los supuestos previstos no se contempla el relativo a la anotación de embargo. Esto supone que no cabe atribuirle al acreedor que ha anotado un embargo previo a la declaración del concurso un privilegio que no está expresamente recogido en la ley. El crédito habrá recibido el tratamiento concursal que le corresponda y deberá ser satisfecho por el orden legalmente previsto. De hecho, como hemos dicho no cabe que pueda obtener fuera del concurso más de lo que obtiene éste, ni con preferencias no expresamente reguladas en la ley concursal. No debemos olvidar, como indica el AAP de Barcelona, sección 15ª, de 15 de mayo de 2009 que los bienes se venden en liquidación libres de cargas. Es posible extrapolar ese principio cuando se trate de la venta de un bien en fase común, y el crédito que ha dado lugar al gravamen ha recibido el tratamiento concursal correspondiente, por lo que se debe procederse al levantamiento de las cargas existentes. En cuanto al órgano competente para ello, debe considerarse que es el juez del concurso. En este sentido el art 86 ter 1 de la LOPJ y el 8 de la LC atribuyen la competencia "exclusiva y excluyente" al juez del concurso, y en concreto en materia de ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". En la medida que es el juez del concurso el que debe adoptar las decisiones relativas al patrimonio del concurso es éste el que debe alzar los embargos existentes...»*...".
C.-Resulta de tales preceptos y pronunciamientos judiciales que tanto antes como tras la citada reforma [-ya de modo expreso-] podrá acordarse, a solicitud del administrador concursal, la cancelación y alzamiento de los embargos trabados con anterioridad; pero ello requiere la concurrencia de los requisitos o presupuestos: 1.-que la viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor se encuentre comprometida por causa de dicho embargo; y 2.-que dicha dificultad pueda calificarse de grave.
A tales presupuestos, tratándose de embargos laborales o administrativos, debe adicionarse un tercer requisito, cual es que los bienes y derechos embargados sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial; y ello porque de no estar afectos, aquellos apremios podrán continuar hasta la apertura de la liquidación concursal, decayendo en tal derecho la ejecución separada que no hubiera finalizado en todos sus trámites.
Pero si de bien o derecho necesario se trata y esta sujeto a embargo administrativo previo, la norma ordena la imposibilidad de su cancelación y alzamiento.
D.-Frente a la interpretación literal del precepto este Tribunal optó en las citadas Resoluciones por una interpretación integradora y sistemática de la prohibición de alzamiento de embargo administrativos anteriores a la declaración concursal. Y ello en base a lo siguiente:
"... *Por lo pronto, debe significarse que dicha prohibición encuentra todo su sentido en supuestos de bienes*

afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, pues solo en tales casos la necesaria paralización del proceso de ejecución [art. 55.1 L.Co.] otorgaría sentido al mantenimiento de la garantía o traba del embargo preventivo o ejecutivo administrativo [art. 55.3, in fine L.Co.].
En segundo lugar, a fin de dotar de sentido al texto legal, resulta que careciendo las medidas de ejecución administrativa [-sean preventivas, sean ejecutivas-] de efectos preferenciales en el cobro de créditos [-salvo las ya realizadas en incorporadas al patrimonio de la Entidad administrativa ejecutante, que no es el caso-] resulta un contrasentido mantener la eficacia de un embargo o traba administrativa cuando de su existencia no va a atribuirse a la Administración actuante preferencia alguna respecto a los bienes trabados.
Por ello, estima este Tribunal, debe optarse por una interpretación correctora y finalista, pues enmarcado el nuevo privilegio administrativo [-que viene a sumarse, paulatinamente, a los ya numerosos existentes a lo largo de la normativa concursal-] de la prohibición de alzamiento de embargos dentro del apartado 3º del art.
55.3 L.Co., en cuanto dirigido a favorecer la continuación de la actividad empresarial o profesional cuando ésta pueda verse afectada por la existencia de embargos sobre bienes necesarios y afectos, no puede alterar dicho régimen la presencia de embargos administrativos, cuya prohibición de alzamiento debe quedar limitada a aquellos bienes afectos o no, cuya traba no impida o dificulte la continuidad.
Resulta de ello, frente la tesis mantenida por la A.E.A.T., que es la continuidad y las dificultades que para ella derivan, el elemento esencial cualificador de la competencia del juez del concurso para el alzamiento de embargos administrativos anteriores a la declaración concursal; por lo que de no concurrir dicha circunstancia no podrá alterarse la traba.
De optarse por la interpretación literal resultaría que mientras la continuidad de actividad se podría ver favorecida mediante el alzamiento de embargos de naturaleza privada, existente embargo administrativo que dificulte aquella continuidad el Legislador ha optado por poner fin a la actividad empresarial y potenciar el mantenimiento a ultranza de una garantía o traba en ejecución crediticia, que en modo alguno va a otorgar preferencia de cobro dentro del concurso; interpretación que debe rechazarse, so pena de convertir a los deudores sujetos a ejecuciones obligacionales singulares administrativas de peor condición concursal que a los deudores sujetos a ejecuciones y trabas de naturaleza obligacional privada, en cuanto si respecto a éstos podrá alegarse y probarse la necesidad de su alzamiento potenciando así su continuidad empresarial [máxime, reitero, cuando ninguna prelación en sede concursal resulta de aquellas ejecuciones y trabas-], los primeros se verán condenados al cierre de establecimientos y finalización de actividad; eso sí, manteniendo la traba que en nada mejora la posición crediticia de la Administración ejecutante singular.
Procede, por todo ello, acordar el alzamiento del embargo acordado por la A.E.A.T. sobre derechos de cobro de la concursada, sin perjuicio del tratamiento concursal de los créditos tributarios...".
E.-Pues bien, dicha interpretación debe rechazarse y optar claramente por la literal interpretación del art. 55.3 L.Co., tras la redacción dada al art. 33 L.Co. por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre [B.O.E. de 1.10.2014] y la interpretación auténtica dispuesta por el Legislador.
Dicha Ley en modo alguno modifica la redacción del art. 55.3 L.Co. y los efectos del concurso sobre ejecuciones y apremios administrativos de los apartados 1º y 2º de igual precepto, pero en la sustancial reforma introducida en sede de administradores concursales [-Título II de la Ley-] se articula en el nuevo art. 33 L.Co. una enumeración de las obligaciones y responsabilidades del administrador concursal en cada fase procesal, y otras transversales de exigencia a lo largo del concurso.
Dentro del apartado 1º y de las funciones procesales [-letra a)-] se afirma en su ordinal 4.º que es responsabilidad del administrador concursal el "... *Solicitar, en su caso, el levantamiento y cancelación de embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, con excepción de los embargos administrativos, respecto de los que no podrá acordarse el levantamiento o cancelación, en ningún caso, de acuerdo con el artículo 55...*".
De la confrontación de dicho precepto con la redacción del art. 55.3 L.Co., resulta la adición por el Legislador de la expresión " *en ningún caso* " referida al órgano dotado de la competencia para " *acordar (se) el levantamiento* ", de lo que debe interpretarse que sea cual fuera la necesidad del bien para la continuidad de la actividad empresarial, y sea cual fuera la situación económica y financiera del concursado [-al inmovilizar el embargo administrativo ingresos de explotación generados antes del concurso, se está impidiendo que dicho circulante pueda financiar actividades futuras-], debe prevalecer el interés público en la conservación estática de los apremios existentes al tiempo del concurso.
En efecto, en la ponderación de intereses contrapuestos representados por la continuidad de la actividad empresarial o profesional de la concursada y el mantenimiento de las trabas o embargos que puedan obstaculizar aquella actividad [- especialmente cuando se trate de embargo de tesorería e ingresos de explotación u otros recurrentes del deudor concursado-], el Legislador ha optado por residenciar en los embargos y trabas por crédito comercial el sacrificio preciso [-mediante su alzamiento y cancelación-] para favorecer e impulsar la continuidad empresarial o profesional, excluyendo " *en todo caso* " de dicha posibilidad a los créditos de derecho público con medidas ejecutivas de embargo adoptadas antes del concurso; de tal modo que si éstos impiden, dificultan o entorpecen la continuidad de la actividad empresarial, la protección del crédito de derecho público debe prevalecer " *en todo caso* ", aún en el supuesto de que ello aboque a la concursada a la inminente liquidación.
Y ello, sin la posibilidad de la Administración pública actuante de hacer suyo el numerario o circulante embargado, en tanto no obtenga de este Tribunal la declaración de no necesidad del mismo [-recuérdese que el embargo administrativo anterior al concurso no se puede alzar en ningún caso, pero tampoco puede ejecutarse, salvo en los especiales supuestos dispuestos en el párrafo 2º del apartado 1º del art. 55 L.Co.-], y con el plazo preclusivo de la liquidación concursal, ya cercana por la escasa de liquidez de la concursada al tiempo presente.
Por último debe significarse que lo dicho se refiere al embargo de derechos de crédito de la concursada contra

Nexus Bodegas, S.L., no pudiendo extenderse a terceras sociedades o cuentas corrientes ante la falta de acreditación de diligencia de embargo anterior al concurso que afecte a los mismos.": AJM-6 Madrid 02.10.2014 (Concurso 331/2014)

1.2.2 Interpretación abrogatoria: justificación de la cancelación de los embargos administrativos que dificulten la continuidad de la actividad de la concursada

JM-6 Madrid (3/2014)

"PRIMERO.-Son antecedentes necesarios para resolver la cuestión: 1.-que con fecha 16.2.2013 por la A.E.A.T. se convirtió en definitivo los embargos de créditos de la mercantil URBASEVI HOLDING, S.L., hasta cubrir la cantidad de 414.558,66.-#, trabados en agosto de 2012 sobre importes adeudados a la concursada por PATRIMONIO SEVINOVA, S.L., por URANIZADORA SEVINOVA, S.L. y por CONSTRUCCIONES ARKINTER PRODESA, S.A.U., embargando igualmente cuentas bancarias por importe de 2.095,93.-#; 2.-que la COMUNIDAD DE MADRID acordó, con anterioridad a la declaración de concurso, derechos de cobro a favor de la concursada y a cargo de COSTA LEVANTE SUELO Y PROMOCIONES, S.L., de CONSTRUCCIONES ARKINTER PRODESA, S.A.U., de PATRIMONIO SEVINOVA, S.L., y de URBANIZADORA SEVINOVA, S.L.; 3.-que la concursada URBASEVI HOLDING, S.L. fue declarada en tal situación por Auto de 19.2.2013, encontrándose en situación de continuidad de actividad, siendo ésta en esencia la prestación de servicios de asesoramiento y gestión empresarial a otras sociedades, especialmente a las sociedades de grupo, entre las que se encuentran las deudoras de la concursada cuyos importes han sido objeto de embargo.
SEGUNDO.-Dispone el art. 55.3 L.Co., derivado de la redacción recibida dicho artículo por la Ley 38/2011, tras establecer, que "... *cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos*...".
Como ya señaló este Tribunal en Auto de 9.1.2012 [Roj: AAP 5/2012] respecto a la posibilidad de alzar embargos trabados con anterioridad a la declaración concursal y suspendidos por causa de dicha declaración, debe recordarse que "... *Señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 19.6.2009 [Roj: AJM 48/2009] que «... Respecto a la posibilidad de alzamiento de los embargos, no debemos olvidar, como se ha indicado, que con la declaración del concurso se produce la integración de todos los acreedores en la masa pasiva, y con sujeción a las vicisitudes del concurso. No cabe sostener que la anotación de embargo ha de continuar, porque ésta no atribuye al acreedor ningún privilegio especial. Los privilegios especiales aparecen regulados en el art 90 de la ley, y en los supuestos previstos no se contempla el relativo a la anotación de embargo. Esto supone que no cabe atribuirle al acreedor que ha anotado un embargo previo a la declaración del concurso un privilegio que no está expresamente recogido en la ley. El crédito habrá recibido el tratamiento concursal que le corresponda y deberá ser satisfecho por el orden legalmente previsto. De hecho, como hemos dicho no cabe que pueda obtener fuera del concurso más de lo que obtiene éste, ni con preferencias no expresamente reguladas en la ley concursal. No debemos olvidar, como indica el AAP de Barcelona, sección 15ª, de 15 de mayo de 2009 que los bienes se venden en liquidación libres de cargas. Es posible extrapolar ese principio cuando se trate de la venta de un bien en fase común, y el crédito que ha dado lugar al gravamen ha recibido el tratamiento concursal correspondiente, por lo que se debe procederse al levantamiento de las cargas existentes. En cuanto al órgano competente para ello, debe considerarse que es el juez del concurso. En este sentido el art 86 ter 1 de la LOPJ y el 8 de la LC atribuyen la competencia "exclusiva y excluyente" al juez del concurso, y en concreto en materia de ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". En la medida que es el juez del concurso el que debe adoptar las decisiones relativas al patrimonio del concurso es éste el que debe alzar los embargos existentes...»*...".
Resulta de tales preceptos y pronunciamientos judiciales que tanto antes como tras la citada reforma [ya de modo expreso-] podrá acordarse, a solicitud del administrador concursal, la cancelación y alzamiento de los embargos trabados con anterioridad; pero ello requiere la concurrencia de los requisitos o presupuestos: 1.-que la viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor se encuentre comprometida por causa de dicho embargo; y 2.- que dicha dificultad pueda calificarse de grave.
A tales presupuestos, tratándose de embargos laborales o administrativos, debe adicionarse un tercer requisito, cual es que los bienes y derechos embargados sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial; y ello porque de no estar afectos, aquellos apremios podrán continuar hasta la apertura de la liquidación concursal, decayendo en tal derecho la ejecución separada que no hubiera finalizado en todos sus trámites.
TERCERO.-Frente a la interpretación literal que sostiene la A.E.A.T. es preciso optar por una interpretación integradora y sistemática de la prohibición de alzamiento de embargo administrativos anteriores a la declaración concursal.
Por lo pronto, debe significarse que dicha prohibición encuentra todo su sentido en supuestos de bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, pues solo en tales casos la necesaria paralización del proceso de ejecución [art. 55.1 L.Co.] otorgaría sentido al mantenimiento de la garantía o traba del embargo preventivo o ejecutivo administrativo [art. 55.3, in fine L.Co.].
En segundo lugar, a fin de dotar de sentido al texto legal, resulta que careciendo las medidas de ejecución administrativa [-sean preventivas, sean ejecutivas-] de efectos preferenciales en el cobro de créditos [-salvo las ya realizadas en incorporadas al patrimonio de la Entidad administrativa ejecutante, que no es el caso-] resulta

un contrasentido mantener la eficacia de un embargo o traba administrativa cuando de su existencia no va a atribuirse a la Administración actuante preferencia alguna respecto a los bienes trabados.
Por ello, estima este Tribunal, debe optarse por una interpretación correctora y finalista, pues enmarcado el nuevo privilegio administrativo [-que viene a sumarse, paulatinamente, a los ya numerosos existentes a lo largo de la normativa concursal-] de la prohibición de alzamiento de embargos dentro del apartado 3º del art. 55.3 L.Co., en cuanto dirigido a favorecer la continuación de la actividad empresarial o profesional cuando ésta pueda verse afectada por la existencia de embargos sobre bienes necesarios y afectos, no puede alterar dicho régimen la presencia de embargos administrativos, cuya prohibición de alzamiento debe quedar limitada a aquellos bienes afectos o no, cuya traba no impida o dificulte la continuidad.
Resulta de ello, frente la tesis mantenida por la A.E.A.T., que es la continuidad y las dificultades que para ella derivan, el elemento esencial cualificador de la competencia del juez del concurso para el alzamiento de embargos administrativos anteriores a la declaración concursal; por lo que de no concurrir dicha circunstancia no podrá alterarse la traba.
De optarse por la interpretación sostenida por la A.E.A.T. resultaría que mientras la continuidad de actividad se podría ver favorecida mediante el alzamiento de embargos de naturaleza privada, existente embargo administrativo que dificulte aquella continuidad el Legislador ha optado por poner fin a la actividad empresarial y potenciar el mantenimiento a ultranza de una garantía o traba en ejecución crediticia, que en modo alguno va a otorgar preferencia de cobro dentro del concurso; interpretación que debe rechazarse, so pena de convertir a los deudores sujetos a ejecuciones obligacionales singulares administrativas de peor condición concursal que a los deudores sujetos a ejecuciones y trabas de naturaleza obligacional privada, en cuanto si respecto a éstos podrá alegarse y probarse la necesidad de su alzamiento potenciando así su continuidad empresarial [-máxime, reitero, cuando ninguna prelación en sede concursal resulta de aquellas ejecuciones y trabas-], los primeros se verán condenados al cierre de establecimientos y finalización de actividad; eso sí, manteniendo la traba que en nada mejora la posición crediticia de la Administración ejecutante singular.
CUARTO.-Atendiendo a tal interpretación, a la continuación de la actividad de prestación de servicios de asesoramiento y gestión a empresas, así como a la necesidad de tal liquidez por la concursada, procede estimar que el mantenimiento de los embargos de créditos de la concursada frente a terceros ponen en serio y cierto riesgo la continuidad de la actividad empresarial, máxime cuando las cuantías de los embargos [cercanas a los 500.000.-#] resultan muy relevantes en sede concursal para atender los gastos de la continuidad de aquella actividad.
En su virtud,
PARTE DISPOSITIVA
DISPONGO: Que estimando la solicitud formulada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de la mercantil URBASEVI HOLDING, S.L. de 23.12.2013, debo:
1.-requerir a la A.E.A.T. para que alce los embargos de créditos trabados sobre derechos de crédito de la concursada, que con fecha 16.2.2013 convirtió en definitivo los embargos de créditos de la mercantil URBASEVI HOLDING, S.L., hasta cubrir la cantidad de 414.558,66.-#, trabados en agosto de 2012 sobre importes adeudados a la concursada por PATRIMONIO SEVINOVA, S.L., por URANIZADORA SEVINOVA,
S.L. y por CONSTRUCCIONES ARKINTER PRODESA, S.A.U.; debiendo alzar igualmente el embargo de cuentas bancarias por importe de 2.095,93.-#; todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales de 1987;
2.-requerir a la COMUNIDAD DE MADRID para que alce los embargos de créditos trabados antes de la declaración concursal, titularidad de la concursada y a cargo de COSTA LEVANTE SUELO Y PROMOCIONES, S.L., de CONSTRUCCIONES ARKINTER PRODESA, S.A.U., de PATRIMONIO SEVINOVA, S.L., y de URBANIZADORA SEVINOVA, S.L.; todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales de 1987 ":AJM-6 Madrid 11.03.2014 (Concurso 29/2013)

4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real.

Artículo 56. Paralización de ejecuciones de garantías reales *y acciones de recuperación asimiladas.*

Nueva rúbrica y nueva redacción de los apartados 1 y 2 e introducción del apartado 5 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo~~, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.~~ :

a) Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante

contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles.
b) Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
c) Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

Nueva redacción de los apartados 1, 2 y 5 del art. 56 por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014)
Entrada en vigor: el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014).

1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado ~~afectos a~~ que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial ~~o a una unidad productiva de su titularidad~~ no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales a las que, estando sujeta la referida sociedad, permitan al deudor mantener la explotación del activo.
Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo:
a) Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles.
b) Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
c) Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

[Nueva redacción por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014).
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales ~~a las~~ que~~, estando sujeta la referida sociedad,~~ permitan al concursado ~~deudor~~ mantener la explotación del activo.
Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo:
a) Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles.
b) Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
c) Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

Art. 56.1

"El artículos 56 en lo que aquí interesa dice " 1. Los acreedores con garantía real sobre bienes dei concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación" y añade " 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor"
La ley establece un sistema de paralización de las ejecuciones hipotecarias que no es absoluto, ya que tiene un límite temporal (hasta la aprobación de un convenio cuyo contenido no le afecte, la apertura de la liquidación o en todo caso el transcurso de un año desde la declaración de concurso) y objetivo (solo si recae sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresaria¡ o una unidad productiva de su titularidad) siendo admitido de forma unánime, a sensu contrario, que las garantías sobre los no afectos no están sometidas a paralización o suspensión.

La Exposición de Motivos pone de relieve que "Una de las novedades más importantes de la Ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no-perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursa¡ ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva_ La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso... Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia" y al comentar la extensión del régimen a otras garantías (acciones de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo y a los cedidos en arrendamientos financieros, siempre que los correspondientes contratos o documentos estén inscritos en los respectivos registros, así como a las resolutorias de ventas de inmueble por falta de pego de precio aplazado) añade que "Se ha procurado así permitir planteamientos realistas; que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso"
Vemos, pues, que no se trata de una medida dirigida a castigar a determinados titulares crediticios sino a mantener la integridad de la masa activa para asegurar así la actividad profesional o empresarial del concursado, al menos temporalmente, para que no se frustren las posibilidades de convenio, que es en principio la solución normal del concurso y buscada por el legislador como medio para alcanzar la satisfacción de los acreedores en ¡os supuestos de insolvencia del deudor común. Por ello, y en sintonía con lo que ocurre con las deudas de la masa (art 154), se impone un plazo de espera para su ejercicio, pero no limitado, sino hasta alcanzar y aprobar un convenio, ya que cuando se produce la apertura de liquidación ya no entra en juego la limitación, y en todo caso con el tope máximo de un año desde la declaración del concurso": Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

0. Exposición de motivos RDL 4/2014

"También se acomete una modificación del artículo 56, para limitar los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real a aquellos que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. Y es que dentro de las facultades que tradicionalmente integran el derecho de propiedad (el ius utendi, el ius fruendi y el ius disponendi), no siempre es necesario que concurran todas ellas para que un determinado bien quede afecto a la actividad empresarial. En determinados supuestos es posible separar la facultad de disposición de las de uso y disfrute, sin perjuicio alguno para la continuación de la actividad productiva pero con evidente ventaja para el acreedor que podrá movilizar antes su propia facultad de disposición y que por ello verá disminuidos los costes financieros necesarios para tal movilización, redundando ello en definitiva en mayores posibilidades de financiación para el deudor y en una revalorización de sus activos. Así pues las ejecuciones son realmente obstativas de la continuación de la actividad empresarial cuando no pueda realizarse esa separación del derecho de disposición sin detrimento de las facultades de uso y disfrute de la empresa. A modo de ejemplo, se introduce en el artículo 56 un supuesto en el que dicha disociación puede hacerse con relativa facilidad sin perjuicio de la continuación de la actividad: se excluyen de la suspensión de las ejecuciones de acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación. Con ello se pretende facilitar la financiación de activos mediante estructuras y pactos que permitan la eventual realización del bien con conservación por parte del deudor de título suficiente, aunque sea meramente obligacional, para continuar su explotación.": (Exposición de motivos RDL 4/2014, IV)

00. Si se trata de bienes no afectos no se paraliza la ejecución ni su inicio

Congreso 2004

"El art. 56 somete la ejecución de garantías reales a un plazo de espera. Como se desprende de los apartados 1º y 2º LC, las ejecuciones de garantías reales sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad quedan suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso, de forma que los acreedores con dichas garantías reales no podrán iniciar ni continuar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, quedando suspendidas las que ya se hubiesen iniciado hasta que transcurran dichos plazos. De la dicción literal de precepto parece desprenderse que la paralización temporal de las ejecuciones de garantías reales sólo afecta a los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. Interpretado a sensu contrario, si se trata de bienes no afectos no se paraliza la ejecución ni su inicio. Este criterio fue unánime entre los asistentes, así como considerar, que debe distinguirse entre bienes afectos y bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Sólo así tiene sentido la excepción del apartado 2º del art. 56. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDASESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 7)

AP Avila

“El artículo 56 de la Ley concursal fija un tratamiento innovador en orden a la ejecución de garantías reales, respetando la naturaleza del derecho real, partiendo para ello de una distinción fundamental, esto es, si los bienes sujetos a la garantía real son o no bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Si se trata de garantías reales sobre "bienes afectos", la ley prohíbe a los acreedores iniciar la ejecución de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación y para el caso de que la ejecución se hubiera iniciado al tiempo de declarar el concurso ordena que se suspenda, salvo que ya estuvieran publicados los anuncios de la subasta y la ejecución no recaiga "sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". Para el caso de que se trate de bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o una unidad productiva de su titularidad, no serían de aplicación la paralización y suspensión previstas.
AAP Avila (Sección 1) 14.06.2011 (Auto 31/2011; Rollo 130/2011)

AP Barcelona

“1. L'EXECUCIÓ HIPOTECÀRIA DE BÉNS NO AFECTES A LA ACTIVITAT PROFESSIONAL O EMPRESARIAL
Tot i admetre la possibilitat de concurs de creditors de persones físiques i de l'acumulació de concursos dels dos membres d'un matrimoni (arts. 3, 25.3 i 65 LC), per a suspendre l'execució hipotecària és necessari que els béns que s'executen estiguin afectes a l'activitat professional o empresarial, no essent d'aplicació l' art. 55.3, sinó el 56 LC.
L' art. 56 LC distingeix segons els béns estiguin o no afectes a la activitat professional o empresarial del deutor, quan a la garantia real.
En aquest procés, s'executa l'habitatge habitual del cònjuges, el que exclou la seva afectació a la activitat empresarial o professional. No s'al·lega, ni s'acredita, que els concursats exerceixin activitat professional a la vivenda, ni que a la casa es desenvolupin activitats econòmiques significatives o de sustentació de la família, per quin motiu hem de concloure que l'existència mateixa del concurs no pot impedir la continuïtat de l'execució davant el jutjat de primera instància (AAP, Civil sección 15 del 22 de Septiembre del 2010 (ROJ: AAP B 5121/2010); AAP, Civil sección 1 del 13 de Diciembre del 2011 (ROJ: AAP B 7158/2011); AAP, Civil sección 11 del 15 de Septiembre del 2011 (ROJ: AAP B 5499/2011); AAP, Civil sección 2 del 12 de Mayo del 2009 (ROJ: AAP GI 789/2009); AAP, Civil sección 14 del 15 de Diciembre del 2011 (ROJ: AAP B 6874/2011). ”: AAP Barcelona (Sección 14) 08.06.2012 (Auto 135/2012; Rollo 314/2012)

AP Las Palmas

“TERCERO. - Así mismo la entidad apelante insiste en esta alzada con base a los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal que el presente procedimiento de ejecución hipotecaria, incoado por demanda presentada el día 27 de febrero del 2009, debio suspenderse pues la entidad ejecutada fue declarada en concurso el día 4 de septiembre del 2009 (folios 129 a 132), esto es, con posterioridad a iniciarse el procedimiento de ejecución hipotecaria pero antes de sacarse los bienes inmuebles a subasta, correspondiendo al Juez del Concurso ex artículo 86.ter. 1.3o de la LOPJ determinar qué bienes son los necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Pues bien, ciertamente la competencia para determinar qué bienes del concursado son los necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor corresponde al Juez del Concurso y no al Juzgado de Primera Instancia donde con anterioridad a la declaración de concurso se seguía un procedimiento de ejecución hipotecaria, por lo que ni siquiera el Juez a quo debió entrar a conocer sobre si dicho extremo había sido o no acreditado por la entidad concursada.
Ello no obstante en el supuesto enjuiciado la petición de suspensión no ha sido dirigida por la entidad concursada al Juzgado de lo Mercantil sino al Juzgado de primera instancia que llevaba la ejecución, que insistimos carece de competencia para acordar la suspensión pues la apreciación de la afección del bien a la necesidad del mismo para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor debe realizarla el Juez del Concurso, previa petición de la administración concursal u otro legitimado y tras su decisión, si considera la afección del bien en la forma descrita, declararlo así, remitir dicha resolución al juzgado de Primera Instancia que esté conociendo de la ejecución hipotecaria a fin de que entonces, y solo entonces, se acuerde la suspensión de la misma y, en su caso, la remisión al Juez del concurso para su conocimiento en los casos en que proceda.
Y es que la entidad apelante, una vez más, tergiversa el contendido de los preceptos legales a su antojo y en concreto la de los artículos 56 y 57 de la LC, siendo una contradicción que se diga en el recurso de apelación que el Juez del concurso es quien tiene competencia objetiva para conocer sobre si los bienes hipotecados son necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial y que la petición de suspensión previa la anterior declaración se haya pedido ante el Juzgado que se viene a considerar incompetente y en cuanto se refiere a las ejecuciones hipotecarias, los artículos 56 y 57 de la LC regulan los efectos del concurso sobre las mismas distinguiendo los supuestos de ejecuciones hipotecarias ya iniciadas antes del concurso o posteriores al mismo y si estas se refieren bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, dando lugar a cuatro posibles situaciones:
1a.- Ejecuciones no iniciadas que recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor.

En este supuesto, el art. 56.1 de la LC establece que "no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un ano desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación".
2a.- Ejecuciones no iniciadas sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor.
En cuanto a este supuesto la la ley no dice nada, pero no es aplicable el general art. 55 de la LC -que impediría la ejecución - sino el art. 56.1, interpretado a sensu contrario - que permitiría iniciar la ejecución -. El problema, en este supuesto es de quien es la competencia, del juez de primera instancia o del juez del concurso.
3a.- Ejecuciones ya iniciadas sobre bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor.
En este caso, la regla general es que dichas ejecuciones se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado, siendo la excepción el caso en que al tiempo de la declaración de concurso, ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, pero correspondiendo decidir sobre la afección de los bienes hipotecados al Juez del concurso.
4a.- Ejecuciones ya iniciadas sobre bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor cuando se declara el concurso. Para este supuesto la ley no da la respuesta pero es claro que no es aplicable el general art. 55 de la LC -que impediría la ejecución - sino el art. 56.1, interpretado a sensu contrario, que conduciría a que las ejecuciones no se suspendieran y continuaran su tramitación normal".
Partiendo pues de los dos ultimos supuestos en que tendría posible encaje el supuesto enjuiciado al haberse iniciado la ejecucion hipotecaria entes de la declaración del concurso, fue ajustada a Derecho la decisión del Juez a quo de no suspenderla, pues la decisión de si los bienes hipotecados son bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor correspondería acordarla al Juez del Concurso y de tratarse de bienes no afectos debería continuar en todo caso la Ejecución, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida, con expresa imposición de costas a la parte apelante, tal como prescribe el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no apreciarse en el caso serias dudas de hecho o de derecho.": AAP Las Palmas (Sección 4) 07.04.2011 (Auto 62/2011; Rollo 314/2010)

AP Madrid

"El artículo 56 trascrito, distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se aprueba un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación") y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado. A sensu contrario, y como dice el auto de la AP de las Islas Baleares de 17 de mayo de 2010, recogiendo, a su vez, la tesis mantenida por la Sección 28 ª de esta Audiencia Provincial de Madrid en las resoluciones que cita el apelante, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas.
La normativa concursal, siguiendo al auto citado, admite la posibilidad de ejecución separada de las garantías reales, posibilidad que, precisamente por implicar una excepción al principio de universalidad del concurso, es matizada por el artículo 56 de la LC, a fin de que la misma no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva, facilitando la suspensión o paralización para evitar que desaparezcan de la masa activa bienes imprescindibles para la actividad empresarial o profesional del concurso, con la clara finalidad de que la estructura productiva del concursado pueda seguir funcionando. Y dado que es el Juez de lo Mercantil ante el que se tramita el procedimiento concursal, el único que tiene una visión de conjunto sobre la situación patrimonial del concursado, debe ser dicho órgano el único competente para decidir que bienes integrantes del patrimonio del deudor concursado, son o no necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor o si están afectos a dicha actividad. ": AAP Madrid (Sección 8) 09.05.2011 (Auto 90/2011; Rollo 201/2010)

"El artículo 56 trascrito, distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dichagarantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe unconvenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración delconcurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación") y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado. A sensu contrario, y como dice el auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 17 de mayo de 2010, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas.
La normativa concursal, siguiendo al auto citado, admite la posibilidad de ejecución separada de las garantías reales, posibilidad que, precisamente por implicar una excepción al principio de universalidad del concurso, es matizada por el artículo 56 de la Ley Concursal, a fin de que la misma no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva, facilitando la suspensión o paralización para evitar que desaparezcan de la masa activa bienes imprescindibles para la actividad empresarial o profesional del concurso, con la clara finalidad de que la estructura productiva del concursado pueda seguir funcionando. Y dado que es el Juez de lo Mercantil ante el

que se tramita el procedimiento concursal, el único que tiene una visión de conjunto sobre la situación patrimonial del concursado, debe ser dicho órgano el único competente para decidir que bienes integrantes del patrimonio del deudor concursado, son o no necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor o si están afectos a dicha actividad. En el presente caso, el Juez que conoce del concurso de Dª Pilar ha considerado que el bien cuya ejecución se insta en el presente procedimiento no está afecto ni a la actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva desempeñada por la concursada, por lo que la competencia no corresponde al Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso sino al Juzgado de Primera Instancia. Tampoco puede decirse que corresponda al Juzgado que conoce del concurso de D. Lucas, cuando el bien que es objeto de ejecución ni siquiera es de su propiedad, ya que según consta en la escritura de préstamo on garantía hipotecaria se adquirió por su esposa, la Sra. Pilar, y el matrimonio se rige por el régimen de separación de bienes.": AAP Madrid (Sección 8) 22.12.2011 (Auto 279/2011; Rollo 709/2011)

AP Pontevedra

"SEGUNDO.- El efecto específico previsto por la Ley Concursal para las ejecuciones hipotecarias radica en que el acreedor hipotecario garantizado con un bien necesario del concursado no podrá ejercitar separadamente la garantía durante un determinado lapso temporal; de la misma forma, caso de haberse iniciado, las acciones de ejecución hipotecaria se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. La paralización de la ejecución se produce de una forma universal, -a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos-, y de una forma imperativa, pues no se articula a modo de una medida cautelar que pueda o no adoptar el juez del concurso, sino de un efecto legal de la declaración de concurso. Este régimen específico de ejecución de las garantías reales en el concurso parte de un requisito objetivo esencial: los bienes objeto de la garantía han de resultar necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor. Por tanto, el sistema legal para de una esencial diferenciación del régimen de ejecución de la garantía en función del objeto sobre el que recae. Finalmente, el sistema se completa con la previsión de que, durante el tiempo de espera, la administración concursal pueda optar por atender los pagos de los créditos garantizados (y vencidos) con cargo a la masa, supuesto en el que habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos, con obligación de pagar los sucesivos como créditos contra la masa, realizándose el bien caso de incumplimiento de tal compromiso (arts. 56.3 y 155.2).
Respecto de la cuestión relativa a la competencia para el conocimiento de la ejecución hipotecaria pendiente el concurso, la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, clarificó algunas dudas iniciales. Por de pronto recoge expresamente el criterio que venía siendo asumido por la jurisprudencia mercantil y por el Tribunal de Conflictos (entre otras en su sentencia 10/2006) respecto de la competencia exclusiva del juez del concurso para determinar si un bien del concursado resulta o no necesario para la actividad profesional o empresarial. Decidido este extremo, la competencia para suspender o no la ejecución ya iniciada corresponderá al juez de instancia.": AAP Pontevedra (Sección 1) 08.06.2015 (Auto 126/2015; Rollo 225/2015)

AP Sevilla

"Primero.- Frente a la tesis de la resolución apelada, conforme a la cual el Juzgado de lo Mercantil no es competente para las ejecuciones de bienes no afectos a la actividad profesional del concursado salvo que se plantee como incidente concursal la posibilidad de esa ejecución, la parte ejecutante recurre la resolución que inadmite a trámite su demanda de ejecución hipotecaria alegando, en esencia, que el artículo 55 de la Ley Concursal deja bien claro que es posible ejecutar de forma separada del concurso los bienes afectos a una garantía real, sin limitación alguna cuando son bienes no afectos a la actividad del concursado, siendo ello competencia del Juez del Concurso conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Concursal; por otra parte alega igualmente que expresamente se pide en la demanda su tramitación en pieza separada del concurso, acomodando las actuaciones a las normas del proceso de ejecución contra bienes hipotecados.
Segundo.- La cuestión que plantea el recurso debe resolverse ante todo a la luz de lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 8 de la Ley Concursal, conforme al cual el Juez del Concurso tiene competencia exclusiva y excluyente para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
Junto a esta regla de competencia objetiva, el artículo 55 regula la posibilidad de ejecuciones singulares, estableciendo como regla general que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, quedando en suspenso además desde la fecha de declaración de concurso las actuaciones que se hallaran en tramitación, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
Las excepciones se indican en el mismo precepto y hacen referencia, de un lado, a los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor; y por otra parte a los acreedores con garantía real, excepción esta última que remita a lo que se establezca en la ley.
Tercero.- Dicha regulación se contiene en esencia en los artículos 56 y 57. El artículo 56 regula la paralización de las ejecuciones de garantías reales. En esencia paraliza las ejecuciones de garantías reales que recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, de lo que exceptúa el supuesto

de que el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de la ejecución de la garantía. El que no haga referencia expresa a las restantes ejecuciones, no puede interpretarse como que no las regula. Por el contrario lo que resulta del mismo es que las demás ejecuciones con garantía real no se paralizan.
En definitiva la rubrica del precepto es clara, establece normas sobre la paralización con respecto a todas las ejecuciones con garantía real, determinando las que no se paralizan nunca (aquéllas en que el concursado es tercer poseedor) y las que se paralizan sólo cuando recaen sobre bienes afectos a las actividad del concursado (todas las demás). ": AAP Sevilla (Sección 5) 20.09.2011 (Auto 182/2011; Rollo 5265/2011)

AP Zaragoza

"PRIMERO.- La parte actora, entidad financiera CAJALÓN, recurre en apelación contra el mentado auto de fecha 1 de Septiembre de 2.010 dictado en el referido procedimiento de ejecución hipotecaria, instando su revocación por considerarlo no ajustado a derecho al incurrir, a su juicio, en infracción, por inaplicación, del artículo 56 de la Ley Concursal al decretar la suspensión del citado procedimiento pese a quedar acreditado que el bien inmueble objeto de ejecución hipotecaria no está afecto a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de la mercantil demandada, Tecnofeed Sistemas, S.L., declarada en situación de concurso de acreedores con posterioridad al inicio de este procedimiento de ejecución.
Es de acoger tal motivo del recurso, con la consiguiente estimación de éste último, y ello en base a las siguientes consideraciones.
SEGUNDO. - De conformidad con lo preceptuado en el artículo 56, apartados 1 y 2 de la Ley Concursal, la paralización del inicio de la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado y la suspensión de las ya iniciadas sólo procede en el caso de que dichos bienes estén afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de la titularidad del mismo, de modo que cuando no concurra en los bienes tal afección cabe iniciar la ejecución separada de las garantías reales, no quedando suspendida la que ya esté iniciada al declararse el concurso.
Ha quedado acreditado en el presente procedimiento en virtud de la comunicación de fecha 6 de julio de 2.010 remitida por el Administrador concursal de la sociedad Tecnofeed Sistemas, S.L. (folio 127 de los autos), que el bien inmueble propiedad de dicha mercantil, identificado como local comercial sito en la planta baja del edificio sito en la Avenida Laviaga Castillo nº 39 y 41 de La Almunia de Doña Godina, sobre el que dicha constituyó hipoteca en garantía de las obligaciones contraídas por la misma por razón del contrato de préstamo concertado con la Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito (CAJALON) en escritura pública otorgada en fecha 4 de enero de 2.006 ante el Notario de Calatayud D. Fernando Palos Oroz, garantía real que es objeto del presente procedimiento de ejecución, no está afecto a la actividad empresarial de la citada concursada, por lo que no procede la suspensión de dicho procedimiento iniciado en fecha anterior a aquella en que se declaró por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Zaragoza a la entidad mercantil Tecnofeed Sistemas, S.L. en situación de concurso de acreedores, con acogimiento del recurso de apelación analizado y consiguiente revocación del auto de 1 de septiembre de 2.010, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por la actora ejecutante contra el auto de 10 de marzo de ese mismo año.": AAP Zaragoza (Sección 4) 17.02.2011 (Auto 72/2011; Rollo 573/2010)

"UNICO.- Establece el artículo 56.2 de la Ley Concursal (LC): "Las actuaciones ya iniciadas en el ejercicio de las acciones a las que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en este apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".
La recta inteligencia del contenido de tal regla requiere poner en relación la misma con el apartado primero del artículo citado. En este apartado reimpide el ejercicio de las acciones reales una vez declarado el concurso del constituyente de la garantía, siempre y cuando tales garantías recaigan sobre bienes "afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva del concursado". Por tanto, zanjando la vieja polémica existente en nuestro Derecho sobre la eficacia de la quiebra frente a los acreedores con garantía real, se establece la imposibilidad de inicio o paralización de aquellas acciones que recaigan sobre "bienes afectos". Y en idéntico sentido debe establecerse el ámbito objetivo de aplicación del artículo 56.2 LC. La eficacia paralizadora de las acciones reales queda circunscrita a las que se hayan constituido sobre bienes afectos, por lo que quedarán inmunes, es decir, no afectadas por el concurso, cuando se sigan sobre bienes distintos a los citados.
Justamente es el caso que ahora se contempla. La garantía hipotecaria está constituida sobre el domicilio particular de la concursada, por tanto, sin que conste que éste esté afecto a su actividad profesional, ni pueda presumirse tal condición, habida cuenta de la naturaleza y destino de tal inmueble. De suerte que, como se ha indicado, ninguna eficacia tendrá su declaración de concurso sobre la ejecución hipotecaria ya iniciada, por quedar el bien ajeno al ámbito propio de incidencia de tal declaración, de conformidad con los apartados primero y segundo del artículo 56 LC, lo que determina que no haya lugar a suspender el procedimiento de ejecución seguido.": Auto JPI-13 Bilbao 07.04.2006 (JUR 2006/126462)

000. Suspensión mientras esté en trámite o quepa una propuesta de convenio. Interpretaciòn del JM-1 de Granada

JM-1 Granada

“UNICO: La regulación contenida en el artículo 56 de la Ley Concursal dió un plazo de un año desde la declaración de concurso con la siguiente redacción que desagregamos:
1. Los acreedores con garantía real sobre los biene sdel concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al jercicio de este derecho o
2. Transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
En dicha redacción los tribunales han interpretado que en cualquier caso el año debe computarse como máximo a efectos de aprobación de convenio o de apertura de liquidación. Sin embargo hemos señalado que ello no es así en interpretación literal de la norma:
a) La norma establece que no se podrá iniciar la ejecución o realización forzosa hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte, de forma separada (o disyuntiva) al transcurso de un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
b) la norma separa ambos supuestos por lo que el plazo de un año solo debe ser computable considerando desde la posibilidad de apertura de la liquidación. Es decir que si se ha abierto la fase convenio el plazo ya no será computable porque deberemos estar al resultado final de dicho convenio. Seria altamente contradictorio estar tramitando un convenio y afirmar que es posible la ejecución por haber transcurrido el plazo de un año sin aperturarse la liquidación. No solo se iría contra una de las posibles soluciones del concurso sino que impedirían cualquier convenio que pudiera plantearse respecto de estos bienes que se consideran necesarios.
c) Cuando el apartado 3 del artículo 56 se remite al artículo 155, vemos, como una de las características, en su apartado segundo que nos habla de plazos y no de un solo plazo. La norma señala. " No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 LC ". Por lo tanto debemos distinguir entr eel plazo para supuestos de convenio y el plazo para supuestos de liquidación. De esta forma el plazo será de un año sin que se hubiere aperturado la liquidación y siempre que no se hubiera presentado propuesta de convenio a tramitar que quedare pendiente.
d) Lo anterior es coherente al nuevo sistema de procedimientos abreviados en donde el plazo de cinco días para presentar convenios es riguroso desde la presentación del informe inicial (provisional) y afectando a la mayoría de los supuestos. Pero también es coherente con la posibilidad y necesidad de salvamento de empresas y puestos de trabajo en tanto se encuentre en fase de tramitación de convenio o, aún sin llegar a esta, pendiente de la terminación de la fase común con una propuesta de convenio en los términos previstos, en último grado, en el artículo 113 de la LC.
Por lo tanto y no discutida la necesidad del bien para la continuidad de la actividad es evidente que estando en tramitación una propuesta de convenio escrito no es posible el despacho de ejecución que por esta resolución se deniega”: AJM-1 Granada 24.07.2014 (Ejecución 660/2014)

“Tercero. La segunda de las cuestiones es la interpretación de lo previsto en el apartado primero del artículo 56 LC : " *Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo.* "
La opción legal en relación a la alternativa "hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho" o "transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación" tiene igualmente una interpretación uniforme y mayoritaria en la doctrina de los juzgados de lo mercantil por cuanto consideran ese plazo de un año como elemento esencial a los efectos de la opción entre el más cercano (el que más pronto se produzca) en el tiempo.
Este juzgador, sin embargo, ha manifestado reiteradamente en otras resoluciones que existen divergencias y elementos que contradicen esa interpretación en tanto resultaría una abocación al absurdo cuando, por ejemplo, nos encontremos tramitando un convenio (anticipado o no) y de pronto se ven (por el transcurso del tiempo señalado) privadas de eficacia esas posibilidades de convenio por una ejecución transcurrido el citado año que como alternativo fijan los que así lo interpretan. No solo contradice los principios de mantenimiento de la empresa (arts 43 y 44 LC) sino la propia comunidad de pérdidas y la mejor satisfacción de los acreedores con la posibilidad de convenio y por tanto de mantenimiento de la empresa y empleo tal y como señala la Recomendación de 12 de marzo de 2014 de la Comisión Europea.
La situación se ha venido a configurar mejor tras la reforma de 2014 (11/2014) en tanto con anterioridad los privilegios especiales (como es el caso) no resultaban, anteriormente, afectados por el convenio salvo que expresamente se sometieran al mismo. No obstante la reforma de los artículos 100, 124 y 134 de la Ley Concursal hace que estos acreedores puedan verse sometidos a la disciplina del convenio en tanto efecto arrastre en función de las mayorías que se obtengan en el mismo.
La primera opción, por otro lado, del legislador ha sido y es la de venta de unidad productiva tanto en fase común (art. 43 LC), en convenio (100 LC) o en liquidación (149 y 146 bis LC) con afectación de los elementos, contratos, concesiones y deudas que operan en la misma o en cualquier unidad productiva.
Y una interpretación lógica, adaptada a la realidad social que vivimos (artículo 3 LC) hace que la consideración de un plazo máximo para la apertura de la liquidación como punto de inflexión para poder ejecutar resulta por ello necesariamente adversa y contraria a todo lo anterior.
Por otro lado la interpretación literal de la norma no puede ser entendida en los términos que se señalan mayoritarios (aunque cada vez más discutidos desde diferentes resoluciones como pone de manifiesto el

administrador concursal con cita de varias de ellas) puesto que en su origen la norma no estuvo pensada para su aplicación genérica sino en supuestos especiales que se conjugaban en el juego de los artículos 55, 56 y 57 LC. Es de ver por ello la enmienda número 479 presentada en el Congreso (2 DE DICIEMBRE DE 2002.- SERIE A. NÚM. 101-15) en su tramitación parlamentaria. Su justificación (como interpretación histórico-legislativa) nos lleva a esa conclusión: "La paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes del concursado afectos al proceso productivo se inscribe en la filosofía del proyecto de Ley de procurar al máximo la continuidad y supervivencia de la empresa,que puede verse en peligro si se sustraen de sus activos bienes inmuebles que constituyen un soporte importante de su actividad empresarial. Ejemplos evidentes de ellos son los inmuebles afectos a un proceso industrial,como pueden ser fábricas, naves, etc., o comercial, como son hoteles, locales de negocio u otros. Existe sin embargo un caso específico de inmuebles afectos a la actividad empresarial en el que dicha excepción no se encuentra justificada e incluso resulta contraproducente para la propia actividad, que es el de los inmuebles que integran o forman parte de una promocióninmobiliaria destinada a su venta. En efecto, en el caso de que un promotor inmobiliariose encuentre afecto por una situación concursal y tenga una o varias promociones en fase de realización y venta lo que se producirá o se habrá producido es la paralización de dichas promociones al no disponer de los medios y suministros necesarios para continuarlas. En estas circunstancias la paralización o aplazamiento de la ejecución no favorece en nada la continuidad de la empresa, cuya inviabilidad resulta demostrada al no ser capaz de llevar a adelante lo que constituye su actividad exclusiva. Tal es la diferencia fundamental con la paralización de la ejecución de otros inmuebles que son instrumentos necesarios para el desarrollo de la actividad principal de la empresa. (...)Todo ello justifica que se exceptúe de la paralización de las ejecuciones recogida en el artículo 55 del proyecto (hoy artículo 56) a los inmuebles afectos a una promoción inmobiliaria." Quienes han recogido esa alternatividad en los plazos se han fundamentado precisamente en ello pero tan solo en referencia a aquellos y no al sector específico para el que iba destinado. Una interpretación de todo ello en su conjunto lo limitaría conforme se señala en la citada justificación. Es por ello que esa sectorialización hace que la aplicación del artículo 56 LC tampoco pueda proceder en supuestos de personas físicas no comerciantes o empresarios dado que la norma se caracteriza (como otras en la normativa concursal, 47 LC por ejemplo) por su aplicación sectorial.

La interpretacion litetal no acompaña (salvo al supuesto de personas físicas) en su generalidad a la exposición de la justificación de la enmienda pues no distingue entre sectores empresariales. Sin embargo es necesario nuevamente acomodar la interpretación de la misma en función de todo lo señalado.

Como decimos la literalidad de la norma no permite (utilizando incluso la aplicación general salvo personas físicas) una alternatividad en los términos que se indican mayoritariamente: *no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.*

Si lo es en alternativa hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte a ese derecho (máxime con la nueva reforma 11/2014) deberemos esperar a que se tramite esta fase, a que se solicite o anticipe la liquidación para poder determinar esa posibilidad real. Si la alternativa es hasta que trasncurra un añod esde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, es evidente que ese plazo se refiere exclusivamente a la apertura de la liquidación e independiente de la posible fase que devenga a un convenio. La norma no nos habla de liquidación como fase sucesiva sino como opción (y con las matizaciones del procedimiento abreviado que se verían por ello reconducidas más rápidas en el tiempo); la consecuencia, en ordinario, de la fase común sin esa opción es la fase de convenio y esta se abrirá cuando termine aquella una vez solventados los diferentes problemas y cuestiones que en la misma se puedan plantear. Ello nos permite distinguir (desde el impulso procesal de oficio) aquellos supuestos partiendo de cuestiones múltiples que derivan de también otras variables independientes de la voluntad o la disposición del concursado. Que la fase común se alargue más de un año no es una cuestión del concursado sino del propio devenir del proceso. Y que el proceso condicione las posibilidades (o imposibilidades) de favorecer un convenio resultaría por ello un instrumento contrario a los objetivos propios del concurso de acreedores. Por tanto la alternativa se desarrolla a partir, en entender de este juzgador, de que transcurran las fases o devenga la liquidación o cualquier otra circunstancia que motive la imposibilidad del convenio.”: AJM-1 Granada 17.03.2015 (Ejecución 142/2015)

1. No cabe interpretación extensiva en interés del concurso

“Solamente quedan paralizadas o suspendidas las ejecuciones de garantías reales referidas en el artículos 56, y que por tanto, se trata de una norma limitativa o restrictiva, que no puede ser objeto de interpretación amplia o extensiva (artículo 4 del CC), sin que legislador haya establido que, "' el interés del concurso " permita al Juez del concurso adoptar una decisión distinta, como, por ejemplo, si ocurre en materia de resolución contractual (artículo 61 y 62) que viene a configurar un régimen novedoso y en parte excepcional al sistema consagrado en materia de resolución contractual en artículo 1124 del CC, por su subordinación al interés del concurso. (...) Apunta la doctrina (a la que hay que acudir ante la falta de jurisprudencia, inclusive de pronunciamientos judiciales de las Audiencias Provinciales) que la afección se trata de una cuestión de hecho y debemos estar al caso concreto para determinar cuándo concurre, añadiendo que por su propia naturaleza implica o exige la existencia real y efectiva de una organización profesional o empresarial. (...)

i) no puede subordinarse la determinación de si es o no afecto, y en consecuencia la no paralización, a un superior interés del concurso que el legislador no prevé en esta materia, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en materia contractual (art 61 y 62):”: Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

2. Juez competente para la ejecución separada postconcursal de derechos reales sobre bienes no afectos

[Vid. también las resoluciones incluidas en el apartado referente a la decisión sobre el carácter afecto o no afecto del bien]

"No se planteó discusión en cuanto al órgano competente para decidir si los bienes están o no afectos, parece que se estimaba aplicable lo dicho respecto de la anterior cuestión. La polémica surgió en torno al órgano competente para conocer de las ejecuciones de garantías reales sobre los bienes no afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial. Casi mayoritariamente se consideró que continuarían las ya iniciadas ante el juez civil, si bien surgió la duda respecto de las nuevas ejecuciones que se inicien tras la declaración de concurso. No hubo conciliación en este punto. A favor se argumentó, por la aplicación del art. 8.4º LC y de una interpretación del apartado 1º del 57 LC. En contra, se dijo que el art. 8 no parece referirse a ese caso. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDASESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 7)

2.0 Aplicabilidad del art. 568.2 LEC

AP Barcelona (Sección 15)

"PRIMERO. Se interpone recurso de apelación frente a la resolución dictada por el juzgado mercantil apreciando su falta de competencia objetiva para conocer de la ejecución hipotecaria despachada respecto de una parte de las fincas hipotecadas por la concursada. El juzgado se ha fundado en que ha advertido, tras haber despachado la ejecución, que las fincas ya no pertenecen a la concursada, dado que fueron transmitidas a terceras personas, lo que determina que carezca de competencia objetiva para conocer respecto de las mismas.
El recurso de la acreedora hipotecaria se funda en que no ha consentido la subrogación en la hipoteca de los adquirentes de las fincas, razón por la que resulta intrascendente, a efectos de determinar la competencia para conocer de la ejecución, que existan sobre las fincas hipotecadas terceros poseedores, a los que incluyó en la demanda ejecutiva porque expresamente lo exige el art. 685 LEC.
La Administración concursal se adhirió a los argumentos de la recurrente y estimó que la competencia le correspondía al juzgado mercantil que ya estaba conociendo de la ejecución.
SEGUNDO. No le falta razón al juzgado cuando considera que, una vez el bien no se encuentra en el patrimonio de la concursada, carece de competencia para conocer de la ejecución separada de la garantía hipotecaria que le afecta. El mero hecho de que el acreedor hipotecario no haya aceptado la subrogación en la hipoteca no cambia las cosas desde esta perspectiva, sin perjuicio de las consecuencias que ello comporta desde el punto de vista de que la acreedora hipotecaria conserve sus derechos frente a la concursada.
No obstante, la particularidad que el caso plantea consiste en que el juzgado llegó a despachar la ejecución hipotecaria y no apreció su falta de competencia hasta más tarde. El art. 546 LEC únicamente permite el examen de oficio de la competencia en el momento del despacho de la ejecución, tal como se deriva del apartado 2, que impide al tribunal revisar de oficio su competencia territorial después de despachada la ejecución.
Es cierto que tales normas están explícitamente referidas a la competencia territorial. No obstante, el art. 46 LEC asimila a ella la competencia especializada, al remitir los conflictos que genere a las cuestiones de competencia, lo que es tanto como decir al tratamiento procesal de la competencia territorial.
Hemos venido considerando en anteriores resoluciones que los conflictos competenciales que se susciten entre los órganos especializados mercantiles y los civiles deben sustanciarse de acuerdo con esa regulación que efectúa el art. 46 LEC, lo que nos lleva a apreciar en el supuesto enjuiciado que el juzgado mercantil no podía dejar de conocer por esta circunstancia la ejecución despachada.
TERCERO. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.": AAP Barcelona (Sección 15) 09.02.2012 (Auto 25/2012; Rollo 562/2011)

2.1 El Juzgado de Primera Instancia

TSJ Castilla-León

"OCTAVO.- Recibidas las actuaciones en el Juzgado Mercantil de Salamanca, y dado traslado al Ministerio Fiscal de la inhibición propuesta, por éste se informa en el sentido de que procede rechazarla en virtud de un precepto no invocado hasta el momento: el 56 de la Ley Concursal, regulador de las ejecuciones con garantía real.
NOVENO.- Es entonces cuando el Magistrado del Juzgado Mercantil de Salamanca aborda por primera vez la cuestión de forma explícita, en toda su complejidad, y lo hace analizando pormenorizadamente los artículos de las tres leyes citadas que se relacionan con ella, para decidir, en definitiva, no hacerse cargo del procedimiento inhibido y elevar a esta Sala la cuestión de competencia suscitada.
DÉCIMO.- El Ministerio Fiscal, en el traslado conferido con ocasión del planteamiento de la cuestión ante esta Sala, ofrece esta vez una argumentación también extensa y documentada en apoyo de la competencia del Juzgado de lo Mercantil, en virtud de la cual solicita una resolución en tal sentido.

UNDÉCIMO.- Que la cuestión no es pacifica lo ponen de relieve no sólo los distintos criterios en el seno del propio Ministerio Fiscal, sino la multitud de resoluciones contradictorias ofrecidas por diversos tribunales de todo el territorio nacional, acompañadas algunas de ellas de votos particulares divergentes; pero es el sólido argumentado interpretativo desplegado por el Magistrado de lo Mercantil de Salamanca el que sintoniza con la jurisprudencia más reciente, cuyo mejor ejemplo lo constituye el auto de 22 de septiembre de 2010 de la Sección 15a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que corrige en el sentido del voto particular entonces emitido por su Presidente la doctrina sentada en ci auto de 28 de junio de 2007 citado por el Fiscal de la Comunidad en apoyo de su tesis.
DUODÉCIMO.- Procede pues, en sus propios términos y por sus propios fundamentos, suscribir el auto del Juzgado Mercantil de Salamanca, contestado por el Fiscal de la Comunidad en atención a que "se trata de una opción arriesgada por la disparidad de conclusiones susceptible de alcanzar, propendiendo a socavar la certeza de las relaciones jurídica", pero aceptando al propio tiempo que es una interpretación posible y no contraria a la ley.
DECIMOTERCERO.- Frente a los inconvenientes que el Ministerio Fiscal atribuye a la interpretación de que se trata, esta Sala entiende -expresándolo muy resumidamente para evitar enojosas repeticiones, ya que, como se ha dicho, se dan por reproducidos los razonamientos jurídicos del Juzgado de lo Mercantil-, que si los apartados 1° y 3o de los artículos 86 ter.l de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8 de la Ley Concursal, idénticas en su redacción, quisieran decir lo que literalmente dicen, o sea, que las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado -exceptuando las referidas a capacidad, filiación, matrimonio y menores-, así como toda ejecución frente a sus bienes y derechos de contenido patrimonial, deben someterse siempre, exclusiva y excluyentemente, a la jurisdicción del juez del concurso, prácticamente todas las disquisiciones contenidas en los artículos 55, 56 y 57 de la propia Ley Concursal serían, no sólo incomprensibles, sino incompatibles con esa declaración.
DECIMOCUARTO.- Si, por el contrario, entendemos que el sentido de los apartados I lo y 3o de los artículos 86 ter. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8 de la Ley Concursal es otorgar al juez del concurso, de manera exclusiva y excluyente, la competencia para determinar, por así decirlo, su propia competencia, mediante la facultad de decidir qué bienes del concursado se consideran "afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, cobra sentido la presencia en la propia Ley Concursal de un artículo 56 que mantiene en suspenso la iniciación y la prosecución de la ejecución o realización forzosa de la garantía real por parte de los acreedores cuando aquélla recaiga sobre esa clase de bienes del concursado, es decir, los afectos a su actividad profesional, empresarial o productiva, basta la aprobación de un convenio que no afecte al ejercicio de su derecho o el transcurso de un año desde la declaración del concurso, y también el 57, que somete a la jurisdicción del juez del concurso el inicio o la reanudación del ejercicio de tales acciones durante la tramitación del concurso.
DECIMOQUINTO.- El sentido que esta interpretación otorga a los citados artículos 56 y 57 de la Ley Concursal lleva necesariamente aparejada la conclusión de que la iniciación o prosecución de ejecuciones y realizaciones forzosas de la garantía real sobre bienes del concursado no afectos a las actividades que en ellos se señalan tienen un tratamiento distinto, y éste no puede ser otro que el de quedar sustraídos a las reglas de suspensión y reanudación de los afectos, pues de lo contrario holgaría la diferenciación entre unos y otros, siendo la única competencia que ejerce el juez del concurso sobre todos los procedimientos de realización y ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado la que le corresponde de manera exclusiva y excluyente para declarar la afección o no de tales bienes a la actividad empresarial, profesional o productiva de aquél, con todas sus consecuencias, una de las cuales será la de que, declarados no afectos, o mientras no se declare que lo están, no le corresponde al juez del concurso conocer de los respectivos procedimientos, siendo de advertir que éste es precisamente el sentido de la comunicación dirigida por el Juzgado Mercantil de Salamanca al Decanato y luego, más explícita, al de Primera Instancia número 2 de Ávila.": ATSJ Castilla-León 07.12.2010 (Asunto 35/2010; Cuestión de competencia 8/2010)

AP Albacete

"PRIMERO El auto que ahora se impugna no da respuesta a si puede o no iniciarse una ejecución de garantia real de concursado sino que esta estableciendo quien es el Tribunal competente para conocer de ella cuando se trata, como en autos y ello es hecho no discutido, de bien que no esta afecto a la actividad empresarial o productiva del concursado y establece, que en estos casos lo es el juzgado ordinario y no el juzgado de lo mercantil. Y tal doctrina debe mantenerse por conjunción de losartículos 8,56 y 57 de la Ley Concursal.
SEGUNDO En idéntico sentido se pronuncian diversos juzgados de lo Mercantil y así de Barcelona en auto de 24-5-2006, o ese mismo juzgado en resolución de 26-9-2006 y todo ello partiendo de la lectura literal de los preceptos señalados, lo que lleva, sin mas a confirmar la resolución impugnada": AAP Albacete (sección 2) 31.01.2011 (JUR 2011/162358; Auto 8/2011; Rollo 262/2010)

AP Alicante (Sección 5)

"PRIMERO.-La parte demandante presenta recurso contra el auto del juzgado que declara su falta de competencia objetiva para conocer de la demanda ejecutiva presentada por la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante sobre bienes inmuebles hipotecados, contra Covalencia División Construcción S.L declarada en estado de Concurso en fecha 26 de octubre de 2009.
SEGUNDO.-Atendiendo a los argumentos del apelante el recurso debe ser estimado, pues como recoge en sus alegaciones el art. 55 de la Ley Concursal, si bien prevé en el punto 1 que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, pudiéndose continuar aquellos procedimientos administrativos de ejecución en

los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, el punto 4 del mismo precepto exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real, recogiendo el art. 56 del mismo texto legal, bajo el título de " Paralización de ejecuciones de garantías reales" lo siguiente : "1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación".
De ello resulta que, como señala el auto de la A.P de Barcelona de fecha 15.9. 2011 y en el auto de 22 de septiembre de 2010, cuando la garantía real esté constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, la declaración del concurso no suspende la facultad de realización, no siendo necesariamente la competencia para conocer de las ejecuciones del Juez del Concurso, presuponiendo el art. 56 L.C. la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales sobre bienes del concursado, que opera al margen del concurso y que únicamente si estos bienes están afectados a la actividad profesional o empresarial del deudor se prevén una serie de condicionantes.
En el mismo sentido la sentencia de la A.P de Asturias de 28 de junio de 2010 al señalar" Entiende esta Sala que no cabe argüir en contra de la anterior decisión la regla general proclamada por el art. 8 L.C. cuando en su apartado 3º -en términos coincidentes con lo dispuesto en el art. 86-3º L.O.P.J.- atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Primeramente por cuanto la norma competencial contenida en el art. 57 solo tiene razón de ser si es considerada como regla especial frente a la general arriba transcrita, siendo así que en caso contrario, esto es, si se entendiera que comprende las ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes, devendría en un precepto superfluo por redundante. Pero es que además el propio diseño de las ejecuciones en la Ley Concursal está admitiendo la existencia de ejecuciones separadas que escapan a la jurisdicción del Juez del concurso, como son las ejecuciones que puedan continuar la Administración Pública y los Tribunales de la jurisdicción laboral en los supuestos contemplados por el art. 55-1 L.C., para cuyas actuaciones ejecutivas no operará el cierre registral que para las restantes se produce con la práctica de la correspondiente anotación preventiva del concurso (art. 24-4 L.C."). En sentido similar se ha pronunciado la A.P de Baleares de fecha 28.2.2011.
En el supuesto de autos es de aplicación la doctrina expuesta, ya que no consta que el bien esté afecto a su actividad empresarial de la mercantil del concurso, por lo que no resultará de aplicación el art. 56 del mismo texto legal, y como se recoge en el segundo Antecedente de Hecho el auto de fecha 19 de enero de 2011 del juzgado de lo mercantil nº 3 de Valencia que conoce del concurso que declaró su incompetencia objetiva de conformidad con los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal "Ni se ha instado por la concursada ni la administración concursal la declaración de la necesidad de dicho bien inmueble para la continuación de la actividad empresarial". Lo que determina que el Juzgado de instancia no carezca de la competencia precisa para conocer de la presente demanda ejecutiva, mientras no conste resolución del Juez del concurso relativa a la afección a la actividad empresarial o a una unidad productiva de titularidad del deudor, supuesto en el que deberá actuarse conforme a lo previsto en la Ley Concursal.”: AAP Alicante (Sección 5) 14.03.2012 (Auto 26/2012/; Rollo 697/2011)

AP Oviedo

“Son dos las cuestiones que deben ser examinadas cuales son, primeramente la determinación de si la ejecución de la hipoteca inmobiliaria frente a un activo del concurso aparece configurada como un procedimiento que se ha seguir en todo caso ante el Juez del concurso, como así se desprende de lo razonado por la recurrida, o por el contrario se trata de un procedimiento que podrá seguirse como una ejecución separada dependiendo de que la naturaleza del bien sobre el que recae la garantía real hipotecaria se califique como bien afecto o no afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor. En segundo lugar, aún cuando sea presupuesto de la anterior por lo que luego se dirá, las cuestiones atinentes a la calificación de la naturaleza de aquel bien.
Por lo que respecta a la primera de las cuestiones apuntadas, dispone elArt. 56-1 Ley Concursal que "los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación", estableciendo de esta manera un régimen especial de suspensión de tales ejecuciones que obedece al principio presente a lo largo del articulado de la L.C. de posibilitar la continuación de la actividad que viniera desarrollando el concursado. En tales casos cobra todo su sentido la vis attractiva del concurso que encuentra su lógico fundamento en la necesidad de amparar en su seno a todas aquellas cuestiones que conciernan al destino de los bienes afectos y solo respecto de ellos, pues su suerte es la que está en condiciones de comprometer la continuación de la actividad del deudor y con ello el éxito de una solución convenida al concurso, y en ese preciso sentido se expresa la redacción literal del Art. 57-1 L.C. cuando señala que "el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". El ámbito de esta norma que viene a residenciar en el Juez del concurso la competencia objetiva para el conocimiento de las ejecuciones sobre garantías reales debe entenderse limitado

únicamente a los bienes afectos, conclusión que se puede alcanzar por la sola rúbrica del precepto "inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales" y por su propia redacción cuando habla del ejercicio del ejercicio de las acciones previstas en el artículo anterior, es decir, de las que habían quedado paralizadas o suspendidas por tratarse de bienes afectos. Si por el contrario el bien sujeto a la garantía real se tratara de un bien no afecto a aquella actividad, la repetida vis attractiva deberá necesariamente decaer al haber desaparecido el presupuesto sobre el que se sustenta. Ninguna ventaja se sigue para el concurso de que tales ejecuciones se ventilen dentro del proceso, pues, como ya se ha dicho, la realización forzosa de la garantía constituida sobre un bien no afecto, precisamente por tal circunstancia, no incide en la solución que aquél pueda alcanzar, razón por la que procede acudir a las normas extraconcursales a la hora de determinar la competencia para el conocimiento de las ejecuciones sobre los repetidos bienes que gozarán por tanto de la ejecución separada a todos los efectos.
Entiende esta Sala que no cabe argüir en contra de la anterior decisión la regla general proclamada por elArt. 8 L.C. cuando en su apartado 3º -en términos coincidentes con lo dispuesto en elArt. 86-3º L.O.P.J.- atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Primeramente por cuanto la norma competencial contenida en elArt. 57 solo tiene razón de ser si es considerada como regla especial frente a la general arriba transcrita, siendo así que en caso contrario, esto es, si se entendiera que comprende las ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes, devendría en un precepto superfluo por redundante. Pero es que además el propio diseño de las ejecuciones en la Ley Concursal está admitiendo la existencia de ejecuciones separadas que escapan a la jurisdicción del Juez del concurso, como son las ejecuciones que puedan continuar la Administración Pública y los Tribunales de la jurisdicción laboral en los supuestos contemplados por elArt. 55-1 L.C., para cuyas actuaciones ejecutivas no operará el cierre registral que para las restantes se produce con la práctica de la correspondiente anotación preventiva del concurso(Art. 24-4 L.C.). Finalmente la solución aquí expuesta puede verse reforzada si acudimos a los antecedentes parlamentarios en la tramitación de las normas concordantes(Art. 3-1 C.Civil), visto que elapartado 5º del Art. 55 L.C. que originalmente disponía que la ejecución de bienes no afectos se habría de sustanciar hasta que tenga lugar la realización de los bienes, fue suprimido en aras a posibilitar el íntegro desenvolvimiento de la ejecución separada comprensivo incluso de la realización de los bienes y el reparto del precio obtenido por ello.": AAP Oviedo 28.06.2010 (JUR 2010/276414; Auto 77/2010; Rollo 90/2010)

"PRIMERO ElAuto de fecha 30 julio 2010 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo en el Procedimiento de Ejecución Hipotecaria 260/2010 acuerda declarar de oficio la falta de competencia objetiva de dicho órgano para conocer de la demanda de ejecución de hipoteca inmobiliaria presentada por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria -BBVA- frente a DonMatías, DoñaEstela, DonRoman y DoñaLorena, fundamentando dicha decisión en la circunstancia de que el bien garantizado con la garantía real se trata de un bien no afecto a la actividad profesional o empresarial de los deudores concursados -en este caso el matrimonio formado por DonMatías y DoñaEstela - al tratarse el bien hipotecado de una vivienda, siendo así que la interpretación de lo dispuesto en losarts. 56 y 57 L.C. conducen a entender que en tales casos la competencia objetiva corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia. Frente a tal resolución se alza en apelación el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria invocando en el recuso la doctrina emanada de los Juzgados y Salas de las Audiencias que conocen de los asuntos de lo mercantil, que, en abrumadora mayoría, a su entender, se inclinan por atribuir a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de tales ejecuciones, pues la voluntad del legislador fue la de no excluir del conocimiento de tales órganos las ejecuciones separadas de la masa, ya estuviesen los bienes afectos o no a la actividad del concursado.
SEGUNDO El objeto del presente recurso se encuentra dirigido por tanto a determinar si la ejecución hipotecaria cuya incoación se solicita por el Banco acreedor debe ser sustanciada en el seno del proceso concursal con las especialidades previstas en losarts. 56 y 57 L.C., tal y como pretende el apelante en su recurso, o si por el contrario se trata de una ejecución que debe ser merecedora del privilegio procesal de la ejecución separada, con las consecuencias que le son propias referidas a la atribución competencial al Juzgado de primera instancia del lugar donde radique la finca(art. 684-1º LEC) así como a la posibilidad que asiste al acreedor de realizar los bienes hipotecados al margen del concurso hasta hacerse cobro de la suma garantizada, con posterior entrega del sobrante a la masa, tal y como se desprende de la resolución apelada.
Dispone elart. 56-1 Ley Concursal que "los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación", estableciendo de esta manera un régimen especial de suspensión de tales ejecuciones que obedece al principio presente a lo largo del articulado de la L.C. de posibilitar la continuación de la actividad que viniera desarrollando el concursado. En tales casos cobra todo su sentido la vis attractiva del concurso que encuentra su lógico fundamento en la necesidad de amparar en su seno a todas aquellas cuestiones que conciernan al destino de los bienes afectos y solo respecto de ellos, pues su suerte es la que está en condiciones de comprometer la continuación de la actividad del deudor y con ello el éxito de una solución convenida al concurso, y en ese preciso sentido se expresa la redacción literal delart. 57-1 L.C. cuando señala que "el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". El ámbito de esta norma que viene a residenciar en el Juez del concurso la competencia objetiva para el conocimiento de las ejecuciones sobre garantías reales debe entenderse limitado únicamente a los bienes afectos, conclusión que se puede alcanzar

por la sola rúbrica del precepto "inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales" y por su propia redacción cuando habla del ejercicio del ejercicio de las acciones previstas en el artículo anterior, es decir, de las que habían quedado paralizadas o suspendidas por tratarse de bienes afectos. Si por el contrario el bien sujeto a la garantía real se tratara de un bien no afecto a aquella actividad, la repetidavis attractiva deberá necesariamente decaer al haber desaparecido el presupuesto sobre el que se sustenta. Ninguna ventaja se sigue para el concurso de que tales ejecuciones se ventilen dentro del proceso, pues, como ya se ha dicho, la realización forzosa de la garantía constituida sobre un bien no afecto, precisamente por tal circunstancia, no incide en la solución que aquél pueda alcanzar, razón por la que procede acudir a las normas extraconcursales a la hora de determinar la competencia para el conocimiento de las ejecuciones sobre los repetidos bienes que gozarán por tanto de la ejecución separada a todos los efectos.
Entiendeesta Sala, tal y como ya se pronunció en el Auto dictado con fecha 28 junio 2010, que no cabe argüir en contra de la anterior decisión la regla general proclamada por elart. 8 L.C. cuando en su apartado 3º -en términos coincidentes con lo dispuesto en elart. 86 ter L.O.P.J.- atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Primeramente por cuanto la norma competencial contenida en elart. 57 solo tiene razón de ser si es considerada como regla especial frente a la general arriba transcrita, siendo así que en caso contrario, esto es, si se entendiera que comprende las ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes, devendría en un precepto superfluo por redundante. Pero es que además el propio diseño de las ejecuciones en la Ley Concursal está admitiendo la existencia de ejecuciones separadas que escapan a la jurisdicción del Juez del concurso, como son las ejecuciones que puedan continuar la Administración Pública y los Tribunales de la jurisdicción laboral en los supuestos contemplados por elart. 55-1 L.C., para cuyas actuaciones ejecutivas no operará el cierre registral que para las restantes se produce con la práctica de la correspondiente anotación preventiva del concurso(art. 24-4 L.C.). Finalmente la solución aquí expuesta puede verse reforzada si acudimos a los antecedentes parlamentarios en la tramitación de las normas concordantes(art. 3-1 C.Civil), visto que elapartado 5º del art. 55 L.C. que originalmente disponía que la ejecución de bienes no afectos se habría de sustanciar hasta que tenga lugar la realización de los bienes, fue suprimido en aras a posibilitar el íntegro desenvolvimiento de la ejecución separada comprensivo incluso de la realización de los bienes y el reparto del precio obtenido por ello.
Finalmente cabe llamar la atención acerca de que el tan repetidamente alegado criterio mantenido por la A.P. Barcelona, Secc. 15ª, ha sido recientemente modificado mediante su Auto de 22 septiembre 2010 en el que pasa a acoger la postura que aquí defendemos, puesto que, entre otras razones, "la previsión delart. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que, por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa delart. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas".
TERCERO.- En el caso aquí examinado resulta un dato pacíficamente aceptado que nos hallamos en presencia de un bien no afecto a la actividad de los concursados, las personas del matrimonio formado por DonMatías y DoñaEstela, pues se trata precisamente de su vivienda, razón que conduce a que debamos compartir la acertada conclusión alcanzada por el juzgador de primera instancia al declarar que la competencia para el conocimiento de tal ejecución corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia.”: AAP Asturias (Sección 1) 03.03.2011 (JUR 2011/156682; Auto 26/2011; Rollo 598/2010)

“PRIMERO.- Se interpuso por la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA demanda de ejecución hipotecaria para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca contra D. Jesús Luis Y DÑA. Amelia, en su calidad de hipotecantes de la finca, y contra D. Benito Y DÑA Eulalia, en su calidad de fiadores. Por el juzgado de primera instancia nº 4 de Gijón, se dicta auto por el cual se deniega el despacho de ejecución solicitado en base a lo dispuesto en el art. 56 de la Ley concursal que establece que losacreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva de su titularidad, no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Y respecto de los fiadores solidarios, por no ser titulares dominicales de la finca objeto del presente procedimiento. Frente a dicha resolución se alza la parte demandante interponiendo recurso de apelación por entender, en primer lugar, que la propia naturaleza de la finca hipotecada, vivienda, tiene la consideración de bien no afecto, no guardando relación con la actividad profesional o empresarial ni constituye una unidad productiva de su titularidad, habiendo transcurrido el plazo de un año a que se refiere el art. 56.1 ley Concursal sin que se haya aprobado convenio alguno ni declarado la fase de liquidación en el propio concurso de los ejecutados; y en segundo lugar, existe resolución judicial expresa que acredita el carácter de bien no afecto de la finca hipotecada. Considerando procedente también la admisión de la demanda contra los fiadores solidarios, por aplicación de lo dispuesto en el art, 579 LEC.
SEGUNDO.- Planteados en los términos expuestos los hechos objeto de debate sobre los que debe pronunciarse esta Sala. Es preciso dejar sentados los siguientes extremos.
La integración de la masa pasiva constituye uno de los principios capitales del procedimiento concursal, el cual, a su vez responde a otros principios indisolublemente ligados a él, como son el de universalidad, el de unidad del procedimiento, el de vis atractiva y el de la par condicio creditorum. Este conjunto de principios constituyen el armazón del proceso concursal e informan y justifican la prohibición de iniciarse ejecuciones singulares contra el patrimonio del concursado tras la declaración de concurso, así como la suspensión de lasque se

encuentren en tramitación. Este es el sentido del art. 55 Ley Concursal. Es clara y decidida, pues, la voluntad del legislador de que no se sustancien fuera del concurso ningún tipo de procedimientos declarativos, ni los de ejecución.
No obstante, el apartado 4 del art. 55 formula una excepción que encuentra justificación en la propia naturaleza de las cosas, al disponer: " se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real ". Las garantías reales implican, por definición, la sujeción del bien sobre el que se imponen al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituyen.
La ley concursal, como no podía ser menos, preserva en el art. 56, la singuralidad de las acciones de ejecución de garantía reales sobre bienes del concursado, al establecer: " la paralización de ejecuciones con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad ", puesto que, como dice la Exposición de Motivos de le Ley " se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso ". La novedad, continúa diciendo el preámbulo, está inspirada por el objetivo de que la ejecución separada de estas garantías reales no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal. La fórmula adoptada consiste en la paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso.
TERCERO.- Asiste la razón a la parte recurrente cuando expresa que no concurren las excepciones para paralizar la presente ejecución contra bienes del concursado afectos a una garantía real. Por cuanto de la doctrina expuesta y un examen y valoración de la pruebas de autos, entre las que se encuentran las resoluciones judiciales aportadas como prueba documental en el recurso, se llega a la conclusión de que el bien hipotecado, vivienda sita en Gijón CALLE000 nº NUM000, NUM001 NUM002, no se trata de una bien afecto, no solo porque no aparece de las actuaciones dato alguno que así lo acredite sino que tanto el auto de fecha 30 de julio de 2010 del juzgado de lo mercantil nº 1 de Oviedo así lo declaró al inadmitir la demanda de ejecución hipotecaria seguida contra los aquí ejecutados, al decir " por ello este juzgado se ha inclinado ya desde el Auto de 13-3-2003 (Ponente Antón Guijarro), por efectuar una interpretación a sensu contrario de suerte que cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, sea la falta de afección inicial o sobrevenida durante el concurso, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no corresponde al juez del concurso, sino a aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales ", ratificada por el auto de 3 de marzo de 2011 de la sección 1ª de la Audiencia Provincial, cuyo contenido nos resulta vinculante, donde sienta: " en el caso aquí examinado resulta un dato pacíficamente aceptado que nos hallamos en presencia de un bien no afecto a la actividad de los concursado, las personas del matrimonio formado por D. Jesús Luis y Dña. Amelia, pues se trata precisamente de su vivienda, razón que conduce a que debemos compartir la acertada conclusión alcanzada por el juzgador de primera instancia al declarar que la competencia para el conocimiento de tal ejecución corresponderá a los juzgados de primera instancia ".
Lo expuesto sería de suyo suficiente para revocar la sentencia dictada, no obstante, tal como se expone en el recurso concurre el otro presupuesto legal que posibilitaría la admisión de la demanda es el transcurso de un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Y como resulta acreditado el concurso fue declarado por Auto de 23 de febrero de 2010 del juzgado de lo mercantil nº 1 de Oviedo y la Junta de Acreedores estaba prevista para el día 12 de julio de 1011. De donde se deduce que la finca vivienda sita en Gijón, perteneciente a los ejecutados, y sujeta a una garantía real, anterior a la declaración de concurso, no está afecta a la actividad profesional o empresarial del concursado, por lo que el acreedor puede iniciar una ejecución separada sobre bienes del concursado, pese a estar declarada en concurso con anterioridad a la interposición de la presente demanda. Y aunque el art. 8.3 de la Ley Concursal dispone que corresponde a la competencia del juez del concurso el conocimiento de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado. Constituye una excepción a la competencia atribuida por ese art. 8.3 LC, la ejecución separada que los arts. 55 y 56 reconocen a favor de acreedores con garantías reales no afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, que es el caso aquí contemplado, como ya dejó sentado el Auto de la sección 1ª.": AAP Oviedo (Sección 7) 04.11.2011 (Auto 104/2011; Rollo 455/2011)

AP Barcelona (Sección 1)

PRIMERO.- La parte ejecutante se alza frente el auto que declara de oficio la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda, al entender que corresponde al Juez de lo mercantil que conoce del concurso de la ejecutada MOLDURAS CASTELLAR, S.A.; en lo que es objeto de recurso, alegando la parte apelante que corresponde al juzgado de la instancia, al ejecutarse bienes no declarados afectos a la actividad de la concursada.
SEGUNDO.- La Ley Concursal, 22/2003 de 9 de julio, en su Exposición Motivos nos dice: "La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.".
Los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal regulan los efectos del concurso sobre las ejecuciones hipotecarias distinguiendo los supuestos de ejecuciones hipotecarias ya iniciadas antes del concurso o

posteriores al mismo, y, si estas se refieren bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o no, dando lugar a cuatro posibles situaciones. El caso que nos ocupa se trata de ejecución hipotecaria instada tras el concurso sobre bienes que no han sido declarados ni en sentido positivo ni negativo como bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor. En cuanto al juzgado competente para resolver si los bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, es pacífico entre la doctrina que dicha competencia corresponde al Juzgado de lo Mercantil que conozca del concurso, el Juez del Concurso, en este sentido citar la sentencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2006, en un conflicto entre una autoridad administrativa y un juzgado de lo mercantil. Dicha sentencia, también nos dice: "Producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor."

Por su parte, la sentencia dictada por la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial de fecha 22 de septiembre de 2010, en un caso similar al que nos ocupa, concluye: "...cuando la Ley regula como se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso. El art. 56 LC distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación"), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado. Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, el art. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales") debe disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere el art. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al Juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a "las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al Juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así el apartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que "iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial del art. 90 LC sujeta a las reglas previstas en el art. 155 LC. Resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El art. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2 LC). La previsión del art. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que, por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del art. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.

Con la solución alcanzada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de que en caso de ejecución separada, el órgano jurisdiccional o la instancia administrativa que conozca de la ejecución se dirija al concurso para preguntar si los bienes afectados por dicha ejecución, en un caso son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 55.1 LC) o, en otro, si están afectos a dicha actividad empresarial o profesional del deudor (art. 56.1 LC), no existe ningún inconveniente práctico para que puedan coexistir excepcionalmente esas ejecuciones separadas que, como en el presente caso, afectarían también a las garantías reales sobre bienes no afectos. Procede, en fin atribuir la competencia, en la actual situación, al Juzgado de Primera Instancia.".

Por tanto, atendiendo a todo ello, ante la falta de declaración de bienes afectos o no, corresponde atribuir la competencia, en la actual situación de indeterminación, al Juzgado de Primera Instancia, sin perjuicio que por persona u órgano competente se dirija al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes

integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor; pero mientras ello no suceda se mantiene la competencia del Juzgado de la instancia, pues no es competencia del Juez civil hacer la declaración de afección de la que solo conoce el Juez que tramita el concurso, y tiene las pruebas necesarias para resolver lo pertinente. Por lo que procede estimar el recurso deducido, revocando el auto recurrido, declarando competente el Juzgado de la instancia.": AAP Barcelona (Sección 1) 13.12.2011 (Auto 178/2011; Rollo 520/2011)

AP Barcelona (Sección 4)

"Primero.-Unnim presenta demanda de ejecución hipotecaria contra Dª Florencia y D. Hernan en relación con la finca NUM000 inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Sabadell, tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003 el día 12 de noviembre de 2010. La demanda es admitida por auto de 18 de marzo de 2011 mediante el que se despacha ejecución contra los demandados.
Los demandados plantean declinatoria por falta de competencia objetiva del juzgado nº 4 de Sabadell ante el que se sigue el proceso de ejecución, alegando que por auto de 26 de marzo de 2010 se declaró en concurso a D. Hernan y por auto de fecha 30 de abril del mismo año se declara en concurso a Dª Florencia. De acuerdo con lo establecido en el artículo 64 Lec presentan declinatoria por falta de competencia objetiva por entender que, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Ley Concursal, corresponde de forma exclusiva la competencia al juez de lo mercantil, dado el carácter universal del concurso. Se apoya, además, en el artículo 86.ter.1.1 LOPJ que atribuye dicha competencia a ese tipo de órgano judicial.
La ejecutante se opone a la declinatoria alegando que la fase de liquidación del concurso se abre por auto de fecha 8 de febrero de 2011 y que por resolución de 25 de mayo de 2011 se aprueba el plan de liquidación, no quedando afecto el bien hipotecado a la actividad profesional o empresarial del concursado.
El juez de Sabadell estima la declinatoria y acuerda remitir los autos al juzgado de lo mercantil atendidas las fechas de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria y de declaración del concurso.
Unnim interpone recurso de apelación contra dicha resolución.
Segundo.-La cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Audiencia, concretamente por la Sección 15, especializada en Mercantil (en ese caso el juez inadmitió la demanda de ejecución). Concretamente el reciente auto de 27 de enero de 2012 dice: "1. La Sra. magistrada del jutjat de primera instància va acordar no admetre la demanda d'execució hipotecària de CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS (CAIXA PENEDÈS) sobre béns hipotecats per PROINHER, S.L., entitat declarada en concurs de creditors, perquè va considerar que es tractava de béns afectes a l'activitat professional o empresarial de l'entitat concursada, era aplicable l'article 56.1 de la Llei concursal (LC) i, en conseqüència, no es podia iniciar l'execució o realització forçosa de la garantia fins que no s'aprovés un conveni el contingut del qual no afectés aquest dret o bé transcorregués un any des de la declaració de concurs sense que s'hagués produït l'apertura de la liquidació.- 2. CAIXA PENEDÈS apel·la contra la decisió del jutjat. Al·lega, en síntesi, que no han estat aplicats degudament els articles 55.4, 56 i 57 LC i reitera la sol·licitud que s'admeti i es tramiti l'execució hipotecària de béns no afectes, que considera de la competència dels jutjats de primera instància. Invoca la interlocutòria d'aquesta Secció 15a de 22 de setembre de 2010.- 3. Tal com sosté el recurs d'apel·lació, considerem que la competència per declarar si un bé es troba o no afectat a una activitat professional o empresarial o a una unitat productiva del concursat, amb els efectes previstos en els articles 55 i 56 LC, correspon al jutge mercantil que coneix del concurs.- Així ho hem dit, entre d'altres, en la resolució de 22 de setembre de 2010, citada per la part recurrent. Dèiem (raonament jurídic 4t) que és el jutge que tramita el concurs qui està en les millors condicions de conèixer i jutjar sobre aquesta circumstància. Invocàvem la Sentència de 22 de desembre de 2006 del Tribunal de Conflictes Jurisdiccionals que va decidir un supòsit similar, de conflicte de jurisdicció entre la Hisenda Pública i un jutjat mercantil sobre una execució administrativa. El TCJ atribuïa al jutge del concurs la competència per decidir si els béns objecte d'execució eren o no necessaris per a la continuïtat de l'activitat professional o empresarial del deutor i declarava que la instància administrativa que coneixia de l'execució separada havia d'adreçar-se al jutge del concurs per preguntar si el bé objecte de l'execució estava o no afectat a l'activitat professional o empresarial del deutor. Consideràvem que la doctrina podia aplicar-se analògicament al cas en el qual s'ha de resoldre si un determinat bé, gravat amb una garantia real, pot considerar-se o no afectat, en els termes de l'article 56 LC.- 4. La Llei 38/2011, de 10 d'octubre, de reforma de la LC, en l'apartat quaranta-tres de l'article únic, modifica l'article 56 LC i hi introdueix un nou apartat 5, que estableix: " A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ".- D'acord amb la disposició transitòria novena de la Llei 38/2011, aquest apartat 5 de l' article 56 s'aplicarà als concursos en tramitació a la data de l'entrada en vigor de la llei -l'1 de gener de 2012, segons la disposició final tercera- respecte de les execucions que respectivament no s'haguessin reprès o iniciat després de la declaració de concurs.- 5. A la sentència de 22 de setembre de 2010, s'exposava que, quan la garantia real està constituïda sobre béns no afectes a l'activitat professional o empresarial del deutor, i, per tant, la declaració de concurs no suspèn la facultat de realització ni paralitza les execucions ja iniciades, la competència per conèixer de les execucions corresponents no és necessàriament del jutge del concurs, sinó de l'òrgan judicial o extrajudicial competent d'acord amb les normes extraconcursals. L' article 56 LC pressuposa l'existència d'un dret d'execució separada per les garanties reals constituïdes sobre béns del deutor concursat, que opera al marge del concurs, i que només en el cas que els béns estiguin afectats a l'activitat professional o empresarial del deutor i en atenció a aquesta circumstància, preveu condicionants com els relatius a la suspensió temporal de l'execució, per donar la possibilitat d'evitar l'execució d'un bé que s'estima necessari per la continuïtat de l'empresa o per transmetre-la millor.- Consideràvem en aquella resolució, i ho continuem considerant, que la solució assolida pel Tribunal de Conflictes Jurisdiccionals,

és a dir, que, en cas d'execució separada, l'òrgan que coneix de l'execució s'adreci al del concurs per preguntar si els béns objecte d'execució estan afectes a l'activitat empresarial o professional del deutor (art. 56.1 LC), permet que puguin coexistir excepcionalment les execucions separades que, com en aquest cas, afectarien les garanties reals sobre béns no afectes.- Per les raons exposades, hem d'estimar el recurs de CAIXA PENEDÈS."

Tercero.-El artículo 55 Ley Concursal establece el régimen de las ejecuciones y apremios particulares que se sigan contra el concursado, y en su último número dice que 'Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real.' para seguidamente, en los artículos 56 y 57 ocuparse de las ejecuciones con garantía real, derivándose de los mismos la competencia del juez del concurso respecto de aquellas ejecuciones que se sigan sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad.

La clave para atribuir la competencia a uno u otro órgano se centra, así, en esa afectación del bien hipotecado (en nuestro caso) a la actividad profesional o empresarial del concursado. Y por eso el artículo 56 dice que 'no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación'.

El auto de la Sección 15 a que se refiere la resolución que acabamos de transcribir, dice en una cuestión negativa de competencia entre los juzgados civil y mercantil (en la que éste rechaza la competencia porque no ha habido por su parte declaración alguna sobre la afección de las fincas hipotecadas a la actividad empresarial de la concursada ni, por tanto, se había requerido de inhibición al Juzgado de Primera Instancia, ni acordado la suspensión de dicho procedimiento de ejecución) que, ante todo, el juez competente para decidir sobre esa afectación de los bienes a la actividad empresarial del concursado es el de lo Mercantil (ahora lo dice expresamente el artículo 56.5 LC).

Y a continuación añade que el contexto en que se resuelve el tema planteado es el de la competencia del juez mientras el juez del concurso no haya dictado una resolución declarando la afección. Para concluir señalando que "... la Ley regula como se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso. El art. 56 LC distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación"), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado.- Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, el art. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales") debe disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere el art. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al Juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a "las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al Juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así el apartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que "iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial del art. 90 LC sujeta a las reglas previstas en el art. 155 LC."

Y tras este razonamiento, concluye la Sección 15: "Resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El art. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2 LC).- La previsión del art. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que, por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del art. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas."

Y ante la duda acerca de si el bien está afecto o no a la actividad empresarial del concursado (lo que sólo puede determinarse por el juez del concurso) la Sección 15 acoge la solución adoptada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales en resolución de 22 de diciembre de 2006 en un conflicto entre la Administración y el juzgado mercantil: "Con la solución alcanzada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de que en caso de ejecución separada, el órgano jurisdiccional o la instancia administrativa que conozca de la ejecución se dirija al concurso para preguntar si los bienes afectados por dicha ejecución, en un caso son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 55.1 LC) o, en otro, si están afectos a dicha actividad empresarial o profesional del deudor (art. 56.1 LC), no existe ningún inconveniente práctico para que puedan coexistir excepcionalmente esas ejecuciones separadas que, como en el presente caso, afectarían también a las garantías reales sobre bienes no afectos."
Consecuencia, pues, de lo expuesto, es la estimación del recurso de apelación y la revocación del auto dictado por el juzgado nº 4 de Sabadell inhibiéndose a favor del juzgado de lo mercantil.": AAP Barcelona (Sección 4) 08.05.2012 (Auto 88/2012; Rollo 24/2012)

AP Barcelona (sección 15) – a partir de 9.2010

"TERCERO Sobre esta cuestión, tratándose de bienes no afectos a la actividad empresarial del deudor concursado, nos hemos pronunciado en Auto de 28 de junio de 2007 (Rollo 682/2006) atribuyendo la competencia objetiva para conocer de la ejecución de la garantía real, al margen del proceso concursal, al juez del concurso. La naturaleza controvertida de esta cuestión, originada por la conjunta interpretación de losarts. 8.3º, 55, 56 y 57 LC, sin olvidar elart. 86 ter LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), quedaba patente en aquella resolución, pues incorporaba un voto discrepante del Sr. Magistrado Presidente de la Sala.
El planteamiento ahora de la misma cuestión ante la Sala, que ha padecido cambios subjetivos, nos obliga a reconsiderar o revisar nuestro criterio y lo hacemos en sentido de modificarlo, acogiendo la tesis que en su día fue minoritaria.
Por virtud de este cambio de criterio estimamos que la competencia objetiva debe atribuirse al Juzgado de Primera Instancia, en atención a los argumentos que fundamentaba, en aquella otra resolución, el voto particular, y que reproducimos seguidamente.
CUARTO Corresponde al Juzgado que tramita el concurso determinar en cada caso si los bienes del deudor concursado están afectos o no a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues es quien está en mejores condiciones de conocer y juzgar sobre esta circunstancia. En un supuesto similar, con ocasión de un conflicto de jurisdicción entre la Hacienda Pública y un Juzgado de lo Mercantil sobre una ejecución administrativa en la que se había dictado la providencia de apremio antes de la declaración de concurso, versando el conflicto sobre la competencia para decidir si los bienes sobre los que versaba la ejecución eran o no "necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, en suSentencia de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 8691), ha atribuido esta competencia al Juez del concurso, a quien deberá dirigirse la instancia administrativa que, como consecuencia de lo previsto en elart. 55.2 LC, conozca de una ejecución separada, para preguntar si el bien sobre el que se dirige dicha ejecución es o no necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Esta doctrina puede aplicarse analógicamente al presente caso en el que lo que debe decidirse es si un determinado bien gravado con una garantía real puede considerarse afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor, a los efectos previstos en elart. 56 LC.
Una vez establecida la regla general que atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado (ar. 8.3º LC), la misma Ley concursal establece sus excepciones.
La primera de ellas, la que se contiene en elpárrafo segundo del art. 55.1 LC, cuando después de proclamar, también con carácter general, que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", excepciona los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, y sin perjuicio de la salvedad prevista a continuación de que "los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". De ello se deduce que, lógicamente, la competencia para seguir conociendo de estos procedimientos de ejecución sujetos a la excepción mencionada será del tribunal de lo social o de la autoridad administrativa que hasta ese momento conociera de la ejecución, sin que se vean afectados por la atribución de competencia a favor del juez del concurso prevista en elart. 8.3º LC.
Y otra excepción se contiene en los dos preceptos siguientes,arts. 56 y 57 LC, cuando la Ley regula como se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso. Elart. 56 LC distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación"), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado.
Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, elart. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una

vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales") debe disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere elart. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al Juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a "las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al Juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así elapartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que "iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial delart. 90 LC sujeta a las reglas previstas en elart. 155 LC.
Resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. Elart. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa(arts. 56 y 155.2 LC).
La previsión delart. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que, por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa delart. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.
Con la solución alcanzada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de que en caso de ejecución separada, el órgano jurisdiccional o la instancia administrativa que conozca de la ejecución se dirija al concurso para preguntar si los bienes afectados por dicha ejecución, en un caso son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor(art. 55.1 LC) o, en otro, si están afectos a dicha actividad empresarial o profesional del deudor(art. 56.1 LC), no existe ningún inconveniente práctico para que puedan coexistir excepcionalmente esas ejecuciones separadas que, como en el presente caso, afectarían también a las garantías reales sobre bienes no afectos.
Procede, en fin atribuir la competencia, en la actual situación, al Juzgado de Primera Instancia.": AAP Barcelona (Sección 15) 22.09.2010 (AC 2010/1867; Auto 148/2010; Rollo 217/2010)

"5. A la sentència de 22 de setembre de 2010, s'exposava que, quan la garantía real està constituïda sobre béns no afectes a l'activitat professional o empresarial del deutor, i, per tant, la declaració de concurs no suspèn la facultat de realització ni paralitza les execucions ja iniciades, la competència per conèixer de les execucions corresponents no és necessàriament del jutge del concurs, sinó de l'òrgan judicial o extrajudicial competent d'acord amb les normes extraconcursals. L' article 56 LC pressuposa l'existència d'un dret d'execució separada per les garanties reals constituïdes sobre béns del deutor concursat, que opera al marge del concurs, i que només en el cas que els béns estiguin afectats a l'activitat professional o empresarial del deutor i en atenció a aquesta circumstància, preveu condicionants com els relatius a la suspensió temporal de l'execució, per donar la possibilitat d'evitar l'execució d'un bé que s'estima necessari per la continuïtat de l'empresa o per transmetre-la millor.
Consideràvem en aquella resolució, i ho continuem considerant, que la solució assolida pel Tribunal de Conflictes Jurisdiccionals, és a dir, que, en cas d'execució separada, l'òrgan que coneix de l'execució s'adreci al del concurs per preguntar si els béns objecte d'execució estan afectes a l'activitat empresarial o professional del deutor (art. 56.1 LC), permet que puguin coexistir excepcionalment les execucions separades que, com en aquest cas, afectarien les garanties reals sobre béns no afectes. ": AAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2012 (Auto 19/2012; Rollo 605/2011)

AP Barcelona (Sección 15) - Voto Particular al Auto 28.06.2007

"PRIMERO: Discrepo del criterio de la mayoría acerca de la competencia para conocer de la ejecución de garantías reales constituidas sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursados. El Juzgado de lo mercantil, con buen criterio a mi entender, consideró que carecía de competencia para conocer de estas ejecuciones, como consecuencia de lo regulado en los arts. 56 y 57 LC. No es este el criterio de la mayoría del tribunal, que sostiene la atracción a favor del concurso de la competencia para conocer de estas ejecuciones, sobre la base de la atribución de competencias prevista en el art. 8 LC, que determina la interpretación del art. 57 LC.

Estoy de acuerdo en que corresponde al Juzgado que tramita el concurso determinar en cada caso si los bienes del deudor concursado están afectos o no a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues es quien está en mejores condiciones de conocer y juzgar sobre esta circunstancia. En un supuesto similar, con ocasión de un conflicto de jurisdicción entre la Hacienda Pública y un Juzgado de lo Mercantil sobre una ejecución administrativa en la que se había dictado la providencia de apremio antes de la declaración de concurso, versando el conflicto sobre la competencia para decidir si los bienes sobre los que versaba la ejecución eran o no "necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2006, ha atribuido esta competencia al Juez del concurso, a quien deberá dirigirse la instancia administrativa que, como consecuencia de lo previsto en el art. 55.2 LC, conozca de una ejecución separada, para preguntar si el bien sobre el que se dirige dicha ejecución es o no necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Esta doctrina puede aplicarse analógicamente al presente caso en el que lo que debe decidirse es si un determinado bien gravado con una garantía real puede considerarse afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor, a los efectos previstos en el art. 56 LC.

A mi juicio, y esto entronca con lo que constituye el núcleo de mi disidencia, una vez establecida la regla general que atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer (…) 3º de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursal, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado (ar. 8 LC), la misma Ley concursal establece sus excepciones.

La primera de ellas, la que se contiene en el párrafo segundo del art. 55.1 LC, cuando después de proclamar, también con carácter general, que "*declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor*", excepciona los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso…", y sin perjuicio de la salvedad prevista a continuación de que "los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". De ello se deduce que, lógicamente, la competencia para seguir conociendo de estos procedimientos de ejecución sujetos a la excepción mencionada será del tribunal de los social o de la autoridad administrativa que hasta ese momento conociera de la ejecución, sin que se vean afectado por la atribución de competencia a favor del juez del concurso prevista en el art. 8.3º LC.

Y otra excepción se contiene en los dos preceptos siguientes, en los arts. 56 y 57 LC, cuando regula como se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso. El art. 56 LC distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación"), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado.

Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, el art. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("*Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales*") debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere el art. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al Juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a "*las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda*". No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al Juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así el apartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que "*iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso*". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial del art. 90 LC sujeta a las reglas previstas en el art. 155 LC.

Resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El art. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2 LC).

La previsión del art. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional

o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del art. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.
Con la solución alcanzada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de que en caso de ejecución separada, el órgano jurisdiccional o la instancia administrativa que conozca de la ejecución se dirija al concurso para preguntar si los bienes afectados por dicha ejecución, en un caso son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 55.1 LC) o, en otro, si están afectos a dicha actividad empresarial o profesional del deudor (art. 56.1 LC), no existe ningún inconveniente práctico para que puedan coexistir excepcionalmente esas ejecuciones separadas que, como en el presente caso, afectarían también a las garantías reales sobre bienes no afectos.
Así lo acuerda el Ilmo. Sr. Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, que emite este voto particular del que se unirá certificación al rollo.": Voto Particular al Auto AP Barcelona (sección 15) 28.06.2007 (Rollo 682/2006, Auto 195,2007)

AP Barcelona (Sección 17)

"PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de L'Hospitalet de Llobregat se dictó auto en fecha de 25 de febrero de 2010 en el que resolvía el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la representación de DÑA. Encarna en los autos de ejecución hipotecaria seguidos en dicho juzgado bajo el nº 272/2008 a instancia de la entidad MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS DE SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA, como ejecutante, y la citada Sra. Encarna como ejecutada.
(...)
El segundo motivo de nulidad invocado por la representación de la Sra. Encarna hacía referencia a la determinación del juzgado competente para conocer de la ejecución hipotecaria contra ella iniciada una vez la Sra. Encarna había sido declarada en concurso voluntario, lo que tuvo lugar por resolución del Juzgado Mercantil nº 1 de los de Barcelona en fecha de 7 de abril de 2008. En este sentido, la representación de la ejecutada defendía- y defiende- la competencia del juez del concurso para conocer de dicha ejecución hipotecaria y, con ello, la necesidad de que por el juzgado de Primera Instancia se suspenda dicha ejecución; así, solicitaba la nulidad de lo actuado en estas actuaciones por el juzgado de instancia desde la indicada fecha de declaración del concurso.
En el auto de 25 de febrero de 2010 se desestimó también este motivo de nulidad y se acordó no haber lugar a suspender la ejecución hipotecaria pese a la existencia del concurso.
Este es el pronunciamiento que se impugna a través del recurso de apelación que examinamos. Como fundamento de la impugnación la recurrente alega que la juzgadora de instancia hace una incorrecta interpretación de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Concursal (LC); ello por cuanto estima que cuando, como en este caso, la concursada es una persona física que no desarrolla una actividad mercantil o empresarial y el inmueble gravado con la hipoteca constituye su domicilio particular no cabe aplicar la excepción prevista en el mencionado art. 56 LC, regla que, a juicio de la recurrente, está pensada para los casos en que el concursado, sea persona física o jurídica, desarrolla una actividad empresarial, pues sólo en este último caso tiene sentido plantearse la diferencia entre bien afecto o no a tal actividad.
Por ello solicita la revocación del auto impugnado e interesa de esta Sala que se acuerde la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento de ejecución hipotecaria desde la fecha de declaración del concurso.
La acreedora ejecutante no se ha opuesto al recurso.
SEGUNDO.- En atención a los antecedentes expuestos en el fundamento anterior, la controversia planteada en esta alzada se centra en la cuestión de determinar la competencia para conocer de la ejecución de garantías reales constituidas sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado.
Pues bien, con respecto a esta materia, cabe indicar que la doctrina de la audiencias provinciales se encuentra dividida. De hecho, por lo que a la AP de Barcelona respecta, es cierto que la Sección 15ª, en la resolución invocada por la recurrente (Auto de 28 de junio de 2007), atribuía la competencia objetiva para conocer de la ejecución de la garantía real, al margen del proceso concursal, al juez del concurso. Ahora bien, esa resolución contenía un voto particular discrepante que expresaba lo que entonces era opinión minoritaria de la indicada Sección; el criterio sobre este materia ha sido revisado y corregido por la citada Sección y el que fuera criterio minoritario ha sido acogido como tesis de la Sala, como lo expresa el Auto de la misma Sección de 22 de septiembre de 2010.
Se plantea en dicha resolución la competencia objetiva para conocer y sustanciar un procedimiento de ejecución hipotecaria con respecto a fincas propiedad de la deudora declarada en concurso, cuando el juez del concurso no se ha pronunciado sobre la afección de las fincas hipotecadas a la actividad empresarial de la concursada. Se dice, además, que dicha situación equivale al supuesto en que el Juez del concurso ha declarado que las fincas hipotecadas no están afectas a dicha actividad. Nosotros, en sede de este recurso, debemos añadir que a tales situaciones se asemeja la que se produce en el caso de autos, esto es, cuando el concursado no ejerce actividad empresarial con lo que no cabe realizar juicio alguno sobre la afectación de la finca a una actividad de dicha índole.
Partiendo de este dato de hecho, la indicada resolución señala que se debe partir de considerar que la regla general atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado (art. 8.3º LC); sin embargo admite que la misma Ley concursal establece excepciones a esta regla general.

Entre estas excepciones se encuentran las que se regulan en los dos preceptos siguientes, arts. 56 y 57 LC, cuando la Ley regula cómo se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso.
Así, la resolución que examinamos establece que: " El art. 56 LC distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación"), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado.
Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, el art. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales") debe disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere el art. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al Juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a "las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al Juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así el apartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que "iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial del art. 90 LC sujeta a las reglas previstas en el art. 155 LC."
Pero la misma resolución, variando como hemos dicho, el criterio hasta entonces sostenido, indica que " resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El art. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia ".
La aplicación de dicha doctrina al supuesto de autos, en tanto viene a confirmar la competencia del juzgado de instancia para el conocimiento y seguimiento de la ejecución hipotecaria de la que trae causa la presente impugnación, conlleva necesariamente la desestimación del recurso planteado y la consiguiente confirmación de la resolución recurrida sin que haya lugar a acordar la nulidad de actuaciones interesada por la recurrente.”: AAP Barcelona (Sección 17) 18.04.2011 (Auto 83/2011; Rollo 519/2010)

AP Castellón (Sección 3)

“SEGUNDO.-Consideramos que, a la vista del contenido de los escritos de la recurrente, en relación con el de la resolución apelada, dos son las cuestiones de que debe ocuparse esta Sala de apelación, a fin de dar respuesta al planteamiento del recurso: 1. Si es competente el Juez del concurso para el conocimiento de ejecuciones de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad de la concursada (...)
1. Aun partiendo de la regla general del art. 8.4 de la Ley Concursal que atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado, ha de tenerse en cuenta que el art. 55.1 LC excepciona de la prohibición de seguir ejecuciones contra el patrimonio del deudor "los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso", lo que da a entender que la competencia corresponde a la correspondiente Administración o tribunal de lo Social. Asimismo, se dota de singular relevancia al hecho de que los bienes sobre los que se haya constituido la garantía real estén afectos a la actividad del deudor concursado, pues de ello depende que no pueda instarse la ejecución hasta la aprobación del convenio o el transcurso de un año desde la declaración del concurso, así como la suspensión de las ejecuciones iniciadas.
Compartimos el criterio del juez de primer grado acerca de que lo dispuesto en el precepto acabado de citar, en relación con el contenido del art. 57 LC al regular el inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales y disponer en su apartado 1 que "El ejercicio de acciones que se inicie o reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste" y partir de esta premisa competencial al regular en los siguientes apartados 2. y 3 la prohibición de suspensión de las actuaciones de ejecución y la reanudación de las antes suspendidas.
El sentido de esta distinción entre ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado y los que no merezcan tal consideración no debe ser otro que el de atribuir al Juez del concurso la competencia para conocer de las ejecuciones sobre los bienes afectos y excluirla cuando no concurra dicha afección.

Cita la recurrente en apoyo de su postura en contra el Auto de 28 de junio de 2007, dictado por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.
Baste precisar al respecto que el mismo tribunal ha modificado posteriormente su criterio mantenido en dicha resolución. Concretamente, en el Auto de 22 de septiembre de 2010 (Rollo núm. 217/2010, Auto núm. 148/2010) se aparta de su postura anterior y, razonándolo, mantiene la opinión que en aquélla ocasión se había sustentado en un voto particular discrepante. Concluye, en definitiva, que " cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales ".
Esta es también la opinión contenida en el Auto dictado el día 7 de diciembre de 2010 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla y León, al resolver una cuestión de competencia entre dos órganos judiciales.
Por lo tanto, el Juez del concurso carece de competencia cuando se trate de la ejecución de garantías reales de bienes que, aun perteneciendo al concursado, no están afectos a su actividad profesional o empresarial. ": AAP Castellón (Sección 3) 30.05.2011 (Auto 64/2011; Rollo 177/2011)

"SEGUNDO.-Consideramos que, a la vista del contenido de los escritos de la recurrente, en relación con el de la resolución apelada, dos son las cuestiones de que debe ocuparse esta Sala de apelación, a fin de dar respuesta al planteamiento del recurso: 1. Si es competente el Juez del concurso para el conocimiento de ejecuciones de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad de la concursada (…)
Es la segunda ocasión en que esta Sala tiene ocasión de pronunciarse al respecto. En relación con la pretensión de ejecución hipotecaria de una finca propiedad de la misma concursada Arce Cerámicas SL lo ha hecho en su reciente Auto núm. 64 de 30 de mayo de 2011, en que la misma entidad financiera ahora recurrente era la promotora de la ejecución hipotecaria. Reiteramos ahora lo dicho en dicha resolución acerca de la falta de competencia del Juez del concurso para el conocimiento de ejecuciones hipotecarias dirigidas contra bienes no afectos a la actividad del concursado. La cuestión atinente a si en el caso presente lo está la finca respecto de la que se pretende ejecutar la hipoteca depende de las concretas circunstancias y de los elementos probatorios obrantes al respecto.
1. Aun partiendo de la regla general del art. 8.4 de la Ley Concursal que atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado, ha de tenerse en cuenta que el art. 55.1 LC excepciona de la prohibición de seguir ejecuciones contra el patrimonio del deudor "los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso", lo que da a entender que la competencia corresponde a la correspondiente Administración o tribunal de lo Social. Asimismo, se dota de singular relevancia al hecho de que los bienes sobre los que se haya constituido la garantía real estén afectos a la actividad del deudor concursado, pues de ello depende que no pueda instarse la ejecución hasta la aprobación del convenio o el transcurso de un año desde la declaración del concurso, así como la suspensión de las ejecuciones iniciadas.
Compartimos el criterio del juez de primer grado acerca de que lo dispuesto en el precepto acabado de citar, en relación con el contenido del art. 57 LC al regular el inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales y disponer en su apartado 1 que "El ejercicio de acciones que se inicie o reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste" y partir de esta premisa competencial al regular en los siguientes apartados 2 y 3 la prohibición de suspensión de las actuaciones de ejecución y la reanudación de las antes suspendidas.
El sentido de esta distinción entre ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado y los que no merezcan tal consideración no debe ser otro que el de atribuir al Juez del concurso la competencia para conocer de las ejecuciones sobre los bienes afectos y excluirla cuando no concurra dicha afección.
Cita la recurrente en apoyo de su postura en contra el Auto de 28 de junio de 2007, dictado por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.
Baste precisar al respecto que el mismo tribunal ha modificado posteriormente el criterio mantenido en dicha resolución. Concretamente, en el Auto de 22 de septiembre de 2010 (Rollo núm. 217/2010, Auto núm. 148/2010) se aparta de su postura anterior y, razonándolo, mantiene la opinión que en aquélla ocasión se había sustentado en un voto particular discrepante. Concluye, en definitiva, que " cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales ".
Esta es también la opinión contenida en el Auto dictado el día 7 de diciembre de 2010 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla y León, al resolver una cuestión de competencia entre un Juzgado de lo Mercantil y uno de Primera Instancia.
Por lo tanto, el Juez del concurso carece de competencia cuando se trate de la ejecución de garantías reales de bienes que, aun perteneciendo al concursado, no están afectos a su actividad profesional o empresarial.": AAP Castellón (Sección 3) 03.06.2011 (Auto 68/2011; Rollo 178/2011)

"SEGUNDO.-Consideramos que, a la vista del contenido de los escritos de la recurrente, en relación con el de la resolución apelada, una vez que no se cuestiona que la finca hipotecada no se encuentra afecta a la actividad profesional o industrial de la concursada, esta Sala de apelación debe pronunciarse acerca de si es

competente el Juez del concurso para el conocimiento de ejecuciones de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad de la concursada.
Es la tercera ocasión en que esta Sala tiene ocasión de pronunciarse al respecto, pues anteriormente lo ha hecho en los Autos núm. 64 de 30 de mayo y núm. 68 de 3 de junio de 2011.
En ambas resoluciones hemos mantenido que carece de competencia el Juez del concurso para el conocimiento de ejecuciones hipotecarias dirigidas contra bienes no afectos a la actividad del concursado. No habiendo motivos para cambiar de criterio, recordamos lo que hemos dicho en las resoluciones citadas.
Aun partiendo de la regla general del art. 8.4 de la Ley Concursal que atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado, ha de tenerse en cuenta que el art. 55.1 LC excepciona de la prohibición de seguir ejecuciones contra el patrimonio del deudor "los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso", lo que da a entender que la competencia corresponde a la correspondiente Administración o tribunal de lo Social. Asimismo, se dota de singular relevancia al hecho de que los bienes sobre los que se haya constituido la garantía real estén afectos a la actividad del deudor concursado, pues de ello depende que no pueda instarse la ejecución hasta la aprobación del convenio o el transcurso de un año desde la declaración del concurso, así como la suspensión de las ejecuciones iniciadas.
Compartimos el criterio del juez de primer grado acerca de que lo dispuesto en el precepto acabado de citar, en relación con el contenido del art. 57 LC al regular el inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales y disponer en su apartado 1 que "El ejercicio de acciones que se inicie o reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste" y partir de esta premisa competencial al regular en los siguientes apartados 2 y 3 la prohibición de suspensión de las actuaciones de ejecución y la reanudación de las antes suspendidas.
El sentido de esta distinción entre ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado y los que no merezcan tal consideración no debe ser otro que el de atribuir al Juez del concurso la competencia para conocer de las ejecuciones sobre los bienes afectos y excluirla cuando no concurra dicha afección.
Cita la recurrente en apoyo de su postura en contra varias resoluciones de órganos judiciales, entre ellas el Auto de 28 de junio de 2007, dictado por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en que la mayoría del tribunal optó por una solución acorde al criterio de la ahora recurrente, respecto de la que uno de sus integrantes formuló voto particular.
Baste precisar al respecto que el mismo tribunal ha modificado posteriormente el criterio mantenido en dicha resolución. Concretamente, en el Auto de 22 de septiembre de 2010 (Rollo núm. 217/2010, Auto núm. 148/2010) se aparta de su postura anterior y, razonándolo, mantiene la opinión que en aquélla ocasión se había sustentado en el voto particular discrepante. Concluye, en definitiva, que " cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales ".
Esta es también la opinión contenida en el Auto dictado el día 7 de diciembre de 2010 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla y León, al resolver una cuestión de competencia entre un Juzgado de lo Mercantil y uno de Primera Instancia.
Por lo tanto, el Juez del concurso carece de competencia cuando se trate de la ejecución de garantías reales de bienes que, aun perteneciendo al concursado, no están afectos a su actividad profesional o empresarial. ": AAP Castellón (Sección 3) 26.09.2011 (Auto 97/2011; Rollo 197/2011)

"SEGUNDO.-No es la primera ocasión que este tribunal tiene ocasión de pronunciarse al respecto, pues anteriormente lo ha hecho en los Autos núm. 64 de 30 de mayo, núm. 68 de 3 de junio y núm. 97 de 26 de septiembre de 2011.
Venimos manteniendo que carece de competencia el Juez del concurso para el conocimiento de ejecuciones hipotecarias dirigidas contra bienes no afectos a la actividad del concursado, mientras que la tiene cuando aquéllos si tienen dicha afección. No habiendo motivos para cambiar de criterio, recordamos lo que hemos dicho en las resoluciones citadas.
Aun partiendo de la regla general del art. 8.4 de la Ley Concursal que atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado, ha de tenerse en cuenta que el art. 55.1 LC excepciona de la prohibición de seguir ejecuciones contra el patrimonio del deudor " los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso ", lo que da a entender que la competencia corresponde a la correspondiente Administración o tribunal de lo Social. Asimismo, se dota de singular relevancia al hecho de que los bienes sobre los que se haya constituido la garantía real estén afectos a la actividad del deudor concursado, pues de ello depende que no pueda instarse la ejecución hasta la aprobación del convenio o el transcurso de un año desde la declaración del concurso, así como la suspensión de las ejecuciones iniciadas.
Compartimos el criterio del juez de primer grado acerca de que lo dispuesto en el precepto acabado de citar, en relación con el contenido del art. 57 LC al regular el inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales y disponer en su apartado 1 que " El ejercicio de acciones que se inicie o reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste " y partir de

esta premisa competencial al regular en los siguientes apartados 2 y 3 la prohibición de suspensión de las actuaciones de ejecución y la reanudación de las antes suspendidas.
El sentido de esta distinción entre ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado y los que no merezcan tal consideración no debe ser otro que el de atribuir al Juez del concurso la competencia para conocer de las ejecuciones sobre los bienes afectos y excluirla cuando no concurra dicha afección.
Creemos que el citado es el criterio dominante entre la llamada jurisprudencia menor. Si bien en el Auto de 28 de junio de 2007 la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona entendió, con el voto particular de uno de sus integrantes, que en todo caso era competente el juez del concurso, posteriormente modificó su criterio. Concretamente, en el Auto de 22 de septiembre de 2010 (Rollo núm. 217/2010, Auto núm. 148/2010) se aparta de su postura anterior y, razonándolo, mantiene la opinión que en aquélla ocasión se había sustentado en el voto particular discrepante. Concluye, en definitiva, que " cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales ".
Esta es también la opinión contenida en el Auto dictado el día 7 de diciembre de 2010 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla y León, al resolver una cuestión de competencia entre un Juzgado de lo Mercantil y uno de Primera Instancia.
Por lo tanto, el Juez del concurso es competente cuando se trate de la ejecución de garantías reales de bienes que, perteneciendo al concursado, están afectos a su actividad profesional o empresarial, mientras que es competente el Juzgado de 1ª Instancia cuando no se da dicha afección. ": AAP Castellón (Sección 3) 27.02.2012 (Auto 29/2012; Rollo 598/2011)

“PRIMERO.-El Juzgado de lo Mercantil dictó resolución en la que acordaba declarar su incompetencia objetiva para conocer de la demanda de ejecución interpuesta por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, señalando como competente al Juzgado de primera instancia que por turno corresponda.
Frente a esta resolución interpuso recurso de reposición la representación de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, recurso que le fue desestimado ante lo que plantea recurso de apelación con la pretensión de que se declare la competencia objetiva para conocer de la ejecución hipotecaria del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón, citando en apoyo de su tesis, que dice que es la que se ha seguido con carácter mayoritario por la jurisprudencia de las diferentes Audiencias Provinciales, el contenido de diferentes resoluciones que entiende significativas.
SEGUNDO.-Como indica el propio recurrente son hechos relevantes para la resolución de la cuestión aquí debatida que la mercantil Inmuebles Yaiza S.L., fue declarada en concurso de acreedores mediante Auto de fecha 25 de marzo de 2009, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón, en el procedimiento n1 43/2009 y que después, en fecha 28 de abril de 2010, se interpuso ante el Juzgado Mercantil nº 1 de Castellón, por la ahora recurrente demanda ejecutiva para exigir el pago de la deuda garantizada con hipoteca frente a esa mercantil, en reclamación de 36.368'74 # de principal más 10.910 # previstos para intereses y costas y que esta ejecución no se refiere a bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor.
A partir de estos datos entiende la Sala que la decisión del Juez mercantil, en cuanto se declara incompetente para resolver la ejecución hipotecaria planteada es correcta, y que por ello aquí debe ser ratificada.
Esta Sala ya se ha pronunciado sobre dicha cuestión al menos en tres ocasiones que son las que han sido resueltas en nuestros Autos núm. 64, de fecha 30 de mayo de 2011, en el núm. 68, de fecha 3 de junio de 2011 y en el núm. 97, de fecha 26 de septiembre de 2011.
Defiende el recurrente que corresponde la competencia al Juez del concurso para el conocimiento de todas las ejecuciones de garantías reales, con independencia de si el bien está o no afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado, lo que no ha sido el criterio que hemos seguido en las resoluciones dictadas, en las que hemos distinguido y atribuido esa competencia según se produzca o no esa afectación a la actividad profesional o empresarial, concluyendo que carece de competencia el Juez del concurso para el conocimiento de ejecuciones hipotecarias dirigidas contra bienes no afectos a la actividad del concursado. No habiendo motivos para cambiar de criterio, recordamos lo que hemos dicho en las resoluciones citadas.
Aun partiendo de la regla general del art. 8.4 de la Ley Concursal que atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado, ha de tenerse en cuenta que el art. 55.1 LC excepciona de la prohibición de seguir ejecuciones contra el patrimonio del deudor "los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso", lo que da a entender que la competencia corresponde a la correspondiente Administración o tribunal de lo Social. Asimismo, se dota de singular relevancia al hecho de que los bienes sobre los que se haya constituido la garantía real estén afectos a la actividad del deudor concursado, pues de ello depende que no pueda instarse la ejecución hasta la aprobación del convenio o el transcurso de un año desde la declaración del concurso, así como la suspensión de las ejecuciones iniciadas.
Compartimos el criterio del juez de primer grado acerca de que lo dispuesto en el precepto acabado de citar, en relación con el contenido del art. 57 LC al regular el inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales y disponer en su apartado 1 que "El ejercicio de acciones que se inicie o reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste" y partir de esta premisa competencial al regular en los siguientes apartados 2 y 3 la prohibición de suspensión de las actuaciones de ejecución y la reanudación de las antes suspendidas.

El sentido de esta distinción entre ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado y las que no merezcan tal consideración no debe ser otro que el de atribuir al Juez del concurso la competencia para conocer de las ejecuciones sobre los bienes afectos y excluirla cuando no concurra dicha afección.
Cita la recurrente en apoyo de su postura en contra varias resoluciones de órganos judiciales, entre ellas el Auto de 28 de junio de 2007, dictado por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en que la mayoría del tribunal optó por una solución acorde al criterio de la ahora recurrente, respecto de la que uno de sus integrantes formuló voto particular.
Baste precisar al respecto que el mismo tribunal ha modificado posteriormente el criterio mantenido en dicha resolución. Concretamente, en el Auto de 22 de septiembre de 2010 (Rollo núm. 217/2010, Auto núm. 148/2010) se aparta de su postura anterior y, razonándolo, mantiene la opinión que en aquélla ocasión se había sustentado en el voto particular discrepante. Concluye, en definitiva, que " cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales ".
Esta es también la opinión contenida en el Auto dictado el día 7 de diciembre de 2010 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla y León, al resolver una cuestión de competencia entre un Juzgado de lo Mercantil y uno de Primera Instancia.
Por lo tanto, el Juez del concurso carece de competencia cuando se trate de la ejecución de garantías reales de bienes que, aun perteneciendo al concursado, no están afectos a su actividad profesional o empresarial.”: AAP Castellón (Sección 3) 09.05.2012 (Auto 86/2012; Rollo 685/2011)

“PRIMERO.-La entidad Bankia S.A. presentó demanda de ejecución hipotecaria contra la mercantil Rafael Hervás S.A., haciéndolo en primer lugar ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón, al estar declarada la demandada en concurso de acreedores.
Dicho Juzgado en Auto de fecha 9 de enero de 2012 acordó declarar su incompetencia objetiva para conocer de la demanda.
Presentada de nuevo la demanda ante el Juzgado de 1ª Instancia de Segorbe, se dio traslado por su titular al Ministerio Fiscal y a la parte demandante para que informaran sobre la competencia objetiva del mencionado juzgado, dictando a continuación Auto en el que declaraba la falta de competencia objetiva de ese Juzgado y promovía conflicto negativo de competencia, remitiendo los antecedentes a esta Audiencia Provincial para su resolución.
SEGUNDO.-Se ha planteado por tanto una cuestión negativa de competencia, que conforme establece el 51 de la LOPJ, debe ser resuelta por el órgano inmediato superior común, en este caso esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial.
Como señala el Auto dictado por el Juzgado de Segorbe la controversia aquí suscitada ya ha sido tratada con anterioridad en varias resoluciones de esta Sala entre las que podemos citar, nuestro Auto núm. 64, de fecha 30 de mayo de 2011 o el núm. 68, de fecha 3 de junio de 2011, donde nos referíamos a que " Aun partiendo de la regla general del art. 8.4 de la Ley Concursal que atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado, ha de tenerse en cuenta que el art. 55.1 LC excepciona de la prohibición de seguir ejecuciones contra el patrimonio del deudor "los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso", lo que da a entender que la competencia corresponde a la correspondiente Administración o tribunal de lo Social. Asimismo, se dota de singular relevancia al hecho de que los bienes sobre los que se haya constituido la garantía real estén afectos a la actividad del deudor concursado, pues de ello depende que no pueda instarse la ejecución hasta la aprobación del convenio o el transcurso de un año desde la declaración del concurso, así como la suspensión de las ejecuciones iniciadas.
Compartimos el criterio del juez de primer grado acerca de que lo dispuesto en el precepto acabado de citar, en relación con el contenido del art. 57 LC al regular el inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales y disponer en su apartado 1 que "El ejercicio de acciones que se inicie o reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste" y partir de esta premisa competencial al regular en los siguientes apartados 2. y 3 la prohibición de suspensión de las actuaciones de ejecución y la reanudación de las antes suspendidas.
El sentido de esta distinción entre ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado y los que no merezcan tal consideración no debe ser otro que el de atribuir al Juez del concurso la competencia para conocer de las ejecuciones sobre los bienes afectos y excluirla cuando no concurra dicha afección.
Cita la recurrente en apoyo de su postura en contra el Auto de 28 de junio de 2007, dictado por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.
Baste precisar al respecto que el mismo tribunal ha modificado posteriormente su criterio mantenido en dicha resolución. Concretamente, en el Auto de 22 de septiembre de 2010 (Rollo núm. 217/2010, Auto núm. 148/2010) se aparta de su postura anterior y, razonándolo, mantiene la opinión que en aquélla ocasión se había sustentado en un voto particular discrepante. Concluye, en definitiva, que "cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales".

Esta es también la opinión contenida en el Auto dictado el día 7 de diciembre de 2010 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla y León, al resolver una cuestión de competencia entre dos órganos judiciales.
Por lo tanto, el Juez del concurso carece de competencia cuando se trate de la ejecución de garantías reales de bienes que, aun perteneciendo al concursado, no están afectos a su actividad profesional o empresarial."
Cuestión distinta es la de decidir en el presente caso si el bien sobre el que se constituyó la garantía real está afecto a la actividad empresarial o industrial de la concursada Rafael Hervás S.L.
No le falta razón al Juez de Segorbe en la critica que hace al Auto del Juzgado de lo Mercantil, donde se sigue el concurso de acreedores de la mencionada sociedad, porque en el mismo no se hace una argumentación más concreta de las circunstancias que concurren en este caso, aportando los datos necesarios a fin de determinar si el bien hipotecado está o no afecto a la actividad empresarial o industrial de la concursada.
No obstante podemos deducir que este es su criterio cuando cita el contenido del voto particular del presidente de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Auto de fecha 28 de junio de 2007 a que antes hemos hechos mención, donde lo que se estaba decidiendo era la competencia para conocer de la ejecución de garantías reales constituidas sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado.
Por otra parte la entidad demandante en el escrito presentado ante el Juzgado de Segorbe mantuvo que era competente ese Juzgado, al haber manifestado el Juzgado de lo mercantil su falta de competencia objetiva porque el bien objeto de ejecución no es un bien afecto a la actividad de la concursada.
Pero es que además dicho bien es una parcela de terreno en el término de Segorbe, que se encuentra dentro de una actuación industrial, y de acuerdo a la certificación catastral aportada con la escritura de hipoteca, se trata de un suelo sin edificar, por lo que dicha parcela difícilmente puede estar afecta a la actividad de la mercantil concursada.
Procede por ello y en consecuencia declarar competente al Juzgado de primera instancia de Segorbe para conocer del presente procedimiento.": AAP Castellón (Sección 3) 25.06.2012 (Auto 121/2012; Rollo 35/2012)

"PRIMERO.-NCG Banco SA interpone recurso de apelación contra el Auto del Juez de lo Mercantil que se declaró objetivamente incompetente para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria interpuesta por dicha entidad contra Jotesa SL, en situación de concurso.
El juez de instancia se considera incompetente para el conocimiento del proceso de ejecución hipotecaria con base normativa en lo dispuesto en los artículos 8.3, 55.1, 56 y 57 de la Ley Concursal, básicamente por entender que el bien objeto de la garantía real no se encuentra afecto a la actividad profesional de la concursada.
Como ya se ha dicho, pretende la parte apelante que en esta alzada acordemos la tramitación de la ejecución hipotecaria en el juzgado de procedencia y que se dicte el correspondiente despacho de ejecución de la finca objeto de la garantía en los términos solicitados.
SEGUNDO.-Sostiene el banco recurrente tanto que se trata de un bien afecto a dicha actividad empresarial, pues es una finca perteneciente a una empresa cuyo objeto es la promoción inmobiliaria, como que procede dar curso a la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el art. 56.1 LC, que dispone que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Recordemos también que el apartado 5 del mismo artículo dice que corresponde al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
El otro argumento del recurrente se basa en que cuando el día 2 de diciembre de 2011 presentó la demanda de ejecución había transcurrido más de un año desde la declaración de concurso que tuvo lugar el día 22 de abril de 2010 (folio 254, BOE del 26/05/2010) sin que se hubiera aprobado el convenio, ni abierto la fase de liquidación que, según dice en su escrito de recurso, se abrió por auto de 19 de julio de 2012. Siendo la primera cuestión a resolver la que se refiera a la naturaleza del bien objeto de la garantía, esto es, si el mismo se encuentra afecto a la actividad empresarial del deudor, a ello nos referimos a continuación.
Ha de tenerse en cuenta lo siguiente:
a) El deudor concursado es una mercantil, Jotesa SL, cuyo objeto es la promoción inmobiliaria, según se desprende del contenido de los escritos de la recurrente y, sobre todo, del informe de la administración concursal (folios 255 y ss).
b) La finca hipotecada, descrita en el escrito inicial de conformidad con el contenido del título es una vivienda de las integrantes de un edificio terminado, con plaza de garaje y trastero anexos. Gravada inicialmente junto con otras, según se dice en la demanda, han sido todas transmitidas, menos la que es objeto de la petición de ejecución.
c) Si bien no se dice en el informe de la administración concursal, elaborado en el mes de junio de 2010, que la empresa se encontrase a la sazón inactiva (ya se ha dicho que la propia apelante indica que se ha abierto la fase de liquidación), se desprende de su contenido que se planea la venta de las viviendas terminadas, sin que se insinúe que la mercantil desarrolle alguna actividad de promoción o construcción de viviendas.
Partiendo de lo dicho, considera este tribunal que la vivienda sobre la que se constituyó la garantía real cuya ejecución se pretende por el Juez del concurso que se ha declarado incompetente por serlo el de Primera Instancia en su caso no es un bien afecto a la actividad empresarial de Jotesa SL, por cuanto no consta que la concursada desarrolle actividad de construcción o promoción y se trata de una vivienda terminada y pendiente únicamente de venta (en este sentido, AAP Barcelona, secc 15, de 26 de julio de 2012, entre otros).
En consecuencia con lo dicho, no encontrándose el bien objeto de la garantía afecto a la actividad empresarial de la concursada, no es el Juez del concurso el competente para conocer de la ejecución real solicitada.": AAP Castellón (Sección 3) 30.06.2014 (Auto 139/2014; Rollo 247/2014)

AP Ciudad Real

“PRIMERO Frente al Auto que declara la falta de competencia, se alza el ejecutante, CajaSur, que con apoyo en losarts. 56 y 57 LC, entiende que debe el Juzgado de Primera Instancia dirigirse al de lo Mercantil para que éste se pronuncie sobre si el bien hipotecado está afecto a la actividad empresarial de la concursada, con revocación del Auto apelado.
Pretensión a la que se opone Aguirre Mantenimiento, S.L., que sostiene, en resumen, la prevalencia delart. 8, por lo que interesa la confirmación de aquella resolución.
SEGUNDO Con independencia de la forma en que se articula, básica y esencialmente lo que en realidad propone el apelante, y con sede en elart. 56.1 LC, es que laLey concursal, sin perjuiciode la "vis atractiva concursus" que implica el art. 8 LC (igual que elart. 86 LOPJ modificado por LO 8/2003, de 9 de Julio), previene ciertas excepciones, una de ellas la contemplada en el citadoarticulo 56; de forma que, y con dichoprecepto puesto en relación con el número 1 delart. 57, será competente el Juzgado de lo Mercantil para las ejecuciones de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de titularidad del concursado - el ejercicio de dichas acciones se someterá a la jurisdicción del juez que tramite el concurso, con elart. 57.1 -, pero no en otro caso, esto es, cuando se trate de ejecuciones de bienes no sujetos a esa afección.
Admite esta Sala dicha distinción, y lo hace con apoyo en la expresa previsión legal, pues efectivamente elart. 56 L 22/2003, hace referencia expresa y explícita a las ejecuciones de bienes afectos a la actividad empresarial del concursado, no a otras, ejecuciones esas las que, iniciadas o reanudadas - una vez aprobado el convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho, o, transcurrido un año desde la declaración de concurso sin apertura de liquidación -, durante la tramitación del concurso, se someterán a la jurisdicción del juez de éste, "quien a instancia de parte, decidirá sobre su procedencia", como previene elart. 57, precepto que explícitamente se remite alart. 56, donde, como se dijo, expresamente se hace la distinción, por lo que se hace innecesario por inútil abundar más en ella éste último artículo.
Entiende entonces la Sala que losarts. 56 y 57 LC, como elart. 55 en materia de apremios administrativos o tributarios - precepto éste que ha dado lugar a distintas resoluciones del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, como lasentencia de 22 de Diciembre de 2006 (RJ 2007, 8690), con la solución que aquí propone el apelante -, son la excepción al principio de universalidad del procedimiento concursal, que determina la unidad del órgano judicial competente y la universalidad de su jurisdicción (art. 86.ter.1 LOPJ).
Enlazando con esto último, y, precisamente porque la ejecución tiene contenido patrimonial (art. 8.3º), su incidencia en el concurso y masa activa, deberá resolverla el Juez de lo Mercantil, pues así se previene en esa mismaLey especial, arts. 56 y 57, que viene de esta forma a modular el contenido del primeramente citado, con la fórmula flexible que se disciplina en los segundos.
Ello significa, en definitiva y terminando, que, como excepción al principio de universalidad del concurso, la ley especial contempla la posibilidad de ejecución separada de las garantías reales, siendo el juez del concurso el competente para pronunciarse sobre si el bien objeto de la ejecución hipotecaria es afecto o necesario para la continuidad de la actividad empresarial del deudor: Y una vez resuelva sobre ello el Juez de lo Mercantil, será competente el Juez de la ejecución hipotecaria para decidir sobre si procede suspender el proceso de ejecución hipotecaria. Solución mantenida por la APMadrid en resolución de 20 de Septiembre de 2007 (JUR 2009, 22872), en el voto particular formulado a la resolución de laSala de 28 de Junio de 2007 (AC 2007, 1581) de APBarcelona, Secc. 15ª, y, en lasentencia de 22 de Diciembre de 2006 (RJ 2007, 8690), dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.”: AAP Ciudad Real (Sección 2) 29.04.2009 (AC 2009/1827; Auto 38/2009; Rollo 113/2009)

“PRIMERO El banco apelante presentó demanda de procedimiento especial de ejecución sobre bienes hipotecados el día dieciocho de julio de dos mil ocho, que por turno de reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de esta Ciudad. Por auto de fecha uno de septiembre de dos mil ocho, se admitió a trámite la demanda, despachándose ejecución y acordando requerir de pago a la ejecutada.
Por auto de fecha veintisiete de noviembre dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de esta ciudad y de lo mercantil, se declaró en concurso voluntario a la mercantil ejecutada.
Por proveído de doce de diciembre de dos mil ocho, se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, a fin de que realizasen alegaciones sobre la falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia, presentando el banco apelante escrito con fecha treinta de diciembre de dos mil ocho oponiéndose a la aducida falta de competencia.
Por Auto de fecha dieciséis de enero de dos mil nueve, el Juzgado de Primera Instancia se declara incompetente para conocer dicha demanda, con base en la competencia exclusiva y excluyente que establece elArt. 8 de la ley concursal en relación con lo dispuesto en elArt. 56 del mismo texto legal.
Recurre dicho Auto el banco demandante por entender que infringe lo dispuesto en losArts. 56 y 57 de la Ley Concursal, defendiendo que las ejecuciones de garantía reales pendientes a la fecha de declaración del concurso en las que no se haya anunciado la subasta, se suspenderán únicamente en el supuesto en que los bienes sobre los que recae la garantía estén afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad. Invoca la posición mayoritaria de las audiencias provinciales en cuanto a que la competencia objetiva para determinar si el bien está o no afecto a la actividad profesional o empresarial es del Juez del concurso, por lo que entiende, a los efectos de suspensión o no del procedimiento ya iniciado. Por lo que concluye la competencia del Juzgado de Primera Instancia e incide en la excepción al principio de universalidad del concurso.
SEGUNDO La cuestión que se plantea no es pacífica en las resoluciones de las Audiencias Provinciales, si bien pudiéramos afirmar que la posición que defiende la apelante constituye de algún modo el parecer más mayoritario.

Ante la presente cuestión, existen dos posiciones.
La primera de ella defiende la tesis que ha mantenido el Juzgado, con competencia objetiva para conocer incluso la ejecución separada del Juez del Concurso, aun cuando no medie consideración ni declaración de que el bien está afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado. En este sentido se pronuncia el Auto de la secc. Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha veintiocho de junio de dos mil siete, y en la que partiendo de argumentos similares a los que defiende el Auto impugnado, se señala textualmente : "Tratándose de una discusión sobre la competencia del Juez del concurso, obligado es acudir primero alartículo 8 de la Ley Concursal, que confirma casi literalmente lo que ya establece elartículo 86 ter de la LOPJ y según el cual "la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere eltítulo I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el Art. 17.1 de esta Ley (...)
3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cuestión nuclear, no obstante lo anterior, es que, en la tesis del Sr. Magistrado, esta regla general está modulada por lo que disponen losartículos 55 y 56 de la misma Ley Concursal, que posteriormente excluyen cierto tipo de acciones, que tienen también un contenido patrimonial pero que recaen sobre bienes no necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en el caso de los apremios administrativos y ejecuciones laborales anteriores a la declaración que continúan su tramitación, o no afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, en el caso de las garantías reales. Concretamente para estas garantías, elartículo 56 prevé su suspensión tras la declaración del concurso, si la acción ejecutiva estuviera ya en marcha, o la prohibición de iniciarla en caso contrario, durante los plazos que el precepto marca. Ligando esta norma con elartículo 57, este precepto, según la resolución combatida, sólo vendría referido a las acciones de ejecución de garantías reales que recaigan sobre bienes afectos; si no es el caso, el Juez del concurso carece de competencia.
TERCERO Pero no compartimos esta idea. Elartículo 57 tiene como objeto, según su propio encabezamiento, el "inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales", no estableciendo para ello ninguna diferenciación según los bienes sobre los que recaen y su afección o no a la actividad del deudor. La letra del artículo lo confirma:
"1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda."
Elartículo anterior mencionado (el 56), en efecto, regula el inicio o la reanudación de las acciones paralizadas por recaer sobre bienes afectos; sin embargo, existen varias razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir del conocimiento del Juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa. Por una parte, el mismo precepto, en su último párrafo, expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, por lo que, con arreglo alartículo 57 ("El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior..."), ese supuesto no se vería excluido en tal caso de la competencia del Juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al Juzgado de 1ª Instancia; y aunque elartículo 56 gravite, sin duda, sobre las garantías sobre bienes afectos, el que elartículo 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del concurso. Es en el concurso donde el crédito garantizado (en nuestro caso, una línea de crédito) se está haciendo valer (Art. 61.1 LC), continuando el devengo de intereses moratorios y no subordinados (arts. 59.1 y 92.3º LC, hasta donde alcance la garantía), pudiendo ser rehabilitado, si concurren los requisitos temporales, por la administración concursal en los términos delartículo 68. Es por eso que elartículo 57 atribuye la competencia al Juez del concurso para las acciones ejercitadas estrictamente durante su tramitación.
Por otra parte, resulta llamativo que el Juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes. "
La segunda posición limita la competencia del Juez del Concurso a la declaración de que el bien está o no afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado, procediendo en caso positivo que el Juez de Instancia resuelva sobre la procedencia de la suspensión de la ejecución y en supuestos negativos la continuación del trámite con competencia objetiva del Juez de Primera Instancia. Este parecer lo expresa el voto particular realizado al auto de la secc. Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuyo tenor literal es el siguiente: "corresponde al Juzgado que tramita el concurso determinar en cada caso si los bienes del deudor concursado están afectos o no a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues es quien está en mejores condiciones de conocer y juzgar sobre esta circunstancia. En un supuesto similar, con ocasión de un conflicto de jurisdicción entre la Hacienda Pública y un Juzgado de lo Mercantil sobre una ejecución administrativa en la que se había dictado la providencia de apremio antes de la declaración de concurso,

versando el conflicto sobre la competencia para decidir si los bienes sobre los que versaba la ejecución eran o no "necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, en suSentencia de 22 de diciembre de 2006, ha atribuido esta competencia al Juez del concurso, a quien deberá dirigirse la instancia administrativa que, como consecuencia de lo previsto en elArt. 55.2 LC, conozca de una ejecución separada, para preguntar si el bien sobre el que se dirige dicha ejecución es o no necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Esta doctrina puede aplicarse analógicamente al presente caso en el que lo que debe decidirse es si un determinado bien gravado con una garantía real puede considerarse afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor, a los efectos previstos en elArt. 56 LC.

A mi juicio, y esto entronca con lo que constituye el núcleo de mi disidencia, una vez establecida la regla general que atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer (...) 3º de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursal, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado (ar. 8 LC), la misma Ley concursal establece sus excepciones.

La primera de ellas, la que se contiene en elpárrafo segundo del Art. 55.1 LC, cuando después de proclamar, también con carácter general, que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", excepciona los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso...", y sin perjuicio de la salvedad prevista a continuación de que "los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". De ello se deduce que, lógicamente, la competencia para seguir conociendo de estos procedimientos de ejecución sujetos a la excepción mencionada será del tribunal de los social o de la autoridad administrativa que hasta ese momento conociera de la ejecución, sin que se vean afectado por la atribución de competencia a favor del juez del concurso prevista en elArt. 8.3º LC.

Y otra excepción se contiene en los dos preceptos siguientes, en losarts. 56 y 57 LC, cuando regula como se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso. ElArt. 56 LC distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación"), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado.

Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, elArt. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales") debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere elArt. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al Juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a "las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al Juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así elapartado segundo del Art. 57 LC expresamente dispone que "iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial delArt. 90 LC sujeta a las reglas previstas en elArt. 155 LC.

Resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. ElArt. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2 LC).

La previsión delArt. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa delArt. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.

Con la solución alcanzada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de que en caso de ejecución separada, el órgano jurisdiccional o la instancia administrativa que conozca de la ejecución se dirija al concurso para preguntar si los bienes afectados por dicha ejecución, en un caso son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (Art. 55.1 LC) o, en otro, si están afectos a dicha actividad empresarial o profesional del deudor (Art. 56.1 LC), no existe ningún inconveniente práctico para que puedan coexistir excepcionalmente esas ejecuciones separadas que, como en el presente caso, afectarían también a las garantías reales sobre bienes no afectos. ". En igual sentido, sobre la excepción al principio de universalidad y la competencia del Juez de lo mercantil a fin de pronunciarse sobre si el bien está o no afecto a la actividad profesional o empresarial,Auto de la secc. 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de once de octubre de dos mil siete, de veinte de septiembre de dos mil siete, entre otros."
Atendiendo a los razonamientos expuestos esta Audiencia se posiciona conforme a esta segunda línea, entendiendo que media competencia del Juzgado de Primera Instancia para la ejecución separada de las ejecuciones hipotecarias en trámites sobre bienes no afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado, siendo este régimen legal una excepción al principio de universalidad del concurso El régimen jurídico de las ejecuciones y apremios establecido en la Ley Concursal determina la imposibilidad del inicio de nuevas ejecuciones o apremios contra el patrimonio del deudor una vez declarado el concurso y la suspensión de las ejecuciones y apremios pendientes (arts. 55 y 56). Ahora bien, esta regla su excepción las garantías reales sobre bienes del concursado que no estén afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva. En cambio, si el bien está afecto a la actividad empresarial o profesional del deudor o a una unidad productiva, la ejecución de la garantía está sujeta a determinadas limitaciones previstas en elartículo 56 de la Ley.. Cuestión diferente es que la competencia para pronunciarse sobre si dicho bien en concreto está o no afecto a dicha actividad corresponde al Juzgado de lo Mercantil y en tal consecuencia, tras dicha resolución, el Órgano de Instancia habrá de decidir lo conveniente sobre la procedencia o no de la suspensión del trámite.
En este sentido procede estimar el recurso y revocar el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, no habiendo lugar a la declaración de incompetencia y sin perjuicio de que tras el necesario pronunciamiento sobre la afección del bien por el Juzgado de lo Mercantil, se pronuncie expresamente sobre la suspensión o no del procedimiento.”: AAP Ciudad Real 26.06.2009 (JUR 2009/419027; Auto 77/2009; Rollo 88/2009)

AP Granada (Sección 3)

“SEGUNDO.- (...) Al margen de ello, en rechazo del recurso se acumulan toda clase de razones. El art. 8.3 de la L.C. ciertamente atribuye al Juez del concurso el conocimiento de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que lo hubiere ordenado.". Sin embargo, este régimen general contempla excepciones en el tratamiento a los bienes sujetos a ejecución de garantías reales, cual es la hipoteca, que se establece en los arts. 56 y 57 de la propia ley. Así, este último precepto atribuye al Juez del concurso únicamente el conocimiento de las acciones y ejecuciones a las que alude el art. 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse y tramitarse ante los Juzgados de Primera Instancia.
La distinción en el tratamiento entre ejecución concursal y extraconcursal de bienes de la masa activa con garantía real, si es que se le ha dado esa naturaleza a la finca hipotecada dentro del concurso -lo que no consta-, se supedita, en todo caso, al carácter afecto de la misma y a la producción, o lo que es igual, a que sea necesaria para la continuación de la actividad, pero limitada a la paralización temporal, por un año a partir de la declaración del concurso. Así las cosas, los bienes no afectos quedan, en todo caso, extramuros del proceso concursal y la posibilidad de su ejecución, separada ante el órgano de 1ª Instancia, constituye el criterio procesal dominante de los Juzgados y Audiencias, como también el que atribuye en exclusiva al Juez del concurso la competencia para valorar o dictaminar sobre la naturaleza como bien afecto a la actividad empresarial y profesional del bien, por ser este pronunciamiento, sobre el que nada puede decidir el Juzgado de 1ª Instancia, de competencia ordinaria pero a quien, a su vez, le corresponde, a falta de esa declaración del bien afecto, el decidir sobre la procedencia de la suspensión o la continuación del proceso de ejecución, que fue lo acordado en el auto apelado.
El art. 56 de la LEC viene, pues, a reconocer un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo para el caso de que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén, en atención a esas circunstancias, una serie de condicionantes como son las relativas a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para mejor transmisión de la empresa o de la unidad productiva, lo que precisará, en cualquier caso, el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2 LC).
A su vez, el que el art. 57 otorgue al Juez del concurso la competencia sobre el inicio o la reanudación de estas ejecuciones de garantías reales que, por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, quedaron paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, sólo toma sentido porque el artículo anterior reconoce el derecho de ejecución separada o al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, y así lo señala la Doctrina de los autores de los Tribunales, si procediera, en todo caso, la acumulación al concurso, resultaría inútil esa mención expresa del art. 57.1 L.C. respecto al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.
La propia Exposición de Motivos de la L. Concursal ya explicaba esta regulación diferenciada resaltándola como "Una de las novedades más importantes de la Ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real

sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso... Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia" y al comentar la extensión del régimen a otras garantías (acciones de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo y a los cedidos en arrendamientos financieros, siempre que los correspondientes contratos o documentos estén inscritos en los respectivos registros, así como a las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago de precio aplazado) añade que "Se ha procurado así permitir planteamientos realistas, que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso.". ": AAP Granada (Sección 3) 24.06.2011 (Auto 78/2011; Rollo 259/2011)

“PRIMERO.- La Sociedad recurrente, en queja, deudora hipotecaria en el proceso de ejecución 171/08,vuelve a interponer esta clase de recurso ahora, contra la inadmisión a trámite de la apelación pretendida contra el auto dictado el 29 de septiembre de 2011 que vino a confirmar en revisión el Decreto dictado por el juzgado el 11 de febrero de ese mismo año, que al parecer, porque no se aporta, rechazó el incidente de nulidad de actuaciones planteado por incompetencia objetiva del juzgado de instancia al entender que una vez declarado el concurso de acreedores de la sociedad, cuya fecha no consta, pero posterior al inicio de la demanda, correspondía su tramitación al juzgado de lo mercantil.
Contra aquel Decreto dictado hace 17 meses y contra el Auto que se confirmaba que se remonta a 10 meses, se interpone la queja discrepante con el veto que entraña la inclusión de la apelación.
El recurso no puede prosperar y en su rechazo se acumulan toda clase de razones procesales.
La primera, al estarse ante un recuso extemporáneamente interpuesto pues el auto que se pretende recurrir, por no admitir la apelación, se dictó el 26-enero 2012 y desde el 31 de octubre anterior, el plazo para interponer la queja era de 10 dias y ante este Audiencia Provincial conforme al art. 495 de la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre de medidas de agilización procesal cuyos plazos por ser de orden público están sustraídos de la disponibilidad de las partes, la recurrente no lo hizo así e interpuso previo a la queja un recurso ya inexistente de reposición que se desestimó el 3 de mayo, y por entonces ya estaba precluida la queja.
Pero es más, idéntica cuestión sustantiva y procesal que pretende acceder a la apelación, se planteó por el deber de esta Audiencia de conocer sus propias resoluciones, en el rollo de queja 633/10 seguido ante la Sección 5ª de este Tribunal Provincial y fue rechazado por Auto de 2 de Diciembre de 2010 que declaraba firme el Auto dictado el 7-Enero 2010 con igual pretensión de combatir la competencia objetiva, por lo que no le es dado a la parte, a pretexto de tratarse de una cuestión de orden público apreciable en cualquier momento procesal resucitar un incidente que ya quedó zanjado y firme.
Finalmente, y por agotar la respuesta, esta Sección Tercera ya se pronunció en nuestro Auto de 24junio de 2011 sobre la competencia del Juzgado de lª Instancia y el juzgado de lo mercantil de los procesos de ejecución hipotecaria. Decíamos en aquella resolución que, si bien el art. 8.3 de la L.C. atribuye al Juez del concurso el conocimiento de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que lo hubiere ordenado.", este régimen general contempla excepciones en el tratamiento a los bienes sujetos a ejecución de garantías reales, cual es la hipoteca, que se establece en los arts. 56 y 57 de la propia ley. Así, este último precepto atribuye al Juez del concurso únicamente el conocimiento de las acciones y ejecuciones a las que alude el art. 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse y tramitarse ante los Juzgados de Primera Instancia.
La distinción en el tratamiento entre ejecución concursal y extraconcursal de bienes de la masa activa con garantía real, si es que se le ha dado esa naturaleza a la finca hipotecada dentro del concurso -lo que no consta-, se supedita, en todo caso, al carácter afecto de la misma y a la producción, o lo que es igual, a que sea necesaria para la continuación de la actividad, pero limitada a la paralización temporal, por un año a partir de la declaración del concurso. Así las cosas, los bienes no afectos quedan, en todo caso, extramuros del proceso concursal y la posibilidad de su ejecución, separada ante el órgano de 1ª Instancia, constituye el criterio procesal dominante de los Juzgados y Audiencias, como también el que atribuye en exclusiva al Juez del concurso la competencia para valorar o dictaminar sobre la naturaleza como bien afecto a la actividad empresarial y profesional del bien, por ser este pronunciamiento, sobre el que nada puede decidir el Juzgado de 1ª Instancia, de competencia ordinaria pero a quien, a su vez, le corresponde, a falta de esa declaración del bien afecto, el decidir sobre la procedencia de la suspensión o la continuación del proceso de ejecución, que fue lo acordado en el auto apelado.
El art. 56 de la LEC viene, pues, a reconocer un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo para el caso de que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén, en atención a esas circunstancias, una serie de condicionantes como son las relativas a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para mejor transmisión de la empresa o de la unidad

productiva. Pero ese requisito de afección con opción a paralizar la realización del bien hipotecado, quedaba supeditado, a la fecha en que se planteó por primera vez el incidente, al requisito temporal del que no se hubiera publicado aún la convocatoria de la subasta, y en el caso de autos, de los antecedentes que ha tenido que consultar el Tribunal tanto en el rollo de queja antes citado como en el 429/11 que se interpuso en su día ante la Sección 4ª y que fue resuelto por Auto de 28-julio 2011, lo que se desprende es que el incidente de falta de competencia objetiva o la supuesta declaración de afección del bien, o la propia declaración de concurso cuya fecha no consta, se planteó por la ahora recurrente el mismo día de la subasta (24-octubre 2008) por lo que ya era inviable la suspensión de un proceso que además, hace tiempo que está ya concluido, adjudicado el bien hipotecado y, suponemos que entregado a su adjudicatario.
Todo eso la parte concursada, que no la administración concursal, pretende anularlo a través de una apelación que formalmente estuvo bien denegada y así procede reiterarlo desde las tres distintas razones que se dejan expuestas, extemporaneidad de la queja, firmeza previa del auto de inadmisión contra la apelación intentada en su día por igual razón e inviabilidad procesal y sustantiva del recurso.": AAP Granada (Sección 3) 10.07.2012 (Auto 109/2012; Rollo 434/2012)

AP Madrid (Sección 8)

"PRIMERO.- El presente recurso de apelación trae causa del procedimiento de ejecución de título no judicial (préstamo con garantía hipotecaria) iniciado en virtud de demanda presentada por CAJA GENERAL DE AHORROS DE CANARIAS frente a D. Lucas y Dª Pilar y tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Majadahonda, con el nº 1.154/10. Por el Juzgado mencionado, previa audiencia de la actora y del Ministerio Fiscal, dictó, con fecha 13 de abril de 2011, auto en el que declaró su falta de competencia objetiva para conocer de la demanda instada, entendiendo que la competencia correspondía a los Juzgados de lo Mercantil, concretamente acordó la inhibición de los autos a favor del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, que estaba conociendo del concurso del demandado D. Lucas, bajo el nº 960/09.
El mencionado auto es el recurrido en apelación por la representación de la ejecutante.
SEGUNDO.- Discrepa la recurrente de lo resuelto en la instancia; entiende que el Juzgado de Primera Instancia es competente para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria instada. Dice que previamente a entablarla se dirigió al Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, que estaba conociendo del concurso de acreedores entablado por la codemandada Dª Pilar -autos 113/09-, quien dictó providencia en la que dejaba constancia de que el inmueble objeto de ejecución no era un bien afecto ni a la actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva de Dª Pilar y auto en el que declaraba su incompetencia objetiva para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria. Invoca también lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal y señala que, el presente supuesto, no tiene cabida dentro de los previstos como competencia de los Juzgados especializados en materia mercantil, a los que se refiere el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
El recurso debe prosperar. Si bien es cierto que el artículo 8 de la Ley Concursal citado en la resolución combatida, establece que "La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en...3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado" y también que el artículo 55.1 del mencionado texto legal establece: "Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", lo cierto es que según el apartado cuarto de este último precepto "se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real".
Aparte de lo anterior dispone el artículo 56 de la Ley Concursal, "1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Tampoco podrán ejercitarse durante este tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
2.- Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en este apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración del concurso ya estuvieran publicados los anuncios de la subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".
El artículo 56 trascrito, distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dichagarantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe unconvenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración delconcurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación") y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado. A sensu contrario, y como dice el auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 17 de mayo de 2010, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas.

La normativa concursal, siguiendo al auto citado, admite la posibilidad de ejecución separada de las garantías reales, posibilidad que, precisamente por implicar una excepción al principio de universalidad del concurso, es matizada por el artículo 56 de la Ley Concursal, a fin de que la misma no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva, facilitando la suspensión o paralización para evitar que desaparezcan de la masa activa bienes imprescindibles para la actividad empresarial o profesional del concurso, con la clara finalidad de que la estructura productiva del concursado pueda seguir funcionando. Y dado que es el Juez de lo Mercantil ante el que se tramita el procedimiento concursal, el único que tiene una visión de conjunto sobre la situación patrimonial del concursado, debe ser dicho órgano el único competente para decidir que bienes integrantes del patrimonio del deudor concursado, son o no necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor o si están afectos a dicha actividad. En el presente caso, el Juez que conoce del concurso de Dª Pilar ha considerado que el bien cuya ejecución se insta en el presente procedimiento no está afecto ni a la actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva desempeñada por la concursada, por lo que la competencia no corresponde al Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso sino al Juzgado de Primera Instancia. Tampoco puede decirse que corresponda al Juzgado que conoce del concurso de D. Lucas, cuando el bien que es objeto de ejecución ni siquiera es de su propiedad, ya que según consta en la escritura de préstamo on garantía hipotecaria se adquirió por su esposa, la Sra. Pilar, y el matrimonio se rige por el régimen de separación de bienes.”: AAP Madrid (Sección 8) 22.12.2011 (Auto 279/2011; Rollo 709/2011)

AP Madrid (Sección 28) 2012 -

“SEGUNDO.- La apelante comienza argumentando que, desde su punto de vista, la cuestión relativa a si los bienes hipotecados se encuentran o no afectos a la actividad empresarial de la demandada es completamente irrelevante desde el momento en que cualquier ejecución hipotecaria sobre bienes integrados en el patrimonio del concursado corresponde al conocimiento del juez del concurso de conformidad con el principio general del Art. 8-3 de la Ley Concursal que atribuye a dicho juez competencia exclusiva y excluyente para conocer de ".Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.". En realidad la solución a dicho problema interpretativo, ciertamente enjundioso y opinable, pasa por determinar si las normas especiales que en el Ley Concursal disciplinan la ejecución hipotecaria dan pie o no para sostener esa restricción competencial circunscrita a los bienes afectos que se sostiene en el auto apelado, porque si la respuesta a dicho interrogante fuera afirmativa, entonces no habría base para sostener la existencia de contradicción alguna entre dichas normas y el Art. 8-3: se trataría simple y llanamente de una articulación sistemática, común por lo demás en técnica legislativa, que obedecería al binomio regla/excepción, como así sucede, vgr., con las ejecuciones laborales con embargo ya decretado sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, ejecuciones que el Art. 55-1 declara susceptibles de continuación, siendo generalmente admitido que esa continuación corresponde al órgano del orden jurisdiccional social que la hubiera iniciado, o como acontece también con los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio en la fecha de declaración del concurso, procedimientos de los que tampoco resulta dudoso que ha de continuar conociendo el órgano administrativo apremiante.
Pues bien, sin desconocer el carácter justificadamente controvertido de la cuestión, este tribunal participa del punto de vista expresado por la Sección 15ª (especializada en materia mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto de 22 de septiembre de 2010, resolución que, tras un estudio de carácter sistemático de los Arts. 56 y 57 anteriormente transcritos, concluye que la competencia del juez del concurso debe verse circunscrita a la ejecución hipotecaria sobre bienes afectos, lo que razona del siguiente modo:
".Resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional
o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El art. 56LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2LC).
La previsión del art. 57.1LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que, por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del art. 57.1LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.".”: AAP Madrid (Sección 28) 12.03.2012 (Auto 42/2012; Rollo 705/2011)

“PRIMERO.- La entidad bancaria apelante, BBVA, considera que el competente para conocer de la ejecución hipotecaria que le interesa llevar adelante sobre una participación indivisa de una finca rústica de Madrid debería serlo el juez que conoce del concurso de la hipotecante, FERRIS HILL SL.

El juez rechazó el asunto al considerar que carecía de competencia para hacerse cargo de una ejecución hipotecaria contra un bien que no estuviera afecto a la actividad empresarial o profesional de la concursada.
El banco ha apelado tal resolución judicial alegando que no le incumbía acreditar en su demanda que el bien estuviese afecto a la actividad de la concursada ni que fuese una unidad productiva de su titularidad. A ello añadió que, en cualquier caso, consideraba que se trataba de un bien afecto, ya que es uno de los que se pretende utilizar para obtener tesorería con la que pagar a los acreedores, señalando además que ya existiría un convenio que habría sido votado favorablemente en el seno del concurso de FERRIS HILL SL. Suplica por ello que sea el juez del concurso el que deba conocer, en pieza separada, de la ejecución hipotecaria.
Dejamos constancia de que, aunque esta resolución la dictamos en sede de apelación contra una resolución del juzgado de lo mercantil, esta sección 28ª de la AP de Madrid es la que tiene asignado por reparto (norma quinta de las de esta Audiencia Provincial de Madrid) el dirimir cualquier cuestión de competencia que, en el ámbito de Madrid y entre órganos del orden civil, afectase a un Juzgado de lo Mercantil.
SEGUNDO.- Uno de los principios del proceso concursal regulado en la Ley Concursal (LC) es el de la universalidad del concurso, tanto en cuanto a la masa activa, es decir, que la declaración de concurso produce una afectación de todos los bienes y derechos de contenido patrimonial de deudor, tanto los presentes como los futuros, que constituyen la masa activa del concurso (artículo 76.1 de la Ley Concursal), como a la masa pasiva, esto es, que declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso (artículo 49 de la Ley Concursal).
Sin embargo, este principio de universalidad no es absoluto. El propio artículo 76, en los siguientes apartados, prevé algunas excepciones, y el artículo 49 contiene un inciso final en tal sentido, al afirmar que esa integración de todos los acreedores en la masa pasiva del concurso se producirá "sin más excepciones que las establecidas en las leyes". Por tanto, excepcionalmente, determinados acreedores pueden ejecutar sus créditos contra determinados bienes del concursado separadamente al proceso concursal, como es el caso, por ejemplo, de lo previsto en el artículo 76.3 de la Ley Concursal y de algunos de los supuestos previstos en los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal. En estos últimos preceptos se observa que determinados créditos (por ejemplo, algunos de los que son objeto de procedimientos administrativos de ejecución o de ejecuciones laborales, créditos con garantía real, derivados de ventas con reserva de dominio o de arrendamientos financieros, etc) son susceptibles de ejecución separada respecto del concurso dependiendo de determinadas circunstancias.
Precisamente el art. 55.4 de la Ley Concursal exceptúa de la prohibición de iniciar ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor y de la prescripción de que las ejecuciones en curso queden en suspenso desde la declaración de concurso sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, a los acreedores con garantía real. Respecto de los créditos con garantía real, el régimen que resulta de la Ley Concursal es que los mismos pueden ser ejecutados, iniciándose los procedimientos de ejecución hipotecaria o continuándose los ya iniciados, con posterioridad a la declaración de concurso, con las especialidades contenidas en el art. 56 y 57 de la Ley Concursal.
TERCERO.- No es cierto, por ello, que cualquier ejecución hipotecaria sobre bienes integrados en el patrimonio del concursado corresponda al conocimiento del juez del concurso de conformidad con el principio general del 8.3 de la Ley Concursal que atribuye a dicho juez competencia exclusiva y excluyente para conocer de ".Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.". Existen normas especiales que en el seno de la Ley Concursal que disciplinan la ejecución hipotecaria (arts. 56 y 57) que dan pie a sostener que la competencia del juez del concurso en esta materia quedaría circunscrita a los bienes afectos. Como señalamos en el auto AP Madrid sección 28ª de 12 de marzo de 2012, donde citábamos como precedente el auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de septiembre de 2010, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, por lo que el que debería conocer de las correspondientes ejecuciones no habría de ser el juez del concurso sino el competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El artículo 56 de la LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que operaría al margen del concurso, y sólo en el caso en que los mismos estuviesen afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor habría que someterse a una serie de condicionantes (suspensión temporal de la ejecución porque se necesitase el bien para poder continuar la actividad o para poder transmitir la empresa o una unidad productiva).
Si el artículo 57.1 de la LC atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que, por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, es porque ello entraña el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos.
Es por ello que la cuestión relativa a si los bienes hipotecados se encuentran o no afectos a la actividad empresarial de la demandada resulta muy relevante.
CUARTO.- A tenor de las precedentes explicaciones resulta que el examen de la competencia objetiva que ha de realizar el juez de lo mercantil cuando le presentan una ejecución hipotecaria ha de abarcar la valoración de si los bienes hipotecados se encuentran o no afectos a la actividad de la concursada. Ello forma parte del previo juicio competencial que debe plantearse de oficio el juzgador (artículo 48 de la LEC) y la parte ejecutante ha de ser consciente de que su demanda de ejecución va a ser sometida a ese filtro. No se trata de que la ley le imponga o no una determinada carga expresa al demandante en relación con el señalamiento de la condición del bien hipotecado, sino que éste debe ser consciente de que si no suministra toda la información

de que disponga para que el juez pueda efectuar un juicio favorable a su pretensión ésta puede sufrir un rechazo por un problema competencial, lo que entrañaría un cierto revés para sus intereses.
Es, en cualquier caso, al juez del concurso a quien corresponde decidir si el bien contra el que se sigue o se pretende seguir una ejecución hipotecaria está afecto o es incluso necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. La apreciación y valoración de los datos y circunstancias que justifican la aplicación de los principios que pueden restringir las excepciones al principio de universalidad del concurso que supone la ejecución separada de las garantías hipotecarias es competencia del juez del concurso
QUINTO.- La resolución apelada, en el uso de esas atribuciones propias del juez del concurso, niega la competencia del juzgado de lo mercantil porque el bien hipotecado no se encontraría afecto a la actividad empresarial de la concursada ni integrado en una unidad productiva de su titularidad.
El problema radica, por lo tanto, en esta apelación en constatar si el bien objeto de la ejecución hipotecaria merecería o no la consideración de bien afecto. La afección es una condición que el juez del concurso debe ir asignando en cada caso en función de las circunstancias que en la práctica resulten concurrentes. En principio, merecería tal consideración si se tratase de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor concursado o con las necesidades del proceso productivo de su empresa (destinado a su uso en la producción o suministro de bienes y servicios).
El juez del concurso afirma en su resolución que el terreno sobre el que se concretaría la actividad de ejecución judicial no se trataría de un bien afecto a la actividad empresarial o profesional de la concursada. Carecemos de datos para contradecir esa consideración, a tenor de la parquedad informativa que se desprende del expediente que nos ha sido remitido; lo que sí sabemos es que frente al criterio del juez de lo mercantil el alegato crítico de la parte apelante se ha limitado a señalar que debería considerarse bien afecto porque esa finca serviría para proporcionar tesorería a la entidad concursada con la que pagar a sus acreedores. Pero ese no es un criterio que permita la atribución de la condición de bien afecto, pues el hecho de que si se liquida ese bien pueda obtenerse dinero a cambio no significa automáticamente que deba considerarse relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor ni con las necesidades del proceso productivo de su empresa. Muchas entidades venden activos de muy diverso cariz para obtener liquidez y el que se deprendan de estos elementos integrados en su patrimonio para obtener un ingreso extraordinario no implica que por ello, si es que no lo fueren per se, pasasen a ser considerados bienes afectos a su organización profesional o empresarial ni a las necesidades del proceso productivo de su empresa. Por lo que, a falta de mayor información y de argumentos que pudieran resultar más sólidos que los esgrimidos por la apelante, carecemos de base sobre la que poder rebatir el criterio del juez de lo mercantil, que dispone además de la ventaja de conocer el proceso concursal al completo. En consecuencia, debemos respaldar su declaración de no competencia.
SEXTO.- Por otro lado, si se hubiese aprobado, como se da a entender en el escrito de la apelante, un convenio en sede concursal, el cual no obligaría, salvo excepciones (los casos de voto favorable o adhesión), al acreedor privilegiado (artículo 134.2 de la LC), éste podría, por lo tanto, instar la ejecución ante el Juez de Primera Instancia (con competencia para ejecuciones hipotecarias) al no enmarcarse ya la misma en la fase de tramitación, en sentido estricto, del concurso.”: AAP Madrid (Sección 28) 01.02.2013 (Auto 19/2013; Rollo 567/2012)

AP Pontevedra

“PRIMERO.- La cuestión que se plantea en esta alzada es, eminentemente, de carácter jurídico, pues si bien no se ha seguido trámite alguno en orden a valorar si el bien hipotecado sobre el que se pretende realizar la garantía que lo grava, es un bien afecto a la actividad empresarial o profesional de la concursada, o no, sin embargo, tanto del auto ahora impugnado del Juzgado de Primera Instancia 1 de Marín, como del auto dictado por el Juzgado de lo mercantil 1 de Pontevedra, aportado mediante copia, parten del hecho de que estamos ante una garantía hipotecaria que recae sobre un bien no afecto, habiéndose iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria antes de que se dictara el auto de declaración del concurso de la deudora hipotecaria.
La cuestión a dilucidar es la competencia objetiva para la tramitación y resolución del proceso de ejecución hipotecaria ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso de acreedores del deudor hipotecario. Competencia que es rechazada por el juzgado de primera instancia mencionado en auto ahora sometido a revisión, sobre la base de la competencia exclusiva y excluyente que el art. 8 LC atribuye al juez del concurso, que incluye toda ejecución contra bienes y derechos de contenido patrimonial, en su apartado 3, en relación con el art. 86 ter LOPJ. Por su parte, el Juzgado de lo mercantil, ya que ha tenido ocasión de pronunciarse, rechaza tal competencia argumentando que, de la redacción de los arts. 56 y 57 LC puede deducirse que la competencia del juez del concurso, en materia de ejecuciones hipotecarias, únicamente ostenta competencia cuando se traba de bienes afectos pues, en otro caso, existe una ejecución separada conforme a las reglas generales de competencia.
Lo cierto es que esta cuestión ha sido, y es, objeto de una clara diversidad de opiniones en la jurisprudencia menor, divididas alrededor de los dos planteamientos expuestos anteriormente de forma sucinta.
SEGUNDO.- En línea con la tesis que atribuye la competencia al juzgado de primera instancia se ha instalado férreamente la AP de Madrid, sección 28. Así en su reciente AAP Madrid, sección 28ª, de 12 marzo 2012, establece:
Pues bien, sin desconocer el carácter justificadamente controvertido de la cuestión, este tribunal participa del punto de vista expresado por la Sección 15ª (especializada en materia mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto de 22 de septiembre de 2010, resolución que, tras un estudio de carácter sistemático de los Arts. 56 y 57 anteriormente transcritos, concluye que la competencia del juez del concurso debe verse circunscrita a la ejecución hipotecaria sobre bienes afectos, lo que razona del siguiente modo:

".Resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El art. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa(arts. 56 y 155.2 LC).
La previsión del art. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que, por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del art. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.".
Es de resaltar que la AP de Barcelona, sección 15ª, ha cambiado de criterio a favor de esta tesis. Y en la misma línea pueden citarse los Autos de la AP Castellón de 26 septiembre 2011, o de la AP Asturias, sección 1ª, de 3 marzo 2011.
TERCERO.- En línea con el segundo criterio de atribuir la competencia al juzgado de lo mercantil también de las ejecuciones hipotecarias contra bienes no afectos a la actividad empresarial o profesional, se han pronunciado otras Audiencias Provinciales. Así, el AAP Las Palmas de Gran Canaria, sección 4ª, de 28 octubre 2011, según el cual:
Conforme a lo dispuesto en el art. 8,3 de la LC con carácter general sobre ejecuciones en curso (que no excluye las ejecuciones hipotecarias, de garantías reales o acciones de recuperación asimiladas del art. 56,2 de la LEC) y a la dicción literal del artículo 57,2 de la LC entiende esta Sala -y es consciente de que su posición no es la seguida por la mayoría de las Audiencias Provinciales- que también las ejecuciones hipotecarias, de garantías reales y de acciones de recuperación asimiladas, aún incoadas antes de la declaración del concurso, se someten a la jurisdicción del juez del concurso. Y desde que entendemos, como anteriormente se expuso, que todas las ejecuciones y acciones de esta naturaleza se suspenden por la sola constancia de la existencia del concurso (tanto de bienes afectos o necesarios como de los que no lo son, sin perjuicio de que cuando no lo sean se alce la suspensión precisamente por no serlo), resulta indudable para esta Sala la conclusión de que la vis atractiva del concurso, y de la jurisdicción y competencia del Juez del concurso conforme a lo dispuesto en el art. 8,3 de la LC alcanza a TODAS las ejecuciones hipotecarias en curso -y procesos en que se ejerciten acciones asimiladas- sobre los bienes del deudor (salvo excepción expresa e inequívoca, que en este caso no se establece por el legislador que sí la precisó respecto a determinados procedimientos administrativos y ejecuciones laborales respecto a los que prevé su "continuación" en lugar de su "reanudación" en el segundo párrafo del art. 55,1 de la LC).....
..... Por otra parte el hecho de que el juez del concurso tenga la competencia para la tramitación, reanudación y terminación de todas las ejecuciones de garantías reales y acciones asimiladas sobre bienes del concursado (ejecuciones seguidas ante juzgados civiles, a las que no existe razón alguna para excluir de la competencia del juez del concurso -contra lo que sucede en los supuestos previstos por el segundo párrafo del apartado 1 del art. 55 de la LC - y que por el contrario, en caso de reanudación la LC somete a la jurisdicción del juez del concurso) es congruente con los principios que rigen el concurso y el aseguramiento del respeto de la pars conditio creditorum respecto al control riguroso de que en procesos de ejecución singular no se llegue a cobrar en ningún caso cantidad alguna no cubierta por la garantía real objeto de ejecución (siendo muy aconsejable que la administración concursal tenga facilidad para examinar cuidadosamente las liquidaciones de deuda e intereses realizadas, por lo general unilateralmente, por los acreedores con garantía real) y de que el sobrante que pueda resultar después del pago de la parte de la deuda garantizada con la hipoteca quede a disposición del concurso para el pago a todos los acreedores -ya que respecto al sobrante la acreedora no gozará del privilegio especial-. La atribución al juez del concurso del conocimiento de todas las ejecuciones singulares seguidas contra bienes del deudor ante Juzgados pertenecientes al orden jurisdiccional civil permite que la administración concursal y el propio concursado intervengan con facilidad y eficacia en dichos procesos de ejecución singular para la defensa del interés de la masa de los acreedores en la conservación del remanente que quede para la masa activa -lo que difícilmente puede hacer cuando se siguen múltiples procesos de ejecución singular dispersos por Juzgados de toda España-, facilita que la administración concursal ejercite la opción prevista en el apartado 2 del art. 155 durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, pero también que intervenga en tal condición en los procesos singulares en curso -especialmente cuando, como en el caso que nos ocupa, se ha acordado en el concurso la suspensión de facultades del deudor- e incluso protege de modo más eficiente los intereses del acreedor privilegiado con privilegio especial que podrá obtener con mayor celeridad la resolución de alzamiento de la suspensión acordada y la efectiva reanudación del procedimiento desde que las circunstancias que han de apreciarse para acordar dicho alzamiento de la suspensión y la continuación de la ejecución singular son todas de naturaleza concursal y resultan del estado del concurso en tramitación, pudiendo así el acreedor privilegiado interesado simplemente solicitar el alzamiento de la suspensión y la inmediata continuación del procedimiento al juez del concurso sin necesidad de esperar a obtener testimonios de las resoluciones del concurso que justificarían el alzamiento de la suspensión y a

presentarlas al Juez de Primera Instancia junto a la solicitud de reanudación del proceso (reanudación que además habría de seguirse ante el juez del concurso, que habría de reclamar los autos para la tramitación de la reanudación en la correspondiente pieza separada), viéndose obligado así el acreedor privilegiado a mantener una doble representación incluso con profesionales distintos (en el concurso y en las ejecuciones de garantías reales) para poder intervenir en los dos procesos, el concurso y la ejecución separada, que pueden seguirse en lugares geográficamente muy distantes.
Sosteniendo similares o parecidos argumentos pueden citarse también los autos de la AP Sevilla, sección 5ª, de 28 octubre 2011, AP A Coruña, sección 5ª, de 13 enero 2011 o la AP Ciudad real, sección 1ª, de 17 septiembre 2010.
CUARTO.- Ciertamente puede decirse que, en lo referente a la realización de garantías reales sobre bienes no afectos ni necesarios para la continuidad de la actividad, se ha sostenido, buscando un equilibrio entre el respecto a la naturaleza del derecho real sobre cosa ajena, y que ello no perturbe el mejor desarrollo del concurso (Exposición de motivos), que el inicio y continuación de las ya iniciadas, no están afectados por la declaración de concurso, pues los arts. 56 y 57 Ley Concursal se refieren únicamente a los bienes afectos
o los necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, y por su parte, el art. 55 Ley Concursal excluye de su aplicación a los acreedores con garantía real (apartado cuarto del art. 55 Ley Concursal).
La consecuencia aparentemente lógica de lo anterior es que en esos casos el Juez competente para conocer de las realizaciones de garantías reales sobre bienes no afectos ni necesarios, será el Juez competente según las reglas generales. El Juez del concurso únicamente será competente para conocer de las ejecuciones separadas de garantías reales cuando se trate de bienes afectos a la actividad profesional
o empresarial del concursado.
Tanto de la finalidad confesada en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal en que se procura el respeto a la naturaleza del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva, así como de los antecedentes legales en que únicamente el derogado art. 918 CCo. establecía un derecho de separación de la prenda, y al que remitían otras leyes, pero que ha sido derogado, junto con los arts. 98 y 568 LEC por la Ley Concursal, por lo que ya no existirían privilegios de ejecución separada, puede concluirse que la nueva regulación establecida en los arts. 56 y 57 Ley Concursal es la que fija a los derechos de garantía real un privilegio de ejecución.
De la propia Exposición de motivos se deduce el mejor trato que apunta a favor de los créditos con garantía real frente al resto de los derechos de crédito que integran la masa pasiva. Siendo así, y no pudiendo por lo tanto tener peor o incluso igual condición que éstos, no parece que pueda ser de aplicación como regla general, la suspensión y la prohibición de iniciación de ejecuciones del art. 55 Ley Concursal, que además, excluye expresamente de su aplicación lo establecido en la Ley Concursal para los acreedores con garantía real. Por lo tanto los arts. 55.4 y 56 Ley Concursal, contienen una regla implícita, en virtud de la cual la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos, sobre aquellos a los que no se refiere el art. 56 Ley Concursal, queda garantizada y no sometida a paralización o suspensión.
A favor de esta tesis se manifiestan los antecedentes legislativos pues las dificultades de interpretación del art. 56 Ley Concursal se han buscado en los problemas de adaptación de las diversas normas en su tramitación parlamentaria. Es decir, se ha conservado la redacción propuesta en el borrador de anteproyecto de Ley Concursal, mientras que el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno al Congreso de los Diputados introdujo una modificación de especial relevancia como fue limitar la paralización a las ejecuciones de las garantías reales constituidas sobre bienes del concursado que resultasen afectos a su actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad. Pero en el borrador del anteproyecto lo que se preveía en el equivalente al actual art. 56 era la paralización y la suspensión de todas las actuaciones por realización de garantías reales contra cualesquiera bienes del concursado. Durante la tramitación del Proyecto de Ley Concursal, ante la presión de las fuerzas económicas, se rebajó el rigor, y de afectar la paralización y la suspensión a todas las ejecuciones con garantía real sobre cualquier bien, se paso a reducirlo solamente a aquéllas que recaen sobre bienes afectos o necesarios para la continuidad de la actividad.
De mantenerse una posición contraria, se encontraría con la contradicción que supondría, a la vista de estos antecedentes, dejar en peor condición a créditos con garantía real sobre bienes no afectos o no necesarios para la continuidad de la actividad, que a los que recaen sobre bienes afectos o necesarios, lo que tiene difícil explicación cuando el legislador advierte del respeto a los derechos reales, de forma que sólo actúa sobre ellos en lo que considera imprescindible para que no se perturbe el mejor desarrollo del concurso ni impida soluciones, esto es lo que justifica que la regla de paralización y suspensión sólo se refiera a bienes afectos o necesarios para la actividad del deudor, favoreciendo así especialmente una posible continuidad de la empresa o profesión, pudiendo llegar en su caso, la administración concursal a usar de la facultad que le concede el art. 155.2 Ley Concursal, atendiendo el pago del crédito con garantía real con cargo a la masa, y sin realización de los bienes.
Ahora bien, ello no va a suponer, la atribución de la competencia para conocer de la ejecución separada sobre bienes no afectos ni necesarios para la continuidad de la actividad, sino que serán atraídas por la competencia funcional del Juez del concurso (art. 8.3 Ley Concursal), y dentro del concurso se tramitarán en pieza separada conforme a las normas propias del procedimiento judicial que corresponda (art. 57.1 Ley Concursal). Pero no sufrirán demora ni paralización, ni serán remitidas nunca a formas de acumulación más intensas previstas en el art. 57.3 Ley Concursal.
En tanto no se introduzca alguna modificación legislativa que clarifique la cuestión, u otras como qué ocurre si el proceso concursal es concluido pero aún se mantiene en trámite el proceso de ejecución hipotecaria iniciado

o reanudado ante él, resulta prácticamente imposible sustraerse a la generalidad de los arts. 83 ter 1.3º LOPJ y art. 8.3º LC para la atribución de una amplia competencia a los juzgados de lo mercantil en la forma expuesta, pues resulta difícilmente explicable la competencia que se le atribuye en todo lo referente al patrimonio del concursado, añadiendo, en otro orden, incluso cuestiones relativas al funcionamiento de la empresa en el ámbito laboral que hasta la entrada en vigor de la LC se residenciaban en la jurisdicción social, y sin embargo excluir de su ámbito de competencia la ejecución hipotecaria sobre un bien propiedad del concursado, por más que el mismo no esté afecto a su actividad empresarial o profesional.
El tenor literal de los arts. 56.2 y 57.1 LC sugiere que las actuaciones ejecutivas que estuvieran tramitándose deben seguir desarrollándose ante el mismo órgano jurisdiccional o autoridad que las hubiera iniciado. La atribución de competencia al juez del concurso se produce en relación a la «reanudación» de la ejecución o realización, «conforme a los previsto en el artículo anterior»; esto es, sólo cuando se haya producido la suspensión de las actuaciones ya iniciadas. Por otra parte, el sentido de la disposición relativa a la suspensión de las actuaciones (art. 56.2 LC) es el de determinar los presupuestos y el momento a partir del cual una ejecución singular ya iniciada no ha de verse afectada por la declaración de concurso del ejecutado. El fundamento de la norma se encuentra en la protección de los posibles adquirentes del bien o derecho objeto de la ejecución singular que hayan confiado en la publicidad de los anuncios de la subasta, pues el traslado de las actuaciones hace necesario publicar otros anuncios, con un nuevo señalamiento de lugar, día y hora (art. 667.2 LEC). La alteración de la sede judicial resulta perjudicial para la masa, pues incrementa el riesgo de que la subasta quede desierta, y, en este caso, aun cuando el actor puede solicitar la adjudicación del bien (art. 671 LEC) aumentan las posibilidades de que su crédito no se vea íntegramente pagado, debiendo concurrir a la ejecución universal por la cantidad no satisfecha. Todas estas consideraciones deben ceder, no obstante, ante la concluyente atribución al juez del concurso de una competencia exclusiva en materia de ejecución sobre el patrimonio del concursado (arts. 86 ter. LOPJ y 8.3º LC). En esta línea ya habíamos argumentado en nuestro auto de 29 julio 2010.
Además, la intervención de este órgano jurisdiccional resulta necesaria en todo caso. La posibilidad de proseguir con las actuaciones ya iniciadas descansa sobre un presupuesto de hecho: que los bienes
o derechos no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Corresponde al juez del concurso pronunciarse sobre este extremo, que sólo puede resultar de una valoración de conjunto del patrimonio y de las actividades del deudor (arts. 86 ter 1º LOPJ y 8.1.3º LC). Pronunciamiento que si bien ya se había establecido por la Sala de Conflictos del TS, se ha introducido ahora expresamente en como apartado 5 del art. 56 LC por la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011.
QUINTO.- Sin embargo, a pesar de evidenciarse de los razonamientos anteriores una mayor inclinación por la tesis que atribuye al juzgado de lo mercantil la competencia respecto de los procesos de ejecución hipotecaria también sobre bienes no afectos, la cuestión ha sido resuelta en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Galicia mediante sendos autos de 5 y 14 julio 2011, acogiendo la doctrina que atribuye la competencia en tales supuestos al juez de primera instancia, no al juez de lo mercantil. Razones de seguridad jurídica, de igualdad y coherencia, llevan a la Sala a transitar hacia la misma, evitando contradicciones no queridas por el ordenamiento, atendiendo al plus de autoridad que en materia de resolución de cuestiones de competencia se atribuye al tribunal superior en los términos de los arts. 51 y 52 LOPJ, materia que adquiere carácter de orden público cuando de competencia objetiva se trata.": AAP Pontevedra (Sección 1) 04.06.2012 (Auto 86/2012; Rollo 268/2012)

"Respecto de la competencia para conocer de la ejecución hipotecaria sobre bienes no necesarios hemos considerado que, toda vez que esta clase de procesos no se verán afectados por el concurso, pudiendo continuar como si éste no existiera, corresponderán al juez de primera instancia, tanto en el caso de ejecuciones ya iniciadas, como de las que se inicien declarado el concurso y tras la declaración de que el bien no queda afecto. Así lo ha proclamado los autos del TSJ de Galicia de 5 y 14.7.2011, al resolver un conflicto negativo de competencia entre un juez mercantil y un juez de primera instancia. Pueden verse también en el mismo sentido el auto de esta sección de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4.6.2012 (rollo 268/12) o el de 1.2.2013 de la secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, y las resoluciones allí citadas; también la AP Barcelona en auto 22.9.2010, reformando el criterio anterior. Y respecto de la continuación de procedimientos ya iniciados, el art. 56.2 reformado establece que el alzamiento sólo puede acordarse cuando se incorpore en el procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor.": AAP Pontevedra (Sección 1) 08.06.2015 (Auto 126/2015; Rollo 225/2015)

AP Salamanca

"PRIMERO Interpuesta demanda de ejecución de hipoteca inmobiliaria por Caixa Nova contra DoñaMarcelina, la cual fue declarada en Concurso por el juzgado de primera instancia y lo mercantil 4 de esta ciudad, se ha suscitado entre este órgano y el juzgado de primera instancia 5, también de Salamanca, a quien le correspondió en turno la demanda referida, conflicto negativo de competencia objetiva, por entender uno que debe conocer el juzgado ordinario y otro que debe hacerlo el de lo mercantil, dada la situación de concurso de la ejecutada.
SEGUNDO La cuestión objeto de debate no es pacífica, como lo pone de relieve la multitud de resoluciones contradictorias ofrecidas por diversos tribunales de todo el territorio nacional, acompañadas algunas de ellas de votos particulares divergentes. Incluso esta propia Audiencia Provincial en un reciente auto del 27 de septiembre 2010 interpretó la cuestión en sentido distinto del que ahora se adopta, siguiendo para ello el criterio y la solución establecida en elauto de 7 de diciembre de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal. Auto según el cual, dicha Sala "entiende que si losapartados 1º y 2º de

los artículos 86 ter.1 de la LOPJ y 8 de la Ley Concursal, idénticos en su redacción, quisieran decir lo que literalmente dicen, o sea, que las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado - exceptuando las referidas a capacidad, filiación, matrimonio y menores-, así como toda ejecución frente a sus bienes y derechos de contenido patrimonial, deben someterse siempre, exclusiva y excluyentemente, a la jurisdicción del juez del concurso, prácticamente todas las disquisiciones contenidas en losartículos 55,56 y 57 de la propia LC serían, no sólo incomprensibles, sino incompatibles con esa declaración."
"Si, por el contrario," continúa diciendo el citado auto del tribunal superior de justicia de Castilla y León, "entendemos que el sentido de losapartados 1º y 3º de los artículos 86 ter.1 LOPJ y 8 LC es otorgar al juez del concurso, de manera exclusiva y excluyente, la competencia para determinar, por así decirlo, su propia competencia, mediante la facultad de decidir qué bienes del concursado se considera "afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad", cobra sentido la presencia en la propiaLey Concursal de un artículo 56 que mantiene en suspenso la iniciación y la prosecución de la ejecución por realización forzosa de la garantía real por parte de los acreedores cuando aquélla recaiga sobre esa clase de bienes del concursado, es decir los afectos a su actividad profesional, empresarial o productiva, hasta la aprobación de un convenio que no afecte al ejercicio de su derecho o el transcurso de un año desde la declaración del concurso, y también elartículo 57, que somete a la jurisdicción del juez del concurso el inicio o la reanudación del ejercicio de tales acciones durante la tramitación del concurso".
"El sentido que esta interpretación otorga a los citadosartículos 56 y 57 de la LC ", dice referido auto en su último fundamento de derecho, "lleva necesariamente aparejada la conclusión de que la iniciación o prosecución de ejecuciones y realizaciones forzosas de la garantía real sobre bienes del concursado no afectos a las actividades que en ellos se señalan tienen un tratamiento distinto, y éste no puede ser otro que el de quedar sustraídos a las reglas de suspensión y reanudación de los afectos, pues de lo contrario holgaría la diferenciación entre unos y otros, siendo la única competencia que ejerce el juez del concurso sobre todos los procedimientos de realización y ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado la que le corresponde de manera exclusiva y excluyente para declarar la afección o no de tales bienes a la actividad empresarial, profesional o productiva de aquél, con todas sus consecuencias, una de las cuales será la de que, declarados no afectos,o mientras no se declare que lo están, no le corresponde al juez del concurso conocer de los respectivos procedimientos". ": AAP Salamanca 30.12.2010 (Auto 119/2010; Rollo 344/2010)

AP Tenerife

“PRIMERO.-Frente al Auto del Juzgado de instancia que inadmite la demanda, con fundamento único en el artículo 50 de la Ley Concursal, que establece que no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales contra el patrimonio del deudor, remitiendo a las partes ante el Juzgado de lo mercantil, se alza la parte demandante, que lo es en ejercicio de una ejecución hipotecaria prevista en el artículo 681 de la L.E.C., al entender que no todos los bienes hipotecados por una entidad concursada están afectos a la paralización que ordena el artículo 56 de la Ley Concursal, sino sólo los bienes afectos a la actividad empresarial.
SEGUNDO.-En efecto, entiende esta Sala que, en principio, -y sin perjuicio de lo que se pueda plantear posteriormente por la parte ejecutada-, aparecen los bienes ejecutados como no afectos a la actividad empresarial de GORCON, S.A., pues como inmuebles destinados a la venta, no sirven a la empresa de forma duradera. Se trata, pues, no tanto de elementos que integran el "inmovilizado" cuanto de "existencias" destinadas a la venta, cuya actividad propia de la concursada, se contrae a la promoción inmobiliaria.
Por otro lado, no puede desconocerse que alega la parte ejecutante que, en todo caso, habría transcurrido más de un año desde la declaración al concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación.
TERCERO.-Por todo ello, y partiendo que de las anteriores consideraciones se deduciría "ab initio" la competencia del órgano "a quo" para conocer de la pretensión de la ejecutante, dado aquella última consideración, así como que el artículo 57 de la Ley Concursal contempla la competencia del Juzgado de lo mercantil cuando se trate de ejecución de bienes afectos a la actividad empresarial del deudor, especificando así la norma general contenida en el artículo 8 de la L.C., procede estimar el recurso deducido. “:AAP Tenerife (Sección 1) 12.04.2010 (Auto 92/2010; Rollo 744/2009)

AP Valencia Sección 11)

“PRIMERO.- Promovida con fecha 4 de noviembre de 2011 acción hipotecaria por el "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.", en adelante BBVA, contra "Estructuras Jomer SLU" y su fiador D. Germán, en reclamación de 307,682,03 #, ello en base a una escritura de préstamo hipotecario formalizada el 23 de febrero de 2010, como quiera que dicha mercantil fue declarada en concurso mediante auto de 21 de febrero de 2012 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia en procedimiento de concurso ordinario 9/12, por el Juzgado "a quo" con fecha 10 de mayo de 2012 se dictó Decreto, confirmado por otro posterior de 17 de mayo de 2012, desestimatorio del recurso de reposición que contra aquél se interpuso por la entidad ejecutante BBVA.
Habiéndo dictado el referido Juzgado de lo Mercantil, ello con fecha 29 de julio de 2013, providencia declarando que los bienes hipotecados objeto de ejecución hipotecaria, las fincas registrales NUM000 y NUM001 del Registro de la Propiedad nº 3 de Gandía, no estaban afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, por el BBVA se solicitó que, mediante la reanudación de la ejecución, se procediera a sacar dichos bienes a pública subasta, a lo que el Juzgado " a quo" respondió por auto de 26 de marzo de 2014, declarando su falta de competencia objetiva para conocer de la ejecución hipotecaria y declarando correlativamente la competencia del Juzgado del concurso para conocer de tal ejejcución en virtud de lo establecido en los arts. 56.2 y 57.1 de la Ley Concursal.

SEGUNDO.- Recurrido en apelación el auto de 26 de marzo de 2014 por la entidad ejecutante, ya que considera que el Juzgado competente para conocer de la ejecución es el Juzgado "a quo", la solución a tal problema competencial pasa por la interpretación que se haga del art. 57.1 de la Ley Concursal en relación con el art. 56 al que dicho artículo 57 se remite.
El art. 57.1 de la L.C. dispone, con relación al inicio o reanudación de ejecuciones de garantias reales, que " el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda"
Con este antecedente el Juzgado "a quo", considerando que el art. 56 de la L.C. se refiere a la ejecución de garantías reales y que como tal había que entender la que se cernía sobre las fincas hipotecadas NUM000 y NUM001 propiedad de la mercantil concursada y a la sazón ejecutada, entendió que entraba en juego lo dispuesto en el art. 57.1 de la L.C. yque, por tanto, el órgano jurisdiccional competente objetivamente para conocer de la ejecución hipotecaria era el Juez del Concurso.
No conforme la Sala con esa interpretación y sí, por el contrario, con la que ofrece la parte ejecutanteapelante en su recurso, se ha de revocar el auto apelado manteniendo la competencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Gandía para conocer de la ejecución hipotecaria de que se trata, pues visto el contenido del art. 56 de la L.C. al que se remite el art. 57.1 de la misma, tal remisión hay que endenderla hecha no simplemente a los procedimientos de ejecución de garantias reales, como interpreta el Juez "a quo", sino a la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial, y no dándose en el caso debatido ese doble condicionante para declarar la competencia del Juez del Concurso, es claro que no pueden remitirse al mismo las presentes actuaciones. Cierto es que se trata de la ejecución de garantías reales, pero también lo es que las hipotecas ejecutadas no lo son sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial, ya que el Juez del Concurso, único competente para hacer tal declaración a tenor de lo dicho en el art. 56.5 L.C., introducido ese apartado por Ley 38/1, en providencia de 29 de julio de 2013 manifestó que las fincas hipotecadas NUM000 y NUM001 objeto de ejecución no estaban afectas a la actividad profesional o empresarial de la concursada, con lo que parece evidente que debe mantenerse la competencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Gandía para conocer de la ejecución hipotecaria en cuestión": AAP Valencia (Sección 11) 26.01.2015 (Auto 9/2015; Rollo 425/2014)

JM-1 Alicante

"Cuarto.- La otra cuestión, y a mi entender aún más problemática, es la relativa a la determinación del Juez ante quien debe ejercitarse esa ejecución separada de bienes del concursado hipotecados no efectos (inicial o sobrevenidamente) y cómo se tramita, en caso de considerarse competente el juez del concurso.
El articulo 56 no dice nada y el art 57 no las contempla, ya que este precepto dice "1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el articulo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las, actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. 2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso. 3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada. ". Por tanto resuelve sobre el inicio o continuación de la ejecución que recaigan sobre bienes afectos (las del articulo anterior) pero guarda silencio sobre la garantías que tengan por objeto bienes no afectos
Ante este silencio caber los interpretaciones: considerar que es competente el juez del concurso o considerar que tal Ejecución separada se debe plantear ante el Juez de Primera Instancia correspondiente
La primera de la tesis, por la que se inclina, entre otros Angel Carrasco Perera, se apoya en el tenor literal del art 8 LC y 86 ter LOPJ que establecen la jurisdicción del juez del concurso para toda ejecución frente a bienes o derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado. Si bien es un argumento de peso, considerarnos que no es bastante por los siguientes motivos:
i) el art 8 LC y 86 ter LOPJ establecen un catálogo de competencias genéricas que después deben concretarse atendiendo al articulado de la ley, como se pone de relieve, por ejemplo, en materia laboral al establecer o fijar unas competencias los arts 64, 55,5 y 66 que no son equivalentes, sin más, con el tenor de los artículos citados. Por lo que aquí nos interesa, en materia de ejecución, si atendemos al tenor del art 8 LC (y el correlativo de la LOPJ) toda ejecución judicial o administrativa contra el patrimonio del concursado es competencia del juez del concurso, pero tal conclusión enseguida observamos que es incorrecta con la simple lectura del art 55 LC, que puntualiza y excepciona, con distinta intensidad y requisitos, a los apremios administrativos, las ejecuciones laborales ya entabladas y las ejecuciones de garantías reales a iniciar o ya iniciadas. Parece, pues, que no podemos acudir, sin más, a la interpretación literal del art 8 LC y al art 86 ter LOPJ para resolver la cuestión.
ii) el art 57 establece una noma de competencia objetiva al determinar que se somete al Juez del concurso la competencia de la ejecución que se inicie o se reanude, pero solo contempla a las ejecuciones de garantías reales sobre bienes del concursado afecto la actividad profesional o empresarial del deudor, y que concreta y especifica la genérica. o programática del art. 8. Si no se quiere otorgar a este art 57 de esa función discriminatoria o delimitadora de competencia, no tendría sentido la norma, ya que bastaría acudir al art 8 LC para afirmar que todas las ejecuciones corresponden al juez del concurso
iii) podría considerarse que la referencia a la jurisdicción del juez concursal del art 57 era precisa en cuanto al supuesto de reanudación de las ejecuciones entabladas antes del concurso (y que se continúan ante el juez

del concurso), frente al sistema general de apremios y ejecuciones singulares entabladas que quedan suspendidas -art 55.2-. Pero el precepto se refiere también al inicio de nuevas ejecuciones. Y si es así es porque parece que quiere dar un trato diferente a estas frente a las que no se paralizan por recaer sobre bienes no afectos, ya que de lo contrario la referencia a aquellas no era necesaria al estar comprendida en el art 8.
El único sentido posible (salvo que se trate de un olvido del legislador, que ciertamente reo se puede descartar) es que el legislador ha preferido mantener la ejecución de las. garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado (por ejemplo, concurso de no empresarios) al margen del concurso. tanto al no apocarles el régimen de paralización como en cuanto al juez competente, residen ciándolas en el juez ordinario o instancias no judiciales.
Si la propia ley no ha considerado que estas ejecuciones de garantías reales sobre esta clase de bienes se tengan que paralizar y, en definitiva, que estén vinculadas o afectadas por la declaración de concurso, es por que respecto de ellas no se aprecia con igual intensidad el principio de atracción del juez del concurso derivado del carácter del concurso como procedimiento universal. De esta manera no queda perturbado el mercado de crédito respecto de estos bienes, que es una de las preocupaciones del legislador (como señala la Exposición de Motivos trascrita), aplicándoles el régimen ordinario en toda su plenitud tanto en el procedimiento como en el juez competente y evitar que su acumulación al proceso universal (del que seria una pieza) pueda repercutir negativamente en su eficacia, y
iv) como afirma algún autor resulta inconciliable la idea de proceso colectivo (como el concursal) con ejecuciones singulares por créditos concursales (a tramitar en pieza separada), por lo que solo deber} admitirse los expresamente previstos en la ley y no otros.
En conclusión, y sin dejar de recordar que es una materia altamente controvertida, de la interpretación conjunta, sistemática y teleológíca del art 8 en relación con el art 56 y 57 L C me inclino (en igual sentido que J.Mª Ribelles Arellano y Edorta Herrera, entre otros comentaristas) por la otra tesis que considera que el juez del concurso solo debe conocer de las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor o a una unidad productiva.
Además, hay una razón de orden procedimentai que refuerza lo anterior. Si se considera competente el juez del concurso, dado que estamos hablando de ejecuciones de bienes no afectos, y por tanto no contemplados en el art 57LC, la aplicación estricta de las normas de la LC implican que esa pretensión se tramitaría por el incidente concursal del art 192 LC al no tener señalada en la ley otra tramitación, lo cual parece inconcebible y perjudicial para el titular de la garantía. Es evidente que el legislador no ha previsto esta hipótesis y ello puede ser bien porque se trate de supuestos que no tienen su encaje en el LC, continuando su conocimiento ante los Juzgados de Primera Instancia por los cauces procesales de la LEC bien como un patente olvido del legislador, que obligaría a forzar la ley y entender que el cauce es el del art 57 (previsto para los bienes afectos)": Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

"PRIMERO.- Se presenta la actora como titular de de un crédito abierto con garantía hipotecaria suscrito con la mercantil HABITAT URBANO INMOBILIARIO S.L., en fecha 14 de noviembre de 2005, constituida la garantía sobre siete viviendas unifamiliares integradas en un conjunto formado sobre parcela identificada como N°9 sita en la unidad de ejecución 1 de L'Alquería d'Asnar, inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad de Cocentaina, al tomo 1.398, libro 16, folio 25, finca 785, inscripción 2a.
Se plantea ante este Juzgado tal demanda por entender su competencia a la vista de la no afectación de tales bienes a la actividad de la mercantil concursada (concurso n° 11/07) y de los artículos 8.3, 56 y 57 LC y art. 86 ter LOPJ.
La administración concursal y el Ministerio Fiscal, entienden que no existe afectación y entienden competente el presente juzgado.
Pese a la unanimidad de las partes consultadas, debe recordarse que la apreciación de la competencia objetiva constituye una exigencia que la ley impone al tribunal, que ha de suscitarla de oficio, sin que, por tratarse de una cuestión de orden público, quede vinculado por lo manifestado por las partes.
SEGUNDO.- Como se puso de manifiesto en la resolución del Juzgado de Lo Mercantil N° 1 de Alicante (de fecha 23 de febrero de 2006, autos 953/05) que se alega por el propio demandante, son numerosas (y de dificil solución) las cuestiones que se derivan del tratamiento de las garantías hipotecarias en la ley concursal y que, en orden a lo que nos ocupa, viene determinado por la determinación de la condición de afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado y, en segundo lugar (en casod e entenderse no afectos) si es posible el despacho de la ejecución hipotecaria ante este Juzgado.
En cuanto al primer punto, dada la inactividad de la mercantil no cabe duda acerca de tal falta de vinculación de las viviendas a actividad alguna (así lo pone de manifiesto la actora y la administración concursal en sus escritos). No parece oportuno efectuar mayores argumentaciones dada la contundencia de los hechos.
TERCERO.- La cuestión suscitada a las partes por este Tribunal, partiendo de lo anterior es la relativa a la determinación del Juez competente para conocer de esa ejecución separada de bienes del concursado hipotecados no afectos (inicial o sobrevenidamente) y cómo se tramita, en caso de considerarse competente el juez del concurso.
Del examen conjunto del artículo 56 y art 57 LC se aprecia que estos preceptos resuelven sobre el inicio o continuación de la ejecución que recaiga sobre bienes afectos (art. 56) pero guarda silencio sobre la garantías que tengan por objeto bienes no afectos. Así, el último precepto expone: "1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. 2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.

3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.".
Se cita por el propio actor la tesis mantenida por Angel Carrasco Perera (entre otros), que sobre el tenor literal del art 8 LC y 86 ter LOPJ considera la jurisdicción del juez del concurso para toda ejecución frente a bienes o derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado.
Tal consideración es rebatida por el Magistrado Titular del Juzgado Mercantil N° 1, en la resoluición citada por el propio actor (y en auto posterior de 29 de septiembre de 2006), en base a los siguiente argumentos que paso a reproducir:
"i) el art 8 LC y 86 ter LOPJ establecen un catálogo de competencias genéricas que después deben concretarse atendiendo al articulado de la ley, como se pone de relieve, por ejemplo, en materia laboral al establecer o fijar unas competencias los arts 64, 65 y 66 que no son equivalentes, sin más, con el tenor de los artículos citados. Por lo que aquí nos interesa, en materia de ejecución, si atendemos al tenor del art 8 LC (y el correlativo de la LOPJ) toda ejecución judicial o administrativa contra el patrimonio del concursado es competencia del juez del concurso, pero tal conclusión enseguida observamos que es incorrecta con la simple lectura del art 55 LC, que puntualiza y excepciona, con distinta intensidad y requisitos, a los apremios administrativos, las ejecuciones laborales ya entabladas y las ejecuciones de garantías reales a iniciar o ya iniciadas.
Parece, pues, que no podemos acudir, sin más, a la interpretación literal del art 8 LC y al art 86 ter LOPJ para resolver la cuestión.
ii) el art 57 establece una norma de competencia objetiva al determinar que se somete al Juez del concurso la competencia de la ejecución que se inicie o se reanude, pero solo contempla a las ejecuciones de garantías reales sobre bienes del concursado afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y que concreta y especifica la genérica ❑ programática del art. 8. Si no se quiere otorgar a este art 57 de esa función discriminatoria o delimitadora de competencia, no tendría sentido la norma, ya que bastaría acudir al art 8 LC para afirmar que todas las ejecuciones corresponden al juez del concurso.
iii) podría considerarse que la referencia a la jurisdicción del juez concursal del art 57 era precisa en cuanto al supuesto de reanudación de las ejecuciones entabladas antes del concurso (y que se continúan ante el juez del concurso), frente al sistema general de apremios y ejecuciones singulares entabladas que quedan suspendidas -art 55.2 -. Pero el precepto se refiere también al inicio de nuevas ejecuciones. Y si es así es porque parece que quiere dar un trato diferente a estas frente a las que no se paralizan por recaer sobre bienes no afectos, ya que de lo contrario la referencia a aquellas no era necesaria al estar comprendida en el art 8.
El único sentido posible (salvo que se trate de un olvido del legislador, que ciertamente no se puede descartar) es que el legislador ha preferido mantener la ejecución de las garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado (por ejemplo, concurso de no empresarios) al margen del concurso, tanto al no aplicarles el régimen de paralización como en cuanto al juez competente, residenciándolas en el juez ordinario o instancias no judiciales.
Si la propia ley no ha considerado que estas ejecuciones de garantías reales sobre esta clase de bienes se tengan que paralizar y, en definitiva, que esténvinculadas o afectadas por la declaración de concurso, es por que respecto de ellas no se aprecia con igual intensidad el principio de atracción del juez del concurso derivado del carácter del concurso como procedimiento universal. De esta manera no queda perturbado el mercado de crédito respecto de estos bienes, que es una de las preocupaciones del legislador (como señala la Exposición de Motivos trascrita), aplicándoles el régimen ordinario en toda su plenitud tanto en el procedimiento como en el juez competente y evitar que su acumulación al proceso universal (del que seria una pieza) pueda repercutir negativamente en su eficacia, y
iv) como afirma algún autor resulta inconciliable la idea de proceso colectivo (como el concursal) con ejecuciones singulares por créditos concursales (a tramitar en pieza separada), por lo que solo deben admitirse los expresamente previstos en la ley y no otros".
CUARTO.- Tales sólidos argumentos deben llevarnos a interpretar que la vis attractiva de la jurisdicción del concurso sobre la ejecución de las garantías reales que aparece prevista en el art. 57 L.0 únicamente operará cuando concurran los requisitos de tratarse de una garantía real que recaiga sobre bienes afectos a una actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de la titularidad del deudor y en cualquier caso a que hayan transcurrido los plazos de espera previstos en el párrafo primero art. 56-1 L.C, pues en el caso de tratarse de garantías reales constituidas sobre bienes no afectos el inicio de tales acciones gozará del privilegio procesal de la ejecución separada.
Esta es la interpretación a la que se llega ".... partiendo primeramente de que la repetida vis attractiva encuentra su lógico fundamento en la necesidad de amparar en el seno del concurso las cuestiones atinentes al destino de los bienes afectos y solo respecto de ellos, pues su suerte es la que está en condiciones de comprometer la continuación de la actividad del deudor y con ello el éxito de una solución convenida al concurso, y en ese preciso sentido se expresa la redacción literal del art. 57-1 al señalar que la jurisdicción del juez del concurso se extiende al ejercicio de acciones que se inicie o se reanude "conforme a lo previsto en artículo anterior" durante la tramitación del concurso, siendo así que el art. 56 L.0 únicamente contempla el régimen de garantías reales constituidas sobre bienes afectos." (Auto de 13 de marzo de 2006, JM de Oviedo).
El mencionado Auto propone otro argumento interpretativo a favor:"...11egamos a tal conclusión si acudimos a los antecedentes parlamentarios en la tramitación de las normas concordantes (art. 3-1 C.Civil), visto que el apartado 5° del art. 55 L.C. que originalmente disponía que la ejecución de bienes no afectos se habría de sustanciar hasta que tenga lugar la realización de los bienes, fue suprimido en aras a posibilitar el íntegro

desenvolvimiento de la ejecución separada comprensivo incluso de la realización de los bienes y el reparto del precio obtenido por ello.".
QUINTO.- El Juzgado de Lo Mercantil N° 1 de Alicante, en su resolución de 29 de septiembre de 2006, propone, además, una razón de orden procedimental para excluir su competencia. "Si se considera competente el juez del concurso, dado que estamos hablando de ejecuciones de bienes no afectos, y por tanto no contemplados en el art 57LC, la aplicación estricta de las normas de la LC implican que esa pretensión se tramitaría por el incidente concursal del art 192 LC al no tener señalada en la ley otra tramitación, lo cual parece inconcebible y perjudicial para el titular de la garantía. Es evidente que el legislador no ha previsto esta hipótesis y ello puede ser bien porque se trate de supuestos que no tienen su encaje en el LC, continuando su conocimiento ante los Juzgados de Primera Instancia por los cauces procesales de la LEC bien como un patente olvido del legislador, que obligaría a forzar la ley y entender que el cauce es el del art 57 (previsto para los bienes afectos)".
En los mismos términos se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil num 2 de Barcelona en Auto de 24 de mayo de 2006: " Así, el artículo 57.1° establece una norma de competencia objetiva, al atribuir al Juez del concurso únicamente el conocimiento de las acciones y ejecuciones a las que alude el artículo 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias
sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse ante los Juzgados de Primera Instancia. En el presente caso no se discute que la concursada no ejerce actividad económica alguna y, en definitiva, que el bien hipotecado objeto de la ejecución no se halla afecto a una actividad empresarial o profesional. En consecuencia, debe declararse la falta de competencia objetiva de este Juzgado".
SEXTO.- Visto que la demanda suscitada y los bienes sobre los que recae la garantía no se encuentran en los supuestos arriba señalados para fundar la competencia de este Juzgado, no procede la admisión a trámite de la demanda por carecer este órgano de competencia objetiva para su conocimiento.": Auto JM-1 Alicante 03.07.2007 (Incidente Concursal 241/2007)

"Cuarto: Ejecución separada que para el caso de se considerase bien no afecto y por ende inmune al periodo de "enfriamiento", entiendo que tampoco procedería ante este Juzgado, al no ser competente para ejercitarse esa ejecución separada de bienes del concursado hipotecados no afectos
El artículo 56. no dice nada y el art 57 no las contempla, ya que este precepto dice "1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. 2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso. ". Por tanto resuelve sobre el inicio o continuación de la ejecución que recaigan sobre bienes afectos (las del articulo anterior) pero guarda silencio sobre la garantías que tengan por objeto bienes no afectos
Ante este silencio caben dos interpretaciones: considerar que es competente el juez del concurso o considerar que tal ejecución separada se debe plantear ante el Juez de Primera Instancia correspondiente
La primera de la tesis, por la que se inclina, entre otros Angel Carrasco Perera o la AP de Barcelona de 28 de junio de 2007 o el Auto de la AP de Alicante arriba citado, se apoya en el tenor literal del art 8 LC y 86 ter LOPJ que establecen que la jurisdicción del juez del concurso para toda ejecución frente a bienes o derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado
Si bien es un argumento de peso, consideramos que no es bastante por los siguientes motivos:
i) el art 8 LC y 86ter LOPJ establecen un catálogo de competencias genéricas que después deben concretarse atendiendo al articulado de la ley, como se pone de relieve por ejemplo en materia laboral al establecer o fijar unas competencias los arts 64, 65 y 66 que no son equivalentes, sin más con el tenor de los artículos citados y sobre todo y por lo que aquí nos interesa en materia de ejecución. Si atendemos al tenor del art 8 (y el correlativo de la LOPJ) toda ejecución judicial o administrativa contra el patrimonio del concursado es competencia del juez del concurso, pero tal conclusión enseguida observamos que es incorrecta con la simple lectura del art 55, que puntualiza y excepciona, con distinta intensidad y requisitos, a los apremios administrativos, las ejecuciones laborales ya entabladas y las ejecuciones de garantías reales a iniciar o ya iniciadas. Parece, pues, que no podemos acudir, sin más, al art 8 LC y al art 86 ter LOPJ para resolver la cuestión;
ii) el art 57 establece una norma de competencia objetiva al determinar que se someten al Juez del concurso la competencia de la ejecución que se inicie o se reanude, pero solo contempla a las ejecuciones de garantías reales sobre bienes del concursado afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y que concreta y especifica la genérica o programática del art. 8;
iii) si no se quiere otorgar a este art 57 de esa función discriminatoria o delimitadora de competencia, no tendría sentido la norma, ya que bastaría acudir al art 8 LC para afirmar que todas las ejecuciones corresponden al juez del concurso
iv) en todo caso podría considerarse que la referencia a la jurisdicción del juez concursal del art 57 era precisa en cuanto al supuesto de reanudación de las ejecuciones entabladas antes del concurso (y que se continúan ante el juez del concurso), frente al sistema general de apremios y ejecuciones singulares entabladas que quedan suspendidas –art 55.2. Pero el precepto se refiere también al inicio de nuevas ejecuciones, y ello es porque parece que quiere dar un trato diferente a estas frente a las que no se paralizan por recaer sobre bienes no afectos, ya que de lo contrario la referencia a aquellas no era necesaria al estar comprendida en el art 8.

v) el único sentido posible (salvo que se trate de un olvido del legislador, que ciertamente no se puede descartar) es que el legislador ha preferido mantener la ejecución de las garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado (por ejemplo, concurso de no empresarios) al margen del concurso, tanto al no aplicarles el régimen de paralización como en cuanto al juez competente, residenciándolas en el juez ordinario o instancias no judiciales. Si la propia ley no ha considerado que estas ejecuciones de garantías reales sobre esta clase de bienes se tengan que paralizar y, en definitiva, que estén vinculadas o afectadas por la declaración de concurso, es por que respecto de ellas no se aprecia con igual intensidad el principio de atracción del juez del concurso derivado del carácter del concurso como procedimiento universal. De esta manera no queda perturbado el mercado de crédito respecto de estos bienes, que es una de las preocupaciones del legislador (como señala la Exposición de Motivos trascrita), aplicándoles el régimen ordinario en toda su plenitud tanto en el procedimiento como en el juez competente y evitar que su acumulación al proceso universal (del que seria una pieza) pueda repercutir negativamente en su eficacia, y como afirma algún autor resulta inconciliable la idea de proceso colectivo (como el concursal) con ejecuciones singulares por créditos concursales (a tramitar en pieza separada) por lo que solo deben admitirse los expresamente previstos en la ley y no otros

En igual sentido al aquí expuesto se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil num 2 de Barcelona de 24/05/2006, el Auto del Juzgado Mercantil num Uno de Oviedo de 13 de marzo de 2006 según el cual " llegamos a tal conclusión si acudimos a los antecedentes parlamentarios en la tramitación de las normas concordantes (art.3.1CC) visto que el apartado 5º del art 55 que originariamente disponía que la ejecución de bienes no afectos se habría de sustanciar hasta que tenga lugar la realización de los bienes, fue suprimido en aras a posibilitar el integro desenvolvimiento de la ejecución separada comprensivo incluso de la realización de los bienes y el reparto del precio obtenido por ello" o o el voto particular del Auto de la AP de Barcelona citado en el que se afirma "una vez establecida la regla general que atribuye al Juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer (...) 3º de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursal, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado (ar. 8 LC), la misma Ley concursal establece sus excepciones.

La primera de ellas, la que se contiene en el párrafo segundo del art. 55.1 LC, cuando después de proclamar, también con carácter general, que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", excepciona "los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso...", y sin perjuicio de la salvedad prevista a continuación de que "los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". De ello se deduce que, lógicamente, la competencia para seguir conociendo de estos procedimientos de ejecución sujetos a la excepción mencionada será del tribunal de los social o de la autoridad administrativa que hasta ese momento conociera de la ejecución, sin que se vean afectado por la atribución de competencia a favor del juez del concurso prevista en el art. 8.3º LC.

Y otra excepción se contiene en los dos preceptos siguientes, en los arts. 56 y 57 LC, cuando regula como se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso. El art. 56 LC distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación"), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado.

Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, el art. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales") debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere el art. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al Juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a "las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al Juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así el apartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que "iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial del art. 90 LC sujeta a las reglas previstas en el art. 155 LC.

Resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El art. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al

margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2 LC).
La previsión del art. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del art. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.
Con la solución alcanzada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de que en caso de ejecución separada, el órgano jurisdiccional o la instancia administrativa que conozca de la ejecución se dirija al concurso para preguntar si los bienes afectados por dicha ejecución, en un caso son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 55.1 LC) o, en otro, si están afectos a dicha actividad empresarial o profesional del deudor (art. 56.1 LC), no existe ningún inconveniente práctico para que puedan coexistir excepcionalmente esas ejecuciones separadas que, como en el presente caso, afectarían también a las garantías reales sobre bienes no afectos."
Quinto.- De conformidad con lo dispuesto en el art 394 LEC y tratándose de una cuestión no pacifica y sobre la que no hay pautas jurisprudenciales por lo novedoso de la regulación, no se efectúa imposición de costas ": AJM-1 Alicante 07.05.2009 (Incidente 382/2009; Auto 118/2009)

JM-2 Barcelona

"ÚNICO Que el artículo 8.3º de la Ley Concursal, en línea con lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuye al Juez del concurso el conocimiento de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado». Ahora bien, dicha norma, que establece un principio general, debe ponerse en relación con los preceptos de la Ley Concursal que regulan la incidencia del concurso sobre las ejecuciones y, en concreto, con los artículos 55, 56 y 57. Dichos preceptos, de hecho, en aparente contradicción con el principio general del artículo 8.3º, excluyen determinadas ejecuciones de la competencia del Juez del concurso, como acontece con las ejecuciones laborales y los procedimientos administrativos de apremio a los que alude el artículo 55.1º, apartado segundo, así como con las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes del concursado que no estén afectos a la actividad empresarial o a una unidad productiva. Así, el artículo 57.1º establece una norma de competencia objetiva, al atribuir al Juez del concurso únicamente el conocimiento de las acciones y ejecuciones a las que alude el artículo 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse ante los Juzgados de Primera Instancia. En el presente caso no se discute que la concursada no ejerce actividad económica alguna y, en definitiva, que el bien hipotecado objeto de la ejecución no se halla afecto a una actividad empresarial o profesional. En consecuencia, debe declararse la falta de competencia objetiva de este Juzgado.": Auto JM-2 Barcelona 24.05.2006 (AC 2006/1217)

Auto JM-1 Oviedo

"HECHOS.- ÚNICO.- Por la Procuradora Sra. Consuelo Cabiedes Miragaya, en la representación acreditada del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, se formuló demanda ejecutiva de procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca, contra PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES PAVIDASA SL, registrándose al n. 16/06.
RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.-
PRIMERO : La vis attractiva de la jurisdicción del concurso sobre la ejecución de las garantías reales aparece prevista en elart. 57 L.C. de cuya regulación se desprende que cuando se trate, como en el caso presente, de acciones que inicien aquella ejecución, la competencia funcional del Juzgado del concurso únicamente operará cuando concurran los requisitos de tratarse de una garantía real que recaiga sobre bienes afectos a una actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de la titularidad del deudor y en cualquier caso a que hayan transcurrido los plazos de espera previstos en elpárrafo primero art. 56-1 L.C., pues en el caso de tratarse de garantías reales constituidas sobre bienes no afectos el inicio de tales acciones gozará del privilegio procesal de la ejecución separada. Efectivamente tal es la interpretación a que se llega partiendo primeramente de que la repetida vis attractiva encuentra su lógico fundamento en la necesidad de amparar en el seno del concurso las cuestiones atinentes al destino de los bienes afectos y solo respecto de ellos, pues su suerte es la que está en condiciones de comprometer la continuación de la actividad del deudor y con ello el éxito de una solución convenida al concurso, y en ese preciso sentido se expresa la redacción literal delart. 57-1al señalar que la jurisdicción del juez del concurso se extiende al ejercicio de acciones que se inicie o se reanude "conforme a lo previsto en artículo anterior" durante la tramitación del concurso, siendo así que elart. 56 L.C. únicamente contempla el régimen de garantías reales constituidas sobre bienes afectos. Pero además llegamos a tal conclusión si acudimos a los antecedentes parlamentarios en la tramitación de las normas concordantes (art. 3-1C.Civil), visto que el apartado 5º del art. 55L.C. que originalmente disponía que la ejecución de bienes no afectos se habría de sustanciar hasta que tenga lugar la realización de los bienes, fue

suprimido en aras a posibilitar el íntegro desenvolvimiento de la ejecución separada comprensivo incluso de la realización de los bienes y el reparto del precio obtenido por ello.
SEGUNDO : Visto que las acciones que inician la ejecución hipotecaria que aquí se pretenden no se encuentran en los supuestos arriba señalados para fundar la jurisdicción del Juzgado del concurso, es por lo que no procede la admisión a trámite de la demanda por carecer este órgano de competencia funcional para su conocimiento.": Auto JM-1 Oviedo 13.03.2006 (JUR 2007/43389)

"ÚNICO.- Recurre la representación de D, Juan Ramón Díaz Polledo la providencia de fecha quince de diciembre de 2006 por la que se deniega la petición de suspensión de la subasta instada por Caja de España de Inversiones sobre la vivienda en donde se encuentra su domicilio habitual, entendiendo que pese a que la subasta se llegó a celebrar y al no comparecer ningún postor se adjudicó a la ejecutante, es importante que esa vivienda que constituye su principal activo patrimonial pase a integrar la masa activa del concurso para poder servir de pago al resto de acreedores.
A este respecto debe señalarse que el artículo 8.3° de la ley Concursal, en linea con lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atrihuye al Juez del concurso el conocimiento de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado". Ahora bien, dicha norma, que establece un principio general, debe ponerse en relación con los preceptos de la Ley Concursal que regulan la incidencia del concurso sobre las ejecuciones y, en concreto, con los artículos 55, 56 y 57. Dichos preceptos, de hecho, en aparen1e contradicción con el principio general del artículo 8.3°, excluyen determinadas ejecuciones de la competencia de] Juez del concurso, como acontece con las ejecuciones laborales y los procedimientos administrativos de apremio a los que alude el artículo 55.1º apartado segundo, así como con las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes del concursado que no estén afectos a la actividad empresarial o a una unidad productiva. Así, el artículo 57.1º establece una norma de competencia objetiva, al atribuir al Juez del concurso únicamente el conocimiento de los acciones y ejecuciones a las que alude el artículo 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse y seguirse ante los Juzgados de Primera Instancia.
En el presente caso de las propias manifestaciones del concursado se deduce que no ejerce actividad eccnómica alguna, que el bien subastado en ejecución de la hipoteca que sobre él pesaba, constituye su vivienda habitual y, en consecuencia, que no se halla afecta a una actividad empresarial o profesional.
El embargo sobre el mismo se había acordado con antelación a la declaración de concurso y se trata como ya se dijo de la consecuencia de una ejecución hipotecaria que gravaba la propia vivienda. Por consiguiente no procede reponer la providencia en su día dictada.": Auto JM-1 Oviedo 20.02.2007 (Concurso 200/2006)

2.1.1 Sobre la constancia del carácter no afecto del bien como requisito para la admisión a trámite del procedimiento

2.1.1.1 Admisión a trámite

AP Barcelona (Sección 14)

"PRIMERO.- Iniciado el presente procedimiento de ejecución hipotecaria, en fecha 20 de diciembre de 2011, contra la sociedad Proinher, S.L., en situación de concurso de acreedores desde el 17 de mayo de 2011, el juzgador de instancia declara la competencia del juzgado de lo mercantil, conforme al artículo 56.1 de la LEC, para la tramitación de este procedimiento por entender que la finca objeto de ejecución está afecta a la actividad profesional o empresarial de la ejecutada.
Apela la actora. Alega, en esencia, que es doctrina consolidada que la competencia para la ejecución de bienes hipotecados corresponde a los juzgados de instancia y que la finca no está afecta a la actividad empresarial de la concursada.
SEGUNDO.-Aunque se comparte la doctrina citada por la parte apelante emanada de la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial de Barcelona, seguida por otras Secciones de esta Audiencia Provincial, entre otras esta misma Sala en auto de 15 de diciembre de 2011, recurso de apelación 199/2011, o de la Sección 17 ª de 18 de abril de 2011, recurso de apelación 519/2010, en el sentido de declarar la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de las ejecuciones hipotecarias de bienes de la concursa cuando el bien no se encuentra afecto a la actividad empresarial o unidad productiva de la sociedad en concurso o un bien necesario para la continuidad de la misma, conforme al artículo 51 de la LC, se plantean en el supuesto de autos particularidades.
Debe ser así por cuanto no se comparte la inadmisión a trámite ad limine litis, irrogándose el juzgador de instancia la facultad de calificar la finca de autos como un bien afecto a la actividad empresarial de la concursada, que corresponde únicamente al Juez de lo Mercantil que tramita el expediente, conforme al artículo 55.5 de la LC.
La sentencia dictada por la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 29 de septiembre de 2010 es clara al respecto, y se basa en la sentencia dictada por la Sala Especial de fecha 22 de diciembre de 2006 (ROJ 8759/2006), en la que se concluye que una Administración pública ejecutante ha de dirigirse al Juez del Concurso a fin de que éste resuelva sobre los bienes integrantes de la masa patrimonial previa audiencia de la concursa y la administración. No basta, por tanto, como sostiene la apelante con el informe de la administración concursal para calificar los bienes, sino que es precisa una resolución judicial. No es, tampoco, la parte instante de la ejecución la que puede calificar la naturaleza del bien hipotecado.
En igual sentido la sentencia antes citada de la Sección 15ª, en su parte bastante, indica que: "CUARTO. Corresponde al Juzgado que tramita el concurso determinar en cada caso si los bienes del deudor concursado están afectos o no a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues es quien está en mejores condiciones

de conocer y juzgar sobre esta circunstancia. En un supuesto similar, con ocasión de un conflicto de jurisdicción entre la Hacienda Pública y un Juzgado de lo Mercantil sobre una ejecución administrativa en la que se había dictado la providencia de apremio antes de la declaración de concurso, versando el conflicto sobre la competencia para decidir si los bienes sobre los que recaía la ejecución eran o no "necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2006, ha atribuido esta competencia al Juez del concurso, a quien deberá dirigirse la instancia administrativa que, como consecuencia de lo previsto en el art. 55.2 LC conozca de una ejecución separada, para preguntar si el bien sobre el que se dirige dicha ejecución es o no necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Esta doctrina puede aplicarse analógicamente al presente caso en el que lo que debe decidirse es si un determinado bien gravado con una garantía real puede considerarse afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor, a los efectos previstos en el art. 56 LC ".
Añade la sentencia, tal como se produce en el supuesto de autos, que, conforme al artículo 55.1 de la LC, no procede incoar ejecuciones singulares una vez se ha declarado la deudora en situación de concurso. La presente demanda es posterior (20-12-2011) a la declaración de concurso (21-5-2011).
Añade, también la sentencia que: "Con la solución alcanzada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de que en caso de ejecución separada, el órgano jurisdiccional o la instancia administrativa que conozca de la ejecución se dirija al concurso para preguntar si los bienes afectados por dicha ejecución, en un caso son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 55.1 LC) o, en otro, si están afectos a dicha actividad empresarial o profesional del deudor (art. 56.1 LC), no existe ningún inconveniente práctico para que puedan coexistir excepcionalmente esas ejecuciones separadas que, como en el presente caso, afectarían también a las garantías reales sobre bienes no afectos".
Así las cosas, pudo la propia actora comparecer ante el Juzgado Mercantil antes de la presentación de la demanda hipotecaria que nos ocupa, a fin de solicitar que el juzgador se pronunciara en tal sentido. Como ya se ha expuesto, no es suficiente que el bien se encuentre dentro del apartado de existencias del informe de la Administración concursal, puesto que éste puede no ser necesario para la continuidad de la empresa. También el juzgador de instancia pudo requerir a la parte para que aportara "justificación documental de Juez Mercantil", ya que sólo puede justificarse mediante resolución judicial. Por todo ello, procede revocar el auto y admitir a trámite el procedimiento si el juzgador tiene dudas puede optar por dirigir oficio al Juzgado de lo Mercantil a fin de que ponga en conocimiento la calificación del bien y con su resultado proseguir o no los trámites pertinentes. ": AAP Barcelona (Sección 14) 17.07.2012 (Auto 159/2012; Rollo 504/2012)

AP Tarragona

“Primer. ANTECEDENTS D'INTERÈS I RESOLUCIÓ DEL JUTGE DE PRIMERA INSTÀNCIA. El vint de març de dos mil nou, el Jutjat Mercantil de Tarragona va dictar un auto, a les seves actuacions 140/09, que declarava en concurs Baldemar-Sol Grup 6, SL. El vint-i-nou de juliol de dos mil onze, Caixa d'Estalvis del Penedès va presentar davant del Jutjat Degà de Tortosa, que la va repartir al núm. 4, una demanda d'execució dinerària contra aquesta companyia, sobre la base d'un dret de crèdit garantit amb una hipoteca constituïda sobre vint-i-set finques. Mitjançant una diligència d'ordenació que porta data de catorze de setembre de dos mil onze, el Jutjat va requerir el Jutjat mercantil que portava el concurs de la deutora perquè informés sobre l'eventual afectació de les finques hipotecades a l'activitat empresarial o professional de la concursada. La idea era decidir si era procedent o no despatxar una execució separada contra els béns hipotecats un cop que el Jutjat mercantil s'hi pronunciés (expressada amb aquella fórmula tan usual als jutjats de "...con su resultado se acordará.") Ara bé, amb data de vint-i-u de novembre de dos mil onze, el Jutjat Mercantil que tramitava el concurs de què parlem -que, entretant, no havia respost al Jutjat de Tortosa- hi va dictar un auto per declarar oberta la fase de liquidació. Aleshores, l'Administració Concursal hi va presentar un Pla de Liquidació, en que mantenia la qualificació de les finques hipotecades com a existències. L'executant, que interpretava que això volia dir, amb tota evidència, que l'òrgan mercantil no reputava aquestes finques com a béns afectes a cap explotació empresarial o professional, va apressar aleshores el jutge civil perquè prengués una decisió sobre l'execució sol·licitada. Aquesta decisió va ser, però, denegar-la. I l'executant hi ha interposat un recurs.
Segon. MARC LEGAL. És, com indica el jutge de primera instància, el que defineixen els articles 55 i 56 de la Llei Concursal. Ara bé, el jutge ha omès la reforma legal que hi ha introduït la Llei 38/2011, de deu d'octubre, en afegir-hi l'apartat cinquè (que, de conformitat amb la DT Novena, apartat primer, d'aquesta mateixa Llei, és aplicable al cas, en haver entrat en vigor amb posterioritat a la declaració de concurs que hem pres com a punt de partida del conflicte que hem de resoldre) En destaquem, d'aquests articles, pel seu interès per resoldre la qüestió, el quart paràgraf de l'article 55, el primer paràgraf de l'apartat primer i el suara esmentat apartat cinquè de l'article 56, els textos literals dels quals, en espanyol, són:
"55.4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores (que preveuen que no es puguin despatxar execucions singulars contra els béns de les persones declarades en concurs) lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real.
56.1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
56.5. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor."
Tercer. APLICACIÓ AL CAS. La regla general per als creditors amb garantia hipotecària, establerta a l' article 55.4 de la Llei Concursal, és que el seu dret d'execució no resta en suspens per la declaració del concurs. Ara bé, de

conformitat amb el que disposa l'article 56.1 de la mateixa Llei, hi ha la possible excepció que els béns hipotecats restin afectes a una explotació empresarial o professional del deutor. Si és així, el dret del creditor hipotecari resta subjecte a les vicissituds del concurs -encara que hi ha la possibilitat que, si s'hi aprova un conveni que no afecti l'exercici d'aquest dret, o passa un any sense que s'hi obri la fase de liquidació, hi hagi lloc encara per exercir el dret d'execució separada, amb la particularitat que, si té com a objecte béns que han estat afectes a l'explotació del deutor, aquesta execució es tramita, això sí, en peça separada, davant del propi jutge del concurs, com diu l' article 57 de la Llei Concursal - Si no és així, si els béns no resten afectes a l'explotació del deutor, el dret d'execució separada s'exerceix davant el jutge que resulti competent segons les regles comunes. En qualsevol cas, i com a pas previ i indispensable per saber quina d'aquestes alternatives ha de regir les successives actuacions processals, és el jutge del concurs el que ha de decidir, de conformitat amb el que disposa l' article 56.5 de la Llei Concursal, si s'hi dóna, o no, l'afecció del bé hipotecat a l'activitat empresarial del deutor. Això vol dir, en un cas en què no hi ha hagut cap pronunciament exprés del jutge del concurs, que la decisió que ha pres el jutge civil sobre el curs que havien de prendre les actuacions, en denegar el despatx d'execució que li sol·licitaven, ha estat prematura. S'havia d'haver esperat, per veure què hi deia el jutge mercantil. Només per aquest motiu ja hauríem de revocar aquesta decisió. Sense por de caure en el mateix parany que denunciem -decidir el que no és competència nostra, sinó del jutge mercantil- val a dir que no resulta difícil presumir, en un cas en què l'opció ha estat no la continuïtat de l'empresa, sinó la liquidació dels seus béns, entre els quals hi ha, és clar, les finques hipotecades, que el jutge mercantil no les ha de considerar afectes a cap mena d'explotació. De fet, en qualsevol dels casos, el creditor hi pot exercir el dret d'execució separada, atès que va transcórrer més d'un any entre la declaració del concurs i l'obertura de la fase de liquidació. L'única diferència pràctica que subsisteix entre un cas i l'altre (és a dir, entre que el jutge mercantil consideri que els béns restaven afectes a l'explotació del deutor i que no ho consideri així) és que en el primer la competència per conèixer de l'execució separada serà del jutge mercantil i en el segon s'atribuirà al jutge civil.": AAP Tarragona (Sección 3) 22.05.2012 (Auto 79/2012; Rollo 274/2012)

2.1.1.2 Inadmisión a trámite

AP Madrid (Sección 18)

"PRIMERO.-Visto el contenido del recurso de apelación formulado contra el auto de instancia, por el que se acuerda inadmitir a trámite la demanda de ejecución hipotecaria por incompetencia de los Juzgados de 1ª Instancia al estar declarada en concurso la entidad contra la que se dirige la demanda ejecutiva (situación ocultada por la actora en su demanda), entendiendo por ello competentes a los Juzgados de lo Mercantil y en concreto al nº 9 de los de Madrid que conoce del proceso concursal, la acción de ejecución hipotecaria formulada recae sobre bienes de los que se ignora por el Juzgador de instancia si son o no afectos a la actividad profesional de la entidad hipotecante al tratarse de inmuebles producto de la actividad constructora de la sociedad en concurso sobre las que están constituida la hipoteca, lo que en principio haría presumir esa afección.
Ahora bien ha de partirse de la consideración de que es al Juez de lo Mercantil a quien corresponde calificar o decidir sobre tal afección de los bienes a la actividad de la empresa como expresamente dispone la vigente Ley Concursal, sin perjuicio de que la competencia para conocer de las ejecuciones sobre bienes no afectos corresponda a los Juzgados de Primera Instancia; pero partiéndose precisamente de ello, es decir de que es al tribunal mercantil a quien corresponde decidir sobre la afección o no afección de los bienes en cuestión como expresamente dispone el artº. 56.5 de la citada Ley. Ante ello si es ese tribunal el competente para decidir el carácter de los bienes que integran la masa del concurso como afectos o no a la actividad profesional de la empresa, no es admisible que la entidad ejecutante acuda al Juez de Primera Instancia pidiendo la ejecución separada sin mencionar en su demanda la situación concursal de la demandada, que consta en la certificación registral adjuntada, sin aportar declaración judicial alguna sobre esa afección por el tribunal a quien primera y naturalmente corresponde hacer esa valoración en el proceso correspondiente.
Por otra parte en principio parece que los hipotecados son bienes originariamente afectos a la actividad empresarial de la concursada mientras otra cosa no conste y sí al contrario la prosecución de proceso concursal en su fase de liquidación y de la falta de resolución a la cuestión planteada en tal sentido por la ejecutante ante el Juez del concurso.
SEGUNDO.-Efectivamente, la recurrente entiende competente a los Juzgados de 1ª Instancia en consideración a que los bienes sobre los que recae la demanda de ejecución hipotecaria, registrales 22124 y 64.100/31 del Registro de la Propiedad nº 1 de Madrid, una vivienda y una plaza de garaje sitos en la c/ Núñez de Balboa nº 108 de Madrid son bienes no afectos a la actividad mercantil, más aún cuando ya se ha abierto al fase de liquidación.
Según se manifiesta por la parte, puesto que ello no consta en autos, los inmuebles de que se trata son producto de la actividad mercantil de la concursada, lo cual en principio determinaría su carácter de bienes afectos a la actividad empresarial; sin embargo tal apreciación le está vedada al Juzgado de instancia y a esta Sala puesto que es al Juez de lo Mercantil a quien corresponde calificar o decidir sobre la afección de los bienes a la actividad de la empresa como se establece con claridad en la vigente redacción de la Ley Concursal (artº. 56 5), de manera que siendo claro que la competencia para conocer de las ejecuciones sobre bienes no afectos es competencia de los Juzgados de 1ªinstancia, ello es tras la constatación de que es al Juzgado de los Mercantil que conoce del concurso a quien corresponde decidir sobre la afección o no afección de los bienes en cuestión, cuestión que fue objeto de debate y de distintas resoluciones anteriores pero que ya es derecho positivo según el precepto dicho.
Como consecuencia, siendo el Juez de lo Mercantil el competente para decidir la afección o no de los bienes cuya ejecución hipotecaria se insta como afectos o no a la actividad profesional de la concursada, no sería admisible que la entidad ejecutante interponga demanda de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de 1ªInstancia sólo en base a su propia consideración de que se trata de bienes no afectos y sin que tal declaración se haya hecho por el Juzgado competente que es quien tiene los datos precisos para pronunciarse sobre ello.

La conclusión propia de la precedente fundamentación sería que si estamos ante unos bienes originariamente afectos a la actividad empresarial de la concursada, esa inicial consideración persiste hasta que se dé una resolución del Juzgado de lo Mercantil que declare otra cosa, más aún cuando no consta si en el plan de liquidación de la concursada confeccionado en tal fase abierta en el concurso, se han incluido o no los bienes cuya ejecución hipotecaria se insta.
Ahora bien, no puede obviarse que consta en autos que la ahora ejecutante ha promovido hace meses un pronunciamiento al respecto por el Juzgado de lo Mercantil, sin que se haya dictado resolución alguna por lo que aún estimándose que la decisión del tribunal de instancia sería correcta de tratarse de bienes afectos, no puede en realidad pronunciarse sobre ello en tanto no conste ese previo pronunciamiento del Juez de lo Mercantil que avale la condición de bien no afecto, esto es, en tanto no se cuente con la satisfacción del presupuesto de la previa determinación del juez del concurso, lo que ha de determinar la procedencia del recurso formulado en tanto que antes de pronunciarse el Juzgado de instancia sobre la admisión a trámite de la ejecución y sobre su competencia, habrá de contar con el previo pronunciamiento del Juzgado de lo Mercantil, suspendiendo por ende su decisión hasta que ello conste, pudiendo incluso instar al mismo para que comunique a la mayor brevedad la decisión adoptada.": AAP Madrid (Sección 18) 23.04.2015 (Auto 134/2015; Rollo 220/2015)

AP Pontevedra

"PRIMERO.- Se plantea en este recurso la debatida cuestión relativa a la competencia para conocer de los procesos de ejecución hipotecaria sobre bienes que la propia ejecutante tiene por no afectos a la actividad empresarial de al concursada Pirsa O Grove, S.A. La apelante, NCG Banco, S.A., sostiene que la competencia es del Juzgado de de Primera Instancia de Vigo; este, por su parte, estimó no ser competente de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal.
Los argumentos del recurso de apelación son, en esencia, dos: los bienes de cuya ejecución se trata no tienen la consideración de afectos a la actividad de la sociedad concursada; la Ley Concursal permite ejecutar, no obstante el concurso, aquellos bienes que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 56.1), en cuyo caso la competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia. Ambos argumentos, a la postre, se reducen a uno solo, o por decirlo de otro modo, descansan en una consideración previa que funciona a modo de presupuesto: los bienes no están afectos a al actividad empresarial porque esta ha cesado y es inviable.
A instancia de esta sala, el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra informa de que, habiendo quedado sin efecto al fase de convenio que había sido acordada en septiembre de 2011 y dejado sin efecto el señalamiento de junta de acreedores, se abre la fase de liquidación por autos de 25-10-2011 y con fecha 12-1-2012 se dicta auto aprobando el plan de liquidación, sin que ninguna de las partes, en su momento oportuno, hubiera hecho observación alguna al plan puesto de manifiesto en la Secretaría; que como consecuencia de loa anterior existe un inventario de la masa activa que forma parte del informe de los administradores, ex art. 75.2-1º; que han sido presentados los textos definitivos (ex art. 96.4); que los bienes incluidos en el inventario se acomodan a las características de los bienes a que se refiere el oficio remitido por este tribunal; que los bienes integrados en la masa activa están siendo enajenados en la forma prevista en el plan de liquidación.
SEGUNDO. -Las cuestiones de competencia para el conocimiento de las ejecuciones singulares cuando se ha iniciado un procedimiento concursal han suscitado opiniones dispares. Como pone de manifiesto el ATSJ de 14-7-2011, se parte de la regla general que atribuye al juez del concurso la competencia para conocer, de forma exclusiva y excluyente, de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el tribunal que la haya ordenado (arts. 86 ter.1-1 º y 3º de la LOPJ y 8.1 º y 31 de la Ley Concursal; también cabría citar el art. 55.1-I de esta misma Ley). Pero la propia Ley Concursal establece excepciones a esta competencia favorable al juez del concurso, como son, según señala el ya citado auto, el propio art. 55.1 respecto de los procedimientos administrativos y ejecuciones laborales a que dicho precepto hace referencia; otra excepción es la contenida en el art. 56, a propósito de la regulación legal de la forma en que la declaración del concurso afecta a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor y lo que, como complemento dispone el art. 57.1; y, en fin, una tercera excepción es la que resulta del art. 56.2. Ocurre, entonces, que la calificación de los bienes, como afectos o no, va a tener trascendencia en la competencia para el conocimiento del proceso y la posibilidad de su seguimiento separadamente del concurso.
TERCERO.-Para sostener que la competencia es del Juzgado de Primera Instancia de Vigo, la parte recurrente se basa fundamentalmente en la idea de que los bienes sobre los que recae la demanda de ejecución hipotecaria planteada son bienes no afectos a la actividad profesional, dada la inactividad de la empresa o la imposibilidad de continuación. Es sin duda, la calificación que interesa a la ejecutante para el planteamiento del proceso de ejecución ante los Juzgados de Primera Instancia, y orillar al Juzgado de lo Mercantil y el marco del proceso concursal. Pero no podemos sino discrepar de tal criterio y de la vía utilizada por la ejecutante para hace valer el presupuesto de la desafección del bien a la actividad empresarial.
Se trata, en este caso, de las viviendas producto de la actividad constructora de la sociedad en concurso sobre las que está constituida la hipoteca; la circunstancia de ser las propias viviendas construidas por la concursada en ejecución de su objeto y actividad de empresa las dota sin duda alguna, y ab origine, del carácter de bienes afectos a la actividad empresarial; así hemos de entenderlo en la medida que son, en definitiva, su manifestación más evidente y constituyen el objeto propio y único de la actividad empresarial de una sociedad dedicada a la promoción y construcción de viviendas. Partimos, pues, de la idea primera y básica de que los bienes hipotecados son bienes afectos a la actividad profesional de la sociedad; la ejecutante afirma una especie de desafección sobrevenida, deduciéndolo así de lo que se dice en el informe de los administradores de concurso.
Ahora bien, conviene señalar que es al Juez de lo Mercantil a quien corresponde calificar o decidir sobre la afección de los bienes a la actividad de la empresa. Hoy lo dice expresamente la Ley Concursal, después de la reforma

hecha de la Ley 38/2011 (art. 56.5, según la vigente redacción). El supuesto de que nos ocupamos es anterior a la citada reforma; pero que nada dijese la ley de modo expreso entonces no obsta para que el criterio que hoy es expresamente legal, sea el aplicable dada la evidencia y lógica de su razón y pertinencia. Pero es que, además, tal es el criterio sustentado por nuestro TSJ en autos de 5-7-2011 y 147-2011. En relación con la debatida cuestión doctrinal y jurisdiccional acerca la competencia para conocer de las ejecuciones sobre bienes no afectos, se decanta finalmente por la competencia del Juzgado de Primera Instancia; pero, al mismo tiempo, advierte que ha de contarse con la premisa de que es al tribunal mercantil a quien corresponde decidir sobre la afección o no afección de los bienes en cuestión. Se trata de resoluciones dictadas a propósito de cuestiones competenciales suscitadas antes de la entrada en vigor de la reforma citada de 2011. En el primero de los autos citadas se dice que hay que partir de la premisa de "que en todo caso corresponde al juzgado que tramita el concurso determinar en los supuestos de ejecución singular de bienes del deudor en concurso judiciales o extrajudiciales, si dichos bienes están afectos o no a la actividad profesional o empresarial del deudor, como trámite previo necesario, repetimos en todo caso, para que pueda proseguirse o no dicha ejecución singular de bienes al margen del concurso." Cita en apoyo de tal criterio los antes citados arts. 86 ter.1-1 º y 3º de la LOPJ y 8.1 º y 31 de la Ley Concursal, y también la sentencia del Tribuna de Conflictos Jurisdiccionales de 22-12-2006 y RDGRN de 6-6-2009. En la afirmación de la competencia del juez del concurso "para determinar en cada caso si los bienes de deudor concursado están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor" se reafirma el Auto del TSJ de 14-7-2011, ya citado.

La reforma legal 2011 no ha hecho sino convertir en texto legal expreso (art. 56.5 LC) lo razonable y evidente, lo que, en cierto modo, respondía a la naturaleza de las cosas y, en opinión de las citadas resoluciones del TSJ estaba ya, si acaso implícito, en el art. 86 ter de la LOPJ.
Siendo el Juez de lo Mercantil el indicado para decidir el carácter de los bienes que integran la masa del concurso -como afectos o no a la actividad profesional de la empresa-, no es admisible que la entidad ejecutante acuda al Juez de Primera Instancia pidiendo la ejecución separada haciendo valer su unilateral y personal criterio y calificación sobre el carácter no afecto de los bienes a que la ejecución se refiere, sin que tal declaración se haya hecho - ni se ha dado oportunidad de hacerlo- por el tribunal a quien primera y naturalmente corresponde hacer esa valoración en el contexto procesal correspondiente, porque -aparte las razones de referencia legal- dispone de la perspectiva y elementos de juicio para definirse sobre la condición de los bienes en el que es su marco natural y pertinente -el proceso concursal- y donde, por otra parte, puede decantarse el criterio y decisión judicial en el ámbito propio de la contradicción de quienes intervienen en el concurso, a diferencia de lo que en este caso se pretende, en el que la ejecutante acude al Juzgado de Primera Instancia para hacer valer una calificación basada en su estimación personal, ajena o al margen de una previa valoración del juez del concurso. No es aceptable que el ejecutante pretenda obtener del Juzgado de Primera Instancia la declaración o la asunción de la condición de bienes afectos ni que pueda trasladar el eventual debate o discusión sobre tal materia a sede jurisdiccional diversa de la propia del concurso para que sobre ella haya de pronunciarse a la postre el Juez de Primera Instancia, hurtando así el ámbito jurisdiccional y contexto propio para dicha calificación.
Debe, por otra parte, destacarse que estamos ante unos bienes originariamente afectos a la actividad empresarial de la concursada y tal consideración debe mantenerse en tanto no conste una decisión jurisdiccional que lo contradiga o que altere esa consideración, decisión que ha de provenir lógicamente del Juez que conoce del concurso. En este caso, aunque no se conozca tal resolución, y como quiera que otra cosa no consta, debe valorarse como actuación procesal contraria a la tesis de la ejecutante el hecho de que el Juez de lo Mercantil haya proseguido el procedimiento concursal respecto de estos bienes y los ha incluido en el plan de liquidación, lo que ha de valer, en principio, para entender que, al menos implícitamente, los tuvo por afectos a la actividad de la empresa y en esa condición los mantuvo dentro de las actuaciones propias del procedimiento concursal. Pero es que, además, no consta que la ahora ejecutante haya promovido pronunciamiento al respecto ni formulado objeción o indicación alguna al ponerse de manifiesto en la secretaría del Juzgado el plan de liquidación, según consta por la resolución de dicho juzgado por la que se aprueba el referido plan (auto de 12-1-2012).
Por ello, debe estimarse que la decisión del tribunal de instancia es correcta; no puede admitirse su competencia en tanto no conste un previo pronunciamiento del Juez de lo Mercantil que avale la condición de bien no afecto, esto es, en tanto no se cuente con la satisfacción del presupuesto o premisa de la previa determinación del juez del concurso. Por todo lo dicho, estimamos que debe ser confirmado el auto recurrido.”: AAP Pontevedra (Sección 6) 20.07.2012 (Auto 160/2012; Rollo 4333/2011)

2.2 El Juzgado de lo Mercantil

AP Alicante (Sección 6)

“PRIMERO.- Debe de ser [confirmada la] decisión del Tribunal "a quo", Juzgado de Primera Instancia n° 4 de Alcoy, contenida en el auto apelado que no admite a trámite la demanda de ejecución hipotecaria presentada por la ahora recurrente frente a la mercantil Hábitat Urbano Inmobiliario S. L. actualmente declarada en estado de concurso voluntario de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Alicante en auto de fecha 2 de febrero de 2007, Procedimiento n° 11 de 2007, puesto que esta Sala estima que tal decisión es la procedente por ajustarse precisamente las previsiones contenidas en el Art. 55 de Ley Concursal en relación los Arts. 50 y 57 de la misma Ley, Art. 568 de la Ley de E. Civil, en lo necesario con el Art. 86, tercero de la LOPJ, preceptos legales de los que debe de concluirse que impiden la admisión a trámite y substanciación por el Juzgado " a quo" integrado en esta Jurisdicción común de la ejecución hipotecaria que recurrente pretende promover frente a dicha deudora e hipotecante ya declarada en estado de concurso voluntario de acreedores y con relación a un bien que sigue integrado en el patrimonio de tal deudora y afecto por ello a lo que es el desarrollo de su objeto social, con independencia de que tras la declaración del concurso no desarrolle su normal actividad mercantil y por cuanto en

definitiva esta Sala, y disintiendo del parecer de la recurrente, estima que no deviene aplicable al presente supuesto la previsión de una u otra contenida en el Art. 56.1 de la Ley Concursal "a contrario sensu" interpretado, y vistos los términos del título base de esta ejecución, la escritura pública de fecha 9 de diciembre de 2002, en la que consta que objeto social de la prestataria hipotecante lo era la " adquisición, tenencia, construcción y promoción de inmuebíes, y que la "cantidad del préstamo".. se destinaba a " la construcción de las fincas hipotecadas entre las cuales se hallaba la registral número 39.480/45 objeto de la presente ejecución hipotecaria que ha pretendido promover la recurrente, puesto que de todo ello se desprende con claridad meridiana que el préstamo hipotecario en la fecha y circunstancias en las que fue constituido, fue consecuencia de la actividad empresarial de prestataria e hipotecante ahora declarada en situación de concurso de acreedores, y su finalidad no fue otra sino financiar tal actividad. En todo caso debe de recordarse que finalmente que en última instancia, la competencia objetiva para conocer, admitir a trámite y en su caso substanciar la presente demanda de ejecución referida a un bien hipotecado por la citada mercantil declarada en situación de concurso de acreedores, y de su propiedad, integrado pues en el patrimonio Hábitat Urbano Inmobiliario 5. L., correspondería exclusivamente a los Juzgados de lo mercantil de Alicante, y en concreto a aquel que conoce del concurso, y no al Juzgado "a quo" y por ser ello por ser consecuencia ineludible de lo establecido en el Art. 86 de la LOPJ que debe de ser observado y cumplido escrupulosamente por los Tribunales civiles comunes, por cuanto establece que " en todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente" respecto a " las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil".": Auto AP ALICANTE (Sección 6) 04.04.2008 (Rollo 70/2008; Auto 64/2008)

AP Almería

“PRIMERO Recurre la demandante el Auto que acordaba la inadmision de demanda de ejecución hipotecaria frente a Comac Almería S.L, al considerar que existiendo un concurso de acreedores el competente para conocer de la misma es este y no el Juzgado de primera instancia. Alega la recurrente que si bien la demanda de ejecución hipotecaria es posterior a la declaración de concurso voluntario, amparándose en losart 56 y 57 LC, argumenta que el bien gravado, la finca de la Cañada objeto de hipoteca, [no] está afecta a la actividad económica de la concursada por lo que la ejecución hipotecaria podría realizarse de modo separado debiendo en consecuencia admitirse la demanda por el Juzgado nº8 de Instancia.
LaLey Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuesto o puedan interponer los acreedores. Así, regula los efectos del concurso respecto de las acciones declarativas anteriores y posteriores a la declaración del concurso, o respecto de las ejecuciones individuales, ejecuciones laborales o apremios administrativos. En cuanto a las ejecuciones individuales, elartículo 55, establece que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, con la excepción de los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarias para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Y las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, siendo nulas de pleno derecho todas las actuaciones en contravención de lo anterior.
Por lo tanto, el legislador se decanta claramente por la imposibilidad de ejecuciones singulares contra el deudor, salvo las excepciones expresamente previstas. Y ello en concordancia con elartículo 8 que establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Dicho articulo confirma casi literalmente lo que ya establece elartículo 86 ter de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y según el cual "la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892). También conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de esta Ley (...)
3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado (...)"
SEGUNDO No compartimos la idea del recurrente ni de un sector de Juzgados de lo Mercantil sobre la competencia de los Juzgados de primera Instancia para conocer en principio de la ejecución hipotecaria de bienes [no] afectos a la actividad empresarial del deudor ni que la ejecución puede continuarse a pesar de la existencia del concurso.
Elartículo 57 tiene como objeto, según su propio encabezamiento, el "inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales", no estableciendo para ello ninguna diferenciación según los bienes sobre los que recaen y su afección o no a la actividad del deudor. La letra del artículo lo confirma:
"1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda."
Elartículo anterior mencionado (el 56), en efecto, regula el inicio o la reanudación de las acciones paralizadas por recaer sobre bienes afectos; sin embargo, existen varias razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir del conocimiento del Juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa. Por una parte, el mismo precepto, en su último párrafo, expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, por lo

que, con arreglo al artículo 57 ("El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior..."), ese supuesto no se vería excluido en tal caso de la competencia del Juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al Juzgado de 1ª Instancia; y aunque elartículo 56 gravite, sin duda, sobre las garantías sobre bienes afectos, el que elartículo 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del concurso. Es en el concurso donde el crédito garantizado préstamo hipotecario se está haciendo valer(art. 61.1 LC), continuando el devengo de intereses moratorios y no subordinados(arts. 59.1 y 92.3º LC, hasta donde alcance la garantía), pudiendo ser rehabilitado, si concurren los requisitos temporales, por la administración concursal en los términos delartículo 68. Es por eso que elartículo 57 atribuye la competencia al Juez del concurso para las acciones ejercitadas estrictamente durante su tramitación.
Por otra parte, resulta llamativo que el Juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.
No parece problemático concluir, por tanto, que la demanda de la apelante pretende la ejecución hipotecaria de un bien cuya propiedad pertenece a la concursada y asistimos en efecto a una demanda de indudable contenido patrimonial y dirigida contra bienes y derechos del concursado, por lo que se incluye dentro del ámbito competencial del Juez del concurso, del Juzgado de lo Mercantil.”: AAP Almería (Sección 3) 07.02.2011 (Auto 13/2011; Rollo 158/2010)

AP Avila

“CUARTO.-El concurso trata de evitar la actuación aislada de los acreedores que pretendan instar en su propio beneficio la ejecución de sus créditos sobre los bienes del concursado. La regla general es la contenida en el art. 55 LC : declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios, administrativos o tributarios, sobre los bienes del concursado.
Sin embargo, la regla general que prohíbe la continuación de ejecuciones por deudas anteriores a la declaración del concurso tiene tres excepciones: 1ª) no afecta, o bien de forma limitada, a los titulares de garantías reales sobre bienes del deudor, que podrán continuar con la ejecución despachada si al momento de la declaración del concurso se hubieren publicado anuncios de la subasta del bien o derecho afecto y éste no fuera estimado como necesario para la continuidad de la actividad del deudor; 2ª) las ejecuciones laborales, cuando antes del concurso se hubieran embargado bienes y éstos no sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado; y 3ª) los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio, y los bienes afectados no resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial.
Dicho esto, ha de afirmarse que la facultad de ejecución separada a través de otro órgano que no sea el juez del concurso choca frontalmente con el art. 86 ter 1.3º de la LOPJ que concede al Juez de lo Mercantil que abrió el concurso competencia exclusiva y excluyente para conocer de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Es tan tajante y clara la dicción de este precepto de la LOPJ que ordena que esta ejecución separada se lleve a cabo por el Juez Mercantil del concurso, que ni distingue ni permite distinguir entre ejecuciones ordenadas antes o después de la apertura del concurso. Si esas ejecuciones siguen sin el control del Juez del concurso, puede hacerse de facto imposible la finalidad del proceso concursal. ”: AAP Avila (Sección 1) 14.06.2011 (Auto 31/2011; Rollo 130/2011)

AP Barcelona (sección 15) - 2007

“PRIMERO.- La situación que nos presenta la apelante es la siguiente: declarado el concurso de Dña. Mª LUISA VILA FRANCISCO, la CAIXA CATALUNYA presenta una demanda para la ejecución hipotecaria de una finca de su nuda propiedad, correspondiendo el usufructo a su madre, la también demandada LUISA FRANCISCO VAL, amparándose en los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal. La administración concursal informa que, a su entender, no existe dato alguno que autorice a pensar que la concursada realice algún tipo de actividad empresarial o profesional, no constando tampoco que el bien gravado se halle afecto a ninguna actividad económica de este tipo o a una unidad productiva de titularidad de la concursada, considerando que la competencia para conocer de esta ejecución separada corresponde al Juez del concurso.
El Juzgado de lo Mercantil, sin embargo, asumiendo que la finca hipotecada no es el bien afecto al que se refiere el artículo 56 de la Ley Concursal, considera por el contrario que la competencia del Juez del concurso del artículo 57 viene referida exclusivamente al conocimiento de las demandas de ejecución de los bienes afectos, a los que se refiere el artículo 56, por lo que la demanda de ejecución hipotecaria de la CAIXA CATALUNYA debe interponerse ante los Juzgados de 1ª Instancia. Contra ello se alza la entidad actora, mientras que la concursada interesa la confirmación de este criterio.
SEGUNDO.- Tratándose de una discusión sobre la competencia del Juez del concurso, obligado es acudir primero al artículo 8 de la Ley Concursal, que confirma casi literalmente lo que ya establece el artículo 86 ter de la LOPJ y según el cual “*la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:*
1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que

se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1 de esta Ley (…)
3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado (…)"
No parece problemático concluir, por tanto, que si la demanda de la apelante pretende la ejecución hipotecaria de un bien cuya nuda propiedad pertenece a la concursada (la interposición de la demanda también contra quien no es deudor concursado, la usufructuaria del inmueble, viene impuesta por el artículo 685.1 de la LEC, al ser ésta hipotecante no deudora), asistimos en efecto a una demanda de indudable contenido patrimonial y dirigida contra bienes y derechos del concursado, por lo que se incluye dentro del ámbito competencial del Juez del concurso, del Juzgado de lo Mercantil.
La cuestión nuclear, no obstante lo anterior, es que, en la tesis del Sr. Magistrado, esta regla general está modulada por lo que disponen los artículos 55 y 56 de la misma Ley Concursal, que posteriormente excluyen cierto tipo de acciones, que tienen también un contenido patrimonial pero que recaen sobre bienes no necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en el caso de los apremios administrativos y ejecuciones laborales anteriores a la declaración que continúan su tramitación, o no afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, en el caso de las garantías reales. Concretamente para estas garantías, el artículo 56 prevé su suspensión tras la declaración del concurso, si la acción ejecutiva estuviera ya en marcha, o la prohibición de iniciarla en caso contrario, durante los plazos que el precepto marca. Ligando esta norma con el artículo 57, este precepto, según la resolución combatida, sólo vendría referido a las acciones de ejecución de garantías reales que recaigan sobre bienes afectos; si no es el caso, el Juez del concurso carece de competencia.
TERCERO.- Pero no compartimos esta idea. El artículo 57 tiene como objeto, según su propio encabezamiento, el "inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales", no estableciendo para ello ninguna diferenciación según los bienes sobre los que recaen y su afección o no a la actividad del deudor. La letra del artículo lo confirma:
"1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda."
El artículo anterior mencionado (el 56), en efecto, regula el inicio o la reanudación de las acciones paralizadas por recaer sobre bienes afectos; sin embargo, existen varias razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir del conocimiento del Juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa. Por una parte, el mismo precepto, en su último párrafo, expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, por lo que, con arreglo al artículo 57 ("El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude *conforme a lo previsto en el artículo anterior* …"), ese supuesto no se vería excluido en tal caso de la competencia del Juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al Juzgado de 1ª Instancia; y aunque el artículo 56 gravite, sin duda, sobre las garantías sobre bienes afectos, el que el artículo 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del concurso. Es en el concurso donde el crédito garantizado (en nuestro caso, una línea de crédito) se está haciendo valer (art. 61.1 LC), continuando el devengo de intereses moratorios y no subordinados (arts. 59.1 y 92.3º LC, hasta donde alcance la garantía), pudiendo ser rehabilitado, si concurren los requisitos temporales, por la administración concursal en los términos del artículo 68. Es por eso que el artículo 57 atribuye la competencia al Juez del concurso para las acciones ejercitadas estrictamente durante su tramitación.
Por otra parte, resulta llamativo que el Juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.": Auto AP Barcelona (sección 15) 28.06.2007 (Rollo 682/2006, Auto 195,2007)

AP Barcelona (Sección 17)

"SEGUNDO.-Deducida por " CAJA DE AHORROS DE GALICIA (CAIXA GALICIA)" demanda de ejecución de hipoteca inmobiliaria frente a D. Francisco y D. Hilario con base en contrato de préstamo hipotecario suscrito entre la ejecutante y los ejecutados se dicta auto de inadmisión a trámite con fundamento en el art. 55.1 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, que dispone "Declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales ni extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor". Frente a semejante pronunciamiento se alza la ejecutante que sostiene que cuando la ejecución se sustenta en una carga real hipotecaria la ejecución de esta garantía es perfectamente lícita y posible aun cuando el deudor se encuentre en situación de concurso.
TERCERO.-Planteada la "questio iuris en los términos que proceden, es de afirmar en cuanto a la cuestión versativa sobre qué juzgado es el competente para resolver si los bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, que dicha competencia corresponde en exclusiva al juez del concurso, tal como se desprende ya del propio artículo 86 ter. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues es competencia

exclusiva y excluyente del juez del concurso toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursal, cualquiera que sea el órgano que la hubiere acordado. Asimismo se destaca por la Jurisprudencia (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de octubre del 2007 y Auto de la Audiencia de Barcelona, de 28 de junio de 2007 de Barcelona) que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en el caso de un conflicto planteado entre un Juzgado de lo Mercantil, entiende que "producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor". Esta doctrina puede aplicarse analógicamente al caso en que deba decidirse si un determinado bien gravado con una garantía real puede considerarse afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor, a los efectos previstos en el artículo 56 de la Ley Concursal. En cuanto a la cuestión de la competencia para conocer de las ejecuciones de créditos con garantía real sobre bienes no afectos, si bien el artículo 57 LC, referente al "inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales", no establece ninguna diferenciación según los bienes sobre los que recaen y su afección o no a la actividad del deudor, el apartado 1 empieza refiriéndose al ejercicio de acciones que se inicie o se reanude "conforme a lo previsto en el artículo anterior". Sin embargo, como apunta el Auto de la Audiencia de Barcelona de 28 de junio de 2007, existen razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir necesariamente del conocimiento del Juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa.
Así: a)Como indica el mencionado Auto, el mismo artículo 56.4 LC expesa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, por lo que, con arreglo al artículo 57 ("El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme lo previsto en el artículo anterior..."), ese supuesto no se vería excluido en tal caso de la competencia del Juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al Juzgado de 1ª Instancia; b)Aunque el artículo 56 gravite, sin duda, sobre las garantías sobre bienes afectos, el hecho de que el artículo 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del concurso; c)Esta interpretación es la más acorde con la naturaleza del concurso, puesto que aunque el acreedor privilegiado puede ejecutar el bien en ejecución separada, ello no significa necesariamente que dicho bien quede al margen del mismo. En este sentido, indica el Auto de la Audiencia de Barcelona de 28 de junio de 2007, que "es en el concurso donde el crédito garantizado se está haciendo valer (art. 61.1 LC) continuando el devengo de intereses moratorios y no subordinados (arts. 59.1 y 92.3º LC, hasta donde alcance la garantía), pudiendo ser rehabilitado, si concurren los requisitos temporales, por la administración' concursal en los términos del artículo 68 ". Efectivamente, establece el artículo 68 LC que la administración concursal puede rehabilitar el contrato de préstamo hipotecario si se ha declarado un vencimiento anticipado por impago de cuotas de los tres meses precedentes a la declaración del concurso, pagando lo adeudado y ofreciendo pagar las cuotas que vayan venciendo con cargo a la masa. Si ello es así, es lógico que el procedimiento hipotecario esté bajo la competencia del Juez del concurso. Indica con acierto la AAP de Gerona de 12 de mayo del 2009, que aunque en teoría ello podría hacerse ante el Juez de primera instancia, resulta poco operativo si existen varios procedimientos pendientes en distintos Juzgados de primera instancia. Igualmente, debe tenerse en cuanta que el bien objeto de ejecución no queda excluido totalmente del concurso, pues el mismo se tiene en cuanta para la valoración del patrimonio del deudor y puede ocurrir que tras su ejecución exista un sobrante, siendo claro el interés que todos los acreedores pueden tener en el resultado de dicho procedimiento de ejecución, por lo que se estima más razonable que todas las ejecuciones se encuentren bajo la dirección y el control del Juez del concurso.
Todo ello viene confirmado por la regulación que se hace en el artículo 155 del pago de los créditos con privilegio especial, estableciendo reglas especiales en cuanto al pago de dicho crédito y respecto a la realización de los bienes y derechos afectos a dichos créditos. Nuevamente nos encontraríamos con problemas a la hora de cumplir todo lo que establece dicho precepto si se estuvieran ejecutando en distinto Juzgados de primera instancia los bienes afectos a garantías reales. Por otra parte, resulta llamativo que el Juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado la voluntad de legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámite correspondientes. Como Indica el AAP de Gerona de 12 de mayo del 2009, "frente a las reglas generales establecidas en el artículo 8 de la Ley Concursal sobre atribución de competencias al Juez del Concurso, el artículo 55 establece dos excepciones, pero las mismas se refieren a cuando existe un procedimiento de apremio administrativo ya iniciado o una ejecución' laboral también iniciada y con una serie de requisitos, pero lo que está claro es que ni la autoridad administrativa ni el Juez laboral pueden iniciar un procedimiento de ejecución con posterioridad a la declaración del concurso (...), no hay ninguna excepción expresa del legislador en cuanto a ejecuciones instadas con posterioridad a la declaración del concurso". Por ello no se ve razón alguna para que estas ejecuciones hipotecarias queden al margen de la competencia del Juez del concurso, con lo cual, la aplicación del artículo 8 resulta ineludible, es más, existen motivos relevantes para afirmar lo contrario, pues de esta manera se asegura que sea el juez del concurso el que valore la procedencia o no del despacho y atienda a todas las consideraciones antes expuesta. Por otra parte, las excepciones legales referentes a los procedimientos de apremio administrativo y ejecuciones laborales ya iniciadas no supone necesariamente que ello deba generalizarse de tal manera que también las ejecuciones de bienes con garantía real que se han iniciado con anterioridad deban seguir su tramite ante el Juez de primera instancia, salvo se dé el supuesto del artículo 56. Esto es, en el supuesto en

que se esté tramitando una ejecución hipotecaria ante un juzgado de primera instancia, y la ejecución de la garantía no quede afectada por el art.56 (al no tratarse de bienes afectos), debe entenderse que, a pesar de que el art. 57 no da solución al problema -pues, claramente, es hipótesis que no regula-, con base en todo lo expuesto, la lógica del sistema lleva a estimar que la competencia general del juez del concurso se extienda también a este supuesto. Esta solución, finalmente, es la más coherente en fase de liquidación y resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 57.3 LC, cuyo contenido ha de regir también para los bienes no afectos.
En efecto,en esta fase, por definición, ya no hay bienes afectos y no afectos pues no existe actividad alguna que continuar. Por ello, los no hubieran ejecutado su garantía antes, como le sucede al aquí apelante, pierden el derecho a hacerlo por separado y deben hacerlo por el cauce de la liquidación concursal, conjuntamente con los demás acreedores aunque se cobre con el producto de la venta de los bienes objeto de la garantía.": AAP Barcelona (Sección 17) 10.03.2011 (Auto 47/2011; Rollo 440/2010)

AP Girona (Sección 1)

"PRIMERO Se interpone recurso de apelación por LA CAIXA D'ESTALVIS DE GIRONA contra elauto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Figueres, de 11 de diciembre del 2.008, en el que se declaraba incompetente para seguir conociendo del procedimiento de ejecución hipotecaria, al apreciar que la sociedad ejecutada se encuentra en situación de concurso, declarando que el Juzgado competente es el que tramita el concurso.
Ante todo es necesario señalar que la demanda de ejecución hipotecaria fue presentada ante elJuzgado Decano de Figueres el día 7 de octubre del 2.008, y tras ser requerida la actora para que presentara el modelo 696, fue admitida la demanda porauto de 22 de octubre del 2.008. Requerido el deudor de pago, éste alegó estar en situación de concurso, declarado por auto del Juzgado Mercantil de Girona, porauto de 20 de octubre del 2.008, siendo ello lo que motivó la declaración de falta de competencia en virtud del auto que ahora se recurre.
SEGUNDO LaLey Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuestos o puedan interponer los acreedores.
En primero lugar, respecto de los juicios declarativos, vistos losartículos 51 y 52, sí el juicio en el que el deudor es parte se encuentra en tramitación al momento de la declaración del concurso, se continuará hasta la firmeza de la sentencia, pero no podrá iniciarse ninguna ejecución, según dispone elartículo 55 de la misma Ley, ni tampoco podrá acordarse la acumulación al procedimiento concursal, salvo que el Juez del concurso así lo acuerde expresamente. Pero, si el juicio declarativo se inicia con posterioridad a la declaración del concurso, el Juez de 1ª Instancia se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, pero no quiere decir que deban presentar demanda ante el mismo de una forma independiente al procedimiento concursal, sino que deberán comparecer en el mismo a fin de que se le reconozca su crédito (artículo 49 y artículos 85 y siguientes de la LC). Y si se hubiera admitido la demanda se procederá a su archivo inmediato, careciendo de validez todas las actuaciones que se hubieran practicado.
En segundo lugar, a la vista de lo que dispone elartículo 55, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, con la excepción de los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarias para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Y las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, siendo nulas de pleno derecho todas las actuaciones en contravención de lo anterior. Por lo tanto, el legislador se decanta claramente por la imposibilidad de ejecuciones singulares contra el deudor, salvo las excepciones expresamente previstas. Y ello en concordancia con elartículo 8 que establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
En tercer lugar, el legislador estableció una segunda excepción a la posibilidad de iniciar procedimientos de ejecución o continuar los mismos. Ello ocurre respecto de ejecuciones con garantías reales, admitiéndose unánimemente tal posibilidad, visto elapartado 4 del artículo 55, elartículo 56, a sensu contrario, y elartículo 57 que establece la pérdida del privilegio de la ejecución separada si no la hubieran ejercitado antes del inicio de la fase de liquidación. Por lo tanto, todas las ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso continuarán en principio por todos sus trámites y podrán iniciarse nuevas ejecuciones respecto de créditos con garantías reales, aunque haya sido declarada la situación del concurso.
Si embargo, a su vez el legislador estable una nueva excepción en elartículo 56 de la LC : "1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación... 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en elapartado 2 del artículo 155.".
Y además elartículo 57 dice que "el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a

instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda".
Con relación a lo anterior, se ha planteado la cuestión de como conocer si un bien del concursado está o no afecto a la actividad empresarial o profesional y de forma prácticamente unánime se viene afirmando que es el Juez del concurso el que debe determinarlo.
TERCERO Dicho todo ello, la principal problemática que plantea la regulación anterior se refiere a la competencia objetiva para el conocimiento de las acciones de ejecución de créditos con garantía real respecto de bienes del concursado que no están afectos a la actividad empresarial o profesional, pues como hemos visto, tales ejecuciones deben continuar su trámite, incluso pueden iniciarse tras la declaración del concurso.
En el primer encuentro de las jornadas sobre la especialidad mercantil celebradas por CGPJ en Valencia, el 9 y 10 de diciembre del 2.004, casi mayoritariamente se consideró que continuarían las ya iniciadas ante el juez civil, si bien surgió la duda respecto de las nuevas ejecuciones que se inicien tras la declaración de concurso, no habiendo acuerdo en este extremo y a favor se argumentó, por la aplicación delart. 8.4º LC y de una interpretación del apartado 1º del 57 LC, mientras que en contra, se dijo que elart. 8 no parecía referirse a ese caso. Así, por lo tanto, la principal discusión estriba en determinar la competencia objetiva para el conocimiento de las acciones que se inicien tras la declaración del concurso.
La parte recurrente, con cita de varios autos de los Juzgados Mercantiles, sostiene que la competencia en todo caso es de los Juzgados de primera instancia, aunque realmente no sería necesaria toda su argumentación, pues como veremos, la demanda de ejecución hipotecaria se presentó antes de la declaración del concurso, pero para resolver adecuadamente toda la problemática, es procedente al análisis de la cuestión. Existe la postura contraria, sostenida por la Sección 15ª de la Audiencia de Barcelona enauto 28 de junio del 2.007 (AC 2007, 1581), aunque con un voto particular. Por lo que ciertamente nos encontramos con una difícil interpretación de la Ley.
El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona sostiene la competencia del Juez del concurso con fundamento en elartículo 8 de la Ley concursal, que establece la competencia de dicho Juez de forma exclusiva y excluyente para el conocimiento de toda acción de trascendencia patrimonial para el patrimonio del concursado (8, 1º) y de toda ejecución de contenido patrimonial contra los bienes y derechos del ejecutado (8,3º). Añade que elartículo 57 no excluye la competencia del Juez del concurso para el inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales y que existen varias razones para entender que no era voluntad del legislador la de excluir de la competencia del concurso la ejecución de todo el patrimonio del deudor. Y así, literalmente dicen lo siguiente: "Elartículo anterior mencionado (el 56), en efecto, regula el inicio o la reanudación de las acciones paralizadas por recaer sobre bienes afectos; sin embargo, existen varias razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir del conocimiento del juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa. Por una parte, el mismo precepto, en su último párrafo, expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, por lo que, con arreglo alart. 57 ("El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior..."), ese supuesto no se vería excluido en tal caso de la competencia del juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al juzgado de primera instancia; y aunque elart. 56 gravite, sin duda, sobre las garantías sobre bienes afectos, el que elart. 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del juez del concurso. Es en el concurso donde el crédito garantizado (en nuestro caso, una línea de crédito) se está haciendo valer (art. 61.1 LC), continuando el devengo de intereses moratorios y no subordinados (arts. 59.1 y 92.3º LC, hasta donde alcance la garantía), pudiendo ser rehabilitado, si concurren los requisitos temporales, por la administración concursal en los términos delart. 68. Es por eso que elart. 57 atribuye la competencia al juez del concurso para las acciones ejercitadas estrictamente durante su tramitación. Por otra parte, resulta llamativo que el juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.".
Por su parte, los que niegan la competencia del Juez del concurso sostienen que además de la excepción a la competencia para el conocimiento de ejecuciones de la autoridad administrativa y del Juzgado de lo social, establecida en elartículo 55, el legislador también establece otra respecto de las ejecuciones con garantías reales. Así lo sostiene el magistrado en el voto particular formulado a dicho auto y que textualmente dice: "Y otra excepción se contiene en los dos preceptos siguientes, en losarts. 56 y 57LC, cuando regula como se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso. Elart. 56 LC distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación"), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado. Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, elart. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales

una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales") debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere elart. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a "las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así elapartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que "iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial delart. 90 LC sujeta a las reglas previstas en elart. 155 LC. Resulta lógico que, sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. Elart. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2 LC). La previsión delart. 57.1 LC que atribuye al juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa delart. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas." En similar sentido se pronuncia el auto del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 29 de septiembre del 2.006 (JUR 2007, 38872), que cita la recurrente y varias resoluciones más de los Juzgados de lo Mercantil.

A las vista de tales posturas, todas ellas debidamente razonadas jurídicamente y visto que los recursos provienen contra resoluciones de un Juzgado de primera instancia y no contra una resolución del Juzgado de lo Mercantil, es por lo que ambas secciones de esta Audiencia están conociendo de sendos recursos, con lo cual se ha procedido a unificar el criterio en junta de 12 de mayo del 2.009 en el sentido de estimar que el Juzgado competente es el Mercantil para el conocimiento de las acciones con garantía real que se presenten con posterioridad a la declaración del concurso, manteniendo la competencia del Juez de primera instancia si la demanda ejecutiva se ha presentado con anterioridad a la declaración del concurso.

No puede más que compartirse el criterio del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, antes citado, a cuyos argumentos debe añadirse que, frente a las reglas generales establecidas en elartículo 8 de la Ley Concursal sobre atribución de competencias al Juez del Concurso, elartículo 55 establece dos excepciones, pero las mismas se refieren a cuando existe un procedimiento de apremio administrativo ya iniciado o una ejecución laboral también iniciada y con una serie de requisitos, pero lo que está claro es que ni la autoridad administrativa ni el Juez laboral pueden iniciar un procedimiento de ejecución con posterioridad a la declaración del concurso, por ello se estima que también las ejecuciones de bienes con garantía real, si se han iniciado con anterioridad, sigan su tramite, salvo que se dé el supuesto delartículo 56, pero no hay ninguna excepción expresa del legislador en cuanto a ejecuciones instadas con posterioridad a la declaración del concurso, por lo que no se ve razón alguna para que estas ejecuciones hipotecarias queden al margen de la competencia del Juez del concurso, con lo cual, la aplicación delartículo 8 resulta ineludible.

Y además tal interpretación se estima la más lógica en atención a la naturaleza del propio concurso. Así, aunque el acreedor privilegiado puede ejecutar el bien al margen del concurso, ello no significa necesariamente que dicho bien quede al margen del mismo, y ello lo demuestra elartículo 68 de la Ley, que ya cita el auto de la Audiencia de Barcelona, pues la administración concursal puede rehabilitar el contrato de préstamo hipotecario si se ha declarado un vencimiento anticipado por impago de cuotas de los tres meses precedentes a la declaración del concurso, pagando lo adeudado y ofreciendo pagar las cuotas que vayan venciendo con cargo a la masa. Si ello es así, es lógico que el procedimiento hipotecario esté bajo la competencia del Juez del concurso, y aunque en teoría ello podría hacerse ante el Juez de primera instancia, resulta poco operativo si existen varios procedimientos pendientes en distintos Juzgados de primera instancia. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el bien objeto de ejecución no queda excluido totalmente del concurso, pues el mismo se tiene en cuenta para la valoración del patrimonio del deudor y puede ocurrir que tras su ejecución exista un sobrante, siendo claro el interés que todos los acreedores pueden tener en el resultado de dicho procedimiento de ejecución, por lo que se estima más razonable que todas las ejecuciones se encuentre bajo la dirección y el control del Juez del concurso. Y todo ello viene confirmado por la regulación que se hace en elartículo 155 del pago de los créditos con privilegio especial, estableciendo reglas especiales en cuanto al pago de dicho crédito y respecto a la realización de los bienes y derechos afectos a dichos créditos. Nuevamente nos encontraríamos

con problemas a la hora de cumplir todo lo que establece dichoprecepto si se estuvieran ejecutando en distintos Juzgados de primera instancia los bienes afectos a garantías reales.
CUARTO Resuelto todo lo anterior, resulta preciso señalar que los efectos de la declaración del concurso se producen desde el auto en que se acuerda, como así se desprende de losartículos 50 y siguientes en los que el legislador en todo momento se refiere a la declaración del concurso y delartículo 21 de la propia Ley. Mientras que respecto al momento que debe tenerse en cuenta para decidir si un procedimiento hipotecario se ha presentado con anterioridad o no a la declaración del concurso, debe estarse a la fecha de la presentación de la demanda, como dispone elartículo 410 de la L.E.C. Por lo tanto, visto que el procedimiento hipotecario se interpuso antes de la declaración del concurso, se estima que el Juzgado competente es el de Figueres, añadiéndose que de haber sido interpuesto con posterioridad, el competente hubiera sido el Juzgado del concurso. ":AAP Girona 12.05.2009 (AC 2009/1170; Rollo 134/2009; Auto 136/2009)

AP Girona (Sección 2)

"PRIMERO Se interpone recurso de apelación por LA CAIXA D'ESTALVIS DE GIRONA contra elauto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Figueres, de 11 de diciembre del 2.008, en el que se declara su incompetencia para seguir conociendo del procedimiento de ejecución hipotecaria, al apreciar que la sociedad ejecutada se encuentra en situación de concurso, declarando que el Juzgado competente es el que tramita el concurso.
Como precedentes fácticos conviene señalar que la demanda de ejecución hipotecaria fue presentada ante elJuzgado Decano de Figueres el día 7 de octubre del 2.008, y tras ser requerida la actora para que presentara el modelo 696, fue admitida la demanda porauto de 27 de octubre del 2.008. Requerido el deudor de pago, éste alegó estar en situación de concurso, declarado por auto del Juzgado Mercantil de Girona, porauto de 20 de octubre del 2.008, siendo ello lo que motivó la declaración de falta de competencia en virtud del auto que ahora se recurre.
SEGUNDO LaLey Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuestos o puedan interponer los acreedores.
En primero lugar, respecto de los juicios declarativos, vistos losartículos 51 y 52, sí el juicio en el que el deudor es parte se encuentra en tramitación al momento de la declaración del concurso, se continuará hasta la firmeza de la sentencia, pero no podrá iniciarse ninguna ejecución, según dispone elartículo 55 de la misma Ley, ni tampoco podrá acordarse la acumulación al procedimiento concursal, salvo que el Juez del concurso así lo acuerde expresamente. Pero, si el juicio declarativo se inicia con posterioridad a la declaración del concurso, el Juez de 1ª Instancia se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, pero no quiere decir que deban presentar demanda ante el mismo de una forma independiente al procedimiento concursal, sino que deberán comparecer en el mismo a fin de que se le reconozca su crédito (artículo 49 y artículos 85 y siguientes de la LC). Y si se hubiera admitido la demanda se procederá a su archivo inmediato, careciendo de validez todas las actuaciones que se hubieran practicado.
En segundo lugar, a la vista de lo que dispone elartículo 55, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, con la excepción de los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Y las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, siendo nulas de pleno derecho todas las actuaciones en contravención de lo anterior. Por lo tanto, el legislador se decanta claramente por la imposibilidad de ejecuciones singulares contra el deudor, salvo las excepciones expresamente previstas. Y ello en concordancia con elartículo 8 que establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
En tercer lugar, el legislador estableció una segunda excepción a la posibilidad de iniciar procedimientos de ejecución o continuar los mismos. Ello ocurre respecto de ejecuciones con garantías reales, admitiéndose unánimemente tal posibilidad, visto elapartado 4 del artículo 55, elartículo 56, a sensu contrario, y elartículo 57 que establece la pérdida del privilegio de la ejecución separada si no la hubieran ejercitado antes del inicio de la fase de liquidación. Por lo tanto, todas las ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso continuarán en principio por todos sus trámites y podrán iniciarse nuevas ejecuciones respecto de créditos con garantías reales, aunque haya sido declarada la situación del concurso.
Si embargo, a su vez el legislador establece una nueva excepción en elartículo 56.1 de la LC : "1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación... 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en elapartado 2 del artículo 155.".
Y además elartículo 57 dice que "el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a

instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda".
Con relación a lo anterior, se ha planteado la cuestión de como conocer si un bien del concursado está o no afecto a la actividad empresarial o profesional y de forma prácticamente unánime se viene afirmando que es el Juez del concurso el que debe determinarlo.
TERCERO Dicho todo ello, la principal problemática que plantea la regulación anterior se refiere a la competencia objetiva para el conocimiento de las acciones de ejecución de créditos con garantía real respecto de bienes del concursado que no están afectos a la actividad empresarial o profesional, pues como hemos visto, tales ejecuciones deben continuar su trámite, incluso pueden iniciarse tras la declaración del concurso.
En el primer encuentro de las jornadas sobre la especialidad mercantil celebradas por CGPJ en Valencia, el 9 y 10 de diciembre del 2.004, casi mayoritariamente se consideró que continuarían las ya iniciadas ante el juez civil, si bien surgió la duda respecto de las nuevas ejecuciones que se inicien tras la declaración de concurso, no habiendo acuerdo en este extremo y a favor se argumentó, por la aplicación delart. 8.4º LC y de una interpretación del apartado 1º del 57 LC, mientras que en contra, se dijo que elart. 8 no parecía referirse a ese caso. Así, por lo tanto, la principal discusión estriba en determinar la competencia objetiva para el conocimiento de las acciones que se inicien tras la declaración del concurso.
La parte recurrente, con cita de varios autos de los Juzgados Mercantiles, sostiene que la competencia en todo caso es de los Juzgados de primera instancia, aunque realmente no sería necesaria toda su argumentación, pues como veremos, la demanda de ejecución hipotecaria se presentó antes de la declaración del concurso, pero para resolver adecuadamente toda la problemática, es procedente al análisis de la cuestión. Existe la postura contraria, sostenida por la Sección 15ª de la Audiencia de Barcelona enauto 28 de junio del 2.007, aunque con un voto particular. Por lo que ciertamente nos encontramos con una difícil interpretación de la Ley.
El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona sostiene la competencia del Juez del concurso con fundamento en elartículo 8 de la Ley concursal, que establece la competencia de dicho Juez de forma exclusiva y excluyente para el conocimiento de toda acción de trascendencia patrimonial para el patrimonio del concursado (8, 1º) y de toda ejecución de contenido patrimonial contra los bienes y derechos del ejecutado (8,3º). Añade que elartículo 57 no excluye la competencia del Juez del concurso para el inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales y que existen varias razones para entender que no era voluntad del legislador la de excluir de la competencia del concurso la ejecución de todo el patrimonio del deudor. Y así, literalmente dice lo siguiente: "Elartículo anterior mencionado (el 56), en efecto, regula el inicio o la reanudación de las acciones paralizadas por recaer sobre bienes afectos; sin embargo, existen varias razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir del conocimiento del juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa. Por una parte, el mismo precepto, en su último párrafo, expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, por lo que, con arreglo alart. 57 ("El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior..."), ese supuesto no se vería excluido en tal caso de la competencia del juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al juzgado de primera instancia; y aunque elart. 56 gravite, sin duda, sobre las garantías sobre bienes afectos, el que elart. 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del juez del concurso. Es en el concurso donde el crédito garantizado (en nuestro caso, una línea de crédito) se está haciendo valer (art. 61.1 LC), continuando el devengo de intereses moratorios y no subordinados (arts. 59.1 y 92.3º LC, hasta donde alcance la garantía), pudiendo ser rehabilitado, si concurren los requisitos temporales, por la administración concursal en los términos delart. 68. Es por eso que elart. 57 atribuye la competencia al juez del concurso para las acciones ejercitadas estrictamente durante su tramitación. Por otra parte, resulta llamativo que el juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.".
Por su parte, los que niegan la competencia del Juez del concurso sostienen que además de la excepción a la competencia para el conocimiento de ejecuciones de la autoridad administrativa y del Juzgado de lo social, establecida en elartículo 55, el legislador también establece otra respecto de las ejecuciones con garantías reales. Así lo sostiene el magistrado en el voto particular formulado a dicho auto y que textualmente dice: "Y otra excepción se contiene en los dos preceptos siguientes, en losarts. 56 y 57LC, cuando regula como se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso. Elart. 56 LC distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación"), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado. Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, elart. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de

ejecuciones de garantías reales") debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere elart. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a "las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así elapartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que "iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial delart. 90 LC sujeta a las reglas previstas en elart. 155 LC. Resulta lógico que, sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. Elart. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2 LC). La previsión delart. 57.1 LC que atribuye al juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa delart. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas." En similar sentido se pronuncia elauto del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 29 de septiembre del 2.006, que cita la recurrente y varias resoluciones más de los Juzgados de lo Mercantil.

A las vista de tales posturas, todas ellas debidamente razonadas jurídicamente y visto que los recursos provienen contra resoluciones de un Juzgado de primera instancia y no contra una resolución del Juzgado de lo Mercantil, es por lo que ambas secciones de esta Audiencia están conociendo de sendos recursos, con lo cual se ha procedido a unificar el criterio en junta de 12 de mayo del 2.009 en el sentido de estimar que el Juzgado competente es el Mercantil para el conocimiento de las acciones con garantía real que se presenten con posterioridad a la declaración del concurso, manteniendo la competencia del Juez de primera instancia si la demanda ejecutiva se ha presentado con anterioridad a la declaración del concurso.

No puede más que compartirse el criterio del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, antes citado, a cuyos argumentos debe añadirse que, frente a las reglas generales establecidas en elartículo 8 de la Ley Concursal sobre atribución de competencias al Juez del Concurso, elartículo 55 establece dos excepciones, pero las mismas se refieren a cuando existe un procedimiento de apremio administrativo ya iniciado o una ejecución laboral también iniciada y con una serie de requisitos, pero lo que está claro es que ni la autoridad administrativa ni el Juez laboral pueden iniciar un procedimiento de ejecución con posterioridad a la declaración del concurso, por ello se estima que también las ejecuciones de bienes con garantía real, si se han iniciado con anterioridad, sigan su tramite, salvo que se dé el supuesto delartículo 56, pero no hay ninguna excepción expresa del legislador en cuanto a ejecuciones instadas con posterioridad a la declaración del concurso, por lo que no se ve razón alguna para que estas ejecuciones hipotecarias queden al margen de la competencia del Juez del concurso, con lo cual, la aplicación delartículo 8 resulta ineludible.

Y además tal interpretación se estima la más lógica en atención a la naturaleza del propio concurso. Así, aunque el acreedor privilegiado puede ejecutar el bien al margen del concurso, ello no significa necesariamente que dicho bien quede al margen del mismo, y ello lo demuestra elartículo 68 de la Ley, que ya cita el auto de la Audiencia de Barcelona, pues la administración concursal puede rehabilitar el contrato de préstamo hipotecario si se ha declarado un vencimiento anticipado por impago de cuotas de los tres meses precedentes a la declaración del concurso, pagando lo adeudado y ofreciendo pagar las cuotas que vayan venciendo con cargo a la masa. Si ello es así, es lógico que el procedimiento hipotecario esté bajo la competencia del Juez del concurso, y aunque en teoría ello podría hacerse ante el Juez de primera instancia, resulta poco operativo si existen varios procedimientos pendientes en distintos Juzgados de primera instancia. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el bien objeto de ejecución no queda excluido totalmente del concurso, pues el mismo se tiene en cuenta para la valoración del patrimonio del deudor y puede ocurrir que tras su ejecución exista un sobrante, siendo claro el interés que todos los acreedores pueden tener en el resultado de dicho procedimiento de ejecución, por lo que se estima más razonable que todas las ejecuciones se encuentren bajo la dirección y el control del Juez del concurso. Y todo ello viene confirmado por la regulación que se hace en el artículo 155 del pago de los créditos con privilegio especial, estableciendo reglas especiales en cuanto al pago de dicho crédito y respecto a la realización de los bienes y derechos afectos a dichos créditos. Nuevamente nos encontraríamos con problemas a la hora de cumplir todo lo que establece dichoprecepto si se estuvieran ejecutando en distintos Juzgados de primera instancia los bienes afectos a garantías reales.

CUARTO Resuelto todo lo anterior, resulta preciso señalar que los efectos de la declaración del concurso se producen desde el auto en que se acuerda, como así se desprende de losartículos 50 y siguientes en los que el legislador en todo momento se refiere a la declaración del concurso y delartículo 21 de la propia Ley. Mientras que respecto al momento que debe tenerse en cuenta para decidir si un procedimiento hipotecario se ha presentado con anterioridad o no a la declaración del concurso, debe estarse a la fecha de la presentación de la demanda, como dispone el artículo 410 de la L.E.C. Por lo tanto, visto que el procedimiento hipotecario se interpuso antes de la declaración del concurso, se estima que el Juzgado competente es el de Figueres, añadiéndose que de haber sido interpuesto con posterioridad, el competente hubiera sido el Juzgado del concurso.". AAP Girona (sección 2) 12.05.2009 (JUR 2009/421621; Auto 115/2009; Rollo 124/2009)

AP Huelva

"PRIMERO.- Se alega en primer lugar por el recurrente infracción de los artículos 8, 56, 57 de la Ley Concursal y 3 del Código Civil.
Se recurre por el Banco el auto de 20 de abril, por el que se acuerda no admitir a trámite la demanda de ejecución hipotecaria presentada por entender el Juzgado que carece de competencia objetiva.
Interpreta el auto recurrido, que sólo son de su competencia las ejecuciones que se dirijan frente a bienes "afectos" a la actividad de la concursada, y no frente al resto.
Sin embargo, esta interpretación no parece acorde con la voluntad expresada por el legislador, que en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio (RCL 2003, 1747), para la Reforma Concursal, que introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial manifiesta de forma clara e indubitada que la competencia del Juez de lo Mercantil se extiende a todas las ejecuciones dirigidas contra el patrimonio de la concursada, y no sólo a aquellas que se dirijan frente a una clase de bienes:
"El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales
o administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado. Mediante la correspondiente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (nuevo articulo 86 ter), esta atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente se incorpora ahora expresamente a las competencias de los juzgados de lo mercantil".
Como consecuencia de esta previsión, establece en el artículo 8.1º LC que:
"La jurisdicción del Juez del Concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1º.- Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...
3º.- Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
En el mismo sentido, cabe citar los apartados 1 º y 3º del art. 86, ter. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
No cabe duda de que el legislador (porque así lo manifestó expresamente en la Exposición de Motivos) tenía la voluntad de que "todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado" y no sólo algunas.
Por tanto, la resolución recurrida infringe el artículo 3 del Código Civil, según el cual las normas han de interpretarse "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".
Y está claro que el espíritu y la finalidad de la ley que es, que "todas las ejecuciones" dirigidas frente al patrimonio del concursado sean competencia exclusiva y excluyente del Juzgado Mercantil.
Y en nada contradice a la Exposición de Motivos o a los artículos ante citados lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal, que interpreta erróneamente el auto recurrido.
Lo único que regulan dichos artículos es la paralización de las ejecuciones que afecten a bienes afectos y su continuación (así como la competencia para la misma), pero en ningún momento atribuyen la competencia para conocer de ejecuciones a los Juzgado de Primera Instancia.
Y no lo hacen porque, como hemos visto, la voluntad del legislador es clara: que "todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado".
Así las cosas, si bien es cierto que algunos Juzgados de lo Mercantil están acogiendo el criterio defendido en el auto recurrido, también lo es que las Audiencias Provinciales están pronunciándose de forma mayoritaria en el sentido contrario, dado lo claro de la ley (como hemos visto).
En este sentido podemos destacar, entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 195/2007 de 28 de junio de 2007, según la cual:
"No parece problemático concluir, por tanto, que si la demanda de la apelante pretende la ejecución hipotecaria de un bien cuya nuda propiedad pertenece a la concursada (la interposición de la demanda también contra quien no es deudor concursado, la usufructuaria del inmueble, viene impuesta por el artículo
685.1 de la Lec., al ser ésta hipotecante no deudora), asistimos en efecto a una demanda de indudable contenido patrimonial y dirigida contra bienes y derechos del concursado, por lo que se incluye dentro del ámbito competencial del Juez del concurso, del Juzgado de lo Mercantil.
El artículo 57 tiene como objeto, según su propio encabezamiento, el "inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales", no estableciendo para ello ninguna diferenciación según los bienes sobre los que recaen y su afección o no a la actividad del deudor".
En el mismo sentido, podemos citar el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 212/2007 de 11 de octubre de 2007.

Por tanto, la conclusión es clara: la competencia para conocer de la ejecución hipotecaria instada por BBVA sí corresponde al Juzgado de lo Mercantil de Huelva, que conoce el concurso de la ejecutada y propietaria de los bienes frente a los que se dirige la ejecución.
SEGUNDO.-Acreditado que el Juzgado de lo Mercantil de Huelva, sí es el competente para conocer la demanda de ejecución presentada por el Banco resulta una posible indefensión que el auto recurrido produce.
En primer lugar, porque se impide al actor el acceso a la tutela judicial efectiva, ya que habiendo presentado la demanda ante el Juzgado competente, éste no puede negarse a conocer de la pretensión ejercitada.": AAP Huelva (Sección 3) 10.09.2012 (Auto 63/2012; Rollo 203/2012)

AP Madrid (sección 28) 2007

"De hecho, si se trata de ejecuciones hipotecarias que se promuevan con posterioridad a que se dicte el auto de declaración del concurso, será competente para conocer de las mismas, y para decidir si procede su inicio o han de quedar en suspenso en los términos antes indicados, el propio juez del concurso (art. 57.1 de la Ley Concursal; en este sentido,Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 195/2007, de 28 de junio).". *obiter dicta* en Auto AP Madrid (Sección 28) 20.09.2007 (JUR 2008/95270); y, en términos idénticos, Auto AP Madrid (Sección 28) 11.10.2007 (Rollo /2007)

AP La Coruña

"ANTECEDENTES.- PRIMERO.-Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Betanzos, se dictó Auto en fecha 29 de abril de 2010 cuya parte dispositiva dice como sigue:
"Debo declarar y declaro la falta de jurisdicción de este Juzgado para conocer del procedimiento de Ejecución Hipotecaria 223/2010, por tratarse de una materia correspondiente al orden jurisdiccional mercantil. (…)
FUNDAMENTOS DE DERECHO.- PRIMERO.-Se aceptan sustancialmente los de la sentencia apelada, en lo que no diverjan de los siguientes. En particular la Ley Orgánica del Poder Judicial no establece un orden jurisdiccional mercantil, como se desprende claramente del contenido de sus artículos 9º, 22 y 82, 4, párrafo segundo. Por tanto la discrepancia sobre la atribución del conocimiento del asunto al Juzgado de lo Mercantil o al de Primera Instancia no supone falta de jurisdicción de uno de ellos en sentido estricto, al pertenecer ambos al mismo orden jurisdiccional, sino incompetencia objetiva. Ello obligará en cualquier caso a modificar la parte dispositiva del auto apelado.
SEGUNDO.-Dado el alcance del recurso opera en plenitud el efecto devolutivo de la apelación, amén de lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
TERCERO.-Como el auto recurrido no cuestiona que el bien hipotecado no esté afecto a la actividad de la sociedad demandada, no es preciso ocuparse de ello, habida cuenta, además, de que la condición de afección o desafección a dicha actividad es irrelevante, como se verá, respecto a la atribución de la competencia objetiva. La tesis del recurso se basa en una determinada interpretación de los artículos 55, 56 y 57 de la Ley Concursal, con cita de numerosos autos de Juzgados y de autores favorables a ella. Aunque tampoco vincularían a este Tribunal, no se menciona resoluciones de Audiencia, salvo de modo implícito, al invocar un voto particular, una contraria a la postura del recurso. No parece excesivo reseñar que la Sala conoce que otros autores no comparten la posición de la recurrente y desde luego no es en absoluto necesario traer a colación resoluciones de Juzgados discrepantes de ella.
CUARTO.-Ciertamente el artículo 55, 1, párrafo segundo, de la Ley Concursal establece excepciones a la competencia universal del Juzgado del concurso sobre las ejecuciones, pero, amén de hacerlo de modo expreso, requiere la prioridad temporal de determinadas actuaciones ejecutivas sobre la declaración del concurso y se trata, por otra parte, de ejecuciones no correspondiente al orden civil. Su apartado cuarto prevé otra excepción a la iniciación o continuación de ejecuciones: "lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real". Este precepto, que remite implícitamente a los dos artículos siguientes, no contiene ni por asomo referencia alguna a la competencia. El artículo 56 distingue efectivamente entre las ejecuciones sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado y las demás, pero lo hace al efecto de regular la paralización de aquéllas, sin la menor referencia a atribuciones de competencia. Así pues solo el artículo 57 podría respaldar la posición de la apelante. Pero su interpretación "a contrario" es, por decirlo asépticamente, excesiva, pues su finalidad normativa (artículo 3º, 1, del Código Civil) es regular la competencia objetiva en los casos de las ejecuciones cuya paralización regula el precedente. Sin duda puede ser redundante con las normas generales, pero precisamente la existencia de éstas veda el juego del criterio "inclusio unius, exclusio alterius", porque contradice frontalmente no solo al artículo 8º, 3, de la repetida Ley Concursal, al atribuir al Juez del concurso la competencia "exclusiva y excluyente en... 3º. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado...", sino también al 86 ter, 1, 3º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de igual contenido normativo, aparte de no afectado por excepción alguna, con el consiguiente efecto de la congelación de rango. En realidad el problema podría ser la legitimidad de las excepciones expresas a la competencia del Juzgado del concurso. (…)
PARTE DISPOSITIVA.- LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas y confirmar el auto impugnado, con la sola sustitución en su parte dispositiva de "la falta de jurisdicción" por "la incompetencia objetiva".": AAP La Coruña (Sección 5) 08.11.2010 (Auto 169/2010; Rollo 418/2010)

"PRIMERO.-Recurre la parte ejecutante el auto dictado por el Juzgado, en el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados instado por la apelante, que acuerda suspender este proceso en aplicación de lo dispuesto en el art. 56.1 de la Ley Concursal, al encontrarse la parte ejecutada sometida a concurso abreviado. Entiende la apelante que no concurre en el bien ejecutado la condición prevista en la citada norma para la paralización

de las ejecuciones de garantías reales, en el sentido de que la garantía ejecutada recaiga sobre bienes de la concursada afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, al haberse producido el cese de la actividad de la empresa. Sin embargo, con carácter previo al expresado motivo de apelación, procede examinar el problema, que también plantea el recurso, relativa a la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la presente ejecución, frente a la que pudiera atribuirse al Juzgado de lo Mercantil ante el que se sigue el concurso contra la ejecutada, interesando que se declare la competencia de aquel Juzgado, cuestión que, por afectar a la competencia objetiva, es susceptible de ser apreciada de oficio por este tribunal, en virtud de lo dispuesto en el art. 48.2 de la LEC.
Pese a los argumentos del recurso, lo cierto es que dicha cuestión competencial ha sido ya resuelta en sentido favorable a la competencia exclusiva del Juzgado de lo Mercantil por Auto de esta Sala de 8 de noviembre de 2010, dictado precisamente en un recurso también promovido por la actual apelante, defendiendo idéntica postura sobre la competencia del Juzgado de Primera Instancia. Decíamos entonces y reiteramos ahora que "ciertamente el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley Concursal establece excepciones a la competencia universal del Juzgado del concurso sobre las ejecuciones, pero, amén de hacerlo de modo expreso, requiere la prioridad temporal de determinadas actuaciones ejecutivas sobre la declaración del concurso y se trata, por otra parte, de ejecuciones no correspondiente al orden civil. Su apartado cuarto prevé otra excepción a la iniciación o continuación de ejecuciones: "lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real". Este precepto, que remite implícitamente a los dos artículos siguientes, no contiene ni por asomo referencia alguna a la competencia. El artículo 56 distingue efectivamente entre las ejecuciones sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado y las demás, pero lo hace al efecto de regular la paralización de aquéllas, sin la menor referencia a atribuciones de competencia. Así pues solo el artículo 57 podría respaldar la posición de la apelante. Pero su interpretación "a contrario" es, por decirlo asépticamente, excesiva, pues su finalidad normativa (artículo 3.1, del Código Civil) es regular la competencia objetiva en los casos de las ejecuciones cuya paralización regula el precedente. Sin duda puede ser redundante con las normas generales, pero precisamente la existencia de éstas veda el juego del criterio "inclusio unius, exclusio alterius", porque contradice frontalmente no solo al artículo 8-3º, de la repetida Ley Concursal, al atribuir al Juez del concurso la competencia "exclusiva y excluyente en... 3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado...", sino también al 86 ter.1-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de igual contenido normativo, aparte de no afectado por excepción alguna, con el consiguiente efecto de la congelación de rango. En realidad el problema podría ser la legitimidad de las excepciones expresas a la competencia del Juzgado del concurso". Por consiguiente, procede declarar la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para conocer del presente procedimiento de ejecución hipotecaria, correspondiendo, en su caso, al Juzgado de lo Mercantil ante el que se sigue el concurso decidir sobre la necesidad de suspender o no el proceso de ejecución por la causa apreciada, sin competencia para ello, en el auto apelado.”: AAP La Coruña (Sección 5) 13.01.2011 (Auto 1/2011; Rollo 390/2010)

AP Las Palmas (Sección 5)

“PRIMERO.- El presente procedimiento de ejecución hipotecaria fue iniciado en virtud de demandada de fecha 5 de marzo de 2010 dirigiéndose contra la entidad mercantil CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA S.L. que se hallaba en situación de concurso voluntario desde el 22 de enero del mismo ano en virtud de auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil no 2 de Las Palmas de G.C. (Concurso no 64/2009).
SEGUNDO.- Teniendo en cuenta lo anterior y visto el contenido del art. 86 ter de la LOPJ que dispone que '1. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: (...) 3o Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado y su correlativo art. 8.3o de la Ley Concursal en relación con lo establecido en el art. 227.2 procede declarar de oficio (aunque así lo solicita en el escrito de oposición al recurso los administradores concursales) la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia.
No ignora esta Sala las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes en orden a la 'interpretación' de los arts. 86 ter LOPJ y 8.3o LC antes citados, si bien ya nos hemos pronunciado al respecto decantándonos por atribuir la competencia objetiva al Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso iniciado con anterioridad a la presentación de la demanda ejecutiva. Dicha conclusión no es más que la aplicación estricta de los mencionados preceptos sin que el hecho de que eventualmente pudiera seguirse una ejecución hipotecaria al margen del mismo proceso concursal (art. 55.1 y 4 y arts. 56 y 57 LC) determine la falta de competencia objetiva del juez del concurso. Únicamente el Juez del concurso es el competente para conocer de 'toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado' con independencia de que el crédito hipotecario esté fuera o dentro del concurso. Los artículos 56 y 57 LC no establecen norma alguna de competencia objetiva por más que establezcan restricciones de ejecución sobre bienes del concursado 'afectos a su actividad' por lo que resulta incólume el contenido del art. 8.3 de la citada LC, lo que no podía ser de otro modo dada la reserva de ley orgánica y el contenido del art. 86 ter de la LOPJ.
En efecto, esta misma sección ya se ha pronunciado en su auto de fecha 3-12-2010, no 257/2010, rec. 443/2009 en el que dijimos que:
TERCERO.- 'Banco Popular Espanol, S.A.' como ejecutante y apelante pide que se revoque el auto impugnado y que el Tribunal ad quem declare la competencia del Juzgado de Primera Instancia para tramitar la demanda de ejecución sobre bienes hipotecados por no estar afectos a su actividad empresarial o a unidad productiva de la titularidad de la entidad mercantil concursada, en atención a al tesis de que los bienes no afectos a la actividad empresarial o unidad productiva del concursado originan la competencia para su ejecución hipotecaria por el Juez de primera instancia pues los artículos 55 y 56 de la LEY Concursal no tratan de los

bienes no afectos que quedan sujetos al juez ordinario del lugar donde radique la finca con cita de varias resoluciones de los Juzgados de Lo Mercantil.
La tesis del apelante es la de que la regla general del artículo 86 ter de la LOPJ está modulada por lo que disponen los artículos 55 y 56 de la misma Ley Concursal, que posteriormente excluyen cierto tipo de acciones, que tienen también un contenido patrimonial pero que recaen sobre bienes no necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en el caso de los apremios administrativos y ejecuciones laborales anteriores a la declaración que continúan su tramitación, o no afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, en el caso de las garantías reales. Concretamente para estas garantías, el artículo 56 prevé su suspensión tras la declaración del concurso, si la acción ejecutiva estuviera ya en marcha, o la prohibición de iniciarla en caso contrario, durante los plazos que el precepto marca. Ligando esta norma con el artículo 57, este precepto, según la resolución combatida, sólo vendría referido a las acciones de ejecución de garantías reales que recaigan sobre bienes afectos; si no es el caso, el Juez del concurso carece de competencia.
CUARTO.- Resulta preciso senalar que los efectos de la declaración del concurso se producen desde el auto en que se acuerda, como así se desprende de los artículos 50 y siguientes de la ley Concursal en los que el legislador en todo momento se refiere a la declaración del concurso y del artículo 21 de la propia Ley, mientras que respecto al momento que debe tenerse en cuenta para decidir si un procedimiento hipotecario se ha presentado con anterioridad o no a la declaración del concurso, debe estarse a la fecha de la presentación de la demanda, como dispone el artículo 410 de la L.E.C. por lo tanto, observamos que el presente procedimiento hipotecario ante el Juzgado de Primera Instancia de Telde se interpuso después de la declaración del concurso.
QUINTO.- Trayendo aquí a colación las estudiadas consideraciones efectuadas por la Audiencia Provincial de GIRONA (sección 2, auto del 12 de mayo del 2009,rollo no 124/2009) de el Juzgado competente es el Mercantil para el conocimiento de las acciones con garantía real que se presenten con posterioridad a la declaración del concurso, con cita del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15a de fecha 28 de junio del 2007), que sostiene la competencia del Juez del concurso con fundamento en el artículo 8 de la Ley concursal, que establece la competencia de dicho Juez de forma exclusiva y excluyente para el conocimiento de toda acción de trascendencia patrimonial para el patrimonio del concursado (8, 1o) y de toda ejecución de contenido patrimonial contra los bienes y derechos del ejecutado (8,3o). Anade que el artículo 57 no excluye la competencia del Juez del concurso para el inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales y que existen varias razones para entender que no era voluntad del legislador la de excluir de la competencia del concurso la ejecución de todo el patrimonio del deudor. Y así, literalmente dice lo siguiente: 'El artículo anterior mencionado (el 56), en efecto, regula el inicio o la reanudación de las acciones paralizadas por recaer sobre bienes afectos; sin embargo, existen varias razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir del conocimiento del juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa. Por una parte, el mismo precepto, en su último párrafo, expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, por lo que, con arreglo al art. 57 ('El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior...'), ese supuesto no se vería excluido en tal caso de la competencia del juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al juzgado de primera instancia; y aunque el art. 56 gravite, sin duda, sobre las garantías sobre bienes afectos, el que el art. 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del juez del concurso. Es en el concurso donde el crédito garantizado (en nuestro caso, una línea de crédito) se está haciendo valer (art. 61.1 LC), continuando el devengo de intereses moratorios y no subordinados (arts. 59.1 y 92.3o LC, hasta donde alcance la garantía), pudiendo ser rehabilitado, si concurren los requisitos temporales, por la administración concursal en los términos del art. 68. Es por eso que el art. 57 atribuye la competencia al juez del concurso para las acciones ejercitadas estrictamente durante su tramitación. Por otra parte, resulta llamativo que el juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.'.
A lo anterior anaden los Magistrados de la Audiencia Provincial de Gerona que 'No puede más que compartirse el criterio del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, antes citado, a cuyos argumentos debe anadirse que, frente a las reglas generales establecidas en el artículo 8 de la Ley Concursal sobre atribución de competencias al Juez del Concurso, el artículo 55 establece dos excepciones, pero las mismas se refieren a cuando existe un procedimiento de apremio administrativo ya iniciado o una ejecución laboral también iniciada y con una serie de requisitos, pero lo que está claro es que ni la autoridad administrativa ni el Juez laboral pueden iniciar un procedimiento de ejecución con posterioridad a la declaración del concurso, por ello se estima que también las ejecuciones de bienes con garantía real, si se han iniciado con anterioridad, sigan su tramite, salvo que se dé el supuesto del artículo 56, pero no hay ninguna excepción expresa del legislador en cuanto a ejecuciones instadas con posterioridad a la declaración del concurso, por lo que no se ve razón alguna para que estas ejecuciones hipotecarias queden al margen de la competencia del Juez del concurso, con lo cual, la aplicación del artículo 8 resulta ineludible. Y además tal interpretación se estima la más lógica en atención a la naturaleza del propio concurso. Así, aunque el acreedor privilegiado puede ejecutar el bien al margen del concurso, ello no significa necesariamente que dicho bien quede al margen del mismo, y ello lo

demuestra el artículo 68 de la Ley, que ya cita el auto de la Audiencia de Barcelona, pues la administración concursal puede rehabilitar el contrato de préstamo hipotecario si se ha declarado un vencimiento anticipado por impago de cuotas de los tres meses precedentes a la declaración del concurso, pagando lo adeudado y ofreciendo pagar las cuotas que vayan venciendo con cargo a la masa. Si ello es así, es lógico que el procedimiento hipotecario esté bajo la competencia del Juez del concurso, y aunque en teoría ello podría hacerse ante el Juez de primera instancia, resulta poco operativo si existen varios procedimientos pendientes en distintos Juzgados de primera instancia. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el bien objeto de ejecución no queda excluido totalmente del concurso, pues el mismo se tiene en cuenta para la valoración del patrimonio del deudor y puede ocurrir que tras su ejecución exista un sobrante, siendo claro el interés que todos los acreedores pueden tener en el resultado de dicho procedimiento de ejecución, por lo que se estima más razonable que todas las ejecuciones se encuentren bajo la dirección y el control del Juez del concurso. Y todo ello viene confirmado por la regulación que se hace en el artículo 155 del pago de los créditos con privilegio especial, estableciendo reglas especiales en cuanto al pago de dicho crédito y respecto a la realización de los bienes y derechos afectos a dichos créditos. Nuevamente nos encontraríamos con problemas a la hora de cumplir todo lo que establece dicho precepto si se estuvieran ejecutando en distintos Juzgados de primera instancia los bienes afectos a garantías reales. '.
Como dice el auto no 195/2007(Roj: AAP B 4387/2007) de Audiencia Provincial de Barcelona 'Tratándose de una discusión sobre la competencia del Juez del concurso, obligado es acudir primero al artículo 8 de la Ley Concursal, que confirma casi literalmente lo que ya establece el artículo 86 ter de la LOPJ según el cual 'la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1o Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el art. 17.1de esta Ley (...) 3o Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado (...)'. No parece problemático concluir, por tanto, que si la demanda de la apelante pretende la ejecución hipotecaria de un bien cuya nuda propiedad pertenece a la concursada (la interposición de la demanda también contra quien no es deudor concursado, la usufructuaria del inmueble, viene impuesta por el artículo 685.1 de la LEC, al ser ésta hipotecante no deudora), asistimos en efecto a una demanda de indudable contenido patrimonial y dirigida contra bienes y derechos del concursado, por lo que se incluye dentro del ámbito competencial del Juez del concurso, del Juzgado de lo Mercantil. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.'
ÚLTIMO.- Apreciándose de oficio la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia al ser competente el Juzgado de lo Mercantil no 2 de Las Palmas de G.C. que conoce del concurso voluntario 64/2009 procede declarar la nulidad de lo actuado previniendo a la parte ejecutante para que use de su derecho ante el referido Tribunal sin que procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en ninguna de ambas instancias. ": AAP Las Palmas (Sección 5) 25.10.2011 (Auto 187/2011; Rollo 50/2011)

"PRIMERO. El auto dictado por el juzgado de primer grado estimó la declinatoria de competencia objetiva en favor de los Juzgados de lo Mercantil capitalinos con apoyo en lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Concursal al entender que, habiendo sido declarada en concurso de acreedores la mercantil Verodes S.L. con anterioridad a la presentación de la demanda de ejecución hipotecaria, la competencia de los juzgados ordinarios de lo civil decaía a favor de los mercantiles.
Contra tal resolución se alza el banco ejecutante significando que, aplicando lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Concursal, ha de comprobarse si el bien ejecutado se halla afecto a la actividad profesional
o empresarial de la empresa concursada. Y en el supuesto de autos dicho bien pertenece a un tercero, la Sra. Adelina, con lo que conculca la legislación de referencia el basamento jurídico sobre el que descansa el pronunciamiento recurrido. SEGUNDO. Muestra la Sala su conformidad con lo razonado en el recurso de apelación del banco, siempre que se aplique, como se predica, a supuestos de ejecución de bienes con garantía real que no pertenecen al concursado. Y, ciertamente, en el único razonamiento del auto recurrido se identifica exclusivamente como concursado a Verodes S.L., siendo incuestionable que el bien hipotecado es de pertenencia de Doña. Adelina.
Ahora bien, detectamos que el razonamiento de la juez de primer grado es insuficiente o incongruente ya que en el escrito en que se planteaba la declinatoria se hace constar, y se acredita documentalmente con posterioridad, que en situación de concurso declarado con anterioridad a la interpelación ejecutiva se hallaban tanto Verodes S.L. como Doña. Adelina, si bien el auto recurrido omite toda consideración a esta situación concursal de la persona física.
Dando un paso más, entendemos que tanto la resolución recurrida como el escrito de impugnación no enmarcan la cuestión controvertida en el ámbito normativo adecuado. El auto se remite al artículo 55 de la Ley Concursal, que hace referencia a ejecuciones singulares, esto es, no con garantía real. La regulación de las incidencias concursales en éstas se contiene en los dos artículos siguientes. El 56, que es el que invoca la apelante, erróneamente según el parecer de la Sala, regula situaciones de "paralización de ejecuciones de garantías reales". Y el 57, el de procedente aplicación, norma las consecuencias del "inicio o reanudación de ejecuciones de garantía reales", presentado su apartado primero el siguiente tenor: "el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su

caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda".
La traducción de la normativa expuesta al conflicto comporta considerar que no nos hallamos ante una ejecución hipotecaria planteada ante los tribunales con anterioridad a la declaración de concurso de la hipotecante, que es el supuesto que contempla el artículo 56 que invoca la apelante, sino ante una ejecución hipotecaria que se formula con posterioridad a dicha declaración, en cuyo caso es de aplicación lo preceptuado en el 57 y que, como se ha transcrito, somete a la jurisdicción del juez del concurso la decisión sobre su "procedencia" y "tramitación en pieza separada". En consecuencia, el recurso ha de desestimarse y ha de confirmarse la resolución recurrida, pero por otros fundamentos.": AAP Las Palmas (Sección 5) 21.11.2014 (Auto 296/2014; Rollo 683/2013)

AP Pontevedra

"CUARTO En cuanto a la cuestión de la competencia para conocer de las ejecuciones de créditos con garantía real sobre bienes no afectos, el problema que plantea la regulación se refiere a la competencia objetiva para el conocimiento de dichas acciones.
Las soluciones que se encuentran en las distintas resoluciones que al respecto se han dictado por los Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales, son de distinto signo.
Una primera postura viene muy bien defendida por el Sr. Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, en el voto particular contenido en elAuto de la Audiencia de Barcelona de 28 de junio de 2007, que se puede resumir en los siguientes puntos:
1. Ciertamente la Ley Concursal parte de la competencia general del Juez del Concurso(artículo 8 de la Ley Concursal), pero ésta se ve excepcionada en losartículos 55 a 57.
2. Tras proclamarse en elartículo 55 LC con carácter general que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", las excepciones contenidas en elart. 55.1. párrafo 2º LC -a saber, relativas a los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado con anterioridad al concurso, que no recaigan sobre bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor- supondrían que la competencia para seguir conociendo de dichas ejecuciones será del tribunal de los social o de la autoridad administrativa que hasta ese momento conociera de la ejecución, sin que se vean afectado por la atribución de competencia a favor del juez del concurso prevista en elart. 8.3º LC.3. Otra excepción se contendría en losarts. 56 y 57 LC. Elartículo 56 regula la suspensión y paralización de la ejecución de bienes afectos, pero como estas son temporales, "elart. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales") debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere elart. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al Juez del concurso"
4. Si bien para los casos relativos a los bienes afectos es juez competente es el juez del concurso, estamos ante una ejecución separada del concurso y sujeta a "las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al Juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así el apartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que 'iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial delart. 90 LC sujeta a las reglas previstas en elart. 155 LC ' ".
5. Del análisis de la regulación de los mencionados artículos se deduciría que "elart. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa(arts. 56 y 155.2 LC)".
6. La previsión delart. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa delart. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas".
QUINTO La postura contraria la encontramos expuesta, a su vez, entre otras resoluciones, en elAuto de la Audiencia de Barcelona de 28 de junio de 2007. Ciertamente, la cuestión es de exégesis compleja por cuanto la redacción de la ley permite razonar de forma jurídicamente plausible ambas posturas. Esta Sala considera

que el Juez del concurso ha de ser el competente para conocer de las ejecuciones de créditos con garantía real sobre bienes no afectos, pues a ello le asisten diversas consideraciones:
1. Si bien elartículo 57 LC, referente al "inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales", no establece ninguna diferenciación según los bienes sobre los que recaen y su afección o no a la actividad del deudor, el aparatado 1 empieza refiriéndose al ejercicio de acciones que se inicie o se reanude "conforme a lo previsto en el artículo anterior". Sin embargo, como apunta elAuto de la Audiencia de Barcelona de 28 de junio de 2007, existen razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir necesariamente del conocimiento del Juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa. Así:
a) Como indica el mencionado Auto, el mismoartículo 56.4 LC expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, por lo que, con arreglo alartículo 57 ("El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior..."), ese supuesto no se vería excluido en tal caso de la competencia del Juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al Juzgado de 1ª Instancia;
b) Aunque elartículo 56 gravite, sin duda, sobre las garantías sobre bienes afectos, el hecho de que elartículo 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del concurso;
c) Esta interpretación, estima esta Sala, es la más acorde con la naturaleza del concurso, puesto que aunque el acreedor privilegiado puede ejecutar el bien en ejecución separada, ello no significa necesariamente que dicho bien quede al margen del mismo. En este sentido, indica elAuto de la Audiencia de Barcelona de 28 de junio de 2007, que "es en el concurso donde el crédito garantizado se está haciendo valer(art. 61.1 LC), continuando el devengo de intereses moratorios y no subordinados(arts. 59.1 y 92.3º LC, hasta donde alcance la garantía), pudiendo ser rehabilitado, si concurren los requisitos temporales, por la administración concursal en los términos delartículo 68 ". Efectivamente, establece elartículo 68 LC que la administración concursal puede rehabilitar el contrato de préstamo hipotecario si se ha declarado un vencimiento anticipado por impago de cuotas de los tres meses precedentes a la declaración del concurso, pagando lo adeudado y ofreciendo pagar las cuotas que vayan venciendo con cargo a la masa. Si ello es así, es lógico que el procedimiento hipotecario esté bajo la competencia del Juez del concurso
Indica asimismo con acierto laAAP de Gerona de 12 de Mayo del 2009, que aunque en teoría ello podría hacerse ante el Juez de primera instancia, resulta poco operativo si existen varios procedimientos pendientes en distintos Juzgados de primera instancia. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el bien objeto de ejecución no queda excluido totalmente del concurso, pues el mismo se tiene en cuenta para la valoración del patrimonio del deudor y puede ocurrir que tras su ejecución exista un sobrante, siendo claro el interés que todos los acreedores pueden tener en el resultado de dicho procedimiento de ejecución, por lo que se estima más razonable que todas las ejecuciones se encuentre bajo la dirección y el control del Juez del concurso. Y todo ello viene confirmado por la regulación que se hace en elartículo 155 del pago de los créditos con privilegio especial, estableciendo reglas especiales en cuanto al pago de dicho crédito y respecto a la realización de los bienes y derechos afectos a dichos créditos. Nuevamente nos encontraríamos con problemas a la hora de cumplir todo lo que establece dichoprecepto si se estuvieran ejecutando en distintos Juzgados de primera instancia los bienes afectos a garantías reales.
2. Por otra parte, resulta llamativo que el Juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.
3. Como Indica elAAP de Gerona de 12 de Mayo del 2009, "frente a las reglas generales establecidas en elartículo 8 de la Ley Concursal sobre atribución de competencias al Juez del Concurso, elartículo 55 establece dos excepciones, pero las mismas se refieren a cuando existe un procedimiento de apremio administrativo ya iniciado o una ejecución laboral también iniciada y con una serie de requisitos, pero lo que está claro es que ni la autoridad administrativa ni el Juez laboral pueden iniciar un procedimiento de ejecución con posterioridad a la declaración del concurso (...), no hay ninguna excepción expresa del legislador en cuanto a ejecuciones instadas con posterioridad a la declaración del concurso". Por ello no se ve razón alguna para que estas ejecuciones hipotecarias queden al margen de la competencia del Juez del concurso, con lo cual, la aplicación delartículo 8 resulta ineludible, es más, existen motivos relevantes para afirmar lo contrario, pues de esta manera se asegura que sea el juez del concurso el que valore la procedencia o no del despacho y atienda a todas las consideraciones antes expuestas. Por otra parte, las excepciones legales referentes a los procedimientos de apremio administrativo y ejecuciones laborales ya iniciadas no supone necesariamente que ello deba generalizarse de tal manera que también las ejecuciones de bienes con garantía real que se han iniciado con anterioridad deban seguir su tramite ante el Juez de primera instancia, salvo que se dé el supuesto delartículo 56. Esto es, en el supuesto en que se esté tramitando una ejecución hipotecaria ante un juzgado de primera instancia, y la ejecución de la garantía no quede afectada por elart. 56 (al no tratarse de bienes afectos), creemos que debe entenderse que, a pesar de que elart. 57 no da solución al problema -pues, claramente, es hipótesis que no regula-, con base en todo lo expuesto, la lógica del sistema nos lleva a estimar que la competencia general del juez del concurso se extienda también a este supuesto.
4. Esta solución, finalmente, es la más coherente en fase de liquidación y resulta acorde con lo dispuesto en elartículo 57.3 LC, cuyo contenido ha de regir también para los bienes no afectos. En efecto, en esta fase, por

definición, ya no hay bienes afectos y no afectos, pues no existe actividad alguna que continuar. Por ello, los que no hubieran ejecutado su garantía antes, como le sucede al aquí apelante, pierden el derecho a hacerlo por separado y deben hacerlo por el cauce de la liquidación concursal, conjuntamente con los demás acreedores, aunque se cobren con el producto de la venta de los bienes objeto de la garantía.": AAP Pontevedra 29.07.2010 (JUR 2010/327974; Auto 162/2010; Rollo 264/2010)

AP Sevilla (Sección 5)

"PRIMERO Se alza la parte la parte ejecutante contra la Resolución de instancia que se inhibe del conocimiento de la demanda de ejecución hipotecaria formulada por la entidad UNIÓN DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A. contra la herencia yacente de D.Luis Manuel, por falta de competencia objetiva al corresponder el conocimiento de la ejecución al Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, que declaró el concurso voluntario de la citada herencia yacente en elAuto dictado el 11 de octubre de 2005.
SEGUNDO Conforme alart. 8-3º de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, la jurisdicción del Juez del concurso es exclusiva y excluyente en toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Por su parte, elart. 57.1 de la LC, relativo al inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales, establece que "el ejercicio de acciones que se inicien o se reanuden conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda."
En el presente caso la declaración de concurso voluntario de la herencia yacente de D.Luis Manuelse hizo el 11 de octubre de 2005, por lo que la acción de ejecución hipotecaria deducida en este procedimiento ha de someterse al conocimiento del Juez de lo Mercantil que tramita el concurso, a tenor de los preceptos citados.
Sin embargo el ejecutante no lo entiende así, y realiza en su recurso de apelación diversas objeciones. La primera es quien debe decidir la cuestión de competencia objetiva planteada, si el Juez de Primera Instancia o el de lo Mercantil. Y entiende el apelante que es el de Primera Instancia, de acuerdo con elart. 48 de la LEC.
Pues bien, en este caso, es efectivamente el Juez de Primera Instancia de Alcalá de Guadaira el que ha decidido que no es objetivamente competente para conocer el procedimiento de ejecución hipotecaria instado ante él, dictando el Auto de declaración de incompetencia que es objeto de esta apelación. Elart. 48 de la LECestablece que la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto. El Juez de Primera Instancia de Alcalá de Guadaira en principio se declaró competente, como no podía ser menos al tratarse de una ejecución hipotecaria sobre un bien inmueble ubicado en su partido judicial (art. 684.1.1º LEC). La causa de su incompetencia objetiva no la conoció el Juez de Alcalá de Guadaira hasta el día que el Juzgado de lo Mercantil de Sevilla le comunicó mediante oficio recibido el 7 de noviembre de 2006 que estaba tramitando el concurso voluntario de la herencia yacente ejecutada. Recibida esta comunicación, el Juzgado de Primera Instancia pudo advertir la posible falta de competencia objetiva. Y de inmediato dio audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, como dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dictó Auto declarando su falta de competencia objetiva. Así pues el órgano que ha decidido sobre la falta de competencia objetiva es el de Primera Instancia. Y lo ha hecho tan pronto como lo ha advertido, que ha sido cuando el Juzgado de lo Mercantil le comunica la tramitación del concurso de la herencia yacente.
Lo que el Juzgado de lo Mercantil denomina impropiamente requerimiento de inhibición, no constituye en realidad una orden o mandato de este Juzgado al de Primera Instancia para que deje de conocer y le remita las actuaciones, pues no hay ningún precepto en la Ley procesal que así lo autorice. Por ello debe entenderse más bien como la comunicación que dirige al Juzgado de Primera Instancia haciéndole saber la existencia del proceso Concursal, para que dicho Juzgado de Primera Instancia decida sobre su competencia objetiva para conocer de la ejecución hipotecaria. Así lo hizo éste y, al entender de la Sala, adoptando la decisión acertada sobre la competencia. Procediendo en la misma Resolución a inhibirse a favor del Juzgado de lo Mercantil, en una aplicación analógica delart. 46 de la LEC que estimamos acertada por razones prácticas y de economía procesal, pues no parece razonable que el Juzgado de instancia hubiese declarado su incompetencia y finalizado el procedimiento, obligando al ejecutante a presentar una nueva demanda de ejecución en el Juzgado de lo Mercantil.
TERCERO Continúa argumentando el apelante que elart. 57 de la LC se remite alart. 56 LC, el cual se refiere a "los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad", y que el bien ejecutado en este procedimiento es la vivienda que no está afecta a ninguna actividad profesional o empresarial del concursado, correspondiendo al decisión sobre si el bien está o no "afecto" al Juez que conoce del proceso de ejecución.
Este argumento es totalmente irrelevante porque la competencia del Juez de lo Mercantil para conocer con carácter exclusivo y excluyente de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, afecta a cualquier ejecución cualquiera que sea el bien que se ejecute, esté o no afecto a una actividad profesional o empresarial. Esta afección la contempla la Ley Concursal a efectos de impedir el inicio de la ejecución del bien hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido apertura de la liquidación; y también la contempla respecto de las actuaciones de ejecución ya iniciadas para disponer su paralización o suspensión desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento. Pero elart. 56 de la LCno contiene disposición alguna sobre la competencia objetiva, a diferencia delart. 57que ha de ponerse en relación con elart. 8.3º de la LC, y que se refiere a todas las acciones de ejecución de garantías reales, no solamente a las que se dirijan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, pues la remisión alart. 56solamente se hace para referirse a las acciones que se reanuden tras

haber sido suspendidas desde la declaración del concurso conforme a lo previsto en dichoart. 56, las cuales también quedan sometidas a la jurisdicción del Juez del concurso.”: AAP Sevilla (Sección 5) 21.11.2008 (JUR 2009\60566)

“Primero.- Frente a la tesis de la resolución apelada, conforme a la cual el Juzgado de lo Mercantil no es competente para las ejecuciones de bienes no afectos a la actividad profesional del concursado salvo que se plantee como incidente concursal la posibilidad de esa ejecución, la parte ejecutante recurre la resolución que inadmite a trámite su demanda de ejecución hipotecaria alegando, en esencia, que el artículo 55 de la Ley Concursal deja bien claro que es posible ejecutar de forma separada del concurso los bienes afectos a una garantía real, sin limitación alguna cuando son bienes no afectos a la actividad del concursado, siendo ello competencia del Juez del Concurso conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Concursal; por otra parte alega igualmente que expresamente se pide en la demanda su tramitación en pieza separada del concurso, acomodando las actuaciones a las normas del proceso de ejecución contra bienes hipotecados.
Segundo.- La cuestión que plantea el recurso debe resolverse ante todo a la luz de lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 8 de la Ley Concursal, conforme al cual el Juez del Concurso tiene competencia exclusiva y excluyente para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
Junto a esta regla de competencia objetiva, el artículo 55 regula la posibilidad de ejecuciones singulares, estableciendo como regla general que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, quedando en suspenso además desde la fecha de declaración de concurso las actuaciones que se hallaran en tramitación, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
Las excepciones se indican en el mismo precepto y hacen referencia, de un lado, a los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor; y por otra parte a los acreedores con garantía real, excepción esta última que remita a lo que se establezca en la ley.
Tercero.- Dicha regulación se contiene en esencia en los artículos 56 y 57. El artículo 56 regula la paralización de las ejecuciones de garantías reales. En esencia paraliza las ejecuciones de garantías reales que recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, de lo que exceptúa el supuesto de que el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de la ejecución de la garantía. El que no haga referencia expresa a las restantes ejecuciones, no puede interpretarse como que no las regula. Por el contrario lo que resulta del mismo es que las demás ejecuciones con garantía real no se paralizan.
En definitiva la rubrica del precepto es clara, establece normas sobre la paralización con respecto a todas las ejecuciones con garantía real, determinando las que no se paralizan nunca (aquéllas en que el concursado es tercer poseedor) y las que se paralizan sólo cuando recaen sobre bienes afectos a las actividad del concursado (todas las demás).
Cuarto.- El artículo 56 no establece ninguna regla de competencia ni de procedimiento. Sí lo hace el artículo 57, de cuyo tenor literal no resulta que limite la competencia del Juez del Concurso, contraviniendo el artículo 8, a las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad del concursado o de los que ésta sea tercer poseedor. Cuando el artículo 57 determina que "el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior...", está haciendo referencia no sólo a las acciones cuya paralización procede en los plazos indicados en el artículo precedente, sino también a todas aquellas aquéllas otras que no procede paralizar por tener el concursado la condición de tercer poseedor, expresamente mencionadas en el artículo 56, o por no ser bienes afectos a la actividad del concursado. Ninguna razón existe para dar un tratamiento competencial y procesal distinto a las ejecuciones con garantía real en las que el concursado sea tercer poseedor, sean o no los bienes afectos a la actividad del concursado, con respecto a aquéllas ejecuciones sobre bienes no afectos a dicha actividad.
Por otra parte el artículo 57 exige un expreso pronunciamiento sobre la procedencia de la ejecución con garantía real y es contrario al principio de economía procesal que con respecto a algunas de esas ejecuciones, una vez realizado el pronunciamiento, tengan que tramitarse en otro órgano judicial. Plantea igualmente serias dificultades procesales que el Juzgado de lo Mercantil que se pronuncie posteriormente sobre una ejecución procesal iniciada en un Juzgado de Primera Instancia pueda reclamar de este el conocimiento del asunto. La competencia que otorga el precepto al Juez del Concurso para pronunciarse sobre todas las ejecuciones con garantía real tiene como presupuesto necesario su competencia exclusiva para conocer de las mismas.
Esta interpretación no sólo es la más acorde con el principio general del artículo 8, con respecto al cual el artículo 57, hemos de reiterar, no establece ninguna excepción expresa y clara, y con la literalidad de los preceptos, sino con el espíritu y finalidad de la Ley Concursal. Las ejecuciones con garantía real de bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado no son indiferentes para el concurso, ya que el resultado de las mismas puede tener efectos negativos o positivos en el concurso, según que las deudas garantizadas excedan o no del valor de los bienes. Por tanto lo más acorde con el principio de universalidad del concurso es que el Juez del mismo controle esas ejecuciones singulares y el resultado de las mismas, y que queden vinculadas mediante su tramitación como pieza separada al concurso, que es lo único que permite tener una verdadera y completa visión de la situación del concursado y un pleno control sobre la liquidación de su patrimonio.
Quinto.- Procede por tanto estimar el recurso, revocando la resolución apelada, para en su lugar declarar competente al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla y ordenar que acuerde la admisión de la demanda de ejecución hipotecaria presentada por la apelante, dando traslado de la misma a la administración concursal y, previa decisión sobre la procedencia o no de su paralización, tramitarla, en su caso, en pieza separada,

acomodando las actuaciones a las normas del proceso de ejecución contra bienes hipotecados, que es por otra parte lo que se pide expresamente en la demanda.”: AAP Sevilla (Sección 5) 20.09.2011 (Auto 182/2011; Rollo 5265/2011)

“PRIMERO.-Las mismas cuestiones que plantea el auto que es objeto de esta alzada, idénticas por completo, fueron oportunamente examinadas y resueltas por ésta Sección al conocer en apelación, en el rollo 5265/2.011, acerca de otro auto idéntico, procedente del mismo juzgado de lo mercantil, por lo que la respuesta de este tribunal no puede ser aquí diferente a la que allí se dio, desfavorable a las tesis del juzgado de instancia.
SEGUNDO.-Como decíamos, en esa ocasión, "frente a la tesis de la resolución apelada, conforme a la cual el Juzgado de lo Mercantil no es competente para las ejecuciones de bienes no afectos a la actividad profesional del concursado salvo que se plantee como incidente concursal la posibilidad de esa ejecución, la parte ejecutante recurre la resolución que inadmite a trámite su demanda de ejecución hipotecaria alegando, en esencia, que el artículo 55 de la Ley Concursal deja bien claro que es posible ejecutar de forma separada del concurso los bienes afectos a una garantía real, sin limitación alguna cuando son bienes no afectos a la actividad del concursado, siendo ello competencia del Juez del Concurso conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Concursal; por otra parte alega igualmente que expresamente se pide en la demanda su tramitación en pieza separada del concurso, acomodando las actuaciones a las normas del proceso de ejecución contra bienes hipotecados".
"La cuestión que plantea el recurso debe resolverse ante todo a la luz de lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 8 de la Ley Concursal, conforme al cual el Juez del Concurso tiene competencia exclusiva y excluyente para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado".
"Junto a esta regla de competencia objetiva, el artículo 55 regula la posibilidad de ejecuciones singulares, estableciendo como regla general que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, quedando en suspenso además desde la fecha de declaración de concurso las actuaciones que se hallaran en tramitación, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos".
"Las excepciones se indican en el mismo precepto y hacen referencia, de un lado, a los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor; y por otra parte a los acreedores con garantía real, excepción esta última que remita a lo que se establezca en la ley".
"Dicha regulación se contiene, en esencia, en los artículos 56 y 57. El artículo 56 regula la paralización de las ejecuciones de garantías reales. En esencia paraliza las ejecuciones de garantías reales que recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, de lo que exceptúa el supuesto de que el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de la ejecución de la garantía. El que no haga referencia expresa a las restantes ejecuciones, no puede interpretarse como que no las regula. Por el contrario lo que resulta del mismo es que las demás ejecuciones con garantía real no se paralizan".
"En definitiva la rubrica del precepto es clara, establece normas sobre la paralización con respecto a todas las ejecuciones con garantía real, determinando las que no se paralizan nunca (aquéllas en que el concursado es tercer poseedor) y las que se paralizan sólo cuando recaen sobre bienes afectos a las actividad del concursado (todas las demás)".
"El artículo 56 no establece ninguna regla de competencia ni de procedimiento. Sí lo hace el artículo 57, de cuyo tenor literal no resulta que limite la competencia del Juez del Concurso, contraviniendo el artículo 8, a las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad del concursado o de los que ésta sea tercer poseedor. Cuando el artículo 57 determina que "el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior...", está haciendo referencia no sólo a las acciones cuya paralización procede en los plazos indicados en el artículo precedente, sino también a todas aquellas aquéllas otras que no procede paralizar por tener el concursado la condición de tercer poseedor, expresamente mencionadas en el artículo 56, o por no ser bienes afectos a la actividad del concursado. Ninguna razón existe para dar un tratamiento competencial y procesal distinto a las ejecuciones con garantía real en las que el concursado sea tercer poseedor, sean o no los bienes afectos a la actividad del concursado, con respecto a aquéllas ejecuciones sobre bienes no afectos a dicha actividad".
"Por otra parte el artículo 57 exige un expreso pronunciamiento sobre la procedencia de la ejecución con garantía real y es contrario al principio de economía procesal que con respecto a algunas de esas ejecuciones, una vez realizado el pronunciamiento, tengan que tramitarse en otro órgano judicial. Plantea igualmente serias dificultades procesales que el Juzgado de lo Mercantil que se pronuncie posteriormente sobre una ejecución procesal iniciada en un Juzgado de Primera Instancia pueda reclamar de este el conocimiento del asunto. La competencia que otorga el precepto al Juez del Concurso para pronunciarse sobre todas las ejecuciones con garantía real tiene como presupuesto necesario su competencia exclusiva para conocer de las mismas".
"Esta interpretación no sólo es la más acorde con el principio general del artículo 8, con respecto al cual el artículo 57, hemos de reiterar, no establece ninguna excepción expresa y clara, y con la literalidad de los preceptos, sino con el espíritu y finalidad de la Ley Concursal. Las ejecuciones con garantía real de bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado no son indiferentes para el concurso, ya que el resultado de las mismas puede tener efectos negativos o positivos en el concurso, según que las deudas garantizadas excedan o no del valor de los bienes. Por tanto lo más acorde con el principio de universalidad del concurso es que el Juez del mismo controle esas ejecuciones singulares y el resultado de las mismas, y que queden vinculadas mediante su tramitación como pieza separada al concurso, que es lo único que permite

tener una verdadera y completa visión de la situación del concursado y un pleno control sobre la liquidación de su patrimonio".
TERCERO.-Procede, por tanto, estimar el recurso, revocando la resolución apelada, para en su lugar declarar competente al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla y ordenar que acuerde la admisión de la demanda de ejecución hipotecaria presentada por la apelante, dando traslado de la misma a la administración concursal y, previa decisión sobre la procedencia o no de su paralización, tramitarla, en su caso, en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas del proceso de ejecución contra bienes hipotecados, que es por otra parte lo que se pide expresamente en la demanda. ": AAP Sevilla (Sección 5) 28.10.2011 (Auto 212/2011; Rollo 3940/2011)

"PRIMERO.-Se alza la parte la parte ejecutante contra la Resolución de instancia que declara la falta de competencia objetiva del Juzgado de lo mercantil para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria formulada por la entidad UNICAJA BANCO S.A. sobre las fincas hipotecadas a la entidad concursada "Construcciones González Josema S.L.".
SEGUNDO.- Conforme a los arts. 86 ter.1.3º de la LOPJ y 8-3º de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, la jurisdicción del Juez del concurso es exclusiva y excluyente en toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Por su parte, el art. 56.1 y 2 de la LC establece que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, y las actuaciones ya iniciadas se suspenderán desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento. Disponiendo el punto cuatro del art. 56 que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta. A continuación el art. 57.1 de la LC, establece que "el ejercicio de acciones que se inicien o se reanuden conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda."
TERCERO.-La cuestión que se plantea en esta alzada debe resolverse ante todo al amparo de lo establecido en los artículos 86 ter.1.3º de la LOPJ y 8-3º de la LC. Junto a esta regla de competencia objetiva, el artículo 55 regula la posibilidad de ejecuciones singulares, estableciendo como regla general que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, quedando en suspenso, además, desde la fecha de declaración de concurso las actuaciones que se hallaran en tramitación, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
Las excepciones se indican en el mismo precepto y hacen referencia, de un lado, a los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor; y de otro lado, a los acreedores con garantía real, excepción esta última que remite a lo que se especialmente se establece en la propia Ley concursal.
Dicha regulación se encuentra en los arts. 56 y 57, cuyo contenido hemos reflejado en el anterior fundamento de derecho. En ellos se establecen normas sobre la imposibilidad de iniciar una ejecución o sobre la paralización de las ejecuciones con garantía real ya iniciadas, y distingue entre las que no se paralizan nunca (aquellas en que el concursado es tercer poseedor), y las que se paralizan sólo cuando recaen sobre bienes afectos a las actividades del concursado o a una unidad productiva de su titularidad (todas las demás).
CUARTO.-El artículo 56 LC no establece ninguna regla de competencia ni de procedimiento. Sí lo hace el artículo 57 LC, de cuyo tenor literal no resulta que limite la competencia del Juez del Concurso, contraviniendo el artículo 8.3º LC, a las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad del concursado o de los que ésta sea tercer poseedor. Cuando el artículo 57 dice "el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior...", está haciendo referencia no sólo a las acciones cuya paralización procede en los plazos indicados en el artículo precedente, sino también a todas aquellas aquéllas otras que no procede paralizar por tener el concursado la condición de tercer poseedor, expresamente mencionadas en el artículo 56, o por no ser bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad. Donde la Ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir (ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus). Ninguna razón existe para dar un tratamiento competencial y procesal distinto a las ejecuciones con garantía real en las que el concursado sea tercer poseedor, sean o no los bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, con respecto a aquéllas ejecuciones sobre bienes no afectos a dicha actividad.
Por otra parte el artículo 57 exige un expreso pronunciamiento sobre la procedencia de la ejecución con garantía real, y es contrario al principio de economía procesal que algunas de esas ejecuciones, una vez realizado el pronunciamiento, tengan que tramitarse en otro órgano judicial. Plantea igualmente serias dificultades procesales que el Juzgado de lo Mercantil que se pronuncie posteriormente sobre una ejecución procesal iniciada en un Juzgado de Primera Instancia pueda reclamar de éste el conocimiento del asunto. La competencia que otorga el precepto al Juez del Concurso para pronunciarse sobre todas las ejecuciones con garantía real tiene como presupuesto necesario su competencia exclusiva para conocer de las mismas.
Esta interpretación no sólo es la más acorde con el principio general del artículos 86 ter 1.3º LOPJ y 8.3º LC, con respecto a los cuales el artículo 57, hemos de reiterar, no establece ninguna excepción expresa y clara, y con la literalidad de los preceptos, sino con el espíritu y finalidad de la Ley Concursal. Las ejecuciones con

garantía real de bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado no son indiferentes para el concurso, ya que el resultado de las mismas puede tener efectos negativos o positivos en el concurso, según que las deudas garantizadas excedan o no del valor de los bienes. Por tanto, lo más acorde con el principio de universalidad del concurso es que el Juez del mismo controle esas ejecuciones singulares y el resultado de las mismas, y que queden vinculadas mediante su tramitación como pieza separada al concurso, que es lo único que permite tener una verdadera y completa visión de la situación del concursado y un pleno control sobre la liquidación de su patrimonio.
QUINTO.-En resumen, la competencia del Juez de lo Mercantil para conocer con carácter exclusivo y excluyente de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, afecta a cualquier ejecución cualquiera que sea el bien que se ejecute, esté o no afecto a una actividad profesional o empresarial. Esta afección la contempla la Ley Concursal a efectos de impedir el inicio de la ejecución del bien hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido apertura de la liquidación; y también la contempla respecto de las actuaciones de ejecución ya iniciadas para disponer su paralización o suspensión desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento. Pero el art. 56 de la LC no contiene disposición alguna sobre la competencia objetiva, a diferencia del art. 57 que ha de ponerse en relación con el art. 8.3º de la LC, y que se refiere a todas las acciones de ejecución de garantías reales, no solamente a las que se dirijan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado.
SEXTO.- Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso de apelación y, con revocación de la resolución recurrida, declarar la competencia del Juzgado de lo mercantil n 1 de Sevilla para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria presentada por la entidad apelante, dando traslado de la misma a la administración concursal y a los avalistas y, previa decisión sobre la procedencia o no de su paralización, tramitarla, en su caso, en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas del proceso de ejecución contra bienes hipotecados.”: AAP Sevilla (Sección 5) 18.04.2012 (Auto 70/2012; Rollo 1368/2012)

“ANTECEDENTES DE HECHO
Primero.- En los autos n.º 145/2011 de ejecución hipotecaria, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Dos Hermanas, a virtud de demanda presentada por la CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID contra LIBET GRUPO INMOBILIARIO,S.L., se dictó auto el día 6 de septiembre de 2.011 por el que se decretaba la inhibición al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla para su acumulación al procedimiento de concurso abreviado n.º 3/2011.
Segundo.- El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla incoó el procedimiento de ejecución n.º 1110/2011, dictando auto el día 2 de febrero de 2.012 por el que rechazaba su competencia para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria y remitía las actuaciones a la Audiencia Provincial de Sevilla ante la que planteaba cuestión de competencia. Recibidos los autos originales a este tribunal se señaló el día 8 de mayo de 2.012 para la deliberación y fallo.
Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Conrado Gallardo Correa.
FUNDAMENTOS DE DERECHO
Primero.- El procedimiento concursal tiene como finalidad dar una solución a las situaciones de insolvencia provisional o definitiva que permita la continuidad de la actividad empresarial y superar esa situación o, de no ser posible, conseguir una liquidación ordenada del patrimonio del deudor bajo el principio fundamental de par conditio creditorum, con las únicas excepciones expresamente previstas en la Ley. Para ello es imprescindible que el Juez del concurso pueda tener el control de todo el patrimonio del deudor y de ahí que el artículo 8 de la Ley Concursal, entre otras materias, atribuya al Juez del Concurso competencia exclusiva para el conocimiento de las acciones civiles de contenido patrimonial y de las ejecuciones frente a bienes y derechos de contenido patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.
Ello es aplicable tanto a las ejecuciones de carácter general, como a aquéllas otras que se dirijan contra un determinado bien afecto a una garantía real. Es cierto que en este último caso el acreedor con respecto a dicho bien tiene derecho a cobrarse de él la totalidad de la deuda garantizada, constituyendo ello una excepción al citado principio de par conditio creditorum. Pero no es menos cierto que ello no hace innecesario el control del Juez del concurso, puesto que es importante coordinar esa ejecución con la necesidad de mantener activos los bienes hipotecados cuando son esenciales para la actividad empresarial del concursado, y sin los cuales por tanto no habría posibilidad alguna de superar la situación de insolvencia, coordinar igualmente la reclamación singular con la posible reclamación general del acreedor en el concurso y controlar la correcta ejecución del bien y, en su caso, el reintegro del sobrante al concurso, entre otros extremos.
Segundo.- Del juego de los artículos 55, 56 y 57 de la Ley Concursal resulta con claridad meridiana que las ejecuciones que se hayan iniciado antes del concurso deben ser suspendidas de inmediato, debiendo producirse una decisión del Juez del concurso si la garantía real recae, o no, sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad. Lógicamente si de la ejecución está conociendo un Juez de Primera Instancia ello conlleva que éste no sólo suspenda el procedimiento de ejecución, sino que inmediatamente lo remita al Juez de lo Mercantil que esté conociendo del concurso para que éste pueda tomar esa decisión. También lógicamente ello supone que desde ese momento el Juez de Primera Instancia pierde su jurisdicción sobre el procedimiento y la adquiere el Juez de lo Mercantil, porque no de otra forma puede tomar esa decisión.
Tercero.- Si el Juez de lo Mercantil decide que se trata de un bien afecto entonces deberá proceder conforme a lo prevenido en el artículo 56, es decir, deberá mantener la suspensión del procedimiento, con las excepciones previstas en dicho precepto. Si por el contrario decide que el bien no está afecto a la actividad del concursado, deberá continuar con la ejecución.
Es cierto que la redacción del artículo 56 puede arrojar alguna duda por cuanto que de la misma cabría deducir que los autos suspendido deben quedar en el Juzgado de Primera Instancia al que el Juez de lo Mercantil debe

comunicar su decisión. Pero tales dudas deben ser descartadas a la vista de la atribución universal que hace el artículo 8 citado, reiterando igualmente el artículo 57 la competencia del Juez del concurso para el conocimiento de las acciones que se inicien o reanuden "conforme a lo previsto en el artículo anterior". El artículo anterior tiene como título "paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas", es decir, regula todas las ejecuciones de garantías reales, aunque sólo contenga normas específicas para las relativas a bienes afectos a la actividad del concursado, por cuanto que las demás no necesitan ninguna norma específica, dado que, a contrario sensu, una vez declarado el bien como no afecto, lo que resulta de dicho precepto es que debe continuar la ejecución del mismo, bajo la competencia por supuesto del Juez del concurso conforme a lo dispuesto en los citados artículos 8 y 57.": AAP Sevilla (Sección 5) 08.05.2012 (Auto 78/2012; Rollo 2014/2012)

AP Valencia (Sección 9)

"PRIMERO. Caixa D´Estalvis i Pensions de Barcelona (La Caixa) presentó ante los Juzgados de Lliria en fecha de 4-4-2008 demanda de ejecución dineraria hipotecaria contra la mercantil MOHEPA SL en su condición de deudora hipotecante, constituyendo la garantía real varias viviendas que formaban parte de un edificio en construcción.
En fecha de 11 -4-2008 la parte demandante ejecutante aportó el resguardo de la preceptiva tasa, satisfecha después de presentada la demanda.
EL Juzgado Primera Instancia 1 Lliria dictó auto de fecha 21-4-2008 denegando el despacho de ejecución en virtud del artículo 56.1 de la Ley Concursal por haber presentado MOHEPA SL solicitud de declaración de concurso en el Juzgado de lo Mercantil 1 Valencia seguido con nº 321/08, estando los bienes hipotecados afectos a la actividad de la demandada, produciéndose el efecto paralizador de la posibilidad de ejecución de la garantía real no iniciada y ser el órgano competente para la realización separada de la garantía real el Juez del Concurso.
Se interpone recurso de apelación por la representación de la Caiza D´Estalvis i Pensions de Barcelona, La Caixa, alegando como motivos en esencia y sumario: 1º) La improcedencia de la razón del Juzgador pues los bienes hipotecados cuya ejecución se interesa no están afectos a la actividad de la concursada, pues no hay actividad en la promoción inmobiliaria, a causa del abandono de la obra, no cabiendo una interpretación extensiva del artículo 56 y 57 de la Ley Concursal, entendiendo como afectos los bienes integrantes del inmovilizado destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa, no siendo tales, los inmuebles que una promotora tiene como existencias para su venta; 2º) Entender que la competencia objetiva para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria radica en los Juzgados de Primera Instancia de Lliria, invocando los Autos del Juzgado de lo Mercantil 2 Alicante 3-7-2007; Juzgado de lo Mercantil Oviedo 13-3-2006; Auto 29-9-2006 Juzgado de lo Mercantil 2 Alicante y auto 24-5-2006 Juzgado de lo Mercantil 2 Barcelona, interesando la revocación del auto del Juzgado Primera Instancia 1 Lliria por otro que admita a trámite la demanda de ejecución hipotecaria.
SEGUNDO. La Sala para resolver la cuestión que se somete a su consideración debe partir de la singular premisa fáctica de que cuando el Juzgado Primera Instancia 1 Lliria está en condiciones de resolver sobre la admisión a trámite de la demanda de ejecución hipotecaria, la entidad interpelada en el escrito inicial ya ha presentado su solicitud de declaración en concurso, puesto que no obstante presentarse la demanda de ejecución hipotecaria en fecha de 4-4-2008, faltaba a tal pliego, el cumplimiento preceptivo de la tasa y de ahí que no se diese trámite; tasa que se sufraga en 11-4-2008 y la solicitud de declaración de concurso por MOHEPA SL ante los Juzgados de lo Mercantil Valencia es de 7-4-2008. Por otro lado consta que el auto del Juzgado de lo Mercantil declarando el concurso de MOHEPA SL es de fecha 28-4-2008 y la resolución ahora recurrida es de 21-4-2008. Por tanto, si bien, cuando el Juzgado Primera Instancia dicta su resolución apoyada en el artículo 56.1 de la Ley Concursal, no está declarada en concurso Mohepa SL, en cambio, esta Sala se encuentra en la tesitura de pedirse la admisión a trámite de la ejecución hipotecaria cuando la deudora hipotecante está declarada en concurso y por ende no puede obviarse los efectos del artículos 55, 56 y 57 de la Ley Concursal. Por ello entendemos que si bien la decisión del Juez sobre la fundamentación adoptada en el auto recurrido no fue correcta al momento en que se adoptó, dicha fundamentación cobra ahora plena virtualidad en atención al propio estado y trámite del concurso de Mohepa SL. Repárese que no se ha efectuado actuación alguna de ejecución consecuencia del ejercicio de la acción de ejecución de la garantía real, tal como exige el artículo 56.2 de la Ley Concursal para producir el efecto suspensivo de tales ejecuciones cuando se produce la declaración de concurso de la ejecutada, sino que procede decidir sobre la admisión o no a trámite de tal acción en el Juzgado Primera Instancia y por ende la aplicación del artículo 56.1 de dicho texto legal, como así igualmente ha entendido la parte recurrente que despliega todo su razonamiento sobre la afección de los bienes hipotecados de la entidad demandada a su actividad empresarial, para excluir su aplicación y en consecuencia la competencia objetiva del Juzgado de Instancia.
En tal situación, al contrario de como se resuelve por el Juzgado de Lliria y se sigue el orden en el recurso de apelación, la primera cuestión a dilucidar es la competencia objetiva para determinar si tal reclamación de ejecución sobre bienes inmuebles debe ser examinada por el Juzgado de Primera Instancia y entendemos que al caso presente la respuesta ha de ser negativa, pues estando presentado el concurso de la entidad ejecutada (amen de su declaración, pocos días después del auto ahora recurrido), la decisión sobre si los bienes patrimoniales objeto de garantía están afectos o no a su actividad es cuestión que debe dilucidar el Juzgado de lo Mercantil en atención a un correcto entendimiento del principio de universalidad del concurso cuya manifestación clara viene recogida en la exposición de motivos de la LO 8/2003 al decir :"El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideren de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y

excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares para que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualquiera de los órganos jurisdiccionales o administrativos..." Así el art 86.ter.1.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye tal competencia exclusiva y excluyente en: "Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado".
Una de las excepciones a dicho principio de universalidad viene recogida en el artículo 56, pues dichos casos son susceptibles de ejecución separada respecto del concurso siempre que concurran unas circunstancias regladas en el precepto y estas circunstancias, declarado el concurso, como ya acontece en el caso presente, resulta deben ser apreciadas y valoradas por el Juzgado de lo Mercantil, dada su excepcionalidad, no por el Juzgado Primera Instancia. Precisamente todas las resoluciones indicadas por la parte recurrente sobre dicha calificación vienen dictadas por órganos judiciales de lo mercantil. Y es que significando tales supuestos de ejecución separada, excepciones a la regla general de la universalidad del concurso es causa justificada que sea el propio Juez del concurso quien tiene la competencia para decidir si el inmueble sometido a garantía real está afecto a la actividad profesional o empresarial; cuando además es el único competente para resolver todas la cuestiones que versen sobre la formación de la masa activa y por tanto los bienes que han de ser excluidos de la misma, criterio por otro lado de competencia sentado por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en sentencia de 22 diciembre de 2006 al decidir a favor del Juzgado de lo Mercantil en conflicto ante la administración tributaria en la que se seguía un proceso de ejecución administrativa estableciendo que "producida la declaración concursal la administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del <patrimonio> del deudor, sujetos a procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor".
Frente a las resoluciones invocadas por la parte apelante, todas ellas de Juzgados de lo Mercantil, es necesario traer aquí las resoluciones de las secciones de Audiencias Provinciales, especializadas en materia mercantil, que sustentan precisamente que corresponde a los órganos judiciales mercantiles la decisión en la calificación de si los bienes objeto de garantía real que se ejecuta están afectos o no a la actividad empresarial o profesional del concursado; As Autos A. Provincial Madrid (sección 28) 20 septiembre y 11 0ctubre 2007 (ROJ: AAP M.12942/2007) y A. Provincial Barcelona, sección 15ª, 28 junio 2007. (EDJ 2007/146381),resolución esta última que además en interpretación del artículo 57 de la Ley concursal fija que aún con tal falta de afección es el juzgado mercantil quien por vía de pieza separada debe dar cauce a tal ejecución.
En consecuencia en la tesitura expuesta, resulta procedente estimar que el Juzgado Primera Instancia carece de competencia para resolver ante la declaración del concurso de Mohepa SL con fundamento en el artículo 56 de la Ley Concursal, la decisión sobre si los bienes inmuebles objeto de garantía real cuya ejecución se postula están afectos o no a su actividad empresarial, siendo tal cuestión propia del Juzgado de lo Mercantil que tramita el concurso de dicha sociedad ante el cual deberá presentarse la demanda de ejecución hipotecaria.
TERCERO. Dadas las razones expuestas en el presente auto diversas a las contenidas en la resolución recurrida, amen de las dudas jurídicas en atención a la singularidad concurrente expuesta en el fundamento precedente, no se efectúa pronunciamiento de costas de la alzada conforme al artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley Enjuiciamiento Civil" : AAP Valencia (Sección 9) 30.10.2008 (Rollo 312/2008; Auto 206/2008)

JM-1 Girona

"En primer lugar, se considera que la parte recurrente acierta en su posicionamiento en lo referente a considerar que el bien sobre e l que se pretende realizar la garantía hipotecaria no se encuentra afecto a la actividad económica de la empresa declarada en concurso, ya que consta en autos de modo documental que l a actividad de la concursada no existe y está paralizada, habiéndose extinguido los contratos laborales de la plantilla.
En segundo lugar, es certero, a su vez, el razonamiento que introduce la administración concursal en cuanto a considerar que la competencia le debe corresponder al Juez del Concurso conforme al art.57 de la LC.
SEGUNDO. Para poder dirimir la cuestión objeto del recurso resulta necesario realizar una seria de manifestaciones previas.
El concurso de la entidad Q S.L. fue declarado en el año 2007. La ejecución hipotecaria que se interpone por la parte recurrente se encuentra fechada el 31 de Enero de 2008 como consta en el documento nº 1 del recurso interpuesto, es decir, posteriormente a la declaración de concurso.
Una vez que se dicta la declaración de concurso operan los límites de los artículos 55 a 57 de la LC para que se proceda a la suspensión o paralización de las ejecuciones que se encontraran vigentes hasta ese momento con las excepciones que se articulan tanto a la jurisdicción social como en la administrativa, y para el ámbito de la ejecución de garantías reales, conforme este último inciso al apartado cuarto del art.55 de la LC.
Teniendo en consideración estos criterios cuando se declara el concurso las ejecuciones con garantía real conforme al art. 56 de la LC se les permite que no queden suspendidas cuando tratándose de bienes afecto a su actividad haya transcurrido un: año desde la declaración del concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación o hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte a ese derecho.
En el presente supuesto se parte de la idea correcta de no considerar el bien afecto a la actividad empresarial, y por ende, no ser de aplicación ni siquiera el límite del art. 56 de la LC.
Sin embargo, no obstante ser esto cierto, una vez que se haya declarado el concurso la única posibilidad para que una ejecución con garantía real continúe tramitándose y conociéndose por un Juez distinto al del concurso es que, como establece el apartado segundo del art. 56 de l a LC, al tiempo de la declaración del, concurso ya estuviesen publicados los anuncios de l a subasta del bien o derecho afecto.

En todos los demás supuestos, una vez que se produce la declaración de concurso el ejercicio de las acciones ejecutivas referentes a bienes que se encuentren garantizados con hipoteca debe ser ejercitado ante el juez del concurso, que en este supuesto es el de Girona por ser Juzgado Mercantil y conocer el concurso dirigido contra la entidad Q. S.L..
Por ello, no procede estimar el recurso, en primer lugar por cuanto que en nada afecta la resolución recurrida a la protección de los derechos reconocidos a la parte recurrente y en segundo lugar por cuanto que, siendo cierto que el bien no se encuentra afecto a la actividad económica, no requiera el plazo de espera del art. 56 de la LC, también lo es que como dicha petición de ejecución ha sido posterior a l a declaración de concurso el Juzgado de Figueras carece de competencia para el conocimiento de dicha ejecución hipotecaria, debiendo mantenerse el contenido de la Providencia que se recurre, debiendo añadir a mayor abundamiento, que el Juzgado de Figueras no podrá seguir conociendo de dicho procedimiento, y que el ejecutante deberá instar a este Juzgado Mercantil la ejecución hipotecaria conforme al art. 57 de la LC. Por ello, debe ser desestimado también este recurso": AJM-1 Girona 19.12.2008 (Concurso 704/2007)

3. La decisión sobre si el bien es afecto o necesario corresponde …

[Vid. también las resoluciones incluidas en el art. 57.1 respecto del inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales]

3.1 Al juez del concurso, pero la decisión sobre la suspensión de la ejecución corresponde al juez de la ejecución

AP Madrid

"ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.- Fue presentada por la representación de PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A. solicitud de concurso voluntario, que fue turnada al Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, que dictóauto de apertura del concurso de fecha 4 de septiembre de 2006.
SEGUNDO.- En fecha 1 de marzo de 2007 el Juzgado de lo Mercantil dictó auto requiriendo a los Juzgados de Primera Instancia núm. 31 y 32 de Madrid a fin de que suspendieran las ejecuciones hipotecarias que se seguían respecto de inmuebles de la concursada hasta que el Juzgado de lo Mercantil se pronunciara sobre si las fincas hipotecadas son necesarias para la actividad profesional o empresarial del deudor.
TERCERO.- En fecha 6 de marzo de 2007, el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid dictó providencia acordando se comunicara al Juzgado de lo Mercantil que no procedía la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria conforme a losarts. 565 y 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni tampoco conforme alart. 56 de la Ley Concursaly que el Juzgado de Primera Instancia había decidido, resolviendo una solicitud de la concursada, que no procedía la paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria por aplicación delart. 56 de la Ley Concursalpor tratarse de fincas construidas o pendientes de construir destinadas a la enajenación o venta a terceros, a cuya resolución acordaba había de estarse, negando asimismo la posibilidad de que el Juzgado de lo Mercantil planteara de oficio una cuestión de competencia positiva.
CUARTO.- En fecha 13 de marzo de 2007 se dictó auto por el Juzgado de lo Mercantil declarando que las fincas objeto de, entre otros, el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 88/06 del Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid están afectas a la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, lo que declaraba a efectos de la suspensión de dicho procedimiento en los términos delart. 56.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acordando comunicar tal resolución al citado Juzgado de Primera Instancia.
QUINTO.- Recibida la comunicación por elJuzgado de Primera Instancia, este dictó providencia de 16 de marzo de 2007acordando se estuviera a lo ya acordado en la providencia de 6 de marzo de 2007.
SEXTO.- A la vista de la comunicación recibida del Juzgado de Primera Instancia, elJuzgado de lo Mercantil dictó resolución en fecha 19 de marzo de 2007acordando plantear conflicto positivo de competencia alJuzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid en el procedimiento de ejecución hipotecaria 88/06, remitiendo los autos a esta Sala y comunicando al Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid el planteamiento de la cuestión de competencia.
RAZONAMIENTOS JURIDICOS.- PRIMERO.- Conforme alart. 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cuestión de competencia entre el Juzgado de lo Mercantil y el Juzgado de Primera Instancia, que pertenecen al mismo orden jurisdiccional, ha de ser resuelta por el órgano inmediato superior común (en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid). Aunque, como pone de relieve el auto en el que se plantea el conflicto positivo de competencia, que más bien debería calificarse como cuestión positiva de competencia a la vista de la terminología empleada por elart. 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial como la Ley de Enjuiciamiento Civil carecen de regulación expresa sobre la materia, parece razonable el trámite que se ha seguido en el presente caso, en el que tras negarse el Juzgado de Primera Instancia a atender el requerimiento del Juzgado de lo Mercantil, éste ha acordado plantear la cuestión a órgano superior.
Que losarts. 45 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la competencia objetiva, sólo regulen de un modo detallado, directamente (art. 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o por remisión (art. 49 en relación al 63 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la apreciación por el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, mediante la declinatoria, de su falta de competencia objetiva no excluye, como afirma el Juzgado de Primera Instancia, que puedan plantearse cuestiones de competencia, positivas o negativas, entre dos órganos de la jurisdicción civil con distinta competencia objetiva, como es el caso de los Juzgados de Primera Instancia y de los Juzgados Mercantiles. La ausencia de una regulación específica de estas cuestiones de competencia positivas y negativas (la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo regula el conflicto negativo de competencia territorial,art. 60 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y la previsión delart. 51 de la Ley Orgánica del

Poder Judicialde que tales cuestiones de competencia (sin limitarlas a las negativas) han de ser resueltas por el órgano inmediato superior común, llevan a esta Sala a considerar posible la cuestión positiva de competencia.
Lo escueto del testimonio remitido por el Juzgado de lo Mercantil y de los antecedentes de hecho de los autos dictados por el mismo impide saber si la cuestión ha sido promovida a instancia de parte o de oficio, pero entiende la Sala que a la vista de las peculiaridades del proceso concursal, que no responde al esquema del clásico proceso contradictorio sometido de modo rígido al principio de rogación, y de la iniciativa que la regulación procesal del mismo otorga al juez del concurso, el planteamiento de oficio es posible.
SEGUNDO.- Elauto de 19 de marzo de 2007por el que se planteaba la cuestión de competencia expresaba que mediante el planteamiento de la misma esta Sala, como órgano superior común a los Juzgados en conflicto, debía delimitar el ámbito de actuación de cada órgano jurisdiccional.
No corresponde, pues, a esta Sala pronunciarse sobre cuestiones de fondo (por ejemplo, si los inmuebles objeto de la ejecución hipotecaria eran bienes afectos a la actividad profesional o empresarial de la concursada o a una unidad productiva de su titularidad y, consecuentemente, si procedía o no suspender la subasta convocada por el Juzgado de Primera Instancia). El objeto de esta resolución es resolver la cuestión positiva de competencia planteada entre el Juzgado de lo Mercantil y el Juzgado de Primera Instancia, pues ambos se irrogan la competencia para resolver sobre estas cuestiones.
TERCERO.- De acuerdo con lo dispuesto en elart. 86.ter.1.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: () Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado".
La Exposición de Motivos de laLey Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, que introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial el precepto antes citado, justifica esta previsión normativa del siguiente modo: "El carácter universal del concurso justifica la concentración en un sólo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado. Mediante la correspondiente modificación de laLey Orgánica del Poder Judicial (nuevo artículo 86ter), esta atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente se incorpora ahora expresamente a las competencias de los juzgados de lo mercantil".
CUARTO.- Uno de los principios del proceso concursal regulado en la Ley Concursal es el de la universalidad del concurso, tanto en cuanto a la masa activa, es decir, que la declaración de concurso produce una afectación de todos los bienes y derechos de contenido patrimonial de deudor, tanto los presentes como los futuros, que constituyen la masa activa del concurso (art. 76.1 de la Ley Concursal), como a la masa pasiva, esto es, que declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso (art. 49 de la Ley Concursal).
Este principio de universalidad no es absoluto. El propioart. 76, en los siguientes apartados, prevé algunas excepciones, y elart. 49contiene un inciso final en tal sentido, al afirmar que esa integración de todos los acreedores en la masa pasiva del concurso se producirá "sin más excepciones que las establecidas en las leyes". Por tanto, excepcionalmente, determinados acreedores pueden ejecutar sus créditos contra determinados bienes del concursado separadamente al proceso concursal, como es el caso, por ejemplo, de lo previsto en elart. 76.3 de la Ley Concursaly de algunos de los supuestos previstos en losarts. 55 y 56 de la Ley Concursal.
QUINTO.- Lo dicho en el anterior fundamento ha de ser enlazado con lo expuesto en el que le precede. El principio de universalidad del procedimiento concursal determina la unidad del órgano judicial competente y la universalidad de su jurisdicción previstas en elart. 86.ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, evitando, según ha entendido la mejor doctrina, uno de los defectos más graves del Derecho concursal anterior, que "centrifugaba" entre diversos órganos judiciales las competencias sobre el patrimonio del deudor y permitía actuaciones separadas del procedimiento concursal, rompiendo la unidad de éste e impidiendo un tratamiento homogéneo, coherente y lógico el estado de insolvencia. Por ello, al juez del concurso se le atribuye el conocimiento de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en suLey reguladora, y en todo caso de las previstas en los apartados 1º a 6º del art. 86.ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
SEXTO.- Los principios antes expuestos justifican que la intervención del juez del concurso sea importante también en aquellas cuestiones que suponen una excepción o restricción del citado principio de universalidad, como son los supuestos de reducción de la masa activa.
La reducción de la masa activa del concurso, respecto de la que como dijimos elart. 76.1 de la Ley Concursalestablece un principio general de universalidad, puede producirse por varias razones. En primer lugar, porque existan bienes que, aun siendo propiedad del concursado y aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables (art. 76.2 de la Ley Concursal). En segundo lugar, porque en poder del concursado se encuentren bienes de dominio ajeno, que son reclamados por sus dueños (separatio ex iure dominii). Finalmente, la reducción puede producirse porque determinados bienes del quebrado estén afectos con carácter preferente a la satisfacción de ciertos créditos que gozan del derecho de ejecución separada, al margen del concurso (separatio ex iure crediti).
Respecto del primer apartado, será el juez del concurso quien haya de decidir las impugnaciones que, por el trámite del incidente concursal, puedan haberse formulado por cualquier interesado respecto del inventario de

la masa activa realizado por los administradores concursales y acompañado al informe delart. 75 de la Ley Concursal (art. 96 de la Ley Concursal), bien por entender que éstos han incluido bienes del concursado de carácter inembargable, bien por entender que éstos han excluido bienes por el motivo previsto en elart. 76.2 de la Ley Concursalcuando no concurren en ellos el carácter de inembargable.
Respecto del segundo apartado, es también el juez del concurso quien habrá de resolver, por los trámites del incidente concursal, la impugnación de la decisión denegatoria de la administración concursal a entregar los bienes en poder del concursado reclamados por quienes se consideran sus propietarios (art. 80 de la Ley Concursal).
En el tercer apartado (separatio ex iure crediti) se incluyen diversos supuestos, entre los que pueden citarse los delart. 76.3 de la Ley Concursal, 55 y 56de la Ley Concursal.
En estos últimos preceptos se observa que determinados créditos (por ejemplo, algunos de los que son objeto de procedimientos administrativos de ejecución o de ejecuciones laborales, créditos con garantía real, derivados de ventas con reserva de dominio o de arrendamientos financieros, etc) son susceptibles de ejecución separada respecto del concurso dependiendo de determinadas circunstancias.
Respecto de alguno de los supuestos delpárrafo 2º del art. 55.1 de la Ley Concursal, que establece como criterio relevante para que no pueda seguirse de modo separado la ejecución administrativa el hecho de que los bienes objeto de embargo resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en el caso de un conflicto planteado entre un Juzgado de lo Mercantil y la Administración Tributaria, resolvió en laSentencia de 22 de diciembre de 2006 a favor de la competencia del Juzgado de lo Mercantil, al entender que "producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del «patrimonio» del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor".
SÉPTIMO.- Elart. 55.4 de la Ley Concursalexceptúa de la prohibición de iniciar ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor y de la prescripción de que las ejecuciones en curso queden en suspenso desde la declaración de concurso sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, a los acreedores con garantía real. Respecto de los créditos con garantía real, el régimen que resulta de la Ley Concursal es que los mismos pueden ser ejecutados, iniciándose los procedimientos de ejecución hipotecaria o continuándose los ya iniciados, con posterioridad a la declaración de concurso, con las especialidades contenidas en elart. 56 y 57 de la Ley Concursal.
Sobre esta cuestión, afirma la Exposición de Motivos de la ley: "Una de las novedades más importantes de la Ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia".
Pues bien, en lo que aquí interesa, elart. 56 de la Ley Concursalprevé, respecto de los procedimientos de ejecución hipotecaria ya iniciados con anterioridad a la declaración de concurso, que se suspenderán desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento cuando la garantía real esté constituida sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, pudiendo reanudarse una vez que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, aunque si al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto, la previsión de suspensión del procedimiento de ejecución se restringe pues sólo se suspenderá cuando recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Como se ha expresado, la posibilidad de ejecución separada de las garantías reales supone una excepción al principio de universalidad del concurso, que resulta matizado por las previsiones delart. 56 de la Ley Concursala que se ha hecho referencia para que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva, como decía la Exposición de Motivos en referencia a otros principios que informan la regulación del concurso y se recogen en diversas normas de la Ley Concursal, como son los de favorecimiento de la continuación de la actividad del concursado empresa o profesional y de conservación de la empresa.
OCTAVO.- Entiende la Sala que la apreciación y valoración de los datos y circunstancias que justifican la aplicación de estos principios para restringir las excepciones al principio de universalidad del concurso que supone la ejecución separada de las garantías hipotecarias es competencia del juez del concurso. Es este juez, ante quien puede presentarse propuesta de convenio, anticipado u ordinario, así como el plan de viabilidad, que tiene una visión de conjunto sobre la situación patrimonial del concursado, que cuenta en el proceso concursal con un órgano técnico e imparcial en el conflicto entre el concursado y el acreedor hipotecario, como es la administración concursal, quien tiene la competencia para pronunciarse sobre si el bien sobre el que recae la garantía real está o no afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad o resulta o no necesario para la continuidad de la actividad profesional o

empresarial del deudor. De hecho, si se trata de ejecuciones hipotecarias que se promuevan con posterioridad a que se dicte el auto de declaración del concurso, será competente para conocer de las mismas, y para decidir si procede su inicio o han de quedar en suspenso en los términos antes indicados, el propio juez del concurso (art. 57.1 de la Ley Concursal; en este sentido,Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 195/2007, de 28 de junio).

Además, como se ha expresado, es el juez del concurso el competente para decidir sobre las cuestiones atinentes a la formación de la masa activa, y en concreto para decidir sobre qué bienes han de ser separados de la misma "ex iure domini", y cuándo los bienes integrantes del patrimonio del deudor, sujetos a un procedimiento de apremio administrativo en curso, son o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, a efectos de suspender tal procedimiento en base a lo previsto en elart. 55 de la Ley Concursal, por lo que es dicho juez quien aparece investido por el ordenamiento jurídico para resolver las cuestiones que justifican la suspensión de la ejecución separada de garantías hipotecarias sobre bienes del concursado en base a circunstancias directamente enlazadas con algunos de los principios rectores del concurso, como son los de facilitación de la continuidad de la actividad de la empresa concursada y conservación de la empresa. En este sentido, el referidoAuto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 195/2007, de 28 de juniosostiene que ".parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad.".

Optar por la solución que parece propugnar el Juzgado de Primera Instancia especializado en ejecuciones hipotecarias, como es que cada Juzgado que conozca de una ejecución hipotecaria sobre bienes del concursado es competente para decidir sobre este extremo, supondría "centrifugar" entre una pluralidad de órganos judiciales, distintos del juez del concurso, la competencia para decidir sobre este extremo. Estos otros órganos judiciales carecen de la visión de conjunto del juez del concurso sobre la situación patrimonial del concursado y sobre las circunstancias que permiten aplicar los preceptos legales en los que se recogen los referidos principios de conservación de la empresa y continuación de su actividad, y carecen asimismo del auxilio de la administración concursal. Además, el simple hecho de no ser un órgano único, pues pueden ser varios los juzgados que estén conociendo de ejecuciones hipotecarias o de otras garantías reales contra bienes del concursado, impide que se dé a la cuestión un tratamiento homogéneo y posibilita la existencia de resoluciones contradictorias, de modo que sobre distintos bienes del concursado que tengan una función similar o incluso idéntica y sean objeto de distintas ejecuciones hipotecarias puedan recaer resoluciones de signo contrario, unas entendiendo que se trata de un bien afecto o incluso necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, y otras entendiendo justamente lo contrario, suspendiéndose en un caso la ejecución hipotecaria y siguiendo adelante en el otro.

Por consiguiente, la competencia para pronunciarse sobre este extremo corresponde en exclusiva al juez del concurso, tanto más cuando en caso de decidir que la ejecución hipotecaria se está siguiendo contra un bien afecto o incluso necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, y de suspenderse por esa causa el proceso de ejecución singular, cuando se reanude tal proceso "se someterá a la jurisdicción del juez de éste" (del concurso,art. 57.1 de la Ley Concursal).

NOVENO.- Sentado que es al juez del concurso a quien corresponde decidir si el bien contra el que se sigue la ejecución hipotecaria está afecto o es incluso necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, el juez ante el que se sigue dicha ejecución hipotecaria es quien habrá de pronunciarse sobre si procede la suspensión de dicha ejecución, puesto que para decidir sobre tal suspensión es preciso apreciar otros extremos que resultan directamente del proceso de ejecución hipotecaria que ante él se sigue, como son: 1º) si al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta, no será suficiente que el bien esté afecto a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva del concursado, y el juez de la ejecución hipotecaria habrá de comprobar en tal caso que el juez del concurso ha declarado que el bien no sólo está afecto a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva del concursado, sino que es necesario para la continuidad de tal actividad profesional o empresarial; 2º) el juez de la ejecución hipotecaria podrá denegar la suspensión si cuando ha de decidirse sobre la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria el bien había sido ya adjudicado en el seno del proceso de ejecución hipotecaria ya sea al acreedor, ya sea a un tercero como consecuencia de la subasta, puesto que se habría producido en tal caso la salida del bien del patrimonio del concursado para ingresar en el patrimonio de ese acreedor o tercero. Estas son las cuestiones atinentes directamente al proceso de ejecución hipotecaria que lleva el Juzgado de Primera Instancia sobre las que es éste quien ha de pronunciarse, sin que pueda extenderse, como ha hecho en este caso, a cuestiones cuyo conocimiento y resolución corresponden al juez del concurso.

En el caso de autos, la denegación de la suspensión de la subasta no se ha basado en la apreciación de estos extremos, competencia del Juzgado de Primera Instancia, sino en la apreciación por el Juzgado de Primera Instancia de que el bien no estaba afecto a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva del concursado, cuestión ésta que, como se ha dicho, corresponde a la competencia objetiva del juez del concurso. Que el Juzgado de Primera Instancia se hubiera pronunciado ya sobre este extremo en un auto firme no es justificación suficiente para haber negado la competencia al juez del concurso, puesto que como prevé elart. 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicialson nulos de pleno derecho las actuaciones llevadas a cabo por un tribunal carente de competencia objetiva, sin que el hecho, expresado por el Juzgado de Primera Instancia en su providencia denegando la suspensión, de que las partes comparecidas en el procedimiento hipotecario, incluida la sociedad deudora, hubiera aceptado la competencia del Juzgado de Primera Instancia para decidir si procede o no la paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria por aplicación delart. 56 de la Ley Concursalotorgue a este Juzgado la competencia objetiva para decidir sobre si el bien objeto de la ejecución hipotecaria está afecto a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva del concursado, puesto que la competencia objetiva es improrrogable.

DÉCIMO.- Como conclusión, si bien la competencia para decidir sobre si procede suspender el proceso de ejecución hipotecaria correspondía al Juzgado de Primera Instancia, tal decisión había de ser adoptada sobre la base de lo decidido por el juez del concurso sobre su carácter de afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad. Entiende la Sala que con este criterio se respeta la exigencia de equilibrio entre el principio de universalidad del concurso, que se funda en razones de economía procesal y sirve a la eficacia del proceso universal abierto, y el principio de improrrogabilidad de la jurisdicción (art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), al que el citado principio de universalidad supone una excepción, en cuanto que dicho principio supone atribuir al juez del concurso el conocimiento de cuestiones que de no existir el concurso habrían de ser conocidas y decididas por otros órganos, jurisdiccionales o administrativos, con desplazamiento, pues, del órgano competente primariamente, en línea de lo afirmado por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en suSentencia 5/2007, de 25 de junio.
Dado que el Juzgado de Primera Instancia se ha irrogado la competencia para decidir sobre estos últimos extremos (carácter de afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad), ignorando lo que sobre los mismos había decidido el Juzgado de lo Mercantil, ha de resolverse a favor de éste la cuestión positiva de competencia planteada, en los términos expresados en este fundamento.": Auto AP Madrid (Sección 28) 20.09.2007 (JUR 2008/95270); y, en términos prácticamente idénticos, Auto AP Madrid (Sección 28) 11.10.2007 (Rollo /2007)

"El artículo 56 trascrito, distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se aprueba un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación") y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado. A sensu contrario, y como dice el auto de la AP de las Islas Baleares de 17 de mayo de 2010, recogiendo, a su vez, la tesis mantenida por la Sección 28 ª de esta Audiencia Provincial de Madrid en las resoluciones que cita el apelante, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas.
La normativa concursal, siguiendo al auto citado, admite la posibilidad de ejecución separada de las garantías reales, posibilidad que, precisamente por implicar una excepción al principio de universalidad del concurso, es matizada por el artículo 56 de la LC, a fin de que la misma no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva, facilitando la suspensión o paralización para evitar que desaparezcan de la masa activa bienes imprescindibles para la actividad empresarial o profesional del concurso, con la clara finalidad de que la estructura productiva del concursado pueda seguir funcionando. Y dado que es el Juez de lo Mercantil ante el que se tramita el procedimiento concursal, el único que tiene una visión de conjunto sobre la situación patrimonial del concursado, debe ser dicho órgano el único competente para decidir que bienes integrantes del patrimonio del deudor concursado, son o no necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor o si están afectos a dicha actividad. ": AAP Madrid (Sección 8) 09.05.2011 (Auto 90/2011; Rollo 201/2010)

"El artículo 56 trascrito, distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dichagarantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se apruebe unconvenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración delconcurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación") y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado. A sensu contrario, y como dice el auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 17 de mayo de 2010, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas.
La normativa concursal, siguiendo al auto citado, admite la posibilidad de ejecución separada de las garantías reales, posibilidad que, precisamente por implicar una excepción al principio de universalidad del concurso, es matizada por el artículo 56 de la Ley Concursal, a fin de que la misma no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva, facilitando la suspensión o paralización para evitar que desaparezcan de la masa activa bienes imprescindibles para la actividad empresarial o profesional del concurso, con la clara finalidad de que la estructura productiva del concursado pueda seguir funcionando. Y dado que es el Juez de lo Mercantil ante el que se tramita el procedimiento concursal, el único que tiene una visión de conjunto sobre la situación patrimonial del concursado, debe ser dicho órgano el único competente para decidir que bienes integrantes del patrimonio del deudor concursado, son o no necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor o si están afectos a dicha actividad. En el presente caso, el Juez que conoce del concurso de Dª Pilar ha considerado que el bien cuya ejecución se insta en el presente procedimiento no está afecto ni a la actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva desempeñada por la concursada, por lo que la competencia no corresponde al Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso sino al Juzgado de Primera Instancia. Tampoco puede decirse que corresponda al Juzgado que conoce del concurso de D. Lucas, cuando el bien que es objeto de ejecución ni siquiera es de su propiedad, ya que según consta en la escritura de préstamo on garantía

hipotecaria se adquirió por su esposa, la Sra. Pilar, y el matrimonio se rige por el régimen de separación de bienes.”: AAP Madrid (Sección 8) 22.12.2011 (Auto 279/2011; Rollo 709/2011)

“La interpretación sostenida mayoritariamente entiende que corresponde al juez de lo mercantil determinar si los bienes objeto de la ejecución hipotecaria están afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado o a una unidad productiva de su titularidad. De ser así, la ejecución hipotecaria debería continuar en el Juzgado de lo Mercantil (artículo 57.1 de la Ley Concursal); en caso contrario, si no se trata de esos bienes, la ejecución hipotecaria deberá continuar en el Juzgado de Primera Instancia que conocía de la misma.
Así, el auto de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 2011, Recurso: 136/2010, señala:
"No existe duda, y en tal sentido es constante la jurisprudencia de las diferentes secciones de esta audiencia, tanto la mercantil como las civiles no especializadas, según la cual el órgano competente para efectuar la declaración que señala el artículo 56 de la ley concursal corresponde al juzgado mercantil, donde se sigue el procedimiento en cuestión y que la suspensión del procedimiento de ejecución corresponde al juzgado hipotecario, si bien con la salvedad, que omite la sentencia y la parte apelada, de que tal decisión de suspender o no habrá de hacerse en función y supeditarse a lo resuelto por el juzgado mercantil".
En el mismo sentido, el auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de Marzo de 2011 (ROJ: AAP M 3464/2011), Recurso: 35/2011, declara que
"compete al Juez de lo Mercantil, como explicamos en los autos dictados por esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de septiembre de 2007 y 11 de octubre de 2007, pronunciarse, tras la audiencia del concursado y de la administración concursal, sobre la afección de los bienes a la actividad profesional o empresarial o, en su caso, sobre su carácter necesario para la continuación de la misma".
Cuarto. -Aplicando las anteriores consideraciones al caso objeto de recurso resulta que el auto apelado decretó la suspensión de la ejecución hipotecaria en atención, sin más, a la declaración de concurso de la ejecutada, pero sin que el juez de lo mercantil que conoce de dicho concurso se haya pronunciado sobre si las dos fincas hipotecadas que son objeto de la ejecución son bienes afectos a la actividad profesional o empresarial de la concursada (Esprode, SL) o a una unidad productiva de su titularidad (artículo 56.2 de la Ley Concursal en relación con el artículo 56.1). Por ello, la suspensión acordada es improcedente, debiendo continuar su curso la ejecución hipotecaria, lo que determina la estimación del recurso y la revocación del auto apelado.”: AAP Madrid (Sección 9) 26.01.2012 (Auto 14/2012; Rollo 87/2011)

AP Lleida

“PRIMERO La parte ejecutante se alza contra la resolución del Juzgado al entender que aquel no esta autorizado para paralizar la ejecución hipotecaria ya que se trata de bienes que no están afectos a la actividad empresarial del concursado y en todo caso no es al juez de primera instancia a quien corresponde hacer aquella declaración, siendo que el juez mercantil no la ha hecho por lo que procede levantar la suspensión.
Asimismo se pide se agilice el recurso presentado contra la suspensión también por prejudicialidad.
SEGUNDO Al hilo de las soluciones legislativas establecidas en otros ordenamientos (principalmente en Estados Unidos), en los últimos tiempos se ha venido hablando del concurso de personas físicas como mecanismo para evitar ejecuciones contra los bienes del concursado, singularmente, las ejecuciones hipotecarias contra la vivienda del deudor. Ciertamente, el régimen jurídico de las ejecuciones individuales y apremios establecido en la Ley Concursal determina, con carácter general, que se impide el inicio de nuevas ejecuciones o apremios contra el patrimonio del deudor una vez declarado el concurso y que se suspenden las ejecuciones y apremios pendientes (arts. 55 y 56). Ahora bien, esta regla general tiene como principal excepción las garantías reales sobre bienes del concursado que no estén afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva. En tales casos, la pregunta que surge inmediatamente reside en quien ha de ser el juez ante quien se tramite tal solicitud de ejecución, el juez del concurso o el juez de primera instancia al que por turno corresponda. Ciertamente que las soluciones que se encuentran en las distintas resoluciones que al respecto se han dictado son contradictorias, y así mientras que muchos Juzgados de lo Mercantil sostienen que en estos casos no tienen competencia objetiva para conocer y que deben de sustanciarse tales ejecuciones en los Juzgados de Primera Instancia (fuera de los casos de que estas recaigan sobre bienes afectos), y así lo sostienen resoluciones como losAutos del Juzgado de lo Mercantil 2 de Barcelona de 24 de Mayo de 2006, 26 de septiembre de 2006 o el del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 29 de septiembre de 2006, otros como por ejemplo la Audiencia Provincial de Barcelona sostiene lo contrario.
En este sentido destacar el reciente Auto de la Sección 15ª (especializada en esta materia) en que se dice literalmente lo siguiente:
...Elartículo anterior mencionado (el 56), en efecto, regula el inicio o la reanudación de las acciones paralizadas por recaer sobre bienes afectos; sin embargo, existen varias razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir del conocimiento del Juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa. Por una parte, el mismo precepto, en su último párrafo, expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, por lo que, con arreglo alartículo 57 ("El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior..."), ese supuesto no se vería excluido en tal caso de la competencia del Juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al Juzgado de 1ª Instancia; y aunque elartículo 56 gravite, sin duda, sobre las garantías sobre bienes afectos, el que elartículo 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del concurso. (....)

Añade mas delante:
"Por otra parte, resulta llamativo que el Juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.".
De seguirse esta línea, no solo debería ser el juez mercantil quien se pronunciara acerca de si el bien objeto de ejecución hipotecaria esta afecto o no a la actividad del concursado (tesis que sostiene el auto apelado) sino que incluso (entiende la AP Barcelona), aunque al final aquel decidiera que no lo está, seria en el propio procedimiento concursal y en una pieza separada donde se actuaría aquel procedimiento y no ante el Juez de Primera Instancia.
En todo caso, y retomando lo que aquí hay que resolver, lo que parece a todas luces evidente es que no puede en modo alguno ser el juez de primera instancia quien decida si el bien objeto de ejecución hipotecaria, está especialmente afecto o no a la actividad empresarial del concursado (tesis que curiosamente sostiene en su recurso el propio apelante), razón por la que la postura adoptada por el Juez de primera instancia paralizando el procedimiento entretanto la parte acuda al Juez Mercantil del concurso y solicite de aquel un pronunciamiento en este sentido, es mas que razonable y ajustado al dictado y espíritu de laley. Lo que no seria en absoluto procedente es que el Juez de primera Instancia estuviera a la espera de que el Juez del concurso el comunicara que aquella ejecución no recae sobre bienes afectos, ya que en principio el juez del concurso no tiene porque saber que la ejecución hipotecaria se esta tramitando. El pronunciamiento del Juez del concurso requiere una petición expresa por parte del ejecutante que en este caso no consta se haya producido, por lo que siendo que el recurso de apelación se dirige solamente a que por esta Sala se acuerde declarar la competencia del juez de primera Instancia en la prosecución de la ejecución hipotecaria que ante el mismo se sigue, es claro que tal declaración no es posible hacerla en la forma solicitada, siendo por el contrario procedente, la completa confirmación del auto recurrido.
TERCERO No resulta preciso pronunciarse al respecto del otro auto recurrido y relativo a una posible prejudicialidad penal, ya que aquella suspensión por aquel motivo fue ya levantada en su día por la Sección primera de esta Audiencia y acordado por el Juez a quo.". AAP Lleida (sección 2) 20.07.2009 (JUR 2009/464562; Auto 116/2009; Rollo 623/2008)

AP Barcelona

"PRIMERO Se plantea por el Juzgado Mercantil nº 3 un conflicto negativo de competencia objetiva tras rechazar la inhibición acordada en su favor por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Sabadell con respecto al procedimiento de ejecución hipotecaria (seguido en este último con el nº 1489/2009) instado por CAIXA DŽ ESTALVIS COMARCAL DE MANLLEU contra PALAU RESIDENCIAL S.L.
La demanda de ejecución hipotecaria fue presentada ante el Juzgado de Primera Instancia el 21 de julio de 2009 y el concurso de la parte ejecutada fue declarado por auto de 16 de octubre de ese año.
ElJuzgado de Sabadell (por auto de 20 de enero de 2010) estimó la declinatoria por falta de jurisdicción que, por razón de su situación concursal, planteó la parte ejecutada, y se inhibió a favor del Juzgado Mercantil que había declarado el concurso por estimar que al mismo correspondía la competencia objetiva de conformidad con losarts. 56 y 57 de la Ley Concursal. A tales efectos el Juzgado argumentó que las fincas hipotecadas, aunque están completamente terminadas y en condiciones de venderse a terceros, se encuentran dentro del patrimonio de la concursada (que se dedica a la promoción inmobiliaria) y afectas a su actividad empresarial cual es la comercialización de tales fincas. Por ello se inhibió a favor del Juzgado Mercantil con remisión de los autos y emplazamiento de las partes.
Recibidos los autos, el Juzgado Mercantil dictó auto (de 9 de marzo de 2010) en la que rechazaba su competencia para conocer y sustanciar dicha ejecución hipotecaria con base en que (en el marco de aplicación de losarts. 56 y 57 LC) no había dictado ninguna resolución pronunciándose sobre la afección de las fincas hipotecadas a la actividad empresarial de la concursada ni, por tanto, había requerido de inhibición al Juzgado de Primera Instancia, ni acordado la suspensión de dicho procedimiento de ejecución.
SEGUNDO Se plantea, por tanto, la competencia objetiva para conocer y sustanciar un procedimiento de ejecución hipotecaria con respecto a fincas propiedad de la deudora declarada en concurso, cuando el juez del concurso no se ha pronunciado sobre la afección de las fincas hipotecadas a la actividad empresarial de la concursada. Equivale la cuestión planteada al supuesto en que el Juez del concurso ha declarado que las fincas hipotecadas no están afectas a dicha actividad.
Ante todo se ha de advertir que el juez competente para determinar en cada caso si los bienes del deudor concursado están afectos o no a la actividad profesional o empresarial del deudor es, como hemos indicado en otras ocasiones, el juez del concurso.
En este caso, aunque el juez del concurso no se ha pronunciado sobre tal afección, está declarando que en tanto no recaiga una resolución con ese pronunciamiento la competencia objetiva para conocer de la ejecución hipotecaria corresponde al Juzgado de Primera Instancia, de acuerdo con una interpretación de losarts. 56 y 57 en relación con elart. 8.3º LC que, si bien controvertida, es una de las posibles que admite el sistema legal concursal.
No vamos a pronunciarnos aquí sobre la cuestión de la afección de las fincas a la actividad empresarial del deudor concursado, lo cual exige, como se ha dicho, una previa declaración expresa del juez del concurso, con

audiencia de la concursada y de la administración concursal. Resolvemos por ello el presente conflicto de competencia objetiva en el contexto que plantea el Juzgado mercantil, es decir, mientras el juez del concurso no haya dictado una resolución declarando la afección.": AAP Barcelona (Sección 15) 22.09.2010 (AC 2010/1867; Auto 148/2010; Rollo 217/2010)

"TERCERO.-Planteada la "questio iuris en los términos que proceden, es de afirmar en cuanto a la cuestión versativa sobre qué juzgado es el competente para resolver si los bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, que dicha competencia corresponde en exclusiva al juez del concurso, tal como se desprende ya del propio artículo 86 ter. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues es competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursal, cualquiera que sea el órgano que la hubiere acordado. Asimismo se destaca por la Jurisprudencia (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de octubre del 2007 y Auto de la Audiencia de Barcelona, de 28 de junio de 2007 de Barcelona) que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en el caso de un conflicto planteado entre un Juzgado de lo Mercantil, entiende que "producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor". Esta doctrina puede aplicarse analógicamente al caso en que deba decidirse si un determinado bien gravado con una garantía real puede considerarse afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor, a los efectos previstos en el artículo 56 de la Ley Concursal.": AAP Barcelona (Sección 17) 10.03.2011 (Auto 47/2011; Rollo 440/2010)

"CUARTO.- Entrando en el fondo de la cuestión motivadora del presente recurso (incidencia del concurso del deudor hipotecario en un procedimiento de realización de la garantía real ya promovido por el acreedor) cabe indicar que, descartada la incorporación a los autos de los documentos judiciales que se acompañaban al recurso de apelación, la controversia se decidirá en función de la realidad procesal acreditada ante el juez que dictara el auto apelado.
Dispone el artículo 568 LEC para el caso de situación concursal del ejecutado que "el inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal", lo que remite sin duda a la regulación contenida en el artículo 56 de esta última norma legal, a cuyo tenor, en la hipótesis -como es el supuesto enjuiciado- de que el concurso sea de fecha posterior a la acción ejecutiva dirigida contra un bien hipotecado, "las actuaciones ya iniciadas [...] se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento".
En contra de lo afirmado por el banco apelante, es evidente que la potestad para declarar dicha suspensión compete al juez de la ejecución hipotecaria singular y no al juez del concurso, ya que de otra manera no se entendería que la regla indicada disponga que tal suspensión ha de acordarse desde que el concurso del ejecutado "conste en el correspondiente procedimiento".
De otro lado, tampoco se da uno de los requisitos previstos en el segundo inciso del artículo 56.2 LC a fin de permitir excepcionalmente la prosecución de la acción real singular no obstante el concurso del deudor. Así es porque en la fecha en que Habi Block fue declarada en concurso (30 de julio de 2009) no estaban aún publicados los anuncios para la subasta de la finca registral número 6.321; de hecho, entonces ni siquiera se había practicado el preceptivo requerimiento de pago del deudor (se llevó a cabo el siguiente uno de octubre), de tal modo que la subasta fue convocada -indebidamente, puesto que el órgano ejecutor tenía noticia del concurso del deudor hipotecario desde septiembre de 2009- por providencia de fecha 12 de enero de 2010.
Así las cosas, la realidad procesal conocida por el órgano ejecutor en abril de 2010 no le permitía otra cosa que acordar -como le reclamara el administrador del concurso de Habi Block en escrito de 16 de marzo de ese año- la suspensión de la acción hipotecaria promovida por BBVA, en cumplimiento de lo prevenido en el primer inciso del artículo 56.2 LC.
Cuestión distinta es que, si se diesen las circunstancias a que sujeta la Ley Concursal la reanudación de la ejecución hipotecaria singular (aprobación de un convenio que no afecte al ejercicio de la acción real del acreedor hipotecario o transcurso de un año desde la declaración de concurso sin que se produzca la apertura de la liquidación), haya de acomodarse el presente procedimiento a las normas legales de competencia establecidas en el artículo 57 LC. ": AAP Barcelona (Sección 16) 08.07.2011 (Auto 158/2011; Rollo 904/2010)

"La Sra. magistrada del jutjat de primera instància va acordar no admetre la demanda d'execució hipotecària de CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS (CAIXA PENEDÈS) sobre béns hipotecats per PROINHER, S.L., entitat declarada en concurs de creditors, perquè va considerar que es tractava de béns afectes a l'activitat professional o empresarial de l'entitat concursada, era aplicable l' article 56.1 de la Llei concursal (LC) i, en conseqüència, no es podia iniciar l'execució o realització forçosa de la garantia fins que no s'aprovés un conveni el contingut del qual no afectés aquest dret o bé transcorregués un any des de la declaració de concurs sense que s'hagués produït l'apertura de la liquidació.
CAIXA PENEDÈS apel·la contra la decisió del jutjat. Al·lega, en síntesi, que no han estat aplicats degudament els articles 55.4, 56 i 57 LC i reitera la sol·licitud que s'admeti i es tramiti l'execució hipotecària de béns no afectes, que considera de la competència dels jutjats de primera instància. Invoca la interlocutòria d'aquesta Secció 15a de 22 de setembre de 2010.
Tal com sosté el recurs d'apel·lació, considerem que la competència per declarar si un bé es troba o no afectat a una activitat professional o empresarial o a una unitat productiva del concursat, amb els efectes previstos en els articles 55 i 56 LC, correspon al jutge mercantil que coneix del concurs.
Així ho hem dit, entre d'altres, en la resolució de 22 de setembre de 2010, citada per la part recurrent. Dèiem (raonament jurídic 4t) que és el jutge que tramita el concurs qui està en les millors condicions de conèixer i

jutjar sobre aquesta circumstància. Invocàvem la Sentència de 22 de desembre de 2006 del Tribunal de Conflictes Jurisdiccionals que va decidir un supòsit similar, de conflicte de jurisdicció entre la Hisenda Pública i un jutjat mercantil sobre una execució administrativa. El TCJ atribuïa al jutge del concurs la competència per decidir si els béns objecte d'execució eren o no necessaris per a la continuïtat de l'activitat professional o empresarial del deutor i declarava que la instància administrativa que coneixia de l'execució separada havia d'adreçar-se al jutge del concurs per preguntar si el bé objecte de l'execució estava o no afectat a l'activitat professional o empresarial del deutor. Consideràvem que la doctrina podia aplicar-se analògicament al cas en el qual s'ha de resoldre si un determinat bé, gravat amb una garantia real, pot considerar-se o no afectat, en els termes de l' article 56 LC.
4. La Llei 38/2011, de 10 d'octubre, de reforma de la LC, en l'apartat quaranta-tres de l' article únic, modifica l'article 56 LC i hi introdueix un nou apartat 5, que estableix: " A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ".
D'acord amb la disposició transitòria novena de la Llei 38/2011, aquest apartat 5 de l' article 56 s'aplicarà als concursos en tramitació a la data de l'entrada en vigor de la llei -l'1 de gener de 2012, segons la disposició final tercera- respecte de les execucions que respectivament no s'haguessin reprès o iniciat després de la declaració de concurs.
5. A la sentència de 22 de setembre de 2010, s'exposava que, quan la garantía real està constituïda sobre béns no afectes a l'activitat professional o empresarial del deutor, i, per tant, la declaració de concurs no suspèn la facultat de realització ni paralitza les execucions ja iniciades, la competència per conèixer de les execucions corresponents no és necessàriament del jutge del concurs, sinó de l'òrgan judicial o extrajudicial competent d'acord amb les normes extraconcursals. L' article 56 LC pressuposa l'existència d'un dret d'execució separada per les garanties reals constituïdes sobre béns del deutor concursat, que opera al marge del concurs, i que només en el cas que els béns estiguin afectats a l'activitat professional o empresarial del deutor i en atenció a aquesta circumstància, preveu condicionants com els relatius a la suspensió temporal de l'execució, per donar la possibilitat d'evitar l'execució d'un bé que s'estima necessari per la continuïtat de l'empresa o per transmetre-la millor.
Consideràvem en aquella resolució, i ho continuem considerant, que la solució assolida pel Tribunal de Conflictes Jurisdiccionals, és a dir, que, en cas d'execució separada, l'òrgan que coneix de l'execució s'adreci al del concurs per preguntar si els béns objecte d'execució estan afectes a l'activitat empresarial o professional del deutor (art. 56.1 LC), permet que puguin coexistir excepcionalment les execucions separades que, com en aquest cas, afectarien les garanties reals sobre béns no afectes. ": AAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2012 (Auto 19/2012; Rollo 605/2011)": AAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2012 (Auto 19/2012; Rollo 605/2011)

AP Pontevedra

"En cuanto a la primera cuestión, es decir, qué juzgado es el competente para resolver si los bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, es claro que dicha competencia corresponde en exclusiva al juez del concurso, tal como se desprende ya del propioartículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues es competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursal, cualquiera que sea el órgano que la hubiere acordado. Asimismo se destaca por la Jurisprudencia(Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de Octubre del 2007, voto particular del Sr. Magistrado Ignacio Sancho Gargallo al Auto de la Audiencia de Barcelona, de 28 de junio de 2007 de Barcelona) que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en el caso de un conflicto planteado entre un Juzgado de lo Mercantil y la Administración Tributaria, resolvió en laSentencia de 22 de diciembre de 2006 a favor de la competencia del Juzgado de lo Mercantil, al entender que "producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del «patrimonio» del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor". Esta doctrina puede aplicarse analógicamente al caso en que deba decidirse si un determinado bien gravado con una garantía real puede considerarse afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor, a los efectos previstos en elartículo 56 de la Ley Concursal." : AAP Pontevedra 29.07.2010 (JUR 2010/327974; Auto 162/2010; Rollo 264/2010)

AP Ciudad Real

"PRIMERO.- Se plantea en el presente procedimiento la admisibilidad de la demanda en función de la competencia del Juzgado, y ello al dictar auto el Juzgado nº 2 de Puertollano inadmitiendo la demanda ejecutiva hipotecaria al considerar que el competente es el Juzgado de lo Mercantil que está conociendo del concurso en el que está inmersa la sociedad demandada, decisión con la que se muestra disconforme la demandante.
SEGUNDO.- Para resolver la cuestión hay que partir de que tanto el art. 8 de la Ley Concursal como el art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen que tiene competencia exclusiva y excluyente el juez del concurso en relación a las acciones civiles con transcendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con una serie de excepciones que no son del caso, al no afectar a lo aquí enjuiciado.
Tan claras normas se ven enturbiadas por lo establecido en el art. 56 de la Ley Concursal, que ha sido interpretado, no sin polémica, de forma que los acreedores con garantía real sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial pueden iniciar la realización forzosa de la garantía sin estar sometidos al juez de concurso. En definitiva, y en los supuestos de garantías reales, la determinación de si un bien está o no

afecto es determinante para la determinación de la competencia, pues si lo está la ejecución será competencia del juez de concurso y si no lo está del juez de primera instancia.
De esta polémica y conclusiones jurisprudenciales se hace eco la recurrente, quien no sólo mantiene esa distinción en cuanto a la competencia objetiva, sino que también mantiene, en base a ciertas posturas doctrinales, que la declaración de afectación no es sino una cuestión prejudicial que puede ser determinada también por el juez de primera instancia. El problema lógicamente se plantea en el supuesto de que no exista ya una declaración de afectación por el juez del concurso.
Como decimos, al tratarse de cuestiones polémicas, nos encontramos con las más variadas posiciones doctrinales, sin embargo entendemos que una correcta ordenación de los procesos exige que abierto el concurso sea el juez del mismo ante el que deba presentarse cualquier demanda ejecutiva, siguiendo con ello lo establecido en el art. 8 de la Ley Concursal y 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para que sea él el que decida sobre la posible afectación del bien objeto de la garantía real determinando entonces si mantiene o no su competencia en base a lo establecido en el art. 56 de la Ley Concursal.
Cualquier otra solución podría conducir al hecho de encontrarnos con contradicciones jurídicas de consecuencias difícilmente reparables. Pues de seguir la tesis de la recurrente podríamos encontrarnos que un juez de primera instancia declarase no afecto un bien, mientras que el juez de concurso lo considera afecto, ello con la consecuencia de que el primero habría dado curso a la ejecución hipotecaria, mientras que el segundo habría incluido el mismo bien en la masa activa del concurso.
Pero no es sólo el acudir a una solución práctica la que conduce a la solución que defendemos, es que no debemos olvidar el espíritu de la Ley Concursal y la voluntad declarada en su articulado de que el juez del concurso sea el competente en prácticamente todas las cuestiones que afectan al concursado, incluso aquellas, como las de orden social, que tradicionalmente estaban excluidas de los procedimientos de ejecución universal. De ello es muestra el art. 8 de la Ley Concursal, y también el art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo que coincidiendo básicamente con el anterior, por un lado, establece que los juzgados de lo mercantil son competentes en materia concursal, según los términos establecidos en su ley reguladora mientras que, por otro lado, señala que "en todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...". Es decir la competencia es del juzgado delconcurso y ello con carácter exclusivo y excluyente, tal como expresamente señala la Ley Orgánica del Poder Judicial, competencia que se extiende a todo lo que afecta al concurso y, por tanto, a algo tan determinante del buen fin del mismo como el fijar que bienes están o no afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado. Determinado en el ámbito del concurso será el propio Juez del mismo el que decida sobre la competencia.
Este criterio ya ha sido mantenido por esta Audiencia, Secc. 2ª, en su auto nº 38/09 de 29 de abril.": AAP Ciudad Real 17.09.2010 (Auto 91/2010; Rollo 147/2010)

3.1.1 ¿Procede suspender la ejecuciòn hasta que se pronuncie el juez del concurso?

3.1.1.1 Sí procede

AP Almería

"PRIMERO.- La entidad bancaria ejecutante, interpone recurso de apelación contra el Auto dictado en la instancia, por el que se desestimó el recurso de reposición de la citada mercantil, contra otro anterior del mismo Juzgado de fecha 13 de diciembre de 2010, por el que se acordaba la suspensión de la presente ejecución, sin perjuicio de continuar las ejecuciones individuales (sic). En definitiva se recurre la suspensión de la ejecución hipotecaria, que fue acordada por el Juzgado en virtud de oficio del Juzgado de lo Mercantil de fecha 17 de noviembre de 2010, el cual resolvía la suspensión de la ejecución, al haber sido declarado en concurso voluntario el deudor hipotecario Dª. Piedad.
Conviene traer a colación la legislación aplicable, Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal, nueva redacción por Ley 38/2011 de 10 de octubre, que entro en vigor el 1-1-2012, art. 56.2 : " *Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.* ". Y su novedoso apartado 5º: " *A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor* ". Igualmente, art. 565 de la LEC : " *Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución* ", y el art. 568 del mismo cuerpo legal : " *1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso. 2. El Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal."*;
SEGUNDO.-El recurso de apelación interpuesto no puede ser estimado por esta Sala, debiendo confirmarse la resolución dictada en la instancia al ser la misma plenamente ajustada a derecho y conforme con el resultado de la prueba practicada y obrante en las actuaciones.
El recurso carece manifiestamente de razón jurídica y no puede tener favorable acogida, ya sea con la

legislación anterior a la reforma operada en la ley concursal, ya con la nueva redacción dada al art. 56.2 y la inclusión del aparatado 5º, que viene a disponer, lo que por otra parte, ya venía siendo resuelto en el mismo sentido por la jurisprudencia de las distintas Audiencias.
Conforme a la legislación anterior, el art. 8.3° de la Ley Concursal atribuye la competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso en las ejecuciones frente los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado. Junto a ello, el art. 55.1 párrafo 1º de la ley, establece que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. El 55.2 dice que las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Por su parte, el antiguo art. 56.2 del referido texto legal establecía que: " *Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.*". La regla general consiste en la suspensión de la tramitación de la ejecución desde que se declare el concurso. La excepción del art. 56.2 LC permite la continuación de la ejecución siempre que concurrieran simultáneamente dos presupuestos: 1. que al tiempo de la declaración del concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto, y, 2. que los bienes no sea necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.
En el supuesto analizado, no ofrece duda el hecho de que, no concurre el primer presupuesto, puesto que, los edictos para la subasta no se habían publicado, circunstancia que ya impide la continuación de la ejecución, basta lo expuesto para rechazar el recurso interpuesto.
A mayor abundamiento, era opinión mayoritaria en la jurisprudencia menor, antes de la reforma con mayor motivo después, que, es el juez del concurso quien tiene la competencia y a quien corresponde decidir si el bien contra el que se sigue la ejecución hipotecaria está afecto o es incluso necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, de otra parte correspondiendo al Juez frente al que se sigue la ejecución hipotecaria acordar suspensión de la misma. Esto es lo ocurrido en la instancia, el Juzgado de lo Mercantil remite oficio notificando la declaración del concurso voluntario del deudor y el Juez que tramita la ejecución, acepta el requerimiento y acuerda la suspensión, afirmando en el auto que resuelve la reposición, en buena lógica, que si el Juez Mercantil, solicitante de la suspensión, ha realizado su valoración sobre si el bien esta o no afecto a la actividad empresarial o es necesario para la continuidad de la empresa del deudor, no puede hacer otra cosa que suspender la ejecución. La sala muestra un parecer coincidente con el expresado en la instancia, y si el apelante considera que el bien hipotecado no se encuentra en tales circunstancias, no afecto o no necesario para la empresa, deberá hacerlo valer ante el que corresponde, que no es otro que el Juzgado de lo Mercantil. En el mismo sentido, entre otras, AAP Barcelona 28-6-07, AAP Madrid 11-10-07, AAP La Rioja 12-5-11 y AAP Castellón 26-9-11.”: AAP Almería (Sección 1) 17.02.2012 (Auto 16/2012; Rollo 139/2011)

AP Baleares 2011 (Sección 5)

“PRIMERO.- Se impugna el Auto de 24 de septiembre de 2010 ya que la parte apelante entiende que no procede la suspensión de la ejecución ya que los bienes ejecutados no se encuentran afectos a la actividad empresarial de la entidad concursada, en el sentido expuesto por la Administración concursal. Además entiende que esta cuestión relativa a los bienes afectos a la actividad empresarial debe resolverla el Juez que conoce del concurso. (…)
SEGUNDO.- La actividad de la entidad mercantil ejecutada consiste en la promoción y construcción de toda clase de edificaciones; la compra, venta y explotación en régimen de arrendamiento, administración o cualquier otro reconocido en derecho de toda clase de bienes inmuebles y la promoción de parcelaciones y urbanizaciones. Los bienes hipotecados son toda una serie de inmuebles. Entiende la parte apelante que estos bienes no se encuentran afectos a la actividad mercantil de la ejecutada.
El primer problema surge con la competencia para decidir la afección de los bienes objeto de la ejecución. Como establece el propio Auto de 24 de septiembre de 2010 es el Juez de lo Mercantil el que se pronunciará sobre si se da o no la circunstancia de afección. Así lo establecen también otras resoluciones sobre la cuestión. Como ejemplo, la SAP de Pontevedra de 29 de julio de 2010 : "... En cuanto a la primera cuestión, es decir, qué juzgado es el competente para resolver si los bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, es claro que dicha competencia corresponde en exclusiva al juez del concurso, tal como se desprende ya del propio artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues es competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursal, cualquiera que sea el órgano que la hubiere acordado. Asimismo se destaca por la Jurisprudencia (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de Octubre del 2007, voto particular del Sr. Magistrado Ignacio Sancho Gargallo al Auto de la Audiencia de Barcelona, de 28 de junio de 2007 de Barcelona) que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en el caso de un conflicto planteado entre un Juzgado de lo Mercantil y la Administración Tributaria, resolvió en la Sentencia de 22 de diciembre de 2006 a favor de la competencia del Juzgado de lo Mercantil, al entender que "producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del «patrimonio» del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor". Esta doctrina puede aplicarse analógicamente al caso en que deba decidirse si un determinado bien

gravado con una garantía real puede considerarse afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor, a los efectos previstos en el artículo 56 de la Ley Concursal...".
Por todo ello, corresponde desestimar el motivo de apelación, manteniendo la suspensión y que sea el Juez de lo Mercantil el que decida sobre la afección de los bienes a ejecutar. ": AAP Baleares (Sección 5) 19.09.2011 (Auto 106/2011; Rollo 40/2011)

AP Barcelona (Sección 14)

"1. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y BIENES AFECTOS A LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA DEL CONCURSADO.
El artículo 56 de la Ley Concursal regula la "Paralización de ejecuciones de garantías reales", estableciendo en su apartado 2, lo que sigue:"Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".Las ejecuciones a que se refiere ese apartado anterior son las ejecuciones de garantías reales "sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad".
El artículo 57 de la Ley Concursal, titulado "Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales", determina en su apartado 1 que "El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada (...)".
La previsión legal consiste, por tanto, en un supuesto de suspensión de las actuaciones, no de archivo en todo caso, que ya estaban iniciadas para la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. Se trata de una mera paralización temporal de la acción ejecutiva ya ejercitada por el acreedor hipotecario, pero necesariamente ha de referirse a los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, mientras que en el caso de autos el auto apelado decreta el archivo sin tener verdadera constancia de que los bienes se hallen afectos a la actividad productiva.
La interpretación sostenida mayoritariamente entiende que corresponde al juez de lo mercantil determinar si los bienes objeto de la ejecución hipotecaria están afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado o a una unidad productiva de su titularidad. De ser así, la ejecución hipotecaria debería continuar en el Juzgado de lo Mercantil (artículo 57.1 de la Ley Concursal); en caso contrario, si no se trata de esos bienes, la ejecución hipotecaria deberá continuar en el Juzgado de Primera Instancia que conocía de la misma.
Pues bien, aplicando las anteriores consideraciones al caso objeto de recurso resulta que el auto apelado decretó el archivo (si bien procedería la suspensión) de la ejecución hipotecaria en atención, sin más, a la declaración de concurso de la ejecutada y al escrito presentado por el Administrador concursal, pero sin que el juez de lo mercantil que conoce de dicho concurso se haya pronunciado sobre si las fincas hipotecadas que son objeto de la ejecución son bienes afectos a la actividad profesional o empresarial de la concursada o a una unidad productiva de su titularidad (artículo 56.2 de la Ley Concursal en relación con el artículo 56.1). Por ello, el archivo acordado es improcedente, debiendo continuar su curso la ejecución hipotecaria, lo que determina la estimación del recurso y la revocación del auto apelado.": AAP Barcelona (Sección 14) 04.09.2012 (Auto 176/2012; Rollo 456/2012)

AP Castellón

"Ahora bien, dependiendo la competencia objetiva de la afección del bien, debe existir un pronunciamiento judicial a este respecto. Para ello, el más adecuado es el juez del concurso, por ser conocedor de la situación de la concursada y constituyente de la garantía real, por lo que compartimos el criterio de la entidad financiera recurrente acerca de que lo correcto es la revocación de las resoluciones recurridas y la suspensión del curso del proceso hasta que el Juez del concurso de Galvill SL se pronuncie acerca de si la finca hipotecada está o no afecta a su actividad. Una vez se cuente con este pronunciamiento, deberá el juzgado de procedencia acordar lo procedente, de conformidad con el criterio expuesto en esta resolución.
A lo dicho cabe añadir que, si bien no es de aplicación al caso por haber entrado en vigor el pasado día 1 de enero de 2012 y, por lo tanto, pendiente de resolución la presente apelación, el expuesto es el tenor de la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011. Tras la reforma, dice el art. 56.2 LC que el proceso de ejecución se suspenderá y que " se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ". En la misma línea, dispone ahora el art. 56.5 LC que " corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ".
Procede, por lo tanto, la revocación de la resolución apelada. ":AAP Castellón (Sección 3) 27.02.2012 (Auto 29/2012; Rollo 598/2011)

AP Las Palmas 2011 (Sección 4)

“Cuando la ejecución hipotecaria se incoa con posterioridad a la declaración del concurso parece ser mayoritaria la jurisprudencia menor que -con muchos pronunciamientos obiter dicta sobre la cuestión, hechos en procesos incoados antes de la declaración del concurso- entiende que la competencia para conocer del asunto corresponde en todo caso al Juez del concurso por aplicación del art. 8,3 de la Ley Concursal que claramente dispone que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente respecto a toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, sin excluir las ejecuciones hipotecarias. Atribuyendo también en esos casos, en consecuencia, al juez del concurso la competencia para declarar que el bien está afecto o no a la actividad y/o es necesario para la continuidad de la misma (art. 56,1 de la LC) y, consecuentemente, para acordar la suspensión de la ejecución hipotecaria.
Sobre estas cuestiones por el contrario, cuando -como sucede en el supuesto que examinamos- el asunto se ha incoado en fecha anterior a la declaración del concurso y en consecuencia su tramitación se ha iniciado por el Juez de Primera Instancia correspondiente, la jurisprudencia menor es variada y contradictoria.
Como punto de partida puede afirmarse que la práctica totalidad de la jurisprudencia menor que ha recaído sobre la redacción original de los artículos 56 y 57 de la LC entendió que no todas las ejecuciones de garantías reales previstas en el art. 56 de la LC habían de suspenderse sino sólo las ejecuciones sobre bienes expresamente declarados previamente afectos a la actividad empresarial o profesional o necesarios para ella y ello, pese a la dicción literal del párrafo primero del art. 56,2 LC ("Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento") y del art. 57,1 ("El ejercicio de acciones que se inicie o reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia, y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodándose las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda"). Sobre esta premisa general, las Audiencias hicieron diversos pronunciamientos en relación con:
Qué Juzgado es el competente para declarar que el bien está afecto o no a la actividad del concursado o es necesario para la continuidad de la misma. Sobre esta cuestión se puede considerar que unánimemente la jurisprudencia menor de todas las Audiencias Provinciales y la Dirección General de los Registros y el Notariado han entendido que la competencia corresponde al Juez del concurso, e incluso así lo ha entendido la sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción dictada el 22 de diciembre de 2006 en un conflicto de jurisdicción entre la Administración y el juez del concurso (si bien en un supuesto del art. 55,1 de la LC) que entendió que la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que éste decidiese sobre si los bienes integrantes del patrimonio del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.

Qué Juzgado es el competente para acordar la suspensión del procedimiento por razón de ser el bien objeto de ejecución un bien afecto a la actividad empresarial o necesario para su continuidad. La práctica totalidad de las Audiencias Provinciales entendía, por el contrario, que la competencia para acordar la suspensión del proceso de ejecución de garantías reales ya iniciado la tenía el Juez de Primera Instancia que de él venía conociendo - lo que era congruente con la previsión de que la suspensión se acordaría "desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento", si bien a la constancia de la declaración del concurso se anadía por la mayoría de las Audiencias Provinciales el requisito de que también constara en el procedimiento la declaración de que el bien era afecto o necesario para la actividad del deudor. Los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de fechas 11 de octubre de 2007 y 18 de marzo de 2011 entendían que era competente el Juez de Primera Instancia por que cuando el bien no era necesario para la continuación de la actividad del deudor, si se partía de que sólo excepcionalmente se suspendían las ejecuciones, sería necesario conocer en qué estado de tramitación se encontraba el proceso de ejecución según los casos - publicados o no los anuncios de la subasta-
Qué Juzgado es el competente para conocer del procedimiento, iniciado ante el Juzgado de Primera Instancia y suspendido por él, desde el momento de la suspensión previa declaración de la afección del bien a la actividad de la concursada o su necesidad para la continuación de la misma (partiendo la mayoría de las resoluciones examinadas de la premisa, normalmente no expresada, de que cuando no se había acordado la suspensión de la ejecución conservaba la competencia el Juzgado de Primera Instancia hasta la terminación del procedimiento). Sobre esta cuestión es sobre la que se aprecia más discrepancia entre las distintas Audiencias Provinciales, entendiendo unas que desde la declaración de afectación o necesidad del bien para la continuidad de la actividad del concursado la competencia reside en el Juez del concurso y a él debe remitirse el procedimiento -como el auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de julio de 2010 - y otras (como el auto ya citado de 18 de marzo de 2011 de la sección 28a de la Audiencia Provincial de Madrid) que, partiendo de que el Juzgado de Primera Instancia mantiene la competencia, entienden que sólo pasaría a ser competente el juez del concurso para el conocimiento de la ejecución hipotecaria si en el momento de alzarse la suspensión la declaración de concurso mantiene sus efectos. En suma, se plantea aquí la cuestión, abordada por la fundamentación del auto objeto del presente recurso de apelación, de si pierde la competencia el Juzgado de Primera Instancia por consecuencia de la constancia en el proceso de la declaración del concurso y de la suspensión del proceso de ejecución de la garantía real, pasando a conocer del proceso singular desde ese momento el juez del concurso.
El reciente auto de la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 2011 abordó precisamente un supuesto en el que simultáneamente a la suspensión del proceso por el Juez de Primera Instancia por haberse calificado por el Juzgado de lo Mercantil los bienes objeto de la ejecución hipotecaria como afectos a la actividad empresarial de la concursada, el Juez de Primera Instancia entendió que no era competente para seguir conociendo de la ejecución y se la remitió al Juzgado de lo Mercantil, que no aceptó su competencia y planteó cuestión de competencia negativa. La Audiencia Provincial de Madrid entendió que por

la suspensión del procedimiento no perdía automáticamente la competencia el Juez de Primera Instancia sino que sólo quedaría sometida a la jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil la reanudación de las actuaciones de ejecución pero sólo una vez expirado el periodo de suspensión y sólo si una vez expirado "la remisión de autos se hiciera necesaria" por entender que no lo sería si se aprobarse un convenio en sede concursal, y que sólo procedía la remisión de los autos al Juez de lo Mercantil, en tanto éste no se los reclamase, una vez que se diesen los requisitos precisos para la reanudación de la ejecución como pieza separada del concurso, reclamación que sólo se produciría previa instancia de parte legitimada para la prosecución del proceso de ejecución y resolución del Juez de lo Mercantil decretando su procedencia (art. 71,1 de la LC), momento a partir del cual éste podría entonces requerir la remisión del expediente de ejecución hipotecaria para proseguir con sus tramitación.

Sin embargo la doctrina dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en supuestos similares sólo que referidos a la ejecución separada de créditos públicos conforme a lo dispuesto en el art. 55 de la LC había llegado a la conclusión contraria de que desde que constare en el procedimiento administrativo la declaración del concurso quedaba en suspenso el procedimiento de ejecución separada, suspensión que se mantenía hasta el momento en que se incorporara al procedimiento de apremio la resolución del juez del concurso declarando que los bienes o derechos objeto de ejecución sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor, recuperando en toda su integridad las facultades de ejecución la Administración desde ese momento, pero perdiendo su competencia la Administración si el juez del concurso declara necesario el bien. En este sentido se expresaron la sentencia 10/2006 de 22 de diciembre y la sentencia 2/2008 de 3 de julio de 2008, ambas del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, habiendo declarado en esta última que "producida la declaración concursal, la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que éste decidiese sobre si los bienes integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, siendo por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremia a la continuidad de la actividad del deudor".

CUARTO.- Partiendo de estos antecedentes, esta sección 4a de la Audiencia Provincial de Las Palmas sólo ha abordado esta materia en una única resolución anterior al presente auto, el auto dictado en el rollo de apelación 314/2010 el 7 de abril de 2011, en el que en un supuesto en el que se había solicitado la suspensión de la ejecución al Juzgado de Primera Instancia sin que constara previamente la declaración por el juez del concurso de afección del bien o la necesidad del mismo para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor y en el que el solicitante de la suspensión pretendía que fuera el Juez de Primera Instancia el que evaluara que el bien estaba afecto o era necesario para la actividad empresarial o profesional del deudor y, conforme a esa evaluación, acordara la suspensión del proceso de ejecución. En dicho auto negó esta sección de la Audiencia Provincial de Las Palmas la competencia del Juzgado de Primera Instancia para acordar la suspensión aunque propiamente lo hizo por entender que no tanto carecía de competencia para acordar la suspensión sino que de la que carecía era de la competencia para declarar el bien afecto o no, o necesario o no, para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, y que no podría acordar la suspensión en tanto en cuanto no hubiera declarado el juez del concurso la afección o necesidad del bien o derecho para dicha actividad.

Se seguía pues, en el auto de 7 de abril de 2011, la posición mantenida por la práctica totalidad de la jurisprudencia menor hasta entonces recaída sobre la materia, de que no quedaban suspendidas la totalidad de las ejecuciones de garantías reales que se siguieran contra bienes del deudor (cuyo fundamento se encontraba en que según la redacción del art. 56,2 LC si se habían publicado los anuncios de la subasta sólo se suspenderían las ejecuciones contra bienes necesarios para la continuación de la actividad) sino sólo aquéllas ejecuciones en las que constara previamente la expresa declaración del juez del concurso de la afección o necesidad del bien o derecho para la actividad.

Pues bien, tras una profunda deliberación, a la vista de las últimas reformas legislativas de la LEC y de la LC en esta materia, que entendemos revelan la interpretación auténtica de los arts. 56 y 57 de la LC en su redacción original, más conforme con la interpretación seguida para el art. 55 por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que con la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales Civiles, esta Sala modificará su posición respecto a la adoptada en el auto anteriormente referido por entender que desde la constancia de la declaración del concurso en el proceso de ejecución de garantías reales procede la inmediata y automática suspensión del mismo, sin necesidad de que conste declaración alguna del juez del concurso de que los bienes o derechos objeto de ejecución están afectos a o son necesarios para la actividad empresarial o profesional, suspensión que debe acordarse por el Juzgado de Primera Instancia (desde la entrada en vigor del actual art. 568,2 de la LEC, por Decreto del Secretario de dicho Juzgado) sin necesidad de otra constancia que la de que se declaró el concurso, suspensión que no podrá alzar sin embargo el Juzgado de Primera Instancia sino sólo el juez del concurso -único competente para ello-, previa instancia de parte (art. 57,1 LC) y sólo por las causas legalmente previstas (entre ellas, la declaración de que el bien no está afecto ni es necesario para la actividad empresarial o profesional del concursado).

Como apuntamos, para la resolución de estas cuestiones no pueden desconocerse las modificaciones legislativas operadas por la reforma de la LEC por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre -que dio nueva redacción al artículo 568 apartados 2 y 3 de la LEC -, así como por la recientísima reforma de la Ley Concursal operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, que modifica la redacción de los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal (cuya entrada en vigor está prevista, respecto a estos preceptos, para el 1 de enero de 2012). Y ello puesto que esta Sección, que como se apuntó aún no ha fijado doctrina sobre esta materia, fuera de la anteriormente citada única resolución, no puede desconocer que esta reforma de la Ley Concursal ha venido a aclarar la posición del legislador en relación con muchas de las cuestiones sobre las que las Audiencias Provinciales mostraban discrepancias de interpretación.

Frente a una posición jurisprudencial casi unánime que interpretaba el art. 56 de la LC en el sentido de entender que sólo procedía la suspensión de las ejecuciones hipotecarias (y las demás del artículo 56 de la LEC) incoadas antes de que se hubiera dictado auto declarando el concurso en los casos en que el Juez del concurso hubiere declarado previa y expresamente que el bien objeto de ejecución estaba afecto a la actividad o era necesario para la continuación de la misma, el legislador ha dejado claramente sentado, desde la reforma del artículo 568 de la L.E.C. primero (al ordenar, vigente el art. 56,2 LC en su redacción original, que el Secretario Judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso) y, de modo aún más claro con la reforma del art. 56,2 de la LC, que la suspensión del proceso ha de acordarse respecto a todas las ejecuciones y procesos del apartado 1 del art. 56 de la LC y que sólo procederá alzar esa suspensión cuando conste en el proceso de ejecución "testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". En suma, que el legislador ha dispuesto que todas las ejecuciones hipotecarias que se estén siguiendo en el momento de declararse el concurso contra concursado que no sea tercer poseedor del bien objeto de la garantía deben suspenderse, se sigan contra bienes afectos o necesarios para la actividad, o que no lo sean (habiéndose incluso suprimido la excepción a esa suspensión prevista en la redacción original del art. 56,2 LC desde que ahora la suspensión tiene lugar en todo caso e incluso cuando ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho), y sólo procederá alzar la suspensión y ordenar que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad. Y que desde la entrada en vigor del vigente art. 568,2 de la LEC es indudable que la suspensión ha de acordarse por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo de la ejecución de la garantía real.
Lo cierto es que la norma del artículo 56,2 de la Ley Concursal en su redacción original ya disponía terminantemente que, "las actuaciones ya iniciadas en el ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento" la misma expresión que utiliza la redacción reformada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre y que apuntaba a que la intención del legislador, ya entonces, era la de la inmediata suspensión de todas las ejecuciones y procedimientos previstos en el art, 56,1 LC salvo que, por declaración de no ser afectos y/o necesarios los bienes para la actividad del deudor, procediera su reanudación (de ahí el uso de la expresión "podrán reanudarse").
A ello ha de anadirse que la situación de hecho que traía consigo la no suspensión de las ejecuciones hipotecarias desde que se conocía en el Juzgado de Primera Instancia la declaración del concurso, unida a la exigencia de declaración expresa del Juzgado del concurso de que el bien objeto del proceso era, efectivamente, un bien afecto y/o necesario para el ejercicio de la actividad, comportaba se frustrara la finalidad de conservación de empresas que persigue, en lo posible, la Ley Concursal dado que ante la rapidez de tramitación de la ejecución hipotecaria y la lentitud en la resolución de unos Juzgados de lo Mercantil en número insuficiente para dar respuesta a la enorme carga de trabajo que soportan era muy frecuente que cuando la declaración de que el bien estaba afecto o era necesario para la actividad empresarial o profesional llegaba finalmente al Juzgado de Primera Instancia, o se hubieran ya subastado los bienes o hubiera transcurrido el ano desde la declaración del concurso, haciendo ya imposible la suspensión del proceso e impidiéndose o dificultándose gravemente la continuación de una actividad que precisaba, para ello, de los bienes subastados.
La suspensión, pese a que el art. 568 de la LEC en su redacción vigente no lo expresa, no tiene duración indefinida sino que concluirá a instancia de parte, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 56 de la LC, y a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 57 de la LC :
1) Cuando transcurra un ano desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
2) Cuando se proceda a la apertura de la liquidación, incluso antes de transcurrido un ano desde la declaración del concurso.
3) Cuando se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho de garantía real
o acciones de recuperación asimiladas, incluso aunque no haya transcurrido un ano desde la declaración del concurso.
4) Cuando conste en el procedimiento suspendido testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (y así lo establece con estas mismas palabras la nueva redacción del apartado 2 del art. 56 de la LC dada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre).
A ellos habría de anadirse, indudablemente, el supuesto de conclusión del concurso -con cese, por consiguiente, de sus efectos- al que se refiere la resolución recurrida que acordó que las partes podían solicitar su continuación, una vez se dicte resolución que ponga fin al procedimiento concursal seguido contra el ejecutado. Resolución que por tanto habrá de modificarse -con la consiguiente estimación parcial del recursoen cuanto no contempla como causas que justificarán el alzamiento de la suspensión del procedimiento las anteriormente expuestas de transcurso de un ano sin apertura de la liquidación, aprobación de convenio que no les afecte o declaración del Juez del concurso de que el bien en cuestión ni está afecto a la actividad ni es necesario para su continuación.”: AAP Las Palmas (Sección 4) 28.10.2011 (Auto 164/2011; Rollo 71/2011)

AP Madrid (Sección 11)

“PRIMERO.- La parte apelante, mantiene que aunque una interpretación literal del artículo 8.3 de la Ley Concursal podría dar lugar a la decisión adoptada por la Juzgadora de instancia, este precepto ha de aplicarse

coherentemente con el resto de las disposiciones de dicha Ley, así como con lo dispuesto en el artículo 565.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiendo que las ejecuciones de garantías reales, como es la presente, están exceptuadas de la prohibición general de iniciar o seguir ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor, una vez declarado el concurso (artículo 55-4 de la Ley Concursal) y si bien en el artículo 56 de referida Ley se contiene, a su vez, un supuesto en el que los acreedores con garantía real no pueden iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía, suspendiéndose en el caso de haberla
iniciado, ello se produce cuando las garantías reales recaigan sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, supuesto que ha de considerarse excepcional. Por tanto, en los demás casos, es posible iniciar o continuar la ejecución de las garantías reales aunque el ejecutado se encuentre en situación de concurso. Añade la apelante que la declaración de que un bien se encuentre afecto a la actividad profesional o empresarial de su propietario, no puede presumirse, precisando de una información sobre el patrimonio y actividad del titular del bien, debiéndose limitar el Juez civil ante el que se está tramitando la ejecución, a comunicárselo al Juez del Concurso, sin que, mientras tanto, proceda suspender el proceso. Con estas premisas, entiende la recurrente que producida la situación del concurso con posterioridad al inicio de este procedimiento y antes
de la publicación del edicto de subasta, debe de continuarse el procedimiento en tanto no se declare que la finca hipotecada está afecta a una actividad profesional o empresarial, lo que compete al Juzgado que conoce del concurso. Por último, se pone de manifiesto que el presente procedimiento está dirigido tanto contra GRUPO INMOBILIARIO MOSSAL, S.A., en su calidad de acreditada, como contra DON Onesimo y DOÑA Natalia, en su condición de fiadores solidarios, afectando la situación concursal únicamente a la primera, circunstancia que impide la inhibición a favor del Juzgado de lo mercantil y, en el caso de que se suspenda la ejecución, solo se debería hacer en cuanto a los bienes del ejecutado en situación concursal, continuando el procedimiento contra el resto de los demandados. Concluye la apelante su recurso, con la solicitud de que se revoque el auto apelado y se acuerde continuar el procedimiento, en tanto el Juzgado de lo Mercantil nº 2 no solicite la remisión de los autos para acumularlos al concurso, previa declaración de que la finca hipotecada está afecta a la actividad profesional o empresarial de la concursada. SEGUNDO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso no es otra que la de establecer si el Juez del concurso es competente para el conocimiento de la ejecución hipotecaria instada por la recurrente -presentada ante el Juzgado Decano de Leganés el 18 de Julio de 2.008 -, con anterioridad a que la deudora hipotecaria, GRUPO INMOBILIARIO MOSSAL, S.A., fuera declarada en concurso, lo que acaeció por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, el 28 de Julio de 2.008.
Establece el artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el Tribunal suspenderá la ejecución en el estado que se halle, en cuanto sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso; añadiendo que el inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.
El artículo 8.3º de la Ley Concursal, en consonancia con lo propugnado en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dice que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. En consecuencia, hemos de entender que si la demanda formulada por la apelante tenía por objeto la ejecución hipotecaria de un bien propiedad de la concursada, la competencia recae sobre el Juez del concurso, esto es el titular del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.
Esta conclusión es cuestionada por la apelante, que mantiene que la regla general establecida en el artículo 8 de la Ley Concursal, está mediatizada por lo dispuesto en los artículos 55 y 56 de la misma Ley Concursal, afirmación que no compartimos pues en los citados preceptos, en lo que se refiere a ejecuciones civiles pendientes, no se está condicionando ni limitando la competencia del Juez del concurso, sino que, únicamente, se está regulando la tramitación de la ejecución por dicho Juez, tomando en consideración si los bienes hipotecados están afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, calificación que debe de ser realizada por tan citado Juez.
Concretamente para los procesos en los que se ejecutan garantías reales, el artículo 56 prevé su suspensión tras la declaración del concurso, si la acción ejecutiva estuviera ya en marcha, o la prohibición de iniciarla en caso contrario, durante los plazos que el precepto marca.
TERCERO.- El auto de la AP. de Girona (Sección 1ª), de 12 de Mayo de 2.009, aunque ante una problemática distinta, examina esta cuestión y refiriéndose a las acciones ejecutivas, dice: "En segundo lugar, a la vista de lo que dispone el artículo 55, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, con la excepción de los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto
de embargo no resulten necesarias para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Y las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, siendo nulas de pleno derecho todas las actuaciones en contravención de lo anterior. Por lo tanto, el legislador se decanta claramente por la imposibilidad de ejecuciones singulares contra el deudor, salvo las excepciones expresamente previstas. Y ello en concordancia con el artículo 8 que establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.=
En tercer lugar, el legislador estableció una segunda excepción a la posibilidad de iniciar procedimientos de ejecución o continuar los mismos. Ello ocurre respecto de ejecuciones con garantías reales, admitiéndose unánimemente tal posibilidad, visto el apartado 4 del artículo 55, el artículo 56, a sensu contrario, y el artículo 57 que establece la pérdida del privilegio de la ejecución separada si no la hubieran ejercitado antes del inicio de la fase de liquidación. Por lo tanto, todas las ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad a la

declaración del concurso continuarán en principio por todos sus trámites y podrán iniciarse nuevas ejecuciones respecto de créditos con garantías reales, aunque haya sido declarada la situación del concurso. Sin embargo, a su vez el legislador estable una nueva excepción en el artículo 56 de la LC : "1.Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación... 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155.". Y además el artículo 57 dice que "el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". Con relación a lo anterior, se ha planteado la cuestión de como conocer si un bien del concursado está o no afecto a la actividad empresarial o profesional y de forma prácticamente unánime se viene afirmando que es el Juez del concurso el que debe determinarlo>>.
Siendo incuestionable la competencia del Juez del Concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias que versen sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad, competencia reafirmada por el artículo 57 de la Ley Concursal, al tratar el inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales, la única cuestión que queda por solventar es la referente a la actuación que debe seguir el Juez Civil en situaciones como la presente: la remisión de las actuaciones al Juez del Concurso o la suspensión del procedimiento de ejecución, comunicándoselo al citado Juez del Concurso, quien acordará lo que estime procedente.
Entiende este Tribunal que lo precedente es, como señala la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de diciembre de 2006, salvando obviamente las diferencias del supuesto, que "Producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor". Si a lo expuesto se añade que la ejecución hipotecaria, además de contra la concursada, va dirigida contra los avalistas, entendemos que lo procedente es la suspensión de la ejecución y la comunicación de la misma al Juez de la quiebra quien acordará lo procedente, atendiendo, fundamentalmente a si el bien objeto de la ejecución, propiedad de la concursada, está afecto a su actividad empresarial.
En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso examinado, debiendo añadir que la interacción entre la presente ejecución y el proceso concursal seguido contra GRUPO INMOBILIARIO MOSSAL, S.A., ha de seguir subsistente pese a que la ejecución hipotecaria también se siga contra DON Onesimo y DOÑA Natalia, en su condición de avalistas de la anterior y ello porque el bien hipotecado y cuya subasta se interesa, es propiedad de la concursada, por lo que su ejecución debe de mantenerse, si se cumple la condición establecida en el artículo 55 de la Ley Concursal, dentro del ámbito del concurso.”: AAP Madrid (sección 11) 23.04.2010 (Auto 111/2010 Rollo 113/2009)

AP Madrid (Sección 14)

“PRIMERO.-Nos corresponde analizar el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Parla en un procedimiento de ejecución dineraria sobre bienes hipotecados, en el que, al conocer que los ejecutados, don Horacio y doña Margarita habían sido declarados en concurso voluntario por autos dictados por el Juzgados de lo Mercantil nº 10 de Madrid, acordó archivar definitivamente el procedimiento, dejando a la parte actora la posibilidad de usar de su derecho ante el Juez de lo Mercantil que conozca del concurso.
La parte ejecutante, Caja de Ahorros del Mediterráneo, entendió que con tal resolución y en atención al estado en que se encontraba el procedimiento de ejecución hipotecaria cuando se declaró el concurso, se había vulnerado el artículo 56 de la Ley Concursal, ya que, de ningún modo podría archivarse el procedimiento, pues, aunque se considerase como competente para conocer de este procedimiento al juzgado de lo mercantil que conocía del concurso, simplemente procedería la suspensión y, en su caso, la remisión al citado juzgado del procedimiento en función de lo dispuesto en el artículo 57 de la citada Ley Concursal.
Para resolver el recurso debemos analizar los preceptos aplicables, el estado procesal en el que se encuentra la ejecución y la naturaleza de los bienes hipotecados.
SEGUNDO.-El artículo 56 de la Ley Concursal, vigente en el momento en que por el Juzgado de Instancia se dictó la resolución que fue apelada, que regulaba la incidencia de la declaración del concurso sobre las ejecuciones con garantía real, ordenaba la suspensión del procedimiento "salvo que al tiempo de la declaración del concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".
El procedimiento de ejecución hipotecaria se inició con demanda de fecha 20 de octubre de 2009, siguiendo su tramitación en función de las normas procesales aplicables, acordándose por diligencia de ordenación de fecha 19 de mayo de 2010 la publicación de los edictos para la celebración de la subasta que se señaló para el día

12 de julio del mismo año, subasta a la que solo compareció el procurador de la parte ejecutante, por lo que se concedió a la mismo el plazo de veinte días a fin de que, si le conviniere, solicitara la adjudicación del bien por el 50 por ciento de su valor o por la cantidad que se le debiera en todos los conceptos.
El día 16 de julio de 2010 se recibieron sendos oficios de los Juzgados de lo Mercantil 10 y 12 de Madrid donde se daba cuenta de que se había declarado el concurso voluntarios de los ejecutados, el día 7 de julio de 2010 respecto a don Horacio y 13 de julio de 2010 respecto a doña Margarita.
El 20 de julio se presentó escrito de la entidad ejecutante solicitando la adjudicación de la finca subastada por el 70 por ciento de su valor, petición a la que no se dio respuesta ya que el uno de septiembre se dictó el auto que es objeto de este recurso.
La finca hipotecada es una vivienda, sita en la planta NUM000 letra NUM001 de la CALLE000 nº NUM002 de Parla, de 115 metros cuadrados construidos, 84 útiles, teniendo como anejo inseparable una plaza de garaje de 30 metros cuadrados.
Entendemos que salvo que el Juzgado tuviese perfecto conocimiento de que el inmueble hipotecado no atendía a ninguna finalidad industrial ni profesional de los concursados, en cuyo caso podría continuar con su tramitación, debería haber dado cuenta de la ejecución al Juzgado de la Mercantil para que el mismo se pronunciase al respecto, suspendiendo su tramitación, pero nunca debió archivar el procedimiento como hizo.
TERCERO.-Durante la tramitación del procedimiento y con la finalidad de aclarar esta situación se ha modificado el citado artículo 56 por Ley 38/2011 de 10 de octubre, que es aplicable, en función de la disposición transitoria novena, a todos los concursos en tramitación respecto de las ejecuciones que no se hubieran reanudado o iniciado tras la declaración del concurso, indicándose en su apartado segundo que el ejercicio de las acciones de ejecución con garantías reales "se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieren publicados los anuncios del bien o derecho. Solo se alzara la suspensión de la ejecución cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", añadiendo el párrafo quinto que "a los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor"
Obviamente la legislación actual ordena, en todo caso, suspender el proceso y consultar al Juzgado que conoce del concurso para que se pronuncie si el bien hipotecado es necesario o no para continuar con la actividad empresarial o profesional del deudor, y con su respuesta pueda continuarse la ejecución o remitir las actuaciones a dicho Juzgado Mercantil. ”: AAP Madrid (Sección 14) 28.09.2012 (Auto 211/2012; Rollo 492/2012)

AP Sevilla (Sección 6)

“PRIMERO.-La entidad actora BBVA formuló demanda de ejecución hipotecaria contra las entidades "PROVEEDORA SEVILLANA DE LA CONSTRUCCIÓN SL" y contra "METAECONOMÍA SA". La demanda fue presentada el 21 de diciembre de 2010 y la primera de las entidades demandadas, fue declarada en concurso voluntario por el Juzgado Mercantil nº 2 de Sevilla, por auto de fecha 17 de marzo de 2011. El Juzgado dictó auto denegando el despacho de ejecución por aplicación del art 55 de la Ley Concursal.
La entidad actora ha recurrido dicha resolución y alega en primer lugar que la finca hipotecada pertenece pro indiviso a ambas sociedades en un 60 % a la entidad "PROVEEDORA SEVILLANA DE LA CONSTRUCCIÓN SL" y en un 40 % a la entidad "METAECONOMÍA SL". Sin embargo esta alegación no justifica que pudiera despacharse únicamente contra la sociedad no concursada ya que el crédito hipotecario es indivisible.
En cuanto al segundo motivo de recurso efectivamente el sentido del art. 55 Ley Concursal es el de impedir ejecuciones singulares contra el patrimonio del concursado tras la declaración de concurso, así como la suspensión de las que se encuentren No obstante, el apartado 4 del art. 55 formula una excepción que encuentra justificación en la propia naturaleza de las cosas, al disponer: " se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real ". Las garantías reales implican, por definición, la sujeción del bien sobre el que se imponen al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituyen.
El art. 56 de la Ley concursal establece que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva de su titularidad, no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Como dice la Exposición de Motivos de le Ley "se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso ". La novedad, continúa diciendo el preámbulo, está inspirada por el objetivo de que la ejecución separada de estas garantías reales no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal. La fórmula adoptada consiste en la paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso y siempre que se trate de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva.
En el presente caso, no consta que la finca rústica hipoteca esté destinada a ninguno de estos fines, declaración que, en todo caso corresponde al juez del Concurso, como establece el párrafo 6º del art 56. Por lo tanto, procede estimar el recurso, debiendo admitirse la demanda, sin perjuicio de que lo que pueda acordarse en el procedimiento concursal de referencia.”: AAP Sevilla (Sección 6) 12.07.2012 (Auto 120/2012; Rollo 224/2012)

AP Tarragona

“PRIMER. Del que resulta de les actuacions, es va interposar demanda d'execució hipotecària en data 5-5-2011 contra Viatges Dertrotravel S.L.; l'executada estava declarada en concurs des del dia 22-3-2011; la resolució impugnada denega despatxar l'execució.
Contra l'anterior resolució interposa recurs d'apel lació l'executant al legant infracció de l' art. 56 LC, al legant que el local hipotecat ja no està operatiu al haver conclòs l'activitat empresarial de l'executada, per la qual cosa no estaria afecte a la seva activitat professional o empresarial o a una unitat productiva de la seva titularitat.
SEGON. Procedeix desestimar el recurs.
L' art. 56 LC disposa que "1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.".
En primer lloc, l' art. 56 LC suposa una excepció a la norma que vol la integració de la massa passiva que constitueix un dels principis capitals del procediment concursal, "el cual, a su vez responde a otros principios indisolublemente ligados a él, como son el de universalidad, el de unidad del procedimiento, el de vis atractiva y el de la par condicio creditorum. Este conjunto de principios constituyen el armazón del proceso concursal e informan y justifican la prohibición de iniciarse ejecuciones singulares contra el patrimonio del concursado tras la declaración de concurso, así como la suspensión de las que se encuentren en tramitación. Este es el sentido del art. 55 Ley Concursal. Es clara y decidida, pues, la voluntad del legislador de que no se sustancien fuera del concurso ningún tipo de procedimientos declarativos, ni los de ejecución" (AP Santa Cruz de Tenerife, sec. 4ª, A 6-7-2011, nº 95/2011).
En segon lloc, i després de la reforma feta per la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, expressament s'estableix que correspon exclusivament al Jutge mercantil del concurs determinar si el bé està o no afecte a la seva activitat professional o empresarial o a una unitat productiva de la seva titularitat.
Criteri aquest que era ja el pràcticament unànime a la jurisprudència de las Audiències Provincials, que entenia que qui ha de realitzar la qualificació relativa a si els béns del concursat estan o no afectes a la seva activitat professional o empresarial o a una unitat productiva de la seva titularitat era el Jutjat Mercantil (AP Santa Cruz de Tenerife, sec. 4ª, A 6-7-2011, nº 95/2011 i AP Girona, sec. 1ª, A 12-5-2009, nº 136/2009, rec. 134/2009, entre moltes).
Per tant, la resolució impugnada denegant el despatx d'execució hipotecària presentada quan l'executada ja estava declarada en concurs és correcte, al no tenir el Jutjat de 1a Instància competència per a determinar si el bé hipotecat està o no afecte a la seva activitat professional o empresarial o a una unitat productiva de la seva titularitat. ”: AAP Tarragona (Sección 3) 30.03.2012 (Auto 37/2012; Rollo 477/2011)

AP Valladolid

“PRIMERO. -El auto judicial impugnado decreta el archivo del presente procedimiento de ejecución hipotecaria así como la invalidez de lo actuado previamente en el mismo, previniendo a la parte ejecutante de que haga uso de su derecho ante el juez del concurso, en aplicación de lo dispuesto en el art. 56 de la Ley Concursal, toda vez que la entidad hipotecante ejecutada ha sido declarada en concurso de acreedores.
Impugnada por la ejecutante dicha resolución, ha de recordarse que el art. 56 de la citada LC veda el inicio de la ejecución o realización forzosa de las garantías reales sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad hasta que no se den las circunstancias que se prevén en el último inciso del párrafo primero del nº 1 de dicho precepto. El examen de lo actuado desvela que se declaró en concurso a la entidad hipotecante mediante auto de 10 de marzo de 2011 y si bien la demanda que da origen al presente procedimiento hipotecario se proveyó el siguiente día 11, lo cierto es que, tal y como consta en el sello de registro del Decanato que en su primera página obra impreso, fue presentada el 10 de Noviembre de 2010, es decir cuatro meses antes de dicha declaración en concurso. En su consecuencia el presente procedimiento de ejecución de garantía real ya se había iniciado cuando se produjo la declaración en concurso de la hipotecante ejecutada.
Por otra parte la decisión sobre si el bien inmueble hipotecado objeto de los presentes autos ha de reputarse afecto a la actividad profesional o empresarial de la concursada o a una unidad productiva de su titularidad no es competencia del juez civil que conoce de esta ejecución singular, sino del juez del concurso. No existiendo constancia en autos de que dicha decisión se haya adoptado por el juez de lo mercantil competente, entendemos lo procedente es la aplicación del nº 2 del artículo antes citado, es decir la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria en tanto no conste en autos, lógicamente a instancia de la entidad ejecutante, la calificación que de dicho bien haya efectuado el Juez del concurso. A resultas de dicha calificación y una vez se tenga constancia de su contenido deberá el juzgado civil pronunciarse en aplicación del comentado precepto sobre si continúa la suspensión del procedimiento o si ha de alzarse y seguir este su curso. En tal sentido se acoge el recurso y se revoca la resolución apelada. “:AAP Valladolid (Sección 3) 27.09.2011 (Auto 75/2011; Rollo 270/2011)

3.1.1.1.2 Excepto si consta la no afeccón o ha transcurrido el plazo de un año

AP Madrid (Sección 14)

“PRIMERO.-Para una mejor comprensión de la litis, y en lo que aquí interesa, deben tenerse en cuenta los hechos que se exponen a continuación.
1.Por la representación procesal del "Banco Santander Central Hispano, S.A.", (en lo sucesivo BSCH), ante los Juzgados de Primera Instancia de Majadahonda (Madrid), con fecha 21 de noviembre de 2007 se presentó demanda de ejecución hipotecaria frente a don Alejo y doña Flora.
2.Notificado el despacho de ejecución, por los ejecutados don Alejo y doña Flora se presentó el día 30 de septiembre de 2008 escrito de oposición a la ejecución y subsidiariamente solicitud de enervación de la ejecución hipotecaria prevista en el artículo 693.3º de la LEC al ser el bien hipotecado la vivienda familiar del ejecutado.
3. El BSCH cedió mediante pacto, el día 13 de diciembre de 2007, el crédito hipotecario a la mercantil "Groa Seis, S.L.", quien impugnó la oposición a la ejecución formulada.
4.Por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Majadahonda, se dictó auto en fecha 8 de junio de 2011 en el que, tras razonar debidamente el motivo por el cual era procedente continuar con la ejecución despachada, estimó en parte la oposición formulada por la parte ejecutada, declarando procedentes los pagos parciales realizados por el deudor por importe de 10.385,25 euros, que serán deducidos de la reclamación principal, mandando seguir adelante la ejecución hipotecaria solicitada por "Groa Seis, S.L." por importe de 193.426,15 euros, más los intereses legales y de demora, sin imponer las costas del incidente de oposición a ninguna de las partes.
Contra el citado auto de fecha 8 de junio de 2011 se alza la parte ejecutada, alegando, en síntesis, que procede la suspensión automática de la presente ejecución hipotecaria desde que se ha hecho constar la existencia de la declaración de concurso de los ejecutados que tuvo lugar por el auto que dictó, en fecha 25 de enero de 2010, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid. Por todo ello, la parte ejecutada considera que el auto de instancia de fecha 8 de junio de 2011 habría vulnerado los artículos 8.3, 10 y 56.2 de la Ley Concursal en relación con el artículo 24 de la Constitución Española.
SEGUNDO.-Considera la Sala que el auto de instancia debe confirmarse por sus propios fundamentos. Ello es así porque, si bien el artículo 56.2 de la Ley Concursal establece la suspensión de las ejecuciones de garantías reales desde que la declaración del concurso conste en el procedimiento, lo cierto es que, de conformidad con lo señalado en el artículo 56.1, esta suspensión se refiere a "bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial".
En el presente caso, la parte ejecutada, en su escrito de oposición a la ejecución que presentó ante el Juzgado en fecha 28 de septiembre de 2008, manifestó textualmente en la alegación segunda que "... el riesgo de perder la que ha sido desde 1.996 la vivienda habitual del matrimonio y sus hijos, como así se demuestra mediante la escritura pública de compraventa que se acompaña como documento número 5."
En el presente caso, no se justifica por el ejecutado que el bien hipotecado esté afecto a negocios o actividades empresariales, habiendo transcurrido más de un año desde que se dictó el auto declarando el concurso. Por todo ello, no cabe paralizar la ejecución, siendo competente el Juzgado de Primera instancia número 1 de Majadahonda para tramitar la misma, sin perjuicio de lo que en su día pueda establecer al respecto el Juez del concurso.
Así se razona en el Fundamento Primero del auto dictado en fecha 8 de junio de 2011 que es objeto de apelación, al decirse textualmente que:
"La cuestión de si el bien es afecto o necesario para la actividad empresarial o profesional del declarado en concurso es una cuestión que debe suscitarse por la administración concursal y otro legitimado y el competente para resolver dicha cuestión es el Juez del concurso. Hasta entonces, este Juzgado es el competente para tramitar la ejecución hipotecaria, toda vez que la previsión genérica del artículo 8.3 de la Ley Concursal, ha de ponerse en conexión con lo que se contempla en losart. 55.4y57.1 de la misma Ley, según los cuales, la apertura del concurso no implica la paralización de las ejecuciones hipotecarias ni impide su inicio, con ejecución separada al concurso, como excepción frente al resto de ejecuciones civiles. Las normas de competencia objetiva del artículo 86 ter de la LOPJ siguen operando en tales supuestos, excluyendo de la competencia al Juez del concurso. Y la única salvedad a ello, se encuentra en las ejecuciones hipotecarias que tengan por exclusivo objeto la realización de bienes afectos o necesarios a la actividad empresarial o profesional al deudor. Este el único supuesto donde existe competencia objetiva del Juez del concurso para seguir ante él separadamente el proceso de ejecución Hipotecaria".
Por todo lo expuesto, dado que no se han visto vulnerados en el citado auto los artículos invocados por la parte ejecutada en su recurso de apelación, procede que sea desestimado y que se confirme el auto de instancia en todos sus extremos.”: AAP Madrid (Sección 12) 31.01.2013 (Auto 69/2013; Rollo 751/2011)

3.1.1.2 No procede

AP Alicante (Sección 5)

“PRIMERO.-La parte demandante presenta recurso contra el auto del juzgado que declara su falta de competencia objetiva para conocer de la demanda ejecutiva presentada por la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante sobre bienes inmuebles hipotecados, contra Covalencia División Construcción S.L declarada en estado de Concurso en fecha 26 de octubre de 2009.

SEGUNDO.-Atendiendo a los argumentos del apelante el recurso debe ser estimado, pues como recoge en sus alegaciones el art. 55 de la Ley Concursal, si bien prevé en el punto 1 que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, pudiéndose continuar aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, el punto 4 del mismo precepto exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real, recogiendo el art. 56 del mismo texto legal, bajo el título de " Paralización de ejecuciones de garantías reales" lo siguiente : "1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación".
De ello resulta que, como señala el auto de la A.P de Barcelona de fecha 15.9. 2011 y en el auto de 22 de septiembre de 2010, cuando la garantía real esté constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, la declaración del concurso no suspende la facultad de realización, no siendo necesariamente la competencia para conocer de las ejecuciones del Juez del Concurso, presuponiendo el art. 56 L.C. la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales sobre bienes del concursado, que opera al margen del concurso y que únicamente si estos bienes están afectados a la actividad profesional o empresarial del deudor se prevén una serie de condicionantes.
En el mismo sentido la sentencia de la A.P de Asturias de 28 de junio de 2010 al señalar" Entiende esta Sala que no cabe argüir en contra de la anterior decisión la regla general proclamada por el art. 8 L.C. cuando en su apartado 3º -en términos coincidentes con lo dispuesto en el art. 86-3º L.O.P.J.- atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Primeramente por cuanto la norma competencial contenida en el art. 57 solo tiene razón de ser si es considerada como regla especial frente a la general arriba transcrita, siendo así que en caso contrario, esto es, si se entendiera que comprende las ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes, devendría en un precepto superfluo por redundante. Pero es que además el propio diseño de las ejecuciones en la Ley Concursal está admitiendo la existencia de ejecuciones separadas que escapan a la jurisdicción del Juez del concurso, como son las ejecuciones que puedan continuar la Administración Pública y los Tribunales de la jurisdicción laboral en los supuestos contemplados por el art. 55-1 L.C., para cuyas actuaciones ejecutivas no operará el cierre registral que para las restantes se produce con la práctica de la correspondiente anotación preventiva del concurso (art. 24-4 L.C."). En sentido similar se ha pronunciado la A.P de Baleares de fecha 28.2.2011.
En el supuesto de autos es de aplicación la doctrina expuesta, ya que no consta que el bien esté afecto a su actividad empresarial de la mercantil del concurso, por lo que no resultará de aplicación el art. 56 del mismo texto legal, y como se recoge en el segundo Antecedente de Hecho el auto de fecha 19 de enero de 2011 del juzgado de lo mercantil nº 3 de Valencia que conoce del concurso que declaró su incompetencia objetiva de conformidad con los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal "Ni se ha instado por la concursada ni la administración concursal la declaración de la necesidad de dicho bien inmueble para la continuación de la actividad empresarial". Lo que determina que el Juzgado de instancia no carezca de la competencia precisa para conocer de la presente demanda ejecutiva, mientras no conste resolución del Juez del concurso relativa a la afección a la actividad empresarial o a una unidad productiva de titularidad del deudor, supuesto en el que deberá actuarse conforme a lo previsto en la Ley Concursal.”: AAP Alicante (Sección 5) 14.03.2012 (Auto 26/2012/; Rollo 697/2011)

AP Baleares 2010(Sección 5)

“SEGUNDO.-Centrado de éste modo los términos del recurso (…) la cuestión nuclear a que se contrae esta alzada pasa por determinar si procedía o no la suspensión el curso del procedimiento decretada por el Juzgador de instancia.
Al efecto, y dado que la suspensión ha sido decretada al amparo de lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se estima oportuno comenzar señalando que si bien dicho precepto, permite la suspensión de un proceso cuando para resolver sobre el objeto del juicio sea necesaria decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal, no lo es menos que en el caso nos hallamos ante una ejecución hipotecaria, procedimiento sustraído por el propio legislador de la aplicación de tal norma, al concebir las únicas causas de suspensión en los artículos 696 y 697, con fundamento a que tal procedimiento especializado, tiende a la efectividad de los créditos privilegiados que garantiza así como a que su realización tenga lugar en forma rápida y fluida por lo que, además de establecer de forma tasada las causas de oposición a al ejecución puesto que en la constitución del título deben cumplirse todos aquellos requisitos que se exigen a los efectos de evitar la contienda entre las partes en la ejecución, se establecen, también, de forma tasada los supuestos de suspensión.
“En consecuencia, se ha de convenir con la parte recurrente, que no constituye el concurso una cuestión prejudicial respecto de las ejecuciones hipotecarias, de modo que no resulta de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo que la normativa a aplicar en caso de ejecución de garantías reales de bienes del concursado, y a los efectos de poder determinar la procedencia o no de la suspensión interesada por la concursada, no es otra que lo que a tal efecto se dispone en la
propia Ley concursal, en concreto, en sus artículos 56 y 57.

Pues bien, acudiendo a dicha normativa, y como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal, en resoluciones de fecha 8 de abril de 2008 y 19 de abril de 2010, el artículo 56 de la Ley Concursal, intitulado "Paralización de ejecuciones de garantías reales" establece que: 1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Tampoco podrán ejercitarse durante este tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
2.-Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en este apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración del concurso ya estuvieran publicados los anuncios de la subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
3.-Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de la tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155.
Por su parte, el artículo 57 de la referida Ley Concursal cuyo título es "Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales", establece en su apartado 1. que "El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda".
Interpretando el conjunto de la normativa referenciada y teniendo en cuenta las terminologías utilizadas por el legislador en su redacción puede extraerse la conclusión de que a la suspensión de ejecuciones como la de autos no se le confiere carácter absoluto e indefinido, máximo teniendo en cuenta que ha de procurarse evitar la frustración de legítimos intereses de terceras personas y ha de orientarse en todo caso al buen fin del concurso.
El artículo 56, distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo ("hasta que se aprueba un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación") y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado.
Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, el artículo 57 LC prevé expresamente la circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales") debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere el artículo 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso.
Resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas. El artículo 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes estén afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (art. 56 y 155.2LC).
Tal finalidad aparece expresamente recogida en la propia Exposición de Motivos de la ley, al referir "Una de las novedades más importantes de la ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses

implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia.".
TERCERO.-De lo hasta ahora expuesto se desprende que la normativa concursal admite la posibilidad de ejecución separada de las garantías reales, posibilidad que, precisamente por implicar una excepción al principio de universalidad del concurso, es matizada por el artículo 56, a fin de que la misma no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva, facilitando la suspensión o paralización para evitar que desaparezcan de la masa activa bienes imprescindibles para la actividad empresarial o profesional del concurso, con la clara finalidad de que la estructura productiva del concursado pueda seguir funcionando.
Y precisamente por ello, dado que es el Juez de lo Mercantil ante el que se tramita el procedimiento concursal, el único que, como apunta la SAP de Madrid de 11-10-2007, tiene una visión de conjunto sobre la situación patrimonial del concursado, contando con un órgano imparcial y técnico en el conflicto entre el concursado y el acreedor hipotecario y competente para decir sobre las cuestiones atenientes a la formación de la masa activa y en concreto, para decidir sobre qué bienes han de ser separados de la misma, debe ser dicho órgano el único competente para decidir que bienes integrantes dentro del patrimonio del deudor concursado, son o no necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor o si están afectos a dicha actividad. En igual sentido la AP de Barcelona en resolución de 28 de junio de 2007 sostiene que "parece mas razonable y mas ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad".
En resumen y como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en resolución de fecha 26 de octubre de 2009, el artículo 56 de la Ley concursal fija un tratamiento innovador en orden a la ejecución de garantías reales, respetando la naturaleza del derecho real, así como la par condictio creditorum, partiendo para ello de una distinción fundamental, esto es, si los bienes sujetos a la garantía real son o no bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Si se trata de garantías reales sobres "bienes afectos", la ley prohíbe a los acreedores iniciar la ejecución de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación y para el caso de que la ejecución se hubiera iniciado al tiempo de declarar el concurso ordena que se suspenda, salvo que ya estuvieran publicados los anuncios de la subasta y la ejecución no recaiga "sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". Para el caso de que se trate de bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o una unidad productiva de su titularidad, no serían de aplicación la paralización y suspensión previstas.
En el caso nos encontramos ante una demandada de ejecución sobre bienes hipotecados instada, entre otros, contra la entidad PROYECTOS INMOBILIARIOS PROAVITANTE S.L., antes de que la misma fuera declarada en concurso, de lo que deviene de clara aplicación al supuesto de autos la excepción al principio de universalidad del concurso, que el artículo 56 de la Ley Concursal contempla en orden a la continuidad de dicha ejecución separada, hasta que el juez del concurso, único competente, se pronuncie sobre si el bien objeto de la ejecución hipotecaria es afecto o necesario para la continuación de la actividad empresarial del concursado, pronunciamiento que hasta la fecha no ha recaído, de hecho, el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid conocedor del concurso ordinario número 454/08 de la entidad PROYECTOS INMOBILIARIOS PROVITANTE S.L., al cumplimentar el exhorto que le fue remitido por el Juzgado de Instancia, se ha limitado a adjuntar el informe evacuado por la Administración Concursal que considera que la finca se haya afecta a la actividad empresarial de la citada mercantil, modo de cumplimentación del exhorto que en modo alguno puede ser considerado, tal y como manifiesta la parte apelada, como una asunción tácita de dicho informe.
En consecuencia, y sin necesidad de entrar a conocer de los otros motivos de impugnación alegados, y menos aún sobre si el inmueble objeto de ejecución hipotecaria es bien afecto a la actividad profesional o empresarial de la concursada procede, con estimación parcial del recurso de apelación, la revocación de la resolución recurrida y el alzamiento de la suspensión acordada en ella, sin perjuicio, de lo que pudiera decidirse con posterioridad una vez que el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso de la entidad PROYECTOS INMOBILIARIOS PROAVITANTE S.L., resuelva sobre la afectación del bien objeto de ejecución. “:AAP Baleares (Sección 5) 17.05.2010 (Auto 93/2010; Rollo 89/2010)

AP Las Palmas 2010 (Sección 4)

“TERCERO. - Así mismo la entidad apelante insiste en esta alzada con base a los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal que el presente procedimiento de ejecución hipotecaria, incoado por demanda presentada el día 27 de febrero del 2009, debio suspenderse pues la entidad ejecutada fue declarada en concurso el día 4 de septiembre del 2009 (folios 129 a 132), esto es, con posterioridad a iniciarse el procedimiento de ejecución hipotecaria pero antes de sacarse los bienes inmuebles a subasta, correspondiendo al Juez del Concurso ex artículo 86.ter. 1.3o de la LOPJ determinar qué bienes son los necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Pues bien, ciertamente la competencia para determinar qué bienes del concursado son los necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor corresponde al Juez del Concurso y no al Juzgado de Primera Instancia donde con anterioridad a la declaración de concurso se seguía un procedimiento de ejecución hipotecaria, por lo que ni siquiera el Juez a quo debió entrar a conocer sobre si dicho extremo había sido o no acreditado por la entidad concursada.
Ello no obstante en el supuesto enjuiciado la petición de suspensión no ha sido dirigida por la entidad concursada al Juzgado de lo Mercantil sino al Juzgado de primera instancia que llevaba la ejecución, que insistimos carece de competencia para acordar la suspensión pues la apreciación de la afección del bien a la

necesidad del mismo para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor debe realizarla el Juez del Concurso, previa petición de la administración concursal u otro legitimado y tras su decisión, si considera la afección del bien en la forma descrita, declararlo así, remitir dicha resolución al juzgado de Primera Instancia que esté conociendo de la ejecución hipotecaria a fin de que entonces, y solo entonces, se acuerde la suspensión de la misma y, en su caso, la remisión al Juez del concurso para su conocimiento en los casos en que proceda.
Y es que la entidad apelante, una vez más, tergiversa el contendido de los preceptos legales a su antojo y en concreto la de los artículos 56 y 57 de la LC, siendo una contradicción que se diga en el recurso de apelación que el Juez del concurso es quien tiene competencia objetiva para conocer sobre si los bienes hipotecados son necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial y que la petición de suspensión previa la anterior declaración se haya pedido ante el Juzgado que se viene a considerar incompetente y en cuanto se refiere a las ejecuciones hipotecarias, los artículos 56 y 57 de la LC regulan los efectos del concurso sobre las mismas distinguiendo los supuestos de ejecuciones hipotecarias ya iniciadas antes del concurso o posteriores al mismo y si estas se refieren bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, dando lugar a cuatro posibles situaciones:
1a.- Ejecuciones no iniciadas que recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor.
En este supuesto, el art. 56.1 de la LC establece que "no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un ano desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación".
2a.- Ejecuciones no iniciadas sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor.
En cuanto a este supuesto la la ley no dice nada, pero no es aplicable el general art. 55 de la LC -que impediría la ejecución - sino el art. 56.1, interpretado a sensu contrario - que permitiría iniciar la ejecución -. El problema, en este supuesto es de quien es la competencia, del juez de primera instancia o del juez del concurso.
3a.- Ejecuciones ya iniciadas sobre bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor.
En este caso, la regla general es que dichas ejecuciones se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado, siendo la excepción el caso en que al tiempo de la declaración de concurso, ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, pero correspondiendo decidir sobre la afección de los bienes hipotecados al Juez del concurso.
4a.- Ejecuciones ya iniciadas sobre bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor cuando se declara el concurso. Para este supuesto la ley no da la respuesta pero es claro que no es aplicable el general art. 55 de la LC -que impediría la ejecución - sino el art. 56.1, interpretado a sensu contrario, que conduciría a que las ejecuciones no se suspendieran y continuaran su tramitación normal".
Partiendo pues de los dos ultimos supuestos en que tendría posible encaje el supuesto enjuiciado al haberse iniciado la ejecucion hipotecaria entes de la declaración del concurso, fue ajustada a Derecho la decisión del Juez a quo de no suspenderla, pues la decisión de si los bienes hipotecados son bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor correspondería acordarla al Juez del Concurso y de tratarse de bienes no afectos debería continuar en todo caso la Ejecución, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida, con expresa imposición de costas a la parte apelante, tal como prescribe el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no apreciarse en el caso serias dudas de hecho o de derecho.”: AAP Las Palmas (Sección 4) 07.04.2011 (Auto 62/2011; Rollo 314/2010)

AP Madrid (Sección 9)

“Segundo.-Con fecha 22 de febrero de 2010 se presentó demanda de ejecución hipotecaria por "Residencial La Calderona, Sociedad Cooperativa Madrileña, en liquidación" contra Española de Promoción y Desarrollo Esprode, SL, afectando la ejecución a dos fincas urbanas.
Mediante escrito de 14 de abril de 2010, la administradora concursal designada en el concurso voluntario de "Residencial La Calderona, Sociedad Cooperativa Madrileña, en liquidación" comunicó que ésta había sido declarada en concurso voluntario por auto de 25 de febrero de 2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, autos 9/2010, solicitando la acumulación al concurso de la ejecución hipotecaria al amparo del artículo 51 de la Ley Concursal
El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid comunicó al Juzgado que conocía de la ejecución hipotecaria que mediante auto de fecha 30 de junio de 2010 había declarado en concurso voluntario a Española de Promoción y Desarrollo Esprode, SL.
Mediante auto de 7 de octubre de 2010, el Juzgado que conocía de la ejecución hipotecaria, el de Primera Instancia nº 2 de Valdemoro, descartando la acumulación solicitada al Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, acordó la suspensión de la ejecución, basándose en la declaración de concurso de la ejecutada y en aplicación del artículo 56.2 de la Ley Concursal.
Dicho auto ha sido apelado por la ejecutante "Residencial La Calderona, Sociedad Cooperativa Madrileña, en liquidación".
Tercero. -El artículo 56 de la Ley Concursal regula la "Paralización de ejecuciones de garantías reales", estableciendo en su apartado 2 que
"Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

Las ejecuciones a que se refiere ese apartado anterior son las ejecuciones de garantías reales "sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad".
El artículo 57 de la Ley Concursal, titulado "Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales", determina en su apartado 1 que
"El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada...".
La previsión legal consiste, por tanto, en un supuesto de suspensión de las actuaciones que ya estaban iniciadas para la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. Se trata de una mera paralización temporal de la acción ejecutiva ya ejercitada por el acreedor hipotecario, pero necesariamente ha de referirse a los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, mientras que en el caso de autos el auto apelado decreta la suspensión sin considerar a qué bienes afecta la ejecución hipotecaria.
La interpretación sostenida mayoritariamente entiende que corresponde al juez de lo mercantil determinar si los bienes objeto de la ejecución hipotecaria están afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado o a una unidad productiva de su titularidad. De ser así, la ejecución hipotecaria debería continuar en el Juzgado de lo Mercantil (artículo 57.1 de la Ley Concursal); en caso contrario, si no se trata de esos bienes, la ejecución hipotecaria deberá continuar en el Juzgado de Primera Instancia que conocía de la misma.
Así, el auto de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 2011, Recurso: 136/2010, señala:
"No existe duda, y en tal sentido es constante la jurisprudencia de las diferentes secciones de esta audiencia, tanto la mercantil como las civiles no especializadas, según la cual el órgano competente para efectuar la declaración que señala el artículo 56 de la ley concursal corresponde al juzgado mercantil, donde se sigue el procedimiento en cuestión y que la suspensión del procedimiento de ejecución corresponde al juzgado hipotecario, si bien con la salvedad, que omite la sentencia y la parte apelada, de que tal decisión de suspender o no habrá de hacerse en función y supeditarse a lo resuelto por el juzgado mercantil".
En el mismo sentido, el auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de Marzo de 2011 (ROJ: AAP M 3464/2011), Recurso: 35/2011, declara que
"compete al Juez de lo Mercantil, como explicamos en los autos dictados por esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de septiembre de 2007 y 11 de octubre de 2007, pronunciarse, tras la audiencia del concursado y de la administración concursal, sobre la afección de los bienes a la actividad profesional o empresarial o, en su caso, sobre su carácter necesario para la continuación de la misma".
Cuarto. -Aplicando las anteriores consideraciones al caso objeto de recurso resulta que el auto apelado decretó la suspensión de la ejecución hipotecaria en atención, sin más, a la declaración de concurso de la ejecutada, pero sin que el juez de lo mercantil que conoce de dicho concurso se haya pronunciado sobre si las dos fincas hipotecadas que son objeto de la ejecución son bienes afectos a la actividad profesional o empresarial de la concursada (Esprode, SL) o a una unidad productiva de su titularidad (artículo 56.2 de la Ley Concursal en relación con el artículo 56.1). Por ello, la suspensión acordada es improcedente, debiendo continuar su curso la ejecución hipotecaria, lo que determina la estimación del recurso y la revocación del auto apelado.”: AAP Madrid (Sección 9) 26.01.2012 (Auto 14/2012; Rollo 87/2011)

AP Madrid (Seccion 28)

“PRIMERO.- La mercantil EUROHYPO AG SUCURSAL EN ESPAÑA interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid demanda de ejecución hipotecaria sobre bienes gravados propiedad de PROYECTO KOPÉRNICO 2007 S.L., sociedad mercantil que se encontraba declarada en estado de concurso de acreedores por el mencionado juzgado.
Por auto de 6 de julio de 2011 el juzgado declaró su falta de competencia para sustanciar dicha ejecución hipotecaria sobre la base de que no se había producido previamente la declaración de que los bienes hipotecados se encuentran afectos a la actividad profesional o empresarial de la concursada o a una unidad productiva de su titularidad, todo ello en aplicación de los Arts. 56 y 57 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) (...)
TERCERO.- Establecido lo anterior, para la decisión del presente recurso debemos hacer hincapié en el hecho de que la resolución apelada no niega la competencia del juzgado de lo mercantil porque los bienes hipotecados no se encuentren afectos a la actividad empresarial de la concursada o integrados en una unidad productiva de su titularidad, cuestiones estas que no entra a valorar, sino, mucho más sencillamente, porque no se ha efectuado aún en el proceso un pronunciamiento expreso al respecto.
Pues bien, entiende este tribunal, participando del punto de vista de la apelante, que si el examen de la competencia objetiva comporta, como razona el auto recurrido, la necesidad de valorar si los bienes hipotecados se encuentran o no afectos a la actividad de la concursada, entonces el examen de dicha afección se confunde o identifica con el propio examen de la competencia, de manera que no es posible exigir que exista previamente un pronunciamiento judicial sobre dicha cuestión cuando ni siquiera se encuentra legalmente diseñado un específico trámite al efecto. Ello resulta además coherente con el contenido de las actuaciones practicadas, ya que mediante diligencia de ordenación de 6 de abril de 2011 (folio 424) el juzgado invitó a la ejecutante y al Ministerio Fiscal a pronunciarse sobre la competencia del tribunal en base, precisamente, a la existencia o inexistencia de tal afección en los bienes inmuebles que habrían se someterse a ejecución.
Resulta, pues, básicamente prosperable el recurso de apelación, sin bien, en vista del contenido y alcance de la resolución apelada y teniendo en cuenta el ámbito legalmente asignado a la segunda instancia por el Art.

456-1 L.E.C., no puede este tribunal, como pretende la apelante, entrar en el presente trámite a valorar la existencia o inexistencia de afección y, consecuentemente, a determinar la competencia o falta de competencia del órgano de origen al no haberse efectuado aún por parte de este pronunciamiento alguno al respecto.”: AAP Madrid (Sección 28) 12.03.2012 (Auto 42/2012; Rollo 705/2011)

AP Tenerife: examen prima facie de la afección por el JPI

“TERCERO.- Así, dado que la recurrente despliega todo su razonamiento sobre la afección de los bienes hipotecados, la primera cuestión que se plantea es la de la competencia objetiva para decidir si el objeto de la ejecución hipotecaria está o no afecto a la actividad empresarial o profesional del concursado.
Y a tal respecto es prácticamente unánime la jurisprudencia "menor" de las Audiencias Provinciales, que entiende que quien debe realizar esa calificación es el Juzgado de lo Mercantil (entre otros, Autos de la Audiencia Provincial Barcelona de 28-6-2.007, de Madrid de 20-9, 11-10 y de 20-10 de 2.007, de Valencia de 30-10-2.008, de Girona de 12-5-2.009 y de esta misma Sala, Auto de 14 de julio de 2.010, Rollo 263/10)
Lo dicho se basa en las siguientes razones:
-De acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.ter.3o de la L.O.P.J., "los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su ley reguladora. En todo caso la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: (...) Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado".
La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2.003, para la reforma concursal, justifica esta previsión legislativa del siguiente modo: "El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso competencia exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualquier órgano jurisdiccional o administrativo, así como determinados asuntos que, en principio, son de competencia de los juzgados de lo social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras a la unidad del procedimiento, no deben resolverse por separado".
Como se dice en el Auto de 11 de octubre de 2.007 de la A.P. de Madrid (Sección 28): "uno de los principios del proceso concursal regulado en la L.C. es el de la universalidad de concurso, tanto en cuanto a la masa activa, es decir, que la declaración del concurso produce una afectación de todos los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor, tanto los presentes como los futuros, que constituyen la masa activa del concurso (art. 76.1o L.C.), como a la masa pasiva, esto es, declarado el concurso todos los acreedores de deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sea su nacionalidad o domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso (art. 49 L.C.)"
Ahora bien, este principio de universalidad no es absoluto. El propio art. 76 prevé algunas excepciones y el art. 49 también, en su inciso final, al afirmar que la integración de todos los acreedores en la masa pasiva del concurso se producirá "sin más excepciones que las establecidas por las leyes". Así, resulta que determinados acreedores pueden ejecutar sus créditos contra determinados bienes del concursado al margen del proceso concursal, como en los casos previstos en el art. 76.3o y en algunos supuestos de los arts. 55 y 56 L.C.
CUARTO.- Respecto de estos créditos con garantía real, el régimen que resulta de la L.C. es que los mismos pueden ser ejecutados, iniciándose los procedimientos de ejecución hipotecaria o continuándose los ya iniciados cunado se declare el concurso, con las especialidades contenidas en los arts. 56 y 57.
Sobre este particular, la Exposición de Motivos de la L.C. dice que "Una de las novedades más importantes de la ley es el especial tratamiento que se dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre los bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre la cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero a la vez se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La formula que combina estos propósitos es la paralización temporal de las ejecuciones en tanto se negocia el convenio (...)"
En lo que aquí interesa, el art. 56 prevé, respecto de los procesos de ejecución hipotecaria ya iniciados al tiempo de declararse el concurso, que se suspenderán desde que dicha declaración conste en el correspondiente procedimiento, cuando la garantía real este constituida "sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, pudiendo reanudarse cuando se apruebe un convenio "cuyo contenido no afecte el ejercicio de ese derecho" o trascurra un ano sin que se produzca la apertura de la liquidación desde la declaración del concurso. Se exceptúa el caso en que en el al tiempo de la declaración del concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el caso presente solo se han librado el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad.
La aprobación del convenio (una de la causas que dejan sin efecto la suspensión) implica, entre otras cosas que ya se habrán calificado los bienes y derechos que deban integrar las masas activa y pasiva, con decisión por tanto de que bienes, de los que puedan ser objeto de ejecución separada por estar garantizados con un derecho real, puedan efectivamente serlo por no estar afectos a la actividad del concursado.
QUINTO.- Pero si la aprobación del convenio supone la decisión definitiva sobre la procedencia del levantamiento o no de la suspensión del proceso ya iniciado, resulta obvio que no puede esperarse a ese momento procesal para decidir sobre la oportunidad de la propia suspensión inicialmente. Esta decisión se adopta, como dice el art. 56 antes transcrito, desde que consta en el proceso ejecutivo la declaración del concurso. Y como resulta de la misma norma, el juez de primera instancia debe atender a si los bienes objeto

de la ejecución están o no afectos a la actividad del concursado, pues dicha afección es un presupuesto para la aplicación de lo dispuesto en el repetido art. 56 L.C.
La determinación de la naturaleza de los bienes puede venirle dada al juez de primera instancia por el juzgado de lo mercantil, que ya haya valorado su afección o falta de ella (mediante la adopción de medidas cautelares o en la propia declaración del concurso, por ejemplo, pudiendo las partes interesadas en el concurso promover tal declaración) y a ella estará el juez ante el que se haya planteado la ejecución.
Pero si, como ocurre en el presente caso, el órgano mercantil no se ha pronunciado al respecto, deberá resolverse con los datos que tengan, sin perjuicio de lo que resulte de la posterior aprobación del convenio en el marco del concurso.
SEXTO.- En el supuesto enjuiciado los datos son escasos: al entidad ejecutada y declarada en concurso no ha sido localizada a efectos del requerimiento de pago, resultando que su sede social "se encuentra vacía desde hace algunos meses", según se dice en la correspondiente diligencia negativa; este hecho puede valorarse como presunción de que ha cesado en su actividad empresarial, como se hace para concluir si la empresa se halla en causa legal de disolución a los efectos del art. 363. 1o a, b y c y 2o de la Ley de Sociedades de Capital.
Por otra parte, frente a la mencionada falta de datos en relación a que los bienes hipotecados pudieran estar a afectos a la actividad empresarial (que se puede presumir inexistente) lo que sí consta indudablemente es su afección a la garantía real hipotecaria de cuya ejecución se trata, por todo lo cual, en definitiva y estando al caso concreto, debe revocarse la resolución apelada, sin perjuicio de lo que eventualmente decida el juzgado de lo mercantil y de lo dispuesto en el art. 57.1o L.C.": AAP Tenerife (Sección 4) 07.04.2011 (Auto 46/2011; Rollo 62/2011)

"PRIMERO.- La Caja General de Ahorros de Canarias presentó ante los juzgados de Granadilla de Abona demanda de ejecución hipotecaria contra la entidad Cooperativa Agrícola Nuestra Senora del Carmen (Cocarmen), que había constituido una hipoteca de máximo sobre las fincas que se describen en la certificación registral acompanada con la demanda, en garantía de la devolución de un préstamo en cuenta corriente de un millón de euros.
En el procedimiento iniciado se dictó Auto en fecha 26 de Septiembre de 2.009 despachando ejecución, en cuyo cumplimiento se libró el mandamiento al Registro de la Propiedad, y por la representación de la parte ejecutante se solicitó por tres veces (Noviembre de 2.009, Febrero y Marzo de 2.010) la practica de la diligencia acordada de requerimiento y notificación al ejecutado, lo que no se llevó a efecto hasta el día 8 de Marzo de 2.010, con resultado negativo al estar cerrado el domicilio facilitado por la ejecutante (sede de la entidad ejecutada), no pudiendo accederse al recinto, y no habiendo ninguna persona a la que hacer entrega del requerimiento.
Habiendo presentado por tres veces (Abril, Mayo y Junio de 2.010) solicitud de senalamiento de fecha de subasta sin obtener respuesta alguna del juzgado, por Auto de fecha 1o de Julio (casi un ano después de presentada la demanda ejecutiva) se acordó la suspensión del procedimiento de ejecución por haberse declarado el concurso de la entidad ejecutada en virtud de auto de fecha 23 de Abril de 2.010, dictado por el Juzgado de lo Mercantil de esta provincia.
La parte ejecutante interpuso recurso de apelación contra dicho Auto, que fue desestimado por el de fecha 9 de Septiembre de 2.010, que fue objeto del presente recurso de apelación.
SEGUNDO.- El recurso interpuesto contra el referido auto se basa en la improcedencia de la razón del juzgador a quo para suspender el procedimiento, alegando que los bienes hipotecados de cuya ejecución se trata no estaban afectos a la actividad de la concursada, por carecer la misma de actividad empresarial alguna, al tener sus instalaciones cerradas. Cita en su apoyo una serie de resoluciones, de acuerdo con las cuales los bienes inmuebles hipotecados del concursado no son elementos que integren el inmovilizado afecto a su actividad empresarial. Además, anade la apelante que el auto del Juzgado de lo Mercantil de fecha 23 Abril de 2.010 declaraba que el concurso promovido tenía carácter necesario abreviado al ser el concursado insolvente, anadiendo que el 23 del Abril del presente ano se cumple el plazo de un ano a que se refiere el artículo 56.1 de la Ley Concursal (LC).
TERCERO.- Así, dado que la recurrente despliega todo su razonamiento sobre la afección de los bienes hipotecados, la primera cuestión que se plantea es la de la competencia objetiva para decidir si el objeto de la ejecución hipotecaria está o no afecto a la actividad empresarial o profesional del concursado.
Y a tal respecto es prácticamente unánime la jurisprudencia "menor" de las Audiencias Provinciales, que entiende que quien debe realizar esa calificación es el Juzgado de lo Mercantil (entre otros, Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28-6-2.007, de Madrid de 20-9, 11-10 y de 20-10 de 2.007, de Valencia de 30-10-2.008, de Girona de 12-5-2.009 y de esta misma Audiencia Provincial, autos de 12 de Abril y de 15 de Septiembre, ambos de 2.010, de las secciones Primera y Tercera, respectivamente, así como el de esta propia Sala, de 14 de Julio del mismo ano, Rollo 263/10)
Esa conclusión se basa en las siguientes razones:
-De acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.ter.3o de la L.O.P.J., "los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su ley reguladora. En todo caso la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: (...) Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado".
La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2.003, para la reforma concursal, justifica esta previsión legislativa del siguiente modo: "El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso competencia exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualquier órgano

jurisdiccional o administrativo, así como determinados asuntos que, en principio, son de competencia de los juzgados de lo social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras a la unidad del procedimiento, no deben resolverse por separado". Esa declaración se ha concretado en la redacción dada a los artículos 8, 50, 55 a 57 de dicha Ley, entre otros.
Como se dice en el Auto de 11 de octubre de 2.007 de la A.P. de Madrid (Sección 28): "uno de los principios del proceso concursal regulado en la L.C. es el de la universalidad de concurso, tanto en cuanto a la masa activa, es decir, que la declaración del concurso produce una afectación de todos los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor, tanto los presentes como los futuros, que constituyen la masa activa del concurso (art. 76.1o L.C.), como a la masa pasiva, esto es, declarado el concurso todos los acreedores de deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sea su nacionalidad o domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso (art. 49 L.C.)".
En conclusión, en relación a la catalogación de los bienes ejecutados como afectos a la actividad empresarial o profesional de la concursada o sujetos a una unidad productiva de su titularidad, la afección es una condición que el juez del concurso debe asignar en cada caso en función de las circunstancias concurrentes, tomando en consideración los alegatos de las partes y los antecedentes incorporados a las actuaciones, que han de revelar si se trata de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial o con las necesidades del proceso productivo.
Ahora bien, este principio de universalidad no es absoluto. El propio art. 76 prevé algunas excepciones y también el art. 49 en su inciso final, al afirmar que la integración de todos los acreedores en la masa pasiva del concurso se producirá "sin más excepciones que las establecidas por las leyes". Así, resulta que determinados acreedores pueden ejecutar sus créditos contra determinados bienes del concursado al margen del proceso concursal, como en los casos previstos en el art. 76.3o y en algunos supuestos de los artículos 55 y 56 L.C.
CUARTO.- Respecto de estos créditos con garantía real, el régimen que resulta de la L.C. es que los mismos pueden ser ejecutados, iniciándose los procedimientos de ejecución hipotecaria o continuándose los ya iniciados cunado se declare el concurso, con las especialidades contenidas en los artículos 56 y 57.
Sobre este particular, la Exposición de Motivos de la L.C. dice que "Una de las novedades más importantes de la ley es el especial tratamiento que se dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre los bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre la cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero a la vez se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La formula que combina estos propósitos es la paralización temporal de las ejecuciones en tanto se negocia el convenio (...). Así pues, no se trata de menguar la posición del acreedor hipotecario, sino de hacer efectivos los mecanismos de coordinación previstos en la ley concursal, que implican la paralización temporal de las acciones separadas de aquél en aras del interés general de todos los acreedores y a la subsistencia de la empresa concursada en tanto se analiza su situación y se buscan soluciones negociadas a su precaria situación.
Es por ello, que el criterio de la continuidad de la actividad productiva de la empresa concursada como criterio determinante para acordar o no la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, debe interpretarse de una forma atemperada a la realidad de cada caso, pues si bien la empresas en concurso tiene derecho a usar ese instrumento como único medio al que asirse a fin de obtener una salida menos gravosa para sus intereses económicos, en cambio, en aquellos casos de empresas ya totalmente desahuciadas y sin posibilidad alguna de regenerar su potencial productivo (como parece ser el presente caso, deducido de los datos de la declaración de concurso necesario y del cese de la actividad), cobra mayor relevancia la satisfacción de los créditos privilegiados frente a la posibilidad de acudir al concurso vista como una oportunidad de continuar con la actividad y dar plena o casi plena satisfacción a todos los acreedores.
QUINTO.- En lo que aquí interesa, el art. 56 prevé respecto de los procesos de ejecución hipotecaria ya iniciados al tiempo de declararse el concurso, que se suspenderán desde que dicha declaración conste en el correspondiente procedimiento, cuando la garantía real este constituida "sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, pudiendo reanudarse cuando se apruebe un convenio "cuyo contenido no afecte el ejercicio de ese derecho" o trascurra un ano sin que se produzca la apertura de la liquidación desde la declaración del concurso. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración del concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el presente caso, si bien si bien no se había anunciado aún la subasta, la única razón de ello, según se desprende de los autos, fue por el retraso por parte del órgano judicial, desde que se despachó ejecución el 29 de Septiembre de 2.009 hasta el 8 de Marzo de 2.010, en requerir al ejecutado, y, una vez que resultó negativa la diligencia de requerimiento en esa última fecha, hasta el 1o de Julio de 2.010, en que se acordó la suspensión.
SEXTO.- Por otra parte, la aprobación del convenio (una de la causas que dejan sin efecto la suspensión) implica, entre otras cosas que ya se habrán calificado los bienes y derechos que deban integrar las masas activa y pasiva, con decisión por tanto de qué bienes, de los que puedan ser objeto de ejecución separada por estar garantizados con un derecho real, puedan efectivamente serlo por no estar afectos a la actividad del concursado.
Pero si la aprobación del convenio supone la decisión definitiva sobre la procedencia del levantamiento o no de la suspensión del proceso ya iniciado, resulta obvio que no puede esperarse a ese momento procesal para decidir sobre la oportunidad de la propia suspensión inicialmente. Esta decisión se adopta, como dice el art. 56 antes trascrito, desde que consta en el proceso ejecutivo la declaración del concurso. Y como resulta de la misma norma, el juez de primera instancia debe atender a si los bienes objeto de la ejecución están o no

afectos a la actividad del concursado, pues dicha afección es un presupuesto para la aplicación de lo dispuesto en el repetido art. 56 L.C.
La determinación de la naturaleza de los bienes puede venirle dada al juez de primera instancia por el juzgado de lo mercantil, que ya haya valorado su afección o falta de ella (mediante la adopción de medidas cautelares o en la propia declaración del concurso, por ejemplo, pudiendo las partes interesadas en el concurso promover tal declaración) y a ella estará el juez ante el que se haya planteado la ejecución.
Pero si, como ocurre en el presente caso, no consta que el órgano mercantil se haya pronunciado al respecto, deberá resolverse con los datos que se tengan, sin perjuicio de lo que resulte de la posterior aprobación del convenio en el marco del concurso.
SEPTIMO.- En el supuesto enjuiciado, si bien, como senala el tribunal de primera instancia en el auto recurrido, se pretende el embargo de la finca donde la ejecutada concursada tiene su sede física, lo que significa que se trata de un elemento patrimonial que tiene la entidad para, al menos potencialmente, usarlo en la producción o suministro de los bienes o servicios objeto de su actividad mercantil, lo cierto es que la entidad ejecutada y declarada en concurso no ha sido localizada a efectos del requerimiento de pago, resultando que su sede social se encuentra cerrada y vacía y, aparentemente, sin actividad alguna, según se dice en la correspondiente diligencia negativa; este hecho puede valorarse como presunción de que ha cesado en su actividad empresarial, como ocurre en el supuesto regulado en el art. 363. 1o a, b y c y 2o de la Ley de Sociedades de Capital, para concluir si la empresa se halla en causa legal de disolución.
Por otra parte, frente a la mencionada falta de datos en relación a que los bienes hipotecados pudieran estar a afectos a la actividad empresarial (que se puede presumir inexistente) lo que sí consta indudablemente es su afección a la garantía real hipotecaria de cuya ejecución se trata, por todo lo cual, en definitiva y estando al caso concreto, debe revocarse la resolución apelada, sin perjuicio de lo que eventualmente decida el juzgado de lo mercantil y de lo dispuesto en el art. 57.1o L.C ":AAP Tenerife (Sección 4) 08.04.2011 (Auto 47/2011; Rollo 112/2011)

"PRIMERO.- El Banco de Santander presentó el día 7 de Diciembre de 2.010 ante los juzgados del Puerto de la Cruz demanda de ejecución hipotecaria contra la entidad Tenesur S.A., que había constituido una hipoteca sobre la finca que se describe en la certificación registral acompanada con la demanda, en garantía de la devolución de un préstamo de más de un millón de euros.
Por Auto de fecha 20 de Enero de 2.011 se denegó el despacho de la ejecución por haberse declarado el concurso de la entidad ejecutada en virtud de auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de esta provincia en el procedimiento de concursal seguido con el número 56/2.010, publicado en el BOE de 30 de Diciembre del mismo ano.
La parte ejecutante interpuso recurso de reposición contra dicho Auto, que fue desestimado por el de fecha 8 de Febrero de 2.011, que fue objeto del presente recurso de apelación.
SEGUNDO.- El recurso interpuesto contra el referido auto se basa en la improcedencia de la razón del juzgador a quo para suspender el procedimiento, sobre la base de que los bienes hipotecados de cuya ejecución se trata no están afectos a la actividad de la concursada, siendo necesario un previo pronunciamiento del juzgado de lo mercantil, que si no se ha producido obliga a la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria o, como es el caso, a su iniciación, proponiendo como solución que el juzgado de lo civil se dirija al mercantil antes de resolver sobre la admisión del procedimiento de ejecución instando que éste se pronuncie sobre dicho extremo.
TERCERO.- Así, dado que la recurrente despliega todo su razonamiento sobre la afección de los bienes hipotecados, la primera cuestión que se plantea es la de la competencia objetiva para decidir si el objeto de la ejecución hipotecaria está o no afecto a la actividad empresarial o profesional del concursado.
Y a tal respecto es prácticamente unánime la jurisprudencia "menor" de las Audiencias Provinciales, que entiende que quien debe realizar esa calificación es el Juzgado de lo Mercantil (entre otros, Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28-6-2.007, de Madrid de 20-9, 11-10 y de 20-10 de 2.007, de Valencia de 30-10-2.008, de Girona de 12-5-2.009 y de esta misma Audiencia Provincial, autos de 12 de Abril y de 15 de Septiembre, ambos de 2.010, de las secciones Primera y Tercera, respectivamente, así como el de esta propia Sala, de 14 de Julio del mismo ano, Rollo 263/10, el dictado en el Rollo 112/11.
Esa conclusión se basa en las siguientes razones:
-De acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.ter.3o de la L.O.P.J., "los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su ley reguladora. En todo caso la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: (...) Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado".
La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2.003, para la reforma concursal, justifica esta previsión legislativa del siguiente modo: "El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso competencia exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualquier órgano jurisdiccional o administrativo, así como determinados asuntos que, en principio, son de competencia de los juzgados de lo social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras a la unidad del procedimiento, no deben resolverse por separado". Esa declaración se ha concretado en la redacción dada a los artículos 8, 50, 55 a 57 de dicha Ley, entre otros.
Como se dice en el Auto de 11 de octubre de 2.007 de la A.P. de Madrid (Sección 28): "uno de los principios del proceso concursal regulado en la L.C. es el de la universalidad de concurso, tanto en cuanto a la masa activa, es decir, que la declaración del concurso produce una afectación de todos los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor, tanto los presentes como los futuros, que constituyen la masa activa del

concurso (art. 76.1o L.C.), como a la masa pasiva, esto es, declarado el concurso todos los acreedores de deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sea su nacionalidad o domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso (art. 49 L.C.)".
En conclusión, en relación a la catalogación de los bienes ejecutados como afectos a la actividad empresarial o profesional de la concursada o sujetos a una unidad productiva de su titularidad, la afección es una condición que el juez del concurso debe asignar en cada caso en función de las circunstancias concurrentes, tomando en consideración los alegatos de las partes y los antecedentes incorporados a las actuaciones, que han de revelar si se trata de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial
o con las necesidades del proceso productivo.
Ahora bien, este principio de universalidad no es absoluto. El propio art. 76 prevé algunas excepciones y también el art. 49 en su inciso final, al afirmar que la integración de todos los acreedores en la masa pasiva del concurso se producirá "sin más excepciones que las establecidas por las leyes". Así, resulta que determinados acreedores pueden ejecutar sus créditos contra determinados bienes del concursado al margen del proceso concursal, como en los casos previstos en el art. 76.3o y en algunos supuestos de los artículos 55 y 56 L.C.
CUARTO.- Respecto de estos créditos con garantía real, el régimen que resulta de la L.C. es que los mismos pueden ser ejecutados, iniciándose los procedimientos de ejecución hipotecaria o continuándose los ya iniciados cunado se declare el concurso, con las especialidades contenidas en los artículos 56 y 57.
Sobre este particular, la Exposición de Motivos de la L.C. dice que "Una de las novedades más importantes de la ley es el especial tratamiento que se dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre los bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre la cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero a la vez se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La formula que combina estos propósitos es la paralización temporal de las ejecuciones en tanto se negocia el convenio (...). Así pues, no se trata de menguar la posición del acreedor hipotecario, sino de hacer efectivos los mecanismos de coordinación previstos en la ley concursal, que implican la paralización temporal de las acciones separadas de aquél en aras del interés general de todos los acreedores y a la subsistencia de la empresa concursada en tanto se analiza su situación y se buscan soluciones negociadas a su precaria situación.
Es por ello, que el criterio de la continuidad de la actividad productiva de la empresa concursada como criterio determinante para acordar o no la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, debe interpretarse de una forma atemperada a la realidad de cada caso, pues si bien la empresas en concurso tiene derecho a usar ese instrumento como único medio al que asirse a fin de obtener una salida menos gravosa para sus intereses económicos, en cambio, en aquellos casos de empresas ya totalmente desahuciadas y sin posibilidad alguna de regenerar su potencial productivo (como parece ser el presente caso, deducido de los datos de la declaración de concurso necesario y del cese de la actividad), cobra mayor relevancia la satisfacción de los créditos privilegiados frente a la posibilidad de acudir al concurso vista como una oportunidad de continuar con la actividad y dar plena o casi plena satisfacción a todos los acreedores.
QUINTO.- En lo que aquí interesa, el art. 56 prevé respecto de los procesos de ejecución hipotecaria ya iniciados al tiempo de declararse el concurso, que se suspenderán desde que dicha declaración conste en el correspondiente procedimiento, cuando la garantía real este constituida "sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, pudiendo reanudarse cuando se apruebe un convenio "cuyo contenido no afecte el ejercicio de ese derecho" o trascurra un ano sin que se produzca la apertura de la liquidación desde la declaración del concurso. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración del concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien
o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el presente caso, si bien si bien no se había anunciado aún la subasta, la única razón de ello, según se desprende de los autos, fue por el retraso por parte del órgano judicial, desde que se despachó ejecución el 29 de Septiembre de 2.009 hasta el 8 de Marzo de 2.010, en requerir al ejecutado, y, una vez que resultó negativa la diligencia de requerimiento en esa última fecha, hasta el 1o de Julio de 2.010, en que se acordó la suspensión.
SEXTO.- Por otra parte, la aprobación del convenio (una de la causas que dejan sin efecto la suspensión) implica, entre otras cosas que ya se habrán calificado los bienes y derechos que deban integrar las masas activa y pasiva, con decisión por tanto de qué bienes, de los que puedan ser objeto de ejecución separada por estar garantizados con un derecho real, puedan efectivamente serlo por no estar afectos a la actividad del concursado.
Pero si la aprobación del convenio supone la decisión definitiva sobre la procedencia del levantamiento o no de la suspensión del proceso ya iniciado, resulta obvio que no puede esperarse a ese momento procesal para decidir sobre la oportunidad de la propia suspensión inicialmente. Esta decisión se adopta, como dice el art. 56 antes trascrito, desde que consta en el proceso ejecutivo la declaración del concurso. Y como resulta de la misma norma, el juez de primera instancia debe atender a si los bienes objeto de la ejecución están o no afectos a la actividad del concursado, pues dicha afección es un presupuesto para la aplicación de lo dispuesto en el repetido art. 56 L.C.

La determinación de la naturaleza de los bienes puede venirle dada al juez de primera instancia por el juzgado de lo mercantil, que ya haya valorado su afección o falta de ella (mediante la adopción de medidas cautelares o en la propia declaración del concurso, por ejemplo, pudiendo las partes interesadas en el concurso promover tal declaración) y a ella estará el juez ante el que se haya planteado la ejecución.

Pero si, como ocurre en el presente caso, no consta que el órgano mercantil se haya pronunciado al respecto, deberá resolverse con los datos que se tengan, sin perjuicio de lo que resulte de la posterior aprobación del convenio en el marco del concurso.
SEPTIMO.- En el supuesto enjuiciado se pretende el embargo de la finca urbana propiedad de la ejecutada, Tenesur S.A., designada en la propia escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria como Complejo Hotelero de cuatro estrellas, denominado "Hotel Mirador del Turquesa", sito en la Urbanización Turquesa Playa del Puerto de la Cruz.. De dichos datos cabe presumir que la entidad ejecutada tiene como objeto de su actividad la explotación hotelera, estando vinculado el complejo hotelero objeto de la ejecución a dicha actividad, lo que impide iniciar la presente ejecución de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la LC.": AAP Tenerife (Sección 4) 06.07.2011 (Auto 95/2011; Rollo 286/2011)

3.2 Al Juez de Primera Instancia

AP Oviedo

"TERCERO El objeto del presente recurso se encuentra dirigido por tanto a determinar si la ejecución hipotecaria cuya incoación se solicita puede ser merecedora del privilegio procesal de la ejecución separada, con las consecuencias que le son propias referidas a la atribución competencial al Juzgado de primera instancia del lugar donde radique la finca(Art. 684-1º LEC) así como a la posibilidad que asiste al acreedor de realizar los bienes hipotecados al margen del concurso hasta hacerse cobro de la suma garantizada, con posterior entrega del sobrante a la masa; o si por el contrario se trata de una ejecución que debe ser sustanciada en el seno del proceso concursal con las especialidades previstas en losArts. 56 y 57 L.C., cuestión ésta cuya respuesta, según lo arriba razonado, pasa necesariamente por la premisa de la previa calificación del bien gravado como afecto o no afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado.
En el caso aquí examinado encontramos que la acreedora Caixa Galicia presenta su demanda de ejecución de hipoteca inmobiliaria ante el Juzgado de Primera Instancia de Luarca, lo que plantea como nuevo problema el de dilucidar si aquella calificación deberá realizarla el Juez del concurso o el Juez ante el que se solicita la ejecución pretendidamente separada. Admitiendo que la cuestión es efectivamente dudosa esta Sala se inclina por entender que es a este último a quien le compete adoptar tal decisión por cuanto que es él quien de oficio debe revisar ad limine su propia competencia objetiva para el conocimiento de la ejecución que le es solicitada, según señala elArt. 48 LEC, careciendo en consecuencia de apoyo procesal el que pueda trasladarse dicho pronunciamiento a otro órgano judicial de la misma instancia conforme al criterio que este último pueda mantener al respecto, pues ello resultaría incompatible con el principio de decisión soberana que al primero le incumbe adoptar. Se trata de examinar un presupuesto de su propia competencia acerca del que solo él puede pronunciarse, al modo de lo que ocurre en los procesos declarativos con las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento reguladas en elArt. 391 LEC. Esta solución no resulta por otra parte contraria a la doctrina emanada del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción cuando exige una intervención mínima delJuez del concurso en las ejecuciones separadas (por todas STCJ 22 junio 2009) pues se trata de conflictos planteados entre la Administración Pública y los órganos judiciales, siendo así que lo que aquí se ventila es la competencia entre dos órganos judiciales pertenecientes al orden civil.
No obstante lo anterior, el Juez de primera instancia deberá auxiliarse para la toma de su decisión de las alegaciones que a tal fin deberá recabar de las partes y del Ministerio Fiscal, tal y como establece elArt. 48-3 LEC, en orden a la consideración que merezca el bien hipotecado según lo arriba indicado, resultando asimismo posible que se dirija a la Administración concursal e incluso al Juez del concurso para que le faciliten la información necesaria para formar su decisión. En la demanda ahora presentada por Caixa Galicia ya se señala que el bien hipotecado lo constituye una vivienda y que la concursada es una persona física, circunstancias que parecen excluir el que dicha finca pueda quedar comprendida en la categoría de bien afecto, si bien esta Sala no puede pronunciarse en este momento sobre ello al tratarse de una decisión que le corresponde adoptar al juzgador de primera instancia una vez que haya recabado la audiencia contradictoria de todas las partes en el proceso -pues todavía no se ha dado traslado a ninguno de los demandados para que puedan alegar si en la finca se desarrolla alguna actividad profesional o empresarial de la concursada- y disponga por tanto de toda la información necesaria al respecto, quedando por lo demás sometida su decisión al régimen ordinario de recursos procesales. ":AAP Oviedo 28.06.2010 (JUR 2010/276414; Auto 77/2010; Rollo 90/2010)

4. Bienes no afectos/afectos

AP Madrid

"El problema radica, por lo tanto, en esta apelación en constatar si el bien objeto de la ejecución hipotecaria merecería o no la consideración de bien afecto. La afección es una condición que el juez del concurso debe ir asignando en cada caso en función de las circunstancias que en la práctica resulten concurrentes. En principio, merecería tal consideración si se tratase de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor concursado o con las necesidades del proceso productivo de su empresa (destinado a su uso en la producción o suministro de bienes y servicios).
El juez del concurso afirma en su resolución que el terreno sobre el que se concretaría la actividad de ejecución judicial no se trataría de un bien afecto a la actividad empresarial o profesional de la concursada. Carecemos de datos para contradecir esa consideración, a tenor de la parquedad informativa que se

desprende del expediente que nos ha sido remitido; lo que sí sabemos es que frente al criterio del juez de lo mercantil el alegato crítico de la parte apelante se ha limitado a señalar que debería considerarse bien afecto porque esa finca serviría para proporcionar tesorería a la entidad concursada con la que pagar a sus acreedores. Pero ese no es un criterio que permita la atribución de la condición de bien afecto, pues el hecho de que si se liquida ese bien pueda obtenerse dinero a cambio no significa automáticamente que deba considerarse relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor ni con las necesidades del proceso productivo de su empresa. Muchas entidades venden activos de muy diverso cariz para obtener liquidez y el que se deprendan de estos elementos integrados en su patrimonio para obtener un ingreso extraordinario no implica que por ello, si es que no lo fueren per se, pasasen a ser considerados bienes afectos a su organización profesional o empresarial ni a las necesidades del proceso productivo de su empresa. Por lo que, a falta de mayor información y de argumentos que pudieran resultar más sólidos que los esgrimidos por la apelante, carecemos de base sobre la que poder rebatir el criterio del juez de lo mercantil, que dispone además de la ventaja de conocer el proceso concursal al completo. En consecuencia, debemos respaldar su declaración de no competencia.
SEXTO.- Por otro lado, si se hubiese aprobado, como se da a entender en el escrito de la apelante, un convenio en sede concursal, el cual no obligaría, salvo excepciones (los casos de voto favorable o adhesión), al acreedor privilegiado (artículo 134.2 de la LC), éste podría, por lo tanto, instar la ejecución ante el Juez de Primera Instancia (con competencia para ejecuciones hipotecarias) al no enmarcarse ya la misma en la fase de tramitación, en sentido estricto, del concurso.”: AAP Madrid (Sección 28) 01.02.2013 (Auto 19/2013; Rollo 567/2012)

4.1. Sólo son bienes afectos los integrantes del inmovilizado, destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. No son bienes afectos los inmuebles que una sociedad promotora tiene como existencias para su venta

AP Avila

“TERCERO.-Dos cuestiones parecen abrirse a nuestro examen; en primer lugar es preciso, ex art. 56 de la Ley Concursal, determinar si el bien en liza está afecto a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de la titularidad del concursado y, en segundo,- aunque no se plantea explícitamente en el recurso-, si pese a no estarlo podría seguirse ejecución separada del concurso.
Abordar la primera cuestión no es tarea fácil. El artículo 56 de la Ley concursal fija un tratamiento innovador en orden a la ejecución de garantías reales, respetando la naturaleza del derecho real, partiendo para ello de una distinción fundamental, esto es, si los bienes sujetos a la garantía real son o no bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Si se trata de garantías reales sobre "bienes afectos", la ley prohíbe a los acreedores iniciar la ejecución de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación y para el caso de que la ejecución se hubiera iniciado al tiempo de declarar el concurso ordena que se suspenda, salvo que ya estuvieran publicados los anuncios de la subasta y la ejecución no recaiga "sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". Para el caso de que se trate de bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o una unidad productiva de su titularidad, no serían de aplicación la paralización y suspensión previstas.

La dificultad estriba en el propio término de "afección". Ha de consignarse que esta Sala ha encontrado una definición acorde con su opinión en una reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 26 de Octubre de 2009, que establece: "Dado que el legislador no detalla que debe entenderse por bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, aunque de la dicción literal del artículo 56 parece que debe ser algo distinto a "bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", dado que en otro caso carecería de sentido la excepción que se contempla en el apartado 2ª respecto a la suspensión de las ejecuciones ya iniciadas al momento de declararse el concurso, este Tribunal considera que no cabe una interpretación extensiva de aquel concepto ("afecto") y en tal sentido hace propias las consideraciones expuestas por la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 4ª, Sentencia de 12 de enero de 2006 en orden a que "por bienes del concurso afectos a la actividad profesional o a una unidad productiva de su titularidad, hemos de entender aquellos elementos del patrimonio empresarial destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. Su concepto debe ligarse al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de Contabilidad. Su finalidad es la producción de bienes o prestación de servicios, es decir, servir de forma estable a la actividad de la empresa y se caracteriza también por su carácter duradero pudiendo ser utilizados durante más de un ejercicio económico. Estas características distinguen el inmovilizado de otros activos como las existencias que son bienes o cosas que posee una empresa y están destinados a su venta en el curso normal de su actividad o a ser transformados o consumidos en el proceso productivo. La diferencia entre los elementos del inmovilizado y los de existencias no estriba en sus características físicas sino en la utilización que se pretende hacer de ellos, depende de la finalidad que la empresa pretende dar.... No todos los bienes que contribuyen a la actividad económica de la empresa se consideran afectos a su actividad empresarial, sino únicamente aquellos que forman parte de los medios de producción, los vinculados al proceso productivo. Lo que se quiere evitar es la realización de bienes afectos a los medios de producción, a la infraestructura empresarial, en aras a la continuidad de la actividad empresarial. La interpretación del juzgador a quo es acorde al contenido del precepto redactado en los amplios términos contemplados en el Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002, que extendía la suspensión a las ejecuciones sobre bienes con garantía real, a los del tráfico empresarial

o comercial de la empresa en concurso, a los afectos a la actividad profesional, mercantil o industrial y a los afectos en general al proceso productivo, empero en la LC de 9 de julio de 2003, su art. 56 redujo la paralización de la ejecución exclusivamente a los bienes afectos a la actividad empresarial o unidad productiva".
En este caso, la parte apelante señala que la finca hipotecada es una vivienda destinada a fines particulares, para ser aprovechada y disfrutada de forma personal por sus socios, aunque tal afirmación está huérfana de toda prueba pues, además, consta (pág 95 autos) que los socios tienen su domicilio particular en la calle DIRECCION000 nº NUM001 de esta ciudad de Ávila. Su manifestación de que por tal razón no puede estar afecta a la actividad mercantil de la concursada se contradice con su otra afirmación de que dicha vivienda ha sido empleada como "garantía con la que obtener financiación para el desarrollo del negocio".
En cualquier caso ha de considerarse, conforme a la tesis expuesta con anterioridad que, puesto que, los concursados no han querido vender la vivienda en cuestión como hicieron con las otras cinco del edificio -al menos eso afirma el ejecutante- formará parte del inmovilizado de la empresa y no de sus existencias, ergo estará "afecto" a la infraestructura empresarial y por tanto ha de considerarse "afecto" a su actividad profesional y necesario para su continuidad.
Abunda en esta tesis la afirmación del administrador del concurso quien literalmente señala: "más que bienes afectos a la actividad empresarial, en la dicción del art. 56.1 de la LC, son en realidad bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, en la terminología utilizada por el art. 55.1 segundo párrafo de la LC, el cual posibilita que se siga la ejecución sobre bienes hipotecados siempre que no sean necesarios para la continuidad de la empresa" ": AAP Avila (Sección 1) 14.06.2011 (Auto 31/2011; Rollo 130/2011)

AP Baleares

“PRIMERO.- Dentro del procedimiento de concurso ordinario de la entidad PROMOCIONES BELTRAN SUAU S.L., la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE LAS BALEARES (SA NOSTRA), formuló demanda ejecutiva sobre bienes hipotecados, en base a lo previsto en el artículo 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en reclamación de la cantidad de 449.155.67.- euros y dirigida exclusivamente contra el bien inmueble hipotecado, finca registra1 número 22763 del Registro de la Propiedad número 5 de Palma, alegando que la ejecución hipotecaria ejercitada no habría de quedar afectada por la declaración de concurso por no resultar aplicable al caso la prohibición o plazo de espera establecidos en el artículo 56.1 de la Ley Concursal, en primer lugar, por que la entidad ejecutada carece actualmente de actividad, y en segundo lugar, porque dado que el bien hipotecado constituye y conforma la vivienda o domicilio donde reside o residía del administrador o accionista, no puede tener la consideración de bien afecto a la actividad empresarial al no estar vinculado al proceso
productivo ni a la continuidad de la actividad empresarial.
Antes de proveer sobre la admisión de la demanda de
ejecución, el Magistrado de lo Mercantil dio audiencia a la Administración concursa1 a fin de que emitiera informe sobre si el bien hipotecado cuya ejecución se interesa se encuentran o no afecto a la actividad empresarial o profesional de las concursadas, evacuándose dicho traslado por la Administración Concursa1 manifestando "que la finca hipotecada se halla afecta al objeto social de la concursada constituido, entre otras, por l a explotación de inmuebles de todo tipo". Finalmente el juez a quo por Auto de fecha 17 de abril de
2009, en consideración a que por "bien afecto" hay que entender aquel bien integrado en un unidad productiva o que se sirva de él el deudor para su actividad su actividad empresarial, siendo el objeto social de la mercantil concursada la explotación de inmuebles de todo tipo, concluye que el bien objeto de la ejecución se halla afecto a la dicha actividad de la deudora concursada y en consecuencia acuerda inadmitir a trámite la demanda.
Contra dicha resolución se alza la parte actora, insistiendo en que el referido bien es totalmente ajeno a la actividad y/o explotación de la concursada dada la inexistencia de actividad y por e l hecho de constituir el domicilio particular del administrador y socio de la concursada, alegando a l mismo tiempo falta de motivación de l a resolución recurrida por f a l t a de pronunciamiento expreso sobre la trascendencia de l a actividad o explotación efectiva para considerar un bien afecto, así como que a fecha 27 de abril de 2009 había tenido conocimiento de la s solicitud instada por el deudor de la propuesta anticipada de liquidación, evidenciando da este modo la ausencia de actividad, e1 cierre de la empresa y la inexistencia de trabajadores, por lo que termina suplicando que con estimación
de su recurso se revoque la resolución de instancia, ordenando la continuación del presente procedimiento de ejecución hipotecaria, hasta hacer cumplido pago de todas las responsabilices inherentes al título ejecutado y condenando a
la parte que se opusiera a dicha pretensión, al pago de las costas devengadas en esta alzada.
Por su parte la Administración concursal, evacuando el traslado del recurso de apelación conferido entiende que al haberse presentado una propuesta anticipada de liquidación para la realización de la masa activa por parte del deudor, si bien al momento de presentarse la demanda la ejecución hipotecaria podría haber supuesto obstáculos legales en orden a conseguir una enajenación de la empresa como conjunto unitario, en el momento actual parece que dichos obstáculos se ven removidos, por lo que no formulan oposición al concurso.
SEGUNDO.- La cuestión nuclear a que se contrae esta alzada, no es otra que la dificultad que generalmente conlleva la apreciación de la cualidad de bienes afectos a la actividad empresarial, a los efectos de la procedencia o no de poder llevar a cabo una ejecución separada de los mismos, al margen del procedimiento concursal.
Tal dificultad deriva de que la Ley concursal con carácter general establece el principio de universalidad en la formación de la masa activa, plasmado en el artículo 76 de la Ley, al determinar que se incluyan en la masa

activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y con base a ello, establece en los apartados lº y 2º dos normas básicas en fase de ejecución para el caso
de que haya procedido la declaración del concurso, a saber, la prohibición de nuevas ejecuciones singulares y la suspensión de las ejecuciones pendientes, con la salvedad de determinados supuestos de orden social y de procedimientos administrativos de apremio, en los que se permite la continuación "siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor"
A su vez, el artículo 56 de la Ley concursa1 fija un tratamiento innovador en orden a la ejecución de garantías reales, respetando la naturaleza del derecho real, así como la "par condictio creditorum", partiendo para ello de una distinción fundamental, esto es, si los bienes sujetos a la garantía real son o no bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Si se trata de garantías reales sobre
"bienes afectos", la ley prohíbe a los acreedores iniciar la ejecución de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación y para el caso de que
La ejecución se hubiera iniciado al tiempo de declarar el concurso ordena que se suspenda, salvo que ya estuviera publicados los anuncios de la subasta y la ejecución no recaiga "sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". Para el caso de que se trate de bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o una unidad productiva de su titularidad, no serían de aplicación la paralización y suspensión previstas.
Pues bien, dado que el legislador no detalla que debe entenderse por "bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad", aunque de la dicción literal del articulo 56 parece que debe ser algo distinto a "bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", dado que en otro caso carecería de sentido la excepción que se contempla en el apartado 2ºrespecto a la suspensión de las ejecuciones ya iniciadas al momento de declararse el concurso, este Tribunal considera que no cabe una interpretación extensiva de aquel concepto ("afecto") y en tal sentido hace propias las consideraciones expuestas por la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 4ª, Sentencia de 12 de enero de 2006, en orden a que "por bienes del concurso afectos a la actividad profesional o a una unidad productiva de su titularidad, hemos de entender aquellos elementos del patrimonio empresarial destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. Su concepto debe ligarse al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de Contabilidad. Su finalidad es la producción de bienes o prestación de servicios, es decir, servir de forma estable a la actividad de la empresa y se caracteriza también por su carácter duradero pudiendo ser utilizados durante más de un ejercicio económico. Estas características distinguen el inmovilizado de otros activos como las existencias que son bienes o cosas que posee una empresa y están destinados a su venta en el curso normal de su actividad o a ser transformados o consumidos en el proceso productivo. La diferencia entre los elementos del inmovilizado y los de existencias no estriba en sus características físicas sino en la utilización que se pretende hacer de ellos, depende de la finalidad que la empresa pretende dar. No todos los bienes que contribuyen a la actividad económica de la empresa se consideran afectos a su actividad empresarial, sino únicamente aquellos que forman parte de los medios de producción, los vinculados al proceso productivo. Lo que se quiere evitar es la realización de bienes afectos a los medios de producción, a la infraestructura empresarial, en aras a la continuidad de la actividad empresarial. La interpretación del juzgador a quo es acorde al contenido del precepto redactado en los amplios términos contemplados en el Proyecto de Ley Concursa1 de 23 de julio de 2002, que extendía la suspensión a las ejecuciones sobre bienes con garantía real, a los del tráfico empresarial o comercial de la empresa en concurso, a los afectos a la actividad profesional, mercantil o industrial y a los afectos en general a1 proceso productivo, empero en la LC de 9 de julio de 2003, su art. 56 redujo la paralización de la ejecución exclusivamente a los bienes afectos a la actividad empresarial o unidad productiva".
En el caso resulta que, según se infiere del propio escrito de la Administración concursa1 evacuando el tramite del recurso de apelación interpuesto por la actora, la concursada carece en la actualidad de actividad habiendo formulado una propuesta anticipada de liquidación para la realización de la masa activa, por lo que, aún cuando el bien tuviera inicialmente (y en via de hipótesis) esta condición de afecto la ha perdido en todo caso, pues no olvidemos la apertura de la liquidación implica el cese de la suspensión o paralización y por ende la posibilidad de ejecuciones al margen del concurso. En cualquier caso, y lo que resulta mas relevante, es que no puede subordinarse la determinación de si es o no afecto, a la simple manifestación de que el objeto social de la concursada lo constituye, entre otros 'la explotación de inmuebles de todo tipo", dado que ni se explica ni menos aún se prueba, que el bien objeto de la demanda se emplee efectivamente por el concursado en el ejercicio de dicha actividad, ni siquiera ha sido negada la afirmación que efectúa la parte accionante en orden a que se trata de una vivienda que constituye el domicilio particular del administrador de la concursada, de modo que al no haber sido aportado a los autos datos que revelen que se trata de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial del concursado o con las necesidades del proceso productivo, es obligado concluir que no se hall "afecto" y en consecuencia, estimar el recurso de apelación": AAP Baleares (sección 5) 26.10.2009 (Rollo 425/2009; Auto 213/2009)

"PRIMERO.-Es objeto de controversia en este recurso el determinar si la finca nº NUM000, tomo NUM001, libro NUM002 del Registro de la Propiedad de Inca, sita en la AVENIDA000, es o no un bien afecto a la actividad empresarial de uno de los concursados, copropiedad por mitades indivisas de los cónyuges que solicitan la declaración voluntaria del concurso.
Debemos reseñar los siguientes antecedentes:

1) Los cónyuges D. Geronimo y Dª Reyes solicitaron concurso voluntario en petición efectuada el día 24

de junio de 2.010, y en la memoria presentada se alude a cuatro bienes inmuebles, uno de ellos el antes descrito, y parece ser que no es el domicilio de dichos concursados, pues se indica que lo es otro inmueble, el de la AVENIDA001, si bien en las escrituras presentadas se dice que es el de la AVENIDA000. En auto de 22 de julio de 2.010 se declara el concurso con la modalidad de intervención.

2) El Letrado de la TGSS en escrito presentado solicita del Juez del concurso que declare que el bien de la AVENIDA000 no es necesario para la continuación de la actividad empresarial del deudor, a los efectos de proseguir una ejecución instada por dicho órgano en fecha 29.11.2.006, con anterioridad a la declaración del concurso. Se refiere al embargo de una mitad indivisa de dicho inmueble, y además a un vehículo matrícula.... QJF. La representación de los ahora concursados alega que pese a su condición de vivienda, la titularidad de dicho bien contribuye a la solvencia de la empresa, pues se hipotecó en garantía de un préstamo de Sa Nostra, por lo que dice es un bien necesario para la continuación de la empresa.

3) En el informe de la administración **concursal** se hace constar que se trata de una microempresa personal del Sr. Geronimo dedicada a la construcción, sin empleados, en el que se confunde el patrimonio personal con el empresarial; carece de establecimiento, oficina o explotación propia, en el que el patrimonio personal del deudor se destina a actividades **mercantiles**; la finca rústica de Búger se destina a almacén de enseres de la empresa de construcción, y que sobre el inmueble de AVENIDA000 se constituyó hipoteca para financiar la empresa. La esposar Sra. Reyes es hipotecante no deudor de un préstamo concedido a su marido.

4) En auto de 17.12.2.010 la Juzgadora de instancia declara que el procedimiento de apremio es de fecha anterior a la declaración del concurso, y suspende la ejecución respecto del camión por considerarlo bien afecto a la actividad empresarial, y lo desestima respecto del bien inmueble, al indicar que " el hecho de haber hipotecado en garantía de un préstamo, no lo convierte en necesario para el desarrollo de la actividad", motivo por el cual se le permite a la TGSS la continuación del procedimiento de apremio.

5) Dicha resolución es apelada tanto por la administración **concursal** como por la representación de los concursados en petición que se declare la afección solicitada, por cuanto alegan que la hipoteca no se contrajo para la compra de una vivienda, sino para la financiación de la empresa del concursado, y por ello es un bien necesario para la continuación de la actividad empresarial del deudor, aludiendo a que el plazo de devolución es de cinco años.

6) En el auto ahora recurrido se desestima dicha petición por cuanto es un "bien que no se revela como parte del proceso productivo ni como elemento de éste en el sentido de que prescindiendo de él, la actividad no pudiera desarrollarse".

7) Esta resolución es apelada por la representación del concursado, y como alegaciones más relevantes refiere que la continuación de la ejecución es una excepción al principio general de la suspensión de la misma en atención al principio de autotutela ejecutiva, y por ello ha de prevalecer una interpretación restrictiva del privilegio procesal de la Administración Pública; y que la ejecución supondría un estrangulamiento económico financiero de la sociedad, que impide la venta como un todo de la empresa, si es posible con la continuación de la actividad productiva.

SEGUNDO.-De lo actuado se infiere que el D. Geronimo se dedica a la construcción, carece de empleados, tiene un almacén de los materiales que necesita para su labor en Búger, su esposa no se dedica a dicha actividad, pero con sus bienes contribuye a la financiación de la misma; y que el inmueble de AVENIDA000 de Inca, adquirido por mitades indivisas por dichos cónyuges en el año 1.989, fue hipotecado en garantía de un préstamo a devolver en plazo de cinco años y destinado a la actividad empresarial del Sr. Geronimo, siendo la Sra. Reyes hipotecante no deudor.

Sobre lo que debe entenderse como bien afecto a la actividad, el auto de esta Sala de 19 de abril de 2.010, trata la cuestión, aludiendo a que " *la Ley **concursal** con carácter general establece el principio de universalidad en la formación de la masa activa, plasmado en el artículo 76 de la Ley, al determinar que se incluyan en la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y con base a ello, establece en los aparatados 1º y 2º dos normas básicas en fase de ejecución para el caso de que haya procedido la declaración del concurso, a saber, la prohibición de nuevas ejecuciones singulares y la suspensión de las ejecuciones pendientes, con la salvedad de determinados supuestos de orden social y de procedimientos administrativos de apremio, en los que se permite la continuación "siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". Su finalidad es dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva."*

Seguidamente se indica: " *aunque de la dicción literal del artículo 56 parece que debe ser algo distinto a "bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", dado que en otro caso carecería de sentido la excepción que se contempla en el apartado 2ª respecto a la suspensión de las ejecuciones ya iniciadas al momento de declararse el concurso, este Tribunal considera que no cabe una interpretación extensiva de aquel concepto ("afecto ") y en tal sentido hace propias las consideraciones expuestas por la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 4ª, Sentencia de 12 de enero de 2006, en orden a que "por bienes del concurso afectos a la actividad profesional o a una unidad productiva de su titularidad, hemos de entender aquellos elementos del patrimonio empresarial destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. Su concepto debe ligarse al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de Contabilidad. Su finalidad es la producción de bienes o prestación de servicios, es decir, servir de forma estable a la actividad de la empresa y se caracteriza también por su carácter duradero pudiendo ser utilizados durante más de un ejercicio económico. Estas características distinguen el inmovilizado de otros activos como las existencias que son bienes o cosas que posee una empresa y están destinados a su venta en el curso normal de su actividad o a ser transformados o consumidos en el proceso productivo. La diferencia entre los elementos del inmovilizado y los de existencias no estriba en sus características físicas sino en la utilización*

que se pretende hacer de ellos, depende de la finalidad que la empresa pretende dar.... No todos los bienes que contribuyen a la actividad económica de la empresa se consideran afectos a su actividad empresarial, sino únicamente aquellos que forman parte de los medios de producción, los vinculados al proceso productivo. Lo que se quiere evitar es la realización de bienes afectos a los medios de producción, a la infraestructura empresarial, en aras a la continuidad de la actividad empresarial. La interpretación del juzgador a quo es acorde al contenido del precepto redactado en los amplios términos contemplados en el Proyecto de Ley ***Concursal*** *de 23 de julio de 2002, que extendía la suspensión a las ejecuciones sobre bienes con garantía real, a los del tráfico empresarial o comercial de la empresa en concurso, a los afectos a la actividad profesional,* ***mercantil*** *o industrial y a los afectos en general al proceso productivo, empero en la LC de 9 de julio de 2003, su art. 56 redujo la paralización de la ejecución exclusivamente a los bienes afectos a la actividad empresarial o unidad productiva".*
Conforme a dicho concepto, la titularidad de un bien inmueble, en concreto una vivienda, cuyo destino no se fija con claridad - parece ser no es el domicilio, pues lo es en otra sita en la AVENIDA001 -, ni tampoco un almacén del empresario individual, pero que ha servido para obtener financiación bancaria para el ejercicio de la actividad del concursado, no integra el inmovilizado, ni, por tanto se trata de un bien afecto, tal como acertadamente se señala en la resolución recurrida, al no formar parte del proceso productivo y prescindiendo del mismo la actividad puede seguir desarrollándose. Aunque se parta del hecho de que la ejecución separada se trata de una excepción al principio de universalidad y a la "vis atractiva" del procedimiento concursal, (arts 8 y 49 LC), que como excepción, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, en modo alguno nos puede llevar a considerar como afectos, bienes que no se integran en dicho concepto, como el que nos ocupa, únicamente destinado a obtener financiación para la actividad. No compartimos la interpretación tan extensiva que de dicho concepto tan relativo de afección efectúa la parte recurrente, pues dicho bien no está integrado en el proceso productivo de la empresa individual del demandante, y la posibilidad de una hipotética venta como un todo de la empresa, si es posible con la continuación de la actividad productiva, no lo consideramos aplicable al supuesto enjuiciado de un empresario individual, cuyo principal activo es su trabajo personal, sin empleados, y parece de poca credibilidad una posibilidad de una venta de la empresa. Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución recurrida. “:AAP Baleares (Sección 5) 14.12.2011 (Auto 135/2011; Rollo 474/2011)

AP Las Palmas

“PRIMERO El Banco Popular Español, SA es titular de un préstamo hipotecario, sobre un determinado número de plazas de garaje, otorgado con la Sociedad Anónima Canaria de Obras -S. A C.O.- incursa en concurso de acreedores. Ante el impago de las amortizaciones parciales e intereses pactados el Banco Popular Españo, SA consideró vencida y exigible anticipadamente la obligación de amortización total del préstamo e instó procedimiento de ejecución dineraria sobre bienes hipotecados. Por Providencia de 22 de febrero de 2005 el Juzgado Mercantil no dio lugar a la admisión de la demanda de ejecución sobre bienes hipotecados, de conformidad con el art. 56 de la Ley de Concursal, al estar la entidad demandada en concurso de acreedores, al considerar el iudex a quo que las plazas de garaje hipotecadas son bienes «afectos a su actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva de su titularidad». Contra la referida providencia el Banco actor interpuso recurso de reposición que fue desestimado por el auto de 26 de abril de 2005 recurrido ahora en apelación. El citado auto tomado como base el informe de los administradores concursales, centrado a su vez en lo dispuesto en el art. 27. 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al cual remite el Impuesto de Sociedades, considera las plazas de garaje como bienes afectos a la actividad empresarial de la sociedad mercantil concursada, pues mediante su venta se obtienen rendimientos económicos propios de su actividad empresarial. Además, tales activos son existencias con fin polivalente, en cuanto pueden ser destinadas a la venta, al alquiler o a ser utilizados por la empresa. Aunque inicialmente están adscritas al concepto de existencias pueden ser eventualmente transferidas al inmovilizado de la empresa.
SEGUNDO A juicio del Banco Popular Español, SA, parte apelante, se realiza una interpretación extensiva del art. 56 de la Ley Concursal que perjudica a los acreedores con garantía real, donde la Ley dice «bienes afectos a la actividad empresarial» acaba interpretando el juzgador a quo «bienes que contribuyen a la actividad económica» de la empresa. Bien «afecto» es el destinado con carácter permanente a una actividad empresarial. El Plan General de Contabilidad desarrollado para las empresas constructoras por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de enero de 1993 dice que el inmovilizado «comprende los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa». Así pues en sentido literal (art. 3.1 CC) bienes afectos son los destinados de modo permanente a la elaboración o creación de otros bienes. Atendiendo a un criterio interpretativo sistemático y finalista el verdadero propósito del legislador es la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que venga ejerciendo el deudor (art. 44.1 Ley Concursal). Y a tal efecto el art. 56 LC persigue la subsistencia de los medios productivos de la empresa no afectando la paralización de ejecuciones de garantías reales a los demás bines del concursado.
Considera el Banco apelante que las plazas de garaje hipotecadas no son bienes afectos a la actividad empresarial o a la unidad productiva de la concursada, en cuanto no son bienes destinados con carácter permanente a la elaboración o creación de otros o a la prestación de un servicio, y porque su realización en el procedimiento de ejecución hipotecaria no interrumpe la actividad empresarial del concursado y sólo sustituye su venta en el mercado por su venta en pública subasta. De otro lado, la remisión del auto recurrido al art. 27.1 de la Ley del IRPF es equivocada porque: 1º) este artículo define los elementos patrimoniales afectos a una actividad económica, concepto más amplio que el de bienes afectos a una actividad empresarial o unidad productiva, y que engloba a éste. 2º) El sentido del citado artículo es distinguir los bienes particulares del

contribuyente de los destinados a su negocio. E incluso aplicando indebidamente dicho precepto seguirían sin estar incluidas las plazas de garaje en el concepto de bines afectos a la actividad económica y así resulta de las Resoluciones de la Dirección General de Tributos núms. 1887/2002 de 3 de diciembre, 340/2004 de 29 de noviembre [JUR 2005, 4962] y 2036/2004 de 29 de noviembre [JUR 2005, 4774], y sólo las plazas de garaje destinadas al negocio pueden considerarse elementos afectos a la actividad económica. En definitiva, las plazas de garaje son el producto de la actividad empresarial del concursado, pero no un medio para conseguir dicha actividad lo que únicamente podría ocurrir si se destinaran a estacionamiento de vehículos de la empresa o de su personal solicitando por todo ello se revoque la resolución recurrida declarando, en su lugar, haber lugar a la admisión a trámite de la demanda de ejecución sobre bienes hipotecados, por no ser estos afectos a su actividad empresarial o a unidad productiva de la titularidad de la concursada.
TERCERO Por bienes del concursado «afectos a su actividad profesional o a una unidad productiva de su titularidad «hemos de entender aquellos elementos del patrimonio empresarial destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. Su concepto debe ligarse al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de Contabilidad. Su finalidad es la producción de bienes o prestación de servicios, es decir, servir de forma estable a la actividad de la empresa y se caracteriza también por su carácter duradero pudiendo ser utilizados durante más de un ejercicio económico. Estas características distinguen el inmovilizado de otros activos como las existencias que son bienes o cosas, que posee una empresa y están destinados a su venta en el curso normal de su actividad o a ser transformados o consumidos en el proceso productivo. La diferencia entre los elementos del inmovilizado y los de existencias no estriba en sus características físicas sino en la utilización que se pretende hacer de ellos, depende de la finalidad que la empresa les pretende dar. En el caso de autos sometido a revisión de esta Sala las plazas de garaje hipotecadas por el Banco Popular Español SA, no forman parte del inmovilizado material de la empresa deudora en concurso de acreedores, la Sociedad Anónima Canaria de Obras (SACO), sino de su activo circulante como existencias en cuanto ni se trata de una empresa que tenga por objeto social la explotación de garajes o parking, ni consta estén destinadas al uso de su directivos o empleados. Por el contrario parece claro que el destino de las plazas de garaje propiedad de la concursada es su venta a terceros y por ello se deben incluir entre las existencias y así, de lectura de la escritura de préstamo hipotecario (folio 76), se desprende que el destino del edificio de aparcamientos en construcción objeto de financiación mediante el préstamo hipotecario otorgado por el Banco Popular Español, es su posterior adquisición por los compradores. De otro lado lo que persigue la Ley Concursal es la continuidad de la actividad empresarial del concursado en lo posible (EM y arts. 44 y 100 LC) y para ello es preciso mantener la estructura productiva y de prestación de servicios de la concursada, el inmovilizado material e inmaterial, y al no ser las plazas de garaje hipotecadas bienes afectos a la actividad empresarial, pues no son elementos patrimoniales destinados de manera duradera o estable a la actividad empresarial, a la obtención de bienes o prestación de servicios propios de su tráfico, al no formar parte de su inmovilizado material, quedan fuera del ámbito de influencia del art. 56 de la LC. No todos los bienes que contribuyen a la actividad económica de la empresa se consideran afectos a su actividad empresarial sino únicamente aquellos que forman parte de los medios de producción, los vinculados al proceso productivo. Lo que se quiere evitar es la realización de bienes afectos a los medios de producción, a la infraestructura empresarial, en aras a la continuidad de la actividad empresarial. La interpretación del juzgador a quo es acorde al contenido del precepto redactado en los amplios términos contemplados en el Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002, que extendía la suspensión de las ejecuciones sobre bienes con garantía real, a los del tráfico empresarial o comercial de la empresa en concurso, a los afectos a la actividad profesional, mercantil o industrial y los afectos en general al proceso productivo, empero en la LC de 9 de julio de 2003 su art. 56 redujo la paralización de la ejecución exclusivamente a los bienes afectos a la actividad empresarial o unidad productiva. En su consecuencia, el recurso de apelación del Banco Popular Español, SA ha de ser estimado.”: Auto AP Las Palmas 12.01.2006 (AC 2006\688)

AP Valencia

“PRIMERO. Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona (La Caixa) entabló demanda de ejecución hipotecaria contra la entidad PROVALIN 2000 SL, declarada en concurso voluntario por auto del Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia de fecha 13 de Marzo de 2009, entendiendo que ello no era óbice para la ejecución interesada toda vez que los bienes objeto de garantía hipotecaria no estaban afectos a la actividad empresarial de la concursada ni a una unidad productiva.
El Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia dictó auto de fecha 6-5-2009 denegando el despacho de ejecución al no haber trascurrido un año desde la fecha de declaración del concurso de Provalin 2000 SL debiendo la parte promotora esperar hasta el transcurso de tal plazo.
Se interpone recurso de apelación por la representación de la entidad demandante alegando como motivos (…) 2") la indebida aplicación del articulo 56 y 57 de la Ley Concursal, pues los inmuebles hipotecados no están afectos a la actividad de Provalin debiendo operar a sensu contrario conforme al articulo 56 de la Ley Concursa1 la ejecución hipotecaria, pues no todos los bienes integrantes del patrimonio de una empresa están afectos a su actividad y puede haber bienes como al caso presente no integrados en el inmovilizado que no están afectos a la actividad empresarial, invocando en tal sentido la argumentación jurídica sostenida en la resolución de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 12-1-12006 (secc. 4"), razones por las que interesaba la revocación de! auto por otro que resuelva la admisión a trámite de la demanda ejecutiva y el despacho de la ejecución
SEGUNDO. (…) L, a controversia se ciñe por ende a si los bienes objeto de ejecución real están o no afectos a la actividad empresarial de la concursada, decisión que ha de tomarse en consonancia con las propias circunstancias específicas de cada caso y en relación con la tutela judicial pedida y su trascendencia, la admisión a trámite de una demanda de ejecución hipotecaria ostentando la parte actora el titulo adecuado para

su obtención y dónde tampoco se ha oído a la administración concursal de Provalin 2000 SL. En tal tesitura teniendo en cuenta
de la documentación aportada con la demanda que el objeto social de la entidad concursada es la promoción inmobiliaria, resulta que los bienes objeto de garantía real son viviendas, plazas de garaje y trasteros de una concreta promoción constructiva, promovida por dicha entidad y la misma conforme a la documentación fotográfica aportada está concluida, por tanto ha de entenderse que tales bienes inmuebles no están afectos a la actividad de la sociedad declarada en concurso, pues no son bienes que tengan que permanecer de forma más o menos permanente para que aquella pueda realizar su actividad social o que sean calificados de necesarios para el propio funcionamiento de la actividad social de Provalin, sino son bienes destinados a su venta a terceros y por ende no con la función de permanecer en la sociedad con el fin de mantenerse su propio objeto social, por lo que en igual criterio adoptado por la cita que hace la recurrente del AAP Las Palmas (sec. 4ª) de 12-1-2006, quedan claramente fuera del marco ceñido del artículo 56 de la Ley Concursal y no resulta de aplicación el plazo de espera signado en tal precepto y acordado por la resolución apelada.
Por consiguiente, la razón jurídica para no admitir a trámite la demanda de ejecución hipotecaria presentada, no la comparte esta Sala, debiendo el Juzgado de lo Mercantil caso de concurrir todos los requisitos para el despacho de ejecución acordarlo en tal sentido y sin perjuicio de que en tales trámites deba oírse a la concursada": AAP Valencia (Sección 9) 30.09.2009 (Rollo 514/2009; Auto 373/2009)

"PRIMERO. Banco Popular Español SA compareció en el procedimiento concursal voluntario do ante el Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia de la entidad concursada Corporación Ediport SL instando demanda de ejecución dineraria sobre bienes hipotecados.
El Juzgado de lo Mercantil dictó auto de fecha 23-6-2009 denegando el despacho de ejecución al no haber trascurrido el plazo de un año fijado en el artículo 56 y 57 de la Ley Concursal.
Se interpone recurso de apelación por la representación de Banco Popular SA alegando, en síntesis, el error en la interpretación y aplicación de los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal en cuanto la exigencia del Juez del transcurso temporal, no es de aplicación cuando los bienes perseguidos no se encuentren afectos a la actividad empresarial o productiva de la concursada, razón por la que interesaba la revocación del auto del Juzgado de lo Mercantil por otro que mande despachar la ejecución solicitada.
SEGUNDO. La cuestión que se trae a consideración de esta Sala es jurídicamente idéntica a la resuelta por el Auto de esta misma sección de 30-9-2009, Rollo 514/09, dónde expusimos :
"La controversia se ciñe por ende a si los bienes objeto de ejecución real están o no afectos a la actividad empresarial de la concursada, decisión que ha de tomarse en consonancia con las propias circunstancias específicas de cada caso y en relación con la tutela judicial pedida y su trascendencia, la admisión a trámite de una demanda de ejecución hipotecara ostentando la parte actora el titulo adecuado para su obtención y dónde tampoco se ha oído a la administración concursal de Provalin 2000 SL. En tal tesitura teniendo en cuenta de la documentación aportada con la demanda que el objeto social de la entidad concursada es la promoción inmobiliaria, resulta que los bienes objeto de garantía real son viviendas, plazas de garaje y trasteros de una concreta promoción constructiva, promovida por dicha entidad y la misma conforma a la documentación fotográfica aportada está concluida, por tanto ha de entenderse que tales bienes inmuebles no están afectos a la actividad de la sociedad declarada en concurso, pues no son bienes que tengan que permanecer de forma más o menos permanente para que aquella pueda realizar su actividad social o que sean calificados de necesarios para el propio funcionamiento de la actividad social de Provalin, sino son bienes destinados a su venta a terceros y por ende no con la función de permanecer en la sociedad con el fin de mantenerse su propio objeto social, por lo que en igual criterio adoptado por la cita que hace el recurrente del AAP Las Palmas(sec. 4ª de 12-1-2006)), quedan claramente fuera del marco ceñido del artículo 56 de la Ley Concursal y no resulta de aplicación el plazo de espera signado en tal precepto y acordado por la resolución apelada,".
En el presente caso es de aplicar iguales criterios toda vez que la ejecutada es una promotora inmobiliaria y por tanto las viviendas, plazas de aparcamiento y trasteros objeto de garantía real a favor de la demandante, no pueden calificarse, a tenor del contenido de autos remitido, afectos a su actividad, en cuanto son bienes destinados a la venta a terceros y no con la función de permanecer en la sociedad afectos de cumplir su actividad de forma permanente.
Por consiguiente, la razón jurídica para no admitir a trámite la demanda de ejecución hipotecaria presentada, no la comparte esta Sala, debiendo el Juzgado de lo Mercantil caso de concurrir todos los requisitos para el despacho de ejecución acordarlo en tal sentido y sin perjuicio de que en tales trámites deba oírse a la concursada.": SAP Valencia (Sección 9) 03.02.2010 (Sentencia 42/2010; Rollo 788/2009)

AP Zaragoza

"PRIMERO Frente a la resolución de instancia que estima, con base en elart 56 de la Ley Concursal (LC), que no procede el despacho de ejecución de bienes propiedad de la concursada por tener la condición de bienes afectos a la actividad empresarial de la misma, se alza la recurrente que estima que el razonamiento del Juzgado es erróneo, pues se hace referencia en la resolución recurrida a bienes necesarios para la continuación de actividad empresarial, que es la expresión empleada por elartículo 55.21 LC, que no es de aplicación a las ejecuciones hipotecarias. En segundo lugar, denuncia indebida aplicación delart. 56 de la LC por estimar que los bienes objeto de la ejecución no son afectos, por tanto, es posible la ejecución separada sobre los mismos. La apelada mantiene que el Juez a quo ha realizado una correcta aplicación delart. 56 de la LC por tratarse realmente de bienes inmuebles afectos a la actividad empresarial del deudor.
SEGUNDO Del examen de las actuaciones se desprende que con fecha 5 de febrero el 2009 la entidad Val de Pineta S.L. fue declarada en concurso de acreedores porauto del Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Zaragoza. Con fecha 27 de febrero y ante el mismo Juzgado se presentó demanda ejecutiva estimando que

distintas viviendas y locales de una promoción que se hallaban hipotecados no eran bienes afectos a la explotación, pues ya estaban terminadas y solicitando su realización forzosa. A la vista de que no todos las fincas resultantes de la declaración de obra nueva son objeto de ejecución ha de inferirse que realmente las viviendas y locales se hallan terminados y algunos se han enajenado a terceros.
TERCERO La ejecuciones reales sobre bienes inmuebles presentan algunas de las principales novedades de la LC, frente al criterio tradicional de ejecución separada, según su exposición de motivos Ase respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia.
Sin embargo, en opinión de la doctrina la materialización de tales principios en lo referente a los supuestos de paralización temporal y sus requisitos no se ha conseguido satisfactoriamente por la ley. Así, una de las conclusiones del Primer Congreso Español de la Insolvencia ha sido que: Es necesario, en segundo lugar, precisar el concepto y el régimen de los bienes afectos sobre los que recaiga una garantía real, o ir más allá y establecer que sea el juez quien, en todo caso, y atendiendo al interés del concurso decida si procede o no la iniciación de la ejecución de la garantías.
Sobre esta criticada base legal resulta comprensible que hayan sido varias las posturas adoptadas por los Juzgados y Tribunales.
No obstante la mayoría de los prácticos mantienen, tras varios años de vigencia de la LC, como así se hizo en el Congreso referido, que debe entenderse por bienes afectos los destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa debiendo ligarse su concepto al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de Contabilidad.
Esta parece haber sido también la conclusión de la jurisprudencia más relevante recaída sobre la materia, considerando elauto de la AP de la Palmas (Sección Cuarta) de 12 de enero de 2006 que las inmuebles construidos por la concursada estaban destinados a su venta y eran incluidos con arreglo al PGC dentro de la partida de existencias, sin que conste se destinasen a actividad alguna incluida dentro del objeto social, por lo que estimaron que no eran afectos. Similar criterio aplicó elauto del Juzgado de lo Mercantil Número 4 de Madrid de 14 de enero de 2005, que considera que, pese a no ser el domicilio social de la concursada, el local afectado era el centro fundamental de sus intereses, su oficina y domicilio real estaban allí, estaba incluido en el inmovilizado de la sociedad y era el único activo con valor real de la empresa, por lo que era un bien afecto.
En el mismo sentido y recogiendo la doctrina anterior, elauto de 26 de octubre de 2009 de Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Mallorca ha venido a declarar que no cabe una interpretación extensiva de este concepto (afecto). Por contra, en alguna ocasión se ha estimado, atendiendo a que han de prevalecer criterios económicos o de afección real de los bienes hipotecados a la actividad de la concursada que el hecho de que la promoción no estuviera acabada determina el carácter de efecto del bien, pues sobre ellos ejerce su actividad empresarial(auto del Juzgado de lo Mercantil Número 2 de Barcelona de 15 julio 2008).
Sobre esta doctrina y sin perjuicio de las dudas iniciales expuestas sobre el ámbito del precepto y los requisitos de la afección del bien a la actividad, en el presente caso, el hecho de que se trata de bienes recogidos en la contabilidad de la concursada como existencias, que realmente recoge, pues tal es una de las funciones de la contabilidad, su verdadera finalidad económica, la venta a terceros tras su terminación de los pisos y locales, atendiendo también a que están los inmuebles aptos para su venta y a que no se acredita que en este momento estén destinados a una actividad empresarial de la concursada distinta de su exposición para la enajenación a terceros, ha de concluirse que no se trata de bienes afectos. Por ello, con estimación del recurso, ha de concluirse que pueden ser objeto de ejecución. En definitiva, bien con carácter voluntario por el promotor, bien a través de su enajenación con carácter forzoso mediante el procedimiento de ejecución hipotecaria, se aplicarán los bienes a su destino final en cuanto producto de una actividad empresarial constructiva, su venta a terceros, pues no son el objeto de la actividad empresarial sino, una vez terminados, el resultado de la misma.": AAP Zaragoza (Sección 5) 26.02.2010 (JUR 2010/222502; Auto 112/2010; Rollo 16/2010)

JM-1 Lleida

"Primero.- 1, Conforme al art. 56. Paralización de ejecuciones de garantías reales. 1 Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por

falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Segundo. La jurisprudencia en este ámbito ha marcado las siguienes pautas:
1. No es posible una interpretación extensiva del concepto "bienes afectos".
El art. 56 es una norma limitativa o "restrictiva, que no puede ser objeto de interpretación amplia o extensiva (artículo 4 del CC), sin que legislador haya establecido que, "'el interés del concurso" permita al Juez del concurso adoptar una decisión distinta, como, por ejemplo, si ocurre en materia de resolución contractual (artículo 61 y 62) que viene a configurar un régimen novedoso y en parte excepcional al sistema consagrado en materia de resolución contractual en artículo 1124 del CC, por su subordinación al interés del concurso. (Auto JM núm. 1 Alicante, 23-02-06)
2. En relación con las sociedades concursas promotoras, se debe entender
que por bienes "afectos a su actividad profesional o a una unidad productiva de su titularidad “hemos de entender aquellos elementos del patrimonio empresarial destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. Su concepto debe ligarse al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de Contabilidad. w Su finalidad es la producción de bienes o prestación de servicios, es decir, servir de forma estable a la actividad de la empresa y se caracteriza también por su carácter duradero pudiendo ser utilizados durante más de un ejercicio económico. Estas características distinguen el inmovilizado de otros activos como las existencias que son bienes o cosas, que posee una empresa y están destinados a su venta en el curso normal de su actividad o a ser transformados o consumidos en el proceso productivo. La diferencia entre los elementos del inmovilizado y los de existencias no estriba en sus características físicas sino en la utilización que se pretende hacer de ellos, depende de la finalidad que la empresa les pretende dar". Auto AP Las Palmas, 12-01 -06.
Tercero En este caso, está claro que el objeto social de la concursada es la construcción.... promoción de toda clase de fincas rústicas y urbanas,... así como la compra, venta, permuta y arriendo de toda clase de fincas.
En este caso, lo que tiene es un edificio acabado, que obviamente está destinado a la venta, ya que no consta en modo alguno, que la concursada ni tenga actividad de arrendamiento ni infraestructura para destinar dicho inmueble a tal actividad. Por tanto, teniendo en cuenta la jurisprudencia citada anteriormente, la actividad de la concursa, y la falta de prueba en cuanto a la dedicación a actividad distinta de la mera construcción y promoción de ésta, lo cierto es que forzosamente debe considerarse el bien descrito, finca núm. 7252 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Lleida, como existencia a los efectos concursales. Procede en suma la estimación de la pretensión formulada por la Procuradora Sra. J. en su escrito de 14 de octubre.
PARTE DISPOSITIVA.- Dispongo declarar la NO afectación a la actividad empresarial o mercantil de la concursada (…) APARTAMENTS VILA PARK S.L., la finca (…) “:AJM-1 LLeida 23.11.2009 (Concurso 76/2009)

4.1.1. Las existencias no son bienes afectos, pero sí lo son las materias primas

AP Barcelona

“La posible aplicación del artículo 56, que rechazamos por concepto, vendría también vedada en este caso porque los bienes retenidos no son mercaderías pertenecientes a la concursada, que por estar destinadas al tráfico ordinario no deben ser consideradas como bienes afectos a la actividad empresarial de la deudora, sino sus materias primas, que sí ostentan esa condición.”: SAP Barcelona 5.10.2006 (sección 15) (JUR 2007/145340) (obiter dicta)

4.1.2 Los inmuebles en existencias no son bienes afectos

AP Tenerife (Sección 1)

“PRIMERO.-Frente al Auto del Juzgado de instancia que inadmite la demanda, con fundamento único en el artículo 50 de la Ley Concursal, que establece que no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales contra el patrimonio del deudor, remitiendo a las partes ante el Juzgado de lo mercantil, se alza la parte demandante, que lo es en ejercicio de una ejecución hipotecaria prevista en el artículo 681 de la L.E.C., al entender que no todos los bienes hipotecados por una entidad concursada están afectos a la paralización que ordena el artículo 56 de la Ley Concursal, sino sólo los bienes afectos a la actividad empresarial.
SEGUNDO.-En efecto, entiende esta Sala que, en principio, -y sin perjuicio de lo que se pueda plantear posteriormente por la parte ejecutada-, aparecen los bienes ejecutados como no afectos a la actividad empresarial de GORCON, S.A., pues como inmuebles destinados a la venta, no sirven a la empresa de forma duradera. Se trata, pues, no tanto de elementos que integran el "inmovilizado" cuanto de "existencias" destinadas a la venta, cuya actividad propia de la concursada, se contrae a la promoción inmobiliaria.
Por otro lado, no puede desconocerse que alega la parte ejecutante que, en todo caso, habría transcurrido más de un año desde la declaración al concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación.

TERCERO.-Por todo ello, y partiendo que de las anteriores consideraciones se deduciría "ab initio" la competencia del órgano "a quo" para conocer de la pretensión de la ejecutante, dado aquella última consideración, así como que el artículo 57 de la Ley Concursal contempla la competencia del Juzgado de lo mercantil cuando se trate de ejecución de bienes afectos a la actividad empresarial del deudor, especificando así la norma general contenida en el artículo 8 de la L.C., procede estimar el recurso deducido. “:AAP Tenerife (Sección 1) 12.04.2010 (Auto 92/2010; Rollo 744/2009)

4.1.3 Promociones finalizadas y solar no son bienes afectos

AP Barcelona (Sección 15)

“PRIMERO. La Caixa d'Estalvis de Girona (actualmente Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona) presentó, para su tramitación ante el Juez del concurso de SORODESAN S.L., una demanda de ejecución hipotecaria (conforme a los arts. 681 y ss. LEC) contra dicha deudora hipotecante, a fin de proceder a la enajenación, por los cauces legalmente previstos, de las tres fincas hipotecadas en garantía del préstamo otorgado a la concursada. El auto apelado, tras dar audiencia a la administración concursal para que informara si los bienes hipotecados están afectos a la actividad empresarial de la concursada, decidió someter la pretendida ejecución hipotecaria al plazo de espera que establece el art. 56.1 LC, por entender que se trata de fincas que, en efecto, lo están.
La entidad ejecutante recurre esta decisión reproduciendo los argumentos que adelantó en su demanda inicial, relativos a esta cuestión.
SEGUNDO. 1. A partir de las alegaciones de todas las partes y las declaraciones del auto apelado, dejamos constancia de las siguientes circunstancias fácticas no controvertidas, que son relevantes a efectos de determinar si las fincas hipotecadas están o no afectas a la actividad empresarial de la deudora común:
a) La concursada es una empresa promotora inmobiliaria, que continúa su actividad tras la declaración de concurso (nadie ha alegado que esté inactiva o que haya cesado definitivamente en su actividad).
b) Las fincas hipotecadas son tres: dos viviendas unifamiliares aisladas y una porción de terreno rústico. Las viviendas unifamiliares están terminadas y sobre el terreno rústico no existe ninguna edificación en fase de construcción (nadie ha alegado lo contrario).
c) Los tres inmuebles están contabilizados (lo admite expresamente la administración concursal) en el activo circulante de la sociedad promotora, no como activo inmovilizado, y su destino, a la fecha de la demanda de ejecución, es la venta a terceros.
La demanda de ejecución hipotecaria se presentó a los tres meses de ser declarado el concurso.
La administración concursal sostiene que, con todo, se trata de elementos destinados a la actividad empresarial de la concursada, porque su destino en su venta a terceros con la consiguiente generación de liquidez dineraria, y ello ha de determinar su consideración de activos empresariales vinculados a la explotación. En la postura de la administración concursal pesa la convicción de que la venta de las fincas al margen de la ejecución hipotecaria proporcionaría un valor superior y con ello mayores expectativas de cobro a los acreedores concursales, con el remanente que previsiblemente existirá.
2. El auto apelado, siguiendo el criterio de la administración concursal, consideró que las fincas hipotecadas están afectas a la actividad empresarial de la concursada ya que su destino final, que es la venta y obtención de dinero líquido, forma parte del proceso productivo de la concursada en cuanto empresa promotora inmobiliaria, pues de esta manera se permite su continuación y el desarrollo de su actividad empresarial.
TERCERO. 1. Ante todo hay que admitir que el criterio legal para someter la ejecución de garantías reales al plazo de espera que establece el art. 56.1 LC no es que se trate de elementos o activos "destinados a la actividad empresarial" (de ser así, en un sentido amplio, todos los activos sociales entrarían en el concepto que utiliza el citado precepto), sino que se define por otra cualidad, específica, que indudablemente obliga a una discriminación de activos: ha de tratarse de bienes en los que se reconozca la condición de afectos (no genéricamente destinados) a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad.
No cabe duda que el concepto de bienes afectos a la actividad empresarial se vincula por la LC a la idea de adhesión, cooperación, coadyuvancia, contribución, siempre con vocación de permanencia o estabilidad, más o menos prolongada, a la actividad productiva de bienes o servicios que constituya el objeto de la empresa explotada por el deudor concursado.
2. La Exposición de Motivos de la LC explica el régimen de ejecución de las garantías reales en el contexto concursal, en lo que a su inicio y prosecución respecta, señalando que se quiere respetar la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, "pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que pueden ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso", con ciertas salvedades.
Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales -prosigue la EM de la LC "se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia".

La excepción del plazo de espera se refiere al supuesto de que la garantía real no recaiga sobre bienes del concursado "afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad".
3. En nuestro Auto de 17 de abril de 2009 (Rollo 736/2008) abordamos una controversia similar, referida a la calificación de las fincas hipotecadas como bienes afectos a la actividad empresarial de la concursada, que también en aquel caso era una empresa promotora inmobiliaria.
En aquella resolución consideramos que las fincas hipotecadas reunían esa cualidad de bienes afectos a la actividad empresarial de la deudora por dos razones: la concursada continuaba su actividad empresarial tras la declaración de concurso y las viviendas hipotecadas todavía estaban en fase de construcción. En atención a estos dos factores concluimos que no cabía vincular la ausencia de "afección" de las viviendas a la inexistencia de actividad empresarial y que, por no estar terminado el proceso constructivo, tales elementos inmobiliarios tenían la condición de bienes "afectos" a la actividad empresarial de acuerdo con criterios económicos y con independencia de criterios contables, ya que, aunque su destino final sea la venta, por el momento integraban un activo, el principal, sobre el que se proyectaba la actuación empresarial de la concursada.
En el caso presente, sin embargo, aunque la concursada continúa su actividad, no se da la segunda circunstancia, ya que las dos viviendas están terminadas y la tercera finca es una porción de suelo rústico. Las tres se contabilizan como activo circulante y su destino es la venta a terceros. No puede admitirse, concurriendo estas circunstancias, que se trate de bienes afectos a la actividad productiva de bienes que constituye el objeto de la empresa explotada por la concursada, pues su función y destino no es servir o contribuir de forma más o menos prolongada o permanente al desarrollo de su actividad, como elementos que contribuyen al curso o desenvolvimiento normal de la misma, sino que, terminada la fase productiva, están destinados a la venta. Su función, en definitiva, no es la de permanecer en el patrimonio social con el fin de mantener, posibilitar o contribuir a la actividad empresarial. De ahí que no merezcan la cualidad a que se refiere el art. 56.1 LC para imponer el plazo de espera.”: AAP Barcelona (Sección 15) 19.07.2011 (Auto 125/2011; Rollo 177/2011)

4.2 Tesis contraria: criterio económico: son bienes afectos las existencias y todos los que intervienen en la actividad que constituye el objeto empresarial

AP Jaén

“Primero.-Frente a la sentencia dictada en la instancia, por la cual se desestima íntegramente la demanda formulada, se alza la representación procesal de la entidad demandante, alegando como motivos de impugnación que si bien se encontraría conforme con dicha resolución en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la Ley Concursal, lo cierto es que se basa en las alegaciones vertidas por la demandada sobre que la máquina se encuentra afecta a la actividad productiva, y ello entiende que no ha resultado acreditado y dado el informe presentado por la administración concursal y de la lista del inventario de bienes, la recurrente desconocía que dicha máquina se encuentra afecta a la actividad de la concursada y en todo caso considera improcedente la condena en costas, por lo que interesaba la revocación de la sentencia impugnada y se dicte otra estimando la demanda con imposición de costas a la demandada y subsidiariamente se suprimiese la condena en costas procesales, lo cual no deberá prosperar estimándose totalmente ajustada a derecho dicha resolución en cuanto en efecto y conforme concluye el Juzgador de instancia, cuando se presenta la demanda por incumplimiento de la concursada para la resolución del contrato, no podía resolverse dicho contrato ni tampoco la recuperación del bien pues el artículo 56 de la citada Ley en su párrafo 2º prohíbe, durante un año desde la declaración del concurso sin apertura de la liquidación, lo cual no había transcurrido cuando se interpone la acción por la parte actora, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, las acciones resolutivas de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, y además el bien objeto del arrendamiento financiero, manipuladora excavadora liebre con número de bastidor 1041/36354, era necesaria y se encontraba afecto a la actividad de la concursada, y por tanto conforme a lo dispuesto en el artículo 56.1 de la Ley Concusal no se podrá iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se aprueba un convenio cuyo contenido no afecta al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación, plazo que como hemos indicado no había transcurrido en el presente caso.
Así pues, se trata de un bien efecto y sujeto a la limitación temporal del artículo 56 de la Ley Concursal, como muy bien justifica el Juzgador de instancia, debiendo de tenerse en cuenta al respecto que ello no se trata de una medida dirigida a castigar a determinados titulares crediticios sino a mantener la integridad de la masa activa para asegurar así la actividad profesional o empresarial del concursado, al menos temporalmente, para que no se frustren las posibilidades del convenio que es en principio la solución normal del concurso y buscada por el legislador como medio para alcanzar la satisfacción de los acreedores en los supuestos de insolvencia del deudor común.
Es claro que la justificación que inspira la regla del párrafo primero del artículo 56 citado, en definitiva evitar que el ejercicio de los derechos reales de garantía perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso, explica también la asimilación o equiparación, a estos efectos de las acciones del párrafo segundo, ya que en este caso además se trata de una máquina afecta a la actividad del concursado, estableciéndose en dicho artículo 56 la suspensión de ejercicio de la acción de recuperación, habiendo resultado acreditado en el presente caso que dicha máquina está afecta a la actividad desarrollada y por tanto

es necesaria para la misma, por su propia naturaleza para la continuidad de la actividad empresarial del deudor.
Al respecto se entiende que siempre habrá de tenerse en cuenta como guía la idea del destino del bien. Un bien sería afecto a la actividad profesional o empresarial, o a una unidad productiva del concursado, cuando un bien fuese inseparable del destino, entendido como fin u objetivo de la misma actividad o unidad profesional productiva.
Así pues, en el caso que nos ocupa, se trata de una máquina manipuladora, excavadora, y la actividad empresarial de la concursada es, chatarrería y reciclaje, de lo que es evidente que se deduce su afección y además la empresa sigue activa, y de ello en efecto debió cerciorarse la parte actora a través de los cauces procedimentales que marca la Ley, lo que no realizó, ya que pudo plantear la cuestión ante el Juez del concurso o la administración concursal.
Por todo ello, tras el examen de las actuaciones, esta Sala llega a idéntica conclusión que el Juzgador de instancia, por quien se valoró de forma correcta y pormenorizada la cuestión debatida llegando a conclusiones totalmente racionales y lógicas, que determina por tanto la desestimación del motivo invocado.
Segundo.-Igual suerte desestimatoria debe correr la impugnación relativa al pronunciamiento de costas procesales.
En efecto, con carácter general se mantiene en dicho precepto, artículo 394 de la L.E.C., para los juicios declarativos, el criterio del vencimiento objetivo en materia de costas, con la única excepción de que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho. Así se recoge en el precepto citado, las circunstancias de exoneración que son los supuestos de jurisprudencia y doctrina judicial enfrentada o no pacífica y las dudas fácticas que en atención a las distintas posiciones y versiones a hechos alegados por las partes, generan sería incertidumbre sobre a quien asiste la razón, sea desde motivaciones de justicia intrínseca y de actitud en el proceso, sea por lo defendible jurídicamente de cualquiera de las situaciones impetradas.
Pues bien, aplicados estos criterios al caso que nos ocupa, no concurren las suficientes dudas de hecho y de derecho como para impedir la imposición de las costas procesales y en consecuencia procede confirmar íntegramente la sentencia recurrida, previa desestimación del recurso de apelación interpuesto.”: SAP Jaén (Seción 1) 23.05.2012 (Sentencia 150/2012; Rollo 157/2012)

JM San Sebastián

“UNICO.- La ejecuciones reales sobre bienes inmuebles presentan algunas de las principales novedades de la LC, frente al criterio tradicional de ejecución separada, según su exposición de motivos se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados.
Sin embargo, para poder lograr con seguridad el efecto de la norma es necesario precisar el concepto y el régimen de los bienes afectos sobre los que recaiga una garantía real.
La mayoría de los expertos en la materia partieron de la tesis, en un principio, tras varios años de vigencia de la LC, que debe entenderse por bienes afectos los destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa debiendo ligarse su concepto al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de Contabilidad.
Esta fue también la conclusión de la jurisprudencia recaída en una primera época sobre el particular, considerando el auto de la AP de la Palmas (Sección Cuarta) de 12 de enero de 2006 que las inmuebles construidos por la concursada estaban destinados a su venta y eran incluidos con arreglo al PGC dentro de la partida de existencias, sin que conste se destinasen a actividad alguna incluida dentro del objeto social, por lo que estimaron que no eran afectos.
Similar criterio aplicó el auto del Juzgado de lo Mercantil Número 4 de Madrid de 14 de enero de 2005, que considera que, pese a no ser el domicilio social de la concursada, el local afectado era el centro fundamental de sus intereses, su oficina y domicilio real estaban allí, estaba incluido en el inmovilizado de la sociedad y era el único activo con valor real de la empresa, por lo que era un bien afecto. En el mismo sentido y recogiendo la doctrina anterior, el auto de 26 de octubre de 2009 de Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Mallorca ha venido a declarar que no cabe una interpretación extensiva de este concepto (afecto).
Por contra, en los últimos tiempos, se ha estimado que han de prevalecer criterios económicos o de afección real de los bienes hipotecados a la actividad de la concursada respecto de consideraciones puramente contables y atender para resolver a las circunstancias que concurren en el caso concreto; así, por ejemplo, que el hecho de que la promoción no estuviera acabada determina el carácter de efecto del bien, pues sobre ellos ejerce su actividad empresarial (auto del Juzgado de lo Mercantil Número 2 de Barcelona de 15 julio 2008).
Asimismo señala el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8", de 18.12.2009 (Rollo nurn. 541/09) que
"... A partir de esta premisa, lo primero que hemos de señalar es que una interpretación amplia del concepto de bien afecto en tanto extensible al de existencia, ha de tomar como punto de partida, la expresión de una política económica especifica de la Ley Concursal que se sustenta en la desconsideración, como fin necesario del concurso, del efecto destructivo, sino al contrario, en la preeminencia de las soluciones para el mantenimiento del tejido industrial y comercial y, por tanto, de conservación de la actividad empresarial y profesional, propósito que es relevante porque supera el plano meramente intencional de la Ley para

plasmarse en una expresión positivo- legal específica, del que entre otros es expresión el artículo 44-1 de la Ley Concursal en el que se establece, como principio general, la no interrupción de la actividad por la mera declaración del concurso lo que, sin más argumentos, aporta ya una razón económica para comprender, en el concepto de bien afecto, a los bienes producidos, en definición del Real Decreto 1514/2007, aquellos activos poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación, que en el caso de las promotoras-constructoras, y desde un punto de vista contable (ejemplo de aplicabilidad compatible de normas ajenas a la legislación concursal), lo son las viviendas construidas destinadas a la venta que, en efecto, tienen la consideración de existencias y forman parte del activo circulante de la empresa desde la Orden de 28 diciembre de 1994 sobre Nomas de adaptación del PGC a las empresas inmobiliarias, resolución que si bien fue modificada (BOE 8 de junio de 2001) por la Orden del Ministerio de Economía de 11 de mayo de 2001 por el que se modifican las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Inmobiliarias, no varía tal concepto ya que en la nueva Orden se sigue especificando en el apartado existencias, además de los edificios adquiridos, de los terrenos y solares y de las obras en curso de construcción de ciclo corto y largo, los edificios construidos, disposición de desarrollo contable que, no estando en contradicción con el nuevo sistema contable, en aplicación de la disposición transitoria 5", Desarrollos normativos en materia contable", del Real Decreto 151412007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, entendemos que sigue vigente...", añadiendo la citada Resolución, a los efectos que nos ocupan, que "... Pero es que además, otro factor que contribuye a la extensión del concepto de bien afecto, la aporta la expresión contenida en el párrafo segundo del artículo 56 de la Ley Concursal para evitar la suspensión de las ejecuciones de garantías reales ya iniciadas, categorización de bienes que supone por lo que diremos, una concreción restrictiva del concepto para el caso particular de los procedimientos en los que las actuaciones de ejecución están ya en estadio en el que se ha publicado el anuncio de la subasta del bien afecto. Y es que, en estos casos, la previsión legal que se constituye como excepción de la excepción de no suspensión de ejecuciones sobre bienes afectos se articula respecto de bienes o derechos necesarios prima la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, locución de la que se desprende que bien afecto no puede ser sino una categoría general que comprende, no sólo los bienes que son destinados de modo permanente a la elaboración o creación de otros bienes o a la prestación de un servicio porque estos, debemos entender, son los necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, sino también los activos para ser vendidos, las existencias, lo que nos reconduce a la comprensión de la categoría bien afecto desde una consideración de la empresa, es decir, como estructura económica en los términos que seguidamente desarrollaremos.."

En la misma línea, se puede citar el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3, de 25.2.2010 que viene a indicar que "... Resulta por tanto preciso para que proceda la suspensión de la ejecución hipotecaria ya iniciada, que lo sometido a garantía real sea un bien del concursado afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. La afección es una condición que el juez del concurso debe ir asignando en cada caso en función de las circunstancias que en la práctica resulten concurrentes. Los alegatos de las partes, el informe al respecto de la administración Concursal y los antecedentes aportados a las actuaciones han de revelar si se trata de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor concursado o con las necesidades del proceso productivo...".

Igualmente, en relación con la procedencia de individualizar y el concepto amplio de afección, se puede citar el Auto de 19-7-2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 3, de Vigo que indica que ".....la decisión ha de darse en cada caso concreto, ponderando sus individuales circunstancias. Y en este punto, no podrá negarse que un concurso de una entidad que tiene por objeto social la promoción inmobiliaria, donde su principal activo son las fincas sobre las que se ha constituido préstamo hipotecario, para posteriormente ser destinadas al tráfico con terceros, va más allá del concepto de afección; antes bien, constituye propiamente su actividad, que no ha cesado por decisión del juez del concurso- artículo 44 LC -, y donde la sociedad sigue su tráfico ordinario sin haber solicitado liquidación.", así como el Auto de fecha 20-09-201 1 del Juzgado de lo Mercantil no 1 de Sevilla: ".....teniendo en cuenta que no es descartable la posibilidad de arrendar los bienes como vía para abastecer de fondos a la mercantil y que la venta o alquiler de las fincas son el objeto mismo de la actividad de intermediación que desarrolla la mercantil concursada y a través del cual obtiene recursos, parece que nos encontramos ante bienes destinados a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado y que sirven efectivamente a éste en el ejercicio de su actividad..."

Sobre esta doctrina y sin perjuicio de las dudas que siguen existiendo sobre el ámbito del precepto y los requisitos de la afección del bien a la actividad, en el presente caso se trata de inmuebles pertenecientes a un mercantil cuyo objeto social es "el desarrollo de actividades de promoción y construcción inmobiliaria", que mantiene actividad y tiene aspiraciones de obtener un convenio para salir de la situación concursal; por lo que respecta a los bienes objeto de la ejecución, sin perjuicio de su consideración contable de existencias, el sito en Talavera de la Reina es un terreno con la calificación de suelo urbanizable, esta calificación no hace sino reflejar su verdadera finalidad económica, la venta a terceros cuando, tras el correspondiente proceso urbanístico, se construyan los correspondientes pisos y locales, objeto de los proyectos edificatorios, lo que implica que, atendiendo a que estamos ante suelo apto para su gestión inmobiliaria a través de la correspondiente promoción y construcción de viviendas con los trámites administrativos y urbanísticos previos oportunos, se puede considerar que, aunque no sean propiamente inmovilizado, el destino del bien esta unido a la actividad de la concursada en cuanto que encaminado a la promoción y construcción sobre el mismo, de modo análogo a la transformación de materia prima en producto acabado, por lo cual, en tanto que no se determine si la actividad proyectada se da o no y, en su caso, hasta que esta pueda concluir, ha de considerarse que estamos ante un bien afecto a la actividad de promoción inmobiliaria propia de la concursada, por lo que procede declarar su carácter de afectos.

En lo que respecta al resto de inmuebles sitos en Alcázar de San Juan, la cuestión resultaría más compleja por cuanto que se trata de vivienda terminada y en trámite de comercialización, como indica la concursada, habiendo participado la propia entidad bancaria solicitante en las gestiones de venta. Ello, no obstante, si nos

dejamos guiar por la última línea jurisprudencial, no nos debe llevar a utilizar un estricto criterio contable y considerar que siendo tales viviendas existencias en el puro sentido contable del termino en cuanto que producto terminado y apto para su comercialización, ello eliminaría la consideración de bien afecto y haría a tales activos susceptibles de ejecución separada, por cuanto que el matiz económico de la cuestión y la situación concreta de la concursada nos dice lo contrario.
Como hemos indicado, estamos ante una empresa que sigue desarrollando la actividad que le es propia y que tiene aspiraciones de lograr un convenio y, este respecto, en el informe provisional, dentro del apartado relativo a "circunstancias relevantes que pueden afectar a la ulterior tramitación del concurso", la administración Concursal resalta la importancia de la venta de activos para la continuidad de la concursada: "De lograrse la materialización de la realización de inmuebles afectos a la actividad de promoción inmobiliaria por importes similares a los valores estimados de los mismos, pueden obtenerse recursos necesarios que permitan mejorar la situación financiera, de forma que pudiera lograrse la culminación de un convenio con los
acreedores"; por lo tanto, la administración Concursal liga la continuidad de la actividad a través de la consecución del convenio a la venta a importes rentables similares a los estimados de los bienes afectos a la actividad de la promoción inmobiliaria, donde no cabe duda hay que incluir a estas viviendas, las cuales, siguiendo la línea ya mencionada de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8a, en su Auto de 18.12.2009, ya no cabría catalogarlas simplemente de bienes afectos a la actividad, sino necesarios para la continuidad de la misma (concepto más reducido y, por tanto, inmerso en el más amplio de bienes afectos) desde el momento en que su venta a un precio determinado puede ser determinante de que la concursada pueda continuar con su actividad, algo que es obvio no se conseguirá con la ejecución hipotecaria, la cual no podrá, de ordinario, conseguir la realización del bien por un precio similar al que podría haber estimado la ejecutada para la venta libre.
Por ello, considerando que los bienes están afectos a la actividad de la concursada y que, además, son necesarios para la misma desde el momento en que su realización a través de la ejecución hipotecaria que se quiere continuar podría afectar a las posibilidades de continuidad de la misma, procede desestimar la solicitud formulada.": AJM-1 San Sebastián 10.05.2012 (Concurso 1020/2011)

4.2.1 Son bienes afectos las promociones inmobiliarias en curso

AP Barcelona (Sección 15)

"PRIMERO Fue presentada por el Banco Pastor, SA, para su tramitación ante el Juez del concurso de PROALFA, SL, demanda de ejecución hipotecaria (conforme a los arts. 681 y ss. LECiv) contra dicha deudora hipotecante, a fin de proceder a la enajenación inmediata de las catorce viviendas unifamiliares (sitas en el término de Cardedeu) que conforman el conjunto urbanístico objeto de la hipoteca, constituida en garantía de la financiación concedida por dicho Banco a la concursada, que se dedica a la promoción inmobiliaria, para su construcción. Se admitía en la demanda que la construcción de las viviendas todavía no ha terminado pero se alegaba la inaplicación del plazo de espera establecido por el art. 56.1 de la Ley Concursal dado que, en el decir de la ejecutante, la concursada había cesado en su actividad y en todo caso las viviendas no pueden ser consideradas «bienes afectos» a su actividad empresarial, por no revestir la cualidad de bienes que integran el «inmovilizado», sino que han de ser tratadas como «existencias», ya que su destino es ser vendidas a terceros.
Antes de proveer sobre la admisión de la demanda de ejecución, el Magistrado mercantil dio audiencia a la Administración Concursal y a la concursada para que se pronunciaran sobre la ejecución teniendo en cuenta lo previsto por el art. 56.1 LC. la Administración Concursal evacuó el trámite oponiéndose al inicio de la ejecución hipotecaria por aplicación de dicho precepto. la misma postura mantuvo la concursada PROALFA, SL, que con más detalle afirmó: (a) que el conjunto urbanístico está todavía pendiente de terminación (falta por ejecutar la urbanización de las calles perimetrales, su arbolado y segunda capa de asfalto, señalización vial y escaleras de nuevo acceso a la estación transformadora y repaso general de toda la obra, así como las conexiones de agua, luz y gas); (b) que no ha cesado en su actividad y está realizando gestiones y negociaciones (que concretaba) para poder concluir la obra, ya que el Banco pastor se ha negado a continuar financiando su terminación; y (c) que tiene intención de concluir la obra y proponer a los acreedores un convenio que les permita el cobro de sus créditos y la continuidad de la empresa, lo cual no podría lograrse si se inicia la ejecución hipotecaria.
El Magistrado mercantil, valorando las concretas circunstancias concurrentes y constatando que no se había solicitado por la concursada el cese de su actividad, concluyó que las viviendas en fase de construcción merecen la consideración de bienes afectos a la actividad empresarial de la concursada y por ello impuso el plazo de espera establecido por el art. 56.1 LC, decisión que es combatida por la ejecutante en su recurso.
SEGUNDO Como indica el auto apelado, la Exposición de Motivos de la LC explica el régimen de ejecución de las garantías reales en el contexto concursal, en lo que a su inicio y prosecución respecta, señalando que se quiere respetar la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, «pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que pueden ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. la fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso», con ciertas salvedades. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales ?prosigue la EM de la LC? «se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia».
La excepción del plazo de espera se refiere al supuesto de que la garantía real no recaiga sobre bienes del concursado «afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad». y

entendemos que esta circunstancia no se da en el caso presente, teniendo en cuenta, de un lado, que no hay constancia alguna de que la concursada haya cesado en su actividad empresarial (ésta lo niega y la Administración Concursal no afirma lo contrario), centrada en la promoción inmobiliaria, lo que hemos de aceptar en este inicial estadio cuando menos con referencia a la promoción urbanística objeto de la garantía real, respecto de la cual expone concretas gestiones, negociaciones y posibles soluciones que han de permitir su terminación. No podemos vincular, por ello, la ausencia de «afección» de las viviendas a la inexistencia de actividad empresarial alguna por haber ésta cesado de modo definitivo, y no cabe confundir, en este aspecto, el cese en la actividad empresarial de la compañía promotora inmobiliaria con una suspensión o interrupción temporal de las tareas constructivas de terminación del conjunto urbanístico. de otro lado, está admitido que las viviendas no están terminadas, y que sobre el conjunto inmobiliario se planifica y pretende (con mayor o menor certidumbre) una actuación constructiva efectiva, lo que autoriza a otorgar a esos elementos inmobiliarios la condición de bienes «afectos» a la actividad empresarial de acuerdo con criterios económicos y con independencia de criterios contables, ya que, aunque su destiño final sea la venta, por el momento integran un activó, el principal, sobre el que se proyecta la actuación empresarial de la concursada. Todo lo cual no lo decimos con las prevenciones propias de esta fase inicial de admisión de la demanda ejecutiva, en la que no ha habido fase de plena contradicción y prueba.": AAP Barcelona (Sección 15) 17.04.2009 (JUR 2009/230318; Auto 80/2009; Rollo 736/2008)

JM-2 Barcelona

"PRIMERO Que el artículo 56 de la Ley Concursal dispone que "los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación". En el presente caso la ejecución hipotecaria se dirige contra buena parte de los inmuebles que integran la única promoción de la demandada; y, aun cuando la cuestión suscita serias dudas de derecho, entiendo que los bienes objeto de la demanda de ejecución están afectos a la actividad empresarial de la concursada. La cuestión, al entender de este tribunal, debe analizarse al margen de criterios contables, esto es, deben prevalecer criterios económicos o de afección real de los bienes hipotecados a la actividad de la concursada. Y no ofrece dudas que sobre dichos inmuebles, todavía en fase de construcción, la concursada ejerce su actividad empresarial, por lo que cabe concluir que se trata de bienes afectos. Hay que tener presente que la norma tiene por finalidad comprometer al acreedor hipotecario con la solución convencional, así como preservar los activos de la concursada durante la fase común, lo que garantiza la continuidad del negocio. Y dicha finalidad se satisface, en supuestos como el enjuiciado, considerando los inmuebles en la fase de construcción como bienes afectos a la actividad. Por todo ello, sólo se dará curso a la demanda de ejecución una vez transcurrido el plazo de un año sin que se hubiera producido la apertura ante la liquidación o, en su caso, se aprueba un convenio que afecte al derecho del acreedor hipotecario.": AJM-2 Barcelona 15.07.2008 (JUR 2008/350804; Autos 168/2006)

JM-1 Granada

"En segundo lugar, porque el bien gravado sí debe ser considerado como afecto a la actividad del deudor, de cara al artículo 56 de la LC. No es el momento ahora de tener por cierta la liquidación de al entidad y cerrar toda vía a un convenio que la haga continuar; pero en todo caso, lo cierto es que el bien inmueble no está concluido y listo para su salidas al mercado, no tiene la consideración de existencias de la mercantil, por lo que mantiene su condición de bien afecto: la hipoteca fue concedida precisamente para financiar la promoción ahora detenida, que constituía claramente una concreción del objeto social de la entidad concursada": AJM-1 Granada 29.01.2009 (Concurso 198/2008)

4.2.2 Las promociones finalizadas o inmuebles en stock también son bienes afectos

AP Alicante

"PRIMERO.- La cuestión nuclear, de naturaleza estrictamente jurídica, que - se le plantea a este Tribunal a través del recurso de apelación formulado por La Caixa, es la relativa al significado y alcance de la expresión bienes afectos a la actividad profesional o empresarial que se contiene en el parrafo primero del artículo 56-1 de la Ley Concursal, interpretación que en particular se formula en relación a los bienes producidos por la actividad inmobiliaria de la mercantil concursada, a las viviendas construidas, cuando, como es el caso, están gravadas por una hipoteca ya que, según se afirme o no su condición de e estará diciendo si están o no atados al plazo de enfriamiento.previsto en el precepto apuntado. De manera colateral, y solo para el caso de que el recurso se estimara, quedaría planteada una segunda cuestión, relativa al órgano competente para la ejecución hipotecaria de los bienes no afectos o necesarios para la actividad referida.
El recurrente defiende, en atención a su interés, que los bienes inmuebles hipotecados, en tanto fruto de la actividad inmobiliaria de la concursada, no son bienes afectos pudiendo en consecuencia promoverse la correspondiente acción hipotecaria separadamente del concurso y de forma inmediata. Defiende por tanto la conocida como tesis contable en la interpretación del concepto de bien afecto, sustentándola en la explicación jurídico-contable de bien afecto y, como rgumento sostenedor frente a la tesis funcional, en la seguridad jurídica que dicha interpretación aporta. Defiende en suma, que solo son afectos aquellos bienes que son destinados de modo permanente a la elaboración o creación de otros bienes o a la prestación de un servicio

que, en el caso de las entidades promotoras o constructoras declaradas en concurso, excluye el caso de las viviendas porque no están en realidad, afectas a su actividad empresarial o profesional.
El Juzgado aboga, en la interpretación de que se trata, por la denominada tesis funcional y que llamaremos económica. Los argumentos que despliega el Juzgador a quo constan en dicha resolución y no los reiteraremos aquí ahora salvo para señalar desde ya que es también esta interpretación del artículo 56 de la Ley Concursal aquella por la que se inclinará el Tribunal y que nos llevará a la conclusión de que tampoco a esta exposición es ajena la pretendida versión contable, aunque desde una perspectiva más omnicomprensiva de la ciencia contable.
SEGUNDO.- Ante todo, entiende este Tribunal que su tarea hermenéutica debe efectuarse desde una perspectiva concursal, evitando contaminar la lectura del articulo 56 de la Ley Concursal con principios diversos a aquellos a los que se contrae la legislación concursal o, cuando menos, respecto de aquellos que pudieran ser contradictorios o no adaptables a los específicos cuando hubiera riesgo con ello de desvirtuar o, al menos, de deformar el modelo concursal.
Coincidimos en ello con la Dirección General de los Registros y del Notariado que precisamente, en relación a qué se entiende por bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad, en Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 28 de noviembre de 2007, señaló que se trata de una cuestión de apreciación judicial, a la que no se extiende la calificación registra/, pues no consta registralmente Tal afección del bien a las actividades profesionales o empresariales del deudor, por lo que la valoración va a depender de factores extraregistrales cuya consideración sólo puede apreciarse en vía jurisdiccional, en base a posibles recursos interpuestos por la administración judicial que no se han producido.
A partir de esta premisa, lo primero que hemos de señalar es que una interpretación amplia del concepto de bien afecto en tanto extensible al de existencia, ha de tomar como punto de partida, la expresión de una política económica específica de la Ley Concursal que se sustenta en la desconsideración, como fin necesario del concurso, del efecto destructivo, sino al contrario, en la preeminencia de las soluciones para el mantenimiento del tejido industrial y comercial y, por tanto, de conservación de la actividad empresarial y profesional, propósito que es relevante porque supera el plano meramente intencional de la Ley para plasmarse en una expresión positivo-legal especifica, del que entre otros es expresión el artículo 44-1 de la Ley Concursal en el que se establece, como principio general, la no interrupción de la actividad por la mera declaración del concurso lo que, sin más argumentos, aporta ya una razón económica para comprender, en el concepto de bien afecto, a los bienes producidos, en definición del Real Decreto 1514/2007, aquellos activos poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación, que en el caso de las promotoras-constructoras, y desde un punto de vista contable (ejemplo de aplicabilidad compatible de normas ajenas a la legislación concursal), lo son las viviendas construidas destinadas a la venta que, en efecto, tienen la consideración de existencias y forman parte del activo circulante de la empresa desde la Orden de 28 diciembre de 1994 sobre Normas de adaptación del PGC a las empresas inmobiliarias, resolución que si bien fue modificada (BOE 8 de junio de 2001) por la Orden del Ministerio de Economía de 11 de mayo de 2001 por el que se modifican las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Inmobiliarias, no varía tal concepto ya que en la nueva Orden se sigue especificando en el apartado existencias, además de los edificios adquiridos, de los terrenos y solares y de las obras en curso de construcción de ciclo corto y largo, los edificios construidos, disposición de desarrollo contable que, no estando en contradicción con el nuevo sistema contable, en aplicación de la disposición transitoria 5ª, Desarrollos normativos en materia contable", del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, entendemos que sigue vigente. Pues bien, a esta interpretación adoptada desde una consideración generalista conducen criterios tanto más concretos como el criterio interpretativo que debe proyectarse sobre el articulo 56, el tenor de diversas locuciones contenidas en dicho precepto y la consideración del concepto de estructura económica empresarial como seguidamente desarrollaremos.
TERCERO.- Se ha dicho que conforme al artículo 3-1 del Código Civil, la interpretación del concepto de bienes afectos de be ser restrictiva, argumentándose que el legislador ha querido limitar el concepto a aquellos bienes estrictamente relacionados con la organización profesional o empresarial del deudor concursado. Sin embargo lo cierto es que no solo tal limitación no resulta del precepto sino que lo [que] debe ser interpretado restrictivamente no es el concepto sino los casos de ejecución separada, absolutamente separada, porque rompen con el principio de universalidad contenido en el artículo 76 de la Ley Concursal y con la justificación del planteamiento de un periodo de enfriamiento que,se desgrana en la Exposición de Motivos de la propia Ley Concursal cuando apunta que el paréntesis temporal en la ejecución hipotecaria de determinados bienes ha de servir también a contribuir a soluciones beneficiosas para el conjunto de masa pasiva, criterio de interpretación que nos señala que lo conveniente es que cuando más amplio sea el concepto de bien afecto, mayores restricciones habrá a la fractura del principio de universalidad y a los efectos negativos de exclusión de bienes sobre la masa pasiva.
Pero es que además, otro factor que contribuye a la extensión del concepto de bien afecto, la aporta la expresión contenida en el párrafo segundo del artículo 56 de la Ley Concursal para evitar la suspensión de las ejecuciones de garantías reales ya iniciadas, categorización de bienes que supone por lo que diremos, una concreción restrictiva del concepto para el caso particular de los procedimientos en los que las actuaciones de ejecución están ya en estadio en el que se ha publicado el anuncio de la subasta del bien afecto. Y es que, en estos casos, la previsión legal que se constituye como excepción de la excepción de no suspensión de ejecuciones sobre bienes afectos se articula respecto de bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, locución de la que se desprende que bien afecto no puede ser sino una categoría general que comprende, no sólo los bienes que son destinados de modo permanente a la elaboración o creación de otros bienes o a la prestación de un servicio porque estos, debemos entender, son los necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, sino también los activos para ser vendidos, las

existencias, lo que nos reconduce a la comprensión de la categoría bien afecto desde una consideración de la empresa, es decir, como estructura económica en los términos que seguidamente desarrollaremos
CUARTO.- El fin de la contabilidad no es otro que el informativo sobre la realidad económica y financiera de la empresa, sobre la dimensión y composición de la riqueza o patrimonio, evolución y cambios, el resultado de las operaciones propias de su actividad, así como el proceso de su obtención y la importancia de los factores integrantes de dicho resultado. Para la contabilidad, se elabora un concepto de patrimonio empresarial que se configura por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que constituyen los medios económicos a través de los cuales la empresa cumple sus fines. Por tanto, también desde la perspectiva contable, el patrimonio empresarial es funcional ya que su activo está integrado no solo por los instrumentos de producción -inmovilizado material- sino por el denominado activo circulante o corriente o comercial que está destinado a asegurar el funcionamiento del ciclo "dinero-mercancías-dinero" en tanto que en él se integran aquellos bienes y derechos que permiten la realización de la actividad objeto de la misma que se caracterizan, frente a los elementos de producción en que, a diferencia de estos, para los que se presume una vinculación permanente con la empresa, aquellos están prestos al tráfico normal de la misma. Pero sustantivamente, ambos elementos, no solo se integran bajo ese mismo concepto general, el de activo, definido en el artículo 36-1 -a) del Código de Comercio como el conjunto de bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa... de los que es probable que la empresa obtenga beneficios económicos en el futuro, sino que su finalidad, siendo diversa, pertenece económicamente a un único proceso, el productivo, conformado por la ecuación medios-resultado, realizable o existencias-realización, que es el fin de toda empresa. Dicho de otro modo, el objeto de la empresa se sustenta en la creación de elementos cuya transformación en líquido depende de su venta y que forman parte del ciclo de explotación de la empresa. En conclusión, medios-resultado-realización constituye la estructura económica de toda empresa y de ella no rehúye, como es lógico, la doctrina contable, pues los conceptos de que se nutre no son ajenos a esta ecuación y por tanto son esos los que deben revertirse en el significado concursal que se pretende. Rechazamos por tanto la tesis de que las viviendas resultado de la actividad empresarial de la concursada en ningún caso son un medio para conseguir el mantenimiento dicha actividad o, lo que es lo mismo, que su ejecución hipotecaria no interrumpiría la actividad empresarial de la concursada, pues dado que en el caso los inmuebles objeto de la ejecución solicitada están dispuestos para la venta y por tanto, son existencias de la mercantil concursada derivadas de lo que constituye el objeto empresarial, están destinadas a generar beneficios a la misma, es decir, estamos ante activos empresariales vinculados a la explotación y, por tanto, afectos a la misma ":AAP Alicante (Sección 8) 18.12.2009 (Rollo 541/2009; Auto 182/2009)

AP Barcelona (Sección 16)

"TERCERO. - Tampoco es aceptable la tesis de BBVA según la cual en el supuesto enjuiciado no es aplicable la regulación contenida en el artículo 56 LC toda vez que el inmueble hipotecado a su favor por Habi Block en agosto de 2005 no está afecto a la actividad empresarial de la hipotecante.
Baste advertir que Habi Block es una sociedad mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria, por lo que ningún bien puede considerarse más afecto a su genuina actividad empresarial (promoción y venta a terceros de edificaciones) que una edificación recién construida y puesta en el mercado a fin de obtener con su venta el máximo lucro posible.
Debe significarse en este orden de cosas que, a los efectos de los apartados 1 y 2 del artículo 56 LC, son cosas bien distintas los "bienes del concursado afectos a su actividad empresarial" y "los bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor". Podemos convenir con la recurrente en que la finca hipotecada en agosto de 2005 por Habi Block a favor del prestamista BBVA no resultaba imprescindible para la continuidad de dicha empresa inmobiliaria, pero de ningún modo cabe admitir que ese inmueble (vivienda unifamiliar sita en la Travessera de Dalt 20 de Tordera, finca registral número 6.321) no constituya un bien afecto a la actividad inmobiliaria de la deudora hipotecante, máxime tras la finalización de esa edificación en abril de 2006, a partir de cuyo instante se convirtió en un activo comercial tangible.": AAP Barcelona (Sección 16) 08.07.2011 (Auto 158/2011; Rollo 904/2010)

AP Tenerife (Sección 4)

"Por consiguiente, el primer motivo del recurso, referido a la no vinculación de los bienes hipotecados a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad debe reputarse extemporáneo al no haber sido mencionado en el recurso de reposición previo al de apelación. En todo caso, este tribunal no participa de la tesis que la entidad apelante sostiene en el recurso, pues si la entidad concursada tiene como actividad principal la promoción inmobiliaria, y los bienes hipotecados son unas viviendas destinadas a su venta a terceros, esos bienes, obviamente, entran dentro del circulo de actividades de la empresa y, notoriamente, están vinculados a su actividad. Así se entendió por esta Sala cuando en el Auto número 100/2.009, de 1º de Junio, se señaló que "La finalidad de la suspensión o paralización es la de evitar que desparezcan de la masa activa bienes imprescindibles para la actividad empresarial o profesional del concursado, antes de que el juez y la administración concursal hayan podido conocer su verdadera situación patrimonial, a la par que se pretende que la estructura productiva y de prestación del servicios del concursado pueda seguir funcionando". ":AAP Tenerife (Sección 4) 16.06.2010 (Auto 105/2010; Rollo 192/2010)

JM-1 Alicante

“Segundo.- Son varios, y de no fácil solución, las cuestiones planteadas derivadas del novedoso tratamiento que las garantías hipotecarias tienen en la Ley Concursal, englobadas en lo que denomina " ejecución de garantías reales " (artículos 56 y 57).

El artículo 56 en lo que aquí interesa dice *" 1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación*” y añade *“ 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”*

La ley establece un sistema de paralización de las ejecuciones hipotecarias que no es absoluto, ya que tiene un límite temporal (hasta la aprobación de un convenio cuyo contenido no le afecte, la apertura de la liquidación o en todo caso el transcurso de un año desde la declaración de concurso) y objetivo (solo si recae sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o una unidad productiva de su titularidad) siendo admitido de forma unánime, a sensu contrario, que las garantías sobre los no afectos no están sometidas a paralización o suspensión.

La Exposición de Motivos pone de relieve *que “Una de las novedades más importantes de la Ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. …. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia”* y al comentar la extensión del régimen a otras garantías (acciones de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo y a los cedidos en arrendamientos financieros, siempre que los correspondientes contratos o documentos estén inscritos en los respectivos registros, así como a las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago de precio aplazado) añade que *“ Se ha procurado así permitir planteamientos realistas, que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso”*

Vemos, pues, que no se trata de una medida dirigida a castigar a determinados titulares crediticios sino a mantener la integridad de la masa activa para asegurar así la actividad profesional o empresarial del concursado, al menos temporalmente, para que no se frustren las posibilidades de soluciones globales o comunes en el seno del concurso en la que el convenio es, en principio, la solución normal del concurso y buscada por el legislador como medio para alcanzar la satisfacción de los acreedores en los supuestos de insolvencia del deudor común. Por ello, y en sintonía con lo que ocurre con las deudas de la masa (art 154), se impone un plazo de espera para su ejercicio, pero no limitado, sino hasta alcanzar y aprobar un convenio, ya que cuando se produce la apertura de liquidación ya no entra en juego la limitación, y en todo caso con el tope máximo de un año desde la declaración del concurso

Segundo: Con estos parámetros debemos interpretar el ámbito objetivo de la norma ya que como hemos dicho, sólo quedan paralizadas las ejecuciones hipotecarias (al igual que las demás garantías reales) que recaigan sobre bienes del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o una unidad productiva de su titularidad, sin que el legislador aporte mayores datos sobre qué debe entenderse por tales bienes "afectos", que en todo caso es una categoría más amplia que la de " bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor " contemplada en el artículos 56. 2 LC y que son los únicos que permiten la paralización de la ejecuciones ya instadas en las que se haya publicado los anuncios de subasta.

A la hora de definir tal concepto, que tanta problemática se reconoce en suscita en la práctica judicial, se distingue entre una tesis “contable “, que liga el concepto de afección al contable de inmovilizado del concursado, de manera que excluye a los bienes que integran el circulante, y en concreto a las existencias, y otra tesis “ funcional” entendiendo como “afecto” aquel bien destinado a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado y del que se sirva efectivamente éste en el ejercicio de su actividad, al margen de la catalogación contable

Por la primera tesis se inclina la ejecutante la Caixa (hecho 10), que es la seguida por el AAP de 12 de enero de 2006 que indica *”Por bienes del concursado «afectos a su actividad profesional o a una unidad productiva de su titularidad «hemos de entender aquellos elementos del patrimonio empresarial destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. Su concepto debe ligarse al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de Contabilidad. Su finalidad es la producción de bienes o prestación de servicios, es decir, servir de forma estable a la actividad de la empresa y se caracteriza también por su carácter duradero pudiendo ser utilizados durante más de un ejercicio económico. Estas características distinguen el inmovilizado de otros activos como las existencias que son bienes o cosas, que posee una empresa y están destinados a su venta en el curso normal de su actividad o a ser transformados o consumidos en el proceso productivo. La diferencia entre los elementos del inmovilizado y los de existencias no estriba en sus características físicas sino en la utilización que se pretende hacer de ellos, depende de la finalidad que la empresa les pretende dar. En el*

caso de autos sometido a revisión de esta Sala las plazas de garaje hipotecadas por el Banco Popular Español SA, no forman parte del inmovilizado material de la empresa deudora en concurso de acreedores, la Sociedad Anónima Canaria de Obras (SACO), sino de su activo circulante como existencias en cuanto ni se trata de una empresa que tenga por objeto social la explotación de garajes o parking, ni consta estén destinadas al uso de su directivos o empleados. Por el contrario parece claro que el destino de las plazas de garaje propiedad de la concursada es su venta a terceros y por ello se deben incluir entre las existencias y así, de lectura de la escritura de préstamo hipotecario (folio 76), se desprende que el destino del edificio de aparcamientos en construcción objeto de financiación mediante el préstamo hipotecario otorgado por el Banco Popular Español, es su posterior adquisición por los compradores. De otro lado lo que persigue la Ley Concursal es la continuidad de la actividad empresarial del concursado en lo posible (EM y arts. 44 y 100 LC) y para ello es preciso mantener la estructura productiva y de prestación de servicios de la concursada, el inmovilizado material e inmaterial, y al no ser las plazas de garaje hipotecadas bienes afectos a la actividad empresarial, pues no son elementos patrimoniales destinados de manera duradera o estable a la actividad empresarial, a la obtención de bienes o prestación de servicios propios de su tráfico, al no formar parte de su inmovilizado material, quedan fuera del ámbito de influencia del art. 56 de la LC. No todo los bienes que contribuyen a la actividad económica de la empresa se consideran afectos a su actividad empresarial sino únicamente aquellos que forman parte de los medios de producción, los vinculados al proceso productivo. Lo que se quiere evitar es la realización de bienes afectos a los medios de producción, a la infraestructura empresarial, en aras a la continuidad de la actividad empresarial."

No obstante ello, me inclino por la tesis funcional, como hace el auto de 15 de julio de 2008 del Juzgado de lo Mercantil num 2 de Barcelona, pues no se debe trasladar sin más categorías contables, sino que debe estarse a la realidad económica en cada caso, máxime cuando el propio legislador no parece acogerla en el artículo 29 de la Ley 35/2006, de 28 noviembre 2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas al considerar*" elementos patrimoniales afectos a una actividad económico :a) Los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente.b) Los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad. No se consideran afectos los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, de uso particular del titular de la actividad económica. c) Cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos. En ningún caso tendrán esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros"*

Que no se trata de una categoría a determinar en abstracto y apriorísticamente se desprende asimismo de la RDGRN de 28/11/2007 que afirma que *" La cuestión de si se trata o no de bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad (que son los únicos a los que la suspensión de la ejecución pudiera afectar), es una cuestión de apreciación judicial, a la que no se extiende la calificación registral, pues no consta registralmente tal afección del bien a las actividades profesionales o empresariales del deudor, por lo que la valoración va a depender de factores extrarregistrales cuya consideración sólo puede apreciarse en vía jurisdiccional, en base a posibles recursos interpuestos por la administración judicial que no se han producido".*

Apunta por ello la doctrina que la afección se trata de una cuestión de hecho y debemos estar al caso concreto para determinar cuándo concurre

Tercero.- En el caso presente son datos fácticos relevantes: i) la concursada es una sociedad que tiene por objeto social, entre otros, la construcción, promoción de viviendas, venta de toda clase de inmuebles, incluyendo su explotación en régimen de arrendamiento (doc num 1 de los adjuntados pos la AC, nota registral); ii) las fincas objeto de ejecución hipotecaria forma parte de una promoción en Guadalets que se sobreentiende finalizada; iii) la mercantil concursada continúa su actividad, llevándose a cabo por la admón concursal en régimen de sustitución (art 40LC) en fecha 11 de marzo y 3 de abril de 2009 ventas de otras unidades de esa promoción (doc num 2,3 y 4 de los aportados por la AC) y iv) el concurso se declara por auto de 18/11/2008

A la vista de ello, hay que concluir que los bienes inmuebles cuya enajenación separada se propone sí están afectos a la actividad de la concursada ya que i) la admón concursal no descarta la posibilidad de arrendarlos como vía para abastecer de fondos a la mercantil y ii) son el objeto mismo de la actividad de intermediación que desarrolla la mercantil y a través de los cuales obtiene recursos. Son bienes que por el hecho de estar destinados a la venta no por ello entiendo que no estén afectos a la actividad cuando precisamente ésta consiste en su venta y mediante ellos, o mejor dicho de la negociación con ellos, es con lo que la sociedad concursada obtiene sus ingresos. Si desaparecen –por su agresión individualizada hipotecaria- lo que se provoca es la imposibilidad de continuación de esa actividad propia de la sociedad concursada (que se mantiene, art 44LC) y frustrar, o al menos dificultar, posibles soluciones comunes o globales en sede concursal, inclusive vía art 155.2 al que se remite el art 56.3 LC

Así parece deducirse del Auto de la AP de Alicante Seccion 6ª de 4/4/2008 citado por el banco ejecutante que omite el pasaje en el que se viene a decir (en un caso de ejecución hipotecaria de una finca de una promotora en concurso) que dicho bien sigue afecto a lo que es el desarrollo de su objeto social

Por tanto, y no habiendo transcurrido ni acontecido los momentos y actos previstos en el art 56.1 LC no cabe iniciar la ejecución hipotecaria separada ":AJM-1 Alicante 07.05.2009 (Incidente 382/2009; Auto 118/2009)

"PRIMERO.-Dispone el Art. 56.1 de la L.Co que los acreedores con garantía real sobre los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

En interpretación de tal precepto, señala el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3ª, de 25.2.2010 [JUR 2010/155403] que "... Resulta por tanto preciso para que proceda la suspensión de la ejecución hipotecaria ya iniciada, que lo sometido a garantía real sea un bien del concursado afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. La afección es una condición que el juez del concurso debe ir asignando en cada caso en función de las circunstancias que en la práctica resulten concurrentes. Los alegatos de las partes, el informe al respecto de la administración concursal y los antecedentes aportados a las actuaciones han de revelar si se trata de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor concursado o con las necesidades del proceso productivo...".
Asimismo señala el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 18.12.2009 [Rollo nº 541/09] que "... A partir de esta premisa, lo primero que hemos de señalar es que una interpretación amplia del concepto de bien afecto en tanto extensible al de existencia, ha de tomar como punto de partida, la expresión de una política económica específica de la Ley Concursal que se sustenta en la desconsideración, como fin necesario del concurso, del efecto destructivo, sino al contrario, en la preeminencia de las soluciones para el mantenimiento del tejido industrial y comercial y, por tanto, de conservación de la actividad empresarial y profesional, propósito que es relevante porque supera el plano meramente intencional de la Ley para plasmarse en una expresión positivo- legal específica, del que entre otros es expresión el artículo 44-1 de la Ley Concursal en el que se establece, como principio general, la no interrupción de la actividad por la mera declaración del concurso lo que, sin más argumentos, aporta ya una razón económica para comprender, en el concepto de bien afecto, a los bienes producidos, en definición del Real Decreto 1514/2007, aquellos activos poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación, que en el caso de las promotoras-constructoras, y desde un punto de vista contable (ejemplo de aplicabilidad compatible de normas ajenas a la legislación concursal), lo son las viviendas construidas destinadas a la venta que, en efecto, tienen la consideración de existencias y forman parte del activo circulante de la empresa desde la Orden de 28 diciembre de 1994 sobre Normas de adaptación del PGC a las empresas inmobiliarias, resolución que si bien fue modificada (BOE 8 de junio de 2001) por la Orden del Ministerio de Economía de 11 de mayo de 2001 por el que se modifican las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Inmobiliarias, no varía tal concepto ya que en la nueva Orden se sigue especificando en el apartado existencias, además de los edificios adquiridos, de los terrenos y solares y de las obras en curso de construcción de ciclo corto y largo, los edificios construidos, disposición de desarrollo contable que, no estando en contradicción con el nuevo sistema contable, en aplicación de la disposición transitoria 5ª, Desarrollos normativos en materia contable", del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, entendemos que sigue vigente...", añadiendo la citada Resolución, a los efectos que nos ocupan, que "... Pero es que además, otro factor que contribuye a la extensión del concepto de bien afecto, la aporta la expresión contenida en el párrafo segundo del artículo 56 de la Ley Concursal para evitar la suspensión de las ejecuciones de garantías reales ya iniciadas, categorización de bienes que supone por lo que diremos, una concreción restrictiva del concepto para el caso particular de los procedimientos en los que las actuaciones de ejecución están ya en estadio en el que se ha publicado el anuncio de la subasta del bien afecto. Y es que, en estos casos, la previsión legal que se constituye como excepción de la excepción de no suspensión de ejecuciones sobre bienes afectos se articula respecto de bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, locución de la que se desprende que bien afecto no puede ser sino una categoría general que comprende, no sólo los bienes que son destinados de modo permanente a la elaboración o creación de otros bienes o a la prestación de un servicio porque estos, debemos entender, son los necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, sino también los activos para ser vendidos, las existencias, lo que nos reconduce a la comprensión de la categoría bien afecto desde una consideración de la empresa, es decir, como estructura económica en los términos que seguidamente desarrollaremos..".
SEGUNDO.-Atendiendo a dicha doctrina, del examen de la documentación unida al presente proceso concursal resulta que la concursada carece de actividad empresarial alguna que permita sostener que la vivienda y demás anexos [-único activo de la concursada-] aparecen como afectas a la actividad desarrollada por la deudora, por la poderosa razón de que finalizada la vivienda y no acreditado el inicio de ninguna otra promoción, la concursada no realiza actividad alguna incluida en su objeto social.
Pero siendo ello cierto dicha vivienda terminada supone una existencia contable y financiera de la concursada, lo que obliga a tener por necesario dicho bien, en cuanto su realización podría determinar [al menos teóricamente-] la posible continuación de la actividad empresarial de la concursada; situación que sólo se mantendrá en tanto no se acuerde la liquidación concursal o transcurra el año desde la declaración concursal [-que se producirá el 15.3.2012-], sin que la apertura de aquella liquidación [-al igual que la aprobación de un convenio que no le afecte-] impida el derecho de ejecución separada ante este Juzgado Mercantil que asiste a la entidad acreedora, en cuanto ejercida demanda de ejecución de modo previo a la preclusión dispuesta en el art. 57.3 L.Co.. ": AJM-6 Madrid 30.01.2012 (Concurso 95/2011)

4.2.3 Inmuebles contabilizados como existencias pero en explotación mediante arrendamiento

AP Tenerife (Sección 4)

"PRIMERO. (…) 2. La mencionada entidad ha interpuesto el presente recurso en el que señala que "las cuestiones jurídicas objeto de discusión en este recurso a resolver por las Sala son" las tres siguientes:
(i) La primero, relativa a lo que debe entenderse por bien afecto a la actividad empresarial o profesional conforme dispone el art. 56.1 de la LC; al respecto sostiene que de acuerdo con el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 12 de enero de 2006, por bienes afectos hay que entender aquellos ligados a su inmovilizado, como los define el Plan General de Contabilidad, es decir, bienes

destinados a servir de forma duradera a la actividad de la empresa, mientras que los demás bienes -existencias-son los destinados a la venta en el curso normal de la actividad. En este caso y teniendo como objeto la sociedad concursada la promoción inmobiliaria, las fincas hipotecadas son viviendas urbanas destinadas a su venta e integran EXISTENCIAS Y NO INMOVILIZADO, por lo que no cabe conceptuarlas como bien afecto a la actividad empresarial. (…)
TERCERO.-1. La cuestión que verdaderamente integra el objeto del proceso (la calificación de los bienes del concursado gravados con garantía hipotecaria como afectos a la actividad y explotación empresarial a los efectos de los arts. 56 y 57 de la LC) no es pacífica en el supuesto de que se trate de fincas urbanas construidas o promovidas por el concursado para destinarlas al tráfico inmobiliario que integra su actividad empresarial, y ha dado lugar a algunas resoluciones no coincidentes en nuestros tribunales; así por ejemplo, algunos siguen un criterio puramente contable (como el del auto en el que se apoya la entidad apelante), y consideran que se trata de bienes no afectos al tener la calificación contable de existencias y no de inmovilizado; otras resoluciones (por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de abril de 2009) se atienen a otros criterios y sobre la base de que se trata de fincas en construcción, los considera no afectos a la actividad.
2. En realidad, la determinación de ese carácter no debe establecerse de una forma apriorística y sobre la base de rígidos esquemas formales o contables, sino en función de las circunstancias de cada caso.
En el presente y según considera la Sala, el auto resuelve adecuadamente la cuestión al considerar afectos a la actividad las fincas cuya ejecución se pretende si se tiene en cuenta, por un lado, que la entidad concursada tiene también como objeto la explotación de bienes inmuebles; por otro lado y según ha informado la administración concursal, que los bienes se encuentra arrendados y sujetos a este específico régimen de explotación; finalmente, que son el objeto mismo de la actividad de intermediación que desarrolla la entidad mercantil y a través de los cuales obtiene recursos.
Sobre esta base debe entenderse que se trata de bienes afectos a la actividad empresarial y, por tanto, sujetos al régimen establecido en el arts. 56 y 57 de la LC a los efectos de la ejecución hipotecaria, tal y como también concluye la resolución apelada. “:AAP Tenerife (Sección 4) 28.04.2010 (Auto 67/2010; Rollo 153/2010)

4.2.4 Cualquier bien del activo de la sociedad es, por definición, bien afecto

AP Baleares

“PRIMERO En fecha 14 de enero de 2009 Caixa d?Estalvis i Pensions de Barcelona interpuso demanda de ejecución dineraria hipotecaria contra Mallorca Promotions And Resorts SL con base en un contrato de cuenta de crédito hasta un importe de 96.000 euros y de una cantidad de 21.400 euros fijados para costas, con garantía hipotecaria, que se constituyó sobre cuatro aparcamientos sitos en el tercer sótano de la C/ Joan Miró nº 149, habiendo dejado de abonar, la entidad demandada, las cuotas de vencimiento septiembre de 2008 y sucesivas.
En fecha 31 de marzo se recibió comunicación del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma por la que ponía en conocimiento del Juzgado que en fecha 26 de marzo Mallorca Promotions And Resorts SL había sido declarada en concurso voluntario.
Por providencia de 3 de abril de 2009 se acordó dirigir oficio al Juzgado de lo Mercantil nº 1 para que informase acerca de si inmuebles objeto de la ejecutoria están afectos a la actividad mercantil de la aquí ejecutada.
Los administradores concursales de Mallorca Promotions And Resorts SL contestaron afirmativamente.
Porauto de 20 de octubre de 2009 se acordó suspender la ejecución hipotecaria por la declaración de concurso de la entidad deudora, hasta que se apruebe judicialmente el convenio o, en otro caso, hasta el 26 de marzo de 2010 si antes no se ha producido la apertura de la liquidación concursal prevista en losartículos 142 y siguientes de la Ley Concursal.
La expresada resolución constituye el objeto del presente recurso de apelación, al haber sido impugnada por la entidad ejecutante Caixa d?Estalvis i Pensions de Barcelona.
SEGUNDO Dispone elartículo 56 de la Ley de Concursal :
"1. Los acreedores con garantia real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
2.- Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bienes o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.".
Resulta por tanto preciso para que proceda la suspensión de la ejecución hipotecaria ya iniciada, que lo sometido a garantía real sea un bien del concursado afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad.

La afección es una condición que el juez del concurso debe ir asignando en cada caso en función de las circunstancias que en la practica resulten concurrentes. Los alegatos de las partes, el informe al respecto de la administración concursal y los antecedentes aportados a las actuaciones han de revelar si se trata de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor concursado o con las necesidades del proceso productivo.
La administración concursal dispone de la contabilidad de la ejecutada y conoce la actividad que desarrolla y si bien el informe emitido por los administradores concursales ha sido escueto, el mismo expresa claramente que los bienes hipotecados están afectos a la actividad empresarial de la concursada.
La actividad de Mallorca Promotions and Resorts SL es la de promoción inmobiliaria y los cuatro aparcamientos forman parte del activo de la persona jurídica concursada que, como sociedad mercantil que es, tiene por definición afectos sus bienes al desarrollo de su objeto social.
No se trata de desconocer la protección legal de que goza el acreedor hipotecario por la tenencia de una garantía real, sino de hacer efectivos los mecanismos de coordinación que ha previsto laley concursal (art. 56.2), que suponen una mera paralización temporal de la acción separada de aquél en aras al interés general de todos los acreedores y a la subsistencia de la empresa concursada en tanto se analiza su situación y se buscan salidas razonables para ésta, ya sea el convenio, ya sea su ordenada liquidación.
TERCERO Los razonamientos hasta aquí expuestos determinan la desestimación del presente recurso de apelación y la confirmación de la resolución de instancia, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada, de acuerdo con lo dispuesto en losartículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”: AAP Baleares (Sección 3) 25.02.2010 (JUR 2010/155403; Auto 38/2010; Rollo 35/2010)

4.3 Vivienda habitual del concursado no es bien afecto

“ La parte instante reclama la suspensión de un procedimiento hipotecario seguido ante los Juzgados de Manresa al amparo del artículo 56 de la Ley Concursal, dicha medida es procesal y materialmente inviable en el supuesto de autos dado que el redactado del artículo 56 permite la paralización de las ejecuciones hipotecarias cuando los bienes estén afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva, circunstancias que no concurren en el caso de autos ya que la hipoteca recae sobre la vivienda habitual. Por otro lado el planteamiento de la suspensión debe efectuarse ante el Juzgado que sigue la ejecución singular. Todo ello sin perjuicio de la comunicación que se haga al juzgado de referencia respecto de la declaración de concurso.” : Auto JM-3 Barcelona de 29-12-2004 (AC 2005/161)

“La garantía hipotecaria está constituida sobre el domicilio particular de la concursada, por tanto, sin que conste que éste esté afecto a su actividad profesional, ni pueda presumirse tal condición, habida cuenta de la naturaleza y destino de tal inmueble. De suerte que, como se ha indicado, ninguna eficacia tendrá su declaración de concurso sobre la ejecución hipotecaria ya iniciada, por quedar el bien ajeno al ámbito propio de incidencia de tal declaración, de conformidad con los apartados primero y segundo del artículo 56 LC, lo que determina que no haya lugar a suspender el procedimiento de ejecución seguido.”: Auto JPI-13 Bilbao 07.04.2006 (JUR 2006/126462)

“ÚNICO.- Recurre la representación de D, Juan Ramón Díaz Polledo la providencia de fecha quince de diciembre de 2006 por la que se deniega la petición de suspensión de la subasta instada por Caja de España de Inversiones sobre la vivienda en donde se encuentra su domicilio habitual, entendiendo que pese a que la subasta se llegó a celebrar y al no comparecer ningún postor se adjudicó a la ejecutante, es importante que esa vivienda que constituye su principal activo patrimonial pase a integrar la masa activa del concurso para poder servir de pago al resto de acreedores.
A este respecto debe señalarse que el artículo 8.3° de la ley Concursal, en linea con lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atrihuye al Juez del
concurso el conocimiento de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado". Ahora bien, dicha norma, que establece un principio general, debe ponerse en relación con los preceptos de la Ley Concursal que regulan la incidencia del concurso sobre las ejecuciones y, en concreto, con los artículos 55, 56 y 57. Dichos preceptos, de hecho, en aparen1e contradicción con el principio general del artículo 8.3°, excluyen determinadas ejecuciones de la competencia de] Juez del concurso, como acontece con las ejecuciones laborales y los procedimientos administrativos de apremio a los que alude el artículo 55.1º apartado segundo, así como con las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes del concursado que no estén afectos a la actividad empresarial o a una unidad productiva. Así, el artículo 57.1º establece una norma de competencia objetiva, al atribuir al Juez del concurso únicamente el conocimiento de los acciones y ejecuciones a las que alude el artículo 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse y seguirse ante los Juzgados de Primera Instancia.
En el presente caso de las propias manifestaciones del concursado se deduce que no ejerce actividad eccnómica alguna, que el bien subastado en ejecución de la hipoteca que sobre él pesaba, constituye su vivienda habitual y, en consecuencia, que no se halla afecta a una actividad empresarial o profesional.
El embargo sobre el mismo se había acordado con antelación a la declaración de concurso y se trata como ya se dijo de la consecuencia de una ejecución hipotecaria que gravaba la propia vivienda. Por consiguiente no procede reponer la providencia en su día dictada.”: Auto JM-1 Oviedo 20.02.2007 (Concurso 200/2006)

4.4 Bien destinado a una actividad distinta de la que constituye el objeto de la concursada

4.4.1 Domicilio de la madre del gerente

“1°) El bien hipotecado- la finca registral No.2.344 - se trata de una vivienda ocupada al parecer por la madre del gerente de la concursada, no es el lugar donde desarrolla su actividad la mercantil deudora, ni tampoco es su domicilio social, que consta sito en Partida de Algorós. Polígono 2. Nave 6 A,45.
Se trata de un propiedad inmobiliaria de la concursada, empresa dedicada a la actividad de calzado, que no entra dentro del concepto de "afección"', en un sentido funcional, entendiendo como "afecto" aquel bien sujeto a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado y que se emplee efectivamente por éste en el ejercicio de esa. actividad. No vale cualquier actividad sino la propia y específica a la que se dedica el concursado. Por ello no considero argumento sólido para afirmar esa afección decir (como mantiene la admón. concursal) que se trata de un bien afecto a la actividad empresarial de arrendamiento de inmuebles, ya que esa no es la actividad empresarial de la concursada, dedicada a la actividad zapatera. Entenderlo de otro modo equivaldría a ampliar tanto ese requisito hasta el punto de que todo estaría afecto, por lo que no habría lugar nunca a la ejecución fuera del plazo de espera. Además de ello, no hay ni siquiera indicio sólido en este incidente de que efectivamente exista tal arrendamiento, y por ende de esa "actividad inmobiliaria sobrevenida": Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

4.4.2 Apartamento turístico en Canarias comprado por constructora salmantina

2SEGUNDO El auto impugnado fundamenta su decisión de archivo del presente procedimiento de ejecución hipotecaria en elartículo 56.1 de la Ley Concursal, por entender que la empresa demandada ha sido declarada en concurso de acreedores el día 28 de diciembre de 2008, resultando que los bienes del concursado sobre los que recae la garantía real objeto de este procedimiento se hallan afectos a la actividad profesional o empresarial del mismo o a una unidad productiva de su titularidad. Sin embargo, el préstamo hipotecario objeto del presente procedimiento no se haya constituido sobre ningún bien afectó a la actividad empresarial de la entidad demandada. Toda vez que en el caso que nos ocupa, la propia denominación de la deudora concursada "construcciones Alfaraz Iglesias S.L." determina la naturaleza de su actividad profesional que no es otra que la construcción inmobiliaria, mientras que el bien hipotecado es un apartamento turístico ya edificado en Tenerife, y comprado por la sociedad con la garantía solidaria de los socios, por lo que el bien en cuestión, desde el momento en que el mismo no fue edificado ni promovido por la Sociedad demandada, sino adquirido por ésta, no puede considerarse como bien afecto a la actividad de la misma, la construcción de viviendas. Por consiguiente, en efecto, como señala la parte apelante, al versar el presente procedimiento de ejecución hipotecaria sobre un bien no afecto a la actividad empresarial de la demandada, en concreto sobre un apartamento turístico para cuya compra se formalizó la hipoteca, es de aplicación delartículo 55.4º de la Ley Concursal, según el cual se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real, los cuales sí que pueden iniciar la ejecución de tales garantías, con la única excepción de que las mismas recaigan sobre bienes afectos al actividad empresarial del concursado, lo que, como se ha dicho, no es el caso. Añadiendo también la doctrina que el hecho de que el bien haya sido empleado por el deudor como garantía con la que obtener financiación para el desarrollo del negocio no será motivo bastante para considerarlo como "bien afecto a la actividad" a los efectos establecidos en elartículo 56 que nos ocupa (cfr. A.AP Salamanca nº 87/09 de 22-VI-2009).”: AAP Salamanca 15.03.2010 (JUR 2010/164541; Auto 34/2010; Rollo 540/2009)

4.4.3 Nave industrial de empresa de asesoría, consultoría, administración y gestión de inversiones

“ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería en los referidos autos se dictó auto con fecha 7 de Abril de 2.011 cuya parte dispositiva dice: "SE DENIEGA EL DESPACHO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA SOLICITADO por el procurador Sr. D. SALVADOR MARTÍN ALCALDE en nombre y representación de BANCO BILBO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (BBVA) frente a LEBEN & NACHE INVESTMENTS S.L. en reclamación de 150.096,26 euros que se adeudan por principal e intereses no satisfechos, así como los gastos y costas del procedimiento, hasta la total cancelación de la deuda.". (...)
Y siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. LOURDES MOLINA ROMERO.
FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- La representación procesal del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A interpuso recurso de apelación contra el auto dictado en la instancia, alegando la infracción del art. 56.1 de la Ley Concursal, al no ser los bienes hipotecados bienes afectos a la actividad empresarial de la concursada; para concluir solicitando que se dictase auto despachando ejecución. Se estimará el recurso porque aquella resolución no se considera ajustada a derecho.
El precepto en cuestión señala: "Los acreedores con garantía real sobre los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación".
La norma transcrita supone una importante novedad en lo relativo a la ejecución de las garantías reales, introduciendo una importante limitación al derecho de ejecución separada que con carácter absoluto venía siendo utilizada por los acreedores titulares de este tipo de garantía. Dentro de la idea de flexibilidad y armonización de los intereses colectivos de cuantos se ven afectados por un procedimiento concursal, el

legislador ha optado por exigir también a los acreedores singularmente privilegiados un pequeño "sacrificio" en lo que a la realización de su derecho se refiere, paralizando o en su caso suspendiendo la ejecución de este tipo de garantías por un periodo de tiempo en el cual los demás afectados podrán a través de la administración concursal buscar fórmulas alternativas a la ejecución separada del bien, que respetando el privilegio de los acreedores impiden una ejecución singular que pueda afectar a la actividad empresarial del concursado o a la conservación de su patrimonio.
La norma afecta a aquellos acreedores titulares de una garantía real que recae sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial, o una unidad productiva de su titularidad (Auto de la A.P. Islas Baleares, Sección 5ª de 28 de Febrero de 2.011 R.O.J. 246/2011) en el mismo sentido el Auto de la A.P. de Bizcaia, Sección 4ª de 18 de Marzo de 2.011 R.O.J. 903/2011 y la S.A.P. de Valencia, Sección 9ª de 3 de Febrero de 2.010 R.O.J. 1162/2010).
Se tendrá en cuenta la anterior doctrina para resolver el supuesto enjuiciado.
SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa la hipoteca de cuya ejecución se trata, se concertó el 25 de Marzo de 2.009 y tenía por objeto la finca registral nº 9.203 del Registro de la propiedad de El Ejido. Se trataba de una nave industrial situada en el Polígono Industrial La Redonda, término municipal de El Ejido, perteneciente a la manzana E-5 y con una superficie de 604 m2.
Las referencias que en el recurso se hacen a ciertas estipulaciones de la escritura pública no se concretan en la que nos ocupa, entendiendo que ha sido un error, habida cuenta de que la misma entidad bancaria había suscrito con anterioridad otra hipoteca diferente, el 17 de Diciembre de 2.004, y por importe de 240.500 #, con la sociedad ejecutada.
Es por ello que,en la escritura de hipoteca de cuya ejecución se trata, no se hace más mención al objeto del préstamo que es a largo plazo, que por cierto se amplió después con la escritura de novación modificativa de 8 de Febrero de 2.011.
Ahora bien, en la documentación que se acompaña a la demanda consta una comunicación del administrador concursal de LEBEN & NACHE INVESTMENTS, S.L. dirigida al Juzgado de lo Mercantil de Almería, en la que se adjunta informe e inventario de la masa activa y listado de acreedores con fecha de 7 de Febrero de 2.011, antes de la interposición de la demanda que nos ocupa. En él se indica, entre otras cosas, que la referida entidad se encuentra incursa en causa de disolución, al menos desde finales del año 2.007; y en cuanto al inventario de la masa activa de la mercantil, se destaca, aparte del mobiliario de la oficina y enseres valorado en 500,00 #, la nave industrial que nos ocupa que alcanza un valor de 250.000,00 #.
A mayor abundamiento de lo que antecede ha de indicarse que el domicilio social de la ejecutada, como se infiere de la escritura de la hipoteca, está en la Calle Granada nº 190, bajo (Residencial La Cartagenera). Conforme al análisis del administrador concursal, al que se hizo referencia anteriormente, la mercantil ejecutada tiene por objeto social "la asesoría y consultoría y la administración y gestión de inversiones.
Es evidente que para el desempeño de esta función no se hace precisa una nave comercial de 604 m2, que además está situada en el Polígono industrial de El Ejido.
De ahí que pueda deducirse, a la vista de lo razonado, que la nave en cuestión no está afecta a la actividad profesional o empresarial, ni constituye una unidad productiva de la entidad ejecutada, aunque forma parte de su patrimonio.
Por tanto, no resulta de aplicación el precepto que comentamos, debiendo revocarse el Auto que así lo declara, y dictarse otro en el que se acredite el despacho de la ejecución, estimándose, en definitiva, el recurso interpuesto.”: AAP Almería (Seción 1) 15.05.2012 (Auto 49/2012; Rollo 271/2011)

4.4.4 Fincas arrendadas al margen de la actividad empresarial de la concursada

“PRIMERO.- Se alza la concursada "Cortijo Mudapelo S.A.", demandada en este incidente, contra la Sentencia de instancia que estima la demanda formulada por la entidad CIDINSA S.A., y declara que las fincas objeto del proceso de ejecución hipotecaria Nº 544/09, seguida en el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Utrera no están afectas ni son necesarias para la continuidad de la actividad de Cortijo Mudapelo S.A., debiéndose proseguir la ejecución hipotecaria separada sobre las mismas por el Juzgado de Primera Instancia indicado.
Alega la apelante que las fincas hipotecadas no sólo están afectas a su actividad empresarial sino que también son necesarias para la continuidad de la actividad empresarial. Afirma la apelante que dentro de las actividades que componen su objeto social se encuentra la adquisición de bienes inmuebles, la explotación de estos bienes ya sea directamente o en forma de arrendamiento. Que por ello optó por arrendar la explotación agrícola, siendo las rentas anuales que obtiene con ese arrendamiento su única fuente de ingresos.
SEGUNDO.- Tras el examen de las actuaciones y de la prueba documental obrante en ellas estimamos que la Sentencia apelada aprecia correctamente los hechos y resuelve con acertado rigor jurídico la cuestión planteada, llegando a la conclusión de que la concursada no está realizando la actividad empresarial propia de su objeto social en relación con las fincas hipotecadas objeto de la ejecución en el Juzgado de Utrera, y que, por tanto, esos inmuebles no son necesarios para la continuidad de la actividad procediendo su ejecución separada.
En efecto, el 31 de marzo de 2005 la entidad actora vendió a Cortijo Mudapelo una explotación agraria completa que comprendía las fincas que se hipotecaron, diversos bienes muebles, almacén, casa cortijo, así como la titularidad de los pagos que correspondían a la vendedora en concepto de ayudas agrarias procedentes de la Política Agraria Común (PAC). En este contrato se establecía que en tanto no se satisfaciese la totalidad del precio, la compradora y deudora hipotecante se obligaba a no dar en arrendamiento las fincas sin previo y expreso consentimiento por escrito del acreedor hipotecario.
El 15 de abril de 2009 CIDINSA promovió procedimiento de ejecución hipotecaria debido al impago de
1.790.000 # del precio de la compraventa. Antes de que Cortijo Mudapelo fuese declarada en concurso por Auto de 3 de enero de 2011fueron publicados los anuncios de la subasta de las fincas.

El 25 de agosto de 2009 Cortijo Mudapelo arrendó a Ternera Natural S.L. la explotación agrícola, fijando una renta anual de 24.735'24 # (a razón de 270 #/hectárea). En la clausula séptima de este contrato se pactaba que los derechos de pago único derivados de la Política Agraria Común que corresponden a la explotación arrendada se transmitirían a título oneroso a la arrendataria, siendo esa transmisión elemento vinculado y causa esencial para la formalización del arrendamiento.
El 11 de enero de 2010 Cortijo Mudapelo vendió los derechos de pago único a Dª Bibiana, esposa del representante de la sociedad Ternera Natural S.L., D. Constantino (documental a los folios 283 y siguientes).
TERCERO.-A tenor de los anteriores hechos resulta obvio que la concursada desde que arrendó la explotación agrícola y cedió los derechos de Pago único a un tercero no realiza lo que constituye su objeto social, es decir, las explotaciones agropecuarias de todo tipo, y además se ha descapitalizado al transmitir los derecho de la PAC, con lo que carece de sustento económico para proceder a la explotación de lo que fue objeto de la compraventa que hizo el 31 de marzo de 2005 a la entidad actora.
Por consiguiente las fincas que integraban la explotación agraria objeto del contrato de compraventa, que se pretenden ejecutar en el procedimiento de ejecución hipotecaria, ya no son necesarias para la actividad empresarial de la concursada, que ni las explota pues no se dedica a la actividad agrícola, ni tiene capacidad económica para hacerlo al desprenderse de los derechos de Pago Único que son la imprescindible financiación para el mantenimiento de la explotación.
El objeto social de la concursada es la explotación y aprovechamiento agropecuario, cinegético o ganadero de toda clase de fincas rústicas. En el ejercicio de la explotación agropecuaria puede alquilar terrenos, lo que es muy diferente a arrendar la explotación misma para que la ejerzan otros, que es lo que hizo la concursada, la cual no arrendó las fincas hipotecadas en el ejercicio de la actividad que constituye su objeto social, sino que lo que arrendó fue la explotación agrícola misma (documental al folio 182).
Cierto que la concursada también tiene como objeto social la adquisición de bienes inmuebles y su explotación ya sea directamente o en forma de arrendamiento. Pero no consta que hasta la declaración de concurso se dedicase a esta actividad de explotación de inmuebles mediante su arrendamiento, por cuanto la única actividad que consta es la de la explotación agraria adquirida mediante contrato de compraventa de 31 de marzo de 2005, explotación que a su vez fue arrendada por Cortijo Mudapelo, es decir, que la concursada no arrendó las fincas hipotecadas aisladamente de la explotación y como consecuencia de ese otro objeto social que contienen sus estatutos, conservando la explotación agropecuaria en un ejercicio o desarrollo de actividades paralelas y compatibles. La concursada arrendó la explotación de la que formaban parte las fincas. No consta, por tanto, que nunca se haya dedicado a la actividad del mercado inmobiliario de compraventa y arrendamiento de fincas rústicas o urbanas. Por lo que no puede pretender que, una vez declarada en concurso, se estime que su actividad empresarial es la de compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles.
Por último hay que reseñar que el 20 de septiembre de 2013 el Juzgado de lo Mercantil abrió la fase de liquidación de Cortijo Mudapelo. Es decir, que ha dejado ya de ser una entidad mercantil con actividad empresarial.": SAP Sevilla (Sección 5) 10.04.2014 (Sentencia 241/2014; Rollo 9574/2013)

4.5 Caso de inexistencia o cese de la actividad del concursado: no afección

AP Barcelona

"PRIMERO. 1. Edificaciones Aguipaes 2004, S.L., declarada en concurso voluntario el 24 de octubre de 2011, solicitud que hizo con petición de liquidación, instó del juez del concurso la paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado por UNNIM antes de la declaración del concurso y del que conocía el Juzgado de Primera Instancia 4 de Terrassa. Como única justificación de su solicitud exponía que la paralización referida podría resultar más beneficiosa tanto para los intereses del concurso como para los de la propia acreedora hipotecaria.
2. UNNIM Banc, S.A. se opuso a la suspensión argumentando que los bienes objeto de la ejecución no estaban afectos a la actividad empresarial de la concursada ni a una unidad productiva de su titularidad.
3. El juzgado mercantil acordó la suspensión considerando que los bienes objeto de la ejecución son bienes afectos porque la concursada ha presentado un plan de liquidación anticipada que prevé la venta conjunta de la promoción.
4. El recurso de UNNIM se funda en los siguientes motivos:
A) Incongruencia omisiva, por no haber dado respuesta la resolución recurrida a todas las cuestiones planteadas por su parte a la solicitud de oposición.
B) Incongruencia extra petita, por haberse pronunciado la resolución recurrida sobre una cuestión, la declaración de bien afecto, no incluida en la solicitud.
C) Indebida declaración de bien afecto.
D) La competencia para la ejecución hipotecaria le corresponde al Juzgado de Terrassa que está conociendo de ella.
SEGUNDO. 1. La incongruencia omisiva no consiste en un déficit argumentativo, esto es, en que el juzgado no haya dado respuesta a alguna de las razones expuestas por las partes en sus escritos de alegaciones sino en que haya quedado sin respuesta alguna de sus pretensiones, cosa que no ha ocurrido, ni se pretende por la recurrente. Ésa es razón suficiente para que no pueda ser acogido ese motivo.
2. Tampoco existe incongruencia "extra petita" por el hecho de que el juzgado mercantil no se haya limitado a disponer la paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria, única petición que se le hizo, sino que haya extendido la declaración a lo que justifica la suspensión, es decir, la consideración de los bienes objeto de la ejecución como bienes afectos.
Por otra parte, fue la propia recurrente quien, en sentido negativo, introdujo esa cuestión en el debate al oponerse a la solicitud y solicitar que se declarara que los bienes no son afectos.

TERCERO. 1. Tiene razón en el fondo la recurrente. Que la paralización de la ejecución hipotecaria pueda resultar conveniente para el interés del concurso no es un argumento que permita sostener la calificación de los bienes objeto de la ejecución como bienes afectos a la actividad de la concursada a los efectos del art. 56.1 LC. De la propia resolución recurrida se deriva que la concursada carece de actividad y que el concurso se hizo con solicitud de liquidación, concretamente con la solicitud de una liquidación anticipada que se encontraba pendiente de aprobación en el momento de dictarse la resolución recurrida.
2. Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad sobre el carácter de bien afecto en el caso de promociones inmobiliarias. Lo hicimos en nuestra Sentencia de 17 de Abril de 2009 (Rollo 736/2008) en la que consideramos que se trataba de un bien afecto, atendiendo a que se trataba de una promoción no finalizada, no constaba que la concursada hubiera cesado en su actividad empresarial y se proyectaba que la misma se pudiera desarrollar aún sobre la promoción.
No es este el caso del supuesto enjuiciado. Consta que la concursada ha cesado en su actividad y que las fincas se encuentran terminadas y en proceso de comercialización. Por consiguiente, no concurre ninguna de las circunstancias que permitirían considerarlas como fincas afectas a la actividad productiva de la concursada.
Tampoco se cumple aquí la finalidad a la que obedece la norma del art. 56.1 LC, esto es, el favorecimiento de un convenio que permita una solución concursal consensuada. La propia resolución recurrida se hace eco de que la concursada ha optado por la liquidación, lo que excluye la solución del convenio.
3. Es dudoso que la paralización pueda resultar beneficiosa para el concurso y, más aún, que lo sea para el acreedor hipotecario. En cualquier caso, eso último debe decidirlo el propio acreedor hipotecario y no el juez del concurso.”: AAP Barcelona (Seción 15) 26.07.2012 (Auto 104/2012; Rollo 242/2012)

AP Baleares

“En el caso resulta que, según se infiere del propio escrito de la Administración concursa1 evacuando el tramite del recurso de apelación interpuesto por la actora, la concursada carece en la actualidad de actividad habiendo formulado una propuesta anticipada de liquidación para la realización de la masa activa, por lo que, aún cuando el bien tuviera inicialmente (y en via de hipótesis) esta condición de afecto la ha perdido en todo caso, pues no olvidemos la apertura de la liquidación implica el cese de la suspensión o paralización y por ende la posibilidad de ejecuciones al margen del concurso.”: AAP Baleares 26.10.2009 (Rollo 435/2009; Auto 231/2009)

AP Castellón

“Ha de tenerse en cuenta lo siguiente:
a) El deudor concursado es una mercantil, Jotesa SL, cuyo objeto es la promoción inmobiliaria, según se desprende del contenido de los escritos de la recurrente y, sobre todo, del informe de la administración concursal (folios 255 y ss).
b) La finca hipotecada, descrita en el escrito inicial de conformidad con el contenido del título es una vivienda de las integrantes de un edificio terminado, con plaza de garaje y trastero anexos. Gravada inicialmente junto con otras, según se dice en la demanda, han sido todas transmitidas, menos la que es objeto de la petición de ejecución.
c) Si bien no se dice en el informe de la administración concursal, elaborado en el mes de junio de 2010, que la empresa se encontrase a la sazón inactiva (ya se ha dicho que la propia apelante indica que se ha abierto la fase de liquidación), se desprende de su contenido que se planea la venta de las viviendas terminadas, sin que se insinúe que la mercantil desarrolle alguna actividad de promoción o construcción de viviendas.
Partiendo de lo dicho, considera este tribunal que la vivienda sobre la que se constituyó la garantía real cuya ejecución se pretende por el Juez del concurso que se ha declarado incompetente por serlo el de Primera Instancia en su caso no es un bien afecto a la actividad empresarial de Jotesa SL, por cuanto no consta que la concursada desarrolle actividad de construcción o promoción y se trata de una vivienda terminada y pendiente únicamente de venta (en este sentido, AAP Barcelona, secc 15, de 26 de julio de 2012, entre otros).
En consecuencia con lo dicho, no encontrándose el bien objeto de la garantía afecto a la actividad empresarial de la concursada, no es el Juez del concurso el competente para conocer de la ejecución real solicitada.”: AAP Castellón (Sección 3) 30.06.2014 (Auto 139/2014; Rollo 247/2014)

JM-1 Alicante

“2°) La concursada carece en la actualidad de actividad, por lo que, aunque el bien tuviera inicialmente (y en vía de hipótesis) esa condición de afecto, la ha perdido en todo caso, ya que no puede hablarse de bienes afectos en ese caso. Hay que tener presente a la hora de su determinación que solamente quedan paralizadas o suspendidas las ejecuciones de garantías reales referidas en el artículos 56, y que por tanto, se trata de una norma limitativa o restrictiva, que no puede ser objeto de interpretación amplia o extensiva (artículo 4 del CC), sin que legislador haya establido que, "' el interés del concurso " permita al Juez del concurso adoptar una decisión distinta, como, por ejemplo, si ocurre en materia de resolución contractual (artículo 61 y 62) que viene a configurar un régimen novedoso y en parte excepcional al sistema consagrado en materia de resolución contractual en artículo 1124 del CC, por su subordinación al interés del concurso. Apunta la doctrina (a la que hay que acudir ante la falta de jurisprudencia, inclusive de pronunciamientos judiciales de las Audiencias Provinciales) que la afección se trata de una cuestión de hecho y debemos estar al caso concreto para determinar cuándo concurre, añadiendo que por su propia naturaleza implica o exige la existencia real y efectiva de una organización profesional o empresarial. No parece lógico que hablemos d a bienes afectos a su actividad profesional o empresarial si no hay actividad.

Por tanto, si desde el inicio o durante la tramitación del concurso desaparece la actividad profesional o empresarial del deudor concursado a la que pudiera estar vinculado funcionalmente el bien, se producirá una desafección de aquéllos bienes que inicialmente si pudieran estar destinados al desarrollo de dicha actividad. Y esta pérdida sobrevenida de la afección tiene lugar evidentemente cuando hay o se acuerda el cierre del establecimiento del concursado y el cese total de su actividad empresarial, como acontece en el caso de autos, pues la propia admón. concursa! así lo pone de manifiesto. A favor de esta postura se muestran partidarios en la doctrina, entre otros, Heliodoro y Adelaida Sánchez Rus y Angel Carrasco Perera. Y se estima la más acertada, sin que los argumentos apuntados de contrario propuestos a nivel doctrinal se consideren de peso bastantes para desvirtuarla ya que:
i) no puede subordinarse la determinación de si es o no afecto, y en consecuencia la no paralización, a un superior interés del concurso que el legislador no prevé en esta materia, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en materia contractual (art 61 y 62)
ii) no se comparte la tesis de que la afección sea una cualidad inmutable (y ¿desde cuándo?) que no se vea repercutida por las vicisitudes del concurso y de concursado
iii) tampoco es definitivo el argumento de que se priva a la administración concursal de la opción de pago del crédito garantizado (art 56 y 155) ya que ello solo se prevé para los supuesto de paralización y en tanto no transcurra el periodo de "enfriamiento ", que en los no afectos no entra en juego
iv) tampoco es atendible el relativo a que se frustra un convenio de continuación (art 100). que precisamente tiene como presupuesto una actividad empresarial o profesional efectiva y que se compromete el adquirente a continuar, pero si no hay ya actividad, decae el presupuesto de aplicación
v) y finalmente tampoco el que con ello se impida una enajenación en globo, ya que la ley no impone una limitación absoluta, y en todo caso recordar que la apertura de la liquidación implica el cese de la suspensión o paralización y por ende la posibilidad de ejecuciones al margen del conjunto": Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

JM-9 Barcelona

"Tercero, del escrito presentado en su día por la administración concursal, no hay duda alguna de que la finca registral n° 53.371 ya no está afecta a la actividad empresarial de la concursada tras haber cesado ésta en su actividad. De hecho, el administrador concursal no se opuso a las pretensiones de la entidad bancaria. Asimismo, en el plan de liquidación no se contempla la venta de unidad productiva sino que directamente se propone realizar los activos de forma individual. Por ello, no hay motivo alguno para cercenar los derechos del acreedor privilegiado si quiere proseguir con la ejecución separada iniciada antes del concurso y suspendida posteriormente.
En resumen, el juzgado de primera instancia n° 1 de Reus puede alzar la suspensión y reanudar la ejecución hipotecaria n° 1331/2011 al no estar ante un bien afecto a la actividad empresarial de la concursada y habiendo transcurrido, a mayor abundamiento, más de un año entre la declaración de concurso y la apertura de la liquidación.": AJM-9 Barcelona 01.04.2014 (Concurso 519/2011)

JM-1 Girona

"En primer lugar, se considera que la parte recurrente acierta en su posicionamiento en lo referente a considerar que el bien sobre e l que se pretende realizar la garantía hipotecaria no se encuentra afecto a la actividad económica de la empresa declarada en concurso, ya que consta en autos de modo documental que l a actividad de la concursada no existe y está paralizada, habiéndose extinguido los contratos laborales de la plantilla." : AJM-1 Girona 19.12.2008 (Concurso 704/2007)

4.5.1 Tesis contraria, sui generis

"PRIMERO.-Por parte de la representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. se interpone recurso de apelación contra el Auto dictado el día 17 de octubre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Vilafranca del Penedés en procedimiento de ejecución hipotecaria 429/2011.
Estima de oficio la resolución recurrida que la competencia para conocer de la presente ejecución hipotecaria le corresponde al Juzgado de lo Mercantil por hallarse CONSTRUCCIONES MODULARES PHENIX, S.L. en situación de concurso de acreedores.
La apelante señala que la competencia le corresponde al Juzgado de Primera Instancia al tratarse de una ejecución hipotecaria sobre un bien no afecto al concurso.
SEGUNDO.-La apelante se basa en que el bien hipotecado no está afecto a la actividad del concursado, con lo que sería de aplicación lo dispuesto por ejemplo por el Auto de la Sección 15 de la A.P. de Barcelona de 22 de septiembre de 2010 (Rollo núm. 217/2010, Auto núm. 148/2010) al señalar que " cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del Juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales ".
Ahora bien, la afección o no se basa en el informe del administrador concursal, obrante al folio 147, donde no se dice precisamente tal cosa, sino que todos los bienes de la compañía tiene como destino final su liquidación por cuanto no se ha solicitado la continuación-viabilidad de la compañía. Esa es la información con la que hay que decidir la competencia, al no ser de aplicación al caso por haber entrado en vigor el pasado día 1 de enero de 2012 y, por lo tanto, pendiente de resolución la presente apelación, la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011. Tras la reforma, dice el art. 56.2 LC que el proceso de ejecución se suspenderá y que

" se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ". En la misma línea, dispone ahora el art. 56.5 LC que " corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ".
En definitiva, si lo que se pretende es la liquidación, todos los bienes del concursado están afectos al concurso, con lo que la competencia corresponderá al Juzgado de lo Mercantil ya que cualquier ejecución hipotecaria sobre bienes integrados en el patrimonio del concursado corresponde al conocimiento del juez del concurso de conformidad con el principio general del Art. 8-3 de la Ley Concursal que atribuye a dicho juez competencia exclusiva y excluyente para conocer de ".Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.".": AAP Barcelona (Sección 19) 28.06.2012 (Auto 89/2012; Rollo 133/2012)

4.6 Inmueble de la concursada donde reside su administrador

4.6.1 No es bien afecto. Falta de prueba de la afección

“QUINTO Elart. 55 de la L.C culmina la regulación de los efectos del concurso sobre los distintos procedimiento judiciales sentado el principio básico característico del carácter universal del procedimiento concursal: que, declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Pero dicho principio tiene tres excepciones, siendo una de ellas precisamente la referente a la suspensión en determinados casos de la ejecución de los créditos con garantía real, que regula el ya citadoart. 56.
La finalidad de la suspensión o paralización es la de evitar que desparezcan de la masa activa bienes imprescindibles para la actividad empresarial o profesional del concursado, antes de que el juez y la administración concursal hayan podido conocer su verdadera situación patrimonial, a la par que se pretende que la estructura productiva y de prestación del servicios del concursado pueda seguir funcionando.
Elapartado primero del art. 56 antes trascrito se refiere por ello, expresamente, a los casos en que las garantías reales recaigan sobre "bienes del concursado afectos a su actividad profesional o a una unidad productiva de su titularidad". Por tanto, cuando los bienes hipotecados que no tengan tal finalidad y destino no se justifica la suspensión de la ejecución singular, tradicionalmente preferente.
Por tanto, para que procediera la suspensión solicitada, debería haberse aportado por la ejecutada, cuanto menos, un principio de prueba sobre la naturaleza y uso o finalidad del inmueble hipotecado.
Y en este caso, pese a la afirmación de dicha parte de que el inmueble en cuestión esta afecto a su actividad empresarial, lo cierto es que, según resulta de la escritura de constitución de la hipoteca, se trata de "una vivienda unifamiliar"; y el demandado, como persona física administrador de la empresa ejecutada, D.Pedro, vive precisamente en ese inmueble, según resulta del exhorto remitido por el juzgado para el requerimiento de pago, siendo distinta la dirección que se aporta en la demanda como correspondiente a la persona jurídica.
La mera afirmación de la ejecutada, que no solo no aporta prueba alguna al respecto sino que ni siquiera explica cual sería esa afección de la vivienda a la actividad empresarial, no desvirtúa la apariencia que se sigue de lo expuesto, por lo que se concluye que no se da el presupuesto necesario para la suspensión del procedimiento referido a la finalidad o afección del bien sirve el que exista la garantía real de cuya ejecución se trata.”: AAP Tenerife (Sección 4) 01.06.2009 (JUR 2009/319495; Auto 100/2009; Rollo 202/2009)

“PRIMERO Se alza la entidad ejecutante contra el Auto dictado en la instancia que no admite a trámite la demanda de ejecución hipotecaria formulada por la misma contra la entidad SAN JUAN 36 S.L.
De la escueta fundamentación del Auto recurrido se desprende que el Juez a quo no admite a trámite la ejecución porque considera que el bien hipotecado a la entidad concursada está afecto a su actividad profesional o a una unidad productiva de su titularidad, condición que, de concurrir, impide iniciar la ejecución forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la fase de liquidación(art. 56.1 de la Ley Concursal).
SEGUNDO El bien hipotecado a San Juan 36 S.L. cuya ejecución se pretende es una casa sita en la calleDIRECCION000 nºNUM000 de Sevilla, finca registral nºNUM001 del Registro de la Propiedad Nº 8 de Sevilla, en la cual tiene su domicilio el administrador de la entidad concursada, D.Raimundo, como resulta de los datos de la inscripción padronal del mismo, o del domicilio que el propio Sr.Raimundo declaró en una escritura de poder para pleitos otorgada el 7 de agosto de 2008.
El objeto social de la entidad concursada es la "adquisición, administración y enajenación de inmuebles; actividades inmobiliarias en general", según consta en la inscripción registral de la sociedad en el Registro Mercantil.
Y aun cuando el Juzgado de instancia omitió pedir un informe a la administración concursal, con los datos obrantes en autos podemos concluir que siendo el bien hipotecado propiedad de la sociedad concursada, el domicilio de su administrador, no está afecto a la actividad profesional o empresarial de la sociedad, la cual tiene su domicilio social en la calle Isaac Peral 8 de Coria del Río, ni constituye una unidad productiva, por lo que la condición impeditiva del inicio de ejecuciones con garantía real que establece elartículo 56.1 de la LC, no concurre en este caso, no debiendo, por tanto, este motivo ser obstáculo alguno para admitir a trámite la demanda y despachar la ejecución solicitada.

TERCERO Procede, por tanto, el acogimiento del recurso de apelación y la revocación del auto apelado, debiendo proceder el Juzgado de lo mercantil a tramitar en pieza separada la acción ejecutiva hipotecaria formulada por la actora, despachando ejecución conforme a las normas del procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados de la Ley de Enjuiciamiento civil, salvo que aprecie la existencia de otra causa o motivo legal que lo impida.": AAP Sevilla (Sección 5) 24.06.2010 (JUR 2010/370531; Auto 145/2010; Rollo 125/2010)

4.6.2 Es bien afecto: único activo relevante y domicilio de hecho de la sociedad, pese a que se use también como vivienda del administrador, estando contabilizado como inmovilizado

"CUARTO Lo que indudablemente sí resulta preciso para que proceda la suspensión de la ejecución hipotecaria ya iniciada, en virtud de la remisión del núm. 2 artículo 56 de la Ley Concursal al precedente núm. 1 que regula la paralización de este tipo de acciones cuando todavía no están comenzadas (y de la reiteración del término afecto en el propio núm. 2), es que lo sometido a garantía real sea un bien del concursado afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. La afección es una condición que el juez del concurso debe ir asignando en cada caso en función de las circunstancias que en la práctica resulten concurrentes. Los alegatos de las partes, el informe al respecto de la administración concursal y los antecedentes aportados a las actuaciones han de revelar si se trata de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor concursado o con las necesidades del proceso productivo.
La condición de afecto del bien sito en la calle... núm.... de Alcobendas, propiedad de Milenario XXI Bethlehem 2000 SL, no resulta desvirtuada por las alegaciones de la acreedora hipotecaria, puesto que en dicho inmueble ha radicado durante años el domicilio social de la sociedad ahora concursada (así consta en las escrituras públicas y en las cuentas depositadas hasta el año 2001). Y aunque medió luego un cambio registral de domicilio, lo cierto es que las oficinas de la sociedad y su domicilio real se encuentran, según consta en el informe de la administración concursal (pg. 9), precisamente en el inmueble sito en la calle... núm.... de Alcobendas, en tanto que en la... núm.... (domicilio registral) lo que radica es una empresa dedicada a la domiciliación de sociedades sin que en la actualidad esté dada allí de alta la concursada. Por eso en dicha sede física de la calle... núm.... de Alcobendas, que constituye su centro operativo real, se han producido las diversas reuniones de la administración concursal con el administrador (para la comprobación de caja y cuentas corrientes y para aclarar y confirmar saldos de inventario y lista de acreedores, como consta en la documentación anexa al informe de la administración concursal)
La acreedora menciona que en dicho inmueble moran personas vinculadas a la empresa y, en concreto, su administrador. Sin embargo, es de reseñar, que no se trata, en este caso, de la vivienda particular de un comerciante individual, lo que podría separarse de su organización empresarial, sino de un inmueble que forma parte del inmovilizado material de la persona jurídica concursada (así venía reflejado no sólo en la contabilidad del ejercicio 2003 sino también en los años anteriores), que como sociedad mercantil que es tiene por definición afectos sus bienes al desarrollo de su objeto social (que en este caso comprende tanto la actividad en el sector inmobiliario como la prestación de diversos servicios, entre ellos la asistencia a otras entidades), y que constituye además su única sede física, lo que significa que se trata de un elemento patrimonial que posee la empresa para, al menos potencialmente, su uso en la producción o suministro de bienes y servicios. Si además existen precaristas éstos deberán ser desalojados en cuanto así se les exigiera en interés del concurso.
QUINTO No se trata de desconocer la protección legal de que goza el acreedor hipotecario por la tenencia de una garantía real, sino de hacer efectivos los mecanismos de coordinación que ha previsto la Ley concursal (art. 56.2), que suponen una mera paralización temporal de la acción separada de aquél en aras al interés general de todos los acreedores y a la subsistencia de la empresa concursada en tanto se analiza su situación y se buscan salidas razonables para ésta, ya sea el convenio, ya sea su ordenada liquidación. No ha de olvidarse que el inmueble en cuestión es el único activo con valor real, y además muy relevante (entre millón y medio y dos millones euros), de la empresa, con lo que su prematura liquidación conllevaría la despatrimonialización de la concursada en perjuicio de la masa pasiva del concurso. Por eso la posible reanudación de las actuaciones de ejecución durante la tramitación del concurso quedará sometida a la jurisdicción de este Juzgado de lo Mercantil, a tenor de lo previsto en el artículo núm. 57 de la Ley Concursal.": Auto JM-4 Madrid 14.01.2005 (2005/2)

5. Ejecución separada de prenda sobre bien no afecto: validez.

5.1 Ejecución, mediante compensación, de depósito bancario pignorado

"La segunda impugnación a la cuantía está referida a la apropiación indebida por LA CAIXA de la garantía pignoraticia. La actora incidental entiende que el inmovilizado financiero ha sufrido un detrimento de 300.000 € por la ejecución unilateral de una garantía prestada por la sociedad VAN DER HOOP EFFREKTENBANK N.V.; ejecución que de conformidad con el art. 55 no podía realizar en ningún caso, siendo nula la acción realizada por LA CAIXA.
En el acto del juicio la demandada incidental, LA CAIXA contesta oponiendose al indicar que se trata de una relación contractual exclusivamente entre LA CAIXA i ROELEN VARKENS SPAINS S.L. no siendo por tanto la entidad financiera VAN DER HOOP EFFERKTENBANK N.V., parte en dicho contrato. Y el contrato firmado por las partes desde luego autoriza en caso de impago del crédito hipotecario, acudir al depósito garantizado, que es un crédito con privilegio especial sobre un bien que no está afecto a la actividad empresarial, y por tanto realizable.

Y tiene razón la parte demandada. Desde luego del contrato acompañado en el acto del juicio, el documento solamente está suscrito por la concursada y LA CAIXA. Y se trata de un contrato de depósito, realizado por ROELEN VARKENS SPAIN S.L. y sobre el cual constituye una prenda en garantía de un crédito que realiza con la entidad ahora acreedora. Efectivamente VAN DEL HOOP EFFERKTENBANK no aparece en tal contrato.
Y la Jurisprudencia en relación con este tipo de contrato ha señalado lo siguiente:
- S.T.S. Sala 11 de 25 junio 2001: "esta Sala en Sentencias de 19 de abril y de 7 de octubre de 1997 ha tenido ocasión de reconsiderar el tema, estableciendo una doctrina que puede resumirse así:
A) Ciertamente no es posible proceder a la pignoración del dinero cuya propiedad se entrega a los Bancos a través de operaciones de depósito irregular, pues las cantidades objeto de las mismas se confunden en el patrimonio de dichas entidades, las cuales quedan únicamente obligadas a restituir el "tantundem". B) Sin embargo, las imposiciones bancarias a plazo originan un crédito a favor del imponente que posee un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda, pues éste no puede circunscribirse a las cosas materiales, a través de una interpretación rigurosamente literal del artículo 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 que admite la prenda que produce intereses. C) Cabe, pues, que el depositante pignore su derecho de crédito a la restitución, en garantía de una obligación que mantiene o que contrae con la entidad bancaria. D) El que exista, como contenido de dicha pignoración un pacto de compensabilidad es algo añadido que viene a evitar el sistema de ejecución de la prenda previsto en el artículo 1872 del Código Civil. Esta compensación entre el derecho de crédito del deudor pignorante y lo que éste adeuda al Banco, no infringe la prohibición que respecto al pacto Comisorio contiene el artículo 1.859, ya que no puede producirse perjuicio alguno ni para el deudor ni para terceros, pues la entidad financiera no va a obtener ni nada más ni nada menos que la cantidad objeto de la imposición. La admisión, en virtud de tal doctrina, de esta clase de prenda -que actualmente ha adquirido gran desarrollo- determina que en el caso que nos ocupa el crédito del acreedor pignoraticio, excluya los de todos los demás acreedores hasta donde alcance el valor del derecho pignorado, según establece el artículo 1926.1 del Código Civil".
- S.T.S. Sala la de 26 septiembre 2002, Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier: "La prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignaticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda". Por tanto frente a aquello que alega la actora incidental, que se ha producido una ejecución unilateral con infracción del art. 55 de la Ley Concursal, Ley 22/03 de 9 de julio, solo puede aceptarse que efectivamente existe una prenda, con garantía real, que permite la realización del depósito por parte de la entidad titular del derecho de crédito. Y es, como la jurisprudencia ha señalado, un derecho de crédito real, por tanto no sometido a la norma que regula el citado art. 55, "ejecuciones y apremios", sino al art. 56 "paralización de ejecuciones de garantías reales", que inicia su núm. 1 con el literal "los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado,..."; y no cabe duda que LA CAIXA es un acreedor con garantía real.
Y como es así, conforme al art. 56 de la Ley Concursal, Ley 22/03 de 9 de julio, puede realizar su crédito sin problema alguna, porque el depósito que garantizaba el crédito, no está afecto a la actividad empresarial del concursado que es conforme a la solicitud de concurso, "la actividad ganadera en el más amplio sentido, incluyendo la adquisición, cría, engorde, transporte, transformación, integración y comercialización de los animales y de todos sus productos, especialmente hacia el extranjero". Y así además, porque aún cuando conste en el activo de la deudora, como pretende ésta en el incidente, tampoco es en perjuicio de los acreedores, ya que siempre se hará pago el acreedor titular de la prenda antes que el resto. Por tanto en este punto no es posible la admisión de la solicitud de la actora incidental.": Sentencia JM-1 Lleida 28.11.2005 (Incidente Concursal 41/2005)

5.2 Ejecución de acciones pignoradas

"PRIMERO- Ejercita el actor demanda incidental solicitando la restitución de determinados valores enajenadas por BBVA y que tenía pignorados a su favor, obteniendo la cantidad de 67823 euros, y aplicándola a la póliza de préstamo; se habría vulnerado, a su entender, los artículos 56.1 LC- en tanto que las acciones enajenadas son bienes muebles afectos a la actividad empresarial-, el artículo 155.4 Lecon- que regula la forma en la que ha procederse a la venta de bienes con privilegio especial-, añadiendo que dicha enajenación ha sido gravosa para la masa del concurso, puesto que de haberse procedido a la enajenación cuando el precio de cada acción en bolsa era de 13,75 euros, el precio obtenido hubiera sido de 76106,25 euros, con una diferencia, en beneficio, que se calcula en 8283,25 euros, cantidad que se cuantifica como daños y perjuicios, de forma subsidiaria a la restitución de dichas acciones.
Frente a dicha posición se alza el demandado manifestando, en primer lugar, que no se trata de bienes afectos a la actividad empresarial, pues no está vinculada de forma directa al desarrollo de la actividad profesional o empresarial que constituye el objeto social del concursado, sin que pueda predicarse dicha condición de la prenda con desplazamiento. La enajenación se hizo en los términos expresamente pactados en el contrato de pignoración, habiéndose enajenado las mismas en el mercado secundario sin necesidad de subasta o ejecución judicial, resultando poco razonable manifestar que habrían alcanzado valor de cotización posterior.
SEGUNDO- No se aceptan los argumentos ofrecidos por la Administración concursal, y compartidos por el concursado.
Cierto que la ley concursal obra una poda de privilegios generalizada, pero las garantías reales han salido bastante bien paradas. La propia Exposición de Motivos ya contempla que el tratamiento de los créditos con privilegio especial "ha procurado así permitir planteamientos realistas, que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de

insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso".

La Administración concursal considera que el artículo 56 LCno consagra en modo alguno un derecho a ejecutar unilateralmente la hipoteca, pero dicho artículo 56 no puede desligarse del artículo 57 Lecon, con lo que disponemos de los siguientes datos:

1- Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación-artículo 56.1-. Una primera consideración se impone: la prohibición de inicio o reanudación de ejecuciones alcanza sólo a los bienes afectos a la actividad empresarial; y no, desde luego, a los que no lo están.
2- Ante dicha situación, si el acreedor con garantía real pretende ejercitar su derecho de realización en ese periodo de prohibición de inicio, deberá obtener declaración del juez del concurso de que dicho bien no está afecto a la actividad profesional o empresarial; el concepto de afección a la actividad empresarial o profesional no es, desde luego, unívoco, y habrá de observarse caso por caso, y desde luego BBVA no ha observado la obligación de preguntar al juez del concurso, limitándose a dar por supuesta la ausencia de afección y a dar cuenta de su resultado; así las cosas, el pronunciamiento del juzgado al resolver la demanda incidental no tiene por qué asumir sin más la nulidad de dicho acto;
3- La forma en la que el titular de la garantía real ha de dirigirse al juez del concurso solicitando el pronunciamiento de no afección no está reglada, por tanto no puede hablarse de una nulidad por contravención de ley imperativa-artículo 6.3 Cciv-; es producto de un criterio jurisprudencial más o menos consolidado, que a su vez es exponente de una obviedad: el juez del concurso está en mejores condiciones que las partes- que todas las partes, lo que incluye el titular de la garantía real, el concursado, y la Administración concursal- para valorar esa afección, lo que no excluye un trámite de audiencia para que las partes se pronuncien al respecto; y está en mejores condiciones siquiera por la necesaria objetividad que ha de presidir dicha decisión.

TERCERO- Partiendo de la obviedad de que todo bien que pertenezca a la empresa resulta conveniente para el desarrollo de su objeto social, no puede extraerse la conclusión de que los términos "afecto" y "necesario" que los artículos 56 y 57 LC desarrollan no en su contenido sino en sus consecuencias han de verse necesariamente restringidos, en atención a la intensa- aunque corta- prerrogativa que supone para el deudor excepcionar el régimen general de no suspensión que para las garantías reales establece el artículo 55.4 LC para los acreedores con garantía real.

En el caso concreto, procede hacer las siguientes consideraciones. Deinza Instalaciones SL se dedica, según su objeto social, en síntesis extractada de sus estatutos, a la construcción, reformas, albañilería, cimentación y cualquier otro inherente a estas labores constructivas. Ninguna duda cabe que todos los bienes directamente vinculados con el objeto social y para garantizar la continuidad del proceso productivo están afectos a la actividad empresarial, siempre que ésta subsista. Pero desprender dicha condición de unos valores de su titularidad que se adquieren como inversión a futuro resulta contrario a la voluntad del legislador, en tanto que, desde luego, nada tiene que ver la actividad empresarial del concursado con la compraventa de valores y su inversión en los mercados.

Así las cosas, y a pesar de que BBVA no procedió como hubiera debido, en este extremo su decisión ha de ser convalidada, por responder su decisión al principio general sentado en el artículo 55.4 LC, y no a sus excepciones reguladas en los artículos 56 y 57 LC.

CUARTO- Por último, es absolutamente equívoca la confrontación que hace la Administración concursal entre los artículos 56 y 155.4 LC.

El artículo 56 regula el derecho o facultad de realización de la **garantía** por su titular en unas determinadas condiciones, mientras que el artículo 155.4 responde a la realización o venta del **bien** gravado con dicha garantía por parte de la Administración concursal, que debe respetar determinadas reglas para no frustrar su condición de especialmente privilegiado.

Por último, y aunque se han descartado los fundamentos básicos de la acción ejercitada, se debe hacer una somera referencia a las pretensiones accesorias; la restitución al patrimonio del deudor de dichas acciones no garantiza, ni mucho menos, una mejor venta y un menor perjuicio al concurso, entre otras cosas porque la facultad de venta en el mercado secundario para satisfacer su valor le seguiría asistiendo pasados los plazos de los artículos 56 y 57 Lecon, pues las acciones retornarían con idéntica garantía que la prestada, sin más supervisión del juez del concurso que, desde luego, no podría condicionar la venta ni a un precio ni a un plazo determinados; y la pretensión subsidiaria calculada sobre un importe hipotético ni siquiera merece la pena ser considerada, por tratarse de una modalidad de condena futura- la condicional- proscrita por el artículo 220 de la ley de enjuiciamiento civil.

Procede, por lo expuesto, la desestimación de la demanda.": SJM-1 Pontevedra 31.05.2010 (Incidente Concursal 31/2010)

6. Interpretación restrictiva. No cabe tercería de mejor derecho ante el juzgado de primera instancia que conoce de ejecución hipotecaria contra el concursado. Competencia del Juez del concurso

"PRIMERO El Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) interpone recurso de apelación contra la resolución dictada con fecha 15 de junio de 2006 en los autos seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Once de Valladolid, en virtud de la cual se decreta el sobreseimiento de dichos autos, relativos a la tercería de mejor derecho interpuesta por el FOGASA contra el "Banco de Sabadell, SA" y la también mercantil "LACILE, SL", declarada en concurso, al apreciar el Juez de Instancia la excepción de inadecuación del procedimiento.

Se entiende por el organismo apelante que la decisión adoptada por el Juez de Instancia resulta equivocada, pues el propio artículo 56 de la vigente Ley Concursal admite a sensu contrario la posibilidad de continuar determinadas ejecuciones contra el concursado pese a la declaración del concurso, razón por la que entiende que seguida, como ha sido, ejecución hipotecaria contra la mercantil "LACILE, SL" en esa situación de concurso, debe admitirse la formulación de la tercería de mejor derecho que se pretende en cuanto el FOGASA resulta ser titular de un crédito por importe total de 36.153,55 ?, por salarios de los últimos 30 días de trabajo y en cuantía que no supera el doble del salario mínimo interprofesional.
SEGUNDO El recurso de apelación así articulado no puede ser estimado, pues considera esta Sala que la decisión adoptada por el Juez de Instancia es correcta y ajustada a derecho, efectuándose en la instancia una adecuada interpretación de las normas jurídicas de aplicación al supuesto enjuiciado. Debe considerarse, como así lo hace el Juez de Instancia con acierto, que el designio del Legislador en la Ley Concursal es el de acumulación de cuantas reclamaciones existan contra el deudor sometido al concurso ante el Juez del Concurso, con limitadas y muy concretas excepciones determinadas en el propio texto legal. Esta circunstancia, concretada en el artículo 56 de la Ley Concursal ha facilitado que el proceso de ejecución hipotecaria iniciado por el "Banco de Sabadell, SA" contra la mercantil "LACILE, SL" continuase de forma independiente al proceso concursal pese a la declaración del concurso; sin embargo, la excepción debe entenderse restrictivamente, de tal forma que la indicada circunstancia no puede servir, como ahora se pretende por la recurrente, para el inicio de una demanda de tercería de mejor derecho que incida sobre esa ejecución hipotecaria.
A mayor abundamiento, debe indicarse que al amparo de la pretendida tercería de mejor derecho subyace el conflicto sobre la calificación de los créditos que intervienen en el concurso, siendo así que el FOGASA interpone la tercería de mejor derecho, en cuya tramitación insiste, sobre la base de la preferencia de su crédito -por importe de 36.153,55 ?-, que entiende corresponde a salarios de los 30 últimos días de trabajo y en cuantía que no supera el doble del salario mínimo interprofesional, cuando resulta que dicho crédito no fue calificado como tal en el concurso, es decir, crédito contra la masa del artículo 84.2 1º de la Ley Concursal, sino como privilegiado con privilegio general del artículo 91 de la misma Ley, aconteciendo que esta decisión ya fue objeto de expresa impugnación por el FOGASA en el incidente concursal establecido al efecto, y resuelto desfavorablemente para dicho organismo por sentencia del Juzgado de lo Mercantil de esta Ciudad en fecha 17 de febrero de 2006, al entender que la totalidad del crédito del FOGASA en el que se incluye la cantidad a la que se refiere la tercería tiene la consideración de crédito con privilegio general del artículo 91 de la Ley Concursal.
Es por ello que entiende esta Sala resuelve con acierto el Juez de Instancia, pues la controversia sobre la calificación del crédito del FOGASA solo puede resolverse por el procedimiento establecido en la Ley Concursal y ante el Juez del Concurso, sin que por ello puede pretenderse al margen del procedimiento concursal la declaración de preferencia de su crédito en una ejecución hipotecaria seguida al margen del concurso cuando dicha preferencia se argumenta en la consideración del referido crédito como crédito contra la masa cuando resulta que dicho crédito ha sido ya calificado como crédito con privilegio general.”: Auto AP Valladolid (sección 1) 20.02.2007 (JUR 2007/142543)

7. En ningún caso cabe ejecutar separadamente los derechos reales que no conlleven privilegio especial

“Cuando el art. 56 señala que "los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe el convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación", presupone que esta suspensión no afecta a las garantías sobre bienes no afectos. Ello conlleva reconocer al acreedor con garantía real sobre un bien del concursado un derecho de ejecución separada al margen del concurso, aunque la competencia para conocer de la ejecución corresponda al Juez del concurso conforme a lo previsto en los artículos 8.3º y 57 de la LC. Este derecho de ejecución separada tiene su sentido en la medida que los créditos garantizados gocen de la condición de créditos con privilegio especial, conforme al artículo 90 LC, porque el artículo 155 LC les reconoce la preferencia para ser satisfechos con lo obtenido de la realización del bien o derecho afecto. De este modo, la ejecución separada no altera la par conditio creditorum, a la que quedan sujetos todos los acreedores concursales una vez declarado el concurso (art. 49 LC). Pero si reconociéramos este derecho de ejecución al titular de un crédito con garantía real, que no goza de privilegio especial, le estaríamos reconociendo de facto este privilegio, alterando la par conditio creditorum, pues al instar su ejecución una vez declarado el concurso y al margen de éste, podría cobrarse del bien o derecho afecto sin concurrir con el resto de acreedores, que por estar afectados por la declaración de concurso, no podrían hacer valer su preferencia en esa ejecución separada. De ahí que una interpretación sistemática de los artículos citados deba llevarnos a reconocer el derecho de ejecución separada únicamente a los títulos de créditos con garantía real que gocen de privilegio especial, sin perjuicio de las limitaciones que en el ejercicio de este derecho prevén los artículos 56 y 57 de la LC.
Este principio general de imposibilidad de ejecutar al margen del concurso más allá de las excepciones legales, por tanto, es enteramente aplicable al derecho de retención que la apelante esgrime. “: SAP Barcelona 5.10.2006 (sección 15) (JUR 2007/145340)

8. Aspectos registrales

8.1 Inscripción registral tras la ejecución separada

8.1.1 Caso de adjudicación anterior a la declaración de concurso

DGRN

"PRIMERO Se debate en este recurso si es posible inscribir un testimonio de un auto de adjudicación y un mandamiento de cargas dictados en un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, cuando consta registralmente la declaración de concurso.
SEGUNDO En efecto, el artículo 56 de la Ley Concursal, establece la paralización de ejecuciones de garantías reales en caso de concurso, de manera que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. No obstante, se exceptúan de esa suspensión las actuaciones en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
TERCERO En el supuesto de hecho de este recurso, la subasta dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria tuvo lugar el 26 de marzo de 2007 ?misma fecha del testimonio del auto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas?, mientras que la declaración de concurso se produjo el 18 de abril de 2007, la cual se inscribe en el Registro de la Propiedad el 1 de junio de 2007. La adjudicación producida en el procedimiento de ejecución hipotecaria no queda por tanto afectado por la declaración del concurso, ya que ésta tiene lugar después de iniciada aquélla.
CUARTO Tampoco la consignación del remate ofrece mayores problemas. El Registrador debe calificar que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores (artículo 132.4 de la Ley Hipotecaria). Pero tratándose de un deudor hipotecario incurso en declaración concursal, el destino del sobrante no va a acreedores posteriores, sino que debe ponerse a disposición del juez del concurso (cfr. artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que es precisamente lo que se ha hecho en el caso sometido a consideración. En efecto consta en el expediente que el juez de lo mercantil encargado del concurso, una vez notificado por el Juez de Primera Instancia del hecho de la ejecución, ha requerido a éste para que se ponga a disposición de aquel juzgado el sobrante que pudiera quedar después de atendidas las responsabilidades hipotecarias.
5. La cuestión de si se trata o no de bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad (que son los únicos a los que la suspensión de la ejecución pudiera afectar), es una cuestión de apreciación judicial, a la que no se extiende la calificación registral, pues no consta registralmente tal afección del bien a las actividades profesionales o empresariales del deudor, por lo que la valoración va a depender de factores extrarregistrales cuya consideración sólo puede apreciarse en vía jurisdiccional, en base a posibles recursos interpuestos por la administración judicial que no se han producido.
6. Todo ello teniendo en cuenta la interpretación estricta que debe hacerse de la paralización de las acciones reales a que se refiere el artículo 56 de la Ley Concursal, dada la consideración de derecho real que tiene la hipoteca (lo que supone la sustracción del bien y su afección a la garantía de un determinado crédito) y el procedimiento de ejecución separada de que tradicionalmente está dotado y aún mantiene la legislación concursal salvo supuestos excepcionales muy concretos.
En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en los términos resultantes de los anteriores pronunciamientos.": RDGRN 28.11.2007 (RJ 2007/8242)

8.1.2 Improcedencia inscripción adjudicación, constando anotación de afección del bien

Tribunal Supremo

"PRIMERO.-1. El presente caso plantea la paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas (efecto suspensivo) respecto de inmuebles pertenecientes a una entidad concursada, artículos 56 y 57 de la Ley Concursal (versión original).
2. En relación a los antecedentes de hecho debe destacarse lo siguiente:
A) El Juzgado de lo Mercantil n° 7 de Madrid declaró la situación de concurso voluntario de la sociedad Promociones y Obras Tiziano, S.A., antes Somersen Inmobiliaria, S.A; antes Somersen, S.A., mediante auto de 7 de septiembre de 2006, que dio lugar a la inscripción 9ª, practicada el 30 de abril de 2007.
B) El 1 de marzo de 2007 el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid dictó auto acordando requerir a los Juzgados de Primera Instancia n° 31 y 32 de Madrid para que suspendieran las ejecuciones hipotecarias que se seguían contra los inmuebles de la concursada hasta que se decidiese si las fincas hipotecadas eran necesarias para la actividad profesional o empresarial del deudor por el Juzgado de lo Mercantil.
C) El 13 de marzo de 2007 el Juzgado de lo Mercantil n° 7 de Madrid declaró afecta la finca 76.784 a la continuidad de la actividad de la concursada Promociones y Obras Tiziano, S.A, a los efectos de la suspensión de los procedimientos de ejecución hipotecaría en trámite en los términos del artículo 56.2 de la LC y se acordó comunicar dicha declaración a los Juzgados de Primera Instancia n° 31 y 32 de Madrid. Por dicho Juzgado se libró mandamiento al Registrador de la Propiedad ordenando la anotación preventiva de la afección de la finca 76.784 a la continuidad de la actividad de la concursada Promociones y Obras Tiziano, S.A, el 22 de marzo de 2007, cuya presentación dio lugar al asiento de presentación 346 del diario 89 de 27 de marzo de 2007.
D) El 20 de marzo de 2007 se celebró la subasta de la finca 76.784 y el día 12 de abril de 2007 el Juzgado de

Primera Instancia n° 32 de Madrid dictó auto de adjudicación y remate de la citada finca a favor de Banco Pastor, S.A., librándose testimonio de dicho auto y el oportuno mandamiento de cancelación de cargas al Registro de la Propiedad el 3 de mayo de 2007, que dio lugar a los asientos de presentación 895 y 896 del diario 89 de 8 de mayo de 2007.
E) El 26 de mayo de 2007 el Sr. Registrador de la Propiedad acordó la suspensión de la calificación del auto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas hasta que se procediera al despacho de la documentación previa con prórroga del asiento de presentación, siendo aportada la documentación de nuevo por el presentante el día 2 de agosto de 2007.
F) El último de los documentos judiciales previos a la inscripción del auto de adjudicación y que dio lugar a la anotación preventiva Letra C fue despachado el 7 de noviembre de 2007.
G) El Sr. Registrador denegó la inscripción del auto judicial de adjudicación y remate de fecha 12 de abril 2007 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid en el procedimiento de ejecución hipotecaria n° 88/06 y del mandamiento de cancelación de los asientos registrales que dieron lugar a las inscripciones 9° y 10s y a la anotación Letra C en virtud de la calificación de 26 de noviembre de 2007.
3. En síntesis, en el iter procesal por el BANCO PASTOR, S.A se formuló demanda de juicio verbal frente a la calificación negativa del Registrador de la Propiedad n° 6 de Madrid, en el que se solicitaba se dictara sentencia por la que se revocara y dejara sin efecto la calificación registral referida, ordenando en su lugar la inscripción del auto de adjudicación de la finca registral adjudicada al demandante en procedimiento de ejecución hipotecaria.
Por el Juzgado de Primera Instancia se dictó sentencia por la que se desestimaba la demanda. Sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial al considerar que, en el momento en el que se procede a presentar en el Registro el título que da lugar a la calificación registral, objeto de impugnación en el proceso, ya estaban inscritas la declaración en concurso de la ejecutada y la declaración del bien ejecutado como afecto a la actividad empresarial de la concursada y como necesario para la continuidad de dicha actividad, y que del contenido del título y de los asientos registrales se infiere que la entidad ejecutada fue declarada en concurso antes de la publicación de los pertinentes anuncios de subasta y que el acto de enajenación forzosa del bien hipotecado afecto se realizó estando pendiente la tramitación del concurso, sin sometimiento a la jurisdicción del Juez del mismo y antes de haberse aprobado convenio alguno, ni transcurrido un año desde a declaración del concurso.
Motivación y valorción de la prueba.
Recurso extraordinario por infracción procesal.
SEGUNDO.-1. El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en once motivos. *El primero de ellos,* al amparo del ordinal 4° del artículo 469.1 de la LEC por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que se produce al haber incurrido en un error de hecho en la valoración de la prueba documental publica (auto de adjudicación del bien subastado), palmario, irracional y/o arbitrario. *El segundo motivo,* al amparo del ordinal 4° del artículo 469.1 de la LEC por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, ya que como consecuencia del error denunciado en el motivo anterior, la sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por error manifiesto en la determinación de las premisas de las que se parte en la argumentación determinante del fallo. *El tercer motivo,* al amparo del ordinal 4° del artículo 469.1 de la LEC por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, por vulneración del principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes fuera de los cauces legalmente previsto para ello. El recurrente considera que consta acreditado en autos testimonio judicial, con expresión de su firmeza, del auto de adjudicación de fecha 12/4/2007, por el cual se transmite al recurrente la propiedad de la finca ejecutada, sin que conste en los autos que ningún Tribunal haya decretado o declarado la nulidad o invalidez de dicho auto de adjudicación judicial. *El cuarto motivo,* al amparo del ordinal 4° del artículo 469.1 de la LEC por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, en relación con el artículo 120.3 de la misma, por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que le produce indefensión, por falta de motivación en las apreciaciones fácticas que conducen a fundamentar el fallo, como primer premisa del silogismo jurídico en que consiste la misma, Desconociendo porqué se manifiesta que es inválido un auto de adjudicación, que independientemente de su corrección jurídica, no ha sido declarado nulo por ningún Tribunal. *El quinto motivo,* al amparo del ordinal 4° del artículo 469.1 de la LEC por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que produce al recurrente, al permitirse que interfiera en un proceso judicial (interrumpiéndolo), quien no forma parte del Poder Judicial, sustituyendo de facto la figura del Juez predeterminado por la Ley. El recurrente considera que ello es así, al considerar la sentencia impugnada ajustado a derecho que el Registrador de la propiedad, a la hora de ejercer su función calificadora, proceda a enjuiciar la validez o invalidez de una decisión soberana de un Tribunal de Justicia. *El sexto motivo,* no se desarrolla. *El séptimo motivo,* al amparo del ordinal 1° del artículo 469.1 de la LEC. por infracción de las normas que delimitan la atribución de la jurisdicción civil frente a las de la administración (artículo 37.1 de la LEC), al entender que la sentencia recurrida consagra la interferencia de un órgano administrativo (Registrador de la Propiedad) en el ámbito de lo que es la exclusiva y excluyente competencia de un Tribunal de Justicia, al considera lícita que aquél, a la hora de ejercer su función calificadora, proceda a enjuiciar la validez o invalidez de una decisión soberana sobre el fondo, de este (la decisión de suspender o no suspender la ejecución prevista en el artículo 56 de la Ley Concursa) y concretamente, la validez o invalidez del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación, que culminan tal ejecución). *El octavo motivo,* al amparo del ordinal 2° del artículo 469.1 de la LEC. por infracción del artículo 218.2 de la LEC al considera que la sentencia recurrida incurre en una falta o deficiente motivación, de la que la coherencia formal es una parte. *El noveno motivo,* al amparo del ordinal 2° del artículo 469.1 de la LEC. por infracción del artículo 218. 2 de la LEC. El recurrente

considera que la sentencia impugnada incurre en un error que no soporta la aplicación del canon de racionalidad impuesto por el derecho a la tutela judicial efectiva y que afecta a la motivación de la misma, puesto que su argumentación parte de una premisa inexistente, que es la invalidez del auto de adjudicación judicial cuya firmeza y validez consta en autos y cuya nulidad o declaración de invalidez no consta en autos. *El décimo motivo,* por infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso, cuya vulneración puede provocar la nulidad conforma a la ley, encontrándose entre ellas el principio de inmutabilidad de las sentencias firmes fuera de los cauces legalmente previstos para ello (artículos 207 y 214 LEC), principio que se vulneraría si se permitiera a un tribunal modificar una resolución judicial fuera de los cauces de los recursos oportunos, como es el caso, al no respetar el Tribunal de Apelación la firmeza del citado auto de adjudicación firme. *El motivo undécimo,* al amparo del ordinal 2ª del artículo 469.1 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la valoración de la prueba en documentos públicos, concretamente por haber incurrido en error de hecho en la valoración de dicha prueba palmario, irracional y/o arbitrario, con infracción de los artículos 216 y 217 de la LEC en relación con el artículo 319 de la citada Ley Procesal.
En el presente caso, los motivos deben ser desestimados.
2. El motivo primero, al amparo del ordinal 4° del artículo 469.1 LEC, acusa infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por haber incurrido en un error de hecho en la valoración de la prueba, palmario, irracional y arbitrario. El motivo se refiere a la valoración que se da del Auto de Adjudicación dictado por el Juzgado de Primera Instancia n° 32 de Madrid en los autos de ejecución 88/2006, en fecha 12 de abril de 2007, que se considera inválido, cuando consta su firmeza por testimonio del Secretario Judicial. La consecuencia de su correcta valoración como acto válido sería la de provocar la transmisión de la propiedad. Se añade, en relación al Auto de aclaración de la sentencia, que no es posible sostener la validez del acto procesal y la invalidez del acto sustantivo de transmisión del dominio.
El planteamiento que se realiza en el motivo se rechaza porque carece de fundamento. No se ha cuestionado que se dictara el Auto de adjudicación y que éste fuera firme, sino su eficacia en el ámbito exclusivo de la calificación registral dado que en el momento de presentar en el Registro el título que da lugar a la calificación registral objeto de impugnación en el proceso, ya constaban inscritas la declaración en concurso de la ejecutada y la declaración del bien ejecutado como afecto a la actividad empresarial de la concursada y como necesario para la continuidad de dicha actividad; y, por otro lado, que del contenido del título y de los mencionados asientos registrales se infiere que la entidad ejecutada fue declarada en concurso antes de la publicación de los pertinentes anuncios de subasta y que el acto de enajenación forzosa del bien hipotecado afecto se realizó estando pendiente la tramitación del concurso, sin sometimiento a la jurisdicción del juez del mismo - artículo 57 de la Ley Concursal - y antes de haberse aprobado convenio alguno, ni transcurrido un año desde la declaración del concurso Tal cuestión, en su caso, tiene carácter jurídico y por tanto casacional.
3. En el segundo motivo, al amparo del ordinal 4° del artículo 469.1 LEC, se denuncia igualmente el derecho a la tutela judicial efectiva, porque, como consecuencia de la infracción anteriormente denunciada, se incurre en error en la determinación de las premisas de las que se parte en la argumentación determinante del fallo. Se alega que la incorrecta declaración de invalidez del auto de adjudicación determinó el fallo de la sentencia al estimar correcta la calificación registral, lo cual es un error manifiesto.
El motivo se rechaza. El recurrente realiza una denuncia próxima a la motivación arbitraria en la fundamentación del fallo, reiterando la validez del auto de adjudicación. Sin embargo tal planteamiento vuelve a prescindir del ámbito del propio juicio especial en el que se ha sustanciado la cuestión litigiosa y la calificación registral que corresponde al Registrador de los títulos judiciales más allá de su posible validez formal incluso en un plano obligacional.
4. En el motivo tercero, al amparo del ordinal 4° del artículo 469.1 LEC, se denuncia la vulneración del principio de la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes (artículos 18 y 267 LOPJ, en relación con los artículos 207, 214 y 215 LEC), fuera de los cauces legales previstos para ello, ya que, si permitiera al Tribunal modificar una resolución judicial firme, fuera de lo que es su competencia y las vías de recurso oportunas, se verían afectados el derecho a la tutela judicial efectiva así como el principio de seguridad jurídica. El motivo parte nuevamente de la validez del Auto de adjudicación cuya firmeza consta acreditada por testimonio judicial con expresión de su firmeza sin que conste que se haya declarado su nulidad.
Se desestima. Se vuelve a confundir el ámbito civil u obligacional y el ámbito registral. La calificación registral negativa de un título judicial no implica su nulidad o invalidez jurisdiccional. No se ha vulnerado, por ello, ni el principio de seguridad jurídica, ni el derecho a la tutela judicial efectiva más allá de la disconformidad con la resolución adoptada.
5. En el motivo cuarto se denuncia, por el mismo ordinal 4° del artículo 469.1 LEC, la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, en relación con el artículo 120.3 de la misma, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que produce indefensión, como consecuencia de la falta de motivación en las apreciaciones fácticas que conducen al fallo. Se alega y se reitera en el motivo que se desconoce porque se manifiesta que es inválido el auto de adjudicación al no haber sido declarado nulo por ningún Tribunal.
Se rechaza esta denuncia de falta de motivación. Se reitera lo expuesto en los motivos anteriores. La sentencia exterioriza las razones que conducen a su fallo manteniendo la validez de la calificación registral negativa.
6. En el motivo quinto se denuncia, al amparo del ordinal 4° del artículo 469.1 LEC, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al permitir la interferencia en un proceso judicial a quien no forme parte del poder judicial, sustituyendo la figura del juez predeterminado por la Ley. Se denuncia la injerencia del registrador al realizar la calificación negativa del testimonio del Auto de adjudicación.
Se rechaza. Se pretende cuestionar el ámbito de la calificación registral, lo que, en su caso, es una cuestión jurídica propia del recurso de casación. Además el propio juicio seguido, previsto en el artículo 328 LH, viene a convalidar jurídicamente por un juez natural la calificación realizada por el registrador. No existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y sí mera disconformidad con la resolución judicial.

El motivo sexto no se desarrolla.
7. En el motivo séptimo, al amparo del ordinal 1° del artículo 469.1.1° LEC, denuncia la infracción de las normas que delimitan la atribución de la jurisdicción civil frente a la administración (artículo 37.1 LEC), por entender que la sentencia consagra la interferencia del registrador de la propiedad en el ámbito de lo que es la exclusiva y excluyen competencia de un Tribunal de Justicia.
Se rechaza. Su planteamiento es novedoso en este recurso y no se planteó en apelación, como el propio recurrente reconoce. Además la denuncia es claramente artificiosa. Se pretende cuestionar una falta de jurisdicción civil cuando han sido órganos de este orden los que han decidido sobre la calificación registral. En realidad se vuelve a exteriorizar una disconformidad con la sentencia.
8. En el motivo octavo, al amparo del ordinal 2° del artículo 469.1 LEC, se denuncia la infracción del artículo 218.2 LEC, por falta o deficiente motivación de la sentencia, en cuanto a su coherencia formal. En el motivo se destaca la contradicción que supone reconocer que es competencia del juez hipotecario suspender o no el proceso de ejecución -fundamento de Derecho quinto-, para luego reconocer en el fundamento de Derecho noveno la facultad del registrador para enjuiciar la validez o invalidez de tal decisión a la hora de ejercer su función calificatoria.
Se rechaza, expresa claramente los razonamientos seguidos para confirmar la calificación negativa del registrador con la que no se está de acuerdo. No existe motivación arbitraria. 8. En el motivo noveno, al amparo del ordinal 2° del artículo 469.1 LEC, se denuncia la vulneración del artículo 218.2 LEC, por motivación contraria a la lógica y a la razón.
El planteamiento del recurrente es el mismo que el del motivo segundo.
10. En el motivo décimo se denuncia, al amparo del ordinal 469.1.2° LEC, la acción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso. En concreto denuncia la vulneración del principio de inmutabilidad de las.sentencias firmes fuera de los cauces legalmente previstos para ello (artículos 207 y 214 LEC). Esta vulneración, según el recurrente, la habría cometido la sentencia de apelación al no respetar la firmeza del reiterado auto de adjudicación firme.
En primer lugar el recurrente señala un ordinal incorrecto, el segundo del artículo 469.1 LEC, cuando en atención al contenido del motivo vulneración de las reglas que rigen los actos y garantías del proceso se debería haber fundamentado en el tercero. En cualquier caso, el planteamiento del recurrente es similar al del resto que merece idéntica respuesta. Bajo la alegación de la invariabilidad del auto se pretende desconocer el sistema de calificación registral de los títulos judiciales previsto en el artículo 100 del Reglamento hipotecario. Por ello, la infracción, en su caso, se debería analizar desde una perspectiva casacional y no a través del recurso extraordinario por infracción procesal.
11. El motivo undécimo tiene el siguiente tenor literal: "al amparo del artículo 469.1.2° LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la valoración de la prueba en documentos públicos, concretamente por infracción al haber incurrido en un error de hecho en la valoración de dicha prueba palmario, irracional y/o arbitrario, con infracción de los artículos 216 y 217 LEC, relativos a la carga de la prueba y a los principios que rigen la valoración de los diferentes medios de prueba, en relación con el artículo 319 de la LEC, sobre valor probatorio de documentos públicos.
El motivo reproduce lo alegado en el motivo primero que se planteó por la vía del ordinal 4º del artículo
469.1 LEC.
Calificación del Registrador. Paralización de ejecuciones de garantías reales, efecto suspensivo, artículos 56 y 57 LC. Razón de especialidad normativa.
Recurso de casación.
TERCERO.-1. El recurso de casación se articula en dos motivos. *El primero de ellos* se basa en la infracción del artículo 134 de la Ley Hipotecaria, alegando la existencia de interés c asacional por oposición a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando las sentencias de esta Sala de 22 de diciembre de 1945, 22 de mayo de 1963, 31 de abre de 1986 y 9 de abril de 2001 en relación a los efecto provocados por una ejecución de hipoteca preferente. El recurrente considera que se ha infringido el precepto y jurisprudencias indicadas en relación al concepto jurídico de hipoteca y consecuencias registrales de su ejecución. *El segundo motivo,* se basa en la acción de los artículos 609 y 1462.2 del Código Civil y el artículo 674 de la LEC, alegando existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando las Sentencias de esta Sala de 22 de diciembre de 1945, 22 de mayo de 1963, 18 de marzo de 2009 y 20 de julio de 2006. El recurrente considera la sentencia impugnada infringe los preceptos que regulan la transmisión de dominio y la doctrina jurisprudencial en relación a los efectos jurídicos del auto probatorio del remate y de adjudicación del bien subastado en los procedimientos ejecución.
En el presente caso, los motivos deben ser desestimados.
2. El fundamento de Derecho segundo de la Sentencia recurrida fija claramente cual es el objeto de este proceso especial de impugnación que prevén los artículos 324 y 328 de la Ley Hipotecaria : establecer, en vía jurisdiccional, la corrección o incorrección de la calificación del Registrador de la Propiedad, por lo que debe circunscribirse exclusivamente, a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con aquella calificación del Registrador; rechazándose, consecuentemente, cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma en el Registro.
Por otro lado, de conformidad con lo establecido por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, la calificación que el Registrador ha de realizar -bajo su responsabilidad- se ha de extender a la legalidad de la forma extrínseca del documento en cuya virtud se solicite la inscripción, a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos contenidos en el título, por lo que resulte del mismo y de los asientos del registro. Además, de conformidad con lo establecido por los artículos 24 y 25 de la misma Ley Hipotecaria, a los efectos de determinar la prioridad registral ha de atenderse, no a la fecha del título, sino a la fecha del correspondiente asiento de presentación -que es la fecha de la inscripción para todos los efectos- y a la hora de presentación en el Registro del título respectivo.

La calificación de un bien como afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado y como necesario para la continuidad de dicha actividad, corresponde incuestionablemente al Juzgado Mercantil que conoce del concurso y la competencia para acordar la suspensión de la ejecución singular de garantías reales constituidas sobre bienes del concursado corresponde al Juez Civil que conoce del correspondiente proceso de ejecución.
La suspensión de la ejecución singular de garantías reales constituidas sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de dicho derecho real o haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación deviene, en todo caso -habida cuenta de lo prevenido por los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal -, imperativa, salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes
o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. *Se trata, por tanto, de la razón de especialidad de la Ley Concursal en su respectivo ámbito de aplicación, cuestión por la que resulta preferente frente a las normas procesales comunes cuando se trata de la ejecución hipotecaria de un bien inmueble perteneciente a la entidad concursada.*
Partiendo de todo lo precedentemente expuesto y teniendo en cuenta, por un lado, que, en el momento en que se procede a presentar en el Registro el título que da lugar a la calificación registral objeto de impugnación en el proceso, ya constaban inscritas la declaración en concurso de la ejecutada y la declaración del bien ejecutado como afecto a la actividad empresarial de la concursada y como necesario para la continuidad de dicha actividad; y, por otro lado, que del contenido del título y de los mencionados asientos registrales se infiere que la entidad ejecutada fue declarada en concurso antes de la publicación de los pertinentes anuncios de subasta y que el acto de enajenación forzosa del bien hipotecado afecto se realizó estando pendiente la tramitación del concurso, sin sometimiento a la jurisdicción del juez del mismo - artículo 57 de la Ley Concursal -y antes de haberse aprobado convenio alguno, ni transcurrido un año desde la declaración del concurso, *resulta procedente señalar que, si bien no se afecta la propia validez del acto dispositivo de ejecución contenido en el título cuyo acceso al Registro se pretendía, sí que se determina su enervación a través de los efectos suspensivos que prevé la norma concursal y, por ende, la total corrección de la calificación registral objeto de impugnación en el presente proceso. Todo ello, concorde con la función calificadora del Registrador y al juego de la prioridad de los asientos registrales ":* STS 04.06.2013 (Sentencia 261/2013; Recurso 206/2011)

"Resumen de antecedentes
1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.
i) El 16 de diciembre de 2003, la sociedad Somersen, hoy Promociones y Obras Tiziano, S.A. (en adelante Tiziano), constituyó una hipoteca sobre la finca registral núm. 76.784 del Registro de la Propiedad núm. 6 de Madrid, en garantía de un préstamo otorgado a su favor por el Banco Pastor, S.A., por un importe de 6.132.000 euros de principal.
ii) Ante el impago de algunas cuotas de devolución del préstamo, el banco instó la ejecución judicial de la hipoteca, de la que conoció el Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid (juicio de ejecución núm. 87/2006). El auto por el que se despachó ejecución es del día 21 de febrero de 2006.
iii) El 4 de septiembre de 2006, se declaró el concurso de acreedores de Tiziano, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid.
iv) El juez del concurso requirió al juzgado de primera instancia que conocía de la ejecución hipotecaria para que la suspendiera, en tanto se pronunciaba sobre si las fincas hipotecadas eran necesarias para la actividad empresarial del deudor, conforme a lo previsto en el art. 56 LC.
v) El juzgado de primera instancia no atendió a esta solicitud de suspensión, y el juzgado mercantil dictó una posterior resolución, el 13 de marzo de 2007, en la que declaró que las fincas objeto de ejecución hipotecaria estaban afectadas a la continuidad de la actividad empresarial del deudor concursado. Esta resolución fue comunicada directamente al Juzgado de Primera Instancia núm. 31, y también se acordó su anotación preventiva en el registro de la propiedad (22 de marzo de 2007).
vi) El juzgado de primera instancia no suspendió la ejecución, celebró la subasta y el 24 de abril de 2007 dictó el auto por el que se adjudicaba a Banco Pastor la finca subastada.
vii) El registrador de la propiedad, el 26 de noviembre de 2009, calificó negativamente la inscripción del auto de adjudicación y denegó la cancelación de los asientos referidos a las inscripciones 12ª (declaración de concurso de Tiziano) y 13ª (nombramiento y aceptación de los administradores concursales), así como la anotación preventiva C (declaración de que la finca estaba afecta a la continuidad de la actividad empresarial del deudor concursado).
2. Banco Pastor presentó una demanda de juicio verbal, al amparo del art. 328 LH, en la que solicitaba la revocación de la calificación registral que denegaba la inscripción del auto de adjudicación. El Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid que conoció de esta demanda, la estimó parcialmente y acordó la inscripción del auto de adjudicación y la cancelación de los reseñados asientos (las inscripciones 12ª y 13ª, y la anotación preventiva C)
3. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto frente a esta sentencia y declaró correcta la denegación de la inscripción del auto de adjudicación y la cancelación de los asientos (las inscripciones 12ª y 13ª, y la anotación preventiva C), porque constaba en el registro que la titular registral estaba en concurso y la finca estaba afectada a la continuidad de su actividad empresarial.
4. Banco Pastor interpuso sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. El recurso de casación se articula mediante cuatro motivos y el extraordinario por infracción procesal por medio de doce motivos. (...)
8. *Desestimación de los motivos.* Los anteriores motivos se apoyan en el equívoco de que el registrador, al

calificar negativamente la solicitud de inscripción del auto de adjudicación se excedió en sus funciones, pues no podía revisar lo actuado por el juzgado que conoció de la ejecución, sino que debía limitarse a dar cumplimiento a la inscripción solicitada, esto es, carecía de competencia para denegar la inscripción sobre la base del razonamiento de que la ejecución hipotecaria debía haberse suspendido por recaer sobre un bien afecto a la actividad empresarial de su titular, después de haber sido declarado en concurso.
Al margen de si la calificación es correcta o no, no puede argumentarse, para forzar distintas variantes de motivos de infracción procesal, que el registrador, al denegar la inscripción, alterara las resoluciones judiciales firmes dictadas en el curso de la ejecución hipotecaria de la que procede el auto de adjudicación, ni que con ello asumiera una función revisora de estas resoluciones judiciales que no le corresponde, ni que la sentencia recurrida, que confirma la procedencia de la calificación negativa, hubiera modificado o anulado aquellas resoluciones judiciales, sin tener competencia para ello.
Ya expusimos en un supuesto muy similar al presente (Sentencia 454/2013, de 28 de junio), pues se refería a la calificación del mismo registrador en relación con otro procedimiento de ejecución hipotecaria respecto de bienes de la misma concursada (Tiziano), que el registrador ni ha decretado la suspensión de la ejecución hipotecaria ni la declara nula, sino que ha actuado de conformidad con las funciones que le encomienda la ley.
Argumentábamos en aquella Sentencia 454/2013, de 28 de junio, que al registrador "le corresponde la función calificadora, que aparece regulada en el párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, al decir que «los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escritura públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del registro»; y versando la función calificadora sobre un documento expedido por la autoridad judicial, se indica, en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, que «la calificación por los registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del registro».
El registrador se ha limitado a denegar la inscripción del auto de adjudicación, no ha declarado la ineficacia del procedimiento de ejecución, en atención a los obstáculos que del propio registro surgían. En concreto, porque la inscripción de la declaración de concurso del titular del bien hipotecado y la anotación preventiva de la declaración del juez del concurso de que esta finca estaba afecta a la actividad económica del deudor, en virtud de lo regulado en el art. 56 LC, impedía la inscripción del auto de adjudicación dictado en el procedimiento de ejecución hipotecaria de aquel bien.
Como también argumentamos en la Sentencia 454/2013, de 28 de junio, "(l)a función de la anotación en el registro de la propiedad de la afección del bien hipotecado a la actividad productiva de la empresa tenía por finalidad garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 56 de la Ley Concursal y precisamente por ello no ha de apreciarse extralimitación en la actuación del registrador que tuvo en cuenta los obstáculos nacidos del propio contenido del registro que impedían llevar a cabo lo interesado por el juzgado que seguía la ejecución (artículo 100 del Reglamento Hipotecario).".
Primer motivo del recurso de casación
9. *Formulación del primer motivo de casación.* Se funda en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al haber infringido la sentencia que se recurre la doctrina jurisprudencial de este tribunal en torno al concepto jurídico de hipoteca (arts. 1875 y 1876 CC y 104 LH), y los efectos jurídicos de su ejecución (arts. 130 a 134 LH y 674.2 LEC), todo ello en relación con el principio general del derecho " *prior tempore potior in iure* ", respecto de la hipoteca.
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
10. Desestimación del primer motivo de casación. Las razones de la desestimación del motivo son las mismas que justificaron la desestimación de un motivo de casación idéntico formulado con ocasión del recurso resuelto por la reseñada Sentencia 454/2013, de 28 de junio. En la citada Sentencia argumentamos que, al igual que en el presente caso, la sentencia recurrida que considera correcta la calificación negativa del registrador "no supone despojar a la hipoteca de su carácter de derecho real de garantía de carácter privilegiado que sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone desde su inscripción en el registro de la propiedad, como establecen los citados artículos del Código Civil, ni en consecuencia vulnera la doctrina jurisprudencial que emana de dichas normas, sino que se limita a reconocer las facultades
calificadoras del registrador y la aplicación al caso de lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley Concursal, cuya previsión es cierto que incide negativamente sobre los derechos del acreedor hipotecario para beneficiar el resultado del concurso, pero se trata de una norma jurídica cuya aplicación se impone tanto a los tribunales como a otros operadores jurídicos, como el registrador de la propiedad, aunque en este caso suponga un perjuicio para la parte recurrente cuyos postulados sobre su aplicación conducirían a su palmaria vulneración".
Segundo motivo de casación
11. *Formulación del motivo.* El segundo motivo se funda en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al no haber seguido la sentencia recurrida la jurisprudencia sobre los arts. 130 a 134 LH y el art. 674.2 LE, referentes a la hipoteca y las consecuencias registrales de su ejecución. Como el propio recurrente reconoce en el desarrollo del motivo, éste se centra en la infracción del art. 134 LH, que prescribe la inscripción del auto de adjudicación a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución y de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ella.
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
12. Desestimación del motivo. Desestimamos el motivo porque lo prescrito en el art. 134 LH no es óbice para que el registrador, en el ejercicio de su función calificadora y bajo su responsabilidad, conforme a los arts. 18 LH y 100 RH, pueda advertir que la previa inscripción de la declaración de concurso del titular de la finca y la anotación preventiva de la declaración de bien afecto a la actividad empresarial del deudor, constituyen un

obstáculo para la inscripción del auto de adjudicación de la finca subastada en un procedimiento de ejecución hipotecaria que debía haber quedado suspendido por la declaración de concurso de su titular, conforme a lo prescrito en el art. 56 LH. El efecto previsto en el art. 134 LH presupone que la inscripción del auto de adjudicación no encuentre ningún obstáculo derivado de los previos asientos registrales. De otro modo, como es el caso, no opera ni puede apreciarse su vulneración.
Motivo tercero de casación
13. *Formulación del motivo.* El motivo tercero de casación se funda en que la sentencia recurrida ha infringido la jurisprudencia sobre el carácter restrictivo de los casos de posible suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, reconocidos como sujetos a tasa legal, al aceptar de facto un nuevo supuesto de paralización del proceso, no recogido en la Ley, que contiene un *numerus clausus* de causas de suspensión.
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
14. Desestimación del motivo. Para la resolución del motivo debemos hacer varias aclaraciones. La Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular el procedimiento de ejecución hipotecaria, trata de limitar al máximo las causas o motivos de suspensión a los supuestos en que se haya formulado la oposición conforme al art. 695 LEC, tercería de domino (art. 696 LEC) o se cumplan los presupuestos de la prejudicialidad penal previstos en el art. 697 LEC. Pero fuera de esta ley procesal, en concreto en el art. 56.2 LC, se regula otro supuesto en que podrá suspenderse la ejecución hipotecaria, cuando el titular del bien haya sido declarado en concurso y este bien esté afecto a su actividad profesional o empresarial. Una excepción a la suspensión de la ejecución hipotecaria ya iniciada al tiempo de declararse el concurso es que, para entonces, " *ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor* ". En caso de duda, es lógico que corresponda al juzgado que conoce del concurso apreciar que el bien está afecto a la actividad empresarial del deudor y, si en su caso, es necesario para la continuidad de esta actividad empresarial.
Propiamente, es competencia del juzgado que tramita la ejecución hipotecaria acordar la suspensión, cuando concurra el presupuesto del art. 56 LC, pero esta suspensión no es facultativa sino preceptiva. La consecuencia de que el juzgado que ejecuta la hipoteca haya dejado de suspender el procedimiento, concurriendo causa para ello, es que el auto de adjudicación puede encontrarse con obstáculos para su inscripción, derivados de la información contenida en el propio registro, sobre la declaración de concurso y el carácter de bien afecto a la actividad empresarial del deudor y su condición de necesario para la continuidad de dicha actividad, como es el caso. De ser así, el registro, al denegar la inscripción del auto de adjudicación, ni anula el procedimiento de ejecución ni lo suspende, simplemente impide que acceda al registro mientras no se subsane el defecto o remueva el impedimento, lo que constituye una garantía para la seguridad del tráfico inmobiliario.
Cuarto motivo de casación
15. *Formulación del motivo.* El motivo cuarto de casación se funda en la infracción de la jurisprudencia sobre los preceptos que regulan la transmisión del dominio en el Código Civil (arts. 609 y 1462.2 CC) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 674 LEC), y los efectos jurídicos del auto que aprueba el remate y adjudica el bien subastado en los procedimientos de ejecución.
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
16. Desestimación del motivo. La sentencia recurrida, al confirmar la procedencia de la calificación negativa de la inscripción solicitada del auto de adjudicación, no contradice ni las normas relativas al modo de adquisición de la propiedad de un bien subastado, ni la jurisprudencia que las interpreta. La denegación de la inscripción del auto de adjudicación, por impedimentos objetivos derivados de la información contenida en el propio registro, no supone contradecir la normativa legal invocada ni la jurisprudencia que considera el auto de adjudicación el titulo de adquisición del bien o derecho subastado o realizado en la ejecución. Como afirma la oposición al recurso de la Dirección General de los Registros y del Notariado, además de que el motivo se ha articulado de forma artificial, los efectos de la calificación son meramente registrales y no alcanzan a los efectos traslativos del auto de adjudicación. Sin perjuicio de que en el caso de los autos de adjudicación dictados en el procedimiento de ejecución hipotecaria 154/2006, sobre fincas de la misma promotora concursada, el Tribunal Constitucional sí hubiera accedido al amparo y declarado nulos los seis autos de adjudicación de 9 de octubre de 2007, al apreciar que el juzgado de la ejecución debía haberla suspendido cuando tuvo conocimiento del carácter de bien afecto de las fincas objeto de ejecución.”: STS 13.11.2013 (Sentencia 674/2013; Recurso 2087/2011)

AP Madrid (Sección 25)

“SEGUNDO El objeto del proceso especial de impugnación que prevén losartículos 324 y 328 de la Ley Hipotecaria no es otro que el establecer, en vía jurisdiccional, la corrección o incorrección de la calificación del Registrador de la Propiedad, por lo que debe circunscribirse exclusivamente, a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con aquella calificación del Registrador; rechazándose, consecuentemente, cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma en el Registro.
TERCERO De conformidad con lo establecido por elartículo 18 de la Ley Hipotecaria, la calificación que el Registrador ha de realizar -bajo su responsabilidad- se ha de extender a la legalidad de la forma extrínseca del documento en cuya virtud se solicite la inscripción, a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos contenidos en el título, por lo que resulte del mismo y de los asientos del registro.
CUARTO De conformidad con lo establecido por losartículos 24 y 25 de la misma Ley Hipotecaria, a los efectos de determinar la prioridad registral ha de atenderse, no a la fecha del título, sino a la fecha del correspondiente asiento de presentación -que es la fecha de la inscripción para todos los efectos- y a la hora de presentación en el Registro del título respectivo.

QUINTO La calificación de un bien como afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado y como necesario para la continuidad de dicha actividad, corresponde incuestionablemente al Juzgado Mercantil que conoce del concurso.
De igual modo, resulta incuestionable que la competencia para acordar la suspensión de la ejecución singular de garantías reales constituidas sobre bienes del concursado corresponde al Juez Civil que conoce del correspondiente proceso de ejecución.
SEXTO Como ya tiene declarado esta Sala -entre otros, enAuto de 22 de mayo de 2007 - los Juzgados de lo Mercantil se integran en el orden jurisdiccional civil y se configuran, en definitiva, como Juzgados Civiles -esto es, del orden jurisdiccional civil- especializados, por disposición legal-artículo 86 ter- en el conocimiento de distintas materias propias de tal orden jurisdiccional.
Este carácter de Juzgados Civiles especializados determina la aplicación de las previsiones contenidas en elartículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a fin de que, de plantearse controversia sobre el ámbito de la competencia objetiva del órgano especializado, la cuestión se sustancie como las cuestiones de competencia, siendo resueltas, conforme a lo prevenido por elartículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el órgano inmediato superior común y conforme a las normas de reparto al efecto establecidas.
SÉPTIMO La suspensión de la ejecución singular de garantías reales constituidas sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de dicho derecho real o haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación deviene, en todo caso -habida cuenta de lo prevenido por losartículos 55 y 56 de la Ley Concursal -, imperativa, salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
OCTAVO La falta de suspensión de la ejecución singular cuando tal suspensión resultare legalmente procedente determina la NULIDAD DE PLENO DERECHO de los actos de ejecución realizados, por virtud de lo expresamente prevenido por elartículo 55.3 de la Ley Concursal.
NOVENO Partiendo de todo lo precedentemente expuesto y teniendo en cuenta, por un lado, que, en el momento en que se procede a presentar en el Registro el título que da lugar a la calificación registral objeto de impugnación en el proceso, ya constaban inscritas la declaración en concurso de la ejecutada y la declaración del bien ejecutado como afecto a la actividad empresarial de la concursada y como necesario para la continuidad de dicha actividad; y, por otro lado, que del contenido del título y de los mencionados asientos registrales se infiere que la entidad ejecutada fue declarada en concurso antes de la publicación de los pertinentes anuncios de subasta y que el acto de enajenación forzosa del bien hipotecado afecto se realizó estando pendiente la tramitación del concurso, sin sometimiento a la jurisdicción del juez del mismo-artículo 57 de la Ley Concursal - y antes de haberse aprobado convenio alguno, ni transcurrido un año desde la declaración del concurso; resulta incuestionable la falta de validez del acto dispositivo de ejecución contenido en el título cuyo acceso al Registro se pretendía, y por ende, la total corrección de la calificación registral objeto de impugnación en el presente proceso.": SAP Madrid (Sección 25) 28.09.2010 (JUR 2010/367993; Sentencia 469/2010; Rollo 755/2009)

AP Madrid (Sección 10)

"PRIMERO Habiéndose dictado sentencia en primera instancia, estimatoria parcial de la demanda formulada por la representación procesal del Banco Pastor S.A., al amparo delartículo 328 de la Ley Hipotecaria, en solicitud de la revocación de la Calificación Registral antedicha el dia 12-VI-2009 por el Sr. Registrador de la Propiedad nº 6 de Madrid, en cuya virtud se denegó la inscripción del auto de adjudicación a favor de la entidad demandante el día 10-X-2007, rectificado porauto de 15-X-2007, se alza en apelación la entidad demandante en procura de una sentencia que revoque la recurrida en el pronunciamiento inestimatorio descrito en la alegación primera del escrito de interposición del recurso de apelación, sustituyéndola por otra que deje sin efecto la calificación registral de fecha 25-VIII-2008, reiterada por otros posteriores de 20-XI-2008 y 3-III-2009, ordenando la inscripción del auto de adjudicación de los hoy 33 inmuebles a que dicha Calificación se refiere. Se fundamenta dicha pretensión en la base impugnativa expuesta en el escrito redactado al socaire delartículo 458 de la LEC, articulado a través de diversas alegaciones que delimitan el ámbito del enjuiciamiento en esta instancia.
En la alegación primera se vuelve a reproducir por la parte apelante la argumentación nuclear en que asentó su demanda en lo atinente al GRUPO A) de las causas de la denegación de la inscripción del auto de adjudicación y la cancelación de las inscripciones y anotaciones que tienen causa en la situación concursal de Promociones y Obras Tiziano, donde se atribuía al Sr. Registrador haber incidido en una exégesis desacertada de un articulo de la LC adjetivado sorprendentemente de nula repercusión registral, así como aplicación parcial de un Auto de la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial, entendiendo que asignaba al Juez Hipotecario la competencia para suspender o no el procedimiento de ejecución. Dicha tesis, dicho está se reitera utilizando mutatis mutandis a través de la argumentación que se somete a nuestra consideración y que ha de ser rehusada por su absoluta inconsistencia, habida cuenta que, por una parte elauto de 20-IX-2007 de la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial bien claramente precisó en su Fundamento Jurídico XI que si bien la competencia para decidir sobre si procede suspender el proceso de ejecución hipotecario corresponde al Juzgado de Primera Instancia, tal decisión ha de ser adoptada sobre la base de lo decidido por el Juez del concurso sobre la pertenencia o no del bien objeto de la ejecución hipotecaria al patrimonio del concursado y sobre el carácter de afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad del bien objeto de la ejecución hipotecaria al patrimonio del concursado, integrando, ergo, la argumentación parcialmente transcrita la ratio decidendi de la resolución del conflicto y, por otra, se prescinde por la parte apelante en su línea discursiva algo tan paladino como el tenor delartículo 56-2 de la Ley Concursal; precepto

de capital relieve, a diferencia de lo aseverado por la parte ahora apelante en la demanda originadora de las actuaciones, pero que no plantea ninguna dificultad hermenéutica, puesto que prescribe con carácter imperativo o de ius cogens la suspensión de las actuaciones ya iniciadoras en ejercicio de las acciones referidas en el apartado anterior, una vez que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento. Tan sólo se excepciona a esa regla general el supuesto en que al tiempo de la declaración del concurso ya estuviesen publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Estando plenamente acreditado que porauto de 4-IX-2006 se declaró en concurso a PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO S.A., que el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid requirió a los Jueces de Primera Instancia nº 31 y 32 para que suspendiesen las ejecuciones hipotecarias 87/06 y 88/06, seguidas en el primero y 88/06 y 154/06, sustanciadas en el segundo, y, por último, que por auto del mismo Juzgado de lo Mercantil nº 7 se declaró el 14-VI-2007 la declaración la afección de determinadas funciones a la continuidad de la actividad empresarial de la deudora antedicha a los efectos de la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria 154/06 del Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid en los términos delartículo 56-2 de la LC, acordando asimismo comunicar a dicho Juzgado para su constancia en el referido procedimiento, librándose oficio con copia de 14-VI-2007, es llano que la Calificación Registral se ajusta plenamente a Derecho. Otra exégesis delartículo 56-2 del citado texto legal no sólo vulneraría el tenor apodíctico de tanto, sino también su telos o finalidad a que responde, y, por último, mal se compedecería con los principios nucleares en que descansa la regulación concursal.
Tampoco pueden redargüirse con consistencia suasoria la firmeza del auto de adjudicación ni los demás alegatos que vertebran la divergencia con el discurrir judicial, por la potísima razón de que no puede orillarse: 1) todo lo actuado en el procedimiento de ejecución desde que la declaración de concurso consta en dicho procedimiento deviene nulo por falta de competencia del titular del organo judicial de la ejecución hipotecaria, por mandato delartículo 238-1 de la LOPJ en relación con elartículo 57-1º de la LC, al deferirse la competencia para las acciones inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales al Juez del concurso. 2) No se ha extralimitado el Registrador de la Propiedad al ámbito de la calificación ni se ha arrogado funciones reservadas a los órganos judiciales si ya estaban inscritas la declaración en concurso de la entidad PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO S.A. y la de afección de las fincas a la continuidad de la actividad empresarial de la concursado cuando se presentó el auto de adjudicación, al margen de que el Sr. Registrador no desconoció elauto de 20-IX-2007 de la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial, donde, insistimos, se supedita la decisión del Juzgado Hipotecario a lo resuelto por el Juzgado de lo Mercantil, como tampoco que losartículos 675 de la LEC y 134 no pueden desligarse a efectos interpretativos de lo dispuesto imperativamente en la Ley Concursal; Ley posterior y especial que ha venido a modificar sustancialmente nuestro ordenamiento jurídico, como bien es conocido, siendo, por lo demás, palmaria la incompatibilidad de la anotación preventiva de afección con la inscripción del auto de adjudicación de fecha posterior, con lo que no solo se atemperó la calificación registral a lo preceptuado en elartículo 56-2 de la LC, sino también en el plano registral a losartículos 17, 18-1 y 24 de la LH, sin que exista óbice alguno por el hecho de que hubiese transcurrido el plazo de suspensión de un año ex artículo 56-2, contado desde la fecha de la declaración del concurso, dado que la cancelación debió haberse solicitado ante el Juez que acordó la anotación, lo que se encuentra desprovisto de todo refrendo heurístico, como también si se había producido la apertura de la liquidación; razonamientos que aparejan el fenecimiento del recurso.”: SAP Madrid (Sección 10) 26.01.2011 (JUR 2011/127286; Sentencia 64/2011; Rollo 22/2011)

AP Madrid (Sección 21)

“PRIMERO.- Por la misma valoración que, de la prueba practicada, se hace en la sentencia apelada, y, por los mismos razonamientos jurídicos que, en la misma, se aplican, que no han sido desvirtuados por la parte recurrente y que ahora se dan por reproducidos, procede su confirmación.
SEGUNDO.- I. En el Registro de la Propiedad número 6 de Madrid aparece, como dueño o propietario de la finca número 76.796 (al Tomo 3.055 del libro 2.496, folio 210), la persona jurídica denominada Somersen s.a., que, luego, pasó a denominarse Promociones y Obras Tiziano s.a..
II. El día 23 de julio de 2003 se suscribe un contrato de préstamo entre el Banco Pastor s.a., como prestamista, y Somersen s.a., como prestatario, quien, en garantía del cumplimiento de su obligación de devolución de la suma de dinero prestada y del pago de los intereses remuneratorios y moratorios pactados, constituye una hipoteca sobre su finca registral número 76.796, dando lugar, en el Registro de la Propiedad, a la inscripción 8ª (hipoteca).
El día 13 de febrero de 2006 el Banco Pastor s.a. ejercita la acción para exigir el pago de la deuda garantizada con la hipoteca directamente contra el bien hipotecado, lo que da lugar al proceso de ejecución hipotecario que se tramita, ante el Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid, con el número 88/2006.
III. En el año 2006 Somersen s.a. solicita que se le declare en concurso de acreedores, lo que da lugar al procedimiento concursal tramitado, ante el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, con el número 329/2006, en el que se dicta auto, el día 4 de septiembre de 2006, declarando en situación de concurso voluntario de acreedores a Promociones y Obras Tiziano s.a., lo que se hace constar en el Registro de la Propiedad, respecto de la finca número 76.796, en la inscripción 10ª.
Posteriormente se acuerda el nombramiento de los administradores concursales que aceptan el cargo, lo que se hace constar en el Registro de la Propiedad, respecto de la finca número 76.796, en la inscripción 11ª. Y se dicta auto el día 13 de marzo de 2007, en el que se declara que, la finca registral número 76.796, es necesaria para la continuidad de la actividad empresarial del deudor Promociones y Obras Tiziano s.a., librándose mandamiento, de fecha 22 de marzo de 2007, al Registrador de la Propiedad número 6 de Madrid, ordenando su anotación preventiva, lo que originó un asiendo de presentación el día 27 de marzo de 2007 y dio lugar a la anotación preventiva letra C de afección de la finca que se practica el día 7 de noviembre de 2007.

VI. En el proceso de ejecución hipotecario, después de requerir de pago al deudor, se celebra la subasta pública el día 28 de marzo de 2007, a la que no comparece ningún licitador, concediéndosele, al actor, un plazo de 20 días, dentro del cual presenta escrito solicitando le sea adjudicada la finca por una suma de dinero inferior al 70% del tipo pactado para la subasta, por lo que se le da traslado por 10 días, al demandado, para mejorar la postura, y, habiendo transcurrido ese plazo sin manifestación alguna por la parte demandada, se dicta auto, el día 27 de abril de 2007, por el que se aprueba el remate de la finca resgistral número 76.796 a favor del ejecutante, el Banco Pastor s.a., por la suma de 6.111.785 euros. Auto que deviene firme.
Dictándose providencia, el día 18 de mayo de 2007, por la que se acuerda expedir testimonio del auto de aprobación de remate así como mandamiento por duplicado de cancelación de cargas, ordenándose la cancelación de la inscripción 8ª de la hipoteca que motivó la ejecución de la finca registral número 76.796, así como la cancelación de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ella, sin excepción de las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en ese procedimiento. Y, en base a esta providencia, se remite el mandamiento con testimonio al registro de la Propiedad número 6 de Madrid.
V. En el Registro de la Propiedad número 6 de Madrid es presentado el mandamiento con el testimonio el día 8 de junio de 2007, acordándose, por el Registrador de la Propiedad, la suspensión de la calificación el día 12 de julio de 2007. A continuación de lo cual, el día 26 de noviembre de 2007, el Registrador de la Propiedad, acuerda la no inscripción de la aprobación del remate y la no cancelación de las inscripciones 10ª y 11ª, por concurrir, para esa inscripción y cancelaciones, un obstáculo que surge del propio Registro (art. 100 "in fine" del Reglamento Hipotecario), cual es la anotación preventiva letra C.
VI. Mediante demanda presentada el día 8 de febrero de 2008, por el Banco Pastor s.a., al amparo de lo dispuesto en el artículo 324 de la Ley Hipotecaria, se impugna directamente, ante los Juzgados de Primera Instancia del partido judicial de Madrid, la calificación negativa que, el Registrador de la Propiedad número 6 de Madrid, hizo en su acuerdo de 26 de noviembre de 2007, dando lugar al juicio verbal que se tramitó, ante el Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid, con el número 499/2009, en el que se dictó sentencia en la primera instancia, el día 28 de septiembre de 2009, desestimando la impugnación.
TERCERO.- La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal regula, en el apartado 2 del artículo 56, la repercusión, de la declaración de concurso, en un proceso de ejecución hipotecario ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso y seguido contra el concursado. Indicando que, el proceso de ejecución hipotecario, se suspenderá desde que, en el mismo, conste la declaración de concurso. Exceptuándose de la suspensión "el caso en que, al tiempo de la declaración de concurso, ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor" (redacción originaria). Surgieron dudas, en base a esta redacción, respecto a como habría de articularse la necesaria interrelación entre el procedimiento concursal y el proceso de ejecución hipotecaria. Dudas que ha disipado la ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011, dando, en su artículo 43, una nueva redacción al apartado 2 del artículo 56 de la Ley Concursal y añadiendo un nuevo apartado 5. Respecto del proceso de ejecución hipotecaria, se dice ahora, en el apartado 2, que "se suspenderá desde que la declaración de concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho; Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor". Añadiéndose, en el nuevo apartado 5, que "corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad del deudor". No cabe duda que, para la resolución de la presente controversia, no es de aplicación, dada la fecha en la que ocurrieron los hechos enjuiciados, la nueva redacción que, a los preceptos de la Ley Concursal, se le ha dado por la ley 38/2011. Pero también es evidente que, la nueva redacción que la Ley 38/2011 proporciona al apartado 2 del artículo 56 de la Ley Concursal con el añadido del apartado 5, recoge la interpretación que, como mayoritaria, se venia imponiendo respecto del apartado 2 del artículo 56 de la ley Concursal en su redacción originaria.
CUARTO.- El objeto del presente juicio no lo constituye una o varias resoluciones judiciales dictadas por el Juez de la ejecución hipotecaria en el ejercicio de su función jurisdiccional. Tampoco lo constituye una o varias resoluciones judiciales dictadas por el Juez del concurso en el ejercicio de su función jurisdiccional.
Sino que lo constituye, de manera única y exclusiva, un acuerdo de un Registrador de la Propiedad que, en el ejercicio de su función calificadora, deniega la inscripción de un documento expedido por la autoridad judicial, al encontrar un obstáculo, para la inscripción, que surge del propio Registro de la propiedad.
Entiende el Registrador de la Propiedad que no puede inscribir la aprobación del remate por parte del Juez de la ejecución hipotecaria, con las consiguientes cancelaciones registrales, porque, respecto de esa misma finca subastada en la ejecución hipotecaria, consta, en el Registro de la Propiedad, que el deudor hipotecario fue declarado en concurso de acreedores después de iniciado el proceso de ejecución hipotecario y el Juez del concurso ha declarado que, esta finca, es necesaria para la continuidad de la actividad empresarial del concursado, con oportuna comunicación al Juez de la ejecución hipotecaria.
Ante esta situación registral, el Registrador de la Propiedad se ha limitado a ejercer su función calificadora, aplicando el apartado 2 del artículo 56 de la ley Concursal, que impedía el acceso al Registro de la propiedad de la aprobación del remate, mediante su inscripción con sus consiguientes cancelaciones registrales.
Y, siendo este el objeto del proceso, la impugnación de la calificación negativa del Registrador de la Propiedad deducida en la demanda se encuentra abocada al fracaso.
QUINTO. -A los Registradores de la Propiedad les corresponde una función fundamental, cual es la calificadora. Así aparece recogido en el párrafo primero del artículo 18 de la ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, al decir que: "Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas

extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escritura públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro". Y, versando la función calificadora sobre un documento expedido por la autoridad judicial, se indica, en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, que "la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro".
A través de la disposición final novena de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil se modificó el contenido de varios artículos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, y, entre ellos, el 131, el 132 ("...la calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes:..."), el 133, el 134 y el 135. Además, dentro de la regulación que, esta ley procesal, dedica al proceso de ejecución hipotecaria, nos encontramos con los artículos 674, 668 y 669. Pues bien, de una lectura detenida y desapasionada de estos preceptos, se comprueba que, la función calificadora del Registrador de la Propiedad, no queda restringida o limitada cuando el documento a calificar lo hubiera expedido la autoridad judicial que estuviera conociendo de un proceso de ejecución hipotecaria, excluyéndose, de esa función calificadora, la concurrencia de obstáculos para la inscripción que surjan del propio Registro.
Por lo demás, la función calificadora del Registrador de la Propiedad es complementadora de la función jurisdiccional, atribuida, con carácter exclusivo y excluyente, en el apartado 3 del artículo 117 de la Constitución a los Juzgados y Tribunales. Y sin que, la calificación negativa de un Registrador de la Propiedad, respecto de un documento expedido por la autoridad judicial, constituya una violación de la función jurisdiccional del Juzgado o Tribunal que hubiera ordenando la inscripción calificada negativamente por el Registrador. Y sin que tampoco quede desconocido, en este caso, el derecho a la tutela judicial efectiva que, en el artículo 24 de la Constitución, se reconoce a las partes litigantes del proceso judicial en el que se hubiera ordenado la inscripción.
SEXTO.-Lo dicho hasta ahora conduce al rechazo de los seis motivos invocados en el escrito de interposición del recurso de apelación.
I. En el primero de los motivos se denuncia que la sentencia -y por extensión la calificación impugnadaparten de una errónea interpretación del artículo 56 de la Ley Concursal y olvido de los autos de la AP de Madrid de fecha 20/09/2009, 11/10/2007 y 20/11/2007 que lo interpretan.
La correcta interpretación del apartado 2 del artículo 56 de la Ley Concursal ya ha quedado expuesta y es la mantenida por el Registrador de la Propiedad en su calificación negativa.
Para la resolución de la presente controversia son irrelevantes e intrascendentes los autos números 187/2007, de 20 de septiembre de 2007, 188/2007, de 20 de septiembre de 2007, y 212/2007, de 11 de octubre de 2007 de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, en los que, a través de cuestiones de competencia que no pueden calificarse mas que de pintorescas, al estar carentes de reconocimiento legal, pretenden inmiscuirse, sin éxito, en la función jurisdiccional de los jueces de las ejecuciones hipotecarias, aunque luego hubieran resultado "bendecidos" por la sentencia número 191/2011, de 12 de diciembre, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional.
Se invoca un plazo legal impuesto en el apartado 1 del artículo 56 de la Ley Concursal cuando en el presente caso nos encontramos fuera del supuesto de hecho regulado en ese apartado 1, estando en el ámbito de aplicación del apartado 2.
II. En el segundo de los motivos se pone de manifiesto que es un hecho fundamental, indudable y acreditado, que, en el supuesto que nos ocupa, la decisión del Juez de ejecución fue de no suspender el procedimiento hipotecario.
No es objeto de este pleito las resoluciones judiciales dictadas en el proceso de ejecución hipotecaria.
III. En el tercero de los motivos se pone de manifiesto el olvido u omisión en la sentencia de la aplicación de los preceptos que regulan el caso (arts. 674.2 y 668.3 y 669.2 de la LEC y los arts. 131, 132 y, especialmente 134 de la LH), de carácter fundamental para la resolución del mismo.
Los reseñados preceptos ni restringen ni limitan la función calificadora del Registrador de la Propiedad cuando se trata de un documento judicial procedente de un proceso de ejecución hipotecaria para impedirle una calificación negativa por concurrir un obstáculo que surja del propio Registro de la Propiedad.
IV. En el cuarto de los motivos se indica que la sentencia da amparo a una extralimitación en su función calificadora por parte del Registrador, con violación de la tutela judicial efectiva de la parte apelante.
El Registrador se limita a ejercer su función calificadora sin quebrantar, por dar una calificación negativa, el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte ejecutante en el proceso de ejecución hipotecaria.
V. El quinto de los motivos del recurso de apelación versa sobre la naturaleza jurídica del derecho de hipoteca que se ha ejecutado, y, en el mismo, se denuncia la inaplicación al caso del artículo 17 de la Ley Hipotecaria.
De entrada, la naturaleza jurídica de las instituciones no proviene de un sacrosanto mandato divino sino que se deriva de la concreta regulación legal vigente en cada momento. En el presente caso la promulgación y entrada en vigor de la Ley Concursal, mediante lo dispuesto en su artículo 56, impuso un límite a la efectividad del crédito real inmobiliario. La parte apelante no quiere asumirlo, deseando una vuelta a la legislación anterior, pero tiene que asumirlo.
El artículo 17 de la Ley Hipotecaria recoge uno de los aspectos del principio hipotecario de prioridad, en concreto el cierre registral. Y es de aplicación general y sin que deba ser excluido en el presente caso.
VI. En el sexto y último de los motivos se transcribe una sentencia que resuelve un caso idéntico, dando lugar a la estimación de la impugnación de la calificación negativa del Registrador de la Propiedad (la dictada, por el Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 32 de Madrid, en el juicio verbal número 1.588/2008, el día 18 de mayo de 2009).
Pues bien, para el caso de que esto fuera un motivo de apelación, baste con reseñar que, esa sentencia invocada por el apelante, fue revocada, en segunda instancia, por la sentencia número 408/2011, de 12 de julio

de 2011 de la Sección 20 de la Audiencia Provincial de Madrid que resolvió el recurso de apelación número 136/2010 (entiende que la impugnación de la calificación negativa del Registrador de la Propiedad debe ser rechazado).
También es de reseñar, en otro caso idéntico al actual, la sentencia número 469/2010, de 28 de septiembre de 2010, de la Sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid que resolvió el recurso de apelación número 755/2009, desestimándolo y confirmando la sentencia dictada el día 2 de abril de 2009 en el juicio verbal tramitado en el Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid, en el número 695/2008, por la que se desestimaba la impugnación de la calificación negativa del Registrador de la Propiedad.
Por último, debe traerse a colación la resolución de la Dirección General de los Registradores y del Notariado de 6 de Junio de 2009(JUR\2009\337093) que desestima el recurso del Banco Pastor s.a. quien, en lugar de impugnar la calificación negativa del Registrador de la Propiedad "directamente" ante el Juzgado, lo hizo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. ": SAP Madrid (Sección 21) 06.03.2012 (Sentencia 119/2012; Rollo 62/2010)

8.1.3 Improcedencia inscripción adjudicación, por no constar la no afección del bien

DGRN

"1. Son datos relevantes para la resolución del presente expediente los siguientes:
El 14 de noviembre de 2009 se expidió certificación de dominio y cargas interesada para procedimiento de ejecución hipotecaria seguido ante juzgado de Instancia en relación a dos fincas registrales, practicándose la correspondiente nota al margen de las inscripciones de hipoteca que se ejecutan; el 21 de marzo de 2011 se inscribió la declaración de concurso voluntario de la titular registral, ejecutada en el procedimiento judicial, en virtud del correspondiente mandamiento dictado por el juez de lo Mercantil.
Presentado ahora mandamiento que incorpora decreto de adjudicación y cancelación de cargas proveniente del juzgado de Instancia que ordenó la expedición de la certificación y la práctica de la consiguiente nota marginal, el registrador acuerda no proceder a inscribir la adjudicación y cancelación solicitadas en tanto no conste en el Registro, por resolución del juez del concurso, que los bienes sobre los que recae la hipoteca, cuya ejecución separada del concurso se pretende, no están afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad y no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. El recurrente alega que el procedimiento de ejecución hipotecaria se inició antes de la declaración del concurso y al amparo de la legislación anterior, que el juez del concurso tiene conocimiento de la ejecución separada, que hace más de un año que se declaró finalizada la fase de convenio y se acordó abrir la fase de liquidación, que según el Seminario de 23 de marzo de 2011 de jueces de lo Mercantil de Cataluña la regla general es que la declaración de concurso no debe afectar a la ejecución hipotecaria, y que el registrador tiene limitadas las facultades de calificación de los documentos judiciales conforme a lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.
2. Tiene declarado esta Dirección General (véase Resoluciones señaladas en los «Vistos») para supuestos de ejecución hipotecaria en colisión con procedimientos concursales, en relación con los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal en su redacción original, es decir, por Ley 22/2003, de 9 de julio, y por tanto también para ejecuciones anteriores a la reforma por Ley 38/2011 –que únicamente ha corroborado el criterio ya sostenido jurisprudencialmente– la necesidad de que para continuar la ejecución concursal al margen del juez del concurso es preciso que se acredite por el juzgado de lo Mercantil encargado del concurso que los bienes no están afectos a la actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva.
3. Tal y como señala su Exposición de Motivos, uno de los objetivos de la Ley Concursal, fue el de acabar con la dispersión procesal hasta entonces existente derivada del reconocimiento legal del derecho de separación a los acreedores con privilegio especial, singularmente los acreedores con garantía de hipoteca sobre bienes inmuebles.
Reflejo de esta finalidad estructural del procedimiento de concurso es la competencia exclusiva y excluyente del juez de lo Mercantil que lo conozca (artículo 8 Ley Concursal); el llamamiento que a todos los acreedores implica la apertura del procedimiento (artículo 21); la integración de todos los acreedores en el proceso de concurso (artículo 49) y, sobre todo, la no iniciación de ejecuciones y apremios singulares, judiciales o extrajudiciales, con posterioridad a la apertura del concurso así como la paralización de los ya iniciados (artículo 55). Existe, pues, una vis atractiva a favor del juez del concurso, que consagra su competencia universal.
La Ley, no obstante la proclamación de este principio, estableció algunos supuestos de excepción que por su trascendencia merecen un tratamiento separado, entre los que se encuentran las ejecuciones de créditos asegurados con garantía real; pero no siempre ni en todo caso, pues, es preciso hacer compatible el legítimo interés del acreedor con hipoteca inmobiliaria o prenda con la continuidad de la empresa cuando esto último sea posible. Por ello, dicho supuesto excepcional se restringe a aquellos casos en que los bienes afectados no revisten especial importancia concursal por no ser imprescindibles para el mantenimiento o la continuidad de la actividad del concursado (cfr. artículo 44.1 Ley Concursal). En consecuencia solo será posible la ejecución separada de garantías reales (rectius, de créditos garantizados con garantías reales) respecto de bienes o derechos objetos que «no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».
4. En efecto, las garantías reales no sólo pueden ser objeto de un procedimiento de ejecución singular o separada, sino que incluso éste puede sustanciarse excepcionalmente al margen del juez del concurso. Así, la Ley contempla expresamente como casos que pueden quedar fuera del alcance de la jurisdicción del juez del concurso las actuaciones iniciadas con anterioridad a la declaración concursal que no tengan por objeto bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado. En este caso se prorroga la competencia del

juez que las haya conocido, una vez que se alce la suspensión –que provoca siempre la declaración de concurso–, alzamiento que sólo se producirá cuando judicialmente se declare que los bienes o derechos objeto de ejecución «no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». La reciente reforma concursal (introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre) ha venido a aclarar –siguiendo las pautas de la jurisprudencia sobre el particular– que la competencia para esa declaración de no afección corresponde exclusivamente al juez del concurso.
5. Bajo el imperio de la redacción anterior del artículo 56 de la Ley Concursal, este Centro Directivo tuvo ocasión de declarar mediante la Resolución de 6 de junio de 2009 que no era posible la ejecución hipotecaria al margen del juez del concurso cuando (además de haberse publicado los anuncios para la subasta –requisito exigido en la anterior redacción de la norma–) «conste registralmente la afección de los bienes a la actividad profesional del concursado». Entendía la citada Resolución que dicha circunstancia (la de si los bienes ejecutados estaban afectos a la actividad del concursado) «es una cuestión de apreciación judicial, a la que no se extiende la calificación registral cuando no consta registralmente tal afección del bien a las actividades profesionales o empresariales del deudor» (también cfr. Resolución de 28 de noviembre de 2007).
Precisamente la falta de competencia del registrador para apreciar si los bienes concretos están o no afectos a las actividades del deudor concursado implica la necesidad de un pronunciamiento judicial expreso pues su falta no puede ser interpretado en un sentido o en otro. La existencia o inexistencia de indicios en los pronunciamientos registrales de la afección a la actividad profesional o empresarial no permiten suplir aquella declaración expresa del juez competente (vid. Resolución de 7 de junio de 2010).
Esta doctrina del Centro Directivo es fiel reflejo de la elaborada por la Sala de Conflictos de Jurisdicción y de Competencia del Tribunal Supremo (vid. «Vistos») que entendió reiteradamente que declarado el concurso no cabe ejecución sobre bienes singulares sin que exista un previo pronunciamiento del tribunal competente para conocer del mismo sobre el carácter afecto o no de los bienes a la continuidad de la actividad del deudor. Este previo pronunciamiento es un prius lógico a la actividad de ejecución, sólo puede llevarse a cabo por el juez competente e implica la paralización de todo procedimiento en tanto no se produzca. La doctrina del Tribunal Supremo ha quedado consolidada por la reforma de la Ley Concursal que si bien es cierto no ha entrado en vigor, en la materia que a este expediente interesa, hasta el 1 de enero de 2012 era, como ha quedado expuesto, de plena aplicación con anterioridad.
6. Efectivamente, la entrada en vigor del artículo 43 de la Ley 38/2011 de modificación de la Ley Concursal que da nueva redacción al artículo 56 de esta Ley erige en requisito inexorable de esta continuidad de jurisdicción de las acciones de ejecución de garantías reales, que la tan meritada declaración de no afección se formalice expresamente a través de la correspondiente resolución judicial dictada por el juez del concurso, único competente para tal declaración. Es decir, a partir de la entrada en vigor de aquella Ley, queda consagrado con rango de Ley que la declaración de concurso supone la suspensión y la paralización desde luego de todo procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que no se acredite en el mismo, mediante testimonio de la resolución del juez competente, que los bienes concernidos no están afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado.
7. En conclusión desde la declaración de concurso no puede llevarse a cabo ninguna actuación ejecutiva singular al margen del juez del concurso, en tanto no se aporte aquella declaración judicial de no afección de los bienes objeto de ejecución o que acredite que ha transcurrido más de un año desde aquella declaración sin que se hubiese producido la apertura de la liquidación, o de que exista un convenio cuyo contenido no se vea afectado por la ejecución.
8. Este Centro Directivo, en relación con un supuesto plenamente análogo al que objeto del presente recurso, ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente en Resolución de 12 de septiembre de este mismo año, cuyo Fundamento Jurídico tercero proclama con meridiana claridad que «se paraliza la ejecución, desde que la declaración de concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque estuvieran ya publicados los anuncios de subasta del bien o derecho, y en tanto en cuanto no se produzca la correspondiente declaración por parte del juez competente. Testimonio de su resolución deberá incorporarse al procedimiento».
En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.”: RDGRN 06.11.2012 (BOE 11.12.2012, p. 84868)

“1. En el presente expediente, constando en el Registro la declaración de concurso del titular registral de dos fincas y, posteriormente –pero antes de la entrada en vigor de la Ley 38/2011–, la expedición de certificación de dominio y cargas para la ejecución judicial directa de una hipoteca sobre las mismas constituida con anterioridad a la declaración y seguida ante juzgado de Instancia, no concursal, se presentan testimonio de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas dictados en el procedimiento de ejecución hipotecaria para el cual se expidieron las certificaciones. El registrador suspende la inscripción solicitando resolución del juez del concurso que declare que los bienes objeto de ejecución no están afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado. El recurrente esgrime: que en el procedimiento concursal de referencia ha recaido sentencia, publicada en el «Boletín Oficial del Estado», por la que se aprueba la propuesta de convenio presentada por la concursada y aceptada por la junta de acreedores, y por la que se acuerda el cese de los efectos del concurso sobre las facultades de administración y disposición del deudor y el cese de la administración concursal; que el contenido del convenio aprobado por la sentencia no afecta a la acreedora hipotecaria por no haber participado ésta en su aceptación, al haberse abstenido por tratarse de garantía real con derecho de separación; y que todo lo expuesto ya fue tenido a la vista por el juzgado que tramitó la ejecución hipotecaria, por haber sido acompañada a la demanda fotocopia del «Boletín Oficial del Estado» y haberse, asimismo, estimado por el mismo juzgado y por este motivo un recurso de reposición interpuesto ante un inicial decreto de suspensión de procedimiento por situación concursal del deudor. El registrador sostiene, en cuanto a las alegaciones del recurrente, que ni la fotocopia del «Boletín Oficial del Estado» ni el testimonio del dectreto estimando el recurso de reposición fueron presentados al tiempo de la calificación, y que, en todo

caso, se mantiene la necesidad de declaración del juez del concurso relativa a la no afectación del concurso a las fincas objeto de ejecución.
2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. Resolución de 4 de mayo de 2012) que el respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, también los registradores de la Propiedad, el deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, sin que competa, por consiguiente, al registrador de la Propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que las motivan.
No obstante, como también ha sostenido este Centro Directivo en reiteradas ocasiones, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así el tracto sucesivo entre los asientos del Registro, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impediría dar cabida en el Registro a una extralimitación del juez que entrañara una indefensión procesal patente, razón por la cual, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la propia Ley), extiende la calificación registral frente a actuaciones judiciales a la competencia del juez o tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido y los obstáculos que surjan del Registro, así como a las formalidades extrínsecas del documento presentado, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción.
En este caso, como ocurría en el expediente que causó la Resolución de 4 de mayo de 2012 reseñada, lo que el registrador cuestiona con el defecto señalado es la competencia judicial para conocer de la ejecución, dando a entender que, si no se acredita que el bien ejecutado no está afecto y no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, la competencia para la ejecución correspondería exclusivamente al juez del concurso (artículos 8, 56 y 57 de la Ley Concursal).
Efectivamente, así es. Como se ha insistido por este Centro Directivo, la ejecución de garantías reales sobre bienes afectos o necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado encuentra las restricciones previstas en el artículo 56 de la Ley Concursal y el inicio o reanudación de tales ejecuciones tras la declaración del concurso corresponde al juez del concurso, como expresamente lo declara el artículo 57 de la misma Ley.
Por otro lado, la jurisprudencia (Sentencias de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo citadas en el «Vistos») y esta Dirección General (por todas, la Resolución de 20 de febrero de 2012) tienen sentado que también corresponde al juez del concurso la competencia para declarar la afectación del bien o su carácter necesario o no para la actividad empresarial o profesional del deudor (y así lo impone el artículo 56 de la Ley Concursal tras su última modificación por la Ley 38/2011, de 10 de octubre).
3. En el presente expediente, el recurrente invoca la existencia de una sentencia publicada en el «Boletín Oficial del Estado» aprobatoria de una propuesta de convenio que podría habilitar la excepción de paralización de ejecuciones recogida en el artículo 56 de la Ley Concursal cuando establece que «no podrán (los acreedores hipotecarios) iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho». No obstante, debe a este respecto considerarse que la referida sentencia -cuyo reflejo en el propio Registro o en el Registro Mercantil no consta en el presente expediente-, no se aportó en tiempo y forma al realizarse la calificación, no pudiendo, en consecuencia, tenerse en consideración en el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria.
Además el hecho de que haya recaído una sentencia de aprobación de propuesta de convenio no puede llevar implícita, como pretende el recurrente, la consideración de que el dicho convenio no afecta a la parte ejecutante, al haberse abstenido por tratarse de garantía real con derecho de separación, ya que eso dependerá de los términos del convenio que no se ha aportado. De acuerdo con lo establecido en el propio artículo 56.1 de la Ley Concursal será necesario calificar el convenio, con su oportuna presentación en tiempo y forma, para concluir si se trata de un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho de ejecución o realización forzosa.
Finalmente debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 57 de la Ley Concursal, el inicio o reanudación de las acciones paralizadas por aprobación de convenio se ha de someter a la jurisdicción del juez del concurso en tanto no conste la conclusión de dicho concurso por alguna de las causas establecidas en el artículo 176 de la Ley Concursal. Y en este sentido, no se prevé la conclusión del concurso por aprobación del convenio, sino por auto firme que declare el cumplimiento del mismo (artículo 176.2).
En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del Registrador.”: RDGRN 17.12.2012 (BOE 25.01.2013, p. 5712)

8.2 Improcedencia expedición certificación cargas, constando anotación de afección del bien

Tribunal Supremo

“PRIMERO.-Los hechos de los que nace el presente proceso son básicamente los siguientes:
A) El Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid, tras admitir a trámite la demanda de ejecución hipotecaria interpuesta por Banco Pastor S.A. contra la entidad Somersen (hoy Promociones y Obras Tiziano S.A.) -que fue declarada en concurso de acreedores por auto de fecha 4 de septiembre de 2006- sobre la finca registral número NUM000, libró mandamiento con fecha 6 de junio de 2007 por el que interesaba del Registrador de la Propiedad nº 6 de Madrid la expedición de certificación comprensiva de los extremos previstos en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la práctica de las comunicaciones a que se refiere el artículo 659 de la misma ley y la extensión de la nota marginal correspondiente.

B) Por auto de fecha 23 de julio de 2007, que resolvía una declinatoria interpuesta por la Administración Concursal de Somersen (hoy Promociones y Obras Tiziano S.A.), el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid consideró que no debía suspenderse la ejecución hipotecaria pese a estar en concurso la deudora, decisión que no fue recurrida por la Administración Concursal.
C) El Registrador de la Propiedad nº 6 de Madrid con fecha 28 de agosto de 2008, conociendo que el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid había declarado que el inmueble hipotecado estaba afecto a la actividad empresarial de la concursada, de lo que se había tomado razón en el Registro de la Propiedad a través de la anotación preventiva letra C sobre la referida finca, acordó no expedir la certificación regulada en los artículos 656 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil apoyándose en lo dispuesto por el artículo 56. 1 y 2 de la Ley Concursal.
D) Contra tal decisión se interpuso recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que confirmó la nota de calificación del Sr. Registrador mediante Resolución de fecha 6 de junio de 2009, al entender que, estando anotada previamente en el Registro de la Propiedad no solo la declaración del concurso sino también la afección de este bien hipotecado a la actividad empresarial de la entidad concursada y el carácter necesario para su continuidad, ello implicaba necesariamente la suspensión de las acciones por los acreedores con garantía real, determinaba la imposibilidad de continuar la ejecución hipotecaria y la del Registrador de expedir la certificación y la nota marginal interesada.
SEGUNDO.-La entidad Banco Pastor S.A. interpuso demanda de juicio verbal al amparo de lo previsto en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria impugnando la referida resolución administrativa e interesando que se declarara su nulidad y la procedencia de que el Sr. Registrador de la Propiedad nº 6 de Madrid emitiera las certificaciones y practicara las anotaciones interesadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid.
Se opusieron a ello tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, como el registrador de la propiedad don Fructuoso, la Administración Concursal de Promociones y Obras Tiziano S.A. y don Cristobal y otros, como interesados; y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid desestimó la demanda con imposición de costas a la parte demandante. Banco Pastor S.A. recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) dictó sentencia de fecha 21 de julio de 2010 por la que desestimó el recurso y condenó a la apelante al pago de las costas.
Dicha parte demandante, Banco Pastor S.A., recurre ahora dicha sentencia por infracción procesal y en casación, alegando la existencia de interés casacional.
TERCERO.-La sentencia impugnada viene a ratificar los argumentos mediante los que la Dirección General de los Registros y del Notariado desestimó el recurso contra la calificación del registrador.
La Dirección General, con cita de su anterior Resolución de 28 de noviembre de 2007, reitera su doctrina sobre el tratamiento de la ejecución directa sobre bienes hipotecados cuando el deudor ha sido declarado en concurso, insistiendo en el hecho de que el artículo 56 de la Ley Concursal establece la paralización de ejecuciones de garantías reales en caso de concurso, de manera que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, no pueden iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Se refiere igualmente a que la cuestión de si se trata o no de bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad es de apreciación judicial y no se extiende a ella la calificación cuando no consta registralmente tal afección del bien a las actividades profesionales o empresariales del deudor, pues dicha afección depende de factores extrarregistrales cuya consideración sólo puede apreciarse en vía jurisdiccional, en base a posibles recursos interpuestos por la Administración Concursal. Pone de manifiesto la Resolución impugnada que en este caso sí constaba anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad no sólo la declaración de concurso del deudor, sino también la afección de los bienes hipotecados a la actividad empresarial de la entidad concursada y el carácter necesario para su continuidad, en virtud de mandamiento dictado por el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso. Recuerda por ello que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad judicialmente y en consecuencia el registrador, cuya función calificadora debe realizarse por lo que resulte de los documentos presentados para su inscripción y de los asientos del Registro (cfr. artículo 18 L.H), está vinculado por la proclamación registral de la afección del bien con carácter necesario para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada. Ello implicaba necesariamente la suspensión de las actuaciones iniciadas con anterioridad a la fecha de declaración del concurso en ejercicio de las acciones de los acreedores con garantía real sobre dicho bien, lo que claramente determina la imposibilidad de la continuación de la ejecución hipotecaria al margen del juez del concurso, y por tanto de expedir la certificación y practicar la nota marginal solicitada, por lo que había de considerarse correcta la calificación del registrador que era objeto de impugnación.
Expuesto lo anterior, procede examinar ambos recursos.
Recurso extraordinario por infracción procesal
CUARTO.-Los motivos primero, segundo, tercero y undécimo coinciden en la denuncia de infracción de lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Española, en relación con una valoración de la prueba documental pública, que califican de errónea, arbitraria e ilógica, referida a los autos dictados por la Audiencia Provincial de Madrid sobre el mismo asunto en fecha 20 septiembre 2007, 11 octubre 2007 y 20 noviembre 2007, en tanto que, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley Concursal, resuelven que corresponde al Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid decidir sobre si el bien está afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una actividad productiva de su titularidad, mientras que -insiste la parte recurrente- corresponde al Juzgado de Primera Instancia nº 32 decidir sobre si procede o no suspender la subasta señalada en el proceso de ejecución hipotecaria nº 88/2006 teniendo en cuenta lo resuelto por el

Juzgado Mercantil sobre estos extremos, por lo que -afirma la parte recurrente- no se reconoce competencia al Registrador de la Propiedad para resolver sobre dicha suspensión.
Dichos motivos han de ser desestimados. El Registrador de la Propiedad no ha decretado la suspensión de la ejecución hipotecaria sino que ha actuado de conformidad con lo dispuesto por la legislación vigente, ya que le corresponde la función calificadora, que aparece regulada en el párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, al decir que «los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escritura públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro»; y versando la función calificadora sobre un documento expedido por la autoridad judicial, se indica, en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, que «la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro ».
En el caso presente existía una anotación registral previa sobre el carácter del bien hipotecado que, según el artículo 56 de la Ley Concursal, impedía de momento la continuación de la ejecución hipotecaria, por lo que la actuación del registrador se ajustó a la legalidad y por ello fue confirmada por la Resolución de la D.G.R.N hoy impugnada, siendo así que los autos dictados por la Audiencia Provincial se limitan a precisar la competencia objetiva de los Juzgados en conflicto pero en absoluto predeterminan la actuación del registrador de la propiedad en el ejercicio de las competencia que la ley de atribuye, por lo que no se ha interpretado erróneamente por la sentencia recurrida el contenido de dichas resoluciones.
QUINTO.-Los restantes motivos cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo, inciden en la misma cuestión desde diferentes perspectivas, denunciando la infracción del artículo 24 de la Constitución Española relacionándolo con los artículos 18 y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 207, 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (motivo cuarto); 118 de la Constitución Española, 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 289 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (motivo quinto); citando exclusivamente dicha norma constitucional (motivo sexto); 117.3 de la Constitución Española (motivo séptimo); artículo 37.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (motivo octavo); 117.1 de la Constitución Española (motivo noveno); y artículos 207 y 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (motivo décimo).
Los razonamientos ya expresados justifican la desestimación de los anteriores motivos ya que mediante la sentencia hoy recurrida no se ha producido variación alguna de resoluciones judiciales firmes, ni se han reconocido al registrador de la propiedad facultades no previstas en la ley y, en concreto, la de oponerse a dichas resoluciones judiciales. Tampoco se ha sustituido de hecho al Juez predeterminado por la Ley, con indefensión de la parte recurrente, ni se ha atribuido al registrador el conocimiento del proceso de ejecución en detrimento de las facultades de los jueces y tribunales, como tampoco se ha admitido la interferencia de un órgano administrativo en el ámbito de competencia de los tribunales ni se han vulnerado las garantías del proceso.
La función de la anotación en el Registro de la Propiedad de la afección del bien hipotecado a la actividad productiva de la empresa tenía por finalidad garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 56 de la Ley Concursal y precisamente por ello no ha de apreciarse extralimitación en la actuación del registrador que tuvo en cuenta los obstáculos nacidos del propio contenido del Registro que impedían llevar a cabo lo interesado por el Juzgado que seguía la ejecución (artículo 100 del Reglamento Hipotecario).
Recurso de Casación
SEXTO.-El motivo primero versa sobre la infracción de la doctrina jurisprudencial respecto del concepto jurídico de hipoteca y las consecuencias registrales de su ejecución, en especial en relación con el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la sentencia impugnada atenta contra la fuerza ejecutoria y privilegiada de la garantía hipotecaria, con cita de las sentencias de esta Sala de 22 diciembre 1945, 22 mayo 1963, 31 octubre 1986, 9 abril 2001 y 23 julio 2004.
Admitiendo a estos efectos el carácter sustantivo de la norma contenida en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido a la expedición por el registrador de la propiedad de la certificación de dominio y cargas, y su aptitud para fundar un motivo de casación, éste ha de ser desestimado ya que dicha norma no excluye la aplicación de lo dispuesto por el artículo 100 del Reglamento Hipotecario en cuanto a que la "calificación" ha de tener en cuenta "los obstáculos que surjan del Registro" y la del artículo 56 de la Ley Concursal sobre los efectos del concurso en cuanto a la ejecución sobre garantías reales, que es la que constituye el núcleo de la decisión del registrador y que no pudo ser tenida en cuenta por las sentencias cuya doctrina jurisprudencial se invoca por no estar en vigor al producirse los hechos a que las mismas se refieren.
SÉPTIMO.-El segundo motivo cita como infringidos los artículos 1875 y 1876 del Código Civil así como el principio "prior tempore, potior in iure", citando, junto con las sentencias de esta Sala ya señaladas, las de 26 enero 2000, 26 febrero 2001 y 10 mayo 1989.
El motivo se desestima. La sentencia dictada por la Audiencia -hoy recurrida- no supone despojar a la hipoteca de su carácter de derecho real de garantía de carácter privilegiado que sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone desde su inscripción en el Registro de la Propiedad, como establecen los citados artículos del Código Civil, ni en consecuencia vulnera la doctrina jurisprudencial que emana de dichas normas, sino que se limita a reconocer las facultades calificadoras del registrador y la aplicación al caso de lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley Concursal, cuya previsión es cierto que incide negativamente sobre los derechos del acreedor hipotecario para beneficiar el resultado del concurso, pero se trata de una norma jurídica cuya aplicación se impone tanto a los tribunales como a otros operadores jurídicos, como el registrador de la propiedad, aunque en este caso suponga un perjuicio para la parte recurrente cuyos postulados sobre su aplicación conducirían a su palmaria vulneración.

OCTAVO.-El tercer motivo se refiere a la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el carácter restrictivo de los casos de posible suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, citando infructuosamente las sentencias de esta Sala de 11 octubre 1985, 16 octubre 1961, 18 noviembre 1993 y 1 julio 2004, todas ellas referidas a supuestos en los que no resultaba de aplicación la Ley Concursal de 9 de julio de 2003.
En absoluto resulta desconocido dicho principio por la sentencia impugnada que, por el contrario, tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 56 de la referida Ley que expresamente, en su apartado 2, ya disponía en la fecha en que se solicitó del Registro la certificación de cargas que «las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior (ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado) se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento »; norma que ha sido completada en virtud de la reforma operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, para establecer que ni siquiera es necesario para ello que la declaración de concurso sea firme, que no es obstáculo para su aplicación que estuvieran ya publicados los anuncios de subasta y que únicamente se alzará la suspensión cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
En consecuencia, también ha de ser rechazado dicho motivo.": STS 28.06.2013 (Sentencia 454/2013; Recurso 564/2011)

AP Madrid (Sección 14)

"PRIMERO. Nos corresponde analizar en esta segunda instancia el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en un procedimiento donde se recurre la resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado resolviendo un recurso gubernativo interpuesto contra la calificación de un Registrador de Madrid.
La génesis del conflicto ante el que nos encontramos es la siguiente:
A) El Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid, tras admitir a trámite la demanda de ejecución hipotecaria interpuesta por Banco Pastor contra la entidad SOMERSEN(hoy Promociones y Obras Tiziano S.A.), que fue declarada en concurso por auto de fecha 4 de septiembre de 2006, sobre la finca registral NUM000, libró mandamiento, con fecha 6 de junio de 2007, en el que se ordenaba al Registrador expedir certificación comprensiva de los extremos previstos en el artículo 656 de la LEC, practicar las comunicaciones a que se refiere el artículo 659 de la misma ley y asentar la nota marginal correspondiente.
B) Por auto de fecha 23 de julio de 2007, resolviendo una declinatoria interpuesta por la Administración Concursal de Somersen (hoy Promociones y Obras Tiziano), el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid consideró que no debía suspenderse la ejecución pese a estar en concurso la deudora hipotecaria, decisión que no fue recurrida por la Administración Concursal.
C) El Registrador de la Propiedad nº 6 de Madrid con fecha de 28 de agosto de 2008, conociendo que el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid había declarado que el bien estaba afecto a la actividad profesional o empresarial o a la unidad productiva del concursada, de lo que se había tomado razón en el Registro de la Propiedad, a través de la anotación preventiva letra C, acordó no expedir la certificación regulada en los artículos 656 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud de lo dispuesto en el artículo
56. 1 y 2 de la Ley Concursal.
D) Contra tal decisión se interpuso recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que confirmó la nota de calificación del Sr. Registrador al entender que, como se había anotado en el Registro de la Propiedad no solo la declaración del concurso sino la afección de este bien hipotecado a la actividad empresarial de la entidad concursada y el carácter necesario para su continuidad, ello implicaba necesariamente la suspensión de las acciones por los acreedores con garantía real, determinaba la imposibilidad de continuar la ejecución hipotecaria y la del Registrador de expedir la certificación y la nota marginal interesada.
E) El Juzgado nº 31 de Madrid que conoció de este procedimiento durante la primera instancia, dictó sentencia en la que consideró que debía desestimarse la demanda presentada por el Banco Pastor y mantenerse la calificación del Sr. Registrador nº 6 de Madrid y con ello la decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
(…).
QUINTO. Se indica que por el Registrador se ha hecho una interpretación errónea del artículo 56 y que se ha vulnerado las resoluciones judiciales, en concreto diversos autos de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 20 de septiembre de 2007, 11 de octubre de 2007 y 20 de noviembre de 2007, ya que las referidas resoluciones establecen que mientras es al Juzgado que conoce del concurso el que debe determinar que los bienes están afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad (en este caso el Juzgado de lo Mercantil nº 7), quien debe pronunciarse de la suspensión es el Juzgado que estaba conociendo de la ejecución (Juzgado nº 32 de Primera Instancia), y el mismo determinó que no debía suspenderse la ejecución hipotecaria iniciada sobre la finca hipotecada propiedad de la empresa concursada.
Es cierto parcialmente lo que se indica por la parte apelante, aunque se silencia una parte esencial de la resolución, pues lo que indicó la Sección 28 de la Audiencia Provincial sobre esta materia, no es solo que era el Juzgado de Primera Instancia quien debería acordar la suspensión sino también que lo debía hacer en función de lo resuelto por el Juzgado de lo Mercantil sobre el carácter de los bienes, con lo que, necesariamente, su decisión venía supeditada por lo resuelto por éste.
En principio, debemos tener presente que el Registrador no denegó la expedición de la certificación tras conocer que el Juzgado de Primera Instancia nº 32 se mantenía firme en la decisión de continuar con la ejecución, ya que solamente nos consta que se le remitió un mandamiento que se emitió en fecha 7 de junio de

2007 y, que se retiro por el interesado para presentarse nuevamente transcurrido un año, cuando ya habían accedido al Registro, a través de una anotación preventiva, la calificación de los bienes hipotecados como necesarios para continuación de la actividad empresarial, sin que exista constancia de que se le hubiese remitido nueva comunicación del Juzgado de Primera Instancia en la que insistiera en la continuación del procedimiento a pesar de la calificación que se había hecho por el Juzgado Mercantil sobre los bienes hipotecados, por lo que, incluso, con los datos que obraban en su poder podía pensar que el Juez de Primera Instancia podría reconsiderar su postura.

Además la parte apelante nos dice que por auto de fecha 23 de julio de 2007 el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid había considerado que debía seguirse adelante con la ejecución, pero se nos oculta la fundamentación de tal decisión, que no puede ser otra que considerar que los bienes hipotecados no eran bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, ya que en otro caso supondría una vulneración patente de la ley, lo que nos vuelve a introducir en el tema de la competencia para apreciar tal situación, y, como debe ser el Juzgado de lo Mercantil el que decida sobre esta materia, ya que no solamente así lo ha acordado la Audiencia Provincial en cuestiones positivas de competencia suscitados entre el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Madrid y el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, sino el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales en su sentencia de 22 de diciembre de 2006, que acordó que la Administración que pretendía la ejecución separada de un bien de un concursado debía dirigirse, previamente, al Juzgado Mercantil que conociese del concurso para conocer si el bien era necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Así pues, aunque el Registrador hubiera conocido la decisión adoptada por el Juzgado de Primera Instancia en el auto de fecha 23 de julio de 2007, en función de su facultad calificadora, seguiría estando legitimado para reafirmarse en la decisión que adoptó, pues también se le permite, dentro de su función calificadora, apreciar la competencia del Juzgado o Tribunal en las decisiones que adopte, por lo que debería atender, exclusivamente, a lo que hubiese acordado el Juzgado de lo Mercantil que era el competente en la materia. Exigir al Registrador que expida la certificación, practique la nota marginal y permita la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria, a pesar de provenir la orden de un juez manifiestamente incompetente, tal como ha indicado esta Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo, resulta inadmisible.

Es indiferente que por la Administración Concursal no fuese recurrida la decisión del Juzgado de Primera Instancia nº 32 de continuar con la ejecución, pues no este el tema objeto de debate, y además, no debemos desconocer que se pretende dar una fuerza a tal decisión del Juzgado de Primera Instancia de la que carece, pues aunque su decisión no fuera recurrida, no debemos olvidar que como es improrrogable la competencia objetiva, la aceptación de su resolución no convertía en competente al Juzgado que no lo fuera, competencia objetiva que, además, es apreciable de oficio para decretar la nulidad de actuaciones (artículos 48, 225 y 227 de la LEC).

SEXTO. Se indica, asimismo, que el Registrador se ha extralimitado en su calificación, dando una aplicación equivocada al artículo 17 de la que dispone que "inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo y declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real", ya que la preferencia del derecho que se ejecuta y su prioridad no la concede la nota marginal que se practica cuando se expide la certificación de cargas sino la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad que es de fecha anterior a las anotaciones preventivas practicadas y que actúa como condición resolutoria para las inscripciones y anotaciones que se practiquen después de la constitución de la hipoteca.

Ahora bien, lo que constaba en el Registro cuando se presentó el mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia nº 32 era una anotación preventiva que imponía una limitación a la ejecución de la hipoteca por imposición legal, por lo que no vemos que se haya cometido irregularidad alguna. Es más el artículo 131 de la LH nos debe llevar a este mismo camino, pues dispone que "las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 ", con lo que excluye especialmente de esta cancelación las que recojan aquellos supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, entre las que indudablemente se encuentra la que se practicó, en base al artículo 56 de la Ley Concursal, por el Juzgado de lo Mercantil.

SÉPTIMO. Comprobar que el artículo 688.3 de la LEC no establece específicamente nada sobre la posibilidad que tiene el Registrador para denegar la expedición de una certificación que se solicite dentro del proceso de ejecución y de practicar la correspondiente nota marginal no supone que no pueda hacerlo, pues tal autorización se le concede la ley con carácter general al regular sus funciones calificadores. Es obvio que las normas no tienen que recoger en cada caso concreto las funciones calificadoras del Registrador, ya que ello va implícita en todo mandamiento en relación con el resto del ordenamiento jurídico.

OCTAVO. La última cuestión planteada es el tema que entendemos presenta mayores problemas, considerando que, como debido a las posibles omisiones o retrasos en la expedición de los mandamientos oportunos para informar sobre la evolución del procedimiento concursal, el Registrador no tiene posibilidad para comprobar con absoluta seguridad los plazos y el estado en que se encuentra el concurso, no es ante el mismo a quien debe promoverse esta cuestión, es decir que puede continuar la ejecución hipotecaria adelante ya que se ha aprobado un convenio cuyo contenido no afecta al ejercicio de este derecho o que ha transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, sino ante el Juzgado de lo Mercantil, sobre todo cuando, posiblemente, sea el Juzgado Mercantil el que deberá conocer en el futuro de este procedimiento, tal como establece el artículo 57 de la Ley Concursal, que dispone "que el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre

su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda".
NOVENO. Las costas procesales de esta segunda instancia deben correr a cargo de la parte apelante al haberse desestimado en su integridad el recurso de apelación interpuesto y no apreciar la concurrencia de alguna dificultad fáctica o jurídica que nos aconseje abandonar el criterio objetivo del vencimiento (artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). ":SAP Madrid (Sección 14) 21.07.2010 (Sentencia 463/2010; Rollo 354/2010)

DGRN

"PRIMERO En un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, se ordena judicialmente la expedición de certificación de titularidad y cargas, así como la práctica de la nota marginal prevista en el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El registrador lo deniega porque, con posterioridad a la hipoteca, consta anotada preventivamente la declaración de concurso del deudor y la declaración del juez del concurso de que el bien está afecto a la actividad empresarial de la entidad concursada y tiene carácter necesario para la continuidad de la misma.
SEGUNDO Este Centro directivo (veáse su resolución de 28 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 8242]) ya se ha pronunciado con anterioridad sobre el tratamiento de la ejecución directa sobre bienes hipotecados, cuando el deudor ha sido declarado en concurso. En efecto, el artículo 56 de la Ley Concursal, establece la paralización de ejecuciones de garantías reales en caso de concurso, de manera que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no pueden iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. No obstante, se exceptúan de esa suspensión ?y en consecuencia procede su continuidad? de aquéllas actuaciones en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y siempre que la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Dentro de una interpretación estricta que debe hacerse de la paralización de las acciones reales a que se refiere el artículo 56 de la Ley Concursal, dada la consideración de derecho real que tiene la hipoteca (lo que supone la sustracción del bien y su afección a la garantía de un determinado crédito) y el procedimiento de ejecución separada de que tradicionalmente está dotado y aún mantiene la legislación concursal salvo supuestos excepcionales muy concretos, es posible la ejecución hipotecaria al margen del juez del concurso cuando concurran dos requisitos: que ya se hayan publicado los anuncios para la subasta y que no conste registralmente la afección de los bienes a la actividad profesional de concursado.
TERCERO La cuestión de si se trata o no de bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad (que son los únicos a los que la suspensión de la ejecución pudiera afectar), es una cuestión de apreciación judicial, a la que no se extiende la calificación registral cuando no consta registralmente tal afección del bien a las actividades profesionales o empresariales del deudor. Dicha afección depende de factores extrarregistrales cuya consideración sólo puede apreciarse en vía jurisdiccional, en base a posibles recursos interpuestos por la administración judicial.
CUARTO Sin embargo, en el caso que nos ocupa sí consta anotado preventivamente no sólo la declaración de concurso del deudor, sino también la afección de los bienes hipotecados a la actividad empresarial de la entidad concursada y el carácter necesario para su continuidad, en virtud de mandamiento dictado por el juzgado de lo mercantil conocedor del concurso. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad judicialmente (cfr. artículo 1 LH) y en consecuencia el registrador, cuya función calificadora debe realizarse por lo que resulte de los documentos presentados para su inscripción y de los asientos del Registro (cfr. artículo 18 L.H), está vinculado por la proclamación registral de la afección del bien con carácter necesario para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada.
QUINTO La declaración del bien hipotecado como afecto a la actividad empresarial de la entidad concursada implica necesariamente la suspensión de las actividades iniciadas con anterioridad a la fecha de declaración del concurso en ejercicio de las acciones de los acreedores con garantía real sobre dicho bien, lo que claramente determina la imposibilidad de la continuación de la ejecución hipotecaria al margen del juez del concurso, y por tanto de expedir la certificación y practicar la nota marginal solicitada.
En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso ":RDGRN 06.06.2009 (JUR 2009/337093)

8.3 Deudor no hipotecante concursado no demandado ni requerido de pago

DGRN

"1.Se presentó primeramente en el Registro un testimonio del decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria, que fue objeto de calificación registral negativa por el defecto que de momento se consideró subsanable, consistente en que no resultaba del mismo, que la sociedad deudora, hubiera sido demandada y requerida de pago. Como subsanación de dicho defecto, se presentó después diligencia de constancia de la Secretaría del Juzgado, en la que hace constar que en el Registro Mercantil ha sido notificada de la existencia del procedimiento y requerida de pago la representación procesal de la sociedad deudora en la forma que se ha indicado en los hechos. La registradora deniega la inscripción conforme a los artículos 132.1.º de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, alegando además, el artículo 24 de la Constitución respecto a la

sociedad deudora y la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004 sobre la nulidad del procedimiento, citando las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de julio de 2010, 24 y 27 de junio de 2011 y declarando insubsanable el defecto. Se interpone recurso gubernativo alegándose fundamentalmente que la sociedad deudora estaba declarada en concurso lo que imposibilitaba dirigir contra ella la ejecución.

2.Para la resolución del caso objeto de recurso gubernativo interpuesto, hay que partir en primer lugar, del artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria, que extiende la calificación registral a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: «Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.» Por su parte, el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la demanda ejecutiva se dirija frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercero poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes.» Y el artículo 686 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil regula el requerimiento de pago estableciendo que «en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro».

3.Desde el punto de vista registral, la extensión de la calificación registral al requisito procesal de haberse demandado y requerido de pago al deudor a que se refiere el artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria, en el caso de que el deudor sea dueño de la finca hipotecada, entronca directamente con el principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y con el principio constitucional de proscripción de la indefensión del artículo 24 de la Constitución, pues se trata del titular registral contra el que ha de dirigirse un procedimiento que desemboca en la adjudicación de la finca a la persona que resulte de la subasta o de la adjudicación en caso de falta de postores que señala la ley. Lo mismo ocurre con la necesidad de demandar al hipotecante no deudor, pues se trata igualmente del dueño de la finca afectada por el procedimiento de ejecución.

Por lo que se refiere al deudor no hipotecante, o sea al que no es dueño de la finca contra la que se dirige la acción real hipotecaria, el fundamento de la extensión de la calificación registral al requisito de haberse demandado y requerido de pago al deudor, no puede radicar en el principio de tracto sucesivo, puesto que no es titular registral, pero existen importantes conexiones entre la obligación del deudor y la garantía real hipotecaria que podrían explicar que el legislador exija que la acción se dirija también contra el deudor aunque no sea dueño de la finca. Aparte de las incidencias que pueden producirse a lo largo del procedimiento, en cuanto a la posibilidad de que el deudor demandado pague y pueda participar en la subasta elevando las pujas de la misma, existe una razón fundamental para la intervención del deudor y es que dentro del mismo procedimiento de ejecución se prevé que si la enajenación de la finca fuera insuficiente para el pago de la obligación, se permite al acreedor que continúe el procedimiento con el embargo de otros bienes del deudor para la satisfacción de la parte que ha quedado sin pagar.

De ahí que, en principio, la falta de demanda contra el deudor y el requerimiento de pago al mismo supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento y podría entenderse que da lugar a la nulidad del procedimiento, a efectos registrales, teniendo en cuenta la rigidez de los trámites del mismo y la necesidad de cumplir los requisitos de requerimiento y notificaciones previstas en la ley.

4.Ahora bien, respecto a la consideración del defecto como insubsanable, según resulta de la calificación registral recurrida, hay argumentos para considerar que se trata de defecto subsanable siempre que, como ocurre en el caso ahora planteado, se den una serie de circunstancias que permitan superar el defecto.

Uno de esos supuestos especiales que según el recurrente concurre en este caso, es cuando el deudor no hipotecante está en situación de concurso de acreedores. En este caso, si se acreditara debidamente tal situación, hay que observar que se suspenden las ejecuciones dirigidas contra el mismo, a pesar de lo cual sería posible seguir la ejecución contra los demás interesados. En este sentido, el artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece: «1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso. 2.El secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal. 3. Si existieran varios demandados, y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto al que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás».

En el presente caso, ante la falta de demanda contra el deudor y de requerimiento de pago al mismo, el Juzgado ha seguido el procedimiento y ninguno de los intervinientes ha alegado nada contra dicha omisión, es decir, tanto el acreedor ejecutante como el hipotecante no deudor, no han hecho ninguna alegación, dando lugar a que la ejecución quede firme. Y además, una vez puesta la primera nota por la registradora en la que señalaba la falta de demanda y de requerimiento de pago al deudor, calificando de momento el defecto como subsanable, el propio Juzgado ha decretado la notificación a la entidad deudora, que si bien no permite dar como notificada a la misma en el momento procesal oportuno, permite que tenga conocimiento de la tramitación realizada a los efectos oportunos, pero sin que ello impida la inscripción, porque, dadas las peculiaridades del caso, ésta es posible teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 568.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil anteriormente citado, que en caso de declaración de concurso del deudor, no cabe seguir la ejecución contra el mismo, pero sin que ello impida que se siga la ejecución contra el otro demandado, especialmente si es hipotecante no deudor, como aquí ocurre, que garantiza con la finca de su propiedad la ejecución hipotecaria, teniendo en cuenta que no cabe aplicar el beneficio de excusión en el ámbito hipotecario, ni siquiera en el ámbito de la fianza personal cuando el deudor ha sido declarado en concurso (cfr. artículo 1831.4.º del Código Civil). Y en cuanto a la remisión que el apartado 2 del propio artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace la Ley Concursal, hay que observar que los artículos 56 y 57 de la misma se

refieren al procedimiento de ejecución hipotecaria contra los bienes del concursado y en el presente caso, el dueño de ellos no está en situación de concurso.
Por otra parte, la falta de requerimiento de pago al deudor podría dar lugar a que no fuera factible para el acreedor continuar el procedimiento contra el mismo respecto a otros bienes si no se hubiera satisfecho totalmente la deuda, pues faltaría el presupuesto para ello, que es la reclamación contra el mismo dentro del procedimiento de ejecución. Pero esto sería ajeno a la inscripción de la adjudicación de un bien propio del hipotecante no deudor que ha consentido el decreto de adjudicación y la firmeza del mismo y cuyo bien es ajeno al deudor y al ejercicio de la acción real hipotecaria.": RDGRN 07.06.2012 (BOE 12.07.2012, 9307, p. 50117)

9. No cabe apelación contra la denegación de la suspensión de la ejecución

"PRIMERO En virtud del precedente Recurso por el apelante Instalaciones y Montajes Abalo S.L. se pretende la revocación delAuto de 15 de julio de 2008 dictador por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vilagarcía de Arousa en el procedimiento de Ejecución de título no judicial nº 125/08 por el que se acordó suspender la ejecución despachada contra la misma recurrente, habida cuenta de que se había declarado en situación de concurso voluntario el día 12 de marzo de 2008. Solicita la apelante que se declare la nulidad del despacho de ejecución acordado contra la misma el 13 de marzo de 2008 toda vez que conforme alart. 55 de la Ley Concursal en relación alart. 20.2 y 21.2 de la misma aún cuando no fuera firme el día 13 de marzo el Auto por el que se declaraba el concurso, sin embargo, sí era, por disposición legal ejecutivo y en tales términos elart. 55.3 LC ordenaba la nulidad de pleno derecho de las actuaciones llevadas a cabo.
"SEGUNDO Se plantea como cuestión previa esta Sala la viabilidad del recurso de apelación desde el punto de vista estrictamente procesal, esto es, si es posible la admisión del Recurso de apelación contra el Auto que acuerda la suspensión de la ejecución del proceso sólo respecto de un codemandado, y se ordena la continuación del proceso respecto al resto, en particular se ordena que siga la ejecución contra el Sr.Adrian como persona física y se suspende respecto de la mercantil concursada Instalaciones y Montajes Abalo, S.L.
La LEC guarda silencio en este punto y no da respuesta concreta al caso. La Sala llega a la conclusión de que la mentada resolución en este caso es irrecurrible, salvo, claro está con el Auto definitivo, y así lo entendemos por los siguientes motivos:
1. La L.E.C. parte efectivamente de la regla general de que contra las resoluciones interlocutorias (las que van dictándose a lo largo de la primera instancia) procede recurso de reposición, y de que contra el Auto que decide la reposición no cabe recurso de apelación de modo autónomo e independiente. Así indica el preámbulo de la L.E.C. la tutela judicial exige que contra las resoluciones que no pongan fin al proceso, no quepa interponer apelación debiendo insistirse en la eventual reproducción de la cuestión al recurrir contra la sentencia de primera instancia, con lo que desparecen prácticamente los recursos contra las resoluciones interlocutorias. Es verdad que puede alegarse que la suspensión apreciada respecto de mercantil limitada pone fin a la pretensión CONTRA ELLA formulada, pero entendemos, que no lo pone al PROCESO respecto del que el juzgador ordena expresamente continuar. Luego, aunque el Auto ordena el suspensión este sólo es parcial para unos demandados, no para todos y en este sentido no es definitivo porque no pone fin al proceso en la primera instancia.
La acumulación subjetiva que tiene lugar en el presente procedimiento ejecutivo (Sr.Adrian y la Limitada recurrente) no es sino, desde el punto de vista procesal más que un solo proceso a resolver en conjunto.
2.- Elartículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que salvo los casos en que proceda el recurso de queja, contra el auto que resuelve el recurso de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva, sin que persista en un nuestra legislación procesal, como propiamente tal, la posibilidad de interponer recursos de apelación en un solo efecto (que sí contemplaba elartículo 381 de la ley de enjuiciamiento civil de 1.881). El precepto mencionado en primer lugar ha de ser puesto en relación con lo establecido en losartículos 451 y 455 de la Ley procesal.
En el primero se señala que podrá interponerse recurso de reposición contra todas las providencias y autos no definitivos y, por su parte, elartículo 455 previene que serán recurribles en apelación las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale. Es decir, cabe pensar que el sistema de impugnación establecido en la vigente LEC configura los recursos de reposición y apelación como impugnaciones excluyentes entre sí, de tal suerte que donde la una cabe no cabe la otra.
En consecuencia, el núcleo gordiano de la cuestión para determinar si la resolución recurrida era o no susceptible de serlo en apelación, consiste en establecer si nos encontramos o no ante una resolución definitiva.
Proporciona el concepto en definición auténtica, elartículo 207.1 de la LEC, cuando señala que son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas. En este sentido, ha venido explicando la doctrina que de acuerdo con lo establecido en elartículo 206.2.2ª deberán revestir la forma de Auto las resoluciones que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso, antes de que concluya su tramitación ordinaria; estos autos deben reputarse definitivos. Los que no se incluyan en esa determinación pertenecen a la categoría de autos interlocutorios, y en nuestro caso la mercantil apelante podrá recurrir este Auto al dictarse el Auto que resuelva la oposición a la ejecución que también ha opuesto el Sr.Adrian en primera instancia.
En el sistema de recursos instaurado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, los recursos de reposición y de apelación son medios de impugnación que discurren paralelamente pero que no se cruzan ni constituye el uno trámite previo para la interposición del otro, a diferencia de lo que sucedía en la anteriorLey Procesal que permitía la apelación contra autos resolutorios del recurso de reposición (art. 381). En el sistema actual, la parte disconforme con el contenido de la decisión judicial ha de valorar cual es el recurso procedente y optar

por la reposición o la apelación, según entienda que cabe uno u otro, de tal forma que si formuló reposición contra la Resolución inicial del Juzgado, una vez tramitada y resuelta la misma, contra el Auto resolutorio ya no puede formularse apelación, en virtud de lo dispuesto en elart. 454, y también delart. 455.1, pues la actuación procesal de la parte revela que consideró que la resolución recurrida no era un auto definitivo ni ningún otro frente al que la ley expresamente señalase la posibilidad de apelación.
Así pues entendemos que el Auto que resuelve un recurso de reposición, cuando la cuestión no puede ser suscitada en un momento posterior, debe ser considerado como Auto definitivo a los efectos delart. 455. 1 de la Ley Procesal y, como tal, susceptible del recurso de apelación. Este no es el caso ya que podrá reproducirse al dictarse el Auto que pone fin a la primera instancia y formular recurso contra el Auto que ha resuelva sobre la oposición. En este momento tanto la persona física como la persona jurídica, cada una en relación a las cuestiones que les afectan, o en su caso la actora, podrán formular los oportunos recursos.
3.- Y por fin, atendiendo al espíritu de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, ya expresado en su Exposición de Motivos, y en la propia regulación de dos Recursos en general, es claro que mediante una simplificación del los recursos, así como mediante la limitación de los mismos, y en relación con el caso que nos ocupa, por lo que se refiere al Recurso de apelación, este queda extremadamente limitado dejando fuera de su ámbito todas las resoluciones interlocutorias o que no pongan fin al proceso.
Respecto a lo que se entiende por Auto definitivo en la misma Exposición de Motivos de la LEC se dice que resuelto el recurso de reposición contra las resoluciones que no pongan fin al proceso, no cabe interponer apelación. Por lo que si auto no definitivo es el que no pone fin al proceso, auto definitivo debe entenderse que es el que pone fin al proceso como forma de terminación del litigio distinta de la Sentencia. Así elart. 207.1 de la LEC dice que son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que deciden los recursos interpuestos frente a ellas. Y continúa la Exposición de Motivos:
"Desaparecen, pues, prácticamente, las apelaciones contra resoluciones interlocutorias."
4.- La propia LEC sólo prevé que pueda dictarse una resolución que ponga fin al proceso respecto de un demandado en el caso del allanamiento parcial en elart. 21 para apartarlo definitivamente del mismo y comenzar la ejecución. Sin embargo, cabe que pensemos qué sucede en el caso de que existiendo varios demandados el actor desista de alguno en los términos delart. 20 de la ley procesal, y oponiéndose el propio demandado el juzgador resuelva. ¿Cabría entonces el recurso de apelación tramitado de forma independiente y al margen de la resolución definitiva? Creemos que no y esta no era la intención del legislador, esto es evitar paralizaciones intermedias del procedimiento cuando es posible recurrir con la resolución definitiva, esto es la sentencia.
5.- La LEC no prevé que puedan realizarse testimonio de particulares -cual es que se ha enviado a la Sala inexplicablemente porque no existe en la ley adjetiva- al margen del proceso principal para que este no se suspenda, tal como sucedía con la LEC de 1881.
6.- Por último, no existe motivo de suspensión de los que señala elart. 188 de la LEC, ni siquiera en los casos que la ley prevé porque específicamente no se señala éste en el caso de que no se hubiera remitido el inexistente testimonio de particulares.
En todo caso, no hace falta añadir que el régimen de recursos legalmente establecidos contra los diferentes tipos de resoluciones judiciales, es materia que se sitúa extramuros de la capacidad de disposición de las partes, perteneciendo al llamado ius cogens, de tal suerte que cualquiera que sea la posición argumental de las partes o la actuación del órgano a quo, las resoluciones serán susceptibles de ser recurridas en el modo que a su naturaleza corresponda conforme a lo legalmente establecido.
TERCERO No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas al no haber entrado en el fondo del asunto, y las dudas de derecho que pudiera suscitar la cuestión al no hallarse específicamente previsto en la LEC.": AAP Pontevedra 08.05.2009 (JUR 2009/426649; Auto 76/2009; Rollo 230/2009)

"PRIMERO Inversiones Tahodio S.A. solicitó la suspensión de la subasta señalada para el día 30 de diciembre de 2008, por haberse dictado auto por el Juzgado de lo Mercantil de Las Palmas declarando el concurso necesario de la entidad ejecutada Turismo Energías Renovables, Proyectos y Construcciones, Grupo Urbasa S.L., dictándose por elJuzgado diligencia de ordenación el día 19 de diciembre de 2008, manteniendo la celebración de la subasta para el día señalado por diligencia de ordenación de 13 de octubre de 2008.
Contra dicha resolución Inversiones Tahodio S.A. formuló revisión al amparo de lo dispuesto en elarticulo 451 LEC y 8, 56 y 57 de la Ley Concursal, que se resolvió por medio deauto de 21 de enero de 2009, que fue apelado por Inversiones Tahodio S.A. y dicho auto es el objeto de la presente resolución, respecto de la que, con carácter previo, procede examinar de oficio si es susceptible del recurso de apelación interpuesto.
SEGUNDO Elartículo 562 LEC regula los medios de impugnación de los actos concretos del proceso de ejecución, que son el recurso de reposición y el recurso de apelación, pero está limitado a los casos en que expresamente se prevea en esta Ley. Las normas que regulan las peculiaridades de la ejecución hipotecaria no contemplan la suspensión de la subasta, ni otro recurso de apelación más que contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, por lo que habrá de entenderse que es aplicable elartículo 562.1-1º, considerando la diligencia de ordenación que mantuvo el señalamiento de la subasta, como un acto concreto del proceso de ejecución y, en consecuencia, contra el auto que resolvió la revisión, que es equiparable al auto que resuelve la reposición, no cabe recurso de apelación. Por otro lado elartículo 56 de la Ley Concursal regula la paralización de las ejecuciones de las garantías reales, pero no establece ni la forma de la resolución que la acuerde, ni si la misma es susceptible de recurso de apelación, regulando con carácter general elartículo 197 los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso, con carácter restrictivo, concediendo con carácter general sólo recurso de reposición respecto de las providencias y autos que dicte el Juez del concurso, y sólo contempla el recurso de apelación en los supuestos específicos que contempla, no siendo ninguno el caso de autos. Por último la norma general delartículo 455 LEC establece como susceptibles de recurso las sentencias, los autos definitivos y aquellos otros que laley expresamente señale, no pudiendo considerarse el auto apelado

como definitivo (art. 207 LEC) ya que no pone fin a la primera instancia, sino que, por el contrario, deniega la paralización de la ejecución.": AAP Tenerife (Secciòn 3) 07.07.2009 (JUR 2009/447218; Auto 219/2009; Rollo 25/2008)

10. Inaplicabilidad de régimen de prejudicialidad civil del art 43 LEC

"SEGUNDO.-Centrado de éste modo los términos del recurso (…) la cuestión nuclear a que se contrae esta alzada pasa por determinar si procedía o no la suspensión el curso del procedimiento decretada por el Juzgador de instancia.
Al efecto, y dado que la suspensión ha sido decretada al amparo de lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se estima oportuno comenzar señalando que si bien dicho precepto, permite la suspensión de un proceso cuando para resolver sobre el objeto del juicio sea necesaria decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal, no lo es menos que en el caso nos hallamos ante una ejecución hipotecaria, procedimiento sustraído por el propio legislador de la aplicación de tal norma, al concebir las únicas causas de suspensión en los artículos 696 y 697, con fundamento a que tal procedimiento especializado, tiende a la efectividad de los créditos privilegiados que garantiza así como a que su realización tenga lugar en forma rápida y fluida por lo que, además de establecer de forma tasada las causas de oposición a al ejecución puesto que en la constitución del título deben cumplirse todos aquellos requisitos que se exigen a los efectos de evitar la contienda entre las partes en la ejecución, se establecen, también, de forma tasada los supuestos de suspensión.
En consecuencia, se ha de convenir con la parte recurrente, que no constituye el concurso una cuestión prejudicial respecto de las ejecuciones hipotecarias, de modo que no resulta de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo que la normativa a aplicar en caso de ejecución de garantías reales de bienes del concursado, y a los efectos de poder determinar la procedencia o no de la suspensión interesada por la concursada, no es otra que lo que a tal efecto se dispone en la propia Ley concursal, en concreto, en sus artículos 56 y 57. ":AAP Baleares (Sección 5) 17.05.2010 (Auto 93/2010; Rollo 89/2010)

11. Bienes transmitidos a terceros: incompetencia del JM

AP Alicante

"PRIMERO.-El presente recurso de apelación se formula contra el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante por el que se inadmite la demanda de ejecución hipotecaria, en el seno de un incidente concursal, por falta de competencia objetiva. Lo interpone la entidad ejecutante y se oponen a él, cada uno por su lado aunque con argumentos coincidentes, los administradores concursales y los particulares propietarios de las fincas registrales adquiridas a la ejecutada.
SEGUNDO.-La cuestión a dilucidar, como certeramente se determina en la resolución recurrida, consiste en determinar si la ejecución hipotecaria de bienes de terceros adquiridos a la concursada antes del concurso debe sustanciarse en el seno del proceso concursal o, por el contrario, es competencia del Juzgado de Primera Instancia correspondiente, todo ello partiendo de la circunstancia no controvertida de que determinadas fincas registrales que garantizan el préstamo hipotecario concedido en el año 2007 por la Caja de Ahorros ejecutante a la mercantil ejecutada, declarada en situación de concurso en 2008, han sido transmitidas por ésta última a terceros, también demandados, antes de la presentación de la demanda ejecutiva (30 de octubre de 2009).
Debe tenerse en cuenta que, contrariamente a lo que se alega por la entidad ejecutante, la competencia objetiva no viene fijada en la fase de ejecución por el préstamo, sino por la titularidad de los bienes sobre los que recae, y si ésta corresponde a terceros (aunque con una carga hipotecaria no cancelada), sin trascendencia patrimonial por tanto para la concursada, como es el caso, la competencia para conocer de la ejecución corresponde al Juez de Primera Instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 86.ter.1.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 49, 50 y 57 de la Ley Concursal. ": AAP Alicante (Sección 5) 19.04.2011 (Auto 70/2011; Rollo 552/2010)

AP Barcelona

"Fundamentos de derecho.—I. Es cierto que conforme a los arts. 86ter.1 LOPJ y 8.3 LC, la competencia para conocer de la ejecución sobre bienes del patrimonio del concursado corresponde al juez del concurso, pero en el presente caso, tal y como in-forma y acredita el ejecutante en su demanda de ejecución, los bienes al tiempo de ins-tarse la ejecución (16 de octubre de 2008) ya no pertenecían a la concursada («S.I., S.L.»), pues esta los había transmitido el 18 de diciembre de 2007 a la entidad «S., S.L.» De este modo, el presupuesto que justificaba la atracción de competencia a favor del concurso, que la ejecución lo fuera sobre bienes del concursado, no se cumple en el presente supuesto, razón por la cual el juez del concurso carece de competencia, y sin embargo sí la tiene el juzgado de primera instancia de Sant Feliu de Llobregat an-te el que inicialmente se presentó la demanda de ejecución. Todo ello sin perjuicio de que, como muy bien explica el auto del juzgado mercantil, de no operar la subrogación en la obligación principal garantizada con la hipoteca que es objeto de ejecución, si se pretendiera la prosecución de la ejecución contra la concursada (como deudora per-sonal por no ser suficiente lo obtenido con la realización de la garantía hipotecaria), entonces operaría la prohibición del art. 55.1 LC, más que una atracción de la competencia de dicha ejecución.": AAP Barcelona (Sección 15) 13.11.2009 (Rollo 293/2009; RJC 127)

12. Ejecución hipotecaria contra contra hipotecante no deudor y concursado deudor no hipotecario: competencia JPI

Tribunal Supremo

"ÚNICO.- El art. 8.3 LC prevé la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso « para toda ejecución de bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado... », dicha previsión debe de cumplimentarse con lo determinado los arts. 55 a 57 del mismo texto legal.
La demanda de ejecución hipotecaria se dirige contra dos entidades mercantiles, en la forma determinada en el art. 685.1 LEC : TILIFOR, S.L., en su condición de deudor no hipotecante, sociedad que está declarada en concurso; y contra CONSTRUCTORA CONTINENTAL, S.A., en su calidad de hipotecante no deudor.
Los bienes respecto de los que se promueve la ejecución hipotecaria en el presente procedimiento, en cuanto pertenecientes a un tercero no deudor que no está declarado en concurso, no se encuentran integrados, en forma alguna, en la masa activa de la entidad concursada TILIFOR, S.L., por lo que el juzgado de lo mercantil carece de competencia objetiva para conocer de dicha ejecución.
Por todo ello, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede declarar la competencia del Juzgado de Primera instancia nº 5 de Talavera de la Reina para el conocimiento del presente procedimiento de ejecución hipotecaria.": ATS 09.09.2014 (Recurso 42/2014)

[Nótese que el TS no hace constar ningún reparo respecto de que el concursado-deudor-no- hipotecante sea parte ejecutada]

AP Cantabria

PRIMERO.- El auto apelado desestimó la oposición a la ejecución hipotecaria y acordó alzar la suspensión de la ejecución despachada por auto de 3 de junio de 2014. Los motivos de oposición versaban sobre el carácter abusivo de las clausulas relativas al pacto de liquidación unilateral de la deuda, el vencimiento anticipado del préstamo, prohibición de cesión de derechos y tipo de intereses moratorio. Por su parte, en el auto de 3 de junio de 2014 se dictó orden general de ejecución y despacho de ejecución a favor de CAIXABANK, S.A. como parte ejecutante, contra PROMOTORA EL CAMPIZO, S.L. y RIGUCAN, S.L. como partes ejecutadas, dirigiéndose la ejecución exclusivamente contra los inmuebles hipotecados, propiedad de la segunda. En el auto se acordaba además requerir a los ejecutados para que paguen la cantidad reclamada en concepto de principal.
El único motivo del recurso de apelación en la excepción de orden público derivada de la nulidad de las actuaciones por falta de competencia objetiva del Juzgado para conocer de la ejecución por serlo el juzgado de lo Mercantil al haber sido declarado en concurso PROMOTORA EL CAMPIZO, S.L.
SEGUNDO.- El artículo 86 Ter establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Dicha norma constituye una regla de competencia objetiva cuya inobservancia determina la nulidad de lo actuado de conformidad con los artículos 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de manera que de despacharse ejecución dirigida frente al patrimonio de un concursado por parte de un Juzgado diferente a aquél que tramita el procedimiento concursal, lo actuado debe ser declarado nulo.
TERCERO.- En el supuesto objeto de esta litis, el auto de 3 de junio de 2014 despachó formalmente la ejecución frente a la apelante y frente a PROMOTORA EL CAMPIZO, S.L. Esta última había sido declarada en concurso por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander. A su vez, el bien sobre el que recae la ejecución hipotecaria no está integrado en el patrimonio de la concursada, PROMOTORA EL CAMPIZO, S.L. sino que forma parte del patrimonio de la apelante. En consecuencia, la concursada tiene la condición de deudor y la apelante de hipotecante no deudor. Todo lo anterior es consecuencia de la necesaria distinción entre deuda y responsabilidad. Ordinariamente, el responsable es a su vez deudor, respondiendo de sus deudas con sus propios bienes. Pero en otras ocasiones, es posible que se responda no de una deuda propia, sino de una deuda ajena, como sucede con la figura del hipotecante no deudor. Este tercero hipotecante únicamente garantiza el pago de una deuda con un bien de su patrimonio sobre el que recae la hipoteca, pero no con la totalidad de su patrimonio. Cuando este tercero hipotecante no deudor no ha sido declarado en concurso y únicamente lo ha sido el deudor principal, el art. 86 Ter LOPJ no otorga la competencia al Juez del concurso para seguir la ejecución frente al bien hipotecado.
Partiendo de lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia resulta competente para seguir la ejecución hipotecaria frente a la apelante, por lo que debe desestimarse el recurso de apelación al ser ajustada a derecho la ejecución despachada frente a él.
CUARTO.- No obstante, el Juzgado de Primera Instancia carece de competencia para despachar ejecución frente a PROMOTORA EL CAMPIZO, S.L., por haber sido declarada en concurso de acreedores. Si bien en el auto de 3 de junio de 2014 no se adopta ninguna medida ejecutiva frente a bienes integrados en el patrimonio de la concursada, sí se incluye el requerimiento de pago a PROMOTORA EL CAMPIZO, para lo que no resultaba competente el Juzgado de Primera Instancia. Por ello, de oficio, en aplicación del art. 48.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede declarar la nulidad parcial de lo actuado en relación a PROMOTORA EL CAMPIZO, por carecer de competencia objetiva el Juzgado, debiéndose dejar sin efecto el requerimiento de pago contenido en el auto de 3 de junio de 2014 y demás pronunciamientos dirigidos frente a la concursada, respecto a la cual el despacho de ejecución ha de declararse nulo.": AAP Cantabria (Sección 4) 03.03.2015 (Auto 53/2015; Rollo 579/2014)

AP Tarragona

“Primer. MATÈRIA DE DEBAT. Amb data de divuit de desembre de dos mil vuit, una de les predecessores de Catalunya Banc, SA, li va concedir un préstec, documentat en una escriptura, a TRAMEXCA, SL. Berta i Edemiro no només van fiançar el compliment de les obligacions d'aquesta companyia, sinó que també van consentir la constitució d'una hipoteca sobre el seu habitatge comú, documentada en la mateixa escriptura, com a garantia de l'amortització del préstec. Declarat vençut aquest negoci com a conseqüència de la manca de pagament regular de les quotes d'amortització, la creditora va promoure un procés de realització de la garantia real contra la societat deutora i els dos fiadors i hipotecants. Despatxada l'execució contra tots tres, hi van formular una oposició en què, entre d'altres coses, hi van al legar que, com que la societat deutora havia estat declarada en concurs abans de la interposició de la demanda executiva, s'havia de sobreseure el procés.
Segon. RESOLUCIÓ DE PRIMERA INSTÀNCIA I RECURS D'APEL LACIÓ. El jutge de primera instància va resoldre que, de conformitat amb el que disposen els articles 50 i 55 de la Llei Concursal, s'havia de sobreseure, en efecte, el procés d'execució, amb la conseqüent imposició de les costes de l'incident d'oposició a l'executant. Aquesta va demanar un complement de resolució perquè el jutge declarés de forma expressa si la seva decisió afectava també els hipotecants, però l'òrgan jurisdiccional va manifestar que no era procedent afegir res al que ja havia disposat. Aleshores, l'executant ha interposat un recurs d'apel lació contra la resolució que va posar fi a l'incident en primera instància, per bé que limitat al pronunciament que la condemnava a suportar-ne les costes.
Tercer. VIABILITAT DEL RECURS. Els executats al legaven que aquest recurs havia estat formulat de forma extemporània. Ara bé, si considerem que la petició de complement de la resolució impugnada va interrompre, tal com disposa l' article 215.5 de la LEC, el termini d'interposició, hem de concloure que el recurs ha estat interposat en temps i forma.
Quart. DECISIÓ DEL RECURS. El bé hipotecat no pertany a la societat declarada en concurs, i no resta adscrit, tampoc, a la seva explotació, ja que és un habitatge familiar. No forma part, doncs, del patrimoni de la societat declarada en concurs. No hi és d'aplicació, doncs, en aquest procés, la regla de l' article 55 de la Llei Concursal. Encara menys la de l'article 50, referida, de forma exclusiva, als processos de declaració. Per tant, no hi havia cap justificació legal per sobreseure el procés d'execució (el que ja no hauria estat procedent, si el valor del bé hipotecat no hagués cobert l'import del deute garantit, hauria estat despatxar execució per la resta contra els béns de la societat declarada) Limitada la pretensió de l'apel lant a no ser condemnada a costes, hem d'estimar, si més no, aquesta modesta petició.”: AAP Tarragona (Sección 3) 25.09.2014 (Rollo 204/2014)

13. Inaplicabilidad de los arts 56 y 57 en caso de subrogaciòn real de la garantía hipotecaria sobre el sobrante de la ejecución de una carga anterior

AP Cádiz

“I.- ANTECEDENTES DE HECHO.
1º.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Cádiz, se dictó sentencia con fecha 17 de julio de 2012 cuyo fallo literalmente transcrito dice: " Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por por "Caixa D#Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa" (Catalunya Caixa) contra la concursada, "Proyectos Bahía Blanca S.L.", y la administración concursal, no ha lugar a calificar el crédito derivado del préstamo hipotecario nº 2013 1690 08 9600023283, reconocido a la actora, ni como ordinario ni como contingente, ni a excluir el importe del sobrante de lo obtenido de la subasta de la finca nº 31.516 del Registro de la Propiedad nº 3 de Jerez de la Frontera, llevada a cabo por la TGSS en procedimiento administrativo de apremio (803.994,83 euros), del inventario. Se reconoce a la actora derecho de separación respecto de dicho sobrante, al ser su crédito privilegiado, con garantía real, si bien habrá de ejercitarlo en la forma y con las condiciones previstas por los arts. 56 y 57 LC. No ha lugar a la entrega de dicho sobrante al margen del cauce indicado. Todo ello sin expresa condena en costas." (...)
II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO. (...)
2º.- En cuanto al recurso presentado por la Caixa, se discrepa de la resolución de instancia, en cuanto entiende que su derecho cabe ejercitarse independientemente de la formalidad de los art 56 y 57 LC, sino aplicando directamente las normas derivadas de la enajenación en publica subasta de los bienes y la aplicación del sobrante de la misma al pago de deudas hipotecarias posteriores a la ejecutada.
En las subastas administrativas, el RD 1415/2004 de 11 junio 2004 en su art. 122 establece que *"1. Una vez pagado el precio de remate en el plazo establecido, el Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2, emitirá certificado de la adjudicación, en el que se hará constar la aprobación del remate y la identificación del adjudicatario, la descripción de los bienes enajenados y las cargas y gravámenes a que estuvieran afectos, la identificación del deudor, el importe de las deudas objeto de ejecución y el valor de adjudicación del bien. Asimismo se hará constar, en su caso, que queda extinguida la anotación registral del embargo que haya dado lugar a la enajenación, librándose con el certificado mandamiento de cancelación de las cargas posteriores a dicha anotación, conforme a lo previsto en la legislación reguladora del registro público en que se hubiera practicado. Asimismo se expedirá mandamiento de cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo con relación a los créditos ejecutados, con arreglo a lo dispuesto en el art. 175.2ª del Reglamento Hipotecario.".*
A su vez, la Disposición Final Primera establece la aplicación supletoria del Reglamento General de Recaudación del Estado, el cual (RD 939/2005 de 29 julio 2005), indica en su rt 104 "*Igualmente se depositará el sobrante cuando existan titulares de derechos posteriores a los de la Hacienda pública.*".

La normativa civil también establece dicha actuación y así el artículo 672 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece: *"Destino de las sumas obtenidas en la subasta de inmuebles.1. Por el Secretario judicial se dará al precio del remate el destino previsto en el apartado 1 del art. 654, pero el remanente, si lo hubiere, se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante. Si satisfechos estos acreedores, aún existiere sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal."*, y también el artículo 692 en iguales términos, indica que "Pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante. 1. El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.
En relación a todo ello el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de junio de 1992, (si bien se refiere a una prelación de créditos respecto de una hipoteca naval no obstante las consideraciones son plenamente aplicables) indica que *"una vez cancelada, como acaba de decirse, la inscripción de dicha segunda hipoteca naval, es evidente que el "Banco P., S.A.", (en cuanto titular de la misma) perdió su condición de acreedor hipotecario con respecto al buque CM, en cuanto quedaba imposibilitado de promover una nueva ejecución sobre el mismo para el cobro de su crédito. Pero como del precio del remate de dicho buque (en ejecución de la primera hipoteca, una vez pagados los créditos garantizados con la misma), quedó sobrante o remanente (que es lo que aquí se reclama), esta Sala entiende que, en principio, no hay inconveniente u obstáculo legal alguno en seguir atribuyendo al "Banco P., S.A.", la condición de acreedor hipotecario con la preferencia que, como tal, le corresponda sólo con respecto al referido sobrante o remanente (que por subrogación real, y en esa sola medida, ha venido a sustituir al buque en cuanto a la segunda hipoteca que sobre él pesaba)..."*. A su vez, también nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 22-9-2006 establece en relación a lo que hoy se discute en el presente procedimiento, que *"Supuesto que el criterio de distribución del sobrante del precio del remate no puede ser sólo el de la prioridad registral, sino que debe estarse a las normas del CC relativas a la clasificación y prelación de créditos, se plantea en este motivo la cuestión relativa a si los créditos garantizados por la segunda y tercera hipoteca en favor de la entidad actora le confieren el carácter de acreedor hipotecario, con la preferencia singular fijada en el artículo 1923.3º CC, o si por el contrario, cancelada su inscripción merced a la ejecución a que dio lugar la primera hipoteca, ostenta tan sólo la preferencia del art. 1924.3º CC en calidad de acreedor escriturario y, por ende, debe ceder ante los créditos a la Seguridad Social. La cuestión planteada, de carácter estrictamente jurídico, fue resuelta de modo diverso por las distintas audiencias provinciales. Algunas de ellas se inclinaron por entender que la distribución del sobrante debe hacerse partiendo de la existencia de una subrogación real, considerándolo, tal como propone la parte recurrente, como una parte del valor de la finca ejecutada, mientras que otros sostuvieron que, canceladas registralmente las garantías, desaparece el orden de preferencia que marcaban éstas. CUARTO.- La STS de 7 de marzo del 2002 no aceptó reconocer la condición privilegiada de un crédito como hipotecario, "toda vez que se ha producido la cancelación de las hipotecas que gravaban la finca, de conformidad a la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, disponiendo la regla 16, en cuanto al sobrante del precio del remate, que se entregará a los acreedores posteriores o a quienes corresponda, y el crédito de la recurrente no resulta amparado de este modo por la tercera hipoteca, pues se trata más bien de crédito ordinario, por consecuencia del aval prestado el 13 de abril de 1992, frente al cual la demandada (...) opuso al contrato de arrendamiento llevado a cabo con (...) en fecha 27 de agosto de 1991, data que es la que ha de tenerse en cuenta a efectos de estimar este crédito preferencial entre los concurrentes en el litigio."*
El criterio de esta sentencia, sin embargo, referido a un supuesto específico de aval garantizado con hipoteca, no es el seguido en general por la jurisprudencia. La STS de 1 de junio de 1992, en relación con una hipoteca naval en que se canceló la posterior inscripción en aplicación de la regla 16 del art. 131 LH, aplicó el principio de subrogación real para mantener el carácter singularmente privilegiado del crédito correspondiente a la segunda hipoteca; y la STS 23 de julio de 2004, que invoca el criterio precedente de la STS de 15 de octubre de 2003, concluye que la ejecución hipotecaria comporta que, si bien las cargas y gravámenes posteriores a la que da lugar a la ejecución dejan de afectar al bien realizado, pasan a recaer directamente sobre el sobrante del precio de remate manteniendo su respectiva preferencia como créditos con garantía real al amparo del art. 1923.3 CC.
Es procedente, con la finalidad de resolver la discrepancia de criterios en la materia, acoger el mantenido en estas últimas sentencias, toda vez que:
a) La finalidad de la purga de las cargas posteriores atiende exclusivamente al interés del adjudicatario en subasta del bien hipotecado y tiene como finalidad que el derecho adquirido por el nuevo propietario se vea exento de todas las cargas establecidas con posterioridad a la fecha de constitución de la hipoteca que se ejecuta.
b) Por el contrario, respecto del acreedor que ha procurado una más efectiva garantía de su derecho mediante la constitución de hipoteca sobre un determinado bien del deudor y la consiguiente inscripción registral del gravamen no existe razón para que la purga expresada le prive (frente a los restantes acreedores que no han constituido tal tipo de garantía) de la preferencia nacida de la especial protección derivada de la garantía constituida.
c) La conservación de las prioridades que establece el artículo 1923 CC atiende al equilibrio de los derechos de uno y otro y no perturba los principios inherentes a la garantía hipotecaria, si bien, en virtud de un principio de subrogación real, aquéllas deben entenderse referidas al sobrante de la suma obtenida en la subasta.
d) La LEC 2000, no aplicable a este proceso por razones temporales, sienta una notable pauta hermenéutica al ordenar (art. 672 LEC 2000) que el remanente del precio de remate se retenga *"para el pago de quienes*

tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante. Si satisfechos estos acreedores, aún existiere sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor". Con ello se elimina la imprecisión de la alusión a los "acreedores posteriores" que contenida en los artículos 131, regla 16ª LH y 1572 LEC 1881 han originado la cuestión.
e) Como han subrayado las sentencias de las audiencias provinciales que han venido aplicando este criterio, el art. 131 LH mantiene un orden en el procedimiento: la aplicación de la regla 16 es anterior a la de la regla 17, que inicia la fase de conclusión del procedimiento (adjudicación definitiva del remate que atribuye la propiedad del bien subastado, cancelación de la hipoteca, cargas y gravámenes posteriores y puesta en posesión judicial de los bienes).
f) En análogos términos se ha expresado la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, en resolución de 27 de julio de 1988 (tal como recoge la STS de 15 de octubre de 2003) afirma que la culminación de la ejecución hipotecaria no implica necesariamente la extinción de las cargas y gravámenes posteriores y no preferentes a la de actor, pues, si bien estos dejan de afectar al bien realizado, pasan a recaer directamente sobre el exceso del precio de remate respecto al crédito hipotecario. Cierto -añade el centro directivo- que la transformación objetiva de estas cargas justifica la cancelación de sus respectivos asientos registrales; mas la debida protección dispensable a los derechos inscritos impone que no sean cancelados en tanto no se hayan adoptado en el proceso correspondiente, las precauciones convenientes a fin de asegurar la efectividad de la vinculación del remanente. En este sentido -se concluye en la expresada resolución- se pronuncia el artículo 131, regla 17ª, al exigir el depósito en establecimiento público, destinado al efecto, del sobrante, si lo hubiese, a disposición de los titulares de cargas y gravámenes posteriores y no preferentes a la del actor, que hayan de ser cancelados.".
En su consecuencia debemos estimar que se produce una transformación objetiva de la carga hipotecaria existente, en un derecho preferente sobre ese sobrante. La determinación de cual sea el procedimiento para hacer efectivo dicho crédito sobre el sobrante, es lo que constituye el objeto del presente procedimiento, y sin perjuicio de reconocer la correcta construcción jurídica realizada por la sentencia de instancia, la Sala entiende que no son aplicables al presente supuesto los art. 56 y 57 de la LC, pues los mismos se refieren a la paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas en la medida de que esos bienes o derechos puedan ser necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, ya que se tiende a estimular la continuidad empresarial en tanto en cuanto a través de la misma se puede lograr una mayor satisfacción de los créditos existentes, evitando el cierre empresarial, ahora bien, cuando como en el caso presente se ha vendido ya el bien con anterioridad, habiendo cobrado el acreedor preferente y estando tan solo pendientes de cobrar los acreedores hipotecarios posteriores, carece de virtualidad la autorización del juez para la continuidad de las ejecuciones hipotecarias, pues las mismas ya se han ejecutado estando únicamente en trámite de liquidación. El hoy apelante ya solicitó en su día y en repetidas ocasiones, antes de la declaración de concurso, a la TGSS la entrega del remanente, y posteriormente también a la Hacienda Publica, no habiendo contestado ninguna de ambas entidades, no pudiendo escudarse en dichas demoras injustificadas para evitar la satisfacción de los acreedores hipotecarios posteriores en relación con el sobrante de la venta en publica subasta del bien. En su consecuencia procede revocar la sentencia de instancia y declarar como se solicitaba, el derecho de separación de la Caixa respecto de la cuantía de 803.994,83 #, sobrante de la subasta realizada por la Seguridad Social, acordándose la entrega a la misma de tal cantidad como consecuencia de ser acreedora hipotecaria posterior en la subasta donde se ejecutó el bien por la Seguridad Social, todo ello como indican incluso las partes, habida cuenta de la complejidad jurídica sin hacer imposición de las costas de ambas instancias.": SAP Cádiz (Sección 5) 15.04.2014 (Sentencia 198/2014; Rollo 360/2013)

Art. 56.1.a)

1. Caso de bienes muebles vendidos con reserva de dominio

"SEGUNDO. Tratamiento concursal de la compraventa de bien mueble con pacto de reserva de dominio.
La cuestión sometida a la Sala es eminentemente jurídica y podemos resolverla incluso examinando los hechos a la luz más favorable para el recurrente, con la única puntualización de que se refiere la pretensión solo a los 58 vehículos de alquiler que estaban en poder de la concursada (f. 2-5, tabla con las matrículas).
El recurrente tenía concertado un contrato de compraventa de bienes muebles con pacto de reserva de dominio inscrito en el Registro de Bienes Muebles (f. 20-46), de conformidad con lo dispuesto en la Ley 28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Es destacable que no aporta los contratos estipulados con la concursada, por lo que desconocemos sus condiciones particulares.
Ante el impago de las cuotas y dado que el deudor entra en concurso, declarado el 2 de febrero de 2.005, el apelante insta el incidente concursal con las pretensiones que se han reproducido en el Fundamento anterior.
La calificación del contrato es fundamental, pues no se trata de un arrendamiento financiero o leasing, que pueda ser entendido como contrato de tracto sucesivo y generador de obligaciones recíprocas para las partes.
La redacción en el momento de presentación de la demanda incidental de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal era la siguiente:
Artículo 56. Paralización de ejecuciones de garantías reales. 1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos

en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad. 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del art. 155. 4. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta (énfasis añadido).
Su redacción actual es aún más clara, en esta cuestión,
Artículo 56. Paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas. 1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial
o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo: a) Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles.
La ley concursal establece una "paralización" de acciones, que impide ejercitarlas hasta que (a) se apruebe un convenio que no afecte al contenido de ese derecho o (b) transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se abra la liquidación.
El concurso de UNIÓN RENT, SA se declara por auto de 2 de febrero de 2.005. La demanda incidental se presenta el 23 de noviembre de 2.005, y no se ha aprobado convenio.
El apelante pretende que, dadas las particulares circunstancias de este concurso, se declare resuelto por incumplimiento el contrato (esa es la pretensión principal a la que se añaden otras en orden subsidiario) y (1) se le abone el importe pendiente de pago integrando los vehículos en el activo de UNIÓN RENT, SA. Lo que en sí mismo es contradictorio, pues no se puede pedir la resolución del contrato, que implica devolución de prestaciones e indemnización de daños y perjuicios, y el cumplimiento. Además de ser contrario a lo dispuesto en la ley concursal, pues el tratamiento de estos créditos es regulado en el Artículo 49. Integración de la masa pasiva. Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes.
Artículo 90. Créditos con privilegio especial. 1. Son créditos con privilegio especial: [...] 4º Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.
Artículo 155. Pago de créditos con privilegio especial. 1. El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del art. 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial. 3. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos. Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta. 4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.
Subsidiariamente a la anterior pretensión, solicita que (2) se le entreguen los vehículos incluyendo las cuotas anteriores al concurso como deuda de la masa y las posteriores como deudas contra la masa. Eso es ejercitar la acción tendente a la entrega del bien con reserva de dominio antes de que transcurra el plazo legal, por lo que es improcedente al estar paralizada y no cabe siquiera examinar la concurrencia de los requisitos. Pretende, en este punto, añadir un requisito que la ley no establece, y es que debe probarse la "necesidad de

permanencia para salvar la continuidad de la empresa" (f. 410). Requisito que carece de fundamento legal, siendo evidente en este caso que se trata de bienes afectos a la actividad, pues son los coches que alquila una empresa cuyo negocio es precisamente ese. La ley es muy tajante al respecto, pues ni siquiera permite que se ejercite la acción de recuperación durante el período de paralización, no dando lugar ni a que se examine la cuestión.
Debemos recordar que el concurso presupone la integración de los acreedores en la masa pasiva, sin otras excepciones ni privilegios que los taxativamente establecidos.
Y finalmente, de forma subsidiaria, la pretensión (3) [s]i la administración concursal y el concursado, optan por la vía del art. 56,3 y 155,2 de la L.E.C. en relación al 56, 1, ó el Juez acuerda el cumplimiento del contrato atendiendo al interés del concurso, interesamos y entendemos que han de cumplir también con su obligación, abonando de inmediato la amortización e intereses vencidos asumiendo los administradores del concurso la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa.
Y aquí el demandante sí solicita una consecuencia legal, pero que está condicionada a la decisión y criterio de la Administración concursal "durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso". Dentro de ese plazo pueden ejercitar esa opción o no, y no consta que en este caso se haya hecho. La ley no faculta al acreedor para demandar a los Administradores para que se pronuncien en tal sentido, ya que pueden disponer de todo el plazo conferido.
Lo cierto es que el acreedor no respetó el plazo de "paralización" o "suspensión" establecido en la Ley Concursal. La respuesta adecuada tuvo que ser la inadmisión a trámite de la demanda incidental, pues esas acciones dimanantes del contrato estaban paralizadas. Sin embargo, se admitió y tramitó normalmente, entrando la sentencia a resolver sobre el fondo de la cuestión. Cuando en realidad ningún pronunciamiento de fondo cabía realizar por estar paralizada la acción y estar en plazo la administración concursal para tomar alguna de las opciones que le daba la ley.”: SAP Las Palmas (Sección 4) 11.07.2013 (Sentencia 271/2014; Rollo 750/2012)

Art. 56.1.b)

1. Inadmisibilidad de la resolución al margen de concurso de permuta con condición resolutoria inscrita

“PRIMERO Con carácter previo a la exposición de los motivos en los que se basa el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Dufol Pallarés, en nombre y representación de donJuliány doñaSara, contra la sentencia de instancia, se expone por los recurrentes que la pretensión deducida en el procedimiento es fáctica y jurídicamente sencilla. Consiste únicamente en la resolución del contrato de permuta de solar por edificación futura suscrito entre los demandantes recurrentes donJuliány doñaSaray la mercantil "ANSUREZ INMOBILIARIOS SL", por incumplimiento de la demandada de la prestación acordada de entrega de cuatro viviendas en el plazo fijado, entrega que estaba prevista como condición resolutoria explícita en la escritura pública otorgada el 11 de julio de 2003, e inscrita en el Registro de la Propiedad. (,,,)
Según se expone, medianteAuto del Juzgado de lo Mercantil de Logroño de fecha 27 de marzo de 2006se declaró en concurso necesario de acreedores a la mercantil "ANSUREZ INMOBILIARIOS SL", acordándose, entre otros pronunciamientos legales, la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor de su patrimonio, recayendo su ejercicio en la administración concursal, que es contra quien se dirige la demanda origen de las actuaciones.
Se expresa por los recurrentes que en el presente procedimiento se ejercita por donJuliány doñaSarauna acción real que nace del derecho real de garantía inscrito, en cuya virtud determinados bienes quedan afectos al cumplimiento por parte de la mercantil "ANSUREZ INMOBILIARIOS SL" de la obligación pactada, de conformidad con lo establecido en elartículo 1114 del Código Civil, siendo su efecto la reversión de las fincas transmitidas, a partir de la resolución del contrato de permuta, y la pérdida de cuantas mejoras o construcciones se hubieran efectuado en las fincas transmitidas.
SEGUNDO Desestimada la demanda, en el primero de los motivos expuestos por los recurrentes se señala que la sentencia recurrida ha incurrido en "infracción por violación por aplicación errónea delartículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia interpretativa de dicho precepto". Se refieren los recurrentes, en este punto, a la afirmación contenida en la resolución recurrida de que lo planteado en el presente procedimiento debe resolverse respetando lo ya declarado por elJuzgado en el procedimiento incidental núm. 778/2006, dentro del procedimiento concursal, en el que tal condición resolutoria fue esgrimida por los demandantes para calificar su crédito como privilegiado, añadiéndose que "en el presente procedimiento se pretende ejercitar dicha condición resolutoria, como si el concurso no existiera". Entienden los recurrentes que lo resuelto en esta instancia no puede verse afectado por el efecto vinculante o prejudicial de la cosa juzgada, cuando explícitamente se reconoce que la sentencia recaída en el procedimiento incidental no es firme, como exige elartículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civily jurisprudencia interpretativa de dicho precepto, por cuanto que se ha formulado protesta a los efectos delartículo 197.3 de la Ley Concursal.
Respecto a esta alegación, cabe recordar que elTribunal Supremo, en Sentencia de 24 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2550), ha declarado que existe un sólido cuerpo jurisprudencial conforme al cual la cosa juzgada material presupone la firmeza de la Sentencia que resuelve el fondo de la controversia y produce dos clases de efectos: uno negativo o preclusivo y que hay que referir a que impide plantear un nuevo proceso sobre asunto ya resuelto, y otro positivo (vinculante o prejudicial) que opera en el sentido de no poder decidirse en proceso ulterior un tema o punto litigioso de manera distinta o contraria a como ya ha sido resuelto porSentencia firme en pleito precedente (STS de 26 de febrero de 1990 (RJ 1990, 718)), con lo que cabe en otra contienda invocar cosa juzgada para que sirva de base o punto de partida a la correspondienteSentencia (SSTS de 23 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1724) y 12 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10248)). Es decir, que mediante este efecto se

crea una premisa que vincula a lo que se resuelva en la resolución judicial de futuro, al desplegar su eficacia en el juicio siguiente (STS de 21 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2231)). En orden a la cosa juzgada material (en sus dos vertientes, negativa y positiva) y, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en torno a esta institución (hoy legalmente consagrada en elartículo 222 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil), ha de significarse, con carácter preliminar, que la misma es apreciable de oficio por no afectar exclusivamente al interés privado (SSTS de 3 de junio de 2003 (RJ 2003, 4909), 27 de diciembre 1992 SIC, 16 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2286), 18 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7977) y de 23 de julio 2001 (RJ 2001, 8410)).
En laSTS de 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 641)se declara que la cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS de 28 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1610) y de 30 de julio de 1999), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora alartículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, añadiéndose que el juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo (SSTS de 3 de abril de 1990 (RJ 1990, 2693), 31 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2315), 25 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4265) y de 30 de julio de 1996). Por otro lado, elTribunal Supremo, en Sentencia de 17 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1166), con referencia expresa al efecto negativo de la cosa juzgada material, en caso de identidad de partes, con diferente "petitum" y "causa petendi", ha declarado que ha de advertirse que esa Sala tiene declarado que la cosa juzgada es efecto de un pronunciamiento judicial, no de sus razonamientos, por lo que sólo el fallo la produce (STS de 10 de abril de 1984 (RJ 1984, 1955)), debiendo ser igual la razón decisiva de ambassentencias "sobre el mismo fondo" (SSTS de 10 de febrero de 1984 (RJ 1984, 586), 25 de mayo de 1995 (RJ 1997, 8733)).
TERCERO Frente a lo expresado por los recurrentes, la sentencia dictada en la instancia no determina la existencia de cosa juzgada, como no podía ser de otro modo, dado que el objeto no es el mismo en uno y otro procedimiento. En aquél se trataba de resolver acerca de la preferencia e importe del crédito de los recurrentes y en este se ejercita la acción resolutoria del contrato de permuta, si bien en ambos casos se ha hecho valer por los recurrentes la eficacia de la condición resolutoria expresa a la que se ha hecho referencia. Es por ello por lo que la referencia a lo razonado en la primera de las resoluciones es constante, entendiendo la juzgadora de instancia que, respecto a lacláusula en cuestión y su eficacia frente a terceros, ha de atenerse a lo que entonces se expresó por el mismo Juzgado.
No obstante, entendemos que es evidente que la declaración de concurso de la demandada supone la inmediata aplicación de la Ley Concursal. En este sentido, elartículo 8 de la Ley Concursal señala que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que tal jurisdicción y la legislación concursal configuran el marco legal en el que debe desenvolverse la pretensión aquí ejercitada. Precisamente los recurrentes, personados en el procedimiento concursal, utilizaron los mecanismos que laley les concede para hacer valer su derecho, instando el procedimiento incidental núm. 778/2006, dentro del procedimiento concursal, en el que, con base en la condición resolutoria en cuestión, pretendieron que su crédito fuera reconocido como privilegiado respecto al resto de acreedores e impugnaron la cuantía del crédito que constaba en el informe de la administración concursal. Finalmente, en ningún momento se instó la resolución del contrato por incumplimiento por parte de la mercantil "ANSUREZ INMOBILIARIOS SL" antes de la declaración de concurso, lo que ahora sí se pretende.
Sin embargo entendemos que, en aplicación de la legislación concursal, no puede ser acogida la pretensión deducida por los demandantes en el presente procedimiento.
En este sentido, en el régimen anterior, los titulares de créditos que gozan de hipoteca u otra garantía real y de ciertos créditos privilegiados disfrutan del derecho de ejecución separada de los procedimientos colectivos (suspensión de pagos, quiebra, concurso). La Ley Concursal altera este criterio y, a la vez, que reduce en gran medida la condición de créditos privilegiados, limita al máximo la posibilidad de iniciar o continuar ejecuciones al margen del concurso. De hecho esta posibilidad, aparte de para los créditos contra la masa, queda restringida a créditos garantizados con hipoteca u otra forma de garantía real y al ejercicio de ciertas acciones de trascendencia real (las acciones tendentes a recuperar bienes vendidos en virtud de contrato inscrito en el Registro de Bienes Muebles o cedidos en arrendamiento financiero inscrito en dicho Registro o formalizado en documento que lleve aparejada ejecución, y a las facultades resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, estén o no inscritas como condición resolutoria explícita en el Registro de la propiedad). Se establece un régimen diferente según que los bienes sobre los que recae la garantía estén o no afectos a la actividad o tráfico empresarial del concursado, cuestión que corresponderá apreciar al Juez del concurso.
Así, recoge elartículo 55 de la Ley Concursal 22/2003, refiriéndose a los efectos de la declaración de concurso respecto de las ejecuciones y apremios, que declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Y elartículo 56 se refiere a la "paralización de ejecuciones de garantías reales", señalando en su apartado 1ºque "Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año

desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.... Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad".
Se ha de resaltar que los demandantes pretenden, en este caso, la recuperación del bien vendido o permutado a partir de la realización forzosa de una garantía real, cual es la condición resolutoria inscrita, afectando a un bien como lo es el solar en el que se ha de llevar a cabo la edificación, que es singularmente afecto a la actividad empresarial de la constructora concursa y casi el único valor de ésta; debiendo destacarse que el precepto citado no se refiere expresamente a la ejecución del bien -que también podría ser el caso- sino a la "ejecución o realización forzosa de la garantía", que no puede hacerse efectiva hasta la aprobación del convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Aún dentro de la legislación anterior ya se reconocía la imposibilidad, fuera de la suspensión de pagos, cuando le ha sido reconocido al crédito la condición de común, y no de privilegiado, de alterar fuera del ámbito propio del expediente concursal esta condición mediante una acción declarativa (STS 16 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1165) y 30 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3557)). Esta última resolución señala además que "Como recordaban lasSentencias de 5 de marzo de 2001 (Recursos 1954/1997 (RJ 2001, 2724) y 251/1998 (RJ 2001, 2725)), en las que se invocan las de 24 de junio de 1991 (RJ 1991, 4619) y 14 de julio de 1993 (RJ 1993, 5800), el llamado principio de "universalidad" significa que el expediente afecta al derecho de todos los acreedores del deudor suspenso, por "tener un interés común en la base del mismo", mientras que el principio denominado de "unidad" impide que puedan los acreedores perseguir los bienes (del activo del suspenso) colocándose en situación distinta de la que legalmente le corresponde. Todo lo cual, concluyen las sentencias indicadas, "desemboca directamente en el principio par conditio creditorum, por el cual todos los acreedores afectados están supeditados a lo dispuesto en el Convenio que se apruebe entre el deudor y los acreedores".
Es por todo ello por lo que ha de ser desestimado el recurso de apelación interpuesto y confirmanda la resolución recurrida, cuyos argumentos se asumen y se completan con los aquí expresados.”: SAP La Rioja 24.10.2008 (JUR 2009\121812)

2. Caso de compraventa con condición resolutoria inscrita

AP Badajoz

“PRIMERO.- La apelante -Dª Susana y tres más- interesan la revocación de la sentencia de instancia, argumentando en base a dos motivos, referido el primero a la resolución de la compraventa, de 12 de abril de 2010, -compraventa de una finca rustica, en la que se pactó un precio de 622.785,32 # a abonar mediante cuatro pagarés de vencimientos 20/9/2010, 20/9/2011, 20/9/2012 y 20/9/2013; y en la que se incluyó una condición resolutoria para el caso de impago de alguno de tales pagarés-, entendiendo el apelante que no resulta de aplicación el Art. 56.1b) al haber transcurrido el plazo de un año, en que, por no haberse alcanzado un convenio se hubiese abierto ya la fase de liquidación, los titulares de una cláusula resolutoria por impago pueden iniciar sus acciones. (...)
TERCERO.-Ahora bien, ello no significa que sin más haya que otorgar la razón a la recurrente, desde el momento que ésta no niega la aplicación al caso enjuiciado del Art. 56.1.b) de la Ley Concursal (ley 22/2003, de 9 de julio, modificada por Articulo Único. Apartado 12 de la Ley 17/2014, de 30 de noviembre, que, sin embargo, no afecta al apartado 1.b citado).
Este Art. 56.1b dice que "Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo [hasta que transcurra un año desde la declaración de concurso, sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación] b) Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explicitas inscritas en el Registro de la Propiedad".
Por tanto, interpretado ese precepto "a contrario sensu" si se produce la apertura de la fase de liquidación antes del transcurso de un año desde la declaración del concurso, no podrán ejercitarse esas acciones resolutorias, "debiendo estarse, en cambio, a las disposiciones contenidas en el plan de liquidación a efectos de la validación del bien con garantía real (o asimilados)", como acertadamente expone la Administración Concursal.
CUARTO.-Siendo ello así, pues que, en nuestro caso, el Auto de declaración de concurso de Hormigones Extremeños. S.L. (HORMIEXSA) es de 6 de julio de 2012 y el Auto declarando la apertura de la fase de Liquidación es de 17 de junio de 2013, fácilmente se constata que no ha transcurrido el plazo de un año de que habla el Art. 56.1.
En definitiva, si, como aquí acontece, cuando los actores/apelantes promueven el 17/2/2014 la acción resolutoria de venta de inmueble por falta de pago de parte del precio por la compradora (concursada), ésta (HORMIEXSA) se encuentra en fase de liquidación (desde el 17/6/2013), es obvio que no se cumple el requisito temporal del Art. 56.1 en relación con el 56.1b de la Ley Concusal.
QUINTO.-Por último, hemos de hacernos eco de la cita de la estipulación tercera de la escritura pública de compraventa litigiosa, de fecha 12/4/2010, que oportunamente cita la Administración Concursal, pues, en efecto. En aquella cláusula puede leerse << TERCERA.- DE LA CONDICION RESOLUTORIA..... Ambas partes establecen y la vendedora consiente expresamente, que la condición resolutoria pactada quedará extinguida por el transcurso de CUARENTA Y CINCO días a contar desde el vencimiento del último plazo, si antes no se hubiese ejercitado el derecho de resolución y no consta en el Registro de la Propiedad asiento de prórroga convencional de plazo, o de ejercicio por el vendedor de las acciones que le correspondan por razón

de esta venta.....>>.
Luego si el último plazo del precio vencía el 20/9/2013 y la demanda no se presenta hasta el 17/2/2014, quiere decirse que habría transcurrido con creces el plazo convenido de cuatro meses y la condición resolutoria pactada estaba ya extinguida a fecha del 17/2/2014. También podríamos citar las SSTS 24/7/2013 y 25/7/2013, según las cuales cuando el incumplimiento del contrato fuese anterior a la declaración de concurso, no cabe instar la resolución del contrato de tracto único. Si el incumplimiento de la concursada fue anterior al concurso -dejo de atender al pagare de 20/9/2011, siendo causa de resolución pactado el impago de cualquiera de los plazos- al no constar que el vendedor ejercitara antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después, en aplicación del Art. 62.1 y 62 ley Concursal.": SAP Badajoz (Sección 2) 08.06.2015 (Sentencia 139/2015; Rollo 188/2015)

Art. 56.1.c)

1. Suspensión de acciones derivadas de arrendamiento financiero

"CUARTO.-El apelante plantea, en segundo lugar la nulidad, entendiendo que el procedimiento debió suspenderse desde la declaración de concurso, con fundamento en el artc 56 de la Ley Concursal.
Nos encontramos ante la resolución de un contrato de arrendamiento financiero, con opción de compra, sobre bien inmueble, inscrito en el registro de la Propiedad. No se escapan las posturas que se han suscitado en orden a la clase de créditos que son las cuotas impagadas, y así en Cataluña, citar la sentencia de la A.P de Julio de 2012,que recoge cambio de postura y que se sigue en la de la A.P Madrid de 14 de mayo de 2012 o la del Juzgado Mercantil n09 de 9 de Septiembre de 2012, que estudian la naturaleza de este contrato. En este sentido el recurrente, aporta documentación con el recurso, por medio de la cual la actora pidió el reconocimiento del crédito como con privilegio especial y el administrador concursal (folio 205), dijo que BBV figuraba como acreedor Privilegiado especial, se incluyó en el informe del artc 74, en textos Definitivos, previéndose en el plan de liquidación la venta de la nave para pago del crédito, pasando el resto a la masa, sin que la actora manifestara nada al respecto.
Pues bien, en orden a la suspensión, la ley concursal la prevé en el artc 56, para la acción de recuperación del bien, sin concretar el momento en que se encuentra el ejercicio de la misma. Y como explicitan otras audiencias, A.p Salamanca 20 Julio 2011" ***La Exposición de Motivos de la Ley Concursal EDL2003/29207 señala que la Ley regula con criterios de funcionalidad los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado. Esta paralización, consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso, no afecta a las acciones declarativas de los órdenes civil o social ya en tramitación en el momento de declararse el concurso, que continuarán hasta la firmeza de la sentencia, ni a las acciones de naturaleza contencioso-administrativa o penal con trascendencia sobre el patrimonio del deudor, incluso si se ejercitan con posterioridad a la declaración, pero sí a todas las acciones de carácter ejecutivo, incluidos los apremios administrativos o tributarios, que quedarán en suspenso si se hallasen en tramitación, salvo los acordados con anterioridad a la declaración de concurso, y no podrán iniciarse una vez declarado el concurso.***
Pues bien, una de las novedades más importantes de la Ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Respecto a ellas, se respeta por nuestro legislador la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, de manera que se reconoce a tales créditos amparados por una garantía real el privilegio de ejecución separada, pero al mismo tiempo se procura que tal ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal, ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia.
Por lo demás, naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso del privilegio especial de ejecución separada y el convenio sólo les afectará si su titular firma la propuesta, vota a su favor o se adhiere a ella o al convenio aprobado. Como señala el profesor ANXO TATO PLAZA Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo, en su artículo " RECONOCIMIENTO Y GRADUACIÓN DE CRÉDITOS EN LA NUEVA LEY CONCURSAL EDL2003/29207 " " los titulares de créditos con garantía real, en fin, recuperan su derecho de ejecución separada cuando ha transcurrido el período de suspensión y, ni se ha procedido al pago de sus deudas conforme a lo antes expuesto, ni se ha aprobado un convenio o abierto la liquidación".
De manera que de no estar afectados por un convenio, los créditos con privilegio especial se pagarán con cargo a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía. La ejecución se tramitará ante el Juez del concurso. No obstante, en tanto subsista la paralización temporal de estas acciones, la administración concursal podrá optar por atender con cargo a la masa el pago de estos créditos. Aun en caso de realización, el Juez podrá autorizarla con subsistencia de la carga y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, o mediante venta directa, con aplicación del precio al pago del crédito especialmente privilegiado. Se articulan, así una

serie de fórmulas flexibles tendentes a evitar que el ejercicio de los derechos reales de garantía perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso.
A estos efectos, la Ley Concursal EDL2003/29207 extiende el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales a las de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo y a los cedidos en arrendamientos financieros, siempre que los correspondientes contratos o documentos estén inscritos en los respectivos registros, así como a las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago de precio aplazado.
Se ha procurado así permitir planteamientos realistas, que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso.
Concretamente, la Ley Concursal EDL2003/29207 dedica el Capítulo II del Título III, arts. 49 a 60 art.49 art.50 art.51 art.52 art.53 art.54 art.55 art.56 art.57 art.58 art.59 art.60, a los efectos que la declaración de concurso produce frente a los acreedores del concursado, efectos que derivan del principio de la llamada "par condictio creditorum". Para mantener este principio de igualdad de trato, los acreedores se agrupan en una masa y sufren determinadas modificaciones en sus derechos, por lo que el principio de igualdad de trato se configura como regla general, que admite excepciones en función de la clase de acreedores que contempla la Ley. Por lo que declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes.
Por ministerio de la Ley se integran en la masa pasiva a todos los acreedores, por lo que se constituye un verdadero juicio universal, distinguiendo entre créditos ordinarios o no, los que son sistematizados en el Capítulo III del Título IV.
Sin embargo, del régimen hasta ahora expuesto de los efectos que la declaración de concurso produce sobre las acciones individuales, se exceptúan por disposición de la ley los procesos de ejecución de garantías reales afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad, manteniéndose el derecho a la ejecución singular, si bien sujeto a ciertas limitaciones.
El art. 56 de la LEC EDL2000/77463 que regula la paralización de ejecuciones de garantías reales establece que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se hace referencia, se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos.
Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apdo. 2 del art. 155, es decir, que mientras subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, la administración concursalpodrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial.
La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta.
De lo dispuesto en el precepto se desprende con claridad que para que se produzca la paralización de ejecuciones con garantías reales es presupuesto necesario que al tiempo de la declaración de concurso no estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y que la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor; piénsese en la finca de recreo del concursado persona natural.
Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.
Por ello, como quiera que como aparece en la diligencia de 9 de Febrero de 2011, ya se tuvo conocimiento de la declaración del concurso, al igual que en el emplazamiento (folio 102), y que en la demanda se pretende la recuperación del bien dado en leasing, inscrito en el correspondiente registro, además de la reclamación de cuotas, entendemos que debía aplicarse lo dispuesto en el nº 2 del artc 56 al prever la suspensión cuando se

ejercite las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad 56.1c, y a las que denomina acciones de recuperación asimiladas, con acogimiento en parte de la apelación. ": AAP Barcelona (Seción 15) 26.07.2012 (Auto 104/2012; Rollo 242/2012)

Art. 56.2 – Redacción inicial

2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Art. 56.2 – Redacción a partir de la ley 38/2011, RDL 4/2014 y Ley 17/2014

[Nueva redacción del art. 56.2 según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de esta ley respecto de las ejecuciones que no se hubiesen reanudado o iniciado tras la declaración de concurso (Disposición transitoria novena, 1, Ley 38/2011).]

2.Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor

[Nueva redacción del art 56.2 por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014)
Entrada en vigor: el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014)]

2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos ~~no están afectos o~~ no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

[Nueva redacción por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014).
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán, si no hubiesen sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis, desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

1. Excepción a la suspensión: edictos ya publicados y bienes no necesarios

AP Cádiz

"PRIMERO.-Se interpone recurso de apelación por mostrar disconformidad con lo acordado de suspender la ejecucion hipotecaria cuando ya esta terminada pues se ha procedido a la adjudicación del bien.
El art. 568.2 LEC establece que no se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso y que el Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. Añade el precepto que el inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.
Tratándose de ejecución hipotecaria, estamos en este último supuesto, pues se ejecuta la hipoteca contra unos inmuebles propiedad de la ahora concursada

A tal efecto, el art. 56.2 de la Ley Concursal obliga a la paralización de ejecuciones de garantías reales cuando se lleve a cabo sobre bienes del concursado "afectos" a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos "necesarios" para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Señala la sentencia de la AP de Barcelona de fecha 15/12/2011."Aunque es competencia del juez del concurso la calificación de la "afectación" o no de los bienes a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva del concursado (inciso primero del art. 56 de la Ley Concursal) según la doctrina (SAP 15ª 22 de septiembre de 2010),esa misma doctrina excluye de la condición de afectos los bienes genéricamente destinados a la actividad profesional (AAP, Civil sección 15 del 19 de Julio del 2011 (ROJ: AAP B 5457/2011).
A esa calificación se extiende exclusivamente la competencia de los Tribunales mercantiles (AAP, Civil sección 4 del 06 de Julio del 2011 (ROJ: AAP TF 809/2011) y las que cita),de forma que no se puede negar la competencia del juzgado civil y ahora de la Sala para decidir si suspender o no las actuaciones ejecutivas y para enjuiciar el estado del proceso ejecutivo en atención a la "necesidad" o no de los bienes para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (inciso tercero del art. 56 de la Ley Concursal), como se ha dicho en algunas sentencias (cfr. AAP, Civil sección 15 del 22 de Septiembre del 2010 (ROJ: AAP B 5121/2010) que matiza la anterior AAP, Civil sección 15 del 28 de Junio del 2007 (ROJ: AAP B 4387/2007), AAP, Civil sección 11 del 15 de Septiembre del 2011 (ROJ: AAP B 5499/2011) AAP, Civil sección 1 del 30 de Junio del 2011 (ROJ: AAP CS 627/2011) AAP, Civil sección 17 del 18 de Abril del 2011 (ROJ: AAP B 2617/2011).
Como recoge el AAP, Civil sección 16 del 08 de Julio del 2011 (ROJ: AAP B 4100/2011) no es lo mismo los bienes afectos a la actividad profesional o empresarial que los bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, de forma que aunque parece que quien está en mejor disposición para enjuiciar la afectación o necesidad es el juez del concurso, a quien la ley concede un papel preferente, el juez civil puede enjuiciar si el bien es "necesario" o no para la mencionada actividad empresarial."
Asi mismo e interpretándola a censu contrario la sentencia de la AP de Castellón de fecha 30/06/2011 señala :"
La apelante aboga por una interpretación flexible del precepto, centrando su argumentación en la concurrencia del segundo de los expresados elementos, que a su juicio ha de dar lugar a la posibilidad de continuar la ejecución hipotecaria. No comparte la Sala su punto de vista pues el supuesto legal del art. 56.2 es una excepción a la regla general, impidiéndose por tanto su aplicación a supuestos no previstos en la norma; no en vano, esta regla es una excepción a la obligatoria integración en la masa pasiva de los acreedores, que obedece a dar respuesta adecuada a la finalidad propia del concurso. Por todo ello, no puede ser estimada esta causa de impugnación" No se dio lugar en este caso porque aun no se había publicado el anuncio de subasta.
SEGUNDO.-El recurrente sostiene que al tiempo de la declaración de concurso ya estaba adjudicado los bienes hipotecados consistentes en viviendas. La regla general consiste en la suspensión de la tramitación de la ejecución desde que se declare el concurso. La excepción del art. 56.2 LC permite la continuación de la ejecución siempre que concurran simultáneamente dos presupuestos: 1. que al tiempo de la declaración del concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto al señalar aunque estuvieran publicados los anuncios de subasta que se ha de interpretar que en otro caso no ha lugar a la suspensión, pues de otra forma no se entiende se remita expresamente a esta fase y, 2. que los bienes no sea necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.
En el supuesto analizado no ofrece duda el hecho de que no concurre el primer presupuesto para la suspensión, puesto que ya se había celebrado subasta y adjudicación del remate en favor de tercero, por lo que como señala la parte apelante la ejecucion estaba terminada a la fecha del conocimiento por el juzgado de la declaración de concurso, y por otra parte de conformidad con lo señalado anteriormente, puede la sala entender que los bienes no son "necesario" para la mencionada actividad empresarial, pues se trata de la ejecucion de hipotecas sobre viviendas, procediendo en consecuencia la estimación del recurso y no entender procedente la suspensión del presente procedimiento.”: AAP Cádiz (Sección 8) 22.07.2014 (Auto 142/2014; Rollo 148/2013)

AP Madrid

“PRIMERO. - En primera instancia se dictó auto de 26 de junio de 2006 por el que, con fundamento en elartículo 568 LEC, se acordó la suspensión de la ejecución de sentencia firme que venía tramitándose, y que se había concretado en el embargo de dos fincas propiedad de la demandada, al haberse declarado el concurso necesario. Contra la expresada resolución se interpuso por la ejecutante recurso de reposición que fue resuelto por auto de 21 de noviembre de 2006, confirmando en su integridad la resolución recurrida, esta vez al amparo de lo dispuesto en elartículo 55 L 22/2003. (…)
TERCERO. - LaLey 22/2003, atribuye en el artículo 8.3ºla competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso sobre toda ejecución frente a bienes del deudor, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Respecto a los bienes con garantía real, como lo sería la anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad, la aplicación de ese principio se desarrolla en elartículo 56, donde distingue dossituaciones, bien que se trate de iniciar la ejecución, bien que ésta se encuentre en curso. Tratándose de este último supuesto el párrafo segundo impone la suspensión desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento, y sólo admite un caso de excepción donde han de concurrir dos

requisitos: a) que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto; y b) que la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. A partir de entonces, tal como así lo dispone elartículo 57, la reanudación de la ejecución dependerá del Juez del concurso.
Pues bien, el examen de las actuaciones nos lleva a desestimar el recurso, pues con independencia de si los bienes embargados son o no necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial de la demandada, la subasta no está anunciada, y, por tanto, no lo estaba tampoco cuando se declaró el concurso, por lo que de conformidad con el precepto reseñado la ejecución debe suspenderse.": AAP Madrid (Sección 25) 17.04.2008 (JUR 2008/188209)

1.1 Han de haberse publicado todos los edictos

"SEGUNDO La regla que impone el núm. 2 del artículo 56 de la Ley Concursal es la procedencia de la suspensión, desde la declaración del concurso, de las actuaciones de ejecución de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad del concursado. Al contemplar la excepción a tal regla general la frase final del núm. 2 del artículo 56 de la Ley Concursal se refiere al supuesto en que los anuncios de subasta del bien o derecho afecto ya estuvieran publicados. Debe resaltarse que la expresión legal «ya estuvieran publicados los anuncios» lo es en plural, por lo que bastaría con que la última de las publicaciones (siguiendo el criterio que la propia Ley concursal apunta en sus artículos 20.4 y 21.1.5°) acordadas por el juzgador en el procedimiento de ejecución hipotecaria, al amparo de los artículos 645 y 668 de la LECiv, fuese posterior a la declaración de concurso, para que ya no debiera apreciarse lo que no es sino una excepción a la regla de la suspensión. De modo que estando acreditado mediante prueba documental que, en el caso de la subasta instada por La Caixa, al menos dos de los anuncios se publicaron en sendos periódicos el 23 de septiembre y el 3 de octubre de 2004, es decir, con posterioridad al auto de declaración del concurso, de fecha 20 de septiembre de 2004, no debe aplicarse la excepción a que se refiere dicho precepto legal, aunque el acreedor hipotecario haya revelado ahora la existencia, además, de un edicto (el publicado en el tablón de anuncios del juzgado) que sí era anterior": Auto JM-4 Madrid 14.01.2005 (2005/2)

1.2 Bienes afectos y bienes necesarios

"SEGUNDO : En relación con el referido artículo 56 de la Ley Concursal debe indicarse que la previsión legal aparece claramente inspirada por la prioritaria función conservativa que quiere anudarse al concurso y que claramente positiviza el art. 44.1 LC. Ha de evitarse, -considera el legislador-, que el concurso opere una disgregación de los bienes destinados a la actividad empresarial.
Con respecto a la paralización de las ejecuciones ya iniciadas, el segundo inciso del apartado tercero del art. 56 establece un peculiar régimen jurídico con respecto a las ejecuciones de lo que parece una categoría aún más reducida de bienes: "los bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor"; de este modo, -parece sugerir la norma-, si se han publicado los anuncios de la subasta y el bien está afecto a la actividad profesional o empresarial, pero puede entenderse como no necesario, la ejecución podrá continuar sin obstáculo; si por el contrario, el bien puede concebirse como necesario, juega la excepción de la norma y la ejecución se verá paralizada. Necesario es, por tanto, lo imprescindible para el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional.
Por tanto, en el régimen legal pueden distinguirse dos categorías de bienes, que determinarán un efecto distinto en la ejecución de la garantía hipotecaria: de un lado, si el bien es afecto a la actividad, la ejecución iniciada se paraliza en los términos legales; si además se han publicado edictos, la ejecución únicamente continúa si afecta a bienes que, además de afectos, son necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor.
La complejidad del mecanismo es evidente. Así, para que juegue la excepción de la norma (esto es, que, pese a haberse iniciado la ejecución, ésta no se paralice, al haberse llegado a la publicación de anuncios de la subasta), el bien, además de considerarse afecto a la actividad empresarial o profesional (por ostentar esta condición, la ejecución habría de paralizarse), debe considerarse necesario. Inversamente, puede darse el caso de bienes necesarios (por ejemplo, por su alto valor patrimonial, por su valor en cambio) que, sin embargo, no estén afectos a la actividad económica del deudor, en cuyo caso, la excepción no jugaría porque la ejecución no se habría paralizado. ": AAP La Rioja (Sección 1) 12.05.2011 (Auto 57/2011; Rollo 412/2010)

"SEGUNDO.-Las ejecuciones reales sobre bienes inmuebles presentan algunas de las principales novedades de la Ley Concursal, frente al criterio tradicional de ejecución separada. Según su exposición de motivos se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías

reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir su sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia.
La Ley Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuesto o puedan interponer los acreedores. Así, regula los efectos del concurso respecto de las acciones declarativas anteriores y posteriores a la declaración del concurso, o respecto de las ejecuciones individuales, ejecuciones laborales o apremios administrativos.
En cuanto a las ejecuciones individuales, el artículo 55, establece que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, con la excepción de los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Y las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, siendo nulas de pleno derecho todas las actuaciones en contravención de lo anterior. Por lo tanto, el legislador se decanta claramente por la imposibilidad de ejecuciones singulares contra el deudor, salvo las excepciones expresamente previstas. Y ello en concordancia con el artículo 8 que establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
En cuanto se refiere a las ejecuciones hipotecarias, los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal regulan los efectos del concurso sobre las mismas distinguiendo los supuestos de ejecuciones hipotecarias ya iniciadas antes del concurso o posteriores al mismo y si estas se refieren a bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor.
En el caso de ejecuciones iniciadas sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, la regla general es que dichas ejecuciones se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado, siendo la excepción el caso en que al tiempo de la declaración de concurso, ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
En cuanto a la cuestión referente a qué bienes embargados resultan necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor la ley no dice nada y parece que habrá que considerar como tal aquel que resulte preciso para el fin al que se dedica el concursado, si hace falta para cumplir ese fin, de forma tal que si se prescinde de él no es posible alcanzarlo, sirviendo como pauta interpretativa el artículo 275 de la Ley de Procedimiento Laboral ("1. Cuando los bienes susceptibles de embargo se encuentren afectos al proceso productivo de la empresa deudora y ésta continúe su actividad, el Fondo de Garantía Salarial podrá solicitar la suspensión de le ejecución, por el plazo de treinta días, a fin de valorar la imposibilidad de satisfacción de los créditos laborales, así como los efectos de la enajenación judicial de los bienes embargados sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora) y 606.2º de la Ley de Enjuiciamiento civil "Son también inembargables: 2º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada" sin olvidar que al ser la ejecución separada una excepción, debe ser interpretada de forma estricta y por ende, debe entenderse en un sentido amplio la necesidad, pero sin que pueda serlo de manera tal que devenga una norma superflua al ser tan amplio que no sea posible encontrar supuestos no encuadrados en el mismo, pues todo en principio deviene adecuado para la actividad, sin que baste la mera afección a la actividad empresarial, ya que la ley exige un plus (necesidad) y son categorías distintas, como lo pone de relieve una interpretación sistemática de este precepto (artículo 55) con el artículo 56 relativo a la suspensión de subastas ya anunciada de bienes sujetos a garantía real.
Respecto a quién corresponde decidir si los bienes embargados resultan necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor unos entienden que al Juez del concurso, ya que es quien se encuentra en mejor situación para valorar la naturaleza de los bienes que forman parte de la masa activa y como puede repercutir su ejecución en el proceso productivo del concursado, en tanto que otros alegan que ha de ser la autoridad que conoce de la ejecución, al tratarse de una incidencia de su proceso ya que es regla general la que dice que quien conoce de un proceso extiende su competencia a sus incidencias y, en definitiva, si sigue adelante o no con la ejecución separada, habiendo optado esta Audiencia Provincial por la primera de dichas soluciones. ": AAP Baleares (Sección 3) 02.06.2011 (Auto 53/2011; Rollo 114/2011)

"TERCERO A diferencia de lo que defiende el acreedor hipotecario, no resulta preciso exigir en el presente caso que el inmueble cumpla además el requisito de tratarse de un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. El núm. 2 del art. 56 de la Ley Concursal sólo alude a este requisito, que supone un plus respecto al concepto de bien afecto a que se refiere el núm. 1 del mismo precepto legal, para el caso de que los anuncios hubiesen sido anteriores a la declaración de concurso. Si, como ya se ha comprobado, no se da ese primer presupuesto no habrá lugar a analizar la concurrencia del segundo.": Auto JM-4 Madrid 14.01.2005 (2005/2)

“Tercero: Con estos parámetros debemos interpretar el ámbito objetivo de la norma ya que, como he dicho. sólo quedan paralizadas las ejecuciones hipotecarias (al igual que las demás garantías reales) que recaigan sobre bienes del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o una unidad productiva de su titularidad, sin que el legislador aporte mayores datos sobre qué debe entenderse por tales bienes " afectos ", que en todo caso es una categoría más amplia que la de " bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor " contemplada en el artículos 56. 2 LC y que son los únicos que permiten la paralización de la ejecuciones ya instadas en las que se haya publicado los anuncios de subasta (y que se aparece en el art 55.1.II como supuesto habilitarte de la continuación de la ejecución extraconcursal, en caso de apremios administrativos o ejecuciones de los juzgados del orden social)”: Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

1.3 Procede la excepción: finca ya subastada

“PRIMERO Examinadas las alegaciones vertidas por la parte ejecutada recurrente contra elauto de instancia de 3 de julio de 2009 resolutorio del recurso de reposición formulado contra el anterior de 25 de mayo de 2009 por el que se aprobaba el remate de las fincas subastadas en la presente ejecución hipotecaria, es de todo punto clara su improcedencia y la adecuación a derecho del auto recurrido desde el momento en que elartº. 56.4 de la Ley Concursal establece la suspensión de los procesos de ejecución hipotecaria contra bienes del concursado una vez declarado el concurso salvo en aquellos supuestos en los que a la fecha de tal declaración ya estuvieran publicados los anuncios de subasta, de manera que en este caso no es que ya estuviera anunciada la subasta el 25 de marzo de 2009 fecha de la declaración del concurso, sino que los bienes ya se habían subastado el 29 de febrero de 2009, por lo que es claro que no cabía suspensión alguna de la ejecución la cual ni tan siquiera se instó por la recurrente antes del auto de aprobación del remate a pesar de que los inacogibles argumentos que ahora manifiesta ya existían.
En cuanto a la alegación segunda del recurso se trata de manifestaciones que en ningún momento anterior formuló a pesar de que se fundan en datos ya existentes, pero que además tienen un fundamento inexacto en un proceso de ejecución hipotecaria en el que la carga, obviamente está inscrita y no se someten a limitación alguna entre otras cosas por que los beneficios y cargas de la actuación urbanística ya han de estar contemplados en la determinación de cada inmueble inscrito de forma independiente, con lo que el argumento es falaz.
Y por último en cuanto al tercer alegato ni costaba ni consta en autos, a los efectos del citadoartº. 56 de la Ley Concursal, declaración alguna del Juez de lo Mercantil de que los bienes ya subastados antes de la declaración de concurso sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la recurrente, y ello con independencia de las consideraciones que cabrían sobre el momento de la transmisión del dominio de las fincas subastadas.
En su consecuencia, procede la desestimación del recurso formulado, confirmándose el auto recurrido con imposición a la recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada”: AAP Madrid (Sección 18) 18.01.2010 (JUR 2010/106199; Auto 3/2010; Rollo 770/2009)

3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155.

4. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta.

Art 56.4

1. Concepto de “tercer poseedor” a estos efectos. No lo es el hipotecante no deudor

AP Barcelona

“SEGUNDO El término "tercer poseedor" de los bienes hipotecados, que recoge elart. 56.4 LC sin ofrecer un concreto significado, aún gozando de cierta raigambre en nuestra tradición jurídica y no pocas menciones expresas en el Derecho vigente, no está definido clara y unívocamente en nuestro ordenamiento, lo que ha motivado el esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia en buscar una acepción válida y uniforme, siendo la concepción mayoritaria la que, en el ámbito hipotecario, lo identifica con el tercer adquirente de la finca hipotecada o de una titularidad asimilada (comprensiva de la nuda propiedad, usufructo, dominio útil o directo) y que es tercero en el contrato de hipoteca (no lo sería por ello el hipotecante no deudor).
En este sentido declara laSTS de 20 de diciembre de 1999 que "en puridad, «tercer poseedor» (según la terminología tradicional) o «tercer adquirente» (con denominación científica más apropiada) de la finca hipotecada es la persona que ha adquirido la propiedad del inmueble que hipotecó su trasmitente. Es, por tanto, ajeno a la constitución de la hipoteca, y, asimismo, ajeno a la deuda, garantizada con la hipoteca, aunque el bien adquirido responde de ésta. El tercer poseedor tiene que sufrir o soportar el procedimiento y, finalmente, la realización de la finca. No se le impone ningún «facere», se halla en posición de «in patiendo», por lo que el requerimiento de pago que se hace equivale más bien a una notificación". LaSTS núm. 45/2007,

de 26 de enero de 2007 reitera, en relación con el "tercer poseedor", que "se exige que sea el adquirente de la finca, ajeno a la relación del préstamo hipotecario".
Por su parte, laSTS núm. 1332/2007, de 13 de diciembre de 2007, insiste en que "en el ámbito hipotecario se considera "tercer poseedor" al adquirente de bienes hipotecados, el cual es ajeno a la relación obligatoria asegurada con hipoteca y no asume la deuda garantizada como propia". Lo que sucede -explica esta Sentencia- es que el crédito hipotecario es fuente de una responsabilidad personal e ilimitada para el deudor, que responde de su satisfacción con todos sus bienes presentes y futuros (artículos 105 de la L.H. y 1911 del Código Civil), pero al mismo tiempo genera una responsabilidad real o hipotecaria que se hace efectiva sobre el bien hipotecado. Por ello, si el bien se transmite tras la constitución de la hipoteca, ambas responsabilidades se disocian de modo que la responsabilidad real afecta al adquirente del bien dado el carácter oponible "erga omnes" del derecho real cualquiera que sea su titular, "sin que el hecho de que los compradores retuvieran parte del precio pactado para el pago de aquello que resultaba garantizado con la hipoteca constituida sobre el bien que adquirían, suponga que los mismos perdieran la condición de "terceros" prevista en elartículo 114 L.H., pues como ya se razonó anteriormente no existió una asunción de deuda por los compradores con efectos liberatorios para el vendedor, mediando el consentimiento del acreedor, y buena prueba de ello es la propia actuación del actor -hoy recurrente- al dirigir su demanda tanto frente a los compradores (sujetos a obligación real derivada de la hipoteca) como frente a los vendedores (sujetos a obligación de carácter personal)".
Pues bien, en este caso no cabe duda de que la concursada aparece formalmente como "tercer poseedor" en el sentido indicado al haber adquirido las fincas hipotecadas (por escritura pública de 13 de abril de 2007) con posterioridad a la constitución de la hipoteca, y en tal calidad compareció la concursada al otorgamiento de la escritura de novación del préstamo hipotecario de 24 de julio de 2007 (documento 4). Que haya asumido internamente, en alguna modalidad, las obligaciones derivadas de la hipoteca no le priva de tal condición, al no constar que se produjera la liberación del deudor principal frente al acreedor hipotecario. Todo ello según resulta de la documentación aportada y de la falta de contradicción por la concursada acerca de las consideraciones que al respecto contiene la demanda de ejecución, si bien precisamos que lo que ahora declaramos no puede entenderse como "cosa juzgada", dado que resolvemos a los solos efectos de la admisión de la demanda de ejecución y en ausencia un procedimiento contradictorio con oportunidades probatorias.
Esa condición de "tercer poseedor" o tercer adquirente de los bienes hipotecados impide que la declaración de concurso de SHENG HONG PAN S.L. afecte a la pretendida ejecución, no siendo aplicables las restricciones que impone elart. 56.1 LC pordisposición expresa de su apartado 4, cuya finalidad es la protección del acreedor hipotecario en los casos de transmisión de la finca hipotecada, evitando que el deudor perjudique la posición de aquél mediante la transmisión de los bienes objeto de la garantía al concursado o a quien está próximo al estado de insolvencia.
TERCERO De otro lado, la dificultad que generalmente conlleva la apreciación de la cualidad de bienes afectos a la actividad empresarial se atenúa en este caso, en que tanto la Administración Concursal como la propia concursada están conformes en descartar la afectación de las fincas, en el sentido delart. 56.1 LC, al desarrollo de su actividad empresarial, que por lo que parece ha cesado (por lo menos esta circunstancia no se niega por la Administración Concursal ni por la concursada). Si es así, si se trata de una edificación ya construida (no tenemos constancia de lo contrario) y no existiendo actividad empresarial o profesional a la que puedan servir los bienes objeto de la garantía, en términos de afección económica preordenada al desarrollo de una actividad empresarial, no hay base sólida para estimar que se da el supuesto previsto por elart. 56.1 LC, en lo que tanto la propia concursada y la Administración Concursal se muestran conformes.”: AAP Barcelona (Sección 15) 18.03.2009 (JUR 2009/411432; Auto 66/2009; Rollo 715/2008)

JPI-2 Córdoba

“PRIMERO.- En el caso de autos, se presenta demanda de ejecución hipotecaria frente a la mercantil ARENAL 2000 S.L. en calidad de parte deudora prestataria, y frente a GRUPO INMOBILIARIO TREMÓN S.A., en calidad únicamente de tercer poseedor de las fincas ejecutadas, actual titular registral de las fincas objeto de la presente ejecución sin que haya existido subrogación alguna en la escritura de préstamo hipotecario suscrita con la ejecutante en lo que respecta a la parte deudora de la misma, despachándose ejecución mediante resolución de veinticuatro de septiembre de 2010.
Una vez expuesta la situación concurrente en el supuesto de autos, la mercantil GRUPO INMOBILIARIO TREMÓN S.A. presenta un escrito de personación en el interesando se declara la incompetencia de este órgano judicial para conocer de la presente
ejecución hipotecaria con base a los siguientes argumentos: 1º al haber sido declarada la citada entidad en concurso por resolución de 4 de diciembre de 2008 por el Juzgado de lo mercantil nº 2 de Madrid (autos 556/08), corresponde al Juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de la presente ejecución en virtud del art. 8º 3 de la LC en relación al art. 86 ter.1-3 de la LOPJ; 2º en tanto se proceda a la inhibición a favor del Juez de lo mercantil de conformidad con lo establecido en el art. 56 d e la LC procede la paralización de la presente ejecución.
La entidad ejecutante, presenta escrito oponiéndose a la estimación de la cuestión de competencia planeada, y ello por entender primeramente improcedente la cuestión de competencia planteada, dado que, que en el art. 56 antes citado, se prevee la paralización de las ejecuciones de garantía real pendientes a la fecha de declaración de concurso en el caso de que concurran los requisitos expresados en el apartado 2 del citado precepto, debiendo ser el Juez del Concurso el que determine si el bien se encuentra o no afecto a la actividad empresarial o profesional del deudor, pronunciamiento que en el caso concreto no existe, por lo que no procedería en modo alguno la paralización de la presente

ejecución hipotecaria. A mayor abundamiento, defiende la competencia del Juzgado para el conocimiento del asunto, siendo el art. 8 d e la LC citado de contrario un precepto genérico que contempla las competencias de los Juzgados Mercantiles, estableciéndose unas reglas específicas con respecto a las ejecuciones de garantías reales en los arts. 56 y 57 de la L.C., debiéndose estar, en todo caso a lo recogido en el apartado 4 del art. 56, precepto según el que "La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta", supuesto concurrente en la presente ejecución hipotecaria, en la que el tercer poseedor - GRUPO INMOBILIARIO TREMÓN S.A.- lo es, precisamente por no haberse subrogado en la deuda personal garantizada con la hipoteca, limitándose a la adquisición de los bienes hipotecados con posterioridad a la constitución de la misma y con anterioridad a la presentación de la posterior demanda de ejecución frente a los mismos.

SEGUNDO.- En la demanda rectora del presente procedimiento se ejercita la acción de ejecución de bienes hipotecados prevista en los arts. 681 y siguientes de la LEC, frente a la mercantil ARENAL 2000 S.L., entidad deudora prestataria y, también, frente a la concursada GRUPO INMOBILIARIO TREMÓN S.A. en su calidad de tercer adquirente ("tercer poseedor") de las fincas hipotecadas, de conformidad con el art. 685.1 LEC, ya que consta su adquisición de tales fincas por virtud de escritura pública de compraventa otorgada el 31 de abril de 2007 acompañada como documento nº 2 del escrito de personación de la referida mercantil, afirmándose en la demanda que la concursada había asumido las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario pero sin subrogación formal y sin conocimiento ni consentimiento de la entidad prestamista, demandándosele, tal y como así se refleja en el escrito de demanda, como tercer poseedor de las fincas hipotecadas, en el sentido de los arts. 685.1 y concordantes de la LEC., acordándose el despacho de ejecución por entenderse que ejecución hipotecaria no habría de quedar afectada por la declaración de concurso de GRUPO INMOBILIARIO TREMÓN S.A., en virtud de lo dispuesto al efecto en el art. 56.4 de la L.C.

Expuesta la situación concurrente en el supuesto que nos ocupa, debe comenzarse diciendo que el término "tercer poseedor" de los bienes hipotecados, que recoge el art. 56.4
LC sin ofrecer un concreto significado, aún gozando de cierta raigambre en nuestra tradición jurídica y no pocas menciones expresas en el Derecho vigente, no está definido clara y unívocamente en nuestro ordenamiento, lo que ha motivado el esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia en buscar una acepción válida y uniforme, siendo la concepción mayoritaria la que, en el ámbito hipotecario, lo identifica con el tercer adquirente de la finca hipotecada o de una titularidad asimilada (comprensiva de la nuda propiedad, usufructo, dominio útil o directo) y que es tercero en el contrato de hipoteca (no lo sería por ello el hipotecante no deudor).

En este sentido declara la STS de 20 de diciembre de 1999 que "en puridad, «tercer poseedor» (según la terminología tradicional) o «tercer adquirente» (con denominación científica más apropiada) de la finca hipotecada es la persona que ha adquirido la propiedad del inmueble que hipotecó su trasmitente. Es, por tanto, ajeno a la constitución de la hipoteca, y, asimismo, ajeno a la deuda, garantizada con la hipoteca, aunque el bien adquirido responde de ésta. El tercer poseedor tiene que sufrir o soportar el procedimiento y, finalmente, la realización de la finca. No se le impone ningún «facere», se halla en posición de «in patiendo», por lo que el requerimiento de pago que se hace equivale más bien a una notificación". La STS núm. 45/2007, de 26 de enero de 2007reitera, en relación con el "tercer poseedor", que "se exige que sea el adquirente de la finca, ajeno a la relación del préstamo hipotecario". Por su parte, la STS núm. 1332/2007, de 13 de diciembre de 2007, insiste en que "en el ámbito hipotecario se considera "tercer poseedor" al adquirente de bienes hipotecados, el cual es ajeno a la relación obligatoria asegurada con hipoteca y no asume la deuda garantizada como propia". Lo que sucede -explica esta Sentencia- es que el crédito hipotecario es fuente de una responsabilidad personal e ilimitada para el deudor, que responde de su satisfacción con todos sus bienes presentes y futuros(artículos 105 de la L.H. y 1911del Código Civil), pero al mismo tiempo genera una responsabilidad real o hipotecaria que se hace efectiva sobre el bien hipotecado. Por ello, si el bien se transmite tras la constitución de la hipoteca, ambas responsabilidades se disocian de modo que la responsabilidad real afecta al adquirente del bien dado el carácter oponible "erga omnes" del derecho real cualquiera que sea su titular, "sin que el hecho de que los compradores retuvieran parte del precio pactado para el pago de aquello que resultaba garantizado con la hipoteca constituida sobre el bien que adquirían, suponga que los mismos perdieran la condición de "terceros" prevista en el artículo 114 L.H., pues como ya se razonó anteriormente no existió una asunción de deuda por los compradores con efectos liberatorios para el vendedor, mediando el consentimiento del acreedor, y buena prueba de ello es la propia actuación del actor -hoy recurrente- al dirigir su demanda tanto frente a los compradores (sujetos a obligación real derivada de la hipoteca) como frente a los vendedores (sujetos a obligación de carácter personal)".

Pues bien, a tenor de la doctrina jurisprudencial citada, en este caso no cabe duda de que la concursada - GRUPO INMOBILIARIO TREMÓN S.A.-, aparece formalmente como "tercer poseedor" en el sentido indicado al haber adquirido las fincas hipotecadas (por escritura pública de 31 de abril de 2007) con posterioridad a la constitución de la hipoteca. Que haya asumido internamente, en alguna modalidad, las obligaciones derivadas de la hipoteca no le priva de tal condición, al no constar que se produjera la liberación del deudor principal frente al acreedor hipotecario.Esa condición de "tercer poseedor" o tercer adquirente de los bienes hipotecados impide que la declaración de concurso de la misma
afecte a la pretendida ejecución, por ser de aplicación el apartado 4 del art. 56 LC el art. 56.1 LC cuya finalidad viene constituida precisamente por la protección del acreedor hipotecario en los casos de transmisión de la finca hipotecada, evitando que el deudor perjudique la posición de aquél mediante la

transmisión de los bienes objeto de la garantía al concursado o a quien está próximo al estado de insolvencia.
Enlazando la cuestión examinada con la aplicación que por la parte que plantea la cuestión de competencia se hace de los artículos 8, 56 y 57 de la LC, al objeto de justificar la competencia del Juez del Concurso para el conocimiento de la presente ejecución hipotecaria, reconociendo en todo caso la competencia atribuída al Juez del Concurso para declarar o no la afección de los bienes a la actividad profesional o empresarial del concursado, al respecto debe decirse que si bien es cierto que la Ley Concursal parte de la competencia general del Juez del Concurso en su artículo 8, también lo es que ésta se ve excepcionada en los artículos 55 a 57.
De la lectura atenta de estos dos últimos preceptos legales se extrae la conclusión que la posible duda referente al juez competente en la tramitación de las ejecuciones hipotecarias en aplicación de tales preceptos anteriormente citados, vendría referida al supuesto en el que la ejecución hipotecaria se despache frente al deudor declarado en situación de concurso, pero no en aquellos supuestos, como el concurrente en el caso de autos, en que junto a este deudor concurre un tercer poseedor que es precisamente el que resulta declarado en situación de concurso, y ello por la expresa disposición que al efecto se contiene en el apartado 4 del art. 56 de la LC., por lo que, no se hace necesario ahondar más en la interpretación de los arts. 56 y 57 de l LC, y ello sin perjuicio de reseñar, y a mayor abundamiento, que en cualquier caso, la competente para resolver si los bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, es claro que corresponde en exclusiva al juez del concurso, tal como se desprende ya del propio artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues es competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere acordado.
Por lo expuesto, procede sin más la desestimación de la cuestión de competencia planteada, entendiéndose competente a este Juzgado para el conocimiento de la ejecución hipotecaria seguida con el nº 1681/10. ": AJPI-2 Córdoba 02.03.2012 (Autos 1626/2011)

2. Denegación de despacho de ejecución mediante el que se pretendía actuar sobre créditos cedidos en garantía al acreedor ejecutante

"Primero.- La parte ejecutante recurre el auto que deniega el despacho de ejecución al existir un concurso y con base alartículo 55.1 de la Ley Concursal, alegando, en esencia, que es de aplicación elartículo 56.4 de la Ley Concursal atendida la existencia de bienes patrimoniales singularmente adscritos al pago de las deudas de la ejecutada con la ejecutante, concretamente unos créditos cedidos a ésta con ese fin, adscripción resultante de los contratos y documentos de garantía que vinculan a las partes.
Segundo.- La ejecución de una sentencia que condena al pago de una cantidad que no ha sido satisfecha voluntariamente por el condenado tiene por objeto realizar dicha cantidad sobre bienes pertenecientes al deudor o, excepcionalmente, a terceras personas que deban responder de la deuda y de la condena. En ningún caso puede tener por objeto una actuación que verse sobre un bien del acreedor y ejecutante. Esto es lo que ocurre en el caso de autos, dado que la entidad ejecutante pretende que se reclame el pago a un tercero de un crédito del que afirma ser titular por cesión del deudor, si bien a tribuye a este la condición de poseedor. Tal planteamiento altera en primer lugar las pretensiones que se ejercitan en la demanda de ejecución, dado que la misma no tiene por objeto la ejecución de esos créditos, sino el cobro de las deudas sobre todos los bienes del deudor, lo que es rechazado por el Juez a quo, al estar ya iniciado un concurso. Por otra parte es difícil concebir la posesión de un crédito. De un crédito se es o no se es titular. Cuestión distinta es que el deudor se niegue a reconocer la cesión del mismo, conflicto que necesariamente ha de resolverse mediante la presentación de la correspondiente demanda declarativa contra el mismo.
En definitiva, o la actora es la titular del crédito, en cuyo caso no cabe ejecutarlo en este proceso, sino que debe reclamarlo directamente al deudor y si este se niega a reconocerle esa condición de acreedor plantear contra el mismo la correspondiente demanda declarativa, o el titular sigue siendo el ejecutado, en cuyo caso no cabe embargarlo por las razones que expone el Juez a quo y que la recurrente parece aceptar para el resto de los bienes del deudor.": Auto AP Sevilla 02.05.2007 (Sección 5) (JUR 2007/367356)

[Nuevo apartado 56.5 introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de esta ley respecto de las ejecuciones que no se hubiesen reanudado o iniciado tras la declaración de concurso (Disposición transitoria novena, 1, Ley 38/2011.]

5. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor

[Nueva redacción de los apartados 1, 2 y 5 del art. 56 por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014)
Entrada en vigor: el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014).]

5. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado ~~se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho~~ resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor

Artículo 57. Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales.

1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

Art. 57.1

0. La competencia objetiva para el inicio de nuevas ejecuciones hipotecarias postconcursales sobre bienes afectos (necesarios) corresponde en todo caso al juez del concurso

AP Castellón

“PRIMERO.-Por "La Caixa Rural Albalat dels Sorells, Cooperativa de Crédito Valenciana" se presentó el 27 de marzo de 2.013, ante el Juzgado de lo mercantil de Castellón, demanda de ejecución hipotecaria contra la sociedad concursada "Frigoríficos del Maestrazgo, S.A." y la Administración Concursal de la citada entidad, solicitando en el suplico: A) se acuerde despachar ejecución, requiriendo de pago a la mercantil demandada por la cantidad de 247.938 euros, más los intereses moratorios pactados desde el día 6 de julio de 2.011, al 25% anual que, sin perjuicio de su posterior liquidación, se fijan en la suma de 74.300 euros. B) Se acuerde reclamar del Sr. Registrador de la Propiedad, la certificación a la que se refiere el artículo 688 de la LEC., en la que se haga constar la titularidad del dominio y demás derechos reales, procediéndose, tras la trámites oportunos, a la pública subasta de los bienes hipotecados. Se fundamenta la pretensión de la parte actora en los siguientes hechos, expuestos en síntesis: La mercantil "Frigoríficos del Maestrazgo, S.A.", como deudora hipotecante, suscribió con la actora el día 28 de febrero de 2.001, un préstamo hipotecario en la modalidad de hipoteca de máximo, en garantía de cuenta corriente, hasta la cantidad de 300.506,05 euros. Con fecha 23 de noviembre de 2.004, se amplió la hipoteca en la cantidad de 449.493,95 euros, respondiendo la finca hasta la suma de 750.000 euros. En garantía del total capital prestado se garantizó la finca registral nº 6.875 de Betxí, formada por un complejo industrial dedicado a matadero de cerdos y fábrica de embutidos. La parte deudora dejó de pagar determinados efectos y obligaciones, lo que obligó al cierre de la cuenta el día 6 de julio de 2.011, adeudando a dicha fecha la cantidad de 247.938 euros. La mercantil "Frigoríficos del Maestrazgo, S.A." fue declarada en concurso necesario de acreedores, en virtud de Auto de fecha 6 de junio de 2.011, habiendo transcurrido con creces más de un año, desde la apertura del concurso, encontrándose el proceso en su fase común, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56, 57 y 8.3 de la Ley Concursal se insta la demanda de ejecución hipotecaria.
Por Auto de fecha 4 de abril de 2.013, el juzgado de lo mercantil se declaró incompetente por razón del objeto para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria, al considerar competente al juzgado de primera instancia.
Contra dicha resolución interpone recurso de apelación la entidad demandante solicitando su revocación y, en su lugar, se acuerde la admisión a trámite de la demanda de ejecución hipotecaria, a cuya petición se adhirió la Administración Concursal.
SEGUNDO.-La resolución apelada fundamenta su declaración de incompetencia objetiva para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria en que el bien hipotecado no se halla sujeto a la actividad industrial de la empresa concursada.
Como pone de manifiesto la parte apelante, la resolución recurrida parte de una premisa errónea, por cuanto en el bien inmueble hipotecado, consistente en una nave industrial dedicada a matadero de cerdos y fábrica de embutidos, se desarrolla la actividad industrial de la mercantil concursada "Frigoríficos del Maestrazgo, S.A.", como así se indica en la providencia dictada por el propio Juzgado de lo mercantil de fecha 26 de julio de 2.013. En consecuencia, por los propios argumentos jurídicos que se contienen en el Auto recurrido, en el que se hace referencia al Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 28 de junio de 2.007, siendo indiscutible que el bien sobre el que recae la hipoteca, cuya garantía real se pretende ejecutar por la actora apelante, se halla afecto a la actividad industrial de la empresa concursada, debe reconocerse al juzgado de lo mercantil, donde se sigue el concurso de la citada empresa, competente por razón del objeto para el conocimiento de dicho proceso de ejecución hipotecaria, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a las normas procesales de la LEC, si bien con la limitación establecida en el artículo 57 de la Ley Concursal, que imposibilita al acreedor iniciar su ejecución durante un tiempo, bien hasta que se apruebe el convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de la acción hipotecaria, o bien transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Las anteriores consideraciones conducen al acogimiento del recurso de apelación y con revocación de la resolución recurrida, declarar la competencia objetiva del juzgado de lo mercantil de Castellón para

conocer del proceso de ejecución hipotecaria instado por la entidad demandante hoy apelante.”: AAP Castellón (Sección 3) 10.10.2014 (Auto 195/2014; Rollo 353/2014)

“PRIMERO.-Por "La Caixa Rural Albalat dels Sorells, Cooperativa de Crédito Valenciana" se presentó el 27 de marzo de 2.013, ante el Juzgado de lo mercantil de Castellón, demanda de ejecución hipotecaria contra la sociedad concursada "Frigoríficos del Maestrazgo, S.A." y la Administración Concursal de la citada entidad, solicitando en el suplico: A) se acuerde despachar ejecución, requiriendo de pago a la mercantil demandada por la cantidad de 313.497,81 euros, más los intereses moratorios pactados desde el día 6 de junio de 2.011, al 19,75% anual que, sin perjuicio de su posterior liquidación, se fijan en la suma de 94.000 euros. B) Se acuerde reclamar del Sr. Registrador de la Propiedad, la certificación a la que se refiere el artículo 688 de la LEC., en la que se haga constar la titularidad del dominio y demás derechos reales, procediéndose, tras la trámites oportunos, a la pública subasta de los bienes hipotecados. Se fundamenta la pretensión de la parte actora en los siguientes hechos, expuestos en síntesis: La mercantil "Frigoríficos del Maestrazgo, S.A.", como deudora hipotecante, suscribió con la actora el día 28 de febrero de 2.001, un préstamo hipotecario por un importe total de 300.506,05 euros. Dicho préstamo hipotecario se modificó por escritura de fecha 11 de enero de 2.010, ampliando el préstamo en 307.193,18 euros. Tras la ampliación, el total prestado, deducidas las amortizaciones efectuadas, ascendía a 350.000 euros. En garantía del total capital prestado, "Frigoríficos del Maestrazgo, S.A." garantizó el pago del citado préstamo con la finca registral nº 6.875 de Betxí, formada por un complejo industrial dedicado a matadero de cerdos y fábrica de embutidos. La parte deudora dejó de pagar los recibos mensuales tras ser declarada en concurso de acreedores, siendo el último pago el 11 de mayo de 2.011, lo que obligó al cierre de la cuenta el día 6 de junio de 2.011, adeudando a dicha fecha la cantidad de 313.497,81 euros. La mercantil "Frigoríficos del Maestrazgo, S.A." fue declarada en concurso necesario de acreedores, en virtud de Auto de fecha 6 de junio de 2.011, habiendo transcurrido con creces más de un año, desde la apertura del concurso, encontrándose el proceso en su fase común, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56, 57 y 8.3 de la Ley Concursal se insta la demanda de ejecución hipotecaria.
Por Auto de fecha 4 de abril de 2.013, el juzgado de lo mercantil se declaró incompetente por razón del objeto para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria, al considerar competente al juzgado de primera instancia.
Contra dicha resolución interpone recurso de apelación la entidad demandante solicitando su revocación y, en su lugar, se acuerde la admisión a trámite de la demanda de ejecución hipotecaria, a cuya petición se adhirió la Administración Concursal.
SEGUNDO.-La resolución apelada fundamenta su declaración de incompetencia objetiva para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria en que el bien hipotecado no se halla sujeto a la actividad industrial de la empresa concursada.
Esta Sala se ha pronunciado en el Auto nº 195/2.014, de fecha 10 de los corrientes, sobre la cuestión que ahora se plantea, entre las mismas partes litigantes, por lo que debe reiterarse lo indicado en el Auto antes citado.
Como pone de manifiesto la parte apelante, la resolución recurrida parte de una premisa errónea, por cuanto en el bien inmueble hipotecado, consistente en una nave industrial dedicada a matadero de cerdos y fábrica de embutidos, se desarrolla la actividad industrial de la mercantil concursada "Frigoríficos del Maestrazgo, S.A.", como así se indica en la providencia dictada por el propio Juzgado de lo mercantil de fecha 26 de julio de 2.013. En consecuencia, por los propios argumentos jurídicos que se contienen en el Auto recurrido, en el que se hace referencia al Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 28 de junio de 2.007, siendo indiscutible que el bien sobre el que recae la hipoteca, cuya garantía real se pretende ejecutar por la actora apelante, se halla afecto a la actividad industrial de la empresa concursada, debe reconocerse al juzgado de lo mercantil, donde se sigue el concurso de la citada empresa, competente por razón del objeto para el conocimiento de dicho proceso de ejecución hipotecaria, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a las normas procesales de la LEC, si bien con la limitación establecida en el artículo 57 de la Ley Concursal, que imposibilita al acreedor iniciar su ejecución durante un tiempo, bien hasta que se apruebe el convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de la acción hipotecaria, o bien transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Las anteriores consideraciones conducen al acogimiento del recurso de apelación y con revocación de la resolución recurrida, declarar la competencia objetiva del juzgado de lo mercantil de Castellón para conocer del proceso de ejecución hipotecaria instado por la entidad demandante hoy apelante.”: AAP Castellón (Sección 3) 22.10.2014 (Auto 204/2014; Rollo 354/2014)

AP Madrid (Sección 28)

“PRIMERO.- La entidad "BANCO DE VALENCIA S.A.", luego sucedida por la mercantil "CAIXA BANK, S.A.", interpuso con fecha 30 de julio de 2012 y ante el Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid demanda de ejecución hipotecaria contra la entidad "VENTERO MUÑOZ, S.A.". La entidad ejecutada había sido declarada en concurso por el mencionado Juzgado de lo Mercantil con fecha 14 de abril de 2011.
Por auto de 17 de mayo de 2013 el juzgado acordó inadmitir la referida demanda porque con fecha 22 de enero de 2013 se había dictado en el concurso sentencia aprobando el convenio y, en consecuencia, habían cesado los efectos de la declaración de concurso.

Disconforme con dicho pronunciamiento, la entidad ejecutante interpone recurso de apelación al haber presentado su demanda antes de la aprobación de convenio por lo que entiende corresponde al Juzgado de lo Mercantil la competencia para el conocimiento de la demanda.
La administración concursal se opone al recurso e interesa la confirmación de la resolución impugnada al no haberse declarado previamente la afección del bien hipotecado y haberse dictado sentencia aprobando el convenio.
SEGUNDO.- Para apreciar la competencia del Juzgado de lo Mercantil y, en consecuencia, para resolver el presente recurso de apelación resulta manifiestamente irrelevante el hecho de que con fecha 22 de enero de 2013 se haya dictado en el concurso sentencia aprobando el convenio.
La demanda de ejecución hipotecaria se presentó el día 30 de julio de 2012, tal y como consta en el sello de reparto estampado en la propia demanda y por tanto casi meses antes de la fecha de la sentencia por la que se aprobó el convenio.
Para valorar su competencia objetiva el juez debe atender a la fecha de la presentación de la demanda de conformidad con los artículos 410, 411 y 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicables al supuesto de autos en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal.
La litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, siempre que después sea admitida, siendo la situación existente en el momento inicial de la litispendencia la que determina la competencia que no puede ser modificada por alteraciones posteriores en aplicación del principio de la perpetuación de la jurisdicción.
La administración concursal en apoyo de la resolución recurrida cita con escaso fundamento los autos del Tribunal Supremo de fecha 14 de enero, 14 de mayo y 30 de octubre de 2010.
La primera de las resoluciones no ha sido localizada por el tribunal en la base de datos del CENDOJ. La segunda es manifiestamente irrelevante en tanto que expresamente contempla un supuesto en que la demanda de juicio declarativo fue presentada con posterioridad a la aprobación del convenio. La cita de la tercera es muy poco afortunada en tanto que la cuestión de competencia se refiere a un expediente de jurisdicción voluntaria que se decide en favor del Juzgado de Primera Instancia porque, como era obvio, no se trataba de una demanda en la que se ejercitaran acciones con transcendencia patrimonial que se dirigieran contra el patrimonio del concursado. Obiter dicta se indica también que la sentencia de aprobación del convenio determina, además, que el juez del concurso no sea competente para conocer de tales demandas, sin que resuelva ni se plantee siquiera cuál sería la solución en caso de que la demanda se hubiera presentado con anterioridad a la sentencia de aprobación del convenio. Tampoco resulta de la sentencia que en el concreto supuesto allí enjuiciado el expediente se hubiera presentado con anterioridad a la aprobación del convenio.
Como consecuencia de lo hasta ahora razonado no resulta acertada la resolución apelada en la medida en que el rechazo de su competencia objetiva se fundamenta en que al tiempo de dictarse aquélla ya había recaído sentencia aprobando el convenio.
TERCERO.- Tal y como resulta de las actuaciones remitidas por el juzgado, el concurso de la entidad "VENTERO MUÑOZ, S.A." fue declarado por auto de fecha 14 de abril de 2011.
Con fecha 30 de julio de 2012 y, en consecuencia, transcurrido más de un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera aprobado el convenio ni abierto la liquidación la entidad "BANCO DE VALENCIA S.A." presentó demanda de ejecución hipotecaria contra la concursada, indicando expresamente que había transcurrido el plazo legal por lo que los bienes eran susceptibles de ejecución aun cuando fuera afectos.
En este escenario tal y como reiteradamente ha puesto de manifiesto este tribual en autos 12 de marzo de 2012, 1 de febrero de 2013 y 17 de octubre de 2014 interpretando sistemáticamente los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal, la competencia para el conocimiento de la demanda de ejecución dependerá de si la garantía recae sobre bienes que tengan la consideración de bienes afectos, teniendo en cuenta que resulta aplicable al supuesto de autos la redacción del artículo 56 de la Ley Concursal anterior a las reformas operadas por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo y por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre.
Así, la competencia corresponderá al juez del concurso en caso de que la garantía recayera sobre bienes afectos y al juez de primera instancia en caso contrario.
El hecho de que el juzgado de lo mercantil no se haya pronunciado sobre la afección de los bienes hipotecados no priva de competencia objetiva al juez del concurso sino que, por el contrario, debe valorar esa circunstancia para decidir sobre su competencia objetiva.
Como hemos indicado, el tribunal entiende que la resolución apelada es incorrecta en la medida en que se funda para rechazar su competencia en un hecho sobrevenido a la fecha de interposición de la demanda de ejecución -la sentencia aprobando el convenio- todo ello con infracción de los artículos 410, 411 y 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que procede estimar parcialmente el recurso de apelación para dejar sin efecto la resolución recurrida a fin de que el juzgado valore su competencia atendiendo al estado de tramitación del concurso al tiempo de la interposición de la demanda, valorando si los bienes objeto de ejecución tenían o no la consideración de afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad.”: AAP Madrid (Sección 28) 31.10.2014 (Auto 170/2014; Rollo 32/2014)

00. La determinación de carácter afecto [necesario] o no del bien es necesaria incluso cuando la demanda se presenta transcurrido el plazo de un año desde la declaración, puesto que afecta a la determinación del juez competente para la ejecución

AP Valencia

"TERCERO.- En lo que se refiere a la cuestión de fondo, alega la parte recurrente la procedencia de la admisión de la demanda de ejecución hipotecaria instada contra la mercantil TREMER ENERGIA SL, no obstante su declaración concursal, al entender no ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 56.1 de la LC, puesto que la garantía que se pretende ejecutar no recae sobre bien afecto a la actividad empresarial de dicha entidad, y aún de tratarse de bien afecto, habría transcurrido más de un año desde la declaración del concurso hasta la interposición de la demanda origen de estos autos.
La Sala, sin embargo, no comparte tal argumentación. El artículo 56.1 LC establece que "Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación"; se parte, por tanto, de supuesto que se sustrae a la norma general de ejecución cuando se ha declarado el concurso, lo que a su vez requiere la previa determinación sobre la afección del bien en los términos que señala el indicado precepto. Y en orden a establecer la posibilidad de la ejecución el propio artículo 56 de la LC establece en su apartado 5 que "corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".
De ello resulta que para iniciar la ejecución es necesario que previamente el Juez del concurso haya determinado si el bien está o no afecto a la actividad empresarial o profesional de la concursada, o si resulta necesario para la continuidad de la actividad, siendo requisito consecuente que el convenio que se apruebe no afecte el ejercicio del derecho de ejecución o que haya transcurrido un año desde la declaración del concurso sin que se haya producido la liquidación; por tanto, y en contra de lo alegado por la recurrente, que el bien se encuentre o no afecto a la actividad no es supuesto que pueda ser obviado por el mero hecho de que haya transcurrido más de un año desde la declaración del concurso, pues si se trata de bienes afectos la competencia para la ejecución sería del Juez del concurso al establecer el artículo 57 LC en su apartado 1 que "El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda".
No constando en autos que se haya producido la determinación de la afección a que se refiere el artículo 56.1 LC, no cabe más que confirmar el pronunciamiento de la resolución dictada en la instancia, si bien por los razonamientos hasta aquí expuestos.": AAP Valencia (Sección 9) 16.12.2013 (Auto 572/2013; Rollo 526/2013)

000. Inaplicabilidad de este precepto en caso de ejecución sobre bienes no afectos (no necesarios)

*** Tribunal Supremo ***

"II. FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- El presente conflicto de competencia se suscita entre el Juzgado de Primera Instancia n.° 2 de Laviana y el Juzgado de lo Mercantil n.° 8 de León.
Iniciado procedimiento de ejecución de hipotecaria sobre una finca sita en el partido judicial de los juzgados de Laviana, el titular del Juzgado de Primera Instancia de dicha localidad, con base en el artículo 57 de la Ley Concursal, se inhibió en favor de los juzgados de lo mercantil que conocían del concurso de la ejecutada. La demanda de ejecución hipotecaria se interpuso con fecha 7 de mayo de 2006 y la declaración de concurso de la ejecutada se produjo con fecha 25 de marzo de 2008.
El titular del Juzgado de lo Mercantil se declaró incompetente para conocer del procedimiento con base en que el procedimiento de ejecución hipotecaria se inició con posterioridad a la declaración de concurso, en ningún momento fue objeto de suspensión por la declaración de concurso y no versa sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial concursada.
SEGUNDO.- Para resolver el presente conflicto de competencia son preceptos a tener en cuenta los siguientes:
a) El art. 8.3 LC prevé la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso «para toda ejecución de bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado...».
No obstante, dicha previsión debe de cumplimentarse con lo determinado los artículos 55 a 57 del mismo texto legal, en su redacción originaria, por aplicación de la DT 9ª de la ley 38/11.
b) El artículo 56 de la Ley Concursal establecía que "1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".
c) El artículo 57 de la Ley Concursal señalaba lo siguiente:
"1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.
2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.
3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.".
TERCERO.- Vista la regulación de la materia no cabe sino concluir, de conformidad con lo señalado por el Ministerio Fiscal, que la competencia para conocer de la presente demanda de ejecución hipotecaria le corresponde al Juzgado de Primera Instancia n.° 2 de Laviana.
Se ha de partir de la base de que el juez del concurso no ha realizado pronunciamiento alguno sobre la afección de los bienes a la actividad del concursado; antes al contrario, manifiesta que, caso de habérsele solicitado, habría sido negativo, al tratarse de una vivienda, por definición ajena a la actividad empresarial o profesional. La solución al conflicto de competencia sería la misma si, expresamente suscitada la cuestión ante el juez del concurso, este hubiera determinado - siempre previa audiencia del deudor, de la administración concursal, y de la parte ejecutante-, que los bienes gravados con la garantía cuya ejecución se pretende no estaban afectos a la actividad del concursado.
Los procedimientos de ejecución a los que se refiere el art. 57 LC son los propios de las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad profesional o empresarial, que son los que han resultado suspendidos o paralizados por la declaración de concurso.
Sin embargo, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, de forma que la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones será del órgano judicial -o extrajudicial- que las hubiera iniciado.": ATS 14.09.2016 (Conflicto 975/2016)

"II. FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- El presente conflicto de competencia, tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes, se suscita entre el Juzgado de Primera Instancia n.° 3 de Vélez- Málaga y el Juzgado de lo Mercantil n.° 6 de Madrid.
Iniciado procedimiento de ejecución de hipotecaria sobre fincas sitas en el partido judicial de los juzgados de Vélez- Málaga el titular del Juzgado de Primera Instancia de dicha localidad, con base en el artículo 57 de la Ley Concursal, se inhibió al estimar la declinatoria planteada en favor de los juzgados de lo mercantil que conocían del concurso de la ejecutada. La demanda de ejecución hipotecaria se interpuso con fecha 31 de julio de 2015 y la declaración de concurso de la ejecutada se produjo con fecha 4 de marzo de 2013.
El titular del Juzgado de lo Mercantil rechazó la inhibición por falta de competencia objetiva acordada por Vélez-Málaga, remitiendo las actuaciones al juzgado a su vez remitente al entender que el despacho de la ejecución debía considerarse nulo por falta de un presupuesto objetivo previo afectante a la competencia objetiva para conocer de la pretendida ejecución singular, como era la obtención de la previa declaración de necesidad o no de los bienes y por entender que lo procedente no era la remisión al juzgado competente sino el archivo de lo actuado con invitación a las partes de que usaran su derecho ante el Juez que se estimara competente. Recibidas las actuaciones en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Vélez-Málaga se acordó plantear conflicto negativo de competencia ante la Sala Primera del Tribunal Supremo al entender que la competencia correspondía al juez de lo mercantil que debe conocer con carácter exclusivo y excluyente de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, afecta a cualquier ejecución cualquiera que sea el bien y esté o no afecto a la actividad empresarial o profesional, solución que considera más acorde con el principio de universalidad del concurso para que el juez del mismo controle esas ejecuciones singulares y el resultado de las mismas.
SEGUNDO.- 1. Para resolver el presente conflicto de competencia son preceptos a tener en cuenta los siguientes:
a) El art. 8.3 LC prevé la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso «para toda ejecución

de bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado...».
b) El artículo 56 de la Ley Concursal establece que "1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo:
a) Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles.
b) Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
c) Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.
2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor."
3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155.
4. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta.
5. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
c) El artículo 57 de la Ley Concursal señala lo siguiente:
1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.
2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.
3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.
TERCERO.- Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente en auto de 14 de septiembre de 2016 (conflicto de competencia 975/2016) afirmando que «Los procedimientos de ejecución a los que se refiere el art. 57 LC son los propios de las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad profesional o empresarial, que son los que han resultado suspendidos o paralizados por la declaración de concurso.
Sin embargo, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, de forma que la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones será del órgano judicial -o extrajudicial- que las hubiera iniciado».
En el caso analizado por la Sala y resuelto por auto de 14 de septiembre de 2016, el juez del concurso no había realizado pronunciamiento alguno sobre la afección de los bienes a la actividad del concursado, pero sí había manifestado que, caso de habérsele solicitado, habría sido negativo, al tratarse de una vivienda, por definición ajena a la actividad empresarial o profesional. Se afirmó también que la solución al conflicto de competencia sería la misma si, expresamente suscitada la cuestión ante el juez del concurso, este hubiera determinado - siempre previa audiencia del deudor, de la administración concursal, y de la parte ejecutante-, que los bienes gravados con la garantía cuya ejecución se pretende no estaban afectos a la actividad del concursado.
En el caso aquí planteado entre Vélez-Málaga y Madrid se ha de partir de la base de que el juez del concurso no ha realizado pronunciamiento expreso sobre la afección de los bienes a la actividad del concursado, pese al traslado efectuado al efecto a la Administración Concursal y al concursado, y las alegaciones de la ejecutante que había realizado ante el juez de primera instancia.
Admitido a trámite el procedimiento ante el juzgado de primera instancia, y planteada declinatoria de jurisdicción, el juez del primera instancia, dado que tiene competencia para conocer de ejecuciones hipotecarias contra bienes del concursado, salvo, como ha sido resuelto por esta Sala, las que afecten a bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial, si tenía dudas sobre este carácter debió dirigir oficio al juzgado de lo mercantil para que pusiera en conocimiento la calificación del bien y con su resultado proseguir o no los trámites pertinentes. Del mismo modo, el juzgado de lo mercantil dado que era el único competente para determinar la afección a la actividad profesional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.5 de la Lc debió resolver sobre esta cuestión que determinaba la competencia

objetiva cuestionada, pues es el único competente para decidir si un bien es o no necesario para la actividad (al igual que lo resuelto en supuestos de concurrencia de procedimientos concursales y admistrativos en Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción art. 38 LOPJ de 11 de diciembre de 2012 (conflicto 4/2012), 1 de octubre de 2013 (conflicto 6/2013).
Dados los términos en los que se ha planteado el presente conflicto y atendiendo a que el Juzgado de Primera Instancia ante el que se interpuso la demanda de ejecución estimó la declinatoria planteada sobre la base de considerar exclusivamente que el juez mercantil era competente por aplicación el artículo 57 LC por tratarse de una ejecución hipotecaria interpuesta con posterioridad a la declaración de concurso, manteniendo en su posterior auto de 23 de septiembre de 2016 que "la competencia del juez de lo mercantil para conocer con carácter exclusivo y excluyente de toda ejecución cualquiera que sea el bien que se ejecute, esté o no afecto a una actividad profesional o empresarial" corresponde, en consonancia con lo razonado, acordar la continuación del procedimiento por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vélez-Málaga.”: ATS 14.12.2016 (Conflicto 1048/2016)

AP Madrid (Sección 28)

“22.- Ya en nuestro auto de 12 de septiembre de 2011, resolviendo sobre el recurso de apelación interpuesto por ENSANCHE DE O'DONNELL contra el auto denegatorio de su solicitud de medidas cautelares con carácter previo a la presentación de la demanda, al examinar el requisito del fumus boni iuris, subrayamos la corrección de la lectura que el juzgador de la anterior instancia había hecho del artículo 56 de la Ley Concursal. Encontrándonos ante un procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, y habiéndose declarado por el juez ante el que el concurso se sigue que los bienes objeto de ese otro procedimiento no están afectos a la actividad productida del concursado, la exigencia de autorización expresa por parte de dicho juez para la reanudación de la venta extrajudicial (paralizada pendiente de celebrarse la tercera subasta por el notario ante el que se seguía al tomar conocimiento de la declaración de concurso) carece de fundamento. El artículo 57 de la Ley Concursal se refiere a la reanudación de los procedimientos de ejecución de garantías reales que debiesen quedar en suspenso por efecto de la declaración de concurso conforme a lo previsto en el artículo 56 de la Ley Concursal, y el escenario que aquí nos ocupa se contemplaba en dicho precepto precisamente como lo contrario, esto es, como supuesto de no suspensión.”: SAP Madrid (Sección 28) 12.09.2014 (Sentencia 246/2014; Rollo 844/2012

1. Reanudación de la ejecución transcurrido el plazo legal de suspensión

1.1 Procedencia de la reanudación tras el transcurso del plazo legal de suspensiòn

AP Las Palmas

“PRIMERO.- EL ejecutante y recurrente, Caja General De Ahorros De Canarias, alega que el Auto recurrido es contrario a lo dispuesto en elartículo 56 de la Ley Concursal cuyos apartados primero y segundoestablecen una suspensión de las acciones en curso de acreedores con garantía real por el plazo máximo de un año a computar desde la declaración del concurso hasta que se apruebe un convenio que no afecte al ejercicio de su derecho o sin que se haya abierto la fase de liquidación, tiempo que aquí ya habría transcurrido al haberse declarado el concurso de la deudora porAuto de fecha 17 de febrero de 2005y encontrarse actualmente pendiente de poner fin a la fase común del procedimiento, es decir, sin Convenio y sin que se haya abierto la fase de liquidación, mientras que la presente ejecución hipotecaria se inició por demanda de fecha 17 de marzo de 2006. Esto últimos datos los ha justificado la Caja General De Ahorros De Canarias a través de los documentos incorporados en esta segunda fase al Rollo - con arreglo a lo establecido en losartículos 265, 270 y 460.1.1ºtodos de la LEC - consistentes en testimonio de actuaciones del procedimiento concursal 002-2004 del Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de Las Palmas y más concretamenteAuto del Magistrado Cobo Plana de 17 de febrero de 2005y certificación de la Secretaria de dichoJuzgado de seis de julio de 2006.
En definitiva postula la ejecutante Caja General De Ahorros De Canarias que ora sea el competente objetivamente el Juzgado de Primera Instancia ora el del Concurso, no cabe la suspensión de la ejecución por haber superado el límite del plazo legal máximo de un año y que estimado el recurso de apelación se ordene seguir la ejecución despachada hasta hacer trance y remate del bien ejecutado hasta el completo pago de las cantidades adeudadas a Caja General De Ahorros De Canarias.
Segundo.- El Juez a quo acogió la suspensión por no darse la excepción de haber ocurrido ya la publicación de los anuncios de subasta del bien ni recaer la ejecución sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, pero como ya avisó el ejecutante en su escrito de alegaciones de ocho de mayo de 2006, no podía olvidarse el estado de tramitación del concurso, y la prueba recopilada en esta alzada, evidencia que se está en el caso del primerinciso del artículo 56.2 de la Leyconcursal que permite la reanudación de la ejecución cuando se produzca la circunstancia prevista en el apartado anterior de haber transcurrido año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.”: Auto AP Las Palmas (sección 5) 10.07.2007 (JUR 2008/120136)

“QUINTO.- La resolución recurrida -el Decreto dictado por el Secretario, y confirmado por el auto del Juzgado- nada expresa sobre qué órgano sea el competente objetiva y funcionalmente para conocer del procedimiento desde el momento en que se acuerda la suspensión por constancia de la tramitación del

concurso. No obstante dicho Decreto parece indicar a las partes que la solicitud de alzamiento de la suspensión acordada habría de hacerse al Juzgado de Primera Instancia y no al Juez del concurso, cuando acuerda que las partes pueden "solicitar su continuación, una vez se dicte resolución que ponga fin al procedimiento concursal seguido contra el ejecutado".
Conforme a lo dispuesto en el art. 8,3 de la LC con carácter general sobre ejecuciones en curso (que no excluye las ejecuciones hipotecarias, de garantías reales o acciones de recuperación asimiladas del art. 56,2 de la LEC) y a la dicción literal del artículo 57,2 de la LC entiende esta Sala -y es consciente de que su posición no es la seguida por la mayoría de las Audiencias Provinciales- que también las ejecuciones hipotecarias, de garantías reales y de acciones de recuperación asimiladas, aún incoadas antes de la declaración del concurso, se someten a la jurisdicción del juez del concurso. Y desde que entendemos, como anteriormente se expuso, que todas las ejecuciones y acciones de esta naturaleza se suspenden por la sola constancia de la existencia del concurso (tanto de bienes afectos o necesarios como de los que no lo son, sin perjuicio de que cuando no lo sean se alce la suspensión precisamente por no serlo), resulta indudable para esta Sala la conclusión de que la vis atractiva del concurso, y de la jurisdicción y competencia del Juez del concurso conforme a lo dispuesto en el art. 8,3 de la LC alcanza a TODAS las ejecuciones hipotecarias en curso -y procesos en que se ejerciten acciones asimiladas- sobre los bienes del deudor (salvo excepción expresa e inequívoca, que en este caso no se establece por el legislador que sí la precisó respecto a determinados procedimientos administrativos y ejecuciones laborales respecto a los que prevé su "continuación" en lugar de su "reanudación" en el segundo párrafo del art. 55,1 de la LC).
En cuanto a la competencia para el alzamiento de la suspensión y reanudación de las ejecuciones de garantías reales iniciadas a la declaración del concurso, corresponde al juez del concurso, siempre que el concurso se encuentre aún en tramitación -no hubiera concluido- y cualquiera que fuere la causa de alzamiento de la suspensión que proceda de las anteriormente indicadas. Así lo dispone el art. 57,1 de la LC al establecer que el juez del concurso "a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso (en el caso de que estime que procede esa reanudación o el inicio del proceso), acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". La doctrina establecida por la sección 28a de la Audiencia Provincial de Madrid concluye, pese a ello, que el juez del concurso no adquiere competencia sobre los procedimientos suspendidos hasta tanto no proceda acordar su reanudación y que en algunos casos, como el de aprobación de convenio que no les afecte antes de transcurrido un ano desde la declaración del concurso o conclusión del concurso antes de dicha fecha, ni siquiera será necesario trasladar la competencia al Juez del concurso.
Entiende esta Sala por el contrario que el artículo 57 de la LC asegura a los créditos con privilegio especial contemplados por el art. 56,1 de la misma LC el privilegio de la ejecución separada, fuera del proceso de ejecución general, pero no fuera del concurso sino en el seno del mismo, como pieza separada de éste. Pero que lo que no hace -y la dicción literal del apartado 1 del art. 57 de la LC lo deja claro al someter todas ellas, las iniciadas y las "reanudadas" a la jurisdicción del juez del concurso- es excluir la competencia del Juez del concurso para su conocimiento, incluso aunque se hubieren iniciado antes de la declaración del concurso. Los excepcionales supuestos mencionados por la sección 28a de la AP de Madrid como aquéllos en que no sería necesario que asumiera la competencia el juez del concurso acordando su tramitación en pieza separada del concurso no permiten, a nuestro entender, sostener que la competencia se mantiene por el Juzgado de Primera Instancia hasta tanto el juez del concurso acuerde el alzamiento de la suspensión y la reanudación del procedimiento, y es que, además de suponer dos supuestos muy excepcionales, la realidad de la práctica de los juzgados es que el ano desde la declaración del concurso se cumplirá mucho antes de que se apruebe cualquier convenio y, generalmente, también mucho antes de que se declare la conclusión del concurso por resolución firme... por lo que incluso en esos casos generalmente debería -a instancia de parte dirigida al juez del concurso- reanudarse la ejecución de la garantía real, ya ante el juez del concurso que acordaría el alzamiento de la suspensión.
Por otra parte el hecho de que el juez del concurso tenga la competencia para la tramitación, reanudación y terminación de todas las ejecuciones de garantías reales y acciones asimiladas sobre bienes del concursado (ejecuciones seguidas ante juzgados civiles, a las que no existe razón alguna para excluir de la competencia del juez del concurso -contra lo que sucede en los supuestos previstos por el segundo párrafo del apartado 1 del art. 55 de la LC - y que por el contrario, en caso de reanudación la LC somete a la jurisdicción del juez del concurso) es congruente con los principios que rigen el concurso y el aseguramiento del respeto de la pars conditio creditorum respecto al control riguroso de que en procesos de ejecución singular no se llegue a cobrar en ningún caso cantidad alguna no cubierta por la garantía real objeto de ejecución (siendo muy aconsejable que la administración concursal tenga facilidad para examinar cuidadosamente las liquidaciones de deuda e intereses realizadas, por lo general unilateralmente, por los acreedores con garantía real) y de que el sobrante que pueda resultar después del pago de la parte de la deuda garantizada con la hipoteca quede a disposición del concurso para el pago a todos los acreedores -ya que respecto al sobrante la acreedora no gozará del privilegio especial-. La atribución al juez del concurso del conocimiento de todas las ejecuciones singulares seguidas contra bienes del deudor ante Juzgados pertenecientes al orden jurisdiccional civil permite que la administración concursal y el propio concursado intervengan con facilidad y eficacia en dichos procesos de ejecución singular para la defensa del interés de la masa de los acreedores en la conservación del remanente que quede para la masa activa -lo que difícilmente puede hacer cuando se siguen múltiples procesos de ejecución singular dispersos por Juzgados de toda Espana-, facilita que la administración concursal ejercite la opción prevista en el apartado 2 del art. 155 durante la paralización

de las acciones o la suspensión de las actuaciones cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, pero también que intervenga en tal condición en los procesos singulares en curso -especialmente cuando, como en el caso que nos ocupa, se ha acordado en el concurso la suspensión de facultades del deudor- e incluso protege de modo más eficiente los intereses del acreedor privilegiado con privilegio especial que podrá obtener con mayor celeridad la resolución de alzamiento de la suspensión acordada y la efectiva reanudación del procedimiento desde que las circunstancias que han de apreciarse para acordar dicho alzamiento de la suspensión y la continuación de la ejecución singular son todas de naturaleza concursal y resultan del estado del concurso en tramitación, pudiendo así el acreedor privilegiado interesado simplemente solicitar el alzamiento de la suspensión y la inmediata continuación del procedimiento al juez del concurso sin necesidad de esperar a obtener testimonios de las resoluciones del concurso que justificarían el alzamiento de la suspensión y a presentarlas al Juez de Primera Instancia junto a la solicitud de reanudación del proceso (reanudación que además habría de seguirse ante el juez del concurso, que habría de reclamar los autos para la tramitación de la reanudación en la correspondiente pieza separada), viéndose obligado así el acreedor privilegiado a mantener una doble representación incluso con profesionales distintos (en el concurso y en las ejecuciones de garantías reales) para poder intervenir en los dos procesos, el concurso y la ejecución separada, que pueden seguirse en lugares geográficamente muy distantes.
Precisamente por ello concluimos, contra la doctrina sostenida por la sección 28a de la A.P. de Madrid en el auto de 18 de marzo de 2011 citado, que el Juzgado de Primera Instancia, una vez conste en el procedimiento la declaración del concurso, no sólo debe acordar la suspensión del proceso de ejecución singular -lo que actualmente se acuerda por Decreto del Secretario por imperativo del vigente art. 568,2 de la LEC - sino que debe acordar también la remisión de los autos para su continuación, en su caso, por el juez del concurso que es el competente para acordar el alzamiento de la suspensión y la reanudación, en su caso, de la ejecución singular como pieza separada del concurso por el mismo procedimiento que se viniera siguiendo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 57,1 de la LC, puesto que, a nuestro entender, desde la declaración del concurso el Juez de Primera Instancia pierde la competencia para seguir conociendo de la mencionada ejecución para cuyo conocimiento ya es exclusivamente competente el juez del concurso (competencia objetiva sobre la que puede resolverse de oficio en cualquier momento del proceso, por ser cuestión de orden público, y que en este supuesto ha sido alegada, para sostener la del Juzgado de Primera Instancia contra los fundamentos del auto recurrido, por la parte recurrente que, fundamentos que, como se ha expuesto, comparte esta Sala).
Declaración de incompetencia con remisión de actuaciones que en los casos de aplicación de la redacción original del art. 56,2 LC parece razonable diferir, pese a la suspensión, al día posterior al senalado para la subasta cuando los anuncios de la misma ya estén publicados (a fin de que pueda consumarse la subasta convocada ante el Juez de Primera Instancia en caso de incorporarse a los autos testimonio de la resolución del juez del concurso acordando que se continúe el procedimiento por no ser necesario para la continuación de la actividad del concursado, sin necesidad de publicación de nuevos anuncios -que era lo que parecía perseguir la redacción original del precepto-), pero que procederá acordar en resolución judicial que siga inmediatamente al Decreto de suspensión dictado por el Secretario del Juzgado cuando no estén publicados los anuncios de la subasta (y parece que una vez entre en vigor la redacción dada al art. 56,2 LC por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, que no exceptúa de la suspensión en ningún caso las subastas cuyos anuncios estén ya publicados, procedería la remisión incluso cuando ya lo estén).
Dado que la limitada competencia atribuida por el art. 568,2 de la LC al Sr. Secretario para acordar la suspensión no permite que éste haga declaración de incompetencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia ni que acuerde la remisión de las actuaciones al juzgado del concurso, cobra sentido que en el auto recurrido el Juez de instancia no declarara esa incompetencia -pese a motivarla- ni acordara la remisión de las actuaciones al juzgado del concurso -pese a no haberse publicado los anuncios de la subasta-, al encontrarse limitado el objeto de la resolución recurrida a la estricta revisión de la suspensión acordada por el Secretario del Juzgado. ": AAP Las Palmas (Sección 4) 28.10.2011 (Auto 164/2011; Rollo 71/2011)

AP Baleares

"SEGUNDO En el Juzgado de lo Mercantil la situación de las hipotecas de autos es la siguiente: [...]
-Respecto de los 10 apartamentos de Financial Planning, SL, considera la ejecutante First Choice que habiendo transcurrido en exceso el plazo de un año dese la fecha en que se declaró el concurso, y no habiéndose procedido a la apertura de la liquidación de la entidad concursada, no habiéndose aprobado convenio, procedía acordar la reanudación de la ejecución sobre dichos 10 apartamentos.
Centrados en esos 10 apartamentos de Financial Planning, SL, resulta que mediante Auto de 23-II-2007 el Juzgado acordó denegar la petición de First Choice y, por lo tanto, continuó manteniendo la suspensión de la subasta de dichos apartamentos.
La ejecutante recurrió en reposición esta decisión y el Juzgado dictó el Auto de 2-IV-2007 disponiendo levantar la suspensión de la ejecución de constante referencia respecto de los 10 apartamentos de Financial Planning, SL Tanto esta entidad como la otra concursada Leisure protestaron esta decisión y posteriormente interpusieron recurso de apelación contra el meritado Auto.
La postura adoptada por la Administración Concursal sobre la cuestión que se debate en el presente procedimiento ha sido la de abogar por el mantenimiento de la suspensión de la ejecución hipotecaria -ver escrito de dicho ente concursal obrante al folio 617- "al seguir concurriendo los mismos supuestos que en su día determinaron (su adopción)". Al folio 662 la Administración Concursal se allana al recurso

de apelación formulado por Financial Planning, SL, a cuyo respecto manifiesta que "se adhiere a la pretensión de que se mantenga la suspensión de la ejecución hipotecaria seguida por First Choice sobre 10 apartamentos de la concursada Financial Planning, SLinteresando pues la revocación del alzamiento de dicha suspensión".
TERCERO El artículo 56 de la Ley Concursal, intitulado "Paralización de ejecuciones de garantías reales" establece que: 1.Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del art. 155."
Este apartado 2 del art.155 de la LC dice lo siguiente: No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del art. 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial.
Por su parte, el artículo 57 de la referida LC, cuyo título es "Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales", establece en su apartado 1. que "El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda."
Interpretando el conjunto de la normativa referenciada y teniendo en cuenta las terminologías utilizadas por el legislador en su redacción puede extraerse la conclusión de que a la suspensión de ejecuciones como la e autos no se le confiere carácter absoluto ni indefinido, máxime teniendo en cuenta que ha de procurarse evitar la frustración de legítimos intereses de terceras personas y ha de orientarse todo al buen fin del concurso. En el caso, y en este entendimiento, no puede olvidarse que desde la declaración del concurso ha transcurrido mas de un año sin que conste que Financial Planning hubiese propuesto un Convenio con los acreedores, produciéndose un desequilibrio entre las posiciones de la deudora, en una cómoda situación de poder asumir las rentas de los apartamentos de referencia, y la acreedora que no puede hacer mas que aguardar a que la concursada llegue a conformarse con la realización de sus bienes. Con la decisión adoptada por el Juzgador de instancia se vislumbra el equilibrio que pasa por atender los derechos de la acreedora al haber tenido Financial Planning, como se ha dicho antes, la posibilidad de proponer un convenio y no haberlo hecho.”: AAP Baleares (sección 5) 08.04.2008 (JUR 2008\323234; Auto 36/2008; Rollo 28/2008)

“PRIMERO.- Contra la resolución de instancia que aprueba el plan de liquidación presentado por la Administración Concursal de Son Muletó SL, si bien con las modificaciones que se relacionan en el propio Auto, se alza la entidad CAIXABANK S.A., impugnando en exclusividad, el rechazo de su pretensión de continuar con la ejecución hipotecaria separada de la finca registral número 30.258 de Llucmajor e iniciada con anterioridad a la declaración de concurso. Se alega a tal fin que al momento de efectuarse las observaciones al plan de liquidación presentado por la Administración concursal, aún no existía ningún pronunciamiento sobre la afección de la referida finca a la actividad de la concursada, y que precisamente por ello primeramente se interesó la no afección de la finca, a fin de que pudiera continuar con la ejecución hipotecaria seguida ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Palma (autos 488/12); que ello no obstante, al haber sido declarado bien afecto con posterioridad a dicha solicitud, no puede entenderse que no sea su voluntad la de continuar con la ejecución hipotecaria separada, como erróneamente considera el juez quo, siendo clara su voluntad de reanudar la ejecución suspendida, como pieza separada, ante el juez del concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 LC, por lo que termina suplicando, se revoque parcialmente aquella resolución y en su lugar se acuerde reconocer a su favor su derecho a que se reanude la ejecución hipotecaria sobre la finca registral nº 30.358, como pieza separada del procedimiento concursal.

SEGUNDO.- La adecuada resolución de dicho motivo de impugnación, pasa por recordar que como refiere la Audiencia Provincial de Madrid en resolución de 1 de febrero de 2013 *"uno de los principios del proceso concursal regulado en la Ley Concursal es el de la universalidad del concurso, tanto en cuanto a la masa activa, es decir, que la declaración de concurso produce una afección de todos los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor, tanto los presentes como los futuros, que constituyen la masa activa del concurso (art. 76 LC), como a la masa pasiva, esto es, que declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso (art. 49LC).*

Sin embargo, este principio no es absoluto. El propio artículo 76, en los siguientes apartados, prevé algunas excepciones, y el artículo 49 contiene un inciso final en tal sentido, al afirmar que esa integración de todos los acreedores en la masa pasiva del concurso se producirá "sin más excepciones que las establecidas en las leyes". Por tanto, excepcionalmente, determinados acreedores pueden ejecutar sus créditos contra determinados bienes del concursado separadamente del proceso concursal, como es el caso, por ejemplo, de lo previsto en el artículo 76.3 de la Ley concursal y de algunos supuestos previstos en los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal. En estos últimos preceptos se observa que determinados créditos (por ejemplo, alguno de los

que son objeto de procedimientos administrativos de ejecución o de ejecuciones laborales, créditos con garantía real, derivados de ventas con reserva de dominio o de arrendamientos financieros, etc.) son susceptibles de ejecución separada respecto del concurso dependiendo de determinadas circunstancias...

No es cierto, por ello, que cualquier ejecución hipotecaria sobre bienes integrados en el patrimonio del concursado corresponda el conocimiento del juez del concurso de conformidad con el principio general del art. 8.3 de la Ley concursal que atribuye a dicho juez competencia exclusiva y excluyente para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado. Existen normas especiales en el seno de la Ley concursal que disciplinan la ejecución hipotecaria (arts. 56 y 57) que dan pie a sostener que la competencia del juez del concurso en esta materia quedaría circunscrita a los bienes afectos".

En efecto, como apunta la AP de Barcelona de 19 de julio de 2012, el artículo 56 distingue según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor; en caso afirmativo, se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, de manera que el acreedor o bien no podrá durante un tiempo iniciar su ejecución o bien si se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, se suspende dicho procedimiento, si bien de manera temporal, pues así lo prevé el artículo 57 de la Ley *Concursal "La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales") debe disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere el art. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad profesional o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaraciones de concurso, corresponderá al Juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concursado y sujeta a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda". No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al Juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso. Y así el apartado segundo del artículo 57 LC expresamente dispone que "iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes del concurso". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiera instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial del artículo 90 LC, sujeta a las reglas previstas en el artículo 155 LC".*

TERCERO.- Partiendo de lo anterior, el recurso debe ser estimado. Y ello por cuanto que no habiendo sido puesto en duda que se inició el procedimiento de ejecución hipotecaria con anterioridad a la declaración del concurso, asiste a dicho acreedor el derecho a continuar o reanudar su tramitación una vez abierta la fase de liquidación y en el modo que se contempla en el último apartado del artículo 57. Cierto es que al momento de efectuar las observaciones al plan de liquidación la parte recurrente, y en lo que afecta al objeto de la presente alzada, solicitó que se declarase la no afección a la actividad de la concursada la finca objeto de ejecución hipotecaria, pero también lo es, que dicha petición venía fundamentada por el hecho de que hasta dicho momento no existía un pronunciamiento firme sobre la afección o no afección del inmueble, y que lo que se pretendía con aquella solicitud era el reconocimiento a "poder continuar con el referido procedimiento de ejecución hipotecaria".

Precisamente por ello, no podemos acoger la argumentación del juez a quo, de que al no efectuar el acreedor, ninguna propuesta acerca de la realización del inmueble, no puede acogerse su pretensión; al contrario, y en concordancia con lo expuesto, debe entenderse que dicho acreedor ejercitó en momento oportuno su derecho a ejercitar el cobro de su deuda en procedimiento separado, y con ello, que la realización del bien no haya de efectuarse con sujeción a las reglas del plan de liquidación, sino mediante las normas propias del procedimiento judicial suspendido que se reanudará, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva, como pieza separada, conforme al último apartado del artículo 57.3 LC.": AAP Baleares (Sección 5) 19.02.2014 (Auto 33/2014; Rollo 21/2014)

AP Badajoz

“PRIMERO. Pretende la apelante que se revoque la sentencia de instancia, en la que se acuerda no haber lugar a alzar la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria que Caja de Extremadura instó en su día frente a Delicias Extremeñas S.L., suspensión que se produjo por haberse declarado el concurso de esta última. La reanudación de la ejecución hipotecaria sería procedente, según la parte apelante, por haber transcurrido el plazo de un año desde la declaración de concurso sin que, a la fecha de presentación de la demanda origen de estas actuaciones, se hubiera abierto la fase de liquidación.
El artículo 56 de la vigente Ley Concursal dice: «1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación» y añade «2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».
La Exposición de Motivos pone de relieve que «Una de las novedades más importantes de la Ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso..... Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia»
La Ley establece un sistema de paralización de las ejecuciones hipotecarias que no es absoluto, ya que tiene un límite temporal (hasta la aprobación de un convenio cuyo contenido no le afecte, la apertura de la liquidación o en todo caso el transcurso de un año desde la declaración de concurso) y objetivo (sólo si recae sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o una unidad productiva de su titularidad).
Es decir, se instaura un régimen de espera en las ejecuciones con garantía real que procura el mantenimiento de la integridad de la masa activa del concursado para asegurar así la actividad profesional o empresarial de aquel, al menos temporalmente, para que no se frustren las posibilidades de soluciones globales o comunes en el seno del concurso en la que el convenio es, en principio, la solución normal del concurso y buscada por el legislador como medio para alcanzar la satisfacción de los acreedores en los supuestos de insolvencia del deudor común, pero del tenor del art. 56 antes citado, se desprende que el tiempo máximo de espera, bien para iniciar o bien, como en este caso, para reanudar las ejecuciones sobre bienes afectos a una garantía real, es el de un año desde la declaración del concurso.
Tanto la administración concursal como la entidad en concurso alegan, al oponerse al recurso que el art. 57 de la Ley Concursal confiere al juez del concurso la facultad de decidir sobre la "procedencia" del alzamiento de la suspensión; este precepto dispone, en su apartado primero, que "El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda", pero si ponemos en relación este precepto con el art. 56, la valoración de la procedencia o no acerca del inicio o reanudación de las acciones no parece referida al requisito temporal, sino más bien al examen del requisito objetivo contemplado en el art. 56 y referido a la valoración de si los bienes sobre los que recae la acción están”: SAP Badajoz (Sección 3) 24.11.2010 (Sentencia 346/ 2010; Rollo 440/2010)

AP Sevilla

“PRIMERO.-Por la Procuradora Doña Marta Candau del Pino, en nombre y representación de la entidad Financiera Carrión, S.A., E.F.C. (FINANCA), se planteó oposición al Plan de Liquidación formulada por la Administración concursal de la entidad Consultora, Construcciones e Instalaciones del Sur, S.L.U., al no contemplarse la ejecución separada de su crédito, dado que se trataba de un crédito especialmente privilegiados. A dicha pretensión se opuso la concursada. Por parte del Juzgado se dictó Auto que aprobaba el plan de liquidación y admitía la pretensión de la citada entidad. Contra la citada resolución se interpuso recurso de apelación por la concursada y por la Administración concursal.
SEGUNDO.-En orden a centra la cuestión discutida, hemos de tener en cuenta que la finalidad esencial del concurso es una satisfacción ordenada de los intereses de los acreedores, es decir, de hacerles efectivos los créditos impagados, en la medida de lo posible, mediante un convenio o la liquidación, pero si resulta que la masa activa es inexistente o insignificante, es obvio que se frustra dicho fin esencial, entendiéndose que, en estos casos, la única solución admisible es concluir el concurso y archivar el procedimiento, ya que carece de objeto.

El concurso necesariamente ha de contar con los suficientes activos propios o provenientes de las acciones recisorias o de responsabilidad, porque en otro caso, estaría abocado al fracaso y generaría mayores deudas.
Aún cuando se trate de satisfacer esos créditos de los acreedores mediante el proceso concursal, no se desecha ni se menosprecia el interés del concursado en orden a poder continuar con la actividad económica que generaría riqueza y que pudiera afrontar y satisfacer los derechos de los acreedores. De ahí que se trate, en primer lugar, de conseguir un acuerdo con éstos, y en su defecto, es cuando se acude a la fase de liquidación. Consecuencia de ello, es que, entre otras medidas, se impida que el acreedor, con garantía real, puedan iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía cuando el bien esté afecto a la actividad empresarial, profesional o a una unidad productiva titularidad del concursado, hasta que no se apruebe un convenio, cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso, sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, o, en el supuesto de iniciado, se suspenda, artículo 56 de la Ley Concursal. Esa afectación ha de declararla el Juez del concurso, y no se aplicará cuando el concursado sea un tercer poseedor del bien objeto de la garantía.
No concurriendo estas circunstancias, el artículo 57 prevé que puedan iniciarse o reanudarse, tramitándose al tal efecto la oportuna pieza separada, que se acomodará al procedimiento judicial correspondiente.
En el supuesto analizado en la presente alzada, resulta que ha finalizado la fase en la que se podía haber aprobado un convenio, sin resultado, y se ha abierto la fase de liquidación. En definitiva, han desaparecido los inconvenientes para la satisfacción del acreedor privilegiado con el bien afecto a su garantía. En estas circunstancias, la única decisión asumible es continuar la ejecución de esa garantía real, en los términos que se contiene en la resolución recurrida, es decir, recabar el procedimiento de ejecución hipotecaria del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Sevilla, autos 1578/10, acumularlo al presente concurso y continuar su tramitación en pieza separada, que no es más que aplicar lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 57 de la Ley Concursal.
En resumen, se está dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 155-1º, dado que se trata de satisfacer un crédito con privilegio especial con el bien afecto. Acceder a la pretensión de los recurrentes, supondría menospreciar, desdeñar e incluso postergar un derecho real de garantía, cuyo contenido es de sobra conocido, en cuanto que atribuye al acreedor acción directa sobre el bien, de modo excluyente, sobre los demás acreedores, para realizar su crédito. Entendiendo en todo caso, que se ha de cumplir las prescripciones del citado artículo 155, en la realización del bien afecto.
En consecuencia, ha de rechazarse la pretensión de los recurrentes.": AAP Sevilla (Sección 5) 22.11.2012 (Auto 185/2012; Rollo 6539/2012)

AP Tarragona

"PRIMERO.-Las objeciones que expone el acreedor al plan de liquidación propuesto por la administración concursal y aprobado por el Auto apelado, se refieren a los inmuebles sobre los que tiene constituido la garantía hipotecaria del préstamo que concedió a la concursada para financiar su actividad mercantil de promoción de viviendas. Alega que son bienes no afectos a la actividad empresarial y no necesarios para continuarla, por lo que pretende que se acuerde proseguir las ejecuciones individuales ya iniciadas anteriormente.
SEGUNDO.-Esta alegación debe ser desestimada porque consta que los inmuebles hipotecados están afectos a la actividad empresarial de la concursada.
En este sentido se debe confirmar lo manifestado por el Administrador Concursal respecto a las fincas registrales nº 35753 y 35755 que son viviendas en curso de construcción que, al no haberse concluido y sobre ellas se está desarrollando la actividad empresarial necesaria para su terminación y posterior comercialización, por lo que se está siguiendo con la actividad constructora y promotora que constituye el objeto mercantil de la concursada.
Del mismo modo la finca 35750, consistente en una finca urbana terreno o solar para edificar, también tiene la condición de bien efecto a la actividad empresarial que se sigue desarrollando, ya que sobre ella existe un estudio geotécnico para evaluar el terreno y sus características para su posterior edificación, siendo un solar para ejecutar sobre él las obras de construcción necesarias para su posterior comercialización.
Respecto a la finca registral nº 13291, sobre esta vivienda unifamiliar existe un contrato de arrendamiento en vigor, de conformidad a lo manifestado por el Administrador Concursal, por lo que debe considerarse bien afecto a la actividad empresarial. Aunque existen rentas pendientes de pago, el contrato de arrendamiento, según lo aportado, sigue en vigor, lo que genera un crédito a favor de la empresa concursada que tendrá su correspondiente computación.
TERCERO.-El hecho de que al tiempo de la declaración de concurso ya hubieran dado comienzo las actuaciones encaminadas a la ejecución o realización de la hipoteca como garantía real, no impide la aplicación del régimen concursal de los derechos reales de garantía. Conforme al art. 56 L.C. se paralizan las ejecuciones de garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial. Por tanto, fue por esta afección por lo que se suspendieron las ejecuciones hipotecarias de manera que se consideraron bienes destinados al ejercicio de la actividad empresarial.
Y una vez acordada la paralización, las reanudaciones de las ejecuciones que se produzcan con anterioridad a la conclusión del concurso quedan sometidas a la jurisdicción del juez de éste, según el art. 57.1 primero.

La apertura de la fase de liquidación determina el fin de la paralización del ejercicio de las acciones derivadas de las garantías reales, de modo que la enajenación de los bienes deberá efectuarse necesariamente dentro del procedimiento de ejecución colectiva ya que las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva.": AAP Tarragona (Seción 1) 25.06.2012 (Auto 66/2012; Rollo 553/2011)

1.2 La decisión sobre la reanudación corresponde al juez del concurso

AP Madrid

"PRIMERO.-El acreedor hipotecario se alza contra el auto que mantuvo la suspensión de la ejecución, estar los bienes hipotecados sujetos a la actividad mercantil del deudor suspenso.
Estima que debe revocarse porque desde la suspensión de la ejecución ha pasado más de un año, y porque la finca hipotecada no puede considerarse bien afecto a la actividad mercantil del concursado, que forme parte de una unidad productiva. Su calificación es la de de existencias.
SEGUNDO.-No hay discusión alguna sobre el inicio de la ejecución, anterior a la declaración de concurso, la suspensión de la ejecución al amparo del Art.56 L.C., y del transcurso de más de un año desde la suspensión de la ejecución. (…)
TERCERO.-Amén de lo expuesto hay otro problema adicional, de carácter esencial, determinante de la decisión y va referida a la competencia para declarar si un bien es afecto o no lo es.
El Art. 57 L.C.: "1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda."
Dicho de otro modo, este Tribunal es radicalmente incompetente para acordar la reanudación de las acciones de ejecución hipotecaria paralizadas de acuerdo con el Art. 56 L.C., y la razón de ser así parece clara. Se infringiría el Art.8 L.C. que establece las competencias del juez del concurso, con la consecuencia de que el juez civil ordinario consagraría un derecho de ejecución separada de manera irreversible, lo que está fuera de sus competencias ordinarias.": AAP Madrid (Sección 14) 23.12.2011 (Auto 7/2012; Rollo 588/2011)

1.2.1 Nulidad de la reanudación acordada por el JPI

AP Tenerife

"PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso de apelación el auto de 23 de febrero de 2010 en el que por el Juzgado de 1ª Instancia se acuerda alzar la suspensión, acordada por auto de 18 de mayo de 2009, respecto de la ejecución hipotecaria referida a las fincas registrales 19.551 y 19.079 del Registro de la Propiedad de Santa Cruz de la Palma, cuyo dominio resulta inscrito a favor de la entidad Acuihope S.L., de quien el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife declaró con fecha 3 de noviembre de 2008, su situación legal de concurso voluntario ordinario, y sin que a fecha 19 de febrero de 2010, trascurrido más de un año de la anterior declaración, se haya alcanzado convenio ni abierto la fase de liquidación, según certificación emitida por el Secretario Judicial del Juzgado de lo Mercantil. El auto recurrido acuerda también mantener la subasta señalada respecto de las citadas fincas y otra más.
SEGUNDO.- Recurren el citado auto las entidades Acuihope S.L. y Fam S.L., quienes alegan, en sendos escritos de igual contenido, la falta de competencia objetiva del órgano de primera instancia para alzar la suspensión y acordar la subasta de los bienes de una entidad en situación de concurso ante el órgano de lo mercantil. El apelado, ejecutante, Caja Rural, quien ya advirtió de la posible falta de competencia del órgano, insta la desestimación de los recursos, alegando la competencia territorial del juzgado de primera instancia, la falta de requerimiento inhibitorio por el juzgado de lo mercantil, y la existencia de dudas de derecho sobre la cuestión suscitada.
TERCERO.- Establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículo 225 : " Nulidad de pleno derecho. Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:1º Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional." Y 227: " Declaración de nulidad y pretensiones de anulación de actuaciones procesales.1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate..... En ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional..."
CUARTO.- Y la Ley Concursal dice con carácter general sobre la competencia en lo casos de concurso: artículo 8: "Juez del concurso. Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:...3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Y Artículo 10 : "Competencia internacional y territorial.1. La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales..." Y concretamente respecto de las ejecuciones

con garantía real, supuesto de autos: Artículo 56:." Paralización de ejecuciones de garantías reales...2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado.". Los términos a los que se refiere el apartado citado son: "que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.", siendo éste segundo caso el ocurrido en autos. Y el artículo 57 establece quien y cómo ha de realizarse la reanudación: "Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales.1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. 2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada."
QUINTO.- Con base a lo anterior procede declarar la nulidad del auto recurrido en tanto alza la suspensión acordada por razón del concurso y todo lo actuado con relación a las fincas del concursado, Acuihope S.L., por carecer de competencia el órgano de primera instancia para conocer de la ejecución hipotecaria frente a bienes de la citada entidad, correspondiendo la competencia al Juzgado de lo Mercantil de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife, donde radica la empresa en concurso, y careciendo de fundamento legal alguno que el acreedor, al que sí se le ha tenido que notificar el concurso, alegue la necesidad, no prevista en la norma, de que el Juzgado de lo Mercantil, ante el que el acreedor debe instar lo que a su derecho convenga, requiera de oficio la inhibición del Juzgado de 1ª Instancia,.": AAP Tenerife (Sección 3) 12.07.2010 (Auto 207/2010; Rollo 368/2010)

2. "… acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda."

JM-6 Madrid

"PRIMERO.- La cuestión a resolver y ponderar en la presente Resolución es el alcance del art. 57.1, in fine de la Ley Concursal (en adelante L.Co.) en relación con la normativa civil del apremio sobre bienes inmuebles (arts. 634 a 642; arts. 655 a 675; arts. 681 a 698; todos ellos de la L.E.Civil); atendiendo para ello a la adecuada ponderación de las normas concursales (ejecución colectiva) y procesales civiles (ejecución singular).
SEGUNDO.- Empezando, como es lógico, por el principio, el art. 57.1 L.Co. señala que en los supuestos de iniciación o continuación de ejecución con garantía real, será competente para su conocimiento el Juez del concurso, acomodando las actuaciones ejecutivas a las normas propias del procedimiento concursal o administrativo.
Sin embargo, tal universal remisión debe limitarse parcialmente; y ello: 1.- porque la remisión al procedimiento de ejecución administrativo no puede entenderse como que el Juez del concurso acomode sus actuaciones a normativa procedimiental administrativa, con exclusión de la normativa procesal concursal y civil; 2.- porque la normativa concursal impide la plena aplicabilidad del supuesto del art. 579 L.E.Civil, para los supuestos de insuficiencia de valor para cubrir el crédito hipotecario; 3.- porque el art. 568.2 L.E.Civil (según redacción de las Leyes 13 y 19 de 2009) remite "?a cuanto establece?" la normativa concursal la determinación del inicio o reanudación de la ejecución con garantía hipotecaria; y 4.- porque la apertura de la fase de liquidación concursal impide la tramitación de la iniciación y reanudación de la ejecución separada con garantía real, de tal modo que subsistente el privilegio, la conversión del bien en dinero se sujetará de modo exclusivo a la normativa liquidatoria concursal.
TERCERO.- Resulta de ello que si el presupuesto procesal representado por la competencia objetiva para el conocimiento de la ejecución hipotecaria iniciada o reanudada [en los supuestos concursales admitidos] es del Juez del concurso, la cuestión a determinar es el cauce procedimental aplicable en sede concursal a tales ejecuciones con garantía real; pregunta que admite, de modo inicial, dos posibles respuestas: una primera, basada en una interpretación literal del art. 57.1 L.Co., supone la admisión en bloque de la normativa procesal civil para el apremio de bienes inmuebles y las normas específicas contenidas en dicha regulación procesal civil; y una segunda, que estima necesario articular ambos cuerpos procesales a los fines de determinar la normativa procesal aplicable.
La primera de las respuestas apuntadas debe, a criterio de éste Juez del concurso, desestimarse, tanto por la aplicabilidad de los arts. 57.3 y 155 L.Co (en sede de fase común), como por las normas concursales liquidativas de los arts. 148 y ss L.Co. (en sede de liquidación concursal).
En efecto, por aplicación de los arts. 43, 57.3 y 155 L.Co., la existencia de proceso de ejecución hipotecaria suspendido, así como la iniciación o reanudación en fase común de ejecución separada por garantía real inmobiliaira, no producen la siempre necesaria sujección del bien a la satisfacción del crédito garantizado, pues: a.-) el Juez del concurso puede autorizar su venta -pese a la afección real- con o sin subsistencia de la carga [art. 155.3 L.Co.], lo que resulta inadmisible en apremio procesal civil, o b.-) puede el Juez del concurso autorizar a la Administración concursal, durante el periodo de

suspensión de la ejecución del art. 56 L.Co. a satisfacer el crédito garantizado con cargo a la masa, sin realización de bienes.
Del mismo modo y tanto en fase común como de liquidación ("?en cualquier estado del concurso?", dice el art. 155.4 L.Co.), la pública subasta puede ser sustituida, en interés del concurso y de la masa, por la venta directa por precio superior al mínimo que se hubiera pactado y con pago al contado, sin más exigencia que la publicidad a favor de terceros señalada en los arts. 667 y 691 L.E.Civil.
CUARTO.- Si lo dicho lleva a excluir la monolítica y exclusiva aplicación de la normativa procesal civil antes señalada, es momento de examinar la exigible articulación de ambas normativas de apremio, pudiendo establecerse las siguientes premisas:
1.- que la remisión del art. 57.1 L.Co. a la normativa procesal civil supone la admisibilidad en sede concursal de la realización del bien por el cauce del convenio de realización (art. 640 L.E.Civil) y de la realización por persona o entidad especializada (art. 641 L.E.Civil), junto a la pública subasta (arts. 655 y ss L.E.Civil; arts. 691 y ss L.E.Civil), por expreso mandato del art. 691.5 L.E.Civil;
2.- que a las tres vías de apremio, debe adicionarse, como una cuarta opción, la venta directa del art. 155.4 L.Co;
3.- que la Administración concursal, cuando se inicie o reanude en plazo [art. 57.3 L.Co.] la ejecución separada hipotecaria, está legitimada para instar cualquiera de los cuatro cauces señalados para la conversión en dinero de los bienes afectos a la garantía real, se modo sucesivo o alternativo; de tal modo que mientras el convenio de realización y la realización por persona o entidad especializada exigen el consentimiento o aceptación expresa del ejecutante por así exigirlo los arts. 640 y 641 L.E.Civil [así como la posterior aprobación judicial], la venta en pública subasta y la venta directa requieren decisión judicial tras la mera audiencia del ejecutante, concursada y demás interesados [art. 155.3 y 4 L.Co.];
4.- que, en la elección de la vía idónea al caso concreto, tanto la Administración como el acreedor como la concursada, así como el Juez del concurso al acordarla, debe ponderarse la naturaleza, características y cualidades del bien o bienes, así como los gastos contra la masa derivados de uno u otro cauce [muy diferentes según el cauce elegido], así como el interés del concurso junto al interés del acreedor con garantía real (único que comtempla la L.E.Civil);
5.- que a los efectos del art. 641 L.E.Civil (venta por persona especializada), debe considerarse que en la Administración concursal concurren los requisitos legales para ostentar tal mandato, para la realización de los bienes -a favor del ejecutante o de tercero- dentro de los límites mínimos de valor señalados en los apartados 2º y 3º del citado precepto [en concordancia con los porcentajes de los apartados 1º, 2º y 3º del art. 670 L.E.civil], tras seguir los trámites procesales señalados; no aplicables a la venta directa del art. 155.4 L.Co. [sea a favor del ejecutante o de tercero] donde deberá producirse a la venta [a favor del ejecutante o de tercero] por precio superior al precio mínimo convenido en escritura de constitución d ela garantía real; ni aplicables a la realización convenional del art. 640 L.E.Civil.
QUINTO.- Resulta de todo ello que sólo una adecuada valoración de los intereses concurrentes en la masa de acreedores [representada por la Administración concursal], en la concursada y en la ejecutante, ponderando las circunstancias concurrentes en el bien afecto a la garantía real y la fase procesal en que se encuentre el concurso, así como las costas y gastos generados por las actuaciones ejecutivas separadas, permitirá a las partes proponer y al Juez del concurso determinar la vía de apremio idónea para satisfacer el derecho de ejecución separada del ejecutante sin merma del interés del concurso, atribuyendo a los bienes objeto de apremio el valor de realización acordado por las partes o fijado legalmente como mínimo en supuestos de adjudicación para pago o en venta directa, en cuanto beneficioso para el concurso y sus acreedores.
En su virtud,
PARTE DISPOSITIVA
DISPONGO: Requerir a la parte ejecutante, a la ejecutada y a la Administración concursal, para que, de modo conjunto o separado, determinen el cauce o cauces (sucesivos o alternativos) procesales del apremio que, atendiendo los parámetros señalados en esta Resolución, estimen oportunos a sus intereses y a los intereses del concurso; razonando la pertinencia de ellos.": AJM-6 Madrid 13.07.2010 (JUR 2010/301788; JUR 2010/363260; Concurso 95/2009; Ejecución hipotecaria 27/2010)

3. En cuanto a recursos, se estará al régimen del art.197 LC

AP Zaragoza

"UNICO.-La presente queja se plantea ante la inadmisión del recurso de apelación frente al auto que acordaba no dar curso a una ejecución hipotecaria instada en el seno de un concurso. Mantiene la recurrente la aplicación de las normas sobre la ejecución en sede concursal, frente al criterio mantenido por el juzgado de inadmisión de la demanda de ejecución hipotecaria con arreglo a la legislación específicamente concursal.
Ciertamente, la aplicación de la normativa sobre ejecución conduce a la recurribilidad en apelación de la resolución que inadmite a trámite la demanda dirigida a la ejecución de bienes hipotecados (art. 552.2 LEC), sin embargo, la aplicación de las normas atinentes a los recursos permitidos contra las resoluciones recaídas en el concurso concluye que, conforme al art. 197 números 1 a 3 de la LC, en tal caso solo cabría contra el auto que deniega la admisión de la demanda de ejecución el recurso de reposición y, contra la resolución del mismo, solo cabría reproducir la cuestión en la apelación más próxima.

La recurrente propugna el primero de los caminos, sin embargo el tenor literal del art. 57.1 de la LC que establece que el ejercicio de acciones ejecutiva sobre bienes hipotecado "se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda", estima la Sala conduce a la aplicación del art. 197 de la misma norma.
Esta Sala estima que, pese a existir múltiples criterios jurisprudenciales, la regulación del art. 57 de la LC es una norma especial de ejecución respecto a las normas generales del Libro III de la LEC y, en especial, del Capítulo V del Título IV (art 681 y ss. de la LEC) y, por ello, ha de regularse en pieza separada, pero acomodando su tramitación, además de a las normas generales y particulares sobre ejecución, específicamente a la norma concursal que establece en aras a la mejor consecuencia de los fines del concurso determinadas especialidades, entre ellas un limitado elenco de medios de impugnación que, además, en determinados casos se dilata su conocimiento en el tiempo por el órgano ad quem, cuales son las normas del art. 197 de la LC. En este sentido se pronuncia tanto la doctrina más autorizada (Sánchez Rus) como expresamente la AP de Madrid Sección Vigesimoctava en auto de fecha 18 de junio de 2010 que declara que "en el supuesto enjuiciado, la resolución que se pretende recurrir en apelación se dictó con fecha 1 de diciembre de 2009, bien entrada en vigor la Ley Concursal (1 de septiembre de 2004), por lo que queda sometida al régimen de recursos previsto en la misma y su artículo 197.2 proclama, con carácter general, que contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso (aquí de la quiebra) sólo cabe interponer recurso de reposición, salvo que la propia Ley Concursal excluya todo recurso u otorgue otro distinto, añadiendo el apartado 3 del precepto comentado que contra los autos resolutorios de recursos de reposición no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que las partes puedan reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieran formulado la oportuna protesta en el plazo de cinco días. Por último, la resolución objeto del recurso tampoco es asimilable a ninguna otra contemplada en la Ley Concursal contra la que ésta atribuya expresamente la posibilidad de interponer directamente recurso de apelación. Audiencia Provincial". Por ello, la queja ha de ser desestimada. ": AAP Zaragoza (Sección 5) 08.04.2011 (Auto 235/2011; Rollo 180/2010)

2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.

Art. 57.2

3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.

Art. 57.3

Vid. art 568 LEC

A tener en cuenta, desde su entrada en vigor en fecha 09.03.2014, lo dispuesto en el apartado 1 del art. 568 LEC tras su modificación (se añade lo subrayado) por *Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014)*
Entrada en vigor**:** el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. *Entrada en vigor, "*Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014).

> *«Artículo 568. Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales.*
> *1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución.*
> *2. El Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.*
> *3. Si existieran varios demandados, y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto al que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás.»*

1. ¿Cabe iniciar ex novo una ejecución individual en pieza separada tras la apertura de la liquidación?

1.1 Sí cabe

AP Albacete

“PRIMERO La entidad bancaria actora presentó demanda ejecutiva para ejercitar la acción hipotecaria, ante el juzgado de lo mercantil que sustancia el concurso de acreedores de la entidad demandada, pidiendo que se acuerde la tramitación del procedimiento en pieza separada, conforme a lo estipulado en la ley concursal. El juez de lo mercantil dictó el auto recurrido inadmitiendo a trámite la demanda de ejecución, aplicando lo dispuesto en elartículo 57. 3 de la ley concursal.
SEGUNDO La ley concursal afecta a la realización de las garantías reales de los créditos del concursado, ya que dispone en elartículo 56 la paralización de las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del concursado, hasta que se apruebe el convenio o transcurra el plazo de un año, con el añadido de la facultad de la administración concursal, regulada en elartículo 155. 2, de optar por el pago de estos créditos con privilegio especial con cargo a la masa, sin realizar los bienes y derechos afectos. Además, elartículo 57 en que se basa el auto recurrido, regula el inicio o reanudación de las ejecuciones de garantías reales sometiéndolo a la jurisdicción del juez del concurso, de forma que éste atrae la competencia para conocer de dichas ejecuciones y en dicho precepto no se prevé la inadmisión a trámite de las demandas de ejecución hipotecaria como ha resuelto el auto recurrido, sino la forma y el tribunal ante el que se sustancian.
TERCERO Específicamente laregla del artículo 57. 3 de la ley concursal, citada en el auto, dispone que "abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada ", por lo que no impide ejecuciones como la intentada, sino que ordenó su tramitación acumulada como pieza separada, tal como ha solicitado en su demanda la parte actora, que presentó demanda en la que suplicaba que se acordara la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria en pieza separada conforme a lo estipulado en la ley concursal; en consecuencia no procede la inadmisión a trámite impugnada.
CUARTO Por las razones expuestas hay que estimar el recurso de apelación, revocando el auto impugnado y ordenando admitir la demanda ejecutiva, como pieza separada del concurso de acreedores”: AAP Albacete 13.07.2009 (JUR 2009/382261; Auto 42/2009; Rollo 18/2009)

1.2 No cabe

Tribunal Supremo

“Los titulares de un crédito garantizado con una hipoteca, en el caso de que su deudor sea declarado en concurso de acreedores, gozan de la condición de acreedores con privilegio especial, conforme al art. 90.1º LC. Esta consideración no impide que, con las limitaciones del art. 56 LC para los casos en que el bien gravado esté afecto a la actividad empresarial o profesional del deudor, pueda instarse la ejecución de la hipoteca. En cualquier caso, el apartado 3 del art. 57 LC prevé que " abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones -de ejecución separada-perderán el derecho a hacerlo en procedimiento separado ".
Esto supone que la realización del bien se hará dentro de la liquidación, ya sea en el marco de un plan de liquidación aprobado con sujeción a las reglas contenidas en el art. 148 LC, ya sea siguiendo las reglas legales del art. 149 LC.”: STS 23.07.2013 (Sentencia 491/2013; Recurso 1468/2011)

AP Burgos

“Elartículo 57.3 ha de interpretarse por tanto de acuerdo con los dos números anteriores, permitiendo que las ejecuciones se inicien o se reanuden una vez transcurrido el año desde la declaración del concurso, en el bien entendido supuesto de que una vez abierta la fase de liquidación ya no se podrán iniciar más ejecuciones, salvo las que se hubieran iniciado antes del concurso y estuvieran todavía suspendidas”: AAP Burgos (Sección 3) 10.01.2010 (JUR 2010/91984: Auto 35/2010; Rollo 439/2009)

AP Badajoz (caso de condición resolutoria inscrita)

“PRIMERO.- La apelante -Dª Susana y tres más- interesan la revocación de la sentencia de instancia, argumentando en base a dos motivos, referido el primero a la resolución de la compraventa, de 12 de abril de 2010, -compraventa de una finca rustica, en la que se pactó un precio de 622.785,32 # a abonar mediante cuatro pagarés de vencimientos 20/9/2010, 20/9/2011, 20/9/2012 y 20/9/2013; y en la que se incluyó una condición resolutoria para el caso de impago de alguno de tales pagarés-, entendiendo el apelante que no resulta de aplicación el Art. 56.1b) al haber transcurrido el plazo de un año, en que, por no haberse alcanzado un convenio se hubiese abierto ya la fase de liquidación, los titulares de una cláusula resolutoria por impago pueden iniciar sus acciones. (...)
TERCERO.-Ahora bien, ello no significa que sin más haya que otorgar la razón a la recurrente, desde el momento que ésta no niega la aplicación al caso enjuiciado del Art. 56.1.b) de la Ley Concursal (ley 22/2003, de 9 de julio, modificada por Articulo Único. Apartado 12 de la Ley 17/2014, de 30 de noviembre, que, sin embargo, no afecta al apartado 1.b citado).
Este Art. 56.1b dice que "Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo [hasta que transcurra un año desde la declaración de concurso, sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación] b) Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explicitas inscritas en el Registro de la Propiedad".
Por tanto, interpretado ese precepto "a contrario sensu" si se produce la apertura de la fase de liquidación

antes del transcurso de un año desde la declaración del concurso, no podrán ejercitarse esas acciones resolutorias, "debiendo estarse, en cambio, a las disposiciones contenidas en el plan de liquidación a efectos de la validación del bien con garantía real (o asimilados)", como acertadamente expone la Administración Concursal.
CUARTO.-Siendo ello así, pues que, en nuestro caso, el Auto de declaración de concurso de Hormigones Extremeños. S.L. (HORMIEXSA) es de 6 de julio de 2012 y el Auto declarando la apertura de la fase de Liquidación es de 17 de junio de 2013, fácilmente se constata que no ha transcurrido el plazo de un año de que habla el Art. 56.1.
En definitiva, si, como aquí acontece, cuando los actores/apelantes promueven el 17/2/2014 la acción resolutoria de venta de inmueble por falta de pago de parte del precio por la compradora (concursada), ésta (HORMIEXSA) se encuentra en fase de liquidación (desde el 17/6/2013), es obvio que no se cumple el requisito temporal del Art. 56.1 en relación con el 56.1b de la Ley Concusal.
QUINTO.-Por último, hemos de hacernos eco de la cita de la estipulación tercera de la escritura pública de compraventa litigiosa, de fecha 12/4/2010, que oportunamente cita la Administración Concursal, pues, en efecto. En aquella cláusula puede leerse << TERCERA.- DE LA CONDICION RESOLUTORIA..... Ambas partes establecen y la vendedora consiente expresamente, que la condición resolutoria pactada quedará extinguida por el transcurso de CUARENTA Y CINCO días a contar desde el vencimiento del último plazo, si antes no se hubiese ejercitado el derecho de resolución y no consta en el Registro de la Propiedad asiento de prórroga convencional de plazo, o de ejercicio por el vendedor de las acciones que le correspondan por razón de esta venta.....>>.
Luego si el último plazo del precio vencía el 20/9/2013 y la demanda no se presenta hasta el 17/2/2014, quiere decirse que habría transcurrido con creces el plazo convenido de cuatro meses y la condición resolutoria pactada estaba ya extinguida a fecha del 17/2/2014. También podríamos citar las SSTS 24/7/2013 y 25/7/2013, según las cuales cuando el incumplimiento del contrato fuese anterior a la declaración de concurso, no cabe instar la resolución del contrato de tracto único. Si el incumplimiento de la concursada fue anterior al concurso -dejo de atender al pagare de 20/9/2011, siendo causa de resolución pactado el impago de cualquiera de los plazos- al no constar que el vendedor ejercitara antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después, en aplicación del Art. 62.1 y 62 ley Concursal.": SAP Badajoz (Sección 2) 08.06.2015 (Sentencia 139/2015; Rollo 188/2015)

AP Barcelona (Sección 15)

"PRIMERO CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS interpuso una demanda de ejecución hipotecaria con respecto a varias fincas propiedad de la sociedad concursada FRANCISCO GUTIÉRREZ GÓMEZ S.L. para su tramitación en pieza separada en el procedimiento concursal, de conformidad con lo dispuesto por elart. 57 de la Ley Concursal, a cuyo efecto indicaba que había transcurrido más de un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
A tal petición respondió el juez del concurso mediante el auto ahora apelado, en el que inadmitía a trámite la demanda porque días antes de ser presentada la demanda de ejecución (lo fue el 29 de enero de 2010) había dictado auto abriendo la fase de liquidación (auto de 26 de enero de 2010), por lo que, de conformidad con elart. 57.3 LC, una vez abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado las acciones de ejecución de garantías reales, perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado.
SEGUNDO Establece literalmente elart. 57.3 que "3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada".
El recurso de apelación plantea una única cuestión, jurídica, contraida a la interpretación de la frase "abierta la fase de liquidación". Se argumenta en la motivación del recurso que este momento procesal debe identificarse con la notificación del auto que abre la fase de liquidación, y no con la fecha de esa resolución judicial.
La apelante parte de que la ejecución de la hipoteca estaba afectada por las limitaciones que establece elart. 56 LC, de modo que el transcurso de un año desde la declaración del concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación le facultaba para instar la ejecución, conforme al procedimiento de ejecución hipotecaria de la LEC, en pieza separada del procedimiento concursal. La apertura de la fase de liquidación fue acordada por auto de 26 de enero de 2010, pero esa resolución le fue notificada el 5 de febrero siguiente, y para entonces ya había presentado ante el Juzgado mercantil la demanda de ejecución hipotecaria. En su tesis, la fecha preclusiva delart. 57.3 LC ha de operar desde la notificación del auto de apertura de la liquidación, y esa notificación, conforme exige elart. 151.1 LEC, ha de tener lugar en el plazo de tres días desde la fecha de la resolución judicial, de modo que debe considerarse como fecha fehaciente tres días antes de la notificación, es decir, el día 2 de febrero, fecha que es posterior a la presentación de la demanda de ejecución.
TERCERO Debe advertirse, en primer lugar, que la "fecha fehaciente" de una resolución judicial es la que incorpora la propia resolución, que está refrendada por la fe del Secretario/a judicial.
La LC ha querido establecer un momento límite preclusivo, final, para el inicio de ejecuciones de garantías reales en procedimiento separado del concurso, y para ello ha tomado como referencia la apertura de la fase de liquidación, que se identifica con la fecha del auto que abre dicha fase. El sentido propio de las palabras que emplea la norma ("abierta la fase de liquidación") en relación con el contexto

del sistema legal(art. 3 CC) excluye la interpretación correctora que propone la apelante, que implicaría introducir una modificación que, pudiendo haber sido recogida por el legislador, no lo ha sido. No se trata de una resolución que abre un plazo para el ejercicio de un acto o facultad procesal, supuesto en que la fecha de notificación o publicación sería la más idónea para garantizar el derecho de las partes interesadas, sino de un momento preclusivo, que marca un límite temporal al ejercicio de las acciones a que se refiere. En otras ocasiones la propia LC establece un momento procesal relevante en función de la fecha de una determinada resolución judicial, como la del auto de declaración del concurso, y no desde su publicación o notificación; y en otros, por el contrario, sí que atiende a la publicación o notificación, como en los casos de losarts. 21.5º, 96.1 o del 168.1, entre otros. En este caso el momento preclusivo es claro a tenor de la norma, y corregir su texto del modo pretendido supondría una rectificación que excede de la labor interpretativa.
Procede por ello la confirmación del auto apelado, sin perjuicio del derecho del acreedor con garantía real, dentro de la liquidación concursal, en los términos que establece elart. 155 LC.": AAP Barcelona (Sección 15) 20.10.2010 (JUR 2011/82570; Auto 172/2010; Rollo 345/2010)

"En el auto impugnado se razona que no pueden aceptarse las observaciones de CAJA MADRID al plan de liquidación, porque no consta que antes de la apertura de la liquidación, el 11 de noviembre de 2010, la acreedora haya presentado en forma, ante el juzgado competente -y éste haya admitido a trámite- ejecución hipotecaria alguna, por lo que la Sra. magistrada considera que debe aplicarse el artículo 57.3 de la Ley concursal (LC). El razonamiento añade que ni el hecho de encontrarse en fase de re-interposición ni su interposición constante la fase de liquidación puede justificar la postura del acreedor.
Cualquiera que sea la valoración de las decisiones del juzgado de 14 y 25 de enero, invocadas por la parte apelante, debe tenerse en cuenta al respecto, no sólo la disparidad de criterios interpretativos sobre muchos preceptos de la aún joven LC - que, con lucidez, aprecia el propio recurso-, sino también la multiplicidad de cuestiones controvertidas de toda índole que se tramitan paralelamente en un mismo proceso concursal, tramitado a su vez por un órgano jurisdiccional que conoce de muchos otros procedimientos de esta naturaleza y de otras. Finalmente, no puede obviarse que la parte hoy apelante consintió los autos de 14 y 25 de enero de 2011.
Centrados en el auto objeto del recurso, que aprueba el plan de liquidación, consideramos que se ajusta a derecho y, en concreto, al artículo 57.3 LC, inciso primero, conforme al cual, " abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones [de ejecución de garantías reales] perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado."
El auto que abre la fase de liquidación del concurso data de 11 de noviembre de 2010. La presentación de las demandas de ejecución hipotecaria por CAJA MADRID ante los juzgados de primera instancia correspondientes tuvo lugar, según alega la parte apelante, el 11 y el 14 de marzo de 2011. Con arreglo a la LC, no cabe la ejecución separada. En realidad, en el motivo de recurso, CAJA MADRID no cuestiona que la resolución impugnada se ajuste a la norma legal aplicable -el artículo 57.3, expresamente invocado por la juez mercantil-, sino que denuncia la frustración de la confianza generada a la acreedora por las resoluciones anteriores. La admisión de ese reproche ni permite que nos apartemos de lo dispuesto en el precepto legal citado, ni conduce a apreciar vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El juzgado no priva a CAJA MADRID de esa tutela de sus derechos como acreedora, sino que se limita a establecer que la ejecución de su crédito no se llevará a cabo de forma separada.": AAP Barcelona (Sección 15) 09.01.2012 (Auto 9/2012; Rollo 604/2011)

" Al margen de no existir ejecutante propiamente dicho, dado que los bienes objeto de liquidación están hipotecados, debe tenerse presente que el artículo 57 de la Ley Concursal, por cuya aplicación debe velar el juzgado, contempla la pérdida del derecho de ejecución separada, una vez abierta la liquidación, de aquellos acreedores que no hubieran ejercitado la acción antes de la declaración de concurso. El acreedor hipotecario, en definitiva, conserva su derecho de atender su crédito con los bienes afectos, pero pierde el derecho de hacerlo de forma separada.": AAP Barcelona (Sección 15) 21.11.2012 (Auto 137/2012; Rollo 323/2012)

AP Las Palmas

"SÉPTIMO.-Imposibilidad de iniciar ejecuciones separadas después de abierta la liquidación. La demandante no puede ser autorizada a aplicar el importe de créditos objeto de prenda cuya ejecución singular no se inició con anterioridad a la apertura de la liquidación. Debió entregar los 48.000 euros a la Administración Concursal quien, en su caso, estará sujeta al art. 155,1 LC en la liquidación como ejecución colectiva que es y para el pago de créditos con privilegio especial.
Pues bien, sin necesidad de hacer mayores reflexiones, la respuesta a la cuestión segunda es clara y manifiesta: desde que la entidad de crédito no había, en fecha anterior a la apertura de la liquidación, iniciado la ejecución judicial separada de la prenda constituida en 2006 sobre los 19 títulos del Cabildo y los 48 títulos de la CA ni había enajenado dichos títulos para el cobro de su deuda conforme a lo pactado, indudablemente no podía iniciar ejecución separada del eventual privilegio que pudiera mantener sobre el dinero obtenido por vencimiento posterior a la apertura de liquidación de los títulos de deuda pública y en consecuencia incluso de subsistir dicho privilegio especial sobre el dinero ni podría ya ejecutar separadamente la prenda, ni enajenar el objeto de la prenda, ni aplicar el dinero al pago de su crédito -incluso aunque dicho dinero estuviese pignorado desde el vencimiento del título o desde el cobro de los rendimientos del título-. Y ello porque el art. 57,3 de la LC es claro y terminante: " 3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado

estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada."
Ello supone que respecto al producto de los títulos vencidos con posterioridad a la apertura de la liquidación (los 48.000 euros reflejados en el documento número 2 de la demanda obrante al folio 20 de las actuaciones) no resultaba en ningún caso posible autorizar que la entidad de crédito aplicara el dinero al pago de su crédito (lo que supondría una ejecución separada prohibida por la ley) desde que debía entregarlo a la administración concursal sin perjuicio de que ésta se encontrara, de subsistir el privilegio -lo que habría de evaluar bajo su responsabilidad-, obligada a respetar lo dispuesto en el art. 155,1 de la LC y a pagar al titular del crédito con privilegio especial con el producto obtenido.": SAP Las Palmas (Sección 4) 30.06.2014 (Sentencia 349/2014; Rollo 230/2013)

1.2.1 Aunque se trate de bienes no afectos

AP Barcelona

" Como indica el AAP de Gerona de 12 de mayo del 2009, "frente a las reglas generales establecidas en el artículo 8 de la Ley Concursal sobre atribución de competencias al Juez del Concurso, el artículo 55 establece dos excepciones, pero las mismas se refieren a cuando existe un procedimiento de apremio administrativo ya iniciado o una ejecución' laboral también iniciada y con una serie de requisitos, pero lo que está claro es que ni la autoridad administrativa ni el Juez laboral pueden iniciar un procedimiento de ejecución con posterioridad a la declaración del concurso (...), no hay ninguna excepción expresa del legislador en cuanto a ejecuciones instadas con posterioridad a la declaración del concurso". Por ello no se ve razón alguna para que estas ejecuciones hipotcarias queden al margen de la competencia del Juez del concurso, con lo cual, la aplicación del artículo 8resulta ineludible, es más, existen motivos relevantes para afirmar lo contrario, pues de esta manera se asegura que sea el juez del concurso el que valore la procedencia o no del despacho y atienda a todas las consideraciones antes expuesta. Por otra parte, las excepciones legales referentes a los procedimientos de apremio administrativo y ejecuciones laborales ya iniciadas no supone necesariamente que ello deba generalizarse de tal manera que también las ejecuciones de bienes con garantía real que se han iniciado con anterioridad deban seguir su trámite ante el Juez de primera instancia, salvo se dé el supuesto del artículo 56. Esto es, en el supuesto en que se esté tramitando una ejecución hipotecaria ante un juzgado de primera instancia, y la ejecución de la garantía no quede afectada por elart.56 (al no tratarse de bienes afectos), debe entenderse que, a pesar de que el art. 57 no da solución al problema -pues, claramente, es hipótesis que no regula-, con base en todo lo expuesto, la lógica del sistema lleva a estimar que la competencia general del juez del concurso se extienda también a este supuesto. Esta solución, finalmente, es la más coherente en fase de liquidación y resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 57.3 LC, cuyo contenido ha de regir también para los bienes no afectos.
En efecto, en esta fase, por definición, ya no hay bienes afectos y no afectos pues no existe actividad alguna que continuar. Por ello, los que no hubieran ejecutado su garantía antes, como le sucede al aquí apelante, pierden el derecho a hacerlo por separado y deben hacerlo por el cauce de la liquidación concursal, conjuntamente con los demás acreedores aunque se cobre con el producto de la venta de los bienes objeto de la garantía"." AAP Barcelona 10.03.2011 (Auto 47/201, citado por AAP Castellón (Sección 3) 07.03.2012 (Auto 39/2012; Rollo 674/2011)

AP Castellón

"Alega el apelante una abundante e innecesaria jurisprudencia y argumentación en torno a la afectación o no a la actividad empresarial de los bienes en cuestión. No vamos a entrar a valorar tales apreciaciones en tanto en cuanto sería el juez de lo mercantil quien tendría tal potestad en el momento procesal y por el cauce legal oportuno, no siendo tampoco la ratio essendi de este recurso. La questio iuris que nos ocupa no es la de dicho estudio para determinar la competencia para la ejecución hipotecaria que se pretende iniciar, sino el momento procesal-concursal en el que se encuentran ambos concursados para poder ser demandados ante el Juzgado de primera instancia. Como ya motivaron en la declinatoria planteada los demandados, y vienen a reiterar en su oposición al recurso instado por la parte actora, el artículo 57 de la Ley Concursal, 22/2003 de 9 de julio, en su apartado tercero preceptúa " *abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejecutado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada*.".
En las actuaciones se aportó por el administrador concursal don Héctor (f.78 y ss.) un escrito acompañado de la documentación que acreditaba que los demandados don Urbano y doña Enriqueta en el procedimiento de ejecución hipotecaria nº 1709/2010 iniciado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Castellón, se encuentran declarados en concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón mediante auto de fecha 9 de enero de 2009, así como la mercantil Hidráulica, Agua y Gas del Mediterráneo,
S.L.U. Asimismo se informaba que la entidad financiera Caja Rural del Mediterráneo Ruralcaja S. Coop. de Crédito insinuó su crédito ante la administración concursal respecto al préstamo hipotecario formalizado el 15 de octubre de 2004 ante el Notario D. José Vicente Malo Concepción, protocolo 3096 por importe de 184.195, 89 euros, cantidad que fue reconocida en los textos definitivos aportados al Juzgado de lo Mercantil en el procedimiento concursal nº 505/2008. Finalmente apunta que el plan de liquidación de ambas personas físicas

se aprobó en fecha 2 de julio de 2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón, donde consta la forma de pago de los acreedores.
Así las cosas, comprobamos que la Caja Rural presentó en fecha 16 de julio de 2010 demanda de ejecución hipotecaria del préstamo hipotecario formalizado el 15 de octubre de 2004 ante el Notario D. José Vicente Malo Concepción, protocolo 3096 por los aquí demandados. Pese a que el apelante en su escrito argumente una serie de defectos de contenido de la normativa concursal y lo hilvane con una extensa argumentación sobre la afectación o no de los bienes a la actividad personal-profesional, el artículo 57.3 LC es taxativo, claro y sin dar lugar a interpretaciones de ningún tipo. El mencionado artículo proscribe la interposición de cualquier acción de inicio de ejecución de garantía real "ABIERTA LA FASE DE LIQUIDACIÓN" (como es el caso, en fecha 2 de julio de 2010, mediante la resolución judicial pertinente) a los acreedores que antes de la declaración del concurso no hubieran ejercitado estas acciones. La aquí apelante planteó la demanda en fecha 16 de julio de 2010, catorce días después de haberse aprobado la liquidación de los demandados en sede concursal, por lo que no ha lugar a dudas respecto a que dicha acción está fuera de lugar y fuera del plazo conferido por la normativa concursal. En este sentido resuelve también en auto nº 47/2011 de 10 de marzo de 2011 la AP Barcelona, sección 17 ª " *Como indica el AAP de Gerona de 12 de mayo del 2009, "frente a las reglas generales establecidas en el artículo 8 de la Ley Concursal sobre atribución de competencias al Juez del Concurso, el artículo 55 establece dos excepciones, pero las mismas se refieren a cuando existe un procedimiento de apremio administrativo ya iniciado o una ejecución' laboral también iniciada y con una serie de requisitos, pero lo que está claro es que ni la autoridad administrativa ni el Juez laboral pueden iniciar un procedimiento de ejecución con posterioridad a la declaración del concurso (...), no hay ninguna excepción expresa del legislador en cuanto a ejecuciones instadas con posterioridad a la declaración del concurso". Por ello no se ve razón alguna para que estas ejecuciones hipotecarias queden al margen de la competencia del Juez del concurso, con lo cual, la aplicación del artículo 8resulta ineludible, es más, existen motivos relevantes para afirmar lo contrario, pues de esta manera se asegura que sea el juez del concurso el que valore la procedencia o no del despacho y atienda a todas las consideraciones antes expuesta. Por otra parte, las excepciones legales referentes a los procedimientos de apremio administrativo y ejecuciones laborales ya iniciadas no supone necesariamente que ello deba generalizarse de tal manera que también las ejecuciones de bienes con garantía real que se han iniciado con anterioridad deban seguir su trámite ante el Juez de primera instancia, salvo se dé el supuesto del artículo 56. Esto es, en el supuesto en que se esté tramitando una ejecución hipotecaria ante un juzgado de primera instancia, y la ejecución de la garantía no quede afectada por elart.56 (al no tratarse de bienes afectos), debe entenderse que, a pesar de que el art. 57 no da solución al problema -pues, claramente, es hipótesis que no regula-, con base en todo lo expuesto, la lógica del sistema lleva a estimar que la competencia general del juez del concurso se extienda también a este supuesto. Esta solución, finalmente, es la más coherente en fase de liquidación y resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 57.3 LC, cuyo contenido ha de regir también para los bienes no afectos. En efecto, en esta fase, por definición, ya no hay bienes afectos y no afectos pues no existe actividad alguna que continuar. Por ello, los que no hubieran ejecutado su garantía antes, como le sucede al aquí apelante, pierden el derecho a hacerlo por separado y deben hacerlo por el cauce de la liquidación* ***concursal****, conjuntamente con los demás acreedores aunque se cobre con el producto de la venta de los bienes objeto de la garantía".*
Por todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado. ": AAP Castellón (Sección 3) 07.03.2012 (Auto 39/2012; Rollo 674/2011)

AP Girona

"frente a las reglas generales establecidas en el artículo 8 de la Ley Concursal sobre atribución de competencias al Juez del Concurso, el artículo 55 establece dos excepciones, pero las mismas se refieren a cuando existe un procedimiento de apremio administrativo ya iniciado o una ejecución' laboral también iniciada y con una serie de requisitos, pero lo que está claro es que ni la autoridad administrativa ni el Juez laboral pueden iniciar un procedimiento de ejecución con posterioridad a la declaración del concurso (...), no hay ninguna excepción expresa del legislador en cuanto a ejecuciones instadas con posterioridad a la declaración del concurso". Por ello no se ve razón alguna para que estas ejecuciones hipotcarias queden al margen de la competencia del Juez del concurso, con lo cual, la aplicación del artículo 8resulta ineludible, es más, existen motivos relevantes para afirmar lo contrario, pues de esta manera se asegura que sea el juez del concurso el que valore la procedencia o no del despacho y atienda a todas las consideraciones antes expuesta. Por otra parte, las excepciones legales referentes a los procedimientos de apremio administrativo y ejecuciones laborales ya iniciadas no supone necesariamente que ello deba generalizarse de tal manera que también las ejecuciones de bienes con garantía real que se han iniciado con anterioridad deban seguir su trámite ante el Juez de primera instancia, salvo se dé el supuesto del artículo 56. Esto es, en el supuesto en que se esté tramitando una ejecución hipotecaria ante un juzgado de primera instancia, y la ejecución de la garantía no quede afectada por elart.56 (al no tratarse de bienes afectos), debe entenderse que, a pesar de que el art. 57 no da solución al problema -pues, claramente, es hipótesis que no regula-, con base en todo lo expuesto, la lógica del sistema lleva a estimar que la competencia general del juez del concurso se extienda también a este supuesto. Esta solución, finalmente, es la más coherente en fase de liquidación y resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 57.3 LC, cuyo contenido ha de regir también para los bienes no afectos.
En efecto, en esta fase, por definición, ya no hay bienes afectos y no afectos pues no existe actividad alguna que continuar. Por ello, los que no hubieran ejecutado su garantía antes, como le sucede al aquí apelante, pierden el derecho a hacerlo por separado y deben hacerlo por el cauce de la liquidación concursal, conjuntamente con los demás acreedores aunque se cobre con el producto de la venta de los

bienes objeto de la garantía". AAP Girona 12.05.2009 [citado por AAP Barcelona 10.03.2011 (Auto 47/201), citado a su vez por AAP Castellón (Sección 3) 07.03.2012 (Auto 39/2012; Rollo 674/2011)]

"PRIMERO.-Se interpone recurso de apelación por la entidad GRUP INVERSOR GIRONI contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Girona de fecha 17 de marzo del 2011, en el que se desestimó la impugnación del plan de liquidación formulada por dicha recurrente, pretendiendo la venta directa y de forma separada del plan de liquidación de la finca registral número NUM000 del Registro de la Propiedad de Sant Feliu de Guixols y sobre la que existe una garantía hipotecaría a favor de la recurrente.
El auto recurrido desestima la impugnación al considerar que la ejecución individual ya no puede instarse una vez iniciada la fase de liquidación, conforme dispone el artículo 56 de la LC, insistiendo en su derecho de tal ejecución individual, al no estar afecta la finca a la actividad empresarial de la concursada, aplicándose las reglas del artículo 56 y del artículo 57 a los bienes que tienen tal naturaleza.
SEGUNDO.-La Ley Concursal, en los artículos 50 a 57, regula los efectos de la declaración del concurso sobre las acciones individuales que han interpuestos o puedan interponer los acreedores.
En primero lugar, respecto de los juicios declarativos, vistos los artículos 51 y 52, sí el juicio en el que el deudor es parte se encuentra en tramitación al momento de la declaración del concurso, se continuará hasta la firmeza de la sentencia, pero no podrá iniciarse ninguna ejecución, según dispone el artículo 55 de la misma Ley, ni tampoco podrá acordarse la acumulación al procedimiento concursal, salvo que el Juez del concurso así lo acuerde expresamente. Pero, si el juicio declarativo se inicia con posterioridad a la declaración del concurso, el Juez de 1ª Instancia se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso, pero no quiere decir que deban presentar demanda ante el mismo de una forma independiente al procedimiento concursal, sino que deberán comparecer en el mismo a fin de que se le reconozca su crédito (artículo 49 y artículos 85 y siguientes de la LC). Y si se hubiera admitido la demanda se procederá a su archivo inmediato, careciendo de validez todas las actuaciones que se hubieran practicado.
En segundo lugar, a la vista de lo que dispone el artículo 55, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, con la excepción de los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarias para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Y las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, siendo nulas de pleno derecho todas las actuaciones en contravención de lo anterior. Por lo tanto, el legislador se decanta claramente por la imposibilidad de ejecuciones singulares contra el deudor, salvo las excepciones expresamente previstas. Y ello en concordancia con el artículo 8 que establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso para toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
En tercer lugar, el legislador estableció una segunda excepción a la posibilidad de iniciar procedimientos de ejecución o continuar los mismos. Ello ocurre respecto de ejecuciones con garantías reales, admitiéndose unánimemente tal posibilidad, visto el apartado 4 del artículo 55, el artículo 56, a sensu contrario, y el artículo 57 que establece la pérdida del privilegio de la ejecución separada si no la hubieran ejercitado antes del inicio de la fase de liquidación. Por lo tanto, todas las ejecuciones hipotecarias iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso continuarán en principio por todos sus trámites y podrán iniciarse nuevas ejecuciones respecto de créditos con garantías reales, aunque haya sido declarada la situación del concurso.
Si embargo, a su vez el legislador estable una nueva excepción en el artículo 56 de la LC : "1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación... 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155.".
Y además el artículo 57 dice que "el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda".
TERCERO.-Vista dicha regulación legal, ciertamente, el artículo 56 de la LC se refiere a la paralización de las ejecuciones de bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial, por lo que a sensu contrario debería entenderse que los bienes que no tienen tales características no les afecta tal regulación. Sin embargo, que el acreedor hipotecario o cualquier otro con alguna garantía real pueda

iniciar la ejecución separada del concurso, no quiere decir necesariamente que ese bien no deba incluirse en el plan de liquidación.
Iniciada la liquidación, la Administración concursal procederá a presentar el plan de liquidación, en el cual se incluirán todos los bienes y derechos integrados en la masa activa y entre ellos no cabe duda que deben comprenderse los bienes con garantía real, cuya ejecución no se haya iniciado o realizado de forma separada, y así se desprende del artículo 149, regla 3ª cuando dice que para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155, y ello tiene una lógica aplastante, pues el bien, por mucho que tenga un gravamen real, es un bien del concursado, del cual, podrá obtenerse el correspondiente numerario, después del pago al acreedor con el privilegio especial. Y ello se confirma cuando en el artículo 155.1 dice que el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.
La remisión que hace el artículo 149, regla 3ª al artículo 155.4 lo que significa es que la ejecución del bien afecto por un crédito con privilegio especial se realizará conforme a lo que dispone este último artículo, pero se efectuará dentro del plan de liquidación. Lo cual, a sensu, contrario no significa otra cosa que si el acreedor con privilegio especial y con garantía real no ha ejercitado su derecho de ejecución singular antes de iniciarse la fase de ejecución, deberá estar a lo que dispone el artículo 155.4 de la LC y por lo tanto la competencia para su ejecución es del Juez del Concurso y bajo dicha norma. Por lo que una interpretación lógica y sistemática de los artículos 56 y 57 con relación a los artículos 149 y 155 de la LC nos debe llevar a la conclusión que tanto los bienes gravados con garantías reales, estén o no afectos a su actividad profesional o empresarial, si no se ha reiniciado o reanudado la ejecución individualizada antes de la apertura de la liquidación, deberán incluir en el plan de liquidación y de acuerdo con dicho plan, el cual lógicamente deberá ajustarse a lo que previene la Ley. Y sin que por ello el acreedor que tiene a su favor la garantía real pierda su derecho a percibir su crédito con la venta del bien.”: AAP Girona (Sección 1) 01.02.2012 (Auto 18/2012; Rollo 640/2011)

AP Pontevedra

“SEGUNDO El problema que plantea el recurso es el régimen jurídico que cabe extraer de losartículos 56 y 57 de la Ley Concursal para la regulación de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado, concretándolo sobre la cuestión aquí debatida, referente a la posibilidad de la ejecución separada de dichos bienes una vez abierta la fase de liquidación. La cuestión exegética no sólo abarca los mencionados artículos, sino que comprende un análisis sistemático de la cuestión desde la perspectiva de la ley concursal.
Losartículos 56 y 57 de la Ley Concursal regulan los efectos del concurso sobre las ejecuciones hipotecarias, distinguiendo las ejecuciones hipotecarias iniciadas antes del concurso o posteriores, así como las referentes a bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor frente a las que se refieren a bienes no afectos. En un primer acercamiento podemos, en consecuencia, observar los siguientes casos:
1. Ejecuciones no iniciadas cuando se declare el concurso, sobre bienes afectos
Según elartículo 56.1 de la Ley Concursal "no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación".
2. Ejecuciones no iniciadas cuando se declare el concurso, sobre bienes no afectos
En cuanto a este supuesto laley no dice nada, pero se entiende que el artículo 56.1, interpretado a sensu contrario, permite su ejecución sin sujetarlas a las restricciones previstas para los bienes no afectos.
3. Ejecuciones ya iniciadas cuando se declare el concurso, sobre bienes afectos
Según elartículo 56.2 de la Ley Concursal, tales ejecuciones "se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".
4.- Ejecuciones ya iniciadas cuando se declara el concurso, sobre bienes no afectos
En cuanto a este supuesto laley tampoco dice nada, pero se entiende que el artículo 56.2, interpretado a sensu contrario, permite su ejecución, sin suspenderla, continuando su tramitación normal.
TERCERO La cuestión central que se plantea es la relativa al juez competente en la tramitación de las ejecuciones hipotecarias. En concreto, y en primer lugar, qué juzgado es el competente para resolver si los bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor. En segundo lugar, en los supuestos en los que se acuerde que la ejecución hipotecaria puede iniciarse o continuarse no obstante el concurso al no referirse a bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, la pregunta es cuál ha de ser el juez ante quien se tramite tal solicitud de ejecución, el juez del concurso o el juez de primera instancia al que por turno corresponda o que ya conozca de dicha ejecución.
En cuanto a la primera cuestión, es decir, qué juzgado es el competente para resolver si los bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, es claro que dicha competencia corresponde en exclusiva al juez del concurso, tal como se desprende ya del propioartículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues es competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursal, cualquiera que sea el órgano que la hubiere acordado. Asimismo se destaca por la Jurisprudencia(Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de Octubre del 2007, voto particular del Sr. Magistrado Ignacio Sancho Gargallo al Auto

de la Audiencia de Barcelona, de 28 de junio de 2007 de Barcelona) que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en el caso de un conflicto planteado entre un Juzgado de lo Mercantil y la Administración Tributaria, resolvió en laSentencia de 22 de diciembre de 2006 a favor de la competencia del Juzgado de lo Mercantil, al entender que "producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del «patrimonio» del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor". Esta doctrina puede aplicarse analógicamente al caso en que deba decidirse si un determinado bien gravado con una garantía real puede considerarse afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor, a los efectos previstos en elartículo 56 de la Ley Concursal.
CUARTO En cuanto a la cuestión de la competencia para conocer de las ejecuciones de créditos con garantía real sobre bienes no afectos, el problema que plantea la regulación se refiere a la competencia objetiva para el conocimiento de dichas acciones.
Las soluciones que se encuentran en las distintas resoluciones que al respecto se han dictado por los Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales, son de distinto signo.
Una primera postura viene muy bien defendida por el Sr. Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, en el voto particular contenido en elAuto de la Audiencia de Barcelona de 28 de junio de 2007, que se puede resumir en los siguientes puntos:
1. Ciertamente la Ley Concursal parte de la competencia general del Juez del Concurso(artículo 8 de la Ley Concursal), pero ésta se ve excepcionada en losartículos 55 a 57.
2. Tras proclamarse en elartículo 55 LC con carácter general que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor", las excepciones contenidas en elart. 55.1. párrafo 2º LC -a saber, relativas a los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado con anterioridad al concurso, que no recaigan sobre bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor- supondrían que la competencia para seguir conociendo de dichas ejecuciones será del tribunal de los social o de la autoridad administrativa que hasta ese momento conociera de la ejecución, sin que se vean afectado por la atribución de competencia a favor del juez del concurso prevista en elart. 8.3º LC.
3. Otra excepción se contendría en losarts. 56 y 57 LC. Elartículo 56 regula la suspensión y paralización de la ejecución de bienes afectos, pero como estas son temporales, "elart. 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales") debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere elart. 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al Juez del concurso"
4. Si bien para los casos relativos a los bienes afectos es juez competente es el juez del concurso, estamos ante una ejecución separada del concurso y sujeta a "las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al Juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así el apartado segundo del art. 57 LC expresamente dispone que 'iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso". Sólo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial delart. 90 LC sujeta a las reglas previstas en elart. 155 LC ' ".
5. Del análisis de la regulación de los mencionados artículos se deduciría que "elart. 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que sólo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes, en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa(arts. 56 y 155.2 LC)".
6. La previsión delart. 57.1 LC que atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, sólo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa delart. 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas".
QUINTO La postura contraria la encontramos expuesta, a su vez, entre otras resoluciones, en elAuto de la Audiencia de Barcelona de 28 de junio de 2007. Ciertamente, la cuestión es de exégesis compleja por cuanto la redacción de la ley permite razonar de forma jurídicamente plausible ambas posturas. Esta

Sala considera que el Juez del concurso ha de ser el competente para conocer de las ejecuciones de créditos con garantía real sobre bienes no afectos, pues a ello le asisten diversas consideraciones:
1. Si bien elartículo 57 LC, referente al "inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales", no establece ninguna diferenciación según los bienes sobre los que recaen y su afección o no a la actividad del deudor, el aparatado 1 empieza refiriéndose al ejercicio de acciones que se inicie o se reanude "conforme a lo previsto en el artículo anterior". Sin embargo, como apunta elAuto de la Audiencia de Barcelona de 28 de junio de 2007, existen razones para entender que la voluntad del legislador no era excluir necesariamente del conocimiento del Juez del concurso las demás ejecuciones separadas de bienes de la masa. Así:
a) Como indica el mencionado Auto, el mismoartículo 56.4 LC expresa que la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta, por lo que, con arreglo alartículo 57 ("El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior..."), ese supuesto no se vería excluido en tal caso de la competencia del Juez del concurso ni habría base para remitir al acreedor al Juzgado de 1ª Instancia;
b) Aunque elartículo 56 gravite, sin duda, sobre las garantías sobre bienes afectos, el hecho de que elartículo 57 no haya sido más explícito no puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del concurso;
c) Esta interpretación, estima esta Sala, es la más acorde con la naturaleza del concurso, puesto que aunque el acreedor privilegiado puede ejecutar el bien en ejecución separada, ello no significa necesariamente que dicho bien quede al margen del mismo. En este sentido, indica elAuto de la Audiencia de Barcelona de 28 de junio de 2007, que "es en el concurso donde el crédito garantizado se está haciendo valer(art. 61.1 LC), continuando el devengo de intereses moratorios y no subordinados(arts. 59.1 y 92.3º LC, hasta donde alcance la garantía), pudiendo ser rehabilitado, si concurren los requisitos temporales, por la administración concursal en los términos delartículo 68 ". Efectivamente, establece elartículo 68 LC que la administración concursal puede rehabilitar el contrato de préstamo hipotecario si se ha declarado un vencimiento anticipado por impago de cuotas de los tres meses precedentes a la declaración del concurso, pagando lo adeudado y ofreciendo pagar las cuotas que vayan venciendo con cargo a la masa. Si ello es así, es lógico que el procedimiento hipotecario esté bajo la competencia del Juez del concurso
Indica asimismo con acierto laAAP de Gerona de 12 de Mayo del 2009, que aunque en teoría ello podría hacerse ante el Juez de primera instancia, resulta poco operativo si existen varios procedimientos pendientes en distintos Juzgados de primera instancia. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el bien objeto de ejecución no queda excluido totalmente del concurso, pues el mismo se tiene en cuenta para la valoración del patrimonio del deudor y puede ocurrir que tras su ejecución exista un sobrante, siendo claro el interés que todos los acreedores pueden tener en el resultado de dicho procedimiento de ejecución, por lo que se estima más razonable que todas las ejecuciones se encuentre bajo la dirección y el control del Juez del concurso. Y todo ello viene confirmado por la regulación que se hace en elartículo 155 del pago de los créditos con privilegio especial, estableciendo reglas especiales en cuanto al pago de dicho crédito y respecto a la realización de los bienes y derechos afectos a dichos créditos. Nuevamente nos encontraríamos con problemas a la hora de cumplir todo lo que establece dichoprecepto si se estuvieran ejecutando en distintos Juzgados de primera instancia los bienes afectos a garantías reales.
2. Por otra parte, resulta llamativo que el Juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.
3. Como Indica elAAP de Gerona de 12 de Mayo del 2009, "frente a las reglas generales establecidas en elartículo 8 de la Ley Concursal sobre atribución de competencias al Juez del Concurso, elartículo 55 establece dos excepciones, pero las mismas se refieren a cuando existe un procedimiento de apremio administrativo ya iniciado o una ejecución laboral también iniciada y con una serie de requisitos, pero lo que está claro es que ni la autoridad administrativa ni el Juez laboral pueden iniciar un procedimiento de ejecución con posterioridad a la declaración del concurso (...), no hay ninguna excepción expresa del legislador en cuanto a ejecuciones instadas con posterioridad a la declaración del concurso". Por ello no se ve razón alguna para que estas ejecuciones hipotecarias queden al margen de la competencia del Juez del concurso, con lo cual, la aplicación delartículo 8 resulta ineludible, es más, existen motivos relevantes para afirmar lo contrario, pues de esta manera se asegura que sea el juez del concurso el que valore la procedencia o no del despacho y atienda a todas las consideraciones antes expuestas. Por otra parte, las excepciones legales referentes a los procedimientos de apremio administrativo y ejecuciones laborales ya iniciadas no supone necesariamente que ello deba generalizarse de tal manera que también las ejecuciones de bienes con garantía real que se han iniciado con anterioridad deban seguir su tramite ante el Juez de primera instancia, salvo que se dé el supuesto delartículo 56. Esto es, en el supuesto en que se esté tramitando una ejecución hipotecaria ante un juzgado de primera instancia, y la ejecución de la garantía no quede afectada por elart. 56 (al no tratarse de bienes afectos), creemos que debe

entenderse que, a pesar de que elart. 57 no da solución al problema -pues, claramente, es hipótesis que no regula-, con base en todo lo expuesto, la lógica del sistema nos lleva a estimar que la competencia general del juez del concurso se extienda también a este supuesto.
4. Esta solución, finalmente, es la más coherente en fase de liquidación y resulta acorde con lo dispuesto en elartículo 57.3 LC, cuyo contenido ha de regir también para los bienes no afectos. En efecto, en esta fase, por definición, ya no hay bienes afectos y no afectos, pues no existe actividad alguna que continuar. Por ello, los que no hubieran ejecutado su garantía antes, como le sucede al aquí apelante, pierden el derecho a hacerlo por separado y deben hacerlo por el cauce de la liquidación concursal, conjuntamente con los demás acreedores, aunque se cobren con el producto de la venta de los bienes objeto de la garantía.": AAP Pontevedra 29.07.2010 (JUR 2010/327974; Auto 162/2010; Rollo 264/2010)

2. Demanda presentada transcurrido un año y antes de la apertura de la liquidacion: debe admitirse y tramitarse en pieza separada, aunque se abra la liquidaciòn antes de su admisiòn a trámite

AP Burgos

"PRIMERO Se discute en los presentes autos si puede ser objeto de ejecución en pieza separada una hipoteca constituida sobre bienes afectos a la actividad empresarial del concursado que no fue objeto de ejecución antes de la declaración del concurso, y una vez que ha transcurrido un año desde su apertura sin la celebración de ningún convenio, y aunque tras la presentación de la demanda se abra la fase de liquidación de los bienes del concursado.
SEGUNDO El auto apelado inadmite a trámite la demanda de ejecución hipotecaria con base a lo dispuesto en elartículo 57.3 de la Ley Concursal : "abierta la fase de liquidación los acreedores que antes de la declaración del concurso no hubieran ejercido estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración del concurso se reanudarán acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada". Elartículo 57.3 solo parece admitir la tramitación en pieza separada de las ejecuciones que ya estuvieran iniciadas al tiempo de la declaración del concurso y que se hubieran suspendido conforme a lo dispuesto en elartículo 56.2, por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado. Nada dice elartículo 57.3 sobre las ejecuciones que no se hubieran iniciado al tiempo del concurso, a las cuales se refiere sin embargo elartículo 56.1 al decir que "los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación".
La tesis del Juzgado supone una interpretación excesivamente literal delartículo 57.3, que además ha de completarse con lo que dispone elartículo 57 en su número 1º. Elartículo 57.1 se sitúa en una fase anterior a la liquidación, pero posterior al año desde la declaración del concurso, al hacer referencia a las ejecuciones que se inicien o se reanuden conforme a lo previsto en elartículo anterior, que es el 56. Se refiere elartículo 57.1 no solo a las ejecuciones que se reanuden, que son las iniciadas antes del concurso y suspendidas después de él, sino también a las ejecuciones que se inicien conforme a lo previsto en el artículo anterior, es decir, pasado un año desde la declaración del concurso. Y elartículo 57.1 sigue diciendo que tanto las primeras como las segundas, las que se reanuden o las que se inicien, "se someterán a la jurisdicción el juez del concurso (...) que acordará su tramitación en pieza separada". Y elartículo 57.2 dice que "iniciadas o reanudadas las actuaciones ya no podrán ser suspendidas por razón de las vicisitudes propias del concurso".
Elartículo 57.3 ha de interpretarse por tanto de acuerdo con los dos números anteriores, permitiendo que las ejecuciones se inicien o se reanuden una vez transcurrido el año desde la declaración del concurso, en el bien entendido supuesto de que una vez abierta la fase de liquidación ya no se podrán iniciar más ejecuciones, salvo las que se hubieran iniciado antes del concurso y estuvieran todavía suspendidas.
TERCERO En el supuesto de autos la demanda de ejecución hipotecaria se presentó el 6 de mayo de 2009, pasado un año desde la declaración del concurso el 1 de abril de 2008, y hasta el día 11 de junio de 2009 no se abrió la fase de liquidación, por lo que la parte apelante tenía derecho a que su ejecución se tramitara en pieza separada conforme autoriza elartículo 57.1 de la Ley Concursal.": AAP Burgos (Sección 3) 10.01.2010 (JUR 2010/91984: Auto 35/2010; Rollo 439/2009)

AP Córdoba

"PRIMERO.- El resumen de antecedentes pertinentes para la resolución del recurso de apelación es el siguiente: 1) El 23 de abril de 2013 se declaró el concurso voluntario de la compañía mercantil "Mobi Hogar Lucentino, S.L."; 2) El 17 de febrero de 2014 se celebró junta de acreedores, que aceptó la propuesta de convenio presentada por la concursada; 3) El 13 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Mercantil dictó auto rechazando el convenio; 4) El 7 de mayo de 2014 se presentó demanda de ejecución hipotecaria contra la concursada por "Banco Santander, S.A."; 5) Por auto de 5 de junio de 2014 se dictó auto despachando la ejecución solicitada [Pieza separada sobre ejecución hipotecaria]; 6) Interpuesto recurso de apelación contra el auto que rechazó el convenio, esta Audiencia Provincial dictó auto de 3 de noviembre de 2014, revocándolo y ordenando que se dictara sentencia aprobatoria del convenio, con los efectos a ello inherentes. (...)

SEXTO.- Entrando ya a resolver sobre la cuestión concursal propiamente dicha, el artículo 56.1 de la Ley Concursal establece que "Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación". Como se deduce del relato cronológico contenido en el fundamento jurídico primero, cuando se presentó la demanda ejecutiva el convenio estaba aceptado por los acreedores, pero no aprobado judicialmente, lo que tuvo lugar posteriormente; sin que quepa controversia alguna respecto de la fecha en que produce efectos el convenio, puesto que el artículo 133.1 de la Ley Concursal dispone taxativamente que "El convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza". Es decir, que no solo no se retrotraen sus efectos a la fecha de la aceptación, sino que únicamente tienen vigor desde la aprobación judicial (o incluso después, si el juez así lo decide, pero nunca antes). Consecuentemente, teniendo en cuenta que a la fecha de presentación de la demanda ejecutiva ya había transcurrido más de un año desde la declaración de concurso y no se había abierto la fase de liquidación, la ejecución estuvo bien despachada. Aparte de que esta discusión no tiene más efectos que los puramente instrumentales de retrasar más o menos el devenir de la ejecución, habida cuenta que los créditos con garantía real no quedan afectados por el convenio, salvo que sus titulares hubieran votado a favor, conforme al artículo 134.2 de la Ley Concursal. En cuya virtud, el auto apelado también debe ser confirmado en este aspecto.
SÉPTIMO.- Respecto a la notificación del saldo deudor, ninguno de los preceptos de la Ley Concursal relativos a la ejecución (artículos 55 a 57) exige al acreedor hipotecario una notificación específica de dicho saldo una vez transcurrido un año desde la declaración de concurso sin apertura de la fase de liquidación, sino que en todo caso procede la comunicación del crédito, conforme al artículo 85 de la Ley Concursal, tal y como se hizo en este caso, siendo reconocido por la administración concursal en sus propios términos. Aparte de que la notificación al deudor se dirigió al domicilio fijado en el título, sin que conste que la deudora notificara cambio alguno al respecto, en las condiciones previstas en el artículo 683 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con lo cual, las alegaciones de la recurrente (haciendo suyas las improcedentes de la administración concursal) sobre un supuesto retraso desleal en el ejercicio del derecho del acreedor son lisa y llanamente inatendibles. El principal de la deuda es el mismo que se comunicó a la administración concursal, y los intereses únicamente han variado por cuanto se ha incrementado el tiempo de devengo, cuya suspensión no procedía, a tenor del artículo 59.1 de la Ley Concursal. Por lo que este motivo de apelación debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores": AAP Córdoba (Sección 1) 16.04.2015 (Auto 212/2015; Rollo 255/2015)

AP Madrid (Sección 28)

"PRIMERO.- CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid demanda de ejecución hipotecaria sobre bienes gravados propiedad de TECVI S.L., sociedad mercantil que se encontraba declarada en estado legal de concurso de acreedores por auto del mencionado juzgado de 14 de mayo de 2009.
Por auto de 25 de mayo de 2011 el juzgado acordó inadmitir la referida demanda por haberse interpuesto una vez abierta la fase de liquidación del concurso, remitiendo a la demandante al trámite de liquidación concursal de carácter general. Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza CAJA ESPAÑA INVERSIONES a través del presente recurso de apelación.
SEGUNDO.- La resolución apelada se funda en el Art. 57-3 de la Ley Concursal a cuyo tenor "Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado.". Ahora bien, la aplicación de dicho precepto legal al caso examinado ha debido obedecer a algún error en la comprobación de las fechas respectivas, pues, siendo el auto de apertura de la fase de liquidación de 28 de enero de 2011, la demanda de ejecución hipotecaria había sido interpuesta casi dos meses antes, el 3 de diciembre de 2010 (folio 3), lo que significa que con anterioridad a dicha apertura había sido ya ejercitada la acción de ejecución hipotecaria correspondiente, pues no debe olvidarse que, con arreglo al principio general de la litispendencia, los efectos procesales de una demanda se producen desde la fecha de su interposición (Art. 410 L.E.C.).
Asiste, pues, la razón a la apelante y debe prosperar, en consecuencia, el recurso por ella interpuesto. ": AAP Madrid (Sección 28) 10.02.2012 (Auto 22/2012; Rollo 536/2011)

AP Sevilla

"PRIMERO.-Por el Procurador Don Juan José Barrios Sánchez, en nombre y representación de la entidad Barclays Bank, S.A., se presentó demanda contra la entidad concursada Herederos de Madrigal, S.L.U., y la Administración Concursal, interesando que se le autorizara a iniciar la ejecución hipotecaria por separado respecto de la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad de Sevilla. A dicha pretensión se opuso la parte demandada, dado que entendían que dicha finca estaba afecta a la actividad empresarial. Por parte del Juzgado se dictó Auto que estimó dicha petición, contra el que interpuso recurso de apelación la entidad concursada.
(...) Entrando en el fondo del asunto, la primera divergencia de la recurrente, se refiere a que la finca hipotecada se encuentra afecta a la actividad empresarial.

En orden a centra la cuestión discutida, hemos de tener en cuenta que la finalidad esencial del concurso es una satisfacción ordenada de los intereses de los acreedores, es decir, de hacerles efectivos los créditos impagados, en la medida de lo posible, mediante un convenio o la liquidación, pero si resulta que la masa activa es inexistente o insignificante, es obvio que se frustra dicho fin esencial, entendiéndose que, en estos casos, la única solución admisible es concluir el concurso y archivar el procedimiento, ya que carece de objeto.
El concurso necesariamente ha de contar con los suficientes activos propios o provenientes de las acciones recisorias o de responsabilidad, porque en otro caso, estaría abocado al fracaso y generaría mayores deudas.
Aún cuando se trate de satisfacer esos créditos de los acreedores mediante el proceso concursal, no se desecha ni se menosprecia el interés del concursado en orden a poder continuar con la actividad económica que generaría riqueza y que pudiera afrontar y satisfacer los derechos de los acreedores. De ahí que se trate, en primer lugar, de conseguir un acuerdo con éstos, y en su defecto es cuando se acude a la fase de liquidación. Consecuencia de ello, es que, entre otras medidas, se impida que el acreedor, con garantía real, pueda iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía cuando el bien esté afecto a la actividad empresarial, profesional o a una unidad productiva titularidad del concursado hasta que no se apruebe un convenio, cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, o, en el supuesto de iniciado, se suspenda, artículo 56 de la Ley Concursal. Esa afectación ha de declararla el Juez del concurso, y no se aplicará cuando el concursado sea un tercer poseedor del bien objeto de la garantía.
No concurriendo estas circunstancias, el artículo 57 prevé que puedan iniciarse o reanudarse, tramitándose al tal efecto la oportuna pieza separada, que se acomodará al procedimiento judicial correspondiente.
En el supuesto analizado en la presente alzada, resulta que ha transcurrido un año desde la declaración de concurso, que tuvo lugar el día 14 de enero de 2.010, dado que la demanda que encabeza los presentes autos, se presentó el día 1 de diciembre de 2011, sin que hasta esta fecha se hubiera formalizado convenio, ni se hubiera abierto la fase de liquidación. En definitiva, han desaparecido los inconvenientes para la satisfacción del acreedor privilegiado con el bien afecto a su garantía. En estas circunstancias, la única decisión asumible es autorizar la ejecución de esa garantía real, en los términos que se contiene en la resolución recurrida, es decir, mediante pieza separada, que no es más que aplicar lo dispuesto en el apartado primero del artículo 57 de la Ley Concursal. Qué la parte actora señale que se le autorice para presentar la oportuna demanda ante el Juzgado de Primera Instancia que corresponda, no es más que un error intrascendente, y no supone ninguna alteración ni representa una incongruencia extra petitum que se señale que deberá hacerlo ante el mismo Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso, ya que es una cuestión procesal, es decir, formal, que no afecta a la cuestión de fondo que es seguir ese ejecución privilegiada.
En resumen, se está dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 155-1º, dado que se trata de satisfacer un crédito con privilegio especial con el bien afecto. Acceder a la pretensión de la recurrente, supondría menospreciar, desdeñar e incluso postergar un derecho real de garantía, cuyo contenido es de sobra conocido, en cuanto que atribuye al acreedor acción directa sobre el bien, de modo excluyente sobre los demás acreedores, para realizar su crédito. Entendiendo en todo caso, que se ha de cumplir las prescripciones del citado artículo 155, en la realización del bien afecto.
En consecuencia, este motivo ha de decaer.
TERCERO. - El segundo motivo, se refiere a que no es posible acceder a la petición de la parte actora, ya que se ha abierto la fase de liquidación. Efectivamente, dispone el artículo 57-3º de la Ley Concursal que: " Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada". A estos efectos, es necesario recordar desde cuando se producen los efectos de la litispendencia. Tiene declarado esta Sala que consiste fundamentalmente en que se constituye o crea un proceso, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo, y despliega sus efectos desde la fecha de presentación de la demanda, si es admitida, artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre otros efectos, provoca la prohibición de introducir hechos nuevos en el debate con posterioridad a la demanda y a la contestación, es decir, la denominada perpetuaio iurisdictionis, cuyo fin, como nos dice la Sentencia de 9 de marzo de 2.006 : "es atender a la situación fáctica existente al presentar la demanda (Sentencias de 28 de mayo y de 8 de noviembre de 1997 ". Aunque es posible esta alteración de hecho en los supuestos contemplados, entre otros, en los artículos 286 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello provoca que los presupuestos de actuación del Tribunal han de determinarse en el momento de presentación de la demanda, y es ineficaz cualquier alteración posterior, tanto por lo que respecta a los hechos como a las normas jurídicas, artículo 411 Ley de Enjuiciamiento Civil. De ahí que esos actos posteriores a la demanda no pueden afectar a la Sentencia, más allá de los que expresamente la Ley le conceda, pero no a los presupuestos fácticos de la demanda. Criterio que durante la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil ya era unánime en la jurisprudencia, así la Sentencia de 7 de junio de 2.002 declara que: "Aunque diversas resoluciones de esta Sala (así, entre otras, las Sentencias de 15 de febrero de 1965 y 26 de junio de 1975, además de las citadas por la parte recurrente de 9 enero 1958, 29 septiembre -no agosto como se indica- 1961 y 3 febrero 1968) se habían inclinado por el criterio de fijar la génesis de la litispendencia -constitución de la relación jurídica procesal- en la fecha del emplazamiento -en sintonía con la doctrina de la producción de la "diffamatio iudicalis", y separándose de la que remitía tal momento a la contestación influenciada por

la discutida doctrina romana de la "litis contestatio"-, sin embargo la moderna jurisprudencia acepta prácticamente sin fisuras el criterio que atiende a la presentación de la demanda siempre que sea admitida (Sentencias 25 febrero 1983, 3 febrero 1990, 2 septiembre 1993, 7 marzo 1996, 8 noviembre 1997, 26 enero 1998, entre otras), solución que coincide prácticamente con la que destaca el acto procesal de la admisión aunque con efectos retroactivos a la fecha de la presentación, por todo lo que es desde este momento cuando operan los principios de la "perpetuatio" "iurisdictionis", "legitimationis" y "actionis", vedándose con posterioridad la "mutatio libelli" -"lite pendente nihil innovetur"-, salvo las modificaciones subjetivas y objetivas que excepcionalmente son procedentes y aquí resulta ocioso contemplar".
La demanda que encabeza los presentes autos se presentó el día 1 de diciembre de 2.011, mientras que la apertura de la fase de liquidación tuvo lugar el día 8 de octubre de 2.012. Por tanto, la parte inició los trámites necesarios para poder iniciar la ejecución separada con anterioridad, el devenir del presente incidente, las dificultades para su tramitación, singularmente por la carga de trabajo del Juzgado, no pueden perjudicar el legítimo derecho de la parte actora.
En consecuencia, este motivo ha de decaer. Aparte de considerar que sería una alegación nueva realizada en esta alzada, lo cual está prohibido, al tener la consideración de un hecho nuevo, ya que se expone terminada la fase de alegaciones": SAP Sevilla (Sección 5) 10.01.2014 (Sentencia 19/2014; Rollo 6451/2013)

3. Ejecución iniciada antes de la declaración, suspendida y solicitada su reanudación antes de la apertura de la liquidación, proveyéndose sobre la solicitud tras la aprobación del plan de liquidación. Procede la ejecución separada.

AP Sevilla

"PRIMERO.-En el incidente concursal de que el presente rollo dimana, se denegó la ejecución por separado de la garantía real que, frente a la concursada, Azotea Inmuebles, S.A., ostenta Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., por el hecho de haberse procedido a la apertura, cuando se dicta la resolución denegatoria, de la fase de liquidación y aprobado el correspondiente plan de liquidación.
SEGUNDO.-Recurrida en apelación dicha resolución, se basa la entidad acreedora, titular de la garantía real, en que, habiendo iniciado la ejecución con anterioridad a la declaración de concurso y quedado en suspenso, una vez declarado, al ser necesaria la finca hipotecada para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, y habiendo transcurrido, después, con exceso, el plazo de un año de suspensión que señala el artículo 56 de la Ley Concursal, sin que se aprobara convenio alguno, ni se abriera tampoco la fase de liquidación, y habiendo solicitado que prosiga la ejecución por separado, cuando aún no se había abierto la liquidación, que se produjo varios meses después, considera la entidad apelante que tiene derecho a ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley Concursal.
TERCERO. - Pues bien, a la vista de lo actuado y de lo alegado en el escrito de interposición del recurso de apelación y conforme a lo dispuesto en los preceptos antes indicados, no ofrece dudas al tribunal que procede acordar que siga adelante la ejecución por separado de la garantía real, ante el juez del concurso.
Y es que, como resulta de dichos preceptos, de haberse abierto la fase de liquidación dentro del plazo de un año desde la declaración de concurso, no procedería la iniciación de ejecución alguna por separado y, sin perder el acreedor el privilegio, habría que estar al procedimiento ejecución colectiva.
En el mismo caso, de haberse abierto la liquidación dentro del plazo de un año desde la declaración de concurso, si procedería la reanudación de la ejecución suspendida como consecuencia de tal declaración, tramitándose como pieza separada del procedimiento de ejecución colectiva, lo que supone que se siga el procedimiento de liquidación del artículo 149 de la Ley Concursal, que, no obstante, salvo especialidades, remite al procedimiento de apremio de apremio de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Pero si transcurre un año desde la declaración de concurso, sin abrirse la liquidación, como es el caso, lo procedente es que la ejecución suspendida por la declaración de concurso prosiga por separado, aunque ante el juez del concurso.
CUARTO.-Y ello al margen del hecho de que en este caso, cuando se denegó la ejecución por separado, se había procedido ya a la apertura de la fase de liquidación, pues lo decisivo, el momento a tener en cuenta, es el de la solicitud, que tuvo lugar dos meses antes de dicha apertura.
QUINTO.-Consecuentemente y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y, dejando sin efecto la resolución recurrida, ordenar al juzgado de instancia que, conforme a lo solicitado, acuerde seguir por separado la ejecución hipotecaria suspendida como consecuencia de la declaración de concurso, sin que, dado el signo de la presente resolución, proceda hacer imposición del pago de las costas causadas en esta alzada.": SAP Sevilla (Sección 5) 17.11.2014 (Sentencia 569/2014; Rollo 4790/2014)

"PRIMERO.- Se alza la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contra la Sentencia de instancia que desestima la solicitud deducida en el escrito inicial para que el Juzgado acordase tramitar como pieza separada la ejecución hipotecaria que dicha entidad inició mediante demanda de ejecución hipotecaria presentada el 6 de julio de 2011 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Jaén, respecto de la finca registral Nº 14.019, inscrita en el Registro de la Propiedad de Andújar, la cual quedó suspendida (art. 56 LC) al haberse declarado mediante Auto de 2 de julio de 2012 el concurso de acreedores de la entidad Azotea Inmuebles S.L.

Alega la apelante que conforme a lo dispuesto en' el art. 57.3 LC, la ejecución hipotecaria instada debe reanudarse como pieza separada del presente concurso.
SEGUNDO.- Establece con claridad el art. 57.3 de la LC que las actuaciones en ejercicio de acciones reales sobre bienes del concursado necesarios para la continuidad de su actividad empresarial o profesional que hubieren quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso, se reanudarán acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada. No obstante lo cual la Resolución impugnada desestima la petición el BBVA de tramitar pieza separada en el proceso concursal para la continuación de la ejecución hipotecaria seguida ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Jaén, porque considera que abierta la fase de liquidación el régimen aplicable es el del Plan de liquidación judicialmente aprobado.
Este criterio no es aceptado por esta Sala, como ya ha tenido ocasión de manifestar en supuestos similares al presente. La ejecución hipotecaria instada por el BBVA el 6 de julio de 2011, en la que se despachó ejecución el 1 de septiembre de 2011, ha estado suspendida como consecuencia de la declaración de concurso de AZOTEA INMUEBLES S.L el 2 de julio de 2012. El 29 de julio de 2013 se abrió la fase de liquidación, aprobándose el Plan el 26 de noviembre de 2013. La solicitud de reanudación de la ejecución hipotecaria se efectuó el 15 de octubre de 2013, con posterioridad a la apertura de la fase de liquidación.
La Sentencia recurrida no aplica y deja sin efecto alguno el art. 57.3 de la LC por cuanto la demanda de ejecución hipotecaria no se presentó con posterioridad a la declaración de concurso, sino que fue presentada y despachada ejecución casi un año antes de la declaración de concurso.
Como esta Sala declaró en la Resolución dictada el día 12 de noviembre de 2012 en el Rollo 6539/12, así como en la dictada en el Rollo 6451/13, finalizada la fase en que podría haberse aprobado un convenio, sin resultado, y abierta la fase de liquidación, han desaparecido los inconvenientes para la satisfacción del acreedor privilegiado con el bien afecto a su garantía. En estas circunstancias, la única decisión asumible es autorizar la ejecución de esa garantía real, mediante pieza separada, que no es más que aplicar lo dispuesto en el apartado primero del artículo 57 de la Ley Concursal. El hecho de que se haya aprobado el plan de liquidación no es inconveniente, porque se ha realizado inadecuadamente incluyendo el bien afecto a la garantía, porque se tenía constancia en el concurso de esa garantía real, que estaba suspendido el procedimiento de ejecución hipotecaria, en base a un incidente del propio concurso, donde se había declarado el bien afecto a la actividad empresarial.
En definitiva, es preciso dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 155-1º LC, dado que se trata de satisfacer un crédito con privilegio especial con el bien afecto, a cuyo cargo han de ser satisfechos. Confirmar la Resolución recurrida, supondría menospreciar, desdeñar e incluso postergar un derecho real de garantía, cuyo contenido es de sobra conocido, en cuanto que atribuye al acreedor acción directa sobre el bien, de modo excluyente sobre los demás acreedores, para realizar su crédito. Entendiendo en todo caso, que se han de cumplir las prescripciones del citado artículo 155 LC, en la realización del bien afecto.
TERCERO.-Por todo lo expuesto, el recurso de apelación ha de ser estimado y, con revocación de la Sentencia recurrida, procede acordar que se reanude el proceso de ejecución hipotecaria que el BBVA presentó en el Juzgado de Primera Instancia de Jaén, respecto de la finca registral Nº 14.019 inscrita en el Registro de al Propiedad de Andújar, titularidad de AZOTEA INMUEBLES S.L., como pieza separada del presente concurso.”: SAP Sevilla (Sección 5) 17.11.2014 (Sentencia 570/2014; Rollo 4789/2014)

“PRIMERO.- Por la Procuradora Doña Remedios Merino Escalera, en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., se presentó demanda incidental en la que interesaba que se acordarse la continuación del procedimiento ejecución hipotecaria, como pieza separada del concurso de la entidad Viva Viviendas Andaluzas, S.L., respecto de la finca registral 13.317 del Registro de la Propiedad de Ubrique, seguido bajo el núm. 674/11 del Juzgado de Primera Instancia de Ubrique. A dicha pretensión se allanó la concursada, y se opuso la Administración Concursal, dado que fue una cuestión ya resuelta en incidente y se había abierto la fase de liquidación. Por parte del Juzgado se dictó Sentencia que desestimó dicha petición, contra el que interpuso recurso de apelación la entidad actora.
SEGUNDO.- En orden a centra la cuestión discutida, hemos de tener en cuenta que la finalidad esencial del concurso es una satisfacción ordenada de los intereses de los acreedores, es decir, de hacerles efectivos los créditos impagados, en la medida de lo posible, mediante un convenio o la liquidación, pero si resulta que la masa activa es inexistente o insignificante, es obvio que se frustra dicho fin esencial, entendiéndose que, en estos casos, la única solución admisible es concluir el concurso y archivar el procedimiento, ya que carece de objeto.
El concurso necesariamente ha de contar con los suficientes activos propios o provenientes de las acciones recisorias o de responsabilidad, porque en otro caso, estaría abocado al fracaso y generaría mayores deudas.
Aún cuando se trate de satisfacer esos créditos de los acreedores mediante el proceso concursal, no se desecha ni se menosprecia el interés del concursado en orden a poder continuar con la actividad económica que generaría riqueza y que pudiera afrontar y satisfacer los derechos de los acreedores. De ahí que se trate, en primer lugar, de conseguir un acuerdo con éstos, y en su defecto, es cuando se acude a la fase de liquidación. Consecuencia de ello, es que, entre otras medidas, se impida que el acreedor, con garantía real, pueda iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía, cuando el bien esté afecto a la actividad empresarial, profesional o a una unidad productiva titularidad del concursado hasta que no se apruebe un convenio, cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, o, en el supuesto de iniciado, se suspenda, artículo 56 de la Ley Concursal. Esa afectación

ha de declararla el Juez del concurso, y no se aplicará cuando el concursado sea un tercer poseedor del bien objeto de la garantía.
No concurriendo estas circunstancias, el artículo 57 prevé que puedan iniciarse o reanudarse, tramitándose al tal efecto la oportuna pieza separada, que se acomodará al procedimiento judicial correspondiente.
Esa decisión fue la adoptada en el incidente concursal 1343/12, del que se ha aportado la Sentencia, pero resulta que ha transcurrido con exceso el plazo mencionado, de ahí la pretensión de la entidad recurrente.
TERCERO.- Pese a ello, el Juzgado desestima la pretensión actora, por entender que se ha abierto la fase de liquidación, se ha aprobado el plan, de modo que el bien ha de quedar afecto al mismo.
Este criterio, como ya ha señalado esta Sala en supuestos similares, no se puede compartir, porque supone obviar principios de nuestro sistema. Efectivamente, dispone el artículo 57-3º de la Ley Concursal, en relación a los acreedores con garantía real, que: " Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada".
A estos efectos, es necesario recordar desde cuándo se producen los efectos de la litispendencia. Tiene declarado esta Sala que consiste fundamentalmente en que se constituye o crea un proceso, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo, y despliega sus efectos desde la fecha de presentación de la demanda, si es admitida, artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre otros efectos, provoca la prohibición de introducir hechos nuevos en el debate con posterioridad a la demanda y a la contestación, es decir, la denominada perpetuaio iurisdictionis, cuyo fin, como nos dice la Sentencia de 9 de marzo de 2.006 : "es atender a la situación fáctica existente al presentar la demanda (Sentencias de 28 de mayo y de 8 de noviembre de 1997 ". Aunque es posible esta alteración de hecho en los supuestos contemplados, entre otros, en los artículos 286 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello provoca que los presupuestos de actuación del Tribunal han de determinarse en el momento de presentación de la demanda, y es ineficaz cualquier alteración posterior, tanto por lo que respecta a los hechos como a las normas jurídicas, artículo 411 Ley de Enjuiciamiento Civil. De ahí que esos actos posteriores a la demanda no pueden afectar a la Sentencia, más allá de los que expresamente la Ley le conceda, pero no a los presupuestos fácticos de la demanda. Criterio que durante la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil ya era unánime en la jurisprudencia, así la Sentencia de 7 de junio de 2.002 declara que: "Aunque diversas resoluciones de esta Sala (así, entre otras, las Sentencias de 15 de febrero de 1965 y 26 de junio de 1975, además de las citadas por la parte recurrente de 9 enero 1958, 29 septiembre -no agosto como se indica- 1961 y 3 febrero 1968) se habían inclinado por el criterio de fijar la génesis de la litispendencia -constitución de la relación jurídica procesal- en la fecha del emplazamiento en sintonía con la doctrina de la producción de la "diffamatio iudicalis", y separándose de la que remitía tal momento a la contestación influenciada por la discutida doctrina romana de la "litis contestatio"-, sin embargo la moderna jurisprudencia acepta prácticamente sin fisuras el criterio que atiende a la presentación de la demanda siempre que sea admitida (Sentencias 25 febrero 1983, 3 febrero 1990, 2 septiembre 1993, 7 marzo 1996, 8 noviembre 1997, 26 enero 1998, entre otras), solución que coincide prácticamente con la que destaca el acto procesal de la admisión aunque con efectos retroactivos a la fecha de la presentación, por todo lo que es desde este momento cuando operan los principios de la "perpetuatio" "iurisdictionis", "legitimationis" y "actionis", vedándose con posterioridad la "mutatio libelli" -"lite pendente nihil innovetur"-, salvo las modificaciones subjetivas y objetivas que excepcionalmente son procedentes y aquí resulta ocioso contemplar".
Sobre la base de estas premisas, resulta que la recurrente presentó demandada de ejecución, con fecha 21 de septiembre de 2.011, hecho que alega la recurrente, aunque no aporta una prueba objetiva, pero que debemos admitir en cuanto que no se ha puesto en duda por las demás partes. Fue admitida a trámite, se despachó ejecución mediante Auto de 8 de noviembre de 2.011, por tanto, desde aquella fecha se han desplegado los efectos de la litispendencia. El día 2 de julio de 2.012 se declaró a la entidad Viva Viviendas Andaluza, S.L., en situación de concurso.
La ejecución hipotecaria ha estado suspendida, y la recurrente interesa que se reanude el procedimiento de ejecución hipotecaria como pieza separada del presente concurso, lo cual, deniega el Juzgado porque se ha abierto la fase de liquidación con fecha 29 de julio de 2.013 y se ha aprobado el plan con fecha 26 de noviembre de 2.013, es decir, que la petición de reanudar la ejecución, se ha formulado con posterioridad a la apertura de dicha fase. Ello supone obviar lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 57-3º, porque no estamos ante una demanda que se presenta con posterioridad a la declaración de concurso, al contrario la ejecución hipotecaria se había presentado y se había admitido casi un año antes, de lo cual, existía constancia en el concurso.
Como ya señaló esta Sala entre otros, en el rollo 6451/13, han desaparecido los inconvenientes para la satisfacción del acreedor privilegiado con el bien afecto a su garantía. En estas circunstancias, la única decisión asumible es autorizar la ejecución de esa garantía real, mediante pieza separada, que no es más que aplicar lo dispuesto en el apartado primero del artículo 57 de la Ley Concursal. Qué se haya aprobado el plan no es inconveniente, porque se ha realizado inadecuadamente incluyendo el bien afecto a la garantía, porque se tenía constancia en el concurso de esa garantía real, que estaba suspendido el procedimiento de ejecución hipotecaria, en base a un incidente del propio concurso, donde se había declarado el bien afecto a la actividad empresarial.
En resumen, se está dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 155-1º, dado que se trata de satisfacer un crédito, con privilegio especial, con el bien afecto. Confirmar la decisión recurrida,

supondría menospreciar, desdeñar e incluso postergar un derecho real de garantía, cuyo contenido es de sobra conocido, en cuanto que atribuye al acreedor acción directa sobre el bien, de modo excluyente sobre los demás acreedores, para realizar su crédito. Entendiendo en todo caso, que se ha de cumplir las prescripciones del citado artículo 155, en la realización del bien afecto.
CUARTO.- Las precedentes consideraciones han de conducir, con estimación del recurso de apelación, a la revocación de la Sentencia recurrida y, en su lugar, acordar que procede reanudar el proceso de ejecución hipotecaria núm. 674/11 del Juzgado de Primera Instancia de Ubrique, promovido por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., respecto de la finca registral núm. 13.317 del Registro de la Propiedad de Ubrique, como pieza separada del concurso, sin declaración sobre las costas de esta alzada.": SAP Sevilla (Sección 5) 18.11.2014 (Sentencia 571/2014; Rollo 4787/2014)

"PRIMERO.-Por la Procuradora Doña Remedio Merino Escaleras, en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., se presentó demanda incidental, en la que interesaba que se acordarse la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria, como pieza separada del concurso de la entidad Agóra Edificios Andaluces, S.L., respecto de las fincas registrales núms.. 30.347, 30.387, 30.399 y
30.410 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Utrera, seguido bajo el núm. 206/11 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Utrera. A dicha pretensión se opusieron la concursada y la Administración Concursal, dado que entendían que fue una cuestión ya resuelta en incidente y se había abierto la fase de liquidación. Por parte del Juzgado se dictó Sentencia que desestimó dicha petición, contra el que interpuso recurso de apelación la entidad actora.
SEGUNDO.-En orden a centra la cuestión discutida, hemos de tener en cuenta que la finalidad esencial del concurso es una satisfacción ordenada de los intereses de los acreedores, es decir, de hacerles efectivos los créditos impagados, en la medida de lo posible, mediante un convenio o la liquidación, pero si resulta que la masa activa es inexistente o insignificante, es obvio que se frustra dicho fin esencial, entendiéndose que, en estos casos, la única solución admisible es concluir el concurso y archivar el procedimiento, ya que carece de objeto.
El concurso necesariamente ha de contar con los suficientes activos propios o provenientes de las acciones recisorias o de responsabilidad, porque en otro caso, estaría abocado al fracaso y generaría mayores deudas.
Aún cuando se trate de satisfacer esos créditos de los acreedores mediante el proceso concursal, no se desecha ni se menosprecia el interés del concursado en orden a poder continuar con la actividad económica que generaría riqueza y que pudiera afrontar y satisfacer los derechos de los acreedores. De ahí que se trate, en primer lugar, de conseguir un acuerdo con éstos, y en su defecto es cuando se acude a la fase de liquidación. Consecuencia de ello, es que, entre otras medidas, se impida que el acreedor, con garantía real, pueda iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía cuando el bien esté afecto a la actividad empresarial, profesional o a una unidad productiva titularidad del concursado hasta que no se apruebe un convenio, cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, o, en el supuesto de iniciado, se suspenda, artículo 56 de la Ley Concursal. Esa afectación ha de declararla el Juez del concurso, y no se aplicará cuando el concursado sea un tercer poseedor del bien objeto de la garantía.
No concurriendo estas circunstancias, el artículo 57 prevé que puedan iniciarse o reanudarse, tramitándose al tal efecto la oportuna pieza separada, que se acomodará al procedimiento judicial correspondiente.
Esa decisión, suspender la ejecución, fue la adoptada en el incidente concursal 1345/12, del que se ha aportado la Sentencia, pero resulta que ha transcurrido con exceso el plazo mencionado, de ahí la pretensión de la entidad recurrente.
TERCERO.-Pese a ello, el Juzgado desestima la pretensión actora, por entender que se ha abierto la fase de liquidación, se ha aprobado el plan, de modo que el bien ha de quedar afecto al mismo.
Este criterio, como ya ha señalado esta Sala en supuestos similares, no se puede compartir, porque supone obviar principios de nuestro sistema. Efectivamente, dispone el artículo 57-3º de la Ley Concursal, en relación a los acreedores con garantía real, que: " Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada".
A estos efectos, es necesario recordar desde cuándo se producen los efectos de la litispendencia. Tiene declarado esta Sala que consiste fundamentalmente en que se constituye o crea un proceso, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo, y despliega sus efectos desde la fecha de presentación de la demanda, si es admitida, artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre otros efectos, provoca la prohibición de introducir hechos nuevos en el debate con posterioridad a la demanda y a la contestación, es decir, la denominada perpetuaio iurisdictionis, cuyo fin, como nos dice la Sentencia de 9 de marzo de 2.006 : "es atender a la situación fáctica existente al presentar la demanda (Sentencias de 28 de mayo y de 8 de noviembre de 1997 ". Aunque es posible esta alteración de hecho en los supuestos contemplados, entre otros, en los artículos 286 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello provoca que los presupuestos de actuación del Tribunal han de determinarse en el momento de presentación de la demanda, y es ineficaz cualquier alteración posterior, tanto por lo que respecta a los hechos como a las normas jurídicas, artículo 411 Ley de Enjuiciamiento Civil. De ahí que esos actos posteriores a la demanda no pueden afectar a la Sentencia, más allá de los que expresamente la Ley le conceda, pero no a los presupuestos

fácticos de la demanda. Criterio que durante la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil ya era unánime en la jurisprudencia, así la Sentencia de 7 de junio de 2.002 declara que: "Aunque diversas resoluciones de esta Sala (así, entre otras, las Sentencias de 15 de febrero de 1965 y 26 de junio de 1975, además de las citadas por la parte recurrente de 9 enero 1958, 29 septiembre -no agosto como se indica- 1961 y 3 febrero 1968) se habían inclinado por el criterio de fijar la génesis de la litispendencia -constitución de la relación jurídica procesal- en la fecha del emplazamiento en sintonía con la doctrina de la producción de la "diffamatio iudicalis", y separándose de la que remitía tal momento a la contestación influenciada por la discutida doctrina romana de la "litis contestatio"-, sin embargo la moderna jurisprudencia acepta prácticamente sin fisuras el criterio que atiende a la presentación de la demanda siempre que sea admitida (Sentencias 25 febrero 1983, 3 febrero 1990, 2 septiembre 1993, 7 marzo 1996, 8 noviembre 1997, 26 enero 1998, entre otras), solución que coincide prácticamente con la que destaca el acto procesal de la admisión aunque con efectos retroactivos a la fecha de la presentación, por todo lo que es desde este momento cuando operan los principios de la "perpetuatio" "iurisdictionis", "legitimationis" y "actionis", vedándose con posterioridad la "mutatio libelli" -"lite pendente nihil innovetur"-, salvo las modificaciones subjetivas y objetivas que excepcionalmente son procedentes y aquí resulta ocioso contemplar".
Sobre la base de estas premisas, resulta que la recurrente presentó demandada de ejecución, con fecha 8 de marzo de 2.011, hecho que alega la recurrente, aunque no aporta una prueba objetiva, pero que debemos admitir en cuanto que no se ha puesto en duda por las demás partes, y fue admitida a trámite, se despachó ejecución mediante Auto de 11 de julio de 2.011, por tanto, desde aquella fecha se han desplegado los efectos de la litispendencia. El día 2 de julio de 2.012 se declaró a la entidad Agóra Edificios Andaluces, S.L.,en situación de concurso.
La ejecución hipotecaria ha estado suspendida, y la recurrente interesa que se reanude el procedimiento de ejecución hipotecaria como pieza separada del presente concurso, lo cual, deniega el Juzgado porque se ha abierto la fase de liquidación con fecha 29 de julio de 2.013 y se ha aprobado el plan con fecha 26 de noviembre de 2.013, es decir, que la petición de reanudar la ejecución, se ha formulado con posterioridad a la apertura de dicha fase. Ello supone obviar lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 57-3º, porque no estamos ante una demanda que se presenta con posterioridad a la declaración de concurso, al contrario la ejecución hipotecaria se había presentado y se había admitido casi un año antes, de lo cual, existía constancia en el concurso.
Como ya señaló esta Sala entre otros, en el rollo 6451/13, han desaparecido los inconvenientes para la satisfacción del acreedor privilegiado con el bien afecto a su garantía. En estas circunstancias, la única decisión asumible es autorizar la ejecución de esa garantía real, mediante pieza separada, que no es más que aplicar lo dispuesto en el apartado primero del artículo 57 de la Ley Concursal. Qué se haya aprobado el plan no es inconveniente, porque se ha realizado inadecuadamente, incluyendo el bien afecto a la garantía, porque se tenía constancia en el concurso de esa garantía real, que estaba suspendida, en base a un incidente del propio concurso, donde se había declarado el bien afecto a la actividad empresarial.
En resumen, se está dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 155-1º, dado que se trata de satisfacer un crédito con privilegio especial con el bien afecto. Confirmar la decisión recurrida, supondría menospreciar, desdeñar e incluso postergar un derecho real de garantía, cuyo contenido es de sobra conocido, en cuanto que atribuye al acreedor acción directa sobre el bien, de modo excluyente sobre los demás acreedores, para realizar su crédito. Entendiendo en todo caso, que se ha de cumplir las prescripciones del citado artículo 155, en la realización del bien afecto.
CUARTO.-Las precedentes consideraciones han de conducir, con estimación del recurso de apelación, a la revocación de la Sentencia recurrida y, en su lugar, acordar que procede reanudar el proceso de ejecución hipotecaria núm. 206/11 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Utrera., promovido por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., respecto de las fincas registrales núms. 30.347, 30.387, 30.399 y 30.410 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Utrera, como pieza separada del concurso, sin declaración sobre las costas de esta alzada.": SAP Sevilla (Sección 5) 20.11.2014 (Sentencia 575/2014; Rollo 4791/2014)

"Primero.- El BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. solicitó en su día la reanudación del procedimiento de ejecución hipotecaria que, antes de la declaración del concurso había instado ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de El Ejido, por considerarlo así procedente al abrirse la fase de liquidación, pidiendo al Juzgado de lo Mercantil que oficie al citado Juzgado de Primera Instancia para que se inhiba a su favor, acumulándose a la ejecución colectiva como pieza separada, todo ello conforme a lo prevenido en el artículo 57.3 de la Ley Concursal.
A tal pretensión se opusieron la concursada y el Administrador Concursal, alegando, en esencia, que habiéndose aprobado un plan de liquidación donde no se prevé ninguna ejecución separada, debe incluirse el bien ejecutado en el mismo, mientras no se modifique, lo que fue estimado por el Juez de lo Mercantil quedesestima la demanda por entender, en esencia, que no se ha previsto en el plan de liquidación aprobado tal ejecución singular y que por tanto no cabe proceder a la misma mientras no se inste la modificación del plan de liquidación en la forma prevista en la Ley, considerando que dicho plan se encuentra por encima de cualquier disposición legal.
Segundo.- Como ya señaló esta misma Sala, entre otras, en su reciente sentencia de 16 de septiembre de 2.014 (Rollo n.º 3995/2014), para resolver las cuestiones planteadas en el recurso ha de partirse de que el artículo 57.3 de la Ley Concursal establece que, abierta la fase de liquidación, las ejecuciones de garantías reales que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.

Tal precepto tiene carácter imperativo y no puede ser desconocido por el plan de liquidación. El aprobado en estos autos no contiene ningún apartado que resulte incompatible con la ejecución en pieza separada, como ordena la Ley, de las dos fincas urbanas sobre las que pesa la hipoteca que garantiza el crédito de la apelante.
Tercero.- No se ha acreditado en autos que las disposiciones contenidas en el plan de liquidación, contravengan el tenor del artículo 57.3, ni que sean incompatibles con una ejecución separada, única forma por otra parte de determinar con certeza el dinero obtenido con su venta que ha de destinarse necesariamente de forma prioritaria al pago de los créditos que garantizan.
La ejecución conjunta de bienes afectos a garantías reales y de las que no lo están podrían dar lugar a situaciones confusas sobre lo que se obtiene en concreto de cada bien.
Procede pues estimar el recurso interpuesto y revocar la sentencia apelada, dictando en su lugar otra por la que se estiman íntegramente las pretensiones deducidas por la entidad apelante.": SAP Sevilla (Sección 5) 25.11.2014 (Sentencia 582/2014; Rollo 4788/2014)

4. La competencia para la ejecución tras la reanudaciòn corresponde en todo caso al juez del concurso

AP Barcelona (Sección 15)

PRIMERO.1. Se plantea por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona un conflicto negativo de competencia objetiva con respecto a la reanudación de un procedimiento de ejecución hipotecaria, sobre la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Castelldefels, que se inició ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Gavà con anterioridad a la declaración de concurso de la propietaria de la mitad indivisa de dicha finca, Doña. Custodia.
2. Los antecedentes que resultan de las actuaciones remitidas a este tribunal son los siguientes:
a) Caixa d'Estalvis Laietana presentó demanda de ejecución hipotecaria, referida a dicha finca, frente a la Sra. Custodia y al Sr. Juan Pablo el 2 de julio de 2010, ante el Juzgado de Primera Instancia de Gavà (autos nº 767/2010).
b) Ya señalado día para la celebración de la subasta y publicados los edictos, la Sra. Custodia puso en conocimiento del juzgado que había sido declarada en concurso voluntario por auto de fecha 1 de julio de 2011, dictado por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona (concurso nº 420/2011), y solicitaba la suspensión de la subasta al amparo del art. 56.1 LC, al haber dictado dicho juzgado un auto de fecha 19 de julio de 2011 en el que declaraba que la mitad indivisa de dicha finca es necesaria para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada.
En este auto del juzgado mercantil, cuyo testimonio fue remitido al procedimiento de ejecución hipotecaria (f. 221-222) a petición del Juzgado de Gavà, el juez del concurso, tras declarar el carácter de bien necesario de la mitad indivisa de la finca, advertía que la decisión de suspender la ejecución correspondía al juzgado que tramita la ejecución separada.
c) Con base en esta resolución, el JPI de Gavà acordó la suspensión de la subasta mediante providencia de fecha 22 de julio de 2011, confirmando la suspensión en providencia posterior de fecha 9 de septiembre de 2011, tras recibir el testimonio del referido auto.
d) Por auto de fecha 20 de mayo de 2013 el Juzgado Mercantil nº 3 aprobó el plan de liquidación presentado por la administración concursal con estimación de las observaciones planteadas por Bankia (Caixa d'Estalvis Laietana) en el sentido de excluir del plan la mencionada finca sujeta a ejecución separada, " cuya ejecución deberá reanudarse en los términos del artículo 57 LC ", decía la resolución del juez del concurso.
e) La parte ejecutada, Sra. Custodia, presentó un escrito ante el JPI de Gavà el 9 de octubre de 2013, al que adjuntaba una copia de este auto, en el que ponía de manifiesto que por virtud de esta resolución del juzgado que tramita el concurso la ejecución debía ser reanudada en los términos previstos en el art. 57 LC, "es decir, en pieza separada dentro del expediente de concurso de acreedores y con atribución de la competencia al Juez del concurso". Por ello solicitaba la inhibición a favor del Juzgado Mercantil nº 3, con remisión de las actuaciones, a fin de su prosecución como pieza separada del concurso.
f) El JPI de Gavà acordó dar previo traslado de este escrito a la administradora concursal designada en el concurso, a efectos de que se pronunciara sobre la resolución a dictar con respecto a la continuación o no del procedimiento.
g) Consta en las actuaciones el acuse de recibo, sin que la administradora concursal presentara ningún escrito.
h) Seguidamente, el JPI de Gavà dictó el auto de fecha 25 de abril de 2014, en el que, con cita del art. 57 LC, acordaba la remisión de las actuaciones al Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona para la reanudación de la ejecución en el expediente de concurso voluntario de la Sra. Custodia.
i) Recibidas las actuaciones, el Juzgado Mercantil nº 3 dictó el auto de fecha 15 de mayo de 2014, en el que rechazaba su competencia objetiva para la reanudación de dicho procedimiento de ejecución hipotecaria, y acordaba la remisión de los autos a esta Sala como órgano superior común para resolver el conflicto negativo de competencia.
El auto argumenta que el art. 57 LC no permite la asunción por el juzgado que tramita el concurso de todas las ejecuciones hipotecarias en curso, ya que la competencia del juez del concurso se delimita por el art. 56 LC, siendo determinante a estos efectos que exista un pronunciamiento judicial sobre el carácter necesario del bien gravado para la continuidad de la actividad empresarial del deudor. Y en este caso -afirma el auto- "no consta en el procedimiento concursal ninguna resolución que determine que el bien objeto de ejecución -un inmueble sito en Castelldefels, Avenida de la Circunvalación, identificado

como finca nº NUM000 - haya sido declarado previamente por el juzgado bien necesario". Por ello, concluye, no ha lugar a aceptar la inhibición del Juzgado de Primera Instancia de Gavà.
SEGUNDO. 3. La primera observación que debemos hacer es que el juez del concurso parece haber incurrido en un error u olvido -sin duda involuntario-, pues - como se ha visto- consta que en el procedimiento de concurso de la Sra. Custodia fue dictado un auto en fecha 19 de julio de 2011 en el que se declaraba, a los efectos del art. 56 LC, que la mitad indivisa de la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Castelldefels, propiedad de la concursada, era necesaria para la continuidad de su actividad empresarial. La mencionada finca, que es objeto de la ejecución hipotecaria seguida ante el JPI de Gavà, es identificada en la parte dispositiva del auto del juzgado mercantil, y un testimonio de ese auto, expedido a petición del Juzgado de Gavà, obra en el procedimiento de ejecución hipotecaria (f. 221-222).
4. El auto del juzgado mercantil se limitaba a pronunciar esa declaración y señalaba que la decisión de suspender correspondía al juzgado que tramita la ejecución. Por ello, el JPI de Gavá, a la vista del auto del juzgado mercantil, acordó la suspensión de la ejecución, decisión que resultaba conforme con la previsión del art. 56.2 LC (antes y después de la reforma por la Ley 38/2011).
5. Abierta ya la liquidación y aprobado el plan de liquidación por auto del juzgado mercantil de fecha 20 de mayo de 2013, rige, en cuanto al destino de las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas conforme al art. 56 LC, lo dispuesto por el art. 57 LC, precepto al que se remite el indicado auto del juzgado mercantil (la ejecución " deberá reanudarse en los términos del artículo 57 LC ", dice en su parte dispositiva).
Conforme al apartado 3 de esta norma, en su primer inciso, "abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones [las de ejecución de garantías reales] perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado". Pero no es este el caso, pues Caixa d'Estalvis Laietana (Bankia) promovió la ejecución un año antes de la declaración de concurso.
6. La disposición aplicable al presente supuesto es el segundo inciso del art. 57.3: " [abierta la fase de liquidación] las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada".
La consecuencia es que el procedimiento de ejecución hipotecaria suspendido deberá reanudarse conforme al último inciso del art. 57.3 LC, acumulándose al procedimiento de concurso para su prosecución en pieza separada.
No es obstáculo que se haya declarado la exclusión de la finca hipotecada del plan de liquidación, pues ello no impide la reanudación de la ejecución en pieza separada del procedimiento de concurso, conforme a la previsión legal.": AAP Barcelona (Sección 15) 05.12.2014 (Auto 154/2014; Rollo 355/2014)

5. Inaplicabilidad a los embargos administrativos

AP Sevilla

"En este orden de cosa, no se comparte el criterio del Juez a quo, de entender que procede alzar los embargos por aplicación del artículo 57 ya que estamos ante un supuesto distinto y diferente. Esta norma se refiere a las garantías reales, pero con el matiz de que no se hayan ejercitado las oportunas acciones reales antes de la declaración de concurso, una vez abierta la fase de liquidación. Por ejercitar hemos de entender la acción, hacer algo, ejecutar, poner por obra una acción o trabajo, es decir, la actividad de hacer uso de un derecho, capacidad o virtud, siempre teniendo en cuenta un elemento temporal, como es que se realice antes de la declaración de concurso. En el supuesto analizado en la presente litis, es obvio que el procedimiento administrativo se había incoado con anterioridad a la declaración de concurso, incluso se había dictado la oportuna providencia de apremio, que, aunque no se ha aportado a los autos, es necesaria e indispensable para acordar el embargo, ya que se trata de abrir la fase de realización del derecho de crédito que ostenta la Administración. Todos estos actos son anteriores a la declaración de concurso, por tanto, no se trata del mismo supuesto contemplado en el artículo 57, que hace decaer ese derecho preferente, de quien ostenta una garantía real, por no haberse anticipado a la declaración de concurso. ": AAP Sevilla (Sección 5) 04.01.2012 (Auto 3/2012; Rollo 7566/2011)

SECCIÓN 3 - DE LOS EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS EN PARTICULAR

Artículo 58. Prohibición de compensación.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.

Nueva redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de esta ley respecto de las ejecuciones que no se

hubiesen reanudado o iniciado tras la declaración de concurso (Disposición transitoria novena, 1, Ley 38/2011).
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor en los que no hubiese sido presentado el informe (Disposición transitoria novena, 2 Ley 38/2011).

1. Consideraciones generales

AP Almería

"QUINTO.-Denuncia la recurrente la infracción, por inaplicación de los arts. 58 y 205 de la LC, en cuanto a la procedencia de la compensación de ambos créditos solicitada.
Se trata de analizar si, declarado el concurso, no cabe la compensación de unos créditos que no estaban concretados y, en este supuesto, sometidos a resolución judicial en otro procedimiento seguido ante los Juzgados de Madrid. La sentencia de instancia desestima los argumentos de las demandante.
La compensación se configura como un causa de extinción de las obligaciones (art 1.156 del CC), y aparece regulada en los arts 1195 y ss. Esta institución opera cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (artículo 1.195), produciendo el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1.202). Como indica la STS de 25 de septiembre de 2008 se exige la existencia de dos deudas recíprocas (STS de 28 de noviembre de 1986), toda vez que no cabe que se extinga lo que no ha nacido o carece de vigencia (STS de 6 de marzo de 1968). Se ha entendido que su fundamento se encuentra en la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos por uno sólo mediante una simple operación aritmética. Dice la STS de 30 de abril de 2008 que "...toda compensación puede ser definida, de acuerdo con la regulación contenida en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones, en la cantidad concurrente, respecto de aquellas personas que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedores y deudoras la una de la otra.
Además de la compensación legal, que es la propiamente regulada en los artículos. 1195 y siguientes del Código Civil, y que opera "ipso iure" cuando concurran los requisitos previstos en el art. 1196 del mismo cuerpo legal, la doctrina y jurisprudencia ha venido a distinguir la existencia de la compensación judicial, que acaece en aquellos supuestos en que los créditos no reúnen todos los requisitos exigidos -siendo misión del Juez completar la ausencia de los mismos-, y voluntaria, que tendrá lugar cuando las partes acuerden de modo convencional dicho pago recíproco, regulándose ésta por los pactos que libremente hubieran convenido.
En el ámbito concursal el art 58 de la ley regula el ámbito de aplicación de la compensación. Este precepto señala que sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
Bajo la vigencia de la normativa concursal anterior, la jurisprudencia (STS 25 de octubre de 2007 con cita de las resoluciones de 19 de diciembre de 1.991, 20 de mayo de 1.993 y 11 de julio de 2.005) ante el silencio normativo sobre su admisibilidad, se opuso a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones reciprocas en situaciones concursales en defensa de una "par conditio" que puede resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor "in bonis". Doctrina que se ha mantenido salvo en supuestos específicos, en los que la igualdad de trato no estaba en peligro, ya porque la relación de obligación se hubiera expresado contablemente en forma de cuenta corriente y los requisitos de la compensación concurrido antes de la declaración de quiebra(STS de 17 de marzo de 1.977) o porque se tratara de una compensación que no producía daño alguno a los demás acreedores de una suspensión de pagos en la que se había logrado convenio(STS de 11 de octubre de 1.988) o porque más que de una compensación se entendió producida una ejecución separada de prenda, cuyo objeto no había entrado en la masa de la quiebra(STS sentencia de 7 de octubre de 1.997). No obstante, el art 58 supone que en una situación de concurso, el mecanismo de la compensación no sólo afecta al concursado y al acreedor que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en los demás acreedores del concursado que no son también sus deudores. Y ello porque, en principio, todos los acreedores del concursado quedan sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero, de ello, quedaría excluido el acreedor- deudor del concursado, quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuere deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido, ese crédito compensado, de la ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento que pudiera surgir de un convenio. La compensación daría lugar a un trato privilegiado a favor de los acreedores- deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la "par conditio creditorum".
Es más, en el presente supuesto, no ha quedado acreditado que la parte concursada hubiera presentado demanda o reconvención en solicitud del crédito que presuntamente pretendía compensar, lo que supone que resultara improcedente la pretensión de la parte actora, pues ni cabe la compensación judicial, ni en todo caso, resultaría conducente al acogimiento de las pretensiones de la recurrente.
Consecuentemente con lo expuesto, el recurso decae.": SAP Almería (Sección 2) 28.07.2014 (Sentencia 197/2014; Rollo 30/2013)

AP La Coruña

"La compensación es un modo de extinción de créditos y deudas recíprocos (arts. 1156 y 1202 Código Civil). La legal precisa de la concurrencia de los requisitos que se indican en el artículo 1195 (sendas personas, por derecho propio, recíprocamente acreedoras y deudoras), y en el 1196 del Código: 1º) Que cada uno de los

obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro. 2º) Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. 3º) Que las dos deudas estén vencidas. 4º) Que sean líquidas y exigibles. Y 5º) Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.
Se caracteriza por la automaticidad de sus efectos extintivos (STS 7/6/1983), al producirse de forma automática o "ipso iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc" - artículo 1202 del Código Civil y sentencia de 23 de marzo de 1982 - (STS 30/12/2011).
Por su lado, el artículo 58 de la Ley Concursal parte de la prohibición, una vez declarado el concurso, de la compensación de los créditos y deudas del concursado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
Y es que, como señala la STS de 18/2/2013 : "En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso".
Añade la sentencia citada: "Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o "ipso iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohiba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después". ": SAP La Coruña (Sección 4) 17.10.2013 (Sentencia 358/2013; Rollo 401/2013)

AP Salamanca

“Pues bien, como es sabido, el artículo 58 LC no atiende al momento de la resolución para fijar la posible compensación de créditos, sino a que concurran los requisitos de la compensación antes de la declaración del concurso. El comentado precepto dice así: "Artículo 58. Prohibición de compensación. Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal."
Para que puedan compensarse dos créditos es preciso como elemento previo y esencial (art.1195 CC) que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas (art.1196 CC) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, así como que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro. Por lo tanto para alegar la compensación previamente tiene que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor. O dicho en otras palabras, para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que, al tiempo, en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa. Una vez constatada la existencia de esos créditos recíprocos dentro de los activos y pasivos de ambos patrimonios, es cuando podrá operar la figura de la compensación.
Ahora bien, el Tribunal Supremo Sala 1ª, S 18-2-2013, nº 46/2013, rec. 1793/2010. Pte: Sancho Gargallo, Ignacio declaró que " en principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la "par condicio creditorum", que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: " Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella ".
Aunque no resulte aplicable al caso, por no estar vigente al tiempo de realizarse la supuesta compensación, conviene advertir que la Ley 38/2011 ha completado el art. 58 LC, y apostilla ahora que será válida la compensación de los créditos y deudas del concursado cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, " aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".
Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o " ipso iure ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia " ex tunc ", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se

haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después". Facultad que, en todo caso, sólo puede ser utilizada, una vez declarado el concurso, dentro del procedimiento concursal ante el juez de lo mercantil y por el incidente concursal legalmente previsto para ello, y no a través de un juicio ordinario ajeno a ese procedimiento concursal, puesto que todos los créditos del concursado, incluidos los susceptibles de compensación, deben estar sometidos a la disciplina del principio antes citado de la llamada "par condicio creditorum", cuya aplicación, una vez declarado el concurso de acreedores, sólo puede ser solicitada y llevada a cabo por un juez de lo mercantil, y en caso de controversia, mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto": SAP Salamanca (Sección 1) 30.12.2013 (Sentencia 419/2013; Rollo 416/2013)

AP Vizcaya

"SEGUNDO.-La compensación se configura como un causa de extinción de las obligaciones (art. 1.156 del CC), y aparece regulada en los arts 1195 y ss. Esta institución opera cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (artículo 1.195), produciendo el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1.202). Como indica la STS de 25 de septiembre de 2008 se exige la existencia de dos deudas recíprocas (STS de 28 de noviembre de 1986), toda vez que no cabe que se extinga lo que no ha nacido o carece de vigencia (STS de 6 de marzo de 1968). Se ha entendido que su fundamento se encuentra en la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos por uno sólo mediante una simple operación aritmética.
Dice la STS de 30 de abril de 2008 que "...toda compensación puede ser definida, de acuerdo con la regulación contenida en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones, en la cantidad concurrente, respecto de aquellas personas que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedores y deudoras la una de la otra. Además de la compensación legal, que es la propiamente regulada en los artículos. 1195 y siguientes del Código Civil, y que opera "ipso iure" cuando concurran los requisitos previstos en el art. 1196 del mismo cuerpo legal, la doctrina y jurisprudencia ha venido a distinguir la existencia de compensación judicial (que acaece en aquellos supuestos en que los créditos no reúnen todos los requisitos exigidos, siendo misión del Juez completar la ausencia de los mismos), y voluntaria (que tendrá lugar cuando las partes acuerden de modo convencional dicho pago recíproco, regulándose ésta por los pactos que libremente hubieran convenido)."
Bajo la vigencia de la normativa concursal anterior, la jurisprudencia (STS 25 de octubre de 2007 con cita de las resoluciones de 19 de diciembre de 1.991, 20 de mayo de 1.993 y 11 de julio de 2.005) ante el silencio normativo sobre su admisibilidad, se opuso a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones reciprocas en situaciones concursales en defensa de una "par conditio" que puede resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor "in bonis". Doctrina que se ha mantenido salvo en supuestos específicos, en los que la igualdad de trato no estaba en peligro, ya porque la relación de obligación se hubiera expresado contablemente en forma de cuenta corriente y los requisitos de la compensación concurrido antes de la declaración de quiebra (STS de 17 de marzo de 1.977) o porque se tratara de una compensación que no producía daño alguno a los demás acreedores de una suspensión de pagos en la que se había logrado convenio (STS de 11 de octubre de 1.988) o porque más que de una compensación se entendió producida una ejecución separada de prenda, cuyo objeto no había entrado en la masa de la quiebra (STS sentencia de 7 de octubre de 1.997).
Sin embargo como ya hemos visto, el art. 58 de la Ley Concursal ha cambiado el panorama, en cuanto regula el ámbito de aplicación de la compensación. Este precepto señala que, sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
En este sentido la SAP de Madrid, sección 21ª, de 28 de octubre de 2008 : "El artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, bajo la rúbrica de "prohibición de compensación", dispone, en su párrafo primero, que: "...declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". Los requisitos de la compensación aparecen recogidos en el artículo 1.196 del Código Civil. La fecha determinante es la de la declaración del concurso. De tal manera que, si los requisitos de la compensación ya concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado que no la hubiere hecho valer antes de la declaración del concurso, puede, después de haberse declarado el concurso, exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él. Por el contrario, si los requisitos de la compensación no concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado ya no puede exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él (queda prohibida la compensación).
Como dice la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 23 de septiembre de 2008 "... El vigente artículo 58 de la LC permite la compensación de créditos y deudas tan sólo en los casos en los que concurren los requisitos de compensación de créditos ex artículo 1196 del Código Civil con anterioridad a la declaración del concurso, siendo, por ello, necesario que el crédito concursal sea exigible antes de la declaración de concurso." Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de junio de 2.009 "... El art. 58 LC únicamente admite

como compensación eficaz con proyección sobre el concurso la que ha tenido lugar entre créditos que ya fueran compensables, conforme al régimen legal, en el momento de ser declarado el concurso, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles) se daban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago, y contemplando la situación desde la perspectiva de un concurso ya declarado": SAP Vizcaya (Sección 4) 19.01.2011 (Sentencia 8/2011; Rollo 428/2010)

"SEGUNDO.-Como ya dijimos en nuestra Sentencia de 19 de enero de 2.011, en el rollo de apelación nº 428/10, la compensación se configura como un causa de extinción de las obligaciones (art. 1.156 del CC), y aparece regulada en los arts 1195 y ss. Esta institución opera cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (artículo 1.195), produciendo el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1.202). Como indica la STS de 25 de septiembre de 2008 se exige la existencia de dos deudas recíprocas (STS de 28 de noviembre de 1986), toda vez que no cabe que se extinga lo que no ha nacido o carece de vigencia (STS de 6 de marzo de 1968). Se ha entendido que su fundamento se encuentra en la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos por uno sólo mediante una simple operación aritmética.
Dice la STS de 30 de abril de 2008 que "...toda compensación puede ser definida, de acuerdo con la regulación contenida en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones, en la cantidad concurrente, respecto de aquellas personas que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedores y deudoras la una de la otra. Además de la compensación legal, que es la propiamente regulada en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, y que opera "ipso iure" cuando concurran los requisitos previstos en el art. 1196 del mismo cuerpo legal, la doctrina y jurisprudencia ha venido a distinguir la existencia de compensación judicial (que acaece en aquellos supuestos en que los créditos no reúnen todos los requisitos exigidos, siendo misión del Juez completar la ausencia de los mismos), y voluntaria (que tendrá lugar cuando las partes acuerden de modo convencional dicho pago recíproco, regulándose ésta por los pactos que libremente hubieran convenido)."
Bajo la vigencia de la normativa concursal anterior, la jurisprudencia (STS 25 de octubre de 2007 con cita de las resoluciones de 19 de diciembre de 1.991, 20 de mayo de 1.993 y 11 de julio de 2.005) ante el silencio normativo sobre su admisibilidad, se opuso a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales en defensa de una "par conditio" que puede resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor "in bonis". Doctrina que se ha mantenido salvo en supuestos específicos, en los que la igualdad de trato no estaba en peligro, ya porque la relación de obligación se hubiera expresado contablemente en forma de cuenta corriente y los requisitos de la compensación concurrido antes de la declaración de quiebra (STS de 17 de marzo de 1.977) o porque se tratara de una compensación que no producía daño alguno a los demás acreedores de una suspensión de pagos en la que se había logrado convenio (STS de 11 de octubre de 1.988) o porque más que de una compensación se entendió producida una ejecución separada de prenda, cuyo objeto no había entrado en la masa de la quiebra (STS sentencia de 7 de octubre de 1.997).
Sin embargo como ya hemos visto, el art. 58 de la Ley Concursal ha cambiado el panorama, en cuanto regula el ámbito de aplicación de la compensación. Este precepto señala que, sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
En este sentido la SAP de Madrid, sección 21ª, de 28 de octubre de 2008 : "El artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, bajo la rúbrica de "prohibición de compensación", dispone, en su párrafo primero, que: "...declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". Los requisitos de la compensación aparecen recogidos en el artículo 1.196 del Código Civil. La fecha determinante es la de la declaración del concurso. De tal manera que, si los requisitos de la compensación ya concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado que no la hubiere hecho valer antes de la declaración del concurso, puede, después de haberse declarado el concurso, exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él. Por el contrario, si los requisitos de la compensación no concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado ya no puede exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él (queda prohibida la compensación).
Como dice la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 23 de septiembre de 2008 "... El vigente artículo 58 de la LC permite la compensación de créditos y deudas tan sólo en los casos en los que concurren los requisitos de compensación de créditos ex artículo 1196 del Código Civil con anterioridad a la declaración del concurso, siendo, por ello, necesario que el crédito concursal sea exigible antes de la declaración de concurso." Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de junio de 2.009 "... El art. 58 LC únicamente admite como compensación eficaz con proyección sobre el concurso la que ha tenido lugar entre créditos que ya fueran compensables, conforme al régimen legal, en el momento de ser declarado el concurso, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles) se daban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago, y contemplando la situación desde la perspectiva de un concurso ya declarado". ": SAP Vizcaya (Sección 4) 31.03.2011 (Sentencia 243/2011; Rollo 868/2010)

"sobre la inadmisibilidad de la compensación en situaciones concursales, salvo concretas excepciones, también en el ámbito de la anterior legislación en la que no existía disposición expresa, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en STS 25 de octubre de 2007, que trata la cuestión en un supuesto de créditos y deudas procedentes de servicios prestados por Letrado a la quebrada y negligencia en la prestación del servicio, que dice: "...El silencio normativo sobre la procedencia de admitir la extinción en la cantidad concurrente de dos obligaciones, cuando el deudor es acreedor en la otra y una de las partes de la compensación ha sido declarada en quiebra -con la salvedad contemplada en el artículo 926 para los socios comanditarios, los de las sociedades anónimas y los de cuentas en participación y las particularidades propias de las operaciones financieras relativas a instrumentos derivados que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual, a que se refiere la disposición adicional 10ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la del mercado de valores-, suplido por el artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio -que prohíbe la compensación de créditos y deudas del concursado, salvo que sus requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso-, dio lugar a una jurisprudencia opuesta a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales - sentencias de 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 11 de julio de 2005 -, en defensa de una "par conditio" que puede resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor "in bonis", doctrina que se ha mantenido salvo en supuestos específicos en los que la igualdad de trato no estaba en peligro, ya porque la relación de obligación se hubiera expresado contablemente en forma de cuenta corriente y los requisitos de la compensación hubieren concurrido antes de la declaración de quiebra - sentencia de 17 de marzo de 1977 - o porque se tratara de una compensación que no producía daño alguno a los demás acreedores de una suspensión de pagos en la que se había logrado convenio - sentencia de 11 de octubre de 1988 - o porque más que una compensación se entendió producida una ejecución separada de prenda, cuyo objeto no había entrado en la masa de la quiebra - sentencia de 7 de octubre de 1997 -". SAP Vizcaya (Sección 4) 29.05.2012 (Rollo 897/2012)

“SEGUNDO.-El art.58 LC dice que "Sin perjuicio de lo previsto en el art.205 LC, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran concurrido con anterioridad a la declaración de concurso. En caso de controversia en cuanto a tal extremo esta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal ".
En la sentencia de esta Sección de fecha 29 Mayo 2012, RA 897/12, se dice que: "sobre la inadmisibilidad de la compensación en situaciones concursales, salvo concretas excepciones, también en el ámbito de la anterior legislación en la que no existía disposición expresa, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en STS 25 de octubre de 2007, que trata la cuestión en un supuesto de créditos y deudas procedentes de servicios prestados por Letrado a la quebrada y negligencia en la prestación del servicio, que dice: "...El silencio normativo sobre la procedencia de admitir la extinción en la cantidad concurrente de dos obligaciones, cuando el deudor es acreedor en la otra y una de las partes de la compensación ha sido declarada en quiebra - con la salvedad contemplada en el artículo 926 para los socios comanditarios, los de las sociedades anónimas y los de cuentas en participación y las particularidades propias de las operaciones financieras relativas a instrumentos derivados que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual, a que se refiere la disposición adicional 10ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la del mercado de valores-, suplido por el artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio -que prohíbe la compensación de créditos y deudas del concursado, salvo que sus requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso-, dio lugar a una jurisprudencia opuesta a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales - sentencias de 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 11 de julio de 2005 -, en defensa de una "par conditio" que puede resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor "in bonis", doctrina que se ha mantenido salvo en supuestos específicos en los que la igualdad de trato no estaba en peligro, ya porque la relación de obligación se hubiera expresado contablemente en forma de cuenta corriente y los requisitos de la compensación hubieren concurrido antes de la declaración de quiebra - sentencia de 17 de marzo de 1977 - o porque se tratara de una compensación que no producía daño alguno a los demás acreedores de una suspensión de pagos en la que se había logrado convenio - sentencia de 11 de octubre de 1988 - o porque más que una compensación se entendió producida una ejecución separada de prenda, cuyo objeto no había entrado en la masa de la quiebra -sentencia de 7 de octubre de 1997 -".
Y es que, como declara la reciente STS 18 de Febrero de 2013, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la "par condictio creditorum", que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso.
Por tanto, para decidir sobre la aplicación de la compensación deben determinarse los requisitos de este instituto extintivo de obligaciones.
De los artículos 1195 y 1196 CC resulta que para que proceda la compensación es preciso que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, así como que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro.
Respecto a la exigencia de la liquidez de la deuda, dice la STS 14 de marzo de 1986 que una deuda es líquida a efectos de compensación cuando su objetivo y cuantía están perfectamente determinados, lo que no acaece si tal determinación debe hacerse en sentencia. Por su parte, la anterior STS 11 de Junio de 2006, dice "que tal figura (la compensación), definida en el Derecho histórico como "manera de pegamiento porque se desata la deuda que un ome deve a otro", con la operación ideal de pesar simultáneamente las dos obligaciones para

declararlas extinguidas en la cantidad concurrente (tanto quiere decir en romance como descontar un deudo por otro" en palabras también de la Ley 20, Título 14. de la Partida Quinta) viene sometida a presupuestos no sólo subjetivos, manifestados en la reciprocidad de las obligaciones dimanantes de relaciones principales (arts. 1195 y 1196, número primero del Código Civil) sino también a requisitos objetivos, pues ha de tratarse de débitos homogéneos (número segundo del artículo 1196) y líquidos (número cuarto del mismo precepto) exigencia esta de la liquidez que se traduce en la necesidad de que la prestación se halle determinada y cuantitativamente precisada para que pueda tener lugar el "pago abreviado" (sentencias de 2 de octubre de 1966, 28 de febrero de 1972, 24 de noviembre de 1975 y 2 de enero de 1976), a lo que no será óbice la circunstancia de que el montante pueda obtenerse "sin más que una sencilla operación aritmética" como la jurisprudencia tiene declarado (sentencia de 3 de julio de 1978, en la misma línea que las de 12 de diciembre de 1921 y 13 de noviembre de 1924). “: SAP Vizcaya (Sección 4) 28.06.2013 (Sentencia 395/2013; Rollo 50/2013)

“SEGUNDO. -El art. 58 LC dice que "Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205 LC, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran concurrido con anterioridad a la declaración de concurso. En caso de controversia en cuanto a tal extremo esta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal ".
En la sentencia de esta Sección de fecha 29 de marzo de 2012, RA 897/11, se dice "sobre la inadmisibilidad de la compensación en situaciones concursales, salvo concretas excepciones, también en el ámbito de la anterior legislación en la que no existía disposición expresa, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en STS 25 de octubre de 2007, que trata la cuestión en un supuesto de créditos y deudas procedentes de servicios prestados por Letrado a la quebrada y negligencia en la prestación del servicio, dice: "...El silencio normativo sobre la procedencia de admitir la extinción en la cantidad concurrente de dos obligaciones, cuando el deudor es acreedor en la otra y una de las partes de la compensación ha sido declarada en quiebra -con la salvedad contemplada en el artículo 926 para los socios comanditarios, los de las sociedades anónimas y los de cuentas en participación y las particularidades propias de las operaciones financieras relativas a instrumentos derivados que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual, a que se refiere la disposición adicional 10ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la del mercado de valores-, suplido por el artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio -que prohíbe la compensación de créditos y deudas del concursado, salvo que sus requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso-, dio lugar a una jurisprudencia opuesta a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales - sentencias de 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 11 de julio de 2005 -, en defensa de una "par conditio" que puede resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor "in bonis", doctrina que se ha mantenido salvo en supuestos específicos, en los que la igualdad de trato no estaba en peligro, ya porque la relación de obligación se hubiera expresado contablemente en forma de cuenta corriente y los requisitos de la compensación hubieren concurrido antes de la declaración de quiebra - sentencia de 17 de marzo de 1977 - o porque se tratara de una compensación que no producía daño alguno a los demás acreedores de una suspensión de pagos en la que se había logrado convenio - sentencia de 11 de octubre de 1988 - o porque más que una compensación se entendió producida una ejecución separada de prenda, cuyo objeto no había entrado en la masa de la quiebra -sentencia de 7 de octubre de 1997 -".
Y es que, como declara la reciente STS 18 de febrero de 2013, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la "par condictio creditorum", que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso.
Por tanto, para decidir sobre la aplicación de la compensación deben determinarse los requisitos de este instituto extintivo de obligaciones.
De los artículos 1195 y 1196 CC resulta que para que proceda la compensación es preciso que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, así como que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro.
Respecto a la exigencia de la liquidez de la deuda, dice la STS 14 de marzo de 1986 que una deuda es líquida a efectos de compensación cuando su objetivo y cuantía están perfectamente determinados, lo que no acaece si tal determinación debe hacerse en sentencia. Por su parte, la anterior STS 11 de junio de 2006, dice que "que tal figura (la compensación), definida en el Derecho histórico como "manera de pagamiento porque se desata la deuda que un ome deve a otro", con la operación ideal de pesar simultáneamente las dos obligaciones para declararlas extinguidas en la cantidad concurrente (tanto quiere decir en romance como descontar un deudo por otro" en palabras también de la Ley 20, Título 14. de la Partida Quinta) viene sometida a presupuestos no sólo subjetivos, manifestados en la reciprocidad de las obligaciones dimanantes de relaciones principales (arts. 1.195 y 1.196, número primero del Código Civil) sino también a requisitos objetivos, pues ha de tratarse de débitos homogéneos (número segundo del artículo 1.196) y líquidos (número cuarto del mismo precepto) exigencia esta de la liquidez que se traduce en la necesidad de que la prestación se halle determinada y cuantitativamente precisada para que pueda tener lugar el "pago abreviado" (sentencias de 2 de octubre de 1966, 28 de febrero de 1972, 24 de noviembre de 1975 y 2 de enero de 1976), a lo que no será óbice la circunstancia de que el montante pueda obtenerse "sin más que una sencilla operación aritmética" como la jurisprudencia tiene declarado (sentencia de 3 de julio de 1978, en la misma línea que las de 12 de

diciembre de 1921 y 13 de noviembre de 1924). “: SAP Vizcaya (Sección 4) 04.11.2013 (Sentencia 612/2013; Rollo 100/2013)

2. Cuestiones procesales: competencia objetiva y procedimiento

2.1 Rechazo por falta de competencia objetiva de la reconvención / alegación de compensación ante demanda de la concursada tramitada por JPI

AP Alicante

“QUINTO.-La conclusión de todo lo que llevamos dicho hasta ahora es que la cuantía de la condena contenida en el pronunciamiento por el que se estima parcialmente la demanda principal se reduce a 14.231,33.- # (141.757,93.- #, valor de la obra realmente ejecutada - 127.526,60.- #, importe de las cantidades pagadas por los promotores) y que no se altera la cuantía (20.534,37.- #) de la condena contenida en el pronunciamiento en el que se estima parcialmente la demanda reconvencional.
Se alega por la apelante que, en todo caso, se proceda a la compensación judicial de las cuantías contenidas en la Sentencia al ser ambas partes recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, pronunciamiento que fue solicitado por vía de subsanación y/o complemento de Sentencia, el cual fue rechazado por el Juzgador de instancia.
Se rechaza esta petición porque:
1.-) ambas partes admiten que la mercantil AVA LUNA, S.L. se encuentra incursa en un proceso de Concurso Voluntario que se sigue en el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante (autos número 9/2009).
2.-) Al haberse declarado a la contratista en situación de concurso mediante Auto de fecha 24 de abril de 2009 mientras se estaba sustanciando este proceso declarativo significa que, según establece el artículo 51 de la Ley Concursal, al no haberse acumulado este proceso al concursal previa petición de los administradores concursales, debe continuar este proceso hasta que recaiga Sentencia firme.
3.-) el artículo 58 de la Ley Concursal establece una prohibición de compensación de los créditos y deudas del concursado una vez declarado el concurso pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos se hubieran existido antes de la declaración del concurso y que las controversias sobre esta cuestión se resolverán a través del cauce del incidente concursal.
4.-) en el ámbito de un proceso declarativo civil no puede realizarse la calificación sobre la naturaleza de los créditos (concursal o contra la masa) para determinar si procede la compensación porque ello debe hacerse en el ámbito del procedimiento concursal, so pena de actuar el Juzgado de instancia sin competencia objetiva lo que provocaría la nulidad de las actuaciones (artículos 238-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).”: SAP Alicante (Sección 8) 03.02.2011 (Sentencia 49/2011; Rollo 596/2010)

“SEGUNDO.-El siguiente motivo de disenso con la resolución de instancia, viene referido a la desestimación de la excepción de compensación opuesta al amparo del artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque.
Dice el art. 58 de la LC : "Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.".
En una situación de concurso el mecanismo de la compensación no sólo afecta al concursado y al acreedor que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en los demás acreedores del concursado que no son también sus deudores. Y ello porque, en principio, todos los acreedores del concursado quedan sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero, de ello, quedaría excluido el acreedor deudor del concursado, quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuere deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido, ese crédito compensado, de la ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento que pudiera surgir de un convenio. La compensación daría lugar a un trato privilegiado a favor de los acreedores deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la "par conditio creditorum".
Es por ello que, independientemente de si la compensación con todos sus requisitos concurría o no antes de la declaración de concurso, cuando existe controversia como aquí ocurre, la cuestión debe ventilarse por el tribunal del concurso que es el único que tiene competencia para ello.
En este sentido como acertadamente, a nuestro juicio, dice la SAP de Barcelona de 23 de junio de 2011 "El art. 8.1º de la LC establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso, -al igual que hace el art. 86 ter de la LOPJ respecto de los Juzgados de lo Mercantil- sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerarse desde un punto de vista material y no meramente formal, lo que conllevará las consecuencias que se establecen en el art. 50.1 LC, esto es, que el Juez civil deberá abstenerse de conocer de la reclamación o pretensión y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el Juez competente, que será el de lo Mercantil.
En sentido análogo, en la prohibición de compensación incide expresamente el art. 58 LC, al establecer que sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, de manera que en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
Este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general; pero más trascendente que su contenido a efectos materiales, es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o de competencia, como es que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia,

la competencia corresponde al Juez del concurso, recalcándose así que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del Juez de lo Mercantil.".
También la SAP de Valencia de 28 de enero de 2008 que afirma la "imposibilidad de efectuar una eventual compensación de créditos -o deudas- en los términos que se pretenden por la parte recurrente, a tenor de la prohibición genérica que al efecto establece el artículo 58 de la Ley Concursal. Y ello no es más que mera consecuencia de la regla general propia de todo concurso que refiere la propia Exposición de Motivos de dicha Ley-, cual es el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores del concursado, y por razón de la que en el propio Auto de declaración de concurso (art. 21.1.5º LC) se ha de contener el pronunciamiento relativo al llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo que al efecto se establece, llevándose para ello a cabo la publicación en el Boletín Oficial del Estado y demás publicaciones que establece el artículo 23 de la Ley Concursal con la finalidad de obtener la integración de la masa pasiva (art. 49 LC).
A tenor de cuanto se ha expuesto, y una vez declarada judicialmente la situación concursal de OBRAS Y SERVICIOS ALACUAS XXI SL -de la que obviamente tenía pleno y cabal conocimiento el recurrente con anterioridad a la fecha de la contestación a la demanda-, por mera disposición legal, resulta inviable oponer la excepción de compensación de créditos respecto de la concursada...En definitiva, y una vez que tuvo conocimiento del procedimiento concursal, debió acudir a éste el Sr. Hugo a los efectos de obtener la satisfacción de su crédito.".
En consecuencia, la cuestión relativa a la eventual compensación de créditos, debe resolverse en el procedimiento concursal. Por lo tanto, procede la desestimación del recurso interpuesto, aunque por razones diferentes de las expuestas por el tribunal de instancia.": SAP Alicante (Sección 9) 16.07.2012 (Sentencia 456/2012; Rollo 806/2011)

AP Almería

"SEGUNDO.-El art. 58 de la Ley Concursal dice que sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
El art. 205 de la misma Ley dice que la declaración de concurso no afectará al derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de reintegración que en su caso procedan.
La compensación de créditos en el ámbito de la Ley Concursal ha sido objeto de numerosos estudios por parte de la doctrina y jurisprudencia con ocasión de la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal 22/2003. Con carácter general el art. 58 prohíbe la eficacia de la compensación en el ámbito del procedimiento concursal, esta declaración actúa, en cuanto al pago de las deudas anteriores a la misma, como un "muro" "infranqueable". Ahora bien, concluye el referido precepto en su párrafo primero proclamando: "(...) pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". De esta forma, el momento temporal determinante en este particular, esto es, a efectos de invocar esta concreta forma de extinción de las obligaciones en el ámbito de un procedimiento concursal, vendrá determinado por la concurrencia de los requisitos de la compensación en el efectivo momento de la declaración de concurso; esto es así porque ciertamente, si en tal momento los referidos requisitos se cumplen, la Ley Concursal dota de plena operatividad a la misma; lo anterior, con independencia de que ello implique, como en principio pudiera parecer, conflicto con el principio cardinal de nuestro Derecho concursal: la par conditio creditorum. El fundamento o la finalidad última de un precepto como el expuesto resulta evidente: lo que el legislador ha tratado de impedir con su introducción en la nueva Ley, es el finalmente, pago a un acreedor, de un crédito susceptible de ser calificado como concursal; esto es, de un crédito integrado en la masa pasiva del concurso. O, en definitiva, evitar cierto trato de favor a los acreedores-deudores del concursado.
De hecho, bajo la vigencia de la normativa concursal anterior, la jurisprudencia (Tribunal Supremo, Sentencia 25 de octubre de 2007, con cita de las resoluciones de 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 11 de julio de 2005 y que se añade al resto de jurisprudencia citada con anterioridad) ante el silencio normativo sobre su admisibilidad, se opuso, en los términos referidos previamente, a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales, en defensa, precisamente, de una " par conditio " que podría resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor " in bonis ".
No podemos obviar que la compensación se recoge en nuestro Código Civil como una más de las formas posibles de extinción de las obligaciones: (Art. 1156 CC : "Las obligaciones se extinguen: (...) Por la compensación"). No obstante, las circunstancias cambian cuando alguno de los acreedores-deudores es declarado en situación de concurso, en este caso lo determinante es la fecha de la declaración del concurso. De tal manera que si los requisitos de la compensación concurrieran ya con anterioridad a esta declaración, el acreedor del concursado que no la hubiera hecho valer antes, puede, después de ocurrida la misma, exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él. Por el contrario, si los requisitos de la compensación no concurrían con anterioridad a la declaración de concurso, el acreedor del concursado ya no puede exigir la extinción de su crédito (queda prohibida la compensación) (Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia 28 de octubre de 2008; Juzgado Mercantil de Madrid nº 5. Autos de Incidente Concursal 488/08).
En el caso de autos, los acontecimientos puestos de manifiesto por la recurrente a fin de hacer valer la excepción deducida vienen claramente referidos a un contexto temporal anterior a la declaración de concurso

voluntario de la mercantil COSTRUCCIONES ALMÍREZ SCA, si bien, como se expondrá a continuación, no es suficiente para el éxito del recurso planteado ante esta Sala.
Para que efectivamente concurra el referido efecto extintivo, es imperativo a tenor de lo dispuesto por el artículo 1196 CC, que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor principal del otro; debe existir, además, homogeneidad entre las deudas, en el sentido de que ambas consistan en dinero o en su caso, siendo fungibles, que las cosas debidas sean de la misma especie y también, de la misma calidad. Las deudas tienen que estar vencidas (sin que sea suficiente, a estos efectos, el vencimiento de la deuda con causa en la propia declaración de concurso), ser líquidas y exigibles y junto a todo ello, estar libres de retención o contienda promovida por terceros y notificada oportunamente al deudor.
Todos estos serán por tanto los requisitos que habrán de concurrir en la compensación antes de la declaración de concurso, en caso de que el acreedor pretenda hacer valer la misma en el ámbito del procedimiento. Es el acreedor-deudor, en términos generales, quien debe invocar la existencia de esa compensación para hacer valer sus efectos, sin perjuicio de que, una vez reconocida ésta, dichos efectos se retrotraigan al momento efectivo en que los requisitos se cumplieron. (ex art. 1202 CC).
Todo lo anterior resulta aplicable en cuanto a lo que se ha dado a conocer como compensación legal, por su expresa previsión en el Código Civil. Pero además de esta forma de compensación, del mismo cuerpo legal nuestra doctrina y jurisprudencia han extraído y vienen reconociendo además, la existencia de otros dos tipos adicionales a la misma: la convencional o contractual, con fundamento en el artículo 1255 CC, esto es, en la autonomía de la voluntad de las partes, y la compensación judicial. Resulta paradigmática en este particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de junio de 1983, por cuanto en ella el Alto Tribunal procede a diferenciar con meridiana claridad, entre estos tres tipos de compensación.
La compensación convencional (o contractual) se define, en términos literales derivados de la referida sentencia como: "(...) una (...) especie de compensación acogida al amparo de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación del artículo 1255 CC, sin otros límites que los fijados por dicho precepto; las leyes necesarias, la moral y el orden público, y con efectos que habrá que buscar en el contenido de la voluntad de las partes, que fijará los límites del acuerdo compensatorio el cual funcionará como negocio jurídico en el que los efectos se adaptarán exactamente al contenido de la voluntad de las partes que lo pacten".
Tendrá, por tanto, lugar la compensación convencional o contractual cuando las partes acuerden dicho pago recíproco, regulándose ésta por los pactos que libremente hubieran convenido.
Junto a ello, a tenor de la referida resolución, la compensación judicial se produce cuando, a falta de alguno de los requisitos de la legal, y (...) ordinariamente por el cauce de una demanda reconvencional, el demandado alega la existencia del crédito que hace valer con ocasión del reclamado en la demanda iniciadora del juicio, creándose o constituyéndose dentro del proceso y por efecto que sólo dentro del proceso puede producirse, la aportación subsanatoria del o los requisitos faltos, que, de ordinario, giran en torno a la liquidez de la deuda que se trata de compensar; bastando para esta liquidación judicial con la preexistente homogeneidad de las deudas existentes "iure propio" y con signo opuesto entre los titulares que las compensan dentro del juicio (...).
En definitiva, la compensación judicial acaece en aquellos supuestos en que los créditos no reúnen todos los requisitos exigidos, siendo misión del propio Juez completar la ausencia de los mismos (vid. también en este particular, STS 30 de abril de 2008). Adicionalmente, la misma se debe plantear, en todo caso, por vía de reconvención al ser preciso que el Juez se pronuncie sobre la concurrencia del elemento inicialmente ausente (Sentencias de 11 de octubre de 1988, 24 marzo y 9 abril 1994).
En relación con el primer tipo de compensación citado, sin duda habrá de entender el mismo susceptible de verse afectado por lo previsto en el artículo 58 LC y en la medida en que los requisitos convencionalmente pactados por las partes para la operatividad de la compensación concurran con carácter previo a la declaración de concurso, admitir los efectos de la misma en el procedimiento (si bien, como en el caso de la denominada compensación legal, será el propio acreedor-deudor del concursado quien, convenientemente, tendrá que hacer valer tales efectos). Produciéndose asimismo el resultado contrario, si tales requisitos no se cumplen en el momento descrito.
Ahora bien, cosa distinta se predica de lo que se conoce como compensación judicial. En este tipo de compensación, como se ha expuesto, no se trata de que el Juez declare en la sentencia una compensación ya producida (por concurrir los requisitos del artículo 1196 CC o haberse probado el pacto compensatorio), sino que "la ordena el órgano jurisdiccional en sentencia y como resultado de un proceso" (Tribunal Supremo. Sentencia de 17 de julio 2000), por lo que sus efectos no se retrotraen al momento en que coexisten créditos concurriendo los requisitos legales o pactados, sino que se producen ex nunc, a partir de la fecha de la sentencia que la declara. Por tanto, difícilmente podría recaer un supuesto de este tipo en el ámbito de aplicación del artículo 58 LC.
En el caso que nos ocupa, la Sala valora las alegaciones vertidas por la recurrente en su escrito como un intento de hacer valer una compensación judicial de créditos, en el seno de un procedimiento donde la parte actora y apelada ha sido declarada en concurso con posterioridad a la demanda reconvencional por ella formulada. ROALPESA PROYECTOS SL siempre pretendió la condena del saldo que a su favor pudiera resultar tras la efectividad de la compensación, y así lo demuestran sus escritos obrantes en autos, el primero al oponerse en el juicio cambiario instado por la actora. Posteriormente la mercantil demandada formuló su pretensión de compensación a través de demanda reconvencional que fue correctamente inadmitida por el Juzgado. En definitiva, resulta absolutamente necesario un pronunciamiento judicial que valore las alegaciones esgrimidas por la mercantil demanda acerca de si hubo o no retraso en la definitiva consumación del contrato de obra suscrito por las partes, constituyendo per se tal pronunciamiento judicial un presupuesto ineludible a fin de determinar el carácter líquido y exigible de las deudas que se pretenden compensar. Como corolario de lo anterior, no concurren los requisitos expresamente previstos en los arts. 1195 y 1196 CC, razón por la cual no tiene cabida la pretendida compensación en el inciso 2º del art. 58 de la Ley Concursal.

La fundamentación precedente corrobora la decisión adoptada por la Juzgadora de instancia, en primer lugar, estimando íntegramente la demanda presentada por COSTRUCCIONES ALMÍREZ SCA, toda vez que los hechos constitutivos de su pretensión han quedado acreditados; en segundo lugar, declarando su incompetencia objetiva para conocer de la pretensión de compensación esgrimida por la mercantil demandada en favor del Juzgado competente para conocer del concurso de la actora, al que habrá de dirigirse la demandada a fin de reclamar el crédito pretendido.": SAP Almería (Sección 1) 21.07.2014 (Sentencia 188/2014; Rollo 125/2014)

AP Oviedo

"TERCERO.- Sentado lo anterior, y en cuanto al fondo, lo primero que debe hacerse es determinar el crédito adeudado por el demandado al actor que este minora al contestar, pero no en el recurso, en el que parte, la apelante, del total reclamado en la demanda para reducirlo por vía de compensación, lo que supone el reconocimiento de los hechos constitutivos de la demanda, en concreto el quantum adeudado, que se ve avalado además por la documental y la pericial contable, indicativas de la deuda contraída por la recurrente con la actora, coincidente con la de la demanda, conclusiones que esta Sala ratifica. En consecuencia ha de partirse de que el demandado adeuda al actor el total reclamado y analizar la compensación aducida.
Señala el demandado que el juez a quo ha aplicado incorrectamente el artículo 58 de la LC, que veda la compensación de créditos de fecha posterior a la declaración del concurso (22 de mayo de 2006), ya que dicho precepto es de aplicación a los créditos concursales, pero no a los créditos contra la masa, como el presente, Sostiene la parte que las deudas que resultan de las facturas y albaranes que acompañan a la contestación tienen el carácter de deudas de la masa y no concursales, pues son concertadas por el deudor declarado en concurso, para la continuidad de su relación profesional y que por tanto se hallan especificadas dentro de las deudas de la masa a que se refiere el artículo 84 2 5º, e incluso pudiera citarse el artículo 84 2 6º, al tratarse de obligaciones recíprocas pendientes. En efecto, el alegato del apelante se fundamenta en que La Ley Concursal considera deudas de la masa a los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales que derivan de la continuidad de la actividad profesional del concursado tras la declaración del concurso y se refieren a obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (artículo 84 5º y 6º), los cuales se pagan conforme al artículo 154 de la LC y son prededucibles y por tanto también compensables, según opina la doctrina y también afirma que la compensación de créditos procede si existe un contrato de cuenta corriente mercantil entre ambas entidades. Los motivos se rechazan porque la determinación de si un crédito tiene el carácter de crédito concursal o contra la masa ha de hacerla el juez competente para el conocimiento del concurso, dentro el procedimiento concursal. Al igual que ha de resolver también la procedencia de la compensación aducida, al que expresamente se opone el demandante, toda vez que el art. 58 2º LC afirma que: "… En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal. ……, por lo que la Sala, en este procedimiento, carece de competencia objetiva, al igual que el juzgador a quo para conocer de la excepción planteada y lo mismo ha de decirse en lo que afecta a la procedencia de la compensación fundada en la existencia de un contrato de cuenta corriente mercantil, sin perjuicio de manifestar, a mayor abundamiento y a los meros efectos dialécticos, que la pericial practicada desvirtúa la existencia de dicha cuenta corriente mercantil entre ambas entidades (folio 156), careciendo igualmente de competencia para decidir, como acertadamente señala la sentencia impugnada, si han de remitirse o no al concurso las cantidades retenidas por la demandada. ": SAP Oviedo (sección 7) 28.11.2008 (Rollo 75/2008)

"En segundo lugar, reitera la recurrente la existencia de la compensación de créditos basada en la factura y el contrato de préstamo aportado con la contestación, que la juzgadora no examinó argumentado que era preciso haber planteado la compensación a través de la reconvención, lo que la recurrente no estima preciso. Alegación ésta de la parte apelante que la Sala comparte dados los términos delartículo 408 de la L.E.Civil 1/2.000, precepto que debe ponerse en relación con elartículo 406 del mismo cuerpo legal, infiriendo de su lectura que a la compensación debe dársele el trámite previsto en la norma, como así hizo el juzgador, mas no es necesario que se formule reconvención, y así lo entendió elTribunal Supremo en la sentencia de 26 de noviembre de 2.006.
Cuestión distinta es si puede debatirse en este ámbito si concurre o no la compensación, lo que ha de contestarse de forma negativa tal como informa el Ministerio Público, dado que elartículo 58 de la Ley Concursal dispone "sin perjuicio de lo previsto en elartículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia respecto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal." Pues bien, el Ministerio Fiscal, a quien se dio traslado, informó que de conformidad con el citadoartículo 58 y el apartado 1º delart. 86 de la L.O.P.J. la competencia en el extremo referido a la compensación de deudas corresponde a los juzgados de lo Mercantil.": SAP Oviedo (Sección 5) 05.03.2010 (JUR 2010/144144; Sentencia 73/2010; Rollo 36/2010)

AP Baleares

"SÉPTIMO.-Con relación a la compensación de créditos contra el deudor declarado en concurso, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2013 ha establecido que: " *En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la*

liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: " Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella ".
La aplicación la doctrina contenida en esta sentencia al caso de autos conlleva la estimación del primero de los motivos de apelación esgrimido por la empresa constructora demandante: los 62.679,67 # por pagos para arreglo de defectos y acabados, y los 14.096,05 # por abonos a los subcontratistas serían, en todo caso, créditos compensables que ostentaría la promotora contra la inmobiliaria pero, por los motivos anteriormente dichos, no cabe su compensación.
Esta premisa quedó claramente establecida por este tribunal en su auto de 3 de mayo de 2012 en el que se estimó la declinatoria de jurisdicción respecto de la compensación ejercitada por vía reconvencional.
Pero, ahora ya por motivos de derecho material, y por aplicación del artículo 58 de la Ley Concursal, tampoco puede ejercitarse la compensación de créditos contra el concursado por vía de excepción.
Ha de pensarse, por lo demás, que incluso desde el punto de vista procesal no existe una diferencia sustancial entre la compensación ejercitada por reconvención y la opuesta por excepción, pues el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil da a la compensación articulada como excepción un tratamiento procesal semejante al de la reconvención, hasta el punto de que en la doctrina se considera a la compensación opuesta por esta vía como una "excepción reconvencional".
Además, excluyendo toda compensación del presente proceso se evita que se rompa la continencia de la causa ya que todos los créditos a favor de la promotora contra la constructora se harán valer en el seno del proceso concursal.
Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que las facturas cuyo importe se reclama son posteriores a la declaración del concurso y que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo antes citada: " *Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o " ipso iure ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia " ex tunc ", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después*". “:SAP Baleares (Sección 3) 14.06.2013 (Sentencia 244/2013; Rollo 82/2013)

AP Barcelona (Sección 1)

“SÉPTIMO.-Demandas reconvencionales dirigidas contra la concursada CONTROL.
I.- CONTROL fue declarada en concurso voluntario por auto de fecha 19 de noviembre de 2008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona, de modo que tanto al interponer la demanda principal como al formular la reconvención dicha empresa se encontraba sujeta a tal proceso concursal, por lo que esta Sala, conforme a lo previsto en el art.48.3 LEC, confirió audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo de 10 días para que se pronunciaran sobre la competencia objetiva del Juzgado de Instancia para conocer de las reconvenciones formuladas por las promotoras frente a la contratista concursada en atención a que la competencia para conocer de las mismas podría corresponder al Juzgado del Concurso conforme a lo previsto en los arts. 8 y 50 de la Ley Concursal.
El artículo 8.1º de la Ley Concursal establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para las acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, y por ello esta Sala planteó la apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia, con la posible consecuencia de declarar la nulidad de lo actuado por vía reconvencional (arts. 48.2 y 227.2 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 50.1 in fine de la Ley Concursal).
Obsérvese que la reconvención es una nueva demanda que formula el primitivo demandado y da lugar a su propia contestación, esto es, a una acumulación; de modo que no sería acertado interpretar que está en trámite el proceso, a los efectos del art.51.1 de la Ley Concursal, para negar la aplicación del precitado artículo 50, pues éste alude a "demanda", y la reconvencional lo es conforme al art. 406.3 LEC.
II.- En anteriores numerales ya analizamos las posibles excepciones que impedirían la estimación de la demanda, advirtiendo de lo injustificado de la resolución contractual por no considerar imputable a la contratista el retraso en la ejecución de la obra y descartando que la obra ejecutada adolezca de defectos que precisen ser reparados; y es que no puede desconocerse que las promotoras que oponen un defectuoso cumplimiento de la contratista no necesitaban reconvenir por cuanto el derecho del actor sólo se adquiere con el puntual cumplimiento de sus obligaciones, de modo que no estaríamos ante una compensación propiamente dicha de dos créditos sino más bien ante la alegación de unas excepciones en orden a que se declarara que la contratista no tenía derecho a percibir el precio pendiente de pago.
Como recuerda la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de marzo de 1991, los principios del respeto a la palabra dada y a la buena fe dieron lugar al nacimiento de dos acciones diferentes, una de contrato no cumplido, llamada non adimpleti contractus, y otra de contrato no cumplido adecuadamente en cantidad, calidad, manera o tiempo, denominada exceptio non rite adimpleti contractus, acciones no reguladas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, pero cuya existencia está implícitamente admitida en diversos

preceptos y han sido sancionados por la jurisprudencia; así, en cuanto a la primera, los arts.1.466, 1.500 párrafo 2.º, 1.100 y 1.124 del Código Civil y las sentencias de 7 de octubre de 1985, 8 de junio de 1903, 9 de julio de 1904, 10 de abril de 1924, 1 de abril de 1925, 6 de noviembre de 1923 y 29 de diciembre de 1965, y respecto a la segunda, los arts.1.100 apartado último, y 1.154 y 1157, también del Código Civil, y la sentencia de 17 de abril de 1976.
Asimismo se ha de recordar como la jurisprudencia viene admitiendo la reducción del precio en el caso de acreditarse la realidad de las deficiencias constructivas (entre otras, STS, Sala 1ª, 27 enero 1992).
III.- Ahora bien, con el planteamiento de la demanda reconvenciónal la cuestión varia dado que es claro que ya no se trata de una excepción sino que estamos ante una nueva demanda, e incluso si se quiere ante una compensación, pero en todo caso ambas excluidas del conocimiento del Juzgado de Primera Instancia la compensación en base al art.58 de la Ley Concursal -.
IV.- En consecuencia, procede declarar la nulidad de actuaciones en lo que se refiere a la demanda reconvencional, por lo que formalmente no podemos entrar a considerar el recurso planteado por las demandadas reconvinientes sobre la desestimación de la reconvención, cuyas costas de primera instancia no procede imponer dado que su tramitación debió haberse denegado de plano por el juzgado.”: SAP Barcelona (Sección 1) 21.05.2013 (Sentencia 238/2013; Rollo 438/2011)

AP Barcelona (Sección 4)

“SEGUNDO.- Para resolver el presente recurso, debemos partir de los siguientes acreditados:
1) La demandante, FORNS I CAFETERIES DE L'ITALIÀ S.L,. mantuvo relaciones comerciales con la demandada, ALVILARDAN DISTRIBUCIÓ DE PA I BOLLERIA CONGELADA S.L., como consecuencia de las cuales, le suministró diversos productos que generaron las facturas (...)
Pero, lo que ocurre en el presente supuesto, es que las tres empresas del grupo FORNS I CAFETERIES DE L'ITALIÀ S.L., CAFÉ A LAS CINCO S.L. y PANOCAT S.L., han sido declaradas en concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, en expedientes 916/2.008, 917/.2008 y 918/2.008, por lo que no procede la compensación que realiza la sentencia de primera instancia al no permitirlo la Ley Concursal.
Así, se prohíbe la compensación en el artículo 58 de la Ley Concursal, que dispone " Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal ".
Como señala la sentencia dictada por la sección primera de la A.P. de Segovia, de fecha 29 de marzo de 2.010, "este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general, pero más trascendente que su contenido a efectos materiales es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o competenciales.
En esta disposición se establece que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al juez del concurso pues deben resolverse por los trámites de los incidentes concursales. Por lo tanto se pone de relieve que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del juez de lo mercantil".”: SAP Barcelona (Sección 4) 20.05.2011 (Sentencia 260/2011; Rollo 498/2010)

AP Barcelona (Sección 11)

“PRIMERO.- Se alza contra la sentencia de instancia en recurso de apelación la actora, solicitando el dictado de resolución que estime la demanda, condenando a la demandada al abono de 1.974 euros, con imposición de las costas y se declare la falta de la falta de competencia para conocer de la excepción de compensación, conforme al art. 58 de la L.C..
Argumenta su recurso, sucintamente, en que la reclamación que formula se dirigía contra el patrimonio de un deudor de la concursada, no siendo por tanto de aplicación el título competencial del art. 86 ter de la L.O.P.J., sino el general, art. 85 del mismo cuerpo legal, que atribuye la competencia a los juzgados de primera instancia, si bien, en cuanto a la excepción de compensación, considera que no debe ventilase en éste procedimiento, correspondiendo la competencia sobre su concurrencia al Juzgado de lo Mercantil, por vía de incidente, habiendo sido en consecuencia lo adecuado, el pronunciamiento sobre la reclamación principal, quedando la posible excepción de compensación para su resolución en el seno del concurso.
SEGUNDO.- Según resulta de las actuaciones, la apelante formula reclamación contra la demandada resultante del importe de la retención que hizo ésta, quien excepcionó la compensación, reclamando por los retrasos desde el 21 de abril al 25 de mayo de 2008, crédito,el alegado, previo a la declaración de concurso de la apelante. La actora aceptó su incumplimiento, según resulta de la vista celebrada.
La resolución apelada estima,que aceptando la apelante el incumplimiento y por tanto el crédito compensable, la controversia se centra en determinar el alcance de lo dispuesto en el art. 58 de la L.C. y considerando la falta de competencia objetiva del Juzgado para determinar si el crédito es o no compensable, siendo el procedimiento adecuado el incidente concursal, que deberá interponerse ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del asunto, estima tal falta de competencia objetiva del Juzgado de 1ª Instancia para conocer del procedimiento, absolviendo a la demandada de la demanda, sin hacer pronunciamiento de las costas causadas.
El art. 58 de la L.C., en cuanto a la prohibición de compensación, dispone que sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.

En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
Por su parte el art. 86 ter de la L.O.P.J. determina que los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y que la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
1.Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de la Ley Concursal. 2.Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.
3.Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
4.Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el número 1.º y sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan decretar los árbitros durante un procedimiento arbitral.
5.Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.
6.Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.
El punto segundo del referido precepto atribuye también a los juzgados de lo mercantil para cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:
a.Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.
b.Las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional.
c.Aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo.
d.Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.
e.Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento.
f.De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia.
Conforme al punto 3º del citado artículo los Juzgados de lo Mercantil tendrán competencia para el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, cuando éstas versen sobre materias de su competencia, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.
Por su parte el art 85 de la L.O.P.J. prevé que los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil:
1.En primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta ley a otros juzgados o tribunales.
2.De los actos de jurisdicción voluntaria en los términos que prevean las leyes.
3.De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Paz del partido.
4.De las cuestiones de competencia en materia civil entre los Juzgados de Paz del partido.
5.De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras y de la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.
Pues bien, partiendo de lo expuesto, debe estimarse la apelación, pues el juzgado de 1ª instancia no carece de competencia objetiva para el conocimiento de la acción ejercitada por la actora, en reclamación de cantidad contra la demandada en tanto que deudora de aquella, no contando con la misma, en cambio, para el conocimiento de la excepción opuesta por el demandado, correspondiendo la misma al juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso. En consecuencia no resulta ajustada a derecho la apreciación de falta de competencia objetiva del juzgado de instancia, para conocer del procedimiento, por cuanto si ostenta la misma para el conocimiento de la reclamación principal, careciendo de ella únicamente para la excepción de compensación opuesta..
Lo expuesto determina la pertinencia de estimar la demanda, resultando indubitada la existencia de la retención objeto de la reclamación por la instante, debiéndose debatir la cuestión relativa a la compensación de créditos, vía incidente, en el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso.": SAP Barcelona (Sección 11) 20.10.2011 (Sentencia 521/2011; Rollo 1100/2010)

"IV.- Cuarto motivo: error al vincular la compensación con el proceso concursal (alegación 4ª frente a fundamento jurídico 4º).
El motivo se rechaza. Para llegar a esta conclusión partimos de dos premisas fundamentales:
a.- CAPRESA fue declarada en situación de concurso de acreedores mediante Auto de 9 de febrero de2.009 por el Juzgado mercantil nº 7 de Barcelona (documento 2 de la demanda).

b.- al no existir ningún elemento de extranjería, se descarta la aplicación al caso del art. 205.1 Ley concursal por lo que en base al art. 58 de esta norma "declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal".
Si lo anterior es cierto la pretensión compensatoria de SIDENOR no puede ser acogida:
a.- si la recurrente consideraba que el crédito que ostentaba frente a la contraria reunía la totalidad de requisitos exigidos por el art. 1.196 CCivil cuando expidió su nota de cargo en fecha 29 de enero de 2.009 (documento 33 de la contestación) -antes por tanto de la fecha de la declaración del concurso-, a la vista de la oposición formulada por CAPRESA (documentos 12 y 13 de la demanda) debería de haber instado el oportuno incidente ante el juez del concurso quien, por tratarse de una cuestión de trascendencia sobre el patrimonio de la concursada, ostentaba competencia exclusiva, y por tanto excluyente de los juzgados de primera instancia, para su decisión conforme a los arts. 8.1 º, 50.1, 58 i.f. y 86 ter LOPJ (SsAAPP, Badajoz, Sec. 3ª de 26/1/12, Zaragoza, Sec. 5ª de 20/3/12 y Salamanca, Sec. 1ª de 27/3/12). No consta que SIDENOR hubiera actuado en este sentido sin que esa omisión pudiera ser suplida, por el carácter improrrogable de la competencia objetiva, por el juzgado de 1ª instancia ante el que se siguió el presente litigio.
b.- por el contrario, si la apelante entendía que su crédito precisaba de integración judicial para proceder a su compensación -singularmente faltaba el requisito de la liquidez, cumplido tras la práctica de prueba pericial que rebajó en buena medida la suma inicial-, al haber ocurrido tras la declaración del concurso, el transcrito art. 58 LC impedía que operara dicha forma de extinción de los créditos y obligaciones de CAPRESA pues debemos recordar, con la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 21ª, de 28/10/08, "que en una situación de concurso, el mecanismo de la compensación no sólo afecta al concursado y al acreedor que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en los demás acreedores del concursado que no son también sus deudores. Y ello porque, en principio, todos los acreedores del concursado quedan sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero, de ello, quedaría excluido el acreedor- deudor del concursado, quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuere deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido, ese crédito compensado, de la ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento que pudiera surgir de un convenio. La compensación daría lugar a un trato privilegiado a favor de los acreedores-deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la "par conditio creditorum".
En definitiva hemos de entender que SIDENOR, conforme al art. 85.1 LC, comunicó a la administración concursal la totalidad de créditos que ostentaba sobre la contraria y que el hoy litigioso debió ser reconocido por dicho órgano en la forma insinuada al no constar el seguimiento de ningún incidente ante el juez del concurso (art. 86.1.2º párrafo LC). Si ello es así, y para garantizar el trato paritario entre todos los acreedores comunes -norma fundamental en el Derecho concursal-, el crédito que SIDENOR pudiera ostentar por el cumplimiento defectuoso de CAPRESA carecía de eficacia para extinguir, por compensación, la deuda que mantenía con la concursada (art. 58 LC) pues ese crédito cruzado quedaba sometido al convenio judicialmente aprobado (arts. 133 y ss LC).”: SAP Barcelona (Sección 11) 07.06.2012 (Sentencia 287/2012; Rollo 588/2011)

AP Barcelona (Sección 13)

“TERCERO-Tampoco puede prosperar el recurso que se interpone contra la sentencia de instancia pretendiendo que se declare la extinción de la deuda por compensación. La compensación exige como elemento previo y esencial (art.1.195 CC) que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra; que las deudas recíprocas (art. 1.196 CC) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles; que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y que a su vez sea acreedor principal del otro. Todo ello supone que para poder ser estimada, previamente tenga que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor; o lo que es lo mismo, que para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que al mismo tiempo en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa. Sólo constatada la existencia de esos créditos recíprocos será cuando pueda operar la figura de la compensación. Y eso en definitiva es lo que habría que constatar y declarar, para poder acoger la alegación vertida por la demandada en su escrito de contestación a la demanda, puesto que en el fondo la demandada no está afirmando jurídicamente la existencia del pago de la deuda, sino que tiene un crédito contra la actora que quiere que se le descuente para extinguir su obligación.
Pues bien, el Juzgado de 1ª Instancia, en este caso, el de RUBÍ, carece de la competencia para conocer de la excepción de compensación alegada pues el conocimiento de dichas cuestiones corresponden al Juzgado de lo mercantil.
El art. 8.1º de la LC establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso, - al igual que hace el art. 86 ter de la LOPJ respecto de los Juzgados de lo Mercantil, - sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerarse desde un punto de vista material y no meramente formal, lo que conllevará las consecuencias que se establecen en el art. 50.1 LC, esto es, que el Juez civil deberá abstenerse de conocer de la reclamación o pretensión y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el Juez competente, que será el de lo Mercantil.
En sentido análogo, en la prohibición de compensación incide expresamente el art. 58 LC, al establecer que sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, de manera que en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.

Este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general; pero más trascendente que su contenido a efectos materiales, es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o de competencia, como es que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al Juez del concurso, recalcándose así que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del Juez de lo Mercantil.”: SAP Barcelona (Sección 13) 23.06.2011 (Sentencia 338/2011; Rollo 447/2010)

AP Barcelona (Sección 14)

“PRIMERO.-La mercantil Prometheus Electronic Cataluña, S.A. y la demandada mantenían relaciones comerciales consistentes en que la segunda adquiría aparatos electrónicos y electrodomésticos a la primera. La cantidad que se reclama por la Administración concursal es la de 28.716,40# correspondientes a una factura correspondiente a junio de 2008 que resultó impagada por la demandada. La mercantil Prometheus Electronics Cataluña, S.A. fue declarada en concurso el 1 de octubre de 2008 siendo incluida la demandada en la masa activa del concurso. La demanda la interpone la administración concursal de Prometheus Electronic Cataluña, S.A.
La demandada en la contestación a la demanda se opone a la pretensión alegando inexistencia de deuda al haberse omitido por la actora los "rappels" y/o descuentos correspondientes.
Considera la sentencia de instancia que no cabe la compensación de créditos alegada por la demandada por considerarse incompetente. Atendiendo al art. 86 ter. de la LOPJ y el art. 8.1º de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, y la compensación que pretende el demandado se enmarca dentro de la categoría de acción civil con evidente trascendencia para el patrimonio del concursado, por lo que en la jurisdicción civil no pueden ser atendidas las pretensiones de la demandada. Por otra parte dado que no han sido impugnados los documentos en los que la actora fundamenta su pretensión, ni la demandada ha presentado argumentos que lo desvirtúe ni tampoco la cuantificación, procede estimar la demanda.
Contra la sentencia se alza la parte demandada reiterando su pretensión del derecho a la compensación en relación a la existencia de rappels y descuentos que al aplicarlos conlleva que la demandada no deba cantidad alguna a la demandante. Alude que nunca ha recibido notificación alguna de que la demandante se encuentre en concurso ni del Juzgado donde este se sustancia y del número de autos del procedimiento, a fin de poder comparecer en el mismo, constando de la documental aportada con la demanda que el Auto de declaración del concurso es de 1 de octubre de 2008 y la resolución de facultades de administración y disposición del deudor y el nombramiento de los administradores concursales y el Auto de apertura de la fase de liquidación y de aprobación del plan de liquidación es de fecha 22 de septiembre de 2009.La existencia de los rappels y descuentos que se relacionan cuya compensación se interesa hace que no exista la deuda que se reclama.
Se presenta oposición de adverso insistiendo en la adecuación de la sentencia de instancia que ni siquiera entró a examinar la compensación invocada por la demandada al ser la competencia para el conocimiento el pleito del Juzgado Mercantil en que se ventila el concurso de esta parte. El crédito que aduce la recurrente no esta determinado ni es liquido ni exigible y por lo tanto no se había generado antes del concurso. Asimismo examina las pretendidas sumas compensables y considera que no cabe su estimación, asó no se ha acreditado que existiera el derecho al cobro del rappel al no constar acreditado el objetivo a partir del cual se aplicaban, no constando tampoco acreditado la posibilidad de aplicar el 1% adicional y en cuanto al crédito derivado de las devoluciones no se ha demostrado si obedecían a obligaciones mal ejecutadas o si se cumplieron las obligaciones del Código de Comercio en cuanto al plazo para realizar las mismas.
SEGUNDO.-Procede entrar a examinar en primer lugar la competencia para conocer de la compensación pretendida por la demandada, ahora recurrente, al contestar la demanda para negar la existencia de la deuda pues de considerar incompetente al juzgado de primera instancia resultaría ocioso examinar los argumentos contables vertidos para computar la inexistencia de la deuda.
La compensación exige como elemento previo y esencial (art. 1195 cc) que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra; que las deudas reciprocas (art.1196 CC) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles; que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y que a su vez sea acreedor principal del otro. Todo ello supone que para poder ser estimada, previamente tenga que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor a su acreedor; o lo que es lo mismo, que para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que al mismo tiempo en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa. Solo constatada la existencia de esos créditos recíprocos será cuando pueda operar la figura de la compensación.
En el presente supuesto la demandada al oponerse a la demanda no esta afirmando jurídicamente la existencia del pago de la deuda sino que tiene un crédito contra la actora que quiere que se le descuente para extinguir su obligación, y es a partir de esta pretensión que procede examinar si el juzgador a quo tiene competencia para conocer de la excepción de compensación, llegando a la conclusión el juez a quo y a la que también llega esta Sala, como se expone a continuación, que corresponde el conocimiento de dichas cuestiones al Juzgado de lo Mercantil.
Establece el artículo 58 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, como prohibición de compensación que "S in perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. En caso de controversia en cuanto a este extremo, éste se resolverá a través de los cauces del incidente concursal."

Este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general, pero más trascendente que su contenido a efectos materiales, es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o de competencia, como es que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al juez del concurso, recalcándose así que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del juez de lo mercantil.
La masa pasiva está constituida por el conjunto de acreedores del concurso existentes en el momento del concurso (Artículos 49 y 84.1 de la Ley Concursal).
Si bien la Administración Concursal ha de dirigir una comunicación personal a todos y cada uno de los acreedores, excluidos, incluidos sin comunicación, reducidos en su cuantía o importe o calificados de forma distinta, para que cualquiera pueda impugnar la lista de acreedores (Artículos 95 y 96 de la Ley Concursal), no procede en el presente supuesto pues en la fecha de declaración del concurso, 1 de octubre de 2008, el actor reconvencional no era acreedor pues su supuesto crédito aún carece de la declaración como tal al existir sólo la pretensión de compensación que aún está en fase litigiosa.
El artículo 8.1 de la Ley Concursal establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, al igual que el artículo 86 ter LOPJ, sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerar desde un punto de vista material y no meramente formal, lo que conllevara la consecuencia que se establecen en el art. 50.1 de la Ley Cambiaria, esto es, que el juez civil deberá abstenerse de conocer de la reclamación o pretensión y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el juez competente.
En consecuencia, siendo la pretensión de compensación contra el patrimonio del concursado, no es competente para su conocimiento el juez civil, por lo que procede la desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida.": SAP Barcelona (Sección 14) 12.06.2014 (Sentencia 218/2014; Rollo 1050/2012)

AP Barcelona (Sección 19)

"PRIMERO.-La sentencia dictada en la instancia estima en su integridad la demanda planteada por la representación procesal de INDUOVO, S.L. frente a CASA HUGAS, S.A. en ejercicio de la acción de reclamación de cantidad derivada del suministro en el año 2008 de determinadas partidas de huevo pasteurizado, lo que dio lugar a las facturas de fechas 31 - 10 - 2008 y 31 - 11 - 2008 por importes respectivos de 7.257,81 # y 4.494 # y condena al pago de la total suma de 14.581,79 # más intereses moratorios de la Ley 3 / 2004 desde la fecha de la demanda. Frente a la misma se alza la condenada interesando la revocación por los motivos que siguen: 1) Falta de competencia objetiva al corresponder al Juzgado de lo Mercantil la decisión de la excepción de compensación de créditos concursales; 2) Subdidiariamente procedencia de la compensación de créditos e infracción de los artículos 58 y 140 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.-El artículo 8 de la Ley Concursal establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso para conocer sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, al igual que lo hace el artículo 86 tres de la L.O.P.J.
El artículo 58 de la Ley Concursal establece a su vez que: " Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal. "
No existe obstáculo legal para poder apreciar inclusive, de oficio, la falta de competencia objetiva tan pronto se advierta por el tribunal que esté conociendo del asunto, visto el tenor del art. 48 L.E.C.
Ahora bien una vez declarado el concurso de la entidad demandante la pretensión de compensación del crédito que frente a ella pueda ostentar la entidad demandada deberá hacerse valer ante el Juzgado de lo Mercantil, a través del oportuno incidente concursal conforme establece el art. 58 de la L.C.
Mas ello no comporta la incompetencia para conocer de la acción ejercitada en la demanda por la entidad demandante declarada en concurso voluntario en virtud de Auto, de 23-01-2009, y que tras aprobarse el convenio de Acreedores en virtud de sentencia de 29-03-2010, presentó solicitud de apertura de fase de liquidación el 2-04-2012 por imposibilidad de cumplir el referido convenio, lo que motivó que en fecha 11 de abril de 2012 se dictara por el Juzgado de lo Mercantil nº. 8 de Barcelona Auto acordando, entre otras, la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplir el convenio el concursado con efectos inherentes a dicha declaración - (art. 142 y 145 L.C.). Toda vez que según resulta de lo prevenido en los artículos 8 y 9 de la L. Concursal la jurisdicción del juez mercantil del concurso tan solo se extiende a las materias allí expresamente enumeradas, resultando que la sociedad concursada es aquí la entidad actora, o demandante, no infringiéndose por ello lo dispuesto, en materia de competencia, en el art. 8.1º L.C. que establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso sobre las acciones civiles que se dirigían contra el patrimonio del concursado con las consecuencias que establece el art. 50.1 L.Concursal (en relación con el art. 86.tres de la L.O.P. Judicial).
TERCERO.-En la prohibición del análisis de la compensación esgrimida por la demandada recurrente, sobre la base de que ostenta a su vez crédito vencido, líquido y exigible antes de la declaración del concurso frente a la concursada, el art. 58 de la L. Concursal es claro y meridiano en cuanto establece que una vez declarado el concurso no procederá la compensación de créditos y deudas del concursado pero produciría sus efectos la compensación cuyos requisitos existieron con anterioridad a la declaración, debiéndose resolver a través del correspondiente incidente concursal.
Es por ello, que, con independencia de si la compensación del art. 1195 del Código Civil con todos sus requisitos concurría o no antes de la declaración del concurso, esto es que las dos mercantiles fueron recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, y que las deudas fueron líquidas, vencidas y exigibles, y cada uno de los obligados lo fuera principalmente y a su vez acreedor principal del otro, esto es

concurriera la existencia en el activo del acreedor de un crédito por parte del deudor y que en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor y viceversa, cuando existe controversia como aquí ocurre, y la mercantil recurrente, además, acudió al procedimiento concursal en febrero de 2009 para que se contabilizara y se incluyera su crédito en la lista de acreedores definitiva, por un importe total de 35.706,60 #, tal y como resulta del escrito que presentó en aquél procedimiento el 20 -02 -2009 (vid. folios 73 y 74), de los cuales cuatro conceptos correspondían a las cuatro facturas que aquí pretende sean compensadas con el crédito que reclama INDUOVO, S.L. incluyéndose su crédito en la lista de acreedores pendiente de pago en su condición de crédito no puede en los presentes autos apreciar la compensación en los términos que pretende la recurrente. Puesto que el crédito que aquí pretende compensar fue incluído y reconocido en el procedimiento concursal, dada la conducta procesal de la aquí recurrente que en aquél procedimiento solicitó se le reconocieron todas y cada una de las facturas que aquí se reclaman como adeudadas por la concursada, (junto con otra factura más). De este modo no pueden ir contra sus propios actos que causaron estado. Y así incumplido el convenio ante la imposibilidad de la concursada de dar cumplimento aquél, desaparecen todas las novaciones creadas con el convenio, aperturándose la fase de liquidación debiéndose sujetarse al principio de " par conditio creditorum " en los términos previstos en la Ley Concursal, sin que ninguna incidencia tenga en la resolución de las cuestiones controvertidas la documental incorporada por la recurrente en sede de apelación.”: SAP Barcelona (Sección 19) 20.06.2014 (Sentencia 241/2014; Rollo 155/2013)

AP La Coruña

“PRIMERO El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en la alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto, consiste en las acciones acumuladas que son ejercitadas por la entidad AYORA PUERTOS Y OBRAS S.L., que se encuentra en situación de concurso, debidamente autorizada por la administración concursal, contra la sociedades DRAGAFÓN S.L., URGIALIS S.L. y GEDESCO SERVICES SPAIN S.A.U. (…)
SEGUNDO (…) Así las cosas nos encontramos en condiciones de entrar a analizar la presente controversia, que se somete a nuestra consideración, señalando previamente que no se entra en el análisis de la viabilidad de la compensación de créditos en el concurso, a plantear, en su caso, de considerarse procedente tal acción, por la vía del incidente concursal ante el Juez de lo Mercantil nº 1 de esta ciudad, como se señala en el auto de dicho Juzgado, antes referido, en aplicación de lo normado en elart. 58 de la LC. Nos limitamos, por lo tanto, por elementales razones de congruencia, a entrar en el análisis de las acciones judiciales ejercitadas en este litigio, propias de la jurisdicción civil. (…)
SÉPTIMO (…) En el caso, que enjuiciamos, no vemos las razones por las cuales compensar el importe del descuento con una deuda que AYORA tenía con una mercantil del grupo empresarial de la descontataria, cuando expresamente se le autoriza a ello, conforme algún abuso de derecho, sino, por el contrario, ejercicio de la fuerza vinculante de los contratos. Insistimos sin entrar en la validez de la misma en el procedimiento concursal que corresponde dirimir al juez de lo mercantil, mediante el correspondiente incidente, de considerarse la actora o administración concursal, asistidos de tal derecho (art. 58 LC). ”: SAP La Coruña (Sección 4) 04.04.2011 (JUR 2011/176568; Sentencia 142/2011; Rollo 157/2011)

“CUARTO.-La compensación.- Por último, también se reitera la aplicación de la compensación, por cuanto en virtud de la escritura pública de cesión otorgada el 22 de julio de 2009 "Formoso Estructuras Metálicas, S.L." es titular de un crédito contra "Aceriusa, S.L." por valor de 300.000 euros.
El motivo tampoco puede ser estimado:
El artículo 58 de la Ley Concursal, en la redacción vigente a la presentación de la demanda, establecía que «Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.- En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal».
Consecuencia de lo anterior, es que el Juzgado de Primera Instancia carece de competencia para pronunciarse sobre la procedencia de una compensación de créditos, dada la situación de concurso en que se hallaba "Aceriusa, S.L.". En todo caso, "Formoso Estructuras Metálicas, S.L." podrá plantear su solicitud de compensación ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso de "Aceriusa, S.L.". La finalidad de la norma, junto con las previsiones de atribución de competencia al Juez del concurso (artículo 8.1 y 50.1 de la Ley Concursal) es evitar precisamente que pueda alterarse el concurso por la actuación de otros Juzgados. ”: SAP La Coruña (Sección 3) 28.06.2013 (Sentencia 308/2013; Rollo 20/2013)

AP La Rioja

“En la contestación a la demanda, la demandada Jolsa Aluminios S.L. contestó a la demanda y alegó compensación de deudas, que articuló mediante reconvención, alegando que Dimplus Soluciones Eléctricas S.L. adeudaba a Jolsa Aluminios S.L. 11363,82 euros, y Jolsa Aluminios S.L. adeudaba a Dimplus Soluciones Eléctricas S.L. 6764,18 euros, existiendo un saldo a favor de Jolsa Aluminios S.L. al compensar las deudas de 4599,64 euros, que reclama en la demanda reconvencional.
Por auto de fecha 30 de Mayo de 2012 el juzgado declaró su falta de competencia objetiva para conocer de la demanda reconvencional, acordando su archivo, con condena en costas a Jolsa Aluminios S.L..
Jolsa Aluminios S.L. recurrió en apelación dicho auto, únicamente respecto a la imposición de costas, consintiendo por tanto la falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Logroño para conocer de la demanda reconvencional, por ser competente el juez del concurso, como acertadamente se razona en dicho auto.

Dice el art. 58 de la Ley Concursal, "Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal".
Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de Junio de 2013 : "SEGUNDO.-La finalidad de la norma que prohíbe la compensación de créditos concursales, recogida en el artículo 58 de la Ley Concursal es garantizar la sujeción de todos los créditos a la "par conditium creditorum". Desde luego, la aplicación de dicho precepto puede producir un perjuicio al acreedor, pero este se deriva de la situación de concurso del deudor y lo que trata de evitar el precepto es que uno o varios de sus acreedores resulten privilegiados por la circunstancia de instar su satisfacción no por la vía de la reclamación, que quedaría acumulada al concurso, sino de la compensación. En definitiva, lo que pretende la norma el reparto equitativo de las pérdidas entre todos los acreedores del concurso.
No cabe duda de que el juzgado de primera instancia nº 5 de Logroño era incompetente para conocer tanto de la excepción de compensación alegada en la contestación a la demanda y en la demanda reconvencional interpuesta por de Jolsa Aluminios S.L. frente a la demandante inicial Dimplus Soluciones Eléctricas S.L., pues ésta se encontraba en situación de concurso desde el auto que así lo declaró el 21 de Noviembre de 2011, y seguía estándolo cuando la demandada contestó a la demanda oponiendo la compensación y ejercitando demanda reconvencional contra aquella en reclamación de una deuda dineraria. En esa situación de concurso es claro que no solo por la clausula general del art. 8 LC que atribuye al juez del concurso jurisdicción " exclusiva y excluyente " respecto de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, como es sin duda la que nos ocupa sino también por la expresa previsión del art. 50 LC que contiene un autentico mandato al juez de primera instancia de abstenerse de toda actuación respecto de nuevas demandas, de modo que acertadamente el juez de instancia acordó el archivo de la demanda reconvencional dirigida contra la concursada; y no pudo ni debió entrar a conocer en la sentencia, como no hizo, de la alegación de compensación, pues solo el juez del concurso podía pronunciarse sobre la misma, tal como dispone el art. 58 LC a través en su caso de un procedimiento especifico, el incidente concursal, y no en el juicio ordinario que nos ocupa. Así lo aceptó la parte ahora apelante, que solo impugnó el pronunciamiento en costas del auto de 30 de Mayo de 2012. La compensación de créditos a que alude el citado artículo 58 solo puede ser la regulada en los artículos 1195 y siguientes del Código civil, entre cuyos requisitos se encuentra la existencia de dos deudas líquidas, vencidas y exigibles Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 7 de Junio de 2012, la compensación de que se trata es la llamada compensación legal, esto es, aquélla que produce ipso iure la extinción de las deudas contrarias sin declaración complementaria alguna, y que exige los requisitos contenidos en el art. 1195 CC y 1196 CC. En caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al Juez del concurso, de lo que resulta que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del Juez de lo Mercantil. Y es evidente que en este caso no concurrían los requisitos exigidos legalmente para que operara la compensación, por no tratarse todas las deudas a compensar de líquidas, vencidas y exigibles, pues con anterioridad a la interposición de la demanda, según consta documentalmente, las partes habían llevado a cabo múltiples intentos de determinar de común acuerdo, sin éxito, las cantidades adeudadas por la una a la otra; la propia parte ahora apelante afirma en la contestación a la demanda, como alegó en la oposición al procedimiento monitorio, que no se adeudan las cantidades reclamadas por Dimplus Soluciones Eléctricas S.L., y así, de la factura de 15 de Octubre de 2008 solo acepta la colocación de placas, de la factura de 25 de Noviembre de 2008 alega que no procede su pago por no haberse entregado los boletines de instalación, y no reconoce las facturas por trabajos de mantenimiento; y es la sentencia ahora apelada la que determina de la reclamada por Dimplus Soluciones Eléctricas S.L., la debida; en tales circunstancias, difícilmente pueden haber concurrido antes del concurso todos y cada uno de los requisitos para que tuviere lugar la compensación legal a que se refiere el art. 58 de la Ley Concursal.": SAP La Rioja (Sección 1) 28.03.2014 (Sentencia 98/2014; Rollo 126/2013)

AP León

"PRIMERO.- La entidad mercantil BEGAR CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., dedicada a la construcción de todo tipo de obras públicas y privadas y declarada en situación de concurso de acreedores por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid de 25 de junio de 2009, en fecha 13 de octubre de 2010, formuló demanda de juicio ordinario contra PROMOCIONES ANDRIN MEXICO, S.L., reclamándole, con base en un contrato de obra suscrito por ambas partes el 4 de septiembre de 2004 y que tenia objeto la construcción de 72 viviendas, locales comerciales y dos plantas de sótano en la Finca El Rinconín de Llanes (Asturias), 358.767,59 euros como parte impagada del precio e intereses moratorios.
La demandada al contestar a la demanda opuso la excepción de compensación y, para el caso de que no se aceptara, formuló reconvención. En ambos casos con el fin de hacer valer los defectos constructivos existentes en el edificio y que provisionalmente cifró en 461.569,19 euros.
Acordado, con base al artículo 408.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dar traslado a la representación actora de la alegación de la existencia de crédito compensable, por la misma se propuso declinatoria para denunciar la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia (nº 4 de León) para conocer tanto de la compensación de créditos como de la demanda reconvencional formulada con carácter subsidiario, y ello porque la Ley Concursal atribuye al Juez de lo Mercantil que tramita el concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de cualquier materia trascendente para el patrimonio del deudor, calificativo que, a su juicio, merece la apreciación de la compensación, en cuanto es una de las causas de extinción de las obligaciones y uno de sus presupuestos, de concurrencia necesaria para la apreciación de la compensación

judicial, es el reconocimiento, por parte del Juez ante quien se plantea, del crédito que el demandado invoca en oposición al que le es reclamado por el actor.
Por Auto de 29 de marzo de 2011 se apreció la falta de competencia objetiva del Juzgado y se acordó el sobreseimiento y archivo del procedimiento.
Contra dicha resolución recurren en apelación ambas partes, que coinciden en la competencia del Juzgado para conocer de la demanda principal y discrepan en torno a la competencia para conocer de la excepción de crédito compensable y, subsidiariamente, de la reconvención.
SEGUNDO.-Cuando menos curiosa la situación generada, deriva, sin duda, de la línea de defensa adoptada por la en principio demandada.
Acierta la resolución recurrida y asiste la razón a la representación de la inicialmente actora cuando considera que tanto para la apreciación de la excepción, que exige la cumplimentación de un trámite similar al de la reconvención y el reconocimiento en definitiva de un crédito compensable en el que la mercantil concursada tiene la condición de deudora, como para el conocimiento de la demanda reconvencional, en la que se suplica la condena de aquélla al pago de la deuda que se dice mantiene con la dueña de la obra, la competencia la tiene el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso, pues el artículo 8.1º de la Ley Concursal sienta la competencia exclusiva y excluyente del mismo, con ciertas excepciones, para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado y el artículo 50.1 de la misma Ley obliga a los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda a abstenerse de conocer y a hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el Juez de lo Mercantil. Coincidiendo con la interpretación que lleva a cabo la Audiencia Provincial de Segovia en Sentencia 01.02.2010, citada en los escritos de la representación de la mercantil concursada, en cuanto que "demanda" equivale a reclamación y que ésta debe considerase desde un punto de vista material y no meramente formal.
Por lo tanto, ni para el conocimiento de la excepción de crédito compensable ni para el de la acción de reclamación de una cantidad de dinero por vicios en la obra tiene competencia el Juzgado de Primera Instancia, que sí la tiene en cambio para el conocimiento de la demanda principal.
Ahora bien, conviene precisar que, en sentido estricto, no estamos ante un supuesto de compensación cuando, existiendo defectos en una obra, se pretenda deducir el coste de subsanación a efectos de determinar el precio a satisfacer por el promotor. Lo que en tales casos sucede es que el crédito a favor del contratista por la obra ejecutada se aminora en atención al valor de la prestación defectuosa, sin que, en sentido estricto, insistimos y seguimos con ello autorizadas opiniones doctrinales, existan dos créditos susceptibles de compensación, viniendo facultado el promotor para oponer la llamada "exceptio non rite adimpleti contractus", que es lo que, a mayores, realizó la representación de la demandada en su contestación a la demanda.”: AAP León (Sección 2) 19.10.2011 (Auto 72/2011; Rollo 354/2011)

AP Madrid (Sección 8)

“PRIMERO. Planteamiento de la apelación.
La sentencia de primera instancia estimó la demanda después de rechazar la excepción de compensación opuesta por la demandada.
Frente a dicha resolución, la demandada VIAJES DOMINICANA TOURS S.L. formula recurso de apelación, en el que no impugna todos los pronunciamientos de la sentencia, sino únicamente la desestimación de la compensación de la cantidad de tres mil euros que se facturaron a la actora en concepto de promoción y publicidad, relativa a la inserción publicitaria en el concierto organizado el 14 de diciembre de 2006. Alega que la sentencia incurre en error en la aplicación del artículo 58 de la Ley Concursal porque, si bien dicho precepto establece que una vez declarado el concurso no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, añade después que "producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". Por lo que pide la revocación parcial de la sentencia y que la condena se reduzca hasta la cantidad de 19.497,34 euros.
La demandante ALADA TOURS S.A. se opone a dicho recurso alegando que está bien aplicado el citado precepto de la ley concursal y que si la demandada era titular de aquel crédito debería haber solicitado su inclusión en el procedimiento concursal y no tratar de obtener su cobro mediante la compensación al margen del concurso y eludiendo el principio "par conditio creditorum".
SEGUNDO. Sobre si procede la compensación y la vía o cauce de su reclamación.
Centrada la controversia de esta segunda instancia sólo en el tema de la compensación, es ineludible -dada la condición de concursada de la demandante- hacer el análisis de la impugnación a la luz de la ley concursal.
Dice el artículo 58 LC, que las partes citan desde sus interesadas perspectivas:
"Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
La interpretación de este precepto debe hacerse en el contexto general que el mismo ofrece. Es cierto que en él -frente a la regla general de improcedencia de la compensación- se abre una excepción a aquellos créditos compensables que cumplieran los requisitos oportunos con anterioridad a la declaración de concurso.
Ahora bien, aún en este supuesto excepcional (que es el que invoca la apelante a su favor en el escrito de recurso), no se puede olvidar lo dispuesto en el último párrafo de dicho precepto: que las posibles controversias que pudieran surgir en cuanto a la compensación habrán de resolverse a través de los cauces del incidente concursal.
Y es preciso concluir que en ese párrafo se establece, por un lado y de forma explícita, el camino a seguir para la resolución de la controversia (el incidente concursal) pero, por otro y de forma implícita, se está atribuyendo

la competencia objetiva al juez de lo mercantil (que es el único que puede conocer del incidente concursal, como dispone el artículo 192 de la Ley Concursal).
De manera que la propia discusión que se plantea sobre si el crédito es o no compensable ya sea sólo conforme a las normas del Código Civil ya lo sea conforme a los preceptos de la Ley Concursal, tendría que resolverla el juez de lo mercantil que es el competente legalmente y a través del incidente concursal oportuno.
Ahora bien, para no perjudicar los derechos de la parte apelante, hemos de poner en aplicación lo dispuesto en el artículo 48, 1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil :
Artículo 48. Apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva
La falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto.
Cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia o en trámite de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda.
En los casos a que se refieren los apartados anteriores, el Secretario judicial dará vista a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días, resolviendo el Tribunal por medio de auto.
El auto que declare la falta de competencia objetiva indicará la clase de tribunal al que corresponde el conocimiento del asunto.
En el presente caso, como no estamos en presencia de una declaración de incompetencia total, sino solo parcial (respecto de la compensación de los tres mil euros), no procedería la nulidad de actuaciones total sino sólo respecto del enjuiciamiento de dicha pretensión, dejando a salvo del derecho de la entidad demandada para ejercitar ante el juzgado de lo mercantil -si lo considera oportuno- la acción derivada de su crédito frente a la demandante declarada en concurso.
Por tanto, procede desestimar el recurso y revocar parcialmente, de oficio, la sentencia para declarar esa nulidad parcial de actuaciones.”: SAP Madrid (Sección 8) 09.05.2011 (Sentencia 206/2011; Rollo 268/2010)

“SEGUNDO.- La entidad" Gohersa" invoca artículos de la LEC relativos a la competencia que, a su entender, han sido vulnerados en la sentencia que es objeto de apelación, añadiendo que se le ha causado indefensión.
Entiende la Sala que no ha existido indefensión ni se han vulnerado los artículos que se citan porque la Juzgadora de Instancia manifiesta acertadamente en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente resolución que Incoporc no ha sido llamada a la presente litis. En consecuencia, concurre un evidente supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, dado que la decisión que se adopte en este procedimiento ha de repercutir necesariamente en la esfera patrimonial de dicha empresa porque la compensación pretendida presupone la declaración y reconocimiento de una deuda a cargo de ésta entidad y frente a su patrimonio (arts 1195 y 1196 del Código Civil). Pero es que además esta sociedad denominada Incoporc, que insistimos, no ha sido demandada en el presente procedimiento, se encuentra también declarada en concurso por auto dictado en fecha 28 de julio de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Segovia en el procedimiento que se sigue con el número 473/08, Juzgado que tiene competencia en materia mercantil (auto de declaración de concurso voluntario de fecha 28 de julio de 2007 aportado por la demandada como documento número 7 de la contestación, obrante al folio 340 de los autos). Por consiguiente, el Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada carece de competencia objetiva para conocer de un crédito frente a dicha concursada, correspondiendo su conocimiento al Juzgado del concurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la LOPJ y en los artículos 8.1 y 50 ambos de la Ley Concursal.
Además debe tenerse en cuenta que la entidad demandante "Proinserga, S.A.", también se encuentra en situación concursal (autos número 467/07 seguidos ante el mismo Juzgado de Segovia), por lo que si lo que se pretende reclamar por "Gohersa", aunque sea por vía de compensación, es un crédito frente a la demandante concursada "Proinserga", concurre la misma falta de competencia objetiva del Juzgado de Fuenlabrada.
Lo anteriormente expuesto determinó que el Juzgado de Fuenlabrada no pudiera entrar a examinar en este procedimiento la compensación judicial opuesta como causa de extinción del crédito reclamado, tanto por razones de forma como competenciales, siendo por ello que remitió a la parte al correspondiente procedimiento concursal. Esta misma decisión adoptada por el Juzgado de Fuenlabrada coincide con las acordadas por auto de fecha 17 de junio de 2008 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Segovia en los autos de juicio ordinario seguidos al número 769/07, y por auto de fecha 15 de septiembre de 2008, juicio ordinario seguido al número 797/07, dictado también por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Segovia, en dos supuestos similares al que nos ocupa (auto de fecha 17 de junio de 2008 obrante al folio 446 y auto de fecha 15 de septiembre de 2008 obrante al folio 440 que fueron aportados por la actora "Proinserga" al presente procedimiento).”: SAP Madrid (Sección 8) 30.01.2012 (Sentencia 76/2012; Rollo 670/2010)

AP Madrid (Sección 9)

“Quinto.- De forma subsidiaria solicita la apelante TME que se deduzca de la cantidad concedida a Clar la suma de 1.276.177,20 euros a que ascendió lo pagado por TME por "ejecución subsidiaria", esto es, por los trabajos realizados por terceros después de la resolución del contrato con Clar. Aparte de lo improcedente de la compensación que se pide frente a una sociedad en concurso de acreedores (en que la competencia corresponde al Juzgado de lo Mercantil que declaró el concurso: artículo 8 de la Ley Concursal), se trata de una pretensión nueva en esta segunda instancia, dado que no se formuló en la primera (en la que, por inexistente, no se tramitó como ordena el artículo 408.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y por ello prohibida por el artículo 456.1 de la misma Ley, lo que impone que no proceda analizarla.”: SAP Madrid (Sección 9) 16.03.2012 (Sentencia 149/2012; Rollo 323/2011)

AP Madrid (Sección 11)

“PRIMERO.-Antecedentes procesales del recurso.
El Auto de instancia declara la falta de competencia objetiva, al amparo del artículo 86 ter de la LOPJ y 8 de la Ley Concursal, para conocer sobre la demanda de reclamación de cantidad por parte de la entidad concursada, contra un tercero, que alegó frente a la misma compensación de deudas, basada en la falta de entrega de avales en la suma de 122.349,88 euros, y defectuosa ejecución del contrato de obra suscrito en su día entre las partes, al considerar, a modo de síntesis, que se da la concurrencia de dos acciones -la que constituye objeto de la demanda inicial- para la que sería competente la jurisdicción civil ante la que nos encontramos, y la que es objeto de la figura de la compensación alegada por la demandada, cuya competencia corresponde a la jurisdicción mercantil, y concretamente al juez que conoce del concurso de la actora.
En cuanto a la acumulación de acciones, se alega por la sentencia de instancia que ha de tenerse en cuenta que tal cuestión han sido analizadas tanto por la doctrina como por la denominada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, con una gran profusión de argumentos. Y así, teniendo en cuenta lo anterior, ha de concluirse que tales acciones, por razón de la vinculación de una con la otra, de la que sí es competente la jurisdicción mercantil, puede ser conocida acumuladamente por esta clase de órganos especializados, bien de manera originaria, bien por conexión que vincule competencialmente al órgano mercantil, considerando que si la jurisdicción mercantil ha de conocer de la, pretensión de compensación, la declaración sobre la existencia y cuantificación de la deuda reclamada por la actora, resulta antecedente imprescindible para apreciar la misma; ha de tenerse en cuenta la interpretación literal del artículo 86 ter de la LOPJ, que considera que la finalidad de la expresión "de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil" a que se refiere el precepto, es la, de dar exhaustividad a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil; asimismo se tiene en cuenta el criterio de íntima conexidad e interdependencia; igualmente se maneja el criterio del peligro de resoluciones con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes; además, ha de tenerse en cuenta la inexistencia de prohibición legal, todo ello en los términos concretos que refleja el antecedente de hecho segundo de esta resolución, que se corresponde con la parte dispositiva del mismo.
Los recursos planteados por la representación procesal tanto por la Sociedad Mercantil Constructora Pedralbes, S.A., como por parte de la Sociedad Viviendas de Miraflores, S.A., se fundamentan, a modo de síntesis comprensiva de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición, en la infracción del artículo 86 ter de la LOPJ, y 8 de la Ley Concursal, dada la falta de competencia del Juzgado Mercantil para conocer sobre la acción planteada por la actora al tratarse de la reclamación de la concursada frente a un tercero, en tanto que respecto de la acumulación de acciones, con vis atractiva del anterior respecto de la compensación alegada por el demandado, no procede de acuerdo con reiterada doctrina y jurisprudencia, y cita del artículo 58 de la Ley concursal.
Se solicita la revocación del Auto, dictando otro por el que se decrete la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda promovida por la actora, a excepción de lo atinente a la pretensión de compensación de créditos aducida por la demandada, y sin perjuicio del derecho de ésta última de poder acudir al Juzgado de lo Mercantil n° 6 de Barcelona donde se tramita el Concurso de acreedores de dicha parte demandante, para deducir allí las pretensiones de compensación o motivos de oposición que no pueda articular en el juicio ordinario del JPI 57 de Madrid, a través del correspondiente incidente concursal.
SEGUNDO.-Motivo del recurso: Sobre la competencia del Juzgado de Instancia ordinario y del Juzgado Mercantil en relación con las acciones ejercitadas.-
Sentado el presupuesto sobre el que se asienta el recurso planteado, esto es, la declaración de abstención por falta de competencia objetiva del Juzgado de 1ª Instancia, para conocer de la demanda de reclamación de cantidad por parte de la entidad concursada, contra un tercero, que alegó frente a la misma compensación de deudas, basada en la falta de entrega de avales en la suma de 122.349,88 euros, y defectuosa ejecución del contrato de obra suscrito en su día entre las partes, al considerar que la segunda de dichas acciones, competencia del Juzgado Mercantil, determina su vis atractiva y acumulación de ambas, la Sala debe rechazar la argumentación al respecto, por las siguientes razones:
En primer término, es de aplicación el artículo 58 de la Ley Concursal, que establece que, sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En el presente caso, consta ya esa declaración anterior del concurso, sin que nos encontremos en el supuesto del artículo 205, esto es, en el ejercicio del derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia.
En tales supuestos no es de aplicación la compensación pues como dice la A.P. de Vizcaya, sec. 4ª, en Sentencia de 4-10-2010, nº 746/2010, rec. 265/2010. <<...el art. 58 de la Ley Concursal, prohíbe la compensación en supuestos de situación concursal, que implica la disposición de su patrimonio a favor de uno o varios acreedores sin acuerdo con los demás, vulnerando el principio de trato igual a los acreedores, si se sustrae un elemento de la masa activa, como es el crédito a compensar, en beneficio de uno solo de los acreedores, el titular del crédito compensado. Tan sólo se exceptúan aquellos actos de compensación que supongan la extinción de créditos cuyos requisitos se hubieren producido con anterioridad a la declaración de concurso. Los requisitos de la compensación, en lo que ahora importa, son los generales previstos en los arts. 1195 y 1196 del Código Civ : reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas. En el caso de autos no se dan tales circunstancias que permitiesen que operasen la compensación antes de la declaración del concurso del año 2.005, siendo que la devolución de la maquinaria cedida y en depósito aconteció en mayo de 2.008...Esta compensación produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma funciona como una forma de pago extintiva de las obligaciones, generadora entonces de una situación de privilegio en favor del retenedor

no prevista en el art. 90 LC, con ruptura del principio de la "par condictio creditorum", ya que se daría un trato desigual a acreedores de la misma clase, sin olvidar el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal, sin que haya norma que permita excluir ese activo de la masa y que el mismo se destine a pagar a todos los acreedores y no solo al retenedor por medio del mecanismo de la compensación..
No se produce en ningún caso la vis atractiva de los Juzgados Mercantiles, pues como dice el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Secc. 5ª, de 14 de diciembre de 2005 y el de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28ª, de 14 de marzo de 2008 "todas aquellas cuestiones que no estén expresamente atribuidas al conocimiento del Juzgado de lo Mercantil en el art. 86 ter de la LOPJ son competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sin que la competencia de los órganos mercantiles sea expansiva y pueda ir más allá de los límites expresamente marcados en la LOPJ, como por lo demás constituye un principio general en el deslinde de competencias cuando existen órganos especializados en alguna materia". Sobre este particular, y según alega la apelante, ha de recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala ª, de 8 de marzo de 1993, declaró que las atribuciones de los órganos especializados dentro de la jurisdicción civil no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia.
Por otra parte, los supuestos de acumulación de acciones con carácter general, de una acción mercantil y civil, determinaría la competencia del Juzgado de Instancia ordinario, cuya competencia genérica tendría vis atractiva frente al criterio de especialización excluyente del Juzgado Mercantil (Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 5ª, A 18-5-2009, nº 97/2009, rec. 453/2008).
Finalmente, y en relación con el presente caso, es de aplicación en cuanto a la acción de compensación ejercitada por la demandada, el Juzgado de lo Mercantil que conozca del Concurso de la demandante, en sede del incidente a que se refiere al párrafo segundo del artículo 58 de la citada Ley Concursal.
Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la estimación del recurso, revocando el Auto apelado.”: AAP Madrid (Sección 11) 03.06.2011 (Auto 141/2011; Rollo 253/2011)

“SEGUNDO.-Motivo primero.- Infracción del artículo 58 de la Ley Concursal al compensar de la cantidad reclamada a Viajes Iberia.S.A., un crédito de viajes Iberojet por importe de 19.200 euros, cuando dicho crédito, además, lo tiene reconocido Viajes Iberojet como crédito ordinario en el concurso de la actora.
1.- Doctrina y jurisprudencia aplicable.- Como puso de manifiesto esta Sala en Auto de 3 de Junio del presente año, Rollo 253/11, el artículo 58 de la Ley Concursal, establece que, sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En el presente caso, consta ya esa declaración anterior del concurso, sin que nos encontremos en el supuesto del artículo 205, esto es, en el ejercicio del derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia. En tales supuestos no es de aplicación la compensación pues como dice la A.P. de Vizcaya, sec. 4ª, en Sentencia de 4-10-2010, nº 746/2010, rec. 265/2010. <<...el art. 58 de la Ley Concursal, prohíbe la compensación en supuestos de situación concursal, que implica la disposición de su patrimonio a favor de uno o varios acreedores sin acuerdo con los demás, vulnerando el principio de trato igual a los acreedores, si se sustrae un elemento de la masa activa, como es el crédito a compensar, en beneficio de uno solo de los acreedores, el titular del crédito compensado. Tan sólo se exceptúan aquellos actos de compensación que supongan la extinción de créditos cuyos requisitos se hubieren producido con anterioridad a la declaración de concurso. Los requisitos de la compensación, en lo que ahora importa, son los generales previstos en los arts. 1195 y 1196 del Código Civ : reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas. En el caso de autos no se dan tales circunstancias que permitiesen que operasen la compensación antes de la declaración del concurso del año 2.005,...Esta compensación produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma funciona como una forma de pago extintiva de las obligaciones, generadora entonces de una situación de privilegio en favor del retenedor no prevista en el art. 90 LC, con ruptura del principio de la "par condictio creditorum", ya que se daría un trato desigual a acreedores de la misma clase, sin olvidar el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal, sin que haya norma que permita excluir ese activo de la masa y que el mismo se destine a pagar a todos los acreedores y no solo al retenedor por medio del mecanismo de la compensación.. <<..Finalmente, y en relación con el presente caso, es de aplicación en cuanto a la acción de compensación ejercitada por la demandada, el Juzgado de lo Mercantil que conozca del Concurso de la demandante, en sede del incidente a que se refiere al párrafo segundo del artículo 58 de la citada Ley Concursal..
Aplicación al presente caso.- Está acreditado en las actuaciones que dicho crédito se ha reconocido a Viajes Iberojet como crédito ordinario en el concurso de la actora; por otra parte la propia perito refiere que dichas compensaciones las realiza a los efectos meramente contables sin tener en cuenta la consideración del concurso, esto es, la aplicación del referido artículo 58 LC; por lo que tanto por aplicación de dicho régimen jurídico que impide la compensación una vez declarado el concurso, como por el propio reconocimiento de que dicho crédito consta en el concurso, es clara la improcedencia de incluirlo o compensarlo en la presente litis.
El motivo se estima.
TERCERO.-Motivo segundo.- Infracción del artículo 58 LC al compensar, de la cantidad reclamada por la actora un crédito de Quoviajes (hoy Viajes Iberia.s.a.) frente a Air Madrid Líneas Aéreas, S.A. por importe de 27.824,02 euros.
Esa cantidad viene determinada, según el informe pericial, por el saldo favorable a Quoviajes (hoy Viajes Iberia) frente a Air Madrid, cuando, de acuerdo con los anteriores fundamentos, al encontrarse Air Madrid en situación concursal, hubiera sido preciso insinuar dicho crédito en el concurso a los efectos oportunos, pues sin perjuicio de las relaciones internas entre la aquí demandante y Air Madrid, respecto del contrato existente con la demandada, es lo cierto, por otro lado, que al tener personalidad propia y diferenciada esta última, y no ser parte en el presente procedimiento, no cabe posibilidad de proceder a la compensación del crédito invocado,

tanto por dicha situación concursal que afecta a perjuicio de terceros, como la propia situación e imposibilidad de defensa que se proyecta sobre la misma.
El motivo se estima.
CUARTO.-Motivo tercero.-Infracción del artículo 58 LC por la deducción de 600 euros correspondientes a factura que adeuda la actora a la demandada, en relación con el crédito que la actora ostenta directamente frente a viajes iberia.sa por importe de 52.220,55 euros.
Le son de plena aplicación los anteriores argumentos, que se dan por reproducidos, ya que la demandada debió insinuar dicho crédito en el concurso y haberse tramitado en el incidente a que se refiere el citado artículo 58 de la LC.
El motivo se estima. ": SAP Madrid (Sección 11) 31.05.2011 (Sentencia 370/2011; Rollo 573/2010)

"PRIMERO.-Por la procuradora Doña Mercedes Caro Bonilla en la representación acreditada de la mercantil OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L. -declarada en concurso de acreedores por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, de fecha 24 de Marzo de 2.009 - se interpuso demanda contra la también mercantil ALTEC 90, S.L., en reclamación de 451.905,19 euros, cantidad correspondiente a las retenciones que mantiene en su poder la demandada, más los intereses que las mismas han devengado, todo ello en relación con la obra realizada por la actora en la Unidad de Actuación nº 6 de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), en virtud del contrato de ejecución de obras suscrito entre dichas litigantes, el 25 de Mayo de 2.005.
Turnadas las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Madrid y registrado con el nº 1.260/2.010, se admitió a trámite la demanda y emplazada ALTEC 90, S.L., dicha mercantil, se personó a través de la Procuradora Doña Concepción Delgado Azqueta, quien no solo se opuso a la demanda, sino que formuló reconvención en reclamación de 909.458 euros, importe de los defectos y deficiencias que, según dicha parte, han presentado las viviendas construidas por la demandante.
OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., antes de contestar a la reconvención, presentó escrito en el que planteó cuestión de competencia por declinatoria en cuanto a dicha reconvención, por entender que, al estar en situación de concurso, el conocimiento de las pretensiones en ella deducidas, corresponde, de manera exclusiva y excluyente, al juez del concurso, además de contenerse en dicha demanda reconvencional una pretensión de compensación de créditos, expresamente prohibida por el artículo 58 de la Ley Concursal. Dándose traslado a la demandada reconviniente, por la misma, tras señalar que la competencia en casos como el presente es controvertida, manifestó que "no se opone a la cuestión de competencia instada de contrario, asumiendo la decisión que el Juzgado tome al respecto, según el criterio que el Juzgado tenga en relación con esa cuestión", solicitando la no imposición de costas.
El Juzgado de Instancia, en fecha 23 de Noviembre del 2.010 dictó Auto, en el que tras estimar la cuestión de competencia por declinatoria planteada por la actora-reconvenida acordó al archivo de todo lo actuado, remitiendo a las partes al Juez del concurso, sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas; resolución que es recurrida por OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L. quien, tras hacer una serie de consideraciones generales, estima que la Juzgadora de instancia ha incurrido en error al extender la incompetencia a los supuestos en que el concursado aparece como actor, lo cual no es conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley Concursal, debiendo haber quedado circunscrita la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia nº 9 a la reconvención planteada, debiendo conocer en cuanto a la demanda inicial, en cuanto se trata de un procedimiento distinto al que se iniciaría con la demanda reconvencional. Tras citar el artículo406.2 en defensa de su tesis, concluye su recurso solicitando se estime el mismo en el sentido de concretar la falta de competencia del Juzgado de instancia, a la reconvención, continuando conociendo de la demanda inicial.
ALTEC 90, S.L., se opuso al recurso, mostrando su conformidad con el auto apelado, invocando la posibilidad de compensación, por lo que el resultado de la demanda inicial y de la reconvencional afectan al concurso, por lo que deben de ser conocidas ambas por el Juez del concurso, invocando, asimismo, la falta de legitimación activa de OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., al faltar el requisito de la conformidad de la administración concursal, carencia que hace extensiva a la representación del procurador. (...)
TERCERO.-Dicho lo anterior y entrando en el examen del presente recurso de apelación, el objeto del mismo no es otro que la extensión del pronunciamiento contenido en el auto dictado en la instancia con fecha 23 de Noviembre de 2.010, al entender OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., que la abstención por falta de competencia objetiva del Juzgado de 1ª Instancia, para conocer no solo de la demanda reconvencional, sino también de la demanda inicial, formulada por la concursada contra ALTEC 90, S.L., no es conforme a derecho, debiendo quedar circunscrita la competencia del Juzgado de lo mercantil al conocimiento de la demanda reconvencional, mientras que el Juzgado de instancia ha de seguir con la tramitación y resolución de la demanda inicial.
El auto apelado, cita como único fundamento jurídico, el artículo 58 de la Ley Concursal, precepto que ya fue examinado en nuestro auto de 3 de Junio de 2.011, dictado en el rollo de apelación 253/2.011, resolución que, en un supuesto en el que la parte demandada invocaba la compensación, frente a la demandante concursada, revocó el auto dictado en la instancia y decretó la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda promovida por la actora, a excepción de lo atinente a la pretensión de compensación de créditos aducida por la demandada, dejando a salvo el derecho de ésta última de poder acudir al Juzgado de lo Mercantil donde se tramita el Concurso, y ello porque como se decía en el fundamento de derecho segundo:
"No se produce en ningún caso la vis atractiva de los Juzgados Mercantiles, pues como dice el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Secc. 5ª, de 14 de diciembre de 2005 y el de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28ª, de 14 de marzo de 2008 "todas aquellas cuestiones que no estén expresamente atribuidas al conocimiento del Juzgado de lo Mercantil en el art. 86 ter de la LOPJ son competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sin que la competencia de los órganos mercantiles sea expansiva y pueda ir más allá de los

límites expresamente marcados en la LOPJ, como por lo demás constituye un principio general en el deslinde de competencias cuando existen órganos especializados en alguna materia". Sobre este particular, y según alega la apelante, ha de recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de marzo de 1993, declaró que las atribuciones de los órganos especializados dentro de la jurisdicción civil no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia.
Por otra parte, los supuestos de acumulación de acciones con carácter general, de una acción mercantil y civil, determinaría la competencia del Juzgado de Instancia ordinario, cuya competencia genérica tendría vis atractiva frente al criterio de especialización excluyente del Juzgado Mercantil (Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 5ª, A 18-5-2009, nº 97/2009, rec. 453/2008)".
Habrá de convenirse que si esta doctrina es aplicable a la compensación con mayor motivo, si cabe, debe de ser tenida en cuenta cuando se formula demanda reconvencional, supuesto en el que es de plena aplicación el artículo 8.1 de la Ley Concursal que establece la competencia exclusiva del Juez del Concurso para conocer de las demandas con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado.
En consecuencia, la solución que ha de darse al problema planteado no es otra que la continuación, por parte del Juzgado de primera instancia, de la demanda formulada por OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., al ser el único competente para dicho conocimiento archivando dicho Juzgado, exclusivamente, la demanda reconvencional que contra la concursada ha dirigido ALTEC 90, S.L., quien podrá deducir sus pretensiones ante el Juez del concurso.
En idéntico sentido, se pronuncia la Sección 19 de esta Audiencia Provincial, en su auto de 13 de Mayo de 2.011, en cuyo fundamento jurídico tercero, que plenamente compartimos, dice:
" Resulta evidente, desde cuanto establece el artículo 86.ter primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 8.1º de la Ley Concursal y artículos 50 y 51 de la propia Ley, en relación, también con el artículo 183.4 de la misma norma sustantiva-procesal (nos estamos refiriendo a la Ley Concursal), que los Juzgados de lo Mercantil son competentes para conocer de modo exclusivo y excluyente de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley; y añade el artículo 50 para los nuevos juicios declarativos que se promuevan después de la declaración del concurso que los jueces del orden civil y del orden social ante quienes interpongan demanda de la que deba conocer el Juez del concurso, de conformidad con lo previsto en el esta Ley, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del Concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. Luego, desde lo hasta aquí dicho, se infiere claramente que las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado y que tengan trascendencia patrimonial tendrán que reconducirse al ámbito competencial objetivo de los Jueces del concurso, en definitiva del Juez de lo Mercantil correspondiente. En nuestro caso concreto de la demanda promovida por OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES. S.L. pudo, perfectamente, conocer el Juzgado de Parla ex artículos 45, 51 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues cuando verdaderamente surge el conflicto, y nos encontramos con una acción de contenido patrimonial dirigido contra el patrimonio del concursado, es al articularse la reconvención, respecto de la cual, pudo perfectamente y ex artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, inadmitirse por el Juzgador de instancia pues ciertamente, respecto de la citada reconvención, carecía de competencia objetiva por razón de la materia, como expresa el tan repetido artículo
406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo posible transferir al Juez del concurso el total conocimiento del asunto cuando la reconvención puede hacerse valer ante el Juez correspondiente de lo Mercantil, al tiempo que en la contestación a la demanda pudo, como prácticamente hizo el demandado, esgrimir los hechos modificativos, extintivos o excluyentes para que la demanda en cuestión no progresase en forma, no siendo posible archivar todo el procedimiento para remitir el conocimiento del asunto al Juez de lo Mercantil, cuando este solo puede conocer, desde el contenido de los artículos 8 y 50 de la Ley Concursal, de aquellas acciones civiles de contenido patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado; y en este caso se encuentra, tan solo, la reconvención que formuló la parte demandada, sin que aquella división competencial pugne con el derecho de defensa de SAN ANTON 1999, S.L., que puede hacer valer su derecho ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso de URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L. En definitiva, y como conclusión, entiende esta Sala que es procedente acoger el recurso devolutivo interpuesto, que divide la competencia para conocer del conflicto entre el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Parla y el de lo Mercantil nº 6 de Madrid que decretó el concurso necesario de OBRUM URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, S.L., que lo será para el objeto propio de la reconvención, pues en este caso concreto se trata de una acción civil de contenido patrimonial contra el patrimonio del concursado, que necesita ser examinada desde todo el concurso a la hora de determinar, como determina el Juez de lo Mercantil, las masas activa y pasiva dentro del propio concurso para garantizar que principios como el de la "par conditio creditorum", lleguen a buen término. No se priva a SAN ANTONIO 1999, S.L. del ejercicio de la acción que pueda derivar del retraso en la entrega de los inmuebles, sino que esta pretensión se reconduce al Juez de lo Mercantil, por permitirlo, como efectivamente lo permite, el artículo 400.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las normas ya citadas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley Concursal".
También sigue esta línea el auto de la Sección 25 de esta Audiencia Provincial, de 28 de Julio de 2.011, resolución que centrando la cuestión a dilucidar en si el Juzgado de Primera Instancia es competente para conocer y decidir sobre la compensación de créditos que es el tema de la reconvención, llega a la conclusión de que es el incidente concursal el ámbito procedimental para resolver esta controversia, manteniendo el desdoble competencial en cuanto a la demanda y reconvención que el auto recurrido establecía, fundamentando la competencia del Juez del concurso para conocer de la compensación, en los siguientes términos:

"Si nos retrotraemos al momento anterior a la declaración del concurso para examinar la existencia o no de los requisitos de la compensación e incluso si se admite la función de garantía o la expectativa en un sentido o en otro estaríamos "conociendo" de la controversia: si han vencido los plazos, si la ejecución de la obra ha sido correcta, la aplicación de la cláusula 18ª y en definitiva, la liquidez, vencimiento y exigibilidad de la deuda. Una vez más, la controversia. Por eso, para distinguir la hipótesis de la compensación solutoria, como pago y extintiva de la obligación con fractura del principio " par conditio creditorum" de esa otra función de garantía por razón de expectativa de compensación que detraería del control del concurso y frente a la conservación de la masa un valor de relevancia patrimonial, por eso, insistimos, el cauce apropiado es el del incidente concursal. El concepto discrepante queda por consiguiente remitido al procedimiento adecuado en donde la invocación de aquel "moderno planteamiento doctrinal" como lo denomina por ejemplo la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 8 de Julio de 2008 (Rec. 377/07), calificándole de cuestión sugerente y abierta al debate para las operaciones conexas o créditos "ex eadem causam", encuentra su ámbito procedimental competente. En razón de lo expuesto, no es posible aquí argumentar a propósito de si estamos ante un instrumento de garantía o una efectiva forma de pago extintiva de la obligación con la consiguiente situación de privilegio, solución que volviendo a la S.A.P. antes citada apunta a una dirección interpretativa en cualquier caso a adoptar por el órgano competente"
CUARTO.-La estimación del recurso, comporta no hacer expresa condena en costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.": AAP Madrid (Sección 11) 28.10.2011 (Auto 278/2011; Rollo 613/2011)

AP Madrid (Sección 13)

"SEGUNDO.-La decisión del recurso de apelación interpuesto por Dª Consuelo y D. Héctor contra el auto que declaró la falta de competencia objetiva para conocer de la reconvención que formularon contra la demandante, Grupo Fun-Basics, S.A., en lo sucesivo Grupo Fun, aprovechando la oportunidad que las brindaba el procedimiento declarativo iniciado a su instancia, por apreciar que correspondía al Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, requiere una sucinta exposición previa de los hechos que dan sustento el proceso, que son los siguientes:
El 28 de septiembre de 2010 Grupo Fun, que el 15 de febrero de 2007 había suscrito un contrato de franquicia con Dª Consuelo y D. Héctor para la comercialización y venta de prendas de vestir, presentó demanda de juicio ordinario mediante la que les reclamaba la cantidad de 46.471,91 #, que le adeudaban por el suministro de género cuyo precio no habían satisfecho.
Con anterioridad, Grupo Fun el 26 de noviembre de 2008 había presentado solicitud de concurso voluntario, que el Juzgado de la Mercantil nº 6admitió a trámite, declarando a dicha sociedad en concurso voluntario en auto de 21 de enero de 2009 -folios 206 a 210-. En el seno del procedimiento concursal se denegó el día 10 de junio de 2009 el derecho de crédito insinuado por los demandados el 5 de marzo de 2009 -folios 215 y 216-.
Por sentencia del Juzgado de los Mercantil de 23 de diciembre de 2009 se declaró finalizada la fase común y se aprobó judicialmente el convenio propuesto anticipadamente por la sociedad deudora -folios 211 a 214-.
El 3 de marzo de 2011 fueron emplazados los demandados -folios 264 y 265-, quienes en el hecho segundo del escrito de contestación a la demanda de fecha 1 de abril de 2011 se allanaron y, al propio tiempo, formularon reconvención por manifestar ser titulares de un crédito por importe de 99.296# frente a Grupo Fun -folios 267 a 272-.
El 31 de mayo de 2011 la demandante principal formuló declinatoria por falta de competencia objetiva al amparo, entre otros, de los artículos 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8, 58 y 85 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003. Dª Consuelo y D. Héctor se opusieron a tal pretensión el día 14 de junio de 2011, siendo definitivamente resuelto el incidente por auto de 1 de julio de 2011, que es el que aquí se recurre en el sentido ya expuesto de apreciar la falta de competencia objetiva.
(...)

TERCERO.-Las normas que rigen el proceso son de carácter necesario, en cuanto pertenecen al orden público, lo que, dada su naturaleza imperativa, quedan fuera del poder dispositivo de las partes y son de estricta y obligatoria observancia.
El artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal y, en todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente, entre otras materias, en las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.
La Ley Concursal, a su vez, establece:
Art. 8. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Artículo 58. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, (la declaración de concurso no afectará al derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia), declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.

Artículo 86.1. Corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso.
Todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas por medio del incidente concursal.
Frente a tan contundentes y claros preceptos que, por la especialidad de la materia, atribuye fuero objetivo y excluyente a los juzgados de lo mercantil en cuantas cuestiones atañen al ejercicio de acciones frente al concursado una vez declarado en tal situación, no puede prevalecer el fuero ordinario atrayente en razón al ejercicio de una pretensión reconvencional, cuando precisamente esta es inviable " cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia...", como aquí, por lo expuesto, ocurre
-artículo 406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.
Finalmente, no es atendible el argumento de que los apelantes ejercitaron su derecho con anterioridad a que Grupo Fun fuera declarado en concurso, pues la facultad resolutoria del contrato de franquicia solo podía ejercitarse (aunque se preavisara antes) una vez transcurridos los dos primeros años de vigencia, esto es, a partir del 15 de febrero de 2009 (fecha en la que ya se había declarado en concurso a Fun Basics) cuya eficacia además quedaba subordinada a la aceptación voluntaria de esta o, en su defecto, a la declaración judicial, presupuestos que impiden considerara vencido, liquido y exigible el crédito que dicen ostentarlos recurrentes.
Sin que, por último, puedan alegar haber sufrido indefensión, cuando la tutela de su derecho han podido obtenerla en el seno del procedimiento concursal, por los cauces legales previstos, derecho del que han hecho dejación.
Por lo expuesto y por lo además argumentado en el auto apelado rechazaremos el recurso.": AAP Madrid (Sección 13) 25.05.2012 (Auto 124/2012; Rollo 146/2012)

"SEGUNDO.-El allanamiento de la parte demandada a las pretensiones del actor constituye un medio valido de terminación del proceso, que en el presente caso de modo expreso exteriorizaron Dª María Milagros y D. Bernabe al contestar la demanda, haciendo el Juzgador de 1ª Instancia una recta interpretación de lo preceptuado por los artículos 214 y 395-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Los demandados, sin embargo, han recurrido la sentencia haciendo valer, como motivos de la apelación, las mismas alegaciones que dedujeron en sustento del recurso interpuesto contra el auto de fecha 1 de julio de 2011, en el que el Juzgado apreció su falta de competencia objetiva para decidir la reconvención que formularon contra el Grupo Fun-Basics, S.A., cambiando únicamente el suplico en lo que atañe a la resolución apelada. Por ello transcribimos lo que ya argumentamos en el Fundamento de Derecho Tercero de nuestro auto de fecha 25 de mayo de 2012, en el que dijimos:
" TERCERO Las normas que rigen el proceso son de carácter necesario, en cuanto pertenecen al orden público, lo que, dada su naturaleza imperativa, quedan fuera del poder dispositivo de las partes y son de estricta y obligatoria observancia.
El artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal y, en todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente, entre otras materias, en las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.
La Ley Concursal, a su vez, establece:
Art. 8. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Artículo 58. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, (la declaración de concurso no afectará al derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia), declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
Artículo 86.1. Corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso.
Todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas por medio del incidente concursal.
Frente a tan contundentes y claros preceptos que, por la especialidad de la materia, atribuye fuero objetivo y excluyente a los juzgados de lo mercantil en cuantas cuestiones atañen al ejercicio de acciones frente al concursado una vez declarado en tal situación, no puede prevalecer el fuero ordinario atrayente en razón al ejercicio de una pretensión reconvencional, cuando precisamente esta es inviable "cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia...", como aquí, por lo expuesto, ocurre
-artículo 406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.
Sin que sea atendible el argumento de que los apelantes ejercitaron su derecho con anterioridad a que Grupo Fun fuera declarado en concurso, pues la facultad resolutoria del contrato de franquicia solo podía ejercitarse (aunque se preavisara antes) una vez transcurridos los dos primeros años de vigencia, esto es, a partir del 15

de febrero de 2009 (fecha en la que ya se había declarado en concurso a Fun Basics) cuya eficacia además quedaba subordinada a la aceptación voluntaria de esta o, en su defecto, a la declaración judicial, presupuestos que impiden considerara vencido, liquido y exigible el crédito que dicen ostentar os recurrentes.
Sin que, por último, puedan alegar haber sufrido indefensión, cuando la tutela de su derecho han podido obtenerla en el seno del procedimiento concursal, por los cauces legales previstos, derecho del que han hecho dejación ".
Como la falta de competencia objetiva apreciada no afecta a la que ostentan los órganos de la jurisdicción civil ordinaria para el conocimiento de la pretensión contenida en la demanda y el allanamiento a sus pedimentos es válido no cabe en esta alzada sino confirmar la sentencia recurrida por sus propios fundamentos.": SAP Madrid (Sección 13) 30.05.2012 (Sentencia 231/2012; Rollo 147/2012)

AP Madrid (Sección 18)

"SEGUNDO.- Alega la parte apelante como motivos en los que funda su recurso, en primer lugar la infracción de los artículos 85.1 y 86 Ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 45 de la LEC. Añadiendo que por Diligencia de Ordenación de 10 de Mayo de 2011 se requirió a esta parte para alegar lo que conviniera al respecto del escrito presentado de contrario, escrito de que ya se había dado traslado en fecha de 17 de febrero de 2011 y en el que la entidad demandada Almacenes Herrero De La Calle SL, formulaba reconvención por compensación de créditos. Contestando a tal requerimiento Puertas Docavi SA mediante escrito de 25 de Mayo de 2011 denunció por imperativo del artículo 8 de la Ley Concursal, la falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia de Villalba para conocer de tal reconvención, Juzgado por el que debería de prevenirse a la reconviniente que usara de su derecho, si a sus intereses conviniere ante el Juez del concurso. En el Auto que se recurre, el Juzgador de Instancia, se declara incompetente para conocer no solo de la reconvención formulada por Almacenes Herrero De La Calle SL, sino también de la inicial demanda de juicio verbal en reclamación de cantidad interpuesta por la entidad concursada Puertas Docavi SA contra Almacenes Herrero De La Calle SL, no siendo dicha resolución ajustada a derecho por cuanto que, siendo incuestionable por aplicación del artículo 8 de la Ley Concursal, la competencia exclusiva y excluyente del Juzgado de lo Mercantil, para conocer la demanda reconvencional formulada contra la suspensa concursada, lo mismo de incuestionable resulta la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer la inicial demanda de juicio verbal interpuesta por la entidad concursada Puertas Docavi SA en reclamación de cantidad contra Almacenes Herrero De La Calle SL. Y acaba solicitando la revocación de la resolución de instancia para que en su lugar se dicte otra en la que se decrete la continuación del juicio verbal respecto de la demanda interpuesta en su día por esta representación procesal.
TERCERO.- En orden a las anteriores manifestaciones debe hacerse constar, que efectivamente y tal y como alegaba la parte recurrente, la demanda reconvencional presentada de contrario, no pudo ser admitida a trámite ante el Juzgado de Villalba, al ser de exclusiva competencia del Juzgado de lo Mercantil su conocimiento, pero ello en modo alguno puede conllevar, que se estime que también la demanda presentada por la actora hoy recurrente deba ser conocida por el Juzgado de lo Mercantil, puesto que en modo alguno a tenor de la normativa legal vigente artículos 85.1, y 86 Ter. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 45 de la LEC, dicha demanda puede ser considerada de competencia de dicho Juzgado Mercantil. Por ello, y a tenor de lo previsto en el artículo 8 de la Ley Concursal, efectivamente debe mantenerse la incompetencia del Juzgado de Villaba para el conocimiento de la demanda reconvencional planteada por Almacenes Herrero De La Calle, puesto que su conocimiento exclusivo y excluyente lo es del Juzgado de lo Mercantil. Pero debe acordarse, que siendo también competencia única del Juzgado de Villalba el conocimiento de la demanda interpuesta por Puertas Docavi SA contra Almacenes Herrero De La Calle SL, por el Juzgado de Instancia se continúe la tramitación del Juicio Verbal en su día formulado hasta su resolución, en relación a la demanda interpuesta por la hoy recurrente.": AAP Madrid (Sección 18) 04.06.2012 (Auto 143/2012; Rollo 121/2012)

AP Madrid (Sección 21)

"SEGUNDO.- En el año 2006 la persona jurídica denominada CTD Operador Logístico s.l. solicitó la declaración de concurso. Lo que dio lugar al procedimiento de concurso abreviado número 837/2006 tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Zaragoza, en el que se dictó auto el día 17 de enero de 2007 por el que se declaró en concurso, con el carácter de voluntario al deudor CTD Operador Logístico s.l. y se nombra administrador único del concurso a don Cayetano. Con posterioridad, el día 3 de octubre de 2007, se dicta auto por el que se declara finalizada la fase concursal, se abre la de liquidación y se declara disuelta la concursada CTD Operador Logístico s.l., cesando en su función sus administradores que son sustituidos por la administración concursal.
Don Cayetano, en su condición de liquidador de la compañía mercantil CTD Operador Logístico s.l, presenta, en el Juzgado Decano de Móstoles, demanda, el día 26 de noviembre de 2008, promoviendo un juicio ordinario contra don Ángel Jesús (antiguo socio y administrador de CTD Operador Logístico s.l.), alegando que, en un documento, reconocía el demando adeudar una suma de dinero a la sociedad, por lo que, en base a la teoría de los actos propios y al principio del enriquecimiento injusto, le reclama esa suma de dinero.
Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia número 6, es admitida a trámite, por auto de 4 de diciembre de 2008, dando lugar al proceso ordinario número 1833/2008, en el que es emplazado el demandado el día 26 de diciembre de 2008.
Al contestar a la demanda, admite, el demandado haber remitido el fax en el que reconoce adeudar a la sociedad la suma de dinero que le reclama en la demanda. Pero alega que la sociedad tiene deudas con él de las que es acreedor, derivadas de su entrada en la sociedad y de la minoración de su salario por parte de la

administración concursal. Por lo que invoca la compensación, para suplicar que se desestime la demanda o subsidiariamente solo se estime parcialmente condenándole al pago de 2.387,45#.
TERCERO.- Nos encontramos ante una cuestión de competencia objetiva (no funcional ni territorial). Lo es la determinación del conocimiento de la pretensión a un Juzgado de lo Mercantil (cuya competencia viene establecida en el art. 87 ter de la L.O.P.J.) o a un Juzgado de Primera Instancia.
Se dice en el artículo 86 ter de la L.O.P.J.: "1. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado..."
Al tratarse de competencia objetiva son de aplicación los arts. 48 y 49 L.e.c. A los que se ha dado cumplimiento.
CUARTO.-I. La compensación siempre entraña el ejercicio de una acción por el que la opone.
Basta con acudir a los arts. 1.195 y 1202 del C.c. para comprobarlo.
El que opone la compensación ejercita una acción de cobro de su crédito contra quien es su acreedor.
Y ello no queda desvirtuado por el dato procesal de que no se tenga que reconvenir mientras el crédito no supere cuantitativamente al del acreedor. Si bien, en ese caso, el articulo 408 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil permite al actor, frente al demandado en juicio ordinario que opone en su contestación la compensación, atacar ese alegato en la forma prevenida para contestar a la reconvención.
II.No se puede archivar el proceso, ya que, la acción deducida en la demanda, no es de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil sino de los Juzgados de Primera Instancia que no lo sean de lo Mercantil.
Pero es que además, el artículo 48 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil no se refiere al archivo y remisión de los autos, sino tan solo a indicar la clase de tribunal al que corresponda el conocimiento del asunto. Y esto es lo que se ha hecho en el presente caso.": AAP Madrid (Sección 21) 31.01.2012 (Auto 39/2012; Rollo 335/2011)

AP Madrid (Sección 25)

"PRIMERO.- Metrovacesa, S.A. plantea la excepción contemplada en el art. 58 en relación con el art. 205 LC pudiendo acogerse la compensación de créditos que se formulaba en su reconvención. Distingue la apelante la doble función de pago y de garantía siendo la segunda la opuesta frente a quien reclama la devolución de las retenciones cuestión está expuesta en su día pero que no se analizó en el Auto recurrido por lo que ahora se reproduce poniendo como ejemplo ilustrativo la posibilidad de la acción directa del subcontratista contra el promotor (ex art. 1597 C.C.) de manera que éste podrá oponer al contratista la compensación evitando la duplicidad de pagos. Sucede lo mismo en este caso si por incumplimiento del contratista, el promotor debe afrontar las obligaciones del anterior. La función de garantía en supuestos de retención y para el cumplimiento de obligaciones de quien entra en situación de concurso de acreedores se aplica si se cumple el plazo marcado, no antes con vencimiento anticipado. De aquí que si se aguarda a ese vencimiento, la función de la retención/depósito es de garantía. En el supuesto litigioso la retención cumple esa función al tratarse de una obligación contraída mucho antes de la declaración del concurso. Cita soluciones aplicables: reducción de la pretensión, liquidación, equidad, etc y la propia excepción del art. 58 LC con la figura de la "expectativa de la compensación" según doctrina reciente, antes de la declaración de concurso en obligaciones conexas si bien no cabe cuando la compensación desempeña una función de pago. Concluye la apelante que lo que se hizo valer como excepción a través de la reconvención fue esa expectativa de compensación.
SEGUNDO.- Como planteamiento inicial debe puntualizarse que la cuestión a dilucidar es si el Juzgado de Primera Instancia es competente para conocer y decidir sobre la compensación de créditos que es el tema de la reconvención. Por consiguiente la calificada de "Expectativa de compensación" constituiría una cuestión de fondo a declarar por el órgano competente. Competencia que desde el art. 45 LEC viene atribuída por criterios de disposición legal expresa. De aquí el sentido del precepto siguiente, el art. 46 para el caso del conocimiento específico de determinados asuntos, completándose el sistema con la previsión que ab initio estableció el art. 86 ter 1.1 y 1.3 LOPJ con criterio reiterado de exclusividad que encuentra su materialización en el art. 58 LC a propósito de la compensación de créditos y la posible excepción del art. 205 de la misma Ley. Lo que ocurre es que precisamente se arbitra un cauce muy concreto para el supuesto de controversia: el incidente concursal. Aquí la controversia es ésa: si como a juicio del apelante, sí procede o, por el contrario, no. Y aquí es donde, constatados los términos de la reconvención entra en funcionamiento el art. 50 LEC. Si a ello añadimos la trascendencia patrimonial que la repetida compensación, sea una u otra la naturaleza que se le confiera, operaría sobre el patrimonio de la concursada (art.8 LC) no hay más remedio que concluir que será el incidente concursal el ámbito procedimental para resolver esta controversia. Si nos retrotraemos al momento anterior a la declaración del concurso para examinar la existencia o no de los requisitos de la compensación e incluso si se admite la función de garantía o la expectativa en un sentido o en otro estaríamos "conociendo" de la controversia: si han vencido los plazos, si la ejecución de la obra ha sido correcta, la aplicación de la cláusula 18ª y en definitiva, la liquidez, vencimiento y exigibilidad de la deuda. Una vez más, la controversia. Por eso, para distinguir la hipótesis de la compensación solutoria, como pago y extintiva de la obligación con fractura del principio " par conditio creditorum" de esa otra función de garantía por razón de expectativa de compensación que detraería del control del concurso y frente a la conservación de la masa un valor de relevancia patrimonial, por eso, insistimos, el cauce apropiado es el del incidente concursal. El concepto discrepante queda por consiguiente remitido al procedimiento adecuado en donde la invocación de aquel "moderno planteamiento doctrinal" como lo denomina por ejemplo la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 8 de Julio de 2008 (Rec. 377/07), calificándole de cuestión sugerente y abierta al debate para las operaciones conexas o créditos "ex eadem causam", encuentra su ámbito procedimental competente. En razón de lo expuesto, no es posible aquí argumentar a propósito de si estamos ante un instrumento de garantía o una efectiva forma de pago extintiva

de la obligación con la consiguiente situación de privilegio, solución que volviendo a la S.A.P. antes citada apunta a una dirección interpretativa en cualquier caso a adoptar por el órgano competente. Por último y para la hipótesis de resoluciones contradictorias, tal conclusión no se puede estimar como definitiva pues sin perjuicio de las actuaciones concursales en que pueda hacerse valer un crédito frente a OBRUM podrían suscitarse en su momento situaciones de simultaneidad y necesidad de conocimiento de lo decidido sobre una pretensión específica, procediendo por todo lo expuesto la desestimación del recurso.": AAP Madrid (Sección 25) 28.07.2011 (Auto 157/2011; Rollo 195/2011)

"SEXTO.-Las cuestiones planteadas en la contestación a la demanda y en el recurso de apelación, relativas a la resolución contractual, a la indemnización de daños y perjuicios, lucro cesante y a la compensación, estimamos que exceden sustancialmente de la reclamación de cantidad objeto de la demanda de 23 de abril de 2010, por lo que debieron ser formuladas en la pertinente demanda reconvencional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 406 de la LEC. Y las cuestiones concursales que rebasan la competencia objetiva de la jurisdicción civil, corresponden ser enjuiciadas por la jurisdicción especializada mercantil, según el Auto del TSJ de Cataluña, sec. 1ª, 2-10-2013, nº 109/2013, rec. 5/2013 : *"La cuestión se centra en determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer del procedimiento ordinario, ante la existencia de un procedimiento concursal concurrente.* Al respecto hay que tener en cuenta lo que dice el artículo 50 de la Ley Concursal, 22/2003 de 9 de julio: *"1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado".* Por otro lado el artículo 62 de dicha Ley dice a la letra: *"1. La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. 2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal. 3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado ".*... A su vez el artículo 406. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la imposibilidad de admitir la reconvención en el juicio ordinario cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza.
En concreto, la compensación parcial planteada en el recurso de apelación, debe ser rechazada en atención a las razones explicadas en el segundo fundamento jurídico de la sentencia recurrida, y en lo que no fuera suficiente dicha argumentación jurídica procesal, por dos razones jurídicas esenciales: 1ª La parte demandante está declarada en situación de concurso de acreedores por lo que cualquier reclamación de cantidad frente a la misma deberá deducirse en el concurso, para poder ser cobrada, puesto que estamos en presencia de créditos concursales y no contra la masa del art.84.2.10 LC, como ocurrió con otra línea aérea en el caso dilucidado por el Juzgado de lo Mercantil nº 5, Madrid, en sentencia de 25-1-2010, nº 21/2010, nº autos 258/2008, determinando un pago que el concursado no puede realizar por impedirlo el sistema concursal. El art.84.2.10º LC dispone que serán créditos contra la masa los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad del concursado con posterioridad a la declaración del concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso. Y el estricto régimen de tipicidad legal, conforme se infiere de su apartado 11º: *"Cualesquiera otros créditos a los que esta Ley atribuya expresamente tal consideración".* Es decir, se excluyen inferencias presuntivas no contempladas de modo expreso en las normas contenidas en la Ley Concursal, por lo que todos aquellos que no tengan consideración de créditos contra la masa son créditos concursales, competencia de la rama especializada mercantil. Respecto al crédito reclamado a la concursada, como consecuencia del supuesto perjuicio ocasionado por lucro cesante respecto al objeto contratado, para que se pueda reconocer en sede concursal un crédito por daños y perjuicios es necesario que previamente se hubiera presentado la correspondiente reclamación judicial en vía mercantil y que se hubiera dictado sentencia fijando el importe de la indemnización, aunque también se podría reconocer como crédito contingente, si no hubiera recaído resolución sobre el fondo. En este sentido, y también en materia de línea aérea concursada se expresó la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 28ª, mediante su Auto de 8-5-2008, nº 149/2008, rec. 305/2007. Lo que no está permitido es interesar frente a una compañía aérea concursada, el reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios, por supuesto lucro cesante, en vía civil, cuando corresponde a la Administración concursal en la vía mercantil previa solicitud de la supuesta sociedad acreedora adoptar las medidas precisas para la inclusión de su crédito en el listado de acreedores, si fuera necesario una vez que fuera reconocido de contrario o declarado judicialmente. Por lo tanto, no es de aplicación la compensación pues como dice la A.P. de Vizcaya, sec. 4ª, en Sentencia de 4-10-2010, num. 746/2010, rec. 265/2010....el art. 58 de la Ley Concursal, prohíbe la compensación en supuestos de situación concursal, que implica la disposición de su patrimonio a favor de uno o varios acreedores sin acuerdo con los demás, vulnerando el principio de trato igual a los acreedores, si se sustrae un elemento de la masa activa, como es el crédito a compensar, en beneficio de uno solo de los acreedores, por el titular del crédito compensado. Tan sólo se exceptúan aquellos actos de compensación que supongan la extinción de créditos cuyos requisitos de previo reconocimiento de parte o judicial, se hubieren producido con anterioridad a la declaración de concurso, lo cual no consta en este caso, porque aún no concurrían dichos requisitos de reconocimiento crediticio cuando se declaró el concurso mediante Auto de 4 de marzo de 2011, folios 2.716 a 2.719 de autos. 2º Tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de marzo de 1.988, y la Audiencia Provincial de Granada, sec. 5ª, sentencia 23-12-2009, nº 607/2009, rec. 470/2009, que el artículo 1.196 CC exige, para que proceda la compensación en cualquiera de sus variedades, entre otros requisitos se enumera que las deudas

confrontadas estén vencidas y sean líquidas y exigibles (números 3 y 4), de tal forma que sólo cabe la compensación si se realiza ese requisito, el que no concurre, según se ha declarado (STS. 26 de febrero de 1.952, 21 de abril de 1.955 y otras), cuando la calidad de acreedores recíprocos de los litigantes sólo puede fijarse mediante una liquidación, como ocurre en este caso, donde se solicita por la sociedad demandada un lucro cesante cifrado en la cantidad de 173.199,37 #, reconocimiento judicial que precisa de la oportuna demanda reconvencional indemnizatoria ante el órgano mercantil competente. Puesto que según la doctrina jurisprudencial consolidada en las SSTS de 24 de mayo de 1.971, 12 de abril de 1.985 y 24 de marzo de 1.994 : << *La compensación debe hacerse valer por vía de reconvención, cuando el saldo, tras efectuarla sea favorable al reconviniente, o cuando sea preciso, que el Tribunal integre, alguno de los requisitos imprescindibles, para que la misma opere, normalmente el de la liquidez, al deberse declarar el derecho, a instancia del demandado, por la repetida vía reconvencional (SSTS de 24 de mayo de 1.971, 12 de abril de 1.985 y 24 de marzo de 1.994)*>>. Todo ello, como hemos dicho, bajo la premisa de la exigibilidad de la deuda, para lo que ésta realmente ha de existir, siendo la actora deudora de la demandada. Tal y como considera el Tribunal Supremo en sentencia de 18-1-1999 : *"El art. 1195 CC enuncia el principio de la compensación, como causa de extinción de una obligación, estableciendo que tendrá lugar la compensación cuando dos personas, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra; por otro lado la compensación judicial es una especie de la misma que es ordenada por el órgano jurisdiccional en sentencia y como resultado de un proceso, habiéndose establecido jurisprudencialmente que no son de exigencia todos los requisitos que la normativa del Código Civil fija para que proceda la compensación legal, entre ellas que las dos deudas compensables sean líquidas y exigibles en el momento de plantearse el litigio, ya que este extremo puede referirse, en la concreción del montante de la deuda compensable, a la decisión judicial (SSTS, Sala 1ª de 9 Abril 1994 y 27 Diciembre 1995)".* Ante ello, no formulándose la reconvención necesaria para obtener la compensación interesada, a cuyo efecto en este caso debido su contingencia concursal de naturaleza jurídica mercantil, entendemos que no es suficiente la mera excepción, según la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 11ª, sentencia de 31-5-2011, nº 370/2011, rec. 573/2010, y en consecuencia, necesariamente debía estimarse la demanda, según se ha hecho en la sentencia recurrida. Por lo tanto, debe ser confirmada, sin perjuicio de lo que se razonará a continuación en materia de costas procesales y depósito para recurrir.": SAP Madrid (Sección 25) 25.07.2014 (Sentencia 309/2014; Rollo 594/2013)

AP Navarra

"PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estimando la demanda de oposición formulada por la demandada Dintel HV Inmuebles SL, desestimó la demanda de Juicio Cambiario interpuesta SEOP OBRAS Y PROYECTOS, S.L., frente aquella para el cobro de un pagaré extendido por DINTEL H.V. INMUEBLES, S.L. a favor de la mercantil SEOP por importe de 198.891,52 #. El Juzgado a quo concluyó que si bien había quedado acreditado que la mercantil SEOP era tenedora de un pagaré que la demandada DINTEL, como promotora, le había entregado a aquella con ocasión de las obras que en virtud de contrato de ejecución suscrito entre las partes ejecutaba SEOP, librado en fecha 21 de febrero de 2.008 y con vencimiento el días 11 de marzo, junto con otros dos pagarés, no se encontraba obligada Dintel al pago del importe del mismo, por falta de provisión de fondos y por extinción en todo caso del crédito que dicho título incorporaba. (…)
TERCERO.- El recurso no puede ser estimado íntegramente, debiendo mantenerse el pronunciamiento desestimatorio de la demanda cambiaria sustentada por el Juzgado a quo, si bien a juicio de esta Sala, y en discrepancia parcial con lo sustentado por aquél, no es posible concluir como se hace en la fundamentación jurídica de la sentencia, que aparte de la falta de provisión de fondos, concurra también en base a los mismos hechos la extinción del crédito incorporado al pagaré, bien por inexistente bien por compensación de créditos de la firmante del pagaré, obligada a su pago, cuando para llegar a esa conclusión el Juez a quo le es necesario entrar a analizar la concurrencia de un crédito a favor de la deudora del pagaré, que pudiera bien ser compensado, o bien pudiera ser determinante de la inexistencia del inicial crédito incorporado al pagaré, a la vista de la liquidación de la relación contractual existente entre ellas, cuando como aquí ocurre SEOP se encuentra inmersa en un procedimiento concursal.
Ha quedado acreditado que la mercantil SEOP se encuentra en situación de concurso de acreedores seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, declarado en fecha 7 de abril de 2.008, y que incluso la parte demandante de oposición ha suscitado ante dicho Juzgado un incidente concursal (Art. 96 LC) para el reconocimiento de su crédito contra SEOP, derivado precisamente del contrato suscrito entre las partes en fecha 15 de febrero de 2.007, tanto en relación con la penalización contractual prevista para el caso de incumplimiento, como por asunción de reparaciones de defectos y pago a subcontratadas por la concursada.
Pues bien si ello es así, necesariamente habrá de concluirse que no puede ser competente el Juzgado de Primera Instancia que tramita un procedimiento cambiario por un pagaré librado entre las partes, para conocer de la existencia de la deuda de la que pudiera ser responsable la concursada, previa su liquidación, esgrimida precisamente como motivo de oposición al pago del pagaré, una vez que la demandante está incursa en concurso de acreedores, al ser competencia exclusiva del Juez de lo Mercantil (Arts. 8 y 50 y ss de la LConcursal) la integración de los créditos de la concursada, ya que la declaración de concurso, que tuvo lugar en 7 de abril de 2.008 de SEOP, integró de derecho en la masa pasiva de la quiebra a todos los acreedores, y en su caso a la mercantil DINTEL, por la relación derivada del contrato de ejecución de obra suscrito entre ambas en fecha 15 de febrero de 2.007; concurriendo además en el supuesto de autos, con ocasión de la pretensión de DINTEL de su consideración como acreedor de la concursada, un incidente concursal ante dicho Juzgado sobre el crédito pretendido por ella frente a la concursada. (Art. 96 LC), y cuando además de conformidad con lo dispuesto en el Art. 58 de la LC de poder concurrir un crédito, del que está conociendo el Juez del concurso, no es procedente la compensación, que como medio de extinción de las obligación

incorporada al pagaré se pretende y acepta en definitiva el Juzgado a quo a través de la declaración de extinción del crédito incorporado de pagaré.
Es por ello, que en este extremo debe dejarse sin efecto la argumentación jurídica que la sentencia de instancia contiene sobre la extinción del crédito cambiario, estimando en parte el recurso de apelación.
CUARTO.- Ahora bien, esta consideración no puede llevar sin más a concluir que ante ello deba rechazarse también la oposición fundamentada en base a la invocada falta de provisión de fondos (…) ": SAP Navarra 20.03.2010 (Sentencia 32/2010; Rollo 230/2009)

AP Orense

"En cualquier caso, bajo la denuncia de falta de legitimación activa la recurrente insiste en el principal motivo de oposición aducido en la instancia, esto es, pago por su parte de cantidad igual a la reclamada por trabajos encargados a terceros para la reparación de deficiencias en las obras efectuadas por la actora. Tales hechos, de ser ciertos, llevarían anudada como consecuencia jurídica la extinción de la deuda reconocida en la sentencia apelada y que necesariamente tendría que operar mediante compensación con el crédito del que sería titular la recurrente frente a la demandante por las cantidades abonadas a quienes encargó la reparación de defectos. Se opone, en definitiva, la compensación regulada en los artículos 1195 y siguientes del código civil, cuyo efecto es la extinción de las deudas recíprocas en la cantidad concurrente (artículo 1202 CC). Se trata de alegación inoperante, a efectos de la viabilidad de la reclamación deducida, por falta de competencia del juzgado de instancia para su análisis al venir atribuida por ley al juzgado de lo mercantil nº 1 de A Coruña que declaró a la actora en situación de concurso voluntario de acreedores. Así resulta del artículo 58 de la ley concursal a cuyo tenor "sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal". La norma es consecuencia del principio de igualdad entre los acreedores propio de todo concurso. La compensación produciría efectos en los restantes acreedores ya que en su virtud el crédito correspondiente se cobraría hasta la cantidad concurrente y quedaría excluido de posibles acuerdos sobre quita o aplazamiento, obteniendo el acreedor afectado un trato privilegiado en perjuicio de los restantes acreedores y en contra de la "par conditio creditorum".
La competencia del juzgado que conoce del concurso se extiende igualmente a todas aquellas alegaciones con incidencia directa en la apreciación de la compensación como son la urgencia de las reparaciones excluyente del aviso previo previsto en el contrato o la imposibilidad de la actora de hacer frente a las mismas ante su situación de concurso. Cualquier pronunciamiento que aquí se hiciese sobre ellas supondría invasión de la competencia funcional del mencionado juzgado de lo mercantil.": SAP Orense (Sección 1) 24.09.2013 (Sentencia 340/2013; Rollo 397/2012)

AP Segovia

"TERCERO Con alteración del orden del estudio de las cuestiones planteadas en el escrito de recurso por razones sistemáticas, debe declarase que igual suerte desestimatoria deben correr el tercero y cuarto de los motivos de oposición alegado.
En relación con el tercero, aduce la infracción por aplicación indebida delart. 50 de la LC, por el hecho de haber considerado el Juzgado que la contestación a la demanda implicaba una pretensión contra una entidad concursada, por lo que debía abstenerse de conocer de la misma, sin perjuicio de poder hacer uso de su derecho ante el Juez del concurso. En cuanto al cuarto, sostiene la recurrente que se ha aplicado indebidamente elart. 58 de la LC
Al exponer el tercero de los motivos de impugnación, sostiene la recurrente que al alegar la compensación en su escrito de contestación a la demanda, no estaba ejercitando una pretensión contra el patrimonio de la concursada, sino una defensa del suyo frente a la reclamación de unas facturas que ya consideraba pagadas mucho antes de declararse el concurso, siendo el Juzgado de 1ª Instancia competente para conocer del pago de la deuda reclamada según la forma establecida por la propia actora.
No se acepta la tesis de la recurrente. Y es que en definitiva, al alegar la compensación en su escrito de contestación a la demanda, supone entablar una acción modificativa de la masa pasiva de la concursada demandante. No cabe duda que toda reclamación tiene dos perspectivas, y que una conduce inexorablemente a la otra. Así, desde el lado del que reclama, se tratará de una reclamación de un crédito que forma su masa activa; pero desde el lado del que le reclaman, es obvio dicha pretensión afectará a su masa pasiva. Y es que la compensación alegada, ya sea como excepción propia o impropia, exige como elemento previo y esencial (art. 1195 CC) que dos personas sean por derecho propio recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra; que las deudas recíprocas (art. 1196 CC) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles; y que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro. Ello implica que para poder ser estimada la compensación alegada, previamente tiene que reconocerse la existencia de un crédito a su favor y a cargo del acreedor que le reclama; o lo que es lo mismo, que para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que al mismo tiempo en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa. Sólo constatada la existencia de esos créditos recíprocos será cuando pueda operar la figura de la compensación.
De ahí, que cuando la demandada alega la compensación, no está afirmando sino que tiene un crédito contra la acreedora que quiere que se le reconozca para extinguir su deuda en la parte en que concurran.
Por ello no puede mantener la demandada que no ha ejercitado una reclamación civil contra la actora, sino que sólo pretende defender su patrimonio de la misma. Ciertamente en ningún momento solicita condena alguna de la actora, sino que sólo pide la desestimación de la demanda; pero en definitiva, y dados los términos en que

está planteada la litis, interesada la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, lo pretendido conlleva idénticos efectos y consecuencias, ya que para su estimación es preciso declarar previamente la existencia de una obligación de la actora a su favor, lo que obviamente afectará a su patrimonio. Por más que insista que lo aducido por ella no es la compensación sino el pago de la deuda, basta una mera lectura de su escrito de contestación a la demanda para constatar que se trata de una liquidación de la deuda que mantenía con PROINSERGA, S.A. por compensación con la que a su vez SAT INCOPORC mantenía con ella.
Por tanto, ninguna aplicación indebida delart. 58 de la LC se aprecia en la Sentencia de instancia. Según el mismo, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, aunque añade que producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración; y así en definitiva lo sostiene la demandada. El problema es que en este caso, dados los términos en que se ha planteado la litis, existe controversia sobre tal extremo, por lo que conforme a lo establecido en el párrafo segundo de dicho precepto, tal cuestión deberá ser resuelta a través de los cauces del incidente concursal, y no en el ámbito del presente procedimiento declarativo ordinario promovido por la actora ante el Juzgado de 1ª Instancia que por turno pudiere corresponder.
De ahí que tampoco se aprecie vulneración o aplicación indebida delart. 50.1 de la LC, ya que según dicho precepto el Juez del orden civil ante quien se interponga pretensión que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley, debe abstenerse de ello.
Si ello es así, no cabe duda que el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Segovia como tal, carece de la competencia para conocer de la excepción de compensación, - que no mero pago, - alegada.
CUARTO Los argumentos anteriormente expuestos también son suficientes como para desestimar el quinto de los motivos de impugnación alegado, ya que pretensión deducida por la demandada en su escrito de contestación a la demanda debe ser conocida por el Juez del concurso y por los trámites procesales previstos por Ley reguladora del mismo.
QUINTO Lo que tampoco es admisible es que la competencia pueda quedar determinada por razón de la acumulación de acciones, como pretende la recurrente conforme a lo aducido al exponer el segundo de los motivos de impugnación alegado con carácter subsidiario, y para el caso de entenderse que el Juzgado carecía de competencia objetiva para conocer de la excepción planteada. En ningún momento se infringe así el "principio de la continencia de la causa", como aduce la recurrente. Por otro lado, ninguna relación guarda elart. 3 de la LOPJ con lo planteado.
A tales efectos baste indicar que el criterio de flexibilidad no es un criterio de atribución de competencia, sino que una vez determinado que el Juzgado es competente para conocer de todas las acciones promovidas en un mismo proceso, será cuando haya que examinarse el requisito de la conexidad al objeto de comprobar si ello resulta factible. Como declara a este respecto laSTS de 20 de febrero de 1986, "no es posible derogar la competencia por razón de la materia, aunque se intente por el vehículo procesal de la acumulación de acciones; y en consecuencia, un órgano jurisdiccional no puede entender, por razón de acumulación, de lo que no podría conocer nunca por razón de la materia si se hubiese ejercitado la acción por separado": SAP Segovia 26.05.2009 (JUR 2009/302790; Sentencia 97/2009; Rollo 133/2009)

“La alegación ha de correr suerte desestimatoria en tanto que, una vez oída la grabación de la Audiencia previa, no cabe sino concluir que la parte demandada tuvo ocasión de exponer sus argumentos contrarios a la declaración de oficio de incompetencia objetiva, no produciéndose indefensión alguna la respecto, máxime en un caso como el que nos ocupa, respecto al cual se ha pronunciado esta Sala en ya reiteradas ocasiones en el mismo sentido que lo hace el juez a quo en este procedimiento. Esto es, en las numerosas resoluciones en las que esta Sala se ha debido pronunciar sobre la competencia o incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer sobre la alegación de compensación opuesta por las entidades que han sido demandadas por la administración concursal de Proinserga, la respuesta ha sido unívoca en el sentido de negar dicha competencia, partiendo de la distinta naturaleza entre las instituciones del pago y la compensación. Ello porque si bien es cierto que, siguiendo la doctrina de la compensación implícita, la LEC recoge en el art. 408.1 la posibilidad de alegar la compensación sin una reconvención expresa, como excepción a la regla general de proscripción del ejercicio de las acciones civiles en la contestación, se considera que lo que este precepto pone de relieve, frente a los argumentos de la demandada, es que la compensación no es una causa más de oposición a la demanda, sino una excepción específica a la que de hecho se le da un tratamiento similar a la reconvención, pues autoriza la contestación de la parte actora como si de una reconvenida se tratase. Esta peculiaridad en realidad confirma la diferente naturaleza jurídica del pago y de la compensación, siendo ésta a efectos materiales una acción o reclamación que se efectúa contra la actora, pues como ya hemos dicho implica el previo reconocimiento por la resolución judicial de la existencia de un crédito del demandado contra el actor.
Y en este sentido el art. 8.1º LC establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (al igual que hace el art. 86 ter LOPJ respecto de los juzgados de lo mercantil) sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerarse desde un punto de vista material y no meramente formal, lo que conllevará las consecuencias que se establecen en el art. 50.1 LC, esto es que el juez civil deberá abstenerse de conocer y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el juez de lo mercantil.
De la misma forma, en la prohibición de compensación incide expresamente el art. 58 LC, al establecer que "Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal".

Este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general, pero más trascendente que su contenido a efectos materiales es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o competenciales. En esta disposición se establece que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al juez del concurso pues deben resolverse por los trámites de los incidentes concursales. Por lo tanto se pone de relieve que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del juez de lo mercantil.": SAP Segovia 11.12.2009 (Sentencia 232/2009; Rollo 381/2009)

"PRIMERO - Se interpone en esta alzada recurso de apelación por la parte demandada contra la sentencia dictada en la instancia que estimando al demanda le condenaba al pago de las cantidades reclamadas por la entidad Proinserga.
Como motivos del recurso de apelación se laga en primer lugar que se han fijado hechos inciertos en el fundamento primero de la sentencia recurrida al hacerse constar que por la demandada se alegó compensación, entendiendo que lo que propuso fue el pago; y en el segundo al hacerse constar que el demandado no había pagado las cantidades reclamadas. En segundo lugar se sostiene que se interpreta de forma errónea el acuerdo del Consejo de Administración de Proinserga de 18 de enero de 2007. En tercero se alega infracción de losarts 8 y 50 LC (RCL 1988, 1642), que el juez aplica para no entrara en la oposición a la demanda del demandado, cuando éste lo que opone es el pago. Finalmente alega que sí ha acreditado los pagos que el son debidos por entregas de cerdos.
SEGUNDO Como se puede apreciar en el recurso todo el esfuerzos argumentativo de la parte se dirige a mantener que por su parte no se está planteando la compensación como medio de extinción de la obligación sino el pago; entendiendo que por pago y no por compensación debe entenderse que el pienso que se le suministraba se pagase con lo cerdos que el recurrente vendía, y ello en base a los mismos acuerdos de Proinserga. Dejando aparte las dificultades que esta alegación plantea cuando la compradora de los cerdos es una persona jurídica distinta de la vendedora del pienso y ambas están en concurso, sin que exista prueba alguna de que se haya desarrollado conducta fraudulenta hacia el recurrente que permita un supuesto alzamiento del velo, que luego examinaremos; lo cierto es que si aún de forma hipotética admitiésemos la posibilidad del pago como oposición, en este caso concreto sería irrealizable, puesto que todas la facturas de venta de cerdos que el demandado aduce, que son las que constan en el reconocimiento como acreedor en el concurso de Incoporc, son anteriores del año 2006, mientras que las cantidades que Proinserga reclama se refieren a suministros del año 2007, siendo bastante difícil, más bien imposible a juicio de esta Sala, poder entender que las entregas del año 2006 se correspondían al pago de suministros del año 2007.
Por lo tanto no puede admitirse en este caso concreto que nos ocupa que las cantidades que le son debidas al demandado por Incoporc puedan ser consideradas como pagos efectuados por éste a Proinserga por el suministro de los piensos y medicamentos cuya factura se reclama.
Lo cual nos deja en la situación de entender que la única vía para reclamar la compensación (gramaticalmente hablando) de unos y otros créditos es por la vía de la compensación judicial, que es a fin de cuentas lo que siempre ha venido exigiendo la representación letrada del demandado en las múltiples oposiciones a las demandas que Proinserga ha interpsueto contra numerosos ganaderos. Y si observamos la contestación a la demanda del ahora recurrente, se aprecia que precisamente la base contractual que alega para oponer el pago es aquélla del acuerdo de Proinserga que literalmente se encabeza como "liquidación por compensación", por lo que no cabe duda de cuál era la figura jurídica que vinculaba a las partes y que se ha pretendido ejercitar en este momento.
Y dado que en la audiencia previa por el juez de instancia no se admitió la compensación como causa de oposición por no haberse opuesto de forma correcta, resolución firme al no ser recurrida, en el momento del juicio esa pretensión era improsperable, por lo que siendo también improcedente la alegación de pago, la estimación de la demanda fue correcta.
TERCERO - En todo caso y en cuanto a la improsperabilidad de la compensación ya se ha pronunciado esta Sala en multitud de ocasiones. Dicha doctrina (recogida, entre otros, en los autos dictados por estaSala en los rollos 11/09, 140/09, 141/09, 156/09, 165/09, 203/09, 218/09, 222/09, 239/09, 240/09, 263/09, 329/09, 353/09 o 434/09) concluye de forma sintética, como luego reproduciremos, que la competencia para conocer de la demanda de Proinserga corresponde al Juzgado de primera Instancia competente para conocer la reclamación civil, pero en esa causa no sería posible alegar la compensación, y más cuando ésta se pretende aplicando la doctrina del levantamiento del velo de una tercera, también concursada, pues dichas cuestiones corresponderán al Juzgado de lo mercantil.
En cuanto a la competencia para conocer de la compensación, debemos dar por reproducidos los fundamentos que ya ha establecido esta Sala, y así en elauto resolviendo el rollo 11/09 se dijo: "La tesis del recurrente es que no se está ejercitando una reclamación civil sino que ese está oponiendo el pago, en este caso por compensación. Sin embargo con ello la parte recurrente está desconociendo que el pago y la compensación son formas distintas del extinguir las obligaciones, tal y como dispone elart. 1156 CC (LEG 1889, 27). Y es que su naturaleza y forma de determinación son muy diferentes, aunque el resultado final de ambas sea el mismo, la extinción de la obligación, como sucedería con la confusión de derechos, la condonación, la pérdida o la novación, sin que quepa duda que ninguna de estas circunstancias pueden ser considerada como pago de una obligación, no al menos en sentido técnico jurídicos que es en el que nos hallamos en este momento.
Como decimos, la compensación exige como elemento previo y esencial(art.1195 CC) que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas(art. 1196 CC) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, y que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro. Por lo tanto para alegar la compensación previamente tiene que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor. O dicho en otras palabras, para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que al tiempo en el

pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa. Una vez constatada la existencia de esos créditos recíprocos afectantes a los activos y pasivos de ambos patrimonios, es cuando podrá operar la figura de la compensación.
Esta es la razón por la que la tesis del demandado no se sostiene, y hay que concluir que efectivamente cuando la demandada alega la compensación no está afirmando jurídicamente la existencia del pago de la deuda, sino que está diciendo que tiene un crédito contra la acreedora que quiere que se le descuente de su deuda para extinguir la obligación.
CUARTO Así centrado el objeto de debate de la compensación, debemos avanzar en el análisis de la competencia. Se alega por el demandado que él nunca ha ejercitado una reclamación civil contra el actor, puesto que se ha limitado a oponerse a la demanda sin realizar reconvención alguna, lo que el autoriza elart. 408 LEC (RCL 2000, 34, 962). Se estima que con esta alegación se confunde la naturaleza jurídica de las instituciones con su tratamiento procesal. Es cierto que, recogiendo la doctrina de la compensación implícita, la LEC recoge en elart. 408.1 esta posibilidad de alegar la compensación sin una reconvención expresa, y lo establece como excepción a la regla general de proscripción del ejercicio de las acciones civiles en la contestación.
Se considera que lo que este precepto pone de relieve, frente a los argumentos de la demandada, es que la compensación no es una causa más de oposición a la demanda, sino una excepción específica a la que de hecho se le da un tratamiento similar a la reconvención, pues autoriza la contestación de la parte actora como si de una reconvenida se tratase. Esta peculiaridad en realidad confirma la diferente naturaleza jurídica del pago y de la compensación, siendo ésta a efectos materiales una acción o reclamación que se efectúa contra la actora, pues como ya hemos dicho implica el previo reconocimiento por la resolución judicial de la existencia de un crédito del demandado contra el actor.
QUINTO Determinada la naturaleza jurídica de la compensación que se alega por la parte, debemos examinar la competencia para conocer sobre ella.
Y en este sentido elart. 8.1º LC establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (al igual que hace elart. 86 ter LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) respecto de los juzgados de lo mercantil) sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerarse desde un punto de vista material y no meramente formal, lo que conllevará las consecuencias que se establecen en elart. 50.1 LC, esto es que el juez civil deberá abstenerse de conocer y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el juez de lo mercantil.
De la misma forma, en la prohibición de compensación incide expresamente elart. 58 LC, al establecer que "Sin perjuicio de lo previsto en elart. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal". Este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general, pero más trascendente que su contenido a efectos materiales es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o competenciales. En esta disposición se establece que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al juez del concurso pues deben resolverse por los trámites de los incidentes concursales. Por lo tanto se pone de relieve que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del juez de lo mercantil.
En este caso lo que la parte interesa jurídicamente es que se reconozca que el crédito que ostenta contra Incoporc (pues figura en la lista de acreedores de esta entidad) en realidad es un crédito contra Proinserga, pero la inclusión de créditos en la masa pasiva o el reconocimiento del demandado en la lista de acreedores es una cuestión que comete en exclusiva la juez de lo mercantil, por lo que el juez civil no puede alterar esa lista de acreedores admitiendo la existencia de dicho crédito compensable.
Se considera que estos preceptos obligan a compartir la decisión del juez de instancia en cuanto a su incompetencia para conocer de esa alegación de compensación.
SEXTO Pero además de lo dicho, lo que la parte pretendía para obtener la compensación no era solamente el reconocimiento del crédito contra Proinserga, sino como ya hemos dicho que se declarase que el crédito que tiene contra Incoporc es transmisible a Proinserga, alegando para ello al doctrina del levantamiento del velo, considerando que existe una confusión de negocios determinada por un ánimo defraudatorio.
Se considera que esta es una cuestión compleja que excedería del mero ámbito de la contestación a la demanda, pues haría inexcusable la presencia en el proceso de Incoporc, que debería ser demandada por este fraude en el uso de su personalidad, lo que no se ha hecho en momento alguno. Y es que el planteamiento de esta cuestión también excede la competencia del juez civil. Se está pretendiendo por la demandada sostener que dos personas jurídicas concursadas son en realidad una sola y que existe una confusión de patrimonios, objetos sociales, y medios materiales y personales, que hace que deban ser consideradas una. Pero hacer esta declaración en este proceso sería alterar de forma sustancial los propios procesos concursales, pues supondría hacer comunicables los créditos y deudas de una entidad a otra cuando esa declaración no ha existido en el proceso concursal.
Lo que ahora pretende la parte es una posibilidad que está expresamente contemplada en la LC y que la parte, como acreedora de Incoporc pudo haber ejercitado en dicho proceso. Así elart. 3.5 LC permite al acreedor solicitar la declaración conjunta de concurso de varios deudores cuando exista confusión de patrimonios o cuando siendo personas jurídicas forme parte de un mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros e identidad en la toma de decisiones. A su vez elart. 25 LC permite la acumulación de concursos cuando existan varias sociedades concursadas pertenecientes a un mismo grupo, aunque en este caso no exista confusión de patrimonios.
No se duda que Incoporc y Proinserga son sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial, pero este hecho no supone por sí mismo que exista un fraude que permita el levantamiento del velo. En el caso que nos

ocupa, cada una de las personas jurídicas tenía atribuida una función en la dinámica empresarial, dinámica que era conocida por el demandado desde su carácter de socio. En todo caso y como decimos, si la parte entiende que existía una intención defraudatoria o que existía una confusión, así debió interesarlo del juez del concurso de forma que ese concurso conjunto, con confusión de acreedores y deudores de ambas tuviese alcance general, lo que como decimos no consta se haya llevado a cabo.
Y es que lo que la parte pretende con su alegación es contrario precisamente a la regla esencial del concurso, la "par condictio creditorum", porque con su pretensión de confusión de patrimonios en este proceso concreto lo que hace (sea de propósito o no) es obtener para sí mismo un privilegio exclusivo, permitiéndole privilegiar su crédito contra Incoporc mediante su inclusión en la masa pasiva de Proinserga, y a su vez hacerlo efectivo por medio de la compensación".
Y en cuanto a que nos hallemos ante una figura distinta de la compensación, en el rollo 434/09 se exponía: "La parte pretende en este momento manifestar que no nos hallamos ante una compensación de deudas sino ante un "trueque", y de ahí que toda la argumentación apoyada en el instituto de la compensación no se sostiene. Lo cierto es que lo que la parte ha opuesto en su contestación a la demanda es la compensación, por lo que debe entenderse que esa era la valoración jurídica que hacía de la relación comercial entre Proinserga y demandado, sin que en esta alzada sea posible su pretensión de cambiar el título de oposición; lo que en todo caso dejaría subsistente la supuesta identidad de Proinserga e Incoporc, dada la diferenciada procedencia de suministros y ventas. Sobre este mismo argumento se ha pronunciado ya esta Sala de forma expresa en suauto de fecha 7 de mayo de 2009 (rollo 156/09), al plantearse en ese recurso idéntico argumento, lo que fue desestimado con las siguientes palabras: "El recurso, no puede ser estimado; por más que se afirme un mero "pago por trueque"; ello es meramente la conclusión final contable que se pretende, pero para ello previamente resultaría necesario, que se declare que un crédito reconocido frente a una concursada, en este caso SAT 1516 INCOPROC, se afirme que no es crédito a favor de la recurrente, sino a favor de la también concursada PROINSERGA SA; con lo cual a pesar de las protestas de la recurrente, precisa previamente de una acción de levantamiento del velo y además afecta necesariamente, aunque sea cualitativamente al pasivo de una concursada, pues el crédito reconocido a favor de la demandada, se pretende que varíe la titularidad del acreedor, que ahora se pretende sea la actora; y tras ello, opere la compensación, para así opere la "compensación" o liquidación o trueque alegado".
SEPTIMO Desestimado el recurso de apelación, las costas de esta alzada deberán ser impuestas a la parte recurrente.": SAP Segovia 01.02.2010 (AC 2010/851; Sentencia 11/2010; Rollo 23/2010)

"PRIMERO Formula la parte demandada recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de Cuéllar y por la que se le condenaba a satisfacer a la actora la cantidad de 53.545,91 ?, más los intereses legales correspondientes, aduciendo los siguientes motivos de oposición: (…) 4º) Infracción por aplicación indebida de losarts 8 y 50 de la Ley Concursal; (…)
El recurso debe ser desestimado. A pesar de lo alegado por la recurrente, lo cierto es que la cuestión planteada en el presente procedimiento, ha sido ya definitivamente resuelta por esta Sala en numerosas resoluciones recaídas en otros similares al presente.
SEGUNDO En cuanto a lo aducido en el primer motivo de impugnación, ha de ponerse de manifiesto que el Juzgador de instancia calificó de manera correcta la clase de excepción opuesta por la demandada en su escrito de contestación a la demanda.
Como ya se declarado reiteradamente esta Sala, e independientemente de cómo pueda denominarlo la demandada, - excepción de pago o pago por compensación, - lo aducido en su escrito de contestación a la demanda no es más que una liquidación de deudas entre actora y demandada por compensación, que es diferente de la excepción de pago. Y es que la compensación, ya sea como excepción propia o impropia, exige como elemento previo y esencial (art.1.195 CC) que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra; que las deudas recíprocas (art. 1.196 CC) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles; que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y que a su vez sea acreedor principal del otro. Todo ello supone que para poder ser estimada, previamente tenga que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor; o lo que es lo mismo, que para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que al mismo tiempo en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa. Sólo constatada la existencia de esos créditos recíprocos será cuando pueda operar la figura de la compensación. Y eso en definitiva es lo que habría que constatar y declarar, aunque fuere a través de la doctrina del levantamiento del velo, para poder acoger la alegación vertida por la demandada en su escrito de contestación a la demanda, ya estime que fuese pago o liquidación por compensación o simplemente compensación, puesto que en el fondo la demandada no está afirmando jurídicamente la existencia del pago de la deuda, sino que tiene un crédito contra la actora que quiere que se le descuente para extinguir su obligación.
La propia demandada califica jurídicamente así la cuestión al contestar el hecho segundo de la demanda. Según expresa: "Cierto el correlativo de la demanda en cuanto a los envíos de mercancía (pedidos) de PROINSERGA, S.A. a mi mandante, pero totalmente inexacta por incompleta al no recoger las entregas de cerdos efectuadas por mi mandante a INCOPORC y pendientes de abono por estas sociedades, a pesar de los acuerdos de compensación vigentes cuando se hicieron esos pedidos". Así también se califica - liquidación por compensación - en el documento de fecha 19-1-07, en el que precisamente basa su tesis. Respecto de este punto sólo indicar que tampoco es cierto lo manifestado por la demandada en su alegación anteriormente transcrita: de los suministros que se le reclaman, sólo cinco facturas son posteriores a los referidos acuerdos, de un total de 19, y por importe de 770,3 ? frente a total reclamado de 53.545,91 ?; y algunas de las partidas de las recogidas en aquéllas son anteriores a la fecha del citado documento.
TERCERO Como también ha declarado esta Sala en numerosas resoluciones, el Juzgado de 1ª Instancia, en este caso, el de Cuéllar, carece de la competencia para conocer de la excepción alegada, que en definitiva

encubre una compensación; y más cuando se pretende aplicando la doctrina del levantamiento del velo de una tercera entidad, también concursada, pues el conocimiento de dichas cuestiones corresponden al Juzgado de lo mercantil.
Aunque en ningún momento se interesa por la demandada condena alguna de la actora, sino que sólo se pide la desestimación de la demanda; en definitiva, y dados los términos en que está planteada la litis, lo pretendido conlleva idénticos efectos y consecuencias, ya que para su estimación es preciso declarar previamente la existencia de una obligación de la actora a su favor, - la que se estima saldada, - lo que obviamente afectará a su patrimonio y a su masa pasiva.
Elart. 8.1º de la LC establece la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso, - al igual que hace elart. 86 ter de la LOPJ respecto de los Juzgados de lo Mercantil, - sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerarse desde un punto de vista material y no meramente formal, lo que conllevará las consecuencias que se establecen en elart. 50.1 LC, esto es, que el Juez civil deberá abstenerse de conocer de la reclamación o pretensión y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el Juez competente, que será el de lo Mercantil.
En sentido análogo, en la prohibición de compensación incide expresamente elart. 58 LC, al establecer que sin perjuicio de lo previsto en elart. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, de manera que en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
Este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general; pero más trascendente que su contenido a efectos materiales, es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o de competencia, como es que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al Juez del concurso, recalcándose así que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del Juez de lo Mercantil.
Por todo ello, es obvio que debe ser desestimado el cuarto de los motivos de impugnación alegado, y evita el pronunciamiento sobre lo aducido al exponer los segundo, tercero y quinto, al resultar completamente irrelevante.
Por lo que se refiere a la doctrina del levantamiento del velo que se pretende sea aplicada, por considerar la demandada que existe una confusión de negocios determinada por un ánimo defraudatorio, como también se dijo en lasentencia de esta Sala de uno de Febrero de dos mil diez, dictada en el Rollo nº 23/2010, que es último que ha sido resuelto, hay que decir que se trata de una cuestión compleja que excedería del mero ámbito de la contestación a la demanda, pues haría inexcusable la presencia en el proceso de INCOPORC, que debería ser demandada por este fraude en el uso de su personalidad, lo que no se ha hecho en momento alguno. Y es que el planteamiento de esta cuestión también excede la competencia del Juez Civil. Se está pretendiendo por la demandada sostener que dos personas jurídicas concursadas son en realidad una sola; y que existe una confusión de patrimonios, objetos sociales, medios materiales y personales, que hace que deban ser consideradas una. Lo que ocurre es que hacer esta declaración en este proceso implicaría alterar de forma sustancial los propios procesos concursales, pues supondría hacer comunicables los créditos y deudas de una entidad a otra cuando esa declaración no ha existido en el proceso concursal.
Lo que ahora pretende la parte es una posibilidad que está expresamente contemplada en la LC y que la parte, como acreedora de INCOPORC, pudo haber ejercitado en dicho proceso. Así elart. 3.5 LC permite al acreedor solicitar la declaración conjunta de concurso de varios deudores cuando exista confusión de patrimonios o cuando siendo personas jurídicas forme parte de un mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros e identidad en la toma de decisiones. A su vez elart. 25 LC permite la acumulación de concursos cuando existan varias sociedades concursadas pertenecientes a un mismo grupo, aunque en este caso no exista confusión de patrimonios.
No se duda que INCOPORC y PROINSERGA puedan ser sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial, pero este hecho no supone por sí que exista un fraude que permita el levantamiento del velo. En el presente supuesto, cada una de las personas jurídicas tenía atribuida una función en la dinámica empresarial, dinámica que era conocida por el demandado desde su carácter de socio. Y en todo caso, si la parte entendía que existía una intención defraudatoria o confusión, así debió interesarlo del Juez del concurso, de forma que ese concurso conjunto, con confusión de acreedores y deudores de ambas, tuviese alcance general, lo que no consta se haya llevado a cabo.
Y es que lo que la parte pretende con su alegación es contrario precisamente a la regla esencial del concurso, la "par condictio creditorum", porque con su pretensión de confusión de patrimonios en este proceso concreto lo que hace (sea de propósito o no) es obtener para sí mismo un privilegio exclusivo, permitiéndole privilegiar su crédito contra INCOPORC mediante su inclusión en la masa pasiva de PROINSERGA, y a su vez hacerlo efectivo por medio de la compensación.": SAP Segovia 23.02.2010 (JUR 2010/145727; Sentencia 31/2010; Rollo 61/2010)

"PRIMERO El presente litigio se inicia por demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad, formulada por la entidad declarada en situación de concurso PROINSERGA SA, frente a la entidad Las Marianas SL que al contestar a la demanda, alega compensación de créditos. En el acto de audiencia previa, se resolvió un incidente donde se concluyó que no se había formulado formalmente compensación que hubiera que resolverse por el cauce de losarts. 408 y 409 LEC :
En la sentencia de instancia, en relación con la referida compensación, entre otros extremos se indica:
En primer lugar, a través del testimonio del Sr.Agustín - Consejero Delegado que fue de Proinserga -ha pretendido la demandada hacer ver que el entramado comercial de PROINSERGA SA en sus relaciones con LAS MARIANAS SCL -y también con otras empresas ganaderas - venía evidenciado por un modo de operar en el que PROINSERGA SA suministraba productos y servicios de ganadería a los ganaderos y a su vez

compraba los cerdos resultantes de la cría que los ganaderos llevaban a efecto, aunque lo hacia a través de una Entidad societaria diferente (Incoporc Sat 1516) pero con identidad de socios y de administradores, de domicilio social y de estructura administrativa.
Esa tercera entidad (INCOPORC SAT 1516) no ha sido traída a estas actuaciones ni puede quedar afectada por las determinaciones que aquí se vengan a establecer; sin que tampoco concurran los requisitos para afirmar que se trata de un caso de fraude societario que haga necesaria la entrada en aplicación de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo invocada por la demandada. La canalización de los intereses y relaciones comerciales de Proinserga con sus socios (entre los que se encontraba la demandada) se conducía a través de las estrategias que por razones financieras o fiscales establecía la actora, pero sin que quede acreditado que a través de sociedades diferentes a PROINSERGA SA se crearan artificios societarios dirigidos a eludir el pago a los socios o crear perjuicios injustificados.
Por otro lado, este Tribunal se ve impedido en este pleito del reconocimiento de obligaciones a favor de la actora, atendido lo que disponen losartículos 8 y 50 de la Ley Concursal, para no alterar las reglas del concurso (por conditio creditorum); constando además que la tercera entidad a que se refiere la demandada (Incoporc Sat 1516) también está declarada en concurso, encontrándose el cauce procesal pertinente para la pretensión que sostiene la demandada en las reglas procesales y materiales propias del concurso.
Como en definitiva el suministro que sustentaba la pretensión actora no se negaba, la demanda se estima y la demandada recurre en apelación..
SEGUNDO En el primer motivo alega que de no entrar a considerar la compensación por falta objetiva de competencia, pero admitiendo la misma sobre la pretensión contenida en la demanda, se divide la continencia de la causa. Además de que mantener dicha falta de competencia objetiva implica infracción de losarts. 50 y 58 de la Ley Concursal.
Debemos rechazar tal división de la continencia de la causa, pues tal concepto implica que el riesgo de que una misma cuestión sea resuelta de diversa forma en litigios diversos, lo que no es predicable en el supuesto de autos, auque medie una obvia conexidad; pues entre ambas pretensiones, ni siquiera existe identidad de personas, ya que se alega el pago a un tercero que no es parte en le procedimiento y además también se encuentra en situación de concurso; y además versan sobre cosas diversas (piensos, productos de genética, animal, medicamentos, etc., en el caso de la actora y cerdos en el caso de la demanda).
Además, ya ha reiterado laSala entre otras ocasiones en los autos dictados en los rollos 11/09, 140/09, 141/09, 156/09, 165/09, 203/09, 218/09, 222/09, 239/09, 240/09, 263/09, 329/09, 353/09 o 434/09, que la competencia para conocer de la demanda de Proinserga corresponde al Juzgado de primera Instancia competente para conocer la reclamación civil, pero en esa causa no sería posible alegar la compensación, y más cuando ésta se pretende aplicando la doctrina del levantamiento del velo de una tercera, también concursada, pues dichas cuestiones corresponderán al Juzgado de lo mercantil; normativa de orden público que debe ser observada, precisamente por los arts. que indica el recurrente no se debieron aplicar.
Al contrario; la competencia del Juzgado de lo Mercantil, viene recogida en elartículo 86 ter LOPJ; donde no se contempla el supuesto de autos, que ni se dirige contra el patrimonio de la concursada ni se sustenta en la legislación societaria; pues se trata de una acción de reclamación de cantidad, derivada de venta de determinadas mercaderías, de obligaciones contractuales por tanto, por parte de una concursada.
Es cierto que elartículo 86 ter número 2 establece que los Juzgados de lo Mercantil "conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil", tras lo que contiene un listado de las materias para cuyo conocimiento se les atribuye competencia. Pero la expresión utilizada por el precepto legal de que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de competencia del orden jurisdiccional civil, no puede ser interpretada desconectada del listado de materias que después se introduce, porque la finalidad de tal declaración carecería de justificación si no se la relaciona con las materias cuya competencia se atribuye expresamente a los Juzgados de lo Mercantil. La expresión "de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil" va dirigida a dar exhaustividad a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil respecto de las materias que después se relacionan, así como dejar claro que no corresponde a los órganos de lo mercantil el conocimiento de tales materias cuando éste estuviera atribuido a órganos de otros órdenes jurisdiccionales distintos del civil.
Como declara elauto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Secc. 5ª, de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2006, 176104) y el de laAudiencia Provincial de Madrid, Secc. 28ª, de 14 de marzo de 2008 (JUR 2008, 288214), "todas aquellas cuestiones que no estén expresamente atribuidas al conocimiento del Juzgado de lo Mercantil en elart. 86 ter de la LOPJ son competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sin que la competencia de los órganos mercantiles sea expansiva y pueda ir más allá de los límites expresamente marcados en la LOPJ, como por lo demás constituye un principio general en el deslinde de competencias cuando existen órganos especializados en alguna materia".
Sobre este particular, ha de recordarse que laSentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de marzo de 1993, declaró que las atribuciones de los órganos especializados dentro de la jurisdicción civil no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia.
Conforme al precepto controvertido, los Juzgados de lo Mercantil han asumido el conocimiento de todos los asuntos que hasta el 1 de septiembre de 2004 eran competencia objetiva de los Juzgados de 1ª Instancia -sin exclusión- respecto de las materias que se relacionan a continuación. Entre ellas se encuentran "todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas". Como se ha expresado, y no es además controvertido, las reclamaciones de cantidad derivadas de incumplimiento contractual no se sustentan en la "normativa reguladora de las sociedades mercantiles" en ningún caso, sino en las estipulaciones contractuales (de las que nacen obligaciones que tienen "fuerza de ley entre las partes",art. 1091 del Código Civil), y en su caso, de las normas legales reguladoras del contrato en cuestión y, en lo que sea aplicable, de las generales que rigen las obligaciones y contratos.

Es significativo que en la tramitación parlamentaria de la reforma de laLey Orgánica 8/2003 para la Reforma Concursal, que introdujo en laLey Orgánica del Poder Judicial el art. 86.ter, se rechazaron las enmiendas que pretendían añadir un apartado, el "g", al número 2º del artículo, por el que pretendía adicionar al listado de materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil un último apartado consistente en atribuirles el conocimiento "de las demás acciones a las que se acumule cualquiera de las comprendidas en los números anteriores" (enmiendas núm. 22 del Congreso de los Diputados y 9 y 13 del Senado).
Concluyendo y recapitulando, para el conocimiento de las acciones derivadas de los contratos, como es la acción ejercitada en este litigio por la parte actora contra la demandada, la competencia objetiva no corresponde a los Juzgados de lo Mercantil por no estar incluidas entre las que elart. 86.ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé como de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil (salvo en el caso de que se dirijan contra un deudor concursado o contra un deudor no concursado en limitados casos, como es en materia de transporte, nacional o internacional, derecho marítimo, propiedad industrial o intelectual etc,art. 86.ter.2 en varios de sus apartados, que en todo caso son ajenos a la acción ejercitada en autos). De ahí que no pueda darse alart. 50 de la Ley Concursal la interpretación que pretende el recurrente.
TERCERO Tampoco resulta viable que dicha competencia venga determinada por razón de la acumulación de acciones al formularse en un mismo proceso que una acción objeto de competencia del Juzgado Mercantil, por más que el ordenamiento o la jurisprudencia en determinadas ocasiones aplique los criterios de su acomodación de manera flexible.
Como indican los autos antes citados, "no nos hallamos ante una cuestión de flexibilidad en la interpretación de los requisitos de la acumulación, pues no se trata de valorar de forma más o menos flexible el requisito del nexo entre las acciones que se pretenden acumular (art. 72 LEC), sino que nos hallamos en un momento previo, en el de la apreciación de la concurrencia o no de un presupuesto objetivo básico, de tal manera que cuando no concurre, cuando el Juzgado no tiene competencia objetiva, es imposible aplicar criterios de flexibilidad cuando no se da el presupuesto previo indispensable para aplicarlo".
El criterio de flexibilidad, no es un criterio de atribución de competencia. Es una vez determinado que el Juzgado es competente para conocer de ambas acciones cuando hay que examinar el requisito de la conexidad para comprobar que ambas pueden ejercitarse en un mismo proceso. Como declara sobre este particular laSentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 20 de febrero de 1986 (RJ 1986, 688) "no es posible derogar la competencia por razón de la materia, aunque se intente por el vehículo procesal de la acumulación de acciones y en consecuencia un órgano jurisdiccional no puede entender, por razón de acumulación, de lo que no podría conocer nunca por razón de la materia si se hubiese ejercitado la acción por separado".
Tampoco es viable la consideración de la compensación, como mera excepción, que no implica formulación reconvencional contra la concursada. Como sosteníamos en laSentencia de esta Sala, de 05 de Febrero del 2009 (JUR 2009, 191857), con cita de la dictada por la Sección 1ª de laAP de Asturias de fecha 5-9-08 (JUR 2008, 352527), la jurisprudencia venía admitiendo la alegación de la compensación como excepción impropia en los supuestos en los que el demandado tratara únicamente de conseguir la desestimación de la pretensión del actor mediante la invocación de un contracrédito que el primero tuviere contra el segundo; y ello con la finalidad de extinguir uno y otro en la cantidad concurrente, limitando la exigencia de la vía reconvencional expresa a los supuestos, entre otros, en los que se solicitara la condena del actor por el exceso favorable al reconviniente. Ahora bien, el legislador, con ocasión de la promulgación de laLey 1/2000, de 7 enero de Enjuiciamiento Civil, y ante los variados inconvenientes procesales que planteaban este tipo de alegaciones que venían a rebasar los límites de la pretensión inicialmente introducida por el actor, optó por otorgar a la alegación de crédito compensable el tratamiento de auténtica reconvención, aún cuando el demandado sólo pretendiere su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar (art. 408-1 LEC), exigiendo consecuentemente que se le confiera traslado de ello al actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención. No es que el citado precepto niegue la posibilidad de que la compensación pueda ser alegada por vía de excepción, requiriéndose al demandado que la articule necesariamente por vía de reconvención, sino que aun incluso en el primer supuesto, se exige que se le tenga que dar dicho tratamiento, introduciendo un nuevo trámite de alegaciones para que el actor la pueda contestar como si efectivamente se hubiere reconvenido a las peticiones contenidas en su escrito de demanda. Tanto más en el caso de autos, donde para la efectividad de la compensación alegada, debe previamente lograrse un supuesto levantamiento del velo.
En cualquier caso, elartículo 58 de la Ley Concursal exige que las controversias sobre la compensación, deben examinarse a través de los cauces de un incidente concursal, por ende con carácter de exclusividad por el Juzgado Mercantil que conoce del concurso (los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en suLey reguladora art. 86 ter 1 -); mientras que no existe atribución competencial al Juzgado Mercantil de las reclamaciones que la concursada realice en base a obligaciones contractuales.”: SAP Segovia 01.03.2010 (JUR 2010/178172; Sentencia 41/2010; Rollo 6/2010)

“PRIMERO. -Se interpone en esta alzada recurso de apelación por la parte demandada contra la sentencia dictada en la instancia que estimando al demanda le condenaba al pago de las cantidades reclamadas por la entidad Proinserga.
Como motivos del recurso de apelación se laga en primer lugar que se han fijado hechos inciertos en el fundamento primero de la sentencia recurrida al hacerse constar que por la demandada se alegó compensación, entendiendo que lo que propuso fue el pago; y en el segundo al hacerse constar que el demandado no había pagado las cantidades reclamadas. En tercer lugar se sostiene que se interpreta de forma errónea el acuerdo del Consejo de Administración de Proinserga de 18 de enero de 2007. En cuarto se alega infracción de los arts 8 y 50 LC, que el juez aplica para no entrara en la oposición a la demanda del demandado, cuando éste lo que opone es el pago. Finalmente alega que sí ha acreditado la entregas de cerdos en cumplimiento del referido acuerdo.

SEGUNDO. -Como se puede apreciar en el recurso todo el esfuerzos argumentativo de la parte se dirige a mantener que por su parte no se está planteando la compensación como medio de extinción de la obligación sino el pago; entendiendo que por pago y no por compensación debe entenderse que el pienso que se le suministraba se pagase con lo cerdos que el recurrente vendía, y ello en base a los mismos acuerdos de Proinserga. Dejando aparte las dificultades que esta alegación plantea cuando la compradora de los cerdos es una persona jurídica distinta de la vendedora del pienso y ambas están en concurso, sin que exista prueba alguna de que se haya desarrollado conducta fraudulenta hacia el recurrente que permita un supuesto alzamiento del velo, lo cierto es que de la propia argumentación y exposición fáctica, interesa el recurrente, la compensación de sus créditos con el abono de los cerdos; por ende compensación, expresión que utiliza también en su contestación a la demanda; la única matización que incorpora en su discurso, es que la entrega realizada a Incorporoc, debe ser entendida realizada a Proinserga, pero ello no evita, que en cualquier caso la compensación debe ser declarada judicialmente; que es a fin de cuentas lo que siempre ha venido exigiendo la representación letrada del demandado en las múltiples oposiciones a las demandas que Proinserga ha interpuesto contra numerosos ganaderos. Y si observamos la contestación a la demanda del ahora recurrente, se aprecia que precisamente la base contractual que alega para oponer el pago es aquélla del acuerdo de Proinserga (acuerdo 19 de enero de 2007) el mecanismo de pago aludido literalmente se encabeza como "liquidación por compensación", por lo que no cabe duda de cuál era la figura jurídica que vinculaba a las partes y que se ha pretendido ejercitar en este momento.
Y dado que en la audiencia previa por el juez de instancia no se admitió la compensación como causa de oposición por no haberse opuesto de forma correcta, resolución firme al no ser recurrida, en el momento del juicio esa pretensión era improsperable, por lo que siendo también improcedente la alegación de pago, la estimación de la demanda fue correcta.
TERCERO. -En todo caso y en cuanto a la improsperabilidad de la compensación ya se ha pronunciado esta Sala en multitud de ocasiones. Dicha doctrina (recogida, entre otros, en los autos dictados por esta Sala en los rollos 11/09, 140/09, 141/09, 156/09, 165/09, 203/09, 218/09, 222/09, 239/09, 240/09, 263/09, 329/09, 353/09 o434/09) concluye de forma sintética, como luego reproduciremos, que la competencia para conocer de la demanda de Proinserga corresponde al Juzgado de primera Instancia competente para conocer la reclamación civil, pero en esa causa no sería posible alegar la compensación, y más cuando ésta se pretende aplicando la doctrina del levantamiento del velo de una tercera, también concursada, pues dichas cuestiones corresponderán al Juzgado de lo mercantil.
En cuanto a la competencia para conocer de la compensación, debemos dar por reproducidos los fundamentos que ya ha establecido esta Sala, y así en el auto resolviendo el rollo 11/09 se dijo: "La tesis del recurrente es que no se está ejercitando una reclamación civil sino que ese está oponiendo el pago, en este caso por compensación. Sin embargo con ello la parte recurrente está desconociendo que el pago y la compensación son formas distintas del extinguir las obligaciones, tal y como dispone el art. 1156 CC. Y es que su naturaleza y forma de determinación son muy diferentes, aunque el resultado final de ambas sea el mismo, la extinción de la obligación, como sucedería con la confusión de derechos, la condonación, la pérdida o la novación, sin que quepa duda que ninguna de estas circunstancias pueden ser considerada como pago de una obligación, no al menos en sentido técnico jurídicos que es en el que nos hallamos en este momento.
Como decimos, la compensación exige como elemento previo y esencial (art.1195 CC) que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas (art. 1196 CC) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, y que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro. Por lo tanto para alegar la compensación previamente tiene que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor. O dicho en otras palabras, para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que al tiempo en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa. Una vez constatada la existencia de esos créditos recíprocos afectantes a los activos y pasivos de ambos patrimonios, es cuando podrá operar la figura de la compensación.
Esta es la razón por la que la tesis del demandado no se sostiene, y hay que concluir que efectivamente cuando la demandada alega la compensación no está afirmando jurídicamente la existencia del pago de la deuda, sino que está diciendo que tiene un crédito contra la acreedora que quiere que se le descuente de su deuda para extinguir la obligación.
CUARTO. Así centrado el objeto de debate de la compensación, debemos avanzar en el análisis de la competencia. Se alega por el demandado que él nunca ha ejercitado una reclamación civil contra el actor, puesto que se ha limitado a oponerse a la demanda sin realizar reconvención alguna, lo que el autoriza el art. 408 LEC. Se estima que con esta alegación se confunde la naturaleza jurídica de las instituciones con su tratamiento procesal. Es cierto que, recogiendo la doctrina de la compensación implícita, la LEC recoge en el art. 408.1 esta posibilidad de alegar la compensación sin una reconvención expresa, y lo establece como excepción a la regla general de proscripción del ejercicio de las acciones civiles en la contestación.
Se considera que lo que este precepto pone de relieve, frente a los argumentos de la demandada, es que la compensación no es una causa más de oposición a la demanda, sino una excepción específica a la que de hecho se le da un tratamiento similar a la reconvención, pues autoriza la contestación de la parte actora como si de una reconvenida se tratase. Esta peculiaridad en realidad confirma la diferente naturaleza jurídica del pago y de la compensación, siendo ésta a efectos materiales una acción o reclamación que se efectúa contra la actora, pues como ya hemos dicho implica el previo reconocimiento por la resolución judicial de la existencia de un crédito del demandado contra el actor.
QUINTO. Determinada la naturaleza jurídica de la compensación que se alega por la parte, debemos examinar la competencia para conocer sobre ella.
Y en este sentido el art. 8.1º LC establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (al igual que hace el art. 86 ter LOPJ respecto de los juzgados de lo mercantil) sobre las acciones civiles que se dirijan

contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerarse desde un punto de vista material y no meramente formal, lo que conllevará las consecuencias que se establecen en el art. 50.1 LC, esto es que el juez civil deberá abstenerse de conocer y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el juez de lo mercantil.
De la misma forma, en la prohibición de compensación incide expresamente el art. 58 LC, al establecer que "Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal". Este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general, pero más trascendente que su contenido a efectos materiales es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales
o competenciales. En esta disposición se establece que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al juez del concurso pues deben resolverse por los trámites de los incidentes concursales. Por lo tanto se pone de relieve que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del juez de lo mercantil.
En este caso lo que la parte interesa jurídicamente es que se reconozca que el crédito que ostenta contra Incoporc (pues figura en la lista de acreedores de esta entidad) en realidad es un crédito contra Proinserga, pero la inclusión de créditos en la masa pasiva o el reconocimiento del demandado en la lista de acreedores es una cuestión que comete en exclusiva la juez de lo mercantil, por lo que el juez civil no puede alterar esa lista de acreedores admitiendo la existencia de dicho crédito compensable.
Se considera que estos preceptos obligan a compartir la decisión del juez de instancia en cuanto a su incompetencia para conocer de esa alegación de compensación.
SEXTO. Pero además de lo dicho, lo que la parte pretendía para obtener la compensación no era solamente el reconocimiento del crédito contra Proinserga, sino como ya hemos dicho que se declarase que el crédito que tiene contra Incoporc es transmisible a Proinserga, alegando para ello al doctrina del levantamiento del velo, considerando que existe una confusión de negocios determinada por un ánimo defraudatorio.
Se considera que esta es una cuestión compleja que excedería del mero ámbito de la contestación a la demanda, pues haría inexcusable la presencia en el proceso de Incoporc, que debería ser demandada por este fraude en el uso de su personalidad, lo que no se ha hecho en momento alguno. Y es que el planteamiento de esta cuestión también excede la competencia del juez civil. Se está pretendiendo por la demandada sostener que dos personas jurídicas concursadas son en realidad una sola y que existe una confusión de patrimonios, objetos sociales, y medios materiales y personales, que hace que deban ser consideradas una. Pero hacer esta declaración en este proceso sería alterar de forma sustancial los propios procesos concursales, pues supondría hacer comunicables los créditos y deudas de una entidad a otra cuando esa declaración no ha existido en el proceso concursal.
Lo que ahora pretende la parte es una posibilidad que está expresamente contemplada en la LC y que la parte, como acreedora de Incoporc pudo haber ejercitado en dicho proceso. Así el art. 3.5 LC permite al acreedor solicitar la declaración conjunta de concurso de varios deudores cuando exista confusión de patrimonios o cuando siendo personas jurídicas forme parte de un mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros e identidad en la toma de decisiones. A su vez el art. 25 LC permite la acumulación de concursos cuando existan varias sociedades concursadas pertenecientes a un mismo grupo, aunque en este caso no exista confusión de patrimonios.
No se duda que Incoporc y Proinserga son sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial, pero este hecho no supone por sí mismo que exista un fraude que permita el levantamiento del velo. En el caso que nos ocupa, cada una de las personas jurídicas tenía atribuida una función en la dinámica empresarial, dinámica que era conocida por el demandado desde su carácter de socio. En todo caso y como decimos, si la parte entiende que existía una intención defraudatoria o que existía una confusión, así debió interesarlo del juez del concurso de forma que ese concurso conjunto, con confusión de acreedores y deudores de ambas tuviese alcance general, lo que como decimos no consta se haya llevado a cabo.
Y es que lo que la parte pretende con su alegación es contrario precisamente a la regla esencial del concurso, la "par condictio creditorum", porque con su pretensión de confusión de patrimonios en este proceso concreto lo que hace (sea de propósito o no) es obtener para sí mismo un privilegio exclusivo, permitiéndole privilegiar su crédito contra Incoporc mediante su inclusión en la masa pasiva de Proinserga, y a su vez hacerlo efectivo por medio de la compensación".
Y en cuanto a que nos hallemos ante una figura distinta de la compensación, en el rollo 434/09 se exponía: "La parte pretende en este momento manifestar que no nos hallamos ante una compensación de deudas sino ante un "trueque", y de ahí que toda la argumentación apoyada en el instituto de la compensación no se sostiene. Lo cierto es que lo que la parte ha opuesto en su contestación a la demanda es la compensación, por lo que debe entenderse que esa era la valoración jurídica que hacía de la relación comercial entre Proinserga y demandado, sin que en esta alzada sea posible su pretensión de cambiar el título de oposición; lo que en todo caso dejaría subsistente la supuesta identidad de Proinserga e Incoporc, dada la diferenciada procedencia de suministros y ventas. Sobre este mismo argumento se ha pronunciado ya esta Sala de forma expresa en su auto de fecha 7 de mayo de 2009 (rollo 156/09), al plantearse en ese recurso idéntico argumento, lo que fue desestimado con las siguientes palabras: "El recurso, no puede ser estimado; por más que se afirme un mero "pago por trueque"; ello es meramente la conclusión final contable que se pretende, pero para ello previamente resultaría necesario, que se declare que un crédito reconocido frente a una concursada, en este caso SAT 1516 INCOPROC, se afirme que no es crédito a favor de la recurrente, sino a favor de la también concursada PROINSERGA SA; con lo cual a pesar de las protestas de la recurrente, precisa previamente de una acción de levantamiento del velo y además afecta necesariamente, aunque sea cualitativamente al pasivo de una concursada, pues el crédito reconocido a favor de la demandada, se pretende que varíe la titularidad del

acreedor, que ahora se pretende sea la actora; y tras ello, opere la compensación, para así opere la "compensación" o liquidación o trueque alegado". “: SAP Segovia 29.03.2010 (Sentencia 72/2010; Rollo 63/2010)

“PRIMERO.-Se interpone en esta alzada recurso de apelación por la parte demandada contra la sentencia dictada en la instancia que estimando la demanda le condenaba al pago de las cantidades reclamadas por la entidad Proinserga.
Como motivos del recurso de apelación se laga en primer lugar que se han fijado hechos inciertos en el fundamento primero de la sentencia recurrida al hacerse constar que por la demandada se alegó compensación, entendiendo que lo que propuso fue el pago; y en el segundo al hacerse constar que el demandado alegaba un hecho no susceptible de ser analizado, cuando se trataba de que había pagado las cantidades reclamadas en virtud del acuerdo de la actora de 18 de enero de 2007. En tercer lugar se sostiene que se interpreta de forma errónea el referido acuerdo del Consejo de Administración de Proinserga de 18 de enero de 2007. Y en el cuarto se alega interpretación errónea del artículo 1156 CC.
SEGUNDO.-Como se puede apreciar en el recurso todo el esfuerzos argumentativo de la parte se dirige a mantener que por su parte no se está planteando la compensación como medio de extinción de la obligación sino el pago; entendiendo que por pago y no por compensación debe entenderse que el pienso que se le suministraba se pagase con lo cerdos que el recurrente vendía, y ello en base a los mismos acuerdos de Proinserga. Dejando aparte las dificultades que esta alegación plantea cuando la compradora de los cerdos es una persona jurídica distinta de la vendedora del pienso y ambas están en concurso, sin que exista prueba alguna de que se haya desarrollado conducta fraudulenta hacia el recurrente que permita un supuesto alzamiento del velo, lo cierto es que de la propia argumentación y exposición fáctica, interesa el recurrente, la compensación de sus créditos con el abono de los cerdos; por ende compensación, expresión que en contra de su negativa actual, expresamente utilizó de forma reiterada en su contestación a la demanda: "liquidación por compensar" (epígrafe "al primero de la demanda"), "acuerdo de COMPENSACIÓN" (epígrafe "al segundo de la demanda"), "liquidación por compensación" (epígrafe "al tercero de la demanda"); "liquidadas por compensación", (epígrafe "al cuarto de la demanda").
"Liquidación por compensación", que por otra parte es la propia expresión que se utiliza en el acuerda referenciado; de modo que la pretensión de la entrega realizada a Incorporoc, debe ser entendida realizada a Proinserga, no puede entenderse de otra forma que la invocación de la excepción de compensación; y cuando efectivamente por propia iniciativa de la actora se contesta a dicha excepción, por providencia de 5 de noviembre de 2008, "se tiene por contestada por tiempo y forma por la parte actora la compensación alegada de contrario", ninguna objeción, protesta o recurso se formula por parte de la demandada apelante.
En definitiva, como ya hemos argumentado en resoluciones previas con similar discusión, ello no evita en cualquier caso que la compensación debe ser declarada judicialmente. Valga reiterar que precisamente la base contractual que alega para oponer el pago es aquélla del acuerdo de Proinserga (acuerdo 19 de enero de 2007) el mecanismo de pago aludido literalmente se encabeza como "liquidación por compensación", por lo que no cabe duda de cuál era la figura jurídica que vinculaba a las partes y que se ha pretendido ejercitar en este momento.
Y dado que en la audiencia previa por el juez de instancia no se admitió la compensación como causa de oposición por falta de competencia objetiva, esa pretensión era improsperable, por lo que acarreaba también la improcedencia de la alegación de pago en base a la entrega de mercancías a una tercera entidad también concursa, que se pretendía sirvieran para abono de su deuda a la actora.
TERCERO. -En todo caso y en cuanto a la improsperabilidad de la compensación ya se ha pronunciado esta Sala en multitud de ocasiones. Dicha doctrina (recogida, entre otros, en los autos dictados por esta Sala en los rollos 11/09, 140/09, 141/09, 156/09, 165/09, 203/09, 218/09, 222/09, 239/09, 240/09, 263/09, 329/09, 353/09 ó 434/09 por citar alguna de ellas) concluye de forma sintética, como luego reproduciremos, que la competencia para conocer de la demanda de Proinserga corresponde al Juzgado de primera Instancia competente para conocer la reclamación civil, pero en esa causa no sería posible alegar la compensación, y más cuando ésta se pretende aplicando la doctrina del levantamiento del velo de una tercera, también concursada, pues dichas cuestiones corresponderán al Juzgado de lo mercantil.
En cuanto a la competencia para conocer de la compensación, si bien ahora no cuestionada, debemos dar por reproducidos los fundamentos que ya ha establecido esta Sala, pues ilustran los motivos desestimatorios del recurso formulado y así en el auto resolviendo el rollo 11/09 se dijo: "La tesis del recurrente es que no se está ejercitando una reclamación civil sino que ese está oponiendo el pago, en este caso por compensación. Sin embargo con ello la parte recurrente está desconociendo que el pago y la compensación son formas distintas del extinguir las obligaciones, tal y como dispone el art. 1156 CC. Y es que su naturaleza y forma de determinación son muy diferentes, aunque el resultado final de ambas sea el mismo, la extinción de la obligación, como sucedería con la confusión de derechos, la condonación, la pérdida o la novación, sin que quepa duda que ninguna de estas circunstancias pueden ser considerada como pago de una obligación, no al menos en sentido técnico jurídicos que es en el que nos hallamos en este momento.
Como decimos, la compensación exige como elemento previo y esencial (art.1195 CC) que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas (art. 1196 CC) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, y que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro. Por lo tanto para alegar la compensación previamente tiene que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor. O dicho en otras palabras, para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que al tiempo en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa. Una vez constatada la existencia de esos créditos recíprocos afectantes a los activos y pasivos de ambos patrimonios, es cuando podrá operar la figura de la compensación.

Esta es la razón por la que la tesis del demandado no se sostiene, y hay que concluir que efectivamente cuando la demandada alega la compensación no está afirmando jurídicamente la existencia del pago de la deuda, sino que está diciendo que tiene un crédito contra la acreedora que quiere que se le descuente de su deuda para extinguir la obligación.
CUARTO. Así centrado el objeto de debate de la compensación, debemos avanzar en el análisis de la competencia. Se alega por el demandado que él nunca ha ejercitado una reclamación civil contra el actor, puesto que se ha limitado a oponerse a la demanda sin realizar reconvención alguna, lo que el autoriza el art. 408 LEC. Se estima que con esta alegación se confunde la naturaleza jurídica de las instituciones con su tratamiento procesal. Es cierto que, recogiendo la doctrina de la compensación implícita, la LEC recoge en el art. 408.1 esta posibilidad de alegar la compensación sin una reconvención expresa, y lo establece como excepción a la regla general de proscripción del ejercicio de las acciones civiles en la contestación.
Se considera que lo que este precepto pone de relieve, frente a los argumentos de la demandada, es que la compensación no es una causa más de oposición a la demanda, sino una excepción específica a la que de hecho se le da un tratamiento similar a la reconvención, pues autoriza la contestación de la parte actora como si de una reconvenida se tratase. Esta peculiaridad en realidad confirma la diferente naturaleza jurídica del pago y de la compensación, siendo ésta a efectos materiales una acción o reclamación que se efectúa contra la actora, pues como ya hemos dicho implica el previo reconocimiento por la resolución judicial de la existencia de un crédito del demandado contra el actor.
QUINTO. Determinada la naturaleza jurídica de la compensación que se alega por la parte, debemos examinar la competencia para conocer sobre ella.
Y en este sentido el art. 8.1º LC establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (al igual que hace el art. 86 ter LOPJ respecto de los juzgados de lo mercantil) sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerarse desde un punto de vista material y no meramente formal, lo que conllevará las consecuencias que se establecen en el art. 50.1 LC, esto es que el juez civil deberá abstenerse de conocer y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el juez de lo mercantil.
De la misma forma, en la prohibición de compensación incide expresamente el art. 58 LC, al establecer que "Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal". Este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general, pero más trascendente que su contenido a efectos materiales es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales
o competenciales. En esta disposición se establece que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al juez del concurso pues deben resolverse por los trámites de los incidentes concursales. Por lo tanto se pone de relieve que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del juez de lo mercantil.
En este caso lo que la parte interesa jurídicamente es que se reconozca que el crédito que ostenta contra Incoporc (pues figura en la lista de acreedores de esta entidad) en realidad es un crédito contra Proinserga, pero la inclusión de créditos en la masa pasiva o el reconocimiento del demandado en la lista de acreedores es una cuestión que comete en exclusiva la juez de lo mercantil, por lo que el juez civil no puede alterar esa lista de acreedores admitiendo la existencia de dicho crédito compensable.
Se considera que estos preceptos obligan a compartir la decisión del juez de instancia en cuanto a su incompetencia para conocer de esa alegación de compensación.
SEXTO. Pero además de lo dicho, lo que la parte pretendía para obtener la compensación no era solamente el reconocimiento del crédito contra Proinserga, sino como ya hemos dicho que se declarase que el crédito que tiene contra Incoporc es transmisible a Proinserga, alegando para ello al doctrina del levantamiento del velo, considerando que existe una confusión de negocios determinada por un ánimo defraudatorio.
Se considera que esta es una cuestión compleja que excedería del mero ámbito de la contestación a la demanda, pues haría inexcusable la presencia en el proceso de Incoporc, que debería ser demandada por este fraude en el uso de su personalidad, lo que no se ha hecho en momento alguno. Y es que el planteamiento de esta cuestión también excede la competencia del juez civil. Se está pretendiendo por la demandada sostener que dos personas jurídicas concursadas son en realidad una sola y que existe una confusión de patrimonios, objetos sociales, y medios materiales y personales, que hace que deban ser consideradas una. Pero hacer esta declaración en este proceso sería alterar de forma sustancial los propios procesos concursales, pues supondría hacer comunicables los créditos y deudas de una entidad a otra cuando esa declaración no ha existido en el proceso concursal.
Lo que ahora pretende la parte es una posibilidad que está expresamente contemplada en la LC y que la parte, como acreedora de Incoporc pudo haber ejercitado en dicho proceso. Así el art. 3.5 LC permite al acreedor solicitar la declaración conjunta de concurso de varios deudores cuando exista confusión de patrimonios o cuando siendo personas jurídicas forme parte de un mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros e identidad en la toma de decisiones. A su vez el art. 25 LC permite la acumulación de concursos cuando existan varias sociedades concursadas pertenecientes a un mismo grupo, aunque en este caso no exista confusión de patrimonios.
No se duda que Incoporc y Proinserga son sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial, pero este hecho no supone por sí mismo que exista un fraude que permita el levantamiento del velo. En el caso que nos ocupa, cada una de las personas jurídicas tenía atribuida una función en la dinámica empresarial, dinámica que era conocida por el demandado desde su carácter de socio. En todo caso y como decimos, si la parte entiende que existía una intención defraudatoria o que existía una confusión, así debió interesarlo del juez del concurso

de forma que ese concurso conjunto, con confusión de acreedores y deudores de ambas tuviese alcance general, lo que como decimos no consta se haya llevado a cabo.
Y es que lo que la parte pretende con su alegación es contrario precisamente a la regla esencial del concurso, la "par condictio creditorum", porque con su pretensión de confusión de patrimonios en este proceso concreto lo que hace (sea de propósito o no) es obtener para sí mismo un privilegio exclusivo, permitiéndole privilegiar su crédito contra Incoporc mediante su inclusión en la masa pasiva de Proinserga, y a su vez hacerlo efectivo por medio de la compensación".
Y en cuanto a que nos hallemos ante una figura distinta de la compensación, en el rollo 434/09 se exponía: "La parte pretende en este momento manifestar que no nos hallamos ante una compensación de deudas sino ante un "trueque", y de ahí que toda la argumentación apoyada en el instituto de la compensación no se sostiene. Lo cierto es que lo que la parte ha opuesto en su contestación a la demanda es la compensación, por lo que debe entenderse que esa era la valoración jurídica que hacía de la relación comercial entre Proinserga y demandado, sin que en esta alzada sea posible su pretensión de cambiar el título de oposición; lo que en todo caso dejaría subsistente la supuesta identidad de Proinserga e Incoporc, dada la diferenciada procedencia de suministros y ventas. Sobre este mismo argumento se ha pronunciado ya esta Sala de forma expresa en su auto de fecha 7 de mayo de 2009 (rollo 156/09), al plantearse en ese recurso idéntico argumento, lo que fue desestimado con las siguientes palabras: "El recurso, no puede ser estimado; por más que se afirme un mero "pago por trueque"; ello es meramente la conclusión final contable que se pretende, pero para ello previamente resultaría necesario, que se declare que un crédito reconocido frente a una concursada, en este caso SAT 1516 INCOPROC, se afirme que no es crédito a favor de la recurrente, sino a favor de la también concursada PROINSERGA SA; con lo cual a pesar de las protestas de la recurrente, precisa previamente de una acción de levantamiento del velo y además afecta necesariamente, aunque sea cualitativamente al pasivo de una concursada, pues el crédito reconocido a favor de la demandada, se pretende que varíe la titularidad del acreedor, que ahora se pretende sea la actora; y tras ello, opere la compensación, para así opere la "compensación" o liquidación o trueque alegado".“: SAP Segovia 26.04.2010 (Sentencia 103/2010; Rollo 125/2010)

AP Salamanca

“Cuarto.-Igual suerte desestimatoria han de merecer los restantes motivos de impugnación y pretensiones del recurso por cuanto: a) es incuestionable que, declarado el concurso de la entidad demandante, la pretensión de compensación del crédito que frente a ella pueda ostentar la entidad demandada ha de hacerse valer a través del oportuno incidente concursal, conforme establece el artículo 58, párrafo segundo, de la Ley Concursal, por lo que es evidente la competencia del Juzgado de lo Mercantil y la incompetencia del Juzgado de 1ª Instancia para el conocimiento y resolución de la pretendida pretensión de compensación; y b) de ello no puede derivarse la incompetencia de éste para conocer de la acción ejercitada en la demanda por la entidad demandante, según resulta de lo prevenido en los artículos 8 y 9 de la mencionada ley, ya que la jurisdicción del Juez del concurso únicamente se extiende a las materias expresamente enumeradas en los referidos preceptos legales. ”: SAP Salamanca 30.11.2010 (Sentencia 453/2010; Rollo 529/2010)

“Segundo.-Dados los términos en los que aparecen planteados tanto el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada PREYCESA S. L. como la impugnación deducida por la entidad demandante GRUINSA, la primera cuestión a examinar es la relativa a si el Juzgado de 1ª Instancia es o no competente para conocer de la compensación alegada por la entidad demandada como oposición a la reclamación de la entidad demandante al encontrarse ésta declarada en situación de concurso.
La cuestión ha sido ya resuelta por esta Audiencia en su sentencia número 453/2010, de 30 de noviembre, en la que se afirmó que es incuestionable que, declarado el concurso de la entidad demandante, la pretensión de compensación del crédito que frente a ella pueda ostentar la entidad demandada ha de hacerse valer a través del oportuno incidente concursal, conforme establece el artículo 58, párrafo segundo, de la Ley Concursal, por lo que es evidente la competencia del Juzgado de lo Mercantil y la incompetencia del Juzgado de 1ª Instancia para el conocimiento y resolución de la pretendida compensación, sin que de ello se derive la incompetencia de éste para conocer de la acción ejercitada en la demanda por la entidad demandante, según resulta de lo prevenido en los artículos 8 y 9 de la mencionada ley, ya que la jurisdicción del Juez del concurso únicamente se extiende a las materias expresamente enumeradas en los referidos preceptos legales.
Y ello porque, como señaló la SAP. de Segovia número 11/2010, de 1 de febrero, la compensación exige como elemento previo y esencial (artículo 1.195 del Código Civil) que dos personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas (artículo 1.196) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, y que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro. Por lo tanto, para alegar la compensación previamente tiene que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor; o dicho en otras palabras, para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que al tiempo en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa, y una vez constatada la existencia de esos créditos recíprocos afectantes a los activos y pasivos de ambos patrimonios, es cuando podrá operar la figura de la compensación.
Es cierto que el artículo 408. 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de alegar la compensación sin una reconvención expresa, pero del referido precepto resulta que la compensación no es una causa más de oposición a la demanda, sino una excepción específica a la que de hecho se le da un tratamiento similar a la reconvención, pues autoriza la contestación de la parte actora como si de una reconvenida se tratase; situación que en forma similar se produce en el juicio verbal al exigir en el artículo 438.

2, que, cuando en los juicios verbales el demandado oponga un crédito compensable, deberá notificárselo al actor al menos cinco días antes de la vista, y a ello a fin de que por éste puedan realizarse en dicho acto las alegaciones correspondientes. Y tal peculiaridad en realidad confirma la diferente naturaleza del pago y de la compensación, siendo ésta a efectos materiales una acción de reclamación que se efectúa contra la actora.
Y en orden a la competencia para conocer de la compensación, señala la referida sentencia que el artículo 8. 1º, de la Ley Concursal establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (al igual que hace el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto de los juzgados de lo mercantil) sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerarse desde un punto de vista material y no meramente formal, lo conllevará las consecuencias que se establecen en el artículo 50. 1 de la referida Ley concursal, esto es, que el juez civil deberá abstenerse de conocer y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el juez de lo mercantil. De la misma forma, en la prohibición de compensación incide expresamente el artículo 58 de la Ley Concursal, al establecer que "sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal". Este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general, pero más trascendente que su contenido a efectos materiales es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o competenciales, al establecerse que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia la competencia corresponde al juez del concurso, pues deben resolverse por los trámites del incidente concursal. Por lo tanto, se pone de relieve que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del juez del concurso, lo que indudablemente determina la incompetencia del juez civil ordinario.
Tercero.-En consecuencia, ha de ser acogida la impugnación deducida por la entidad demandante GRUINSA para declarar la incompetencia del Juzgado de 1ª Instancia número 1 para conocer de la compensación alegada por la entidad demandada PREYCESA S. L. frente a la reclamación ejercitada por aquélla, lo que determina la improcedencia de entrar en el examen acerca de si concurren o no los requisitos para que pueda ser acogida tal compensación, que constituye el motivo del recurso de apelación interpuesto por la referida entidad demandada, el que, por tanto, ha de ser desestimado, con la consecuencia de mantener el pronunciamiento estimatorio de la demanda que se contiene en la sentencia impugnada, aun cuando lo sea por razón distinta de aquélla en que se fundamentó tal estimación en la referida sentencia.” : SAP Salamanca (Sección 1) 27.03.2012 (Sentencia 170/2012; Rollo 6/2012)

“PRIMERO.-Promovida solicitud de procedimiento monitorio por la entidad mercantil Grúas Industriales Salamanca Sociedad Limitada (GRUINSA) contra la sociedad "Turis Motor Salamanca, SL" y una vez formulada oposición por esta, y tramitado el procedimiento conforme a las normas previstas para el juicio verbal, se dictó sentencia por el juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Salamanca, de fecha 29 de septiembre de 2011, desestimando la demanda interpuesta por la actora al entender que concurren todos los requisitos, tanto subjetivos como objetivos, exigidos por la compensación de créditos, siendo innecesario entrar a discutir si tuvo lugar o no el acuerdo compensatorio entre las partes al tratarse de una compensación judicial que opera con independencia de la concurrencia o no del mismo, según lo previsto en el artículo 1202 del Código Civil, y todo ello por ser ambas empresas deudoras y acreedoras de cantidades líquidas y homogéneas, derivando las deudas de facturas emitidas y vencidas con anterioridad a la declaración del concurso de la empresa demandante, dándose todos los requisitos de la compensación judicial recogidos en el artículo 1195 del Código Civil.
La actora, Gruinsa, en su recurso de apelación invoca en primer lugar la falta de competencia objetiva del juzgado de Primera Instancia de Salamanca para el conocimiento de la compensación en el ámbito concursal, considerando que se han infringido los artículos 86 ter.1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 8.1 y 58 de la Ley Concursal, así como la jurisprudencia establecida entre otras en sentencias de esta misma Audiencia Provincial de Salamanca de 30 de noviembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de julio de 2009 o de la Audiencia Provincial de Segovia de 1 de febrero de 2010.
La entidad mercantil demandada se opone al recurso de apelación entendiendo que la alegación de la falta de competencia objetiva es extemporánea por no haber sido formulada en ningún momento en la Primera Instancia.
SEGUNDO.-Si bien es cierto que la mercantil demandante interpuso la solicitud de procedimiento monitorio ante los juzgados de Primera Instancia de Salamanca, y no ante el juzgado de lo Mercantil, hay que tener en cuenta que el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a la apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva, tan pronto como la misma se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto y, cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda.
El artículo 46 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil establece que los juzgados de primera instancia a los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se les haya atribuido el conocimiento específico de determinados asuntos, extenderán su competencia, exclusivamente, a los procesos en que se ventilen aquellos, debiendo inhibirse a favor de los demás tribunales competentes, cuando el proceso verse sobre materias diferentes. Si se planteara cuestión por esta causa, se sustanciará como las cuestiones de competencia.
En consideración a todo lo expuesto, y aun cuando ciertamente fue la demandante y hoy apelante quien presentó la solicitud de procedimiento monitorio ante un juzgado de primera instancia, tratándose del presente supuesto de un caso de competencia objetiva, la falta de la misma puede ser invocada en cualquier momento e incluso ser apreciada de oficio, por tratarse de una cuestión de orden público procesal.

TERCERO.-Dados los términos en los que aparece planteado el primer motivo del recurso de apelación interpuesto por GRUINSA, procede examinar si el juzgado de Primera Instancia es o no competente para conocer de la compensación alegada por la entidad demandada, como oposición a la reclamación de cantidad de la entidad demandante al encontrarse esta en situación de concurso.
La cuestión ha sido ya resuelta por esta Audiencia en su sentencia número 453/2010, de 30 de noviembre, en la que se afirmó que es incuestionable que, declarado el concurso de la entidad demandante, la pretensión de compensación del crédito que frente a ella pueda ostentar la entidad demandada ha de hacerse valer a través del oportuno incidente concursal, conforme establece el artículo 58, párrafo segundo, de la Ley Concursal, por lo que es evidente la competencia del Juzgado de lo Mercantil y la incompetencia del Juzgado de 1ª Instancia para el conocimiento y resolución de la pretendida compensación, sin que de ello se derive la incompetencia de éste para conocer de la acción ejercitada en la demanda por la entidad demandante, según resulta de lo prevenido en los artículos 8 y 9 de la mencionada ley, ya que la jurisdicción del Juez del concurso únicamente se extiende a las materias expresamente enumeradas en los referidos preceptos legales.
Y ello porque, como señaló la SAP. de Segovia número 11/2010, de 1 de febrero, la compensación exige como elemento previo y esencial (artículo 1.195 del Código Civil) que dos personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas (artículo 1.196) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, y que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro. Por lo tanto, para alegar la compensación previamente tiene que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor; o dicho en otras palabras, para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que al tiempo en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa, y una vez constatada la existencia de esos créditos recíprocos afectantes a los activos y pasivos de ambos patrimonios, es cuando podrá operar la figura de la compensación.
Es cierto que el artículo 408. 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de alegar la compensación sin una reconvención expresa, pero del referido precepto resulta que la compensación no es una causa más de oposición a la demanda, sino una excepción específica a la que de hecho se le da un tratamiento similar a la reconvención, pues autoriza la contestación de la parte actora como si de una reconvenida se tratase; situación que en forma similar se produce en el juicio verbal al exigir en el artículo 438. 2, que, cuando en los juicios verbales el demandado oponga un crédito compensable, deberá notificárselo al actor al menos cinco días antes de la vista, y a ello a fin de que por éste puedan realizarse en dicho acto las alegaciones correspondientes. Y tal peculiaridad en realidad confirma la diferente naturaleza del pago y de la compensación, siendo ésta a efectos materiales una acción de reclamación que se efectúa contra la actora.
Y en orden a la competencia para conocer de la compensación, señala la referida sentencia que el artículo 8. 1º, de la Ley Concursal establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (al igual que hace el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto de los juzgados de lo mercantil) sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerarse desde un punto de vista material y no meramente formal, lo conllevará las consecuencias que se establecen en el artículo 50. 1 de la referida Ley concursal, esto es, que el juez civil deberá abstenerse de conocer y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el juez de lo mercantil. De la misma forma, en la prohibición de compensación incide expresamente el artículo 58 de la Ley Concursal, al establecer que "sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal". Este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general, pero más trascendente que su contenido a efectos materiales es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o competenciales, al establecerse que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia la competencia corresponde al juez del concurso, pues deben resolverse por los trámites del incidente concursal. Por lo tanto, se pone de relieve que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del juez del concurso, lo que indudablemente determina la incompetencia del juez civil ordinario.
CUARTO.-En consecuencia, ha de ser acogida la pretensión deducida en el primer motivo del recurso de apelación por la entidad demandante, declarando la incompetencia del juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Salamanca para conocer de la compensación alegada por la entidad demandada frente a la reclamación ejercitada por aquella, lo que determina la improcedencia de entrar en el examen acerca de si concurren o no los requisitos para que pueda ser acogida al compensación.": SAP Salamanca (Sección 1) 07.09.2012 (Sentencia 465/2012; Rollo 32/2012)

"PRIMERO.-El recurso de apelación comienza advirtiendo que la representación de la demandada tuvo conocimiento el 28 de marzo de 2012 de la sentencia de esta Audiencia Provincial de 27 de marzo de 2012, y el recurso se interpone el 29 de marzo del mismo año. Así, admite tener conocimiento de la doctrina de esta Audiencia Provincial relativa a la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la compensación invocada por la demandada, si bien, considera que existen errores formales y materiales por parte de la actora a la hora de plantear la falta de competencia objetiva.
En primer lugar, debemos hacer referencia a que no sólo la citada sentencia de 27 de marzo de 2012, siguiendo a su vez doctrina ya establecida por las Audiencias Provinciales de Segovia y Valladolid y, otras muchas, considera que en casos como el presente es aplicable el artículo 58 de la Ley Concursal, declarado incompetente para conocer de la compensación alegada a un Juzgado de Primera Instancia, sino que ya anteriormente nos habíamos pronunciado sobre esta misma cuestión.
Así, en primer lugar la sentencia de esta Audiencia de 9 de marzo de 2011, cuando afirma: " *como*

correctamente advierte la Juez de Instancia, aún en el hipotético caso de que se pudiera llegar a aplicar la teoría del levantamiento del velo, nunca podría apreciarse la compensación del crédito respecto de la cooperativa, y ello, en base a lo establecido en el artículo 58 de la Ley Concursal, según la cual sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyo requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración y en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal ".

En el mismo sentido la sentencia de 9 de marzo de 2011 : " *La sentencia de instancia estima totalmente las demandas acumuladas al considerar que no debe tenerse en cuenta la compensación invocada en base a lo previsto en el artículo 58 de la Ley Concursal que prevé que declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos una compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal. Teniendo en cuenta dicho precepto y lo establecido en el artículo ocho de la Ley Concursal, y considerando el Juez que la oposición de la actora la compensación supone la existencia de la controversia, debe ser el Juez del concurso quien resuelva la cuestión* ".

Por su parte, la sentencia invocada por la recurrente de 27 de marzo de 2012 se remitía a sentencias anteriores: " *La cuestión ha sido ya resuelta por esta Audiencia en su sentencia número 453/2010, de 30 de noviembre, en la que se afirmó que es incuestionable que, declarado el concurso de la entidad demandante, la pretensión de compensación del crédito que frente a ella pueda ostentar la entidad demandada ha de hacerse valer a través del oportuno incidente concursal, conforme establece el artículo 58, párrafo segundo, de la Ley Concursal, por lo que es evidente la competencia del Juzgado de lo Mercantil y la incompetencia del Juzgado de 1ª Instancia para el conocimiento y resolución de la pretendida compensación, sin que de ello se derive la incompetencia de éste para conocer de la acción ejercitada en la demanda por la entidad demandante, según resulta de lo prevenido en los artículos 8 y 9 de la mencionada ley, ya que la jurisdicción del Juez del concurso únicamente se extiende a las materias expresamente enumeradas en los referidos preceptos legales"*.

Luego, podemos concluir que la doctrina es reiterada, siguiéndose siempre el mismo criterio.

SEGUNDO.-A su vez la sentencia, también de esta Audiencia de 7 de septiembre de 2012 no sólo sigue la doctrina anteriormente expuesta sino que añade que *hay que tener en cuenta que el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a la apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva, tan pronto como la misma se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto y, cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda. El artículo 46 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil establece que los juzgados de primera instancia a los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se les haya atribuido el conocimiento específico de determinados asuntos, extenderán su competencia, exclusivamente, a los procesos en que se ventilen aquellos, debiendo inhibirse a favor de los demás tribunales competentes, cuando el proceso verse sobre materias diferentes. Si se planteara cuestión por esta causa, se sustanciará como las cuestiones de competencia. En consideración a todo lo expuesto, y aun cuando ciertamente fue la demandante y hoy apelante quien presentó la solicitud de procedimiento monitorio ante un juzgado de primera instancia, tratándose del presente supuesto de un caso de competencia objetiva, la falta de la misma puede ser invocada en cualquier momento e incluso ser apreciada de oficio, por tratarse de una cuestión de orden público procesal*.

La propia recurrente, advierte, al referirse al error formal de la actora a la hora de plantear la falta de competencia objetiva de esta obligación de apreciación de oficio de la misma.

TERCERO.-Sin embargo, incide mucho más en el supuesto error material a la hora de plantear la falta de competencia objetiva y ello por cuanto en el escrito de contestación a la demanda se alega la compensación tan sólo como excepción, nunca como reconvención. Es decir, se invoca a los solos efectos de que se dicte una sentencia absolutoria, sin que sea relevante la forma en que la actora contesta a dicha compensación, utilizando la forma prevista para la contestación a la reconvención ciertamente, y ello es así, por cuanto el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Cvil da un tratamiento procesal a la alegación de compensación análogo al previsto para la contestación a la reconvención, y ello, aún cuando el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar.

En cualquier caso, la cuestión es irrelevante, a la vista de lo establecido en los artículos 8 y 58 de la Ley Concursal, ya que el primero atribuye a los Jueces de lo Mercantil el conocimiento de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con determinadas excepciones que no vienen al caso. El precepto debe ser integrado con el contenido del artículo 58 que expresamente alude a la prohibición de compensación, refiriéndose a que, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.

Si bien es cierto que el artículo 8, precepto genérico relativo a las competencias de los Jueces de lo Mercantil, se refiere a acciones civiles con trascendencia patrimonial, el artículo 58 se refiere en general a la prohibición de compensación, sin distinguir entre sí la misma se invoca como acción (la auténtica reconvención, que en el presente caso no se han formulado) o simplemente como excepción.
La cuestión es que, sea como reconvención o como simple compensación, la finalidad del artículo 58 es evidente. Se trata de evitar que directa o indirectamente se sustraiga de la masa concursal determinadas cantidades de dinero y, por lo tanto, existiendo identidad de razón, procede su aplicación tanto en un caso como en otro.
CUARTO.-Debiendo declarar la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 6 para conocer de la compensación invocada como excepción, no procede entrar en el resto de los motivos del recurso, relativos a la posible prueba de la existencia de la citada compensación.": SAP Salamanca (Sección 1) 20.11.2012 (Sentencia 619/2012; Rollo 295/2012)

AP Soria

"CUARTO.- Como segundo motivo alega la recurrente indebida aplicación del artículo 58.2 de la Ley Concursal por el que se inhibe el Juez de Instancia que dicta la sentencia recurrida a favor del Juzgado Mercantil del conocimiento de la excepción de compensación plateada.
Entiende la recurrente que su crédito no puede hacerse valer en el curso de un incidente concursal puesto que no existe tal controversia entre las partes durante la fase de tramitación del concurso sino que la controversia se pone de manifiesto con ocasión de la reclamación efectuada por la demandante a la demandada en un proceso declarativo.
La Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en Auto de 26 de junio de 2008, al resolver un conflicto de competencia suscitado entre un Juzgado de lo Mercantil y otro de Primera Instancia entendió que el conocimiento de las acciones civiles de contenido patrimonial dirigidas contra el patrimonio del deudor, una vez declarado en concurso de acreedores, corresponde al Juez del concurso (arts. 8.1 y 50.1 de la Ley Concursal)
En el presente supuesto debemos de partir que la mercantil demandante fue declarada en Concurso por Auto de 14 de octubre de 2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 (Mercantil) de Santander en Procedimiento de Concurso Voluntario nº 438/2008. La determinación de si un crédito tiene el carácter de crédito concursal o no ha de hacerla el juez competente para el conocimiento del concurso, dentro el procedimiento concursal, toda vez que el art 58 2º Ley Concursal afirma que: "... En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal....., por lo que la Sala carece de competencia objetiva, al igual que el juzgador a quo para conocer de la excepción planteada.
En aplicación del la doctrina anteriormente referida y de la normativa concursal citada el motivo alegado por la mercantil recurrente no puede prosperar.": SAP Soria (Sección 1) 10.12.2012 (Sentencia 143/2012; Rollo 152/2012)

AP Toledo

"PRIMERO: Se alza la apelante contra el auto por el que se declaro la incompetencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia num. 1 de Ocaña para conocer de la causa, solicitando en primer termino la nulidad del auto y de las actuaciones desde la contestación a la demanda.
Para resolver la cuestión ha de partirse de que la demandante-apelante declarada en situación de concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Castellon desde el 11.1.08, formulo demanda de juicio monitorio el 13.2.08 frente a la aquí demandada reclamándole la cantidad de 24.019,97 euros. Opuesta la demandante se incoo este procedimiento ordinario en el que la demandada contesto la demanda formulando reconvención contra la demandante en reclamacion de la cantidad de 18.806,74 euros tras determinar como adeudada por la actora la suma total de 42.826,71 euros y compensar parcialmente esta con la suma que a su vez le era reclamada en la demanda. La reconvención fue admitida a tramite y al contestarla la demandante puso de manifiesto su situación de concurso y la improcedencia de la compensación de créditos por el art 58 de la Ley Concursal señalando que debió plantearse la cuestión objeto de la reconvención ante el Juez del concurso, si bien solo solicitando en el suplico de la contestación la desestimación de la reconvención. Se celebro la audiencia previa sin plantearse ninguna cuestión sobre competencia y en el acto del juicio la demandada alego la falta de competencia objetiva del Juzgado ante el que se seguía el juicio. Por el auto apelado se declaro esta falta de competencia y apela la demandante al entender que la reconvencion no debió ser admitida a tramite siendo competente el Juzgado de Ocaña para conocer de la demanda.
SEGUNDO: Para la resolucion de la cuestión debe partirse de que el art 8,1 de la LC establece la competencia exclusiva y excluyente del Juzgado de lo Mercantil para conocer de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado" y que el art58 de la LC determina que declarado el concurso no procederá la compensacion de créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración del concurso y en caso de controversia sobre esta cuestión esta se resolverá por el Juez Mercantil del concurso por los cauces del incidente concursal. El art 50 de la LC establece la obligación de los jueces del orden civil de abstenerse de conocer de acciones de competencia del Juez del concurso, determinando que admitidas las demandas se ordenara el archivo de lo actuado careciendo estos actos de validez. A estos preceptos que alegan las partes y que interpreta y aplica el auto apelado la Sala debe añadir la aplicabilidad del art 406,2 de la LEC que determina que "no se admitirá la reconvención cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia".

De lo anteriormente expuesto debe apreciarse en primer termino que la competencia objetiva o su falta es apreciable de oficio (art 48 LEC) y si este Tribunal de segunda instancia entiende que el Juzgado ante el que se siguió en primera instancia la causa carece de competencia objetiva para alguna o todas las acciones ejercitadas en la misma debe decretar la nulidad de lo actuado en razón de ellas, y en correlacion con ello el art 225 de la LEC determina que son nulos de pleno derecho los actos procesales que se produzcan por o ante Tribunal con falta de competencia objetiva. Las normas reguladoras de la competencia por razón de la materia son de orden publico e indisponibles por las partes a las que obligan, siendo apreciable su falta o infracción en cualquier momento y de oficio, y asi independientemente de que en este caso debió plantearse la cuestión antes como alega la oposición a la apelacion, la Sala puede determinar ahora las circunstancias de la competencia para conocer del asunto por razón de la materia en este caso, aun de oficio y aunque no se haya cumplido el art 459 LEC y el defecto procesal no se denunciara antes cuando el ahora apelante ya tuvo oportunidad para ello (desde la contestación a la reconvención). De otro lado el art 8 de la LC es claro: la competencia exclusiva del Juez Mercantil lo es para las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, pero nada dice dicha norma especifica sobre la competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de las acciones que ostente el concursado para dirigirse contra el patrimonio de terceros. Asi la competencia de los Juzgados de lo Mercantil que establecen sus normas especiales no determina que hayan de conocer de las acciones de trascendencia patrimonial que el concursado quiera dirigir reclamando un pago a un tercero, por lo que la competencia en estas ha de regirse por las normas generales de la LEC y por ello, en contra de lo que se alega en el recurso, el art 8 y la LC en general no establecen la competencia objetiva del Juez de lo Mercantil para toda accion de trascendencia patrimonial en que haya de ser parte el concursado, sino asi se expresaría el art 8, sino solo para aquellas que se dirigen contra el patrimonio de este. Todo ello revela que para el conocimiento de la accion aquí ejercitada en la demanda la competencia objetiva corresponde al Juzgado de Primera Instancia, si bien para el conocimiento de la accion ejercitada en la demanda reconvencional el art 8 de la LC y el art 58 de la misma establecen uno general y otro especificamente la competencia exclusiva y excluyente del Juez de lo Mercantil del concurso y ello porque no solo se reclama en la reconvención que el concursado pague al reconviniente una determinada cantidad de dinero de su patrimonio sino que ademas se pretende que se produzca una previa compensación de los créditos y deudas de dicho concursado para cuyo conocimiento, en caso en que pudiera producirse conforme al art 58 de la LC, seria competente el Juez del concurso.
No comparte la Sala lo sostenido por la apelada y que asume el auto apelado acerca de que la competencia en tal caso del Juez de lo Mercantil sobre la accion ejercitada en la reconvención ha de atraer para si la competencia en principio del Juez de Primera Instancia para conocer de la accion ejercitada en la demanda, aunque esta competencia no le este atribuida por la Ley al Juzgado de lo Mercantil, por una necesidad de conocer integramente de la causa por un solo Juzgado, porque circunstancia como la aquí dada tiene conforme a Ley una solución completamente distinta: las dos acciones no pueden verse en el mismo pleito y ello porque el art 406,2 LEC establece imperativamente que no son admisibles a tramite las reconvenciones que ejerzan acciones para las que no es competente el Juzgado ante quien ser formulan para conocer de las mismas por razón de la materia. Es decir, en este caso el Juez de Primera Instancia no pierde su competencia atribuida por las Leyes imperativas y de orden publico para conocer de la accion ejercitada en la demanda desde el inicio y no puede extinguirse la misma simplemente porque una de las partes quiera formular una reconvención que habría de ser conocida por un Juez de otro orden, sino que simplemente en tal caso la reconvención no es admisible y entre tanto son nulas todas las actuaciones que tras su admisión se han producido por practicarse por juez incompetente por razón de la materia solo pudiendo considerarse validas aquellas que se practiquen por virtud de la demanda porque sobre ellas si tiene competencia el Juez de Primera Instancia.:
Por todo ello el recurso debe prosperar declarando la nulidad parcial de lo actuado en la causa en los términos que se dirá.": AAP Toledo 14.06.2010 (Auto 49/2010; Rollo 21/2010)

AP Valencia (Sección 8)

"En cualquier caso, la determinación de si un crédito tiene el carácter de concursal o contra la masa ha de hacerla el juez competente para el conocimiento del concurso, dentro de dicho procedimiento, como así resulta de lo dispuesto en elartículo 154.2, párrafo segundo de la Ley, previa la comunicación a la administración concursal prevista en elartículo 86 de la misma. Al igual que ha de resolver también la procedencia de la compensación invocada y a la que se expresamente se opone la demandante, toda vez que elpárrafo segundo del artículo 58 de la Ley Concursal es claro al decir que "en caso de controversia ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal", por lo que no corresponde a la Sala dilucidar esta cuestión y ello con independencia de que por lo que antecede, resulta improcedente la compensación alegada, de ahí que, por todo lo expuesto, se está en el caso de desestimar el recurso y de confirmar la sentencia.": *[Se trata, obviamente, de un recurso de apelación contra la sentencia dictada por un Juzgado de Primera Instancia]* SAP Valencia (Sección 8) 26.05.2010 (JUR 2010/313687; Sentencia 289/2010; Rollo 216/2010)

AP Valencia (Sección 9)

"Ahora bien, la compensación se plantea en este procedimiento, y en un momento en que el demandante cambiario se halla en situación concursal, por lo que competía -así lo planteó de hecho la demandante de oposición- instar ante aquel Juzgado el oportuno reconocimiento de créditos, y a las resoluciones dictadas en el mismo debe estar, siendo inviable la compensación en este momento, dados los términos del artículo 58 LC, máxime porque el propio precepto prevé la posibilidad de compensación si los requisitos y presupuestos fueran anteriores al concurso, pero tal debate debe plantearse en el Juzgado Mercantil por la vía del incidente

concursal correspondiente (artículo 58, párrafo 2 LC). Por tanto, tampoco por esta vía cabría analizar la compensación pretendida en el seno de este procedimiento cambiario.
Valorando todo ello, y como conclusión, la Sala considera absolutamente improcedente la compensación pretendida en este procedimiento cambiario a que la sentencia recurrida, sin embargo, ha dado lugar, puesto que la aceptación de tal posibilidad conculcaría, ineludiblemente, la disposición imperativa del artículo 58 LC, por una parte, plenamente aplicable porque la demandante cambiaria y tenedora de los pagarés se halla en situación de concurso, y, por otra parte, porque la vía para el planteamiento del reconocimiento de créditos era la vía concursal, donde la misma posición aquí formulada fue rechazada en su momento, sin que ello, como destaca el administrador concursal, fuera oportunamente combatido (así lo refleja igualmente la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia, aludida anteriormente).
Por lo expuesto, ha de rechazarse la oposición planteada, acogiendo el recurso interpuesto, al ser la vía concursal la pertinente para su planteamiento (como en su momento efectuó la propia parte opositora) y haber recaído, en aquella, resoluciones denegatorias. El recurso se acoge en su totalidad.": SAP Valencia (Sección 9) 14.02.2012 (Sentencia 53/2012; Rollo 786/2011)

AP Valencia (Sección 11)

"SEGUNDO.- Insiste la recurrente en la oportunidad de aceptar la compensación alegada como modo de extinción de la acción cambiaria planteada contra dicha parte, exponiendo error en la valoración de la prueba, resultando ello factible por no ser de aplicación al caso el artículo 58 de la Ley Concursal al ser la compensación articulada de carácter convencional por vía del artículo 1255 del Código Civil y no la legal de los artículos 1195 y 1196 del mismo Código, y excluir aquel precepto de la Ley especial la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración del concurso, en este caso, de la parte demandante inicial. Y pudiendo suponer el entender otra cosa la posibilidad de abuso de derecho de la empresa concursada que podría aprovecharse de su condición de quebrada para ejercitar acciones contra el patrimonio de la demandada sin permitirle en sede de tal reclamación defenderse con todos los medios que tuviera a su alcance.
Y, al respecto, corresponde estar a lo decidido por la Juzgadora de Primera Instancia al ser claro el tenor del artículo 58 de la Ley Concursal en orden a señalar la prohibición con carácter general de la compensación de los créditos y deudas del concursado declarado el concurso, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, con la salvedad, para producir sus efectos la compensación, de que sus requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque -según su redacción última- la resolución judicial o acto administrativo que la declarase se haya dictado con posterioridad a ella. Y también, en lo que ahora resulta más relevante, que en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resuelva necesariamente a través de los cauces del incidente concursal. Lo que determina, a su vez, que sea el Juez del concurso al que le corresponda resolver por ser el que dispone por Ley de la competencia objetiva para ello. Puesto que, conforme al artículo 8-1 de la Ley Concursal, son competencia del Juez del concurso, con carácter exclusivo y excluyente, las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, como acaece en el caso enjuiciado, existiendo controversia sobre la compensación frente a la concursada -declarada en concurso, en el supuesto analizado, con anterioridad a ser suscitada la cuestión-, en tanto en cuanto la aceptación de las tesis de la demandante de oposición precisa de reconocimiento judicial, y sin que el artículo 58 de la Ley especial distinga, como hace la demandada, entre compensación convencional, o la legal o judicial, a efectos de la aplicación de sus previsiones. Y coherente con ello, el artículo 50-1 de la Ley Concursal, determina que los Jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso; y, finalmente, que de admitirse por el Juez del orden civil una demanda contra un concursado, ordenará el archivo de lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado. Al igual que elartículo 48 de la LEC obliga, junto a la necesidad de la apreciación de oficio tan pronto como se advierta la falta de competencia objetiva, a que, cuando el Tribunal conozca del asunto en segunda instancia entienda que aquél ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decrete la nulidad de "todo lo actuado", dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de Tribunal que corresponda. Resultando acorde con todo ello la sentencia de primera instancia al ser la razón fundamental para la desestimación de la demanda de oposición su falta de competencia objetiva, por corresponder al Juez del concurso. Lo que implica un rechazo de la demanda por motivos procesales.
Y, no obstante los inconvenientes que puedan suponerle a la demandante de oposición con relación a las posibilidad de oposición a la reclamación que le efectúa la concursada, por ser esta la solución legal. No obstante tener su sentido la indicada regulación en el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores del concursado, y por razón de la que en el propio Auto de declaración de concurso (art. 21-1-5º LC) se ha de contener el pronunciamiento relativo al llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo que al efecto se establece, llevándose para ello a cabo la publicación en el Boletín Oficial del Estado y demás publicaciones que establece elartículo 23 de la Ley Concursal con la finalidad de obtener la integración de la masa pasiva (art. 49 LC) (en este sentido, SAP Valencia, Sección 9ª, de 28 de enero de 2008).
Todo lo cual conlleva, sin entrar en el fondo del asunto, y sin perjuicio que la apelante haga valer ante el Juez del concurso los derechos que ahora se defienden, que se desestime el recurso de apelación y se confirme la sentencia de primera instancia.": SAP Valencia (Sección 11) 24.01.2014 (Sentencia 15/2014; Rollo 418/2013)

AP Vizcaya (Sección 5)

“PRIMERO.- La sentencia de primera instancia ha estimado en su integridad la demanda interpuesta por VENABLUM S.L.U. en reclamación de cantidad por los servicios de trasporte de mercancías prestados a CENTRO FARMACÉUTICO DEL NORTE S.A. y desestimado, por el contrario, en los términos que han quedado expuestos en los antecedentes de hecho de esta sentencia, la reconvención deducida por dicha demandada.
Y frente a esta resolución se alza la representación de CENTRO FARMACÉUTICO DEL NORTE S.A. reproduciendo sus pretensiones en la primera instancia, así la procedencia de compensación del importe reclamado en la demanda - que lo es por unos servicios que la apelante no cuestiona como tampoco su importe -afirmando con respecto a dicha compensación que en relación a la deuda que ambas partes mantienen recíprocamente, y que CENTRO FARMACÉUTICO DEL NORTE S.A. reclama por vía reconvencional, nos encontramos en un plano de absoluta igualdad procesal en cuanto a justicia material, tratándose de dos deudas que son perfectamente cuantificables con carácter líquido y que por tanto son compensables, habiéndose producido el hecho causante de que dimana la que esta hoy recurrente sostiene (accidente de tráfico) el día 13 de septiembre de 2008, esto es, con anterioridad a la declaración de concurso de la actora la cual se produjo mediante Auto de 19 de septiembre de 2008, por lo que el procedimiento concursal no puede ser argumento para que únicamente se pueda efectuar reclamaciones por la contraparte y no atender a los pagos, debiendo así operar en el presente caso el instituto de la compensación al darse todos los requisitos exigidos legalmente para ello. Solicita por todo ello se dicte sentencia por la que, con revocación de la que es objeto de recurso en lo que desestima la demanda reconvencional deducida por esta parte, se estime la citada demanda reconvencional conforme se interesa en el suplico de la misma con imposición de costas a la contraparte.
SEGUNDO.-La cuestión en este proceso se centra en dilucidar si es posible o no aplicar al caso de que se trata la compensación de crédito que se opone a la demanda y que a su vez reclama CENTRO FARMACÉUTICO DEL NORTE S.A. por vía reconvencional.
En relación a esta demanda reconvencional hemos de dejar ya indicado que, como se razona en la sentencia apelada, ante el proceso concursal en que está inmersa la actora se da una falta de competencia para su conocimiento, apreciable de oficio, a la vista de lo dispuesto con carácter imperativo en el artículo 86 ter LOPJ; y que además en el caso de autos no existe la conexidad precisa según el artículo 406 LEC tal y como también se expone en la sentencia de primera instancia. Pues bien, esta apelante no efectúa en su escrito de recurso ninguna alegación con respecto a tales cuestiones, desconociendo así esta Sala los concretos motivos de discrepancia de la recurrente a lo razonado en la resolución impugnada, de tal manera que no cabe aquí sino reiterar tales razonamientos con expresa remisión a la sentencia recurrida en la medida en los comparte esta Sala, no sin dejar significado, en lo que en definitiva pretende esta parte la compensación de deudas entre ambas litigantes, que con respecto a la compensación - que se configura como una causa de extinción de las obligaciones en el artículo 1156 del Código Civil, operando cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (artículo 1.195) y produciendo el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1.202), siendo que además de la compensación legal, que es la propiamente regulada en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, y que opera "ipso iure" cuando concurran los requisitos previstos en el artículo 1196 del mismo cuerpo legal, la doctrina y jurisprudencia ha venido a distinguir la existencia de la compensación judicial, que acaece en aquellos supuestos en que los créditos no reúnen todos los requisitos exigidos siendo misión del Juez completar la ausencia de los mismos; y voluntaria, que tendrá lugar cuando las partes acuerden de modo convencional dicho pago recíproco, regulándose ésta por los pactos que libremente hubieran convenido ¿ el artículo 58 de la Ley Concursal tiene una previsión específica para dicho ámbito, (aquí la declaración de concurso de la demandante tuvo lugar a medio de Auto de 19 de septiembre de 2008), señalando que sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
Como se señala en SAP de Madrid de 28 de octubre de 2008 en una situación de concurso, el mecanismo de la compensación no sólo afecta al concursado y al acreedor que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en los demás acreedores del concursado que no son también sus deudores. Y ello porque, en principio, todos los acreedores del concursado quedan sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero, de ello, quedaría excluido el acreedor- deudor del concursado, quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuere deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido, ese crédito compensado, de la ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento que pudiera surgir de un convenio. La compensación daría lugar a un trato privilegiado a favor de los acreedores- deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la "par conditio creditorum".
En el supuesto aquí objeto de examen se pretende compensar a la reclamación de cantidad que se deduce en la demanda por el trasporte de mercancías que la actora realizó para CENTRO FARMACÉUTICO DEL NORTE S.A. en los meses de octubre y noviembre de 2008 el importe en que se valoran por esta última los daños sufridos en bienes de su propiedad a consecuencia de un accidente de tráfico anterior, acaecido el 13 de septiembre de 2008, por el que entiende debe responder VENABLUM S.L.U. Sin embargo, a la vista de lo actuado, no cabe concluir que con anterioridad a la fecha de declaración de concurso, el día 19 de septiembre de 2008 concurriesen ya los requisitos de la compensación, que son los generales de los artículos 1195 y 1196, lo que competía acreditar a quien pretende dicha compensación. No solo no consta que en este escaso margen de fechas se hubiese procedido a la valoración del daño sino que además la responsabilidad

pretendida fue rechazada en su día por VENABLUM S.L.U. tal y como expone en el acto del juicio su legal representante, por lo que no estamos en el caso de la derivada del accidente ante una deuda vencida, líquida y exigible precisándose de una declaración de responsabilidad previa de la que dimane la obligación resarcitoria resultando por ello aplicable la excepción del artículo 58 de la Ley Concursal.": SAP Vizcaya (Sección 5) 24.04.2012 (Sentencia 177/2012; Rollo 69/2012)

AP Vizcaya (Sección 3)

"SEGUNDO. - Se planteó en la instancia y esta Sala en la alzada lo observa con todo su rigor si en el presente procedimiento y a tenor de la situación concursal de la actora efectivamente existente y proclamada es posible verificar no ya la compensación sino a mayores la reconvención en tanto que, la demandante reconviniente insta de este modo la condena de la actora al abono de la cantidad de 104.379,34 #, poniendo tal como ya relatamos la oponente de reflejo al contestar a la demanda reconvencional la cuestión del concurso.
Ciertamente las partes no han mostrado especial énfasis en la determinación de una cuestión competencial, pues la demandante viene en utilizar la situación concursal como un argumento abundante a la inexistencia de la deuda formulada de contrario, y la entidad reconviniente precisamente formula dicha reclamación negando o motivando y de forma contundente en las conclusiones finales del Acto de Juicio las razones por las que en este procedimiento era viable la formulación reconvencional articulada.
Debe señalarse de entrada que el artículo 58 de la Ley Concursal exige que las controversias sobre la compensación, deben examinarse a través de los cauces de un incidente concursal, por ende con carácter de exclusividad por el Juzgado Mercantil que conoce del concurso (los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora art. 86 ter 1 -); mientras que no existe atribución competencial al Juzgado Mercantil de las reclamaciones que la concursada realice en base a obligaciones contractuales. Puede significarse que el art. 8 de la LC, que viene prácticamente a reproducir el apartado 1 del art. 86 ter de la LOPJ, comienza por otorgar de modo general a los juzgados de lo mercantil la competencia para conocer de los concursos, para luego atribuir al Juez de lo mercantil que venga en concreto tramitando el concurso competencia para conocer, de modo exclusivo y excluyente, de una serie de materias relativas a cuestiones directamente relacionadas con el concurso en cuanto afectantes al procedimiento concursal, que incluso rebasan el ámbito del orden jurisdiccional civil y comprenden el de otros órdenes jurisdiccionales, cuál el social.
La explicación a tal medida legislativa cabe encontrarla en la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en donde se indica que se atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado, justificando el carácter universal del concurso la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión. Puede simplemente abundarse en que como ha sido recogido y señalado y así lo entienden la mayor parte de los tratadistas en la materia, entre los que cabe citar a Jose Ignacio y Jose Francisco, que en sus "Comentarios de la Ley Concursal", vienen a excluir del conocimiento del juez del concurso las acciones con trascendencia patrimonial cuya titularidad correspondiera al deudor y ello aunque dieran lugar a litigios (se insten por el propio insolvente, por la administración concursal o, de forma subsidiaria, por algún acreedor) cuyo objeto pudiera incidir en la integración de bienes y derechos a la masa activa del mismo, a tenor del art. 54 de la LC; a Carlos Miguel y Luis Angel, que en sus "Comentarios a la Ley Concursal", vienen a señalar que las acciones a que se refiere el ordinal primero del art. 8 LC exigen tener como demandado al concursado; a Jesús Luis, que en sus "Comentarios a la Ley Concursal", hace la observación de que el art. 8 LC no menciona a los procesos que el deudor tenga en curso como demandante, pues sólo hay referencia concreta de acciones y medidas cautelares que afecten pasivamente al patrimonio del concursado; a Juan Ignacio, Juan Pedro, Pedro Francisco, Abel y Agustín, que en sus "Comentarios a la Ley Concursal", vienen a indicar, en su análisis del art. 8 LC, que el Juez competente para conocer de las acciones que se interpongan en defensa del patrimonio del deudor será el que corresponda de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 45 y 47 de la LEC.
En palabras de la Audiencia Provincial de Segovia, Sentencia de 1 Mar. 2010 haciendose a su vez eco de la posición de distintas Audiencias Provinciales ".....Como declara el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Secc. 5ª, de 14 de diciembre de 2005 y el de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28ª, de 14 de marzo de 2008, "todas aquellas cuestiones que no estén expresamente atribuidas al conocimiento del Juzgado de lo Mercantil en el art. 86 ter de la LOPJ son competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sin que la competencia de los órganos mercantiles sea expansiva y pueda ir más allá de los límites expresamente marcados en la LOPJ, como por lo demás constituye un principio general en el deslinde de competencias cuando existen órganos especializados en alguna materia". Sobre este particular, ha de recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de marzo de 1993, declaró que las atribuciones de los órganos especializados dentro de la jurisdicción civil no pueden comprender otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia. Conforme al precepto controvertido, los Juzgados de lo Mercantil han asumido el conocimiento de todos los asuntos que hasta el 1 de septiembre de 2004 eran competencia objetiva de los Juzgados de 1ª Instancia -sin exclusión- respecto de las materias que se relacionan a continuación. Entre ellas se encuentran "todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas". Como se ha expresado, y no es además controvertido, las reclamaciones de cantidad derivadas de incumplimiento contractual no se sustentan en la "normativa reguladora de las sociedades mercantiles" en ningún caso, sino en las estipulaciones contractuales (de las que nacen obligaciones que tienen "fuerza de ley entre las partes", art. 1091 del Código Civil), y en su caso, de las normas legales reguladoras del contrato en cuestión y, en lo que

sea aplicable, de las generales que rigen las obligaciones y contratos. Es significativo que en la tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley Orgánica 8/2003 para la Reforma Concursal, que introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial el art. 86.ter, se rechazaron las enmiendas que pretendían añadir un apartado, el "g", al número 2 º del artículo, por el que pretendía adicionar al listado de materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil un último apartado consistente en atribuirles el conocimiento "de las demás acciones a las que se acumule cualquiera de las comprendidas en los números anteriores" (enmiendas núm. 22 del Congreso de los Diputados y 9 y 13 del Senado). Concluyendo y recapitulando, para el conocimiento de las acciones derivadas de los contratos, como es la acción ejercitada en este litigio por la parte actora contra la demandada, la competencia objetiva no corresponde a los Juzgados de lo Mercantil por no estar incluidas entre las que el art. 86.ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé como de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil (salvo en el caso de que se dirijan contra un deudor concursado o contra un deudor no concursado en limitados casos, como es en materia de transporte, nacional o internacional, derecho marítimo, propiedad industrial o intelectual etc, art. 86.ter.2 en varios de sus apartados, que en todo caso son ajenos a la acción ejercitada en autos). De ahí que no pueda darse al art. 50 de la Ley Concursal la interpretación que pretende el recurrente. TERCERO.- Tampoco resulta viable que dicha competencia venga determinada por razón de la acumulación de acciones al formularse en un mismo proceso que una acción objeto de competencia del Juzgado Mercantil, por más que el ordenamiento o la jurisprudencia en determinadas ocasiones aplique los criterios de su acomodación de manera flexible. Como indican los autos antes citados, "no nos hallamos ante una cuestión de flexibilidad en la interpretación de los requisitos de la acumulación, pues no se trata de valorar de forma más o menos flexible el requisito del nexo entre las acciones que se pretenden acumular (art. 72 LEC), sino que nos hallamos en un momento previo, en el de la apreciación de la concurrencia o no de un presupuesto objetivo básico, de tal manera que cuando no concurre, cuando el Juzgado no tiene competencia objetiva, es imposible aplicar criterios de flexibilidad cuando no se da el presupuesto previo indispensable para aplicarlo". El criterio de flexibilidad, no es un criterio de atribución de competencia. Es una vez determinado que el Juzgado es competente para conocer de ambas acciones cuando hay que examinar el requisito de la conexidad para comprobar que ambas pueden ejercitarse en un mismo proceso. Como declara sobre este particular la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 20 de febrero de 1986 "no es posible derogar la competencia por razón de la materia, aunque se intente por el vehículo procesal de la acumulación de acciones y en consecuencia un órgano jurisdiccional no puede entender, por razón de acumulación, de lo que no podría conocer nunca por razón de la materia si se hubiese ejercitado la acción por separado". Tampoco es viable la consideración de la compensación, como mera excepción, que no implica formulación reconvencional contra la concursada. Como sosteníamos en la Sentencia de esta Sala, de 05 de Febrero del 2009, con cita de la dictada por la Sección 1ª de la AP de Asturias de fecha 5-9-08, la jurisprudencia venía admitiendo la alegación de la compensación como excepción impropia en los supuestos en los que el demandado tratara únicamente de conseguir la desestimación de la pretensión del actor mediante la invocación de un contracrédito que el primero tuviere contra el segundo; y ello con la finalidad de extinguir uno y otro en la cantidad concurrente, limitando la exigencia de la vía reconvencional expresa a los supuestos, entre otros, en los que se solicitara la condena del actor por el exceso favorable al reconviniente. Ahora bien, el legislador, con ocasión de la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 enero de Enjuiciamiento Civil, y ante los variados inconvenientes procesales que planteaban este tipo de alegaciones que venían a rebasar los límites de la pretensión inicialmente introducida por el actor, optó por otorgar a la alegación de crédito compensable el tratamiento de auténtica reconvención, aún cuando el demandado sólo pretendiere su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar (art. 408-1 LEC), exigiendo consecuentemente que se le confiera traslado de ello al actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención. No es que el citado precepto niegue la posibilidad de que la compensación pueda ser alegada por vía de excepción, requiriéndose al demandado que la articule necesariamente por vía de reconvención, sino que aun incluso en el primer supuesto, se exige que se le tenga que dar dicho tratamiento, introduciendo un nuevo trámite de alegaciones para que el actor la pueda contestar como si efectivamente se hubiere reconvenido a las peticiones contenidas en su escrito de demanda. Tanto más en el caso de autos, donde para la efectividad de la compensación alegada, debe previamente lograrse un supuesto levantamiento del velo. En cualquier caso, el artículo 58 de la Ley Concursal exige que las controversias sobre la compensación, deben examinarse a través de los cauces de un incidente concursal, por ende con carácter de exclusividad por el Juzgado Mercantil que conoce del concurso (los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora art. 86 ter 1 -); mientras que no existe atribución competencial al Juzgado Mercantil de las reclamaciones que la concursada realice en base a obligaciones propias.....".

TERCERO.- Hemos hecho precisión de la cuestión de atribución competencial y llegados a este punto necesario es señalar que el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) obliga a la apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva, tan pronto como la misma se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto y, cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva.

Es obvio que al amparo de lo ya consignado la entidad demandante ejercita una acción favorable a su patrimonio. La demanda reconvencional tiende a alterar, disminuyéndolo, el patrimonio de la actora al instar como pretensión el reconocimiento de la deuda que reclama por lo que, en definitiva, su pretensión debe remitirse la cuestión al incidente a que se refiere el párrafo segundo del artículo 58 de la Ley Concursal, dado que la petición de compensación no se opone directamente a la concursada.

En este punto declarado el concurso de la entidad demandante, la pretensión de compensación del crédito que frente a ella pueda ostentar la entidad demandada (reconvieniente) ha de hacerse valer a través del oportuno incidente concursal, conforme establece el artículo 58, párrafo segundo, de la Ley Concursal, por lo que es evidente la competencia del Juzgado de lo Mercantil y la incompetencia del Juzgado de 1ª Instancia para el

conocimiento y resolución de la pretendida compensación, sin que de ello se derive la incompetencia de éste para conocer de la acción ejercitada en la demanda por la entidad demandante, según resulta de lo prevenido en los artículos 8 y 9 de la mencionada ley, ya que la jurisdicción del Juez del concurso únicamente se extiende a las materias expresamente enumeradas en los referidos preceptos legales.
Y esta cuestión insistimos la falta de la misma puede ser invocada en cualquier momento e incluso ser apreciada de oficio, por tratarse de una cuestión de orden público procesal. Por ello, estimándose que encontrándose el cauce procesal pertinente para la pretensión que sostiene la demandada lo en las reglas procesales y materiales propias del concurso. En este sentido deben hacerse una serie de precisiones que a nuestro entender resultan pertinentes: 1) Que la entidad Actora a la vista de las manifestaciones testificales, no resulta que la demanda planteada fuera ajena a su conocimiento y determinación, 2) en segundo lugar que la situación de concurso fue publicitada en debida forma, y a falta de otras consideraciones por la administración no se conoce o se considero el crédito predicado por la actora reconvencional, sin que en ello hubiera actuaciones determinantes en aquella sede.
Estimamos que desde tales premisas la situación procesal que resulta es la imposibilidad de declarar en esta sede la deuda reconvencionalmente reclamada por falta de la jurisdicción pertinente, remitiendo a la parte a que en dicha sede determine las acciones pertinentes.
Lo que antecede supone la estimación del recurso de apelación en derecho y desde los principios de la sana crítica": SAP Vizcaya (Sección 3) 22.05.2013 (Sentencia 222/2013; Rollo 14/2013)

AP Zaragoza (Sección 5)

"SEGUNDO.-El siguiente tema que plantea el recurso es si la demanda reconvenional debió admitirse a trámite, ordenando a la demandada reconviniente contestarla en su tiempo legal. Son varias las causas por las que una demanda -lo mismo, respecto de la demanda reconvencional-no deba ser admitida trámite: puede que no reúna los requisitos necesarios para tenerla como demanda, o por no presentar se los documentos que deben acompañarse, o por no reunir otros requisitos como los casos de demandas de responsabilidad civil contra Jueces o Magistrados. O puede ser también que se intente su presentación ante Juzgado incompetente. Esto es lo ocurrido en el presente caso, en que se pretende presentar una demanda referente a entidad declarada en concurso de acreedores ante un Juzgado Civil, con olvido de lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial : "1.-Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", o en el artículo 8 de la Ley Concursal : "Juez del concurso: Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:...", o en el artículo 50 siguiente: "Nuevos juicios declarativos de la Ley Concursal. 1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado",o en otros muchos de significación análoga. Bien que el demandado tenga un derecho autónomo e independiente a formular su demanda reconvencional en el propio juicio en el que ha sido demandado, y aún más tiene derecho a su defensa en el ámbito amplio del juicio en que ha sido demandado a través de la reconvención, con el conocimiento de las conexiones entre sus pretensiones y las que sean objeto de demanda principal, conforme se dice en el artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento, pero este derecho tiene que ceder en aquellos casos en que -al igual que ocurre con la demanda ordinaria-el Tribunal carezca de competencia para conocer del asunto. En este caso, por las razones que han sido expuestas, la parte que pretende la reconvención deberá abstenerse de ella en cuanto que la tendría que presentar una Juzgado incompetente, con olvido de las reglas más elementales sobre esta materia, debiendo presentar demanda ordinaria ante el Juzgado Mercantil, que es el competente para conocer de concursos de acreedores.": AAP Zaragoza (Sección 5) 21.05.2010 (Auto 323/2010; Rollo 296/2010)

"PRIMERO.-Entablado proceso monitorio en reclamación de cantidad por la parte actora en situación de concurso de acreedores, la demandada opuso la excepción de compensación en la primera instancia que fue estimada reduciéndose parcialmente el importe de la deuda. La actora formula recurso de apelación por estimar que dada su situación concursal no podía oponérsele la compensación estimada, pues el único juez competente para conocer de pretensiones frente al patrimonio de la misma es el juez del concurso. La demandada alega que por ser una compensación derivada de las relaciones anteriores a la declaración del concurso no se produce la falta de competencia objetiva.
SEGUNDO.-El artículo 86 ter de la LOPJ entre las competencias del Juez de lo Mercantil señala que "los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil". En este sentido la Ley 22/2003, de 1 de julio, concursal establece en su artículo 8 que "la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil".
Sobre la base de lo anterior, cualquier acción que se ejercite contra o puede perjudicar el patrimonio del concursado ha de interponerse ante el correspondiente juzgado de lo mercantil. En el presente supuesto, se ha alegado como excepción la compensación parcial de la deuda reclamada con otro crédito de la demandada

contra la actora. En cuanto forma de extinción de créditos con los efectos del pago, ha de concluirse que supone en el este proceso una ampliación del objeto del mismo, determinando que al objeto inicial del proceso se añade otro, el reconocimiento y posterior extinción del crédito cuya compensación se opone.
Sentado lo anterior, como presupuesto para conocer de tal excepción esta la competencia objetiva del órgano judicial para conocer del reconocimiento y, en su caso extinción, del crédito compensable. El examen de los preceptos ya referidos nos muestra que para tal pretensión solo tiene competencia el Juzgado de lo Mercantil competente para la tramitación del concurso, con lo que la introducción de esta cuestión en el presente proceso no es sino la infracción al margen de su trámite legal de las normas de competencia y procedimiento, que determina que pueda examinarse por el órgano ad quem la competencia del juzgado y las consecuencias que de esta ampliación exorbitante de su objeto se derivan, que no son sino la nulidad de lo actuado con arreglo al art. 225. 1º y 3º de LEC y la retroacción de los autos al momento anterior a la admisión a trámite de la excepción de compensación, para que, en su caso, si se solicita formalmente se tramite por las reglas de los arts. 45 y ss. de la LEC.
En consecuencia, el recurso ha de ser íntegramente estimado.": SAP Zaragoza (Sección 5) 18.05.2011 (Sentencia 314/2011; Rollo 288/2011)

"SEGUNDO.- Como se dice, nos hallamos en un supuesto en el que el acreedor ha sido declarado en concurso y el deudor opone la compensación contra la reclamación formulada por un crédito que no discute.
Se trata, pues de la posibilidad de compensación de créditos tras la declaración del concurso, que se halla sometida al régimen establecido en el art. 58 LC.
Como dijimos en nuestra SAP nº314/2011, la decisión sobre tal clase de compensaciones corresponde a los juzgados de lo mercantil conforme al art. 86 ter de la LOPJ y 8 LC, por lo que los juzgados ordinarios carecen de competencia objetiva del órgano judicial para conocer del reconocimiento y, en su caso extinción, del crédito compensable.
Por consecuencia, no habiendo sido acreditada la admisión de la compensación opuesta en el concurso, no cabe sino coincidir con la juzgadora de primera instancia que en efecto no consta la compensación opuesta, por lo que el recurso ha de ser desestimado.": SAP Zaragoza (Sección 5) 09.02.2012 (Sentencia 81/2012; Rollo 63/2012)

"PRIMERO.- El actor reclama de la demandada el pago de determinadas certificaciones de obra que le ha efectuado. El demandado se opone a dicha pretensión, alegando que ha pagado por cuenta del actor pagos por cuenta de la Seguridad Social y salarios de trabajadores, por lo que formula excepción de compensación, ejercitando el correspondiente juicio concursal ante el Juzgado Mercantil de Huesca, dada la situación de concursada de la actora, diciendo -Así en el recurso interpuesto-- que se trata de créditos pagaderos de forma inmediata a sus respectivos vencimientos por su condición de créditos contra la masa, sin que les afecte la prohibición de compensación del artículo 58 de la Ley Concursal. Pero el Sr. Juez de instancia no admite la alegación por vía de compensación efectuada por la representación de la parte demandada al carecer de competencia objetiva para su examen por corresponder en su caso al Juzgado que tramita el concurso de la demandante con competencia en materia mercantil, y de esta forma se dice en la parte dispositiva del Auto dictado por el Juzgado el pasado doce de enero de dos mil once -Folio 361 de estas actuaciones--, confirmado al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el mismo por Auto de dos de febrero siguiente -Folio 375--, cuyas resoluciones son firmes al no haberse recurrido juntamente con la Sentencia, y así lo reconoce la parte al redactar su escrito de veintinueve de marzo de dos mil once unido al folio 377 de las actuaciones.
SEGUNDO.-La Sentencia del Juzgado estimar en esencia la demanda interpuesto por la parte actora, salvo en una pequeña cantidad, y los intereses de morosidad de operaciones mercantiles entre empresas, que no se conceden, y es recurrida por la parte demandada, salvedad hecha de aquellos dos extremos, argumentando que los créditos que se pretenden hacer valer contra la parte actora son pagaderos de forma inmediata como créditos contra la masa, habiéndose hecho valer a título de excepción y no por reconvención, con referencia al diferente tratamiento que a su juicio reciben ambas figuras en los artículos 406, 2 y 408, 1 de la Ley de Enjuiciamiento, lo que carece de interés en el presente caso, pues en ambos supuestos se trata de compensación, por la misma cantidad reclamada o por otra superior, y en los dos es competencia del Juzgado Mercantil dada la condición de concursada de la demandante, y así lo manifestaron las resoluciones que han sido citadas dictadas por el Sr. Juez de instancia, consentidas por la parte. Ni tampoco ha de admitirse la otra cuestión formulada, como es la de prejudicialidad civil regulada en el artículo 43 de la Ley, que fue aplicada en el otro supuesto debatido entre las partes porque fue oportunamente citada, sin que lo haya sido en el presente caso, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, dice el precepto aludido, de forma tal que su acogimiento resulta inviable. Tiene razón la parte apelante cuando dice que el efecto del presente juicio es consecuencia de la falta de competencia objetiva para conocer de la compensación, haciendo imposible que pueda oponerse ante el Juez competente, pues ha de seguirse ante el Juzgado Mercantil, que es el competente para conocer del tema, y el diferente tratamiento que deriva de la cuestión deviene en la rapidez en la iniciación del juicio, al estar sometidos cada uno de ellos a diferentes normas competenciales.": SAP Zaragoza (Sección 5) 20.03.2012 (Sentencia 189/2011; Rollo 102/2012)

"PRIMERO.-La Sentencia del Juzgado ha de confirmarse por sus propios y certeros razonamientos que esta Sala acepta. En primer lugar, porque no ha quedado debidamente probado que el reconviniente que ahora apela concertara el contrato de arrendamiento con el demandado, o que realizara las obras cuyo pago reclama en la finca arrendada, existiendo por el contrario una denuncia por usurpación de fincas. En segundo lugar, respecto de la compensación, estando la actora reconvenida incursa en procedimiento concursal, es preciso recordar que el artículo 8.1º de la Ley Concursal establece la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso (al igual que hace el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto de los juzgados de

lo mercantil) sobre las acciones civiles que se dirijan contra el patrimonio del concursado, reclamación que debe considerarse desde un punto de vista material y no meramente formal, lo que conllevará las consecuencias que se establecen en el artículo 50.1 Ley, esto es que el juez civil deberá abstenerse de conocer y hacer saber a las partes que pueden ejercitar su derecho ante el juez de lo mercantil. De la misma forma, en la prohibición de compensación incide expresamente el artículo58 LC, al establecer que "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal"; este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general, pero más trascendente que su contenido a efectos materiales es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o competenciales; en esta disposición se establece que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al juez del concurso pues deben resolverse por los trámites de los incidentes concursales; por lo tanto se pone de relieve que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del juez de lo mercantil, único competente para conocer del tema.": SAP Zaragoza (Sección 5) 22.01.2013 (Sentencia 26/2013; Rollo 622/2012)

AP Zaragoza (Sección 4)

"**SEGUNDO** Alega la parte actora reconvenida como motivo primero y fundamental de dicho recurso de apelación la inadecuación a derecho de la sentencia de primer grado, dado que al apreciar la compensación de créditos que hizo valer la demandada reconviniente en su escrito de contestación a la demanda principal deducida contra ella para oponerse a la misma, compensación que ha determinado la desestimación de dicha demanda, y admitir a trámite y resolver acerca de la demanda reconvencional formulada por Suelo y Vivienda de Aragón, S.L.U. en dicho escrito, presentado en el referido Juzgado de Primera Instancia el día 10 de Noviembre de 2.008, por tanto, cuando TUDECO, S.A. había sido declarada ya con anterioridad en situación de concurso de acreedores voluntario por parte delJuzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza, situación declarada por auto de fecha 19 de Septiembre de 2.008, copia del cual ha sido aportada a estos autos (folios 74 a 78), incurre en vulneración de lo preceptuado en losartículos 48 y 406 LEC, así como en losartículos 8.1, 50, 50.1 58 y 205 de la Ley Concursal yartículo 86.Ter de la L.O.P.J., al carecer de competencia objetiva para conocer de tal compensación de créditos y demanda reconvencional por estar atribuida con carácter exclusivo y excluyente al referido Juzgado de lo Mercantil, lo que vicia de nulidad radical, conforme alartículo 238.1º de la L.O.P.J., tales pronunciamientos de la citada sentencia.
Es de acoger tal motivo del recurso, con las consecuencias que de ello se derivan y que se exponen a continuación.
TERCERO Como resulta de los hechos anteriormente consignados, queda acreditado que el escrito de contestación a la demanda principal y de formulación de reconvención fue deducido por la mercantil Suelo y Vivienda de Aragón, S.L. en fecha 10 de Noviembre de 2.008, con posterioridad, por tanto, a que la mercantil actora, Tudela de Construcción, S.A., hubiese sido declarada en situación de concurso de acreedores voluntario por parte delJuzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza, lo que llevó a cabo por auto de fecha 19 de Septiembre de 2.008 dictado en el procedimiento de concurso ordinario núm. 595/08.
Siendo ello así, y habida cuenta que elartículo 8.1º de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, concursal, establece que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil", disponiendo, a su vez, elartículo 50.1 de dicha Ley Concursal que "los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado", y estableciendo, por otra parte, elartículo 58 de la misma que "Sin perjuicio de lo previsto en elartículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal", y que, a su vez, elartículo 406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "No se admitirá la reconvención cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza", normas todas ellas reguladoras de la competencia objetiva que son de orden público e indisponibles por las partes, es de apreciar su vulneración en el caso de autos tanto al haberse admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia la demanda reconvencional deducida por la demandada, Suelo y Vivienda de Aragón, S.L.U., al formular su escrito de contestación a la demanda principal planteada por TUDECO, S.L., como al acoger la compensación de créditos que hizo valer la referida demandada reconviniente para fundamentar su oposición a la demanda principal así como su reconvención, y todo ello en fecha posterior a la declaración judicial de concurso de acreedores voluntario de TUDECO, S.L., sin que quepa entender, como argumenta erróneamente la sentencia apelada, que por razón de los efectos de la litispendencia(arts. 410 y 411 LEC) el referido Juzgado de Primera Instancia conservaba su competencia para conocer de ambas cuestiones (demanda reconvencional y compensación de créditos frente a la concursada), ya que con ello está desconociendo la norma especial y específica que sobre competencia objetiva para conocer de tales materias se establece en la Ley Concursal, que atribuye la misma con carácter exclusivo y excluyente al juez que conoce del concurso.

La falta de competencia objetiva del referido Juzgado de Primera Instancia para conocer de la citada demanda reconvencional, así como para apreciar la compensación de créditos alegada por la demandada reconviniente frente a la actora reconvenida, hallándose ésta ya en situación de concurso de acreedores voluntario declarada judicialmente, determina la nulidad de pleno derecho de las actuaciones practicadas tras la admisión a trámite de aquella demanda y los pronunciamientos efectuados respecto de la misma y en cuanto a la citada compensación de créditos en la sentencia de primer grado, y ello al concurrir la causa de nulidad prevista en elartículo 238.1º de la L.O.P.J. y 225.1º de la LEC.": SAP Zaragoza (Sección 4) 30.12.2010 (JUR 2011/68704; Sentencia 613/2010; Rollo 500/2010)

2.1.1 Tesis contraria

AP Ciudad Real

"PRIMERO. Se articula por la representación procesal de la entidad mercantil Dream Fruits, S.A., recurso de apelación contra el auto de fecha 28 de Mayo de 2.009, dictado en los autos de procedimiento ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Tomelloso bajo el número 422/2.008, viniendo a solicitar su revocación, es decir, la declaración de competencia objetiva del Juzgador a quo y la resolución del procedimiento seguido en la instancia conforme a derecho.
SEGUNDO. Frente a la declaración de incompetencia objetiva declarada en el combatido auto de fecha 28 de Mayo de 2.009 con fundamento en lo previsto en el artículo 50/1 de la Ley Concursal en relación al artículo 8/1º de igual cuerpo legal, en favor del Juzgado de lo Mercantil de Toledo ante el que se sigue el concurso necesario de la parte demandante, se alza la parte recurrente afirmando dicha competencia a favor del Juzgador a quo a través del procedimiento ordinario tramitado en la instancia. Para la adecuada resolución del presente recurso de apelación y dadas las especiales características que adornan al supuesto fáctico-jurídico analizado en la instancia, resulta necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:
a) En primer término ha de procederse a una adecuada interpretación funcional de la operatividad del instituto de la compensación como modo de extinción de las obligaciones cuando el mismo aparece vinculado a un procedimiento concursal, pues la aparente claridad y sencillez del contenido del artículo 58 de la LC choca, sin duda, con la riqueza y multiformidad de la realidad práctica que pretende regular. En efecto, y si bien es claro y cierto que la acreditación o constancia de la previa existencia a la declaración del concurso de los requisitos previstos en el artículo 1.196 del Código Civil autoriza al despliegue de los efectos de la compensación extinguiendo en la cantidad concurrente los créditos y deudas del concursado, ello no despeja ciertas dudas respecto al momento y sede procedimental y competencial en la que ha de hacerse valer tal compensación, postulándose a estos efectos por la parte actora y apelante su necesaria solicitud en el momento y trámite de comunicación a la administración concursal del crédito ostentado por el acreedor que pretende hacer valer dicha compensación, en aplicación del artículo 21/1-5º LC, debiendo pronunciarse sobre tal pretensión la administración concursal en el informe al que hacen referencia los artículos 74 y 75/2-1º y 2º, ambos de la LC, puestos en relación con el artículo 86 de meritada LC., como modo de proteger y precaver el despliegue del principio de la par conditio creditorum; y ello frente a la pretensión de la contraparte de la posibilidad de hacer valer tal pretensión en el procedimiento ordinario seguido en la instancia.
b) En principio y partiendo del anterior planteamiento de la cuestión no existe obstáculo ontológico ni protector de aquél principio de la par conditio creditorum que obligue a la necesaria consideración de planteamiento procesal de la compensación en el procedimiento concursal, por cuanto no existiendo controversia entre las partes sobre la existencia y legitimidad de los créditos ostentados por las mismas y su caracterización como líquidos y exigibles con anterioridad a la fecha de declaración del concurso mediante auto de fecha 1 de Octubre de 2.007 (créditos del actor exigibles a los 90 días de su fecha de Abril y Junio de 2.007, al folio 66 del procedimiento; y de la entidad demandada exigible al contado y de fecha 29 de Junio de 2.007, al folio 222 del procedimiento), habiendo sido tales créditos objeto de inclusión respectiva en la masa activa y lista de acreedores sin contienda ni oposición alguna, y habiendo existido en el procedimiento ordinario la posibilidad de intervención procesal de la administración concursal; resultaba ab initio perfectamente factible la articulación en tal procedimiento ordinario del mecanismo de la compensación ex artículo 408 de la Ley Rituaria Civil, y se dice ab initio por cuanto lo fundamentado no impide el necesario análisis de la consideración aplicativa o no de la norma competencial estatuída en el artículo 8/1º de la Ley Concursal. Nos explicamos, una vez salvada la plena operatividad del principio de la par conditio creditorum, como se acaba de señalar y justificar, resta por analizar la forma de solucionar la aparente antinomia existente entre el contenido del artículo 408 de la Ley Rituaria Civil como manifestación específica del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva y de defensa del artículo 24 de nuestra Carta Magna y la norma competencial del artículo 8/1º de la LC., en los supuestos como el presente en los que el concursado con la autorización de la administración concursal ejercita una acción de reclamación de cantidad al amparo del artículo 54 de la LC. contra una persona o entidad que a la vez ostenta el carácter de acreedor concursal, pues de afirmarse la preeminencia de esta última norma nos encontraríamos con una indeseable limitación de aquéllos derechos fundamentales como en un supuesto similar ya vino a afirmarse por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 11 de Octubre de 1.988 al decir que "... sufriría un atentado inicuo de obligarse a Y, S.A., a pagar de inmediato 50.407.539 ptas., quedando en cambio sujeta al convenio la total cantidad de que es acreedora (189.088.354 ptas.), por lo que se

ajusta más a la justicia del caso concreto la solución dada por la Audiencia de que figure como crédito sujeto al convenio la resta de tales cantidades, o sea 138.680.815 ptas. que la suspensa debe a la tan citada Y, S.A....", lo que en aquél caso mutatis mutandis implicaba el acierto de haberse procedido en los previos autos declarativos seguidos en la instancia a declarar tal compensación judicial lo que, asimismo, determinaba la posibilidad competencial de alegación de la compensación en tales autos declarativos. Ciertamente tal sentencia del Tribunal Supremo fue dictada en el sistema anterior de inexistencia de los Jueces de lo Mercantil como jueces del concurso, pero en cualquier caso se entiende por esta Sala que el derecho de defensa y a obtener la tutela judicial efectiva debe preponderar sobre una potencial afectación del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley que intentaría garantizar en este caso de forma ciega y mecánica el cumplimiento de aquélla norma competencial del artículo 8/1º de la LC., por cuanto no afectado el principio de la par conditio creditorum, como se dijo, la ratio esendi de tal competencia excluyente a favor del juez del concurso aparece debilitada en favor del derecho de defensa del demandado en los autos declarativos, máxime cuando lo que se resuelva en los mismos habrá de ser objeto de ejecución en los términos del convenio ya aprobado en el concurso de acreedores. En definitiva el recurso ha de ser estimado pero con el añadido ex officio que el procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Tomelloso deberá continuar comprendiendo el alegato y análisis de la compensación alegada en el escrito de contestación a la demanda, al ser el tema competencial materia de orden público procesal. “:SAP Ciudad Real 26.11.2010 (Sentencia 120/2010; Rollo 111/2010)

AP Palencia

“PRIMERO.-El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Palencia dictó sentencia en fecha 21 de Abril de 2.010 por la que estimando la demanda presentada en nombre y representación de ACIS 2002 S.L., condenó a COCIMAR 2002 S.A. a que satisficiese a la anterior la cantidad de 27.518,68 Euros, más intereses moratorios del Artículo 7.2 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada. Contra ella se alza la representación de COCIMAR 2002 S.A. en recurso del que dado traslado a la contraparte fue objeto de oposición con el resultado que obra en autos. (…)
TERCERO.-La Juzgadora "a quo" desestima también la demanda, como ya se ha advertido, fundamentando la inexistencia de compensación, que a su juicio habría alegado COCIMAR 2002. COCIMAR 2002 tanto en su escrito de contestación a la demanda como de interposición de recurso, entiende innecesario acudir a la existencia de compensación para obtener su absolución, pero en ambos escritos sí lo alega para el caso de que no se estimase su anterior motivo de oposición a la demanda y de recurso, y por ello es obligado hacer consideración al mismo.
Como bien dice la Juzgadora "a quo" el Artículo 58 de la Ley Concursal aplicable al caso, proscribe la compensación de créditos del concursado con sus acreedores, una vez declarado el concurso, pero dice "que producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración anunciada".
La cuestión así planteada nos reconduce a considerar si los requisitos que se alegan por la parte recurren concurrieron antes del día 2 de marzo de 2007, fecha de la declaración del concurso o no, y para dar respuesta a dicha circunstancia, negativa en el caso de la sentencia de instancia, se hace necesario hacer un estudio de las circunstancias concurrentes y así afirmar:
-Que la cantidad que es reclamada por ACIS a COCIMAR y que ha sido concedida en la sentencia de instancia, trae causa de la retención de un 5% del pago total de la obra, previsto en el contrato suscrito en su día entre las partes, como garantía del correcto cumplimiento por ACIS de sus obligaciones.
-Que a fecha 9 de septiembre de 2004, fecha en que se produce la recepción provisional de la obra, se observaron defectos que años después fueron cuantificados en la cantidad de 3.571,24 Euros.
-Que aunque estaba pactado un plazo de conclusión de la obra que concluiría en el mes de febrero de 2.004, la propia parte recurrente acepta, renunciando así a cualquier compensión que la pudiera favorecer por periodo distinto, que en razón a un pacto acordado entre las partes, el plazo de conclusión se amplió hasta el día 30 de Abril de 2.004.
-Que la fecha de recepción provisional documentada es de 9 de septiembre de 2.004, y aunque en la misma se concedió un plazo para subsanación de los defectos antes dichos, y no se produjo desde entonces una nueva recepción provisional para el caso de persistencia de los defectos, o de recepción definitiva de haber sido éstos solventados, también la parte recurrente considera a efectos de la compensación que la fecha de conclusión de la obra es el 9 de septiembre de 2.004.
-Que en el apartado "plazos de ejecución" del contrato litigioso, se pactó una cláusula penal que determinaba penalización de 3.000 euros para ACIS por cada semana de retraso en la finalización de los trabajos, sin que al respecto se haya hecho óbice de ello en el escrito de contestación al recurso.
Además de lo anterior, conviene aclarar que conforme a lo establecido en el Artículo 408 de la Ley de Enj. Civil, la compensación de cantidades es posible oponerla frente a pretensión de la actora al pago de cantidad de dinero, alegando la existencia de un crédito compensable, en el supuesto de que el demandado solo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que su favor pudiera resultar, artículo que se cita exclusivamente a los efectos de la cuestión que nos ocupa y en este punto concreto. Dicho artículo refiere la posibilidad de dar traslado a la contraparte cuando ello sucediere, mas no se prescribe como necesario, y al respecto la parte ahora apelada ninguna observación consta que hiciese en primera instancia, y desde luego no la hace en esta alzada, razón por la cual el hecho de que no se haya opuesto reconvención, no obsta a que pueda existir la compensación que se estudia.

CUARTO.-Dicho lo anterior y entrando a considerar la existencia o no de la compensación que se dice por la parte recurrente, y referida siempre a fecha anterior al 2 de marzo de 2.007, al estar proscrita la de concurrencia posterior por el Artículo 58 de la Ley Concursal, se advierte que la Juzgadora "a quo" entiende de la no existencia de deudas compensables, porque a su juicio no concurren los requisitos del Artículo 1.196 del C. Civil, en cuanto las cantidades a compensar por la demandada no se constituyen en crédito exigible, vencible y líquido.
Se hace necesario para llegar a la conclusión última que se dirá, hacer referencia a las clases de compensación, y en concreto a las denominadas "legal" y "judicial". La compensación es legal cuando concurren los requisitos del Artículo 1.195 y 1.196 del C. Civil; por ello las deudas a compensar hn de ser exigibles, vencidas y líquidas, (Artículo 196 núms. 3 y 4), con lo cual quedan excluidos, por este último concepto, aquéllas cuyo objeto o cuantía no estén determinados. La compensación es judicial cuando se formula como medio de integrar los anteriores requisitos de exigibilidad y liquidez.
Si lo que se pretende en el caso es una compensación judicial ésta sería imposible, porque la compensación judicial, que no requiere en el momento en que se suscite la concurrencia de los requisitos del Artículo 1.196 del C. Civil, sino que pretende integrar dichos requisitos por medio del proceso, supondría que la concurrencia de los requisitos de la deuda que ha sido opuesta por COCIMAR, se habrían producido después de el día 2 de marzo de 2.007, fecha de declaración del concurso, y en consecuencia no produciría efectos por aplicación del Artículo 58 de la Ley Concursal.
La cuestión por tanto, es si nos encontramos o no ante una situación de compensación legal. Por lo que se refiere a la cantidad de 3.571,24 Euros, que se dicen compensables en razón a los defectos observados en el acta de recepción provisional, además de que se ha dicho ya que el transcurso del tiempo hace entender su no existencia, o en todo caso la condonación de la deuda que de ellos pudiera nacer, es lo cierto que se constituye en una cantidad que no es líquida, pues por mas que exista un informe pericial que lo verifique, dicho informe por sí no hace líquida la cantidad, sino que su liquidez derivaría del reconocimiento de la contraparte o de su declaración judicial, y en uno o en otro caso se impediría la compensación por dicha cantidad; en el primero porque no se ha producido, y en el segundo porque entonces se produciría una compensación judicial que no satisfaría la pretensión de la parte recurrente, al proscribirlo el 58 L.C.-
Cuestión distinta es si la cantidad resultante de aplicar la cláusula penal en su día pactada entre las partes de 3.000 Euros semanales por retraso en la conclusión de la obra, que resultaría muy superior a la que ha sido reclamada en demanda y objeto de condena, puede compensarse o no.
Al respecto y estudiando los requisitos de necesaria concurrencia, y dejando de lado de si nos encontramos ante una deuda vencida, dado el tiempo transcurrido, y que al respecto ninguna objeción se ha hecho; por lo que se refiere al requisito de la liquidez de la deuda, éste se ha interpretado como certeza sobre la existencia y cuantía de la deuda, esto es concurre si no hay duda de la "determinación de la cuantía" o "montante de la prestación". El requisito de la liquidez es congruente con el funcionamiento de la compensación, pues sólo cuando se sabe lo que se debe, puede operar la extinción de deudas en toda su cuantía o en la cuantía concurrente, mas su inclusión en el Artículo 1.196 del C. Civil significa que hasta que no se tenga la certeza sobre el montante de la prestación, no se produce el efecto extintivo de la compensación.
En el caso y precisamente porque de forma voluntaria la parte recurrente, y a efectos de compensación, se ciñe al periodo comprendido entre el 30 de abril de 2.004 y el 9 de septiembre del mismo año, renunciando así a cualquier otra cantidad a compensar, y resultando también determinada la cantidad que por el incumplimiento se determina en cláusula penal, que es de 3.000 euros, el requisito de la liquidez aparece diáfano, pues la cantidad resultante se obtiene mediante una mera operación aritmética, que conforme a Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no impide la concurrencia del referido requisito de liquidez. Por ello apareciendo que de esta manera la cantidad que debería de satisfacer ACIS a COCIMAR sería 51.000 euros, la cantidad a compensar sería líquida y puede producir los efectos de la compensación que se pide.
En cuanto al requisito de la exigibilidad, debe constatarse que una deuda es exigible cuando el acreedor puede reclamar con eficacia jurídica su cumplimiento, de tal modo que si el deudor no paga puede demandarlo judicialmente y se le aplicarán las consecuencias previstas legalmente. Entendida así esta cualidad del crédito, el vencimiento de la deuda constituye uno de los presupuestos de exigibilidad del mismo, tal y como ha señalado unánimemente la doctrina; y en este sentido se habría manifestado la reiteración que pudiera suponer esta doble exigencia. Sin embargo, respetando la redacción del precepto, se considera que la exigibilidad requerida tiene en este apartado un mayor alcance que el vencimiento, en cuanto que excluye aquellos otros supuestos en que el acreedor no puede reclamar con eficacia el cumplimiento de la obligación, como en aquellos casos de existencia de obligación natural, deudas prescritas, intereses no estipulados, etc. En ninguna de dichas situaciones nos encontramos, y la deuda es evidentemente exigible hasta tal punto que lo pudiera haber sido por la parte ahora recurrente mediante el oportuno ejercicio de acción judicial.
En consecuencia de lo anterior, y como quiera que tanto el requisito de la liquidez, como el del vencimiento, como el de la exigibilidad, concurren antes del 2 de enero de 2.007 en razón a lo estudiado, pues la liquidez, el vencimiento y la exigibilidad se habrían producido en fecha 9 de septiembre de 2.004, es por lo que sí opera la compensación alegada, y ello trae como consecuencia la necesaria estimación del recurso.
No es óbice a lo anterior que la compensación nazca de una cláusula penal, pues el Tribunal Supremo tiene declarado la imposibilidad de compensación cuando existe cláusula penal en supuestos en que ésta pueda moderarse, mas no es el caso, pues también es constante la Jurisprudencia del Tribunal

Supremo que dice que en supuestos de cláusula penal pactada para el incumplimiento de plazos, no es posible la moderación.
Así las cosas es innecesario hacer consideración de la compensación de las otras cantidades que se dicen en razón a defectos observados después de la conclusión de la obra, pues los efectos pretendidos ya están conseguidos por la recurrente; no obstante lo cual no debe de dejar de hacerse notar que la cantidad en cuestión de reparación de dichos defectos, debería de ser objeto de liquidación previa, que al no haberse producido hace que dicha cantidad no podría ser compensable. ": SAP Palencia 11.10.2010 (Sentencia 277/2010; Rollo 333/2010)

2.1.2 Viabilidad de la reconvención/oposición por compensación anterior a la declaración de concurso

AP Cádiz

"PRIMERO.- La Juez de instancia estima la demanda de reclamación de cantidad, interponiendo recurso de apelación la parte demandada que lo fundamenta en que no debe cantidad alguna por existencia de compensación.
SEGUNDO.-La Juez de instancia desestima la compensación al considerar que no ha sido acreditada por la parte demandada, en base al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
La compensación legal puede ser alegada por vía de excepción, mediante la alegación de los hechos que la generan. Es necesario que se opongan los componentes de hecho para estimar la existencia y la liquidez de la deuda que se opone para ejercer la compensación, según declara la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2002 y de 7 de febrero de 2006) respecto a la compensación judicial se requiere un pronunciamiento del órgano judicial que ha de ser promovido por vía de reconvención (STS de 24 de marzo de 1994 y de 27 de diciembre de 1995).
También es necesario tener en cuenta lo establecido en el artículo 58 de la Ley Concursal que dispone:
"Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución o acto administrativo que se haya dictado con posterioridad a ella.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, este se resolverá a través de los cauces del incidente concursal."
TERCERO.-La parte demandada no niega que las mercaderías fueron recibidas, sino que rotundamente afirmó en su contestación a la demanda y en su recurso de apelación, que no debía nada, o como contestó el representante legal de la entidad demandada que la deuda estaba a cero, pues se habían devuelto unas mercaderías recibidas en mal estado con anterioridad, que se cifraban en 16.083,87 euros, que aparecen reflejadas en los documentos 1 y 2 de la contestación a la demanda. No son documentos, como afirma la parte apelada, creados por la propia parte demandada, sino por la Entidad Comerciantes y Almacenes S.A., que es la empresa en la que subroga la entidad actora. Además en los documentos 3 y 4 se reflejan unas facturas de abono por valor de 5.230,50 euros y 9.538,08 euros, emitidas por la entidad de Unión de Comerciantes y Almacenes S.A. que no han sido abonadas por la parte demandante.
Si estos documentos no ofrecen duda a la Sala que le son debidos a la parte demandada, si que existe duda sobre la fianza de 10.517,71 euros dada como fianzas. La parte apelante afirma que está reconocido por la propia demandante. Lo único existente es un fax en que la propia demandante comunica a otra entidad "Cadena Master" la adquisición el día 28 de diciembre de 2006 de la entidad Unión de Comerciantes y de Almacenes S.A., y que dicha entidad le había transmitido la fianza de 10.517,71 euros entregada por dicha entidad. No queda acreditado que esta fianza fuera entregada por la entidad demandada apelante, ni que fuera aceptado este hecho por la parte demandante.
CUARTO.-La prueba documental queda confirmada con la declaración del testigo don Aquilino, quien declaró que se produjo varias devoluciones pues el material no estaba en condiciones y como empleado de Unión de Comerciantes y Almacenes S.A. tuvo conocimiento de la devolución de las mercaderías, y que no fueron abonadas a la entidad Muebles Electrodomésticos Bienvenido S.L.
Estas cantidades pueden reclamarse, pues se produjeron antes de que la entidad demandante fuera declarada en concurso de acreedores, que fue en fecha de 1 de octubre de 2008, conforme a los artículos 1195 y 1196 del Código Civil.
A la deuda reclamada de 39.244,34 euros, habrá que deducirse por compensación las cantidades de 16.083,87 euros, 5.230,50 euros y 9.538,08 euros, arrojando un saldo de 8.391,94 euros que es la cantidad que debe pagar la entidad demandada a la demandante, más abono de los intereses legales desde la reclamación judicial (art. 1100, 1101 y 1108 del Código Civil), aunque no lo solicita en su suplico, si parece deducirse de la propia demanda.": SAP Cádiz (Sección 2) 13.11.2012 (Sentencia 324/2012; Rollo 284/2012)

AP Cuenca

"PRIMERO.-El presente recurso de apelación prácticamente se centra en que no tenía que haberse admitido la demanda reconvencional por el Juez de lo civil, pues cuando se formuló dicha reconvención la demandada reconvencional ya estaba declarada en concurso de acreedores pidiendo de este Tribunal de apelación que se declare que el Juzgado de primera instancia que dictó la

resolución recurrida, no es el competente para conocer de la reconvención planteada, y se estime sólo la demanda principal.
SEGUNDO.-Se solicita en consecuencia, que la demanda reconvencional no sea admitida, y por consiguiente no sean compensados, como se ha hecho en la sentencia de instancia recurrida estimando la demanda reconvencional, y la demanda principal; el crédito que la demandante principal tiene con la demandante reconvencional por los productos suministrados, con el crédito por la indemnización de los daños y perjuicios que la demandante reconvencional ha tenido que pagar a sus clientes por los daños sufridos por estos al adquirir y usar un producto defectuoso que la actora principal vendió a la actora reconvencional y ésta a su vez a sus clientes. Y todo ello en base al artículo 58 de la Ley Concursal que dice que declarado el concurso, no procederá la compensación de créditos y deudas de la concursada.
TERCERO.-A tal fin hay que decir que tal pretensión no puede prosperar,y ello por las fechas en que se han sucedido los acontecimientos.
Así la declaración de concurso fue hecha por auto de diecisiete de abril de dos mil nueve, un mes y catorce días posteriores a la interposición de la demanda que lo fue el dos de marzo de dos mil nueve, produciéndose el acto de la contestación a la demanda y la formulación de la demanda reconvencional, el día catorce de abril de dos mil nueve, (tres días antes de la declaración de concurso).
Es por ello que, independientemente del momento en que por el Juzgado civil dado su cúmulo de trabajo se admitiera la contestación y la demanda reconvencional el veintidós de mayo de dos mil nueve (un mes y cinco días después declarado el concurso), lo cierto es que la compensación de los créditos existentes entre ambos demandantes: principal y reconvencional, se ejercitó antes de la declaración de concurso (tres días) por lo tanto dado que los efectos del ejercicio de las acciones, se producen desde su interposición no desde su admisión, es decir, la demanda una vez admitida, produce los efectos propios de la litispendencia desde su interposición (artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es evidente que el recurso no puede prosperar y por ello debe confirmarse la sentencia recurrida, pues es prácticamente el motivo único.
CUARTO.-El otro motivo que entendemos va acumulado a este a tenor del Suplico del recurso, no porque se haya alegado sobre el mismo nada en cuanto al fondo, es la desestimación de la reconvención. (demanda reconvencional), motivo que no puede prosperar. En primer lugar porque en cuanto al fondo de la pretensión nada se dice en el recurso en cuanto a concretar motivos de oposición. Y por otro lado este Tribunal vista la sentencia recurrida y el resultado de la prueba practicada, considera que la sentencia contiene una valoración razonada y razonable que le lleva al Juez de la instancia a estimar la demanda reconvencional. A tal fin este Tribunal hace suyos los Fundamentos de Derecho Quinto, Sexto y Décimo de la sentencia recurrida en cuanto al aspecto de fondo del presente procedimiento. ": SAP Cuenca (Sección 1) 06.02.2012 (Sentencia 38/2012; Rollo 30/2011)

AP Madrid (Sección 11)

"SEGUNDO.- Sobre la compensación y la situación de concurso de la actora.
Al respecto, la SAP Madrid, Sección 21, de 4 de marzo de 2014, declara:
"La compensación aparece configurada en el Código Civil como una causa de extinción de las obligaciones (artículo 1.156), que tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (artículo 1.195), produciendo el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1.202).
El fundamento de la compensación es muy sencillo. Se encuentra en la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos por uno sólo mediante una simple operación aritmética.
En principio la compensación no afecta más que aquellas dos personas que recíprocamente son acreedores y deudores.
Sin embargo, en una situación de concurso, el mecanismo de la compensación no sólo afecta al concursado y al acreedor que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en los demás acreedores del concursado que no son también sus deudores. Y ello porque, en principio, todos los acreedores del concursado quedan sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero, de ello, quedaría excluido el acreedor - deudor del concursado, quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuere deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido, ese crédito compensado, de la ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento que pudiera surgir de un convenio. La compensación daría lugar a un trato privilegiado a favor de los acreedores - deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la "par conditio creditorum".
En nuestro Derecho histórico anterior a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no existía un precepto específico dedicado a la compensación cuando uno de los acreedores -deudores estuviera en situación de insolvencia declarada judicialmente. Rechazándose, en estos casos, la aplicación de la compensación por las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1977 y 20 de mayo de 1993, si bien se admitió en la sentencia de 11 de octubre de 1988.
En la redacción originaria de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, bajo la rúbrica de "prohibición de compensación", disponía, en el párrafo primero de su artículo 58, que: "...declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la

compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". Apareciendo los requisitos de la compensación recogidos en el artículo 1.196 del Código Civil.
Con base en esa redacción del precepto, decíamos, en nuestra sentencia de 28 de octubre de 2008, que la fecha determinante es la de la declaración del concurso. De tal manera que, si los requisitos de la compensación ya concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado que no la hubiere hecho valer antes de la declaración del concurso, puede, después de haberse declarado el concurso, exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él. Por el contrario, si los requisitos de la compensación no concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado ya no puede exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él (queda prohibida la compensación).
Criterio interpretativo que se ha visto ratificado con la posterior reforma, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, llevado a cabo por la Ley 38/2011 de 10 de octubre de 2011, que, en el número 44 de su artículo único, añade el siguiente inciso final al párrafo primero del artículo 58 : "...aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".
En el párrafo segundo del artículo 58 de la Ley Concursal se dice que: "En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal". No se consagra, en absoluto, una regla de competencia objetiva a favor de la Juzgadora de lo Mercantil que impidiese, a los Juzgados de Primera Instancia que estuvieran conociendo de procesos iniciados con anterioridad a la declaración del concurso, pronunciarse sobre la compensación, si, respecto de la misma, hubiera controversia y el pronunciamiento judicial recayera una vez ya declarado el concurso. Nada de eso. Se trata de un párrafo que, en opinión unánime de la doctrina, es innecesario, pues se refiere a la controversia surgida dentro del concurso (no en un proceso distinto seguido ante un Juzgado de Primera Instancia por el concursado contra un deudor que le opone la compensación), y, como regla general consagrada en el artículo 192 de la Ley del Concurso, toda cuestión que se suscita durante el concurso se ventilará por el cauce del incidente concursal, de ahí la innecesariedad de ese párrafo segundo del artículo 58.".
En la misma línea se pronuncia la SAP Madrid, Sección 10, de 25 de julio de 2013.
En el presente caso, todos los créditos opuestos por la demandada serían anteriores a la declaración del concurso de la actora, tal como se desprende de lo antes expuesto y se reconoce expresamente la demandada apelada en su oposición a la apelación, lo que nos conduce a una posible compensación anterior a la fecha de declaración del concurso de la actora, que tuvo lugar el 6 de julio de 2007, pues se trataría de créditos que, en su caso, habrían nacido con anterioridad.
Por consiguiente, consideramos que dicha compensación no contraviene lo dispuesto en el artículo 58 LC pues si bien producido el estado de concurso de la mercantil actora, en principio, resulta inadmisible la compensación de los créditos de la acreedora, a su vez deudora de la concursada, esta prohibición no rige cuando los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso -6 de julio de 2007-, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella, como así lo prevé expresamente el citado.
TERCERO.- La cuestión estriba en si los créditos opuestos por la demandada son compensables, es decir, líquidos y exigibles. Revisando el material probatorio, la Sala discrepa de la valoración que realiza la Juzgadora de instancia, pues consideramos que la demandada solo justifica, como en carga de la prueba le corresponde (art. 217 L.E.C.), el pago realizado por seguros sociales por importe de 1.870,05 euros. Aunque aporta documentación acreditativa, que la actora no niega, de la autorización para el pago a determinados subcontratistas, no ha demostrado los efectivos pagos que se habrían realizado en base a esas autorizaciones, que la actora no reconoce, y cuyos importes, como en cada una de ellas se hace constar, serían deducibles de la facturación. Del mismo modo, nada se acredita respecto a los pagos que la demandada afirma haber realizado a terceros para concluir la obra tras su abandono por la actora. Y huérfanos de toda prueba se encuentran igualmente los pretendidos cargos por repasos en la obra de Cedeira y por limpieza en la obra de San Paio. Por lo que no concurren los requisitos precisos para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1196 CC, opere la compensación.
En cuanto a la retención por importe de 4.000 euros, no se trata de un crédito opuesto por la demandada frente a la actora que pudiera ser compensable, pues manifiesta haber aplicado tal retención a los cargos generados en las distintas obras, que no acredita.
Por último, la compensación por penalizaciones por demoras en la ejecución exige una liquidación que establezca la deuda que, en su caso, sería exigible por este concepto, que no puede ser apreciada en el marco de la oposición a la demanda, sino que debió hacerse valer mediante reconvención.
Procede, por tanto, aplicar el mecanismo de la compensación al crédito justificado por la demandada frente a la actora de 1.870,05 euros, reduciendo en dicha cantidad el crédito reclamado por la actora a 365.799,44 euros.": SAP Madrid (Sección 11) 14.05.2014 (Sentencia 180/2014; Rollo 1012/2012)

AP Madrid (Sección 13)

"En este caso, es incuestionable que la demanda se presentó más de dos meses antes de que fuera declarada en concurso voluntario Distribution Sales y que cuando esta se allanó, ya se hallaba en tal situación concursal, pero no es menos cierto: a) que cuando el día 12 de enero de 2011 la demandada formalizó el allanamiento, la existencia de que este procedimiento ya se hallaba en tramitación debía ser conocido por la administración concursal, no solo por haber solicitado la deudora su acumulación al procedimiento de concurso, como aduce en el apartado cuarto del escrito de allanamiento, sino por

la más que presumible presentación en él de las facturas que dan causa a este litigio por Nokia, como se infiere del escrito que presentó en este el 18 de enero de 2011, sin que, pese a ello, haya efectuado ninguna objeción o reparo o siquiera insinuación o manifestación en contra dicha administración concursal; b) que la declaración del concurso voluntario no priva al deudor de capacidad para actuar en juicio, sino que únicamente precisa la autorización de la administración concursal, cuya omisión, por tanto, no trasciende al proceso declarativo sino que pertenece al ámbito interno del procedimiento concursal, presumiéndose que la ostenta; c) que quien, en todo caso, ha omitido dicho trámite no puede aducir indefensión ni beneficiarse de la situación que voluntariamente ha provocado; d) que los actos realizados sin la intervención de la administración concursal (autorización o conformidad) no son nulos sino meramente anulables, siendo susceptibles de ser confirmados o convalidados, ostentando, con carácter exclusivo, legitimación para anularlos la administración concursal, no el deudor, en el plazo y por el trámite del incidente concursal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.7 de la Ley Concursal, de modo que la pasividad de la administración concursal confirma la plena eficacia del acto, de no haber otorgado antes su conformidad; e) que Distribution Sales no solicitó la nulidad del procedimiento o del allanamiento, sino solo " la improcedencia de dicho allanamiento en lo concerniente a la aceptación, por esta parte, de la retención/ compensación, efectuada por Nokia sobre el importe de las facturas giradas contra ella por valor de 57.330,81 euros ", más la prohibición de compensación que se establece en el artículo 58 de la Ley Concursal no se extiende a aquélla cuyos requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración, supuesto que es el que aquí se da, tal y como se expone en el hecho segundo, apartado c) del escrito de demanda y se deduce de la fecha de las facturas emitidas en los meses de diciembre de 2009, abril, mayo y junio de 2010, muy anteriores a la declaración del concurso voluntario de Distribution Sales; por lo que reconocidos ambos créditos y deudas por las partes, recíprocamente acreedoras y deudoras, los efectos previstos en el artículo 1202 en relación con los artículos 1195 y 1196 del Código Civil son automáticos.”: SAP Madrid (Sección 13) 25.01.2013 (Sentencia 12/2013; Rollo 409/2012)

AP Madrid (Sección 19)

“PRIMERO. - Dos son las cuestiones que la parte apelante plantea como fundamento del recurso que sostiene en la presente alzada; en primer lugar se refiere a la inaplicación del artículo 58 de la Ley Concursal desde el momento en que declarada tal situación de concurso respecto de la demandante no cabe, por imperativo de tal precepto, la oposición de la compensación tal y como acontece en el supuesto enjuiciado. En segundo lugar (...)
SEGUNDO. -Respecto de la primera cuestión planteada las facturas que documentan los créditos cuya compensación se pretende y que esgrime el demandado son anteriores tanto a la factura emitida por el actor, como a la declaración del concurso, siendo por tanto de aplicación la previsión que contiene el propio artículo 58 de la Ley Concursal citado al admitir precisamente la compensación cuyos requisitos existan con anterioridad a la declaración de concurso, que viene a ser el supuesto de autos, y tales requisitos o condicionantes existían a tenor del artículo 1195 del Código Civil tratándose así de una compensación legal y reconocida judicialmente con posterioridad. A ello no obsta tampoco que el demandado comunicase su crédito al concurso, pues es evidente que la parte compensada quedará fuera de la masa ya que lo contrario supondría un requerimiento injusto para esa parte.”: SAP Madrid (Sección 19) 08.03.2013 (Sentencia 114/2013; Rollo 708/2012)

AP Madrid (Sección 21)

“DECIMOTERCERO.- Y por último lo que solicitó en relación con su situación concursal fue que se procediera a resolver de forma separada las pretensiones de una y otra parte litigantes, es decir, que no se compensaran los créditos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Concursal, precepto que afirma ha sido infringido por el Juez de instancia.
El artículo 58 Ley Concursal dice en su párrafo primero que no procederá la compensación de "los créditos y deudas delconcursado ", pero añade en el texto vigente en esa fecha que produciría "sus efectos la compensación cuyos requisitoshubieran existido con anterioridad a la declaración". Es decir, no se permite la compensación de créditos como regla general, pero contiene el precepto la excepción que es cuando ello fuera posible por cumplir los créditos a compensar los requisitos legales antes de la declaración de concurso; y esto es lo que ocurre en este supuesto en relación a las cantidades deducidas, deducción que es una compensación aunque procedan del mismo título que era el contrato de ejecución de obra.
Este tribunal, por tanto, considera que sí se produce una compensación al deducir, descontar, imputar, etc, las cantidades debidas a la penalización procedente de lo pactado por cumplimiento irregular, moroso, por más que en la Audiencia previa se tratara de buscar por la demandante-apelada y el tribunal una palabra que no fuera el de la compensación -deducción, imputación- pero la palabra no modifica el concepto; y éste es una compensación. La procedencia o no de que se fije un total a abonar, es decir, de que se haga la compensación ha de depender de ser los créditos líquidos, vencidos y exigibles, artículos 1195 y 1196 CC; requisitos que concurrían, porque la penalización al no ser moderable era un crédito que cumplía las exigenciaslegales (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1983) porque era exigible desde el momento en el que se incumplió elcontrato, siendo líquido al depender su cuantía de una mera operación aritmética, por tanto líquido, exigible y vencido, todo ello antes de ser la apelante declarada en concurso, y es una realidad no discutida que los

créditos que fueron reclamados por ella también lo eran al corresponderse a cantidades derivadas de trabajos ejecutados no pagados, y no reintegrado lo retenido según lo dispuesto en la norma -al realizar la entrega-": SAP Madrid (Sección 21) 30.10.2012 (Sentencia 566/2012; Rollo 119/2011)

"CUARTO.- Al tribunal de instancia lo primero que le fue planteado fue si podía o no conocer de la compensación opuesta vía excepción, artículo 408LEC, por PROMOSA al contestar la demanda. Y esto es lo que ha de ser resuelto en primer lugar, no si era o no competente, porque la competencia vendrá determinada por la naturaleza de la compensación que se haya opuesto porque en contra de lo que afirma la apelada la competencia viene determinada no tanto por estar en concurso BEGAR sino por la fecha del crédito y naturaleza de la compensación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Concursal, porque de conformidad con su literalidad queda evidenciado que la competencia del Juez el concurso vendrá determinada por la existencia de "controversia", inexistente en aquellos supuestos en los que la compensación fuera legal.
En principio, así lo declara el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de febrero de 2013 "...la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación" y es por ello que el artículo 58 de la Ley Concursal como regla general prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concurso, pero contiene él mismo una excepción que es si los mismos hubieran existido con anterioridad a la declaración concursal. Este precepto en la redacción anterior a la reforma de 10 de octubre de 2011 - Ley 38/2011- disponía: "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración", añadiendo la reforma un segundo párrafo "En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal."
De la literalidad del precepto se desprende que el incidente concursal procederá y por tanto la competencia del Juez del concurso no en todos los supuestos, sí cuando exista "controversía" sobre la compensación; controversia que existirá no tanto por negar la concursada la compensación sino cuando para su eficacia sea preciso un pronunciamiento judicial; pronunciamiento que no podrá serlo del Juez civil, solo del mercantil, pero cuando no sea preciso, ese reconocimiento por existir el crédito compensable, sí producirá efectos la compensación porque no se tratará ya de reconocer un crédito en contra de la concursada sino de la eficacia de la compensación por existir el crédito o créditos antes de la declaración de concurso.
La cuestión por tanto a resolver era si la Juez de instancia era quien debía examinar si el crédito excepcionado por la recurrente era compensable; y si ello debería hacerse en el Auto que resolvía la declinatoria opuesta o por el contrario en la sentencia. Este tribunal considera que lo esencial era y es resolver sobre la compensación, es decir, comprobar si la compensación opuesta era legal o no. Y esto fue realizado por la Juez de instancia, quien a través del Auto en el que estimaba la declinatoria reconocía de forma implícita y, en este extremo, su competencia para examinar la naturaleza de la compensación, porque la declinatoria la estimó después de pronunciarse sobre qué tipo de compensación era la opuesta, declarando que no era legal, y esto debió hacerlo en la sentencia porque resulta contradictorio por un lado declarar su falta de competencia y por otro pronunciarse sobre no ser la compensación legal.
La declaración de incompetencia respecto de la compensación opuesta está fundada no en la situación concursal, sino en no ser la compensación excepcionada legal, por no ser el crédito opuesto líquido, vencido y exigible, que era lo alegado por la parte al proponer la declinatoria.
QUINTO.- La petición primera de la recurrente es que se acuerde la competencia del Juzgado de Instancia para conocer de la excepción de compensación opuesta en la contestación y a su vez se acordara "retrotraer las actuaciones hasta el momento posterior a la formulación de la contestación a la demanda por parte de mi representada. Todo ello, con imposición de costas a la actora". Y la misma ha de ser rechazada primero porque la Juez sí admitió su competencia no para dotar de efectos a la compensación opuesta pero sí para calificarla, cuestión distinta es si debía haber resuelto la procedencia o no de compensar en sentencia y no en el auto, y segundo, porque la parte actora lo que alegó fue una compensación judicial de su crédito, siendo ello el motivo fundamental para que fuera estimaba la falta de competencia, sin que haya lugar a retrotraer las actuaciones para que la actora formule alegaciones frente a la compensación opuesta porque quien debía haber solicitado esa retroacción, en todo caso, era la demandante aunque fuera "ad cautelam", no la apelante, fundamentalmente porque "la declinatoria" se fundaba en esencia en su discrepancia con ser posible la compensación y ello por no ser los créditos líquidos, vencidos y exigibles antes de la declaración de concurso, así lo expuesto en su escrito, folio 215 -alegación tercera- y lo reitera en esta alzada.
La resolución de este primer motivo lo que exige es comprobar si la Juez se ha pronunciado sobre la compensación; y si bien entiende este tribunal que ello debería haberse resuelto en sentencia porque la Juez para negar la compensación, que es en última instancia lo que hizo, debía examinar si la compensación era o no legal, es decir, si los créditos cumplían los requisitos legales, artículos 1195 y 1196CC; y esto lo hizo, eso sí en el Auto, y es por declarar que dichos créditos no existían antes del concurso por ser necesario un pronunciamiento judicial -compensación judicial- es por lo que declaró su falta de competencia en el sentido de no haber lugar a reconocer los efectos extintivos del crédito reclamado por la actora. No considerando este tribunal que por haberse pronunciado en el Auto y no

en la sentencia deban retrotraerse las actuaciones para que él mismo tribunal reitere lo ya razonado en el auto de 20 de julio de 2011, razonamiento primero, párrafo último, folio 238 y 239, y reiterado en el Auto de 17 de noviembre de 2011, en cuyo razonamiento cuarto, declara que el crédito cuya compensación pretendía la recurrente no era "vencido, líquido y exigible". Y esto es lo que en última instancia niega la parte apelante.

El Juzgado de Instancia era competente, y por eso se pronunció sobre la naturaleza de la compensación opuesta, pero no por reconocer tal obviedad procede devolver los autos al Juzgado; lo que ha de resolverse, y es motivo en el que fundamenta esta primera petición, si los créditos eran o no líquidos, vencidos y exigibles, debiendo por ello estimar su pretensión última que no es otra que la extinción del crédito reclamado por el concepto de retenciones.

SEXTO.- La recurrente a través del primer motivo de apelación, tal y como se ha indicado, lo que plantea es la procedencia de la compensación opuesta por concurrir "los requisitos de la compensación ex artículos 1195 y 1196 Código Civil con carácter previo a la declaración del concurso". Esta afirmación se fundó en dar por probado que el crédito que alegaba al contestar era "vencido, líquido y exigible".

Al contestar la demanda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 408LEC que introdujo una forma novedosa de tratamiento procesal de la compensación disponiendo para evitar situaciones de indefensión, que se diera trámite con traslado a la actora para que pudiera alegar, oponiéndose; y esto es lo que hizo la demandante, quien negó que la demandada fuera titular de crédito alguno líquido, vencido y exigible; crédito que derivaría, según PROMOSA, de aplicar las cláusulas penales pactadas debido a los retrasos que refería, y a haber incumplido las obligaciones contractuales en concreto una correcta ejecución de los trabajos para los que había sido contratada porque habría ejecutado las obras de forma incorrecta, y no había realizado los repasos y/o reparaciones de los defectos que denunciaba habiendo tenido que hacerlos a su cargo, aportando documentos acreditativos de los incumplimientos y su cuantía.

Tanto en la instancia como ahora al apelar afirma PROMOSA que el crédito cuya exigencia o reclamación se había reservado en el acuerdo transaccional suscrito con la actora que su crédito era superior a lo retenido, no estando obligada a su abono, no reclamando el exceso; crédito que afirmaba era líquido, vencido y exigible, afirmación que no era compartida por la actora sino tampoco admitida por el tribunal de instancia, siendo éste el motivo por el que consideró que era el Juzgado del concurso el que debía resolver, era el competente -competencia objetiva- entre otros motivos por no concurrir los requisitos exigidos por los artículos 1195 y 1196 del Código Civil; afirmación que este tribunal comparte porque no por afirmar que era la compensación opuesta por su parte "legal", lo es.

La doctrina distingue entre la compensación legal, convencional, facultativa y judicial. La legal es la que regula el Código Civil en los artículos 1195 a 1202 y actúa aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y los deudores - artículo 1202CC -; la convencional tiene lugar cuando pactan las partes la extinción recíproca de las obligaciones pero sin concurrir los requisitos que dispone la Ley; la facultativa cuando los obstáculos que impiden la legal son salvados de forma unilateral por aquél a quien favorece; y por último la judicial cuando es el juez el que la determina al dictar sentencia que contenga una condena dineraria a favor de cada una de las partes y en contra de la otra, según las pretensiones formuladas en el proceso; supuesto en el que lo que procede es fijar el saldo resultante a favor de una y otra litigantes, extinguiéndose en la cantidad concurrente; extinción que viene ordenada por el tribunal y como consecuencia del proceso (STS de 12 de marzo de 2004, 18 de enero de 1999, 30 de diciembre de 1994, entre otras).

El efecto de la compensación legal es extinguir "una y otra deuda en la cantidad concurrente" como se ha indicado, su efecto es ipso iure, se produce aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores, pero para que esto tenga lugar es preciso que concurran los requisitos que la Ley dispone, artículos 1195 y 1196CC, que son no solo ser ambas partes por derecho propio, recíprocamente "acreedoras y deudoras la una de la otra", artículo 1195 CC, sino que: 1º. Cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor principal del otro; 2º.- Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado; 3º.- Que las dos deudas estén vencidas; 4º. Que sean líquidas y exigibles; 5º. Que sobre ninguna de ellas hay retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor".

La apelante se discute que es deudora de la actora por la cantidad retenida, la cuestión es si tenía por la cantidad excepcionada antes de ser declarada en concurso un crédito contra BEGAR; y para ello ese crédito debía ser líquido, exigible y vencido a esa fecha. Cualidades que aunque los afirma la parte recurrente no concurren porque el crédito total que alega tiene a su favor trae su causa en un hecho, que la misma afirma, que es el incumplimiento de la actora de los plazos pactados en el contrato por un lado y de la obligación principal que era la ejecución de la obra de forma correcta; y ese incumplimiento ha de ser acreditado porque no basta con afirmar que se retrasó la actora y que ejecutó la obra de forma incorrecta, además de no haber reparado lo mal hecho, para que así se tenga por acreditado, primero, porque los retrasos no solo hay que probarlos sino también la responsabilidad de aquél a quien se le imputan, y, segundo, los incumplimientos e igualmente las consecuencias económicas deben alegarse y acreditarlos (el incumplimiento y la responsabilidad).

El crédito que la parte afirma tener frente a la actora no cumplía los requisitos legales; la pretensión compensatoria que la recurrente opuso fue una compensación judicial, que si bien no está recogida en el artículo 1195 CC, ha sido admitida no solo por la doctrina sino por el Tribunal Supremo, que la ha configurado como "una especie de compensación en la que no son de exigencia todos los requisitos que el Código fija para la legal y que la ordena el órgano jurisdiccional en sentencia y como resultado

de un proceso" -(STS de 17 de julio de 2000); es una facultad del juzgador que puede tener lugar "cuando falta alguno de los requisitos legales
o no se dan los supuestos de la compensación voluntaria, pero se ha probado la existencia de las deudas concurrentes"; esta compensación, judicial, requiere que concurran créditos recíprocos, y que las partes sean acreedora y deudora por derecho propio aunque no son exigibles el resto de requisitos#, las deudas no tienen por qué ser líquidas ni vencidas(STS de 8 de junio de 1998, 18 enero 1999); pero esta compensación judicial solo tendrá lugar en el proceso, en este caso a través del iniciado mediante la demanda promovida por BEGAR, acreditando la realidad de ese crédito que ha de ser probado -prueba de la responsabilidad por retraso e incumplimientos alegados-, lo que implica que él mismo no era anterior a la declaración concursal. Y no siéndolo no cabía pretender que se extinguiera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58LC.
Que la parte pudiera alegar la compensación ante la reclamación que se le hizo de conformidad con lo convenido en su día - acuerdo transaccional en el que ni la actora ni la recurrente renunciaron a exigirse el cobro de sus respectivos créditos, así se desprende de su lectura- no significa que la misma hubiera de ser estimada, extinguiendo en este proceso, en el ámbito de la jurisdicción civil, el crédito en la parte que concurrieran porque para ello era preciso que fuera la compensación, como ya se ha indicado legal; y sin que lo dispuesto en el artículo 58LC se excepcione por lo resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de septiembre de 2010, porque la no procedencia de declarar la extinción del crédito de la actora en base a la compensación alegada no tiene su razón de ser, según ya se ha razonado, en haber o no impugnado la recurrente "el inventario y la lista de acreedores" sino en no tener un crédito líquido, vencido y exigible anterior a la declaración concursal de la actora.
Y por último la competencia para estimar o no los efectos de la compensación ha de resolverse atendiendo al momento en el que fue planteado. Y en aquel momento aún no se había aprobado el convenio; es más el efecto de la aprobación del convenio no significa sin más que la competencia se varíe primero y segundo que no tenga efectos respecto de la parte recurrente.”: SAP Madrid (Sección 21) 28.01.2014 (Sentencia 90/2014; Rollo 579/2012)

“CUARTO (...) II. El segundo de los motivos del recurso de apelación se refiere a la compensación.
La compensación aparece configurada en el Código Civil como una causa de extinción de las obligaciones (artículo 1.156), que tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (artículo 1.195), produciendo el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1.202).
El fundamento de la compensación es muy sencillo. Se encuentra en la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos por uno sólo mediante una simple operación aritmética.
En principio la compensación no afecta más que aquellas dos personas que recíprocamente son acreedores y deudores.
Sin embargo, en una situación de concurso, el mecanismo de la compensación no sólo afecta al concursado y al acreedor que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en los demás acreedores del concursado que no son también sus deudores. Y ello porque, en principio, todos los acreedores del concursado quedan sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero, de ello, quedaría excluido el acreedor- deudor del concursado, quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuere deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido, ese crédito compensado, de la ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento que pudiera surgir de un convenio. La compensación daría lugar a un trato privilegiado a favor de los acreedores- deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la "par conditio creditorum".
En nuestro Derecho histórico anterior a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no existía un precepto específico dedicado a la compensación cuando uno de los acreedores-deudores estuviera en situación de insolvencia declarada judicialmente. Rechazándose, en estos casos, la aplicación de la compensación por las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1977 y 20 de mayo de 1993, si bien se admitió en la sentencia de 11 de octubre de 1988.
En la redacción originaria de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, bajo la rúbrica de "prohibición de compensación", disponía, en el párrafo primero de su artículo 58, que: "...declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". Apareciendo los requisitos de la compensación recogidos en el artículo 1.196 del Código Civil.
Con base en esa redacción del precepto, decíamos, en nuestra sentencia de 28 de octubre de 2008, que la fecha determinante es la de la declaración del concurso. De tal manera que, si los requisitos de la compensación ya concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado que no la hubiere hecho valer antes de la declaración del concurso, puede, después de haberse declarado el concurso, exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él. Por el contrario, si los requisitos de la compensación no concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado ya no puede exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él (queda prohibida la compensación).
Criterio interpretativo que se ha visto ratificado con la posterior reforma, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, llevado a cabo por la Ley 38/2011 de 10 de octubre de 2011, que, en el número 44 de

su artículo único, añade el siguiente inciso final al párrafo primero del artículo 58 : "...aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".
En el párrafo segundo del artículo 58 de la Ley Concursal se dice que: "En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal". No se consagra, en absoluto, una regla de competencia objetiva a favor de la Juzgadora de lo Mercantil que impidiese, a los Juzgados de Primera Instancia que estuvieran conociendo de procesos iniciados con anterioridad a la declaración del concurso, pronunciarse sobre la compensación, si, respecto de la misma, hubiera controversia y el pronunciamiento judicial recayera una vez ya declarado el concurso. Nada de eso. Se trata de un párrafo que, en opinión unánime de la doctrina, es innecesario, pues se refiere a la controversia surgida dentro del concurso (no en un proceso distinto seguido ante un Juzgado de Primera Instancia por el concursado contra un deudor que le opone la compensación), y, como regla general consagrada en el artículo 192 de la Ley del Concurso, toda cuestión que se suscita durante el concurso se ventilará por el cauce del incidente concursal, de ahí la innecesariedad de ese párrafo segundo del artículo 58.
En el presente caso tenemos que distinguir cada uno de los dos créditos opuestos por el demandado.
A. En cuanto al crédito de 69.026,17 euros derivados del pago por Hormiunion del combustible suministrado a los camiones de Trasunion, los requisitos de la compensación concurren con anterioridad el día 4 de noviembre de 2011.
Tanto de los documentos que se acompañan a la contestación (un talón contra Bancaja y un extracto de cuenta en Bancaja y otro talón contra Sabadell Atlántico y un detalle de operaciones de una cuenta en Sabadell Atlántico) como de la contestación que don Carlos Manuel (que se ratificó en prueba testifical) como gerente de la Estación de Servicio Alz s.l. y Área de Servicio Buñol s.l. da el oficio que se le había remitido por el Juzgado, se desprende que, el pago de 43.523,50 euros, se hizo en fecha 2 de junio de 2011 y correspondía al consumo de combustible del mes de mayo de 2011 y anteriores, y, el pago de 25.502,67 euros, se hizo el 2 de junio de 2011 y correspondía a la factura de consumo de combustible del mes de junio de 2011 y anteriores. Siendo así que, las propias partes litigantes, pactaron que la compensación, de estos pagos, se hicieran con la factura mensual del precio por la prestación del servicio de transporte. Todo lo cual no conduce a una compensación anterior a la fecha de declaración del concurso.
En este extremo, la compensación del crédito de 69.026,17# derivado del pago por Hormiunión del combustible suministrado a los camiones de Transunión, el recurso de apelación tiene que ser estimado.
B. Dispone el apartado 2 del artículo 10 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo autónomo (BOE de 12 de julio de 2007) que: "Cuando el trabajador autónomo ejecute su actividad profesional para un contratista o subcontratista, tendrá acción contra el empresario principal hasta el importe de la deuda que éste adeuda a aquél al tiempo de la reclamación, salvo que se trate de construcciones, reparaciones o servicios contratados en el seno del hogar familiar".
El trabajador autónomo don Felicisimo había prestado sus servicios profesionales para Transunion que le adeudaba, como precio por esos servicios profesionales, la suma de 13.231,18 euros. Y, en base al apartado 2 del reseñado artículo 10, no solo reclama de su deudor (Transunion) sino también del responsable solidario (Hormiunión como empresario principal).
La reclamación extrajudicial que don Felicisimo hace a Hormiunión justifica la retención llevada a cabo por Hormiunion respecto de su deuda con Transunion hasta la cuantía de lo que se le reclama. Pero esta retención no puede identificarse con un crédito compensable.
Don Felicisimo reclama, contra Transunion y Hormiunion, ante las Juntas Arbitrales de Transporte de la Comunidad de Madrid, celebrándose la vista oral el día 19 de mayo de 2011 y recayendo laudo arbitral el día 19 de mayo de 2011, en el que se condena solidariamente a Transunion y Hormiunion a pagarle, al trabajador autónomo don Felicisimo, 231.481,54 euros.
Pero de esta condena, sin más, no surge un crédito compensable de Hormiunión contra Transunión. Para que naciera ese crédito sería imprescindible que Hormiunión hubiera pagado a don Felicisimo, en cuyo caso tendría a su favor la acción de regreso del párrafo segundo del artículo 1.145 del Código Civil contra Transunion para recuperar la totalidad de lo abonado a don Felicisimo (ya que Transunion es el verdadero deudor). Pero ese pago no nos consta acreditado ni que, la fecha en que se hizo, fuera anterior a la de declaración del concurso, lo que también sería necesario para constatar que, los requisitos de la compensación, hubieran concurrido con anterioridad a la de declaración del concurso. Y todo ello siempre que equiparemos acción de regreso con crédito compensable.": SAP Madrid (Sección 21) 04.03.2014 (Sentencia 149/2014; Rollo 855/2012)

AP Murcia

"PRIMERO. Frente a la Sentencia de primera instancia, que estima la demanda de oposición formulada en juicio cambiario y, en consecuencia, declara extinguido el crédito cambiario reclamado, dejando sin efecto los embargos trabados, se alza la demandante cambiaria y demandada de oposición, en base a las alegaciones que realiza en el escrito de interposición del recurso, solicitando su revocación y que se dicte otra de conformidad con sus intereses. Pero el recurso debe ser desestimado por las razones que, a continuación, se exponen.
En primer lugar, debe señalarse que el artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, una vez declarado el concurso; pero añade que producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya

dictado con posterioridad a ella; y el artículo 205 del mismo cuerpo legal señala que la declaración de concurso no afectará al derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia. En este sentido, es de una evidencia cegadora que, en el supuesto de autos, concurrían, con anterioridad a la declaración de concurso, todos los requisitos necesarios para que pudiera operar la compensación legal y la consiguiente extinción de deudas en la cantidad concurrente, de conformidad con lo dispuesto los artículos 1.196 y 1.202 del Código Civil. Así, la deuda reclamada por la demandante cambiaria, que asciende al importe de 474.691,24 euros, resultado de sumar los importes de los once pagarés que se acompañan al escrito de iniciación del proceso cambiario, se encontraba vencida y era líquida y exigible en el año 2.008, al haberse producido el vencimiento del último de los pagarés en fecha 10 de octubre de 2.008; y lo mismo cabe decir de la deuda opuesta por la demandante de oposición, que asciende al importe de 574.674,44 euros, resultado de sumar los importes de los seis pagarés referidos en la demanda de oposición, pues el vencimiento del último de esos pagarés se produjo el día 30 de septiembre de 2.008.
Asimismo, los hoy litigantes eran, ya en el año 2.008, respectivamente, acreedores y deudores principales y recíprocos por los referidos importes, sin que existiese, sobre ninguna de las deudas, retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.
En definitiva, en el año 2.008 concurrían todos los requisitos para la operatividad de la compensación legal, mientras que la solicitud de concurso se realizó el 27 de enero de 2.009 y el Auto de declaración de concurso fue dictado el día 22 de mayo de 2.009. Es evidente, pues, la plena aplicación, al supuesto que nos ocupa, de la compensación que viene autorizada por el artículo 58 de la Ley Concursal, antes referido. Y frente a ello no constituyen obstáculo alguno las actuaciones que se vienen realizando en el procedimiento concursal, en el que, obviamente, se dilucidarán los restantes aspectos de las relaciones existentes entre las partes y sin que dicho procedimiento pueda privar de efectos a lo que aquí se resuelve, en atención a lo dispuesto en los artículos 51.1. y 53 de la Ley Concursal, pues el primero de tales preceptos obliga a que continúe la sustanciación, ante el mismo Tribunal que estuviere conociendo de ellos y hasta la firmeza de la Sentencia, de los juicios declarativos en los que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, como es el caso del presente juicio cambiario; y el segundo de los preceptos citados señala que las Sentencias firmes dictadas antes o después de la declaración de concurso vinculan al Juez de éste, el cual deberá dar a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda.
Frente a lo expuesto no pueden alcanzar éxito las alegaciones que la parte apelante realiza en el recurso, pues con independencia de las variaciones de cantidades a las que alude, es lo cierto que esas diferencias, que pudieran derivar de intereses o de los gastos ocasionados por la devolución de los pagarés, no constituyen obstáculo alguno para que pueda considerarse incontestable que, con anterioridad a la declaración de concurso, concurrían ya la totalidad de los requisitos exigibles para que pudiera operar la compensación legal en lo que se refiere al importe total correspondiente al principal de los pagarés, sin que existiese ni pueda existir discusión alguna en lo que se refiere al montante del principal que cada una de las partes podía reclamar en base a los pagarés esgrimidos por cada una de ellas, por ser ese principal fácilmente obtenible a través de la mera suma de los importes de cada uno de los pagarés.
SEGUNDO. Tampoco puede entenderse que exista vulneración alguna de la doctrina de los actos propios por parte de la demandante de oposición, desde el momento en que no consta acreditado que haya realizado ningún acto que pueda causar estado y definir, de forma inalterable, la relación existente entre las partes, sin que pueda entenderse que tengan dicho significado las actuaciones realizadas por la demandante de oposición en el procedimiento concursal seguido, a las que hace referencia la parte recurrente. Es más, ninguna de las partes podría evitar con sus actos la aplicación de lo dispuesto en los artículos 51 y 53 de la Ley Concursal, que exigen no sólo la continuación de los procesos declarativos en tramitación en el momento de la declaración de concurso, sino también que el Juez del concurso, deba estar y pasar por las Sentencias firmes dictadas fuera del concurso, dando a éstas el tratamiento concursal que corresponda.
En definitiva, es claro que las actuaciones realizadas en el procedimiento concursal por la hoy demandante de oposición no podían ir en contra de lo previsto legalmente, sin olvidar que el principio que prohíbe ir en contra de los propios actos encuentra la excepción derivada de que esos actos puedan resultar involuntarios, fraudulentos o contrarios a Derecho, como viene declarando la Jurisprudencia con una reiteración que excusa de concreta cita.
Debe agregarse, finalmente, que, frente a lo que se alega en el recurso, no consta en el presente proceso que la hoy demandante de oposición realizase en el proceso concursal acto alguno que pueda considerarse como una renuncia a la compensación que ha opuesto en el presente proceso, sin que puedan entenderse como tales actos de renuncia los que la parte apelante invoca en su recurso.”: SAP Murcia (Sección 5) 27.03.2012 (Sentencia 123/2012; Rollo 345/2011)

AP Tenerife

“SEXTO.- En tercer lugar, tampoco puede admitirse, como argumento revocatorio de la resolución recurrida, que la compensación de créditos alegada por la entidad demandada, y estimada por el juzgado a quo sea contraria a derecho, por encontrarse la entidad actora en situación legal de concurso ordinario, aduciendo la falta de competencia objetiva del juzgado a quo al tenerla atribuida la del concurso. Y ello por cuanto, la situación concursal no empece a la compensación de créditos

operada por la entidad demandada, no sólo por ser de fecha anterior a dicha declaración, sino sobre todo porque, como acertadamente razona la resolución que se combate, se trata de una compensación judicial, y no de la efectividad del pago en perjuicio o detrimento del resto de los acreedores de la concursada. Argumentos a los que además cabe anadir lo prescrito en el art. 58 de la Ley Concursal, de aplicación al caso de autos, ya que al disponer que "....declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.", viene a legitimar la compensación operada y consumada con anterioridad a la declaración de concurso, de acuerdo con el art. 1.196 del Código Civil. En este sentido, se ha pronunciado la SAP Barcelona, sección 15, de 30 de septiembre del 2008 al senalar que "El art. 58 LC únicamente admite como compensación eficaz con proyección sobre el concurso la que ha tenido lugar entre créditos que ya fueran compensables, conforme al régimen legal, en el momento de ser declarado el concurso, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles) se daban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago, y contemplando la situación desde la perspectiva de un concurso ya declarado". En parecidos términos se expresa la SAP de Jaén, Sección 1a de 9-02-2009 al declarar que "En la Ley Concursal EDL2003/29207 se consagra el principio tradicional que en aras de la "par conditio", prohíbe a partir de la declaración del concurso la compensación de deudas y créditos del concursado, salvo las excepciones establecidas por la Ley. Así pues, el fin principal del concurso regido por los principios indicados, es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que se verían frustrados si se permitiera sustraer a la masa créditos de igual posición, lo que sucedería de accederse a la compensación que se interesa. Esto es así, y por ello, la compensación pretendida, produciría perjuicio al resto de los acreedores, porque la compensación actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones y por ello se generaría de este modo una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, y por tanto se rompería el principio de universalidad y "par condictio creditorum", es decir conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación que nos ocupa. Lo anterior con la salvedad de que concurran los requisitos de la compensación antes de la declaración de concurso, tal y como resulta reiteradamente expresado por la doctrina jurisprudencial en la materia. Así la SAP Barcelona, sección 15, de 30 de septiembre del 2008 EDJ2008/305635: "

Del mismo modo, la SAP de Madrid, de 28 de octubre de 2008 razona que "El artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio EDL2003/29207, Concursal, bajo la rúbrica de "prohibición de compensación ", dispone, en su párrafo primero, que: "...declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". Los requisitos de la compensación aparecen recogidos en el artículo 1.196 del Código Civil EDL1889/1. La fecha determinante es la de la declaración del concurso. De tal manera que, si los requisitos de la compensación ya concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado que no la hubiere hecho valer antes de la declaración del concurso, puede, después de haberse declarado el concurso, exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él. Por el contrario, si los requisitos de la compensación no concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado ya no puede exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él (queda prohibida la compensación).

Pues bien en este caso, como ya se ha expresado, concurren los requisitos de la excepción prevista en el citado art. 58 de la Ley Concursal, que viene a admitir que la compensación producirá sus efectos, cuando sus requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. Y en el presente caso, -como acertadamente estimó la juzgadora de instancia-, debe desplegar sus efectos, por cuanto los requisitos de la compensación, -que no fueron discutidos en la instancia por la entidad actora, y que por tanto no pueden ser objeto de enjuiciamiento en esta alzada-, existían antes de la declaración del concurso, en cuanto las obras contratadas por la entidad demandada y ejecutadas por la entidad ELCA-FRICALANZ S.A. a que se refiere el documento núm. 28 de la contestación a la demanda (folios 1444), son anteriores a la declaración del concurso, como asimismo lo son las ejecutadas por ENCOFRADORES DE LANZARAROTE, a que se refiere la documental número 29 de la contestación (folios 1447 y siguientes). Documental que viene a acreditar que en el presente caso sean compensables los créditos recíprocos, pues se trata de créditos líquidos y exigibles, que estaban determinados e incorporados a los respectivos patrimonios, antes de la declaración del concurso, sin haya sido necesario acudir a un procedimiento para determinar su realidad y cuantía. Requisitos de la compensación, que como ya expresó, viene a discutir ahora el apelante en su escrito de interposición del recurso, constituyendo ésta una alegación nueva que no puede ser analizada en esta alzada, de conformidad con la efectividad del principio de preclusión de los actos procesales, de acuerdo con las previsiones contenidas en los artículos 136 y 405, en relación con el artículo 400 LEC y de la interdicción de indefensión. En tal sentido, debemos subrayar que la actora, lejos de discutir en la instancia la concurrencia de los presupuestos a los que se condiciona el éxito de la compensación de créditos, previstos en nuestra legislación civil (ex arts. 1.195 y 1.196), en los términos que ahora plantea es su escrito de interposición del recurso, se limitó en el acto de la Audiencia Previa a negar la

existencia misma del crédito compensable, sin referirse a su liquidez y exigibilidad, cuestionando que los conceptos de las facturas en que se basa el crédito compensable, no se corresponden con defectos imputables a Mainsa (minuto 10,28 del acto de la Audiencia Previa). En la misma línea, al presentar sus conclusiones en el plenario, se limitó a alegar que no cabía en el presente procedimiento estimar los descuentos por danos y perjuicios pretendidos por el demandado, porque no se ha ejercitado acción reconvencional y tampoco se ha utilizado el cauce previsto, que sería haber demandado ante el Juzgado número 3 de lo mercantil de Madrid, que está conociendo del concurso de acreedores de Mainsa. Afirmando en consecuencia, que no es de aplicación en este caso el art. 408 de la Ley de Enjuiciamiento civil que le permite al demandado la alegación de créditos compensables, porque conforme al art. 8 de la Ley Concursal, cualquier crédito que Comsa pretenda contra Mainsa tan sólo lo puede reclamar frente al Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid, porque un crédito tiene exactamente la misma naturaleza se page por compensación de créditos se page en efectivo o por cualquier otro medio y en ese sentido tan sólo lo puede reclamar en el referido juzgado.”: SAP Tenerife (Sección 1) 06.06.2012 (Sentencia 270/2012; Rollo 403/2011)

2.1.3 Prejudicialidad, pendiente la resolución del juez del concurso sobre la compensación

AP Zaragoza

“TERCERO.-Sobre la prejudicialidad, no cabe duda que concurren los requisitos exigidos en el expresado artículo 43 para su acogimiento, al ser este tema de la compensación concursal, a decidir por el respectivo Juzgado Mercantil, objeto principal de otro proceso pendiente a resolver por distinto Tribunal Civil, respecto del cual existe clara conexión con el del presente, sin cuya previa resolución no cabe con propiedad pronunciamiento alguno en fase resolutoria sobre el que origina el actual debate, habiéndose promovido por una de las partes con audiencia de la contraria, no siendo posible la acumulación de autos, con el efecto consiguiente de decretar la suspensión del curso de las actuaciones hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.”: AAP Zaragoza (Sección 5) 13.02.2012 (Auto 97/2012; Rollo 638/2011)

2.1.4 Decaimiento de la falta de competencia objetiva del JPI al haberse aprobado convenio en el concurso

AP Cantabria

“PRIMERO: La demandante CONSTRUCCIONES EUGENIO NAVA VIAR S.A. (CENAVI) ha solicitado en esta segunda instancia que se declare la nulidad de pleno derecho de las actuaciones procesales desde el auto de 28 de mayo de 2010 por falta de competencia objetiva y, subsidiariamente, se estime en todas sus partes la demanda interpuesta contra CASTROS 16 S.L. con desestimación integra de la demanda reconvencional, petición esta que se deduce del escrito de recurso, aunque no está recogida expresamente en el "suplico" del mismo; la parte demandada-reconveniente se opuso al recurso.
SEGUNDO: 1.- La pretensión de nulidad realizada por la mercantil apelante se refiere a las actuaciones practicadas desde el auto en que se tuvo por contestada la demanda y se admitió a trámite la demanda reconvencional y se apoya por la recurrente en la incompetencia objetiva del juez de primera instancia, sosteniendo la aplicación al caso de lo dispuesto en los arts. 8 y 50 de la Ley Concursal, que proclaman la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer de las reclamaciones contra la concursada de trascendencia patrimonial y sancionan la nulidad de pleno derecho de lo actuado y la procedencia de su archivo, con cita también de lo dispuesto en el art. 240 de la Ley Orgánica del Poder judicial. La cuestión se suscita por primera vez en esta segunda instancia, lo que sin embargo no empece a su consideración y resolución por este tribunal como pretende la parte apelada pues aunque ciertamente los defectos causantes de nulidad deben ser denunciados de inmediato y ha de intentarse su subsanación en cuanto se produzcan (arts. 459 y 465 LEC), la incompetencia objetiva es apreciable incluso de oficio, en cualquier momento del procedimiento e incluso en la segunda instancia, conforme dispone en art. 48 LEC, lo que hace irrelevante el silencio de las partes sobre tal cuestión en la primera y obliga a este tribunal a resolverla; bien entendido que en todo caso la causa de nulidad de que se trata para nada afecta a la demanda principal y las actuaciones seguidas respecto de ella, su contestación, prueba y sentencia, que por ser independientes en ningún caso quedarían afectadas (art. 243,1 LOPJ).
2.- No cabe duda de que el juzgado de primera instancia era incompetente para conocer tanto de la excepción de compensación alegada en la contestación a la demanda como de la demanda reconvencional interpuesta por CASTRO 16 S.L. frente a la demandante. En efecto, CENAVI estaba en situación de concurso desde el auto que así lo declaró el 14 de Octubre de 2008, y seguía estándolo cuando en fecha 25 de mayo de 2010 la demandada contestó a la demanda oponiendo la compensación y ejercitando demanda reconvencional contra aquella en reclamación de una deuda dineraria. En esa situación de concurso declarado y hasta la aprobación del convenio en sentencia dictada el 22 de septiembre de 2010, es claro que no solo por la clausula general del art. 8 LC que

atribuye al juez del concurso jurisdicción " exclusiva y excluyente " respecto de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, como es sin duda la que nos ocupa en que se reclama de CENAVI el pago de una deuda en metálico, sino también por la expresa previsión del art. 50 LC - que contiene un autentico mandato al juez de primera instancia de abstenerse de toda actuación respecto de nuevas demandas-, el juez de instancia debió no admitir a trámite la demanda reconvencional dirigida contra la concursada; como tampoco pudo ni debió admitir la alegación de compensación, pues solo el juez del concurso podía aprobarla, tal como dispone el art. 58 LC, a través en su caso de un procedimiento especifico, el incidente concursal, y no el juicio ordinario aquí seguido; el hecho de que el art. 408 LEC contemple la posible alegación de compensación dentro el juicio ordinario no permite soslayar la aplicación de tal norma especial en caso de concurso. En definitiva, el juzgado de primera instancia era, en efecto, objetivamente incompetente para conocer de tales cuestiones.
3. -Ocurre sin embargo que pendiente la primera instancia se dictó en el procedimiento concursal de la actora, como se ha dicho y ha sido expresamente alegado por la parte apelada, sentencia aprobando el convenio con fecha 22 de septiembre de 2010, que fue firme como consta publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 13 de Marzo de 2012, hecho decisivo que supone la cesación de los efectos de la declaración del concurso (art. 133,2 LC), aunque este en rigor no termine por esa sola circunstancia, pues continúa en tanto no concurra alguna de las causas de finalización legalmente consideradas (art. 176 LC). No obstante, como tiene ya establecido el Tribunal Supremo (AA. 30 Octubre 2012 y 10 Julio 2012), " el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con transcendencia, para el patrimonio del deudos a que s refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde al firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio". De donde se sigue que en la actualidad, de promoverse nuevamente aquella demanda reconvencional u oponerse la alegación de compensación, el juez competente sería el de primera instancia que en turno correspondiera; en definitiva, el mismo que conoció del asunto en la primera instancia. Siendo esto así, no puede por menos de recordarse que, como dijo el Tribunal Constitucional en sentencia de 26 de abril de 1999, " las nulidades procesales deben estar al servicio de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, nunca para quebrantarlos "; lo que debe inspirar la aplicación lo dispuesto en el art. 243 LOPJ cuando, recogiendo el principio de conservación de los actos procesales, establece que " la nulidad de un acto no implicará las de los sucesivos que fueren independientes de aquel ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad", supuesto este ultimo en que cabe incardinar el que nos ocupa habida cuenta de que la razón de la incompetencia objetiva del juez ha desaparecido y actualmente el mismo juez que conoció en la instancia sería el competente para conocer de la demanda reconvencional y aprobar en su caso la compensación judicial e las deudas reciprocas pedida en la contestación a la demanda por CASTRO 16 S.L.. Por ello, y sin necesidad de nueva audiencia de las partes ni del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso en este punto, entrando así a conocer del fondo del asunto.”: SAP Cantabria (Sección 2) 13.02.2013 (Sentencia 88/2013; Rollo 574/2011)

2.2 Incidente concursal del art 58

2.2.1 Objeto: no caben otras pretensiones contra terceros, que exceden la competencia del juez del concurso

AP Madrid

“Por último, indicar que el tribunal no considera que la administración concursal haya promovido un incidente concursal al amparo del párrafo segundo del artículo 58 de la Ley Concursal, cuyo objeto se limita a que el juez del concurso declare si concurren o no los requisitos para que opere la compensación, cuyo efecto se agota en tal declaración y, en caso, de negarse, lo que la concursada tendría es simplemente un crédito frente al IVIMA cuya reclamación, de no ser abonado por el deudor, escapa de la competencia del juez del concurso en tanto que no es una reclamación que se dirija contra el patrimonio del concursado (artículo 8.1 de la Ley Concursal).”: SAP Madrid (Sección 12) 13.12.2013 (Sentencia 358/2013; Rollo 274/2012)

AP Zaragoza

“PRIMERO.-FERROVIAL AGROMAN SL recurre la sentencia que estimó en parte la demanda incidental formulada por la administración concursal de EXCAVACIONES DEL EBRO SL, declarada en concurso el día 15-12-2008, que se encuentra en fase de liquidación abierta el día 18-2-2010, contra la recurrente y dicha concursada.
En lo que ahora interesa, la administración concursal solicitaba en su demanda que se declarara contraria a derecho y no haber lugar la compensación de la cantidad de 109.864'15 # que pretende la recurrente a fin de considerar extinguidos dos créditos que la concursada tenía contra ella con ocasión de las obras ejecutadas por subcontrata concertada el día 3-9-2007. El primero de los créditos, por importe de 53.110'41 #, resulta de retenciones sobre facturación practicadas conforme al contrato en garantía de las obras, y el segundo, por

importe de 56.753'74 #, se corresponde con la última de las facturas emitidas por el subcontratista, la nº 63/2008, de 9-7-2007. Como consecuencia de tal declaración, la actora pedía que se condenara a la subcontratante a pagar ambos créditos a la concursada.
La compensación que se combatía es explicada por la demandada en su contestación en forma diferente a la que figura en el documento de compensación que obra al folio 151 de los autos.
Conforme a la contestación (alegación primera y segunda), pretende compensar dichos créditos con los que ella ostenta contra la concursada por:
· Penalizaciones por 10 días en el retraso de obras a razón de 1.000 # día (92.000 #) conforme a la estipulación tercera del contrato;
· Reclamaciones que le dirigieron dos suministradores de la contratista, Grúas Blázquez y López SL (4.550'35 #), y Ebrolift (4.6640'00 #), con base al art.1597.
Según la contestación, como resultado de tal compensación detallada, existiría un saldo a favor de la concursada de 3.049'15#.
Por otra parte, fuera ya de la cuestión de la compensación, la demandada afirmaba en su alegación tercera que la concursada incurrió en incumplimiento de su obligación contractual de hallarse al pago de sus deudas con terceros por razón de la contrata, cumplimiento que actuaba como condición suspensiva de su obligación de pago de la contrata, y que la habilitada para retener el pago de los créditos que le son reclamados, todo ello de acuerdo con las estipulaciones 4, 10 y 12 del contrato. En concreto sostiene que pagó las nómina a tres trabajadores que la subcontratista empleó en la subcontrata por condena judicial por un importe total de 12.115'42 #, lo que arroja un saldo a su favor de 9.066'27 # (3.049'15 # - 12.115'42 #).
El juzgador de primer grado estima que no procede la compensación intentada por la demandada como medio de extinción de los créditos que le son reclamados, a cuyo efecto razona 1) que es contraria a la comunicación que la recurrente dirigió al juzgado el día 29-7-2009 (folio 147) en el que reconocía la deuda y anunciaba la consignación de su importe; 2) en cuanto a la penalización, que no es líquida, vencida ni exigible, en tanto que su reconocimiento se pide en el incidente; 3) en cuanto al crédito por pago de nóminas a trabajadores de la concursada, por cuanto los pagos y sentencias por las que se hizo fueron posteriores a la declaración del concurso; y 4) finalmente, en lo que se refiere los pagos a proveedores, rechaza la compensación porque no se ha hecho pago alguno por el momento a una de ellas, Ebrolift; y no ha comunicado al concurso el crédito que ostenta por el pago que sí hizo a la otra proveedora.
Contra tal decisión se alza la recurrente afirmando errónea valoración de la prueba, falta de motivación y congruencia e infracción de la normas y jurisprudencia reguladoras de la compensación, recurso que la concursada entiende que no debió haber sido admitido.
SEGUNDO.- La concursada, que en su día se allanó a la demanda formulada por la administración concursal, alega indebida admisión del recurso de apelación, a cuyo efecto sostiene que contra la sentencia dictada en el incidente concursal de que se trata no cabe recurso directo de apelación, sino tan sólo anunciar el recurso para su interposición con ocasión de la resolución apelable más próxima, a cuyo efecto hace mención a la distinta regulación de los recursos que caben contra las sentencias dictadas en los incidentes concursales antes y después de la ley 38/2011, que dio nueva redacción al art. 197.4 LC y a lo dispuesto en la DT 13ª de la ley de reforma.
Pues bien, el alegato no puede ser acogido. Tanto en la redacción anterior a la ley 38/2011 como en la dada por ella, las sentencias dictadas en los incidentes concursales promovidos tras la apertura de la fase de liquidación son susceptibles del recuso directo de apelación, y en el presente caso el incidente fue promovido el dia 16-9-2011 cuando la fase de liquidación fue abierta el día 18-2-2010.
TERCERO.- Nos encontramos en un incidente en el que se decide la controversia existente entre la administración concursal y la concursada de una parte, y de la otra recurrente en su condición de acreedora sobre si procede o no la compensación de créditos que pretende esta última para eludir el pago de la sumas que le son reclamadas por retenciones y obra dentro del marco del contrato de obra de fecha 3-9-2007, controversia a la que se refiere el art. 58 LC. Por tanto, solo puede ser tratado en este incidente si se dan los requisitos para que pueda ser reconocida la compensación de créditos que el precepto permite.
Dicha norma parte de la afirmación general de que no procede la compensación de deudas tras la declaración del concurso, pero admite la que se hubiere producido por la concurrencia de todos los requisitos para que tuviere lugar con anterioridad a la declaración del concurso. La compensación de que se trata es la llamada compensación legal, esto es, aquélla que produce ipso iure la extinción de las deudas contrarias sin declaración complementaria alguna, y que exige los requisitos contenidos en el art. 1195 CC y 1196 CC.
El juzgador de primer grado estudia si, en efecto, se dan los requisitos necesarios para que tal compensación se hubiere producido, y concluye que no es así para todas y cada una de las deudas alegadas como compensables, dando las razones que estimó oportunas para cada una de ellas, por lo que se aprecia ni errónea determinación de la cuestión debatida, ni incongruencia, ni falta de motivación a los efectos del art. 218 LEC, y a tal efecto es de señalar que la exigencia de motivación y congruencia no exige dar respuesta a todos y cada uno de los argumentos dados por las partes en apoyo de sus pretensiones, sino tan solo resolver razonadamente éstas en derecho, y tal exigencia ha sido cumplida sobradamente por la resolución recurrida, por más que el recurrente no esté conforme con lo razonado en la sentencia.
Sostiene el recurso que el juzgado erró al entender que solicitaba la declaración de una compensación judicial en cuanto al crédito que ostenta contra la concursada como penalización por retraso de la obra, pues se trata de una compensación legal que se habría producido tan pronto tuvo lugar el retraso en la obra, cuya terminación se había pactado para el día 6-4-201008 y no tuvo lugar sino hasta el día 7-7-2008, 92 días de retraso, lo que a razón de 1000 # días supone una pena de 92.000 # con los que extinguió por compensación los dos créditos que le son reclamados, primero el representado por la última factura (nº 63/2008) y después con cargo a las retenciones ya practicadas.

Sostiene asimismo el recurso que el juez erró en el estudio de su alegato sobre las reclamaciones de proveedores al amparo del art. 1597 CC, pues con él no reclamaba compensación alguna, sino que afirmaba que la concursa no tenía derecho al cobro de las cantidades reclamadas por dichas proveedoras a la recurrente, bien las hubiera pagado, o bien las hubiera retenido con tal fin, alegato que ciertamente varía lo afirmado en la primera instancia, lo que no puede ser admitido conforme al art. 456 LEC.
Finalmente, sostiene el recurso que el juez de primer grado erró en el tratamiento de su alegato por deudas de la concursada con terceros (nóminas pagadas por la recurrente a trabajadores de la subcontratista en virtud de sentencias dictadas por la jurisdicción social), pues con tan alegato tampoco hacía mención a compensación alguna, sino a la facultad de retención de pagos en virtud de las cláusulas contractuales que los condicionaban a que la concursada estuviera al corriente en sus pagos con terceros debidos por razón de la subcontrata, y por este motivo reitera la cita del art. 61.2 LC, para mantener la vigencia del contrato, y, por tanto, de la estipulación contractual que le permite retener los pagos.
Claramente las cuestiones planteadas, a excepción de la relativa a la compensación por penalización por retraso, exceden del ámbito del incidente concursal del art. 58 LC, por lo que el juez no pudo, ni nosotros tampoco podemos ahora, extender su estudio más allá de la compensación que tiene por objeto.
Lo que sucede es que la administración concursal extravasó el contenido del incidente concursal pensado para decidir la controversia sobre si procede o no la compensación, al solicitar no sólo la declaración de que no procede, sino también la condena de FERROVIAL al pago de la sumas que según ella le adeuda por razón de retenciones y obra de acuerdo con el contrato de mención.
Tal proceder dio lugar a que FERROVIAL extravasara también dicho objeto introduciendo cuestiones diferentes a la compensación para oponerse a la reclamación de los créditos, como las que atañen a su exigibilidad.
E igualmente el juez excedió el ámbito de su competencia al conocer de la pretensión de pago (art. 8 LC) pues no alcanza a las reclamaciones que el concursado tenga respecto de terceros..
CUARTO.-Entre los requisitos exigidos por en el art. 1196 LEC para que la compensación se produzca se encuentran los de que todas las deudas estén vencidas, sean líquidas y exigibles (nº 2 y 3), y es el caso que es el propio recurrente quien sostiene reiteradamente que las deudas que reclama la administración concursal no reúnen tales requisitos, debido a que la actora ha incumplido las obligaciones contractuales, lo que conforme a lo pactado (estipulaciones 4, 10 y 12 del contrato) hacía inexigible tanto el importe de la última factura como las cantidades retenidas a cuenta, por lo que difícilmente pueden haber concurrido antes del concurso todos y cada uno de los requisitos para que tuviere lugar la compensación legal a que se refiere el art. 58 LC y afirma la recurrente.
Y en este sentido se había pronunciado dicha parte en la comunicación que dirigió al juzgado el día 29 de julio de 2009 (folio 147 Tomo I), en el que literalmente afirma que hasta dicha fecha no resultaban exigibles ni la factura nº 63/2008, ni las sumas por retenciones sobre facturación, y en el mismo sentido se pronunciaba la recurrente en su escrito al juzgado de 12-1-2011 (folio 64 T II), cuando afirma que no existían obligaciones de pago vencidas, líquida y exigibles a favor de EXCAVACIONES con anterioridad a la declaración del concurso, precisamente por su situación de incumplimiento contractual.
En consecuencia, no cabe la compensación de créditos que pretende FERROVIAL, contra la que reaccionó la administración concursal mediante la demanda que dio origen al incidente del que deriva el presente rollo, como con acierto resolvió el juzgador de primer grado.
QUINTO.- Como queda dicho, la administración concursal no solo promueve el debate sobre si procede o no la compensación de créditos, sino que introduce la petición de que FERROVIAL sea condenada al pago de lo que debe a la concursa por razón de las obras ejecutadas en virtud del contrato de 3-9-2007, y para el conocimiento de tal pretensión carece de competencia el juez del concurso, pues no se halla contenida entre las cuestiones relacionadas en el art.8 LC, sino que corresponde a los juzgados de primera instancia, que habrán de decidir de si, conforme al contrato y los hechos que resulten acreditados, es procedente dar lugar a la pretensión de pago que la administración concursal dirige contra FERROVIAL.
Procede, por tanto, dejar sin efecto la condena al pago de la suma de 109.864'15 # que contiene la sentencia recurrida. ":SAP Zaragoza (Sección 5) 07.06.2012 (Sentencia 354/2012; Rollo 303/2012)

3. La fecha relevante es la de declaración, no la de presentación o admisión a trámite del concurso

"QUINTO.- Recurso de ALGLONOR, S.A. La fecha de efectos de la prohibición de compensación.
Sostiene la apelante, en línea con lo que se ha expuesto en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución, que la fecha a tomar en consideración para que opere la prohibición de compensación ex art. 58 LC no es la de la declaración del concurso, como sostiene la resolución recurrida, sino la fecha de la providencia admitiendo a trámite la solicitud de concurso voluntario, pues a ella habrían de referirse los efectos de la litispendencia, según la legislación procesal general. El razonamiento no puede compartirse.
La literalidad del texto legal despeja cualquier duda, cuando expresamente se hace referencia a la "declaración", como dies a quo de la excepción. En la misma línea cabe argumentar con la cita del art. 21.2. Los efectos del concurso se producen de inmediato, desde la fecha del auto de declaración, que es ejecutivo aunque no sea firme. Ninguna norma autoriza a retrotraer sus efectos a un momento anterior, por lo que la providencia de admisión no anticipa la prohibición de compensación.": SAP Pontevedra 14.10.2009 (Sentencia 491/2009; Rollo 397/2009)

3.1 Ni la de aceptación del cargo por la AC

"PRIMERO Se discute en la presente apelación si procede o no la compensación del importe de los efectos descontados que la demandada y en su día descontante, CAJA RURAL DE ARAGÓN SCC, llevó a cabo

mediante adeudos en la cuenta 3021 0001 66 1064511726 de la que era titular la concursada y descontataria, CTD OPERADOR LOGÍSTICO SL.
La indicada compensación fue llevada a cabo mediante adeudos practicados en la expresa cuenta entre los días 23 de enero y 9 de abril de 2007, cuando la declaración del concurso es de fecha 17-1-2007, y la recurrente sostiene que la compensación fue hecha en tiempo hábil, pues para la vigencia de la prohibición de compensación que establece el art. 58 LC no ha de atenderse a tal fecha, sino a la de aceptación de su cargo por la administración concursal (art. 44.2 LC), argumento al que añade que se los créditos compensados surgen de una misma relación jurídica y que obedecen al desenvolvimiento normal de la actividad de la concursa, por lo que sería posible la compensación en virtud de la continuidad de los contratos que establece el art. 61 LC, y, ya con carácter subsidiario, que, al menos, los ocho primeros adeudos se corresponden con operaciones de descuento en las que los efectos vencieron y resultaron impagados con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, por lo que al tiempo de ésta se daban ya los requisitos necesarios para la compensación, y sería de aplicación la excepción de la norma general prevista en el precepto de mención.
El juzgador de primer grado entiende que no procede la compensación porque la fecha de referencia a los efectos de la prohibición de compensación que establece el art. 58 LC es la que en el mismo se establece, esto es la declaración del concurso, y no la fecha propuesta por el recurrente, y que conforme a la configuración jurisprudencial del contrato de descuento, el crédito contra el descontatario a consecuencia del impago del efecto descontado no nace sino desde que este se produce, y en el presente no ha sido acreditado que el buen fin no tuviera lugar.
SEGUNDO Participa esta Sala del criterio del juzgador a quo en cuanto a que la fecha a partir de que la compensación de créditos deviene imposible por razón del concurso es la de declaración del mismo, pues el art. 58 LECiv es norma especial y de una claridad total en cuanto a tal extremo, pues por dos veces hace expresa referencia a la fecha de declaración del concurso a tales efectos, una en la enunciación general de la prohibición y otra al establecer la salvedad.”: SAP Zaragoza (sección 5) 17.09.2008 (AC 2008/2300; Sentencia 490/2008; Rollo 354/2008)

3.2 Ni la de la publicación o del conocimiento de la declaración de concurso

“En el segundo motivo de recurso se sostiene la correcta compensación de las facturas por parte de la recurrente (INTEVA), alegando la infracción de lo dispuesto en los arts. 9.3 y 24 de la CE, por vulneración del principio de seguridad jurídica e indefensión; y la infracción del art. 58 de la LC en relación con los arts. 3 y 1195 del C.C.
Alega que la fecha que debe ser tomada como referencia para determinar el cumplimiento de los requisitos de la compensación, es aquella en la que INTEVA tuvo conocimiento de la situación concursal de la demandante, esto es el 25 de Febrero de 2011, cuando se le notificó tal situación, o cuanto menos el 10 de Febrero de 2011 fecha del anuncio en el BOE, de la declaración de concurso, y en esa fecha tanto la factura N1510/89 de Cromoduro (66.183,01 euros, convencimiento 31/01/2011) como todas las facturas abonadas a Sonderhofff por cuenta de la demandante eran liquidas, vencidas y exigibles.
Alega que siendo la recurrente ajena al procedimiento concursal, el art. 58 hay que interpretarlo en base a lo dispuesto en el art.3 del C.c, señalando que la protección al tercero de buena fe, y los criterios de comunicación o conocimiento de actos o situaciones jurídicas, son criterios utilizados constantemente por el legislador, por lo que existiendo un periodo de tiempo en el que no tuvo posibilidad de tener conocimiento de la situación jurídica de la demandante, la aplicación del art. 58 de la LC infringe el art. 9.3 y 24 de la CE, al generar inseguridad jurídica e indefensión. (...)
TERCERO.-El recurso no se acoge, pues tiene su fundamento en una interpretación de lo dispuesto en el art. 58 de la LC, que no puede ser acogida por cuanto que no se atiene al tenor literal de la norma, que establece claramente que es la declaración del concurso, la que determina la posibilidad de realizar compensaciones de crédito, fecha que también determina los efectos sobre los contratos (arts. 61 y ss Lc), y sobre los actos perjudiciales para la masa activa de la quiebra (arts.71 y ss), sin que en ningún caso se difieran los efectos de tal declaración a que se realice su notificación.
El art. 58 LC, no necesita de interpretación, y su aplicación en los términos en los que se ha hecho en la sentencia recurrida, es plenamente ajustada a derecho, y por ello ninguna violación de principio constitucional, o procesal alguno, se ha podido producir.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 04.12.2013 (Sentencia 694/2013; Rollo 316/2013)

4. La salvedad que contempla este precepto se refiere a la compensación legal, no a la convencional

AP Zaragoza

“PRIMERO.- Elartículo 58 de la Ley Concursaldispone que: "Prohibición de compensación: Sin perjuicio de lo previsto en elartículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración", y es precepto que debe tenerse por infringido con la actuación de la parte demandada que compensa unilateralmente los créditos que tiene con la demandante cuando todavía no se encuentran vencidos, según el modo de pago que se venía realizando entre las partes, pues este pende de su confirmación bancaria en el plazo posterior de noventa días, en cuanto que el llamado "confirming" no consiste en otra cosa que en la entrega a una entidad financiera por parte de una sociedad de remesas de pagos a proveedores procediendo aquél sólo a su vencimiento a cargar en la cuenta bancaria los pagos y transferir estos importes a los proveedores, incumpliéndose conforme a lo que ha sido expuesto lo que al respecto se disponen en losnúmeros 3º y 4º del articulo 1196 del Código Civilsobre la compensación, por cuanto que exige

que la respectivas deudas estén vencidas, líquidas y exigibles, sin que en consecuencia pueda alegarse, ni admitirse, que se trata de una compensación de origen convencional, que es aquella que se pacta por las partes cuando entre ambas se llega al acuerdo de la compensación en todo o en parte de las concurrentes, cuando el texto legal antes invocado se esta refiriendo incuestionablemente a la existencia de los requisitos propios de la que se ha venido en denominar legal, todo ello con relación a la fecha de la resolución de la declaración del concurso que se regula en elartículo 21 de la Leyen primer lugar señalada.": SAP Zaragoza (sección 5) 08.02.2008 (JUR 2008\131113; Sentencia 63/2008; Rollo 575/2007)

AP Valencia

"SEGUNDO Como punto de partida se ha de señalar que la demandante Frutas Antonio Montagud S.L. fue declarada en concurso necesario de acreedores en virtud deauto dictado el 7 de Mayo de 2.007 por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Valencia, en autos seguidos con el número 116/2.007 (documento número uno de la demanda a los f. 12 al 20) y siendo esto así, es de aplicación lo dispuesto en elartículo 58 de la Ley Concursal de 9 de Julio de 2.003, que establece la prohibición de compensación, al expresar que, sin perjuicio de lo previsto en elartículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración y, en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal. Como indica laSS. de la Sec. 9ª de esta llma. Audiencia Provincial de 26-6-09 (JUR 2009, 376461), citando la de la Sec. 15ª de la A.P. de Barcelona de 30-9-08 (JUR 2009, 94119), elartículo 58 de la Ley Concursal únicamente admite como compensación eficaz con proyección sobre el concurso la que ha tenido lugar entre créditos que ya fueran compensables, conforme al régimen legal, en el momento de ser declarado aquél, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles) se daban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago, y contemplando la situación desde la perspectiva de un concurso ya declarado. A su vez, y remitiéndose a la dictada por dichaSala el 21-4-08 (JUR 2008, 187831), añade que la compensación de créditos, en general, exige la concurrencia del fundamental requisito de la reciprocidad, es decir que cada de uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor del otro, o dicho de otra forma que dos personas sean acreedoras y deudoras la una de la otra al mismo tiempo, sin importar la fuente de las obligaciones que procedan(SS. del T.S. de 11-4-85 (RJ 1985, 1691), 27-6-95 (RJ 1995, 5306) y 24-3-00 (RJ 2000, 2486), entre otras). En esta misma línea se manifiestan las sentencias de las Audiencias Provinciales que, a título de ejemplo, se mencionan, así : Sección 2ª de Murcia de 16-3-07 (JUR 2007, 137038), Sección 21ª de Madrid de 28-10-08 (JUR 2009, 49671), Sección 7ª de Asturias de 28-11-08 (JUR 2009, 347563) y Sección 1ª de Pontevedra de 14-10-09 (JUR 2009, 468667). En consonancia con lo anterior, la fecha determinante es la de la declaración del concurso. De tal manera que, si los requisitos de la compensación que recoge el artículo 1.196 del Código Civil (LEG 1889, 27), ya concurrían con anterioridad a dicha declaración, el acreedor que no la hubiere hecho valer antes, puede, después de haberse declarado el concurso, exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del que tenga contra él. Por el contrario, si esos presupuestos no concurrían con anterioridad a dicha declaración, ya no podrá interesar la extinción del crédito por compensación al estar prohibida la misma con carácter general por el citadoartículo 58 de la Ley. ": SAP Valencia (Sección 8) 26.05.2010 (JUR 2010/313687; Sentencia 289/2010; Rollo 216/2010)

AP Castellón

"Interpone contra esta resolución la parte demandada recurso de apelación en el que pide la desestimación íntegra de la demanda con fundamento en la estipulación 6ª del contrato y en la validez y efectividad de lo pactado por ambas partes.
Añade que el importe que se solicita era para atender créditos de la concursada aun cuando estuvieran pendientes de vencimiento, conociendo ésta la liquidación practicada desde el momento en que en el concurso la demandada no figura como acreedora al no constar en la contabilidad de la concursada en esa condición.
Indica igualmente que se trata de una compensación convencional, no sometida a los requisitos de losartículos 1.195 y 1.196 del Código Civil, de forma que al desplegarse los efectos de la compensación antes de la declaración del concurso, la misma no es contraria al contenido delartículo 58 de la Ley Concursal.
En segundo lugar se refiere a que se pactó igualmente en la estipulación sexta del contrato que la demandada podía retener los efectos objeto de los contratos, sin abonar a la demandante la liquidación por anticipo o parte de la misma, en garantía de su pago al vencimiento o de otro crédito transmitido, sin que ello supusiera pago o compensación, sino una garantía generadora de una expectativa de compensación, con efectos después de la declaración del concurso al existir ya con anterioridad esa expectativa de compensación, de forma que concluye que concurre el requisito de la conexidad funcional entre las obligaciones compensables, debiendo revocar la resolución recurrida en el sentido de desestimar la demanda.
SEGUNDO Como indica el Juez mercantil el debate del presente litigio se centra en determinar si la negativa al pago de la demandada, alegando el contenido de la cláusula sexta de los contratos suscritos, tiene cabida en el ámbito del concurso conforme alartículo 58 de la Ley Concursal.
Dicho precepto dispone que sin perjuicio de lo previsto en elartículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.
Requisitos estos que entendemos que son los que previene elartículo 1.196 del Código Civil, aún cuando se trate de una compensación convencional y no legal, debiendo tratarse de una deuda vencida, liquida y exigible.

Así lo ha entendido también la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª al indicar, en varias resoluciones, entre las que podemos citar suSentencia de fecha 23 de Septiembre de 2008 o la de 30 de Septiembre de 2008 en las que expresamente afirma que"El vigenteartículo 58 de la LC permite la compensación de créditos y deudas tan sólo en los casos en los que concurren los requisitos de compensación de créditosex artículo 1.196 del Código Civil con anterioridad a la declaración del concurso, siendo, por ello, necesario que el crédito concursal sea exigible antes de la declaración de concurso".
"Elart. 58 LC únicamente admite como compensación eficaz con proyección sobre el concurso la que ha tenido lugar entre créditos que ya fueran compensables, conforme al régimen legal, en el momento de ser declarado el concurso, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles) se daban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago, y contemplando la situación desde la perspectiva de un concurso ya declarado."
En ambos casos se trataba de una cláusula de compensación expresamente pactada, como ocurre en el supuesto enjuiciado, de forma que entendemos correcto el criterio del Juez de instancia cuando da lugar a la compensación de las únicas cantidades que acredita la parte demandada que reúnen los requisitos mencionados, de liquidez, vencimiento y exigibilidad al tiempo de la declaración del concurso.
El ya reiteradoartículo 58 de la Ley Concursal pretende evitar una alteración de la par condicio creditorum, favoreciendo a uno o varios acreedores, en detrimento del resto, viéndose los primeros libres de tener que acudir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar sus créditos.
Alega el recurrente que la otra parte conocía la liquidación practicada y que por esa razón la demandada no figuraba como acreedora de dichos pagarés en la contabilidad de la concursada.
Este dato pudiera ser indiciario de la existencia de esa liquidación, pero la misma no se acredita en ninguna otra forma, pudiendo la parte demandada haber solicitado el reconocimiento de su crédito en el procedimiento concursal, lo que no ha hecho por razones obvias al negar el pago de las cantidades correspondientes a los efectos descontados, no pudiendo figurar como acreedor de algo que no ha abonado.
Por otra parte y como hemos expuesto la jurisprudencia ha rechazado la configuración de la compensación como una garantía, destacando su carácter de instrumento de pago, una vez declarado el concurso, lo que hace decaer las alegaciones que al respecto se realizan en el recurso de apelación.
Se defiende en el mismo que de acuerdo a lo pactado la demandada podía retener los efectos objeto de los contratos, sin abonar la liquidación por anticipo, en garantía de su pago al vencimiento o de otro crédito, que en este supuesto no ha acreditado, además de los que ya han sido deducidos.
Dicho pacto es contradictorio con el contenido de la estipulación segunda del contrato en el que se contempla la obligación de la demandada de abonar el valor líquido de los documentos mercantiles transmitidos previa deducción de los intereses, comisiones y gastos correspondientes, devengándose estos últimos precisamente en contraprestación a ese anticipo que si no se produce no tendría sentido que tuviera lugar ya que el interés del "cliente", en este caso de la actora, según el exponendo primero de dicho contrato, es la de disponer de la cantidad líquida que pudiera resultar del endoso o cesión de los documentos mercantiles.
Y queda prohibido, a efectos concursales, por el contenido delartículo 58 de la Ley Concursal que permite esa compensación, aun en garantía, únicamente cuando concurran los requisitos delartículo 1196 del Código Civil, siendo necesario por ello el vencimiento del crédito, para que una vez declarado el concurso resulte admisible.
Procede por ello y en definitiva desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución recurrida.”: SAP Castellón (Sección 3) 16.09.2010 (JUR 2011/35560; Sentencia 278/2010; Rollo 272/2010)

JM-1 Murcia

“TERCERO.- Resuelto lo anterior, la primera cuestión de fondo a dilucidar en el presente incidente de impugnación exige comenzar por determinar si han de entenderse compensados los saldos acreedor y deudor existentes entre las partes, derivado de sus relaciones comerciales, en base al pretendido acuerdo compensatorio entre la entidad Piensos Cartagena,S.L y la concursada.
Con carácter previo ha de señalarse que la compensación es una de las formas de extinción de las obligaciones que supone reciprocidad entre acreedor y deudor y analogía en las deudas, y conforme a estos principios cardinales, previene el código civil, para que se pueda aplicar la compensación establecida en el art.1195, que concurran las circunstancias o requisitos que determina el siguiente artículo, es decir el art. 1196, entre las que se consignan que ambas deudas sean vencidas, líquidas y exigibles.
Esta compensación- la que opera cuando concurren los requisitos establecidos en el código civil- es la legal, y produce el efecto extintivo que dispone el art. 1202, pero como reconoce mayoritariamente doctrina y jurisprudencia, existen otras dos clases de compensación como la judicial y la voluntaria. La primera la puede disponer el Juez cuando falte alguno de los requisitos legales, siempre que el crédito del demandado derive de una relación que le ligue directamente al actor, que las deudas tengan un contenido homogéneo y que el elemento que falte pueda ser actuado judicialmente,como podría ser la liquidación de la cantidad debida.La segunda- la voluntaria- tiende a lograr el efecto compensatorio en aquellos supuestos en los que legalmente no corresponde por ausencia de uno o varios de los requisitos legales, que se puede alcanzar por acuerdo de las personas interesadas en la compensación (compensación convencional), o por voluntad unilateral del titular del crédito o deuda en la que concurre la circunstancia impeditiva de la compensación (compensación facultativa). El fundamento de la voluntaria estaría en el art. 1255 y en el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones.
Sentado lo anterior, ha de reseñarse que la cuestión de la existencia de dos personas que por derecho propio son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, (art.1195 del código civil)ante la situación de

concurso (o de quiebra) de una de ellas no se resolvía en nuestro derecho anterior a la reforma, siendo distintas las posturas doctrinales y jurisprudenciales mantenidas al respecto.
Por contra, el legislador concursal ha optado de una manera clara por prohibir la compensación dentro del concurso, admitiendo sólo sus efectos en el caso de que los requisitos de la misma se hayan producido con anterioridad a la declaración (art. 58 de la Ley Concursal). Con ello la reforma lo que ha hecho es asumir la postura de la doctrina mayoritaria sobre la compensación dentro de la quiebra, de manera que se considera que a efectos del concurso sólo es operativa la compensación de créditos y deudas cuyos requisitos se han producido antes de la declaración del concurso. Es en el artículo 1196 del Código Civil donde se establecen los requisitos que deben cumplirse para que proceda la compensación; que los obligados lo sean recíprocamente con carácter principal, que las deudas consistan en una cantidad de dinero (o siendo fungibles de la misma especie y calidad), que se trate de deudas vencidas, líquidas y exigibles y que no exista sobre las mismas retención o contienda promovida por tercero y notificada oportunamente al deudor.
Que el art. 58 de la Ley Concursal prohiba la compensación, salvo si esos requisitos aludidos se hubieran producido con anterioridad a la declaración, resulta lógico porque en tal caso la obligación estaría extinguida pendiente únicamente de la declaración. Y esa salvedad, cuya interpretación ha de ser restrictiva dado el carácter prohibitivo de la norma, ha de entenderse referida exclusivamente a la compensación LEGAL- a la que se opera cuando concurren los tantas veces repetidos requisitos del art.1196 del código civil- y no a la CONVENCIONAL como pretende la entidad actora.
Hacer extensiva la excepción del último inciso del primer párrafo (que exige expresamente la concurrencia de los requisitos de la compensación)a la convencional daría lugar a abusos pues se alegaran frecuentemente en la práctica judicial pretendidos acuerdos entre el deudor común y sus acreedores más allegados en ese sentido, que de admitirse, vulnerarían el principio de la per conditio creditorum que no permite que se pueda utilizar una parte del activo del concurso en beneficio de unos acreedores, perjudicando a los demás.
En consecuencia procede desestimar la primera de las pretensiones,deducida con carácter principal, en el escrito de demanda.
CUARTO.- Resta por determinar si procede la compensación por concurrir los requisitos del art. 1196 del código civil antes de la declaración del estado concursal, acreditamiento que compete a la actora a tenor del postulado probatorio consagrado en el art. 217 de la LEC.
La entidad actora únicamente acompaña a su demanda copia de cinco pagarés para acreditar el crédito recíproco cuya compensación pretende (documento nºero 4) todos ellos de vencimiento en Noviembre de 2004,después de la declaración del concurso que aconteció por auto de fecha 4 de Octubre de 2004. Son los codemandados los que aportan a las actuaciones copia de los veintinueve pagarés entregados por la concursada en pago de las mercancías recibidas de la actora, de los cuales son diez los que documentan créditos compensables por ser de vencimiento anterior a la declaración del concurso, concretamente de los documentos acompañados por CONCENTRADOS Y PIENSOS a su contestación con los nºeros 1 por importe de 11.699,78 euros, nºero 4 por la suma de 24.077,01 euros, nºero 5 por 28.463,75 euros, nºero 6 por 28.923,75 euros, nºero 24 por 25.617,30 euros, nºero 25 por 25.617,30 euros, nºero 26 por 25.617,30 euros, nºero 27 por 19.440 euros, nºero 28 por 19.130,58 euros y nºero 29 por otros 19.130,58 euros, lo que contabiliza un total de 227.617,35 euros,importe éste a compensar con la deuda a favor de la concursada, lo que ha de repercutir tanto en el crédito reconocido a favor de la actora como en su deuda.": Sentencia JM-1 Murcia 28.04.2005 (Concurso 7/2004)

4.1 Ni tampoco a la judicial

AP Madrid

"CUARTO - En presencia del panorama descrito y, no habiendo resultado pacífica en el incidente la existencia del crédito compensable que CRUX invoca, es patente que con anterioridad a la declaración de concurso nunca podría hablarse de un crédito líquido y exigible. Y, aun cuando de resultas del presente proceso llegara a considerarse probado ese crédito, lo único que procedería teóricamente sería una compensación de carácter "judicial" que, como indica lasentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1988, es la "establecida por sentencia que completa los requisitos que sin ella no se daban para que entrase en juego la legal", señalando más adelante el Alto Tribunal que esta especie de compensación ".carece de efectos retroactivos." (énfasis añadido). Esta última matización reviste importancia porque, como indicóesta misma Sala en su sentencia de 26 de julio de 2010, ".produciendo este tipo de compensación efectos ex nunc, y habida cuenta el momento en que se insta, de estimarse entraría de lleno en la prohibición delartículo 58 de la Ley Concursal.". En suma, no concurriendo en época anterior a la declaración de concurso todos y cada uno de los requisitos exigidos por elArt. 1.196 del Código Civil para que tuviera lugar la compensación legal (en particular, la liquidez y exigibilidad del crédito que invoca la apelante), la eventual enmienda de dichas carencias que pudiera teóricamente llevar a cabo, sin efecto retroactivo alguno, la sentencia que pusiera fin al presente incidente solamente podría dar lugar a una compensación de carácter "judicial" que, precisamente por su carencia de eficacia retroactiva, devendría impracticable en situación de concurso por impedirlo elArt. 58 de la Ley Concursal desde el momento en que la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigibles se produciría no antes sino después de la declaración de concurso y precisamente por efecto de esa misma sentencia.": SAP Madrid (Sección 28) 01.04.2011 (JUR 2011/187771; Sentencia 109/2011; Rollo 348/2010)

4.2 Sin perjuicio de la convencional consumada antes de la declaraciòn

AP Zaragoza

"SEXTO.- Infracción de los arts. 1.195 y 1.196 del Cc y 58 de la LC. Mantiene la recurrente que se dan los requisitos para la compensación de los arts. 1.195 y 1.196 del Cc.
La recurrente invoca que las obligaciones que son objeto de compensación reúnen los requisitos de los arts. 1.195 y 1.196 del Cc. Esto es se dan todos los requisitos de la compensación legal.
Regulan estos artículos la compensación como medio de extinción de pago de las obligaciones ope legis y los sujeta a los requisitos de reciprocidad en el debito, a que las deudas sean vencidas, líquidas y exigibles y que no se produzca retención o contienda alguna sobre las mismas. Las partes demandadas no han negado estas circunstancias por lo que ha de darse como acreditado que reúnen tales requisitos las partidas abonadas para la compensación legal.
El criterio vertido en el art. 58 de la LC es meridiano, las obligaciones entre acreedor y concursada que reúnan los requisitos anteriormente descritos antes de la declaración del concurso, se compensarán -producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso-. Por tanto dado que no se discute la existencia de los requisitos de los créditos para su compensación, ni que tales requisitos no se reunieran antes de la declaración de concurso, el efecto o consecuencia de los mismos es, conforme al art. 1.202 del Cc, la recíproca extinción de uno y otro en la cuantía coincidente. En este sentido la sentencia de 30 de marzo de 2009 de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona y la sentencia del juzgado de lo Mercantil de Málaga de 11 de octubre de 2007 parecen mantener también esta interpretación del art.58 de la LC.
En el presente caso, no cabe duda que los requisitos de los créditos exigidos por el art. 1.195 y 1.196 del Cc. y cuyo límite temporal es la fecha de la declaración concursal se dan, ninguna de las partes lo ha cuestionado. Por ello, la extinción de los créditos se produce automáticamente, por lo que el motivo del recurso ha de ser estimado.
Pero, además, en el presente caso, existía un mandato habilitante en virtud del cual, si alguna duda quedaba, la concursada permitía que las empresas del grupo Renault, también la apelante, compensaran diariamente sus deudas por un sistema de cuenta única, de tal manera, que la apelante o cualquiera otra entidad del grupo favorecida por el mandato, podían compensar sus créditos con los que a su vez tuviera el concesionario contra ellas. Esta medida era práctica para ambas partes; rebajaba los costes financieros del concesionario, dado que la deuda resultante con el grupo se reducía siempre al mínimo y evitaba gastos y retrasos temporales en la extinción de las obligaciones del mismo y, para el grupo, tenía una importante función de garantía en cuanto el riesgo concreto de que gozaba el concesionario, era la suma resultante tras la compensación realizada.
Se trataba de un mandato y por naturaleza era de duración indefinida, pero plenamente rescindible a instancia del mandante, dado su carácter de contrato intuitu personae, de tal manera que, ante la negativa a la continuación del contrato tanto, la mandante como la mandataria podían extinguirlo por su propia voluntad, si bien la extinción del mismo a instancia de la mandante exigía una notificación fehaciente con el consiguiente transcurso del plazo de seis meses pactado, notificación que nunca se produjo.
Por tanto, ha de estimarse que el contrato era válido, eficaz y producía sus efectos a la fecha de las compensaciones. De otra parte, estas nunca fueron cuestionadas previamente a la declaración de concurso por la representación de Garaje Costa.
No es admisible la alegación de la Administración concursal en orden a que la entidad RCI Banque no figuraba en el indicado documento como mandataria, cuando consta, como ya se ha dicho, que en su condición de sociedad absorbente adquirió todo el patrimonio (bienes, derechos y obligaciones) de la entidad Renault Financiación S.A., Establecimiento Financiero de Crédito, que sí lo era. Como consecuencia de esta operación y en pleno cumplimiento del art. 233 de la LSA, se produjo el efecto de sucesión universal de la entidad absorbente sobre los derechos y obligaciones de la absorbida, según se desprende de la copia del acta notarial de requerimiento ya referida anteriormente en el que se hace constar la condición de sucesora de la recurrente respecto a la sociedad absorbida y que fue aportada a autos.
En definitiva, se dan los requisitos de la compensación alegada con anterioridad a la declaración de concurso, con lo que procedería la compensación legal, pero también se pacto expresamente la posibilidad de compensación convencional a través del documento de mandato referido, que se ha practicado por ambas partes hasta la declaración de concurso sin reserva ni oposición alguna a las operaciones compensatorias, incluso en ocasiones manifestándose expresamente la conformidad con ellas, por lo que, con estimación del recurso, la pretensión de compensación ha de ser estimada.": SAP Zaragoza (Sección 5) 11.02.2011 (Sentencia 102/2011; Rollo 749/2010)

5. No propiamente compensación sino liquidación contractual. Admisibilidad de la "compensación" en cuenta corriente y de créditos ex eadem causa. Minoración de trabajos no realizados o defectuosos (excepciones non adimpleti contractus y non rite adimpleti contractus)

Tribunal Supremo

"PRIMERO.-*Resumen de Antecedentes.*
Son hechos relevantes para la resolución del recurso, los siguientes:
1. La *"questio iuris"* que se plantea en el presente recurso proviene de una demanda incidental promovida por la sociedad acreedora "PROCOM DESARROLLO COMERCIAL DE ZARAGOZA" -en adelante PROCOM- contra la concursada "AUTOPLAZA ESPACIOS COMERCIALES S.L." -en adelante AUTOPLAZAy su administración concursal, sobre impugnación del inventario y de la lista de acreedores. En el incidente

concursal se acumuló otra demanda incidental, de signo contrario, en la que se pretendía la declaración de nulidad de compensación y de restitución de fianza, promovida por los allí demandados contra el actor del primer incidente concursal.
La cuestión que se plantea en ambas demandas, es la de determinar si procede la aplicación de la fianza arrendaticia contra el crédito que PROCOM ostentaba contra AUTOPLAZA. El contrato locativo fue resuelto por sentencia de 19 de julio de 2010. En la resolución, se dió por vencida la obligación de devolución de la fianza y se condenó a AUTOPLAZA al pago de 5.837.026,44.- #, correspondientes a las rentas vencidas y otros conceptos devengados a favor de PROCOM.
La demandada, AUTOPLAZA y su administración concursal sostienen frente a PROCOM que la entrega de llaves del local no tuvo lugar hasta el día 15 de septiembre de 2010, fecha en la que también se dictó el auto de declaración de concurso. Por consiguiente, estiman que no procede la compensación porque los requisitos para que opere no son anteriores a la declaración de concurso, de acuerdo con el art. 58 LC. Por ello, entienden que debe figurar el importe de la fianza en el activo de la concursada, por la cantidad concurrente e incrementan el crédito del arrendador, PROCOM en la lista de acreedores.
2. Los hechos que resultan probados son: la existencia de un contrato de arrendamiento entre PROCOM, como arrendadora, y la concursada AUTOPLAZA, como arrendataria; fruto de este contrato se entregó en concepto de fianza la cantidad de 405.940 euros; la falta de pago de la renta y otros conceptos por la que se tramitó un juicio de desahucio en el que se dictó sentencia el 19 de julio de 2010, declarada firme el 1 de septiembre; la entrega de la posesión (de las llaves), que se verificó el 15 de septiembre de 2010, la misma fecha en la que se declaró el concurso de la mercantil arrendataria.
3. Sobre tal base fáctica la Sentencia de primera instancia, al igual que la parte recurrente -la empresa declarada en concurso, AUTOPLAZA y su administración concursal-, consideran que el efecto de la compensación del crédito del arrendador con la fianza, como crédito de la arrendataria, no se produce hasta el momento de la entrega de las llaves, puesto que hasta ese momento se siguen generando rentas. De esta forma, como la declaración del concurso se produjo el mismo día de la entrega de llaves, sería de aplicación la prohibición de la compensación establecida en el art. 58 de la LC y también el art. 36.4 LAU, ya que la disposición de la fianza requiere de una previa liquidación del contrato, que sólo podrá hacerse una vez extinguida la relación arrendaticia y restituida la posesión al arrendador mediante la entrega de llaves.
4. La sentencia de la Audiencia Provincial rechaza el argumento del recurrente y argumenta que la fianza arrendaticia regulada en el art. 36.4 LAU no coincide con la situación de hecho a que da lugar la compensación prohibida en el art. 58 LC. De suerte que, con estimación de la pretensión de la recurrente, estimó la compensación entre la fianza y el mayor crédito que ostentaba PROCOM, al haberse aplicado con anterioridad a la declaración de concurso, en concreto, en el momento en que se declaró la firmeza del desahucio, el 1 de septiembre de 2010.
SEGUNDO.-*El motivo único del recurso de casación.*
Se formula alegando "i *nfracción del art. 58 de la Ley 22/2003, de 19 de julio, Concursal en relación con el apartado 4 del art. 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, motivada por la vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 25 de octubre de 2007, que prohíben la compensación de créditos una vez declarado el concurso de acreedores"*
El recurrente señala en su motivo que se prohíbe la compensación de créditos una vez declarado el concurso de acreedores, por el respeto que merece el principio básico de la " *pars conditio creditorum* ". Destaca que, conforme a la Jurisprudencia invocada, anterior a la Ley Concursal, existía tal prohibición, motivo por el cual el art. 58 LC respeta la referida doctrina.
Por ello entiende que la sentencia recurrida ha infringido la doctrina expresada en las sentencias de esta Sala y el principio básico invocado que rige el procedimiento concursal. La sentencia, a juicio de la recurrente, da absoluta prioridad a la fianza, la hace independiente y ajena a cualquier situación concursal, quedando fuera del ámbito de la prohibición de compensación que establece el art. 58 LC. Tal argumento, concluye, es contrario, no sólo al precepto concursal citado, sino también vulnera el art. 36.4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos que establece que el saldo de la fianza en metálico deba ser restituido al arrendatario al final del arriendo, devengando intereses transcurrido un mes desde la entrega de las llaves.
Alega que, sólo tras la resolución del contrato y la puesta a disposición del local, puede entenderse finalizado el arriendo y que la "¿¿arrendataria??? tiene el derecho a la devolución de la fianza. Pero resulta que, tras los requerimientos que llevó a cabo la Administración Concursal, PROCOM manifestó que con fecha 1 de septiembre de 2010 había realizado la correspondiente "c*ompensación contable* " a cuenta de un mayor crédito que mantenía con la arrendataria.
TERCERO.-*Razones de la Sala para la desestimación del motivo único del recurso.*
La compensación es una forma de extinción de obligaciones (art. 1156 Cc) que opera " *ope legis* " cuando se dan los presupuestos previstos en los arts. 1195 y 1196 del Cc y con los efectos que establece el art. 1202 Cc, " *aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y los deudores* " (SSTS de 30 de diciembre de 2011, RC 1916/2008, 30 de marzo de 2007, 4 de julio de 2005, RC 282/1999 y 15 de febrero de 2005, RC 1008/1999, entre otras).
La compensación que prohíbe el art. 58 LC es la realizada con posterioridad al concurso esto es, sin que los requisitos el art. 1196 Cc concurran con anterioridad al mismo.
En el presente caso, la sentencia que declaró la resolución del contrato y dio por vencida la obligación de devolución de la fianza por parte del arrendador es de 19 de julio de 2010 y la firmeza de la sentencia fue declarada en providencia de 1 de septiembre de 2010. Por otro lado, el crédito que ostentaba el arrendador era muy superior al importe de la fianza; la deuda del concursado era vencida, líquida y exigible; y los efectos de la resolución del contrato son a partir de la interposición de la demanda que estimó procedente la sentencia, siendo las rentas exigibles desde sus respectivos vencimientos.

La circunstancia de que la entrega de las llaves se hiciera efectiva el mismo día en que se dictó el auto de declaración de concurso, el 15 de septiembre de 2010, no hubiera impedido considerar que los requisitos para que operara la compensación " *ope legis* " se hubieran producido con anterioridad a la declaración concursal, como muy tarde el 1 de septiembre de 2010, en que se declaró firme la sentencia declarativa de resolución del contrato. **Pero, en el presente caso, no se aplica la compensación como forma de extinción de obligaciones sino como mecanismo de liquidación del contrato, resuelto por una sentencia firme.**
La posesión indebida del concursado, que demora la entrega de llaves hasta que se dicta el auto de declaración del concurso, no devenga rentas como alega la recurrente para estimar no finalizado el contrato, sino que, en su lugar, genera daños y perjuicios, conforme determinan los arts. 1101 y 1103 CC, siendo las rentas la determinación del *"quantum"* indemnizatorio. En el presente caso, la administración concursal si hubiera pretendido prolongar el contrato podría haber intentado rehabilitar su vigencia conforme autoriza el art. 70 LC, por lo que ahora no puede pretender alargar los efectos del contrato, bajo su sola voluntad (art. 1256 Cc).
Por las razones expuestas, el motivo se desestima.": STS 15.04.2014 (Sentencia 188/2014; Recurso 877/2012)

"PRIMERO. Resumen de los antecedentes.
Las sentencias de ambas instancias liquidaron un contrato de ejecución de obra entre las sociedades que lo habían celebrado - la demandante, Buildhos, SA, como contratista, y las dos demandadas y actoras reconvencionales, Tresni, SL y Esser, SA, como comitentes -, con la declaración de la deuda de cada parte y la condena de ambas al pago de lo que a la otra debían.
Los Tribunales de las instancias no pronunciaron una sola condena, por la suma resultante de una sencilla operación de neutralización de las prestaciones respectivas, contra quien resultare deberla -que habría sido Buildhos, SA -, por tres razones concurrentes: (1ª) la contratista fue declarada en concurso con posterioridad a ser admitida a trámite su demanda; (2ª) el artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, siendo el concursado uno de los deudores, excluye la posibilidad de compensación de deudas cuando los requisitos del subrogado del pago no hubieran existido con anterioridad a aquella declaración; y (3ª) la tramitación del proceso había sido necesaria para liquidar las deudas de las dos partes.
Contra la sentencia de apelación interpusieron las demandadas, Tresni, SL y Esser, SA, recurso de casación por un único motivo.
SEGUNDO. Enunciado y fundamentos del único motivo del recurso de casación.
Denuncian las comitentes, demandadas y actoras reconvencionales, la infracción de los artículos 1195, 1196 y 1202 del Código Civil, en relación con el 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, al no haber neutralizado el Tribunal de apelación las deudas en la medida concurrente, con la consecuencia de someter sus créditos al rigor del concurso de acreedores de la contratista, sin restar su deuda.
Alegan, en síntesis, que con anterioridad a la declaración del concurso de dicha contratista ya concurrían los presupuestos de la compensación, con independencia de que ésta se calificara como legal o judicial.
Por ello señalan como infringida la norma del artículo 58 de la Ley 22/2003, en cuanto no impide la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso.
TERCERO. Estimación del motivo.
La compensación evita la duplicidad de pagos, mediante la extinción, en la cantidad concurrente, de las deudas a cargo de personas que sean, recíprocamente y por derecho propio, acreedoras y deudoras.
Ese efecto extintivo se produce desde el momento en que concurren los requisitos exigidos por la ley para que tenga lugar - artículo 1202 del Código Civil -, siempre que alguno de los interesados la haga valer.
En la sentencia recurrida declaró el Tribunal de apelación que esos requisitos no habían existido hasta la sentencia que puso fin al proceso, dado que éste fue necesario para liquidar las deudas de ambas partes - la de las comitentes, por el precio de la obra y sus intereses; la de la contratista, por la aplicación de una sanción convencional a causa del retraso en la entrega de la construcción, por la incompleta o deficiente ejecución de la misma, y sus intereses -.
En los supuestos en los que es necesario el proceso para liquidar las deudas de las litigantes se habla de compensación judicial, en el sentido señalado en las sentencias 163/2004, de 12 de marzo, 1265/2007, de 17 de diciembre, 1375/2007, de 5 de enero, 306/2008, de 30 de abril, 1001/2008, de 6 de noviembre, 492/2011, de 13 de julio, 119/2012, de 14 de marzo, entre otras muchas.
Sin embargo, cuando el proceso ha sido necesario para resolver la relación contractual, en la que una de las partes hubiera sido declarada en concurso después de su inicio, y para liquidarla, mediante la determinación del importe de las deudas de ambas, la sentencia 188/2014, de 15 de abril, niega la aplicación de la prohibición de la compensación judicial establecida en el artículo 58, aunque el proceso hubiera terminado con posterioridad a aquella declaración.
Siendo ese el caso enjuiciado, procede, en aplicación de dicha doctrina, estimar el recurso a fin de que la neutralización de deudas opere.": STS 30.05.2014 (Sentencia 249/2014; Recurso 724/2012)

" **Recurso de casación de Sucesores de Pedro Dorta y Hermanos, S.A. en relación con el primer incidente: liquidación de una relación contractual**
5. *Formulación de los motivos del recurso de casación.* El recurso se articula mediante tres motivos que se refieren a decisión del tribunal de instancia de no admitir la compensación y liquidación de la relación contractual, y que van a ser objeto de un tratamiento conjunto.
i) El *primer motivo* se basa en la infracción de los *arts. 1096* y *1124 CC* y la jurisprudencia que los interpreta, porque la sentencia de instancia considera que existe un crédito a favor de la concursada demandada por el total del importe de las retenciones practicadas sobre las certificaciones de obra en virtud de lo convenido en el contrato, y al mismo tiempo declara el incumplimiento de la contratista concursada de las obligaciones que le incumbían en virtud del contrato de obra. Como se concluye al final de la exposición del motivo, "en definitiva,

la sentencia recurrida impone a mi representada (la propiedad de la obra) el íntegro pago del precio pactado, mientras que la propia sentencia reconoce que la contraparte ha incumplido el contrato".
ii) El segundo motivo se funda en la infracción del *art. 1195 CC* y de la jurisprudencia que lo interpreta, así como la indebida aplicación del *art. 58 LC.* La sentencia vulnera estos preceptos y la jurisprudencia al considerar que lo pretendido por la propiedad de la obra ha sido la compensación de créditos proscrita por el *art. 58 LC,* cuando de lo que se trata es de liquidar las recíprocas contraprestaciones dimanantes de un único contrato de obra, que no entraría en el ámbito de aplicación del *art. 58 LC.*
iii) El tercer motivo denuncia la infracción de los *arts. 75, 76* y *82 LC* y de la jurisprudencia que los interpreta (si bien no cita sentencias de esta Sala Primera del Tribunal Supremo sino de audiencias provinciales), por parte de la sentencia de instancia, por haber considerado que lo pretendido por la propiedad de la obra era una compensación de créditos prohibida por el *art. 58 LC,* cuando de la liquidación del contrato resulta una deuda a favor de la propiedad de la obra por importe superior al de las retenciones.
Procede estimar el recurso de casación por las razones que exponemos a continuación.
6. *Estimación del recurso.* Hemos de partir de los pronunciamientos no discutidos en la sentencia: en el contrato de obra se pactó que la propiedad realizaría una serie de retenciones en garantía de las penalizaciones en que pudiere incurrir la contratista por el incumplimiento del plazo convenido para la terminación y entrega de las obras; la propiedad realizó retenciones en garantía por un valor de 758.690,57 euros; la pena derivada del retraso en la ejecución de las obras asciende a 929.764,68 euros, y el coste de los remates y las reparaciones que la contratista dejó de realizar asciende a 357.781,46 euros.
Por otra parte, conviene tener presente el sentido de la prohibición de compensación prevista en el *art. 58 LC,* como fue expuesta en la *Sentencia 46/2013, de 18 de febrero* :
«(e)n principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (*art. 49 LC)* y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la *par condicio creditorum,* que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el *art. 58 LC* prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: " *Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.".*
»Aunque, como hemos recordado en la *Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre,* los efectos de la compensación se producen de forma automática o " *ipso iure* ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia " *ex tunc* ", este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después».
Pero este régimen no se aplica a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes. En este sentido nos pronunciamos en la *sentencia 188/2014, de 15 de abril,* al afirmar que más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto.
Es lógico que si la parte del crédito que el comitente adeuda al contratista por la ejecución de la obra ha sido retenida, de acuerdo con lo pactado, en garantía del cumplimiento puntual de la obligación asumida por el contratista de ejecución y entrega de la obra, y, por ende, de la satisfacción de la pena pactada en caso de retraso, aunque su importe se determine después de la declaración de concurso del contratista, el dueño de la obra puede aplicar aquellas cantidades retenidas al pago de la indemnización por retraso.
Por eso, en el presente caso, procede estimar el recurso de casación y con él, estimar el recurso de apelación que Sucesores de Pedro Dorta y Hermanos, S.A. formuló frente a la sentencia de primera instancia, y al estimar la petición subsidiaria de la demanda, declarar: la extinción de la obligación de pago del precio pactado pendiente por la obra de 758.690,57 euros; y la reducción del crédito reconocido a la dueña de la obra por la pena devengada por el retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega a la suma de 171.074,11 euros, con la clasificación de crédito subordinado no discutida en casación. Se mantiene la declaración del crédito concursal ordinario de 357.781,46 euros, a favor de la comitente, por el valor de los remates y las reparaciones que la contratista concursada dejó de realizar.”: STS 24.07.2014 (Sentencia 428/2014; Recurso 2912/2012)

“6. En realidad, no nos encontramos ante una compensación propiamente dicha, esto es, un subrogado del pago en el que una deuda se extingue hasta donde concurre con otra distinta, cuando cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro, y se cumplan los demás requisitos previstos en el art. 1196 del Código Civil.
Nos encontramos ante un supuesto de liquidación de una única relación contractual de la que han surgido obligaciones para una y otra parte. En las sentencias 188/2014, de 15 de abril, y 428/2014 de 24 julio, hemos considerado que en estos supuestos, incluso en el caso de que se tratara de que la relación contractual de la que surjan créditos de carácter concursal, nos encontramos ante un mecanismo de liquidación del contrato y

no ante compensaciones a las que sea aplicable el art. 58 de la Ley Concursal.
Por tanto, incluso aunque el contrato se hubiera celebrado con anterioridad de la declaración del concurso, la aplicación de la retención de parte del precio a los gastos que el comprador hubo de suplir por cuenta del vendedor no constituiría una compensación cuya improcedencia declara el art. 58 de la Ley Concursal, sino una liquidación de la relación contractual admisible también en una situación de concurso.
Tratándose de una relación contractual concertada tras la declaración de concurso, tampoco existe obstáculo alguno en que se realice esa liquidación de la relación contractual por parte del contratante, en la que aplique la retención practicada en el precio a los gastos que eran de cuenta de la concursada pero que el contratante hubo de suplir.": STS 13.03.2017 (Sentencia 181/2017; Recurso 1632/2014

"TERCERO.- Derecho concursal. Contrato de concesión de venta de vehículos y servicios preventa y postventa. Cuenta corriente. Liquidación de la relación negocial. Compensación contable y determinación de un saldo deudor. Artículo 58 LC. Doctrina jurisprudencial aplicable.
1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.
En dicho motivo, denuncia la infracción de los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, con cita de las SSTS de 17 de marzo de 1977, 20 de mayo de 1993 y 25 de octubre de 2007. Argumenta que la sentencia recurrida interpreta erróneamente los citados preceptos, pues en el presente caso no concurren los presupuestos para que pueda operar la compensación legal.
2. El motivo debe ser desestimado.
En el presente caso, en realidad, no nos encontramos ante una compensación propiamente dicha, esto es, un subrogado del pago en el que una deuda se extingue hasta donde concurre con otra distinta, cuando cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro, cumpliéndose los demás requisitos previstos en el artículo 1196 del Código Civil.
Por el contrario, como declara la sentencia recurrida, se está ante un supuesto de liquidación de una única relación contractual de la que han surgido obligaciones para una y otra parte. En las sentencias 188/2014, de 15 de abril, y 428/2014, de 24 de julio, hemos declarado que en estos supuestos, incluso en el caso de que se tratara de una relación contractual de la que surjan créditos de carácter concursal, nos encontramos ante un mecanismo de liquidación del contrato y no ante compensaciones, propiamente dichas, a las que le sea aplicable el artículo 58 LC.
A mayor abundamiento, además ésta liquidación se realiza a través del sistema de compensación de una cuenta corriente establecida por las partes, tal y como expresamente declara la sentencia recurrida. En este sentido, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda excluída de la prohibición legal porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto.
Compensación contable, derivada de la cuenta corriente, que queda excluida de la quiebra de Nova Central S.A, por lo que no se infringe el principio de par condicio creditorum.": STS 20.07.2017 (Sentencia 473/2017; Recurso 1440/2014)

AP Alicante (Sección 8, 2012)

"PRIMERO.-La demanda incidental tiene por objeto, de un lado, resolver el contrato de ejecución de obra celebrado el día 9 de mayo de 2007 entre ALBIR, en su condición de promotora y la concursada BALPERIA, en su calidad de contratista, por causa imputable a esta última; de otro lado, impugnar el inventario en el que la demandante figuraba como deudora por importe de 216.049,72.- # en concepto de prestación de servicios más 222.260,77.- # en concepto de retenciones y, en su lugar, se acuerde la eliminación de su condición de deudora y; por último, impugnar la lista de acreedores donde se excluyó el crédito ordinario comunicado por la demandante incidental por importe de 806.534,42.- # como controvertido y, en su lugar, se reconozca su condición de acreedor ordinario por importe de 577.080,96.- #.
La Sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda incidental y acordó: resolver el contrato de ejecución de obra celebrado el día 9 de mayo de 2007 por incumplimiento de BALPERIA; modificar el inventario al reducir la deuda de la demandante incidental a 150.142,53.- # y; modificar la lista de acreedores al incluir a ALBIR como acreedor ordinario por importe de 191.042,80.- #; rechazando la compensación interesada por la demandante incidental entre el crédito concursal a favor de ALBIR y el crédito de la concursada frente a ALBIR.
El recurso de apelación se limita a impugnar la improcedencia de la compensación porque no es aplicable la prohibición de la compensación prevista en el artículo 58 de la Ley Concursal al estar en presencia de la liquidación de un negocio jurídico único o ante la llamada compensación impropia al tratarse de créditos conexos o *eadem causa* de tal manera que debe suprimirse del inventario el crédito de la concursada y reducir el crédito ordinario de la demandante incidental a la suma de 40.900,27.- # que es el saldo resultante de la liquidación de la obra.
Antes de entrar a examinar el recurso, hemos de destacar que en la Sentencia recurrida se ha procedido a la resolución del contrato de ejecución de obra celebrado entre las partes el día 9 de mayo de 2007 cuya edificación está ubicada en la actual calle Granja de Rocamora números 2 y 4 de Alicante y se ha procedido a la posterior liquidación del referido contrato.
En la referida liquidación, se ha reconocido:
1.-) a ALBIR un crédito a su favor en concepto de terminaciones de obra pendientes y arreglos de ejecución defectuosos por importe de 136.106,09.- # y otro crédito a su favor en concepto de liquidación de partidas adicionales o contradictorios efectuados en la obra por importe de 54.936,71.- # que, en conjunto, se eleva a 191.042,80.- #.

2.-) a BALPERIA un crédito a su favor en concepto de retenciones por importe de 209.999,99.- #.

Con independencia de la liquidación del contrato de ejecución de obra de fecha 9 de mayo de 2007, se ha reconocido a la concursada un crédito frente a ALBIR, por las obras de reformas efectuadas en el edificio Albirazul, sito en la calle Narciso Yepes número 2 de El Albir, en la cuantía de 140.142,54.- #.

Asimismo se reconoce que ALBIR ha pagado 200.000.- # a BALPERIA en concepto de "a buena cuenta" que en el escrito de comunicación del crédito por parte de ALBIR se imputa a la obra de reforma del edificio Albirazul (el documento número 7 del escrito de comunicación de su crédito contiene los justificantes documentales del pago de 200.000.- #).

SEGUNDO.-La cuestión planteada es la posible compensación de los créditos conexos o *eadem causa,* aún cuando no concurran los requisitos generales de la compensación antes de la declaración de concurso, como excepción a la prohibición establecida en el artículo 58 de la Ley Concursal.

Se admite la llamada compensación "impropia" que trata de determinar el saldo final resultante de la relación contractual a pagar o cobrar por cada una de las partes. Precisamente, este tipo de compensación constituye una de las operaciones típicas de la liquidación final del contrato de obra, en la que, de forma habitual, se compensan todos los créditos que tienen las partes derivados de la ejecución del contrato para determinar el saldo final. La posibilidad de compensar exige la existencia de una conexión funcional entre los créditos, como los créditos en los que existe una relación sinalagmática y, aquellos otros que, al menos, estén vinculados funcionalmente a prestaciones dependientes de la principal.

Significa que en estos casos es admisible la compensación de los créditos derivados de un mismo contrato de ejecución de obra aunque no se cumplan todos los requisitos establecidos en el Código civil para la compensación antes de la declaración del concurso.

En la SAP de Pontevedra de 13 de junio de 2011 se sigue esta tesis sobre la admisión de la compensación de los créditos derivados de un mismo contrato de ejecución de obra consistente en su liquidación o determinación del saldo final con los siguientes términos: " *Todo ello sobre la base de los dos siguientes presupuestos: 1) la no atribución de eficacia retroactiva a la resolución contractual, al no poder aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera "ex nunc", produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual (STS de fecha 10/7/1998); y 2) la consideración de que el ámbito de aplicación de la prohibición del art. 58 LC no se extiende a los supuestos de liquidación de obligaciones derivadas de un contrato que se declara resuelto al amparo del art. 62 LC, por cuanto que la prohibición de compensación impide que puedan hacerse pagos después de la declaración del concurso, con quiebra del principio de la "par conditio creditorum", pero no impide, según general opinión, la compensación de créditos que son producto de la resolución de una relación jurídica bilateral, con la consecuencia de no infringir la prohibición general de compensación el que el Juez determine la corrección de la facultad resolutoria ejercitada con posterioridad al concurso y determine el importe de la indemnización procedente, por la vía de la liquidación de las obligaciones recíprocas que surgen del contrato (en el sentido expresado, cabe citar la sentencia de esta misma Sección, de fecha 29/7/2010).*

Así las cosas, en relación al importe resarcitorio que cabe establecer en favor de la promotora "Viuconsa SA" por mor de la resolución del contrato de ejecución de obra litigioso, es de señalar: 1) la cantidad de 111002 euros, en concepto de deficiencias constructivas y falta de remate de las obras objeto de facturación por la contratista, según resulta del informe elaborado por el arquitecto técnico-director de la ejecución de la obra, Sr. Juan Ramón, de fecha 12/5/2007 (folios 346 y ss de los autos), que tiene en cuenta los presupuestos de reparación confeccionados por las empresas "Construcciones Paraxe SL" y "Morales F y C SL"; y 2) la cantidad de 180000 euros (producto de multiplicar 60 días de demora por la sanción pactada de 3000 euros por cada día de retraso), en concepto de penalización por retraso, por cuanto, conforme a una obligada interpretación restrictiva de la cláusula cuarta del contrato (por todas, STS de fecha 23/5/1997), la promotora, habiendo comprobado que la obra sufrió en su desarrollo un retraso superior a los 60 días respecto al plazo estipulado para su finalización, a tenor del párrafo 5º de la cláusula cuarta del contrato, optó por la resolución unilateral del contrato, sin que sea de advertir venga a reclamar, al margen de la aplicación de dicha cláusula penal, una complementaria indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual ante el retraso en la ejecución de la obra, que asimismo requiriría de específica justificación.

De la anterior suma resarcitoria es clara la procedencia de la deducción de la cantidad de 88521,81 euros, a que ascienden los importes de las retenciones de las certificaciones de obra practicadas por la promotora en garantía de la buena ejecución de las obras y que, a tenor del párrafo 6º de la cláusula cuarta del contrato, también pueden ser objeto de descuento del importe de la penalización por demora.

En cambio, no ha lugar a la deducción del resto de cantidades que se pretende en favor de la contratista "Acis 2002 SL".

Por lo que respecta al importe de la certificación de obra núm. 13, en razón a no quedar debidamente acreditada su procedencia, dada la falta de conformidad a la misma por parte de la Dirección Facultativa, y, en su defecto, no resultar tampoco avalada por el oportuno informe pericial.

Por lo que hace al importe del valor de los materiales y herramientas quedados en la obra, a la vista de la manifestación de la promotora de encontrase los mismos en las instalaciones de la obra a disposición de la contratista "Acis 2002 SL" y no quedar debidamente acreditado que, en algún momento, aquélla impidiera a ésta el acceso a la obra al objeto de poder retirar tales elementos.

Resultando, por lo tanto, un saldo liquidatorio a favor de la promotora "Viuconsa SA" del orden de 202480,19 euros. "

Si proyectamos la tesis de la llamada compensación impropia o de créditos conexos con origen en una misma relación contractual hemos de efectuar dos liquidaciones: de un lado, la obra ejecutada en Alicante y; de otro lado, la obra ejecutada en El Albir.

El saldo resultante de la obra de Alicante (209.999,99.- # - 191.042,80.- #) es de 18.957,19.- # a favor de BALPERIA, de tal manera que se incluirá en el Inventario un crédito a su favor por el referido importe y a cargo de ALBIR.
El saldo resultante de la obra de El Albir (200.000.- # - 140.142,54.- #) es de 59.857,46.- # a favor de ALBIR, de tal manera que se incluirá en la Lista de Acreedores un crédito ordinario por el referido importe.": SAP Alicante (Sección 8) 10.02.2012 (Sentencia 56/2012; Rollo 729/2011)

AP Alava

"PRIMERO.- Adania Residencial, S.L. (contratista) y Calefacciones Beitia, S.A.U. (subcontratista) formalizaron sendos contratos de ejecución parcial de obra, con suministro de material, fechados respectivamente el 23 de febrero y 23 de marzo de 2011, correspondientes con las obras de promoción de 51 viviendas en Zabalgana (Vitoria-Gasteiz) por importe de 382.500'02 euros, y 156 viviendas en Getafe (Madrid) por importe de 1.024.759'34 euros.
Calefacciones Beitia, S.A.U. presentó demanda frente a la contratista interesando la resolución de los contratos referidos y su liquidación, con la condena a la demandada al pago de 23.434'46 euros respecto al primer contrato y 179.340 euros por el segundo, correspondientes a las retenciones pendientes de devolución y facturas pendientes de pago, así como al pago de 3.521 euros e intereses. Alega que la contratista impidió la continuación de la correcta ejecución de la obras, y procedió a su resolución unilateral. Añade que no concurrió Adania Residencial, S.L. se opuso a la demanda, al tiempo que formuló reonvención. Alega que no procede la resolución interesada por la actora, dado que los contratos ya habían sido resueltos anteriormente, mediante el requerimiento enviado el 2 de marzo de 2012. Añade que no procede la devolución de las retenciones pues garantizan la correcta ejecución. Las facturas ya fueron tenidas en cuenta cuando se liquidó la obra. Y, como consecuencia de la reconvención reclama las cantidades correspondientes a la liquidación de la obra ejecutada con las penalizaciones pactadas en el contrato por el incumplimiento: 5% de la obra ejecutada y 20% de la pendiente. En concreto reclama 47.555'19 euros por la obra de Vitoria-Gasteiz y 143.541'78 euros por la de Getafe, que incluye daños por reparación de defectos constructivos.
La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda y desestima la reconvención. Considera la Juzgadora que de la prueba documental y testifical no resulta acreditado el hecho de que la actora, Calefacciones Beitia, S.A.U., abandonara la obra, ni la existencia de desperfectos en la obra ejecutada. Admite que pudo haber algún retraso en la ejecución, pero no sólo imputable a Calefacciones Beitia, S.A.U., circunstancias que entiende fueron aprovechadas por al demandada para resolver los contratos cuando la actora ya había sido declarada en situación de concurso y contrató nuevas empresas para finalizar la obra por un precio inferior al contratado, consiguiendo así un importante ahorro en la ejecución.
Frente a la sentencia se alza en apelación Adania Residencial, S.L.. Reitera que fue la actora quien incumplió al abandonar la obra dado que no podía terminarlas. Alega que está probada la existencia de requerimientos previos a la comunicación de 2 de marzo de 2012, cuando se resolvieron los contratos. Antes, 20 de enero y 6 de febrero, se mandaron sendos requerimientos para que retomara la obra, a los que la actora no respondió, como tampoco lo hizo cuando se comunicó la voluntad resolutoria y se remitió una liquidación. Considera que la paralización de la obra por más de un mes aparece acreditada con las testificales y declaración de los peritos, con lo cual es procedente la resolución conforme a la condición decimoprimera del contrato. Asimismo hace mención a las trabajos de reparación y de conclusión de la obra llevados a cabo por Galartxa e Incafrisa. Finalmente reitera la procedencia de la liquidación conforme a lo reclamada en la demanda reconvencional, teniendo en cuenta la liquidación de la obra y las penalizaciones por incumplimiento.
SEGUNDO.- Resolución extrajudicial del contrato.
La S.TS. de 3 de julio de 2013 expresa lo siguiente: *la jurisprudencia, en su función complementaria de nuestro ordenamiento -artículo 1, apartado 6, del Código Civil -, ha venido interpretando el artículo 1124 en el sentido de entender que el mismo también permite un ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora, siempre a reserva de que ésta, si es que no estuviera conforme, acuda a los Tribunales para negar el incumplimiento resolutorio o rechazar la oportunidad de hacerlo valer como causa de extinción sobrevenida de la relación contractual -sentencias de 10 de mayo de 1979, 20 de junio, 5 de julio y 6 de octubre de 1980, 5 de noviembre de 1982, 19 de noviembre de 1984, 14 de junio de 1988, 28 de febrero de 1989, 594/1993, de 15 de junio, 380/2005, de 20 de mayo, 478/2011, de 27 de junio, 162/2012, de 29 de marzo, entre otras muchas -.*
De acuerdo con esa doctrina y tomando en consideración que el artículo 1124 reconoce al contratante perjudicado la facultad de "escoger entre exigir el cumplimiento o la resoluciónde la obligación", hay que entender que ésta última tiene lugar, no cuando se produjo el incumplimiento, sino cuando aquel, tras optar por resolver la relación, lo comunica a la otra parte -con la que había perfeccionado un negocio jurídico bilateral-, mediante una declaración de naturaleza recepticia -sentencia 639/2012, de 7 de noviembre, entre otraso, en su caso, mediante un acto concluyente con el mismo significado y eficacia- "facta ex quibus voluntad concludi potest" -.
Doctrina deducida del art. 1124 del Códifgo Civil, igualmente trasladable a la resolución cuyo fundamento radica en una cláusula contractual expresa, cual acontece en el supuesto de autos, donde la condición decimoprimera expresamente regula la facultad resolutoria por incumplimiento, que en el caso de la contratista podrá ejercerla si se produce bien la paralización de la obra por más de un mes y por causa imputable a la subcontratista, o bien por defetos de obra no reparados, incumplimiento de obligaciones en materia de Seguridad Social y Salud etc..
Con la precedente doctrina procede analizar si en el momento del requerimiento se cumplían los requisitos para estimar efectivamente resueltos los contratos. Requerimiento que la demandada remitió a la actora el 2 de

marzo de 2012, folio 82, cuya recepción el 5 del mismo mes, a las 9:51 horas, aparece
En dicho requerimiento Adania Residencial, S.L. manifestada su voluntad de forma clara y concluyente, ejercitando la facultad resolutoria, liquidación del contrato, incluidas las penalizaciones correspondientes, e indemnización por reparación de defectos constructivos.
La prueba practicada en el juicio evidencia que realmente en la fecha del requerimiento resolutorio la actora había incumplido los contratos, fundamentalmente por la paralización de la obra prolongada por más de un mes, lo cual, como se ha dicho, constituía causa expresa para la resolución.
La prueba documental, folios 77 a 80, pone de relieve que el requerimiento resolutorio vino precedido de otros dos requerimientos, entregados el 20 de enero y el 7 de febrero de 2012, en los cuales ya se pone de manifiesto la paralización de las obras y se requiere la reanudación y puesta al día de los trabajos, bajo apercibimiento de resolver el contrato. No consta que tales requerimientos tuvieran contestación alguna por parte de la demandante, lo que pone de relieve una actitud pasiva que cabe valorar en los términos que hace la S.TS. de 24 de abril de 2012, citada por al demandada, no como prueba de una voluntad determinada, pero sí como pauta interpretativa en orden a fijar los hechos que sustentan la existencia del incumplimiento.
De otra parte el interrogatorio del Sr. Jesus Miguel revela que la concursada intentó buscar alguna manera de pagar a los subcontratistas, ya que no tenía dinero, y poder seguir las obras. Lo cual significa que efectivamente tenía dificultades económicas para porseguir la obra, como consta con los documentos unidos a los folios 83 a 87, en los cuales las subcontratistas de Fontanería Beitia, S.A., en ejercicio de la acción del art. 1597 del Código Civil, reclaman directamente a Adania Residencial, S.L. deudas de aquélla. Así, reclaman: Calvo Munar (70.887 euros, incluye suministros de material desde octubre de 2011) Instalsati (51.647 euros) y Soltugas (7.577 euros). Deudas que existían pese a que Adania Residencial, S.L. había cumplido con los pagos correspondientes a la contratista.
El Sr. Cristobal, asesor de la actora, declara en sentido semejante, con lo que queda acreditado que efectivamente la actora no podía pagar a las subcontratistas y éstas abonadonaron la obra, quedando paralizadas, como lo afirma el aparejador Sr. Inocencio respecto a la obra de Getafe, del mismo modo que lo hace el Ingeniero Sr. Ricardo. Éste añade que existían defectos en la obra parcialmente ejecutada. El testigo Sr. Juan Carlos, encargado de la obra en Getafe reconoce que el 7 u 8 de febrero les echaron de la obra por falta de material y, en contra de lo que asimismo declara sobre la descarga del material suministrado por Calvo Munar, que consta según factura de 31 de enero de 2012, en el documento en el cual ésta reclama la devolución del material (derecho de separación), folio 22, se pone de relieve que no consta albarán de entrega porque nadie los recibió y fue la propia transportista quien descargó en la obra. Los aparejadores Don. Inocencio y Dimas, expresan con claridad que ambas obras estaban paralizadas.
A lo anterior se añade, que la demadante no acredita desde diciembre de 2011, como contractualmente estaba obligada según la cláusula sexta de los contratos, el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y laborales, mediante la entrega mensual a la contratista de los correspondientes TC1 y TC2 y certificación de la Seguridad Social. Hecho que representa un incumplimiento relevante, como se pactó, a efectos de la resolución promovida por la demandada y que en cualquier caso contribuye a estimar que las obras efectivamente se encontraban paralizadas.
Todo ello permite deducir sin genero de duda, art. 386 LEC, que en la fecha del requerimiento resolutorio, recibido el 5 de marzo de 2012, las obras estaban totalmente paralizadas desde más de un mes, y con ello concurría el supuesto de hecho previsto en el contrato para habilitar el ejercicio de la facultad resolutoria por parte de la contratista, Adania Residencial, S.L., sin que pueda tenerse por acreditada la existencia de ningún hecho reprochable a ésta en relación con la inactividad de la subcontratista, del mismo modo que tampoco consta ninguna circunstancia que permita deducir cualquier incumplimiento contractual por parte de Adania Residencial, S.L., ni siquera en cuanto afecta a la existencia de una aval para garantizar la correcta ejecución de la obra con el cual poder liberar las retenciones hechas por ése concepto, pues no consta que tal aval fuera efectivamente entregado a la contratista y por tanto que ésta lo pudiera ejecutar. En cualquier caso tal circunstancia no constituiría un incumplimiento esencial o de suficiente grado como para posibilitar la excepción de incumplimiento frente a la resolución ejercida por la contratista. En consecuencia, conforme a la doctrina expuesta, es procedente declarar que con fecha del requerimiento los contratos quedaron efectivamente resueltos.
Si bien definitivamente, por auto de esta Sala de 24 de febrero de 2014, se declaró la procedencia de la solicitud de concurso necesario de Calefacciones Beitia, S.A., cuya solicitud de se presentó el 10 de febrero de 2012, sin embargo la primera resolución admitiendo y declarando el concurso se dictó con fecha 21 de marzo de 2012, concurso voluntario, de cuya solicitud no consta que Adania Residencial S.L. tuviera conocimiento, por lo que el requerimiento y la resolución de los contratos debe entenderse hechos de buena fe y antes de la declaración del concurso.
La cita de los arts. 61 y 62 LC es inoportuna, por cuanto ambos se refieren a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas al momento de la declaración del concurso, a efectos de que en ese momento puede producirse el ejercicio de la facultad resolutoria, cuando se de incumplimiento por alguna de las partes, así como la posibilidad de resolución o inhibición de la resolución que pretenda ejercer un acreedor, todo ello en interés del concurso, pero tales normas no afectan a una situación jurídica ya establecida antes de la declaración del concurso, cual es la efectiva resolución y extinción del contrato, del cual sólo queda pendiente su liquidación, con el reflejo en el inventario correspondiente, y en su caso clasificación.
TERCERO.- La demandada al calcular la indemnización correspondiente tiene en cuenta el importe de la obra ejecutada conforme a las alegaciones de la propia actora, donde ésta incluye el importe íntegro de la obra ejecutada y facturada. Sin embargo ello no es prueba de que realmente se hubiera pagado en su totalidad la obra efectivamente ejecutada. Así respecto de las facturas de la obra de Vitoria-Gasteiz, aportadas con la demanda, docs 14 y 15, la demandada afirma que ya las tuvo en cuenta en su liquidación de la obra, pero lo que no acredita es que efectivamente estén pagadas. Es más, consta al folio 115 que no se han pagado, ni han

generado retención. Por ello es procedente estimar este aspecto de la demanda, que importa a favor de la actora 7.090'21 euros y 3.122'75 euros respectivamente. Del mismo modo, en las facturas que constan en los documentos 16 y 18 de los aportados con la demanda, se certifica obra ejecutada en Getafe y por tanto, aunque no esté ácabada, debe entenderse que procede su liquidación a cargo de la contratista, pues consta como obra realmente ejecutada y ninguna prueba contradice ese hecho. Por ello deben computarse asimismo en favor de la actora las cantidades respectivas de 34.180'79 euros y 16.102'09 euros. Debe rechazarse sin embargo la reclamación que se funda en la factura unida como doc. nº 17 de la demanda, pues en su enunciado se refleja claramente que se responde a un acopio de materiales y por tanto, al tratarse de un contrato de arrendamiento de obra con suministro de materiales, como resulta de la condición general 5ª, 3º del contrato y reconoce Don. Jesus Miguel, el contratista solo está obligado a recibir la obra realmente ejecutada, conforme resulta los arts. 1588 y 1589 del Código Civil, pero no los materiales que todavía no se habían incorporado a la construcción.
Procede estimar la devolución de las retenciones que la actora reclama en la demanda, pues la garantía de la obra adecuadamente ejecutada ya no es necesaria cuando en la reconvención se reclama el importe de los trabajos realizados para subsanar las deficiencias ya reparadas. Por tanto ninguna garantía cabe mantener pues necesariamente se ha de resolver si efectivamente la subcontratista debe correr con la carga de las obras de reparación o no. En concecuencia, en la liquidación de las retenciones se deben computar éstas, por importe de 13.221'50 euros y 30.465'82 euros, como saldo favorables a la actora, a los que se restará, en su caso, el importe de las obras de reparación debidamente justificadas.
Defectos de obra cuya existencia y cuantificación está acreditada en autos. Así, respecto a la obra de Vitoria-Gasteiz el informe del perito Don. Dimas, folio 116 y la factura de reparaciones efectuadas por Incafrisa, folio 114 (partidas en rojo), y respecto a la obra de Getafe consta informe de los Srs. Ricardo y Inocencio. folio 101, y folio 117, y documental de las obras de reparación ejecutadas por Galartxa. Obras que importan la cantidad de 10.719'64 euros y 17.181'91 euros respectivamente.
Por tanto de las retenciones y de la cuantía de las reparaciones debe deduirse un saldo liquidatorio de la garantía cuyo resultado positivo debe fomar parte de la masa activa frente a Adania Residencial, S.L. por importe respectivo, en cada obra, de 2.501'86 euros y 13.283'91 euros.
De otra parte en los contratos se pactaron las correspondientes penalizaciones por incumplimiento (cláusula decimoprimera) cuyo importe es el 5% de la obra ejecutada más el 20% de la pendiente de ejecutar. Con lo cual la penalización se debe aplicar en los propios términos del contrato, al estar acreditado su incumplimiento y resolución, resultando la obligación de pago de las cantidades correspondiente de 36.835'55 euros por la obra de Vitoria-Gasteiz (presupuestadas en 382.500'02 euros), donde la parte de obra no ejecutada fue el 30'86%; y, 126.359'87 euros (sobre un presupuesto de ejecución de 1.024.759'34 euros) en la obra de Getafe, donde se dejó sin ejecutar un 48'87%. Cantidades que resultan de la liquidación del contrato y por tanto son adeudadas por la concursada, lo cual significa que han de ingresar en el concurso, como créditos ordinarios, sin posibilidad de compensación con la deuda resultante de la liquidación de la obra, conforme resulta del art. 58 LC., por cuanto las obligaciones antes del concurso no reunían los requisitos de tratarse de deudas vencidas, liquidas y exigibles en los términos que establece el art. 1196 del Código Civil.
CUARTO.- Resumidamente la estimación parcial de la demanda se concreta en la suma de 76.281'62 euros, correspondientes a lo siguiente:
-Obra de Vitoria-Gasteiz, 2.501'86 euros, resultado de la liquidación de las retenciones en garantía de la adecuada ejecución de las obras, más 10.212'96 euros correspondientes a factura no abonadas. En total, 12.714'82 euros.
-Obra de Getafe, 13.283'91 euros, resultado de la liquidación de las retensiones en garantía de la adecuada ejecución de las obras, más 50.282'88 euros por facturas no abonadas. Total, 63.566' 80 euros.
La estimación parcial de la reconvención se concreta en los 36.835'55 euros por la obra de Vitoria-Gasteiz y 126.359'87 euros por la de Getafe, ambos en concepto de aplicación de la cláusula penal pactada en el contrato. Total, 163.195'42 euros.": SAP Alava (Sección 1) 28.03.2014 (Sentencia 85/2014; Rollo 23/2014)

AP Almería

"PRIMERO: El demandante inicial Key Fuerteventura SL (hoy Key Mare Inversiones y Participaciones SL) promovió demanda de resolución de contrato de ejecución de obras de 4 de agosto de 2005 para la construcción de 281 viviendas y urbanización aneja, con un anexo en el que se preveían hitos parciales y final de obra de 15/3/2007 por un precio alzado y medición cerrada de 18.421.558 euros, mas iva, incluyendo todas las partidas, a excepción del pilotaje fijado su precio en 81.954,40 euros y un centro de spa por 183.954,40 euros, afirmando que sendas partidas estaban ya abonadas. Con fecha 19 de octubre de 2007, pendiente de ejecutar un 10% de la obra, se hizo un requerimiento notarial para la resolución de contrato por incumplimientos relativos al retraso de la obra, no reparación de deficiencias, negativa al reembolso de gastos de obra previstos en el contrato, negativa a entrega de boletines de instalación e impago de subcontratistas, resultando una liquidación a favor de la demandada Garasa Esñeco SA de 678.224,43 euros, del que interesaban su retención. Además de la resolución contractual por incumplimiento y por desistimiento unilateral, interesaba se declarase la existencia de defectos constructivos a cargo de la constructora por valor de 500.704,72 euros, la procedencia de imponer una penalización por retraso de 359.161,77 euros y otra pena del 10% del valor de obra pendiente en los términos del contrato, así como de abonar 48.236,76 euros por gastos de obra y el derecho de compensación de deudas y créditos que resulten de la liquidación, con derecho de retención durante un año del saldo de 678.224,43 para responder de posibles vicios constructivos. (...)
CUARTO.- Alega el recurrente que la sentencia, al efectuar compensación judicial de los créditos y deudas de ambas partes, dada la situación concursal de la constructora puesta de manifiesto a lo largo del proceso, vulnera lo dispuesto en el art 58 de la Ley concursal y el principio de la par conditio creditorum, de forma que

toda deuda que se reconociese en contra de la constructora concursada y a favor de la promotora, habrá de considerarse crédito ordinario contra la masa.
Ahora bien, olvida el recurrente que el presente litigio arranca de una demanda formulada el 14/11/2007, admitida el 26/11/2007 frente a Garasa y que es a lo largo de su tramitación, cuando la constructora fue declarada en concurso, en concreto, por auto de 5 de octubre de 2009 (folio 3708 y ss de los autos) por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Granada Autos 643/09, Juzgado que resolvió (escrito de 5 de noviembre de 2010) la no acumulación de este proceso al concurso por haber finalizado la fase de comunicación de créditos e impugnaciones, de forma que en el marco de los art 51 y ss de la Ley Concursal, el proceso debía continuar hasta sentencia firme. Cuando se inicia el proceso, la hoy apelante, no estaba en concurso. En este proceso no se debate un incidente concursal, ni el carácter del crédito o deuda en el concurso que resulte de la sentencia, sino la liquidación de las consecuencias económicas de un contrato que quedó resuelto por desistimiento unilateral el 19 de octubre de 2007, fecha en la que habría de procederse a la liquidación de créditos y deudas de dueño y contratista y en el que, precisamente por mor del art 58 de la Ley concursal en redacción anterior a la reforma de la ley 38/11 vigente en aquella fecha, la prohibición de compensación, toma como excepción," aquella cuyos requisitos hubiesen existido con anterioridad a la declaración aunque la resolución judicial que la declare se haya dictado con posterioridad a aquella", siendo así que es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso. Por lo tanto, el motivo ha de ser desestimado y a resultas de la estimación parcial del recurso con la liquidación expuesta en el fundamento anterior, la condena se contrae a la cantidad de 1.457.771,80(deducida la cantidad entregada de 432.159,39 euros).”: SAP Almería (Sección 2) 21.04.2014 (Sentencia 98/2014; Rollo 395/2013)

AP Baleares

“TERCERO.-Se vuelve a plantear en esta alzada la cuestión relativa a si es posible, en relación a una entidad declarada en concurso, invocar la excepción non rite adimpleti contractus, o la aplicación de la cláusula penal por retraso en la entrega, o si lo impide el artículo 58 de la Ley Concursal, que prohíbe la compensación de créditos y deudas del concursado. Así fue estimado en primera instancia.
Sobre esta cuestión hay que citar la importante sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de julio de 2014, en la que se concluye que este régimen no se aplica a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes. Se trata de más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto, con cita, en este punto, de la sentencia de 19 de abril de 2014.
La resolución mencionada fue dictada en relación a un incidente concursal, es decir, conocido por un Juzgado de lo Mercantil. Podríamos plantearnos si, pese al tenor de la resolución, tienen los Juzgados de Primera Instancia y, consecuentemente, esta Audiencia Provincial, competencia para conocer sobre esta punto, dada la atribución de competencias que se hace en el artículo 86 ter de la LOPJ y artículo 8 de la Ley Concursal, que atribuyen al juez del concurso las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.
Tales preceptos se refieren a acciones, no a excepciones, como lo pueda ser la non rite adimpleti contractus, que se formula como objeción, no como acción, y cuyo conocimiento corresponde por competencia funcional al mismo órgano que esté conociendo de la acción ejercitada. En este sentido se han pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 5 de octubre de 2011 y la Audiencia Provincial de Sevilla en sentencia de 15 de noviembre de 2012.
Procede, por tanto, entrar a analizar las alegaciones que hace la parte demandada:
1) Trabajos encargados a terceros para la finalización y ejecución de las obras que se habían contratado a LINARES MORELL, S.L..
Se aportan una serie de facturas relativas a trabajos ejecutados en la vivienda de su propiedad. Tales facturas no han sido ratificadas en el acto de la vista, pues no comparecieron los testigos citados al efecto y se renunció por la parte a la prueba. Del contenido de las facturas aportadas no se deriva que necesariamente fueran trabajos destinados a la terminación de la obra de construcción de la vivienda y que se trate de partidas que hubieran sido contratadas con la entidad actora. No pueden ser tenidas en cuenta para rebajar la cantidad adeudada.
2) Retraso en la entrega y finalización de las obras.
El contrato de ejecución de obra suscrito en fecha 8 de enero de 2009 establece en su estipulación quinta que las obras terminarán el 31 de diciembre de 2009.
En la estipulación sexta se establece una penalización del 0#10 por mil des presupuesto por cada día de retraso imputable al contratista en la terminación de las obras, con un periodo de gracia de dos meses.
El certificado final de obra se firmó por la dirección facultativa en fecha 25 de junio de 2010 y en ella se expresa que las obras terminaron el día 23 de julio de 2010.
La aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato exige que el retraso sea imputable al contratista. Ninguna prueba se ha practicado para determinar las circunstancias en las que se produjo esa diferencia entre el plazo previsto para la terminación de las obras y el certificado final de obras. Únicamente ha declarado en este sentido D. Alexander, quien intervino como aparejador de la entidad constructora, que explicó que el retraso se produjo por modificaciones en el proyecto inicial y también porque se ralentizó la obra por los retrasos en el pago por parte de los demandados.
Ante esa falta de acreditación de que el retraso sea imputable al constructor no resulta procedente la aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato.

3) La obra presenta diversas deficiencias que no han sido reparadas. Se refiere a las fisuras, grietas y filtraciones en la piscina y el jacuzzi del jardín.
Para acreditar la realidad de tales defectos se aporta un informe pericial elaborado por D. Bienvenido, ingeniero de caminos, canales y puertos. El perito ha acudido al acto de la vista para su ratificación y ha sido interrogado por las partes en relación a su contenido.
Se hace referencia a unas grietas que aparecen a ambos lados de la casa, de forma simétrica, de magnitud y dirección idénticas en la transición entre la zona útil habitable y la zona de piscina y jacuzzi. A través de las mismas se produce un pequeño escape de agua hacia la parte exterior del muro de contención perimetral. La causa de las mismas es la falta de coincidencia entre las juntas de retracción, lo que provoca que siempre se formarán fisuras en la estructura en estos puntos cuando bajen las temperaturas de forma continuada. Expone en sus conclusiones que no se ha conseguido una impermeabilización correcta de la piscina ni del jacuzzi, ya que el agua transcurre con facilidad por las grietas.
Se le exhibió al perito el presupuesto aportado por la parte actora sobre las obras necesarias para la reparación, con un valor de 1.167'52 euros. Manifestó que se trataba de una reparación provisional que no reparaba la causa de las grietas.
Debe entenderse acreditada la realidad e importancia del defecto, pues la filtración de agua puede dar lugar a la oxidación de la armadura, que ya puede observarse en alguna de las fotografías aportadas al informe (páginas 24 y 25 del informe).
El importe de la reparación asciende a la suma de 53.500 euros sin IVA. Tanto si se aplica el régimen general, como si se aplica el reducido (art. 91.1.10 de la Ley del IVA), el importe resulta superior a la cantidad reclamada en este procedimiento.
La excepción de cumplimiento inadecuado o de contrato no cumplido regularmente («exceptio non rite adimpleti contractus») constituye una variante de la excepción general de incumplimiento contractual («exceptio non adimpleti contractus»), con idéntica apoyatura legal, por la que, cuando el demandante sólo ha cumplido la prestación a su cargo parcialmente o de manera defectuosa, el demandado puede rehusar su propia prestación hasta que la primera haya sido cumplida totalmente o ejecutada de forma rigurosa, rectificando de modo pertinente los defectos que la prestación presentaba. En una y otra, la ejecución de la prestación reclamada al demandado queda en suspenso, diferida o condicionada a la total y exacta realización simultánea por parte del actor de la prestación que correlativamente le incumbe. La diferencia entre ambas excepciones radica en sus presupuestos, pues, mientras la «exceptio non adimpleti contractus», supone que el actor no ha cumplido ni ofrecido su prestación, la «non rite adimpleti contractus» supone que la ha realizado, pero inexactamente, de manera parcial o defectuosa. Asimismo, existe otra diferencia, en el orden probatorio, entre los casos de inejecución o ejecución incompleta y los de realización defectuosa de la prestación, puesto que, si el demandante corre, en los primeros, con la carga de probar el cumplimiento íntegro que se le cuestiona, es al demandado, en los segundos, a quien incumbe la prueba de las deficiencias o irregularidades que la prestación del actor presenta, en cuanto en ello el «excipiens» no se limita a negar el cumplimiento de la obligación contraída por el demandante, sino que introduce en el debate procesal nuevos hechos obstativos del regular y exacto cumplimiento debido por éste.
La reciprocidad que ha de presidir el desarrollo funcional de las obligaciones bilaterales y la equidad que debe inspirar la aplicación de las normas (art. 3, ap. 2, del Código Civil) han conducido a la jurisprudencia a la adopción de soluciones correctoras encaminadas a restablecer el equilibrio de las prestaciones, que, en términos generales, pasan por la reducción parcial de la prestación reclamada en medida equivalente o proporcional a la parte que al demandante resta por cumplir de la suya y a la importancia económica de las deficiencias constatadas en ella. El Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada que uno de los efectos de la apreciación de la exceptio non rite adimpleti contractus puede ser la reducción del precio estipulado (sentencias de 11 de diciembre de 2009 y 12 de diciembre de 2012, entre otras muchas).
Atendido el importe reclamado en relación al valor de reparación de las deficiencias apreciadas en la obra objeto del contrato, procede la desestimación, por lo que debe estimarse el recurso de apelación y dictar sentencia desestimatoria de la demanda. “:SAP Baleares (Sección 3) 26.06.2015 (Sentencia 189/2015; Rollo 176/2015)

AP Barcelona (Sección 15)

“Fundamentos de derecho.—I. La Sentencia apelada dio respuesta al incidente que en el seno del concurso interpuso la administración concursal para lograr que el Banco S., S.A. («Banco S.») reintegrara a la masa activa la cantidad de 722.385,06 eu-ros, que es la diferencia entre el saldo deudor (1.199.662,38 euros) que presentaba la cuenta corriente de crédito n.º..., vinculada a una póliza de crédito, a la fecha de de-claración del concurso de «R., S.A.», el 9 de agosto de 2005, y el que arrojaba al día 3 de enero de 2006 (477.277,32 euros), cuando el Banco, ya declarado el concurso, co-municó su crédito contra la concursada declarando una cuantía inferior al saldo deu-dor existente a la fecha del concurso, como consecuencia de los ingresos y pagos efec-tuados con posterioridad en esa cuenta corriente y hasta el vencimiento natural de la póliza de crédito. La administración concursal pedía que se declarara improcedente la compensación que con función de pago había efectuado el Banco ya declarado el concurso, por vulnerar el art. 58 de la LC, y que fuera condenando a reintegrar a la ma-sa las cantidades ingresadas en la cuenta con posterioridad.
En su fundamentada Sentencia, que la administración concursal impugna, el señor Magistrado Mercantil, tras abordar la problemática que suscita el art. 58 LC y la inci-dencia del RDL 5/2005, de 11 de marzo, concluyó que la compensación de los ingre-sos posteriores con el saldo deudor, prevista en el clausulado, estaba permitida por el régimen de los contratos en vigor tras la declaración de concurso (art. 61 LC), puesto que la póliza de crédito no se declaró vencida anticipadamente y siguió operativa tras la declaración de concurso. Por ello desestimó la pretensión y declaró que el crédito concursal reconocido a favor del Banco había quedado

reducido al saldo que arroja-ba la cuenta a la fecha del vencimiento de la póliza, el 20 de noviembre de 2005, esto es, a 477.277,32 euros.
II. Se ha de partir de los siguientes hechos incontrovertidos:
i) El 21 de mayo de 2001 la concursada y el «Banco S.» suscribieron una póliza de crédito por límite máximo de 601.012 euros, siendo objeto de sucesivas renova-ciones mediante cláusulas adicionales, en la última de las cuales, formalizada el 24 de mayo de 2004, se fijaba el límite crediticio en la suma de 1.200.000 euros y se esta-blecía como fecha de vencimiento de la póliza el 20 de noviembre de 2004, permi-tiéndose dos prórrogas tácitas de doce meses cada una salvo que una de las partes no-tificase a la otra su intención de cancelarlo con quince días de anticipación, por lo que el contrato vencía el 20 de noviembre de 2005 o bien el 20 de noviembre de 2006. Se estipulaba que el importe del crédito se reflejará en la cuenta corriente n.º... (es la cuenta corriente a que se refiere la administración concursal en su demanda inciden-tal), en la cual se adeudarán las cantidades de que disponga el acreditado, intereses y gastos, y se abonarán las cantidades que este entregue.
Se incluía además una cláusula de compensación del siguiente tenor: «*Todas las cuentas y depósitos de efectivo o valores que el acreditado tenga o pueda tener en el Banco en las que figure como titular único o indistinto, quedan afectas al cumpli-miento de las obligaciones derivadas de este contrato, pudiendo el Banco compen-sar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos (...)*».
Además, la concursada y el Banco habían concertado un contrato de gestión de cobro de créditos comerciales por cuya virtud el Banco asumía la gestión de cobro de los efectos que le entregara la primera, al objeto de ser abonados en la mencionada cuenta corriente de crédito.
ii) Al declararse el concurso el 9 de agosto de 2005, la cuenta corriente de cré-dito presentaba un saldo deudor por 1.199.622 euros, y por dicha cuantía fue incluido el crédito del «Banco S.» en la lista de acreedores.
Uno y otro contrato, el de crédito y el de gestión de cobro, cuya habitual operati-va se reflejaba en la indicada cuenta corriente, no fueron declarados vencidos de for-ma anticipada al ser declarado el concurso, de modo que continuaron vigentes. En la época posterior al concurso (según revela el extracto de movimientos de la cuenta), el Banco devolvió (por indicación de la administración concursal) los recibos que se giraban contra dicha cuenta, o ciertos recibos, y en ella se efectuaron ingresos proce-dentes de la gestión de cobro de los efectos comerciales. La concursada admite que an-tes del concurso había entregado al Banco efectos para su cobro por un importe total de 750.349 euros.
De este modo, tras los ingresos y pagos que refleja la cuenta corriente (folios 21 y s.), llegado el día del vencimiento de la póliza, el 20 de noviembre de 2005, el saldo deudor a cargo de la concursada ascendía a 477.277 euros, y por dicha cuantía fue comunicado por el «Banco S.» a la administración concursal en enero siguiente.
iii) De lo expuesto se concluye que el Banco no hizo uso de la cláusula de compen-sación convencional antes mencionada (aplicando saldos acreedores de la concursada obrantes en otras cuentas o depósitos), sino que, estando la póliza de crédito operativa tras la declaración del concurso, fueron efectuados ingresos en la propia cuenta corriente de crédito vinculada, por mérito de la gestión de cobro de efectos comerciales y otras opera-ciones, de tal modo que, al tiempo que minoraban el saldo deudor a cargo del acreditado por compensación automática, se incrementaba el saldo crediticio disponible.
III. La solución que finalmente acoge el señor Magistrado es la correcta porque lo que ha tenido lugar no es una compensación prohibida por el art. 58 LC, sino la reducción del saldo deudor existente a la fecha del concurso a consecuencia de la operativa consustancial a la póliza de crédito de acuerdo con el sistema de cuenta corriente vinculada, que produjo sus naturales efectos tras ser declarado el concurso, ya que el contrato continuó vigente.
No cabe comprender en la prohibición del art. 58 LC la compensación que tiene lu-gar por el tracto sucesivo de una relación contractual que sigue en vigor tras la decla-ración del concurso y cuya operativa técnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática por acuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la di-námica contractual, como es el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se re-flejan las disposiciones e ingresos del acreditado. En tal supuesto, como es el presen-te, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda sustraída de la prohibición legal, porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto, quedando sometida la relación, como concluye el se-ñor Magistrado, al régimen de los contratos pendientes de ejecución (art. 61 LC), ya que la administración concursal y la concursada optaron por la vigencia de la relación cre-diticia tras ser declarado el concurso, sin que el Banco anticipara el vencimiento.
No varía la solución el hecho de que el Banco no impugnara la cuantía del crédito, procedente de la cuenta corriente de crédito, acogida en la lista de acreedores, por el saldo que arrojaba esa cuenta a la fecha del concurso, pues tal suma era, efectiva-mente, correcta, a esa fecha, pero la inclusión por tal cantidad lo era necesariamente sin perjuicio de la ulterior reducción o, en su caso, incremento, motivados por la di-námica propia de la línea de crédito aperturada en cuenta corriente que seguía vigen-te tras la declaración del concurso.”: AAP Barcelona (Sección 15) 29.05.2007 (Rollo 54/2007; RJC 130)

“Se cita a continuación laSentencia de esta Sala de 21 de mayo de 2007para que sirva de antecedente que debe guiar la solución al presente conflicto. Pero el supuesto allí contemplado no es similar a este. En aquel litigio, decíamos en aquella Sentencia, el Banco no hizo uso de una cláusula de compensación convencional como la que ahora examinamos (aplicando saldos dinerarios obrantes en otras cuentas o en general depósitos, créditos o derechos, líquidos o no, de la concursada obrantes o depositados en la entidad de crédito), sino que, reproducimos textualmente, "estando la póliza de crédito operativa tras la declaración del concurso, fueron efectuados ingresos en la propia cuenta corriente de crédito vinculada, por mérito de la gestión de cobro de efectos comerciales y otras operaciones, de tal modo que, al tiempo que minoraban el saldo deudor a cargo del

acreditado por compensación automática, se incrementaba el saldo crediticio disponible", explicando seguidamente que "lo que ha tenido lugar no es una compensación prohibida por elart. 58 LC, sino la reducción del saldo deudor existente a la fecha del concurso a consecuencia de la operativa consustancial a la póliza de crédito de acuerdo con el sistema de cuenta corriente vinculada, que produjo sus naturales efectos tras ser declarado el concurso, ya que el contrato continuó vigente". Por eso se razonaba en aquella Sentencia que "No cabe comprender en la prohibición delart. 58 LCla compensación que tiene lugar por el tracto sucesivo de una relación contractual que sigue en vigor tras la declaración del concurso y cuya operativa técnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática por acuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la dinámica contractual, como es el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan las disposiciones e ingresos del acreditado. En tal supuesto, como es el presente, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda sustraída de la prohibición legal, porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto, quedando sometida la relación, como concluye el Sr. Magistrado, al régimen de los contratos pendientes de ejecución (art. 61 LC), ya que la Administración Concursal y la concursada optaron por la vigencia de la relación crediticia tras ser declarado el concurso, sin que el Banco anticipara el vencimiento".
Esta operativa no es la que ha dado origen a la demanda de reintegración. En este caso no se han efectuado ingresos por la acreditada-concursada en la cuenta de crédito abierta por virtud de la póliza de referencia, siguiendo la dinámica pactada para disminuir el saldo deudor, en particular los obtenidos por el pago de las facturas descontadas, sino que la entidad de crédito, con pretendido amparo en una cláusula que le faculta para compensar cualesquiera bienes, saldos o derechos que pudiera ostentar frente a ella la acreditada por cualquier título, ha rescatado unas participaciones en un fondo de inversión y ha aplicado el producto al saldo deudor de la cuenta de crédito.”: SAP Barcelona (sección 15) 30.09.2008 (JUR 2009794119)

“2. En relación con la primera de las sumas reclamadas (16.917,83 euros), consideramos procedente acoger los razonamientos del recurso, no contradichos por la parte apelada. El recurso de apelación parte del hecho de que no han sido cuestionados por la entidad concursada ni por el Sr. magistrado los importes de las prestaciones pendientes para cada una de las partes del contrato de obra. De un lado, la suma a cargo de la concursada, de 38.256,91 euros, importe de la reparación de los defectos de la construcción, según el dictamen pericial de arquitecto unido a la demanda. De otro lado, la suma de 21.339,08 euros que los actores incidentales reconocen adeudar a GRUP D'INVERSIÓ I NEGOCIS EMPRESARIALS, S.A., que incluye la parte pendiente de pago del presupuesto segundo, complementario, de la obra (19.339,99 euros) y determinados suministros también pendientes de pago (1.999,09 euros).
Debe aceptarse que, como sostiene la parte apelante, cuando en la demanda se habló de la compensación de ambas cantidades, no se hizo invocando una compensación strictu sensu, es decir, en el sentido técnico-jurídico de compensación, de los artículos 1195 y siguientes del Código civil -que nunca citó-, sino a modo de ajuste de las diferentes partidas y prestaciones relativas a la obra, para la fijación del saldo final resultante de la liquidación de la relación contractual. Precisan los recurrentes que las cantidades que restaron de la cantidad que debía abonarles la concursada por los defectos de construcción son solamente cantidades que se presupuestaron para el caso de que todos los trabajos fuesen realizados correctamente, pero, dado que ello no fue así, no nació para los actores la obligación de abonarlos ni se había emitido factura alguna respecto de ellos.
En realidad, estaríamos ante el supuesto del artículo 61.2 de la Ley concursal, de un contrato, respecto del cual, en el momento de la declaración del concurso, hay obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado, como de la otra parte.
En consecuencia, debemos fijar en 16.917,83 euros, la suma que la concursada debe abonar a los demandantes, sin que la concursada pueda reclamar cantidad alguna a los Sres. Candida y Luis Pablo, por ser esa cantidad el saldo resultante de la liquidación de la relación contractual de ambas por la obra referida.”: SAP Barcelona (Sección 15) 30.11.2011 (Sentencia 469/2011; Rollo 483/2011)

“8. La demandante incidental solicitaba la compensación del crédito a su favor con el que ostenta HISPAES contra STIHL por suministros de productos, crédito que la AC había reconocido en la suma de 95.673 euros y que la sentencia del juzgado mercantil reduce a 59.012,53 euros, en pronunciamiento no impugnado.
El Sr. magistrado no entra a examinar la compensación, atendido que no reconoce crédito alguno a favor de STIHL.
El artículo 58 de la Ley concursal (LC), en su redacción aplicable al caso por razones temporales, establece que: " Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal ".
De acuerdo con el artículo 1195 del Código civil (CC), la compensación exige que dos personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra de una cantidad de dinero vencida, líquida y exigible. El concurso de HISPAES fue declarado por auto de 29 de junio de 2009. El crédito de STIHL contra HISPAES es anterior. En realidad, ni siquiera estamos ante una verdadera y propia compensación, en sentido jurídico, sino solo en sentido económico: se trata de la mera liquidación de la relación establecida entre las partes por razón del contrato de colaboración descrito, a modo de cuenta corriente entre los contratantes.
En consecuencia, procede la compensación pedida, hasta la suma del crédito reconocido a STIHL.”: SAP Barcelona (Sección 15) 29.01.2013 (Sentencia 32/2013; Rollo 355/2012)

“CUARTO. 7. Indica a continuación el recurso que la compensación que aplica la sentencia es improcedente porque la actora nunca la solicitó en su demanda y, en cualquier caso, para que opere la compensación judicial el crédito tiene que ser litigioso en el sentido de haber sido objeto de una demanda presentada con anterioridad a la confección de la lista de acreedores.
8. En primer lugar, la compensación, sea legal o judicial, puede ser aplicada o reconocida en la sentencia que resuelve un incidente de impugnación de la lista de acreedores y del inventario sin necesidad de que el crédito pretendido haya sido objeto de reclamación en una demanda anterior. Si lo ha sido y existe un pleito pendiente, la administración concursal hubiera reconocido el crédito como contingente (art. 87.3 LC), pero si no existe una previa reclamación judicial nada obsta a que, una vez excluido por la administración concursal el crédito comunicado, el tercero interesado pueda impugnar la lista para que se incluya, y al mismo tiempo se excluya otro reconocido en el inventario procedente de la misma relación jurídica, lo cual puede motivar la compensación.
Pero en todo caso la sentencia no aplica propiamente una compensación en el sentido técnico legal del art. 1.196 CC, sino que determina el saldo resultante de la liquidación de una misma relación jurídica, esto es, efectúa una liquidación contractual cuyo natural efecto es la consecución de un único saldo a favor de quien resulte acreedora, por la diferencia entre las prestaciones a las que cada parte tiene derecho conforme al contrato y al cumplimiento, incumplimiento, o defectuoso cumplimiento en su ejecución.
Ha declarado la jurisprudencia que no hay genuina compensación, o no se opera, cuando los abonos y adeudos a liquidar fluyen de un contrato único, donde no hay dualidad de créditos, sino exigencia de obligaciones nacidas de un contrato bilateral con equivalencia de prestaciones recíprocas (entre otras, STS de 7 de junio de 1983, 25 de mayo y 16 de noviembre de 1993), lo que es consecuencia del requisito, para que la compensación se produzca, de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, por lo que no cabe apreciarla en obligaciones sinalagmáticas, bilaterales o recíprocas nacidas del mismo título.
En este sentido, declara la STS de 7 de junio de 1983 que el presupuesto o requisito de la dualidad de los créditos sujetos a compensación ha de referirse a fuentes así mismo duales (como reitera la STS de 8 de junio de 1998), "*lo que excluye del concepto aquellas obligaciones que nacen de contrato bilateral en el seno del cual la dualidad se resuelve en mutua condicionalidad, funcionando las obligaciones asumidas por cada parte contratante como causa de las aceptadas por la otra en régimen de querida y esencial equivalencia, siendo la estructura sinalagmática ajena a la situación que propicia la compensación propia, en la cual no existe sentido sinalagmático alguno ni originaria (en el sentido de que las obligaciones nazcan la una de la otra) ni finalísticamente...*".”: SAP Barcelona (Sección 15) 15.05.2013 (Sentencia 205/2013; Rollo 507/2012)

“PRIMERO. 1. La administración concursal del concurso de PROPILÁN S.A. ejercitó en su demanda, en acumulación simple, dos acciones previstas en la Ley Concursal para lograr la reintegración a la masa de ciertas cantidades de dinero percibidas por Caixa D'Estalvis del Penedès, antes y después de la declaración del concurso, de una cuenta bancaria titularidad de la concursada:
a) La acción de anulación que prevé el art. 40.7 LC, respecto de ciertas operaciones de cancelación de posiciones acreedoras a favor de Caixa Penedès efectuadas por esta entidad, con posterioridad a la declaración del concurso, en o desde la cuenta de crédito de la concursada nº 3300026312, por un importe total de 246.724,54 #; y
b) la acción de reintegración concursal del art. 71 LC dirigida hacia otras operaciones de cancelación de posiciones acreedoras efectuadas por Caixa Penedès con anterioridad a la declaración de concurso, en la misma cuenta bancaria, por el importe total de 107.005,82 #.
2. Los correspondientes cargos efectuados por Caixa Penedès en dicha cuenta para cancelar posiciones acreedoras se producen, con el consentimiento de la concursada, en el marco operativo de una póliza de crédito para operaciones de comercio exterior, suscrita el 28 de junio de 2005, que continuó en vigor tras la declaración del concurso de PROPILÁN (por auto de 23 de septiembre de 2008).
La demanda de la AC lo admite, pero considera que, conforme a los arts. 40.7 y 71 LC, tales cargos en cuenta deben ser declarados ineficaces, y condenada la entidad financiera a reintegrar a la masa las cantidades percibidas.
3. La sentencia del juzgado mercantil desestimó ambas pretensiones con base en las disposiciones del RDL 5/2005, de 11 de marzo. En su recurso de apelación la AC argumenta que la citada norma no resulta aplicable a las operaciones cuya ineficacia pretende al amparo de aquellos preceptos (arts. 40.7 y 71 LC), defendiendo la concurrencia en el caso de sus respectivos requisitos.
4. Como se ha dicho, los cargos efectuados por Caixa Penedès en la cuenta nº 3300026312, titularidad de la concursada, para saldar posiciones acreedoras a favor de la entidad financiera, cuya devolución o reintegración pretende la AC, se enmarcan en la operativa de una póliza de crédito para operaciones de comercio exterior. La AC admite en su demanda que por virtud de este contrato de crédito PROPILÁN obtenía de Caixa Penedès el anticipo de las facturas que giraba a clientes extranjeros, por ventas o exportación, debiendo reembolsar su importe a Caixa Penedès al vencimiento de las correspondientes facturas.
En la ejecución del contrato, pone de manifiesto la AC, no se producía una cesión de los créditos que representaban las facturas por parte de PROPILÁN a Caixa Penedès, como terminó declarando la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 2010 (dictada en el rollo de apelación 222/2010), de modo que el importe de los pagos realizados por los clientes extranjeros pertenece a la concursada.
SEGUNDO. 5. Conviene exponer el contenido obligacional y la operativa de financiación pactados por las partes por virtud de este contrato crediticio de financiación que, como se ha dicho, ha continuado vigente tras la declaración de concurso de PROPILÁN.
-Con el título *"póliza de crédito para la cobertura de operaciones de exterior y otras"*, el documento dispone (traducimos del catalán) que *"la presente póliza tiene como finalidad cubrir la posición acreedora de la CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS ante la parte acreditada generada como consecuencia de la formalización de*

operaciones de importación, exportación y en general de cualesquiera transacciones mercantiles".
En consecuencia -dice el documento-, Caixa Penedès *"abre un crédito instrumentado en una cuenta especial",* hasta el límite finalmente ampliado a 900.000 #, *"a favor de la parte acreditada, para asegurar el buen fin de las operaciones que se indican en la cláusula siguiente"*.
-La cláusula segunda estipula que, con cargo al crédito que se concede, la parte acreditada podrá hacer pago a Caixa Penedès de las obligaciones relacionadas seguidamente, y así mismo Caixa Penedès podrá hacerse cobro de las cantidades que acredite por cualquiera de los conceptos relacionados a continuación, entre ellos *"las cantidades debidas por la parte acreditada a Caixa Penedès en el supuesto de impago a sus vencimientos de financiaciones de operaciones de importación o exportación"* (son, entre otras, las "obligaciones aseguradas").
Indica la póliza (cláusula segunda) que el cobro por Caixa Penedès de cualquiera de las obligaciones aseguradas producirá el efecto de cancelar la deuda satisfecha, y que a partir del momento del cargo de cada deuda en la cuenta especial, el mismo quedará integrado en el saldo dispuesto del crédito estipulado, que podrá ser reclamado por la entidad financiera. En esta cuenta especial en la que se formaliza el crédito se asientan así mismo cuantos abonos se efectuen para disminuir el saldo deudor.
-Conforme a la cláusula cuarta, el saldo deudor del crédito, debido en la cuenta especial abierta, devengará el interés anual indicado en las condiciones especiales. Se pacta que la periodicidad de la liquidación de los intereses de los saldos deudores será trimestral.
-La cláusula 6, titulada "garantías", establece que la parte acreditada faculta a Caixa Penedès para que pueda aplicar libre y directamente al pago y cumplimiento de cuantas obligaciones deriven del contrato los siguientes bienes y derechos: a) los bienes depositados en la entidad de crédito, de los que la parte acreditada figure como titular, entre los que se citan, no limitativamente, los saldos de cuentas y libretas de ahorro, certificados de depósito, depósito de valores y activos financieros de cualquier clase.
Añade que la facultad de resarcimiento prevista en esta cláusula podrá ser ejercitada por Caixa Penedès por vía de compensación, que se pacta con carácter convencional, y que procederá aunque los créditos y derechos de la parte acreditada no hayan vencido aún, ya que sólo a estos efectos compensatorios se consideran exigibles.
Caixa Penedès podrá ejercitar las facultades que le confiere esta cláusula por el mero hecho de haber vencido, aunque sea anticipadamente, y no haberse satisfecho cualquier cantidad que acredite como consecuencia de este crédito, sin necesidad de previa notificación a la parte acreditada ni declaración judicial
o denuncia alguna de incumplimiento
-En la cláusula 7, "garantías adicionales", se conviene una modalidad de prenda sobre créditos a favor de la parte acreditada, en garantía del saldo deudor que resulte de la cuenta de crédito a la cancelación del contrato.
6. La cuenta bancaria asociada al crédito es la indicada, núm. 3300026312, titularidad de PROPILÁN. En esta cuenta, como resulta de la documentación aportada por ambas partes, se contabilizan los anticipos efectuados por Caixa Penedès, los ingresos de los clientes, transferencias e ingresos de la acreditada y los cargos al vencimiento de las facturas (o bien unos días antes o después, como se verá), dando lugar en cada momento a un saldo deudor que incrementa o reduce el capital dispuesto.
En la operativa habitual (como muestra el documento 6 de la demanda), la acreditada PROPILÁN solicita por escrito a Caixa Penedès el anticipo de las facturas de que se trate, que reseña (con su número, fecha de emisión, cliente, importe y vencimiento) y acompaña, correspondientes a ventas al exterior, e indica que *"tanto los abonos como los cargos derivados de esta operación serán realizados en nuestra cuenta nº 3300026312".*
Caixa Penedès abona el anticipo en la citada cuenta y, como regla o en principio, al vencimiento de la factura efectúa en dicha cuenta el correspondiente cargo de adeudo, que, junto con los ingresos y transferencias que en la cuenta se contabilizan conforme al clausulado del contrato, y correspondientes liquidaciones de intereses, mediante automática compensación, arrojan un saldo deudor en cada momento.
TERCERO. 7. A) Por lo que respecta a la acción de anulación del art. 40.7 LC, la demanda expone que Caixa Penedès, tras la declaración de concurso, y sin el consentimiento de la AC, ha realizado diversos cargos en la cuenta de crédito correspondientes a facturas previamente anticipadas cuyo vencimiento era posterior a la declaración de concurso (declarado por auto de 23 de septiembre de 2008).
Los cargos en la citada cuenta (según el cuadro que incorpora la demanda) se realizan entre el 24 de septiembre y el 28 de noviembre de 2008, por un importe total de 246.724,54 #.
No obstante, indica la demanda que algunos de estos adeudos fueron autorizados por la AC, si bien por error.
La nulidad se basa, por tanto, en que la AC no autorizó estos "pagos" y de ahí la ineficacia que pretende conforme al art. 40.7 LC.
B) La acción de reintegración del art. 71 LC se funda en que Caixa Penedès, antes de la declaración de concurso, canceló sus propias posiciones acreedoras frente a PROPILÁN en la indicada cuenta, en concepto de anticipos de facturas que vencían con posterioridad a la declaración de concurso (auto de 23 de septiembre de 2008).
Se trata de dos importes, uno por 92.461,10 # y otro por 14.544,72 # (en total 107.005,82 #), correspondientes a dos facturas emitidas, respectivamente, el 30 de mayo de 2008 y el 16 de julio de 2008, y con vencimiento el 30 de septiembre de 2008. La AC señala que " *la fecha del adeudo realizado por Caixa Penedès"* es el 18 de junio de 2008 y el 29 de agosto de 2008, respectivamente.
De este modo -considera la AC-, Caixa Penedès adeudó directamente esas cuantías en la cuenta de la concursada, sin someterse para su cobro a las reglas concursales, lo que conlleva un claro perjuicio para la masa activa.
8. Caixa Penedès puso de manifiesto frente a ambas pretensiones que se trata de una póliza de crédito que ha seguido en vigor tras la declaración de concurso, y los cargos realizados en la cuenta en la que se instrumentaliza y liquida el crédito constituyen la operativa propia del contrato crediticio. En la apertura de crédito en cuenta corriente la realización de ingresos va disminuyendo el saldo paulatinamente, de forma que

los distintos cargos y abonos se compensan automáticamente, determinando así en cada momento un saldo deudor. Aportaba los extractos y justificantes de abonos y cargos, que muestran que la mayoría de los cobros son al vencimiento de las facturas, si bien con algunas excepciones, en supuestos en que se adelanta o bien se retrasa el cargo unos días respecto de la fecha de vencimiento de las facturas.
Hacía mención asi mismo a la garantía de compensación que estipula la cláusula sexta, si bien, aclaraba, no ha hecho uso de tal facultad.
CUARTO. 9. A) En el análisis de la acción de reintegración (art. 71 LC), el juez del concurso contempla inicialmente la aplicación al caso de la presunción de perjuicio, que no admite prueba en contrario, establecida en el art. 71.2 LC, por tratarse de pagos de obligaciones cuyo vencimiento era posterior a la declaración de concurso. Considera razonable que si la entidad financiera, antes de la declaración de concurso, aplicó fondos de la cuenta de referencia a cubrir facturas que había anticipado pero cuyo vencimiento era posterior a la declaración de concurso, dichas operaciones *serían reintegrables*.
No obstante, entiende aplicable al caso el art. 71.5 LC, conforme al cual en ningún caso podrán ser objeto de reintegración los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados, siendo legislación especial a estos efectos (conforme a la disposición adicional segunda de la LC) el RDL 5/2005, de 11 de marzo, que configura la compensación como un instrumento de garantía a favor de la entidad financiera. Ejecutada la garantía conforme a lo pactado -indica la sentencia-, la compensación sería posible, ya que así se pactó en el apartado de garantías de la póliza (cláusula 6).
B) En cuanto a la acción de anulación, aplica el anterior fundamento jurídico, en la medida en que ese instrumento de garantía (la compensación) estaba pactados en la póliza, que no había sido resuelta, por lo que la entidad financiera podía aplicar las garantías pactadas y amparadas en el RDL 5/2005.
10. A) El recurso de la AC, en lo que respecta a la acción de reintegración, en síntesis, niega la aplicabilidad al caso del RDL 5/2005, por no tratarse las operaciones cuya reintegración se solicita de *compensaciones* en el sentido recogido en dicha norma, sino de cargos en cuenta realizados con anterioridad al vencimiento de obligaciones de terceros frente a la concursada. Tampoco se trata de compensaciones en el sentido del art. 1196 CC, ni de una compensación realizada en el seno de la cuenta corriente, sino de *cargos en cuenta,* sin previo incumplimiento de la parte acreditada. Las facturas emitidas por PROPILÁN contra los clientes no habían vencido cuando Caixa Penedès cancela sus posiciones acreedoras, como refleja el documento 6 de la demanda y el cuadro inserto en ella, que muestra que los cargos en cuenta aplicados por Caixa Penedès, el 18 de junio y el 29 de agosto de 2008, son de fecha anterior al vencimiento de las facturas (30 de septiembre); no puede hablarse de compensación cuando se cargan en cuenta de la concursada cantidades que todavía no constituyen un crédito.
Apunta que la ejecución de la cláusula sexta de la póliza no está amparada por las disposiciones del RDL 5/2005 (arts. 11 y 12), pues para poder ejecutar la garantía a la que se acogió Caixa Penedès debió esperar, entre otros requisitos que no se dan, a que se produjera el incumplimiento de los terceros, es decir, al vencimiento de las facturas.
B) En cuanto a la acción de nulidad (art. 40.7 LC), sostiene igualmente que no se trata de operaciones de compensación, sino de cargos en cuenta, por importes correspondientes a facturas emitidas contra terceros por la concursada y -añade- aún no vencidas. No es aplicable tampoco el RDL 5/2005, ya que el blindaje que otorga (art. 15.5 de este RDL) no se aplica frente a las acciones de anulación, sino frente a posibles acciones de rescisión.
Apreciación del tribunal
CUARTO. 11. La controversia sometida a enjuiciamiento guarda identidad de razón con el litigio al que este tribunal dio respuesta en la sentencia de 21 de mayo de 2007 (rollo de apelación 54/2007), que la parte demandada invoca en defensa de su actuación y posición jurídica.
En aquel supuesto resolvimos una acción de reintegración a la masa activa por indebida compensación, contraria al art. 58 LC, por razón de los cargos en una cuenta corriente de crédito, vinculada a una póliza de crédito que continuó vigente tras la declaración del concurso, que produjeron una reducción del saldo deudor de la concursada entre la fecha de la declaración de concurso, como consecuencia de ingresos, y la fecha de comunicación del crédito de la entidad financiera, hasta el vencimiento pactado de la póliza de crédito.
También en aquel caso la póliza de crédito incluía una cláusula de garantía por vía de compensación semejante a la cláusula sexta que incorpora el contrato al que se refiere este litigio.
En aquella sentencia el tribunal constató (y situación idéntica concurre en este caso) que la entidad financiera no hizo uso de la cláusula de compensación convencional (aplicando los saldos acreedores de la concursada obrantes en otras cuentas o depósitos), es decir, no ejecutó esa garantía convencional, sino que *"estando la póliza de crédito operativa tras la declaración del concurso, fueron efectuados ingresos en la propia cuenta corriente de crédito vinculada, por mérito de la gestión de cobro de efectos comerciales y otras operaciones, de tal modo que, al tiempo que minoraban el saldo deudor a cargo del acreditado por compensación automática, se incrementaba el saldo crediticio disponible".*
Finalmente concluimos que *"lo que ha tenido lugar no es una compensación prohibida por el art. 58 LC, sino la reducción del saldo deudor existente a la fecha del concurso a consecuencia de la operativa consustancial a la póliza de crédito de acuerdo con el sistema de cuenta corriente vinculada, que produjo sus naturales efectos tras ser declarado el concurso, ya que el contrato continuó vigente"*.
Nuestro argumento era el siguiente:
-*"No cabe comprender en la prohibición del art. 58 LC la compensación que tiene lugar por el tracto sucesivo de una relación contractual que sigue en vigor tras la declaración del concurso y cuya operativa técnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática por acuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la dinámica contractual, como es el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan las disposiciones e ingresos del acreditado"*.

-"En tal supuesto, como es el presente, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda sustraída de la prohibición legal, porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto, quedando sometida la relación, como concluye el Sr. Magistrado, al régimen de los contratos pendientes de ejecución (art. 61 LC), ya que ".
-"No varía la solución el hecho de que el Banco no impugnara la cuantía del crédito, procedente de la cuenta corriente de crédito, acogida en la lista de acreedores, por el saldo que arrojaba esa cuenta a la fecha del concurso, pues tal suma era, efectivamente, correcta, a esa fecha, pero la inclusión por tal cantidad lo era necesariamente sin perjuicio de la ulterior reducción o, en su caso, incremento, motivados por la dinámica propia de la línea de crédito aperturada en cuenta corriente que seguía vigente tras la declaración del concurso".
12. En este supuesto la entidad financiera puede reclamar una solución similar, por imperativo del principio de igualdad en la aplicación de la ley, al existir una identidad de razón, y en todo caso estamos convencidos de que la merece.
Los cargos en cuenta objeto de sendas acciones concursales responden a la operativa propia de la póliza de crédito para la cobertura de operaciones de comercio exterior, suscrita por Caixa Penedès y la concursada el 28 de junio de 2005. La operativa pactada, que vincula a las partes y a los órganos del concurso si es que, como es el caso, la relación financiera sigue vigente tras la declaración de éste, supone y determina la siguiente dinámica contractual: por virtud de este contrato de financiación, Caixa Penedès otorga un crédito, hasta un máximo disponible en una cuenta especial, para asegurar el buen fin de las operaciones de comercio exterior que realice la concursada (cláusula 1); con cargo a ese crédito PROPILÁN pagaría y Caixa Penedès cobraría las cantidades debidas por la primera "en el supuesto de impago a sus vencimientos de financiaciones de operaciones de importación o exportación" (cláusula segunda); a partir del momento del cargo de cada deuda en la cuenta especial, la parte acreditada, PROPILÁN, va disponiendo del capital, que ha de reembolsar, y a tal efecto, en esta cuenta especial en la que se formaliza el crédito, se asientan los ingresos de los clientes y cuantos abonos sean efectuados por la parte acreditada para disminuir el saldo deudor (cláusula segunda).
En el modo habitual de la operativa (está admitido y resulta de la documentación aportada con la demanda y la contestación), la concursada solicita el anticipo de facturas emitidas a clientes extranjeros, y a tal efecto lo comunica a Caixa Penedès (apartado 6 de esta fundamentación), que abona el importe en la cuenta especial de crédito para, posteriormente, cargar en la misma cuenta el adeudo correspondiente, a la fecha de vencimiento de las facturas (como admite la AC).
Es decir, en esa cuenta especial en la que se instrumenta el crédito, concedido no por una cuantía concreta e invariable a reintegrar en sucesivos plazos, sino hasta una cuantía máxima, de la que se podrá disponer total o parcialmente, se asientan abonos o anticipos de la entidad financiera, pagos de los clientes extranjeros e ingresos de la parte acreditada que, en cada caso, incrementan o reducen el capital disponible y, en cada momento, reflejan un saldo deudor, aplicadas las liquidaciones de intereses.
La concursada se beneficia así de una financiación a varios meses mediante el anticipo de sus facturas, que, sin perjuicio del pago por sus clientes, se obliga en todo caso a reembolsar a la entidad financiera desde el vencimiento de aquéllas. Es una forma de financiación que ha venido funcionando varios años antes de la declaración de concurso y después de éste, como reflejan los extractos de la cuenta asociada que se aportan por ambas partes. La AC no ha solicitado la resolución de este contrato de financiación tras la declaración del concurso conforme permite el art. 61.2 LC.
13. Los cargos en esa cuenta especial, que no es una cuenta corriente bancaria ordinaria, sino predispuesta y determinada por las disposiciones realizadas en el marco de una póliza de crédito, aplicados por Caixa Penedès, no se desvían de la operativa contractual de financiación pactada entre las partes, y que, con la aquiescencia de la AC, ha permanecido vigente tras la declaración de concurso, lo que sin duda ha constuidido un instrumento de confianza para los acreedores en orden a la aprobación de un convenio que facilite la contuinuidad de la actividad empresarial de la concursada.
14. Aplicado al caso cuanto se ha expuesto, deben desestimarse ambas acciones.
No es procedente acudir a las disposiciones del RDL 5/2005, de 11 de marzo, porque la entidad financiera demandada no ha ejecutado la garantía que prevé la cláusula sexta para resarcirse de las sumas adeudadas, ni ha cancelado el contrato para ejecutar la pignoración que establece la cláusula séptima. Simplemente, observando la dinámica habitual (recordemos las instrucciones de la concursada, antes de la declaración de concurso, conforme venía desarrollándose la relación financiera: "tanto los abonos como los cargos derivados de esta operación serán realizados en nuestra cuenta nº 3300026312"), la entidad financiera demandada ha efectuado los cargos correspondientes en la cuenta especial, si bien en algunos casos pocos días antes del vencimiento de las facturas, pero ello es irrelevante, como veremos.
Los cargos responden, en fin, a la dinámica financiera del contrato crediticio, que ha continuado en vigor tras la declaración del concurso, y esto es trascendente para la suerte de las pretensiones ejercitadas, pues el precepto aplicable, que es el art. 61.2 LC, impide la reintegración que se pretende..": SAP Barcelona (Sección 15) 18.09.2013 (Sentencia 338/2013; Rollo 118/2013)

"SEGUNDO. Hechos que contextualizan el conflicto
5. Los hechos que podemos considerar que sirven de contexto al conflicto que enfrenta a las partes, que tiene un carácter esencialmente jurídico, son los siguientes:
A) La concursada Asone y SET suscribieron el 1 de marzo de 2011 un contrato que denominaron "de arrendamiento de apartamentos ubicados en el conjunto residencial
i) Asone cedía a SET los 178 apartamentos en concepto de arrendamiento para su explotación turística por un plazo de 10 años y fijando como contraprestación el pago de una renta arrendaticia de una cantidad anual equivalente al 30 % de los ingresos netos anuales o facturación neta anual. Por excepción, durante el primer

año y segundo año de explotación, y al objeto de amortizar y compensar inversiones y gastos que hayan efectuado por SET para la catalogación del producto, evaluación y optimización en su comercialización, la renta será del 24 % el primer año y del 26 % el segundo. La renta se pagará una vez al año durante el mes de noviembre.
ii) Del importe de la renta SET podría deducir, previa notificación a la propiedad y con el consentimiento expreso de ésta, aquellas obligaciones a cargo de la propiedad que ésta no hubiera atendido (estipulación 3.12).
iii) Las partes reconocían que los apartamentos no se encontraban completamente amueblados (estipulación 5.1) y que la propiedad asumía el coste de la decoración y el equipamiento (estipulaciones 5.2 y 5.3), si bien SET asumiría inicialmente el desembolso y lo repercutiría con cargo a las rentas (estipulación 5.4).
B) Asone fue declarada en concurso el 15 de noviembre de 2011. En ese momento SET tenía un crédito, derivado del amueblamiento y la decoración de los apartamentos, de 1.638.870,85 #, crédito que fue calificado como concursal.
C) SET no le había hecho efectivas a Asone las rentas correspondientes a los ejercicios 2011 y 2012, cuyo importe asciende a la cantidad de 154.716 euros para 2011 y 195.798 euros para 2012, si bien SET no admite esas cantidades como correctas y alega que son 151.419 y 189.254 euros, respectivamente.
TERCERO. Calificación jurídica de la situación
6. Los términos en los que el conflicto viene planteado en esta instancia se limitan a la determinación de si es posible la compensación de un crédito concursal a favor de un acreedor con el crédito que la concursada tiene con ese mismo acreedor, nacido este último después de declarado el concurso. La particularidad se encuentra en que ambos créditos proceden de un mismo contrato de arrendamiento. El crédito concursal corresponde a anticipos hechos por la arrendataria por cuenta de la arrendadora concursada y el crédito a favor de la concursada corresponde a las rentas.
7. En ese contexto, mientras que, que prevé la posibilidad de compensar el crédito a favor de la arrendataria con los créditos futuros a favor de la arrendadora.
8. STSde 7 de julio de 1983 exige diversidad de títulos para que se produzca la compensación legal. Se excluyen de la compensación las deudas derivadas de un mismo contrato bilateral, por entender que la concurrencia se resuelve en la mutua condicionalidad propia del sinalagma, que es ajeno a la situación determinante de la compensación legal. Así lo hemos venido apreciando de forma reiterada en nuestras sentencias de 6 de marzo de 2014 (Rollo 573/2012) y de 15 de mayo de 2013 (Rollo 507/2012) de 26 de marzo de 2014 (ROJ: SAP B 2914/2014). Tal y como dijimos entonces, la jurisprudencia ha declarado que no hay genuina compensación, o no se opera, cuando los abonos y adeudos a liquidar fluyen de un contrato único, donde no hay dualidad de créditos, sino exigencia de obligaciones nacidas de un contrato bilateral con equivalencia de prestaciones recíprocas (entre otras, STS de 7 de junio de 1983, 25 de mayo y 16 de noviembre de 1993), lo que es consecuencia del requisito, para que la compensación se produzca, de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, por lo que no cabe apreciarla en obligaciones sinalagmáticas, bilaterales o recíprocas nacidas del mismo título (lo reitera la STS de 8 de junio de 1998).
9. Creemos que esa doctrina es de aplicación en nuestro caso porque la obligación de decorar y amueblar asumida por la arrendataria, que es una obligación típica de la arrendadora, tenía como causa inmediata poder cumplir lo pactado entre las partes en beneficio recíproco de ambas y como justificación la posibilidad de que la arrendataria se podría ir resarciendo de esos desembolsos con cargo a las obligaciones que pudieran surgir a cargo de la propia arrendataria. Por consiguiente, estimamos que estamos ante una liquidación interna de los efectos del contrato y no ante una compensación de créditos propiamente dicha.
10. La conclusión que de ello se deriva es que la demanda del AC estimamos que debe ser desestimada íntegramente, pues debemos reconocer a la arrendataria la posibilidad de "compensar" contablemente su crédito concursal con los nuevos créditos que vayan surgiendo en el ámbito del propio contrato de arrendamiento en concepto de alquileres, sin que le pueda ser exigido el pago en el concurso mientras no le haya sido abonado a la arrendataria su crédito.": SAP Barcelona (Sección 15) 14.07.2014 (Sentencia 244/2014; Rollo 102/2014)

"CUARTO. 11. La cuestión jurídica que se plantea es la procedencia de aplicar al supuesto presente el art. 58 LC, que en la tesis de la concursada y la AC impediría la compensación de las facturas con vencimiento posterior a la fecha de la declaración de concurso
El supuesto es análogo al que hemos resuelto en otros incidentes suscitados en el concurso de SPANAIR (así en el rollo de apelación nº 532/2013 y en el nº 533/2013, dimanante de los incidentes 685/2012 y 689/2012), en los que otros acreedores impugnaban el inventario y la lista de acreedores a fin de liquidar la relación contractual mantenida con la concursada de acuerdo con un sistema de compensación convencional
12. Se trata de analizar si el sistema pactado entre las partes de compensación de saldos y de liquidación de las obligaciones recíprocas se mantiene tras la declaración de concurso, o si, por el contrario, como sostienen la concursada y la administración concursal, declarado el concurso no cabe la compensación de unos créditos que no estaban vencidos. La sentencia de primera instancia estima los argumentos de las demandadas y concluye que el sistema de pagos netos, por el que las compañías liquidaban los saldos correspondientes a cada una de ellas, dando lugar a un único derecho de crédito, queda condicionado por la situación de concurso de SPANAIR y la prohibición de compensación de créditos prevista en el artículo 58 de la Ley Concursal. Por tal motivo, declarado el concurso, aquellos créditos en los que no concurrían los requisitos de vencimiento, liquidez y exigibilidad (art. 1.196 CC) no pueden ser compensados y han de figurar, según se trate, en la lista de acreedores o en el inventario de bienes
Pero no compartimos este criterio.
13. SPANAIR admite expresamente que el sistema de liquidación de las obligaciones dinerarias resultantes del contrato para cada parte era el de compensación ("netting de pago"), de modo que no se abonaban

individualmente, sino que se liquidaban de forma mensual mediante la compensación de cargos cruzados. Esta forma de operar se caracteriza por la indivisibilidad de las cuentas y la unidad de las operaciones, de suerte que cada una de las partes no tiene un derecho independiente a reclamar el precio de los servicios que presta o los cargos o abonos a los que tiene derecho, sino a que se compensen recíprocamente los saldos deudores, obteniéndose un único derecho de crédito a favor de la compañía que resulte favorecida por la liquidación

Esa relación contractual única no cesa con la declaración del concurso ni se ve alterada por la regla general que prohíbe la compensación de créditos en el concurso (artículo 58 de la LC). No es controvertido que SPANAIR cesó en su actividad antes de ser declarada en concurso, si bien quedaban pendientes de liquidar operaciones concertadas previamente. Terminada la relación, esas operaciones han de liquidarse a través del mismo mecanismo pactado en el contrato del que dimanan. No se trata, como afirman las demandadas, de una liquidación por compensación legal o técnico jurídica (artículo 1196 del Código Civil), que estaría prohibida por el artículo 58 de la LC, sino de una compensación contable entre ambas partes dimanante de una sola relación jurídica que, mediante sumas y deducciones, debe determinar un saldo deudor y correlativo acreedor a favor de una o de otra parte, como resultado del efectivo cumplimiento de sus sucesivas y regulares prestaciones

En este sentido, la jurisprudencia ha declarado que no hay genuina compensación, o no se opera, cuando los abonos y adeudos a liquidar fluyen de un contrato único, donde no hay dualidad de créditos, sino exigencia de obligaciones nacidas de un contrato bilateral con equivalencia de prestaciones recíprocas (entre otras, STS de 7 de junio de 1983, 25 de mayo y 16 de noviembre de 1993), lo que es consecuencia del requisito, para que la compensación se produzca, de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, por lo que no cabe apreciarla en obligaciones sinalagmáticas, bilaterales o recíprocas nacidas del mismo título

La STS de 7 de junio de 1983 declara que el presupuesto o requisito de la dualidad de los créditos sujetos a compensación ha de referirse a fuentes así mismo duales (como reitera la STS de 8 de junio de 1998), "lo que excluye del concepto aquellas obligaciones que nacen de contrato bilateral en el seno del cual la dualidad se resuelve en mutua condicionalidad, funcionando las obligaciones asumidas por cada parte contratante como causa de las aceptadas por la otra en régimen de querida y esencial equivalencia, siendo la estructura sinalagmática ajena a la situación que propicia la compensación propia, en la cual no existe sentido sinalagmático alguno ni originaria (en el sentido de que las obligaciones nazcan la una de la otra) ni finalísticamente...".

14. Por ello, tal y como sostiene la recurrente, ha de liquidarse el saldo pendiente, incluyéndose en los textos definitivos de la lista de acreedores o en el inventario un único crédito, a favor de la demandante o bien a favor de la concursada, en función del resultado de la liquidación

QUINTO. 15. No se discute, en principio, el crédito a favor de AIRSHOP, reconocido en la lista de acreedores por importe de 318.754,45 #. Sí es objeto de discusión parte del importe del crédito recíproco o deuda a cargo de AIRSHOP que reseña el inventario por medio de las facturas emitidas por la concursada y aportadas al litigio

La actora impugna, en primer lugar, las facturas núms. 1489, por importe de 6.206,80 # y vencimiento el 19 de enero de 2012; 1499, por importe de 104.949,28 # y vencimiento el 22 de enero de 2012; 1500, por importe de 39.019,34 # y vencimiento el 22 de enero de 2012. Suman en total 150.175,42 #

Alega qe no pueden considerarse para conformar el saldo deudor de AIRSHOP toda vez que estas facturas ya resultaron compensadas en virtud del sistema de neteo que operaba entre las partes. Es decir, este importe total ya resultó liquidado por compensación

16. La justificación que ofrece la actora nos parece satisfactoria.

SPANAIR aplicó un descuento o deducción -compensación- por esa misma cantidad total (150.175,42 #), a cargo de AIRSHOP, el 20 de enero de 2012, tal como resulta del e-mail remitido en esa fecha por Herminia a, de SPANAIR, al personal competente del grupo Newrest, con expresa aplicación al saldo a favor de dicho grupo. Este correo electrónico se aportó con la demanda dentro del bloque documental 3 (obra en los autos al f. 216) y otra copia volvió a aportarse con el escrito de recurso (no es, por tanto, un documento nuevo en la segunda instancia; por ello era innecesario solicitar y proveer su aportación). En el mismo se indican los saldos favorables a sociedades del grupo Newrest y del total se deduce un cargo contra AIRSHOP por la indicada cuantía, dando lugar a un saldo a favor de SPANAIR de 49.723,97 #, con fecha de liquidación de 25 de enero de 2012

Por ello, cabe concluir que en la comunicación de crédito realizada por AIRSHOP en el concurso, en la que detalla un saldo acreedor a favor de AIRSHOP contra SPANAIR por importe de 318.754,45 #, luego reconocido en la lista de acreedores, ya se había aceptado y practicado la correspondiente compensación con las facturas de SPANAIR que importan aquella suma (150.175,42 #), lo que es tenido en cuenta en liquidación realizada por el Sr. Jesús s, director financiero del grupo Newrest, a fecha 12 de marzo, que comunica mediante carta de esa fecha a SPANAIR (la carta está incluida en el bloque documental de comunicación de créditos y fue aportada en el acto de la vista; no es por tanto un documento nuevo). En esta liquidación, indicó el Sr. Jesús s en la vista, se regulariza la situación de las facturas adeudadas por AIRSHOP dando lugar a un saldo a su favor por 318.754,45 #, que es el crédito comunicado y reconocido en la lista de acreedores, dentro del cual ya se ha computado, como hemos concluido, el importe de 150.175,42 # a favor de SPANAIR.

En consecuencia, del importe total de crédito invocado por SPANAIR, que asciende a 437.053,7 #, debe deducirse la cantidad de 150.175,42 #

17. En segundo lugar, AIRSHOP impugna la factura núm. 112, por importe de 37.237,38 #, con fecha de emisión y vencimiento coincidente el 27 de febrero de 2012; y la núm. 113, por importe de 99.611,06 #, con la misma fecha de emisión y vencimiento.

Alega la actora que estas facturas son un duplicado, respectivamente, de la factura núm. 28, por importe de 37.237,38 # y fecha de vencimiento el 2 de febrero de 2012, y de la núm. 29, por importe de 99.611,06 #, de vencimiento el mismo día 2 de febrero de 2012; coincide su importe al céntimo, lo cual resulta imposible si se pretende facturar las comisiones y derechos correspondientes a SPANAIR para dos meses distintos. Con ello

se pretende, alega la actora, duplicar el cobro
La factura núm. 29 (99.611,06 #), emitida el 13 de enero de 2012, recoge como concepto el PSM ("Profit Sharing Model", la participación en beneficios de SPANAIR) devengado o correspondiente al mes de diciembre de 2011. De otro lado, la factura núm. 113, del mismo importe, emitida el 27 de febrero de 2012 y con vencimiento en la misma fecha, responde al concepto de PMS correspondiente al mes de enero de 2012
A su vez, la factura núm. 28 (37.237,38 #), emitida el 13 de enero de 2012, recoge como concepto "comission Bob& DF" de diciembre de 2011; y la núm. 112, por el mismo importe y concepto, devengado en el mes de enero de 2012
Nos parecen razonables los motivos de impugnación de AIRSHOP. Los conceptos a facturar por SPANAIR responden a comisiones y participación en beneficios indexados a factores variables (volumen de ventas y volumen de pasajeros) a liquidar mensualmente, y resulta ciertamente extraño que su importe pueda resultar exactamente coincidente de un mes a otro. No consta que esas facturas, núms. 112 y 113, hayan sido comunicadas en momento alguno a AIRSHOP, y la concursada no ha dado explicación alguna al respecto. Por lo que parece se ha limitado a facturar por tales conceptos para el mes de enero de 2012 la misma cuantía facturada para el mes de diciembre de 2011, lo cual, en las circunstancias descritas, siendo comisiones que normalmene han de variar de un mes a otro (no se alega que sea un fenómeno normal la coincidencia de importes, ni hemos hallado facturas de importes coincidentes), provoca un grado relevante de incertidumbre sobre su veracidad y procedencia, que ha de determinar su rechazo
Procede por tanto deducir de la cuantía total de crédito invocado por SPANAIR el importe de esas dos facturas (37.237,38 # + 99.611,06 #)
19. Por último, la actora impugna la factura núm. 101, por importe de 1.770 #, emitida el 21 de febrero de 2012 y con vencimiento el 22 de marzo de 2012, por el concepto de "3 full days development work, 500 per day"
AIRSHOP rechaza este cargo y concepto por desconocer de qué se trata y no corresponder a ningún concepto que pueda traer causa del contrato marco de servicios
SPANAIR no ha dado razón alguna al respecto en el escrito de oposición al recurso, ni con anterioridad, y tampoco la AC, por lo que, no habiendo quedado justificado el concepto facturado, procede así mismo su rechazo
20. En definitiva, de la cuantía total de crédito invocado por SPANAIR frente AIRSHOP, 437.053,70 #, procede deducir las cantidades de 150.175,42 # + 99.611,06 # + 37.237,38 # + 1.770 # (= 288.793,86 #).
Resulta un saldo acreedor frente a AIRSHOP por importe de 148.259,84 #, a compensar contablemente con el crédito reconocido a favor de AIRSHOP por importe de 318.754,45 #.
Finalmente el saldo resultante sería acreedor a favor de AIRSHOP por importe de 170.494,61 # (todo ello salvo error de cálculo), eliminándose del inventario el crédito de SPANAIR frente a AIRSHOP.
No obstante, el principio de congruencia (evitando la modalidad ultra petita) determina, a fin de no conceder más de lo pedido, la fijación del crédito que cabe reconocer a AIRSHOP en el texto definitivo de la lista de acreedores en la suma de 100.227,55 #, que fue lo pedido en la demanda": SAP Barcelona (Sección 15) 09.10.2014 (Sentencia 322/2014; Rollo 522/2013)

AP Cáceres

"También con carácter previo, debemos señalar que lo que en realidad ha aplicado el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida, en los términos que después se desarrollarán, como razonamiento jurídico esencial de la decisión adoptada en su Parte Dispositiva y, en orden a las pretensiones de la Demanda y a los motivos de Oposición a la misma articulados en el Escrito de Contestación a la Demanda, ha sido la "exceptio non rite adimpleti contractus" (o excepción de contrato defectuosamente ejecutado), con las consecuencias que, en torno a esta figura jurídica, ha establecido el Tribunal Supremo, examinando los presupuestos para la viabilidad de la resolución contractual con fundamento en el artículo 1.124 del Código Civil; en el sentido de que el contrato (o subcontrato) de ejecución de obra, no es que no se haya ejecutado ("exceptio non adimpleti contractus", o excepción de contrato no cumplido), sino que se ha ejecutado pero con defectos relevantes de ejecución material, o, si se prefiere, ha sido parcialmente ejecutado, postulándose, con fundamento en el propio artículo 1.124 del Código Civil, el cumplimiento (no la resolución) contractual en las condiciones y pactos convenidos entre las partes contratantes. (...)
CUARTO.-En relación con la Alegación relativa a "Antecedentes", que encabeza el Exponente Octavo del Escrito de Interposición del Recurso, debe indicarse, como consideración y premisa iniciales, que la cuestión controvertida en esta litis ha sido correctamente concretada por el Juzgado de instancia en al Sentencia recurrida. En efecto, la parte actora pretende el reintegro de las cantidades retenida por la
U.T.E. demandada, Relais & Chateaux (en importe de 46.795,44 euros, más 4.676,01 en concepto de intereses devengados hasta la fecha de la interposición de la Demanda), conforme a la estipulación 3ª de las Condiciones Particulares del Contrato de 23 de Noviembre de 2.009. Dicha estipulación autoriza a la
U.T.E. Relais & Chateaux a deducir de cada factura un 10% en concepto de garantía que responderá de la calidad de los trabajos realizados y de los materiales empleados, de tal modo que, en caso de que estos extremos fueran cumplidos, la U.T.E Relais & Chateaux devolvería a la subcontratista (la entidad actora) las retenciones "a la terminación de todos los trabajos contratados" (...). La parte apelante anuda esta estipulación 3ª a la 5ª de las mismas Condiciones Particulares (relativa al plazo para la ejecución de los trabajos), donde se establece una fecha global de finalización "a la firma del contrato" en el día 1 de Julio de 2.010. De este modo, la tesis de la parte apelante se fundamenta en que, no habiéndosele exigido a la entidad actora ningún tipo de penalización por retraso (estipulación 6ª de las referidas Condiciones Particulares), han de entenderse finalizados los trabajos a fecha 1 de Julio de 2.010 o, en todo caso, si se tuvieran en cuenta los Informes de deficiencias emitidos, el día 1 de Julio de 2.011, por lo que no existiría obstáculo alguno para la devolución de las retenciones; aseveración que no comparte este Tribunal en la medida en que la obra

(trabajos encargados a la entidad demandante) no finalizaron con una ejecución adecuada el día 1 de Julio de 2.010, y entendemos que esta circunstancia constituye un hecho debidamente acreditado simplemente con el examen de los documentos (comunicaciones remitidas entre las partes) incorporados a las actuaciones, donde se advierte el conocimiento de la entidad demandante de que las obras encargadas de climatización, fontanería y saneamiento, gas natural y extinción de incendios, no se concluyeron en esa fecha, ni se concluyeron por la entidad actora, por lo que, en razón de dicho fundamento, no puede la parte actora postular con éxito la devolución de las cantidades retenidas en garantía de una adecuada ejecución de la obra. Además, la fecha que consta en las Condiciones Particulares es la prevista "a la firma del contrato", es decir, en ese momento; de modo que era posible que su finalización se pudiera demorar -como así sucediócon motivo de situaciones o contingencias que acaecieron debido a la propia ejecución material de las obras.
QUINTO.-La segunda Alegación del Escrito de Interposición del Recurso de Apelación (también ubicada en su Exponente Octavo) se rubrica con los términos "error en la valoración de los hechos controvertidos", que la parte apelante sitúa en los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo de la Sentencia recurrida. Tal equivocación no se aprecia, sin embargo, por este Tribunal, cuando -como después se examinará con mayor detalle- la pretensión de la parte actora encuentra su fundamento en el artículo 1.124 del Código Civil, como tendente al cumplimiento del contrato; pero es que, además, este mismo fundamento (con proyección en la denominada "exceptio non rite adimpleti contractus") es, a su vez, la razón que justifica el que la parte demandada detenga y no devuelva las cantidades retenidas en concepto de garantía de la adecuada ejecución de la obra desde el momento en que la obra encargada a la actora se ejecutó con defectos relevantes que hubieron de ser reparados por terceros, y cuantificados otros que exceden -en conjunto- del importe retenido; por lo que la cuestión controvertida aparece correctamente centrada. En relación con el análisis de las Condiciones Generales y Particulares del contrato, convendría significar que no se estima correcto afirmar que las Condiciones Particulares del contrato prevalecen sobre las Generales cuando no confrontan las unas con las otras, sino que se complementan entre sí sin ningún tipo de contradicción ni divergencia. Este Tribunal entiende que el Juzgado de instancia ha efectuado una interpretación de las Condiciones Generales y Particulares del contrato dable de calificarse de global e integradora, es decir, contemplando el contrato en su conjunto para concluir en que la parte demandada no se encuentra obligada a devolver los importes retenidos de las facturas en garantía, porque la garantía (cantidades retenidas de la facturación) ha de emplearse (porque ese es su objeto) en la reparación de las unidades de obra defectuosamente ejecutadas, sin perjuicio de que haya de reconocerse que, ciertamente, es la estipulación décimo tercera d) de las Condiciones Generales la cláusula que habilita a la U.T.E. demandada, Relais & Chateaux, a detener y a no devolver a la entidad demandante subcontratista el importe de la garantía retenida por la existencia de defectos evidentes de ejecución material en las obras realizadas; debiendo añadirse, finalmente, que la expresión que consta al final de esta estipulación con los términos "si procediere" no enerva el derecho que a la U.T.E. demandada, Relais & Chateaux, le otorga esta estipulación en relación con la estipulación 3ª de las Condiciones Particulares, porque sí procede el descuento de las retenciones aplicadas a las facturas ante la realidad, debidamente acreditada, de la existencia de defectos de ejecución relevantes en las unidades de obra ejecutadas. (...)
En este sentido, no cabe duda de que las partes litigantes en este Proceso han reprochado, recíprocamente, a la contraria el incumplimiento del contrato, de tal modo que la entidad demandante considera que debe ser reintegrada en las cantidades que le fueron retenidas de la facturación en los términos previstos en el contrato, en tanto que la entidad demandada, con fundamento en el mismo contrato, se opone a tal devolución o reintegro ante la previsión de aplicar el importe de la garantía a los defectos de ejecución de la obra contratada; y es, en este punto, donde radica (y donde se justifica) la aplicación de la figura de la excepción de contrato defectuosamente ejecutado, o "exceptio non rite adimpleti contractus".
En este sentido, el Alto Tribunal, en Sentencia de fecha 20 de Junio de 2.002, ha declarado que la "exceptio non adimpleti contractus" sólo opera cuando concurre una manifiesta intención de incumplir y no bastan meras sospechas o temores de consecuencias futuras e incluso meros incumplimientos accesorios, al precisarse como necesario la constancia de una manifiesta voluntad de no cumplir lo que contractualmente corresponda (Sentencias de fecha 3 de Marzo de 1.977, 18 de Marzo de 1.987, 22 de Noviembre de 1.995 y de 25 de Enero de 2.001). En Sentencia de fecha 22 de Octubre de 1.997, ha establecido el Tribunal Supremo que "si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que él haya cumplido, este deudor podrá oponer la llamada "exceptio non adimpleti contractus", que no está regulada expresamente en el Código Civil pero deriva de los artículos 1.100, 1.124 y 1.308 y ha sido reiteradamente aplicada por la Jurisprudencia: Sentencias, entre otras más antiguas, de 10 de Enero de 1.991, 9 de Julio de 1.991, 3 de Diciembre de 1.992, 15 de Noviembre de 1.993, 21 de Marzo de 1.994, 8 de Junio de 1.996, otra de la misma fecha 8 de Junio de 1.996 y la de 29 de Octubre de 1996. Sin embargo, el deudor que alega esta "exceptio non adimpleti contractus" la tiene que basar en el incumplimiento real y efectivo de la otra parte, que frustre la finalidad del contrato, no bastando el cumplimiento defectuoso de la obligación. Así, la Sentencia de 21 de Marzo de 1.994 dice:...la excepción "non adimpleti contractus"... exige un verdadero y propio incumplimiento de alguna obligación principal derivada del contrato, sin que puedan una y otra apoyarse en un cumplimiento defectuoso... Finalmente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 8 de Junio de 1.996, ha declarado que "dice la Sentencia de 15 de Marzo de 1.979 que la llamada "exceptio non rite adimpleti contractus" o excepción de contrato no cumplido adecuadamente, opuesta por el deudor que retiene la integridad de su prestación cuando el acreedor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, puede resultar contraria al principio de buena fe en la contratación proclamado en el artículo 1.258 del Código Civil atendidas las circunstancias del caso, pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado, conflicto de intereses que la doctrina resuelve

aplicando las normas específicas de la acción redhibitoria o de la reducción de precio, y en general de la contraprestación, o acudiendo a otras situaciones que ofrece el derecho comparado, remedio que este Tribunal ya ha contemplado precisamente para el contrato de empresa en la reclamación por el contratista del saldo de la obra"; y la Sentencia de 17 de Abril de 1.976, a la que se remite la citada, declara que "la alegación de cualquiera de esas excepciones puede rechazarse cuando sea opuesta a las reglas de la buena fe - artículo 1.258 del Código Civil -, como ocurre cuando sólo se está atrasado en un pequeño resto del contracrédito del actor, o cuando el cumplimiento puede ser mejorado o subsanado de otra manera, en cuyos supuestos, ya las legislaciones extranjeras, de manera expresa, establecen que el deudor podrá retener, para la seguridad de las prestaciones atrasadas, o para la reparación de lo imperfectamente cumplido, una parte suficiente de su prestación". Línea jurisprudencial que se mantiene en la Sentencia de 13 de Mayo de 1.985, citada por la de 27 de Marzo de 1.991, según la cual "el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionada a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente queda satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato, no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.124 del citado texto sustantivo y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio - Sentencias de 21 de Noviembre de 1.971, 17 de Enero de 1.975, 15 de Marzo y 3 de Octubre de 1.979 ".

SEPTIMO.-Pues bien, sin desconocer el esfuerzo desplegado por la parte actora apelante en las alegaciones que conforman esta vertiente del motivo, puede aseverarse que no asiste razón jurídica alguna a la indicada parte ante la entidad del elenco acreditativo practicado a instancia de la parte demandada que revela no solo la existencia de graves e importantes defectos de ejecución material en las obras encargadas a la entidad actora, sino también que la sociedad demandante conocía la existencia de tales defectos y no los subsanó. De ello son exponentes categóricos las pruebas que, de manera detallada y singularizada, se relacionan en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida (los cuales no se estima necesario reproducir en esta sede recursiva) y que han sido correctamente valoradas por el Juzgado de instancia en la expresada Resolución, y, de dicho elenco, destacan, por un lado, las comunicaciones remitidas entre las partes contratantes junto con el soporte documental demostrativo de que la subsanación de los defectos existentes hubieron de ser encargados a un tercero, y por otro, los Informes Técnicos emitidos por la entidad Vorsevi, encargada del control de calidad de la obra, que se acompañaron al Escrito de Contestación a la Demanda señalados como documento con los números 4 y 5. Ambos Informes Técnicos son demostrativos de la existencia de defectos graves en la ejecución de las obras encargadas a la entidad demandante, aun cuando alguno de ellos se hubieran subsanado, pero no otros, de notable entidad y que, conforme a los dos Dictámenes Técnicos indicados, persistían en las fechas en las que fueron emitidos, el 16 de Marzo de 2.011 y el 16 de Mayo del mismo año, respectivamente.

Ha de significarse, finalmente, que es cierto que el derecho de la U.T.E. demandada, Relais & Chateaux, de detener y de no reintegrar o devolver a la entidad actora el importe de las cantidades retenidas en garantía de la correcta ejecución de la obra contratada deriva de la estipulación décimo tercera de las Condiciones Generales del contrato, en relación con la estipulación 3ª de las Condiciones Particulares del mismo contrato de ejecución de obra, no de la garantía anual de mantenimiento; cuestión de inocua relevancia en la medida en que, como con anterioridad se ha explicado, la cita de dichas cláusulas obedece a una interpretación global e integradora del contrato, y que no enerva lo más mínimo la decisión adoptada en la Sentencia recurrida, en el sentido de que el Juzgado de instancia ha realizado -como decimos- una interpretación conjunta del contrato y de todas sus estipulación a los efectos de justificar que, a la entidad demandante, no le asistía razón jurídica alguna para postular la devolución de las referidas cantidades.

OCTAVO.-En orden al apartado del Recurso de Apelación que se refiere al Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia recurrida, ha debe señalarse que, con el máximo rigor jurídico, tal alegación constituye un hecho nuevo, que no se alegó en el momento procesal oportuno de la primera instancia (es decir, en la Demanda, en el sentido de que no fue fundamento de la petición de reclamación de cantidad que incorporaba la acción ejercitada), que no fue objeto de efectiva contradicción entre las partes, que no fue analizada y resuelta en la Sentencia recurrida y que, por tanto, sería de imposible examen en esta segunda instancia. De este modo, conviene indicar que, en esta sede recursiva, la parte actora apelante ha citado, como fundamento del reintegro de las cantidades retenidas, los artículos 55, 57 y 58 de la Ley Concursal y el Principio de Universalidad establecido en el artículo 76 de la misma Ley; no obstante lo cual, este argumento encuentra un patente error de planteamiento desde el momento en que las cantidades retenidas por la entidad contratista en garantía del adecuado cumplimiento de la obra subcontratada no pertenecen a la masa activa del concurso, dado que a la entidad concursada no le asiste derecho a tal reintegro. Debe recordarse, en este sentido, que la entidad actora, hoy apelante, fue declarada en situación de Concurso Necesario Abreviado por el Juzgado de lo Mercantil Número Dos de Lugo mediante Auto de fecha 18 de Octubre de 2.011, y que las retenciones en garantía de la ejecución de la obra se acordaron en el documento de Condiciones Particulares de fecha 23 de Noviembre de 2.009, siendo de destacar que dichas retenciones se aplicaron a facturaciones anteriores a la fecha de la declaración de la entidad actora en situación de concurso, de la misma manera que el objeto de estas retenciones es la garantía del exacto y adecuado cumplimiento de la ejecución de las obras contratadas, la cual autoriza al contratista a aplicar su importe en la subsanación de la calidad de la obra y de los defectos de ejecución material que pudieran existir; luego tales retenciones, condicionadas a la correcta ejecución de la obra en garantía del contratista, no pueden pertenecer a la masa activa del concurso si resulta improcedente que el subcontratista sea reintegrado en el importe de las cantidades retenidas. Si ello es así (como indudablemente acontece en el supuesto que se examina y que se somete a la consideración del Tribunal), las

expresadas retenciones se conforman como un descuento de las facturas con arreglo a la garantía (estipulación décimo tercera d) de las Condiciones Generales) y, en consecuencia, ningún derecho adquiere el subcontratista sobre la eventual devolución de las expresadas cantidades.”: SAP Cáceres (Sección 1) 30.10.2013 (Sentencia 282/2013; Rollo 415/2013)

AP Granada

“PRIMERO: El examen de las actuaciones muestra que la concursada y Caja Rural de Granada habían suscrito el 16 de abril de 2008 una póliza de apertura de crédito en cuenta corriente, con un límite de 300.000 euros y duración de un año. Fruto de tal apertura son los abonos y cargos sucesivos que se realizaron en ella, incluso después de la declaración de concurso, el 1 de julio de 2008, como acredita la documentación obrante en autos. No consta que tras la declaración de concurso de la deudora se declarara vencida la póliza y solo se insta la resolución por demanda de 17 de septiembre de 2008, estimada en ese extremo, por pronunciamiento firme de 2 de julio de 2009. Solo, a partir de la fecha de interposición del incidente concursal, no consta que se realizase ningún abono en la póliza o que se permitiera la disposición de crédito.
La administración concursal pide el reintegro de la diferencia del saldo existente entre la fecha en que se declara el concurso y se promueve el incidente de resolución, sin concretar o justificar el origen de las operaciones de ingreso, sin negar o cuestionar su procedencia, como operación propia del giro o tráfico de la concursada, aminorando el saldo de la cuenta corriente aumentando el crédito disponible.
Es indudable que, con independencia de la inoperatividad de la cuenta después de promovido el incidente de resolución, después de la declaración de concurso continuo estando operativa la cuenta, sin acreditarse nada respecto del origen y autorización de las operaciones de ingreso realizadas, llegando incluso a determinar un saldo inferior, en agosto de 2008, del que parte la reclamación formulada por la administración concursal, que tampoco cuestiona la procedencia de los cargos posteriores que hicieron incrementar el saldo.
Por tanto resulta acreditado que hasta 17 de septiembre de 2008, la concesión de crédito continuaba vigente hasta su vencimiento y, por tanto, también el correlativo derecho a compensar las partidas de pago que se realizasen, que por consiguiente no pueden estimarse sin más indebidamente realizados.
Es decir nos encontramos en la situación examinada en la sentencia de 21 de mayo de 2007 de la Sección quince de la AP de Barcelona donde la póliza de crédito estaba operativa tras la declaración del concurso, y se efectuaron ingresos en la propia cuenta corriente de crédito vinculada, por mérito de la gestión de cobro de efectos comerciales y otras operaciones, de tal modo que, al tiempo que minoraban el saldo deudor a cargo del acreditado por compensación automática, se incrementaba el saldo crediticio disponible, explicando seguidamente esta resolución que *"lo que ha tenido lugar no es una compensación prohibidapor el art. 58 LC, sino la reducción del saldo deudor existente a la fecha delconcurso a consecuencia de la operativa consustancial a la póliza de crédito deacuerdo con el sistema de cuenta corriente vinculada, que produjo sus naturalesefectos tras ser declarado el concurso, ya que el contrato continuó vigente"*.
Por ello razonaba en aquella sentencia que: *"No cabe comprender en la prohibiciónde l art. 58 LC la compensación que tiene lugar por el tracto sucesivo de una relacióncontractual que sigue en vigor tras la declaración del concurso y cuya operativatécnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática poracuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la dinámica contractual, comoes el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan las disposicionese ingresos del acreditado. En tal supuesto, como es el presente, la compensaciónpropia del sistema de cuenta corriente de crédito queda sustraída de la prohibiciónlegal, porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresosefectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generadopor el crédito dispuesto, quedando sometida la relación, como concluye el Sr.magistrado, al régimen de los contratos pendientes de ejecución (art. 61 LC), yaque la administración concursal y la concursada optaron por la vigencia de la relacióncrediticia tras ser declarado el concurso, sin que el banco anticipara el vencimiento".*
Esta doctrina, reiterada en la sentencia de la misma Sala de 30 de marzo de 2009 y seguida también, por la de la AP de Zaragoza sección 5ª de 23 de junio de 2010, determina que, estimándola también aplicable al caso, no podamos considerar sin más vulnerada la prohibición de compensación del artículo 58 de la LC, por la mera dinámica propia de la relación contractual de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan disposiciones e ingresos del acreditado tras la declaración del concurso, por ello, sin que se trate aquí de ningún ingreso realizado sin estar operativa la cuenta, o posterior a su vencimiento, no tratándose aquí de considerar la eficacia parcial improcedente del contrato después de su resolución o de su vencimiento, o de analizar los perjuicios derivados del incumplimiento en su caso por la entidad financiera apelada, no cabe sino confirmar la sentencia recurrida.”: SAP Granada (Sección 3) 23.03.2012 (Sentencia 132/2012; Rollo 772/2011)

“PRIMERO: Realmente, coincidimos con la recurrente en el error interpretativo de la sentencia apelada, ya que la promotora realmente no opone compensación, sino que la concursada no tiene derecho a la percepción de las cantidades que se señalan como debidas en el inventario, de acuerdo con lo convenido en el contrato.
Esta Sección ha señalado en casos similares, como en nuestro Auto de 21 de diciembre de 2012, que " *la concursada no puede pretender hacer efectiva la cantidad que estima que le es debida por un determinado contrato de obra, cuyo cumplimiento reclama, prescindiendo de los mecanismos liquidatarios establecidos en el mismo contrato* ", ya que tal y como antes indicábamos, en nuestra sentencia de 30 de septiembre de 2011, cuando estamos ante cantidades cuyo pago ha sido retenido, en contratos de ejecución de obra, nos enfrentamos ante un problema de exigibilidad, "*....ante una expectativa de crédito cuya deuda o importe, no ha ingresado en ningún momento en su patrimonio* " (concursada).
Por tanto nuevamente debemos precisar que no estamos aquí ante un problema de compensación, sino ante la exigibilidad de cantidad no pagadas por el promotor, destinadas inicialmente a satisfacer el cumplimiento debido de las obligaciones de la contratista, solo exigible por la concursada, en los términos previstos en el

contrato, que por tanto antes no ha pasado a formar parte de la masa activa del concurso.
La concursada, por tal condición, no puede contractualmente atribuirse una mejor posición en el contrato que la que le correspondería si no hubiese sido declarada en concurso, a salvo de las previsiones excepcionales previstas en la Ley Concursal, que no permiten en este caso reclamar o exigir deudas de terceros prescindiendo de los términos contractualmente estipulados para considerar vencida, liquida y exigible una determinada deuda.
Como señalamos, en nuestra sentencia de 30 de septiembre de 2011 " *la misma Doctrina ha desaconsejado, cuando no descartado, la aplicación del art. 58 de la Ley Concursal en obligaciones no ya recíprocas y vigentes sino conexas o "ex eadem causa" donde la aplicación inflexible de la regla de la compensación, y sobre todo de la competencia en sede concursal, no sólo altera y divide la continencia de la causa provocando enjuiciamientos prejudiciales y parciales ante órganos judiciales diferentes, en situación no sólo condicionante de una valoración global y justa, sino en evitación del llamado desequilibrio de prestaciones como principio aplicado, en no pocas ocasiones, por nuestro Tribunal Supremo en el tratamiento de la "exceptio non rite adimpleti contractus" o de cumplimiento defectuoso, en aras a garantizar y lograr la necesidad de mantener en el funcionamiento de la relación jurídica el mismo equilibrio* ".
Como también expresábamos en aquella sentencia, respecto de las cantidades retenidas en contratos de ejecución de obra, estamos ante un problema de exigibilidad, donde *"no cabe hablar propiamente de compensación en los términos en que lo contempla el art. 58",* ya que aquí la concursada no ha adquirido ningún crédito *"firme, reconocido y computado definitivamente en el activo sino pendiente de concretar y llevar a la masa.".*
Por tanto, y recordando que la posición de la apelante no es tanto que se reconozca a su favor un determinado crédito, como que se reduzca el crédito incluido en favor de la concursada, por importe de 180.818,5 euros, tal pretensión, en su planteamiento esencial debe ser estimada, pero solo en cuanto estimar exigible, vencida, liquida y determinada, en favor de la concursada la cifra de 70.514 euros, debiendo el resto, cuya exigibilidad resulta controvertida, determinarse, a falta de acuerdo entre las partes, ante el Juzgado de Primera Instancia competente, al tratarse en definitiva la reclamación que a tal efecto pudiera interponerse no de una acción contra el patrimonio de la concursada, sino frente a un tercero.
SEGUNDO: En consecuencia, y partiendo de la posición prácticamente unánime en la doctrina y jurisprudencia, que establece que la inclusión de un derecho de crédito en el inventario, aún aprobado judicialmente, no produce los efectos propios de un pronunciamiento declarativo sobre la existencia y validez de tal derecho, teniendo en cuenta que el inventario no tiene eficacia constitutiva, y no otorga derechos frente a terceros, pudiendo ser modificado en virtud de múltiples circunstancias, sin que ni siquiera en el concurso cumpla con la finalidad de determinar con seguridad la masa activa del concurso, ya que solo tiene una función esencialmente informativa, STS 28 de septiembre de 2010, así como las sentencias de la sección 15ª de la AP de Barcelona de 1 de junio de 2006, AP Pontevedra sección 1ª de 15 de noviembre de 2012, AP Las Palmas sección 4 de 15 de Febrero de 2013 y AP Alicante sección de 17 de enero de 2013, entre otras, pendiente la determinación definitiva de la cantidad debida por la promotora a la concursada a su resolución en su caso a través del juicio declarativo correspondiente, fuera de la competencia del Juez del concurso, dilucidándose en él en definitiva el alcance de la penalización pactada y la obra defectuosa realizada por la demandada, y su incidencia en la exigibilidad de las cantidades no satisfechas por el promotor en razón a tal incumplimiento, sin que este sea el cauce oportuno para realizar ningún pronunciamiento declarativo sobre inexistencia del débito, como el pretendido por la impugnante, solo cabe, estimar parcialmente el recurso y la impugnación del inventario, estableciendo, respecto del crédito exigible por la concursada frente a Inmobiliaria Granada Sol SL, que debe desdoblarse en dos, existiendo hasta el momento un crédito firme de 70.514 euros, y otro adicional, litigioso o pendiente de liquidación definitiva, hasta 110.304,5 euros, ya que procede excluir el derecho de crédito de la concursada, por importe de 180.818,5 euros, en los términos reseñados.": SAP Granada (Sección 3) 14.06.2013 (Sentencia 213/2013; Rollo 71/2013)

"Por todo ello, no pudiendo determinar la existencia del saldo establecido por la demandante, ofreciéndose como más que suficiente el crédito contingente reconocido a su favor por la administración concursal, por defectuoso cumplimiento del contrato de obra, condicionado a liquidación final de la relación contractual entre la impugnante y la concursada, debemos confirmar la desestimación de la pretensión principal del demandante, no son antes aclarar que lo procedente es aplicar, no compensar, la cantidad destinada a satisfacer el cumplimiento debido de las obligaciones de la contratista, incluida penalización pactada y ejecución correcta de la obra, solo exigible por la concursada, en los términos previstos en el contrato, que antes no ha pasado a formar parte de la masa activa, tal y como se desprende de la estipulación vigésimo primera del contrato, y como esta Sección ha señalado en casos similares, como en nuestro Auto de 21 de diciembre de 2012, donde precisábamos que " *la concursada no puede pretender hacer efectiva la cantidad que estima que le es debida por un determinado contrato de obra, cuyo cumplimiento reclama, prescindiendo de los mecanismos liquidatorios establecidos en el mismo contrato* ", ya que, tal y como antes indicábamos en nuestra sentencia de 30 de septiembre de 2011, cuando estamos ante cantidades cuyo pago ha sido retenido, en contratos de ejecución de obra, nos enfrentamos ante un problema de exigibilidad, "
....ante una expectativa de crédito cuya deuda o importe, no ha ingresado en ningún momento en su patrimonio " (concursada).
Realmente, por ello también constatamos que, a nuestro juicio, existe un error interpretativo, en la posición de la concursada y la administración concursal, ya que la promotora realmente no opone compensación, sino que la concursada no tiene derecho a la percepción de las cantidades que se señalan como debidas en el inventario, de acuerdo con lo convenido en el contrato, y aunque no proceda la impugnación, desde luego sí debe tenerse en cuenta en la resolución definitiva de la cuestión litigiosa, sin que la concursada por tal condición, pueda contractualmente atribuirse una mejor posición en el contrato que la que le correspondería, si

no hubiese sido declarada en concurso, a salvo de las previsiones excepcionales previstas en la Ley, que no permiten en este caso reclamar aquello que contractualmente no es exigible.
SEGUNDO: En la impugnación subsidiaria del inventario debemos partir de la posición prácticamente unánime en la doctrina y jurisprudencia, que establece que la inclusión de un derecho de crédito en el inventario, aun aprobado judicialmente, no produce los efectos propios de un pronunciamiento declarativo sobre la existencia y validez de tal derecho. El inventario no tiene eficacia constitutiva, no otorga derechos frente a terceros, es dinámico y puede ser modificado en virtud de múltiples circunstancias y ni siquiera en el concurso cumple la finalidad de determinar con seguridad la masa activa del concurso, ya que solo tiene una función esencialmente informativa, STS 28 de septiembre de 2010, así como las sentencias de la sección 15ª de la AP de Barcelona de 1 de junio de 2006, AP Pontevedra sección 1ª de 15 de noviembre de 2012, AP Las Palmas sección 4 de 15 de Febrero de 2013 y AP Alicante sección de 17 de enero de 2013, entre otras.
Por tanto, no estando acreditado el saldo alegado por la apelante, tal y como hemos tenido ocasión de razonar en el fundamento jurídico anterior, no procede la impugnación del inventario por ella pretendida, ni su modificación, estando aún pendiente la determinación definitiva del saldo final del contrato de obra entre concursada y promotora, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el fundamento anterior": SAP Granada (Sección 3) 14.06.2013 (Sentencia 215/2013; Rollo 185/2013)

AP Huelva

"PRIMERO.-Único motivo del recurso interpuesto por la entidad actora es que por haberse declarado en concurso no puede oponerse ante el juzgado de primera instancia compensación de créditos al prohibirlo el artículo 58 de la Ley Concursal, sin perjuicio de que pueda declararla el juez de mercantil en incidente concursal de darse los requisitos legales. De la misma manera es el juez de lo mercantil el competente para conocer de las nuevas demandas según el artículo 50 y ello impide formular reconvención en los juicios pendientes cuya continuación prevé el artículo 51. Sin embargo, estando aprobado convenio en este concurso tal como manifiesta, el artículo 133 de dicha ley establece que en ese momento cesan los efectos de la declaración, entre ellos el establecido en el citado artículo 58.
Además, aunque se hable de compensación, no se está oponiendo otra deuda vencida, líquida y exigible sino el defectuoso cumplimiento del contrato de suministro origen de la deuda reclamada y sus consecuencias. Se trata de determinar qué debe el demandado como consecuencia de la relación contractual. A este respecto dijimos en nuestra sentencia dictada el 23 de diciembre de 2.011 en apelación 200/2011 : "Cuando el demandado se limita a pedir su absolución por incumplimiento esencial del actor (*exceptio inadimpleti contractus)* está formulando una excepción y poca duda cabe de la competencia del Juez de Primera Instancia. Si solicita la absolución parcial de las pretensiones de la demanda oponiendo un defectuoso cumplimiento (*exceptio non rite inadimpleti contractus)* debe llegarse a la misma conclusión. Sería difícil comprender que puede estimar lo más pero no lo menos. Incluso en el juicio cambiario, en que se solía negar tal posibilidad, la S.T.S. de 18 de enero de 2.011 admite que se conozca sin límites sobre dicha excepción. El problema se presenta en la práctica porque con frecuencia no sólo se excepciona el defectuoso cumplimiento de la obligación sino que, tratándose de obligaciones recíprocas, se formula reconvención para que se declare ese incumplimiento del actor y la cuantía de la indemnización por dolo, negligencia o morosidad al amparo del artículo 1.001 del Código Civil y la compensación de esa cantidad con la que adeuda el actor, con lo cual formalmente habrían de aplicarse los artículos 50 y 58 de la Ley Concursal. Sin embargo, es reconvención toda petición que no se limite a pedir la absolución, el propio artículo 406 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresa que *en ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal.* El demandado que opone un defectuoso cumplimiento del actor para oponerse a su pretensión no necesita reconvenir, no es que al actor se le deba todo lo que reclama y que el demandado sea a su vez acreedor de una indemnización de daños y perjuicios que se compensa con aquel crédito." ":SAP Huelva (Sección 2) 27.04.2012 (Sentencia 83/2012; Rollo 112/2012)

AP Huesca

"SEGUNDO : Frente a lo alegado por la actora en el primer motivo de su recurso, el artículo 58 de la Ley Concursal no determina en este caso que el Juzgado mercantil, en virtud del concurso de la propia sociedad actora allí seguido con el número 647/2009, sea competente para conocer de la excepción de cumplimiento defectuoso o parcial del contrato (non rite adimpleti contractus) aducida por la demandada. La compensación de créditos a que alude el citado artículo 58 solo puede ser la regulada en los artículos 1195 y siguientes del Código civil, entre cuyos requisitos se encuentra la existencia de dos deudas líquidas, vencidas y exigibles. No puede referirse a una "compensación" en sentido vulgar o no técnico, es decir, a una liquidación y consiguiente reducción del importe del crédito reclamado que se produce en algunos casos cuando se estima la excepción de incumplimiento parcial del contrato -tal como aquí ocurriría si se entendieran acreditados los defectos de ejecución achacados a una de las partidas reclamadas en la demanda-, porque tal excepción tiene su fundamento no en la concurrencia de dos créditos, sino en el propio sinalagma o reciprocidad de las obligaciones, como destaca la doctrina científica, y la compensación de créditos nada tiene que ver con el sinalagma. Otra cosa distinta podría sostenerse con la cantidad exigida en la reconvención sobre la base del coste para retirar la capa de poliuterano de la cubierta de la nave construida por la actora sobre la que incide la excepción de incumplimiento contractual; pero, en cualquier caso, la demanda reconvencional fue inadmitida en primera instancia precisamente con arreglo al repetido artículo 58, lo cual no es objeto de la apelación. Este es el criterio seguido por otras Audiencias provinciales (sentencias de la de Madrid, sección 21, de 28 de

octubre de 2008 -ROJ: SAP M 15370/2008; de la de Granada, sección 3, de 30 de septiembre de 2011 -ROJ: SAP GR 2184/2011-; de la de Huelva, sección 2, de 27 de abril de 2012 -ROJ: SAP H 109/2012-; de la de Tenerife, sección 1, de 6 de junio de 2012 -(ROJ: SAP TF 1853/2012-; y de la de Teruel, de 25 de julio de 2012 -ROJ: SAP TE 128/2012).
A mayor abundamiento, aunque entendiéramos que nos encontramos ante la compensación contemplada en el artículo 58, lo cierto es que este precepto también dispone que la compensación producirá sus efectos [fuera del concurso] cuando sus requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración [del concurso], aunque la resolución judicial que la declare [la compensación] se haya dictado con posterioridad a ella [a la declaración de concurso]; y, en el presente caso, los defectos que fundan la excepción de contrato cumplido indebida o parcialmente se desarrollaron antes de la declaración del concurso (Auto de 8 de octubre de 2009 -folio 68).”: SAP Huesca (Sección 1) 24.01.2013 (Sentencia 15/2013; Rollo 3/2012)

“ La actora se defiende aduciendo que no procede compensación alguna, dado que se encuentra en concurso de acreedores. Sin embargo, tal como ya defendimos en nuestra sentencia de 24 de enero de 2013, la compensación de créditos a que alude el artículo 58 de la Ley concursal solo puede referirse a la compensación legal regulada en los artículos 1195 y siguientes del Código civil y no a la situación que se da en el caso que nos ocupa: una partida que, debido a los defectos que presenta, supone su falta absoluta de ejecución, por lo que no procede su pago, en virtud del propio sinalagma o reciprocidad de las obligaciones (excepción de contrato no cumplido o non adimpleti contractus sobre esa partida); y la compensación de créditos nada tiene que ver con el sinalagma. “:SAP Huesca (Sección 1) 16.05.2013 (Sentencia 91/2013; Rollo 116/2012)

AP La Coruña

“En este sentido, reputamos que se podría considerar previsible y además es equitativo una oscilación del precio de la cosa vendida, al tiempo de concertarse el contrato, que ciframos en un 25%, de ahí que valoremos el daño derivado del incumplimiento de la compraventa celebrada por la sociedad actora en 431.338,14 euros (25% de 1.725.352,59 euros), y con respecto a las fincas de los actores en 258.485,04 euros (25% de 1.033.940,16 euros), que deberán ser descontados del precio a devolver por los actores, más los gastos sufridos derivados de las operaciones frustradas antes reseñados, sin que ello suponga violación del art. 58 de la LC, habida cuenta que nos encontramos ante la liquidación derivada de una misma obligación contractual y no de obligaciones de distinto origen, que son además créditos contra la masa (art. 84.2.6º LC), no siendo los mecanismos del sinalagma los propios de la compensación, y, en segundo lugar, dados los efectos "ex tunc" de la resolución contractual, que se retrotraen a la data de celebración del contrato, en que la demandada no estaba declarada en concurso de acreedores.”: SAP Coruña (Sección 4) 12.12.2011 (Sentencia 530/2011; Rollo 579/2011)

AP Madrid (Sección 28, 2014 -)

“SEGUNDO. Frente a la anterior sentencia se alza el recurso de apelación interpuesto por LOANSA.
Considera en primer lugar que se infringe el artículo 399.5 LEC en cuanto su solicitud de que en su caso se efectuase la reparación in natura de posibles deficiencias era subsidiaria y en ningún caso suponía reconocer tales deficiencias.
Debemos destacar que la sentencia no infringe en modo alguno el precepto citado. Es evidente que la pretensión principal de la demanda consiste en la reclamación de la parte del importe de la ejecución no satisfecho. Subsidiariamente lo que plantea la demanda es la liquidación de la relación contractual de manera que, si se apreciaren deficiencias, asumiría la actora su reparación o bien se compensaría la cantidad reclamada con el importe de las deficiencias.
La sentencia incide en la imposibilidad de atender a la petición subsidiaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 59 LC por no tratarse de cantidades vencidas, liquidas y exigibles al tiempo de la declaración concursal.
En realidad, como quiera que la sentencia se está refiriendo a la compensación, entendemos que la cita es errónea y que en realidad se refiere a lo dispuesto en el artículo 58 LC, que prohíbe la compensación una vez declarado el concurso, y no obstante la admite respecto a créditos que hubieran existido con anterioridad, aunque la resolución judicial que la declare se hubiera dictado con posterioridad.
No podemos estar de acuerdo con la aplicación de dicho precepto, puesto que nos encontramos ante la liquidación de un contrato de ejecución de obra, no ante una compensación extintiva. El artículo 58 LC no es aplicable a las operaciones liquidativas de una relación contractual (STS de 15 de abril de 2014, entre otras).
En consecuencia, si bien no es admisible el motivo, la objeción a la hipotética liquidación a la que se refiere la sentencia no es aceptable.
Obviamente lo que no es admisible como pretensión, aún subsidiaria, es una prestación que la actora se dirige a si misma comprometiéndose a la reparación in natura, al margen de los medios por los que pudiera hacerse efectiva tal manifestación de voluntad, pues ello exige que sea la titular de ese derecho (en este caso la promotora) quien lo invoque, lo que precisa de demanda o reconvención. Por ello solo cabría, en su caso, reducir la cantidad reclamada por el importe, debidamente acreditado por la demandada, de cualquier deficiencia.”: SAP Madrid (Sección 28) 15.12.2014 (Sentencia 357/2014; Rollo 183/2013)

“CUARTO.- Como indicábamos al inicial de la presente resolución, lo que SANTA CLAUDIA había pretendido también en su demanda fue la desaparición del inventario del crédito a favor de PADERBORN por importe de

214.168,10 # en concepto de derecho a la devolución de las retenciones practicadas por SANTA CLAUDIA, y ello por entender que dicho crédito debía considerarse cancelado al ser compensado con la deuda mantenida por la concursada por aplicación de la penalización por demoras.
La sentencia apelada rechazó la posibilidad de aplicar la compensación en aplicación del Art. 58 de la Ley Concursal. No consideramos acertado este punto de vista porque el mismo resulta contrario al criterio mantenido por la más reciente jurisprudencia en presencia de conflictos afines (compensabilidad en sede concursal de retenciones con penalizaciones por demora en contratos de obra). En efecto, como dice la S.T.S. de 24 de julio de 2014 (con cita de las S.S.T.S. de 30 de diciembre de 2011, 18 de febrero de 2013 y 15 de abril de 2014), "Aunque...los efectos de la compensación se producen de forma automática o " ipso iure ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia " ex tunc ", este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después».
Pero este régimen no se aplica a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes. En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 188/2014, de 15 de abril, al afirmar que más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto.
Es lógico que si la parte del crédito que el comitente adeuda al contratista por la ejecución de la obra ha sido retenida, de acuerdo con lo pactado, en garantía del cumplimiento puntual de la obligación asumida por el contratista de ejecución y entrega de la obra, y, por ende, de la satisfacción de la pena pactada en caso de retraso, aunque su importe se determine después de la declaración de concurso del contratista, el dueño de la obra puede aplicar aquellas cantidades retenidas al pago de la indemnización por retraso....".
Ahora bien, dicho esto, lo cierto es que, como ya adelantáramos al inicio de la presente resolución, la apelante SANTA CLAUDIA ha abandonado en esta segunda instancia su inicial pretensión de que se aplique el instituto de la compensación crediticia, de manera que, asumiendo que figure en el inventario un crédito a favor de PADERBORN por importe de 214.168,10 # en concepto de derecho a la devolución de las retenciones practicadas por SANTA CLAUDIA, únicamente aspira en su recurso, por un lado, a que se excluya de dicho documento el crédito de 389.093,65 # correspondiente a dos facturas emitidas por la concursada por razón de aumentos de obra, crédito que la apelante considera inexistente, y, por otra parte, a ver reconocido en su integridad en la lista de acreedores el crédito contra PADERBORN de 576.600 # en concepto de penalizaciones por demora, si bien -ya se ha dicho- con el carácter de crédito subordinado. Pretensiones ambas que, por las razones ya apuntadas, debemos estimar pero que no podemos sobrepasar en estricto respeto del principio dispositivo que para la segunda instancia consagra el Art. 465-5 de la L.E.C.”: SAP Madrid (Sección 28) 27.04.2015 (Sentencia 117/2015; Rollo 379/2013)

AP Madrid (Sección 12)

“PRIMERO: Se formula demanda en la que, en esencia, la demandante solicita el pago de 126.147,57 # que, afirma que le son debidos por la demandada como consecuencia de las retenciones realizadas a consecuencia de la ejecución de diferentes contratos para la ejecución de 226 viviendas, locales, plazas de garaje y trasteros y su correspondiente Urbanización en la localidad de Pinto.
Habiéndose concluido las obras, continúa indicando la demandante, se suscribieron las correspondientes actas de recepción, quedando pendientes únicamente la ejecución de una serie de repasos reflejados en dichas actas.
De los 723.248,50 # retenidos se le han devuelto 639.826,15 #, restando por devolver 83.422,35 #, habiéndose devengado como intereses la cantidad de 47.725,22 # a contar desde el 19 de febrero de 2005, fecha en que la demandante entiende que venció la obligación de restituir las cantidades retenidas.
La parte demandada se opuso a la demanda alegando, entre otras cuestiones, que la retención practicada ascendió a 686.337,54 #, por lo que la diferencia entre dicha cantidad y la devuelta a la demandante asciende a 46.511,19 #, diferencia que viene determinada por el hecho de considerar la partida de Seguridad y Salud como obra ejecutada cuando no lo es.
Alegaba igualmente que no se cumplieron los plazos de entrega de las obras, ascendiendo las penalizaciones a 208.915,11 #, no habiendo ejecutado las obras correctamente, ya que los inmuebles adolecían de numerosas deficiencias, habiendo sido demandada por uno de los propietarios de los inmuebles, adoptándose acuerdos por parte de las comunidades de propietarios tendentes a ejercitar acciones judiciales contra la demandada.
Se formulaba reconvención contra la actora, solicitando se le condenase al pago de 208.915,11 # como consecuencia de los retrasos en la ejecución. Dicha reconvención fue inadmitida a trámite por Auto de la Sección 19ª de esta Audiencia, dado que la demandante se encontraba en situación concursal.
La sentencia que se recurre desestimó la demanda.
SEGUNDO: Se aceptan y se dan por reproducidos los fundamentos de la resolución recurrida, salvo en aquello en que puedan quedar contradichos por los fundamentos de esta resolución.

Cabe señalar que a lo largo de esta resolución se hará mención de algunas de las manifestaciones vertidas por diversos intervinientes en el proceso, realizándose tal designación indicando, de forma aproximada, el momento en que dichas manifestaciones quedaron recogidas en la grabación del acto de juicio.
TERCERO: La parte actora alega que la existencia de retrasos en la entrega de la obra o la existencia de vicios ocultos tras el vencimiento del período de garantía, resultan irrelevantes a efectos de este proceso, ya que se carece de competencia exclusiva para conocer de dichas circunstancias, dado que la demandante se encuentra en situación de concurso, por lo que en aplicación del artículo 58 de la Ley Concursal la compensación de créditos es competencia exclusiva del juzgado de lo mercantil que conoce de dicho Concurso.
El recurrente plantea como equivalentes dos cuestiones, como son, la aplicación de la penalización por retraso y los defectos en la reparación de las deficiencias, que merecen un tratamiento diferenciado, ya que su naturaleza jurídica es distinta.
CUARTO: La alegación relativa a los retrasos en la ejecución constituye un supuesto que, de prosperar, supondría una compensación de créditos prevista en los artículos 1195 y siguientes del Código civil, ya que de entenderse que existe dicho retraso en la ejecución de las obras, y que ello conlleva la aplicación de la correspondiente penalización, ello supondría la existencia de una deuda a cargo de la demandante, siendo la compensación de ésta con la deuda que se reclama la que impediría que la pretensión de la demandante prosperase. Compensación que no cabe apreciar en este proceso, dada la situación concursal de la actora-reconvenida, tal y como vino a indicar el Auto de la Sección 19ª de esta Audiencia, de fecha 13 de mayo de 2011 (folios 807 y siguientes), que acordaba no admitir a trámite la reconvención que pretendía hacer valer la compensación por demoras en la ejecución, por ser competencia de los juzgados de lo mercantil.
En todo caso, la sentencia recurrida (fundamento tercero) entiende que tal alegación no puede ser apreciada como causa de oposición a la demanda, al entender que el hecho de que se hubiese suscrito el acta de recepción provisional de las obras sin hacer mención a tal demora suponía la conformidad con el plazo de entrega, por lo cual, en lo que se refiere a la desestimación de la demanda, no ha incidido en la resolución adoptada por la juzgadora de instancia, a cuestión relativa a las penalizaciones por demora.
QUINTO: Cuestión distinta es la relativa a la correcta ejecución de las obras por parte de la actora.
Dado que ésta reclama la restitución de las retenciones que se constituyeron para garantizar la correcta ejecución de la obra, la alegación relativa a que la misma no ha sido ejecutadas debidamente, no constituye compensación alguna, simplemente supone el debate y determinación sobre un requisito preciso para que el crédito que reclama la demandante exista, requisito que no es otro que el hecho de que proceda mantener la retención si se constata que la demandante no ha ejecutado debidamente las obras, y que por ello persiste la función de garantía para cuyo cumplimiento se efectuaron las retenciones.
La situación concursal de la actora implica determinadas especialidades a la hora de accionar contra ella, pero no le exime de tener que acreditar debidamente la procedencia de la pretensión ejercitada, es decir del cumplimiento de los requisitos que son precisos para entender acreditado que existe el derecho sobre cuya base acciona.
Como se indicará posteriormente con mayor detalle, es aplicable a la restitución de las retenciones la doctrina jurisprudencial relativa a la "exceptio non adimpleti contractus", la cual no implica reclamación de cantidad alguna ni necesariamente la resolución contractual, ya que si bien cabe acudir a la misma para fundamentar la resolución contractual, su finalidad básica y originaria es la de evitar la exigibilidad de las prestaciones contractuales mientras la parte que reclama su cumplimiento no cumpla lo que le incumbe (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1991, 21 de marzo de 2001, 17 de febrero de 2003 y 20 de diciembre de 2006, entre otras).
La situación concursal de la actora, por ello, no impide evaluar si en el desempeño de sus obligaciones como constructora ha actuado con arreglo a derecho, y si en consecuencia tiene o no derecho a reclamar la restitución de la retenciones, ya que el acreedor concursado, al igual que al que no lo está, debe acreditar que está en posición de reclamar la efectividad de su derecho, y por tanto le es oponible como motivo que impide que prospere su pretensión, el incorrecto cumplimiento de sus obligaciones.
SEXTO: La actora considera en su recurso que el objeto de las retenciones era garantizar la ejecución de los repasos comunicados durante el período de garantía, si una vez vencido este periodo quedase alguno pendiente, una vez transcurrido el plazo de garantía generaba el derecho de crédito para la demandante, entendiendo que incluso si existiesen repasos pendientes, una vez vencido dicho plazo, la demandada no quedaba facultada para permanecer en posesión de dichas garantías, debiendo efectuar una lista de los supuestos repasos pendientes y ejecutarlos a costa de la garantía, devolviendo el remanente.
SÉPTIMO: Esta Sala ha señalado que las retenciones que se realizan en garantía de la correcta ejecución de las obras, pueden ser calificadas como prenda irregular (Sentencia de 11 de julio de 2013), por tanto, para que proceda la restitución de la prenda será preciso que la obligación garantizada, es decir la ejecución correcta de las obras, haya quedado cumplimentada, en términos tales que le permitan reclamar a la otra parte el cumplimiento de la obligación de restituir la cantidad retenida.
Como ya se indicaba anteriormente, es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que cabe aplicar la excepción de contrato incumplido ("exceptio non adimpleti contractus"), cuando una de las partes incumple su obligación, le impide reclamar a la parte contraria el cumplimiento de aquellas que le incumben, al menos en tanto en cuanto quien reclama el cumplimiento de la obligación, no cumpla o se allane a cumplir lo que le incumbe (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1991, 21 de marzo de 2001, 17 de febrero de 2003 y 20 de diciembre de 2006, entre otras).
Debe existir para ello un incumplimiento relevante por parte de quien reclama el cumplimiento de la obligación, de tal manera que exista proporción entre la prestación recibida y aquella que se reclama, justificando con ello la utilización de dicho mecanismo de defensa (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1991, 22 de octubre de 1997, 21 de marzo de 2003 y 17 de noviembre de 2004, entre otras).

Tratándose del derecho de retención, el análisis de la relevancia del incumplimiento, en este caso de las deficiencias de la ejecución, debe realizarse analizando, no el conjunto del contrato, sino el importe de la retención que permanece en poder del demandado y la trascendencia que quepa asignar a las deficiencias de ejecución existentes, ya que la obligación cuyo cumplimiento reclama el actor es la devolución de la parte de la retención que permanece en poder del demandado, y dicha retención tiene por objeto asegurar las posibles responsabilidades como consecuencia de las deficiencias de ejecución que existan en el momento de efectuarse la reclamación de la restitución.
Por tanto, si el demandado al que se reclama la restitución de las cantidades retenidas acredita que existen deficiencias en la ejecución, el mantenimiento de la retención estará justificado, siempre y cuando existan defectos de índole tal que, en atención a la cantidad retenida, permitan apreciar una adecuada proporción entre la retención y las deficiencias existentes.
OCTAVO: La cláusula 32 de los contratos establece que "En concepto de garantía de una correcta ejecución de las obras objeto de este contrato, y de conformidad con lo establecido en el artículo 19.1 a) de la Ley de Ordenación de la Edificación, la Propiedad retenga el cinco (5) por ciento en metálico sobre el importe de cada una de las certificaciones. La mitad de este importe podrá ser canjeado por un aval bancario" (folio 105).
A continuación establece que, una vez terminadas las obras y durante el periodo de un año a partir de la recepción provisional, la propiedad retendrá el 5%, y contra la presentación de al menos el 90% de los repasos con el conforme de los propietarios, se devolvería la garantía, diferenciándose la devolución del 2,5% en metálico en dicho momento y el 2,5% garantizado mediante aval con pagaré a 90 días.
Se indica que, a estos efectos, los listados de repasos a considerar para el cálculo del 90% serán los presentados en el período inicial de un mes, sin que esto pueda servir de argumentación para atender los repasos presentados fuera de ese plazo.
Dicha cláusula contractual no puede ser entendida en el sentido de que, una vez ejecutado el 90% de los repasos exista un derecho inexorable por parte de la constructora a obtener la devolución de las garantías, y ello aún cuando persistan deficiencias en la ejecución.
Con independencia de que las deficiencias hayan aparecido o no dentro del plazo de un año, sí en el momento de efectuarse la reclamación se constata que existen deficiencias que permiten la aplicación de la excepción de contrato incumplido, será procedente mantener la retención en tanto en cuanto la parte actora no corrija, o se avenga a hacerlo, dichas deficiencias, ya que en definitiva, tal excepción surge de la aplicación de la condición resolutoria implícita en todo contrato a la que alude el artículo 1124 del Código civil, como se indicaba anteriormente, que aparte de permitir dicha resolución, admite igualmente, como efecto menor, evitar la efectividad de la reclamación por parte de quien no cumple lo que le incumbe.
Debe tenerse en cuenta que, aunque se trate de deficiencias de ejecución, no tienen porqué quedar de manifiesto en el momento de la recepción provisional; pueden surgir con posterioridad o incluso agravarse con el paso del tiempo si no son debidamente reparadas. Por ello, el límite temporal de un año fijado contractualmente no puede entenderse como un límite inexorable que permita hacer abstracción de la existencia de deficiencias en la ejecución aparecidas o puestas de manifiesto con posterioridad y que permita la aplicación de la excepción de contrato incumplido.
Dicho de otro modo, con independencia de que con arreglo a lo estipulado contractualmente la hoy actora tenga un derecho de crédito contra la demandada, no prosperará su pretensión de cobro si existen causas que justifican la aplicación de la excepción de contrato incumplido en los términos que queda reseñada en el anterior fundamento.
NOVENO: De lo actuado se desprende que la parte actora acometió la realización de trabajos de reparación de las deficiencias que le fueron puestas de manifiesto por la demandada y por los posteriores adquirentes de los inmuebles, si bien consta igualmente que existen deficiencias en la ejecución no han sido reparadas, o habiéndolo sido, no han sido correctamente ejecutadas.
Se desprende que la actora acometió numerosas reparaciones, del testimonio prestado por quien fue el jefe del servicio posventa hasta el año 2007 (31:40 a 46:30), y por la señora Visitacion, que ocupó igual cargo desde abril del año 2008 (47:50 a 1:02:20). Lo manifestado por dichos testigos queda a su vez corroborado por los diferentes partes que obran incorporados como documentos 15 y 16 de la demanda (folios 171 y siguientes).
No obstante, como igualmente se indicaba, se desprende de lo actuado que la hoy actora ejecutó defectuosamente determinadas partidas de la obra, y que pese a que trató de reparar diversas deficiencias, no logró obtener el resultado perseguido.
Así se desprende de la declaración de doña Visitacion, la cual elaboró diversos informes a requerimiento de las Comunidades de Propietarios tanto del bloque 1 como del bloque 2 (1:54:20). En concreto, en lo que se refiere a la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 " DIRECCION000 " nº NUM000, ha emitido diversos dictámenes, indicando en el de tres de junio del año 2009 la existencia de diferentes deficiencias derivadas de la incorrecta ejecución de la obra, reseñando como tales, entre otras, la incorrecta impermeabilización del ajardinamiento que provocaba filtraciones en un local (folio 515 y 516), defecto generalizado del sellado de dos en viviendas, defectos de impermeabilización en la terraza de los áticos, fisuras correspondientes a tabiques perpendiculares a la junta de dilatación por movimientos de ésta, humedades provenientes de la terraza del ático superior y grietas en diversas viviendas, valorando dichos desperfectos apreciados en tal momento, en la cantidad de 38.355,40 # (Ver documento 28 de la contestación, folios 482 y siguientes).
Indicó igualmente que había confeccionado posteriormente, en septiembre del año 2009, otro nuevo dictamen ampliatorio de los anteriores en el que cifraba en 64.936 # el importe total de las deficiencias detectadas (1:56:20).
Señaló la referida perito que las deficiencias son de ejecución, localizadas en partidas concretas que había que subsanar (2:00:00), señalando que si bien la actora había acudido a reparar diferentes deficiencias, en concreto las correspondientes a los áticos (2:05:10 y 2:05:50), no obstante, las soluciones adoptadas para

dicha reparación eran defectuosas, habiendo tenido incluso que ordenar el desmantelamiento total de una de las actuaciones realizadas en uno de los áticos (2:06:00).
Consta igualmente que se ha dictado sentencia por el juzgado de primera instancia e instrucción 7 de Parla, condenando a la hoy demandada a acometer reparaciones derivadas de la deficiente ejecución de las obras (folios 1020 a 1029), en concreto se condena a la reparación por defectos en zona de rampa de acceso garaje y filtraciones de agua en el techo sobre dicha rampa, defectos de colocación de las albardilla de remate del peto de la rampa del garaje, filtraciones de agua en 13 trasteros, filtraciones de agua en el garaje de la planta sótano y techo de la plaza NUM003, con desprendimiento de pintura sobre las plazas NUM001 y NUM002, desperfectos en bordillos y fisuraciones hundimientos en la solera y el solado del patio inferior de la manzana, desperfectos en los recibidos de los rodapiés al haber sido recibidos con yeso, en vez de cemento, filtraciones de agua en el techo del local 7-b, en el techo del local 6, así como en el local- bazar, humedades provenientes de deficiente impermeabilización en diversos áticos y falta de accesibilidad a la terraza del portal NUM004, vivienda NUM005 NUM006, por la ejecución de montantes de gas.
Se desprende de lo actuado que en dicho procedimiento se aportó el dictamen elaborado por la referida señora Visitacion (2:03:10). Dicha resolución ha sido objeto de recurso de apelación por parte de la demandada, tal y como reconoció el Sr. Braulio (1:21:50), lo cual corrobora la indicación del demandado, que señaló que creía que había sido recurrida (17:20).
El Sr. Administrador de la Comunidad de Propietarios, Don. Braulio, indicó igualmente que si bien la hoy actora había efectuado reparaciones de deficiencias (1:18:10), indicó que dichas reparaciones, lejos de paliar las deficiencias las agravaban (1:20:10 y 1:28:20).
El Sr. Arquitecto director de la ejecución de la obra, manifestó que las deficiencias recogidas en el acta de recepción provisional eran de escasa importancia, pero de no ser reparadas podrían originar deficiencias de mayor entidad (1:37:00) y al ser preguntado sobre si las deficiencias se correspondían con las reseñadas en el acta de recepción provisional, indicó que la incorrecta resolución de las deficiencias equivale a su no ejecución (1:40:50).
Cierto es que tanto el Sr. Administrador como el Sr. Arquitecto director de las obras presentan interés indirecto en el asunto, ya que el Sr. Administrador, como tal, tiene vinculación con la Comunidad que administra y el Sr. Director de la ejecución fue codemandado por consecuencia de las referidas deficiencias, y aunque absuelto en la primera instancia, tal cuestión incide en su objetividad, no obstante, ambos testimonios, si bien por sí solos serían insuficientes para dar por acreditada la deficiente ejecución, no obstante corroboran la convicción que se obtiene a través de lo manifestado por dicha Sra. Perito, de cuya objetividad no existe motivo para dudar, esto es, que existieron deficiencias de ejecución en la obra y que diversas reparaciones acometidas por la actora fueron inoperantes en orden a evitar la persistencia e incluso la agravación del daño por el transcurso del tiempo.
DÉCIMO: En cuanto al importe de las cantidades retenidas, la actora indica que la retención ascendió a 723.248,5 euros y que se le han restituido 639.826,15 euros, por lo que restan por restituírsele 83.422,35 euros (folio 9).
La demandada indica que la cantidad retenida asciende a 686.337,54 euros, ya que la actora computa como coste de la obra ejecutada la partida correspondiente al Proyecto de Seguridad y Salud que no forma parte del coste de la ejecución material. Por ello señala que la retención pendiente de devolver asciende a 46.511,19 euros (folio 294).
Como con acierto señala sentencia recurrida, debe entenderse que la cifra retenida asciende al importe indicado por la demandada, ya que en las certificaciones aportadas con la demanda como documentos 9 y 10, las retenciones se calculan previa deducción del importe del capítulo de seguridad y salud (folios 155 y 158), y si bien el Sr. Isidoro, encargado de facturación de la actora, indicó que dicho capítulo se facturaba aparte (1:04:40), no obstante, no ha aportado la demandante dichas facturas, y dicha testifical es insuficiente para acreditar lo indicado, dada la vinculación existente entre el testigo y la parte actora, máxime cuando éste reconoció tener interés en que a su empresa le fuese favorable el desarrollo del litigio (1:09:30).
El hecho de que la demandada no haya aportado la cuenta mayor, no es motivo para entender probado que se produjeron las retenciones sobre la cuantía de dicha partida, ya que hubiera bastado la aportación de las facturas acreditativas de la retención, máxime cuando la propia apelante indica que la administración concursal obtuvo dicha cifra de la documentación obrante en su poder, lo cual incide en la alegación por parte de la actora de que existen unas facturas que, pese a alegarse que existen, no han sido aportadas; por lo cual, no procede aplicar el artículo 329.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, a juicio esta Sala, no cabe aplicar dicho precepto cuando la parte ha omitido practicar aquella prueba que, sin necesidad de acudir a la exhibición, permitiría acreditar el hecho de que se trate, y dado que nos encontramos ante un hecho cuya prueba corresponde claramente a la actora por aplicación del artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que pudo acreditar aportando la correspondiente facturación, incluso en el acto de la audiencia previa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 265.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que su relevancia había quedado puesta de manifiesto a través de la contestación a la demanda, la falta de aportación de la contabilidad no es motivo suficiente para entender debidamente probado que se produjo la retención en la cuantía discutida.
UNDÉCIMO: Por lo indicado, y dadas las deficiencias anteriormente aludidas, a juicio de esta Sala resulta proporcionada y justificada la retención por parte de la demandada de la cantidad referida, al objeto de dar garantía del correcto cumplimiento de sus obligaciones.
La demandada ha sido condenada a realizar las obras de reparación que quedan ya referidas, y la existencia de tales deficiencias justifican su oposición a la devolución de, la parte de las retenciones aún no devueltas a la actora, ya que si bien las deficiencias afectan a aspectos concretos de una parte de la promoción, no es menos cierto que la parte de retenciones pendiente de devolución supone, en torno a un 7% del importe total, e incluso tomando a efectos dialécticos la cantidad indicada por la actora, supondría un 11,5% del total retenido,

por lo cual, a juicio de esta Sala, la demandada puede oponerse con arreglo a derecho a mantener dichas retenciones, ya que no resultan desproporcionadas con respecto al incumplimiento contractual de la actora.
Es más, y si bien la demanda ha sido estimada en parte, lo cierto es que el importe total estaba cuantificado en 64.987,5 #, por lo que el hecho de que la condena se circunscriba únicamente a determinadas partidas no lleva a concluir que exista desproporción entre la cantidad retenida, ascendente a 46.511,19, y la trascendencia económica de las deficiencias que motivan la condena, ya que no existe prueba que determine que por motivo de la estimación parcial, las diversas obras a que pudiera verse obligada a ejecutar tendrían un coste tan exiguo que la retención sea injustificada.
El hecho de que la sentencia condenatoria haya sido objeto de recurso no es obstáculo a lo indicado, dado que la cantidad que retiene la demandada lo es al efecto de garantizar la correcta ejecución de las obras, por lo cual no es precisa la existencia de una condena firme, bastando la simple posibilidad de que exista dicha condena, tanto es así que sería suficiente incluso con acreditar la existencia de deficiencias en la ejecución para que la retención estuviese justificada, sin necesidad de que exista demanda entablada para obtener la reparación de tales deficiencias, ya que es la correcta ejecución lo que la retención garantiza.": SAP Madrid (Sección 12) 13.11.2013 (Sentencia 842/2013; Rollo 589/2012)

"PRIMERO.-Por la representación procesal de la mercantil Grupo Empresarial S.A. se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid, núm. 109/2.012, de 18 de mayo, que estimaba en parte la demanda formulada y condenaba a la demandada al pago de la suma de 250.200, 83 #.
En primer lugar, alega la parte recurrente que de la prueba practicada resulta acreditado que los vicios y defectos existentes tanto al momento de recepción de las obras, como de los surgidos durante el período de garantía, de las promociones realizadas no fueron subsanados, por lo que no procede liquidar las cantidades correspondientes al segundo tramo de retenciones. (...)
Por ello, solicita la revocación de la sentencia recurrida y la desestimación de la demanda formulada, con imposición de las costas a la parte actora. (...)
TERCERO.-En un examen de los autos se aprecian que resulten acreditados los siguientes hechos relevantes:
1) En fecha 5 de marzo de 2.003, se suscribió un contrato de ejecución de obras con suministro de materiales entre las partes litigantes correspondiente a la Promoción "Vista de África", en Estepona (Málaga), por el que la actora se obliga para llevar a cabo la ejecución de 120 viviendas colectivas, locales comerciales, trasteros, plazas de garaje y piscinas.
-La estipulación 9.1 del expresado contrato prevé "una retención por parte de la PROPIEDAD del 5% de cada certificación mensual, importes que serán devueltos mediante facturación ordinaria, 50% 30 días después de la recepción de la obra sin reservas y 50% restante transcurrido un año de la recepción de la obra".
-La estipulación 11.1 señala que la fecha de terminación de las obras se acreditaría "mediante la suscripción del Acta de Recepción de obra, la cual deberá firmarse sin reservas, en caso contrario se entenderán terminadas las obras a la finalización de las correcciones reflejadas en el Acta, salvo que en la misma se pacte lo contrario 8(...)".
-La disposición 12.2 d. indica que la recepción de las obras debe establecer que "las obras se reciben con o sin reservas. En caso de que hubiesen reservas se deberán especificar objetivamente y deberá señalarse el plazo en que deberán ser subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos se hará constar en acta aparte (...)".
-La disposición 12.3 determina que "la liquidación de las obras se llevará a cabo, siempre que se produzca sin reservas, en caso contrario se realizará a la finalización de las correcciones pactadas, salvo acuerdo expreso en contrario (...)".
-En cuanto a la devolución de las retenciones, la disposición 9.1 dispone su devolución en la siguiente forma:
"Mediante facturación ordinaria, 50% 30 días después de la Recepción de la Obra y 50% restante transcurrido un año de la Recepción de la Obra".
3) En fecha 15 de septiembre de 2.005 se firma el Acta de Recepción de Obra, folios 207 y 208 de los autos, en dicha Acta se hace constar textualmente "comenzando a partir de esta fecha el período de garantía establecido en el apartado 12.2 de la Estipulación General Duodécimo del contrato de ejecución de obras".
En el anexo del Acta se recogían una serie de anomalías subsanables, referidas a viviendas; garajes y trasteros y zonas comunes y piscinas, fijándose un plazo de corrección de dichas anomalías un plazo no superior a 30 días.
-Dichos defectos debidos a una deficiente ejecución, no fueron subsanados por la constructora como se puso claramente de manifiesto por el testimonio del testigo-perito D. Ambrosio, Ingeniero de caminos, Director Técnico de la sociedad demandada, quien participó de forma muy esporádica en la recepción de la Obra, y en las negociaciones llevadas, posteriormente, y como también lo pone de manifiesto el Informe Vorsevi, obrante a los folios 214 a 308 de los autos; así como del testimonio del testigo D. Juan, Arquitecto Técnico, Coordinador de Construcción del Grupo Pinar, donde ejerció la Dirección facultativa de la Construcción, quien además intervino en las negociaciones existentes con la Constructora, quien puso de manifiesto que las deficiencias corresponden a una mala ejecución de la obra, sin que por la actora se haya acreditado distinta procedencia de los defectos indicados.
4) En fecha 5 de marzo de 2.003, se suscribió un contrato de ejecución de obra entre las partes litigantes (aunque la promotora era Inversiones y Promociones Ivercinco S.L., sociedad que fue absorbida por la demandada por acuerdo de 20 de junio de 2.007), correspondiente a la Promoción "Edificio Pinar Estepona por el que la actora se obligaba a la ejecución de 36 viviendas multifamiliares, 23 plazas de garaje y trastero.
5) Las Disposiciones contenidas en el contrato de ejecución de Obras con suministro de materiales eran similares a las expuestas en el apartado 1) de este fundamento de derecho al tratar sobre el contrato fecha 5 de marzo de 2.003.

-En fecha 30 de noviembre de 2.006 se firma el Acta de Recepción de Obra, folios 181 y 182 de los autos, en dicha Acta se hace constar textualmente "comenzando a partir de esta fecha el período de garantía establecido en el apartado 12.2 de la Estipulación General Duodécimo del contrato de ejecución de obras".
En el anexo del Acta se recogían una serie de anomalías subsanables, referidas a viviendas; garajes y trasteros y zonas comunes, urbanización exterior, perímetro exterior de obra fijándose un plazo de corrección de dichas anomalías un plazo no superior a 30 días.
Dichos defectos no fueron subsanados por la constructora como se puso claramente de manifiesto por la prueba testifical practicada en el acto del juicio, especificando D. Juan que hubo algunas reparaciones menores, pero otras no; cuyo arreglo se sigue reclamando en temas de humedades, calefacción e impermeabilización, y que corrobora el Informe pericial elaborado por D. Alonso, obrante en los autos, que cuantifica la reparación en la suma en la suma de 155.000 #, sin que por la parte actora se haya desvirtuado una procedencia distinta de los defectos existentes ni el importe de las subsanaciones realizadas.
6) Al suscribirse las Actas de Recepción de las dos Obras, se abonó por la Promotora el primer tramo de las retenciones efectuadas.
7) No consta la existencia de reclamación escrita por parte de la Promotora a la Constructora en ninguna de las obras sobre la aparición de nuevos vicios o defectos durante el año siguiente a la suscripción de las Actas de Recepción, aunque consta que se han venido manteniendo con posterioridad continúas conversaciones entre las partes litigantes para el arreglo de los defectos existentes.
8) Por la Promotora se abonó a Begar Construcciones un pagaré por importe de 235.000 #, pagaré que fue cobrado, imputándose por la acreedora dicho pago a las siguientes facturas:
-2RET/1.901, de fecha 21 de mayo de 2.007, por importe de con IVA de 291.240,68 #, de la que se paga la suma de 105.482,60 #, quedando pendiente 185.758,08 #.
-2RTURB/1.901, de fecha 31 de octubre de 2.007, por importe con IVA de 32.480,34 #, que se abona en su totalidad.
-001P/1901, de fecha 31 de diciembre de 2.006, por importe con IVA 29.324 #, abonada en su totalidad.
-2RET/1.906, de fecha 21 de mayo de 2.007, por importe con IVA de 56.797,76 #, de la que se paga 56.797,76 #, quedando pendiente 20.000 #.
-2RTURB71.901 de fecha 31 de octubre de 2.007, por importe de 10.915,04 #, pagado en su totalidad.
Con dicha imputación de pago quedaba pendiente de pago Quedando de pago en la Promoción de "Vista de África" la suma de 185.000 #. Y en Promoción "Edificio del Pinar" la suma de 20.000 #.
La anterior propuesta queda acreditada por el correo remitido por el Director Regional Madrid Sur a D. Ambrosio, y la hoja de Excel que se adjuntaba al mismo, con la aplicación de los pagos propuesta, y cuya veracidad se ratifica por los testigos D. Ambrosio y D. Juan, imputación que fue aceptada, por la deudora.
9) La sociedad actora fue declarada en situación de Concurso por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valladolid de fecha 25 de junio de 2.009, dictándose sentencia de fecha 11 de octubre de 2.011, aprobando el convenio propuesto por la contratista.
10) Resulta acreditado la existencia de negociaciones entre Promotora y Constructora para el arreglo de los desperfectos existentes en la Promoción "Vista de Africa" y "Pinar de Estepona", como consta en el correo remitido por la demandante de fecha 5 de febrero de 2009 -folio 314 de los autos.
Además consta el ofrecimiento de la actora a la promotora de abonar 30.000 #, con cargo a las retenciones efectuadas para el arreglo de los desperfectos existentes en la Promoción "Vista de África".
Por acuerdo fue suscrito entre la promotora y la Comunidad del edificio "Vista de África" de fecha 11 de diciembre de 2009, estando ya en concurso la Constructora, por dicha Comunidad aceptaba la suma de 60.000 # en pago de todas las patologías existentes en el edificio, renunciando al ejercicio de cualquier reclamación, cantidad que fue abonada el 9 de junio de 2.010 -folio 310 de los autos.
10) En su escrito de demanda reclama en la litis la mercantil actora las siguientes facturas:
EDIFICIO PINAR DE ESTEPONA
-2RET/1.906, de fecha 31 de octubre de 2.007, correspondiente al 50% de las retenciones practicadas en las viviendas, por importe de 76.797,76 #.
-IT/1.906, de fecha 13 de noviembre de 2.006, correspondiente a la caseta de ventas Grupo Pinar, por importe de 10.915,04 #.
PROMOCION VISTA DE AFRICA
-2RET/1.901, de fecha 21 de mayo de 2.007, correspondiente al 50% de las retenciones practicadas en las viviendas, por importe total de 291.240,68 #, factura pagada en parte 235.000 #, restando importe de 56.240,68 #.
-2RETUrb/1.901, de fecha 31 de octubre de 2.007, correspondiente al segundo 50% de las retenciones de la urbanización, por importe de 32.480,68 #.
-IP/1.901, de fecha 31 de diciembre de 2.006, correspondiente a trabajos en piscina y zonas comunes, por importe de 29.324,26 #, y 5% correspondiente a la retención practicada, por importe de 1.442,41 #.
CUARTO.-SOBRE LA LIQUIDEZ DE LAS CANTIDADES CORRESPONDIENTES AL SEGUNDO TRAMO DE LAS RETENCIONES.
Por la mercantil recurrente se opone la falta de liquidez del segundo tramo de las retenciones practicadas al entender que las Obras ejecutadas tenían defectos que no han sido subsanados.
Como consta en los hechos declarados probados, en las Actas de Recepción de las dos obras ejecutadas por la Constructora demandante, se hizo constar un Anexo con anomalías subsanables, concediéndose un plazo en ambas de 30 días para su reparación, plazo que no ha sido cumplido, pues continúan subsistiendo muchas de los defectos indicados, lo cual, como señala la sentencia de Instancia, parece indicar una recepción "con reservas", en espera de que se procediera a su subsanación y que, una vez subsanadas se levantara un Acta aparte, sin embargo, en las Actas de Recepción se hace constar el comienzo del plazo de garantía, abonándose además el 50% del primer tramo de las retenciones, concluyéndose por estos actos de las partes,

con independencia de las justificaciones ofrecidas por los testigos a la necesidad de firmar el Acta para concertar el seguro de responsabilidad decenal y poder obtener la licencia de primera ocupación, que por acuerdo de las partes se excluyó la firma posterior de un Acta aparte, admitiéndose la entrega en dichas condiciones sin perjuicio de su ulterior subsanación.
Es evidente la existencia de vicios en la ejecución de ambas Promociones, cuestión que queda acreditada no sólo por la prueba testifical practicada en el acto del juicio, sino también y los Informes periciales aportados a los autos, sino también por el propio reconocimiento que de los mismos hace la acora en el correo remitido de fecha 5 de febrero de 2009 -folio 314 de los autos.
Y ello evidencia, que pese al contenido de las Actas de recepción y el pago del primer tramo de las retenciones las obras no fue debidamente ejecutadas, por lo que la Constructora debía reparar los defectos existentes.
Esta Sala en su sentencia de fecha 11 de julio de 2.013, Ponente Sr. Torres Fernández de Sevilla, sostiene que "la naturaleza jurídica de las retenciones. Estas constituyen una auténtica prenda irregular, en cuanto afecta, con función de garantía, una suma de dinero que pertenece en realidad al deudor de la prestación principal garantizada y que queda en poder del acreedor. Por eso, cuando el acreedor considera que se ha llegado al estado de incumplimiento de la obligación garantizada ha de realizar un acto ostensible de aplicación de la prenda, notificándolo al deudor, pues de lo contrario, si nada hace y se la queda definitivamente para sí, incurriría en el comiso directo de la prenda, prohibido por nuestro ordenamiento".
Conforme a dicha naturaleza no es admisible que la promotora retenga de forma indefinida unas retenciones practicadas alegando su falta de liquidez por no haber subsanado los defectos existentes en las obras, porque, en cualquier caso, la finalidad de dichas retenciones es garantizar el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, artículo 19.1a) de la Ley 38/1.999, de Ordenación de la Edificación, por lo que en caso de la demandada no lo arreglase los desperfectos deben, en principio aplicarse a dicha finalidad.
Esta sala en sentencia de fecha 13 de noviembre de 2.013, Ponente. Sr. Hererro de Egaña y Octavio de Toledo, declara sobre la cuestión debatida: "Como se indicará posteriormente con mayor detalle, es aplicable a la restitución de las retenciones la doctrina jurisprudencial relativa a la "exceptio non adimpleti contractus", la cual no implica reclamación de cantidad alguna ni necesariamente la resolución contractual, ya que si bien cabe acudir a la misma para fundamentar la resolución contractual, su finalidad básica y originaria es la de evitar la exigibilidad de las prestaciones contractuales mientras la parte que reclama su cumplimiento no cumpla lo que le incumbe (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1991, 21 de marzo de 2001, 17 de febrero de 2003 y 20 de diciembre de 2006, entre otras).
La situación concursal de la actora, por ello, no impide evaluar si en el desempeño de sus obligaciones como constructora ha actuado con arreglo a derecho, y si en consecuencia tiene o no derecho a reclamar la restitución de la retenciones, ya que al acreedor concursado, al igual que al que no lo está, debe acreditar que está en posición de hacer efectivo su derecho, y por tanto le es oponible como motivo que impide que prospere su pretensión, el incorrecto cumplimiento de sus obligaciones.
La actora considera que una vez entregada la obra, abonado el 50% de las retenciones practicada y transcurrido el plazo de garantía, la demandada no quedaba facultada para permanecer en posesión de dichas garantías, debiendo además abonar las facturas de obras reclamadas.
Como ya se indicaba anteriormente, es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que cabe aplicar la excepción de contrato incumplido ("exceptio non adimpleti contractus"), cuando una de las partes incumple su obligación, lo cual le impide reclamar a la parte contraria el cumplimiento de aquellas que le incumben, al menos en tanto en cuanto quien reclama el cumplimiento de la obligación, no cumpla o se allane a cumplir lo que le incumbe (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1991, 21 de marzo de 2001, 17 de febrero de 2003 y 20 de diciembre de 2006, entre otras).
Debe existir para ello un incumplimiento relevante por parte de quien reclama el cumplimiento de la obligación, de tal manera que exista proporción entre la prestación recibida y aquella que se reclama, justificando con ello la utilización de dicho mecanismo de defensa (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1991, 22 de octubre de 1997, 21 de marzo de 2003 y 17 de noviembre de 2004, entre otras).
Tratándose del derecho de retención, el análisis de la relevancia del incumplimiento, en este caso de las deficiencias de la ejecución, debe realizarse analizando, no el conjunto del contrato, sino el importe de la retención que permanece en poder del demandado y la trascendencia que quepa asignar a las deficiencias de ejecución existentes, ya que la obligación cuyo cumplimiento reclama el actor es la devolución de la parte de la retención que permanece en poder del demandado, y dicha retención tiene por objeto asegurar las posibles responsabilidades como consecuencia de las deficiencias de ejecución que existan en el momento de efectuarse la reclamación de la restitución.
Por tanto, si el demandado al que se reclama la restitución de las cantidades retenidas acredita que existen deficiencias en la ejecución, el mantenimiento de la retención estará justificado, siempre y cuando existan defectos de índole tal que, en atención a la cantidad retenida, permitan apreciar una adecuada proporción entre la retención y las deficiencias existentes".
En el supuesto que nos ocupa, pese a que la demandada habla de una unidad jurídica de tratamiento en las dos promociones ejecutadas, no se comparte por esta Sala dicho razonamiento, pues cada una de ellas obedece a contratos distintos y su tratamiento no puede ser unitario, sino que cada una debe ser tratada como negocios jurídicos diferenciados y las deudas que derivan de ellos como distintas.
Así, en la promoción de "Vista Africa", la propia demandada ha hecho una expresa aplicación de parte de la retención efectuada, por importe de 60.000 #, con cuyo pago la Comunidad de Propietarios aceptaba la reparación de todas las patologías existentes en el edificio, renunciando al ejercicio de cualquier reclamación. Y aunque la sentencia de Instancia señala que dicho pago se hizo cuando la Constructora se encontraba en concurso y no intervino en las negociaciones, dicha aplicación de la retención en la subsanación de los defectos constructivos es válida al no probarse de contrario su improcedencia.

Como consecuencia de ello en esta Promoción no puede alegar la falta de liquidez de la deuda por incumplimiento de contrato.
Sin embargo, en la promoción del edificio Pinar de Estepona sí que consta la existencia de importantes defectos constructivos debido a una mala ejecución en cuyo caso sí que resulta proporcionada y justificada la retención por parte de la demandada de la cantidad referida, dadas las deficiencias anteriormente aludidas, al objeto de dar garantía del correcto cumplimiento por la Constructora de sus obligaciones asumidas contractualmente, sin que ello implique que la Promotora haya hecho suyas dicha suma, puesto que se ha probado la existencia de continúas negociaciones con la Constructora sin que hasta ahora se haya producido su arreglo,
Por lo que, debe desestimarse la reclamación efectuada por la Constructora por dicha Promoción, en virtud de la aplicación de contrato incumplido.": SAP Madrid (Sección 12) 10.12.2013 (Sentencia 907/2013; Rollo 796/2012)

"CUARTO.-La parte apelante, y pese a que se trata de una cuestión desestimada en la sentencia apelada y planteada por la demandante, por lo que en nada afecta a la defensa de sus intereses en este recurso, vuelve a incidir en la improsperabilidad de la tesis de OBRUM, por la que declarada la situación de concurso, no cabría por imperativo del artículo 58 de la Ley Concursal, la oposición del oportuno mecanismo de compensación de deudas que plantea la demandada
Tal alegación que planteara la demandante, y que reitera en esta alzada, y que argumenta la recurrente, debe ser rechazada en función de los mismos razonamientos, que recoge la sentencia de instancia, y que ya recogía la sentencia de esta Audiencia Provincial de Madrid, sec. 19ª, de fecha 7-2-2013, en el presente caso no se trata en esencia de una compensación, sino de una simple o mera liquidación que derivaría en su caso, del incumplimiento de determinadas obligaciones por la demandante, básicamente la entrega defectuosa de la obra, de tal modo que no concurrirían dos créditos enfrentados, sino que se operaría una deducción de lo reclamado en base a las circunstancias que se probaran. Así la STS de 26 marzo 2007, destaca que en el supuesto de descuento del precio del importe de las deficiencias de la obra, no se está operando una compensación, sino una liquidación o ajuste del reseñado precio y en base a la posición procesal de las partes, no tratándose de deudas en las que las partes intercambian las posiciones de acreedor y deudor, ex artículo 1196 del Código Civil, sino que se aduce una excepción parcial de contrato no cumplido, que conduce formalmente a esa liquidación reseñada.": SAP Madrid (Sección 12) 16.01.2014 (Sentencia 12/2014; Rollo 775/2012)

AP Madrid (Sección 13)

"Fijada la naturaleza jurídica del contrato de autos como de arrendamiento de obra, debemos añadir que, como es sabido, en este tipo de contratos, como en todos aquellos de los que se derivan mutuas y reciprocas obligaciones, cobra especial relevancia la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) que faculta al deudor para resolver el contrato con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, si la prestación de los servicios no tuvo lugar, o si fue tan defectuosa que resultó inútil, o en su caso la de cumplimiento anormal o defectuoso (exceptio non rite adimpleti contractus), modalidad de la más amplia y previamente citada, que aunque no regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, está implícitamente admitida en los arts. 1.157, 1.100 apartado final y 1.154 del C.C., habiendo sido desarrollada ya desde hace tiempo fundamentalmente por nuestro T.S. que, en Sentencias tales como la ya añeja de 13 de mayo de 1.985 decía que cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato, no autorizan el ejercicio de la acción resolutoria del art.
1.124 del C.C., pero permiten la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones reparatorias precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio.
Ahora bien para que alguna de las citadas excepciones prospere es preciso, en todo caso, que quien las opone haya cumplido su parte de obligaciones contractuales (SS.T.S. 26 junio 90, 30 noviembre 92, 2 julio 97, y 30 abril 010 entre otras muchas), además de acreditar cumplidamente el o los defectos que imputa (art. 217 L.E.C.).
En el presente caso, la demandada apelante, insiste en su recurso, en que en ningún momento pretendió (mediante la alegación del impago de los seguros sociales por la demandante, del retraso en la entrega de la obra, y de los costes indirectos que tuvo que soportar tras la resolución unilateral y el abandono de la obra por la actora), formular compensación alguna, sino solo acreditar el incumplimiento por la demandante de sus obligaciones contractuales; pero aunque en su contestación a la demanda solicitó expresamente la desestimación integra de la misma por incumplimiento total (exceptio non adimpleti contractus), luego, en la audiencia previa, y ahora también en su recurso, admitió deber 98.341,19 euros y pidió expresamente que se rebajara a dicha cantidad la reclamación con lo que su oposición se sustentaba tan solo en un incumplimiento defectuoso (exceptio non rite adimpleti contractus). Pero es que, el reconocimiento de su deuda por la cantidad expresada, es el resultado de restar a la suma total reclamada (182.934,29 euros) por trabajos -que ella misma y su perito reconocen efectivamente ejecutados-, los 22.676,62 euros abonados por Abeima a la T.G.S.S.; mas los 28.828,19 euros por retraso en la entrega; mas los 22.520,42 euros de costes indirectos que afirma fueron por ella soportados como consecuencia del abandono de la obra por la demandante; mas, finalmente, los 10.567,88 euros correspondientes a las retenciones efectuadas por garantía; de manera, que lo que está alegando, es realmente la compensación de dichas cantidades. Sin embargo la Juzgadora de instancia, con argumentos que esta Sala comparte, en su Auto de 15 de marzo de 2.012, resolutorio de la cuestión de competencia opuesta por la hoy apelante, así como en el Auto de 4 de mayo de 2.012 desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por la actora contra el anterior, resolvió mantener su competencia razonando

que la demandada no estaba oponiendo compensación alguna, por lo que, en línea con la jurisprudencia existente y de conformidad con lo dispuesto en el art. 58 de la Ley Concursal ("Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de creditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración"), vino a reconocer la imposibilidad de pronunciarse sobre la compensación pretendidamente opuesta al encontrarse la actora en situación de concurso, de manera que dicha pretensión, en su caso, correspondería solo al Juzgado de lo Mercantil que tramitaba el concurso de la demandante.
Pero aún admitiendo que los invocados incumplimientos lo sean a los solos efectos de conformar la excepción de incumplimiento total y consecuentemente la integra desestimación de la demanda, hubiera sido preciso para ello que los mismos no solo tuvieran entidad y gravedad suficientes para frustrar el fin del contrato, que se tratara de incumplimientos de prestaciones esenciales y básicas, no de prestaciones accesorias o complementarias (SS.T.S.15 noviembre 94, 19 junio 95, 6 octubre 2.000 y 11 abril 2.003 entre otras muchas). Es verdad que en la cláusula 9ª del contrato de autos se pactó expresamente la obligación del contratista de hacer frente a sus obligaciones de carácter laboral, seguridad y salud, medio ambiente y prevención de riesgos y consecuentemente de los seguros sociales de sus trabajadores, y que en la cláusula 11ª, se previó como motivo de resolución, el incumplimiento por el contratista de cualquiera de las cláusulas del contrato; pero ni todas ellas pueden ser consideradas esenciales, ni puede pedir la resolución el contratista que previamente ha incumplido sus obligaciones (SS.T.S. 29 julio 99; 22 abril 04; 7 octubre 05 entre otras muchas). En el presente caso, además de que el cumplimiento de dicha prestación no puede ser considerado esencial para el buen fin del contrato, es claro que la misma apelante así lo reconoció, porque tal y como decíamos, con ella, no pretendió finalmente neutralizar la petición de la actora, sino solo rebajar de su importe las cantidades antes mencionadas hasta llegar al importe que reconocía y reconoce adeudar (98.341,19 euros). Pero es que ni el impago de las referidas obligaciones sociales, ni el retraso en la entrega, ni finalmente las cantidades que alega haber pagado a otras empresas como costes indirectos para terminar la obra pueden conformar la excepción de contrato defectuosamente cumplido: en primer lugar porque la demandada apelante no estaba al corriente del cumplimiento de sus obligaciones cuando la actora resolvió el contrato (junio de 2.009) al adeudarle diversas cantidades, es más, después de dicha resolución, le abonó alguna de ellas; en segundo lugar, solo cuando contestó a la demanda opuso el retraso en la entrega, pues nada dijo en el burofax que como contestación remitió a la actora cuando esta resolvió el contrato; y en último lugar, aún admitiendo su derecho a resarcirse del importe de las cantidades satisfechas a la T.G.S.S. por cuenta de la actora, será en el procedimiento concursal de aquella en el que, como adelantamos, de conformidad con lo dispuesto en el citado art. 58 de la Ley Concursal deberá reclamar.”: SAP Madrid (Sección 13) 07.02.2014 (Sentencia 37/2014; Rollo 46/2013)

AP Madrid (Sección 14)

“Siguiendo la Doctrina Mercantilista y los Tribunales de esa especialidad (por todas, SAP de Barcelona, Secc. 15a, de 30 de septiembre de 2008), en relación con el art. 58 Ley Concursal, "únicamente admite como compensación eficaz con proyección sobre el concurso la que ha tenido lugar entre créditos que ya fueran compensables, conforme al régimen legal, en el momento de ser declarado el concurso, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos v exigibles) se daban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago, y contemplando la situación desde la perspectiva de un concurso ya declarado". Esto es, si antes de la declaración del concurso ya existía entre el deudor y el acreedor créditos u obligaciones líquidas, vencidas y exigibles el efecto propio del art. 1.196 CC es la compensación total o parcial sobre la deuda mayor que opera de forma automática como modo de extinción de la obligación, y así lo reconoce dando naturaleza extintiva a la deuda menor el propio Código.
Pero es más, siguiendo el contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sec. 3a, S 30-9-2011, n° 391/2011, rec. 383/2011 (EDJ 2011/380721), la Doctrina ha desaconsejado, cuando no descartado, la aplicación del art. 58 de la Ley Concursal en obligaciones no ya recíprocas y vigentes sino conexas o "ex eadem causa" donde la aplicación inflexible de la regla de la compensación, y sobre todo de la competencia en sede concursal, no sólo altera y divide la continencia de la causa provocando enjuiciamientos prejudiciales y parciales ante órganos judiciales diferentes, en situación no sólo condicionante de una valoración global y justa, sino en evitación del llamado desequilibrio de prestaciones como principio aplicado, en no pocas ocasiones, por nuestro Tribunal Supremo en el tratamiento de la "exceptio non rite adimpleti contractus" o de cumplimiento defectuoso, en aras a garantizar y lograr la necesidad de mantener en el funcionamiento de la relación jurídica el mismo equilibrio.
Visto lo expuesto procedería la compensación aún cuando el crédito compensable fuera posterior a la declaración del concurso de acreedores, y ello a fin de evitar situaciones de desequilibrio. Piénsese que en el presente caso la actora, después de eludir el pago de los salarios de sus trabajadores, se ha lucrado del trabajo de éstos percibiendo el precio de la obra ejecutada sin atender sus obligaciones laborales (ni siquiera compareció en el juicio laboral). Con todo ello la sentencia que ahora se recurre genera una situación de desequilibrio e injusticia material al condenar a mi mandante a que pague por segunda vez, sin opciones a verse resarcida dada la situación de liquidación de la actora.”; SAP Madrid (Sección 14) 22.01.2015 (Sentencia 18/2015; Rollo 556/2014)

AP Madrid (Sección 19, 2015)

“PRIMERO. -Se sigue el presente procedimiento en virtud de demanda de juicio ordinario 496/13 presentada con fecha 18 de abril de 2013 proveniente de procedimiento monitorio 1908/12. Se reclama por la parte actora la cantidad impagada por fabricación, suministro y colocación de puertas por importe de 28.643,20 euros documentos 1 a 19 en obra de "96 viviendas Azucarera de Zaragoza".
Se resuelve por Sentencia de 28 de julio que desestima la demanda y estima la excepción de contrato no cumplido adecuadamente "exceptio non rite adimpleti contractus", por considerar que existieron defectos de colocación de las puertas que dieron lugar a la necesaria contratación de otra empresa de nombre Orange Line por importe de facturas totales hasta 66.862,40 euros. La sentencia considera aplicable la referida excepción y se entiende que no concurre en un supuesto del art. 58 de la Ley Concursal que impediría la compensación, interpreta siguiendo línea jurisprudencial que no se trata de compensación, sino de minoración y de liquidación de un mismo contrato y no de compensación de dos deudas liquidas, vencidas y exigibles.
SEGUNDO.- Se alegan como motivos del recurso.- Error en valoración de la prueba, se solicita se acuerde y se estime la demanda considerando que no se ha probado las existencia de los gastos generados por la mercantil Orange Line SL; alega igualmente que se sustituyen puertas en buen estado; alega que se cambian suelo y tabiques por causa no imputable al actor y eso ha provocado desajustes. Alega igualmente error en la valoración de la prueba en relación al libro de ordenes por considerar que el testigo no era el jefe de obras, que no existen incidencias por mala ejecución en el libro de órdenes y se cierra sin repasos y finalmente que se produjo una defectuosa colocación del suelo y tabiques del baño; se impugna el valor probatorio del testigo Don Prudencio por no ser jefe de obra. Se alega también la existencia de un aval bancario que no se ha ejecutado. Se alega no acreditarse el retraso imputado y los días a que éste se refiere. Alega igualmente la necesidad de accionar por medio de reconvención. Alega vulneración de la doctrina de actos propios por no haberla incluido en el concurso y haber consentido sin discusión que se incluyera en el inventario del concurso el crédito frente a Sacyr.
TERCERO.- Se debe desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida. Se debe mantener la valoración probatoria realizada por el Juzgador de Primera Instancia por considerar la misma ponderada y ajustada al contenido de la documental aportada y al contenido de la prueba practicada en juicio en relación a las pruebas testificales practicadas. (...)
SEXTO.- Respecto a la necesidad de formular reconvención, se debe rechazar tanto la alegación que interpreta como necesario la formulación de reconvención como la alegación en relación a encontrarnos antes una compensación y no una liquidación de contrato y en ese sentido se debe recordar la reiterada y conocida jurisprudencia en relación a la excepción de contrato no cumplido adecuadamente que no exige ni hace necesario accionar siendo suficiente excepcionar, que no hace necesario formular reconvención siendo suficiente contestación a la demanda siempre y cuando lo que se realice sea oponerse y pedir la desestimación de la demanda y no se contengan otras peticiones adicionales diferente a la desestimación de demanda y absolución. No supone una compensación de créditos, sino que se trata propiamente del camino y operaciones necesarias y seguidas para la liquidación del mismo crédito. Crédito que se deberá íntegramente si se ha cumplido adecuadamente y crédito que se deberá minorar en cuanto no se haya cumplido o no este cumplido adecuadamente, sin que esto suponga un nuevo crédito sino que se trata del mismo crédito siendo el objeto del procedimiento fijar su importe. Recordar en tal sentido la tantas veces mentada SENTENCIA del Tribunal Supremo de 8-6-1996 : *Dice la Sentencia 15 marzo 1979 que la llamada «exceptio non rite adimpleti contractus» o excepción de contrato no cumplido adecuadamente, opuesta por el deudor que retiene la integridad de su prestación cuando el acreedor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, puede resultar contraria al principio de buena fe en la contratación proclamado en el art. 1258 del Código Civil atendidas las circunstancias del caso, pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado, conflicto de intereses que la doctrina resuelve aplicando las normas específicas de la acción redhibitoria o de la reducción de precio, y en general de la contraprestación, o acudiendo a otras situaciones que ofrece el derecho comparado, remedio que este Tribunal ya ha contemplado precisamente para el contrato de empresa en la reclamación por el contratista del saldo de la obra; y la Sentencia 17 abril 1976, a la que se remite la citada declara que «la alegación de cualquiera de esas excepciones puede rechazarse cuando sea opuesta a las reglas de la buena fe -art. 1258 del Código Civil -, como ocurre cuando sólo se está atrasado en un pequeño resto del contracrédito del actor, o cuando el cumplimiento puede ser mejorado o subsanado de otra manera, en cuyos supuestos, ya las legislaciones extranjeras, de manera expresa, establecen que el deudor podrá retener, para la seguridad de las prestaciones atrasadas, o para la reparación de lo imperfectamente cumplido, una parte suficiente de su prestación». Línea jurisprudencial que se mantienen en la Sentencia 13 mayo 1985, citada por la de 27 marzo 1991, según la cual «el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionada a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente queda satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato, no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 del citado texto sustantivo y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio -Sentencias 21 noviembre 1971, 17 enero 1975 y 15 marzo y 3 octubre 1979 ».*

SÉPTIMO. -Se debe concluir del anterior material probatorio la confirmación de la Sentencia de instancia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.”: SAP Madrid (Sección 19) 12.03.2015 (Sentencia 68/2015; Rollo 39/2015)

AP Madrid (Sección 21)

“SEPTIMO.- No siendo competente el Juzgado de Primera Instancia número 53 para declarar los efectos de la compensación opuestos por la recurrente, según lo anteriormente razonado, lo que ha de resolverse es si procedía desestimar la demanda por haber acreditado el incumplimiento del contrato de ejecución de obra por la demandante y en su caso por efecto del acuerdo suscrito por la Administración concursal y PROMOSA el 30 de julio de 2010.
En la sentencia no se entró a resolver sobre la compensación fundada en el crédito que alegaba la demandada, PROMOSA, a consecuencia de los retrasos que refería, siendo el motivo la falta de competencia apreciada en el Auto recurrido, lo que sí procedió a examinar es si había o no incumplido la actora el contrato de ejecución de obra porque, según se razona en el fundamento segundo, folio 325, "la oposición del demandado por el concepto de cantidades debidas en concepto de reparación no sería subsumible en el concepto de compensación sino en el de aplicar el importe retenido en concepto de garantía a la finalidad que le es propia y en tal sentido procedería su examen".
Examinada la prueba la Juez de instancia concluyó estimando la demanda porque rechazó que hubiera probado la demandada la responsabilidad de BEGAR por los defectos denunciados al ser carga probatoria de PROMOSA no solo la existencia de los defectos sino ser imputables a la actora, lo que consideró no acreditado a través de la documental y declaración del testigo, "Aparejador de la obra de León".
La recurrente alega, en primer lugar, haber incurrido en error la Juez al valorar la prueba, afirmando que sí había probado cuál era el coste de reparación de las deficiencias -191.612,11 euros- a través de la relación realizada por su departamento de contabilidad y de las facturas de proveedores externos, y la realidad de la existencia de los defectos, que por otra parte habían sido reconocidos en la sentencia.
La demandada se opuso a que se estimara el recurso no solo porque entendía, aunque sin hacer cuestión de ello, que esta oposición fundada en el incumplimiento tampoco procedía por él mismo motivo por el que no examinaba la compensación fundada en el retraso sino porque la prueba no había sido erróneamente valorada por la Juez de instancia.
Considera este tribunal que él mismo argumento tenido en cuenta para no apreciar la compensación opuesta en relación con el crédito derivado de las penalizaciones por retraso es aplicable al crédito por incumplimiento porque todo incumplimiento lleva aparejado no solo acreditar su realidad sino hacer una liquidación a los efectos de concretar cuál sea para resolver si procedería o no, en más o en menos, el cobro de lo reclamado; y por tanto el efecto sería él mismo contenido en la sentencia, es decir, la estimación íntegra de la demanda, la cual tampoco se desvirtúa por las razones expuestas en el recurso porque es cierto que la Juez declara la existencia de defectos en la obra lo que deriva de la declaración de quien fuera aparejador de la obra "de León", pero no por ello, como correctamente razona, se puede afirmar que la responsabilidad sea de la constructora porque no es la única que interviene en el proceso constructivo sino también la Dirección Facultativa; de la existencia de procesos contra el arquitecto técnico de esa obra no se deriva la responsabilidad de la constructora, y tampoco de los documentos a los que al recurrir hace PROMOSA referencia porque el documento número 10 es un listado de repasos y/o defectos realizado por la propia parte, por tanto no es más que una alegación documentada sin efecto probatorio alguno, y las facturas aportadas acreditan que ha pagado a terceros por reparaciones y material, pero no la responsabilidad de la actora.”: SAP Madrid (Sección 21) 28.01.2014 (Sentencia 90/2014; Rollo 579/2012)

AP Navarra

“B).-Excepción y no compensación.
“Pues bien, no obstante la tramitación dada al escrito de contestación a la demanda, lo cierto es que resultaba inaplicable al caso el trámite previsto en el artículo 408.1 de la LEC ya que, por más que erróneamente la parte demandada hubiera utilizado el término " ***compensación*** ", se opuso a la demanda alegando, simplemente, la " ***exceptio non rite adimpleti contractus*** ", sin que la circunstancia de haber incurrido en ese error o la falta de denominación jurídica dada a los hechos en que se basa, tanto en dicho escrito, como ahora en el de formalización del recurso, impidan darle el tratamiento que legalmente le corresponde.
En este sentido, baste recordar que, según reiterada jurisprudencia, "el demandado, para impugnar la demanda no tiene necesidad de alegar expresa y nominalmente excepciones, bastando con la invocación de hechos de los que las mismas resulten..." (STS núm. 1069/1993, de 16 noviembre -RJ 1993\9098-, y las que en ella se citan).
Más recientemente, la STS núm. 949/2011, de 27 diciembre (RJ 2012\3530), desestima el recurso extraordinario por infracción procesal en el que, entre otros extremos, se denunciaba la incongruencia extrapetita de la sentencia, al pronunciarse sin petición sobre la excepción "non adimpleti contractus" en un caso en el que el demandado, en su escrito de contestación a la demanda alegó, como fundamentos de derecho, el principio "Iura Novit Curia"; los artículos 1088 y siguientes del Código Civil en cuanto al incumplimiento de las obligaciones de la actora y los artículos 325 y ss. del Código de Comercio, habiéndose desestimado en la sentencia de primera instancia "el argumento de la demandada consistente en la existencia de defectos en las piezas por un importe superior al reclamado, dado que no lo articuló mediante reconvención", mientras que en la sentencia dictada en apelación "la Audiencia declara que hay un incumplimiento gravemente defectuoso del contrato por parte de la actora, al menos por cantidad similar a la reclamada, por lo que desestima la demanda, al entender que de acuerdo con los arts. 1101 y 1124 del C.

Civil, no expresamente invocados, no puede reclamar el actor el cumplimiento de una obligación, cuando él incumplió el contrato o lo hizo de forma defectuosa."
Criterio que refrenda el Tribunal Supremo mediante la siguiente fundamentación jurídica:
"...en la sentencia recurrida se respetan los términos del debate, en cuanto que la propia actora basa su petición en el art. 1124 del C. Civil, mientras que la demandada opone explícitamente que el contrato no se cumplió por defectos de fabricación de las piezas, extremo este que se da por probado y que ambas partes asumen, como se refleja en la sentencia de la Audiencia, la que se limita de acuerdo con el art. 218 LEC, y con el principio "iura novit curia", expresamente invocado, es a aplicar los preceptos atinentes al caso, sin generar sorpresa o indefensión.
Debe recordarse que la excepción de incumplimiento contractual, en cualquiera de sus dos modalidades -exceptio non adimpleti contractus y exceptio non rite adimpleti contractus -, supone, simplemente, la negativa total o parcial al pago de la obligación reclamada y constituye una de las consecuencias más importantes del carácter sinalagmático de un contrato y del principio de reciprocidad de las obligaciones en ella comprendidas, pues se funda en la regla del cumplimiento simultáneo de las prestaciones recíprocas y en la idea de que cada parte puede rehusar o rechazar el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya y, a la inversa, en que ninguna de las partes puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria, sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la obligación propia.
Se trata de una verdadera excepción, tanto en su sentido sustantivo -porque es un derecho o facultad para rechazar la ejecución de la prestación puesta a cargo de quien la opone-, como en su sentido procesal -porque constituye un justo fundamento de oposición a la demanda de cumplimiento, en los términos en que ésta se encuentra planteada, de modo que es siempre un modo de defensa a favor del demandado-.
La genuina excepción de incumplimiento contractual (exceptio non adimpleti contractus) se produce frente a una omisión total de la ejecución de la prestación por parte de quien reclama el cumplimiento de la contraprestación (Sentencias de 12 de febrero de 2002, 17 de noviembre de 2004 y 16 de diciembre de 2005)."
En esta misma línea, la STS núm. 291/2012, de 18 mayo (RJ 2012\6359) desestima (fundamento de derecho noveno) la vulneración del principio de congruencia denunciado por el recurrente en virtud de los siguientes razonamientos:
"Pues bien, no puede negarse la razón que desde un punto de vista general o abstracto parece tener la parte recurrente, pues una interpretación rígida del principio de congruencia, en especial de la causa de pedir como combinación de los "fundamentos de hecho o de Derecho" que "las partes hayan querido hacer valer" (art. 218.1, párrafo segundo, LEC), podría autorizar la íntegra desestimación de la demanda por haber quedado desvirtuado su planteamiento general, ya que ni se ha declarado ajustada a Derecho la resolución del contrato de agencia por Gardenia ni se ha aceptado su tesis del reconocimiento de deuda con calendario de pagos.
Ahora bien, una interpretación del art. 218 más acorde con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) y a la relación de dicho artículo con el 216 de la propia LEC, en virtud del cual los tribunales decidirán "en virtud de las aportaciones de hecho, pruebas y pretensiones de las partes", justifica una concepción más flexible que permite juzgar sobre las pretensiones de las partes en virtud de lo alegado por una y otra y de todas las pruebas practicadas en el litigio, con independencia de cuál de las partes las hubiera aportado (SSTS 21-10-09, 18-6-09, 26-3-08, 20-12-07 y 28-6-06 entre otras), buscando así una correspondencia más lógica que literal con lo pedido (STS 12-1-11) y, en definitiva, cifrando la vinculación de la sentencia no a la forma sino a la esencia de lo pedido y discutido en el pleito (STC 133/2010).
En efecto, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional recuerda que "la incongruencia por exceso o extra petita «se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones», constituyendo siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes (por todas, SSTC 250/2004, de 20 de diciembre, F. 3; 42/2006, de 13 de febrero, F. 4). Pero lo anterior no comporta, sin embargo, que «el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado, el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que le sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petita cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso» (por todas, STC 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2)."
De otro lado, como recuerda la STS núm. 760/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 22 julio (RJ 2008\4617), a propósito de la "exceptio non rite adimpleti contractus" (en un caso en el que el contrato que vinculaba a las partes era de arrendamiento de obra, siendo igualmente aplicable su doctrina a otros de carácter sinalagmático), con cita, entre otras, de las SSTS de 14 de julio de 2003 (RJ 2003,4635) y 16 de diciembre de 2005 (RJ 2006,153), "el incumplimiento parcial exige valorar más pormenorizadamente en la instancia su entidad y repercusión en la economía del contrato, ya que el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, por lo que es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del contrato del artículo 1124 del Código Civil y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones

correctoras precisas -como se ha acordado en la Sentencia impugnada-, bien mediante la consiguiente reducción de precio. En el presente supuesto, como se ha dicho, se está ante defectos no impeditivos y subsanables mediante los oportunos ajustes, propios de una puesta a punto, habiéndose acordado la realización de ajustes, esto es, la reparación "in natura", por lo que no procede, además, la rebaja
o reducción del precio, que en alguna sentencia se califica como "cumplimiento por equivalencia" (Sentencia de 15 de marzo 1979, citada en la de 20 de diciembre de 2006, pues la llamada exceptio non rite adimpleti contractus sólo habilita a exigir la reparación de lo deficiente o a realizar lo que falte o a verse indemnizado en una prestación equivalente si no es posible su realización exacta (STS de 5 de noviembre de 2007 [RJ 2007,8646]),..."
En la actualidad, el artículo 408 de la vigente LEC, regula, entre otras cuestiones que no vienen al caso, el tratamiento procesal que debe darse a la " ***alegación de compensación*** ", disponiendo en su apartado nº 1 que "Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar."
A su vez, el artículo art. 406.1 LEC dispone que "Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvención, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal"; mientras que el inciso final del apartado nº 3 de este mismo precepto establece que "En ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal."
Como se ve, la alegación por el demandado de la existencia de un crédito compensable frente al del actor no es, "per se", aunque estructuralmente y materialmente sea siempre igual (pues entraña siempre la ampliación del objeto del proceso mediante el ejercicio de una acción del demandado frente al actor), según la vigente regulación procesal, ni una reconvención ni una excepción; sino algo distinto; desde una perspectiva estrictamente procesal es una figura intermedia (tal vez, mejor, mixta) entre la reconvención (art. 406.1 y 3, inciso final, LEC) y una simple y verdadera excepción material (art. 405.1 LEC); [las excepciones procesales (art. 405.3 LEC) no vienen al caso]; cuyo tratamiento procesal dependerá, única y exclusivamente, no del derecho de crédito que oponga contra el actor, sino de que pretenda su condena, por resultar a su favor el saldo resultante, o, simplemente, su absolución.
Conceptualmente, por su propia naturaleza, la compensación de créditos (instituto de derecho sustantivo y no procesal), que no es otra cosa que un modo de extinguir la obligaciones (art. 1156 CC) "cuando dos personas por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra" (art. 1195 CC), y una de cuyas exigencias es que "ambas deudas (aquellas de las que cada uno es originalmente y por título principal acreedor del otro) consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado" (lo que no sucederá nunca con aquellos contratos sinalagmáticos, como el que nos ocupa, en que solo uno de los contratantes tiene derecho a reclamar del otro una cantidad de dinero a cambio de su prestación, con un valor económico equivalente, pero que no es una deuda pecuniaria), cuyo efecto es "extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente" (art. 1202 CC), cualquiera que sea la modalidad de que se trate (legal, facultativa, convencional o judicial).
Desde un punto de vista sustantivo se aproxima más, hasta identificarse plenamente con lo que realmente es, a la reconvención, pues el demandado no hace otra cosa que formular una pretensión frente al demandante mediante el ejercicio de una nueva y distinta acción a la ejercitada en la demanda; esto es, responde a la noción que recoge el artículo 406.1 LEC, siendo exigible que en ella se concrete "con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor" (art. 406.3 LEC).
Lo que sucede es que, por razones estrictamente procesales que el legislador ha considera oportunas, "En ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal" (inciso final del art. 406.3 LEC).
Dicho de otra manera; aunque conceptualmente lo que se ejercite por el demandado en su escrito de contestación a la demanda sea una verdadera acción, derivada de una relación jurídica distinta a la que sirve de fundamento al actor para el ejercicio de la suya, y, por tanto, verdadera demanda reconvencional, el legislador ha optado ***por no denominarla ni considerarla así*** cuando el demandado se limite a pedir su absolución; aunque, finalmente, en todos aquellos casos en que esta pretensión del demandado se traduzca en el reconocimiento judicial de un derecho de crédito debidamente cuantificado, habrá que seguir el mismo trámite que el previsto para cualquier demanda reconvencional, al que se remite el propio art. 408.1 LEC ("en la forma prevenida para la contestación a la reconvención").
En definitiva, la diferente denominación jurídico-procesal entre ambos supuestos, aun cuando la coincidencia entre uno y otro sea absoluta en todo lo demás, radica, única y exclusivamente, en que el demandado pretenda o no obtener una condena al saldo que por efecto de la compensación resultase a su favor.
No obstante, ha hecho cierta fortuna la expresión doctrinal " *excepción reconvencional* " (empleada también por algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la STS núm. 427/2013, de 13 junio), verdadero oxímoron, que, lejos de suponer un afortunado hallazgo retórico (porque lo que es excepción no puede ser reconvención, y la precisión en el lenguaje jurídico debe primar sobre la retórica), no ha hecho sino sembrar confusión de manera innecesaria, cuando, por lo pronto, ni la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, ni su artículo 408.1 recurren a ella, refiriéndose de modo expreso, como hemos visto, a la " ***alegación de compensación*** ", distanciándose, por tanto, del empleo de los términos " *excepción* " (artículo 405.1 y 3) y " *reconvención* " (artículo 406).
Sin embargo, por cuanto llevamos razonado, en el caso enjuiciado, la parte demandada, en su escrito de contestación a la demanda opuso la existencia de una excepción de carácter material (art. 405.1 LEC), la de cumplimiento defectuoso del contrato de suministros que les vinculaba de modo recíproco, tal y como, por lo

demás, se dice en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida cuando se afirma que "será dicho Juzgado el que deba valorar si la parte demandada consigue o no acreditar la existencia de un posible daño y perjuicio derivado de algún supuesto incumplimiento imputable a la parte demandante"; esto es, la referida excepción material, por lo que no se debió habilitar el trámite que contempla el repetido art. 408.1 LEC; sino, directamente, tener por contestada la demanda y citar a las partes al acto de la audiencia previa (art. 414.1 LEC) y resolver lo oportuno sobre dicha excepción al tener atribuida competencia objetiva para ello.
En este sentido, resulta de especial interés, en cuanto aborda la relación entre compensación de créditos y procedimiento establecido en el artículo 408.1 LEC, resulta la STS núm. 953/2011, de 30 diciembre (RJ 2012\173), que resuelve, desestimándolo (fundamento de derecho quinto), el tercer motivo de un recurso extraordinario por infracción procesal por el que la demandante denunciaba la infracción de los artículos 406 y 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 218, apartado 1, de la misma, alegando que "la compensación debió oponerla Telefónica de España, SAU no al contestar la demanda, sino por medio de reconvención. Añade a ello que la posibilidad de compensar no es admisible cuanto uno de los deudores hubiera sido declarado en suspensión de pagos - como sucedía con ella -."; motivo que rechaza, en primer lugar y por lo que interesa a los efectos que estamos analizando, porque "el artículo 408 -en el que se apoya realmente la impugnación - contempla el caso de que el demandado " alegare la existencia de crédito compensable ", esto es, introdujera en el proceso una relación de obligación contra el demandante distinta de la afirmada por él en la demanda, para obtener en el proceso la declaración de la mutua neutralización de las deudas en la cantidad concurrente. Es en tal caso que el principio de contradicción impone dar a la otra parte oportunidad de alegar al respecto, como había establecido la jurisprudencia con anterioridad a la promulgación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil..."
Como vemos, la alegación en el escrito de contestación de la existencia de un " *crédito compensable* " contra el actor supone que el demandado introduce en el proceso " ***una relación de obligación contra el demandante distinta de la afirmada por él en la demanda*** ", para obtener en el proceso la declaración de la mutua neutralización de las deudas en la cantidad concurrente.
Y este supuesto no es el del caso enjuiciado ya que, como se alega en el recurso, y salvado, por irrelevante, el error cometido en el "nomen iuris" del motivo opuesto a la estimación de la demanda, lo que se introduce por dicho demandado no es otra cosa que una serie de hechos que configuran una simple excepción material derivada de la misma relación jurídica y no de otra distinta en la que fuese el demandado acreedor y el actor deudor, no existiendo, por tanto, crédito alguno a favor del demandado que pudiera compensarse con el del actor.
A idéntica conclusión llegamos desde la perspectiva de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, pues si incumbe al actor la "de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda" (suministros realizados y precio), corresponde al demandado "la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior", que, es, precisamente, el contenido de la contestación a la demanda en la que se hace valer, única y exclusivamente, una excepción frente a la pretensión e la actora.
CUARTO.-Procede, en consecuencia, la estimación, parcial y no íntegra, del recurso, por cuanto lo que hemos apreciado no es sino una indebida declaración de incompetencia objetiva en la sentencia recurrida, que ha dejado de resolver una parte de la cuestión de fondo debatida en la primera, respecto de la que no examina ni su planteamiento ni la prueba practicada, de manera que nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta o radical que debe apreciarse de oficio de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 240.2 LOPJ, en cuanto permite decretar de oficio una nulidad de las actuaciones cuando se apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, o, en nuestro caso, y en conexión al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 1 de la CE, por declararse incompetente un Juzgado, no siéndolo; máxime cuando, por razón de la remisión que el art. 408.1 LEC hace respecto del procedimiento que debe seguirse ("en la forma prevenida para la contestación a la reconvención"), la falta de competencia objetiva alegada por la actora debió ser resuelta mediante el oportuno auto, susceptible de apelación, y no aplazarse hasta sentencia, especialmente si tenemos en consideración que ningún dato novedoso y de relevancia para resolver esta cuestión se aportó en el acto de la audiencia previa.
Por lo demás, este es el criterio que se sigue por el Tribunal Supremo en casos similares, como hace en su Sentencia, por todas núm. 533/2012, de 10 septiembre (RJ 2012\10138), en el que tras estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, en lugar de resolver sobre el de casación, conforme a lo previsto para "los supuestos en que el recurso es estimado por vulneración de normas reguladoras de la sentencia a las que alude el artículo 469.1.2º LEC ", respecto de los que "la DF decimosexta, 7.ª, LEC establece un régimen transitorio que obliga a dictar nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación", entiende, no obstante, que "en el presente caso, en la medida que la decisión desestimatoria de la AP lo fue por razones formales, sin llegar a verificar la concurrencia de los presupuestos sustantivos en que se funda (...), y que esta verificación precisa valorar las pruebas aportadas al respecto, función propia de los tribunales de instancia, procede aplicar el criterio seguido por esta Sala en otras ocasiones (STS de 16 de diciembre de 2010, RCIP nº 221/2007, en evitación de la disminución de las posibilidades de defensa que supondría privar a las partes de una instancia, y reponer las actuaciones para que la AP dicte sentencia resolviendo sobre la procedencia de la pretensión omitida, sin que haya lugar a examinar el recurso de casación."
En conclusión, procede declarar nula y sin efecto alguno sentencia recurrida, debiéndose dictar por la Juzgadora "a quo" nueva Sentencia en la que se resuelva motivadamente la "exceptio non rite adimpleti contractus" alegada por la demandada.": SAP Navarra (Sección 2) 30.12.2013 (Sentencia 243/2013; Rollo 128/2013)

AP Oviedo (Sección 6)

“TERCERO.-La competencia del Juez del Concurso. Sitecma denuncia que la sentencia extralimita sus competencias desde el momento que la compensación judicial que nos ocupa constituye una acción civil con trascendencia patrimonial dirigida contra el patrimonio del concursado y por tanto, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 86.ter.) de la LOPJ, 8, 9, 50 y 58 de la Ley Concursal, es materia de competencia exclusiva del Juez de lo Mercantil que conoce del concurso de acreedores de la demandante.
El argumento sería de recibo si estuviéramos ante un supuesto de genuina compensación judicial, que, como cualquier otra variedad de la compensación, presupone una pluralidad de créditos y deudas nacidas de hechos o actos distintos e independientes; sin embargo no sucede así en la liquidación del contrato de obra que nos ocupa en el que únicamente se determina hasta donde llega el crédito del actor en función de la parte de la obra correctamente ejecutada; es sabido que en la hipótesis de contrato cumplido con defecto el contratista nunca llega a adquirir el derecho al cobro del precio pactado pues para ello tendría que haber cumplido íntegra y cabalmente su obligación, de manera que la aquí mal llamada compensación judicial simplemente trata de averiguar hasta donde llega el derecho de crédito que debe reconocerse al contratista, siendo irrelevante que para llegar a dicha conclusión se valore el coste real, o simplemente estimado, de la corrección de los defectos de que adolezca la obra y se reste del precio pactado.
Decae por ello un alegato que llevaría al absurdo de romper la continencia de la causa, o a retornar al Juez de lo Mercantil la competencia para reclamar un crédito que, en su caso, debería haber sido conocido directamente por este, de manera que reiteraremos que el Juez competente para enjuiciar la acción de cumplimiento de contrato tiene competencia también para examinar la excepción de contrato cumplido defectuosamente y se desestima este motivo del recurso.”: SAP Oviedo (Sección 6) 18.11.2013 (Sentencia 315/2013; Rollo 364/2013)

AP Oviedo (Sección 7)

PRIMERO.-La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Gijón objeto de apelación estimó parcialmente la demanda formulada por la representación de Fomento de Contratas y Obras, SL, interpuesta por su Administración concursal, y condenó a la demandada Construcciones y Promociones Navarrastur, SL, al pago de la cantidad de 134.663,45 euros, deuda que derivaba de las obligaciones asumidas por aquella en virtud de un arrendamiento de obra que tenía por objeto la construcción de un edificio en el nº 4-6 de la calle Los Moros de Gijón.
En concreto la deuda que se reclamaba comprendía, de un lado, el importe de dos certificaciones de obra que habría resultado impagadas por la promotora demandada (80.922,63 euros), y de otro, con la cantidad que, de acuerdo con el contrato, había sido objeto de retención en garantía por parte de la promotora (53.740,82 euros).
SEGUNDO.-La citada sentencia es objeto de apelación por la citada demandada, y se sustenta, en primer lugar, en lo referente el importe reclamado en concepto de retenciones, en tanto en cuanto, la apelante habría realizado pagos por cuenta de la apelada por un importe total de 61.987,44 euros, y con respecto a la cantidad reclamada de acuerdo con las certificaciones acompañadas, por la existencia de múltiples deficiencias y vicios constructivos que presentaba el edificio construido cuyo coste de reparación ascendería a la cantidad de 104.927 euros (IVA no incluido), con arreglo al informe pericial que acompañaba. La sentencia objeto de apelación desestimó dichos motivos de oposición al considerar que estábamos ante un supuesto de compensación de créditos cuya competencia a tenor de lo establecido en el art. 58 de la Ley Concursal correspondería al Juez del concurso, remitiendo a la apelante al procedimiento del art. 96 y siguientes de la citada Ley, y por considerar además que el derecho de retención quedaría sin efecto por virtud de lo establecido en su art. 59 bis.
El motivo de apelación sustentado en la afirmación de la competencia objetiva del Juez de Primera Instancia para decidir sobre dichas excepciones de debe acogerse. En el presente caso, no cabe hablar propiamente de un supuesto de compensación al que deba dársele el tratamiento previsto en el art. 408, pues nos encontramos ante un contrato sinalagmático y los créditos a los que aludía la demandada tiene un origen común, mientras que la compensación supone el aumento del objeto procesal, ya que no sólo se discute y se resuelve sobre el crédito del demandante, sino también sobre el del demandado, por ello en el supuesto enjuiciado el objeto procesal es único, consistente en realizar las operaciones liquidatorias derivadas del contrato de obra, y única es la relación jurídica deducida (SSTS.7-6-1983, 17-5-1984, 31-5-1985, 16-11-1993, 26-3-2007). En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en el recurso de 24 de julio de 2014 a propósito de la interpretación del art. 58 de la Ley Concursal.
Además, en el concreto caso enjuiciado, a propósito de los pagos realizados a terceros que se pretenden compensar con la cantidad retenida, conviene precisar que la facultad de retención en este caso se recoge en la cláusula tercera B párrafo quinto del contrato, en donde se confiera dicha facultad al promotor en concepto de garantía " para responder de la buena ejecución de las obras y del total cumplimiento por parte del constructor de las obligaciones dimanantes de presente contrato así como de las obligaciones de carácter laboral a las que se refiere su Estipulación Décima y del carácter tributario a las que se refiere la Estipulación Sexta..". Pues bien, frente a la reclamación que realiza la actora de devolución de la cantidad retenida por virtud de dicha estipulación, la demandada lo único que alega es su improcedencia al haber aplicado la misma, precisamente, a la finalidad para la que se pactó la retención, y lo que no parece aceptable es permitir a la demandante, sin más, proceder a su reclamación, y limitar los medios de defensa de la demandada para justificar la improcedencia de tal reclamación, y abocarla a discutir dicha improcedencia en el seno del proceso concursal, por mucho que los créditos que se dicen aplicados dicha retención se califiquen por la demandada

como controvertidos, pues, como esta misma Audiencia ha señalado ya a propósito de la interpretación del mentado art. 58 de la Ley Concursal (sentencia de la Sección 6ª de 18 de noviembre de 2013), todo ello llevaría al absurdo de romper la continencia de la causa, por lo que hay que concluir que si el Juez de Primera Instancia es competente para enjuiciar la acción de cumplimiento de contrato tiene competencia también para examinar la excepción de contrato incumplido o cumplido defectuosamente, y en el particular supuesto el de la correcta o no aplicación de la cantidad retenida al destino para el que fue pactada la garantía

Lo expuesto debe afirmarse con un solo matiz, y es que tratándose de este caso de un supuesto de retención, puesto que el art. 59 bis de la Ley Concursal determina que "Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa", habrá de considerarse la procedencia de dicha retención cuando se trate de pagos a créditos de terceros que hubiesen intervenido en la obra y que fueran realizados con anterioridad a la declaración del concurso (en este caso efectuada el 30 de marzo de 2012), pues a su pago la apelada estaría obligada por virtud del art. 1.597 del Código Civil; sin embargo, a partir de dicho momento, la parte carecía de dicha facultad y ya no puede, al margen del proceso concursal, decidir unilateralmente sobre la oportunidad o no de tales pagos, pues la procedencia de determinar el pago de los créditos de los terceros con carácter preferente sobre la cantidad retenida resultante correspondería ya al Juez Mercantil.

TERCERO.-Es por ello menester entrar en el examen de los diversos créditos alegados por la demandada a los que afirma haber destinado el importe retenido, debiéndose al efecto indicar que la única prueba al respecto obrante en autos es la propia documental aportada, cuya autenticidad de no fue cuestionada de contrario.

Pues bien, de dicha documental se infieren pagos efectuados por la promotora a subcontratistas que trabajaron en la obra: uno por importe de 6.315,11 euros realizado a una empresa de ascensores y que fue expresamente autorizado por la propia contratista, por lo que si estamos ante un contrato de obra con aportación de materiales (estipulación primera), en donde expresamente la contratista se responsabiliza además de las deudas por mano de obra subcontratada (estipulación segunda), la demandada no habría hecho más que dar la cantidad retenido por dicho importe el destino propio para el que se le confirió dicha garantía. Lo mismo cabe decir en cuanto a los pagos por importe de 5.392,05 euros y de 1.983,90 euros abonados el día 14 de marzo de 2012 a la empresa de Ingeniería y Proyectos Lanza, SL por trabajos de climatización, el primero incluso extrajudicialmente admitido por la propia Administración concursal según el extracto de cuenta que le remitió a la demandada en octubre de 2012; no ocurre lo mismo con el otro pago de 4.543 euros, por cuanto el mismo se realiza ya en abril de 2012, por lo que debe ser excluido de acuerdo con lo expuesto.

Con respecto a los pagos a otra empresa subcontratada. por importe total de 7.826,43 euros, estos se hacen con posterioridad a la declaración del concurso en virtud un contrato concertado el día 27 de marzo de 2012 con a la empresa Alu 3 Talleres de Aluminio, SL, y por tanto también con posterioridad a dicha declaración del concurso, si bien es cierto que incluso fueron admitidos extrajudicialmente por la propia Administración concursal, al remitirle el detalle de la deuda resultante donde figura como compensada la cantidad de 7.799,43 euros, lo cierto es que la Administración concursal carece de facultades al respecto, pues corresponde al Juez del concurso decidir sobre la preferencia o no de dicho pago, por lo que debe rechazarse también el recurso en este punto.

Se debe estimar la oposición en cuanto a la cantidad de 4.977,12 euros, que con anterioridad a la declaración del concurso hubo la apelante de transferir a la cuenta del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón en cumplimiento del oficio librado por dicho Juzgado, al haberse decretado el embargo de los créditos que la apelante tenían frente a la aquí demandada.

De igual modo, está correctamente retenida la cantidad destinada a los pagos que la apelante hubo de realizar al Principado de Asturias y al Ayuntamiento de Gijón, con motivo de la tasa de ocupación de terrenos, por importes de 9.534,65 euros y 5.142,80 euros. Es cierto que dichos pagos responden a embargos acordados directamente por las respectivas Administraciones contra los bienes de la apelante, pero no puede olvidarse que lo es para el pago de una tasa que, con arreglo al contrato (estipulación 2ª nº 3 párrafo 2º), era de cuenta de la contratista.

Con independencia de la fecha en que hayan sido abonadas, también son compensables con las cantidades retenidas, las abonadas a terceros con motivo de reparación de defectos de algunos elementos constructivos. Tal es el caso de los pagos por importe total de 5.799,77 euros a la entidad Metal Gijón de Soldadura, SL por reparación de barandillas colocados en el edificio defectuosas, la cantidad de 142,50 euros por reparación de persiana, y la de 8.288,50 euros abonados por don Horacio por reparaciones con motivos de las humedades que presentaba una oficina de la planta sexta del edificio.

Finalmente, no cabe compensación por el abono en concepto de suministro de línea de vida a la entidad Vallas y Cierres Asturianas, SL, pues la documental aportada se refiere al pago por este concepto sin ninguna especificación, desconociéndose por ello a qué obedecía el pago.

En consecuencia la apelante demandada demuestra pagos por importes de 47.576,20 euros que deben deducirse de la cantidad objeto de reclamación

CUARTO.-Con respecto a las cantidades objeto de certificación objeto de reclamación, alega en primer lugar la apelante que las certificaciones reclamadas no cuentan con la aprobación de la dirección facultativa de las obras, requisito esencial pactado entre las partes para proceder al pago, y ello por cuanto aquella apreció que las obras certificadas, o no se había ejecutado, o lo habían sido de modo deficiente, motivo de apelación que debe rechazarse de plano por novedoso y extemporáneo al no haber sido objeto de alegación en primera instancia, infringiéndose por ello el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que " en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia, que se revoque un Auto o Sentencia...", y es que no pueden esgrimirse en la apelación hechos o fundamentos de derecho distintos de los alegados en la primera instancia, lo que no es sino un reflejo de lo establecido en el art. 412.1 de la misma Ley, en el sentido de que " establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación, y, en su caso, en la

reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente" (en este sentido sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5º 30 de abril de 2003, Sección 6º de 24 de noviembre de 1999, o Sección 7ª de 13 de mayo de 2008 o 9 de julio de 2010).
QUINTO.-El otro motivo de impugnación estriba en la alegación de la existencia de vicios o defectos en el edificio con un coste de subsanación calculado en el informe pericial que se acompaña de 104.927 euros mas IVA, motivo de impugnación que tampoco se comparte pues, aunque en principio nada impide como hemos señalado oponer en este proceso la excepción del contrato inadecuadamente cumplido, lo que se traduce en la compensación del precio de la obra con el coste de los trabajos de reparación de los defectos, lo cierto es que en el presente caso la propia apelante ha interpuesto demanda contra la apelada y otros agentes de la construcción que intervinieron en el proceso de edificación, pretendiendo las subsanación de tales deficiencias, y subsidiariamente la condena al pago de su coste, por lo que difícilmente puede ahora pretenderse aquí que se realice dicha compensación.": SAP Oviedo (Sección 7) 25.06.2015 (Sentencia 228/2015; Rollo 210/2015)

AP Pontevedra

"La sentencia, como se ha indicado, desestima todo el pedimento relativo a la condena pecuniaria desde la consideración de que se trata de una compensación prohibida por elart. 58 de la LC, al producirse el requerimiento resolutorio con posterioridad a la declaración del concurso.
La Sala no comparte esta apreciación, por un doble motivo:
a) El ámbito de aplicación de la prohibición delart. 58 no se extiende a los supuestos de liquidación de obligaciones derivadas de un contrato que se declara resuelto sobre la base delart. 62. La prohibición de compensación impide que puedan hacerse pagos después de la declaración del concurso, con quiebra del principio de la par conditio. Pero no impide, según general opinión, la compensación de créditos que nacen eadem causa, producto de la resolución de una relación jurídica bilateral.
b) En segundo lugar, porque si bien se miran las cosas, no se trata de créditos homogénos (el de titularidad del contratista por partidas ejecutadas pendientes de pago y el del comitente producto de la indemnización de daños y perjuicios ligada a la resolución del contrato), pues se está en presencia de un crédito, el del contratista en concurso, que se ha de incluir cabalmente en la masa activa, como activo patrimonial del deudor, y de un crédito contra la masa, -el del contratante in bonis-, que habría de satisfacerse al margen del concurso(art. 62.4).
En consecuencia, no infringe la prohibición general de compensación que el juez determine la corrección de la facultad resolutoria ejercitada con posterioridad al concurso y determine el importe de la indemnización procedente, por la vía de la liquidación de las obligaciones recíprocas que surgen del contrato.": SAP Pontevedra (Sección 1) 29.07.2010 (JUR 2010/327966; Sentencia 420/2010; Rollo 234/2010)

"Todo ello sobre la base de los dos siguientes presupuestos: 1) la no atribución de eficacia retroactiva a la resolución contractual, al no poder aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera "ex nunc", produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual (STS de fecha 10/7/1998); y 2) la consideración de que el ámbito de aplicación de la prohibición del art. 58 LC no se extiende a los supuestos de liquidación de obligaciones derivadas de un contrato que se declara resuelto al amparo del art. 62 LC, por cuanto que la prohibición de compensación impide que puedan hacerse pagos después de la declaración del concurso, con quiebra del principio de la "par conditio creditorum", pero no impide, según general opinión, la compensación de créditos que son producto de la resolución de una relación jurídica bilateral, con la consecuencia de no infringir la prohibición general de compensación el que el Juez determine la corrección de la facultad resolutoria ejercitada con posterioridad al concurso y determine el importe de la indemnización procedente, por la vía de la liquidación de las obligaciones recíprocas que surgen del contrato (en el sentido expresado, cabe citar la sentencia de esta misma Sección, de fecha 29/7/2010).
Así las cosas, en relación al importe resarcitorio que cabe establecer en favor de la promotora "Viuconsa SA" por mor de la resolución del contrato de ejecución de obra litigioso, es de señalar: 1) la cantidad de 111002 euros, en concepto de deficiencias constructivas y falta de remate de las obras objeto de facturación por la contratista, según resulta del informe elaborado por el arquitecto técnico-director de la ejecución de la obra, Sr. Juan Ramón, de fecha 12/5/2007 (folios 346 y ss de los autos), que tiene en cuenta los presupuestos de reparación confeccionados por las empresas "Construcciones Paraxe SL" y "Morales F y C SL"; y 2) la cantidad de 180000 euros (producto de multiplicar 60 días de demora por la sanción pactada de 3000 euros por cada día de retraso), en concepto de penalización por retraso, por cuanto, conforme a una obligada interpretación restrictiva de la cláusula cuarta del contrato (por todas, STS de fecha 23/5/1997), la promotora, habiendo comprobado que la obra sufrió en su desarrollo un retraso superior a los 60 días respecto al plazo estipulado para su finalización, a tenor del párrafo 5º de la cláusula cuarta del contrato, optó por la resolución unilateral del contrato, sin que sea de advertir venga a reclamar, al margen de la aplicación de dicha cláusula penal, una complementaria indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual ante el retraso en la ejecución de la obra, que asimismo requiriría de específica justificación.
De la anterior suma resarcitoria es clara la procedencia de la deducción de la cantidad de 88521,81 euros, a que ascienden los importes de las retenciones de las certificaciones de obra practicadas por la promotora en garantía de la buena ejecución de las obras y que, a tenor del párrafo 6º de la cláusula cuarta del contrato, también pueden ser objeto de descuento del importe de la penalización por demora.
En cambio, no ha lugar a la deducción del resto de cantidades que se pretende en favor de la contratista "Acis 2002 SL".
Por lo que respecta al importe de la certificación de obra núm. 13, en razón a no quedar debidamente

acreditada su procedencia, dada la falta de conformidad a la misma por parte de la Dirección Facultativa, y, en su defecto, no resultar tampoco avalada por el oportuno informe pericial.
Por lo que hace al importe del valor de los materiales y herramientas quedados en la obra, a la vista de la manifestación de la promotora de encontrase los mismos en las instalaciones de la obra a disposición de la contratista "Acis 2002 SL" y no quedar debidamente acreditado que, en algún momento, aquélla impidiera a ésta el acceso a la obra al objeto de poder retirar tales elementos.
Resultando, por lo tanto, un saldo liquidatorio a favor de la promotora "Viuconsa SA" del orden de 202480,19 euros ": SAP Pontevedra (Sección 1) 13.06.2011 [citada por SAP Alicante (Sección 8) 10.02.2012 (Sentencia 56/2012; Rollo 729/2011)]

AP Sevilla (Sección 6, 2012)

“TERCERO.-Igual suerte adversa ha de correr la alegación relativa a la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia que parte de la equivocada idea de que el mismo ha estimado una supuesta excepción de compensación o ha declarado resuelto el contrato.
De la prueba documental obrante en las actuaciones se desprende que los contratos relativos a los bloques 4 y 5 de la manzana BA1 y 1 de la manzana BA2 se resolvieron por la promotora al amparo de la cláusula 14 de tales contratos, no en Noviembre de 2.008 en que se realizó el requerimiento notarial, sino antes, en concreto mediante burofax dirigido a la constructora que la misma aporta con su demanda, el 26 de Septiembre de 2.008 (documento 71), antes, por tanto de la declaración de concurso y tal resolución, a la que en principio se oponía Tecnor, ha sido de hecho aceptada, por cuanto no ha entablado acciones para exigir el cumplimiento, sino que ha procedido directamente a solicitar la devolución de las retenciones cosa que implica la admisión por su parte del fin de la relación negocial que se pretende liquidar. No es por tanto la sentencia la que declara tal resolución.
En cuanto a la compensación, como ya hemos expuesto en el fundamento anterior no se ha hecho valer, pues la aplicación de las retenciones a la finalidad a que se destinan por Ley y en el contrato no supone en realidad una operación de compensación.
La sentencia de la AP de Madrid, 10 del 5 de Octubre del 2011 en un supuesto similar al que nos ocupa, tras hacer consideraciones coincidentes con las de esta resolución con relación a la regulación de la compensación en la LEC, hace las siguientes indicaciones que esta Sala comparte:"La correcta resolución de las cuestiones controvertidas pasa por recordar que:...b) Lo que establece el art. 86 ter LOPJ es la competencia de los Juzgados especializados de lo mercantil respecto de «acciones» ejercitadas frente al concursado, no de «excepciones» formuladas frente al mismo, y la «non adimpleti contractus» y la «non rite adimpleti contractus» son objeciones no acciones, de modo que para su conocimiento y decisión es competente, por competencia funcional -y en aras de no dividir la continencia de la causa- el mismo órgano que esté conociendo de la acción ejercitada.
En consecuencia, asiste la razón a la parte demandada en que, aun cuando no concrete de modo explícito y terminante que la cuestión de competencia debía ser desestimada, el órgano de primer grado tiene competencia para conocer de la pretensión formulada por la entidad actora y también de las objeciones atinentes al grado de cumplimiento -y eventual detracción de todo o parte de las cantidades reclamadas- articuladas por la demandada, lo que conduce al acogimiento parcial del recurso de apelación".
En suma ha de considerarse que el Juzgado de primera Instancia y esta Sala son competentes para el conocimiento de la acción ejercitada y también para el de la exceptio non rite adempleti contractus al hilo de la cual se podrá incluso hacer detracciones de las cantidades reclamadas por retenciones si se estima necesario aplicarlas a la finalidad a que se destinan según el contrato, por considerar que existen desperfectos o daños y perjuicios imputables a la constructora que hayan de cargarse a las mismas.”: SAP Sevilla (Sección 6) 15.11.2012 (Sentencia 457/2012; Rollo 628/2012)

AP Teruel

“PRIMERO.- La mercantil actora ejercita en su demanda una acción de reclamación de cantidad en cumplimiento de contrato de arrendamiento de obra al objeto de que se condene a la mercantil demandada a abonarle el importe de 15.709,95 # correspondiente a la factura núm. 70174 de fecha 31 de octubre de 2007, última de las facturas emitidas por los trabajos realizados para la mercantil demandada según el presupuesto aceptado.
La mercantil demandada se opone, reconoce que adeudaba la cantidad de 560,35 #, resultante de la diferencia entre la factura pendiente de abono que aquí se reclama y el importe correspondiente a los trabajos de subsanación de los defectos que presentaba la obra llevada a cabo por la demandante y de conclusión de otros no realizados que debía haber realizado según el presupuesto aceptado. Cantidad que ya abonó el 18 de diciembre de 2008 a la administración concursal de la mercantil ahora demandante.
La sentencia de instancia, estima la oposición formulada por la parte demandada y desestima la demanda, al considerar acreditados los mismos.
Contra dicha sentencia se alza ahora la mercantil demandante con la pretensión de que se declare la nulidad de la sentencia por incompetencia del juzgado para conocer de la compensación pretendida por la demandada y, subsidiariamente, se revoque la misma, estimando la demanda y condenando a la demandada a abonarle la cantidad de 15.709,95 euros, más los intereses legales de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, y al pago de las costas.
SEGUNDO.- La primera cuestión que se plantea en el recurso hace referencia a la pretensión de que se declare la nulidad de la sentencia por falta de competencia del juzgado para conocer de la compensación

alegada por la demandada, que fundamenta en que, dado que la mercantil demandante se encuentra sometida a concurso de acreedores, solamente puede acordar la compensación de créditos, según se establece en al artículo 58 de la Ley Concursal el juzgado que conozca del concurso a través de los cauces del incidente concursal. Tal pretensión a juicio de esta Sala debe ser rechazada de plano, pues no nos encontramos ante un supuesto de compensación de créditos liquidos, vencidos y exigibles que venga sometido a las formalidades del artículo 58 referenciado, sino que lo que aquí se trata es de la liquidación final de una obra llevada a cabo por la demandante antes de verse incursa en el procedimiento concursal, pues la postura de la parte demandada no es la compensación de ningún crédito sino la aminoración de la factura que se reclama en el importe correspondiente a trabajos no realizados y a otros que hubo que llevar a cabo la propia demandada para corregir algunos defectos no subsanados por la contratista.
TERCERO.- Como correctamente se argumenta en la sentencia recurrida, el incumplimiento por una de las partes de las obligaciones contractuales puede configurar, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, la denominada "exceptio non adimpleti contractus", o excepción de contrato no cumplido, cuando el incumplimiento de lo pactado es total, o la denominada "exceptio non rite adimpleti contractus" o excepción de contrato no cumplido adecuadamente, que se aplica cuando no hay un total incumplimiento de la prestación, pero si un incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso, que autoriza en ambos casos al contratante a suspender su prestación en tanto el otro contratante no cumpla con la suya (Artículo 1124 del C. Civil). Ahora bien el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionada a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, por lo que no puede ser estimada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad con relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente queda satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato, no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del contrato del Art. 1124 del C. Civil y sólo permiten la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien mediante la consiguiente reducción del precio, siendo esta la alternativa elegida por la promotora demandada.
CUARTO.- La parte apelante alega error en la valoración de la prueba por parte de la juzgadora de instancia, manifestando que no comprende como se le concede más credibilidad a lo argumentado por la demandada que lo a lo esgrimido por la actora cuando ambas han presentado la misma base probatoria, alegación que debe ser rechazada, por cuanto implica un intento de sustituir la objetiva e imparcial valoración llevada por la juzgadora de instancia por la parcial u subjetiva de la parte. En efecto, la juzgadora de instancia razona de una forma amplia en su fundamento jurídico segundo la valoración de las pruebas, y en la misma no cabe apreciar error o arbitrariedad alguna. Los trabajos no realizados, los defectos en los llevados a cabo y el coste de su realización por la demandada, viene acreditados, no solamente por el reportaje fotográfico aportado, sino por la testifical del Sr. Augusto, trabajador de la demandada, y por el informe emitido por el Arquitecto Director de la obra Sr. Ernesto el día 15 de diciembre de 2008, y por su declaración testifical en el acto del juicio; informe que relata las obras necesarias para su conclusión y su valoración, y que sirvió de base para que la demandada descontase ese coste de la factura reclamada. El propio Arquitecto explicó que él mismo se puso en contacto con la Administración Concursal exponiendo el problema de la deficiente terminación de la obra, que afectaba a la seguridad del edificio, y les envió la valoración de la reparación de los defectos, acordando con ella que la promotora de la obra las llevaría a cabo deduciendo su coste de la factura; acuerdo éste que debe darse por acreditado, no solamente por cuanto la Administración concursal no lo desmiente en el informe que remitió al juzgado, obrante al folio 175, sino por cuanto la misma no puso objeción alguna cuando en diciembre de 2008 recibió de la ahora demandada el importe resultante de dicha liquidación.
Es por ello, por lo que el recurso debe ser desestimado.”: SAP Teruel (Sección 1) 27.07.2012 (Sentencia 96/2012; Rollo 99/2012)

AP Zaragoza

[Pese al planteamiento, no se trataría de una cuestión propia de la rescisoria concursal, siendo abonos posteriores a la declaración de concurso]

“TERCERO.-Carácter de acto ordinario de la deudora ex art. 71.5.1º de la LC y aplicación al caso del art. 58 del mismo cuerpo legal.
El examen de las actuaciones muestra que la concursada y la CAN había suscrito el 29 de octubre de 2007 una póliza de apertura de crédito variable en cuenta corriente con un límite de 16.000 euros. La cuenta señalada para reflejar las partidas de cargo y abono era la nº 0344.93.5011362.9 de dicha entidad. Que fruto de tal apertura se fueron realizando abonos y cargos sucesivos. No consta que tras la declaración de concurso de la deudora se declarara vencida la póliza o se instase demanda o petición de extinción de la misma. Siempre tras la declaración del concurso, en fecha 28 de enero de 2008 en la cuenta indicada se recibió procedente del Cabildo de Zaragoza una transferencia por 8.846,53 euros, que en cumplimiento del contrato, determinó una reducción del saldo de la póliza de crédito a la suma de 7.153,47 euros.
Sobre esta base, ha de concluirse que la operación que determinó el pago de la suma de 8.846,53
euros en la cuenta de la concursada en la entidad CAN devenía de una operación propia del giro o tráfico de la concursada; de otra parte, la aplicación de dicha suma para aminorar el saldo de dicha cuenta corriente y consiguientemente para aumentar el crédito disponible según la póliza pactada y vigente, era también y sin duda un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizada en condiciones normales, por tanto, excluida de la posibilidad de rescisión si se hubiese realizado con anterioridad a la declaración del concurso. Ciertamente en cuanto realizada con posterioridad al concurso, puede plantearse si procedía tras tal declaración aceptar pagos por parte de la apelante para rebajar el saldo deudor. A partir de aquí, tras la

declaración de concurso se plantea el problema de si subsiste la posibilidad de compensar pagos. En tal mecanismo se funda la concesión de crédito en cuenta corriente, pues la entidad permite disponer bien en caja y hasta la suma pactada, o bien en cuenta, mediante una compensación de las partidas de cargo y abono que permiten que el crédito sea rotatorio, compensando con los pagos que el empresario reciba las partidas de las que hubiera dispuesto, siendo el total de lo dispuesto la diferencia.
Sentado lo anterior, como la recurrente efectivamente alega, se trata de determinar si esta compensación en que el crédito en cuenta corriente consiste se interrumpió a la fecha de declaración del concurso o siguió vigente tras el mismo, pues la situación objetiva de compensación, el derecho a compensar se había creado antes.
Desde esta perspectiva, caben dos soluciones: En cuanto contrato bilateral que es la existencia del contrato se prolongó más allá de la fecha de la declaración del concurso y, por ello, la situación objetiva que permitía la compensación entre las partidas de pago y disposición de crédito se prolongó, esta parece ser la tesis de la AP de Barcelona de fecha 30 de marzo de 2009 y 21 de mayo de 2007; y frente a esta, la de los tribunales que entienden que pese a su carácter bilateral con la declaración de concurso, el mecanismo compensatorio terminó, pues a partir de dicha resolución no cabe la concreta compensación de partidas, prueba de ello es que, paralelamente al cese de los pagos por parte del deudor no hubo nuevas disposiciones a cargo del crédito concedido en este sentido parecen pronunciarse la sentencia recurrida y la de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 13 de octubre de 2009 que establece que "tampoco se estima que la compensación pueda ampararse en la vigencia de la cuenta de descuento al amparo del artículo 61.2, ya que si esa vigencia autorizaría la compensación de las operaciones de descuento posteriores a la declaración de concurso, al generar esa operaciones créditos contra la masa, lo cierto es que la apelante no ha acreditado en modo alguno la realidad de esas operaciones, limitándose a indicar que la cuenta de descuento continuaba operativa por no haberla cancelado los administradores concursales, pero ninguna prueba aporta de la realidad de operaciones concretas y menos aun que de las mismas haya resultado el crédito por la suma compensada, de la que únicamente consta que son conceptos diversos, según se hizo constar en la cuenta corriente como soporte de la compensación".
Ante esta disparidad de resoluciones habrá de concluirse que no corresponde a la apelante que era la demandada en el proceso acreditar que la póliza de crédito en cuenta corriente no estaba vigente, sino que tal carga se desplazaba a los actores. Así, si el título de compensación era la referida póliza de crédito, habrá de acreditar la actora su falta de vigencia a la fecha de la compensación, para, precisamente, negar tal efecto al pago del tercero en la cuenta de la concursada. Nada de esto ha hecho, tampoco ha acreditado que la Administración concursal de la actora haya instado el vencimiento de la póliza. De otra parte, podrá estar inactiva la cuenta, así parece mostrarlo el saldo, pero no consta ni que se haya instado por la concursada ni se hayan denegado por la concedente nuevas disposiciones de crédito, por lo que la concesión de crédito formalmente continuaba vigente hasta su vencimiento y, por tanto, el derecho a compensar las partidas de pago que se le realizasen. Por último, la demandada no ha declarado vencida dicha póliza, ni ha hecho el cálculo de los intereses preconcusarles y las comisiones que hayan podido devengarse, ni siquiera al vencimiento de la misma. Por tanto, no se ha acreditado ora el vencimiento anticipado de la póliza, ora la simple inactividad y tal carga correspondía a la actora, quien era la que se oponía la compensación realizada.
A la vista de lo anterior esta Sala acoge la solución propugnada por la Audiencia de Barcelona en su sentencia de 31 de mayo de 2007 fundada en que "no cabe comprender en la prohibición del art. 58 LC la compensación que tiene lugar por el tracto sucesivo de una relación contractual que sigue en vigor tras la declaración del concurso y cuya operativa técnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática por acuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la dinámica contractual, como es el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan las disposiciones e ingresos del acreditado. El tal supuesto, como es el presente, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda sustraída de la prohibición legal, porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto..." Que, añade esta Sala, permite a su vez nuevas disposiciones, ampliando la capacidad de crédito de la concursada en la medida en la que se produce la compensación y hasta el límite de la total disposición concedida. ": SAP Zaragoza (Sección 5) 23.06.2010 (Sentencia 404/2010; Rollo 341/2010)

JM-2 Madrid

"Y debe tenerse en cuenta al respecto que, aun cuando -como es sabido- la mecánica propia de la cuenta corriente se funda en el principio de compensación, y, a pesar de que el art. 58 de la Ley Concursal es contrario en términos generales a la operatividad de dicho principio en el seno del concurso, lo cierto es que la doctrina se ha encargado de poner de relieve, acudiendo al Derecho comparado, cómo las legislaciones que cuentan con una norma equivalente al aludido art. 58 reconocen no obstante, como excepción a dicha regla general, la operatividad de la compensación en el seno del concurso en el caso de «operaciones conexas» o créditos «ex eadem causa», y, en especial, cuando se trata -como en el caso- de contratos de cuenta corriente mercantil («Comentario de la Ley Concursal», Angel Rojo y otros, pag. 1088, Edit. Thomson). Precisión ésta que se efectúa porque, aun cuando se trata de una cuestión exclusivamente concerniente a los créditos concursales, no obstante pudiera plantear problemas interpretativos la aplicabilidad del art. 58 LC a aquellos créditos que, no obstante aparecer calificados como créditos contra la masa, no lo sean por naturaleza y deban dicha calificación, exclusivamente, al ejercicio de la opción prevista en el art. 155-2 LC.": S JM-2 Madrid 1.03.2006 (AC 2006\414)

5.0 No se acredita la existencia de una relaciónn unitaria

AP Albacete

"TERCERO.-El segundo motivo de recurso reitera que la relación jurídica de agencia que existía entre ambas mercantiles era una sola relación contractual, dentro de la que se incluían distintas y parciales entregas de bienes, que no eran aisladas e independientes sino que formaban parte del único contrato, lo que permite aplicar la compensación impropia pretendida.
El motivo se desestima. Como es sabido, la regla general que establece el art. 58 de la Ley Concursal es la imposibilidad de la compensación de créditos y deudas del concursado a partir de la fecha de declaración del concurso. El fundamento de esta limitación se encuentra, como explica reiterada jurisprudencia incluso ya bajo la normativa concursal anterior (STS 25 de octubre de 2007 EDJ2007/199755 con cita de las resoluciones de 19 de diciembre de 1.991 EDJ1991/12086, 20 de mayo de 1.993 EDJ1993/4772 y 11 de julio de 2.005EDJ2005/131696) en el hecho de que en una situación de concurso, el mecanismo de la compensación no sólo afecta al concursado y al acreedor que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en los demás acreedores del concursado que no son también sus deudores. Y ello porque, en principio, todos los acreedores del concursado quedan sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero, de ello, quedaría excluido el acreedor- deudor del concursado, quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuere deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido, ese crédito compensado, de la ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento que pudiera surgir de un convenio. La compensación daría lugar a un trato privilegiado a favor de los acreedores- deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la "par conditio creditorum". Y de modo excepcional, a pesar de la dicción del art. 58 de la Ley Concursal, alguna jurisprudencia menor (SAP Alicante 10 de febrero de 2.012 o Pontevedra 13 de junio de 2.011) la denominada compensación impropia, que se caracteriza por la existencia de una relación contractual entre acreedor y concursada cuyo contenido económico se liquida al término de la misma a modo de saldo final, típica de los contratos de obra que exige una conexión funcional entre los respectivos créditos.
Pues bien, nada de ello concurre en el caso que nos ocupa. No hay más que ver las facturas que se acompañan a la demanda o contestación para comprender que la relación entre AUTOMOVILES CABAÑERO S.L. y AUTOMOVILES LOPEZ ESPEJO S.A. no se caracterizaba por esa unidad contractual ni por esa liquidación temporal de saldo de operaciones sino que cada operación era facturada por separado y presentada al cobro con arreglo al criterio de " factura emitida, factura pagada " a que alude la administradora concursal en su correo electrónico de 28 de enero de 2.014. Si realmente esa relación de agencia hubiera tenido esa particular forma de liquidación entre ambas partes a buen seguro que se hubiese aportado el contrato suscrito entre ambas donde se reflejase, prueba que no se ha producido.": SAP Albacete (Sección 1) 13.05.2015 (Sentencia 108/2015; Rollo 43/2015)

5.1 Sistema "Clearing House" de IATA. Relación contractual única.

AP Barcelona

"PRIMERO.- TURKISH AIRLINES presentó demanda de impugnación del informe de la administración concursal, que reconoció en la lista de acreedores un crédito ordinario a favor de la demandante de 135.877 euros e incluyó en el inventario un derecho de crédito a favor de la concursada y frente a TURKISH AIRLINES de 33.679,60 euros. La demanda se sustentó en los siguientes hechos:
1º) A través de la IATA, TURKISH AIRLINES y la concursada SPANAIR tienen concertado un sistema denominado *Clearing House,* por medio del cual las compañías aéreas se giran una serie de cargos correspondientes a los servicios que se han prestado recíprocamente. Dichos cargos son objeto de una liquidación periódica, de tal manera que cada compañía aérea sólo recibe o está obligada a pagar una cantidad dependiendo del resultado de la liquidación.
2º) El 13 de marzo de 2012 la demandante comunicó a la administración concursal que había procedido a liquidar las operaciones mutuas, resultando un saldo a su favor de 180.002,52 dólares. Dicho crédito, expresado en euros, fue reconocido íntegramente en el informe.
El 27 de junio de 2012 comunicó nuevos cargos por importe de 10.953 dólares (documentos trece y diecisiete de la demanda). Ese crédito, por el contrario, no fue reconocido, al igual que un tercer crédito comunicado el 24 de septiembre de 2012 de 4.733,69 dólares (documentos diecinueve y veinte). En euros la suma de ambos créditos asciende a 11.928,24 euros.
3º) La administración concursal incluye en el inventario un derecho de crédito contra TURKISH AIRLINES por importe de 33.679,60 euros, cuando la concursada sólo tendría derecho a reclamar el resultado de la liquidación de las relaciones recíprocas, que no le es favorable. Además la demandante no tiene constancia de cuál es el origen de dicho crédito.
En base a lo expuesto formuló su pretensión en los siguientes términos: (i) Se requiera a la administración concursal para que aporte las facturas y la documentación acreditativa del crédito contra TURKISH AIRLINES de 33.679,60 euros, (ii) se incremente el crédito de la demandante en 11.928,24 euros; y (iii) se proceda a la debida liquidación de las relaciones jurídicas mantenidas entres SPANAIR y TURKISH AIRLINES, "incorporándose el saldo resultante como activo o pasivo en el informe definitivo".
SEGUNDO.-La concursada y la administración concursal se opusieron a la pretensión de la actora. Alegaron, en primer lugar, que cumplieron el requerimiento de información que le formuló el Juzgado por providencia de 23 de octubre de 2012 y que TURKISH AIRLINES, por escrito de 30 de noviembre, admitió la gran mayoría de

las facturas que sustentan el crédito incluido en el inventario. Además, en prueba de la existencia de ese crédito acompañaron la documentación soporte de las facturas (bloques documentales uno a ocho).
En segundo lugar consideraron improcedente la compensación de saldo pretendida por la actora, al prohibirlo el artículo 58 de la Ley Concursal. Admiten que el sistema de *Clearing House* da lugar a una liquidación única que resulta de deducir de las facturas emitidas por la actora el importe de los servicios prestados por la concursada. Esa relación de "pagos netos", sin embargo, sólo se puede mantener hasta la declaración de concurso, dado que, por encima de la relación contractual existente entre las partes impera la prohibición de compensación de créditos establecida en dicho precepto. Por tanto, sólo las deudas recíprocas líquidas, vencidas y exigibles con anterioridad a la declaración son compensables. En el presente caso, las facturas que sustentan el crédito incluido en el inventario son de vencimiento posterior a la declaración, aunque respondan a servicios previos.
Por último también se opusieron al reconocimiento de un nuevo crédito por importe de 11.928,24 euros, dado que no se comunicó en tiempo y forma.
TERCERO.-La sentencia apelada acoge en lo sustancial el criterio de la concursada y de la administración concursal. Tras detallar el sistema de liquidación convenido por las partes a través de la IATA, concluye que no es posible excluir el crédito de la concursada por no concurrir, con anterioridad a la declaración de concurso, los requisitos de liquidez, vencimiento y exigibilidad exigidos por el artículo 1.196 del Código Civil. De las facturas aportadas por la administración concursal, resulta un crédito vencido antes de la declaración de 29.952 euros, que debe ser compensado con el del demandante. Por el contrario las facturas emitidas tras la declaración, por importe de 34.744,09 euros, no pueden ser compensadas, por lo que dicha suma debe mantenerse en el inventario.
Por auto de 3 de marzo de 2013 el Juzgado complementa la sentencia, conforme a lo previsto en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconociendo un nuevo crédito ordinario a favor de TURKISH AIRLINES de 12.654,89 euros (folio 290).
La sentencia es recurrida por TURKISH AIRLINES, que insiste, en primer término, en que las demandadas no acreditan la totalidad de la deuda reconocida frente a TURKISH AIRLINES. Además, el tipo de cambio aplicado a la factura 8812000026 es incorrecto, por lo que, en cualquier caso, debería procederse a una reducción de 2.360,72 euros. En segundo lugar considera la recurrente, tal y como sostuvo en la demanda, que las partes pactaron un contrato atípico de cuenta corriente mercantil, del que resulta un único derecho de crédito procedente de una única liquidación. Por ello, a partir de la liquidación que realiza en su recurso, en la que descuenta del crédito que le ha sido reconocido las cantidades facturadas indebidamente por SPANAIR, solicita se incluya en la lista un crédito ordinario a su favor de 119.202,61 euros.
A tal pretensión se oponen las demandadas, que interesan se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.
CUARTO.-Entendemos más lógico alterar el orden de las cuestiones que plantea el recurso y analizar, en primer lugar, si el sistema pactado entre las partes de compensación de saldos y de liquidación de las obligaciones recíprocas se mantiene tras la declaración, o si, por el contrario, como sostienen la concursada y la administración concursal, declarado el concurso no cabe la compensación de unos créditos que no estaban vencidos. La sentencia de instancia estima los argumentos de las demandadas y concluye que el sistema de pagos netos denominado *Clearing House,* por el que las compañías liquidaban los saldos correspondientes a cada una de ellas, dando lugar a un único derecho de crédito, queda condicionado por la situación de concurso de SPANAIR y la prohibición de compensación de créditos prevista en el artículo 58 de la Ley Concursal. Por tal motivo, declarado el concurso, aquellos créditos en los que no concurrían los requisitos de vencimiento, liquidez y exigibilidad no pueden ser compensados y han de figurar, según se trate, en la lista de acreedores o en el inventario de bienes.
No compartimos el criterio de la sentencia de instancia. SPANAIR admite que ambas partes, al igual que acontece con otras compañías aéreas, se emitían recíprocamente billetes que incluían trayectos operados por una u otra compañía y que se prestaban servicios recíprocos que no eran abonados individualmente, sino que se liquidaban de forma periódica mediante la compensación de los cargos cruzados. Como gráficamente señala la propia SPANAIR en la contestación, esa forma de operar responde a una "política de pagos netos", que no deja de ser un contrato de cuenta corriente mercantil gestionado por IATA que se caracteriza por la indivisibilidad de las cuentas y la unidad de las operaciones. Éstas pierden su individualidad, de suerte que cada una de las partes no tiene un derecho independiente a reclamar el precio de los servicios que presta, sino a que se compensen recíprocamente los saldos deudores, obteniéndose un único derecho de crédito a favor de la compañía que resulte favorecida por la liquidación.
Esa relación contractual única no cesa con la declaración del concurso ni se ve alterada por la regla general que prohíbe la compensación de créditos en el concurso (artículo 58 de la LC). No es controvertido que SPANAIR cesó en su actividad antes de ser declarada en concurso, si bien quedaban pendientes de liquidar operaciones concertadas previamente. Terminada esa relación, esas operaciones han de liquidarse a través del mismo mecanismo pactado del *Clearing House* en el seno de la IATA. No se trata, como afirman las demandadas, de una liquidación por compensación legal o técnico jurídica (artículo 1196 del Código Civil), que estaría prohibida por el artículo 58 de la LC, sino de una compensación contable entre ambas partes dimanante de una sola relación jurídica que, mediante sumas y deducciones, debe determinar un saldo deudor y correlativo acreedor a favor de una o de otra parte, como resultado del efectivo cumplimiento de sus sucesivas y regulares prestaciones.
Así lo hemos mantenido en SS de 6 de marzo de 2014 (Rollo 573/2012) y de 15 de mayo de 2013 (Rollo 507/2012). Tal y como dijimos entonces, la jurisprudencia ha declarado que no hay genuina compensación, o no se opera, cuando los abonos y adeudos a liquidar fluyen de un contrato único, donde no hay dualidad de créditos, sino exigencia de obligaciones nacidas de un contrato bilateral con equivalencia de prestaciones recíprocas (entre otras, STS de 7 de junio de 1983, 25 de mayo y 16 de noviembre de 1993), lo que es

consecuencia del requisito, para que la compensación se produzca, de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, por lo que no cabe apreciarla en obligaciones sinalagmáticas, bilaterales o recíprocas nacidas del mismo título.
En este sentido, declara la STS de 7 de junio de 1983 que el presupuesto o requisito de la dualidad de los créditos sujetos a compensación ha de referirse a fuentes así mismo duales (como reitera la STS de 8 de junio de 1998), *"lo que excluye del concepto aquellas obligaciones que nacen de contrato bilateral en el seno del cual la dualidad se resuelve en mutua condicionalidad, funcionando las obligaciones asumidas por cada parte contratante como causa de las aceptadas por la otra en régimen de querida y esencial equivalencia, siendo la estructura sinalagmática ajena a la situación que propicia la compensación propia, en la cual no existe sentido sinalagmático alguno ni originaria (en el sentido de que las obligaciones nazcan la una de la otra) ni finalísticamente..."*.
Por tal motivo, tal y como sostiene la recurrente, ha de liquidarse el saldo pendiente, incluyéndose en los textos definitivos un único crédito ordinario en favor de la demandante, dado que no se discute ni la naturaleza concursal del crédito ni que la liquidación le sea favorable -el crédito reconocido a TURKISH AIRLINES es superior al mayor de los importes reclamados por SPANAIR-.
QUINTO.-Debe procederse, por tanto, a la liquidación del saldo. La sentencia de instancia confirma el crédito ordinario de 136.877 euros reconocido a la actora en la lista y reconoce un nuevo crédito de 12.654,89 euros. En total, 149.535,89 euros, suma de la que debe deducirse el crédito de SPANAIR.
TURKISH AIRLINES considera que el crédito invocado por SPANAIR no está suficientemente justificado, fundamentalmente por cuanto la concursada no acredita los motivos para rechazar determinados conceptos -las facturas o "notas de crédito" también recogían los rechazos de cantidades previamente facturadas por la otra compañía-. Ahora bien, debemos traer a colación, a este respecto, que TURKISH AIRLINES solicitó en la demanda incidental, en primer lugar, que la administración concursal y la concursada aportaran las facturas con la documentación acreditativa. El Juzgado, antes de emplazar a las demandadas, les requirió, por providencia de fecha 23 de octubre de 2012, para que proporcionaran la información interesada, lo que hicieron por escrito de 9 de noviembre. Dado traslado a la demandante presentó escrito el 30 de noviembre manifestando lo siguiente (folio 370):
Respecto de la documentación remitida por SPANAIR, hemos de dejar manifestado desde este momento que sólo puede aceptarse parcialmente.
Las facturas nº 1204032351, 1202012351, 1201042351, 1201042355, 1205022351, 1203042351, 1204022351 y 1201032351 que contienen cargos a favor de SPANAIR por importe de 46.327,55 dólares se aceptan por parte de TURKISH AIRLINES sin perjuicio de que no vayan acompañados de toda la documentación que debería incluirse y de que en algunos casos no detallen conceptos.
Por lo que se refiere a la factura nº 8812000026 esta incluye "Rejections" por importe de 15.540,43 dólares, pero no incluye documentación que acredite qué es lo que está rechazando, por este motivo no puede aceptarse dicho cargo.
En este mismo sentido, la factura nº 9512000041 recoge cargos derivados del uso de la Sala VIP de SPANAIR por parte de pasajeros de TURKISH AIRLINES pero no se recoge documentación acreditativa de los servicios prestados.
Pues bien, pese a la aceptación expresa de las facturas nº 1204032351, 1202012351, 1201042351, 1201042355, 1205022351, 1203042351, 1204022351 y 1201032351, en el recurso se impugnan y no se reconocen algunos conceptos, lo que resulta inadmisible por ir la demandante contra sus propios actos. La aceptación expresa e inequívoca de las facturas, en un trámite previo promovido por la propia TURKISH AIRLINES, impide que se pueda analizar su validez en este recurso. Esa aceptación condicionó la contestación a la demanda de la administración concursal y de la concursada. Fue TURKISH AIRLINES quien excluyó del debate la autenticidad de dichas facturas, admitiendo expresamente un crédito 46.327,55 dólares a deducir del importe que le fue reconocido.
Por lo que se refiere a la factura nº 9512000041, aun cuando fue inicialmente impugnada, la realidad de los servicios se reconoce en el recurso (folio 317).
Resta por valorar la factura 881200026. TURKISH AIRLINES cuestionó el tipo de cambio aplicado, extremo al que no se ha opuesto la parte demandada. Por tanto, aplicando el mismo tipo de cambio que al resto de las facturas, aquella ha de quedar en 25.540 euros.
En segundo lugar la recurrente alega que " *el listado que se acompaña a dicha documentación, aunque se hace constar el número de liquidación a que se refiere, no figura en base a qué motivos ha procedido SPANAIR a rechazar las liquidaciones ya efectuadas por TURKISH AIRLINES por lo que igualmente no ha quedado acreditado que esos rechazos sean conformes a Derecho".* Se trata, en definitiva, de una impugnación genérica, que no podemos aceptar. La concursada aportó un bloque documental (documento siete de la contestación, folios 250 y siguientes), que contiene una cuadro resumen con la totalidad de los cargos rechazados y un listado de 38 páginas, con centenares de apuntes, en el que se identifican el número de la factura, el mes en que se expide, el precio de los billetes y los importes que son rechazados. No es exigible a la demandada que motive, además, cada uno de los rechazos, cuando la actora se ha limitado a afirmar en términos muy vagos que éstos no están justificados.
Por todo ello, la cantidad acreditada por la concursada asciende a 62.335,39 euros, que, deducida del crédito reconocido a la demandante (149.535,89 euros), resulta un saldo a favor de TURKISH AIRLINES de 87.200,5 euros.
En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso. Del inventario de bienes deberá excluirse el derecho de crédito frente a la demandante y en la lista de acreedores deberá figurar un crédito ordinario a favor de ésta de 87.200,50 euros.": SAP Barcelona (Sección 15) 26.03.2014 (Sentencia 108/2014; Rollo 533/2013)

"PRIMERO. 1. QATAR AIRWAYS presentó demanda de impugnación del inventario y de la lista de acreedores

elaborados por la administración concursal (AC) en el concurso de SPANAIR S.A., con base en los siguientes hechos:
a) A través de la IATA, QATAR AIRWAYS y SPANAIR tienen concertado un sistema denominado *Clearing House,* por medio del cual las compañías aéreas se giran una serie de cargos correspondientes a los servicios que se han prestado recíprocamente. Dichos cargos son objeto de una liquidación periódica, de tal manera que cada compañía aérea sólo recibe o está obligada a pagar una cantidad dependiendo del resultado de la liquidación.
Por ello, interesa en su demanda que en todo caso se proceda a la debida liquidación de las relaciones mantenidas entre ambas compañías, incorporándose el único saldo resultante como activo o como pasivo en los textos definitivos.
b) El 12 de marzo de 2012 la demandante QATAR comunicó a la AC que a esa fecha la liquidación de la relación entre ambas compañías, conforme a la documentación de la que disponía, arrojaba un saldo a su favor por 87.822,32 USD, sin perjuicio de ulteriores correcciones que procedieran resultantes de la documentación contable de SPANAIR.
Este crédito fue reconocido íntegramente por la AC en la lista de acreedores por su valor en euros (66.781,50 #), aplicando un tipo de cambio de 1 # = 1.3151 USD, con la calificación de crédito ordinario.
c) El 25 de septiembre de 2012 (un día antes de ser presentada la demanda) QATAR ha comunicado nuevos cargos a su favor, por importe de 29.158,01 USD, equivalentes (según ese tipo de cambio aplicado por la AC) a 22.171,70 #.
Solicitaba que se tuviera en cuenta en la lista de acreedores ese nuevo cargo crediticio, a los efectos de la liquidación de las relaciones entre ambas compañías, adicionando esta cantidad a la anterior, de modo que resulta a su favor un saldo por 116.980,33 USD (88.953,2 # de acuerdo con dicho tipo de cambio).
d) La AC ha incluido en el inventario un crédito a favor de la concursada frente a QATAR por 27.387,60 #. La demandante desconoce los documentos que justifican ese crédito y no tiene constancia de su existencia. Por ello impugna dicho crédito, sin perjuicio de que lo acepte o rechace una vez que conozca el desglose y justificación documental de esta cantidad.
Solicitaba finalmente que (1º) se requiera a la AC y a SPANAIR para que aporten las facturas y documentación acreditativa del crédito por importe de 27.387,60 #, con carácter de prueba anticipada; (2º) se incremente el saldo acreedor de QATAR en 22.171,70 #; y (3º) se liquide la relación en la forma indicada, mediante compensación contable de los recíprocos cargos.
1 La AC y SPANAIR cumplimentaron el requerimiento del juzgado aportando la documentación justificativa del crédito controvertido. Tras su examen, la parte demandante presentó un escrito de alegaciones, valorando la documentación aportada.
2 En escrito conjunto, la AC y la concursada se opusieron a la pretensión solicitando su desestimación, con base en las siguientes alegaciones:
a) El crédito total que QATAR adeuda a SPANAIR asciende a 68.797,69 USD, de acuerdo con el cuadro de desglose que se incorpora a la contestación y los bloques de documentos 1 a 5 justificativos de las facturaciones emitidas por SPANAIR frente a QATAR [(documento resumen, factura (*coupon listing), form one, invoice numer (summary passenger invoice)* del período correspondiente, y rechazos (*rejection memo)*].
Este crédito consta incluido en el inventario. No obstante, la AC, por motivos de prudencia, ha provisionado el 50 % de su importe.
c) Así mismo, SPANAIR ha aportado a la AC documentación acreditativa de un nuevo saldo acreedor frente a QATAR, generado con posterioridad a la presentación del informe provisional de la AC, correspondiendo este saldo al mes de agosto de 2012, por importe de 55.679 USD (nº de factura 1208041571, de fecha 31 de agosto de 2012), aportando como bloque documental 6 la correspondiente documentación justificativa.
En total resultaría un saldo acreedor a favor de SPANAIR por 124.476,69 USD.
d) De otro lado, se oponen la aplicación de una liquidación única mediante compensación de saldos, por impedirlo art. 58 LC. Admiten que el sistema de *Clearing House* da lugar a una liquidación única que resulta de deducir de las facturas emitidas por la actora el importe de los servicios prestados por la concursada. Esa relación de "pagos netos", sin embargo, sólo se puede mantener hasta la declaración de concurso, dado que, por encima de la relación contractual existente entre las partes impera la prohibición de compensación de créditos establecida en dicho precepto. Por tanto, sólo las deudas recíprocas líquidas, vencidas y exigibles con anterioridad a la declaración son compensables (art. 1196 CC).
SEGUNDO. 4. La sentencia apelada acoge en lo sustancial el criterio de la AC y la concursada sobre la improcedencia de una liquidación por compensación total de saldos, al resultar prohibida por el art. 58 LC, admitiendo únicamente la compensación de ciertas liquidaciones correspondientes a facturas emitidas con anterioridad a la declaración de concurso (auto de 1 de febrero de 2012), no así de las posteriores.
Concretamente, compensa el crédito a favor de SPANAIR por importe de 62.420,45 USD, correspondiente a las facturas de fecha 21 y 27 de enero de 2012 (30.556,68 USD y 31.863,77 USD), con el crédito reconocido a la demandante. Fija el equivalente en euros de dicho importe en 47.733 #, aplicando el tipo de cambio de 1 # = 1,3077 USD, que era el vigente a la fecha de declaración de concurso, y considera improcedente la provisión del 50 % aplicada por la AC.
Por lo que respecta al resto del importe de crédito a favor de SPANAIR por 60.649,01 USD, correspondiente a facturas emitidas después de la declaración de concurso (7 de febrero, 14 de abril, 14 de mayo y 31 de agosto de 2012), equivalente a 46.378,38 euros, no cabe la compensación, por lo que debe incluirse en el inventario. Esta cantidad comprende el crédito añadido de 55.679 USD que la AC y la concursada invocaron en su escrito de contestación.
Por último, la sentencia admite la inclusión en el pasivo concursal del nuevo crédito invocado por QATAR, por importe de 29.158,01 USD (22.297,17 # al tipo de cambio indicado).
Termina decidiendo, en consecuencia, que " *se reconoce a favor de SPANAIR S.A. un crédito por importe de*

46.378,38 euros, que deberá ser abonado por la demandante de forma inmediata, modificándose el pasivo teniendo en cuenta la compensación admitida y el nuevo crédito de 22.297,17 euros, a favor de la actora".
5. La sentencia es recurrida sólo por QATAR AIRWAYS, que comienza impugnando ciertos cargos que, como crédito, han sido reconocidos a favor de SPANAIR. Seguidamente insiste en la procedencia de liquidar la relación de conformidad con el sistema pactado de cuenta corriente mercantil, resultando un único saldo acreedor a favor de la demandante de acuerdo con la liquidación que propone.
TERCERO. 6. Es lógico comenzar por esta segunda cuestión, que hemos tratado en nuestra sentencia de FECHA 26 DE MARZO DE 2014, recaída en el rollo de apelación nº 533/2013, relativo al incidente concursal nº 689/2012, seguido a instancia de TURKISH AIRLINES contra SPANAIR, en la que dicha acreedora impugnaba el inventario y la lista de acreedores a fin de liquidar las relaciones mantenidas de acuerdo con el mismo sistema de *Clearing House.* Seguimos la fundamentación de nuestra sentencia anterior.
7. Se trata de analizar si el sistema pactado entre las partes de compensación de saldos y de liquidación de las obligaciones recíprocas se mantiene tras la declaración de concurso, o si, por el contrario, como sostienen la concursada y la administración concursal, declarado el concurso no cabe la compensación de unos créditos que no estaban vencidos. La sentencia de instancia estima los argumentos de las demandadas y concluye que el sistema de pagos netos denominado *Clearing House,* por el que las compañías liquidaban los saldos correspondientes a cada una de ellas, dando lugar a un único derecho de crédito, queda condicionado por la situación de concurso de SPANAIR y la prohibición de compensación de créditos prevista en el artículo 58 de la Ley Concursal. Por tal motivo, declarado el concurso, aquellos créditos en los que no concurrían los requisitos de vencimiento, liquidez y exigibilidad no pueden ser compensados y han de figurar, según se trate, en la lista de acreedores o en el inventario de bienes.
No compartimos el criterio de la sentencia de instancia. SPANAIR admite que ambas partes, al igual que acontece con otras compañías aéreas, se emitían recíprocamente billetes que incluían trayectos operados por una u otra compañía y que se prestaban servicios recíprocos que no eran abonados individualmente, sino que se liquidaban de forma periódica mediante la compensación de los cargos cruzados. Como gráficamente señala la propia SPANAIR en la contestación, esa forma de operar responde a una "política de pagos netos", que no deja de ser un contrato de cuenta corriente mercantil gestionado por IATA que se caracteriza por la indivisibilidad de las cuentas y la unidad de las operaciones. Éstas pierden su individualidad, de suerte que cada una de las partes no tiene un derecho independiente a reclamar el precio de los servicios que presta, sino a que se compensen recíprocamente los saldos deudores, obteniéndose un único derecho de crédito a favor de la compañía que resulte favorecida por la liquidación.
Esa relación contractual única no cesa con la declaración del concurso ni se ve alterada por la regla general que prohíbe la compensación de créditos en el concurso (artículo 58 de la LC). No es controvertido que SPANAIR cesó en su actividad antes de ser declarada en concurso, si bien quedaban pendientes de liquidar operaciones concertadas previamente. Terminada esa relación, esas operaciones han de liquidarse a través del mismo mecanismo pactado del *Clearing House* en el seno de la IATA. No se trata, como afirman las demandadas, de una liquidación por compensación legal o técnico jurídica (artículo 1196 del Código Civil), que estaría prohibida por el artículo 58 de la LC, sino de una compensación contable entre ambas partes dimanante de una sola relación jurídica que, mediante sumas y deducciones, debe determinar un saldo deudor y correlativo acreedor a favor de una o de otra parte, como resultado del efectivo cumplimiento de sus sucesivas y regulares prestaciones.
Así lo hemos mantenido en anteriores resoluciones (por ejemplo, sentencia de 15 de mayo de 2013, Rollo 507/2012). Tal y como dijimos entonces, la jurisprudencia ha declarado que no hay genuina compensación, o no se opera, cuando los abonos y adeudos a liquidar fluyen de un contrato único, donde no hay dualidad de créditos, sino exigencia de obligaciones nacidas de un contrato bilateral con equivalencia de prestaciones recíprocas (entre otras, STS de 7 de junio de 1983, 25 de mayo y 16 de noviembre de 1993), lo que es consecuencia del requisito, para que la compensación se produzca, de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, por lo que no cabe apreciarla en obligaciones sinalagmáticas, bilaterales o recíprocas nacidas del mismo título.
En este sentido, declara la STS de 7 de junio de 1983 que el presupuesto o requisito de la dualidad de los créditos sujetos a compensación ha de referirse a fuentes así mismo duales (como reitera la STS de 8 de junio de 1998), *"lo que excluye del concepto aquellas obligaciones que nacen de contrato bilateral en el seno del cual la dualidad se resuelve en mutua condicionalidad, funcionando las obligaciones asumidas por cada parte contratante como causa de las aceptadas por la otra en régimen de querida y esencial equivalencia, siendo la estructura sinalagmática ajena a la situación que propicia la compensación propia, en la cual no existe sentido sinalagmático alguno ni originaria (en el sentido de que las obligaciones nazcan la una de la otra) ni finalísticamente..."*.
8. Por ello, tal y como sostiene la recurrente, ha de liquidarse el saldo pendiente, incluyéndose en los textos definitivos de la lista de acreedores o en el inventario un único crédito, a favor de la demandante o bien a favor de la concursada, en función del resultado de la liquidación.
CUARTO. 9. La demandante impugna en el recurso dos cargos concretos que la sentencia integra en el crédito a favor de SPANAIR frente a QATAR: a) uno por importe de 1.033,21 USD, incluido en la liquidación emitida por SPANAIR contra QATAR nº 1204021571, de fecha 14 de abril de 2012; y b) otro por importe de
55.679 USD, correspondiente a la liquidación nº 1208041571 de fecha 31 de agosto de 2012, por las siguientes razones:
a) El primero, que responde a "notas de rechazo" (rechazo de cargos previamente facturados por QATAR contra SPANAIR), porque no se identifican los cargos que se están refacturando ni cuál sea el concepto, ni a qué liquidación de QATAR se refieren, pues la actora no ha emitido ninguna liquidación de fecha 16 de marzo de 2012.
Además, porque con este cargo por rechazo se estaría impugnando de forma extemporánea los créditos

reconocidos a QATAR en la lista de acreedores.
b) El segundo, por similares motivos. Responde el cargo a notas de rechazo que SPANAIR emite sin ninguna justificación; no consta la liquidación previamente emitida por QATAR que se está rechazando, y la actora no ha emitido ninguna con fecha 19 de septiembre de 2012, que es la fecha que figura en las notas de rechazo.
Solicita por ello que el crédito a favor de SPANAIR sea reducido en la suma de 56.712,21 USD (43.367,90 # aplicando el tipo de cambio que fija la sentencia).
10. En justificación de tales cargos, la AC y SPANAIR aportaron el correspondiente bloque documental [integrado por un documento resumen, el *coupon listing* (listado donde figuran todos los datos correspondientes a cada vuelo facturado), *form one* (documento resumen que engloba los importes globales de cada período de facturación), *invoice number* (*summary pasenger invoice* : factura correspondiente a cada período), *rejection memo* (documento de rechazo)], proporcionado por la IATA, gestora del sistema *Clearing House*. Entendemos que esta documentación es de igual contenido a la que soporta el resto de liquidaciones giradas por la concursada y que, sin embargo, QATAR admite sin reservas. La impugnación resulta demasiado genérica e intenta desplazar toda la prueba hacia la concursada y la AC cuando a la actora también le era exigible cierto esfuerzo probatorio para acreditar que las notas de rechazo son injustificadas, y probar que no emitió las liquidaciones refacturadas, o se corresponden con las de otra fecha. Pudo haber propuesto prueba en tal sentido una vez conocida la contestación de la AC y la concursada, pero consintió la decisión judicial de no celebrar vista (art. 194.4 LC). Las notas de rechazo son permitidas en el sistema *Clearing House* durante el período de seis meses desde que se emite la liquidación correspondiente, y la propia actora las aplica en la reclamación de un nuevo crédito por importe de 29.158,01 USD. Frente a la documentación justificativa aportada, la actora se limita a negar, exigiendo prueba de la justificación, pero sin haber aportado por su parte ninguna prueba que en cierta medida le era exigible.
De otro lado, su pretensión fue que se procediera a una liquidación total de la relación mediante el sistema de compensación contable convenido, lo que hemos admitido, y ello implica correlativas modificaciones en el inventario y en la lista de acreedores (no otra cosa propuso la actora en su demanda), y de hecho interesó que fuera reconocido a su favor un *nuevo* crédito, no comunicado en el plazo legal, por el importe indicado, que ha sido admitido por la sentencia y no es cuestionado por las demandadas.
Por todo ello deben desestimarse las impugnaciones que plantea el recurso.
QUINTO. 10. En suma, procede compensar los créditos recíprocos que la sentencia reconoce a favor de cada una de las partes.
A favor de QATAR AIRWAYS, deben reconocerse los siguientes importes: 87.822,32 USD (crédito reconocido en la lista de acreedores), más 29.158,01 USD, que la sentencia admite. Suman 116.980,33 USD.
A favor de la concursada, la cantidad total de 124.476,69 USD, que afirmó la AC en la contestación y la sentencia también reconoce, sin que haya lugar a las deducciones pretendidas en el recurso.
Resulta, por compensación contable, un saldo a favor de SPANAIR por importe de 7.496,36 USD que, convertidos en euros al tipo de cambio que aplica la sentencia y las partes admiten (1 # = 1,3077 USD), equivalen a 5.732,48 # a cargo de QATAR AIRWAYS.”: SAP Barcelona (Sección 15) 21.05.2014 (Sentencia 176/2014; Rollo 532/2013)

5.2 Caso de la fianza arrendaticia

AP Zaragoza

“PRIMERO.- INMOBILIARIA GUICAR SA impugna la sentencia que dio lugar a la petición formulada contra ella por la administración concursal de la mercantil ODEON 98 SL, declarada en concurso el día 6-7-2006, entidad con quien había concertado un contrato de arrendamiento para fines distintos a vivienda el día 23-11-2004, que fue resuelto de común acuerdo entre los ahora litigantes con entrega de llaves el día 31-8-2006, a fin de que devuelva la fianza de 9.014'00 ?, constituida en cumplimiento delart. 36 LAU, como efecto propio de la resolución del contrato conforme alart. 61.2 LC.
La arrendadora se opone a la devolución de la fianza. Alega que ha de responder de los incumplimientos de su arrendataria, y que, conforme a lo pactado en la estipulación 18 del contrato, la devolución de la fianza no se produciría sino cuando el arrendatario no hubiera incurrido en incumplimiento alguno.
El juzgador de primer grado da lugar a la petición incidental. Razona que los créditos derivados de los incumplimientos en que hubiere podido haber incurrido la concursada darían lugar en todo caso a créditos contra el concurso o contra la masa a favor de la arrendadora, pero que esta carece de derecho de retención sobre la suma entregada como fianza.
SEGUNDO.- Conforme alart. 62.2 LC, los efectos de la resolución de los contratos de que fuere parte la concursa se regirán por lo acordado en el caso de que haya sido decidida de común acuerdo, o por decisión judicial en el caso de que sea decretada en interés del concurso a instancia de la administración concursal o el concursado.
Elart. 36 LAUestablece que el como obligación del arrendatario de finca urbana para fin distinto de vivienda la constitución de una fianza en metálico para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, cuyo importe ha de ser depositado en la entidad pública (DA 3ª LAU y L 10/1992 CA de Aragón) la cual, extinguido el contrato, devolverá el depósito, a solicitud de cualquiera de los sujetos obligados, acompañada del justificante, en el plazo de quince días y en la forma que se determine (Art. 9.2 LCA 10/1992). En todo caso, la fianza habrá de ser reintegrada por el arrendador al arrendatario al final del arriendo, y devengará el interés legal, transcurrido un mes desde la entrega de las llaves por el mismo, sin que se hubiere hecho efectiva restitución (art. 36 LAU).
De las anteriores normas no cabe sino concluir que la fianza se halla constituida en garantía del cumplimiento de las obligaciones que como arrendatario incumben a quien la presta y a favor del arrendador, quien no puede

disponer de su importe, sino que ha de depositarla durante el arriendo y devolverla al arrendatario a su extinción, ni ostenta un derecho de retención o de separación que oponer al principio de universalidad que establece elart. 76 LC, y del que resulta la incorporación a la masa activa del crédito que ostenta el concursado a la devolución de la fianza, por lo que el juzgador de primer grado acierta cuando ordena su entrega al concurso a petición de la administración concursal.
Entender las cosas de otro modo podría dañar el principio la pars conditio creditorum, cual ocurriría en el caso de que se quisiera hacer valer la fianza para obtener el cumplimiento de obligaciones nacidas en el ámbito del contrato con anterioridad al concurso.": SAP Zaragoza (sección 5) 29.11.2007 (JUR 2008/74029)

"PRIMERO. -A juicio de la sociedad arrendadora y recurrente, promotora del presente incidente concursal de impugnación del inventario y de la lista de acreedores del concurso voluntario de Autoplaza Espacios Comerciales, S.L., el Juzgado ha desestimado sus pretensiones bajo el entendimiento equivocado respecto de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 1.196 del Código civil relativos a la compensación. Es decir, que el concepto que se ha podido formar el Juzgado acerca de la procedencia de este instituto lo ha sido tomando en consideración un hecho irrelevante, como es la entrega de llaves el mismo día 15 de septiembre de 2.010 en que se declaró el concurso de Autoplaza Espacios Comerciales, S.L., y un dato jurídico como es el pronunciamiento judicial atinente a la condena a pagar la suma de 202.970 euros, más IVA, importe de la renta, y 31.994,28 euros de gastos de comunidad hasta que se devuelva la posesión del inmueble a la parte demandante.
En apoyo de su alegato, la recurrente intenta atraer la atención de esta Sala hacia un dato de hecho que considera muy relevante. El momento relevante es, a su juicio, el día 1 de septiembre de 2.010, fecha en la cual la sociedad recurrente aplicó el importe de la fianza, cuya entrega era obligada por ley y por el pacto contractual duodécimo del arrendamiento, a la mayor deuda que la concursada mantenía con la recurrente en ese tiempo. Este planteamiento no era nuevo, ya cuando la sociedad recurrente fue requerida para reintegrar a la masa activa la suma de 405.940 euros recibidos, como hemos antedicho, en concepto de fianza, recordó al Tribunal de instancia que el 1 de septiembre de 2.010, fecha anterior a la declaración del concurso que tuvo lugar el 15 de septiembre de 2.010, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza dictó la diligencia de ordenación declarando firme la sentencia 130/2.010 de 19 de julio de 2.010 dictada en el procedimiento de juicio verbal de desahucio y reclamación de cantidad número 1.752/09.
Por el contrario, tanto la representación procesal de la concursada como la administración concursal, que han instado la declaración judicial de nulidad de compensación y de restitución de la fianza, entienden que la suma de 405.940 euros debe ser restituida a la sociedad concursada por ser contraria al artículo 58 de la Ley Concursal la compensación realizada y a la naturaleza y finalidad de la fianza.
Por su parte, este Tribunal, con estimación del recurso en los términos que se dirá y desestimando la nulidad instada, entiende que la fianza no es un activo que forma parte del inventario de la sociedad concursada.
SEGUNDO. -Bien miradas las cosas, la fianza arrendaticia es un depósito de dinero con fines de garantía a favor del arrendador respecto de las obligaciones del arrendatario relativas al pago de las rentas no satisfechas o, en su caso, de las nacidas por desperfectos en el inmueble cedido. Además, de la lectura del artículo 36.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se extrae que el orden de ideas que inspira la ordenación jurídica de este instituto no coincide con la situación de hecho que da lugar a la compensación prohibida en el artículo 58 del texto concursal. En efecto, el eventual crédito del arrendatario lo es respecto del saldo que, en su caso, quede tras ser atendidas las finalidades de la fianza que hemos fijado con anterioridad. Por lo demás, y tratándose del pago del precio de un arrendamiento, no es necesario el concurso del deudor para determinar la existencia y cuantía de las rentas pendientes de pago al tiempo de la aplicación de la fianza a su destino legal.
TERCERO. -Así las cosas, autorizada legalmente en los términos expuestos la denominada soluti retentia del importe de la fianza, y vinculada su aplicación al crédito representado por las rentas impagadas o al nacido, en su caso, a virtud del resarcimiento de los daños causados al inmueble, el recurso ha de ser estimado con las consecuencias que fijamos en el fallo de esta resolución. Como lógico correlato de la conclusión alcanzada, la declaración de nulidad instada por la representación procesal de la concursada y la administración concursal ha de ser desatendida.": SAP Zaragoza (Sección 5) 06.02.2012 (Sentencia 62/2012; Rollo 746/2011)

JM-1 Granada

"Primero : La demanda se construye sobre la compensación (vs artículo 58 LC) en virtud de la cuantía prestada como fianza y respecto del reconocimiento del crédito de la acreedora. Posteriormente el petitum se estructura sobre la base de una " no compensación" y finalmente la reclamación de cantidades a la citada acreedora en sede concursal.
Segundo: A tales efectos la administración concursal pone de manifiesto que se ha reconocido un crédito insinuado por la acreedora y que no se cumplen los requisitos de compensación.
Tercero: Conforme a la STS de 18 de febrero de 2013 en principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohibe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: " Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella ". La Ley 38/2011 ha completado el art. 58 LC, y apostilla ahora que será válida la

compensación de los créditos y deudas del concursado cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, " aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella ". La Sentencia TS 953/2011, de 30 de diciembre, señala que los efectos de la compensación se producen de forma automática o " ipso iure ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia " ex tunc ", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohiba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.
La ST de la AP de Zaragoza Sección 5ª, de 6 de febrero de 2012, recoge que "Bien miradas las cosas, la fianza arrendaticia es un depósito de dinero con fines de garantía a favor del arrendador respecto de las obligaciones del arrendatario relativas al pago de las rentas no satisfechas o, en su caso, de las nacidas por desperfectos en el inmueble cedido. Además, de la lectura del artículo 36.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (RCL 1994, 3272) se extrae que el orden de ideas que inspira la ordenación jurídica de este instituto no coincide con la situación de hecho que da lugar a la compensación prohibida en el artículo 58 del texto concursal. En efecto, el eventual crédito del arrendatario lo es respecto del saldo que, en su caso, quede tras ser atendidas las finalidades de la fianza que hemos fijado con anterioridad. Por lo demás, y tratándose del pago del precio de un arrendamiento, no es necesario el concurso del deudor para determinar la existencia y cuantía de las rentas pendientes de pago al tiempo de la aplicación de la fianza a su destino legal. "
Cuarto. De conformidad al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 11 de diciembre de 2006 se trata de un supuesto de "soluti retentia" de tal forma que si se solicita la misma en tanto vinculada al resarcimiento de los pagos que garantiza procedería su aplicación en liquidación del contrato de arrendamiento.
En el presente supuesto la demandada no se ha personado en forma tras presentar escrito de oposición. No obstante no conlleva con ello un allanamiento sino la necesidad de análisis de la situación tal y como resultó de la liquidación, por terminación, del citado contrato conforme obra en la documental aportada por la actora.
De esta forma y con el reconocimiento de las cantidades adeudadas la demandada, mediante su oposición, ejercita ese derecho de cobro por retención de las cantidades entregadas y por tanto compensando las mismas en la citada fianza que deberán por ello reducir el crédito de la misma en el concurso.”: SJM-1 Granada 19.01.2015 (Incidente 910/2013)

5.3 Tesis contraria

AP Alicante (Sección 8, 2009)

“SEGUNDO De la impugnación del Inventario de Habitat Urbano Inmobiliario, S.L.
La pretensión del recurso es la exclusión de Inmocleop, S.A. como deudora de Habitat Inmobiliario Urbano, S.L. por importe de 27.256,40.- ?.
Esta cantidad procede de los importes que fueron retenidos por Inmocleop, S.A. de cada una de las facturas que emitió a la concursada Habitat Inmobiliario Urbano, S.l. y que supone el 5 % del importe de cada uno de los pagos efectuados por Inmocleop, S.A. a Habitat Urbano Inmobiliario, S.L. durante la ejecución de las obras, todo ello en virtud de lacláusula 13.4 del contrato de ejecución de obra celebrado el día 15 de junio de 2006que reza así: "De todas las certificaciones de obra (incluidas la facturación por reformas y extras) expedidas y aprobadas, el PROMOTOR practicará una retención del cinco por ciento (5%) de su importe, en concepto de garantía para responder de la buena ejecución de las obras y del total cumplimiento por parte del CONSTRUCTOR de las obligaciones dimanantes del presente contrato así como de las obligaciones de carácter laboral a las que se refiere la estipulación sexta. En caso de rescisión de contrato por causas imputables al CONSTRUCTOR, las retenciones se utilizarán como garantía quedando en poder del PROMOTOR."
La Sala rechaza que la parte apelante pueda hacer suya en virtud de lacláusula referida el importe de 27.256,40.- como consecuencia del abandono de la obra por la constructora, previsto en lacláusula 23.1como causa de resolución contractual, por las razones siguientes:
En primer lugar, en ningún momento se establece que las cantidades retenidas deban ser apropiadas por la promotora de la obra sino que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la constructora.
En segundo lugar, no puede justificarse el apoderamiento de las cantidades retenidas en garantía en el cobro unilateral realizado por la promotora de la indemnización por el abandono de la obra por parte de la constructora pues lacláusula 23.4del contrato de ejecución de obra ya establece de manera expresa y específica las consecuencias indemnizatorias y sancionadoras de la resolución por incumplimiento de la constructora y allí no se prevé el apoderamiento de las cantidades retenidas en garantía.
En tercer lugar, no procede la compensación porque no concurren sus requisitos antes de la declaración del concurso como indica elartículo 58 de la Ley Concursal, en especial, la liquidez de las obligaciones, pues las consecuencias indemnizatorias y sancionadoras de la resolución contractual que constituyen el crédito de Inmocleop, S.A. se han fijado con posterioridad a esa fecha mediante resolución judicial dentro del proceso concursal.

Sin embargo, esa función de garantía de las cantidades retenidas aún subsiste de tal manera que no podrá ser exigible su importe hasta tanto se haga efectiva a la promotora la suma de 24.068.-, correspondiente al exceso del precio pagado, más 26.000.- ? por defectos en la ejecución de la obra.
En conclusión, el crédito del que es titular Habitat Urbano Inmobiliario, S.L. por importe de 27.256,40.- correspondiente a las cantidades retenidas por la promotora deberá figurar en el Inventario pero su exigibilidad está sometida a la condición suspensiva del pago previo de la suma de 50.068.- ? que es el importe de la obligación que garantiza.": SAP Alicante (sección 8) 11.03.2009 (JUR 2009\249707: Sentencia 115/2009; Rollo 127/2008)

AP Cádiz

"PRIMERO: La sentencia apelada ha estimado íntegramente los pedimentos de la demanda. Ha rechazado los argumentos de la oposición a la demandada al considerar que, dado que la parte actora se encuentra en concurso de acreedores la resolución, la competencia para conocer de la compensación opuesta por la parte demandada corresponde al Juzgado de lo mercantil que conoce del concurso, de conformidad a lo previsto en los arts. 86 ter de la LOPJ, 50.1, y 58 de la Ley Concursal.
La parte apelante Gesycom S.L. se alza contra el pronunciamiento desestimatorio de la demanda, invocando como motivo de recurso el error en la valoración de la prueba. Sostiene que ha fundado su oposición a los pedimentos de la demanda en la excepción de contrato no cumplido, exceptio non adimpleti contractus, dado que el demandante no cumplió, pues la obra ejecutada presenta deficiencias que han tenido que ser reparadas. Por esta razón no está obligada a devolver las cantidades retenidas que han sido empleadas en su totalidad para las reparaciones necesarias e insiste en el carácter compensable de los créditos.
En primer lugar, conviene realizar una serie de precisiones en relación a la compensación.
Por medio de la compensación procesalmente regulada en el artículo 408.1 LEC EDL2000/77463 no se ejercita una concreta acción, sino que se plantea una excepción extintiva de la obligación, en todo o en parte, pues, recordemos, los artículos 1.195 y 1.196 CC EDL 1889/1 se inscriben en el capítulo donde se regulan las distintas formas de extinción de las obligaciones, y al lado del pago se halla la compensación de créditos. Por eso, al igual que ocurre con el pago y otras formas de extinción de las obligaciones, puede plantearse como excepción en la contestación a la demanda.
No debe confundirse la compensación como modo de extinción de las obligaciones, con el mecanismo articulado por el Legislador para hacerla valer en juicio, de modo que el trámite contenido en el artículo 408 LEC EDL2000/77463 no se destina a todo caso de compensación, sino a aquéllos en los que pueda ser opuesta como excepción, pero no si para lograr el efecto extintivo se precisa promover con el ejercicio de la acción una declaración del derecho de crédito, previa determinación de su importe, y un pronunciamiento de condena que compense el pedido por la demandante, supuesto donde se precisará utilizar la reconvención.
Lo anteriormente razonado nos lleva a explicar los casos en los que la compensación puede ser opuesta como excepción para lograr la extinción de la deuda, o, por el contrario, ese efecto sólo puede lograrse si antes hay una declaración judicial de condena tras dar respuesta a una acción ejercitada en reconvención. Sobre la cuestión, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 7-12-2007 EDJ2007/243041 y 30-42008 EDJ2008/56454, así como las en ellas citadas) diferencia tres tipos de compensación:
-la legal, cuando se cumplen los requisitos del artículo 1.196 CC EDL1889/1, opera ipso iure y, en consecuencia, puede plantearse como excepción haciéndola valer por el mecanismo procesal contenido en el artículo 408 LEC EDL2000/77463;
-la judicial, cuando falta el cumplimiento de alguno de los requisitos del artículo 1.196 CC EDL1889/1 que pueden ser completados durante el procedimiento por decisión del Juez, supuesto en el que es preciso ejercitar la acción que permita obtener el reconocimiento del crédito, su valor y exigibilidad, lo cual obliga a plantear la reconvención para producir los efectos extintivos de la obligación pretendida de contrario;
-la voluntaria, derivada de un acuerdo entre las partes que de modo convencional decidieron compensarse entre ellas los créditos existentes, caso donde también puede ser planteada como excepción siguiendo el trámite previsto en el artículo 408 LEC. EDL2000/77463.
Corresponde pues analizar si en el presente caso concurren los requisitos generales de la compensación, es decir, los previstos en los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil : reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas. La parte demandada ha expuesto en su escrito de contestación a la demanda ciertas partidas que han tenido que ser reparadas debido a su deficiente ejecución por la empresa constructora, hoy demandante. Podemos afirmar que, por sí mismos, no cabe predicar que el supuesto crédito a favor de la promotora tenga los caracteres de vencido, líquido y exigible.
Es evidente que en el caso presente no estamos ni ante una compensación legal ni ante una convencional, sino ante la compensación judicial, en cuanto para determinar la imputación, liquidez y exigibilidad de los créditos que dice tener la demandada contra la actora se precisa una resolución judicial que así lo declare haciendo un pronunciamiento de condena. Por eso, no puede aceptarse la extinción de la deuda pretendida por la parte demandada, en cuanto para ello se hace preciso evaluar los perjuicios derivados del cumplimiento defectuoso para reconocer la existencia del crédito compensable, y eso implica demandar del Juez un pronunciamiento declarativo del derecho subjetivo y otro de condena que sólo pueden hacerse valer por medio de reconvención. Es exigible el ejercicio de una acción frente a la entidad actora concursada, acción cuyo conocimiento corresponde al Juzgado de lo mercantil de conformidad a lo dispuesto en los arts. 86 ter de la LOPJ, 50.1 y 58 de la Ley Concursal.
No podemos sino hacer nuestro el criterio expresado en la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 9 de febrero de 2009, cuando en un caso muy similar al presente dice:
"En el presente caso no concurrían los requisitos para la compensación que exige el artículo 1.196 del Código

Civil EDL1889/1, pues aún admitiendo que la mercantil concursada tuviera la obligación de reparar los defectos de la construcción, esa obligación no reunía las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3 º y 4º del Código Civil EDL1889/1), y lo que es más importante, ni tan siquiera se probó el crédito a compensar". Y añade: "Es más, la compensación invocada por el actorapelante produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones, generándose entonces una situación de privilegio y de mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, rompiéndose el principio de la "par condictio creditorum", es decir, conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación pretendida, y en definitiva, de accederse a ello, se daría lugar a un trato desigual de acreedores de la misma clase, rompiéndose así el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal EDL2003/29207 (Ley 22/2003, de 9 de julio EDL2003/29207), y del principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa. Por ello, debe concluirse que con anterioridad a la declaración de concurso no concurrían los requisitos para la compensación, por lo que ésta no podía aplicarse de modo unilateral por el...promotor....,invocando así un derecho de retención por la existencia de defectos en la construcción que, como decíamos, no resultaron acreditados con el rigor necesario" (en similar sentido, Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de marzo de 2009)."

Que las retenciones de obra no pueden ser liquidadas y aplicadas unilateralmente por la promotora se deduce tanto del propio contrato suscrito entre las partes, como de la naturaleza jurídica de tales retenciones. Del contrato, porque no se establece en el mismo que las cantidades retenidas puedan ser apropiadas directamente por la promotora de la obra, sino que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la constructora. Y para la determinación de la procedencia de la resolución y del importe de la liquidación, a falta de acuerdo entre las partes, hubiera sido necesaria una previa decisión judicial anterior a la declaración del concurso (por los efectos temporales impuestos por el artículo 58 de la Ley Concursal EDL2003/29207), por lo que no puede ser compensable una liquidación no efectuada correctamente.

Además, consideramos que la promotora demandada debe ingresar en la masa las cantidades retenidas, por las razones que expondremos a continuación. Aun en el supuesto de que admitiéramos que el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación permite una especie de derecho de retención sobre un dinero que en realidad pertenece al contratista, es indiscutible que no existe a favor de Gesycom S.L. ningún privilegio crediticio, ni ningún derecho de ejecución separada al margen del concurso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la Ley Concursal EDL2003/29207, que estipula que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la propia Ley; estando reservada la posibilidad de ejecución separada a los créditos con privilegio especial, conforme a los artículos 90 y 155 de la Ley Concursal (Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de octubre de 2006). De donde cabe concluir que el dueño de la obra carece de una posición reforzada en el concurso para cobrarse a cargo de la masa activa en detrimento del resto de acreedores. Y por ende que la liquidación y apropiación unilateral de las retenciones no reúnen los requisitos que para la compensación legal exigen los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil EDL 1889/1.

Otra razón por la que procede dicho pronunciamiento condenatorio es que la garantía es meramente contractual y no legal, lo que deriva la cuestión al ámbito de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal EDL 2003/2920. El artículo 61.2 mantiene la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, como ocurre en el contrato de ejecución de obra objeto del incidente; por lo que el cumplimiento de sus cláusulas, entre ellas la relativa a la garantía queda sometido al control de la administración concursal y del juez del concurso. Se trata de una medida de conservación de la masa activa, que evidentemente ha recogido el importe retenido como un derecho de cobro, amparada por el artículo 43 de la Ley Concursal EDL2003/29207. En todo caso, el derecho contingente del dueño de la obra será atendido en la medida necesaria, la derivada del contrato y los defectos de acabado que se comuniquen y hayan surgido en el plazo de garantía, lo que además, por mor de los artículos 61.2 y 62 de la Ley Concursal EDL 2003/29207 se verificaría con cargo a la masa con arreglo al artículo 154. Pero no es admisible que mientras los daños y perjuicios de los que respondería la retención no estén liquidados con intervención de la administración concursal, el importe contractualmente pactado de la retención sea aplicado unilateralmente por la promotora y sea gestionado al margen del concurso.

Por último,, la exceptio non adimpleti contractus alegada por la parte demandada es tan sólo procedente cuando la parte de la prestación omitida o los defectos que la realizada presenta son de tal entidad que frustran las legítimas expectativas de su destinatario o la finalidad económica del contrato; cuando las insuficiencias o deficiencias de la prestación son de escasa significación e importancia y no impiden la satisfacción del interés del acreedor, la buena fe contractual hace rechazable esta excepción. Como señala la STS Sala 1ª de 5 noviembre 2007 EDJ2007/206008, la exceptio non rite adimpleti contractus "sólo habilita a exigir la reparación de lo deficiente o a realizar lo que falte o a verse indemnizado en una prestación equivalente si no es posible su realización exacta"; o como sostiene la STS de 24 de noviembre de 2006, seguida por las 19 de abril y 11 de mayo de 2007, "Solo la distinción entre una excepción que faculte para suspender la propia prestación y otra que no alcance este efecto justifica, a criterio de esta Sala, la diferencia entre las llamadas exceptio non adimpleti y exceptio non rite adimpleti contractus. Ambas tendrían, así, el efecto común de provocar la valoración de la gravedad del incumplimiento, y en ambos casos no estaríamos ante un efecto resolutorio, con los consiguientes efectos sobre la mora debitoris de las obligaciones sinalagmáticas, de cuyo régimen se ocupa el párrafo final del artículo 1100 CC EDL1889/1 ". Si se tiene en cuenta además que no es posible compensar la deuda del promotor con un crédito ordinario a su favor una vez producida la declaración del concurso (art. 58 LC EDL2003/29207), pues la lesión a la par conditio sería innegable, parece razonable

concluir que, en efecto, el importe retenido, una vez en concurso la constructora, debe ingresarse en la masa activa: el promotor tendrá reconocido un derecho contingente hasta que se comuniquen defectos de acabado incluidos en el plazo de garantía, defectos de terminación que cabrá reparar, o indemnizar tras la oportuna valoración, con cargo a la masa y carácter prededucible. La conservación y gestión de la masa se verificará en el concurso bajo el control y la supervisión judicial y la inmediata de los administradores concursales, de la misma forma que el derecho de crédito del promotor por una defectuosa praxis.": SAP Cádiz (Sección 8) 12.02.2014 (Sentencia 20/2014; Rollo 229/2013)

AP Córdoba

"SEGUNDO.-Como consecuencia de ello, lo que tiene que ser objeto de análisis es si concurren los requisitos generales de la compensación, es decir, los previstos en los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil : reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas. Y en este caso la procedencia de la compensación pretende justificarse por la empresa promotora, "Promociones Maguilla,S.L." en una serie de documentos de los que, por sí mismos, no cabe predicar que el supuesto crédito a favor de la promotora fuera vencido, líquido y exigible, pues la dirección facultativa da por buenas las consideraciones económicas realizadas al efecto por la promotora (por cierto, en un certificado con fecha incompleta, ya que se data en octubre de 2010, pero sin indicación de día, y sin visado colegial, lo que pone en cuestión la realidad de la fecha), pero ello no dota de liquidez "per se" al crédito, ya que tratándose la retención de una modalidad de condición suspensiva del pago del precio con finalidad de garantía, habría que liquidarla bilateralmente, o en caso de desacuerdo, de manera pericial o judicial, pero no unilateralmente por una de las partes. Máxime cuando las cartas y correos electrónicos cruzados entre las partes no acreditan que los requisitos de la compensación estuvieran presentes antes de la declaración del concurso, sino al contrario, que existía controversia entre las partes sobre la liquidación de la obra y, por lo tanto, la sumas que unilateralmente retuvo la promotora no eran ni líquidas ni exigibles. De modo que, aun dando por bueno que hubiera retrasos en la ejecución de la obra o defectos constructivos en su realización, la liquidación unilateral realizada por la promotora no puede considerarse suficiente para determinar el importe de las cantidades que, de acuerdo con el contrato de obra, estaría autorizada la promotora a retener, pues ello hubiera necesitado otra prueba más concluyente, fundamentalmente de carácter pericial, que hubiera concretado el coste económico de los retrasos y/o defectos constructivos imputables a la constructora. Por ello, no podemos sino hacer nuestro lo expresado en la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 9 de febrero de 2009, cuando en un caso muy similar al presente dice: *"En el presente caso no concurrían los requisitos para la compensación que exige el artículo 1.196 del Código Civil, pues aún admitiendo que la mercantil concursada tuviera la obligación de reparar los defectos de la construcción, esa obligación no reunía las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3 º y 4º del Código Civil), y lo que es más importante, ni tan siquiera se probó el crédito a compensar".* Y añade: *"Es más, la compensación invocada por el actor-apelante produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones, generándose entonces una situación de privilegio y de mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, rompiéndose el principio de la "par condictio creditorum", es decir, conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación pretendida, y en definitiva, de accederse a ello, se daría lugar a un trato desigual de acreedores de la misma clase, rompiéndose así el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), y del principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidadde la empresa. Por ello, debe concluirse que con anterioridad a la declaración de concurso no concurrían los requisitos para la compensación, por lo que ésta no podía aplicarse de modo unilateral por el...promotor...., invocando así un derecho de retención por la existencia de defectos en la construcción que, como decíamos, no resultaron acreditados con el rigor necesario"* (en similar sentido, Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de marzo de 2009).
TERCERO.-Además, que las retenciones de obra no pueden ser liquidadas y aplicadas unilateralmente por la promotora se deduce tanto del propio contrato suscrito entre las partes, como de la naturaleza jurídica de tales retenciones. Del contrato, porque según el mismo es condición para el cobro de la retención la previa resolución del contrato por causa imputable al constructor, lo que no ha sido debidamente acreditado en este procedimiento; además en el contrato no se establece que las cantidades retenidas puedan ser apropiadas directamente por la promotora de la obra, sino que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la constructora. Y para la determinación de la procedencia de la resolución y del importe de la liquidación, a falta de acuerdo entre las partes, hubiera sido necesaria una previa decisión judicial anterior a la declaración del concurso (por los efectos temporales impuestos por el artículo 58 de la Ley Concursal), por lo que no puede ser compensable una liquidación no efectuada correctamente (en esta línea, Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tenerife de 13 de febrero de 2012). Y de la naturaleza jurídica de la retención, porque la misma no otorga un derecho especial al acreedor retenedor a aplicar esa suma para extinguir su crédito. La protección que suponen las retenciones mencionadas presenta ciertos aspectos de interés que inciden en lo ya expuesto: a) Se ha configurado legalmente la retención como una garantía sustitutiva de los seguros de daños o caución. Sobre esto la jurisprudencia menor es unánime, incidiendo las Audiencias Provinciales en esa función como lo característico de la institución, siendo además clara al respecto la Ley de Ordenación de la Edificación (SSAP Madrid 26 de noviembre y 19 de enero de 2007, Sevilla 9 de enero de 2008, o Granada 6 de noviembre de 2009 y 16 de enero de 2011); b) Las retenciones que se efectúan sobre el importe de las certificaciones de obra se llevan a cabo con dicha finalidad de garantía y no

para que el promotor se apropie de su totalidad o parte de manera unilateral sin dar posibilidad al constructor de que, en su caso, y en relación a los defectos aparecidos dentro del plazo pactado, repare los pretendidos vicios
o defectos de terminación. Además, para que prospere su derecho de retención no le basta a la promotora con alegar la existencia de defectos en la obra ejecutada, sino que debe acreditar cumplidamente cuáles son esos defectos, su trascendencia y alcance, y la cuantificación económica de la reparación de los mismos; c) Dado que el dinero, como bien fungible, no es propiamente objeto de un derecho de retención, es decir, no recae éste sobre bienes de ajena pertenencia - el derecho de retención propiamente considerado sólo aparece mencionado en la Ley Concursal en su artículo 80, referente al derecho de separación de bienes ajenos retenidos en poder del concursado, y no a la retención por el acreedor de bienes de éste -, lo que realmente opera es una retención en el pago de lo debido por mor de la obligación contractual que incumbe al dueño de la obra. La consecuencia de lo anterior es que para ejecutar la garantía éste no abona el 5% del importe de la ejecución de la obra, verificando una compensación del importe retenido con la deuda a su cargo. El mecanismo subyacente, por tanto, no es otro que el de la "exceptio non rite adimpleti contractu", en el contexto de las obligaciones sinalagmáticas, que permite al promotor diferir su cumplimiento mientras no conste un adecuado cumplimiento por el contratista de su prestación negocial. Sobre esta base el legislador añade, no ya la posibilidad de no pagar íntegramente el precio de la obra, sino la posibilidad, dado que el promotor debe en todo caso entregar la obra en las debidas condiciones al comprador, de sufragar el perjuicio derivado de la necesidad de eliminar los defectos de acabado con el importe retenido si tales defectos no son reparados.
CUARTO.-Hasta aquí, aunque con razonamientos jurídicos diferentes, coincidimos con la sentencia apelada en la improcedencia de la compensación de facto realizada por la promotora, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 58 de la Ley Concursal, en relación con los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil. Pero es que, además, consideramos que la promotora demandada debe ingresar en la masa las cantidades retenidas, por las razones que expondremos a continuación. Aun en el supuesto de que admitiéramos que el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación permite una especie de derecho de retención sobre un dinero que en realidad pertenece al contratista, es indiscutible que no existe a favor de "Promociones Maguilla, S.L." ningún privilegio crediticio, ni ningún derecho de ejecución separada al margen del concurso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la Ley Concursal, que estipula que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la propia Ley; estando reservada la posibilidad de ejecución separada a los créditos con privilegio especial, conforme a los artículos 90 y 155 de la Ley Concursal (Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de octubre de 2006). De donde cabe concluir que el dueño de la obra carece de una posición reforzada en el concurso para cobrarse a cargo de la masa activa en detrimento del resto de acreedores. Y por ende que la liquidación y apropiación unilateral de las retenciones no reúnen los requisitos que para la compensación legal exigen los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil. Por lo que debe estimarse la demanda incidental promovida en su día por la empresa constructora concursada también en lo solicitado en el apartado segundo de su suplico. La razón por la que procede dicho pronunciamiento condenatorio es que la garantía es meramente contractual y no legal, lo que deriva la cuestión al ámbito de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal. El artículo 61.2 mantiene la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, como ocurre en el contrato de ejecución de obra objeto del incidente; por lo que el cumplimiento de sus cláusulas, entre ellas la relativa a la garantía queda sometido al control de la administración concursal y del juez del concurso. Se trata de una medida de conservación de la masa activa, que evidentemente ha recogido el importe retenido como un derecho de cobro, amparada por el artículo 43 de la Ley Concursal. En todo caso, el derecho contingente del dueño de la obra será atendido en la medida necesaria, la derivada del contrato y los defectos de acabado que se comuniquen y hayan surgido en el plazo de garantía, lo que además, por mor de los artículos 61.2 y 62 de la Ley Concursal se verificaría con cargo a la masa con arreglo al artículo 154. Pero no es admisible que mientras los daños y perjuicios de los que respondería la retención no estén liquidados con intervención de la administración concursal, el importe contractualmente pactado de la retención sea aplicado unilateralmente por la promotora y sea gestionado al margen del concurso. La exceptio non rite adimpleti contractus es tan sólo procedente cuando la parte de la prestación omitida o los defectos que la realizada presenta son de tal entidad que frustran las legítimas expectativas de su destinatario o la finalidad económica del contrato; cuando las insuficiencias o deficiencias de la prestación son de escasa significación e importancia y no impiden la satisfacción del interés del acreedor, la buena fe contractual hace rechazable esta excepción. Como señala la STS Sala 1ª de 5 noviembre 2007, la exceptio non rite adimpleti contractus *"sólo habilita a exigir la reparación de lo deficiente o a realizar lo que falte o a verse indemnizado en una prestación equivalente si no es posible su realización exacta";* o como sostiene la STS de 24 de noviembre de 2006, seguida por las 19 de abril y 11 de mayo de 2007, *"Solo la distinción entre una excepción que faculte para suspender la propia prestación y otra que no alcance este efecto justifica, a criterio de esta Sala, la diferencia entre las llamadas exceptio non adimpleti y exceptio non rite adimpleti contractus. Ambas tendrían, así, el efecto común de provocar la valoración de la gravedad del incumplimiento, y en ambos casos no estaríamos ante un efecto resolutorio, con los consiguientes efectos sobre la mora debitoris de las obligaciones sinalagmáticas, de cuyo régimen se ocupa el párrafo final del artículo 1100 CC ".* Si se tiene en cuenta además que no es posible compensar la deuda del promotor con un crédito ordinario a su favor una vez producida la declaración del concurso (art. 58 LC), pues la lesión a la par conditio sería innegable, parece razonable concluir que, en efecto, el importe retenido, una vez en concurso la constructora, debe ingresarse en la masa activa: el promotor tendrá reconocido un derecho contingente hasta que se comuniquen defectos de acabado incluidos en el plazo de garantía, defectos de terminación que cabrá reparar, o indemnizar tras la oportuna valoración, con cargo a la masa y carácter prededucible. La conservación y gestión de la masa se verificará en el concurso bajo el control y la supervisión judicial y la inmediata de los administradores concursales, de la misma forma que el derecho de crédito del promotor por una defectuosa praxis. Y obviamente, si no se comunican tales defectos o vicios de

terminación en el plazo legal el contrato quedará cumplido en su integridad.”: SAP Córdoba (Sección 3) 11.06.2013 (Sentencia 110/2013; Rollo 164/2013)

“1.-Lleva razón la administración concursal apelante al manifestar que sobre las cuestiones jurídicas planteadas en este caso ya se ha pronunciado esta misma Audiencia Provincial, pero no sólo en la invocada Sentencia de su Sección 3ª de 11 de junio de 2013, sino también en la de esta Sección 1ª de 21 de enero de 2014, dictada con posterioridad a la interposición del presente recurso de apelación. En efecto, ya hemos dicho que, tratándose de retenciones realizadas por entidades promotoras en relación con obras realizadas por la concursada, "Noriega Edificación y Obra Civil, S.L.", no sólo debe declararse la improcedencia de la compensación de deuda que "de facto" ha realizado la empresa demandada, sino que también ha de condenarse a dicha parte a ingresar en la masa activa del concurso el importe de las retenciones apropiadas. En contra del criterio que ahora reitera el órgano de instancia relativo a la imposibilidad de decidir sobre las consecuencias de la declarada indebida compensación de créditos si la contraparte a la concursada no comunicó crédito alguno en el concurso, ya indicamos (remitiéndonos a sendos autos de la Sección 3ª de 29 de enero y 1 y 6 de febrero de 2013 -este último referido a este mismo caso-), que la falta de comunicación o reconocimiento del crédito de la contraparte no es óbice para el examen de la procedencia de la compensación, ya que, pese a ello, "Iberdrola Inmobiliaria, S.A.U." se ha atribuido de facto la cualidad de acreedora, en tanto que ha retenido determinadas cantidades de las certificaciones de obra, erigiéndose en acreedora de unos daños y perjuicios por retrasos, supuesta mala ejecución de obra e impagos a proveedores y subcontratistas imputables a la concursada. Máxime cuando el citado artículo 58.2 de la Ley Concursal no establece un límite temporal para el planteamiento del incidente para resolver controversias sobre la procedencia de compensación de créditos; razón por la cual la denominada "jurisprudencia menor" ha admitido su formulación una vez concluida la fase común del concurso (Sentencias de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de noviembre de 2010 y de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 16 de noviembre de 2011). A lo que tampoco sería óbice el posible efecto reflejo que la resolución del incidente pudiera tener en la lista de acreedores (que solo se daría si se declarase procedente la compensación), al no haber transcurrido los plazos máximos para su modificación que previene el artículo 97 bis de la Ley Concursal; y además en el presente caso no hubo comunicación de crédito por la demandada, por lo que no habría alteración de la lista de acreedores. Por tanto, como ya dijimos en el citado auto de 6 de febrero de 2013 (Rollo de Apelación nº 22/13 de la Sección 3ª), que ordenaba la admisión a trámite de la demanda incidental que da origen a este incidente concursal, deberían ser objeto de tal incidente y de la sentencia que lo resolviera las siguientes cuestiones: a) El tratamiento de las posiciones acreedoras o deudoras recíprocas derivadas de un contrato bilateral inconcluso y su consideración o no como créditos compensables; b) La posibilidad de recíproca extinción de los saldos transitorios en régimen de cuenta corriente y su compatibilidad o no con la prohibición del artículo 58 de la Ley Concursal. No habiéndolo hecho así la sentencia de instancia en toda su extensión, debe ser parcialmente revocada, asumiendo esta Sección las funciones de tribunal de instancia.
2.-Como consecuencia de ello, y como también tenemos dicho en las resoluciones antecitadas, lo que tiene que ser objeto de análisis es si concurren los requisitos generales de la compensación, es decir, los previstos en los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil : reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas. Y en este caso la procedencia de la compensación pretende justificarse por la empresa promotora, "Iberdrola Inmobiliaria, S.A.U." en que ha realizado pagos a proveedores que se han dirigido contra ella en ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil, pero ello no dota de liquidez "per se" al crédito, ya que tratándose la retención de una modalidad de condición suspensiva del pago del precio con finalidad de garantía, habría que liquidarla bilateralmente, o en caso de desacuerdo, de manera pericial o judicial, pero no unilateralmente por una de las partes. Máxime cuando no consta que "NEOC" prestara su conformidad a las reclamaciones realizadas por los mencionados proveedores o subcontratistas, ni que estuviera de acuerdo con sus liquidaciones. De manera tal que la liquidación unilateral realizada por la promotora no puede considerarse suficiente para determinar el importe de las cantidades que, de acuerdo con el contrato de obra, estaría autorizada la misma a retener, pues ello hubiera necesitado otra prueba más concluyente. Por ello, no podemos sino hacer nuestro lo expresado en la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 9 de febrero de 2009, cuando en un caso muy similar al presente dice: *"En el presente caso no concurrían los requisitos para la compensación que exige el artículo 1.196 del Código Civil, pues aún admitiendo que la mercantil concursada tuviera la obligación de reparar los defectos de la construcción, esa obligación no reunía las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3º y4º del Código Civil), y lo que es más importante, ni tan siquiera se probó el crédito a compensar".* Y añade: *"Es más, la compensación invocada por el actor-apelante produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones, generándose entonces una situación de privilegio y de mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, rompiéndose el principio de la "par condictio creditorum", es decir, conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación pretendida, y en definitiva, de accederse a ello, se daría lugar a un trato desigual de acreedores de la misma clase, rompiéndose así el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), y del principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidadde la empresa. Por ello, debe concluirse que con anterioridad a la declaración de concurso no concurrían los requisitos para la compensación, por lo que ésta no podía aplicarse de modo unilateral por el...promotor...., invocando así un derecho de retención por la existencia de defectos en la construcción que, como decíamos, no resultaron acreditados con el rigor necesario"* (en similar

sentido, Sentencias de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de marzo de 2009, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2012 y de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 de mayo de 2013).

No podemos dejar de tener presente que la aceptación de los mecanismos compensatorios puede quebrantar el principio de "par conditio creditorum", ya que por la vía de la compensación un acreedor puede ver satisfecho en todo o en parte su crédito obteniendo una cuota superior a la que conforme a su calificación le correspondería en el concurso. Por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1993, bajo la vigencia de la Ley de Suspensión de Pagos, advertía que *"El fin principal de la suspensión de pagos, regida por los principios de universalidad y «por la par conditio creditorum» es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que se vería frustrado si se permitiera sustraer a la masa créditos de igual posición [STS 24-6-1991], lo que sucedería de accederse a la compensación que interesa la recurrente, pues de esta manera se marginaría la suspensión de pagos declarada y sus efectos inmovilizadores en favor de la masa de la misma, toda vez que los créditos han sido determinados posteriormente en la sentencia judicial. La compensación actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones y por ello se generaría de este modo una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde según el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control de la suspensión de pagos".*

3.-Además, que las retenciones de obra no pueden ser liquidadas y aplicadas unilateralmente por la promotora se deduce tanto del propio contrato suscrito entre las partes, como de la naturaleza jurídica de tales retenciones. Del contrato, porque según el mismo las cantidades retenidas tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la constructora, por lo que, a falta de acuerdo entre las partes, hubiera sido necesaria una previa decisión judicial anterior a la declaración del concurso (por los efectos temporales impuestos por el artículo 58 de la Ley Concursal), por lo que no puede ser compensable una liquidación no efectuada correctamente (en esta línea, Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tenerife de 13 de febrero de 2012). Y de la naturaleza jurídica de la retención, porque la misma no otorga un derecho especial al acreedor retenedor a aplicar esa suma para extinguir su crédito. La protección que suponen las retenciones mencionadas presenta ciertos aspectos de interés que inciden en lo ya expuesto: a) Se ha configurado legalmente la retención como una garantía sustitutiva de los seguros de daños o caución. Sobre esto la jurisprudencia menor es unánime, incidiendo las Audiencias Provinciales en esa función como lo característico de la institución, siendo además clara al respecto la Ley de Ordenación de la Edificación (SSAP Madrid 26 de noviembre y 19 de enero de 2007, Sevilla 9 de enero de 2008 o Granada 6 de noviembre de 2009 y 16 de enero de 2011); b) Las retenciones que se efectúan sobre el importe de las certificaciones de obra se llevan a cabo con dicha finalidad de garantía y no para que el promotor se apropie de su totalidad o parte de manera unilateral sin dar posibilidad al constructor de que, en su caso, y en relación a los defectos aparecidos dentro del plazo pactado, repare los pretendidos vicios o defectos de terminación. Además, para que prospere su derecho de retención no le basta a la promotora con alegar la existencia de defectos en la obra ejecutada, sino que debe acreditar cumplidamente cuáles son esos defectos, su trascendencia y alcance, y la cuantificación económica de la reparación de los mismos; c) Dado que el dinero, como bien fungible, no es propiamente objeto de un derecho de retención, es decir, no recae éste sobre bienes de ajena pertenencia -el derecho de retención propiamente considerado sólo aparece mencionado en la Ley Concursal en su artículo 80, referente al derecho de separación de bienes ajenos retenidos en poder del concursado, y no a la retención por el acreedor de bienes de éste-, lo que realmente opera es una retención en el pago de lo debido por mor de la obligación contractual que incumbe al dueño de la obra. La consecuencia de lo anterior es que para ejecutar la garantía éste no abona el tanto por ciento pactado del importe de la ejecución de la obra, verificando una compensación del importe retenido con la deuda a su cargo. El mecanismo subyacente, por tanto, no es otro que el de la "exceptio non rite adimpleti contractu", en el contexto de las obligaciones sinalagmáticas, que permite al promotor diferir su cumplimiento mientras no conste un adecuado cumplimiento por el contratista de su prestación negocial. Sobre esta base el legislador añade, no ya la posibilidad de no pagar íntegramente el precio de la obra, sino la posibilidad, dado que el promotor debe en todo caso entregar la obra en las debidas condiciones al comprador, de sufragar el perjuicio derivado de la necesidad de eliminar los defectos de acabado con el importe retenido si tales defectos no son reparados.

4.-Hasta aquí, aunque con razonamientos jurídicos diferentes, coincidimos con la sentencia apelada en la improcedencia de la compensación de facto realizada por la promotora, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 58 de la Ley Concursal, en relación con los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil. Pero es que, además, consideramos que la promotora demandada debe ingresar en la masa las cantidades retenidas, por las razones que ya hemos expuesto en las dos sentencias antes citadas de 11 de junio de 2013 y 21 de enero de 2014. Aun en el supuesto de que admitiéramos que el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación permite una especie de derecho de retención sobre un dinero que en realidad pertenece al contratista, es indiscutible que no existe a favor de "Iberdrola Inmobiliaria, S.A.U." ningún privilegio crediticio, ni ningún derecho de ejecución separada al margen del concurso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la Ley Concursal, que estipula que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la propia Ley; estando reservada la posibilidad de ejecución separada a los créditos con privilegio especial, conforme a los artículos 90 y 155 de la Ley Concursal (Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de octubre de 2006). De donde cabe concluir que el dueño de la obra carece de una posición reforzada en el concurso para cobrarse a cargo de la masa activa en detrimento del resto de acreedores. Y por ende, que la liquidación y apropiación unilateral de las retenciones no reúnen los requisitos que para la compensación legal exigen los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil. Por lo que debe estimarse la demanda incidental promovida en su día por la empresa constructora concursada también en lo solicitado en el apartado segundo de su suplico. La razón por la que procede dicho pronunciamiento

condenatorio es que la garantía es meramente contractual y no legal, lo que deriva la cuestión al ámbito de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal. El artículo 61.2 mantiene la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, como ocurre en el contrato de ejecución de obra objeto del incidente; por lo que el cumplimiento de sus cláusulas, entre ellas la relativa a la garantía queda sometido al control de la administración concursal y del juez del concurso. Se trata de una medida de conservación de la masa activa, que evidentemente ha recogido el importe retenido como un derecho de cobro, amparada por el artículo 43 de la Ley Concursal. En todo caso, el derecho contingente del dueño de la obra será atendido en la medida necesaria, la derivada del contrato y los defectos de acabado que se comuniquen y hayan surgido en el plazo de garantía, lo que además, por mor de los artículos 61.2 y 62 de la Ley Concursal se verificaría con cargo a la masa con arreglo al artículo 154. Pero no es admisible que mientras los daños y perjuicios de los que respondería la retención no estén liquidados con intervención de la administración concursal, el importe contractualmente pactado de la retención sea aplicado unilateralmente por la promotora y sea gestionado al margen del concurso. La "exceptio non rite adimpleti contractus" es tan sólo procedente cuando la parte de la prestación omitida o los defectos que la realizada presenta son de tal entidad que frustran las legítimas expectativas de su destinatario o la finalidad económica del contrato; cuando las insuficiencias o deficiencias de la prestación son de escasa significación e importancia y no impiden la satisfacción del interés del acreedor, la buena fe contractual hace rechazable esta excepción. Como señala la STS Sala 1ª de 5 noviembre 2007, la exceptio non rite adimpleti contractus *"sólo habilita a exigir la reparación de lo deficiente o a realizar lo que falte o a verse indemnizado en una prestación equivalente si no es posible su realización exacta";* o como sostiene la STS de 24 de noviembre de 2006, seguida por las 19 de abril y 11 de mayo de 2007, *"Solo la distinción entre una excepción que faculte para suspender la propia prestación y otra que no alcance este efecto justifica, a criterio de esta Sala, la diferencia entre las llamadas exceptio non adimpleti y exceptio non rite adimpleti contractus. Ambas tendrían, así, el efecto común de provocar la valoración de la gravedad del incumplimiento, y en ambos casos no estaríamos ante un efecto resolutorio, con los consiguientes efectos sobre la mora debitoris de las obligaciones sinalagmáticas, de cuyo régimen se ocupa el párrafo final del artículo 1100 CC ".* Si se tiene en cuenta además que no es posible compensar la deuda del promotor con un crédito ordinario a su favor una vez producida la declaración del concurso (art. 58 LC), pues la lesión a la "par conditio creditorum" sería innegable, parece razonable concluir que, en efecto, el importe retenido, una vez en concurso la constructora, debe ingresarse en la masa activa: el promotor tendrá reconocido un derecho contingente hasta que se comuniquen defectos de acabado incluidos en el plazo de garantía, defectos de terminación que cabrá reparar, o indemnizar tras la oportuna valoración, con cargo a la masa y carácter prededucible. La conservación y gestión de la masa se verificará en el concurso bajo el control y la supervisión judicial y la inmediata de los administradores concursales, de la misma forma que el derecho de crédito del promotor por una defectuosa praxis. Y obviamente, si no se comunican tales defectos o vicios de terminación en el plazo legal el contrato quedará cumplido en su integridad.": "1.-Lleva razón la administración concursal apelante al manifestar que sobre las cuestiones jurídicas planteadas en este caso ya se ha pronunciado esta misma Audiencia Provincial, pero no sólo en la invocada Sentencia de su Sección 3ª de 11 de junio de 2013, sino también en la de esta Sección 1ª de 21 de enero de 2014, dictada con posterioridad a la interposición del presente recurso de apelación. En efecto, ya hemos dicho que, tratándose de retenciones realizadas por entidades promotoras en relación con obras realizadas por la concursada, "Noriega Edificación y Obra Civil, S.L.", no sólo debe declararse la improcedencia de la compensación de deuda que "de facto" ha realizado la empresa demandada, sino que también ha de condenarse a dicha parte a ingresar en la masa activa del concurso el importe de las retenciones apropiadas. En contra del criterio que ahora reitera el órgano de instancia relativo a la imposibilidad de decidir sobre las consecuencias de la declarada indebida compensación de créditos si la contraparte a la concursada no comunicó crédito alguno en el concurso, ya indicamos (remitiéndonos a sendos autos de la Sección 3ª de 29 de enero y 1 y 6 de febrero de 2013 -este último referido a este mismo caso-), que la falta de comunicación o reconocimiento del crédito de la contraparte no es óbice para el examen de la procedencia de la compensación, ya que, pese a ello, "Iberdrola Inmobiliaria, S.A.U." se ha atribuido de facto la cualidad de acreedora, en tanto que ha retenido determinadas cantidades de las certificaciones de obra, erigiéndose en acreedora de unos daños y perjuicios por retrasos, supuesta mala ejecución de obra e impagos a proveedores y subcontratistas imputables a la concursada. Máxime cuando el citado artículo 58.2 de la Ley Concursal no establece un límite temporal para el planteamiento del incidente para resolver controversias sobre la procedencia de compensación de créditos; razón por la cual la denominada "jurisprudencia menor" ha admitido su formulación una vez concluida la fase común del concurso (Sentencias de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de noviembre de 2010 y de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 16 de noviembre de 2011). A lo que tampoco sería óbice el posible efecto reflejo que la resolución del incidente pudiera tener en la lista de acreedores (que solo se daría si se declarase procedente la compensación), al no haber transcurrido los plazos máximos para su modificación que previene el artículo 97 bis de la Ley Concursal; y además en el presente caso no hubo comunicación de crédito por la demandada, por lo que no habría alteración de la lista de acreedores. Por tanto, como ya dijimos en el citado auto de 6 de febrero de 2013 (Rollo de Apelación nº 22/13 de la Sección 3ª), que ordenaba la admisión a trámite de la demanda incidental que da origen a este incidente concursal, deberían ser objeto de tal incidente y de la sentencia que lo resolviera las siguientes cuestiones: a) El tratamiento de las posiciones acreedoras o deudoras recíprocas derivadas de un contrato bilateral inconcluso y su consideración o no como créditos compensables; b) La posibilidad de recíproca extinción de los saldos transitorios en régimen de cuenta corriente y su compatibilidad o no con la prohibición del artículo 58 de la Ley Concursal. No habiéndolo hecho así la sentencia de instancia en toda su extensión, debe ser parcialmente revocada, asumiendo esta Sección las funciones de tribunal de instancia.": SAP Córdoba (Sección 1) 25.02.2014 (Sentencia 72/2014; Rollo 161/2014)

AP Jaén

“PRIMERO Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda incidental presentada por D.Eliseofrente al informe elaborado por el administrador concursal de Depusan, manteniendo tanto el inventario de derecho como la lista de acreedores, se alza el referido promotor del incidente, alegando como motivos de su recurso de apelación la infracción de losartículos 1.195 y siguientes del Código Civil, al entender que nos encontramos con que la cantidad retenida por el promotor al ejecutor material de la obra está claramente determinada en losartículos 1.195 y 1.196 de dicho Código, siendo así que con anterioridad al concurso D.Eliseono llegó a pagar a Depusan la cantidad retenida porque precisamente, dice, estaba para responder una legalmente constituida fianza consistente la misma para responder de vicios, desperfectos y carencias por ejecutar de la obra en cuestión; y añade que dicho crédito ni es líquido ni ha nacido siquiera, siendo una expectativa de derecho sin cuantificar y pendiente de una liquidación previa a la que estaba sometido por contrato antes del concurso; y que no siendo el momento procesal oportuno para la determinación exacta de los daños, sí se probó en el juicio incidental la existencia de los mismos sin cuantificar, y que en cuanto a la falta de obra por terminar, alega, igualmente se probó a través de la testifical del Arquitecto director de la obra y por el documento de Endesa a través del que quedó patente cómo la instalación eléctrica estaba inacabada. Y por ello, solicita en el recurso que se revoque la sentencia de instancia y se declare no haber lugar a incluir en el activo de la masa concursal la cantidad retenida a Depusan por el Sr.Eliseohasta que sea cuantificada la misma, previo el proceso correspondiente, y una vez determinada y líquida se incluya en el activo o pasivo según corresponda.
SEGUNDO De conformidad con elartículo 76 de la Ley Concursal, constituye la masa activa del concurso no sólo los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración del concurso, sino también los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.
El actor consideró que no era deudor de cantidad alguna de la entidad Depusan, sino que la cantidad retenida de 8.606'67 euros le correspondía para responder de las consecuencias de la mala ejecución de la obra llevada a cabo por la citada mercantil, según se desprende de lacláusula octava del contrato de ejecución de obra de 1-7-04, en la que se pactó una retención del 5% del total de cada una de las certificaciones que se vayan emitiendo en concepto de la correcta y oportuna realización de los trabajos contratados, y que dicha cantidad se aplicaría en su caso al pago de las reparaciones necesarias y subsanación de los vicios o defectos que se detecten.
En cuanto a la compensación invocada, resulta cuando menos llamativo que se afirme por el recurrente que se han infringido losartículos 1.195 y siguientes del Código Civil por no haber operado la compensación, y por otro lado, que el crédito no era líquido ni había nacido, sino que se trataba de una expectativa de derecho sin cuantificar y pendiente de una liquidación previa. Evidentemente ello supone una contradicción, porque, o existe un crédito o no existe, y si concurre esto último mal se puede pretender compensar.
En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el artículo 58 de la Ley Concursal establece como regla general la prohibición de la compensación declarado el concurso, si bien producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración del mismo.
En el presente caso no concurrían los requisitos para la compensación que exige elartículo 1.196 del Código Civil, pues aún admitiendo que la mercantil concursada tuviera la obligación de reparar los defectos de la construcción, esa obligación no reunía las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3º y 4º del Código Civil), y lo que es más importante, ni tan siquiera se probó el crédito a compensar, es decir, los supuestos daños y desperfectos que pudieran compensarse con el importe de las retenciones, prueba que incumbía al promotor del incidente de conformidad con elartículo 217.2 de la L. E. Civil, no sirviendo para afirmar lo contrario el testimonio del Arquitecto director de la obra que aludió a la existencia de defectos de forma genérica, sin concretarlos en lo más mínimo, careciendo así de elementos suficientes de prueba que hubieran podido determinar que existen defectos de ejecución, que sería el único vicio o defecto imputable a la mercantil constructora.
Es más, la compensación invocada por el actor-apelante produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones, generándose entonces una situación de privilegio y de mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, rompiéndose el principio de la "par condictio creditorum", es decir, conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación pretendida, y en definitiva, de accederse a ello, se daría lugar a un trato desigual de acreedores de la misma clase, rompiéndose así el principio de universalidad delartículo 76 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), y del principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa.
Por ello, debe concluirse que con anterioridad a la declaración de concurso no concurrían los requisitos para la compensación, por lo que ésta no podía aplicarse de modo unilateral por el demandante promotor del incidente con posterioridad a la apertura del concurso, invocando así un derecho de retención por la existencia de defectos en la construcción que, como decíamos, no resultaron acreditados con el rigor necesario.”: SAP Jaén 09.02.2009 (JUR 2009\198320)

“en el presente caso como ya señalara la resolución de instancia, precisamente de la documental aportada por la actora, acompañada a la demanda, se desprende el dato reconocido de que el importe total de las obras ejecutadas por Depusan S.L., ascendía a la cantidad de 520.528,21 euros, cantidad ésta que según la propia actora estaba integrada por el total de las obras contratadas por un importe de 500.004,87 euros, por un aumento de cimentaciones sobre la anterior cantidad por importe de 8.165,61 euros, más una liquidación

aceptada a Depusan de 12.357,73 euros, debiendo aplicarse a dicha cantidad total el 7% de IVA, correspondiente a este tipo de obras, conforme a lo dispuesto en la estipulación segunda del contrato de ejecución de obra concertado entre las partes, y en consecuencia arroja un total de 556.965,18 euros, de lo cual la actora había abonado 531.172 euros, de cuya deferencia en efecto resulta deudora, la entidad actora, Promotora inmobiliaria Delma a la concursada, ya que en efecto en la cantidad total están computadas las compensaciones alegadas por pagos hechos directamente por la entidad actora a proveedores con autorización de la constructora, y así se desprende de las pruebas practicadas, esencialmente la amplia documental aportada, valorada correctamente por el Juzgador de instancia.
Por otra parte tampoco se aprecia el error invocado por la recurrente, respecto a la devolución de la cantidad retenida en concepto de garantía, habiéndose establecido en el contrato de ejecución en relación a la segunda obra, la retención del 3% en garantía de los defectos de la obra ejecutada que se devolverá a los seis meses de la licencia de ocupación.
Al respecto, ciertamente, este derecho de retención, se debe poner en relación con el procedimiento concursal en que se encuentra la demandada, y en consecuencia debe desestimarse la pretensión de la recurrente, pues de otro modo, de estimarse, se acabaría con el trato igual de los acreedores de la misma clase, conforme al principio de universalidad,artículo 76 de la Ley Concursaly con el principio conservativo de la masa, que pretende dar satisfacción al mayor número de aquellos, además de garantizar la continuidad de la empresa.
En este sentido, en la Ley Concursal se consagra el principio tradicional que en aras de la "par conditio", prohíbe a partir de la declaración del concurso la compensación de deudas y créditos del concursado, salvo las excepciones establecidas por la Ley.
Así pues, el fin principal del concurso regido por los principios indicados, es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que se verían frustrados si se permitiera sustraer a la masa créditos de igual posición, lo que sucedería de accederse a la compensación que se interesa. Esto es así, y por ello, la compensación pretendida, produciría perjuicio al resto de los acreedores, porque la compensación actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones y por ello se generaría de este modo una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, y por tanto se rompería el principio de universalidad y "par condictio creditorum", es decir conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación que nos ocupa.": SAP Jaén 09.02.2009 (JUR 2009\198321)

"Por otra parte, tampoco se aprecia el error en la valoración de la prueba alegado por la recurrente respecto a la pretendida imputación de daños y perjuicios y su cobro con cargo a las retenciones de la obra, ya que ciertamente y conforme concluye el juzgador de instancia, tras analizar exhaustiva y correctamente las pruebas practicadas, documental aportada y testifical, no han resultado acreditados dichos vicios o defectos en los que fundamenta su crédito, correspondiendo la carga de la prueba a la demandante, conforme a lo preceptuado en elartículo 217 de la L. E. Civil, aplicable a este procedimiento por lo expresado en laDisposición Final Quinta de la Ley 22/2003 de 9 de Julio, Concursal, que dispone el carácter supletorio de sus normas procesales; y además, en cualquier caso, es decir, aún cuando existieran tales vicios o defectos, lo cierto es que no sería compensable ya que en efecto elartículo 58 de la Ley Concursales contrario en términos generales a la operatividad de dicho principio de compensación en el seno del concurso.
Así pues, en efecto en la estipulación segunda del contrato de ejecución de obra, al respecto del derecho de retención, se establece que al contratista se le hará una retención del 5% del total de cada una de las certificaciones que se vayan emitiendo en concepto de la correcta y oportuna realización de los trabajos contratados y que dicha cantidad se aplicará en su caso al pago de las reparaciones necesarias y subsanación de defectos y vicios, es decir, empleándose dicha garantía a su reparación y subsanación, habiéndose retenido en este caso 10.231'29 euros. Este derecho de retención se debe poner en relación con el procedimiento concursal en que se encuentra la demandada, y en consecuencia procede desestimar la pretensión de la recurrente, pues de otro modo, de estimarse se acabaría con el trato igual de los acreedores de la misma clase, el principio de universalidad,artículo 76 de la Ley Concursal, y con el principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa.
Al respecto, bien es cierto que el fin principal del concurso, regido por los principios indicados, es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que se verían frustrados si se permitiera sustraer a la masa créditos de igual posición, lo que sucedería de accederse a la compensación que se interesa. Esto es así y por ello, la compensación pretendida, produciría perjuicio al resto de los acreedores, porque la compensación actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones y por ello se generaría de este modo una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, y por tanto se rompería el principio de universalidad y "por condictio creditorum", es decir conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación que nos ocupa.": SAP Jaén 09.02.2009 (JUR 2009\198322)

AP Las Palmas

"PRIMERO.- Por la demandante CIMACAN S.L. se interesa se proceda a excluir del inventario de la masa activa de la concursada la suma de 121.744,33 # por pago y la suma de 57234,53 # por compensaciones por retraso en la ejecución de la obra, así como por gastos de pintura.

La sentencia estimó parcialmente la demanda, deduciendo de la masa activa la suma de 121744,33 # por pago, continuando como activo de la concursada la suma de 57234,53 #, siendo deudora de este importe la entidad CIMACAN S.L.. Recurriendo en apelación la parte actora.
SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se basa la actora en que la suma que se dice debida ha de compensarse, con la indemnización por retraso en la entrega.
Señala que esta indemnización es contractual, pues así se pactó en el contrato, en su estipulación séptima que la obra se terminaría quince meses después del acta de replanteo la cual tuvo lugar el 2-11-2.004 y el certificado final de obra que se expidió el 27-04-2006, debiendo haberse concluido la misma el 3 de febrero de 2.006, entendiendo que hay un retraso de 12 semanas imputable a la constructora concursada, pues CIMACAN S.L., es exclusivamente promotora y no interviene en el proceso constructivo. Siendo la impugnación por este retraso de 46.611,72 #.
Examinado el contrato que une a las partes y con relación a la penalización por retraso en su cláusula vigésimo primera, se señala que las penalizaciones por retraso se aplicarán mediante preaviso, dado por la dirección facultativa en las reuniones semanales, preaviso que no consta se efectuará, hecho que no queda ni mencionado en la demanda de este incidente, solo consta como documento número nueve un comunicado del retraso en la ejecución de la obra, en el que se dice a diferencia que en esta demanda que la obra debió de entregarse en el mes de octubre de 2.005, y siendo el documento de comunicación de fecha, 9 de febrero de 2.006 se señala que la obra tiene un retraso de tres meses, cuando solo habían pasado días para la entrega de la obra, tres meses que es incluso un periodo mayor que el reclamado para compensar.
Pero sobre todo no procede la compensación, pues la cantidad no esta liquidada ante de la declaración del concurso, y el art. 58 de la Ley Concursal el cual prohíbe la compensación, una vez declarado el concurso, establece si bien producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración del mismo, la suma debería de estar liquidada antes de la declaración de concurso, hecho que tampoco consta. En el presente caso no concurrían los requisitos para la compensación que exige el artículo 1.196 del Código Civil, pues aún admitiendo que la mercantil concursada tuviera la obligación de entregar la obra y no hiciera por una causa a ella imputable, esa obligación no reunía las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3 º y 4º del Código Civil), y lo que es más importante, ni tan siquiera se probó el crédito a compensar, la suma de un retraso imputable a LETIDIANA CONTRUCCIONES S.L., que pudieran compensarse con el importe de las retenciones, prueba que incumbía al promotor del incidente de conformidad con el artículo 217.2 de la L. E. Civil, no sirviendo para afirmar lo contrario el testimonio del Arquitecto técnico, empleado de CIMACAN S.L. para acreditar que el retraso fuera imputable a LETIDIANA CONTRUCCIONES S.L, careciendo así de elementos suficientes de prueba que hubieran podido determinar que existiera un retraso culpable y por tanto imputable a la mercantil constructora.
Por otro lado la retención de cantidades del 5% de obra certificada no otorga un derecho especial al acreedor retenedor a aplicar esa suma para extinguir su crédito. Esa compensación produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma funciona como una forma de pago extintiva de las obligaciones, generadora entonces de una situación de privilegio en favor del retenedor no prevista en el art.90 LC, con ruptura del principio de la "par condictio creditorum", ya que se daría un trato desigual a acreedores de la misma clase, sin olvidar el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal, sin que haya norma que permita excluir ese activo de la masa y que el mismo se destine a pagar a todos los acreedores y no solo al retenedor por medio del mecanismo de la compensación.": SAP Las Palmas (Sección 4) 22.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 815/2011)

AP Madrid (Sección 28, 2012)

"PRIMERO.- La presente litis trae causa de la demanda presentada por INICIATIVAS INMOBILIARIAS FERROBÚS, S.A. (en adelante, "FERROBÚS") con el fin de que se modifiquen la lista de acreedores y el inventario de la masa activa unidos al informe de la administración concursal de PLODER UICESA, S.A.U. (en lo sucesivo, "PLODER"), en el sentido de que se la incluya en la primera como titular de un crédito ordinario por importe de 550.127,82 euros, y se excluya del segundo el crédito que allí figura contra dicha mercantil por la suma de 1.550.366,56 euros, monto total de las retenciones practicadas por FERROBÚS sobre las certificaciones de obra correspondientes a diversas obras encomendadas a la concursada que obran en poder de aquella. En lo esencial, tales pretensiones se basan en la compensación llevada a cabo por FERROBÚS e instrumentada en escritura pública de fecha 20 de enero de 2010 tomando como referentes, por una parte, el importe de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la defectuosa ejecución (1.480.219,00 euros), así como retrasos e incumpimientos contractuales (600.000,00 euros) imputables a PLODER en la realización de un total de 10 obras en diversas localidades de las provincias de Valencia y Murcia, y, por otra parte, los importes retenidos por FERROBÚS en garantía de la buena ejecución de algunas de esas obras (1.530.091,18 euros). Con carácter subsidiario solicita FERROBÚS que se modifique la lista de acreedores para incluirla como titular de un crédito ordinario por importe de 206.752,70 euros, que corresponde al montante de los daños y perjuicios producidos como consecuencia de la defectuosa ejecución de algunos de los contratos contemplados en la compensación, relativos a obras finalizadas que ya habían sido objeto en su momento de la oportuna liquidación.
Dado el fallo desestimatorio de la sentencia dictada en primera instancia, la parte promotora del incidente presentó recurso de apelación, con fundamento en los motivos que, en la medida en que resulte pertinente, serán objeto de examen en los apartados que siguen.
SEGUNDO.- El discurso impugnatorio de la parte recurrente se abre con la denuncia de que en la lista de acreedores no se motiva adecuadamente la exclusión de su crédito, entendiendo que esta circunstancia debería traducirse en el acogimiento de su pretensión principal.

No alcanzamos a ver la razón de la queja. En el propio escrito de recurso se informa que en la relación de créditos excluidos se consigna como motivo de que allí figure el comunicado por la recurrente que "no se permite compensación". Entendemos que esta reseña es suficientemente indicativa, habida cuenta que el crédito comunicado se presentaba como el resultante de la compensación efectuada por FERROBÚS en los términos más arriba indicados, para la que por esta mercantil se pretendia obtener pleno reconocimiento. No dudamos que a la parte pueda resultarle lacónica la respuesta recibida de la administración concursal, pero ello no deja de ser una impresión subjetiva. Desde una óptica imparcial y objetiva no apreciamos la existencia de impedimento o dificultad para que a partir de la respuesta obtenida la parte pudiese impetrar adecuadamente del juez del concurso la tutela de su derecho. De hecho, la demanda incidental y el debate subsiguiente, así como la resolución recaída en primera instancia pivotan, por lo que se refiere a la pretensión en examen, sobre la procedencia de la compensación efectuada por FERROBÚS, lo que desdice el hilo argumental de la recurrente.
TERCERO.- En el siguiente apartado impugnatorio la parte recurrente defiende la procedencia de las operaciones compensatorias llevadas a cabo unilateralmente por ella, negada por el juez de la anterior instancia. Sin embargo, el discurso de la apelante resulta confuso. Más que a contradecir las razones dadas en contra por el juzgador de la anterior instancia (así, se lee en la página 8 del recurso, párrafo segundo del apartado "II" que procede la compensación ". aun cuando no concurran los requisitos generales de la compensación antes de la declaración del concurso (y no exista la resolución judicial a la que alude este juzgador).", constituyendo estas objeciones el núcleo de la fundamentación de la sentencia recurrida, en la que se alude a dicho pronunciamiento judicial previo como prius para poder afirmar la condición de deudora de la concursada hacia la recurrente, así como la existencia de una deuda compensable a cargo de aquella), se centra en defender pura y simplemente la pertinencia de la aplicación unilateral por el promotor de las retenciones practicadas sobre las certificaciones de obra a la satisfacción de los daños y perjuicios ocasionados por el contratista así como de las penalizaciones contractuales en las que este hubiese podido incurrir, con los consiguientes efectos compensatorios, todo ello con fundamento en la función de garantía que, en sede de teoría general, cumplen tales retenciones.
El planteamiento de la recurrente no resulta asumible a la luz del artículo 58 de la Ley Concursal. Para que la compensación pretendida por FERROBÚS produjese efectos resultaría necesario que, tal como prescribe el citado artículo, los requisitos de la misma hubiesen existido con anterioridad a la declaración de concurso. No es este el caso. Lo que en definitiva pretende hacer valer FERROBÚS es una compensación aplicada por ella de forma unilateral y automática en atención a unos presuntos perjuicios que en modo alguno integran per se una deuda vencida, líquida y exigible, lo que impide hablar de compensación legal. El juez de la anterior instancia enfatiza la inexistencia de pronunciamiento judicial que estableciendo la responsabilidad de PLODER y fijando el importe indemnizatorio procedente con anterioridad a la declaración de concurso, posibilitase la operatividad de la compensación como modo de extinción de la deuda resultante a cargo de aquella (compensación judicial). Lleva razón. Tampoco concurren las condiciones precisas para poder considerar que nos encontremos ante un supuesto de compensación voluntaria, toda vez que, como antes se apuntó, FERROBÚS actuó de forma unilateral, al margen de los mecanismos liquidatorios contractualmente asumidos en aquellos casos en que pudieran considerarse operativos al tiempo de dicha actuación (entre los perjuicios que integran la deuda puesta a cargo de la concursada figuran daños surgidos en determinadas obras que ya habían sido objeto de recepción definitiva con la consiguiente liquidación), y en todo caso sin reconocimiento o asunción por parte de la concursada de la deuda que le imputa FERROBÚS.
En modo alguno se está poniendo en tela de juicio la función de garantía asignada contractualmente a las retenciones practicadas sobre certificaciones de obra por parte de FERROBÚS, función que goza de naturaleza legal a partir del 6 de mayo de 2000 (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, artículo 19.1.a) y disposición final cuarta). Lo que se rechaza es el modo en que la parte recurrente ha pretendido hacerla efectiva, no solo por el desconocimiento ya apuntado de los mecanismos liquidatorios establecidos por contrato, sino también por la pretensión de aplicar las retenciones en poder de FERROBÚS a la extinción de presuntas responsabilidades derivadas de la defectuosa ejecución de otras obras distintas de aquellas en garantía de cuya adecuada ejecución se practicaron aquellas, lo que revela un punto de inconsistencia en el planteamiento de la recurrente.
El recurso no puede prosperar en este particular.”: SAP Madrid (Sección 28) 28.09.2012 (Sentencia 265/2012; Rollo 643/2011)

AP Madrid (Sección 11)

“PRIMERO.- La actora Obrum Urbanismo y Construcciones S.L., declarada en concurso por auto de 24 de marzo de 2009, ejercita el 7 de mayo de 2010 una acción de reclamación de cantidad por importe de 451.905,19 euros contra la entidad Altec 90 S.L.; la demanda se sustenta en un relato fáctico según el cual la cantidad objeto de reclamación correspondería a las retenciones en poder de la demandada como promotora en el contrato de ejecución de obras suscrito en fecha 25 de mayo de 2005; tales retenciones lo serían por un total de 387.03,53 euros a lo que habría que añadir los intereses moratorios devengados. Según este relato el certificado final de obra se emitió el 21 de julio de 2007 y el acta de recepción definitiva se firmó el 19 de julio de 2007, recogiéndose en un anexo las anomalías subsanables y produciéndose la liquidación de la obra, incumpliendo la demandada la sustitución de la retención por aval bancario e igualmente la devolución de las retenciones tras el plazo de garantía de un año.
La demandada se opuso a la demanda negando adeudar cantidad alguna dadas las deficiencias de la obra, no subsanadas y que ya no podrán serlo por la constructora al haber sido declarada en concurso, habiendo tenido que asumir la demandada reparaciones por importe de 64.998,08 euros; se incide por la parte en la alegación de que las retenciones debían devolverse cuando se terminara la reparación de las deficiencias y contra la

entrega de aval bancario por un año de duración, no habiéndose procedido a las reparaciones comprometidas, habiendo sido condenadas ambas partes a la subsanación de deficiencias por importe de 11.439,41 euros en sentencia recaída en procedimiento seguido por uno de los compradores de viviendas en la promoción.
La parte formula asimismo reconvención con iguales hechos y sobre la base de un informe pericial que justificaría la existencia de deficiencias por importe de 854.658 euros, con gastos por viviendas no vendidas por importe de 54.800 euros, por lo que solicita la condena de Obrum previa declaración de su incumplimiento al pago de la cantidad de 909.458 euros.
La actora interpuso declinatoria de jurisdicción por la reconvención formulada, al corresponder al juez del concurso el conocimiento de esa acción que vendría a suponer la compensación de la cantidad reclamada.
La reconviniente no se opuso a la declinatoria, dictando la juez de instancia auto el 23 de noviembre de 2010 estimando la misma y acordando archivar el proceso sin perjuicio del derecho de las partes a usar de su derecho ante el juez del concurso.
Apelada esta resolución por la actora esta misma sección, en auto de 28 de octubre de 2011 estimó dicho recurso y decretó la competencia del juzgado de instancia para conocer de la demanda principal, archivando exclusivamente la demanda reconvencional, pudiendo el reconviniente deducir sus pretensiones ante el juez del concurso.
La juez de instancia dicta sentencia en la que tras extractar la posición de las partes valora la prueba practicada y establece los hechos que estima acreditados y relevantes para la decisión del litigio y concluye haberse probado la existencia de deficiencias que impedirían la petición de cumplimiento de la actora mediante la devolución de las retenciones, por lo que desestima íntegramente la demanda con imposición a la actora de las costas causadas.
Recurre la actora esta resolución; el recurso se sustenta, sea ello expuesto en forma necesariamente resumida, tras la expresión de los antecedentes que la parte considera necesarios para la resolución del litigio, en la alegación en primer lugar de que se habría valorado con error la prueba practicada, con déficit de motivación, al considerarse que las deficiencias estarían dentro del año de garantía, valorando indebidamente el informe pericial presentado por la demandada pese a que el perito Sr. Blas sería el arquitecto técnico de la obra y habría hecho su informe teniendo en cuenta el informe de otro perito en otro proceso y extrapolando las consecuencias económicas de dicho proceso referido a una sola vivienda al resto de viviendas en que dice haber vicios ocultos. En segundo lugar se alega que la sentencia no tiene en cuenta la finalidad y naturaleza de las retenciones practicadas, reseñando la parte que el acta de recepción fue de 19 de julio de 2007 con anomalías subsanables contempladas en el anexo que habrían sido abordadas en el año siguiente como se había acreditado documentalmente, no teniendo en cuenta la juzgadora las limitaciones de tiempo y objeto de las retenciones; en tercer lugar se alega que la sentencia considera las humedades como defecto derivado de la ejecución de las obras imputable a la actora, lo que se rechaza con expresión de la relación del arquitecto Sr. Erasmo con la promotora, al ser administrador único de la misma, y del propio arquitecto técnico Don, Blas que habría realizado el informe pericial extrapolando a todas las viviendas el informe de otro perito en otro pleito sobre una sola de estas viviendas, no habiendo sido objeto del proceso la determinación del origen de las humedades al haberse rechazado la reconvención, pudiendo deberse las mismas a la responsabilidad de los técnicos, y no habiéndose tenido en cuenta que se habrían introducido modificaciones por los propietarios en sus viviendas. En cuarto lugar se alega que no se habría tenido en cuenta la declaración del concurso de la actora, pues de hecho se habría venido a compensar el crédito de la actora contra la prohibición del artículo 58 Ley Concursal, además de que las retenciones perderían su efectividad como garantía tras la declaración del concurso según lo dispuesto en el artículo 59 bis LC.
La demandada se opone al recurso rechazando detalladamente sus argumentos e interesando la íntegra confirmación de la sentencia.
SEGUNDO.- La reseña del objeto del proceso y del recurso, y de las posiciones mantenidas por las partes, concreta la decisión a adoptar en la procedencia o no de la devolución por la demandada del importe de las retenciones contractualmente pactadas en la ejecución de la obra llevada a cabo por la actora como constructora, siendo así que la causa de oposición a la entrega sería la existencia de deficiencias por importe superior al reclamado, algunas reparadas por la propia demandada como promotora, y tras haber entendido la juzgadora que no cabría la devolución de las retenciones toda vez que estima acreditadas deficiencias debidas a "defectuosa y descuidada ejecución", "dentro del año a que hacía referencia la garantía", y no debidas "a las modificaciones que los distintos propietarios de las viviendas han hecho en la fachada del garaje, puerta, fachada de acceso, cubierta del garaje o demolición de cerrajerías o carpinterías".
El contrato de obra suscrito entre las partes tiene fecha 25 de mayo de 2005, folios 64 y siguientes, y en él se establece, cláusula octava que "De las cantidades objeto de liquidación por certificaciones de obra la propiedad retendrá un 5% en concepto de garantía de buena ejecución, dicha retención se entregará al contratista a la conclusión de los trabajos según lo acordado en la estipulación correspondiente".
Y en la cláusula duodécima sobre finalización de la obra se estableció la forma de proceder a la terminación de la obra, pactándose que primero se levantaría acta de recepción provisional, otorgándose un plazo por la dirección facultativa para reparación de deficiencias, tras lo cual se inspeccionará la obra y se levantará un acta procediéndose a la liquidación de la obra con devolución del 5% retenido y contra la entrega de un aval bancario a primer requerimiento por un importe equivalente al 50% de las retenciones practicadas y por un año de duración. "Esas reparaciones deben estar todas realizadas satisfactoriamente a criterio de la dirección facultativa y, como mínimo, con el consentimiento firmado del 80% de los compradores o, en su defecto, por la propiedad". Y se añadía "Una vez aceptadas provisionalmente las obras y con fecha del acta de recepción que refleja la total conformidad de las mismas, se iniciará un plazo de un año durante el cual el contratista vendrá obligado a reparar a su costa los desperfectos por vicios y defectos tanto en la ejecución como en los distintos materiales utilizados en la construcción, siempre con arreglo a las instrucciones de la dirección facultativa".

Con expresa mención a esta estipulación se firmó el acta de recepción en fecha 19 de julio de 2007, folios 77 y 78, expresándose en la misma,..." comenzando a partir de esta fecha el periodo de garantía", si bien también se hizo constar que "..se adjunta anexo al presente acta de recepción en el que figura relación no exhaustiva ni limitativa de anomalías subsanables y asuntos relacionados con la legalización de las instalaciones y servicios". De hecho la obra se liquidó con el importe de la certificación nº 23, folio 82, y se habría aportado abundantísima documentación de los repasos llevados a cabo en cada uno de los bloques, carpetas I, II y III, folios 676 a 4435, pese a lo cual no se habría procedido a la devolución ni aun parcial de las retenciones ante los requerimientos llevados a cabo por la actora con cruce de comunicaciones entre las partes reprochando la demandada la falta de reparaciones, doc. nº 22 de la demanda, folio 196, y apoyándose en un informe de 5 de agosto de 2010 del arquitecto técnico Don. Blas, interviniente en la dirección facultativa de la obra, folios 482 y siguientes, que tiene a su vez en cuenta otro informe pericial emitido por la reclamación de un propietario contra ambas partes para extrapolar el importe de las reparaciones necesarias según ese informe a la cuantía necesaria para llevar a cabo reparaciones en toda la construcción; el propio perito emite un informe de incidencias en fecha julio de 2011 (tomo III de los autos), siendo estos informes aquellos en los que se funda la reconvención que ha quedado fuera del ámbito de este proceso.
En estas condiciones hemos de valorar la procedencia del mantenimiento de la retención lo que depende de la naturaleza de este derecho, la incidencia que supone la declaración del concurso de la constructora y el estricto objeto del proceso una vez extraído del mismo la reconvención interpuesta por la demandada.
Al respecto la Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 8ª, en sentencia de 12-2-2014, señala:
"..La parte apelante... se alza contra el pronunciamiento desestimatorio de la demanda, invocando como motivo de recurso el error en la valoración de la prueba. Sostiene que ha fundado su oposición a los pedimentos de la demanda en la excepción de contrato no cumplido, exceptio non adimpleti contractus, dado que el demandante no cumplió, pues la obra ejecutada presenta deficiencias que han tenido que ser reparadas. Por esta razón no está obligada a devolver las cantidades retenidas que han sido empleadas en su totalidad para las reparaciones necesarias e insiste en el carácter compensable de los créditos.
En primer lugar, conviene realizar una serie de precisiones en relación a la compensación.
Por medio de la compensación procesalmente regulada en el artículo 408.1 LEC no se ejercita una concreta acción, sino que se plantea una excepción extintiva de la obligación, en todo o en parte, pues, recordemos, los artículos 1.195 y 1.196 CC se inscriben en el capítulo donde se regulan las distintas formas de extinción de las obligaciones, y al lado del pago se halla la compensación de créditos. Por eso, al igual que ocurre con el pago y otras formas de extinción de las obligaciones, puede plantearse como excepción en la contestación a la demanda.
No debe confundirse la compensación como modo de extinción de las obligaciones, con el mecanismo articulado por el Legislador para hacerla valer en juicio, de modo que el trámite contenido en el artículo 408 LEC no se destina a todo caso de compensación, sino a aquéllos en los que pueda ser opuesta como excepción, pero no si para lograr el efecto extintivo se precisa promover con el ejercicio de la acción una declaración del derecho de crédito, previa determinación de su importe, y un pronunciamiento de condena que compense el pedido por la demandante, supuesto donde se precisará utilizar la reconvención.
Lo anteriormente razonado nos lleva a explicar los casos en los que la compensación puede ser opuesta como excepción para lograr la extinción de la deuda, o, por el contrario, ese efecto sólo puede lograrse si antes hay una declaración judicial de condena tras dar respuesta a una acción ejercitada en reconvención. Sobre la cuestión, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 7-12-2007 y 30-4- 2008, así como las en ellas citadas) diferencia tres tipos de compensación:
-la legal, cuando se cumplen los requisitos del artículo 1.196 CC, opera ipso iure y, en consecuencia, puede plantearse como excepción haciéndola valer por el mecanismo procesal contenido en el artículo 408 LEC;
-la judicial, cuando falta el cumplimiento de alguno de los requisitos del artículo 1.196 CC que pueden ser completados durante el procedimiento por decisión del Juez, supuesto en el que es preciso ejercitar la acción que permita obtener el reconocimiento del crédito, su valor y exigibilidad, lo cual obliga a plantear la reconvención para producir los efectos extintivos de la obligación pretendida de contrario;
-la voluntaria, derivada de un acuerdo entre las partes que de modo convencional decidieron compensarse entre ellas los créditos existentes, caso donde también puede ser planteada como excepción siguiendo el trámite previsto en el artículo 408 LEC.
Corresponde pues analizar si en el presente caso concurren los requisitos generales de la compensación, es decir, los previstos en los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil : reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas. La parte demandada ha expuesto en su escrito de contestación a la demanda ciertas partidas que han tenido que ser reparadas debido a su deficiente ejecución por la empresa constructora, hoy demandante. Podemos afirmar que, por sí mismos, no cabe predicar que el supuesto crédito a favor de la promotora tenga los caracteres de vencido, líquido y exigible.
Es evidente que en el caso presente no estamos ni ante una compensación legal ni ante una convencional, sino ante la compensación judicial, en cuanto para determinar la imputación, liquidez y exigibilidad de los créditos que dice tener la demandada contra la actora se precisa una resolución judicial que así lo declare haciendo un pronunciamiento de condena. Por eso, no puede aceptarse la extinción de la deuda pretendida por la parte demandada, en cuanto para ello se hace preciso evaluar los perjuicios derivados del cumplimiento defectuoso para reconocer la existencia del crédito compensable, y eso implica demandar del Juez un pronunciamiento declarativo del derecho subjetivo y otro de condena que sólo pueden hacerse valer por medio de reconvención. Es exigible el ejercicio de una acción frente a la entidad actora concursada, acción cuyo conocimiento corresponde al Juzgado de lo mercantil de conformidad a lo dispuesto en los arts. 86 ter de la LOPJ, 50.1 y 58 de la Ley Concursal.

No podemos sino hacer nuestro el criterio expresado en la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 9 de febrero de 2009, cuando en un caso muy similar al presente dice:
"En el presente caso no concurrían los requisitos para la compensación que exige el artículo 1.196 del Código Civil, pues aún admitiendo que la mercantil concursada tuviera la obligación de reparar los defectos de la construcción, esa obligación no reunía las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3 º y 4º del Código Civil), y lo que es más importante, ni tan siquiera se probó el crédito a compensar". Y añade:
"Es más, la compensación invocada por el actor-apelante produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones, generándose entonces una situación de privilegio y de mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, rompiéndose el principio de la "par condictio creditorum", es decir, conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación pretendida, y en definitiva, de accederse a ello, se daría lugar a un trato desigual de acreedores de la misma clase, rompiéndose así el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), y del principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa. Por ello, debe concluirse que con anterioridad a la declaración de concurso no concurrían los requisitos para la compensación, por lo que ésta no podía aplicarse de modo unilateral por el...promotor...., invocando así un derecho de retención por la existencia de defectos en la construcción que, como decíamos, no resultaron acreditados con el rigor necesario" (en similar sentido, Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de marzo de 2009)."
Que las retenciones de obra no pueden ser liquidadas y aplicadas unilateralmente por la promotora se deduce tanto del propio contrato suscrito entre las partes, como de la naturaleza jurídica de tales retenciones. Del contrato, porque no se establece en el mismo que las cantidades retenidas puedan ser apropiadas directamente por la promotora de la obra, sino que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la constructora. Y para la determinación de la procedencia de la resolución y del importe de la liquidación, a falta de acuerdo entre las partes, hubiera sido necesaria una previa decisión judicial anterior a la declaración del concurso (por los efectos temporales impuestos por el artículo 58 de la Ley Concursal), por lo que no puede ser compensable una liquidación no efectuada correctamente.
Además, consideramos que la promotora demandada debe ingresar en la masa las cantidades retenidas, por las razones que expondremos a continuación. Aun en el supuesto de que admitiéramos que el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación permite una especie de derecho de retención sobre un dinero que en realidad pertenece al contratista, es indiscutible que no existe...ningún privilegio crediticio, ni ningún derecho de ejecución separada al margen del concurso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la Ley Concursal, que estipula que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la propia Ley; estando reservada la posibilidad de ejecución separada a los créditos con privilegio especial, conforme a los artículos 90 y 155 de la Ley Concursal (Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de octubre de 2006). De donde cabe concluir que el dueño de la obra carece de una posición reforzada en el concurso para cobrarse a cargo de la masa activa en detrimento del resto de acreedores. Y por ende que la liquidación y apropiación unilateral de las retenciones no reúnen los requisitos que para la compensación legal exigen los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil."
Y la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 5ª, en sentencia de 28-1-2014 :
"...La doctrina había discutido cuál era la solución de este problema ante el silencio legislativo que mantenía el texto de la LC sobre esa cuestión: (i) una postura muy extendida se inclinaba por sostener que el derecho de retención no era resistente al concurso, como antes no se consideraba que lo fuese a la situación de suspensión de pagos o quiebra; (ii) no obstante, no faltaban opiniones a favor de una idea distinta, de que debía considerarse resistente al concurso, aún en el caso de que el derecho no cuente con la facultad de ejecución separada.
La segunda de esas posturas podía argumentarse correctamente en un escenario en el que el concurso no acabara con la liquidación de toda la masa activa de la concursada, pero no así cuando el concurso acababa en liquidación. La solución concursal de liquidación presupone la necesidad de que todo el patrimonio del deudor se liquide para, con su producto, hacer pago a los acreedores. Admitir la resistencia del derecho de retención en un escenario de liquidación equivaldría a mantener cautivas bolsas de bienes de la concursada en una situación en la que esos bienes no pueden ser ejecutados dentro del concurso ni fuera del mismo. Esa idea resulta inadmisible".
La opción legal ha sido clara respecto a la suspensión del derecho con la sola declaración concursal."
Esta misma Audiencia, sec. 14ª, en sentencia de 23-12-2013 en proceso en el que también era parte Obrum:
"La segunda causa alegada...para negar la restitución de las retenciones practicadas se refiere a la existencia de defectos constructivos a cuya subsanación ha de aplicarse el importe de las retenciones. La respuesta a tal cuestión está condicionada a la naturaleza de las retenciones pactadas en el contrato litigioso, que como es usual en las relaciones de tal naturaleza no representan una sanción alzada que pueda retener la propiedad con causa en la existencia de defectos constructivos, sino que constituyen una garantía frente a la posible subsistencia de esos defectos de modo que la propiedad está legitimada para aplicar su importe a los trabajos de subsanación de defectos no acometidos por la constructora. Así se desprende de la cláusula 12 del contrato, que tras referirse a los plazos de garantía contractuales y legales, y a los trabajos de subsanación a que viene obligada Obrum, previene que la Cooperativa podrá acometer por sí dichos trabajos repercutiendo el coste de los mismos al contratista, e igualmente que los importes de los trabajos se abonarán contra la retención que se pacta en la presente cláusula, y de no cubrir la retención el importe de los mismos el contratista deberá abonarlos en el plazo de diez días desde que así fuera requerido por la Cooperativa.

Lo anterior es acorde a la previsión del art. 19.1.a) L.O.E., que al establecer el régimen de garantías para las obras de edificación alude a la retención a aplicar por el promotor de un cinco por ciento del importe de la ejecución material de la obra, con extensión temporal de un año, con el fin de asegurar el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.
Consecuencia inmediata de lo anterior es que la propiedad,...solo se exonera de restituir en todo o en parte las retenciones, previa demostración de la existencia de los defectos constructivos no subsanados, y además previa justificación de su exacta cuantía líquida, como único medio de aplicar la compensación de créditos inherente a las operaciones de liquidación de las retenciones. En este aspecto no puede aceptarse el criterio reflejado en la sentencia apelada, que considera innecesaria la justificación de la cuantía líquida de los defectos constructivos.
Por el contrario, solo está legitimada....a hacer suya la retención en la medida en que pruebe el importe del crédito oponible equivalente al coste de subsanación de aquellas deficiencias que subsistan tras el vencimiento del plazo de garantía de un año, soportando la carga de demostrar la existencia y el valor de tales defectos, extremos que no han quedado probados.
El documento número dos aportado con el escrito de contestación no permite deducir ninguna cuantía líquida susceptible de compensar con las retenciones, en la forma prevista en la cláusula 12 del contrato. Además de ello, el documento carece de cualquier virtualidad, pues la propia Arcos del Sur, desde el momento de su aportación, reconoce que no todos los defectos descritos en el mismo subsisten, cuando alega que "gran cantidad de los defectos consignados en el mismo no han sido aún reparados por la sociedad actora contratista". En ese mismo sentido, se ha justificado documentalmente por Obrum haber atendido numerosos repasos e incidencias denunciados por los propietarios de las viviendas. Consecuencia de todo ello es que no se ha demostrado la subsistencia de defectos constructivos al vencimiento de los plazos de garantía, ni desde luego se ha justificado, ni siquiera por aproximación, el coste de reparación de supuestos o pretendidos defectos subsistentes a esa fecha, que legitime a Arcos del Sur a retener en todo o en parte el importe de las retenciones practicadas.
Por todo lo expuesto, procede estimar en este aspecto el recurso de apelación, y por consiguiente la demanda, condenando a la demandada Arcos del Sur a pagar a la actora el importe de las retenciones practicadas a lo largo de la ejecución de la obra, por importe de 583.898'39 Eur., aplicando el interés reclamado en la demanda, al que no se opone la parte demandada, previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre."
Y en sentencia de 10-5-2013, sección 19 ª:
"...Desestimada la alegada falta de motivación y de congruencia de la sentencia, procede que nos adentramos en el resto de los motivos y comenzamos por señalar la función de garantía de buena ejecución que se atribuye a las retenciones en el contrato de obra, añadiendo, con cita de la STS de 13-7-2011, que no cabe confundir liquidez con exigibilidad, pues la primera supone determinación de la cantidad y la segunda hace referencia a la ausencia de condición u objeción que impida temporalmente hacerla efectiva, siendo ya de señalar que la demandada ahora apelada, al contestar al recurso expresamente reconoce que sus posibilidades de defensa estaban limitadas por la situación concursal de la demandante, toda vez que la vis atractiva de la competencia del Juez del concurso le impedía ejercitar acciones en el presente procedimiento y expresamente señala entre paréntesis "vía reconvención y compensación" contra el patrimonio de la concursada, con ello viene a dar expreso reconocimiento al motivo del recurso que se fundamenta en la imposibilidad de reconocer en el concreto caso ningún crédito a favor de la demandada ni de aplicar la compensación de los arts. 1.195 y 1.196 del Código Civil, como así realiza el tribunal de instancia, aduciendo que la ahora apelante ha sido declarada en concurso necesario mediante auto de fecha 16 de marzo de 2009, Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, y no ha sido interpuesta demanda reconvencional, el único órgano competente para resolver cualquier cuestión relativa a compensación de créditos correspondería al referido Juzgado de lo mercantil, art.86 ter.1.1 LOPJ y 8, 49 y 50 de la Ley Concursal, reconocimiento que nos excusa de concretos comentarios, por resultar, además, evidente lo indicado a tenor de los preceptos recogido, remitiéndonos además al contenido de las diversas resoluciones de AAPP que se recogen con transcripción en el escrito de interposición del recurso, AP de Segovia, Secc.1ª S. de 29-3-2010, AP de Cantabria Secc. 2ª S. de 15-4 - 201, Auto AP de Madrid, Secc. 13 A. de 3-12-2010 "
En estas condiciones la mera constancia de la existencia de deficiencias en la edificación, fundamentalmente por humedades en distintos paramentos, valoradas en su reparación por el arquitecto técnico director de las obras en su informe de 5 de agosto de 2010 en la cantidad de 854.658 euros (incluidos los gastos generales y el beneficio industrial), y valoradas por el mismo técnico en informe de julio de 2011 (firmado en febrero de 2012) en la cantidad de 354.987,01 euros (página 36 del informe de incidencias, tomo III), no permite la compensación de esta cantidad ni de ninguna otra a falta de concreción y declaración judicial de la misma, lo que no ha podido hacerse al rechazarse la posibilidad de la reconvención por falta de competencia objetiva y a fin de remitir esta cuestión al juez que conoce del concurso por la indudable incidencia que ello tiene en el activo y el pasivo del concurso, constando por informe de la administración concursal que la demandada no figura personada ni ha insinuado crédito alguno en el concurso, folio 876.
La solución alcanzada en la instancia supone en definitiva vincular sine die el importe de las retenciones, cuyo límite temporal es de un año y para las reparaciones o deficiencias a que están destinadas, a los avatares de las patologías del proceso constructivo, lo que no puede aceptarse por no ser esa la finalidad de la retención que nos ocupa, sin perjuicio de la responsabilidad de los intervinientes en la edificación en función de las deficiencias que se acrediten, y siendo cuestión distinta la referida a aquellas reparaciones que hubiera debido asumir la promotora en el plazo legal, cuestión que sí puede dar lugar a la compensación que resulte de aplicar una cantidad acreditada y líquida por tanto al monto total de lo retenido.”: SAP Madrid (Sección 11) 30.06.2014 (Sentencia 252/2014; Rollo 569/2013)

“SEGUNDO.-Sobre las retenciones

La reseña del objeto del proceso y del recurso, y de las posiciones mantenidas por las partes, nos lleva a determinar, en primer lugar, la procedencia o no de la devolución por la demandada del importe de las retenciones contractualmente pactadas en la ejecución de la obra llevada a cabo por la actora como constructora, siendo así que se alega por la demandada como causa para negar la restitución de las retenciones practicadas la existencia de defectos en la obra ejecutada, cuya reparación cuantifica en 605.680,67 euros, a la que habría de aplicarse el importe de las retenciones, y la incidencia que supone la declaración de Concurso de la constructora demandante mediante auto del Juzgado de lo Mercantil num. 6 de Madrid con fecha 24 de marzo de 2009, dándose la circunstancia específica de que la demanda fue presentada el 31 de marzo de 2010 y la contestación el 17 de noviembre de 2010, y por tanto con anterioridad a la declaración del Concurso, habida cuenta, además, la alegación relativa a los retrasos en la ejecución y aplicación de la penalización correspondiente.

La respuesta a tales cuestiones está condicionada, por un lado, a la naturaleza de las retenciones pactadas en el contrato litigioso, que debe entenderse en la forma que se recoge tanto en la SAP Madrid Secc. 12ª de 6 de noviembre de 2013, como la SAP de Córdoba Secc. 1ª de fecha 25-2-2014 al declarar: "La misma no otorga un derecho especial al acreedor retenedor a aplicar esa suma para extinguir su crédito. La protección que suponen las retenciones mencionadas presenta ciertos aspectos de interés que inciden en lo ya expuesto: a) Se ha configurado legalmente la retención como una garantía sustitutiva de los seguros de daños o caución. Sobre esto la jurisprudencia menor es unánime, incidiendo las Audiencias Provinciales en esa función como lo característico de la institución, siendo además clara al respecto la Ley de Ordenación de la Edificación (SSAP Madrid 26 de noviembre y 19 de enero de 2007, Sevilla 9 de enero de 2008 o Granada 6 de noviembre de 2009 y 16 de enero de 2011); b) Las retenciones que se efectúan sobre el importe de las certificaciones de obra se llevan a cabo con dicha finalidad de garantía y no para que el promotor se apropie de su totalidad o parte de manera unilateral sin dar posibilidad al constructor de que, en su caso, y en relación a los defectos aparecidos dentro del plazo pactado, repare los pretendidos vicios o defectos de terminación. Además, para que prospere su derecho de retención no le basta a la promotora con alegar la existencia de defectos en la obra ejecutada, sino que debe acreditar cumplidamente cuáles son esos defectos, su trascendencia y alcance, y la cuantificación económica de la reparación de los mismos; c) Dado que el dinero, como bien fungible, no es propiamente objeto de un derecho de retención, es decir, no recae éste sobre bienes de ajena pertenencia -el derecho de retención propiamente considerado sólo aparece mencionado en la Ley Concursal en su artículo 80, referente al derecho de separación de bienes ajenos retenidos en poder del concursado, y no a la retención por el acreedor de bienes de éste-, lo que realmente opera es una retención en el pago de lo debido por mor de la obligación contractual que incumbe al dueño de la obra. La consecuencia de lo anterior es que para ejecutar la garantía éste no abona el tanto por ciento pactado del importe de la ejecución de la obra, verificando una compensación del importe retenido con la deuda a su cargo. El mecanismo subyacente, por tanto, no es otro que el de la "exceptio non rite adimpleti contractu", en el contexto de las obligaciones sinalagmáticas, que permite al promotor diferir su cumplimiento mientras no conste un adecuado cumplimiento por el contratista de su prestación negocial. Sobre esta base el legislador añade, no ya la posibilidad de no pagar íntegramente el precio de la obra, sino la posibilidad, dado que el promotor debe en todo caso entregar la obra en las debidas condiciones al comprador, de sufragar el perjuicio derivado de la necesidad de eliminar los defectos de acabado con el importe retenido si tales defectos no son reparados".

En el contrato de obra suscrito entre las partes en fecha 17 de mayo de 2004 la cláusula 12 establece: "En concepto de garantía de una correcta ejecución de las obras objeto de este contrato la PROPIEDAD retendrá el cinco (5) por ciento en metálico sobre el importe de cada una de las certificaciones. La devolución de esta retención se realizará de la siguiente forma: El cincuenta por ciento una vez obtenido el conforme que suponga el 90% de cada una de las fincas que componen el edificio, tal y como se describirán en la declaración de obra nueva y división horizontal. Contra la presentación de los conformes anteriormente descritos, la Propiedad liberará el otro cincuenta por ciento siempre y cuando la Constructora entregue AVAL BANCARIO por una entidad financiera de primera orden, el cual será a primer requerimiento y por dicha cantidad, y con vencimiento que reste hasta cumplir el período de garantía. No obstante la devolución de las retenciones así pactadas, y en su caso, la Constructora será responsable de conformidad con lo que se pacta más adelante, y vendrá obligada a las reparaciones o trámites que sean necesarias, siendo de su exclusiva cuenta y cargo."

Y en la cláusula 16 "Garantía de la obra realizada. Plazo de Garantía", tras referirse a los plazos de garantía contractuales y legales, y a los trabajos de subsanación a que viene obligada OBRUM durante el plazo de garantía, previene que la Propiedad podrá acometer por sí dichos trabajos repercutiendo el coste de los mismos al contratista, e igualmente, que los importes de los trabajos se abonarán contra la cantidad establecida en la garantía definitiva -es decir, contra las retenciones-, y de no cubrir la misma el importe de la corrección de los defectos, el contratista deberá abonar la diferencia: "1. La duración del plazo de garantía será de un año a partir de la fecha del acta de recepción y de conformidad total de las obras, para los vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras. 2. El plazo de garantía será de tres años por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad de acuerdo a lo establecido en la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación. 3. La Empresa Constructora se obliga a reparar y subsanar todos los vicios y defectos de construcción, así como los vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado o requisitos de habitabilidad que surjan durante el plazo de garantía. 4. Los gastos de reparación de las obras, durante el plazo de garantía, serán por cuenta de la Empresa Constructora. En el caso de que durante el plazo de garantía se observen defectos en las obras realizadas que requieran una corrección importante a juicio razonado de la Dirección Facultativa, ésta podrá ampliar el plazo de garantía por otro período de un año a partir del momento de corrección de los mismos. 6. Si la Empresa Constructora hiciera caso omiso de las indicaciones para corregir defectos y hubiese transcurrido una semana desde la

comunicación, la PROPIEDAD se reserva el derecho a realizar los trabajos necesarios por sí misma, o con ayuda de otros constructores, descontando el importe de los mismos de la cantidad establecida en la garantía definitiva y reclamando la diferencia a la Empresa Constructora en caso de que el coste de esta corrección de defectos fuese superior a la garantía presentada....".
Tales pactos son acordes a la previsión del art. 19.1.a) L.O.E. que, al establecer el régimen de garantías para las obras de edificación, alude a la retención a aplicar por el promotor de un cinco por ciento del importe de la ejecución material de la obra, con extensión temporal de un año, con el fin de asegurar el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.
En suma, las retenciones pactadas en el contrato no representan una sanción alzada que pueda retener la propiedad con causa en la existencia de defectos constructivos, sino que constituyen una garantía frente a la posible subsistencia de esos defectos, de modo que la propiedad está legitimada para aplicar su importe a los trabajos de subsanación de defectos no acometidos por la constructora. La consecuencia inmediata, como recuerda la SAP Madrid, Sección 14, de 23 de diciembre de 2013, es que la propiedad solo se exonera de restituir en todo o en parte las retenciones, previa demostración de la existencia de los defectos constructivos no subsanados, y además previa justificación de su exacta cuantía líquida, como único medio de aplicar la compensación de créditos inherente a las operaciones de liquidación de las retenciones; y a su vez, solo está legitimada a hacer suya la retención en la medida en que pruebe el importe del crédito oponible equivalente al coste de subsanación de aquellas deficiencias que subsistan tras el vencimiento del plazo de garantía de un año, soportando la carga de demostrar la existencia y el valor de tales defectos.
(...)
CUARTO.-Llegados a este punto, hemos de valorar ahora la procedencia del mantenimiento de la retención, lo que depende de la naturaleza ya expresada de este derecho, y la incidencia que supone la declaración de Concurso de la constructora.
Esta Sala se ha pronunciado sobre esta cuestión en su reciente sentencia de 30 de junio de 2014 (Ponente Ilmo. Sr. Cesareo Francisco Duro Ventura), en la que también era parte OBRUM Urbanismo y Construcciones, S.L., en los siguientes términos:
"Al respecto, la Audiencia Provincial de Cádiz, Sec. 8ª, en sentencia de 12-2-2014, señala:
"..La parte apelante... se alza contra el pronunciamiento desestimatorio de la demanda, invocando como motivo de recurso el error en la valoración de la prueba. Sostiene que ha fundado su oposición a los pedimentos de la demanda en la excepción de contrato no cumplido, exceptio non adimpleti contractus dado que el demandante no cumplió, pues la obra ejecutada presenta deficiencias que han tenido que ser reparadas. Por esta razón no está obligada a devolver las cantidades retenidas que han sido empleadas en su totalidad para las reparaciones necesarias e insiste en el carácter compensable de los créditos.
En primer lugar, conviene realizar una serie de precisiones en relación a la compensación.
Por medio de la compensación procesalmente regulada en el artículo 408.1 LEC no se ejercita una concreta acción, sino que se plantea una excepción extintiva de la obligación, en todo o en parte, pues, recordemos, los artículos 1.195 y 1.196 CC se inscriben en el capítulo donde se regulan las distintas formas de extinción de las obligaciones, y al lado del pago se halla la compensación de créditos. Por eso, al igual que ocurre con el pago y otras formas de extinción de las obligaciones, puede plantearse como excepción en la contestación a la demanda.
No debe confundirse la compensación como modo de extinción de las obligaciones, con el mecanismo articulado por el Legislador para hacerla valer en juicio, de modo que el trámite contenido en el artículo 408 LEC no se destina a todo caso de compensación, sino a aquéllos en los que pueda ser opuesta como excepción, pero no si para lograr el efecto extintivo se precisa promover con el ejercicio de la acción una declaración del derecho de crédito, previa determinación de su importe, y un pronunciamiento de condena que compense el pedido por la demandante, supuesto donde se precisará utilizar la reconvención.
Lo anteriormente razonado nos lleva a explicar los casos en los que la compensación puede ser opuesta como excepción para lograr la extinción de la deuda, o, por el contrario, ese efecto sólo puede lograrse si antes hay una declaración judicial de condena tras dar respuesta a una acción ejercitada en reconvención. Sobre la cuestión, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 7-12-2007 y 30-4-2008, así como las en ellas citadas) diferencia tres tipos de compensación:
-la legal, cuando se cumplen los requisitos del artículo 1.196 CC, opera ipso iure y, en consecuencia, puede plantearse como excepción haciéndola valer por el mecanismo procesal contenido en el artículo 408 LEC;
-la judicial, cuando falta el cumplimiento de alguno de los requisitos del artículo 1.196 CC que pueden ser completados durante el procedimiento por decisión del Juez, supuesto en el que es preciso ejercitar la acción que permita obtener el reconocimiento del crédito, su valor y exigibilidad, lo cual obliga a plantear la reconvención para producir los efectos extintivos de la obligación pretendida de contrario;
-la voluntaria, derivada de un acuerdo entre las partes que de modo convencional decidieron compensarse entre ellas los créditos existentes, caso donde también puede ser planteada como excepción siguiendo el trámite previsto en el artículo 408 LEC.
Corresponde pues analizar si en el presente caso concurren los requisitos generales de la compensación, es decir, los previstos en los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil : reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas. La parte demandada ha expuesto en su escrito de contestación a la demanda ciertas partidas que han tenido que ser reparadas debido a su deficiente ejecución por la empresa constructora, hoy demandante. Podemos afirmar que, por sí mismos, no cabe predicar que el supuesto crédito a favor de la promotora tenga los caracteres de vencido, líquido y exigible.
Es evidente que en el caso presente no estamos ni ante una compensación legal ni ante una convencional, sino ante la compensación judicial, en cuanto para determinar la imputación, liquidez y exigibilidad de los

créditos que dice tener la demandada contra la actora se precisa una resolución judicial que así lo declare haciendo un pronunciamiento de condena. Por eso, no puede aceptarse la extinción de la deuda pretendida por la parte demandada, en cuanto para ello se hace preciso evaluar los perjuicios derivados del cumplimiento defectuoso para reconocer la existencia del crédito compensable, y eso implica demandar del Juez un pronunciamiento declarativo del derecho subjetivo y otro de condena que sólo pueden hacerse valer por medio de reconvención. Es exigible el ejercicio de una acción frente a la entidad actora concursada, acción cuyo conocimiento corresponde al Juzgado de lo mercantil de conformidad a lo dispuesto en los arts. 86 ter de la LOPJ, 50.1 y 58 de la Ley Concursal.
No podemos sino hacer nuestro el criterio expresado en la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 9 de febrero de 2009, cuando en un caso muy similar al presente dice:
"En el presente caso no concurrían los requisitos para la compensación que exige el artículo 1.196 del Código Civil, pues aún admitiendo que la mercantil concursada tuviera la obligación de reparar los defectos de la construcción, esa obligación no reunía las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3 º y 4º del Código Civil), y lo que es más importante, ni tan siquiera se probó el crédito a compensar". Y añade:
"Es más, la compensación invocada por el actor-apelante produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones, generándose entonces una situación de privilegio y de mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, rompiéndose el principio de la "par condictio creditorum", es decir, conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación pretendida, y en definitiva, de accederse a ello, se daría lugar a un trato desigual de acreedores de la misma clase, rompiéndose así el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), y del principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa. Por ello, debe concluirse que con anterioridad a la declaración de concurso no concurrían los requisitos para la compensación, por lo que ésta no podía aplicarse de modo unilateral por el...promotor...., invocando así un derecho de retención por la existencia de defectos en la construcción que, como decíamos, no resultaron acreditados con el rigor necesario" (en similar sentido, Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de marzo de 2009)."
Que las retenciones de obra no pueden ser liquidadas y aplicadas unilateralmente por la promotora se deduce tanto del propio contrato suscrito entre las partes, como de la naturaleza jurídica de tales retenciones. Del contrato, porque no se establece en el mismo que las cantidades retenidas puedan ser apropiadas directamente por la promotora de la obra, sino que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la constructora. Y para la determinación de la procedencia de la resolución y del importe de la liquidación, a falta de acuerdo entre las partes, hubiera sido necesaria una previa decisión judicial anterior a la declaración del concurso (por los efectos temporales impuestos por el artículo 58 de la Ley Concursal), por lo que no puede ser compensable una liquidación no efectuada correctamente.
Además, consideramos que la promotora demandada debe ingresar en la masa las cantidades retenidas, por las razones que expondremos a continuación. Aun en el supuesto de que admitiéramos que el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación permite una especie de derecho de retención sobre un dinero que en realidad pertenece al contratista, es indiscutible que no existe...ningún privilegio crediticio, ni ningún derecho de ejecución separada al margen del concurso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo
89.2 de la Ley Concursal, que estipula que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la propia Ley; estando reservada la posibilidad de ejecución separada a los créditos con privilegio especial, conforme a los artículos 90 y 155 de la Ley Concursal (Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de octubre de 2006). De donde cabe concluir que el dueño de la obra carece de una posición reforzada en el concurso para cobrarse a cargo de la masa activa en detrimento del resto de acreedores. Y por ende que la liquidación y apropiación unilateral de las retenciones no reúnen los requisitos que para la compensación legal exigen los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil."
Y la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 5ª, en sentencia de 28-1-2014 :
"...La doctrina había discutido cuál era la solución de este problema ante el silencio legislativo que mantenía el texto de la LC sobre esa cuestión: (i) una postura muy extendida se inclinaba por sostener que el derecho de retención no era resistente al concurso, como antes no se consideraba que lo fuese a la situación de suspensión de pagos o quiebra; (ii) no obstante, no faltaban opiniones a favor de una idea distinta, de que debía considerarse resistente al concurso, aún en el caso de que el derecho no cuente con la facultad de ejecución separada.
La segunda de esas posturas podía argumentarse correctamente en un escenario en el que el concurso no acabara con la liquidación de toda la masa activa de la concursada, pero no así cuando el concurso acababa en liquidación. La solución concursal de liquidación presupone la necesidad de que todo el patrimonio del deudor se liquide para, con su producto, hacer pago a los acreedores. Admitir la resistencia del derecho de retención en un escenario de liquidación equivaldría a mantener cautivas bolsas de bienes de la concursada en una situación en la que esos bienes no pueden ser ejecutados dentro del concurso ni fuera del mismo. Esa idea resulta inadmisible".
La opción legal ha sido clara respecto a la suspensión del derecho con la sola declaración concursal."
Esta misma Audiencia, sec. 14ª, en sentencia de 23-12-2013 en proceso en el que también era parte Obrum:
"La segunda causa alegada...para negar la restitución de las retenciones practicadas se refiere a la existencia de defectos constructivos a cuya subsanación ha de aplicarse el importe de las retenciones. La respuesta a tal cuestión está condicionada a la naturaleza de las retenciones pactadas en el contrato litigioso, que como es usual en las relaciones de tal naturaleza no representan una sanción alzada que pueda retener la propiedad con causa en la existencia de defectos constructivos, sino que constituyen una garantía frente a la posible

subsistencia de esos defectos de modo que la propiedad está legitimada para aplicar su importe a los trabajos de subsanación de defectos no acometidos por la constructora. Así se desprende de la cláusula 12 del contrato, que tras referirse a los plazos de garantía contractuales y legales, y a los trabajos de subsanación a que viene obligada Obrum, previene que la Cooperativa podrá acometer por sí dichos trabajos repercutiendo el coste de los mismos al contratista, e igualmente que los importes de los trabajos se abonarán contra la retención que se pacta en la presente cláusula, y de no cubrir la retención el importe de los mismos el contratista deberá abonarlos en el plazo de diez días desde que así fuera requerido por la Cooperativa.
Lo anterior es acorde a la previsión del art. 19.1.a) L.O.E., que al establecer el régimen de garantías para las obras de edificación alude a la retención a aplicar por el promotor de un cinco por ciento del importe de la ejecución material de la obra, con extensión temporal de un año, con el fin de asegurar el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.
Consecuencia inmediata de lo anterior es que la propiedad,...solo se exonera de restituir en todo o en parte las retenciones, previa demostración de la existencia de los defectos constructivos no subsanados, y además previa justificación de su exacta cuantía líquida, como único medio de aplicar la compensación de créditos inherente a las operaciones de liquidación de las retenciones. En este aspecto no puede aceptarse el criterio reflejado en la sentencia apelada, que considera innecesaria la justificación de la cuantía líquida de los defectos constructivos.
Por el contrario, solo está legitimada....a hacer suya la retención en la medida en que pruebe el importe del crédito oponible equivalente al coste de subsanación de aquellas deficiencias que subsistan tras el vencimiento del plazo de garantía de un año, soportando la carga de demostrar la existencia y el valor de tales defectos, extremos que no han quedado probados.
El documento número dos aportado con el escrito de contestación no permite deducir ninguna cuantía líquida susceptible de compensar con las retenciones, en la forma prevista en la cláusula 12 del contrato. Además de ello, el documento carece de cualquier virtualidad, pues la propia Arcos del Sur, desde el momento de su aportación, reconoce que no todos los defectos descritos en el mismo subsisten, cuando alega que "gran cantidad de los defectos consignados en el mismo no han sido aún reparados por la sociedad actora contratista". En ese mismo sentido, se ha justificado documentalmente por Obrum haber atendido numerosos repasos e incidencias denunciados por los propietarios de las viviendas. Consecuencia de todo ello es que no se ha demostrado la subsistencia de defectos constructivos al vencimiento de los plazos de garantía, ni desde luego se ha justificado, ni siquiera por aproximación, el coste de reparación de supuestos o pretendidos defectos subsistentes a esa fecha, que legitime a Arcos del Sur a retener en todo o en parte el importe de las retenciones practicadas.
Por todo lo expuesto, procede estimar en este aspecto el recurso de apelación, y por consiguiente la demanda, condenando a la demandada Arcos del Sur a pagar a la actora el importe de las retenciones practicadas a lo largo de la ejecución de la obra, por importe de 583.898'39 Eur., aplicando el interés reclamado en la demanda, al que no se opone la parte demandada, previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre."
Y en sentencia de 10-5-2013, sección 19 ª:
"...Desestimada la alegada falta de motivación y de congruencia de la sentencia, procede que nos adentramos en el resto de los motivos y comenzamos por señalar la función de garantía de buena ejecución que se atribuye a las retenciones en el contrato de obra, añadiendo, con cita de la STS de 13-7-2011, que no cabe confundir liquidez con exigibilidad, pues la primera supone determinación de la cantidad y la segunda hace referencia a la ausencia de condición u objeción que impida temporalmente hacerla efectiva, siendo ya de señalar que la demandada ahora apelada, al contestar al recurso expresamente reconoce que sus posibilidades de defensa estaban limitadas por la situación concursal de la demandante, toda vez que la vis atractiva de la competencia del Juez del concurso le impedía ejercitar acciones en el presente procedimiento y expresamente señala entre paréntesis "vía reconvención y compensación" contra el patrimonio de la concursada, con ello viene a dar expreso reconocimiento al motivo del recurso que se fundamenta en la imposibilidad de reconocer en el concreto caso ningún crédito a favor de la demandada ni de aplicar la compensación de los arts. 1.195 y 1.196 del Código Civil, como así realiza el tribunal de instancia, aduciendo que la ahora apelante ha sido declarada en concurso necesario mediante auto de fecha 16 de marzo de 2009, Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, y no ha sido interpuesta demanda reconvencional, el único órgano competente para resolver cualquier cuestión relativa a compensación de créditos correspondería al referido Juzgado de lo mercantil, art.86 ter.1.1 LOPJ y 8, 49 y 50 de la Ley Concursal, reconocimiento que nos excusa de concretos comentarios, por resultar, además, evidente lo indicado a tenor de los preceptos recogido, remitiéndonos además al contenido de las diversas resoluciones de AAPP que se recogen con transcripción en el escrito de interposición del recurso, AP de Segovia, Secc.1ª S. de 29-3-2010, AP de Cantabria Secc. 2ª S. de 15-4-2010, Auto AP de Madrid, Secc. 13 A. de 3-12-2010".
En estas condiciones la mera constancia de la existencia de deficiencias en la edificación, fundamentalmente por humedades en distintos paramentos, valoradas en su reparación por el arquitecto técnico director de las obras en su informe de 5 de agosto de 2010 en la cantidad de 854.658 euros (incluidos los gastos generales y el beneficio industrial), y valoradas por el mismo técnico en informe de julio de 2011 (firmado en febrero de 2012) en la cantidad de 354.987,01 euros (página 36 del informe de incidencias, tomo III), no permite la compensación de esta cantidad ni de ninguna otra a falta de concreción y declaración judicial de la misma, lo que no ha podido hacerse al rechazarse la posibilidad de la reconvención por falta de competencia objetiva y a fin de remitir esta cuestión al juez que conoce del concurso por la indudable incidencia que ello tiene en el activo y el pasivo del concurso, constando por informe de la administración concursal que la demandada no figura personada ni ha insinuado crédito alguno en el concurso, folio 876.
La solución alcanzada en la instancia supone en definitiva vincular sine die el importe de las retenciones, cuyo límite temporal es de un año y para las reparaciones o deficiencias a que están destinadas, a los avatares de

las patologías del proceso constructivo, lo que no puede aceptarse por no ser esa la finalidad de la retención que nos ocupa, sin perjuicio de la responsabilidad de los intervinientes en la edificación en función de las deficiencias que se acrediten, y siendo cuestión distinta la referida a aquellas reparaciones que hubiera debido asumir la promotora en el plazo legal, cuestión que sí puede dar lugar a la compensación que resulte de aplicar una cantidad acreditada y líquida por tanto al monto total de lo retenido."
Asimismo, la SAP Madrid, Sección 9ª, de 9 de septiembre de 2014, en proceso en el que OBRUM también es parte, expresa:
"....debe tenerse en cuenta la doctrina legal recogida en el fundamento de derecho anterior, en el sentido que no cabe, como regla general alegar la compensación, que es lo que en definitiva se está alegando en la contestación a la demanda, una vez que una de las partes ha sido declarada en concurso, debiendo presentar la reclamación de su crédito, dentro de la masa pasiva del concurso el otro contratante, salvo la excepción que establece el artículo 58 de la Ley Concursal, salvo que se trate de la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. Lo que debe llevar a examinar, como se alega por la parte demandada y apelante, si existió ese incumplimiento previo por la constructora y si por lo tanto puede alegarse
o tenerse en cuenta a los efectos de impedir la eficacia de la acción de la parte actora.
(...) Sobre esta cuestión, y si perjuicio de lo que pueda resolverse en el incidente concursal derivado de la demanda reconvencional, no se puede desconocer que la recepción de la obra tuvo lugar el día 26 de octubre de 2004, folio 78, en la que se alude a la distinta tonalidad de los ladrillos de la facha y a pequeñas deficiencias o defectos en los sótanos, pero ninguna referencia se hace de humedades o inundaciones en los sótanos del edificio, deficiencias que han aparecido, según los informes aportados con la contestación a la demanda, en fecha posterior a la recepción de la obra; ahora bien, si tales defectos se produjeron después de la entrega de la obra, existiendo una reclamación sobre ellos al menos en el mes de septiembre de 2006, no cabe entender que dichos defectos o deficiencias puedan calificarse como incumplimientos esenciales, a fin de exonerar a la promotora de la devolución de las retenciones que aún obran en su poder; pues dichas retenciones dada su naturaleza de garantía de la correcta ejecución de la obra, no puede llevar a que las haga suyas sin más la promotora, siendo necesario que se acredite por ella que se han llevado a cabo y a su cargo obras para reparar dichas deficiencias, puesto que no es admisible que la promotora alegando previo incumplimiento del constructor haga suyas dichas retenciones, en base a la presunta existencia de esas deficiencias, por más que se aporte informes periciales para acreditar su existencia, pero sin que conste ni que haya procedido a su reparación, ni haya encargado a un tercero dicha reparación, puesto que en tal caso no cumple la función de garantía en virtud de la cual se retuvieron por la promotora.
(...) De lo expuesto a lo largo de esta resolución judicial, partiendo que no cabe la compensación de dichas cantidades, con el importe de las retenciones que obran en poder del promotor, el cual debe hacer valer su derecho de crédito a través del correspondiente incidente concursal, en el seno del concurso pero no por vía de excepción, de admitirse la compensación o la excepción de incumplimiento parcial del contrato, se estaría afectando al principio de par conditio creditorum que debe regir entre los acreedores del concursado, las retenciones que pueda haber realizado el promotor, no le otorgan ninguna preferencia para el cobro de sus hipotéticos créditos frente al resto de los acreedores del concursado, por lo que al no haberse destinado a la reparación de las deficiencias que pudiera tener la obra, deben incorporarse a la masa activa de la quiebra, son saldos o créditos propiedad del deudor concursado, que no puede hacer suyo el promotor, y más en el presente caso cuando los presuntos defectos o deficiencias, cuya existencia y cuantía ha de determinarse en el proceso concursal, son distintos de los que se recogen en el acta de recepción de la obra."
Señala, además, que esta Audiencia Provincial se ha pronunciado sobre esta cuestión, entre otras, en Sentencias de 30 de junio de 2014 y de 14 de mayo de 2014 de la Sección 12, y en las sentencias de la Sección 21, de 4 de marzo de 2014, de la Sección 10, de 25 de julio de 2013, o la de Secc. 14 de fecha 23 de diciembre de 2013, que llegan a la conclusión, con carácter general, de que la existencia de defectos o deficiencias en las obras, y para cuya garantía se procedió a las correspondientes retenciones por la promotora, no pueden quedar de forma indefinida en su poder, ni cabe su compensación judicial si previamente no se ha declarado el incumplimiento de la constructora, que debe hacerse en el seno del concurso de acreedores, a través del correspondiente incidente concursal, toda vez que el derecho de crédito de la entidad promotora existe hasta el momento en que existe una resolución judicial en la que se reconoce su crédito, al no reunir el crédito por ella alegada los requisitos del artículo 1195 del C. Civil para que proceda la compensación. Aunque puntualiza que tal criterio no es unánime, citando en sentido contrario, y de forma minoritaria, la SAP de Madrid Sección 10, de 25 de julio de 2013, a la que cabe añadir la sentencia de la Sección 21, de 30 de octubre de 2012, también invocada por la apelada en su escrito de oposición al recurso.
QUINTO.-Es desde la precedente doctrina legal que la Sala estima que no le cabe a la demandada oponer la compensación, que es lo que en definitiva se está alegando en la contestación a la demanda, cuando la actora ha sido declarada en Concurso, debiendo presentar la reclamación de su crédito, dentro de la masa pasiva del concurso, pues no concurre la excepción que establece el artículo 58 de la Ley Concursal, conforme expresa la STS de 18 de febrero de 2013 : "En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par conditio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".

De lo actuado se desprende que la actora acometió numerosos trabajos de reparación de las deficiencias que le fueron puestos de manifiesto por la Dirección Facultativa en la Hoja de Repasos, y otros que le fueron comunicando. No obstante, consta la existencia de deficiencias en la edificación, que según el informe pericial emitido por Dña. Elsa, aportado por la actora, se referirían fundamentalmente a humedades, goteras y filtraciones en distintas zonas del edificio, así como daños en patio exterior: muros de rampa, monocapa y solado, desprendimientos puntuales de fachada y zócalo, y puertas correderas dañadas, cuya reparación valora en la cantidad de 119.341,08 euros, pero que según el informe pericial de la demandada afectarían a reingeniería del sistema de gestión de las instalaciones, filtraciones y goteras en diferentes zonas y dependencias, daños en puertas correderas, atrancos en desagües por material de obra, daños en muro de rampa de garaje, desprendimientos de fachada de pieza y zócalos de mármol en zonas de escalera, defectos en el alumbrado de determinados pasillos y falta de tarima en determinadas zonas, olores y ruido continuo en algunas habitaciones, defectos en la temperatura del agua caliente y retorno de aire acondicionado, así como espejos defectuosos, y que se valoran en 605.680,67 euros.
En estas condiciones, la mera constancia de la existencia de desperfectos en la edificación no permite reconocer un crédito compensable con el importe de las retenciones que obran en poder del promotor, a falta de su concreción, justificación y reconocimiento mediante declaración judicial de la subsistencia de defectos constructivos al vencimiento del plazo de garantía, y del coste de la reparación de supuestos o pretendidos defectos subsistentes a esa fecha, que legitime a la demandada a retener en todo o en parte el importe de las retenciones practicadas, mediante la correspondiente declaración judicial en el seno del Concurso, pues de admitirse la compensación o la excepción de incumplimiento parcial del contrato, se estaría afectando al principio de par conditio creditorum que debe regir entre los acreedores del concursado. Las retenciones que pueda haber realizado el promotor, no le otorgan ninguna preferencia para el cobro de sus hipotéticos créditos frente al resto de los acreedores del concursado, por lo que al no haberse destinado a la reparación de las deficiencias que pudiera tener la obra, deben incorporarse a la masa activa del Concurso.
Como ya se manifestó por este Tribunal en la ya citada sentencia de 30 de junio de 2014, la solución alcanzada en la instancia supone vincular sine die el importe de las retenciones, cuyo límite temporal es de un año y para las reparaciones o deficiencias a que están destinadas, a los avatares de las patologías del proceso constructivo, lo que no puede aceptarse por no ser esa la finalidad de la retención que nos ocupa, sin perjuicio de la responsabilidad de los intervinientes en la edificación en función de las deficiencias que se acrediten. Siendo cuestión distinta la referida a aquellas reparaciones que hubiera debido asumir la promotora en el plazo legal, cuestión que sí podría dar lugar a la compensación que resulte de aplicar una cantidad acreditada y líquida por tanto a la cantidad total retenida, pero que no es el caso.
De igual modo, la alegación relativa a los retrasos en la ejecución constituye un supuesto que, de prosperar, supondría una compensación de créditos, ya que de entenderse que existe dicho retraso en la ejecución de las obras y que ello conlleva la aplicación de la correspondiente penalización, supondría la existencia de una deuda a cargo de la demandante, siendo la compensación de ésta con la deuda que se reclama por las facturas emitidas por precios contradictorios y por liquidación de la obra, tal como expresa la demandada, la que impediría que tal pretensión de la demandante prosperase. Compensación que, conforme a lo ya expuesto, no cabe apreciar en este proceso dada la situación concursal de la actora.”: SAP Madrid (Sección 11) 31.03.2015 (Sentencia 83/2015; Rollo 496/2013)

“SEGUNDO.-En la demanda, la actora reclama a Sacyr 170.405,45 #, así como los intereses devengados según la Ley 3/2004 de 29 de diciembre (de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales entre empresas), en concepto de facturas emitidas por trabajos realizados para la actora, según los tres contratos suscritos entre ambas, y que se aportan con la demanda. En la cláusula séptima de todos ellos se establece que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 43.1 f) de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que establece la responsabilidad tributaria del contratista principal por las deudas tributarias del subcontratista, éste queda obligado a aportar a aquel un certificado específico de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias... De no presentar este certificado y los siguientes referidos a vencimientos posteriores queda en suspenso la validez y efectos del presente contrato...y la obligación del contratista de pagar (...). Según la cláusula octava apartado f) el industrial (Copueyo) se obliga a satisfacer a sus obreros la retribución reglamentaria, cotizar puntualmente los seguros sociales, cuotas de previsión etc. El apartado g) hace referencia a las obligaciones de Copueyo respecto de la situación laboral del personal en obra dependiente de ella, y en el apartado g 6) se dice que el no cumplimiento de esta norma puede dar lugar a paralizar toda la facturación pendiente de abono. Según el apartado h) el contratista, Sacyr, queda autorizado a retener de las certificaciones de obra del industrial (Copueyo) las cantidades suficientes para cumplir las responsabilidades de toda índole, que provengan de incumplimientos laborales del industrial y de modo especial aquellas que deriven del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.
Las partes no discuten la realización de los trabajos ni el devengo y procedencia de las facturas reclamadas en la demanda. Tampoco se cuestiona que la actora no pagó las cuotas de la Seguridad Social de sus trabajadores correspondientes a abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2009, por importe de 72.456,33 #, no presentando la documentación relativa al personal en obra ni el certificado de estar al corriente de sus obligaciones tributarias, tal y como se establece en los contratos. Según certificado de la TGSS (obrante al folio 299) Sacyr liquidó la totalidad de la deuda (por importe de 79.769,05 #) mediante ingreso en cuenta el 12 de marzo de 2012.
Se acredita también que la actora y la demandada fueron condenadas de forma solidaria por sentencia del Juzgado de lo Social de Huesca, de fecha 31 de marzo de 2010, al pago de 6.158,97 # por los salarios del trabajador de Copueyo don Luis Carlos (que intervino en las obras subcontratadas con Sacyr), correspondientes a los meses de junio a septiembre de 2009 y vacaciones no disfrutadas, cantidad pagada por Sacyr el 10 de mayo de 2010. Por tanto Sacyr abonó las anteriores cantidades por un total de 78.614,90 #. Por

todo ello en el escrito de contestación a la demanda se formula como motivo de oposición al amparo del artículo 408 de la LEC la compensación. Dado traslado como establece dicha norma a la parte actora, por Copueyo se alega falta de competencia del Juzgado para conocer sobre la compensación pretendida, por cuanto el conocimiento de tal cuestión corresponde al Juzgado de lo Mercantil de Huesca, que está conociendo del concurso de acreedores de dicha actora. Alegación que se basa en los artículos 8 y 58 de la LC que prohíbe la compensación.
El Juzgado *dicta auto de 30 de marzo de 2012* declarando su competencia para conocer de la minoración del crédito opuesta por Sacyr en su escrito de contestación. Resolución que fue recurrida en reposición por la demandante, siendo desestimado en *auto de 18 de mayo de 2012.* Se fundamentan dichos autos en que no estamos ante un supuesto de compensación al que se refiere el artículo 1156 del CC, que exige la existencia de créditos distintos y recíprocos entre las partes, puesto que el crédito objeto de reclamación de la demanda dimana de tres contratos de ejecución de obra suscritos con la demandada, documentos 15,16 y 17 de la demanda, en los que se establece una obligación para Copueyo de satisfacer los salarios a sus trabajadores y de abonar las cotizaciones correspondientes, obligación incumplida que ha generado daños al contratista Sacyr por la responsabilidad solidaria que la Ley prevé para el contratista frente a la Administración, por lo que *"nos encontramos ante un supuesto de defectuoso cumplimiento del contrato por parte de la mercantil actora, que fruto del carácter sinalagmático de la obligación faculta a la contratista la pertinente reducción de su contraprestación contractual, viniendo por ello legitimada a minorar el importe del precio a pagar por su parte en la cuantía correspondiente a tal daño sufrido...".*
La tramitación seguida por el Juzgado de 1ª Instancia se ajusta a lo previsto en el artículo 408 de la LEC, pues sin duda lo que plantea Sacyr en su contestación a la demanda es claramente una compensación, con todos sus efectos jurídicos, esto es extinguir ambas deudas en la cantidad concurrente (art. 1.202 del CC). Y sin embargo los autos referidos en el recurso de apelación (de fechas 30 de marzo y 18 de mayo de 2012) se fundamentan en que no estamos ante una "compensación" sino ante una mera aminoración del crédito reclamado en la demanda, de modo que puede apreciarse, si no incongruencia (en los términos de la STS Sala 1ª de 16 octubre 2013, EDJ 2013/219045), sí cierta discordancia entre el trámite seguido y el contenido de dichas resoluciones. En cualquier caso resulta evidente que, de compensarse ambas cantidades, se produciría una disminución del crédito reclamado en la demanda, que es la solución por la que se opta en la sentencia, también recurrida.
TERCERO.-Según establece *el artículo 58 LC* (Prohibición de compensación): "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal."
Recoge la *STS, Civil sección 1 del 24 de julio de 2014* (ROJ: STS 3566/2014), en un supuesto también de contrato de obra lo siguiente: *"Por otra parte, conviene tener presente el sentido de la prohibición de compensación prevista en el art. 58 LC, como fue expuesta en la Sentencia 46/2013, de 18 de febrero : «(e)n principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.".*
»Aunque, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o " ipso iure ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia " ex tunc ", este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después».
Si bien en la resolución del alto tribunal mencionada se considera que el régimen referido " *no se aplica a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes* ", lo cierto es que en el presente caso Sacyr realiza los pagos que ahora reclama, en fechas muy posteriores a la declaración del concurso.
La Audiencia Provincial de Cádiz, Sec. 8ª, en sentencia de 12-2-2014 señala:
"..La parte apelante...se alza contra el pronunciamiento desestimatorio de la demanda, invocando como motivo de recurso el error en la valoración de la prueba. Sostiene que ha fundado su oposición a los pedimentos de la demanda en la excepción de contrato no cumplido, exceptio non adimpleti contractus dado que el demandante

no cumplió, pues la obra ejecutada presenta deficiencias que han tenido que ser reparadas. Por esta razón no está obligada a devolver las cantidades retenidas que han sido empleadas en su totalidad para las reparaciones necesarias e insiste en el carácter compensable de los créditos.
En primer lugar, conviene realizar una serie de precisiones en relación a la compensación.
Por medio de la compensación procesalmente regulada en el artículo 408.1 LEC no se ejercita una concreta acción, sino que se plantea una excepción extintiva de la obligación, en todo o en parte, pues, recordemos, los artículos 1.195 y 1.196 CC se inscriben en el capítulo donde se regulan las distintas formas de extinción de las obligaciones, y al lado del pago se halla la compensación de créditos. Por eso, al igual que ocurre con el pago y otras formas de extinción de las obligaciones, puede plantearse como excepción en la contestación a la demanda.
No debe confundirse la compensación como modo de extinción de las obligaciones, con el mecanismo articulado por el Legislador para hacerla valer en juicio, de modo que el trámite contenido en elartículo 408 LEC no se destina a todo caso de compensación, sino a aquéllos en los que pueda ser opuesta como excepción, pero no si para lograr el efecto extintivo se precisa promover con el ejercicio de la acción una declaración del derecho de crédito, previa determinación de su importe, y un pronunciamiento de condena que compense el pedido por la demandante, supuesto donde se precisará utilizar la reconvención.
Lo anteriormente razonado nos lleva a explicar los casos en los que la compensación puede ser opuesta como excepción para lograr la extinción de la deuda, o, por el contrario, ese efecto sólo puede lograrse si antes hay una declaración judicial de condena tras dar respuesta a una acción ejercitada en reconvención. Sobre la cuestión, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 7-12-2007 y 30-4-2008, así como las en ellas citadas) diferencia tres tipos de compensación:
-la legal, cuando se cumplen los requisitos del artículo 1.196 CC, opera ipso iure y, en consecuencia, puede plantearse como excepción haciéndola valer por el mecanismo procesal contenido en el artículo 408 LEC;
-la judicial, cuando falta el cumplimiento de alguno de los requisitos del artículo 1.196 CC que pueden ser completados durante el procedimiento por decisión del Juez, supuesto en el que es preciso ejercitar la acción que permita obtener el reconocimiento del crédito, su valor y exigibilidad, lo cual obliga a plantear la reconvención para producir los efectos extintivos de la obligación pretendida de contrario;
-la voluntaria, derivada de un acuerdo entre las partes que de modo convencional decidieron compensarse entre ellas los créditos existentes, caso donde también puede ser planteada como excepción siguiendo el trámite previsto en el artículo 408 LEC.
Corresponde pues analizar si en el presente caso concurren los requisitos generales de la compensación, es decir, los previstos en los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil : reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas (...)".
Pues bien en caso que nos afecta, entendemos que no concurren tales requisitos por cuanto el posible derecho de Sacyr nacería cuando esta paga a la Seguridad Social y la indemnización fijada al trabajador señor Luis Carlos. Y según se ha recogido antes, a la vista del certificado de la TGSS (obrante al folio 299) Sacyr liquidó la deuda *el 12 de marzo de 2012.* Y en cuanto al trabajador indicado: la condena solidaria a Copueyo y Sacyr se contiene en sentencia del Juzgado de lo Social de Huesca, de fecha 31 de marzo de 2010, y el pago se hace por Sacyr el *10 de mayo de 2010.* Puesto que el concurso de Copueyo fue declarado en Auto de 31-7-2009, podemos concluir que a esta fecha tales créditos no reunían los requisitos legales para poder compensarse, y por lo tanto deberá Sacyr devolver a la constructora concursada la totalidad de las retenciones practicadas, esto es todo lo reclamado en la demanda por principal: los 91.790,55 # a los que se allana Sacyr y los 78.614,90 #, a los que se opuso, y sin perjuicio de los derechos que correspondan a esta última en el concurso de Copueyo.
Procede por todo ello estimar el recurso de apelación promovido por la demandada contra el auto de 18 de mayo de 2012, que confirma a su vez el auto dictado con fecha 30 de marzo de dicho año, para acordar la falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la compensación alegada por la demandada en su escrito de contestación a la demanda, cuestión que deberá ser dilucidada por el Juzgado de lo Mercantil correspondiente.": SAP Madrid (Sección 11) 01.04.2015 (Sentencia 107/2015; Rollo 700/2013)

AP Madrid (Sección 19, 2013)

"PRIMERO: Es de comenzar señalando como la sentencia objeto de recurso, después de reflejar el contenido de la demanda y de la contestación, toma como ratio decidendi, que de la prueba documental resulta acreditada la relación contractual entre las partes, y que la demandada tenía el derecho a retener un 4% del precio en garantía de la buena ejecución por un período de un año, pasando a hacer referencia a los plazos de entrega pactados, así como las penalizaciones establecidas para el caso de incumplimiento de dichos plazos y la posibilidad de compensar tales sanciones con las retenciones practicadas, señalando que la demandante alegó que concluida la obra y transcurrido el período de garantía fijado en el contrato, la demandada se negó a devolver las citadas retenciones por la existencia de múltiples defectos de ejecución, pese a que fueron subsanados, aduciendo la demandante que esa negativa fue debida a la carencia de fondos de la demandada, y sigue señalando la sentencia que con independencia de la existencia de tales defectos y su subsanación posterior, de la testifical que indica, jefe de obra y director de construcción de la demandada, se permite concluir que en las negociaciones existentes para el pago de las retenciones, no sólo se adujo como causa justificativa del impago, la existencia de defectos constructivos, sino también los retrasos existentes en la ejecución de la obra y la aplicación de las penas convencionalmente establecidas para el caso de retraso, que resultaban en cantidad superior a las retenciones, estimando la sentencia probado este último extremo, lo que justifica que la demandada retuviera esas retenciones como compensación; (...)
SEGUNDO: Desestimada la alegada falta de motivación y de congruencia de la sentencia, procede que nos adentramos en el resto de los motivos y comenzamos por señalar la función de garantía de buena ejecución

que se atribuye a las retenciones en el contrato de obra, añadiendo, con cita de la STS de 13-7-2011, que no cabe confundir liquidez con exigibilidad, pues la primera supone determinación de la cantidad y la segunda hace referencia a la ausencia de condición u objeción que impida temporalmente hacerla efectiva, siendo ya de señalar que la demandada ahora apelada, al contestar al recurso expresamente reconoce que sus posibilidades de defensa estaban limitadas por la situación concursal de la demandante, toda vez que la vis atractiva de la competencia del Juez del concurso le impedía ejercitar acciones en el presente procedimiento y expresamente señala entre paréntesis "vía reconvención y compensación" contra el patrimonio de la concursada, con ello viene a dar expreso reconocimiento al motivo del recurso que se fundamenta en la imposibilidad de reconocer en el concreto caso ningún crédito a favor de la demandada ni de aplicar la compensación de los arts. 1.195 y 1.196 del Código Civil, como así realiza el tribunal de instancia, aduciendo que la ahora apelante ha sido declarada en concurso necesario mediante auto de fecha 16 de Marzo de 2009, Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, y no ha sido interpuesta demanda reconvencional, el único órgano competente para resolver cualquier cuestión relativa a compensación de créditos correspondería al referido Juzgado de lo mercantil, art.86 ter.1.1 LOPJ y 8, 49 y 50 de la Ley Concursal, reconocimiento que nos excusa de concretos comentarios, por resultar, además, evidente lo indicado a tenor de los preceptos recogido, remitiéndonos además al contenido de las diversas resoluciones de AAPP que se recogen con transcripción en el escrito de interposición del recurso, AP de Segovia, Secc.1ª S. de 29-3-2010, AP de Cantabria Secc. 2ª S. de 15-4-201, Auto AP de Madrid, Secc. 13 A. de 3-12-2010; desde lo precedente es ahora de señalar que conforme a lo que prevé el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento la carga de probar los hechos impeditivos de la devolución de las retenciones pesa sobre la parte que los alega, como extintivos o impeditivos de la obligación ínsita de devolución, precisamente salvo que existan causas o motivos que justifiquen la no devolución, siendo, pues, que la carga de probar la existencia de esas casos o motivos, pesa sobre la demandada que niega la instada devolución, de señalar es que en el contrato suscrito entre las partes expresamente se recoge que de todas y cada una de las certificaciones y por tanto de las facturas que se produzcan, se retendrá un 4% en concepto de garantía de todas las obligaciones recogidas en el propio contrato, así como de la buena ejecución de las obras, acumulándose el importe de todas hasta la finalización de la obra, estableciéndose también momento para la devolución, así el 50% al momento de la recepción de las obras, salvo si ésta se produjera con reservas, en cuya caso la devolución se producirá una vez subsanadas, el 25% a ese mismo momento mediante canje por aval del mismo importe y el 25% restante a devolver transcurrido un año desde la recepción sin reservas, según de la documental aportada con la demanda documentos 8 a 12 no impugnados en su autenticidad, antes al contrario expresamente reconocidos en la contestación a la demanda, la demandante finalizo las obras, que se correspondían a diferentes bloques, los días 26 de Julio, 15 de Septiembre, 19 de Octubre, 16 de Noviembre de 2005 y 25 de Enero de 2006, según certificados de la dirección facultativa; se alega por la demandada que esa finalización se produjo con innumerable defectos constructivos y ciertamente en tres de aquellas certificaciones se recoge que a las mismas se adjunta anejos repasos en una, en otra, se adjunta relación de repasos pendientes y en otras esto mismo, los que se acompañan como documentos 4, 5 y 6 de los de la contestación a la demanda, como documento aportada por la demandada consta fecha de entrega de las viviendas objeto de la referida construcción, estando en su mayoría entregadas a sus compradores en los año 2005 y 2006, siendo que la demandada no aduce otras deficiencias, cuando de aquellos certificados lo que se extrae es la existencia o falta de repasos y al tiempo de presentación de la contestación a la demanda nada se indica en relación con los mismos, ni su existencia a dicho momento, ni que hubieran sido asumidos por la demandada, que viene a aducir la no recepción, lo que se contradice con la venta a terceros antes indicadas, siendo de señalar con la STS de 5-12-2012 que no es de recibo que la pasividad en la demandada en el caso que examina de la homologación de las certificaciones, en el concreto que nos ocupa de la recepción, se traduzca en una posposición de la exigibilidad de la deuda hasta que la demandada, la Propiedad, tenga a bien proceder a esa recepción, existiendo actos posteriores que revelan de forma inequívoca la no voluntad de proceder a la no recepción, a lo precedente es de añadir que el cumplimiento de los contratos, ex art.1256 del Código Civil, no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, como cabe desprender de la actitud o comportamiento de la demandada que nada aduce hasta la contestación a la demanda, ni prueba haber realizado requerimiento alguno a la demandante para subsanación, ni siquiera prueba la existencia al tiempo de la contestación ni que hubiere realizado por sí o por tercero actividad alguna para conseguir reparación; de todo lo precedente que estemos en el caso de desestima la alegación de la demandad de la procedencia no entrega o devolución de las retenciones por la existencia de vicios o defectos en la construcción.

TERCERO: En cuanto al motivo aducido de no devolución de las retenciones por la existencia de retraso en la penalización derivada, para proceder a la compensación que la sentencia acoge, compensación que ciertamente constituye una de las causas por las que el crédito puede extinguirse es la compensación conforme a los arts. 1156, 1195 y 1196 CC; incumbiendo al deudor la carga de probar la existencia y realidad de los hechos y fundamentos jurídicos determinantes del crédito que tiene a su favor frente al actor, con todos los requisitos legalmente exigibles (líquido, vencido y exigible) y que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro, lo que así resulta desde el concepto que de la misma da el art. 1.195 del Código Civil y ya veíamos como se presenta como cuestión pacífica que la demandada en el procedimiento en que nos encontramos no podía esgrimirla frente a la demandante, en situación de concurso al tiempo de interponer la demanda, y si bien es cierto que conforme a lo que señala el art. 408 del Código Civil no es necesario que la compensación se esgrima vía, pudiendo esgrimirse como mera alegación de oposición a las pretensiones de la demanda, es lo cierto que se la un tratamiento similar a la reconvención en cuanto permite al demandante controvertirla en la forma prevenida para la reconvención, de modo que hayamos de entender que en función de la situación en concurso en que se encuentra la demandante, no es posible frente a ella esgrimir la compensación si no ante el tribunal del concurso, por cuanto la misma lleva ínsito declarar la existencia de un crédito frente a la concursada, no obstante si cabría oponer el incumplimiento

de la demandante, pero no esgrimir la extinción del crédito por compensación de penalización por incumplimiento, por lo precedente que hayamos entrado a conocer anteriormente de los alegados incumplimiento como causa exoneradora del pago, y ahora lo hagamos del incumplimiento por retraso en la entrega de la obra, que la sentencia de instancia acoge en base del dato objetivo del plazo previsto de entrega y la fecha de certificado final, sin tener en cuenta otras consideraciones, cuales las incidencias habidas del contrato inicial, con resolución parcial posterior pactada y lo que es más relevante que también la demandada participaba en la ejecución de la obra y que no haya mediado reclamación alaguna en relación a tal extremo hasta a la contestación a la demanda, y desde ello es de considerar que el plazo pactado de finalización se debe entender alterado cuando por voluntad conjunta de las partes se produce alteración en el inicial contrato y cuando toda la actividad constructiva no depende de una parte sino que pesa también sobre la contraria, si ésta alega defecto en la entrega pesa sobre ella la carga de probar la imputabilidad de esa retraso a la parte con ella participa en la construcción o la falta de interconexión de una y otra trabajo en la misma obra, prueba que en el caso de autos no se realza más allá de la parcial testifical más arriba referida; desde todo lo precedente que estemos en el caso de estimar el recurso y de revocarla sentencia a la sentencia a la que se contrae, dando lugar a la estimación de la demanda, atendiendo al suplico de la misma, sin que sea de acoger lo que en el suplico del recurso se postula en cuanto al pago del IVA, en demanda no postulado, sin perjuicio de las obligaciones legales y tributarias en relación que no han de ser objeto de esta resolución.": SAP Madrid (Sección 19) 10.05.2013 (Sentencia 187/2013; Rollo 62/2013)

AP Sevilla (Sección 6, 2013)

"Las excepciones propuestas, que se articulan como motivos de recurso fueron conceptuadas por la recurrente como excepción de incumplimiento contractual, sin bien, atendido el hecho de que la obra estaba ejecutada en más de un 80 % se trataría de un cumplimiento defectuoso. Por la doctrina jurisprudencial inicialmente citada es posible el examen de la exceptio non rite en el juicio cambiario si bien, dicha excepción tiene una consecuencia que se está pretendiendo de forma implícita en la demanda de oposición y que es la compensación de deudas. Además de no haberse apreciado en este litigio, por el carácter especial del mismo la concurrencia de la non rite como medio de enervar la obligación de pago representada en los pagarés que fundamentan la demanda ejecutiva, la compensación judicial no sería posible por la situación de concurso de la entidad actora.
Sobre esta cuestión el art 58 de la Ley Concursal establece que, sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. Sigue diciendo el precepto que en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
Es decir que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al Juez del concurso, de lo que resulta que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del Juez de lo Mercantil.": SAP Sevilla (Sección 6) 08.03.2013 (Sentencia 69/2013; Rollo 1958/2012)

AP Tenerife

"PRIMERO.- La sentencia apelada desestimó la demanda interpuesta por la entidad Construcciones Callejón S.A., con la preceptiva autorización de la administración concursal, mediante la cual se solicitaba que se condenara a la demandada a devolverle los 60.477,39 euros correspondientes al 5% de las retenciones efectuadas por esta sobre las facturas emitidas por la actora.
Dicha desestimación la basa el juzgador, compartiendo la tesis de la parte demandada, en el hecho de que las retenciones en cuestión operaban como garantía del correcto cumplimiento de las obligaciones que incumbían a la parte demandante, concretándolas en la reparación de los desperfectos apreciados en el momento de la recepción provisional de la obra, siendo así que la falta de reparación habría motivado que la misma no fuera recepcionada definitivamente, hecho este, la recepción definitiva, al que el contrato, en el estipulación quinta, anudaba la devolución de las repetidas retenciones.
SEGUNDO.- Frente a esa resolución se alza la parte demandante con razones que esta Sala comparte.
La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la contraria alegando la excepción conocida como non rite adimpleti contractus, que, como se dice en la sentencia recurrida, supone oponer a quien insta a la otra parte de un contrato el cumplimiento de sus obligaciones, el cumplimiento defectuoso de las que a ella le correspondían, al ser requisito para esa exigencia, de acuerdo con lo previsto en el art. 1.124 C.C., el correcto cumplimiento.
Como también se recoge en la sentencia apelada, no todo incumplimiento parcial o defectuoso puede fundar el éxito de la citada excepción, pues ello sería contrario a la buena fe y al equilibrio que deben regir en las relaciones contractuales.
Efectivamente el Tribunal Supremo, ya desde sentencias de 17 de marzo de 1.976 o 24 de octubre de 1.986 (así como en las citadas por la resolución de instancia, de 13-5-89, 27-3-91 o 12-7-91), ha venido a establecer el alcance de la excepción "non rite adimpleti contractu" que, como se ha dicho, es la que opone la demandada como justificación (en parte) de su falta de cumplimiento del pago que se le exige.
Hay que distinguir, dice el alto Tribunal, según cual sea el montante cuantitativo que, en su caso, signifique el dano originado por el incumplimiento defectuoso, en el sentido de que, para otorgarle suficiente entidad para la exoneración de la otra parte contratante en cuanto al cumplimiento de sus propias obligaciones, debe ser asimilable a un incumplimiento total. Y ello por que es obvio que no todo incumplimiento puede sustentar tal

exoneración, pues esta conclusión llevaría a la consecuencia inadmisible de introducir en la sistemática del mutuo equilibrio en la obligaciones de carácter recíproco que preside nuestro ordenamiento jurídico, un portillo que permitiría a uno de los contratantes liberase completamente de las obligaciones que le corresponden cualquiera que fuera el alcance o la entidad pecuniaria de las que el otro haya dejado de satisfacerle.
TERCERO.- En el presente caso no se ha acreditado la entidad de los danos o desperfectos cuya falta de reparación imputa la demandada a la demandante como excusa para no cumplir sus propias obligaciones.
Aunque en el contrato (y en ello se basa el juzgador, como se dijo) se estableciera que las retenciones no se devolverían hasta que la constructora subsanara en su caso los defectos que impidieran la recepción definitiva de la obra, lo cierto es que, habiéndose producido la provisional el 27 de mayo de 2.004, resulta extrano que a la fecha de la contestación a la demanda, en noviembre de 2.007 (momento en que podría haberse alegado) no resulte que la obra se haya terminado y haya tenido lugar la recepción definitiva de la misma. Si la constructora incumplió sus obligaciones, es de suponer que la promotora demandada, dando a las retenciones precisamente el destino o finalidad de garantía que les era propia, habría llevado a cabo por sí las reparaciones necesarias. Y en tal caso habría podido acreditar el importe y entidad de los desperfectos y, en consecuencia, si los mismos suponían el incumplimiento por parte de la actora en que se ampara para no devolver las retenciones.
Dicho de otro modo: no se ha procedido a la liquidación del contrato, que es precisamente lo que la demandada instaba por vía de reconvención, reconvención que finalmente no ha sido objeto de este pleito por las razones expuestas en el Auto de 18 de enero de 2.008.
En esa demanda reconvencional se pedía la condena a Construcciones Callejón al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, mediante la entrega y recepción definitiva de la obra, con la subsanación de los desperfectos o compensación económica, que no se cuantifica.
CUARTO.- El auto citado declaró la falta de competencia objetiva del juzgado para conocer de la demanda reconvencional, estimando competente al juzgado de lo Mercantil; y ello porque la mercantil aquí demandante principal está declarada en concurso de acreedores, y la acción ejercitada mediante reconvención por la Sociedad de Desarrollo de Adeje S.L. es una acción con trascendencia patrimonial contra el patrimonio del concursado de la que debe conocer el juez del concurso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 50 de la Ley Concursal (en adelante L.C.), en relación con el 8.1o de la misma norma.
Al hilo de lo que acaba de decirse y de lo expuesto más arriba, teniendo presente la situación de empresa concursada de la demandante, hay que tener en cuenta que nos hallamos en un supuesto de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (de liquidación) indicando el art. 61.2o de la L.C. que "la declaración de concurso, por sí sola, no afectará la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa", lo que les atribuye una de deuda naturaleza "pre- deducible", que será el tratamiento que recibirá, en su caso, la deuda que se declare a cargo de la concursada, como consecuencia de la reclamación de la promotora a que se ha hecho referencia.
La resolución de dicha reclamación determinará la liquidación del contrato que ahora se echa en falta y permitirá concluir quien debe a quien y en que cantidad.
QUINTO.- Como última consideración, cabe recodar que el art. 58 L.C. prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que sus efectos se hubieran producido con anterioridad a la declaración del concurso, lo que en este caso, como se viene diciendo, no ha ocurrido, a falta de liquidación.
SEXTO.- En atención a todo lo dicho el recurso debe prosperar, integrándose la deuda reclamada por la concursada en la masa activa, con respecto al principio de rige en el proceso concursal de igualdad de los acreedores.”: SAP Tenerife (Sección 4) 13.02.2012 (Sentencia 56/2012; Rollo 670/2011)

“TERCERO.- El recurso de apelación interpuesto por la entidad Sucesores de Pedro Dorta y Hermanos S.L. (en adelante PD) se refiere únicamente al pronunciamiento 5 del fallo de la sentencia, referido a la devolución que la actora principal ha de efectuar a la demandada reconvincente, Construcciones Callejón
S.A. (en adelante Concasa) de las cantidades retenidas en garantía del cumplimiento de sus obligaciones contractuales (buena ejecución y entrega de la obra en el plazo pactado), manteniendo la apelante que procede compensar dicha deuda (crédito reconocido Concasa) con los créditos reconocidos a PD en los pronunciamientos anteriores del fallo de la sentencia recurrida.
Es cierto que la retención del 6% de cada certificación de obra emitida por Concasa se estableció para garantizar el cumplimiento del plazo y la correcta ejecución de los trabajos, y también es cierto que el incumplimiento de ambas obligaciones por la constructora implica que la obligación de devolver esas cantidades no nace hasta que se liquide la cláusula penal, y hasta que, o bien se lleven a cabo por la constructora las reparaciones de los defecto detectados, o bien hasta que la promotora, que los haya realizado a su costa, se haya hecho pago con cargo a dichas retenciones.
Sin embargo, en el presente caso, el problema que se plantea, y que impide obrar de acuerdo con las anteriores afirmaciones, es que la LC impide, tras la declaración del concurso, efectuar cualquier tipo de compensación de créditos, que es lo que, en definitiva, pretende la actora.
Puede ser cierto que con las cantidades retenidas la actora hubiese hecho frente a las reparaciones de lo mal ejecutado por Concasa, pero lo cierto es que ha sido en este proceso (por medio de los informes periciales a que se hace referencia en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida) donde se ha determinado y fijado la cantidad a que ascienden los costes de los remates, reparaciones y obras no ejecutadas por la demandada, ascendentes a 357.781,46 euros, y ello, pese a que en el burofax remitido por PD a Concasa el 8 de Octubre de 2.004 (un mes antes de la declaración del concurso) en el que se formaliza el acta de recepción definitiva negativa, ya se contenía el listado de remates solicitado por la promotora, pero sin que ello pueda conceptuarse como la existencia de una deuda, vencida, liquida y exigible, lo que cabe predicar también de la determinación y cuantificación de la cláusula penal.

Finalmente, la parte apelante, alega que la cláusula de retenciones tiene una función de garantía, por lo que su exigibilidad quedaría subordinada al pago por Concasa de la obligación garantizada (remates + cláusula penal), por lo que quedaría sometida a una especie de condición suspensiva.
Puede que en pura teoría sea posible sustentar esa tesis, pero lo cierto es que, aún así, lo que sigue pretendiendo la actora es la aplicación de una compensación, que está proscrita por la LC, y, además, olvida la recurrente que en este pleito reclama el reconocimiento y pago de los créditos garantizados, obteniendo los correspondientes pronunciamientos favorables (pronunciamientos 3 y 4 del fallo de la sentencia), por lo que la condición suspensiva debe considerarse cumplida con dicho pronunciamiento, siendo ineludible aplicar, a partir de ahí, las normas del concurso.": SAP Tenerife (Sección 4) 25.07.2012 (Sentencia 314/2012; Rollo 742/2011)

AP Valencia (Sección 9)

"Partiendo de cuanto se ha expuesto, este Tribunal ha procedido de nuevo al examen de las alegaciones oportunamente deducidas por las partes, en relación con los documentos aportados y como consecuencia de tal examen revisor se desprende que:
1.- La entidad CIURAL SA instó del Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia que tuviera "por formulada oposición al requerimiento recibido [de la administración concursal para que procediera al pago de 165.165,40 euros], dejándolo sin efecto ", sustentado su pretensión en su derecho a retener las cantidades requeridas durante un año desde la recepción provisional de las obras operada el 27 de abril de 2010, por lo que al tiempo del requerimiento operado no había transcurrido el plazo. Invocó al efecto en su demanda el pacto noveno del contrato de ejecución de obra suscrito entre las partes el 16 de julio de 2007 para la ejecución de unas viviendas unifamiliares en término municipal de Puzol, el artículo 61 de la Ley Concursal y el artículo 19.1 a) de la Ley de Ordenación de la Edificación. Finalmente hizo referencia al Procedimiento Ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 14 de Valencia 1181/2010. Y aportó los documentos en que sustentaba su pretensión: 1) contrato de ejecución de obra con suministro de materiales, 2) acta de manifestaciones por la que se hacía constar la recepción de la obra y 3) copia de la demanda de juicio ordinario promovida por PROKHEOS SLL contra la actora.
2.- A la expresada demanda se opuso tanto la entidad concursada como la administración concursal invocando el contenido de los artículos 58 y 76 de la Ley Concursal y la ausencia de alegación por la actora de la existencia de eventuales defectos constructivos justificativos de su pretensión, negando las afirmaciones contenidas en la demanda en relación al contenido del procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 14 de Valencia.
3.- Con ocasión del recurso de apelación se han incorporado al expediente - por medio del oportuno testimonio de particulares -el auto de declaración del concurso de 6 de julio de 2010, el escrito de la administración concursal de 29 de julio de 2010 por el que se requería a CIURAL de abono del importe de las retenciones practicadas en garantía de la obra ejecutada, la providencia de 2 de septiembre de 2010 y los escritos de comunicación de créditos de la recurrente de 5 de agosto y 15 de septiembre de 2010 (en los que se relacionan los pagos que CIURAL SA dice haber efectuado a diversos subcontratistas con la documentación adjunta), amén de la Sentencia de 24 de septiembre de 2012 recaída en el incidente 1246/2010 promovido por CIURAL contra PROKHEOS SLL y su administración concursal para el reconocimiento de determinados créditos, al que se acumuló el procedimiento ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 14 de los de Valencia de anterior referencia. En la expresada Sentencia de 24 de septiembre de 2012 se reconoce a CIURAL: en primer término un crédito contingente por importe de 152.125,45 euros y en segundo, otro por importe de 100.558,11 euros. Dicha resolución no es firme.
La Sala considera que el recurso no puede prosperar. Las alegaciones que en el mismo se contienen se sustentan esencialmente en el contenido de un procedimiento resuelto con posterioridad al dictado de la Sentencia que se impugna y respecto de la cual se alega la infracción del artículo 58 de la Ley Concursal argumentando que el crédito cuya compensación propugna es anterior a la declaración del concurso, siendo que el reconocimiento del mismo opera con posterioridad en virtud de una Sentencia dictada dos años después del inicio del expediente de que trae causa el recurso, que no goza de firmeza y en la que se analiza la respectiva actuación de las partes en relación a la ejecución de la obra (incumplimientos, retrasos). Tal pronunciamiento tendría carácter constitutivo de la obligación de PROKHEOS frente a CIURAL S.A. de manera que no cabe apreciar la compensación pretendida al amparo de los artículos 1195 y 1196 del C. Civil sobre la base de tal pronunciamiento judicial, dado que al tiempo de promoverse la oposición y de dictarse la sentencia objeto de esta apelación la deuda no era exigible y no era de aplicación al caso el contenido de la vigente redacción del artículo 58 introducida por Ley 37/2011 que apostilla que la compensación de los créditos y deudas del concursado cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso será válida, "aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".
La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2013 (Roj STS 852/2013. Pte. Sr. Sancho Gargallo) declara que:
"En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la

resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".
[...] Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o "ipso iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después."
De la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 20 de abril de 2011 (Roj SAP MU 1057/2011) resulta que:
"Para que puedan compensarse dos créditos es preciso como elemento previo y esencial (art.1195 CC) que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas (art. 1196 CC) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, así como que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro. Por lo tanto para alegar la compensación previamente tiene que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor. O dicho en otras palabras, para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que, al tiempo, en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa. Una vez constatada la existencia de esos créditos recíprocos dentro de los activos y pasivos de ambos patrimonios, es cuando podrá operar la figura de la compensación.
Por esta razón no puede aceptarse que en el presente caso san compensables los créditos recíprocos, pues no eran líquidos ni exigibles, no estaban determinados ni incorporados aún a los respectivos patrimonios, y ha sido preciso acudir a los Tribunales que conocen del concurso para determinar su realidad y cuantía, y así poder ser exigibles, lo que ha tenido lugar después de la declaración del concurso, a través del presente procedimiento incidental, en el que la propia parte ahora apelante, pide que se declare resuelto el contrato."
En el supuesto que se somete a nuestra consideración y pese a lo argumentado por la entidad recurrente, no puede considerarse que concurrieran, antes de la declaración del concurso todos y cada uno de los requisitos que, conforme a lo previsto en el art. 1196 CC, permiten la compensación legal de crédito y deuda. De hecho, lo que se articuló en la oposición que da origen a la resolución recurrida no fue la compensación, sino que no se podía recabar la cantidad objeto de retención por no haber transcurrido en aquel momento el plazo de garantía, siendo que la cuestión relativa a la improcedencia de la compensación se introduce con posterioridad en el proceso y se señala en la Sentencia cuestionada en esta alzada.
Insisitimos en que, como se ha apuntado con anterioridad, lo que se afirmaba en el escrito rector del procedimiento era que no había vencido el plazo de un año justificativo de la retención de las cantidades requeridas en garantía de "vicios de la construcción", habiendo sido necesaria la interposición de un procedimiento ulterior para discutir sobre los eventuales incumplimientos de la parte adversa y el reconocimiento de un crédito a favor de la entidad CIURAL S.A, por lo que, amén de tratarse de alegaciones nuevas respecto de lo inicialmente argumentado en la instancia, no puede afirmarse que concurrieran antes de la declaración del concurso la totalidad de los requisitos de tratarse de una deuda en dinero, vencida, líquida y exigible. Se une a lo ya dicho el dato relevante que al tiempo de dictarse esta resolución, la Sentencia en la que la demandante ampara su pretensión compensatoria carece de firmeza, al haberse interpuesto recurso de apelación frente a la misma por la concursada y por la administración concursal.": SAP Valencia (Sección 9) 03.06.2013 (Sentencia 166/2013; Rollo 90/2013)

"TERCERO.- Alega a continuación la recurrente que MIDASCON no tiene derecho al cobro de las cantidades retenidas en la ejecución de la obra del edificio indicado, dadas las importantes deficiencias de que adoleció su ejecución, indicando que la mercantil concursada admitió que había llegado a abandonar la obra. Acompaña al efecto de sus alegaciones Acta de presencia notarial, de fecha 1 de julio de 2008, en la que aparecen incorporadas fotografías de la obra en cuestión, que se dicen corresponder a las deficiencias de la obra ejecutada, así como facturas emitidas por terceros -MAPOSA 99 SLU y Construcciones VIREYCO SL- de las que resultarían los importes necesarios para la reparación y/o subsanación de aquellas.
Sin embargo, no es posible acoger la pretensión de la recurrente al no acreditarse que los daños y deficiencias que aparecen en las fotografías se correspondan con los trabajos encargados a la mercantil MIDASCON, echándose en falta a estos efectos tanto el documento convencional por el que las partes acordaron la ejecución de la repetida obra, como la pertinente prueba que justifique que los importes que se indican en las facturas aportadas se corresponden con las deficiencias de ejecución y éstas, a su vez, sean imputables a MIDASCON. Ni aún la admisión por ésta entidad de haber abandonado la obra permite otra solución que la desestimación de las alegaciones de la recurrente, pues en cualquier caso no resulta de los autos cuantificación económica por razón de tal circunstancia.
Alega también la parte apelante no haberse referido a la existencia de una compensación, si no a la inexistencia del derecho al cobro de las retenciones por MIDASCON, pero por más que se trate de evitar el término "compensación" lo cierto es que la razón que se está alegando por la COMUNIDAD DE BIENES para no pagar el importe de las retenciones es que el importe de éstas habría de servir para satisfacer, en todo o en parte, las deficiencias de obra que se aducen, lo que no puede ser considerado mas que una pretensión de compensación de créditos.
Finalmente, argumenta la recurrente que de entrar en la cuestión de la compensación, la misma procedería por concurrir los requisitos del artículo 1196 Código Civil, planteamiento este que igualmente ha de ser rechazado:

el artículo 58 de la LC establece que declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, requisitos que vienen determinados en el artículo 1196 Código. Pero en el presente caso no es posible considerar que el crédito pretendido por la Comunidad de Bienes frente a MIDASCON por razón de las deficiencias de obra pueda considerarse exigible, vencido y líquido; no puede considerarse exigible porque, como se ha indicado, los conceptos generadores de indemnización no están determinados, ni cuantitativamente precisados, no concurriendo así el presupuesto sustancial necesario para evitar la prohibición de compensación una vez declarado el concurso -ex art. 58 LC -, cual es el relativo a que los requisitos de la compensación "hubieren existido con anterioridad a la declaración".": SAP Valencia (Sección 9) 23.12.2013 (Sentencia 305/2013; Rollo 623/2013)

"TERCERO.-Analizando propiamente la cuestión de fondo objeto de debate hemos de partir del hecho de que las sentencias que invoca el recurrente, a los efectos de compensación, no se refieren propiamente a la situación aquí analizada -situación concursal- sino que valoran en general las condiciones para restitución de la fianza.
Así la sentencia de 17-1-12, a que alude el recurrente, dictada por la Sección sexta de esta AP de Valencia (no de esta Sección 9ª)ROJ: SAP V 631/2012 - ECLI:ES:APV:2012:631) Sentencia: 19/2012 | Recurso: 817/2011 | Ponente: VICENTE ORTEGA LLORCA con remisión a la que dictó esta misma Sección Novena el 29 de Junio del 2005 (ROJ: SAP V 3241/2005) Recurso: 375/2005 Ponente: Purificación Martorell Zulueta, razonó del siguiente modo en torno a la finalidad de la fianza prestada por el inquilino:
«... el artículo 36 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, dispone en su apartado primero que "a la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico en cantidad equivalente a una mensualidad de renta en el arrendamiento de viviendas y de dos en el arrendamiento para uso distinto del de vivienda" indicando en el apartado 4 que " el saldo de la fianza en metálico que deba ser restituido al arrendatario al final del arriendo devengará el interés legal, transcurrido un mes desde la entrega de las llaves por el mismo sin que se hubiere hecho efectiva dicha restitución", resultando finalmente, del apartado 5, que "las partes podrán pactar cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias adicional a la fianza en metálico."
En relación con la norma parcialmente transcrita (y su antecedente en la Ley de 1964) un amplio sector doctrinal y jurisprudencial considera que la institución de la fianza tiene como finalidad obviar, no sólo los riesgos de insolvencia del arrendatario para responder de los daños que se hubieran podido causar en el inmueble arrendado, sino también de otros derechos del arrendador (AP Barcelona, sec. 4ª, S 15-04-1999, rec. 493/1998. Pte: Concha Pérez Vicente, que cita sentencias de la Audiencia de Soria de 23.12.94, la de Badajoz de 15.3.95, Baleares de 12.3.96 y 17.1.91. la sentencia de la AP Málaga de 4.3.94), e igualmente se desprende de la norma la procedencia de la devolución al arrendatario del saldo que deba ser restituido, lo que implica una previa liquidación de cuentas entre las partes.
En la línea expresada, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 22 de abril de 2002 declara que la fianza no debe entenderse como una cláusula penal de contenido indemnizatorio aplicable en caso de incumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones contractuales y legales sino como derecho a retener su importe en la cantidad necesaria para liquidar las rentas pendientes y los menoscabos de la finca arrendada, de modo que en caso de incumplimiento de algunas de las obligaciones del arrendatario no se pierde íntegramente el importe de aquélla en beneficio del arrendador, sino que sólo en el caso de que deba alguna cantidad al arrendador podrá aplicarse a su pago la porción de fianza que corresponda.
La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Badajoz en sentencia reciente de 5 de noviembre de 2004 afirma:
"... ha de partirse de que la fianza es útil para garantizar cualesquiera obligaciones que sean de cargo del arrendatario (art. 1.555 del Código Civil), entre las que se encuentra, sin duda, la del pago de las rentas.
Ello ha sido así para los arrendamientos sujetos a la legislación especial y así lo era vigente el art. 105 de la LAU 1964 que, aun cuando no incluía un destino específico de la fianza que ordenaba se prestara, lógicamente se entendía que quedaba a resultas del cumplimiento del contrato (arts. 1822 y ss. del Código Civil), dada su naturaleza accesoria, esto es dependiente del cumplimiento del contrato y garantizando el cuidado y conservación de la cosa arrendada y el pago del precio del arrendamiento. Esta impresión se confirmaba en el art. 2 del D. de 11-III-1949 en el que expresamente se afirmaba que la fianza se prestaba para "que responda, tanto del cuidado y conservación de la cosa arrendada, como del pago del precio del arrendamiento".
En la vigente LAU 1994, en su art. 36, tampoco se determina la finalidad de la fianza fuera de su genérico destino de garantizar el cumplimiento de las obligaciones, esto es, de todas las obligaciones, del locatario. En su régimen, la fianza se concibe como una obligación de garantía, que se extingue cuando finaliza el contrato (art. 36.4) pudiendo imputarse la cantidad objeto de fianza a la satisfacción de las obligaciones hasta entonces incumplidas por el arrendatario.
Además, a falta de normas imperativas, habremos de estar a lo pactado y, en este sentido, la claridad del pacto no ofrece duda. Así, en la cláusula transcrita anteriormente se recogen dos condiciones ineludibles para la devolución de la fianza, cuales son la finalización del contrato, que no ha sido puesto en duda por las partes, y también la inexistencia de ninguna de las responsabilidades a que dicha fianza queda afecta, que son, sin duda, como se ha dicho, la conservación del inmueble arrendado y el pago de la renta arrendaticia."»
Por su parte, la STS de 15 de abril de 2014 (ROJ: STS 1405/2014 - ECLI:ES: TS:2014:1405) Sentencia: 188/2014 | Recurso: 877/2012 | Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL expresa a su vez que:
<<La compensación es una forma de extinción de obligaciones (art. 1156 Cc) que opera " ope legis " cuando se dan los presupuestos previstos en los arts. 1195 y 1196 del Cc y con los efectos que establece el art. 1202 CC., " aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y los deudores " (SSTS de 30 de diciembre de 2011, RC 1916/2008, 30 de marzo de 2007, 4 de julio de 2005, RC 282/1999 y 15 de febrero de 2005, RC 1008/1999, entre otras).

La compensación que prohíbe el art. 58 LC es la realizada con posterioridad al concurso esto es, sin que los requisitos el art. 1196 Cc concurran con anterioridad al mismo.
En el presente caso, la sentencia que declaró la resolución del contrato y dio por vencida la obligación de devolución de la fianza por parte del arrendador es de 19 de julio de 2010 y la firmeza de la sentencia fue declarada en providencia de 1 de septiembre de 2010. Por otro lado, el crédito que ostentaba el arrendador era muy superior al importe de la fianza; la deuda del concursado era vencida, líquida y exigible; y los efectos de la resolución del contrato son a partir de la interposición de la demanda que estimó procedente la sentencia, siendo las rentas exigibles desde sus respectivos vencimientos.
La circunstancia de que la entrega de las llaves se hiciera efectiva el mismo día en que se dictó el auto de declaración de concurso, el 15 de septiembre de 2010, no hubiera impedido considerar que los requisitos para que operara la compensación " ope legis " se hubieran producido con anterioridad a la declaración concursal, como muy tarde el 1 de septiembre de 2010, en que se declaró firme la sentencia declarativa de resolución del contrato. Pero, en el presente caso, no se aplica la compensación como forma de extinción de obligaciones sino como mecanismo de liquidación del contrato, resuelto por una sentencia firme.
La posesión indebida del concursado, que demora la entrega de llaves hasta que se dicta el auto de declaración del concurso, no devenga rentas como alega la recurrente para estimar no finalizado el contrato, sino que, en su lugar, genera daños y perjuicios, conforme determinan los arts. 1101 y 1103 CC, siendo las rentas la determinación del "quantum" indemnizatorio. En el presente caso, la administración concursal si hubiera pretendido prolongar el contrato podría haber intentado rehabilitar su vigencia conforme autoriza el art. 70 LC, por lo que ahora no puede pretender alargar los efectos del contrato, bajo su sola voluntad (art. 1256 Cc)>>.
La resolución de la AP de A Coruña Civil sección 4 del 17 de septiembre de 2012 (ROJ: AAP C 1108/2012 - ECLI:ES:APC:2012:1108A) Sentencia: 105/2012 | Recurso: 438/2012 | Ponente: CARLOS FUENTES CANDELAS, propugna una tesis contraria a la compensación, por la regla general de prohibición de la compensación(art. 58 LC), la falta de impugnación en su día del inventario que incluía tal fianza, la previsión legal del artículo 36 LAUreferida a la finalización, habiéndose vedado a la Sala el conocimiento de datos importantes para decidir adecuadamente la cuestión, además de lo razonado por el Juzgado de lo Mercantil y la ausencia de derecho de retención o de separación (art. 59-bis y la universalidad y paridad de trato de acreedores, art. 76).
La SAP Zaragoza, sección 5 del 06 de febrero de 2012 (ROJ: SAP Z 245/2012 -ECLI:ES:APZ:2012:245) Sentencia: 62/2012 | Recurso: 746/2011 | Ponente: ROBERTO GARCIA MARTINEZ, acepta tal posibilidad partiendo de que la compensación es anterior a la declaración de concurso:
"...La fecha en la cual la sociedad recurrente aplicó el importe de la fianza, cuya entrega era obligada por ley y por el pacto contractual duodécimo del arrendamiento, a la mayor deuda que la concursada mantenía con la recurrente en ese tiempo. Este planteamiento no era nuevo, ya cuando la sociedad recurrente fue requerida para reintegrar a la masa activa la suma de 405.940 euros recibidos, como hemos antedicho, en concepto de fianza, recordó al Tribunal de instancia que el 1 de septiembre de 2.010, fecha anterior a la declaración del concurso que tuvo lugar el 15 de septiembre de 2.010, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza dictó la diligencia de ordenación declarando firme la sentencia 130/2.010 de 19 de julio de 2.010 dictada en el procedimiento de juicio verbal de desahucio y reclamación de cantidad número 1.752/09(la compensación es anterior a la declaración del concurso).
En idéntica línea argumental, la SAP Murcia, sección 5 del 15 de marzo de 2011 (ROJ: SAP MU 583/2011 - ECLI:ES:APMU:2011:583) Sentencia: 83/2011 | Recurso: 12/2011 | Ponente: MIGUEL ANGEL LARROSA AMANTE expresa que:
<<Señalado lo anterior resulta evidente, por el juego de las fechas puestas de manifestó por ambas partes, que es aplicable la excepción del artículo 58 LC a este caso y procede la compensación declarada por el juez a quo. A tal efecto es conveniente determinar claramente el juego las fechas que deben ser tomadas en consideración: a) Ambas partes firmaron seis contratos de arrendamientos de 18 vehículos de motor entre el 18 de abril y el 28 de agosto de 2007; b) En dichos contratos se especificaba claramente el precio de arrendamiento mensual de cada uno de los vehículos, de forma que el cálculo del precio del arrendamiento se llevaba a cabo por la simple multiplicación del precio pactado por el número de meses de los que la actora dispuso del vehículo arrendado; c) En fecha no determinada del mes de junio de 2008, pero anterior al 13 de junio de dicho año, por la mercantil Agrícola Meroño devolvió los 18 vehículos arrendados a Usacar SL, poniendo fin a los diversos contratos de arrendamiento; y d) con fecha 13 de junio de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia declaró en concurso voluntario de acreedores a Agrícola Meroño SL.
Tal como puede apreciarse de la comparación de las fechas resulta, tratándose por otro lado de un hecho no discutido por ninguna de las partes, que antes de la declaración de concurso se puso fin a los contratos de arrendamiento, lo que implica que la deuda derivada del impago de las rentas de los vehículos de alquiler ya estaba vencida y era determinada y líquida antes de la declaración del concurso. Estaba vencida pues desde el mismo momento que transcurría el periodo mensual pactado para el pago del arrendamiento de los turismos el importe correspondiente a cada mes resultaba vencido y por ello exigible, aparte que el total de la deuda venció con la conclusión del contrato. Era determinada al existir las bases de cálculo necesarias para determinar el importe debido y finamente era líquida por aplicación del criterio de determinación del precio de acuerdo con el propio contenido del contrato. Por tanto la cantidad de 13.166,76 # por las rentas debidas existía y era exigible cuando se llevó a cabo la devolución de los vehículos y por ello el fin del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, y todo ello en fecha anterior a la declaración de concurso. Por tanto dicha cantidad es efectivamente compensable aplicando la excepción prevista en el artículo 58 LC y de ahí que deba ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal>>.
TERCERO.- Partiendode lo hasta aquí expuesto, que revela la inexistencia de una línea jurisprudencia clara y constante al efecto, esta Sala considera que, con carácter general, como expresa el Juzgado, no resulta

procedente la compensación, máxime si la situación de incumplimiento o la propia resolución contractual se verifican en sede concursal, lo que no significa que se declare la improcedencia de la compensación con carácter absoluto, en estos supuestos, exigiéndose, sin embargo, que la deuda a favor del arrendador y la liquidación derivada de la resolución del arrendamiento sean anteriores a la declaración concursal, pues, en otro caso, la resolución contractual en sede concursal comporta no solo la pertinente intervención del Juzgado Mercantil -como antes indicábamos- sino además la prohibición de la compensación (ex artículo 58 LC). Ello no obstante, en cuanto a los créditos que se han calificado contra la masa, aunque eventualmente pudieran ser objeto de compensación, no se producirá ello de no haberse determinado la inexistencia de créditos de atención preferente, sin perjuicio de la preferencia en el cobro que la propia calificación como tales les confiere conforme la Ley Concursal. La restitución resulta procedente, sin perjuicio del derecho a ser resarcidos, en cuanto a los créditos contra la masa reconocidos, con la preferencia que la Ley les confiere, sin que obviamente sea objeto de este incidente determinar la existencia o no de créditos preferentes de la misma calificación.": SAP Valencia (Sección 9) 21.04.2015 (Sentencia 108/2015; Rollo 1089/2014)

JM-1 Alicante

"En todo caso, aunque hipotéticamente se hubieran fijado esos desperfectos hay que predicar la improcedencia de la compensación realizada unilateralmente por la actora de las sumas que reconoce adeudar a ALPIDESA Basta para ello reproducir lo dicho en el fundamento jurídico tercero:
i) no cabe en sede concursal aplicar la compensación, por prohibirlo elart 58 LC, pues antes de la declaración de la concurso no concurrían los requisitos necesarios para que desplegase sus efectos, al ser necesaria resolución judicial que fije, en su caso, su exigencia y determinación.
No concurrían antes de la declaración de concurso los requisitos para la compensación que exige elartículo 1.196 del Código Civil, pues esa obligación de la mercantil concursada de devolver la suma facturada de más no reunía las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3º y 4º del Código Civil)
ii) hay una ausencia de cobertura contractual: no hay contrato suscrito por ambas partes que de amparo a esa retención unilateralmente realizada
iii) en todo caso esa retención no otorga un derecho especial al acreedor retenedor a aplicar esa suma para extinguir su crédito, en general y sin género de duda, en particular, respecto de las sumas correspondientes a obras ajenas a las que se llevan a cabo la reparación Esa compensación produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma funciona como una forma de pago extintiva de las obligaciones, generadora entonces de una situación de privilegio en favor del retenedor no prevista en elart 90 LC, con ruptura del principio de la "par condictio creditorum", ya que se daría un trato desigual a acreedores de la misma clase, sin olvidar el principio de universalidad delartículo 76 de la Ley Concursal, sin que haya norma que permita excluir ese activo de la masa y que el mismo se destine a pagar a todos los acreedores y no solo al retenedor por medio del mecanismo de la compensación En este sentido la Audiencia Provincial de Jaén al enfrentarse al tema de las retenciones de certificación de obra dice ensentencia de 9/2/2009 : "El actor consideró que no era deudor de cantidad alguna de la entidad Depusan, sino que la cantidad retenida de 8.606'67 euros le correspondía para responder de las consecuencias de la mala ejecución de la obra llevada a cabo por la citada mercantil, según se desprende de lacláusula octava del contrato de ejecución de obra de 1-7-04, en la que se pactó una retención del 5% del total de cada una de las certificaciones que se vayan emitiendo en concepto de la correcta y oportuna realización de los trabajos contratados, y que dicha cantidad se aplicaría en su caso al pago de las reparaciones necesarias y subsanación de los vicios o defectos que se detecten.
En cuanto a la compensación invocada, resulta cuando menos llamativo que se afirme por el recurrente que se han infringido losartículos 1.195 y siguientes del Código Civil por no haber operado la compensación, y por otro lado, que el crédito no era líquido ni había nacido, sino que se trataba de una expectativa de derecho sin cuantificar y pendiente de una liquidación previa. Evidentemente ello supone una contradicción, porque, o existe un crédito o no existe, y si concurre esto último mal se puede pretender compensar.
En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el artículo 58 de la Ley Concursal establece como regla general la prohibición de la compensación declarado el concurso, si bien producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración del mismo.
En el presente caso no concurrían los requisitos para la compensación que exige elartículo 1.196 del Código Civil, pues aún admitiendo que la mercantil concursada tuviera la obligación de reparar los defectos de la construcción, esa obligación no reunía las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3º y 4º del Código Civil), y lo que es más importante, ni tan siquiera se probó el crédito a compensar, es decir, los supuestos daños y desperfectos que pudieran compensarse con el importe de las retenciones, prueba que incumbía al promotor del incidente de conformidad con elartículo 217.2 de la L. E. Civil, no sirviendo para afirmar lo contrario el testimonio del Arquitecto director de la obra que aludió a la existencia de defectos de forma genérica, sin concretarlos en lo más mínimo, careciendo así de elementos suficientes de prueba que hubieran podido determinar que existen defectos de ejecución, que sería el único vicio o defecto imputable a la mercantil constructora.
Es más, la compensación invocada por el actor-apelante produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones, generándose entonces una situación de privilegio y de mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, rompiéndose el principio de la "par condictio creditorum", es decir, conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación pretendida, y en definitiva, de accederse a ello, se daría lugar a un trato desigual de acreedores de la misma clase, rompiéndose así el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal, y del principio conservativo

de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa " y reitera en otra de igual fecha":)": SJM-1 Alicante 01.03.2010 (JUR 2010/90813; Sentencia 137/2010; Incidente Concursal 365/2007)

"Séptimo.-La improcedencia de la compensación
Tenemos, pues, en conclusión un crédito concursal a favor de la promotora actora por importe de 191.042,80# y un crédito de la concursada frente a ella de 350.142,53# (140.142,54 # + 209.999,99#).
Pero como ya se ha anticipado, no cabe la compensación pretendida por la actora, según ya se ha dicho ante idénticas circunstancias por este Juzgado, entre otras en la sentencia de 1/3/2010: no cabe en sede concursal por prohibirlo el art 58 LC, pues antes de la declaración de la concurso no concurrían los requisitos necesarios para que desplegase sus efectos, al ser necesaria resolución judicial que fije, en su caso, su exigencia y determinación.
Ni el crédito de ALBIR frente a la constructora derivado del incumplimiento contractual y exceso de pagos ni el de BALPERIA contra aquélla reúnen las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3º y 4º del Código Civil) al haber precisado resolución judicial que los fije y cuantifique.
Por otra parte, la retención de cantidades del 5% de obra certificada no otorga un derecho especial al acreedor retenedor a aplicar esa suma para extinguir su crédito. Esa compensación produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma funciona como una forma de pago extintiva de las obligaciones, generadora entonces de una situación de privilegio en favor del retenedor no prevista en el art 90 LC, con ruptura del principio de la "par condictio creditorum", ya que se daría un trato desigual a acreedores de la misma clase, sin olvidar el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal, sin que haya norma que permita excluir ese activo de la masa y que el mismo se destine a pagar a todos los acreedores y no solo al retenedor por medio del mecanismo de la compensación
En este sentido la Audiencia Provincial de Jaén al enfrentarse al tema de las retenciones de certificación de obra dice en sentencia de 9/2/2009 : "El actor consideró que no era deudor de cantidad alguna de la entidad Depusan, sino que la cantidad retenida de 8.606'67 euros le correspondía para responder de las consecuencias de la mala ejecución de la obra llevada a cabo por la citada mercantil, según se desprende de la cláusula octava del contrato de ejecución de obra de 1-7-04, en la que se pactó una retención del 5% del total de cada una de las certificaciones que se vayan emitiendo en concepto de la correcta y oportuna realización de los trabajos contratados, y que dicha cantidad se aplicaría en su caso al pago de las reparaciones necesarias y subsanación de los vicios o defectos que se detecten.
En cuanto a la compensación invocada, resulta cuando menos llamativo que se afirme por el recurrente que se han infringido los artículos 1.195 y siguientes del Código Civil (LEG 1889\27) por no haber operado la compensación, y por otro lado, que el crédito no era líquido ni había nacido, sino que se trataba de una expectativa de derecho sin cuantificar y pendiente de una liquidación previa. Evidentemente ello supone una contradicción, porque, o existe un crédito o no existe, y si concurre esto último mal se puede pretender compensar.
En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el artículo 58 de la Ley Concursal establece como regla general la prohibición de la compensación declarado el concurso, si bien producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración del mismo.
En el presente caso no concurrían los requisitos para la compensación que exige el artículo 1.196 del Código Civil, pues aún admitiendo que la mercantil concursada tuviera la obligación de reparar los defectos de la construcción, esa obligación no reunía las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3º y 4º del Código Civil), y lo que es más importante, ni tan siquiera se probó el crédito a compensar, es decir, los supuestos daños y desperfectos que pudieran compensarse con el importe de las retenciones, prueba que incumbía al promotor del incidente de conformidad con el artículo 217.2 de la L. E. Civil, no sirviendo para afirmar lo contrario el testimonio del Arquitecto director de la obra que aludió a la existencia de defectos de forma genérica, sin concretarlos en lo más mínimo, careciendo así de elementos suficientes de prueba que hubieran podido determinar que existen defectos de ejecución, que sería el único vicio o defecto imputable a la mercantil constructora.
Es más, la compensación invocada por el actor-apelante produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones, generándose entonces una situación de privilegio y de mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, rompiéndose el principio de la "par condictio creditorum", es decir, conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación pretendida, y en definitiva, de accederse a ello, se daría lugar a un trato desigual de acreedores de la misma clase, rompiéndose así el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal, y del principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa " y reitera en otra de igual fecha ":SJM-1 Alicante 04.01.2011 (Sentencia 2/2011; Incidente Concursal 198/2010)

5.2.1 Procedencia del requerimiento para su inmediata restitución a la masa

JM-1 Granada

"ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.- Por la Procuradora D …, en nombre y representación de la mercantil PROMOCIONES DUARO S.L, se formuló con fecha 25 de febrero de 2010 recurso de reposición contra la resolución de este Juzgado de fecha 26 de enero de 2010, que estableció lo siguiente:

"Por presentado el anterior escrito por la Admon. Concursal únase a los autos de su razón y visto su contenido, el auxilio judicial pretendido resulta procedente: las retenciones, ya sean consideradas, en el mejor de los casos, como una garantía de índole real, ya sea considerada como una garantía meramente legal o contractual de carácter obligacional, no pueden tener en el contexto concursal ninguna eficacia de cara a su ejecución separada, al margen de la masa activa, ni por supuesto gozan de ningún privilegio crediticio, dado el sistema de tipicidad por el que se rige la Ley Concursal a la hora de recoger esta condición. La obligación de aportar ese importe a la masa del concurso, por tanto, es ajustada a la especialidad concursal, procediendo requerir a la promotora en los términos interesados, sin perjuicio de la obligación de la concursada de hacer frente a los eventuales desperfectos o deficiencias que surjan en su prestación negocial con cargo a la masa..Se requiere pues a PROMOCIONES DUARO S.L para que reintegre a la masa activa del presente concurso la suma de 60.053'64 euros retenidos en su poder."

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a las demás partes y tras ello quedaron los autos sobre la mesa judicial para resolver.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El escrito de recurso de PROMOCIONES DUARO S.L considera que el requerimiento de pago de las retenciones en garantía debe ser dejado sin efecto, entendiendo que el pacto contractual está amparado en el artículo 61.2 de la LC, de un lado, que impide afectar por la declaración del concurso a la vigencia del contrato, y de otro en el artículo 19.1.a) de la Ley de Ordenación de la edificación (LOE), con arreglo al cual sólo tras la expiración del plazo pactado es posible requerir a la promotora.

La fuerza expansiva del concurso de acreedores en relación a las instituciones civiles o a lo pactado en condiciones de solvencia siempre es ciertamente una cuestión delicada y de perfiles poco nítidos. La constitución de una comunidad de acreedores regidos por el principio de igualdad de trato, según sus diferentes categorías, tipificadas escrupulosamente por el legislador, y que han de ser pagados con cargo a una masa activa regida a su vez por el principio de universalidad, modula sin duda las relaciones contractuales del concursado y las garantías que éste constituyó, dando lugar a un control del Juez del concurso sobre los flujos crediticios de la masa y poniendo bajo su supervisión, no sólo sus obligaciones de pago, sino también sus derechos de cobro. Considero que las retenciones en garantía se encuadran en esta facultad de control, y lo hacen además con una enorme incidencia en la constitución de la masa activa del concurso de las constructoras, como ocurre en nuestro caso, con ingentes cantidades de dinero en manos de las promotoras durante plazos dilatados para garantizar la reparación de posibles defectos de terminación de la obra, de forma que la ausencia en la masa activa de estas sumas, generadas por el trabajo ya realizado por la contratista, dificulta muy sensiblemente la viabilidad de la concursada y se convierte en un relevante factor de liquidación.

Como es sabido, las retenciones se articulan en los contratos como una cláusula en el apartado de garantías según la cual del importe de cada una de las certificaciones, la propiedad retiene un 4% o un 5% en concepto de garantía, cuyo periodo se fija en doce meses contados a partir de la fecha del Acta de Recepción Provisional. Transcurrido dicho periodo se procederá a la Recepción Definitiva, emitiéndose el Acta correspondiente: *"Los importes retenidos, a razón de cinco enteros por ciento (5%), en las certificaciones periódicas y liquidación final al origen, quedarán a disposición de la Promotora durante un plazo que expira al año, contado desde la fecha de expedición del Acta de Recepción Provisional, y ello en concepto de garantía de la correcta ejecución de las obras realizadas, de reclamaciones de Propietarios…".*

Esta cláusula tipo, recogida sustancialmente en la cláusula 6ª del contrato con PROMOCIONES DUARO S.L, en efecto, supone la concreción habitual de lo dispuesto en el artículo 19.1.a) de la LOE, el cual, al regular las "*Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción*", establece lo siguiente: "*El régimen de garantías exigibles para las obras de edificación comprendidas en el art. 2 de esta Ley se hará efectivo de acuerdo con la obligatoriedad que se establezca en aplicación de la disposición adicional segunda, teniendo como referente a las siguientes garantías: a) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra*". Según el artículo 6.5, el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida. Como vemos, el legislador, tratándose de defectos constructivos de terminación o acabado, otorga al dueño una garantía, ya sea la derivada de la concertación de un seguro por medio del cual un tercero, la compañía aseguradora, le abona los daños materiales derivados de los vicios o defectos detectados, con las consiguientes posibilidades subrogatorias o de reembolso contra el constructor (arts. 43 LCS para el seguro de daños, y 68 para el de caución), ya sea mediante la retención del 5% del importe pactado para la realización de la obra, en cuyo caso el mecanismo de pago será la compensación.

La protección que suponen las retenciones mencionadas presenta ciertos aspectos de interés en lo que hace a esta resolución:

- Se ha construido legalmente la retención como una garantía sustitutiva de los seguros de daños o caución. Sobre esto la jurisprudencia menor es unánime, incidiendo las Audiencias en esa función como lo característico de la institución, por más que la LOE es clara en este sentido (SSAP Madrid 26 de noviembre y 19 de enero de 2007, Sevilla 9 de enero de 2008, o Granada 6 de noviembre de 2009 y 16 de enero de 2001).
- Las retenciones que se efectúan sobre el importe de las certificaciones de obra se llevan a cabo con dicha finalidad de garantía y no para que el promotor se apropie de su totalidad o parte de manera unilateral sin dar posibilidad al constructor de que, en su caso, y en relación a los defectos aparecidos dentro del plazo pactado, repare los pretendidos vicios o defectos de terminación. Además, para que prospere su derecho de retención no le basta a la promotora con alegar la existencia de defectos en la

obra ejecutada, sino que debe acreditar cumplidamente cuáles son esos defectos, su trascendencia y alcance, y la cuantificación económica de la reparación de los mismos. Transcurrido dicho plazo de garantía, la constructora queda relevada de su obligación y puede exigir el pago completo de lo que se le debe por la ejecución.

- Dado que el dinero, como bien fungible, no es propiamente objeto de un derecho de retención, es decir, no recae éste sobre bienes de ajena pertenencia - el derecho de retención propiamente considerado sólo aparece mencionado en la LC en su artículo 80, referente al derecho de separación de bienes ajenos retenidos en poder del concursado, y no a la retención por el acreedor de bienes de éste -, lo que realmente opera es una *retención en el pago* de lo debido por mor de la obligación contractual que incumbe al dueño de la obra. La consecuencia de lo anterior es que para ejecutar la garantía éste no abona el 5% del importe de la ejecución de la obra, verificando una compensación del importe retenido con la deuda a su cargo. El mecanismo subyacente, por tanto, no es otro que el de la *exceptio non rite adimpleti contractu* en el contexto de las obligaciones sinalagmáticas, que permite al promotor diferir su cumplimiento mientras no conste un adecuado cumplimiento por el contratista de su prestación negocial. Sobre esta base el legislador añade, no ya la posibilidad de no pagar íntegramente el precio de la obra, sino la posibilidad, dado que el promotor debe en todo caso entregar la obra en las debidas condiciones al comprador, de sufragar el perjuicio derivado de la necesidad de eliminar los defectos de acabado con el importe retenido si tales defectos no son reparados.

SEGUNDO.- Pues bien, a mi juicio este escenario debe acomodarse al efecto del concurso. Ya se considere que las retenciones en garantía mencionadas operan como derechos de retención y abren una vía para ejecuciones separadas, ya se considere el tema desde el argumento puramente contractual, tesis por la que me inclino, el dinero retenido debe ingresar en la masa activa y sujetarse al control y supervisión de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, ésta a su vez bajo la supervisión judicial.

Desde la primera perspectiva, es decir, incluso admitiendo que el artículo 19 de la LOE establece una suerte de derecho a retener un dinero que en realidad pertenece al contratista, es obvio que no existe a favor de PROMOCIONES DUARO S.L ningún privilegio crediticio ni ningún derecho de ejecución separada al margen del concurso. Según el artículo 89.2 de la LC, no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley. Y examinados los artículos 90, 91 y 92, se advierte que, a diferencia de la prenda o la anticresis, incluidos como privilegio especial en el artículo 90 de la LC, el derecho de retención no ha sido considerado como privilegio de ningún tipo por el legislador concursal, por lo que se impone la consideración del crédito así garantizado como crédito ordinario (y contingente).

Por otra parte, tampoco existe un derecho de ejecución separada de los bienes retenidos. Como señala la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 5 de octubre de 2006 (RA 190/2006), este derecho de ejecución separada tiene su sentido en la medida que los créditos garantizados gocen de la condición de créditos con privilegio especial, conforme al artículo 90 LC, porque el artículo 155 LC les reconoce la preferencia para ser satisfechos con lo obtenido de la realización del bien o derecho afecto. De este modo, la ejecución separada no altera la *par conditio creditorum*, a la que quedan sujetos todos los acreedores concursales una vez declarado el concurso (art. 49 LC). Si reconociéramos este derecho de ejecución al titular de un crédito con garantía que no goza de privilegio especial, le estaríamos reconociendo de facto este privilegio, alterando la *par conditio creditorum*, pues al instar su ejecución una vez declarado el concurso y al margen de éste, podría cobrarse del bien o derecho afecto sin concurrir con el resto de acreedores, que por estar afectados por la declaración de concurso, no podrían hacer valer su preferencia en esa ejecución separada. De ahí que una interpretación sistemática de los artículos citados deba llevarnos a reconocer el derecho de ejecución separada únicamente a los títulos de créditos con garantía real que gocen de privilegio especial, sin perjuicio de las limitaciones que en el ejercicio de este derecho prevén los artículos 56 y 57 de la LC.

La sentencia mencionada, debe remarcarse, negó esta eficacia de ejecución separada y privilegio a un auténtico y propio derecho de retención (un acreedor con mercancía de la concursada en su poder), incluso siendo como es este derecho un verdadero derecho real de garantía según la Ley 19/2002 de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía de Catalunya, al cual, sin embargo, no se le ha concedido en la LC privilegio alguno. Cuanto más será aplicable dicho argumento a una retención que en realidad ni es derecho de retención ni mucho menos constituye una garantía real. Cabe concluir, por tanto, que el dueño de la obra carece de una posición reforzada en el concurso para cobrarse a cargo de la masa activa en detrimento del resto de acreedores.

TERCERO.- Como anticipaba, la garantía es meramente contractual, pues evidentemente la diferencia con la retención que acaba de mencionarse en el anterior fundamento jurídico es la previsión negocial, explícita y anterior al concurso, del derecho del promotor. Ello conduce el debate al terreno de los artículos 61 y 62 de la LC. Es cierto que, como señala el recurso, el artículo 61.2 mantiene la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, como ocurre en nuestro contrato de ejecución de obra. Sin embargo, el requerimiento efectuado es perfectamente coherente con dicho mandato: dado que el contrato mantiene su vigencia y por tanto el plazo de garantía sigue vivo, el requerimiento efectuado por este Juzgado no pretende subvertir el orden contractual (por más que el interés del concurso podría modular sensiblemente estas obligaciones negociales por la vía resolutiva incluso sin incumplimiento de las partes), sino estrictamente someter el cumplimiento de la cláusula al control y supervisión del Juez del concurso y de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. Se trata de una medida de conservación de la masa activa, que evidentemente ha recogido el importe retenido como un derecho de cobro, amparada por el artículo 43 de la LC. El derecho contingente del dueño de la obra será atendido en la medida necesaria, la derivada del contrato y los defectos de acabado que se comuniquen y hayan surgido en el plazo de garantía, lo que además, por mor de los artículos 61.2 y 62 de la LC se verificaría con cargo a la masa con arreglo al artículo 154.

Que esta parte importante de la masa activa sea gestionada al margen del concurso resulta contrario a los intereses del mismo y a una conservación eficaz de la misma, generalmente muy deteriorada por importes millonarios retenidos por efectos de terminación que no son de más objeto de control y supervisión que los establecidos por la propiedad de la obra, precisamente quienes retienen el pago, produciendo con frecuencia el efecto de retener sumas mucho más cuantiosas que los eventuales defectos de acabado que pudieran aparecer (los defectos constructivos de más entidad, como es sabido, se sujetan a los seguros previstos legalmente y no a ninguna retención en el pago). La *exceptio non rite adimpleti contractus* es tan sólo procedente cuando la parte de la prestación omitida o los defectos que la realizada presenta son de tal entidad que frustran las legítimas expectativas de su destinatario o la finalidad económica del contrato; cuando las insuficiencias o deficiencias de la prestación son de escasa significación e importancia y no impiden la satisfacción del interés del acreedor, la buena fe contractual hace rechazable esta excepción. Como señala la STS Sala 1ª de 5 noviembre 2007, la *exceptio non rite adimpleti contractus "sólo habilita a exigir la reparación de lo deficiente o a realizar lo que falte o a verse indemnizado en una prestación equivalente si no es posible su realización exacta"*; o como informa la STS de 24 de noviembre de 2006, confirmada por las 19 de abril y 11 de mayo de 2007, *" (S)olo la distinción entre una excepción que faculte para suspender la propia prestación y otra que no alcance este efecto justifica, a criterio de esta Sala, la diferencia entre las llamadas exceptio non adimpleti y exceptio non rite adimpleti contractus. Ambas tendrían, así, el efecto común de provocar la valoración de la gravedad del incumplimiento, y en ambos casos no estaríamos ante un efecto resolutorio, con los consiguientes efectos sobre la mora debitoris de las obligaciones sinalagmáticas, de cuyo régimen se ocupa el párrafo final del artículo 1100 CC*". Si se tiene en cuenta además que no es posible compensar la deuda del promotor con un crédito ordinario a su favor una vez producida la declaración del concurso (art. 58 LC), pues la lesión a la *par conditio* sería innegable, parece razonable concluir que, en efecto, el importe retenido, una vez en concurso la constructora, debe ingresarse en la masa activa: el promotor tendrá reconocido un derecho contingente hasta que se comuniquen defectos de acabado incluidos en el plazo de garantía, defectos de terminación que cabrá reparar, o indemnizar tras la oportuna valoración, con cargo a la masa y carácter prededucible. La conservación y gestión de la masa se verificará en el concurso bajo el control y la supervisión judicial y la inmediata de los administradores concursales, de la misma forma que el derecho de crédito del promotor por una defectuosa praxis. Y obviamente, si no se comunican tales defectos o vicios de terminación en el plazo legal el contrato quedará cumplido en su integridad.

CUARTO.- Finalmente, es preciso señalar que esta obligación de la entidad requerida de ingresar en la masa activa el importe retenido no puede verse enervado por la obligación de la concursada, igualmente recogida en la cláusula 6ª del contrato al recoger las retenciones en garantía, así como en la 8ª, de certificar mensualmente que está al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, que permitirían a la promotora mantener la retención. Las entidades concursadas en esta situación, como es REINA MARÍA 2000 S.L, no pueden acceder a tales certificados precisamente por la declaración concursal, que se asienta por concepto en su insolvencia. El efecto de situación es la imposibilidad de lograr avances en la viabilidad de la entidad concursada, bloqueando uno de los fines centrales de todo concurso según nuestra LC y constituyendo, uno más, otro factor de liquidación.

Sin embargo, a los efectos de precisar la eficacia de los certificados previstos en el artículo 41.1.f) de la LGT y el artículo 42 del ET, resulta oportuno destacar que los mismos son documentos estrictamente administrativos-tributarios que no prejuzgan ni inciden por sí mismos en las relaciones contractuales de la solicitante con sus deudores, regida por el principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, ni produce una alteración en la aplicación a esa relación negocial de los principios especiales derivados de la declaración en concurso de la solicitante previstos en la LC. En consecuencia, como quiera que esta declaración no debe por sí sola interrumpir su actividad empresarial o profesional, ya que así lo establece la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y expresamente lo señala su artículo 44.1, y la conservación y reintegración de la masa activa, así como los correspondientes pagos a los acreedores, han de realizarse ordenadamente y bajo el control del juez del concurso, la certificación de la existencia de tales deudas no exime a los deudores de la solicitante de efectuar los pagos sujetándose a la disciplina del concurso que resulte del correspondiente requerimiento judicial, que produce para ellos un efecto liberatorio. Requerido judicialmente un deudor, es a la acreedora a la que hay que pagar, sin que la AEAT ni la TGSS puedan pretender una duplicidad de pagos.

De hecho, la tesis en pos de la vigencia a ultranza de la dicha cláusula está ya superada. Se ha superado por la AEAT y habrá de serlo por la TGSS. El Departamento de Recaudación de la AEAT, sensible a los devastadores efectos que para el tejido empresarial del país tiene en los concursos de acreedores la tesis de las entidades deudoras retenedoras del pago al amparo de las cláusulas mencionadas, acude correctamente al control jurisdiccional que, directamente o por medio de los administradores concursales, ejerce constitucionalmente el Juez del concurso, gestionando no sólo las obligaciones de pago del concursado sino también sus derechos de cobro. Para la AEAT, esta supervisión de la legalidad de los flujos de cobro del concursado efectuada por el Juez del concurso supone que, efectuado un requerimiento expreso por parte de éste o de la administración concursal, los pagos efectuados no pueden tener de cara a la Administración Tributaria la condición de negligentes, por lo que no podrían sustentar una derivación subsidiaria de responsabilidad al faltar el imprescindible componente subjetivo que integra la misma. La AEAT, en consecuencia, ajustándose a la legalidad concursal y armonizándola con el artículo 43.1.f) de la LGT, establece este supuesto como una causa de exoneración para el deudor aunque al acreedor concursado se le haya denegado el certificado (v. informe Departamento de Recaudación de la AEAT de fecha 1 de diciembre de 2009).

No existe óbice alguno, por tanto, para la eficacia del requerimiento efectuado a la recurrente, que se mantiene en su integridad.": AJM-1 Granada 13.04.2010 (Concurso 338/2008)

5.2.2 Tramitación por incidente concursal

AP Valencia

"Dicho esto, entrando ya en el examen de la cuestión objeto del pleito, del escaso contenido de las actuaciones resulta que la Administración Concursal de Midascon requirió a DIRECCION000 CB el pago de la cantidad de 12.507'63 Euros, correspondientes a las retenciones practicadas en las facturas emitidas por MIDASCON SL por la construcción parcial de una nave industrial con bloque de oficinas, en el polígono industrial Masía Baló de Ribarroja del Turia, y que tenían por finalidad responder del eventual incumplimiento del constructor o de las deficiencias de obra. La primera cuestión que plantea la parte recurrente es la falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil para conocer de esta reclamación y, subsiguientemente, la falta de inadecuación del procedimiento, tesis que no puede ser estimada por este Tribunal en atención a las siguientes consideraciones:
El importe de las retenciones aparece reflejado en las facturas emitidas por MIDASCON por razón de la realización de las obras a que se ha hecho referencia, de modo tal que su concepto y cuantía ha de aparecer reflejado como derecho de cobro de la ejecutante de la obra, y por tanto como partida de la masa activa del concurso (art. 76 LC), y ello sin perjuicio de que el propietario de la obra pueda considerarse con derecho a hacer suyos tales importes en atención a la concurrencia de algún supuesto que con arreglo a contrato así se lo permita. Por tanto, ab initio, las retenciones practicadas en la facturación por ejecución de obra forman parte de la masa activa del concursado.
Si ello es así, corresponde a la Administración Concursal, en atención a las facultades que le son propias (art. 35 LC), reclamar del deudor del concursado aquellas cantidades que se considere deben integrar la masa activa del concurso.
El requerimiento de pago necesariamente ha de operar en sede del procedimiento concursal, -en consecuencia con el principio de unidad del procedimiento-, resultando de ello la competencia del Juez de lo Mercantil que tramita el concurso para conocer de cuantas cuestiones puedan surgir en relación dicha cuestión, pues en definitiva la eventual oposición al requerimiento de pago afectará de forma evidente al patrimonio del concursado (art. 8 LC).
Verificado el requerimiento de pago, si el requerido estima que no asiste al concursado el derecho al cobro de lo que se le reclama, cual es el caso de autos, y siendo la competencia para conocer de dicha oposición del Juez del concurso, el procedimiento a seguir es el incidente concursal, ya que conforme a lo establecido en el artículo 192 LC todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en la Ley otra tramitación se han de ventilar por dicho cauce procedimental.
De lo expuesto resulta tanto la competencia del Juzgado del concurso para conocer y vehicular la reclamación del pago a la citada COMUNIDAD DE BIENES, como la adecuación del incidente concursal para resolver la oposición al requerimiento de pago, lo que conlleva la desestimación del primer motivo del recurso de apelación.": SAP Valencia (Sección 9) 23.12.2013 (Sentencia 305/2013; Rollo 623/2013)

6. Compensación legal. Compensación convencional con función de garantía. Aplicabilidad de las reglas de los contratos bilaterales.

JM-3 Barcelona

"Segundo.- En el ordenamiento jurídico español la compensación se ha configurado legalmente como una forma de pago, un modo de extinción de las obligaciones. El artículo 1.156 del Código civil al enumerar los supuestos en los que se extinguen las obligaciones reconoce en penúltimo lugar que las obligaciones se extinguen por compensación.
El artículo 1.195 y siguientes regulan los supuestos, requisitos y efectos de la compensación. A efectos sistemáticos puede distinguirse entre la compensación legal – que debe cumplir con los requisitos previstos en el artículo 1.196 –, la compensación convencional – pactada por las partes en los términos que recojan los correspondientes contratos – y la compensación judicial – acordada por resolución judicial.
Conforme a reiterada jurisprudencia la compensación se configura "*como fórmula de pago abreviado por retorno y reciprocidad de intereses (Sentencia de 26-11-1991) y sin que sea preciso la contemporaneidad de los créditos, ni su extracción de la misma causa jurídica (Sentencia de 27-6-1995)*" (STS de 24-3-2000).
Entendida como una fórmula de pago en los procesos concursales en los que ha de liquidarse el patrimonio del concursado la aceptación de los mecanismos compensatorios puede quebrantar el principio de *par conditio creditorum* ya que por la vía de la compensación un acreedor puede ver satisfecho en todo o en parte su crédito obteniendo una cuota superior a la que conforme a su calificación le correspondería en el concurso. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20-5-1993 advertía que: "el fin principal de la suspensión de pagos, regida por los principios de universalidad y «por condictio creditorum» es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que se vería frustrado si se permitiera sustraer a la masa créditos de igual posición [S. 24-6-1991], lo que sucedería de accederse a la compensación que interesa la recurrente, pues de esta manera se marginaría la suspensión de pagos declarada y sus efectos inmovilizadores en favor de la masa de la misma, toda vez que los créditos han sido determinados posteriormente en la sentencia judicial. La compensación actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones y por ello se generaría de este modo una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde según el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control de la suspensión de pagos. Desde el momento que ésta se declara, surge una situación especial en cuanto afecta a los créditos pendientes, que, al integrarse en la colectividad de la masa, pierden su singularidad y características propias y les afectan los avatares y concurrencias circunstanciales del

procedimiento, con la necesaria y acatable subordinación al interés común, conforme a los principios que inspiran a la Ley de 26-7-1922 [SS. 1-3-1929 y 10-12-1941)".

Tercero.- No existía en el ordenamiento jurídico español anterior a la Ley Concursal una norma específica en materia de compensación aunque el Tribunal Supremo había permitido la compensación realizada frente al deudor declarado en suspensión de pagos si los requisitos para la compensación se daban con anterioridad a la declaración de suspensión de pagos (Sentencias de 10 de diciembre de 1941 y 21 de marzo de 1932 citadas en el Fundamento primero párrafo 5º de la STS de 11 de julio de 2005).

Cuarto.- Cuando la Ley Concursal incluye el actual redactado del artículo 58 un sector importante de la doctrina saluda que haya accedido a la norma positiva un criterio jurisprudencial que había planteado algunos problemas tanto teóricos como prácticos en su formulación y efectos.

El artículo 58 de la Ley Concursal establece que: "*" Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.*

En caso de controversia en cuanto a éste extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal".

La remisión al artículo 205 de la Ley Concursal – normas de derecho internacional privado – apunta a una configuración de la compensación que hasta la fecha no había sido considerada por la jurisprudencia, la de que la compensación no fuera tanto un medio de pago como una garantía. Por eso, en previsión de aquellos países que configuran la compensación como un modo de garantía, en el ámbito del derecho internacional las normas UNCITRAL en materia de insolvencia transfronteriza – no suscritas por España – permiten las compensaciones cuando así lo establezcan las disposiciones de los distintos estados (es el caso de Alemania, que admite la compensación tanto preconcursal como postconcursal, y en igual sentido Inglaterra, Italia, Suiza, Holanda, Canadá y Estados Unidos.

Quinto.- En la práctica de la contratación bancaria las cláusulas de compensación son habituales en la práctica totalidad de los contratos, cláusulas que establecen pactos de compensación muy amplios que incluso permiten que el acreedor enajene activos que el deudor pueda tener en depósito en la entidad financiera – letras del tesoro, acciones cotizadas en mercados secundarios, opciones de compra -. Las fórmulas de compensación actúan no tanto como un mecanismo de pago, sino como una garantía que favorece o facilita los préstamos y créditos. Se habilita una línea de crédito a una sociedad mercantil porque dicha sociedad dispone de otras cuentas, fondos, imposiciones o productos financieros que permiten ponderar los riesgos derivados de un incumplimiento de la obligación cuando venza. Estas garantías pueden ir acompañadas de alguna fórmula de prenda o pignoración de activos del deudor – normalmente imposiciones a plazo fijo – o quedar en meras cláusulas de compensación que reducen los riesgos. La consideración de la compensación como una fórmula de garantía en el derecho español ha sido cuestionada por autores como el profesor Díaz Lezcano que entiende que es "una figura claramente favorable para las entidades financieras, que buscan con ella evitar tener que acudir a la controvertida figura de la prenda de créditos, y utilizar, en cambio, la compensación de manera indirecta, lo que permite al acreedor ejercitar el crédito en caso de impago, toda vez que el crédito pignorado no se subasta sino que se compensa". Se trata, por lo tanto de un debate abierto.

Cuando en marzo de 2005 se promulga el RD 5/2005, de 11 de marzo, convalidado por resolución de 7 de abril, y que tiene como título: Reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública; se puede replantear si el legislador español no ha querido introducir en nuestro ordenamiento de un modo un tanto asistemático un sistema de compensación desvinculado del mero instrumento de pago y convertido en una garantía para el acreedor. El ámbito objetivo y subjetivo del RD 5/2005 plantea algunas dudas respecto de su aplicación a los simples contratos bancarios de crédito y préstamo, pero lo cierto es que tanto su confusa redacción, como la amplitud con la que se definen las operaciones de compensación en el artículo 5 - "*Este capítulo se aplicará a las operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con él, siempre que el acuerdo prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones. El saldo neto deberá ser calculado conforme a lo establecido en el acuerdo de compensación contractual o en los acuerdos que guarden relación con éste" -*, lleva a considerar necesario revisar el alcance del artículo 58 de la Ley Concursal.

Sexto.- Vinculado con el fundamento anterior debe abordarse una cuestión procesal planteada por la representación de la demandada por entender que al amparo del artículo 16 del texto del RD 5/2005 no caben acciones rescisorias para fiscalizar las operaciones realizadas al amparo de esa norma. Esta cuestión de índole procesal no debe aceptarse por las siguientes razones:

1) No es pacífica la aplicación del mencionado RD a los supuestos de pactos de compensación recogidos en simples pólizas de crédito o préstamo;

2) Incluso aun cuando fuera de aplicación ese RD – cuestión abordara en otras resoluciones del Juzgado – el artículo 16 no establece una prohibición absoluta de ejercicio de acciones rescisorias ya que las mismas podrían plantearse cuando exista o pueda existir fraude de acreedores, la redacción del artículo de referencia del RD debe vincularse al hecho de que en este tipo de operaciones no hayan de aplicarse el juego de presunciones previsto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, pero no a que las operaciones de compensación no puedan y deban ser fiscalizadas;

3) En todo caso la acción ejercitada no sería la prevista en el artículo 71 de la Ley Concursal sino el incidente al que se refiere el artículo 58 de la Ley Concursal, incidente que no cuenta con los condicionantes de la acción reintegratoria específica.

Séptimo.- Por otra parte no es pacífico en la doctrina que el artículo 58 deba aplicarse tanto a las compensaciones legales – las que cumplen los requisitos previstos en el artículo 1196 del Código civil – como a las pactadas por las partes, autores como la profesora Bermejo afirma que el régimen del artículo 58 está

pensado fundamentalmente para la compensación legal, no la compensación convencional y que, "*es necesario acomodar la aplicación del precepto a los presupuestos de la compensación convencional […] para invocar la eficacia frente al concurso de esta modalidad de compensación han de existir antes de la declaración todos los elementos que posibiliten la compensación anticipada* ". Otros autores – Gálán López – consideran directamente que "*no ofrece dudas de que éste [con referencia al artículo 58 de la Ley] aparece referido exclusivamente a la compensación legal* ".
El régimen jurídico de la compensación legal se somete a la disciplina del artículo 1196 del Código civil mientras que los denominados pactos compensatorios se regulan por otras normas, las propias de la libre voluntad de las partes al pactar – artículo 1255 del Código civil – que habilita las compensaciones aunque las obligaciones no sean de la misma naturaleza, no estén ambas dos vencidas o no sean exigibles. En los pactos de compensación derivados de los contratos bancarios no se trata de considerar que quien es acreedor de una obligación es, recíprocamente, deudor en otra respecto del mismo sujeto y que esa circunstancia permite que los saldos se puedan o deban atemperar. De lo que realmente se trata de que por medio de una cláusula contractual el acreedor puede disponer de bienes o derechos del deudor – vencidos o no líquidos o no – para garantizar una deuda en el supuesto de que la misma no pueda ser cumplida en el modo inicialmente previsto.
En los supuestos de pacto convencional de compensación lo razonable es acudir a las normas que la propia ley concursal prevé para el cumplimiento de los contratos, es decir, si los contratos están en vigor las cláusulas que prevén fórmulas de compensación deben someterse al régimen del resto de cláusulas contractuales en función de que exista o no incumplimiento del contrato (artículo 61 y 62 de la Ley Concursal) y en función de que se resuelvan o no las obligaciones en el marco del proceso concursal.
Por lo tanto si los contratos están en vigor en el momento de declararse el concurso las cláusulas de compensación hacen su función de garantía y deben someterse a las reglas generales de los contratos en el concurso, sin embargo si el contrato se hubiera resuelto, es decir si el contrato hubiera vencido antes de la declaración del concurso la compensación actúa como sistema de pago y, por lo tanto, sometido a las limitaciones examinadas." : Sentencia JM-3 Barcelona 2.10.2006 (Incidente Concursal 463/2006) y Sentencia JM-3 Barcelona 2.10.2006 (Incidente Concursal 463/2006), que en su fundamento siguiente resuelven en sentido diverso por las distintas circunstancias fácticas (vid. Infra).

6.1 Vigencia del pacto de compensación convencional incluido en contrato bilateral vigente

JM-3 Barcelona

"**Octavo**.- Trasladadas las anteriores consideraciones la supuesto de autos debe tenerse en cuenta:
- Que la cláusula de compensación pactada permite tres operaciones distintas:
  - Que cerrado el crédito derivado del contrato puedan aplicarse al saldo derivado del mismo las cantidades que existan en efectivo en favor del deudor en toda clase de cuentas individuales de las que disponga en la entidad financiera.
  - Que el saldo favorable del que pueda disponer el deudor en esta línea de crédito pueda ser aplicada a otras deudas que puedan tener en favor de la misma entidad.
  - Que se puedan vender toda clase de valores o activos depositados en el acreedor para amortizar las cantidades que resulten adeudadas en el contrato.
- El propio contrato prevé dos supuestos distintos de conclusión:
  - Por vencimiento del plazo pactado si no se hubiera hecho efectivo el derecho de prórroga previsto.
  - La resolución del contrato por cualquiera de las causas previstas en el punto décimo del contrato para supuestos de incumplimiento.
- BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A. no resolvió anticipadamente el contrato por ninguna de las causas previstas en el mencionado contrato, incluso mantuvo la póliza abierta tras la declaración de concurso.
- La aplicación de saldos en favor de la deuda se produce con posterioridad a la declaración del concurso.
Cabe, por lo tanto, la posibilidad aplicarle al demandado el régimen de los contratos en vigor pues el suyo no se había resuelto por ninguna de las causas previstas en el mismo ni se habían articulado los mecanismos de resolución o de mantenimiento previstos en el artículo 61 y 62 de la Ley Concursal.
Si se mantenía el contrato en vigor – al margen del uso o incidencias que las partes pudieran denunciar y que sin embargo no se comunicaron al Juzgado -, la vigencia determinaba que en aplicación del clausulado las compensaciones fueran posibles.": Sentencia JM-3 Barcelona 2.10.2006 (Incidente Concursal 463/2006)

6.1.1 Tesis contraria

AP Oviedo

"Ahora bien lo relevante a los fines que nos ocupan es que, con independencia de que la actuación del Banco fuera o no unilateral o que mediara la antedicha domiciliación, lo bien cierto es que una vez declarado judicialmente el concurso la entidad bancaria no puede imputar los pagos recibidos a la cuenta de crédito ***[vigente]*** con la finalidad de minorar el saldo deudor. No se trata de que con ello se esté llevando a cabo una compensación que vulnere lo dispuesto por elart. 58 L.C., pues la práctica que esta norma prohíbe es la aplicación de la función solutoria que dicha compensación conlleva al

margen de los específicos mecanismos de pago previstos en la Ley para los créditos de naturaleza concursal. Por el contrario, en el caso presente nos hallamos ante el saldo deudor que arroja una cuenta de crédito cuya fecha de vencimiento prevista lo será con posterioridad a la declaración misma del concurso por lo que, como más adelante se razonará, se trata de un crédito contra la masa. La norma que por lo tanto regula tales pagos será la contenida en elart. 154 L.C. y más concretamente las reglas generales contenidas en su apartado 1 a cuyo tenor "Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta", y en su apartado 2 que reza "Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso". De lo anterior se deriva que el pago de tales créditos contra la masa únicamente podrá ser llevado a cabo por la Administración concursal y siguiendo el orden ya citado, por lo que en modo alguno será lícito que la entidad bancaria aplique los cobros recibidos al saldo deudor, pues ello sería tanto como satisfacer un crédito contra la masa con vulneración de las normas que regulan su régimen de pagos, encontrándose por lo tanto el Banco Santander Central Hispano en adeudar a la masa del concurso la suma de 108.362,95 euros.": SAP Oviedo 19.10.2009 (Sentencia 345/2009; Rollo 425/2008)

6.2 Inaplicabilidad del pacto de compensación convencional incluido en contrato bilateral no vigente

JM-3 Barcelona

"**Octavo**.- Trasladadas las anteriores consideraciones la supuesto de autos debe tenerse en cuenta:
- Que la cláusula de compensación pactada permite tres operaciones distintas:
  - Que cerrado el crédito derivado del contrato puedan aplicarse al saldo derivado del mismo las cantidades que existan en efectivo en favor del deudor en toda clase de cuentas individuales de las que disponga en la entidad financiera.
  - Que el saldo favorable del que pueda disponer el deudor en esta línea de crédito pueda ser aplicada a otras deudas que puedan tener en favor de la misma entidad.
  - Que se puedan vender toda clase de valores o activos depositados en el acreedor para amortizar las cantidades que resulten adeudadas en el contrato.
- El propio contrato prevé dos supuestos distintos de conclusión:
  - Por vencimiento del plazo pactado si no se hubiera hecho efectivo el derecho de prórroga previsto.
  - La resolución del contrato por cualquiera de las causas previstas en el punto décimo del contrato para supuestos de incumplimiento.
- CAJA MADRID no resolvió anticipadamente el contrato por ninguna de las causas previstas en el mencionado punto 10 del contrato, sino el vencimiento por el plazo pactado, vencimiento que se hace efectivo porque la entidad financiera decide no prorrogar el contrato.- El vencimiento se produce semanas antes de la declaración de concurso y determina que se advierta de la existencia de un saldo deudor a favor de la entidad demandada, saldo que es el que se insinúa en el procedimiento concursal.
- La aplicación de saldos en favor de la deuda se produce con posterioridad a la declaración del concurso.

No es posible, por lo tanto, aplicarle al demandado ni el régimen de los contratos en vigor pues el suyo se resolvió por expiración del plazo pactado antes del concurso, ni las fórmulas derivadas del RD 5/2005, previstas para pactos y operaciones que permitan la inmediata compensación realizada antes de la declaración de concurso o en el momento en el que se produce, ni tan siquiera el artículo 58 de la Ley Concursal ya que habla de efectos de compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso. En este caso antes de la declaración de concurso la deuda en favor de CAJA MADRID existía pero no así la existencia de otros activos en las cuentas del concursado que puedan ser compensados, activos que se manifestaron casi dos meses después de la declaración de concurso de concurso, por lo tanto no se daban en el momento anterior a su declaración.

En definitiva y puesto que el contrato había ya vencido no parece ni razonable ni ajustado al contenido de la norma que ese vencimiento previo a la declaración del concurso permita al acreedor habilitar el medio de pago propio de la compensación respecto de saldos que se generan cuando el concurso ya ha sido declarado. El demandado ha de reintegrar las cantidades que aplicó en octubre de 2005 y debe devolver las mismas aplicando los intereses pactados desde la fecha en la que dispuso de ellos hasta la completa devolución.": Sentencia JM-3 Barcelona 2.10.2006 (Incidente Concursal 462/2006)

7. Improcedencia de la compensación: crédito no vencido, líquido y exigible a fecha declaraciòn concurso

AP Barcelona (Sección 15)

"Fundamentos de derecho.—I. El inventario elaborado por la administración concursal de «N., S.L.», junto con el informe y la lista de acreedores, incluyó un cré-dito de la concursada frente a Agustín G. por un importe de 139.910,90 euros. Por me-dio del presente incidente concursal, Agustín G. impugnó el inventario y solicitó que se reconociera que había realizado una aportación a favor de la sociedad de 178.000 euros y que con ella se

tuviera por reintegrada la cantidad de 139.910,90 euros. La sen-tencia dictada en primera instancia apreció que la supuesta aportación de 178.000 eu-ros no fue tal, sino un pago realizado para liquidar dos pólizas de crédito de las que era deudora principal la concursada y el señor G. fiador solidario. La sentencia aprecia que el pago se hizo con posterioridad a la declaración de concurso y en su condición de fia-dor solidario, y el crédito que por tal cantidad tiene contra la sociedad es concursal su-bordinado y no cabe apreciar una compensación, pues no se cumplen los requisitos del art. 58 LC.
En su recurso de apelación, el señor G. argumenta que tal y como advirtió en el acto de la vista, tan sólo pretende sea compensada la deuda hasta la suma de 120.000 euros, a que asciende el importe de una de las pólizas que había vencido antes de la declaración de concurso. Argumenta el recurso que, como esta póliza había vencido antes de la declaración de concurso, se cumplían los presupuestos de la compensación, de acuerdo con una correcta interpretación del art. 58 LC.
II. La argumentación seguida por el juez mercantil es clara y certera, y merece ser confirmada. No se discute que el señor G. es deudor de la sociedad «N., S.L.» por un importe de 139.910,90 euros. Tampoco se discute que el señor G. era fiador soli-dario de dos pólizas de crédito en las que era deudora principal «N., S.L.», ni que el señor G. abonara 178.000 euros al «Banco...» para cancelar dichas pólizas. Este pago está acreditado que fue realizado con posterioridad a la declaración de concurso, lo que legitima al fiador para que se le reconozca un crédito concursal subordinado, confor-me a lo prescrito en los arts. 87.6 y 93.2.2.º LC, en atención a que además reunía la condición de administrador de la sociedad.
No cabe tener por compensados el crédito que el señor G. ostenta frente a la so-ciedad concursada (178.000 euros), ni siquiera el de la póliza bancaria que había vencido antes de la declaración de concurso (120.000 euros), con el crédito que la con-cursada tiene frente al señor G. (139.910,90 euros), hasta la cantidad concurrente, por-que al tiempo de la declaración de concurso no se cumplían los requisitos de la com-pensación (art. 58 LC), como muy bien argumentó el juez mercantil. A estos efectos, resulta irrelevante que una de las pólizas bancarias hubiera vencido antes del concur-so, pues ello tan sólo hubiera legitimado al banco para compensarse el crédito con al-guna deuda vencida y exigible que él pudiera tener con la concursada. Lo relevante, a los efectos de la compensación interesada por el señor G., es que él pagó al banco, en su calidad de fiador, una vez declarado el concurso, y hasta entonces su posible cré-dito frente al deudor principal además de ser contingente, no era exigible, y no siéndolo no se cumplían los requisitos legales (art. 1196 CC) para su compensación con la deuda que el señor G. tenía frente a la sociedad.
El art. 1839 CC es muy claro al prescribir que el fiador no se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía frente al deudor, sino por el pago, por lo tanto hasta que no pagó no cabía entenderlo por subrogado y, consiguientemente, carecía de acción para reclamar el crédito frente al deudor principal. Cuando pagó y por lo tanto se su-brogó en el crédito, la deudora principal ya había sido declarada en concurso, y en esas condiciones ya no cabía la compensación (art. 58 LC).”: SAP Barcelona (Sección 15) 05.05.2010 (Rollo 46/2010; RJC 204)

“1.- En el escrito de demanda que formuló TRANSPORTES FERROLANOS MONTERO SL contra IST 2007 SA le reclamó el pago de 4.840,20 euros, deuda social devengada como consecuencia del impago de una serie de servicios de transporte realizados por la actora a la demandada. Ésta se opuso a dicha pretensión alegado la prescripción de la acción de reclamación de cantidad ejercitada así como la compensación de dicho importe al existir una deuda de mayor cantidad debida por la actora a la parte demandada.
La sentencia que ahora recurre la parte actora desestimó la excepción de prescripción de la acción alegada al amparo del art. 951 del CCo ya que no había sido interrumpido el plazo previsto en ese precepto pero estimó la compensación de créditos opuesta por la demandada y, consecuentemente, desestimó la demanda.
2.- En el primer lugar se alega que en toda la sentencia apelada no hace mención alguna de la situación concursal en la que se halla inmersa la parte demandante, ahora recurrente. En segundo lugar, se señala que la Ley Concursal vigente (art. 58) establece que, declarado el concurso, no producirá sus efectos la compensación de créditos y de deudas del concursado pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial que la declarase se haya dictado con posterioridad. Añade a esto último la parte apelante que las facturas ahora reclamadas se hallan en el primer supuesto del referido precepto de la Ley Concursal.
Por último, se indica en el recurso que de la Ley Concursal se deduce que todas las cuestiones atinentes a la compensación de créditos del concursado se resolverán a través de los cauces del incidente concursal.
3.- La parte actora TRANSPORTES FERROLANOS MONTERO SL fue declarada en concurso voluntario por auto de 10 de junio de 2011 dictado por el Juzgado Mercantil 1 de A Coruña.
Las facturas que se reclaman se emitieron con fecha posterior a la de la declaración del concurso y todas ellas con vencimiento posterior también a la declaración de concurso (docs. 5 a 27, inclusive de la demanda y sus correspondientes fs. 15 a 37)
4.- Los efectos que produce el concurso sobre la función de pago de la compensación son importantes ya que la compensación queda prohibida una vez declarado el concurso. La eficacia solutoria de la compensación sólo puede ser invocada cuando los requisitos necesarios para poder compensar se hayan verificado antes de ser declarado el concurso. La racionalidad de la referida normal legal es impedir que puedan realizarse pagos al margen del concurso sin que concurra justificación alguna para ello. A tal fin, la declaración de concurso bloquea la concurrencia de los requisitos que colocan a los créditos en situación de compensación. La única excepción en este punto viene marcada por tratarse de de créditos nacidos o derivados de un contrato de cuenta corriente, lo que tampoco constituye el supuesto del presente caso.
Los requisitos en los que se funda la existencia de una situación de compensación son los establecidos por la ley (arts. 1.195 y 1.196 CC) ya que para opere la función solutoria de la compensación frente al concurso los créditos deben ser homogénos y recíprocos, así como estar vencidos, ser líquidos y ser exigibles antes de la declaración de concurso, ex art. 58 LC.

Ahora bien, pese a lo efectivamente recogido en el artículo 1.202 CC *in fine* (" *El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores* "), lo cierto es que, en la realidad jurídica, esta institución de la compensación no opera de una forma tan automática. En sede de un procedimiento concursal es el acreedor-deudor quien debe invocar la existencia de esa compensación para hacer valer sus efectos. De los arts. 84 y 85 de la LC se deduce que será en el trámite de la comunicación de créditos, donde el acreedor deberá procurar el reconocimiento de los efectos de la compensación ante la administración concursal. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal (art. 58 *in fine* LC).
Por último recordar, como dijimos en nuestra sentencia de 10 de marzo de 2008, que *"...(l)a regla del artículo 58 LC se proyecta sólo sobre los créditos concursales en atención a que se trata de un efecto de la declaración de concurso sobre los créditos afectados por el mismo, tal y como se desprende de su ubicación sistemática del precepto. El artículo 58 LC se encuadra dentro del Título III y en particular en el Capítulo II que lleva por rúbrica "De los efectos sobre los acreedores". Este Capítulo II comienza con el artículo 49, que integra dentro de la masa pasiva a los acreedores concursales (art. 49. Integración de la masa pasiva, "Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes"). Y sobre estos acreedores se aplican los efectos sobre los créditos en particular previstos en la sección 3ª del capítulo II, siendo el primero de ellos la prohibición de compensación*..."
Dicho todo lo anterior resultara claro que no puede oponerse por la parte demandada compensación alguna atendido que de los docs. 5 a 27 adjuntados a la demanda se desprende claramente que todos los requisitos exigidos en los arts. 1195 y 1196 CC acontecieron una vez declarado el concurso de la parte actora. Por otro lado, los créditos de la demandada son anteriores a la declaración de concurso, sin que se haya acreditado la existencia de un acuerdo de compensación entre las partes, acuerdo que, además, resultaría prohibido a tenor de lo establecido en el art. 58 LC. De ahí que proceda estimar el recuso y la demanda ya que la oposición de la demandada de que no se aportaron los originales de las cartas de porte CMR, ni, en el supuesto de los transportes nacionales realizados por la parte actora por orden de la propia parte demandada, de los albaranes de entrega no resulta acorde con la prueba obrante. En ella, según es de ver de los referidos docs. 5 a 27 queda la oportuna constancia de las cartas de porte CMR (originales, fotocopia de las mismas) de cada transporte internacional realizado por la actora así como de los correspondientes albaranes en los transportes nacionales. Todo lo anterior lleva, como hemos dicho, a la estimación del recuso y de la demanda.": SAP Barcelona (Sección 15) 30.10.2014 (Sentencia 352/2014; Rollo 222/2014)

AP Burgos

"TERCERO.-El Juzgado de lo Mercantil entiende que no procede la compensación entre el crédito de la concursada contra la demandada por importe de 94.688,03 # y el crédito de esta contra la concursada por importe de 91.426,89 # porque ambos créditos tienen fecha de vencimiento el 25 de abril de 2007, y el concurso se declaró el 24 de abril. En consecuencia, y de acuerdo con lo solicitado por el administrador concursal, condena a la demandada Industria Auxiliar Alavesa SA a reintegrar a la masa del concurso la cantidad de 91.426,89 # con sus frutos e intereses.
La parte demandada pide la desestimación de la demanda, aun sosteniendo que no hay compensación, porque lo que hubo en realidad según ella fueron una serie de cargos por devoluciones de material y diferencias de facturación que contribuyeron a rebajar el crédito por suministros de la concursada.
Desde luego la parte demandada no puede negar que la compensación se produjo si en las notas por devoluciones y diferencias de facturación que remitió a la concursada se hacía consta al pie de los documentos "condiciones de pago: compensación de facturas mismo vencimiento". Con ello se quería decir que, comoquiera que las facturas por los suministros realizados por la concursada llevaban fecha de vencimiento 25 de abril de 2007, con esa misma fecha se compensarían los cargos por devolución de material y diferencias de facturación, como de hecho se hizo cuando, llegado el día 25 de abril, solo se atendió un recibo del Banco por la diferencia entre las facturas de la concursada y los cargos por devoluciones y diferencias de facturación. Luego si fue la misma demandada la que procedió a compensar lo debido por uno y otro concepto, no puede decir que no existió compensación.
La compensación existió con fecha 25 de abril de 2007, un día después de la declaración del concurso. Luego la compensación no procedía conforme a lo previsto en el artículo 58 de la Ley Concursal, porque la deuda de la concursada con la demandada no vencía hasta un día después de la declaración del concurso.
TERCERO.-Dicho esto, la consecuencia de rechazar la compensación no puede ser la condena de la demandada a reintegrar a la masa del concurso la cantidad de 91.426,89 # con sus frutos e intereses, que es a lo que condena la sentencia. La consecuencia habrá de ser la de incluir en la masa activa del concurso la parte del crédito no pagado de la concursada contra la demandada, es decir, la cantidad de 91.426,89 #, y en la masa pasiva del concurso la deuda de la concursada con la demandada por el mismo importe, y sin devengo de ninguna cantidad por frutos e intereses, pues desde la fecha de la declaración del concurso se suspende el pago de intereses conforme a lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley Concursal. No se trata aquí de reintegrar ninguna cantidad al concurso porque en realidad nunca salió del concurso esta cantidad de dinero; simplemente el crédito no se cobró al compensar la parte demandada de forma unilateral una y otra deudas. Por ello lo que procede es la inclusión del crédito en la masa activa del concurso.": SAP Burgos (Sección 3) 30.04.2010 (Sentencia 201/2010; Rollo 71/2010)

"PRIMERO. Se plantea en el presente incidente de impugnación del informe de la administración concursal la posibilidad de que se reconozca o no al acreedor que lo es del concursado por una suma total de 57.950,41 #

el montante total de su crédito o solo una parte del mismo, concretamente 17.350,96 #, y ello por la existencia de un abono hecho por el mismo acreedor a favor del concursado por importe de 40.600 #.
SEGUNDO. A la vista de lo anterior lo que se plantea es la posibilidad de una compensación, pues por efecto del abono acreedor y deudor lo son recíprocamente entre sí por valor de 40.600 #. La administración concursal así lo ha considerado y por eso ha incluido en el pasivo del concurso el crédito por importe de 17.350,96 #. El acreedor impugnante considera que su crédito debe incluirse en su totalidad, porque la eficacia del abono estaba condicionada a que el concursado pagara la totalidad de la deuda, y tal evento no ha sucedido en la fecha de la declaración del concurso, pues aun descontando el abono, la deuda seguiría existiendo por 17.350,96 #.
La situación encuentra su solución en el artículo 58 de la Ley Concursal que prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado cuyos presupuestos no existan en la fecha de la declaración del concurso. La compensación solo se permite, además del supuesto especial del artículo 205, cuando los presupuestos de la compensación ya existieran en la fecha de la declaración del concurso. En este caso la compensación no es posible porque no se cumplen respecto al abono los requisitos del artículo 1196 del Código Civil para considerarlo una deuda líquida, vencida y exigible. El abono no era exigible en la fecha de la declaración del concurso, ni aún lo es ahora, ya que faltan por pagar 17.350,96 #, además de la deuda coincidente con el importe del abono. Por lo tanto debe reconocerse a Electricidad Manuel Moreno SL un crédito de 57.950,41 #.
”: SAP Burgos (Sección 3) 30.05.2011 (Sentencia 181/2011; Rollo 112/2011)

“TERCERO.-Lo dicho supone que deben de analizarse los títulos con los que la parte demandada-reconviniente-apelante pretende compensar la cantidad recibida del actor. Al respecto, procede realizar las siguientes consideraciones a los efectos del artículo 218 LECv.
1º.- Si se observa la factura derivada de los honorarios iniciales de la redacción del proyecto básico y ejecución, puede comprobarse que aparece debidamente contabilizada y que no existe duda de su emisión en marzo de 2008 (f. 45). Por el contrario, si se observa la factura que pretende compensar el apelante puede observarse (f. 28) que no tiene "cajetín" alguno de contabilización por el demandado, ni fehaciencia sobre su emisión, pues aún fechada el 2-06-2010 es lo cierto que no se apunta como contabilizada y por lo tanto no puede conocerse cuando se emite y si se entrega en 2010, como dice el demandado, o en 2012, como dice el demandante en el juicio oral. Asimismo, si se observa la contabilidad aportada del demandado puede comprobarse que en el año 2011 y 2012 no se aprecia la contabilización de esa factura.
2º.- La sociedad actora fue declarada en Concurso de Acreedores por Auto de 28-12-2010 (f. 37) y el demandado junto con su hijo son socios minoritarios de esa sociedad. Ello supone, a la hora de valorar la posible compensación, que el art. 58 LC prohíbe la compensación de créditos y deudas por el concursado, pero establece como excepción: cuando los requisitos de la compensación hubieren existido con "anterioridad" a la declaración.
La cuestión, por lo tanto, esta en determinar si antes del 28-12-2010 existía a favor de la parte demandada un crédito compensable y por lo tanto líquido, vencido y exigible y cuya prueba a los efectos del art. 217 LECv, como hecho extintivo, corresponde a la parte que invoca esta motivo de oposición y extinción de las obligaciones del art. 1196 CCv. Considerando que se invocan dos deudas compensables de distinta naturaleza debe de ser analizadas por separado:
a.-Compensación por factura no contabilizada y fechada el 2-06-2010. En relación con ese documento como medio para acreditar una deuda, líquida vencida y exigible, procede realizar las siguientes consideraciones.
-Ya se ha indicado que no es una factura contabilizada y que por lo tanto corresponde a la parte demandada acreditar que se emitió y entregó al demandante antes del Concurso y no en Junio de 2012, como reitera el representante de la sociedad actora.
-Se dice que se emite en 2010 porque se refiere a trabajos de la obra hasta su finalización. Ahora bien, impugnada la factura la parte demandada no acredita que se emitiera, para que se pudiera valorar como deuda líquida, con motivo del fin de la obra; pues no consta que la obra finalizara en 2010, ni se aporto certificado de fin de obra de esa fecha, ni la parte demandada prueba que la obra finalizara en 2010 y entregara la factura de honorarios en 2010 a la parte actora, ni que contabilizara la factura; con lo que difícilmente podemos decir que estamos en presencia de una deuda, líquida ni exigible, ni vencida, pues no consta ni siquiera contabilizada, ni entrega la factura al deudor para poder compensar su cuantía.
-Examinado el acta videográfica del juicio oral puede comprobarse que el demandado dice que el fin de obra fue en 2012, pero luego lo rectifica y dice que "creo" y cuando su letrado le indica "piénselo bien", dice no me acuerdo y luego añade "si me acuerdo ahora" y dice se emitió en 2010 por trabajos de 2010; aunque, como hemos visto, ni se contabilizó, ni consta contabilizada; con lo que a los efectos del art. 58 LC y art. 1195 CCv no puede considerarse un crédito compensable contra un deudor-concursado, nacido en NUM000 del 2010 y por lo tanto anterior al Concurso de acreedores.
-En todo caso, no consta entregada la factura cuya compensación se pretende a la Administración concursal a partir de Diciembre de 2010 y por lo tanto, sin perjuicio de un posible incidente concursal a que se refiere el art. 58 in fine y art. 96 bis LC en su redacción de la ley 38/2011 y si hubiere posibilidad procesal de ello, es lo cierto que la factura no consta: ni emitida en 2010, ni entrega al administrador del actor en junio de 2010; ni entregada a la Administración concursal después de Diciembre de 2010; y ello sin olvidar que entre el demandado y su hijo eran socios de la actora en un 30 % según se manifiesta en el juicio oral.
b.- Documento de Efebedos SL fechada en 2011.
Es claro que el documento que se invoca como compensable no es factura, ni deuda alguna líquida, vencida y exigible del acreedor-demandado-reconveniente frente al deudor-demandante-reconvenido, sino que es un mero "recibo" de un tercero que dice que ha recibido del demandado una determinada cantidad, pero no se acredita porque razón el Arquitecto hace trabajos de acabados a los compradores de las viviendas y los paga a un tercero. En todo caso, no consta factura alguna, ni emitida, ni contabilizada, ni entregada a la entidad actora

por trabajos de acabado antes del Concurso y que pudiera compensarse por la vía excepcional del art. 58 LC ":SAP Burgos (Sección 2) 19.12.2013 (Sentencia 339/2013; Rollo 297/2013)

AP Córdoba

"PRIMERO.- Por más que la extensión del alegato contenido en el recurso de apelación pudiera hacer pensar que nos encontramos ante una cuestión compleja, la lectura de las actuaciones revela que, antes al contrario, se trata de un mero problema de prueba y, a efectos de este recurso, de verificación de que la valoración realizada en la sentencia de instancia sea racional y acorde a los medios probatorios practicados. Respecto de lo cual, la única prueba practicada en la instancia ha sido la documental aportada por la propia parte actora-apelante, que resulta manifiestamente insuficiente para justificar la pretendida compensación de créditos pretendida, tal y como se concluye en la sentencia apelada. Y ello, porque el documento número 7 de la demanda incidental, sin firma, titulado "Informe embocaduras de hormigón en mal estado", se contrae a unas supuestas deficiencias apreciadas en fecha muy anterior a la factura que tendría su génesis en tales defectos (el informe es de 25 de septiembre de 2009 y la factura supuestamente compensable de junio de 2010), del que hipotéticamente se derivaría la procedencia de la emisión de la citada factura por importe de 23.107,20 #. Como bien dijo la administración concursal en su contestación a la demanda incidental, se trata de documentos y valoraciones unilateralmente elaborados, sin que conste ningún visado o certificación técnica por parte de los facultativos que dirigieron la obra, así como ni siquiera que la demandada-acreedora conociera la factura. Es decir, lo que la parte apelante llama "errónea e ilógica valoración de la prueba" no es ni más ni menos que el juzgador de instancia, con ortodoxo criterio hermenéutico, no ha dado por buena su autoliquidación de unos daños y perjuicios que no han sido contrastados por la dirección técnica, que no constan aceptados por la parte contraria, que no han sido determinados judicialmente y que únicamente se basan en documentos privados creados por ella, que se aportan por simple fotocopia y en algunos casos sin firma.
SEGUNDO.-La posibilidad de extinción de los créditos afectos a un proceso concursal por compensación viene tratada en el artículo 58 de la Ley Concursal, que establece como principio general que, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En este caso, el crédito pretendidamente compensable no reúne los requisitos exigidos en el artículo 1.196 del Código Civil (al que implícitamente se remite el citado precepto de la Ley Concursal) -liquidez, vencimientos y exigibilidad-, ya que hasta la interposición de la demanda incidental no constaba siquiera que la contraparte conociera la existencia de la factura, ni mucho menos que hubiera aceptado la existencia del crédito en su contra; sin que tampoco figurase el pretendido crédito en la contabilidad de la concursada. Del mismo modo que la recurrente está promoviendo incidentes concursales para negar la procedencia de compensaciones resultantes de retenciones de certificaciones de obra realizadas por otras empresas frente a ella, lo idóneo es que en este caso hubiera pretendido la procedencia de la compensación por la vía incidental específica que permite el segundo párrafo del indicado artículo 58 de la Ley Concursal, en vez de impugnar la lista de acreedores dando por unilateralmente compensado un crédito cuya existencia ni siquiera constaba a la administración concursal y que, en todo caso, habría de ser objeto de previa determinación si se acreditase que se habían producido los daños y perjuicios -por incumplimiento en cuanto a la calidad y características de las embocaduras- que daban lugar a la emisión de la factura.": SAP Córdoba (Sección 3) 05.02.2013 (Sentencia 22/2013; Rollo 21/2013)

AP Girona

"SEGUNDO.-Como antecedentes fácticos necesarios para resolver la controversia planteada se señalan los siguientes:
El instante del incidente concursal, el Sr. Bartolomé con su demanda pretendía la compensación entre una deuda que este mantiene con la sociedad concursada y un crédito de que a su vez ésta es titular frente a él por un préstamo concedido por la sociedad al que fue su administrador el ahora instante.
Dicho préstamo es de importe 337.6000, y la deuda de a la sociedad frente instante es de 167.383,58 euros.
Ambas aparecen reconocidas en el informe de la administración, según consta en la documentación acompañada (folio 16) y en que el préstamo se corresponde a un" préstamo a largo plazo ".
El crédito del Sr. Bartolomé frente a la sociedad concursada fue calificado de subordinado.
La sentencia desestima la demanda por estimar que no concurre uno de los requisitos para apreciar la compensación de créditos del Art. 58 de la LC, al estimar que no solo es exigible que los requisitos del la compensación concurran antes de la declaración del concurso, que así parece estima concurran en el caso presente, sino que lo desestima porque dicha compensación no se había solicitado, o instado se hubiera llevado a cabo antes de dicha declaración en base al último párrafo de dicho precepto que dice " aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella ".
Asimismo a dicha argumentación la sentencia añade otra directamente relacionada con el perjuicio a la "pars conditio creditorum ", es decir a la masa de acreedores que verían su posición o su expectativa de cobro claramente perjudicada si se accedía a la compensación pretendida. Y ello porque los cerditos del Sr. Bartolomé habían sido calificados de subordinados dada la condición de Administrador de la concursada del Sr. Bartolomé, por lo cual de admitirse la compensación determinaría un claro beneficio para el instante en perjuicio de los acreedores preferentes al ser la compensación una forma de pago.
TERCERO.-Estima la Sala que en el caso presente no se dan los requisitos establecidos para apreciar la compensación de créditos.
Efectivamente debemos tener en cuenta en cuenta lo establecido en el artículo 58 de la Ley Concursal que dispone:
"Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran

existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución o acto administrativo que se haya dictado con posterioridad a ella.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, este se resolverá a través de los cauces del incidente concursal. "Declarado el concurso, no procede la compensación de créditos y deudas del concursado, aunque producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a dicha declaración, lo que significa que la compensación deberá ser consumada con anterioridad."
Lo que significa que, para que pudiera apreciarse una compensación operada y consumada con anterioridad a la declaración de concurso, sería menester, de acuerdo con el Art. 1.196 del Código Civil, poder afirmar que en esa época ambas deudas estaban vencidas y eran líquidas y exigibles. Y esto es lo que no existe en el caso presente.
Efectivamente si no atenemos a la naturaleza del crédito que la sociedad concursada ostenta frente al Sr. Bartolomé, constatamos que con los únicos datos que han sido remitidos a esta alzada consta que en el informe de la Administración concursal estamos en presencia de un préstamo a largo plazo. En consecuencia dado que dicho préstamo es mercantil de conformidad con lo dispuesto en el Art 311 del CCo., deberemos atenernos a lo dispuesto en dicho Código al respecto, y en concreto en relación a los prestamos por tiempo indeterminado, o sin plazo marcado, como seria el calificado como préstamo a largo plazo. En relación a dichos prestamos el Código de Comercio en su Art. 313 dispone:" En los prestamos por tiempo indeterminado, o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se hubiere hecho "
En consecuencia no constando acreditado por el instante, a quien incumbía su la carga de la prueba por mor del Art. 217 de la L.EC., que con anterioridad a la declaración del concurso se hubiera efectuado requerimiento alguno de pago, en consecuencia el préstamo no era exigible, dado que es a partir del requerimiento en que el deudor tiene un plazo de 30 días para su pago y no es hasta transcurrido dicho plazo en que el préstamo es exigible.
En suma, no concurriendo en época anterior a la declaración de concurso todos y cada uno de los requisitos exigidos por el Art. 1.196 del Código Civilpara que tuviera lugar la compensación legal (en particular, la liquidez y exigibilidad del crédito que invoca la apelante), conlleva a la desestimación del recurso. Y ello porque la compensación no se produciría ya que la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigibles se produciría no antes sino después de la declaración de concurso.": SAP Girona (Sección 1) 15.04.2013 (Sentencia 153/2013; Rollo 60/2013)

AP Guipúzcoa

"SEGUNDO A la vista de los términos en que se plantea el recurso, resulta patente que la cuestión objeto de debate en la alzada se centra en determinar si el juzgador ha valorado correctamente la documental aportada por la impugnante, y los requisitos necesarios para que proceda la compensación entre las cantidades que la concursada adeudaba a Loyola Norte, con las que a su vez, la impugnante adeudaba a Construcciones Ozio.
Tal y como señala la sentencia, Loyola Norte resulta en la correspondiente lista, acreedora de la concursada por un importe de 106.410,18 euros; y a su vez, figura en la lista de clientes pendientes de cobro, deudora por la suma de 94.372,66 euros (documentos 2, 3, y 4), y como cliente pendiente de facturación a la fecha de declaración del concurso, por un importe de 12.229,58 (documento 1).
El juez de instancia ha considerado improcedente la compensación de los importes correspondientes a las facturas 1, 3, y 4, puesto que el primero (12.229,58 euros), estaba sin facturar a la fecha de la declaración de concurso, y los de las facturas 3 y 4, no habían vencido, puesto que su pago se aplazó hasta fechas posteriores a dicha declaración. Unicamente se considera compensable el importe de la factura Nº 2 por no figurar en ella fecha de vencimiento, y por tanto considerarse exigible en la fecha de la declaración de concurso.
La recurrente sostiene que deben compensarse la totalidad de dichos importes, y no solo los 43.317,00 euros, de la factura Nº dos.
Pero examinadas sus alegaciones, entendemos que ninguna merece acogida, puesto que,
* Respecto a la cantidad de 12.229,58 euros correspondiente a la factura Nº 1, la propia apelante reconoce que se encontraba pendiente de facturación en la fecha de declaración del concurso, y por ello, con independencia de que en la factura se hiciera figurar una fecha anterior (sólo en algunos días), no era exigible ni por tanto susceptible de compensación.
* Respecto a los importes de las facturas 3 y 4, cabe señalar:
- que se trata de facturas emitidas en noviembre de 2006, pero con pagos aplazados hasta el día 15 de marzo de 2007 y 30 de marzo de 2007.
- que la obligaciones de pago a cargo de Loyola Norte dimanantes de las facturas, estaban sometidas a plazo, y por lo tanto, conforme alart. 1125 del C.Civil, solo eran exigibles cuando el día llegara, en fechas 15 y 30 de marzo de 2007, posteriores a la declaración de concurso. No cabe admitir la manifestación de la recurrente, en el sentido de que se trataba de plazos puestos en su beneficio, puesto que podía haber pagado al recibir la factura renunciando a hacer uso del plazo establecido; lo cierto es que Loyola Norte no optó por esta posibilidad y a la fecha de la declaración de concurso se encontraban pendientes de pago los expresados importes; y porque además, el pago a plazo iba a realizarse mediante los pagarés entregados a Construcciones Ozio, cuyas fechas de vencimiento eran posteriores a la declaración de concurso.
Razones que nos llevan a desestimar el recurso, con la plena confirmación de la sentencia apelada.": SAP Guipúzcoa (Sección 2) 30.01.2009 (JUR 2009\198784)

AP Jaén

“La recurrente Congana no cuestiona la veracidad de la deuda que tiene con Ancove y que viene reflejada en la factura objeto de reclamación, pero se opone a su pago alegando que tal factura se ha compensado con otras a su favor y que por tanto la deuda es menor.
Sin embargo, la compensación que pretende de la factura objeto de esta reclamación con las emitidas por ella como efectuada el 22 de febrero de 2008, según comunicó por fax a la demandante (doc. 15 de la demanda), no puede admitirse, como acertadamente ha razonado el Juez a quo, pues Ancove fue declarada en concurso voluntario mediante auto del Juzgado de lo Mercantil de Jaén de 15 de febrero de 2008, y conforme al art. 58 de la Ley Concursal "declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración".
La jurisprudencia ha avalado la imposibilidad de la compensación de deudas en los supuestos concursales (por todas S.T.S. de 20 de mayo de 1.993) que se caracterizan por la prohibición de disposición del patrimonio del concursado en favor de uno o varios deudores sin acuerdo y en detrimento de los demás, lo que supondría "una vulneración del principio de trato igual a los acreedores, si se sustrae un elemento de la masa activa, como es el crédito a compensar, en beneficio de uno solo de los acreedores, el titular del crédito compensado".
Y en ese sentido se pronunció la SAP de Jaén, Sección 1ª de 9-02-2009 : "En la Ley Concursal se consagra el principio tradicional que en aras de la "par conditio", prohíbe a partir de la declaración del concurso la compensación de deudas y créditos del concursado, salvo las excepciones establecidas por la Ley. Así pues, el fin principal del concurso regido por los principios indicados, es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que se verían frustrados si se permitiera sustraer a la masa créditos de igual posición, lo que sucedería de accederse a la compensación que se interesa. Esto es así, y por ello, la compensación pretendida, produciría perjuicio al resto de los acreedores, porque la compensación actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones y por ello se generaría de este modo una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, y por tanto se rompería el principio de universalidad y "par condictio creditorum", es decir conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación que nos ocupa.
Lo anterior con la salvedad de que concurran los requisitos de la compensación antes de la declaración de concurso, tal y como resulta reiteradamente expresado por la doctrina jurisprudencial en la materia. Así la SAP Barcelona, sección 15, de 30 de Septiembre del 2008 : " El art. 58 LC únicamente admite como compensación eficaz con proyección sobre el concurso la que ha tenido lugar entre créditos que ya fueran compensables, conforme al régimen legal, en el momento de ser declarado el concurso, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles) se daban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago, y contemplando la situación desde la perspectiva de un concurso ya declarado".
Y, asimismo puede citarse la SAP Valencia 26-06-2009 : "La compensación de créditos, en general exige la concurrencia del fundamental requisito de la reciprocidad, es decir que cada de uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor del otro, o dicho de otra forma que dos personas sean acreedoras y deudoras la una de la otra al mismo tiempo, sin importar la fuente de las obligaciones que procedan (STS 11 de abril de 1985, 27 de junio de 1995, 24 de marzo de 2000 entre otras), siendo igualmente un requisito de necesaria concurrencia para que opere dicho instituto extintivo que ambas deudas sean líquidas y exigibles. La jurisprudencia ha señalado que una deuda es líquida cuando está determinada en su cuantía o montante, si bien es suficiente que tal cuantía pueda fijarse mediante una simple operación aritmética (STS de 30 de diciembre de 1998), o dicho en palabras de la sentencia de dicho Alto Tribunal de 11 de junio de 1981, la liquidez "se traduce en la necesidad de que la prestación se halle determinada y cuantitativamente precisada para que pueda tener lugar el pago abreviado, a lo Que no será óbice la circunstancia de que el montante pueda obtenerse sin mas que una sencilla operación matemática". En el mismo sentido, podemos citar las sentencias de 12 de diciembre de 1921, 13 de noviembre de 1924, 21 de marzo de 1932, 10 de diciembre de 1941, 27 de diciembre de 1952, 12 de abril de 1985 entre otras. En definitiva, para que proceda la compensación es preciso, entre otros requisitos, que las deudas confrontadas sean líquidas, de tal forma que sólo cabe aquélla si se realiza este requisito, el cual no concurre, según se ha declarado, cuando la calidad de acreedores recíprocos de los litigantes sólo puede fijarse mediante una liquidación (STS 26 de febrero de 1952, 21 de abril de 1955, 24 de octubre de 1966, 5 de octubre de 1983 y 30 de marzo de 1988), por consiguiente una deuda no es líquida, si necesita una liquidación o fijación de saldo en el proceso (STS 18 de abril de 1940, 26 de febrero de 1952).
En este caso, las deudas que se pretenden compensar no estaban vencidas ni eran exigibles con anterioridad a la declaración de concurso (art. 1196, 3º y 4º Cc) por lo que no puede operar la excepción prevista en aquel precepto de la ley concursal, ya que las facturas emitidas por Congana por importe de 5.920,36 euros (doc. 1 a 13 de la contestación) fueron emitidas en los meses de octubre y noviembre de 2007 pero los pagos se aplazaron en unas (las nº 070921, 070969, 070976, 070989) hasta el día 20 de enero de 2008 y en el resto hasta los días 20 de febrero y 20 de marzo de 2008, y la factura emitida por Ancove nº B00121 con fecha 22 de febrero de 2008 también tenía el pago aplazado a 90 días, por lo que su vencimiento era el 22 de mayo de 2008 (doc. 2 de la demanda), fecha posterior a la declaración de concurso, por lo que con independencia de que la entrega de la mercancía se produjera a finales de enero de 2008 aquella por sí sola no determina la exigibilidad de la deuda al haberse pactado un plazo de 90 días, habitual en las relaciones comerciales entre

ambas partes, como resulta de las propias facturas aportadas por Congana, por lo que conforme al art. 1125 Cc al estar sometidas a plazo la obligación de pago no era exigible hasta que no llegara el día de vencimiento. ": SAP Jaén (Sección 2) 07.07.2011 (Sentencia 188/2011; Rollo 197/2011)

AP León

"PRIMERO.-Por la entidad "Autobombas de Hormigón Valladolid, S.L.", en concurso de acreedores y liquidación, se promovió demanda contra la también mercantil "Ponfebomsa, S.L.", en reclamación de la suma de 6.717,61, más intereses legales, por los trabajos de bombeo de hormigón correspondientes a las facturas que se acompañan.
La demandada, en su escrito de oposición, no niega la existencia de la deuda con la actora, sino su importe, afirmando que cada una de las sociedades colaboraba con los trabajos de la otra, teniendo esta colaboración mutua como común denominador que los trabajos efectuados entre las mercantiles tenían siempre un descuento del 20% sobre los precios fijados, el que no ha sido aplicado en dos de las facturas que se reclaman, siendo por ello que la deuda que mantiene con la actora asciende únicamente a la suma de 5.665,72 euros, la que entiende debe ser compensada con un crédito por importe 8.188,44 euros que la demanda tiene frente a la actora por trabajos realizados para la misma en los años 2009 y 2010, esto es, con anterioridad a la declaración de concurso.
La sentencia de instancia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Ponferrada, en cuanto a las facturas reclamadas por la actora considera que debe estimarse la demanda al tener por acreditado su importe y porque la demandada no puede invocar la compensación al impedirlo el art. 58 de la Ley Concursal.
Frente a dicha Sentencia se interpone recurso de apelación por "Ponfebomsa, S.L." invocando, en apoyo de su pretensión impugnatoria, los siguientes motivos: 1º.- Inaplicación del artículo 58 de la Ley Concursal, en relación a la compensación de créditos; 2º.- Incongruencia e insuficiente motivación de la sentencia de instancia; y 3º.- error en la valoración de la prueba.
La parte actora se opuso al recurso e interesa la integra confirmación de la sentencia recurrida.
SEGUNDO.-El recurso de apelación insiste, en primer lugar, en la compensación invocada, que estima debe operar de conformidad con el art. 58 LC. pues, cumpliéndose con anterioridad a la declaración de concurso todos los requisitos precisos para que se produjera la compensación, ésta debería producir sus efectos.
La condición de deudora de la demandada, la entidad "Ponfebomsa, S.L.", es un hecho reconocido por la misma, siquiera discuta el importe del crédito de la actora, por cuanto entiende que el mismo asciende únicamente a la suma de 5.665,72 euros, y no a la cantidad reclamada de 6.717,61 euros. Por otra parte en los textos definitivos del concurso, presentados por la Administración concursal aparece la demandada como acreedora de la concursada, concretamente como titular de un crédito ordinario por importe de 7.223,55 euros, si bien en el escrito de contestación se eleva a la cantidad de 8.188,44 euros, el importe adeudado por la concursada a "Ponfebomsa, S.L.", de lo que resulta que compensados los créditos la concursada aun sería deudora de aquella por la suma de 3.149,40 euros.
Dispone el articulo 58 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal".
Como dice la STS de 30 de abril de 2008 "toda compensación puede ser definida, de acuerdo con la regulación contenida en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones, en la cantidad concurrente, respecto de aquellas personas que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedores y deudoras la una de la otra".
Por otra parte, sabido es que para que opere el instituto jurídico de la compensación como forma de pago arbitrada en el art. 1.156 y 1.195 y siguientes del C. Civil, es necesario que se cumplan los requisitos que contempla el art. 1.196 entre los que se encuentra que ambas deudas sean líquidas, entendiendo por tal, que esté determinada de forma clara la prestación en orden a su cuantía, esto es, que no exista discusión sobre la cantidad de lo adeudado, requisito indispensable para que opere la compensación por cuanto de él depende establecer aquella parte del débito que es objeto de compensación sin que quepa dejar al arbitrio de una de las partes su concreción cuando existe discusión sobre el particular.
En el caso a que se refiere el recurso, si bien la demandada reconoce ser deudora de la actora por impago de los trabajos reflejados en las facturas acompañadas con la demanda, muestra disconformidad con la cantidad realmente debida al entender que resulta inferior a la reclamada y al tiempo alega tener un crédito frente a la actora por cantidad superior al que figura en los textos definitivos del concurso, presentados por la Administración concursal. Una deuda es ilíquida si se ignora qué se debe o cuánto se debe. Faltaría, pues, al momento de la declaración del concurso, el requisito de liquidez de la cantidad a compensar, exigido por el n.° 4 del art. 1.196, siendo inaplicable, por tanto, en este caso el art. 1.195.
A este respecto señala la STS de 18 de febrero de 2013 "Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o " ipso iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo,

admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después".
Aparte, suscitada controversia en cuanto a este extremo, ésta ha de resolverse a través de los cauces del incidente concursal, conforme establece el articulo 58, párrafo segundo de la Ley Concursal, para lo que resulta competente el Juzgado de lo Mercantil.
Finalmente señalar que tampoco sería de aplicación la compensación judicial, la cual, como dice la STS 10 de diciembre de 2009 "es la que se da como resultado del proceso y la decreta el órgano jurisdiccional en la sentencia. Siendo los presupuestos de la compensación la exigibilidad de las deudas, que estén vencidas y que sean líquidas, tal como exige el artículo 1196 del Código civil, en la compensación judicial puede no concurrir en el momento de plantearse el proceso y sí darse en el curso del mismo, por lo que es ordenada en la sentencia. "La doctrina de esta Sala no impone para la compensación judicial que las deudas compensables sean líquidas y exigibles en el momento de plantearse el litigio..." dice la sentencia de 26 de marzo de 2001, sino que "la ordena el órgano jurisdiccional en sentencia" añade la de 21 de septiembre de 2001 y matiza, con profusión de citas de sentencias anteriores, la de 15 de febrero de 2005 que "admite la llamada compensación judicial, la cual se produce cuando no procede la legal solicitada por falta de alguno de sus requisitos y éste se logra durante la tramitación del proceso", doctrina que reitera y resume la sentencia de 5 de enero de 2007 ".
En efecto, dice la citada STS de 5 de enero de 2007 que "la llamada compensación judicial ha sido admitida en numerosísimas sentencias de esta Sala, en las que se ha configurado como "una especie de compensación en la que no son de exigencia todos los requisitos que el Código fija para la legal y que la ordena el órgano jurisdiccional en sentencia y como resultado de un proceso" (sentencia de 17 julio 2000). Nos encontramos pues, ante una facultad del juzgador que puede tener lugar cuando falta alguno de los requisitos legales o no se dan los supuestos de la compensación voluntaria, pero se ha probado la existencia de las deudas concurrentes (sentencias de 18 enero 1999, 8 junio 1998). Ciertamente, la compensación judicial requiere que concurran créditos y títulos recíprocos y que las partes sean acreedoras y deudoras por derecho propio (sentencia de 26 marzo 2001, con la cita de otras muchas), aunque no es exigible que concurran todos los requisitos exigidos por el del Código civil para que proceda la compensación legal, entre ellos, que las deudas sean líquidas (sentencia de 18 enero 1999)". Del mismo modo, la STS de 11 de octubre de 1988 define la compensación judicial como la "establecida por sentencia que completa los requisitos que sin ella no se daban para que entrase en juego la legal, habiéndose solicitado por la parte", para señalar más adelante que esta especie de compensación carece de efectos retroactivos.
En consecuencia, produciendo este tipo de compensación efectos ex nunc, y habida cuenta el momento en que se insta, de estimarse entraría de lleno en la prohibición del artículo 58 de la Ley Concursal. Esto es, conforme a lo expuesto, la compensación judicial que no requiere en el momento en que se suscite la concurrencia de los requisitos del Artículo 1.196 del C. Civil, sino que pretende integrar dichos requisitos por medio del proceso, supondría que la concurrencia de los requisitos de la deuda que ha sido opuesta por la recurrente se habrían producido después del día 16 de mayo del 2.011, fecha de declaración del concurso, y en consecuencia no produciría efectos por aplicación del Artículo 58 de la Ley Concursal.”: SAP León (Sección 2) 14.04.2014 (Sentencia 96/2014; Rollo 110/2014)

“CUARTO.-Sobre las peticiones cuarta y quinta (crédito por daños y perjuicios y su compensación).
A) Inexistencia en el concurso del crédito alegado por la recurrente.
Es un hecho reconocido que el crédito que la recurrente se atribuye por daños y perjuicios frente a la concursada fue expresamente rechazado por la administración concursal que denegó su inclusión en la lista de acreedores. Y también ha sido reconocido -y así consta en la documentación considerada- que la recurrente no impugnó la decisión de la administración concursal de no incluir dicho crédito en la lista de acreedores. La consecuencia de de la falta de impugnación se contempla en el artículo 97 de la LC : " quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos " (la recurrente no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en los apartados 3 y 4 del citado artículo, que no se ven afectados por tal consecuencia).
Esto supone que el texto definitivo de la administración concursal no incluye el crédito cuya compensación pretende la recurrente, por lo que no integra la masa pasiva que se delimita por el texto definitivo de la administración concursal con las modificaciones que pudieran resultar de la sentencia que se dicte para resolver las impugnaciones formuladas y aquellas otras admitidas en los supuestos de los apartados 3 y 4 del artículo 97 de la LC y las comunicaciones tardías previstas en el artículo 96 bis de la LC que sean reconocidas, sin que el crédito cuya titularidad se atribuye la demandante se encuentre en ninguna de las excepciones indicadas.
Se trata, por lo tanto, de un crédito que, para el concurso, resulta inexistente y no puede producir efecto alguno. Caso contrario estaríamos introduciendo un crédito no incluido en el texto definitivo de la administración concursal, que fue expresamente excluido y no impugnado, y que no se engloba en ninguno de los supuestos de modificaciones posteriores (artículos 96 bis y 97 de la LC).
En la alegación novena del recurso de apelación se dice, a modo de rúbrica que la no impugnación de la exclusión del crédito reclamado no supone "asumir" que COIPER no sea responsable. Al respecto indicaremos que tampoco este tribunal dice que lo sea o no lo sea, pero sí afirmamos que ese crédito no existe en el concurso y no se puede incorporar a la masa pasiva cuando no aparece reconocido en el texto definitivo y ni siquiera se ha solicitado su modificación, que tampoco resultaría procedente por no tratarse de ninguno de los supuestos de modificación admitida, como ya se ha expuesto.
El artículo 97 de la LC ciertamente no establece que el crédito se extinga por no figurar incluido en el texto definitivo, pero sí dice que si no figura en él y no se impugnó la lista de acreedores el titular de dicho crédito no podrá plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos. Y eso es precisamente lo que pretende la parte recurrente: la modificación del texto definitivo. Aunque expresamente no solicita su

modificación es claro y meridiano que se pretende tal modificación desde el mismo momento en que se pide el reconocimiento de ese crédito y su compensación con otro del que es titular la concursada y el pago de la diferencia a favor de la recurrente y a cargo de aquella. Se introduce un crédito expresamente excluido sin que su titular hubiera impugnado la decisión de la administración concursal, por lo que el efecto legal es el previsto en el artículo citado: " no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos ". Esta prohibición deslegitima a la demandante para la pretensión que deduce y por ello el tribunal rechaza su pretensión por falta de legitimación activa.
No entramos a analizar si el crédito se ha extinguido o no se ha extinguido o si COIPER es o no es responsable. Lo que sí afirmamos es que, en el seno del concurso, la demandante no está legitimada para reclamar con base en un crédito que fue expresamente excluido por la administración concursal sin que se hubiera formulado impugnación alguna contra tal decisión, y sin que se encuentre en ninguno de los supuestos admitidos de modificación del texto definitivo previstos en los artículos 96 bis y 97 de la LC y que ni siquiera se contemplaban como posibles en la redacción de la LC vigente al momento en el que se presentó el informe provisional por la administración concursal. Estamos, por lo tanto, ante un problema de legitimación por disposición legal imperativa, y así se recoge en todas las resoluciones judiciales que se citan en la alegación novena del recurso de apelación.
Es decir, este tribunal de apelación no resuelve sobre el crédito sino sobre la posibilidad de alegarlo y considerarlo en el seno del proceso de concurso de acreedores.
B) Prohibición de compensación.
El artículo 58 de la Ley Concursal prohíbe la compensación de créditos salvo que los requisitos exigidos para que se produzca hubieran existido con anterioridad a la declaración. Por ello la demandante afirma tanto en la demanda como en el recurso de apelación que la compensación que alega es una compensación convencional y no judicial.
Invoca la recurrente la cláusula 2 de las Condiciones Generales de GEWE: " El Comprador estará legitimado en cualquier momento a compensar todos o cualquier importe debido del Vendedor al Comprador, así como a una matriz, filial sociedad participada del Comprador en esta o cualquier otra orden/pedido ".
La cláusula alude a "importe" y no a obligación o deuda. Es decir, se pueden compensar importes pero no deudas o créditos.
La concursada no debe nada a las empresas que efectuaron los suministros y obras para GEWE, y en cuyas facturas esta basa su liquidación de daños y perjuicios. La concursada, a lo sumo, estaría obligada a responder del daño o perjuicio causado que se podría calcular sobre la base de dichas facturas (obligación de indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 1.101 y en el artículo 1.124 del Código Civil). Por ello, la suma que se fija por parte de la recurrente es fruto de una liquidación que lleva a cabo mediante la suma de las diversas facturas que dice haber abonado para la reparación del daño, por más que dicha liquidación pueda resultar de meras sumas. Esta liquidación no se puede equiparar a "importe" porque no es resultado de la mera suma de las facturas sino de un proceso de liquidación que contempla la valoración sobre su procedencia y su nexo causal con el daño causado.
Por otra parte, en la cláusula precitada no se indica quién ha de llevar a cabo la liquidación del importe y cómo ha de verificarla, por lo que solo sería de aplicación a importes resultantes de la actividad comercial ordinaria desarrollada pero no a deudas de valor que precisan de la correspondiente liquidación.
Por último, aunque admitiéramos que el pacto invocado da cabida a la compensación pretendida por la demandante, no cabe duda de que la demandada no está obligada a indemnizar solo porque así lo decida la demandante. Es preciso que exista una previa imputación de responsabilidad que, salvo que se hubiera pactado otra forma de decidirla, debe de ser declarada por los tribunales. Así pues, la deuda dineraria no solo no sería líquida (en el pacto suscrito no se atribuye a la demandante la potestad de liquidar daños y perjuicios valorando el coste de reparación) sino que tampoco sería exigible (en el pacto suscrito no se atribuye a la demandante la potestad de imputar responsabilidad por daños y perjuicios).
Por todo ello, no podemos acceder a reconocer la compensación pretendida. En primer lugar porque como se ha indicado- el crédito que se invoca no puede ser considerado en el seno del concurso de acreedores. Y en segundo lugar, porque no es admisible la compensación convencional al no encontrarnos ante un crédito líquido y exigible, sin que en el pacto suscrito se otorgue potestad alguna a la demandante para fijar unilateralmente la existencia del crédito o para su liquidación.
Se dice en el recurso de apelación (folio 140) que " además, no ha sido impugnado por las demandadas y tampoco ha sido discutido por las mismas en sus contestaciones a la demanda ". En modo alguno podemos compartir dicha afirmación porque no solo niegan rotundamente la imputación de responsabilidad, que afectaría a la exigibilidad del crédito y que solo judicialmente se puede declarar, sino que también impugnan la cuantificación: primer párrafo del folio 4 y folios 21, 22, 23 y 24 de la contestación de la administración concursal y último párrafo del fundamento de derecho tercero y fundamento de derecho cuarto de la contestación de la concursada.
Por todo lo expuesto, procede igualmente desestimar las peticiones cuarta y quinta de la demanda.”: SAP León (Sección 1) 05.09.2014 (Sentencia 170/2014; Rollo 149/2014)

AP La Coruña

“TERCERO.- Tampoco puede prosperar el motivo del recurso referido a la compensación de deudas. La sentencia de primera instancia es correcta jurídicamente. Podemos decir ahora lo siguiente, aunque sea abundando en lo ya adelantado en la sentencia del Juzgado:
La compensación, ciertamente, es un modo de extinción de créditos y deudas recíprocos (arts. 1156 y 1202 Código Civil). La legal precisa de la concurrencia de los requisitos que se indican en el artículo 1195 (sendas personas, por derecho propio, recíprocamente acreedoras y deudoras), y en el 1196 del Código: 1º) Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro. 2º) Que ambas deudas

consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. 3º) Que las dos deudas estén vencidas. 4º) Que sean líquidas y exigibles. Y 5º) Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.
Se caracteriza por la automaticidad de sus efectos extintivos (STS 7/6/1983), al producirse de forma automática o "ipso iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc" - artículo 1202 del Código Civil y sentencia de 23 de marzo de 1982 - (STS 30/12/2011).
Sin embargo, cuando uno de los deudores entre en concurso de acreedores se producen importantes consecuencias al tener también que aplicar la normativa específica en la materia.
El artículo 58 de la Ley Concursal parte de la prohibición, una vez declarado el concurso, de la compensación de los créditos y deudas del concursado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
Y es que, como señala la STS de 18/2/2013 : "En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso".
Añade la sentencia citada: "Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o "ipso iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohiba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después".
Por su parte la STS de 15/4/2014 destaca que "la compensación es una forma de extinción de obligaciones (art. 1156 Cc) que opera "ope legis" cuando se dan los presupuestos previstos en los arts. 1195 y 1196 del Cc y con los efectos que establece el art. 1202 Cc, "aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y los deudores" (SSTS de 30 de diciembre de 2011, RC 1916/2008, 30 de marzo de 2007, 4 de julio de 2005, RC 282/1999 y 15 de febrero de 2005, RC 1008/1999, entre otras). La compensación que prohíbe el art. 58 LC es la realizada con posterioridad al concurso esto es, sin que los requisitos el art. 1196 Cc concurran con anterioridad al mismo".
En el caso enjuiciado, como puso de manifiesto el juzgador de instancia, el crédito del demandado apelante contra la concursada demandante es por la ejecución de un aval con posterioridad a la declaración del concurso. Luego, no concurren los requisitos del artículo 58 LC en relación al 1196 del Código Civil al fin compensatorio pretendido por el recurrente.”; SAP La Coruña (Sección 4) 11.06.2014 (Sentencia 190/2014; Rollo 345/2010)

AP Madrid (Sección 28)

“TERCERO.-Determinada la acción ejercitada, la legitimación de la administración concursal y el limitado ámbito de cognición del tribunal derivado de los términos en que se ha planteado el debate, procede ya examinar la procedencia de la compensación efectuada por el IVIMA.
La compensación discutida infringe manifiestamente la prohibición contenida en el artículo 58 de la Ley Concursal en tanto que al tiempo de la declaración de concurso (6 de febrero de 2009) no concurrían los requisitos para que la misma pudiera operar de conformidad con los artículos 1195 y 1196 del Código Civil.
Los créditos cuya compensación ha efectuado el IVIMA tienen origen en los contratos celebrados entre las partes por los cuales el IVIMA concedía a la ahora concursada un derecho de superficie sobre determinadas parcelas para la construcción de los correspondientes inmuebles que, luego, eran arrendados al IVIMA que debía abonar la renta pactada.
La concursada ostenta un crédito contra el IVIMA por importe de las rentas devengadas por el alquiler de los inmuebles correspondiente a los meses de noviembre y diciembre del año 2009 en la cuantía de 793.803,69 euros y, en consecuencia, se trata de un crédito nacido tras la declaración del concurso. En el recurso de apelación la demandada afirma que se trata de facturas de noviembre y diciembre de 2008, sin embargo, en la contestación a la demanda no se discutió que se tratara de las rentas de los meses de noviembre y diciembre de 2009 tal y como se especificaba en el hecho cuarto de la demanda e incluso en la reclamación previa dirigida al IVIMA (documento nº 4 de la demanda)..
Aun cuando la demanda tampoco es excesivamente clarificadora sobre el origen del crédito del IVIMA contra la concursada -lo que parece que ha originado la confusión que sufre la sentencia que identifica ese crédito con el que es el titular la propia concursada como consecuencia de las facturas expedidas por ésta en noviembre y diciembre de 2009-, de la documentación acompañada a la demanda resulta que aquélla ostenta un crédito contra la concursada que el IVIMA cuantifica en 724.828,11 euros, derivado de la recíproca compensación parcial efectuada en el año 2005 por la emisión de sendas facturas por el concepto de IVA, por importe de 1.289.717,87 euros a favor del IVIMA y de 564.261,57 euros a favor de la concursada, que se aplica al valor

residual de una de las construcciones realizadas por la concursada en virtud de los referidos derechos de superficie, aplicando la concursada el tipo del 16% y la concursada el del 7%. La concursada abonó en octubre de 2006, la suma de 110.220,36 euros, resultando un saldo a favor del IVIMA en concepto de principal (615.245,94 euros) e intereses (109.582,17 euros) de 724.828,11 euros. Dicho crédito fue comunicado a la administración concursal y fue reconocido como contingente con la clasificación de ordinario, que no fue impugnada por el IVIMA.
Con independencia de si hubo o no error en el reconocimiento como contingente del crédito del IVIMA, en ningún caso procedería la compensación porque el crédito a favor de la concursada nace con posterioridad a la declaración de concurso y, por ello, no cabe sostener que fuera líquido, vencido y exigible al tiempo de dicha declaración.": SAP Madrid (Sección 12) 13.12.2013 (Sentencia 358/2013; Rollo 274/2012)

AP Madrid (Sección 21)

"SEGUNDO Idetel s.l. (la parte demandante) es una empresa dedicada a la venta de material de telecomunicaciones.
Ramos Sierra s.a. (la parte demandada) le hizo unos pedidos de mercancías en fechas 18, 25 y 27 de enero de 2005, 3, 7, 8, 22 y 23 de febrero de 2005 y 1, 4 y 16 de marzo de 2005.
Se entrega la mercancía.
El día 9 de mayo de 2005, Idetel s.l. (la parte demandante) presenta escrito solicitando que se le declare en concurso voluntario, y se dicta, en el juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid,auto, el día 18 de mayo de 2005, por el que se le declara en concurso con carácter de voluntario conservando las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización.
Por el precio de las mercancías entregadas se expiden 6 facturas con vencimientos los días 25 de junio de 2005 y 25 de julio de 2005.
El comprador-deudor (Ramos Sierra s.a.) no paga el precio.
Idetel s.l. presenta demanda contra Ramos Sierra s.l. el día 8 de noviembre de 2005 en la que ejercita la acción de cobro del precio de las compraventas (1.708,48 ?).
Ramos Sierra s.a. (demandado en este proceso) era la tenedora legítima de dos letras de cambio de las que era librado- aceptante Idetel s.l., con fecha de vencimiento, ambas, el día 25 de marzo de 2005 e importe una de 5.180,33 ? y la otra de 3.570,29 ?.Estas cambiales no son atendidas a su vencimiento y, por ello, Ramos Sierra s.a. presenta demanda de juicio cambiario el día 16 de mayo de 2005, contra Idetel s.a., a la que se requiere de pago porauto de 6 de julio de 2005. Se persona Idetel s.l., el día 27 de julio de 2005, pidiendo la suspensión de las actuaciones procesales por haberse presentado la demanda después de haber sido declarado en concurso. Y el proceso queda suspendido.
Ramos Sierra s.a. había vendido y entregado unas mercancías a Idetel s.l. (constan los albaranes de entrega) y, para cobrar el precio de estas mercancías, emite unas facturas que son de fecha 9, 10, 16 (dos) 20 y 29 de diciembre de 2004 y 20 de enero de 2005 por importe total de 18.052,16 ?, las cuales no son pagadas. Ante lo cual, Ramos Sierra s.a. presenta, el día 20 de mayo de 2005, demanda promoviendo un juicio ordinario, contra Idetel s.a.. En el cual, tras admitirse a trámite, se dictaauto, el día 25 de noviembre de 2005, archivándose las actuaciones ("Establece elart. 50.1 de la Ley Concursalque los jueces del orden civil ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso se abstendrá de conocer previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite la demanda se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado").
En el presente procedimiento, al contestar a la demanda, el demandado Ramos Sierra s.a., reconoce la deuda que se le reclama, pero opone la excepción de compensación de crédito líquido precisamente de aquéllos en los que se basó para ejercitar la acción cambiaria (suspendido) y el juicio ordinario (archivado).
TERCERO La compensación aparece configurada en elCódigo Civil como una causa de extinción de las obligaciones (artículo 1.156), que tiene lugar cuando dospersonas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (artículo 1.195), produciendo el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1.202).
El fundamento de la compensación es muy sencillo. Se encuentra en la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos por uno sólo mediante una simple operación aritmética.
En principio la compensación no afecta más que aquellas dos personas que recíprocamente son acreedores y deudores.
Sin embargo, en una situación de concurso, el mecanismo de la compensación no sólo afecta al concursado y al acreedor que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en los demás acreedores del concursado que no son también sus deudores. Y ello porque, en principio, todos los acreedores del concursado quedan sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero, de ello, quedaría excluido el acreedor- deudor del concursado, quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuere deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido, ese crédito compensado, de la ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento que pudiera surgir de un convenio. La compensación daría lugar a un trato privilegiado a favor de los acreedores-deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la "par conditio creditorum".
En nuestro Derecho histórico anterior a laLey 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no existía un preceptoespecífico dedicado a la compensación cuando uno de los acreedores-deudores estuviera en situación de insolvencia declarada judicialmente. Rechazándose, en estos casos, la aplicación de la compensación por lassentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1977 y 20 de mayo de 1993, si bien se admitió en lasentencia de 11 de octubre de 1988.

Elartículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, bajo la rúbrica de "prohibición de compensación", dispone, en su párrafo primero, que: "...declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración".
Los requisitos de la compensación aparecen recogidos en elartículo 1.196 del Código Civil.
La fecha determinante es la de la declaración del concurso. De tal manera que, si los requisitos de la compensación ya concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado que no la hubiere hecho valer antes de la declaración del concurso, puede, después de haberse declarado el concurso, exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él. Por el contrario, si los requisitos de la compensación no concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado ya no puede exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él (queda prohibida la compensación).
El tercero de los requisitos recogidos en elartículo 1.196 del Código Civil, para que se produzca la compensación, consiste en "que las dosdeudas estén vencidas". De tal manera que, para que el acreedor del concursado pueda después de la declaración del concurso exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él, es imprescindible que, a la fecha de la declaración del concurso, estuvieran vencidas tanto la deuda del concursado como la de su acreedor.
En el presente caso, el día 18 de mayo de 2005, fecha del auto que declara en concurso a Idetel s.l., ya estaba vencida la deuda de Idetel s.l. con Ramos Sierra s.a. pero aún no habían vencido las deudas de Ramos Sierra s.a. con Idetel s.l. (el concursado) que no vencían hasta los días 25 de junio de 2005 y 25 de julio de 2005. De ahí que los requisitos de la compensación no concurrían con anterioridad a la declaración del concurso de Idetel s.l., lo que lleva a vedar o proscribir al acreedor del concursado Ramos Sierra s.a. el uso de la compensación.". SAP Madrid (Sección 21) 28.10.2008 (JUR 2009/49671; Sentencia 467/2008; Rollo 778/2006)

AP Murcia

"PRIMERO.- La sentencia de instancia accedió a compensar, en las cantidades concurrentes, opuestas pretensiones de las sociedades litigantes por las que, recíprocamente, resultaban ser acreedoras y deudoras la una de la otra.
El recurso interpuesto por la Administración del concurso de la actora interpone recurso de apelación por entender que tal decisión compensatoria vulnera elart. 58 de la Ley Concursaly el principio "pars conditio creditorum".
SEGUNDO.- Declarada la sociedad demandante en concurso voluntario, la Administración del concurso prestó su conformidad para entablar la actual reclamación, incorporándose al proceso (folio 12) tal presupuesto habilitante.
En sede de contestación se reconoció que con posterioridad a la declaración en concurso voluntario, habían continuado las relaciones comerciales entre las contendientes, admitiéndose también en ese trance la interdicción de cualquier fórmula compensatoria prescrita por elart. 58 de la Ley Concursalque no reconoce otra excepción a esa prohibición genérica que la eficacia de aquella compensación cuyos requisitos existieren con anterioridad a la declaración del concurso.
Es parámetro temporal que mide la oportunidad cronológica de la compensación elAuto de 4 de octubre de 2004 del Juzgadoen lo mercantil, que declaró a la recurrente en concurso voluntario.
De la voluminosa documental aportada a la causa se colige que mientras el crédito de la demandada es anterior a la declaración de concurso, tal antelación no puede predicarse del crédito de la actora concursada, respaldado por facturas y albaranes que tienen siempre como fecha de vencimiento la de diciembre de 2004 o enero de 2005, por lo que ha de concluirse que a la fecha de la declaración en concurso, tal crédito no estaba vencido, ni era exigible, ni resultaba tampoco cuantitativamente determinado.
De este modo, créditos ordinariamente compensables en la perspectiva delart. 1196 C.C. y en lo estrictamente sustantivo, no lo son en lo mercantil y concursal, pues de accederse al mecanismo compensatorio se lograría la satisfacción de un crédito a extramuros del procedimiento concursal y en detrimento de los derechos de otros acreedores ("pars conditio creditorum").
Ha de acogerse por ello el recurso y dar satisfacción jurisdiccional a una reclamación y a un crédito específicamente destinado a engrosar la masa del concurso, y todo sin hacer declaración sobre costas por tratarse de una cuestión de derecho.": SAP Murcia 16.03.2007 (Sección 2) (JUR 2007/137038)

"SEGUNDO Se plantea en primer lugar el tema de la compensación entre las deudas de la concursada y la impugnante, sosteniendo ésta que el contrato quedó resuelto en el momento del abandono de la obra por la contratista, por lo que es dicha fecha la que hay que tener en cuenta para compensar los respectivos créditos.
Ahora bien, elartículo 58 LC no atiende al momento de la resolución para fijar la posible compensación de créditos, sino a que concurran los requisitos de la compensación antes de la declaración del concurso. El comentado precepto dice así: "Artículo 58. Prohibición de compensación. Sin perjuicio de lo previsto en elart. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal."
Para que puedan compensarse dos créditos es preciso como elemento previo y esencial(art.1195 CC) que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas(art. 1196 CC) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, así como que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro. Por lo tanto para alegar la compensación previamente tiene que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor. O dicho en otras

palabras, para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que, al tiempo, en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa. Una vez constatada la existencia de esos créditos recíprocos dentro de los activos y pasivos de ambos patrimonios, es cuando podrá operar la figura de la compensación.
Por esta razón no puede aceptarse que en el presente caso san compensables los créditos recíprocos, pues no eran líquidos ni exigibles, no estaban determinados ni incorporados aún a los respectivos patrimonios, y ha sido preciso acudir a los Tribunales que conocen del concurso para determinar su realidad y cuantía, y así poder ser exigibles, lo que ha tenido lugar después de la declaración del concurso, a través del presente procedimiento incidental, en el que la propia parta ahora apelante, pide que se declare resuelto el contrato.
Tal conclusión no sólo produce efectos negativos para la apelante, sino que también le favorece, en cuanto el crédito que se le reconoce por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual tiene la naturaleza de crédito contra la masa, con las indudables ventajas que ello le supone.”: SAP Murcia (Sección 4) 20.04.2011 (JUR 2011/197577; Sentencia 218/2011; Rollo 155/2011)

“Por otro lado, la compensación no puede prosperar en el presente caso. Como señalaba a sentencia de esta misma Sala de 20 de abril de 2001 (rollo de apelación 155/11):
"El artículo 58 LC no atiende al momento de la resolución para fijar la posible compensación de créditos, sino a que concurran los requisitos de la compensación antes de la declaración del concurso. El comentado precepto dice así: "Artículo 58. Prohibición de compensación. Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal."
Para que puedan compensarse dos créditos es preciso como elemento previo y esencial (art.1195 CC) que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas (art. 1196 CC) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, así como que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro. Por lo tanto para alegar la compensación previamente tiene que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor. O dicho en otras palabras, para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que, al tiempo, en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa. Una vez constatada la existencia de esos créditos recíprocos dentro de los activos y pasivos de ambos patrimonios, es cuando podrá operar la figura de la compensación".
Por esta razón no puede aceptarse que en el presente caso sean compensables los créditos recíprocos, pues, al menos los de la concursada no eran líquidos ni exigibles, ya que los que ahora se reclaman vencían a partir de febrero de 2009, y la exigencia es que tantos los de una parte como la de otra fueran vencidos, líquidos y exigibles antes de la declaración del concurso. ”: SAP Murcia (Sección 4) 24.10.2013 (Sentencia 623/2013; Rollo 185/2013)

AP Oviedo

“Llegados a este punto la conclusión no puede ser otra que la declarar la inviabilidad de la compensación de créditos que "Dicaminos, S.L." actúa mediante la demanda incidental en impugnación del inventario de la masa activa, pues, como se deriva de lo dispuesto en elart. 58 L.C., una vez declarado el concurso queda excluida la posibilidad de compensar créditos cuyos requisitos no hubieran nacido con anterioridad a tal momento. La declaración de concurso opera por tanto a modo de barrera que impide el que con posterioridad a tal momento puedan concurrir los presupuestos de la compensación legal de deudas, evitando con ello que mediante esta vía solutoria puedan realizarse pagos al margen de las reglas concursales, con la consiguiente lesión del principio de lapar conditio creditorum.
Se invoca asimismo por el apelante en su recurso la aplicación del instituto de la compensación, no en su función de medio subrogatorio del pago sino de garantía. Efectivamente, la doctrina ha venido admitiendo que cuando la compensación cumpla esta función de garantía pueda llegar a convertirse en una auténtica causa de oponibilidad frente al acreedor, pues permitiría al deudor no realizar la prestación adeudada evitando de este modo el riesgo que se podría derivar de que el acreedor ya satisfecho no llegara a cumplir lo que a su vez le incumbe por resultar insolvente. Lo cierto sin embargo es que, como también admite aquella misma doctrina, ni nuestro ordenamiento vigente (contrástense losarts. 1202 C.Civil, art. 58 y 205 L.C.) ni la jurisprudencia permiten atribuir ese carácter de autotutela a la compensación legal, que viene configurada únicamente como uno de los subrogados del cumplimiento pero no como medio de garantía, razones que conducen por tanto al rechazo de esta alegación.”: SAP Oviedo 17.03.2011 (JUR 2011/190360; Sentencia 145/2011; Rollo 399/2010)

“SEGUNDO.-Visto el planteamiento del recurso conforme los términos que han quedado expuestos, resulta necesario comenzar precisando el marco normativo que debe regir la cuestión examinada. Se invoca por la parte apelante en apoyo de su tesis acerca de la eficacia del acuerdo de compensación en el seno del concurso la norma contenida en el art. 58 L.C. a cuyo tenor "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración", alegación que sin embargo no puede ser compartida pues en este ámbito la premisa básica es que lo que el precepto está contemplando es exclusivamente la compensación legal, con exclusión por tanto de la compensación voluntaria o convencional en cuanto que acuerdo de voluntades acerca de la forma de extinguir las obligaciones anteriores. A este respecto hemos de recordar que la doctrina admite, junto a la compensación legal regulada en los arts. 1195 a 1202 C.Civil, la existencia de la llamada compensación voluntaria o convencional que se puede producir también cuando, cualquiera que sean las situaciones existentes entre las

partes, éstas acuerdan bien sustituir sus obligaciones recíprocas anteriores por una sola obligación o bien por declararlas extinguidas. Esta distinción ha sido aceptada asimismo por nuestro Alto Tribunal al señalar que la compensación voluntaria "tendrá lugar cuando las partes acuerden de modo convencional dicho pago recíproco, regulándose ésta por los pactos que libremente hubieran convenido" (STS 30 abril 2008), o que "La convencional se da cuando las partes pactan la extinción recíproca de las obligaciones, pero sin concurrir los requisitos legales de la compensación (artículo 1255)" (STS 14 marzo 2012). Pues bien, la intención del art. 58 L.C. no es otra que la de amparar tan solo aquellas compensaciones "cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración" y por lo tanto la de considerar inoponible frente al concurso cualquier otra modalidad de compensación que por ausencia de tales requisitos nunca llegó a existir legalmente como tal, pues una solución contraria supondría reconocer un efecto extintivo a la compensación voluntaria convenida entre el concursado y la parte in bonis en clara vulneración no solo del principio de la par conditio creditorum sino del interés del concurso en acrecer su masa con el activo que supone la deuda que mantiene este último.
Partiendo de la diferente naturaleza y efectos de una y otra figura deviene relevante para enjuiciar el caso presente distinguir si nos hallamos ante un supuesto de compensación legal o ante uno de compensación convencional, teniendo presente para ello que la existencia de un acuerdo de voluntades con finalidad compensatoria no permite por esa sola circunstancia descartar que podamos estar también en presencia de una compensación legal, esto es, la constancia de una compensación convencional no tiene porqué conducir necesariamente a excluir el amparo otorgado por el art. 58 L.C., pues en dicha labor habremos de examinar si en el momento en que se alcanzó tal acuerdo los créditos recíprocos ya reunían los requisitos de tratarse de deudas vencidas, líquidas y exigibles de los que trata el art. 1196 C.Civil, y en este sentido habremos de seguir a la mejor doctrina civilista cuando señala que en la compensación convencional operada a posteriori no puede decirse que se produzca un convenio novativo, sino rigurosamente una auténtica compensación legal reconocida por el Código Civil. Llevando tales consideraciones al caso examinado encontramos que en el acuerdo compensatorio alcanzado por "Itecastur, S.L." y "Portel Servicios Telemáticos, S.A.", aún cuando podamos admitir que el crédito que mantenía esta última con anterioridad a la fecha de declaración de concurso estaba determinado en la cantidad líquida de 122.080,16 euros conforme resulta de las facturas obrantes en las actuaciones (lo que por otra parte contradice lo reflejado en el acuerdo en que se habla de 129.546,86 euros), no ocurre lo mismo con el crédito de la titularidad de la concursada "Itecastur, S.L." al no existir constancia de liquidación alguna respecto de los derechos resultantes a su favor por el acuerdo marco de colaboración, y en este sentido señala acertadamente el Ilmo. Juez de lo Mercantil que en el acuerdo de resolución se cifra el crédito a favor de la concursada en 111.173,57 euros mientras que la Administración concursal había procedido a reclamar extrajudicialmente una suma superior a los 140.000 euros, circunstancias que revelan que con anterioridad a la fecha de declaración de concurso no concurrían los requisitos para poder ser tenida como una compensación legal.
TERCERO.-Llegados a este punto habremos de tener por probado que el acuerdo compensatorio, con los efectos extintivos que en él se contienen, fue concertado por "Itecastur, S.L." y "Portel Servicios Telemáticos, S.A." en la fecha de 23 junio 2009 que figura en el documento en el doc. nº 2 obrante en las actuaciones, sin que podamos admitir que ese acuerdo ya hubiera sido alcanzado entre las partes con anterioridad al momento de la declaración de concurso, tal y como se sostiene en el recurso, pues de la declaración prestada en el acto del juicio por Doña Asunción, administradora social de "Itecastur, S.L.", nada se desprende en tal sentido, habiéndose limitado a manifestar que Portel se puso en contacto con ella con posterioridad al concurso y que ella firmó dicho documento con la única intención de que Portel reconociera la deuda que mantenía con "Itecastur, S.L.", todo ello sin ningún tipo de intervención o autorización por parte de la Administración concursal. Procede en consecuencia estimar la acción de anulación ex art. 40-7 L.C. que ejercita la Administración concursal con relación al acuerdo compensatorio que nos ocupa, teniendo presente que esta acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectada de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio, y ello mediante una operación inconsentida por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 40 apartados 1 y 6 L.C.).
Finalmente y por lo que se refiere a los efectos derivados de la anulación, y mas concretamente a la pretensión de la parte apelante de ver reconocido su crédito en el concurso, baste señalar que "Portel Servicios Telemáticos, S.A." no cumplió con la carga de comunicar su crédito en el concurso, aún cuando el acuerdo compensatorio todavía no había llegado a ser concertado pues data de una fecha posterior a su declaración, así como tampoco procedió a impugnar en tiempo y forma la lista de acreedores en la que no aparecía reconocido ningún crédito bajo su titularidad, razones por las que deben operar las consecuencias preclusivas establecidas en el art. 97-1 L.C. y consecuentemente excluir el repetido crédito a efectos concursales.”: SAP Oviedo (Sección 15) 07.02.2013 (Sentencia 36/2013; Rollo 196/2012)

AP Pontevedra

“El art. 58 de la Ley Concursal prohíbe la compensación, por razones de todos conocidas y que resulta ocioso reiterar en esta sede. Tan sólo se exceptúan aquellos actos de compensación que supongan la extinción de créditos cuyos requisitos se hubieren producido con anterioridad a la declaración de concurso. Los requisitos de la compensación, en lo que ahora importa, son los generales previstos en los arts. 1195 y 1196 del Código Civil: reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas.
Por tanto, en aplicación de la norma, no podrán compensarse aquellos créditos o deudas que no fueren exigibles al momento de la declaración del concurso. Ello en cuenta, toda la facturación de AGLONOR emitida con posterioridad a los 180 días anteriores al 25 de noviembre de 2005, no puede ser compensada con cargo a

créditos que DRAGADOS tuviera contra la concursada. La forma correcta de operar, en tal caso, ha de ser necesariamente la inclusión en el inventario de la masa activa, del crédito de AGLONOR frente a DRAGADOS, con el límite de aquella fecha.
La singularidad del supuesto estriba, como hace notar la representación apelante, que las fechas de vencimiento o de exigibilidad de cada crédito no resultaban coincidentes. Así, mientras la deuda frente a DRAGADOS vencía a los 180 días de cada factura según el contrato, la deuda de AGLONOR frente a DRAGADOS por el crédito obtenido de la atención por ésta de suplidos a cargo de AGLONOR resultaba exigible desde luego con la emisión de cada factura. Dicho de otro modo, en el momento en el que se hacía la relación de las toneladas entregadas por AGLONOR, DRAGADOS venía autorizada a deducir el importe de las cantidades adelantadas a su contrario; de este modo, remitía a la administración de AGLONOR la relación correspondiente y por ésta se emitía la factura, previa compensación de las cantidades pagadas por cuenta de AGLONOR por DRAGADOS. Es, en consecuencia, cierto que la factura de 30 de abril de 2005 y todas sus posteriores, no vencían hasta después del concurso, por lo que no son sus importes compensables con las deudas que AGLONOR pudiera tener frente a DRAGADOS.
Por tanto, los créditos a favor de DRAGADOS hasta el momento de la declaración de concurso, procedentes de la atención de suplidos de la concursada, no estarán afectados por la prohibición de compensación, debiéndose corregir el saldo resultante en el informe definitivo a la vista de la documentación aportada.": SAP Pontevedra 14.10.2009 (Sentencia 491/2009; Rollo 397/2009)

"SEGUNDO.-En interpretación de los arts. 58 y 205 LC, reiterado criterio jurisprudencial -por todas, SS. TS 30.12.2011 y 18.2.2013 -razona que la Ley prohíbe, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admite la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.
Sólo cabe, entonces, compensación legal -con concurrencia de requisitos de vencimiento, liquidez y exigibilidad exigidos en arts. 1.195 ss. CC - en referencia a momento anterior a la declaración del concurso -SS. AP Girona (Secc. 1ª) 15.4.2013 y AP Huesca (Secc. 1ª) 16.5.2013 -.
TERCERO.-En el caso estudiado se acredita con firmeza la realidad de la deuda reclamada, 20.213,18 euros, en concepto de venta de aglomerado, a través de copias de albaranes firmados y facturados emitidos entre enero y febrero de 2008, incorporados a fs. 10, 11 y 68 bis ss., documental no desvirtuada por prueba en contrario conforme a art. 217 LEC, que determine la operatividad de arts. 339 y 341 CCOM.
No podrá prosperar la compensación de créditos alegada por la demandada recurrente, al no probar con el debido rigor (art. 217.3 LEC) la existencia de deuda a su favor, anterior a la declaración de concurso el 8.4.2008, que reúna los requisitos de vencimiento, liquidez y exigibilidad contenidos en arts. 1.195 ss. CC, ofreciéndose débil e insuficiente al respecto las facturaciones obrantes a fs. 120 ss. o el listado de créditos de la concursada aportado a fs. 179 ss. De modo que, instada la debatida compensación con posterioridad al dictado del referido auto declarativo de la situación concursal, deberá rechazarse la compensación y derivarse la controversia a incidente concursal, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 58 LC.
Resulta improbado el pacto compensatorio anterior al 8.4.2008 aducido por la apelante. Y no se observa que la sentencia comporte conculcación del derecho de defensa, infracción de arts. 1.202 CC y 408 LEC, o vulneración de la doctrina de actos propios (art. 7 CC), imponiéndose, en definitiva, la plena desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la resolución impugnada, dándose por reproducido lo razonado en la anterior.": SAP Pontevedra (Sección 3) 18.09.2013 (Sentencia 324/2013; Rollo 70/2013)

AP Salamanca

"PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Béjar (Salamanca) se dictó sentencia en fecha 7 de febrero de 2014, la cual, estimando parcialmente la demanda promovida por la entidad demandante Casas y Viviendas Cabrera, S. L., contra la entidad demandada Asociación Hogar Residencia El Buen Pastor, condenó a ésta a pagarle la cantidad de 39.172, 97 euros, más los intereses legales correspondientes de dicha cantidad, sin hacer especial imposición de las costas a ninguna de las partes, por la que cada una debería abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y contra dicha sentencia se ha interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la citada demandada, por el que se solicita la revocación de la mencionada sentencia y que se dicte otra desestimando en su integridad las pretensiones de la demanda, con absolución de los pedimentos deducidos en su contra, y con imposición de las costas a la entidad demandante.
En dicho recurso, tras la exposición preliminar de los hechos que se consideran indubitadamente probados, se articulan, principalmente, dos motivos de impugnación de la sentencia de instancia, por un lado, el referido a la aplicación indebida del art. 58 de la Ley Concursal que habría llevado a cabo el juzgador a quo en dicha sentencia y, por otro, el relativo a la equivocación o error en que habría incurrido dicho juzgador por inaplicación del art. 61.2 de dicha ley sobre la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas...
Así las cosas, la correcta resolución del recurso que nos ocupa aconseja retener con carácter previo determinadas consideraciones fácticas y jurídicas que pueden extraerse de la propia sentencia recurrida y de los escritos de las partes litigantes. En este sentido, resulta una obviedad que la demandante, al tiempo de interponer la demanda rectora de esta litis, venía declarada en situación de concurso de acreedores (declaración por auto de 10-12-2009, del Juzgado de lo Mercantil de esta ciudad, con acuerdo ulterior de la apertura de la fase de liquidación por auto de 4-10-2010), y que reclama de la demandada la suma de 46.044,98 euros, como importe de determinadas certificaciones de obra que ejecutó a ésta última para la reforma y ampliación del edificio o edificios de su propiedad destinados a residencia de ancianos en la C/ Flamencos, 12, de Béjar; ejecución de tales obras pactada por virtud de contrato de ejecución de obra de 16 de

diciembre de 2005, (el cual vino afectado, primero por Acuerdo escrito de 28 de abril de 2010 y después por otro contrato de obra para la finalización de los trabajos de fecha 18 de enero de 2011); suma que la demandada vendría indebidamente reteniendo (como retenciones de obra de los ejercicios 2010 y 2011, en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas), a pesar de encontrarse ya terminadas y finalizadas en fecha 22-9-2011 todas y cada una de las tres fases proyectadas, sin haber existido reclamación precedente en su contra.
La demandada ha venido oponiendo a la reclamación, en lo sustancial y en lo que ahora interesa, el hecho de que habiendo incumplido la contratista flagrantemente los términos esenciales del citado contrato de 16-12-2005, en cuanto al plazo pactado de ejecución completa de las obras (según su cláusula 4ª debieron haber terminado en 26 meses, a contar desde la fecha del acta de replanteo, es decir, a día de 20-2-2008), entraba en juego y era de aplicación la cláusula 13ª, que establece una penalización por retraso o demora de 300 euros por cada día natural que se rebase el plazo señalado sin causa justificada y, en consecuencia, ha de apreciarse la compensación entre las cantidades retenidas por su parte y objeto de reclamación en la demanda (retenciones de certificaciones de obra, amparadas en la cláusula 9ª del contrato en garantía del estricto cumplimiento de lo convenido) con los importes, muy superiores, resultantes de la penalización por la demora de 1305 días en la entrega final de las obras que, como se dijo, aconteció el 22-9-2011.
Y la sentencia de instancia viene a rechazar la compensación (interesada por la demandada en su escrito de contestación) de la deuda reclamada por la actora con el crédito que podría eventualmente derivar de la aplicación de la citada cláusula de penalización, en una serie de argumentos y consideraciones que pudieran resumirse en que en primer lugar, como, a la postre, la actora ha venido declarada en situación legal de concurso por el mentado auto de 10-12-2009, el tenor del art. 58 de la Ley Concursal, a partir de dicho momento, veda y prohíbe expresamente la compensación de los créditos y deudas de la concursada, a salvo de disposición específica en contra, y sin perjuicio de que produzca sus efectos la compensación legal cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración del concurso, ex art. 1196 y concordantes del Código Civil, (lo que debemos aclarar significa que la situación objetiva de compensación se haya materializado y consumado eficazmente con anterioridad), concluyendo, en segundo lugar, que tales requisitos o notas características (de vencimiento, liquidez y exigibilidad, etc.) tampoco concurren en el caso, ya que, antes de la declaración del concurso, la deuda o crédito que reclama la demandante (correspondiente a porcentajes de un 5% de certificaciones de obra de los años 2010 y 2011) no reunía las dichas notas y no es dable apreciar la compensación judicial al entrar de lleno en las prohibiciones del señalado art. 58 LC con perjuicio de los acreedores, etc., etc.
SEGUNDO.-Entrando ya a ventilar el primero de los motivos de queja y censura hacia la sentencia de instancia, -aplicación indebida del art 58 de la LC -, la parte apelante expresa que la prohibición general de compensación de créditos y deudas del concursado que sanciona dicho precepto, una vez declarado al concurso, alcanza y afecta exclusivamente a los créditos concursales, es decir, aquéllos originados antes de la declaración concursal y que integran la masa pasiva del concurso, pero no alcanza, ni incide en lo más mínimo, en los créditos contra la masa, ex art. 84.2, ap. 5 y 6 de la LC, esto es, los nacidos durante el concurso o que se mantengan tras su declaración, cual ocurre con las prestaciones del concursado que deriven de la continuación o de la resolución de los contratos pendientes, total o parcialmente, de ejecución por ambas partes al momento de la declaración del concurso...
Recordemos que el art. 58 de la LC señala literalmente que " sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal".
Y, resulta que, en el presente caso, las obligaciones y prestaciones que derivan del contrato de 16-12-2005 (modificado por los Acuerdos de 28-4-2010 y 18-1-2011, suscritos tras la declaración concursal) se han mantenido tras ésta última y no han venido resueltas contractualmente en el concurso, por lo que la actora concursada reclama un crédito, extraconcursal y postconcursal, al dimanar de retenciones de obra correspondientes a los ejercicios de 2010 y 2011, correspondientes a prestaciones recíprocas posteriores al concurso, aunque derivadas de un contrato de fecha anterior que se ha mantenido vigente...
Tal alegato no puede compartirse y debe venir desestimado por la Sala, por cuanto que para que opere la compensación indicada, sin contravenir el tenor del art. 58 de la LC, es preciso acreditar que el crédito invocado que se pretende compensar (el que dimanaría de la efectividad de la cláusula penal por el retraso o mora en la entrega de la obra), además de existente, ostenta la condición de extraconcursal o de crédito contra la masa; y ello no viene, ni reconocido, ni acreditado.
En efecto, de principio, debemos de partir de que como señala, por ejemplo, la sentencia de la AP de Segovia número 11/2010, de 1 de febrero, la compensación exige como elemento previo y esencial (artículo 1.195 del Código Civil) que dos personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas (artículo 1.196) sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, y que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro. Por lo tanto, para alegar la compensación previamente tiene que reconocerse la existencia de un crédito por parte del deudor hacia su acreedor; o dicho en otras palabras, para que opere la compensación es preciso que en el activo del acreedor exista un crédito contra el deudor y que al tiempo en el pasivo del acreedor exista una deuda a favor del deudor, y viceversa, y una vez constatada la existencia de esos créditos recíprocos afectantes a los activos y pasivos de ambos patrimonios, es cuando podrá operar la figura de la compensación...
Teniendo en cuenta la regla general del art 58 de la LC y atendiendo a las normas sobre la carga de la prueba contenidas en el art. 217 de la LEC corresponde en este caso a la apelante la acreditación de ese reconocimiento de la existencia precedente del crédito compensable y, además, la condición del mismo como crédito contra la masa, cosa que no ha logrado hacer.

Desde esta perspectiva, asiste la razón a la parte apelada cuando argumenta, con la cita jurisprudencial en que se apoya, que no ha habido, ni dentro ni fuera del concurso de acreedores de la demandante, reconocimiento alguno del derecho de la recurrente a recibir una indemnización por el retraso o demora en la entrega de la obra, en aplicación de la cláusula penal antedicha, ni el intento de su reconocimiento en el proceso concursal, derecho que se pretende actuar por la recurrente, años después, en este proceso de reclamación de cantidad de adverso, una vez abonadas las correspondientes certificaciones y recepcionadas las obras y el edificio sin salvedad o protesta y sin mención a la eficacia de dicha cláusula penal y el consiguiente incumplimiento contractual por mora, etc.
Si bien se mira, en lo que aquí interesa, el Acuerdo de 28-4-2010 (folios 122 a 125) presupone una clara modificación y novación, pactada por los que lo suscriben, respecto de la cláusula 4ª del contrato inicial de 16-12-2005, esto es, respecto del plazo de finalización de las obras, desde el momento en que dicho Acuerdo facilita y autoriza a la contratista (en situación de concurso desde meses atrás) y a las empresas subcontratadas por ésta nuevos plazos de ejecución de las obras pendientes (que llegan a describirse) a la fecha de la firma de este Acuerdo (obras que tenían que haber quedado terminadas a fecha 20-2- 2008), dejando sin efecto el plazo inicial de facto y por puro sentido común (se reconoce que tenía como único fin proseguir con la ejecución de las obras), aun se diga que dicho acuerdo modifica con plena validez las manifestaciones primeras y segunda del contrato de diciembre de 2005, continuando el resto de las cláusulas contractuales vigentes en sus mismos términos. Y, además, dejándolo sin efecto jurídicamente, pues, se pacta con los subcontratistas nuevos plazos y una cláusula de rescisión para el caso de que la constructora incumpla sus obligaciones en lo relativo a cualquiera de los nuevos plazos de la ejecución de la obra teniendo un retraso superior a 20 días en relación a lo previsto en su planificación..., acordando las partes que este pacto modifica con plena validez y a todos los efectos los diferentes contratos anteriores (el de 16-12-2005).
Y novado y modificado el plazo de finalización de las obras, lo que se deduce, al igual, del final Convenio o Acuerdo de 18-1- 2011, unido a los folios 59 y 60, (interviniendo en su suscripción la administración concursal, junto a la constructora concursada y la Junta Directiva de la demandada-apelante) al pactarse u otorgársele en el mismo, entre otras cosas, a la demandante (ya en fase de liquidación) un plazo definitivo y último de finalización de las obras y construcciones hasta el 31 de mayo de 2011 -que se anexiona a las cláusulas del Acuerdo de 28-4-2010-, la cláusula penal por demora, implícitamente, quedó sin vigor y eficacia.
TERCERO.- En cualquier caso, el eventual crédito que se pretende compensar por la parte recurrente no tiene la condición de extraconcursal o, si se prefiere, de crédito contra la masa que, como es sabido, conforme al artículo 154. 2, de la Ley Concursal, cualquiera que sea su naturaleza, habrá de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso, lo que indica, según señala la SAP de Pontevedra, de 24 de enero de 2008, que dichos créditos no se someten al concurso de acreedores, sino que disfrutan de un tratamiento autónomo por lo que se refiere el modo y tiempo del pago, no tratándose de una simple prioridad temporal en el pago de los créditos contra la masa respecto del reparto del activo resultante de la liquidación, sino de una satisfacción ordinaria, al margen del concurso, que permite que los créditos contra la masa puedan y deban satisfacerse incluso antes de que se abra la fase de liquidación del activo o de la aprobación de un convenio, de modo que la regla de pago al vencimiento implica que los créditos contra la masa se satisfagan de una manera ordinaria al margen de cualquier subordinación, en definitiva, del concurso...
Y no se puede adjetivar de extraconcursal o contra la masa el crédito que pudiera haberse derivado por mor de los efectos de la cláusula penal del contrato inicial de diciembre de 2005 (aplicable por el retraso o mora en la entrega de la obra) y que la parte demandada quiere compensar, puesto que resulta indubitado e indiscutible que si dicho crédito se quiere fundamentar (y no puede ser de otra manera) en dicha cláusula penal, resulta que la entrega de la obra debió producirse en febrero de 2008 y, consiguientemente, es a partir de esta fecha cuando NACE el citado crédito oponible y compensable por aplicación de la repetida cláusula penal.
Y si la fecha del nacimiento de ese crédito que se puede oponer a efectos de compensación es muy anterior a la declaración del concurso de la demandante (en más de 22 meses), no puede decirse que la obligación o crédito a favor de la demandada- apelante nazca o alcance vigencia durante el desarrollo del concurso de acreedores de aquélla, con independencia de que la entrega final de las obras se produjera el 22-9-2011, lo que, como hemos motivado, encuentra su razón de ser en el asentimiento de la demandada de suscribir nuevos acuerdos posteriores facilitadores de nuevos plazos de entrega de la obra, sin haber resuelto antes de la declaración del concurso, pudiendo hacerlo por supuesto incumplimiento contractual, el contrato inicial de 16-12-2005, a sabiendas de la demora en que incurría la contratista.
En definitiva, si se entiende que a la fecha de declaración del concurso la deudora concursada, Casas y Viviendas Cabrera, S. L, había incumplido el contrato de 16-12-2005, por haber rebasado con creces el plazo pactado en la su cláusula 4ª, las obligaciones que tuviere pendientes frente a la acreedora, Asociación Hogar Residencia El Buen Pastor, deberían integrarse en la masa pasiva y se verían sometidas al concurso.
Tratándose, entonces e hipotéticamente, de un supuesto crédito concursal a satisfacer de acuerdo con las reglas concursales aplicables a la masa pasiva o de acreedores la concreta deuda originada por retraso en aplicación de la tal cláusula penal, por lo viene vendría prohibida para la misma la compensación del art. 58 de la Ley Concursal, así que el Juzgador a quo no incurrió en aplicación indebida del mismo y este motivo de impugnación, como se adelantó, debe venir desestimado.”: SAP Salamanca (Sección 1) 30.06.2014 (Sentencia 180/2014; Rollo 150/2014)

AP Segovia

“PRIMERO Formula Banco de Santander, S.A. recurso de apelación frente a laSentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 y de lo Mercantil de Segovia en el Incidente Concursal nº 545/08, por la que estimándose la demanda formulada por la Administración concursal de la entidad Santa Teresa de Materiales de Construcción, S.A. se declaró anulado el pago a favor de la recurrente de la cantidad de 307.385'73 ?,

condenándole a que reintegrase dicha cantidad a la masa activa de la entidad actora, alegando lo siguiente: que la Sentencia de instancia no acierta cuando determina que a la fecha en que se produjo el reembolso, la entidad deudora ya se encontraba sujeta a intervención, porque la fecha en la que da la instrucción no existía intervención alguna, ni estaba declarado el concurso, no siendo una decisión unilateral de Banco de Santander el aplicar el importe del reembolso de los fondos de inversión pignorados, puesto que obedecía a lo pactado entre las partes y a las instrucciones cursadas por la entidad concursa mediante escrito remitido el 16-10-07, es decir, con anterioridad a la declaración del concurso.
En definitiva, se limita a reproducir los argumentos ya vertidos en su escrito de contestación a la demanda, y que ya tuvieron puntual respuesta por el Juzgador de instancia en la Sentencia impugnada, sin que aporte nuevos datos que cuestionen los fundamentos expuestos y que evidencien el error denunciado.
SEGUNDO Pues bien, dicho recurso debe ser desestimado.
Y es que independientemente de que la orden de reembolso de los fondos de inversión pignorados fuese de fecha 2 de octubre de 2.007, y que se presentare ante la entidad recurrente a los dos días siguientes, lo cierto es que se materializó e hizo efectiva el 14 de noviembre de 2.007, es decir, con posterioridad a la declaración en situación de concurso de la entidad Santa Teresa de Materiales de Construcción, S.A., mediante el ingreso del importe líquido obtenido en la cuenta nº 2110195968 y asociada a la póliza de crédito (folios 47 y 48), que es lo relevante, por ser a partir de esta fecha cuando despliega todos sus efectos por ser aquélla en la que efectivamente se realizaron, de manera que es sólo desde ese momento cuando la entidad concursada ostentaría un crédito a su favor susceptible de ser compensado, - como efectivamente hizo la entidad bancaria demandada, de conformidad con lo establecido en la condición general sexta de la póliza de crédito suscrita (folio 10 vto), - con el saldo deudor que entonces presentaba la póliza de crédito suscrita.
No es sino hasta la fecha de 14 de noviembre de 2.007, - fecha del adeudo en cuenta, - cuando habrían concurrido los requisitos exigidos por losart. 1.195 y ss. del CC para que pudiere operar el instituto de la compensación de deudas aplicado por la recurrente en base a lacláusula general sexta de la póliza suscrita, como son la existencia de deudas recíprocas consistentes en dinero, vencidas, líquidas y exigibles. Al actuar así, no cabe duda que se infringió lo dispuesto en elart. 58 de la LC, que prohíbe la compensación de créditos y deudas de la concursada una vez declarado el concurso.
En cualquier caso, la solución es idéntica aunque se hable de pago y no de compensación de deudas. Aun cuando se considerase que en el presente supuesto no operó la compensación de créditos, sino que se ejecutó una mera orden de pago, lo cierto es que conforme a lo establecido en elart. 40.1 de la LC, y a pesar de que el deudor conserve las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, queda sometido en el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad. Dado que la orden de pago no se ejecutó con anterioridad a la declaración en situación de concurso, ésta devino ineficaz de manera sobrevenida a los efectos pretendidos, por precisar desde ese momento de la autorización o visado de los administradores del concurso, lo que en ningún momento consta se diera. Y es que el pago, como modo de extinción de las obligaciones, por más que insista la recurrente, no se habría producido en la fecha en que se dio la orden, sino en el mismo momento en que se hubiere entregado la cosa debida, lo que tuvo lugar el 14-11-07 mediante el ingreso del importe líquido obtenido en la cuenta en la que se instrumentalizó el crédito, de conformidad con lo previsto en losarts. 1.157 y 1.170 del CC.". SAP Segovia 26.05.2009 (JUR 2009/302789; Sentencia 98/2009; Rollo 187/2009)

AP Toledo

"El motivo debe ser desestimado, dado que se debe tener en cuenta que declarado el concurso de una persona o entidad mercantil no cabe la alegación de compensación de créditos que los acreedores ostenten frente a dicha entidad si en la fecha de la declaración del concurso no se cumplen los requisitos establecidos en el art.58 de la Ley Concursal, de forma que en ese caso, el acreedor se ve obligado a reclamar su crédito en el concurso, mientras que el concursado tiene derecho a reclamar los créditos líquidos, vencidos y exigibles, acudiendo al procedimiento que corresponda. En el presente caso, la sociedad actora fue declarada en concurso en fecha 11 de septiembre de 2009, constando reconocido en dicho proceso el crédito del demandado por un importe de 2.159,84 #. Y es evidente, como se acredita en autos y consta en la sentencia de instancia, que a la fecha de la declaración del concurso de la entidad actora, no estaba vencido el crédito del apelante, de forma que no se daban los requisitos legales para la compensación establecidos en el art. 1.196 del CC, pues es necesario que para la reclamación de un crédito éste sea líquido y esté vencido.": SAP Toledo (Sección 2) 25.09.2013 (Sentencia 230/2013; Rollo 425/2011)

AP Vizcaya

"SEGUNDO.-El art.58 LC dice que "Sin perjuicio de lo previsto en el art.205 LC, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran concurrido con anterioridad a la declaración de concurso. En caso de controversia en cuanto a tal extremo esta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal ".
En la sentencia de esta Sección de fecha 29 Mayo 2012, RA 897/12, se dice que: "sobre la inadmisibilidad de la compensación en situaciones concursales, salvo concretas excepciones, también en el ámbito de la anterior legislación en la que no existía disposición expresa, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en STS 25 de octubre de 2007, que trata la cuestión en un supuesto de créditos y deudas procedentes de servicios prestados por Letrado a la quebrada y negligencia en la prestación del servicio, que dice: "...El silencio normativo sobre la procedencia de admitir la extinción en la cantidad concurrente de dos obligaciones, cuando el deudor es acreedor en la otra y una de las partes de la compensación ha sido declarada en quiebra - con la salvedad contemplada en el artículo 926 para los socios comanditarios, los de las sociedades anónimas

y los de cuentas en participación y las particularidades propias de las operaciones financieras relativas a instrumentos derivados que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual, a que se refiere la disposición adicional 10ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la del mercado de valores-, suplido por el artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio -que prohíbe la compensación de créditos y deudas del concursado, salvo que sus requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso-, dio lugar a una jurisprudencia opuesta a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales - sentencias de 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 11 de julio de 2005 -, en defensa de una "par conditio" que puede resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor "in bonis", doctrina que se ha mantenido salvo en supuestos específicos en los que la igualdad de trato no estaba en peligro, ya porque la relación de obligación se hubiera expresado contablemente en forma de cuenta corriente y los requisitos de la compensación hubieren concurrido antes de la declaración de quiebra - sentencia de 17 de marzo de 1977 - o porque se tratara de una compensación que no producía daño alguno a los demás acreedores de una suspensión de pagos en la que se había logrado convenio - sentencia de 11 de octubre de 1988 - o porque más que una compensación se entendió producida una ejecución separada de prenda, cuyo objeto no había entrado en la masa de la quiebra -sentencia de 7 de octubre de 1997 -".

Y es que, como declara la reciente STS 18 de Febrero de 2013, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la "par condictio creditorum", que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso.

Por tanto, para decidir sobre la aplicación de la compensación deben determinarse los requisitos de este instituto extintivo de obligaciones.

De los artículos 1195 y 1196 CC resulta que para que proceda la compensación es preciso que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, así como que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro.

Respecto a la exigencia de la liquidez de la deuda, dice la STS 14 de marzo de 1986 que una deuda es líquida a efectos de compensación cuando su objetivo y cuantía están perfectamente determinados, lo que no acaece si tal determinación debe hacerse en sentencia. Por su parte, la anterior STS 11 de Junio de 2006, dice "que tal figura (la compensación), definida en el Derecho histórico como "manera de pegamiento porque se desata la deuda que un ome deve a otro", con la operación ideal de pesar simultáneamente las dos obligaciones para declararlas extinguidas en la cantidad concurrente (tanto quiere decir en romance como descontar un deudo por otro" en palabras también de la Ley 20, Título 14. de la Partida Quinta) viene sometida a presupuestos no sólo subjetivos, manifestados en la reciprocidad de las obligaciones dimanantes de relaciones principales (arts. 1195 y 1196, número primero del Código Civil) sino también a requisitos objetivos, pues ha de tratarse de débitos homogéneos (número segundo del artículo 1196) y líquidos (número cuarto del mismo precepto) exigencia esta de la liquidez que se traduce en la necesidad de que la prestación se halle determinada y cuantitativamente precisada para que pueda tener lugar el "pago abreviado" (sentencias de 2 de octubre de 1966, 28 de febrero de 1972, 24 de noviembre de 1975 y 2 de enero de 1976), a lo que no será óbice la circunstancia de que el montante pueda obtenerse "sin más que una sencilla operación aritmética" como la jurisprudencia tiene declarado (sentencia de 3 de julio de 1978, en la misma línea que las de 12 de diciembre de 1921 y 13 de noviembre de 1924).

En el caso, la existencia del crédito que se pretende compensar se fundamenta en la responsabilidad asumida por los vendedores en el contrato privado de compraventa fechado el 2 de abril de 2007, que cuantifican en 114.250,91 euros, de los que corresponderían a la actora 38.083 #, la cual se ha opuesto a la compensación por no ser exigible la deuda ni haber sido liquidada.

La cláusula sexta del contrato dice " Los vendedores se obligan a indemnizar a la compradora (Abratrans SL) en el importe efectivamente soportado por esta en la proporción que a cada uno de los vendedores corresponde (...) si esta sufre una pérdida que sea consecuencia de cualquier inexactitud o falta de veracidad de cualquiera de las manifestación y garantías incluidas en el presente contrato, excepto en la parte en que las consecuencias económicas de dichas omisiones constaren provisionadas en los estados financieros de Transdeco o bien si de cualquier constaren expresamente en este contrato o si hubieran sido deducidas del precio de compra ". La cláusula séptima establece que " La responsabilidad máxima de cada vendedor por las pérdidas que se materialicen en un daño efectivo para Transdeco será mancomunada y proporcional al número de participaciones que cada uno vende, manifestando la compradora que a la firma de este contrato han verificado cuanta información patrimonial y contable han precisado". Por lo que se refiere a la extensión temporal de la responsabilidad, el convenio disponia que prescribirá a los cinco años contados desde la fecha de cierre, salvo en cuanto a eventuales contingencias fiscales o frente a la seguridad social, respecto a las cuales se estará al periodo de prescripción legalmente establecido".

La relación de partidas a cuyo pago se aduce debe hacer frente a Abratrans en aplicación del contrato por corresponder a obligaciones anteriores a la fecha de cierre del balance y haber sido omitidas o apuntadas con importes inferiores a los reales, ha sido elaborada unilateralmente por Galdeko SL, no constando que haya sido aceptada por los vendedorez, alegandose en el escrito de contestación que se esta próximo a alcanzar un acuerdo con los anteriores propietarios del resto del capital social que sobrepasa el importe de los cheques reclamados.

En tales circunstancias, es claro que no procede la compensación ya que antes de que se declarara el concurso no había un crédito reclamable y exigible. Y como señala la SAP de Madrid, Sección vigésimo sexta,

de fecha 1 de abril 2011, aún cuando de resultas del presente proceso llegara a considerarse probado ese crédito, lo único que procedería teóricamente sería una compensación de carácter judicial que, como indica la S. T.S. 11 de octubre de 1988, es la "establecida por sentencia que completa los requisitos que sin ella no se daban para que entrase en juego la legal", señalando más adelante el Alto Tribunal que esta especie de compensación "carece de efectos retroactivos".
De otra parte, el crédito que la demandada afirma ostentar frente a la actora no compensable se fundamenta en la responsabilidad contractual de la concursada, y, por tanto, su reclamación comporta el ejercicio de una acción civil contra el patrimonio del concursado, cuyo conocimiento compete al Juez del concurso, conforme a la dispuesto en el art. 8 LC, que incluye entre las materias competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso en el número 1ª "Las acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el Tit.i del libro IV de la LEC."
Por tanto, dado que en fecha anterior a la declaración de concurso no concurrían los requisitos exigidos por el art. 1196 Cc. para que tuviera lugar la compensación legal y que los requisitos para la aplicación de la compensación deberían ser declarados, en su caso, en sentencia judicial, sin efecto retroactivo y que tal actuación impracticable en situación de concurso (art. 58 LC), a lo que se añade la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para el conocimiento de la acción que fundamenta el crédito que reclama la actora por recaer en el ámbito de la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia contra la que se formula.": SAP Vizcaya (Sección 4) 28.06.2013 (Sentencia 395/2013; Rollo 50/2013)

"SEGUNDO. -El art. 58 LC dice que "Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205 LC, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran concurrido con anterioridad a la declaración de concurso. En caso de controversia en cuanto a tal extremo esta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal ".
En la sentencia de esta Sección de fecha 29 de marzo de 2012, RA 897/11, se dice "sobre la inadmisibilidad de la compensación en situaciones concursales, salvo concretas excepciones, también en el ámbito de la anterior legislación en la que no existía disposición expresa, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en STS 25 de octubre de 2007, que trata la cuestión en un supuesto de créditos y deudas procedentes de servicios prestados por Letrado a la quebrada y negligencia en la prestación del servicio, dice: "...El silencio normativo sobre la procedencia de admitir la extinción en la cantidad concurrente de dos obligaciones, cuando el deudor es acreedor en la otra y una de las partes de la compensación ha sido declarada en quiebra -con la salvedad contemplada en el artículo 926 para los socios comanditarios, los de las sociedades anónimas y los de cuentas en participación y las particularidades propias de las operaciones financieras relativas a instrumentos derivados que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual, a que se refiere la disposición adicional 10ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la del mercado de valores-, suplido por el artículo 58 de la Ley 22/2003, de 9 de julio -que prohíbe la compensación de créditos y deudas del concursado, salvo que sus requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso-, dio lugar a una jurisprudencia opuesta a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales - sentencias de 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 11 de julio de 2005 -, en defensa de una "par conditio" que puede resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor "in bonis", doctrina que se ha mantenido salvo en supuestos específicos, en los que la igualdad de trato no estaba en peligro, ya porque la relación de obligación se hubiera expresado contablemente en forma de cuenta corriente y los requisitos de la compensación hubieren concurrido antes de la declaración de quiebra - sentencia de 17 de marzo de 1977 - o porque se tratara de una compensación que no producía daño alguno a los demás acreedores de una suspensión de pagos en la que se había logrado convenio - sentencia de 11 de octubre de 1988 - o porque más que una compensación se entendió producida una ejecución separada de prenda, cuyo objeto no había entrado en la masa de la quiebra -sentencia de 7 de octubre de 1997 -".
Y es que, como declara la reciente STS 18 de febrero de 2013, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la "par condictio creditorum", que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso.
Por tanto, para decidir sobre la aplicación de la compensación deben determinarse los requisitos de este instituto extintivo de obligaciones.
De los artículos 1195 y 1196 CC resulta que para que proceda la compensación es preciso que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y que las deudas recíprocas sean en dinero, vencidas, líquidas y exigibles, así como que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro.
Respecto a la exigencia de la liquidez de la deuda, dice la STS 14 de marzo de 1986 que una deuda es líquida a efectos de compensación cuando su objetivo y cuantía están perfectamente determinados, lo que no acaece si tal determinación debe hacerse en sentencia. Por su parte, la anterior STS 11 de junio de 2006, dice que "que tal figura (la compensación), definida en el Derecho histórico como "manera de pagamiento porque se desata la deuda que un ome deve a otro", con la operación ideal de pesar simultáneamente las dos obligaciones para declararlas extinguidas en la cantidad concurrente (tanto quiere decir en romance como descontar un deudo por otro" en palabras también de la Ley 20, Título 14. de la Partida Quinta) viene sometida a presupuestos no sólo subjetivos, manifestados en la reciprocidad de las obligaciones dimanantes de

relaciones principales (arts. 1.195 y 1.196, número primero del Código Civil) sino también a requisitos objetivos, pues ha de tratarse de débitos homogéneos (número segundo del artículo 1.196) y líquidos (número cuarto del mismo precepto) exigencia esta de la liquidez que se traduce en la necesidad de que la prestación se halle determinada y cuantitativamente precisada para que pueda tener lugar el "pago abreviado" (sentencias de 2 de octubre de 1966, 28 de febrero de 1972, 24 de noviembre de 1975 y 2 de enero de 1976), a lo que no será óbice la circunstancia de que el montante pueda obtenerse "sin más que una sencilla operación aritmética" como la jurisprudencia tiene declarado (sentencia de 3 de julio de 1978, en la misma línea que las de 12 de diciembre de 1921 y 13 de noviembre de 1924).
La demandante en el incidente, en el escrito de demanda incidental, se limita a alegar la condición de acreedores y deudoras que ostentaban recíprocamente la demandante y la concursada en la fecha de declaración del concurso y la compensación contable por importe de 56.179 euros, que llevó a cabo y notificó a la AC, y explicó que los créditos que detentaba contra la concursada obedecían a suministros de Pellet y el crédito de la concursada a la compra de una determinada máquina.
Y en el escrito de interposición del recurso de apelación alega EBEPELLET que en la solicitud de declaración de concurso de ENERPELLET que se presentó el 3 de mayo 2012, en la lista de acreedores incluida en la documentación presentada por la concursada se le reconocen los créditos que detentaba frente a la concursada por importe total de 379.418,31 euros (doc. nº1) y refiere que los créditos se corresponden con las FRA nº 120, por importe de 50.000 euros con fecha de emisión el 12 de noviembre y vencimiento 30de diciembre.; FRA nº 122, por importe el mismo importe con fecha de emisión 31 de diciembre. y vencimiento el 31 de enero, FRA 125, también por importe de 50.000 euros, fecha de emisión 29 de febrero y vencimiento 20 de marzo y FRA 128 por importe de 9.9958 euros y FRA 127 por importe 219.860 euros fecha de emisión 29 de febrero de 2012 y vencimiento 20 de marzo, y que tales créditos estaban vencidos eran líquidos y exigibles antes de la declaración del concurso y que tales créditos por importe total de 379.418,31 euros y con la rectificaciones de IVA a la suma de 292.242,72 euros. Y que estando así mismo vencido, y siendo liquido y exigible el crédito que detenta la concursada ENERPELLET contra la misma demandante por importe de 56.179,69 euros, procede aplicar la compensación, y que incide en una patente contradicción la concursada al manifestar delante la AC que el crédito no es líquido.
La relación entre EBEPELLET SL, fabricante, y ENERPELLET SL, la concursada, que comercializa el producto que fabrica la primera, está regulada en el Acuerdo Planta de 15 de noviembre de 2009. En el Exponendo del acuerdo se dice que Ebepellet SL se dedica a la fabricación de pallets de madera y biomasa y que Enerpellet es una empresa de servicios que reúne las condiciones necesarias para la prestación de servicios requerida por EBEPELLET. Del contenido del contrato resulta que EBEPELLET SL, que comercializa los productos que fabrica a través de la concursada ENERPELLET, la cual presta asistencia técnica a sus clientes y según el contrato que les vincula (f. 33y ss), se obliga a adquirir toda la mercancía producida por ENERPELLET según los planes de producción remitidos semanalmente por aquélla y que ENERPELLET se obliga a almacenar la mercancía y a mantenerla en perfectas condiciones en sus almacenes hasta que se le de salida al mercado en los precios fijados por la fabricante. El apartado cuarto del contrato, referente a relaciones internas, en el punto 3 dice: el precio de compra del producto terminado por parte de Enerpellet a EBEPELLET SL se divide en dos tramos. 1. En un primer momento ENERPELLET abonará a los treinta días de la recepción de la factura la mercancía a un precio que asegura cubrir según el presupuesto aprobado por los consejos de administración de EBEPELLET SL y ENERPELLET SL todos los costes de la planta. Cada seis meses Enerpellet retornará a la planta el 80% del producto de la plusvalía obtenida por el producto en el mercado una vez deducidos los costes de comercialización. En el caso de que la producción no cumpla los requisitos establecidos por ENERPELLET, esta última se reserva el derecho de rechazar la mercancía y de refacturar a EBEPELLET SL aquellos costes en que haya incurrido como consecuencia de estas deficiencias. En la cláusula quinta del contrato, punto 1, se establece que las existencias de producto terminado en la planta de EBEPELLET son propiedad ENERPELLET, respondiendo la primera de los deterioros que sufran los elementos por uso inadecuado.
Así, en el contrato queda de manifiesto que la regulación de relación entre las dos empresas es la plasmación de una división de funciones para la fabricación y ulterior comercialización, de un producto, incluido servicio postventa, con interdependencia entre las decisiones empresariales de las dos mercantiles afectadas, lo que determina que la relación comercial entre ambas no consista en una mera compraventa de productos fabricante-distribuidor, sino que se trata de una relación compleja. Y en tal situación no cabe apreciar compensación, pues la concursada ENERPELLET cuestionó la liquidez y exigibilidad de la deuda de EBEPELLET antes de la declaración de concurso -en la contestación por escrito de ENERPELLET a EBEPELLET de fecha 29 de marzo de 2012 que acompañó la AC al escrito de contestación a la demanda incidental se señala que las facturas a las que se refiere EBEPELLET no son exigibles y que dicha empresa es responsable de sus estados financieros-, y cuestionada en la contestación a la demanda la liquidez de la deuda que EBEPELLET atribuye ENERPELLET no se ha practicado prueba alguna al objeto de acreditar la liquidez y exigibilidad de la misma.
Por tanto, dado que no ha quedado probado que en fecha anterior a la declaración de concurso concurrían los requisitos exigidos por el art. 1196 Cc. para que tuviera lugar la compensación legal, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia contra la que se formula.": SAP Vizcaya (Sección 4) 04.11.2013 (Sentencia 612/2013; Rollo 100/2013)

AP Zaragoza

"OCTAVO.-En lo atinente a la compensación de créditos el art. 58 L.C. sólo lo reconoce cuando los requisitos de los débitos y créditos concurrentes hubieren existido antes de la declaración del concurso.
En nuestro supuesto el concurso se declaró en el año 2009, por lo que los créditos compensables deberán de ser líquidos, vencidos y exigibles antes de esa fecha.

Así, el crédito por facturas de "T.M.C." es anterior a 2009. También el IVA de la factura A8/211, de 24.11.2008. Es decir, 21.994,48 - 3204,32 #, lo que supone un crédito a favor de "T.M.C." de 18.790,16 euros y la desaparición del crédito de 3.204,32 # de la masa activa de "Aluteam".
Sin embargo, respecto a los 11.550 # que "T.M.C." quiere compensar, si desaparecen del activo de "Aluteam" los 50.272,20 # del accidente, no habría concurrencia de créditos y, en todo caso, la litigiosidad de los mismos impediría su compensabilidad, ex art 1196 C.Civil, a sensu contrario. Por lo que sería un crédito a incluir en la relación del art. 82-4 L.C., que -salvo error- estaría comprendido en los 50.272,20 # que constituyen el juicio ordinario 388/11 (salvo error, pues esta Sala carece de elementos documentales al respecto).": SAP Zaragoza (Sección 5) 06.06.2012 (Sentencia 249/2012; Rollo 269/2012)

JM-1 Santander

"TERCERO.- La segunda impugnación versa sobre la no compensación de la deuda del impugnante frente a la concursada. En este sentido el art. 58 de la L.C. establece la prohibición de la compensación de los créditos y deudas del concursado. No obstante añade que producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, lo que nos remite a los artículos 1.195 y siguientes del Código Civil que se ocupa de dicho modo de extinción de las obligaciones. Según el art. 1.196 es preciso para que opere la compensación que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor principal del otro, que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero o, siendo fungibles las cosas debidas sean de la misma especie y también de la misma calidad, que las dos deudas estén vencidas, que sean liquidas y exigibles y que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor. Teniendo en cuenta la regla general contenida en el art. 58 de la L.C. y atendiendo a las normas sobre la carga de la prueba contenidas en el art. 217 de la L.E.C., corresponde, en este caso al impugnante la acreditación de la concurrencia de los requisitos de la compensación con anterioridad a la declaración de concurso. En el presente caso, los requisitos de la compensación no concurrian con anterioridad a la fecha de declaración de concurso. En primer término y del documento nº 4 aportado por la Administración concursal en su contestación se extrae que no se fijó la fecha de vencimiento del contrato de préstamo. Resulta claro que de la naturaleza y circunstancias de la obligación de devolución de la cantidad prestada como consecuencia de dicho contrato, se deduce que ha querido concederse al deudor un plazo para su vencimiento lo que determina la aplicación del art. 1.128 C. C. que establece que los tribunales fijarán el mismo. Por otro lado, el art. 1.125 del Código Civil establece que las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un dia cierto, esto es, en las obligaciones a plazo como la que nos ocupa, sólo resultarán exigibles cuando llegue el día. Teniendo en cuenta que en el presente caso no se había acudido a los tribunales para concretar el plazo de vencimiento ni se habia fijado en el contrato a pesar de deducirse claramente que se quiso conceder un plazo al deudor, ha de concluirse que la obligación del impugnante no estaba vencida, incumpliéndose con ello los requisitos de la compensación, establecido en el art. 1.196.3º y 4º del Código Civil por no ser vencidos ni exigibles.
A mayor abundamiento, el actor no ha acreditado que instase la compensación puesto que el documento aportado junto a la demanda se refiere genericamente a cargar en la cuenta de imposición a plazo fijo el importe del prestamo concedido, pero ni siquiera coincide la cuantía debida ni se concreta la cuenta en la que se haya de cargar.
En último término, no debe desconocerse la situación puesta de manifiesto por la administración relativos a la previa solicitud de concurso y cierre de las instalaciones de la concursada, con una indudable publicidad a través de los medios de comunicación. Dicho cierre de las instalaciones al público unido a la solicitud de concurso, permite concluir interpretando coordinadamente los artículos 58 de la L. C. y 1.196 del Código Civil, que el crédito del impugnante no era exigible en ese momento, al haberse adoptado la medida extraordinaria de cierre para evitar la puesta del par conditio creditorum.": SJM-1 Santander 16.03.2007 (Incidente Concursal 553/2006)

7.1 Improcedente compensación de devolución de ingresos indebidos en la TGSS

AP Navarra

"PRIMERO.-Mediante Auto de 15/5/2013 la sociedad de responsabilidad limitada JORGE TERRA fue declarada en concurso de acreedores.
La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) fue reconocida como acreedor con créditos con privilegio general del art.91.2 LC y art. 91.4 LC, créditos ordinarios y créditos subordinados por los importes que figuran en la lista de acreedores acompañada al informe de la Administración concursal, sin que fueran objeto de impugnación.
En fecha 19/6/2013, el administrador concursal solicitó la devolución de unos ingresos indebidos producidos de enero 2011 a enero 2012 por cuotas de un trabajador que no estaba de alta en la empresa.
La resolución del órgano competente de la TGSS consideró acreditados los ingresos indebidos y en fecha 21/6/2013 resolvió la procedencia de la devolución por importe de 2.2017,78 euros, pero acordó "la deducción del mismo.....correspondiente a la deuda que mantiene con la Seguridad Social".
Es decir el órgano administrativo, estando el deudor en concurso, decide aplicar el importe que procedía devolverle, al cobro de parte de sus créditos concursales, en concreto créditos correspondientes al periodo enero 2013-abril de 2013.
SEGUNDO.-El administrador concursal instó incidente solicitando se declarara la existencia de una compensación prohibida por el art. 58 LC y la reintegración del importe compensado por la TGSS.
Esta última opuso en su contestación la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil para conocer del

asunto, la cual corresponde al orden contencioso administrativo previo recurso en vía administrativa, el cual no fue interpuesto por la administración concursal. Y alega que ni el art. 8 ni el art. 9, ambos de la Ley Concursal, atribuyen jurisdicción a los tribunales mercantiles para dejar sin efecto el referido acto administrativo.
Procede desestimar el recurso en este punto.
La decisión administrativa de aplicar el derecho reconocido a favor de la concursada - a la devolución de los ingresos indebidos anteriores a la declaración del concurso- a la satisfacción de créditos concursales reconocidos a la entidad pública en el concurso constituye, desde el punto de vista patrimonial, una compensación de créditos pues produce como efecto la extinción de las obligaciones recíprocas en el importe concurrente (art. 1195 y ss del Código Civil). Y tal naturaleza no desaparece por el hecho de que hubiera sido acordada mediante un acto administrativo y en aplicación de las normas que facultan a la TGSS a tal fin (art. 23 de la Ley General de la Seguridad Social en relación al art. 44.1 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social-RGRSS-).
El art. Artículo 58 LC regula la Prohibición de compensación, estableciendo que: Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
El propio precepto contiene una mención a las compensaciones acordadas por acto administrativo, bien que referida a aquellas cuyos requisitos concurrieran ya antes de ser declarado el concurso. Pero remite al incidente concursal para resolver toda controversia sobre la materia. Con ello se viene a establecer que, aunque la compensación haya sido acordada por resolución administrativa, si surge controversia sobre la procedencia de la compensación acordada, debe ser resuelta por el Juez del Concurso por el cauce del incidente concursal.
Y ello es coherente con la lógica del concurso en tanto en cuanto la extinción de deudas concursales por aplicación a su pago de derechos de crédito reconocidos al concursado frente a su acreedor y, por tanto, integrados en la masa activa (art. 76 LC), afecta directamente a la igualdad de trato de los acreedores y a la composición del activo concursal, de manera que es cuestión que se integra en el núcleo de la jurisdicción atribuida al Juez del Concurso establecida en el art. 86 ter LOPJ.
TERCERO.-La sentencia apelada rechaza, en contra de lo sostenido por la TGSS, que la deuda de ésta entidad para con la empresa en concurso fuera exigible antes del auto de declaración de concurso y, por tanto, que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración, como exige el art. 58 LC.
Razona que el art.44.3 RGRSS establece en su párrafo primero que: El derecho a la devolución de ingresos indebidos de cuotas prescribirá a los cuatro años, a contar desde el día siguiente a su ingreso. Una vez reconocida la procedencia de la devolución, el derecho a exigir su pago caducará a los cuatro años a contar desde la fecha de notificación del acto de reconocimiento. De donde se extraería que para que la deuda por ingresos indebidos sea exigible es preciso que previamente se dicte la resolución administrativa que reconozca el derecho a la devolución.
Alega la TGSS en su recurso que el art. 23.1.3 de la LGSS establece que: El derecho a la devolución de ingresos indebidos prescribirá a los cuatro años, a contar del día siguiente al ingreso de los mismos.
De ello extrae que, como el que ha efectuado el ingreso indebido puede exigir su devolución desde el día siguiente a haberlo hecho, la deuda era exigible desde entonces. Y la resolución que reconoce dicho derecho solo es un requisito necesario para efectuar el pago.
Confunde la TGSS la exigibilidad o posibilidad de ejercitar el derecho a la devolución de los ingresos realizados por error con la exigibilidad del pago de la deuda reconocida por dicho concepto.
Es la exigibilidad del pago la que debe concurrir a los efectos del art. 1196 CC para que, en conjunción con el resto de los requisitos que el precepto prevé, opere la compensación de deudas y las obligaciones pecuniarias recíprocas se extingan.
Y dicho requisito no concurre, como establece la propia normativa recaudatoria, sino cuando se notifica la resolución administrativa que reconoce la deuda. Al igual que tampoco concurre la exigencia legal de que la deuda sea líquida pues su importe ha de ser el reconocido en la resolución (ex art.23.1.1 LGSS) o en resolución judicial en caso de discrepancia.
Por ello también en este punto ha de ser desestimado el recurso": SAP Navarra (Sección 3) 21.05.2014 (Sentencia 93/2014; Rollo 269/2013)

8. Procedencia: constatación de la compensación operada ex lege antes de la declaración de concurso

Tribunal Supremo

"5. *En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la* ***par condicio creditorum****, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohibe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: "* ***Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la***

declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella *".*
Aunque no resulte aplicable al caso, por no estar vigente al tiempo de realizarse la supuesta compensación, conviene advertir que la Ley 38/2011 ha completado el art. 58 LC, y apostilla ahora que será válida la compensación de los créditos y deudas del concursado cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, " **aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella** ".
6. *Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o " **ipso iure** ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia " **ex tunc** ", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohiba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.":* STS 18.02.2013 (Sentencia 46/2013; Recurso 1793/2010)

"PRIMERO.-*Resumen de Antecedentes.*
Son hechos relevantes para la resolución del recurso, los siguientes:
1. La *"questio iuris"* que se plantea en el presente recurso proviene de una demanda incidental promovida por la sociedad acreedora "PROCOM DESARROLLO COMERCIAL DE ZARAGOZA" -en adelante PROCOM- contra la concursada "AUTOPLAZA ESPACIOS COMERCIALES S.L." -en adelante AUTOPLAZAy su administración concursal, sobre impugnación del inventario y de la lista de acreedores. En el incidente concursal se acumuló otra demanda incidental, de signo contrario, en la que se pretendía la declaración de nulidad de compensación y de restitución de fianza, promovida por los allí demandados contra el actor del primer incidente concursal.
La cuestión que se plantea en ambas demandas, es la de determinar si procede la aplicación de la fianza arrendaticia contra el crédito que PROCOM ostentaba contra AUTOPLAZA. El contrato locativo fue resuelto por sentencia de 19 de julio de 2010. En la resolución, se dió por vencida la obligación de devolución de la fianza y se condenó a AUTOPLAZA al pago de 5.837.026,44.- #, correspondientes a las rentas vencidas y otros conceptos devengados a favor de PROCOM.
La demandada, AUTOPLAZA y su administración concursal sostienen frente a PROCOM que la entrega de llaves del local no tuvo lugar hasta el día 15 de septiembre de 2010, fecha en la que también se dictó el auto de declaración de concurso. Por consiguiente, estiman que no procede la compensación porque los requisitos para que opere no son anteriores a la declaración de concurso, de acuerdo con el art. 58 LC. Por ello, entienden que debe figurar el importe de la fianza en el activo de la concursada, por la cantidad concurrente e incrementan el crédito del arrendador, PROCOM en la lista de acreedores.
2. Los hechos que resultan probados son: la existencia de un contrato de arrendamiento entre PROCOM, como arrendadora, y la concursada AUTOPLAZA, como arrendataria; fruto de este contrato se entregó en concepto de fianza la cantidad de 405.940 euros; la falta de pago de la renta y otros conceptos por la que se tramitó un juicio de desahucio en el que se dictó sentencia el 19 de julio de 2010, declarada firme el 1 de septiembre; la entrega de la posesión (de las llaves), que se verificó el 15 de septiembre de 2010, la misma fecha en la que se declaró el concurso de la mercantil arrendataria.
3. Sobre tal base fáctica la Sentencia de primera instancia, al igual que la parte recurrente -la empresa declarada en concurso, AUTOPLAZA y su administración concursal-, consideran que el efecto de la compensación del crédito del arrendador con la fianza, como crédito de la arrendataria, no se produce hasta el momento de la entrega de las llaves, puesto que hasta ese momento se siguen generando rentas. De esta forma, como la declaración del concurso se produjo el mismo día de la entrega de llaves, sería de aplicación la prohibición de la compensación establecida en el art. 58 de la LC y también el art. 36.4 LAU, ya que la disposición de la fianza requiere de una previa liquidación del contrato, que sólo podrá hacerse una vez extinguida la relación arrendaticia y restituida la posesión al arrendador mediante la entrega de llaves.
4. La sentencia de la Audiencia Provincial rechaza el argumento del recurrente y argumenta que la fianza arrendaticia regulada en el art. 36.4 LAU no coincide con la situación de hecho a que da lugar la compensación prohibida en el art. 58 LC. De suerte que, con estimación de la pretensión de la recurrente, estimó la compensación entre la fianza y el mayor crédito que ostentaba PROCOM, al haberse aplicado con anterioridad a la declaración de concurso, en concreto, en el momento en que se declaró la firmeza del desahucio, el 1 de septiembre de 2010.
SEGUNDO.-*El motivo único del recurso de casación.*
Se formula alegando "i *nfracción del art. 58 de la Ley 22/2003, de 19 de julio, Concursal en relación con el apartado 4 del art. 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, motivada por la vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 25 de octubre de 2007, que prohíben la compensación de créditos una vez declarado el concurso de acreedores"*
El recurrente señala en su motivo que se prohíbe la compensación de créditos una vez declarado el concurso de acreedores, por el respeto que merece el principio básico de la " *pars conditio creditorum* ". Destaca que, conforme a la Jurisprudencia invocada, anterior a la Ley Concursal, existía tal prohibición, motivo por el cual el art. 58 LC respeta la referida doctrina.
Por ello entiende que la sentencia recurrida ha infringido la doctrina expresada en las sentencias de esta Sala y

el principio básico invocado que rige el procedimiento concursal. La sentencia, a juicio de la recurrente, da absoluta prioridad a la fianza, la hace independiente y ajena a cualquier situación concursal, quedando fuera del ámbito de la prohibición de compensación que establece el art. 58 LC. Tal argumento, concluye, es contrario, no sólo al precepto concursal citado, sino también vulnera el art. 36.4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos que establece que el saldo de la fianza en metálico deba ser restituido al arrendatario al final del arriendo, devengando intereses transcurrido un mes desde la entrega de las llaves.
Alega que, sólo tras la resolución del contrato y la puesta a disposición del local, puede entenderse finalizado el arriendo y que la "¿¿arrendataria??? tiene el derecho a la devolución de la fianza. Pero resulta que, tras los requerimientos que llevó a cabo la Administración Concursal, PROCOM manifestó que con fecha 1 de septiembre de 2010 había realizado la correspondiente "c *ompensación contable* " a cuenta de un mayor crédito que mantenía con la arrendataria.
TERCERO.-*Razones de la Sala para la desestimación del motivo único del recurso.*
La compensación es una forma de extinción de obligaciones (art. 1156 Cc) que opera " *ope legis* " cuando se dan los presupuestos previstos en los arts. 1195 y 1196 del Cc y con los efectos que establece el art. 1202 Cc, " *aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y los deudores* " (SSTS de 30 de diciembre de 2011, RC 1916/2008, 30 de marzo de 2007, 4 de julio de 2005, RC 282/1999 y 15 de febrero de 2005, RC 1008/1999, entre otras).
La compensación que prohíbe el art. 58 LC es la realizada con posterioridad al concurso esto es, sin que los requisitos el art. 1196 Cc concurran con anterioridad al mismo.
En el presente caso, la sentencia que declaró la resolución del contrato y dio por vencida la obligación de devolución de la fianza por parte del arrendador es de 19 de julio de 2010 y la firmeza de la sentencia fue declarada en providencia de 1 de septiembre de 2010. Por otro lado, el crédito que ostentaba el arrendador era muy superior al importe de la fianza; la deuda del concursado era vencida, líquida y exigible; y los efectos de la resolución del contrato son a partir de la interposición de la demanda que estimó procedente la sentencia, siendo las rentas exigibles desde sus respectivos vencimientos.
La circunstancia de que la entrega de las llaves se hiciera efectiva el mismo día en que se dictó el auto de declaración de concurso, el 15 de septiembre de 2010, no hubiera impedido considerar que los requisitos para que operara la compensación " *ope legis* " se hubieran producido con anterioridad a la declaración concursal, como muy tarde el 1 de septiembre de 2010, en que se declaró firme la sentencia declarativa de resolución del contrato. Pero, en el presente caso, no se aplica la compensación como forma de extinción de obligaciones sino como mecanismo de liquidación del contrato, resuelto por una sentencia firme.
La posesión indebida del concursado, que demora la entrega de llaves hasta que se dicta el auto de declaración del concurso, no devenga rentas como alega la recurrente para estimar no finalizado el contrato, sino que, en su lugar, genera daños y perjuicios, conforme determinan los arts. 1101 y 1103 CC, siendo las rentas la determinación del *"quantum"* indemnizatorio. En el presente caso, la administración concursal si hubiera pretendido prolongar el contrato podría haber intentado rehabilitar su vigencia conforme autoriza el art. 70 LC, por lo que ahora no puede pretender alargar los efectos del contrato, bajo su sola voluntad (art. 1256 Cc).
Por las razones expuestas, el motivo se desestima.": STS 15.04.2014 (Sentencia 188/2014; Recurso 877/2012)

AP Barcelona (Sección 15)

"iv) Transferida la titularidad dominical de los créditos a «S.» y «VN», la subsi-guiente compensación con los créditos que frente a estas ostenta A. tiene lugar al con-currir los requisitos que menciona el art. 1196 del CC, presupuesto ya que cada una de las partes es acreedora principal de la otra. Por ello, si se dan los requisitos de liqui-dez, vencimiento y exigibilidad de las dos deudas (y no existe retención o contienda promovida por terceros), la compensación produce sus efectos extintivos ope legis (art. 1202 CC). Y de acuerdo con el art. 58 de la LC es admisible la compensación cuyos re-quisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso.
v) En el caso de «VN» se ha procedido, siguiendo la operativa habitual entre las partes, a compensar la deuda de dicha sociedad con un crédito (cedido por «V., AG» a la misma) por importe de 1.500.000 euros, que se corresponde con una deuda de «A.» frente a «V., AG» por suministros efectuados el mes anterior a octubre de 2007 (21 de agosto/21 de septiembre). La concursada no niega que concurran con anterioridad al concurso los requisitos exigidos para la compensación legal, en parti-cular no afirma que dicho crédito no fuera líquido, vencido y exigible a la fecha en que se llevó a cabo la compensación (en la forma habitual entre las partes), con anteriori-dad a la declaración de concurso, sino que se opone a ella porque existía un pacto de no compensar si con ello se perjudicaba la tesorería de «A.». Pero este pacto no se ha probado (al margen de que en algunos casos, por acuerdo de las partes, pudiera haberse retrasado la oportuna compensación), y la compensación ha de producir sus efectos «aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores» (art. 1202 CC), aceptado que se trata de un crédito existente, vencido y exigible.
Las mismas consideraciones son aplicables a la compensación operada por «S.» y admitida por la administración concursal y la sentencia, respecto de la suma de 3.102.260,02 euros, crédito cedido que correspondía al suministro de materiales por «V., AG» a «A.» en dicho período de tiempo anterior al concurso.
Se opone también la concursada a la compensación admitida de la suma de 1.500.268,19 euros, pretendida por «S.», por no corresponder a suministros efectua-dos el mes anterior a octubre de 2007, sino al período de 21 de mayo / 21 de junio de ese año. No se niega sin embargo la veracidad de ese crédito o la realidad de los su-ministros a que responde, ni tampoco se alega que no estuviera vencido o no fuera exi-gible, por lo que de igual manera debe confirmarse la pretendida compensación.

Se impugna, por último, la compensación pretendida por «S.» de un crédito en con-junto por importe de 13.829,76 euros (desglosado en el doc. 3 de la demanda de «S.»), alegando que las partidas crediticias que lo integran no han quedado probadas.
La concursada, sin embargo, no niega su efectiva existencia o veracidad, sino que se limita a alegar la falta de prueba. Estimamos que tal alegación no es suficiente pa-ra desvirtuar la veracidad de tales créditos que han sido contrastados por la adminis-tración concursal a partir del listado desglosado de todos los apuntes que conforman esta deuda aportado por «S.» y tras el examen de la contabilidad de «A.».
vi) Por lo demás, no es esta la sede adecuada para determinar si las operaciones compensatorias, efectuadas con la finalidad de cifrar los créditos y las deudas de quie-nes han impugnado la lista de acreedores y el inventario, son rescindibles conforme al art. 71 LC. No es esta la acción ejercitada ni la materia que ahora se decide, y no ca-be sustituir esa acción, a ejercitar en su caso por los legitimados, por la vía de la opo-sición a la impugnación de la lista de acreedores o del inventario.
V. i) El último motivo radica en la vulneración del art. 58 LC por haberse per-mitido la compensación de créditos que no eran líquidos, vencidos ni exigibles antes de la declaración de concurso. El razonamiento es el siguiente: el crédito de «V., AG» asciende (sin compensaciones) a 16.929.991,42 euros, que —según la concursada— se desglosa en las siguientes partidas: a) 4.819.982,13 euros de crédito vencido en el momento de la presentación de la solicitud de concurso; b) 5.110.009,28 euros de deu-da antigua que había sido renegociada y refinanciada, por lo tanto no vencida a esa fe-cha; y c) 7 millones de euros de deuda no vencida y no exigible habida cuenta del con-trato de inventario suscrito entre «A.» y «V., AG» en fecha 3 de marzo de 2003, a tenor del cual esa deuda únicamente se encontraría vencida y sería exigible una vez finali-zadas las relaciones contractuales entre las partes.
Por ello, concluye, la única deuda vencida ascendía a 4.819.982,13 euros, que es el máximo que podría ser compensado por «S.» y «VN», pero la sentencia ha admitido la compensación por una suma superior.
Según nuestros cálculos, la sentencia admite una compensación por la suma total de 6.121.820 euros.
ii) Debe advertirse, en primer lugar, que la cantidad de 4.819.982,13 euros, úni-co importe que «A.» considera vencido y exigible a la fecha de declaración del con-curso, no incluye las facturas pendientes de pago de los meses anteriores a octubre de 2007, porque la concursada no ha contabilizado aquí las compensaciones pretendidas por «S.» y «VN», parcialmente admitidas por la sentencia.
iii) De otro lado, la administración concursal acepta que la suma de 5.110.009,28 euros no puede ser objeto de compensación, por falta de vencimiento a la fecha de declaración del concurso, pero discrepa de la falta de vencimiento y exigibilidad del cré-dito por 7 millones de euros, al igual que las impugnantes. En el citado contrato de in-ventario ("inventory agreement") se estipulaba que «A.» no estará obligado a liquidar al Grupo V. y sus filiales la cantidad de 7 millones de euros del total de las cuentas a pagar de todo el Grupo E. («A.») a distribuir entre las filiales existentes en cada mo-mento «mientras nuestra relación comercial permanezca en vigor, y en consecuen-cia se liquidará debidamente a la resolución de nuestra relación comercial».
Baste advertir a estos efectos que la relación de suministro entre «A.» y «S.» y «VN» fue resuelta por estas entidades en octubre de 2007, dejando por tanto de efec-tuar pedidos de componentes a «A.», y ello con independencia de que «A.» no esté conforme con la legitimidad o justificación de dicha resolución. ": SAP Barcelona (Sección 15) 25.05.2010 (Rollo 462/2009; RJC 188)

PRIMERO. 1. La administración concursal (AC) de Dows Digital Stores, S.L. (Dows) ejercitó frente a Caixabank, S.A., al amparo del art. 40.7 LC, una acción de anulación frente a la aplicación por parte de la referida demandada de un saldo de 13.892,68 euros al pago de otras deudas de la concursada tras la declaración del concurso.
2. Caixabank, S.A. se opuso a la demanda alegando que la acción ejercitada es improcedente porque no estamos ante un acto del deudor concursado y que la compensación es admisible porque concurrían los requisitos para practicarla antes de la declaración del concurso, dado que lo aplicado ha sido un saldo existente en la cuenta antes de la declaración y la deuda compensada también era exigible previamente a la declaración.
3. La resolución recurrida estimó la demanda y condenó a la demandada Caixabank, S.A. a restituir la cantidad compensada apreciando que no estaba acreditado que los créditos fueran compensables y tampoco que la entidad bancaria estuviera facultada para compensarlos.
4. El recurso de Caixabank, S.A. se funda en los siguientes motivos:
a) La improcedencia de la acción del art. 40.7 LC cuando no se está ante un acto del deudor concursado.
b) La compensación es ajustada a derecho porque concurrían los presupuestos para practicarla antes de la declaración del concurso.
SEGUNDO. 5. Respecto de la improcedencia de la acción del art. 40.7 LC, no podemos compartir que, por el hecho de que la entidad bancaria no recabara la voluntad del deudor antes de aplicar el saldo existente en una de sus cuentas, no estemos propiamente ante un acto del deudor a los efectos de la acción referida. Lo relevante no es tanto si el acto fue voluntario como si afectó a los derechos y obligaciones del deudor, lo que resulta incuestionable.
TERCERO. 6. La resolución recurrida no discute a Caixabank, S.A. que pueda compensar los saldos existentes en cuenta corriente a favor de la concursada en el momento de la declaración del concurso con deudas que la concursada tuviera en esa misma fecha a su cargo y a favor de la propia entidad bancaria. Es incuestionable que el art. 58 LC permite que la compensación se pueda materializar incluso tras la declaración del concurso, con tal que conste que sus requisitos concurrían antes de la declaración. Lo que la resolución recurrida hace es negar que se haya acreditado que efectivamente concurrieran los requisitos para que la compensación pudiera operar. Y esa negativa se sustenta en una doble consideración:
i) Caixabank, S.A. no ha acreditado que efectivamente pudiera compensar entre sí crédito y deuda porque no ha aportado a los autos la copia de la póliza que presuntamente le faculta para ello.

ii) No consta acreditado tampoco que concurrieran los requisitos legales de la compensación antes de la declaración del concurso.
7. Alega Caixabank, S.A. que no es inconveniente que no acompañara con la demanda la póliza de aval de la que dimana el derecho de crédito compensado con el saldo existente en cuenta corriente porque la existencia del aval obra acreditada en las actuaciones, ya que incluso la AC le ha reconocido el crédito dimanante del mismo.
8. Compartimos la alegación de la recurrente. La AC no sólo no ha cuestionado la existencia del crédito sino que en la lista, aportada como documento 5 de la contestación (folio 18), lo ha reconocido con el siguiente concepto: "PÓLIZA LÍNEA DE AVALES 9333.30.0196006.61: CAPITAL IMPAGADO POR EJECUCIÓN.
Por consiguiente, no podemos compartir con la resolución recurrida que no estén acreditados en autos los requisitos necesarios para que el acreedor pueda oponer la compensación. Del propio informe del AC se deriva que su existencia está perfectamente acreditada y también que su vencimiento es previo a la declaración del concurso, anterior incluso a la fecha que la lista indica, pues Caixabank ha acreditado (docs. 1, 2 y 3 de la contestación, folios 33-36) que (i) se trataba de un aval a primer requerimiento, (ii) que el día 6 de octubre de 2010 recibió el requerimiento de pago del avalado y (iii) que el día 8 de octubre hizo efectivo el pago a Esprinet, la entidad avalada.
9. También está acreditado que los fondos con cargo a los cuales se hizo la compensación se encontraban depositados en la cuenta corriente de la concursada con anterioridad a la declaración del concurso. De hecho, las cantidades depositadas con posterioridad ya fueron devueltas por la entidad financiera al AC.
10. Concurrían, por consiguiente, antes de la declaración del concurso todos y cada uno de los requisitos que, conforme a lo previsto en el art. 1196 CC, permiten la compensación legal de crédito y deuda, pues en ambos casos se trata de una deuda de dinero, vencida, líquida y exigible, lo que determina que debamos considerar bien hecha la compensación.
Y no precisa el acreedor acreditar que estaba facultado contractualmente para llevarla a cabo porque es la propia Ley quien le faculta para ello.": SAP Barcelona (Sección 15) 08.11.2012 (Sentencia 365/2012; Rollo 332/2012)

AP Burgos

"PRIMERO.- Por la entidad Txaleco Egurrak SL se promueve incidente concursal para que, conforme al artículo 58 de la LC, se declare que el crédito que la mercantil Maderas Campo Benito SL, en concurso, ostenta contra la primera, por importe de 13.983,21 #, se declare extinguido por compensación el día 18.12.2008.
La sentencia recurrida desestima la demanda al considerar que no consta acreditado la existencia de ningún acuerdo compensatorio entre ambas mercantiles, tendente a reducir la deuda por medio de la venta de madera; asimismo señala que el crédito de 13.938,21# que aparecía en el Balance de Comprobación de la concursada y que recoge el informe de la administración concursal no responde a la venta realizada en el marco de una operación de trafico ordinario, sino que mas bien estaba destinada a reducir la deuda generada por la sociedad concursada, obteniendo de ese modo la mercantil demandante una satisfacción parcial de su crédito en perjuicio de otros acreedores del concurso.
Por la entidad actora se formulada recurso de apelación para que se revoque la sentencia de instancia y se dicte otro por el que se estime íntegramente su demanda con expresa imposición de costas de la primera instancia a la demandada. Y funda el recurso en los siguientes motivos :1) Existencia de créditos recíprocos : líquidos, vencidos y exigibles entre la actora y Maderas Campo Benito SL anteriores a la declaración de concurso de ésta; 2) la compensación no requiere de acuerdo de ningún tipo entre los acreedores recíprocos y 3) la administración concursal de Maderas Campo Benito nunca impugnó la venta de madera a la actora : validez del contrato a todos los efectos.
SEGUNDO.- La compensación aparece configurada en el Código Civil como una causa de extinción de las obligaciones (artículo 1.156), que tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (artículo 1.195), produciendo el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1.202).
El fundamento se encuentra en la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos por uno sólo mediante una simple operación aritmética. En principio la compensación no afecta más que aquellas dos personas que recíprocamente son acreedores y deudores.
Sin embargo, en una situación de concurso, el mecanismo de la compensación no sólo afecta al concursado y al acreedor que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en los demás acreedores del concursado que no son también sus deudores. Y ello porque, en principio, todos los acreedores del concursado quedan sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero, de ello, quedaría excluido el acreedor - deudor del concursado, quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuere deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido, ese crédito compensado, de la ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento que pudiera surgir de un convenio. La compensación daría lugar a un trato privilegiado a favor de los acreedores - deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la "par conditio creditorum".
En nuestro Derecho histórico anterior a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no existía un precepto específico dedicado a la compensación cuando uno de los acreedores -deudores estuviera en situación de insolvencia declarada judicialmente. Rechazándose, en estos casos, la aplicación de la compensación por las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1977 y 20 de mayo de 1993, si bien se admitió en la sentencia de 11 de octubre de 1988.

En la redacción originaria de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, bajo la rúbrica de "prohibición de compensación ", disponía, en el párrafo primero de su artículo 58, que: "...declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". Apareciendo los requisitos de la compensación recogidos en el artículo 1.196 del Código Civil.
Con base en esa redacción del precepto, la fecha determinante es la de la declaración del concurso. De tal manera que, si los requisitos de la compensación ya concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado que no la hubiere hecho valer antes de la declaración del concurso, puede, después de haberse declarado el concurso, exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él. Por el contrario, si los requisitos de la compensación no concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado ya no puede exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él (queda prohibida la compensación).
Criterio interpretativo que se ha visto ratificado con la posterior reforma, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, llevado a cabo por la Ley 38/2011 de 10 de octubre de 2011, que, en el número 44 de su artículo único, añade el siguiente inciso final al párrafo primero del artículo 58 : "... aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".
En el párrafo segundo del artículo 58 de la Ley Concursal se dice que: " En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursa l". No se consagra, en absoluto, una regla de competencia objetiva a favor de la Juzgadora de lo Mercantil que impida, a los Juzgados de Primera Instancia que estuvieran conociendo de procesos iniciados con anterioridad a la declaración del concurso, pronunciarse sobre la compensación, si, respecto de la misma, hubiera controversia y el pronunciamiento judicial recayera una vez ya declarado el concurso. Nada de eso. Se trata de un párrafo que, en opinión unánime de la doctrina, es innecesario, pues se refiere a la controversia surgida dentro del concurso (no en un proceso distinto seguido ante un Juzgado de Primera Instancia por el concursado contra un deudor que le opone la compensación), y, como regla general consagrada en el artículo 192 de la Ley del Concurso, toda cuestión que se suscita durante el concurso se ventilará por el cauce del incidente concursal, de ahí la innecesariedad de ese párrafo segundo del artículo 58.".En la línea se pronuncia la SAP Madrid, Sección 10, de 25 de julio de 2013.
TERCERO.- Son elementos relevantes a los efectos del objeto del recurso, los siguientes:
1.- Que Maderas Campo Benito SL, era deudora para con Txaleco Egurrak SL, en la suma de 36.736,88 #, por la adquisición o compra de madera.
2.- Que con fecha 18 de diciembre de 2008, Maderas Campo Benito revende a Txaleco Egurrak SL, parte de la madera que en su día ésta le había vendido.
3.- Que la mercantil Maderas Campo Benito SL presentó solicitud de concurso por medio de escrito de fecha 17 de noviembre de 2008 y el mismo fue declarado en fecha 23 de diciembre de 2008.
En el presente caso, el crédito que ostentaba la actora era anterior a la declaración de concurso y lo mismo sucede con el crédito de que era titular la concursada dado que responde a la devolución (reventa) de parte de la mercancía que le había vendido la actora, tuvo lugar el 18.12.2008, cuya realidad admite la propia administración concursal, por lo tanto ambos créditos, con anterioridad a la declaración de concurso, eran líquidos, vencidos y exigibles, por lo que procede la compensación. Por otra parte, había un único crédito a favor de la actora frente a la demandada, por cuanto la factura 2008/140, por importe de 13.983,21 #, responde a la devolución de parte de la mercancía, anteriormente, suministrada a la demandada por la entidad actora, devolución que debió articularse mediante una factura de abono.
Si la administración concursal consideraba a que la recompra de la madera por la demandante era fraudulenta o simplemente perjudicial para la masa activa del concurso, necesariamente tenia que haber pedido su rescisión mediante el ejercicio de la correspondiente acción de reintegración (artículo 71 de la LC), sin embargo ejercita una acción para exigir su cumplimiento en el juzgado de primera instancia de Durango, por lo que no puede negarla en este momento insinuando su carácter perjudicial para la masa.
Por tanto, se produjo naturalmente la compensación dado que los créditos recíprocos eran vencidos, líquidos y exigibles con anterioridad a la declaración del concurso de Maderas Campo Benito SL, requisito temporal que es la única limitación que establece el artículo 58 de la LC.
Procede, pues la estimación de la demanda promovida por Txaleco Egurrak SL, con imposición de las costas procesales de la instancia a la parte demandada (artículo 196 LC en relación al articulo 394.1 de la LEC)": SAP Burgos (Sección 3) 31.07.2014 (Sentencia 197/2014; Rollo 257/2013)

AP La Coruña

"La compensación es un modo de extinción de créditos y deudas recíprocos (arts. 1156 y 1202 Código Civil). La legal precisa de la concurrencia de los requisitos que se indican en el artículo 1195 (sendas personas, por derecho propio, recíprocamente acreedoras y deudoras), y en el 1196 del Código: 1º) Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro. 2º) Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. 3º) Que las dos deudas estén vencidas. 4º) Que sean líquidas y exigibles. Y 5º) Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.
Se caracteriza por la automaticidad de sus efectos extintivos (STS 7/6/1983), al producirse de forma automática o "ipso iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc" - artículo 1202 del Código Civil y sentencia de 23 de marzo de 1982 - (STS 30/12/2011).

Por su lado, el artículo 58 de la Ley Concursal parte de la prohibición, una vez declarado el concurso, de la compensación de los créditos y deudas del concursado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
Y es que, como señala la STS de 18/2/2013 : "En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso".
Añade la sentencia citada: "Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o "ipso iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohiba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después".
En el caso enjuiciado, los créditos y deudas recíprocos entre el Banco demandante y la concursada a que se refiere la sentencia del presente incidente concursal derivan del proceso ordinario nº 528/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de A Coruña, cuya sentencia de 27 de enero de 2012 declaró expresamente la nulidad del contrato de permuta financiera de intereses o Swap de fecha 20 de marzo de 2007, y dejó sin efecto "las liquidaciones trimestrales practicadas par el Banco demandante, con obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cantidades percibidas por razón de las mismas, debiendo el demandado reconviniente devolver al Banco las cantidades percibidas en las liquidaciones positivas y el Banco reintegrar al demandado reconviniente las cantidades cobradas en las liquidaciones negativas, y asimismo anular y dejar sin efecto los cargos practicados en las cuentas asociadas al contrato por razón de tales liquidaciones negativas y que no han podido ser cobrados por falta de saldo en dichas cuentas, cantidades que se restituirán en ambos casos junto con los intereses legales devengados por las mimas desde las fechas en que se hizo efectivo el pago a cobro, (...) con expresa imposición de costas a la parte demandante".
La fecha de la sentencia y su firmeza es anterior a la declaración del concurso (18/4/2012). Es posterior el auto del Juzgado nº 6 de 3 de mayo de 2012, dictado sin contradicción de la concursada, concretando como cantidades objeto de condena de la sentencia las siguientes: 300.889,71 euros las cantidades percibidas en las liquidaciones positivas e intereses desde su cobro hasta la fecha de la sentencia que CIFA debe reintegrar al Banco de Santander; y 149.444,30 euros por las cantidades cobradas en las liquidaciones negativas durante el mismo periodo que el Banco tiene que reintegrar a CIFA. Es también posterior el decreto del mismo Juzgado de 17 de enero de 2013 aprobando por importe de 18.777,81 euros la tasación de las costas a que fue condenado el Banco. Consta igualmente que éste consignó después en la cuenta judicial el importe de las costas, el cual fueron transferido al concurso.
Está claro entonces y confirmamos ahora que faltaba el requisito de la liquidez y exigibilidad respecto de las costas hasta la aprobación de su tasación, hecho ocurrido después de la fecha de declaración del concurso, por lo que, en aplicación del artículo 58 LC, no cabe la pretendida compensación de su importe. Y menos aun cuando ya se había abonado la deuda por el Banco antes de hacer valer la compensación en su demanda incidental. Se desestima por ello el recurso en esto.
Resulta discutible la solución aplicada por el Juzgado de lo Mercantil en lo restante, pues por un lado es cierto que existe el auto del Juzgado nº 6, concretando las cantidades objeto de condena en la sentencia a restituirse recíprocamente, y el mismo es posterior a la declaración del concurso. Sin embargo, el Tribunal considera más correcta la tesis defendida al respecto en el recurso de apelación, habida cuenta de que la propia sentencia dictada en el proceso ordinario nº 528/2010 del que derivan los créditos y deudas recíprocos entre el Banco demandante y la concursada, luego concretado en el auto de 3 de mayo de 2012, ya habla de liquidaciones y se trataba, según la propia sentencia, de dejar sin efecto las liquidaciones trimestrales que había practicado el Banco, a la vez que el reintegro por CIFA al Banco de las cantidades percibidas en las liquidaciones positivas, y por el Banco a CIFA de las cantidades cobradas en las liquidaciones negativas (y cargos practicados en las cuentas asociadas). De todo ello resulta la liquidez ya en ese momento del saldo resultante de la estricta y diríamos mecánica aplicación de las operaciones a que se refiere el Fallo de la sentencia. No altera esta conclusión que después, para mayor seguridad, y sin oposición por parte de CIFA, se hubieran concretado las cantidades alegadas por el Banco según las operaciones de la sentencia. Es por ello que aquí se cumplieron todos los requisitos a efectos de la compensación.
En consecuencia, si no incluimos el importe de las costas (18.777,81) y compensamos la cantidad de 300.889,71 euros con la de 149.444,30 euros, resulta un saldo de 151.445,41 euros.”: SAP La Coruña (Sección 4) 17.10.2013 (Sentencia 358/2013; Rollo 401/2013)

AP Madrid (Sección 28)

“2. Impugnación del inventario.
A. La compensación.

Como señala la STS de18 de febrero de 2013 los efectos de la compensación se producen de forma automática o " ipso iure ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia " ex tunc ", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohiba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.
Atendiendo a lo expuesto vamos a comprobar si concurrían los presupuestos para la compensación con anterioridad a la declaración del concurso.
B. La cancelación del "préstamo 1".
Ninguna objeción se ha opuesto a lo que denominado "Cancelación de préstamo 1". ARBOREA generó unos honorarios derivados de la intermediación inmobiliaria y como tal crédito vencido, líquido y exigible lo aplicó a cancelar el citado "préstamo 1". Y prueba de ello es que aún quedaba pendiente el pago de una parte de los honorarios y esta cantidad fue satisfecha por FERRIS.
Quedaban por lo tanto pendientes los que hemos denominado préstamos 2 y 3.
C. La dación en pago de participaciones por importe de 723.000 euros.
La dación en pago se sustenta en el documento suscrito en fecha 28 de mayo de 2009 (doc. 27). Se pone de manifiesto la voluntad de las partes de aplicar dicho importe a la amortización parcial del crédito que ostentaba FERRIS frente a ARBOREA al pagar la deuda que ARBOREA tenía con BANCAJA. Y se corrobora con el préstamo que se documenta después en la misma fecha (doc. 29, contrato de préstamo por 2.777.000 euros). Esta es la cantidad que, tras el citado pago quedaba pendiente de devolver a FERRIS.
Por otra parte la exigencia de determinada forma a una transmisión a los efectos del artículo 26.1 LSRL (actual art. 106 LSC y art. 110 LSC respecto a la transmisión mortis causa) no es requisito de validez del negocio traslativo.
D. El contrato de préstamo por 2.777.000 euros que documenta la deuda pendiente (doc. 29).
No ha sido puesta en duda la autenticidad del documento. Tras haber hecho frente FERRIS en su condición de fiador solidario a las cantidades adeudadas por ARBOREA a BANCAJA, ARBOREA debía satisfacer dicho importe a FERRIS. En principio, de la suma total se deduce el importe de la dación en pago y, sobre la cifra resultante (2.777.000 euros), las partes deciden suscribir un contrato de préstamo. Se trata de un préstamo remunerado a interés variable, siendo el inicial del 4,75%.
La prestataria ARBOREA quedaba facultada para anticipar la devolución total o parcial del préstamo y, en cualquier caso, a decisión de la prestataria, se prevé la cancelación total o parcial y en cualquier momento contra facturas que por honorarios debe percibir ARBOREA de FERRIS por cualquier tipo de servicios.
De este contrato, cuya autenticidad reiteramos no se pone en duda, se dice que solo contiene pactos que benefician a ARBOREA y se menciona la cláusula que permite la cancelación por compensación. Es evidente que lo que nos ocupa únicamente es determinar la existencia de créditos vencidos, líquidos y exigibles susceptibles de compensación, no valorar si le convenía a FERRIS suscribir o no el contrato atendiendo a sus cláusulas. La alegación carece de relevancia en lo que nos ocupa. Por otra parte el plazo se establece en beneficio del prestatario y está prevista en el contrato la facultad de cancelación anticipada, y se refiere también específicamente a las facturas por honorarios.
Ya hemos señalado que los créditos por honorarios se devengaron en virtud de los servicios derivados de los contratos de reestructuración de deuda y de intermediación o gestión inmobiliaria. Los honorarios por reestructuración de deuda se habían devengado en fecha 22 de octubre de 2009 y los honorarios por la venta de terrenos se devengaron con la realización de dicha operación por lo que nos encontramos ante créditos vencidos, líquidos y exigibles que son compensados con el importe del préstamo y que reducen la suma pendiente de devolución.
Se añade por la concursada que el contrato solo se refiere a honorarios no a otros modos de compensación, pero lo cierto es que el contrato prevé de manera general la cancelación total o parcial anticipada, de modo que cualquier crédito que ostentase ARBOREA podría servir para reducir el importe adeudado y de la documentación aportada se desprende que ARBOREA hizo valer sus créditos contra FERRIS e incluso que FERRIS aceptaba las sucesivas deducciones. Así, la factura de FERRIS aportada como doc. 42 por la que liquida intereses, correspondiente a cancelación por importe de 120.000 euros, recoge la cifra del préstamo adeudada entonces por importe de 2.253.760,67 euros (y ARBOREA reconoce que en realidad lo adeudado en ese momento era un importe superior). Ese importe solo se explica por el hecho de que FERRIS también iba aplicando los créditos que ostentaba ARBOREA a la cancelación del préstamo.
Respecto a la compensación de honorarios por la prestación de servicios alega la concursada que no era posible porque el contrato de prestación de servicios establecía (cláusula 4) que "el abono de honorarios podrá ser aplazado hasta un máximo de dos años desde la fecha en que nazca la obligación de pago de cada una de las cantidades en que se divide la forma de pago de los mismos." Sin embargo, aunque se entendiera como facultad unilateral de FERRIS, en ningún momento se ejercitó tal facultad, de manera que los honorarios debían satisfacerse cuando se concluyeron los servicios, según el contrato.
Por último señala la concursada que la cláusula del contrato de préstamo por la que se permite a la prestataria cancelar total o parcialmente el préstamo contra facturas que ARBOREA deba cobrar de FERRIS es nula por oponerse al artículo 1.256 CC y añade que FERRIS no tuvo poder de negociación alguno en relación al contrato. Debemos señalar que no es objeto de las presentes actuaciones determinar el mayor o menor poder de negociación sino fijar el importe de los respectivos créditos que han de figurar en la lista de acreedores o en el inventario. Por otra parte las cláusulas de cancelación anticipada de los préstamos no suponen que el

cumplimiento de la obligación de restitución quede al arbitrio de una de las partes. Por el contrario, se refieren al modo de cumplimiento. El art. 1256 CC es una consecuencia lógica del art. 1254 CC, que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato (entre otras, STS de 31 de marzo de 2011).
Respecto al resto de cantidades en las que se sustenta la compensación las únicas alegaciones efectuadas corresponden a la concursada, sin que se hubiera opuesto a las mismas.
En consecuencia procede estimar igualmente el recurso en lo que se refiere a la impugnación del inventario a fin de que conste como importe del crédito que ostenta la concursada frente a ARBOREA la suma de 825.654,38 euros.": SAP Madrid (Sección 28) 12.01.2015 (Sentencia 9/2015; Rollo 215/2013)

AP Madrid (Sección 11)

"Ciertamente las cantidades retenidas por Vancouver Gestión lo fueron en concepto de garantía de la correcta ejecución de la obra y también es cierto que según se desprende de la declaración del mencionado arquitecto y resulta de la documental, Obrum realizó los repasos y reparaciones exigidas. Sin embargo ello no obsta al hecho de que acreditado el retraso y pactadas las penalizaciones indicadas, que por ello son exigibles, resulte admisible que la aquí apelada se oponga a la devolución de las retenciones practicadas, quedando éstas compensadas, en la cantidad concurrente y reclamada, con la suma debida en concepto de penalización, que por lo demás resultaría ser superior al importe de las retenciones no devueltas.
Consideramos que dicha compensación no contraviene lo dispuesto en el artículo 58 LC pues si bien producido el estado de concurso de la aquí apelante, en principio, resulta inadmisible la compensación de los créditos de los acreedores, a su vez deudores de la concursada, esta prohibición no rige cuando los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella, como así lo prevé expresamente el citado precepto. Y precisamente en el presente caso, declarado el concurso de la aquí apelante mediante auto de fecha 24 de marzo de 2009, el crédito de la misma nació una vez finalizadas las obras y entregadas a plena satisfacción y sin reserva alguna, lo que tuvo lugar, según se desprende del certificado de la Dirección Facultativa el 14 de octubre de 2004, resultando por otro lado exigible la penalización por la demora en la ejecución de las obras desde el día siguiente en que debieron ser concluidas con arreglo al contrato, esto es, el día 1 de noviembre de 2003, conforme a lo ya expuesto. De este modo es claro que, siendo ambas deudas vencidas y concurriendo también los requisitos de liquidez y exigibilidad, sin existir sobre ellas contienda promovida por terceros, concurren los requisitos precisos para que de conformidad con lo establecido en el artículo 1196 CC operara la compensación, quedando extinguidas una y otra deuda desde el mismo momento en que se reunieron todos ellos -en cuanto la compensación se produce y opera ope legis -, y por lo tanto al sobrevenir la declaración de concurso ya no existían las deudas recíprocas en la cantidad concurrente.": SAP Madrid (Sección 10) 25.07.2013 (Sentencia 319/2013; Rollo 321/2013)

AP Madrid (Sección 14)

"TERCERO.-Para nuestra decisión partiremos de la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, de la que reproducimos parcialmente tres sentencias, que aunque se refieren a supuestos de hecho distintos tienen un denominador común; admitir la compensación cuando se trata de créditos que, sea cual sea su naturaleza, reúnen las condiciones de los Arts. 1195 y 1196 C.C. antes de la declaración de concurso
Así la S.T.S. de 18-2-13 proclama: "5. En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condictio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: " Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella ".
Aunque no resulte aplicable al caso, por no estar vigente al tiempo de realizarse la supuesta compensación, conviene advertir que la Ley 38/2011 ha completado el art. 58 LC, y apostilla ahora que será válida la compensación de los créditos y deudas del concursado cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, " aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".
6. Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o " ipso iure ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia " ex tunc ", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que

la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.

7. En nuestro caso, la denunciada compensación de créditos se habría realizado al practicar la AEAT una liquidación del IVA correspondiente a un periodo anterior a la declaración de concurso, como consecuencia de la rectificación de facturas realizadas por algunos de los acreedores del deudor concursado, después de la declaración de concurso.

Es una jurisprudencia clara que estos créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, como se refieren a hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso, merecen la consideración de créditos concursales y no contra la masa (Sentencias 140/2011, de 3 de marzo; 657/2011, de 3 de octubre; y 701/2011, de 3 de octubre).

Parece lógico que, al margen de que el sujeto pasivo del impuesto esté o no en concurso, la rectificación de facturas pueda haber dado lugar a una nueva liquidación del IVA correspondiente al periodo afectado por la rectificación, para recalcular la cuota tributaria. Esta cuota tributaria, conforme al art. 92 Ley 37/1992, de 28 de diciembre (LIVA), se determina por la diferencia entre IVA soportado e IVA repercutido por el sujeto pasivo, calculados ambos sobre el importe total de las contraprestaciones que constituyen la base imponible de este impuesto. De tal forma que la deducción del IVA soportado respecto del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto.

Por eso, las liquidaciones de IVA giradas por la AEAT a la entidad concursada, en las que reduce el IVA soportado por la entidad concursada en el importe del IVA repercutido por los acreedores en las facturas no pagadas y, por ello, rectificadas, constituyen una modificación de la base imponible del impuesto en tales períodos, autorizada por el art. 80.3 LIVA y el art. 24 RD 1624/1992, de 29 de diciembre (Reglamento del IVA), para supuestos en que la entidad concursada no ha abonado las contraprestaciones debidas a sus acreedores.

8. Lo anterior presupone que la rectificación efectuada no haya sido en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se ejerció el derecho a la deducción a las cuotas soportadas tal y como en la actualidad, tras la modificación introducida por la Ley 7/2012, prevé el art. 114.2 de la LIVA.

Bajo estas condiciones, al margen de si esta liquidación comporta, propiamente, una operación de compensación de créditos, bajo la lógica del nacimiento y la liquidación de la obligación tributaria, está fuera de la prohibición contenida en el art. 58 LC, pues constituye una actualización de la liquidación de la cuota tributaria, prevista expresamente por la Ley y motivada por un hecho posterior a la declaración de concurso que afecta directamente a la determinación de la base imponible de un determinado periodo, y por ende al cálculo de dicha cuota.

En nuestro caso los escritos de alegaciones presuponen que la rectificación se ha hecho sobre la liquidación-declaración correspondiente al periodo en que se ejerció el derecho de deducción a las cuotas soportadas, al margen de si ello era posible o no bajo la normativa vigente entonces, como no ha sido discutido hemos de considerar que ha sido así y bajo esta consideración fáctica debemos declarar que esta liquidación no infringe la prohibición contenida en el art. 58 L.C."

Por su parte la S.T.S. 15-4-14 nos dice: "La compensación es una forma de extinción de obligaciones (art. 1156 Cc) que opera " ope legis " cuando se dan los presupuestos previstos en los arts. 1195 y 1196 del Cc y con los efectos que establece el art. 1202 Cc, " aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y los deudores " (SSTS de 30 de diciembre de 2011, RC 1916/2008, 30 de marzo de 2007, 4 de julio de 2005, RC 282/1999 y 15 de febrero de 2005, RC 1008/1999, entre otras).

La compensación que prohíbe el art. 58 LC es la realizada con posterioridad al concurso esto es, sin que los requisitos el art. 1196 Cc concurran con anterioridad al mismo.

En el presente caso, la sentencia que declaró la resolución del contrato y dio por vencida la obligación de devolución de la fianza por parte del arrendador es de 19 de julio de 2010 y la firmeza de la sentencia fue declarada en providencia de 1 de septiembre de 2010. Por otro lado, el crédito que ostentaba el arrendador era muy superior al importe de la fianza; la deuda del concursado era vencida, líquida y exigible; y los efectos de la resolución del contrato son a partir de la interposición de la demanda que estimó procedente la sentencia, siendo las rentas exigibles desde sus respectivos vencimientos".

Por último, la S.T.S. 30-5-14 declara: "La compensación evita la duplicidad de pagos, mediante la extinción, en la cantidad concurrente, de las deudas a cargo de personas que sean, recíprocamente y por derecho propio, acreedoras y deudoras.

Ese efecto extintivo se produce desde el momento en que concurren los requisitos exigidos por la ley para que tenga lugar - artículo 1202 del Código Civil -, siempre que alguno de los interesados la haga valer.

En la sentencia recurrida declaró el Tribunal de apelación que esos requisitos no habían existido hasta la sentencia que puso fin al proceso, dado que éste fue necesario para liquidar las deudas de ambas partes - la de las comitentes, por el precio de la obra y sus intereses; la de la contratista, por la aplicación de una sanción convencional a causa del retraso en la entrega de la construcción, por la incompleta o deficiente ejecución de la misma, y sus intereses -.

En los supuestos en los que es necesario el proceso para liquidar las deudas de las litigantes se habla de compensación judicial, en el sentido señalado en las sentencias 163/2004, de 12 de marzo, 1265/2007, de 17 de diciembre, 1375/2007, de 5 de enero, 306/2008, de 30 de abril, 1001/2008, de 6 de noviembre, 492/2011, de 13 de julio, 119/2012, de 14 de marzo, entre otras muchas.

Sin embargo, cuando el proceso ha sido necesario para resolver la relación contractual, en la que una de las partes hubiera sido declarada en concurso después de su inicio, y para liquidarla, mediante la determinación del importe de las deudas de ambas, la sentencia 188/2014, de 15 de abril, niega la aplicación de la prohibición

de la compensación judicial establecida en el artículo 58, aunque el proceso hubiera terminado con posterioridad a aquella declaración.
Siendo ese el caso enjuiciado, procede, en aplicación de dicha doctrina, estimar el recurso a fin de que la neutralización de deudas opere."
CUARTO.-A la vista de la jurisprudencia reproducida, parece que la compensación respecto de las deudas laborales, anteriores a la declaración de concurso, y reclamadas al demandado por virtud del Art. 42 E.T. en relación con el Art.1597 C.C. no admite duda alguna. La condena al pago está declarada por sentencias de la Jurisdicción Laboral y pagado su importe, f.33, 35,36, 43, 44, 50, 51, 52, 59, 60, 61, 68, 76,77, 78, 85, 86, 87,98,99, 115, 116 del tomo II, y son deudas que antes de la declaración de concurso; se declaró el 15-7-2011, reunian las características necesarias para ser compensables.
No podemos decir lo mismo respecto de las costas del proceso monitorio, autos Nº583/12 del Juzgado de Primera Instancia Nº 41 de los de esta Villa, que termino en la fase monitoria, porque el actor manifestó al Juzgado que no formularía demanda declarativa a la vista de las deudas compensables y de los embargos de la Hacienda Pública, y la razón es que esa partida no reúne las condiciones del Art.58 L.C.
La condena en costas es una obligación legal de carácter procesal, impuesta en sentencia o resolución equivalente, en función del resultado del pleito y que se ejecuta como un aspecto más de ella. Es pecuniario, de contenido limitado, e ilíquido, pero liquidable por procedimientos privilegiados y ajenos al común de liquidación de cantidades ilíquidas. Entra como un activo más en el patrimonio del acreedor, no está sujeto a orden de imputación que obligue a destinarlo al pago de los gastos procesales, y no goza de más preferencia que la consignada en el art.1924 C.C., salvo los supuestos de los Arts. 619 y 620 L.E.C.
Si tenemos en cuenta que la declaración de concurso es de fecha 15-7-2011, y la tasación de costas se aprueba en 15-1-2013 podremos llegar a la conclusión de que no es compensable ex Art.58 L.E.C., por la sencilla razón de que hasta la aprobación de la tasación no es vencido, ni liquido ni exigible, o lo que es lo mismo a la fecha del concurso no reunía las condiciones del Art.1196 C.C.
En conclusión solo estimaremos compensable la cantidad de 63.110,20#.": SAP Madrid (Sección 14) 22.01.2015 (Sentencia 18/2015; Rollo 556/2014)

AP Murcia

"**SEGUNDO** : Planteados en los términos anteriores el debate en esta alzada, es de destacar que estamos en presencia de una cuestión de naturaleza estrictamente jurídica derivada de la interpretación delartículo 58 de la Ley Concursal. Se señala en dicha norma que"Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal". La discusión se centra en si es posible o no aplicar a este caso la compensación del crédito que se reclama, correspondiente a la fianza prestada por el arrendamiento de diversos vehículos a la apelada, con los créditos reconocidos a la mercantil Usacar en el concurso de acreedores de la mercantil Agrícola Meroño SL. El Juzgador de instancia consideró que sí era posible dado que los créditos que se pretenden compensar eran todos anteriores a la fecha de declaración del concurso y por ello no les resulta aplicable laregla general del artículo 58 LC. Por su parte la Administración Concursal se opone a dicha decisión al considerar la propia actuación del demandado impide la compensación dado que impugnó la lista de acreedores para obtener judicialmente la inclusión de todo su crédito, lo que así consiguió a través del correspondiente incidente concursal, sin que en ningún momento se alegase ante el Juez de lo Mercantil compensación alguna.
Para resolver esta cuestión es preciso hacer referencia a las clases de compensaciones que se reconocen en nuestro Derecho. En tal sentido se puede hablar de una compensación legal y otra judicial. La compensación es legal cuando concurren los requisitos de losartículos 1.195 y 1.196 del C. Civil; por ello las deudas a compensar han de ser exigibles, vencidas y líquidas,(artículo 1.196. 3 y 4), con lo cual quedan excluidos, por este último concepto, aquéllas cuyo objeto o cuantía no estén determinados. La compensación es judicial cuando se formula como medio de integrar los anteriores requisitos de exigibilidad y liquidez. Si lo que se pretende en el caso es una compensación judicial ésta sería imposible, porque la compensación judicial, que no requiere en el momento en que se suscite la concurrencia de los requisitos delartículo 1.196 del C. Civil sino que pretende integrar dichos requisitos por medio del proceso, supondría, en primer lugar la competencia del Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso para decidir sobre dicha cuestión, por imperativo delartículo 8 LC, y en segundo lugar que el crédito compensable sería determinado después de la fecha de declaración del concurso y por ello caería de lleno dentro de la prohibición general delartículo 58 LC.
Aplicando los anteriores criterios a este caso, lo primero que se hace preciso resaltar es que la cantidad de 5.981,34 € correspondientes a los gastos de reparación de los vehículos arrendados no puede ser objeto de compensación con los 5.000 € objeto de reclamación en la presente demanda. Ello es así porque aunque los vehículos se entregasen antes de la declaración del concurso y que en dicho momento existiesen los daños cuya reparación ha determinado el citado importe, lo cierto es que la deuda en tal momento no era líquida pues se hacía precisa una valoración de tales daños y su efectiva reparación. Las facturas aportadas con la contestación y emitidas por Motor Cartagena son todas ellas de fecha 9 de febrero de 2009 (documentos 18 a 34), posteriores a la fecha en la que se declaró el concurso de acreedores, el 13 de junio de 2008. Por tanto la posible compensación únicamente será aplicable en relación a las deudas derivadas de las cuotas de los arrendamientos impagadas por un importe total de 13.166,76 € .
TERCERO : Elartículo 58 LC establece una limitación al derecho de compensación legal cuando concurran los requisitos delartículo 1195 y 1196 del Código Civil. Tal como señala laSAP Vizcaya (4ª) de 4 de octubre de 2010, "La consecuencia de tal situación es la aplicación del art. 58 de la Ley Concursal, que prohíbe la compensación en supuestos de situación concursal, que implica la disposición de su patrimonio a favor de uno

o varios acreedores sin acuerdo con los demás, vulnerando el principio de trato igual a los acreedores, si se sustrae un elemento de la masa activa, como es el crédito a compensar, en beneficio de uno solo de los acreedores, el titular del crédito compensado. Tan sólo se exceptúan aquellos actos de compensación que supongan la extinción de créditos cuyos requisitos se hubieren producido con anterioridad a la declaración de concurso. Los requisitos de la compensación, en lo que ahora importa, son los generales previstos en los arts. 1195 y 1196 del Código Civil : reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas.... Esta compensación produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma funciona como una forma de pago extintiva de las obligaciones, generadora entonces de una situación de privilegio en favor del retenedor no prevista en el art. 90 LC, con ruptura del principio de la "par condictio creditorum", ya que se daría un trato desigual a acreedores de la misma clase, sin olvidar el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal, sin que haya norma que permita excluir ese activo de la masa y que el mismo se destine a pagar a todos los acreedores y no solo al retenedor por medio del mecanismo de la compensación". Este es el real fundamento de la prohibición contenida en elartículo 58 y de ahí que la excepción venga determinada por la existencia de créditos anteriores al concurso en los que ambas partes sean recíprocamente acreedores y deudores, pues al tener dicho carácter anterior no se altera la igualdad entre los acreedores pues si se hubiesen pagado previamente ni se incluiría el importe del crédito de la concursada en el activo y el importe del pasivo a favor del acreedor se vería reducido en idéntica cantidad, generando una situación de igualdad entre los acreedores en relación a la parte del crédito no compensada. Por otro lado hay que tener en cuenta, a la hora de valorar esta excepción a la prohibición general, que la aplicación de la compensación no es equivalente al pago, por tratarse de dos mecanismos diferentes de extinción de las obligaciones, tal como se deriva de losartículos 1156, 1157 y 1195 del Código Civil. Ello significa que de operar la compensación por deudas y créditos recíprocos anteriores al concurso no se genera alteración de la igualdad de los acreedores concursales dado que no ha habido pago alguno a un acreedor frente al resto de los acreedores concursales, que no se olvide que es la finalidad última que se pretende con el concurso de acreedores.
Señalado lo anterior resulta evidente, por el juego de las fechas puestas de manifestó por ambas partes, que es aplicable la excepción delartículo 58 LC a este caso y procede la compensación declarada por el juez a quo. A tal efecto es conveniente determinar claramente el juego las fechas que deben ser tomadas en consideración: a) Ambas partes firmaron seis contratos de arrendamientos de 18 vehículos de motor entre el 18 de abril y el 28 de agosto de 2007; b) En dichos contratos se especificaba claramente el precio de arrendamiento mensual de cada uno de los vehículos, de forma que el cálculo del precio del arrendamiento se llevaba a cabo por la simple multiplicación del precio pactado por el número de meses de los que la actora dispuso del vehículo arrendado; c) En fecha no determinada del mes de junio de 2008, pero anterior al 13 de junio de dicho año, por la mercantil Agrícola Meroño devolvió los 18 vehículos arrendados a Usacar SL, poniendo fin a los diversos contratos de arrenadmiento; y d) con fecha 13 de junio de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia declaró en concurso voluntario de acreedores a Agrícola Meroño SL.
Tal como puede apreciarse de la comparación de las fechas resulta, tratándose por otro lado de un hecho no discutido por ninguna de las partes, que antes de la declaración de concurso se puso fin a los contratos de arrendamiento, lo que implica que la deuda derivada del impago de las rentas de los vehículos de alquiler ya estaba vencida y era determinada y líquida antes de la declaración del concurso. Estaba vencida pues desde el mismo momento que transcurría el periodo mensual pactado para el pago del arrendamiento de los turismos el importe correspondiente a cada mes resultaba vencido y por ello exigible, aparte que el total de la deuda venció con la conclusión del contrato. Era determinada al existir las bases de cálculo necesarias para determinar el importe debido y finamente era líquida por aplicación del criterio de determinación del precio de acuerdo con el propio contenido del contrato. Por tanto la cantidad de 13.166,76 € por las rentas debidas existía y era exigible cuando se llevó a cabo la devolución de los vehículos y por ello el fin del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, y todo ello en fecha anterior a la declaración de concurso. Por tanto dicha cantidad es efectivamente compensable aplicando la excepción prevista en el artículo 58 LC y de ahí que deba ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal.": SAP Murcia (Sección 5) 15.03.2011 (JUR 2011/155701; Sentencia 83/2011; Rollo 12/2011)

"El artículo 58 de la Ley Concursal dispone que: sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
En el presente caso, ninguna de las deudas era litigiosa, porque la de La Verja, S.A., fue reconocida por la propia concursada, y de hecho se admitió que ascendía a 90.912,88 euros en el hecho quinto del escrito de contestación a la demanda incidental (folio 95). Además, con anterioridad a la declaración del concurso existían ya los requisitos de la compensación por lo que la misma podía producir sus efectos.
El contrato que vinculaba a las partes era de distribución, y la cláusula 6-2 del mismo lo que decía era que la finalización del contrato no liberaría a las partes de satisfacer los pagos pendientes a la otra parte surgidos durante la vigencia del contrato.
Dicha cláusula no puede entenderse que excluya la compensación, porque la misma, de acuerdo con el artículo 1.156 del Código Civil es un modo de extinción de las obligaciones, y la obligación de asumir los pagos pendientes se puede contrarrestar con los créditos que se tengan frente al acreedor, siempre que concurran los requisitos del artículo 58 de la Ley Concursal.
Por otra parte, era inaplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 1.200 del Código Civil ya que las deudas de Vega y Gijón, S.L., no provenían de depósito ni de las obligaciones del depositario o comodatario, siendo la relación entre las partes de distribución, en la que los depósitos eran meramente auxiliares para cumplir otras funciones.

Por todo ello, al concurrir los requisitos previstos en el artículo 1.196 del Código Civil para que procediera la compensación y en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Concursal, se debe estimar el recurso de apelación interpuesto por Vega y Gijón, S.L., y revocar la sentencia apelada, dictando otra en su lugar declarando que la deuda que la entidad Vega y Gijón, S.L., mantenía con La Verja, S.A., antes de producirse la compensación era de 88.827,99 euros, tal como recogió la parte dispositiva de la sentencia apelada y acordando excluir del inventario presentado por la Administración Concursal sobre deudores, la mención a Vega y Gijón, S.L., como deudora de 90.912,88 euros, disminuyendo el crédito que figura en la lista de acreedores presentada por la Administración Concursal, en dicha cuantía, por haber sido la misma compensada con las cantidades que a la misma se adeudaban con anterioridad a la declaración de concurso, siendo por tanto el saldo existente a favor de Vega y Gijón, S.L., de 2.084,89 euros.": SAP Murcia (Sección 4) 23.05.2013 (Sentencia 344/2013; Rollo 517/2012)

AP Oviedo

"PRIMERO.-La apelante y su administrador concursal cuestionan en esta alzada la decisión de la instancia de minorar el derecho de crédito de aquella frente a Vaciero S.A. al compensarlo con el crédito de 6.000 euros que le fue cedido a ésta por Gestionalia S.A. frente a la Fundación Escuela de Negocios de Asturias mediante acuerdo de 16 de enero de 2012 - f. 99-, decisión en la que no se aprecia incongruencia al fundamentar la validez de dicho acuerdo en la medida en que la causa petendi de la pretensión de compensación esgrimida por Vaciero S.A. era la eficacia de la cesión de crédito sobredicha.
SEGUNDO.-Coinciden cronológicamente -16 de enero de 2012- el acuerdo de cesión y la presentación por la Fundación de escrito ante el Juzgado manifestando al amparo del art. 5 bis de la Ley Concursal encontrarse en situación de insolvencia y haber iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio -f. 43- pero lo decisivo es que los requisitos de la compensación de créditos líquidos, exigibles y recíprocos concurrían desde entonces y por tanto al declararse el concurso de la Fundación el 6 de Marzo y al notificar el 28 de Febrero de 2012 Vaciero a la Fundación la titularidad frente a ella del crédito de 6.000 euros cedido por Gestionalia a los efectos del art. 347 C. Comercio - f. 11 y 12-, se cumple por tanto la previsión del art. 58 L. Concursal de reunirse los requisitos de la compensación con anterioridad a la declaración de concurso y ello no se ve alterado por el hecho de que en la notificación indicada Vaciero no invocara la institución compensatoria sino el pago de los 6.000 euros, debiendo recordar que los requisitos de la compensación han de examinarse a la fecha de la declaración de concurso cuyos efectos no se retrotraen a la de la comunicación del art. 5 bis de la Ley Concursal.
TERCERO.-Carece de sustento la alusión a la doctrina de los actos propios sobre la base de que la compensación no fue invocada antes de la declaración de concurso, lo relevante es la presencia de sus requisitos en este momento toda vez que la declaración de voluntad de compensar cuestionada en el recurso con citas doctrinales encuentra encaje conceptual en la figura de la compensación convencional faltando los presupuestos de la compensación legal ex art. 1195 y ss. C.C. que es por el contrario la contemplada en el caso, del mismo modo el cuestionamiento de la fecha del acuerdo de cesión de crédito de 16 de enero por constar en documento privado cuando fue fehacientemente comunicado en la notificación anterior a la declaración de concurso del art. 347 C. Comercio o la referencia al proceder de Gestionalia con relación a su crédito de 490 euros al tener esta sociedad personalidad jurídica independiente a la de Vaciero.": SAP Oviedo (Sección 4) 28.01.2014 (Sentencia 17/2014; Rollo 66/2013)

AP Pontevedra

"TERCERO.- Establecido lo anterior se cuestionó también por la parte actora y recurrente la viabilidad de la compensación aceptada en la sentencia en razón de entenderla ulterior a la declaración concursal de la misma, contenida en elAuto de 13-II-06 dictado por el J. de lo Mercantil Nº 4de los de Barcelona en el Expediente Nº 54/06 -o, al ser las facturas emitidas por la demandada de fecha 6 de Febrero de 2006 pero con vencimiento 28-II-06, apoyándose al efecto en lo prevenido en losArts. 1196.3º CC y 58de la Ley Concursal. La cuestión como lo plantea la recurrente se ciñe a la controversia sobre la efectividad de la compensación legal,ex Art. 1195 y 1196 CC, antes de la declaración del concurso a los efectos de enervar la pretensión actora o de remitir a la demandada al expediente concursal en aplicación de lo establecido en losArts., 49 y ss y 58 de la Ley Concursal. De este modo partiéndose de que no cabe confundir la compensación judicial, que cubre la ausencia de algún requisito de la legal, con la legal, en la que se dan todos los contenidos en elArt. 1196 CC, aún cuando sea precisa la declaración de su existencia por no reconocerla una de las partes, la controversia se concreta entonces al vencimiento de la deuda al compensar, eso es, la eficacia de las devoluciones de los materiales o suministros reclamados. La revisión de la situación impone el concluir que se acredita la aceptación de la devolución por la actora y a su cargo, conforme se deriva de los avisos de recogida documentados (D. 1 de la Contestación. Folios 31 a 34) de Prinsema SL a REDUR y relacionados por ésta, constando la efectividad de la misma y su devolución sin objeción a la recepción ni en momento ulterior; y, a su vez, no puede aceptarse que la falta de emisión de la documentación de Abono de lo recibido por la actora (Prinsema SL) en ese momento haga inefectiva la compensación que de sus anteriores actuaciones se deriva y se pretenda diferir tal eficacia para un estadio posterior, el ulterior de vencimiento de las Facturas generadas por la demandada, ante la falta de emisión de los correspondientes abonos para documentar y asentar contablemente tal circunstancia. De este modo, justificada la realidad de la devolución y concluida su aceptación por la actora y antes de la declaración del concurso, ha de entenderse efectiva la compensación legal en tal momento, al margen de la emisión de las Facturas comprensivas de tales devoluciones (D. 3 a 6 y 8 de la contestación), por resultar vencida y exigible la deuda tras la recepción sin objeción de la mercancía recogida a la demandada que gestionó la misma actora antes de su declaración en concurso pues ha de

entenderse automáticamente producida, o "ipso iure", conforme a lo prevenido en elArt. 1202 C Civilal darse todos los requisitos delArt. 1196 CC.”: SAP Pontevedra (Sección 3) 10.07.2008 (JUR 2008/336954)

AP Zamora

“QUINTO. -En cuanto a la segunda de las pretensiones que se refiere a la compensación del crédito a favor de SODETRANZA, con la deuda que mantiene con la concursada por importe de 5000 #, la Sentencia objeto del recurso establece su improcedencia, porque aunque señala que la compensación puede ser opuesta por el acreedor del concursado en cualquier momento y que no existe un límite temporal ni de actuaciones procedimentales para el planteamiento de la misma, el único condicionante para que pueda operar en el ámbito concursal es que sus requisitos, previstos en el artículo 1196 del Código Civil, existan con anterioridad a la declaración de concurso y que en este caso los créditos que ambas partes ostentaban no eran compensables en el momento de la declaración del concurso puesto que no eran ni líquidos ni exigibles ni estaban determinados incorporados aún a sus respectivos patrimonios lo que se evidencia porque habían sido reclamados en procedimientos judiciales.
Frente a esta argumentación la recurrente entiende que los requisitos recogidos en el artículo 1196 del Código Civil para la compensación concurrían y concurren en el presente caso, fundamentalmente porque se trata de deudas vencidas y líquidas y exigibles al hallarse incorporadas a pagarés expedidos por cantidades determinadas ya vencidos y reclamados en procedimiento judicial adecuado.
Los recursos en este punto deben ser también estimados, porque al momento de producirse la declaración del concurso las deudas que recíprocamente se mantenían entre la recurrente y la concursada y que han venido a establecerse de forma definitiva en las sentencias dictadas en los dos procedimientos cambiarios a los que hemos hecho referencia anteriormente, cumplían los requisitos recogidos en el artículo 1196 del Código Civil. En ambas deudas se había utilizado como instrumento para el pago el pagaré y, por ello, una vez llegado el momento del vencimiento, las mismas eran vencidas, líquidas y exigibles, teniendo en cuenta el contenido de estos conceptos a los efectos de que tratamos.
Efectivamente se comprueba que las fechas de vencimiento de los pagarés eran anteriores al inicio del procedimiento concursal y de la declaración de concurso, por tanto, ambas deudas al momento de tal declaración eran deudas vencidas y eran exigibles. Se trataba de deudas líquidas, porque el concepto de liquidez hace referencia a la determinación cuantitativa de la deuda y nada tiene que ver con la incontestabilidad de la misma, como pone de manifiesto la doctrina (Tapia Fernández, La compensaciónen el proceso civil) y la jurisprudencia (STS 31 enero 1978, 12 abril 1985, 12 julio 1988, 22 septiembre 1992, 24 marzo y 29 septiembre 1994, entre otras). Desde luego la deuda incorporada a un pagaré está perfectamente determinada en cuanto a su importe al recogerse este en el propio título, que además aparece como cierta y ello con independencia de las posibilidades de oposición del deudor en el procedimiento en el que se lleva a cabo la reclamación de la misma. La certeza y liquidez de las deudas incorporadas a títulos valores, se recoge en la Ley Cambiaria y del Cheque, al establecerse en los artículos 1.2, 94.2 y 106.2 como requisitos esenciales de estos títulos el mandato puro y simple de pagar una suma determinada.”: SAP Zamora (Sección 1) 14.03.2013 (Sentencia 48/2013; Rollo 331/2012)

AP Zaragoza

“PRIMERO Se discute en la presente apelación si procede o no la compensación del importe de los efectos descontados que la demandada y en su día descontante, CAJA RURAL DE ARAGÓN SCC, llevó a cabo mediante adeudos en la cuenta 3021 0001 66 1064511726 de la que era titular la concursada y descontataria, CTD OPERADOR LOGÍSTICO SL.
La indicada compensación fue llevada a cabo mediante adeudos practicados en la expresa cuenta entre los días 23 de enero y 9 de abril de 2007, cuando la declaración del concurso es de fecha 17-1-2007, y la recurrente sostiene que la compensación fue hecha en tiempo hábil, pues para la vigencia de la prohibición de compensación que establece el art. 58 LC no ha de atenderse a tal fecha, sino a la de aceptación de su cargo por la administración concursal (art. 44.2 LC), argumento al que añade que se los créditos compensados surgen de una misma relación jurídica y que obedecen al desenvolvimiento normal de la actividad de la concursa, por lo que sería posible la compensación en virtud de la continuidad de los contratos que establece el art. 61 LC, y, ya con carácter subsidiario, que, al menos, los ocho primeros adeudos se corresponden con operaciones de descuento en las que los efectos vencieron y resultaron impagados con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, por lo que al tiempo de ésta se daban ya los requisitos necesarios para la compensación, y sería de aplicación la excepción de la norma general prevista en el precepto de mención.
El juzgador de primer grado entiende que no procede la compensación porque la fecha de referencia a los efectos de la prohibición de compensación que establece el art. 58 LC es la que en el mismo se establece, esto es la declaración del concurso, y no la fecha propuesta por el recurrente, y que conforme a la configuración jurisprudencial del contrato de descuento, el crédito contra el descontatario a consecuencia del impago del efecto descontado no nace sino desde que este se produce, y en el presente no ha sido acreditado que el buen fin no tuviera lugar.
SEGUNDO Participa esta Sala del criterio del juzgador a quo en cuanto a que la fecha a partir de que la compensación de créditos deviene imposible por razón del concurso es la de declaración del mismo, pues el art. 58 LECiv es norma especial y de una claridad total en cuanto a tal extremo, pues por dos veces hace expresa referencia a la fecha de declaración del concurso a tales efectos, una en la enunciación general de la prohibición y otra al establecer la salvedad.
Y asumimos igualmente el parecer del juez de primera instancia en cuanto que sólo cuando se produce el impago se activa para el descontatario la obligación de devolver lo percibido del descontante en razón del

descuento, pues así lo ha dicho ya esta Sala en sus SS. 16/2008, de 15 de enero (JUR 2008, 87788) y 233/2008 de cinco de mayo (JUR 2008, 339547).
De lo que no participa esta Sala es que respecto de los ocho primeros apuntes a que se refiere la petición subsidiaria del recurrente no concurrieran ya al tiempo del la declaración del concurso los requisitos necesarios para la compensación, pues la entidad de crédito ha aportado con la contestación a la demanda fotocopias de dichos efectos que tienen vencimiento anterior a la declaración del concurso, y respecto de los que afirma sin contradicción alguna que han sido impagados. Así las cosas, entendemos que al tiempo de la declaración del concurso ya había surgido para descontante el crédito para obtener la devolución de os importes descontados, y, por ello, que se daban los requisitos que el art. 1195 CC establece para la compensación, fórmula ésta, por otra parte, que había sido específicamente pactada por la entidad de crédito y la acreditada y sus fiadores en la póliza aportada con la demanda (estipulación 6ª).”: SAP Zaragoza (sección 5) 17.09.2008 (AC 2008/2300; Sentencia 490/2008; Rollo 354/2008)

JM-2 Bilbao

“La administración concursal arguye que la compensación pretendida derroca el principio de "par condicio creditorum", puesto que el derecho a la devolución de una suma por el IVA soportado por encima del repercutido formaba parte del patrimonio de Peapsa antes de la declaración de su concurso, y así, se integró "ipso iure" en la masa pasiva, afecto por consiguiente, junto con las demás cosas y derechos que en términos netos haya adquirido la concursada más tarde, al pago de los créditos concúrsales en lo que no haya sido prededucido para satisfacer los créditos contra la masa. La compensación practicada, como medio de pago de crédito concursal, no puede anticipar el cobro en perjuicio del resto de la masa.
Aquí añadiríamos que tampoco pudiera alterar la facultad de disposición patrimonial limitada por la intervención de la administración concursal de art. 40.1 LECO, o esa ausencia de libre legitimación del concursado para allanarse o transigir (cfr.: arts. 51 y 54 LECO), y en fin, tampoco pudiera hacer salvedad de los criterios de la prelación, dado que, incluso si se supusiera no haber acreedores preferentes insatisfechos, con la compensación por necesidad se abonarían ciertos créditos ordinarios -los fijados a través del itinerario de cálculo de art. 91.4° LECO- con antecedencia y no a prorrata, y aún subordinados -intereses y recargos- con antecedencia a créditos ordinarios, vulnerándose del orden jerarquizado en arts. 154 y ss. LECO.
Pero lo primero que debe destacarse, matizando la postura de la Hacienda Foral, es que el art. 58 LECO, y al margen la previsión de Derecho internacional privado de art. 205, no autoriza ninguna compensación de créditos y deudas del concursado, sino que advierte, de seguido a la prohibición de dicha compensación, que no se impide la producción de efectos de la compensación ya existente antes de la declaración del concurso, y por hipótesis, de deuda y crédito que nunca pudieron llegar, entonces, a ser concúrsales. Esto es, no se hace salvedad a la interdicción de compensar en el concurso, sino que sólo se admite una compensación preconcursal, en cuanto sus efectos queden pendientes para cuando se declara el concurso, esto es, la desaparición del inventario de un derecho del concursado y de la masa pasiva de otro ajeno. Si la compensación ya se produjo, en la cifra concurrente, la deuda se extinguió, como el crédito correlativo -si nacidos sucesivamente sincrónicamente perecidos-. Así ello, no pudo este crédito de concursado integrarse en la masa activa, por extinto ya; ni puede haberse pagado un crédito concursal, privilegiado, ordinario o subordinado, igualmente extinto; ni la norma supone una disposición patrimonial libre del concursado de la que carece, dado que la disposición seria anterior a los efectos de la declaración del concurso.
Ello así, en segundo término, la jurisprudencia sobre el Derecho abrogado que invoca la administración concursal no tiene utilidad en el asunto, dado que ahora se prohíbe toda compensación en el concurso, entendiéndola forma de anticipar el pago a unos acreedores frente a otros, al socaire de ser éstos a su vez deudores, lo que nada controvierte que haya de respetarse el automatismo de la compensación legal de los arts. 1.195 y 1.196 CCiv., siempre que se produzcan los requisitos para ello con anterioridad a la declaración del concurso. En el Derecho de la insolvencia históricamente se debatía: de una parte, la indisponibilidad del patrimonio concursal en detrimento de la masa activa parecía impedir que se extinguieran las deudas del concursado contra los créditos que mantenía contra sus acreedores concúrsales en relaciones jurídicas diversas (compensación como instrumento del pago); pero de otra, la compensación es un medio de extinción de las obligaciones por ministerio de la ley, de modo que también parecía que, en cuanto los débitos recíprocos en cantidades concurrentes, si llegaban al momento en que eran homogéneos, vencidos, líquidos, exigibles, y pacíficos, estaba desterrada una discriminatoria autonomía de la voluntad de los particulares, y no se favorecía a acreedor alguno, sino que créditos y deudas compensables se exoneraban de la masa, ingresando sólo el saldo resultante (compensación como extinción de las obligación en función de garantía). La nueva legislación concursal opta por la primera inteligencia (avalada por doctrina y jurisprudencia: SSTS de 2 0 de mayo de 1993 y 11 de julio de 2005), y un sistema legal de pago sin desplazamiento de dinero que tiene lugar de forma automática en aquel momento en el que, cumpliéndose los requisitos del 1.196 CCiv., se dé la situación de coincidencia recíproca en al condición de acreedor y deudor, se considera que quiebra los principios de ausencia de legitimación y disponibilidad limitadas del concursado, así como de igualdad de trato, como queda apuntado, tanto si ya era viable utilizarlo antes de la declaración de concurso, y no se utilizó, como si la situación "ad compensationem" se verificase después, de manera que ya no jugarán los efectos propios de la extinción por pago de las obligaciones.
En opinión de quien juzga, las excepciones que se percibían o perciben en cierta doctrina (de la compensación de créditos contra la masa; de obligaciones conexas o "ex eadem causa"; la cuenta corriente mercantil; el pacto comisorio en prendas de créditos), habrán de decaer ante el tozudo tenor de art. 58 LECO. Hay que entender que, de suyo, en la quiebra no tenía mayor sentido interrogarse acerca de si la compensación inmediatamente previa a la declaración prevalecía, y no la ulterior, puesto que la fijación de una fecha de retroacción que

implicara la previa siempre la sujetaba a nulidad absoluta. En cambio, en LECO una compensación previa sólo sería rescindible ex art. 71 LECO, y entonces, nunca por alteración de la "par condicio", sino por un perjuicio objetivo para la masa, y resulta difícilmente explicable, siendo los negocios veraces y no fraudulentos, cómo se perjudica a la masa por cuanto un valor no entre en un patrimonio al salir otro exacto de sus pasivo exigible.
El asunto no es, pues, de que opere la compensación en el concurso, sin duda que Hacienda Foral y Peapsa, cada uno está principalmente obligado y es a la vez acreedor principal del otro (1); que ambas deudas consisten en una cantidad de dinero (2); que las dos deudas están vencidas (3), son líquidas y exigibles (4) y sobre ninguna de ellas hay retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor (5). Si fuera tal el asunto, la respuesta sería negativa con contundencia.
El asunto es, "pari ratione" en cuanto a los presupuestos de la compensación legal, si el concurso de Peapsa ha desplegado sus efectos después de que la compensación hubiera ya operado. Y así resulta de que la compensación operó el 7 de mayo de 2007 y el concurso se declaró el 8 de mayo.
Pudieran intentarse fintas arguméntales, que no ha intentado la administración concursal, como que la lista de acreedores se refiere a la fecha de solicitud del concurso con arreglo al art. 94.1 LECO, y en dicha fecha no se había extinguido el crédito tributario de Hacienda Foral por importe de 256.068,68 euros, y una vez listado no cabía que se extinguiera por compensación; o como que la liquidación provisional de 7 de mayo de 2007 no es un acto administrativo eficaz para Peapsa, al no habérsele notificado, y no siendo coincidente con la autoliquidación presentada el 3 0 de enero de 2 007 por Peapsa (la liquidación toma en cuenta datos de la declaración sustitutiva del contribuyente presentada el 26 de febrero, fuera ya del periodo de declaración).
Lo primero es un espejismo, puesto que los efectos del concurso se despliegan desde el auto de declaración, y la masa pasiva se integra entonces (art. 49 LECO). Es un sistema de seguridad jurídica que modernamente no admite retroacciones absolutas, y en el que la "par condicio creditorum" y las limitaciones de legitimación o disponibilidad patrimonial no se proyectan al pasado, sino solamente la rescisión por lesión de la masa.
Lo segundo, por mucho que mueva a la suspicacia el que precisamente se haya puesto fecha a la liquidación provisional del día anterior a la declaración del concurso, sin que la administración concursal haya incidido en el dato de las notificaciones, o haya en su día exigido acto administrativo expreso para evitar una predatación, no es algo que pueda depurarse en este proceso. La compensación legal tributaria en el Territorio Histórico, como se ha expuesto, añade perfiles al sistema del CCiv, puesto que la deuda tributaria tiene que ser ejecutiva, y debe dictarse acto administrativo que reconozca el crédito tributario del contribuyente, pero en cuanto al carácter mero-declarativo del acuerdo de compensación nada se aparte del régimen de los arts. 1.196 y 1.202 CCiv, que permiten que la compensación cuyos requisitos concurran operen "ipso iure", sin necesidad de declaración alguna. Por supuesto que tratándose de compensación legal, no es preciso que la declare el Juzgado, porque la norma establece que basta que concurran los requisitos legales para que produzca efectos, pero en el régimen privado, tampoco tienen que declararla las partes, porque conforme al art. 1.202 CCiv despliega sus efectos incluso aunque las partes la desconozcan. Siendo ello así, y colocándonos en el momento inmediato anterior a la declaración del concurso, presentada la autoliquidación del IVA el 3 0 de enero de 2 0 07 por Peapsa, y deudora tributaria ejecutiva de Hacienda Foral, si dicha autoliquidación se aceptaba por ésta concurrirían los requisitos del art. 1.196 CCiv, y sin más, operaría la consecuencia prevista en el art. 1.2 02 CCiv. La NFGT añade requisito, puesto que Hacienda Foral debe, para compensar, reconocer el crédito tributario en acto administrativo, pero no exige enteramiento al interesado, que tampoco se exige en el CCiv. A falta de más datos, el Juzgado no puede dudar de la veracidad de la fecha de tal acto administrativo, cuando es un requisito agregado, de orden público, por encima de lo que urgiría una compensación entre particulares.
Dos conductas pudieran haber alterado la consecuencia: que Hacienda Foral, al realizar la comunicación de créditos en el concurso hubiera incluido para su reconocimiento la totalidad del crédito tributario, sin disminuir por el importe de la liquidación provisional los créditos en ejecutiva de 2005, de modo que sería adverso al principio de "non venire contra prorpiae acta" pretender ya en el seno del procedimiento la compensación; o que la administración concursal, sabedora de la autoliquidación pendiente del IVA de 2 006 tempranamente hubiera requerido acto administrativo expreso, en lugar de limitarse a consignarlo el derecho en el inventario, y entonces, hubiera podido evitar que se preconstituyera la compensación.
Ninguna de tales conductas ha tenido lugar, y nada de lo predicho se enfrenta a las resoluciones que se conocen de los Juzgados de Mercantil al respecto, debiéndose resaltar que la referida en la contestación a la demanda, del n° 3 de Barcelona, por lo que se lee de su extracto, responde a un supuesto dispar: cabalmente la Abogacía del Estado se opone a la compensación practicada por la administración concursal en la liquidación de una devolución de tributos que no se admite para pagar crédito tributario privilegiado, a lo que se concede razón en incidente de desaprobación de la rendición de cuentas.
En resumen, la administración concursal tenía la Ley de su lado para exigir que Hacienda Foral no decidiera por sí y ante sí declarar la compensación de créditos, pero Hacienda Foral la tenía, con los datos que se han presentado en este incidente, para pedir a la administración concursal que los efectos de la compensación anterior a la declaración del concurso se tuvieran por producidos. Pudiera pensarse que este burro no necesitaba tamaña albarda, pero lo único que justifica la potestad jurisdiccional, en el diseño constitucional, es el sometimiento a la legalidad, que no siempre es comodidad o conveniencia, y si la Administración acreedora y la administración concursal no se ponen de acuerdo, la vía que marca el art. 58 LECO es este incidente.”: SJM-2 Bilbao 13.02.2008 (Incidente Concursal 478/2007; Sentencia 16/2008)

JM-5 Madrid

“La parte instante impugna el listado de acreedores al no haberse incluido el crédito insinuado en su totalidad. En su momento comunicó un crédito por importe de 13.549 € por servicios aeroportuarios prestados a la

concursada en diciembre de 2006. En el listado de acreedores se le reconoció la cantidad de 248Ž42 € fruto de la compensación de dos facturas por importe de 12.000 €.
Varias son las cuestiones que se deben analizar. La primera es la relativa a la existencia o no de los servicios, tipo de servicios prestados y obligaciones asumidas por la actora; la segunda es la referente al tipo de cambio, y por último si procede la compensación realizada por la Administración concursal de dos facturas abonadas por la concursada como consecuencia de una sanción que se le impuso por el Ministerio del Interior
(…)
SEGUNDO: Debemos examinar ahora si procede la compensación efectuada por la Administración Concursal
La compensación se configura como un causa de extinción de las obligaciones (art 1.156 del CC), y aparece regulada en los arts 1195 y ss. Esta institución opera cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (artículo 1.195), produciendo el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1.202). Como indica la STS de 25 de septiembre de 2008 se exige la existencia de dos deudas recíprocas (STS de 28 de noviembre de 1986), toda vez que no cabe que se extinga lo que no ha nacido o carece de vigencia (STS de 6 de marzo de 1968). Se ha entendido que su fundamento se encuentra en la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos por uno sólo mediante una simple operación aritmética.
Dice la STS de 30 de abril de 2008 que "...toda compensación puede ser definida, de acuerdo con la regulación contenida en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones, en la cantidad concurrente, respecto de aquellas personas que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedores y deudoras la una de la otra. Además de la compensación legal, que es la propiamente regulada en los artículos. 1195 y siguientes del Código Civil, y que opera "ipso iure" cuando concurran los requisitos previstos en el art. 1196 del mismo cuerpo legal, la doctrina y jurisprudencia ha venido a distinguir la existencia de compensación judicial, que acaece en aquellos supuestos en que los créditos no reúnen todos los requisitos exigidos -siendo misión del Juez completar la ausencia de los mismos-, y voluntaria, que tendrá lugar cuando las partes acuerden de modo convencional dicho pago recíproco, regulándose ésta por los pactos que libremente hubieran convenido."
En el ámbito concursal el art 58 de la ley regula el ámbito de aplicación de la compensación. Este precepto señala que sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
Bajo la vigencia de la normativa concursal anterior, la jurisprudencia (STS 25 de Octubre de 2007con cita de las resoluciones de 19 de diciembre de 1.991, 20 de mayo de 1.993 y 11 de julio de 2.005) ante el silencio normativo sobre su admisibilidad, se opuso a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones reciprocas en situaciones concursales en defensa de una "par conditio" que puede resultar injustificadamente rota en beneficio del acreedor "in bonis". Doctrina que se ha mantenido salvo en supuestos específicos, en los que la igualdad de trato no estaba en peligro, ya porque la relación de obligación se hubiera expresado contablemente en forma de cuenta corriente y los requisitos de la compensación concurrido antes de la declaración de quiebra (STS de 17 de marzo de 1.977) o porque se tratara de una compensación que no producía daño alguno a los demás acreedores de una suspensión de pagos en la que se había logrado convenio (STS de 11 de octubre de 1.988) o porque más que de una compensación se entendió producida una ejecución separada de prenda, cuyo objeto no había entrado en la masa de la quiebra (STS sentencia de 7 de octubre de 1.997).
Sin embargo como ya hemos visto, el art 58 ha cambiado el panorama. En este sentido la SAP de Madrid, sección 21ª, de 28 de octubre de 2008 señala que en una situación de concurso, el mecanismo de la compensación no sólo afecta al concursado y al acreedor que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en los demás acreedores del concursado que no son también sus deudores. Y ello porque, en principio, todos los acreedores del concursado quedan sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero, de ello, quedaría excluido el acreedor- deudor del concursado, quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuere deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido, ese crédito compensado, de la ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento que pudiera surgir de un convenio. La compensación daría lugar a un trato privilegiado a favor de los acreedores- deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la "par conditio creditorum". Los requisitos de la compensación aparecen recogidos en el artículo 1.196 del Código Civil. La fecha determinante es la de la declaración del concurso. De tal manera que, si los requisitos de la compensación ya concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado que no la hubiere hecho valer antes de la declaración del concurso, puede, después de haberse declarado el concurso, exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él. Por el contrario, si los requisitos de la compensación no concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, el acreedor del concursado ya no puede exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él (queda prohibida la compensación). El tercero de los requisitos recogidos en el artículo 1.196 del Código Civil, para que se produzca la compensación, consiste en "que las dos deudas estén vencidas". De tal manera que, para que el acreedor del concursado pueda después de la declaración del concurso exigir la extinción de su crédito contra el concursado hasta la cuantía del crédito que el concursado tenga contra él, es imprescindible que, a la fecha de la declaración del concurso, estuvieran vencidas tanto la deuda del concursado como la de su acreedor."
La operatividad de la compensación recae solo sobre créditos concursales que han de ser vencidos, sean líquidos y exigibles (SAP de Barcelona, sección 15ª, de 10 de marzo de 2008). Como dice la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 23 de septiembre de 2008 "...la regla del artículo 58 LC se proyecta sólo sobre los

créditos concursales en atención a que se trata de un efecto de la declaración de concurso sobre los créditos afectados por el mismo, tal y como se desprende de su ubicación sistemática del precepto. El artículo 58 LC se encuadra dentro del Título III y en particular en el Capítulo II que lleva por rúbrica De los efectos sobre los acreedores. Este Capítulo II comienza con el artículo 49, que integra dentro de la masa pasiva a los acreedores concursales (art. 49. Integración de la masa pasiva.- Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes"). Y sobre estos acreedores se aplican los efectos sobre los créditos en particular previstos en la sección 3ª del capítulo II, siendo el primero de ellos la prohibición de compensación. El vigente artículo 58 de la LC permite la compensación de créditos y deudas tan sólo en los casos en los que concurren los requisitos de compensación de créditos ex artículo 1196 del Código Civil con anterioridad a la declaración del concurso, siendo, por ello, necesario que el crédito concursal sea exigible antes de la declaración de concurso. La cláusula de compensación, contenida en la póliza de descuento de autos, autoriza al BSCH para compensar el crédito impagado con otros saldos que el descontante pueda tener en dicha entidad descontataria. Pero ello no excluye que para la validez de la compensación deban cumplirse los requisitos legales ex art. 1196 CC, entre los que se encuentra la exigibilidad del crédito que se pretende compensar. De ahí que sea menester considerar si, conforme al art. 58 LC, ese crédito era concursal por haber nacido antes de la declaración de concurso y, además, si era o no exigible antes de declararse el concurso. La consideración de crédito concursal es determinante para la aplicación del artículo 58 LC que prohíbe la compensación salvo que se hubieran cumplido los presupuestos legales con anterioridad a la declaración de concurso, por lo que debemos examinar si era exigible o no antes de dicha declaración."
Además debe tenerse en cuenta la conexión de la operatividad de la compensación con las reglas del pago de los créditos. En este sentido dice la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 10 de marzo de 2008 que "la prohibición de compensación del art. 58 LC debe integrarse con las reglas de pago dentro de la liquidación. La razón que impide la compensación de los créditos y las deudas del concursado es evitar el pago -la compensación es una forma de satisfacción del crédito-, alterando las reglas de la par condicio creditorum. Si la compensación se realiza durante la liquidación, y únicamente respecto de los créditos que conforme a las reglas de los arts. 154 y ss. LC en cada caso puedan ser satisfechos con lo obtenido de la realización de los bienes y derechos del concursado, entonces no se altera la par condicio creditorum, ya que el acreedor del concursado consigue la satisfacción de su crédito, mediante compensación con deudas frente al concursado, sólo en la medida en que procedería su satisfacción aplicando las referidas reglas de pago.
Debemos, por lo tanto analizar si procede la compensación. En principio ambas deudas son anteriores a la fecha de la declaración del concurso; además están debidamente cuantificadas y están vencidas, ya que existe la sanción impuesta a la concursada, sanción impuesta como consecuencia del incumplimiento por la actora de su obligación de comprobar que los pasajeros ostentan su documentación. Por último las facturas han sido comunicadas a la actora y ambas deudas están vencidas, en consecuencia debe operar la compensación y por lo tanto no se puede estimar la pretensión de la actora": SJM-5 Madrid 28.07.2009 (Sentencia 122/2009; Incidente Concursal 488/2008)

8.1 Compensación operada y exteriorizada antes del concurso

AP Navarra

"SEGUNDO.-La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil desestima la demanda presentada por el Banco Popular por considerar que no hay prueba suficiente que acredite que san las circunstancias recogidas en el clausulado de las pólizas para dar por vencidas anticipadamente las mismas, ya que los recortes de prensa aportado carecen de la fuerza probatoria necesario. Por ello considera que no se dan los requisitos del artículo 1196 del CC.
Habiendo quedado establecidos en primera instancia los hechos objeto de debate a través tanto de la demanda de Banco Popular como de la contestación a la misma de la Administración concursal, son exclusivamente tales hechos los que deben ser objeto de examen.
Así el art. 58 de la Ley Concursal establece:
"Sin perjuicio de lo previsto en el articulo 205 declarado el concurso no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".
Como señala la sentencia de Instancia a sensu contrario la compensación que se hubiera dado antes del concurso es válida. En este caso concreto, ha quedado acreditado que INASA FOIL había pedido la situación preconcursal el 5 de julio de 2012 presentando demanda de declaración concursal el 31 de octubre de 2012 y declarándose posteriormente en Auto de fecha 5 de noviembre de 2013 el estado concursal.
El Banco Popular por su parte pretende la compensación en burofax remitido por vía notarial el 2 de agosto de 2012.
Habiéndose cumplido el requisito del plazo exigido en el artículo 58 de la Ley Concursal se hace necesario valorar si se cumplen o no los requisitos para la compensación conforme al artículo 1196 del C. Cv. y principalmente se hace necesario valorar si podemos considerar la deuda como vencida ya que el fundamento de la oposición al recurso por parte de la Administración concursal se centra en considerar que el Banco ha actuado unilateralmente al proceder a la compensación sin que existan prueba de que concurran causa para ello. Considera la recurrente que el depósito pignorado se

suscribió con finalidad de garantía exclusiva frente al otorgamiento de las dos operaciones de aval pero sin poder aplicar su saldo a la amortización de otras posiciones abiertas en la Entidad.
Examinando las cláusulas de las pólizas suscritas, el documento n º 6, póliza de contrato de cuenta de crédito recoge en la cláusula séptima las causas que permiten al Banco la cancelación anticipada y considera la actora que se dan alguna de ellas, como pueden ser la cesación en su actividad actual o la alteración de su situación patrimonial.
La lectura de dicha cláusula 7º nos permite considerar que se dan como causas a tener en cuenta la recogida en el párrafo f y la g referida a la falta de pago de las nominas o de las cuotas de seguros sociales de su personal o de sus deudas fiscales. Si nos remitimos a la prueba aportada los recortes de prensa recogen claramente esta situación al señalar que:
1.- Inasa Foil anuncia el cierre de su factoría en Irurzun
2.-Inasa Foil cierra su planta de Irurzun y deja en la calle a 168 trabajadores.
3.- Inasa de Irurzun presenta un precontrato de acreedores.
La Administración Concursal no niega que se den dichas circunstancias pero se opone al recurso al considerar que no hay en autos, prueba suficiente de ello siendo dicho argumento aceptado por la Juzgadora de Instancia.
Consideramos sin embargo que no poniéndose en duda por parte de la Administración concursal, la realidad de las noticias publicadas en prensa y considerando acreditado que se dan las causas que se prevén en la cláusula 7 de las pólizas para declarar vencido anticipadamente las mismas, no existe motivo para denegar dicha compensación por parte del banco, al ser las deudas liquidas exigibles y vencidas. Otra cosa hubiera sido que se hubiera puesto en tela de juicio que se den o no esas circunstancias.
Alega igualmente la Administración concursal que la sentencia de instancia acierta al considerar que la constitución del depósito pignorado se suscribió con finalidad de garantía exclusiva frente al otorgamiento de las dos operaciones de aval antes reseñadas sin que pueda considerarse admisible que una vez liberadas las mismas el Banco pueda aplicar el saldo del depósito a la amortización de otras posiciones abiertas con la Entidad.
Nada se dice al respecto en la sentencia de Instancia pero es clara la cláusula 6 c) de las pólizas aportadas en cuanto que permiten al Banco aplicar libremente los saldos en efectivo titulados en el banco a nombre del/ los acreditado/s y en su caso del/ los Fiadores, para la cancelación total o parcial de sus créditos frente a aquel.”: SAP Navarra (Sección 3) 30.06.2014 (Sentencia 1712/2014; Rollo 16/2014)

AP Tenerife

“TERCERO.- En efecto, estimamos que ninguno de los argumentos vertidos en esta alzada tiene virtualidad suficiente para destruir las acertadas manifestaciones, tanto fácticas como jurídicas que se contienen en la resolución recurrida, en base a las siguientes consideraciones.
En primer lugar, porque después de admitir expresamente el actor en el hecho tercero de su demanda, que como consecuencia de las relaciones financieras mantenidas con la entidad demandada, se formalizó una imposición a plazo fijo, con el número 3076 0480 612067977831, y que la meritada imposición fue liquidada y reintegrada el pasado día dos de junio de 2008, por un importe nominal de 430.000, 00 euros y abonada en la cuenta corriente 2064127125; cuenta corriente en la que se han venido realizando distintos movimientos contables, sin denunciar a la entidad financiera la existencia de irregularidad alguna, así como haber quedado sobradamente acreditado en las actuaciones, mediante la documental obrante al folio 30, que la referida imposición a plazo fino se liquidó a solicitud de la entidad actora, procediendo a continuación al reintegro de su importe en la referida cuenta corriente, no puede pretender ahora el recurrente, cuestionar que dicha liquidación no fuera autorizada por la entidad actora.
En segundo lugar, tampoco puede admitirse, como se pretende ahora por la parte apelante, que la entidad demandada- reconviniente detrajera de la citada cuenta corriente, núm. 2064127125, sin consentimiento ni autorización del actor principal, el día 2 de junio de 2008, la suma de 215,000 euros, para constituir una nueva imposición a plazo fijo, ya que parece olvidar el recurrente los términos de los acuerdos complementarios a la póliza de préstamo suscrita entre las partes, a que se refiere la documental 3, aportada con la contestación a la demanda reconvencional, obrante al folio 88, donde expresamente se conviene que "EN GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS EN ESTE CONTRATO LA EMPRESA QUE SE INDICA MÁS ABAJO AFECTAN CON TODA LA AMPLITUD QUE SEA POSIBLE EN DERECHO, EL/LOS DEPOSITOS QUE SE CONSTITUYEN EN ESTA CAJA RURAL Y EN CONCRETO ÉL/LOS DEPOSITO/S... 1. No. 0480. 612067977831, hasta el límite de 430.000,00 euros....QUE QUEDAN AFECTOS PARA RESPONDER DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS, AUTORIZANDO SU CONSTITUCIÓN A LA CAJA Y AUTORIZANDO EXPRESAMENTE SU UTILIZACIÓN PARA LA CANCELACIÓN PARCIAL DE LA OBLIGACION GARANTIZADA, SIN NECESIDAD DE REQUERIMIENTO PREVIO AL PIGNORANTE. EN CASO DE QUE EL VENCIMIENTO DE LA/S IPF/S FUERA ANTERIOR AL DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS, AMBAS PARTES CONVIENEN EXPRESAMENTE QU EL EFECTIVO RESULTANTE O EL DERECHO DE CRÉDITO CORRESPONDIENTE, SUSTITUIRÁ POR SUBROGACIÓN REAL AL OBJETO DE LA PRENDA, QUE QUEDARÁ PIGNORADO EN LOS MISMOS TÉRMINOS Y CONDICIONES QUE LA IPF. LA PRENDA/S SE MANTENDRÁ EN VIGOR Y SERÁ POR TANTO, INDISPONIBLE POR EL PIGNORANTE EL EFECTIVO RESULTANTE DE LA MISMA HASTA QUE QUEDEN TOTALMENTE EXTINGUIDAS LAS OBLIGACIONES

GARANTIZADAS....". Pactos cuya interpretación literal no exige mayor labor hermenéutica (ex art. 1258 C.c.), y que en ningún caso hacían depender del consentimiento del actor principal la efectividad de la garantía convenida, de modo que, como acertadamente senala el apelado en su escrito de oposición al recurso, en el fondo la alegación contraria no gira en torno a si se constituyó o dejó de constituir una nueva imposición de 215.000, euros, -lo que es del todo ocioso, teniendo en cuenta que dicho importe se empleó luego para minorar el préstamo número 2067231056, del que constituía garantía prendaria-, sino, si dicho nuevo plazo se formalizó con el consentimiento expreso de ACUIHOPE S.L.". Consentimiento que de modo alguno era necesario, al encontrarse los fondos expresamente pignorados por aquélla, en garantía del antedicho préstamo, tal y como resulta de los pactos complementarios anteriormente transcritos.

En consecuencia no puede decirse que la compensación de créditos no sea ajustada a derecho a la vista de los términos del contrato suscrito entre las partes, conforme al cual, el depósito formalizado por la entidad ACUIHOPE S.L. quedaba afecto al cumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo concertado por ésta, siendo así que la entidad demandada reconviniente una vez producido el incumplimiento por aquélla de su obligación de abonar las cuotas mensuales pactadas para la amortización del préstamo número 3076 0480 65 2067231056, correspondientes a los meses de agosto, septiembre y octubre de 2008, y acordada la resolución anticipada del dicho contrato de préstamo, por la que deviene deudora de la entidad demandada reconviniente, opera la compensación automática de créditos en la cantidad concurrente entre el que nace de la imposición a plazo fijo, -a favor de ACUIHOPE S.L.- y el que deriva del contrato de préstamo, -a favor de la entidad financiera CAJASIETE-.

En tercer lugar, tampoco puede admitirse, como argumento revocatorio de la resolución recurrida, que la compensación de créditos operada por la entidad demandada, y objeto de la pretensión reconvencional, sea contraria a derecho, por encontrarse la entidad actora en situación legal de concurso ordinario, aduciendo que debió darse lugar a la apreciación de las excepciones de litis pendencia y falta de competencia objetiva del juzgado a quo al tenerla atribuida la del concurso. Y ello por cuanto, ni es dable apreciar la litis pendencia, por no concurrir los presupuestos necesarios a tal efecto, previstos en los arts. 222 y 421 de la ley procesal, ni la situación concursal empece a la compensación de créditos operada por la entidad financiera, no sólo por ser de fecha anterior a dicha declaración, sino sobre todo porque, como acertadamente razona la resolución que se combate, no se trata de una compensación judicial, sino convencional, o voluntaria, consecuencia de la libertad de pactos amparada por el art. 1255 del C.c., y cuya adecuación a derecho se limita a declarar la resolución de la instancia, una vez aplicada por la entidad demandada-reconviniente. Argumentos a los que además cabe anadir lo prescrito en el art. 58 de la Ley Concursal, de aplicación al caso de autos, ya que al disponer que "....declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.", viene a legitimar la compensación operada y consumada con anterioridad a la declaración de concurso, de acuerdo con el art. 1.196 del Código Civil.

En este sentido, se ha pronunciado la SAP Barcelona, sección 15, de 30 de septiembre del 2008 al senalar que " El art. 58 LC EDL2003/29207 únicamente admite como compensación eficaz con proyección sobre el concurso la que ha tenido lugar entre créditos que ya fueran compensables, conforme al régimen legal, en el momento de ser declarado el concurso, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles) se daban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago, y contemplando la situación desde la perspectiva de un concurso ya declarado". Y, asimismo puede citarse la SAP Valencia de 26-06-2009 que viene a razonar que : "La compensación de créditos, en general exige la concurrencia del fundamental requisito de la reciprocidad, es decir que cada de uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor del otro, o dicho de otra forma que dos personas sean acreedoras y deudoras la una de la otra al mismo tiempo, sin importar la fuente de las obligaciones que procedan (STS 11 de abril de 1985, 27 de junio de 1995, 24 de marzo de 2000 entre otras), siendo igualmente un requisito de necesaria concurrencia para que opere dicho instituto extintivo que ambas deudas sean líquidas y exigibles. La jurisprudencia ha senalado que una deuda es líquida cuando está determinada en su cuantía o montante, si bien es suficiente que tal cuantía pueda fijarse mediante una simple operación aritmética (STS de 30 de diciembre de 1998), o dicho en palabras de la sentencia de dicho Alto Tribunal de 11 de junio de 1981, la liquidez "se traduce en la necesidad de que la prestación se halle determinada y cuantitativamente precisada para que pueda tener lugar el pago abreviado, a lo Que no será óbice la circunstancia de que el montante pueda obtenerse sin más que una sencilla operación matemática". En el mismo sentido, podemos citar las sentencias de 12 de diciembre de 1921, 13 de noviembre de 1924, 21 de marzo de 1932, 10 de diciembre de 1941, 27 de diciembre de 1952, 12 de abril de 1985 entre otras. En definitiva, para que proceda la compensación es preciso, entre otros requisitos, que las deudas confrontadas sean líquidas, de tal forma que sólo cabe aquélla si se realiza este requisito, el cual no concurre, según se ha declarado, cuando la calidad de acreedores recíprocos de los litigantes sólo puede fijarse mediante una liquidación (STS 26 de febrero de 1952, 21 de abril de 1955, 24 de octubre de 1966, 5 de octubre de 1983 y 30 de marzo de 1988), por consiguiente una deuda no es líquida, si necesita una liquidación o fijación de saldo en el proceso (STS 18 de abril de 1940, 26 de febrero de 1952)."

Compensación convencional que por lo demás, como viene admitiendo mayoritariamente nuestro Tribunales, y la mejor doctrina científica, bastaría con oponerla como una mera excepción, siempre y cuando el importe de los créditos sea el mismo, o en el caso de que el crédito opuesto por el

demandado fuere menor, la compensación operaría únicamente por las sumas concurrentes, senalándose, por el contrario, la necesidad de su alegación por vía reconvencional en los supuestos de que el crédito del demandado fuera mayor al del actor y además de la compensación de créditos se solicitara por el demandado el abono de la diferencia.": SAP Tenerife (Sección 3) 07.02.2012 (Sentencia 46/2012; Rollo 815/2011)

AP Valencia

"En todo caso, y atendiendo al escrito de interposición del recurso de apelación en el que de forma concreta y específica se determina que la acción ejercitada es la contenida en el artículo 58 LC, -prohibición de compensación de los créditos y las deudas del concursado una vez declarado en concurso-, bastaría indicar para su desestimación que la propia parte recurrente alega que la cantidad de 51.812'12 Euros la tiene la tiene la demandada en su poder " sin haberlos compensado "; por tanto, si la propia parte recurrente argumenta la inexistencia de compensación, en modo alguno puede resultar prosperable el ejercicio de una acción que va dirigida, precisamente, a obtener la devolución de aquellas cantidades que en contra de la prohibición contenida en el citado artículo 58 LC hubieran sido objeto de compensación una vez declarado el concurso.
A tal circunstancia se ha de añadir que, conforme a la documental incorporada a las actuaciones, ha quedado acreditado que la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL SA con anterioridad a la declaración del concurso de SUECA MOVIL SA que se produjo por Auto de 27 de enero de 2011 procedió, con arreglo a la facultad conferida en la póliza de crédito nº 050-74575 - vencimiento el 26 de agosto de 2009-, a realizar diferentes transferencias por un total de 51.812'12 Euros entre el día 27 de noviembre de 2009 y el 18 de junio de 2010 desde la cuenta corriente de la entidad hoy apelante 060-01546, donde se iban produciendo los ingresos, a la citada cuenta de crédito (f.180-184), compensación ésta que fue puesta de manifiesto en los autos de ejecución nº 616/10 como así resulta del escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sueca que consta al folio 173 y siguientes de autos y del Auto de sobreseimiento de querella por estafa interpuesto por la entidad aquí apelante contra el Banco (f. 167 y ss). Por tanto, la compensación realizada por la entidad apelada se produjo en virtud de pacto expreso entre las partes y con anterioridad a la fecha en que la entidad SUECA MOVIL SA fue declarada en concurso, por lo que no cabe más que desestimar la acción ejercitada al amparo del artículo 58 de la LC.": SAP Valencia (Sección 9) 12.11.2012 (Sentencia 389/2012; Rollo 546/2012)

JM-1 Santander

"PRIMERO.- Maderas y Papel, S.A. presentó demanda incidental de impugnación del inventario por no haber incluido en la masa activa el crédito que la concursada ostenta contra los miembros de su consejo de administración por la acciones suscritas en la ampliación de capital celebrada el 27 de mayo de 2002 pendientes de desembolso por considerar que la administración concursal ha efectuado una compensación de créditos que no procedía.
El administrador concursal se opuso a la demanda alegando que tuvo en cuenta la compensación efectuada en la quiebra seguida y en el listado definitivo de acreedores en él emitido, en aplicación delartículo 926 del Código de Comerciovigente en el momento de efectuar dicho informe.
Por los codemandados se presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la misma excepcionando falta de legitimación activa de la actora que fue desestimada en la vista, y alegando que el inventario es correcto al haberse producido la compensación de créditos por concurrir los requisitos de la misma con anterioridad a la declaración de concurso.
SEGUNDO.- De conformidad con elartículo 58 LCno producirá la compensación de los créditos y deudas del concursado pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso.
En el presente caso, la compensación se produjo con anterioridad a la declaración de concurso, en virtud del listado definitivo de acreedores emitido en la quiebra de la aquí concursada, seguida con anterioridad a este concurso. En ella, en aplicación del régimen legal vigente, se acordó la compensación de los créditos a que se refiere la impugnación, de conformidad con elartículo 926 del Código de Comerciosegún el cual los socios comanditarios, los de sociedades anónimas y los de cuenta en participación que a la vez sean acreedores de la quiebra, no figurarán en el pasivo más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieren obligados a poner en el concepto de tales socios.
En la actualidad dicha regla ha sido derogada y en la ley concursal no encontramos una norma similar. Sin embargo, en el momento en que se aplicó resultaba vigente y en su virtud se efectuó la compensación que ahora se impugna, fijando definitivamente el listado de acreedores.
No se trata en consecuencia de la aplicación de una norma derogada, sino de la asunción del resultado alcanzado en aplicación de dicha norma cuando se encontraba en plena vigencia, habiéndose producido, en consecuencia, con anterioridad al concurso la compensación que ha de ser reconocida en éste.
A ello no obsta que la quiebra haya sido sobreseída puesto que ello obedece a circunstancias posteriores y no supone dejar sin efecto lo acordado en la misma.": SJM-1 Santander (Cantabria) 24.04.2007 (JUR 2008/43718)

9. Opera la compensación pese a que el crédito se comunicó sin descontarla o a que no se impugnase la lista de acreedores

Nota:

Véanse también las resoluciones incluidas en el art. 97.1

AP Córdoba (Sección 3)

"PRIMERO.-Aunque la parte actora apelante, la sociedad concursada "Noriega Edificación y Obra Civil, S.L."(cuyo recurso fue posteriormente ratificado por la administración concursal, al haberse abierto la fase de liquidación), funda su recurso de apelación en la alegación de incongruencia de la sentencia, sin embargo no es esa la cuestión primordial, puesto que la resolución impugnada sí da respuesta a las cuestiones planteadas, si bien, a criterio de esta Sala, no con todas las consecuencias a que había lugar en derecho, ya que según expondremos a continuación, no sólo debe declararse la improcedencia de la compensación de deuda que "de facto" ha realizado la empresa demandada (aunque por razones jurídicas distintas a las expresadas en la demanda), sino que también ha de condenarse a dicha parte a ingresar en la masa activa del concurso el importe de las retenciones apropiadas. Y ello porque la sentencia apelada considera que no es posible decidir sobre las consecuencias de la declarada indebida compensación de créditos si la contraparte a la concursada no comunicó crédito alguno en el concurso; lo que no es compartido por este tribunal de apelación, que en dos autos de fecha 29 de enero pasado y en otros de 1 y 6 de febrero de 2013, ha declarado que la falta de comunicación o reconocimiento del crédito de la contraparte no es óbice para el examen de la procedencia de la compensación, ya que, pese a ello, "Promociones Maguilla, S.L." se ha atribuido de facto la cualidad de acreedora, en tanto que ha retenido determinadas cantidades de las certificaciones de obra, erigiéndose en acreedora de unos daños y perjuicios por retrasos y por supuesta mala ejecución de obra imputables a la concursada. Máxime cuando el citado artículo 58.2 de la Ley Concursal no establece un límite temporal para el planteamiento del incidente para resolver controversias sobre la procedencia de compensación de créditos; razón por la cual la denominada "jurisprudencia menor" ha admitido su formulación una vez concluida la fase común del concurso (Sentencias de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de noviembre de 2010 y de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 16 de noviembre de 2011). A lo que tampoco sería óbice el posible efecto reflejo que la resolución del incidente pudiera tener en la lista de acreedores (que solo se daría si se declarase procedente la compensación), al no haber transcurrido los plazos máximos para su modificación que previene el artículo 97 bis de la Ley Concursal; y además en el presente caso no hubo comunicación de crédito por la demandada, por lo que no habría alteración de la lista de acreedores. Por tanto, como ya dijimos en el auto de 27 de junio de 2012, que ordenaba la admisión a trámite de la demanda incidental, deberían ser objeto del incidente concursal y de la sentencia que lo resuelva las siguientes cuestiones: a) El tratamiento de las posiciones acreedoras o deudoras recíprocas derivadas de un contrato bilateral inconcluso y su consideración o no como créditos compensables; b) La posibilidad de recíproca extinción de los saldos transitorios en régimen de cuenta corriente y su compatibilidad o no con la prohibición del artículo 58 de la Ley Concursal. No habiéndolo hecho así la sentencia de instancia en toda su extensión, debe ser parcialmente revocada, asumiendo esta Sección las funciones de tribunal de instancia.": SAP Córdoba (Sección 3) 11.06.2013 (Sentencia 110/2013; Rollo 164/2013)

AP Madrid (Sección 19)

"PRIMERO. - Dos son las cuestiones que la parte apelante plantea como fundamento del recurso que sostiene en la presente alzada; en primer lugar se refiere a la inaplicación del artículo 58 de la Ley Concursal desde el momento en que declarada tal situación de concurso respecto de la demandante no cabe, por imperativo de tal precepto, la oposición de la compensación tal y como acontece en el supuesto enjuiciado. En segundo lugar (...)
SEGUNDO. -Respecto de la primera cuestión planteada las facturas que documentan los créditos cuya compensación se pretende y que esgrime el demandado son anteriores tanto a la factura emitida por el actor, como a la declaración del concurso, siendo por tanto de aplicación la previsión que contiene el propio artículo 58 de la Ley Concursal citado al admitir precisamente la compensación cuyos requisitos existan con anterioridad a la declaración de concurso, que viene a ser el supuesto de autos, y tales requisitos o condicionantes existían a tenor del artículo 1195 del Código Civil tratándose así de una compensación legal y reconocida judicialmente con posterioridad. A ello no obsta tampoco que el demandado comunicase su crédito al concurso, pues es evidente que la parte compensada quedará fuera de la masa ya que lo contrario supondría un requerimiento injusto para esa parte.": SAP Madrid (Sección 19) 08.03.2013 (Sentencia 114/2013; Rollo 708/2012)

AP Murcia

"Resta únicamente responder a la alegación sobre la ausencia de mención por parte de la demandada de su derecho de compensación en el procedimiento concursal. Ello es un hecho no discutido en modo alguno, pues Usacar SL planteó un incidente concursal con la finalidad de que su crédito por el total de gastos de reparación y rentas debidas se incluyese en el pasivo del concurso, incidente que concluyó consentencia de fecha 25 de julio de 2009 (documento nº 11 de la demanda) incluyendo ambos créditos en el pasivo. En dicho incidente no hizo referencia alguna a la fianza ni a la posible compensación de la misma con el crédito, lo que sin duda hubiera podido hacer y la juez mercantil hubiera resuelto sobre dicha cuestión en el incidente con aplicación delartículo 58.2º LC. Sin embargo ello no supone contradicción alguna. Es cierto que la Administración Concursal ha presentado el informe definitivo y que el mismo ha sido aprobado por el Juzgado de lo Mercantil, en el que aparece en el activo los 5.000 € de la fianza y en el pasivo los 19.394,02 € del crédito por rentas y

gastos de reparación. Sin embargo esta lista definitiva no impide que en ejecución de la compensación declarada en esta sentencia se pueda eliminar del activo los 5.000 € y reducir el pasivo a favor de Usacar SL a la cantidad de 14.394,02 € después de aplicar la tan mencionada compensación de ambos créditos. La finalidad del informe de la administración concursal, tal como se deriva del artículo 75 LC, no es otra que la de analizar la situación que ha motivado el concurso, informar sobre la actuación de la administración y aportar las listas de acreedores y el inventario de la masa activa, teniendo por tanto una finalidad puramente informativa y preparatoria de las decisiones posteriores sobre la calificación del concurso y el desarrollo de las juntas de acreedores. Por tanto en modo alguno se puede considerar como un documento cerrado y de hecho el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de septiembre de 2010, ha distinguido, a los efectos delartículo 97 LC, la posición de los acreedores (a los que se da traslado para la posible impugnación del crédito) y los deudores, para los que no está previsto dicho traslado. Las alteraciones que posteriormente puedan darse en relación a los créditos tendrán su concreta eficacia en los momentos posteriores del concurso, debiendo la administración de poner en conocimiento del Juzgado de lo Mercantil estas sentencias a los efectos de su correcta eficacia en el seno del concurso.": SAP Murcia (Sección 5) 15.03.2011 (JUR 2011/155701; Sentencia 83/2011; Rollo 12/2011)

AP Sevilla

"SEGUNDO.- La única cuestión a dilucidar es de interpretación jurídica. Se trata de determinar si la falta de impugnación del inventario o de la lista de acreedores (art. 97.1 LC) imposibilita al acreedor para oponer la excepción de compensación cuando se le reclame el crédito que el concursado tenga, a su vez, contra él, tal y como entiende la administración concursal demandante.
Dice el art. 58 de la LC : Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.
No hay controversia en este caso sobre la concurrencia de los requisitos de la compensación con anterioridad a la declaración de concurso. La cuestión es que la demandada no impugnó en su momento el inventario y la lista de acreedores.
Entiende la Sala que el recurso de apelación merece favorable acogida. Consideramos que la excepción de compensación puede ser opuesta por el acreedor del concursado en cualquier momento que le sea reclamado el pago por el concursado, con el único condicionante de que sus requisitos existan con anterioridad a la declaración de concurso. Y es que la Ley Concursal no establece límite temporal alguno a la oposición de la excepción de compensación, ni exige que la compensación sea opuesta por el acreedor al comunicar su crédito. La compensación es un modo de extinción de la obligación que precisa de una reclamación previa del titular del crédito compensable para su eficacia como medio de extinción de la deuda. Además, la excepción de compensación no modifica la lista de acreedores ni el inventario, y, por último, figurando en el informe de la administración concursal la demandada como acreedor y deudor de la concursada, es la administración concursal la que debe dar virtualidad a la misma y aplicar en su informe lo dispuesto en el art. 58 de la LC.
El art. 58 LC no establece límite temporal alguno para que el acreedor del concursado oponga la excepción de compensación, ni regula la forma procesal en que debe hacerlo. Por tanto, no hay razón legal alguna que obligue a solicitar la compensación al tiempo de la comunicación del crédito en el plazo establecido en el art. 85.1 de la LC. Este precepto obliga a comunicar los créditos, pero no a señalar las deudas que un acreedor a su vez mantenga con el concursado. Por tanto, la omisión del señalamiento de la existencia de una deuda en este momento ningún perjuicio puede deparar al acreedor.
La concurrencia de los requisitos de la compensación con anterioridad a la declaración de concurso, supone que en el momento en que el concurso se declare este acreedor o no lo sea o lo sea parcialmente por los efectos de la compensación, pues los créditos recíprocos se consideran extinguidos desde la fecha en que concurren los requisitos del art. 1.196 del Código Civil. Por ello la aplicación de los efectos de la compensación en cualquier momento del concurso (antes o después de la comunicación de créditos o del trámite de impugnación de la lista de acreedores o del inventario) no infringe el principio pars conditio creditorum, pues el acreedor o bien no lo era antes de declararse el concurso (en el supuesto de que la compensación extinguiese totalmente su crédito), o lo era tan sólo por la cantidad resultante a su favor tras compensar los créditos, que es con la que debería figurar en el informe de la administración concursal.
Por otro lado, la utilización de la compensación como medio de extinción de la obligación es una facultad del deudor. Por ello no tiene obligación alguna de aplicar la compensación cuando él, por su parte, reclame el crédito que tiene contra quien es, a su vez, acreedor suyo. Por esta razón el art. 85 LC obliga a los acreedores a comunicar sus créditos a la administración concursal, pero en absoluto se refiere a que comuniquen también las deudas a efectos de su compensación. Es la reclamación del crédito por el acreedor la que activa los mecanismos de defensa del deudor frente a tal reclamación, siendo ese el momento en el que, si le interesa, puede oponer la excepción de compensación, justificando la concurrencia de los requisitos legales con anterioridad a la declaración del concurso. De ahí que no tenga que articularla ni en el momento de la comunicación de créditos, ni al tiempo de la impugnación del inventario y de la lista de acreedores. Otra cosa sería si cuestionase la cuantía, vencimiento, liquidez o exigibilidad del crédito, en cuyo caso sí que tendría que impugnar el inventario de la masa activa.
Además, la oposición de compensación de créditos que aparecen en la lista de acreedores y en el inventario del informe de la administración concursal, no supone una modificación de ninguno de ellos. La deuda y el crédito existen tal cual han quedado fijados en la lista de acreedores y en el inventario. La compensación no altera ni modifica una u otro. Lo único que sucede es que el crédito del acreedor deberá reducirse en la cuantía concurrente por cuanto con anterioridad a la declaración de concurso estaba extinguido parcialmente, ya que,

como antes dijimos, los créditos recíprocos deben considerase extinguidos desde la fecha en que concurrieron los requisitos del art. 1.196 Código Civil. Y así debió ser tomado en consideración por la administración concursal al emitir su informe.
TERCERO.- En definitiva, consideramos no hay obligación legal de solicitar la compensación al tiempo de comunicar el crédito a la administración concursal, ni de impugnar la lista de acreedores y el inventario de bienes para pedirla, por cuanto la compensación no implica una modificación de ninguna de ellas, pues no se discute ni la existencia de los créditos, ni su cuantía, liquidez, vencimiento o exigibilidad, sino que lo que se pretende es hacer efectiva una compensación cuyos requisitos se daban con anterioridad a la declaración de concurso, por lo que antes del concurso deben considerarse extinguidos los créditos recíprocos.
Por todo lo cual procede la estimación del recurso de apelación y la revocación de la Sentencia recurrida, no habiendo lugar a hacer las declaraciones pretendidas por la administración concursal en la demanda inicial.”: SAP Sevilla (Sección 5) 16.11.2011 (Sentencia 481/2011; Rollo 5960/2011)

AP Pontevedra

“PRIMERO.-En el presente procedimiento de incidente concursal, promovido por la entidad "Comercial Pernas SL" (COPER), en cuanto acreedora de la concursada mercantil "Atalfrigo SL" -a quién la Administración concursal en su informe le ha reconocido un crédito por un importe total de 233255,59 euros-en orden a que se declare la procedencia de la compensación de la deuda que la entidad actora tiene a su vez con la concursada y, en consecuencia, se reduzca el crédito que "COPER SL" ostenta frente a "Atalfrigo SL" en la cantidad de 94897,34 euros, con la consiguiente repercusión de tal decisión en las operaciones de liquidación de la concursada, frente a la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda recurre en apelación la entidad actora promotora del incidente.
SEGUNDO.-En la resolución impugnada, el Juez de lo Mercantil, inexistiendo controversia acerca de la concurrencia de los requisitos exigibles para que pueda tener lugar la compensación (art. 1196 CC), por lo demás, con anterioridad a la declaración del concurso (art. 58 LC), se opone empero a su aplicación por considerar su solicitud extemporánea, al interesarse en fase de liquidación del concurso, con base en el entendimiento de que un saldo favorable al acreedor frente al concursado, por concurrir los requisitos propios de la compensación antes de la declaración de concurso, debe ser hecho valer a medio de la oportuna comunicación de créditos o, como una solución correctora de una actuación denegadora de la Administración concursal, a medio del oportuno incidente impugnatorio de inventario y lista de acreedores, precluyendo posteriormente dicha posibilidad. (…)
QUINTO.-Pasando al análisis de la cuestión de fondo del recurso, es de señalar que la LC, al regular en el art. 58 el tema de la compensación de los créditos y deudas del concursado, por lo que respecta a los créditos recíprocos susceptibles de compensación en el concurso, no establece un límite temporal ni de actuaciones procedimentales para el planteamiento de la compensación.
Estimando por ello posible su solicitud finalizada ya la fase común del concurso a que hace referencia el art. 98 LC, y por la vía del incidente concursal (párrafo 2º del art. 58 LC, o, en todo caso, en virtud de lo preceptuado en el párrafo 1º del apartado 1 del art. 192 LC), teniendo en cuenta, por lo demás, que si bien los incidentes concursales no suspenden el procedimiento del concurso, el Juez, de oficio o a instancia de parte, se encuentra facultado para acordar la suspensión de aquellas actuaciones que considere pueden verse afectadas por la resolución que se dicte (art. 192-2 LC).
No siendo dable reprochar a la acreedora recurrente la no solicitud de la compensación con ocasión de su llamamiento para poner en conocimiento de la Administración concursal la existencia de sus créditos (art. 21-1-5º en relación con el 85 de la LC), dada la limitación del llamamiento a la comunicación de los créditos que no de sus débitos frente a la concursada, ni mucho menos el considerar su entonces no alegación como una renuncia a la compensación susceptible de ejercicio, al precisar tal efecto de una declaración expresa en dicho sentido.
Como tampoco entender que la pretensión compensatoria entrañe sustancialmente una modificación del inventario y de la lista de acreedores, inadmisible dada su no específica impugnación en tiempo y forma (art. 97-1 LC), toda vez la acreedora no discute la existencia de los créditos recíprocos y en las cuantías finalmente reconocidas por la Administración concursal, interesando únicamente la operatividad de la compensación legalmente viable (cuya solicitud se estima posible finalizada la fase común del concurso) en la fase de liquidación.
Pudiendo añadirse que, con la estimación de la procedencia de la compensación pretendida, no se perjudica la posición del resto de acreedores de la concursada más de lo que hubiese resultado de su solicitud por la recurrente en un momento anterior.
En consecuencia, procede la estimación del recurso de apelación y consiguiente revocación de la sentencia de instancia impugnada.”: SAP Pontevedra 25.11.2010 (Sentencia 567/2010; Rollo 386/2010)

AP Vizcaya

“TERCERO.-Con este preámbulo debemos analizar, en primer lugar, si procede la compensación en relación a Transportes Hariak SL.
Nadie discute que ambas deudas son anteriores a la fecha de la declaración del concurso, además de ser recíprocas, con caracter principal, exigibles, vendidas, líquidas y no había retención alguna, ni ha surgido con el concurso, por lo que debería operar la compensación "ipso iuris" sin necesidad de declaración alguna.
Ahora bien, lo que no está conforme este Tribunal es en la línea argumental expuesta por el Magistrado de lo Mercantil para su rechazo, en el sentido de que no opera la compensacion por el mero hecho de que Transportes Harriak insinuó su crédito ante la Administración Concursal una vez abierto el periodo legal para ello, tras la declaración concursal, remitiéndose a la argumentacion contenida tanto en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao de fecha 14 de julio de 2.006 que, después de ser favorable a que opere

la compensación, dice "... Lo que ocurre es que el actor ha renunciado a la compensación. Al realizar la comunicación de créditos en el concurso no la menciona, pues pretende el reconocmiento de la totalidad del crédito, sin disminuir el importe de la deuda que mantiene frente a la concursada. Si hubo compensación por efecto del art. 1.202 del Cc, la sociedad demandante ha renunciado a ella al pretender la inclusión de su crédito en su integridad, sin disminuir el importe de la deuda que mantiene con la concursada" y en la Sentencia de 14 de julio de 2.006 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao que, tras reconocer la compensacion de deuda tributaria, apunta obiter dicta, como conducta que pudiera haber alterado la consecuencia ".. que Hacienda Foral, al realizar la comunicación de crédtios en el concurso hubiera incluído para su reconocimiento la totalidad del crédito tributario, sin disminuir por el importe de la liquidación provisional.., de modo que será adverso al principio de "non venire contra prorpiae acta" pretender ya en el seno del procedimiento la compensación..."
Consideramos que no se puede aplicar la renuncia tácita ni la doctrina de actos propios.
Tiene declarado la jurisprudencia (STS. 26.9.1983, 16.10.1987, 5.5.1989, 30.10.2001 y 23-11-2004), que la renuncia supone una declaración de voluntad, recepticia o no (según los casos y supuestos en que se produzca), dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica, o, según la STS 4.5.1976 la renuncia es manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona. Asimismo ha de tenerse en cuenta que, si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente el art. 6.2 del Código Civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita. En el caso de autos, no se tiene por cumplidos los requisitos para la validez de renuncia alguna, pues no es ni precisa, ni clara, ni terminante, sin que la misma pueda deducirse por el mero hecho de que apelante comunicara su crédito en virtud de art. 85 y 21.1.5 de la Ley Concursal, que se refiere sólo a la comunicación de créditos a su favor, pero en ningun caso se hace referenncia alguna a las deudas a su vez contraídas con la concursada o a la compensación o cualquier modo de extinción de derechos y obligaciones, según la normativa derivada de la declaración concursal.
Tampoco se conculca la doctrina de los actos propios (vid. STS de 28 de octubre de 1965, 25 de noviembre de 1967, 14 de febrero de 1974, 30 de diciembre de 1976 y 5 de octubre de 1984, entre otras) entendiéndose por tales, los que causan estado y definen inalterablemente la situación jurídica de un autor, o aquellos actos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto, por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla; y toda vez que en el caso de autos por el mero hecho de evacuar el traslado de comunicación de créditos de los arts. 21 y 85 de la LEy Concursal no se altera, modifica a extinguer cualesquiera otras relaciones jurídicas que pudieran existir entre las partes.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 19.01.2011 (Sentencia 8/2011; Rollo 428/2010)

“CUARTO.-También en la anterior Sentencia de 19 de enero de 2.011 dictada por esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia abordamos con relación a la compensación "ipso iuris" sin necesidad de declaración alguna, el tema de la comunicación o insinuación de créditos.
En esta resolución decimos que : "Ahora bien, lo que no está conforme este Tribunal es en la línea argumental expuesta por el Magistrado de lo Mercantil para su rechazo, en el sentido de que no opera la compensacion por el mero hecho de que.., insinuó su crédito ante la Administración Concursal una vez abierto el periodo legal para ello, tras la declaración concursal, remitiéndose a la argumentacion contenida tanto en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao de fecha 14 de julio de 2.006 que, después de ser favorable a que opere la compensación, dice "... Lo que ocurre es que el actor ha renunciado a la compensación. Al realizar la comunicación de créditos en el concurso no la menciona, pues pretende el reconocmiento de la totalidad del crédito, sin disminuir el importe de la deuda que mantiene frente a la concursada. Si hubo compensación por efecto del art. 1.202 del Cc, la sociedad demandante ha renunciado a ella al pretender la inclusión de su crédito en su integridad, sin disminuir el importe de la deuda que mantiene con la concursada" y en la Sentencia de 14 de julio de 2.006 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao que, tras reconocer la compensación de deuda tributaria, apunta obiter dicta, como conducta que pudiera haber alterado la consecuencia ".. que Hacienda Foral, al realizar la comunicación de crédtios en el concurso hubiera incluído para su reconocimiento la totalidad del crédito tributario, sin disminuir por el importe de la liquidación provisional.., de modo que será adverso al principio de "non venire contra prorpiae acta" pretender ya en el seno del procedimiento la compensación..."
Consideramos que no se puede aplicar la renuncia tácita ni la doctrina de actos propios.
Tiene declarado la jurisprudencia (STS. 26.9.1983, 16.10.1987, 5.5.1989, 30.10.2001 y 23-11-2004), que la renuncia supone una declaración de voluntad, recepticia o no (según los casos y supuestos en que se produzca), dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica, o, según la STS 4.5.1976 la renuncia es manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona. Asimismo ha de tenerse en cuenta que, si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente el art. 6.2 del Código Civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita. En el caso de autos, no se tienen por cumplidos los requisitos para la validez de renuncia alguna, pues no es ni precisa, ni clara, ni terminante, sin que la misma pueda deducirse por el mero hecho de que apelante comunicara su crédito en virtud de art. 85 y 21.1.5 de la Ley Concursal, que se refiere sólo a la comunicación de créditos a su favor, pero en ningún caso se hace referencia alguna a las deudas a su vez contraídas con la concursada o a la compensación o cualquier modo de extinción de derechos y obligaciones, según la normativa derivada de la declaración concursal.

Tampoco se conculca la doctrina de los actos propios (vid. STS de 28 de octubre de 1965, 25 de noviembre de 1967, 14 de febrero de 1974, 30 de diciembre de 1976 y 5 de octubre de 1984, entre otras) entendiéndose por tales, los que causan estado y definen inalterablemente la situación jurídica de un autor, o aquellos actos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto, por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla; y toda vez que en el caso de autos por el mero hecho de evacuar el traslado de comunicación de créditos de los arts. 21 y 85 de la Ley Concursal no se altera, modifica a extinguir cualesquiera otras relaciones jurídicas que pudieran existir entre las partes.": SAP Vizcaya (Sección 4) 31.03.2011 (Sentencia 243/2011; Rollo 868/2010)

9.1 Tesis contraria

AP Baleares

“SEGUNDO.- De la documentación aportada se infiere que el concepto denominada "fianza Inmolago 40.000 euros" se trata de una suma de dinero que integra el principal del préstamo hipotecario que no llegó a ser entregado al deudor a modo de garantía de que éste procediera a la cancelación de los embargos que gravaban la finca hipotecaria previos a la fecha de constitución de la misma, y, por tanto, preferentes a la misma, y cuya cuantía era inferior a la aludida suma. En el contrato de cesión de 5 de abril de 2.006 se pactó que si en el plazo de dos meses la entidad Inmolago no hubiere conseguido la cancelación de dichos embargos, la misma con dicho dinero procedería a tal cancelación. Cabe reseñar tales embargos finalmente han resultado cancelados por caducidad, y si bien no se sabe quien ni como pagó el importe de los mismos, lo único relevante es que la entidad Inmolago no hizo uso de los 40.000 euros. Sin embargo, y por motivos no aclarados, quizás por demora en la consecución de tales cancelaciones, lo cierto es que la suma de 40.000 euros no llegó a ser entregada a la parte deudora, Memphis Belle SL. Al mismo tiempo, esta última entidad tampoco reclamó a Inmolago SA la aludida suma, sino que se limitó a recogerla en su contabilidad como activo, tal como la ha hallado la Administración concursal.
El día 26 de julio de 2.006 se suscribió el documento nº 3 de la demanda, el cual, según se deduce de su contexto, es debido a que se conoce que el tan aludido inmueble hipotecado ha sido objeto de ejecución en resolución que nunca ha tenido acceso al Registro, y en el que es muy probable que fuera tal hecho desconocido por ambas partes. No obstante, no se acaba de comprender cual era el problema, pues cinco días, en escritura pública de 21 de julio, Memphis Belle SL había adquirido la aludida finca de Hofra López SL, con lo cual tenía poco objeto el pacto contenido en dicho documento, a no ser que éste en realidad fuese de fecha anterior, o que concurriesen otras vicisitudes no convenientemente explicadas. En dicho documento se prevé la cancelación registral de la hipoteca, - hecho que no llegó a producirse-, y en base a tal suposición, la entidad Memphis Belle SL se obligaba a abonar en el mes de septiembre de 2.006 el importe del préstamo garantizado con la hipoteca, más sus intereses, más la parte proporcional de gastos de constitución de la hipoteca (correspondientes a la concreta finca, continuando subsistentes y sin problemas las hipotecas sobre las dos restantes fincas), y de la cantidad resultante "se descontará, por compensación, los 40.000 euros retenidos por INMOLAGO".
Este contrato que lleva fecha 26.07.2.006 no llegó a aplicarse, es de suponer, por cuanto la hipoteca relativa a la aludida finca no llegó a ser cancelada, con lo cual no concurre el hecho sobre el que se funda el convenio, cual es que la suma prestada garantizada con esta concreta finca, sin olvidar que existen otras dos sin problemas, dejará de tener esta garantía al haber sido ejecutada, y se acuerda un vencimiento anticipado dos meses después, en el cual, obviamente, se compensa la suma no entregada, pero, reiteramos condicionado a que se produjera la cancelación del préstamo hipotecario por un ejecución de un embargo preferente a la hipoteca, y ésta situación no llegó a producirse. No obstante, no deja de llamar la atención que la entidad Memphis Belle SL no reclamara a la acreedora la suma "retenida", pero al no constar los acuerdos de la deudora con los titulares de tales embargos, es posible que la falta de devolución se debiere a la no cancelación de los mismos, pero lo esencial es que la acreedora Inmolago SA no abonó ninguno de dichos embargos.
Al haber vencido el préstamo en marzo de 2.008, la entidad Inmolago dice haber promovido un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que finalmente no se ha llegado a adjudicar el bien, circunstancia que no consta acreditada documentalmente, si bien parece ser que solicitó el importe total del principal de la deuda sin descontar los 40.000 euros no recibidos por el deudor ni los intereses de dicha cantidad. La misma situación se produce al insinuar su crédito en el concurso con el carácter de privilegiado por la garantía hipotecaria, y de ello resulta la contradicción aludida por la Administración concursal y la representación de la concursada, cual es que la entidad Inmolago al ejercitar una demanda de ejecución hipotecaria y al insinuar su crédito en el concurso no han descontado o compensado los aludidos 40.000 euros y sus intereses de demora al 25%; y, posteriormente, en este incidente sostienen que tal suma debe compensarse y se muestran conformes en que se descuente la aludida cantidad, suponemos con sus intereses previos al concurso, que conforman su crédito privilegiado. Se dice que es por olvido, lo cual es de muy difícil acreditación, si bien es muy posible, pues en el contexto de un concurso y por aplicación del artículo 58 LC, le es más favorable a dicha acreedora, en un contexto en el que el valor del bien embargado es presumiblemente inferior al de la deuda que garantiza, el alegar una compensación anterior, que paradójicamente dicha entidad no ha efectuado al reclamar el importe total del crédito garantizado con hipoteca, incluidos los 40.000 euros no entregados, y ello a pesar de que reclama intereses al 25% de la aludida cantidad desde marzo de 2.008 a pesar de no haberse entregado nunca. Esta contradicción o incoherencia es inadmisible y contraria a un principio de buena fe, y tras la presentación de una ejecución hipotecaria e insinuación del crédito en el concurso en tales condiciones no

puede posteriormente a la fecha del concurso una compensación a la cual la misma parte implícitamente ha renunciado con su actuación, y, muy a pesar de que es obvio que si en tal ejecución e insinuación de crédito hubiere compensado los aludidos 40.000 euros y no tenido en cuenta sus intereses, tal compensación se hubiere producido en la fecha de vencimiento del crédito -esto es, en marzo de 2.008-.
La alegada injusticia o agravio comparativo es irrelevante, pues la Juzgadora de instancia se limita a aplicar la normativa concursal y, si bien es cierto, que atendidas las circunstancias actuales del mercado inmobiliario, es muy posible que a la parte recurrente le hubiere convenido aplicar la compensación en marzo de 2.008, lo cierto es que con su actuación antes expresada, y siquiera lo fuera por olvido, no lo hizo y optó por una actuación jurídica concreta de la que luego no puede desdecirse. La circunstancia de que la entidad concursada no reclamase el importe de dicha suma retenida se considera irrelevante y no puede tenerse como un indicio claro de que accede a su compensación. El supuesto previsto en la sentencia aludida en el recurso se considera distinto al que es objeto de esta litis.
En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.”: SAP Baleares (Sección 5) 28.06.2012 (Sentencia 311/2012; Rollo 226/2012)

AP Barcelona (Sección 1)

“PRIMERO.-Resumen de Antecedentes.
ALAS ALUMINIUM S.A. (ALAS ALUMINIUM), con el visto bueno de la Administración concursal, reclama un crédito (13.119,52.-#) por suministros prestados durante el año 2010 a la demandada M.M. FEDIAMSA S.L. (FEDIAMSA), que se opone alegando compensación con crédito anterior superior (24.300,68.-#) vencido antes de su declaración en concurso, el 18 febrero de 2011.
La sentencia de primer grado desestima íntegramente la demanda, en atención a lo dispuesto en el art. 58 Ley Concursal (Ley 22/2013), que autoriza la compensación cuyos requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración, e impone las costas a la actora.
Y no conforme con esta resolución la mercantil demandante formula el presente recurso al que se opone la compañía demandada.
SEGUNDO.-Los motivos de oposición a la sentencia.
La actora-recurrente, sin cuestionar el crédito que la deudora-apelada excepciona, desarrolla su alegato en base a razones procesales: falta de traslado de la alegación de compensación con infracción del art. 408 LEC y consiguiente indefensión, la inobservancia de las normas que regulan la competencia objetiva que vedan el examen de esta excepción en los casos en que existe un concurso (art. 48 LEC en relación con el art. 8 y 50.1 de la LC), señalando que el cauce adecuado para la resolver sobre la procedencia de la compensación es el incidente concursal (art. 58.2 LC), y, en fin, atendiéndo al fondo, que la resolución del juzgado se enfrenta con el art. 222 LEC al resolver sobre los créditos de ambas partes en contradicción con lo decidido en el procedimiento concursal, pues, por un lado, rompe con la ley del dividendo o "par condictio creditorum" y, por otro, al ser firme la lista de créditos y acreedores del concurso resulta que la demandada FEDIAMSA ostenta dos créditos: uno en el concurso y otro reconocido por la resolución impugnada.
El debate se introduce señalando que es pacífico entre partes la existencia de ambos créditos: el de ALAS ALUMINIUM derivado de las facturas nº 102.100 y 102.605, de vencimientos 10-1-2011, 10-4-2011 y 10-5-2011, por la suma total de 13.119,52.-#, y el de FEDIAMSA por las facturas nº 95, 107, 125 y 131, de vencimientos 31-8-2010, 30-9-2010, 31-10-2010 y 12- 11-2010, con un monto total de 24.300,68.-#, una vez excluida la de vencimiento 30-11-2010, de 95,91.-#, que es posterior a la declaración de concurso.
Y también conviene señalar, por la importancia que tiene, que la demandada conocía la declaración de concurso de la actora, había comunicado el crédito por importe de 24.300,68.-# a la administración concursal, siendo íntegramente reconocido e incluido en el listado de acreedores como crédito ordinario, y que no había promovido ningún incidente concursal para modificar el importe ni la calificación del crédito ostentado frente a ALAS ALUMINIUM, ni había insinuado en el seno del concurso su voluntad de compensación.
Establecido cuanto antecede procedemos al examen de las cuestiones suscitados, distinguiendo:
1) Cuestiones procesales en relación con la compensación y competencia objetiva.
La nueva LEC 2000 aboga por la alegación de la compensación vía excepción, habiendo por tanto sido denominada por la reciente doctrina como "excepción reconvencional". El art. 408 nos permite huir de la vía reconvencional en los casos en los que no pretendamos extender nuestras pretensiones más allá de la mera desestimación de la demanda de contrario. El actor podrá combatirla en la forma prevenía para la contestación a la reconvención (art. 408.1 LEC).
Ocurre que el Juzgado no dio traslado al actor para que la pudiere contestar, mas tampoco la parte interesó la misma, limitándose a alegar la falta de competencia objetiva para conocer de la compensación alegada por la demandada por considerar que ello tenía una directa repercusión en el patrimonio de la concursada (arts. 8 y 50 LC), con la consecuencia de que el órgano competente para conocer de la compensación era el Juzgado mercantil, siendo la competencia objetiva apreciable de oficio (art. 48 LEC).
En orden al primer punto, la Sala entiende que al actor correspondía solicitar el traslado para contestar a la excepción al no hacerlo hecho el Juzgado, siendo constante la doctrina del Tribunal constitucional relativa que no existe vulneración del art. 24 CE si la supuesta indefensión se ha debido a pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o profesionales que las representen o defiendan (SSTC 112/1993, 364/1993, 158/1994, 16/1996, 137/1996, 99/1997 y 140/1997). Y respecto al segundo, la compensación como excepción procesal es plenamente oponible en un proceso civil, otra cosa es su viabilidad a la vista de lo que dispone el art. 58 LC, sin alterar las normas de competencia objetiva mercantil, que es de lo que nos ocupamos seguidamente.
2) La compensación legal de créditos y deudas del concursado.
Este es el núcleo central del debate. El art. 58 de la Ley Concursal establece que:

"Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal".
Este artículo de la Ley concursal no supone ninguna modificación respecto de la situación anterior a la reforma, dado que el contenido del mismo enlaza con nuestra tradición concursal, donde la prohibición de compensación ha constituido uno de los mecanismos utilizados para mantener la insensibilización de la masa activa de la quiebra (STS 25 de octubre de 2007, con cita de las resoluciones de 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 11 de julio de 2005, entre otras).
El fundamento de esta prohibición se encuentra en que el instituto de la compensación aparece en nuestro Derecho como uno de los medios sustitutivos del pago (art. 1.156 en relación con el art. 1.195 C. civil), por ello, una vez declarada la quiebra, el deudor no podía pagar a ningún acreedor y en consecuencia tampoco podía compensar los créditos que el deudor quebrado ostentase contra alguno de sus acreedores.
En una situación de concurso, el mecanismo de la compensación extiende sus efectos de una forma, realmente, mucho más amplia; porque no sólo afecta al concursado y al acreedor que, a su vez, es deudor del concursado, sino que, además, repercute en todos los demás acreedores de dicho concursado: éstos últimos, evidentemente, quedarían sometidos a la ley del dividendo y a cualquier quita o aplazamiento que surja de un posible convenio. Pero de ello quedaría excluido el acreedor-deudor del concursado quien, por el mecanismo de la compensación, cobraría su crédito hasta la cuantía de la que fuera deudor del concursado, en su integridad, quedando excluido ese crédito compensado de la referida ley del dividendo y de cualquier quita o aplazamiento. De esta forma, la compensación daría lugar por tanto, a un trato privilegiado a favor de los acreedores deudores del concursado frente a los demás acreedores que no son sus deudores, lo cual sería contrario a la " par conditio creditorum ".
Evidentemente lo anterior debe ponerse en relación con el art. 1.196 C. civil, que enumera los requisitos para que opere la compensación legal, no existiendo ningún inconveniente en aceptar la compensación de créditos, si las deudas a compensar estaban vencidas, eran liquidas y exigibles antes de la declaración de concurso, y siempre que la deuda del acreedor no se trate de ningún supuesto en que proceda el ejercicio de las acciones de reintegración (art. 71 LC). En cambio, si los requisitos de la compensación no concurrían con anterioridad a la declaración de concurso, el acreedor del concursado ya no puede exigir la extinción de su crédito (queda prohibida la compensación).
Ahora bien, pese a lo efectivamente recogido en el artículo 1202 CC in fine ("El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores"), lo cierto es que, en la realidad jurídica, esta institución de la compensación no opera de una forma tan automática como en virtud de dicho precepto cabría inferir. Por el contrario, el acreedor-deudor, en términos generales, es quien debe invocar la existencia de esa compensación para hacer valer sus efectos, sin perjuicio de que, una vez reconocida ésta, dichos efectos se retrotraigan al momento efectivo en que los requisitos se cumplieron.
De esta forma, cabría preguntarse, en qué momento del procedimiento concursal resulta oportuno realizar esa invocación. Pues bien, parece que la respuesta más acertada a esta cuestión se encuentra en la propia Ley Concursal, la cual regula en el Capítulo III, del Título IV, a partir del artículo 84, en qué forma debe procederse a la determinación de la masa pasiva del concurso y en este particular, no cabe duda de que, habiendo concurrido o no los requisitos de la compensación con carácter previo a la declaración de concurso, en tanto en cuanto el acreedor-deudor no haga valer los efectos de esa compensación, de lo que es titular es de un crédito que en principio, siendo anterior a la declaración de concurso, es susceptible de ser integrado en la masa pasiva del concurso. Por tanto, será en el trámite de la comunicación de créditos regulado en el artículo 85, donde el acreedor deberá procurar el reconocimiento de los efectos de la compensación ante la Administración concursal. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal (Art. 58 in fine LC).
Aplicando esta doctrina a nuestro caso, tenemos que, en efecto, los presupuestos de la compensación legal se dan (art. 1.196 C. civil) pero el efecto extintivo no (art. 1.202 C. civil). Y ello es así por cuanto si bien el demandando acreedor, FEDIAMSA, notificó a la actora-deudora-apelante su interés en la compensación (doc. 28 contestación, f. 107), sin embargo no hizo valer su derecho en el concurso, más bien lo contrario. Comunicó el crédito integro que ahora quiere compensar a la Administración concursal, que lo incluyó en el listado de acreedores y paso como firme a la lista de acreedores comunes (art. 97 LC).”: SAP Barcelona (Sección 1) 04.03.2015 (Sentencia 89/2015; Rollo 209/2013)

AP Barcelona (Sección 13)

“CUARTO.-En consecuencia procede rechazar la pretensión de compensación reproducida en esta instancia y su alegación por extemporánea, al no haber planteado la recurrente su derecho empleando el cauce adecuado del incidente concursal. Así señala el artículo 97.1 LC que "quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrían recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones", debiendo entenderse dicha prohibición de plantear modificaciones referida también, por lo que nos ocupa, a los créditos no impugnados o a los argumentos no sostenidos en la impugnación, tal y como sucede en el supuesto en que habiéndose operado la compensación y no reconocida en la lista de acreedores de la administración concursal, no se impugnase ésta por tal concepto. En consecuencia, aún en el supuesto de que se hubiesen dado con anterioridad a la declaración del concurso los requisitos de la compensación,

como sostiene la recurrente, no habiéndose impugnado la lista de acreedores ni el inventario elaborado por la administración concursal por no haber operado la compensación, de conformidad con el 58 y con el antedicho artículo 97.1 de la Ley concursal, procede, como ya antes se ha dicho, rechazar la pretensión de compensación ya que, reiterando lo dicho la recurrente debería haber alegado su derecho empleando el cauce reseñado, lo que no hizo.
Aduce la recurrente que la administración concursal incumplió lo dispuesto en el art. 95.1 LC, pero ha de darse por acreditado que la administración concursal dirigió a la demandada en 27 de noviembre de 2007 la comunicación personal a que se refiere dicho precepto a efectos de que la misma formulara dentro del plazo legal las reclamaciones que tuviera por conveniente; y ello a la vista del documento obrante al folio 50 de los autos elevados, consistente en la tarjeta rosa de acuse de recibo -con número de certificado 00354216537 coincidente con el número de certificado de la lista de acreedores obrante al folio 12- firmada el día 29 de noviembre de 2009 por una empleada de la demandada, lo que acredita la recepción de la carta, pues si dicha tarjeta de acuse de recibo no se correspondía con la meritada comunicación, como afirma la apelante, no le bastaba a ésta negar la recepción de la misma, pues siendo obvio que algo se recibió, debía la recurrente haber aportado la carta que realmente se le envió para demostrar que no era aquella comunicación.": SAP Barcelona (Sección 13) 23.06.2011 (Sentencia 338/2011; Rollo 447/2010) *[Sección no concursal, obiter dicta. La compensación, opuesta ante demanda del concursado en JPI, se rechaza por falta de competencia objetiva]*

AP Cantabria (Sección 2)

"PRIMERO: La recurrente ALICATADOS ORTIZ S.L. ha vuelto a solicitar en esta segunda instancia la estimación íntegra de su demanda en que solicitó la declaración de compensación parcial de su crédito contra la concursada PINPRONOR S.L. por importe de 77.601,98 euros con el crédito que esta ostenta contra ella por importe de 27.796,546 euros y la subsistencia de su crédito por importe de 49.805,52 euros; la demandada se opuso al recurso.
SEGUNDO: Pese a las alegaciones de la recurrente no puede sino confirmarse el criterio de la juzgadora de instancia sobre la extemporaneidad de la pretensión deducida en este incidente concursal. En efecto, aunque de lo dispuesto en el art. 58 Ley Concursal se desprende la posibilidad de que en el concurso se reconozca la compensación como medio de extinción de los créditos contra la concursada siempre que los presupuestos de tal compensación hayan concurrido en los créditos antes de su declaración, no puede soslayarse que tal compensación, precisamente porque influye en la determinación de los créditos necesariamente tiene que tener un límite temporal para poder ser apreciada y declarada con todas sus consecuencias, siendo tal límite natural el de la impugnación de la lista de acreedores conforme al art. 97 LEC. Debe hacerse notar que el carácter automático de la compensación no es incompatible con la necesidad de su alegación y oposición procesal cuando la cuestión resulta litigiosa, y así lo sostiene la doctrina legal (SSTTSS 3 Abril 2006, 15 febrero 2005), como reflejo del poder de disposición de las partes sobre el derecho subjetivo legalmente reconocido, por lo que no habiéndose hecho valer la compensación al tiempo del reconocimiento del crédito dentro del procedimiento concursal, ha de tenerse por no ejercitado el derecho y por firme el reconocimiento del crédito con el contenido en que lo fue. Esto es lo ocurrido en el presente caso, en que la propia parte actora solicitó el reconocimiento de su crédito, que fue reconocido por importe de 76.915,60 euros, sin que alegara oportunamente la compensación que solo ahora ha pretendido hacer valer.
TERCERO: Además de lo anterior, debe dejarse constancia de la improcedencia en todo caso de la compensación invocada; como se ha expuesto, la Ley Concursal solo admite la compensación cuando los presupuestos de la misma - arts. 1195 y ss. Código Civil -, concurrieron antes de la declaración el concurso; por consiguiente, es preciso que las deudas reciprocas fueran exigibles con anterioridad; y como es sabido, la exigibilidad de la deuda no puede equiparase sin más a su nacimiento, pues puede diferirse mediante un aplazamiento el pago, tal como dispone el art. 1.125 CC, que hace la deuda inexigible mientras dura este. Pues bien, del examen de la documentación aportada se desprende que para el pago de los créditos de la parte actora se libraron en su día diversos pagares con vencimientos, en muchos casos, posteriores a la fecha de declaración del concurso; y que los créditos de PINPRONOR S.L. contra ALICATADOS ORTIZ S.L. también estaban sometidos a plazos, como se desprende de los pagares librados para el pago, con vencimiento el 28 de Enero de 2009, posterior al concurso. La realidad de esos efectos con vencimientos diferidos publica claramente que las obligaciones no eran exigibles duramente esos plazos, no siendo admisible el argumento de la parte sobre que esos efectos se libraron con desconocimiento o por error; y la realidad de su inexigibilidad cerró el paso a la compensación alegada por no haberse podido producir antes del 21 de Noviembre de 2008.": SAP Cantabria (Sección 2) 28.05.2013 (Sentencia 305/2013; Rollo 924/2011)

AP Valencia (Sección 11)

"TERCERO.- En el segundo motivo del recurso, bajo el epígrafe de "infracción del artículo 58 Ley Concursal ", se alegó en síntesis que: con posterioridad a la declaración del concurso, la demandada apelada comunicó a la administración concursal su crédito mediante escrito, de 23 de septiembre de 2011, por un importe de 12.149,84 #, debió ser en el trámite de comunicación de créditos regulado en el artículo 85 donde el acreedor debió procurar el reconocimiento de crédito, la demandada comunicó su crédito integro por lo que evidentemente precluyó en todo caso la compensación sin que una vez determinada la masa pasiva del concurso pueda hacer valer la compensación, pues ello contraviene el citado artículo 58 y la "par condictio creditorum".
La resolución de este recurso debe atender a los siguientes presupuestos:
1º) La actora, en situación de concurso, (según auto de 31 de mayo de 2011), formuló demanda, el 19 de junio de 2012, en reclamación de la suma de 5.624,27 #, deuda que nacía de las facturas números: 6394 de 1 de

agosto de 2006, por importe de 1.084,02 # (folio 17); la 7213 de 12 de junio de 2007, por importe de 1.712,65 #, (folio 18); la 7300 de 2 de agosto de 2007, por importe de 820,12 #, (folio19); y la 10302 de 29 de septiembre de 2010, por importe de 2007,48 #, (folio 20).
2º) La demandada, al contestar la demanda, opuso la existencia de créditos compensables, concretamente por los trabajos de albañilería y reforma que realizó para la mercantil actora por importe de 12.149,84 #, y que desglosaba en las facturas números: 87/2007 de 24 de octubre, por importe de 6.239,64 # (folio 107); la 19/2008 de 28 de febrero, por importe de 2633,20 #, (folios 108); y la 25/2008 de 26 de marzo, por importe de 3227 #, (folio 109).
3º) Estos créditos estaban incluidos en la lista de acreedores del procedimiento concursal, según información de su administración (folio 110 y 111). Con estos antecedentes la Juez a quo concluyó que concurriendo los requisitos de la compensación con anterioridad a la declaración del concurso procedía compensar ambos créditos, desestimando la demanda y absolviendo al demandado. La cuestión debatida nos lleva directamente a la interpretación del artículo 58 de la Ley Concursal que solo permite la compensación si los requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. Es evidente y no escapa a este Tribunal que, como explica el recurrente, el demandado ha obtenido el reconocimiento de su crédito dentro del concurso, omitiendo la existencia de la deuda que ahora se le reclama, mediante la compensación extraconcursal obtiene su pago de manera privilegiada al resto de los acreedores también reconocidos, desde el momento que lo compensa con la deuda con el actor, actuación que modifica la "par conditio creditorum" pues altera la paridad de tratamiento con el resto de los acreedores, obteniendo una posición preferencial dada la vinculación que esa declaración producirá en el concurso (artículo 53 de la LC). Esta realidad impide sin mas resolver la cuestión limitándonos unicamente a examinar la existencia de los requisitos de la compensación con anterioridad al concurso, puesel demandado en su momento, cuando aporto sus créditos para forma la masa pasiva, no alegó la compensación, trámite adecuado conforme establece el citado articulo 58 de la LC, que remite al Juez del concurso, como no podía ser de otra manera, la resolución de cualquier divergencia. La aceptación de la compensación en base al artículo 58 del Ley Concusal entiende este Tribunal que no es procedente, a tenor del comportamiento del demandado, si tenemos en consideración la prohibición contenida en el artículo 97 de la misma norma, en la media que aquél se aquietó a la lista de acreedores y por tanto por mora de ese precepto ahora no puede intentar su modificación. Téngase además presente que la inclusión en la lista de acreedores determinará, en su momento, que le afectara el convenio y en su caso el plan de viabilidad, ya que clasificado su crédito conforme a lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes de la Ley, y aquietado a tal calificación, quedara afectado por el convenio conforme lo dispuesto en los artículos 133 y 134 de la propia Ley en orden al comienzo y alcance de la eficacia del convenio y a su extensión subjetiva. Por lo que se acepta la alegación del recurrente, en la media que la falta de impugnación de la lista de acreedores ha producido un efecto preclusivo, que le impide, en la esfera extraconcursal en la que nos encontramos, mantener la pretensión de compensación de los créditos de los que recíprocamente eran titulares ambas sociedades. Conclusión que determina la estimación integra de la demanda y la condena a la demandada a satisfacer la cantidad reclamada mas el interés legal de la citada suma desde la fecha de la interpelación judicial.”: SAP Valencia (Sección 11) 19.11.2013 (Sentencia 509/2013; Rollo 133/2013)

10. “Compensación tributaria”

10.1 Reliquidación de IVA rectificado no es compensación ni infringe la prohibición del art 58 LC. Deducción de las cuotas soportadas con anterioridad a la declaración de concurso de las cuotas repercutidas correspondientea al periodo de liquidación en el que se hubieran soportado

[Véanse también las resoluciones incluidas en el art.84.2.5º”]

Tribunal Supremo

“Formulación del único motivo del recurso de casación
4. *La AEAT interpone recurso de casación* contra esta sentencia de apelación sobre la base de un único motivo de casación: la infracción del art. 58 LC que regula la prohibición de compensación.
En el desarrollo de este motivo, la AEAT argumenta que "la aplicación del art. 58 LC no puede suponer, en el caso que nos ocupa, que en el ámbito concursal sea posible una fragmentación de las liquidaciones del IVA con los hechos imponibles que contengan derivados de la entrega de bienes o servicios facturados, subvirtiendo la normativa tributaria especifica. No se puede producir, por aplicación de la normativa concursal, una disociación de las cuotas del IVA a devolver y a ingresar para exigir de manera inmediata en el procedimiento del concurso a la AEAT el abono de las primeras cantidades, dejando el cobro de las segundas únicamente dependiente del propio derecho que tiene cualquier acreedor a reclamar en el seno del concurso cualquier crédito".
Además, la recurrente insiste que "las operaciones aritméticas propias de la determinación y liquidación tributaria no constituyen en sí mismas compensación a los efectos de la contravención del tenor del art. 58 LC, sino el mecanismo habitual del impuesto que es aplicado por los particulares sujetos al mismo así como por la Administración".
El motivo debe estimarse por las razones que exponemos a continuación.
Estimación del recurso de casación
5. *En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la* ***par condicio creditorum****, que impide, en principio y salvo*

excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohibe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: " ***Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella*** *".*

Aunque no resulte aplicable al caso, por no estar vigente al tiempo de realizarse la supuesta compensación, conviene advertir que la Ley 38/2011 ha completado el art. 58 LC, y apostilla ahora que será válida la compensación de los créditos y deudas del concursado cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, " **aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella** ".

6. *Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o "* ***ipso iure*** *", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "* ***ex tunc*** *", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohiba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.*

7. *En nuestro caso, la denunciada compensación de créditos se habría realizado al practicar la AEAT una liquidación del IVA correspondiente a un periodo anterior a la declaración de concurso, como consecuencia de la rectificación de facturas realizadas por algunos de los acreedores del deudor concursado, después de la declaración de concurso.*

Es una jurisprudencia clara que estos créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, como se refieren a hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso, merecen la consideración de créditos concursales y no contra la masa (Sentencias 140/2011, de 3 de marzo; 657/2011, de 3 de octubre; y 701/2011, de 3 de octubre).

Parece lógico que, al margen de que el sujeto pasivo del impuesto esté o no en concurso, *la rectificación de facturas pueda haber dado lugar a una nueva liquidación del IVA correspondiente al periodo afectado por la rectificación, para recalcular la cuota tributaria. Esta cuota tributaria, conforme al art. 92 Ley 37/1992, de 28 de diciembre (LIVA), se determina por la diferencia entre IVA soportado e IVA repercutido por el sujeto pasivo, calculados ambos sobre el importe total de las contraprestaciones que constituyen la base imponible de este impuesto. De tal forma que la deducción del IVA soportado respecto del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto.*

Por eso, las liquidaciones de IVA giradas por la AEAT a la entidad concursada, en las que reduce el IVA soportado por la entidad concursada en el importe del IVA repercutido por los acreedores en las facturas no pagadas y, por ello, rectificadas, constituyen una modificación de la base imponible del impuesto en tales períodos, autorizada por el art. 80.3 LIVA y el art. 24 RD 1624/1992, de 29 de diciembre (Reglamento del IVA), para supuestos en que la entidad concursada no ha abonado las contraprestaciones debidas a sus acreedores.

8. Lo anterior presupone que la rectificación efectuada no haya sido en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se ejerció el derecho a la deducción a las cuotas soportadas tal y como en la actualidad, tras la modificación introducida por la Ley 7/2012, prevé el art. 114.2 de la LIVA.

Bajo estas condiciones, al margen de si esta liquidación comporta, propiamente, una operación de compensación de créditos, bajo la lógica del nacimiento y la liquidación de la obligación tributaria, está fuera de la prohibición contenida en el art. 58 LC, pues constituye una actualización de la liquidación de la cuota tributaria, prevista expresamente por la Ley y motivada por un hecho posterior a la declaración de concurso que afecta directamente a la determinación de la base imponible de un determinado periodo, y por ende al cálculo de dicha cuota.

En nuestro caso los escritos de alegaciones presuponen que la rectificación se ha hecho sobre la liquidación-declaración correspondiente al periodo en que se ejerció el derecho de deducción a las cuotas soportadas, al margen de si ello era posible o no bajo la normativa vigente entonces, como no ha sido discutido hemos de considerar que ha sido así y bajo esta consideración fáctica debemos declarar que esta liquidación no infringe la prohibición contenida en el art. 58."*:* STS 18.02.2013 (Sentencia 46/2013; Recurso 1793/2010)

"Resumen de antecedentes

1. En el concurso de acreedores de Servicios Logísticos de la Plataforma de Zaragoza, S.A., se reconoció un crédito concursal a favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT) de 162.577,90 euros, de los que 60.490,40 euros correspondían al IVA del segundo trimestre de 2008, hasta el 28 de mayo de 2008, fecha en que se declaró el concurso.

Respecto del periodo comprendido entre el 28 de mayo de 2008 y el 30 de junio de 2008, la administración judicial presentó otra liquidación correspondiente al IVA devengado durante este periodo (36.124,28 euros), al que compensó el IVA deducible que era de 66.903,22 euros.

Con ocasión de un incidente concursal interpuesto al amparo del art. 154 LC, la AEAT pretendía que a la deducción del IVA soportado se aplique el mismo criterio cronológico del IVA devengado. De este modo, del IVA soportado en aquel segundo trimestre, (53.530,52 euros), se debería necesariamente compensar el crédito concursal correspondiente al IVA devengado antes del concurso, y el resto serviría para compensar el IVA

devengado con posterioridad. El efecto consiguiente es que el crédito concursal quedaría reducido a 6.959,88 euros, mientras que aparecería un crédito contra la masa por el IVA devengado después del concurso de 24.330,65 euros.
2. El Juzgado Mercantil entendió, al resolver en primera instancia el incidente, que la facultad que el art. 99 Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA) otorga al sujeto pasivo para deducirse el IVA soportado del IVA devengado puede ejercitarla en el periodo que más beneficie al concurso, dentro de un plazo de cuatro años desde el nacimiento de este derecho. Por esta razón desestimó la pretensión de la AEAT.
3. La Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación, parte de la consideración de que la fecha de declaración de concurso, respecto de los créditos por IVA, marca la línea de separación entre los que tendrían la consideración de concursales y los que serían contra la masa, en atención a si el devengo del impuesto es anterior o posterior a esa fecha. Luego interpreta el art. 99 LIVA en el siguiente sentido: i) el derecho a la deducción surge en el momento de las cuotas deducibles; ii) el ejercicio de este derecho de deducción puede realizarse, a elección del titular, en la declaración liquidación relativa al periodo de liquidación en que se hayan soportado las cuotas deducibles o en las de los sucesivos, pero siempre que no hayan transcurrido cuatro años; iii) el ejercicio de este derecho de deducción ha de hacerse de forma global, de tal manera que, de la totalidad del IVA devengado en un determinado periodo de liquidación, ha de deducirse el montante total de las cuotas deducibles soportadas en el correspondiente periodo de liquidación, sin perjuicio de que si la cuantía de las deducciones supera el importe de las cuotas devengadas, el exceso pueda ser compensado en las declaraciones-liquidaciones posteriores.
La Audiencia reconoce a la concursada el derecho a hacer valer, cuando quiera, este derecho a deducirse las cuotas soportadas dentro de un periodo de cuatro años, pero advierte que, una vez ejercitada esta facultad en el periodo de liquidación correspondiente al segundo trimestre del 2008, en el que se produjo la declaración de concurso, "no le da derecho a deducir íntegramente todo el IVA soportado, independientemente de la fecha de pago, en la autoliquidación correspondiente a las fechas posteriores a la declaración (...). Por el contrario, debe ejercitar el derecho de deducción respecto de la totalidad de las cuotas deducibles soportadas en el segundo trimestre de 2008, incluyendo también las soportadas antes del 28 de mayo de 2008, fecha del auto de declaración de concurso". Y a la hora de realizar la liquidación, la Audiencia entiende que resulta lógico "aplicar al IVA deducible idénticos criterios delimitadores que respecto del IVA repercutido han sido aplicados por la propia administración concursal". De tal forma que, "la cantidad a ingresar o devolver o compensar será la resultante de deducir correlativamente el IVA repercutido en las facturas emitidas en los periodos de referencia, menos el soportado o devengado en las facturas recibidas en ese mismo periodo".
La sentencia de apelación es recurrida en casación tanto por la administración concursal, como por la concursada. En atención al contenido de ambos recursos, merecen un tratamiento conjunto.
Planteamiento de los recursos de casación
4. Formulación del recurso de casación de la administración concursal. Se funda en la infracción del art. 84.2.10 LC, así como del art. 58 LC, en relación con el art. 167 LIVA. En el desarrollo del recurso se argumenta que "establecer el mismo criterio delimitador para el IVA deducible, que la LIVA establece como derecho o facultad en su art. 99, supone extralimitar o ampliar su contenido, ya que en último término la deducción es una compensación cuya eficacia y aplicación depende del sujeto pasivo".
5. Formulación del recurso de casación de la concursada. En este caso, la norma que se señala infringida es el art. 99 LIVA. La sentencia recurrida infringe este precepto pues con la interpretación y aplicación que hace del mismo "está obligando al justiciable a ejercer un derecho de deducción del IVA soportado en un momento determinado, cuando es claro que el precepto señalado establece un plazo de cuatro años a contar desde el nacimiento del derecho, durante el cual el justiciable tenia la potestad -pero no la obligación- de ejercitar el citado derecho". En el desarrollo del recurso añade que "si bien es cierto que dicho derecho, de acuerdo con el art. 99.1 LIVA permite deducirse 'globalmente' el montante total de las cuotas deducibles soportadas, ello no quiere decir de manera alguna que el ejercicio del derecho deba ejercitarse globalmente, ni mucho menos que el derecho solamente pueda ejercitarse si se hace de manera global". E insiste en que la ley no limita el derecho a deducirse el IVA al ejercicio conjunto de la totalidad del IVA devengado en un mismo periodo.
Resolución conjunta de los recursos de casación
6. En principio, el primer apartado del art. 99 LIVA prevé que, " *en las declaraciones-liquidaciones correspondientes a cada uno de los períodos de liquidación* ", el sujeto pasivo puede " *deducir globalmente el montante total de las cuotas deducibles soportadas en dicho período del importe total de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido devengadas durante el mismo período de liquidación".* Esta facultad, a tenor del apartado 3 del art. 99 LIVA, en la redacción vigente al tiempo de llevarse a cabo las declaraciones-liquidaciones controvertidas, esto es, antes de la modificación operada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, podía " *ejercitarse en la declaración-liquidación relativa al periodo de liquidación en que su titular haya soportado las cuotas deducibles o en las de los sucesivos, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de cuatro años, contados a partir del nacimiento del mencionado derecho* ".
No cabe duda que bajo esta normativa, constituía un derecho del sujeto pasivo que podía ejercitar no sólo y de manera necesaria en la declaración-liquidación relativa al periodo de liquidación en que su titular hubiera soportado las cuotas deducibles, sino también, de forma opcional, " *en las de los sucesivos",* pero con el limite de que se realice dentro de los cuatro años contados desde el nacimiento de este derecho.
Este precepto, que en la redacción aplicable al caso, anterior a la reforma introducida por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, no preveía la eventualidad del concurso de acreedores del sujeto pasivo, no establecía ninguna excepción para el caso de concurso de acreedores del deudor sujeto pasivo.
7. A pesar de que hasta el momento no tenemos una jurisprudencia aplicable directamente al caso, es posible extraer la solución de la ratio que emana de las sentencias que han resuelto sobre la consideración de créditos contra la masa o créditos concursales respecto del IVA devengado en el trimestre en que se produjo la

declaración de concurso, según el devengo sea anterior o posterior a tal declaración.
En concreto, la Sentencia 590/2009, de 1 de septiembre, fijó "como doctrina que los créditos por IVA contra el deudor por hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso, con independencia del momento de conclusión del plazo para la liquidación, constituyen créditos concursales". Para justificarlo, entre otras razones, argumentábamos que "(e)l nacimiento del crédito tributario por IVA tiene lugar con la realización del hecho imponible, que coincide con el momento del devengo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 LGT "; sin perjuicio de que "la ley de cada tributo pueda establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar o parte de la misma en un momento distinto del devengo del tributo". Y añadíamos que "(l)a legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y la fijación de este momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado".
Esta doctrina fue aplicada más tarde a los créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, al afirmar que aquellos que se refieran a hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso merecen la consideración de créditos concursales y no contra la masa (Sentencias 140/2011, de 3 de marzo; 701/2011, de 3 de octubre; y 968/2011, de 10 de enero de 2012).
8. Más tarde, en la Sentencia 46/2013, de 18 de febrero, declaramos que las liquidaciones de IVA giradas por la AEAT a la entidad concursada, en las que reduce el IVA soportado por la entidad concursada en el importe del IVA repercutido por los acreedores en las facturas no pagadas y, por ello, rectificadas, constituyen una modificación de la base imponible del impuesto en tales períodos, autorizada para supuestos en que la entidad concursada no ha abonado las contraprestaciones debidas a sus acreedores (art. 80.3 LIVA y el art. 24 RD 1624/1992, de 29 de diciembre), razón por la cual tales deducciones están fuera de la prohibición de compensación prevista en el art. 58 LC.
En aquella ocasión hicimos una consideración previa, que también debe preceder lógicamente a la solución a adoptar en el presente recurso, y se refiere a la naturaleza del IVA: la "cuota tributaria, conforme al art. 92 Ley 37/1992, de 28 de diciembre (LIVA), se determina por la diferencia entre IVA soportado e IVA repercutido por el sujeto pasivo, calculados ambos sobre el importe total de las contraprestaciones que constituyen la base imponible de este impuesto. De tal forma que la deducción del IVA soportado del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto.
9. En puridad, y así se desprende del apartado 1 del art. 99 LIVA, la deducción global del montante total de las cuotas deducibles soportadas en un determinado periodo debería realizarse sobre las cuotas del IVA devengadas durante el mismo periodo de liquidación. La regla del apartado 3 del art. 99 LIVA, que permite al sujeto pasivo aplicar la deducción del IVA soportado en las liquidaciones posteriores, y siempre dentro de un plazo máximo de cuatro años, sin que sea necesario retrotraer los efectos de la deducción al periodo en que se soportó el IVA que se pretende deducir, no deja de ser una solución práctica que facilita las liquidaciones sin necesidad de realizar continuas rectificaciones de las anteriores.
Pero cuando se da una situación de concurso del sujeto pasivo, el momento en que se lleva a cabo la deducción del IVA soportado con anterioridad a la declaración de concurso, o incluso en el mismo trimestre de la declaración, tiene gran relevancia, pues puede determinar que se aplique a créditos concursales o contra la masa. Por eso, en atención a la naturaleza del IVA y, en concreto, a que la deducción del IVA soportado del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto, nos parece que participa de la misma lógica de la jurisprudencia antes invocada, concluir que, al margen del momento en que se haga valer la deducción del IVA soportado, en cualquier caso, el que surgió con anterioridad a la declaración de concurso debe deducirse con cargo al IVA devengado en aquel mismo periodo de liquidación, sin perjuicio de que si sobrara, pueda aplicarse a la deducción del IVA devengado en los siguientes periodos de liquidación.
10. Esta interpretación jurisprudencial de la normativa aplicable al caso, al tiempo en que se realizó la liquidación, es además conforme con la modificación introducida en el apartado tercero del art. 99 LIVA, por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, que en el segundo párrafo añade: "(s) *in embargo, en caso de declaración de concurso, el derecho a la deducción de las cuotas soportadas con anterioridad a la misma, que estuvieran pendientes de deducir, deberá ejercitarse en la declaración-liquidación correspondiente al periodo de liquidación en el que se hubieran soportado* ". Y el párrafo tercero regula la eventualidad de que no se hubieran incluido las cuotas soportables deducibles en aquella declaración-liquidación, y se pretendiera hacer con posterioridad, dentro de los cuatro años, en ese caso " *la administración concursal podrá deducirlas mediante la rectificación de la declaración-liquidación relativa al periodo en que fueron soportadas* ".
11. En consecuencia, y en atención a lo argumentado, procede desestimar ambos recursos de casación y confirmar la parte dispositiva de la sentencia recurrida.": STS 22.07.2013 (Sentencia 486/2013; Recurso 1699/2011)

"SEGUNDO. Recurso de casación
1. Formulación del motivo. El motivo se funda en la «infracción de lo dispuesto en los artículos 58, 84.4 y 154 de la Ley Concursal y el principio que los inspira, ya que las cuotas del IVA de las facturas rectificativas tiene la consideración de crédito concursal con la calificación que les corresponda, conforme a lo establecido en el artículo 89 y siguientes de la Ley 22/2003 Concursal, ya que dicho "crédito concursal" no puede ser compensado con las cuotas de IVA devengadas o soportadas con posterioridad a la declaración de concurso».
Según se argumenta en el desarrollo del recurso:
«la AEAT, al incluir el IVA de las facturas rectificativas en la liquidación del mes de julio de 2009, por importe de 65.093,10 €, cuando la entidad Hermanos Lucena Conde, S.L. ya se encontraba en concurso, está considerando el crédito derivado de la modificación de la base imponible de las facturas calificadas como créditos contra la masa, cuando son un crédito concursal, incluido en su momento en la lista de acreedores por la administración concursal con la calificación de privilegiado general y ordinario en su 50% cada uno».

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
2. Estimación del recurso. Conviene iniciar el análisis de la cuestión controvertida partiendo de lo que, a la vista de la jurisprudencia de la sala, no existe duda.
La liquidación que llevó a cabo la AEAT en relación con el acta de disconformidad del IVA del ejercicio 2009 (A02 Núm. NUM000), en la que, como consecuencia de las facturas rectificativas emitidas por algunos acreedores de créditos concursales tras la declaración de concurso, se pasó de un IVA a devolver, según la declaración de la concursada, a un IVA a ingresar de 54.623,29 euros, es conforme con nuestra jurisprudencia.
Esta jurisprudencia se halla compendiada fundamentalmente en la sentencia 486/2013, de 22 de julio, que declara:
«En principio, el primer apartado del art. 99 LIVA prevé que, "en las declaraciones-liquidaciones correspondientes a cada uno de los períodos de liquidación", el sujeto pasivo puede "deducir globalmente el montante total de las cuotas deducibles soportadas en dicho período del importe total de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido devengadas durante el mismo período de liquidación". Esta facultad, a tenor del apartado 3 del art. 99 LIVA, en la redacción vigente al tiempo de llevarse a cabo las declaraciones-liquidaciones controvertidas, esto es, antes de la modificación operada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, podía "ejercitarse en la declaración-liquidación relativa al periodo de liquidación en que su titular haya soportado las cuotas deducibles o en las de los sucesivos, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de cuatro años, contados a partir del nacimiento del mencionado derecho".
»No cabe duda que bajo esta normativa, constituía un derecho del sujeto pasivo que podía ejercitar no sólo y de manera necesaria en la declaración-liquidación relativa al periodo de liquidación en que su titular hubiera soportado las cuotas deducibles, sino también, de forma opcional, "en las de los sucesivos", pero con el límite de que se realice dentro de los cuatro años contados desde el nacimiento de este derecho.
»Este precepto, que en la redacción aplicable al caso, anterior a la reforma introducida por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, no preveía la eventualidad del concurso de acreedores del sujeto pasivo, no establecía ninguna excepción para el caso de concurso de acreedores del deudor sujeto pasivo».
Para resolver esta cuestión, en aquella sentencia de referencia partimos de la ratio de las resoluciones que hasta entonces habíamos dictado, que habían resuelto sobre la consideración de créditos contra la masa o créditos concursales del IVA devengado en el trimestre en que se produjo la declaración de concurso, según el devengo fuera anterior o posterior a tal declaración:
«En concreto, la Sentencia 590/2009, de 1 de septiembre, fijó "como doctrina que los créditos por IVA contra el deudor por hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso, con independencia del momento de conclusión del plazo para la liquidación, constituyen créditos concursales". Para justificarlo, entre otras razones, argumentábamos que "(e)l nacimiento del crédito tributario por IVA tiene lugar con la realización del hecho imponible, que coincide con el momento del devengo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 LGT "; sin perjuicio de que "la ley de cada tributo pueda establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar o parte de la misma en un momento distinto del devengo del tributo". Y añadíamos que "(l)a legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y la fijación de este momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado".
»Esta doctrina fue aplicada más tarde a los créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, al afirmar que aquellos que se refieran a hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso merecen la consideración de créditos concursales y no contra la masa (Sentencias 140/2011, de 3 de marzo; 701/2011, de 3 de octubre; y 968/2011, de 10 de enero de 2012)».
Luego explicamos, tal y como ya habíamos declarado en la sentencia 46/2013, de 18 de febrero, que:
«las liquidaciones de IVA giradas por la AEAT a la entidad concursada, en las que reduce el IVA soportado por la entidad concursada en el importe del IVA repercutido por los acreedores en las facturas no pagadas y, por ello, rectificadas, constituyen una modificación de la base imponible del impuesto en tales períodos, autorizada para supuestos en que la entidad concursada no ha abonado las contraprestaciones debidas a sus acreedores (art. 80.3 LIVA y el art. 24 RD 1624/1992, de 29 de diciembre), razón por la cual tales deducciones están fuera de la prohibición de compensación prevista en el art. 58 LC ».
Para aclarar más la cuestión, explicamos cómo se determina la cuota tributaria del IVA:
«la cuota tributaria, conforme al art. 92 Ley 37/1992, de 28 de diciembre (LIVA), se determina por la diferencia entre IVA soportado e IVA repercutido por el sujeto pasivo, calculados ambos sobre el importe total de las contraprestaciones que constituyen la base imponible de este impuesto. De tal forma que la deducción del IVA soportado del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto».
Y con estos antecedentes concluimos:
«En puridad, y así se desprende del apartado 1 del art. 99 LIVA, la deducción global del montante total de las cuotas deducibles soportadas en un determinado periodo debería realizarse sobre las cuotas del IVA devengadas durante el mismo periodo de liquidación. La regla del apartado 3 del art. 99 LIVA, que permite al sujeto pasivo aplicar la deducción del IVA soportado en las liquidaciones posteriores, y siempre dentro de un plazo máximo de cuatro años, sin que sea necesario retrotraer los efectos de la deducción al periodo en que se soportó el IVA que se pretende deducir, no deja de ser una solución práctica que facilita las liquidaciones sin necesidad de realizar continuas rectificaciones de las anteriores.
»Pero cuando se da una situación de concurso del sujeto pasivo, el momento en que se lleva a cabo la deducción del IVA soportado con anterioridad a la declaración de concurso, o incluso en el mismo trimestre de la declaración, tiene gran relevancia, pues puede determinar que se aplique a créditos concursales o contra la masa. Por eso, en atención a la naturaleza del IVA y, en concreto, a que la deducción del IVA soportado del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto, nos parece que participa de la misma lógica de la jurisprudencia antes invocada,

concluir que, al margen del momento en que se haga valer la deducción del IVA soportado, en cualquier caso, el que surgió con anterioridad a la declaración de concurso debe deducirse con cargo al IVA devengado en aquel mismo periodo de liquidación, sin perjuicio de que si sobrara, pueda aplicarse a la deducción del IVA devengado en los siguientes periodos de liquidación».
Como argumento de refuerzo, advertimos que esa interpretación jurisprudencial de la normativa aplicable al caso, al tiempo en que se realizó la liquidación, que es la misma que resulta de aplicación al presente caso, era «conforme con la modificación introducida en el apartado tercero del art. 99 LIVA, por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, que en el segundo párrafo añade: "(s)in embargo, en caso de declaración de concurso, el derecho a la deducción de las cuotas soportadas con anterioridad a la misma, que estuvieran pendientes de deducir, deberá ejercitarse en la declaración-liquidación correspondiente al periodo de liquidación en el que se hubieran soportado". Y el párrafo tercero regula la eventualidad de que no se hubieran incluido las cuotas soportables deducibles en aquella declaración-liquidación, y se pretendiera hacer con posterioridad, dentro de los cuatro años, en ese caso "la administración concursal podrá deducirlas mediante la rectificación de la declaración-liquidación relativa al periodo en que fueron soportadas"».
3. Ahora bien, hemos de advertir que en el presente caso en la liquidación practicada, como consecuencia de las facturas rectificativas que los acreedores concursales emitieron a la vista de la declaración de concurso, afloró un IVA a ingresar de 54.623,56 euros. Este crédito a favor de la AEAT, de acuerdo con la doctrina expuesta, es concursal. Las facturas rectificativas emitidas tras la declaración de concurso correspondían a hechos imponibles anteriores al concurso de acreedores, y fueron esas facturas rectificativas las que motivaron que la liquidación de ese ejercicio 2009 dejara de ser un IVA a devolver y pasara a ser un IVA a ingresar, en la reseñada cuantía.
Bajo la doctrina expuesta, este IVA a ingresar, que constituía un crédito concursal, se hubiera podido compensar con el IVA a devolver de ejercicios anteriores a la declaración de concurso, pero no con el IVA a devolver de ejercicios posteriores al concurso, en este caso de los ejercicios 2010/2011.
Por esta razón, la compensación practicada por la AEAT no está justificada conforme a la citada jurisprudencia y contradice la prohibición de compensación del art. 58 LC.
4. En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, dejar sin efecto la sentencia de apelación y también la de primera instancia.
Al asumir la instancia, pasamos a pronunciarnos sobre el resto de las pretensiones ejercitadas en la demanda, que no fueron directamente resueltas como consecuencia de apreciar correcta practicada la compensación.
La consideración del crédito de la AEAT correspondiente al IVA a ingresar del ejercicio 2009 como crédito concursal determina que tras la declaración de concurso este crédito no devengue intereses, conforme a lo prescrito en el art. 59 LC.
El importe resultante del acuerdo de liquidación A23 Núm. NUM001 de los ejercicios 2010/2011, que es un IVA a devolver de 69.498,48 euros, más los intereses de demora (788,03 euros), en total 70.286,51 euros, constituyen un crédito a favor de la masa activa del concurso.
Como hemos declarado que no podía compensarse con el crédito concursal por IVA a ingresar del ejercicio 2009, tiene razón la administración concursal cuando afirma que debe ser pagado por la AEAT a la masa del concurso, en el reseñado importe de 70.286,51 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha 10 de diciembre de 2012.
iii) Sin embargo, debemos desestimar la pretensión de que la diferencia entre la cantidad por IVA a devolver declarada por la concursada en el último trimestre de 2011 (75.801,96 euros), y la que se reconoce en la liquidación de la AEAT (69.498,48 euros), esto es, 6.303,48 euros, sea declarado como crédito a favor de la masa.
Como reconoce la propia administración concursal, este crédito aparecía incluido en el importe de IVA a devolver resultado de la declaración de IVA del ejercicio 2009. Conforme a nuestra jurisprudencia, este IVA a devolver fue correctamente compensado por la AEAT con el IVA a ingresar que resultaba de las facturas rectificativas emitidas por acreedores concursales tras el concurso, y que dio lugar al reseñado crédito concursal por IVA a ingresar de 54.623,56 euros. Por esta razón, la masa del concurso carece de ese crédito de 6.303,48 euros, ya que se extinguió con la reseñada compensación.”: STS 31.03.2017 (Sentencia 214/2017; Recurso 2247/2014)

SAP León revocada por STS 18.02.2013

“PRIMERO.- Cuestiones controvertidas en la alzada.
La Sentencia de Primera Instancia declara la competencia del juez del concurso para la resolución de la cuestión litigiosa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Concursal que remite a los trámites del incidente concursal en el supuesto de conflicto en la resolución de una cuestión sobre compensación. Declara la improcedencia de la compensación practicada por la Administración Tributaria al margen del concurso y condena a la ejecución de este pronunciamiento en la liquidación del impuesto de la concursada.
La Administración recurrente argumenta cuestiones de tipo procesal relativas a la jurisdicción y de orden sustantivo. Por una parte considera que el Juez mercantil puede resolver sobre la clasificación del crédito tributario pero no obligar a practicar una liquidación tributaria contraria a las normas tributarias. Y en cuanto al fondo del asunto niegan que se trate de una compensación en los términos previstos en la ley concursal sino de una liquidación tributaria o cálculo de la deuda antes de que exista.
La administración concursal argumenta que la recurrente intenta cobrar su crédito sin someterse al orden establecido por Ley Concursal y sin respetar la prohibición de compensación de créditos que regula el artículo 58 de la LC, aprovechando el trámite de inspección y comprobación de tributos.

SEGUNDO.- Incompetencia de Jurisdicción.
La Sentencia del TS de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de fecha 22 de Junio del 2009 se pronuncia sobre la materia señalando: "Respecto al fondo de la cuestión planteada por el presente conflicto, como este Tribunal tiene dicho en Sentencia de 25 de junio de 2007, en el conflicto 3/2007 (BOE de 16 de agosto de 2007), el principio de universalidad que establece la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en el sentido de atribuir jurisdicción exclusiva y excluyente al Juez del concurso, con desplazamiento del competente primariamente -sea jurisdiccional o, en su caso, administrativo-, se funda en razones de economía procesal y sirve a la eficacia del proceso universal abierto, pero exige una interpretación estricta en cuanto supone una excepción al principio de improrrogabilidad. Y añade al final en el sentido siguiente: "Distinto es también que, existente (reconocido) el crédito, la Administración tributaria deje de poder disponer sobre el mismo, pues el hecho de que se incorpore a un procedimiento de concurso sobre el que dispone el Juzgado, impide que dicha Administración opere sobre dicho crédito unilateralmente, por ejemplo mediante compensación".
La Sentencia del TS de la misma Sala de Conflictos de Jurisdicción de fecha 25 de Junio de 2007 ya se había pronunciado previamente y señalaba: "Es claro que, para practicar esta compensación -o, en términos más generales, para decidir la aplicación de la cantidad a devolver- no mantiene competencia la Administración tributaria una vez producida la declaración de concurso. Y no parece aventurado pensar que la posición del Juez afirmando su jurisdicción quizá este propiciada o, cuando menos, más vigorosamente sostenida ante la invocación -que no puede prosperar- del derecho de la Hacienda a hacer por sí y al margen del concurso tal tipo de aplicación o de compensación".
En definitiva se considera que no existe incompetencia de jurisdicción en el presente supuesto pues el Juez mercantil está decidiendo sobre la procedencia de la compensación que la Administración Tributaria aplica en su liquidación del impuesto sin respetar la decisión previa del Juzgado sobre calificación del crédito cuando declaró como crédito concursal el derivado de las facturas rectificativas del IVA por un importe de 474.703,60 euros, resolución que ha sido ya confirmada por esta Sección Primera de la Audiencia Provincial y que no puede ser dejada sin efecto mediante la liquidación que practica la recurrente que en su compensación con las devoluciones procedentes vulnera el orden de pagos fijado en la Ley Concursal.
La AEAT aun siendo consciente de su falta de competencia para acordar una compensación ya iniciado el concurso, efectúa la denominada liquidación en contra de la decisión del juzgado mercantil y ahora de la Audiencia Provincial que se pronunciaron en materia de su estricta competencia sobre clasificación de créditos excluyendo la naturaleza de crédito contra la masa del importe resultante de la rectificación de las facturas del IVA, burlando la competencia del Juzgado, lo cual no es conforme con la Ley Concursal que claramente reserva al Juez del concurso la competencia para resolver una compensación de créditos (art. 58 LC). Y el hecho de la que la administración concursal haya efectuado una reclamación económico-administrativa contra el acuerdo de liquidación no supone reconocimiento alguno de la falta de competencia del Juzgado Mercantil para la resolución de la cuestión litigiosa
TERCERO.- Compensación.
Aunque la recurrente insiste en la diferente naturaleza de la liquidación y de la denominada compensación de créditos lo cierto es que cuando está realizando las operaciones sobre los IVAS soportados, repercutidos y el resultante de las facturas rectificativas, claramente se está realizando una compensación de los importes que al mismo tiempo se están liquidando por lo que la diferenciación en cuanto al nombre no puede impedir la aplicación de la normativa concursal.
Resulta que inmersos en un proceso concursal, la decisión final acerca de la procedencia de la compensación pasa a depender del juez del concurso, en atención a que la declaración de concurso determina el que los bienes y derechos existentes en ese momento en el patrimonio del deudor pasan a integrar la masa activa del concurso (art. 76 LC), y en tal sentido cabe entender las resoluciones del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción a que se hace mención en el anterior fundamento jurídico; de tal forma que, la definitiva procedencia de la compensación requiera de la ulterior decisión confirmatoria del juez del concurso que aquí no se ha producido.
En definitiva, los argumentos expuestos de forma correcta en la resolución recurrida no han sido desvirtuados por la parte recurrente, debiendo confirmar la Sentencia dictada en Primera Instancia.”.
SAP León 10.06.2010 (Sentencia 231/2010)

AP Ciudad Real

“PRIMERO. Se articula por la representación procesal de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, recurso de apelación contra la sentencia dictada con fecha 2 de Julio de 2.012, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Ciudad Real, en los autos de incidente concursal sobre reintegración de la masa pasiva por ineficacia de compensación de créditos, seguidos ante dicho juzgado bajo el número 824/09-1, viniendo a suplicar su revocación, con correlativa desestimación íntegra del suplico inserto en el escrito rector de demanda.
SEGUNDO. Para una adecuada resolución del presente recurso de apelación conviene transcribir ya desde este momento inicial el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de fecha 18 de Febrero de 2.013, invocado por la parte recurrente, y cuya identidad substancial con el supuesto fácticojurídico analizado en el presente procedimiento obliga a su necesaria toma en consideración. Expresa la aludida sentencia
" ANTECEDENTES DE HECHO
Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Susana Martínez Antón, en nombre y representación de la entidad Acis 2002 SL, en liquidación, interpuso demanda de incidente concursal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y Mercantil de León, contra la Agencia Estatal de Administración Tributaria, para que se dictase sentencia:
"en la que, estimando íntegramente la demanda, se efectúen los siguientes pronunciamientos:
1.º- Declarar que las cuotas de IVA de las facturas rectificativas de los acreedores de la concursada no tienen la calificación de créditos contra la masa, sino la de créditos concursales, por lo que en la determinación de su posición crediticia con la concursada posterior a la declaración de concurso no puede minorar como créditos a su favor las cuotas por importe de 617.460,56 euros procedentes de dichas facturas rectificativas.
2.º- Condenar a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria a ejecutar el anterior pronunciamiento en la liquidación del Impuesto del Valor Añadido con la concursada, con pleno sometimiento a lo resuelto en el presente incidente, a cuyo cumplimiento quedará obligada.
3.º- Expresa condena en costas.".
2. El Abogado del Estado, en representación y defensa de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:
"por la que desestime la demanda considerando que los créditos previstos en la liquidación tributaria son los únicos que deben ser abonados en concepto de devoluciones tributarias por ser únicamente esta Administración la competente para resolver sobre los créditos y devoluciones tributarias.".
3. El Juez de Primera Instancia núm. 8 y Mercantil de León dictó Sentencia con fecha 11 de noviembre de 2009, con la siguiente parte dispositiva:
"FALLO: Estimo íntegramente la demanda incidental formulada por la administración concursal en nombre y representación de la concursada, contra la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, y en consecuencia declaro la improcedencia de compensación como crédito a favor de la demandada del correspondiente a la rectificación de facturas de IVA, y condeno a aquella a la ejecución de dicho pronunciamiento declarativo en la liquidación de aquel impuesto de la concursada, sin que proceda pronunciamiento de condena en costas.".
Tramitación en segunda instancia
4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el Abogado del Estado en representación y defensa de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.
La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de León, mediante Sentencia de 10 de junio de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue:
"FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación formulado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria contra la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia n.º 8 y Mercantil de León de fecha 11 de noviembre de 2009, *en los autos de Incidente Concursal n.º 1207/09, Concurso 25/07, que confirmamos sin imposición de las costas de esta alzada.".*
Interposición y tramitación del recurso de casación
5. El Abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª
El motivo del recurso de casación fue:*"1.º) Infracción del* art. 58 de la Ley Concursal *"*
6. Por Diligencia de Ordenación de 15 de octubre de 2010, la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.
7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, representada por el Abogado del Estado; y como parte recurrida la entidad Acis 2002 SL, representada por la procuradora Myriam Alvarez del Valle Lavesque.
8. Esta Sala dictó Auto de fecha 11 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:
"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, contra la Sentencia dictada, con fecha 10 de junio de 2010, por la Audiencia Provincial de León (Sección Primera), en el rollo de apelación n.º 81/2010, *dimanante de los autos incidentales 1207/2009 del Juzgado Mercantil n.º 1 (Antiguo Primera Instancia n.º 8) de los de León."*.
9. Dado traslado, la parte recurrida no presentó escrito de oposición al recurso de casación formulado. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de enero de 2013, en que ha tenido lugar.
Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo,
FUNDAMENTOS DE DERECHO
Resumen de antecedentes
1. Para comprender mejor el alcance de la controversia suscitada con este recurso de casación, conviene partir de los hechos más relevantes no controvertidos en la instancia.
En un anterior incidente concursal (162/08), el juzgado que conoce del concurso de acreedores de la sociedad Acis 2000, S.L., por sentencia de 5 de junio de 2008, denegó la impugnación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) del reconocimiento, como créditos concursales, de los derivados de las rectificaciones de facturas realizadas por diversos acreedores de la concursada y, por lo tanto, rechazó que estos créditos tuvieran la consideración de crédito contra la masa.
El 2 de julio de 2009, la AEAT realizó una liquidación (NUM000) en la que se compensaba un crédito por facturas rectificativas del IVA de 2007 por un importe de 617.460,56 euros, y tan sólo reconocía como cuota a devolver por IVA la suma de 106.889,67 euros. Esta liquidación se apoyó en una acta de conformidad de la administración concursal respecto de las cuantías, pero no respecto de la procedencia de la compensación.
En un incidente concursal posterior (1207/09), del que dimana el presente recurso de casación, la administración concursal solicita que se declare la improcedencia de la compensación realizada por la AEAT de estos créditos por facturas rectificativas del IVA del año 2007, por un importe de 617.460,56 euros, con cargo a cuotas a devolver por IVA a la concursada, porque esta compensación conculca la prohibición de compensación prevista en el art. 58 LC.

La AEAT, además de oponerse a esta pretensión por entender correcta la liquidación, con carácter previo cuestionó la competencia de jurisdicción del juzgado de lo mercantil para pronunciarse sobre la cuantía de la devolución tributaria pretendida por la administración concursal.
2. El Juzgado que tramita el concurso entendió que tenía competencia de jurisdicción para conocer de la pretensión ejercitada por la administración concursal, porque no se cuestionaba el importe de las eventuales devoluciones, para lo que carecería de competencia, sino si la compensación realizada con posterioridad a la declaración de concurso infringe lo previsto en el art. 58 LC, que es competencia exclusiva del "juez del concurso en su función de salvaguarda de la *par condicio creditorum*, de acuerdo con el art. 49 LC ".
Después, entró en el fondo de la cuestión. Además de considerar irrelevante que a la compensación se le denominara liquidación, advirtió que "la exigibilidad de la deuda contra la concursada se produce con posterioridad a la declaración de concurso (no así su nacimiento), y, de conformidad con la propia doctrina del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales plasmada en las sentencias de 25 de junio de 2007 y de 22 de junio de 2009, el crédito contra la Hacienda Pública no nace para el concurso hasta que es reconocido por la administración". De tal forma que los requisitos legales para la validez de la compensación previstos en el art. 1196 CC no se cumplían antes de la declaración de concurso, sino después, por lo que la compensación estaba prohibida por el art. 58 LC.
3. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la AEAT y confirma tanto la competencia de jurisdicción del juez del concurso para resolver sobre la procedencia de la compensación practicada por la AEAT con posterioridad a la declaración de concurso, sobre la base de la doctrina expuesta por las sentencias de 25 de junio de 2007 y de 22 de junio de 2009 del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, como la improcedencia de la compensación practicada por la AEAT.
4. Formulación del único motivo del recurso de casación
La AEAT interpone recurso de casación contra esta sentencia de apelación sobre la base de un único motivo de casación: la infracción del art. 58 LC que regula la prohibición de compensación.
En el desarrollo de este motivo, la AEAT argumenta que "la aplicación del art. 58 LC no puede suponer, en el caso que nos ocupa, que en el ámbito concursal sea posible una fragmentación de las liquidaciones del IVA con los hechos imponibles que contengan derivados de la entrega de bienes o servicios facturados, subvirtiendo la normativa tributaria especifica. No se puede producir, por aplicación de la normativa concursal, una disociación de las cuotas del IVA a devolver y a ingresar para exigir de manera inmediata en el procedimiento del concurso a la AEAT el abono de las primeras cantidades, dejando el cobro de las segundas únicamente dependiente del propio derecho que tiene cualquier acreedor a reclamar en el seno del concurso cualquier crédito".
Además, la recurrente insiste que "las operaciones aritméticas propias de la determinación y liquidación tributaria no constituyen en sí mismas compensación a los efectos de la contravención del tenor del art. 58 LC, sino el mecanismo habitual del impuesto que es aplicado por los particulares sujetos al mismo así como por la Administración".
El motivo debe estimarse por las razones que exponemos a continuación.
Estimación del recurso de casación
5. En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la *par condicio creditorum,* que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohibe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: " *Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella* ".
Aunque no resulte aplicable al caso, por no estar vigente al tiempo de realizarse la supuesta compensación, conviene advertir que la Ley 38/2011 ha completado el art. 58 LC, y apostilla ahora que será válida la compensación de los créditos y deudas del concursado cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, " *aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella* ".
6. Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o " *ipso iure* ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia " *ex tunc* ", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohiba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.
7. En nuestro caso, la denunciada compensación de créditos se habría realizado al practicar la AEAT una liquidación del IVA correspondiente a un periodo anterior a la declaración de concurso, como consecuencia de la rectificación de facturas realizadas por algunos de los acreedores del deudor concursado, después de la declaración de concurso.
Es una jurisprudencia clara que estos créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, como se refieren a hechos imponibles anteriores a la declaración de

concurso, merecen la consideración de créditos concursales y no contra la masa (Sentencias 140/2011, de 3 de marzo; 657/2011, de 3 de octubre; y 701/2011, de 3 de octubre).
Parece lógico que, al margen de que el sujeto pasivo del impuesto esté o no en concurso, la rectificación de facturas pueda haber dado lugar a una nueva liquidación del IVA correspondiente al periodo afectado por la rectificación, para recalcular la cuota tributaria. Esta cuota tributaria, conforme al art. 92 Ley 37/1992, de 28 de diciembre (LIVA), se determina por la diferencia entre IVA soportado e IVA repercutido por el sujeto pasivo, calculados ambos sobre el importe total de las contraprestaciones que constituyen la base imponible de este impuesto. De tal forma que la deducción del IVA soportado respecto del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto.
Por eso, las liquidaciones de IVA giradas por la AEAT a la entidad concursada, en las que reduce el IVA soportado por la entidad concursada en el importe del IVA repercutido por los acreedores en las facturas no pagadas y, por ello, rectificadas, constituyen una modificación de la base imponible del impuesto en tales períodos, autorizada por el art. 80.3 LIVA y el art. 24 RD 1624/1992, de 29 de diciembre (Reglamento del IVA), para supuestos en que la entidad concursada no ha abonado las contraprestaciones debidas a sus acreedores.
8. Lo anterior presupone que la rectificación efectuada no haya sido en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se ejerció el derecho a la deducción a las cuotas soportadas tal y como en la actualidad, tras la modificación introducida por la Ley 7/2012, prevé el art. 114.2 de la LIVA.
Bajo estas condiciones, al margen de si esta liquidación comporta, propiamente, una operación de compensación de créditos, bajo la lógica del nacimiento y la liquidación de la obligación tributaria, está fuera de la prohibición contenida en el art. 58 LC, pues constituye una actualización de la liquidación de la cuota tributaria, prevista expresamente por la Ley y motivada por un hecho posterior a la declaración de concurso que afecta directamente a la determinación de la base imponible de un determinado periodo, y por ende al cálculo de dicha cuota.
En nuestro caso los escritos de alegaciones presuponen que la rectificación se ha hecho sobre la liquidación-declaración correspondiente al periodo en que se ejerció el derecho de deducción a las cuotas soportadas, al margen de si ello era posible o no bajo la normativa vigente entonces, como no ha sido discutido hemos de considerar que ha sido así y bajo esta consideración fáctica debemos declarar que esta liquidación no infringe la prohibición contenida en el art. 58.
Costas
9. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC)..
La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación del recurso de apelación, no procede hacer expresa condena de las costas generadas por la apelación (art. 398.2 LEC). Y respecto de las costas de primera instancia, aunque habrían resultado desestimadas las pretensiones de la administración concursal, no procede hacer expresa condena en atención a las serias dudas que plantea la cuestión controvertida (art. 394 LEC)."
TERCERO. Con fundamento claro y preciso en la sentencia que se acaba de transcribir y cuya esencial identidad con el supuesto debatido en esta alzada queda patente con su mera lectura, resulta necesario hacer, no obstante, una serie de precisiones:
a) La primera que ha de realizarse entronca directamente con la indudable competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil para proceder al análisis de la cuestión sometida a este procedimiento, por cuanto no discutida la cuantificación de las cuotas tributarias por IVA a las que se refiere este procedimiento, su objeto principal se desenvuelve en la consideración aplicativa del alcance del artículo 58 de la LC al supuesto aquí contemplado, lo que en su función de la posible potencial afectación del principio de la pars conditio creditorum ex. Artículo 49 de la LC, y con base en los artículos 8 y 9 de meritado texto legal, obligaban a entender concurrente dicha competencia, amén del indudable hecho de ser la competencia jurisdiccional una materia de orden público y como tal tuvo que venir a ser contemplada ad cautelam por el propio Tribunal Supremo en aquélla sentencia, pese a lo cual en momento alguno vino a plantearse ex officio que careciera de dicha competencia jurisdiccional.
b) En segundo lugar la sentencia comentada parte de la doctrina jurisprudencial consistente en la caracterización como créditos concursales sometidos a la genérica prohibición de compensación del artículo 58 de la LC, y no como créditos contra la masa o postconcursales, de los créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, cuando se refieren a hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso; por lo que el debate en esta alzada se deberá circunscribir incluso con independencia de si dicha operación realizada por la AEAT demandada implicaba o no una compensación strictu sensu, a la consideración de si las nuevas liquidaciones giradas por la AEAT a la concursada infringían la pars conditio creditorum o contrariamente y correctamente respetaban dicho principio rector del concurso al implicar simplemente una actualización de la liquidación de la cuota tributaria por IVA inicialmente determinada, expresamente prevista por el artículo 80/3 y 4 de la LIVA y 24 de su Reglamento y a consecuencia del libre ejercicio de las facultades de rectificación de facturas que a los proveedores de la concursada asistían conforme a estos preceptos con posterioridad a la declaración del concurso, implicando ello lógicamente una modificación a la baja de las bases imponibles y, por ende, de las cuotas tributarias correspondientes, sin que de ello se pueda mantener que la liquidación así resultante pueda ser asimilada a una compensación de obligaciones prohibida por meritado artículo 58 LC. De no caracterizarse así la cuestión vendría de facto a romperse el equilibrio dinámico y la funcionalidad que el impuesto sobre el valor añadido implica, máxime ante el incumplimiento de la obligación de rectificación del IVA soportado y deducido conforme al artículo 114-2-2º de la LIVA, en el 4º trimestre del ejercicio 2.010. (en cualquier caso obsérvese como el mecanismo tributario analizado únicamente implica la modificación de una obligación tributaria por causa independiente de la voluntad de la Administración y posterior a su devengo, al presuponer la existencia de declaración de concurso y voluntad de los proveedores de actuar dicha posibilidad de rectificación de facturas, por lo que en definitiva nos encontramos con el procedimiento de liquidación del IVA previsto legalmente y apreciado en su conjunto, y

no ante la constitución de una posterior obligación a favor de la AEAT que intentase ser compensada con otros elementos de la propia liquidación tributaria de IVA de que se trate, o con otro tipo de créditos entre la concursada y la AEAT). Para acabar, lo fundamentado justifica sobradamente la competencia de la Administración Tributaria para realizar una modificación en la liquidación inicial con posterioridad a la declaración del concurso, todo ello en uso de las facultades legales comentadas, las que aluden específicamente a la previa declaración de concurso (V.gr. artículo 80/3 LIVA). El recurso en definitiva ha de ser estimado.": SAP Ciudad Real (Sección 2) 24.09.2014 (Sentencia 211/2014; Rollo 325/2013)

AP Córdoba

*"PRIMERO.-*Respecto de la incompetencia de jurisdicción, aunque en su día no se formuló declinatoria, dicho defecto procesal puede ser apreciable de oficio, conforme al artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que puede ser planteado por la parte apelante en esta alzada. En relación con lo cual, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en Sentencia de 14 de diciembre de 2011, declaró que *"corresponde a la Administración tributaria liquidar las cuotas tributarias del IVA de la entidad concursada...., siendo ajena a la competencia de este Tribunal la determinación del orden jurisdiccional ante el que deba dilucidarse la eventual impugnación del acto administrativo dictado al efecto".* Es decir, se afirma la competencia exclusiva de la administración para la liquidación del tributo, pero no se priva al órgano jurisdiccional mercantil de su competencia para resolver sobre las repercusiones de orden estrictamente concursal que tales liquidaciones tienen. En este caso, en el suplico de la demanda incidental no se cuestiona la procedencia o cuantía de las liquidaciones efectuadas por la Agencia Tributaria, sino únicamente si las mismas pueden ser compensables en el concurso, al amparo del artículo 58 de la Ley Concursal; y bajo este prisma, ha de afirmarse la jurisdicción del juez del concurso para conocer de dicha pretensión, porque determinar si una compensación realizada con posterioridad a la declaración de concurso infringe lo previsto en el citado artículo 58 de la Ley Concursal es competencia exclusiva del juez, en su función de salvaguarda de la "par conditio creditorum", de acuerdo con el artículo 49 de la misma Ley.
*SEGUNDO.-*En cuanto al fondo del asunto, aunque la sentencia apelada basa su decisión en la jurisprudencia emanada de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2011 (reiterada por la Sentencia de 3 de octubre de 2011), ha de advertirse que la cuestión planteada en este caso no es la tratada y decidida por dicha resolución, ya que la misma se refiere al problema de la clasificación de créditos (concursales o contra la masa) tras la emisión de facturas rectificativas de IVA; mientras que el presente caso se refiere a la potestad de la administración tributaria para efectuar la correspondiente compensación a raíz de tal rectificación. Problema éste que ha sido abordado por la reciente Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2013 (Sentencia nº 46/2013, rec. 1793/2010). En esta Sentencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y considera que la liquidación realizada por la Agencia Tributaria por rectificación de facturas de IVA no infringe la prohibición del artículo 58 de la Ley Concursal. En concreto, concluye que la liquidación está fuera de esta prohibición por ser una actualización de la cuota tributaria, prevista expresamente por la ley y motivada por un hecho posterior a la declaración de concurso, que afecta directamente a la determinación de la base imponible de un determinado periodo y al cálculo de la cuota. Según declara nuestro más alto Tribunal, la modificación de la base imponible está autorizada por el artículo 80.3 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido y el artículo 24 de su Reglamento, para supuestos en que la concursada no abonase las contraprestaciones debidas a sus acreedores. Añadiendo el Tribunal Supremo: *"Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o " ipso iure ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia " ex tunc ", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohiba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después".* Asímismo, indica la sentencia en la que nos basamos: *"Es una jurisprudencia clara que estos créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, como se refieren a hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso, merecen la consideración de créditos concursales y no contra la masa (Sentencias 140/2011, de 3 de marzo; 657/2011, de 3 de octubre; y 701/2011, de 3 de octubre). Parece lógico que, al margen de que el sujeto pasivo del impuesto esté o no en concurso, la rectificación de facturas pueda haber dado lugar a una nueva liquidación del IVA correspondiente al periodo afectado por la rectificación, para recalcular la cuota tributaria. Esta cuota tributaria, conforme alart. 92 Ley 37/1992, de 28 de diciembre (LIVA), se determina por la diferencia entre IVA soportado e IVA repercutido por el sujeto pasivo, calculados ambos sobre el importe total de las contraprestaciones que constituyen la base imponible de este impuesto. De tal forma que la deducción del IVA soportado respecto del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto"*.
*TERCERO.-*Como consecuencia de lo expuesto y en aplicación de la doctrina jurisprudencial transcrita, debe estimarse el recurso de apelación formulado por la Abogacía del Estado, revocando la sentencia apelada y, con ello, desestimando la demanda incidental concursal presentada por la concursada, "GRAPESA"; habida cuenta que, a tenor de la legislación tributaria citada, no puede considerarse que la liquidación efectuada por la Agencia Tributaria que es objeto de la pretensión incidental haya infringido la prohibición contenida en el artículo 58 de la Ley Concursal. No debiendo ir más allá nuestro pronunciamiento, por razones de congruencia

(artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que sea posible hacer la declaración postulada por la recurrente en el apartado segundo del suplico de su escrito de interpoosición del recurso, sobre clasificación del crédito resultante, por ser cuestión distinta al objeto litigioso, que era la procedencia de la compensación, y no haber formulado dicha parte reconvención. ":SAP Córdoba (Sección 3) 04.06.2013 (Sentencia 105/2013; Rollo 132/2013)

"PRIMERO.-Comenzando por la alegación de nulidad de actuaciones, por no haberse emplazado a la administración pública demandada -Agencia Estatal de la Administración Tributaria- a través de la Abogacía del Estado, debemos recordar que tanto el artículo 11 de la Ley 52/1997, como el artículo 35 Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, determinan que las actuaciones procesales en que sea parte la administración general del Estado se entenderán directamente con el abogado del Estado en su sede oficial. No habiéndose hecho así, es claro que se ha incurrido en una infracción de procedimiento causante de indefensión, puesto que el emplazamiento realizado fuera de esa sede ha impedido que la abogacía del Estado pudiera personarse y contestar la demanda inicial del incidente concursal. Por lo que debe decretarse la nulidad de actuaciones desde el emplazamiento incorrectamente realizado, retrotrayendo las actuaciones para que el mismo se entienda directamente con el abogado del Estado; de conformidad con lo previsto en los artículos 238.3 y 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 225.3 y 227.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en este sentido, Sentencia de esta misma Sección de 10 de julio de 2012).
SEGUNDO.-No obstante lo anterior, por razones de seguridad jurídica y evitación de innecesaria litigiosidad, debe advertirse que, sobre las cuestiones jurídicas planteadas en el incidente concursal del que dimana este recurso de apelación, ya ha tomado postura este tribunal de apelación en la sentencia de 4 de junio pasado, dictada en el Rollo de Apelación nº 132/13, siguiendo fielmente la jurisprudencia marcada en la materia -compensación de IVA en el concurso- por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de febrero de 2013 (STS nº 46/2013)": SAP Córdoba (Sección 3) 07.10.2013 (Sentencia 162/2013; Rollo 234/2013)

"PRIMERO.-Es casi un lugar común en el ámbito concursal la preocupación por la discordancia entre el mecanismo del impuesto sobre el valor añadido y la Ley Concursal, que se pone especialmente de manifiesto en su artículo 58, que prohíbe con carácter general, declarado el concurso la compensación de créditos y deudas del concursado salvo que los requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración judicial. Desde el punto de vista concursal, sólo se permite compensar créditos y deudas que sean vencidas, líquidas y exigibles a la fecha que se dicte el auto de declaración de concurso, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad, según precisó la Ley 38/2010, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal. Ahora bien, si contrastamos dicha previsión concursal con la normativa fiscal, el problema proviene de que en el impuesto sobre el valor añadido el auto declarativo del concurso pone fin al periodo de liquidación del impuesto, alterando la regla general de exigibilidad, de forma que todo lo que se repercuta antes del concurso será crédito concursal, mientras que serán créditos contra la masa las repercusiones posteriores, y ello aunque la exigibilidad del crédito sólo se produzca en un momento ulterior. Sin embargo, el propio mecanismo de funcionamiento del IVA, al exigir el pago del importe neto que resulte de la diferencia entre el repercutido (deuda del concursado) y el soportado (crédito del mismo), no es sino un mecanismo de compensación en sí mismo, que se verá alterado por el auto de declaración del concurso, dado que los créditos y deudas del concursado no son exigibles para la Hacienda Pública hasta que finalice el periodo de declaración- liquidación. La neutralidad del impuesto se fundamenta en que éste no puede suponer un coste para el empresario o profesional, de forma que el importe que se soporta por la repercusión se compensa con la repercusión del devengado. Desde el punto de vista estrictamente fiscal, separar las repercusiones y las deducciones desvirtúa la neutralidad, máxime cuando no existe previsión legal alguna de que esto se produzca por la declaración de concurso. Si la exigibilidad del importe neto (diferencia entre repercutidos y soportados) se difiere a la finalización del periodo de declaración-liquidación y con anterioridad se declara el concurso, resulta de difícil compatibilización la determinación de la cuota tributaria con la Ley Concursal. En definitiva, el propio mecanismo de funcionamiento del IVA choca frontalmente con determinadas instituciones concursales, especialmente la compensación. Y de ahí las dudas interpretativas que toda esta problemática está suscitando.
SEGUNDO.-Tras un abordaje indirecto del problema, al referirse a los efectos clasificatorios de las facturas rectificativas, en tres Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 3 de marzo y 3 de octubre (dos sentencias de la misma fecha) de 2011, la misma Sala trató específicamente la potestad de la administración tributaria para efectuar la correspondiente compensación a raíz de tal rectificación en su Sentencia de 18 de febrero de 2013 (de la que se hicieron eco las Sentencias de la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial de 4 de junio y 7 de octubre de 2013). En esta Sentencia, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado y consideró que la liquidación realizada por la Agencia Tributaria por rectificación de facturas de IVA no infringía la prohibición del artículo 58 de la Ley Concursal. En concreto, concluyó que la liquidación está fuera de esta prohibición por ser una actualización de la cuota tributaria, prevista expresamente por la ley y motivada por un hecho posterior a la declaración de concurso, que afecta directamente a la determinación de la base imponible de un determinado periodo y al cálculo de la cuota. La modificación de la base imponible está autorizada por el artículo 80.3 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido y el art. 24 de su Reglamento, para supuestos en que la concursada no abonase las contraprestaciones debidas a sus acreedores. Añadiendo el Tribunal Supremo que *"Los efectos de la compensación se producen de forma automática o "ipso iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las*

prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohiba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.... Los créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, como se refieren a hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso, merecen la consideración de créditos concursales y no contra la masa (Sentencias 140/2011, de 3 de marzo; 657/2011, de 3 de octubre; y 701/2011, de 3 de octubre). Parece lógicoque, al margen de que el sujeto pasivo del impuesto esté o no en concurso, la rectificación de facturas pueda haber dado lugar a una nueva liquidación del IVA correspondiente al periodo afectado por la rectificación, para recalcular la cuota tributaria. Esta cuota tributaria, conforme alart. 92 Ley 37/1992, de 28 de diciembre (LIVA), se determina por la diferencia entre IVA soportado e IVA repercutido por el sujeto pasivo, calculados ambos sobre el importe total de las contraprestaciones que constituyen la base imponible de este impuesto. De tal forma que la deducción del IVA soportado respecto del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto".

TERCERO.-Posteriormente, la Sentencia de la misma Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013 aprovechó para hacer una completa recensión de la jurisprudencia en materia de IVA, en los siguientes términos: *«....La Sentencia 590/2009, de 1 de septiembre, fijó "como doctrina que los créditos por IVA contra el deudor por hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso, con independencia del momento de conclusión del plazo para la liquidación, constituyen créditos concursales". Para justificarlo, entre otras razones, argumentábamos que "(e)l nacimiento del crédito tributario por IVA tiene lugar con la realización del hecho imponible, que coincide con el momento del devengo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 LGT "; sin perjuicio de que "la ley de cada tributo pueda establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar o parte de la misma en un momento distinto del devengo del tributo". Y añadíamos que "(l)a legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y la fijación de este momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado". Esta doctrina fue aplicada más tarde a los créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, al afirmar que aquellos que se refieran a hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso merecen la consideración de créditos concursales y no contra la masa (Sentencias 140/2011, de 3 de marzo; 701/2011, de 3 de octubre; y 968/2011, de 10 de enero de 2012). Más tarde, en la Sentencia 46/2013, de 18 de febrero, declaramos que las liquidaciones de IVA giradas por la AEAT a la entidad concursada, en las que reduce el IVA soportado por la entidad concursada en el importe del IVA repercutido por los acreedores en las facturas no pagadas y, por ello, rectificadas, constituyen una modificación de la base imponible del impuesto en tales períodos, autorizada para supuestos en que la entidad concursada no ha abonado las contraprestaciones debidas a sus acreedores (art. 80.3 LIVA y el art. 24 RD 1624/1992, de 29 de diciembre), razón por la cual tales deducciones están fuera de la prohibición de compensación prevista en el art. 58 LC. En aquella ocasiónhicimos una consideración previa, que también debe preceder lógicamente a la solución a adoptar en el presente recurso, y se refiere a la naturaleza del IVA: la "cuota tributaria, conforme al art. 92 Ley 37/1992, de 28 de diciembre (LIVA), se determina por la diferencia entre IVA soportado e IVA repercutido por el sujeto pasivo, calculados ambos sobre el importe total de las contraprestaciones que constituyen la base imponible de este impuesto. De tal forma que la deducción del IVA soportado del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto. En puridad, y así se desprende del apartado 1 del art. 99 LIVA, la deducción global del montante total de las cuotas deducibles soportadas en un determinado periodo debería realizarse sobre las cuotas del IVA devengadas durante el mismo periodo de liquidación. La regla del apartado 3 del art. 99 LIVA, que permite al sujeto pasivo aplicar la deducción del IVA soportado en las liquidaciones posteriores, y siempre dentro de un plazo máximo de cuatro años, sin que sea necesario retrotraer los efectos de la deducción al periodo en que se soportó el IVA que se pretende deducir, no deja de ser una solución práctica que facilita las liquidaciones sin* necesidad de realizar continuas rectificaciones de las anteriores. Pero cuando se da *una situación de concurso del sujeto pasivo, el momento en que se lleva a cabo la deducción del IVA soportado con anterioridad a la declaración de concurso, o incluso en el mismo trimestre de la declaración, tiene gran relevancia, pues puede determinar que se aplique a créditos concursales o contra la masa. Por eso, en atención a la naturaleza del IVA y, en concreto, a que la deducción del IVA soportado del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto, nos parece que participa de la misma lógica de la jurisprudencia antes invocada, concluir que, al margen del momento en que se haga valer la deducción del IVA soportado, en cualquier caso, el que surgió con anterioridad a la declaración de concurso debe deducirse con cargo al IVA devengado en aquel mismo periodo de liquidación, sin perjuicio de que si sobrara, pueda aplicarse a la deducción del IVA devengado en los siguientes periodos de liquidación. Esta interpretación jurisprudencial de la normativa aplicable al caso, al tiempo en que se realizó la liquidación, es además conforme con la modificación introducida en el apartado tercero del art. 99 LIVA, por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, que en el segundo párrafo añade: "(s)in embargo, en caso de declaración de concurso, el derecho a la deducción de las cuotas soportadas con anterioridad a la misma, que estuvieran pendientes de deducir, deberá ejercitarse en la declaración-liquidación correspondiente al periodo de liquidación en el que se hubieran soportado". Y el párrafo tercero regula la eventualidad de que no se hubieran incluido las cuotas soportables deducibles en aquella declaración-liquidación, y se pretendiera hacer con posterioridad, dentro de los cuatro años, en ese caso "la administración concursal podrá deducirlas mediante la rectificación de la declaración-liquidación relativa al periodo en que fueron soportadas"».*

CUARTO. - Sobre toda esta base legal y jurisprudencial, la primera cuestión a tratar es la referente a la

procedencia de las liquidaciones de IVA efectuadas por la Agencia Tributaria, de las que cabe anticipar que una cosa es que puedan emitirse y otra que afecten a la naturaleza del crédito como concursal o contra la masa, puesto que como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 5/2011, de 14 de diciembre, la atribución al juez del concurso de competencia exclusiva y excluyente sobre todas las cuestiones de índole patrimonial relacionadas con el proceso concursal no implica que la administración tributaria no pueda practicar las liquidaciones de los impuestos de los que sea sujeto pasivo el deudor. Partiendo de esta afirmación de conservación de la potestad administrativa y teniendo en cuenta la jurisprudencia antecitada, no podemos considerar que la aplicación de la mecánica del IVA a la que hicimos referencia en el primer fundamento jurídico pueda considerarse compensación de créditos prohibida por el artículo 58 de la Ley Concursal. En las liquidaciones resultantes de las actas de disconformidad A02 72163076 y A02 7213806, la Agencia Tributaria hizo un nuevo cálculo de la base imponible del impuesto en función de las facturas rectificativas de IVA que habían sido emitidas por los acreedores de la concursada, según le permiten los artículos 80.3 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido y 24.2 de su Reglamento; y como hemos visto, las Sentencias de la Sala 1ª de 18 de febrero y 22 de julio de 2013 no consideran que tales operaciones infrinjan el citado artículo 58 de la Ley Concursal, porque las cuotas de IVA soportado e IVA repercutido correspondientes a un ejercicio fiscal no constituyen en puridad de conceptos un crédito y una deuda para el obligado tributario, ni correlativamente para la administración tributaria, hasta que se produce la liquidación correspondiente al ejercicio en cuestión. Siendo a partir de la liquidación cuando los créditos devienen vencidos, líquidos y exigibles y corresponde al juez del concurso su calificación dentro del procedimiento concursal.
QUINTO.-En cuanto al abono del acta de liquidación del ejercicio 2009 y la devolución del acta de liquidación de los ejercicios 2010 y 2011, el artículo 84 de la Ley Concursal, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, no impide la compensación de créditos contra la masa, puesto que la prohibición del artículo 58, en la medida que sea aplicable, afecta exclusivamente a los créditos concursales; y antes al contrario, la nueva redacción de los apartados 3 y 4 del citado artículo 84 permite la ejecución administrativa de los créditos contra la masa una vez abierta la fase de liquidación o aprobado el convenio, como se desprende también del artículo 164.2 de la Ley General Tributaria, igualmente modificado por la Ley 38/2011; lo que incluye la posibilidad de compensación de oficio de deudas tributarias que prevén el artículo 73 de la Ley General Tributaria y el artículo 55 del Reglamento General de Recaudación. Razones todas por las que, junto a lo anteriormente expuesto, debe desestimarse el recurso de apelación.”: SAP Córdoba (Sección 1) 04.07.2014 (Sentencia 318/2014; Rollo 633/2014)

AP Pontevedra

“... pues lo que se está discutiendo es si la Administración Tributaria está facultada, con base a su autonomía funcional, para compensar créditos y en definitiva para cambiar la clasificación de un crédito que dentro del concurso se ha calificado como ordinario, con alteración de lo acordado en convenio aprobado por sentencia, para resolver tal pretensión se hace innecesario entrar en el debate en torno a la procedente calificación de dicho crédito concursal (si ordinario, cual sostiene la concursada demandante; si privilegiado del art. 91-4º LC, cual ha venido manteniendo la AEAT).
Y ello a tenor de las consideraciones vertidas en la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de fecha 14/12/2011, que, en un supuesto semejante al aquí planteado, vino a decidir la posibilidad de liquidación provisional de IVA girada por la AEAT a la concursada, tras la declaración del concurso y como consecuencia de la emisión por los acreedores de facturas rectificativas, al amparo de los arts. 80 apartado 3 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y el art. 24 del Reglamento del IVA, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por entender que el ejercicio por la AEAT de tal atribución no vulnera la jurisdicción del Juez del concurso. Y ello sin perjuicio de la impugnación del referido acto administrativo que pudiera efectuarse.
Argumentándose, a tal efecto, en los fundamentos de derecho segundo y tercero lo siguiente:
"Segundo.- Como tiene declarado este Tribunal de conflictos en Sentencias núm. 5/2007, de 25 de junio, y 4/2009, de 22 de junio, el principio de universalidad que establece la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal, al atribuir jurisdicción exclusiva y excluyente al Juez del concurso -de modo que a él incumba la toma de cualesquiera decisiones sobre la marcha del procedimiento concursal (jurisdicción exclusiva) y ningún otro órgano, administrativo o jurisdiccional, pueda proceder ejecutiva o cautelarmente sobre el patrimonio del concursado (jurisdicción excluyente)-, se funda en razones de economía procesal y sirve a la eficacia del proceso universal abierto. En tal sentido, el artículo 9 de la Ley Concursal dispone que "la jurisdicción del Juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal".
Ahora bien, la jurisdicción atribuida al Juez del concurso para conocer de cualesquiera cuestiones relacionadas con el proceso universal, con desplazamiento del órgano primariamente competente -sea jurisdiccional o, en su caso, administrativo-, supone una excepción al principio de improrrogabilidad y, por ello, debe ser objeto de una interpretación estricta y está sujeta a ciertos límites.
Resulta bien expresivo de los límites de la jurisdicción del Juez del concurso que la propia legislación concursal, al abordar la cuestión de si los créditos pendientes de manifestarse durante el procedimiento concursal deben incluirse o no en la lista de acreedores, prevé que "los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía" (artículo 87.2, párrafo segundo, de la Ley Concursal), insistiendo, un poco más adelante, en que carecen de la naturaleza de créditos subordinados aquellos créditos "que para su determinación sea precisa la actuación

inspectora de las Administraciones públicas" (artículo 92.1 de la Ley Concursal). Ambos preceptos legales, interpretados a fortiori, preservan la competencia de la Administración para, con posterioridad a la declaración de concurso, proceder a la comprobación e inspección de los créditos que figuran inicialmente en la lista de acreedores a fin de determinar su existencia y cuantía.
En el presente caso, el crédito por facturas rectificativas del IVA de los meses de agosto y septiembre de 2010 fue inicialmente reconocido e incluido en la lista de acreedores como un crédito concursal. Sin embargo, el peculiar esquema legal de liquidación de este impuesto -sobre el que se volverá en el fundamento de derecho de tercero- exige que, en el supuesto de expedición de tales facturas rectificativas, se proceda a la modificación de la base imponible y de la consiguiente cuota tributaria mediante la práctica de una nueva liquidación. En este sentido, tanto el artículo 80, apartado 3, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, como el artículo 24 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre -preceptos en los que se autoriza la expedición de facturas rectificativas del IVA repercutido a una entidad concursada- llevan la expresiva rúbrica "Modificación de la base imponible".
A la vista de las consideraciones realizadas, parece que se exceden los límites del principio de universalidad si el Juez del concurso niega o desconoce las atribuciones administrativas para modificar la base imponible y cuota tributaria del IVA - mediante la oportuna liquidación- cuando, como en el presente caso, los acreedores emiten facturas rectificativas del IVA repercutido a la entidad concursada.
Tercero.- Con las liquidaciones de IVA giradas a la entidad concursada, la Administración tributaria no pretende una compensación de créditos (prohibida por el artículo 58 de la Ley Concursal, como también ha reconocido este Tribunal de Conflictos en Sentencias núm. 5/2007, de 25 de junio, y 4/2009, de 22 de junio) ni invoca una eventual prioridad de los créditos dimanantes de tales liquidaciones (como sucedería si tales créditos, en cuanto dimanantes de liquidaciones giradas después del concurso, hubiera sido considerados "créditos contra la masa" -artículo 84.2.10º de la Ley Concursal -y, en consecuencia, susceptible de ser satisfechos antes que los créditos concursales -artículo 154 de la Ley Concursal -), sino el estricto reconocimiento de su potestad para la determinación de las cuotas tributarias.
Según la normativa reguladora del impuesto, la cuota tributaria del IVA se determina por la diferencia entre IVA soportado e IVA repercutido por el sujeto pasivo (artículo 92 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, calculados ambos sobre el importe total de las contraprestaciones que constituyen la base imponible de este impuesto. La deducción del IVA soportado del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto y, por esta razón, en modo alguno supone una compensación de créditos. En coherencia con este esquema legal, las liquidaciones provisionales de IVA de los meses de agosto y septiembre de 2010 giradas por la AEAT a la entidad concursada, en las que minora el IVA soportado por la entidad concursada en el importe del IVA repercutido por los acreedores en las facturas no pagadas y, por ello, rectificadas-, no comportan una compensación de créditos, sino una modificación de la base imponible del impuesto en tales períodos, autorizada por el artículo 80, apartado 3, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto del Valor Añadido, y el artículo 24 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, para supuestos -como el presente- en que la entidad concursada no ha abonado las contraprestaciones debidas a sus acreedores.
La Administración tributaria tampoco persigue que el crédito de la Hacienda Pública resultante de las liquidaciones provisionales del IVA giradas con posterioridad a la declaración del concurso -a consecuencias de las emisión de facturas rectificativas del IVA correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2010- sea considerado como un "crédito contra la masa" cuyo pago deba realizarse antes que el de los "créditos concursales". En las liquidaciones tributarias giradas por la AEAT no se realiza declaración alguna en tal sentido, y bien significativo es que el oficio de inhibición remitido por la AEAT al Juez del concurso deje a salvo su "jurisdicción para la clasificación de las cantidades resultantes". En este punto, cabe recordar que, entre las competencias de este Tribunal de Conflictos, no figura la de determinar cuál es la clasificación que debe darse -si de "crédito contra la masa" o "crédito concursal"- a los créditos resultantes de las referidas liquidaciones.
En definitiva, la Administración tributaria no invoca en el presente conflicto un estatuto privilegiado sino que pretende el respeto por parte del Juez del concurso a las atribuciones administrativas conferidas por la normativa reguladora del IVA para la modificación de la base imponible y de la cuota tributaria de este impuesto cuando, como en el presente caso, los acreedores emiten facturas rectificativas del IVA repercutido a la entidad concursada, siendo así que tales atribuciones no pueden ser desconocidas en el presente caso".
Así las cosas, cabe concluir que la liquidación provisional del IVA llevada a cabo por la AEAT como consecuencia de la emisión por los acreedores de la concursada de facturas rectificativas, no resulta contraria a derecho, lo que conlleva la desestimación de la pretensión del suplico de la demanda incidental. Y ello sin perjuicio de la oportuna impugnación de la resolución tributaria, que la concursada ya ha procedido a realizar mediante la interposición de recurso económico-administrativo ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 13.09.2012 (Sentencia 446/2012; Rollo 644/2011)

“TERCERO.- Irregularidades observadas en las autoliquidaciones realizadas por la concursada.
La construcción jurídica en que se funda la demanda es la siguiente: al revisar las autoliquidaciones del Impuesto sobre el Valor Añadido de la concursada "Granipec España, S.L." correspondientes a los períodos 1T, 2T, 3T y 4T del ejercicio 2012 -y que arrojaban un saldo a devolver por importe de 50.394,37 #-, la AEAT ha detectado que no se incluyen las facturas rectificativas remitidas por los acreedores, por lo que ha practicado otras tantas liquidaciones provisionales por cada uno de los períodos, de las que resulta una cuota a ingresar de 20.344,74 #, y, además, considerando las facturas rectificativas una minoración de cuotas soportadas en operaciones corrientes correspondientes al período 2T, ha generado una liquidación provisional con un resultado a ingresar de 27.251,19; por último, como resultado de las comprobaciones realizadas, la AEAT ha modificado igualmente las cuotas resultantes de las autoliquidaciones de IVA correspondientes a los

periodos 3T y 4T, con el efecto de reducir la cuota a devolver resultante del 4T 2012 de los 50.394,37 # solicitados a los 6.803,01 # que resultan de la liquidación provisional practicada, lo que implica tanto calificar el crédito derivado de las facturas rectificativas como crédito contra masa, como llevar a cabo una compensación proscrita por el art. 58 LC.
El motivo no puede ser acogido por dos razones: en primer lugar, la regularización no obedece únicamente a la repercusión que deriva de la toma en consideración de las facturas rectificativas del IVA no incluidas, sino a un conjunto de irregularidades entre las que la omisión de tales facturas es una más; y, en segundo lugar, tampoco estamos ante una compensación en sentido técnico jurídico, sino ante el resultado de una liquidación practicada a raíz de una serie de comprobaciones de las autoliquidaciones presentadas por el sujeto pasivo y que permitieron detectar variaciones tanto en las bases imponibles como en las cuotas, cuya corrección lleva a rectificar la cuota final resultante, sea a ingresar o a devolver.
En este sentido, el examen de la Resolución de 27 de enero de 2014 permite afirmar que en la liquidación provisional practicada por la AEAT:
1º Por lo que se refiere al primer trimestre, se modifican las bases imponibles y cuotas por operaciones realizadas en régimen general como consecuencia de ajustar el contenido de tal declaración al contenido del Libro Registro de Facturas Expedidas aportado al expediente y del que se extraen las operaciones correspondientes a cada período de liquidación conforme a las fechas registradas en el mismo, sin que en el primer período figure ninguna operación realizada devengada y sujeta a gravamen (art. 4 Ley 37/92). Asimismo, se modifican las bases imponibles y/o las cuotas deducibles en operaciones interiores corrientes como consecuencia de haber deducido cuotas que no están acreditadas debidamente en los Libros Registro (art. 99.3 Ley 37/1992).
2º En cuanto al segundo trimestre, además de ajustar los importes consignados en su autoliquidación al contenido de los Libro Registro aportados, se minoran de estos importes las cantidades de bases imponibles y cuotas rectificadas por los acreedores de la concursada, por importes de (-) 384.558,45 # y (-) 68.940,13 #, respectivamente, que no figuran registrados en el Libro Registro de Facturas Recibidas, a pesar de la obligación impuesta por los arts. 80, apartados 3 y 4, y 114 de la Ley 37/1992 y el art. 24.2.b) de su Reglamento.
En otras palabras, sin perjuicio de que la concursada no procediera a rectificar las bases imponibles y cuotas deducidas en su momento, de conformidad con las modificaciones derivadas de las facturas rectificativas y en los términos establecidos en los arts. 80.5.4 º y 114 de la Ley del IVA, la AEAT aprecia a mayores que el contenido de las bases imponibles y cuotas consignadas en sus autoliquidaciones por operaciones realizadas en régimen general no se ajustó al contenido del Libro de Registro de Facturas Expedidas, como tampoco las bases imponibles y/o las cuotas deducibles en operaciones interiores corrientes como consecuencia de haber deducido cuotas que no están acreditadas debidamente en los Libros Registro.
De este modo, lo que se atribuye a la sociedad concursada es que, al elaborar y presentar las autoliquidaciones trimestrales de IVA correspondientes al ejercicio 2012, se apartó o no se adecuó a los datos que obraban en sus propios Libros Registro.
CUARTO.- La calificación del crédito y la supuesta compensación.
La parte demandante argumenta que, como el concurso se declaró por Auto de 8 de marzo de 2012, no cabe incluir las facturas rectificativas como mayor cuota soportada por operaciones corrientes en el 2T del ejercicio 2012, puesto que en tal caso el crédito que ostenta la AEAT y que es concursal, se convierte en un crédito contra la masa, máxime al compensarlo con la cuota a devolver resultante de la autoliquidación del 4T.
El análisis de las actuaciones practicadas revela, en una somera recapitulación, lo siguiente:
1º Por Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, de 8 de marzo de 2012, se declaró en situación de concurso voluntario a la sociedad mercantil "Granipec España, S.L.".
2º Declarado el concurso, la sociedad continuó presentando autoliquidaciones trimestrales del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA); la última del ejercicio 2012 arrojó un saldo a su favor de 50.394,37 #, ya que había soportado hasta esa fecha más IVA que lo repercutido. Es oportuno hacer constar que en ningún momento se dictó acto administrativo alguno en este proceso de liquidación del tributo, es decir, la Administración tributaria no reconoció a favor de la entidad un derecho a la devolución. La cuantía que se cita procede de unas autoliquidaciones.
3º Tras la declaración de concurso, diversos acreedores de la concursada emitieron facturas rectificativas del IVA repercutido a la empresa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 80.3 de la Ley 37/1992, pero facturas que la concursada no incluyó al practicar las autoliquidaciones, al menos en su totalidad, según pudo comprobar la AEAT que, en el curso de su labor inspectora, detectó dicha irregularidad, así como el desajuste entre las bases imponibles y cuotas consignadas y el contenido de los Libro Registro de la sociedad, en el doble sentido de incluir operaciones no declaradas y sujetas a gravamen conforme al art. 4 y corregir las bases imponibles y cuotas de operaciones no declaradas correctamente en aplicación de los arts. 13 y 16, por lo que procedió a practicar una liquidación provisional para adecuar las cifras al contenido de dichos Libros y aplicar el descuento correspondiente por las facturas que no habían sido pagadas por la entidad concursada a sus acreedores y que, ello no obstante, se había deducido, en concepto de IVA soportado, en las autoliquidaciones presentadas.
4º En las comprobaciones de la AEAT se constató que, en los períodos 1T, 2T y 4T, no figuraba en los Libros Registro de Facturas Expedidas ninguna operación realizada, devengada y sujeta a gravamen conforme establece el art. 4 Ley 37/1992.
5º Tras la liquidación paralela practicada por la AEAT, el saldo inicial favorable al final del 4T del ejercicio 2012 se redujo a la cifra de 6.803,01 #, debiéndose tener en cuenta que, a raíz de la actuación inspectora, la concursada fue sancionada por una infracción tributaria de carácter grave y otra de carácter leve.
Pues bien, partiendo del hecho, apuntado por la Administración concursal (al calificar las cuotas de crédito concursal) y recogido en la liquidación provisional realizada por la AEAT (que no observó la existencia de

operaciones sujetas a gravamen en los períodos analizados), de que las irregularidades detectadas, ya consistieren en no inclusión de operaciones que figuran en los Libros, ya en la consignación de datos de operaciones que no se adecuan a los obrantes en dichos Libros, ya en la omisión de las modificaciones derivadas de la existencia de facturas rectificativas, se refieren a períodos anteriores a la fecha de declaración del concurso, el recurso no puede prosperar.

En efecto, la jurisprudencia ya ha tenido ocasión de abordar la cuestión relativa a la calificación de los créditos públicos que resultan de procedimientos de liquidación paralela a empresas en concurso, y, en particular, como consecuencia de operaciones en las que los acreedores, a raíz del impago total o parcial de la deuda, emiten facturas rectificativas, así como los efectos que la modificación de los importes a devolver o ingresar por la concursada tiene en relación con el art. 58 de la Ley Concursal, es decir, si dicha regularización entraña una compensación prohibida por la citada disposición.

Así, la STS 18 de febrero de 2013 (ponente D. Ignacio Sancho), con cita de las sentencias más recientes, declara:

" *4. La AEAT interpone recurso de casación contra esta sentencia de apelación sobre la base de un único motivo de casación: la infracción del art. 58 LC que regula la prohibición de compensación.*

En el desarrollo de este motivo, la AEAT argumenta que "la aplicación del art. 58 LC no puede suponer, en el caso que nos ocupa, que en el ámbito concursal sea posible una fragmentación de las liquidaciones del IVA con los hechos imponibles que contengan derivados de la entrega de bienes o servicios facturados, subvirtiendo la normativa tributaria especifica. No se puede producir, por aplicación de la normativa concursal, una disociación de las cuotas del IVA a devolver y a ingresar para exigir de manera inmediata en el procedimiento del concurso a la AEAT el abono de las primeras cantidades, dejando el cobro de las segundas únicamente dependiente del propio derecho que tiene cualquier acreedor a reclamar en el seno del concurso cualquier crédito".

Además, la recurrente insiste que "las operaciones aritméticas propias de la determinación y liquidación tributaria no constituyen en sí mismas compensación a los efectos de la contravención del tenor del art. 58 LC, sino el mecanismo habitual del impuesto que es aplicado por los particulares sujetos al mismo así como por la Administración".

El motivo debe estimarse por las razones que exponemos a continuación.

Estimación del recurso de casación

5. En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".

Aunque no resulte aplicable al caso, por no estar vigente al tiempo de realizarse la supuesta compensación, conviene advertir que la Ley 38/2011 ha completado el art. 58 LC, y apostilla ahora que será válida la compensación de los créditos y deudas del concursado cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso" aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".

6. Es cierto que, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o "ipso iure ", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.

7. En nuestro caso, la denunciada compensación de créditos se habría realizado al practicar la AEAT una liquidación del IVA correspondiente a un periodo anterior a la declaración de concurso, como consecuencia de la rectificación de facturas realizadas por algunos de los acreedores del deudor concursado, después de la declaración de concurso.

Es una jurisprudencia clara que estos créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, como se refieren a hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso, merecen la consideración de créditos concursales y no contra la masa (Sentencias 140/2011, de 3 de marzo; 657/2011, de 3 de octubre; y 701/2011, de 3 de octubre).

Parece lógico que, al margen de que el sujeto pasivo del impuesto esté o no en concurso, la rectificación de facturas pueda haber dado lugar a una nueva liquidación del IVA correspondiente al periodo afectado por la rectificación, pararecalcular la cuota tributaria. Esta cuota tributaria, conforme al art. 92 Ley 37/1992, de 28 de diciembre (LIVA), se determina por la diferencia entre IVA soportado e IVA repercutido por el sujeto pasivo, calculados ambos sobre el importe total de las contraprestaciones que constituyen la base imponible de este impuesto. De tal forma que la deducción del IVA soportado respecto del IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto.

Por eso, las liquidaciones de IVA giradas por la AEAT a la entidad concursada, en las que reduce el IVA soportado por la entidad concursada en el importe del IVA repercutido por los acreedores en las facturas no pagadas y, por ello, rectificadas, constituyen una modificación de la base imponible del impuesto en tales períodos, autorizada por el art. 80.3 LIVA y el art. 24 RD 1624/1992, de 29 de diciembre (Reglamento del IVA), para supuestos en que la entidad concursada no ha abonado las contraprestaciones debidas a sus acreedores.
8. Lo anterior presupone que la rectificación efectuada no haya sido en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se ejerció el derecho a la deducción a las cuotas soportadas tal y como en la actualidad, tras la modificación introducida por la Ley 7/2012, prevé el art. 114.2 de la LIVA.
Bajo estas condiciones, al margen de si esta liquidación comporta, propiamente, una operación de compensación de créditos, bajo la lógica del nacimiento y la liquidación de la obligación tributaria, está fuera de la prohibición contenida en el art. 58 LC, pues constituye una actualización de la liquidación de la cuota tributaria, prevista expresamente por la Ley y motivada por un hecho posterior a la declaración de concurso que afecta directamente a la determinación de la base imponible de un determinado periodo, y por ende al cálculo de dicha cuota.
En nuestro caso los escritos de alegaciones presuponen que la rectificación se ha hecho sobre la liquidación-declaración correspondiente al periodo en que se ejerció el derecho de deducción a las cuotas soportadas, al margen de si ello era posible o no bajo la normativa vigente entonces, como no ha sido discutido hemos de considerar que ha sido así y bajo esta consideración fáctica debemos declarar que esta liquidación no infringe la prohibición contenida en el art. 58."
Y esta misma línea jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo es acogida por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, que en sentencia de 17 de junio de 2013 (ponente Sr. Herrero de Miñón), recaída en relación con un conflicto entre la AEAT y un Juzgado de lo Mercantil, señalaba:
" *TERCERO. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCION.*
La doctrina del Tribunal de Conflictos en esta materia puede extraerse de los pronunciamientos de las Sentencias número 5/2007, de 25 de junio de 2007, 4/2009, de 22 de junio de 2009 y 5/2011 y, muy especialmente, de 14 de diciembre de 2011. Las Sentencias citadas señalan que el principio de universalidad que establece la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal a favor del Juez del concurso, le atribuye una jurisdicción exclusiva y excluyente de forma que le incumben las decisiones sobre la marcha del procedimiento concursal (jurisdicción exclusiva) y ningún otro órgano, administrativo o jurisdiccional, puede proceder ejecutiva o cautelarmente sobre el patrimonio del concursado (jurisdicción excluyente). Este principio sirve a la economía procesal y la eficacia del proceso universal abierto, como prevé el artículo 9 de la Ley Concursal cuando dispone que " la jurisdicción del Juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal".
En todo caso, la jurisdicción atribuida al Juez del concurso, que desplaza la de los órganos primariamente competentes, es una excepción al principio de improrrogabilidad y no debe ser objeto de interpretaciones extensivas.
Precisamente por esta razón, el artículo 87.2 dispone que: "los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía". Añade el artículo 92.1 de la misma norma citada que carecen de la naturaleza de créditos subordinados aquellos créditos en los que: "que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas" (artículo 92.1 de la Ley Concursal). Estas normas permiten a la Administración proceder a la comprobación e inspección de los créditos con posterioridad a la declaración de concurso, competencia que es, como cualquier otra competencia atribuida a un ente público, irrenunciable.
En este caso, el saldo inicial del impuesto fue calculado por la Administración Concursal, sirviéndose de los datos facilitados por la propia entidad incursa en concurso mediante un procedimiento de autoliquidación, pero este saldo provisional se ha visto modificado por las facturas rectificativas del IVA. El complejo sistema de liquidación del impuesto ha obligado más tarde a modificar la base imponible y la cuota tributaria mediante la práctica de una nueva liquidación.
No se trata, por tanto, de que la Administración Tributaria proceda a un nuevo cálculo, por el contrario son los propios deudores los que emiten estas facturas rectificativas, haciendo uso del derecho que les confiere la legislación vigente, facturas que necesariamente han de emitirse después de declarado el concurso. En efecto, como dispone el artículo 80 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido :
"Artículo 80. Modificación de la base imponible.
Tres. La base imponible podrá reducirse cuando el destinatario de las operaciones sujetas al Impuesto no haya hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas y siempre que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso. La modificación, en su caso, no podrá efectuarse después de transcurrido el plazo máximo fijado en el número 5 del apartado 1 del artículo 21 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
Solo cuando se acuerde la conclusión del concurso por las causas expresadas en el artículo 176.1, apartados 1.º, 4.º y 5.º de la Ley Concursal, el acreedor que hubiese modificado la base imponible deberá modificarla nuevamente al alza mediante la emisión, en el plazo que se fije reglamentariamente, de una factura rectificativa en la que se repercuta la cuota procedente".
Ahora bien, lo cierto es que en este conflicto de jurisdicción las consideraciones acerca de las potestades administrativas para la gestión tributaria se han enturbiado con otra serie de consideraciones acerca de la naturaleza y clasificación del crédito a favor de la Hacienda Pública.
Conviene, por tanto, deslindar las dos cuestiones
CUARTO. LA NATURALEZA DE LOS CREDITOS.

Sobre este particular asunto existe una doctrina constante del Tribunal Supremo que considera que los créditos surgidos de la emisión de facturas rectificativas del IVA por hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso son créditos concursales y no créditos contra la masa.
Esta doctrina arranca de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 2009 y se expone con claridad en las Sentencias de 3 de marzo de 2011 (Sala de lo Civil. Sección 1. Nº de Recurso: 2239/2006), 3 de octubre de 2011 (Sala de lo Civil. Sección 1. Nº de Recurso: 2270/2008), 10 de enero de 2012 (Sala de lo Civil. Sección 1. Nº de Recurso: 756/2009) y, finalmente, otra de la misma fecha, 10 de enero de 2012 (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección 1. Nº de Recurso: 998/2009).
Interesa recordar que las Sentencias citadas resuelven recursos de casación presentados por la Abogacía del Estado, en nombre de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en materia concursal, recursos que son desestimados.
En particular el problema reside en la interpretación del artículo 80.Tres de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, redacción que ha sido derogada por normas posteriores), en relación con el artículo 80.Cinco.5, que dispone: "La rectificación de las deducciones del destinatario de las operaciones, que deberá practicarse según lo dispuesto en el artículo 114, apartado dos, número 2.º, segundo párrafo, de esta Ley, determinará el nacimiento del correspondiente crédito en favor de la Hacienda Pública".
Como se ha expuesto, es doctrina constante la que acoge el criterio del devengo y declara que los créditos por IVA contra el deudor por hechos imponibles anteriores a la declaración del concurso constituyen créditos concursales y no créditos contra la masa. Dicho en otros términos, lo que establece la Ley es el cambio de acreedor, es decir, la modificación o novación subjetiva, pero ninguna otra cosa.
En este aspecto cabe hacer mención de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, que prevé que para determinar el crédito que tendrá carácter concursal, será obligatorio el fraccionamiento del período en dos declaraciones-liquidaciones, una por los hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso y otra por los posteriores. Esta nueva redacción de los artículos 99 y 114 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, entró en vigor el 30 de octubre de 2012, fecha posterior a aquella en la que se suscita la controversia que ha dado origen a ese conflicto.
QUINTO. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACION DEL IMPUESTO
Así las cosas es preciso deslindar uno y otro aspecto y tener en cuenta que el objeto de este conflicto de jurisdicción en nada afecta a la naturaleza o clasificación del crédito. Antes bien, la Administración Tributaria se ha cuidado mucho de señalar que su requerimiento de inhibición afecta tan solo a las operaciones necesarias para la determinación de la base imponible del impuesto, precisando: " todo ello sin determinar de modo alguno la jurisdicción para la clasificación de las cantidades resultantes y las operaciones de ejecución o compensación de las mismas".
Es cierto que la compensación de créditos, una vez abierto el procedimiento concursal, está proscrita por el artículo 58 de la Ley Concursal, como ha señalado este Tribunal de Conflictos. Sin embargo, con las liquidaciones practicadas la Agencia Estatal de la Administración Tributaria no ha trasmutado sus derechos en créditos contra la masa: se ha limitado a ejercer sus potestades para la determinación de la base y la cuota tributaria. (...)
Siendo así, las liquidaciones del IVA no tienen más alcance que la modificación en la base imposible del impuesto autorizada por la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto del Valor Añadido, y el artículo 24 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, para supuestos en que los acreedores de la entidad concursada emiten facturas rectificativa. Estas liquidaciones no califican en modo alguno el crédito.
En este sentido se expresa, por otra parte, la muy reciente Sentencia de 18 de febrero de 2013 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil...)... El recurso fue interpuesto por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, representada por el Abogado del Estado, y ha sido estimado argumentando que la operación de liquidación no supone una compensación proscrita sino simplemente modificación de la base imponible...."
Es verdad que, aparentemente, otras resoluciones del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción parecen apuntar en sentido contrario, es decir, aceptando expresamente que la actuación de la Administración tributaria supone una compensación que infringe el principio de la *pars conditio creditorum,* pero una lectura más atenta evidencia que la expresada conclusión obedece a que, en el caso concreto, la modificación de las bases imponibles y cuotas se ejecuta sin diferenciar entre operaciones preconcursales y postconcursales.
A este respecto puede citarse la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 13 de junio de 2013 (ponente Sr. Montero Fernández), que recuerda:
" *SEGUNDO.- Este Tribunal se ha pronunciado recientemente en asunto similar al que nos ocupa, en concreto en la sentencia recaída en fecha 25 de febrero de 2013, conflicto nº 6/2012. En dicha ocasión, siguiendo una consolidada doctrina al respecto, recordamos que resulta incuestionable la competencia de la Administración tributaria para comprobar e investigar las autoliquidaciones presentadas por el impuesto sobre el valor añadido de la concursada; pero analizamos la peculiar situación que se derivaba en la aplicación de la técnica de liquidación del IVA cuando se tenía en cuenta las facturas rectificativas, y se aplicaban en la liquidación del IVA producido en las operaciones realizadas por la concursada después de la declaración de concurso.*
Al igual que en el caso al que nos referimos, nos encontramos con créditos por IVA contra el deudor a favor de la Hacienda Pública, por hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso, que deben calificarse como créditos concursales y no créditos de la masa.
Decíamos entonces que parece conveniente poner de manifiesto que la singularidad de la naturaleza y funcionalidad del IVA, con el correlato principio básico de neutralidad, y la operatividad del sistema de cuotas devengadas y soportadas para hacer efectivo dicho principio y que en supuesto de, podríamos decir,

normalidad, funciona dentro de la corrección que cabía esperar, presenta no pocas disfunciones cuando se aplicaba a situaciones extraordinarias, como la que es objeto de atención en esta sentencia.
El hecho cierto es que al producirse la rectificación era preceptiva la liquidación correspondiente al período impositivo en que se reciba el documento, artº 114.2º de la LIVA, sin que la cifra resultante pueda ser objeto de distinción entre la parte que correspondía al crédito concursal y la parte correspondiente al crédito contra la masa, arrastrándose la cifra resultante total a las liquidaciones de los períodos impositivos posteriores, infringiéndose el principio "pars conditio creditorum", puesto que se termina convirtiendo el crédito concursal en crédito contra la masa.
El problema se centra -o mejor se centraba hasta la reforma de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude- en que del juego de los arts. 80.3 y 114.2º de la LIVA, la Administración entendía que no era posible la distinción, producida la rectificación por causa de las previstas en el artº 80, y en concreto en el apartado 3 de este artículo de la LIVA, que debía "efectuarse en la declaración- liquidación correspondiente al período impositivo en que el sujeto pasivo reciba el documento justificativo del derecho a deducir en el que se rectifiquen las cuotas inicialmente soportadas", por lo que la liquidación debía contener sin distingos las cuotas devengadas y soportadas en el período más la minoración por la rectificación. Al actuar de dicho modo, al no hacer distingo alguno, esto es al liquidar el correspondiente período impositivo teniendo en cuenta en el desarrollo de la actividad de la entidad concursada el IVA soportado y el IVA devengado más el ingreso por rectificación consistente en el crédito concursal a favor de Hacienda, este acababa convirtiéndose en crédito contra la masa.
En definitiva, la calificación del Juzgado de lo Mercantil competente en el procedimiento concursal del crédito concursal, carecía de efecto y eficacia alguna, puesto que la necesaria liquidación llevada a cabo tras la recepción de las facturas rectificativas, hacía que el crédito concursal pasara a tener la eficacia y efectos de un crédito contra la masa, siendo satisfecho con antelación del resto de créditos concursales, infringiéndose el principio de igualdad entre los acreedores, en tanto que al liquidar el período impositivo teniendo en cuenta el IVA devengado y soportado en el período más el crédito surgido de las facturas rectificativas, crédito concursal a favor de Hacienda, daba lugar a que la cuota a devolver al concursado por IVA, en su caso -como es el supuesto real que nos ocupa-, no sólo se minorara sino que daba lugar inexorablemente a que el crédito concursal, al operar sobre un posible crédito del concursado, minorándolo, operara realmente, a pesar de su clasificación concursal, como un crédito contra la masa.
Efecto que no se producía cuando el concursado suspende toda actividad mercantil y, por tanto no se produce operación sujeta al IVA, pues en este caso, nacido el crédito concursal a favor de Hacienda con las facturas rectificativas, conforme al artº 114.2º párrafo segundo y último -antes de la reforma por Ley 7/2012 -, era preceptivo la liquidación del período en el que el sujeto pasivo, el concursado, recibía el documento justificativo, sin que por ello el crédito concursal a favor de Hacienda cambiara su calificación. Lo que sí ocurría cuando la actividad mercantil continúa y se producen cuotas soportadas y devengadas tras la declaración de concurso.
Todo lo cual ha propiciado la reforma del artº 114.2º por Ley 7/2012, que al distinguir del resto de supuesto del artº 80 de la LIVA, el correspondiente al número Tres, "Tratándose del supuesto previsto en el artículo 80.Tres de esta Ley, la rectificación deberá efectuarse en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se ejerció el derecho a la deducción de las cuotas soportadas, sinque proceda la aplicación de recargos ni de intereses de demora", se consigue que la calificación y consideración del crédito concursal reconocido a favor de Hacienda, no se vean alteradas con la liquidación del periodo en el que se presentan las facturas rectificativas.
Efectivamente con la nueva redacción delartº 114.2º de la LIVA, en su versión por Ley 7/2012, al liquidar el período impositivo en el que se dicte el auto de concurso se distinguirá ya entre el período anterior a este y el posterior, el derecho a la compensación de las cuotas soportadas con anterioridad a la declaración de concurso deberá hacerse en la primera de esas declaraciones parciales y el derecho a la deducción de las cuotas soportadas antes de la declaración de concurso se podrá ejercitar sólo en la declaración del período impositivo en que se soportaron, dando lugar a las oportunas y necesarias rectificaciones. Con lo que desaparece ya el problema que centra la cuestión que nos ocupa.
La AEAT ha realizado las liquidaciones sin distinguir de la suma resultante la parte que corresponde al crédito concursal; lo que conlleva que mediante las correspondientes liquidaciones tributarias -cuya competencia para girarla no se discute que corresponda a la AEAT- el crédito concursal pase a tener la calificación de crédito contra la masa, y esta es la realidad evidente e innegable, el crédito concursal se satisface con anterioridad al resto de créditos concursales y sin sometimiento a las posibles reducciones fruto del convenio o la liquidación, pues otra cosa no ocurre cuando al saldo a favor de la concursada por las deducciones de las cuotas por IVA tras la declaración de concurso, se le resta el crédito concursal, consiguiendo con ello que parte del crédito concursal en la práctica haya recibido el mismo tratamiento en el concurso que un crédito contra la masa, con los efectos derivados de esta calificación.
Conversión del crédito concursal en crédito contra la masa que se ha producido cuando en la liquidación al IVA repercutido se le ha deducido el IVA soportado, teniendo en cuenta las facturas rectificativas sin hacer distinción alguna, reduciendo con ello el crédito a favor de la concursada mediante su minoración con parte del crédito concursal, lo que no es más que una compensación. (...)
Lo que cabe preguntarse, que es el objeto del presente conflicto, es si el Juzgado Mercantil resulta competente para declarar la improcedencia de la compensación como crédito concursal por la AEAT vía liquidación tributaria, dentro del incidente concursal instado por los administradores concursales cuando mediante la liquidación se modifique la calificación del crédito concursal.
Como se puso de manifiesto en otras ocasiones, al realizar la AEAT las liquidaciones -sin distinción, como prevenía y advertía ya la Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 2009, que debía

hacerse- está dando lugar a una posible compensación a la que hace referencia el artº 58 de la LC, compensación que queda prohibida y cuya salvaguarda recae en el Juzgador del concurso, no es desde luego la compensación tributaria de los arts 115 de la LIVA y 73 de la LGT, a que se refiere la AEAT, sino que responde al concepto general de medio para extinguir obligaciones recíprocas.
Si se prescinde de categorías, en el procedimiento concursal se persigue determinar cuántos y quienes son los acreedores contra la masa, cuántos los concursales, con la graduación pertinente, y cuál es el contenido patrimonial afecto que debe destinarse a sujetarse a un convenio o a la liquidación; el crédito concursal; en los supuestos más comunes, se va a ver sometido a las reducciones derivadas de la insuficiencia del patrimonio del declarado en concurso y salvo los supuestos extraordinarios, y sin perjuicio de los que privilegiados total o parcialmente no sufren reducción, los acreedores por créditos concursales van a ver reducido sus créditos en igual proporción; por tanto, si se hace posible que este crédito concursal sea abonado aplicando los saldos acreedores del concursado de manera inmediata, esto es como si se tratara de un crédito contra la masa, sustrayendo al mismo de los créditos a satisfacer en el seno del concurso, resulta evidente que se está produciendo la compensación del crédito concursal con los saldos acreedores del concursado generados en el desarrollo de la actividad mercantil que da lugar a los créditos contra la masa, compensación que se hace además al margen del convenio, sin reducción alguna y en detrimento del resto de acreedores concursales.
Llegados a este punto, parece clara la distinción que se deriva de las operaciones que se han llevado a cabo. Una primera operación realizada por la AEAT dirigida a liquidar el IVA correspondiente a los períodos impositivos en los que se reciben las facturas rectificativas, actuación puramente tributaria en la que se procede a modificar la base imponible del impuesto teniendo en cuenta no sólo el IVA devengado y soportado del período, sino también las facturas rectificativas; esto es, aplica estrictamente la operativa propia del IVA, y en la que evidentemente no existe compensación alguna, sin que sea de aplicación, por ende, el artº 58 de la LC. Pero a esta primera operación, sigue su aplicación, sin hacer distinción alguna, sin diversificar del total la parte que correspondería al crédito concursal, lo que conlleva que el crédito concursal en la parte correspondiente se convierta en crédito contra la masa, anteponiéndose al resto de créditos concursales para su satisfacción, produciéndose una evidente compensación con quiebra del principio de igualdad entre los acreedores. En lo que podíamos distinguir como segunda fase, a los efectos de aportar claridad, aunque técnicamente no sea correcto -ya se ha comentado la Sentencia de 1 de septiembre de 2009, en la que ya se previene que no cabe alegar la imposibilidad de fragmentación del periodo de liquidación, pues ante dicha laguna legal cabe acudir a los principios concursales-, se infringe el artº 58 de la LC, por lo que el Juzgado tiene jurisdicción, artº 9 de la LC, para conocer de la pretensión ejercitada por el Administrador Concursal y adoptar la decisión oportuna para evitar la conculcación de las normas del concurso en los términos que venimos acotando... "
De conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta, es forzoso concluir que, en el supuesto que nos ocupa, no estamos ante la aplicación del instituto de la compensación, puesto que no había deudas recíprocas entre las partes, sino en el marco de las operaciones tributarias de comprobación de las autoliquidaciones realizadas por la sociedad concursada, y, por tanto, dentro del procedimiento de la AEAT dirigido a liquidar el IVA y en el cual se modificaron las bases imponibles y las cuotas expresadas en las autoliquidaciones, atendiendo a diversos incidencias como con la aparición de operaciones no declaradas, operaciones incorrectamente declaradas, no repercusión de facturas rectificativas..., esto es, teniendo en cuenta el IVA realmente devengado y soportado y las consecuencias de las facturas rectificativas, lo que, teniendo en cuenta que no afecta a la calificación de los créditos, en todo caso concursales, supone no entraña una actuación contraria al art. 58 LC, sino la culminación de las actuaciones tributarias encaminadas a adecuar, o, si se prefiere actualizar, la liquidación del IVA, lo que, en su caso, podrá ser cuestionado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no porque entrañe la vulneración de normas concursales.": SAP Pontrevedra (Sección 1) 05.02.2015 (Sentencia 36/2015; Rollo 653/2014)

AP Cantabria

"PRIMERO. Por D. Marco Antonio y D. Belarmino, Administradores concursales de GFB de Cantabria se interpone recurso de Apelación contra la sentencia de instancia que desestimo las pretensiones de la demanda, al entender que el juez de los Mercantil no resulta competente para declarar la Nulidad de una liquidación de impuestos ni para hacer una declaración de condena a la devolución del IVA de 2009.
La recurrente en esta alzada reproduce todas las alegaciones en que fundamenta su demanda.
La declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores a la declaración de concurso formen parte de la masa pasiva, art. 49 LC, y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada, convenio o liquidación. Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de lapar condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o liquidación. El art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubiesen existido con anterioridad a la declaración de concurso. La Ley 38/2011 ha completado el art. 58 LC y añade ahora que será válida la compensación de créditos y deudas del concursado cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración el concurso" aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".
SEGUNDO. La denunciada compensación de créditos se habría producido al practicar la AEAT una nueva liquidación del IVA correspondiente a 2009, periodo anterior a la declaración de concurso, como consecuencia de la rectificación de facturas realizadas por algunos de los acreedores del deudor concursado, después de la declaración del concurso.
Es jurisprudencia reiterada (sentencias de 3 marzo, 3 octubre de 2011) que estos créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, como se refieren a hechos

imponibles anteriores a la declaración del concurso, merecen la consideración de créditos concursales y no contra la masa.
La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 febrero de 2013 dice: "parece lógico que, al margen de que el sujeto pasivo del impuesto esté o no en concurso, la rectificación de facturas pueda haber dado lugar a una nueva liquidación del IVA correspondiente al periodo afectado por la rectificación, para recalcular la cuota tributaria. Esta cuota tributaria, conforme al art. 92 Ley 37/1992 de 28 diciembre, se determina por la diferencia entre el IVA soportado e IVA repercutido por el sujeto pasivo, calculados ambos sobre el importe total de las contraprestaciones que constituyen la base imponible de este impuesto. De tal forma que la deducción del IVA soportado respecto al IVA repercutido por el sujeto pasivo es el mecanismo legalmente establecido para la determinación de la cuota tributaria de este impuesto.
Las liquidación de IVA giradas por la AEAT a la entidad concursada, en las que reduce el IVA soportado por la entidad concursada en el importe del IVA repercutido por los acreedores en las facturas no pagadas y, por tanto, rectificadas, constituye una modificación de la base imposible del impuesto en tales periodos, autorizada por el art. 80.3 LIVA y 24 RD 1624/1992 de 29 diciembre, para supuestos en que la entidad concursada no ha abonado las contraprestaciones debidas a sus acreedores".
Añade referida sentencia del Tribunal Supremo:" Bajo estas condiciones, al margen de si esta liquidación comporta, propiamente, una operación de compensación de créditos, bajo la lógica del nacimiento y la liquidación de la obligación tributaria, está fuera de la prohibición contenida en el art. 58 LC, pues constituye una actualización de la liquidación de la cuota tributaria, prevista expresamente por la ley y motivada por un hecho posterior a la declaración del concurso que afecta directamente a la determinación de la base imposible de un determinado periodo, y por ende al cálculo de dicha cuota".
Por todo ello debemos concluir que la liquidación efectuada por la AEAT no infringe la prohibición contenida en el art. 58LC, confirmando la sentencia de instancia.": SAP Cantabria (Sección 4) 29.10.2013 (Sentencia 518/2013; Rollo 318/2013)

AP Madrid

"En cualquier caso hemos de señalar que la aplicación del régimen legal derivado de la Ley del Impuesto del Valor Añadido no constituye propiamente un supuesto de compensación como tiene declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de febrero de 2013. En ese supuesto se declaró que la liquidación de la cuota tributaria del IVA como consecuencia de la rectificación de facturas después de la declaración de concurso, en las que se reduce el IVA soportado por la entidad concursada en el importe del IVA repercutido por los acreedores en las facturas no pagadas y, por ello, rectificadas constituye una modificación de la base imponible del impuesto autorizada por el art. 80.3 LIVA y está fuera de la prohibición de compensación prevista en el art. 58 LC. Se trata de una actualización de la liquidación de la cuota tributaria, prevista expresamente por la Ley y motivada por un hecho posterior a la declaración de concurso que afecta directamente a la determinación de la base imponible de un determinado periodo, y por ende al cálculo de dicha cuota": SAP Madrid (Sección 28) 19.01.2015 (Sentencia 17/2015; 127/2014)

AP Murcia

"Primero.-La mercantil Conservas y Frutas, S.A., y los Administradores Concursales de dicha empresa interpusieron demanda de Incidente Concursal solicitando que se declarara la nulidad de las compensaciones de créditos practicadas por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, así como la improcedencia de llevar a cabo compensaciones por parte de la AEAT, vulnerando, a juicio de los actores, las disposiciones previstas en la normativa concursal. Igualmente pretendían los actores que se condenara a la demandada a abonar en la masa activa del procedimiento concursal la cantidad de 239.447,13 euros, correspondiente al importe del I.V.A. a devolver de los meses de marzo, abril y mayo de 2011.
Se decía en la demanda que la Agencia Estatal de la Administración Tributaria había procedido unilateralmente a compensar el crédito concursal derivado de las facturas rectificativas de los acreedores de Conservas y Frutas, S.A., del que era titular, con el crédito tributario del que era titular Conservas y Frutas, S.A., correspondiente al importe a devolver de las liquidaciones del IVA soportado y repercutido por Conservas y Frutas, S.A., durante los meses de marzo, abril y mayo de 2011, es decir, después de la declaración de concurso (4 de marzo de 2011), incumpliendo lo dispuesto en el art. 58 de la Ley Concursal.
Señalaban los actores que al encontrarnos ante créditos que no eran líquidos, vencidos y exigibles con anterioridad a la declaración de concurso de Conservas y Frutas, S.A., la Agencia Estatal de la Administración Tributaria no se encontraba legitimada para practicar compensación alguna.
Se añadía en la demanda que la AEAT no había ingresado en su momento la liquidación positiva a favor de Conservas y Frutas, S.A., del IVA correspondiente a noviembre de 2009, diciembre de 2010, febrero de 2011, así como las liquidaciones de los meses de junio a noviembre de 2011. Por ello Conservas y Frutas, S.A., ostentaba frente a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria un crédito total de 1.220.495,54 euros.
El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia desestimando la demanda, al considerar que se trataba de una cuestión resuelta por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de febrero de 2013, que consideró que los créditos por IVA transmitidos a la AEAT como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, como se refieren a hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso, merecían la consideración de créditos concursales y no contra la masa.
Las liquidaciones de IVA giradas por la AEAT a la entidad concursada, en las que se reduce el IVA soportado por la entidad concursada en el importe del IVA repercutido por los acreedores en las facturas no pagadas y, por ello, rectificadas, constituyen una modificación de la base imponible del impuesto en tales períodos, autorizada por el art. 80.3 L.IVA y el art. 24 de Real Decreto 1624/1992 de 29 de diciembre, para supuestos en

que la entidad concursada no ha abonado las contraprestaciones debidas a sus acreedores.
Concluía el Juzgado que la liquidación estaba fuera de la prohibición del artículo 58 de la Ley Concursal porque constituía una actualización de la liquidación de la cuota tributaria, prevista expresamente por la Ley y motivada por un hecho posterior a la declaración de concurso, que afectaba directamente a la determinación de la base imponible de un determinado período, y por ende al cálculo de dicha cuota.
En definitiva, el hecho de que las rectificaciones de las facturas de los acreedores en concepto de IVA correspondan a facturas anteriores al concurso, no impide su compensación en un momento posterior, dentro del período de liquidación del impuesto, al ser en ese momento cuando se detectó la modificación y procedía la compensación con el IVA soportado.
Segundo.-Mediante el recurso interpuesto, pretende la representación de los apelantes que se revoque la sentencia apelada y se dicte otra estimando la demanda incidental.
Alegan los recurrentes infracción del artículo 58 de la Ley Concursal, según el cual, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.
Entre los efectos de la declaración del concurso, no está el de paralizar o impedir la iniciación de procedimientos de comprobación o inspección tributaria (artículos 87-2 y 92-1 de la Ley Concursal).
En el presente caso se procedió a minorar el IVA deducible en el importe resultante de las facturas recitificativas, por lo que más que de una compensación de créditos, se trataba de un procedimiento de liquidación tributaria realizado conforme a la normativa reguladora del impuesto.
La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2013 declaró que "bajo estas condiciones, al margen de si esta liquidación comporta, propiamente, una operación de compensación créditos, bajo la lógica del nacimiento y la liquidación de la obligación tributaria, está fuera de la prohibición contenida en el artículo 58 de la Ley Concursal, pues constituye una actualización de la liquidación de la cuota tributaria, prevista expresamente por la Ley y motivada por un hecho posterior a la declaración de concurso que afecta directamente a la determinación de la base imponible de un determinado período, y por ende al cálculo de dicha cuota".
Conforme a la normativa del IVA anterior a la Ley 7/2012, la liquidación tributaria practicada por la AEAT está amparada tanto por la normativa reguladora del Impuesto, como por la Ley Concursal y doctrina jurisprudencial. Por ello se debe desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada.”: SAP Murcia (Sección 4) 12.03.2015 (Sentencia 130/2015; Rollo 978/2013)

AP Zaragoza

“Primero.-El presente recurso trae causa de la demanda incidental formulada AL AMPARO DEL *ART.54 LC* por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la AGENCIA ESTATAL TRIBUTARIA (AEAT) contra la ADMINISRACIÓN CONCURSAL de SERVICIOS LOGÍSTICOS DE LA PLATAFORMA DE ZARAGOZA SA, integrada por Fausto, Marcos y Valeriano, interesando se dicte resolución por la que proceda a declarar créditos contra la masa los correspondientes al IVA del 2T-2008 en la parte pagada o devengada desde la fecha del auto de declaración de concurso, aplicando el mismo criterio de delimitación cronológica tanto a las facturas que repercuten el IVA como a las que lo soportan y que debe ser la Administración Concursal la que realice este discernimiento por ser ella la que dispone de la documentación adecuada para su cálculo, aportando en su caso las facturas en la contestación a la demanda.
La Procuradora Sra. Morellón Usón, en nombre de SERVICIOS LOGÍSTICOS DE LA PLATAFORMA DE ZARAGOZA SA, se opuso a la demanda formulada de contrario, argumentando que SERVIPLAZA procedió a declarar el IVA devengado y soportado en el segundo trimestre de 2008, no procediendo al pago del IVA devengado con anterioridad al día 28 de mayo de 2008, fecha de declaración del concurso de acreedores, y liquidando, sin embargo, el IVA devengado con posterioridad a dicha fecha. Al mismo tiempo, fundamenta sus pretensiones en el *art.99 de la Ley del IVA,* el cual considera que debe interpretarse como un derecho de deducción respecto del IVA soportado, que el sujeto pasivo podrá o no ejercitar, existiendo un plazo de cinco años para poderlo ejercitar, decidiendo el sujeto pasivo y no la AEAT, cuando ejercitar su derecho y compensar el IVA soportado con el IVA repercutido.
Benjamín, Marcos y Fausto, Administradores Concursales del Concurso Ordinario 361/08, se opusieron a la demanda planteada por la AEAT, con fundamento en que el sistema de declaración liquidación y el propio régimen de las deducciones permite al contribuyente decidir cuando las aplica, lo que no ocurre con el IVA devengado, sin que lo establecido en las SAP Zaragoza de 11 de septiembre de 200 y 10 de diciembre de 2008, que resuelven sobre la posibilidad de fragmentar, o diferenciar el periodo de liquidación en función de la fecha de declaración del concurso, atendiendo al momento en que se produce el devengo del mismo, pueda afectar a la posibilidad de aplicar las deducciones, siempre del periodo previsto en la regulación del impuesto.
La Sentencia apelada desestima la demanda interpuesta por la AEAT en base a que la LC no ha establecido modificación alguna de la normativa del IVA y que únicamente se ha establecido en sede concursal que la liquidación del IVA repercutido debe hacerse en el trimestre en el que se ha declarado el concurso, tomando como corte la fecha del auto e declaración, ya que existe obligación de llevarla a cabo, de tal forma que la deuda será concursal hasta el auto y contra la masa después del mismo. Sin embargo, la resolución recurrida dispone que la facultad de deducir el IVA soportado queda sujeta al plazo que para su ejercicio le otorga la Ley del impuesto, sin que pueda verse afectada por esa línea de corte, ya que no se trata de una deuda de la concursada sino de un derecho. Por ello, el Juez de instancia mantiene la validez de las liquidaciones formuladas por la concursada.
Contra la mencionada del Estado, se interpuso recurso de apelación por el Abogado del Estado, en el ejercicio de defensa y representación que le corresponde de la AEAT, aduciendo los siguientes motivos de

impugnación: infracción de la *Ley del IVA (arts. 92* y ss), infracción del criterio de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sentado en SS de 11 de septiembre y 10 de diciembre de 2008, imposibilidad de aplicación aislada del *art.99.1 y 3* LIVA, prescindiendo de los demás apartados del precepto y de todo el mecanismo del impuesto, y de la lógica, e infracción de los *arts.76.1 y 82 de la Ley Concursal.*
Asimismo y en atención a lo expuesto, el Abogado del Estado, solicita la estimación del presente recurso, sin imposición de condena en costas.
Segundo.-A la vista de las alegaciones de la parte recurrente, no cabe duda de que nos encontramos ante una cuestión muy compleja, de la que surgen serias dudas jurídicas, al faltar Jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del concreto problema debatido.
No obstante, previamente conviene realizar algunas consideraciones respecto de las cuales no existe controversia y en relación con las cuales esta misma Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse. Así, en primer lugar y respecto del IVA, como ha reconocido esta misma Secc.5ª en Sentencia de 10 de diciembre de 2008, constituye una obligación "ex lege", cuyo nacimiento se vincula a la realización de un presupuesto, que es el "hecho imponible", es decir, la entrega de los bienes o prestaciones de servicios realizados por empresarios o profesionales en el desarrollo de su actividad propia *(art 4 Ley 37/92, de 28 de diciembre)*.
En segundo lugar y ya en sede concursal, entiende este Tribunal que no cabe duda que la fecha de la declaración del concurso se erige por el legislador como el momento preciso y determinante para configurar los créditos que puedan nacer en lo sucesivo como créditos contra la masa. Como tampoco puede discutirse que el auto de declaración del concurso marca la línea de separación entre los créditos contra la masa y los concursales, de modo que, en cuanto al IVA, el criterio delimitador de lo que debe ser estimado crédito contra la masa o crédito concursal es la fecha del devengo. En este punto, la Sala ha admitido en anteriores resoluciones, SS de 11-9-2008 y 10-12-2008, el fraccionamiento de la deuda tributaria, al remitirse a los datos concretos de los respectivos "devengos" para ponerlos en relación con la fecha de declaración del concurso, pues una cosa es el conocimiento del crédito tributario y otra la de su liquidación por razones de política fiscal y de mecánica administrativa.
Los criterios aquí expuestos han sido aplicados por la propia Administración concursal en relación con el IVA repercutido, pero no así respecto del IVA deducible o soportado, deduciéndose el importe total del IVA soportado a lo largo de todo el segundo trimestre, con independencia de la fecha de pago, como si todos los bienes o servicios de sus proveedores se realizaran después de la fecha de declaración del concurso, es decir, entre el 28 de mayo y el 30 de junio, procediendo de este modo, según alega, con fundamento en lo dispuesto en el *art.99.3 LIVA.*
Pues bien, tomando en consideración la Ley del IVA y examinando la mecánica del impuesto, en primer lugar, la Sala ha de concluir que, una cosa es el derecho de deducción, que, de conformidad con el *art.98 LIVA,* nace en el momento en que se devengan las cuotas deducibles, y otra el ejercicio de este derecho, es decir, su imputación y deducción en la declaración- liquidación relativa al período de liquidación en que su titular haya soportado las cuotas deducibles o en las de los sucesivos, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de cuatro años, contados a partir del nacimiento del mencionado derecho, según reza el *apartado 3º del art.99 LIVA.*
Sin embargo, este Tribunal considera que el *párrafo 3º del citado art.99 LIVA* no puede ser interpretado de manera aislada, sino que para una correcta aplicación del mismo ha de tenerse en cuenta lo previsto en el párrafo 1º del mencionado precepto legal, de cuyo tenor literal se deduce con toda claridad que el derecho a la deducción consiste en la posibilidad de que los sujetos pasivos se deduzcan globalmente en las declaraciones-liquidaciones correspondientes a cada uno de los períodos de liquidación el montante total de las cuotas deducibles soportadas en dicho período del importe total de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido devengadas durante el mismo período de liquidación.
A esto se añade lo establecido en el *apartado 4º del art.99 LIVA,* según el cual, se entenderán soportadas las cuotas deducibles en el momento en que el empresario o profesional que las soportó reciba la correspondiente factura o demás documentos justificativos del derecho a la deducción.
Sin olvidarnos tampoco de lo que señala el apartado 5º del tantas veces citado *art. 99 LIVA,* en cuya virtud, cuando la cuantía de las deducciones procedentes supere el importe de las cuotas devengadas en el mismo período de liquidación, el exceso podrá ser compensado en las declaraciones-liquidaciones posteriores, siempre que no hubiesen transcurrido cuatro años contados a partir de la presentación de la declaración-liquidación en que se origine dicho exceso.
En resumen, a juicio de este Tribunal, de una lectura conjunta de todos los preceptos citados, se desprende por un lado que el derecho a la deducción surge en el momento del devengo de las cuotas deducibles, que se entenderán soportadas cuando el sujeto que las soportó obtenga el documento acreditativo del derecho a la deducción, coligiéndose por otra parte que el ejercicio del derecho de deducción podrá realizarse, a elección del titular, en la declaración-liquidación relativa al período de liquidación en que se hayan soportado las cuotas deducibles o en las de los sucesivos, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de cuatro. Ahora bien, el ejercicio de este derecho ha de hacerse de forma global, de manera tal que de la totalidad del IVA devengado en un determinado periodo de liquidación ha de deducirse el montante total de las cuotas deducibles soportadas en el correspondiente periodo de liquidación. Ello no impide que si la cuantía de las deducciones supera el importe de las cuotas devengadas, el exceso pueda ser compensado en las declaraciones-liquidaciones posteriores.
Tercero.-En atención a lo expuesto, entiende este Tribunal que lleva razón la concursada cuando dice que dispone de un plazo de cuatro años para ejercitar el derecho de deducción. No obstante, una vez ejercitado este derecho en el presente procedimiento durante el periodo de liquidación correspondiente al segundo trimestre del 2008, es decir, en el mismo en que se soportaron, ello no le da derecho a la concursada a deducir íntegramente todo el IVA soportado, independientemente de la fecha de pago, en la autoliquidación correspondiente a las fechas posteriores a la declaración del concurso, tal y como ha hecho la Administración

concursal en el supuesto enjuiciado. Por el contrario, debe de ejercitar el derecho de deducción respecto de la totalidad de las cuotas deducibles soportadas en el segundo trimestre de 2008, incluyendo también las soportadas antes del 28 de mayo de 2008, fecha del Auto de declaración del concurso.
Dicho esto y dado que la declaración liquidación tiene por objeto la diferencia entre la totalidad del impuesto devengado en las ventas y servicios y la totalidad del IVA soportado en las adquisiciones de bienes o servicios correspondientes al periodo de autoliquidación, resulta lógico, a juicio de la Sala, aplicar al IVA deducible idénticos criterios delimitadores que respecto del IVA repercutido han sido aplicados por la propia Administración concursal, de conformidad con las resoluciones aquí citadas procedentes de este mismo Tribunal, distinguiendo entre los periodos de tiempo que van desde el 1 de abril de 2008 hasta el 28 de mayo de 2008 (fecha de declaración del concurso) y el que va desde esta última fecha hasta el 30 de junio de 2008. De este modo, tal como argumenta el Abogado del Estado, la cantidad a ingresar o devolver o compensar será la resultante de deducir correlativamente el IVA repercutido en las facturas emitidas en los periodos de referencia, menos el soportado o devengado en las facturas recibidas en ese mismo periodo temporal.
En consecuencia, a este Tribunal no le cabe sino dar la razón a la parte recurrente, y por consiguiente, habiéndose declarado el concurso por Auto de fecha 28 de mayo de 2008 y correspondiendo al segundo trimestre de 2008 los meses de abril, mayo y junio, deberán efectuarse dos liquidaciones, atendiendo a la fecha del concurso, de forma que se autoliquide en cada una de ellas el IVA devengado menos el repercutido, siendo crédito concursal por IVA 2T el derivado de las operaciones anteriores al concurso y contra la masa el crédito que resulte de las operaciones realizadas con posterioridad. ":SAP Zaragoza (Sección 5) 13.05.2011 (Sentencia 307/2011; Rollo 135/2011)

"PRIMERO. - De una manera indirecta la sociedad en concurso y recurrente ha venido a reconocer que ni el Juzgado de lo Mercantil ni este Tribunal pueden exigir a la Administración Tributaria que reintegre unas cantidades procedentes de unas devoluciones de IVA que aparece como cuotas a devolver en tres autoliquidaciones mensuales realizadas por Europactor, S.L., sin una previa declaración administrativa atinente a la existencia e importe de tal derecho a la devolución. En consecuencia, queda satisfecha en esta alzada si esta Sala realiza un pronunciamiento declarativo que se proyecte hacia el futuro alusivo a que a la Administración Tributaria le alcanza la prohibición de no compensación entre créditos concursales y créditos contra la masa. Con más precisión, solicita que se condene a la Administración a no incluir de forma unilateral en sus liquidaciones administrativas compensación alguna, según la entiende, de créditos concursales. Asimismo, y para apoyar con los hechos la declaración jurídica que propugna acudiendo a este incidente concursal, afirma haber recurrido las liquidaciones provisionales notificadas en las que, según refiere, se ha producido, en un período postconcursal, una compensación a favor de la Administración Tributaria respecto de créditos ya declarados como concursales. Por último, cita en su apoyo la doctrina del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2.007. Ciertamente, el Tribunal Supremo viene afirmando que la Administración Tributaria está sujeta a la jurisdicción mercantil en cuanto a la calificación e importe de sus créditos mediante una jurisprudencia, recogida entre otras que podían ser citadas en la de 25 de junio de 2.007 a la que se alude en el recurso y también en las sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 20 de septiembre de 2.009. Por su parte, la administración concursal coincide en que, de hecho, y por obra de las liquidaciones tributarias se está llevando a cabo una compensación de cuotas a través del procedimiento de comprobación del impuesto. Como se deduce de la lectura del recurso, la sociedad recurrente no niega que nos encontramos ante genuinos acuerdos de liquidación tributaria, pero afirma que tienen como consecuencia una clara compensación entre créditos concursales y créditos contra la masa. Desde este acercamiento entiende que tales acuerdos de liquidación tributaria son una auténtica compensación de créditos concursales. Pues bien, nos vemos en la necesidad de matizar semejante afirmación.
SEGUNDO. - Parece conveniente comenzar por decir que, en línea de principio, las cuestiones relativas a los sujetos, objeto y contenido de la relación jurídica tributaria, sometidas al estricto principio de legalidad, no pueden ser resueltas de conformidad con el Derecho privado. No obstante, a partir de la declaración de concurso, la atribución al juez del concurso de la jurisdicción parece estar fuera de toda duda. Siendo esto así, lo que no cambia es el hecho de que nos encontramos con un procedimiento tributario de comprobación abierto
y, desde esa perspectiva, conviene realizar una consideración de orden general. No compartimos el sentido de pertenencia respecto del derecho a la devolución que late en los argumentos de la sociedad recurrente. No basta la autoliquidación o declaración del obligado tributario de la que resulte el derecho a la devolución, sino que será necesario, de conformidad con los artículos 31, 124 y 127 de la Ley General Tributaria, que el derecho sea reconocido y cuantificado por el correspondiente acto administrativo. En este sentido, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en sentencias de 25 de junio de 2.007 y 22 de junio de 2.009, ha aclarado que corresponde en todo caso a la Administración Tributaria pronunciarse acerca de la existencia y cuantía del derecho a la devolución tributaria. De lo anterior se deriva que las relaciones jurídicas de naturaleza tributaria en el ámbito de la gestión y comprobación del impuesto de las que se da noticia en el recurso no han dado lugar, como se pretende por la sociedad recurrente, a una compensación indebida porque no se ha engendrado por el momento un derecho exigible líquido y vencido a su favor. No debemos olvidar que el Código civil, al regular la compensación como medio de extinción de obligaciones, establece en su artículo 1.196 la coexistencia a un tiempo de créditos recíprocos en una cantidad concurrente. Por cuanto llevamos dicho se desprende claramente que no compartimos la interpretación de la recurrente
TERCERO. - No hay certeza, pese al alegato de la sociedad recurrente, de que nos encontremos ante créditos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional. El crédito, más concretamente el acto administrativo que lo reconoce y cuantifica no parece haber sido objeto de recurso en vía administrativa o jurisdiccional. Lo cierto es que no tenemos a mano el recurso administrativo cuya existencia se alega sin prueba documental. En cualquier caso, fiados de su palabra, la conclusión no sería distinta. La presunción legal de validez de los actos

administrativos establecida en el artículo 52 de la Ley 30/1.992 acaba por zanjar la cuestión.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 02.12.2011 (Sentencia 705/2011; Rollo 446/2011)

“PRIMERO.-La Sentencia del Juzgado ha de confirmarse por sus propios y certeros razonamientos, que esta Sala acepta en su integridad y da por reproducidos en evitación de innecesarias repeticiones. Y en su comprobación sea suficiente con reiterar la Sentencia que fue dictada por esta misma Sala el pasado 2 de diciembre de 2011, que transcribe la apelada, resolviendo un caso exactamente idéntico al presente, cuando razona que "No basta la autoliquidación o declaración del obligado tributario del que resulte el derecho a la devolución, sino que será necesario de conformidad con los artículos 31, 124 y 127 de la Ley General Tributaria. Que el derecho sea reconocido y cuantificado por el correspondiente acto administrativo. De lo anterior se deriva que las relaciones jurídicas de naturaleza tributaria en el ámbito de la gestión y comprobación del impuesto de las que se da noticia en el concurso no han dado lugar, como se pretende por la sociedad recurrente, a una compensación indebida porque no se ha engendrado por el momento un derecho exigible, líquido y vencido a su favor. No debemos olvidar que el Código Civil, al regular la compensación como medio de extinción de las obligaciones, establece en su artículo 1.196, la coexistencia a un tiempo de créditos recíprocos en una cantidad concurrente...". ”: SAP Zaragoza (Sección 5) 20.12.2012 (Sentencia 659/2012; Rollo 603/2012)

10.2 Compensación entre impuestos anterior a la declaración de concurso

TSJ Galicia

“PRIMERO.-Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo el acuerdo del TEAR desestimando el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de compensación de oficio de la providencia de apremio derivada de la liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido, con el crédito reconocido del Impuesto sobre Sociedades
SEGUNDO.-Pretende la parte recurrente el efecto anulatorio del Acuerdo impugnado al estimar que el mismo no se ajusta a derecho, alegando la vulneración de lo previsto en el artículo 55 de la Ley Concursa!, que obliga paralizar las ejecuciones y apremios que se encuentran en trámite, por cuanto estima que, habiendo sido declarada en concurso voluntario de acreedores con fecha de 2 de mayo de 2005, y pese a que la fecha del acuerdo de compensación data de 11 de abril de 2006, éste no fue notificado sino hasta el 17 de junio de 2006, y por tanto, con fecha posterior a aquella declaración de concurso voluntario.
TERCERO.-E1 abogado del Estado se opone a las pretensiones del recurrente al estimar conforme a derecho la resolución impugnada, alegando que la compensación opera de forma automática desde el momento en que se dan los requisitos legalmente establecidos al efecto, por lo que, al haber concurrido los mismos con anterioridad a la declaración del concurso es indiferente que el acuerdo se haya dictado con posterioridad, pues el mismo se limita a poner de manifiesto una extinción ya producida con anterioridad al proceso concursal, y ello, con independencia del efecto que pudiera tener en el ámbito concursal.
[...] QUINTO.-Partiendo de estos antecedentes, sostiene la parte recurrente que la Agencia Tributaria no tenía derecho alguno a la compensación realizada por cuanto, si bien el acuerdo de compensación es de fecha anterior a la declaración del concurso, su notificación se ha producido con posterioridad al mismo, por lo que se vulnera lo previsto en el artículo 55 de la Ley Concursal que obliga a paralizar las ejecuciones y apremios que se encuentren en trámite.
Al efecto debe comenzarse señalando que el perfil de la compensación en Derecho Tributario es esencialmente el mismo que en Derecho Civil, ya que en uno y en otro la compensación es un modo de extinción de las obligaciones distinto del pago, cuyo efecto es la extinción de una y otra deuda en la cantidad concurrente.
Así, en el orden sustantivo, debe recordarse que para que proceda la compensación de deudas -como uno de los modos de extinción de las obligaciones expresamente enumerado en el artículo 1156 del Código Civil y regulado en sus artículos 1195 a 1202- es requisito ineludible que exista certeza sobre la existencia y cuantía de ambas deudas, y cuyo efecto es, conforme al artículo 1202 del Código Civil, extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y los deudores, sentando con ello el efecto automático, ope legis, de la compensación.
Siguiendo esta misma línea, el artículo 73 de la Lev General Tributaria. dispone lo siguiente:
«I. La Administración tributaria compensará de oficio las deudas tributarias que se encuentren en período ejecutivo.
Asimismo, se compensarán de oficio durante el plazo de ingreso en período voluntario las cantidades a ingresar y a devolver que resulten de un mismo procedimiento de comprobación limitada o inspección o de la práctica de una nueva liquidación por haber sido anulada otra anterior de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 26 de esta Ley.
2. Serán compensables de oficio, una vez transcurrido el plazo de ingreso en período voluntario, las deudas tributarias vencidas, líquidas y exigibles que las comunidades autónomas, entidades locales y demás entidades de derecho público tengan con el Estado.
3. La extinción de la deuda tributaria se producirá en el momento de inicio del período ejecutivo o cuando se cumplan los requisitos exigidos para las deudas y los créditos, si este momento fuera posterior. El acuerdo de compensación declarará dicha extinción.
En el supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, la extinción se producirá en el momento de concurrencia de las deudas y los créditos, en los términos establecidos reglamentariamente».

Resulta evidente a la luz de los preceptos transcritos que los efectos de la compensación se producen de manera automática desde el momento en que se dan los requisitos legalmente exigidos para ello, entre ellos que ambas deudas estén vencidas y sean líquidas y exigibles, sin que se establezca como requisito un acuerdo expreso de compensación con carácter constitutivo, a saber, determinante para su procedencia ni la notificación del mismo al acreedor o al deudor, como expresamente recoge el artículo 1202 del Código Civil, pues dicho acuerdo de compensación tendrá exclusivamente efectos declarativos, tal y como expresamente recoge el artículo 73 de la Ley General Tributaria.
Es más, el artículo 59 del Reglamento General de Recaudación, señala en su apartado primero que «adoptado el acuerdo de compensación se declararán extinguidas las deudas y créditos en la cantidad concurrente. Dicho acuerdo será notificado al interesado y servirá como justificante de la extinción de la deuda». Lo expuesto por dicho precepto no ha de entenderse, como interesadamente pretende la demandante, en la exigencia para que proceda la compensación de un acuerdo expreso que ha de ser notificado al interesado, por cuanto el propio artículo señala que dicho acuerdo «declarará» extinguidas las deudas y los créditos en cantidad concurrente, no refiriendo efectos constitutivos alguno así como tampoco a la notificación del mismo a la que únicamente atribuye el efecto justificativo de la extinción de la deuda.
Por otra parte, el artículo 55 de la Ley Concursal. señala que «Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, lo que permite continuar los procedimientos administrativos de ejecución en los casos como el presente, en el que se dictó la providencia de apremio con anterioridad a la fecha de declaración del concurso. Igualmente el artículo 58 del mismo Texto Legal, admite como excepción al principio general de prohibición de la compensación una vez declarado el concurso, los efectos de la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, de suerte que, en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal».
Resulta claro pues, en proyección de la normativa expuesta, que en el supuesto sometido a enjuiciamiento el acuerdo de compensación únicamente tiene el efecto de declarar la misma, de hecho con efectos desde que se daban los requisitos exigidos para su procedencia, esto es, desde el 26 de diciembre de 2005, por lo que al tiempo de la declaración del concurso el 2 de mayo de 2006 ya se había producido la compensación. Por lo tanto, las deudas objeto de la compensación son anteriores a los efectos de la declaración de concurso, como sostenía la administración, y ello con independencia del efecto que a la misma se atribuya en el ámbito concursar, por lo que el acuerdo impugnado se ajusta a Derecho.
Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo al ser la resolución impugnada conforme a derecho.”: TSJ Galicia (Sala De Lo Contencioso) 28.04.2009 (Recurso 15728/09)

10.3 Improcedente compensación posterior a la declaración de concurso

AP Navarra

“PRIMERO.-La entidad Fontanería Eslava, S.L. cuyo concurso fue declarado en Auto de Juzgado de lo Mercantil de Pamplona de 29 de enero de 2009 formuló demanda de incidente concursal pidiendo que se declarase la nulidad de pleno derecho de la compensación realizada por la Hacienda de Navarra del crédito que tal sociedad ostenta frente a dicha Hacienda por importe de 64.053,62 euros con el que ostenta la tan mencionada Hacienda Tributaria de Navarra contra la limitada Fontanería Eslava, S.L. como consecuencia de operaciones de rectificación del IVA.
La Hacienda Tributaria de Navarra se opuso a tal pedimento afirmando que la liquidación realizada es propiamente una liquidación tributaria y no una compensación de créditos, que no puede ser impugnada mediante el incidente concursal sino que deberá "acudirse a las vías administrativas de recurso correspondiente"
La Juez de lo Mercantil desestimó las alegaciones realizadas por la Hacienda Tributaria de Navarra en cuanto a la liquidación impositiva-compensación, y estimó que la misma entrañaba la vulneración de lo dispuesto en el art. 58 de la Ley Concursal y ello en razón del principio de igualdad de trato de los acreedores preconcursales, así como por la necesidad de respetar el régimen de pago de los créditos según la fecha de su vencimiento, conforme a lo establecido en el art. 154 de la Ley Concursal; y, en consecuencia, estimó la demanda en los términos a los que nos hemos referido antes.
Contra la mencionada resolución interpuso la Comunidad Foral de Navarra el presente recurso de apelación.
SEGUNDO.-Se aceptan los fundamentos jurídicos contenidos en la sentencia apelada, que damos por reproducidos en la presente, procediendo la desestimación de la alzada.
Sostiene el recurso de apelación, por un lado, la indebida aplicación del art. 58 LC. por cuanto las operaciones correspondientes no son una compensación sino una liquidación tributaria, con lo que no cabe su impugnación a través del incidente concursal, aspecto al que se dedican los ordinales primero, segundo y parte del tercero; y, por otro, en la segunda parte de este último ordinal, que "en consecuencia, y conforme a dicha liquidación, procede la devolución a Fontanería Eslava, SL. de 21.090,4 euros y no de 64.053,62 euros como se pretende de contrario".
Para el adecuado enfoque del recurso hemos de tener en cuenta que la denominada propuesta de liquidación emitida por la apelante, luego modificada, compensó realmente el crédito que la concursada Fontanería Eslava, S.L. ostentaba contra la Hacienda apelante por importe de 64.053,62 euros derivado de rectificación del IVA, realizado por dicha concursada a 2012, a su vez, del concurso de la sociedad Construcciones Juan Bautista Flores, S.A., correspondiente a facturas de los años 2008 y 2009 según factura rectificativa emitida el

1 de abril de 2010; con el crédito de carácter concursal que la Hacienda ostentaba contra la concursada Fontanería Eslava, S.L. por importe de 59.013,75 euros que es consecuencia de la rectificación del IVA en facturas de los acreedores de dicha sociedad concursada y que es de carácter concursal como reconocen las partes.
TERCERO.-Desde el punto de vista del concurso y al margen juegos terminológicos lo que resulta es que la Hacienda es titular de un crédito concursal y Fontanería Eslava, SL. es titular a su vez de un crédito contra la Hacienda Tributaria; si ésta a través del mecanismo de que se trate lo que hace es percibir el importe de su crédito concursal de 59.013,75 euros extinguiendo el mismo, en el mismo importe concurrente del crédito que frente a ella tiene la concursada, tal operación en técnica jurídica se denomina propiamente compensación y, desde el punto de vista concursal, supone o puede suponer un trato desigual y favorable respecto del crédito de la Hacienda en cuanto ésta lo percibe íntegramente sin someterse a la ley del concurso que es el trato igual, o, en su caso, tal proceder es susceptible de alterar el orden de los pagos de los créditos según su vencimiento, en claro perjuicio de los demás acreedores concursales de Fontanería Eslava, SL. Tales son las razones por las cuales el art. 58 prohíbe la compensación, la cual obviamente deberá ser objeto de tratamiento en el concurso, a través del incidente concursal, y resuelto por el Juzgado de lo Mercantil a quien legalmente está atribuido el conocimiento "de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal...", siendo por lo demás la jurisdicción del Juez del concurso exclusiva y excluyente respecto de las materias a las que se refiere el art. 86 ter.1 LOPJ.
CUARTO.-Por último es evidente que no puede aplicarse el tratamiento que la Ley concursal prevé para los créditos que los acreedores de la concursada ostentan frente a ella, a los créditos que la concursada ostenta contra sus deudores, así el art. 76.1 LC dispone expresamente que "constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento".
En consecuencia, debemos desestimar el recurso y confirmar lo resuelto en primera instancia.”: SAP Navarra (Sección 3) 25.03.2013 (Sentencia 53/2013; Rollo 141/2012)

AP Pontevedra

“PRIMERO.-En el presente proceso de incidente concursal, promovido por la Administración concursal de la entidad "Maderas Iglesias SA" contra la concursada y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT), en pretensión de que se acuerde la reintegración por la AEAT a la masa del concurso de "Maderas Iglesias SA" de la cantidad de 108466,26 euros, correspondiente a las liquidaciones de IVA de los meses de Julio de 2012 y Agosto de 2012, unilateralmente compensadas por dicho organismo, así como el requerir a la AEAT a fin de que se abstenga de cobrar/compensar en el futuro las cantidades que resulten hasta completar la cantidad de 226690,53 euros, importe éste reconocido a su favor en la lista de acreedores del informe provisional de la Administración concursal, frente a la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda recurre en apelación la Administración concursal demandante.
SEGUNDO.-Para un mejor entendimiento del asunto sometido a enjuiciamiento se hace conveniente una exposición previa de los hechos que constituyen el soporte del mismo:
1.-La entidad "Maderas Iglesias SA" fue declarada en situación de concurso voluntario por Auto de fecha 3/7/2012, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con sede en Vigo.
2.-En el mes de septiembre de 2012, la concursada "Maderas Iglesias SA" presentó ante la AEAT las autoliquidaciones relativas a la declaración del importe sobre el valor añadido (IVA) correspondientes a los meses de julio y agosto del año 2012, cuyo resultado era el siguiente: mes de julio de 2012, a devolver la suma de 61729,50 euros; mes de agosto de 2012, a devolver la cantidad de 75724,58 euros.
Todo ello como consecuencia de ser las cuotas declaradas del IVA soportado o deducible superiores a las cuotas declaradas del IVA repercutido o devengado.
3.-Con posterioridad (en la presente demanda de incidente concursal se indica, concretamente, que en fecha 18/10/2012), la concursada "Maderas Iglesias SA" recibe de la AEAT sendas notificaciones de propuestas de liquidación provisional del impuesto sobre el valor añadido correspondientes a los meses de julio de 2012 y de agosto de 2012, como consecuencia de la presentación por parte de varios acreedores de la concursada de facturas rectificativas de IVA y de pasar la AEAT a subrogarse en el importe de las cuotas de IVA de sus facturas a la postre impagadas por la deudora concursada.
En dichas propuestas de liquidación provisional, la AEAT reduce la cuota de IVA soportado o deducible, objeto de liquidación por la entidad concursada, en atención al importe de las facturas rectificativas en cuya cuota de IVA repercutido por los acreedores de la concursada se subroga. Por establecerse, asimismo, en las respectivas propuestas de liquidación provisional, la inclusión obligatoria por el contribuyente de las referidas facturas rectificativas en las declaraciones del mes de julio de 2012 y del mes de agosto de 2012, minorando el IVA soportado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 114-DOS-2 párrafo 2º de la ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA.
Recayendo en el mes de enero de 2013 sendas resoluciones con liquidación provisional de la AEAT que ratifican los términos de las propuestas de liquidación provisional del impuesto sobre el valor añadido correspondiente a los meses de julio y de agosto de 2012.
De lo cual viene a resultar que en la liquidación del IVA del mes de julio de 2012 se reduce el importe a devolver a la suma de 28987,82 euros, y en la liquidación del IVA del mes de agosto de 2012 se pasa a una cuota a ingresar en favor de la AEAT por importe de 41706,43 euros.
Lo que conlleva a sostener a la Administración concursal demandante que la AEAT ha venido a detraer unilateralmente, y de modo improcedente, de la masa activa de la concursada la cantidad de 108466,26 euros (producto de la suma de la cantidad a devolver objeto de reducción en la liquidación del IVA del mes de julio de

2012, del orden de 32741,68 euros, y de la totalidad del importe a devolver conforme a la autoliquidación del IVA correspondiente al mes de agosto de 2012, del orden de 75724,58 euros).
Con argumentos tales como que, debiendo los créditos de la AEAT derivados de las facturas rectificativas ser considerados como créditos concursales, los hace efectivos la AEAT como si se tratasen de créditos contra la masa, con vulneración de la "par conditio creditorum". Como también que ello determina la infracción del art. 58 de la LC, que prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado una vez declarado el concurso.
A lo que cabe añadir que en la lista de acreedores del informe provisional de la Administración concursal de la concursada "Maderas Iglesias SA", presentado en fecha 7/11/2012, se incluye a la AEAT con reconocimiento de un crédito por importe de 226690,53 euros (por facturas rectificativas de IVA), añadido al comunicado por la AEAT, y con calificación de privilegio general al 50% y como crédito ordinario el restante 50%.
TERCERO.-En la resolución impugnada, el Juzgador de instancia fundamenta su decisión desestimatoria de la demanda en el reciente pronunciamiento del TS (sentencia de fecha 18/2/2013) acerca de la validez de los actos de gestión tributaria del impuesto sobre el valor añadido con base en la correcta aplicación de la ley del IVA por la Administración Tributaria, pasando a continuación a reproducir literalmente en su práctica totalidad la fundamentación jurídica de la citada resolución del Tribunal Supremo, relativa a un supuesto de incidente concursal en que la Administración concursal solicita que se declare la improcedencia de la compensación realizada por la AEAT de créditos por facturas rectificativas de IVA con cargo a cuotas a devolver por IVA a la concursada, semejante al aquí objeto de litigio.
CUARTO.-En su escrito de interposición de recurso de apelación, la Administración concursal recurrente interesa la estimación de la demanda de incidente concursal, con base en las sustanciales alegaciones que seguidamente se pasan a exponer.
Así, se indica que lo que ha venido a hacer la AEAT es modificar las liquidaciones de IVA correspondientes a los meses de julio y agosto de 2012 cuando la entidad "Maderas Iglesias SA" ya se encuentra en concurso, declarado por Auto de fecha 3/7/2012. Y cuando, por otro lado, todas las facturas rectificativas que compensa la AEAT hay que considerarlas de fecha anterior a la declaración de "Maderas Iglesias SA" en concurso, al ser evidente que las facturas de las que las rectificativas traen causa fueron declaradas por la concursada "Maderas Iglesias SA" en liquidaciones de periodos anteriores a julio y agosto de 2012.
De modo que, tratándose el crédito de la AEAT derivado de las facturas rectificativas de un crédito concursal no se puede ni pagar ni compensar con créditos de la concursada resultantes de autoliquidaciones del impuesto sobre el valor añadido posteriores a la declaración del concurso.
Siendo así que la compensación/rectificación que ha realizado la AEAT de las facturas rectificativas no la ha realizado sobre las liquidaciones-declaraciones correspondientes al periodo en que se ejercitó por la ahora concursada el derecho a la deducción de las cuotas de IVA soportadas correspondientes a las facturas que finalmente no llegó a abonar a los emisores de las mismas.
De otra parte, la sentencia de la Sala de lo Civil del TS, de fecha 18/2/2013, a que se alude en la sentencia apelada no es aplicable al caso litigioso.
La AEAT compensa las declaraciones de IVA de julio y agosto de 2012 (posteriores a la declaración del concurso) con las facturas rectificativas de IVA que recibe anteriores a la declaración del concurso.
Si se acepta la compensación contra un crédito a favor de la concursada (el resultante de la liquidación del IVA de los meses de julio y agosto de 2012) posterior a la declaración del concurso, se estaría pagando el crédito concursal de la AEAT (derivado del IVA de las facturas rectificativas) como si de un crédito contra la masa se tratase.
En definitiva, la compensación se hace por parte de la AEAT sobre dos liquidaciones del IVA no anteriores sino posteriores a la declaración del concurso. Y si el crédito de la AEAT se trata de un crédito concursal no se puede pagar ni compensar con liquidaciones del IVA posteriores a la declaración del concurso.
QUINTO.-A través del mecanismo de las facturas rectificativas de IVA se permite siquiera al acreedor de créditos impagados o incobrables el poder recuperar la cuota de IVA repercutido que hubiese adelantado a la Administración Tributaria.
Particularmente, en relación a las facturas rectificativas y recuperación del IVA en los supuestos de concurso de acreedores, el art. 80-Tres de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido establece que "La base imponible podrá reducirse cuando el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto no haya hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas y siempre que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso.
Por lo que hace a la naturaleza del crédito transmitido a la Hacienda Pública (circunscrito a la cuota del IVA repercutido) como consecuencia del sistema de rectificación de facturas previsto legalmente, constituye doctrina jurisprudencial su consideración como crédito concursal, por venir referidas tales facturas a hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso y acogerse para su calificación el criterio del devengo aun cuando la emisión de las facturas rectificativas de IVA tenga lugar con posterioridad a la declaración de concurso (SSTS 1/9/2009, 3/6/2011, 3/10/2011, 10/1/2012). Toda vez, de la ulterior emisión de facturas rectificativas de IVA no nace o surje un crédito postconcursal o contra la masa, pues el crédito sigue siendo el mismo, si bien se modifica su titularidad, a través de una novación modificativa parcial en la persona del acreedor, en este caso la AEAT (en tal sentido, SSAP Asturias, de fecha 22/9/2006 y Valencia, de fecha 25/2/2008).
En el supuesto examinado no se cuestiona el carácter de créditos concursales de los créditos de la AEAT por las cuotas del IVA repercutido por los emisores de las facturas no abonadas por la deudora concursada y objeto de rectificación, sino la posibilidad de su "compensación" con los créditos a favor de la concursada resultantes de ulteriores liquidaciones del IVA practicadas, por lo demás, con posterioridad a la declaración de concurso.

Dicha posibilidad de compensación de créditos en principio semejaría factible desde la óptica de la normativa tributaria de la gestión y liquidación del impuesto sobre el valor añadido, al establecerse en el párrafo 2º del subapartado 2 del apartado DOS del art. 114 de la ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, relativo a la rectificación de deducciones, según redacción anterior a la reforma por ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, que "Cuando la rectificación tenga su origen en un error fundado de derecho o en las causas del art. 80 de esta Ley, éste deberá efectuarse en la declaración-liquidación correspondiente al periodo impositivo en que el sujeto pasivo reciba el documento justificativo del derecho a deducir en el que se rectifiquen las cuotas inicialmente soportadas". Y que hay que poner en relación con el art. 24 del Reglamento del impuesto sobre el valor añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que regula el trámite para la modificación de la base imponible del impuesto, en cuyo apartado 2 se contempla el mecanismo previsto para el supuesto de declaración de concurso del destinatario de las operaciones sujetas al impuesto.
Empero, otra cosa es el enfoque del problema desde la normativa concursal tendente a procurar, en el seno de un procedimiento universal, la preservación del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores. Y que ha determinado que se venga a atribuir al Juez del concurso competencia para decidir cualesquiera cuestiones relacionadas con dicha materia.
En tal sentido, en la STS de fecha 18/2/2013 reseñada en la sentencia apelada se viene a señalar que "La declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración del concurso".
En dicha declaración de principios de la referida sentencia se viene a reiterar la consideración de que, a salvo de la posible compensación de créditos a que hace referencia el art. 58 de la LC, la satisfacción de los créditos concursales habrá de someterse al resultado del concurso (convenio/liquidación).
Siendo así que, el acogimiento del recurso de casación por el TS en la citada sentencia se produce por haberse practicado la rectificación en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se ejerció el derecho a la deducción de las cuotas soportadas, tal y como en la actualidad, tras la modificación introducida por la ley 7/2012, prevé el art. 114 apartado DOS subapartado 2 párrafo 2º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido. Y ello al margen de si la rectificación en tal periodo era o no posible bajo la normativa (tributaria) vigente entonces, lo que al no ser un extremo discutido en el pleito vino a considerarse factible.
Al punto de comportar entonces tal liquidación una suerte de compensación de dos créditos compensables (esto es, el de la AEAT derivado de las facturas rectificativas, y el de la entidad concursada, por venir referido a la liquidación de un periodo de IVA anterior a la declaración de concurso).
Radicando precisamente en tal circunstancia la razón de la estimación del recurso de casación, terminando por concluir el TS en la mencionada sentencia que "Bajo estas condiciones, al margen de si esta liquidación comporta, propiamente, una operación de compensación de créditos, bajo la lógica del nacimiento y la liquidación de la obligación tributaria, está fuera de la prohibición contenida en el art. 58 LC, pues constituye una actualización de la liquidación de la cuota tributaria, prevista expresamente por la ley y motivada por un hecho posterior a la declaración de concurso que afecta directamente a la determinación de la base imponible de un determinado período, y por ende al cálculo de dicha cuota".
Por otro lado, a la finalidad de armonizar la normativa tributaria con la normativa concursal y jurisprudencia que la interpreta, entre otros objetivos, tiende la Ley 7/2012, de 29 de octubre, en cuya Exposición de motivos se recoge al respecto que:
"En segundo término, la situación de concurso del obligado tributario requiere de un tratamiento particular en el impuesto con la finalidad de facilitar su gestión e impedir que se altere la neutralidad en perjuicio de la Hacienda Pública.
En los supuestos en los que el auto de declaración de concurso se dicta a lo largo del periodo de liquidación del Impuesto es necesario diferenciar si los créditos son concursales o contra la masa, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, deben calificarse como concursales los créditos del IVA por hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso.
Como en la regulación actual la declaración-liquidación es única, se establece, con objeto de determinar el crédito que tendrá carácter concursal, la obligación de presentar dos declaraciones-liquidaciones, una por los hechos imponibles anteriores a la declaración de concurso y otra por los posteriores, en los términos que se desarrollen reglamentariamente. En la primera de esas declaraciones el concursado estará obligado a aplicar la totalidad de los saldos a compensar correspondientes a periodos de liquidación anteriores a la declaración de concurso.
Las medidas adoptadas tienen como fin garantizar la neutralidad del Impuesto, lo cual, tiene como efecto, que la Administración no se vea perjudicada en relación con la percepción del Impuesto sobre el Valor Añadido como consecuencia del concurso, de ahí que se limite el derecho de deducción que deberá ejercitarse, cuando se hubieran soportado las cuotas con anterioridad al auto de declaración de concurso, en la declaración-liquidación correspondiente del periodo en que dichas cuotas fueron soportadas.
De igual manera, para adecuar la gestión del impuesto a la doctrina jurisprudencial, la rectificación de deducciones como consecuencia de la declaración de concurso deberá realizarse en la declaración-liquidación correspondiente al período en que se ejerció la deducción".

Pretendiéndose con ello que el IVA concursal (repercutido o soportado antes de la declaración del concurso) se liquide en las declaraciones-liquidaciones de los periodos anteriores al concurso y que el IVA postconcursal (repercutido o soportado después de la declaración del concurso) sea liquidado en las declaraciones-liquidaciones posteriores al concurso. De modo que los distintos IVA sean tratados conforme a su naturaleza concursal o postconcursal, con el fin de que no se produzcan discrepancias entre la gestión del impuesto y su reclamación en el proceso concursal.
Y, particularmente, por lo que al tema de las facturas rectificativas se refiere, que el incremento de IVA a pagar por la concursada (en cantidad equivalente al que en su día declaró como soportado por la operación sujeta al impuesto) se lleve a la liquidación de IVA del período en que se dedujo, tratándose a todos los efectos como IVA concursal sin mezclarlo en una liquidación de IVA correspondiente a un período posterior a la declaración de concurso, de naturaleza postconcursal.
A la vista de las anteriores consideraciones, se debe concluir la procedencia de la pretensión esencial de la demanda formulada por la Administración concursal de la entidad concursada "Maderas Iglesias SA" (pedimento 1 dl suplico de la demanda) y, por ende, la estimación del recurso de apelación interpuesto por la misma, al comportar la liquidación practicada por la AEAT con base en las facturas rectificativas de IVA un supuesto inadmisible de compensación de créditos concursales de la AEAT con créditos de la concursada frente a aquélla procedentes de autoliquidaciones de IVA correspondientes a períodos posteriores a la declaración de concurso.
Teniendo en cuenta, por lo demás, que el crédito de la AEAT por facturas rectificativas de IVA fue en su momento reconocido e incluido en la lista de acreedores del informe de la Administración concursal, con calificación de privilegio general al 50% y como crédito ordinario el restante 50%, no constando que la AEAT llegase a formular impugnación del mismo. “:SAP Pontevedra (Sección 1) 04.12.2013 (Sentencia 453/2013; Rollo 343/2013)

JM-6 Madrid

“SEGUNDO Acción ejercitada.
Ejercita la Administración concursal acción de declaración de ineficacia de dos Acuerdo adoptados por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la A.E.A.T., sosteniendo que adoptados dichos acuerdos con posterioridad a la declaración concursal, los mismos infringen lo dispuesto en elart. 58 L.Co.; a lo que se opone la demandada sosteniendo la validez de la compensación por el cauce delart. 73.1.2º de la Ley General Tributaria de 2003 (RCL 2003, 2945).
TERCERO Falta de competencia de la Autoridad Tributaria para la compensación de oficio con fecha posterior a la declaración concursal.
A.- Frente a la habitual presencia de actos o negocios realizados por el deudor en el ámbito de las acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa activa, en el presente caso la pretensión declarativa de ineficacia y su consiguiente reintegración a la masa, aparece configurada por un acto de tercero consistente en Acuerdos adoptados por órgano de la Administración Tributaria estatal, en el ejercicio de sus legítimas funciones, pero de influencia decisiva en la conformación del activo, al pretender modificar en el ejercicio de sus facultades y privilegios de autotutela los derechos de crédito de la concursada; cuestión para la que resulta competente el Juez del concurso y la jurisdicción civil al señalar la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 19.10.2005 (RJ 2007, 8701) que "...En suma, aunque la compensación afecte a un crédito frente a la Administración que hubiera adquirido el carácter de compensable con anterioridad a la declaración de la quiebra, al no haberse dictado el acto administrativo de compensación, se trataba de un bien «ya ocupado», que la Administración tributaria debería haber puesto a disposición del Juzgado, sin ya ser competente en momento posterior a la declaración de la quiebra para declarar compensados unos créditos del quebrado frente a la Administración con unas deudas tributarias...", para concluir que "...Que la jurisdicción sobre la que versa el presente conflicto, corresponde al Juzgado de Primera Instancia..."
Tal doctrina jurisprudencial viene a corroborar y hacer cita de la doctrina recogida en Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 28.6.2004 (RJ 2005, 5050) al señalar que "...Entiende este Tribunal que si bien la remisión a la legislación tributaria (Ley General Tributaria 230/1963, de 18 de diciembre (RCL 1963, 2490), vigente en el momento de las compensaciones) permite la compensación automática de las deudas (artículos 68 y 71), la misma no se aplica a deudas que adquieren el carácter de compensables con posterioridad a la declaración de la quiebra y en especial cuando los bienes han sido ya ocupados y puestos a disposición del Juzgado, donde de nuevo debe primar la regla de la temporalidad. Los ingresos respecto a los cuales se genera el crédito a favor del contribuyente quebrado se corresponden con devoluciones del IVA correspondientes a los ejercicios de los años 2000 (referencia 080230002967j) y 2001 (referencia 080230002969s) por lo que difícilmente puede pretenderse la liquidez de una deuda en un momento incluso anterior a aquél en que procede su autoliquidación. Así pues, respecto de éstas, la compensación deberá producirse bien en el marco del convenio, si la administración participa en el mismo, bien en el del acuerdo singular que al respecto pueda celebrar la Administración pero siempre y cuando dicha compensación tenga por objeto bienes no ocupados y puestos a disposición de la Sindicatura...".
B.- Atendiendo a tal doctrina, dictada bajo la diversa legislación concursal derogada, pero de completa aplicación bajo la vigencia de la Ley Concursal, resulta que dictado Auto de declaración de concurso y sujeto al mismo la universalidad de bienes y derechos de la concursada, cualquier Administración Tributaria -sea estatal, autonómica o local- carece de competencia para acordar -en el ejercicio de sus facultades autónomas y privilegios- la compensación de oficio delart. 73 L.Co. en fecha posterior a la declaración concursal; lo que hace indiferente que la compensación se realice en el mismo expediente o que, difuminando la naturaleza del mismoal presente, se realice en varios a considerar como uno solo, pues la falta de competencia se extiende al propio acto de compensación de oficio.

CUARTO Ausencia de los presupuestos para la compensación.
A.- Pero aún más; aún en el supuesto de competencia de la Autoridad Tributaria para acordar dicha compensación, resulta que la misma infringe elart. 58 L.Co., pues siendo cierto que los créditos y deudas tributarias objeto de compensación fueron devengados con anterioridad a la declaración concursal, al tiempo de la declaración del concurso (18.9.2008) no concurrían las exigencias de existencia de créditos y deudas recíprocas, líquidas, vencidas y exigibles, por la poderosa razón de que la liquidación de las deudas tributarias de la concursada relativas al Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2006 y 2007, la liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido de 2008 y la liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido de 2006 y 2007, se realizó mediante Actas de conformidad de fecha 29.4.2009, por lo que tal liquidez no concurría a la declaración concursal.
En tal sentido debe hacerse cita de la doctrina recogida enSentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2643), al señalar que"...La compensación, como forma de extinción de las obligaciones tributarias, está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley General Tributaria 230/1963, al referirse a otras formas de extinción de la deuda tributaria, además del pago y la prescripción, decía en su artículo 68 : "1. La deudas tributarias podrán extinguirse, total o parcialmente, por compensación en las condiciones que reglamentariamente se establezcan: a) Con los créditos reconocidos por acto administrativo firme a que tengan derecho los sujetos pasivos en virtud de ingresos indebidos por cualquier tributo. b) Con otros créditos reconocidos por acto administrativo firme a favor del mismo sujeto pasivo. 2. La extinción total o parcial de las deudas tributarias que las Corporaciones Locales tengan con el Estado podrá acordarse por vía de compensación cuando se trate de deudas tributarias vencidas, líquidas y exigibles". Como sucede en la normativa civil, el mecanismo de la "compensación", según los arts. 1195 y 1202 del Código Civil (LEG 1889, 27), extingue en la cantidad concurrente las obligaciones de aquellas personas que por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras las unas de las otras y requiere, conforme el art. 1196.2 del mismo Código, para que pueda tener lugar la compensación, que los sujetos sean recíprocamente acreedor y deudor el uno del otro en una cantidad vencida, líquida y exigible concurrente... "; señalando en igual sentido laSentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, de 12.11.2010 (AC 2010, 2133) que "...Coincidiendo con los argumentos expuestos en laSAP Barcelona de 30 de marzo de 2009 (JUR 2009, 411292)resulta que el juicio sobre el perjuicio que pueda entrañar la satisfacción de un crédito por medio de la compensación no coincide con el realizado para el caso del pago, pues aunque no deja de ser una forma de extinción de una obligación de pago -a costa de un crédito a favor de la concursada (arts. 1195, 1196 y 1202 CC (LEG 1889, 27))-, tiene un tratamiento concursal especifico. Dentro del concurso, el tratamiento de estos dos modos de satisfacción de un crédito concursal no es idéntico: mientras que no cabe el pago del crédito concursal, sino es de acuerdo con las soluciones concursales (en el convenio o en la liquidación y pago) y de acuerdo con la par condicio creditorum, la prohibición de compensación no es absoluta. El art. 58 LC admite la compensación practicada con posterioridad a la declaración de concurso siempre que sus requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración. Por lo que, para no hacer de peor condición la compensación realizada antes del concurso, que la posterior, el juicio sobre el perjuicio debe quedar reducido en principio a la concurrencia de los requisitos de la compensación..."; puntualizando laSentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 30.9.2008 (JUR 2009, 94119)que "...El art. 58 LC únicamente admite como compensación eficaz con proyección sobre el concurso la que ha tenido lugar entre créditos que ya fueran compensables, conforme al régimen legal, en el momento de ser declarado el concurso, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles) se daban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago, y contemplando la situación desde la perspectiva de un concurso ya declarado...".
B.- Atendiendo a tal doctrina debe estimarse que la A.E.A.T. al tiempo de dictar Acuerdos compensatorios, no solo incurrió en exceso competencial, sino que procedió a compensar créditos y deudas que no eran líquidas, ni estaban vencidas ni eran exigibles al tiempo de la declaración concursal, lo que fuerza a rechazar el medio extintivo que pretende aplicar en claro perjuicio para los restantes acreedores de la concursada; debiendo estimarse la declaración de ineficacia de tales actos de compensación y la condena a la Administración Tributaria a su abono a la masa activa, pues si el Juez del concurso tiene jurisdicción y competencia para la declaración de ineficacia de los actos compensatorios, por imperativo del art. 73 L.Co. tal jurisdicción y competencia debe extenderse a la condena a la reintegración a la masa de las cantidades presuntamente pagadas en perjuicio de la masa activa; máxime cuando las cantidades por deudas y créditos recíprocos no compensables aparecen fijadas de muto acuerdo y con conformidad de la concursada y la Autoridad laboral.
Por todo ello, declarado el carácter indebido de la extinción de sus créditos acordada por la demandada A.E.A.T. en virtud de compensación, tanto por causa de incompetencia como por ausencia de los presupuestos delart. 58 L.Co. para la admisibilidad de un pago y extinción obligacional válida oponible a los demás acreedores, debe estimarse que los Acuerdos por los cuales la propia demandada se da por pagada y por extinguida parcialmente su posición crediticia, lo son en claro perjuicio de los demás acreedores concursales y contra la masa; lo que obliga a declarar su nulidad e ineficacia.": SJM-6 Madrid 11.04.2011 (Incidente Concursal 1021/2010)

10.4 Concurrencia de los requisitos legales antes de la declaración, aunque el acto administraruvo que declara la compensación sea posterior

AP Barcelona

“PRIMERO. 1. La concursada, Restaura, S.L., presentó demanda de incidente concursal frente a la Administración Concursal (AC) y frente a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en lo sucesivo AEAT) interesando que se ordenara a la demandada ejecutar las devoluciones por ella acordadas y pendientes de pago a la concursada, que ascienden a las cantidad de 784.487,01 euros, así como de las cantidades cuya devolución se comunique con posterioridad, durante la tramitación del presente proceso, y todo ello ordenando la revocación de toda compensación que haya ejecutado la AEAT después de la Sentencia de 19 de noviembre de 2013, recaída en el Incidente Concursal 48/2013.
2. La AC se allanó a la pretensión. La AEAT se opuso a ella alegando que:
a) El incidente iniciado era improcedente porque el juzgado del concurso carecía de competencia paraconocer de las cuestiones objeto del mismo. b) De forma subsidiaria, que todas las compensaciones son correctas.
3. La resolución recurrida estimó en parte la demanda considerando que tenía competencia para conocer de la pretensión relativa a la compensación de créditos concursales y declaró que la AEAT no la podía llevar a cabo. Y, en cuanto a los créditos contra la masa, desestimó la pretensión argumentando que no se cuestionaban las facultades de autotutela que corresponden a la AEAT y se requirió a la AC para que en el término de los cinco días siguientes se informara sobre el estado de los créditos contra la masa y sobre las incidencias de las compensaciones acordadas por la AEAT en aquellos otros cuyo vencimiento fuera anterior al compensado. Si bien se argumentaba que, en función de lo que resultara de ese informe, correspondería a la AC o a la propia concursada plantear ante la AEAT la correspondiente reclamación por el quebranto de las reglas de vencimiento del crédito contra la masa.
4. La AEAT recurre exclusivamente contra el particular de la resolución recurrida relativo a la compensación de créditos concursales, que considera que no es conforme con lo dispuesto en el artículo 58 LC. Estima la recurrente que la compensación es admisible porque se trata de compensar un crédito concursal con devoluciones reconocidas con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, retenidas en un principio como medida cautelar a consecuencia de un procedimiento penal. La razón por la que así ocurre es porque la legislación tributaria admite la compensación y porque concurrían antes de la declaración del concurso los requisitos para que la misma se pudiera producir, razón por la que ha de considerarse realizada antes de la declaración del concurso, ya que la misma opera ope legis, esto es, no precisa de ningún acto administrativo. Por tanto, las compensaciones realizadas por el acuerdo de 10 de diciembre de 2013 únicamente tienen el efecto de declarar las mismas con efectos desde que se dieron los requisitos para su procedencia, tal y como resulta del artículo 58 LC.
5. La AC se opone al recurso alegando que no solo es preciso estar a si se cumplen los requisitos para que la compensación opere sino que también debe tomarse en consideración la actuación de la AEAT en el concurso, de lo que resulta que ha insinuado su crédito como concursal y nunca había opuesto su derecho de compensar el crédito con los importes adeudados a Restaura, hasta el extremo de que ha llegado a hacer pago de la cantidad de 1.315.539,83 euros en concepto de devoluciones tributarias sin oponer en ningún momento la compensación.
6. También la concursada funda su oposición al recurso, de forma esencial, en la doctrina de los actos propios, argumentando que la AEAT había actuado en el concurso en forma inequívoca en el sentido de no pretender compensación alguna, de forma que no puede pretender más tarde cambiar de opinión, contra su anterior proceder y contra las actuaciones concursales firmes por no impugnadas por la propia parte. Y señala que la forma de actuar de la AEAT ha creado en la concursada unas expectativas legítimas que pueden verse defraudadas por el cambio de criterio experimentado posteriormente.
SEGUNDO. 7. Como punto de partida, el recurso afirma que no cuestiona la competencia del juzgado mercantil para declarar la compensación, en los términos que resultan de la Sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 9 de abril de 2013 (ROJ: STS 2906/2013), conforme a la cual «... la AEAT es competente para dictar el acto administrativo de liquidación del IVA, y para reconocer y determinar el crédito por devolución del IVA a favor de la concursada y sus condiciones (y)... el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid es competente para exigir de la AEAT el crédito a la devolución por IVA tal y como haya sido reconocido por la AEAT y para decidir sobre su compensación con otras deudas tributarias». Lo que se limita a cuestionar la AEAT es que no sea procedente la compensación practicada por su parte.
8. Establece el artículo 58 LC que «(s)in perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal ».
9. Por tanto, tiene razón la AEAT cuando afirma que lo determinante no es el momento en el que se dictó el acto administrativo acordando la compensación (10 de diciembre de 2013), única cuestión a la que parece haber concedido relevancia la resolución recurrida, sino que lo relevante es si a la fecha de la declaración del concurso concurrían ya los requisitos para que pudiera haber operado la compensación.
10. La AEAT en su recurso alega que esos requisitos concurrían en la fecha de la declaración del concurso porque los créditos y deudas compensados son todos ellos de fecha anterior (los créditos a favor de la AEAT corresponden a IVA de 2009) y eran exigibles en esa fecha, lo que no se cuestiona por la concursada y por su AC, que se limitan a oponer que los actos en el concurso de la AEAT (la insinuación de créditos concursales, su reconocimiento con esa condición y la ausencia de impugnación de la lista) permiten excluir que haya podido operar el mecanismo de la compensación.
11. Por tanto, entendemos que tampoco se cuestiona que la compensación opera de oficio cuando concurren los requisitos para ello antes de la declaración del concurso, como determina el artículo 58 LC, y como ha venido interpretando la jurisprudencia. En ese sentido se pronuncia la STS de 18 de febrero de 2013 (ROJ: STS 852/2013) cuando afirma que « (l)os efectos de la compensación se producen de forma automática o "ipso

iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después....».
12. Esa excepcional posibilidad de compensación de créditos concursales tras la declaración del concurso no resulta incompatible con el hecho de que el crédito a favor de la AEAT hubiera sido calificado como crédito concursal e incluso que también se hubiera incluido en la masa activa el crédito a favor de la concursada. Fue precisamente por esa circunstancia por la que el legislador procedió en la Ley 38/2011 a modificar el tenor literal del artículo 58 LC, para aclarar precisamente la forma en la que puede operar esa compensación, aclarando que un crédito concursal incluido en la masa pasiva del concurso no tiene por qué quedar sometido al principio de la par condicio creditorum cuando concurre la circunstancia que tal precepto establece para permitir su compensación.
13. Por consiguiente, al contrario que el juzgado mercantil, estimamos que es correcta la compensación hecha por la AEAT en su resolución de 10 de diciembre de 2013, del crédito a favor de la concursada procedente de la liquidación del impuesto de sociedades del ejercicio 2009 con deuda por IVA también del ejercicio 2009.”: SAP Barcelona (Sección 15) 29.01.2015 (Sentencia 21/2015; Rollo 397/2014)

11. Inexistencia de crédito recíproco contra la concursada

11.1 Crédito contra otra sociedad del grupo

AP Barcelona

“SEGUNDO.- Para resolver el presente recurso, debemos partir de los siguientes acreditados:
1) La demandante, FORNS I CAFETERIES DE L'ITALIÀ S.L,. mantuvo relaciones comerciales con la demandada, ALVILARDAN DISTRIBUCIÓ DE PA I BOLLERIA CONGELADA S.L., como consecuencia de las cuales, le suministró diversos productos que generaron las facturas de 21 de mayo de 2.007, por importe de 1.999,96 euros, de 30 de junio de 2.007, por importe de 493,25 euros, de 7 de agosto de 2.007, por importe de 986,50 euros, de 11 de agosto de 2.007, por importe de 493,25 euros, de 31 de agosto de 2.007, por importe de 493,25 euros, de 27 de septiembre de 2.007, por importe de 493,25 euros, de 30 de noviembre de 2.007, por importe de 986,50 euros, de 19 de diciembre de 2.007, por importe de 493,25 euros, de 31 de enero de 2.008, por importe de 1.627,66 euros y de 29 de febrero de 2.008, por importe de 1.627,66, resultando un total de 9.694,53 euros.
2) La demandante FORNS I CAFETERIES DE L'ITALIÀ S.L. forma parte del mismo grupo de empresas que las sociedades CAFÉ A LAS CINCO S.L. y PANOCAT S.L., habiendo sido las tres mercantiles declaradas en situación de concurso voluntario por autos de fecha 15 de diciembre de 2.008, dictados por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, en asuntos 916/2.008, 917/2.008 y 918/2.008, seguidos en ese Juzgado.
3) La demandada ALVILARDAN DISTRIBUCIÓ DE PA I BOLLERIA CONGELADA S.L., mantenía a su vez, relaciones comerciales con otra empresa del grupo CAFÉ A LAS CINCO S.L., de forma que la demandada suministraba productos a esta última, produciéndose una deuda a favor de la demandada por importe de 19.385,32.
Para el pago de la misma, DON Aureliano, administrador único de ambas compañías, FORNS I CAFETERIES DE L'ITALIÀ S.L. y CAFÉ A LAS CINCO S.L., procedió a entregar, en marzo de 2.007, cuatro pagarés por importes de 4.846,33 euros cada uno de ellos, los cuales resultaron impagados a su vencimiento.
4) La mercantil ALVILARDAN DISTRIBUCIÓ DE PA I BOLLERIA CONGELADA S.L. presentó demanda cambiaria, en marzo de 2.008, dictándose sentencia el día 3 de noviembre de 2.008 por la que se condenó a CAFÉ A LAS CINCO S.L. a pagar a la demandada ALVILARDAN DISTRIBUCIÓ DE PA I BOLLERIA CONGELADA S.L. la cantidad de 14.538,99 euros, estimándose la oposición formulada respecto del pagaré de fecha 2 de julio de 2.007 por importe de 4.846,33 euros.
TERCERO.- La sentencia de primera instancia razona que debe considerarse acreditada la realidad apreciada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona en relación con la actora, declarando la existencia de un grupo empresarial, al amparo del artículo 42 del Código de Comercio, del que forma parte la actora junto con CAFÉ A LAS CINCO S.L. y PANOCAT S.L., realidad que comporta una unidad de gestión o administración y una unidad en el tráfico; y es esa unidad en el tráfico la que ha afectado a la demandada puesto que sobre una base de la coincidencia en el administrador del grupo, la demandada se ha convertido en acreedora de otra de las empresas del grupo llegando a documentar ese crédito mediante pagarés; por lo expuesto, concluye que debe estimarse la compensación de créditos alegada por la demandada puesto que ésta ostenta un crédito líquido y exigible frente al grupo de empresas de la que forma parte la actora, compensación que únicamente es posible, en este supuesto, ante la declaración efectuada por la Jurisdicción mercantil de grupo de empresas, de forma que la totalidad de las operaciones de activo y pasivo del grupo quedan vinculadas por esa unidad de tráfico y gestión.
En éste proceso se reclama un crédito por FORNS I CAFETERIES DE L'ITALIÀ S.L. y la demandada opone en crédito compensable con otra empresa del mismo grupo empresarial CAFÉ A LAS CINCO S.L.
No se duda que FORNS I CAFETERIES DE L'ITALIÀ S.L. y CAFÉ A LAS CINCO S.L. son sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial, junto con la mercantil PANOCAT S.L., pero lo que se interesa, en

el presente caso, es que se reconozca que el crédito que ALVILARDAN DISTRIBUCIÓ DE PA I BOLLERIA CONGELADA S.L. ostenta contra CAFÉ A LAS CINCO S.L., en realidad, es un crédito frente a la actora FORNS I CAFETERIES DEL ÍTALIÀ S.L.
En primer término, debemos señalar que parte del crédito que aquí se pretende compensar, por importe de 14.538,99 euros, ya ha sido objeto de condena en el procedimiento cambiario número 132/2.008, seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Vilanova i la Geltrú, por lo que no puede ahora la demandada hacer valer la compensación de un crédito que ya ha sido reconocido y que ha sido objeto de condena en otro procedimiento, por lo que la compensación, en su caso, procedería únicamente respecto del pagaré con vencimiento de 2 de julio de 2.007, por importe 4.846,33 euros.
Pero, lo que ocurre en el presente supuesto, es que las tres empresas del grupo FORNS I CAFETERIES DE L'ITALIÀ S.L., CAFÉ A LAS CINCO S.L. y PANOCAT S.L., han sido declaradas en concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, en expedientes 916/2.008, 917/.2008 y 918/2.008, por lo que no procede la compensación que realiza la sentencia de primera instancia al no permitirlo la Ley Concursal.
Así, se prohíbe la compensación en el artículo 58 de la Ley Concursal, que dispone " Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal ".
Como señala la sentencia dictada por la sección primera de la A.P. de Segovia, de fecha 29 de marzo de 2.010, "este precepto pone de relieve en su primer párrafo esa prohibición general, pero más trascendente que su contenido a efectos materiales es lo que dispone el párrafo segundo a efectos formales o competenciales.
En esta disposición se establece que en caso de controversia sobre los requisitos de la compensación y el momento de su existencia, la competencia corresponde al juez del concurso pues deben resolverse por los trámites de los incidentes concursales. Por lo tanto se pone de relieve que el tratamiento de la compensación debe ser objeto de examen en el procedimiento concursal y por parte del juez de lo mercantil".
Finalmente, cabe indicar que la demandada, como acreedora de CAFÉ A LAS CINCO S.L., podía haber acudido a la posibilidad expresamente contemplada en el artículo 3.5 de la Ley Concursal, que permite al acreedor solicitar la declaración conjunta de concurso de varios deudores cuando exista confusión de patrimonios o cuando siendo personas jurídicas forme parte de un mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros e identidad en la toma de decisiones.
A su vez, el artículo 25 de la Ley Concursal permite la acumulación de concursos cuando existan varias sociedades concursadas pertenecientes a un mismo grupo, aunque en este caso no exista confusión de patrimonios, solicitándolo la administración concursal, mediante escrito razonado,
Pero desde luego lo que no puede hacer el Juez civil es declarar que el crédito que ALVILARDAN DISTRIBUCIÓ DE PA I BOLLERIA CONGELADA S.L. ostenta contra CAFÉ A LAS CINCO S.L., en realidad, es un crédito frente a la actora FORNS I CAFETERIES DEL ÍTALIÀ S.L.
Por todo lo expuesto, debemos estimar el recurso y revocar la sentencia del Juzgado de primera instancia.”: SAP Barcelona (Sección 4) 20.05.2011 (Sentencia 260/2011; Rollo 498/2010)

“PRIMERO.- ZEROA MULTIMEDIA S.A. interpuso demanda de impugnación de la lista de acreedores y del inventario de bienes del concurso de MEDIAPUBLI SOCIEDAD DE PUBLICACIONES Y EDICIONES S.L. Según alegó la demandante, la entidad URGULL 2004 S.A., que forma parte del mismo grupo que ZEROA MULTIMEDIA S.A. (el GRUPO NOTICIAS), figura como acreedora de la concursada por un importe de 96.000 euros, con vencimiento el 25 de diciembre de 2011. Por su parte EDICIONES IZORIA 2004 S.A., que también pertenece al GRUPO NOTICIAS, adeuda a la concursada 21.948 euros, figurando el crédito en el inventario de bienes. De ese crédito, 15.688,55 euros se correspondían con una factura con vencimiento el 31 de diciembre de 2011. La demandante interesó se procediera a la compensación de la parte del crédito que era líquida y había vencido antes de la declaración del concurso. La compensación, a su entender, vendría justificada por el hecho de pertenecer las dos sociedades -acreedora y deudora- al mismo grupo. Por ello solicitó que en la lista se hiciera constar a URGULL 2004 S.A. con un crédito de 80.311,50 euros y que la deuda de IZORIA 2004 S.L. con la concursada quedara reducida a 6.259 euros.
La sentencia de instancia, que acogió en lo sustancial los argumentos de la administración concursal, desestimó íntegramente la demanda. Además de cuestionar la legitimación activa de la demandante, la juez a quo rechaza la pretensión de ZEROA MULTIMEDIA por no concurrir los requisitos legales de la compensación, dado que los créditos a compensar no pertenecían a las mismas personas. El hecho de que IZORIA 2004 y URGULL pertenezcan al mismo grupo empresarial, según la sentencia apelada, no justifica la compensación.
SEGUNDO.-La sentencia es recurrida por la demandante, que insiste en los mismos argumentos esgrimidos en su escrito de demanda. Al pertenecer ZEROA MULTIMEDIA -la actora-, URGULL 2004 S.A. acreedora en el concurso- y EDICIONES IZORIA 2004 -deudora de la concursada- a un mismo grupo, en el que ZEROA MULTIMEDIA ostenta una participación mayoritaria en las otras dos sociedades, ha de procederse a la compensación. Introduce, además, dos argumentos que no adujo en la demanda. En primer lugar, que resulta de aplicación la doctrina del levantamiento del velo social, que permite corregir los excesos "del dogma del hermetismo de la personalidad de las sociedades y prescindir de la separación entre las esferas jurídicas de cada una de las sociedades del grupo". Y, en segundo lugar, que entre las empresas del GRUPO NOTICIAS y MEDIAPUBLI siempre había existido una "relación bidireccional", pactándose "una suerte de cuenta corriente" en la que periódicamente se efectuaban las correspondientes compensaciones entre ellas en virtud de los cargos, abonos y pagos.
La administración concursal presentó escrito de oposición, solicitando se confirmara la sentencia por sus propios fundamentos.

TERCERO.-Planteados los términos del debate, debemos confirmar íntegramente la sentencia de instancia. En efecto, de acuerdo con el artículo 58 de la Ley Concursal, en el concurso sólo procederá la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o el acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.
Como es sabido, de acuerdo con el artículo 1.195 del Código Civil, la compensación tendrá lugar cuando dos personas por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra. El artículo 1.196 precisa los presupuestos de la compensación, entre los que se encuentra el que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro. En el presente caso no se da esa identidad. El crédito y la deuda que se pretenden compensar pertenecen a distintas empresas.
Que el acreedor y el deudor de la concursada formen parte del grupo que lidera la demandante en modo alguno justifica la compensación. La propia recurrente admite que las dos sociedades tienen personalidad jurídica propia y que no se han constituido para eludir la Ley o con objetivos espurios.
No es posible, por otro lado y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducir en la apelación hechos o fundamentos de derecho que no fueron invocados en primera instancia. En cualquier caso, no ha quedado acreditada esa supuesta relación de "cuenta corriente" con compensaciones recíprocas a las que se alude en el recurso. Y la demandante no puede pretender que se levante el velo social en el seno de su propio grupo. La jurisprudencia justifica la técnica y la práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, cuando aquéllas se utilizan como un instrumento para el fraude. No es posible, por tanto, invocar esa doctrina en beneficio propio y para eludir los requisitos de la compensación legal. “:SAP Barcelona (Sección 15) 28.01.2014 (Sentencia 18/2014; Rollo 353/2013)

12. Compensabilidad de los créditos a favor de la concursada con los pagos a cargo de ésta que resulten de la liquidación

AP Barcelona

“TERCERO: Lógicamente, la prohibición de compensación del art. 58 LC debe integrarse con las reglas de pago dentro de la liquidación. La razón que impide la compensación de los créditos y las deudas del concursado es evitar el pago -la compensación es una forma de satisfacción del crédito-, alterando las reglas de la par condicio creditorum. Si la compensación se realiza durante la liquidación, y únicamente respecto de los créditos que conforme a las reglas de los arts. 154 y ss. LC en cada caso puedan ser satisfechos con lo obtenido de la realización de los bienes y derechos del concursado, entonces no se altera la *par condicio creditorum*, ya que el acreedor del concursado consigue la satisfacción de su crédito, mediante compensación con deudas frente al concursado, sólo en la medida en que procedería su satisfacción aplicando las referidas reglas de pago.
Pero un presupuesto esencial para esa compensación es que se cumplan los requisitos previstos en el art. 1196 CC, y en concreto que ambas deudas estén vencidas, sean líquidas y exigibles. La deuda que la Administración Concursal pretende compensar con lo que se debería pagar a la AEAT en la fase de liquidación es de 13.589,40 euros, y se justificaría por un derecho de la concursada a la devolución de las cuotas del IVA soportadas. Este derecho que, como muy bien apunta la Abogado del Estado, viene regulado en los arts. 99.5 y 115.3 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre de IVA, para que sea exigible tiene que haber sido objeto de un acto expreso de reconocimiento por parte de la AEAT, previa comprobación de la solicitud presentada por el interesado en su declaración de liquidación correspondiente al último periodo del año.
La Administración concursal alega en su recurso que la deuda de AEAT frente a la concursada por devolución de IVA, por el importe reseñado, fue objeto de autoliquidación por la concursada y reconocido por la Agencia Tributaria, como se desprende del informe que firma el Subjefe de la Unidad de Recaudación de noviembre de 2006. Este informe aportado con la demanda de impugnación de la rendición de cuentas, refiere que la autoliquidación en la que se solicitaba la compensación fue presentada el día 23 de octubre de 2006, y que a la fecha de emisión de dicho informe todavía no se había generado dicha devolución, esto es, no había sido reconocido todavía. En otros términos, no era todavía exigible. Por ello, mientras no conste su reconocimiento por la Administración Tributaria no cabrá su compensación.”: SAP Barcelona (Sección 15) 10.03.2008 (Rollo 698/2007)

AP Alicante

“PRIMERO.-La demanda que inicia este proceso tiene por objeto una pretensión de condena al pago de 33.808,20.- # como consecuencia de la falta de pago del precio del vehículo marca BMW, modelo 335D Coupe, matrícula....-GKS, que fue vendido el día 8 de julio de 2009 por la actora al demandado.
El demandado opuso la compensación parcial por importe de 29.102,45.- # al ser acreedor de la sociedad dominante de la actora, FERRIS HILLS, S.L., como consecuencia de haber asumido aquél la amortización de un préstamo hipotecario cuyo pago correspondía a ésta.
La Sentencia de instancia estimó la demanda en su integridad y frente a la misma se ha alzado el demandado quien mantiene en esta alzada la compensación parcial de la suma de 29.102,45.- # al aplicar la tesis del levantamiento del velo por la confusión patrimonial existente entre las sociedades FERRIS HILLS, S.L. y LEMBERK de tal manera que el crédito del que es titular el demandado es compensable con el que es titular la mercantil actora frente a él por la falta de pago del precio del vehículo adquirido.
SEGUNDO.-Se rechaza el recurso de apelación por las razones que pasamos a exponer:
En primer lugar, de los artículos 1.195 y 1.196-1º del Código civil se desprende que la compensación exige que las dos personas entre las que opera la compensación sean, por derecho propio, recíprocamente acreedoras y

deudoras la una de la otra. En nuestro caso, la que resultaría deudora frente a Don Romeo es la mercantil FERRIS HILLS, S.L. que es la que no ha asumido las cargas hipotecarias de las que se estaría haciendo cargo el demandado; como se ve, no es deudora la mercantil actora, LEMBERK. Además, el titular del crédito susceptible de compensación tampoco es Don Romeo sino la mercantil SUN RISE BUSINESS,
S.L. según el documento número 15 de la contestación, pues es en la cuenta de esta mercantil donde se están cargando las sucesivas amortizaciones del préstamo hipotecario.
En segundo lugar, no es oponible la tesis del levantamiento del velo por la supuesta confusión patrimonial entre las distintas sociedades del grupo (FERRIS HILLS, S.L. detenta la totalidad del capital social, directa o indirectamente, de LEMBERK) hasta el punto de hacer responsable solidaria a LEMBERK de las deudas de FERRIS HILLS, S.L. porque cuando se celebra la compraventa del vehículo y cuando se asumen por FERRIS HILLS, S.L. las cargas hipotecarias de las fincas adjudicadas en pago por SUN RISE BUSINESS,
S.L. era, precisamente, Don Romeo el Administrador de todas las sociedades. Resulta contrario a la buena fe que oponga la tesis del levantamiento del velo con la que se trata de sancionar el fraude en el abuso de las personas jurídicas quien se ha valido de las mismas para realizar todas estas operaciones.
En tercer lugar, no figura en la Lista de Acreedores de FERRIS HILLS, S.L. ni en la Lista de Acreedores de LEMBERK, actualmente, ambas en situación de concurso, ni la mercantil SUN RISE BUSINESS, S.L. ni tampoco Don Romeo por el crédito que invocan en este proceso. Es decir, no puede aprovecharse este proceso para hacer efectivo un derecho de crédito mediante su compensación cuando no se ha comunicado en el concurso de las dos supuestas deudoras, máxime si tenemos en consideración que el artículo 49 de la Ley Concursal dispone que declarado el concurso quedarán de derecho integrados en la masa pasiva todos los acreedores del deudor.
En cuarto lugar, no puede operar la compensación ni frente a FERRIS HILLS, S.L. ni frente a LEMBERK porque el artículo 58 de la Ley Concursal la prohíbe una vez declarada el concurso. En nuestro caso, a la vista de las fechas en las que se produjeron las amortizaciones del préstamo hipotecario (a partir del mes de marzo de 2010 según el documento número 15 de la contestación) la supuesta compensación se estaría produciendo una vez declarado el concurso de ambas mercantiles.": SAP Alicante (Sección 8) 17.07.2012 (Sentencia 336/2012; Rollo 245/2012)

JM-3 Barcelona

"**Segundo**.- En el supuesto de autos la Abogacía del Estado se opone a la aprobación de la rendición de cuentas de la administración concursal de la mercantil TEIXITS ORATAM S.L. por discrepancias en las siguientes cuestiones: (…) c) De igual modo la administración concursal ha considerado como pago a cuenta del crédito con privilegio general el saldo del IVA a compensar del período de liquidación – 13.589'40 euros a favor de la concursada. (…) La Abogacía del Estado, en defensa de los intereses de la Agencia Tributaria, considera que (…) tampoco puede compensarse el IVA debido a la concursada porque no se ha generado la correspondiente devolución. (…)
Quinto.- El último problema que corresponde abordar es el de la posible compensación del crédito privilegiado reconocido a la Hacienda Pública con las cantidades pendientes de devolución por IVA. El artículo 58 de la Ley Concursal referido a la prohibición de compensación se ocupa de los supuestos en los que los requisitos para la compensación concursal se dieran antes de la declaración de concurso. La compensación en el Código civil opera como instrumento de pago – artículo 1156 al enumerar los supuestos de extinción de las obligaciones -. Los requisitos para que se produzca la compensación aparecen en el artículo 1196 del Código civil.
Al tratarse de la compensación de un instrumento de pago debe conjugarse con los principios concursales y el sistema de pagos conforme a los privilegios en los términos del artículo 154 y siguientes de la Ley Concursal de modo que no será posible compensar la deuda de un acreedor ordinario con cargo a una deuda que este acreedor tenga con el concursado si hay acreedores con privilegio general que no hayan cobrado su crédito, ni la compensación de créditos respecto del acreedor ordinario puede determina que le corresponda una cuota de liquidación por compensación superior a la que le corresponde al resto de acreedores ordinarios.
Por lo tanto ha de evitarse una aplicación automática de la compensación en sede concursal.
En el supuesto de autos hay una cantidad pendiente de ingresar en la masa activa del concurso derivada de una devolución de impuestos. Tal y como manifiesta la propia Agencia Tributaria "no se ha generado la correspondiente devolución",es decir no se cumplen los requisitos del artículo 1196 del Código civil puesto que no sería exigible, si asimilamos el momento en el que se produce el correspondiente título de devolución con el de exigibilidad civil.
En definitiva ni los créditos serían compensables por no ser exigible la cantidad derivada de la devolución de IVA ni aún siendo exigible podría compensarse de modo automático si con ello se altera o afecta el orden de pago de los créditos del artículo 91 de la Ley Concursal, por cada uno de los ordinales y, dentro de cada uno de ellos, a prorrata.
Al formularse el inventario – artículo 82 de la Ley – la administración concursal debía establecer respecto de los activos que integran la masa su situación, sus cargas y el estado en que se encuentren. Cierto es que la Ley Concursal establece un plazo de duración de la liquidación que no ha de superar los 12 meses, pero también lo es que esa duración debe compaginarse y armonizarse con las circunstancias de cada caso y, en concreto, sobre las situaciones de contingencia hasta que esa contingencia desaparece. Desde esta perspectiva resulta razonable prorrogar las operaciones de liquidación por causas justificadas y, entre ellas, la planteada en los presentes autos.
Por lo tanto debe fijarse el crédito privilegiado de la Hacienda Pública sin compensación alguna, sin perjuicio de que en el momento de pago, de ser efectiva la devolución anunciada, se aplique al pago la cantidad adeudada en los términos derivados del artículo 156 de la Ley Concursal.": SJM-3 Barcelona 23.05.2007 (Incidente Concursal 189/2007)

13. Compensación de impagados de descuento

13.1 Son compensables desde su fecha de vencimiento

AP Alicante

“PRIMERO La cuestión que tenemos que dilucidar en este incidente es el relativo al carácter líquido o ilíquido de los cuatro efectos cuyo descuento y compensación pretende con su demanda la entidad Bancaja por importe de 16.631,22 euros, pretensión a la que hizo oposición en su momento la administración concursal alegando no sólo la aplicación de la excepción a dicha compensación de lo prevenido en elartículo 1200 del Código Civil, sino el carácter ilíquido de la deuda concurrente con anterioridad a la declaración del concurso-art 1196 CC y 58LC-.
La Sentencia de instancia, tras señalar que la entidad concursada tenía concertada una póliza de garantía para operaciones de anticipo de créditos con la actora y que fueron anticipados a la concursada cuatro efectos con vencimientos todos anteriores a la declaración del concurso, por importe de 16.500 euros, concluye que con anterioridad a la declaración del concurso Bancaja tenía la condición de acreedor de Lanatín por el importe anticipado que por tanto, era deuda en dinero, vencida, líquida y exigible conforme a la previsión contenida en lacláusula 6ªdel contrato, sin que a tal conclusión se oponga el hecho de que los apuntes y cargos se hicieran con posterioridad a la declaración de concurso. Rechaza la aplicación de la excepción delartículo 1200 del Código Civilen la consideración de que el dinero depositado en cuenta bancaria no constituye un depósito propiamente dicho.
SEGUNDO El recurso de apelación que formula la administración concursal concentra la batería de su argumentación en la concurrencia de la liquidez de la deuda que se niega con origen, como pretende la Sentencia de instancia, en el impago de los efectos objeto del contrato de garantía de descuento. Afirma la administración concursal que la deuda nace con el vencimiento del efecto impagado, pero no determina, dice el recurrente, que sea líquida ya que por aplicación del contrato son necesarias operaciones para aplicar gastos, comisiones e intereses, operación que en el caso tuvo lugar en fecha 27 de marzo de 2007 y, por tanto, con posterioridad al concurso.
El recurso se desestima.
Cabe recordar que el contrato de descuento bancario es un contrato de crédito. De ahí el acierto de la asimilación que hace el Juez de lo Mercantil, y que además, resulta explícita en lacláusula sextadel contrato que nos ocupa. Pero este contrato también es, como ha destacado reiteradamente la jurisprudencia, un contrato de concesión de liquidez porque supone el intercambio de un activo financiero -títulos valores- por un activo monetario, efectuado con carácter pleno y poseyendo, por consiguiente, virtualidad traslativa, criterio éste que se encuentra referido en laSentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo 1988y en nuestro caso, en lacláusula primeradel contrato que nos ocupa, relativa al objeto.
Pues bien, en este contrato, el descontatario, hoy la concursada, asumía la obligación de restitución de los efectos impagados. En este sentido, lacláusula 8ªseñalaba que resultaba exigible el cumplimiento de esta obligación en cuando al crédito descontado para el caso de que no llegara a buen fin. Se trata además de una obligación que expresamente reconoce laSentencia del Tribunal Supremo de 5 febrero 1991, según la cual es evidente el derecho del banco descontante a que quien obtuvo el descuento le reitegre el importe de las mismas, pues la esencia de toda operación de descuento cambiario, al entrañar la mera cesión "pro solvendo" (no "pro soluto") del crédito que incorpora la letra descontada, consiste precisamente en que, si dicho crédito no llega a hacerse efectivo por el obligado a su pago, el banco descontante puede reclamar su importe de aquel que obtuvo el descuento de las mismas, doctrina que lo que lleva a considerar es que la obligación de restituir el crédito no satisfecho y, por tanto, la posibilidad del Banco descontante de reclamarlo, nace desde el momento mismo en que los créditos, cuyo importe ha anticipado este último al descontarlo, vencen y no son abonados por el tercero obligado al pago. Ello encuentra además su expresión contractual en la póliza, en lacláusula 8ªcuando señala que en el supuesto de que los créditos resulten total o parcialmente impagados a su vencimiento...Bancaja lo comunicará al cliente que deberá reintegrar de inmediato a Bancaja las cantidades no satisfechas, por sus importes íntegros, lo que implica, desde la perspectiva del instituto de la compensación, la existencia de liquidez respecto del principal, que no es otro que el importe del efecto, sin perjuicio de las obligaciones de pago de comisiones, gastos e intereses.
Insistir que solo con la previa liquidación de éstos accesorios cabe hablar de liquidez de la deuda, supone reducir el beneficio que el derecho de crédito confiere, en un perjuicio para el acreedor, sin advertir que las prestaciones por gastos e intereses son accesorias, subordinadas, pero distintas y autónomas, de las que integran el principal, criterio que además es tenido en cuenta por la Ley Concursal cuando califica separadamente el crédito por intereses -art 93-3º LC-. Cabe por tanto hablar de liquidez del principal y liquidez de los intereses, estos como frutos de aquella lo que por cierto implica, abundando esta argumentación, que sólo es dable liquidar intereses, hablar de liquidez de los frutos civiles, cuando previamente hay liquidez del principal. Aceptado tal aserto, es evidente que desde un punto de vista temporal, la situación liquidatoria es diversa y, por tanto, no puede negarse en este caso, el carácter líquido del principal de la deuda, hecho que producido con anterioridad a la declaración del concurso permite, por mor delartículo 58 de la Ley Concursal, compensar los créditos por concurrencia de los presupuestos de la compensación con anterioridad al hecho delimitador de la prohibición concursal.”: SAP Alicante (Sección 8) 12.02.2009 (JUR 2009/190671; Sentencia 65/2009; Rollo 113/2008)

13.2 Tesis contraria: rechaza que hubiese operado *ipse legis* la compensación legal del débito por impagados de descuento (?)

AP Zaragoza

"PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente incidente pretende resolver si el crédito que ostenta (u ostentaba) la entidad bancaria frente a la sociedad concursada, como consecuencia de una póliza de descuento de efectos de comercio, ha de entenderse extinguido como consecuencia de "compensación" operada antes de la declaración del concurso de la sociedad descontataria o si por el contrario, no puede admitirse la "compensación" por haberse intentado con posterioridad a dicha fecha y por aplicación de lo dispuesto en elart. 58 L.C.
SEGUNDO.- Nadie discute en esta litis que elArt 58citado prohibiría el efecto extintivo de una pretendida compensación de créditos entre banco acreedor y sociedad concursada deudora, cuando aquel modo de extinción de las obligaciones hubiera tenido lugar después del Auto de declaración del concurso de "Zara Inox, S.L.". Por lo tanto, la cuestión litigiosa se centra en determinar la fecha de dicha "compensación".
TERCERO.- Pero además, el supuesto enjuiciado presenta una especialidad, pues se trata de una relación de "descuento". Lo que origina algunas peculiaridades. Esta sección en susentencia 733/01, de 11 de diciembre, recogiendo la doctrina del Alto Tribunal, exponía que "Por el contrato de descuento el poseedor de un título valor no vencido lo transfiere a un banco (generalmente) para que le anticipe su importe, con ciertas deducciones o descuento (de ahí su nombre), todo ello con independencia del contrato subyacente del que surgieron los efectos descontados. Es pues, autónomo e independiente, no naciendo ninguna obligación del descuento para el tercero que contrató con el descontatario. Se trata, además, de una cesión "pro solvendo" (no "pro soluto") o "salvo buen fin", de tal modo que si llegado el vencimiento de los títulos descontados, no son hechos efectivos por el obligado a su pago, surge el derecho del Banco descontante a obtener del descontatario el reintegro del importe de los expresados títulos".
En la misma línea la S.T.S. de 10-febrero.2006 cuando razona que "el descuento bancario se caracteriza porque el Banco (descontante) anticipa al cliente (cedente o descontado) el importe del crédito que éste tiene con un tercero, previa deducción de los intereses correspondientes por el tiempo que falta para su vencimiento, mediante la adquisición por el descontante de la titularidad del crédito cedido, y en el que la cesión tiene lugar pro solvendo y con la cláusula salvo buen fin, tal como viene declarando una profusa jurisprudencia. Y que precisamente ese doble mecanismo del anticipo y el derecho de reintegro en caso de fracaso del cobro del crédito constituye el aspecto más característico de la operación de descuento. El anticipo puede tener lugar de diversas formas, y entre ellas el ingreso en una cuenta de crédito o en una cuenta corriente; y el derecho de reingreso puede ejercitarse judicialmente a través de diversas acciones o hacerse efectivo extrajudicialmente mediante el contra-asiento, operación que consiste en cargar al librador los efectos que resultaren impagados".
CUARTO.- Por lo tanto, según esta doctrina, el derecho de crédito nace para el banco descontante cuando no se produce el "buen fin" de los efectos mercantiles. A partir de ahí tiene abierta la posibilidad de cobrarse del descontatario empleando los medios legales y contractuales a su alcance. Entre ellos reclamar judicialmente el saldo deudor de la póliza mercantil de descuento o bien, como se deduce de ella, compensándose el crédito contra la descontataria con los saldos positivos que ésta posea en el banco descontante.
Sin embargo, se deduce de la estipulación octava, de la póliza de descuento, la "compensación" no es sino una posibilidad que ha de ejercitar el banco, pues éste puede preferir otras opciones. De hecho, una vez cerrada la cuenta deudora derivada de dicho contrato de descuento, se presenta demanda ejecutiva, redactada con fecha 18 de mayo de 2005. Por lo tanto, lo que no puede pretender la entidad bancaria es cobrar por dos vías un crédito derivado de dicha relación de descuento (mediante la compensación y a través de una demanda ejecutiva).
En consecuencia, la carga de la prueba del momento en que "Barclays" decide abandonar la reclamación judicial y optar por la vía de la compensación le corresponde a ella (art 217 LEC). Y de la documental obrante en autos, ciertamente, no se puede inferir que tal método extintivo respecto a dicho crédito se actuara antes del día 8-9-05 (auto de declaración del concurso). Sino, en todo caso, el 14-9-05 (f.20).
Pero, aún así, dado que la deuda de "Zara Inox, S.L." superaba los 12.733,15 ?, hubiera sido necesario acudir a la imputación de pagos (art 1174 C.c.) para concretar la posible compensación automática que ex art 1196 C.c. aduce la entidad bancaria. Y de los autos no se desprenden elementos bastantes para justificar tal automaticidad extintiva.": SAP Zaragoza (Sección 5) 15.01.2008 (JUR 2008/87788)

14. Cargo en la cuenta del deudor contra fondos previamente ingresados por tercero

Vid las resoluciones incluidas en el art 40.7

15. Improcedencia, pese a haberse pactado la compensación con motivo de un acuerdo postconcursal, con el concursado o incluso con la la AC

AP Valencia

"SEGUNDO.-Según resulta de las actuaciones, la entidad TECHOS DEL MEDITERRÁNO SLU (en adelante TM) fue declarada en concurso en fecha 17 de octubre de 2008. Con posterioridad, en concreto el 3 de diciembre de 2008, dicha entidad suscribe con la mercantil URGIALIS y con intervención de los Administradores concursales, un contrato de cesión de efectos para el descuento que tenía por objeto el

pagare por importe de 102.769'27 Euros librado a favor de TM por la UTE Hospital de Manises y con fecha de vencimiento de 30 de abril de 2009. La cláusula 7ª de dicho contrato expresamente establecía, en lo sustancial, que Urgialis podría compensar cualquier crédito que ésta u otra empresa perteneciente a su mismo grupo empresarial pudiera ostentar frente a TM u otra entidad participada por el mismo o perteneciente al mismo grupo empresarial. De este modo, y aún cuando el importe a recibir por TM según tal contrato sería (tras el descuento de intereses, comisiones y gastos) de 94.377'42 Euros, el importe entregado por la entidad demandada en fecha 11 de diciembre de 2008 fue de tan sólo 50.208'08 Euros. Consta acreditado, y así es reconocido por la demandada, que la diferencia por cuantía de 44.169'34 Euros había sido retenida por compensación para aplicar al crédito que frente a la concursada ostentaba la mercantil de su grupo GEDESCO SERVICES SPAIN.
Como con claridad resulta del anterior relato, la suscripción del contrato y ulterior compensación del crédito se ha producido con posterioridad a la fecha de la declaración del concurso de TM, lo que determina la necesaria aplicación de lo dispuesto en el artículo 58 de la LC, conforme al cual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. Cierto es que, como indica la parte apelante, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y en tal sentido habría que estar al tenor de la estipulación 7ª del contrato de 3 de diciembre de 2008, pero no menos cierto que lo anterior es que, conforme dispone el artículo 1258 del Código Civil, las obligaciones de los contratos han de ser cumplidas conforme a la ley y en este caso existe una expresa prohibición legal de compensación desde el momento de la declaración del concurso, prohibición ésta que no puede quedar sin efecto por el mero hecho de que el contrato fuera suscrito y autorizado por los Administradores Concursales, pues su sola intervención no puede suponer la derogación de una norma de carácter legal. Tal prohibición, además, no es sino mera consecuencia del carácter universal del procedimiento concursal, cuya esencia radica en la satisfacción de los acreedores atendiendo para ello a la clasificación que de su crédito establezca la Ley; permitir acuerdos de compensación al margen del concurso cuando éste ya se ha iniciado supondría una infracción del principio de la "par conditio creditorum" al habilitar una vía de pago al margen y sin respeto de las normas que regulan la declaración judicial de concurso.": SAP Valencia (Sección 9) 20.06.2011 (Sentencia 257/2011; Rollo 325/2011)

"Resulta del contenido de las actuaciones que el Auto declarando a Isidro en situación de concurso se dictó por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia en fecha 4 de febrero de 2010 y que con posterioridad a esta fecha, el 25 de marzo del mismo año (f. 10), el Sr. Isidro y la mercantil Santa Lucía Sa, suscriben un documento de finiquito de la relación laboral que les unía acordando una indemnización a favor del Sr. Isidro por importe de 217.426'75 Euros del que, en el mismo acto, se descuenta por compensación la cantidad de 23.424'80 euros por razón de un préstamo concedido al Sr. Isidro en fecha 10 de diciembre de 2009, sin que a tal compensación prestase su autorización o conformidad el Administrador Concursal, tal y como exige el artículo 40 de la Ley Concursal. Según el último documento referido(f.8), el importe del préstamo fue de
24.900 Euros a devolver según el cuadro de amortización que se acompañaba, si bien debía ser reintegrado totalmente por el prestatario en el supuesto de que éste dejase de prestar sus servicios a la entidad recurrente.
Resulta así de plena aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Concursal pues, tal y como indica el precepto, una vez declarado el concurso no es posible efectuar compensación de créditos y deudas del concursado, prohibición ésta que, como decíamos en sentencia de fecha 20 de junio de 2011 (R.A 325/11), "no es sino mera consecuencia del carácter universal del procedimiento concursal, cuya esencia radica en la satisfacción de los acreedores atendiendo para ello a la clasificación que de su crédito establezca la Ley; permitir acuerdos de compensación al margen del concurso cuando éste ya se ha iniciado supondría una infracción del principio de la "par conditio creditorum" al habilitar una vía de pago al margen y sin respeto de las normas que regulan la declaración judicial de concurso".
Cierto es que, como indica la parte apelante, el documento de finiquito por razón de la terminación del contrato de trabajo es expresión de la libre voluntad de las partes, y en tal sentido ha de tener fuerza de ley entre los contratantes, pero no menos cierto es que conforme dispone el artículo 1258 del Código Civil las obligaciones de los contratos han de ser cumplidas conforme a la ley y en este caso existe una expresa prohibición legal de compensación desde el momento de la declaración del concurso, no obstando a tales consideraciones el hecho de que el Sr. Isidro, tras recibir la indemnización acordada, impugnase por vía judicial el alcance de tal acuerdo ya que, como señala la sentencia dictada con ocasión de esa impugnación en el procedimiento nº 712/10 del Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid (f. 84), el acuerdo alcanzado entre empresa y trabajador tiene plenos efectos, sin perjuicio de que la Administración Concursal estime que el trabajador haya actuado con infracción del artículo 40 de la LC, lo que en su caso ha de hacerse valer a través del ejercicio de la acción de nulidad, como así se ha hecho en el presente procedimiento.
Alega por último la parte recurrente no ser de aplicación el artículo 58 de la Ley Concursal por cuanto el crédito del concursado frente a la entidad Santa Lucia SA surge de la legítima expectativa de que la declaración de voluntad del deudor acordando una determinada cantidad a modo de indemnización pactando la extinción de su relación no va a ser revisada ni cuestionada. A este respecto cabe señalar que no pone en duda la Sala, ni resulta tampoco de la sentencia apelada, las expectativas que pudiera haber tenido la parte hoy recurrente al firmar el finiquito de la relación laboral en fecha 25 de marzo de 2010, pero de lo que se trata es de determinar si la compensación convenida en dicho documento incurre en la prohibición que regula el artículo 58 LC, lo que así sucede por tratarse de una compensación de crédito y deuda del concursado verificada con posterioridad a la declaración del concurso sin la debida autorización o conformidad de la Administración Concursal, no concurriendo tampoco la excepción prevista en el citado artículo para el caso de compensación anterior a la declaración concursal en tanto los requisitos establecidos para que haya lugar a la compensación en el artículo

1196 del Código Civil concurrieron en fecha 25 de marzo de 2010 y por tanto después de la declaración del concurso.”: SAP Valencia (Sección 9) 28.11.2011 (Sentencia 458/2011; Rollo 591/2011)

17. Compensación e impugnación del crédito correlativo en el inventario

Respecto de la trascendencia de la no impugnación del inventario cuando éste incluye el crédito correlativo a favor del concursado, vid. las resoluciones incluidas en el art 97.1

18. Compensación en caso de créditos contra la masa

Respecto de la compensación en caso de créditos contra la masa, vid. las resoluciones incluidas en el art. 84.4

19. Extemporaneidad de su alegación ante demanda posterior a la aprobación del convenio, no habiéndola hecho valer en el concurso

AP Alicante

“QUINTO.-En cuanto al recurso de la demandada.
Impugna el pronunciamiento relativo a la no apreciación de compensación de créditos.
El motivo se desestima.
Al margen de la existencia o no de las condiciones objetivas para la compensación de créditos, que por lo que diremos resulta irrelevante, el crédito que se pretende compensable por Pons Químicas S.L. es un crédito concursal -hecho expresamente reconocido-, que ha sido afectado en su cuantía por la eficacia novatoria de un convenio concursal - art 136 Ley Concursal - y que, en consecuencia, hasta que no concluya el concurso -art 176-1 Ley Concursal -está sujeto a la limitación del artículo 58 del mismo texto legal que prohíbe expresamente la compensación de créditos desde la declaración del concurso y que, de haber controversia sobre si se dan las circunstancias que el propio precepto establece para autorizarlo, sería competencia del Juez del concurso el conocimiento de la misma a través del cauce del incidente concursal.”: SAP Alicante (Sección 8) 08.02.2013 (Sentencia 49/2013; Rollo 599/2012)

AP Valladolid

“TERCERO Como tercer motivo argumenta de nuevo que ha existido compensación anterior a la declaración del concurso y que debe desplegar sus efectos por aplicación delart. 58 de la Ley concursal. Debemos desestimar el motivo aducido por las siguientes razones:
1) Porque no existe prueba indubitada de la existencia de la compensación. Como ya hemos razonado la propia representante legal de la parte demandada dice que de vez en cuando regularizaban las cuentas pero que en ocasiones se documentaba y en otras se hacía de manera verbal de mutuo acuerdo. Tal manera de proceder pone de manifiesto la informalidad de ese tipo de regularizaciones que impide considerar acreditado que en el supuesto enjuiciado se haya producido antes del concurso una compensación adornada de todos los requisitos de vencimiento, exigibilidad, y liquidez exigidos por elart. 1196 del Código Civil para que una compensación produzca efectos jurídicos.
2) Dicha representante legal también declaró que en el procedimiento concursal pretendió hacer valer la compensación y que se les advirtió que no era posible por ser contrario al principio de igualdad de los acreedores así como que la aprobación del convenio suponía que la compensación no era factible; y que votaron en contra del convenio en la junta de acreedores. Pese a ello el convenio fue aprobado y la entidad demandada no recurrió la sentencia que lo llevó a cabo, por lo que se aquietó con la denegación de la compensación y ahora no puede examinarse de nuevo esta cuestión.
3) El administrador concursal corrobora dicha versión cuando declara que la representante de la demandada en la junta de acreedores le preguntó por la posibilidad de la compensación, contestándola negativamente por ser contrario al principio de igualdad de los acreedores y perjudicial para otros.
4) El administrador concursal también es concluyente cuando, preguntado por si en el examen de la documentación del concurso correspondiente a ambas partes había apreciado la existencia de una compensación anterior al concurso, responde que mientras no haya un mutuo acuerdo de compensación no puede considerarse existente y que en la documentación examinada no existía ningún documento acreditativo que justificase una compensación previa entre las partes. Resaltó que mientras no sea efectiva una compensación no puede considerarse que hay pagos y que en el caso enjuiciado lo que existían eran documentos de emisión de facturas de una y otra parte.
5) Es cierto que elart. 58 de la Ley concursal citado permite compensaciones anteriores a la declaración del concurso pero no lo es menos que en su párrafo segundo se añade que en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal, es decir en el propio procedimiento concursal. La parte demandada lo sabía, como resulta de que preguntase por la posibilidad de la compensación. Pese a las advertencias del administrador concursal, su repercusión y que votase en contra del convenio, no recurrió la sentencia que lo aprobó, ni planteó el incidente concursal previsto legalmente para dirimir dicha cuestión. Por tanto aquietada, como ya hemos dicho con la denegación de la compensación entonces alegada, no puede plantearla ahora de manera extemporánea pues ya fue invocada, rechazada y no recurrida por la demandada.
6) Ahora el crédito de la demandada está afectado por el convenio aprobado en el procedimiento concursal. No ha vencido en su totalidad pues han de respetarse los plazos de espera consensuados y judicialmente aprobados. Por tanto tampoco se presentan ahora los requisitos de liquidez, exigibilidad y vencimiento delart. 1196 antes citado

Para resumir concluiremos que por injusto que le parezca a la parte demandada que la actora pueda reclamar libremente su crédito y que el suyo adolezca de limitaciones ello no es más que la consecuencia de los efectos del procedimiento concursal tramitado y en el que la parte demandada se aquietó con lo decidido judicialmente en dicho procedimiento.”: SAP Valladolid 09.07.2009 (JUR 2009/328982; Sentencia 182/2009; Rollo 116/2009)

20. Improcedencia de oponer la compensación (vía exceptio doli) por el descontatario al banco descontante, al estar en concurso el firmante del pagaré

AP Valencia

“Según resulta de los autos, la entidad actora a virtud de la póliza de garantía para operaciones de descuento de efectos de comercio suscrita en fecha 10 de diciembre de 2003 con la mercantil OBRAS Y SERVICIOS ALACUAS XXI SL, es tenedora por descuento de un pagaré emitido el día 18 de octubre de 2004 por el demandado,Hugo, por importe de 12.930'20 Euros y con vencimiento el día 22 de enero de 2005. Dicho pagaré no fue atendido a la fecha de su vencimiento, si bien a cuenta de la citada deuda la entidad actora recibió la cantidad de 7.691'67 euros con lo que el débito quedó fijado en 5.238'45 Euros, que es la cantidad reclamada en el presente procedimiento. Frente a dicha reclamación el demandado alegó como motivo de oposición la compensación de créditos, -que entiende oponible a la entidad bancaria descontataria-, al ser tenedora de tres pagarés que se acompañaban a la demanda (f.38) y que se decían emitidos por la entidad OBRAS Y SERVICIOS ALACUAS XXI SL - si bien sólo en uno de tales documentos aparecía la antefirma de dicha mercantil- cuyo importe se decía determinaba un saldo netamente superior al importe que constaba en el pagaré objeto de autos. El propio demandado manifestaba en su escrito de contestación a la demanda que la citada mercantil OBRAS Y SERVICIOS ALACUAS XXL SL había sido declarada en concurso a virtud deAuto de fecha 1 de septiembre de 2005 dictado por el Juzgadode lo mercantil nº 1 de Valencia, acompañando a tal efecto la carta informativa que en su día recibió del Administrador Concursal (D.Jose Ángel) -de fecha 25 de octubre de 2005-, y por la que según su contenido (f. 36) se le hacía saber que en dicho procedimiento el Sr.Hugoaparecía como deudor y, por ende, formando parte de la masa activa de la mencionada mercantil, por lo que era requerido a fin de que presentase determinada documentación; igualmente acompañaba a su escrito de contestación a la demanda (f.37) la carta, fechada el 1 de noviembre de 2005, que a su vez remitió el hoy recurrente a dicho Administrador Concursal, haciendo saber a éste que la empresa en situación de concurso tenía contraída con el Sr.Hugouna deuda de 8000 Euros. Consta acreditado, por así expresamente haberlo admitido la parte demandada y resultar tanto de la declaración testifical del Administrador Concursal, Sr.Jose Ángel, como del testimonio de la lista de acreedores del concursado (f. 74 y ss), que pese a la comunicación sobre la situación concursal de la entidad OBRAS Y SERVICIOS ALACUAS XXI SL, el hoy apelante no solicitó su inclusión como acreedor en el referido procedimiento concursal.
Tales circunstancias determinan, per se, la imposibilidad de efectuar una eventual compensación de créditos -o deudas- en los términos que se pretenden por la parte recurrente, a tenor de la prohibición genérica que al efecto establece elartículo 58 de la Ley Concursal. Y ello no es más que mera consecuencia de la regla general propia de todo concurso - que refiere la propia Exposición de Motivos de dicha Ley-, cual es el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores del concursado, y por razón de la que en el propio Auto de declaración de concurso (art. 21.1.5º LC) se ha de contener el pronunciamiento relativo al llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo que al efecto se establece, llevándose para ello a cabo la publicación en el Boletín Oficial del Estado y demás publicaciones que establece elartículo 23 de la Ley Concursalcon la finalidad de obtener la integración de la masa pasiva (art. 49 LC).
A tenor de cuanto se ha expuesto, y una vez declarada judicialmente la situación concursal de OBRAS Y SERVICIOS ALACUAS XXI SL -de la que obviamente tenía pleno y cabal conocimiento el recurrente con anterioridad a la fecha de la contestación a la demanda-, por mera disposición legal, resulta inviable oponer la excepción de compensación de créditos respecto de la concursada y aún menos en sede de un procedimiento en el que dicha mercantil no es parte, lo que de hecho supondría la infracción de los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema que también proclama la Exposición de Motivos de la Ley Concursal. En definitiva, y una vez que tuvo conocimiento del procedimiento concursal, debió acudir a éste el Sr.Hugoa los efectos de obtener la satisfacción de su crédito.
Finalmente, simplemente añadir en relación con la excepción alegada por el demandado recurrente, y a mayor abundamiento de la cuestión relativa a la situación concursal, que conforme a las disposiciones de la Ley Cambiaria (artículos 96, 20 y 67 LCCh) el acogimiento de la excepción de compensación de créditos -que supone el resurgimiento de la relación causal del pagaré- requiere la presencia de dos requisitos cuando, como en el caso de autos, quien ejercita la acción es un tercero: 1º) el conocimiento por el adquirente de que el deudor podía excepcionar contra el transmitente del pagaré, y 2º) la posibilidad de invocar la "exceptio doli", según dispone elartículo 1269 CC, esto es, la carencia de buena fe o existencia de un comportamiento desleal o incorrecto con arreglo a las normas del tráfico, sin que en el caso de autos, y de la prueba practicada, resulte acreditado que la tenedora del pagaré, que procedió previamente a su descuento en virtud de la póliza a que antes se ha hecho referencia abonando su importe al descontante, haya incurrido en connivencia alguna con el beneficiario del pagaré.”: SAP Valencia (sección 9) 28.01.2008 (JUR 2008/155990)

21. Cargo de las domiciliaciones o efectos devueltos previamente abonados condicionalmente por gestión de cobro salvo buen fin.

AP Madrid

“PRIMERO.-La recurrente, el BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO SA (BSCH), suscita en apelación varios problemas jurídicos relacionados con la consideración que debe merecer como acreedora de la concursada FORUM FILATÉLICO SA con causa en dos tipos de contratos distintos que han relacionado a ésta con dicha entidad bancaria.
Con respecto a la primera de dichas contrataciones el BSCH nos plantea, a propósito de la operativa del cobro de recibos domiciliados que este banco gestionaba para la concursada, las siguientes posibilidades: 1º) que debería serle reconocida la titularidad de un crédito contra la masa por importe de 7.730.030,89 euros, al estar relacionada tal cantidad con el importe de una devolución de recibos producida en el seno de una de comisión de cobranza que se liquidaba a través de una cuenta bancaria, lo que constituiría una relación contractual compleja que habría seguido en vigor tras la declaración de concurso; ó 2º) en defecto de lo anterior, que debería al menos reconocérsele que, por el juego de la compensación, ostentaría el citado banco, al tiempo de la declaración de concurso, un crédito concursal a su favor por importe 4.724.551,61 euros, que entendería, en cambio, que debería clasificarse como ordinario. (...)
SEGUNDO.-La entidad recurrente sostiene, como primer argumento de su recurso, que debería serle reconocida la titularidad de un crédito contra la masa por importe de 7.730.030,89 euros, al estar relacionada tal cantidad con el importe de una devolución de recibos producida en el seno de un contrato de comisión de cobranza que se liquidaba a través de una cuenta bancaria. Para la apelante, en la medida que estaríamos ante un contrato suscrito entre FORUM FILATÉLICO y el BSCH, que sería bilateral y con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes a la fecha de declaración del concurso de la citada entidad filatélica, resultaría aplicable el artículo 61.2 de la LC, por lo que estaríamos ante un crédito contra la masa.
No ponemos en duda el carácter de bilateral o sinalagmático del contrato de cuenta corriente bancaria, que conlleva la prestación del denominado servicio de caja, en el que el banco efectúa pagos y recibe cobros, actuando como mero intermediario (mandatario o comisionista) por cuenta de su cliente, a cambio del percibo de las correspondientes comisiones a cargo de éste, que de ser preciso debe aportar los fondos que pudieran resultar necesarios para que puedan cumplirse sus instrucciones. El resultado de tales gestiones se instrumenta en la cuenta corriente bancaria, en la que se realizan los apuntes que determinan bien la existencia de un activo para el cliente, en el momento en el que el saldo devenga positivo, o bien la de un pasivo, si se produjese un descubierto en la cuenta. En este último caso se generaría un derecho de crédito a favor del banco que éste podría, en principio, y salvo circunstancias que impusieran lo contrario, en los casos de cuenta a la vista, exigir que se pagase de inmediato.
Además, el sistema de banca electrónica contribuye a agilizar la prestación de ese servicio de caja, pues las entidades crediticias han creado mecanismos ágiles para liquidar las operaciones en las que participan como intermediarias. En ese ámbito opera el "Sistema Nacional de Compensación Electrónica" (regulado por RD 1369/87, por OM de 29 de febrero de 1988, por las correspondientes Circulares del Banco de España y por Ley 41/1999 sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, con la que el legislador pretende preservar, incluso ante situaciones concursales, la eficacia del sistema), que aprovecha las ventajas de las técnicas informáticas para posibilitar la compensación de todas las operaciones de intermediación de pagos.
Teniendo en cuenta las premisas expuestas, consideramos que, con independencia de las razones aducidas en la resolución recurrida, el planteamiento de la recurrente no resulta sostenible, porque precisamente si enfocamos, como se nos propone por ella, el problema desde el punto de vista de un contrato que, a tenor de la regla del artículo 61.2 de la LC, habría permanecido en vigor tras la declaración del concurso, en ningún caso tendría el BSCH derecho a insinuar un crédito contra FORUM por importe de 7.730.030,89 euros, sino por el saldo que arrojase la cuenta corriente a través de la cual se instrumentaba el resultado de la gestión bancaria de cobros y pagos de recibos. La vigencia del contrato a tenor del artículo 61.2 de la LC debería serlo con todas sus consecuencias y por lo tanto la cantidad insinuada no pasaría de la consideración de mero apunte contable procedente por devolución de recibos a cargar en dicha cuenta como consecuencia del cual debería resultar, junto con el devenir de otras operaciones de cobros y pagos realizadas, un determinado saldo con el que operar como referencia en cada momento.
Pues bien, lo que ostentaba el BSCH era el derecho a efectuar la anotación contable correspondiente a la devolución de determinadas remesas de recibos por parte de los clientes de FORUM FILATÉLICO SA, en el seno de la prestación del servicio de gestión de cobro, y, si ello generaba un descubierto, el derecho a exigir a su cliente el pago de su importe. En la medida en que esa partida de 7.730.030,89 euros no se correspondería con el saldo resultante de la cuenta corriente bancaria que hubiese podido, como afirma la recurrente, seguir operando tras la declaración de concurso, estaría fuera de lugar hablar de ella como crédito contra la masa, pues no es lo que correspondería a la operativa contractual.
TERCERO.-La entidad bancaria recurrente plantea, de modo subsidiario, que al menos se le reconozca que, por el juego de la compensación, ostentaría el BSCH, pero referido al tiempo de la declaración de concurso, un crédito ordinario por importe de 4.724.551,61 euros, pues el montante total de la devolución de los recibos (7.730.030,89 euros) minoraría, hasta situarse en negativo, el saldo acreedor de la cuenta corriente de FORUM FILATÉLICO SA referido a esa fecha (3.005.479,28 euros).
Para apoyar tal conclusión el BSCH invoca tanto la figura de la compensación civil de créditos como las operativas inherentes a la cuenta corriente bancaria y al funcionamiento del sistema de compensación electrónica de pagos.
Debemos aclarar que la resolución de este problema no pasa necesariamente por la directa aplicación del artículo 58 de la LC, aunque ello pudiera conducirnos, en el presente caso, a una solución similar. En nuestra

opinión lo procedente es comprobar cuáles son las consecuencias jurídicas que corresponden a la dinámica de la gestión informatizada del cobro de recibos instrumentada mediante la operativa en una cuenta corriente bancaria y a través de un sistema electrónico de compensación. Con arreglo a lo previsto en la normativa sectorial bancaria, que debe entenderse incorporada al contrato suscrito por FORUM FILATÉLICO para obtener el servicio de banca electrónica (pues median referencias a ella -en concreto, a la norma 19 de la Asociación Española de la Banca referida a los adeudos por domiciliaciones en soporte magnético-en la correspondiente póliza y anexos a la misma, lo que conlleva su aceptación como reglamentación contractual de la relación -artículos 1089, 1019, 1254, 1255 y 1258 del C. Civil), el giro de los recibos por parte de FORUM FILATÉLICO contra sus clientes suponía que el banco gestor realizaba, tras recibir el soporte informático con las domiciliaciones, los correspondientes asientos contables en la cuenta de dicha entidad y merced a la operativa del sistema bancario de compensación se producían simultáneos apuntes de adeudo en las cuentas de sus correspondientes clientes; para el caso de devolución de recibos la previsión del sistema es que, de efectuarse dentro del plazo previsto al efecto, operaría un automático apunte de adeudo en la cuenta del ordenante (en este caso FORUM FILATÉLICO), con la misma fecha valor en la que se aplicó el abono de la facturación. Se trata, por otro lado, de la operativa habitual del tráfico mercantil (artículos 2 y 50 del Código de Comercio).
Ya que las remesas de recibos de las que aquí se trata fueron presentados al cobro y abonados en la cuenta nº 0049 1809 24 2510234059 de FORUM FILATÉLICO en los días 2, 5 y 8 de mayo de 2006, y su devolución por parte de lo clientes destinatarios de los mismos se fue produciendo sucesivamente a lo largo de dicho mes y de los primeros días del siguiente mes de junio (con anterioridad, en todo caso, a la declaración de concurso, que data de 22 de junio de 2006), la operativa establecida debería haber conllevado que en la cuenta de dicha entidad filatélica se produjesen los apuntes por devolución de recibos con fecha valor de su abono inicial. Así venía produciéndose con normalidad en los meses precedentes en los que el volumen de las devoluciones era siempre muy inferior al de los recibos que resultaban abonados y se operaba con un saldo claramente favorable a FORUM FILATÉLICO en su cuenta corriente.
La peculiaridad del caso radica en que el automatismo del sistema resultó afectado por la intervención sobre FORUM FILATÉLICO acordada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, fechada a 9 de mayo de 2006, que motivó que se disparasen las instrucciones de devolución de los clientes (pues incluso se llegó a decretar la liberación cautelar de obligaciones a cargo de éstos por ulterior auto de 12 de mayo), ante la que se produjo una prudente respuesta del BSCH, retrocediendo los adeudos automáticos que provocó el sistema, que llevó a una cuenta instrumental, a expensas de que el juez reconociese la procedencia de que se deshiciesen los apuntes contables en la cuenta original favorables a FORUM FILATÉLICO por recibos que no estaban siendo aceptados por los clientes de esta entidad y que, por lo tanto, no deberían consolidar la entrada de caudales a favor de la misma. La orden de la Audiencia Nacional, al ser posterior a la "fecha valor" con la que los recibos entraron en la operativa del sistema, no bastaría para negar eficacia a la procedencia de los cargos por devolución de recibos girados con anterioridad a ella, en la medida en que tenían efectos a esa fecha previa y su vocación sólo era reflejar el resultado final del giro de aquéllos, pues solo su buen fin consolidaría cobros a favor de FORUM FILATÉLICO.
Consideramos que siendo la vocación del sistema de domiciliación de recibos en cuenta corriente que el cargo de los que fuesen devueltos se produjera con cierto automatismo con efecto desde la misma fecha en que fueron girados, no debería impedirlo una orden de bloqueo de cuentas cuya finalidad no podía ser transmutar la condición de mero gestor de cobro del banco en relación a operaciones cursadas electrónicamente con anterioridad a ella y, por supuesto, también previas a la ulterior declaración de concurso. En realidad, dichos apuntes de devolución suponían la simple traslación contable de la ausencia de buen fin de los recibos girados por FORUM FILATÉLICO, fracaso éste que impedía que se consolidase la entrada de su importe en la cuenta de aquélla. En consecuencia, debemos reconocer que al banco, como mero gestor de cobro, le asistía el derecho a consolidar los apuntes de devolución a medida que los clientes de la ulteriormente concursada fueron rechazando los recibos.
Como consecuencia de ello el saldo de la cuenta corriente que servía de soporte a tal operativa no debe estimarse favorable a FORUM FILATÉLICO SA, al tiempo de la declaración de concurso, como si los recibos se hubiesen pagado por sus clientes (de ahí que el saldo acreedor de 3.005.479,28 euros que se asigna a la cuenta nº 0049 1809 24 2510234059 no deba considerarse real), sino que debería haber sido el de 4.724.551,61 euros a favor del banco, como constatación de la real devolución de los mismos y la producción de un descubierto en la cuenta por ese importe, que genera un crédito para el banco.
En realidad, como antes hemos dicho, a la misma solución habríamos llegado aplicando el artículo 58 de la LC, que permite invocar los efectos inherentes a la compensación, según puntualiza el citado precepto legal, cuando los requisitos precisos para poder compensar ya estuviesen concurriendo con anterioridad a la declaración de concurso. Porque habría sido anterior a esta última, e incluso a la orden de bloqueo del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, la concurrencia de las premisas para que operase la compensación (aunque, en este caso, en realidad, como consecuencia inherente a la aplicación de un sistema de gestión de cobros anudado a un sistema automatizado de pagos y a una operativa en cuenta corriente bancaria).
En cuanto a la clasificación de dicho crédito, este tribunal se ciñe, al amparo del principio de congruencia, a lo que expresamente ha sido solicitado en la segunda de las peticiones del recurso (pues no insiste la apelante en relación con ésta en el planteamiento que sostenía para la primera, lo que podrían haber generado cierta polémica al respecto), en la medida en que el propio banco apelante interesaba que lo fuese como ordinario y ésta es la regla general, a falta de la concurrencia de excepción, para clasificar las deudas anteriores a la declaración de concurso (artículos 84 y 89.3 de la LC).”: SAP Madrid (Sección 28) 13.07.2010 (Sentencia 183/2010; Rollo 80/2010)

“PRIMERO Para comprender el motivo del debate jurídico que justifica esta apelación debe tenerse presente que el BBVA era una de las entidades a través de las cuales FORUM FILATÉLICO gestionaba el cobro de los recibos que giraba a sus clientes en relación con los contratos filatélicos que con ellos tenía suscritos.
El BBVA, tras recibir la misiva del Juzgado Central nº 5 de la Audiencia Nacional que le comunicaba la intervención de las cuentas bancarias de FORUM FILATÉLICO, informó a dicho órgano, con fecha 10 de mayo de 2006, sobre los saldos que presentaban las diferentes cuentas titularidad de la misma a fecha del día anterior, pero, en concreto, en relación con la cuenta nº 0182 4572 42 0200069377, señaló que el saldo de la misma, por importe de 1.722.041,13 euros, no era el definitivo, pues estaba condicionado al buen fin de los abonos realizados por recibos domiciliados gestionados conforme al denominado "Cuaderno 19", que estaban todavía pendientes de los plazos de devolución previstos en el "Sistema Nacional de Compensación Electrónica".
Como consecuencia de la sucesiva devolución de los recibos por parte de los clientes se realizaron, con posterioridad al 9 de mayo, pero antes del 22 de junio de 2006, fecha en que se declaró el concurso de FORUM FILATÉLICO, los correspondientes cargos, que redujeron el saldo de la citada cuenta.
Ante ello, la Administración Concursal de FORUM FILATÉLICO promovió, entre otras iniciativas, una acción de reintegración contra el BBVA, que ha sido resuelta en la primera instancia mediante sentencia que ha considerado procedente que se restituya a la masa del concurso la cantidad de 1.797.730,18 euros.
La discrepancia del BBVA contra dicha resolución judicial motiva esta apelación.
SEGUNDO Para enfocar correctamente la resolución de la contienda debe comprenderse adecuadamente cómo funcionaba la relación contractual entre FORUM FILATÉLICO y el BBVA. El contrato de cuenta corriente bancaria que les vinculaba conllevaba la prestación del denominado servicio de caja, en el que el banco efectuaba pagos y recibía cobros, actuando como mero intermediario (mandatario o comisionista) por cuenta de su cliente, a cambio del percibo de las correspondientes comisiones a cargo de éste, que de ser preciso debía aportar los fondos que pudieran resultar necesarios para que pudieran cumplirse sus instrucciones. El resultado de tales gestiones se instrumentaba en la cuenta corriente bancaria, en la que se realizaban los apuntes que determinaban bien la existencia de un activo para el cliente, en el momento en el que el saldo deviniese positivo, o bien la de un pasivo, si se produjese un descubierto en la cuenta. En este último caso se generaría un derecho de crédito a favor del banco que éste podría, en principio, y salvo circunstancias que impusieran lo contrario, al tratarse de una cuenta a la vista, exigir que se pagase de inmediato.
Además, el sistema de banca electrónica contribuye a agilizar la prestación de ese servicio de caja, pues las entidades crediticias han creado mecanismos ágiles para liquidar las operaciones en las que participan como intermediarias. En ese ámbito opera el "Sistema Nacional de Compensación Electrónica" (regulado por RD 1369/87 (RCL 1987, 2420), por OM de 29 de febrero de 1988 (RCL 1988, 1514), por las correspondientes Circulares del Banco de España y porLey 41/1999 (RCL 1999, 2849) sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, con la que el legislador pretende preservar, incluso ante situaciones concursales, la eficacia del sistema), que aprovecha las ventajas de las técnicas informáticas para posibilitar la compensación de todas las operaciones de intermediación de pagos.
TERCERO Como ya expusimos en la precedentesentencia de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 13 de julio de 2010 (JUR 2010, 310613), correspondiente a otro incidente suscitado en el proceso concursal de FORUM FILATÉLICO en relación con la dinámica de la gestión informatizada del cobro de recibos instrumentada mediante una cuenta corriente bancaria y a través de un sistema electrónico de compensación, hay que tener presente que, con arreglo a la operativa habitual del tráfico mercantil(artículos 2 y 50 del Código de Comercio (LEG 1885, 21)) y a lo previsto en la normativa sectorial bancaria (en concreto, la norma 19 de la Asociación Española de la Banca referida a los adeudos por domiciliaciones en soporte magnético, que integraría la reglamentación contractual-artículos 1089, 1019, 1254, 1255 y 1258 del C. Civil (LEG 1889, 27)), el giro de los recibos por parte de FORUM FILATÉLICO contra sus clientes suponía que el banco gestor realizaba, tras recibir el soporte informático con las domiciliaciones, los correspondientes asientos contables en la cuenta de dicha entidad y merced a la operativa del sistema bancario de compensación se producían simultáneos apuntes de adeudo en las cuentas de sus correspondientes clientes; para el caso de devolución de recibos, de efectuarse dentro del plazo previsto al efecto, debía operar un automático apunte de adeudo en la cuenta del ordenante (en este caso FORUM FILATÉLICO), con la misma fecha valor en la que se aplicó el abono de la facturación.
Ya que las remesas de recibos de las que aquí se trata fueron presentadas al cobro y abonadas en la cuenta nº 0182 4572 42 0200069377 de FORUM FILATÉLICO en los días previos al 9 de de mayo de 2006 y su devolución por parte de lo clientes destinatarios de los mismos se fue produciendo sucesivamente a lo largo de dicho mes y de los primeros días del siguiente mes de junio (con anterioridad, en todo caso, a la declaración de concurso, que data de 22 de junio de 2006), la operativa establecida conllevaba que en la cuenta de dicha entidad filatélica se produjesen los apuntes por devolución de recibos con fecha valor de su abono inicial. Así venía produciéndose con normalidad en los meses precedentes en los que el volumen de las devoluciones era siempre muy inferior al de los recibos que resultaban abonados y se operaba con un saldo claramente favorable a FORUM FILATÉLICO en su cuenta corriente (en concreto, a primeros del mes de mayo superaba los dos millones de euros).
CUARTO La peculiaridad del caso radica en que la intervención sobre FORUM FILATÉLICO acordada por elJuzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, fechada a 9 de mayo de 2006, motivó que se disparasen, sobre lo que venía siendo normal, las instrucciones de devolución de los clientes (pues incluso se llegó a decretar la liberación cautelar de obligaciones a cargo de éstos por ulteriorauto de 12 de mayo). Sin embargo, la orden de la Audiencia Nacional, al ser posterior a la "fecha valor" con la que los recibos entraron en la operativa del sistema, no bastaría para negar eficacia a la procedencia de los cargos por devolución de recibos girados con anterioridad a ella, en la medida en que tenían efectos a esa fecha previa y su vocación sólo era reflejar el resultado final del giro de aquéllos, pues solo su buen fin consolidaría cobros a favor de

FORUM FILATÉLICO. Lo que suponía la procedencia de que se deshiciesen los apuntes contables en la cuenta original favorables a FORUM FILATÉLICO por recibos girados a los clientes de esta entidad a medida que no estaban siendo aceptados por ellos y que, por lo tanto, no deberían consolidar la entrada de caudales a favor de la misma.
Consideramos que siendo la vocación del sistema de domiciliación de recibos en cuenta corriente que el cargo de los que fuesen devueltos se produjera con cierto automatismo con efecto desde la misma fecha en que fueron girados, no debería impedirlo una orden de bloqueo de cuentas cuya finalidad no podía ser transmutar la condición de mero gestor de cobro del banco en relación a operaciones cursadas electrónicamente con anterioridad a ella y, por supuesto, también previas a la ulterior declaración de concurso. En realidad, dichos apuntes de devolución suponían la simple traslación contable de la ausencia de buen fin de los recibos girados por FORUM FILATÉLICO, fracaso éste que impedía que se consolidase la entrada de su importe en la cuenta de aquélla. En consecuencia, debemos reconocer que al banco, como mero gestor de cobro, le asistía el derecho a consolidar los apuntes de devolución a medida que los clientes de la ulteriormente concursada fueron rechazando los recibos.
QUINTO A la misma solución llegaríamos aplicando elartículo 58 de la LC (RCL 2003, 1748), que permite invocar los efectos inherentes a la compensación, según puntualiza el citado precepto legal, cuando los requisitos precisos para poder compensar ya estuviesen concurriendo con anterioridad a la declaración de concurso. Porque habría sido anterior a esta última, e incluso a la orden de bloqueo del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, la concurrencia de las premisas para que operase la compensación (aunque, en este caso, en realidad, como consecuencia inherente a la aplicación de un sistema de gestión de cobros anudado a un sistema automatizado de pagos y a una operativa en cuenta corriente bancaria).
SEXTO Este tribunal debe remarcar, al objeto de evidenciar que no pretendemos quebrar el principio de igualdad (derecho fundamental consagrado por elartículo 14 de la Constitución española (RCL 1978, 2836)), que en el supuesto que hemos analizado no se dan las peculiaridades que se presentaban en el que tuvimos ocasión de estudiar, también en el seno de otro incidente suscitado en el seno del concurso de FORUM FILATÉLICO, mediantesentencia de 1 de febrero de 2010 (JUR 2010, 125477). Aparte de que allí no se resolvió, formalmente, sobre una acción rescisoria concursal, que es lo que, sin embargo, concita aquí el debate, al menos en esta segunda instancia, se daban, además, en aquella ocasión circunstancias específicas que están ausentes en el supuesto que ahora resolvemos: 1º) en el caso entonces enjuiciado constatamos que la entidad de crédito allí demandada decidió, al recibir la comunicación del Juzgado de la Audiencia Nacional, realizar una cuestionable maniobra de un adeudo en bloque, a fecha 9 de mayo de 2006, por el importe correspondiente a todos los recibos que habían sido puestos al cobro, sin esperar, por lo tanto, al devenir del curso natural del sistema de pagos que antes hemos descrito (efectuó, como explicábamos en la citada resolución, "la retrocesión en un solo apunte de todas las remesas de recibos pendientes del "buen fin" de la gestión de cobro, y ello precisamente a primeras horas del día siguiente a dictarse la orden judicial"); y 2º) es más, dicha entidad crediticia tuvo luego que realizar durante el mes de junio nuevos apuntes para reflejar el pago de algunos de dichos recibos que se había permitido el lujo de detraer del saldo de FORUM FILATÉLICO. Por lo tanto, el comportamiento diferente de esa otra entidad crediticia mereció, lógicamente, el tratamiento distinto que, con relación al presente caso, le fue dispensado por parte de este tribunal.
SÉPTIMO Partiendo de los razonamientos precedentes podemos ya afirmar que consideramos que no procedía que prosperase, en el caso del que aquí nos ocupamos, la acción de reintegración que, al amparo delartículo 71.1 de la LC, y en relación con las anotaciones contables practicadas en el seno de la cuenta corriente nº 0182 4572 42 0200069377, entendió la resolución apelada que había sido ejercitada por la Administración Concursal de FORUM FILATÉLICO contra el BBVA.
Llamamos la atención, en primer lugar, sobre el reparo relativo a la falta del requisito de que la acción rescisoria concursal debiera tener por objeto actos realizados por el propio deudor, según se desprende delartículo 71.1 de la LC, porque en este caso se estarían tratando de impugnar actuaciones de un tercero, como lo es el citado banco. Reconocemos, sin embargo, que la actuación de éste lo habría sido por cuenta del deudor y que el trasfondo lo constituye el sistema aplicado para la gestión de cobros de FORUM FILATÉLICO SA, lo que podría haber redundado en su situación patrimonial; pero, aun así, supondría forzar en exceso el ámbito específico de la acción rescisoria concursal el reconducir a ella actos que, "stricto sensu", no provinieran del concursado y que podrían, en su caso, ser objeto de ataque por otras vías legales.
En cualquier caso, a fin de agotar toda la posible argumentación que suscita el debate en los términos en que ha sido sostenido por las partes en esta segunda instancia, debemos señalar que consideramos que la operativa en el seno de la citada cuenta de FORUM FILATÉLICO (que correspondería a la mecánica ordinaria de la gestión de cobros y pagos instrumentada en una cuenta corriente de la concursada y conforme a un sistema bancario de compensación que goza de respaldo legal) no respondería, ni tan siquiera, a una actuación perjudicial para la masa activa del concurso de dicha entidad. En relación con lo que aquí tratamos, sólo las cantidades efectivamente pagadas por los clientes de dicha entidad integrarían los fondos dinerarios de FORUM FILATÉLICO, mas no un saldo de cuenta corriente bancaria pendiente del buen fin de los recibos girados contra aquéllos y cuyo fracaso por devolución (al margen del posible derecho de crédito contra ellos), antes de declararse el concurso, impidió que aquél se consolidase en su favor.
Es cierto, como ya dijimos en lasentencia dictada por esta sección 28ª de la AP de Madrid el 19 de diciembre de 2008 (AC 2009, 201), que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción delartículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, como lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores. Lo que ocurre es que en el presente caso no se habría podido producir, merced a la operativa denunciada, la ruptura de la citada regla que postula el tratamiento igualitario al colectivo de afectados por la

situación concursal, ya que los apuntes de devolución supusieron la simple traslación contable de la ausencia de buen fin de los recibos girados por FORUM FILATÉLICO y no la desviación, a favor de un determinado sujeto, de fondos que debieran formar parte del activo de dicha entidad y que, por tanto, hubieran podido llegar a ser utilizados como soporte patrimonial para dar satisfacción al colectivo de acreedores. No se olvide que en la dinámica analizada el banco era mero gestor de cobro y no cesionario de créditos, sin perjuicio de que pudiera llegar a ostentar la condición de acreedor si, como consecuencia del giro y devolución de los recibos y de las demás operaciones volcadas en la misma, se produjese un ulterior descubierto en la cuenta corriente.”: SAP Madrid (Sección 28) 16.07.2010 (Sentencia 189/2010; Rollo 225/2009)

“PRIMERO. BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. interpuso demanda de incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores solicitando del Juzgado: "a) Declare la pertinencia de la modificación de la lista de acreedores, en el sentido interesado en el cuerpo de este escrito, es decir, incluyendo a favor de mi mandante y de forma expresa e independiente, los créditos relacionados en nuestro escrito de insinuación a los ordinales 1 a 6, por los importes en ellos descritos, con la única diferencia de que deben ser clasificados con la consideración de contingentes señalándose asimismo la clasificación que a los mismos les corresponderá para el caso de conformación, clasificación que deberá ser la que obra en el referido escrito de insinuación que adjuntamos; b) Declare la pertinencia de modificar la lista de acreedores en el sentido de excluir del anexo denominado "lista de restantes acreedores" a mi mandante; c) Declare la pertinencia de incluir en la lista denominada "lista de créditos contra la masa devengados y pendientes de pago" el crédito que mi mandante ostenta por razón de los recibos devueltos cuya gestión de cobro le encomendó AFINSA por importe de 7.425.518,24 euros; d) Subsidiariamente a los anteriores pedimentos, para el improbable caso de que los mismos sean desestimados, suplicamos se condene a la Administración Concursal a compensar el crédito por importe de 7.425.518,24 euros con el saldo acreedor en la cuenta 0030 1540 0000010271 a la fecha del bloqueo, por importe de 503.342,90 euros incluyéndose la diferencia por importe de 6.922.175,34 euros en la lista de acreedores con la clasificación de ordinario; e) Condene a la Administración Concursal (y a las partes que en su caso coadyuven con la anterior) a estar y pasar por las anteriores declaraciones modificando la lista de acreedores en los términos antes descritos; f) Condene al pago de las costas causadas en el presente incidente a la/s parte/s que vean íntegramente desestimadas sus pretensiones.
La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó desestimatoria de las pretensiones ejercitadas, sin que efectuara expresa imposición de las costas causadas. La sentencia mantuvo la consideración de contingentes de los créditos invocados por la actora, sin cuantificación individualizada ni calificación, sin perjuicio de su derecho a invocar, en momento posterior la desaparición de la contingencia, su importe y clasificación crediticia. En relación a los recibos devueltos cuya gestión de cobro tenía encomendada la actora señaló que después de la puesta a disposición por la concursada de los recibos, al tiempo de declaración del concurso, solo pesaba sobre la concursada el deber de reintegración de las cantidades abonadas provisionalmente en la cuenta corriente y no satisfechas por los clientes, por lo que el crédito consecuencia de la masiva devolución de recibos por importe de 7.425.518,24 euros debía calificarse como crédito ordinario. Por último, rechaza la sentencia la pretendida compensación de dicho crédito con el saldo acreedor de la cuenta soporte del contrato de gestión de cobros, que ascendía a la cantidad de 503.342,90 euros al entender que la pretensión de compensar los saldos a favor de la concursada con las cantidades adelantadas por la actora y no abonadas por los clientes nace del mismo título o contrato de cuenta corriente y complementario de servicio de gestión de cobros, por lo que no nos encontramos ante obligaciones independientes nacidas de distinto título, sino ante obligaciones recíprocas nacidas de igual negocio jurídico contractual. Añade para rechazar la compensación que existía una orden judicial de retención, paralización o prohibición de abonos de clientes a favor de AFINSA acordada dentro del proceso instructorio penal, lo que resultaba bastante para impedir la compensación de tales importes en perjuicio de otros acreedores de igual condición.
SEGUNDO. Frente a la citada resolución se alza el recurso de apelación interpuesto por BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., (en adelante, BANESTO) recurso que se circunscribe a la petición subsidiaria de compensación, comprendiendo su único motivo la incorrecta aplicación del artículo 58 LC y de los artículos 1195 y 1196 y ss. del Código Civil, todo ello en relación con los artículos 2 y 50 C.Com., y con el R.D. 1369/87, la O.M. de 29 de febrero de 1988, la Ley 41/1999, las circulares del Banco de España relativas al Sistema Nacional de Compensación Electrónica y la Norma 19 de la A.E.B. relativa a los adeudos por domiciliaciones en soporte magnético.
A tal efecto señala que con fecha 4 de enero de 2001 AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A. (en adelante, AFINSA) suscribió el contrato Banesnet-Banescash, que supone la cesión de uso del servicio de banca electrónica a favor de AFINSA, comprendiendo entre los servicios contemplados en dicho contrato, del que deriva su crédito, los adeudos por domiciliaciones en soporte magnético, descrito en el contrato como "REMESAS ADEUDO DOMIC-AEB19". De este modo AFINSA ordenaba a BANESTO cargar el importe de los recibos a sus clientes, asumiendo la entidad bancaria la posición de mediador en dicha operación, al ocuparse de las gestiones de cobro de los recibos. Con fecha 9 de mayo de 2006 el Juzgado central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional dictó orden de bloqueo de las cuentas de AFINSA, de modo que la operatividad del contrato se vio reducida a meras consultas, sin posibilidad de que se efectuasen adeudos por los recibos devueltos por los clientes de AFINSA en la cuenta que habitualmente contabilizaba dichos movimientos, la 0030 1540 0000010271.
Añade la recurrente que la primera y más importante norma del Sistema Nacional de Compensación Electrónica es el R.D. 1369/1987, de 18 de septiembre, y al propio tiempo de creación de dicho Sistema se homologaron e hicieron formar parte del mismo algunas normas de funcionamiento emanadas del Consejo Superior Bancario y de la Confederación Española de Cajas de Ahorro. Entre éstas se encuentra la Norma 19 de la A.E.B. (órgano que ha venido a sustituir al Consejo Superior Bancario por virtud de la D.A. 11ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril). Por medio de la Circular 8/1996, de 27 de Septiembre, del Banco de España, se creó el

subsistema general de adeudos por domiciliaciones, en el que se incardinan las operaciones descritas y que se articulan bajo la operativa de la Norma 19. En el epígrafe relativo al "Asiento en Cuenta" se establece que "el importe de las domiciliaciones será asentado en la cuenta que el cliente ordenante mantenga en la Entidad donde efectúe el envío del fichero, en la misma fecha en que se adeude a sus clientes o a las otras Entidades domiciliatarias". Y en el punto segundo del título cuarto, relativo al asiento contable en sede de domiciliaciones impagadas, se indica que "se generará un adeudo en la cuenta del cliente ordenante, con la misma fecha valor que se aplicó en el abono de la facturación".

Las órdenes de adeudo de los recibos emitidos por AFINSA en las cuentas de los clientes eran de fecha anterior a la declaración del concurso (19 de abril, y 4 y 5 de mayo de 2006). Resultaron devueltos 83.678 recibos por importe de 7.425.518,24 euros. Estas devoluciones generaban un adeudo en la cuenta del cliente ordenante (AFINSA) con la misma fecha valor que se aplicó en el abono de facturación (las reseñadas fechas).

Con fecha 9 de mayo de 2006 la AEB comunicó la orden de bloqueo de las cuentas bancarias de AFINSA dictada por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional. En esa fecha la cuenta 0030 1540 0000010271 presentaba un saldo acreedor por importe de 503.342,90 euros. Y en esa situación, y ante la devolución masiva de recibos, le resultaba imposible a BANESTO adeudar en cuenta los importes de los recibos devueltos.

Considera la recurrente que, en virtud de los hechos expuestos, tiene derecho a compensar el saldo de la cuenta operativa de la Norma 19 (503.342,90 euros) con el importe de los recibos devueltos (7.425.518,24 euros), por lo que ostenta un crédito ordinario por importe de 6.922.175,34 Ñ y procede condenar a la Administración Concursal a realizar las modificaciones pertinentes en la lista de acreedores, citando al respecto las sentencia 183/2010, de 13 de julio de 2010, de esta misma Sala, y las posteriores 189/2010 y 196/2010 de 16 y 26 de julio de 2010 respectivamente.

TERCERO. En su escrito de oposición, señala la Administración Concursal que no concurren los requisitos previstos legalmente para que opere la compensación. En primer lugar, de conformidad con lo dispuesto en el núm. 5º del artículo 1196 CC, es preciso que sobre ninguna de las deudas haya retención y lo cierto es que existió retención ordenada judicialmente de la deuda que pudiera existir por parte de AFINSA. Añade que desde el 9 de mayo de 2006 la sociedad concursada se encontraba intervenida por orden del Juzgado central de Instrucción, por lo que falta el requisito de la inexistencia de retención o contienda para haber lugar a la compensación y que la Norma 19 de la A.E.B. no puede imponerse a la normativa general sobre compensación. En segundo lugar, señala que no nos encontramos ante obligaciones independientes nacidas de distinto título, sino ante obligaciones recíprocas nacidas de igual negocio jurídico contractual, con remisión a la sentencia apelada. Y para refrendar lo expuesto cita la sentencia 22/2010, de 1 de febrero de 2010 de esta misma Sala.

CUARTO. Debemos en primer lugar referirnos a la situación paradójica que representa el que ambas partes citen sentencias de este Tribunal en apoyo de sus tesis. En realidad un pronunciamiento sobre hechos similares corresponde a la sentencia de fecha 13 de julio de 2010 citada por la apelante. En ese supuesto (se trataba del concurso de FÓRUM FILATÉLICO) nos encontrábamos también con la devolución de recibos producida en el seno de un contrato de comisión de cobranza que se liquidaba a través de una cuenta bancaria.

La entidad bancaria recurrente planteaba, de modo subsidiario, la compensación de un crédito derivado de devolución de los recibos con el saldo acreedor de la cuenta corriente del ordenante. En la citada sentencia señalábamos lo siguiente:

Debemos aclarar que la resolución de este problema no pasa necesariamente por la directa aplicación del artículo 58 de la LC, aunque ello pudiera conducirnos, en el presente caso, a una solución similar. En nuestra opinión lo procedente es comprobar cuáles son las consecuencias jurídicas que corresponden a la dinámica de la gestión informatizada del cobro de recibos instrumentada mediante la operativa en una cuenta corriente bancaria y a través de un sistema electrónico de compensación. Con arreglo a lo previsto en la normativa sectorial bancaria, que debe entenderse incorporada al contrato suscrito por FORUM FILATÉLICO para obtener el servicio de banca electrónica (pues median referencias a ella -en concreto, a la norma 19 de la Asociación Española de la Banca referida a los adeudos por domiciliaciones en soporte magnético- en la correspondiente póliza y anexos a la misma, lo que conlleva su aceptación como reglamentación contractual de la relación -artículos 1089, 1019, 1254, 1255 y 1258 del C. Civil), el giro de los recibos por parte de FORUM FILATÉLICO contra sus clientes suponía que el banco gestor realizaba, tras recibir el soporte informático con las domiciliaciones, los correspondientes asientos contables en la cuenta de dicha entidad y merced a la operativa del sistema bancario de compensación se producían simultáneos apuntes de adeudo en las cuentas de sus correspondientes clientes; para el caso de devolución de recibos la previsión del sistema es que, de efectuarse dentro del plazo previsto al efecto, operaría un automático apunte de adeudo en la cuenta del ordenante (en este caso FORUM FILATÉLICO), con la misma fecha valor en la que se aplicó el abono de la facturación. Se trata, por otro lado, de la operativa habitual del tráfico mercantil (artículos 2 y 50 del Código de Comercio).

[.] La peculiaridad del caso radica en que el automatismo del sistema resultó afectado por la intervención sobre FORUM FILATÉLICO acordada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, fechada a 9 de mayo de 2006, que motivó que se disparasen las instrucciones de devolución de los clientes (pues incluso se llegó a decretar la liberación cautelar de obligaciones a cargo de éstos por ulterior auto de 12 de mayo), ante la que se produjo una prudente respuesta del BSCH, retrocediendo los adeudos automáticos que provocó el sistema, que llevó a una cuenta instrumental, a expensas de que el juez reconociese la procedencia de que se deshiciesen los apuntes contables en la cuenta original favorables a FORUM FILATÉLICO por recibos que no estaban siendo aceptados por los clientes de esta entidad y que, por lo tanto, no deberían consolidar la entrada de caudales a favor de la misma. La orden de la Audiencia Nacional, al ser posterior a la "fecha valor" con la que los recibos entraron en la operativa del sistema, no bastaría para negar eficacia a la procedencia de

los cargos por devolución de recibos girados con anterioridad a ella, en la medida en que tenían efectos a esa fecha previa y su vocación sólo era reflejar el resultado final del giro de aquéllos, pues solo su buen fin consolidaría cobros a favor de FORUM FILATÉLICO.
Consideramos que siendo la vocación del sistema de domiciliación de recibos en cuenta corriente que el cargo de los que fuesen devueltos se produjera con cierto automatismo con efecto desde la misma fecha en que fueron girados, no debería impedirlo una orden de bloqueo de cuentas cuya finalidad no podía ser transmutar la condición de mero gestor de cobro del banco en relación a operaciones cursadas electrónicamente con anterioridad a ella y, por supuesto, también previas a la ulterior declaración de concurso. En realidad, dichos apuntes de devolución suponían la simple traslación contable de la ausencia de buen fin de los recibos girados por FORUM FILATÉLICO, fracaso éste que impedía que se consolidase la entrada de su importe en la cuenta de aquélla. En consecuencia, debemos reconocer que al banco, como mero gestor de cobro, le asistía el derecho a consolidar los apuntes de devolución a medida que los clientes de la ulteriormente concursada fueron rechazando los recibos.
[.] En realidad, como antes hemos dicho, a la misma solución habríamos llegado aplicando el artículo 58 de la LC, que permite invocar los efectos inherentes a la compensación, según puntualiza el citado precepto legal, cuando los requisitos precisos para poder compensar ya estuviesen concurriendo con anterioridad a la declaración de concurso. Porque habría sido anterior a esta última, e incluso a la orden de bloqueo del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, la concurrencia de las premisas para que operase la compensación (aunque, en este caso, en realidad, como consecuencia inherente a la aplicación de un sistema de gestión de cobros anudado a un sistema automatizado de pagos y a una operativa en cuenta corriente bancaria).
La Administración Concursal se refiere a la sentencia de 1 de febrero de 2010, que planteaba un supuesto que no guarda relación con el anterior ni su solución puede ser la misma. En ese caso, a pesar de la orden de bloqueo de cuentas, la entidad de crédito adeudó en la cuenta las remesas de recibos puestas al cobro que podían ser objeto de devolución, alegando la falta de conocimiento de la existencia y alcance de la orden judicial. En consecuencia, tales operaciones compensatorias se declararon nulas. La cita de la referida sentencia no deja de ser interesada, pues esta misma Sala se encargó de mostrar las diferencias que concurrían entre los supuestos contemplados en las resoluciones citadas por BANESTO en su recurso y el referido a la sentencia que cita la Administración Concursal. Así en la sentencia 189/2010 de 16 de julio, señalamos lo siguiente:
Este tribunal debe remarcar, al objeto de evidenciar que no pretendemos quebrar el principio de igualdad (derecho fundamental consagrado por el artículo 14 de la Constitución española), que en el supuesto que hemos analizado no se dan las peculiaridades que se presentaban en el que tuvimos ocasión de estudiar, también en el seno de otro incidente suscitado en el seno del concurso de FORUM FILATÉLICO, mediante sentencia de 1 de febrero de 2010. Aparte de que allí no se resolvió, formalmente, sobre una acción rescisoria concursal, que es lo que, sin embargo, concita aquí el debate, al menos en esta segunda instancia, se daban, además, en aquella ocasión circunstancias específicas que están ausentes en el supuesto que ahora resolvemos: 1º) en el caso entonces enjuiciado constatamos que la entidad de crédito allí demandada decidió, al recibir la comunicación del Juzgado de la Audiencia Nacional, realizar una cuestionable maniobra de un adeudo en bloque, a fecha 9 de mayo de 2006, por el importe correspondiente a todos los recibos que habían sido puestos al cobro, sin esperar, por lo tanto, al devenir del curso natural del sistema de pagos que antes hemos descrito (efectuó, como explicábamos en la citada resolución, "la retrocesión en un solo apunte de todas las remesas de recibos pendientes del "buen fin" de la gestión de cobro, y ello precisamente a primeras horas del día siguiente a dictarse la orden judicial"); y 2º) es más, dicha entidad crediticia tuvo luego que realizar durante el mes de junio nuevos apuntes para reflejar el pago de algunos de dichos recibos que se había permitido el lujo de detraer del saldo de FORUM FILATÉLICO. Por lo tanto, el comportamiento diferente de esa otra entidad crediticia mereció, lógicamente, el tratamiento distinto que, con relación al presente caso, le fue dispensado por parte de este tribunal.
QUINTO. Una vez aclarada la confusión que se pretende introducir con la cita de anteriores resoluciones, hemos de reiterar los argumentos ya expuestos en la citada sentencia de 13 de julio de 2010.
Atendiendo a los términos del contrato suscrito entre BANESTO y AFINSA, relativo a muy diversos servicios relacionados con la banca electrónica, entre los que se encuentra la gestión del cobro de recibos emitidos por AFINSA a sus clientes, que se identifica como "Remesas adeudo domic-AEB19", cualquier abono que se hubiera realizado en cuenta en atención a las órdenes de domiciliación de los recibos de los clientes de AFINSA debe entenderse efectuado salvo buen fin (Condición General 3ª), de manera que solo el pago hace definitivo el abono en la cuenta del cliente (AFINSA). En caso de devolución de dichos recibos, el Banco procede a efectuar el adeudo del importe correspondiente (en su caso, más gastos, intereses o comisiones) en la cuenta de abono. El propio contrato se refiere al servicio contemplado en la Norma 19 de la A.E.B. (en consecuencia al servicio de adeudo por domiciliaciones en soporte magnético y su operativa) entre los que se prestan. Este adeudo debe efectuarse con la misma fecha valor que se aplicó en el abono de facturación (Apartado IV.2).
En consecuencia, los propios términos contractuales aceptados por las partes en relación a la remesa para el cobro de recibos y el hecho de que en ningún momento a lo largo de la relación contractual hubiera existido controversia alguna respecto a este modo de operar, supone que para determinar la fecha en la que debe entenderse que surge el crédito a favor de BANESTO por la devolución de recibos hemos de atender a la misma fecha en que se efectuó el abono de facturación. Se trata por lo tanto de fechas anteriores no solo a la declaración de concurso, sino a la propia orden de bloqueo de las cuentas de AFINSA.
En consecuencia, no se trata de hacer valer la Norma 19 sobre los requisitos previstos para la compensación en el Código Civil, como pretende la Administración Concursal, sino de interpretar los términos del contrato conforme a lo pactado a fin de fijar la fecha en la que debe entenderse que surge y es exigible el crédito que

ostenta BANESTO derivado de la devolución de los recibos para, en su caso, aplicar después a este supuesto las normas de la compensación. Lo procedente es comprobar, como hemos visto, cuáles son las consecuencias jurídicas que corresponden a la dinámica de la gestión informatizada del cobro de recibos instrumentada mediante la operativa en una cuenta corriente bancaria y a través de un sistema electrónico de compensación.
Por otra parte tampoco podemos admitir que no concurran los presupuestos de la compensación. En primer lugar porque, a diferencia de lo que afirma la sentencia recurrida y sostiene la Administración concursal, los recíprocos créditos y deudas no nacen del mismo título. Es cierto que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo entre otras Sentencias de 27 mayo y 7 junio 1983, 17 mayo 1984, 31 mayo 1985 y 25 mayo 1993, ha negado la posibilidad de compensación cuando hay un contrato único sin dualidad de créditos, señalando que conlleva consecuencias diferentes, pues si para apreciar la compensación propia o legal, originada por la dualidad de créditos es preciso que concurran todos y cada uno de los requisitos exigidos en el artículo 1196 y sería de aplicación, caso de cesión de uno de los créditos, las disposiciones del artículo 1198, cuando se contempla una situación distinta, nacida de una única relación, tales preceptos y sus concordantes no son de aplicación, sino los específicos que regulen la única relación jurídica que se ventila y las diversas y sucesivas vicisitudes por las que atraviese y se desenvuelva (lo que aquí, por otra parte, nos conduciría a la misma conclusión).
En este caso, el crédito que ostenta BANESTO frente a AFINSA a consecuencia de la inefectividad de los recibos deriva del contrato "Banesnet-Banescash" de prestación de servicios de Banca electrónica entre los que se encuentran los de "Remesas adeudo domici-AEB19", es decir, los de gestión de cobro de recibos emitidos por AFINSA a sus clientes. La cuenta en la que se efectúan los asientos relativos a esta relación tiene carácter autónomo, con independencia de que con cargo a la misma se efectúe cualquier clase de adeudo o abono. Progresivamente se ha acentuado el carácter autónomo de estas cuentas corrientes bancarias respecto de los contratos a los que sirven de soporte.
Como señala las Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1993 y reitera la de 19 de diciembre de 1995 : «Ha de hacerse constar que la cuenta corriente bancaria va adquiriendo cada vez más autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y sólo actúa como soporte contable. En todo caso la cuenta corriente bancaria expresa siempre una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que los retiene y que encuentra causa tanto en operaciones activas como pasivas, es decir, que responde tanto a operaciones efectivas en dinero como de créditos que el Banco concede a los clientes. Su autonomía la decide al salir del círculo Banco-cuentacorrentista, para realizarse mediante la misma operaciones de caja, a través de las cuales se efectúan transferencias y pagos a terceros, mediante las correspondientes órdenes de los titulares, lo que obliga a las entidades, en cumplimiento de la OM 12 Dic. 1989, a facilitar a los clientes información adecuada, extractos de las operaciones que con su cuenta son realizadas y los cargos de gastos por intereses devengados en favor o contra comisiones y demás autorizados...»
Por ello debemos entender que, aunque este tipo de cuentas sirvan para dar efectividad a los servicios que se prestan a través del contrato, las cuentas asociadas gozan de autonomía respecto a los contratos. El contrato que nos ocupa, por otra parte, ni siquiera contempla dicha cuenta como una relación jurídica que se integre en el mismo, y por ello la Condición General 3ª remite a que los adeudos se realizarán "en la cuenta del cliente en que se efectúe el abono o en cualquier otra si no hubiese saldo". Y menos podemos afirmar que sea el contrato referido el que se integre en la cuenta corriente bancaria. En definitiva, la disponibilidad de una cuenta para efectuar abonos y adeudos no obsta a la autonomía de la cuenta respecto del contrato.
Por último debemos advertir que tampoco quedaban afectados los créditos y deudas recíprocos por el bloqueo de las cuentas pues, como hemos comprobado atendiendo a los términos del contrato y a su interpretación conforme al modo en que se ha desenvuelto la relación entre las partes, el crédito que ostenta BANESTO y, en consecuencia, la consiguiente compensación, es anterior no solo a la declaración de concurso, sino al propio bloqueo de las cuentas de AFINSA.”: SAP Madrid (Sección 28) 29.10.2012 (Sentencia 326/2012; Rollo 251/2012)

“PRIMERO.-La entidad "BANCO SANTANDER CENTRAL HISAPANO, S.A." formuló demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores con la pretensión, en esencia, de que se excluyeran de la meritada lista dos créditos concursales por importe de 36.000 euros y 30.000 euros, a los que debía atribuirse la consideración de créditos contra la masa y que tenían origen, respectivamente, en:
1) un cheque librado el día 5 de mayo de 2006 por la concursada a favor de un tercero con cargo a una cuenta corriente abierta en la entidad demandante, que ésta satisfizo el día 9 de mayo de 2006 al tercero tenedor, pero que luego no pudo cargar en la misma, debido al bloqueo de dicha cuenta por orden del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional de fecha 9 de mayo de 2006, todo ello con anterioridad a la declaración de concurso de la entidad AFINSA que tuvo lugar mediante auto de fecha 14 de julio de 2006;
2) un cheque librado por un tercero el día 8 de mayo de 2006 a favor de AFINSA y contra una cuenta corriente abierta en BANESTO, que la ahora concursada ingresó en la misma fecha en su cuenta corriente en la entidad demandante, en la que le fue abonado el mismo día 8 de mayo de 2006, con fecha valor 10 de mayo de 2006, sin que tal abono se pudiera retrotraer una vez que el cheque resultó incorriente al ser devuelto por la entidad librada tras presentarse al cobro a través del Sistema Nacional de Compensación Electrónica.
Dicha pretensión se sustentaba en la consideración de que dichos créditos tienen origen en un contrato bilateral con obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso y, en consecuencia, en aplicación del artículo 61.2 de la Ley Concursal, los créditos derivados de las operaciones descritas no tienen la consideración de créditos concursales sino de créditos contra la masa.
Subsidiariamente, para el caso de que no se admitiera la exclusión de los meritados créditos concursales y su correlativa consideración como créditos contra la masa, la entidad actora interesaba que se declarase la compensación -ya fuera civil, bancaria o sistémica- de los referidos créditos concursales por importe de 36.000

euros y 30.000 euros, con el saldo favorable que mantenía la concursada en la cuenta corriente bancaria, de conformidad con el artículo 58 de la Ley Concursal.
Cumulativamente con las anteriores peticiones, la actora solicitó el incremento de otro crédito que en la lista de acreedores se había incluido con la clasificación de ordinario.
La administración concursal se opuso parcialmente a la demanda solicitando su desestimación en cuanto a la exclusión de créditos y su correlativa consideración como créditos contra la masa, así como respecto de la petición de compensación, allanándose a la de incremento del crédito concursal ordinario.
La sentencia dictada en primera instancia estimó la petición de incremento de crédito y desestimó, por un lado, la petición principal tendente a la admisión como créditos contra la masa de dos créditos incluidos como concursales en la lista de acreedores al entender que, al tiempo de la declaración de concurso sólo existían obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de la entidad concursada -la de reintegración de las cantidades abonadas provisionalmente en la cuenta corriente o no adeudadas en la misma- y, en consecuencia, rechaza la aplicación del artículo 61.2 de la Ley Concursal y, por otro, la petición subsidiaria para que se declarase la compensación por no concurrir los requisitos del artículo 58 de la Ley Concursal al nacer los créditos cuya compensación se pretendía del mismo título o contrato de depósito en cuenta corriente y, además, porque la orden judicial de bloqueo de las cuentas de AFINSA implicaba la existencia de retención o contienda impeditiva de la compensación (artículo 1.196.5º del Código Civil).
Contra la referida sentencia se alza exclusivamente la parte actora con el objeto de que se revoque la sentencia en los particulares que desestimó la demanda y se dicte otra por la que aquélla se estime íntegramente acogiendo también la petición de exclusión de los créditos concursales impugnados a los que debe atribuirse la consideración de créditos contra la masa y, en su caso, la subsidiaria de compensación.
SEGUNDO.- Respecto a la problemática relativa a la exclusión de los créditos de la lista de acreedores y su consideración como créditos contra la masa ya se ha pronunciado este tribunal en supuesto análogo al aquí enjuiciado, al menos a estos efectos, con relación a la misma entidad demandante pero en el concurso de la entidad "FORUM FILATÉLICO, S.A.". En aquella ocasión se trataba del crédito derivado de los recibos impagados tras el bloqueo de las cuentas de la concursada por orden del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional y antes de la declaración de concurso, que habían sido abonados en la cuenta de la concursada al emitirse por ésta contra sus clientes y entregarse a la entidad bancaria para su gestión de cobro.
En la referida sentencia de fecha 13 de julio de 2010 ya rechazamos que los créditos derivados de la devolución de los recibos tuvieran, aisladamente considerados, el carácter de créditos contra la masa, sin que respecto del importe de los cheques que han originado los créditos reconocidos por la administración concursal como concursales y que han sido impugnados por la demandante, debamos adoptar una solución distinta, siguiendo ahora, mutatis mutandis, los razonamientos de la referida resolución.
La sentencia califica la relación que ligaba a las partes como un contrato de depósito en cuenta corriente para la prestación de servicios de caja, gestión de cobros y pagos, así como comisión o mandato en la llevanza de efectos mercantiles, documentando su desarrollo mediante los oportunos asientos en la cuenta corriente que le sirve de soporte, calificación que admite la recurrente.
En realidad, en el supuesto de autos la actora y AFINSA suscribieron un contrato de depósito bancario en cuenta corriente (documento nº 11 de la demanda), no siendo discutido que la entidad bancaria también asumió la prestación del servicio de caja que integra un contrato autónomo, el contrato de cuenta corriente bancaria, y que comprendía, entre otros servicios, la gestión de cobro y pago de cheques.
La entidad bancaria en el contrato de depósito en cuenta corriente, si es a la vista, está obligada a devolver la suma depositada en el momento en que lo pida el depositario, siendo el genuino depósito a la vista el denominado depósito en cuenta corriente, esto es, aquella modalidad de depósito en que el saldo puede aumentar o disminuir mediante sucesivos y distintos actos de ingreso o de retirada de fondos efectuados por el cliente o por un tercero en lo que se refiere a los ingresos o abonos, que según la clase de operación se anotarán en el debe o haber de la cuenta, que, en cada momento, arrojará un determinado saldo expresivo del importe del depósito.
La entidad de crédito, en virtud del contrato de cuenta corriente bancaria, puede obligarse, además, a prestar al depositante un continuado servicio de caja, atendiendo con cargo a las sumas depositadas las órdenes de pago que reciba (cheques, letras, facturas.) y abonándole en la cuenta las remesas a su favor de numerario, chueques o transferencias., las cuales incrementan el depósito.
La cuenta corriente bancaria tiene sustantividad propia respecto del contrato de depósito que pasa a ser un antecedente o presupuesto que proporciona la provisión o disponibilidad de fondos que exige su funcionamiento, sin que pueda confundirse el contrato de depósito en cuenta corriente con la cuenta corriente bancaria en la medida en que el servicio de caja no es consustancial a aquel contrato.
En definitiva, el contrato de cuenta corriente bancaria es un contrato autónomo con contenido propio, el servicio de caja, conectado en la práctica bancaria a otros contratos a los que sirven de soporte que operan como relación jurídica subyacente, en nuestro caso, el depósito bancario.
La sala, desde luego, no discute el carácter bilateral o sinalagmático del contrato de cuenta corriente bancaria, que conlleva la prestación del denominado servicio de caja, en el que el banco efectúa pagos y recibe cobros, actuando como mero intermediario (mandatario o comisionista) por cuenta de su cliente, a cambio de las correspondientes comisiones a cargo de este último.
El resultado de tales gestiones se instrumenta en la cuenta corriente bancaria, en la que se realizan los apuntes que determinan bien la existencia de un activo para el cliente, en el momento en el que el saldo devenga positivo, o bien la de un pasivo, si se produjese un descubierto en la cuenta que, en el contrato suscrito por la demandante con AFINSA, se fija en un 29% anual (TAE 33,182%).
En este último caso se generaría un derecho de crédito a favor del banco que éste podría, en los casos de cuenta a la vista, exigir que se pagase en cualquier momento (estipulación duodécima).

Además, el sistema de banca electrónica contribuye a agilizar la prestación de ese servicio de caja, pues las entidades crediticias han creado mecanismos ágiles para liquidar las operaciones en las que participan como intermediarias. En ese ámbito opera el "Sistema Nacional de Compensación Electrónica" (regulado por Real Decreto 1369/87, por OM de 29 de febrero de 1988, por las correspondientes Circulares del Banco de España y por Ley 41/1999 sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, con la que el legislador pretende preservar, incluso ante situaciones concursales, la eficacia del sistema), que aprovecha las ventajas de las técnicas informáticas para posibilitar la compensación de todas las operaciones de intermediación de pagos.
Teniendo en cuenta las premisas expuestas, el planteamiento de la recurrente no resulta admisible porque, precisamente, si se plantea la cuestión desde el punto de vista de un contrato que, a tenor de la regla del artículo 61.2 de la Ley Concursal, habría permanecido en vigor tras la declaración del concurso con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, en ningún caso tendría la entidad bancaria demandante el derecho a exigir como crédito contra la masa el crédito derivado de determinadas operaciones aisladamente consideradas, sino, en su caso, el saldo que arrojase el depósito en cuenta corriente a través de la cual se instrumentaba el resultado de la gestión bancaria de los cobros y pagos de recibidos.
La vigencia del contrato a tenor del artículo 61.2 de la Ley Concursal debería serlo con todas sus consecuencias y por lo tanto el importe que la demandante califica como crédito contra la masa originado por dos concretas operaciones prestadas en el ámbito del servicio de cobros y pagos, no pasaría de la consideración de mero apunte contable a reflejar en dicha cuenta como consecuencia del cual debería resultar, junto con el devenir del resto de operaciones, un determinado saldo a favor o en contra de la entidad bancaria.
El tribunal, en contra de lo mantenido en la sentencia apelada, entiende que el contrato siguió vigente tras la declaración del concurso hasta el punto de que la administración concursal siguió operando a través de la cuenta corriente de referencia, anotándose los apuntes derivados de los pagos y abonos que efectivamente se realizaban (documento nº 10 de la demanda) y, en consecuencia, se trata de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes tras la declaración de concurso (para la entidad bancaria, la prestación del servicio de caja y, en su caso, el abono al cliente del saldo del depósito en cuenta corriente; y para AFINSA, el pago de las comisiones correspondientes y, en su caso, el abono en cualquier momento del descubierto de la cuenta), sin embargo, desde este punto de vista, lo que no es exigible como crédito contra la masa es el resultado de determinadas operaciones aisladamente consideradas sino el saldo de la cuenta del que, en su caso, resultase acreedor la entidad bancaria.
En definitiva, lo que ostentaba la entidad demandante era el derecho a efectuar la anotación contable correspondiente al pago o abono de los cheques en el seno de la prestación del servicio de gestión de pagos y cobros y, si ello generaba un descubierto, el derecho a exigir a su cliente el pago de su importe.
En la medida en que el importe de los cheques origen de las presentes actuaciones no se corresponde con el saldo de la cuenta corriente bancaria que efectivamente siguió operando tras la declaración de concurso, su importe no puede exigirse como crédito contra la masa con independencia del saldo resultante del conjunto de operaciones practicadas en la cuenta corriente bancaria que determinarían un descubierto o, en su caso, el importe del depósito a favor del cliente.
TERCERO.- Dado que mantenemos la desestimación de la petición principal efectuada en la demanda, debe ahora examinarse la formulada con carácter subsidiario, también rechazada en la sentencia apelada, para que se declarase la compensación, ya fuera civil, bancaria -por su vinculación con una cuenta corriente bancaria- o sistémica -por su generación en el proceso típico de funcionamiento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica-, de los dos créditos concursales ya referidos por importe de 36.000 euros y 30.000 euros, con el saldo favorable que mantenía la concursada en la cuenta corriente bancaria, de conformidad con el artículo 58 de la Ley Concursal.
La sentencia apelada rechazó la aplicación de la compensación al nacer los créditos cuya compensación se pretendía del mismo título o contrato de depósito en cuenta corriente y, además, porque la orden judicial de bloqueo de las cuentas de AFINSA implicaba la existencia de retención o contienda impeditiva de la compensación (artículo 1.196.5º del Código Civil).
El tribunal no comparte ninguno de los argumentos por los que la sentencia consideró que los créditos de la entidad bancaria no debían ser objeto de compensación con el crédito del que era titular su cliente.
El artículo 58 de la Ley Concursal prohíbe con carácter general la compensación pero admite que produzca sus efectos aquella cuyos requisitos concurran con anterioridad a declaración de concurso.
A diferencia de lo que afirma la sentencia recurrida y sostiene la administración concursal, los recíprocos créditos y deudas cuya compensación se pretende no nacen del mismo título. Es cierto que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha negado la posibilidad de compensación cuando hay un contrato único sin dualidad de créditos, señalando que conlleva consecuencias diferentes, pues si para apreciar la compensación propia o legal, originada por la dualidad de créditos es preciso que concurran todos y cada uno de los requisitos exigidos en el artículo 1196 y sería de aplicación, caso de cesión de uno de los créditos, las disposiciones del artículo 1198, cuando se contempla una situación distinta, nacida de una única relación, tales preceptos y sus concordantes no son de aplicación, sino los específicos que regulen la única relación jurídica que se ventila y las diversas y sucesivas vicisitudes por las que atraviese y se desenvuelva, entre otras sentencias de 27 mayo y 7 junio 1983, 17 mayo 1984, 31 mayo 1985 y 25 mayo 1993.
En este caso, el crédito que ostenta la entidad demandante frente a AFINSA derivado de la imposibilidad de cargar en la cuenta corriente el importe del cheque librado por AFINSA y de no retroceder el abonado a esta entidad como consecuencia del ingreso de un cheque librado por un tercero que luego resultó incorriente, deriva propiamente del acuerdo entre las partes para la gestión de cobros y pagos de efectos, esto es, del contrato de cuenta corriente bancaria que no debe confundirse, como antes hemos apuntado, con el depósito a la vista en cuenta corriente.
La cuenta en la que se efectúan los asientos relativos a esta relación tiene carácter autónomo, con independencia de que con cargo a la misma se efectúe cualquier clase de adeudo o abono. Progresivamente

se ha acentuado el carácter autónomo de estas cuentas corrientes respecto de los contratos a los que sirven de soporte.
Como señala las Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1993 y reitera la de 19 de diciembre de 1995 : «Ha de hacerse constar que la cuenta corriente bancaria va adquiriendo cada vez más autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y sólo actúa como soporte contable. En todo caso la cuenta corriente bancaria expresa siempre una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que los retiene y que encuentra causa tanto en operaciones activas como pasivas, es decir, que responde tanto a operaciones efectivas en dinero como de créditos que el Banco concede a los clientes. Su autonomía la decide al salir del círculo Banco-cuentacorrentista, para realizarse mediante la misma operaciones de caja, a través de las cuales se efectúan transferencias y pagos a terceros, mediante las correspondientes órdenes de los titulares, lo que obliga a las entidades, en cumplimiento de la OM 12 Dic. 1989, a facilitar a los clientes información adecuada, extractos de las operaciones que con su cuenta son realizadas y los cargos de gastos por intereses devengados en favor o contra comisiones y demás autorizados...»
Por ello debemos entender que, aunque este tipo de cuentas sirvan para dar efectividad a los servicios que se prestan a través del contrato, las cuentas asociadas gozan de autonomía respecto a los contratos subyacentes, en nuestro caso, un contrato de depósito, de modo que el crédito de la actora surge de la prestación de servicio de caja, esto es, del contrato de cuenta corriente bancaria que goza de autonomía respecto del depósito a la vista que es el contrato del que surge el crédito del cliente y, en consecuencia, no estamos ante créditos nacidos de una misma relación jurídica.
CUARTO.- En segundo lugar, la sentencia recaída en primera instancia rechaza la compensación porque la orden judicial de bloqueo de las cuentas de AFINSA implicaba la existencia de retención o contienda impeditiva de la compensación (artículo 1.196.5º del Código Civil).
Sin embargo, el tribunal considera que tampoco quedaron afectados los créditos y deudas recíprocos por el bloqueo de las cuentas pues los créditos que ostenta la entidad demandante y, en consecuencia, la facultad de compensar, son anteriores no solo a la declaración de concurso sino al propio bloqueo de las cuentas de AFINSA por lo que deben operar los efectos de la compensación en aplicación del artículo 58 de la Ley Concursal.
El primero de los créditos tiene origen en el cheque librado el día 5 de mayo de 2006 por la concursada a favor de un tercero por importe de 36.000 euros con cargo a una cuenta corriente abierta en la entidad demandante, que ésta satisfizo el día 9 de mayo de 2006 al tercero tenedor, pero que luego no pudo cargar en la misma, debido al bloqueo de dicha cuenta por orden del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional de fecha 9 de mayo de 2006, todo ello con anterioridad a la declaración de concurso de la entidad AFINSA que tuvo lugar mediante auto de fecha 14 de julio de 2006.
No discutiéndose que el abono del cheque librado contra la demandante por parte de AFINSA y a favor de un tercero se abonó el mismo día 9 de mayo de 2006 (documento nº 2 de la demanda) antes de que se emitiese por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional la orden de bloqueo de las cuentas corrientes de AFINSA, en ese mismo momento surgió el crédito en favor del banco librado contra su cliente por idéntico importe y, en consecuencia, el hecho de que ésta no efectuase el cargo en la cuenta de AFINSA simultáneamente y con anterioridad a la orden de bloqueo, no impide apreciar los requisitos de la compensación que concurrían con anterioridad, esto es, en el mismo instante en que el banco como librado atendió el cheque expedido por AFINSA, pues desde ese momento el librador resultaba deudor de su librado por el importe satisfecho y también en ese momento pudo efectuar el cargo correspondiente en la cuenta del librador, resultando irrelevante que no lo hiciera con anterioridad a la efectividad de la orden de bloqueo, lo que no impide ahora la compensación al nacer el crédito de la demandante con anterioridad a la retención acordada y, evidentemente, con anterioridad a la declaración de concurso.
El segundo de los créditos tiene origen en otro cheque por importe de 30.000 euros librado el día 8 de mayo de 2006 por un tercero contra BANESTO a favor de AFINSA y que la ahora concursada ingresó en la misma fecha en su cuenta corriente abierta en la entidad demandante, en la que le fue abonado el mismo día 8 de mayo de 2006, con fecha valor 10 de mayo de 2006, sin que tal abono pudiera retrotraerse una vez que el cheque resultó incorriente al ser devuelto por la entidad librada tras presentarse al cobro a través del Sistema Nacional de Compensación Electrónica.
Debe tenerse en cuenta que en el impreso por el que AFINSA ingresó en su cuenta el cheque librado por un tercero y que resultó incorriente, consta de forma expresa que: "El abono de los documentos recibidos no surtirá efecto hasta que sea realizado el cobro de los mismos" (documento nº 6 de la demanda).
Como consta reiteradamente en las memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España (años 2007 y siguientes) en la entrega de cheques a las entidades para su cobro hay dos alternativas
posibles, a saber: tomar el cheque en gestión de cobro, o bien, además de gestionar dicho cobro, abonar su importe en la cuenta del cliente. En este segundo caso, dicho abono será condicional, esto es, «salvo buen fin», no adquiriendo firmeza hasta la verificación del pago. De este modo, el abono está sujeto a la condición del cobro efectivo del cheque, dando lugar, en caso de producirse el impago o devolución del efecto, a la obligación de devolver lo recibido, pudiendo resarcirse la entidad por medio del correspondiente adeudo en cuenta.
En el supuesto de autos, la entidad bancaria recibió el cheque en gestión de cobro y, además, ingresó el importe del cheque en la cuenta de AFINSA. Presentado al cobro a través del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, el cheque resultó devuelto por el librado y, en consecuencia, el abono no llegó surtir efecto tal y como expresamente se indica en el impreso de ingreso, lo que es coherente con el contenido del párrafo segundo del artículo 1.170 del Código Civil y con lo antes expuesto cuando indicábamos que el apunte del abono se realiza «salvo buen fin» y sujeto a la condición de cobro efectivo. Precisamente por ello el abono se hizo con fecha valor de dos días después al de la entrega del cheque que se corresponden con los

plazos fijados en el Sistema Nacional de Compensación Electrónica, subsistema general de cheques y pagarés de cuenta corriente (Circular nº 11/1990, de 6 de noviembre, del Banco de España) para la presentación (un día) y devolución del cheque (un día).
Ante la imposibilidad de efectuar el apunte de retrocesión del importe del cheque como consecuencia de la orden de bloqueo de las cuentas de AFINSA, el crédito de la entidad bancaria nace desde la misma fecha en que se hizo el apunte de ingreso, el día 8 de mayo de 2006, en tanto que el mismo, en realidad, nunca produjo efectos tal y como se hace constar en el impreso de ingreso del cheque o, lo que es lo mismo, salvo buen fin y sujeto a la condición suspensiva de cobro efectivo.
Por lo demás, como apuntamos en la sentencia de este tribunal de fecha 13 de julio de 2010, con relación a las gestión de cobro de recibos emitidos con anterioridad a la orden de bloqueo, abonados en la cuenta de FORUM y que luego resultaron impagados, ni siquiera sería necesario acudir al mecanismo de la compensación legal para deducir su importe del saldo a favor, en este caso, de AFINSA. En realidad, dichos apuntes de devolución suponían la simple traslación contable de la ausencia de buen fin del cheque, fracaso éste que impedía que se consolidase la entrada de su importe en la cuenta de aquélla.
La administración concursal cita en apoyo de su tesis la sentencia de este tribunal de 1 de febrero de 2010, también recaída en un incidente concursal promovido en seno del concurso de FORUM y con relación a los recibos girados por dicha entidad contra sus clientes cuya gestión de cobro se había encargado a otra entidad bancaria. La peculiaridad del supuesto de hecho contemplado en dicha sentencia impide que sus razonamientos sean aplicables al supuesto aquí enjuiciado, en primer lugar, porque, como explicamos en la sentencia de este tribunal de 16 de julio de 2010, allí la entidad de crédito demandada decidió, al recibir la comunicación del Juzgado de la Audiencia Nacional, realizar una cuestionable maniobra de un adeudo en bloque, a fecha 9 de mayo de 2006, por el importe correspondiente a todos los recibos que habían sido puestos al cobro, sin esperar, por lo tanto, al devenir del curso natural del sistema de pagos al que se estaban sujetos los recibos y, en segundo lugar, dicha entidad crediticia tuvo luego que realizar durante el mes de junio nuevos apuntes para reflejar el pago de algunos de dichos recibos que había detraído del saldo de la correspondiente cuenta. Además, en el supuesto enjuiciado hemos declarado expresamente que el ingreso del cheque en la cuenta de AFINSA no surtía efecto hasta que fuera realizado el cobro del mismo, lo que se rechazaba en el supuesto allí analizado respecto al ingreso del importe de los recibos entregados en gestión de cobro por las razones particulares que concurrían en dicho supuesto, gestión de cobro de recibos que nada tienen que ver con el abono de un cheque librado por AFINSA contra la entidad demandante, todo ello con anterioridad a emitirse la orden de retención y que luego ya no pudo cargarse en la cuenta como consecuencia de dicha orden o con la comisión de cobro de un cheque a favor de AFINSA, con apunte de su importe en la cuenta con fecha valor dos días después del ingreso y con mención expresa de que el abono no surtía efecto hasta que el cheque fuera atendido por el librado.
Conforme a lo expuesto debe acogerse la petición subsidiaria formulada en la demanda y acordar la compensación del crédito de la demandante por importe de 66.000 euros con el crédito, del que es acreedor AFINSA frente a la entidad actora por el saldo a la vista del depósito en la cuenta corriente nº 0049 1893 06 2510114863, que a la fecha de la declaración de concurso ascendía a 683.929,54 euros o con el saldo de cualquier otra cuenta abierta en la entidad demandante, siempre en la cantidad concurrente de 66.000 euros, sin que en esta resolución deba analizarse la mera hipótesis de que no sea posible practicar la compensación, cuestión que, en su caso, deberá resolverse en ejecución de esta resolución.”: SAP Madrid (Sección 28) 26.10.2012 (Sentencia 319/2012; Rollo 252/2012)

22. Compensación del crédito derivado del convenio concursal impagado

Tribunal Supremo

“FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*
1. La sociedad Gymcol, S.A., declarada en concurso, interpuso demanda de juicio de desahucio por falta de pago de la renta contra la compañía mercantil TDG Doman Iberia, S.L., a la que acumuló la acción de reclamación de las rentas debidas, por importe de 78.179,01 €.
La demandada inicial fue sucedida procesalmente por la sociedad Norbert Destressangle Gerposa, S.L.
2. La acción de desahucio quedó sin objeto por satisfacción extraprocesal, por lo que el procedimiento continuó exclusivamente por la reclamación de rentas. En el acto de la vista, la actora actualizó las cantidades debidas, que fijó en 105.380,16 €. La demandada no negó la deuda, pero alegó su extinción por compensación de créditos, dado que tenía un crédito a su favor, por cuantía superior, que le fue reconocido en el concurso de la actora, en el que se había aprobado el convenio.
3. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró la satisfacción extraprocesal de la pretensión de desahucio y condenó a la demandada al pago de 105.380,16 €. No dio lugar a la compensación de créditos, al entender que su base era el incumplimiento del convenio concursal y para esa pretensión, la ley prevé el cauce específico del incidente concursal**;** sin que en el procedimiento de reclamación de rentas pudiera resolverse sobre el incumplimiento del convenio.
4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, al estimar la compensación del crédito de 136.216,39 € que la demandada tenía frente a la actora y que estaba ya vencido e impagado conforme al propio calendario de pagos contenido en el convenio; por lo que declaró extinguidos ambos créditos en la cantidad concurrente de 105.318,16 €.
SEGUNDO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal.*
Primer motivo: *Planteamiento:*

1. Con fundamento en el art. 469.1.1° LEC, se denuncia infracción de las normas procesales reguladoras de la jurisdicción y la competencia objetiva y funcional; así como infracción del art. 45 LEC, por resolver la sentencia recurrida cuestiones reservadas por Ley a la jurisdicción mercantil (sic), conforme a trámites previstos en los arts. 58 y 140 LC, cuya infracción se denuncia por su inaplicación.
2. En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia ha compensado un crédito reconocido en el concurso de Gymcol, S.A. y sujeto al convenio aprobado en el procedimiento concursal**,** sin que exista auto de cumplimiento del convenio. Dicha decisión de compensar o no un crédito concursal correspondería al juzgado de lo mercantil que conoce del concurso y, en su caso, a la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia (sección especializada el conocimiento de los recursos contra las resoluciones dictadas por los juzgados de lo mercantil de esa provincia). Del mismo modo, la decisión sobre el cumplimiento o incumplimiento del convenio aprobado en el concurso de la actora, corresponde a los órganos de lo concursal**,** y no a los tribunales de lo civil que conocen del procedimiento de desahucio por falta de pago de la renta y reclamación de rentas.
Decisión de la Sala:
1. Con carácter previo, hemos de advertir que no existe propiamente una jurisdicción mercantil**.** Los juzgados de lo mercantil son órganos especializados de la jurisdicción civil (arts. 86 bis LOPJ y 46 LEC), que ni siquiera tienen competencia para conocer de todos los asuntos propios del Derecho Mercantil**,** sino únicamente de aquellos que les vienen expresamente atribuidos por la legislación orgánica y procesal. Así lo indica expresamente la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal**,** por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, al decir que:
«La denominación de estos nuevos Juzgados [de lo Mercantil**]** alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil**,** siendo así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles**,** ni todas las materias sobre las que se extienden sus competencias son exclusivamente mercantiles**».**
En concreto, es el artículo 86 ter LOPJ el que establece en forma de *numerus clausus* cuáles son las competencias atribuidas a los órganos de lo mercantil (competencia objetiva). Dicho precepto relaciona un catálogo cerrado de materias específicas de las que compete conocer a los juzgados de lo mercantil**,** y en su apartado 1º dispone que
«1. Los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal**,** en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:
»1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
[....]
»3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado».
2. Ni el juicio de desahucio instado por el concursado como arrendador, ni el proceso declarativo de reclamación de rentas a su instancia, se incluyen entre tales competencias atribuidas legalmente a los juzgados mercantiles**,** sino que su conocimiento corresponde a los juzgados de primera instancia, conforme a los arts. 85.1 LOPJ y 54 LC. Por tanto, difícilmente puede haber conculcado la Audiencia Provincial el art. 45 LEC, que se refiere a la competencia objetiva de los juzgados de primera instancia, ni las normas orgánicas y procesales sobre atribución de competencias a los juzgados de lo mercantil**.**
3. Es cierto que los arts. 58 y 140 LC remiten a trámites procesales específicos para la decisión sobre compensación de créditos en el concurso o incumplimiento del convenio. Pero la Audiencia Provincial no resuelve realmente sobre tales cuestiones en sede intraconcursal (que es para lo que están previstos), sino que, a modo de pronunciamiento prejudicial, y para decidir sobre la pertinencia de la reclamación de deuda derivada del juicio de desahucio, hace unas consideraciones sobre la compensación de créditos, conforme a los arts. 1.195 y ss. CC, que sirven de fundamento a su resolución. Tales argumentos podrán ser más o menos acertados, pero se refieren a valoraciones jurídicas que, en su caso, podrán combatirse en el recurso de casación, ya que son ajenas al ámbito procesal propio del recurso extraordinario por infracción procesal.
Segundo motivo: *Planteamiento:*
1. Al amparo del art. 469.1.1º LEC, se denuncia la infracción del art. 45 LEC, en relación con el art. 98.1 LOPJ, al no aplicarse el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 17 de diciembre de 2003, que atribuyó a la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia el conocimiento en exclusiva de los recursos en materia mercantil**.**
2. En el desarrollo del motivo se alega que, al entrar a resolver un asunto con implicaciones concursales una sección de la Audiencia Provincial de Valencia distinta a la que tiene atribuido el conocimiento de los recursos contra resoluciones recaídas en dicha materia, se han infringido las normas de competencia objetiva, así como el principio de "universalidad de la Ley Concursal**",** ex art. 76 LC.
Decisión de la Sala:
En tanto que este motivo reproduce argumentos sustancialmente idénticos a los formulados en el precedente, no cabe sino remitirnos a lo ya expuesto al resolverlo. Por lo que debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.
Tercer motivo: *Planteamiento:*
1. Sin cita del art. 469.1 LEC, se alega genéricamente infracción del principio *par conditio creditorum.*
2. Se alega que la infracción de las disposiciones concursales relativas al cumplimiento del convenio y un pronunciamiento relativo al mismo cuando el proceso concursal no está concluso, suponen un perjuicio para el resto de acreedores concursales, que ven perjudicado su crédito en relación con el de la demandada.

Decisión de la Sala:
1.- La *par conditio creditorum* es un principio básico del Derecho Concursal, que tradicionalmente se ha considerado como una "idea-fuerza" en el tratamiento de la insolvencia, de manera que han de darse varias notas para que sea admisible un privilegio que pervierta la igualdad de trato: legalidad, necesidad y excepcionalidad.
Así, está reconocido expresamente en la propia Exposición de motivos de la Ley Concursal, al decir:
«Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas».
2. Es cierto que la prohibición general de compensación contenida en el art. 58 LC tiene como finalidad última impedir que los acreedores que, a su vez, son deudores del concursado, tengan un trato de favor, y por tanto, no alterar el principio de igualdad de trato. De hecho, bajo la vigencia de la normativa concursal anterior, la jurisprudencia (SSTS 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993, 11 de julio de 2005 y 25 de octubre de 2007), ante el silencio normativo sobre su admisibilidad, se opuso a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales, en defensa, precisamente, de una *par conditio* que podría resultar injustificadamente alterada en beneficio del acreedor *in bonis.* Lo que ha sido reiterado en similares términos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, al interpretar el mencionado art. 58 LC (por todas, sentencia 46/2013, de 18 de febrero).
3. No obstante, la posible infracción de este principio general no tiene su sede en el recurso de infracción procesal, puesto que no tiene tal naturaleza, sino que, en su caso, sería objeto del recurso de casación. Razón por la que este último motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.
TERCERO.- *Recurso de casación. Planteamiento:*
1. Con base en el art. 477.2.3º LEC, se articula en dos motivos. En el primero, se alega vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre compensación de deudas concursales e infracción del art. 58 LC y de la jurisprudencia contenida en las SSTS de 25 de octubre de 2007, 26 de junio de 2012 y 18 de febrero de 2013. En el segundo, se denuncia inaplicación de los arts. 58 y 140 LC, e infracción e indebida aplicación de los arts. 1.195 y ss. CC.
2. Resumidamente, se aduce que la sentencia recurrida, pese a reconocer que la actora fue declarada en concurso, que se habia dictado sentencia aprobatoria del convenio y que existía una discrepancia entre las partes sobre su cumplimiento, hace una aplicación errónea de los arts. 133, 134 y 136 LC; y resuelve el fondo del asunto con inaplicación de lo previsto en los arts. 58 y 140 LC, al decidir que los créditos recíprocos son de la misma naturaleza, vencidos, líquidos y exigibles y que se cumplen los requisitos de los arts. 1.195 y ss. CC.
Por su evidente conexidad argumental, ambos motivos se resolverán conjuntamente. *Decisión de la Sala :*
1.- Conforme al art. 133.2 LC, el principal efecto derivado de la aprobación del convenio previamente aceptado por los acreedores consiste en el cese de los efectos del concurso; salvo los deberes de colaboración e información del art. 42 LC, y excepto los efectos que se puedan establecer en el propio convenio en cada caso específico. Conforme al art. 134.1 LC, el deudor queda obligado al cumplimiento del convenio; y en cuanto a los acreedores concursales, se ven vinculados por el convenio los ordinarios y subordinados. Los acreedores con privilegio general o especial no se verán afectados por el convenio, salvo si hubiesen votado a favor del mismo (art. 134.2 LC).
En consecuencia, todos los acreedores ordinarios y subordinados verán novados sus créditos respecto a su cuantía y tiempo de pago; quedando extinguidos y aplazados en la parte correspondiente, conforme al art. 136 LC. Y ello, con la única posibilidad de rescisión de dicho efecto para el caso de que se declare el incumplimiento del convenio.
La quita concursal no produce la extinción de la obligación, y no puede considerarse la remisión que se acuerde en un convenio como una condonación, ni como una novación extintiva. Es una novación modificativa, basada en la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor (pacto de *non petendo)*. Como consecuencia de ello, si el convenio se incumple y se abre la fase de liquidación, desaparecen estos efectos sobre los créditos (art. 140.4 LC). Si el convenio se cumple parcialmente, en la liquidación se tendrán por legítimos los pagos parciales efectuados, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención del convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores (art. 162.1 LC). Mientras que si el convenio se cumple íntegramente, y así se declara conforme al art. 139 LC, los créditos quedarán definitivamente extinguidos.
2. Aun cuando desde la eficacia del convenio cesan los efectos derivados de la declaración de concurso, éste no ha concluido como procedimiento, sino que subsiste en un estado que la doctrina denomina *concurso yacente;* entendido como la situación en que se encuentra provisionalmente el procedimiento entre la fecha de la aprobación judicial del convenio y el auto firme que lo declara cumplido o caducadas las acciones de incumplimiento (provisionalidad que puede extenderse en el tiempo en conexión con los plazos de espera acordados).
3. Es en dicha situación de *concurso yacente* en la que, según lo declarado probado por la sentencia recurrida, se encontraba el concurso de Gymcol, S.A. cuando se dictó la sentencia de primera instancia. Y la competencia objetiva para declarar el cumplimiento o incumplimiento del convenio, correspondía en exclusiva al juez del concurso, conforme a los arts. 8, 139.2, 140 y 141 LC.
Por ello, es cierto, como se sostiene en el recurso, que en el procedimiento judicial de reclamación de rentas, el tribunal que conocía del mismo -distinto del juez del concurso- carecía de competencia objetiva para declarar cumplido o incumplido el convenio. La sentencia recurrida no se pronunció en los términos previstos en los citados arts. 139.2, 140 y 141 LC, y por tanto nada resolvió sobre el cumplimiento del convenio, sino que se limitó a constatar que las cantidades debidas estaban ya vencidas respecto de los propios plazos de pago estipulados en el convenio, por lo que, atendidos los mismos términos de éste, los créditos estaban compensados.

4. Mientras no haya declaración de cumplimiento o incumplimiento del convenio, lo único que puede declararse es la compensación de las cantidades novadas (por aplicación de la quita) y vencidas. Y eso es lo que correctamente ha resuelto la Audiencia Provincial, al aplicar no solo las normas concursales citadas, sino también los arts. 1.156, 1.195, 1.196 y 1.202 CC. Sin que ello afecte a la *par conditio creditorum,* porque cesados los efectos del concurso (art. 133.2 LC) y, por tanto no aplicable ya la prohibición general del art. 58 LC, los créditos compensables estaban comprendidos dentro de las sumas novadas y de los plazos vencidos, conforme a lo previsto en el convenio, y reunían los requisitos para ser extinguidos en la parte concurrente.
5. Razones por las cuales el recurso de casación debe ser desestimado.": STS 08.04.2016 (Sentencia 229/2016; Recurso 905/2014)

AP Valencia

"PRIMERO.- La Sentencia dictada reconoce la satisfacción extraprocesal del derecho del actor en cuanto a la acción de desahucio instada afecta, y estima la demanda deducida en reclamación de las rentas adeudas por el demandado y cantidades asimiladas a renta hasta la devolución del inmueble, cuantía de la demanda que fue objeto de expresa ampliación en el acto del juicio, incluyendo 3.675 euros reclamados por deterioros en el local arrendado, conforme a valoración en la que se expresó conformidad al tiempo de la devolución del local, ascendiendo, en junto, la cantidad a cuyo pago condena la resolución a 105.380 euros, denegando la compensación opuesta por el demandado al estimar que hallándose el actor incurso en procedimiento concursal, habrá de hacer valer el demandado su derecho ante el Juzgado de lo Mercantil, denunciando el incumplimiento del convenio. Y frente a dicha Sentencia se alza el demandado sosteniendo ante esta instancia que de conformidad con el convenio ya aprobado y vigente es acreedor del actor por las cantidades que aquél se obligó a abonarle en plazos sucesivos, habiendo vencido a la fecha de la vista dos de ellos, no negando el actor la realidad de los mismos y oponiendo tan sólo la no viabilidad de la compensación opuesta por hallarse en procedimiento concursal del demandante, que el demandado sí comunicó al actor en el ámbito concursal número de cuenta al objeto de que pudiera abonar las cantidades convenidas; que la Sociedad actora ya no está en concurso de acuerdo con el artículo 133 de la Ley Concursal, por lo que puede exigir el acreedor en cualquier procedimiento la satisfacción de su crédito o, en definitiva, en el ámbito concursal denunciar el incumplimiento, no siendo el Juez de lo Mercantil competente para conocer de esta pretensión, siendo el crédito que ostenta frente al actor de la misma naturaleza que el que declara la Sentencia en favor del demandante frente al demandado, amén de determinado, líquido y exigible, por lo que procede la compensación.
SEGUNDO.- Y el recurso ha de prosperar, considerando que el día 11 de diciembre de 2009 se dicta Sentencia en el procedimiento concursal número 841/2008 tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Valencia aprobando el convenio alcanzado por el concursado con sus acreedores -y, entre ellos el hoy demandado-- respecto del que no se formuló oposición, y de la que resulta que la aprobación de tal convenio lleva aparejada la terminación de la fase común del concurso, cesando sus efectos y siendo sustituidos por los que, en su caso, establece el artículo 42 de la Ley Concursal (art. 133) -a los folios 47 a 73. Y conforme a dicho artículo 133 - en la redacción vigente al tiempo de recaer la Sentencia dicha--, el convenio adquiere plena eficacia desde su aprobación, y desde ese momento cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que establezca el propio convenio, vinculando el mismo al deudor y a los acreedores y produciendo en los créditos su extinción en la parte a que alcance la quita y aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio, todo ello de acuerdo con los artículos 134 y 136 de la Ley Concursal. En consecuencia, el crédito del demandado frente al actor experimentó, de acuerdo con el convenio, un aplazamiento en su exigibilidad, de modo 18 meses después de la eficacia de aquélsólo será exigible el 15% del crédito y 30 meses después de la dicha eficacia otro 20%. Y no habiendo negado, siquiera, el actor el incumplimiento de su obligación de pago de los dos primeros plazos, ni el importe de las cantidades exigibles, que, en junto, por tales dos primeros plazos asciende a 136.216,39 euros, y habiendo opuesto tan sólo que el ahora demandado titular de ese crédito no designó no designó en el cuenta bancaria en la que el demandante debía efectuar el abono de los pagos, o lo que es lo mismo, admitiendose en deber por falta de pago la cantidad dicha, y hallándonos ante créditos de la misma naturaleza, vencidos, líquidos y exigibles, procede declararlos compensables (artículo 136 dicho), habiendo de extinguirse ambos en la cantidad concurrente (artículos 1.195 y siguientes del Código civil).": SAP Valencia (Sección 11) 10.02.2014 (Sentencia 40/2014; Rollo 201/2013)

23. Cuenta de liquidación en los procesos de reparcelación. Inaplicabilidad del art 58. Crédito único por el saldo resultante

AP Zaragoza

"PRIMERO.- Motivos de recurso
Entabló la junta de compensación actora impugnación del informe de la administración concursal de la demandada fundada en que el crédito de la actora frente a la demandada era el que resultase del saldo de la cuenta de liquidación provisional correspondiente a la demandada, no las diferentes partidas de la misma, de tal manera que era rechazable el proceder de la administración concursal que reflejó las mismas como créditos contra la concursada por gastos de urbanización y diferencias de adjudicación e incluyó en el activo de la concursada lo referente al crédito contra la junta de compensación por la partida denominada "bienes ajenos al suelo".
Las demandadas alegaron sustancialmente que la compensación a los efectos urbanísticos y registrales no alcanza a los concursales de tal manera que, conforme al art. 58 de la LC, los requisitos de la compensación no existían al tiempo de la declaración de concurso.

La sentencia de la instancia desestimó la demanda.
Contra la misma se alza la actora alegando:
Tanto el art. 127 del Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, como las bases del proyecto de reparcelación de la actora establecen expresamente la existencia de un saldo de compensación, el de la cuenta de liquidación provisional, que, sin perjuicio de su ulterior corrección en la liquidación definitiva, se plasma en un único crédito resultante de las diversas partidas incluidas en la liquidación.
Dado que no se ha girado cuotas por derramas, salvo los compensados con las indemnizaciones ajenas al suelo, previamente a la declaración de concurso, todo el crédito resultante por compensación es un crédito contra la masa.
Las demandadas mantienen los argumentos de la instancia.
SEGUNDO.- Naturaleza y origen de la compensación
Sostiene la recurrente que no existen diversas partidas integradas en la denominada cuenta de liquidación provisional que resulta con ocasión y como consecuencia del acuerdo de reparcelación, sino que ha de ser calificado como un único crédito el saldo resultante, como exigen el RGU citado y las bases del proyecto de reparcelación.
La demandada sostiene que los efectos de la compensación fijados en el ámbito registral y urbanístico no se extienden al ámbito concursal por faltar los requisitos del art. 58 de la LC, particularmente el vencimiento de los créditos compensables.
Así, planteado el litigio han de traerse a la causa las consideraciones realizadas por las sentencias de 14 y 21 de julio de 2014 del TS en un asunto en el que, aunque la cuestión litigiosa era el carácter contingente o no del crédito de liquidación y la calificación de las cuotas libradas, el alto tribunal hizo las siguientes consideraciones:
"1. La Junta de compensación. -Como recuerda la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 12 de mayo de 2005, la ejecución de los planes urbanísticos incumbe al Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales (art. *114 Texto Refundido de la Ley sobre Régimen* del suelo y ordenación urbana, aprobado por el *RD 1346/1976, de 9 de abril). Uno de los métodos de ejecución que puede elegir la Administración actuante, conforme al art. 119,* es el de la compensación (Capítulo Tercero del TRLS) que se lleva a cabo directamente por los propietarios de los terrenos integrantes de la unidad de actuación, constituidos en Junta de Compensación que se erige como figura clave, órgano de naturaleza administrativa, con personalidad plena y capacidad jurídica, siendo sus actos recurribles en vía administrativa, habilitándola para actuar como fiduciaria con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquélla y considerándola
directamente responsable, frente a la Administración competente de la urbanización completa de la unidad de actuación (*STS, Sala 4, de 1 de diciembre de 1980)*. Tales organismos *"cumplen primordialmente funciones administrativas de orden urbanístico* " (STS, *Sala 4ª de 29 de diciembre de 1987),* es decir, *"actúan en lugar de la propia Administración pública cuando realizan por encargo de ésta..."*
También el *art. 26.1 del Reglamento de Gestión Urbanística,* aprobado por el *RD 3288/1978, de 25 de agosto (en adelante RGU), destaca a las Juntas de Compensación como entes administrativos, colaboradores de la Administración pública (art. 26.1, 157* a *185)*, cuando actúan con las competencias que le son delegadas de la propia administración, como son las correspondientes a la función urbanizadora, como servicio de interés público, en los expedientes de ejecución en la ordenación del suelo y en las actuaciones de transformación urbanística.
2. *Naturaleza jurídica del crédito por obras de urbanización.*
La *STS de 24 de mayo de 1994* señala que la ejecución de unas obras de urbanización es obra de naturaleza pública cuya titularidad corresponde a la Administración actuante. En este sentido importa destacar *no sólo las facultades reconocidas a la Administración para vigilar la ejecución de las obras e instalaciones art. 175.3 del Reglamento de Gestión Urbanística (RGU)- sino las cláusulas que, según el art. 176.3 del mismo Reglamento, debe necesariamente contener todo contrato de ejecución de obra concertado por la Junta de Compensación;* también, la *STS de 19 de julio de 2007, RC 1751/2000,* se refiere a la naturaleza de obra pública las referidas a la urbanización llevadas a cabo por encargo de la Junta de Compensación; la *STS, Sala 1ª, núm. 427/2010, de 23 de junio* : *"se está ante una obra de condición pública, la cual debe realizarse conforme a un proyecto aprobado por el Ayuntamiento, cosa que confiere naturaleza administrativa al contrato, en atención a la naturaleza administrativa de la Junta de Compensación y a la naturaleza pública de la obra* ".
4. *El devengo. El carácter de crédito cierto y exigible. Las cuotas futuras.*
La administración concursal tiene que examinar la naturaleza de la relación jurídica creadora de la obligación en su cometido de proponer la calificación jurídica de los créditos reconocidos en la lista de acreedores (art. *94.2 LC)*, *"indicándose en su caso, su carácter de litigiosos, condicionales...".*
El *art. 87 LC,* entre los *"supuestos especiales de reconocimiento",* prevé los créditos sometidos a condición suspensiva que serán reconocidos como *"créditos contingentes sin cuantía propia",* que es la calificación interesada por la administración concursal y la concursada, frente a la categoría de crédito cierto, actual y exigible que proclama la sentencia recurrida.
La situación descrita sobre la naturaleza jurídica del crédito por derramas de urbanización no se compadece con la naturaleza de crédito sometido a condición suspensiva. Conforme al *art. 1113 CC,* la condición es un suceso futuro e incierto o un suceso pasado, que los interesados ignoran, del que depende la eficacia del contrato. De acuerdo con la normativa urbanística expuesta, el crédito por derramas es un crédito cuya existencia no depende de la liquidación definitiva.
Es cierto que la liquidación provisional de los costes de urbanización está sujeta a liquidación definitiva y que *"los saldos de la cuenta de liquidación del proyecto se entenderán provisionales y a buena cuenta, hasta que se apruebe la liquidación definitiva de la reparcelación" (art. 127.2 del RGU)* y añade *"los errores y omisiones... se tendrán en cuenta en la liquidación definitiva, pero no suspenderán la exigibilidad de los saldos*

provisionales aprobados con el proyecto". Por ello, los posibles ajustes o rectificaciones en absoluto condicionan la existencia del crédito y su exigibilidad. Adviértase, además, que el propio RGU, en su art. 181, faculta a la Junta para solicitar de la administración actuante la expropiación de los terrenos al propietario moroso o interesar el cobro de la deuda por la vía de apremio.
Por tanto, las cuotas de urbanización son créditos que no pueden ser considerados contingentes sin cuantía, sino créditos ciertos, vencidos y exigibles, como son de la misma categoría los créditos por *"diferencias de adjudicación"* que ya admitió la administración concursal en su escrito de contestación.
Por último, las cuotas o derramas devengadas a partir de la declaración de concurso (el 17 de enero de 2011) tendrán la consideración de créditos contra la masa, encuadradas en el *nº 10 del apartado 2 del art. 84 LC,* como certeramente señala la sentencia recurrida, pues resultan de la obligación que nace de la ley de contribuir a los gastos de urbanización, que son, a estos efectos, créditos vencidos, líquidos y exigibles, sin perjuicio de la liquidación definitiva, según se ha expuesto".
Consecuentemente con lo anterior y con las prescripciones del RGU los efectos producidos por el acuerdo de reparcelación son de diverso tipo, reales - sustitución de las fincas originales por las resultantes del proyecto, las cargas reales que ellas soportan (arts. 122 y 126 RGU), cesión automática de terrenos al municipio (art. 124 RGU)- y, en lo referente a sus efectos económicos, el art 127 del indicado reglamento que establece que:
Sección 2. Efectos económicos
Artículo 127.
1.Las partidas que comprenda la cuenta de liquidación para cada interesado quedarán compensadas cuando fueren de distinto signo, siendo exigibles únicamente los saldos resultantes.
2. Los saldos de la cuenta de liquidación del proyecto se entenderán provisionales y a buena cuenta, hasta que se apruebe la liquidación definitiva de la reparcelación. Los errores y omisiones que se adviertan, así como las rectificaciones que se estimen procedentes, se tendrán en cuenta en la liquidación definitiva, pero no suspenderán la exigibilidad de los saldos provisionales aprobados con el proyecto.
3. Los saldos adeudados por los adjudicatarios podrán compensarse con la cesión de terrenos, previo acuerdo con los interesados, conforme al artículo 122.2 de la Ley del Suelo.
4. A todos los efectos se entenderá que los saldos de reparcelación son deudas líquidas y exigibles que median entre cada uno de los interesados y la Administración actuante. En caso de impago, procederá la vía de apremio.
Se trata según lo visto de créditos que financian una actividad de interés público, que son compensados aun no siendo vencidos, en opinión de la sala, por ministerio de la norma que fija los efectos del acuerdo de reparcelación, de tal manera, que nacen con el acuerdo de compensación y como un único crédito en el que la compensación actúa normativamente, sin perjuicio de que sea además en el presente caso uno de los efectos queridos por los participes de la junta al aprobar el acuerdo conforme a los arts. 147 y ss. de Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón y el Reglamento de Gestión Urbanística.
En definitiva, la actuación normativamente prevista atribuye respecto a las diferentes particas resultantes de la liquidación provisional el efecto de la compensación entre ellas con resultado de un solo crédito resultante de la misma, que se irá a su vez disminuyendo con las derramas a medida que se devenguen y que, en definitiva y sin perjuicio de la corrección que pueda resultar de la liquidación definitiva, nace claramente desde la fecha del acuerdo y con anterioridad a la declaración de concurso. Por ello, el recurso ha de ser estimado.
Tampoco el argumento de índole gramatical al referirse a únicamente los "saldos resultantes" (art. 127.1 del RGU) resulta indubitada, pues también pudiera referirse a los saldos resultantes de cada interesado, esto es de los diversos participes en la junta.
En consecuencia, a la vista de los efectos que la norma atribuye al acuerdo reparcelador en todos los aspectos, reales y económicos, ha de concluirse que el saldo deudor nace con la liquidación provisional y opera una compensación normativamente fijada desde la aprobación del acuerdo reparcelador y previa en todo caso a la declaración de concurso, con estimación del recurso, aceptándose conforme a la doctrina jurisprudencial antes citada, la calificación de las cuotas no giradas como créditos contra la masa.": SAP Zaragoza (Sección 5) 20.11.2014 (Sentencia 368/2014; Rollo 298/2014)

Artículo 59. Suspensión del devengo de intereses.

1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3.º de esta ley.

Art. 59.1

1. No se suspende el devengo de intereses en cuanto a terceros co-obligados o garantes

Tribunal Supremo

"En primer lugar, debemos destacar que quien presta la garantía prendaria no es el concursado, sino un tercero, el fiador real. Por la fianza, el tercero faculta a la Caja para que pueda realizar el bien dado en garantía (en este caso el crédito derivado de la cuenta corriente), mediante la compensación por la cantidad concurrente, en caso de incumplimiento de la obligación principal (art. 1857.1 º y 1858 CC). Como señala el art. 1822 CC, por la fianza *"se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste"*.

Interpreta el recurrente que, declarado el concurso, no puede el prestatario incumplir con sus obligaciones porque no se le puede reclamar. Una cuestión es que las obligaciones no se puedan exigir al concursado, obligado principal, y otra distinta es que, vencidos los intereses del préstamo, de conformidad con el art. 59 LC, tratándose de una garantía real, puedan ser satisfechas por el fiador real, tercero pignorante, hasta el límite de la garantía constituida.": STS 18.06.2014 (Sentencia 313/2014; Recurso 711/2012)

AP Barcelona (Sección 1)

"SEGUNDO.- Planteado el debate en esta segunda instancia en los términos referidos en el numeral anterior, es de observar que el primer motivo del recurso atiende a la influencia que pueda tener en la obligación del fiador la situación de concurso del deudor principal, y ello por cuanto elart.59.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal prevé la suspensión del devengo de intereses, legales o convencionales, desde la declaración de concurso.
Pues bien, como acertadamente se razona en la instancia, tal previsión normativa tan sólo afecta a la mercantil deudora que se encuentra en concurso, sin que resulte extensible a los fiadores, garantes o avalistas solidarios de dicha mercantil que responden conforme a lo pactado en la póliza como resulta de lo dispuesto expresamente por elartículo 1.822 del Código Civil.
La jurisprudencia se ha venido ocupando de forma reiterada de los beneficios que pudiera obtener un fiador en el caso de que el deudor principal entrara en un proceso concursal, llegando a la conclusión que en modo alguno podía verse afectado el crédito del acreedor frente al fiador; y así lasentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2002 precisa con claridad lo siguiente:"Esta Sala tiene declarado que el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de éste entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del convenio desvirtúan la obligación resultante del aval (sentencia de 10 de abril de 1995, con referencia a las sentencias de 18 de febrero de 1952 y 7 de junio de 1983)".
Como recuerda la recientesentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009,con cita de la de fecha 27 de febrero de 2004, la doctrina jurisprudencial establece que la inclusión de la deuda principal en la lista de acreedores no supone novación del crédito y consiguiente extinción de la obligación del fiador como deudor solidario y no impide al acreedor la reclamación a los fiadores, ni desvirtúa la obligación resultante de la fianza: todo ello, con mención expresa desentencias anteriores, que recogen la misma doctrina, como las de 24 de enero de 1989,16 de noviembre de 1991,10 de abril de 1995,8 de enero de 1997,17 de septiembre de 1997,22 de julio de 2002.
Por tanto, es claro que el fiador no puede invocar el beneficio que para el deudor principal en concurso prevé el precitadoart.59.1 LC, lo que determina que este primer motivo del recurso debe ser rechazado.": AAP Barcelona (Sección 1) 08.11.2010 (JUR 2011/138472; Auto 223/2010; Rollo 84/2010)

"PRIMERO La mercantil ejecutada, PEREMATOJA S.L., se alza frente el auto que desestima la oposición, alegando que en su calidad de avalista de la empresa Bombas PSH, S.A., estando ésta en concurso de acreedores, queda suspendido desde la declaración de concurso el devengo de intereses legales, con arreglo alart. 59 LC, en lo que funda la oposición de pluspetición.
SEGUNDO La cuestión que nos ocupa en la presente es el efecto que la declaración del concurso del deudor principal debe tener con relación al fiador o fiadores solidarios, frente al cual, en éste caso, se ha presentado la demanda de ejecución y se ha despachado la misma.
La Juez de la instancia acude a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular en el supuesto de suspensión de pagos, que se entiende igualmente aplicable al actual concurso de acreedores; criterio que ha sido recogido por esta Sala en reciente resolución, como igualmente por otras Audiencias Provinciales, pudiendo hacer mención elAuto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, de 30 de abril de 2010, en la cita que hace, y transcribe, de otras:
"Como señala con relación a esta cuestión elauto de fecha 31 de marzo de 2009 de la secc. 11ª, de la Audiencia Provincial de Valencia, con cita laSentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de junio de 2004, "el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de ésta entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del Convenio desvirtúan la obligación resultante del aval", y "si la acreedora demandante tenía o no posibilidad de cobrar su crédito a través de la suspensión de Pagos... es indiferente a su derecho a reclamar su pago a los avalistas solidarios". La segunda de lasSentencias indicadas, recogiendo además la doctrina sentada por esta misma Sala anteriormente en las de 10-VI-99,10-IV-95 EDJ 1995/1539, 24-I-89 EDJ 1989/11941, 19- XII-89 EDJ 1989/11465, 16-XI-91 EDJ 1991/10882, 10-IV-95 EDJ 1995/1539, 8-I-97 y 4-VII-66, termina diciendo que, el mantener lo contrario a lo anteriormente dicho, "adolece de un error de base, consistente en prescindir de la propia finalidad de la fianza como garantía del acreedor frente a la insolvencia total o parcial del deudor(art. 1.830 del Código Civil) o frente a su mera liquidez cuando el fiador haya renunciado a la excusión o se haya obligado solidariamente con el deudor(art. 1.831 del Código Civil), supuesto este último que, como declara laS. de 3 de octubre de 1995, el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime más conveniente, incluido el fiador", añadiendo la misma que "no debe olvidarse que si bien algún sector doctrinal mantiene la tesis de la liberación o reducción de la obligación del fiador cuando en los supuestos de concurso, quiebra y suspensión de pagos el deudor llegue a determinados acuerdos con sus acreedores, sobre todo si el acuerdo consiste en una reducción de la cuantía de los créditos

con extinción por el exceso, las sentencias anteriormente citadas y transcritas demuestran que la jurisprudencia de esta Sala se inclina por el criterio, asimismo mantenido por prestigiosos autores de la doctrina científica, de que en tales casos subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza como por no ser verdaderamente incardinable el Convenio de la Suspensión de Pagos en el concepto de transacción según el sentido delart. 1.835 del Código Civil, ya que el Convenio se impone por una determinada mayoría de los acreedores y no tiene por qué eliminar la garantía adicional que, sobre el patrimonio del deudor, representa la fianza para aquel acreedor que, pese a quedar vinculado por el convenio frente al deudor común, no renuncie expresamente a dicha garantía frente a su fiador singular."
Igualmente, como indica elAuto de 28 de septiembre de 2007, de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Rioja : conforme alartículo 542.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es posible la ejecución frente a deudor solidario o frente a todos los deudores, cuando en el título aparezcan varios deudores solidarios, por importe total de la deuda, además de que también tiene que tenerse en cuenta que esteprecepto debe conjugarse con los correspondientes de la Ley Concursal, de 22/03, de 9 de julio, e incluso con losartículos 538 y 568 de la referida Ley Procesal. Y estos dos preceptos permiten que la acción de ejecución pueda dirigirse frente a quien aparece como deudor en el título y frente a quienes responden personalmente de la deuda en virtud de afianzamiento acreditado, dada la relación de los mismos con el objeto de la ejecución instada, de modo que la misma puede despacharse frente a uno o frente a todos los sujetos que se encuentran solidariamente en tal situación. Y la suspensión por la declaración de concurso de la sociedad ejecutada no afecta a los otros ejecutados, fiadores en la póliza, pues, en todo caso, no están sometidos al procedimiento concursal, sin perjuicio de que si los fiadores lleguen a hacer frente a la cuantía reclamada en la ejecución a la acreedora puedan sustituir a la misma en el concurso, aunque sin efectuar, por no ser el trámite adecuado, declaración alguna sobre la situación de los fiadores como personas especialmente relacionadas con el deudor definidas en losartículos 92.5 y 93 de la Ley Concursal y, en su caso, sobre la calificación del crédito como subordinada. Conteniendo elpunto 6 del artículo 87 de la Ley Concursal el mandato dirigido a la administración concursal para que reconozca el crédito del acreedor con fianza de tercero, aunque si el mismo viere cumplido su crédito por pago del fiador, podrá este subrogarse en la posición jurídica del acreedor como consecuencia del pago."
Por lo que atendiendo a que la mercantil ejecutada es garante o fiadora de la mercantil en declaración del concurso, declaración que solo afecta a la misma, pero no a la ejecutada, resulta correcta la desestimación de la oposición realizada por la Juez de la instancia, que debe confirmarse.": AAP Barcelona (Sección 1) 14.12.2010 (JUR 2011/88506; Auto 253/2010; Rollo 285/2010)

AP Barcelona (Sección 13)

"PRIMERO.-Instada la ejecución de una póliza de contragarantía contra Camilo, como fiador solidario de las obligaciones contraídas por Agua Nafree S.A. con la ejecutante Avalis de Catalunya SGR, y despachada la misma, el ejecutado formuló oposición, alegando: (1) Pluspetición, por cuanto en el procedimiento concursal 267/2008 del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona, en que se declaró en concurso a la mercantil deudora principal, la ejecutante cobró la suma de 28.025'25#, según resulta del informe de rendición de cuentas presentado por los administradores concursales; (b) falta de legitimación pasiva, por falta de consentimiento del ejecutado como deudor solidario; y (c) improcedencia de la reclamación de intereses efectuada por la parte actora, por cuanto, estableciendo el art. 59 de la Ley Concursal que desde el momento en que una entidad entra en estado de quiebra queda suspendida la reclamación de intereses que se pueda efectuar sobre la misma y siendo la fianza una obligación accesoria de la del deudor principal, ex art. 1826 CC, no puede la ejecutante reclamar al ejecutado unos intereses que no podria exigir al deudor principal; por otra parte y además, alega que los intereses reclamados no responden a un cálculo ajustado al título ni a la legalidad vigente.
Impugnada la oposición por la ejecutante, recayó auto desestimando la oposición, mandando seguir adelante la ejecución despachada y condenando en costas al ejecutado.
Frente a dicha resolución se alza la parte ejecutada por medio del presente recurso, solicitando su revocación, y a tal fin impugna los pronunciamientos relativos a los motivos de oposición que se han articulado en los apartados b) y c); no mantiene la pluspetición alegada en primer término al haberse producido el cobro en el procedimiento concursal con posterioridad a que recayera el auto despachando ejecución.
SEGUNDO-Examinados en esta alzada los autos elevados, el recurso, ya se adelanta, no puede prosperar, en cuanto que este Tribunal comparte los argumentos que se exponen en los fundamentos de derecho de la sentencia apelada a los fines de sustentar su parte dispositiva, motivación que se reputa deviene bastante para confirmar tal resolución puesto que no queda desvirtuada en esta alzada por las alegaciones vertidas en el correspondiente escrito de interposición de recurso, y en consecuencia puede y debe remitir a dicha fundamentación a los fines de dar cumplimiento a la obligación que a Juzgados y Tribunales impone el artículo 120 núm. 3 de la Constitución Española, que no es otra cosa que el dar a conocer a las partes las razones de sus decisiones, obligación que está inmersa de la misma manera en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y al respecto debe recordarse que, como es sabido, la doctrina jurisprudencial dimanante tanto del Tribunal Constitucional (sentencias 174/1987, 11/1995, 24/1996, 115/1996, 105/97, 231/97, 36/98, 116/98, 181/98, 187/2000) como de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencias de fechas 5 de octubre de 1998, 19 de octubre de 1999, 3 y 23 de febrero, 28 de marzo, 30 de marzo, 9 de junio, ó 21 de julio de 2000, 2 y 23 de noviembre de 2001) permite y admite la motivación por remisión a una resolución anterior, cuando la misma haya de ser confirmada y precisamente, porque en ella se exponían argumentos correctos y bastantes que fundamentasen en su caso la decisión adoptada, de forma que en tales supuestos y cual precisa la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 20 de octubre de 1997, subsiste la motivación de la sentencia de instancia puesto que la asume explícitamente el Tribunal de segundo grado. En consecuencia, si la resolución de primer grado

es acertada, la que la confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir argumentos, pues en aras de la economía procesal debe corregir sólo aquello que resulte necesario (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre y 5 de noviembre de 1992, 19 de abril de 1993, 5 de octubre de 1998, y 30 de marzo y 19 de octubre de 1999).
En el caso la parte apelante se limita a reproducir de modo literal las alegaciones en los que basó su oposición sin añadir ni una sola referencia o argumento que combata, contradiga o cuestione la fundamentación del auto recurrido, que el tribunal estima acorde a derecho y que hace suya. Al respecto baste indicar: a) La condición de fiador del Sr. Camilo consta en documento público y su consentimiento a ello fue emitido ante fedatario público y recogido por éste.
b) En cuanto a los intereses nos remitimos a la jurisprudencia que aplica el auto apelado, doctrina que fue asimismo aplicada por sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la citada, por todas baste señalar STS 7.5.2009. Por otra parte, el apelante alega que la liquidación no se ajusta al título ni a la legalidad vigente, pero es lo cierto que ni en primera instancia al manifestar su oposición a la liquidación efectuada por el ejecutante ni en la segunda al impugnar la resolución judicial que argumenta su corrección, el ejecutada manifiesta en que puntos la liquidacion resulta incorrecta ni propone una liquidación alternativa conforme a lo que el apelante estima adecuado.”: AAP Barcelona (Sección 13) 09.03.2012 (Auto 38/2012; Rollo 367/2011)

AP Barcelona (Sección 16)

“PRIMERO Mediante póliza intervenida de fecha 28 de enero de 2008, la sociedad "Instalaciones Telemáticas y datos SL" como deudora principal y los codemandados como fiadores solidarios, suscribieron la póliza de liquidación y responsabilidad de operaciones mercantiles habidas con el banco ejecutante hasta un máximo de 60.000 euros.
La sociedad citada fue declarada en concurso voluntario en 7 de octubre del propio año por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona.
Por medio de la demanda de ejecución objeto del presente recurso, el banco reclama el importe de 54.574 euros como principal más una cantidad prudencial para intereses y costas. El Juzgado despachó ejecución y los demandados formulan oposición alegando nulidad del despacho de ejecución y, subsidiariamente, pluspetición respecto de los intereses devengados desde la fecha de declaración de concurso del deudor principal.
El Juzgado desestima la oposición y contra dicha resolución recurren los ejecutados solicitando la nulidad de lo ejecutado o, subsidiariamente, la pluspetición alegada en la primera instancia.
SEGUNDO En cuanto a la nulidad del despacho de ejecución, entendemos que no concurre tal circunstancia pues la póliza presentada reúne todos los requisitos legales necesarios para su ejecución sin que, en realidad, se apunte defecto formal alguno en relación a este punto y tampoco que pudiera concurrir algún defecto de los señalados en elart. 520 de la ley procesal.
Lo único que se discute es el alcance económico de los intereses derivados del impago de la deuda garantizada argumentando que, por razón de la accesoriedad de la fianza aunque sea solidaria, la deuda dejó también de generar intereses para los fiadores desde el mismo momento que cesó de devengarlos respecto del deudor principal por razón de la declaración de concurso. Pues bien, tal alegación lo que estaría enunciando es pluspetición que es lo que se solicita con carácter subsidiario, no la iliquidez de la deuda, requisito que está suficientemente cubierto mediante el cumplimiento de lo prevenido enart. 572 de la Ley de enjuiciamiento de acuerdo con lacláusula 4ª de la póliza.
TERCERO En relación a la pluspetición debe observarse que elart. 1822.2 del código civil remite la regulación de la fianza solidaria a las reglas generales sobre las obligaciones solidarias, lo que implica la aplicación de una normativa legal que conlleva una desnaturalización de la accesoriedad de la fianza simple. Esta cuestión, en relación al sistema concursal anterior ya se había planteado llegando la jurisprudencia a la conclusión de que la situación de suspensión de pagos, por sí misma, no afectaba al derecho del acreedor contra el fiador solidario. En este sentido lasentencia del tribunal Supremo de 22 de julio de 2002 hace un detenido estudio de esta situación y antecedentes jurisprudenciales. Lasentencia del mismo Tribunal de 27 de febrero de 2004 incide en la misma dirección.
Por otro lado, cabe recordar que elart. 1853 del código civil establece que entre acreedor y fiador son oponibles las excepciones que sean inherentes a la deuda, pero no las personales del deudor y la situación de concurso más bien reviste esta característica pues la situación de concurso, sólo lo es del deudor principal pero no del fiador -como repara con evidente lógica la Audiencia Provincial de Zaragoza ensentencia de 11 de febrero de 2009 que resalta así la trascendencia personal de tal circunstancia- sino que tampoco es cierto que el concurso extinga el devengo de intereses como sugiere el apelante sino que produce tan sólo una suspensión en su devengo por una comprensible utilidad operativa, evitando la continua movilidad de las cifras de la masa pasiva en un contexto, además, regido por el principio concursal de "par conditio creditorum". Por eso elart. 59 de la Ley Concursal habla de suspensión, no de extinción y por eso prevé en el apartado segundo del mismo artículo que es posible reclamar los intereses si finalmente resultan bienes bastantes para pagarlos, lo que evidencia el sentido utilitario y la dimensión personal de tal suspensión del devengo de intereses.
Es verdad que elart. 135 de la Ley Concursal está residenciado en la sección que se refiere al convenio, pero ello no es porque la Ley concursal parta de la base de la liberación de intereses a los fiadores solidarios sino porque es en relación al convenio donde se plantean con mayor agudeza este tipo de conflictos cuya respuesta varía según la postura que el acreedor hubiera tomado en relación a la votación del convenio. Pero la norma general subyacente a este precepto es clara traslación de criterios jurisprudenciales precedentes: La obligación solidaria no es accesoria en un proceso concursal y por ello no queda vinculada, per se, por la sola existencia de un convenio.

Finalmente, se alude a que posiblemente la acción de regreso pudiera no ser completa. No necesariamente ocurrirá así pero sí que es probable que así acabe sucediendo; pero esto no ocurre por que exista acto propio del acreedor que pudiera liberar al fiador de esta parte de su obligación conforme a lo previsto enart. 1852 del código civil, sino que más bien sufre análoga limitación de satisfacción que los demás créditos en un proceso concursal, pues el crédito por repetición del fiador contra el deudor principal carece de privilegio.": AAP Barcelona (Sección 16) 02.03.2010 (JUR 2010/166068; Auto 31/2010; Rollo 703/2009)

"PRIMERO Mediante póliza intervenida de fecha 8 de agosto de 2008, "Grimaldi SL" como deudora principal y el demandado como fiador solidario, suscribieron un contrato de préstamo por un importe de 44.000 euros.
La sociedad citada fue declarada en concurso voluntario en 17 de octubre del propio año por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona.
Por medio de la demanda de ejecución objeto del presente recurso, Caixa Terrassa reclama el importe de 45.565,92 como principal, más una cantidad prudencial para intereses y costas. El Juzgado despachó ejecución y el demandado formula oposición alegando pluspetición respecto de los intereses devengados desde la fecha de declaración de concurso del deudor principal.
El Juzgado estima la oposición y contra dicha resolución recurren la ejecuntante solicitando la continuidad de la ejecución despachada por la totalidad de las cantidades reclamadas.
SEGUNDO Elart. 1822.2 del código civil remite la regulación de la fianza solidaria a las reglas generales sobre las obligaciones solidarias, lo que implica la aplicación de una normativa legal que conlleva una relativa desnaturalización de la accesoriedad de la fianza. Esta cuestión, en relación al sistema concursal anterior ya se había planteado llegando la jurisprudencia a la conclusión de que la situación de suspensión de pagos, por sí misma, no afectaba al derecho del acreedor contra el fiador solidario. En este sentido lasentencia del tribunal Supremo de 22 de julio de 2002 hace un detenido estudio de esta situación y antecedentes jurisprudenciales. Lasentencia del mismo Tribunal de 27 de febrero de 2004 incide en la misma dirección.
Por otro lado, debe recordarse que elart. 1853 del código civil establece que entre acreedor y fiador son oponibles las excepciones que sean inherentes a la deuda, pero no las personales del deudor y la situación de concurso más bien reviste esta característica pues quien está en concurso sólo lo es del deudor principal pero no del fiador, como repara con evidente lógica laAudiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de 11 de febrero de 2009 que resalta así la trascendencia personal de tal circunstancia. Debe hacerse notar también que el concurso no extingue el devengo de intereses sino que produce tan sólo una suspensión en su devengo por una comprensible utilidad operativa, evitando la continua movilidad de las cifras de la masa pasiva en un contexto, además, regido por el principio concursal de "par conditio creditorum". Por eso elart. 59 de la Ley Concursal habla de suspensión, no de extinción y por eso prevé en el apartado segundo del mismo artículo que es posible reclamar los intereses si finalmente resultan bienes bastantes para pagarlos, lo que evidencia el sentido utilitario y la dimensión personal de tal suspensión del devengo de intereses.
Elart. 135 de la Ley Concursal está residenciado en la sección que se refiere al convenio, pero ello no es porque la Ley concursal parta de la base de la liberación de intereses a los fiadores solidarios como se plantea en la oposición a esta ejecución, ni siquiera porque considere les afecte la suspensión de su devengo, sino porque es en relación al convenio donde se plantean con mayor agudeza este tipo de conflictos cuya respuesta varía según la postura que el acreedor hubiera tomado en relación a la votación del convenio. Pero la norma general subyacente a este precepto es clara traslación de criterios jurisprudenciales precedentes: La obligación solidaria no es accesoria en un proceso concursal del deudor principal y por ello no queda vinculada, per se, por la sola existencia de un convenio.": AAP Barcelona (Sección 16) 07.04.2011 (JUR 2011/199499; Auto 88/2011; Rollo 812/2010)

AP Castellón

"Es más, el art. 1853 del código civil establece que entre acreedor y fiador son oponibles las excepciones que sean inherentes a la deuda, pero no las personales del deudor y la situación de concurso, como dice la SAP de Barcelona de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010/166068), "más bien reviste esta característica pues la situación de concurso, sólo lo es del deudor principal pero no del fiador -como repara con evidente lógica la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de 11 de febrero de 2009 que resalta así la trascendencia personal de tal circunstancia- sino que tampoco es cierto que el concurso extinga el devengo de intereses como sugiere el apelante sino que produce tan sólo una suspensión en su devengo por una comprensible utilidad operativa, evitando la continua movilidad de las cifras de la masa pasiva en un contexto, además, regido por el principio concursal de "par conditio creditorum". Por eso el art. 59 de la Ley Concursal habla de suspensión, no de extinción y por eso prevé en el apartado segundo del mismo artículo que es posible reclamar los intereses si finalmente resultan bienes bastantes para pagarlos, lo que evidencia el sentido utilitario y la dimensión personal de tal suspensión del devengo de intereses".": AAP Castellón (Sección 3) 11.09.2012 (Auto 149/2012; Rollo 344/2012)

AP Cuenca

"CUARTO.-Igualmente ha de rechazarse la alegación de disminución del importe la deuda reclamada por erróneo calculo de los intereses al haber estos quedado paralizados por la declaración de concurso de DHO de conformidad con lo prevenido en el art. 59 Ley Concursal en relación con el art. 1.826 del CC., pues la suspensión del devengo de intereses que se regula en el art. 59 de la LC, que es una norma de protección de la masa activa del concurso para impedir que esta resulte gravada sin contraprestación, tiene una eficacia limitada a los créditos afectados por el concurso, lo que supone que no afecta a los demás deudores que no se encuentren sujetos al concurso, situación en la que se encuentra el fiador, que además en el presente caso

tiene carácter solidario por la naturaleza mercantil de su afianzamiento. De no ser así la insolvencia del deudor, que es un riesgo al que da cobertura la fianza, quedaría sin protección en contra de su finalidad. Así lo ha entendido la jurisprudencia del TS que tradicionalmente ha venido manteniendo la no afectación de la fianza como consecuencia de las vicisitudes de la deuda sujeta al concurso (STS de 7/5/2009 y las que en ella se citan) y la jurisprudencia menor específicamente en relación a la suspensión del devengo de intereses a la que nos estamos refiriendo (por todas la SAP de Madrid 13/7/2010 que señala que: "De ahí que en los casos de existencia de pluralidad de deudores, ya fuesen de carácter mancomunado o solidario, si uno de ellos es declarado en concurso la suspensión del devengo de intereses posteriores al auto de declaración del mismo solo opera en relación con él y no favorece al resto.").": SAP Cuenca (Sección 1) 25.06.2013 (Sentencia 195/2013; Rollo 166/2012)

AP Las Palmas

"SEGUNDO.- El otro motivo de defensa de la contestación, expositivo fáctico tercero y séptimo, que se reitera en el recurso, es el de que en el concurso seguido respecto de la entidad mercantil "MAZOTTI, S.A." en el informe de la administración concursal y respecto al crédito derivado de la póliza número NUM000, la CAJA se persona como acreedora y se le aceptó como acreedora de la cantidad de 418.285,15 euros pero con unos intereses certificados por los atrasos en el pago de la cantidad prestada de 2.797,18 euros que son los recogidos en el dicho informe a fecha 26 de octubre de 2009 y sin embargo cobran de los demandados la cantidad de 13.282,28 euros el 08.10.2008, de modo que los codemandados si fueran obligados a pagar nuevas cantidades en su condición de fiadores de la concursada no podrían ejercer en el proceso concursal su derecho de subrogación siendo de aplicación lo establecido en el artículo 1.852 del Código civil según el cual "Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo.", de manera que los demandados habrían dejado de ser fiadores y por ello nada debían a la mercantil demandante.
Aquí ocurrió que la declaración del concurso se produjo el 17 de septiembre de 2007 y el vencimiento de la póliza de crédito se produjo con posterioridad crédito el 14-X-2007, de manera que por mor de lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal sobre la suspensión del devengo de intereses, el crédito reconocido en el concurso era menor.
Para resolver esta cuestión suscitada por el demandado (y no la de la suerte de sus eventuales acciones respecto la mercantil afianzada, que no son objeto del presente pleito, en el que no se articuló probanza cara a acreditar las exactas vicisitudes del proceso concursal más allá de la insuficiente manifestación del demandado, y administrador mismo de la mercantil afianzada, de que la Caja no comunicó modificación de la cifra que señaló como intereses) hemos de hacernos eco aquí de las mismas consideraciones tenidas en cuenta por el Juez a quo por ser las pertinentes y concretamente las de que <<esta suspensión del devengo de los intereses del deudor principal en situación de concurso, no se extiende a los fiadores solidarios. El acreedor no está impedido, por la existencia del concurso, para dirigirse a los fiadores, "conforme a nuestro artículo 1.144 el acreedor no sólo puede elegir al deudor solidario, al permitírsele que dirija la demanda contra cualquiera de ellos, contra varios o contra todos, sin tener necesariamente que dividir su reclamación por partes, sino, también, exigir el cumplimiento de toda la prestación a un deudor distinto del primeramente elegido como sujeto pasivo de su pretensión, ya que se da por supuesto que no quedó liberado por la primera reclamación, sino que sigue obligado en el mismo primer plano hasta la total satisfacción del crédito", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 7 de Noviembre del 2007, Recurso: 4419/2000. Y conserva esta facultad aunque se declare el concurso o se llegue incluso a un convenio con el deudor principal, por "la propia finalidad de la fianza como garantía del acreedor frente a la insolvencia total o parcial del deudor (art. 1.830 C.c.) o frente a su mera liquidez cuando el fiador haya renunciado a la excusión o se haya obligado solidariamente con el deudor (art. 1.831 C.c.), supuesto este último que [...] el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime más conveniente, incluido el fiador",. la jurisprudencia de esta Sala se inclina por el criterio, asimismo mantenido por prestigiosos autores de la doctrina científica, de que en tales casos subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza como por no ser verdaderamente incardinable el Convenio de la Suspensión de Pagos en el concepto de transacción según el sentido del art. 1.835 C.c., ya que el Convenio se impone por una determinada mayoría de los acreedores y no tiene por qué eliminar la garantía adicional que, sobre el patrimonio del deudor, representa la fianza para aquel acreedor que, pese a quedar vinculado por el convenio frente al deudor común, no renuncie expresamente a dicha garantía frente a su fiador singular", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 14 de Junio del 2004, Recurso: 2276/1998 (citando anteriores).>>.
Para apuntalar las anteriores consideraciones añadamos lo establecido en la sentencia de la Sala de Lo Civil del TS, sección 1, del 22 de Julio del 2002 (Recurso: 463/1997; Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN) según la cual :<< TERCERO.- Los cuatro primeros motivos del recurso aparecen orientados a que se considere extinguida la obligación de los cónyuges fiadores en virtud del convenio alcanzado en el expediente de suspensión de pagos de la entidad deudora, consistente en una quita del sesenta por ciento de lo adeudado y el pago del cuarenta por ciento restante cuando adquiriera firmeza el auto por el que aquel fue aprobado. Fundado el motivo primero en infracción de los arts. 1822, 1824 párrafo primero y 1144 CC y de la jurisprudencia de esta Sala sobre la accesoriedad de la fianza aunque se constituya con carácter solidario, se aduce que, una vez extinguida la obligación principal, en parte por la quita convenida y en el resto por el cumplimiento del convenio, se habría extinguido también la fianza; fundado el segundo en infracción del art. 1826 párrafo primero CC, su alegato se centra especialmente en rebatir la aplicabilidad al caso de la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1989 porque, según la parte recurrente, esta sentencia "tiene abrigo dialéctico en las particulares circunstancias del caso (previo juicio ejecutivo contra los

fiadores, con sentencia condenatoria, recaída, en rebeldía de los demandados, mucho antes de la declaración de quiebra del obligado principal; y voto a favor de los fiadores en el Convenio), en absoluto trasladables al supuesto objeto de debate en el presente recurso", de suerte que la obligación nunca podría significar para el fiador un mayor sacrificio económico que para el deudor principal; fundado el tercero en infracción de los arts. 1853 y 1148 CC, se alega que según la mejor doctrina la quita o remisión oponible por el deudor principal corresponde en idéntica medida al fiador; y fundado el cuarto, en fin, en infracción del art. 1847 CC, del art. 17 de la Ley de Suspensión de Pagos y de la jurisprudencia que los interpreta, se insiste en que la "quita parcial de la deuda afianzada supone su extinción en la misma medida de la remisión concedida", de modo que cuando el deudor paga la parte de la deuda no condonada la obligación principal se extingue, pues el convenio aprobado judicialmente pone fin al expediente y obliga a todos los acreedores "por expreso mandato de la ley", al margen de que los acreedores afectados hayan votado o no a su favor porque "tal procedimiento, homologado judicialmente, lleva en sí mismo la posibilidad de que el interés individual de los acreedores se vea perjudicado por la decisión mayoritaria", planteamiento al que sigue un pormenorizado análisis de las sentencias de esta Sala en cuya doctrina se funda la sentencia recurrida para desvirtuar la recurrente su aplicabilidad al presente caso porque "ninguna de las sentencias que suelen citarse (y que hace también la resolución recurrida) se ocupan de auténticos supuestos de quita".

CUARTO.- La respuesta casacional a los cuatro motivos así planteados pasa necesariamente por exponer la jurisprudencia de esta Sala sobre el alcance de la obligación del fiador solidario y la incidencia en tal obligación del convenio alcanzado por el deudor afianzado con sus acreedores en el expediente de suspensión de pagos. En cuanto a lo primero, tiene declarado esta Sala que "el Código Civil no impone al acreedor la obligación de informar de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios, y éstos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor" (STS 10-6-99 en recurso 3123/94); así como que "el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal... El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil..., aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal" (STS 10-4-95 en recurso 551/92. En cuanto a la incidencia sobre la fianza del convenio de quita logrado en la suspensión de pagos o la quiebra del deudor afianzado, la sentencia de 24 de enero de 1989 declaró que aceptar la tesis de la liberación del fiador, porque en otro caso quedaría obligado a más que el deudor principal, "significaría desnaturalizar la extensión de la fianza en términos que resultarían en abierta contradicción con lo que la preceptiva contenida en el art. 1822 CC establece, dado que en el caso los fiadores recurrentes se obligaron solidariamente con el deudor principal a pagar las deudas contraídas por éste y sería absurdo entender que quedaran liberados en parte de su obligación de saldar totalmente la deuda impagada por el hecho de que en un juicio universal de quiebra otros acreedores adoptaran, con su voto en contra, el acuerdo de otorgar una quita, pues de ello derivaría que la garantía que para el cobro de las deudas la fianza representa, precisamente para el supuesto de insolvencia total o parcial del deudor principal, quedara vacía de contenido". La sentencia de 19 de diciembre del mismo año rechazó que la inclusión del demandante en la lista de acreedores de la suspensión de pagos del deudor afianzado supusiera novación del crédito y consiguiente extinción de la obligación del fiador como deudor solidario, razonando que, "por un lado, la presentación de la deudora principal en estado de suspensión de pagos y la inclusión del demandante, aquí recurrido, en la lista de acreedores de la misma, por el crédito objeto de litis, no entraña novación alguna de dicho crédito, el que se mantiene subsistente con sus caracteres originarios o congénitos, y, por otro, la reclamación formulada por el acreedor contra la deudora principal para el pago de la deuda (aunque sea a medio de su inclusión en la lista de acreedores del expediente de suspensión de pagos) no le impide que simultánea o posteriormente pueda dirigirse contra los demás deudores solidarios mientras no resulte cobrada la deuda por completo, conforme establece el art. 1144 CC, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, dada la condición de deudor solidario que tiene el recurrente en su calidad de avalista de la deudora principal, a lo que ha de añadirse que no ya la mera suspensión de pagos, sino ni siquiera el concurso o la quiebra del deudor principal pueden provocar la extinción de la obligación de los fiadores del mismo, como parece sostener el recurrente, pues el núm. 3 del art. 1831 y el pfo. 3º del art. 1844 CC, ambos, declaran subsistente la obligación de los fiadores (y el recurrente lo es y, además, solidario, en su condición de avalista) ante el estado de quiebra o de concurso del deudor principal". La sentencia de 16 de noviembre de 1991, de especial importancia como exponente de la jurisprudencia sobre la materia de que se trata, declaró que "es doctrina de esta Sala que la eficacia del convenio entre acreedores y deudor en procedimiento de suspensión de pagos no impide que el acreedor pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno, salvo que a ello hubiese renunciado, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, y así las SS 7 junio 1983 y 6 octubre 1986, que citan muchas otras, establecen que los efectos del convenio se limitan a los "intervinientes" en el proceso de suspensión y sólo a ellos afecta el mandato del Juez de estar y pasar por lo acordado en el convenio, sin que pueda perjudicar ni beneficiar al deudor distinto del que dio lugar al expediente, ni coartar o interferir la acción que contra alguno de ellos corresponda al acreedor para la efectividad de su crédito, de tal manera que la subsistencia de la responsabilidad de los terceros al abono con posterioridad al convenio no admite más lógica excepción que la del pago efectivo y completo del crédito garantizado, ya que los pactos sobre el tiempo y forma de hacerlo sólo afectan a los "intervinientes" en dicho convenio y modelan exclusivamente la responsabilidad del suspenso de acuerdo con la finalidad del proceso concursal, que es la de abrir cauce a una situación anómala, doctrina general que es de evidente aplicación a los supuestos en que los acreedores tienen individualmente asegurado su crédito con cualquiera de los medios que la ley permite, como el aval, el seguro o la fianza, pues

precisamente la insolvencia del deudor que se evidencia mediante el expediente de suspensión de pagos es lo que sitúa al fiador en la obligación de responder por la deuda insatisfecha, sin que en forma alguna pueda aprovecharse de las moratorias o facilidades concedidas al suspenso en el convenio, con la única excepción de que el acreedor se hubiera conformado con no cobrar más que lo que le corresponda en la liquidación y repartimiento hechos en las diligencias de suspensión de pagos, renunciando expresamente al derecho de garantía". La sentencia de 10 de abril de 1995, ya citada al tratar de la obligación del fiador solidario, añadía que la inclusión del crédito avalado entre los que fueran objeto de convenio en la suspensión de pagos del deudor no desvirtúa la obligación resultante del aval, "salvo en el caso de que el acreedor se conforme con no cobrar más que lo que le corresponde en la liquidación y repartimientos hechos en las diligencias de la suspensión de pagos (sentencias de 18 de febrero de 1952 y 7 de junio de 1983)", así como que "el hecho de tener reconocido su crédito en la suspensión de pagos de la referida entidad mercantil, no impide en modo alguno que (el acreedor) pueda dirigir su acción contra los avalistas o fiadores solidarios de la misma". Finalmente, la sentencia de 8 de enero de 1997 ha señalado que, aun cuando los avales están conectados con el débito, la liberación de los fiadores sólo se produce cuando los acreedores renuncien a aquéllos, renuncia que no se produce si votan en contra del convenio o no asisten a la junta, añadiendo que si bien la sentencia de 4 de julio de 1966 estableció la vinculación al convenio de todos los acreedores, incluidos los ausentes o ajenos a la suspensión, tal doctrina "hace referencia a quienes están comparativamente en situación similar, sin privilegios o ventajas, máxime cuando también ha declarado, en la de 16 de noviembre de 1991, que la eficacia del convenio entre acreedores y deudor en procedimiento de suspensión de pagos no impide que aquellos pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno, salvo que a ello hubiesen renunciado". QUINTO.- De proyectar lo antedicho sobre los cuatro motivos examinados no puede resultar más que su desestimación, pues bien claro resulta que la sentencia impugnada, lejos de infringir los preceptos citados o la jurisprudencia invocada en el recurso, se atuvo escrupulosamente a la doctrina de esta Sala sobre la materia y la aplicó muy atinadamente al caso enjuiciado, sin que se alcance a comprender, dada la rotundidad de las declaraciones jurisprudenciales más arriba transcritas y su expresa consideración por el tribunal sentenciador, el empeño de la parte recurrente por demostrar que ninguna de las sentencias de esta Sala citadas por el tribunal de instancia sería aplicable al caso enjuiciado, empeño vano desde el momento en que el Banco acreedor nunca renunció a la garantía de su crédito constituida por la fianza solidaria. En realidad todo el planteamiento de estos cuatro motivos adolece de un error de base, consistente en prescindir de la propia finalidad de la fianza como garantía del acreedor frente a la insolvencia total o parcial del deudor (art. 1830 CC) o frente a su mera iliquidez cuando el fiador haya renunciado a la excusión o se haya obligado solidariamente con el deudor (art. 1831 CC), supuesto este último en que, como declara la sentencia de 3 de octubre de 1995, el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime más conveniente, incluido el fiador. De otro lado no debe olvidarse que si bien algún sector doctrinal mantiene la tesis de la liberación o reducción de la obligación del fiador cuando en los supuestos de concurso, quiebra y suspensión de pagos el deudor llegue a determinados acuerdos con sus acreedores, sobre todo si el acuerdo consiste en una reducción de la cuantía de los créditos con extinción por el exceso, las sentencias anteriormente citadas y transcritas demuestran que la jurisprudencia de esta Sala se inclina por el criterio, asimismo mantenido por prestigiosos autores de la doctrina científica, de que en tales casos subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza como por no ser verdaderamente incardinable el convenio de la suspensión de pagos en el concepto de transacción según el sentido del art. 1835 CC, ya que el convenio se impone por una determinada mayoría de los acreedores y no tiene por qué eliminar la garantía adicional que, sobre el patrimonio del deudor, representa la fianza para aquel acreedor que, pese a quedar vinculado por el convenio frente al deudor común, no renuncie expresamente a dicha garantía frente a su fiador singular.>>.
Razones que obligan todas ellas a desestimar igualmente este motivo de oposición y de apelación.”: SAP Las Palmas (Sección 5) 10.07.2013 (Sentencia 297/2013; Rollo 884/2011)

AP Lugo

“H E C H O S.- PRIMERO Con fecha once de abril de dos mil ocho elJuzgado de Primera Instancia de Sarria dictó auto en Juicio de Ejecución de Títulos no Judiciales nº 1435/2006, cuya parte dispositiva dice: "Estimar la impugnación de intereses y costas presentada por la representación de D.Manuel y Dª Maribel, con imposición de costas a Banco Gallego, S.A.". (…)
RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.- No se aceptan los Fundamentos de Derecho del auto apelado.
“PRIMERO Sostiene el auto apelado que no cabe solicitar el abono de intereses a los avalistas en el presente juicio de ejecución de título no judicial, pues la cuestión tenía que haberse planteado en el procedimiento concursal, como crédito subordinado dado el carácter accesorio de los intereses.
Tal argumentación no puede ser compartida en modo alguno por la Sala, pues a tenor delart. 59.1 de la Leyconcursal, desde la declaración del concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Pues bien; tal como se alega con acierto por la recurrente declarado el concurso de Galimobel S.L. en fase de liquidación Inversiones Chairima S.L. abonó 62.570'72 ?, crédito ordinario, que consta pagado (F-156 y 157) por la adjudicataria. Por ello en el presente procedimiento se presentó escrito pidiendo la reducción de dicha cantidad del principal reclamado, pero cuantificándose frente a los avalistas los intereses y costas.
Parece obvio que la liquidación efectuada en el procedimiento concursal solo venía referida a Galimobel S.L., no a los intereses convenidos del Banco con los avalistas, pues solo se procedió al pago de la deuda concursal por razón del crédito ordinario reconocido.

No se invoca por otra parte por el impugnante la existencia de Convenio alguno en el procedimiento concursal, a los efectos delart. 59 nº 2 de la Ley Concursal. Por lo que debe regir elart. 135 nº 1 de la citada Ley, quedando como no podía ser de otra forma subsistente los Derechos del Acreedor frente a los fiadores o avalistas del concursado.
En definitiva no existe ninguna extinción del crédito concursal frente a terceros obligados, en este caso fiadores solidarios. El pago es incompleto, por tanto no rige elart. 1.844 del C.C. ni elart. 1.156 del C.C. Menos aún puede hablarse de cosa juzgada, quedando subsistente la garantía reforzada de la fianza por el total afianzado, que comprendía intereses no abonados, no habiéndose impugnado expresamente su cuantificación.": AAP Lugo 26.03.2009 (JUR 2009\233213)

AP Madrid (Sección 8)

"PRIMERO.-Se presenta recurso de apelación contra el Auto de 27 febrero de 2009 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia número 4 de Arganda del Rey en los autos sobre ejecución del título no judicial número 450/08, desestimando la oposición promovida por DON Diego contra la ejecución despachada a instancias del BANCO DE CASTILLA S.A., basado en falta de pronunciamiento sobre el motivo de oposición al amparo de lo previsto en el artículo 1826 del Código Civil (CC). Entiende el apelante señor Diego que el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal en virtud de la norma citada, por lo que desde el 31 julio 2007, fecha de declaración del concurso de la mercantil RUSESA S.A., deudora principal del préstamo, no procedería el devengo de intereses que se están reclamando al ejecutado como fiador del préstamo y que han incrementado el importe de la cantidad principal adeudada. Y ello en aplicación del artículo 19 de la Ley Concursal (LC) según el cual "desde la declaración del concurso quedará suspendido el devengo de los intereses legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta que alcance la respectiva garantía". Consta aportado auto de fecha 31 julio 2007 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, en los autos de concurso voluntario número 995/07, con el que RUSESA S.A. se declara en concurso voluntario.
Efectivamente, el título ejecutivo objeto de ejecución consiste en la póliza de préstamo de fecha 25 mayo 2007, por importe 250.000 #, suscrita entre Banco de Castilla S.A. como prestamista y la mercantil Rusesa S.A., prestataria y deudora principal, apareciendo Don Diego como fiador solidario, con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división. Según la condición decimotercera de la póliza en los casos de concurso del prestatario, los fiadores acuerdan expresamente que, con independencia del resultado que arroje la aprobación del convenio concursal o de la intervención o no del Banco, la aprobación de dicho convenio, responderán solidariamente y de forma inmediata de la totalidad de la deuda del prestatario sin que ninguna quita o espera incluida en el convenio aprobado pueda ser invocada frente al Banco.
SEGUNDO.-El recurso no ha de prosperar.
Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 4ª, de fecha 11-2-2009 (EDJ 2009/49661): " En cuanto al segundo motivo referente a los intereses del fiador por estar la acreditada en situación concursal, es de recordar el criterio sustentado por esta A. P. en auto 96/2008, en el que se razonaba que "por lo que atañe a la liquidación de intereses practicada por la actora, no cabe considerar la misma como incursa en vulneración de lo normado por el artículo 59 de la Ley Concursal, afectando a su validez, como alegan los recurrentes, toda vez que tal previsión normativa sólo atañe a la mercantil...a quien afecta en exclusiva la declaración judicial de concurso voluntario, pero no a los fiadores, garantes o avalistas solidarios de dicha mercantil, como lo son los ahora recurrentes, respecto de las obligaciones pecuniarias que a la misma alcanzan por razón de la meritada póliza de contrato de reconocimiento y garantía de créditos mercantiles, obligaciones de las que aquellos responden en su integridad, como resulta de lo dispuesto expresamente por el artículo 1.822 del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, y que recoge, entre otras muchas, la sentencia de 27 de febrero de 2.004 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo EDJ2004/6311)".
Por su parte la STS de 22 de julio de 2002 EDJ2002/28325 (a la que se refiere la de 27-2-2004) reza literalmente así: "tiene declarado esta Sala que "el Código Civil no impone al acreedor la obligación de informar de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios, y éstos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor" (STS 10-6-99 en recurso 3123/94 EDJ1999/13383); así como que "el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal... El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil, aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal" (STS 10-4-95 en recurso 551/92 EDJ1995/1539). En cuanto a la incidencia sobre la fianza del convenio de quita logrado en la suspensión de pagos o la quiebra del deudor afianzado, la sentencia de 24 de enero de 1989 EDJ1989/11942 declaró que aceptar la tesis de la liberación del fiador, porque en otro caso quedaría obligado a más que el deudor principal, "significaría desnaturalizar la extensión de la fianza en términos que resultarían en abierta contradicción con lo que la preceptiva contenida en el art. 1822 CC establece, dado que en el caso los fiadores recurrentes se obligaron solidariamente con el deudor principal a pagar las deudas contraídas por éste y sería absurdo entender que quedaran liberados en parte de su obligación de saldar totalmente la deuda impagada por el hecho de que en un juicio universal de quiebra otros acreedores adoptaran, con su voto en contra, el acuerdo de otorgar una quita, pues de ello derivaría que la garantía que para el cobro de las deudas la fianza representa, precisamente para el supuesto de insolvencia total o parcial del deudor principal, quedara vacía de contenido".

Pues bien, teniendo en cuenta todo ello, no cabe acoger la alegación del recurrente, de que respecto de él como fiador, los intereses de la deuda dejan de vengarse desde que la deudora principal es declarada en concurso, situación que sólo afectará a la concursada, pero no al fiador solidario frente al Banco, aquí ejecutante, no produciéndose por ello infracción del art. 1826 del CC, según el cual el fiador no podrá obligarse a más que el deudor principal. ": AAP Madrid (Sección 8) 18.07.2011 (Auto 151/2011; Rollo 820/2009)

AP Madrid (Sección 13)

"TERCERO.- Aunque las alegaciones relativas a la litispendencia y subsidiariamente a la prejudicialidad civil podrían rechazarse de plano por cuanto ni están contempladas como excepciones susceptibles de ser opuestas como motivos de fondo, y además en el presente caso la Diligencia de Ordenación de 4 de noviembre de 2.010 admitió la oposición solo por plus petición, sin que los hoy apelantes recurrieran dicha resolución, con la finalidad de proteger al máximo el principio de tutela efectiva daremos breve respuesta a las mismas, tras resolver nuevamente la opuesta plus petición, porque de los razonamientos que se expongan, se colegirá su rechazo.
Como acertadamente apunta la Juzgadora de instancia la cuestión a resolver sigue siendo determinar si es o no procedente la inclusión de los intereses moratorios en la presente reclamación por cuanto los mismos no se reclaman en el procedimiento concursal. Los demandados siguen insistiendo en que estando la mercantil Kronos en concurso no procede reclamar el pago de los intereses moratorios por cuanto conforme dispone el art. 59 de la Ley Concursal desde la declaración de concurso queda suspendido el pago de los intereses legales o convencionales salvo los correspondientes a los créditos con garantía real. Pero como adelantó la Juzgadora de instancia la ha sido ya resuelta por reiterada jurisprudencia del T.S., seguida por las AA.PP. en los supuestos de suspensión de pagos, aplicables hoy al concurso de acreedores. La Sentencia de 14 de diciembre de la Sección 1ª de la A.P. de Barcelona citando la de la Sección 9ª de esta misma Audiencia de 30 de abril de 2.010 dice que "Como señala con relación a esta cuestión el auto de fecha 31 de marzo de 2009 de la secc. 11ª, de la Audiencia Provincial de Valencia, con cita la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de junio de 2004, "el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de ésta entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del Convenio desvirtúan la obligación resultante del aval", y "si la acreedora demandante tenía o no posibilidad de cobrar su crédito a través de la suspensión de Pagos... es indiferente a su derecho a reclamar su pago a los avalistas solidarios..... mantener lo contrario a lo anteriormente dicho, "adolece de un error de base, consistente en prescindir de la propia finalidad de la fianza como garantía del acreedor frente a la insolvencia total o parcial del deudor (art. 1.830 del Código Civil) o frente a su mera liquidez cuando el fiador haya renunciado a la excusión o se haya obligado solidariamente con el deudor (art. 1.831 del Código Civil), supuesto este último que, como declara la S. de 3 de octubre de 1995, el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime más conveniente, incluido el fiador", añadiendo la misma que "no debe olvidarse que si bien algún sector doctrinal mantiene la tesis de la liberación o reducción de la obligación del fiador cuando en los supuestos de concurso, quiebra y suspensión de pagos el deudor llegue a determinados acuerdos con sus acreedores, sobre todo si el acuerdo consiste en una reducción de la cuantía de los créditos con extinción por el exceso, las sentencias anteriormente citadas y transcritas demuestran que la jurisprudencia de esta Sala se inclina por el criterio, asimismo mantenido por prestigiosos autores de la doctrina científica, de que en tales casos subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza como por no ser verdaderamente incardinable el Convenio de la Suspensión de Pagos en el concepto de transacción según el sentido del art. 1.835 del Código Civil, ya que el Convenio se impone por una determinada mayoría de los acreedores y no tiene por qué eliminar la garantía adicional que, sobre el patrimonio del deudor, representa la fianza para aquel acreedor que, pese a quedar vinculado por el convenio frente al deudor común, no renuncie expresamente a dicha garantía frente a su fiador singular." Igualmente, como indica el Auto de 28 de septiembre de 2007, de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Rioja : conforme al artículo 542.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es posible la ejecución frente a deudor solidario o frente a todos los deudores, cuando en el título aparezcan varios deudores solidarios, por importe total de la deuda (mas los intereses y costas añadimos nosotros), además de que también tiene que tenerse en cuenta que este precepto debe conjugarse con los correspondientes de la Ley Concursal, de 22/03, de 9 de julio, e incluso con los artículos 538 y 568 de la referida Ley Procesal. Y estos dos preceptos permiten que la acción de ejecución pueda dirigirse frente a quien aparece como deudor en el título y frente a quienes responden personalmente de la deuda en virtud de afianzamiento acreditado, dada la relación de los mismos con el objeto de la ejecución instada, de modo que la misma puede despacharse frente a uno o frente a todos los sujetos que se encuentran solidariamente en tal situación. Y la suspensión por la declaración de concurso de la sociedad ejecutada no afecta a los otros ejecutados, fiadores en la póliza, pues, en todo caso, no están sometidos al procedimiento concursal, sin perjuicio de que si los fiadores lleguen a hacer frente a la cuantía reclamada en la ejecución a la acreedora puedan sustituir a la misma en el concurso, aunque sin efectuar, por no ser el trámite adecuado, declaración alguna sobre la situación de los fiadores como personas especialmente relacionadas con el deudor definidas en los artículos 92.5 y 93 de la Ley Concursal y, en su caso, sobre la calificación del crédito como subordinada. Conteniendo el punto 6 del artículo 87 de la Ley Concursal el mandato dirigido a la administración concursal para que reconozca el crédito del acreedor con fianza de tercero, aunque si el mismo viere cumplido su crédito por pago del fiador, podrá este subrogarse en la posición jurídica del acreedor como consecuencia del pago.": AAP Madrid (Sección 13) 17.02.2012 (Auto 30/2012; Rollo 412/2011)

AP Madrid (Sección 28)

“Pues bien, en la demanda incidental se aseguraba por el BSCH que FORUM FILATÉLICO debería responder de esa deuda porque habría de hacerlo en la misma medida que su afianzada, sin que el concurso del fiador pudiera interferir en ese devengo de intereses. Subrayaba que los intereses fueron liquidados cuando MUNDI CLIP SL todavía no había sido declarada en concurso y que la deuda luego reconocida en el proceso concursal de ésta incluía tales intereses, luego el fiador, FORUM FILATÉLICO, no debería responder por menos que su afianzado. En cambio, en el recurso de apelación, aun sin abandonar este ultimo alegato, se aduce que se trataría además de intereses devengados antes de la declaración de concurso de FORUM, por lo que no estaríamos en el supuesto de hecho previsto en el artículo 59 de la LC. Este último alegato supone introducir una cuestión nueva en la apelación, que no fue objeto de debate en la primera instancia, por lo que ni tan siquiera entraremos a su análisis, por vedárnoslo el artículo 456.1 de la LEC. Además, reseñamos que tampoco este tribunal hubiera podido, ni tan siquiera, comprobar la veracidad de tal alegato, ya que de la liquidación aportada no se desprende información con detalle suficiente para permitirlo.
Nos ceñiremos, por lo tanto, a pronunciarnos sobre lo que entendemos que implica una reproducción de lo planteado en la demanda impugnatoria del banco. Con ese fin, conviene precisar que la suspensión del devengo de intereses, que contempla el artículo 59 de la LC, es un efecto que sólo se produce internamente en relación con la masa del concurso. De ahí que en los casos de existencia de pluralidad de deudores, ya fuesen de carácter mancomunado o solidario, si uno de ellos es declarado en concurso la suspensión del devengo de intereses posteriores al auto de declaración del mismo solo opera en relación con él y no favorece al resto.
En el caso que aquí se nos somete la garantía que prestaba FORUM FILATÉLICO SA en la póliza de crédito en cuenta corriente otorgada por el BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO SA con MUNDI CLIP SL lo era de carácter solidario, es decir, con las consecuencias previstas en el párrafo segundo del artículo 1822, nº 2º del artículo 1831 y 1137 a 1148 del C. Civil, que reconducen a la consideración del fiador como si de un deudor solidario se tratase. Luego FORUM FILATÉLICO SA era también, desde el punto de vista legal, un deudor solidario ante el banco.
La condición de deudores solidarios de FORUM FILATÉLICO SA y de MUNDI CLIP SL frente al banco significa, en aplicación de la regla antes enunciada, que el concurso de cada uno de ellos entrañaría la suspensión del devengo de intereses solamente para el declarado en concurso desde el momento en que así lo fuese. En consecuencia, declarado en primer lugar el concurso de FORUM FILATÉLICO SA (con fecha 22 de junio de 2006) operó para ésta la regla de suspensión del devengo de intereses que prevé el artículo 59 de la LC, aunque éstos pudieran seguir devengándose en contra de MUNDI CLIP SL hasta que ésta también fuese declarada en concurso (lo que no ocurrió hasta el 10 de noviembre de 2006).
En consecuencia, la pretensión del banco de incluir como crédito del concurso de FORUM la suma de 2.662,41 euros que, en los términos en que se configuró el debate a raíz de la demanda de incidente concursal, se habrían podido devengar en el período ulterior a la declaración de concurso de FORUM FILATÉLICO SA, aunque anterior a la de MUNDI CLIP SL, resulta inviable a tenor del alegato del BSCH que pretendía ver una contradicción en el hecho de que pudiera negarse como crédito en el concurso de la garante lo que se habría admitido en el de la deudora principal afianzada por aquélla. Resulta indiferente que se haya podido considerar tal partida como deuda de la segunda, a la que no beneficiaba la regla de suspensión del devengo de intereses hasta que no fue, a su vez, declarada en concurso; lo que no podría hacerse es reconocerla como crédito en contra de la primera, pues desde su declaración en concurso se paralizó el devengo, a su costa, de los intereses por ministerio de la ley (artículo 59 de la LC).
Por lo tanto, en relación con esta partida económica debe ser rechazado el recurso de apelación planteado por el BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO SA.”: SAP Madrid (Sección 28) 13.07.2010 (Sentencia 183/2010; Rollo 80/2010)

AP Pontevedra

“TERCERO La cuestión nuclear que viene a plantearse en esta alzada consiste en determinar si procede el devengo y liquidación de intereses respecto del fiador solidario cuando los mismos no resulten exigibles al deudor principal, cuál en el caso examinado, al haber sido declarado en situación de concurso, que conlleva la suspensión del devengo de intereses del débito contraído desde el momento en que tenga lugar tal declaración, de conformidad con lo preceptuado en elart. 59 de la LC.
La respuesta ha de ser afirmativa.
Y es que, a tenor delpárrafo 2º del art. 1822 CC, cuando el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal la normativa aplicable es la contenida en losartículos 1137 y siguientes y, más concretamente, en lo dispuesto en elart. 1144 que faculta al acreedor para dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, en cuanto la fianza solidaria en las relaciones entre acreedor y fiador pierde sus peculiares características y la sitúan en el campo de las obligaciones solidarias entre codeudores, aunque en las posteriores relaciones entre fiador y deudor, y una vez satisfecha por aquél la deuda, reviva la fianza para hacer efectivo el derecho de repetición.
Al asumir el fiador la solidaridad y renunciar al beneficio de excusión, asume el mismo la deuda como propia, quedando así obligado de idéntica manera que el deudor principal, pudiendo, en consecuencia, ser compelido por el acreedor en primer término y con independencia del afianzado, habida cuenta que la solidaridad pactada viene a eliminar el carácter de accesoriedad propio de la fianza normal.
En el sentido expresado, de considerar que la modalidad de fianza solidaria con el deudor tiene carácter autónomo y, por tanto, puede ejercitarse, sin necesidad de excusión, por el acreedor contra los fiadores, esto es, como obligaciones solidarias entre codeudores, cabe citar lasSSTS, de fechas 19-2-1962, 7-2-1963, 11-6-1987 y 3-2-1990.

En idéntica línea, laSTS, de fecha 27-2-2004, invocada en la resolución impugnada, con cita de lasentencia del mismo Alto Tribunal, de fecha 22-7-2002, viene a señalar que "el Código Civil no impone al acreedor la obligación de informar de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios, y éstos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor" (STS 10-6-99); así como que "el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal... El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente elpárrafo primero del artículo 1822 del Código Civil, aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal" (STS 10-4-95).
Indicando más adelante que ni siquiera el concurso o la quiebra del deudor principal pueden provocar la extinción de la obligación de los fiadores del mismo, pues elnúm. 3 del art. 1831 y el párrafo 3º delart. 1844 CC declaran subsistente la obligación de los fiadores ante el estado de quiebra o de concurso del deudor principal. Lo que resulta lógico, pues precisamente la insolvencia del deudor es lo que sitúa al fiador en la obligación de responder por la deuda insatisfecha.
Por lo demás, la suspensión del devengo de intereses del débito contraído no comporta tampoco la personal extinción de dicha obligación de modo definitivo a tenor del contenido delapartado 2 del art. 59 de la Ley Concursal.
En atención a lo anteriormente expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación y consiguiente confirmación del Auto de instancia impugnado.”: AAP Pontevedra (Sección 1) 29.10.2009 (JUR 2009\497044; auto 185/2009; Rollo 474/200)

“SEXTO.-Finalmente, por lo que se refiere al tercero de los motivos impugnatorios del recurso, no ha lugar a su estimación.
Al respecto, cabe reproducir aquí los razonamientos expuestos en el fundamento de derecho tercero del Auto de esta Sección, de fecha 29-10-2009, con ocasión de resolver el recurso de apelación núm. 474/2009, sustanciado entre las mismas partes, del siguiente tenor:
"La cuestión nuclear que viene a plantearse en esta alzada consiste en determinar si procede el devengo y liquidación de intereses respecto del fiador solidario cuando los mismos no resulten exigibles al deudor principal, cuál en el caso examinado, al haber sido declarado en situación de concurso, que conlleva la suspensión del devengo de intereses del débito contraído desde el momento en que tenga lugar tal declaración, de conformidad con lo preceptuado en el art. 59 de la LC.
La respuesta ha de ser afirmativa.
Y es que, a tenor del párrafo 2º del art. 1822 CC, cuando el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal la normativa aplicable es la contenida en los artículos 1137 y siguientes y, más concretamente, en lo dispuesto en el art. 1144 que faculta al acreedor para dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, en cuanto la fianza solidaria en las relaciones entre acreedor y fiador pierde sus peculiares características y la sitúan en el campo de las obligaciones solidarias entre codeudores, aunque en las posteriores relaciones entre fiador y deudor, y una vez satisfecha por aquél la deuda, reviva la fianza para hacer efectivo el derecho de repetición.
Al asumir el fiador la solidaridad y renunciar al beneficio de excusión, asume el mismo la deuda como propia, quedando así obligado de idéntica manera que el deudor principal, pudiendo, en consecuencia, ser compelido por el acreedor en primer término y con independencia del afianzado, habida cuenta que la solidaridad pactada viene a eliminar el carácter de accesoriedad propio de la fianza normal.
En el sentido expresado, de considerar que la modalidad de fianza solidaria con el deudor tiene carácter autónomo y, por tanto, puede ejercitarse, sin necesidad de excusión, por el acreedor contra los fiadores, esto es, como obligaciones solidarias entre codeudores, cabe citar las SSTS, de fechas 19-2-1962, 7-2-1963, 11-6-1987 y 3-2-1990.
En idéntica línea, la STS, de fecha 27-2-2004, invocada en la resolución impugnada, con cita de la sentencia del mismo Alto Tribunal, de fecha 22-7-2002, viene a señalar que "el Código Civil no impone al acreedor la obligación de informar de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios, y éstos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor" (STS 10-6-99); así como que "el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal... El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil, aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal" (STS 10-4-95).
Indicando más adelante que ni siquiera el concurso o la quiebra del deudor principal pueden provocar la extinción de la obligación de los fiadores del mismo, pues el núm. 3 del art. 1831 y el párrafo 3º del art. 1844 CC declaran subsistente la obligación de los fiadores ante el estado de quiebra o de concurso del deudor principal. Lo que resulta lógico, pues precisamente la insolvencia del deudor es lo que sitúa al fiador en la obligación de responder por la deuda insatisfecha.

Por lo demás, la suspensión del devengo de intereses del débito contraído no comporta tampoco la personal extinción de dicha obligación de modo definitivo a tenor del contenido del apartado 2 del art. 59 de la Ley Concursal." ": AAP Pontevedra 25.05.2010 (Auto 111/2010; Rollo 663/2009)

AP Valencia

"CUARTO. El segundo motivo del recurso de apelación es la vulneración del artículo 1826 del Código Civil porque se condena al Banco avalista a más que a su deudor en el tema de los intereses y solicita que los importes que debe devolver dicha entidad sean los mismos que a los que se condena a OKISA SA.
El motivo no puede ser estimado y de entrada es de advertir por su relevancia que la obligación de la entidad bancaria nace de una imposición legal, no convencional, constituyendo una garantía de carácter legal (artículo 1823 Código Civil) al venir impuesta por la Ley 57/1968. En segundo lugar el artículo 1826 del Código Civil habla de que el fiador no puede "obligarse" a mas que el deudor principal, que no es lo defendido por el apelante pues lo que defiende es que se le condena a más que al deudor, lo que tampoco es certero pues al deudor principal se le condena, es de resaltar y hacer notar el error del recurrente, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, como claramente se explicita, motiva y pronuncia la sentencia recurrida, que se traduce por petición de parte en la imposición de unos intereses legales, condena que no se fija para el Banco apelante sino que para éste es la aplicación impositiva y necesaria de la Ley 57/1968. En todo caso el interés legal impuesto es el mismo, pues la Ley 57/1968 de 27 de julio fue modificada claramente por la Disposición Adicional Primera de la Ley Ordenación de la Edificación que en su apartado c), al fijar que la devolución comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigente al momento en que se haga la devolución.
Que el periodo de devengo se limite a la entidad deudora hasta el momento de ser declarada en concurso por aplicación como así menciona la sentencia recurrida del artículo 59-1 de la Ley Concursal, no significa que no exista o se extinga tal obligación ni que queden eliminados, sino que conforme al artículo 59-1 citado quedan en suspenso por esa norma especial.": SAP Valencia (Sección 9) 22.10.2014 (Sentencia 291/2014; Rollo 431/2014)

"3.- El último de los argumentos de la apelación es el relativo a la infracción del artículo 1826 del C. Civil relativo a la fianza y es igualmente coincidente al planteado con ocasión del recurso correspondiente al Rollo 431/2014, en cuya Sentencia de 22 de octubre pasado decíamos:
" El motivo no puede ser estimado y de entrada es de advertir por su relevancia que la obligación de la entidad bancaria nace de una imposición legal, no convencional, constituyendo una garantía de carácter legal (artículo 1823 Código Civil) al venir impuesta por la Ley 57/1968. En segundo lugar el artículo 1826 del Código Civil habla de que el fiador no puede "obligarse" a mas que el deudor principal, que no es lo defendido por el apelante pues lo que defiende es que se le condena a más que al deudor, lo que tampoco es certero pues al deudor principal se le condena, es de resaltar y hacer notar el error del recurrente, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, como claramente se explicita, motiva y pronuncia la sentencia recurrida, que se traduce por petición de parte en la imposición de unos intereses legales, condena que no se fija para el Banco apelante sino que para éste es la aplicación impositiva y necesaria de la Ley 57/1968. En todo caso el interés legal impuesto es el mismo, pues la Ley 57/1968 de 27 de julio fue modificada claramente por la Disposición Adicional Primera de la Ley Ordenación de la Edificación que en su apartado c), al fijar que la devolución comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigente al momento en que se haga la devolución.
Que el periodo de devengo se limite a la entidad deudora hasta el momento de ser declarada en concurso por aplicación como así menciona la sentencia recurrida del artículo 59-1 de la Ley Concursal, no significa que no exista o se extinga tal obligación ni que queden eliminados, sino que conforme al artículo 59-1 citado quedan en suspenso por esa norma especial."
Consecuencia de la aplicación del expresado criterio al supuesto que ahora resolvemos, es la desestimación del motivo de apelación y la consecuente confirmación de la Sentencia apelada en todos sus extremos.": SAP Valencia (Sección 9) 11.12.2014 (Sentencia 354/2014; Rollo 598/2014)

AP Zaragoza

"PRIMERO.- La codemandada-ejecutada, Sra. Begoña, recurre en apelación contra la mentada resolución de primer grado, desestimatoria de la oposición formulada contra la ejecución despachada sobre sus bienes en virtud de la demanda sobre ejecución dineraria deducida en su contra por la actora-ejecutante, Banco Guipuzcoano, S.A., con base en la póliza de contrato de reconocimiento y garantía de créditos mercantiles suscrito en fecha 7 de Junio de 2.006, con intervención de fedatario público, alegando como motivos de dicho recurso […] que la liquidación de la póliza que se reclama en vía ejecutiva incurre en pluspetición y es nula de pleno derecho por no sujetarse a lo normado en elartículo 59.1 de la Ley Concursal, dado que desde la fecha del auto del Juzgado Mercantil de esta Ciudad que declaró a la también demandada-ejecutada, entidad mercantil Servicios Auxiliares y Mantenimientos y Organización, S.L. (en lo sucesivo SAMO, S.L.), 19 de Enero de 2.007,en situación de concurso voluntario, no había lugar al devengo de intereses legales o convencionales, mientras que la referida liquidación contiene intereses devengados hasta la fecha en que la misma se practicó, 22 de Enero de 2.007.
Por su parte, el otro codemandado-ejecutado, Sr. Cosme, administrador, al igual que la anterior, de la referida mercantil en situación legal de concurso voluntario, y fiador o garante solidario de las obligaciones pecuniarias contraídas por dicha sociedad por razón de la referida póliza suscrita con la ejecutante, recurre también en

apelación contra el mentadoauto de 31 de Mayo de 2.007, alegando como motivos de su recurso los mismos que hace valer en el suyo la Sra. Begoña […],
Se rechazan de plano tales motivos de ambos recursos, con la consiguiente desestimación de los mismos, en atención a las siguientes consideraciones. […]
TERCERO.- Por lo que atañe a la liquidación de intereses practicada por la actora, no cabe considerar la misma como incursa en vulneración de lo normado por elartículo 59 de la Ley Concursal, afectando a su validez, como alegan los recurrentes, toda vez que tal previsión normativa sólo atañe a la mercantil SAMO, S.L., a quien afecta en exclusiva la declaración judicial de concurso voluntario, pero no a los fiadores, garantes o avalistas solidarios de dicha mercantil, como lo son los ahora recurrentes, respecto de las obligaciones pecuniarias que a la misma alcanzan por razón de la meritada póliza de contrato de reconocimiento y garantía de créditos mercantiles, obligaciones de las que aquellos responden en su integridad, como resulta de lo dispuesto expresamente por elartículo 1.822 del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, y que recoge, entre otras muchas, lasentencia de 27 de Febrero de 2.004 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (RJ 2.004, 1.145).”: AAP Zaragoza (Sección 4) 20.02.2008 (JUR 2008\173940; Auto 96/2008; Rollo 391/2007)

“CUARTO En cuanto al segundo motivo referente a los intereses del fiador por estar la acreditada en situación concursal, es de recordar el criterio sustentado por estaA. P. en auto 96/2008, en el que se razonaba que "por lo que atañe a la liquidación de intereses practicada por la actora, no cabe considerar la misma como incursa en vulneración de lo normado por elartículo 59 de la Ley Concursal, afectando a su validez, como alegan los recurrentes, toda vez que tal previsión normativa sólo atañe a la mercantil SAMO, S.L., a quien afecta en exclusiva la declaración judicial de concurso voluntario, pero no a los fiadores, garantes o avalistas solidarios de dicha mercantil, como lo son los ahora recurrentes, respecto de las obligaciones pecuniarias que a la misma alcanzan por razón de la meritada póliza de contrato de reconocimiento y garantía de créditos mercantiles, obligaciones de las que aquellos responden en su integridad, como resulta de lo dispuesto expresamente por elartículo 1.822 del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, y que recoge, entre otras muchas, lasentencia de 27 de febrero de 2.004 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (RJ 2.004, 1.145)".”: SAP Zaragoza (Sección 4) 11.02.2009 (JUR 2009/190871; Sentencia 72/2009; Rollo 588/2008)

“PRIMERO El demandado-ejecutado, Sr.Juan Manuel, fundamenta su recurso de apelación contra el mentadoauto de fecha 19 de Mayo de 2.008dictado en el referido procedimiento de ejecución de títulos no judiciales, y por el que se desestima la oposición por motivos procesales formulada por dicho demandado contra la ejecución despachada frente al mismo, sobre la base argumental de que en el presente procedimiento no se le puede exigir como fiador del deudor principal, entidad mercantil Servicios Auxiliares de Mantenimiento y Organización, S.L., declarada en situación de concurso voluntario por el Juzgado Mercantil núm. Uno de Zaragoza en virtud deauto de fecha 19 de Enero de 2.007 dictado en procedimiento de concurso abreviado núm. 8/2.007, más de lo que legalmente ésta obligado a pagar el deudor principal (art. 1.826 del Código Civil), lo que excluye el devengo de intereses desde la declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en elartículo 59 de la Ley Concursal, y siendo así que en el presente procedimiento de ejecución se han incluido en la cantidad reclamada intereses del principal devengados con posterioridad al referidoauto de19 de Enero de 2.007, el título ejecutivo que contiene tal partida es nulo e inejecutable.
SEGUNDO Es de rechazar tal motivo de impugnación del auto apelado, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación que se analiza, por cuanto que dicho efecto legal de la declaración de concurso, afectante en exclusiva a la citada mercantil, no se extiende a la obligación de pago contraída por el recurrente, en su condición de fiadora con carácter solidario de la acreditada, entidad mercantil Servicios Auxiliares de Mantenimiento y Organización, S.L., por razón de la póliza de contrato de cuenta corriente de fecha 7 de Abril de 2.006 suscrita por ambos con la entidad financiera ahora ejecutante, dado que conforme a lo estipulado en lacláusula décimade dicha póliza, en caso de concurso del acreditado los fiadores acordaban expresamente que, con independencia del resultado que arrojase la aprobación del convenio concursal o de la intervención o no del Banco en la aprobación de dicho convenio, responderían solidariamente y de forma inmediata de la totalidad de la deuda del acreditado, que comprendía también los correspondientes intereses, sin que ninguna quita o espera incluida en el convenio aprobado pudiera ser invocada frente al Banco, lo que implica que el ahora recurrente aceptó expresamente que los efectos derivados de la declaración concursal de la referida mercantil en nada afectaba a su responsabilidad como fiador por el total de la deuda resultante de la liquidación de la cuenta practicada por la entidad acreedora conforme a lo pactado en dicho contrato, estipulación a la queda vinculado el apelante (arts. 1.255, 1.258 y concordantes del Código Civil).”: AAP Zaragoza (Sección 4) 24.03.2009 (JUR 2009/207142; Auto 155/2009; Rollo 73/2009)

“PRIMERO: La parte impugnante solicita sea considerada indebida la liquidación de intereses presentada por la contraparte teniendo en consideración que se despacho ejecución contra sus patrocinados por el impago de un préstamo ICO-PYME suscrito por La Caixa con la mercantil A. 2000 S.L en el que D. A y Dª B se constituyeron como fiadores. Que siendo declarada en concurso la citada mercantil, desde ese momento quedo suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes con garantía real, hasta donde alcance la respectiva garantía. Considerando, que dicho principio no sólo es aplicable a la mercantil deudora, sino también en relación con los fiadores, al ser la fianza una garantía accesoria y que los fiadores garantizan el pago de la deuda principal. Basaba su pedimento en el Art. 59 de la Ley Concursal.
La parte impugnada alego que el citado articulo 59 de la LC no es aplicable al caso de autos, puesto que la relación fiador-acreedor en cuanto a los intereses debidos no es considerado un crédito concursal, puesto que el mencionado articulo se refiere de manera exclusiva al deudor. Por otra parte y en aplicación del articulo 135 LC no se pueden oponer los pactos a los que se haya llegado en la Junta de Acreedores, puesto que la entidad

"La Caixa" no participó en la misma y en la pagina 7 del mismo se hace mención a la subsistencia plena de los derechos de los acreedores frente a los fiadores por todos los conceptos.
SEGUNDO: En el caso de autos la parte impugnante hace alusión a una eventual "confusión" de créditos, el principal y el de los fiadores solidarios sobre la base de la naturaleza accesoria de la fianza. Aunque la parte no lo mencione expresamente a través del articulado correspondiente ha de entenderse se refiere a la posible infracción del art. 1852 del CC, pues, como el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (según establece el artículo 1.826 del C. c), queda libre de su obligación de pago siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. Conforme a esta tesis, si el fiador hace frente a la totalidad de la deuda no podría reclamarla íntegramente del concursado, pues el crédito en que se subroga si esta sometido al concurso (con quita del 50% en este caso), con lo que se infringiría el comentado precepto, ya que ha sido la actuación del acreedor la que ha dado lugar a esa consecuencia perjudicial para el fiador. Sigue su alegato, sin embargo en la aplicación del articulo 59 LC a todos los créditos, independientemente de la naturaleza de su reclamación.
Sin embargo y en el caso de autos es de destacar que, tal y como defiende de manera brillante la parte impugnada, no se ha ejercitado una reclamación respecto a un crédito concursal, créditos plenamente incluidos en cuanto a la suspensión de su devengo mencionada en el artículo 59 LC, sino que con la reclamación de los intereses devengados a los fiadores solidarios, se ejercita una reclamación extraconcursal.
Esto nos obliga a hacer un pequeña análisis de en que consiste esta institución de la fianza. El aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal. El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil, aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal».
En cuanto a la incidencia sobre la fianza del convenio de quita logrado en el concurso del deudor afianzado, ya la STS de 24 de enero de 1989, aplicable al caso de autos al referirse a un procedimiento de ejecución universal, declaró que aceptar la tesis de la liberación del fiador, porque en otro caso quedaría obligado a más que el deudor principal, “significaría desnaturalizar la extensión de la fianza en términos que resultarían en abierta contradicción con lo que la preceptiva contenida en el art. 1822 CC establece, dado que en el caso los fiadores recurrentes se obligaron solidariamente con el deudor principal a pagar las deudas contraídas por éste y seria absurdo entender que quedaran liberados en parte de su obligación de saldar totalmente la deuda impagada por el hecho de que en un juicio universal de quiebra (en este caso en concurso) otros acreedores adaptaran, con su voto en contra, el acuerdo de otorgar una quita, pues de ello derivaría que la garantía que para el cobro de las deudas la fianza representa, precisamente para el supuesto de insolvencia total o parcial del deudor principal, quedara vacía de contenido.
Se ha de rechazar que la inclusión del demandante en la lista de acreedores del concurso del deudor afianzado suponga novación del crédito y consiguiente
extinción de la obligación del fiador como deudor solidario, razonando que, por un lado, la presentación de la deudora principal en estado de concurso y la inclusión del demandante, aquí impugnado, en la lista de acreedores de la misma, por el crédito objeto de litis, no entraña novación alguna de dicho crédito, el que se mantiene subsistente con sus caracteres originarios o congénitos, y, por otro, la reclamación formulada por el acreedor contra la deudora principal para el pago de la deuda (aunque sea a medio de su inclusión en la lista de acreedores del concurso) no le impide que simultánea o posteriormente pueda dirigirse contra los demás deudores solidarios mientras no resulte cobrada la deuda por completo, conforme establece el art. 1144 CC, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, dada la condición de fiador solidario que tiene el impugnante de la deudora principal, a lo que ha de añadirse que ni siquiera el concurso o la quiebra del deudor principal pueden provocar la extinción de la obligación de los fiadores del mismo, como parece sostener el impugnante, pues el núm. 3 del art. 1831 y el parr. 3º del art. 1 844 CC, ambos, declaran subsistente la obligación de los fiadores (y el recurrente lo es y, además, solidario, en su condición de avalista) ante el estado de quiebra o de concurso del deudor principal».
En cuanto a la posible afectación respecto al acreedor de los efectos del convenio, de especial importancia como exponente de la jurisprudencia a sobre la materia de que se trata, tiene declarada de manera reiterada que “es doctrina de esta Sala que la eficacia del convenio entre acreedores y deudor en procedimiento de suspensión de pagos no impide que el acreedor pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno, salvo que a ello hubiese renunciado, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, y así las cosas, en función de lo previsto en el articulo 135 de la LC que los efectos del convenio se limitan a los "intevinientes" en el proceso de concurso y sólo a ellos afecta el mandato del Juez de estar y pasar por lo acordado en el convenio, sin que pueda perjudicar ni beneficiar al deudor distinto del que dio lugar al expediente, ni coartar o interferir la acción que contra alguno de ellos corresponda al acreedor para la efectividad de su crédito, de tal manera que la subsistencia de la responsabilidad de los terceros al abono con posterioridad al convenio no admite más lógica excepción que la del pago efectivo y completo del crédito garantizado, ya que los pactos sobre el tiempo y forma de hacerlo solo afectan a los "intevinientes" en dicho convenio y modelan exclusivamente la responsabilidad del concursado de acuerdo con la finalidad del proceso concursal, que es la de abrir cauce a una situación anómala, doctrina general que es de evidente aplicación a los supuestos en que los acreedores tienen individualmente asegurado su crédito con cualquiera de los medios que la ley permite, como el aval, el seguro o la fianza, pues precisamente la insolvencia del deudor que se evidencia mediante la declaración de concurso es lo que sitúa al fiador en la obligación de responder por la deuda insatisfecha, sin que en forma alguna pueda aprovecharse de las moratorias o facilidades concedidas al concursado en el

convenio, con la Única excepción de que el acreedor se hubiera conformado con no cobrar mas que lo que le corresponda en la liquidación y repartimiento hechos en las diligencias del concurso, renunciando expresamente al derecho de garantía. la liberación de los fiadores solo se produce cuando los acreedores renuncien a aquéllos, renuncia que no se produce si votan en contra del convenio o no asisten a la junta tal y como queda acreditado en el acta de la junta de acreedores celebrada en fecha de 18 de enero de 2008.
Por todo lo expuesto desestimar la impugnación verificada y aprobar la liquidación de intereses presentada.": AJPI-6 Alicante 03.03.2007 (Ejecución título no judicial 563/2007)

2. La referencia de este precepto a los intereses de los créditos con garantía real no alcanza a intereses moratorios preconcursales derivados de arrendamiento financiero y análogos

"CUARTO En cuanto a los intereses moratorios devengados antes del concurso por el arrendamiento financiero y que la impugnante cifra en 1.031,14 euros, la cuestión a resolver pasa por averiguar si los créditos por arrendamientos financieros caen dentro del régimen previsto para los créditos con garantía real toda vez que estos últimos gozan de un tratamiento diferenciado en lo que hace referencia tanto a los intereses preconcursales como a los postconcursales. Se trata por lo tanto de interpretar si la mención de «créditos con garantía real» utilizada por el art. 59-1 LC para excepcionar la regla general de suspensión del devengo de intereses se ha de extender no solo a las genuinas garantías reales sino también a otros créditos con privilegio especial del art. 90-1 LC como es el caso de los arrendamientos financieros, de donde resultaría que también estos últimos tendrían abierta no solo la facultad de seguir devengando intereses postconcursales que se habrían de computar en la masa pasiva sino también la de incluir los intereses preconcursales, y ambos con aquel privilegio,.
La clara finalidad a la que atiende la regla de suspensión del devengo de intereses del art. 59 LC es, por un lado, la de inmovilizar en lo posible el pasivo del concurso, evitando que éste siga aumentando durante el transcurso del procedimiento en perjuicio de la perspectiva de cobro del resto de acreedores y entorpeciendo notablemente la consecución de una solución concursal, ya sea la convencional o la liquidativa, y de otro lado equiparar en el trato a los distintos acreedores concursales sin hacer de peor condición a los titulares de créditos que no tuvieran a su favor dicho devengo. Esta regla general encuentra dos excepciones, la del crédito laboral cuyos intereses postconcursales tendrán la calificación de subordinados (art. 59-1 en relación con art. 92-3º LC) y la de los créditos con garantía real en los que se respeta ese devengo y además con la calificación propia del privilegio especial. La interpretación de la excepción referida a los créditos con garantía real y del alcance de tal prerrogativa debe conectarse tanto con los principios inspiradores de la Ley Concursal como el resto de su articulado, todo lo cual conduce a entender que el art. 59-1 LC limita el devengo de intereses postconcursales a los créditos revestidos de genuinas garantías reales, entendidas como derechos constituidos sobre cosa ajena y oponibles erga omnes, y no a otro tipo de créditos como son los derivados de titularidades dominicales con fines de garantía (arrendamiento financiero, compraventa de bienes con precio aplazado y reserva de dominio), por más que el legislador les haya dispensado un tratamiento asimilado a las garantías reales al revestirles también de privilegio especial incluyéndoles en el art. 90 LC
Efectivamente, el legislador aún partiendo de la clara diferencia entre ambas categorías (como lo expresa en el apartado III de la Exposición de Motivos) las equipara en su tratamiento hasta el punto de conceder a ambas una posibilidad de ejecución separada en el art. 56. Ahora bien, del examen del régimen de esta ejecución separada -extensible también para los créditos nacidos de los arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución- encontramos que se concede a la Administración concursal la facultad de optar, durante el período de paralización de las acciones a que se refiere el art. 56, por atender con cargo a la masa el pago de dichos créditos y sin realización de los bienes y derechos afectos (art. 56-3 en relación art. 155-2 LC), siendo así que ante la eventualidad de este rescate de los bienes la Administración concursal vendría obligada a «satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa» (art. 155-2 inciso final L.C). Se contempla por lo tanto en la norma una expresa previsión de que los únicos intereses que se pueden haber devengado y que deberán ser satisfechos son los «vencidos», concepto predicable de los intereses remuneratorios pero no así de los moratorios, esto es, se tratará ordinariamente de créditos de financiación revestidos de garantías reales que son los que propiamente recogen intereses remuneratorios como medio de retribución por el capital que se concede y cuyo devengo postconcursal viene precisamente amparado por la prerrogativa del art. 59 con exclusión de cualquier otro, concretamente de los intereses moratorios por arrendamientos financieros que aquí nos ocupan y que llevan a desestimar la demanda incidental en este extremo y a declarar que los intereses moratorios preconcursales habrán de quedar postergados como crédito subordinado por disposición del art. 92-3º LC " : Sentencia JM Oviedo (Asturias) 14.06.2005 (AC 2005/1017)

3. No cabe el devengo de de nuevos recargos públicos por créditos concursales tras la declaración del concurso

AP Alicante

"PRIMERO.-La controversia del litigio es de índole estrictamente jurídica y versa sobre la posibilidad de reconocer como crédito subordinado el importe de los recargos devengados después de la declaración del concurso por la falta de pago de los créditos concursales reconocidos a la T.G.S.S. según la certificación administrativa aportada con la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores, la cual incrementa

únicamente la cuantía de los créditos subordinados ya reconocidos en el informe del Administrador Concursal según la certificación inicialmente aportada con la comunicación del crédito.
La Sentencia de instancia desestimó la demanda incidental porque, a pesar de reconocerse el incremento del importe del crédito subordinado en la certificación administrativa aportada con la demanda incidental de impugnación de lista de acreedores, resulta contrario a los principios y normas de la Ley Concursal el devengo de recargos después de la declaración del concurso por la falta de pago de una deuda concursal que sólo puede satisfacerse conforme a los principios de la par conditio creditorum.
Frente a la misma se ha alzado la T.G.S.S. quien centra su recurso en la prevalencia que ha otorgarse a la certificación administrativa en orden al reconocimiento del crédito de un ente público salvo que la Administración Concursal impugne por los cauces legales el referido acto administrativo según establece el artículo 86.2 de la Ley Concursal.
La Sala rechaza el recurso de apelación en atención a las siguientes razones:
En primer lugar, si no es exigible al concursado que pague al margen del concurso deudas concursales pues todos los acreedores forman parte por ministerio de la Ley de la masa pasiva (artículo 49 de la Ley Concursal), no deben ser aplicables tampoco los recargos por falta de pago de las cuotas previstos en el artículo 27 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, una vez declarado el concurso, pues resultaría contrario al principio de la par conditio creditorum.
En segundo lugar, es cierto que el incremento de la cuantía de los créditos subordinados que se interesa en la demanda incidental de impugnación del informe se funda en una certificación administrativa que no ha sido impugnada por el Administrador concursal por el cauce legal (recurso administrativo y contencioso-administrativo), por lo que rige la presunción de legitimidad de los actos administrativos.
En tercer lugar, la inclusión necesaria del crédito reconocido en una certificación administrativa según el artículo 86.2 de la Ley Concursal debe soportar algún límite como es su privación de efectos por el Juez del concurso cuando infringe de manera manifiesta un principio de Derecho concursal como puede ser el principio del respeto a la par conditio creditorum.
En cuarto lugar, acierta la Sentencia de instancia cuando priva de efecto a la certificación administrativa adjuntada a la demanda incidental al infringir aquélla de manera manifiesta un principio de la legislación concursal al imponer unos recargos por la falta de pago de una deuda concursal cuando ese pago no es exigible al margen del concurso.
En igual sentido se pronuncian las SSAP Pontevedra de 24 de enero de 2008 y de Barcelona de 10 de noviembre de 2008.": SAP Alicante (Sección 8) 21.10.2011 (Sentencia 412/2011; Rollo 504/2011)

"PRIMERO.- La controversia del litigio es de índole estrictamente jurídica y versa sobre la posibilidad de reconocer como crédito subordinado el importe de los recargos devengados después de la declaración del concurso por la falta de pago de los créditos concursales reconocidos a la T.G.S.S. según la certificación administrativa aportada con la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores, la cual incrementa la cuantía de los créditos subordinados ya reconocidos en el informe del Administrador Concursal según la certificación inicialmente aportada con la comunicación del crédito. También es objeto de impugnación la desestimación del incremento del crédito que por costas se comunicó inicialmente por la T.G.S.S. La Sentencia de instancia desestimó la demanda incidental porque, a pesar de reconocerse el incremento del importe del crédito subordinado en la certificación administrativa aportada con la demanda incidental de impugnación de lista de acreedores, resulta contrario a los principios y normas de la Ley Concursal el devengo de recargos después de la declaración del concurso por la falta de pago de una deuda concursal que sólo puede satisfacerse conforme a los principios de la par conditio creditorum. A su vez, dio por reproducidas iguales consideraciones para desestimar el incremento del crédito por costas. Frente a la misma se ha alzado la T.G.S.S. quien centra su recurso en la prevalencia que ha otorgarse a la certificación administrativa en orden al reconocimiento del crédito de un ente público salvo que la Administración Concursal impugne por los cauces legales el referido acto administrativo según establece el artículo 86.2 de la Ley Concursal. También impugna la exclusión del incremento del crédito por costas al tener naturaleza resarcitoria y no sancionadora por lo que debe calificarse el incremento como corresponda. Analizaremos separadamente la desestimación de los dos conceptos indicados: de un lado, el incremento de los recargos y; de otro lado, el incremento de las costas.
Antes de entrar a examinar el contenido de las alegaciones hemos de indicar que la modificación de la certificación aportada con la demanda incidental respecto de la certificación que se acompañó a la comunicación inicial del crédito, a la vista de las alegaciones contenidas en el escrito de allanamiento de la Administradora Concursal, se refiere a los siguientes conceptos y cuantías: 1.-) crédito con privilegio general del artículo 91.4 de la Ley Concursal : 21.071,46.- #, supone un incremento respecto de la certificación inicial de 94,21.- # que se corresponde con las costas del procedimiento de apremio. 2.-) crédito ordinario del artículo 89.3 de la Ley Concursal : 21.071,46.- #, supone un incremento respecto de la certificación inicial de 94,21.- # que se corresponde con las costas del procedimiento de apremio. 3.-) créditos subordinados: 9.670,33.- #, supone un incremento respecto de la certificación inicial de 866,24.- # por devengo de recargos de demora.
SEGUNDO.- La Sala, como ya dijimos en nuestra Sentencia número 412/11, de 21 de octubre, rechaza el recurso de apelación respecto del incremento de los créditos subordinados por devengo de recargos de demora en atención a las siguientes razones:
En primer lugar, si no es exigible al concursado que pague al margen del concurso deudas concursales pues todos los acreedores forman parte por ministerio de la Ley de la masa pasiva (artículo 49 de la Ley Concursal), no deben ser aplicables tampoco los recargos por falta de pago de las cuotas previstos en el artículo 27 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, una vez declarado el concurso, pues resultaría contrario al principio de la par conditio

creditorum.
En segundo lugar, es cierto que el incremento de la cuantía de los créditos subordinados que se interesa en la demanda incidental de impugnación del informe se funda en una certificación administrativa que no ha sido impugnada por el Administrador concursal a través del cauce legal (recurso administrativo y contencioso-administrativo), por lo que rige la presunción de legitimidad de los actos administrativos.
En tercer lugar, la inclusión necesaria del crédito reconocido en una certificación administrativa según el artículo 86.2 de la Ley Concursal debe soportar algún límite como es su privación de efectos por el Juez del concurso cuando infringe de manera manifiesta un principio de Derecho concursal como puede ser el principio del respeto a la par conditio creditorum. No podemos olvidar que el párrafo segundo del artículo 22 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social somete a los créditos de la Seguridad Social, en caso de concurso, a lo dispuesto en la Ley Concursal, en los siguientes términos: "En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal.
En cuarto lugar, acierta la Sentencia de instancia cuando priva de efecto a la certificación administrativa adjuntada a la demanda incidental al infringir aquélla de manera manifiesta un principio de la legislación concursal al imponer unos recargos por la falta de pago de una deuda concursal cuando ese pago no es exigible al margen del concurso.
En igual sentido se pronuncian las SSAP Pontevedra de 24 de enero de 2008 y de Barcelona de 10 de noviembre de 2008.
TERCERO.- Respecto del incremento del concepto de las costas hemos de descartar su equiparación con los recargos como hace la Sentencia de instancia sin ningún esfuerzo argumentativo. Las costas no tienen por objeto sancionar la falta de pago sino resarcir los gastos que el procedimiento de apremio ha causado a la T.G.S.S. (artículos 34.7 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 127 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social) debiendo soportar su coste el obligado al pago. Consiguientemente, se estima acertado el incremento del concepto del crédito con privilegio general del artículo 91.4 de la Ley Concursal y del crédito ordinario del artículo 89.3 de la Ley Concursal, tal y como se recoge en el certificado aportado con la demanda incidental, al tratarse de un crédito de la Seguridad Social que no es susceptible de subsumirse en ninguno de los supuestos de crédito subordinado del artículo 92 de la Ley Concursal.": SAP Alicante (Sección 8) 15.12.2011 (Sentencia 532/2011; Rollo 655/2011)

AP Barcelona

"Esta actualización del crédito de la Seguridad Social afecta a los recargos, en concreto son los devengados con posterioridad a la declaración de concurso, según se ha manifestado por la Administración concursal, a la vista de la anterior certificación, y no ha sido desmentido por la TGSS. Si bien es cierto que elart. 86.2 LCprescribe que se "incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por (...) certificación administrativa...", lo que impide a la Administración Concursal juzgar sobre la existencia del crédito y su cuantía, ello no obsta a que la discrecionalidad del Juzgado Mercantil alcance necesariamente a la discriminación de los créditos que por aplicación de la Ley Concursal no resultan exigibles, como son los intereses posteriores a la declaración de concurso, con las excepciones previstas en elart. 59 LC. Aunque ese precepto no se refiere expresamente a los recargos, en la medida en que venimos calificando este crédito de subordinado y el mismo nace del incumplimiento de una obligación del deudor, resulta improcedente su devengo con posterioridad a la declaración de concurso, pues por Ley el deudor tiene vedado cumplir con aquella obligación, para no vulnerar la par condicio creditorum. Si el deudor no puede atender a esa obligación, resulta improcedente que se devenguen los recargos administrativos, y cuando menos los mismos no pueden ser reconocidos por el Juez Mercantil, siendo irrelevante a estos efectos que aparezcan reconocidos en una certificación administrativa.": SAP Barcelona (Sección 15) 23.05.2008 (JUR 2008/267084)

"TERCERO Elart. 86.2 LC dispone que "se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos (...) reconocidos por certificación administrativa (...). No obstante, la administración concursal podrá impugnar (...), a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos". Por ello, la Administración Concursal debe incluir en la lista de acreedores, en principio, el importe total de crédito certificado por la TGSS, sin perjuicio de la impugnación en vía administrativa y contencioso-administrativa de la cuantía o de los créditos certificados.
Pero, no obstante, esta regla que ordena la inclusión sin cuestionamiento del crédito certificado tiene unos límites, impuestos por la exigencia de que ha de tratarse de créditos concursales, de modo que si se advierte la inclusión en la certificación de créditos o conceptos que no son concursales, porque son contra la masa, o bien porque con claridad se evidencia que no han podido nacer o generarse debido precisamente a los efectos legales de la declaración de concurso, tanto la Administración Concursal como el Juez al resolver la impugnación podrán excluir de la certificación tales partidas o créditos. Este sería el caso de los recargos de demora administrativos devengados con posterioridad a la declaración de concurso, pues si a partir de dicho momento el concursado no puede efectuar el pago de las deudas o créditos que tengan la consideración de concursales, no cabe, obviamente, un recargo a modo de sanción por la falta o retraso en un pago que el concursado no puede realizar por impedirlo el sistema concursal. Por el contrario, es claro que resulta procedente la consideración de crédito concursal de los recargos devengados con anterioridad y hasta el día de la declaración de concurso, por no haberse atendido el pago de las cuotas, anteriores al concurso, en el plazo reglamentario.
CUARTO No se ha probado, sin embargo, que los recargos de demora incluidos por la TGSS en su certificación se hayan devengado con posterioridad a la declaración de concurso por razón de la falta de pago

de las cuotas anteriores. La concursada basa su pretensión en que a la fecha de declaración del concurso (por lo que parece en mayo de 2007), la deuda con la TGSS estaba todavía en período voluntario porque se solicitaron una serie de aplazamientos que se resolvieron, en sentido denegatorio, el 30 de abril de 2007, y los recursos de alzada interpuestos contra dicha resolución se resolvieron ya después de ser declarado el concurso, imponiéndose entonces el recargo correspondiente.
No vemos que en las resoluciones de los recursos de alzada (interpuestos en julio de 2007, tras la declaración del concurso, y resueltos el 1 de agosto siguiente), se impusieran los correspondientes recargos. En todo caso, conforme alart. 35.5 del R.D. 1415/2004 (que dispone que la solicitud de aplazamiento no suspende el procedimiento recaudatorio, y denegada dicha solicitud se aplicará a la deuda objeto de ésta el recargo que proceda según las normas generales establecidas en la Ley y en el Reglamento), la aplicación de los recargos debe producirse al ser denegado el aplazamiento, y la resolución administrativa que denegó los aplazamientos recayó el 30 de abril de 2007 (según se dice en la demanda), antes de ser declarado el concurso. Pero aún en el caso de que los recargos hubieren sido impuestos en las resoluciones de los recursos de alzada, lo que no se prueba, y esto es lo relevante, es que se trate de recargos devengados con posterioridad a la declaración del concurso.
Tal concepto se devenga por el simple hecho del impago de la cuota social dentro del plazo reglamentario de ingreso y debe convenirse con la TGSS en que desde entonces el recargo es exigible, con independencia de la fecha de su reclamación. La solicitud de aplazamiento, como resulta de dicho precepto, no suspende el procedimiento de recaudación ni, por tanto, amplía o prorroga el plazo reglamentario de ingreso o el período voluntario hasta que se resuelva por la TGSS, y su denegación da lugar a la aplicación del recargo que proceda conforme a las normas generales. Por ello, aún cuando los recargos se hubieran aplicado y notificado después de ser declarado el concurso (si es que así aconteció), no por ello se entienden devengados con posterioridad al concurso, a menos que se alegue y acredite que la TGSS está aplicando recargos, por cuotas anteriores al concurso, correspondientes al período posterior a la declaración de concurso, lo que no se ha probado.”: SAP Barcelona (Sección 15) 10.11.2008 (JUR 2009\76004)

AP Sevilla

“CUARTO.- Pues bien, una vez expuestos y delimitados los términos del debate en esta alzada, a los que, necesariamente, hemos de ceñirnos, y comenzando por los intereses moratorios no acogidos por la sentencia de instancia, 158,24 correspondientes a la primera liquidación y 98,02 euros correspondientes a la segunda, considera el tribunal que procede la confirmación de la resolución recurrida, que no acordó su inclusión en los textos definitivos, puesto que hay que deducir que se trata de intereses del periodo ejecutivo, que se abrió con posterioridad a la declaración de concurso, que tuvo lugar el 5 de Mayo de 2.009, lo que excluye su devengo conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley Concursal.
QUINTO.- Y, por lo que respecta a los recargos de apremio, que tampoco acordó el juzgador de instancia incluirlos en los textos definitivos, procede confirmar, igualmente, tal decisión, y no por el hecho que aduce de que no conste la forma de cálculo de su importe, ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley General Tributaria, consisten en el 20 % de la cuota tributaria y en el 20 % de la sanción, y, estando certificados por la administración tributaria, su realidad y certeza resulta incuestionable, sino por la razón de que los recargos de apremio suponen, necesariamente, la apertura de la fase ejecutiva, el procedimiento de apremio, que habría tenido lugar con posterioridad a la declaración de concurso, y, como señala el artículo 55, 1 de la Ley Concursal, declarado el concurso, no pueden iniciarse ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
SEXTO.- Consecuentemente y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia de instancia, imponiendo al Letrado de la Junta de Andalucía, como no podía ser de otra manera, conforme a lo dispuesto en el artículo 394, al que remite el 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de las costas causadas en esta alzada.”: SAP Sevilla (Sección 5) 20.04.2015 (Sentencia 170/2015; Rollo 354/2015)

AP Tarragona

“PRIMERO.- Cuestiones controvertidas en el recurso de apelación.
Presenta la Tesorería General de la Seguridad Social demanda incidental para el reconocimiento de créditos a su favor según certificación que se acompaña con la demanda interesando que se reconozca la cantidad de 9.783,79, que modificaba la cantidad y en particular que se reconozca que el importe de los recargos devengados es de 1.484,90 Euros y no la cantidad reconocida por la Administración Concursal por importe de 1.131,64 Euros.
La Sentencia del Juez de Mercantil desestima la demanda, excluyendo los recargos posteriores a la declaración de concurso. La cuestión controvertida con el recurso de apelación se limita a determinar si los recargos generados con posterioridad a la declaración del concurso deben ser tenidos en cuenta, ya sea como pasivo concursal o como pasivo de la masa.
SEGUNDO.- Partimos de la prioridad de las normas concursales en relación con los créditos de la Administración de la Seguridad Social, según el art. 22 de la LGSS, en su párrafo segundo, al decir que establece: "En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal" y de donde se deriva el sometimiento de los créditos de la Administración de la Seguridad Social a lo establecido en la Ley Concursal, por lo que cualquier liquidación o actuación contraria a las normas concursales no puede prevalecer frente a las normas contenidas en dicha Ley, y sería nulo de pleno derecho por vulneración de normas imperativas: no

estamos ante un mero reconocimiento de créditos sino ante la procedencia misma del crédito por contravención de las normas de la Ley Concursal.
De otra parte, el carácter imperativo y exhaustivo de la norma concursal que identifica los créditos contra la masa (artículo 84.2 LC) y el estricto régimen de tipicidad legal, conforme se infiere de su apartado 11º: "Cualesquiera otros créditos a los que esta Ley atribuya expresamente tal consideración". Es decir, se excluyen inferencias presuntivas no contempladas de modo expreso en las normas contenidas en la LC por lo que todos aquellos que no tengan consideración de créditos contra la masa son créditos concursales y sin que los recargos de apremio tengan encaje legal en el apartado 5º porque los recargos no se generan por la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso: de la actividad profesional o empresarial se pueden derivar diversos créditos (por cuotas u otros conceptos), pero no los recargos que sólo son medidas compulsivas para el pago de aquellos.
Por todo ello y por lo dicho en SAP de Tarragona, de fecha 23 de abril de 2010 donde se recuerda que "... la Administración Concursal debe incluir en la lista de acreedores, en principio, el importe total de crédito certificado por la TGSS, sin perjuicio de la impugnación en vía administrativa y contencioso-administrativa de la cuantía o de los créditos certificados" y donde se añade que "No obstante, esta regla que ordena la inclusión sin cuestionamiento del crédito certificado tiene unos límites, impuestos por la exigencia de que ha de tratarse de créditos concursales, de modo que si se advierte la inclusión en la certificación de créditos o conceptos que no son concursales, porque son contra la masa, o bien porque con claridad se evidencia que no han podido nacer o generarse debido precisamente a los efectos legales de la declaración de concurso, tanto la Administración Concursal como el Juez al resolver la impugnación podrán excluir de la certificación tales partidas o créditos. Este sería el caso de los recargos de demora administrativos devengados con posterioridad a la declaración de concurso, pues si a partir de dicho momento el concursado no puede efectuar el pago de las deudas o créditos que tengan la consideración de concursales, no cabe, obviamente, un recargo a modo de sanción por la falta o retraso en un pago que el concursado no puede realizar por impedirlo el sistema concursal. Por el contrario, es claro que resulta procedente la consideración de crédito concursal de los recargos devengados con anterioridad y hasta el día de la declaración de concurso, por no haberse atendido el pago de las cuotas, anteriores al concurso, en el plazo reglamentario." Consecuencia de ello es también la imposibilidad de comunicar modificaciones de la deuda acreditada en virtud de posteriores devengos en concepto de recargo de demora como pretende la parte apelante.”: SAP Tarragona (Sección 1) 12.11.2012 (Sentencia 451/2012; Rollo 623/2011)

AP Vizcaya 2012 -

“PRIMERO.-La sentencia de instancia acoge parcialmente la demanda incidental presentada por la Tesorería de la Seguridad Social, reduciendo el importe de los créditos subordinados generados por los recargos de cuotas impagadas anteriores a la declaración del concurso, estableciendo la improcedencia del devengo de recargos una vez producida la declaración de concurso, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 55 y 154 de la LC. Frente a dicha resolución se alza la demandante, alegando que el contenido del art. 55 de la LC, nada tiene que ver con el cómputo de los recargos como crédito concursal, pues tal cómputo no responde a la aplicación de tal articulo, sino a la normativa propia de la Seguridad Social, que determina su aplicación automática por el mero transcurso del tiempo, y que por su naturaleza de sanción, ha de incardinarse en el apartado 4º del art. 92, no existiendo norma alguna, que modifique su aplicabilidad, tal y como si se ha hecho en cambio en el art. 59 LC, con respecto del devengo de intereses.
SEGUNDO.-La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009 analiza la naturaleza del recargo, estableciendo que tiene una naturaleza de sanción impropia, en cuanto castigo por la falta de cumplimiento de la deuda habida con la Seguridad Social, sin que tenga finalidad resarcitoria ni compensatoria, ni obste la finalidad preventiva de estimular el cumplimiento, o, lo que es lo mismo, disuadir del incumplimiento, pues finalmente su operatividad supone un castigo al deudor incumplidor. Por tanto como quiera que no es exigible al concursado que pague al margen del concurso deudas concursales, pues todos los acreedores forman parte por ministerio de la Ley de la masa pasiva (artículo 49 de la Ley Concursal), si no existe obligación de pago, no puede existir sanción por un incumplimiento que no es exigible, y no es querido, y por ello no podrán devengarse recargos, al estar sometidos los créditos de la de la Seguridad Social, en caso de concurso, a lo dispuesto en la Ley Concursal,(art. 22 texto Refundido Ley General segurida Social) en los siguientes términos: "En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquellos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal.", lo que no se haría si, admitiéndose la tesis de la recurrente, se hiciera responsables al resto de los acreedores de la actuación del concursado, que no puede hacer frente a la sanción derivada del retraso en el pago, pues ello trae consigo una mejor posición de la Seguridad Social, con ruptura de la "pars conditio creditorum" que caracteriza todo el procedimiento concursal, principio al que como hemos dicho deben también someterse los créditos de la Seguridad Social.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 23.03.2012 (Sentencia 212/2012; Rollo 455/2011)

“No procede la aceptación como créditos concursales de los intereses y recargos posteriores a la declaración del concurso (Ediciones Aupper intereses posteriores a la declaración de concurso 27.111,01 euros y recargos 49.689 euros y Grupo Aupper intereses 2.686,80 euros y recargo 4.924,56 euros) por aplicación de lo dispuesto en el art. 59 LEC.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 20.04.2015 (Sentencia 230/2015; Rollo 30/2015)

JM-1 La Coruña

“Se plantea aquí, sin embargo, una cuestión novedosa que es la que en parte explica las sucesivas certificaciones administrativas que la TGSS ha ido presentando durante la tramitación del concurso, y es la relativa a la posibilidad de seguir aplicando con posterioridad a la declaración de concurso recargos sobre las cantidades que integran el crédito concursal. Argumenta la TGSS que en la regulación de los efectos del concurso sobre los créditos sólo se prevé la suspensión del devengo de intereses (artículo 59 LC) y nada se dice acerca de la suspensión o la prohibición de la imposición de nuevos recargos, razón por la cual se han de seguir aplicando pese a la declaración de concurso.
Esa argumentación no puede ser en modo alguno aceptada en cuanto que supone admitir el incremento progresivo de la masa pasiva más allá de la declaración de concurso. En la lógica del proceso concursal con la declaración de concurso los acreedores del deudor se integran en la masa pasiva (artículo 49) y la lista de acreedores ha de estar referida a la fecha de la solicitud de concurso (artículo 94, que cierta doctrina propugna interpretar de forma correctora para referir la lista a la fecha de la declaración). En todo caso es claro que los créditos nacidos o contraídos con posterioridad a la declaración, aunque deriven del incumplimiento de otros anteriores, no se integran en la masa pasiva y no pueden producir el efecto de incrementarla; no son créditos concursales. Por otra parte el devengo automático de recargos sobre la obligación de pago de cuotas de la Seguridad Social (artículo 27 de la LGSS) tiene dos manifestaciones principales, el recargo de apremio y el de mora, y ni uno ni otro tienen sentido en su aplicación sobre créditos concursales pues declarado el concurso no es posible iniciar ejecuciones singulares ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor (artículo 55), ni cabe tampoco incrementar el nominal de una deuda con intereses de ningún tipo (con la única excepción prevista en el artículo 59 para los créditos salariales).”: SJM-1 La Coruña 26.04.2006 (AC 2007/205)

JM-1 Oviedo

“Sostiene en primer lugar la AEAT que el importe total de los créditos certificados asciende a 993.552'47 ?, siendo así que la administración concursal sólo reconoce un total de 990.489'78 ?. Ciertamente el art. 86.2 LC, relativo al reconocimiento de créditos, impone la necesaria inclusión de los créditos reconocidos en certificación administrativa, sin que proceda entrar a discutir en sede concursal sobre su existencia y cuantía, ya que el precepto citado remite para este menester a los cauces previstos en la legislación específica para impugnar los actos administrativos.
En efecto, la Ley Concursal, basándose en la facultad de autotutela de las Administraciones Públicas, reconoce a las certificaciones administrativas la condición de título ejecutivo, por lo que su reconocimiento es imperativo para la administración concursal, que puede, no obstante, si discrepa de su existencia o cuantía, acudir a la vía administrativa o Contencioso-Administrativa.
No obstante lo anterior, la administración concursal explica que las diferencias entre la segunda certificación y el importe de los créditos reconocidos en el informe radica, fundamentalmente, en dos conceptos: un recargo del 20% sobre los 18.032'93 ? que se incluyeron en el informe como mayor deuda por autoliquidación de Iva del período de 1 a 24 de julio de 2006 y un segundo recargo por la autoliquidación de IRPF del mismo período.
La administración concursal sostiene, con acierto, que la AEAT no puede imponer recargos sobre cantidades que son créditos concursales, sometidos a la par conditio creditorum y no pagaderos de inmediato como los créditos contra la masa. “.SJM-1 Oviedo 01.06.2007 (AC 2008/409)
JM-1 Vitoria

“Primero.-Por la parte demandante se impugna la calificación realizada por la Administración Concursal en relación con el crédito a la misma reconocido por importe de 55.753'56 euros en base a la existencia de una nueva certificación administrativa de fecha p de diciembre de 2010 actualizadora de la cuantía al haber sufrido la deuda un incremento como consecuencia de las liquidaciones relativas al periodo del mes de septiembre de 2010 y de los recargos por transcurso del tiempo.
La Administración Concursal en su contestación, se opone parcialmente en cuanto a su cuantía que estima en 64.036'27 euros y ello porque la actualización de la misma,en base a la certificación que se aporta cuyo contenido no se discute,se corresponde a un concepto de cuota devengada; por el periodo correspondiente al mes de septiembre de 2010, y. en concreto al periodo comprendido entre el 1 de septiembre al 13 de septiembre,fecha de declaración del concurso, con el que muestra su conformidad. Pero se opone la demandada a que a dicha c Jota se le adicione un recargo del 5% por impago de la misma a la fecha de su vencimiento que sería la fecha de 30 de octubre de 2010 es decir como consecuencia de la falta de pago de la deuda dentro del plazo reglamentario de ingreso y ello porque la mercantil ya se encontraba en concurso desde el día 13.Dicho motivo de oposición debe de compartirse pues desde la fecha de declaración del concurso ya no hay deber de pago y por tanto no puede haber incremento de recargo.
Asimismo se opone porque se calculan de nuevo los recargos como consecuencia de la falta de pago de la deuda dentro del plazo reglamentario de ingreso de la deuda ya certificada.Y conforme al art. 10 del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social " Las deudas con la Seguridad Social cuyo objeto esté constituido por cuotas, cuando no se abonen en el plazo reglamentario de ingreso, devengarán los siguientes recargos.....Recargo del 20 % de la deuda, si ésta se abonara una vez transcurrido el tercer mes desde la finalización del plazo reglamentario de ingreso.."
- Pero el hecho de.que entre ambas certificaciones aportadas por la TGSS "para la calificación de su crédito, 26 de octubre de 2010 y la de 3 de diciembre de 2010 [haya transcurrido un tiempo no afecta al incremento del recargo ya que se está aplicando un recargo del 20% al periodo de junio y un 10 % al de agosto por impago de una obligación cuando en el momento de declaración del concurso no había transcurrido el plazo para pagar generador del recargo y una vez declarado ya la deuda no habría podido ser pagada, so pena de alterar 1a par

condictio creditorum, ex artículo 49 de la Ley Concursal.": SJM-1 Vitoria 26.01.2011 (Sentencia 11/2011; Concurso 164/2010)

3.1 Tesis contraria

AP Vizcaya 2008

"CUARTO - Partiendo de ella se debe ahora examinar, si resulta procedente tal como se hizo valer por la demandada en su contestación a la demanda, posición que reitera por vía de impugnación, reducir el importe del crédito que en ella se recoge, al ser improcedente el devengo de los recargos correspondientes al mes de Octubre al ser inexistentes en la fecha de declaración del concurso, (…)
El importe de los recargos no puede ser reducido, pues la certificación de la Seguridad Social que goza de presunción de veracidad acredita su devengo, devengo que se produce con independencia de la fecha de declaración del concurso, hasta el momento en el que se realiza el pago de la deuda.": SAP Vizcaya (Sección 4) 15.09.2008 (JUR 2009\9103)

AP Alava

"PRIMERO.- **Hechos probados**
1.- KEMEN MOBILIARIO Y ORGANIZACION DE OFICINAS S.L. dejó de ingresar a la Tesorería General de la Seguridad Social por cuota patronal del mes de marzo de 2010, la cantidad de 89.043,90 euros. En el mes de marzo tampoco ingresó 14.263,86 € de cuota obrera y 83.348,44 € de cuota patronal. En el mes de mayo, hasta la declaración de concurso, dejó de ingresar 11.600,37 € de cuota obrera y 75.110,94 € de cuota patronal.
2.- KEMEN MOBILIARIO Y ORGANIZACION DE OFICINAS S.L. es declarada en situación de concurso mediante auto de 26 de mayo de 2010.
3.- Hasta la declaración de concurso no se ha hecho ingreso de ninguna de esas cantidades.
4.- El 3 de noviembre de 2010 se emitió certificación por la Directora Provincial de Álava de la Tesorería General de la Seguridad que se comunica a la Administración Concursal solicitando se reconozcan créditos como privilegio general del art. 91.2 LC por importe de 25.864,23 €, como privilegio general del art. 91.4 LC por importe de 126.251,64 €, crédito ordinario por importe de 126.125,64 € y subordinados de 55.673,50 €, que suman 334.041,01 € de créditos concursales.
5.- La Administración Concursal reconoce en su informe crédito con privilegio general por importe de 138.235,97 €, otros tantos de crédito ordinario y 14.033,01 €, que suponen un total de créditos concursales de 290.506,95 €. Excluye el reconocimiento de 17.808,78 € de recargo de impago de cuota obrera del mes de marzo 2010, 20.522,46 € de recargo de cuotas obrera y patronal del mes de abril y 17.342,26 € de recargo de cuota obrera y patronal del mes de mayo de 2010.
SEGUNDO.- La pretendida extensión del art. 59 LC a los recargos de la TGSS
La esencia de la resolución se sostiene en la aplicación de suspensión del devengo de interés que acarrea la declaración de concurso conforme al art. 59 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), a los recargos de la Seguridad Social. No hay discusión en que los ingresos debidos a la Seguridad Social no se realizaron. Tampoco se cuestiona que haya transcurrido el plazo que da lugar a la aplicación del recargo conforme al art. 27 del RDL 1/1994, de 20 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) y art. 10 del RD 1.415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGRSS).
El art. 59 LC, como antes el art. 1.916 del Código Civil (CCv), ordena la suspensión del devengo de interés de los créditos concursales, legal o convencional, con la excepción de los créditos con garantía real, desde la declaración de concurso. La expresión legal se refiere, tanto en la rúbrica del precepto como en su apartado 1, al "*devengo de interés*". No menciona los recargos del art. 27 LCSS, lo que obliga a una interpretación extensiva que, en este caso, supone el no reconocimiento del crédito.
La recurrente entiende que el crédito por recargo debiera ser reconocido, aunque con carácter subordinado que ha dispuesto la jurisprudencia (STS 21 enero 2009, RJ 2009\399, 22 junio 2009, RJ 2009\5105, 29 junio 2009, RJ 2009\4243, 30 de septiembre de 2010, RJ 2010\7300, 17 de marzo de 2011, RJ 2011\2878), entendiendo que no puede aplicarse el precepto, de manera extensiva, a un supuesto no comprendido en el mismo. En cambio la Administración Concursal sostiene que recargo e intereses participan de la misma naturaleza, citando las SAP León de 18 de mayo 2010, AC 2010\1045, y 21 de mayo de 2010. Aunque no se cite, la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 23 de mayo 2008, JUR 2008\267084, mantiene semejante criterio con el argumento de que los créditos no pueden abonarse de forma voluntaria desde la declaración de concurso, al estar sometida al régimen de pago que disponen los arts. 154 y ss LC, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal.
El presupuesto argumentativo para la extensión pretendida es que intereses y recargos son de la misma naturaleza, es decir, una forma de incentivar el cumplimiento de la obligación, y tienen la misma "finalidad compulsiva" según la expresión de la sentencia recurrida. Tal finalidad puede que se presente en los intereses moratorios previstos en los arts. 1.100 y 1.108 CCv, pero no existe en los remuneratorios, de modo que no cabe fundar en una finalidad que no siempre concurre la asimilación con los recargos. Éstos, por otro lado, no han de considerarse en todo caso sanción, aunque la jurisprudencia lo haya entendido así a efectos de calificación, pues son una previsión legal que opera automáticamente, cuando se da el presupuesto de hecho a que alude la norma. Como sólo operan

cuando el retenedor no hace el ingreso en cierto plazo, parece que la finalidad es más incentivar el cumplimiento temporáneo que sancionar el extemporáneo.
No es posible, por ello, asimilar intereses y recargos a efectos del art. 59 LC, como pretende la sentencia impugnada. Su naturaleza es diversa, y por tanto, no es posible extender el tratamiento jurídico de unos a los otros. Y menos, en una interpretación extensiva que excluye el reconocimiento de un crédito sin expreso apoyo legal.
Además el art. 86.2 LC dispone que se incluirán *"… necesariamente en la lista de acreedores aquéllos créditos… reconocidos por certificación administrativa…"*, como es el caso. Dijo al respecto la SAP Bizkaia, de 15 de septiembre de 2008, JUR 2009\9103 que "*El importe de los recargos no puede ser reducido, pues la certificación de la Seguridad Social que goza de presunción de veracidad acredita su devengo, devengo que se produce con independencia de la fecha de declaración del concurso, hasta el momento en el que se realiza el pago de la deuda*".
El argumento de que no es posible el pago del crédito una vez declarado el concurso no justifica que no opere el recargo. El presupuesto legal concurre, pues el deudor, antes de ser declarado en concurso, pudo cumplir voluntariamente. A partir de entonces opera lo dispuesto en los arts. 5 y 27 LGSS y 10 RGRSS porque la previsión legal es de aplicación, al darse el presupuesto de hecho. No hay previsión expresa en la norma concursal que excluya la exigibilidad del recargo.
Cuestión distinta, sobre la que no hay discusión, es que el reconocimiento de tales recargos merezca la consideración de crédito subordinado, de modo que si fuera procedente su inclusión en la masa pasiva sería con dicha naturaleza.
TERCERO.- Sobre la contradicción del art. 55.1 LC
Al anterior argumento, fundamental de la sentencia, se añade el que otra interpretación iría en contra del art. 55.1 LC, en su redacción anterior a la Ley 38/2001. Lo que la TGSS ha pretendido es el reconocimiento y calificación de un crédito, el que nace de los recargos de sus créditos impagados. Por eso reacciona frente al informe de la administración concursal, que no los admitía, y utiliza la vía del incidente concursal previsto en el art. 96 LC.
No es posible oponer, por ello, el art. 55.1 LC como argumento para no reconocer los créditos pretendidos. La demandante no ha planteado ni ejecución ni apremio, ni ha pretendido que los recargos que reclama se hagan efectivos al margen de la calificación que, como crédito subordinado, les reconoce. En consecuencia no se puede esgrimir un precepto que regula lo que sucede con las ejecuciones o apremio en trámite o que se inicien al declararse el concurso, cuando la petición se constriñe al reconocimiento y graduación de un crédito.
Todo ello supone, en definitiva, la estimación del recurso, revocando la sentencia para proceder al íntegro reconocimiento de los créditos de la TGSS en el modo y con la calificación que pretendía, aunque sin hacer condena en costas por las dudas jurídicas que las distintas posturas de las Audiencias Provinciales revelan sobre esta controvertida cuestión.": SAP Alava (Sección 1) 13.10.2011 (Sentencia 500/2011; Rollo 341/2011)

"PRIMERO.- Facoal, S.L. dejó de ingresar a la Tesorería general de la Seguridad social por cuotas del mes de Junio de 2010, la cantidad de 3.010,22 euros. Asimismo dejó de ingresar por cuotas del mes de Julio de 2010 hasta la declaración del concurso, la cantidad de 931,67. Facoal fue declarada en situación de concurso mediante Auto de 5 de Julio de 2010, fecha en la que no se había hecho ingreso de dichas cantidades. El 14 de Diciembre de 2010 la Directora provincial de Álava de la TGSS emitió la certificación en la que se fundamenta la demanda incidental de la que traemos causa, solicitando se reconozcan créditos con privilegio general del artículo 91.2º de la Ley concursal por importe de 2.514,60, créditos con privilegio general del art. 91.4º por importe de 172.475,30, créditos ordinarios del art. 89.3 por importe de 172.475,30, y, créditos subordinados sin más concreción por importe de 85.616,18, todos los cuales suman 433.081,38 de créditos concursales. Al contestar la demanda el Administrador concursal único, D. Javier Angulo Gómez, reconoce créditos con privilegio general del art. 91.2º por importe de 2.514,60, créditos con privilegio general del art. 91.4º por importe de 172.475,26, créditos ordinarios del art. 89.3 por importe de 172.475,26, créditos subordinados del art. 92.3º por importe de 16.123,16, y, créditos subordinados del art. 92.4º por importe de 68.795,03, todos los cuales suponen un total de créditos concursales de 432.383,31. La diferencia entre el total de 433.081,38 fijado por la TGSS y los 432.383,31 reconocidos por el Administrador concursal, es decir, la diferencia de 698,07, responde a que el Administrador concursal únicamente reconoce 90,31 de los 602,04 de recargo de impago de cuotas del mes de Junio de 2010, excluyendo el reconocimiento de los 186,33 de recargo de impago de cuotas del mes de Julio de 2010; nótese que el Administrador concursal no discute el impago de dichas cuotas. El Juzgado dicta Sentencia mediante la cual, acogiendo la postura del Administrador concursal, fija en 432.383,31 la cuantía del crédito de la TGSS. Recurre en apelación la TGSS para que se fije en los 433.081,38 solicitados; frente al recurso muestra su oposición la concursada, viniendo a admitir la postura del Administrador concursal acogida por el Juzgado.
SEGUNDO.- Razona la Sentencia apelada que desde la fecha de la declaración del concurso ya no hay deber de pago y, por tanto, no puede haber incremento de recargo. Sin embargo, como este Tribunal de apelación ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente en Sentencia núm. 500/11, de 13 de Octubre, entendemos que: "*El argumento de que no es posible el pago del crédito una vez declarado el concurso no justifica que no opere el recargo. El presupuesto legal concurre, pues el deudor, antes de ser declarado en concurso, pudo cumplir voluntariamente. A partir de entonces opera lo dispuesto en los arts. 5 y 27 LGSS y 10 RGRSS porque la previsión legal es de aplicación, al darse el presupuesto de hecho. No hay previsión expresa en la norma concursal que excluya la exigibilidad*

del recargo". Y, es que, desde la declaración del concurso, el art. 59.1, primer inciso, de la Ley concursal sólo ordena la suspensión del devengo de intereses: "*No menciona los recargos del art. 27 LGSS, lo que obliga a una interpretación extensiva... El presupuesto argumentativo para la extensión pretendida es que intereses y recargos son de la misma naturaleza, es decir, una forma de incentivar el cumplimiento de la obligación, y tienen la misma "finalidad compulsiva"... Tal finalidad puede que se presente en los intereses moratorios previstos en los arts. 1.100 y 1.108 CCv, pero no existe en los remuneratorios, de modo que no cabe fundar en una finalidad que no siempre concurre, la asimilación con los recargos. Éstos, por otro lado, no han de considerarse en todo caso sanción, aunque la jurisprudencia lo haya entendido así a efectos de calificación, pues son una previsión legal que opera automáticamente, cuando se da el presupuesto de hecho a que*
alude la norma. Como sólo operan cuando el retenedor no hace el ingreso en cierto plazo, parece que la finalidad es más incentivar el cumplimiento temporáneo que sancionar el extemporáneo. No es posible, por ello, asimilar intereses y recargos a efectos del art. 59 LC... Su naturaleza es diversa, y por tanto, no es posible extender el tratamiento jurídico de unos a los otros. Y menos, en una interpretación extensiva que excluye el reconocimiento de un crédito sin expreso apoyo legal. Además, el art. 86.2 LC dispone que se incluirán "... necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos... reconocidos por certificación administrativa...", como es el caso. Dijo al respecto la SAP Bizkaia, de 15 de septiembre de 2008, JUR 2009\9103 que "El importe de los recargos no puede ser reducido, pues la certificación de la Seguridad Social que goza de presunción de veracidad acredita su devengo, devengo que se produce con independencia de la fecha de declaración del concurso, hasta el momento en el que se realiza el pago de la deuda". Cuestión distinta, sobre la que no hay discusión, es que el reconocimiento de tales recargos merezca la consideración de crédito subordinado...".
TERCERO.- Así lo anterior, la Sentencia aquí apelada no niega que la concursada no pagó a la TGSS las cuotas del mes de Junio de 2010 ni las correspondientes al periodo comprendido entre el 1 y el 5 de Julio; y, tampoco cuestiona que efectivamente ha transcurrido el plazo que da lugar a la aplicación del recargo conforme al art. 27 de la Ley general de la Seguridad social. Es decir, con independencia de la fecha de la declaración del concurso, lo cierto es que ha trascurrido el plazo de tres meses desde el vencimiento del plazo reglamentario para el pago de las cuotas, por lo que, no sólo es que debe admitirse la aplicación del recargo, sino que, además, es correcto el porcentaje aplicado, el 20%. Consecuentemente, procede el íntegro reconocimiento de los créditos de la TGSS en el modo y con la calificación que pretendía en la demanda, pese a lo cual, se mantendrá la no imposición de las costas de primera instancia ex art. 196.1 y 2 Lc en relación con el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en atención a las dudas jurídicas que las distintas posturas de las Audiencias provinciales revelan sobre esta controvertida cuestión, y lo reciente de nuestra citada Sentencia núm. 500/11. ": SAP Alava (Sección 1) 09.11.2011 (Sentencia 541/2011; Rollo 340/2011)

"PRIMERO.- Es objeto del recurso la cuestión atienente a la calificación de las deudas contraídas con motivo de los recargos exigibles por la Seguridad Social, devengados después de declarado el concurso pero sobre cuotas anteriores, que integran el pasivo concursal.
SEGUNDO.- La cuestión ya ha sido objeto de examen por esta Sala en precedente procesos, sentencias nº 500/11, 541/11 y 575/11 (rollos 341/11, 340/11 y 379/11) donde expresamos lo siguiente:
1- Sobre la no aplicación del art. 59 LC a los recargos de la TGSS: La esencia de la resolución se sostiene en la aplicación de suspensión del devengo de interés que acarrea la declaración de concurso conforme al art. 59 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), a los recargos de la Seguridad Social. No hay discusión en que los ingresos debidos a la Seguridad Social no se realizaron. Tampoco se cuestiona que haya transcurrido el plazo que da lugar a la aplicación del recargo conforme al art. 27 del RDL 1/1994, de 20 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) y art. 10 del RD 1.415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGRSS). El art. 59 LC, como antes el art. 1.916 del Código Civil (CCv), ordena la suspensión del devengo de interés de los créditos concursales, legal o convencional, con la excepción de los créditos con garantía real, desde la declaración de concurso. La expresión legal se refiere, tanto en la rúbrica del precepto como en su apartado 1, al "devengo de interés". No menciona los recargos del art. 27 LCSS, lo que obliga a una interpretación extensiva que, en este caso, supone el no reconocimiento del crédito. La recurrente entiende que el crédito por recargo debiera ser reconocido, aunque con carácter subordinado que ha dispuesto la jurisprudencia (STS 21 enero 2009, RJ 2009\\ 399, 22 junio 2009, RJ 2009\ \ 5105, 29 junio 2009, RJ 2009\\ 4243, 30 de septiembre de 2010, RJ 2010\\ 7300, 17 de marzo de 2011, RJ 2011\\ 2878), entendiendo que no puede aplicarse el precepto, de manera extensiva, a un supuesto no comprendido en el mismo. En cambio la Administración Concursal sostiene que recargo e intereses participan de la misma naturaleza, citando las SAP León de 18 de mayo 2010, AC 2010\\ 1045, y 21 de mayo de 2010. Aunque no se cite, la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 23 de mayo 2008, JUR 2008\\ 267084, mantiene semejante criterio con el argumento de que los créditos no pueden abonarse de forma voluntaria desde la declaración de concurso, al estar sometida al régimen de pago que disponen los arts. 154 y ss LC, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal. El presupuesto argumentativo para la extensión pretendida es que intereses y recargos son de la misma naturaleza, es decir, una forma de incentivar el cumplimiento de la obligación, y tienen la misma "finalidad compulsiva" según la expresión de la sentencia recurrida. Tal

finalidad puede que se presente en los intereses moratorios previstos en los arts. 1.100 y 1.108 CCv, pero no existe en los remuneratorios, de modo que no cabe fundar en una finalidad que no siempre concurre la asimilación con los recargos. Éstos, por otro lado, no han de considerarse en todo caso sanción, aunque la jurisprudencia lo haya entendido así a efectos de calificación, pues son una previsión legal que opera automáticamente, cuando se da el presupuesto de hecho a que alude la norma. Como sólo operan cuando el retenedor no hace el ingreso en cierto plazo, parece que la finalidad es más incentivar el cumplimiento temporáneo que sancionar el extemporáneo. No es posible, por ello, asimilar intereses y recargos a efectos del art. 59 LC, como pretende la sentencia impugnada. Su naturaleza es diversa, y por tanto, no es posible extender el tratamiento jurídico de unos a los otros. Y menos, en una interpretación extensiva que excluye el reconocimiento de un crédito sin expreso apoyo legal.
Además el art. 86.2 LC dispone que se incluirán "¿ necesariamente en la lista de acreedores aquéllos créditos¿ reconocidos por certificación administrativa¿", como es el caso. Dijo al respecto la SAP Bizkaia, de 15 de septiembre de 2008, JUR 2009\\ 9103 que "El importe de los recargos no puede ser reducido, pues la certificación de la Seguridad Social que goza de presunción de veracidad acredita su devengo, devengo que se produce con independencia de la fecha de declaración del concurso, hasta el momento en el que se realiza el pago de la deuda".
El argumento de que no es posible el pago del crédito una vez declarado el concurso no justifica que no opere el recargo. El presupuesto legal concurre, pues el deudor, antes de ser declarado en concurso, pudo cumplir voluntariamente. A partir de entonces opera lo dispuesto en los arts. 5 y 27 LGSS y 10 RGRSS porque la previsión legal es de aplicación, al darse el presupuesto de hecho. No hay previsión expresa en la norma concursal que excluya la exigibilidad del recargo.
Cuestión distinta, sobre la que no hay discusión, es que el reconocimiento de tales recargos merezca la consideración de crédito subordinado, de modo que si fuera procedente su inclusión en la masa pasiva sería con dicha naturaleza.
2- Sobre la contradicción del art. 55.1 LC.: Al anterior argumento, fundamental de la sentencia, se añade el que otra interpretación iría en contra del art. 55.1 LC, en su redacción anterior a la Ley 38/2001. Lo que la TGSS ha pretendido es el reconocimiento y calificación de un crédito, el que nace de los recargos de sus créditos impagados. Por eso reacciona frente al informe de la administración concursal, que no los admitía, y utiliza la vía del incidente concursal previsto en el art. 96 LC. No es posible oponer, por ello, el art. 55.1 LC como argumento para no reconocer los créditos pretendidos. La demandante no ha planteado ni ejecución ni apremio, ni ha pretendido que los recargos que reclama se hagan efectivos al margen de la calificación que, como crédito subordinado, les reconoce. En consecuencia no se puede esgrimir un precepto que regula lo que sucede con las ejecuciones o apremio en trámite o que se inicien al declararse el concurso, cuando la petición se constriñe al reconocimiento y graduación de un crédito. Todo ello supone, en definitiva, la estimación del recurso, revocando la sentencia para proceder al íntegro reconocimiento de los créditos de la TGSS en el modo y con la calificación que pretendía, aunque sin hacer condena en costas por las dudas jurídicas que las distintas posturas de las Audiencias Provinciales revelan sobre esta controvertida cuestión.”: SAP Alava (Sección 1) 22.12.2011 (Sentencia 638/2011; Rollo 550/2011)

“PRIMERO.- Es objeto del recurso la cuestión atinente a la calificación de las deudas contraídas con motivo de los recargos exigibles por la Seguridad Social, devengados después de declarado el concurso, pero sobre cuotas anteriores que integran el pasivo concursal.
SEGUNDO.- La cuestión ya ha sido objeto de examen por esta Sala en precedente procesos, sentencias nº 500/11, 541/11 y 575/11 (rollos 341/11, 340/11 y 379/11) donde expresamos lo siguiente:
“1- Sobre la no aplicación del art. 59 LC a los recargos de la TGSS: La esencia de la resolución se sostiene en la aplicación de suspensión del devengo de interés que acarrea la declaración de concurso conforme al art. 59 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), a los recargos de la Seguridad Social. No hay discusión en que los ingresos debidos a la Seguridad Social no se realizaron. Tampoco se cuestiona que haya transcurrido el plazo que da lugar a la aplicación del recargo conforme al art. 27 del RDL 1/1994, de 20 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) y art. 10 del RD 1.415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGRSS). El art. 59 LC, como antes el art. 1.916 del Código Civil (CCv), ordena la suspensión del devengo de interés de los créditos concursales, legal o convencional, con la excepción de los créditos con garantía real, desde la declaración de concurso. La expresión legal se refiere, tanto en la rúbrica del precepto como en su apartado 1, al "devengo de interés". No menciona los recargos del art. 27 LCSS, lo que obliga a una interpretación extensiva que, en este caso, supone el no reconocimiento del crédito.
La recurrente entiende que el crédito por recargo debiera ser reconocido, aunque con carácter subordinado que ha dispuesto la jurisprudencia (STS 21 enero 2009, 29 junio 2009, 30 de septiembre de 2010 y 17 de marzo de 2011), entendiendo que no puede aplicarse el precepto, de manera extensiva, a un supuesto no comprendido en el mismo. En cambio la Administración Concursal sostiene que recargo e intereses participan de la misma naturaleza, citando las SAP León de 18 de mayo 2010, AC 2010\\ 1045, y 21 de mayo de 2010. Aunque no se cite, la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 23 de mayo 2008, JUR 2008\\ 267084, mantiene semejante criterio con el argumento de que los créditos no pueden abonarse de forma voluntaria desde la declaración de concurso, al estar sometida

al régimen de pago que disponen los arts. 154 y ss LC, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal.
El presupuesto argumentativo para la extensión pretendida es que intereses y recargos son de la misma naturaleza, es decir, una forma de incentivar el cumplimiento de la obligación, y tienen la misma "finalidad compulsiva"según la expresión de la sentencia recurrida. Tal finalidad puede que se presente en los intereses moratorios previstos en los arts. 1.100 y 1.108 CCv, pero no existe en los remuneratorios, de modo que no cabe fundar en una finalidad que no siempre concurre la asimilación con los recargos. Éstos, por otro lado, no han de considerarse en todo caso sanción, aunque la jurisprudencia lo haya entendido así a efectos de calificación, pues son una previsión legal que opera automáticamente, cuando se da el presupuesto de hecho a que alude la norma. Como sólo operan cuando el retenedor no hace el ingreso en cierto plazo, parece que la finalidad es más incentivar el cumplimiento temporáneo que sancionar el extemporáneo.
No es posible, por ello, asimilar intereses y recargos a efectos del art. 59 LC, como pretende la sentencia impugnada. Su naturaleza es diversa, y por tanto, no es posible extender el tratamiento jurídico de unos a los otros. Y menos, en una interpretación extensiva que excluye el reconocimiento de un crédito sin expreso apoyo legal. Además el art. 86.2 LC dispone que se incluirán "¿ necesariamente en la lista de acreedores aquéllos créditos¿ reconocidos por certificación administrativa¿", como es el caso.
Dijo al respecto la SAP Bizkaia, de 15 de septiembre de 2008, JUR 2009\\ 9103 que"El importe de los recargos no puede ser reducido, pues la certificación de la Seguridad Social que goza de presunción de veracidad acredita su devengo, devengo que se produce con independencia de la fecha de declaración del concurso, hasta el momento en el que se realiza el pago de la deuda".
El argumento de que no es posible el pago del crédito una vez declarado el concurso no justifica que no opere el recargo. El presupuesto legal concurre, pues el deudor, antes de ser declarado en concurso, pudo cumplir voluntariamente. A partir de entonces opera lo dispuesto en los arts. 5 y 27 LGSS y 10 RGRSS porque la previsión legal es de aplicación, al darse el presupuesto de hecho. No hay previsión expresa en la norma concursal que excluya la exigibilidad del recargo.
Cuestión distinta, sobre la que no hay discusión, es que el reconocimiento de tales recargos merezca la consideración de crédito subordinado, de modo que si fuera procedente su inclusión en la masa pasiva sería con dicha naturaleza": SAP Alava (Sección 1) 20.03.2012 (Sentencia 146/2012; Rollo 737/2011)

"TERCERO.-Sobre la extensión del art. 59 LC a los recargos de la TGSS
En segundo lugar discrepa la TGSS de la sentencia en cuanto que considera que no es posible, como aquélla sostiene, que desde la declaración del concurso no haya obligación de pago y no procedan los recargos. Aunque la resolución no lo cita, la apelante esgrime que el art. 59 LC no es de aplicación a los recargos de la Seguridad Social.
Dicha norma, como hacía antes el art. 1.916 del Código Civil (CCv), dispone que desde la declaración de concurso procede la suspensión del devengo de interés de los créditos concursales, legal o convencional,
La jurisprudencia admite que el crédito por recargo tiene carácter subordinado (STS 21 enero 2009, RJ 2009\\ 399, 22 junio 2009, RJ 2009\\ 5105, 29 junio 2009, RJ 2009\\ 4243, 30 de septiembre de 2010, RJ 2010\\ 7300, 17 de marzo de 2011, RJ 2011\\ 2878). Pero esto no autoriza, según la recurrente, a que no se reconozca. La Administración Concursal se opone, porque considera no estaba obligada al pago desde la declaración de concurso, de modo que no se devengaría el recargo conforme al art. 10.4º del RGRSS. En tal sentido se han decantado las SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 23 de mayo 2008, JUR 2008\\ 267084, SAP León de 18 de mayo 2010, AC 2010\\ 1045, y 21 de mayo de 2010, con el argumento de que no pueden abonarse esos créditos de modo voluntario, al someterse al régimen de pago de los arts. 154 y ss LC, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal.
Sin embargo no cabe asimilar intereses y recargos, porque son de naturaleza diversa. El recargo persigue incentivar el cumplimiento de la obligación y no todos los intereses cumplen esa función, porque aunque pueda predicarse de los moratorios, no ocurre otro tanto con los remuneratorios. Como dijimos en nuestra SAP Álava, Secc. 1ª, de 13 de octubre de 2011, rec. 341/2011 " *No es posible, por ello, asimilar intereses y recargos a efectos delart. 59 LC, como pretende la sentencia impugnada. Su naturaleza es diversa, y por tanto, no es posible extender el tratamiento jurídico de unos a los otros. Y menos, en una interpretación extensiva que excluye el reconocimiento de un crédito sin expreso apoyo legal* ".
Argumento añadido es el art. 86.2 LC, que ordena incluir *"¿ necesariamente en la lista de acreedores aquéllos créditos¿ reconocidos por certificación administrativa¿",* lo que ocurre con las certificaciones de la TGSS. La SAP Bizkaia, de 15 de septiembre de 2008, JUR 2009\\ 9103 dijo al respecto que " *El importe de los recargos no puede ser reducido, pues la certificación de la Seguridad Social que goza de presunción de veracidad acredita su devengo, devengo que se produce con independencia de la fecha de declaración del concurso, hasta el momento en el que se realiza el pago de la deuda*".
Por otro lado sí es posible el pago del crédito. Voluntariamente pudo abonarlo el deudor hasta la declaración de concurso, de modo que si no lo hace, desenvuelven sus efectos los arts. 5 y 27 LGSS y 10 RGRSS, sin que haya norma concursal que excluya tal efecto. Siendo esto así, su reconocimiento es procedente, lo que obliga a estimar el recurso y ordenar su inclusión, con la calificación de crédito subordinado sobre lo que no se ha hecho cuestión en la oposición al recurso, sin condena en costas al concurrir serias dudas de derecho, antes expuestas.": SAP Alava (Sección 1)

05.07.2012 (Sentencia 379/2012; Rollo 277/2012)

“SEGUNDO.- Sobre la extensión del art. 59 LC a los recargos de la TGSS
La TGSS recure la sentencia que no admite la aplicación de recargos una vez declarado el concurso, con el argumento de que éstos son improcedentes porque desde esa fecha no puede hacerse el pago ni por el deudor concursado, ni por la administración concursal, al quedar sometidos al régimen que proceda si se aprueba el convenio o si se acude a liquidación. Considera que con ello aplica el art. 59 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que dispone la suspensión del devengo de interés de los créditos concursales como efecto que acarrea la declaración de concurso, a los recargos de Seguridad Social para los que la norma nada dice. Añade además que la Administración Concursal reconoció tales recargos en su informe, aunque luego modifica su criterio al contestar la demanda de incidente concursal.
Como antes hiciera el art. 1.916 del Código Civil (CCv), el art. 59 LC, bajo la rúbrica " *devengo de interés* ", ordena la suspensión del mismo, pero no hace otro tanto con los recargos de la Seguridad Social, ni menciona tampoco el art. 27 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Extender la falta de aplicación del recargo supone un ejercicio de aplicación analógica en contra del acreedor que tiene que tener alguna justificación.
En esta materia la jurisprudencia se ha limitado a disponer que el crédito por recargo tiene carácter subordinado (STS 21 enero 2009, RJ 2009\\ 399, 22 junio 2009, RJ 2009\\ 5105, 29 junio 2009, RJ 2009\\ 4243, 30 de septiembre de 2010, RJ 2010\\ 7300, 17 de marzo de 2011, RJ 2011\\ 2878). Lo que no admite, sin embargo, es que no sea reconocido el crédito comunicado, como es el caso.
El argumento esencial de sentencia y Administración Concursal es la imposibilidad de abono por ésta o por el deudor, de modo que no cabría devengar el recargo ni reconocer, en consecuencia, el crédito subordinado pretendido, como ya han recogido diversas sentencias de Audiencia Provincial (SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 23 de mayo 2008, JUR 2008\\ 267084, SAP León de 18 de mayo 2010, AC 2010\\ 1045, y 21 de mayo de 2010). La afirmación debe ser cuestionada, porque aunque la Administración Concursal no pueda realizar el pago, el deudor pudo hacerlo hasta el momento mismo en que se declaró el concurso, y no lo verificó. Con tal omisión propició que, por aplicación de los arts. 5 y 27 LGSS y 10 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGRSS), los recargos surgieran y sean debidos.
No es posible, como se pretende, que deje de producirse tal devengo porque a diferencia de los intereses cuya suspensión previene el art. 59 LC, nada dispone la norma de modo semejante para los recargos de Seguridad Social. No pueden ser asimilados porque son de naturaleza distinta, ya que el recargo persigue incentivar el cumplimiento de la obligación, función diversa a la que cumplen, por ejemplo, los intereses remuneratorios. Al respecto ya hemos dicho en nuestra SAP Álava, Secc. 1ª, de 13 de octubre de 2011, rec. 341/2011, que " *No es posible, por ello, asimilar intereses y recargos a efectos del art. 59 LC, como pretende la sentencia impugnada. Su naturaleza es diversa, y por tanto, no es posible extender el tratamiento jurídico de unos a los otros. Y menos, en una interpretación extensiva que excluye el reconocimiento de un crédito sin expreso apoyo legal* ", tesis reiterada en SAP Álava, Secc. 1ª, de 9 de noviembre de 2011 (ROJ VI 555/2011)
o 5 de julio de 2012 (rec. 277/12).
De modo semejante la SAP Bizkaia, de 15 de septiembre de 2008, JUR 2009\\ 9103 dijo que " *El importe de los recargos no puede ser reducido, pues la certificación de la Seguridad Social que goza de presunción de veracidad acredita su devengo, devengo que se produce con independencia de la fecha de declaración del concurso, hasta el momento en el que se realiza el pago de la deuda* ". Es decir, que conforme al art. 86.2 LC, debe incluirse *"¿ necesariamente en la lista de acreedores aquéllos créditos¿ reconocidos por certificación administrativa¿",* lo que ocurre con las certificaciones de la Directora Provincial de Álava de la Tesorería General de la Seguridad.
Todo ello supone la estimación del recurso, que supone también que prospere la demanda principal, aunque no se hará condena en costas por la división que sobre esta cuestión mantienen las distintas Audiencias Provinciales, como se ha expresado, lo que permite considerar existen serias dudas jurídicas que en aplicación del art. 394.1 LEC permiten tal declaración.”: SAP Alava (Sección 1) 12.07.2012 (Sentencia 405/2012; Rollo 323/2012)

AP Valladolid

“PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida excepto en lo relativo a lo que ha sido objeto de apelación.
SEGUNDO.- La sentencia de instancia determina que no procede la inclusión como crédito subordinado la cantidad de 6.177,79 euros de intereses y recargos de apremio, debiéndose reconocer sólo 1.620,38 euros ya que el resto se corresponde con recargos devengados como consecuencia de providencias de apremio dictadas el 16 de junio, tras la declaración del concurso (la declaración del concurso se realizó el 2 de junio), y en consecuencia nulas *ex art. 55 LC.*
TERCERO.- El *Art. 161 de la LGT* determina cual es el período ejecutivo de cobro, determinándose recargos del período ejecutivo. Todos los recargos se devengan en el inicio de dicho período.
Una cosa es el momento y otra diferente es el dictar la providencia de apremio. Con anterioridad a la declaración del concurso (2 de junio) ya se daban los presupuestos previstos en el *artículo 161 (Ley General Tributaria)*, pero ello *no supone que se inicie la ejecución de sus bienes y derechos para el cobro forzoso,* porque ello implicaría incurrir en la prohibición del *art. 55 LC.*

Lo que ha hecho la Agencia Tributaria ha sido liquidar los recargos del periodo ejecutivo, sin que se haya procedido a ejecutar contra los bienes y derechos del deudor tributario. Es decir ha actuado adecuadamente por lo que procede atender el recurso.": SAP Valladolid (Sección 3) 20.09.2011 (Sentencia 292/2011; Rollo 183/2011)

4. Este precepto no es aplicable a los intereses de los créditos contra la masa

***Nota**:*

Véase el art 84.4 introducido por Ley 38/2011, a tenor del cual la paralización a que éste se refiere "no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento".

Tribunal Supremo

"Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1 LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.
El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" *De los efectos sobre los créditos en particular* "), del capítulo II (" *De los efectos sobre los créditos* "), del título III (" *De los efectos de la declaración de concurso* ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles estos créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " *si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional* ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, " *cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa* ", en ningún caso afectara a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respectivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
5. Es cierto que, una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " *no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor* ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente.
Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), sea exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (" *accessorium sequitur naturam sui principalis* "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre ":STS 15.03.2013 (Sentencia 149/2013; Recurso 1727/2010)

"Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1 LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.
El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" *De los efectos sobre los créditos en particular* "), del capítulo II (" *De los efectos sobre los créditos* "), del título III (" *De los efectos de la declaración de concurso* ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles

estos créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " *si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional* ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, " *cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa* ", en ningún caso afectara a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respectivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
5. Es cierto que, una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " *no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor* ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente.
Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), sea exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (" *accessorium sequitur naturam sui principalis* "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre ":STS 19.03.2013 (Sentencia 153/2013; Recurso 1746/2010)

"Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1 LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.
El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" *De los efectos sobre los créditos en particular* "), del capítulo II (" *De los efectos sobre los créditos* "), del título III (" *De los efectos de la declaración de concurso* ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles estos créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " *si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional* ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, " *cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa* ", en ningún caso afectara a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respectivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
5. Es cierto que, una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " *no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor* ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente.
Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), sea exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (" *accessorium sequitur naturam sui principalis* "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre.

En consecuencia, podemos concluir que los créditos contra la masa que la TGSS tiene por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC.": STS 21.03.2013 (Sentencia 180/2013; Recurso 1787/2010)

"Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1 LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.
El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" *De los efectos sobre los créditos en particular* "), del capítulo II (" *De los efectos sobre los créditos* "), del título III (" *De los efectos de la declaración de concurso* ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles tales créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " *si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional* ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, " *cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa* ", en ningún caso afectara a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respectivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
5. Es cierto que una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " *no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor* ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente.
Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), pueda ser exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (" *accessorium sequitur naturam sui principalis* "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre.
En consecuencia, podemos concluir que los créditos contra la masa que la TGSS tiene por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC.": STS 09.04.2013 (Sentencia 237/2013; Recurso 7/2011)

"CUARTO.- Los intereses de las cuotas impagadas
El recurso de casación solicita que se reconozca como crédito contra la masa la cantidad de 710.519,37 euros, que aunque son conceptuados como "recargos" corresponden en realidad al importe de la certificación administrativa emitida por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de León de 4 de diciembre de 2009 y que incluye principal (585.945,43 euros), recargos (113.214,03 euros) e intereses (11.359,91 euros).
Aunque en el recurso de casación no se contiene ninguna argumentación relativa a los intereses, dado que en el suplico se ha solicitado se dicte sentencia en la que se reconozca como crédito como la masa el importe de la certificación de la Seguridad Social que incluye tales intereses, y que tal cuestión ha sido objeto de debate en el proceso, de modo que tanto la sentencia del Juzgado Mercantil como la sentencia de la Audiencia Provincial incluyen razonamientos por los que se deniega su reconocimiento como crédito contra la masa, la Sala considera pertinente entrar a conocer de este extremo, pues es necesario para decidir sobre el recurso interpuesto.
No se comparte el razonamiento de la sentencia recurrida conforme al cual el art. 59 de la Ley Concursal excluye el devengo de intereses de los créditos contra la masa, y en concreto de las cuotas de Seguridad Social generadas por la continuación de la actividad empresarial del concursado tras la declaración de concurso. Como hemos declarado en anteriores sentencias a las que se ha hecho mención en el anterior fundamento, el citado precepto legal se ubica en el epígrafe que regula los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos (título III, "de los efectos de la declaración de concurso", capítulo II, "de los efectos

sobre los créditos", sección tercera, "de los efectos sobre los créditos en particular"). La ubicación sistemática del precepto lleva a considerar que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que conforme al art. 49 de la Ley Concursal forman parte de la masa pasiva.
Conforme al art. 84.1 de la Ley Concursal, los créditos contra la masa no forman parte de la masa pasiva, por lo que no se les aplica la suspensión del devengo de intereses que la declaración de concurso trae consigo para los créditos integrados en la masa pasiva, que se justifica porque estos quedan afectados a la solución concursal que en cada caso se acuerde, el convenio o la liquidación, sin que antes de que se alcancen tales soluciones puedan ser exigidos. El cese en el devengo de intereses facilita también la determinación del importe de los créditos concursales, fundamental en la tramitación del concurso (por ejemplo, para la fijación de quórums y mayorías). Además, dicha previsión no impide que si se aprueba un convenio que no establezca una quita de los créditos pueda pactarse el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiera quedado suspendido por el citado art. 59 de la Ley Concursal, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. Y en el caso de liquidación, el propio art. 59 de la Ley Concursal, en su segundo párrafo, prevé que "si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional".
En contraposición a este régimen aplicable a los créditos concursales, los créditos contra la masa, como se ha expresado en el anterior fundamento, han de ser pagados a sus respectivos vencimientos (art. 154.2, actual 84.3, de la Ley Concursal), por lo que son exigibles a sus respectivos vencimientos. La falta de pago de los que consistan en cuotas de Seguridad Social en el periodo fijado reglamentariamente determina el devengo tanto del recargo como de los intereses, conforme al art. 25 de la Ley General de la Seguridad Social.
Como se ha expresado al analizar la cuestión relativa a los recargos, la previsión del art. 55.1 de la Ley Concursal impide una ejecución al margen del concurso (salvo que en la fase de cumplimiento de convenio, en la que han cesado los efectos de la declaración de concurso, art. 133.2 de la Ley Concursal). Pero no impide que el crédito contra la masa sea exigible a su vencimiento y que, tratándose de cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago en el periodo reglamentariamente determinado provoque el devengo tanto del recargo como de los intereses.
También los intereses, como se declaró respecto del recargo, tienen la misma calificación que el crédito cuyo impago determina su devengo, que es la de crédito contra la masa, conforme a la regla de que lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal a falta de regla que determine un régimen distinto.
Lo expuesto lleva a que el recurso deba ser estimado y que proceda reconocer como crédito contra la masa no solo el importe de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes al periodo posterior a la declaración de concurso, sino también los recargos e intereses generados por el impago de las mismas en el periodo reglamentariamente previsto.”: STS 11.04.2013 (Sentencia 238/2013; Recurso 770/2011)

“CUARTO.- Los intereses de las cuotas impagadas
El recurso de casación solicita que se reconozca como crédito contra la masa la cantidad de 33.646,34 euros, que aunque son conceptuados como "recargos" corresponden en realidad al importe de la certificación administrativa emitida por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de León de 12 de abril de 2010 y que incluye principal (28.570,54 euros), recargos (4.741,50 euros) e intereses (334,30 euros).
Aunque en el recurso de casación no se contiene ninguna argumentación relativa a los intereses, dado que en el suplico se ha solicitado se dicte sentencia en la que se reconozca como crédito como la masa el importe de la certificación de la Seguridad Social que incluye tales intereses, y que tal cuestión ha sido objeto de debate en el proceso, de modo que tanto la sentencia del Juzgado Mercantil como la sentencia de la Audiencia Provincial incluyen razonamientos por los que se deniega su reconocimiento como crédito contra la masa, la Sala considera pertinente entrar a conocer de este extremo, pues es necesario para decidir sobre el recurso interpuesto.
No se comparte el razonamiento de la sentencia recurrida conforme al cual el art. 59 de la Ley Concursal excluye el devengo de intereses de los créditos contra la masa, y en concreto de las cuotas de Seguridad Social generadas por la continuación de la actividad empresarial del concursado tras la declaración de concurso. Como hemos declarado en anteriores sentencias a las que se ha hecho mención en el anterior fundamento, el citado precepto legal se ubica en el epígrafe que regula los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos (título III, "de los efectos de la declaración de concurso", capítulo II, "de los efectos sobre los créditos", sección tercera, "de los efectos sobre los créditos en particular"). La ubicación sistemática del precepto lleva a considerar que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que conforme al art. 49 de la Ley Concursal forman parte de la masa pasiva.
Conforme al art. 84.1 de la Ley Concursal, los créditos contra la masa no forman parte de la masa pasiva, por lo que no se les aplica la suspensión del devengo de intereses que la declaración de concurso trae consigo para los créditos integrados en la masa pasiva, que se justifica porque estos quedan afectados a la solución concursal que en cada caso se acuerde, el convenio o la liquidación, sin que antes de que se alcancen tales soluciones puedan ser exigidos. El cese en el devengo de intereses facilita también la determinación del importe de los créditos concursales, fundamental en la tramitación del concurso (por ejemplo, para la fijación de quórums y mayorías). Además, dicha previsión no impide que si se aprueba un convenio que no establezca una quita de los créditos pueda pactarse el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiera quedado suspendido por el citado art. 59 de la Ley Concursal, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. Y en el caso de liquidación, el propio art. 59 de la Ley Concursal, en su segundo párrafo, prevé que "si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional".
En contraposición a este régimen aplicable a los créditos concursales, los créditos contra la masa, como se ha expresado en el anterior fundamento, han de ser pagados a sus respectivos vencimientos (art. 154.2, actual

84.3, de la Ley Concursal), por lo que son exigibles a sus respectivos vencimientos. La falta de pago de los que consistan en cuotas de Seguridad Social en el periodo fijado reglamentariamente determina el devengo tanto del recargo como de los intereses, conforme al art. 25 de la Ley General de la Seguridad Social.
Como se ha expresado al analizar la cuestión relativa a los recargos, la previsión del art. 55.1 de la Ley Concursal impide una ejecución al margen del concurso (salvo que en la fase de cumplimiento de convenio, en la que han cesado los efectos de la declaración de concurso, art. 133.2 de la Ley Concursal). Pero no impide que el crédito contra la masa sea exigible a su vencimiento y que, tratándose de cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago en el periodo reglamentariamente determinado provoque el devengo tanto del recargo como de los intereses.“: STS 04.06.2013 (Sentencia 379/2013; Recurso 1060/2011)

“Estimación del único motivo de casación
4. *Doctrina de la Sala sobre el recargo y los intereses devengados por cuotas posteriores a la declaración de concurso*
Para la resolución del recurso debemos partir de una interpretación conjunta y sistemática de las normas que se refieren al devengo de intereses y la aplicación de recargos por la falta de pago de cuotas de la Seguridad Social posteriores a la declaración de concurso.
Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1 LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.
El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" *De los efectos sobre los créditos en particular* "), del capítulo II de la Ley Concursal (" *De los efectos sobre los créditos* "), del título III (" *De los efectos de la declaración de concurso* ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles tales créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " *si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional* ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, " *cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa* ", en ningún caso afectará a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respectivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
5. Es cierto que una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " *no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor* ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente.
Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), pueda ser exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (" *accessorium sequitur naturam sui principalis* "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre.
6. Estimación del motivo de casación. Ha quedado acreditado en la instancia que las cuotas de la Seguridad Social reclamadas con cargo a la masa del concurso se han devengado con posterioridad a la declaración de concurso, como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial de la sociedad concursada, razón por la cual no se discute que tengan la consideración de créditos contra la masa, al amparo del art. 84.2.5º LC.
En consecuencia con lo argumentado hasta ahora, podemos concluir que los créditos contra la masa que la TGSS tiene por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC.
Pero como el recurso, aunque en su argumentación se refiera tanto a los intereses como a los recargos, acaba solicitando únicamente el reconocimiento como crédito contra la masa de los recargos, el efecto de la estimación de la casación se ciñe únicamente a este crédito y no al de intereses.”: STS 30.09.2013 (Sentencia 549/2013; Recurso 1916/2011)

“CUARTO.- Los intereses de las cuotas impagadas
1.-El recurso de casación solicita que se reconozca como crédito contra la masa la cantidad de 203.212,40 euros, incluyendo 11.456,79 euros en concepto de recargos e intereses.
2.-Aunque en el recurso de casación no se contiene ninguna argumentación relativa a los intereses, dado que en el suplico se ha solicitado se dicte sentencia en la que se reconozca como crédito como la masa el importe de la certificación de la Seguridad Social que incluye tales intereses, y que tal cuestión ha sido objeto de debate en el proceso, la Sala considera pertinente entrar a conocer de este extremo, pues es necesario para decidir sobre el recurso interpuesto.
3.-No se comparte el razonamiento de que el art. 59 de la Ley Concursal excluye el devengo de intereses de los créditos contra la masa, y en concreto de las cuotas de Seguridad Social generadas por la continuación de la actividad empresarial del concursado tras la declaración de concurso. Como hemos declarado en anteriores sentencias a las que se ha hecho mención en el anterior fundamento, el citado precepto legal se ubica en el epígrafe que regula los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos (título III, "de los efectos de la declaración de concurso", capítulo II, "de los efectos sobre los créditos", sección tercera, "de los efectos sobre los créditos en particular"). La ubicación sistemática del precepto lleva a considerar que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que conforme al art. 49 de la Ley Concursal forman parte de la masa pasiva.
4.-Conforme al art. 84.1 de la Ley Concursal, los créditos contra la masa no forman parte de la masa pasiva, por lo que no se les aplica la suspensión del devengo de intereses que la declaración de concurso trae consigo para los créditos integrados en la masa pasiva, que se justifica porque estos quedan afectados a la solución concursal que en cada caso se acuerde, el convenio o la liquidación, sin que antes de que se alcancen tales soluciones puedan ser exigidos. El cese en el devengo de intereses facilita también la determinación del importe de los créditos concursales, fundamental en la tramitación del concurso (por ejemplo, para la fijación de quórums y mayorías). Además, dicha previsión no impide que si se aprueba un convenio que no establezca una quita de los créditos pueda pactarse el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiera quedado suspendido por el citado art. 59 de la Ley Concursal, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. Y en el caso de liquidación, el propio art. 59 de la Ley Concursal, en su segundo párrafo, prevé que "si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional".
5.-En contraposición a este régimen aplicable a los créditos concursales, los créditos contra la masa, como se ha expresado en el anterior fundamento, han de ser pagados a sus respectivos vencimientos (art. 154.2, actual 84.3, de la Ley Concursal), por lo que son exigibles a sus respectivos vencimientos. La falta de pago de los que consistan en cuotas de Seguridad Social en el periodo fijado reglamentariamente determina el devengo tanto del recargo como de los intereses, conforme al art. 25 de la Ley General de la Seguridad Social.
6.-Como se ha expresado al analizar la cuestión relativa a los recargos, la previsión del art. 55.1 de la Ley Concursal impide una ejecución al margen del concurso (salvo que en la fase de cumplimiento de convenio, en la que han cesado los efectos de la declaración de concurso, art. 133.2 de la Ley Concursal). Pero no impide que el crédito contra la masa sea exigible a su vencimiento y que, tratándose de cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago en el periodo reglamentariamente determinado provoque el devengo tanto del recargo como de los intereses.
También los intereses, como se declaró respecto del recargo, tienen la misma calificación que el crédito cuyo impago determina su devengo, que es la de crédito contra la masa, conforme a la regla de que lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal a falta de regla que determine un régimen distinto.
7.-Lo expuesto lleva a que el recurso deba ser estimado y que proceda reconocer como crédito contra la masa no solo el importe de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes al periodo posterior a la declaración de concurso, sino también los recargos e intereses generados por el impago de las mismas en el periodo reglamentariamente previsto.”: STS 14/05/2014 (Sentencia 295/2014; Recurso 2661/2012)

“CUARTO.- Los intereses de las cuotas impagadas
1.-El recurso de casación solicita que se reconozca como crédito contra la masa la cantidad de 2.270,58 euros en concepto de recargos e intereses.
2.-Aunque en el recurso de casación no se contiene ninguna argumentación relativa a los intereses, dado que en el suplico se ha solicitado se dicte sentencia en la que se reconozca como crédito como la masa el importe de la certificación de la Seguridad Social que incluye tales intereses, y que tal cuestión ha sido objeto de debate en el proceso, la Sala considera pertinente entrar a conocer de este extremo, pues es necesario para decidir sobre el recurso interpuesto.
3.-No se comparte el razonamiento de que el art. 59 de la Ley Concursal excluye el devengo de intereses de los créditos contra la masa, y en concreto de las cuotas de Seguridad Social generadas por la continuación de la actividad empresarial del concursado tras la declaración de concurso. Como hemos declarado en anteriores sentencias a las que se ha hecho mención en el anterior fundamento, el citado precepto legal se ubica en el epígrafe que regula los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos (título III, "de los efectos de la declaración de concurso", capítulo II, "de los efectos sobre los créditos", sección tercera, "de los efectos sobre los créditos en particular"). La ubicación sistemática del precepto lleva a considerar que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que conforme al art. 49 de la Ley Concursal forman parte de la masa pasiva.
4.-Conforme al art. 84.1 de la Ley Concursal, los créditos contra la masa no forman parte de la masa pasiva, por lo que no se les aplica la suspensión del devengo de intereses que la declaración de concurso trae consigo para los créditos integrados en la masa pasiva, que se justifica porque estos quedan afectados a la solución concursal que en cada caso se acuerde, el convenio o la liquidación, sin que antes de que se alcancen tales

soluciones puedan ser exigidos. El cese en el devengo de intereses facilita también la determinación del importe de los créditos concursales, fundamental en la tramitación del concurso (por ejemplo, para la fijación de quórums y mayorías). Además, dicha previsión no impide que si se aprueba un convenio que no establezca una quita de los créditos pueda pactarse el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiera quedado suspendido por el citado art. 59 de la Ley Concursal, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. Y en el caso de liquidación, el propio art. 59 de la Ley Concursal, en su segundo párrafo, prevé que "si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional".
5.-En contraposición a este régimen aplicable a los créditos concursales, los créditos contra la masa, como se ha expresado en el anterior fundamento, han de ser pagados a sus respectivos vencimientos (art. 154.2, actual 84.3, de la Ley Concursal), por lo que son exigibles a sus respectivos vencimientos. La falta de pago de los que consistan en cuotas de Seguridad Social en el periodo fijado reglamentariamente determina el devengo tanto del recargo como de los intereses, conforme al art. 25 de la Ley General de la Seguridad Social.
6.-Como se ha expresado al analizar la cuestión relativa a los recargos, la previsión del art. 55.1 de la Ley Concursal impide una ejecución al margen del concurso (salvo que en la fase de cumplimiento de convenio, en la que han cesado los efectos de la declaración de concurso, art. 133.2 de la Ley Concursal). Pero no impide que el crédito contra la masa sea exigible a su vencimiento y que, tratándose de cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago en el periodo reglamentariamente determinado provoque el devengo tanto del recargo como de los intereses.
También los intereses, como se declaró respecto del recargo, tienen la misma calificación que el crédito cuyo impago determina su devengo, que es la de crédito contra la masa, conforme a la regla de que lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal a falta de regla que determine un régimen distinto.
7.-Lo expuesto lleva a que el recurso deba ser estimado y que proceda reconocer como crédito contra la masa no solo el importe de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes al periodo posterior a la declaración de concurso, sino también los recargos e intereses generados por el impago de las mismas en el periodo reglamentariamente previsto. “:STS 21.05.2014 (Sentencia 265/2014; Recurso 1928/2012)

“CUARTO.- Los intereses de las cuotas impagadas
1.-El recurso de casación solicita que se reconozca como crédito contra la masa la cantidad de 2.270,58 euros en concepto de recargos e intereses.
2.-Aunque en el recurso de casación no se contiene ninguna argumentación relativa a los intereses, dado que en el suplico se ha solicitado se dicte sentencia en la que se reconozca como crédito como la masa el importe de la certificación de la Seguridad Social que incluye tales intereses, y que tal cuestión ha sido objeto de debate en el proceso, la Sala considera pertinente entrar a conocer de este extremo, pues es necesario para decidir sobre el recurso interpuesto.
3.-No se comparte el razonamiento de que el art. 59 de la Ley Concursal excluye el devengo de intereses de los créditos contra la masa, y en concreto de las cuotas de Seguridad Social generadas por la continuación de la actividad empresarial del concursado tras la declaración de concurso. Como hemos declarado en anteriores sentencias a las que se ha hecho mención en el anterior fundamento, el citado precepto legal se ubica en el epígrafe que regula los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos (título III, "de los efectos de la declaración de concurso", capítulo II, "de los efectos sobre los créditos", sección tercera, "de los efectos sobre los créditos en particular"). La ubicación sistemática del precepto lleva a considerar que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que conforme al art. 49 de la Ley Concursal forman parte de la masa pasiva.
4.-Conforme al art. 84.1 de la Ley Concursal, los créditos contra la masa no forman parte de la masa pasiva, por lo que no se les aplica la suspensión del devengo de intereses que la declaración de concurso trae consigo para los créditos integrados en la masa pasiva, que se justifica porque estos quedan afectados a la solución concursal que en cada caso se acuerde, el convenio o la liquidación, sin que antes de que se alcancen tales soluciones puedan ser exigidos. El cese en el devengo de intereses facilita también la determinación del importe de los créditos concursales, fundamental en la tramitación del concurso (por ejemplo, para la fijación de quórums y mayorías). Además, dicha previsión no impide que si se aprueba un convenio que no establezca una quita de los créditos pueda pactarse el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiera quedado suspendido por el citado art. 59 de la Ley Concursal, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. Y en el caso de liquidación, el propio art. 59 de la Ley Concursal, en su segundo párrafo, prevé que "si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional".
5.-En contraposición a este régimen aplicable a los créditos concursales, los créditos contra la masa, como se ha expresado en el anterior fundamento, han de ser pagados a sus respectivos vencimientos (art. 154.2, actual 84.3, de la Ley Concursal), por lo que son exigibles a sus respectivos vencimientos. La falta de pago de los que consistan en cuotas de Seguridad Social en el periodo fijado reglamentariamente determina el devengo tanto del recargo como de los intereses, conforme al art. 25 de la Ley General de la Seguridad Social.
6.-Como se ha expresado al analizar la cuestión relativa a los recargos, la previsión del art. 55.1 de la Ley Concursal impide una ejecución al margen del concurso (salvo que en la fase de cumplimiento de convenio, en la que han cesado los efectos de la declaración de concurso, art. 133.2 de la Ley Concursal). Pero no impide que el crédito contra la masa sea exigible a su vencimiento y que, tratándose de cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago en el periodo reglamentariamente determinado provoque el devengo tanto del recargo como de los intereses.
También los intereses, como se declaró respecto del recargo, tienen la misma calificación que el crédito cuyo impago determina su devengo, que es la de crédito contra la masa, conforme a la regla de que lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal a falta de regla que determine un régimen distinto.

7.-Lo expuesto lleva a que el recurso deba ser estimado y que proceda reconocer como crédito contra la masa no solo el importe de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes al periodo posterior a la declaración de concurso, sino también los recargos e intereses generados por el impago de las mismas en el periodo reglamentariamente previsto.”: STS 21/05/2014 (Sentencia 266/2014; Recurso 1753/2012)

“Estimación del único motivo de casación
4. Doctrina de la Sala sobre el recargo y los intereses devengados por cuotas posteriores a la declaración de concurso
Para la resolución del recurso debemos partir de una interpretación conjunta y sistemática de las normas que se refieren al devengo de intereses y la aplicación de recargos por la falta de pago de cuotas de la seguridad social posteriores a la declaración de concurso.
Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1 LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.
El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" De los efectos sobre los créditos en particular "), del capítulo II (" De los efectos sobre los créditos "), del título III (" De los efectos de la declaración de concurso ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles tales créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, "cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa ", en ningún caso afectará a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respetivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
5. Es cierto que una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente.
Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), pueda ser exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal ("accessorium sequitur naturam sui principalis "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre.
6. Estimación del motivo de casación. Ha quedado acreditado en la instancia que las cuotas de la Seguridad Social reclamadas con cargo a la masa del concurso se han devengado con posterioridad a la declaración de concurso, como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial de la sociedad concursada, razón por la cual no se discute que tengan la consideración de créditos contra la masa, al amparo del art. 84.2.5º LC.
En consecuencia con lo argumentado hasta ahora, podemos concluir que los créditos contra la masa que la TGSS tiene por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC.”: STS 02/06/2014 (Sentencia 262/2014; Recurso 477/2012)

“Estimación del único motivo de casación
4. Doctrina de la Sala sobre el recargo y los intereses devengados por cuotas posteriores a la declaración de concurso
Para la resolución del recurso debemos partir de una interpretación conjunta y sistemática de las normas que se refieren al devengo de intereses y la aplicación de recargos por la falta de pago de cuotas de la seguridad social posteriores a la declaración de concurso.
Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1 LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o

convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.
El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" De los efectos sobre los créditos en particular "), del capítulo II (" De los efectos sobre los créditos "), del título III (" De los efectos de la declaración de concurso ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles tales créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, "cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa ", en ningún caso afectará a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respetivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
5. Es cierto que una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente.
Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), pueda ser exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal ("accessorium sequitur naturam sui principalis "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre.
6. Estimación del motivo de casación. Ha quedado acreditado en la instancia que las cuotas de la Seguridad Social reclamadas con cargo a la masa del concurso se han devengado con posterioridad a la declaración de concurso, como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial de la sociedad concursada, razón por la cual no se discute que tengan la consideración de créditos contra la masa, al amparo del art. 84.2.5º LC.
En consecuencia con lo argumentado hasta ahora, podemos concluir que los créditos contra la masa que la TGSS tiene por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC.
Pero como el recurso, aunque en su argumentación se refiera tanto a los intereses como a los recargos, acaba solicitando únicamente el reconocimiento como crédito contra la masa de los recargos, el efecto de la estimación de la casación se ciñe únicamente a este crédito y no al de intereses.": STS 02/06/2014 (Sentencia 263/2014; Recurso 560/2012)

"SEGUNDO.- Infracción de los artículos 84.2.5 º y 154 de la Ley Concursal.
El recurrente señala que la cuestión objeto del recurso consiste en determinar si los recargos correspondientes a deudas por cuotas de Seguridad Social posteriores a la declaración de concurso deben tener o no la consideración de crédito contra la masa. Mientras que la Sentencia de la Audiencia Provincial de León niega tal carácter, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias, sección 1ª de 8 de octubre de 2007 y 23 de marzo de 2009, reconocen la naturaleza de crédito contra la masa.
En el desarrollo del recurso el Letrado de la Seguridad Social, considera que la naturaleza del recargo resulta inescindible de la deuda de la Seguridad Social, participando de su misma naturaleza, el mismo régimen y tratamiento. Con invocación del art. 25 de la LGSS y art. 10. 5º del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004), entiende que los recargos son deudas de la Seguridad Social, que nacen ex lege, se devengan en forma automática y deben liquidarse e ingresarse de forma conjunta con su principal, sin que la deuda pueda entenderse satisfecha hasta que se produzca el ingreso del importe íntegro. Por último, afirma que el art. 84.2.5º LC, no excluye expresamente los recargos distinguiendo la sentencia recurrida donde no lo hace la ley, a diferencia de las sentencias antes invocadas como contradictorias en las que se califican como créditos contra la masa porque son deudas devengadas con posterioridad al concurso como consecuencia del "ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor".Termina solicitando la estimación del recurso con reconocimiento como créditos contra la masa de la cantidad de 1. 282, 23 euros en concepto de recargos e intereses.

TERCERO.-Estimación del único motivo de casación.
Esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión planteada en el presente recurso. Así las SSTS núm. 565/2013 de 2 de octubre, 550/2013 de 26 de septiembre, 551/2013 de 1 de octubre, 525/13 de 5 de septiembre, 512/13 de 29 de julio, 507/12 de 26 de julio, 379/13 de 4 de junio, 315/13 de 23 de mayo, 246/13 de 14 de mayo y 321/13 de 9 de mayo, entre otras, han resuelto la cuestión litigiosa en el sentido de estimar el recurso por considerar que los recargos e intereses generados por el impago de las cuotas devengadas de la Seguridad Social con posterioridad a la declaración de concurso y como consecuencia del ejercicio de la actividad profesional del concursado (ex art. 44 LC) comparten el carácter de crédito contra la masa.
Ciertamente el art. 81.2.5º de la LC atribuye a los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, la consideración de crédito contra la masa, sin hacer ninguna previsión específica respecto de los recargos de las cuotas de la seguridad social, a diferencia de los recargos devengados con anterioridad a la declaración de concurso, que tienen la consideración de subordinados.
En tanto que los créditos concursales no son exigibles tras la declaración del concurso hasta que no se alcance la solución al mismo, bien sea la de convenio bien sea la de liquidación, los créditos contra la masa deben ser pagados a su vencimiento, según establece actualmente el art. 84.3 de la LC, tras la reforma de la Ley 38/2011. Si bien el citado precepto (antes el art. 154.2 LC) faculta a la administración concursal a alterar esta regla (la del vencimiento) cuando lo considere conveniente en interés del concurso, y siempre que presuma que existe masa activa suficiente para satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa, tal postergación sufre determinadas excepciones, entre ellas, los créditos de la Seguridad Social. El impago de las cuotas de la Seguridad Social, devenga el correspondiente recargo si no son satisfechas a su vencimiento. Aunque el art. 55.1 de la LC excluye el inicio de ejecuciones singulares tras la declaración del concurso, ninguna norma impide que la cuota de la Seguridad Social devengada, que tiene la consideración de crédito contra la masa, exigible a su vencimiento, su impago origine el nacimiento del correspondiente recargo, conforme establece el art. 25 de la LGSS. Recargo que tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito que ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (SSTS 705/2012, de 26 de noviembre y 237/2013, de 9 de abril).
Aunque en el recurso de casación no se contiene ninguna argumentación relativa a los intereses, dado que en el suplico se ha solicitado se dicte sentencia en la que se reconozca como crédito como la masa el importe de la certificación de la Seguridad Social que incluye tales intereses, y que tal cuestión ha sido objeto de debate en el proceso, de modo que tanto la sentencia del Juzgado Mercantil como la sentencia de la Audiencia Provincial incluyen razonamientos por los que se deniega su reconocimiento como crédito contra la masa, la Sala considera pertinente entrar a conocer de este extremo, y en este sentido, la cuestión ha sido analizada, entre otras, por la STS 549/2013 de 30 de septiembre, señalando que «los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1 LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.
El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" De los efectos sobre los créditos en particular "), del capítulo II de la Ley Concursal (" De los efectos sobre los créditos "), del título III (" De los efectos de la declaración de concurso ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles tales créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórum y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, " cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa ", en ningún caso afectará a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respectivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
Es cierto que una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente. Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), pueda ser exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la

Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (" accessorium sequitur naturam sui principalis "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre ».
Por las razones que anteceden, el recurso debe ser estimado y procede reconocer como crédito contra la masa, los recargos e intereses generados por el impago de las cuotas de la Seguridad Social, posteriores a la declaración de concurso en el periodo legalmente previsto.": STS 02/06/2014 (Sentencia 269/2014; Recurso 240/2012)

"TERCERO.-Estimación del único motivo de casación.
Esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión planteada en el presente recurso. Así las SSTS núm. 379/13 de 4 de junio, 315/13 de 23 de mayo, 246/13 de 14 de mayo y 321/13 de 9 de mayo, y posteriores, han resuelto la cuestión litigiosa en el sentido de estimar el recurso por considerar que los recargos generados por el impago de las cuotas devengadas de la Seguridad Social con posterioridad a la declaración de concurso y como consecuencia del ejercicio de la actividad profesional del concursado (ex art. 44 LC) comparten el carácter de crédito contra la masa.
Ciertamente el art. 81.2.5º de la LC atribuye a los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, la consideración de crédito contra la masa, sin hacer ninguna previsión específica respecto de los recargos de las cuotas de la seguridad social, a diferencia de los recargos devengados con anterioridad a la declaración de concurso, que tienen la consideración de subordinados.
En tanto que los créditos concursales no son exigibles tras la declaración del concurso hasta que no se alcance la solución al mismo, bien sea la de convenio bien sea la de liquidación, los créditos contra la masa deben ser pagados a su vencimiento, según establece actualmente el art. 84.3 de la LC, tras la reforma de la Ley 38/2011. Si bien el citado precepto (antes el art. 154.2 LC) faculta a la administración concursal a alterar esta regla (la del vencimiento) cuando lo considere conveniente en interés del Concurso, y siempre que presuma que existe masa activa suficiente para satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa, tal postergación sufre determinadas excepciones, entre ellas, los créditos de la Seguridad Social. El impago de las cuotas de la Seguridad Social, devenga el correspondiente recargo si no son satisfechas a su vencimiento. Aunque el art. 55.1 de la LC excluye el inicio de ejecuciones singulares tras la declaración del concurso, ninguna norma impide que la cuota de la Seguridad Social devengada, que tiene la consideración de crédito contra la masa, exigible a su vencimiento, su impago origine el nacimiento del correspondiente recargo, conforme establece el art. 25 de la LGSS. Recargo que tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito que ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (SSTS 705/2012, de 26 de noviembre y 237/2013, de 9 de abril).
Por las razones que anteceden, el recurso debe ser estimado y procede reconocer como crédito contra la masa, los recargos e intereses generados por el impago de las cuotas de la Seguridad Social, posteriores a la declaración de concurso en el periodo legalmente previsto.": STS 03/06/2014 (Sentencia 280/2014; Recurso 392/2012)

"TERCERO.-Estimación del único motivo de casación.
Esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión planteada en el presente recurso. Así las SSTS núm. 379/13 de 4 de junio, 315/13 de 23 de mayo, 246/13 de 14 de mayo y 321/13 de 9 de mayo, y posteriores, han resuelto la cuestión litigiosa en el sentido de estimar el recurso por considerar que los recargos generados por el impago de las cuotas devengadas de la Seguridad Social con posterioridad a la declaración de concurso y como consecuencia del ejercicio de la actividad profesional del concursado (ex art. 44 LC) comparten el carácter de crédito contra la masa.
Ciertamente el art. 81.2.5º de la LC atribuye a los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, la consideración de crédito contra la masa, sin hacer ninguna previsión específica respecto de los recargos de las cuotas de la seguridad social, a diferencia de los recargos devengados con anterioridad a la declaración de concurso, que tienen la consideración de subordinados.
En tanto que los créditos concursales no son exigibles tras la declaración del concurso hasta que no se alcance la solución al mismo, bien sea la de convenio bien sea la de liquidación, los créditos contra la masa deben ser pagados a su vencimiento, según establece actualmente el art. 84.3 de la LC, tras la reforma de la Ley 38/2011. Si bien el citado precepto (antes el art. 154.2 LC) faculta a la administración concursal a alterar esta regla (la del vencimiento) cuando lo considere conveniente en interés del Concurso, y siempre que presuma que existe masa activa suficiente para satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa, tal postergación sufre determinadas excepciones, entre ellas, los créditos de la Seguridad Social. El impago de las cuotas de la Seguridad Social, devenga el correspondiente recargo si no son satisfechas a su vencimiento. Aunque el art. 55.1 de la LC excluye el inicio de ejecuciones singulares tras la declaración del concurso, ninguna norma impide que la cuota de la Seguridad Social devengada, que tiene la consideración de crédito contra la masa, exigible a su vencimiento, su impago origine el nacimiento del correspondiente recargo, conforme establece el art. 25 de la LGSS. Recargo que tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito que ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (SSTS 705/2012, de 26 de noviembre y 237/2013, de 9 de abril).
También los intereses, como se ha declarado respecto del recargo, tienen la misma calificación que el crédito cuyo impago determina su devengo, que es la de crédito contra la masa, conforme a la misma regla que hemos

señalado para los recargos conforme a la cual la deuda accesoria sigue la misma calificación que merezca la principal.
Por las razones que anteceden, el recurso debe ser estimado y procede reconocer como crédito contra la masa, los recargos y los intereses generados por el impago de las cuotas de la Seguridad Social, posteriores a la declaración de concurso en el periodo legalmente previsto.": STS 03.06.2014 (Sentencia 281/2014; Recurso 431/2012)

"TERCERO.-Estimación del único motivo de casación.
Esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión planteada en el presente recurso. Así las SSTS núm. 379/13 de 4 de junio, 315/13 de 23 de mayo, 246/13 de 14 de mayo y 321/13 de 9 de mayo, y posteriores, han resuelto la cuestión litigiosa en el sentido de estimar el recurso por considerar que los recargos generados por el impago de las cuotas devengadas de la Seguridad Social con posterioridad a la declaración de concurso y como consecuencia del ejercicio de la actividad profesional del concursado (ex art. 44 LC) comparten el carácter de crédito contra la masa.
Ciertamente el art. 81.2.5º de la LC atribuye a los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, la consideración de crédito contra la masa, sin hacer ninguna previsión específica respecto de los recargos de las cuotas de la seguridad social, a diferencia de los recargos devengados con anterioridad a la declaración de concurso, que tienen la consideración de subordinados.
En tanto que los créditos concursales no son exigibles tras la declaración del concurso hasta que no se alcance la solución al mismo, bien sea la de convenio bien sea la de liquidación, los créditos contra la masa deben ser pagados a su vencimiento, según establece actualmente el art. 84.3 de la LC, tras la reforma de la Ley 38/2011. Si bien el citado precepto (antes el art. 154.2 LC) faculta a la administración concursal a alterar esta regla (la del vencimiento) cuando lo considere conveniente en interés del Concurso, y siempre que presuma que existe masa activa suficiente para satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa, tal postergación sufre determinadas excepciones, entre ellas, los créditos de la Seguridad Social. El impago de las cuotas de la Seguridad Social, devenga el correspondiente recargo si no son satisfechas a su vencimiento. Aunque el art. 55.1 de la LC excluye el inicio de ejecuciones singulares tras la declaración del concurso, ninguna norma impide que la cuota de la Seguridad Social devengada, que tiene la consideración de crédito contra la masa, exigible a su vencimiento, su impago origine el nacimiento del correspondiente recargo y sus intereses, conforme establece el art. 25 de la LGSS. Recargo e intereses que tendrán la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito que ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (SSTS 705/2012, de 26 de noviembre y 237/2013, de 9 de abril).
Por las razones que anteceden, el recurso debe ser estimado y procede reconocer como crédito contra la masa, los intereses y recargos generados por el impago de las cuotas de la Seguridad Social, posteriores a la declaración de concurso en el periodo legalmente previsto.": STS 03/06/2014 (Sentencia 282/2014; Recurso 276/2012)

"Formulación del recurso de casación.
3. El único motivo del recurso de casación se basa en la infracción del art. 84.2.5º LC en relación con el art. 154 LC, como consecuencia de que la sentencia recurrida no reconoce la consideración de créditos contra la masa a los recargos por las cuotas posteriores a la declaración de concurso.
El recurso alega que el recargo constituye una deuda nacida por disposición legal, que se devenga automáticamente, una vez cumplido el requisito que exige la norma. En concreto, el art. 25 LGSS prescribe que "[l] a falta de pago de la deuda dentro del plazo reglamentario de ingreso establecido determinará la aplicación del recargo y el devengo de los intereses de demora en los términos fijados en esta Ley [...]"; y art.
10. 5 RD 1415/2004, de 11 junio, añade que "[l] os recargos se liquidarán e ingresarán conjuntamente con el principal de las deudas sobre las que recaigan [...]".
El recurso argumenta que si las cuotas de la Seguridad Social debidas son consecuencia de la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, no procedía distinguir entre deuda principal y recargo, a los efectos ceñir la consideración de crédito contra la masa únicamente a la deuda principal y negarla al recargo, por considerarlo accesorio, sino que todas ellas se incluirían en el apartado 5 del art. 84.2 LC.
El recurso debe estimarse por las razones que exponemos a continuación, y que coinciden con las que hemos empleado en recursos anteriores, en los que se había suscitado la misma cuestión (Sentencias 149/2013, de 15 de marzo; 153/2013, de 19 de marzo; 180/2013, de 21 de marzo; y 189/2013, de 22 de marzo, entre otras).
Estimación del único motivo de casación
4. Doctrina de la Sala sobre el recargo y los intereses devengados por cuotas posteriores a la declaración de concurso
Para la resolución del recurso debemos partir de una interpretación conjunta y sistemática de las normas que se refieren al devengo de intereses y la aplicación de recargos por la falta de pago de cuotas de la seguridad social posteriores a la declaración de concurso.
Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1 LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.
El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" De los efectos sobre los créditos en particular "), del capítulo II (" De los efectos sobre los créditos "), del título III (" De los efectos de la declaración de concurso ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II,

forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles tales créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, " cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa ", en ningún caso afectará a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respectivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
5. Es cierto que una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente.
Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), pueda ser exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (" accessorium sequitur naturam sui principalis "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre.
6. Estimación del motivo de casación. Ha quedado acreditado en la instancia que las cuotas de la Seguridad Social reclamadas con cargo a la masa del concurso se han devengado con posterioridad a la declaración de concurso, como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial de la sociedad concursada, razón por la cual no se discute que tengan la consideración de créditos contra la masa, al amparo del art. 84.2.5º LC.
En consecuencia con lo argumentado hasta ahora, podemos concluir que los créditos contra la masa que la TGSS tiene por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC.”: STS 04/06/2014 (Sentencia 273/2014; Recurso 692/2012)

“Formulación del recurso de casación.
3. El único motivo del recurso de casación se basa en la infracción del art. 84.2.5º LC en relación con el art. 154 LC, como consecuencia de que la sentencia recurrida no reconoce la consideración de créditos contra la masa a los recargos e intereses devengados por las cuotas posteriores a la declaración de concurso.
El recurso alega que el recargo constituye una deuda nacida por disposición legal, que se devenga automáticamente, una vez cumplido el requisito que exige la norma. En concreto, el art. 25 LGSS prescribe que "[l] a falta de pago de la deuda dentro del plazo reglamentario de ingreso establecido determinará la aplicación del recargo y el devengo de los intereses de demora en los términos fijados en esta Ley [...]"; y art.
10. 5 RD 1415/2004, de 11 junio, añade que "[l] os recargos se liquidarán e ingresarán conjuntamente con el principal de las deudas sobre las que recaigan [...]".
El recurso argumenta que si las cuotas de la Seguridad Social debidas son consecuencia de la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, no procedía distinguir entre deuda principal y recargo e intereses, a los efectos ceñir la consideración de crédito contra la masa únicamente a la deuda principal y negarla al recargo y los intereses, por considerarlos accesorios, sino que todas ellas se incluirían en el apartado 5 del art. 84.2 LC.
El recurso debe estimarse por las razones que exponemos a continuación, y que coinciden con las que hemos empleado en recursos anteriores, en los que se había suscitado la misma cuestión (Sentencias 149/2013, de 15 de marzo; 153/2013, de 19 de marzo; 180/2013, de 21 de marzo; y 189/2013, de 22 de marzo, entre otras).
Estimación del único motivo de casación
4. Doctrina de la Sala sobre el recargo y los intereses devengados por cuotas posteriores a la declaración de concurso
Para la resolución del recurso debemos partir de una interpretación conjunta y sistemática de las normas que se refieren al devengo de intereses y la aplicación de recargos por la falta de pago de cuotas de la seguridad social posteriores a la declaración de concurso.
Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1 LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.

El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" De los efectos sobre los créditos en particular "), del capítulo II (" De los efectos sobre los créditos "), del título III (" De los efectos de la declaración de concurso ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles tales créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, " cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa ", en ningún caso afectará a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respectivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
5. Es cierto que una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente.
Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), pueda ser exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (" accessorium sequitur naturam sui principalis "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre.
6. Estimación del motivo de casación. Ha quedado acreditado en la instancia que las cuotas de la Seguridad Social reclamadas con cargo a la masa del concurso se han devengado con posterioridad a la declaración de concurso, como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial de la sociedad concursada, razón por la cual no se discute que tengan la consideración de créditos contra la masa, al amparo del art. 84.2.5º LC.
En consecuencia con lo argumentado hasta ahora, podemos concluir que los créditos contra la masa que la TGSS tiene por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC.”: STS 04/06/2014 (Sentencia 274/2014; Recurso 1434/2012)

“Formulación del recurso de casación.
3. El único motivo del recurso de casación se basa en la infracción del art. 84.2.5º LC en relación con el art. 154 LC, como consecuencia de que la sentencia recurrida no reconoce la consideración de créditos contra la masa a los recargos por las cuotas posteriores a la declaración de concurso.
El recurso alega que el recargo constituye una deuda nacida por disposición legal, que se devenga automáticamente, una vez cumplido el requisito que exige la norma. En concreto, el art. 25 LGSS prescribe que "[l] a falta de pago de la deuda dentro del plazo reglamentario de ingreso establecido determinará la aplicación del recargo y el devengo de los intereses de demora en los términos fijados en esta Ley [...]"; y art.
10. 5 RD 1415/2004, de 11 junio, añade que "[l] os recargos se liquidarán e ingresarán conjuntamente con el principal de las deudas sobre las que recaigan [...]".
El recurso argumenta que si las cuotas de la Seguridad Social debidas son consecuencia de la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, no procedía distinguir entre deuda principal y recargo, a los efectos ceñir la consideración de crédito contra la masa únicamente a la deuda principal y negarla al recargo, por considerarlo accesorio, sino que todas ellas se incluirían en el apartado 5 del art. 84.2 LC.
El recurso debe estimarse por las razones que exponemos a continuación, y que coinciden con las que hemos empleado en recursos anteriores, en los que se había suscitado la misma cuestión (Sentencias 149/2013, de 15 de marzo; 153/2013, de 19 de marzo; 180/2013, de 21 de marzo; y 189/2013, de 22 de marzo, entre otras).
Estimación del único motivo de casación
4. Doctrina de la Sala sobre el recargo y los intereses devengados por cuotas posteriores a la declaración de concurso
Para la resolución del recurso debemos partir de una interpretación conjunta y sistemática de las normas que se refieren al devengo de intereses y la aplicación de recargos por la falta de pago de cuotas de la seguridad social posteriores a la declaración de concurso.
Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1

LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.
El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" De los efectos sobre los créditos en particular "), del capítulo II (" De los efectos sobre los créditos "), del título III (" De los efectos de la declaración de concurso ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles tales créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, " cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa ", en ningún caso afectará a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respectivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
5. Es cierto que una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente.
Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), pueda ser exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (" accessorium sequitur naturam sui principalis "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre.
6. Estimación del motivo de casación. Ha quedado acreditado en la instancia que las cuotas de la Seguridad Social reclamadas con cargo a la masa del concurso se han devengado con posterioridad a la declaración de concurso, como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial de la sociedad concursada, razón por la cual no se discute que tengan la consideración de créditos contra la masa, al amparo del art. 84.2.5º LC.
En consecuencia con lo argumentado hasta ahora, podemos concluir que los créditos contra la masa que la TGSS tiene por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC.”: STS 04/06/2014 (Sentencia 275/2014; Recurso 845/2012)

“4. *Doctrina de la Sala sobre el recargo y los intereses devengados por cuotas posteriores a la declaración de concurso*
Para la resolución del recurso debemos partir de una interpretación conjunta y sistemática de las normas que se refieren al devengo de intereses y la aplicación de recargos por la falta de pago de cuotas de la seguridad social posteriores a la declaración de concurso.
Los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el art. 59.1 LC, según el cual, tras la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respetiva garantía.
El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (" *De los efectos sobre los créditos en particular* "), del capítulo II (" *De los efectos sobre los créditos* "), del título III (" *De los efectos de la declaración de concurso* ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses.
La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles tales créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese del devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales, y con ello la determinación de los quórums y mayorías exigidos por la Ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Lo

que no impide que, conforme al art. 59.2 LC, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda haberse pactado el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, también prevé el art. 59.2 LC que, " *si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional* ".
Por contra, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses, conforme a lo previsto en la Ley Concursal. Así se preveía en la redacción original del art. 154 LC, que con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha pasado al art. 84.3 LC. Y, aunque este mismo precepto legitima a la administración concursal para alterar la regla del vencimiento, " *cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa* ", en ningún caso afectará a los créditos de la Seguridad Social. Por lo que, en cualquier caso, tanto antes de la Ley 38/2011, en el art. 154 LC, como después, en el art. 84.3 LC, los créditos contra la masa por cuotas de la Seguridad Social son exigibles a sus respectivos vencimientos y, por aplicación del art. 25 LGSS, su falta de pago genera no sólo el devengo de intereses sino también el correspondiente recargo.
5. Es cierto que una vez declarado el concurso, conforme a lo previsto en el art. 55.1 LC, " *no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor* ", salvo las excepciones previstas en el propio art. 55 y en el artículo siguiente.
Este efecto no impide que el crédito contra la masa, si bien no podrá justificar una ejecución al margen del concurso, salvo que nos hallemos en la fase de cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC), pueda ser exigible a su vencimiento y, consiguientemente, no sólo devengue intereses, sino que, en el caso de las cuotas de la Seguridad Social, la falta de pago provoque el preceptivo recargo, conforme al art. 25 LGSS. Y este recargo, lógicamente, tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (" *accessorium sequitur naturam sui principalis* "), como explicamos en la Sentencia 705/2012, de 26 de noviembre.
7. Estimación del motivo de casación. Ha quedado acreditado en la instancia que las cuotas de la Seguridad Social reclamadas con cargo a la masa del concurso se han devengado con posterioridad a la declaración de concurso, como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial de la sociedad concursada, razón por la cual no se discute que tengan la consideración de créditos contra la masa, al amparo del art. 84.2.5º LC.
En consecuencia con lo argumentado hasta ahora, podemos concluir que los créditos contra la masa que la TGSS tiene por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC.": STS 04.06.2014 (Sentencia 276/2014; Recurso 743/2012)

"6.-Al tratarse de créditos contra la masa, no forman parte de la masa pasiva, por lo que no se les aplica la suspensión del devengo de intereses prevista en el art. 59 de la Ley Concursal que la declaración de concurso trae consigo para los créditos integrados en la masa pasiva, que se justifica porque estos quedan afectados a la solución concursal que en cada caso se acuerde, el convenio o la liquidación, sin que antes de que se alcancen tales soluciones puedan ser exigidos. Por el contrario, los créditos contra la masa, en la medida en que han de ser pagados a sus respectivos vencimientos, son exigibles y devengan intereses. Así lo hemos declarado en las sentencias núm. 149/2013, de 15 de marzo, y 266/2014, de 21 de mayo, entre otras.
7.-No obstante, no puede estimarse la pretensión de que dichas partidas devenguen el interés previsto en el art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que solo es aplicable a los salarios propiamente dichos, pero no a las indemnizaciones por despido improcedente o los salarios de tramitación.
Por tanto, tratándose de cantidades líquidas a cuyo pago se le condenó en una sentencia judicial, pero que no constituyen salarios propiamente dichos, solo devengarán el interés procesal previsto en el art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (por remisión del art. 251.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), esto es, un interés anual igual al legal del dinero incrementado en dos puntos. ":STS 01.07.2015 (Sentencia 423/2015; Recurso 1793/2013)

AP Alava

"SEGUNDO.- Sobre los intereses de los créditos contra la masa de la TGSS
El segundo punto de discrepancia se centra en los intereses que después de la declaración de concurso ocasionan los créditos contra la masa impagados a la TGSS. La sentencia no los reconoce porque considera que el art. 59.1 LC lo impide. Argumenta además que no serían debidos sin procedimiento de apremio conforme al art. 28.1 LGSS. La parte apelada cita la SAP Valladolid de 21 mayo de 2010 que no comparte ese parecer, considerando que el art. 59.1 no distingue entre créditos concursales y contra la masa, negando que sean extraños al concurso.
La extensión de la suspensión del devengo de intereses a los créditos contra la masa choca en primer lugar, con su ubicación en la Sección 3ª, de los efectos sobre los créditos en particular, del Capítulo II "De los efectos sobre los acreedores", del Título III, "De los efectos de la declaración de concurso", en la Ley Concursal, que revela que se refiere a créditos concursales, aunque no los mencione de modo expreso.
Por otro lado la doctrina entiende que el art. 59.1 LC se refiere a los créditos concursales, no a los créditos contra la masa. Prueba de ello es que el precepto se refiere expresamente a la situación de los créditos con garantía real, que son concursales, o que la consecuencia de la suspensión de su devengo sea que consideración de créditos subordinados, calificación que no puede predicarse de los créditos contra la masa.
Finalmente la doctrina de Audiencias (SAP Pontevedra 24 enero 2008, JUR 2008\124743, SAP Barcelona 19 junio 2009, JUR 2009\419530) se decanta también por dicha consideración. Dice al respecto la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 8 de julio de 2009, AC 2009\1916, que *"los intereses que devengue un crédito que tenga la*

consideración de crédito contra la masa (como en este caso, pues no se discute que la deuda principal que genera los intereses constituye un crédito contra la masa, generado después del concurso por la continuación de la actividad del deudor) tienen la consideración de crédito contra la masa y no sufren las restricciones que establece, entre otros, el art. 59 LC."
En definitiva, ha de acogerse también este motivo del recurso, que se estimará en su totalidad, con excepción de las costas reclamadas al existir serias dudas jurídicas que reflejan las distintas posiciones de las Audiencias sobre las dos cuestiones debatidas. ": SAP Alava (Sección 1) 16.09.2011 (Sentencia 453/2011; Rollo 323/2011)

AP Barcelona

"TERCERO Por lo que respecta a la cuestión jurídica de fondo, entendemos, en contra del criterio del Sr. Magistrado, que elart. 59 LC, aunque no lo diga expresamente, se está refiriendo necesariamente a los intereses devengados por créditos concursales, pero no a los que generan los créditos contra la masa, por lo general nacidos o generados con posterioridad a la declaración de concurso. En primer lugar, así lo determina la ubicación sistemática del precepto, incluido en el capítulo dedicado a los efectos del concurso sobre los acreedores, con referencia sin duda a los concursales, que quedan integrados en la masa pasiva, a diferencia de los créditos contra la masa, a que se refiere elart. 84. Lo confirma luego la propia norma, al decir que estos créditos derivados de intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en elart. 92.3º LC, y esta clasificación es incompatible con los créditos contra la masa, que escapan de la clasificación y efectos establecidos para los créditos concursales y deben ser pagados, "cualquiera que sea su naturaleza", a sus respectivos vencimientos, "cualquiera que sea el estado del concurso" (art. 154.2 LC, sin perjuicio de lo que dispone el apartado 3). Por ello, los intereses que devengue un crédito que tenga la consideración de crédito contra la masa (como en este caso, pues no se discute que la deuda principal que genera los intereses constituye un crédito contra la masa, generado después del concurso por la continuación de la actividad del deudor) tienen la consideración de crédito contra la masa y no sufren las restricciones que establece, entre otros, elart. 59 LC.": SAP Barcelona (Sección 15) 08.07.2009 (AC 2009/1916; Sentencia 242/2009; Rollo 132/2009)

"SEXTO. Intereses legales
23. El recurso de la actora cuestiona que la resolución recurrida no le haya concedido los intereses moratorios que solicitó en su demanda y le imputa error por haber hecho aplicación del artículo 59 LC a las deudas de la masa, cuando el ámbito de aplicación de esa norma está limitado a las deudas concursales.
24. Mediapro se opone a este motivo argumentando que (i) el artículo 59 LC se aplica a todos los créditos, incluidos los contra la masa, y que únicamente se deja de aplicar a los casos que la propia norma dispone; (ii) caso de devengarse intereses, los mismos no podrían ser considerados créditos contra la masa porque no se encuentran en el art. 84.2 LC y (iii) nunca ha incurrido en mora.
25. En nuestra Sentencia de 8 de Julio del 2009 (ROJ: SAP B 9240/2009) ya tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre la cuestión que plantea este motivo del recurso y lo hicimos en el siguiente sentido: *<<... el art. 59 LC, aunque no lo diga expresamente, se está refiriendo necesariamente a los intereses devengados por créditos concursales, pero no a los que generan los créditos contra la masa, por lo general nacidos o generados con posterioridad a la declaración de concurso. En primer lugar, así lo determina la ubicación sistemática del precepto, incluido en el capítulo dedicado a los efectos del concurso sobre los acreedores, con referencia sin duda a los concursales, que quedan integrados en la masa pasiva, a diferencia de los créditos contra la masa, a que se refiere el art. 84. Lo confirma luego la propia norma, al decir que estos créditos derivados de intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el art. 92.3º LC, y esta clasificación es incompatible con los créditos contra la masa, que escapan de la clasificación y efectos establecidos para los créditos concursales y deben ser pagados, "cualquiera que sea su naturaleza", a sus respectivos vencimientos, "cualquiera que sea el estado del concurso" (art. 154.2 LC, sin perjuicio de lo que dispone el apartado 3). Por ello, los intereses que devengue un crédito que tenga la consideración de crédito contra la masa (como en este caso, pues no se discute que la deuda principal que genera los intereses constituye un crédito contra la masa, generado después del concurso por la continuación de la actividad del deudor) tienen la consideración de crédito contra la masa y no sufren las restricciones que establece, entre otros, el art. 59 LC >>.*
26. Por si podía existir alguna duda, que creemos que no existía ninguna, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la ha despejado al establecer en la nueva redacción dada al art. 84.4:
<< Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento >> (subrayado añadido).
No creemos que se trate de una norma que introduzca en nuestro ordenamiento concursal ninguna novedad sino que sus efectos son simplemente aclaratorios, razón por la que su eficacia retroactiva (retroactividad interpretativa) nos parece clara.
27. De lo que hemos expuesto en los fundamentos anteriores se deriva con claridad que consideramos que Mediapro incurrió en mora, razón por la que está obligada al pago de los intereses moratorios reclamados. Debemos, por consiguiente, estimar este motivo del recurso.": SAP Barcelona (Sección 15) 11.12.2013 (Sentencia 443/2013; Rollo 275/2013)

AP Cantabria

“Por lo que respecta a la cuantía de la deuda certificada por la TGSS ha de señalarse que el Art. 59 de la LEC que fija la suspensión del devengo de intereses desde la declaración del concurso tan solo es aplicable a los créditos concursales pero no a los créditos contra la masa. Así lo determina la ubicación sistemática del precepto, incluido en el capítulo dedicado a los efectos del concurso sobre los acreedores, con referencia sin duda a los concursales, que quedan integrados en la masa pasiva, a diferencia de los créditos contra la masa, a que se refiere el art. 84. Lo confirma luego la propia norma, al decir que estos créditos derivados de intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el art. 92.3º LC, y esta clasificación es incompatible con los créditos contra la masa, que escapan de la clasificación y efectos establecidos para los créditos concursales y deben ser pagados, "cualquiera que sea su naturaleza", a sus respectivos vencimientos, "cualquiera que sea el estado del concurso"(art. 154.2 LC).”: SAP Cantabria (Sección 2) 09.03.2012 (Sentencia 164/2012; Rollo 807/2011)

AP Granada

“En línea con la doctrina recaída respecto de los recargos, también la jurisprudencia, ha considerado que el art. 59 de la Ley Concursal no excluye el devengo de intereses de los créditos contra la masa, y en concreto de las cuotas de Seguridad Social generadas por la continuación de la actividad empresarial del concursado tras la declaración de concurso, explicando que " el citado precepto legal se ubica en el epígrafe que regula los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos (título III, "de los efectos de la declaración de concurso ", capítulo II, "de los efectos sobre los créditos", sección tercera, "de los efectos sobre los créditos en particular"). La ubicación sistemática del precepto lleva a considerar que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que conforme al art. 49 de la Ley Concursal forman parte de la masa pasiva."
En definitiva, concluye la jurisprudencia, sin aplicar retroactivamente la reforma que: "La falta de pago de los que consistan en cuotas de Seguridad Social en el periodo fijado reglamentariamente determina el devengo tanto del recargo como de los intereses, conforme al art. 25 de la Ley General de la Seguridad Social ", y por ello, aunque en base a otra argumentación, debe confirmarse la sentencia apelada, estimando que el devengo de los recargos e intereses exigidos también son créditos contra la masa
SEGUNDO: En cuanto a costas, teniendo en cuenta las serias dudas jurídicas que suscitaba la cuestión litigiosa, a la fecha de interposición del recurso, 27 de noviembre de 2012, cuando difícilmente en aquel momento el recurrente podía haber tenido acceso a las sentencias del Tribunal Supremo dictadas pocos días antes, estimamos, que pese a la desestimación del recurso, no procede efectuar expresa imposición de costas “:SAP Granada (Sección 3) 06.09.2013 (Sentencia 264/2013; Rollo 286/2013)

“PRIMERO: La Tesorería General de la Seguridad Social solicitó, a través de incidente concursal iniciado en octubre de 2011, que se reconociera como crédito contra la masa a su favor, el nacido por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, recargos e intereses, por importe de 534.943,31 euros.
La sentencia de instancia, sin tomar en cuenta, la prueba documental aportada con la demanda, y los pagos alegados por la administración concursal, estima parcialmente la pretensión de la parte actora, tan solo en parte del importe certificado, excluyendo totalmente los intereses de las cuotas devengadas tras la declaración de concurso.
Comenzando por la última cuestión, debemos señalar, inicialmente, que la posición de la sentencia recurrida, respecto de los intereses reclamados, conforme al régimen jurídico vigente antes de la Ley 38/2011, es contraria a la doctrina jurisprudencial que, a partir de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 26 de noviembre de 2012, y posteriores de, 26 de junio, 4 de junio, 23 de mayo, 14 de mayo, 9 de mayo, 11 de abril, 15 y 19 de marzo de 2013, ha establecido, de modo unánime, partiendo de la redacción anterior a la reforma del artículo 84 de la Ley Concursal, la procedencia de su reconocimiento como crédito contra la masa.
La doctrina jurisprudencial, ha establecido que: " *El art. 55.1 de la Ley Concursal excluye el inicio de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, y que se sigan apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor una vez declarado el concurso, con determinadas excepciones que no son relevantes para el supuesto que analizamos. Esta exclusión de ejecuciones no impide que la cuota de Seguridad Social devengada tras la declaración de concurso tenga la consideración de crédito contra la masa, que sea exigible a su vencimiento y que su impago provoque el nacimiento del correspondiente recargo. Este recargo generado por la continuación de la actividad empresarial de la sociedad concursada y el impago de las cuotas de Seguridad Social correspondientes a ese periodo tiene la consideración de crédito contra la masa por seguir la naturaleza del crédito principal, a falta de una previsión en contrario como la que sí existe para el caso de los recargos correspondientes al periodo anterior a la declaración de concurso".*
En línea con la doctrina recaída respecto de los recargos, también la jurisprudencia ha considerado que el art. 59 de la Ley Concursal no excluye el devengo de intereses de los créditos contra la masa, y en concreto de las cuotas de Seguridad Social generadas por la continuación de la actividad empresarial del concursado tras la declaración de concurso, explicando que " el citado precepto legal se ubica en el epígrafe que regula los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos (título III, "de los efectos de la declaración de concurso ", capítulo II, "de los efectos sobre los créditos", sección tercera, "de los efectos sobre los créditos en particular"). La ubicación sistemática del precepto lleva a considerar que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que conforme al *art. 49 de la Ley Concursal forman parte de la masa pasiva."*
En definitiva, concluye la jurisprudencia, sin aplicar retroactivamente la reforma, que: *"La falta de pago de los que consistan en cuotas de Seguridad Social en el periodo fijado reglamentariamente determina el devengo*

tanto del recargo como de los intereses, conforme al art. 25 de la Ley General de la Seguridad Social ", y por ello, en primer lugar, debemos revocar la sentencia recurrida, en cuanto excluye de la reclamación los intereses.”: SAP Granada (Sección 3) 25.10.2013 (Sentencia 340/2013; Rollo 318/2013)

AP Navarra

“TERCERO.- Intereses.
a) La tesis impugnativa de la recurrente gira en torno a dos argumentos:
-La suspensión del devengo de intereses, prevista en el art. 59 de la Ley Concursal (LC), sólo es aplicable a los créditos concursales.
-Siendo cierto que tras la declaración del concurso la TGSS no puede iniciar apremios administrativos contra el patrimonio del deudor, ex art. 55 LC, el impago provoca que se emita la providencia de apremio que constituye título ejecutivo (art. 34 LGSS) y si no se paga en el plazo de quince días, aun cuando no se inicie el procedimiento de apremio, la deuda comienza a generar intereses (art. 28 LGSS), estableciendo el art. 50 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social que se "seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este Reglamento hasta la notificación de dicha providencia de apremio, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal".
b) El motivo se estima.
Debe tenerse en cuenta que los intereses tienen una función resarcitoria, siendo aplicable la limitación prevista en el art. 59 LC a los créditos concursales, pero no a los créditos contra la masa.
Y, además, como alega la parte apelante, la imposibilidad de iniciar apremios administrativos no constituye un impedimento para el devengo de los intereses, ex art. 28 LGSS.”: SAP Navarra 12.03.2012 (Sentencia 24/2012; Rollo 246/2011)

AP Salamanca

“CUARTO Finalmente se impugna por la Administración Concursal recurrente la calificación como crédito contra la masa de la cantidad reclamada por intereses y devengados por deudas frente a la Tesorería General de la Seguridad social generadas con posterioridad a la declaración de concurso, alegando fundamentalmente su discrepancia con la afirmación de la sentencia impugnada que entiende que elartículo 59 de la Ley Concursal sólo se refiere a créditos concursales y no a los créditos contra la masa.
Con respecto a esta cuestión señala la sentencia impugnada que"en este punto se han dado dos posturas contrarias en los Tribunales: las decisiones que entienden que la regla del artículo 59 de la LC no afecta a los intereses generados por los créditos contra la masa y, por tanto, se devengan dichos intereses de esos créditos y deben ser calificados como créditos contra la masa y la de quienes sostienen que la regla general de suspensión en el devengo de intereses se extiende a los créditos contra la masa.
Como exponente de la primera tesis cabe citar las sentencias de 19 de junio y 8 de julio de 2.009, de la Audiencia Provincial de Barcelona. Esta última sentencia establece que, aunque no lo diga expresamente el art. 59 de la LC, dicho precepto se está refiriendo "necesariamente a los intereses devengados por créditos concursales, pero no a los que generan los créditos contra la masa, por lo general nacidos o generados con posterioridad a la declaración de concurso. En primer lugar, así lo determina la ubicación sistemática del precepto, incluido en el capítulo dedicado a los efectos del concurso sobre los acreedores, con referencia sin duda a los concursales, que quedan integrados en la masa pasiva, a diferencia de los créditos contra la masa, a que se refiere el art. 84. Lo confirma luego la propia norma, al decir que estos créditos derivados de intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el art. 92.3º LC, y esta clasificación es incompatible con los créditos contra la masa, que escapan de la clasificación y efectos establecidos para los créditos concursales y deben ser pagados, "cualquiera que sea su naturaleza", a sus respectivos vencimientos, "cualquiera que sea el estado del concurso"(art. 154.2 LC, sin perjuicio de lo que dispone el apartado 3). Por ello, los intereses que devengue un crédito que tenga la consideración de crédito contra la masa (como en este caso, pues no se discute que la deuda principal que genera los intereses constituye un crédito contra la masa, generado después del concurso por la continuación de la actividad del deudor) tienen la consideración de crédito contra la masa y no sufren las restricciones que establece, entre otros, el art. 59 LC ".En la misma línea se han pronunciado la sentencia de 24 de enero de 2.008 de la AP de Pontevedra.
La otra tesis sostiene que no es procedente el devengo de intereses con posterioridad a la declaración de concurso, pues por ley el deudor tiene vedado cumplir con aquella obligación, para no vulnerar la par conditio creditorum(Sentencia de 8 de abril de 2.010, del Juzgado de lo Mercantil de Zamora).
A mi juicio la primera tesis (es) correcta, pues estamos hablando de deudas postconcursales, de créditos contra la masa y en el artículo 84 de la LC, en el que se recogen dichos créditos, no aparecen excluidos los intereses generados por el impago de los créditos principales, cual sí ocurre en el ámbito de los créditos concursales, en el que el crédito por intereses se califica como subordinado, ex artículo 92. 3º de la LC. Y es que la prioridad de los créditos contra la masa se aplica cualquiera que sea su naturaleza, por lo que no es posible operar en este punto con los mismos criterios expuestos en la clasificación de los créditos concursales.
Por otro lado, el artículo 59 de la L. C. se aplica en relación a los créditos anteriores a la declaración de concurso, pero no a los posteriores, que no sufren dicha restricción al ser créditos postconcursales, derivados de la continuidad de la actividad empresarial del deudor. Por todo ello, debe estimarse la pretensión de la TGSS y reconocerse como crédito contra la masa el crédito por intereses referido en la demanda".
Y tal razonamiento es plenamente compartido poresta Sala, ya que, como señaló la SAP. de Pontevedra de 24 de enero de 2.008, es regla general, compartida por un amplio sector de la doctrina, que los créditos postconcursales no dejan de devengar intereses, según se deduce delartículo 59 "a sensu contrario" y

delartículo 84. 2, de la Ley Concursal, pues la suspensión del devengo de intereses no rige para los créditos contra la masa, dado que la suspensión tan sólo se establece para los acreedores del concursado.
Por consiguiente, ha de ser igualmente rechazada esta última pretensión de la Administración Concursal.": SAP Salamanca 18.01.2011 (JUR 2011/119248; Sentencia 5/2011; Rollo 616/2010)

AP Sevilla

"Cuarto.- En cuanto a los intereses la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2.013 sienta la doctrina de que los créditos contra la masa, conforme al tenor literal del artículo 84.4 de la Ley Concursal devengan los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento, y que a tales intereses, recargos tendrán la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito cuyo impago ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal (" accessorium sequitur naturam sui principalis "), citando en el mismo sentido la sentencia 705/2012, de 26 de noviembre.
Por tanto, en aplicación de esta doctrina debe estimarse también la demanda en cuanto a los intereses que se reclaman desde la firmeza de la sentencia que reconoce el crédito que se califica como crédito contra la masa, fecha desde la cual el mismo debe considerarse vencido y existía obligación de pagarlo como crédito contra la masa.": SAP Sevilla (Sección 5) 04.06.2014 (Sentencia 337/2014; Rollo 1335/2014)

JM-1 Bilbao

"Refiere la administración concursal que cesa tras aprobarse lasentencia de 23 de octubre de 2006y es respuesta medianteauto de 26 de septiembre de 2007. Para esta última fecha ya no había trabajadores en las cuatro empresas concursadas, por lo que no podía generarse deuda contra la masa de la que fuera acreedor la Tesorería General de la Seguridad Social.
Se dice entonces que en lo que concierne a la administración concursal demandada, se hicieron los pagos correspondientes contratando a una persona que elaboró los impresos correspondientes. Se han aportado dichos documentos que no desvirtúan, sin embargo, la presunción de autenticidad de las certificaciones aportadas, que se proclama enart. 7 del RD 1.415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, y por la propiaLey Concursal en su art. 86.2. Dichos documentos reflejan, en efecto, pagos por "cuota obrera" y "cuota empresarial" a la Seguridad Social, pero no todos los que se certifican.
Quedaron sin pagar esas cantidades reclamadas en la demanda por las sociedades declaradas en concurso, que no las satisfacen ni durante la fase de tramitación del procedimiento ni cuando se alza el mismo por aprobarse el convenio luego declarado incumplido. En consecuencia ha de reconocerse el crédito contra la masa en las cuantías señaladas.
Respecto a su calificación, dice la administración concursal que hay que excluir los recargos e intereses. No puede compartirse tal criterio porque los créditos devengados después de la declaración de concurso no siguen el régimen de calificación de los créditos concursales. Su abono está previsto en la norma de modo diferente, es decir, no se califican ni privilegian, sino que se abonan a su respectivo vencimiento. Por ello es irrelevante cuanto se opone sobre recargos, intereses, etc... No se califica un crédito concursal, sino contra la masa, que en su totalidad ha de abonarse a su devengo.": SJM-1 Bilbao 28.10.2008 (JUR 2009/13184)

JM-6 Madrid

"CUARTO Establecida la idoneidad del reconocimiento e inclusión crediticia del ejecutante entre los créditos contra la masa para el ejercicio de la acción ejecutiva delart. 154 L.Co. y establecida la idoneidad del pronunciamiento judicial declarativo en incidente concursal que ordena tal inclusión y clasificación, resta por determinar si la reclamación de intereses moratorios reclamados por el ejecutante encuentran amparo en los títulos invocados -ya referidos- y en la clasificación del crédito contra la masa; a lo que se opone el ejecutado.
Tal cuestión aparece examinada enSentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 8.7.2009 [Roj:SAP B 9240/09; Rollo nº 132/09-3ª] al señalar que "...el art. 59 LC, aunque no lo diga expresamente, se está refiriendo necesariamente a los intereses devengados por créditos concursales, pero no a los que generan los créditos contra la masa, por lo general nacidos o generados con posterioridad a la declaración de concurso. En primer lugar, así lo determina la ubicación sistemática del precepto, incluido en el capítulo dedicado a los efectos del concurso sobre los acreedores, con referencia sin duda a los concursales, que quedan integrados en la masa pasiva, a diferencia de los créditos contra la masa, a que se refiere elart. 84. Lo confirma luego la propia norma, al decir que estos créditos derivados de intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en elart. 92.3º LC, y esta clasificación es incompatible con los créditos contra la masa, que escapan de la clasificación y efectos establecidos para los créditos concursales y deben ser pagados, "cualquiera que sea su naturaleza", a sus respectivos vencimientos, "cualquiera que sea el estado del concurso" (art. 154.2 LC, sin perjuicio de lo que dispone el apartado 3). Por ello, los intereses que devengue un crédito que tenga la consideración de crédito contra la masa (como en este caso, pues no se discute que la deuda principal que genera los intereses constituye un crédito contra la masa, generado después del concurso por la continuación de la actividad del deudor) tienen la consideración de crédito contra la masa y no sufren las restricciones que establece, entre otros, elart. 59 LC...".
Atendiendo a tal doctrina resulta útil y necesaria la continuación del despacho de la ejecución para proceder a la liquidación de intereses moratorios [-que en defecto de pacto, serán los legales-] por los cauces delart. 712 y ss de la L.E.Civil.

QUINTO Y a igual criterio debe llegarse respecto de las costas de la presente ejecución, pues si la concursada, con su conducta incumplidora, fuerza a los acreedores contra la masa a ejercitar acciones ejecutivas delart. 154 L.E.Civil, la necesaria prioridad, prededucción, desafección e independencia crediticia contra la masa respecto del concurso, fuerza a reconocer a los mismos el derecho a resarcirse de los gastos y costas de la ejecución, por imperativo delart. 539 L.E.Civil.": AJM-6 Madrid 11.01.2010 (JUR 2010/150182; Ejecución 76/2009; Incidente Concursal 20/2009)

Tesis contraria

AP Almería (créditos TGSS)

""PRIMERO.-Se recurre la no inclusión, en la lista de créditos contra la masa, de los intereses y recargos derivados de las cuotas de la Seguridad Social devengadas después de la declaración del concurso. Por la Tesorería de la Seguridad Social se estima que estos conceptos deben ser incluidos entre los créditos porque, conforme al art. 84-2, 5, y 10 de la Ley Concursal, corresponde su abono como créditos contra la masa, ratificando lo anterior el art. 154-2 de la Ley Concursal al referirse a "los créditos contra la masa cualquiera que sea su naturaleza"..
La resolución recurrida ha entendido que no procede el devengo de intereses por impedirlo el art. 59 de la L.C. que impide su devengo después de la declaración de concurso y el art. 154-2 impide también el que se puedan abonar recargos porque esto iría en contra del orden de pagos. (...)
TERCERO.-Por lo que se refiere a los intereses, citaremos la sentencia de la A. Provincial de León de 18 de julio 2012 que al analizar este tema se inclina por la tesis de excluir estos intereses con fundamento en el artículo 59.1 de la LC que establece la suspensión del devengo de los intereses, legales o convencionales, con tan solo dos excepciones: créditos con garantía real y los salariales. Después examina los motivos por los que se debe de aplicar este artículo a los créditos contra la masa y no solo a los créditos concursales, en particular porque los créditos contra la masa no forman un aparte en relación con el conjunto de los créditos, ni se pueden considerar como unos créditos "extraños" al concurso, porque no sólo se regulan en la Ley Concursal de manera exhaustiva (art. 84.2), sino que se identifican y describen en la lista de acreedores que se ha de acompañar al informe de la administración concursal (aunque se relacionen de manera separada: 94.4), puede ser impugnada su exclusión o pedirse su inclusión igual que ocurre con los créditos concursales (art. 96), la falta de impugnación produce los mismos efectos para créditos concursales y créditos contra la masa (art. 97), se someten, en general, a las reglas comunes de la fase de liquidación, con la particularidad de la prededucibilidad prevista en el art. 154 LC, y los efectos derivados de la declaración del concurso se extienden también a ellos (art. 55.1 LC), concluyendo que la ubicación sistemática del art. 59 LC no justifica la exclusión de los créditos contra la masa de su ámbito normativo.
Y en cuanto a los intereses de demora sólo son exigibles desde la notificación de la providencia de apremio por impago de las deudas contra la Seguridad Social, y así lo establece el artículo 28.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio 1994. Aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social: "Los intereses de demora por las deudas con la Seguridad Social serán exigibles, en todo caso, si no se hubiese abonado la deuda una vez transcurridos quince días desde la notificación de la providencia de apremio o desde la comunicación del inicio del procedimiento de deducción". Como quiera que por las cuotas posteriores a la declaración de concurso no se puede iniciar vía de apremio (art. 55.1 LC), los intereses de demora no serían exigibles: sin apremio no son exigibles los intereses de demora y el apremio no es posible cuando ya se ha iniciado un procedimiento concursal.
En distinta línea interpretativa la sentencia de la A. Provincial de Barcelona de 8 de Julio de 2009 dice " Por lo que respecta a la cuestión jurídica de fondo, entendemos, en contra del criterio del Sr. Magistrado, que el art. 59 LC, aunque no lo diga expresamente, se está refiriendo necesariamente a los intereses devengados por créditos concursales, pero no a los que generan los créditos contra la masa, por lo general nacidos o generados con posterioridad a la declaración de concurso. En primer lugar, así lo determina la ubicación sistemática del precepto, incluido en el capítulo dedicado a los efectos del concurso sobre los acreedores, con referencia sin duda a los concursales, que quedan integrados en la masa pasiva, a diferencia de los créditos contra la masa, a que se refiere el art. 84. Lo confirma luego la propia norma, al decir que estos créditos derivados de intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el art. 92.3º LC, y esta clasificación es incompatible con los créditos contra la masa, que escapan de la clasificación y efectos establecidos para los créditos concursales y deben ser pagados, "cualquiera que sea su naturaleza", a sus respectivos vencimientos, "cualquiera que sea el estado del concurso " (art. 154.2 LC, sin perjuicio de lo que dispone el apartado 3). Por ello, los intereses que devengue un crédito que tenga la consideración de crédito contra la masa (como en este caso, pues no se discute que la deuda principal que genera los intereses constituye un crédito contra la masa, generado después del concurso por la continuación de la actividad del deudor) tienen la consideración de crédito contra la masa y no sufren las restricciones que establece, entre otros, el art. 59 LC.
No obstante este Tribunal estima más adecuado el argumento primeramente expuesto sobre la procedencia del devengo de intereses por créditos contra la masa, al no poder hacerse una distinción clara de los efectos del art. 59 sobre uno u otro tipo de crédito, por los motivos expuestos más arriba, lo que nos lleva a considerar aplicable el mismo a ambos créditos, es decir los concursales y los moratorios.": SAP Almería (Sección 2) 08.03.2013 (Sentencia 57/2013; Rollo 57/2012)

AP León (créditos TGSS)

"SEPTIMO Criterio sobre los intereses post-concursales.

En principio la cuestión jurídica de fondo que fundamenta este segundo motivo del recurso que formula la TGSS es si la suspensión del devengo de intereses que establece elart. 59 de la Ley Concursal alcanza o no a los intereses generados por créditos contra la masa.
La Sentencia recurrida argumenta que el devengo de los intereses post-concursales ha de quedar suspendido por imperativo delart. 59 LC, mientras la Tesorería entiende que tales intereses se han devengado y que son créditos contra la masa.
En contra de la tesis de laSentencia recurrida se pronuncia la AP de Pontevedra en St de fecha 24 de enero de 2008 (JUR 2008, 124743) y la AP de Barcelona enSentencias de 19 de Junio de 2009 (JUR 2009, 419530) y 8 de Julio de 2009 (AC 2009, 1916), señalando la última de estas resoluciones que:"....entendemos, en contra del criterio del Sr. Magistrado, que elart. 59 LC, aunque no lo diga expresamente, se está refiriendo necesariamente a los intereses devengados por créditos concursales, pero no a los que generan los créditos contra la masa, por lo general nacidos o generados con posterioridad a la declaración de concurso. En primer lugar, así lo determina la ubicación sistemática del precepto, incluido en el capítulo dedicado a los efectos del concurso sobre los acreedores, con referencia sin duda a los concursales, que quedan integrados en la masa pasiva, a diferencia de los créditos contra la masa, a que se refiere elart. 84. Lo confirma luego la propia norma, al decir que estos créditos derivados de intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en elart. 92.3º LC, y esta clasificación es incompatible con los créditos contra la masa, que escapan de la clasificación y efectos establecidos para los créditos concursales y deben ser pagados, "cualquiera que sea su naturaleza", a sus respectivos vencimientos, "cualquiera que sea el estado del concurso" (art. 154.2 LC, sin perjuicio de lo que dispone el apartado 3). Por ello, los intereses que devengue un crédito que tenga la consideración de crédito contra la masa (como en este caso, pues no se discute que la deuda principal que genera los intereses constituye un crédito contra la masa, generado después del concurso por la continuación de la actividad del deudor) tienen la consideración de crédito contra la masa y no sufren las restricciones que establece, entre otros, elart. 59 LC ".
Como se aprecia esta cuestión suscita dudas de derecho, pues se trata de interpretar si la suspensión del devengo de intereses impuesta por elart. 59 LC alcanza también a los créditos contra la masa, ya que la norma no distingue según la naturaleza de los créditos y por ello en principio podría parecer que no existe razón para excluirlos, pero las dudas surgen respecto de los intereses de los créditos que tengan la consideración de crédito contra la masa, lo cual no ocurre en el supuesto planteado en este procedimiento. Así, observando la segunda certificación emitida por la TGSS, se aprecia que los intereses se han calculado sobre el principal y sobre los recargos, sin distinción alguna, por lo que manteniendo en esta resolución que los recargos no son un crédito contra la masa, deben excluirse igualmente todos los intereses devengados.”; SAP León 02.02.2010 (JUR 2010/135704; Sentencia 26/2010; Rollo 623/2009)

“QUINTO.-Intereses post-concursales.
En principio la cuestión jurídica de fondo que fundamenta este motivo del recurso que formula la TGSS es si los intereses post-concursales han de tener el tratamiento de deudas contra la masa.
Esta cuestión suscita dudas de derecho, pues se trata de interpretar si la suspensión del devengo de intereses impuesta por el art. 59 LC alcanza también a los créditos contra la masa, ya que la norma no distingue según la naturaleza de los créditos y por ello en principio podría parecer que no existe razón para excluirlos.
Este Tribunal mantiene una postura clara al respecto de la cuestión que es la seguida en la reciente Sentencia de fecha 21 de mayo de 2010 en la que se argumenta lo siguiente: "La Ley Concursal regula tanto los créditos concursales como los créditos contra la masa, por lo que el diferente régimen jurídico de unos y otros depende únicamente de lo que se establezca en aquella norma, por lo que cualquier interpretación tendente a sustraer los créditos contra la masa de su regulación no puede ser acogida. Los créditos contra la masa no forman un aparte en relación con el conjunto de los créditos, ni se pueden considerar como unos créditos "extraños" al concurso, porque no sólo se regulan en la Ley Concursal de manera exhaustiva (art. 84.2), sino que se identifican y describen en la lista de acreedores que se ha de acompañar al informe de la administración concursal (aunque se relacionen de manera separada: 94.4), puede ser impugnada su exclusión o pedirse su inclusión igual que ocurre con los créditos concursales (art. 96), la falta de impugnación produce los mismos efectos para créditos concursales y créditos contra la masa (art. 97), se someten, en general, a las reglas comunes de la fase de liquidación, con la particularidad de la prededucibilidad prevista en el art. 154 LC, y los efectos derivados de la declaración del concurso se extienden también a ellos (art. 55.1 LC)". Se añade que "el régimen jurídico diferenciado que tienen los créditos contra la masa por la particularidad de los pagos de dichos créditos no permite justificar la exclusión de la aplicación de las normas generales del concurso".
Por ello entendemos que la ubicación sistemática del art. 59 LC no justifica la exclusión de los créditos contra la masa de su ámbito normativo como argumentan algunas Sentencias de Audiencias Provinciales dictadas sobre la materia.
Además consideramos, siguiendo resoluciones anteriores que "Los intereses de demora sólo son exigibles desde la notificación de la providencia de apremio por impago de las deudas contra la Seguridad Social, y así lo establece el artículo 28.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio 1994 que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social: "Los intereses de demora por las deudas con la Seguridad Social serán exigibles, en todo caso, si no se hubiese abonado la deuda una vez transcurridos quince días desde la notificación de la providencia de apremio o desde la comunicación del inicio del procedimiento de deducción". Y como quiera que por las cuotas posteriores a la declaración de concurso no se puede iniciar vía de apremio (art. 55.1 LC), los intereses de demora no serían exigibles: sin apremio no son exigibles los intereses de demora, y el apremio no es posible cuando se ha iniciado un procedimiento concursal". ”: SAP León 19.07.2010 (Sentencia 298/2010; Rollo 199/2010) y, en términos prácticamente idénticos, SAP León 23.07.2010 (JUR 2010/302351; Sentencia 316/2010; Rollo 307/2010); SAP León 23.11.2010 (Sentencia 448/2010; Rollo 397/2010); SAP León 27.04.2011 (Sentencia 170/2011; Rollo 67/2011); SAP León (Sección 1)

27.04.2011 (Sentencia 173/2011; Rollo 187/2011); SAP León (Sección 1) 01.06.2011 (Sentencia 222/2011; Rollo 277/2011); SAP León (Sección 1) 15.11.2011 (Sentencia 387/2011; Rollo 532/2011); SAP León (Sección 1) 15.11.2011 (Sentencia 386/2011; Rollo 529/2011); SAP León (Sección 1) 25.11.2011 (Sentencia 428/2011; Rollo 601/2011);

"QUINTO Demora en el pago de cuotas de Seguridad Social con posterioridad a la declaración de concurso: intereses.
Haciendo extensivos a los intereses buena parte de los fundamentos expuestos en el precedente fundamento, concretamos lo siguiente:
A) Suspensión del devengo de intereses.
Elartículo 59.1 de la LC establece la suspensión del devengo de los intereses, legales o convencionales, con tan solo dos excepciones: créditos con garantía real y los salariales.
La Ley Concursal regula tanto los créditos concursales como los créditos contra la masa, por lo que el diferente régimen jurídico de unos y otros depende únicamente de lo que se establezca en aquella norma, por lo que cualquier interpretación tendente a sustraer los créditos contra la masa de su regulación no puede ser acogida.
Los créditos contra la masa no forman un aparte en relación con el conjunto de los créditos, ni se pueden considerar como unos créditos "extraños" al concurso, porque no sólo se regulan en laLey Concursal de manera exhaustiva (art. 84.2), sino que se identifican y describen en la lista de acreedores que se ha de acompañar al informe de la administración concursal (aunque se relacionen de manera separada: 94.4), puede ser impugnada su exclusión o pedirse su inclusión igual que ocurre con los créditos concursales(art. 96), la falta de impugnación produce los mismos efectos para créditos concursales y créditos contra la masa (art. 97), se someten, en general, a las reglas comunes de la fase de liquidación, con la particularidad de la prededucibilidad prevista en elart. 154 LC, y los efectos derivados de la declaración del concurso se extienden también a ellos(art. 55.1 LC).
Así pues, el régimen jurídico diferenciado que tienen los créditos contra la masa por la particularidad de los pagos de dichos créditos no permite justificar la exclusión de la aplicación de las normas generales del concurso.
Elartículo 59 de la LC se engloba en la sección 3ª del Capítulo II del Título III de la LC. El título III regula los efectos de la declaración del concurso, entre los que está la delimitación temporal entre los créditos concursales y créditos contra la masa, que, a su vez, engloba el Capítulo II cuya rúbrica se refiere a los efectos sobre los acreedores (no distingue entre acreedores concursales o contra la masa), y en el que, por su parte, se encuentra la sección 3ª, que se refiere a los efectos sobre los créditos en particular (sin distinguir entre créditos concursales y créditos contra la masa). En definitiva: la ubicación sistemática delart. 59 LC no justifica la exclusión de los créditos contra la masa de su ámbito normativo.
B) Inexigibilidad de intereses de demora
Los intereses de demora sólo son exigibles desde la notificación de la providencia de apremio por impago de las deudas contra la Seguridad Social, y así lo establece elartículo 28.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio 1994. Aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social: "Los intereses de demora por las deudas con la Seguridad Social serán exigibles, en todo caso, si no se hubiese abonado la deuda una vez transcurridos quince días desde la notificación de la providencia de apremio o desde la comunicación del inicio del procedimiento de deducción".
Como quiera que por las cuotas posteriores a la declaración de concurso no se puede iniciar vía de apremio(art. 55.1 LC), los intereses de demora no serían exigibles: sin apremio no son exigibles los intereses de demora, y el apremio no es posible cuando se ha iniciado un procedimiento concursal.": SAP León 21.05.2010 (AC 2010/1049; Sentencia 208/2010; Rollo 166/2010) y, en términos prácticamente idénticos, SAP León 21.05.2010 (AC 2010/1117; Sentencia 209/2010; Rollo 104/2010); SAP León 30.09.2010 (Sentencia 359/2010; Rollo 392/2010); SAP León 30.09.2010 (Sentencia 358/2010; Rollo 424/2010); SAP León 17.11.2010 (Sentencia 419/2010; Rollo 522/2010); SAP León 22.12.2010 (Sentencia 483/2010; Rollo 552/2010); SAP León 04.02.2011 (JUR 2011/116382; Sentencia 34/2011; Rollo 629/2010) y SAP León 15.03.2011 (JUR 2011/167880; Sentencia 102/2011; Rollo 66/2011); SAP León (Sección 1) 24.03.2011 (Sentencia 117/2011; Rollo 62/2011); SAP León (Sección 1) 23.11.2011 (Sentencia 424/2011; Rollo 572/2011); SAP León (Sección 1) 28.11.2011 (Sentencia 432/2011; Rollo 531/2011); SAP León (Sección 1) 28.11.2011 (Sentencia 431/2011; Rollo 603/2011); SAP León (Sección 1) 04.05.2012 (Sentencia 204/2012; Rollo 141/2011)

"QUINTO.- Demora en el pago de cuotas de Seguridad Social con posterioridad a la declaración de concurso: intereses.
Haciendo extensivos a los intereses buena parte de los fundamentos expuestos en el precedente fundamento, concretamos lo siguiente:
A) Suspensión del devengo de intereses.
El artículo 59.1 de la LC establece la suspensión del devengo de los intereses, legales o convencionales, con tan solo dos excepciones: créditos con garantía real y los salariales.
La Ley Concursal regula tanto los créditos concursales como los créditos contra la masa, por lo que el diferente régimen jurídico de unos y otros depende únicamente de lo que se establezca en aquella norma, por lo que cualquier interpretación tendente a sustraer los créditos contra la masa de su regulación no puede ser acogida.
Los créditos contra la masa no forman un aparte en relación con el conjunto de los créditos, ni se pueden considerar como unos créditos "extraños" al concurso, porque no sólo se regulan en la Ley Concursal de manera exhaustiva (art. 84.2), sino que se identifican y describen en la lista de acreedores que se ha de acompañar al informe de la administración concursal (aunque se relacionen de manera separada: 94.4), puede ser impugnada su exclusión o pedirse su inclusión igual que ocurre con los créditos concursales (art. 96), la

falta de impugnación produce los mismos efectos para créditos concursales y créditos contra la masa (art. 97), se someten, en general, a las reglas comunes de la fase de liquidación, con la particularidad de la prededucibilidad prevista en el art. 154 LC, y los efectos derivados de la declaración del concurso se extienden también a ellos (art. 55.1 LC).
Así pues, el régimen jurídico diferenciado que tienen los créditos contra la masa por la particularidad de los pagos de dichos créditos no permite justificar la exclusión de la aplicación de las normas generales del concurso.
El artículo 59 de la LC se engloba en la sección 3ª del Capítulo II del Título III de la LC. El título III regula los efectos de la declaración del concurso, entre los que está la delimitación temporal entre los créditos concursales y créditos contra la masa, que, a su vez, engloba el Capítulo II cuya rúbrica se refiere a los efectos sobre los acreedores (no distingue entre acreedores concursales o contra la masa), y en el que, por su parte, se encuentra la sección 3ª, que se refiere a los efectos sobre los créditos en particular (sin distinguir entre créditos concursales y créditos contra la masa). En definitiva: la ubicación sistemática del art. 59 LC no justifica la exclusión de los créditos contra la masa de su ámbito normativo.
B) Inexigibilidad de intereses de demora
Los intereses de demora sólo son exigibles desde la notificación de la providencia de apremio por impago de las deudas contra la Seguridad Social, y así lo establece el artículo 28.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio 1994. Aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social: "Los intereses de demora por las deudas con la Seguridad Social serán exigibles, en todo caso, si no se hubiese abonado la deuda una vez transcurridos quince días desde la notificación de la providencia de apremio o desde la comunicación del inicio del procedimiento de deducción".
Como quiera que por las cuotas posteriores a la declaración de concurso no se puede iniciar vía de apremio (art. 55.1 LC), los intereses de demora no serían exigibles: sin apremio no son exigibles los intereses de demora y el apremio no es posible cuando ya se ha iniciado un procedimiento concursal.”: SAP León (Sección 1) 18.07.2012 (Sentencia 353/2012; Rollo 329/2012)

AP Valencia

“TERCERO. Consecuencia de tal pronunciamiento es la obligación de la concursada de devolver a la demandante el importe abonado y no discutido de 15.386,56 euros, sin que sea de aplicación el especifico interés legal pedido referido en la Ley 57/1968, no sólo por su modificación posterior por la Ley de la Ordenación de la Edificación, sino también por estar dispuestos en conexión directa a la ejecución de un aval de obligado cumplimiento que no es la acción interesada. Además como ya expusimos en la sentencia de fecha 11-6-2010 (Rollo 183/2010) " no cabe acoger la pretensión relativa a la condena al pago de los intereses legales devengados por dicha cantidad desde la fecha de su entrega y hasta su completo pago pues, habiéndose declarado el concurso de Mercado Hipotecario Inmobiliario SL por Auto de fecha 25 de febrero de 2008, es claro que el incumplimiento contractual se produjo con posterioridad a tal declaración (fecha máxima de entrega y escritura era el 22 de noviembre de 2008 y los seis meses a que se refiere la cláusula 6ª se cumplían el 22 de mayo de 2009), lo que determina la aplicación del artículo 59 de la Ley Concursal, conforme al cual desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real; produciéndose la obligación de pago con posterioridad a la declaración del concurso, no cabe imponer a la entidad concursada devengo de interés legal alguno."
En cuanto a la calificación de tal crédito dado que el incumplimiento a tenor de la fecha de obligación de entrega es posterior a la fecha de declaración del concurso de Mercado Hipotecario Mediterráneo SL por auto de 25-2-2008, debe ser declarado de acuerdo con el artículo 84.2 de la Ley Concursal crédito contra la masa. ”: SAP Valencia (Sección 9) 07.07.2010 (Sentencia 204/2010; Rollo 240/2010)

4.1 Caso de cuotas de leasing posteriores a la declaración de concurso

AP Barcelona

“SEGUNDO: No se discute por las partes, que la administración concursa! de RIO LOZANO, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 61.2 LC, interesó la resolución del contrato de arrendamiento financiero, en interés del concurso. Pero en la comparencia convocada por el juzgado para que las partes afectadas (la entidad de leasing, la concursada y la administración concursal) pudieran llegar a un acuerdo, no tanto sobre la resolución del contrato como sobre sus efectos, no se alcanzó este acuerdo, motivo por el cual LEASING CATALUÑA interpuso el presente incidente concursal para que se solucionaran las diferencias.
Al tiempo de iniciarse la resolución del contrato, la concursada adeudaba 9 cuotas vencidas, por importe de 3.384,02 euros; y estaban pendientes de vencimiento 87 cuotas, además de existir una cuota de 352,57 euros de opción de compra.
La sentencia ahora recurrida, además de declarar la resolución, condena » la concursada a pagar las cuotas vencidas antes de la resolución, aunque expresamente excluye de las vencidas con posterioridad a la declaración de concurso la parte correspondiente al interés anual pactado. A este respecto, conviene advertir que, en atención a la naturaleza del contrato de leasing, que no deja de ser un contrato de tracto sucesivo (un arrendamiento con opción de compra), tienen distinto tratamiento concursal las cuotas anteriores al concurso respecto de las posteriores.
La STS de 4 de diciembre 2007 recapitula la doctrina jurisprudencial sobre el contrato de leasing: se trata de una «institución del derecho comercial importado del área jurídica de los EEUU y plenamente incorporada a

nuestro tráfico económico y comercial» (Sentencias de 20 de julio de 2000 y 28 de noviembre de 1997), es un contrato atípico por el que una empresa especializada cede el uso de un producto -que ella no ha producido sino que ha sido adquirida de un tercero- en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo (en este sentido, y por todas, Sentencia de 14 de diciembre de 2004). Se trata pues, de un «contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptuado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el art. 1.255 CC (Sentencia de 26 de junio de 1989), que además, nada tiene que ver ni con la compraventa a plazos, ni con el préstamo de financiación a comprador (Sentencias de 14 de diciembre de 2004, 4 de abril de 2002 y 19 de julio de 1999), figuras con las que a veces ha sido confundido, ya que la finalidad del leasing, es decir, su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su DA 7a, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas -calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes-, incluyéndose necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota (Sentencias de 4 de junio de 2001 y 21 de diciembre de 2001).
Una consecuencia inmediata de esta consideración de contrato de tracto sucesivo es que el derecho a la contraprestación por la cesión del uso del bien, en este caso una plaza de parking, no nace desde la firma del contrato y su exigibilidad está fraccionada y sujeta a vencimientos mensuales sucesivos, como pudiera ocurrir con la devolución de un préstamo o el pago aplazado de una compraventa, sino que cada cuota mensual o renta es la contraprestación pactada por la cesión durante ese mes del bien. Por esta razón, no todas las cuotas adeudadas, con independencia de su vencimiento, tienen la consideración de créditos concúrsales, sino que este tratamiento estará reservado tan sólo para las cuotas nacidas antes de la declaración de concurso, pero no para las posteriores, que pasan a tener la consideración de créditos contra la masa. Por esta razón, no resulta de aplicación el art. 59 LC a dichas cuotas posteriores a la declaración de concurso, pues este precepto afecta a los créditos concúrsales, en nuestro caso a las cuotas anteriores. La consecuencia inmediata será que, en virtud del art. 59 LC, en relación con el art. 90.1.4 LC, tal y como fue interpretado respecto de las cuotas de leasing en nuestra anterior sentencia de 15 de mayo de 2009 (RA 465/08), las cuotas vencidas antes de la declaración de concurso tendrán la consideración de créditos con privilegio especial, respecto del bien, lo que resulta irrelevante desde el momento en que el arrendador financiero ha optado por recuperarlo, al ejercitar la acción de separación como consecuencia de la resolución del contrato de leasing; los intereses moratorios devengados con posterioridad al vencimiento de cada una de estas cuotas antes de la declaración de concurso deberían considerarse créditos subordinados (art. 92.3° LC) y estos intereses son los que dejarían de devengarse una vez declarado el concurso, por aplicación del art. 59 LC. Pero las cuotas del arrendamiento financiero devengadas con posterioridad a la declaración de concurso tienen la consideración de créditos contra la masa, razón por la cual no cabe excluir de ellas la carga financiera y negar su exigibilidad al amparo del art. 59 LC.”: SAP Barcelona (sección 15) 19.06.2009 (Rollo 753/2008)

JM-1 Valencia

“y evidentemente los creditos contra la masa sí devengan intereses (convencionales moratorios en este caso) no estando afectados por la norma del articulo 59 de la Ley Concursal.
(…) Fallo (…)2.- Que la totalidad de las sumas debidas por concepto de cuotas inatendidas vengan atendidas como créditos contra la masa, con más los intereses legales correspondientes calculados al tipo moratorio convencional pactado.”: SJM-1 Valencia 15.04.2010 (Sentencia 119/2010; Incidente Concursal 1601/2009)

5. Intereses moratorios y remuneratorios de crédito hipotecario

5.1 La limitación al importe máximo del interés que se cubre mediante una garantía hipotecaria hace referencia a los intereses que queden insatisfechos y no a los que sí han sido abonados

AP Madrid

“3.- La tercera de las pretensiones de la demanda, que ahora se reitera, consistió en que, en última instancia y con carácter subsidiario, se acordase "la suspensión del devengo de intereses conforme a lo establecido en la Ley Concursal, toda vez que mi representada ha satisfecho con anterioridad a la presentación de esta demanda los intereses de garantía hipotecario, lo que debe de conllevar la consideración del referido préstamo como Ordinario y no como de Privilegio Especial". Tampoco se entiende bien esta pretensión. Para que la misma tuviera encaje en el ámbito objetivo del Art. 96 de la Ley Concursal, habría que interpretar que lo que las concursadas pretenden es que se reduzca el importe del crédito reconocido a BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. en la medida en que dentro de su montante se incluyen intereses que, al exceder de los hipotecariamente garantizados, no deberían haberse devengado. La sentencia apelada rechaza la pretensión en aplicación del Art. 59-1 de la Ley Concursal que, pese a establecer como regla general la suspensión del devengo de intereses desde la declaración de concurso, exceptúa de esta regla aquellos intereses que, como en el caso, se encuentran cubiertos por garantía real, y ello hasta donde esa garantía alcance. Las apelantes

razonan que, desde que se concertaron los préstamos, los intereses que ellas han abonado al banco exceden del importe de los intereses garantizados mediante la hipoteca y entienden por ello que en el caso examinado tal excepción legal no debiera operar. Olvidan, sin embargo, que la limitación al importe máximo del interés que se cubre mediante una garantía hipotecaria hace referencia a los intereses que queden insatisfechos y no a los que sí han sido abonados, sin que resulte posible imputar a la cifra máxima de interés -para detraer de ella- los intereses que efectivamente han sido satisfechos, ya que, caso de procederse de ese modo, la cobertura hipotecaria del interés devendría ilusoria en la mayor parte de los supuestos en los que los vencimientos dejan de atenderse en momentos más o menos avanzados de la vida del préstamo.": SAP Madrid (Sección 28) 10.04.2015 (Sentencia 103/2015; Rollo 346/2014)

5.2 Siguen devengándose y son exigibles tanto moratorios como remuneratorios

AP Barcelona

"PRIMERO.1. La parte actora del incidente concursal, CAIXABANK S.A., ha apelado la sentencia que, estimando en parte su demanda de impugnación de la lista de acreedores actualizada tras el incumplimiento del convenio, reconoce la calificación de crédito concursal con privilegio especial al importe correspondiente a los intereses ordinarios o remuneratorios de un préstamo hipotecario, devengados tras la declaración de concurso hasta la apertura de la liquidación (propiamente, hasta el 9 de enero de 2013), pero deniega tal calificación a los intereses de demora, que declara crédito subordinado.
De este modo, la sentencia, siguiendo el criterio de la administración concursal, admite que el capital adeudado por el préstamo hipotecario, 357.800 #, más la cifra de 26.835 # correspondiente a intereses remuneratorios, constituye un crédito con privilegio especial, y la cantidad reclamada por intereses de demora, 13.829,32 #, es un crédito subordinado.
No se discute que la suma de los importes reclamados por intereses (40.664,32 #) se ajusta al límite que por tal concepto se pactó en la escritura de préstamo para ser cubierto por la garantía real.
CAIXABANK recurre la decisión judicial a fin de que se reconozca, conforme a los arts. 59 y 92.3º LC, la clasificación de crédito privilegiado al importe de los intereses de demora devengados hasta aquella fecha.
2. La sentencia fundamenta la clasificación de crédito subordinado (necesariamente conforme al art. 92.3º LC), refrendando el criterio de la AC, en que tras la declaración de concurso no cabe el devengo de los intereses de demora pues no hay un incumplimiento de la obligación de pago en sentido técnico-legal, ya que la concursada no puede realizar el pago voluntariamente, quedando sometido el crédito al tratamiento concursal, que descansa en la regla par conditio creditorum. Apunta así mismo la sentencia que en el período de cumplimiento de convenio las entidades financieras no realizaron ningún esfuerzo para la refinanciación de las deudas, por lo que pretender ahora el devengo de intereses de demora perjudicaría al resto de los acreedores.
SEGUNDO. 3. Discrepamos del criterio de la sentencia y de la administración concursal, porque la Ley Concursal es clara al respecto.
La subordinación del crédito por intereses moratorios devengados por un préstamo garantizado con hipoteca, en el que se conviene que la cobertura de la garantía real alcance hasta una cuantía o plazo determinado en concepto de intereses ordinarios y de demora (conforme al art. 114 de la Ley Hipotecaria), no puede basarse en el art. 92.3º LC. Este precepto, en coherencia con el art. 59 LC, indica que tienen el carácter de créditos subordinados "los intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios", pero establece una excepción: "salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía". Precisamente, la aplicación de esta norma, que es coherente con el art. 59 LC, que regula el tratamiento concursal de los créditos por intereses, determina la clasificación de crédito con privilegio especial de los intereses moratorios, hasta la cuantía garantizada por la hipoteca.
Conforme a este último precepto, desde la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses legales o convencionales (por las razones que expone la AC y la sentencia, en atención al sometimiento de todos los acreedores al trato concursal que corresponda, y al principio de trato paritario), pero a continuación establece una excepción: "salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía".
De este modo, los créditos asegurados con garantía real siguen devengando intereses de demora con cargo al bien gravado, hasta la cuantía pactada en el contrato, y tienen el carácter de privilegiados, al igual que el crédito garantizado de cuyo impago derivan.
Otras consideraciones (que la entidad acreedora no se haya avenido a una refinanciación de la deuda tras la aprobación del convenio incumplido) son irrelevantes a estos efectos.": SAP Barcelona (Sección 15) 19.06.2014 (Sentencia 216/2014; Rollo 44/2014)

AP Badajoz

"PRIMERO. Resumen de los hechos.
Como se desprende de la sentencia impugnada y de las actuaciones, constan los siguientes:
a) "Sociedad Cooperativa de Consumo Antonio López" fue declarada en concurso en marzo de 2011.
b) "Caja Rural de Extremadura" tenía dos créditos hipotecarios contra la concursada y comunicó una deuda total de 136.224,28 euros con la naturaleza de crédito privilegiado con privilegio especial. Dicha cantidad incluía los intereses moratorios devengados a la fecha de la declaración concursal.
c) La Administración concursal, en su informe definitivo, reconoció a "Caja Rural de Extremadura" un privilegio especial de 136.224,28 euros.
d) En el Plan de Liquidación, la Administración concursal refirió de nuevo dicho crédito.
e) En febrero de 2014, "Caja Rural de Extremadura" se adjudicó las dos fincas por el 50% de su valor de

tasación, es decir, por 158.817 euros.
f) La Administración concursal ha solicitado el reembolso de 22.592,72 euros a "Caja Rural de Extremadura", en concepto de diferencia entre el importe del crédito privilegiado y el valor de adjudicación, y el Juzgado de lo Mercantil así lo ha acordado.
SEGUNDO. Motivo del recurso: infracción de los artículos 59.1, 90.1.1 y 92.3 de la Ley Concursal.
"Caja Rural de Extremadura" sostiene que el precio del remate de la subasta debe destinarse tanto al pago del principal como de los intereses y reseña que la Ley Concursal no suspende el devengo de intereses a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.
El recurso debe estimarse.
Conforme al artículo 59 de la Ley Concursal, a los créditos privilegiados no afecta la suspensión del devengo de intereses. Es una excepción a la regla. La suspensión del devengo de intereses respecto de los créditos concursales tiene su justificación en que quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio o la liquidación, sin que sean exigibles tales créditos antes de que se alcancen tales soluciones. Además, el cese de devengo de intereses facilita la determinación de los importes de los créditos concursales y, con ello, la determinación de los quorums y mayorías exigidas por la ley para la constitución de la junta y la aceptación de la propuesta de convenio. Ello no impide que, si se aprueba un convenio que no contenga ninguna quita, pueda pactarse el pago total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido. Y en caso de liquidación, el artículo 59 de la Ley Concursal también prevé que, si quedara remanente después del pago de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional (sentencias del Tribunal Supremo 273/2014, de 3 de junio y 275/2014, de 4 de junio).
Por otra parte, conocido es que el pago de los créditos con privilegio especial se ha de hacer con cargo a los bienes y derecho afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva. Y el artículo 155.2, en su original redacción (aquí aplicable) y en la vigente, cuando faculta a la Administración concursal para atender el pago de estos créditos con cargo a la masa, bien claro dispone que el abono comprenderá no solo los plazos de amortización sino también los intereses vencidos. No se olvide, por último, que el precio del remate está destinado a pagar tanto el principal como los intereses del crédito hipotecario (artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
En este contexto jurídico, no puede negarse a "Caja Rural de Extremadura" su derecho al cobro de los intereses moratorios con cargo a los bienes objeto de ejecución. Por lógica, si hay un precepto donde se reconoce ese devengo, no podía compelerse a "Caja Rural de Extremadura" a declarar la existencia de otro crédito concursal. Al igual que, con los créditos contra la masa, los privilegiados devengan intereses y tales intereses, conforme a la regla de que lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal, tienen la misma calificación que el crédito cuyo impago determina su devengo (sentencias del Tribunal Supremo 705/2012, de 26 de noviembre, y 295/2014, de 14 de mayo). No se trata, por tanto, de un crédito subordinado y menos cuando el artículo 92.3 de la Ley Concursal excluye de tal calificación a los intereses moratorios correspondientes a créditos con garantía real.
Y por supuesto no hay pérdida de derecho ni acto propio impeditivo por parte de "Caja Rural de Extremadura". El Plan de Liquidación no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario, respecto del pago de su crédito (sentencia del Tribunal Supremo 491/2013, de 23 de julio). Y la ausencia de liquidación de intereses al momento de la pendencia del privilegio especial, es decir, antes de adjudicarse los bienes, no extingue el derecho. La liquidación no es extemporánea, pues, necesariamente, es con el decreto de adjudicación cuando se conoce el término del devengo del interés. No puede hacerse una liquidación sin conocer su base temporal.
En consecuencia, debemos revocar la sentencia de instancia y desestimar la reclamación de cantidad realizada por la Administración concursal contra "Caja Rural de Extremadura".": SAP Badajoz (Sección 3) 24.03.2015 (Sentencia 71/2015; Rollo 59/2015)

AP Salamanca 2011

"Primero.-La administración concursal y la concursada fundamentaron su recurso en la indebida aplicación de los intereses moratorios, por entender que no existe mora en el concurso de acreedores, y por tanto deben aplicarse los intereses ordinarios, habiéndose infringido en la sentencia impugnada los *artículos 59.1, 92.3 y 155.2* de la LEC.
La entidad crediticia acreedora se opuso a dichos recursos.
Segundo.-Así las cosas, es preciso indicar que la Exposición de Motivos de la Ley Concursal señala que la Ley regula con criterios de funcionalidad los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado. Esta paralización, consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso, no afecta a las acciones declarativas de los órdenes civil o social ya en tramitación en el momento de declararse el concurso, que continuarán hasta la firmeza de la sentencia, ni a las acciones de naturaleza contencioso-administrativa o penal con trascendencia sobre el patrimonio del deudor, incluso si se ejercitan con posterioridad a la declaración, pero sí a todas las acciones de carácter ejecutivo, incluidos los apremios administrativos o tributarios, que quedarán en suspenso si se hallasen en tramitación, salvo los acordados con anterioridad a la declaración de concurso, y no podrán iniciarse una vez declarado el concurso.
Pues bien, una de las novedades más importantes de la Ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Respecto a ellas, se respeta por nuestro legislador la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, de manera que se reconoce a tales créditos amparados por una garantía real el privilegio de ejecución separada, pero al mismo tiempo se procura que tal ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal, ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de

la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia.
Por lo demás, naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso del privilegio especial de ejecución separada y el convenio sólo les afectará si su titular firma la propuesta, vota a su favor o se adhiere a ella o al convenio aprobado. Como señala el profesor ANXO TATO PLAZA Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo, en su artículo *"* RECO *NO* CIMIENTO Y GRADUACIÓN DE CRÉDITOS EN LA NUEVA LEY CONCURSAL" " los titulares de créditos con garantía real, en fin, recuperan su derecho de ejecución separada cuando ha transcurrido el período de suspensión y, ni se ha procedido al pago de sus deudas conforme a lo antes expuesto, ni se ha aprobado un convenio o abierto la liquidación".
De manera que de no estar afectados por un convenio, los créditos con privilegio especial se pagarán con cargo a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía. La ejecución se tramitará ante el Juez del concurso. No obstante, en tanto subsista la paralización temporal de estas acciones, la administración concursal podrá optar por atender con cargo a la masa el pago de estos créditos. Aun en caso de realización, el Juez podrá autorizarla con subsistencia de la carga y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, o mediante venta directa, con aplicación del precio al pago del crédito especialmente privilegiado. Se articulan, así una serie de fórmulas flexibles tendentes a evitar que el ejercicio de los derechos reales de garantía perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso.
A estos efectos, la Ley Concursal extiende el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales a las de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo y a los cedidos en arrendamientos financieros, siempre que los correspondientes contratos o documentos estén inscritos en los respectivos registros, así como a las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago de precio aplazado.
Se ha procurado así permitir planteamientos realistas, que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso.
Concretamente, la *Ley Concursal dedica el Capítulo II del Título III, arts. 49 a 60,* a los efectos que la declaración de concurso produce frente a los acreedores del concursado, efectos que derivan del principio de la llamada "par condictio creditorum". Para mantener este principio de igualdad de trato, los acreedores se agrupan en una masa y sufren determinadas modificaciones en sus derechos, por lo que el principio de igualdad de trato se configura como regla general, que admite excepciones en función de la clase de acreedores que contempla la Ley. Por lo que declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes.
Por ministerio de la Ley se integran en la masa pasiva a todos los acreedores, por lo que se constituye un verdadero juicio universal, distinguiendo entre créditos ordinarios o no, los que son sistematizados en el Capítulo III del Título IV.
Sin embargo, del régimen hasta ahora expuesto de los efectos que la declaración de concurso produce sobre las acciones individuales, se exceptúan por disposición de la ley los procesos de ejecución de garantías reales afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad, manteniéndose el derecho a la ejecución singular, si bien sujeto a ciertas limitaciones.
El *art. 56 de la LEC* que regula la paralización de ejecuciones de garantías reales establece que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se hace referencia, se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos.
Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apdo. 2 del *art. 155,* es decir, que mientras subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los

créditos con privilegio especial.
La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta.
De lo dispuesto en el precepto se desprende con claridad que para que se produzca la paralización de ejecuciones con garantías reales es presupuesto necesario que al tiempo de la declaración de concurso no estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y que la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor; piénsese en la finca de recreo del concursado persona natural.
Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.
En cuanto a la suspensión del devengo de intereses determina el *art. 59 de la LEC* que desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el *art. 92,3 de esta Ley,* como regla general, con la excepción de los intereses asegurados con hipoteca que tendrán la consideración de créditos con privilegio especial. Y aunque el precepto no haga referencia expresa a los intereses moratorios, ni a los intereses devengados por la mora procesal, ambos tipos de intereses deben ser incluidos en la suspensión, ya que no dejan de ser intereses legales.
En efecto, de la lectura concordada del *art. 59.1 de la L.Co.* y *art. 92.3 de la L.Co.*, resulta que es voluntad del legislador que los créditos con garantía real gocen y obtengan dentro del concurso un trato similar al que disfrutan en supuestos de ejecución separada, si bien sujetos a los plazos de suspensión o de prohibición de inicio de la ejecución del *art. 56 de la L.Co.* De tal modo que declarado el concurso continuará el devengo de intereses remuneratorios y pactados en escritura, para producida la resolución del contrato de préstamo y liquidado el crédito, continuar el devengo de los intereses moratorios; intereses diversos que si bien son incompatibles en su devengo temporal aparecen cubiertos por la garantía hasta donde alcance la misma y con la calificación de privilegiados especiales del *art. 90.1 de la L.Co.* (Juzgado de lo Mercantil nº 6, Madrid, S 30-9-2010, nº autos 744/2009. Pte: Vaquer Martín, Francisco Javier). En este sentido señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª, de 16.2.2009 (Roj: SAP CO 697/2009; Rollo núm. 23/09) que "...La cuestión planteada en el incidente concursal promovido por "Cajasol" y que ahora se revisa en esta alzada es si procedía el reconocimiento de tres créditos contingentes sin cuantía propia, en los términos del *artículo 87.3 de la Ley Concursal,* con el carácter de privilegiados especiales del *artículo 90.1.1º de la misma Ley,* por los intereses de los préstamos hipotecarios devengados con posterioridad a la emisión de las certificaciones de deuda emitidas por la entidad prestamista para realizar la comunicación de créditos. En relación con lo cual, el *artículo 59.1 de la Ley Concursal* establece que "desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía". Es decir, el precepto establece, como excepción a la regla general de suspensión del devengo de intereses como efecto del concurso sobre los créditos, que los créditos asegurados con garantía real sí siguen devengando intereses con arreglo a lo pactado en la relación contractual (en este caso, contrato de préstamo mercantil con garantía hipotecaria) que dio lugar a su nacimiento. Por lo tanto, el acreedor con garantía real podrá exigir el pago de intereses con cargo al bien gravado como garantía y hasta donde alcance la misma; coordinándose así la Ley Concursal con las previsiones del *artículo 114 de la Ley Hipotecaria.* A su vez, conforme a los *artículos 90.1.1º y 92.3º de la Ley Concursal,* los intereses asegurados con hipoteca no tienen el carácter de subordinados (como es la regla general de los intereses), sino el de créditos con privilegio especial. Debiendo realizarse su reconocimiento en los términos del *artículo 87.3 de la misma Ley,* como créditos contingentes sin cuantía propia.
La postura contraria, sostenida por la parte apelante, implica hacer una excepción no prevista por la ley al tratamiento de los créditos con garantía real dentro del concurso. De suerte que si bien, según esta postura, se reconocería el privilegio de tales créditos para su ejecución separada, sin embargo, al hallarnos en un concurso tal privilegio se ve cercenado en lo que se refiere a los intereses moratorios. Ahora bien, esta postura no viene prevista por la ley, que expresamente excepciona de la regla general de la suspensión en el devengo de intereses a los créditos con garantía real, sin hacer distinciones respecto a esta excepción. De manera que la conclusión, como se ha dicho, debe ser que si por disposición de la ley los créditos con garantía real no están sujetos a la regla general de la suspensión en la producción de intereses, tales créditos producirán los intereses que legalmente producen hasta donde alcance la garantía real, intereses que, como hemos dicho, también son los moratorios cuando se cumplan las condiciones pactadas para ello, como así sucede en el presente caso. Al fin y al cabo, tal excepción respecto de los intereses moratorios de la excepción respecto a la suspensión en el devengo de los intereses no viene recogida, como decimos, ni en el *artículo 59 de la LCo.*, ni tampoco el *artículo 155.2,* que al regular la facultad de la administración concursal para pagar el crédito con garantía real no excluye tampoco de esa obligación el pago de los intereses moratorios. Exclusión que, como hemos visto, tampoco puede deducirse por vía de interpretación, al amparo de los criterios finalista y sistemático que deben tenerse en cuenta conforme al *artículo 3.1 del CC* en toda interpretación de una norma jurídica, puesto que en la regulación de los efectos de la declaración del concurso en los créditos del deudor nuestro legislador ha seguido manteniendo el privilegio de los créditos con garantía real, a los que tan solo ha sometido a unas limitaciones, que antes hemos visto, entre las que no se encuentran la exclusión en el devengo de los intereses moratorios. Siendo así que cuando, como sucede en el presente caso, se trata de la

interpretación de una norma jurídica para deducir si en ella se llevan a cabo una serie de limitaciones a los derechos de los ciudadanos, la interpretación que se haga forzosamente (cfr. *art. 4.2 del CC)*, ha de ser de carácter restrictivo, en orden a evitar que por esta vía de la interpretación se amplíe el número de limitaciones más allá de las expresamente previstas por la ley.
Por consiguiente, de acuerdo con todo lo dicho procede desestimar los presentes recursos.": SAP Salamanca (Sección 1) 20.07.2011 (Sentencia 328/2011; Rollo 24/2011)

AP Zaragoza

"PRIMERO En el presente incidente concursal se pretende resolver la petición de la Caja Rural, acreedora hipotecaria de la sociedad concursada y sobre una finca de ésta garantizando la devolución de su crédito. Pretende dicha entidad financiera que se tenga en cuenta como crédito privilegiado, no sólo la cuantía reconocida en la lista de acreedores (por un montante de 114.056,16?), sino la cantidad total de 133.705,33?. Pues habrá que añadir a la cifra inicial la de 4.955,71? de intereses remuneratorios y la de 16.501,21? de intereses de demora. En todo caso, hasta el máximo de la garantía real anotada en el Registro de la Propiedad.
SEGUNDO Se oponen a ello tanto la sociedad concursa, como la A.C..Argumentan que el Auto que autorizó la venta de la finca hipotecada a favor de un tercerosólo contemplaba la subrogación hipotecaria del tercer adquirente hasta el montante total de 114.056,16?. Resolución que no fue recurrida. Pero, fundamentalmente, se oponen porque la Caja no impugnó la lista de acreedores, ni en lo referente a la cuantía ni a la calificación. Subsidiariamente, se pide que los intereses moratorios no sean reconocidos; sólo los convencionales.
TERCERO La Sentencia de primera instancia estima la pretensión de Caja Rural, declarando que la deuda hipotecaria reconocida en la lista definitiva de acreedores (114.056,16?), debe de verse incrementada con los intereses devengados desde la declaración del concurso, hasta el completo pago y con el límite de la garantía real anotada y que a fecha de interposición de la demanda ascendía a 133.707,33 euros. […]
SEXTO Entrando en el fondo de la cuestión litigiosa, quizá sea conveniente recordar la estructura de la eficacia del concurso sobre los intereses de los créditos.
ElArt 59 L.C. establece una regla general: la declaración del concurso suspende el devengo de intereses. Pero, con la excepción de los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Por lo tanto, la declaración del concurso no afecta a la producción de los intereses garantizados por hipoteca.
Pero, en este caso, dicha desafectación no sólo se contrae a los intereses convencionales o remuneratorios, sino también a los moratorios. Este es el claro tenor delArt 92-3º L.C.. Los créditos por intereses, incluidos los moratorios son de naturaleza subordinada. Salvo los relativos a créditos con garantía real, hasta donde alcance la respectiva garantía.
SEPTIMO Este trato especial encuentra su confirmación en elArt. 155-2 L.C. En efecto, adoptada la decisión de no realizar las cargas que pesaran sobre los bienes del concursado, habrá de satisfacerse la totalidad de los plazos e intereses vencidos hasta ese momento y seguir atendiendo los que vencieren, con cargo a la masa.
Es decir, el trato económico es el mismo que si no hubiera concurso. Así se desprende del último inciso de ese párrafo: si se incumplieren los respectivos plazos, se realizarían los bienes. Por lo tanto, no hay elemento alguno que permita deducir del crédito privilegiado ningún tipo de intereses pactados.
Cómo crédito privilegiado especial (art. 90-1-1º L.C.) sigue, su curso el pacto, sin suspender su evolución la declaración del procedimiento universal. Por lo tanto, una cosa es el crédito existente a la fecha de la solicitud (art 94 L.C.) y otra el que se va acumulando en el transcurso del proceso, pues los intereses no suspenden su producción, por las razones expuestas.
En esta línea están las Ss de los J. Mercantiles de Bilbao (nº1) de 13-3-2007 y de Oviedo, (nº 1) de 14-6-2005.": SAP Zaragoza (Sección 5) 04.12.2008 (JUR 2009/144439; Sentencia 666/2008; Rollo 538/2008)

"II.- INTERESES DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO
QUINTO.-Respecto a la primera cuestión, cobro de los intereses del préstamo hipotecario, no se plantea litigio en cuanto a la posibilidad de que durante el concurso puedan seguir produciéndose intereses. Esta sección ya se pronunció al efecto en su sentencia. 666/08, de 4-diciembre, acudiendo al tenor de los arts 59 y 155 L.C. El punto 2 de este artículo ha sido interpretado en ese sentido. Dice: "es decir, el trato económico es el mismo que si no hubiera concurso". Así parece admitirlo el A.C. en el punto IV de la pág. 6 de su escrito de 18 de marzo.
Por lo tanto, con los datos obrantes en autos, lo que procede resolver es si "Kutxabank" se ha hecho o no pago de tales intereses.
Argumenta el A.C. en su escrito de 1-abril-2014 que el hecho de apuntar los intereses sólo en la cuenta de préstamo (0099) y no proporcionar a la concursada la correspondiente liquidez en la cuenta corriente asociada al mismo (6776), supone en la práctica que la entidad financiera se "autopaga" sus intereses, sin hacer un abono en la cuenta corriente citada.
Es decir, se retienen cantidades, que no se entregan a la concursada, y con esa retención se paga los intereses que derivan de un préstamo que no ha podido ser dispuesto por la prestataria.
SEXTO.-Entiende esta Sala que tal planteamiento no está pensado tanto en la inexigibilidad de los intereses cuanto en el derecho a disponer del principal del préstamo por parte de la prestataria. Pues, el A.C. considera injusta la producción de intereses y su cobro por la prestamista sin que el contenido del "mutuo" haya pasado a propiedad del prestatario, como exige el Art 1753 C. civil.
Por tanto, el enfoque de la cuestión ha de ser otro.
SEPTIMO.-En primer lugar, reiterar que la declaración del concurso no supone la suspensión del devengo de intereses de un préstamo con garantía real. Ni de los remuneratorios, ni de los moratorios.

La citada S. 666/2008, de 4-12 de esta sección razonada así: *"El art 59 L.C. establece una regla general: la declaración del concurso suspende el devengo de intereses. Pero, con la excepción de los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Por lo tanto, la declaración del concurso no afecta a la producción de los intereses garantizados por hipoteca.*
Pero en este caso, dicha desafectación no sólo se contrae a los intereses convencionales o remuneratorios, sino también a los moratorios. Este es el claro tenor del Art. 92-3º L.C.. Los créditos por intereses, incluidos los moratorios son de naturaleza subordinada. Salvo los relativos a créditos con garantía real, hasta donde alcance la respectiva garantía.
Septimo.- Este trato especial encuentra su confirmación en el Art.155-2 L.C.. En efecto, adoptada la decisión de no realizar las cargas que pesaran sobre los bienes del concursado, habrá de satisfacerse la totalidad de los plazos e intereses vencidos hasta ese momento y seguir atendiendo los que vencieren, con cargo a la masa.
Es decir, el trato económico es el mismo que si no hubiera concurso. Así se desprende del último inciso de ese párrafo: si se incumplieren los respectivos plazos, se realizarían los bienes. Por lo tanto, no hay elemento alguno que permita deducir del crédito privilegiado ningún tipo de intereses pactados.
Como crédito privilegiado especial (ART 90-1-1º L.C.) sigue su curso el pacto, sin suspender su evolución la declaración del procedimiento universal. Por tanto, una cosa es el crédito existente a la fecha de la solicitud (art 94 L.C.) y otra el que se va acumulando en el transcurso del proceso, pues los intereses no suspenden su producción, por las razones expuestas". En el mismo sentido, Ss. A. P. Salamanca, secc 1ª, 328/2011, de 20-7 y Córdoba, secc 3ª, 16-2-2009.
OCTAVO.-En segundo lugar, cierto que la satisfacción de créditos se puede hacer mediante "compensación" de otros concurrentes de signo contrario (art 1196 C.c.), a cuyo fin bastaría una anotación en cuenta.
Sin embargo, la ilegalidad de esos pagos no procedería de la anotación en cuenta, sino de la obligación incumplida por parte de la prestamista de entregar el principal a la prestataria.
Y esta realidad fáctica y jurídica no es la planteada en este incidente. Carece este tribunal de datos para resolver tal cuestión. Desconocemos el contenido del contrato, la existencia o no del derecho a exigir el principal del préstamo etc.
NOVENO.-Por tanto, la anotación en cuenta de la producción de intereses sólo se puede considerar "acto dispositivo" en relación a una liquidación de la cuenta. Además, no existe prohibición del cobro de los intereses. Y, por fin, la exigencia de cumplimiento de lo debido a la prestamista habrá de enfocarse desde la óptica de los arts 61 y siguientes L.C.
Por lo que procede estimar el recurso en este punto.": SAP Zaragoza (Sección 5) 19.05.2014 (Sentencia 157/2014; Rollo 78/2014)

JM-1 Oviedo

"Intereses": el art. 92.3, en consonancia con el art. 59, permite el devengo, sin postergación, de los intereses derivados de créditos con garantía real, "hasta donde alcance la respectiva garantía". Esta mención no es baladí ni vacía de contenido. Antes al contrario, implica la afección de la garantía al pago de los intereses, con un límite, claro está, el valor de la propia garantía. El hecho de que el art. 90 no diga expresamente que son privilegiados los intereses no excluye tal carácter, pues es superfluo decirlo desde el momento que el privilegio alcanza a la totalidad de los "créditos garantizados", lo que supone una remisión al documento público en que se haya constituido la garantía, en el que obviamente vienen fijados los créditos que ésta asegura. Esta regla no constituye una novedad en nuestro Derecho. La Exposición de Motivos del Código de Comercio ya decía que "los acreedores que se hallan garantidos especialmente con un objeto mueble o raíz (…) conservan en toda integridad sus derechos, no sólo al capital, sino también a los intereses hasta donde alcance el valor de la garantía, por la regla de que lo accesorio sigue a lo principal". Aunque podría haber sido deseable una mención expresa, como acontece en la InsO, cuyo parágrafo 50.1 dispone que los acreedores con garantía real están autorizados a satisfacerse separadamente con cargo al bien vinculado en lo relativo al principal, intereses y gastos, el precepto se estima suficientemente claro y no ha ofrecido hasta el momento ninguna duda interpretativa. No obstante, por agotar el esfuerzo motivador, la interpretación que en esta resolución se postula merece el apoyo de voces autorizadas en la doctrina. Así, JUAN Y MATEU [Comentario de la Ley Concursal, Rojo-Beltrán (Dirs.), Tomo I, art. 59, pág. 1105] concluye "estos créditos (con garantía real) continuarán devengando intereses tras la declaración de concurso, intereses a los que se debe otorgar la misma clasificación que al crédito principal, y que, por tanto, gozan del mismo privilegio especial". En el mismo sentido FERRÉ FALCÓN (Los créditos subordinados, pág. 279) o SALINAS ADELANTADO (Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Vol. IV, pág. 3871) sentencian su carácter privilegiado. Evidentemente, en aquello que exceda del valor de la garantía, habremos de distinguir según sean intereses preconcursales o postconcursales. En aquéllos el crédito se degrada (art. 92.3 LC), mientras que los segundos deben eliminarse, pues fuera del caso de que el valor de realización alcance para cubrirlos, ha de frenarse su devengo postconcursal (art. 59.1) [SJM nº 1 de Oviedo de 17-5-2011)": AJM-1 Oviedo 21.03.2012 (Concurso 227/2005)

5.3 Sólo los remuneratorios, no los moratorios

AP Salamanca 2008

"QUINTO En cuanto a la aplicación del interés ordinario o bien moratorio, debe señalarse que ha de ser el primero que nace del propio contrato con el carácter retributivo remunerador del capital, y no el moratorio, pues, rechazando las alegaciones que al respecto se hacen en base a que en el préstamo mercantil, el

devengo de intereses es automático y desprovisto del elemento de culpabilidad o justificación del incumplimiento que impregna elart. 1108 del CC, debe señalarse que, aun cuando ello sea cierto en tesis general mercantil, la institución de la mora en el cumplimiento de las obligaciones, en su sentido jurídico, supone siempre un incumplimiento culpable, que en el caso del concurso de acreedores se haya sometido, además, a los principios que lo regulan como son el de la " conservación de la masa activa", prevenido en elart. 43.2. de la LC y el de la " por conditio creditorum" que lleva a la integración de la masa pasiva -art. 49 LC- que produce la agrupación de los acreedores, cuya consecuencia es la imposibilidad de llevar a cabo ejecuciones singulares -art. 55 LC- salvo las excepciones señaladas en elart. 55.4. LC. En definitiva, incluido un crédito en la masa pasiva, en el ámbito del procedimiento concursal, no se produce mora en el pago de los créditos concursales, puesto que cursan dentro del concurso, condicionados a los términos de salvaguarda e integridad de la masa, que les sujeta al buen fin de la misma, lo que impide, en estos casos, que opere la mora como causa de los intereses moratorios. En consecuencia, teniendo en cuenta que no se pueden pagar los créditos concursales hasta que se apruebe el convenio o el plan de liquidación, no se cumple el presupuesto que justifique el devengo de los intereses moratorios.
La parte apelante, promotora del incidente concursal, utiliza el contenido delart. 155.2. LCpara justificar el devengo de intereses moratorios, en cuanto este precepto confiere a la administración concursal la faculta de " optar para atender el pago del crédito privilegiado con garantía real, con cargo a la masa, conservando el bien afecto".
La alegación debe ser desestimada por las siguientes razones: a) el precepto concede, de forma clara, a la administración concursal una opción, no un mandato ni tampoco una imposición, lo que supone que la norma no ha construido una obligación de pago, que vincule a la administración concursal, lo que excluye la morosidad en el incumplimiento, sino que tal obligación de pago del crédito ha quedado suspendida. La simple facultad de opción no puede suponer que surja la obligación de pago inmediato; b) aun cuando la facultad que la Ley otorga a la administración concursal no es absoluta, se ha de tener en cuenta el interés de la masa, exige se tenga en cuenta el bien o derecho que es objeto de un privilegio especial, lo que ha de llevar a la Administración concursal, conforme al criterio de protección crediticia en función de lo que la integración en el concurso ha de suponer, a asumir el pago del crédito vencido u los intereses, en función de la salvaguarda de los intereses concursales en juego, por lo que la facultad delart. 155 LCno puede ser otra que la de configurar no una obligación de pago inmediato, sino solo una facultad para el pago, lo que no permite alegar un retraso culpable, en cuanto no resulta factible el nacimiento y curso de la mora. En consecuencia, se han de desestimar las alegaciones del Banco pretendiendo el devengo de intereses moratorios.
Finalmente debe apuntarse que no resulta comprensible que el Banco, en su comunicación del crédito aplique el interés del 9,5%, y no el ordinario del 5,5%, dado que no tiene sentido que hasta la declaración del mismo fije el interés ordinario, y posteriormente, otro muy superior, pues si como el mismo señala, elart. 155 LCconfigura el crédito como privilegiado derivado de garantía real, como continuo, en tal caso, por coherencia, debió aplicar el ordinario y no el superior.
Por lo tanto, el interés a abonar se habrá de traducir en la cantidad de 22.821,67 euros, conforme a la tesis de la Administración concursal, teniendo en cuenta que han transcurrido 20 meses y un día y los meses deben computarse como de 30 días.
Debe desestimarse el recurso de apelación.”: SAP Salamanca 25.11.2008 (JUR 2009\104066)

2. No obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional.

Art. 59.2

1. El art. 59.2 se refiere sólo a intereses postconcursales

El art. 59-1 LC dispone que «Desde la declaración del concurso quedará suspendido el devengo de los intereses legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía». De esta regla se desprende que puesto que los intereses postconcursales no se devengan, no se podrá referir a ellos la subordinación legal.
Cuando esa misma norma señala que «Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el art. 92-3º de esta Ley» se está refiriendo a los intereses generados por los créditos salariales a los que hace mención previamente.
El art. 59-2 in fine LC expresa que «En caso de liquidación si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional», lo que solo puede interpretarse como referido a los intereses postconcursales, pues carecería de sentido que los intereses preconcursales que se configuran legalmente como créditos subordinados de 3º grado se pagaran sin embargo en último lugar.
También conduce a ello la Exposición de Motivos al hacer referencia en su apartado V que «La categoría de los créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos», pues carecería de lógica que los intereses se limitaran a los devengados por los créditos públicos posteriores a la declaración del concurso.
De todo ello solo cabe concluir que los créditos por intereses subordinados son únicamente los anteriores a la declaración del concurso, de tal manera que los intereses postconcursales se sujetarán, en caso de

liquidación, a las reglas de pago fijadas en el art. 59-2 in fine LC": Sentencia JM Oviedo (Asturias) 14.06.2005 (AC 2005/1017)

Artículo 59 bis. ***Suspensión del derecho de retención.***

1. Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa.

2. Si en el momento de conclusión del concurso esos bienes o derechos no hubieran sido enajenados, deberán ser restituidos de inmediato al titular del derecho de retención cuyo crédito no haya sido íntegramente satisfecho.

3. Esta suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social.

Nuevo art. 59 bis introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor en los que no hubiese sido presentado el informe (Disposición transitoria novena, 2 Ley 38/2011).

Art. 59 bis.1

"La norma invocada por el recurrente art 59 bis de la ley concursal intitulada suspensión de los derechos de retención no implica ni conlleva la estimación de la demanda. La LECO no obliga a los terceros que están en posesión de esos bienes o derechos ponerlos en posesión de los mismos. Tendrán que ser requeridos esos terceros para que procedan a entregar los bienes o derechos retenidos en este caso numerario, acción que puede ser verificada por la administración concursal, vía extrajudicial o judicial, a través del propio juzgado que conoce del concurso, de acuerdo con el artículo 43.1 LECO. ":SAP Baleares (Sección 4) 29.07.2013 (Sentencia 329/2013; Rollo 132/2013)

1. Aplicabilidad también a las relaciones posteriores a la declaración de concurso y créditos contra la masa

AP León

"TERCERO.-Artículo 59 bis de la LC : suspensión del derecho de retención. Relaciones nacidas con posterioridad a la declaración de concurso. Créditos contra la masa.
La parte recurrente argumenta que la suspensión del derecho de retención afecta a las relaciones jurídicas anteriores a la declaración de concurso y que atenta contra la seguridad jurídica extender la garantía a las relaciones surgidas con posterioridad al mismo porque así nadie querría contratar con la concursada con la consiguiente pérdida o destrucción de sus bienes. Y así centrado el debate, nos resulta obligado en primer lugar el análisis de la jurisprudencia que puede ser de aplicación a supuestos similares, pues la mención a las relaciones posteriores a la declaración de concurso introduce la cuestión de la aplicación del artículo 59 bis a los créditos contra la masa.
La Sentencia del TS de fecha 4 de junio de 2014 recuerda la doctrina reiterada que sigue el Tribunal Supremo sobre los recargos e intereses devengados por cuotas de la Seguridad Social posteriores a la declaración de concurso que ofrece una interpretación sobre la aplicación del artículo 59 de la LC "Suspensión del devengo de intereses" que por su sistemática podría tener influencia para resolver la cuestión ahora planteada (cita las *Sentencias 149/2013, de 15 de marzo; 153/2013, de 19 de marzo; 180/2013, de 21 de marzo*; y *189/2013, de 22 de marzo*, entre otras).
Las indicadas Sentencias del TS argumentan lo siguiente: *"El art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera ("De los efectos sobre los créditos en particular"), del capítulo II ("De los efectos sobre los créditos"), del título III ("De los efectos de la declaración de concurso ") de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses".*
En este mismo sentido la Sección 15 de la AP de Barcelona en Sentencia del 26 de junio de 2014 se pronuncia sobre la no aplicación del artículo 58 de la LC a los créditos contra la masa: " *Tratándose de un crédito contra la masa no resulta aplicable el art. 58 LC, que se refiere a la compensación de un crédito concursal, sometido a la masa pasiva y a las reglas que derivan del principio par conditio creditorum, con un crédito recíproco a favor del concursado. En tal supuesto, la regla general es que no procede la compensación, salvo que sus requisitos (art. 1.196 CC) hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso. Entendemos que esa regla afecta únicamente a la compensación de créditos concursales, pero no a los créditos contra la masa, que son extraconcursales en el sentido de que no se incluyen en la masa pasiva (art. 84.1 LC). En este sentido, las SSTS de 15 y 19 de marzo de 2013 confirman que a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la sección tercera ("De los efectos sobre los créditos en particular"), del capítulo II ("De los efectos sobre los créditos") del título III ("De los efectos de la declaración de concurso") de la Ley*

Concursal, donde se ubica el art. 58 LC ".
Y la cuestión que ahora nos planteamos, en línea con la argumentación expuesta en el escrito de recurso, es si puede aplicarse el artículo 59 bis, ubicado en la misma sección tercera, del capítulo II, del título III de la Ley Concursal, a los créditos contra la masa. En este caso la deuda se origina por el depósito contratado por la Administración Concursal para la maquinaria de la concursada. No cabe duda que se trata de un crédito contra la masa que la entidad depositaria debería haber reclamado a la administración concursal dentro del procedimiento concursal. Pero la pregunta es si además del carácter privilegiado que le otorga ya su condición de crédito contra la masa, el depositario tendrá el derecho de retención previsto en el artículo 1780 del CC.
Entendemos que no resulta aplicable el mismo razonamiento que el Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Barcelona realizan respecto de los intereses derivados de créditos contra la masa y la compensación (no aplicación del artículo 59 de la LC sobre suspensión de intereses), pues en este caso el artículo 59 bis no se refiere a créditos sino al derecho de retención sobre los bienes y derechos integrados en la masa activa, lo que incluye sin duda alguna la maquinaria depositada, sin que pueda diferenciarse entre créditos concursales y créditos contra la masa pues no hay posibilidad de diferenciación y el texto legal no lo permite en relación con los bienes que forman parte del patrimonio del concursado.
La posición del artículo en discusión entre los que regulan la fase común, tampoco excluye su aplicación en fase de liquidación ya que el propio artículo 59 bis regula y se refiere en su párrafo segundo al momento de conclusión del concurso.
En definitiva, este Tribunal se muestra conforme con la conclusión alcanzada por el juez de instancia, considerando aplicable el artículo 59 bis al supuesto objeto de análisis.
Y añadiremos a los argumentos ya expuestos en la sentencia recurrida que los créditos contra la masa tienen su propio régimen pues han de pagarse a sus respectivos vencimientos aunque este orden puede ser alterado por la Administración Concursal en interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa será suficiente para el pago de todos ellos. Seguiremos el resumen que hace la STS de 7 de julio de 2014 sobre el pago de créditos contra la masa: "Tras ser reformada, por la Ley 38/2011, la *Ley 22/2003 regula con mayor detalle el orden de pago de los créditos contra la masa, tanto en el caso de que resulten suficientes los bienes - artículo 84, apartado 3 -, como en el contrario -artículo 176 bis, apartado 2* -, siguiendo, como indica el preámbulo de la primera, las enseñanzas de la experiencia. Así, el apartado 3 del artículo 84, tras disponer que " *los créditos del número primero del apartado anterior se pagarán de forma inmediata* " y que " *los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos* ", faculta a la administración concursal para alterar dicha regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso, pero sólo si se presume " *que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa "* y con la limitación que significa que la correspondiente postergación no afectará " *a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social* ". Y, en el caso de que los bienes resulten insuficientes para el pago de todos los créditos contra la masa, el apartado 2 del artículo 176 bis impone un determinado orden y, en su caso, la distribución " *a prorrata dentro de cada número* ", con la salvedad referida a " *los créditos imprescindibles para concluir la liquidación* ".
Así pues, resulta evidente el privilegio que supone el reconocimiento en el concurso de la naturaleza de crédito contra la masa porque se tienen que pagar a su vencimiento o siguiendo el orden previsto en el artículo 176 bis, pero en todo caso con carácter previo al pago de cualquier otro crédito concursal, por lo que aplicar a estos créditos además la posibilidad de ejercitar el derecho de retención nos resulta una facultad excesiva del acreedor. Los razonamientos expuestos en el escrito de recurso sobre la destrucción de los bienes de la concursada si nadie contratara con la misma para el depósito con posterioridad a la declaración de concurso no tienen consistencia, pues son evidentes las ventajas que la LC otorga a esta clase de créditos que nacen en el concurso, suficientes para garantizar la continuidad de la actividad empresarial, cuando sea posible, y las medidas necesarias para la conservación de los bienes que forman parte de la masa activa. La solución concursal de liquidación presupone la necesidad de que todo el patrimonio del deudor se liquide para, con su producto, hacer pago a los acreedores y además se pagarán en primer lugar los créditos contra la masa.
De permitir el derecho de retención sobre los bienes de la concursada parece que introduciríamos un privilegio excepcional no previsto legalmente, pues la realización de bienes o derechos que pueda operarse en el concurso debe beneficiar a todos los acreedores y no solo a quien los tuviera en su poder. La ley no permite a los terceros que tengan bienes o derechos de la titularidad de la masa en su poder hacerse pago con ellos ni tenerlos en garantía para tal finalidad. Y esta regla general no parece que deba romperse en el supuesto de que el depósito haya sido contratado con posterioridad a la declaración de concurso y se generen créditos contra la masa. No encontramos razones legales ni jurisprudenciales que apoyen la versión e interpretación que mantiene la parte recurrente en su escrito de recurso, debiendo confirmar la sentencia dictada en Primera Instancia.”:.”: SAP León (Sección 1) 02.12.2014 (Sentencia 239/2014; Rollo 332/2014)

2. Caso de “retención” de parte del precio pactada en contrato de obra

AP Barcelona

“PRIMERO. 1. Beta Conkret, S.A. (en adelante, Beta) presentó demanda de incidente concursal interesando frente a la concursada FBEX Promo Inmobiliaria, S.L. (en adelante, FBEX) y frente a su AC que:
a) Se reconociera su derecho de retención, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, sobre el solar sito en Tarragona, Avda. Cataluña, 58.
b) Se instara a la AC para el otorgamiento de la correspondiente escritura de reconocimiento del derecho de retención ejercitado, o bien se expidiera el correspondiente mandamiento judicial ordenando su inscripción.

Como fundamento de su solicitud adujo haber suscrito un contrato de obra con la concursada de la que ésta desistió dejándole impagada la cantidad de 1.508.852,93 euros correspondiente a la obra ejecutada. También expuso que instó sin éxito a la concursada a fin de que se aviniera a otorgar la correspondiente escritura pública que le permitiera la inscripción del derecho en el Registro.
2. La resolución recurrida desestimó la demanda considerando que la pretensión era inadmisible porque la actora había insinuado su crédito en el concurso como crédito concursal ordinario, calidad en la que está reconocido, de forma que no puede pretender el reconocimiento con posterioridad de ningún privilegio concursal. También adujo que el privilegio invocado en la demanda, que la actora afirma que le reconoce el Codi Civil de Catalunya, no está reconocido en la legislación concursal, razón por la que debe ceder en el concurso.
3. El recurso de Beta se funda en los siguientes motivos:
a) No pretende que se modifique en el concurso la calificación de su crédito, como parece haber entendido la resolución recurrida, sino exclusivamente que se acuerde la inscripción en el Registro de su derecho de retención, con el fin de poder hacerlo valer frente a terceros.
b) Es procedente estimar la demanda porque la existencia del derecho de retención invocado ha sido reconocida por la propia concursada y no es incompatible con lo actuado en el proceso concursal.
SEGUNDO. 4. Los hechos relevantes que sirven de contexto al conflicto que enfrenta a las partes son los siguientes:
a) Beta, en calidad de constructora, y FBEX, como promotora, firmaron un contrato de obra en fecha 10 de julio de 2006, con un anexo de 10 de julio de 2007, cuyo objeto estaba integrado por la construcción de un edificio en Avda. de Catalunya, 58 de Tarragona, por un precio alzado de 6.315.777,67 euros, luego elevado a la cantidad de 6.893.329,74 euros.
b) El contrato referido quedó resuelto por el desistimiento de la promotora realizado el 15 de julio de 2008, momento en el que se había ejecutado un 19,92 % de la obra comprometida.
c) El 6 de noviembre de 2008 Beta ejercitó notarialmente el derecho de retención que le reconoce el art. 569-5 del Codi Civil de Catalunya, requiriendo al efecto a la promotora. En ese requerimiento se expresaba que la cantidad por la que se ejercitaba era 1.508.852,93 euros y que correspondía a diversos conceptos, tales como: (i) 1.362.038,09 por indemnización por lucro cesante; (ii) 2.290,17 euros por gastos de devolución de un pagaré; y (iii) el resto, 144.524,67 euros, a dos facturas impagadas.
d) El Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Barcelona dictó sentencia el día 2 de noviembre de 2010, luego confirmada por la Audiencia Provincial, por la que se condenaba a la concursada al pago de 974.288,71 euros por los diversos conceptos que la promotora adeudaba a la constructora como consecuencia del referido desistimiento contractual.
e) El 3 de junio de 2010 se declaró en concurso a FBEX, en el que insinuó su crédito como ordinario, carácter con el que fue reconocido.
f) El 10 de mayo de 2011 el Juzgado mercantil que conoce del concurso dictó auto concediendo autorización para transmitir tres fincas de la concursada a favor de un tercero, resolución frente a la que la actora de este incidente interpuso recurso de reposición aduciendo la existencia de su derecho de retención sobre las fincas.
TERCERO. 5. No le falta razón a la recurrente cuando afirma que la resolución recurrida no ha entendido correctamente su demanda. Efectivamente, lo que ha pretendido a través de este incidente concursal no consiste en la modificación de la calificación de su crédito en el concurso, que aparece reconocido como crédito ordinario. La recurrente no discute esa calificación ni pretende que se le reconozca privilegio concursal alguno. No cuestiona que su crédito no merece el reconocimiento de ningún privilegio concursal. Lo que solicita es algo bien distinto, que se reconozca un derecho de retención, de carácter extraconcursal, que existe y mantiene su eficacia a pesar de la situación concursal y que se supla la voluntad de la concursada para poderlo garantizar correctamente frente a tercero mediante su acceso al Registro.
La resolución recurrida ha dado respuesta a cuestiones distintas a las que la demanda de Beta plantea, que se limitan al reconocimiento y pervivencia del derecho de retención en una situación concursal.
6. La cuestión que se plantea consiste en la resistencia del derecho de retención al concurso, cuestión no explícitamente regulada en el texto originario de la Ley Concursal, a diferencia de lo que ocurre tras la reforma operada por Ley 38/2011, que ha introducido el art. 59 bis.1 que establece que " declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa".
7. Esa novedad legislativa no es aplicable por razones temporales al caso en examen. La doctrina había discutido cuál era la solución de este problema ante el silencio legislativo que mantenía el texto de la LC sobre esa cuestión: (i) una postura muy extendida se inclinaba por sostener que el derecho de retención no era resistente al concurso, como antes no se consideraba que lo fuese a la situación de suspensión de pagos o quiebra; (ii) no obstante, no faltaban opiniones a favor de una idea distinta, de que debía considerarse resistente al concurso, aún en el caso de que el derecho no cuente con la facultad de ejecución separada.
8. La segunda de esas posturas podía argumentarse correctamente en un escenario en el que el concurso no acabara con la liquidación de toda la masa activa de la concursada, pero no así cuando el concurso acababa en liquidación. La solución concursal de liquidación presupone la necesidad de que todo el patrimonio del deudor se liquide para, con su producto, hacer pago a los acreedores. Admitir la resistencia del derecho de retención en un escenario de liquidación equivaldría a mantener cautivas bolsas de bienes de la concursada en una situación en la que esos bienes no pueden ser ejecutados dentro del concurso ni fuera del mismo. Esa idea resulta inadmisible.
Por ello, acreditado que el concurso de FBEX se encuentra en fase de liquidación, abierta por auto de fecha 25 de noviembre de 2011, esto es, posterior incluso a la resolución recurrida, debemos considerar que el recurso ha quedado desprovisto de sentido. Sí lo hubiera podido tener antes de la liquidación, pero lo ha

perdido con la apertura de la misma. “:SAP Barcelona (Sección 15) 26.07.2012 (Sentencia 283/2012; Rollo 178/2012)

AP Cáceres

“TERCERO.-Entrando a analizar el recurso de apelación de la demandante, FABRICACIÓN DE ALUMINIO Y CRISTALERIA LOMA S.L. como expusimos se formuló alegando error en la valoración de la prueba e infracción de lo dispuesto en art. 49 de la Ley Concursal que, a su entender, le libera de la necesidad de acreditar el pago de las cargas sociales, obviando así el obstáculo que esgrime la demandada para atender a los pagos reclamados en ejecución de las cláusulas contractuales. Ataca al demandante todos los pronunciamientos de la sentencia, excepto aquel que, lógicamente, le beneficia, es decir, la condena a la demandada a la devolución de los avales entregados por la actora en cumplimiento la estipulación CUARTA B del contrato.
La cuestión controvertida se centra en determinar, si el pago de las facturas y devolución de las retenciones y aval bancario, resultan procedentes de acuerdo con lo pactado por las partes, pues la demandada invoca su inexigibilidad, conforme a las estipulaciones contractuales, por entender que el pago de las facturas y las devolución de las retenciones se encuentra condicionados a la previa presentación de los certificados vigentes de hallarse al corriente en el pago de nóminas y de sus obligaciones con la Tesorería General de la Seguridad Social, en el hecho de no haber finalizado el plazo de garantía respecto de los importes retenidos en tal concepto y en no haberse consensuado las medición de una las facturas reclamadas.
El juez de primera instancia entiende que, partiendo del hecho indiscutido de que a la fecha de la recepción definitiva de la obra la actora no se hallaba al corriente del pago de las obligaciones sociales, es decir, no había cumplido la obligación garantizada en la estipulación CUARTA 2ª, lo que de hecho supuso el embargo de las cantidades pendientes de cobro por esta obra a instancias de la Seguridad social, la retención pactada del 5% de la facturación y la retención de las facturas reclamadas estaba plenamente justificado ante el incumplimiento de la obligación garantizada.
Pues bien, esta Sala no puede por más que compartir la argumentación y decisión del juez a quo por cuanto, efectivamente, no podemos olvidar que el contratista responde solidariamente de los salarios impagados a los trabajadores, de conformidad al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y declarada responsable la contratista de las obligaciones con la Seguridad Social, responde subsidiariamente frente a la dicha institución, de conformidad lo establecido los artículos 104.1 y 127 de la LGSS. Y en este caso, incumplidas tales obligaciones por la subcontrata si le obliga al contratista a pagar la retención al actor en este procedimiento o a pagar las factura retenidas, sin haber transcurrido, como así ha sido, el periodo de garantía, se corre el riesgo de que el contratista pague dos veces. Por tanto, la acreditación por el subcontratista del pago de salarios y cuotas es requisito condicionante para la devolución de las retenciones tal y como se pacto. Aquí, como hemos expuesto, existe una deuda de la concursada por el pago de nóminas y seguros sociales y, aún más, existe un embargo practicado por la seguridad social por el total de la facturación y retenciones cuya devolución interesa la subcontratista. En estas condiciones y partiendo de la clara acción de la Seguridad Social y de los trabajadores para reclamar sus créditos frente al contratista en caso de impago del subcontratista, no es posible exigir al primero la devolución de la retenciones y a ello no afecta el hecho de que la subcontrata se encuentre en situación de concurso, sin que viole la regla general de suspensión del derecho de retención a partir de la declaración del concurso, contenida en el artículo 59 bis. 1 de la LC, porque tales reglas no imponen la devolución de las cantidades retenidas con anterioridad. A estos efectos es importante señalar que los derechos de retención recogidos en la cláusula contractual transcrita, no se articulan como una forma de pago extintiva de las obligaciones, lo que podría generar una situación de privilegio y de mejor condición de un acreedor respecto de los demás del concurso, sino como un auténtico instrumento de garantía, que debe operar y desplegar sus efectos ante el claro incumplimiento de las obligaciones garantizadas.
Por eso, el recurso de apelación interpuesto en representación de la entidad FABRICACIÓN DE ALUMINIO Y CRISTALERIA LOMA S.L. debe ser rechazado y confirmada la resolución recurrida.”: SAP Cáceres (Sección 1) 29.12.2014 (Sentencia 182/2014; Rollo 201/2014)

AP Zaragoza

“TERCERO.- Sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje
Plantea la apelante, en primer lugar, la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje y, subsidiariamente, la competencia para conocer de la reclamación de los tribunales civiles.
Considera la Sala, aceptando en lo sustancial los argumentos del juez a quo, que la cuestión fundamental para determinar la competencia o no de la jurisdicción y dentro de ella del Juzgado de lo Mercantil es la determinación del objeto del proceso.
Así, esta conforme la parte demandada, también lo admite el juez de la instancia, que en virtud de los contratos suscritos entre las partes se creó un derecho de retención sobre el 5% de las cantidades facturadas y que se pactó igualmente en los contratos suscritos "para la solución de las cuestiones litigiosas o diferencias, tanto de carácter técnico como económico que pudieran surgir por la realización de las obras, o que pudieran derivarse de la Interpretación o cumplimiento del presente contrato, las partes contratantes acuerdan someterse a un arbitraje de equidad de tres árbitros Arquitectos" y "para cualquier otra cuestión distinta de las anteriores que pudiera derivarse de la aplicación, Interpretación, o cumplimiento de este contrato las partes con renuncia expresa de su propio fuero si lo tuvieren se someten expresamente a los Tribunales de Zaragoza".

Sobre este pacto lo cierto es que tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011 en la Disposición transitoria novena se establecía la aplicación del nuevo precepto 59 bis a aquellos concursos en tramitación en los que a la fecha de entrada en vigor de la ley no se hubiera emitido el informe de la AC.
Dicha norma establecía, a diferencia de las regulaciones precedentes que no lo hacían, la suspensión del derecho de retención sobre bienes y derecho de la concursada desde la declaración del concurso.
Esta cuestión había sido objeto de debate doctrinal y, como declara la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección Décimo quinta) de 26 de julio de 2012, "la cuestión que se plantea consiste en la resistencia del derecho de retención al concurso, cuestión no explícitamente regulada en el texto originario de la Ley Concursal, a diferencia de lo que ocurre tras la reforma operada por Ley 38/2011, que ha introducido el art. 59 bis.1 que establece que "declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa".
Esa novedad legislativa no es aplicable por razones temporales al caso en examen. La doctrina había discutido cuál era la solución de este problema ante el silencio legislativo que mantenía el texto de la LC sobre esa cuestión: (i) una postura muy extendida se inclinaba por sostener que el derecho de retención no era resistente al concurso, como antes no se consideraba que lo fuese a la situación de suspensión de pagos o quiebra; (ii) no obstante, no faltaban opiniones a favor de una idea distinta, de que debía considerarse resistente al concurso, aún en el caso de que el derecho no cuente con la facultad de ejecución separada.
La segunda de esas posturas podía argumentarse correctamente en un escenario en el que el concurso no acabara con la liquidación de toda la masa activa de la concursada, pero no así cuando el concurso acababa en liquidación. La solución concursal de liquidación presupone la necesidad de que todo el patrimonio del deudor se liquide para, con su producto, hacer pago a los acreedores. Admitir la resistencia del derecho de retención en un escenario de liquidación equivaldría a mantener cautivas bolsas de bienes de la concursada en una situación en la que esos bienes no pueden ser ejecutados dentro del concurso ni fuera del mismo. Esa idea resulta inadmisible".
La opción legal ha sido clara respecto a la suspensión del derecho con la sola declaración concursal.
En el presente caso, la cuestión litigiosa no es si existe el derecho y su configuración, nacimiento o subsistencia en virtud del contrato, sino únicamente si el mismo queda o no en suspenso por ministerio de la ley tras la declaración de concurso.
Esta cuestión es en todo ajena al contrato, mucho más a las cuestiones técnicas o económicas derivadas del mismo y, por ello, no amparada por el pacto de sumisión a árbitros, por lo que habrá de procederse a continuación al examen de si se trata de una cuestión competencia del orden civil en general o del órgano del concurso en particular.
CUARTO.- Competencia judicial para conocer la cuestión litigiosa
Alega la demandada que se trata de una mera reclamación de cantidad que, caso de no sujetarse la cuestión a árbitros, corresponde su conocimiento a la jurisdicción civil en cuanto no se trata de ejercicio de acciones con transcendencia patrimonial para el deudor.
Nuevamente, la Sala ha de estar con el juez de la instancia, así, se trata de un derecho, el de retención, en virtud del cual la parte que lo ostenta tiene en su posesión bienes y derecho de un tercero; tal derecho viene a ser el reverso de la posesión por el deudor de los bienes y derecho de tercero.
La declaración de concurso trastoca ambas situaciones de tal manera que para la determinación de la masa activa con arreglo al principio de universalidad que servirá de garantía a todos los acreedores, la normativa concursal establece ahora con total claridad dos operaciones plenamente compatibles y consecuentes con la declaración de concurso, la separación de los bienes y derechos existentes en el patrimonio del deudor y correspondientes a terceros y, paralelamente, la entrega por los terceros de los bienes y derecho del deudor que tuvieran retenidos en su poder, de tal manera, que no se tendrán en cuenta en la masa bienes ajenos, ni se permitirá a los terceros que tengan bienes o derechos de la titularidad de la masa en su poder hacerse pago con ellos o simplemente tenerlos en garantía para tal finalidad. De permitirlo, se trataría de un privilegio excepcional no previsto legalmente, pues la realización de bienes o derechos que pueda operarse debe beneficiar a todos los acreedores y no solo a quien los tuviera en su poder.
Por ello, es discutible conceptualmente en primer lugar que el ejercicio del derecho a ejecutar la reintegración de los bienes del deudor a la masa no constituya el ejercicio de acciones contra el patrimonio del concursado, en cuanto si no inmediatamente, al menos mediatamente, la restitución de la posesión de los bienes y derechos retenidos al deudor delimita y configura claramente su patrimonio; de otra parte, es reiterada la consideración de que el art. 8 de la LC no constituye numerus clausus, en cuanto existen acciones que no enumeradas en dicha lista, son claramente competencia del Juez del concurso, valgan las citadas por el juez a quo respecto a las acciones de reintegración, la compensación, a las que se pueden unir las cuestiones atinentes al derecho de separación y, también la discutida, la referente a la existencia o no de derecho de retención y su ámbito.
Todas ellas estima la Sala son competencia del Juez el concurso, cuanto menos por la configuración legal de dichos derechos y acciones y con base siquiera sea en el art 86 Ter 1 de la LOPJ "los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en material concursal, en los términos previstos en la Ley reguladora".
Por tanto, estima la Sala que la competencia para conocer de la suspensión del derecho de retención corresponde al juzgado que conoce del concurso.
Lo anterior lleva a otra cuestión alegada por la apelante, que la suspensión del derecho de retención existente sobre los bienes y derecho del concursado se resuelve conforme a los arts. 59 bis y 43.1 de la LC con un mero requerimiento.
Estima la Sala que aunque la sistemática de la art. 59 bis, no es paralela a la de los arts 58 -derecho a la compensación-, 80 -derecho de separación-, 79 -existencia o inexistencia de cuentas separadas,... lo cierto es que no puede estimarse que la suspensión del derecho de retención quede limitado a la existencia de un

mero requerimiento, sin poder llevarse a cabo materialmente por vía ejecutiva, previa su declaración, sino que, precisamente y en consonancia con su existencia, su efectividad puede obtenerse a través de una declaración judicial de vigencia y efectividad susceptible, a falta de previsión sistemática, de cobijarse perfectamente en el art. 192.1 de la LC que atribuye el cauce del incidente concursal "todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación".
Por ello, ha de estimarse que el cauce elegido es el adecuado, con desestimacion de estos motivos de recurso.": SAP Zaragoza (Sección 5) 28.01.2014 (Sentencia 13/2014; Rollo 457/2013)

"PRIMERO.-Sobre el tema que es objeto de estudio en el presente procedimiento ya se han pronunciado diversas Audiencias. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 214/2011, de 20 de junio, razona que: "...Incidir no obstante en que desde el momento que la actora no niega propiamente que pudiera existir el crédito, sino simplemente que el mismo no puede ser incluido en el inventario, al ostentar un derecho de retención frente al mismo por el incumplimiento por la concursada de las obligaciones asumidas en el contrato del que trae causa (permuta de solar a cambio de obra), decir que, como ya apuntará el juez a quo con cita a la SAP de Barcelona de 1 de junio de 2006 "la inclusión de un bien o un derecho de crédito a favor de la concursada dentro del inventario no supone necesariamente, aunque luego este inventario sea aprobado judicialmente, un pronunciamiento declarativo de la propiedad o del derecho real del concursado sobre aquellos bienes o del derecho de crédito de la concursada frente a un tercero, que legitime dentro del concurso su reclamación contra dichos terceros. El inventario no cumple la finalidad de determinar con exactitud la masa activa sino de informar sobre ella a los acreedores afectados por un posible convenido o de orientar la liquidación en su caso". Siendo ello así, la conclusión no puede ser otra que la inclusión del referido crédito dentro de la masa activa, máximo cuando en el caso y en justa reciprocidad, le han sido reconocido a la accionante y con la calificación de crédito contra la masa, el crédito que ostenta contra la concursada en virtud del referido contrato de permuta. Añadir que, en cualquier caso, el derecho de retención que refiere ostentar, se debe poner en relación con uno de los principios básicos de la Ley Concursal, como es el principio de universalidad plasmado en lo que interesa a la masa activa en el artículo 76.1 de la Ley Concursal, y de accederse a la petición, se generaría a su favor una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo, rompiendo el principio de universalidad y "par condictio creditorum", o de igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, como es el caso, pues dicho derecho de retención, no es subsumible en ninguno de lo supuestos especificados en los artículos 90 y 91 de la Ley Concursal. En similar sentido se pronuncia la SAP de Jaén de 9 de febrero de 2009 que resolviendo al respecto de la devolución de la cantidad retenida en concepto de garantía en un contrato de ejecución de obra, garantía constituida para responder de los posibles defectos que pudiera presentar la misma refiere "este derecho de retención, se debe poner en relación con el procedimiento concursal en que se encuentra la demandada, y en consecuencia, debe desestimarse la pretensión de la recurrente, pues de otro modo, de estimarse, se acabaría con el trato igual que los acreedores de la misma clase, conforme al principio de universalidad, artículo 76 de la Ley concursal y con el principio conservativo de la masa, que pretende dar satisfacción al mayor número de aquellos, además de garantizar la continuidad de la empresa".
La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 26 de julio de 2012, Rollo 178.2012, expone que "...6. La cuestión que se plantea consiste en la resistencia del derecho de retención al concurso, cuestión no explícitamente regulada en el texto originario de la Ley Concursal, a diferencia de lo que ocurre tras la reforma operada por la Ley 38/2011, que ha introducido el artículo 59 bis.1 que establece que " declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa". 7. Esa novedad legislativa no es aplicable por razones temporales al caso en examen. La doctrina había discutido cuál era la solución de este problema ante el silencio legislativo que mantenía el texto de la LC sobre esa cuestión: (i) una postura muy extendida se inclinaba por sostener que el derecho de retención no era resistente al concurso, como antes no se consideraba que lo fuese a la situación de suspensión de pagos o quiebra; (ii) no obstante, no faltaban opiniones a favor de una idea distinta, de que debía considerarse resistente al concurso, aún en el caso de que el derecho no cuente con la facultad de ejecución separada. 8. La segunda de esas posturas podía argumentarse correctamente en un escenario en el que el concurso no acabara con la liquidación de toda la masa activa de la concursada, pero no así cuando el concurso acababa en liquidación. La solución concursal de liquidación presupone la necesidad de que todo el patrimonio del deudor se liquide para, con su producto, hacer pago a los acreedores. Admitir la resistencia del derecho de retención en un escenario de liquidación equivaldría a mantener cautivas bolsas de bienes de la concursada en una situación en la que esos bienes no pueden ser ejecutados dentro del concurso ni fuera del mismo. Esa idea resulta inadmisible".
La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2004, argumentó, por el contrario, la oponibilidad del derecho de retención frente a la masa en un caso de suspensión de pagos; se trataba de una venta en garantía, caso en el que entonces existía una abundante jurisprudencia que reconocía al fiduciario un derecho de retención sobre el bien comprado mientras el fiduciante no cumpla con la obligación garantizada.
La Sentencia del Juzgado Mercantil número 1ª de Granada de 13 de abril de 2011 es favorable a la suspensión del derecho de retención una vez declarado el concurso, revirtiendo sus bienes que aquella integran a la masa de acreedores, sin perjuicio de las acciones que pudieran entablarse posteriormente si se acreditase que la obra adolecía de defectos o había sido mal ejecutada, exigiéndolo así la universalidad del patrimonio concursal y su posterior reparto equitativo entre los acreedores cuyos créditos hayan sido reconocido, sin admitir la formación de patrimonios separados, que no suponen créditos privilegiados, y suponen una infracción al principio del tratamiento igualitario de los créditos, sin dar lugar a preferencias.
SEGUNDO.-La cuestión que se plantea se encuentra relacionada, en alguna manera, con el concepto del aquel derecho. Así debe adelantarse que naturaleza jurídica del derecho de retención, y sus consiguientes efectos, son muy discutidos en la doctrina. Bien sabido es que derecho de retención constituye una garantía

reconocida por la ley a determinados acreedores, a lo que se les faculta para conservar en su poder la cosa del deudor hasta que se les satisfaga el crédito relacionado con la misma. El derecho de retención tiene así una función de garantía, pero sin que haya sido considerado nunca como privilegio. Todo ello se debe a que el Código no especifica con propiedad cuales son sus efectos, y su incidencia específica en el proceso de ejecución colectiva, salvedad hecha de ciertos supuestos particulares, como por ejemplo respecto del derecho de retención concedido al usufructuario en el artículo 502 para que se reintegre, con los productos de la cosa usufructuada, por lo gastado en reparaciones extraordinarias que debería haber hecho el nudo propietario (efecto que no se deriva en los otros casos). Y se debe también a que en algunos de los preceptos sencillamente habla de retener (artículos 453, 464, 522) y en otros de retener en prenda la cosa que debe restituirse (artículos 1600, 1730, 1780). Cabría preguntarse si tiene en estos casos el derecho de retención los mismos efectos que un derecho de prenda, que es un derecho real de garantía, que es cuestión en cierto modo candente pues la prenda despliega efectos erga omnes (es decir, frente a cualquier persona, no sólo contra el deudor de la obligación garantizada), dota de un privilegio especial al crédito garantizado (artículo 1922.2.º CC) y permite a su titular realizar el valor del bien pignorado en caso de incumplimiento de dicha obligación. Para algunos autores, en los artículos 1600, 1730, 1780 y 1866 se sancionaría un auténtico derecho real de garantía, un derecho de prenda con los efectos anunciados. Pero son mayoría los que lo niegan aduciendo una imprecisión terminológica del Código para justificar la distinta dicción legal. Quien ostente el derecho de retención sobre cosa propiedad de su deudor no puede cobrar con preferencia a otro acreedor de su deudor, en caso de colisión, salvo que su crédito sea privilegiado porque así lo disponga otra norma (por ejemplo, el taller que ha reparado mi coche puede retenerlo en su poder, porque se lo permite el artículo 1600, y además cobrar su crédito con la preferencia que le otorgan los artículos 1922.1 º y 1926 CC; sin embargo, el depositario de mis muebles puede retenerlos en su poder hasta que le abone la cantidad pactada por razón del depósito, pero no cobrar antes que otros de mis acreedores, pues su crédito no es privilegiado, pero la aplicación de esta regla debe efectuarse con mesura y evitar una extensión desmedida a casos no expresamente contemplados

TERCERO.-La redacción actual de la Ley Concursal no deja lugar a dudas sobre este particular. Así señala el artículo 59 bis: " Suspensión del derecho de retención. 1. Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa.

2. Si en el momento de conclusión del concurso esos bienes o derechos no hubieran sido enajenados, deberán ser restituidos de inmediato al titular del derecho de retención cuyo crédito no haya sido íntegramente satisfecho. 3. Esta suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social". Esto es, el derecho de retención practicada queda sin efecto, se paraliza momentáneamente, se suspende, como si no hubiera tenido lugar. Se debe añadir que, en cualquier caso, el derecho de retención ostentado, se debe poner en relación con uno de los principios básicos de la Ley Concursal, como es el principio de universalidad plasmado en lo que interesa a la masa activa en el artículo 76.1 de la Ley Concursal, y de accederse a la petición, se generaría a su favor una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo, rompiendo el principio de universalidad y "par condictio creditorum", o de igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, como es el caso, pues dicho derecho de retención, no es subsumible en ninguno de lo supuestos especificados en los artículos 90 y 91 de la Ley Concursal. Si la obra se acredita en momento posterior no correctamente ejecutada, habrá otros procedimientos para intentar el resarcimiento del daño causado, como por ejemplo, en vía concursal, con la aplicación del a rtículo 86 de la Ley sobre elReconocimiento de créditos: " 1. Corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso", o actuando el derecho fuera del procedimiento colectivo si ha finalizado por haberse alcanzado el correspondiente convenio y haber cesado los efectos del mismo. En puridad jurídica, siendo cualquier argumento discutible si se aportan los razonamientos precisos, la solución adoptada por el legislador podría bajo ciertos aspectos motivar polémica sobre si los derechos de aquellos terceros quedan adecuadamente protegidos, pero no cabe duda que se trata de la más conforme a la naturaleza propia del procedimiento concursal y efectos del derecho de retención, como han sido apuntados, y en todo caso, cerrando el posible debate, es la solución dada por el legislador, y a ella habrá de estarse por encima de cualquier otra elucubración.

CUARTO.-Con lo que ha sido expuesto en los considerandos anteriores, queda en lo esencial resuelto el tema del asunto, reproducido en esta segunda instancia por el recurso que ha sido interpuesto. Entrando en el estudio de alguna cuestión particular, como por ejemplo la cuestión de competencia formulada, en cuanto que se dice que en el contrato que fue celebrado existía cláusula sometiendo a árbitros cualquier cuestión litigiosa que se pudiera plantear en la interpretación de aquel, resulta forzoso señalar que la que se debate la posible suspensión del derecho de retención a efectos de reintegrar sus bienes en la masa del concurso--, no forma parte del contrato, no constituye derecho-deber de alguna de las partes contratantes cuyo extensión o contenido pueda suscitar duda o provocar disparidad de opiniones que haya de ser resuelta por tercero ajeno a los órganos jurisdiccionales, no es propiamente punto controvertido, no hay criterios encontrados sobre el posible alcance de un derecho reconocido en el contrato. Se trata de la aplicación de un artículo de la Ley Concursal, que ordena la suspensión de un derecho, con el consiguiente requerimiento para la reintegración de los bienes que lo conforman en la masa concursal, constituye fase previa a la aplicación del contrato, no está en juego estipulación alguna contenida en el mismo, el pleito no nace por la aplicación del aquel sino en una fase anterior que carece de regulación en el mismo y es por tanto le es ajeno. Otro tanto debe decirse respecto sobre la alegada competencia de la jurisdicción civil, pues, con reiteración de lo que ha sido razonado, el debate surge con motivo de la aplicación de un artículo de la Ley Concursal y es materia propia del procedimiento colectivo de ejecución, la conformación de los bienes de la masa y reintegro de los bienes que la constituyen, siendo pues cuestión esencialmente mercantil, que no puede quedar sustraída al conocimiento de

la jurisdicción especializada, reflexión que parece obvia y no necesita de mayor explicación. Y abundando en lo mismo, con reproducción de los argumentos empleados, siendo fase previa de reintegración de ciertos bienes al concurso, se puede discutir en este pleito sobre la aplicación a los hechos que lo motivan de aquel artículo 59 bis indicado, si los regula o son ajenos al mismo, si se relacionan o no con el mismo, pero lo que no se puede hacer es entrar en debate sobre cuestiones que claramente son extrañas al precepto en si mismo, cuando los pagos que se dicen efectuados tuvieron lugar en todo caso después del periodo de insolvencia y una vez declarado el concurso.": SAP Zaragoza (Sección 5) 24.03.2014 (Sentencia 85/2014; Rollo 460/2013)

"PRIMERO.-Sobre el tema que es objeto de estudio en el presente procedimiento ya se han pronunciado diversas Audiencias. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 214/2011, de 20 de junio, razona que: "...Incidir no obstante en que desde el momento que la actora no niega propiamente que pudiera existir el crédito, sino simplemente que el mismo no puede ser incluido en el inventario, al ostentar un derecho de retención frente al mismo por el incumplimiento por la concursada de las obligaciones asumidas en el contrato del que trae causa (permuta de solar a cambio de obra), decir que, como ya apuntará el juez a quo con cita a la SAP de Barcelona de 1 de junio de 2006 "la inclusión de un bien o un derecho de crédito a favor de la concursada dentro del inventario no supone necesariamente, aunque luego este inventario sea aprobado judicialmente, un pronunciamiento declarativo de la propiedad o del derecho real del concursado sobre aquellos bienes o del derecho de crédito de la concursada frente a un tercero, que legitime dentro del concurso su reclamación contra dichos terceros. El inventario no cumple la finalidad de determinar con exactitud la masa activa sino de informar sobre ella a los acreedores afectados por un posible convenido o de orientar la liquidación en su caso". Siendo ello así, la conclusión no puede ser otra que la inclusión del referido crédito dentro de la masa activa, máximo cuando en el caso y en justa reciprocidad, le han sido reconocido a la accionante y con la calificación de crédito contra la masa, el crédito que ostenta contra la concursada en virtud del referido contrato de permuta. Añadir que, en cualquier caso, el derecho de retención que refiere ostentar, se debe poner en relación con uno de los principios básicos de la Ley Concursal, como es el principio de universalidad plasmado en lo que interesa a la masa activa en el artículo 76.1 de la Ley Concursal, y de accederse a la petición, se generaría a su favor una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo, rompiendo el principio de universalidad y "par condictio creditorum", o de igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, como es el caso, pues dicho derecho de retención, no es subsumible en ninguno de lo supuestos especificados en los artículos 90 y 91 de la Ley Concursal. En similar sentido se pronuncia la SAP de Jaén de 9 de febrero de 2009 que resolviendo al respecto de la devolución de la cantidad retenida en concepto de garantía en un contrato de ejecución de obra, garantía constituida para responder de los posibles defectos que pudiera presentar la misma refiere "este derecho de retención, se debe poner en relación con el procedimiento concursal en que se encuentra la demandada, y en consecuencia, debe desestimarse la pretensión de la recurrente, pues de otro modo, de estimarse, se acabaría con el trato igual que los acreedores de la misma clase, conforme al principio de universalidad, artículo 76 de la Ley concursal y con el principio conservativo de la masa, que pretende dar satisfacción al mayor número de aquellos, además de garantizar la continuidad de la empresa".
La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 26 de julio de 2012, Rollo 178.2012, expone que "...6. La cuestión que se plantea consiste en la resistencia del derecho de retención al concurso, cuestión no explícitamente regulada en el texto originario de la Ley Concursal, a diferencia de lo que ocurre tras la reforma operada por la Ley 38/2011, que ha introducido el artículo 59 bis.1 que establece que " declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa". 7. Esa novedad legislativa no es aplicable por razones temporales al caso en examen. La doctrina había discutido cuál era la solución de este problema ante el silencio legislativo que mantenía el texto de la LC sobre esa cuestión: (i) una postura muy extendida se inclinaba por sostener que el derecho de retención no era resistente al concurso, como antes no se consideraba que lo fuese a la situación de suspensión de pagos o quiebra; (ii) no obstante, no faltaban opiniones a favor de una idea distinta, de que debía considerarse resistente al concurso, aún en el caso de que el derecho no cuente con la facultad de ejecución separada. 8. La segunda de esas posturas podía argumentarse correctamente en un escenario en el que el concurso no acabara con la liquidación de toda la masa activa de la concursada, pero no así cuando el concurso acababa en liquidación. La solución concursal de liquidación presupone la necesidad de que todo el patrimonio del deudor se liquide para, con su producto, hacer pago a los acreedores. Admitir la resistencia del derecho de retención en un escenario de liquidación equivaldría a mantener cautivas bolsas de bienes de la concursada en una situación en la que esos bienes no pueden ser ejecutados dentro del concurso ni fuera del mismo. Esa idea resulta inadmisible".
La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2004, argumentó, por el contrario, la oponibilidad del derecho de retención frente a la masa en un caso de suspensión de pagos; se trataba de una venta en garantía, caso en el que entonces existía una abundante jurisprudencia que reconocía al fiduciario un derecho de retención sobre el bien comprado mientras el fiduciante no cumpla con la obligación garantizada.
La Sentencia del Juzgado Mercantil número 1ª de Granada de 13 de abril de 2011 es favorable a la suspensión del derecho de retención una vez declarado el concurso, revirtiendo sus bienes que aquella integran a la masa de acreedores, sin perjuicio de las acciones que pudieran entablarse posteriormente si se acreditase que la obra adolecía de defectos o había sido mal ejecutada, exigiéndolo así la universalidad del patrimonio concursal y su posterior reparto equitativo entre los acreedores cuyos créditos hayan sido reconocido, sin admitir la formación de patrimonios separados, que no suponen créditos privilegiados, y suponen una infracción al principio del tratamiento igualitario de los créditos, sin dar lugar a preferencias.
SEGUNDO.-La cuestión que se plantea se encuentra relacionada, en alguna manera, con el concepto del aquel derecho. Así debe adelantarse que naturaleza jurídica del derecho de retención, y sus consiguientes efectos, son muy discutidos en la doctrina. Bien sabido es que derecho de retención constituye una garantía

reconocida por la ley a determinados acreedores, a lo que se les faculta para conservar en su poder la cosa del deudor hasta que se les satisfaga el crédito relacionado con la misma. El derecho de retención tiene así una función de garantía, pero sin que haya sido considerado nunca como privilegio. Todo ello se debe a que el Código no especifica con propiedad cuales son sus efectos, y su incidencia específica en el proceso de ejecución colectiva, salvedad hecha de ciertos supuestos particulares, como por ejemplo respecto del derecho de retención concedido al usufructuario en el artículo 502 para que se reintegre, con los productos de la cosa usufructuada, por lo gastado en reparaciones extraordinarias que debería haber hecho el nudo propietario (efecto que no se deriva en los otros casos). Y se debe también a que en algunos de los preceptos sencillamente habla de retener (artículos 453, 464, 522) y en otros de retener en prenda la cosa que debe restituirse (artículos 1600, 1730, 1780). Cabría preguntarse si tiene en estos casos el derecho de retención los mismos efectos que un derecho de prenda, que es un derecho real de garantía, que es cuestión en cierto modo candente pues la prenda despliega efectos erga omnes (es decir, frente a cualquier persona, no sólo contra el deudor de la obligación garantizada), dota de un privilegio especial al crédito garantizado (artículo 1922.2.º CC) y permite a su titular realizar el valor del bien pignorado en caso de incumplimiento de dicha obligación. Para algunos autores, en los artículos 1600, 1730, 1780 y 1866 se sancionaría un auténtico derecho real de garantía, un derecho de prenda con los efectos anunciados. Pero son mayoría los que lo niegan aduciendo una imprecisión terminológica del Código para justificar la distinta dicción legal. Quien ostente el derecho de retención sobre cosa propiedad de su deudor no puede cobrar con preferencia a otro acreedor de su deudor, en caso de colisión, salvo que su crédito sea privilegiado porque así lo disponga otra norma (por ejemplo, el taller que ha reparado mi coche puede retenerlo en su poder, porque se lo permite el artículo 1600, y además cobrar su crédito con la preferencia que le otorgan los artículos 1922.1 º y 1926 CC; sin embargo, el depositario de mis muebles puede retenerlos en su poder hasta que le abone la cantidad pactada por razón del depósito, pero no cobrar antes que otros de mis acreedores, pues su crédito no es privilegiado, pero la aplicación de esta regla debe efectuarse con mesura y evitar una extensión desmedida a casos no expresamente contemplados
TERCERO.-La redacción actual de la Ley Concursal no deja lugar a dudas sobre este particular. Así señala el artículo 59 bis: " Suspensión del derecho de retención. 1. Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa.
2. Si en el momento de conclusión del concurso esos bienes o derechos no hubieran sido enajenados, deberán ser restituidos de inmediato al titular del derecho de retención cuyo crédito no haya sido íntegramente satisfecho. 3. Esta suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social". Esto es, el derecho de retención practicada queda sin efecto, se paraliza momentáneamente, se suspende, como si no hubiera tenido lugar. Se debe añadir que, en cualquier caso, el derecho de retención ostentado, se debe poner en relación con uno de los principios básicos de la Ley Concursal, como es el principio de universalidad plasmado en lo que interesa a la masa activa en el artículo 76.1 de la Ley Concursal, y de accederse a la petición, se generaría a su favor una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo, rompiendo el principio de universalidad y "par condictio creditorum", o de igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, como es el caso, pues dicho derecho de retención, no es subsumible en ninguno de lo supuestos especificados en los artículos 90 y 91 de la Ley Concursal. Si la obra se acredita en momento posterior no correctamente ejecutada, habrá otros procedimientos para intentar el resarcimiento del daño causado, como por ejemplo, en vía concursal, con la aplicación del a rtículo 86 de la Ley sobre elReconocimiento de créditos: " 1. Corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso", o actuando el derecho fuera del procedimiento colectivo si ha finalizado por haberse alcanzado el correspondiente convenio y haber cesado los efectos del mismo. En puridad jurídica, siendo cualquier argumento discutible si se aportan los razonamientos precisos, la solución adoptada por el legislador podría bajo ciertos aspectos motivar polémica sobre si los derechos de aquellos terceros quedan adecuadamente protegidos, pero no cabe duda que se trata de la más conforme a la naturaleza propia del procedimiento concursal y efectos del derecho de retención, como han sido apuntados, y en todo caso, cerrando el posible debate, es la solución dada por el legislador, y a ella habrá de estarse por encima de cualquier otra elucubración.
CUARTO.-Con lo que ha sido expuesto en los considerandos anteriores, queda en lo esencial resuelto el tema del asunto, reproducido en esta segunda instancia por el recurso que ha sido interpuesto. Entrando en el estudio de alguna cuestión particular, como por ejemplo la cuestión de competencia formulada, en cuanto que se dice que en el contrato que fue celebrado existía cláusula sometiendo a árbitros cualquier cuestión litigiosa que se pudiera plantear en la interpretación de aquel, resulta forzoso señalar que la que se debate la posible suspensión del derecho de retención a efectos de reintegrar sus bienes en la masa del concurso--, no forma parte del contrato, no constituye derecho-deber de alguna de las partes contratantes cuyo extensión o contenido pueda suscitar duda o provocar disparidad de opiniones que haya de ser resuelta por tercero ajeno a los órganos jurisdiccionales, no es propiamente punto controvertido, no hay criterios encontrados sobre el posible alcance de un derecho reconocido en el contrato. Se trata de la aplicación de un artículo de la Ley Concursal, que ordena la suspensión de un derecho, con el consiguiente requerimiento para la reintegración de los bienes que lo conforman en la masa concursal, constituye fase previa a la aplicación del contrato, no está en juego estipulación alguna contenida en el mismo, el pleito no nace por la aplicación del aquel sino en una fase anterior que carece de regulación en el mismo y es por tanto le es ajeno. Otro tanto debe decirse respecto sobre la alegada competencia de la jurisdicción civil, pues, con reiteración de lo que ha sido razonado, el debate surge con motivo de la aplicación de un artículo de la Ley Concursal y es materia propia del procedimiento colectivo de ejecución, la conformación de los bienes de la masa y reintegro de los bienes que la constituyen, siendo pues cuestión esencialmente mercantil, que no puede quedar sustraída al conocimiento de

la jurisdicción especializada, reflexión que parece obvia y no necesita de mayor explicación. Y abundando en lo mismo, con reproducción de los argumentos empleados, siendo fase previa de reintegración de ciertos bienes al concurso, se puede discutir en este pleito sobre la aplicación a los hechos que lo motivan de aquel artículo 59 bis indicado, si los regula o son ajenos al mismo, si se relacionan o no con el mismo, pero lo que no se puede hacer es entrar en debate sobre cuestiones que claramente son extrañas al precepto en si mismo, cuando los pagos que se dicen efectuados tuvieron lugar en todo caso después del periodo de insolvencia y una vez declarado el concurso. “.SAP Zaragoza (Sección 5) 25.03.2014 (Sentencia 86/2014; Rollo 461/2013)

“PRIMERO.- Motivos de recurso
Entabló la actora, Administración concursal de una sociedad constructora concursada y actualmente en fase de liquidación, acción ex art. 59 bis de la LC dirigida a la reintegración de las cantidades retenidas por la entidad promotora demandada en garantía de la buena terminación de la obra. La demandada alegó varios motivos de oposición, en primer lugar, que parte de las cantidades retenidas en garantía habían sido cedidas a un tercero por la entidad actora antes de su declaración de concurso, que tal cesión le fue notificada y que le dio total cumplimiento. En segundo lugar, alega que otras cantidades retenidas fueron destinadas a la subsanación de defectos de ejecución o el pago de partidas que debía satisfacer la actora con arreglo al contrato de obra, así como que existen numerosas partidas de la obra pendientes de subsanación dada la inicial mala ejecución.
La sentencia de la instancia estimó la demanda en su integridad.
Frente a ella se alza la demandada condenada alegando:
a) No se ha valorado correctamente la existencia con anterioridad a la declaración de concurso de la actora la existencia de una cesión de crédito pro soluto del que gozaba la actora frente a la demandada a un tercero, que cobró el crédito cedido. El crédito cedido salió del patrimonio de la demandada tan pronto fue cedido.
b) No es óbice a ello que el crédito del cesionario, ya abonado figure reconocido y no impugnado por este en la lista definitiva de acreedores de la actora, pues la demandada no es vinculada por los efectos externos del concurso.
c) Existe consunción del resto de las cantidades retenidas según se alegó y probó en la instancia.
SEGUNDO.- El tratamiento concursal del derecho de retención
La sentencia de fecha 28 de enero de 2014 de esta sala afrontó la cuestión de la resistencia del derecho de retención al concurso en los siguientes términos:
"Así, está conforme la parte demandada, también lo admite el juez de la instancia, que en virtud de los contratos suscritos entre las partes se creó un derecho de retención sobre el 5% de las cantidades facturadas y que se pactó igualmente en los contratos suscritos "para la solución de las cuestiones litigiosas o diferencias, tanto de carácter técnico como económico que pudieran surgir por la realización de las obras, o que pudieran derivarse de la Interpretación o cumplimiento del presente contrato, las partes contratantes acuerdan someterse a un arbitraje de equidad de tres árbitros Arquitectos" y "para cualquier otra cuestión distinta de las anteriores que pudiera derivarse de la aplicación, Interpretación, o cumplimiento de este contrato las partes con renuncia expresa de su propio fuero si lo tuvieren se someten expresamente a los Tribunales de Zaragoza".
Sobre este pacto lo cierto es que tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011 en la Disposición transitoria novena se establecía la aplicación del nuevo precepto 59 bis a aquellos concursos en tramitación en los que a la fecha de entrada en vigor de la ley no se hubiera emitido el informe de la AC.
Dicha norma establecía, a diferencia de las regulaciones precedentes que no lo hacían, la suspensión del derecho de retención sobre bienes y derecho de la concursada desde la declaración del concurso.
Esta cuestión había sido objeto de debate doctrinal y, como declara la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección Décimo quinta) de 26 de julio de 2012, "la cuestión que se plantea consiste en la resistencia del derecho de retención al concurso, cuestión no explícitamente regulada en el texto originario de la Ley Concursal, a diferencia de lo que ocurre tras la reforma operada por Ley 38/2011, que ha introducido el art. 59 bis.1 que establece que "declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa".
Esa novedad legislativa no es aplicable por razones temporales al caso en examen. La doctrina había discutido cuál era la solución de este problema ante el silencio legislativo que mantenía el texto de la LC sobre esa cuestión: (i) una postura muy extendida se inclinaba por sostener que el derecho de retención no era resistente al concurso, como antes no se consideraba que lo fuese a la situación de suspensión de pagos o quiebra; (ii) no obstante, no faltaban opiniones a favor de una idea distinta, de que debía considerarse resistente al concurso, aún en el caso de que el derecho no cuente con la facultad de ejecución separada.
La segunda de esas posturas podía argumentarse correctamente en un escenario en el que el concurso no acabara con la liquidación de toda la masa activa de la concursada, pero no así cuando el concurso acababa en liquidación. La solución concursal de liquidación presupone la necesidad de que todo el patrimonio del deudor se liquide para, con su producto, hacer pago a los acreedores. Admitir la resistencia del derecho de retención en un escenario de liquidación equivaldría a mantener cautivas bolsas de bienes de la concursada en una situación en la que esos bienes no pueden ser ejecutados dentro del concurso ni fuera del mismo. Esa idea resulta inadmisible".
La opción legal ha sido clara respecto a la suspensión del derecho con la sola declaración concursal.
En el presente caso, la cuestión litigiosa no es si existe el derecho y su configuración, nacimiento o subsistencia en virtud del contrato, sino únicamente si el mismo queda o no en suspenso por ministerio de la ley tras la declaración de concurso".
"Nuevamente, la Sala ha de estar con el juez de la instancia, así, se trata de un derecho, el de retención, en virtud del cual la parte que lo ostenta tiene en su posesión bienes y derecho de un tercero; tal derecho viene a ser el reverso de la posesión por el deudor de los bienes y derecho de tercero.
La declaración de concurso trastoca ambas situaciones de tal manera que para la determinación de la masa activa con arreglo al principio de universalidad que servirá de garantía a todos los acreedores, la normativa

concursal establece ahora con total claridad dos operaciones plenamente compatibles y consecuentes con la declaración de concurso, la separación de los bienes y derechos existentes en el patrimonio del deudor y correspondientes a terceros y, paralelamente, la entrega por los terceros de los bienes y derecho del deudor que tuvieran retenidos en su poder, de tal manera, que no se tendrán en cuenta en la masa bienes ajenos, ni se permitirá a los terceros que tengan bienes o derechos de la titularidad de la masa en su poder hacerse pago con ellos o simplemente tenerlos en garantía para tal finalidad. De permitirlo, se trataría de un privilegio excepcional no previsto legalmente, pues la realización de bienes o derechos que pueda operarse debe beneficiar a todos los acreedores y no solo a quien los tuviera en su poder.
Por ello, es discutible conceptualmente en primer lugar que el ejercicio del derecho a ejecutar la reintegración de los bienes del deudor a la masa no constituya el ejercicio de acciones contra el patrimonio del concursado, en cuanto si no inmediatamente, al menos mediatamente, la restitución de la posesión de los bienes y derechos retenidos al deudor delimita y configura claramente su patrimonio; de otra parte, es reiterada la consideración de que el art. 8 de la LC no constituye numerus clausus, en cuanto existen acciones que no enumeradas en dicha lista, son claramente competencia del Juez del concurso, valgan las citadas por el juez a quo respecto a las acciones de reintegración, la compensación, a las que se pueden unir las cuestiones atinentes al derecho de separación y, también la discutida, la referente a la existencia o no de derecho de retención y su ámbito".
Por último, en lo atinente al derecho de consunción declaró que:
"En cuanto no existe insinuación de crédito alguno por estos conceptos por parte de la demandada, se estima que si estima hubo una consunción de las cantidades retenidas conforme a la finalidad propia a la que estaban destinadas, exige que sea la parte que la invoca la que lo acredite, al tratarse de un hecho extintivo".
TERCERO.- Eficacia de la cesión del crédito pro soluto
Sobre la base de las consideraciones anteriores, falta de resistencia del derecho de retención al concurso, el efecto por ministerio de la ley de la suspensión de tal derecho y la posibilidad de ser eficaces aquellas operaciones de consunción que se ejecuten antes de la declaración de concurso, la recurrente plantea dos problemas que han de ser resueltos:
a) La eficacia de lo que ella denomina la cesión del crédito de la constructora, luego declarada en concurso, a un tercero que era su acreedor.
b) La existencia de partidas abonadas por la demandada y que debían haberlo sido a cargo de la actora y la existencia de numerosas deficiencias en la obra entregada.
Respecto al primero de los problemas presentado, esta Sala se cree en la obligación de hacer algunas precisiones terminológicas sobre la cuestión litigiosa que, estima, harán más fácil su comprensión y resolución:
a) La actora no era titular de un crédito, una prestación debida que la demandada debía realizar y consistente en la entrega de una cantidad de pecuniario, sino que, a la vista de la naturaleza del derecho de retención, la demandada había abonado a la actora la totalidad de un crédito vencido, líquido y exigido, derivado de las certificaciones de obra ejecutadas por esta, si bien, a la vista de lo pactado, procedió a retener el 5% del importe del crédito debido en su poder para garantizar la correcta ejecución del contrato. Tal suma era de la titularidad de la actora, pero estaba en poder de la demandada y afectada al fin pactado, garantizar que no subsistiese ninguna reparación pendiente, ni responsabilidades a cargo del constructor (estipulación quinta del contrato de ejecución de obra pactado de fecha 8 de marzo de 2011).
Sin embargo, consta claramente en virtud de documento contractual notificado a la demandada que parte de dichas cantidades fueron cedidas en pago a un tercero, durante la el periodo de garantía y antes de la declaración de concurso de la actora, si bien fueron cobradas tras dicha declaración.
El TS en relación a la cesión de créditos ha declarado en sentencia de fecha 6 de noviembre de 2013 que:
"Lo anterior no es óbice para que, bajo la normativa general, lleguemos a la conclusión de que la cesión tuvo lugar en el momento en que se pactó, pues para entonces estaban adecuadamente determinados los caracteres definitorios del crédito que se cedía. Esto responde a la doctrina que expusimos en la Sentencia 125/2008, de 22 de febrero. En aquella ocasión, argumentamos que «"Las cesiones de créditos futuros (llamadas "cesiones anticipadas") exigen para su eficacia, como se ha dicho por autorizada doctrina, "que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (artículo 1271 CC), aunque no es indispensable que cuando la cesión anticipada del crédito se concluya se haya ya realizado el contrato o surgido la relación jurídica de la que nacerá el crédito en cuestión, ni que esté entonces determinada la persona del futuro deudor". Al otorgarse la cesión anticipada, el cedente pierde, desde luego, el poder de disposición sobre el crédito, y una eventual cesión posterior sería ineficaz. La efectiva transferencia solo se producirá en el instante del nacimiento del crédito, sin que se requiera un ulterior negocio jurídico ni un acto de entrega o "quasi traditio" específico, y el crédito se transferirá al cesionario con el contenido con que efectivamente nazca. Aunque el tema ha sido discutido, al menos en los casos en que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión -según la opinión doctrinal que parece más fundada- "nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio".».
7. Esta eficacia traslativa de la cesión de créditos opera no sólo cuando ha sido realizada pro soluto, sino también cuando lo es pro solvendo. Como hemos argumentado en otras ocasiones, en supuestos de factoring con recurso o impropio, la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué decidir el efecto traslativo, de manera que también en esa clase de factoring el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido (Sentencias núm. 80/2003, de 11 de febrero; 957/2004, de 6 de octubre y 1086/2006, de 6 de noviembre).
Nos ratificamos ahora en esta doctrina, sin desconocer que haya habido otras sentencias de esta Sala que negaban que la cesión pro solvendo produjera efectos traslativos del crédito a favor del cesionario (Sentencias núm. 136/2004, de 5 de marzo; 67/2001, de 2 de febrero; 677/2003. de 27 de junio y 1315/2007, 4 de

diciembre).
El hecho de que en la cesión pro solvendo el crédito cedido lo sea para pago de una obligación preexistente, y por ello el deudor de esta obligación primitiva no quede liberado sino cuando el cesionario cobre el crédito cedido, no impide el efecto traslativo pleno de la cesión de crédito, de modo que, como afirma la doctrina, "el cesionario es titular del crédito cedido desde que se consintió la transmisión y no desde que se satisfizo el crédito en qué consistía".
En consecuencia, debe entenderse que en nuestro caso el crédito se cedió antes de que fuera admitida a trámite la suspensión de pagos de la cedente (Real Oviedo), por providencia de 3 de julio de 2003.
8. La Ley de Suspensión de Pagos de 1922 no contenía una previsión específica sobre el derecho de separación, lo que no impide que pueda interpretarse con el espíritu y la finalidad de la Ley Concursal, en concreto, de la previsión normativa contenida en el art. 80, siguiendo lo prescrito en la disposición adicional primera de la Ley 22/2003, de 10 de junio.
En esta cuestión adquiere gran relevancia la distinción entre pignoración de créditos y cesión pro solvendo. En el primer caso, el acreedor pignoraticio goza, en el procedimiento concursal, de la consideración de un acreedor con privilegio especial, con un derecho real de garantía, mientras que en el caso de la cesión, el cesionario tiene derecho a impedir que el crédito cedido forme parte de la masa activa y, en su caso, a reclamar su separación. Por esta razón, el juzgado que tramitaba la suspensión de pagos no se equivocó cuando autorizó que La Caixa pudiera cobrar el crédito cedido frente al deudor, el Principado de Asturias.
Y por esta razón, no procedía atender a la pretensión contenida en la demanda sobre la restitución a la masa del crédito cedido. En consecuencia, casamos la sentencia, acordamos la estimación del recurso de apelación interpuesto por La Caixa y con ello la desestimación íntegra de la demanda".
Por tanto, a la vista de la doctrina anterior resulta claramente justificado que la cesión del crédito de la concursada pro soluto a un tercero hubo de producir todos los efectos pretendidos por la demandada sin que pueda ahora ser reclamado su importe a la misma, con estimación del recurso en este extremo.
De otra parte, el reconocimiento de un crédito al cesionario del crédito en el concurso del cedente no puede tener la eficacia enervatoria de la cesión pretendida por la resolución recurrida, en cuanto la misma se produjo antes de la declaración del concurso y la transmisión del crédito, más bien derecho a la efectiva devolución de las cantidades retenidas, se había ya realizado del actor a la entidad cesionaria del mismo, sin que en modo alguno parezca discutirse que el mismo fue abonado a su vencimiento por la cedida a la cesionaria. De otra parte, que no lo impugnase el cesionario, no implica que la demandada abonase una cantidad no debida, según lo visto, ni pueda tener efecto el contenido del informe frente a la misma, por no ser la titular de la relación jurídica debatida.
Tampoco se acepta que el crédito cedido correspondiese no a cantidades retenidas sino a la liquidación de la obra, pues esta precisión no se realiza en el contrato de cesión, amén de que a la fecha de pago del crédito cedido o entrega de las cantidades retenidas por la demandada respecto a las cantidades cedidas, había ya terminado el plazo de retención. En todo caso, lo cierto es que la cantidad correspondiente a retenciones había sido ya liquidada por más que su devolución solo fuese exigible a partir de enero de 2013, mientras que la cantidad correspondiente a la liquidación de la obra, ni siquiera a la fecha consta indubitadamente realizada de común acuerdo entre las partes, ni consta se hayan entablado las acciones al efecto. Por ello, estimando que la cesión pro soluto fue eficaz y que se devolvieron las partidas retenidas cedidas en mayo y junio de 2013, lo cierto es que estaban vencidas y eran exigibles al margen del concurso, por lo que, aun en el supuesto de estimar relevante la duda planteada por la actora, conforme a las normas sobre imputación de pagos (art.
1.174 del CC) la abonada era la deuda más gravosa ya que podía exigirse tras el vencimiento del plazo de retención pactado en el contrato de obra.
CUARTO.- Acreditación de la consunción de las cantidades retenidas anteriormente a la declaración del concurso
Alega la recurrente, por último, que las cantidades retenidas se consumieron en sus atenciones propias, garantizar la correcta ejecución de la obra, financiando los repasos y malas ejecuciones de todo orden y compensando las penalizaciones por retraso en que la actora había incurrido.
Conforme a lo razonado en los fundamentos anteriores solo aquellas partidas mal ejecutados que se hubieran determinado anteriormente a la declaración del concurso y hubiesen sido ejecutadas o abonadas antes de tal término final podrán ser sustraídas del total importe retenido y que por la declaración concursal debe ser devuelto.
En el presente caso, fuera del importe de crédito cedido pro soluto, solo las partidas por importe de 66,44 euros y 836,51 euros abonadas por la demandada en fechas 19 de diciembre y 13 de noviembre de 2012 tendrán la eficacia pretendida esta.
Respecto a los defectos invocados, valorados en la causa pero no corregidos antes de la declaración de concurso, así como la liquidación y compensación de las penalizaciones por los retrasos en la obra producidos, lo cierto es que tales operaciones de corrección de los mismos y de compensación no fueron realizadas anteriormente a la declaración de concurso, por lo que declarado este, las cantidades retenidas y no empleadas hasta entonces en sus atenciones propias debían ser reintegradas a su petición al actor, por lo que las actuaciones de esta índole quedaban impedidas por la declaración de insolvencia.
Lo que, deducido en importe del crédito cedido y las partidas consumidas determina un saldo a favor de la actora de 13.842,03 euros a favor de la actora, con la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 27.11.2014 (Sentencia 377/2014; Rollo 333/2014)

2.1 No hay “retenciòn” sino inexigibilidad de lo reclamado

AP Baleares

“PRIMERO.-La acción planteada por la concursada parte del contenido del art.59 bis LC, introducido por la ley 38/2011, cuyo texto es el siguiente: *"1. Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa. 2. Si en el momento de conclusión del concurso esos bienes o derechos no hubieran sido enajenados, deberán ser restituidos de inmediato al titular del derecho de retención cuyo crédito no haya sido íntegramente satisfecho. 3. Esta suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social."*
El concurso voluntario de la sociedad limitada LINARES MORELL fue declarado por auto de 13 de noviembre de 2012.
La concursada interpuso demanda, el 27 de noviembre de 2013, en reclamación de cantidad invocando el art. 59 bis LC. Las retenciones reclamadas derivan de una obra ejecutada en la CALLE000 nº NUM000 en Costa d#en Blanes, consta en autos al contrato firmado entre las partes el 8 de enero de 2009 (cfr doc. 1); según la reclamante, la obra estaba terminada antes del concurso voluntario de la mercantil. La demanda especifica que "los trabajos de construcción encargados por los citados promotores fueron correctamente ejecutados... entre el mes de marzo del año 2008 y el mes de julio de 2010."
En el inventario de la masa activa (cfr doc. 3) se incluyeron los créditos contra Don Silvio y Doña Ramona. En fecha 25 de marzo de 2013 el administrador concursal envió cartas certificadas reclamando los 63.878,78 euros.
La administración concursal se allanó a la demanda; consta que había autorizado la interposición de la misma.
La codemandada se opuso a la demanda, negó que los trabajos se hubieran ejecutado correctamente: niega expresamente la factura de 30 de octubre de 2011, expedida más de un año después de la finalización de las obras litigiosas. Niega que las facturas aportadas se correspondan con los trabajos ejecutados por la actora; afirmó que había habido retrasos en la entrega y que además había pagado más de lo debido.
La sentencia apelada tanto por la actora como por la codemandada razonó que" *el principio de universalidad que recoge el art.76 LC, implica el que la totalidad de los bienes y derechos de contenido patrimonial, integrados en la masa activa del concurso, queden a disposición del concurso con los fines propios del mismo, y no a disponibilidad de un único acreedor. De hecho, también complementa la regla del art.89 LC, aquella por la que se dispone que no puedan reconocerse más privilegios que los que expresamente recoge la norma concursal.*
La segunda consideración general que efectúa hace referencia al valor que tiene el inventario de bienes y derechos de la concursada, en relación con los créditos que se manifiestan a favor de la masa y frente a terceros: *"O lo que es lo mismo, debemos decidir si las conclusiones que alcanza la administración concursal con ese documento ostentan efecto de cosa juzgada, suponen un titulo habilitante para reclamar frente a los terceros indicados o no". La sentencia razona que: "en tanto en cuanto la presunta conformidad de los ahora demandados acerca de la realidad del crédito() por retenciones que incluyó la administraciOn concursal en su informe, y que pretende dotarlo de fuerza ejecutiva, con efecto de cosa juzgada por la circunstancia de no haberse impugnado en sede de incidente concursal.*
Concluye que, " *Acudiendo al supuesto de autos, partiendo que el concurso de Linares Morell SL se declaro el 13 de noviembre de 2012, es a partir de ese momento cronológico donde surge la suspensión legalmente prevista con la consiguiente obligación de devolver los bienes a la masa. Y ello con independencia de si se conoce dicha declaración, de si hay requerimiento o no. La norma no impone ningún requisito para dotar de plena eficacia a la suspensión.*
Simplemente, dictado el auto declarando el concurso, por la suspensión del derecho de retención, se obliga a la restitución de lo retenido."
La estimación parcial de la demanda fue motivada por la valoración de la prueba documental así como las declaraciones prestadas en el acto de juicio; con estas bases, la sentencia apelada resuelve: *"teniendo presente la declaración del legal representante que lo fue de la concursada (antes de acordarse la liquidación en sede concursal) el Tribunal alcanzó la conclusión que las retenciones que se reclaman, fueron parcialmente abonadas por los codemandados, en la fórmula que manifestaron en el acto de la vista: en metálico.*
En modo alguno, fuera de estos casos excepcionales que la norma fija, cabe argumentar la no obligación de devolver lo retenido sobre la base de una deficiente ejecución del encargo, dado que no se condiciona la aplicación del art.59 LC a la vigencia de la relación contractual o de su mayor o menor grado de cumplimiento. Ese debate se deriva hacia otro plano, el del reconocimiento de un derecho de crédito () frente al concursado y que daría lugar a un crédito concursal.
Por Último, y como dato clave a los efectos que a continuación se expondrá, el momento en que la regla del art.59 bis LC surte plena eficacia, originando la suspensión del derecho de retención y la obligación de devolver a la masa los derechos y bienes retenidos, es el del dictado de la declaración del concurso"
Añade que aunque hubiera desperfectos y el coste de su reparación pudiera considerarse crédito contra la masa, aquel estaría sometido a la regla del vencimiento y no podría hacerse pago sobre las cantidades retenidas. En conclusión, la sentencia estimó parcialmente la demanda descontando cantidades que entendió que ya habían sido abonadas y ordenando dar traslado a la Agencia Tributaria respecto a las que considera cobradas.
Contra ella se alzan tanto la concursada actora inicial como la codemandada.
La concursada demandante interpuso recurso de apelación afirmando que, si bien la sentencia había interpretado correctamente el art. 59 bis LC, incurría en error en la valoración de la prueba porque no se ha probado que recibiera el importe descontado de la reclamación por lo que solicita ante esta Sala la condena al importe íntegro que solicitó en la demanda 63.878,78 euros; entre otros elementos, incide en la diferencia entre certificaciones y los borradores de certificación que entregó el Sr. Darío (administrador de la concursada) con carácter previo a la emisión de la factura.
El codemandado condenado interpuso recurso de apelación y se opuso al presentado por la concursada, además de las alegaciones sobre la valoración de la prueba, alega que el reconocimiento del derecho de

crédito en el inventario ni tiene eficacia probatoria ni de cosa juzgada pues responde a la información facilitada por la propia concursada.
Insiste en ello porque, con posterioridad al concurso, se ha interpuesto en nombre de la masa activa una demanda de Procedimiento Ordinario (juicio ordinario 782/2013,) sustanciado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Palma, por el que se reclama únicamente la factura de 58.073,39 euros; las reclamaciones por burofax reclaman deficiencias y sorprende que la de los constructores se produzca año y tres meses después del final de obra. Reitera que la suma de los pagos reflejados en el extracto de la cuenta bancaria y los supuestos pagos en efectivo (documentos n° 3 a 7 bis acompañados con el escrito de contestación a la demanda) superan el importe total facturado por la demandada apelante (salvo las facturas n° NUM001 y NUM002, que no se reconocen), lo cual acredita (a su juicio) que la totalidad de las facturas se encuentran pagadas y las retenciones de obra devueltas, todo ello con anterioridad a la declaración del concurso.
Sin perjuicio de ello dejó constancia de que, además de que han existido deficiencias en la obra, se excedió notablemente el plazo de entrega de la misma, lo cual le habilitaba para deducir de las retenciones practicadas los importes de subsanación de desperfectos y la penalización por retraso en la entrega de la obra. Reconoce que no lo hizo con carácter previo a la declaración del concurso.
Para concluir el relato sobre los hechos expuestos en este procedimiento, hay facturas "a cuenta", parece que se realizaron trabajos extra y ya antes de la declaración de concurso la demandada respondió a uno de los burofax de reclamación de pago discutiendo las facturas y enumerando una lista de deficiencias (folio 213).
SEGUNDO.-El art. 59 bis LC.
Los dos recursos de apelación solicitan la revocación de la sentencia de instancia si bien por diferentes motivos. Ello nos obliga a analizar en primer lugar la acción ejercitada para decidir si procede mantener la condena bien por la diferencia en cuanto a las cantidades pagadas sobre las que se discute la subsistencia de la deuda bien en su integridad como reclama la actora. O si por el contrario el ejercicio de esta acción no puede tener la consecuencia resuelta en la instancia porque sólo se ha invocado el art. 59 bis LC.
De los hechos expuestos es hecho admitido la interposición de una demanda ante la jurisdicción ordinaria (juzgado de Primera Instancia nº 9 de Palma de Mallorca) en reclamación de una factura impagada derivada de este contrato de obra sobre la que lógicamente no hay retención alguna.
La demandada (también apelante) alega la procedencia de no haber realizado el pago íntegro de la prestación debido tanto a la demora en la entrega como a ciertas deficiencias en la ejecución.
Con carácter previo debemos decidir si el precepto invocado permite resolver sobre el 5% de las cantidades no pagadas, prestación dineraria no satisfecha respecto a la contraprestación derivada del contrato de obra celebrado entre las partes.
Nos encontramos ante un contrato que genera obligaciones recíprocas y ambas partes reclaman prestaciones a la otra parte que están pendientes de cumplimiento o más bien fueron incumplidas antes de la declaración del concurso.
Revisados los hechos expuestos, la Sala ha concluido que el art. 59 bis LC no es aplicable a las cuantías que constan en el inventario como derechos de crédito.
El concursado afirma no ha percibido el precio pactado por el arrendamiento de obra, la reclamación pertinente debe hacerse de conformidad con las normas previstas en el art. 54.LC y en algún caso ante el Juez mercantil en aplicación de los arts. 61 y 62 LC.
Para ello partimos de una pequeña aproximación al concepto sobre lo que efectivamente regula el legislador en la reforma de la ley 38/2011.
En términos generales, y sin perjuicio de los matices precisos a la luz de cada ordenamiento jurídico, el derecho de retención puede conceptuarse como la facultad que ostenta el *legítimo poseedor de un bien ajeno* para, llegado el momento en que debe restituirlo a quien corresponda, retenerlo en su poder en tanto no se le satisfaga el crédito del que es titular por razón del bien poseído. De este modo se entrecruzan dos diferentes obligaciones (DÍEZ-PICAZO 2008, p. 474). Por un lado, se encuentra la obligación del poseedor del bien ajeno, de devolverlo una vez que la situación o causa que le autorizaba a poseerlo desaparece (deuda de restitución); el acreedor de esta obligación es el legitimado para reclamar el bien a quien lo posee, sea por la relación jurídica que le une a éste (por ejemplo, un contrato en cuya ejecución se ha producido el traspaso posesorio), sea por tener la condición de propietario del bien. Por otra parte, el retentor ostenta por razón del bien retenido un crédito cuyo origen se encuentra, por regla general, en los gastos hechos en la cosa o por razón de ella, en los daños que su detentación le ha ocasionado, o en la prestación de un servicio en relación con la misma (crédito de reembolso).
Esto último pone de relieve que normalmente existe una conexión entre la cosa retenida y el crédito del retentor, conexión que suele apuntarse como uno de los presupuestos del derecho de retención. Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre una conexión jurídica y una material, de modo que lo habitual es que los ordenamientos, al regular el derecho de retención, prevean supuestos reconducibles a uno y otro tipo de vinculación, o directamente aludan a una u otra como categorías generales. La conexión jurídica existe cuando el crédito deriva de una relación jurídica en virtud de la cual *se tiene la posesión de la cosa,* esto es, el crédito y la detentación de la cosa derivan de una misma relación jurídica (así, el crédito de quien ejecuta una obra en un bien mueble ajeno, por el importe de su retribución); la conexión material se da en los créditos nacidos con ocasión de la cosa retenida, que derivan de gastos hechos en ella o por ella, o de daños sufridos con ocasión de su posesión (por ejemplo, el crédito para el reembolso del precio pagado por la cosa o de los gastos hechos en ella por un poseedor de buena fe que resulta vencido en una acción reivindicatoria): PIETTE (2009, p. 186). Ambos tipos de conexión pueden coincidir en casos concretos (como cuando la reparación del bien ajeno por la persona contratada al efecto comporta gastos para él).
El derecho de retención autoriza a no entregar el bien debido en tanto el acreedor del mismo no satisfaga al poseedor el crédito que ostenta precisamente por razón de ese bien. De este modo, su función es compeler a quien desea recuperar el bien retenido a satisfacer el crédito del retentor.

En el caso del contrato de obra la parte de precio aún no entregada, depende de la satisfacción de las obligaciones fijadas que dicho tanto por ciento garantiza. En este caso parece ser que las eventuales deficiencias y el cumplimiento del plazo, permitirían tener por "no nacido" el crédito pendiente de la correcta ejecución, al menos este hecho ya era discutido antes de la declaración del concurso (consta documentalmente reclamaciones entre las partes en 2011 y principios del 2012, el concurso se declaró en noviembre de 2012).
Desde este punto de vista, el pago de las facturas que dieron lugar a las retenciones discutidas no implica una conformidad. Cabe discutir, cuando se acabe la obra, si la entrega es correcta y si se cumplió el plazo.
TERCERO.-La sentencia apelada fijó el objeto del proceso en consonancia con la demanda y no se discutieron los hechos que justificarían la reclamación, los controvertidos se limitaron a si se había producido el pago o quedaba pendiente y en consecuencia procedía la estimación en la cuantía que no se hubiera pagado.
Revisadas las actuaciones la Sala entiende que la acción ejercitada únicamente al amparo del art. 59 bis LC no permite la condena dineraria como resultado de la pertinencia del pago íntegro por la prestación cumplida.
Se hacía necesaria la liquidación previa de la relación contractual que da lugar al crédito.
En Derecho, la tenencia prorrogada de una cosa mas allá del tiempo inicialmente previsto, puede darse por muchas razones y a partir de supuestos de hecho muy diferentes entre sí; y las consecuencias de cada uno de estos casos de retención pueden ser, igualmente, muy distintos, pese a ello, no consideramos incluida "automaticamente" la facturación que resulte debida sin que se haya realizado la comprobación del cumplimiento del plazo y de la entrega de la obra en las condiciones pactades.
Esta es una solución diferente a la que concluyen las sentencias de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA entre ellas la Sentencia núm. 85/2014 de 24 marzo. AC 2014\374 La sentencia razonó: " *SEGUNDO*
La cuestión que se plantea se encuentra relacionada, en alguna manera, con el concepto del aquel derecho. Así debe adelantarse que naturaleza jurídica del derecho de retención, y sus consiguientes efectos, son muy discutidos en la doctrina. Bien sabido es que derecho de retención constituye una garantía reconocida por la ley a determinados acreedores, a lo que se les faculta para conservar en su poder la cosa del deudor hasta que se les satisfaga el crédito relacionado con la misma. El derecho de retención tiene así una función de garantía, pero sin que haya sido considerado nunca como privilegio. Todo ello se debe a que el Código no especifica con propiedad cuales son sus efectos, y su incidencia específica en el proceso de ejecución colectiva, salvedad hecha de ciertos supuestos particulares, como por ejemplo respecto del derecho de retención concedido al usufructuario en el artículo 502 para que se reintegre, con los productos de la cosa usufructuada, por lo gastado en reparaciones extraordinarias que debería haber hecho el nudo propietario (efecto que no se deriva en los otros casos). Y se debe también a que en algunos de los preceptos sencillamente habla de retener (artículos 453, 464, 522) y en otros de retener en prenda la cosa que debe restituirse (artículos 1600, 1730, 1780). Cabría preguntarse si tiene en estos casos el derecho de retención los mismos efectos que un derecho de prenda, que es un derecho real de garantía, que es cuestión en cierto modo candente pues la prenda despliega efectos erga omnes (es decir, frente a cualquier persona, no sólo contra el deudor de la obligación garantizada), dota de un privilegio especial al crédito garantizado (artículo 1922.2.º CC (LEG 1889, 27)) y permite a su titular realizar el valor del bien pignorado en caso de incumplimiento de dicha obligación. Para algunos autores, en los artículos 1600, 1730, 1780 y 1866 se sancionaría un auténtico derecho real de garantía, un derecho de prenda con los efectos anunciados. Pero son mayoría los que lo niegan aduciendo una imprecisión terminológica del Código para justificar la distinta dicción legal. Quien ostente el derecho de retención sobre cosa propiedad de su deudor no puede cobrar con preferencia a otro acreedor de su deudor, en caso de colisión, salvo que su crédito sea privilegiado porque así lo disponga otra norma (por ejemplo, el taller que ha reparado mi coche puede retenerlo en su poder, porque se lo permite el artículo 1600, y además cobrar su crédito con la preferencia que le otorgan los artículos 1922.1 º y 1926 CC; sin embargo, el depositario de mis muebles puede retenerlos en su poder hasta que le abone la cantidad pactada por razón del depósito, pero no cobrar antes que otros de mis acreedores, pues su crédito no es privilegiado, pero la aplicación de esta regla debe efectuarse con mesura y evitar una extensión desmedida a casos no expresamente contemplados"
Más acorde con la interpretación que proponemos serían los razonamientos sobre la naturaleza del crédito expuestos por la Audiencia Provincial de Córdoba (si bien el objeto del proceso era otro) en sentencia *(sección 3ª) Sentencia núm. 110/2013 de 11 junio. AC 2013\1745.*
"SEGUNDO.-Como consecuencia de ello, lo que tiene que ser objeto de análisis es si concurren los requisitos generales de la compensación, es decir, los previstos en los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil (LEG 1889, 27): reciprocidad, carácter principal de los deudores, homogeneidad o fungibilidad de las cosas debidas y exigibilidad y vencimiento de las deudas. Y en este caso la procedencia de la compensación pretende justificarse por la empresa promotora, "Promociones Maguilla, S.L." en una serie de documentos de los que, por sí mismos, no cabe predicar que el supuesto crédito a favor de la promotora fuera vencido, líquido y exigible, pues la dirección facultativa da por buenas las consideraciones económicas realizadas al efecto por la promotora (por cierto, en un certificado con fecha incompleta, ya que se data en octubre de 2010, pero sin indicación de día, y sin visado colegial, lo que pone en cuestión la realidad de la fecha), pero ello no dota de liquidez "per se" al crédito, ya que tratándose la retención de una modalidad de condición suspensiva del pago del precio con finalidad de garantía, habría que liquidarla bilateralmente, o en caso de desacuerdo, de manera pericial o judicial, pero no unilateralmente por una de las partes. Máxime cuando las cartas y correos electrónicos cruzados entre las partes no acreditan que los requisitos de la compensación estuvieran presentes antes de la declaración del concurso, sino al contrario, que existía controversia entre las partes sobre la liquidación de la obra y, por lo tanto, la sumas que unilateralmente retuvo la promotora no eran ni líquidas ni exigibles. De modo que, aun dando por bueno que hubiera retrasos en la ejecución de la obra o defectos constructivos en su realización, la liquidación unilateral realizada por la promotora no puede considerarse suficiente para determinar el importe de las cantidades que, de acuerdo con el contrato de obra, estaría

autorizada la promotora a retener, pues ello hubiera necesitado otra prueba más concluyente, fundamentalmente de carácter pericial, que hubiera concretado el coste económico de los retrasos y/o defectos constructivos imputables a la constructora. Por ello, no podemos sino hacer nuestro lo expresado en la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 9 de febrero de 2009 (JUR 2009, 198320), cuando en un caso muy similar al presente dice: "En el presente caso no concurrían los requisitos para la compensación que exige el artículo 1.196 del Código Civil, pues aún admitiendo que la mercantil concursada tuviera la obligación de reparar los defectos de la construcción, esa obligación no reunía las características de deuda vencida, líquida y exigible (artículo 1.196.3 º y 4º del Código Civil), y lo que es más importante, ni tan siquiera se probó el crédito a compensar". Y añade: "Es más, la compensación invocada por el actorapelante produciría un perjuicio al resto de los acreedores porque la misma actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones, generándose entonces una situación de privilegio y de mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde seguir el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control del concurso, rompiéndose el principio de la "par condictio creditorum", es decir, conseguir la igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, que se produciría de accederse a la compensación pretendida, y en definitiva, de accederse a ello, se daría lugar a un trato desigual de acreedores de la misma clase, rompiéndose así el principio de universalidad del artículo 76 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) (Ley 22/2003, de 9 de julio), y del principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa. Por ello, debe concluirse que con anterioridad a la declaración de concurso no concurrían los requisitos para la compensación, por lo que ésta no podía aplicarse de modo unilateral por el.....promotor...., invocando así un derecho de retención por la existencia de defectos en la construcción que, como decíamos, no resultaron acreditados con el rigor necesario" (en similar sentido,Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de marzo de 2009 (AC 2009, 902)).

TERCERO Además, que las retenciones de obra no pueden ser liquidadas y aplicadas unilateralmente por la promotora se deduce tanto del propio contrato suscrito entre las partes, como de la naturaleza jurídica de tales retenciones. Del contrato, porque según el mismo es condición para el cobro de la retención la previa resolución del contrato por causa imputable al constructor, lo que no ha sido debidamente acreditado en este procedimiento; además en el contrato no se establece que las cantidades retenidas puedan ser apropiadas directamente por la promotora de la obra, sino que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la constructora. Y para la determinación de la procedencia de la resolución y del importe de la liquidación, a falta de acuerdo entre las partes, hubiera sido necesaria una previa decisión judicial anterior a la declaración del concurso (por los efectos temporales impuestos por el artículo 58 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748)), por lo que no puede ser compensable una liquidación no efectuada correctamente (en esta línea, Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tenerife de 13 de febrero de 2012). Y de la naturaleza jurídica de la retención, porque la misma no otorga un derecho especial al acreedor retenedor a aplicar esa suma para extinguir su crédito. La protección que suponen las retenciones mencionadas presenta ciertos aspectos de interés que inciden en lo ya expuesto: a) Se ha configurado legalmente la retención como una garantía sustitutiva de los seguros de daños o caución. Sobre esto la jurisprudencia menor es unánime, incidiendo las Audiencias Provinciales en esa función como lo característico de la institución, siendo además clara al respecto la Ley de Ordenación de la Edificación (RCL 1999, 2799) (SSAP Madrid 26 de noviembre (JUR 2008, 38883) y19 de enero de 2007(JUR 2007, 158189), Sevilla 9 de enero de 2008 (JUR 2008, 379061), o Granada 6 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 45130) y 16 de enero de 2011); b) Las retenciones que se efectúan sobre el importe de las certificaciones de obra se llevan a cabo con dicha finalidad de garantía y no para que el promotor se apropie de su totalidad o parte de manera unilateral sin dar posibilidad al constructor de que, en su caso, y en relación a los defectos aparecidos dentro del plazo pactado, repare los pretendidos vicios

o defectos de terminación. Además, para que prospere su derecho de retención no le basta a la promotora con alegar la existencia de defectos en la obra ejecutada, sino que debe acreditar cumplidamente cuáles son esos defectos, su trascendencia y alcance, y la cuantificación económica de la reparación de los mismos; c) Dado que el dinero, como bien fungible, no es propiamente objeto de un derecho de retención, es decir, no recae éste sobre bienes de ajena pertenencia - el derecho de retención propiamente considerado sólo aparece mencionado en la Ley Concursal en su artículo 80, referente al derecho de separación de bienes ajenos retenidos en poder del concursado, y no a la retención por el acreedor de bienes de éste -, lo que realmente opera es una retención en el pago de lo debido por mor de la obligación contractual que incumbe al dueño de la obra. La consecuencia de lo anterior es que para ejecutar la garantía éste no abona el 5% del importe de la ejecución de la obra, verificando una compensación del importe retenido con la deuda a su cargo. El mecanismo subyacente, por tanto, no es otro que el de la "exceptio non rite adimpleti contractu", en el contexto de las obligaciones sinalagmáticas, que permite al promotor diferir su cumplimiento mientras no conste un adecuado cumplimiento por el contratista de su prestación negocial. Sobre esta base el legislador añade, no ya la posibilidad de no pagar íntegramente el precio de la obra, sino la posibilidad, dado que el promotor debe en todo caso entregar la obra en las debidas condiciones al comprador, de sufragar el perjuicio derivado de la necesidad de eliminar los defectos de acabado con el importe retenido si tales defectos no son reparados."

CUARTO.-Centrados en el supuesto que resolvemos, rechazamos la aplicación del art. 59 bis para las "retenciones de obra", por hechos anteriores a la declaración de concurso. Entendemos que este razonamiento jurídico es coherente con la última jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así la sentencia dictada el 24 de julio de 2014 ROJ: STS 3566/2014 -ECLI: ES:TS :2014:3566) con cita de las anteriores, razona: *"Estimación del recurso. Hemos de partir de los pronunciamientos no discutidos en la sentencia: en el contrato de obra se pactó que la propiedad realizaría una serie de retenciones en garantía de las penalizaciones en que pudiere incurrir la contratista por el incumplimiento del plazo convenido para la terminación y entrega de las obras; la*

propiedad realizó retenciones en garantía por un valor de 758.690,57 euros; la pena derivada del retraso en la ejecución de las obras asciende a 929.764,68 euros, y el coste de los remates y las reparaciones que la contratista dejó de realizar asciende a 357.781,46 euros.
Por otra parte, conviene tener presente el sentido de la prohibición de compensación prevista en el art. 58 LC, como fue expuesta en laSentencia 46/2013, de 18 de febrero: «en principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la par condicio creditorum, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso: "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.".
<<Aunque, como hemos recordado en la Sentencia 953/2011, de 30 de diciembre, los efectos de la compensación se producen de forma automática o "ipso iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc", este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después».
Pero este régimen no se aplica a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes. En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 188/2014, de 15 de abril, al afirmar que más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto.
Es lógico que si la parte del crédito que el comitente adeuda al contratista por la ejecución de la obra ha sido retenida, de acuerdo con lo pactado, en garantía del cumplimiento puntual de la obligación asumida por el contratista de ejecución y entrega de la obra, y, por ende, de la satisfacción de la pena pactada en caso de retraso, aunque su importe se determine después de la declaración de concurso del contratista, el dueño de la obra puede aplicar aquellas cantidades retenidas al pago de la indemnización por retraso.
Por eso, en el presente caso, procede estimar el recurso de casación y con él, estimar el recurso de apelación que Sucesores de Pedro Dorta y Hermanos, S.A. formuló frente a la sentencia de primera instancia, y al estimar la petición subsidiaria de la demanda, declarar: la extinción de la obligación de pago del precio pactado pendiente por la obra de 758.690,57 euros; y la reducción del crédito reconocido a la dueña de la obra por la pena devengada por el retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega a la suma de 171.074,11 euros, con la clasificación de crédito subordinado no discutida en casación. Se mantiene la declaración del crédito concursal ordinario de 357.781,46 euros, a favor de la comitente, por el valor de los remates y las reparaciones que la contratista concursada dejó de realizar."
Es por ello que, ni el derecho de crédito incluido en el inventario tiene eficacia constitutiva per se (a salvo los supuestos en los que haya habido contradicción) ni el precio pendiente de pago (si se cumplen determinadas condiciones) coincide con la detentación de un bien mueble más allá del tiempo contractualmente previsto, pues este crédito aún no ha pertenecido al concursado y para declarar que pertenece a una u otra parte, ni puede el promotor (nuestros demandados en este caso)apropiárselo automáticamente ni puede declararse que es propiedad del concursado por la mera declaración de concurso sin la pertinente liquidación de la obra y en este caso consta la discrepancia evidenciada antes de la declaración de concurso.
Sobre la naturaleza del inventario como información de los derechos cabe mencionar la sentencia de Civil sección 1ª del 24 de julio de 2014 ROJ: STS 3565/2014 -ECLI:ES:TS :2014:3565).
Por todo ello, el recurso de las demandadas debe ser estimado para revocar la condena de la sentencia estimatoria parcial de la demanda que basa su reclamación en la aplicación del art. 59 bis LC.
La apelación de la parte actora reclamando la totalidad del crédito no puede prosperar.”: SAP Baleares (Sección 5) 02.02.2015 (Sentencia 19/2015; Rollo 484/2014)

AP Las Palmas

“PRIMERO: La entidad "Control Ingeniería y Prevención 09 S.A.", declarada en concurso mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil Número 8 de Madrid de fecha 19 de octubre de 2.011, presentó el día 4 de julio de 2.012 una petición inicial de proceso monitorio contra "U.T.E. Nueva Sede Judicial de Las Palmas de Gran Canaria" mediante la que solicitó que ésta fuera requerida para que le pagase 14.943,88 euros por haber dejado de abonarle el importe de la factura nº 110.473/2.011 correspondiente al negocio jurídico, denominado "Contrato de Industriales Nº IN/1/115267/0081/00/09 Servicios de Prevención de Riesgos Laborales", que ambas celebraron el día 23 de febrero de 2.009. Como "U.T.E. Nueva Sede Judicial de Las Palmas de Gran Canaria" se opuso a dicha petición, el día 22 de noviembre de 2.012 la entidad "Control Ingeniería y Prevención 09 S.A." interpuso demanda de juicio ordinario contra ella en la que pidió que fuera condenada a

pagarle aquella suma de dinero. La actora fundó jurídicamente la demanda en las normas generales sobre las obligaciones y contratos previstas en el Código Civil (los arts. 1.089 y 1.091, entre otros) y en "la ley concursal en su integridad y jurisprudencia concordante". La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 13 de Las Palmas de Gran Canaria estimó la demanda. Frente a ella interpuso recurso de apelación "U.T.E. Nueva Sede Judicial de Las Palmas de Gran Canaria".

La Sala, examinados los autos, visto el desarrollo de la audiencia previa, tras la que quedaron éstos pendientes de sentencia, y estudiados los argumentos de la apelante y la apelada, entiende que ha de ser estimado el recurso de apelación de "U.T.E. Nueva Sede Judicial de Las Palmas de Gran Canaria", y que en consecuencia debe ser desestimada la demanda de "Control Ingeniería y Prevención 09 S.A." por las razones que se van a exponer a continuación.

SEGUNDO: La Sentencia de 20 de diciembre de 2.013 del Juzgado de Primera Instancia Número 13 de Las Palmas de Gran Canaria señaló (Fundamento de Derecho Segundo) que en este juicio se ha de determinar el alcance de los arts. 58 y 59 bis de la Ley Concursal y las consecuencias de su aplicación, en su caso, a este supuesto. También sostuvo que, frente a la reclamación dineraria de la actora, "la excepción planteada por la demanda supone, bien la existencia de una compensación de créditos, respecto de aquellos pagos realizados en cumplimiento de las condenas de los juzgados de lo social, bien la existencia de una exceptio non adimpleti contractus".

El artículo 58 de la Ley Concursal indica que "declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado". A pesar de lo indicado en la Sentencia apelada, la entidad "U.T.E. Nueva Sede Judicial de Las Palmas de Gran Canaria" no alegó en este juicio la extinción por compensación de la obligación que tuviese con la concursada. No lo hizo ni en el escrito de oposición a la petición inicial de juicio monitorio, en el que dijo que "no adeuda ninguna suma a la parte actora, al haber la misma incumplido el contrato suscrito entre ambas", ni en la contestación a la demanda, en la que hasta en tres ocasiones manifestó que no adeuda cantidad alguna a la entidad actora. La recurrente tampoco adujo la compensación en la audiencia previa, en la que, al fijar los hechos controvertidos, la apelada señaló que aquélla había alegado compensación, lo que, a continuación, rechazó la apelante. Así, a pesar de lo que sostuvo la apelada en su escrito de oposición al recurso de apelación, no puede entenderse como "hecho no discutido" en este juicio el que la recurrente le debiese al tiempo de presentar la demanda el importe de la factura nº 110.473/2.011. Además, la Sentencia apelada rechazó (en su Fundamento de Derecho Tercero) que fuese aplicable a este caso la prohibición prevista en el artículo 58 de la Ley Concursal : "respecto a la aplicabilidad de la prohibición de compensación del artículo 58 LC, no puede llegarse a la conclusión de que sea aplicable al supuesto de autos". La apelada manifestó en su escrito de oposición al recurso de apelación su "absoluta conformidad" con la Sentencia, con lo que también estuvo conforme con lo expuesto en ese Fundamento de Derecho.

TERCERO: La Sentencia apelada se refirió al derecho de retención previsto en el artículo 59 bis de la Ley Concursal. El apartado 1 de esa norma prevé que "declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa". Sin embargo, ese artículo, introducido en la Ley Concursal por la Ley 38/2.011, de 10 de octubre, no es aplicable a la demandante. La Disposición Transitoria Primera, apartado primero, de la Ley 38/2.011 señaló que la misma se aplicará a los concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor, que para esa norma se produjo el día 1 de enero de 2.012 (Disposición Final Tercera, apartado primero, de la Ley 38/2.011). Como se ha expuesto, la entidad "Control Ingeniería y Prevención 09 S.A." fue de declarada en concurso mediante Auto dictado el día 19 de octubre de 2.011.

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el pacto 12.17 del contrato que celebraron las litigantes el día 23 de febrero de 2.009, "el incumplimiento de lo establecido en cualquiera de los apartados del presente pacto 12 autoriza al contratista a la paralización del pago de toda la facturación pendiente de abono, en tanto se produzca la situación de incumplimiento...". En relación a ello, la recurrente se refirió en su escrito de contestación a la demanda al pacto 12.6 del negocio según el cual "en el primer día hábil de cada mes y durante el transcurso de la obra, el industrial presentará un certificado acreditativo de que todo el personal empleado está al corriente en la percepción de haberes". No consta que la demandante ("el industrial") hubiera cumplido esta obligación al tiempo de la presentación de la demanda. Por ello, la demandada podía dejar de pagarle el importe de la factura reclamado en este juicio (estaba autorizada a "paralizar" el pago hasta que la actora cumpliera su obligación, que no consta que haya atendido antes de la presentación de la demanda). Por ello ésta debió ser desestimada.

QUINTO: El contrato es fuente de obligaciones (artículo 1.089 del Código Civil) y tiene, como resulta del artículo 1.091 del Código Civil, fuerza de ley entre las partes (SSTS de 13-3-2.012 y 29-5-2.014). En nuestro sistema rige el principio de libre regulación de las relaciones contractuales dentro de los límites que fija el artículo 1.255 del Código Civil, por lo que existe libertad de contratar o no, pero, una vez que en el ejercicio de tal libertad se suscribe un contrato, el artículo 1.091 del Código Civil atribuye a las obligaciones que nacen de él la naturaleza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de lo pactado. Lógica consecuencia de ello, es que, como regla general, los contratantes no puedan desvincularse unilateramente de lo pactado, siendo preciso para derogar la ley privada entre las partes un nuevo acuerdo o contrario consenso, dejando sin efecto lo estipulado (STS de 18-7-2.012). Hay que recordar que el ejercicio de la autonomía de la voluntad es libre, dentro de ciertos límites, y que se traduce en el reconocimiento de una potencialidad normativa creadora que tiene una de sus expresiones en el contrato, al que se atribuye fuerza de ley entre las partes - artículo 1.091 del Código Civil - en tanto sea considerado válido (STS de 7-3-2.012).

SEXTO: Los litigantes no discuten la validez del "Contrato de Industriales Nº IN/1/115267/0081/00/09 Servicios de Prevención de Riesgos Laborales", negocio que contiene obligaciones recíprocas. La demandante no podía exigir de la demandada el cumplimiento de la obligación de pago del precio de la factura número 110/473/2.011 sin antes cumplir u ofrecer cumplir la otra obligación recíproca, pactada en

relación con el "personal en obra" (cláusula 12 del negocio), de la que era deudor. El incumplimiento de la obligación contraída por la acreedora de la obligación recíproca (la demandante) permitía a la recurrente negarse a cumplir su propia obligación y destinar, como también fue pactado (cláusula 12.18 del contrato), la facturación pendiente de abono al cumplimiento de las obligaciones no atendidas por el industrial. Así lo hizo la demandada en relación con los trabajadores contratados por la actora, al ser condenada en el juicio ordinario 827/2.011 del Juzgado de lo Social Número 4 de Las Palmas, y en el juicio ordinario 849/2.011 del Juzgado de lo Social Número 1 de Las Palmas (folios 202, 204 y 217 y 218 de los autos). En el desenvolvimiento de toda relación sinalagmática, con obligaciones recíprocas para cada una de las partes, de cumplimiento, en principio, simultáneo, el incumplimiento de aquello que en esencia compete a una de ellas, que frustre el fin del contrato, además ser un óbice para que prospere su propia acción resolutoria, justifica, en atención a lo que se ha llamado "excepción de incumplimiento" o exceptio non adimpleti contractus que la otra pueda optar por resolver o, al menos, pueda eximirse de seguir atendiendo simultáneamente sus obligaciones (SSTS de 16-4-2.004, 7-10-2.005, 12-2-2.007, 5-7-2.007, 1-10 - 2.010, y 20-10-2.010, entre otras).
SÉPTIMO: Por todo lo expuesto, la Sala considera que el recurso de apelación interpuesto por la entidad "U.T.E. Nueva Sede Judicial de Las Palmas de Gran Canaria" frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 13 de Las Palmas de Gran Canaria dictada el día 20 de diciembre de 2.013 debe ser estimado. La demanda de la entidad "Control Ingeniería y Prevención 09 S.A." debió ser desestimada.": SAP Las Palmas (Sección 4) 05.03.2015 (Sentencia 68/2015; Rollo 286/2014)

2.2 Inaplicabilidad del precepto al aval bancario que garantiza las obligaciones del contratista concursado frente al poromotor, aunque cumpla una función análoga a la "retenciòn"

AP Zaragoza

PRIMERO.-La Administración Concursal de la sociedad concursada (A.C.) presenta demanda incidental frente a la sociedad cooperativa "Pinares de Venecia", amparándose en el art. 59 bis L.C., solicitando de ésta la reintegración a la masa activa el aval prestado por la entidad bancaria "Targobank" a favor de la concursada ("Concepto industrial y constructivo, S.L.") y en garantía de los derechos de "Pinares de Venecia". Esta como dueña de la obra recibió dicho aval a primer requerimiento en garantía de los defectos de la obra ejecutada por la ahora concursada. La cuantía garantizada alcanzaba los 200.601,03 euros.
La vigencia del aval concluía el 11.12.2013. El Auto de declaración del concurso es de 8.11.2013.
Se considera, por tanto, que dicho aval tiene la consideración de " retención " por los posibles defectos de la obra contratada.
SEGUNDO.-"Pinares de Venecia, S.Coop.", niega que tenga obligación de devolver dicho aval.
Antes de la declaración del Concurso la promotora había requerido en muchas ocasiones a la constructora para que reparara desperfectos (correos electrónicos desde el mes de mayo de 2013). Estas reclamaciones de repaso siguieron una vez iniciado el concurso. Sin que hayan sido atendidas.
Ya en noviembre de 2013 (doc.12) "Pinares" requirió al banco garante para que pusiera a su disposición la cuantía del importe avalado (200.601,03 #). Requerimiento que reiteró durante el concurso (doc.13). El banco "Targobank" respondió el 12-12-2013 que no podía cumplir el requerimiento, pues no especificaba qué obligaciones había incumplido la constructora.
Por fin, la promotora encargó un informe para concretar el valor de los defectos de obra, que se emitió el 18-junio-2014, recepcionado por "Targobank" el 8-9-2014 y que los cuantificaba en 48.268,95 # (más IVA).
TERCERO.-Emplazada "Targobank" a tenor de los arts. 193 y 194 L.C., se opone a la tesis de la promotora. Cuando fue requerida de pago por "Pinares", ésta no especificó la cuantía de los despefectos, incluso hubo un intento de que la propia concursada arreglara aquéllos, en cumplimiento del contrato de obra. Lo que, por fin, no se llevó a efecto.
Una vez concretada la cuantía por la que se pedía la eficacia del aval, "Targobank" se negó, puesto que dicho aval ya había caducado.
El 31.10.2014, "Pinares" demanda a "Targobank" para el cumplimiento del aval, pleito que es turnado al juzgado de primera instancia nº2, habiendo recaído sentencia condenatoria el 4-2-2015, después de haber rechazado la prejudicialidad de dicho juicio respecto a este incidente concursal.
CUARTO.-La sentencia del incidente estima la demanda de la A.C., aplicando el art. 59 bis L.C. y condenando a la promotora a reintegrar a la masa activa el aval de "Targobank".
QUINTO.-Recurre "Pinares". Considera que hay que estar a lo resuelto en el procedimiento de primera instancia. Entiende que la sentencia desconoce la naturaleza de los avales a primer requerimiento, que llevan una existencia no accesoria respecto a la obligación principal que afianza. Tampoco puede afectar a su condición de beneficiaria del aval el no haber insinuado su crédito frente a la constructora. La suspensión del derecho de retención, ex art. 59 bis, no empece a la ejecución del aval frente a terceros.
SEXTO.-Afronta la sentencia del incidente de forma correcta la interpretación del art. 59-bis L.C.. El alcance de la limitación ("suspensión") del derecho de retención supone la necesaria devolución de la misma (del dinero retenido a expensas de una futura liquidación de los defectos de obra imputables a la constructora concursada) a la masa activa del concurso. El retenedor es poseedor de un derecho ajeno.
Lo que contradice el principio de universabilidad que sirve de garantía a todos los acreedores. De lo contrario se trataría de un privilegio excepcional no previsto legalmente.
A salvo la consunción de ese derecho de garantía antes de la declaración del concurso. Y, además, una vez liquidada la relación contractual (siquiera en un incidente concursal), el volumen de la retención innecesario para el cumplimiento de su función garante, habría de pasar a la masa activa del concurso.

En este sentido, SS. de esta secc. 5ª 13/14, de 28-enero, 85/14, de 24-marzo y 377/14, de 27noviembre; así como la S.T.S. 26-7-2014 (ponente D. Ignacio Sancho).
SEPTIMO.-Ahora bien, en este caso la realidad se muestra con un elemento que incide directamente en el desenlace dogmátivo reseñado. La "retención" se sustituyó por un " aval a primer requerimiento " de un tercero, que responde por la concursada de forma solidaria y bajo determinadas circunstancias.
El aval cumple la misma función que la retención. Pero no es propiamente un derecho patrimonial de la concursada. Al menos no en sentido estricto. La S. de esta secc. 5ª 356/14, de 17-11, aunque en otro contexto (acciones de reintegración), se refiere a las relaciones de afianzamiento. "El contrato de fianza lo es entre acreedor y el fiador; el deudor fiado no es parte en él (art. 1823-2 y 1838 C.C.). Por lo tanto, la "causa de garantía" supone ampliar el poder de agresión del acreedor, mediante la accesión de otro crédito. El fiador asegura el cumplimiento de una deuda ajena, pero mediante la asunción de una deuda propia".
Tiene, pues, " autonomía jurídica". La cual es plenamente reconocida en el art. 87 L.C., concretamente en los puntos 6 y 7 del mismo. Todo ello en conexión con el art. 160 del mismo texto legal.
En este mismo sentido, S. de esta sección 5ª 252/14, de 14-7, con cita de doctrina del Tribunal Supremo.
OCTAVO.-Por tanto, la promotora tiene pleno derecho a ejercitar el "aval" frente al avalista de la deudora-concursada. Sin perjuicio -claro está- de las consecuencias que el propio art. 87 L.C. prevé. Y en caso de consunción del crédito, con las pertinentes repercusiones respecto al crédito del avalista o garante.
NOVENO.-Por lo tanto, no procede la devolución del aval que -además- está como base documental del procedimiento de reclamación entre acreedor y avalista. Precisamente en ejercicio del derecho "autónomo" que aquél tiene frente a éste.
Lo que supone la estimación del recurso y la desestimación de la demanda.": SAP Zaragoza (Sección 5) 29.06.2015 (Sentencia 286/2015; Rollo 204/2015)

Artículo 60. Interrupción de la prescripción.

1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.

2. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora.

3. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso.

2. La interrupción de la prescripción no perjudicará a los deudores solidarios, así como tampoco a los fiadores y avalistas.

3. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora.
También quedará interrumpida la prescripción de las acciones cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley.

Vid los nuevos artículos 48 quáter, 50.2, 51.1 y 51 bis.1 en su redacción por ley 38/2011.

4. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso.

Nueva redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011). Los iniciales apartados 2 y 3 se reenumeran como 3 y 4, y se añade un nuevo apartado 2.
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

CAPÍTULO III - De los efectos sobre los contratos

0. Inaplicabilidad de los arts 61 y 62 LC en el ámbito extraconcursal

0.1 Inaplicabilidad en la relación con el fiador real no concursado

Tribunal Supremo

*"II. RECURSO DE CASACIÓN.*CUARTO.-*Formulación del motivo único del recurso de casación.*
Se articula en los siguientes términos: " *Infracción de los artículos 1091, 1255, 1858 del Código Civil en relación con los artículos 49, 59, 61, 62, 84, 146 y 154 de la Ley Concursal ".*
Entiende la recurrente que hallándose LABARO en concurso de acreedores desde el 14 de abril de 2008, no pudo incumplir en el pago de los intereses porque no le podía ser exigible.
Entiende igualmente el recurrente que le es de aplicación al caso el art. 61 LC pese a que se refiere a los

contratos con obligaciones recíprocas, especialmente a los bilaterales; sin embargo, dice, los unilaterales también se ven afectados por la norma, para los que no cabe arbitrar otra solución que la contemplada en el ordinal primero del citado artículo, por lo que debe incluirse en la masa pasiva del concurso e integrado en la misma, conforme establece el art. 49 LC.
Invoca igualmente como infringido el art. 59 LC sobre suspensión de intereses, *"salvo los correspondientes a los créditos con garantía real",* lo que no se aplica, dice, a los intereses devengados antes de la declaración de concurso. Sobre los posteriores, sostiene, tiene derecho a ellos pero no vencen ni son exigibles, sino que deben incorporarse a la masa pasiva, junto con el principal, como privilegio especial.
Aduce también la recurrente que la sentencia recurrida infringe el art. 61.3 LC que declara que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución por la sola causa de la declaración de concurso. Por consiguiente, la cláusula 10.c), sobre vencimiento anticipado en caso de insolvencia o concurso debe tenerse por no puesta. Añade que, si la prestataria no podía incumplir por estar en concurso, los argumentos de la demandada y los de la sentencia recurrida, según los cuales se resolvió por incumplimiento en el pago de intereses, terminan por ser contrarios a la disposición prohibitiva del art. 61.3 LC.
Debía ser resuelto, dice, en base al art. 62 LC, por lo que no procedía la ejecución automática de la prenda, pues tratándose de una garantía accesoria queda sujeta *"a la condición ineludible de que exista incumplimiento de la obligación asegurada"* que, conforme reiteradamente se sostiene por la recurrente, este no se ha producido, por estar en concurso.
QUINTO.-*Razones para la desestimación del recurso.*
El motivo que fundamenta el recurso debe ser desestimado. Ninguno de los preceptos invocados en su formulación, los sustantivos del Código Civil (arts. 1091, 1255, 1857 y 1858) y los de la Ley Concursal (49, 59, 61, 62, 84, 146 y 154) han sido infringidos.
En algún caso, ni son invocados en el desarrollo del motivo (arts. 1091 y 1255 CC), en otros, son invocados pero no citados (arts. 1129 y 1124 CC). En todo caso existen en el recurso argumentos impugnatorios contra la sentencia recurrida que parten de errores conceptuales, tanto en la interpretación de la normativa sustantiva civil como en las de carácter sustantivo y procedimental de la normativa concursal.
En primer lugar, debemos destacar que quien presta la garantía prendaria no es el concursado, sino un tercero, el fiador real. Por la fianza, el tercero faculta a la Caja para que pueda realizar el bien dado en garantía (en este caso el crédito derivado de la cuenta corriente), mediante la compensación por la cantidad concurrente, en caso de incumplimiento de la obligación principal (art. 1857.1 º y 1858 CC). Como señala el art. 1822 CC, por la fianza *"se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste"*.
Interpreta el recurrente que, declarado el concurso, no puede el prestatario incumplir con sus obligaciones porque no se le puede reclamar. Una cuestión es que las obligaciones no se puedan exigir al concursado, obligado principal, y otra distinta es que, vencidos los intereses del préstamo, de conformidad con el art. 59 LC, tratándose de una garantía real, puedan ser satisfechas por el fiador real, tercero pignorante, hasta el límite de la garantía constituida.
En segundo lugar, el recurrente invoca erróneamente el art. 61 LC, en un doble sentido. Por un lado, al considerar que el préstamo, -que reconoce es un contrato unilateral-, debe someterse a las normas que allí se integran, cuando, sin más esfuerzo de interpretación, el propio artículo reza *"vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas",* por lo que no es de aplicación; como tampoco lo es el art. 62 *"resolución por incumplimiento",* que sigue refiriéndose al apartado 2 del artículo precedente (el art. 61.2 LC), caso de que el incumplimiento de los contratos con obligaciones recíprocas tenga lugar después de declarado el concurso. Y aún debe distinguirse siguiendo la doctrina sentada por esta Sala (SSTS 505/2013, de 24 de julio y 510/2013, de 25 de julio) entre contratos de tracto sucesivo y de tracto único, para permitir, en el primer caso, la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso.
Por otro lado, consecuencia de cuanto precede, no es de aplicación el apartado 3 del art. 61 al ser el préstamo un contrato unilateral, y no estar el fiador real en concurso, en cuyo supuesto, podría invocarse, en su caso, la paralización de la ejecución de la garantía que prevé el art. 56 LC.
Por consiguiente, el acreedor que ha recibido del fiador una garantía real (prenda), en caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor aún hallándose éste en concurso, puede ejecutarla en los términos convenidos, hasta donde alcance la garantía.
El motivo se desestima.": STS 18.06.2014 (Sentencia 313/2014; Recurso 711/2012)

0.2 Inaplicabilidad a efectos de demanda contra fiadores solidarios del concursado

AP Alicante

"PRIMERO.-En el pleito que nos ocupa, la entidad bancaria prestamista dio por vencido anticipadamente el préstamo concedido a una mercantil, afianzado solidariamente por los demandados, debido al impago de varios plazos de amortización parcial, de conformidad con la condición general undécima de la póliza, que la habilitaba expresamente para ello. El vencimiento anticipado de la operación se produjo tras la declaración de concurso de la sociedad prestataria. La prestataria dirige su acción contra los fiadores solidarios, a fin de que cumplan con la obligación asumida en virtud de la fianza.
La resolución recurrida, tras afirmar que uno de los efectos de la declaración de concurso es que los contratos que se encontraban en vigor a tal fecha continúan su vigencia (conforme al art. 61 LC, siendo únicamente posible su resolución por incumplimiento, en los casos del art. 62) y que, con relación a los fiadores solidarios, únicamente es posible dirigirse contra ellos una vez producido el vencimiento o incumplimiento de las obligaciones del deudor afianzado, concluye que, declarado el concurso, no es posible el vencimiento anticipado de las obligaciones pendientes de cumplimiento, pues ello implica la resolución contractual que no

es posible ni por la mera declaración de concurso ni por el hecho de que ello esté previsto en el condicionado de la póliza de préstamo, ni puede hacerse al margen del procedimiento concursal. De ahí que no acepte el vencimiento anticipado del préstamo y desestime la demanda dirigida contra los fiadores.
Punto de partida del razonamiento que se va a efectuar es que el deudor principal incumplió su obligación de pago de las amortizaciones parciales antes de la declaración de concurso (como se acredita documentalmente y no se niega de contrario), lo que motivó que diera por vencido anticipadamente el préstamo, ya después de la declaración de concurso, en virtud de las estipulaciones contractuales.
El principio de subsidiariedad de la fianza (que también es predicable de las solidarias) implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple, es decir, subsidiariamente a éste. En el caso que nos ocupa, el deudor principal ha incumplido su obligación y la prestamista ha dado por vencido anticipadamente el préstamo, lo que le permite dirigirse contra los fiadores solidarios.
En el ámbito extraconcursal en que nos movemos, no son de aplicación ni el art. 61 LC (ni podría serlo, pues se refiere a la vigencia de contratos con obligaciones recíprocas, y el contrato de préstamo no lo es) ni el art. 62, que se refiere a la resolución por incumplimiento de ese tipo de contratos.
Lo relevante es que el vencimiento anticipado se ha producido sobre la base de un incumplimiento del deudor principal (previo, a mayor abundamiento, a la declaración de concurso) y de una cláusula contractual que lo permitía, razón por la que los fiadores solidarios han de cumplir, en los exactos términos de la fianza convenida. El pago de la obligación por un fiador solidario provoca una subrogación en el pago, con trascendencia concursal, pues el art. 87.6 LC prevé la sustitución del titular del crédito, en caso de pago por el fiador.
Lo cual supone la estimación del recurso interpuesto, con los pronunciamientos a ello inherentes. “:SAP Alicante (Sección 8) 28.06.2013 (Sentencia 287/2013; Rollo 201(118)/2013)

00. Inaplicabilidad de los arts 61 y 62 LC a los contratos unilaterales como el préstamo

Tribunal Supremo

*“II. RECURSO DE CASACIÓN.*CUARTO.-*Formulación del motivo único del recurso de casación.*
Se articula en los siguientes términos: " *Infracción de los artículos 1091, 1255, 1858 del Código Civil en relación con los artículos 49, 59, 61, 62, 84, 146 y 154 de la Ley Concursal ".*
Entiende la recurrente que hallándose LABARO en concurso de acreedores desde el 14 de abril de 2008, no pudo incumplir en el pago de los intereses porque no le podía ser exigible.
Entiende igualmente el recurrente que le es de aplicación al caso el art. 61 LC pese a que se refiere a los contratos con obligaciones recíprocas, especialmente a los bilaterales; sin embargo, dice, los unilaterales también se ven afectados por la norma, para los que no cabe arbitrar otra solución que la contemplada en el ordinal primero del citado artículo, por lo que debe incluirse en la masa pasiva del concurso e integrado en la misma, conforme establece el art. 49 LC.
Invoca igualmente como infringido el art. 59 LC sobre suspensión de intereses, *"salvo los correspondientes a los créditos con garantía real",* lo que no se aplica, dice, a los intereses devengados antes de la declaración de concurso. Sobre los posteriores, sostiene, tiene derecho a ellos pero no vencen ni son exigibles, sino que deben incorporarse a la masa pasiva, junto con el principal, como privilegio especial.
Aduce también la recurrente que la sentencia recurrida infringe el art. 61.3 LC que declara que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución por la sola causa de la declaración de concurso. Por consiguiente, la cláusula 10.c), sobre vencimiento anticipado en caso de insolvencia o concurso debe tenerse por no puesta. Añade que, si la prestataria no podía incumplir por estar en concurso, los argumentos de la demandada y los de la sentencia recurrida, según los cuales se resolvió por incumplimiento en el pago de intereses, terminan por ser contrarios a la disposición prohibitiva del art. 61.3 LC.
Debía ser resuelto, dice, en base al art. 62 LC, por lo que no procedía la ejecución automática de la prenda, pues tratándose de una garantía accesoria queda sujeta *"a la condición ineludible de que exista incumplimiento de la obligación asegurada"* que, conforme reiteradamente se sostiene por la recurrente, este no se ha producido, por estar en concurso.
QUINTO.-*Razones para la desestimación del recurso.*
El motivo que fundamenta el recurso debe ser desestimado. Ninguno de los preceptos invocados en su formulación, los sustantivos del Código Civil (arts. 1091, 1255, 1857 y 1858) y los de la Ley Concursal (49, 59, 61, 62, 84, 146 y 154) han sido infringidos.
En algún caso, ni son invocados en el desarrollo del motivo (arts. 1091 y 1255 CC), en otros, son invocados pero no citados (arts. 1129 y 1124 CC). En todo caso existen en el recurso argumentos impugnatorios contra la sentencia recurrida que parten de errores conceptuales, tanto en la interpretación de la normativa sustantiva civil como en las de carácter sustantivo y procedimental de la normativa concursal.
En primer lugar, debemos destacar que quien presta la garantía prendaria no es el concursado, sino un tercero, el fiador real. Por la fianza, el tercero faculta a la Caja para que pueda realizar el bien dado en garantía (en este caso el crédito derivado de la cuenta corriente), mediante la compensación por la cantidad concurrente, en caso de incumplimiento de la obligación principal (art. 1857.1 º y 1858 CC). Como señala el art. 1822 CC, por la fianza *"se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste"*.
Interpreta el recurrente que, declarado el concurso, no puede el prestatario incumplir con sus obligaciones porque no se le puede reclamar. Una cuestión es que las obligaciones no se puedan exigir al concursado, obligado principal, y otra distinta es que, vencidos los intereses del préstamo, de conformidad con el art. 59 LC, tratándose de una garantía real, puedan ser satisfechas por el fiador real, tercero pignorante, hasta el límite de la garantía constituida.
En segundo lugar, el recurrente invoca erróneamente el art. 61 LC, en un doble sentido. Por un lado, al

considerar que el préstamo, -que reconoce es un contrato unilateral-, debe someterse a las normas que allí se integran, cuando, sin más esfuerzo de interpretación, el propio artículo reza *"vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas",* por lo que no es de aplicación; como tampoco lo es el art. 62 *"resolución por incumplimiento",* que sigue refiriéndose al apartado 2 del artículo precedente (el art. 61.2 LC), caso de que el incumplimiento de los contratos con obligaciones recíprocas tenga lugar después de declarado el concurso. Y aún debe distinguirse siguiendo la doctrina sentada por esta Sala (SSTS 505/2013, de 24 de julio y 510/2013, de 25 de julio) entre contratos de tracto sucesivo y de tracto único, para permitir, en el primer caso, la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso.
Por otro lado, consecuencia de cuanto precede, no es de aplicación el apartado 3 del art. 61 al ser el préstamo un contrato unilateral, y no estar el fiador real en concurso, en cuyo supuesto, podría invocarse, en su caso, la paralización de la ejecución de la garantía que prevé el art. 56 LC.
Por consiguiente, el acreedor que ha recibido del fiador una garantía real (prenda), en caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor aún hallándose éste en concurso, puede ejecutarla en los términos convenidos, hasta donde alcance la garantía.
El motivo se desestima.": STS 18.06.2014 (Sentencia 313/2014; Recurso 711/2012)

AP Castellón

"PRIMERO Es objeto de este recurso de apelación elauto de fecha 31 de julio de 2009 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Nules que, teniendo por terminado el procedimiento por satisfacción extraprocesal al haberse abonado por el demandado D.Celestino las cantidades reclamadas por Banco Popular Español SA y haciendo aplicación de lo establecido en elart 22.1 LEC, no hizo condena sobre las costas de instancia, por lo que la también demandada y ahora recurrente Dª.Estela, alegando que no participó en el expresado acuerdo extrajudicial entre la entidad bancaria y el codemandado y entendiendo que frente a ella no se ha producido un supuesto de carencia sobrevenida previsto en la citada disposición legal, sino un desistimiento regulado en elart 20 LEC y considerando de aplicación lo establecido en losarts 20.3 y 396.1 LEC, solicita de esta Sala que le sean impuestas las costas a la entidad actora, con revocación de dicha resolución dictada en el ámbito del Incidente de Oposición a la Ejecución nº 438/2009, dimanante de la Ejecución de Títulos no Judiciales nº 21/2009.
SEGUNDO Delimitado así el recurso, para la adecuada decisión del mismo es conveniente resaltar los hechos siguientes:
a) Banco Popular Español SA presentó con fecha 17 de diciembre de 2008 demanda de Ejecución de Títulos no Judiciales en reclamación de 304.203'05 euros de principal y 91.260'92 euros para intereses, gastos y costas contra D.Celestino y esposa Dª.Estela, como avalistas solidarios del préstamo formalizado el 4 de julio de 2005 con la deudora principal Construcciones y Promociones Besuri SL.
b) Dicha mercantil, con anterioridad a la referida demanda fue declarada en estado de concurso voluntario por resolución de 3 de septiembre de 2008, habiendo presentado con posterioridad los avalistas sendos escritos de oposición al despacho de ejecución los días 4 y 5 de marzo de 2009, dando lugar el segundo de ellos al Incidente de Oposición nº 438/2009 donde alegaba Dª.Estela, como único motivo de oposición, la imposibilidad de resolver el contrato de préstamo sin autorización del Juez del concurso, quedando totalmente proscrita la resolución extrajudicial tal y como establecen losarts. 61 y 62 de la Ley Concursal, así como la imposibilidad de resolver el contrato frente a los fiadores, dado el carácter accesorio de la fianza. (…)
CUARTO En relación con lo anterior, nada impedía a Banco Popular Español SA ejercitar la acción derivada del impago del préstamo frente a los avalistas, sin perjuicio de la declaración de concurso de la demandada principal Construcciones y Promociones Besuri SL, pues la doctrina jurisprudencial es reiterada"en el sentido de que la inclusión de la deuda principal en la lista de acreedores no supone novación del crédito y consiguiente extinción de la obligación del fiador como deudor solidario y no impide al acreedor la reclamación a los fiadores, ni desvirtúa la obligación resultante de la fianza" (SSTS 17 septiembre 2002,27 febrero 2004,7 mayo 2009).
Por otro lado, carece asimismo de relevancia alguna las cuestiones relativas a la resolución contractual, a los efectos previstos en losarts. 61 y 62 de la Ley Concursal, por cuanto el contrato de préstamo no produce obligaciones recíprocas o bilaterales una vez efectuada la entrega del capital, ya que se trata"un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario" (STS 22 mayo 2001).": AAP Castellón 18.02.2011 (JUR 2011/170430; Auto 18/2011; Rollo 282/2010)

000. Caso de liquidación de UTE por el concurso de uno de sus miembros

AP Baleares

"PRIMERO.-La controversia de esta litis en el presente incidente concursal y en esta alzada, se circunscribe básicamente a una cuestión de índole jurídica, cual es la aplicación de las normas de partición de herencias a una liquidación de una UTE, cuando una de las dos sociedades que la integran ha sido declarado en concurso, y con el dato relevante de que la obra a efectuar ya había sido concluida cuando la demandada fue declarada en concurso y con deudas y aportaciones realizadas con anterioridad a tal declaración. Los aspectos fácticos no son objeto de controversia, y los relevantes son los siguientes: A) En escritura pública de 11.01.2.011 las entidades Construcciones Llabrés Feliu SLU, actualmente actora de este incidente, y la entidad Restaurotec Técnicas de Restauración SL constituyeron una UTE sujeta a la Ley 18/1.982 de 26 de mayo, con el objeto exclusivo de la ejecución de la segunda fase de las obras de reforma del edificio de Sa Llotja de Palma, con participación igualitaria de ambas entidades. En dicho contrato se pactaron normas sobre liquidación de la

UTE, singularmente en su artículo 21. B) Concurre en la actualidad causa de extinción de la aludida UTE, principalmente por cuanto la obra ha sido concluida en octubre de 2.011, según documentación aportada. C) Por auto de 9.03.2.012 la entidad Restaurotec, Técnicas de Restauración SL es declarada en situación de concurso voluntario. D) Ambas partes concuerdan las cifras que obran en el documento nº 6 de la demanda, y concordantes, esto es, que el activo de la UTE asciende a 393.233,31 más 339,35 euros obrantes en las cuentas bancarias de la misma, más un crédito acreedor por IVA a devolver de 19.753 euros (en el primer trimestre de 2.013); y en el pasivo, la existencia de créditos a favor de terceros ajenos a la UTE, por un importe de 73.455,25 euros, y de créditos a favor de los dos integrantes de la misma, de 276.22,56 euros para Construcciones Llabrés Feliu SLU y de 60.687,41 euros para Restaurotec Técnicas de Restauración. De la documentación aportada se infiere que cinco de las seis certificaciones de la obra ejecutada, lo han sido el día 26.06.2.012, o sea, con posterioridad a la declaración de concurso de esta última sociedad.
La actora sostiene que, de conformidad con las normas de la partición de herencias, aplicada al supuesto enjuiciado, los acreedores de la UTE, tienen preferencia sobre los acreedores de cada una de las entidades que la integran, en este caso, de Restaurotec, declarada en concurso, esto es, la preferencia de los acreedores de las sociedad, frente a los acreedores de los socios.
La demandada se opone a dicha pretensión, y aporta un estudio doctrinal sobre la cuestión, conforme al cual deben aplicarse las normas propias del concurso en la determinación de preferencia de créditos, y sobre la posibilidad de compensación.
La sentencia de instancia, tras declarar la procedencia de la extinción de la UTE (la demandada se allanó a tal cuestión y no es objeto de esta alzada), declara que deberá procederse a la liquidación de la UTE conforme a las normas concursales, y argumenta que pese al escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la cuestión, la liquidación no puede quedar al margen de la aplicación de las normas correspondientes a la situación de concurso de uno de sus integrantes; que el pago de los débitos derivados del funcionamiento de la UTE, tanto a favor de terceros externos, como de los miembros de la misma, no puede más que quedar sujeto a las normas concursales sobre su reconocimiento (art 86 LC), orden de pago (art 154 y ss LC) y prohibiciones de compensación, salvo los supuestos legalmente previstos, pues lo contrario supondría la vulneración del principio de la "par conditio creditorum" por razón del origen de los créditos, sin amparo legal.
Dicha resolución es apelada por la representación de la actora, y refiere, como argumentos más relevantes, que una cosa es la liquidación de la sociedad interna entre los dos socios, uno de ellos en concurso, y otra distinta, la liquidación concursal de ésta, no distinguiendo la sentencia ambos extremos; que ésta no dice qué sucede con los bienes de los cuales son titulares los socios de la UTE; no explica la razón, que en realidad no existe, por la cual la facultad que tienen los acreedores que lo sean por su actividad a favor de la unión, de comunicar sus créditos en el seno del concurso de uno de los dos socios, impide la aplicación de las reglas del CCi y LEC antes citadas; no se entiende la referencia a la compensación y a la "par conditio creditorum", ya que precisamente los artículos citados constituyen ese amparo, de producirse tal ataque; y el mismo no se produce porque son dos planos distintos: liquidación de la sociedad interna, como liquidación del activo y pasivo común de los socios, y la liquidación concursal del patrimonio de uno de los socios; discrepa del artículo doctrinal aportado por la Administración concursal, por obviar su autor la aplicación del artículo 1.708 del CC, que se remite a las reglas de partición de la herencia para así poner fin a la comunidad hereditaria, y que se aplica a las sociedades internas porque ni éstas ni la comunidad hereditaria a la que pone fin tienen personalidad jurídica.
La representación de la Administración concursal solicita la confirmación de la sentencia recurrida.
SEGUNDO.-En relación con las uniones temporales de empresas, la SAP Rioja 3 enero 2.013, Sec 1, expone que *"la Unión Temporal de Empresas, regulada como institución por primera vez en nuestro Derecho por la Ley 1964/1963, de 28 diciembre, viene a constituir una asociación entre varios empresarios, limitada en el tiempo, como su propio nombre indica, con el fin de lograr un mejor desarrollo o ejecución de una obra y obtener una serie de beneficios económicos. Tanto en la norma inicial de 1963, como en la posterior Ley 18/1982, de 26 mayo, se concebía como figura esencialmente tributaria, carente de personalidad jurídica, siendo preciso el nombramiento de un gerente único con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones necesarias para el logro de los fines de la unión, estableciéndose la responsabilidad solidaria e ilimitada de los empresarios agrupados frente a terceros, por las operaciones realizadas en beneficio del común (artículos 7.º.2, 8.º.d y 8.º.e.8 de la Ley de 1982).*
El artículo 7.1 de la Ley 18/1982 sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional, define las uniones temporales de empresas "como el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra o servicio o suministro" y lo único que nos dice es que carecen de personalidad jurídica.
Este régimen no ha sufrido variación por la más reciente Ley 12/1991, de 29 abril, reguladora de las Agrupaciones de Interés Económico, que sí gozan de personalidad (artículo 1), pero cuya figura coexiste con las Uniones, manteniéndose vigente la Ley 18/1982, con las modificaciones introducidas en la Disposición Adicional Segunda de la referida Ley 12/1991.
Partiendo de esa responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los componentes de la UTE podemos además considerar que las relaciones internas se suelen disciplinar en la escritura de formalización de la UTE y, dentro de ésta, en los estatutos o pactos reguladores del funcionamiento de la unión. "
La SAP León, sec 1, de 27.03.2.012. indica que " *La ley ninguna regulación establece entre los socios para el supuesto de la declaración del concurso de alguna de las sociedades que integran la unión. La falta de criterios jurisprudenciales sobre la materia es también evidente. Al respecto de la naturaleza jurídica se pronuncia la reciente Sentencia de la AP de Valladolid de 2 de febrero de 2012 indicando la naturaleza jurídica contractual de las relaciones internas entre los componentes de la UTE y la falta de regulación de forma que "...habrá que acudir a los Estatutos de la Unión".*
Sin embargo, en sentido diferente a esta tesis que mantiene la naturaleza contractual de las relaciones entre

los componentes de la UTE se pronuncia la Sentencia de la AP de Pontevedra de 15 de marzo del 2011, citada en el escrito de contestación al recurso que señala lo siguiente: "Esta forma de colaboración empresarial no entra en la categoría de contratos con obligaciones recíprocas a que se refiere el art. 61 LC en relación con el art. 84.2.6º LC." Y añade: "El miembro de la UTE que responda por las deudas de la misma, aún de forma anticipada, que será normalmente quien no esté en concurso, tendrá un derecho de repetición para que le reembolsen la parte que corresponda según la participación que tuvieran pactada, acción de regreso que podría plantear la cuestión de si el crédito debe calificarse como contra la masa y o como crédito concursal, y en este último caso, cómo debería comunicarse a efectos de su reconocimiento, pero no por los motivos expuestos por la parte apelante en función del art. 61.2 LC y 84.2.6º LC ".

Valorando en esta alzada el origen negocial de las UTEs unido a la existencia de un fin común para todos los empresarios que las componen, consideramos que resulta más adecuada la naturaleza societaria de las Uniones Temporales y por tanto no aplicable el artículo 61 de la LC EDL ni la facultad resolutoria ejercitada por la parte recurrente cuando ya la finalidad ha sido completada y procede únicamente la liquidación con las consecuencias fijadas por la resolución de Primera Instancia."

La SAP Pontevedra Sec 1 de 15.03.2011, refiere que *"la naturaleza jurídica de esta figura ha sido una cuestión muy controvertida en la doctrina. En este sentido, para unos autores la UTE constituirá una modalidad de comunidad de bienes, en la que diferentes empresarios pondrían en común ciertos bienes para el desarrollo de una determinada obra, servicio o suministro. Sin embargo, el origen negocial de la UTE unida a la existencia de un fin común a cuya promoción se comprometen todos los empresarios participantes, dota a esta figura de una naturaleza genuinamente societaria como ha sido subrayado por otros autores. A este respecto, para un sector de la doctrina, la UTE debería calificarse de sociedad colectiva dada la naturaleza mercantil de su objeto social mientras que, para otro sector, la falta de personalidad jurídica impediría dicha calificación (dado que la sociedad colectiva es una sociedad necesariamente externa o personificada) debiendo entenderse, en su lugar, que se trata de una modalidad de sociedad interna cuyo régimen jurídico subsidiario habría de buscarse en el correspondiente a la sociedad civil.*

En este sentido, aún cuando a tenor de su régimen legal la unión temporal de empresas carece efectivamente de personalidad jurídica, se establecen normas que dotan a la misma de un cierto grado de personificación, como reconocen los autores que defienden su calificación de sociedad interna; así, se prevé el nombramiento de un gerente a través del cual se realizarán necesariamente las actuaciones de la unión temporal (aunque bien es verdad que la figura del gerente se configura como apoderado singular de los miembros y no como "órgano social" de la unión: art. 8,d Ley 18/1982) y se establece igualmente que la unión ha de actuar bajo una razón o denominación social (art. 8,e, 1 Ley 18/1982), lo cual ha conducido a la consagración jurisprudencial del reconocimiento de capacidad procesal a la unión (véanse, entre otras, las SSTS de 12 febrero 1990, 26 marzo 1999 y 29 julio 2004). De este modo, aún cuando la unión temporal carezca de personalidad jurídica plena y, por tanto, no pueda considerarse persona jurídica en tanto su creación no da origen a un sujeto de derecho absolutamente independiente de sus miembros en los planos patrimonial y estructural u organizativo, no puede negarse que en su configuración y actuación presenta un cierto grado de personificación que pudiera llegar a permitir considerarla como una modalidad de sociedad externa o manifiesta, lo que unido al carácter mercantil de su objeto social conduciría a concluir su caracterización como sociedad colectiva.....En todo caso, y dejando sólo apuntada la dificultad de encuadrar adecuadamente su naturaleza jurídica, es lo cierto que estamos ante una de las diversas formas de vinculación empresarial mediante uniones consorciales a fin de promover o facilitar el desarrollo de sus propias actividades, normalmente reduciendo costes y repartiendo riesgos, para llevar a cabo, normalmente, obras que, por su entidad, sobrepasan las capacidades individuales de quienes las forman. Esta forma de colaboración empresarial no entra en la categoría de contratos con obligaciones recíprocas a que se refiere el art. 61 LC en relación con el art. 84.2.6º LC. El ámbito propio de aplicación de esta norma, ante la falta de definición legal, nos lleva a la construcción doctrinal y jurisprudencial con arreglo a la cual la característica esencial de esta clase de obligaciones se encuentra en la interdependencia o nexo causal que vincula la prestación de cada una de las partes con la correspondiente a la otra, en el sentido de que actúan mutuamente como causa, contravalor o contraprestación de la opuesta. Por consiguiente, los contratos concernidos serán los que originen obligaciones principales de la clase referida. Por ello quedan fueran de este ámbito los contratos unilaterales, los plurilaterales, asociativos o de fin común, siendo el que nos ocupa de esta última clase.

El miembro de la UTE que responda por las deudas de la misma, aún de forma anticipada, que será normalmente quien no esté en concurso, tendrá un derecho de repetición para que le reembolsen la parte que corresponda según la participación que tuvieran pactada, acción de regreso que podría plantear la cuestión de si el crédito debe calificarse como contra la masa y o como crédito concursal. y en este último caso, cómo debería comunicarse a efectos de su reconocimiento...."

La SAP de León de 4.10.2.010, al tratar de la legitimación activa y pasiva de una UTE señala que, " *a pesar de no ostentar personalidad jurídica, sí ostenta capacidad para ser parte, y refiere que "no es preciso acudir a esta doctrina de las uniones sin «personalidad» para atribuir ésta a la demandada, a efectos procesales, pues evidente resulta de la propia Ley reguladora de las Uniones Temporales de Empresas que admite tal legitimación para actuar en el juicio por medio del Procurador nombrado por el Gerente de la UTE que, precisamente por disposición legal, tiene poderes para contraer obligaciones en nombre de las empresas que conforman la UTE (artículo 8.d Ley de 1982) representando a la misma. La Sentencia del TS de fecha 12 de junio del 2007 señala que es admisible "por la peculiaridad de la figura y por el carácter solidario de la responsabilidad que contraen las empresas integrantes, que actúe en el proceso solamente UTE, o las empresas, o conjuntamente éstas con aquélla, sin que ello deba suponer la apreciación de ningún defecto de legitimación. En definitiva, siempre se llegará a la responsabilidad de las empresas integrantes en la fase de efectividad del crédito". Y en el mismo sentido puede citarse la STS de 28 de enero del 2002".*

En cuanto a la solidaridad de las deudas entre las entidades que integran la UTE, la STS 12 de junio de 2.007

establece que " *admitida la constitución de la UTE, la Ley 18/1982 de 26 de mayo sobre el Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresa y Sociedades de Desarrollo Regional establece la responsabilidad solidaria frente a terceros de los miembros integrantes por los actos y operaciones en beneficio del común EDL1982/9184. Como indica la Sentencia de 28 de enero de 2002 EDJ2002/476, crea el instituto de la responsabilidad solidaria de las empresas miembros de la "agrupación" o "asociación temporal" frente a terceros acreedores en el cumplimiento obligacional, no sólo circunscritos al ámbito de los deberes fiscales, sino de cualesquiera otras obligaciones dimanantes de los actos y operaciones que por constituir el objeto o actividad para la cual nació esa "unión" vienen siendo realizadas con el común denominador del beneficio conjunto de todos sus componentes, por lo que, al margen de la tramitación procesal que se haya podido dar en el pleito con relación a la UTE, lo cierto es que se demandó y condenó a Unión Temporal de Empresas AGROTECSA-PACSA, y que al demandarse a la Agrupación, se está demandando también a las personas jurídicas que la integran como titulares de la empresa, una de las cuales compareció en autos, siendo admisible, como dice la recurrida, que "por la peculiaridad de la figura y por el carácter solidario de la responsabilidad que contraen las empresas integrantes, que actúe en el proceso solamente UTE, o las empresas, o conjuntamente éstas con aquélla, sin que ello deba suponer la apreciación de ningún defecto de legitimación. En definitiva, siempre se llegará a la responsabilidad de las empresas integrantes en la fase de efectividad del crédito".*

En el ámbito doctrinal es de destacar que la falta de personalidad implica también la carencia de la capacidad para ser titular de derechos y contraer obligaciones y de ser titularidad de un patrimonio propio. No obstante, se admite la capacidad procesal a través del gerente, y existen bienes afectados a un fin común aportados por las partes. Se considera que los miembros integrantes de la UTE titulan un derecho "pro quota" propio de la comunidad de bienes romana, y respecto de los bienes afectos al fondo operativo de la UTE existiría comunidad, pero no formada sobre cada uno de los bines, sino constituida sobre una pluralidad de bienes, lo que sería más próxima a una comunidad de bienes de tipo germánico, con las repercusiones que ello conlleva en el momento de la disolución, liquidación y extinción de la UTE.

Una UTE no puede ser declarada en concurso ya que no concurre el presupuesto subjetivo de su personalidad, recogido en el artículo 1.1 de la LC, pero ello no implica que la declaración del concurso de una de las sociedades integrantes de la misma no pueda desplegar sus efectos. Se plantea si el miembro integrante de la UTE y su administración concursal pueden disponer libremente de los activos de la UTE, entre ellos su caja operativa, y si los miembros integrantes de la UTE únicamente titulan un derecho pro quota que sólo se determinará y liquidará conforme se proceda a la disolución y liquidación de la UTE, lo que sustentaría la tesis de que la Administración concursal no puede disponer de la caja operativa de la UTE.

En el trabajo doctrinal aportado por la demandada se dice que *"el fondo operativo común es de titularidad compartida, y, menos que se otorgue una garantía ad hoc por parte de todos los miembros a favor de los acreedores de la UTE, los acreedores de cada uno de ellos al margen de la Unión podrán trabar las cuotas correspondientes al miembro deudor en los bienes y derechos que eventualmente fueran asignados a tal bolsa compartida. La misma conclusión cabría extraer en las relaciones entabladas en el seno de la unión. Los miembros no deben nada a la UTE ni tienen créditos contra ella. Las relaciones jurídico obligacionales que se mueven en este contexto tienen como referencia subjetiva activa y pasiva inmediata a dichos miembros, de tal suerte que las aportaciones eventualmente prometidas al fondo operativo común o la obligación de efectuar suplidos para atender gastos se deben entre cada uno de ellos y el resto del colectivo.....independientemente de su deber de llevanza de una contabilidad separada y de los movimientos contables que la obtención de beneficios provoque, la figurar en cuestión carece de un patrimonio propio y separado que le permita hacer suyos los rendimientos registrados de su actividad y decidir autónomamente su destino o distribución formal. Se imputan directamente a sus miembros en todo caso".*

TERCERO.-Al tratarse la UTE de una sociedad interna, y por aplicación subsidiaria de las normas sobre sociedades civiles (artículos 1.665 y siguientes del CC), y en el caso concreto por las normas pactadas entre sus integrantes en la escritura pública de su constitución, no cabe duda que, tal como sostiene la parte actora apelante, los acreedores de la UTE, o más bien de los integrantes de la misma, son preferentes en relación con los de cada uno de los dos socios, por aplicación de tales normas, en concreto los artículos 1.708 CC en relación con los artículos 1.051 y siguientes del CC (en especial el artículo 1.082) y 782.4 de la LEC. A un resultado idéntico se llegaría si se aplican las normas de la comunidad. En el ámbito de las relaciones entre los socios miembros de la UTE, en un contexto de obra ya concluida, y sin que consten obligaciones pactadas entre socios de aportar en el futuro determinados bienes o cantidades, resulta que no nace ninguna posible deuda entre socios hasta que se efectúe la liquidación.

A tenor de la doctrina jurisprudencial antedicha no cabe duda de que los terceros que han contratado con la UTE, que en el supuesto enjuiciado, a tenor de la liquidación obrante en autos, suponen un total de 73.455,25 euros, pueden dirigirse indistintamente contra cualquiera de las dos sociedades miembros de la UTE. El problema radica en determinar si ostentan una preferencia sobre los acreedores particulares de cualquiera de las dos sociedades integrantes de la UTE, o, lo que es lo mismo, si dichas normas de partición se entienden inaplicables por aplicación de la normativa concursal, singularmente el principio de la "par conditio creditorum".

Del mismo modo, en la liquidación concreta conformada por las partes, resulta que el miembro de la UTE Construcciones Llabrés Feliu SLU ha aportado sumas dinerarias en cuantía notablemente superior al otro miembro -Restaurotec SL-. Consideramos que hasta la liquidación, no se puede afirmar que la primera sea acreedora de la segunda, y para ello es preciso que el resultado de la liquidación previamente sea negativo, pues si el activo es suficiente, con el mismo se satisfará la mayor aportación de una de las sociedades. En el caso que nos ocupa al ser el activo superior al pasivo, resulta que no ha llegado a nacer deuda alguna de la entidad Restaurotec a favor de Llabrés Feliu, pues ésta puede resarcirse de la aportación mediante el activo a liquidar. De seguir la tesis mantenida en la sentencia de instancia, resultaría que el activo debería incorporarse al concurso, y que la actora, una vez practicada la compensación por ser de fecha anterior al concurso, sería

acreedor de Restaurotec. Consideramos que esta situación es improcedente pues mientras no se efectúe la liquidación final, en este caso, no ha nacido deuda alguna.
No nos conste doctrina jurisprudencial que trate estrictamente de esta cuestión. Debemos resaltar que las argumentaciones de esta Sala se refieren a un caso concreto, en el cual la UTE ya había incurrido en causa de extinción con anterioridad a la declaración de concurso de uno de sus miembros, ya que había concluido totalmente la obra que constituía su objeto, y en el que las aportaciones de los integrantes de la UTE y las deudas de terceros ya se habían efectuado y devengado con anterioridad al concurso de Restaurotec SL, y en el que la única situación relevante que se ha producido tras la declaración del concurso ha sido el pago por la empresa pública de gran parte y resto del importe de las obras objeto de adjudicación a la UTE.
En tal concreta situación consideramos que las normas societarias, y entre ellas las específicamente pactadas por los miembros de la UTE deben prevalecer en la denominada fase interna sobre el principio concursal de la par conditio creditorum, pues la concursada, a través de su Administración concursal, debe ser parte en el procedimiento de liquidación de la UTE, con capacidad procesal de impugnar sus operaciones, pero el único activo que puede percibir es el que resulte del saldo final de la liquidación como correspondiente a dicha entidad, en el caso el 50% del mismo. Consideramos que las normas relativas a las sociedades civiles no autorizan a que el activo de la UTE deba incorporarse directamente el concurso, y que la mayor cantidad aportada por Llabrés Feliu deba ser reclamada a través del mismo, destacando que la hipotética deuda, como antes se ha razonado, no nacería hasta la liquidación y supuesto un resultado negativo de la misma. Del mismo modo, y, reiteramos, en un contexto de saldo positivo, los acreedores de los miembros de la UTE por relaciones jurídicas concertadas y consumadas con anterioridad a la declaración del concurso ostentan un derecho preferente, siempre que exista activo, en relación con los acreedores de los socios integrantes de la UTE.
En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación interpuesto, y con revocación de la sentencia recurrida, estimar la petición de liquidación efectuada por la parte actora.": SAP Baleares (Sección 5) 04.04.2014 (Sentencia 106/2014; Rollo 38/2014)

Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas.

1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.

0. Doctrina general. Caso de extinción por mutuo disenso

AP Pontevedra

"QUINTO.- *La resolución de contratos en el concurso y el mutuo disenso.*
Como es conocido, en el Derecho previgente nada se preveía respecto de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento en el momento en el que sobrevenía la insolvencia de alguno de los contratantes, por lo que se venía aplicando sin excepciones la norma general del art. 1124 del Código Civil y la norma especial contenida en el art. 909.8 del CCom, relativa a la compraventa con precio pendiente de pago por parte del quebrado.
La cuestión, -puede comprenderse fácilmente-, reviste una importancia esencial. En muchas ocasiones la solicitud de concurso se formula sin atender a la pluralidad de relaciones jurídicas de las que puede ser titular el concursado. En otras, -más de las deseables-, la previsión inicial de conservación o restructuración de la empresa se frustra durante el procedimiento por causas de diversa índole, de suerte que la valoración inicial sobre la continuación de los contratos en los que es parte el concursado debe someterse a revisión.
De otro lado, la importancia de los contratos en los que es parte el concursado puede ser determinante de los valores de las masas activa y pasiva. Puede afirmarse como actividad esencial de la AC, -y en esto coincidimos con las apreciaciones del recurrente-, adoptar rápidas y ágiles soluciones sobre contratos que lastran desproporcionadamente la masa, mientras que no faltarán supuestos en los que resulte absolutamente crucial el mantenimiento de otros (suministros esenciales para la actividad, por ejemplo).
La LC regula en los arts. 61 a 63 los efectos del concurso sobre los contratos celebrados por el concursado con terceros que antes de la declaración del concurso estén pendientes de cumplimiento por una o por ambas partes; el problema se plantea con referencia a los contratos bilaterales o recíprocos, pues claramente los unilaterales determinarán el reconocimiento del crédito del tercero que resulte acreedor o la exigencia frente a éste del crédito para integrarlo en la masa activa. Tales preceptos han quedado en esencia incólumes tras la macro-reforma operada por la Ley 38/2011, con algunas precisiones para el arrendamiento financiero.
Puede adelantarse como criterio general inspirador de la normativa, -luego se insistirá sobre ello-, que el hecho de la declaración judicial de la insolvencia no afecta a la vigencia de los contratos en los que el deudor sea parte. El concurso no resuelve los contratos, lo que sería incompatible con el principio de continuidad de la actividad que la ley trata confesadamente de potenciar. Por lo mismo, si el concurso llega a liquidación la resolución de los contratos puede llegar a constituir una prioridad, como marca el art. 191 ter como especialidad para el procedimiento abreviado. En otras ocasiones, sin embargo, también en liquidación la continuidad de los contratos puede constituir un activo con mayor valor de cambio.
Los arts. 61 y 62 LC tratan de dar solución a los problemas que se producen cuando el concursado es parte de una relación contractual no consumada y las prestaciones debidas por cada contratante están conectadas por

un vínculo de reciprocidad con las del otro. Los preceptos tratan de armonizar las rígidas reglas rectoras del procedimiento concursal con las que regulan el funcionamiento de las obligaciones sinalagmáticas.
No existe especialidad concursal para los contratos unilaterales, pues existiendo en ellos obligaciones para una sola de las partes contratantes, el correspondiente crédito se incluirá en la masa activa, si el acreedor es el concursado (que podrá reclamar judicialmente la prestación por la vía del art. 54), o en la masa pasiva, si el deudor de la prestación es el concursado. La dificultad surge en el caso de los contratos bilaterales.
Una de las características de los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas (junto al régimen especial de la mora y la posibilidad de oponer a la acción de cumplimiento la *exceptio non admipleti contractus*) es el régimen especial de la resolución, previsto en el art. 1124 del Código Civil, con la norma específica para la compraventa de inmuebles del art. 1504. La sentencia del TS de 18.12.2012, cuya cita trae el recurrente, resulta referencia fundamental para comprender el sistema legal, y a su contenido nos remitimos.
Siguiendo la pauta de que los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento no se verán afectados durante el concurso, cabe afirmar que, en principio, no debería de haber obstáculos para que, bien el contratante *in bonis* o bien el concursado, pudieran resolver el contrato si existe incumplimiento de la otra parte. Pero cuando se trate de contratos sinalagmáticos que al tiempo de la declaración de concurso permanezcan con obligaciones pendientes a cargo de ambas partes (por tanto no al supuesto a que se refiere el art. 61.1), el régimen concursal impone especialidades. Esta es la hipótesis del caso.
Así, en primer término, -aunque la LC establece que se tienen por no puestas aquellas cláusulas que faculten para resolver por el solo hecho de la declaración de concurso de una de las partes-, la administración concursal o el propio deudor (según exista suspensión o intervención de facultades) pueden solicitar al juez del concurso la resolución del contrato si ello resulta conveniente para el "*interés del concurso*"(art. 61.2, párrafo segundo). Aparece, pues, una nueva causa de resolución contractual, si al concurso le conviniere, lo que tiene la explicación de que, en muchos casos, el mantenimiento de un contrato puede suponer un perjuicio sin sentido para el colectivo de acreedores.
Ante tal petición, el juez citará a comparecencia a las partes y si existe acuerdo en que lo procedente es la resolución del contrato y sobre los efectos que esta resolución ha de producir, dictará auto declarándolo así. Si no existe acuerdo, habrá de presentarse demanda incidental y se resolverá sobre la resolución y sus efectos en sentencia.
De otra parte, la resolución por incumplimiento de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de las dos partes se regula en el art. 62.1. De su literalidad se sigue, como primera consecuencia, que el régimen no es aplicable cuando una de las partes hubiera ya cumplido íntegramente sus prestaciones antes de la declaración del concurso, lo que no está en cuestión en el presente litigio.
No vamos a reproducir en este lugar lo sabido sobre los dos criterios (momento temporal y calificación jurídica del vínculo) que la LC combina para determinar el ejercicio de la facultad resolutoria en el concurso. En el caso insistimos en que no hay discusión sobre la existencia de una relación jurídica bilateral con prestaciones recíprocas de tracto sucesivo. En este caso, de ejercitarse la acción resolutoria ésta podría basarse en incumplimientos anteriores o posteriores a la declaración de concurso. Pero nótese que no es ésta la acción puesta en juego por el actor.
Las especialidades del sistema concursal finalizan con la posibilidad reconocida en el art. 62.3, que permite al juez, una vez más si el "*interés del concurso*" lo aconseja, que acuerde el cumplimiento forzoso del contrato, de modo que el concursado deberá seguir cumpliendo, con la singularidad de que serán con cargo a la masa las prestaciones que deba realizar el concursado.
Lo que no impide la LC, -o al menos no se sigue de la exposición del sistema que acabamos de describir-, es que no pueda operar el mutuo disenso como causa extintiva de los contratos o, más claramente, que no quepa expresar el mutuo disenso al margen de la comparecencia que regula el párrafo segundo del art. 61.2.
La facultad resolutoria del contrato manifestada en la comunicación de Linde de 12.3.2013 podía ejercitarse, pese a haber sido declarado el día antes el concurso, pero su ejercicio habría de haberse sometido al régimen del art. 62. Como no es ésta la acción puesta en juego en el proceso, no ha lugar a que la jurisdicción se pronuncie sobre si la facultad resolutoria era conforme a Derecho. Tampoco ha lugar a que desde la jurisdicción se califique la estrategia procesal acometida por cada litigante.
Lo cierto es que, como precisa la sentencia de instancia, el objeto del proceso queda limitado a la petición de calificación contra la masa de los créditos reclamados por Linde. Pero en la medida en que dicha petición va intrínsecamente ligada a la suerte del contrato que provocaría el nacimiento de los créditos, constituye presupuesto para la estimación de la demanda el que el contrato de 12.10.2007 permaneciera vigente.
Y en este punto compartimos la tesis seguida por el juez del concurso: el contrato se extinguió durante el concurso por mutuo disenso.
Recuerda al respecto la STS de 15 diciembre 2004, que el mutuo disenso es un contrato extintivo o cancelatorio, por el que las partes que han celebrado anteriormente otro acuerdan (contrarius consensus) que la regulación puesta en vigor con él pierda vigencia. Su fundamento, por tanto, es el mismo que dio nacimiento a la relación jurídica: la autonomía de la voluntad negocial. Como contrato que es, el mutuo disentimiento debe reunir los elementos esenciales de todos los negocios jurídicos de esa naturaleza (artículo 1.261 del Código Civil), admitiéndose también cuando, como dice la STS de 21.10.2005 "*las disensiones dieron lugar a conductas que revelan de modo inequívoco la decisión de abandono del vínculo contractual por mutuo disenso implícito", añadiendo seguidamente que se "trata de retractación bilateral por "contrarius consensus" deducida de hechos concluyentes ("facta concludentia*")".
Por tanto, la causa extintiva del contrato es una voluntad conjunta manifestada de forma expresa o por actos concluyentes, inequívocos. La STS de 21.2.08 afirma que "… *el mutuo disenso es una causa de extinción de las obligaciones, que, aunque no recogida expresamente en el art. 1.156 CC, es admitida de modo pacífico por la doctrina y la jurisprudencia, pudiendo tener lugar por declaraciones de voluntad expresas, tácitas o por actos*

concluyentes (SS., entre otras, 25 de octubre de 1.999, 15 de diciembre de 2.004, 21 de octubre de 2.005, 10 de octubre de 2.007),...." En la misma línea, la STS de 21.10.05.
En el caso, que la actora tenía voluntad de resolver el contrato es cosa que no puede discutirse, atendiendo a la literalidad de la posición mantenida en la comunicación de 12.3.2013. Aún antes, de la comunicación remitida por T-Solar el 8.5.2013 nos parece que la voluntad de resolver era evidente (folios 117 y 118). En dicha comunicación se requiere a Linde para retirar todas las instalaciones fijas y móviles, se hace referencia a que todavía era preciso suministro de gas por razones de seguridad o no inertización de determinados depósitos, se anuncia que no se atendería el pago de otros servicios que se continuaban prestando, y se hace alusión a un futuro acuerdo resolutorio.
De dicha comunicación cabría inferir que el mutuo disenso ya se habría producido y que lo que se dejaba para conversaciones posteriores era la definitiva regulación de las consecuencias de la resolución. Sin embargo, el hecho de que tanto T-Solar como la AC fijen su voluntad resolutoria en un momento posterior obliga a tomar este hecho como consentido, declarando que el mutuo disenso se produjo con la comunicación de mayo.
Sostener ahora que el contrato permanecía vigente nos parece una actuación contraria a los actos propios (Actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan estado, dice la sentencia de 19 de mayo 1998, "*aquéllos cuya realización vaya encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho... y ha de ser concluyente e indubitado y de carácter inequívoco" añade la de 3 de febrero de 1999, "precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica", expresan las de 9 de mayo de 2000 y 21 de mayo de 2001, "actos idóneos para relevar una vinculación jurídica" precisa la de 22 de octubre de 2002; "no ejerce influencia en el área del negocio jurídico... exige que los actos de una persona que pueden tener relevancia en el campo jurídico marcan los realizados en un devenir, lo que significa que en ningún caso pueden contradecir a los anteriores provocando una situación de incertidumbre que desconcierta a terceros afectados por los mismos y que rompe el principio de buena fe determinado en el artículo 7.1 del Código civil" dicen las sentencias de 16 de febrero de 2005 y 16 de enero de 2006. Cuya doctrina, con parecidas palabras, se reitera en las sentencias de 17 de 2006 que "el acto sea concluyente e indubitado* ", de 31 de octubre de 2007: "actos inequívocos y definitivos" y 19 de febrero de 2010, y 1 de julio de 2011).
Por tanto, de la conducta posterior desarrollada por los litigantes nos parece que la voluntad de resolver fue asumida por ambos contratantes, y así es reconocido por Linde en la repetida comunicación de 13.5.2013. Si ambas partes convenían la retirada de las instalaciones, es llano cómo el contrato no podía seguir desarrollándose. La tesis del recurrente de que junto con la obligación de suministro, el contrato incluía otras obligaciones no nos resulta convincente, pues es evidente que aquélla era la prestación esencial, respecto de la cual las otras (arrendamiento, leasing, mantenimiento) eran claramente accesorias. Además, según indica T-Solar sin contradicción, el suministro posterior de nitrógeno lo fue sólo por motivos de seguridad. Por tanto, no es incompatible con la resolución del contrato; se trataría de un efecto o consecuencia de dicha resolución. Otra cosa será la calificación que dicho crédito deba merecer.
A partir de este momento la efectiva retirada de la instalación quedó primero suspendida a petición de la concursada, y luego imposibilitada por la ocupación de los trabajadores, pero como aprecia la sentencia, se trataba ya de ejecutar un acto de retirada de las instalaciones como efecto de una voluntad resolutoria recíproca ya confirmada. No puede defenderse, a la vista del material probatorio aportado, que existiera en alguna de las partes voluntad de seguir ejecutando las prestaciones programadas en el contrato.
Si ello es así, como nos parece que es, la calificación de créditos contra la masa deberá limitarse a las prestaciones no atendidas por la concursada desde la declaración del concurso hasta el momento de la resolución del contrato. En puridad, este efecto debería extenderse a los suministros de gas posteriores, consecuencia de dicha resolución que, se insiste, son asumidos por la demandada, pero no existe prueba alguna de que el suministro por motivos de seguridad consecuencia de la resolución hubiera de facturarse y desde luego no se sabe en qué condiciones o con qué precios, por lo que la falta de prueba la soporta la parte que reclama el pago. Desde luego lo que no pueden reclamarse son los servicios que no llegaron prestarse por estar el vínculo resuelto por mutuo disenso.
Por tanto, todas los conceptos facturados posteriores al 13 de mayo relativos al contrato Gas Management y a alquiler y arrendamiento financiero no pueden atenderse porque no se generaron. Tampoco los suministros de gas posteriores, porque hemos declarado probado que el contrato quedó resuelto. Si las partes no documentaron o recogieron con precisión, a diferencia de lo que hicieron con el contrato, la forma de extinguir las relaciones jurídicas, es cosa a ellas en exclusiva imputable y que, insistimos, sólo podemos conocer a través de la valoración de los documentos aportados.
En consecuencia, procede reconocer un crédito contra la masa por los importes allanados, recogidos en la sentencia, con las siguientes precisiones:
Del mismo modo que se reconoce la factura 010 por importe de 7.792,44 euros, correspondientes a 13 días del mes de mayo de 2013, debería reconocerse idéntico porcentaje en la factura 011, comprensiva de los alquileres por el mismo período, por importe de 27.232,18 euros.
Igualmente, las facturas 012 y 015, rectificadas, (folios 183 y 185) se corresponden con suministros anteriores a la fecha de resolución, por lo que sus respectivos importes de 8.239,58 euros y 2.640,03 euros deben reconocerse.
Finalmente, asiste la razón a la apelante cuando sostiene que el criterio seguido en la sentencia, que seguimos en esta resolución, debería conllevar la calificación de crédito contra la masa de los suministros y demás conceptos devengados con posterioridad al 11.3.2013, fecha de declaración del concurso. Por ello, idéntico cálculo ha de hacerse en las facturas 04 y 05, reconociéndose como crédito contra la masa por los 20 días siguientes, por importes de 11.988,37 euros y 41.895 euros.

En consecuencia, el importe de los créditos contra la masa que debió reconocerse era de 211.223,13 euros.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 28.07.2014 (Sentencia 290/2014; Rollo 321/2014)

Art. 61.1

0. Necesidad de comunicar oportunamente el crédito concursal si ha habido incumplimiento anterior a la declaraciòn de concurso

Tribunal Supremo

“La Ley Concursal regula en los arts. 61 y ss. los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En el caso de contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas para las partes, el art. 61 LC distingue según el contrato esté pendiente de cumplimiento por una de las partes o por ambas.
Si está pendiente de cumplimiento sólo por el deudor concursado, el art. 61.1 LC prescribe que el derecho de la contraparte (parte in bonis) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal, cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte in bonis, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC ".: STS 18.12.2012 (Sentencia 760/2012; Recurso 1315/2010)

AP Oviedo

“SEGUNDO.-La solución del presente recurso de apelación pasa por examinar una cuestión previa que no es otra que la postura procesal mantenida por "Cimastur, S.L." en el concurso de quien pretende ser su deudora "Promociones y Construcciones Santa Susana Asturias, S.L." y las consecuencias que de ello se derivan a los fines del éxito de su pretensión encaminada a obtener la resolución contractual y el reconocimiento con la naturaleza de ordinario del crédito correspondiente a las certificaciones por obra ejecutada y no abonada. A este respecto resulta preciso primeramente recordar que en el ámbito de los contratos de tracto sucesivo o de las relaciones duraderas, como la que aquí nos ocupa, la doctrina civilista viene manteniendo que no opera la regla general en materia contractual por la cual los efectos de aquella resolución operan de modo retroactivo o con carácter ex tunc, sino que la resolución desplegará su eficacia liberatoria con eficacia ex nunc, de lo que se deriva no un efecto puramente recuperatorio de las prestaciones ya entregadas sino la necesidad de que las partes procedan a liquidar la situación existente entre ellos. De igual manera nuestro Alto Tribunal ha venido a declarar que "si, en principio y por regla general, los efectos de la resolución contractual se producen "ex tunc", colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirientes de buena fe, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera "ex nunc", produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual" (en tal sentido SSTS 10 julio 1998, 21 septiembre 2001, 22 abril 2005, 20 marzo 2007, 6 noviembre 2009 y 3 junio 2009).
Las consecuencias que de lo anterior podemos aplicar al ámbito específicamente concursal no son otras que las de poder afirmar que el derecho que ostenta la parte in bonis ante un incumplimiento del concursado que hubiera acontecido con anterioridad a la declaración del concurso no se corresponde propiamente con el de un crédito de restitución sino con un genuino derecho de contraprestación derivado, en este caso, de la liquidación del contrato de ejecución de obra que vinculaba a ambas partes. Cabe añadir a lo anterior que este crédito por la contraprestación no nace con la declaración de resolución contractual, sino que se genera desde que se produjo el mismo incumplimiento (opción por la que parece decantarse la STS 22 junio 2010, ante el silencio a este respecto del art. 1124 C.Civil). Continuando con el anterior razonamiento, habremos de concluir por tanto que sobre el acreedor in bonis, que ya era conocedor al tiempo de declararse el concurso de cuál era el alcance económico de la prestación que le era adeudada por su deudor ante un incumplimiento acontecido con anterioridad a aquel momento, pesaba la carga de comunicar su crédito en el concurso conforme el régimen previsto en el 21-1-5º L.C. Efectivamente, fuera de los supuestos relacionados en la excepción contemplada en el inciso segundo del ordinal 1º del art. 92 L.C. (introducido tras la reforma operada por la Ley 38/2011), ningún derecho de crédito podrá acceder a la lista de acreedores del concurso por un cauce distinto del mecanismo de comunicación de créditos conforme el régimen previsto en los arts. 21-15 º y 85 L.C. En este sentido cuando la norma contenida en el art. 62-4 L.C. que regula los efectos derivados de la resolución por incumplimiento acordada dentro del concurso dispone, por lo que respecta a las obligaciones vencidas, que "se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso", no autoriza a entender que estemos en presencia de otra excepción a la regla general arriba señalada, pues no resulta posible hacer distinción de trato entre los acreedores que pretendan su inclusión dentro de la masa pasiva del concurso, viniendo por tanto todos ellos obligados a cumplir con la carga de la comunicación de sus respectivos créditos cualquiera que sea su origen. Por otra parte, la circunstancia de que pueda tratarse de un crédito ilíquido tampoco obsta a que el interesado articule su derecho por la vía de la comunicación de créditos, toda vez que tratándose de un incumplimiento ya acontecido antes de la declaración de concurso, siempre estará al alcance del interesado el determinar la cuantía de la prestación que le es adeudada sin perjuicio de que pueda atacar posteriormente por la vía impugnatoria el contenido de la lista de acreedores en el caso de que el crédito que le sea finalmente reconocido no se ajuste a su pretensión. En definitiva, y como señala alguna doctrina concursalista, el legislador ha optado por considerar al contratante in bonis que ha

cumplido su prestación y no se ha visto correspondido por la otra parte como un acreedor con derecho a la contraprestación pactada, solución ésta que se presenta como la mas adecuada para evitar diferencias de trato entre unos acreedores y otros.
TERCERO.- En el supuesto examinado en la presente litis encontramos primeramente como datos indiscutidos, según arriba ha quedado dicho, que la sociedad "Promociones y Construcciones Santa Susana Asturias, S.L." fue declarada judicialmente en concurso voluntario mediante Auto de 19 diciembre 2008 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, siendo así que la única comunicación dirigida por "Cimastur, S.L." al concurso consistió, tal y como expone el Juez de lo Mercantil en la recurrida, en la presentación de un escrito en el que expone la relación recíproca y sinalagmática que ligaba a las partes, subsumiéndola en el art. 61-2 L.C., acompañado de una certificación de obra fechada el 19 enero 2009, todo ello con la solicitud de su traslado a la Administración concursal y al legal representante de la concursada a los efectos de los arts. 61 y 62 L.C. Es obvio, como acertadamente señala el Juez de lo Mercantil, que semejante manifestación no cumple con los requisitos exigidos por el art. 85 L.C. para la comunicación de créditos, entre los que cabe destacar aquellos que obligan al acreedor a expresar los datos "relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda". Por el contrario, lo interesado por Climastur mediante su escrito no fue sino hacer valer en el concurso el vínculo existente entre las partes derivado de un contrato de ejecución de obra, solicitando su consideración como un contrato que mantenía obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de una y otra parte, nada de lo cual tiene sin embargo un cauce específico previsto legalmente para su insinuación en el concurso fuera de los casos en que la pretensión se encamine expresamente al de reconocimiento de un crédito a su favor y siempre que ello se haga valer por el específico mecanismo de la comunicación de créditos del art. 85 L.C. Correlativamente a lo anterior el informe elaborado por la Administración concursal no incluye en la lista de acreedores a la aquí demandante "Cimastur, S.L." como titular de crédito alguno en el concurso, constando en autos que la publicidad de dicho informe fue otorgada mediante Providencia de 23 abril 2009, resolución que fue notificada a los Procuradores el día 28 siguiente.
Situados en el escenario así descrito la siguiente cuestión a analizar será si resulta admisible que la demanda presentada por "Cimastur, S.L." el 12 mayo 2009, dentro por lo tanto del plazo de 10 días previsto en el art. 96 L.C. para la impugnación de la lista de acreedores, puede resultar un cauce adecuado para el reconocimiento a su favor del crédito por importe de 385.182 euros con la clasificación de crédito ordinario que solicita en el suplico de su demanda, y ello como crédito derivado de la resolución por incumplimiento contractual. A este propósito hemos de recordar que nuestro Alto Tribunal, en su STS 13 mayo 2011, vino a modalizar el rigor del mecanismo de la comunicación de créditos, y así al interpretar el supuesto contemplado en el ordinal 1º del art. 92 L.C. referido a la subordinación de aquellos créditos que hubieran sido comunicados tardíamente señala que la interpretación correcta de la norma lleva a entender que "los créditos pueden ser incluidos en la lista por el Juez al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes -y, claro está, no resultaren de los libros o documentos del deudor ni constaren en el concurso de otro modo-". Este criterio ha sido después recogido por el legislador tras la reforma operada en el art. 92-1 L.C. por la Ley 38/2011 al disponer dicha norma en la actualidad que tendrán la naturaleza de créditos subordinados aquellos créditos, entre otros supuestos, que "no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta". Ocurre no obstante que la demanda incidental que aquí nos ocupa en modo alguno viene encaminada a impugnar la lista de acreedores para pretender la inclusión del crédito omitido y cuya titularidad ahora se arroga la demandante, sino que únicamente reclama la resolución del vínculo contractual con los efectos económicos que de ello se derivan, entre los cuales se encuentra el reconocimiento del importe de la obra certificada como crédito ordinario. Es por ello que, no habiendo cumplido "Cimastur, S.L." con la repetida carga de proceder a la comunicación de su crédito por cualquiera de las vías que arriba se recogen, por lo que no procede el examen de su pretensión encaminada a ver reconocido el crédito que ahora invoca por importe de 385.182 euros con la clasificación de crédito ordinario.
CUARTO.-La solución hasta aquí expuesta no empece sin embargo la posibilidad que asiste a la parte in bonis de obtener una declaración judicial a su instancia de la resolución del contrato ante el incumplimiento de la parte concursada, pues es claro que dicha facultad siempre estará presente al no estar obligada a mantenerse vinculada a un contrato que ya no puede satisfacer su interés. Tampoco resulta obstáculo al ejercicio de tal facultad la circunstancia de que ese mismo efecto liberatorio hubiera sido también solicitado por la concursada "Promociones y Construcciones Santa Susana Asturias, S.L." en la demanda incidental ejercitada por ella, demanda que ha resultado acumulada a la que aquí nos ocupa presentada por "Cimastur, S.L.", y hubiera sido acordado en tales términos por la Sentencia apelada, pues de la procedencia de declarar la resolución contractual ante el incumplimiento imputable a una u otra de las partes contendientes dependerán las consecuencias económicas derivadas tal pronunciamiento y, en su caso, de las costas procesales que de ello se siguen, siendo así que en el suplico del recurso de apelación "Cimastur, S.L." solicita que el contrato sea declarado resuelto a su instancia y que consecuentemente se revoque la Sentencia apelada en la que se declaraba dicha resolución a instancia de "Promociones y Construcciones Santa Susana Asturias, S.L.".
En este punto, vistos los términos en que se estructuran las demandas acumuladas en las que cada una de las partes imputa a la contraria el incumplimiento de las obligaciones que a cada una de ellas le incumbía en la relación contractual, y hallándonos por tanto ante un planteamiento de incumplimiento resolutorio doble o recíproco, habremos de partir, como bien señala el Juez de lo Mercantil, del criterio aceptado por nuestro Alto Tribunal de atender a la prioridad cronológica según el cual en el ámbito de las relaciones obligacionales derivadas de un previo contrato bilateral y sinalagmático, como resulta el que nos ocupa, no estará legitimado para reclamar al amparo del art. 1124 C.Civil su cumplimiento o para pretender su resolución aquel de los

contratantes que previamente haya incumplido las obligaciones que a él le incumben (así STS 29-2-88, 28-2-89, 16-4-91, 3-12- 92, 26-10-93).“: SAP Oviedo (Sección 1) 21.06.2012 (Sentencia 276/2012; Rollo 638/2011)

00. Concepto de “obligaciones recíprocas” a estos efectos

Tribunal Supremo

Véase la jurisprudencia incluida en el art 84.2.6º y, en particular, la relativa a los contratos de leasing y de permuta de tipos de interés (swap).

AP Madrid

“CUARTO.- El régimen de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso es el señalado en los artículos 61.2 y 62 de la Ley Concursal.
Conforme a su artículo 61.2, la declaración de concurso no afecta a la vigencia de dichos contratos, teniendo la consideración de crédito contra la masa la prestación a cargo del concursado (artículos 61.2 y 84.2.6º de la Ley Concursal), sin perjuicio de que la administración concursal o el concursado, según se haya acordado el régimen de suspensión o mera intervención, puedan instar su resolución en interés del concurso.
La declaración de concurso tampoco impide la resolución de estos contratos en caso de incumplimiento posterior a la declaración de concurso por cualquiera de las partes e incluso anterior si se trata de un contrato de tracto sucesivo.
La aplicación del régimen de los artículos 61.2 y 62 al contrato litigioso pasa por su consideración como contrato sinalagmático generador de obligaciones recíprocas y que se encontrasen pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso.
Como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de enero de 2013, «... ni la Ley Concursal ni el Código Civil definen qué debe entenderse por "obligaciones recíprocas", limitándose este a mencionar las "prestaciones recíprocas" en el artículo 1120, las "obligaciones recíprocas" en el 1100 y el 1124 y la reciprocidad de intereses" en el 1289, lo que ha dado lugar a que en ocasiones con frecuencia se identifiquen las reciprocas con las que dimanan de contratos "onerosos", de los que derivan prestaciones a cargo de ambas partes.
31. La jurisprudencia, sin embargo, ha diferenciado entre el "sinalagma genético", referido al momento en el que se perfecciona la relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación y el "sinalagma funcional" en el que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, sin perjuicio de las excepciones que imponen los usos del tráfico o el pacto (en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 1979 se refiere "al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica (de las obligaciones recíprocas)", la de 14 de mayo de 1982 al "contrato sinalagmático (con sinalagma genético y funcional) en el que se pactaron obligaciones recíprocas ligadas por un nexo de interdependencia", la 1033/1994 de 18 de noviembre, reiterada en la 814/2007, de 5 de julio afirma que "las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genérico en cuanto una atribución obligacional debe su origen a la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente", la 458/1996, de 8 de junio, al "sinalagma funcional", la 1194, de 9 de diciembre de 2004, reiterada en las sentencias 168/2010, de 30 de marzo, 108/2011, de 10 de marzo y 132/2011, de 11 de marzo, sostiene que "las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor"».
En similar sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero y 5 de septiembre de 2013 indican que: «La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.
La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial o "lex privata". Pero, a los efectos del artículo 61, cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente, en la se ha venido en llamar fase funcional del vínculo y, además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso...".».
En el supuesto de autos la sentencia dictada en primera instancia, acogiendo la tesis desarrollada por la administración concursal, entiende que los contratos celebrados entre las partes son contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración del concurso. La prestación del la concursada consistiría en asumir el coste de la defensa y representación de los codemandados en los procedimientos penales ya reseñados, eligiendo la deudora los profesionales que debían ejercerla, identificando como recíproca prestación de los codemandados la de soportar la defensa y representación unitaria de todos ellos para fijar la línea de defensa y salvaguardar los intereses de la deudora como eventual responsable civil subsidiaria.
El tribunal no participa de dicha valoración.

El único vestigio de contenido del acuerdo alcanzado por las partes está integrado por la comunicación que el consejero delegado de la deudora envió a uno de los codemandados (documento nº 1 de la demanda) y en los sucesivos acuerdos del consejo de administración y de la junta general de socios que ratifican la decisión del consejero delegado (documentos nº 2 y 3 de la demanda).
En la carta que remite el consejero delegado a don Fulgencio, tras señalar que el objeto de la investigación desarrollada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional son unas presuntas irregularidades en relación a tasa láctea que resultaban ajenas a los trabajadores y directivos, se indica lo siguiente: "En consecuencia y en la medida que todos ustedes han actuado en el desempeño de sus funciones y en defensa de los intereses de la empresa, con sujeción a la normativa vigente, por la presente se le comunica a usted la decisión de CLESA, S.A. de exonerarle de toda responsabilidad, cualquiera que fuera su tipo, que se desprendiera de las resoluciones finales de los indicados procedimientos judiciales, comprometiéndose además, a cubrir de modo inmediato el pago de toda cantidad por todos los conceptos (principal, intereses, gastos y costas) a la que pudieran en última instancia resultar condenados judicialmente,
Asimismo le comunicamos que CLESA S.A. continuará asumiendo el coste derivado de la defensa jurídica de los trabajadores y directivos (entre ellos los referidos a su caso) en el citado procedimiento judicial, hasta que recaiga resolución firme.".
En virtud del acuerdo alcanzado por la deudora con los codemandados, éstos no asumieron obligación alguna y, concretamente, que la defensa fuera unitaria.
La obligación de la deudora de asumir los gastos de defensa y representación de los apelantes y la de hacer frente en su día al pago de las responsabilidades económicas a que pudieran ser condenados no implicaban obligación alguna para los ahora apelantes, ni siquiera la de soportar una defensa unitaria, que ni consta en los actos y acuerdos sociales antes aludidos ni cabe deducir de los actos de las partes.
Que los codemandados aceptaran la misma defensa y representación que la sociedad no implica que fuera una obligación asumida por éstos, ni que pudiera ser exigida por la deudora. Los codemandados no se obligaron frente a la deudora a ser defendidos y representados por las personas que ésta designase.
Se trata de un contrato unilateral del que solo surgieron obligaciones para la deudora.
Tampoco es relevante que el fin último perseguido por la deudora fuera intentar asegurarse una defensa unitaria, finalidades de uno de los contratantes que no cabe identificar con la causa de los contratos y menos aún que integren obligaciones para la contraparte.
Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2008, con cita de las sentencias de de 21 julio 2003, y de 1 abril 1998 : «... a la vista del artículo 1274 del Código civil se ha mantenido reiteradamente que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico y, por ende, del contrato, es un concepto objetivo. El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición».": SAP Madrid (Sección 28) 03.10.2014 (Sentencia 267/2014; Rollo 866/2012)

1. No existen prestaciones principales pendientes a cargo del acreedor: aplicabilidad del art 61.1 y no de los arts 61.2 y 62. Crédito concursal e improcedencia de la resoluciòn contractual

Tribunal Supremo

"La Ley Concursal regula en los arts. 61 y ss. los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En el caso de contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas para las partes, el art. 61 LC distingue según el contrato esté pendiente de cumplimiento por una de las partes o por ambas.
Si está pendiente de cumplimiento sólo por el deudor concursado, el art. 61.1 LC prescribe que el derecho de la contraparte (parte in bonis) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal, cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte in bonis, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC ".: STS 18.12.2012 (Sentencia 760/2012; Recurso 1315/2010)

"Se indicó al principio que el Juzgado de lo Mercantil que tramitaba el concurso de Autocirsa, SL y la Audiencia Provincial que conoció del recurso de apelación de Banque PSA Finance Holding, Sucursal España desestimaron la acción resolutoria que dicha sociedad había ejercitado en la demanda en consideración a la manifestación inicial de la misma de que había cumplido todas las obligaciones nacidas a su cargo del contrato de financiación, a diferencia de lo que sucedía con la concursada.
Esa significativa alegación determinó a ambos Tribunales a entender aplicable al caso la norma del apartado 1 del artículo 61 de la Ley 22/2003 - y no las del apartado 2 del mismo artículo, en relación con el siguiente - en contra de lo que sostiene en el recurso la financiera demandante.
Con independencia de la calificación que merezca la relación contractual litigiosa -que quedó identificada en la demanda como la nacida de la financiación, no de la compraventa a la que aquella estaba conectada -, es lo cierto que la conclusión en que se basa la sentencia recurrida resulta conforme no sólo con las alegaciones de la propia demandante, sino también con el contenido del contrato de financiación, del que no resulta que la ahora recurrente hubiera quedado obligada a conceder más crédito del ya concedido a Autocirsa, SL para la compra de las piezas de recambio.
Lo que, en todo caso, evidencia la exactitud de la alegación inicial de la demandante y la corrección de la aplicación, en la sentencia recurrida, del artículo 61, apartado 1, de la Ley 22/2003, de 9 de julio.": STS 09.04.2013 (Sentencia 235/2013; Recurso 320/2011)

"Motivo segundo de casación

8. Formulación del motivo. El motivo se funda en la infracción de los arts. 62.1 y 61.2 LC. En el desarrollo del motivo, de una forma un tanto confusa, se argumenta que la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el art. 61.2 LC, y dicha referencia no distingue si son de tracto único o sucesivo. En caso de incumplimiento, el "perjudicado podrá pedir la resolución si después de haber optado por el cumplimiento este resulta imposible, con el resarcimiento del daño y abono de intereses en ambos casos. Es imposible entregar lo comprometido siendo viviendas de protección oficial, nunca podrán ser viviendas libres de cargas y gravámenes".
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
Desestimación del motivo.
Este motivo afecta únicamente a la pretensión de resolución del contrato de permuta por incumplimiento de la promotora. Ha quedado acreditado en la instancia que, antes de que se declarara el concurso de la promotora Martinsa-Fadesa, ya había construido las dos viviendas y se las había ofrecido a la Sra. Verónica, así como el local que debía sustituir la tercera vivienda. También ha quedado acreditado que la contraprestación que la Sra. Verónica debía satisfacer por la obtención de estos tres inmuebles (dos viviendas y unos bajos) era la DIRECCION000, y que cumplió con esta obligación mediante su entrega en el año 1996. Por lo tanto, al tiempo de declararse el concurso de acreedores de Martinsa Fadesa, el contrato de permuta estaba pendiente de cumplimiento tan sólo por una de las partes, la promotora concursada. Consiguientemente, el derecho que la Sra. Verónica y, en su caso, sus cesionarios, pudieran tener sobre las dos viviendas, con sus trasteros y garajes, y el local constituía, conforme al art. 61.1 LC, un crédito concursal que debía comunicarse y ser reconocido, y ser satisfecho conforme a la solución concursal por la que optase.
Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación el art. 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del art. 62.1 LC, porque sólo lo admite en los casos del art. 61.2 LC, esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso. Todo ello, sin perjuicio de la distinción que el art. 62.1 LC hace entre contratos de tracto sucesivo y único, para permitir en el primer caso la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tal y como hemos declarado en las Sentencias 505/2013, de 24 de julio, y 510/2013, de 25 de julio.
Pero la razón de la desestimación de la resolución del contrato no es tanto que se trata de un contrato de tracto único y que el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso, como que en ese momento tan sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada, por lo que no eran de aplicación los arts. 61.2 y 62.1 LC, sino el art. 61.1 LC. En este caso, la demandante tenía un crédito concursal cuyo incumplimiento, una vez declarado el concurso, no puede justificar la resolución del contrato sino la reclamación del crédito (aunque consista en una prestación de dar cosa específica) dentro del concurso.”: STS 22.05.2014 (Sentencia 235/2014; Recurso 1668/2012)

AP Alicante

“En segundo lugar, en la hipótesis más favorable a la apelante, esto es, que ella haya cumplido su obligación de pago del precio y, por el contrario, la concursada, en su calidad de vendedora, no ha cumplido con la suya consistente en la entrega de la mercancía, estamos ante un contrato de compraventa al que se aplica el artículo 61.1 de la Ley de Concursal y, consiguientemente, no cabe la resolución del contrato a pesar del incumplimiento de la compradora ni tampoco la resolución en interés del concurso porque se procede esta posibilidad en los contratos referidos en el artículo 61.2 de la Ley Concursal, esto es, contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes. A lo sumo, sin posibilidad de resolver el contrato, debió comunicar un crédito concursal por el importe del precio adeudado.”: SAP Alicante (Sección 8) 20.09.2012 (Sentencia 376/2012; Rollo 145/2012)

AP Badajoz

“CUARTO. Nos encontramos ante dos contratos de suscripción de pagarés emitidos por la concursada "Cárnicas y Conservas Españolas, S.A". Los hoy apelantes suscribieron pagarés por importes de 85.000 y 50.000 #. En dichos contratos la emisora de los documentos se comprometió a pagar los intereses y a reembolsar el nominal de los documentos bancarios. Ambas cosas tendría lugar con posterioridad a la declaración del concurso de acreedores. Sin embargo, los apelantes sí que abonaron el precio de las suscripciones en su momento, antes de la declaración. Tal cosa significa que a partir del momento del abono del importe de las suscripciones solo subsisten obligaciones para la emisora de los pagarés hoy en estado de concurso. Por tal razón resulta plenamente aplicable el Art. 61-1 de la Ley Concursal que dice: " En los contratos celebrados por el deudor, cuando en el momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa actora o pasiva del concurso". En el presente los acreedores han cumplido con sus obligaciones y la deudora (la sociedad en concurso) no ha cumplido con los suyos, por lo que la deuda debe incluirse en el pasivo del concurso, abonándose en el momento en el que corresponda. Lo que no cabe es que, como se pretende, por la vía del art. 62-1 en relación con el 61-2 es que se resuelvan los contratos y, como quiera que el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, el crédito de los recurrentes se haga efectivo con cargo a la masa y no al concurso con el consiguiente resarcimiento de los daños y perjuicios que procedan, conforme contempla el indicado art. 62 en su apartado 4.

QUINTO. Subsidiariamente se solicita que el juez acuerde el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado, conforme al art. 62-3 de la L.C.
Tampoco cabe este camino porque el art. 62 solo se puede aplicar en relación con el art. 61 de la L.E.C [rectius, 61.2 de la LC]., como ya se ha dicho con anterioridad.": SAP Badajoz (Sección 2) 17.04.2012 (Sentencia 161/2012; Rollo 127/2012)

AP Baleares

"CUARTO La existencia o no de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, a efectos de aplicar el art. 61.1 ó 61.2 LC. Como es sabido, en el diseño de la Ley Concursal, el régimen de los contratos obligaciones recíprocas está en función de si en el momento de la declaración de concurso ha existido o no cumplimiento por alguna de las partes: si en ese momento el negocio hubiera sido ejecutado por uno de los contratantes, estará sometido al art. 61.1, de tal forma que el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso; y si estuviera pendiente de cumplimiento total o parcialmente por las dos partes, estará sujeto alart. 61.2 en virtud del cual las deudas del concurso se satisfarán con cargo a la masa. La distinción entre créditos concursales y extraconcursales no es en absoluto irrelevante dado que, siendo la principal característica de los créditos contra la masa la de su prededucibilidad, consagrada en elart. 154 LC, los créditos contra la masa gozarán de preferencia frente a los créditos concursales y serán los primeros que resulten satisfechos con cargo a la masa activa, siendo por tanto evidente la contraposición de intereses entre los créditos contra la masa y los créditos concursales durante el procedimiento.
Resulta esencial, por tanto, determinar cuando existe o no cumplimiento a efectos de determinar la aplicación de uno u otro régimen. Pues bien, cuando una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tenga pendiente total o parcialmente la ejecución de las asumidas por ella, se aplica claramente elart. 61.1, sin mayores problemas. Asimismo se aplica, sin dudas, elart. 61.2 cuando las obligaciones asumidas en virtud del contrato están totalmente pendientes de ejecución por ambas partes. La dificultad surge en aquellos supuestos en que no existe cumplimiento íntegro por ninguno de los contratantes. Es cierto que para aplicar elart. 61.1 la ley exige literalmente cumplimiento íntegro de una de las partes, pero ello no significa que no entre en juego este precepto cuando una de las partes haya cumplido sus obligaciones principales pero tenga aún pendiente una obligación accesoria (como alega el recurrente que ocurre en este supuesto, por estar pendiente de otorgamiento la escritura pública). Pues bien, se trata, en su caso, de una obligación accesoria, que no es estrictamente necesaria para la satisfacción del interés principal de las partes (la transmisión de las participaciones, que es independiente, como hemos analizado, de tal forma), y, además, se trata, como hemos señalado, de una peculiar derecho-deber de las partes que pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de la forma pública exigidaex art. 1279 y 1280 del Código civil; siendo además que, en el presente supuesto, el otorgamiento de escritura pública parece establecerse contractualmente más bien como obligación o deber de "Binibona", y no de "Nahuel", pues es "Binibona" que quien en el plazo de 15 días desde el recibo de la comunicación de ejercicio del derecho de opción de venta debe notificar a "Nahuel" el día y hora por ella fijados para la formalización de la transmisión que tendrá lugar en el plazo máximo de 180 días naturales.
Por tanto, compartiendo el criterio de la sentencia de instancia, cabe entender perfeccionado el contrato de compraventa de participaciones sociales, y el de créditos vinculado a aquél, por el ejercicio la opción de venta efectuado a través de la comunicación de fecha 18 de junio de 2008. En tal fecha, cabe considerar perfeccionados los contratos entre las partesex art. 1450 del Código Civil, sin perjuicio de que existan obligaciones pendientes por parte de "Binibona" que afectan su consumación (fundamentalmente pago del precio), mientras no existiría obligación principal pendiente de cumplimiento por parte de "Nahuel Investments".
Por todo ello, siendo así que la escritura pública es un requisito ad probationem no esencial, que el negocio traslativo existe desde el momento del perfeccionamiento del contrato que vinculamos al ejercicio del derecho de opción de venta, y que tal obligación no esencial no impide hablar de cumplimiento esencial por parte de Nahuel, resulta que estamos ante un contrato sinalagmático con obligaciones recíprocas pendientes por una sola de las partes, siendo de aplicación elart. 61.1 LC, como hace la sentencia de instancia, y no elart. 61.2 LC, como pretende la recurrente. Teniendo así, en su caso, la consideración de crédito concursal y no de crédito contra la masa, Y utilizamos la expresión condicional en su caso, por cuanto, ni la administración concursal ni la representación de "Binibona SLU" han admitido, aceptado ni reconocido la existencia de crédito alguno a favor de "Nahuel" que deba ser asumido por "Binibona SLU"; y no es objeto de este procedimiento, como señala el juez de instancia, declarar la eventual existencia de tales créditos. Por ello, en este pronunciamiento se limita a esta Sala a señalar que, frente a la pretensión de la demandante, no pueden considerarse créditos contra la masa los esgrimidos por la misma, y caso de acreditarse debidamente su existencia por la interesada, pues en este incidente no se ha propuesto ni practicado prueba al respecto, en el ámbito de otro procedimiento, habrían de merecer la calificación de créditos concursales,ex art. 61.1 LC.": SAP Baleares (Sección 5) 05.04.2011 (JUR 2011/199885; Sentencia 113/2011; Rollo 596/2010)

AP Barcelona

"1 Como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, la acreedora REYAL URBIS SA impugnó ante el Juzgado Mercantil el informe de la administración del concurso de PROMOCIONES HABITAT SA, en relación con dos puntos:

1)La omisión del crédito derivado de la cláusula de regularización del precio pactada en el contrato de compraventa de participaciones indivisas de fincas en el UZP 2.04 Desarrollo del Este - Los Berrocales (Madrid), que REYAL URBIS SA solicitaba que se incluyera como crédito contingente contra la masa.
2)La calificación del crédito identificado en la lista de acreedores como reparcelación 252,43 ¿/m2 adicional, que solicitaba que se considerara crédito contingente contra la masa.
Tanto la administración concursal como la concursada se allanaron a la solicitud, en lo que respecta a la inclusión del crédito omitido y su calificación como contingente, pero se opusieron a que los créditos se conceptuasen como créditos contra la masa, según solicitaba REYAL URBIS SA.
La sentencia del Juzgado acogió el allanamiento parcial y rechazó la calificación de créditos contra la masa, conceptuándolos como créditos contingentes -cuestión en la que todos los litigantes habían manifestado su conformidad- concursales de naturaleza ordinaria.
Como resulta de los datos anteriores y del contenido del recurso de apelación de REYAL URBIS SA, la controversia, en esta segunda instancia, queda, por tanto, limitada, en los mismos términos que la de la primera instancia, tras el allanamiento parcial, a la cuestión de si los dos créditos referidos de REYAL URBIS SA contra PROMOCIONES HABITAT SA son créditos contra la masa, como solicita la demandante apelante, en contra del criterio del juez mercantil y de los demandados apelados.
2 El primero de los créditos objeto del incidente tiene su causa en el contrato de compraventa de participaciones indivisas de fincas en el UZP 2.04 Desarrollo del Este - Los Berrocales (Madrid), otorgado ante notario el 19 de octubre de 2006, entre la sociedad CONSTRUCCIONES REYAL SA (que, en 2007, pasó a ser REYAL URBIS SA), como vendedora, y Ferrovial Inmobiliaria SA (después PROMOCIONES HABITAT SA), como compradora.
Concretamente, el crédito se fundamenta en la regularización del precio prevista en la estipulación tercera del contrato de compraventa, en la que se hacía constar que, con relación a determinadas fincas objeto del contrato, que no tenían en aquel momento superficie calificada como conflictiva, el precio conjunto y definitivo de la compraventa era el de 318,54 euros por cada metro cuadrado que en definitiva se atribuyera y reconociera a la finca y participaciones indivisas objeto de la compraventa, en el Proyecto de Compensación del Sector UZP 2.04 Los Berrocales. Para ello se pactaba que, en el mes siguiente a la inscripción definitiva e íntegra de dicho Proyecto de Compensación en el Registro de la Propiedad, se llevaría a cabo la determinación efectiva del precio de la compraventa. Se estipulaba que la vendedora habría de notificar fehacientemente a la compradora la liquidación efectuada y dentro de los quince días siguientes a aquel en que la compradora hubiera recibido la notificación, ésta efectuaría con la vendedora la operación liquidatoria efectiva que correspondiera, tomando como referencia la superficie que de dichas fincas se reconocía, a la fecha de la escritura de compraventa, por la Junta de Compensación correspondiente, es decir, 34.092,0021 metros cuadrados. La estipulación terminaba precisando que las diferencias que pudieran producirse en la definitiva determinación del precio, del modo indicado anteriormente, no devengarían interés alguno (documento número 2 de la demanda incidental, no impugnado en el juicio).
La parte apelante solicita la calificación de crédito contra la masa, con invocación de losartículos 61.2 y 84.[2] 6º de la Ley concursal. Alega que se trata de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento cuya exigibilidad nacerá después de la declaración de concurso.
3 La solicitud no puede acogerse, como tampoco la argumentación de la parte apelante. Y ello por las razones ya expuestas en la sentencia impugnada. En relación con elartículo 61.2 de la Ley concursal ("La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa"), elartículo 84.2.6º de la propia ley considera créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso.
Las obligaciones sinalagmáticas de carácter principal derivadas del contrato de compraventa son, como es sabido, para el vendedor, la de entregar la cosa y para el comprador, la de pagar el precio. De la escritura pública aportada con la demanda incidental (documento 2) resulta que el vendedor REYAL URBIS SA cumplió íntegramente la obligación a su cargo, de entregar las fincas. La estipulación tercera, sobre regularización del precio de los inmuebles, en que la demandante apelante basa su reclamación actual, afecta exclusivamente a la obligación del comprador, PROMOCIONES HABITAT SL, de pago del precio de la compraventa. El precio pactado en su día puede ser objeto de ajuste, como consecuencia de la previsión contractual de regularización, en función de la superficie definitiva de las fincas, según el Proyecto de compensación. Ese ajuste o liquidación definitivos no afectan al deber de prestación a cargo de REYAL URBIS (entrega de la finca) cumplido en su integridad.
Es cierto que la estipulación contractual implica la indispensable cooperación de la vendedora para la percepción del precio definitivo y para su fijación, puesto que deberá notificar fehacientemente a la otra parte la liquidación, una vez inscrito en el Registro de la Propiedad el Proyecto de compensación. Sin embargo, tal actividad tiene carácter meramente accesorio o instrumental y no afecta al sinalagma obligacional característico del contrato de compraventa, tal como pone de relieve el escrito de oposición presentado por la concursada. La liquidación definitiva generará una prestación a cargo de una de las partes -la compradora, si la cabida resultante del Proyecto de compensación es mayor; la vendedora, en el caso contrario-, pero, como señala la concursada, dicha prestación no generará una obligación recíproca, o de carácter correlativo de la otra parte. No se dará la interdependencia funcional característica de las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas.
No existen lasobligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que exige elartículo 84.2.6º de la Ley concursal para considerar que son créditos contra la masa. En consecuencia, consideramos, como el juez, que es de aplicación elartículo 61.1 de la Ley concursal, conforme al cual, "en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente

sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso". Por ello debemos desestimar el recurso en cuanto a la calificación del primero de los créditos invocados.
4 Igualmente debemos desestimar el recurso en lo que atañe al segundo de los créditos cuya calificación impugna REYAL URBIS SA, el identificado en la lista de acreedores como reparcelación 252,43 € /m2 adicional. También respecto de dicho crédito la demandante y apelante solicita la consideración de crédito contra la masa. En este caso, no ha sido discutido por las partes que, tal como expone la sentencia impugnada, se trata de una estipulación de regularización de la misma naturaleza que la examinada antes, pactada en el contrato de compraventa otorgado por la demandante y la hoy concursada, ante notario, el 15 de febrero de 2006 -la escritura no consta en la documentación integrante del incidente que examinamos. Lo expuesto en el fundamento de derecho anterior ha de determinar la desestimación del recurso también en este extremo.": SAP Barcelona (Sección 15) 07.10.2010 (JUR 2011/183110; Sentencia 311/2010; Rollo 166/2010)

"3. En la sentència impugnada, el Sr. magistrat comença observant que, d'acord amb el règim previst en la Llei concursal (LC), si l'actora havia complert les obligacions a càrrec seu, les prestacions a les quals tenia dret per raó del contracte de permuta serien crèdit concursal, no crèdit contra la massa, ja que tindrien acomodació en l' article 61.1 LC, no en l'article 61.2.
Aquest raonament el compartim (conformement amb l' article 61.1 LC, en els contractes celebrats pel deutor, quan al moment de la declaració del concurs una de les parts hagués complert íntegrament les obligacions i l'altra tingués el compliment total o parcial de les recíproques al seu càrrec, el crèdit o el deute que correspongui al deutor s'inclourà, segons sigui procedent, en la massa activa o en la passiva del concurs). També sembla compartir-lo la demanda incidental quan al·lega que ens trobem en el supòsit de l' article 61.1 de la LC (pàgina 5, final).
En qualsevol cas, com aprecia el jutge, totes les parts han consentit la condició de crèdit contra la massa, la qual, per tant, ha de ser respectada.": SAP Barcelona (Sección 15) 11.04.2012 (Sentencia 134/2012; Rollo 563/2011)

"2. La sol·licitud que es declarin crèdits contra la massa. La petició principal del recurs és que els crèdits de les demandants es declarin crèdits contra la massa. S'hi oposen, segons hem dit, l'AC i la concursada i ho va denegar la sentència. Abans d'examinar les valoracions de les parts i de la sentència impugnada sobre el particular, cal referir l'origen dels crèdits en qüestió, d'acord amb el que s'ha al·legat i provat en l'incident.
3. No s'ha discutit que el 13 d'abril de 2009 es va atorgar una escriptura de cessió de crèdits davant del notari de Barcelona Sr. Manuel Piquer Belloch (número de protocol 497), per la qual, Inoxcrom cedia a Doña. Valle i a Taller de Turisme un seguit de crèdits que es ressenyaven en les factures que s'adjuntaven. La part final de l'escriptura conté una relació de 30 pàgines de crèdits de petita quantia per un import nominal total que no consta. Els cessionaris adquirien els crèdits per meitats indivises. A l'escriptura es feia constar que el preu de la compravenda era de dos milions d'euros, que la part compradora satisfeia mitjançant dos xecs bancaris, per import d'un milió d'euros cadascun. S'incorporava còpia dels xecs, que tenien data d'emissió de 30 de març de 2009 (f. 24 i ss.).
II. Tampoc no s'ha qüestionat en les actuacions que els xecs van ser fets efectius. Ho admeten expressament la concursada (f. 103) i l'AC (f. 123 i 132). També ho considera així la sentencia (f. 250), sense que aquesta dada fàctica hagi estat impugnada en la segona instància.
4. Les apel·lants, amb invocació de l' article 84.2.6 LC, argumenten la pretensió de classificació de crèdit contra la massa de la manera següent: els crèdits resulten de les prestacions derivades d'un contracte amb obligacions recíproques i el contracte, contra el que sosté la sentència del jutjat, continua vigent després de la declaració de concurs, perquè encara existeixen obligacions pendents de compliment per part de la concursada, ja que a dia d'avui no ha comunicat la cessió als deutors i, a més, INOXCROM ha incomplert l'obligació de substituir la totalitat de factures que van resultar impagades per unes altres de valor igual.
Cal dir que són precisament aquestes consideracions les que han portat al Sr. magistrat a rebutjar el caràcter de crèdits contra la massa, en un raonament inobjectable que la part recurrent, lluny de desvirtuar, reafirma.
L' article 84.2.6è LC estableix -en la part invocada pels demandants que aquí interessa- que tenen la consideració de crèdits contra la massa i seran satisfets conformement amb el que disposa l' article 154 LC, els crèdits que, conformement amb aquesta llei, resultin de prestacions a càrrec del concursat en els contractes amb obligacions recíproques pendents de compliment que continuïn en vigor després de la declaració del concurs.
En el mateix sentit, l' article 61 LC distingeix, en l'apartat 1r, els contractes en els quals, en el moment de declarar-se el concurs, una de les parts hagués complert íntegrament les obligacions i l'altra part tingués pendent el compliment total de les obligacions recíproques al seu càrrec, supòsit en el qual el deute que correspongui al concursat s'inclourà en la massa passiva del concurs. En l'apartat 2n, tracta dels contractes amb obligacions recíproques pendents de compliment tant a càrrec del concursat com de l'altra part, supòsit en el qual, les prestacions a les quals estigui obligat el concursat, es realitzaran amb càrrec a la massa.
Establert sense discussió que els demandants, com a cessionaris dels crèdits, van complir íntegrament les prestacions que el contracte posava al seu càrrec, concretades en el pagament a Inoxcrom d'un milió d'euros per part de Doña. Valle i un milió d'euros per part de Taller de Turisme, s'ha de concloure forçosament que és aplicable l'apartat 1 de l'article 61 i que no ens trobem davant de crèdits contra la massa. Per tant, s'ha de desestimar el recurs d'apel·lació en aquest punt. : SAP Barcelona (Sección 15) 19.07.2012 (Sentencia 268/2012; Rollo 212/2012)

AP Burgos

“Primero.-Por la representación de la parte demandante y apelante, Consorcio para la Gestión del Polígono Industrial de Villalonquéjar III y IV, se impugna la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación y se estime la demanda incidental, "reconociendo al Consorcio para la Gestión del Polígono Industrial de Villalonquéjar III y IV un crédito contra la masa por importe de 2.586.210#75 euros, y acuerde que su pago sea realizado por la concursada en los términos previstos en el artículo 154 de la LC; y ello con expresa condena a Sumbitec al pago de las costas devengadas en este procedimiento, tanto en la primera como en la segunda instancia, así como todo lo demás que sea procedente en Derecho".
El objeto del recurso de apelación consiste en la calificación que la Administración Concursal ha hecho del crédito a favor del Consorcio mencionado -derivado del contrato existente entre el Consorcio y Sumbiteccomo crédito concursal ordinario -ex artículo 61-1 de la Ley Concursal -; calificación que confirma la sentencia apelada, mientras que, la parte apelante, considera que se trata de un crédito contra la masa, de acuerdo con el artículo 61-2 de la Ley Concursal y 84-2.6º de la Ley Concursal.
Segundo.-La parte apelante alega el erróneo Fundamento de la Sentencia apelada, en razón a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de la declaración del concurso. Se trata del crédito consistente en el precio fijado para la transmisión a Sumbitec de la finca registral nº NUM000 inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Burgos.
La sentencia de instancia se funda en los artículos 61.1 y 89.3 de la Ley Concursal, como contrato celebrado por el deudor, antes de la declaración del concurso, con cumplimiento de sus obligaciones por una parte, y la otra pendiente de cumplimiento.
La parte apelante alega el artículo 61.2 de la Ley Concursal, que contempla la realización con cargo a la masa las prestaciones del concursal que deriven de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en el momento de declararse el concurso; corroborado por lo dispuesto en el artículo 84-2.6º de la Ley Concursal, supuesto la existencia de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes a fecha de declaración de concurso.
Lo determinante, para la parte apelante, no es la perfección del contrato, sino el cumplimiento de las obligaciones, que, lógicamente, presupone un contrato perfeccionado.
Para la parte apelante, a la fecha de la declaración del concurso, el Consorcio tenía pendiente de cumplir la transmisión del dominio de la finca registral mencionada, que lo fue el 27 de mayo de 2.011, finalizado el proceso de desarrollo urbanístico, concretándose el objeto de la compraventa; por lo que era posible otorgar la correspondiente escritura pública, comunicándose por el Consorcio a Sumbitec el 22 de junio de 2.011; fecha, en la que ésta, presenta la solicitud del concurso voluntario.
Tercero.-Llegado a este punto conviene precisar la naturaleza jurídica del negocio jurídico convenido entre las partes, objeto de este proceso, y del que surgen las obligaciones entre las partes.
Consta acreditado que el Consorcio, en reunión celebrada por su Consejo Rector con fecha 14 de marzo de 2.007, acordó ofrecer las parcelas nº NUM001 y NUM002 del Proyecto de Actuación del Sector S-26 (Fase IV del Polígono Industrial de Villalonquéjar) con una superficie aproximada de 18.626 y 15.853 m², respectivamente, a la mercantil Sumbitec, S.L., concretándose las necesidades de su proyecto -certificación obrante al folio 180-. Fincas que integran la actual finca registral NUM000, inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Burgos.
No se dice nada del precio, pero, ambas partes, concuerdan en el de 2.586.210 euros más IVA.
La única condición que se desprende del acuerdo del Consejo Rector, es el de la concreción de las necesidades del proyecto. El hecho es que, por Resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo, con fecha 4 de septiembre de 2.008, se concede licencia de obras, en Proyecto Básico y de Ejecución para la construcción de fábrica para la elaboración de herramientas de mano, según proyecto presentado.
Por Resolución municipal, de fecha 2 de septiembre de 2.008, folio 192, se concede licencia Ambiental para fábrica de herramientas de mano en establecimiento sito en parcelas NUM001 y NUM002 en DIRECCION000.
A fecha de 18 de marzo de 2.009, folio 195, no se podía otorgar escrituras de compraventa, al estarse en trámite urbanístico, previo a la inscripción de los terrenos "a favor del Consorcio"...
La parte demandante remitió cartas a la concursada, manifestando la voluntad de formalizar un documento privado de compraventa con entrega de parte del precio, en relación a unos terrenos "en que fueron entregados...para su ocupación", documentos 4, 5 y 6 de la demanda. Más bien, un contrato de Promesa de Compraventa, que no llegó a ser suscrito.
Conviene subrayar que, la concursada, firmó un "contrato de financiación sindicada", con fecha 5 de marzo de 2.010, documento 9 de la contestación de la Administración Concursal, folios 278 y siguientes. Se hace constar como Destino de la Financiación, como finalidad exclusiva", (b) por lo que respecta el Tramo B, para financiar la adquisición de las parcelas por parte de la Acreditada", folio 294.
Cuarto.-Sobre la base de estos hechos, y acerca de la cuestión controvertida, ya mencionada, de la naturaleza jurídica del contrato o negocio jurídico convenido entre las partes, ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en Sentencia nº 7/2.013, de 11 de enero, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por la ahora, también apelante, y confirma la sentencia de instancia que declara "la vigencia del Acta de Adjudicación, otorgada el día 14 de marzo de 2.007, mediante Acuerdo del Consejo Rector del Consorcio para la gestión del Polígono Industrial de Villalonquéjar III y IV, y en consecuencia, debo condenar y condeno a la parte demandada a otorgar y suscribir a favor de la Mercantil Concursada, Escritura Pública de Compraventa a favor de SUMBITEC ante Notario, respecto de las parcelas NUM001 y NUM002 del Polígono de DIRECCION000, Sector S-26, actual finca registral n° NUM000, inmatriculada en el Registro de la Propiedad n° I de Burgos, por importe de 2.586.210,75 Euros, más el IVA de aplicación, y en condiciones de tener acceso al Registro de la Propiedad dicha escritura, asimismo debo condenar y condeno a la demandada

a estar y pasar por las antedichas obligaciones..." y en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto considera que, el negocio jurídico controvertido, es un contrato de compraventa que ya se había perfeccionado antes de la declaración del concurso.
Para ello, se argumenta de la siguiente manera: "El artículo 1450 del Código Civil dice que la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor y será obligatoria para ambos si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio aunque ni la una ni el otro se hubiera entregado. En este caso existía acuerdo en la cosa, que eran las parcelas NUM001 y NUM002 del polígono DIRECCION000, y en el precio, que no se ha discutido, pues ambas partes pretenden la inclusión de la misma cantidad en el pasivo del concurso, si bien con distinta calificación. No obstante el contrato perfeccionado de compraventa a que hace referencia el artículo 1450 CC se diferencia de otros supuestos en los que las partes deciden no celebrar por el momento la compraventa, pero se comprometen a celebrarlo en el futuro. «La esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o "pactum de contrahendo" -dice la STS de 8 de mayo de 2008 - es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un "quedar obligado a obligarse"». Y la STS de 21 de marzo de 2012 señala que "el "contrato de reserva" ha sido calificado por las sentencias de instancia y ha sido aceptado por ambas partes litigantes, como precontrato bilateral de compraventa en el que las dos partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato, de compraventa en el presente caso. Es una especie del género de precontrato que se incardina en la norma del artículo 1451 del Código civil y es contemplado explícitamente en la sentencia de 20 de abril de 2001 que destaca que tiene un régimen distinto del de la compraventa misma y es desarrollado por la de 14 de diciembre de 2006 que dice:
"En cuanto a la calificación del negocio jurídico. Es un precontrato bilateral de compraventa. Lo que se advierte, tanto por el tenor literal del mismo (le llaman "compromiso de compraventa", declaran "su intención de vender y comprar", "el compromiso de compraventa asumido se llevará a cabo") como por el contenido de derechos y obligaciones (se prevé un "calendario de ejecución del compromiso", un " calendario de ventas parciales" y las "formas de pago" en distintas fases). Y responde al concepto típico y clásico de precontrato, como primera fase del iter contractus; la relación jurídica contractual nace en el precontrato y posteriormente se pone en vigor el contrato preparado; por tanto, se distinguen dos fases, la primera es el precontrato en que se concreta el contrato comprometido y las partes tiene la obligación y el derecho de ejecutarlo y la segunda, el cumplimiento del precontrato que implica la consumación del anterior. El precontrato bilateral -que es el presente- implica que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido. El precontrato exige que el objeto esté perfectamente determinado -es el caso presente- y así, en el precontrato de compraventa conste la cosa vendida y el precio: si no estuvieran determinados e hiciera falta un nuevo acuerdo, se trataría de simples tratos previos, sin eficacia obligacional"
La única diferencia entre el contrato del artículo 1450 y el precontrato del artículo 1451 es que en este segundo caso las partes no quieren celebrar por ahora un contrato de compraventa, por lo que ninguna de las partes puede exigir ni la entrega de la cosa ni el pago del precio, cuya exigibilidad queda diferida a un momento posterior, en que las partes formalicen el verdadero contrato de acuerdo con las previsiones contenidas en el primero. No suele haber por lo tanto en el precontrato ni entrega de la cosa ni tampoco pago del precio, precisamente porque ambos son efectos de un contrato ya perfeccionado.
Sin embargo en este caso existió entrega de la cosa, pues las parcelas se pudieron a disposición de Sumbitec. Y no solo se pusieron las parcelas a disposición, sino que por el mismo Ayuntamiento de Burgos, que forma parte del Consorcio, se le dio a Sumbitec licencia para la construcción de la nave, actuando Sumbitec como un verdadero propietario del solar, ya que la propiedad de la nave pertenece por accesión al propietario del terreno. Y otro acto de ejecución del contrato fue el préstamo sindicado en que también intervino la Caja de Ahorros municipal, que también forma parte del Consorcio. Mediante el préstamo sindicado se instrumentó la financiación necesaria para el pago del precio del terreno, por lo que a falta del otorgamiento de la escritura pública Sumbitec ya estaba en posesión de las parcelas y tenía los medios financieros para el pago del precio al Consorcio, todo lo cual no pudo llevarse a cabo al no otorgarse la escritura antes del 31 de diciembre de 2010. Todos estos hechos van más allá de la mera preparación de un contrato; son actos de ejecución (entrega de la cosa y pago del precio) que se corresponden con un contrato de compraventa ya perfeccionado.
La consecuencia de lo anterior es que Sumbitec está en su derecho a pedir la elevación del contrato a escritura pública. La situación de concurso del comprador no debe interferir en el cumplimiento de esta obligación, que es anterior al concurso, y que no es una obligación de entrega, pues las fincas ya están entregadas, sino de elevación del contrato a escritura pública. De ahí que no sea de aplicación el artículo 1467 del Código Civil, como sí lo sería si estuviéramos en presencia de un precontrato o mera promesa de venta. El artículo 61.3 de la Ley Concursal dice finalmente que "se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes".
Quinto.-Acreditado, pues, que existe un negocio jurídico entre las partes, o contrato, que se califica de compraventa perfeccionado antes de la declaración del concurso, con entrega del objeto determinado, las parcelas NUM001 y NUM002 del Polígono de DIRECCION000, Sector S-26, actual finca registral nº NUM000, se está en el caso del artículo 61-1 y 89-3 de la Ley Concursal, de modo que el crédito del Consorcio por el pago del precio se ha calificado pertinentemente como crédito concursal. “:SAP Burgos (Sección 3) 15.01.2013 (Sentencia 10/2013; Rollo 374/2012)

AP Cádiz

“PRIMERO.-En el presente recurso de apelación, la parte recurrente al igual que postulo con la demanda de este incidente concursal, impugnaba la lista de acreedores obrante en el informe de la Administración concursal, reclamando que el crédito ordinario que le ha sido reconocido sea calificado como crédito contra la masa.
Ello obliga a retrotraernos al Contrato, a las obligaciones contraídas y a las fechas. El crédito reconocido deriva de sendos contratos suscritos entre los apelantes y la concursada Inmobiliaria Amuerga. En dichos contratos se establecía la obligación de la concursada, a tenor de la cláusula Quinta, de poner a disposición de la parte compradora la finca objeto del contrato así como las zonas comunes en el plazo máximo que se señalaba que finalizaba en la fecha indicada de entrega del inmueble que sería el 30 de noviembre de 2007, plazo máximo en el que se escrituraría ante Notario la compra del inmueble objeto del contrato por parte de un tercero al que la parte compradora cedería sus derechos y obligaciones respecto del presente contrato, subrogándose en los mismos. Se añadía expresamente que en el caso de que llegada la fecha de 30 de noviembre de 2007, no existiese tercero interesado en la compra de la finca objeto del presente contrato, ambas partes acuerdan que la parte vendedora comprará los derechos y obligaciones cedidos en el presente contrato a la parte compradora por el precio del 5 % sobre el precio de venta actualmente señalado para el inmueble y que se reseña en el anexo adjunto. Sobre la base de dicho contrato, para la Inmobiliaria Amuerga S.L. surgía una obligación llegada la fecha de 30 de noviembre de 2007, la cual es fecha anterior a la declaración del concurso que se produjo el 4 de marzo de 2008.
Si vemos el relato de hechos de la demanda rectora de este incidente, la única obligación pendiente de cumplimiento(al tiempo de declararse el concurso) correspondía a la concursada ya que la obligación convenida por la vendedora (de comprarle a los apelantes los derechos y obligaciones cedidos si no existiera un tercero interesado en la compra a fecha 30 de noviembre de 2007 y a abonar el 5% sobre el precio señalado en el anexo del contrato) para cuyo cumplimento se libraron dos pagarés, uno por 38.074,41 y otro por 54.015,06, no se llegó a cumplir, pues fueron devueltos e inatendidos a sus vencimientos los pagarés librados los días 9 y 25 de enero de 2008, con vencimiento ambos el 28 de febrero de 2008.Sin embargo, la parte recurrente había cumplido la totalidad de las obligaciones al abonar las cantidades contenidas en el contrato suscrito por las partes. Por lo tanto, es de aplicación, como señala certeramente la Juez a quo, el artículo 61.1 de la Ley Concursal a cuyo tenor en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso, una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso". En conclusión, ha de mantenerse la sentencia de instancia que clasificaba el crédito como crédito concursal ordinario y no como crédito contra la masa que era lo pretendido, confirmándose dicha resolución por sus propios y acertados fundamentos. “:SAP Cádiz (Sección 5) 28.01.2013 (Sentencia 53/2013; Rollo 509/2012)

AP Girona

“TERCERO.- Resolución del contrato de cesión de crédito suscrito con la concursada el 20 de diciembre de 2010.
La presente sentencia ha de partir de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia y que nadie cuestiona en esta instancia:
1º La concursada y Petromiralles concluyeron el 20 de diciembre de 2010 un contrato de cesión de crédito en virtud del cual la primera cedía a la segunda el crédito del que era titular frente a la sociedad Cian Plus, S.L. por importe de 2.856.86 euros.
2º El 30 de diciembre de 2010 INFO COBRO y Petromiralles firmaron un documento en el que acordaron dejar sin efecto el anterior "atendiendo a la no entrega de los pagarés por parte de Info cobro S.L. y a las necesidades de tesorería, dejando sin efecto la citada cesión".
Es claro por lo tanto que entre la concursada y la actora existió un contrato de cesión de crédito en cuyo cumplimiento Petromiralles entregó a Info Cobro el que titulaba frente a Cian Plus debiendo recibir como contraprestación el importe del mismo mediante la entrega de pagarés. Resulta también cierto e incuestionable que mientras Petromiralles cumplió íntegramente sus obligaciones al ceder el crédito, la concursada incumplió la obligación a su cargo al no entregar los pagarés prometidos.
Según la versión de la apelante, el incumplimiento de la concursada se habría producido entre el 20 de diciembre -fecha de la cesión del crédito- y el 30 del mismo mes, momento en el que, según afirma, firman el documento por el que resuelven el contrato de cesión de crédito.
La apelante presenta demanda incidental de resolución de contrato por incumplimiento al amparo de lo dispuesto en el art. 62.1 de la LC. Este Tribunal entiende, en coincidencia con lo resuelto por el juez a quo, que no procede la resolución solicitada. El art. 62.1, aplicable a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (por remisión al art. 61.2), establece que "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución (..) por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes". En el presente supuesto, del relato de hechos que se recoge en los párrafos anteriores resulta que al tiempo de declararse el concurso, sólo había una obligación pendiente de cumplimiento: la del concursado que no había pagado el precio acordado por la cesión de crédito, hecho que excluye este contrato del régimen establecido en el art. 62.1, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 61.1 que dispone "En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.". Por lo tanto, siendo que la concursada incumplió su obligación antes de la declaración del concurso y por ello las partes acordaron resolverlo, según afirma la apelante, así como que Petromiralles había cumplido íntegramente las obligaciones a su cargo, no cabe la resolución que insta y sí el reconocimiento a su favor de

un crédito concursal por el importe de la prestación debida por la concursada al tiempo de declararse el concurso, junto con la inclusión en el inventario del crédito frente a Cian Plus por importe de 2.856.086 euros.”: SAP Girona (Sección 1) 03.06.2014 (Sentencia 173/2014; Rollo 25/2014)

AP Granada

“TERCERO : Pese a lo expuesto, enfrentándonos ante un contrato de tracto único y ante incumplimiento anterior a la fecha de declaración de concurso, la pretensión resolutoria no puede prosperar, como establece la jurisprudencia, STS 24 y 25 de julio de 2013, y como también apunta la STS de 3 de julio del mismo año.
La doctrina jurisprudencial citada, plenamente aplicable al caso, establece:
"Los efectos que sobre la vigencia de este contrato produjo la declaración de concurso vienen regulados en el art. 61.2 LC, respecto a la consideración de crédito contra la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, y en el art. 62.1 LC, en relación con la imposibilidad de instar la resolución del contrato si se trata de un contrato de tracto único cuyo incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso.
El contrato de compraventa concertado entre las partes es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas. Como al tiempo de la declaración de concurso de la vendedora, las obligaciones de una y otra parte estaban pendientes de cumplimiento, conforme al art. 61.2 LC, la prestación a que estaba obligada la promotora concursada debía realizarse con cargo a la masa.
Este primer efecto legal no plantea en este caso mayor problema, sino que la controversia se centra en torno al segundo efecto: si la parte in bonis, en este caso el comprador, puede instar después del concurso de la vendedora la resolución del contrato de compraventa.
El art. 62.1 LC, para aquellos casos en que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, regula los efectos de la declaración de concurso sobre la facultad de resolución del contrato. Para ello distingue según el contrato sea de tracto único o sucesivo.
Al margen del acierto o desacierto que pueda haber supuesto la opción legislativa por esta terminología, hemos de dotar de contenido a estas categorías para contribuir a una adecuada interpretación del precepto. La distinción determinará, en función de cuando se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, en relación con la declaración de concurso, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución una vez declarado el concurso.
En las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, con ocasión de una controversia sobre la resolución de sendos contratos de suministro de energía eléctrica, no dudamos en calificar aquellos contratos de "contratos de tracto sucesivo". En aquellas sentencias partimos de una caracterización doctrinal de los contratos se tracto sucesivo, como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".
De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato.
Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento.
En nuestro caso, no existe duda de que el contrato de compraventa concertado entre las partes, al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte, es de tracto único.
Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, "la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único."
Tal y como ha quedado acreditado, la promotora concursada se había obligado a entregar la vivienda objeto de la compraventa en febrero de 2008, o al menos 90 días hábiles después, pudiendo instar la resolución el comprador transcurridos 6 meses. Tales plazos se habían cumplido antes de la declaración del concurso de la promotora y el incumplimiento, con capacidad para promover la resolución, es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, como establece la jurisprudencia citada *"no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después".”:* SAP Granada (Sección 3) 17.01.2014 (Sentencia 14/2014; Rollo 592/2013)

AP Guipúzcoa

“TERCERO.- Y no solo ha dado respuesta a las cuestiones que han sido planteadas por la entidad Sasser, SARL en su escrito de demanda para su adecuada resolución, sino que, además, se da la circunstancia de que la respuesta ofrecida resulta de todo punto correcta, por cuanto que, habiendo quedado acreditado que antes de la declaración de concurso el contrato suscrito en fecha 7 de Octubre de 2.010 por las litigantes había sido incumplido por la entidad Plataformas, Montacargas y Ascensores, S.L., la cual había dejado de satisfacer parte de las prestaciones a que se había comprometido, en concreto la prestación consistente en la entrega de los materiales sobre los que versaba el mismo, en tanto que la entidad Sasser, SARL había cumplido con la suya, en concreto la obligación consistente en el abono de la totalidad del precio de los materiales adquiridos, motivo por el que la misma ha procedido a su reclamación, generándose un crédito de 246.382,50 euros por la obligación pendiente de cumplimiento y otro de 160.000 euros por la indemnización derivada de ese incumplimiento, es evidente que esos créditos habían de ser considerados como créditos concursales, tal y como ha sido acordado en la resolución impugnada.
En efecto, en la sentencia recurrida se determina con precisión que "el contrato que unía a las partes, de fecha 7 de octubre de dos mil diez, había sido incumplido por la concursada con anterioridad a la declaración de concurso, pues no había cumplido con la totalidad de las prestaciones que le exigía el contrato y que, por su parte, SASSER había abonado la totalidad del precio" y que "se deduce que no estaríamos en el supuesto del art. 61.2 de la L.C., sino en el supuesto del art. 61.1, que implica la inclusión en la masa pasiva del concurso, es decir, en la lista de acreedores, del crédito que corresponda al deudor en los contratos en los que la otra parte hubiese cumplido sus obligaciones", y dicho pronunciamiento resulta de todo punto correcto, en atención a la circunstancia de que, tal y como resulta de las actuaciones, la entidad demandante, en el momento mismo de la declaración de concurso de la entidad demandada, había cumplido con la obligación que tenía pendiente, pues había abonado el importe de las mercancías suministradas y de las pendientes de entrega, en tanto que dicha concursada no había cumplido con las suyas, dado que no había hecho entrega de todas esas mercancías, pues le restaban por entregar 402 mástiles y 270 bridas.
Y, puesto que ese pronunciamiento resulta correcto, por cuanto que, no obstante las alegaciones que verifica la entidad Sasser, SARL en su escrito de recurso, en el sentido de que la obligación de la demandada se encuentra pendiente de cumplimiento, es lo cierto que ella había cumplido con su obligación antes de la declaración de concurso de la entidad Plataformas, Montacargas y Ascensores, S.L. y esta, en el momento de verificarse dicha declaración, tenía pendiente de cumplimiento una parte de la suya, siendo así que el art. 61 de la Ley Concursal determina en su apartado 1º que "En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso", no puede por menos que concluirse que la suma en que se cifra esa deuda correspondiente al valor de los materiales pendientes de entrega antes de la declaración de concurso, así como la cantidad en que se concreta la indemnización devengada con motivo del incumplimiento de la obligación, han de estimarse créditos concursales, y, además, con la calificación el primero de ordinario y el segundo de subordinado, dada la distinta naturaleza de uno y otro, tal y como ha sido acordado con toda corrección en la sentencia dictada, por lo que la misma ha de ser íntegramente confirmada, con desestimación del recurso de apelación interpuesto en su contra.”: SAP Guipúzcoa (Sección 2) 15.04.2013 (Sentencia 113/2013; Rollo 2462/2012)

“QUINTO.- Y por lo que hace referencia al siguiente motivo de recurso planteado por la Junta de Compensación Urba. D. 15 Parque Empresarial de Sanxenxo, motivo conforme al cual sostiene dicha apelante que se ha producido un error en la valoración de la prueba en relación con la calificación del crédito a ella reconocido, pues una parte muy sustancial de las obras se encuentran sin ejecutar y por parte de la administración concursal se viene a incluir un supuesto crédito de la concursada contra ella, que ha sido discutido, y que, al menos por este motivo, existirían obligaciones recíprocas de cumplimiento posterior a la declaración del concurso y también debe ser revocada la resolución, en cuanto niega a los créditos comunicados por ella la condición de créditos contra la masa, al devenir tales créditos de prestaciones pendientes de cumplimiento, dicho motivo ha de ser desestimado, por cuanto que el examen de lo actuado pone de manifiesto que la demandante había cumplido las obligaciones que a ella incumbían, en lo que hace referencia al contrato concertado con la entidad Bruesa Inmobiliaria, S.A., por lo que sin duda resulta de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 61 de la Ley Concursal, en su apartado 1º.
En efecto, el mencionado precepto determina, en su apartado 1º, que "En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso", y, si bien es cierto que la Junta de Compensación Urba. D. 15 Parque Empresarial de Sanxenxo y la entidad Bruesa Inmobiliaria, S.A. concertaron el contrato sobre el que versa la presente controversia, contrato cuyo cumplimiento había de verificarse antes de la declaración de concurso y como consecuencia del cual ambas asumieron obligaciones recíprocas, tambien es lo cierto que en el momento de la citada declaración la demandante había cumplido todas sus obligaciones, tal y como la misma reconoce expresamente en su escrito de demanda, en cuyo Hecho Segundo, señala, en relación al contrato concertado, que "mi representada ha cumplido con las obligaciones que le competen en virtud del mismo, que consistían básicamente en el pago a la concursada en especie por las obras que esta tenía que ejecutar".
Es evidente, pues, que, encontrándose las obligaciones relativas al contrato concertado y asumidas por la citada demandante debidamente cumplimentadas, tal y como la misma ha sostenido en su demanda, no

puede por menos que concluirse que carece de relevancia el estado en que se encuentren al atribuidas a la contraparte, pues, al margen de que existan partidas de la obra encomendada a Bruesa Inmobiliaria, S.A. sin cumplimentar, como indica tambien la demandante en el escrito iniciador del procedimiento, o de que se encuentren todas terminadas y correctamente ejecutadas, como sostiene dicha concursada, o incluso de que se encuentren defectuosamente ejecutadas, resulta de aplicación ese primer apartado del mencionado precepto, como ha quedado reseñado, máxime si se toma en consideración la circunstancia de que el cumplimiento o no por parte de la concursada de sus obligaciones constituye una cuestión litigiosa y pendiente de la oportuna resolución ante la jurisdicción contencioso administrativa, que es la que ha de resolver el extremo relativo a la recepción de las obras en cuestión, y, por ello, esta pretensión de la entidad demandante había de ser igualmente rechazada, tal y como ha sido acordado en la sentencia de instancia, la cual ha de ser por ello confirmada tambien en lo que a ese extremo respecta, con desestimación, como ya se ha indicado, del motivo de recurso planteado.": SAP Guipúzcoa (Sección 2) 22.11.2013 (Sentencia 283/2013; Rollo 2221/2013)

AP Madrid

"Del propio planteamiento efectuado por la parte actora y ahora apelante, que afirma ser propietaria de determinadas viviendas incluidas en la masa activa y sobre las que ha ejercitado el derecho de separación, y de la afirmación efectuada en la demanda de que el crédito deriva de un contrato con obligaciones recíprocas del que sólo quedaba por cumplir la obligación de la concursada de escriturar las viviendas a nombre de la actora, resulta patente que, sin perjuicio de la suerte del derecho de separación ejercitado y de las consecuencias que pudiera tener el éxito de la acción, el crédito reconocido y cuya impugnación es objeto de este incidente tiene naturaleza concursal de conformidad con el artículo 61.1 de la Ley Concursal. ":SAP Madrid (Sección 28) 23.11.2012 (Sentencia 367/2012; Rollo 575/2011)

"TERCERO. Dª Sacramento suscribió con la concursada en fecha 8 de mayo de 2008 contrato de compraventa de dos plazas de garaje. El precio previsto en el contrato fue satisfecho en el momento de la suscripción.
Según la estipulación novena del contrato, dedicada a la entrega y recepción del inmueble, las obras debían concluir antes del fin del segundo trimestre de 2009 (30 de junio de 2009). La entrega debía efectuarse a los cuatro meses de finalización de las obras (30 de octubre de 2009). Transcurridos tres meses del plazo señalado para la entrega sin que se hubiese verificado, la parte compradora quedaba facultada para optar por la resolución del contrato, con devolución de las cantidades percibidas más el interés previsto en la Ley de 27 de julio de 1968.
El concurso fue declarado por auto de fecha 12 de febrero de 2009.
No resulta controvertido que a la fecha de la declaración del concurso la compradora había satisfecho el pago del precio y quedaba pendiente la entrega por la concursada de las plazas de garaje.
A dicha situación debe atenderse para determinar la procedencia o improcedencia de la resolución del contrato.
El régimen legal previsto para la resolución de los contratos en el concurso se resume en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2012 :
La Ley Concursal regula en los arts. 61 y ss. los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En el caso de contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas para las partes, el art. 61 LC distingue según el contrato esté pendiente de cumplimiento por una de las partes o por ambas.
Si está pendiente de cumplimiento sólo por el deudor concursado, el art. 61.1 LC prescribe que el derecho de la contraparte (parte in bonis) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal, cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte in bonis, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC.
Sin embargo, si el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes, "las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa". Ello sin perjuicio de que el juez del concurso pueda acordar la resolución del contrato en interés del concurso, a instancia de la administración concursal o, en su caso, del deudor concursado, conforme a lo previsto en el art. 61.2.II LC.
Pero lo anterior no impide que un contrato con obligaciones recíprocas pueda ser objeto de resolución por incumplimiento de una de las partes, si bien el art. 62 LC distingue según se trate de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo. Si es de tracto único, sólo cabe la resolución del contrato fundada en el incumplimiento del contrato cuando fuera posterior a la declaración del concurso. En el caso de contratos de tracto continuado, cabe instar la resolución del contrato por incumplimiento, con independencia de si éste es anterior o posterior a la declaración de concurso.
En cualquier caso, declarado el concurso, el art. 62.2 LC atribuye expresamente al juez del concurso el conocimiento de las demandas de resolución de los contratos en que sea parte el deudor concursado, que se sustanciarán por un incidente concursal. Y con ocasión del ejercicio de esta acción de resolución del contrato, aunque " exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato ", con los efectos previstos en el art. 62.3 LC. Lógicamente, si no se solicita o no se aprecia el reseñado interés del concurso en la continuidad del contrato, el juez acordará la resolución del contrato, con un efecto liberatorio respecto de las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, prosigue el art. 62.4 LC, " se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa ".

Hay que destacar que no es posible resolver los contratos con obligaciones recíprocas cuando, al momento de declaración del concurso, una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial "de las recíprocas a su cargo".
En el contrato de compraventa la reciprocidad se predica, respectivamente, de las obligaciones de entrega de la cosa y pago del precio.
La reciprocidad, en relación al concurso, se analiza en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2013 :
A la reciprocidad de las obligaciones contractuales se anudan en nuestro ordenamiento importantes consecuencias, como son la atribución al contratante perjudicado de la facultad de resolver el vínculo en caso de incumplimiento imputable al otro - artículo 1124 Código Civil - o la de oponer una excepción a la reclamación de pago efectuada por el primer incumplidor - artículos 1100, último párrafo, y 1124 del Código Civil - y la regulación de un especial régimen de producción de la mora - artículo 1100 Código Civil -. La sentencia de 24 de febrero de 1998 destacó la característica de que " [...] cada obligación bilateral sirve de causa a la otra: si una parte no cumple su respectiva obligación queda la otra sin causa y produce como efectos la compensación en caso de mora (artículo 1.100, último párrafo, Código Civil), la posible <exceptio non adimpleti contractus> (artículos 1.100, 1.124 y 1.308 Código Civil) y la resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento de una de las partes ".
El Código Civil no define la reciprocidad, pero doctrina y jurisprudencia - que se han ocupado de ella, fundamentalmente, al tratar de las consecuencias que le están vinculadas - la hacen depender del contenido del vínculo y, claro está, de la repercusión que dicho contenido tiene en el funcionamiento de la relación. En definitiva, cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, (1º) con causa en un mismo negocio, (2º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra.
La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.
La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial o "lex privata". Pero, a los efectos del artículo 61, cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente, en la se ha venido en llamar fase funcional del vínculo y, además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas.
En el caso que nos ocupa el otorgamiento de escritura se contempla en el contrato suscrito en una estipulación distinta a la que recoge la obligación de entrega, y dicho otorgamiento expresamente se vincula a lo dispuesto en los artículos 1279 y 1280 CC, es decir, a las normas dedicadas a la forma de los contratos, cuya finalidad es garantizar la prueba de la existencia y contenido del negocio. No obstante se concede a la vendedora la facultad de dar por resuelto el contrato si la compradora incumple la obligación de comparecer al otorgamiento, pero ello no desvirtúa la finalidad y alcance del otorgamiento de escritura, en cuanto no nos encontramos ante una obligación principal. Hay que añadir además que las previsiones adoptadas en los contratos sobre el ejercicio de la facultad resolutoria no alteran el régimen concursal, de manera que dicha facultad se supedita a las normas del concurso.
En consecuencia de lo expuesto, y atendiendo a los términos del contrato y a la citada STS de 19 de febrero de 2013 sobre el concepto de reciprocidad, hemos de concluir que el hecho de que las partes puedan compelerse al otorgamiento de escritura pública, e incluso el que se hubiera previsto la resolución por incumplimiento de la compradora, no es suficiente para mantener la existencia de reciprocidad y para dar lugar a la resolución una vez declarado el concurso.
Las obligaciones relativas a la forma del contrato carecen de virtualidad para sostener la pretendida reciprocidad. La interdependencia o nexo causal entre las prestaciones característica de las relaciones obligatorias sinalagmáticas se produce entre obligaciones cuyo objeto es la prestación principal, como ocurre con la entrega de la cosa y el pago del precio, no entre cualesquiera otros deberes de prestación.”: SAP Madrid (Sección 28) 12.11.2013 (Sentencia 313/2013; Rollo 397/2012)

AP La Coruña

“TERCERO.- El segundo motivo del recurso formulado por la parte actora se refiere a los créditos reconocidos en la misma sentencia apelada, insistiendo en su pretensión de calificación como créditos contra la masa en aplicación delartículo 84.2 LC, y no como ordinarios, como se declara en la sentencia apelada, en cuanto considera que resultan de prestaciones a cargo de la concursada estipuladas en contratos con obligaciones reciprocas, pendientes de cumplimiento, que estaban vigentes al momento de la declaración del concurso.
El motivo no puede ser estimado, pues como decíamos ennuestra reciente sentencia de 14 de enero de 2001 "Elartículo 84.2-6º LC comprende varios supuestos de créditos contra la masa: los que, conforme a esta Ley, deriven de prestaciones a cargo del concursado de contratos anteriores a la declaración del concurso con obligaciones recíprocas posteriores a dicho momento (pendientes de cumplimiento) que continúen en vigor; de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria; y por incumplimiento del

concursado. El precepto ha de relacionarse con lo dispuesto sobre la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en elartículo 61, particularmente su número 2 -primer inciso (los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen manteniendo su vigencia o efectos tras la declaración del concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones posteriores del concursado), y nº 2-segundo inciso (previsión de la resolución judicial del contrato en interés del concurso y sus efectos), así como en elartículo 62 sobre la resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes y sus efectos (también anterior en contratos de tracto sucesivo), con cargo a la masa respecto de las obligaciones del concursado (62.1 y 4), aparte de los casos de mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso (nº 3), mientras que si fuere por incumplimiento del concursado anterior a la declaración se trataría de un crédito concursal (nº 4). Añadir que los créditos contra la masa, por contraposición a los concursales, son aquellos señalados en la lista delartículo 84.2 y cualesquiera otros a los que la Ley Concursal atribuya expresamente tal consideración (norma citada nº 11º), aparte de la regla general de igualdad de trato de los acreedores en materia de clasificación de créditos en el sentido de no admitir ningún privilegio o preferencia no reconocida en la propiaLey (E.M.-V- y art. 89.2)."
Sobre la base de lo antes razonado, no puede admitirse el motivo del recurso, cuando no penden al momento de la declaración del concurso obligaciones reciprocas posteriores pendientes de cumplimiento por ambas partes contratantes, únicamente hay pendientes obligaciones por parte de la concursada, habiendo cumplido con las suyas el vendedor, y las prestaciones incumplidas a cargo del comprador son de fecha anterior, respecto de un contrato de compraventa de tracto único.": SAP La Coruña (Sección 4) 24.02.2011 (JUR 2011/158087; Sentencia 74/2011; Rollo 613/2010)

"CUARTO.- La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art.62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención)
o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º). ": SAP La Coruña (Sección 4) 22.07.2011 (Sentencia 336/2011; Rollo 371/2011)

"TERCERO: El contrato de compraventa, al que se refiere el art. 1445 del CC, se configura como un contrato consensual, en tanto en cuanto se perfecciona por el mero consentimiento sobre la cosa y el precio, sin que sea preciso que la una y el otro hubieran sido entregados (art. 1450 del CC), es bilateral o sinalagmático, al generar prestaciones recíprocas o condicionadas de las partes contratantes, oneroso, sirviendo como título para adquirir la propiedad, cuando vaya acompañado de la entrega o tradición de la cosa (arts. 609 y 1095 del CC), y además se configura como un contrato de tracto único.
En este último sentido, se expresa la STS de 22 de abril de 2004, cuando afirma que: "el contrato de compraventa es un contrato de tracto único, no obstante la forma aplazada del precio; los contratos de tracto sucesivo dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo, lo que no ocurre en la compraventa aunque se pacte un aplazamiento del pago". Por su parte, la STS de 10 de febrero de 1997, proclamó que la compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación.
Siendo así las cosas como así son, dada su naturaleza jurídica, al contrato litigioso le es de aplicación el régimen de resolución contractual previsto en los arts. 61 y 62 de la LC, pues bien tal regulación normativa, que lógicamente vincula a los efectos decisorios de este recurso, parte de las reglas siguientes:

1ª) Que, con respecto a los contratos bilaterales celebrados por el deudor, y referidos al tiempo de la declaración del concurso, cuando una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa (acreedor el concursado) o en la pasiva del concurso (acreedor el tercero).
2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos, perfeccionados antes de la apertura del procedimiento, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte. O dicho de otra forma, que dichos contratos seguirán desencadenando sus efectos jurídicos propios, no produciéndose, por la sola circunstancia de la declaración del concurso del deudor, la ruptura automática de los vínculos contractuales concertados y vigentes, ahora bien, como es lógico, las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
3. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato, si lo estimaran conveniente al interés del concurso, operando en este caso una excepción a la regla general, siempre que se pruebe que, con ello, se salvaguardan o benefician los superiores intereses del procedimiento universal.
4. Se tienen por no puestas, no desencadenando, por lo tanto, efectos jurídicos de clase alguna, las cláusulas pactadas por las partes que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes. Tal regla no es otra cosa que una consecuencia derivada del principio general antes proclamado de que la declaración del concurso no afecta a la vigencia del contrato. Quedan al margen de este precepto, sin embargo, las estipulaciones contractuales expresamente pactadas para el caso del incumplimiento.
5) El concurso no es incompatible con los pronunciamientos resolutorios por incumplimiento contractual, ahora bien, la LC distingue, según se trate de contratos de tracto único o sucesivo, en relación con éstos últimos el incumplimiento, que legitima la resolución contractual, derivada del régimen jurídico del art. 1124 del CC, tanto puede ser anterior como posterior a la declaración del concurso, mientras que, en el primer caso, contratos de tracto único, el incumplimiento ha de ser únicamente posterior, como así resulta del art.
62.1 cuando norma: "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente (contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento) por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso", distinguiendo, en este caso, la precitada norma entre ambas categorías contractuales, atribuyendo la posibilidad resolutoria por inobservancia previa de las obligaciones contractuales, a los contratos de tracto sucesivo, naturaleza jurídica a la que es ajena el contrato de compraventa litigioso.
Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que procedan.
En definitiva, el régimen jurídico de la resolución contractual, en sede concursal, contiene una regulación normativa distinta del régimen legal resolutorio general o común, y así se faculta a romper el vínculo contractual no existiendo incumplimiento, o mantenerlo, pese a la inobservancia de las prestaciones que conforman las obligaciones de las partes y, por lo tanto, concurriendo causa resolutoria del sinalagma convencional, todo ello en interés del concurso, o establecer un régimen específico, según nos hallemos ante contratos de tracto único o sucesivo, en los términos antes expuestos, o, en fín, declarando la inoperatividad de las cláusulas resolutorias expresas, que anuden efectos de tal clase a la declaración del concurso del deudor. ": SAP La Coruña (Sección 4) 28.07.2011 (Sentencia 350/2011; Rollo 284/2011)

“SEGUNDO: En efecto, el contrato de compraventa, al que se refiere el art. 1445 del CC, se configura como un contrato consensual, en tanto en cuanto se perfecciona por el mero consentimiento sobre la cosa y el precio, sin que sea preciso que la una y el otro hubieran sido entregados (art. 1450 del CC), es bilateral o sinalagmático, al generar prestaciones recíprocas o condicionadas de las partes contratantes, oneroso, sirviendo como título para adquirir la propiedad, cuando vaya acompañado de la entrega o tradición de la cosa (arts. 609 y 1095 del CC), y además se configura como un contrato de tracto único.
En este último sentido, se expresa la STS de 22 de abril de 2004, cuando afirma que: "el contrato de compraventa es un contrato de tracto único, no obstante la forma aplazada del precio; los contratos de tracto sucesivo dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo, lo que no ocurre en la compraventa aunque se pacte un aplazamiento del pago". Por su parte, la STS de 10 de febrero de 1997, proclamó que la compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación.
Siendo así las cosas como así son, dada su naturaleza jurídica, al contrato litigioso le es de aplicación el régimen de resolución contractual previsto en los arts. 61 y 62 de la LC, pues bien tal regulación normativa, que lógicamente vincula a los efectos decisorios de este recurso, parte de las reglas siguientes:
1ª) Que, con respecto a los contratos bilaterales celebrados por el deudor, y referidos al tiempo de la declaración del concurso, cuando una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa (acreedor el concursado) o en la pasiva del concurso (acreedor el otro contratante).

2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos, perfeccionados antes de la apertura del procedimiento, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte. O dicho de otra forma, que dichos contratos seguirán desencadenando sus efectos jurídicos propios, no produciéndose, por la sola circunstancia de la declaración del concurso del deudor, la ruptura automática de los vínculos contractuales concertados y vigentes, ahora bien, como es lógico, las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
3. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar, en el supuesto específico regulado en el art. 61.2 II LC, la resolución del contrato, si lo estimaran conveniente al interés del concurso, operando en este caso una excepción a la regla general, siempre que se pruebe que, con ello, se salvaguardan o benefician los superiores intereses del procedimiento universal.
4. Se tienen por no puestas, no desencadenando, por lo tanto, efectos jurídicos de clase alguna, las cláusulas pactadas por las partes que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes. Tal regla no es otra cosa que una consecuencia derivada del principio general antes proclamado de que la declaración del concurso no afecta a la vigencia del contrato. Quedan al margen de este precepto, sin embargo, las estipulaciones contractuales expresamente pactadas para el caso del incumplimiento.
5) El concurso no es incompatible con los pronunciamientos resolutorios por incumplimiento contractual, ahora bien, la LC distingue, según se trate de contratos de tracto único o sucesivo, en relación con éstos últimos el incumplimiento, que legitima la resolución contractual, tanto puede ser anterior como posterior a la declaración del concurso, mientras que, en el primer caso, contratos de tracto único, el incumplimiento ha de ser únicamente posterior, como así resulta del art. 62.1, cuando norma: " La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente (contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento) por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso ", distinguiendo, en este caso, la precitada norma entre ambas categorías contractuales, atribuyendo la posibilidad resolutoria, por inobservancia previa de las obligaciones contractuales, a los contratos de tracto sucesivo, naturaleza jurídica a la que es ajena el contrato de compraventa litigioso, jurídicamente reputado como de tracto único.
Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que procedan.
En definitiva, el régimen jurídico de la resolución contractual, en sede concursal, contiene una regulación normativa distinta del régimen legal resolutorio general o común, y así se faculta a romper el vínculo contractual no existiendo incumplimiento, o mantenerlo, pese a la inobservancia de las prestaciones que conforman las obligaciones de las partes y, por lo tanto, concurriendo causa resolutoria del sinalagma convencional, todo ello en interés del concurso, o establecer un régimen específico, según nos hallemos ante contratos de tracto único o sucesivo, en los términos antes expuestos, o, en fín, declarando la inoperatividad de las cláusulas resolutorias expresas, que anuden efectos de tal clase a la declaración del concurso del deudor.": SAP La Coruña (Sección 4) 07.09.2011 (Sentencia 368/2011; Rollo 370/2011)

"TERCERO.-La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace alguna excepción y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admita, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la posible resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º).
Por otro lado, la Ley no define los créditos concursales más que por vía negativa (art. 84.1), como los restantes distintos de los créditos contra la masa especificados en el art. 84.2, cuyo número 6º comprende varios supuestos: los que, conforme a esta Ley, deriven de prestaciones a cargo del concursado de contratos anteriores a la declaración del concurso con obligaciones recíprocas posteriores a dicho momento

(pendientes de cumplimiento) que continúen en vigor; de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria; y por incumplimiento del concursado. El precepto ha de relacionarse con lo dispuesto sobre la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el artículo 61, particularmente su número 2 - primer inciso (los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen manteniendo su vigencia o efectos tras la declaración del concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones posteriores del concursado), y nº 2-segundo inciso (previsión de la resolución judicial del contrato en interés del concurso y sus efectos), así como en el artículo 62 sobre la resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes y sus efectos (también anterior en contratos de tracto sucesivo), con cargo a la masa respecto de las obligaciones del concursado (62.1 y 4), aparte de los casos de mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso (nº 3), mientras que si fuere por incumplimiento del concursado anterior a la declaración, en los casos permitidos legalmente, se trataría de un crédito concursal (nº 4).
En el presente caso, al margen del tema de la falta de impugnación de la lista de créditos concursales (art. 97 LC), consideramos también que no se trata de un crédito contra la masa. Es verdad que, contrariamente a lo sostenido aquí por la concursada al oponerse al recurso de apelación, lo pactado en el contrato no se refería solo a la aprobación definitiva del proyecto de actuación urbanística sino a su "aprobación definitiva y firme", pero igualmente se trataría de un crédito concursal. Que, según lo ya apuntado, la compraventa sea un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas no significa que al tiempo del concurso estuvieran pendientes las de ambas contratantes, sino solo la parte del ajuste del exceso de cabida o sobreprecio a cargo de la compradora, pues la vendedora había cumplido sus obligaciones con mucha anterioridad. Tal modalidad en la determinación del precio ya estaba perfectamente contemplada en el contrato, lo mismo que el importe de cada metro cuadrado, según la superficie finalmente incluida en el Sector. No se trataba de ni de un nuevo contrato ni de obligaciones nuevas. Y conforme a lo preceptuado en el artículo 62.1 LC, aplicado en la sentencia apelada, "si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva". No pues un caso del artículo 61.2 ni 84.2-6º. ": SAP La Coruña (Sección 4) 16.09.2011 (Sentencia 385/2011; Rollo 361/2011)

“TERCERO.-El recurso se desestima:
La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace alguna excepción y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admita, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la posible resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso (62.1); siempre sin perjuicio del posible mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º).
Por otro lado, la Ley no define los créditos concursales más que por vía negativa (art. 84.1), como los restantes distintos de los créditos contra la masa especificados en el art. 84.2, cuyo número 6º comprende varios supuestos: los que, conforme a esta Ley, deriven de prestaciones a cargo del concursado de contratos anteriores a la declaración del concurso con obligaciones recíprocas posteriores a dicho momento (pendientes de cumplimiento) que continúen en vigor; de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria; y por incumplimiento del concursado. El precepto ha de relacionarse con lo dispuesto sobre la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el artículo 61, particularmente su número 2 primer inciso (los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen manteniendo su vigencia o efectos tras la declaración del concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones posteriores del concursado), y nº 2-segundo inciso (previsión de la resolución judicial del contrato en interés del concurso y sus efectos), así como en el artículo 62 sobre la resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes y sus efectos (también anterior en contratos de tracto

sucesivo), con cargo a la masa respecto de las obligaciones del concursado (62.1 y 4), aparte de los casos de mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso (nº 3), mientras que si fuere por incumplimiento del concursado anterior a la declaración, en los casos permitidos legalmente, se trataría de un crédito concursal (nº 4)": SAP La Coruña (Sección 4) 09.09.2011 (Sentencia 374/2011; Rollo 353/2011)

"La cuestión de la resolución contractual en casos como éste no es nueva para este Tribunal al habernos ya pronunciado en contra de la tesis defendida en el recurso en otros recientes precedentes (SAP 4ª A Coruña de 11, 22 y 28/7/2011, 7 y 13/9/2011), cuyos razonamientos y solución son igualmente predicables al presente litigio con pequeñas adaptaciones.
TERCERO.- En el presente caso, realmente la demanda se basa en un incumplimiento anterior, sin que su prolongación o reiteración posterior alteren esta conclusión sino más bien sean la confirmación de aquél. La fecha de entrega pactada de aproximadamente 24 meses desde la obtención de la licencia municipal de edificación (9/2/2006) finalizaría en febrero de 2008, meses antes de la declaración del concurso (24/7/2008), constando igualmente terminada la vivienda con anterioridad, según el certificado final de obra (noviembre de 2007), lo mismo que la solicitud de la LPO (también en noviembre), aunque concedida después (marzo 2009), por una disputa o problemas relativos a la urbanización del sector (la promotora era al tiempo agente urbanizador), figurando en el convenio alcanzado entre el ayuntamiento y la concursada (9/2/2009) la aceptación o recepción (parcial) de las obras de urbanización: las referidas a aquellas ya ejecutadas, dotadas de autonomía y funcionamiento independiente, comprometiéndose por ello el ayuntamiento a conceder las LPO solicitadas correspondientes a tales parcelas cuya urbanización se encontraba en condiciones adecuadas. En atención a todo lo expuesto, no puede considerarse errónea la conclusión del juzgador de instancia de que se trataría de un incumplimiento del plazo de entrega anterior al inicio del concurso y no posterior.
CUARTO.- La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención)
o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, no tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º).": SAP La Coruña (Sección 4) 16.09.2011 (Sentencia 348/2011; Rollo 341/2011)

"A tenor de lo expuesto, es claro que la resolución del contrato no puede prosperar, de una parte, porque el contrato no se hallaba pendiente de cumplimiento por parte de ambas contratantes (la actora había realizado a fecha 31 de diciembre de 2008 su prestación quedando pendiente de cumplimiento el pago del precio importe adeudado por la concursada- que ya fue reconocido como crédito concursal) y de otra, porque no puede olvidarse que la acción resolutoria se promueve una vez declarado el concurso y sabido es que en contratos como el que nos ocupa - contrato de tracto único- y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 61.2 LC, el acreedor in bonis carece de la facultad resolutoria por causa de incumplimientos anteriores a la declaración concursal (26 de junio de 2009), siendo el incumplimiento obligacional (falta de pago) por parte de la concursada claramente anterior a la declaración concursal en tanto que la demandante habría cumplido su obligación de realizar los trabajos contratados en el plazo acordado para su terminación (31 de diciembre de 2008), pues la Ley únicamente admite la resolución por incumplimiento anterior a la declaración del concurso en los contratos de tracto sucesivo.
En este sentido, si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art.61.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por

ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2 párrafo 1º). La Ley Concursal (artículo 62.1 -resolución por incumplimiento -distingue entre contratos de tracto sucesivo y de tracto único, y distingue entre incumplimiento anterior y posterior) refiere el incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente a los contratos de tracto sucesivo, mientras que en los de tracto único solo faculta la resolución por incumplimiento posterior..": SAP La Coruña (Sección 4) 13.10.2011 (Sentencia 432/2011; Rollo 416/2011)

"QUINTO.-La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, no tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º). ":SAP La Coruña (Sección 4) 21.10.2011 (Sentencia 443/2011; Rollo 655/2010)

"SEGUNDO: La demanda no puede ser estimada. Como señalábamos en nuestra sentencia de 7 de septiembre de 2011 : "el contrato de compraventa, al que se refiere el art. 1445 del CC, se configura como un contrato consensual, en tanto en cuanto se perfecciona por el mero consentimiento sobre la cosa y el precio, sin que sea preciso que la una y el otro hubieran sido entregados (art. 1450 del CC), es bilateral o sinalagmático, al generar prestaciones recíprocas o condicionadas de las partes contratantes, oneroso, sirviendo como título para adquirir la propiedad, cuando vaya acompañado de la entrega o tradición de la cosa (arts. 609 y 1095 del CC), y además se configura como un contrato de tracto único.
En este último sentido, se expresa la STS de 22 de abril de 2004, cuando afirma que: "el contrato de compraventa es un contrato de tracto único, no obstante la forma aplazada del precio; los contratos de tracto sucesivo dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo, lo que no ocurre en la compraventa aunque se pacte un aplazamiento del pago". Por su parte, la STS de 10 de febrero de 1997, proclamó que la compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación.
Siendo así las cosas como así son, dada su naturaleza jurídica, al contrato litigioso le es de aplicación el régimen de resolución contractual previsto en los arts. 61 y 62 de la LC, pues bien tal regulación normativa, que lógicamente vincula a los efectos decisorios de este recurso, parte de las reglas siguientes:
1ª) Que, con respecto a los contratos bilaterales celebrados por el deudor, y referidos al tiempo de la declaración del concurso, cuando una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa (acreedor el concursado) o en la pasiva del concurso (acreedor el otro contratante).
2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos, perfeccionados antes de la apertura del procedimiento, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte. O dicho de otra forma, que dichos contratos seguirán desencadenando sus efectos jurídicos propios, no produciéndose, por la sola circunstancia de la declaración del concurso del deudor, la ruptura automática de los vínculos contractuales concertados y vigentes, ahora bien, como es lógico, las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
3. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar, en el supuesto específico regulado en el art. 61.2 II LC, la resolución del contrato, si lo estimaran conveniente al interés del concurso, operando en este caso una

excepción a la regla general, siempre que se pruebe que, con ello, se salvaguardan o benefician los superiores intereses del procedimiento universal.
4. Se tienen por no puestas, no desencadenando, por lo tanto, efectos jurídicos de clase alguna, las cláusulas pactadas por las partes que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes. Tal regla no es otra cosa que una consecuencia derivada del principio general antes proclamado de que la declaración del concurso no afecta a la vigencia del contrato. Quedan al margen de este precepto, sin embargo, las estipulaciones contractuales expresamente pactadas para el caso del incumplimiento.
5) El concurso no es incompatible con los pronunciamientos resolutorios por incumplimiento contractual, ahora bien, la LC distingue, según se trate de contratos de tracto único o sucesivo, en relación con éstos últimos el incumplimiento, que legitima la resolución contractual, tanto puede ser anterior como posterior a la declaración del concurso, mientras que, en el primer caso, contratos de tracto único, el incumplimiento ha de ser únicamente posterior, como así resulta del art. 62.1, cuando norma: "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente (contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento) por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso ", distinguiendo, en este caso, la precitada norma entre ambas categorías contractuales, atribuyendo la posibilidad resolutoria, por inobservancia previa de las obligaciones contractuales, a los contratos de tracto sucesivo, naturaleza jurídica a la que es ajena el contrato de compraventa litigioso, jurídicamente reputado como de tracto único.
6. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
7. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que procedan. En definitiva, el régimen jurídico de la resolución contractual, en sede concursal, contiene una regulación normativa distinta del régimen legal resolutorio general o común, y así se faculta a romper el vínculo contractual no existiendo incumplimiento, o mantenerlo, pese a la inobservancia de las prestaciones que conforman las obligaciones de las partes y, por lo tanto, concurriendo causa resolutoria del sinalagma convencional, todo ello en interés del concurso, o establecer un régimen específico, según nos hallemos ante contratos de tracto único o sucesivo, en los términos antes expuestos, o, en fín, declarando la inoperatividad de las cláusulas resolutorias expresas, que anuden efectos de tal clase a la declaración del concurso del deudor".
Pues bien, en el caso presente, la declaración de concurso es de fecha 10 de septiembre de 2008, hallándose finalizado el chalet en octubre de 2007, siendo entonces cuando, al visitar el chalet en noviembre de dicho año, la parte actora comprueba la existencia del muro en el jardín, lo que considera causa resolutoria del contrato suscrito, con lo que nos hallaríamos ante un incumplimiento anterior impeditivo a la resolución contractual concursal en un contrato de tracto único como es la compraventa por las razones antes expuestas.": SAP La Coruña (Sección 4) 21.12.2011 (Sentencia 548/2011; Rollo 569/2011)

" 5) El concurso no es incompatible con los pronunciamientos resolutorios por incumplimiento contractual, ahora bien, la LC distingue, según se trate de contratos de tracto único o sucesivo, en relación con éstos últimos el incumplimiento, que legitima la resolución contractual, derivada del régimen jurídico del artículo 1124 del Código Civil, tanto puede ser anterior como posterior a la declaración del concurso, mientras que, en el primer caso, contratos de tracto único, el incumplimiento ha de ser únicamente posterior, como así resulta del artículo 62.1 cuando norma: "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente (contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento) por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso", distinguiendo, en este caso, la precitada norma entre ambas categorías contractuales, atribuyendo la posibilidad resolutoria por inobservancia previa de las obligaciones contractuales, a los contratos de tracto sucesivo, naturaleza jurídica a la que es ajena el contrato de compraventa litigioso": SAP Coruña (Sección 4) 18.01.2012 (Sentencia 14/2012; Rollo 500/2011)

"SEGUNDO.-La cuestión jurídica sobre la imposibilidad de resolución contractual en casos como éste no es nueva para el Tribunal al habernos ya pronunciado en otros recientes precedentes (SAP 4ª A Coruña de 11, 22 y 28/7/2011, 7 y 13 y 16/9/201, 10/10/2011, entre otros). En la de 22/7/2011 también tratamos la cuestión sobre el seguro de caución. También cabe destacar la de fecha 21/10/2011, en la misma promoción inmobiliaria y en un supuesto muy similar al presente, por lo que los razonamientos y solución de tales sentencias son igualmente predicables al presente caso.
TERCERO.-Con la prueba admitida en esta alzada se acredita que la LPO no se obtuvo hasta el 31 de marzo de 2009, pero también que la vivienda estaba ya finalizada meses antes de vencer el plazo de entrega pactado, y mucho antes de la fecha de declaración del concurso, lo mismo que solicitada entonces tal licencia, demorada por una disputa o problemas relativos a la urbanización del sector (la promotora era al tiempo agente urbanizador), figurando en el convenio alcanzado entre el ayuntamiento y la concursada de 9/2/2009 la aceptación o recepción (parcial) de las obras de urbanización: las referidas a aquellas ya ejecutadas, dotadas de autonomía y funcionamiento independiente, comprometiéndose por ello el ayuntamiento a conceder las LPO solicitadas correspondientes a tales parcelas cuya urbanización se encontraba en condiciones adecuadas.

Pero el incumplimiento sería anterior a la declaración concursal, por cuanto el término final del cumplimiento de la obligación de entrega de la vendedora pactado era también anterior en bastantes meses, sin que la prolongación o reiteración posterior del incumplimiento alteren esta conclusión sino que más bien es la confirmación del producido en aquél momento previo. Por ello no puede considerarse errónea la conclusión del juzgador de instancia de que se trataría de un incumplimiento del plazo de entrega anterior al inicio del concurso y no posterior.
CUARTO.-La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, no tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda ":SAP La Coruña (Sección 4) 19.09.2012 (Sentencia 370/2012; Rollo 563/2011)

"Tercero. El recurso interpuesto se articula también, subsidiariamente, sobre la base de que, aunque finalmente se estimara por este tribunal que la obligación de la concursada había nacido de un contrato y no directamente de la ley, el crédito habría de calificarse, igualmente, de crédito contra la masa por aplicación de lo dispuesto en el art. 61.2º LC, que habría sido erróneamente aplicado por el juzgador a quo.
Sin embargo, el precepto citado es aplicable a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, caso en que, efectivamente, el crédito será contra la masa, pero no a uno como éste, en que los vendedores han cumplido íntegramente sus obligaciones de transmitir las participaciones sociales vendidas, y sólo ha habido incumplimiento de una obligación de los compradores (podían, bien liberar los avales, bien pagar lo que hubieran abonado los vendedores y ninguna de las dos cosas han hecho). Como dice el Tribunal Supremo en sentencias como la de 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5905), en relación con un contrato de naturaleza jurídica mucho más controvertida, cual es el de leasing o arrendamiento financiero, "la reciprocidad del vínculo contractual y la pendencia de cumplimiento de obligaciones por ambas partes constituyen los criterios determinantes de la calificación de los créditos contractuales contra el concursado, conforme a dichos preceptos legales (...). La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocia. Pero, a los efectos del art. 61 de la Ley Concursal, la reciprocidad debe existir en la fase funcional del vínculo y después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las relaciones que por su estructura original no eran recíprocas". Aplicando esta doctrina a nuestro caso, el supuesto de hecho encaja no en el párrafo 2º del art. 61, sino en el párrafo 1º (contratos en los que, al tiempo de la declaración del concurso, una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo), con la consecuencia de que el crédito habría de calificarse de concursal.
Tampoco advertimos, por la misma razón que acaba de ser expuesta, la infracción denunciada en relación con el art. 84.2.6ª LC, pues, las obligaciones que tuvieran carácter recíproco antes de la declaración de concurso (las derivadas de la compraventa) pierden esa condición, a los efectos que estudiamos, si una de las partes cumplió su prestación antes de tal fecha, lo que aquí ocurrió con las obligaciones de los vendedores, que transmitieron las participaciones sociales de la empresa que habían sido objeto del contrato. En tal caso, el crédito será concursal. Por lo demás, este tribunal tampoco disiente de la conclusión a que

llega el juez a quo de que el crédito cuya calificación como contra la masa ahora se pretende ha sido reconocido ya como concursal, sin que pueda imputársele una errónea valoración de la prueba, pues la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de 28 de noviembre de 2012 condena a las entidades demandadas, de forma conjunta y solidaria, entre ellas a la concursada, "UCASA, S.A.", "a liberar los avales que los actores prestaron para garantizar el pago de los diferentes préstamos de los que era titular la sociedad Promociones y Construcciones Valle de Gordon, S.L.". Con base en ella, los ahora apelantes plantean demanda ejecutiva pidiendo no sólo las cantidades abonadas hasta la fecha de la sentencia, sino también las cantidades precisas para liberar los avales que habían prestado ante las entidades bancarias. Dicha sentencia no llegó a ser ejecutada, aunque sí llegó a dictarse el pertinente auto, pero el crédito fue reconocido en el concurso como concursal, sin impugnación alguna por su parte en tiempo y forma, aquietamiento al que han de atribuirse los efectos del art. 97.1º LC. Por más que, con posterioridad a la declaración del concurso, los apelantes hayan seguido abonando, con cargo a sus propios patrimonios, las deudas de la mercantil vendida en 2011, todas esas cantidades se habían computado ya cuando se reconoció el crédito como concursal, pues se valoraron las necesarias para liberar los avales prestados.”: SAP La Coruña (Sección 4) 03.06.2015 (Sentencia 186/2015; Rollo 134/2015)

AP Murcia

“Tampoco podría accederse a la resolución del contrato a instancia de la parte que había cumplido con sus obligaciones porque, como con acierto señala la sentencia de primera instancia, el incumplimiento de la ahora concursada fue anterior a la declaración de concurso, y tratándose de una obligación bilateral de tracto único en la que ha sido la concursada la que ha incumplido, lo que procede una vez declarado el concurso no es que pueda pedir la resolución del contrato, sino que el acreedor comunique su crédito concursal y se incluya el mismo en la masa pasiva del concurso (art. 61.1 LC), como aquí ha tenido lugar, existiendo una lista definitiva de acreedores que no ha sido combatida por los que ahora, extemporáneamente (y sin formular la debida reconvención), piden la resolución del contrato. “:SAP Murcia (Sección 4) 12.12.2013 (Sentencia 733/2013; Rollo 469/2013)

AP Oviedo

“TERCERO.-Se solicita seguidamente en el segundo punto del suplico de la demanda que se declare resuelto el contrato de compraventa por importe de 539.928,42 euros sobre los materiales descritos en el cuerpo de dicho escrito, pretensión ésta que nos remite a la operación por cuya virtud Arcelor vendió a Ascamon el material que aparece detallado en el doc. nº 4 de los acompañados a la demanda por el precio arriba señalado y para cuyo pago se emitieron una serie de facturas que vencían el 30 noviembre 2011 (...)
Sentada la anterior premisa, el escenario bajo el que debe ser examinada la pretensión que nos ocupa es el previsto en el art. 61-1 L.C., esto es el de un contrato de compraventa en el que, al momento de la declaración de concurso, la parte vendedora ha cumplido las prestaciones que a ella le incumben, mientras que la compradora se encuentra adeudando el pago del precio. (...)
Llegados a este punto encontramos que la resolución contractual por incumplimiento que reclama Arcelor no resulta viable. El art. 62-1 L.C. que reconoce la facultad de resolución de los contratos tiene restringido su ámbito objetivo de aplicación a aquellos contratos contemplados, a su vez, en el apartado 2 del art. 61 L.C., esto es, a aquellos "contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte", siendo así que en el caso presente el contrato de compraventa que nos ocupa se encontraba pendiente de pago únicamente por la parte compradora que no había desembolsado el total del precio convenido. La conclusión por tanto no podrá ser otra que la de aplicar la regla prevista en el art. 61-1 L.C. y reconocer consecuentemente en el concurso a la parte vendedora un crédito ordinario por el importe impagado que asciende a 539.928,42 euros, cantidad que debe entenderse incluida dentro del crédito ordinario que ha sido reconocido a Arcelor por la Administración concursal por importe de 1.254.321,52 euros, dado que este montante se corresponde con la totalidad de las facturas pendientes de pago a Arcelor a la fecha de concurso.”: SAP Oviedo (Sección 1) 23.01.2013 (Sentencia 20/2013; Rollo 495/2012)

“SEGUNDO.-El planteamiento sostenido por los apelantes en su escrito de recurso no puede ser acogido por su manifiesta inconsistencia. Así primeramente no podemos pasar por alto el dato arriba expuesto -que sin embargo aparece interesadamente silenciado por la parte actora en su escrito rector- cual es que "Manuel Camino Díaz, S.L.U." procedió a comunicar en su día en el concurso un crédito por el importe del precio de la compraventa del local cifrado en 173.930,69 euros con la pretensión de su reconocimiento como crédito ordinario, pretensión ésta que fue aceptada por la Administración concursal al aparecer así recogido dicho crédito en la masa pasiva del concurso y que fue además consentido por aquel acreedor que tampoco atacó en tiempo y forma la lista de acreedores. Tal actuación supone un acto propio llevado a cabo por "Manuel Camino Díaz, S.L.U." para definir los términos bajo los que quedaba delimitada su concreta situación jurídica en el concurso, y que no pueden ser interpretados sino como los propios de un contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento únicamente por la parte concursada, tal y como establece el art. 61-1 L.C. al señalar que "En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso". Pero es que además aquella actuación resulta incompatible con la postura procesal que ahora adopta el acreedor al pretender en la demanda que aquí nos ocupa una modificación extemporánea de la lista de acreedores del concurso fuera de

los cauces previstos a tal fin en el art. 96 L.C. y en clara vulneración de los límites preclusivos establecidos en el art. 97 L.C.
En cualquiera de los casos la solución al fondo de la cuestión reclamada aparece perfectamente desarrollada por el Ilmo. Juez de lo Mercantil. Efectivamente, en el momento de la declaración de concurso la vendedora "Manuel Camino Díaz, S.L.U." había cumplido con la obligación que le incumbía de entregar la cosa vendida (art. 1461 C.Civil), estando pendiente de cumplimiento únicamente la prestación que asiste a la compradora "Gestión Complejos Hoteleros H 10, S.L." bajo los términos en que quedó definida en la estipulación primera del contrato de compraventa, hallándonos por tanto ante el supuesto previsto en el art. 61-1 L.C., tal y como arriba se ha señalado. Llegados a este punto encontramos que la resolución contractual por incumplimiento que reclama la apelante no resulta viable pues el art. 62-1 L.C. que reconoce la facultad de resolución por incumplimiento de los contratos tiene restringido su ámbito objetivo de aplicación a aquellos contratos contemplados, a su vez, en el apartado 2 del art. 61 L.C., esto es, a aquellos "contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte", siendo así que en el caso presente el contrato de compraventa que nos ocupa se encontraba pendiente de cumplimiento únicamente por la parte compradora.
No obstante y por agotar la respuesta, dada la insistencia del apelante al invocar que la facultad de resolución contractual sigue vigente al amparo del art. 1124 C.Civil aún con posterioridad a la declaración de concurso de la parte compradora, conviene realizar dos consideraciones. La primera, que dicha facultad resolutoria solo tiene operatividad en el seno del concurso, ante el incumplimiento de cualquiera de las partes, cuando nos hallemos ante el repetido supuesto exigido por la norma de tratarse de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de una y otra parte, habiendo señalado a este respecto la STS 11 octubre 2011 que "Responde esta exigencia a haber entendido el legislador que la impone el correcto funcionamiento de la reciprocidad -sinalagma funcional-, cuando existen obligaciones de aquel tipo que estén pendientes de cumplimiento por las dos partes contratantes". La segunda, que, como ha señalado reputada doctrina concursalista, tampoco tendría ninguna utilidad práctica permitir a la parte in bonis ejercitar la resolución contractual pues ello no le otorgaría una tutela superior a la que obtiene exigiendo el cumplimiento de la prestación a la que en su día obligó el deudor fallido.
TERCERO.-Finalmente habremos de descartar que esta solución pueda generar un enriquecimiento injusto en la sociedad concursada que conserva la propiedad del inmueble sin haber cumplido la obligación asumida, mientras que Don Luis Carlos sigue haciendo frente a las cargas hipotecarias que gravan la finca y en la que la compradora debería haberse subrogado, tal y como se sostiene por los apelantes en el planteamiento de su recurso. Cabe recordar que la subsidiariedad que es propia al enriquecimiento injusto excluye que podamos hablar de tal figura cuando el desplazamiento patrimonial de que se trate traiga causa en un acuerdo negocial voluntariamente asumido por todas las partes (en tal sentido SSTS 27 marzo 2003 y 23 julio 2010), a lo que se añade en el presente caso que tampoco concurre el requisito referido al necesario y correlativo empobrecimiento del demandante pues la prestación que incumbe a la compradora sigue vigente, si bien que como crédito de naturaleza concursal y por tanto sometida a la ley del dividendo. “:SAP Oviedo (Sección 1) 07.02.2013 (Sentencia 40/2013; Rollo 157/2012)

AP Pontevedra

“PRIMERO.-En virtud del precedente Recurso por la apelante Ingeteam Marine S.A. se pretende la revocación de la Sentencia dictada en los autos de Incidente Concursal nº 20-2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad que desestimó su pretensión de resolución de contrato de compraventa con la concursada al amparo del art. 61.2 y 62.1 de la LC. sosteniendo que se hallaba pendiente de cumplimiento y de ejecución de prestaciones recíprocas. Insiste en la resolución contractual y tacha de incongruencia omisiva a la sentencia de instancia porque no se alude en ningún momento a la prueba practicada de tal manera que las prestaciones principales o accesorias no pueden acreditarse a través de una norma jurídica.
En segundo lugar, aduce que se trataba de un contrato de compraventa el que le ligaba con la concursada de tracto sucesivo, es más aún siendo un contrato de tracto único pueden existir prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento o fraccionadas, además de que quedaban obligaciones pendientes de cumplimiento a instancia de ambas partes. (…)
TERCERO.-De la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.-Insiste la apelante en esta alzada en los dos argumentos que sostenían su demanda:
Después de la declaración del concurso existían obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en los términos del art. 61.2 LC
Que la concursada MCIES incumplió gravemente el contrato después de la declaración de concurso porque dejó de pagar el resto del precio que importaban 539.190,40 # y otros 334.346,80 #
Debe resolverse el contrato y recuperar 1.585.828 euros como crédito contra la masa.
Dispone al respecto la LC:
Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas.
En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.
La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
Artículo 62. Resolución por incumplimiento.

La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.
La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.
Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento.
En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda.
De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tractos sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al art.61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte.
La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso, como se desprende de la sistemática con el apartado primero del mismo precepto, dedicado a los contratos celebrados por el deudor que al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo. En ese caso la respuesta legal consiste en incluir el crédito o la deuda que corresponda al deudor, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso, sin posibilidad de instar resolución, no solo por interés del concurso sino tampoco por incumplimiento del concursado (Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 d Bilbao, de 1 de septiembre de 2005 y del J. M. Alicante15 de junio de 2009). Y se ha sostenido, asimismo, que ello no es óbice para que resulte admisible la posibilidad de resolver los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en el caso de incumplimiento anterior del concursado, cuando la otra parte está dispuesta a cumplir porque de otro modo se dejaría indefensa a la parte que estuvo dispuesta a cumplir, y con el pago de una señal mínima podría integrase en el concurso el bien adquirido mediante compraventa no obstante la falta de pago del resto del precio, dándose el supuesto de que en caso de insuficiencia de bienes, la parte vendedora perdiera no sólo el bien, sino que además no pudiera cobrar su crédito, ya que el precio de venta del bien pudiera ser destinado al pago de acreedores con un crédito preferente.
Obligaciones recíprocas o bilaterales o sinalagmáticas son aquellas en que también existe relación jurídica entre acreedor y deudor, pero cada parte acreedora o deudora de una obligación bilateral es, a la inversa, deudora o acreedora de otra obligación bilateral. Así, cada sujeto es a la vez acreedor de una prestación (de una obligación bilateral) y deudor (de la otra obligación bilateral) de otra prestación.
Por tanto, el acreedor, en la obligación bilateral, está a su vez obligado hacia su deudor, de forma que ambas obligaciones son la una contrapartida de la otra. Cada obligación bilateral sirve de causa a la otra
Lo que sostiene la parte apelante es que existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por parte de ambos lados de la relación jurídica posteriores al concurso:
a) Por parte de MCÍES no sólo la de pagar el precio, sino también debe realizar una serie de prestaciones para que la vendedora, es decir, la recurrente INGETEAM pueda cumplir con su obligación, y que son tan esenciales como el pago del precio: la realización de todos los trabajos como Astillero para que la vendedora pueda cumplir sus obligaciones tales como que coordine a todos los demás gremios para que se puedan realizar en los motores y equipos objeto del contrato los ajustes y trabajos necesarios para cumplir las especificaciones del contrato en concreto la cláusula I del mismo relativa a las especiales exigencias del ruido, también tiene que planificar las fechas de realización de estos últimos trabajos que requieren la presencia de expertos porque son los responsables de la prevención de riesgos laborales como manifestó el testigo Sr. Benigno.
b) Por parte de INGETEM con posterioridad a la declaración del concurso debía realizar la puesta en marcha de la maquinaria, las pruebas de mar y la emisión de certificado de clasificación Bueau Veritas, según la cláusula 2.4 del contrato. Tales prestaciones pendientes no pueden calificarse de accesorias según el informe pericial por ellos aportado una vez que el buque esté terminado de tal manera que sin la realización de tales prestaciones el suministro sería equivalente a la entrega de las piezas separadas a alguien que ha comprado un robot.
También la complejidad de la puesta en marcha es otro factor determinante de la esencialidad de esta prestación pendiente, que es la genuinamente contratada porque es en este momento cuando se puede cumplir por INGETEAM lo pactado en el pedido, especialmente comprobar que el motor vendido fuera silencioso porque el buque se construía para investigación pesquera y oceanográfica, cuyo trabajo debía realizarse muy cerca de bancos de pesca, por ello se pactó que "El equipo eléctrico de propulsión incluyendo convertidores, cumplirá con los criterios de ruido transmitido a la estructura que se anexan además deberán ser medidos en barco y a bordo para comprobar su cumplimiento. Ingelectric firmará además como parte de los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas el "Acuerdo de ruidos" que formará parte indivisible del presente contrato."
No compartimos esta tesis de que se tratase de prestaciones principales integrante del concepto de "obligaciones recíprocas" aludido, sino como se han calificado en la instancia de accesorias o complementarias. Lo principal, como declaró el perito Sr. D. Hugo era la entrega de un equipo de propulsión y del cuadro principal del buque que debían cumplir unos requisitos por contrato, eso es, que fuese silencioso,

pero una cosa es que ello deba ser así lo cual nos traslada el debate a la cuestión del "cumplimiento" o la ejecución exacta de la prestación debida y otra muy distinta la propuesta por el apelante en el sentido de que el examen del cumplimiento de ese requisito esencial convierta a su vez en esencial y no accesoria a esta prestación. Los deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrifico que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar; nexo que en puridad constituye el sinalagma, que actúa tanto en la génesis o causa como en el cumplimiento o función, de manera que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir al deudor su cumplimiento sin que, a su vez, él haya cumplido o, al menos, ofrecido cumplir.
Como decimos, discrepamos de los argumentos del recurso y entendemos que la actuación a prestar tanto por parte de la vendedora de entrega de los equipos que efectivamente tuvo lugar, como por parte de la compradora se ceñía al pago de los motores, por más que deviniese esencial o fundamental que tales motores fuesen silenciosos para el tipo de buque a que iban destinados. Se ha cumplido por lo que interesa al concepto de "obligación recíproca" porque lo que aquí por la recurrente se plantea no es sino la ejecución exacta de la prestación debida, esto es, corroboración de que ello fue así y en tal caso tal comprobación no es sino accesoria de aquélla principal de la venta desplazando, caso de que no se hubiera ejecutado conforme a lo pactado, el debate al terreno del in/cumplimiento contractual por parte de la vendedora. No cabe que se enmarque en la cuestión de "prestación recíproca pendiente de cumplimiento" como prestación autónoma y accesoria de otra principal. Una cosa es la prestación y otra distinta la "comprobación" de que se ha ejecutado la misma conforme a lo pactado, lo primero es principal, lo segundo complementario para lo cual resulta indiferente a los efectos del precepto que venimos examinando, art. 61.2 de la LC que el barco estuviese o no acabado, lo cual se sitúa extramuros de la naturaleza de la obligación asumida por la vendedora.
En suma, que las partes contractuales hayan contemplado que las características del motor a entregar eran esenciales al contrato de compraventa no convierte a la obligación de construcción de un motor silencioso ni la comprobación de la ejecución del mismo ni tampoco la puesta en marcha en "obligación recíproca pendiente de cumplimiento" a que alude el art. 61.2 de la Ley Concursal y por la misma razón resulta indiferente que el buque estuviera o no concluso.
Así las cosas, y considerando la inexistencia de obligación recíproca pendiente de cumplimiento a que se alude en el escrito de recurso, huelga el análisis de la concurrencia de la causa de resolución.": SAP Pontevedra (Sección 1) 13.09.2010 (Sentencia 430/2010; Rollo 541/2010)

"PRIMERO.-Fundamentalmente dos son las cuestiones sometidas a consideración en esta alzada. Una la calificación de parte del precio adeudado de una compraventa, que ya ha sido exigida en sede judicial en proceso de ejecución de título no judicial sustentado en una transacción sobre el cumplimiento de tal obligación, sosteniendo la parte apelante que se trata de un crédito contra la masa, y no de un crédito concursal, como ha calificado la administración concursal y confirma la resolución impugnada. (...)
SEGUNDO.-A pesar de las alegaciones de la parte apelante sobre la naturaleza jurídica del contrato de compraventa, la ulterior transacción y sus efectos y la teoría del título y el modo en orden al sistema de adquisición del derecho de propiedad en nuestro derecho, ninguna de las conclusiones que pretende la parte apelante se pueden acoger cuando se alteran los términos jurídicos del debate con la única intención de calificar su crédito de la forma más provechosa intentando la ficción de que, a pesar de las concretas circunstancias del caso, se trata de un contrato en vigor con prestaciones pendientes de cumplir por ambas partes.
Lo cierto es que la parte apelante cumplió sobradamente sus obligaciones de vendedor pues su obligación de entrega debe estimarse perfectamente cumplida con la puesta a disposición del comprador de las mercaderías, tal y como se deriva del art. 339 CCo., no implicando su mero depósito o detentación una retención del derecho de propiedad (art. 340 CCo.), lo que se ha evidenciado, frente a lo que se pretende acreditar por escritos entre las partes anteriores a la transacción y su ejecución forzosa en sede judicial, pues, como bien se ha señalado, es contrario a los actos de la propia apelante haber embargado en dicha ejecución las mercaderías para hacerse pago de su crédito, lo que lleva a reconocer no tanto la propiedad de la parte deudora, que también, sino, y es lo que aquí interesa, el cumplimiento por su parte de las obligaciones que le venían impuestas por el contrato, no pudiendo sostener que estamos ante un supuesto del art. 61.2 LC y no del art. 61.1 LC.
En realidad no tiene relevancia si se ha transmitido o no la propiedad sino si alguna de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones. Y este es el caso de la apelante, ya que su obligación de puesta a disposición de las mercancías para su entrega ha sido cumplida, y nada más se le puede exigir en orden al cumplimiento de sus obligaciones ante el impago, siquiera parcial, de la contraparte. Es precisamente por este motivo por el que la parte que ha cumplido puede ejercitar las acciones que derivan del art. 1124 CC, de cumplimiento o de resolución, pues sólo pueden ser ejercitadas por quien ha cumplido su recíproca obligación. Así, en el supuesto enjuiciado, se realizó una transacción para clarificar las obligaciones de las partes y los efectos de su incumplimiento. Ante el incumplimiento de la concursada, y cumplimiento de la apelante, ésta pudo ejercitar la acción de ejecución forzosa fundada en la transacción realizada en escritura pública como título de ejecución no judicial.
La conclusión no puede ser otra que clasificar el crédito como ordinario por aplicación del art. 61.1 LC": SAP Pontevedra (Sección 1) 18.07.2013 (Sentencia 313/2013; Rollo 336/2013)

"CUARTO.-En el recurso de apelación se entremezclan alegaciones de variada índole que no guardan relación entre sí. En cualquier caso, se intentará dar contestación a las mismas procurando seguir el orden más adecuado.

Así, conviene comenzar diciendo que el contrato de litis cuya resolución se pretende es un contrato de compraventa, por consiguiente con obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes, vendedor y comprador.
Siendo el elemento real característico del referido contrato de compraventa, desde la perspectiva obligacional del comprador, el pago del precio por la cosa que adquiere al vendedor (art. 1445 CC), la particularidad del caso examinado es que se trata de una venta de fincas con fines industriales, en la que al pago de una suma dineraria por la entidad compradora (posteriormente declarada en situación de concurso de acreedores) se añade una obligación de dedicación o destino de las parcelas a fines industriales, a modo de contraprestación complementaria a cargo del comprador, y de carácter principal, en atención a la finalidad económica del contrato expresamente puesta de relieve, y como lo demuestra también la específica consignación en la escritura de compraventa del destino que ha de darse a las parcelas ("El adjudicatario se compromete a instalar en la parcela objeto de la enajenación una industria, con seis puestos de trabajo, como mínimo, industria que deberá mantener en funcionamiento durante un periodo no inferior a treinta años") con indicación de las graves consecuencias que atrae el incumplimiento de tal obligación por la entidad compradora ("ya que, caso contrario, la parcela e instalaciones que sobre ella se construyan revertirá al Patrimonio Municipal, sin que el Ayuntamiento tenga que indemnizar al adjudicatario por ello").
Tal estipulación acerca del destino de las parcelas vendidas es susceptible de configurarse, por lo tanto, como una obligación esencial del contrato de compraventa a cargo de la parte adquirente de las fincas con asimismo previsión de las consecuencias para el caso de incumplimiento, y en último término sometida al régimen de la normativa reguladora de los incumplimientos contractuales. No alcanzado a constituir una singular condición resolutoria del contrato, que supone un suceso o acontecimiento del que se hace depender la extinción de una obligación preexistente. Por cuanto, en definitiva, no se condiciona la pervivencia de las obligaciones de la parte compradora de las fincas y, por ende, la eficacia del contrato de compraventa en sí, sino que meramente se establecen las consecuencias para el caso de incumplimiento por parte de la entidad compradora, y durante el periodo de tiempo comprometido, de la obligación de destinar de modo efectivo las parcelas adquiridas a fines industriales.
En consecuencia, cabe concluir que nos encontramos ante un supuesto contemplado en el apartado 1 del art. 61 de la LC, que impone el mantenimiento de aquellos contratos con obligaciones recíprocas en los que una de las partes (en este caso, el Ayuntamiento vendedor) hubiese cumplido íntegramente sus obligaciones, y la otra (en este caso, la entidad mercantil compradora, a la postre declarada en concurso) tuviese pendiente el cumplimiento total y parcial de las recíprocas a su cargo, con, en su caso, aquí posible inclusión de la deuda correspondiente al deudor en la masa pasiva del concurso. En tal sentido, el art. 88 de la LC viene a disponer que a los solos efectos de la cuantificación del pasivo todos los créditos se computarán en dinero (apartado 1 del precepto) y que los créditos que tuvieran por objeto prestaciones no dinerarias se computarán por el valor de las prestaciones en la fecha de la declaración del concurso (apartado 3 del precepto).
Estando así impedido el Ayuntamiento vendedor que ha cumplido íntegramente sus obligaciones para poder instar la resolución del contrato de compraventa.": SAP Pontevedra (Sección 1) 23.12.2013 (Sentencia 480/2013; Rollo 383/2013)

AP Vizcaya

"QUINTO.- DE LA CALIFICACION DEL CRÉDITO DE SEPI COMO CONCURSAL: A).- Planteamiento: La sentencia de instancia rechaza la consideración de crédito contra la masa (art. 84 de la LC) a las cantidades satisfechas por la SEPI, en virtud de los Acuerdos de 17 de julio de 2.008, por los que la concursada BPE se obliga a reintegrar al SEPI los importes abonados a consecuencia de los Acuerdos suscritos el 22 de febrero de 2001 entre el SEPI y las Federaciones Sindicales de UGT- y CCOO, -del que BPE no fue parte, teniendo en consideración que se constituyó el 3 de octubre de 2001 con la denominación de BBE-, con objeto de garantizar unas concretas indemnizaciones para los trabajadores en caso de extinción de sus contratos de trabajo, en virtud de los razonamientos contenidos en se Fundamento de Derecho Octavo. El crédito del SEPI es calificado de concursal (y contingente al amparo del art. 87.3 de la LC, y como ya hemos examinado subordinado por mor del art. 92.5 en relación con el art. 92.2.2 de la LC), porque se parte de una relación contractual del año 2.001, en la que no es parte la concursada, siendo en el marco de los acuerdos de 17 de julio de 2008 cuando la concursada se obliga a asumir los importes satisfechos por la activación de dichas garantías. No tiene encaje en el art. 84.2.6 LC por no haber prestaciones recíprocas entre el SEPI y la concursada BPE, y porque la obligación nace de una relación contractual en la que la concursada BPE no es parte (año 2001) y es anterior a la declaración concursal, como también lo es su aceptación al reintegro de lo satisfecho al SEPI antes del concurso (2008).
La parte recurrente defiende que es un crédito contra la masa por resultar de aplicación lo dispuesto en los arts. 61.2 y 84.2.6 de la LC, en base a que los acuerdos suscritos entre BPE y SEPI de 17 de julio de
2.08 establecen obligaciones de tracto sucesivo, teniendo ambas recíprocamente obligaciones pendientes de cumplimiento, siendo que el nacimiento del crédito a favor de SEPI es posterior a la declaración del concurso del 20 de diciembre de 2010, y al haber acontecido la extinción de las relaciones laborales antes del 31 de mayo de 2011.
B). Doctrina Jurisprudencial: La STS de 11 de julio de 2013 dice que "Para que el crédito contractual contra el concursado pueda ser calificado como crédito contra la masa es necesario, conforme al artículo 61.2 de la Ley Concursal, que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso (art. 84.2.6). La reciprocidad del vínculo contractual y la pendencia de cumplimiento de obligaciones por ambas partes constituyen los criterios determinantes de la calificación de los créditos contractuales contra el concursado, conforme a dichos preceptos legales.

La Ley Concursal no define qué debe entenderse por obligaciones recíprocas. Tampoco lo hace el Código Civil. Este se limita a regular el régimen de la constitución en mora en las obligaciones recíprocas en el último inciso del art. 1100, prever que «la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados» a la hora de establecer los efectos de la obligación condicional de dar en el art. 1120, establecer que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe» en el art. 1124 y que «si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses» al regular la interpretación de los contratos, en el art. 1289.
Con base en esta regulación, esta Sala ha declarado que la reciprocidad de obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra. La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria
o secundaria.
La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocia. Pero, a los efectos del artículo 61 de la Ley Concursal, la reciprocidad debe existir en la fase funcional del vínculo y después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas...".
C) Resolución del supuesto examinado: Denegamos este motivo de impugnación. El reintegro de las indemnizaciones laborales a cargo de la concursada BPE y a favor del SEPI fue incluido en los acuerdos complementarios al plan de inversión de 17 de julio de 2008, pero deriva de la obligación contractual únicamente asumida por el SEPI con los Sindicatos de Trabajadores de BWE/BPE, en virtud de los acuerdos socio laborales de 22 de febrero de 2001, muy anterior a la declaración del concurso (20 de diciembre de 2010), en fecha en la que no existía BPE y que fueron suscritos por SEPI (Titular del 100% de BWE) y por las Federaciones Sindicales.
Si examinamos los acuerdos pactados no eiste reciprocidad alguna después de declarado el concurso de BPE (20 de diciembre de 2010), puesto que la misma, si la hubo, se ha perdido al haber cumplido el SEPI su aportación antes de la declaración del concurso, según la Estipulación Séptima que regula como única obligación del SEPI/BWE la aportación para la cobertura de inversiones y el plan laboral de la cantidad máxima de 27.440.000 euros.
La parte apelante ni siquiera precisa qué obligaciones pendientes de cumplimiento tiene el SEPI con la concursada BPE después del concurso de acreedores, por lo que confirmamos la calificación de este crédito como concursal atendiendo a lo dispuesto en el art. 61.1 de la Ley Concursal, sin que por tanto se incardine en el art. 84.2.6 de la Ley Concursal.": SAP Vizcaya (Sección 4) 17.09.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 828/2012)

JM-1 Bilbao

"las partes que intervinieron en el contrato y la administración concursal han admitido la existencia de un contrato de compraventa que tenía por objeto unas mil reses, que fueron efectivamente entregadas a Energía Viva, SA, y cuyo precio se abonaría mediante pagarés que luego no fueron satisfechos, dando lugar a varios procedimientos cambiarios en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Cistierna (León), antes de la declaración de concurso.
Ese contrato obligaba a Ganados Monfer, SL a entregar a la entidad hoy en concurso las cabezas de ganado y en su caso la obligación contractual fue satisfecha plenamente, sin queja o reserva alguna de Energía Viva, SA, lo que la constituye en contratante in bonis, y por lo tanto, en parte acreedora de la entidad concursada por haber cumplido íntegramente sus obligaciones convencionales.
SEGUNDO Sobre la eventual resolución de los contratos suscritos con quien se encuentra en situación de concurso.
El demandante mantiene que los arts. 61.2 y 62.1 de la LC le autorizan a resolver el contrato que había suscrito con Energía Viva, SA, porque ha cumplido por su parte con lo que le incumbe, y no ha hecho otro tanto la concursada, considerando entonces aplicable el art. 1124 del Código Civil (CC), lo que a su juicio justifica que hayan de reintegrarse el objeto del contrato suscrito.
Sin embargo la Ley Concursal ha establecido un régimen específico, que es además sustento del propio proceso concursal, que no autoriza a una pretensión semejante. El art. 61 al disciplinar la «vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», establece en su apartado primero que en los casos en que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviera pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso.
Esto sucede precisamente en este supuesto, en el que Ganados Monfer, SL ha satisfecho en su totalidad la prestación, y ante el incumplimiento de la concursada, intentó antes de la declaración del concurso hacer efectivo el precio, que era la contraprestación, acudiendo al Juzgado de 1ª Instancia de Cistierna a tratar de hacer eficaz los títulos cambiarios que se le habían entregado para pago.
Al aplicar esta regla el efecto que se produce es que Ganados Monfer, SL se convierte en un acreedor más de los que integran la masa pasiva del concurso, y tendrá el mismo trato que los demás sin perjuicio de la calificación concursal de su crédito.

El promotor del incidente pretende no obstante la resolución en base a lo disciplinado en el art. 61.2, que expresamente declara que «la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte». Su pretensión choca, sin embargo, con el relato que hace en la demanda, porque no hay obligaciones recíprocas pendientes a cargo tanto del concursado como por su parte. En este caso sólo hay prestaciones pendientes de cumplimiento por la concursada, que ha de abonar el precio.
El sistema que dispone el art. 61.2, disciplina la situación en la que se sitúan los contratos que, en el momento de la declaración de concurso, están pendiente de cumplimiento por ambas partes. En el número primero se recoge una situación usual, que es la de aquéllos contratos en que el contratante ha satisfecho íntegramente su obligación y está pendiente el cumplimiento por la otra. En el número segundo, la situación también habitual de que al declararse el concurso no hay un contratante in bonis, porque hay prestaciones pendientes de ambas partes, razón por la que el precepto dice «tanto a cargo del concursado como de la otra parte».
Ganados Monfer, SL ha satisfecho completamente su obligación, que era la de entregar casi mil cabezas de ganado, antes de declararse el concurso. Energía Viva, SA en liquidación tiene pendiente satisfacer el precio, porque las cambiales entregadas no fueron hechas efectivas y ello determinó el inicio de un procedimiento judicial luego detenido como consecuencia de la situación de concurso. No es de aplicación, por lo tanto, el art. 61.2 de la LC.
Y tampoco puede serlo la previsión del art. 62.1, cuando regula la «resolución por incumplimiento», porque se basa en el presupuesto fáctico que describe el art. 62.1, es decir, contrato de obligaciones recíprocas que están pendientes por ambas partes, al declararse el concurso. En ese caso el incumplimiento ulterior a la declaración se autoriza, porque si el concursado no cumple con cargo a la masa, como ordena el 61.2 primer párrafo in fine de la LC, el acreedor está autorizado a solicitar la resolución del contrato, ya que ante la situación concursal, que le aboca a convertirse en un integrante más de la masa activa, no tiene que verse convencionalmente compelido a cumplir por su parte lo que le incumbe.
La posibilidad del art. 62.1 es perfectamente razonable y trata de evitar que el crédito del acreedor siga incrementándose como consecuencia de la situación de concurso, cuando por su parte está obligado a terminar de cumplir su obligación contractual o continuar verificándolo, pese a que la concursada, que debe por su parte atender las suyas con cargo a la masa, no lo está haciendo.
Esgrime el promotor una cita de «Comentarios a la Ley Concursal» (Tecnos, Madrid 2004, pg. 689) del profesor D. Jesús Manuel, sobre la interpretación del art. 61 de esa norma, que sostiene apoya su tesis de que puede instar la resolución incluso quien ha cumplido íntegramente sus obligaciones en el momento de declararse la situación concursal. Frente a ella puede oponerse que sostiene lo contrario la mayoría de la doctrina (Inmaculada Herbosa, «Los efectos del concurso en la Ley Concursal», La Ley 7 de abril 2004; Pablo Vila Florensa en «Nueva Ley Concursal», Edit. Bosch, pág 327; José Ramón Salelles Climent en «Comentarios a la Ley Concursal» Edit. Bosch. Pág. 651).
Además la propia Ley Concursal ha querido optar por un sistema como el descrito, como revela la Exposición de Motivos (III, párrafo 15), cuando señala que «no se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso, pero sí la aplicación de normas legales que dispongan la extinción o expresamente faculten a las partes para pactarla o para denunciar el contrato», y al disponer en el art. 61.3 que se tienen por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad e resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso.
En definitiva, lo que Ganados Monfer, SL pretende es incompatible con la declaración de concurso y con la expresión literal de los arts. 61 y 62 de la Ley Concursal. Lógicamente todos los acreedores tienen un contrato u obligación de otro origen pendiente de cumplimiento por el concursado. Si ante el impago de su crédito todos pudieran resolver los respectivos contratos, obligándose al concursado a reponer las cosas al estado inmediatamente anterior a la firma del contrato, se acabaría con el trato igual de los acreedores de la misma clase, el principio de universalidad (art. 76 LC) y con el principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa.
El sistema establecido por la LC es mucho más sencillo y consiste en que si una de las partes ha cumplido íntegramente su obligación, podrá incorporar su crédito a la masa pasiva, de ser acreedor, o a la activa, si es el concursado, para someterse en el primer caso al régimen general de pago a los mismos regulado en la LC o en el segundo para reclamar el cumplimiento voluntario o en su caso, la tutela judicial que garantice la incorporación de ese elemento patrimonial a la masa con la que se satisfará a los acreedores.”: Auto JM-1 Bilbao 1.09.2005 (AC 2005/1563)

JM-1 Murcia

“PRIMERO.- En la presente litis se ejercita la acción resolutoria del art. 62 de la Ley Concursal respecto de un contrato suscrito entre la entidad actora y la concursada el día 10 de febrero de 2005 y por el la concursada ARMECON ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.L. en su calidad de contratista de unas obras, subcontrato los servicios de la actora para la ejecución de las tareas de carpintería; acción que, afirma, se justifica en el incumplimiento por parte de la concursada de su obligación de pago de los servicios prestados derivada de aquel contrato, concretamente de su cláusula sexta.
Alega la actora como hechos en que fundamenta su pretensión básicamente que en ejecución del contrato anteriormente referido comenzó a prestar sus servicios y de acuerdo a lo estipulado comenzó a librar facturas con la retención pactada (del 5%).
Que ARMECON le abono las tres primeras facturas y para abonar el importe de las tres siguientes le emitió un pagaré con fecha 2 de marzo de 2006 que fue impagado así como el resto de los pagares librados posteriormente en pago de otros servicios no contratados inicialmente.

Incumplimiento que, según la actora, justifica la resolución del contrato que solicita, pretendiendo ser indemnizada además en los daños y perjuicios causados por el referido incumplimiento en concepto de hecho cesante o beneficio industrial conforme a lo dispuesto en la cláusula decimoquinta del contrato equivalente al 5% del importe pendiente de ejecutar a la fecha de la resolución del contrato y que fija en 41.360,97 E.
Cantidad que sumado al importe de las obligaciones incumplidas contabilizan un total de 258.197,58 (incluido I.V.A), crédito que interesa sea satisfecho con cargo a la masa por aplicación de lo dispuesto en el art. 62 de la ley concursal.
SEGUNDO.-Frente a dicha pretensión se opusieron la administración concursal y la concursada.
La concursada si bien se allanó a la pretensión de resolución del contrato, difiere de la actora en el fundamento de la resolución que afirma no es de incumplimiento de las obligaciones contractuales por su parte, sino de la causa prevista en la cláusula decimoquinta, letra G del contrato que liga a las partes, a saber, la terminación anticipada del contrato celebrado entre ARMECON y la promotora de la obra (PROFUSA) donde la mercantil actora, CARPINTERIA POLISAL S.L.V. habia contratado con la concursada la realización de las tareas de carpintería de madera.
Niega que la cantidad debida por dicha ejecutada sea la reclamada, eso es 211.492,95 E, sino que lo adeudado en tal concepto es 164.470,24 E en los que están incluidas las retenciones.
También niega la procedencia de la pretendida indemnización de daños y perjuicios por cuanto que en el contrato se estipuló que en caso de resolución del contrato por terminación anticipada del suscrito entre Armecon y Profusa, la actora incidental renunciaba a los daños y perjuicios y, en cualquier caso, si la resolución contractual tuviese su fundamento en el incumplimiento por su parte, de las obligaciones de pago, los daños y perjuicios causados deberían ser probados, pues la cláusula decimoquinta del contrato no es imperativa.
Por su parte, la Administración concursal manifiesta que el incumplimiento de la obligación de pago anterior a la declaración del concurso no puede ser motivo para resolver el contrato, sino que es consecuencia precisamente de aquella declaración.
Que fue la actora la que abandono la obra de la que trae causa el contrato que la liga con la concursada.
Que al no poderse resolver el contrato por incumplimiento anteriores a la declaración del concurso no es procedente la indemnización pretendida y que de haberse alegado como causa de resolución contractual la “terminación anticipada” tampoco sería procedente la indemnización al haber renunciado expresamente a ello en el contrato la actora.
TERCERO.- Centrados en los anteriores términos la cuestión suscitada y para su resolución ha de partirse de que el art. 61.2, de la L.C. establece que “ la declaración de concurso, por si sola, no afectará a la vigencia de los contratos las obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte”, lo que equivale al mantenimiento automático de los contratos, si bien su resolución podrá solicitarse en interés del concurso al Juez por la administración concursal o, en su caso por el concursado (art. 61.2.2) o por incumplimiento (art. 62).
Es decir, que si bien el auto de declaración de concurso no afecta en principio a la vigencia de los contratos (art.61.2) si existiera un incumplimiento posterior de cualquiera de los contratantes si que pueden solicitar la resolución a tenor de lo prevenido en el art. 62, de la Ley.
En el caso de autos la relación que liga a las partes litigantes es una relación arrendaticia de obra o empresa, contemplada en el art. 1544 del Código Civil en virtud de la cual un profesional, en este caso la actora, dedicada a la actividad de carpintería (contratista) se obliga a prestar al comitente, contratado en la entidad ahora declarada en concurso, ARMECON, no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por dicha actuación mediante previo cierto que debe ser abonado por la otra parte (comitente).
En el caso las condiciones de abono del precio por parte de la concursada se recogen en la estipulación sexta del contrato de la que se infiere que el cumplimiento por parte de ARMECON de aquella obligación de pago nace no al vencimiento de los pagares emitidos al efecto, sino de la ejecución de la obra de pago mensual.
En consecuencia, ha de concluirse con la administración concursal que no nos encontramos ante incumplimientos posteriores a la declaración de concurso, sino ante incumplimientos anteriores a los que no son de aplicación lo dispuesto en el art. 62 de la ley 22/2003, de 9 de julio, sino el articulo 61 de la misma, en cuyo primer apartado se contempla la hipótesis que se plantea, que la parte in bonis haya cumplido íntegramente sus obligaciones y el concursado tuviera pendiente el cumplimiento total o parcial de las reciprocas a su cargo, en cuyo caso la deuda que corresponde al concursado se incluirá en la masa pasiva.
Cabria añadir además que no cualquier incumplimiento posterior a la declaración del concurso haría prosperar la acción resolutoria, sino que seria preciso que ese incumplimiento sea grave, entendiéndose que el incumplimiento es grave cuando se ha frustrado el fin del negocio, eliminando las legitimas expectativas de la parte perjudicada.
En definitiva, no concurriendo la causa de resolución invocada (incumplimiento posterior) es por lo que procede la integra desestimación de la demanda, ratificando el importe y la calificación que del crédito ostentado por la actora frente a la concursada hace la administración concursal en la lista de acreedores provisional, sin entrar a analizar la causa de resolución invocada por la concursada al no haberse formulado por su parte reconvención.”: Sentencia JM-1 Murcia 11.01.2007 (Incidente Concursal 166/2006)

JM-7 Madrid

“QUINTO.- La siguiente cuestión a dilucidar se refiere a la posibilidad de resolver estos contratos por incumplimiento de la concursada. La resolución de los contratos por incumplimiento se regula en elartículo 62 de la Ley concursal. Según el apartado primerode dicho precepto la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado segundo del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad

de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. Según dispone el apartado cuarto de dicho precepto acordada la resolución, si el incumplimiento fuera posterior a la declaración de concurso el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. Como se ha indicado en el fundamento jurídico precedente, en el presente caso no nos encontramos con contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimento por ambas partes, sino sólo por una de ellas, por lo que a la resolución por incumplimiento de dichos contratos no les es de aplicación lo dispuesto en elartículo 62.
Queda por determinar si los contratos cumplidos por una parte y pendientes de cumplimiento por otra, son susceptibles de resolución por incumplimiento posterior a la declaración de concurso. La respuesta debe ser negativa por cuanto permitiría al acreedor satisfacer su crédito fuera de la masa del concurso y escapar así a sus consecuencias. Tal resultado es incompatible con el concurso que se dirige precisamente a la satisfacción de todos los acreedores conforme al orden establecido legalmente. Así lo entiende A. Martínez Florez, en "Comentario de laLey Concursal", coord. por Rojo, A. y Beltrán, E. ed. Civitas, 2004, pág.1140y ss. que destaca el contrasentido de que dicho contratante no concursado no puede iniciar acciones ejecutivas contra el patrimonio del deudor para satisfacer su derecho de crédito al margen del concurso, por aplicación delartículo 55, y que, en cambio, pudiera obtener la resolución precisamente para extraer el bien del patrimonio de concursado y escapar así a las consecuencias de concurso. En definitiva, como la resolución es un medio de tutela y defensa del contratante particular que sufre la inejecución del programa de prestación por parte de sus deudor, cuando su ejecución afecta a todos o a la mayor parte de los acreedores, la tutela individual se sustituye por la tutela colectiva que constituye concurso. (En el mismo sentido se pronuncian Bonardell Lenzano, R. en "Régimen de los contratos Sinalagmáticos en el concurso", ed. Tirant Lo Blanc, 2006, pág. 56, Vila Florensa, P. en "Nueva Ley Concursal", coord. porSala, A., Mercadal, F. y Alonso-Cuevillas, J. Ed. Bosch, 2.004, pág. 327, o Gómez Mendoza, M. en "Comentarios a laLey concursal", coord. por Pulgar Ezquerra, J., Alonso Ureba, A., Alonso Ledesma, C. y Alcocer Garau, G., Ed. por Dykinson 2004, pág.721.)
Como indica lasentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de fecha 1 de septiembrede 2.005: "Lógicamente todos los acreedores tienen un contrato u obligación de otro origen pendiente de cumplimiento por el concursado. Si ante el impago de su crédito todos pudieran resolver los respectivos contratos, obligándose al concursado a reponer las cosas al estado inmediatamente anterior a la firma del contrato, se acabaría con el trato igual de los acreedores de la misma clase, el principio de universalidad (art. 76 LC) y con el principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa. El sistema establecido por la LC es mucho más sencillo y consiste en que si una de las partes ha cumplido íntegramente su obligación, podrá incorporar su crédito a la masa pasiva, de ser acreedor, o a la activa, si es el concursado, para someterse en el primer caso al régimen general de pago a los mismos regulado en la LC o en el segundo para reclamar el cumplimiento voluntario o en su caso, la tutela judicial que garantice la incorporación de ese elemento patrimonial a la masa con la que se satisfará a los acreedores". Por consiguiente, no cabe la resolución del contrato que liga a las partes por incumplimiento y considerando el mismo válido y vigente deberá dársele el tratamiento concursal que corresponda a los créditos dimanantes del mismo, lo que implica el mantenimiento de la calificación otorgada por la administración concursal en su informe, desestimando así la demanda que ha dado origen al presente incidente concursal.": SJM-7 Madrid 26.10.2007 (JUR 2008/32641) (Incidente Concursal 159/2007)

1.0 Compraventa

Para el caso de hallarse las obligaciones a cargo del acreedor cumplidas antes de la declaraciòn de concurso, véase la jurisprudencia incluida en el apartado 1 del art 61.1

Para el caso de no hallarse las obligaciones a cargo del acreedor cumplidas antes de la declaración de concurso, véanse:

> *- El art 61.2.I, si el contrato no se ha resuelto, y, en cuanto a la resolución, la jurisprudencia incluida en el art 62.1, con distinción según si el incumplimiento del concursado es anterior o posterior a la declaración de concurso,*
>
> *- En cuanto a los efectos de la resoluciòn véase la jurisprudencia incluida en el art 62.4*

1.1 Compraventa de bienes muebles con reserva de dominio, entregados los bienes

AP Palencia

PRIMERO.- Por la parte promotora del presente incidente concursal se recurre la sentencia de fecha 30 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Palencia en el presente procedimiento. Dicha entidad promotora interesó en el escrito rector del incidente la resolución del contrato de crédito que la ligaba a la entidad concursada (art. 62.1 LC) así como la restitución de un total de veintiún vehículos que estima de su propiedad (art. 80 LC). Por su parte la sentencia dictada por el Juzgado de instancia desestimó tales pretensiones. La primera, por entender que, respecto de la resolución, nos encontramos ante el supuesto contemplado en el art. 61.1 LC pues al tiempo de la declaración del concurso se había producido el cumplimiento íntegro por parte de la parte promovente del incidente y ya se había producido el incumplimiento por impago de las cantidad adeudadas por parte de la concursada, lo que determina la inclusión de la deuda en la masa pasiva del concurso y la improcedencia de la resolución solicitada al no cumplirse los parámetros del

art. 62.1 LC. La segunda, porque entiende la Juez de instancia que la reserva de dominio sobre los vehículos financiados establecida en el contrato de crédito que ligaba a las partes solo supone un derecho de garantía que no otorga la propiedad sobre el vehículo, haciendo imposible la aplicación de la posibilidad de separación que contempla el art. 80 LC para los bienes de propiedad ajena. Frente a tal pronunciamiento se alza el apelante por entender que en la sentencia se incurre en una errónea interpretación de las normas concursales pues entiende que procede la resolución contractual por considera que no estamos ante el supuesto del art. 61.2 LC sino ante el contemplado en el art. 62.1 LC dado que la apelante no ha cumplido plenamente su prestación al no haber transferido el dominio. Igualmente, entiende que procede la reivindicación de los vehículos pues considera que la reserva de dominio le atribuye la propiedad sobre los mismos hasta en tanto no sea abonado el precio pendiente.

SEGUNDO.- Comenzando por el primer motivo de recurso, la resolución contractual, la normativa concursal establece que si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC), mientras que si en dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente el contrato y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2-párrafo 1º). Ahora bien, en este caso en que existen prestaciones pendientes por ambas partes se admite la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan, pero siempre que se produzca el incumplimiento posterior de una de ellas cuando el contrato no sea de tracto sucesivo (art. 62.1 en relación con el art. 61.2 LC). Tal precisión es coherente con la norma general del art. 61.2 LC, según la cual la declaración de concurso no afecta a la vigencia de esta clase de contratos en los que las prestaciones a que esté obligado el concursado se han de realizar con cargo a la masa. También lo es también con el principio general de integración en la masa pasiva, como efecto de la declaración, de todos los acreedores del deudor, ordinarios o no (art. 49 LC). Por tanto, conforme al sentido literal de las normas citadas, esta Sala, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, entiende que la facultad de resolver los contratos recíprocos que no sean de tracto sucesivo solo es posible cuando al tiempo de la declaración de concurso existan prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes y, además, sea posterior a tal declaración el incumplimiento de una de ellas. En el resto de supuestos, especialmente en el caso de cumplimiento íntegro de una de las partes al tiempo de la declaración concursal pero también en el caso de incumplimiento anterior a éste momento, deberá estarse a lo dispuesto en el art. 61.2 LC, es decir, "el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso".

Es cierto que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existen posiciones favorables a entender que es legalmente posible la resolución contractual instada después por incumplimiento anterior a la declaración del concurso. Así se ha mantenido que "no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones: 1.- la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC; 2.- no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible su falta de terminación de la obra; 3.- tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual", (SS. AP. Alicante 9 de septiembre y 11 de octubre de 2010, Valencia 21 de febrero de 2011).

Sin embargo, la doctrina mayoritaria es contraria a la tesis de la resolución por incumplimientos anteriores (entre otros, Valpuesta Gastaminza en Comentarios, Aranzadi, Fínez Ratón en Tratado Práctico Concursal -II- Aranzadi, o Piñel López en Estudios de Derecho Judicial/2004). En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia mayoritaria (SS. AP La Coruña, 28 de julio, 7 y 16 de septiembre de 2011, AP Cuenca 1 de mayo de 2011, SS Juzgados Mercantiles de Madrid 15 de abril de 2005, Mallorca 16 de junio de 2009, Bilbao 21 de septiembre de 2009, Madrid 19 de abril de 2010). En este sentido, se ha declarado que "dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 LC cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal", (SS. AP. Murcia 3 y 10 de marzo de 2006) Con igual parecer las sentencias de la AP de Pontevedra de 13 de septiembre y 29 de noviembre de 2010 cuando, tras referirse a los artículos 61 y 62 LC, afirman que "de este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de c cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto

a cargo del concursado como de la contraparte. La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso".
Por último, se considera que esta tesis mayoritaria es la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, "cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, ya dijimos que no lo es, sino de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. Si la solución de la Ley es insatisfactoria o ilógica, depende del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso", (S. AP. La Coruña 16 de septiembre de 2011). En definitiva, la facultad resolutoria que contempla el art. 62.1 LC solo es admisible cuando tratándose de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, el incumplimiento que determina la resolución haya sido posterior a la declaración de concurso, vedándose los supuestos de incumplimiento anterior salvo en el supuesto de contratos de tracto sucesivo.
Pues bien, en el presente caso, no puede afirmarse, como pretende el recurrente, la existencia de la facultad de resolver el contrato de crédito que ligaba a las partes pues el incumplimiento que se atribuye a la concursada como presupuesto de tal facultad resolutoria habría sido, en cualquier caso, anterior a la declaración de concurso, siendo buena prueba de ello el hecho de que la propia entidad recurrente, en fecha 24 de septiembre de 2008, anticipó el vencimiento de los contratos suscritos, dando por extinguidos los mismos por falta de pago de las cantidades adeudadas en los plazos convenidos, por tanto, el incumplimiento en que se basa la pretensión actual de resolución se produjo con anterioridad a la declaración de concurso de la recurrida, declaración que se efectuó el 17 de octubre de 2008. La consecuencia ante tal situación es que el régimen aplicable ha de ser necesariamente el del art. 61.1 LC, es decir, la inclusión de la deuda en masa pasiva del concurso, tal y como se ha acordado en la sentencia de instancia. La parte recurrente trata de poner el acento de su recurso en la idea de que tampoco ella había cumplido plenamente su obligación contractual pues no había traspasado la propiedad sobre los vehículos dada la existencia de una reserva de dominio sobre ellos, con lo cual entiende que estaríamos ante el supuesto del art. 61.2 LC y, con ello, ante la posibilidad de resolución contractual del art. 62.1 LC. Con independencia de que esta Sala no comparte el presupuesto del que parte el argumento de la recurrente, lo cierto es que el mismo es intrascendente a los efectos que nos ocupan pues no basta con que estemos ante un contrato con obligaciones recíprocas pendientes por ambas partes sino que, además y como se acaba de exponer, es necesario que el incumplimiento que determina la resolución haya sido posterior a la declaración de concurso, lo que, obviamente, no es el caso, con lo que el argumento carece de efectividad para justificar la pretensión resolutoria. A mayor abundamiento, como se ha apuntado, esta Sala considera que estamos ante una situación de cumplimiento íntegro de su prestación por parte de la entidad recurrente, lo que excluiría de plano la aplicación del art. 62.1 LC, pues no puede afirmarse que su prestación esté pendiente por el mero hecho de que ostente un derecho de reserva de dominio sobre los vehículos que constituyeron el objeto de financiación contractual pues tal derecho no es más que una garantía que le permite realizar su crédito sobre los vehículos en caso de impago pero no le atribuye la propiedad sobre aquéllos como pretende la apelante, siendo buena prueba de ello el hecho de que dicha garantía desaparece ipso iure con el pago pues desaparece la condición que suspendía la transmisión efectiva de la propiedad, condición que operaba como auténtico derecho de garantía.": SAP Palencia (Sección 1) 12.12.2011 (Sentencia 319/2011; Rollo 240/2011)

JM-1 Bilbao

"TERCERO.- Sobre la resolución del contrato.- Pretende no obstante el actor la resolución del contrato de compraventa conforme al art. 62 LC, puesto que entiende que al no haberse satisfecho el precio, en parte antes de la declaración del concurso y en parte con cargo a la masa, puede resolver en atención a las previsiones contractuales y de la propia Ley Concursal. Los contratos suscritos son sin duda bilaterales, pero para sostener su pretensión mantiene el demandante que existen pendientes obligaciones recíprocas. En su opinión, la reserva de dominio supone una obligación aún no satisfecha del vendedor, la transmisión de la propiedad. De esta manera sitúa los contratos en el art. 61.2 LC y reclama la eficacia del art. 62 LC por incumplimiento posterior del concursado.
La primera afirmación ya es discutible, porque no hay prestación alguna pendiente por el vendedor. El contrato dispone la entrega de la cosa y el pago del precio, con reserva de dominio. El vendedor ya entregó ambas máquinas y el comprador comenzó a satisfacer el precio, aunque no lo haya hecho en su totalidad puesto que ha sido declarada en concurso.
Las prestaciones contractuales del vendedor están realizadas, pues consisten en la entrega de la maquinaria, entrega anterior a la declaración de concurso. Las únicas pendientes de cumplimiento son las del comprador hoy en concurso, de modo que no sería de aplicación el art. 62 sino el art. 61.1 LC.
Para justificar la aplicación de los arts. 61.2 y 62 LC el demandante sostiene, en primer lugar, que hay obligaciones pendientes de cumplimiento por su parte. La primera consiste, en su opinión, en facilitar la inscripción del dominio a favor del adquirente. No cabe compartir semejante afirmación porque la reserva que desaparece, sin necesidad de intervención del vendedor, una vez satisfecho todo el importe aplazado.
Al respecto ha dicho la STS de 16 de julio 1993, RJ 1993\6450 que "*si bien el vendedor trasmite al comprador el dominio de la cosa vendida, esto no lo es de forma definitiva hasta que se pague por completo el precio pactado, actuando como garantía de cobro del mismo que se aplaza, lo que determina que verificado el completo pago se produce «ipso iure», sin necesidad de ulteriores consentimientos, la transferencia dominical,*

por lo que no resulta afectada la perfección del contrato, que tiene lugar plena y vinculante, y salvo la dinámica de realización respecto a su consumación, pero sin que ataque a la trasmisión ya operada".
Desmentido que exista prestación pendiente por parte del vendedor con la finalidad de transmitir definitivamente la propiedad, entiende el demandante que en los contratos se dispuso (cláusula 11.9) la prestación de servicios de mantenimiento y suministro de piezas de repuesto. Efectivamente así consta en los contratos, cuya autenticidad no se ha discutido por los demandados. Aunque sea una prestación accesoria a la principal, que es la venta de dos líneas de fabricación de formatos CD y DVD, está prevista en el contrato y obliga al hoy demandante.
Pero esa prestación, como se ha dicho es accesoria de la principal. El objeto de un contrato de compraventa a plazos de bienes muebles es el señalado en el art. 3 LVPBM, que entiende "*por venta a plazos el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal y ésta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del mismo*".
El objeto del contrato, en el sentido del art. 1.261-2º CCv es una *cosa mueble corporal*, en este caso dos máquinas que fabrican respectivamente discos tipo CD y DVD. Así se desprende igualmente del art. 1.445 CCv cuando establece que el objeto de la compraventa es una "*cosa determinada*", y el art. 325 del Código de Comercio (CCom), cuando menciona "cosas muebles".
La prestación de servicio de piezas y mantenimiento es accesoria al objeto principal del contrato y en absoluto sirve para identificarlo. Es un pacto que puede convenir a las partes, pero que no convierte en recíprocas las prestaciones del contrato que suscriben, que son dos contratos que tienen por objeto principal la compraventa a plazos de dos bienes muebles.
Por dichas razones no pueden operar las previsiones de los arts. 61.2 y 62 LC, establecidas para el caso de contratos con obligaciones recíprocas pendientes. Sólo hay pendiente, en este caso, obligaciones por la concursada. En consecuencia nos situamos ante la previsión del art. 61 LC, es decir, un contrato en el que una de las partes, en este caso el vendedor, ya ha cumplido completamente sus obligaciones contractuales y está pendiente de verificarlo tan sólo la otra parte, el concursado que adeuda el precio, por lo que tal importe se integra (art. 61.1 LC), en la masa pasiva. ": SJM-1 Bilbao 19.12.2007 (Incidente Concursal 257/2007, Sentencia 592/2007)

1.2 Permuta de solar por obra, transmitido ya el solar

Tribunal Supremo

"Motivo segundo de casación
8. Formulación del motivo. El motivo se funda en la infracción de los arts. 62.1 y 61.2 LC. En el desarrollo del motivo, de una forma un tanto confusa, se argumenta que la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el art. 61.2 LC, y dicha referencia no distingue si son de tracto único o sucesivo. En caso de incumplimiento, el "perjudicado podrá pedir la resolución si después de haber optado por el cumplimiento este resulta imposible, con el resarcimiento del daño y abono de intereses en ambos casos. Es imposible entregar lo comprometido siendo viviendas de protección oficial, nunca podrán ser viviendas libres de cargas y gravámenes".
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
Desestimación del motivo.
Este motivo afecta únicamente a la pretensión de resolución del contrato de permuta por incumplimiento de la promotora. Ha quedado acreditado en la instancia que, antes de que se declarara el concurso de la promotora Martinsa-Fadesa, ya había construido las dos viviendas y se las había ofrecido a la Sra. Verónica, así como el local que debía sustituir la tercera vivienda. También ha quedado acreditado que la contraprestación que la Sra. Verónica debía satisfacer por la obtención de estos tres inmuebles (dos viviendas y unos bajos) era la DIRECCION000, y que cumplió con esta obligación mediante su entrega en el año 1996. Por lo tanto, al tiempo de declararse el concurso de acreedores de Martinsa Fadesa, el contrato de permuta estaba pendiente de cumplimiento tan sólo por una de las partes, la promotora concursada. Consiguientemente, el derecho que la Sra. Verónica y, en su caso, sus cesionarios, pudieran tener sobre las dos viviendas, con sus trasteros y garajes, y el local constituía, conforme al art. 61.1 LC, un crédito concursal que debía comunicarse y ser reconocido, y ser satisfecho conforme a la solución concursal por la que optase.
Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación el art. 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del art. 62.1 LC, porque sólo lo admite en los casos del art. 61.2 LC, esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso. Todo ello, sin perjuicio de la distinción que el art. 62.1 LC hace entre contratos de tracto sucesivo y único, para permitir en el primer caso la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tal y como hemos declarado en las Sentencias 505/2013, de 24 de julio, y 510/2013, de 25 de julio.
Pero la razón de la desestimación de la resolución del contrato no es tanto que se trata de un contrato de tracto único y que el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso, como que en ese momento tan sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada, por lo que no eran de aplicación los arts. 61.2 y 62.1 LC, sino el art. 61.1 LC. En este caso, la demandante tenía un crédito concursal cuyo incumplimiento, una vez declarado el concurso, no puede justificar la resolución del contrato sino la reclamación del crédito (aunque

consista en una prestación de dar cosa específica) dentro del concurso.”: STS 22.05.2014 (Sentencia 235/2014; Recurso 1668/2012)

Tribunal Superior de Justicia de Catalunya

“En efecte, el contracte objecte de les actuacions, de permuta immobiliària, és generador d'obligacions recíproques per a ambdues parts contractants. I l' article 61.1 de la Llei concursal, que preveu la "vigència dels contractes amb obligacions recíproques", estableix la solució que s'ha d'adoptar en un supòsit fàctic com el que aquí ens ocupa. Així, en el moment de la declaració del concurs, una de les parts -els actors i aquí recurrents- havien complert íntegrament les seves obligacions, mentre que l'altra part -la cessionària concursada- tenia pendent el compliment total de les prestacions recíproques a càrrec seu, és a dir, ens trobem davant el supòsit d'un compliment íntegre només per la part contractant no concursada, cas en què el crèdit dels demandants, tal com indica l'últim incís de l'apartat 1 de l'esmentat article 61 LC "s 'ha d'incloure en la massa passiva del concurs" (veg. art. 84, apartat 1 LC sobre la determinació de la massa passiva), la qual cosa comporta que tenint complerta la seva prestació hauran de limitar-se a instar el reconeixement del seu crèdit en la massa passiva, de manera que quedaran sotmesos al conveni concursal.
En definitiva, els cedents, avui recurrents, no tenien cap altra possibilitat, com així van fer, que insinuar el seu crèdit i que aquest passés a formar part de la massa passiva de l'entitat concursada, tal com va quedar reflectit en els documents i resolucions dictades en el procediment concursal, sense que puguin formular qualsevol mena de reclamació al marge de la massa concursal, i d'aquí la seva falta de legitimació per exercitar la present acció resolutòria, que, per tant, ha de ser desestimada, com conclou encertadament la Sentència objecte de recurs.”: STSJ Catalunya 27.01.2015 (Sentencia 7/2015; Recurso 80/2012)

AP Almería

“CUARTO. -La Ley concursal ha introducido en nuestro ordenamiento una regulación de los efectos que el concurso produce sobre los contratos suscritos entre la concursada y sus acreedores. La regulación se contiene en los artículos 61 a 63, siendo regla general el de la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, entendiendo por tales, también las denominadas obligaciones sinalagmáticas.
Como claramente se indica en la sentencia de primera instancia y se admite por los litigantes, la ley distingue entre aquellos contratos en los que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas y aquellas en las que las obligaciones recíprocas están pendientes de cumplimiento por ambas partes. En el primer caso, regulado en el apartado primero del artículo 61, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. En el segundo caso las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. En este último supuesto se permite a la administración concursal en caso de suspensión o al concursado en caso intervención, que soliciten la resolución del contrato si lo estiman conveniente al interés del concurso. La diferencia de tratamiento que el legislador confiere a los contratos según estén cumplidas o no las prestaciones por ambas partes tiene una trascendencia sustancial, pues en un caso el crédito es un crédito concursal y en el otro se convierte en un gasto prededucible, tal y como prevé el artículo 84.2.6 de la Ley Concursal, lo que en principio supone una importante ventaja para el acreedor beneficiado por tal circunstancia. Por ello en el presente caso es necesario determinar si el contratos que liga a las partes estaba pendiente de cumplimiento por ambas o sólo por una de ellas, y en este caso cuando se produjo el incumplimiento.
Pues bien, en el negocio jurídico constituido entre la concursada y las actoras, contrato de permuta, surgían diversas obligaciones a cargo de cada una de las partes. La primera a cargo de las actoras, dueñas de unos terrenos, que se obligan entregarlos a la concursada a fin de que esta llevara a cabo la construcción de un proyecto de urbanización y como contraprestación cediera a las actoras un porcentaje de la edificación, concretamente un 20% de lo construido. Esta obligación como se reconoce por todos fue cumplida en el momento de otorgarse el contrato.
El contrato de permuta se firma en julio de 2004 y el plazo de ejecución, como termino esencial expresamente pactado, se fija para el 7 de julio de 2007. Las actoras que como se ha dicho entregaron a la firma del contrato los terrenos, por tanto cumplieron las obligación contraída, ante el incumplimiento de la concursada de entregar la obra convenida en el tiempo pactado, le comunicaron su voluntad unilateral de resolver el contrato de permuta el día 16 de julio de 2007.
La sociedad demandada NEW MEDINA VILLAS S.L, fue declarada en concurso por auto de 2 de octubre de 2007.
De lo anterior cabe concluir que el incumplimiento contractual por parte de la concursada tuvo lugar con anterioridad a la declaración de concurso. Por tanto, a la fecha de producirse esta declaración, el contrato estaba sólo pendiente del cumplimiento de obligaciones con cargo a la concursada siendo su tratamiento el previsto en el apartado primero del artículo 61 de la Ley concursal. No es la liquidación la que origina que la mercantil NEW MEDINA VILLA incumpla el contrato, este se produce con las consecuencias inherentes al mismo al llegar el plazo señalado en el contrato y no haber sido ejecutadas las obras; tan es así que las propias demandantes el 17 de julio de 2007, realizan un requerimiento resolutorio a la concursada. Por tanto, no podrían exigir ahora el cumplimiento de un contrato que ellas declararon resuelto anteriormente.
En consecuencia no ha sido la declaración de liquidación lo que ha originado el incumplimiento contractual por parte de la concursada a los fines del art. 1124 CC. Pero es que además de ello, coincidiendo con la sentencia recurrida, entendemos que la situación de liquidación no altera el régimen de las acciones por incumplimiento contractual de los arts. 61 y 62 de la Ley Concursal, por disposición expresa del art. 147 del mismo texto legal.

Por todo ello debe concluirse que nos encontramos ante un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tan sólo por parte de la concursada, lo que exime a la administración concursal de la necesidad de instar la resolución de los mismos en interés del concurso, aplicable para los supuestos subsumibles en el apartado 2º del art. 61 de la Ley concursal.": SAP Almería (Sección 2) 06.10.2011 (Sentencia 144/2011; Rollo 262/2010)

AP Oviedo

"Por lo demás, y para agotar la respuesta al apelante, procede examinar el mecanismo de las relaciones obligacionales que operan en el seno de los contratos de cesión de solar por obra en cuanto que contratos atípicos en los que el cedente asume la obligación de transmitir la propiedad del solar al cesionario mientras que este último se obliga a construir y a entregar la propiedad de lo construido al cedente, y en este sentido es preciso recordar la posición que enfrenta a la doctrina científica con la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal. Así mientras la mayoría de los autores abogan modernamente porque la transmisión del dominio de los pisos y locales se habrá producido en el momento del otorgamiento del contrato de cesión mediante escritura pública, la jurisprudencia por el contrario se ha mantenido siempre en el criterio de que aquel traspaso dominical al cedente no tendrá lugar hasta el momento en que se produzca su entrega una vez finalizada la obra, pues ello se corresponde con el sistema de transmisión del dominio de título y modo vigente en nuestro ordenamiento (art. 609 C.Civil) en el que el otorgamiento de la escritura pública se considera como equivalente a la entrega material de la cosa "si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario" (1462 C.Civil), criterio que por otra parte parece acogido por la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de Cesión de Finca o de Edificabilidad a cambio de Construcción Futura, del Parlamento de Cataluña, en su art. 4. Es cierto que este último planteamiento provoca lo que se ha denominado "debilitamiento" de la posición del cedente al tener que asumir, durante el período intermedio que comienza con la cesión del solar, una serie de riesgos variada índole que van desde la posibilidad de que el cesionario realice actos de disposición a favor de terceros de buena fe cuyo derecho resulte después inatacable si se ampara en la inscripción registral, hasta la eventualidad de que la empresa cesionaria pueda ser declarada en situación de concurso, como así ha ocurrido en el presente caso. En cualquiera de los casos, las últimas resoluciones de nuestro Alto Tribunal han insistido en su tradicional posicionamiento y así la STS 27 abril 2009, tras admitir esa situación debilitada del cedente por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, afirma seguidamente que "Sin embargo esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento".
Las consideraciones expuestas devienen relevantes por cuanto de ello resulta que en el momento en que tiene lugar la declaración judicial de concurso mediante Auto de 28 abril 2009 la parte cedente había cumplido con todas las obligaciones existentes a su cargo mientras que era la parte cesionaria la que se encontraba incumpliendo las que a ella le incumbían. Trasladado lo anterior al ámbito concursal que nos ocupa, habremos de partir del régimen específico que para los contratos con obligaciones recíprocas se contiene en el art. 61 L.C., disponiendo su apartado 1º que si en el momento de declaración de concurso una de las partes hubiere cumplido íntegramente todas sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso; por su parte el apartado 2º dispone que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, y que las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
De lo anterior se desprende inequívocamente, como señala con acierto el Ilmo. Juez de lo Mercantil, que el contrato que nos ocupa se sitúa bajo el ámbito de aplicación del apartado 1º del art. 61 L.C., de lo que se sigue que el derecho de la parte cedente deberá ser incluida en la masa pasiva del concurso como crédito ordinario y que así aparece correctamente incluido por la Administración concursal con una cifra de 300.000 euros tal y como se corresponde con la conversión en dinero de las prestaciones no dinerarias (art. 88-3 L.C.) según el precio en que aparece valorada su contraprestación en la escritura pública de 10 agosto 2007. Procede en consecuencia el rechazo del recurso y con ello la confirmación de la Sentencia apelada.": SAP Oviedo (Sección 1) 13.06.2012 (Sentencia 259/2012; Rollo 615/2011)

"TERCERO.-Descartado por tanto que el contrato que nos ocupa de permuta o cesión de obra por solar pudiera encontrarse resuelto con anterioridad al momento de declaración de concurso, debemos examinar si puede accederse a tal pretensión una vez que la empresa promotora "Obras y Contratas del Principado, S.L." ha sido declarada en situación de concurso y si en tal caso es posible obtener los efectos restitutorios que la parte actora solicita en su escrito de demanda. Para ello habremos de comenzar analizando primeramente el mecanismo de las relaciones obligacionales que operan en el seno de estos contratos atípicos en los que el cedente asume la obligación de transmitir la propiedad del solar al cesionario mientras que este último se obliga a construir y a entregar la propiedad de lo construido al cedente, y en este sentido es preciso recordar la posición que enfrenta a la doctrina científica con la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal. Así mientras la mayoría de los autores abogan modernamente porque la transmisión del dominio de los pisos y locales se habrá producido en el momento del otorgamiento del contrato de cesión mediante escritura pública, la jurisprudencia por el contrario se ha mantenido siempre en el criterio de que aquel traspaso dominical al cedente no tendrá lugar hasta el momento en que se produzca su entrega una vez finalizada la obra, pues ello se corresponde con el sistema de transmisión del dominio de título y modo vigente en nuestro ordenamiento

(art. 609 C.Civil) en el que el otorgamiento de la escritura pública se considera como equivalente a la entrega material de la cosa "si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario" (1462 C.Civil), criterio que por otra parte parece acogido por la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de Cesión de Finca o de Edificabilidad a cambio de Construcción Futura, del Parlamento de Cataluña, en su art. 4. Es cierto que este último planteamiento provoca lo que se ha denominado "debilitamiento" de la posición del cedente al tener que asumir, durante el período intermedio que comienza con la cesión del solar, una serie de riesgos variada índole que van desde la posibilidad de que el cesionario realice actos de disposición a favor de terceros de buena fe cuyo derecho resulte después inatacable si se ampara en la inscripción registral, hasta la eventualidad de que la empresa cesionaria pueda ser declarada en situación de concurso, como así ha ocurrido en el presente caso. En cualquiera de los casos, las últimas resoluciones de nuestro Alto Tribunal han insistido en su tradicional posicionamiento y así la STS 27 abril 2009, tras admitir esa situación debilitada del cedente por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, afirma seguidamente que "Sin embargo esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento".
Las consideraciones expuestas devienen relevantes por cuanto de ello resulta que en el momento en que tiene lugar la declaración judicial de concurso mediante Auto de 28 abril 2009 la parte cedente había cumplido con todas las obligaciones existentes a su cargo mientras que era la parte cesionaria la que se encontraba incumpliendo las que a ella le incumbían. Trasladado lo anterior al ámbito concursal que nos ocupa, habremos de partir del régimen específico que para los contratos con obligaciones recíprocas se contiene en el art. 61 L.C., disponiendo su apartado 1º que si en el momento de declaración de concurso una de las partes hubiere cumplido íntegramente todas sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso; por su parte el apartado 2º dispone que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, y que las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Finalmente el art. 62 L.C. en su apartado 1º dispone que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Como señala la STS 26 marzo 2012 "Conforme a los mencionados artículos de la Ley 22/2.003, si el contratante declarado en concurso no cumple su contraprestación, el contratante perjudicado podrá optar -como permite en general el artículo 1124 del Código Civil - entre reclamarle el pago con cargo a la masa o resolver el vínculo". Ocurre no obstante que la facultad resolutoria contenida en el art. 62-1 L.C. aparece limitada para aquellos contratos a los que se refiere, a su vez, el apartado 2 del art. 61 L.C., es decir, a aquellos con obligaciones pendientes de cumplimento a cargo de una y otra parte, siendo así que en el caso enjuiciado las únicas obligaciones que penden son las que están a cargo del deudor concursado, a todo lo cual cabe añadir, a mayor abundamiento, que la repetida facultad resolutoria por incumplimiento en el ámbito concursal aparece concretada para los contratos de tracto único, como el que aquí nos ocupa, a aquellos supuestos en los que el incumplimiento acontecido con posterioridad a la declaración de concurso, cuando en el caso presente aquel incumplimiento aparece datado en un momento anterior a este instante, motivos todos ellos por los que la prestación que le es adeudada al actor cedente deberá someterse al régimen contenido en el art. 61-1 L.C. conforme arriba ha quedado expuesto, quedando por ello descartado cualquier derecho restitutorio en los términos en que aparecen solicitados en su escrito de demanda. Como recuerda la STS 27 abril 2009, también invocada por el Ilmo. Juez de lo Mercantil, la solución adoptada por el legislador es similar a la seguida por la jurisprudencia anterior a la Ley Concursal (en SSTS de 2 enero 1978 y 23 abril 2003) al negar un derecho de ejecución parcial sobre el patrimonio de la quebrada a un contratista que había cumplido íntegramente sus obligaciones para con aquélla y pretendía conservar el dominio sobre los materiales aportados a la obra. En definitiva las razones expuestas deben conducir al rechazo del recurso y con ello a la confirmación de la Sentencia apelada. “: SAP Oviedo (Sección 1) 13.06.2012 (Sentencia 260/2012; Rollo 617/2011)

AP Baleares 2012, 2013

“SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos del debate, y puesto que no ha sido puesto en duda entre los litigantes la realidad del contrato de permuta en que la parte actora basa su pretensión, la primera cuestión a debatir a centrarse en la determinación de la naturaleza del crédito que ostentaría el actor contra la concursada, como consecuencia de la entrega de la propiedad del solar a cambio de unas cantidades en metálico, un local y una vivienda que debía construir la concursada, teniendo en cuenta para ello, que al tiempo de declararse el concurso, la parte demandante había cumplido íntegramente las prestaciones a su cargo, al entregar la propiedad del solar mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública y que a esta fecha la concursada no había cumplido su obligación de entregar las unidades de obra, incluso se reconoce por la propia recurrente, que a dicha fecha no había finalizado el plazo de ejecución de obras pactado en el referido contrato de permuta.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de fecha 30 de marzo de 2010, en el contrato de permuta con aportación de solar a cambio de obra futura, el aportante transmitela propiedad salvo reserva de dominio- del solar al constructor a cambio, bien de uno o varios pisos o locales -que serán parte del futuro edificio que éste ha de construir sobre el terreno en cuestión-, bien de un porcentaje sobre lo edificado o sobre los beneficios de venta de lo construido.

El objeto del contrato se duplica en dos tipos de bienes: un bien presente -el solar- y otro futuro -el piso o local por construir-. De este hecho se deriva la obligación mixta del constructor, quien debe no sólo entregar el o los apartamentos, sino construir con anterioridad el edificio...
El hecho de que el contrato se caracterice por este intercambio de bienes de distinta naturaleza presente y futura-, ha motivado que la mayoría de los autores que han tratado el tema se decanten por calificarlo de Permuta de cosa presente por cosa futura. Evidenciando así la especial cualidad de uno de sus objetos, a saber: el edificio por construir.
El dueño del solar transmitirá la propiedad del mismo al constructor, normalmente, mediante tradición instrumental, por virtud del artículo 1.462 del Cc. La circunstancia de que la transmisión del solar se documente usualmente en escritura pública, hace que no se plantee dificultad alguna para llevar a cabo este tipo de tradición.
Como consecuencia del derecho de propiedad sobre el solar del que goza el constructor, no resulta difícil imaginar que este propietario desee, o se vea en la necesidad, de hipotecar el bien. Esta necesidad resulta, a veces, acuciante para el constructor, para quien la posibilidad de hipotecar el suelo se desvela como un factor de incalculable valor económico. La materialización de esa posibilidad le proporcionará un cierto grado de liquidez inmediata, que le permitirá comenzar rápidamente la edificación.
Frente al derecho de propiedad del que es titular el constructor -siempre salvo reserva de dominio-, el aportante no goza más que, en principio, de un derecho de crédito dirigido a exigir de la contraparte el cumplimiento de su obligación, cual es la entrega del piso o local. El aportante podrá ejercer todas aquellas facultades que, como cualquier titular de un derecho de crédito, le concede el Código Civil.
El hecho de que el bien que se ha de transmitir no exista en el momento de celebrarse el contrato, hace cuestionarse a la doctrina cómo y cuándo se transfiere su propiedad. La principal dificultad a salvar, no es otra que la necesidad en Derecho español de llevar a cabo la traditio para considerar transmitida la propiedad. No es posible la tradición real, pues no hay manera de entrar, real y efectivamente, en posesión del bien. No cabe tampoco tradición instrumental de algo inexistente, ya que, para que el otorgamiento de la escritura pueda significar tradición, es preciso que el vendedor posea, efectivamente, la finca que vende. Hay que deducir, por tanto, que si la propiedad no se puede transmitir porque la cosa no existe, habrá que esperar a que exista ésta para llevar a cabo aquélla.
Cuando, durante la ejecución del contrato, se produce el concurso del constructor (o empresa constructora), la posición del aportante puede verse seriamente dañada.
La problemática se suscita cuando, declarado el concurso, el concursado todavía no ha entregado las viviendas o locales, mientras que el cedente del terreno ya ha cumplido con su obligación.
La declaración de concurso implica una ruptura en la equivalencia de las prestaciones, pues el aportante, a cambio de su prestación íntegra, no recibirá, como acreedor en el concurso, más que una prestación disminuida por la ley del dividendo, en principio.... Todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedan integrados en la masa pasiva del concurso, declarado que ha sido éste (artº 49 LC); y siendo la permuta de tracto único, cedido el solar y no entregada la contraprestación por la concursada, se excluye la aplicación de los nº 2 y 3 del artº 61, de la LC ante el supuesto de incumplimiento por parte de una, siendo aplicable el artº 61.1 por el cual: "En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso"....
Es más, se imposibilita la recuperación del solar, según la doctrina del TS en la Sentencia de fecha 27-abril-09 por la que: "vuelve a plantearse como cuestión prácticamente única que mientras los recurrentes cumplieron íntegramente su prestación la otra parte contratante, en cambio, incumplió totalmente la suya. Pero que esto fue así nadie lo discute, y el problema litigioso ha sido siempre si, pese a ello, la regulación de la quiebra por el Código de Comercio, según su interpretación por esta Sala sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por la quebrada, permitía a la parte cumplidora obtener el efecto restitutorio al margen de la quiebra.
El motivo, por tanto, no llega a plantear el debatido problema del desequilibrio que suele darse en los contratos de transmisión de solar a cambio de obra futura, normalmente caracterizados por la debilidad de la posición del transmitente del solar frente a los posibles incumplimientos de su adquirente, hasta el punto de ser hoy dominante en la doctrina civilista la tendencia a sostener que el transmitente del solar adquiere simultáneamente la propiedad del local o vivienda futura mediante la tradición instrumental representada por la escritura pública correspondiente. Esta tesis, sin embargo, no es compartida por la jurisprudencia de esta Sala ni, desde luego, se corresponde con el sistema de transmisión del dominio "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición" (art. 609 CC), en el que el otorgamiento de la escritura pública se considera como equivalente a la entrega material de la cosa objeto del contrato "si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario". Y que en el presente caso resulta desde luego lo contrario es tan indiscutible como en el caso examinado, por ejemplo, en la sentencia de 9 de octubre de 1997 (rec. 2689/93), y ello no sólo por admitirlo la propia parte recurrente en el alegato de este motivo, sino también porque en la escritura pública que documentó el contrato se estipuló una fecha determinada para la entrega de la vivienda futura y, además, se acordó que este entrega se haría mediante acta notarial, datos éstos que, unidos al de haber quedado los transmitentes en la parcela como precaristas durante el plazo fijado en la escritura y al de la falta de inscripción registral de su derechos obre la futura vivienda, por calificarlo el registrador como derecho personal, corroboran la desestimación del recurso.
En suma, es cierto que en los contratos similares al ahora examinado la posición del transmitente del solar frente a los incumplimientos de su adquirente queda manifiestamente debilitada por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, sin que algunas de las posibles garantías imaginables para proteger su derecho, como sería la reserva de

dominio, resulten idóneas para la mayoría de estos contratos, dado que el adquirente del solar normalmente lo hipotecará para poder financiar la edificación. Sin embargo esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento"

TERCERO.- Conforme a la doctrina expuesta, este Tribunal, en el caso concreto que nos ocupa y precisamente porque la propia recurrente reconoce haber cumplido íntegramente su prestación con anterioridad al momento de declaración del concurso y sin que a dicha fecha hubiera vencido el plazo para el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la concursada, comparte la argumentación que se recoge en la resolución apelada, en orden a que en sede concursal nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 61.1 de la Ley concursal.

Al efecto recordar que como ya dijera este Tribunal en sentencia de fecha 5 de abril de 2011, en el diseño de la Ley Concursal, el régimen de los contratos con obligaciones reciprocas esta en función de si en el momento de la declaración de concurso, ha existido o no cumplimiento por alguna de las partes; si en ese momento el negocio hubiera sido ejecutado por uno de los contratantes, estará sometido al artículo 61.1 de tal forma que el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso; y si estuviera pendiente de cumplimiento total o parcialmente por las dos partes, estará sujeto al artículo 61.2, en virtud del cual las deudas del concurso se satisfarán con cargo a la masa. La distinción entre créditos concursales y extraconcursales no es en absoluto irrelevante dado que, siendo la principal característica de los créditos contra la masa la de su prededucibilidad, consagrada en el artículo 154 de la Ley concursal, los créditos contra la masa gozarán de preferencia frente a los créditos concursales y serán los primeros que resulten satisfechos con cargo a la masa activa, siendo por tanto evidente la contraposición de intereses entre los créditos contra la masa y los créditos concursales durante el procedimiento. Y siendo, como se dijo, que en el caso nos encontramos ante un contrato sinalagmático con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimento tan sólo por una de las partes, la concursada, resulta de aplicación, el artículo 61.1 Ley concursal, como hace la sentencia de instancia y no el artículo 61.2, como pretende la recurrente.

En conclusión, el actor permutante, que aún no ha recibido la obra futura e inacabada, debe ser considerado como acreedor concursal, sin que pueda tener cabida, la resolución contractual por incumplimiento, pues esta posibilidad se reserva en el artículo 61.2 de la Ley concursal a supuestos de obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento y tampoco pueda instar el cumplimiento in natura mediante la exigencia de la entrega del bien, pues de este modo se vulneraría el principio de universalidad concursal de la masa activa en cuanto que provocaría la salida de la misma de determinados bienes fuera de los supuestos expresamente establecidos y del mismo principio respecto a la masa pasiva, por cuanto, como se ha indicado, el artículo 61.1 convierte al permutante en acreedor concursal.

Es por todo ello que procede calificar el crédito del accionante como ordinario (art. 89.3) y por consistir el mismo una prestación in natura, computarse en dinero, concretamente en 295.000,- euros, que es el valor dado a la contraprestación (vivienda y local) en la propia escritura, conforme determinan los artículos 88.3 y 146 de la Ley concursal y sin derecho al devengo de los intereses que se reclaman (art. 59)

CUARTO.- Definido de este modo la correcta calificación del crédito que ostenta el demandante contra la concursada, queda por analizar si procede o no en sede del concurso el reconocimiento de su crédito, al haberse comunicado el mismo una vez aperturada la fase de liquidación y no haber impugnado en su momento la lista de acreedores confeccionada por la Administración concursal, ante su falta de reconocimiento.

Al respecto si bien es cierto que, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se permitía la posibilidad de modificación de los textos definitivos, señalando el artículo 97.1 de la Ley concursal que quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, cuya finalidad radica como apunta la SAP de Almería de 23 de mayo de 2011, en asegurar una tramitación ágil y fluida del concurso y la necesidad de que el Concurso siga su tramitación ordinaria y continúen sus fases como la conclusión de la fase común del concurso (artículo 111 de la Ley Concursal), la conclusión del plazo de manifestación de la adhesión a la propuesta anticipada de convenio (artículos 108.1 y 109 de la Ley Concursal), la presentación de propuesta de convenio por el concursado (artículo 113.1 de la Ley Concursal) o la petición de liquidación por el deudor (artículo 142.1.2 de la Ley Concursal), no lo es menos que en la actualidad y ya en vigor la Ley 38/2011 de 10 de octubre, el artículo 97 bis en su apartado 1, permite la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores, antes de que recaiga resolución por la que se aprueba la propuesta de convenio o se presenten en el Juzgado los informes previstos en los apartados segundo de los artículos 152 y 176 bis; si a ello se le une, que la comunicación de créditos no es condición necesaria para que el crédito acceda al reconocimiento de la administración concursal y para la elaboración de la lista de acreedores, pues no hay que olvidar que existen supuestos de reconocimiento imperativo, aún cuando el acreedor haya permanecido ocioso a la hora de comunicar su crédito, y así el artículo 86.1 establece la obligación de la administración concursal de proceder al reconocimiento de los créditos, tanto de los que se haya comunicado expresamente, como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier razón constaren en el concurso, cabe concluir que, en el caso, precisamente por la naturaleza del crédito que nos ocupa, aún cuando no fuera directamente comunicado por el acreedor, su existencia debía desprenderse de la propia documentación de la concursada (escritura pública que acredita la titularidad del activo de la concursada, en virtud de la cual se adquiere un solar, posteriormente hipotecado, para su edificación) y por ello era obligación de la administración concursal su reconocimiento e importe, máximo cuando ni tan siquiera se ha alegado, que la contabilidad era insuficiente para su acreditación y tampoco se ha cuestionado su existencia, de modo que la falta de comunicación en plazo, cuando era obligado su reconocimiento por la propia administración concursal, puede ser interpretada

como una renuncia a un derecho que como tal renuncia, ha de ser clara, expresa y terminante.”: SAP Baleares (Sección 5) 27.02.2012 (Sentencia 96/2012; Rollo 413/2011)

“Con todo, *el supuesto específico de autos* es diferente al que recoge la Sentencia de esta Sala, de fecha 30-marzo-2010, invocada por las partes, en una permuta básica; y de calificarse como tal, ya se decía en la Sentencia de 27-febrero-2012 que: "Conforme a la doctrina expuesta, este Tribunal, en el caso concreto que nos ocupa y precisamente porque la propia recurrente reconoce haber cumplido íntegramente su prestación con anterioridad al momento de declaración del concurso y sin que a dicha fecha hubiera vencido el plazo para el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la concursada, comparte la argumentación que se recoge en la resolución apelada, en orden a que en sede concursal nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 61.1 de la Ley concursal.
Al efecto recordar que como ya dijera este Tribunal en sentencia de fecha 5 de abril de 2011, en el diseño de la Ley Concursal, el régimen de los contratos con obligaciones reciprocas esta en función de si en el momento de la declaración de concurso, ha existido o no cumplimiento por alguna de las partes; si en ese momento el negocio hubiera sido ejecutado por uno de los contratantes, estará sometido al artículo 61.1 de tal forma que el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso; y si estuviera pendiente de cumplimiento total o parcialmente por las dos partes, estará sujeto al artículo 61.2, en virtud del cual las deudas del concurso se satisfarán con cargo a la masa. La distinción entre créditos concursales y extraconcursales no es en absoluto irrelevante dado que, siendo la principal característica de los créditos contra la masa la de su prededucibilidad, consagrada en el artículo 154 de la Ley concursal, los créditos contra la masa gozarán de preferencia frente a los créditos concursales y serán los primeros que resulten satisfechos con cargo a la masa activa, siendo por tanto evidente la contraposición de intereses entre los créditos contra la masa y los créditos concursales durante el procedimiento. Y siendo, como se dijo, que en el caso nos encontramos ante un contrato sinalagmático con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimento tan sólo por una de las partes, la concursada, resulta de aplicación, el artículo 61.1 Ley concursal, como hace la sentencia de instancia y no el artículo 61.2, como pretende la recurrente.
En conclusión, el actor permutante, que aún no ha recibido la obra futura e inacabada, debe ser considerado como acreedor concursal, sin que pueda tener cabida, la resolución contractual por incumplimiento, pues esta posibilidad se reserva en el artículo 61.2 de la Ley concursal a supuestos de obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento y tampoco pueda instar el cumplimiento in natura mediante la exigencia de la entrega del bien, pues de este modo se vulneraría el principio de universalidad concursal de la masa activa en cuanto que provocaría la salida de la misma de determinados bienes fuera de los supuestos expresamente establecidos y del mismo principio respecto a la masa pasiva, por cuanto, como se ha indicado, el artículo 61.1 convierte al permutante en acreedor concursal.
Es por todo ello que procede calificar el crédito del accionante como ordinario". Por tanto, la conclusión clasificatoria del crédito depende de *cada caso en concreto*.
En definitiva, el local nº 15 (nº 118 de orden) no fue trasmitido a la actora mediante permuta. La obra futura (cosa) ya se preveía en el contrato de 1-octubre-2008 (intención de construir), de ejecución de obra, también con pagos parciales y cesión de partes del edificio a construir, y a terminar el *1-abril-2010;* y a tales efectos se decía en las cláusulas III y IV: "III.- Que la entidad Franco MOTOR, S.A ha contrato a CONSTRUCCIONES SASTRE ROMO 93, SL, la ejecución del edificio en la modalidad "LLAVES EN MANO", con un presupuesto de ejecución total de SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL EUROS (6.670.000'00#), I.V.A incluido.
IV.- Que en el contrato de obra firmado en el día de hoy por las mismas partes intervinientes, se ha pactado, que del total presupuesto señalado en la manifestación III anterior, la entidad CONSTRUCCIONES SASTRE ROMO 93, SL recibirá el equivalente a TRES MILLONES DE EUROS, I.V.A no incluido, mediante la entrega en plana propiedad de la segunda planta del edificio en construcción una vez concluida su ejecución.
Expuesto lo anterior, los comparecientes otorgan esta escritura de CESIÓN DE OBRA FUTURA A CAMBIO DE CONSTRUCCIÓN."
Pues bien, la concursada, a *abril-2010,* no cumplió la obligación de entrega del local nº 15, y fue declarada en concurso a *27-julio-2010,* y la impugnante había cumplido íntegramente la propia en *enero-2010.*
Por demás, no cabe pedir la resolución contractual pues éste no estaba vigente a la fecha de declaración del concurso, ni había obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por las dos partes, sino sólo por parte de la concursada a la fecha de declaración de concurso (27-julio- 2010).”: SAP Baleares (sección 5) 30.12.2013 (Sentencia 494/2013; Rollo 439/2013)

AP Barcelona

“PRIMERO I) Los actores impugnaron la lista de acreedores del concurso de BISMEL PROCON S.A. (declarado por auto de 30 de junio de 2008) a fin de que sus respectivos derechos de crédito, reconocidos como concursales ordinarios por la administración concursal, fueran declarados créditos contra la masa, con apoyo en losarts. 61 y 84.2.6º de la Ley Concursal. Los créditos reconocidos derivan de tres contratos de permuta de solar por edificación a construir, formalizados en escrituras públicas de 6 de julio y 12 de agosto de 2005, por cuya virtud los actores entregaron a la concursada la propiedad de varias fincas o solares a cambio de una cantidad en metálico y una serie de viviendas y plazas de aparcamiento que debía construir la citada promotora/constructora formando parte de un edificio plurifamiliar, asignándose un determinado valor al conjunto de las unidades inmobiliarias que debían ser entregadas a cada uno de ellos en el plazo señalado en los contratos.
Al tiempo de declararse el concurso había vencido la obligación de entrega de las viviendas y la edificación alcanzaba una fase de construcción del 94,59 %. En las tres demandas, que fueron acumuladas, se admitía expresamente que los demandantes habían cumplido íntegramente las prestaciones a su cargo al entregar la

propiedad del solar mediante el otorgamiento de las escrituras públicas de formalización de los contratos de permuta, con anterioridad, por tanto, a la declaración del concurso, y que a esta fecha la concursada no había cumplido su obligación de entregar las unidades de obra. Es decir, ya inicialmente se admitía que de las recíprocas obligaciones que integran los contratos tan sólo están pendientes de cumplimiento, a la fecha de declaración del concurso, las que competen a la concursada. Pese a ello, como se ha dicho, invocaban los apartados 1 y 2 del art. 61 y el 84.2.6º LC, cuyo tenor recordamos seguidamente.
Elart. 61 LC, que lleva por título "Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas", dispone en su apartado 1 que "1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso", y en su apartado 2 que "2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa". Por su parte, el 84.2.6º, que responde al supuesto del citadoart. 61.2, indica que tendrán la consideración de créditos contra la masa "6º. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, (...)".
Fue en el acto de la vista del incidente cuando los letrados de los demandantes acomodaron expresamente el supuesto planteado en elart. 61.2 LC, alegando que también existen por parte de los actores prestaciones pendientes de cumplimiento, concretamente el pago del IVA devengado por la operación, que conforme a los contratos les será repercutido cuando se les entreguen las viviendas.
II) La sentencia rechazó la pretensión por considerar que los actores cumplieron la prestación principal a su cargo al entregar la propiedad de los solares con el otorgamiento de la escritura pública, y a la fecha de declaración del concurso tan sólo está pendiente de cumplimiento la contraprestación de la concursada, cual es la entrega de las viviendas, por lo que el supuesto encaja en elapartado 1 del art. 61 LC, sin que a estos efectos puedan considerarse las "obligaciones accesorias" que pueden quedar a cargo de los actores.
SEGUNDO Alegan los actores en su recurso que son acreedores de la concursada de las viviendas valoradas, respectivamente, en 270.000 euros (Sra.Nieves), 110.000 euros (Sres.Jose Augusto yEvangelina) y 270.000 euros (Sres.Alonso yMaría Esther), y a su vez están obligados a pagar a la concursada (se entiende que en el acto de entrega de las viviendas) las cantidades a que asciende el IVA que esta última les deberá repercutir (en el acto de entrega), por, respectivamente, 18.900 euros, 7.700 euros y 18.900 euros. Con tales alegaciones pretenden el tratamiento de sus créditos de acuerdo con elart. 61.2 y 84.2.6º LC, por tratarse de un contrato "con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte". Se alega al mismo tiempo que la sentencia adolece de falta de motivación.
TERCERO El Sr. Magistrado explica de manera suficiente las razones por las que considera que los créditos invocados no son contra la masa, debiendo incluirse en el ámbito de aplicación delart. 61.1 LC y no en su apartado 2, por haberse cumplido íntegramente por los actores su prestación principal. Además, la sentencia responde expresamente a la alegada contraprestación pendiente a cargo de los actores (el IVA), indicando que se trata de una obligación accesoria que no puede ser considerada a estos efectos. En definitiva, la sentencia está motivada y su razonamiento es perfectamente comprensible.
Este tribunal comparte el criterio del Sr. Magistrado, que es el procedente en la recta aplicación de las normas concursales y no queda desvirtuado por las alegaciones impugnatorias.
Elapartado 1 del art. 61 LC, que viene a establecer la esencia misma del concurso, contempla el supuesto de contratos con obligaciones recíprocas en los que, a la fecha de declaración del concurso, una parte haya cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tenga pendiente el cumplimiento total o parcial de las suyas. El tratamiento consecuente es que el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la masa pasiva del concurso. Es decir, si la prestación pendiente es a cargo del concursado, se incluirá como deuda en la masa pasiva y el acreedor deberá someterse a las reglas concursales para el cobro de su crédito, que no será prededucible.
Distinto es el supuesto siguiente, que contempla elart. 61.2 : se trata aquí de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. La regla legal es que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos que se encuentren en esta situación, y las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa, es decir, constituirán un crédito contra la masa. La norma se coordina con elart. 84.2.6º LC, que como se ha visto establece que son créditos contra la masa "los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso".
La situación obligacional apreciable en este caso es la que, de manera clara, se exponía en las tres demandas: los actores cumplieron en su día entregando la propiedad de los solares (que figuran inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de la promotora/constructora), y está pendiente de cumplimiento la contrapestación a cargo de la concursada consistente en la entrega de las viviendas. La norma atiende al carácter recíproco de las prestaciones, esto es, aquellas que constituyen el contenido obligacional principal a cargo de cada parte por ser la causa de la prestación contraria, y como tal no cabe considerar la obligación de pagar el IVA que la promotora, actual propietaria, debe repercutir al efectuar la entrega según los contratos. El IVA no forma parte del precio en una compraventa, ni de la cosa que se da en permuta de otra; por ello, no es una contraprestación contractual que tenga por causa la percepción de la prestación de la contraparte, ni cabe esgrimir la obligación de su pago en términos de reciprocidad respecto de la contraprestación de la otra parte, porque no es el valor de intercambio del contrato. Se trata de una obligación legal de carácter fiscal que genera la propia operación jurídica al constituir el hecho imponible del impuesto. Desde el punto de vista obligacional es una obligación accesoria que surge del propio contrato, por imperativo legal y con independencia de la

voluntad de las partes, y cuyo destinatario final no es la parte contraria, que lo repercute como recaudador, sino la Hacienda Pública.
La sentencia, por ello, ofrece la solución correcta a la pretensión planteada.": SAP Barcelona (Sección 15) 06.10.2010 (AC 2010/2279; Sentencia 304/2010; Rollo 281/2010)

"TERCERO. El art. 61 LC, que lleva por título " Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas", dispone en su apartado 1 que " NUM012. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso", y en su apartado 2 que "2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa". Por su parte, el 84.2.6º, que responde al supuesto del citado art. 61.2, indica que tendrán la consideración de créditos contra la masa "6º. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, (...)".
El apartado 1, que viene a establecer la esencia misma del concurso, contempla el supuesto de contratos con obligaciones recíprocas en los que, a la fecha de declaración del concurso, una parte haya cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tenga pendiente el cumplimiento total o parcial de las suyas. El tratamiento consecuente es que el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la masa pasiva del concurso. Es decir, si la prestación pendiente es a cargo del concursado, se incluirá como deuda en la masa pasiva y el acreedor deberá someterse a las reglas concursales para el cobro de su crédito, que no será prededucible.
Distinto es el supuesto siguiente, que contempla el art. 61.2: se trata aquí de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. La regla legal es que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos que se encuentren en esta situación, y las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa, es decir, constituirán un crédito contra la masa (art. 84.2.6º LC).
La situación obligacional apreciable en este caso es la que, de manera clara, se exponía en la demanda: los actores cumplieron en su día entregando la propiedad de la finca nº NUM000, y está pendiente de cumplimiento la contraprestación a cargo de la concursada consistente en la entrega de las viviendas y plazas de aparcamiento convenidas.
La norma atiende al carácter recíproco de las prestaciones, esto es, aquellas que constituyen el contenido obligacional principal a cargo de cada parte por ser la causa de la prestación contraria, y como tal no cabe considerar la obligación de pagar el IVA que la promotora, actual propietaria, debe repercutir al efectuar la entrega según el contrato. El IVA no forma parte del precio en una compraventa, ni de la cosa que se da en permuta de otra; por ello, no es una contraprestación contractual que tenga por causa la percepción de la prestación de la contraparte, ni cabe esgrimir la obligación de su pago en términos de reciprocidad respecto de la contraprestación de la otra parte, porque no es el valor de intercambio del contrato. Se trata de una obligación legal de carácter fiscal que genera la propia operación jurídica al constituir el hecho imponible del impuesto. Desde el punto de vista obligacional es una obligación accesoria que surge del propio contrato, por imperativo legal y con independencia de la voluntad de las partes, y cuyo destinatario final no es la parte contraria, que lo repercute como recaudador, sino la Hacienda Pública.
La sentencia, por ello, ofrece la solución correcta a la pretensión planteada, sin que la alegación de pago del IVA sea eficaz a estos efectos. ": SAP Barcelona (Sección 15) 16.11.2011 (Sentencia 448/2011; Rollo 426/2011)

"PRIMERO. 1. La concursada New Tec Europa, S.L. interesó, al amparo del art. 61.2 LC, la resolución del contrato de permuta firmado con las demandadas Covadonga y Manuela con los efectos inherentes, efectos que son concretamente los siguientes: (i) que las demandadas hicieran suya la cantidad de 50.000 euros recibida de la concursada; (ii) dejar a disposición de la concursada y de su masa las viviendas objeto de la permuta, que afirma que vienen ocupando a título de precario.
Se funda para ello en que pactó con las referidas demandadas la permuta de la finca propiedad de y con usufructo a favor de conocida como " DIRECCION000 ", finca registral núm. NUM000 folio NUM001, Tomo NUM002 del Registro de, recibiendo como contraprestación la cantidad de 50.000 euros en dinero y cuatro viviendas situadas sobre un solar distinto, de propiedad de la actora, sito en la esquinas de las calles DIRECCION001 y DIRECCION002, del mismo municipio de Deltebre. Las cuatro viviendas se encuentran completamente ejecutadas y no se ha podido otorgar escritura pública a favor de las Sras. Covadonga y Manuela porque la concursada no disponía de la cantidad necesaria para liquidar las cargas hipotecarias que pesan sobre ellas (674.434,13 euros en total), dado que se pactó que la entrega fuera libre de cargas. Se afirma que entregó las viviendas a las demandadas, que han establecido en las mismas su vivienda habitual y que han consumido los suministros de agua y electricidad y han dejado sin pagar los encargos correspondientes a obras no previstas inicialmente.
Las demandadas, que previamente habían sido citadas a la comparecencia del art. 61.2 LC con el fin de alcanzar un acuerdo que zanjara la controversia, no aceptaron las propuestas de la concursada, y no contestaron a la demanda. Tampoco lo hizo la administración concursal.
La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda al considerar que el procedimiento seguido era inadecuado, pues no se estaba en el caso del art. 61.2 LC, esto es, un contrato con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, sino ante un supuesto del art. 62 LC en el que quien únicamente ha incumplido el contrato ha sido la propia concursada, razón por la que desestimó la demanda interpuesta.

El recurso de la actora cuestiona la resolución recurrida y afirma que el supuesto es incardinable en el art. 61.2 LC, tal y como previamente había entendido el propio juzgado al señalar la previa comparecencia establecida en el propio precepto. Tampoco comparte que no proceda la resolución al amparo del art. 62 LC, como ha estimado el juzgado fundándose en que el contrato no tiene el carácter de contrato de tracto sucesivo. En opinión de la recurrente, que no tenga ese carácter no impide que pueda resolverse al amparo de lo que ese precepto establece.
SEGUNDO. No podemos compartir con la recurrente que estemos ante el caso que establece el art. 61.2 LC, pues a lo que tal precepto se refiere es exclusivamente a aquellos contratos en los que las prestaciones recíprocas se encuentran pendientes de cumplimiento por ambas partes y ni la demanda ni el recurso expresan qué concretas prestaciones dimanantes del contrato se hallan pendientes de cumplimiento por parte de las demandadas. De la propia demanda se deriva que la única prestación pendiente de cumplimiento es la de entregar formalmente los pisos a las Sras. Covadonga y Manuela, esto es, otorgar la escritura pública, porque la entrega material parece haberse hecho. En suma, lo único que resta pendiente es que la concursada libere los pisos de las cargas hipotecarias que pesan sobre ellos, como se comprometió en el contrato a hacer y no ha hecho. Por consiguiente, y con independencia de lo que el juzgado mercantil hubiera podido haber considerado con anterioridad, acertó al estimar que no se podía proceder a resolver el contrato en los términos interesados en la demanda.
TERCERO. El art. 62.1 LC establece que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el art. 61.2 LC por incumplimiento posterior. Por consiguiente, tampoco es un precepto que sea de aplicación en el caso, porque ya hemos dicho que no se está en el supuesto de hecho del art. 61.2 LC. Tiene razón por ello la resolución recurrida cuando afirma que el supuesto no plantea, en cuanto a la resolución se refiere, particularidad alguna por el hecho de que una de las partes se encuentre en concurso, de manera que hay que estar, si se pretende la resolución del contrato, a las reglas generales de las acciones contractuales.
CUARTO. De lo anterior se deriva no sólo que es cuestionable que el juez del concurso pueda tener competencia para conocer sobre la acción ejercitada, como afirma la resolución recurrida, sino que la acción no puede prosperar con el único fundamento con el que se ha ejercitado, esto es, el interés del concurso, porque no se encuentra entre los supuestos en los que esa acción de resolución se puede ejercitar.
Por otra parte, resulta muy discutible que el interés del concurso se pudiera ver satisfecho con el éxito de la misma y que pueda instar la resolución de un contrato la única parte que precisamente lo ha incumplido.
En suma, el recurso debe ser íntegramente desestimado": SAP Barcelona (Sección 15) 13.03.2012 (Sentencia 104/2012; Rollo 632/2011)

AP Burgos

"Primero. Pretende la administración concursal la resolución de un contrato de los llamados de permuta de suelo por obra futura, alegando diversos motivos de resolución que van desde la resolución en interés del concurso del artículo 61.2 de la Ley Concursal, a la resolución por imposibilidad sobrevenida ya que la prestación de entrega ha devenido imposible por efecto del concurso, e incluso la causa de resolución pactada en la estipulación 15 del contrato de permuta por transcurso del plazo de 8 años sin el desarrollo urbanístico del sector.
La sentencia declara la resolución del contrato en interés del concurso y la obligación del cedente demandado de restituir la cantidad que le fue abonada como monetarización de la contraprestación de 158.186,37 euros.
Segundo. Calificación del contrato de permuta de suelo por obra futura.
El contrato de permuta de suelo por obra futura se ha calificado en la STS de 22 de mayo de 2104 como un contrato de tracto único. "Estamos -dice la sentencia- ante un contrato de tracto único que al tiempo de la declaración del concurso solo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada". Responde a las características de los contratos de tracto único tal y como ha señalado la STS de 24 de julio de 2013 al calificar como tal el contrato de compraventa de vivienda futura: "mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento". La calificación del contrato como de tracto único tendrá su importancia a la hora de valorar las posibilidades que se ofrecen tras la declaración del concurso para la resolución de este tipo de contratos. (...)
Cuarto. Resolución de los contratos basada en el incumplimiento.
La única vía para resolver un contrato de tracto único con prestaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes es cuando el incumplimiento se hubiera producido después de la declaración de concurso. Cuando el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso en tal caso habrá que proceder conforme al artículo 61.1 que establece que en tal caso el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. Así lo dice la STS de 22 de mayo de 2014, también para su supuesto de resolución de un contrato de permuta: "Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación el artículo 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del artículo 62.1 LC, porque sólo lo admite en los casos del artículo 61.2 LC, esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de

concurso. Todo ello, sin perjuicio de la distinción que el artículo 62.1 LC hace entre contratos de tracto sucesivo y único, para permitir en el primer caso la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tal y como hemos declarado en las Sentencias 505/2013, de 24 de julio, y 510/2013, de 25 de julio ".
Lo anterior nos llevaría resolver de forma contraria a la resolución si no fuera porque la parte demandada, también en el recurso, siempre se ha mostrado conforme con ella. (...)": SAP Burgos (Sección 3) 31.03.2015 (Sentencia 86/2015; Rollo 21/2015)

"No se cuestiona la resolución del contrato, sino las responsabilidades y sus consecuencias jurídicas; cuestiones sobre las que trataremos mas adelante.
Previamente, conviene precisar la naturaleza jurídica del contrato de permuta de suelo por obra futura.
El contrato de permuta de suelo por obra futura se ha calificado en la STS de 22 de mayo de 2014 como un contrato de tracto único. "Estamos - dice la sentencia- ante un contrato de tracto único que al tiempo de la declaración del concurso solo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada". Responde a las características de los contratos de tracto único tal y como ha señalado la STS de 24 de julio de 2013 al calificar como tal el contrato de compraventa de vivienda futura: "mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento". La calificación del contrato como de tracto único tendrá su importancia a la hora de valorar las posibilidades que se ofrecen tras la declaración del concurso para la resolución de este tipo de contratos.
En relación a la resolución de los contratos en interés del concurso, cabe decir que procede tanto respecto de los contratos de tracto único como respecto de los de tracto sucesivo (el artículo 61.2 LC no hace distinción entre ellos) cuando al tiempo de la declaración del concurso existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado a realizar el concursado se realizarán con cargo a la masa. Pero si solo hay obligaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes, en tal caso se aplica el artículo 61.1 según el cual "en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso".
En este caso el contrato estaba pendiente de cumplimiento por una sola de las partes, que era la concursada, la cual debía constituir la Junta de Compensación del sector S-18, presentar el proyecto de actuación, edificar las parcelas y entregar las viviendas pactadas. Todo ello resultó incumplido por Construcciones Aragón Izquierdo. Por el contrario, los demandados procedieron a vender sus fincas concursada para que esta pudiera aportarlas al proceso de gestión urbanística. Ciertamente los cedentes debían otorgar la escritura pública cuando la concursada necesitara justificar la propiedad de la finca en el proceso urbanizador, y también es cierto que, mientras tanto, se le autorizó a permanecer en la posesión de las mismas. Sin embargo todo ello fue por conveniencia de Construcciones Aragón Izquierdo, y en todo caso tales obligaciones no se entienden como reciprocas de las que correspondían a esta última. Obligaciones recíprocas son aquellas que traen causa la una de la otra. De ahí que la resolución en interés del concurso sirva para extinguir unas y otras, cuando al concursado le sea más oneroso satisfacer la propia que beneficioso recibir la de la contraria. La resolución del contrato en interés del concurso no está pensada para el caso de incumplimiento, en cuyo caso son de aplicación preferente el artículo 61.1 o el artículo 62. No es la declaración en interés del concurso una vía fácil para resolver aquellos contratos que el concursado no quiera o no pueda cumplir.
La única vía para resolver un contrato de tracto único con prestaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes es cuando el incumplimiento se hubiera producido después de la declaración de concurso. Cuando el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso en tal caso habrá que proceder conforme al artículo 61.1 que establece que en tal caso el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. Así lo dice la STS de 22 de mayo de 2014, también para un supuesto de resolución de un contrato de permuta: "Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación el artículo 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del artículo 62.1 LC, porque sólo lo admite en los casos del artículo 61.2 LC, esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso. Todo ello, sin perjuicio de la distinción que el artículo 62.1 LC hace entre contratos de tracto sucesivo y único, para permitir en el primer caso la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tal y como hemos declarado en las Sentencias 505/2013, de 24 de julio, y 510/2013, de 25 de julio ".
Pero, como se ha dicho, la parte apelante está conforme con la resolución, discrepa en la parte incumplidora y las consecuencias económicas, es decir, los efectos de la resolución. (...)":SAP Burgos (Sección 3) 20.04.2015 (Sentencia 114/2015; Rollo 18/2015)

AP Castellón

“SEGUNDO.-Es por tanto la pretensión de Residencial Moncofa S.L. que se le reconozca a su favor un crédito contra la masa, lo que no prospera.
En primer lugar porque con ello varia lo que pretendía en la primera instancia, donde lo que solicitaba era la entrega del solar con las obras realizadas en el mismo, como cláusula penal y en concepto de daños y perjuicios, mientras que ahora muestra su conformidad con que se le reconozca un crédito pero pidiendo que el mismo tenga la consideración de crédito contra la masa.
En segundo lugar porque no se impugnó en su momento el crédito que le fue reconocido como ordinario por la Administración Concursal, por lo que no puede hacerlo ahora de forma extemporánea, ya que el procedimiento concursal se encuentra en fase de liquidación, por Auto dictado el día 19 de noviembre de 2010, y cuando presentó la demanda el día 12 de abril de 2012 no podía ya impugnar la calificación del crédito.
Y además porque nos encontramos ante un contrato de permuta de solar a cambio de obra futura en la que se estableció un plazo máximo de cumplimiento hasta el día 2 de diciembre de 2009, plazo que no había transcurrido cuando se declaró a la mercantil en situación de concurso, lo que tuvo lugar por Auto de fecha 25 de marzo de 2009, por lo que nos encontramos en el supuesto previsto en el artículo 61.1 de la Ley Concursal en el que una parte, la propietaria de la parcela ha cumplido, al haber hecho entrega de la misma y la otra parte aun no lo ha hecho cuando se efectúo la declaración de concurso, por lo que rechazamos que concurra el supuesto previsto en el artículo 61.2 de la misma norma y que nos encontremos en consecuencia ante un crédito contra la masa.
Podemos citar en este sentido el contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, núm. 304 de fecha 6 de Octubre del 2010 (ROJ: SAP B 7977/2010), Recurso: 281/2010, cuando se refiere también en un supuesto de permuta por solar a edificar a que *"El Sr. Magistrado explica de manera suficiente las razones por las que considera que los créditos invocados no son contra la masa, debiendo incluirse en el ámbito de aplicación del art. 61.1 LC y no en su apartado 2, por haberse cumplido íntegramente por los actores su prestación principal.*
El apartado 1 del art. 61 LC, que viene a establecer la esencia misma del concurso, contempla el supuesto de contratos con obligaciones recíprocas en los que, a la fecha de declaración del concurso, una parte haya cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tenga pendiente el cumplimiento total o parcial de las suyas. El tratamiento consecuente es que el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la masa pasiva del concurso. Es decir, si la prestación pendiente es a cargo del concursado, se incluirá como deuda en la masa pasiva y el acreedor deberá someterse a las reglas concursales para el cobro de su crédito, que no será prededucible.
Distinto es el supuesto siguiente, que contempla el art. 61.2: se trata aquí de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. La regla legal es que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos que se encuentren en esta situación, y las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa, es decir, constituirán un crédito contra la masa. La norma se coordina con el art. 84.2.6º LC, que como se ha visto establece que son créditos contra la masa "los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso".
En el mismo sentido se ha pronunciado también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, núm. 96 de fecha 27 de Febrero del 2012 (ROJ: SAP IB 498/2012), Recurso: 413/2011, con un criterio similar cuando concluye que *"Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de fecha 30 de marzo de 2010, en el contrato de permuta con aportación de solar a cambio de obra futura, el aportante transmite la propiedad -salvo reserva de dominio- del solar al constructor a cambio, bien de uno o varios pisos o locales -que serán parte del futuro edificio que éste ha de construir sobre el terreno en cuestión-, bien de un porcentaje sobre lo edificado o sobre los beneficios de venta de lo construido.*
El objeto del contrato se duplica en dos tipos de bienes: un bien presente -el solar- y otro futuro -el piso o local por construir-. De este hecho se deriva la obligación mixta del constructor, quien debe no sólo entregar el o los apartamentos, sino construir con anterioridad el edificio... Conforme a la doctrina expuesta, este Tribunal, en el caso concreto que nos ocupa y precisamente porque la propia recurrente reconoce haber cumplido íntegramente su prestación con anterioridad al momento de declaración del concurso y sin que a dicha fecha hubiera vencido el plazo para el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la concursada, comparte la argumentación que se recoge en la resolución apelada, en orden a que en sede concursal nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 61.1 de la Ley concursal.
Al efecto recordar que como ya dijera este Tribunal en sentencia de fecha 5 de abril de 2011, en el diseño de la Ley Concursal, el régimen de los contratos con obligaciones reciprocas esta en función de si en el momento de la declaración de concurso, ha existido o no cumplimiento por alguna de las partes; si en ese momento el negocio hubiera sido ejecutado por uno de los contratantes, estará sometido al artículo 61.1 de tal forma que el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso; y si estuviera pendiente de cumplimiento total o parcialmente por las dos partes, estará sujeto al artículo 61.2, en virtud del cual las deudas del concurso se satisfarán con cargo a la masa...
En conclusión, el actor permutante, que aún no ha recibido la obra futura e inacabada, debe ser considerado como acreedor concursal."
Incluso en la Sentencia núm.531, de fecha 12 de noviembre de 2012, de esta Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón, hemos examinado un supuesto también de cesión de solar a cambio de obra, sin que ni siquiera se discutiera en el mismo si el crédito podía tener la consideración de crédito contra la masa, centrándose por el contrario el debate en si a los efectos de lo establecido en el artículo 90-1-4º de la Ley Concursal el crédito de la demandante tiene la consideración de un crédito con privilegio especial, ante la

existencia de una condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad, nada de lo que se ha alegado o probado en el presente procedimiento.
Procede por todo ello y en definitiva desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución recurrida.": SAP Castellón (Sección 3) 19.11.2013 (Sentencia 451/2013; Rollo 380/2013)

AP La Coruña

"QUINTO: Tampoco se aprecia violación de los arts. 61 y 62 de la LC, rectamente interpretados por la sentencia apelada. Ello es así dado que, como muy bien señala el juez a quo, la demandante carece de acción para pretender la resolución del contrato por incumplimiento, conforme a lo establecido en el art. 62.1 de la LC, que únicamente reserva tal posibilidad a los contratos pendientes de cumplimiento tanto por parte del concursado como por la otra parte (esto es a los contratos a los que se refiere el apartado 2 del art. 61) y además en el caso de contratos de tracto único, sólo con base en incumplimientos posteriores al autode declaración del concurso. Y, en este caso, la actora había cumplido totalmente su prestación mediante la cesión del monte a la parte demandada.": SAP La Coruña (Sección 4) 12.01.2012 (Sentencia 5/2012; Rollo 621/2011)

AP Las Palmas

"PRIMERO.- Con la demanda que dió inicio al presente incidente concursal, se ejercita por la demandante CASCADA DEL SOL, S.L una acción de resolución contractual por incumplimiento de un contrato de permuta de suelo por una vivienda y una suma de dinero. El 11 de julio de 2007, las partes suscribieron una escritura de permuta de suelo por obra futura previa segregación. Se pactó como fecha de construcción 30 meses desde la obtención de la licencia de obras o 36 meses desde la escritura (11 de julio de 2010) y de entrega a los 3 meses de la finalización de la construcción, El 1 de julio de 2010 se declaró el concurso de VIJAVI 03, S.L. sin que la concursada haya construido lo comprometido.
La resolución de instancia, desestima la demanda. Contra dicho pronunciamiento se alza la parte actora reproduciendo, como motivos de impugnación y en síntesis los mismos argumentos esgrimidos en la instancia y en suplica de que se estime en su integridad su demanda y se declare resuelto el contrato de permuta con devolución del solar, señalando que sigue en la posesión de hecho del mismo, alegando a diferencia de su escrito de demanda que de la escritura pública se deducia la no entrega de la posisión.
SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos del debate, y puesto que no ha sido puesto en duda entre los litigantes la realidad del contrato de permuta en que la parte actora basa su pretensión, la primera cuestión a debatir a centrarse en la determinación de la naturaleza del crédito que ostentaría el actor contra la concursada, como consecuencia de la entrega de la propiedad del solar a cambio de una vivienda en la obra futura, y una suma económica, teniendo en cuenta para ello, que al tiempo de declararse el concurso, la parte demandante había cumplido íntegramente las prestaciones a su cargo, al entregar la propiedad del solar mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (pues en la propia esacritura se establece que se entrega como máximo a los seis meses de otorgarse la escritura) y que a esta fecha la concursada no había cumplido su obligación de entregar las vivienda, incluso se reconoce por la propia concursada, que a dicha fecha no había iniciado la obra objeto del referido contrato de permuta.
En el contrato de permuta con aportación de solar a cambio de obra futura, el aportante transmite la propiedad -salvo reserva de dominio- del solar al constructor a cambio, bien de uno o varios pisos o locales que serán parte del futuro edificio que éste ha de construir sobre el terreno en cuestión-, bien de un porcentaje sobre lo edificado o sobre los beneficios de venta de lo construido o un derecho de vuelo.
El objeto del contrato se duplica en dos tipos de bienes: un bien presente -el solar- y otro futuro -el piso o local por construir-. De este hecho se deriva la obligación mixta del constructor, quien debe no sólo entregar el o los apartamentos, sino construir con anterioridad el edificio...
El hecho de que el contrato se caracterice por este intercambio de bienes de distinta naturaleza presente y futura-, ha motivado que la mayoría de los autores que han tratado el tema se decanten por calificarlo de Permuta de cosa presente por cosa futura. Evidenciando así la especial cualidad de uno de sus objetos, a saber: el edificio por construir.
El dueño del solar transmitirá la propiedad del mismo al constructor, normalmente, mediante tradición instrumental, por virtud del artículo 1.462 del Cc. La circunstancia de que la transmisión del solar se documente usualmente en escritura pública, hace que no se plantee dificultad alguna para llevar a cabo este tipo de tradición.
Frente al derecho de propiedad del que es titular el constructor -siempre salvo reserva de dominio-, el aportante no goza más que, en principio, de un derecho de crédito dirigido a exigir de la contraparte el cumplimiento de su obligación, cual es la entrega del piso o local. El aportante podrá ejercer todas aquellas facultades que, como cualquier titular de un derecho de crédito, le concede el Código Civil.
El hecho de que el bien que se ha de transmitir no exista en el momento de celebrarse el contrato, hace cuestionarse a la doctrina cómo y cuándo se transfiere su propiedad. La principal dificultad a salvar, no es otra que la necesidad en Derecho español de llevar a cabo la traditio para considerar transmitida la propiedad. No es posible la tradición real, pues no hay manera de entrar, real y efectivamente, en posesión del bien. No cabe tampoco tradición instrumental de algo inexistente, ya que, para que el otorgamiento de la escritura pueda significar tradición, es preciso que el vendedor posea, efectivamente, la finca que vende. Hay que deducir, por tanto, que si la propiedad no se puede transmitir porque la cosa no existe, habrá que esperar a que exista ésta para llevar a cabo aquélla.
Cuando, durante la ejecución del contrato, se produce el concurso del constructor (o empresa constructora), la posición del aportante puede verse seriamente dañada.

La problemática se suscita cuando, declarado el concurso, el concursado todavía no ha entregado las viviendas o locales, mientras que el cedente del terreno ya ha cumplido con su obligación.
La declaración de concurso implica una ruptura en la equivalencia de las prestaciones, pues el aportante, a cambio de su prestación íntegra, no recibirá, como acreedor en el concurso, más que una prestación disminuida por la ley del dividendo, en principio.... Todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedan integrados en la masa pasiva del concurso, declarado que ha sido éste (art. 49 LC); y siendo la permuta de tracto único, cedido el solar y no entregada la contraprestación por la concursada, se excluye la aplicación de los num. 2 y 3 del art. 61, de la LC ante el supuesto de incumplimiento por parte de una, siendo aplicable el art. 61.1 por el cual: "En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso"....
En suma, es cierto que en los contratos similares al ahora examinado la posición del transmitente del solar frente a los incumplimientos de su adquirente queda manifiestamente debilitada por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, sin que algunas de las posibles garantías imaginables para proteger su derecho, como sería la reserva de dominio, resulten idóneas para la mayoría de estos contratos, dado que el adquirente del solar normalmente lo hipotecará para poder financiar la edificación. Sin embargo esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento"
TERCERO.- En el supuesto de autos al momento de la declaración del concurso el 1 de julio de 2010 aun no se había cumplido el plazo para la entrega del vuelo que era de 3 meses desde la finalización de la construcción, para esta finalización se señaló el 11 de julio de 2010.
Conforme a la expuesto, en el fundamento anterior y en el caso concreto que nos ocupa y precisamente porque la propia recurrente en su demanda, reconoce haber cumplido íntegramente su prestación con anterioridad al momento de declaración del concurso y sin que a dicha fecha hubiera vencido el plazo para el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la concursada, comparte la argumentación que se recoge en la resolución apelada, en orden a que en sede concursal nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 61.1 de la Ley concursal.
Si bien en el recurso CASCADA DEL SOL, S.L, señala que no ha entregado el solar, si bien no se pueden añadir hechos nuevos en vía de recurso, conviene señalar que si lo ha entregado pues de la escritura se deduce que la entrega se realizará dentro de seis meses del otorgamiento de la misma, plazo que a transcurrido con creces.
En conclusión, el actor permutante, que aún no ha recibido la obra futura e inacabada, debe ser considerado como acreedor concursal, sin que pueda tener cabida, la resolución contractual por incumplimiento, pues esta posibilidad se reserva en el artículo 61.2 de la Ley concursal a supuestos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y tampoco pueda instar el cumplimiento in natura mediante la exigencia de la entrega del bien, pues de este modo se vulneraría el principio de universalidad concursal de la masa activa en cuanto que provocaría la salida de la misma de determinados bienes fuera de los supuestos expresamente establecidos y del mismo principio respecto a la masa pasiva, por cuanto, como se ha indicado, el artículo 61.1 convierte al permutante en acreedor concursal.": SAP Las Palmas (Sección 4) 10.09.2013 (Sentencia 285/2013; Rollo 306/2012)

AP Murcia

"Esta Sala coincide con la sentencia de primera instancia en que la declaración de concurso de la demandada tiene trascendencia relevante a la hora de determinar cuáles son los efectos de la resolución del contrato celebrado entre las partes, pues estamos ante una situación singular, que exige un tratamiento específico, que se encuentra no tanto en el precepto invocado por la sentencia apelada (aplicación analógica del art. 73.2 LC), pues no es necesario recurrir a la analogía cuando existe una norma específica, que es el art. 61.1 LC. Este precepto es señalado por la apelante para fundamentar su recurso, indicando que no se ha mencionado en la sentencia de primera instancia, si bien considera que el realmente aplicable es el apartado 2 de dicho precepto, para el caso de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes. En todo caso, el principio iura novit curia (art. 218.1, párrafo segundo LEC) permite a la Sala invocar la norma correcta para fundamentar su decisión.
Establece el art. 61.1 LC cuando regula la vigencia tras la declaración del concurso de los contratos con obligaciones recíprocas: "En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso".
El contrato de permuta de finca por obra futura contiene obligaciones recíprocas para ambas partes, pero en este caso al declararse el concurso sólo restaban obligaciones para la concursada, pues el dueño del solar había cumplido las suyas, al transmitir la propiedad del mismo en el año 2007, no habiendo cumplido la otra parte con la construcción y entrega de la vivienda y trastero a que se comprometía. En consecuencia, al declararse el concurso, la deuda que tenía la concursada con quien le transmitió la propiedad de la finca (el valor de la obra a entregar se fijó en 40.000 #) se ha de incluir en la masa pasiva. La finca, cuya propiedad es de la mercantil a quien se había transmitido en base a dicho contrato, se incluye en el activo de la concursada, formando parte de su patrimonio (art. 76 LC), y por ello no ha lugar al efecto de devolución de la misma, pues

la solución establecida por el precepto para el caso concreto examinado es la de incluir en el pasivo la deuda que tiene con la parte contraria, deuda que no puede ser la entrega de la construcción no realizada, por lo que se concreta en su valor económico (40.000 #). Además en el presente caso no sería posible la devolución de la finca, porque la misma está gravada con una hipoteca a favor de un tercero, y la existencia del concurso conlleva incluso su calificación como crédito con privilegio especial (art. 90.1.1º LC) y la posibilidad de la ejecución dentro de dicho procedimiento (art. 155 LC)": SAP Murcia (Sección 4) 06.11.2014 (Sentencia 634/2014; Rollo 545/2014)

AP Pontevedra

"PRIMERO.-La demanda incidental pretende el otorgamiento de escritura pública respecto de determinadas fincas de un inmueble, totalmente libre de cargas y gravámenes a favor de las personas en cuyo provecho acciona. El sustento de esta pretensión son los contratos celebrados en su día, 8 julio 2004 respecto de D. Franco y Doña Alejandra, y el 20 mayo 2005 respecto de Doña Jacinta y D. Jesús, consistentes en la permuta de solar por obra, concretamente por bajos comerciales, pisos y plazas de garaje en el inmueble a construir sobre el solar. Se dice en la demanda incidental que el primer inmueble está ejecutado en su totalidad, y habitado desde hace más de un año, mientras que el que deriva del segundo contrato no está finalizado aún, estando ejecutada en torno al 50% de la obra. Se ejercita, así, acción de cumplimiento contractual.
La sentencia desestima la pretensión ejercitada al considerar que, estando plenamente cumplida la obligación de los demandantes, y siendo el incumplimiento de la concursada anterior a la declaración de concurso de acreedores, deviene en aplicación la norma del art. 61.1 LC, debiendo incluirse el crédito de los demandantes en la masa pasiva del concurso, cuantificando en dinero la prestación debida conforme dispone el art. 88.3 LC.
Contra dicha sentencia se alza la parte actora pero únicamente respecto del primer contrato de permuta celebrado el 8 de julio de 2004, argumentado, en esencia que, es posible la prosperabilidad de la acción de cumplimiento in natura que exige, habiendo infringido la resolución impugnada el art. 61.2 LC al considerar posible la acción de cumplimiento contractual de entrega de los pisos, locales y plazas de garaje libres de cargas y gravámenes, sin que pueda oponerse a ello la ausencia de impugnación del inventario y la lista de acreedores como pronunciamientos intangibles fuera de los concretos cauces impugnatorios de tales actos.
SEGUNDO.-Vaya por delante que, de lo actuado en el incidente, no puede estimarse acreditado ni que la obra haya sido terminada antes de la declaración del concurso, ni que el matrimonio a favor del cual se acciona en esta alzada, lleve ocupando el inmueble antes de dicha declaración. Como bien señala la administración concursal, de la documental aportada, única prueba existente, la certificación del Registro de la Propiedad se refiere a una obra nueva en construcción (inscripción 2ª y 3ª que constan a los folios 68 y 69), no a una obra terminada. Tampoco existe prueba alguna de la ocupación de los diversos pisos y locales por D. Franco y Doña Alejandra antes de declararse el concurso. En todo caso, la cuestión resulta inocua a los efectos que ahora interesan cuando la propia promotora del incidente manifiesta en el hecho quinto de su demanda que, a día de su redacción, las obligaciones derivadas de los contratos de permuta se encuentran pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, pues la entrega de las viviendas y la transmisión de la propiedad de las mismas a la que la concursada se obligó, no se ha efectuado por la administración concursal pese a los intentos de solventar dicha situación amistosamente. Es decir, no se ha cumplido la obligación de entrega, con independencia incluso de que la obra estuviera materialmente terminada, y menos en los términos pactados en el contrato de permuta, libre de cargas, gravámenes y arrendatarios pues, como resulta incontrovertido, y además es objeto principal de la pretensión de la parte apelante, sobre el inmueble que nos ocupa pesa una carga hipotecaria consistente en dos hipotecas constituidas a favor de Caixanova en garantía de la restitución de 923.700 euros y 1.236.500 euros, ambos importes de principal.
Desde la perspectiva eminentemente contractual, la situación ante la que nos encontramos es el caso más frecuente en este tipo de negocios de cambio de solar por pisos o locales de futura construcción sobre aquél, íntimamente conectados con las figuras clásicas de la compraventa y la permuta. La jurisprudencia ya desde los años 70 comenzó a hablar de permuta al referirse a este contrato. Así en STS 9 noviembre 1972 lo encaja dentro de los términos del art. 1538 CC que define el contrato de permuta. En los años siguientes el alto Tribunal oscila entre las denominaciones de contrato atípico de permuta o simplemente de contrato atípico. La STS de 5 julio 1989 resume la Jurisprudencia existente hasta la fecha hablando de permuta especial, o de permuta de solar por cosa futura, o bien como contrato atípico o, finalmente, de contrato atípico do ut des no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el CC. Lo cierto es que el diseño contractual y obligacional de esta figura no ha planteado mayor complejidad en la definición del sinalagma.
Así, la STS 14 junio 2007 (nº recurso 3427/2000), señala que un contrato como el presente, de permuta de suelo para construir, a cambio de superficie edificada (pisos o locales), presenta la característica de ser generador de la obligación de entrega de una cosa futura, por lo que ya se consideró en la Sentencia de esta Sala, de 15 de junio de 1992 que "al versar sobre una cosa speratae, aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o 'traditio'". Se origina, en definitiva, un cambio de cosa presente, como es el solar o la parcela, por otra futura, la parte de superficie construida que se pacta, de la obra a realizar, de tal manera que el otorgamiento de la escritura de permuta o aportación del suelo edificable implica su entrega, pero sin que pueda operar la tradición ficta del artículo 1462 del Código Civil, en relación con las futuras viviendas o locales, por ser bienes que no existen en ese momento. Por todo ello, la jurisprudencia de esta Sala ha catalogado este tipo de contratos como atípicos, diferenciándolos, pese a la denominación que les hayan podido dar los contratantes, del contrato de permuta de bienes presentes, en que las cosas a intercambiar existen y están determinadas desde

su celebración y pueden ser adquiridas por los permutantes, de tal manera que, en la modalidad contractual que ahora se examina, admitida por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 13 de marzo y 3 de octubre de 1997, 1 de diciembre de 2000, 26 de febrero de 2001 y 6 de febrero de 2002, "no será sino hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión a las demandantes, cedentes del suelo, como justa contraprestación, siendo después de su entrega cuando se produzca la adquisición del dominio"(Sentencia de 26 de abril de 2007).
No existe tampoco discusión acerca de que en esta figura contractual el dueño del solar transmite la propiedad del mismo al constructor desde el inicio, normalmente mediante la tradición instrumental por virtud del art. 1462 CC, lo que no plantea dificultad alguna para llevar a cabo este tipo de tradición.
En el supuesto que nos ocupa, por lo tanto, D. Franco y Doña Alejandra cumplieron íntegramente su obligación de entrega del solar, mientras que la concursada incumplió la obligación de entregar determinados pisos, locales y plazas de garaje a construir, libres de cargas, gravámenes y arrendatarios en el momento en que se declara el concurso. Además, resulta de interés tener en cuenta hechos que no resultan controvertidos y recogidos en la sentencia impugnada explicando lo ocurrido a la concursada cuando, al quedar descabezado el órgano de administración con la desaparición de D. Ambrosio, sin ser sustituido, la estructura productiva se paraliza, planteando los trabajadores masivas demandas de despido resueltas por la jurisdicción social pocos meses después de la desaparición, y se produce la suspensión de facultades desde la declaración del concurso, de forma que la administración concursal en momento alguno se ha planteado la reanudación de la actividad, sin tener siquiera que solicitar el cese de actividad (art. 44 LC) en tanto en cuanto al inicio de sus funciones la actividad empresarial ya es nula.
Sentado lo anterior y declarado el concurso con la obra, sino terminada, cuando menos no estando entregada ni en disposición de serlo en las condiciones pactadas, resulta evidente que el permutante no ha adquirido el dominio (teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento sobre los arts. 609 y 1095 CC) y no puede, en consecuencia, ejercitar el derecho de separación del art. 80 LC ni sobre la superficie en construcción, o sobre lo ya construido pero no entregado ni con posibilidad de serlo en los términos pactados, ni sobre el primitivo solar, que entró definitivamente en el patrimonio del promotor con la primera de las escrituras.
TERCERO.-La conclusión de todo lo expuesto es que nos encontramos ante un supuesto contractual que, en lo que al caso interesa, una de las partes ha cumplido íntegramente la prestación a que le obligaba el contrato, mientras que la otra parte ha incumplido de forma total la suya.
En sede concursal, la respuesta a las diversas vicisitudes contractuales, a los efectos que la declaración del concurso provoca en los contratos, se regula en los arts. 61 a 63 LC.
El art. 61, al disciplinar los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas, distingue dos supuestos:
-que en el momento de la declaración de concurso una de las partes haya cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tenga pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, caso en que el crédito de la parte que ha cumplido se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso.
-que en el momento de la declaración de concurso existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en cuyo caso la Ley proclama la vigencia del contrato no obstante el concurso, precisando que las obligaciones que pesen sobre el concursado se satisfarán con cargo a la masa.
El supuesto que nos ocupa tiene claramente su encaje en el art. 61.1 LC, por lo que no resulta de aplicación ni su apartado segundo ni el art. 62 LC, de ahí que no pueda entenderse vulnerado este precepto por la resolución impugnada, dada su inaplicación al caso que nos ocupa.
El art. 61.1 establece que en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.
Lo anterior implica que el permutante debe ser considerado acreedor concursal, como así ha ocurrido en el presente concurso, y a tal fin sirve la regla establecida en el art. 88 LC cuyo apartado primero acude a la fecha de declaración del concurso para el cómputo de créditos expresados en otra moneda, y que los créditos que tuvieran por objeto prestaciones dinerarias futuras se computarán por su valor a la fecha de la declaración del concurso, efectuándose su actualización conforme al tipo de interés legal vigente en ese momento.
Su consideración y el efecto que produce sobre el contrato, viene impuesto por el art. 61.1 LC, de forma que, con carácter general no tendrá cabida la resolución contractual por incumplimiento, pues esta posibilidad se reserva en el art. 61.2 LC a los supuestos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, y tampoco cabe instar el cumplimiento in natura mediante la exigencia de entrega del bien pues de este modo, además de ir contra lo expresamente establecido en el art. 61.1 LC, violenta el principio de universalidad concursal de la masa activa en cuanto provocaría la salida de la misma determinados bienes fuera de los supuestos expresamente establecidos (arts. 76 y ss LC, y especialmente el art. 80 LC como antes se ha indicado), y del mismo principio respecto de la masa pasiva por cuanto, como se ha indicado, el art. 61.1 convierte al permutante en acreedor concursal, por lo que debe integrarse en la masa pasiva tal y como establece el art. 49 LC.
No es necesario insistir que de permitirse la vulneración de estas normas, y concretamente el pago in natura de un acreedor concursal con un bien integrante de la masa activa sin someterse a ningún tipo de calificación, prelación o preferencia, implica, además de las vulneraciones antes expuestas, un claro perjuicio para el resto de los acreedores concursales.
En esta línea, sobre el tratamiento de esta figura contractual de permuta o contrato atípico de aportación de solar, se ha pronunciado el TS, de 27 abril 2009 (rec. 963/2004) en un supuesto prácticamente idéntico al que nos ocupa, si bien bajo la aplicación de la legislación anterior a la nueva Ley Concursal, en la que introduce referencia a la nueva normativa de los arts. 61 a 63 LC señalando que, el problema de las relaciones jurídicas

preexistentes a la quiebra aparece hoy regulado, con referencia al concurso, en los arts. 61 a 70 de la Ley Concursal de 2003art.61 art.62 art.63 art.64 art.65 art.66 art.67 art.68 art.69 art.70, disponiendo el apdo.1 del art. 61 que trata en particular del caso de un contrato con obligaciones recíprocas en el que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra no, que el crédito o la deuda que corresponde al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.
Se adopta, pues, una solución similar a la de la jurisprudencia anterior a la Ley Concursal, pues la sentencia de 2 de enero de 1978 no es una resolución aislada ya que su criterio se encuentra también en la sentencia de 23 de abril de 2003 (rec. 2810/97) al negar un derecho de ejecución parcial sobre el patrimonio de la quebrada a un contratista que había cumplido íntegramente sus obligaciones para con aquélla y pretendía conservar el dominio sobre los materiales aportados a la obra, respuesta por demás similar a la que, en relación con una sociedad declarada en estado de suspensión de pagos a la que se oponía una reserva de dominio no inscrita, dio la sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2000 (rec. 1870/95).
Y añade la meritada sentencia ante la situación en que puede quedarse el permutante que, en suma, es cierto que en los contratos similares al ahora examinado la posición del transmitente del solar frente a los incumplimientos de su adquirente queda manifiestamente debilitada por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, sin que algunas de las posibles garantías imaginables para proteger su derecho, como sería la reserva de dominio, resulten idóneas para la mayoría de estos contratos, dado que el adquirente del solar normalmente lo hipotecará para poder financiar la edificación.
Sin embargo esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento.
CUARTO.-De igual modo, la concreta pretensión que se ejercita tanto en la instancia como en esta alzada respecto de la exigencia de cumplimiento de la obligación de la entrega de inmuebles pactada en cumplimiento del contrato de permuta, libres de cargas y gravámenes, deviene imposible en sede concursal en que se ha reconocido la existencia de un acreedor con garantía hipotecaria sobre tales bienes, y especialmente cuando nos encontramos en fase de liquidación.
Fuera ya del supuesto especial del art. 155.3 LC de enajenación dentro del concurso del bien afecto a un privilegio especial, con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente, es lo cierto que no existe posibilidad jurídica para eliminar la carga hipotecaria, fuera de hipótesis marginales e impensables de la aquiescencia, sin contrapartida alguna, del acreedor con garantía hipotecaria.
El bien referido se ha integrado en la masa activa (art. 76 LC), y además está directamente afecto al pago del crédito con privilegio especial (arts. 90.1.1º y art. 155.1 LC), sin que pueda sustraerse a dicha masa activa, y menos para pagar, con preferencia no reconocida en la norma concursal, frente al resto de los acreedores, a otro acreedor concursal en perjuicio de aquellos, pero especialmente en perjuicio del acreedor con privilegio especial que, sin causa alguna, ve eliminada su garantía. ": SAP Pontevedra (Sección 1) 16.11.2010 (Sentencia 547/2010; Rollo 630/2010)

“CUARTO.-La problemática que plantea el contrato de permuta de solar por obra futura en el ámbito de un concurso ha sido ya objeto de análisis por esta Sección, en sentencia de fecha 16/11/2010, dictada en unos autos de incidente concursal promovido por los transmitentes de un solar en exigencia del cumplimiento de la obligación de entrega de los inmuebles comprometidos en contraprestación por parte de la promotora, a la postre declarada en situación de concurso. Y cuyas consideraciones son perfectamente válidas para el supuesto ahora examinado, de también incumplimiento por la promotora concursada de su obligación de entrega de la obra futura convenida, por más que aquí, en vez de solicitarse el cumplimiento del contrato, se interese la devolución de la finca objeto de permuta como consecuencia bien de la declaración de nulidad del contrato o bien de su resolución contractual.
En aquella sentencia se venía a señalar que:
"En sede concursal, la respuesta a las diversas vicisitudes contractuales, a los efectos que la declaración del concurso provoca en los contratos, se regula en los arts. 61 a 63 LC.
El art. 61, al disciplinar los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas, distingue dos supuestos:
-que en el momento de la declaración de concurso una de las partes haya cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tenga pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, caso en que el crédito de la parte que ha cumplido se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso.
-que en el momento de la declaración de concurso existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en cuyo caso la Ley proclama la vigencia del contrato no obstante el concurso, precisando que las obligaciones que pesen sobre el concursado se satisfarán con cargo a la masa.
El supuesto que nos ocupa tiene claramente su encaje en el art. 61.1 LC, por lo que no resulta de aplicación ni su apartado segundo ni el art. 62 LC, de ahí que no pueda entenderse vulnerado este precepto por la resolución impugnada, dada su inaplicación al caso que nos ocupa.
El art. 61.1 establece que en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.
Lo anterior implica que el permutante debe ser considerado acreedor concursal, como así ha ocurrido en el presente concurso, y a tal fin sirve la regla establecida en el art. 88 LC cuyo apartado primero acude a la fecha de declaración del concurso para el cómputo de créditos expresados en otra moneda, y que los créditos que

tuvieran por objeto prestaciones dinerarias futuras se computarán por su valor a la fecha de la declaración del concurso, efectuándose su actualización conforme al tipo de interés legal vigente en ese momento.
Su consideración y el efecto que produce sobre el contrato, viene impuesto por el art. 61.1 LC, de forma que, con carácter general no tendrá cabida la resolución contractual por incumplimiento, pues esta posibilidad se reserva en el art. 52 LC a los supuesto de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, y tampoco cabe instar el cumplimiento in natura mediante la exigencia de entrega del bien pues de este modo, además de ir contra lo expresamente establecido en el art. 61.1 LC, violenta el principio de universalidad concursal de la masa activa en cuanto provocaría la salida de la misma de determinados bienes fuera de los supuestos expresamente establecidos (art. 76 y ss LC, y especialmente el art. 80 LC como antes se ha indicado), y del mismo principio respecto de la masa pasiva por cuanto, como se ha indicado, el art. 61.1 convierte al permutante en acreedor concursal, por lo que debe integrarse en la masa pasiva tal y como establece el art. 49 LC.
No es necesario insistir que de permitirse la vulneración de estas normas, y concretamente el pago in natura de un acreedor concursal con un bien integrante de la masa activa sin someterse a ningún tipo de calificación, prelación o preferencia, implica, además de las vulneraciones antes expuestas, un claro perjuicio para el resto de los acreedores concursales.
En esta línea, sobre el tratamiento de esta figura contractual de permuta o contrato atípico de aportación de solar, se ha pronunciado el TS, sentencia de 27/4/2009, en un supuesto prácticamente idéntico al que nos ocupa, si bien bajo la aplicación de la legislación anterior a la nueva Ley Concursal, en la que introduce referencia a la nueva normativa de los art. 61 a 63 LC señalando que, el problema de las relaciones jurídicas preexistentes a la quiebra aparece hoy regulado, con referencia al concurso, en los arts. 61 a 70 de la Ley Concursal de 2003, disponiendo el apdo. 1 del art. 61 que trata en particular del caso de un contrato con obligaciones recíprocas en el que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra no, que el crédito o la deuda que corresponde al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso".
Pues bien, sobre la base de tales consideraciones ha de procederse a la resolución del supuesto sometido a enjuiciamiento, para el caso de que puedan ser previamente despejadas el resto de objeciones planteadas en el escrito de recurso.
Así, por lo que se refiere a la alegación por la actora recurrente de inexistencia de traditio en la permuta, se impone su inatención, por cuanto nos encontramos ante la transmisión de participaciones indivisas sobre una concreta finca urbana adquiridas por herencia, que no ante la mera transmisión de derechos hereditarios. Cuál cabe desprender del contenido de la escritura pública de litis de permuta de bien presente por obra futura, de fecha 17/1/2008. Lo que da pie a la entrada en juego de la traditio instrumental del art. 1462 párrafo 2º CC. Y con la consiguiente inoperatividad, por lo tanto, del art. 1467 del Código Civil.
Tampoco cabe advertir la existencia de vulneración de la normativa protectora de consumidores y usuarios, al presentarse el contenido del contrato no como de mera adhesión sino como resultado de una particular negociación entre las partes contratantes, con estipulaciones destinadas propiamente a velar por los intereses de la actora permutante (cuál la cláusula penal por retraso del otorgando sexto), y con directa formalización ante notario.
Por lo que respecta a la pretensión de nulidad contractual, los motivos que se aducen como soporte del vicio de consentimiento, por error en la actora y dolo en la promotora concursada, tampoco se acreditan debidamente. Toda vez, la declaración en concurso de la entidad "Diéguez Blanco SL" tiene lugar transcurridos más de tres años de la formalización del contrato de permuta entre las partes, sin que haya constancia alguna de una situación económica deficitaria de la mercantil al tiempo de la concertación del referido negocio. Y la entrega del aval bancario por la promotora a la parte cedente de la finca se fijó en el contrato para el momento en que le fuese a aquélla concedida la licencia municipal de construcción, cuya no obtención -por más que responsabilizando de ello a la entidad "Diéguez Blanco SL"- reconoce en definitiva la actora en su papeleta de conciliación de fecha 9/11/2010.
De otra parte, la no fijación en el contrato de permuta de un plazo para la solicitud de licencia de construcción podía haber sido solucionado en último término por la demandante recurriendo a la posibilidad ofrecida en el art. 1128 del Código Civil. Y, para el supuesto de que la promotora no diese cumplimiento a sus obligaciones, ello nos situaría en el ámbito del incumplimiento contractual. Que permite instar la resolución del contrato. Ahora bien, debiendo supeditar su ejercicio, tras la declaración de concurso, a las previsiones contenidas en la LC.
Ello en cuenta, en el caso de litis, al encontrarnos ante un supuesto contractual en que una de las partes contratantes (la actora) ha cumplido íntegramente la prestación a la que le obliga el contrato, mientras que la otra parte (la demandada concursada) ha incumplido de forma total la suya, viene a resultar de aplicación el art. 61-1 LC.
Teniendo en cuenta también que el hecho de que la actora haya cumplido íntegramente sus obligaciones contractuales al tiempo de la declaración del concurso determina la inaplicación de los efectos prevenidos en el art. 61-2 LC, así como la imposibilidad de resolución contractual, por incumplimiento, en los términos del art. 62 LC.
Siendo así que, la mencionada STS de fecha 27/4/2009 viene a concluir que "En suma, es cierto que en los contratos similares al ahora examinado la posición del transmitente del solar frente a los incumplimientos de su adquirente queda manifiestamente debilitada por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, sin que algunas de las posibles garantías imaginables para proteger su derecho, como sería la reserva de dominio, resulten idóneas para la mayoría de estos contratos, dado que el adquirente del solar normalmente la hipotecará para poder financiar la edificación. Sin embargo esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser

en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento".
En consecuencia, se impone la desestimación del recurso de apelación por lo que concierne a la pretensión de devolución de la finca a la actora y consiguiente confirmación de la sentencia de instancia impugnada.": SAP Pontevedra (Sección 1) 19.04.2013 (Sentencia 102/2013; Rollo 890/2012)

AP Valencia

"PRIMERO.- El juzgado mercantil 3 de Valencia dictó sentencia, con fecha 19-11-12 que excluyendo la aplicación del artículo 62 LC, y considerando aplicable el artículo 61.1. y no el 62.1 LC, concluía que el actor permutante que aún no ha recibido la obra futura e inacabada ha de ser considerado como acreedor concursal, sin que pueda tener cabida la resolución por incumplimiento, puesto que la posibilidad del artículo 61,2 LC se reserva a los supuestos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, y tampoco puede instarse el cumplimiento en natura mediante la exigencia a la entrega del bien, pues de este modo se vulneraría el principio de universalidad concursal de a masa activa provocando la salida de la misma de determinados bienes fuera de los supuestos expresamente establecidos. Se calificó el crédito del accionante como ordinario, debiendo computarse en dinero, en concreto en el valor dado a la contraprestación-viviendas- en la propia escritura, sin derecho al devengo de los intereses reclamados (...)
TERCERO.- La cuestión esencial a dilucidar se refiere a la posibilidad, por parte de la Corporación municipal demandante, de instar la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada, pues en la demanda se solicitaba se declarara resuelto el contrato de permuta de terrenos de titularidad municipal para la construcción de sesenta y siete viviendas de protección oficial, con los correspondientes anexos formalizados por el Ayuntamiento de Villarrobledo y la sociedad cooperativa de viviendas séptimo centenario en escritura pública de 19.9.96, habiéndose subrogado la concursada en su condición de cesionaria, y ello por incumplimiento grave del plazo de ejecución imputable única y exclusivamente a la sociedad concursada, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración, acordándose la pérdida de garantías y el retorno a la propiedad del suelo transmitido y urbanización y edificaciones ejecutadas a favor del Ayuntamiento, sin contraprestación para este salvo en cuanto a la subrogación en cargas hipotecarias vigentes y por el capital pendiente de amortización, en su caso, que se hubieran concertado para financiar la construcción y al rescate del valor del suelo por valor equivalente, al precio en que fue adjudicado en su día, aminorado en un 10% en concepto de cláusula penal, acordándose la cancelación y/o las inscripciones registrales procedentes, para adaptar el registro a la nueva situación.
La parte apelante invoca otras resoluciones, dictadas por esta Sala, en sentido opuesto al acogido por el Juzgador, lo que, en opinión del recurrente, comporta la existencia de dos tesis en sentido opuesto. Sin embargo, tal apreciación no puede compartirse, puesto que, en primer lugar -lo que es hecho esencialaquellas no se refieren al mismo supuesto aquí examinado, a la existencia de compraventa, en que, por tanto, existirían obligaciones pendientes de cumplimiento para ambas partes contratantes. En el supuesto presente, la Corporación demandante ha cumplido íntegramente, porque aquí no hay obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, sino que el cedente ha cumplido íntegramente la obligación a su costa que era la entrega del terreno donde iba a llevarse a cabo la edificación, lo que ya determina la inaplicabilidad de las argumentaciones del recurso.
En tal sentido, conviene recordar que la STS de 27 de Abril del 2009 (ROJ: STS 2392/2009) Recurso: 963/2004 | Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN, indicaba que :
El problema de las relaciones jurídicas preexistentes a la quiebra aparece hoy regulado, con referencia al concurso, en los arts. 61 a 70 de la Ley Concursalde 2003, disponiendo el apdo.1del art. 61que trata en particular del caso de un contrato con obligaciones recíprocas en el que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra no, que el crédito o la deuda que corresponde al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. Se adopta, pues, una solución similar a la de la jurisprudencia anterior a la Ley Concursal...lasentencia de 2 de enero de 1978no es una resolución aislada ya que su criterio se encuentra también en la sentencia de 23 de abril de 2003 (rec. 2810/97) al negar un derecho de ejecución parcial sobre el patrimonio de la quebrada a un contratista que había cumplido íntegramente sus obligaciones para con aquélla y pretendía conservar el dominio sobre los materiales aportados a la obra, respuesta por demás similar a la que, en relación con una sociedad declarada en estado de suspensión de pagos a la que se oponía una reserva de dominio no inscrita, dio la sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2000 (rec. 1870/95).
Y, asimismo, la STS 8997/2012 de 18-12-12, establece, con carácter general, en cuanto al ejercicio de las acciones aquí invocadas que :
9. Una vez aclarado en qué consiste la excepción de incumplimiento contractual, y su relación con la exigencia de cumplimiento y con la acción de resolución por incumplimiento, procede analizar cómo afecta la declaración de concurso de una de las partes, al ejercicio de esta excepción frente a la pretensión de inclusión del crédito de la contraparte en la lista de acreedores.
La Ley Concursal regula en los arts. 61 y ss. los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En el caso de contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas para las partes, el art. 61 LC distingue según el contrato esté pendiente de cumplimiento por una de las partes o por ambas.
Si está pendiente de cumplimiento sólo por el deudor concursado, el art. 61.1 LC prescribe que el derecho de la contraparte (parte in bonis) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal, cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte in bonis, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC.
Sin embargo, si el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes, "las

prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa". Ello sin perjuicio de que el juez del concurso pueda acordar la resolución del contrato en interés del concurso, a instancia de la administración concursal o, en su caso, del deudor concursado, conforme a lo previsto en el art. 61.2.II LC.
Pero lo anterior no impide que un contrato con obligaciones recíprocas pueda ser objeto de resolución por incumplimiento de una de las partes, si bien el art. 62 LC distingue según se trate de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo. Si es de tracto único, sólo cabe la resolución del contrato fundada en el incumplimiento del contrato cuando fuera posterior a la declaración del concurso. En el caso de contratos de tracto continuado, cabe instar la resolución del contrato por incumplimiento, con independencia de si éste es anterior o posterior a la declaración de concurso.
En cualquier caso, declarado el concurso, el art. 62.2 LC atribuye expresamente al juez del concurso el conocimiento de las demandas de resolución de los contratos en que sea parte el deudor concursado, que se sustanciarán por un incidente concursal. Y con ocasión del ejercicio de esta acción de resolución del contrato, aunque "exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato", con los efectos previstos en el art. 62.3 LC. Lógicamente, si no se solicita o no se aprecia el reseñado interés del concurso en la continuidad del contrato, el juez acordará la resolución del contrato, con un efecto liberatorio respecto de las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, prosigue el art. 62.4 LC, "se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa".
De todo lo anterior no puede sino concluirse la corrección de la conclusión obtenida en la sentencia, a la que no se oponen, como afirma el recurrente, las resoluciones anteriores dictadas por esta Sala, en otro tipo de supuestos, sin que proceda analizar los hechos alegados desde la perspectiva de que la tercera prórroga de ejecución fue concedida concurriendo vicio del consentimiento, que ni fue alegado en su momento, ni, por ello, valorado en esta segunda instancia. La calificación del crédito, como consecuencia de lo anterior, es correcta y la sentencia ha de ser confirmada, con rechazo del recurso planteado.": SAP Valencia (Sección 9) 12.11.2013 (Sentencia 258/2013; Rollo 502/2013)

"CUARTO. La segunda razón dada por el Juzgador de inviabilidad de la acción entablada, al quebrar el fundamento legal en que se apoya la parte demandante, es de confirmar, y el Tribunal comparte, acepta y reproduce los razonamientos técnico jurídicos dados en tal punto en la sentencia recurrida (FD TERCERO) pues sin olvidar que el artículo legal expresado en la demanda de la acción entablada fue el 62 de la Ley Concursal, dicho precepto refiere a contratos bilaterales donde pende, a la hora de declararse el concurso, el cumplimiento de obligaciones recíprocas, que al caso no ocurre, pues la demandante, a tal época, no tiene obligación pendiente prestación que cumplir y la concursada tiene pendiente el cumplimiento parcial (entrega de tres viviendas dado que la entrega dineraria está cumplida). Por ende, nos encontramos en la situación reglada en el artículo 61-1 de la Ley Concursal, no en la del artículo 61-2 y 62 de igual texto legal, como certeramente sienta el Juzgador por lo que es improcedente la resolución del contrato de permuta.
Este Tribunal, en asunto similar, dictó sentencia de 12/11/2013 (Rollo 502/2013) en una acción de resolución de contrato de permuta de solar por obra deducida en incidente concursal y ya motivo la inviabilidad resolutiva en los mismos términso que ahora se plantea diciendo:
<< En tal sentido, conviene recordar que la *STS de 27 de Abril del 2009 (ROJ: STS 2392/2009) Recurso: 963/2004* | Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN, indicaba que :
El problema de las relaciones jurídicas preexistentes a la quiebra aparece hoy regulado, con referencia al concurso, en los arts. 61 a 70 de la Ley Concursalde 2003, disponiendo el apdo.1del art. 61que trata en particular del caso de un contrato con obligaciones recíprocas en el que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra no, que el crédito o la deuda que corresponde al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. Se adopta, pues, una solución similar a la de la jurisprudencia anterior a la Ley Concursal....la sentencia de 2 de enero de 1978 no es una resolución aislada ya que su criterio se encuentra también en la sentencia de 23 de abril de 2003 (rec. 2810/97) al negar un derecho de ejecución parcial sobre el patrimonio de la quebrada a un contratista que había cumplido íntegramente sus obligaciones para con aquélla y pretendía conservar el dominio sobre los materiales aportados a la obra, respuesta por demás similar a la que, en relación con una sociedad declarada en estado de suspensión de pagos a la que se oponía una reserva de dominio no inscrita, dio lasentencia de esta Sala de 28 de abril de 2000 (rec. 1870/95)>>
Añadiendo:
<< La Ley Concursal regula en los arts. 61 y ss. los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En el caso de contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas para las partes, el art. 61 LCdistingue según el contrato esté pendiente de cumplimiento por una de las partes o por ambas.
Si está pendiente de cumplimiento sólo por el deudor concursado, el art. 61.1 LC prescribe que el derecho de la contraparte (parte in bonis) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte in bonis, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC.
Sin embargo, si el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes, "las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa". Ello sin perjuicio de que el juez del concurso pueda acordar la resolución del contrato en interés del concurso, a instancia de la administración concursal o, en su caso, del deudor concursado, conforme a lo previsto en el art. 61.2.II LC.
Pero lo anterior no impide que un contrato con obligaciones recíprocas pueda ser objeto de resolución por incumplimiento de una de las partes, si bien el art. 62 LCdistingue según se trate de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo. Si es de tracto único, sólo cabe la resolución del contrato fundada en el incumplimiento

del contrato cuando fuera posterior a la declaración del concurso. En el caso de contratos de tracto continuado, cabe instar la resolución del contrato por incumplimiento, con independencia de si éste es anterior o posterior a la declaración de concurso.>>
Por consiguiente, no es de aplicación al asunto enjuiciado el artículo 62 al que refiere el artículo 61-2 Ley Concursal y procede la desestimación de la acción resolutoria, por lo que es inviable hacer pronunciamiento indemnizatorio por aplicación de una cláusula penal dada la falta de la premisa a al que se condiciona su aplicación.": SAP Valencia (Sección 9) 07.05.2014 (Sentencia 131/2014; Rollo 1042/2013)

"Resulta de los autos -y ello no se discute-, que la entidad demandada ha incumplido con su obligación de entrega de la vivienda adosada en el plazo convenido en el contrato suscrito por las partes en fecha 1 de diciembre de 2005, pero dicha cuestión es irrelevante en relación con la decisión adoptada por el Juzgador a quo, al venir esta determinada por la situación de concurso de la mercantil Paquemas y la inviabilidad de la acción entablada al amparo del artículo 62 LC.
En relación a tema es de advertir que se dan en el caso presente circunstancias esencialmente iguales a las que concurrían en el rollo de apelación 1042/13, -dimanante del incidente concursal 533/12 instado por la Sra. Celestina también contra la mercantil Paquemas XXI SL-, por lo que cabe reproducir lo que al efecto indicamos en la sentencia por la que resolvíamos dicho recurso, de fecha 7 de mayo de 2014 (Pnte. Sr. GONZALO CARUANA FONT DE MORA): "... *sin olvidar que el artículo legal expresado en la demanda de la acción entablada fue el 62 de la Ley Concursal, dicho precepto refiere a contratos bilaterales donde pende, a la hora de declararse el concurso, el cumplimiento de obligaciones recíprocas, que al caso no ocurre, pues la demandante, a tal época, no tiene obligación pendiente prestación que cumplir y la concursada tiene pendiente el cumplimiento parcial (entrega de tres viviendas dado que la entrega dineraria está cumplida)* [en este caso, una vivienda adosada]. *Por ende, nos encontramos en la situación reglada en el artículo 61-1 de la Ley Concursal, no en la del artículo 61-2 y 62 de igual texto legal, como certeramente sienta el Juzgador por lo que es improcedente la resolución del contrato de permuta.*
Este Tribunal, en asunto similar, dictó sentencia de 12/11/2013 (Rollo 502/2013) en una acción de resolución de contrato de permuta de solar por obra deducida en incidente concursal y ya motivo la inviabilidad resolutiva en los mismos términos que ahora se plantea diciendo:
<< En tal sentido, conviene recordar que la STS de 27 de Abril del 2009 (ROJ: STS 2392/2009) Recurso: 963/2004 | Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN, indicaba que :
El problema de las relaciones jurídicas preexistentes a la quiebra aparece hoy regulado, con referencia al concurso, en los arts. 61 a 70 de la Ley Concursal de 2003, disponiendo el apdo.1del art. 61que trata en particular del caso de un contrato con obligaciones recíprocas en el que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra no, que el crédito o la deuda que corresponde al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. Se adopta, pues, una solución similar a la de la jurisprudencia anterior a la Ley Concursal....la sentencia de 2 de enero de 1978 no es una resolución aislada ya que su criterio se encuentra también en la sentencia de 23 de abril de 2003 (rec. 2810/97) al negar un derecho de ejecución parcial sobre el patrimonio de la quebrada a un contratista que había cumplido íntegramente sus obligaciones para con aquélla y pretendía conservar el dominio sobre los materiales aportados a la obra, respuesta por demás similar a la que, en relación con una sociedad declarada en estado de suspensión de pagos a la que se oponía una reserva de dominio no inscrita, dio la sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2000 (rec. 1870/95)>>
Añadiendo:
<< La Ley Concursal regula en los arts. 61 y ss. los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En el caso de contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas para las partes, el art. 61 LCdistingue según el contrato esté pendiente de cumplimiento por una de las partes o por ambas.
Si está pendiente de cumplimiento sólo por el deudor concursado, el art. 61.1 LC prescribe que el derecho de la contraparte (parte in bonis) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte in bonis, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC.
Sin embargo, si el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes, "las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa". Ello sin perjuicio de que el juez del concurso pueda acordar la resolución del contrato en interés del concurso, a instancia de la administración concursal o, en su caso, del deudor concursado, conforme a lo previsto en el art. 61.2.II LC.
Pero lo anterior no impide que un contrato con obligaciones recíprocas pueda ser objeto de resolución por incumplimiento de una de las partes, si bien el art. 62 LC distingue según se trate de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo. Si es de tracto único, sólo cabe la resolución del contrato fundada en el incumplimiento del contrato cuando fuera posterior a la declaración del concurso. En el caso de contratos de tracto continuado, cabe instar la resolución del contrato por incumplimiento, con independencia de si éste es anterior o posterior a la declaración de concurso.>> "
De forma más concreta la reciente STS de 22 de mayo de 2014, en relación con un contrato de permuta, señala: " *Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación el art. 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del art. 62.1 LC, porque sólo lo admite en los casos del art. 61.2 LC, esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso. Todo ello, sin perjuicio de la distinción que el art. 62.1 LC hace entre contratos de tracto sucesivo y único, para permitir en el primer caso la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en*

el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tal y como hemos declarado en las Sentencias 505/2013, de 24 de julio, y 510/2013, de 25 de julio.
Pero la razón de la desestimación de la resolución del contrato no es tanto que se trata de un contrato de tracto único y que el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso, como que en ese momento tan sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada, por lo que no eran de aplicación los arts. 61.2 y 62.1 LC, sino el art. 61.1 LC. En este caso, la demandante tenía un crédito concursal cuyo incumplimiento, una vez declarado el concurso, no puede justificar la resolución del contrato sino la reclamación del crédito (aunque consista en una prestación de dar cosa específica) dentro del concurso ".
Por tanto, y siguiendo la doctrina jurisprudencial citada, no es de aplicación al caso el artículo 62 al que se refiere el artículo 61.2 LC, por lo que ha de ser desestimada la acción resolutoria y confirmada la sentencia dictada en la instancia, resultando con ello innecesario entrar a examinar el resto de los motivos del recurso de apelación.": SAP Valencia (Sección 9) 30.06.2014 (Sentencia 198/2014; Rollo 991/2013)

AP Vizcaya

"TERCERO.- De la calificación del crédito:
I.-La apelante Lupiola SL alega que esta deuda de 120.000 euros no puede tener la consideración de crédito contra la masa, porque el documento contractual del cual deriva la aplicación de la cláusula penal, el privado de 25 de abril de 2006, elevado a escritura pública el 3 de agosto de 2006, es fecha anterior a la declaración del concurso voluntario de Lupiola SL que aconteció el 12 de marzo de 2013, siendo que debe ser calificado como crédito concursal ordinario.
II.-Los créditos contra la masa están relacionados taxativamente en el artículo 84.2 de la LC, siendo que el n º 6 dispone que "Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado". Y este precepto según la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012 tiene su antecedente en los arts. 61.2 y 62.1 de la LC.
La STS de 18 de diciembre de 2012, establece, con carácter general, que:
" 9. Una vez aclarado en qué consiste la excepción de incumplimiento contractual, y su relación con la exigencia de cumplimiento y con la acción de resolución por incumplimiento, procede analizar cómo afecta la declaración de concurso de una de las partes, al ejercicio de esta excepción frente a la pretensión de inclusión del crédito de la contraparte en la lista de acreedores.
La Ley Concursal regula en los arts. 61 y ss los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En el caso de contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas para las partes, el art. 61 LC distingue según el contrato esté pendiente de cumplimiento por una de las partes o por ambas.
Si está pendiente de cumplimiento sólo por el deudor concursado, el art. 61.1 LC prescribe que el derecho de la contraparte (parte in bonis) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal, cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte in bonis, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC.
Sin embargo, si el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes, "las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa". Ello sin perjuicio de que el juez del concurso pueda acordar la resolución del contrato en interés del concurso, a instancia de la administración concursal o, en su caso, del deudor concursado, conforme a lo previsto en el art. 61.2.II LC.
Pero lo anterior no impide que un contrato con obligaciones recíprocas pueda ser objeto de resolución por incumplimiento de una de las partes, si bien el art. 62 LC distingue según se trate de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo. Si es de tracto único, sólo cabe la resolución del contrato fundada en el incumplimiento del contrato cuando fuera posterior a la declaración del concurso. En el caso de contratos de tracto continuado, cabe instar la resolución del contrato por incumplimiento, con independencia de si éste es anterior o posterior a la declaración de concurso.
En cualquier caso, declarado el concurso, el art. 62.2 LC atribuye expresamente al juez del concurso el conocimiento de las demandas de resolución de los contratos en que sea parte el deudor concursado, que se sustanciarán por un incidente concursal. Y con ocasión del ejercicio de esta acción de resolución del contrato, aunque "exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato", con los efectos previstos en el art. 62.3 LC. Lógicamente, si no se solicita o no se aprecia el reseñado interés del concurso en la continuidad del contrato, el juez acordará la resolución del contrato, con un efecto liberatorio respecto de las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, prosigue el art. 62.4 LC, "se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa".
III.-En base a lo expuesto, este motivo de apelación debe ser estimado, y, en consecuencia calificarse a este crédito de los actores como crédito concursal ordinario, al encuadrarse en el art. 61.1 de la LC que dispone que "En los contrato celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las pares hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso".
No nos encontramos ante un supuesto del art. 61.2 LC ni tampoco del art. 62.1 de la LC, y ello pese a que la sentencia de instancia ha declarado la resolución contractual (cuya consecuencia produciría efectos ex tunc, volviendo al estado preexistente, según STS de 26 de marzo de 2012), lo cual no ha sido recurrido en esta alzada, sino que estamos ante un supuesto de cumplimiento del contrato puesto que los actores han

transferido la propiedad de los terrenos y han recibido el valor de los mismos si bien mediante la prestación sustitutoria a través de la ejecución del aval en vez de la entrega de los inmuebles, teniendo pendiente la concursada el pago de la cláusula penal por importe de 120.000 euros.
El supuesto examinado queda subsumido, como hemos dicho, en las previsiones del art. 61.1 de la LC incluyéndose el crédito de los actores en la lista de acreedores como crédito ordinario, y ello atendiendo a la obligación principal definitoria del contrato de autos, que en el caso lo es de permuta, en que la obligación de una parte consiste, como dispone el art. 1.538 del Código Civil en la entrega de la cosa, y la recíproca, en hacer otro tanto con un mueble futuro, siendo que la obligación principal del permutante es entregar los terrenos en los que se iba a realizar la promoción inmobiliaria y quien los recibe se obliga, a su vez, además de entregar la cantidad de dinero en metálico, a entregar la cosa futura que ha a construir en ella.
Una de las partes ha cumplido su obligación, como lo fueron los transmitentes-actores, pero la otra no, la concursada- demandada, al tiempo de la declaración del concurso, siendo que quienes cedieron los terrenos se convierten en acreedores concursales, integrándose así en el masa pasiva del concurso": SAP Vizcaya (Sección 4) 12.11.2014 (Sentencia 631/2014; Rollo 387/2014)

JM-1 Bilbao

"TERCERO.- La calificación del crédito del permutante
Como en el precedente incidente frente a RESIDENCIAL VIVIENDAS DEL CANTABRICO S.L. hay polémica entre las partes sobre la calificación del crédito del permutante. En su informe la administración concursal considera que nos encontramos ante una relación que puede subsumirse en las previsiones del art. 61.1 LC, razón por la que incluye en la lista de acreedores a la transmitente, reconociéndole un crédito en parte ordinario y en parte contingente. La razón es que estima completamente cumplida por la misma su prestación, aunque no suceda otro tanto con la sociedad concursada.
La posición contraria mantiene el promotor del incidente, al que se suman otros permutantes, considerando que es de aplicación el art. 61.2 LC. Afirman que hay obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, lo que determina, aplicando dicha norma, que no haya crédito concursal, que sigan vigentes las obligaciones recíprocas y, sobre todo, que las obligaciones que se derivan de esos contratos lo serán con cargo a la masa.
La transmitente del inmueble discute incluso que nos encontremos ante un contrato de permuta, citando la jurisprudencia que considera nos hallamos ante un contrato atípico de aportación de solar a cambio de piso en el edificio a construir y dinero (STS 30 septiembre de 1993).
La pretensión que se sostiene por el actor ciertamente es difícil de acomodar a la propia naturaleza de lo pactado por las partes, semejante a una permuta. Esta, según el art. 1.538 del Código Civil (CCv), se produce cuando "uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra". La dueña de los terrenos sobre los que se lleva a cabo la promoción inmobiliaria por la concursada, "dieron" los mismos a cambio de obtener "otras" futuras, aún no existentes, pues se verificaría a través de los complejos contratos que suscribieron con la deudora, que en definitiva suponía diversas compensaciones y, sobre todo, bienes que aparecerían en el momento de realizarse la declaración de obra nueva.
De ahí que sea complicado comprender como el permutante pueda aún tener obligaciones recíprocas a su cargo, ya que su prestación, la entrega de los terrenos sobre los que se realiza la promoción inmobiliaria, ya se ha producido y se ha inscrito en el Registro de la Propiedad el 19 de abril de 2007. Para demostrar la existencia de obligaciones pendientes se alega, en primer lugar, que el Plan General de Laredo se encontraba pendiente de aprobación definitiva al otorgarse la escritura, y hoy sigue en idéntica situación. Tal circunstancia no impide constatar cómo en la escritura se transmite el inmueble, de modo que se ha atendido completamente la obligación que corresponde al tradens conforme al art. 1.538 CCv.
Se alega también que existe un contrato de "cesión de uso en precario" firmado el 10 de abril de 2007, por que la transmitente podía seguir ocupando y disfrutando la edificación hasta que o los aprovechamientos urbanísticos estuvieran definitivamente concretados. Tal contrato, sin embargo, sólo ratifica el convencimiento de que efectivamente Dª M. transmitió su propiedad, pues el propietario no necesita reconocimiento alguno para ostentar la posesión. Si hubo de articularse una fórmula posesoria de esa clase, a pesar de la contradicción que supone el binomio precario/contrato, es que el dominio se transmitió, lo que ratifica que la permuta se cumplió por una de las partes, y está aún pendiente de cumplimiento por la otra.
Se aduce no obstante que la transmitente tiene obligaciones pendientes de cumplimiento porque ha de entregar la posesión del inmueble como consecuencia de lo estipulado en el "contrato de cesión de uso en precario". Tampoco puede acogerse la alegación, porque el transmitente cumplió con la obligación y transmitió el dominio. Diez días después deciden regular la situación posesoria en un contrato que no supone novación del anterior. La obligación se cumplió por la propietaria, que transmite el dominio del inmueble –es decir, da la cosa, en los términos que usa el art. 1.538 CCv- en la escritura pública de 30 de marzo de 2007. Pero la regulación de la situación posesoria se organiza posteriormente y por decisión de la propiedad, que por la razón que fuera concede un uso gratuito a la antigua propietaria, que ya había cumplido con su parte de la permuta al transmitir el dominio y luego se encuentra la liberalidad de la sociedad concursada al permitirle continuar en el uso de bien.
Se elucubra también sobre los avales prestados para garantizar el abono de las cantidades. Toda la argumentación carece de base, porque el obligado a constituir los avales es la sociedad, y los incorporados a la escritura pública de permuta así lo hacen constar, pues la entidad bancaria que los concede "Avala a PROMOCION Y GESTION INMOBILIARIA ZAISA S.L., provista de CIF... ante Dª. M., en adelante beneficiario de la garantía...". No es posible convertir en obligación de esta última lo que sólo obligación de garantía que tiene que constituir el adquirente. No hay tampoco, por este motivo, obligación pendiente de la permutante.

Finalmente se pretende que hay esas clases de obligaciones por la cláusula de revisión del precio, que se somete a una ecuación de superficie, en exceso o defecto, a la que se aplica un precio por metro cuadrado o simplemente por el mero hecho de la y ubicación y elección del futuro bien permutado. Habrá que sentar que las partes han fijado un precio cierto, perfectamente determinado y concretado en la escritura. No obstante han previsto que pueda revisarse en ciertas circunstancias, que pueden concurrir o no. Ello no desvirtúa que una obligación, la del transmitente, esté completamente satisfecha, porque se ha transmitido el dominio del inmueble. Lo que podrá modificarse es la contraprestación que se realice por el adquirente, que en función de las circunstancias que concurran determinarán un importe mayor o menor, lo que a su vez supone la modificación del precio del inmueble que se otorga a cambio. De nuevo, por lo tanto, nos encontramos con la parte de la obligación que debe atender la sociedad, no el transmitente.
Todo cuanto se aduce de la teoría del título y el modo es irrelevante, porque se cumplió con la obligación del permutante al transmitir, a cambio de la contraprestación convenida, el inmueble de autos, inscrito en el Registro de la Propiedad como titularidad de la sociedad el 19 de abril de 2007.
En definitiva, para la aplicación del art. 61.1 LC hay que estar a la obligación principal, la definitoria del contrato. En el caso de la permuta, la obligación de una parte consiste, como dispone el art. 1.538 CCv, en entregar la cosa, y la recíproca, en hacer otro tanto con el inmueble futuro. En este caso, la obligación principal del permutante es entregar los terrenos en los que se va realizar la promoción inmobiliaria. Quien los recibe se obliga, a su vez, a entregar la cosa futura que va a construir en ella.
Si una de las partes ha cumplido su obligación y la otra no, es de aplicación la regla del art. 61.1 LC. Esto significa que quien cedió los terrenos se convierte en acreedor concursal, integrándose así en la masa pasiva del concurso, de modo que ha de desestimarse la demanda. ":SJM-1 Bilbao 21.12.2009 (Sentencia 952/2009; Incidente Concursal 374/2009; Concurso 12/2009)

"SEGUNDO.- La reclamación de los Sres. E.
No puede dejar de aludirse al incidente concursal nº 355/2009-D, resuelto por sentencia nº 958/2009 de 22 de diciembre pasado, que se extendía en las razones por las que consideraba de aplicación al contrato de permuta las previsiones del art. 61.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). En resumen, en un contrato de permuta en el que el permutante haya hecho entrega ya de los inmuebles, lo procedente, como insta el demandante, es incluir en la lista de acreedores el importe del crédito en la cuantía y calificación que proceda.
El negocio se recogió en escrituras públicas aportadas como docs. nº 1 y 2 de la demanda, en las que se transmitían las fincas y se estipulaban las condiciones para adquirir unas futuras viviendas, garajes y un local comercial, valorando los futuras bienes que se permutarían en 273.400,87 en el caso de los señores E. y de 424.455 en el caso de las Sras. M. y B..
La administración concursal no entiende de aplicación el art. 61.1 LC a los señores E., pues en su opinión existen obligaciones recíprocas pendientes por ambas partes. Para justificarlo se indica que en la escritura de permuta se obligan los citados señores a devolver 19.138,06 euros recibidos en préstamos de RESIDENCIAL VIVIENDAS DEL CANTABRICO S.L.
Analizando las cláusulas 9ª y 10ª del contrato de permuta se observa que el préstamo se concede para el abono del IVA, que la concursada ha repercutido esa cantidad que es la prestada. No se trata, por lo tanto, de una obligación principal, que es la que puede ser equivalente a la contraprestación, sino puramente accesoria, ya que se facilita con ese préstamo el abono de tal impuesto. El préstamo, por lo tanto, es un negocio accesorio para facilitar a los permutantes el pago del IVA de la operación. Constará, por lo tanto, en la masa activa del concurso, como crédito frente a los demandantes, y sus estipulaciones podrán influir en la fecha de entrega de los futuros inmuebles. Pero no constituyen obligación principal de la permuta pactada.
Las obligaciones principales en el contrato de permuta son las derivadas del art. 1.538 del Código Civil (CCv) "… dar una cosa para recibir otra". El carácter sinalagmático de la permuta se define por dar una cosa y recibir otra. La bilateralidad del contrato se centra en la íntima relación de ambas prestaciones, que no se entienden la una sin la otra, pues constituyan la esencia de esta clase de contratos. Cuando las partes disponen un préstamo para financiar el IVA del permutante, regulan una obligación secundaria, que no modifica la naturaleza del contrato, ni impide la aplicación del régimen previsto en el art. 61.1 LC.
La obligación principal del permutante, la definida en el art. 1.538 CCv, se cumplió en el mismo momento en que se otorga la escritura de permuta. Es la del deudor luego concursado la única pendiente de cumplimiento, y el préstamo concedido no enturbia las obligaciones, recíprocas según expresión del artículo 61.2 LC, de las partes.
Por esas mismas razones no puede acogerse que la obligación del permutante no se haya cumplido "íntegramente", como exige el art. 61.1 LC. Con la escritura de permuta los Srs. E. cumplieron su parte, pues entregaron la finca al promotor inmobiliario. Lo que luego haya acontecido es irrelevante, pues una de las partes cumplió con su obligación contractual. Ya no le resta más que cumplir, y por lo tanto, el precepto es perfectamente aplicable.
TERCERO.- La reclamación de las Sras. B. y S.
Semejantes consideraciones hay que hacer en el caso de las demandantes. Dice la administración concursal que, en su caso, se obligaron a abonar 6.000 euros en compensación por los distintos valores de los inmuebles permutados. En la cláusula 2ª lo que se dice es que "…dado que la superficie asignada a la vivienda elegida no es definitiva, el exceso de superficie que le sea entregado, a contar desde los 90 metros cuadrados construidos, será abonado por Dª B. y Dª SA. simultáneamente a la entrega de la vivienda, a razón de 1.500 euros/m2 construido, más otros 6.000 euros, por haber elegido una vivienda en esquina".
Como se aprecia, las permutantes se obligan a compensar en metálico la diferencia de valor entre el inmueble que entregan y el futuro que habrán de recibir, en función de la futura superficie, que aún no es definitiva, y en todo caso 6.000 euros por su elección de vivienda en esquina. Esa compensación no oscurece la obligación

principal, que es la entrega de su inmueble. Tampoco perturba la contraprestación, que es la vivienda y local comercial que si el deudor atendiera la promoción inmobiliaria, habría de recibir. Se trata sencillamente de una forma de equilibrar el distinto valor de los inmuebles, que además se pospone al futuro.
El que una cantidad de escaso monto para el total de la operación quede diferida a un pago futuro no permite considerar que las demandantes no hayan cumplido "íntegramente" su obligación. Lo han hecho, con la entrega del inmueble, que es la prestación esencial a la que alude el ya citado art. 1.538 CCv. ":SJM-1 Bilbao 30.12.2009 (Sentencia 985/2009; Incidente Concursal 334/2009; Concurso 12/2009)

JM-1 Oviedo

"Resuelto el aspecto relativo a la falta de legitimación para promover la primera de las pretensiones, resta detenerse la posición concursal del propietario del solar que cede su dominio al promotor a cambio de la entrega futura de una superficie edificada.
La jurisprudencia de la Sala 1ª viene distinguiendo este contrato, que denomina "permuta de cosa futura", de la permuta de bienes presentes, en que ambas cosas existen y están determinadas desde su celebración, configurándolo bien como una simple modalidad de este último bien como un contrato atípico. Así la STS de 30-5-2006 resalta que la permuta de cosa futura, más que un contrato atípico, es "una especie del contrato de permuta, semejante a la compraventa de cosa futura, pues no en vano compraventa y permuta son contratos análogos ya que realmente la permuta se puede descomponer en dos compraventas y a aquélla se aplican las normas de ésta conforme dispone el artículo 1541 del Código civil.".
La operativa que suele seguirse entre permutante y promotor, íntimamente ligada al iter constructivo, es la que sigue:
1.- Un contrato privado en el que permutante y promotor acuerdan la entrega del solar a cambio de una superficie edificada futura, concretada, bien en metros cuadrados, bien en determinados inmuebles;
2.- Dicho contrato es elevado a escritura pública.
3.- El promotor otorga la escritura pública de obra nueva y división en propiedad horizontal.
4.- Concluida físicamente la obra, el promotor otorga la escritura de declaración de final de obra a la que se adjunta como anexo el certificado final de la dirección de obra.
5.- Por último, permutante y promotor otorgan la escritura en la que se documenta la transmisión de la superficie edificada al permutante, generalmente en forma de compraventa.
A diferencia de la moderna doctrina civilista, que atribuye efectos traslativos de la superficie construida a la primera de las escrituras públicas ex art. 1462.II CC, el Alto Tribunal difiere la adquisición del dominio al momento en que, concluida la obra, pueden los bienes objeto de permuta ser entregados, siquiera a través de la traditio ficta que constituye la segunda de las escrituras públicas mencionadas, existiendo hasta entonces una mera obligación de entrega de cosa futura por el promotor. Así, la STS de 26-4-2007 señala que "a diferencia del contrato de permuta de bienes presentes, en que ambas cosas existen y están determinadas desde su celebración, y pueden ser adquiridas por los permutantes, en esta modalidad contractual, admitida por esta Sala, entre otras muchas en Sentencias de 13 de marzo y 3 de octubre de 1997, 1 de diciembre de 2000, 26 de febrero de 2001 y 6 de febrero de 2002, no será sino hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión a las demandantes, cedentes del suelo, como justa contraprestación, siendo después de su entrega cuando se produzca la adquisición del dominio".
En la misma línea y con mayor amplitud se muestra la STS de 14-6-2007, a cuyo tenor "un contrato como el presente, de permuta de suelo para construir, a cambio de superficie edificada (pisos o locales), presenta la característica de ser generador de la obligación de entrega de una cosa futura, por lo que ya se consideró en la Sentencia de esta Sala, de 15 de junio de 1992que "al versar sobre una cosa speratae, aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o 'traditio' ". Se origina, en definitiva, un cambio de cosa presente, como es el solar o la parcela, por otra futura, la parte de superficie construida que se pacta, de la obra a realizar, de tal manera que el otorgamiento de la escritura de permuta o aportación del suelo edificable implica su entrega, pero sin que pueda operar la tradición ficta del artículo 1462 del Código Civil, en relación con las futuras viviendas o locales, por ser bienes que no existen en ese momento. Por todo ello, la jurisprudencia de esta Sala ha catalogado este tipo de contratos como atípicos, diferenciándolos, pese a la denominación que les hayan podido dar los contratantes, del contrato de permuta de bienes presentes, en que las cosas a intercambiar existen y están determinadas desde su celebración y pueden ser adquiridas por los permutantes, de tal manera que, en la modalidad contractual que ahora se examina, admitida por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 13 de marzo y 3 de octubre de 1997, 1 de diciembre de 2000, 26 de febrero de 2001 y 6 de febrero de 2002, "no será sino hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión a las demandantes, cedentes del suelo, como justa contraprestación, siendo después de su entrega cuando se produzca la adquisición del dominio" (Sentencia de 26 de abril de 2007). En definitiva, no cabe prescindir en estos casos del requisito del "modo", pues la entrega necesaria para la adquisición del dominio sólo se podrá materializar al tiempo de la efectiva construcción y entrega de la posesión de la vivienda en cuestión a los permutantes, incluso en casos como el presente en que se elevó el contrato de permuta a escritura pública (…) Se trata, como señala la Sentencia de 18 de febrero de 2005, de "una propiedad confusa, o genérica, y no entregada".
Sentado lo anterior y declarado el concurso con la obra inconclusa, resulta evidente que el permutante no ha adquirido el dominio y no puede, en consecuencia, ejercitar el derecho de separación del art. 80 LC ni sobre la superficie en construcción ni sobre el primitivo solar, que entró definitivamente en el patrimonio del promotor con la primera de las escrituras. Pero más allá de esto, la posición jurídica del permutante en el concurso se antoja poco clara, hasta el punto de que, en ocasiones, se le niega la condición de acreedor sobre la base,

errónea, de que la Ley Concursal sólo contempla a los acreedores dinerarios, a pesar de la dicción del art. 88.3 LC.
Para una correcta comprensión de la posición acreedora del permutante en el concurso hemos de acudir a los arts. 61 y 62 LC, según el contrato esté vigente o haya sido resuelto. Dado que la resolución está siendo objeto del procedimiento Ordinario 334/09 del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Avilés, cuya acumulación ha sido acordada por este juzgador al presente concurso, procede limitarse a examinar cómo se refleja el derecho del permutante en la lista de acreedores cuando el contrato se halla aún vigente, cual es el caso de autos.
El art. 61, al disciplinar los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas, distingue dos supuestos:
a) que en el momento de la declaración de concurso una de las partes haya cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tenga pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, caso en que el crédito de la parte in bonis se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso.
b) que en el momento de la declaración de concurso existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en cuyo caso la ley proclama la vigencia del contrato no obstante el concurso, precisando que las obligaciones que pesen sobre el concursado se satisfarán con cargo a la masa.
En el caso de autos, acontecida la declaración de concurso con la obra inacabada, con la entrega del suelo el permutante ha cumplido íntegramente su obligación con carácter previo al concurso, restando a cargo del promotor la obligación de entrega de los inmuebles acordados. Ello nos sitúa en el art. 61.1, a cuyo tenor el crédito no dinerario del permutante será ordinario (art. 89.3) y habrá de computarse en dinero, concretamente 300.000 €, que es el valor atribuido a la contraprestación en la escritura, (art. 88.3), sin que el hecho de que el pago del IVA o de parte de los gastos notariales o registrales a que viene obligado contractualmente el permutante puedan legitimar a éste para interesar la aplicación del art. 61.2 en vez del art. 61.1. En efecto, si partimos de que la ontología del crédito contra la masa en materia contractual radica en que el concursado recibe un contravalor actual, hemos de concluir que para encuadrar un tipo contractual en uno u otro apartado del art. 61 hemos de atender al contenido obligacional esencial de ese contrato, a aquél cuya falta lo desnaturaliza, en este caso, el intercambio de bienes inmuebles, dejando de lado aquellas obligaciones accesorias cuyo cumplimiento posterior al concurso por parte del acreedor no implica incremento patrimonial alguno para el concursado. Además, el art. 61 claramente habla de obligaciones recíprocas, esto es, aquellas en que cada una de las obligaciones de las partes es correspectivo de la otra, siendo así que el pago de impuestos o de gastos notariales o registrales por una de las partes no responde a una contraprestación de la otra obligada.
Ciertamente hemos de concluir que la posición concursal del permutante, mero titular de un crédito ordinario, es débil, mas como señala la STS de 27-4-2009 “esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar, mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento”.
Por lo expuesto, siendo correcto el criterio de la administración concursal, que reconoce un crédito ordinario por importe de 300.000 €, calificándolo como contingente por la pendencia del referido procedimiento ordinario, procede la íntegra desestimación de la demanda.”: SJM-1 Oviedo 26.03.2010 (Incidente Concursal 620/2009)

1.2.1. Interpretación *pro cedente* del solar

AP Baleares 2010

“PRIMERO Formulada demanda incidental en ejercicio de las acciones de impugnación de la lista de acreedores y de la masa, y de declarativa de dominio y de cumplimiento de contrato, por parte de D.Florian, D.Nemesio y D.Luis María, contra la entidad "Beltrán Press Group, S.L" y contra la Administración Concursal, en suplico de que se dicte sentencia por la que:
- "se declare que los bienes que se describen en la escritura de permuta como objeto de la contraprestación, local comercial y aparcamiento número 1 de orden, vivienda, trastero y plaza de aparcamiento número 12 y vivienda, trastero y plaza de aparcamiento número 15 descritos en la escritura de permuta son propiedad de mis representados según se dispone en la propia escritura, facilitándose los trámites necesarios para la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad de sus derechos.
- Se reconozca a mis representados los créditos que incluyen el valor de las obras no finalizadas y la penalización prevista en la propia escritura de permuta incluyéndose los mismos en el listado de acreedores por la cuantía y calificación señalada sen el expositivo III de esta demanda.
- Se obliga a Beltran Press Group y/o a la Administración Concursal a pasar por dicha declaración y a entregar la posesión de los referidos inmuebles a mis representados.
Subsidiariamente,
- Se declare resuelto el contrato y se procede a la restitución de la plena propiedad del solar cedido a mis representados o de la cuota de propiedad que corresponda y resulte de la prueba pericial que se practique, procediéndose en todo caso, a la entrega a mis representados de los inmuebles objeto de la contraprestación anteriormente descritos, y
- Se conceda una indemnización por daños y perjuicios incluyéndose la misma en el listado de acreedores por el importe y calificación señalados en el expositivo III de esta demanda",
fue contestada y opuesta por los Administradores Concursales de las entidades "Pavimentos Quimipres Balears, SL"; "Prescon Obra Pública, SA"; "Transports Beltran Vicens, S.L"; "Bestrán Pres Group, S.L"; "Promociones Beltran Suau, S.L" y de D.Leonardo y, no interesada la celebración de

vista, aquélla fue desestimada en la instancia por Sentencia de fecha 16-junio-2009, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que con desestimación de la demanda interpuesta por el Procurador Dª María Ortiz Peñalver en nombre y representación de D.Florian, D.Nemesio y D.Luis María, impugnando el informe de la administración concursal de Beltrán Pres Group S.L, DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO la totalidad los pedimentos formulados por los actores, confirmando el informe de la administración concursal. Todo ello sin expreso pronunciamiento sobre las costas". Contra cuya resolución se alza la representación procesal de los Sres.Florian,Nemesio yLuis María, reclamando el cumplimiento del contrato de permuta, o subsidiariamente su resolución, pues se está ante una necesaria separación de bienes propios pero en poder de la concursada, que sus créditos por obras a realizar deben incluirse como ordinarios en la masa pasiva, con más por retrasos, daños y perjuicios, por todo lo cual interesa la revocación de la sentencia dictada en la instancia por estimación íntegra de los pedimentos según la demanda incidental.
Los Administradores Concursales de las entidades, y del particular, aludidos, se oponen al recurso formalizado de adverso, alegando que al ser declarado el concurso los actores habían cumplido plenamente sus obligaciones, y no así la concursada, por lo que es de aplicación elartº. 61.1, en relación con elartº 84, de la Ley Concursal, y que por tanto no es aplicable el derecho de separación, ni tampoco la resolución del contrato por incumplimiento pues éste sería ante-concursal pero no de tracto sucesivo, por todo lo cual interesa la confirmación íntegra de la resolución recurrida.
SEGUNDO Conviene reseñar, con carácter previo, algunas consideraciones sobre el contrato de permuta inmobiliaria, para luego, según cada caso, plasmar sus consecuencias en el procedimiento concursal del que ha de entregar obra futura a cambio del solar ya recibido. Es un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso y traslativo del dominio, al que le son aplicables como supletorias las disposiciones concernientes a la venta(artº 1.541 del Cº Civil (LEG 1889, 27)). Como las obligaciones de entregar y de saneamiento de las cosas permutadas, que deben ponerse en poder y posesión de la otra parte, en el caso de "do ut des", análogo a la permuta; y que la imposible simultaneidad teórica del intercambio solar-piso obstaculiza la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes Intercambiados tiene el negocio al estar otorgado en escritura pública, pero como la construcción no está terminada, y no procede la resolución contractual, debe convertirse a dinero la obligación pendiente, pactada en la suma de 501.525 Euros, siendo que sólo como crédito contra la masa del total valor se dará aquella eficacia aunque transformada, mientras los restantes elementos edificados se integrarán en la masa activa del concurso. Así, es lo más justo y equitativo, en estos casos, en tanto que, sin la transmisión del solar, no habría edificación, ni ventas, ni préstamos e hipotecas ulteriores, y sólo así, incluyendo el valor del solar como crédito contra la masa, se halla ya definida y transformada la contraprestación asumida por la adquirente-concursada en sus aspectos cualitativo y cuantitativo, proporcionados. Y recordar procede que la obligación de la cesionaria sólo se entiende cumplida cuando la entrega de la obra se hace en las condiciones y características pactadas, e íntegramente y en condiciones de uso y habitabilidad, lo que no es dable en este caso por no finalizada la construcción futura.
Por otra parte, y siguiendo la mejor doctrina, el contrato de aportación de solar consistente, básicamente, en el intercambio que tiene lugar entre dos personas, la una propietaria de un terreno para edificar (o finca a demoler)-<<aportante>>- y una segunda, que se compromete a edificar sobre dicho terreno-<<constructor>>-.
Por virtud del contrato que ambas partes suscriben, el aportante transmite la propiedad -salvo reserva de dominio- del solar al constructor a cambio, bien de uno o varios pisos o locales -que serán parte del futuro edificio que éste ha de construir sobre el terreno en cuestión-, bien de un porcentaje sobre lo edificado o sobre los beneficios de venta de lo construido.
El objeto del contrato se duplica en dos tipos de bienes: un bien presente -el solar- y otro futuro -el piso o local por construir-. De este hecho se deriva la obligación mixta del constructor, quien debe no sólo entregar el o los apartamentos, sino construir con anterioridad el edificio.
Ciertamente, el constructor se dispone a comprar el solar. En el caso de la aportación, uno de los contratantes -el aportante- se obliga a entregar una cosa determinada a cambio no de un precio cierto, sino de otra cosa que todavía no existe. El hecho de que el contrato se caracterice por este intercambio de bienes de distinta naturaleza -presente y futura-, ha motivado que la mayoría de los autores que han tratado el tema se decanten por calificarlo de Permuta de cosa presente por cosa futura. Evidenciando así la especial cualidad de uno de sus objetos, a saber: el edificio por construir.
El dueño del solar transmitirá la propiedad del mismo al constructor, normalmente, mediante tradición instrumental, por virtud delartículo 1.462 del Cc. La circunstancia de que la transmisión del solar se documente usualmente en escritura pública, hace que no se plantee dificultad alguna para llevar a cabo este tipo de tradición.
Como consecuencia del derecho de propiedad sobre el solar del que goza el constructor, no resulta difícil imaginar u este propietario desee, o se vea en la necesidad, de hipotecar el bien. Esta necesidad resulta, a veces, acuciante para el constructor, para quien la posibilidad de hipotecar el suelo se desvela como un factor de incalculable valor económico. La materialización de esa posibilidad le proporcionará un cierto grado de liquidez inmediata, que le permitirá comenzar rápidamente la edificación.
Frente al derecho de propiedad del que es titular el constructor -siempre salvo reserva de dominio-, el aportante no goza más que, en principio, de un derecho de crédito dirigido a exigir de la contraparte el cumplimiento de su obligación, cual es la entrega del piso o local. El aportante podrá ejercer todas aquellas facultades que, como cualquier titular de un derecho de crédito, le concede el Cc.

El hecho de que el bien que se ha de transmitir no exista en el momento de celebrarse el contrato, hace cuestionarse a la doctrina cómo y cuándo se transfiere su propiedad. La principal dificultad a salvar, no es otra que la necesidad en Derecho español de llevar a cabo la traditio para considerar transmitida la propiedad. No es posible la tradición real, pues no hay manera de entrar, real y efectivamente, en posesión del bien. No cabe tampoco tradición instrumental de algo inexistente, ya que, para que el otorgamiento de la escritura pueda significar tradición, es preciso que el vendedor posea, efectivamente, la finca que vende.
Hay que deducir, por tanto, que si la propiedad no se puede transmitir porque la cosa no existe, habrá que esperar a que exista ésta para llevar a cabo aquélla.
Documentado el contrato en escritura pública, la propiedad del solar se transmite mediante tradición instrumental.
Y hay tres posibles situaciones: obra no comenzada, obra en ejecución y edificio terminado o por terminar. La opción por el cumplimiento sólo será beneficiosa para el aportante en ésta última. Será también en ella la más conveniente y la más fácil de llevar a cabo, pues, en el estado de acabado en que se encuentra el edificio, será mucho más factible entregar lo acordado que proceder a las complicadas reglas de valoración del solar o de lo construido, que exige la opción por la resolución.
Cuando, durante la ejecución del contrato, se produce el concurso del constructor (o empresa constructora), la posición del aportante puede verse seriamente dañada.
La problemática se suscita cuando, declarado el concurso, el concursado todavía no ha entregado las viviendas o locales, mientras que el cedente del terreno ya ha cumplido con su obligación.
La declaración de concurso implica una ruptura en la equivalencia de las prestaciones, pues el aportante, a cambio de su prestación íntegra, no recibirá, como acreedor en el concurso, más que una prestación disminuida por la ley del dividendo, en principio.
ElCódigo de Comercio (LEG 1885, 21)no contiene normas específicas sobre la materia. Tan sólo el artículo 909.8º y 9º concede al vendedor in bonis el derecho para reclamar que le sea devuelta su prestación o para retenerla, si no la había realizado, en el supuesto de que el quebrado fuera comprador de géneros o mercaderías cuyo precio aún no hubiese pagado.
La doctrina preconiza la aplicación extensiva por analogía a otros modelos de contratos con prestaciones recíprocas. Sin embargo, el contrato de aportación no entra dentro de estos modelos, pues, si bien las prestaciones que conlleva sí son recíprocas, el aportante no puede ni retener el objeto de su obligación, porque ya lo ha entregado, ni pretender su devolución, pues el solar ya se encuentra construido.
No obstante la importancia y amplitud del problema, al no establecer nuestro ordenamiento una reglamentación de carácter general aplicable a los distintos contratos, el principio ordenador de la materia habrá que buscarlo, en su defecto, en elarticulo 1.124 del Código Civil en relación con el ya citado 909 del Código de Comercio y con la actual Ley Concursal".
Habrá que acudir a la Ley Concursal, no sin antes recordar que la generalización en la práctica de tales supuestos de hecho ha determinado que fueran objeto de especial atención por parte delReal Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (RCL 1998, 2381 y RCL 1999, 431), que, como es sabido, introdujo una amplia reforma en el Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642). Sin embargo, sucesivas sentencias contencioso- administrativas ha ido anulando diversos y muy distintos preceptos de dicha reforma.
La reforma introducida, por cuanto ahora nos interesa, consistió en la redacciónex novo del artículo 13 del RH, según lo siguiente:
<<En las cesiones de suelo por obra futura, en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir, que parezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960, 1042) y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de diez años.
Salvo que en el título de cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá por sí solo otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega.
Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación.
El régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará consta que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción.
No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria y otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme alartículo 11 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) >>.
En todo caso, conviene subrayar que los tres primerospárrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario, tal y como fue reformado por el RD 1867/1998, han sido anulados por la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 6ª) del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 1083).
TERCERO A la luz de las precedentes consideraciones, y entrando ya en el ámbito normativo concursal, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedan integrados en la masa pasiva del concurso, declarado que ha sido éste(artº 49 LC); y habiendo la permuta de tracto único, cedido el

solar y no entregada la contraprestación por la concursada, se excluye la aplicación de losnº 2 y 3 del artº 61, de la LC ante el supuesto de incumplimiento por parte de una, sino aplicable elartº 61.1 por el cual: "En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso".
Lo que importa recalcar es que la LC(artículos 61 a 70) da una respuesta tajante a muchos de los interrogantes, establece el principio de vigencia de todos los contratos con obligaciones recíprocas, sin perjuicio de poder recurrir al juez para que resuelva alguna relación cuando sea conveniente al interés del concurso y regula, pasando también por el juez, las consecuencias del incumplimiento tanto posterior como anterior al concurso.
Cabe decir que el manteniendo automático de los contratos con obligaciones recíprocas, junto con la posibilidad de la resolución voluntaria, satisfacen no sólo los intereses de la masa y, por tanto, de los acreedores sino también los de los contratantes in bonis, cuyos créditos futuros pasan a ser prededucibles.
Elartículo 61.1 de la LC se ocupa de la hipótesis de que la parte in bonis haya cumplido íntegramente sus obligaciones y el concursado tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, en cuyo caso la deuda que corresponda al concursado se incluirá en la masa pasiva. De esta forma se zanjan la polémica de si cabe o no la resolución por la parte in bonis o lo que es lo mismo si cabe o no aplicar elartículo 1124 del CC, vieja discusión en la doctrina española que modernamente se ha decantado por la improcedencia de la resolución en el concurso.
Sin embargo, con el derecho anterior, una doctrina muy cualificada seguía en que la otra parte podía resolver el contrato ya cumplido íntegramente por ella y solicitar la restitución de la cosa entregada en los contratos de transmisión de dominio de bienes identificables, sobre la base del 1124 del CC y del 909.8 y 9 del CCom. El contrato podía continuar en cambio si los Síndicos se avenían a ello y cumplían las obligaciones del quebrado.
Recientes aportaciones doctrinales ponían en entredicho esta solución argumentando, entre otros motivos, que la resolución significaría ir en contra de la par conditio creditorum y privilegiar a unos acreedores respecto de otros.
El legislador español excluye la resolución en el concurso, habida cuenta de que proclama que a la parte in bonis que ha cumplido íntegramente sólo le queda insinuar su crédito y someterse a la ley del dividendo.
En contra de la resolución en la quiebra se había pronunciado también laSTS de 2 de enero de 1978 ".
En este caso, el incumplimiento de la concursada se da tanto antes del concurso como ya declarado éste, en un tracto único, por lo que el crédito de los cedentes es cualificable de contra la masa, pues la correlatividad de obligaciones del contrato bilateral y el intercambio de prestaciones y atribuciones patrimoniales, al cual sirve de fundamento, dota al mismo de una situación bipolar en cada parte contractual, que para muchos sirve de elemento caracterizador y definitorio. Derecho de crédito y deuda no sólo están vinculados, sino doblemente vinculados, ya que se reproducen simétricamente en ambos extremos de la relación jurídica, en la relación obligatoria bilateral considerada como unidad. Se entiende, pues, que en el contrato bilateral estemos frente a dos créditos jurídica y económicamente indisolubles: jurídicamente por tener su origen en el mismo contrato; económicamente por la naturaleza a título oneroso de las prestaciones. Activo y pasivo se conjugan y equilibran en cada parte e inter-partes.
Esa circunstancia de doble concurrencia acreedora y deudora en ambas partes, es la que determina la peculiaridad de tal estructura contractual conectada con una situación concursal y la que atribuye idealmente al acreedor especiales medios de defensa y protección de su crédito, así como mayores posibilidades de actuación que la mera insinuación en la masa pasiva. Cuando declarada una situación de insolvencia los elementos patrimoniales del deudor son exclusivamente activos o pasivos, no se plantea ningún problema, la constitución de la masa activa y la masa pasiva será una operación relativamente sencilla. Ahora bien, cuando une elemento activo y un elemento pasivo guardan reciprocidad y mutua dependencia por su común origen en una relación jurídica unitaria, como sucede en los contratos sinalagmáticos pendientes de ejecución por ambos contratantes, el proceso de su formulación en la masa, tanto activa como pasiva, es bastante más complejo.
De lo dicho se desprende que la situación del sujeto que celebró su contrato bilateral con el que más tarde resultó declarado en concurso, y que no obstante, resulta obligado al cumplimiento, ya que, salvo excepciones legalmente previstas la declaración del concurso no supone ruptura automática de la relación contractual, queda notablemente alterada. Dos principios, del Derecho de Obligaciones y del Derecho Concursal, respectivamente, entran en crisis y pueden resultar afectados, nos referimos al principio de equidad que debe presidir la ejecución del contrato bilateral y la par conditio creditorum.
Lo que no resuelve elart. 61.1 son los supuestos especiales como el presente, el de la opción de compra, o de opción con arrendamiento, incluso inscribible y con posición especial de los permutantes. Y además procede recordar que, aunque ello no suponga su conversión, todos los créditos deben computarse en dinero, y en el caso por el valor de la protección incumplida a la fecha de declaración de concurso(art. 88LC). La solución desde el supuesto no incurre en incongruencia pues si se pide lo más (resolución contractual) puede concederse lo menos (inclusión en la masa pasiva como crédito contra la masa), y en beneficio asimismo de ésta y de los intereses del concurso.
Es más, imposibilitaba la recuperación del solar, según la doctrina del TS en la Sentencia de fecha 27-abril-09 (RJ 2009, 4732) por la que: "vuelve a plantearse como cuestión prácticamente única que mientras los recurrentes cumplieron íntegramente su prestación la otra parte contratante, en cambio,

incumplió totalmente la suya. Pero que esto fue así nadie lo discute, y el problema litigioso ha sido siempre si, pese a ello, la regulación de la quiebra por el Código de Comercio, según su interpretación por esta Sala sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por la quebrada, permitía a la parte cumplidora obtener el efecto restitutorio al margen de la quiebra.
El motivo, por tanto, no llega a plantear el debatido problema del desequilibrio que suele darse en los contratos de transmisión de solar a cambio de obra futura, normalmente caracterizados pro la debilidad de la posición del transmitente del solar frente a los posible sin cumplimientos de su adquirente, hasta el punto de ser hoy dominante en la doctrina civilista la tendencia a sostener que el transmitente del solar adquiere simultáneamente la propiedad del local o vivienda futura mediante la tradición instrumental representada por la escritura pública correspondiente. Esta tesis, sin embargo, no es compartida por la jurisprudencia de esta Sala ni, desde luego, se corresponde con el sistema de transmisión del dominio "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición"(art. 609 CC), en el que el otorgamiento de la escritura pública se considera como equivalente a la entrega material de la cosa objeto del contrato "si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario". Y que en el presente caso resulta desde luego lo contrario es tan indiscutible como en el caso examinado, por ejemplo, en lasentencia de 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7065)(rec. 2689/93), y ello no sólo por admitirlo la propia parte recurrente en el alegato de este motivo, sino también porque en la escritura pública que documentó el contrato se estipuló una fecha determinada para la entrega de la vivienda futura y, además, se acordó que este entrega se haría mediante acta notarial, datos éstos que, unidos al de haber quedado los transmitentes en la parcela como precaristas durante el plazo fijado en la escritura y al de la falta de inscripción registral de su derechos obre la futura vivienda, por calificarlo el registrador como derecho personal, corroboran la desestimación del recurso.
En suma, es cierto que en los contratos similares al ahora examinado la posición del transmitente del solar frente a los incumplimientos de su adquirente queda manifiestamente debilitada por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, sin que algunas de las posibles garantías imaginables para proteger su derecho, como sería la reserva de dominio, resulten idóneas para la mayoría de estos contratos, dado que el adquirente del solar normalmente lo hipotecará para poder financiar la edificación. Sin embargo esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento"; siendo lo más junto incluir el crédito de los aportantes del solar en la masa pasiva, como contra la masa, pues además de su debilidad, provocada por la contraparte concursada, de nada servirían, ad exemplum, reservas de dominio ante fechas futuras de entrega de los inmuebles, ni seguros de caución o avales a primer requerimiento cuando la constructora ya ha hipotecado las fincas, bien totalmente o bien según fases de la construcción. Idem según S.AP. Zaragoza de 17-2-04 (JUR 2004, 95748). A la vez que ello supone trasladar los efectos del concurso a la entidad financiera, a la vez que sería incoherente conceder privilegio al acreedor hipotecario y que no lo tuviera el permutante que cede un solar para una edificación que luego es objeto de préstamos garantizados con hipoteca.
Analizado detenidamente el informe de la Administración Concursal, de 24-10-08, e insiste en que el incumplimiento principal por parte de la cesionaria se mantiene y se prorroga después de la declaración del concurso, siendo su obligación de tracto único, por lo que merece la calificación de contra la masa, también por el principio de "equivalencia de resultados"(STS de 25-3-08 (RJ 2008, 1904)) en un contrato, como el de permuta, que puede ser tan variado como distintos los intereses de los contratantes, y que la concursada, adquirente ya del solar, verá incrementados su masa activa con los pisos, trasteros y aparcamientos construidos en aproximadamente un 70% para venta a terceros. Y, otorgada la licencia de obra a 8-junio-06, la concursada no entregó los inmuebles pactados a los aportantes del solar en los plazos previstos (8-6-08 y 8-6-10, según 1ª o 2ª fases) y, declarado el concurso a 10-julio-08, sigue sin cumplir las obligaciones principales de finalización y entrega de la posesión.
La conclusión clasificatoria del crédito, en este supuesto contra la masa, podría ser distinta según los casos, incluso cabría la resolución contractual, de no haberse iniciado la construcción, o apenas iniciada, con o sin elementos comunes, en su porcentaje mínimo, a diferencia del presente en que se ha construido un 70% y las unidades objeto de permuta no han sido hipotecadas.
Se dan por reproducidas, por acertadas, y a fines de evitar inútiles repeticiones, las consideraciones que desgrana el Juzgador de instancia en la resolución impugnada, respecto de las situaciones que ofrecen losartículos 61 y 62 de la Ley Concursal - aunque se reitera que no prevee todas las posibles como la de autos-, del derecho de separación cuyos requisitos no concurren, y sobre la resolución contractual, que no cabe ante incumplimiento de una sola de las partes, en permuta de tracto único.
CUARTO La inclusión en la masa pasiva del concurso, como créditos contra la masa a favor de los ahora recurrentes, aportantes del solar donde se encuentra levantada la construcción y parcialmente ejecutada, hasta el 76,18%, lo será por importe principal de 411.525 pts, en tanto ya percibieron 90.000 Euros al otorgar la escritura pública de permuta de solar por obra futura, de fecha 28-junio-06, como valor dado a la finca cedida por los otorgantes, libre de cargas y gravámenes; deduciéndolos de la calificación que como ordinarios efectúa la Administración Concursal en su informe. Del valor dado al bien permutable en escritura pública de 28-6-06 (finca 1.361-N) de 501.525 Euros, se deducen las partidas de 30.000 Euros entregados en efectivo a cada uno de los permutantes, por lo que sus créditos contra la masa ascienden a 137.175 Euros a favor de cada uno de ellos.

Las cantidades presuntamente reclamables por superficies minoradas, retrasos, calidades, gastos necesarios y útiles, cancelación de cargas, obtención de permisos y cédulas, penalizaciones por incumplimientos, intereses, gastos notariales y registrales, plusvalías, impuestos y tasas, IVA y contribuciones, daños y perjuicios, y derivadas, deben plantearse, discutirse y resolverse en ulterior incidente concursal, si lo solicitan las partes, interesados o la Administración Concursal, haciéndose expresa reserva de acciones o solicitudes de inclusión.": SAP Baleares (Sección 5) 30.03.2010 (AC 2010/994; Sentencia 122/2010; Rollo 615/2009)

1.2.2 Cuantificación del crédito

AP Oviedo

"PRIMERO.-Resulta pacífico que los antecedentes de la presente litis vienen dados por la escritura pública otorgada el 4 noviembre 2004 por cuya virtud el actor Jose María concertaba con "Constructora Promotora Fontoria 2000, S.L." la permuta de una finca a cambio de la entrega por parte esta última de una serie de inmuebles descritos en el apartado 2.1) de la escritura y que consistían en una vivienda, un garaje y un cuarto trastero en el edificio que proyectaba construir, bienes que se valoraban en aquel documento público en la suma de 30.000 euros. A partir de aquí la Sentencia de fecha 1 septiembre 2011 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón concluye que nos encontramos ante un contrato cuyas prestaciones ya habían sido cumplidas completamente por el Sr. Jose María en el momento en que la promotora fue declarada en concurso, motivo por el que nos encontramos ante el supuesto previsto en el art. 61-1 L.C. con la consecuencia de que en la lista de acreedores el derecho del actor debe verse reconocido como crédito ordinario.
SEGUNDO.-El recurso de apelación formulado por Don Jose María se limita a solicitar primeramente que el crédito ordinario que titula en la lista de acreedores debe tener por objeto la entrega de los bienes pactados y no una suma dineraria. Efectivamente el objeto de la prestación a cargo de la concursada, tal y como se deriva del contrato de permuta, supone una obligación de entregar las fincas que aparecen descritas en el apartado 2.1) de la escritura pública otorgada el 4 noviembre 2004, todo lo cual no impide que cuando la Administración concursal proceda al reconocimiento del crédito a favor del Sr. Jose María deba aplicar la regla contenida en el art. 88-3 L.C. a cuyo tenor "Los créditos que tuvieran por objeto prestaciones no dinerarias o prestaciones dinerarias determinadas por referencia a un bien distinto del dinero se computarán por el valor de las prestaciones o del bien en la fecha de la declaración de concurso". La aplicación de esta regla no supone una automática transformación de la prestación in natura a que originalmente viene obligada la masa del concurso, pues se trata únicamente de una norma encaminada a dar un tratamiento homogéneo al conjunto de créditos que integran la masa pasiva computando todos ellos en dinero. Pero ello tampoco excluye una ulterior transformación de la naturaleza del crédito, transformación que acontecerá necesariamente si tuviera lugar la apertura de la fase de liquidación, pues a ello conduce lo dispuesto en el art. 146 L.C. que impone en tal caso la conversión en dinero de todos los créditos, y que podrá acontecer también en caso de la aprobación judicial del convenio pues a partir de ese momento los efectos del concurso quedan sustituidos por los efectos del convenio, según dispone el art. 133-2 L.C.
Llevadas las anteriores consideraciones al caso examinado encontramos que habiendo reconocido la Administración concursal en la lista de acreedores un crédito concursal a favor del Sr. Jose María por importe de 30.000 euros, procede acoger la petición del recurrente, tal y como había sido solicitado en el escrito de demanda, en el sentido de declarar que el reconocimiento del crédito de Don Jose María se deberá ajustar a lo dispuesto en el art. 88-3 L.C.": SAP Oviedo (Sección 1) 18.11.2013 (Sentencia 337/2013; Rollo 286/2012)

"PRIMERO : Partimos para la solución de la presente controversia, tal y como queda planteado el recurso en esta alzada, del contrato privado de fecha 29 octubre 2004 firmado por Don Cecilio y Doña Fermina con la ahora concursada "Constructora Promotora Fontoria 2000, S.L." por el cual se permutan "unos metros cuadrados sobrantes de las fincas de su propiedad incluidas en el PERI ND 2.2." a cambio de unas viviendas distintas de las que son objeto de otra permuta instrumentada en un documento público de fecha posterior. En relación a este contrato se dice en la Sentencia de fecha 1 septiembre 2011 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón que se trata de un negocio incluido en el supuesto regulado en el art. 61-1 L.C. al no existir en el momento de la declaración de concurso obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, añadiendo que "sobre la posible consideración del crédito como contingente, no es relevante, a estos efectos, el hecho que la promotora continúe o no con la actividad y que se termine aprobando un convenio con los acreedores (como sostiene la administración concursal en su contestación), puesto que es un hecho reconocido por todas las partes que la promotora ha incumplido su obligación al día de hoy. Por ello, al acreedor se le debe reconocer un derecho de crédito ordinario, que habrá de computarse en dinero (por el importe que figura en la escritura notarial de valoración del inmueble cuya adquisición se efectuó) según dispone el art. 88-3 L.C.", todo lo cual se traslada al pronunciamiento contenido en el punto 2º del fallo en el que se dispone "Asimismo, se acuerda modificar la lista de acreedores del Informe emitido por la Administración Concursal en el sentido de variar la calificación del crédito del actor- que figura como crédito contingente privilegiado-, el cual deberá ser calificado como crédito ordinario, el cuál deberá de computarse en dinero, sin que ello suponga su conversión, ni modificación (art. 88 LC)". Frente a este pronunciamiento se alzan en apelación Don Cecilio y Doña Fermina solicitando que se declare expresamente que ese crédito ordinario lo es a la entrega de los inmuebles

pactados, y que únicamente se computará en dinero a los solos efectos de cuantificación del pasivo, sin que ello suponga su conversión ni modificación, tal y como prevé el art. 88-1 L.C.
SEGUNDO : El objeto de la prestación a cargo de la concursada, tal y como se deriva del contrato de permuta de 29 octubre 2004, supone una obligación de entregar las fincas que en dicho documento aparecen descritas, todo lo cual no impide que cuando la Administración concursal proceda al reconocimiento del crédito a favor de Don Cecilio y Doña Fermina deba aplicar la regla contenida en el art. 88-3 L.C. a cuyo tenor "Los créditos que tuvieran por objeto prestaciones no dinerarias o prestaciones dinerarias determinadas por referencia a un bien distinto del dinero se computarán por el valor de las prestaciones o del bien en la fecha de la declaración de concurso". La aplicación de esta regla no supone una automática transformación de la prestación in natura a que originalmente viene obligada la masa del concurso, pues se trata únicamente de una norma encaminada a dar un tratamiento homogéneo al conjunto de créditos que integran la masa pasiva computando todos ellos en dinero. Pero ello tampoco excluye una ulterior transformación de la naturaleza del crédito, transformación que acontecerá necesariamente si tuviera lugar la apertura de la fase de liquidación, pues a ello conduce lo dispuesto en el art. 146 L.C. que impone en tal caso la conversión en dinero de todos los créditos, y que podrá acontecer también en caso de la aprobación judicial del convenio pues a partir de ese momento los efectos del concurso quedan sustituidos por los efectos del convenio, según dispone el art. 133-2 L.C.
Llevadas las anteriores consideraciones al caso examinado encontramos que habiendo reconocido la Administración concursal en la lista de acreedores un crédito concursal contingente con privilegio especial a favor de Don Cecilio y Doña Fermina, naturaleza que es modificada por la Sentencia apelada que acuerda su reconocimiento como crédito ordinario que deberá computarse en dinero, procede acoger la petición del recurrente en el sentido de declarar que el reconocimiento del crédito de Don Prudencio se deberá ajustar a lo dispuesto en el art. 88-3 L.C.": SAP Oviedo (Sección 1) 20.01.2014 (Sentencia 6/2014; Rollo 263/2012)

1.3 Contrato de financiación, cumplidas las obligaciones del financiador

AP Alicante

"La resolución recurrida desestima la acción de resolución contractual (de un contrato marco de financiación de repuestos) ejercitada en la demanda con el argumento de que, habiéndose reconocido en la demanda que la actora había cumplido íntegramente su obligación de financiación, el marco legal aplicable al supuesto no es el invocado delart. 62 LC (que remite alart. 61.2 y, por tanto, al caso de contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, lo que no se daba porque, como hemos dicho, la demandante alegaba haber cumplido plenamente con las que le incumbían) sino elart. 61.1 LC, que no permite ya la resolución, sino que prevé que el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso. Precisamente por ello, además, la demandante insinuó las cantidades que se le adeudaban con anterioridad a la declaración de concurso.
Las alegaciones vertidas en el escrito de interposición del recurso, que insisten, con algún matiz, en las efectuadas en la demanda, no consiguen, en modo alguno, modificar la claridad de la situación ante la que nos encontramos, en los términos mantenidos en la resolución apelada.": SAP Alicante (Sección 8) 02.12.2010 (AC 2011/721; Sentencia 537/2010; Rollo 402/2010)

AP Barcelona

"TERCERO El crédito del Ministerio de Ciencia y Tecnología.- El crédito que ostentaba el Ministerio de Ciencia y Tecnología frente a TRACOINSA ASTURIAS, SL deriva de un contrato de préstamo de dinero, según ha sido reconocido por las partes. El contrato de préstamo o mutuo, se configura en el Código civil, como un contrato real, por el cual una de las partes -prestamista- entrega a la otra -prestataria- una determinada cantidad de dinero, asumiendo con ello la obligación de devolverlo en la fecha pactada (art. 1740 CC). Llegado el vencimiento de la obligación, el prestatario tendrá obligación de satisfacer al prestamista el dinero recibido y los intereses pactados -si así se hubiera acordado- que se hubieran devengado (art. 1753 y 1755 CC).
Por lo tanto, la obligación de devolución del préstamo que recaía sobre la prestataria había nacido con la propia formalización del contrato y la entrega por parte de la prestamista de la suma objeto del préstamo, antes de la declaración de concurso. La doctrina entiende que se trata de un contrato real porque se perfecciona con la entrega de la suma de dinero al prestatario, quien a partir de entonces asume la obligación de devolver esta cantidad con los intereses expresamente pactados y, en este caso, de acuerdo con el fraccionamiento de pago y los términos convenidos. Es además un contrato de tracto único y unilateral, pues una vez perfeccionado con la entrega del dinero objeto del préstamo, tan sólo nacen obligaciones para el prestatario, sobre todo la de devolución del préstamo de acuerdo con el fraccionamiento y los plazos convenidos. Consiguientemente, al tiempo de declararse el concurso de la prestataria, en que ya había vencido el primer plazo y restaban el resto, quedaba pendiente únicamente el cumplimiento de esta obligación de devolución del préstamo, que conforme al art. 61.1 LC debía incluirse en la masa pasiva, y por lo tanto considerarse crédito concursal, tal y como fue clasificado por el Magistrado mercantil.
No resulta de aplicación el art. 62 LC, porque éste precepto que regula la posibilidad de resolver el contrato con obligaciones recíprocas, presupone el carácter bilateral del contrato, lo que no concurre en el préstamo que, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia, es unilateral [SSTS 22 de mayo de 2001 [RJ 2001, 6466] y 7 de abril de 2004 [RJ 2005, 3845])]. Por lo que de la misma manera que la jurisprudencia niega la aplicación del art. 1124 CC al contrato de préstamo -por estar referido dicho precepto a las obligaciones recíprocas- [10 de julio

de 1990 (RJ 1990, 5791) y SSTS 22 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9113)], tampoco procede aplicar el art. 62 LC en caso de concurso.
Motivo por el cual procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Tributaria, remarcando que tal y como se insiste en el escrito de oposición al recurso, el crédito lo ostenta el verdadero acreedor, el Ministerio de Ciencia y Tecnología, sin perjuicio de que dicho crédito pueda ser recaudado por la Agencia Tributaria.": SAP Barcelona (sección 15) 01.06.2006 (AC 2007/1004) (Rollo 79/2006)

1.4 Contrato de renuncia a arrendamiento a cambio de dinero más un inmueble futuro

AP Alicante

"PRIMERO.-La resolución objeto del recurso es el Auto de aprobación del Plan de Liquidación, en concreto, la parte relativa a la desestimación de la propuesta de modificación formulada por la acreedora Doña María Inmaculada. La propuesta de modificación interesada contenía dos peticiones: con carácter principal, autorizar a la concursada a entregar a la acreedora la vivienda sita en la NUM000 planta del edificio y una plaza de garaje del edificio ubicado en la CALLE000 número NUM001 de Alicante, conforme a lo estipulado en los contratos de fechas 26 de abril y 24 de mayo de 2006, elevándolo a escritura pública y, de restar algunos trabajos para la finalización de las obras de edificación, que sean ejecutados con cargo a la masa; con carácter subsidiario, considerar el crédito de Doña María Inmaculada como un crédito contra la masa por el valor de los citados inmuebles que esa parte eleva a la suma de 250.000.- #.
La propuesta de modificación estaba fundada en los documentos de fechas 26 de abril (único obrante en el testimonio) y de 24 de mayo de 2006, en virtud de los cuales, en esencia, Doña María Inmaculada renunciaba a su condición de arrendataria del local sito en el número NUM001 de la CALLE000 de Alicante y, como contraprestación a su renuncia, recibía de INMOBILIARIA COSTA DE ALICANTE, S.A. una suma de dinero y, además, una vivienda sita en la planta NUM000 y una plaza de garaje en el edificio que INMOBILIARIA COSTA DE ALICANTE, S.A. iba a construir en ese inmueble.
En el recurso de apelación se alega que habiendo sido calificado el crédito de Doña María Inmaculada como concursal ordinario contingente, una vez desaparecida la contingencia (terminación del inmueble), ha de procederse por la concursada a la entrega de la vivienda y de la plaza de garaje conforme a lo estipulado en los contratos suscritos en el año 2006.
SEGUNDO.-Antes de examinar las alegaciones concretas del recurso de apelación procede fijar la calificación del crédito correspondiente a Doña María Inmaculada. El contrato atípico de renuncia al arrendamiento a cambio de una suma de dinero más la entrega de un inmueble pendiente de construir, al momento de la declaración de concurso, encaja en el supuesto previsto en el artículo 61.1 de la Ley Concural porque es un contrato con obligaciones recíprocas en el que una de las partes (Doña María Inmaculada) ha cumplido en su integridad su prestación (renuncia al arrendamiento del local y desalojo del mismo) y la otra parte (la actual concursada INMOBILIARIA COSTA BLANCA, S.A.) no ha cumplido en su integridad su prestación pues quedaba pendiente la terminación de la obra y la posterior entrega de la vivienda y de la plaza de garaje. Así las cosas, el crédito de Doña María Inmaculada a la entrega de los inmuebles comprometidos ha de calificarse como crédito concursal pues así lo dispone el artículo 61.1 de la Ley Concursal para cuando haya sido la parte in bonis la que ha cumplido en su integridad su obligación. La contingencia no puede tener otro sentido que el de entender que quedaba pendiente el cómputo de la prestación de hacer en dinero según establece el artículo 88.3 de la Ley Concursal. Como tal acreedor concursal ordinario, su crédito no puede ser satisfecho de otra forma distinta que la prevista para tales acreedores en el artículo 157 de la Ley Concursal.
Si partimos de la calificación del crédito correspondiente a Doña María Inmaculada como crédito concursal ordinario, hemos de rechazar las alegaciones del recurso, en atención a las siguientes razones:
En primer lugar, no es posible que se atribuya Doña María Inmaculada la condición de titular dominical de los inmuebles objeto del contrato porque no consta que se haya producido la entrega o traditio de los mismos (artículos 609 y 1.095 del Código civil) y; en el hipotético supuesto de que así fuera, lo procedente hubiera sido promover la separación según dispone el artículo 80 de la Ley Concursal.
En segundo lugar, si el crédito de Doña María Inmaculada es un crédito concursal ordinario no puede ser satisfecho su crédito de otra forma distinta que la prevista con carácter general para todos los acreedores ordinarios según prevé el artículo 157 de la Ley Concursal sin que ello le autorice para exigir que se le entregue los inmuebles objeto de los contratos de 2006 en pago de su crédito.
En tercer lugar, el hecho de que el edificio haya sido terminado y concedida la licencia de primera ocupación después de la declaración del concurso no le autoriza a exigir la entrega de esos inmuebles en cumplimiento del contrato porque, como ya se ha dicho, al subsumirse el contrato a la fecha de la declaración del concurso en el artículo 61.1 de la Ley Concursal, su derecho de crédito a exigir la entrega de la cosa se califica como crédito concursal y se sujeta a las reglas de pago previstas para esta clase de créditos.
En cuarto lugar, al margen de que no es posible calificar el crédito de Doña María Inmaculada como crédito contra la masa al no ser subsumible el contrato en el supuesto previsto en el artículo 61.2 de la Ley Concursal, lo que no cabe es aprovechar el trámite de las propuestas de modificación del plan de liquidación para transformar la naturaleza del crédito de concursal (así está reconocido en la Lista de Acreedores) en crédito contra la masa.": AAP Alicante (Sección 8) 22.03.2012 (Auto 23/2012; Rollo 885/2011)

1.5 Contrato de obra

AP La Coruña

“Sostiene la apelante que las facturas aportadas con la demanda traen su origen en los trabajos, por ella efectuados, con objeto de reparar, mantener y conservar la obra, posteriores a la declaración del concurso y por tanto créditos contra la masa de conformidad con los artículos 61.2 y 84.2.6 LC. Al respecto precisar, que dichas facturas llevan fecha de 15 de diciembre de 2009 y 31 de diciembre de 2009 por gastos de mantenimiento y reparaciones en la obra así como gastos de alquiler de protecciones, vallado y maquinaria, que se habrían generado hasta el 21 de enero de 2010 (folios 41 y 42) si bien se observa que los gastos que se dicen generados van desde el 7 de febrero de 2009 hasta el 23 de noviembre de 2009 y desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009 (folios 41 a 51), siendo la declaración de concurso de fecha 26 de junio de 2009.
A tenor de lo expuesto, es claro que la resolución del contrato no puede prosperar, de una parte, porque el contrato no se hallaba pendiente de cumplimiento por parte de ambas contratantes (la actora había realizado a fecha 31 de diciembre de 2008 su prestación quedando pendiente de cumplimiento el pago del precio importe adeudado por la concursada- que ya fue reconocido como crédito concursal) y de otra, porque no puede olvidarse que la acción resolutoria se promueve una vez declarado el concurso y sabido es que en contratos como el que nos ocupa - contrato de tracto único- y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 61.2 LC, el acreedor in bonis carece de la facultad resolutoria por causa de incumplimientos anteriores a la declaración concursal (26 de junio de 2009), siendo el incumplimiento obligacional (falta de pago) por parte de la concursada claramente anterior a la declaración concursal en tanto que la demandante habría cumplido su obligación de realizar los trabajos contratados en el plazo acordado para su terminación (31 de diciembre de 2008), pues la Ley únicamente admite la resolución por incumplimiento anterior a la declaración del concurso en los contratos de tracto sucesivo.
En este sentido, si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art.61.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2 párrafo 1º). La Ley Concursal (artículo 62.1 -resolución por incumplimiento -distingue entre contratos de tracto sucesivo y de tracto único, y distingue entre incumplimiento anterior y posterior) refiere el incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente a los contratos de tracto sucesivo, mientras que en los de tracto único solo faculta la resolución por incumplimiento posterior.
La solución del presente recurso pasa por determinar si en el contrato de ejecución de obra existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes o si por el contrario la acreedora ha cumplido las suyas. Por lo dicho, anteriormente, ambas partes no tienen obligaciones recíprocas pendientes.
En el momento de producirse la declaración del concurso, la recurrente ha cumplido sus obligaciones sin que del contrato ni de la prueba practicada resulte la existencia de otras obligaciones pendientes de cumplimiento tales como la conservación, reparación y vigilancia de la obra en cuestión durante todo el tiempo que invoca desde la fecha pactada para la terminación de las obras (31 de diciembre de 2008), con lo que estaríamos, y no es el caso, ante un contrato de tracto sucesivo, pendiente de ejecución por ambas partes al momento de la declaración del concurso, en el que la recurrente habría realizado los trabajos pactados pero estaría obligada a realizar aquellos otros de conservación y vigilancia de la obra en cuestión, obligaciones que no resultan del contrato que liga a las partes.
Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, cuando se produce la declaración de concurso, no nos encontramos ante un supuesto de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes.
Por todo lo expuesto, la demanda planteada pidiendo la resolución del contrato de ejecución de obra y que el importe a que asciende las facturas aportadas con la demanda sea satisfecho como crédito contra la masa, no puede prosperar habida cuenta de que no reúnen la condición jurídica de créditos contra la masa (art. 84.2.6 LC), no siendo posible considerar que dichas facturas constituyan un crédito contra la masa, y ello es así en aplicación de lo dispuesto en el artículo 61.2 de la LC (que, tras establecer la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, añade que "las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa") y en su artículo 84.2.6º ("Tienen la consideración de créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 : (...) 6º Los que, conforme a esta ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (...)").
Así las cosas, la solución no puede ser otra más que la desestimación del recurso planteado y la confirmación de la sentencia apelada.”: SAP La Coruña (Sección 4) 13.10.2011 (Sentencia 432/2011; Rollo 416/2011)

AP Salamanca

“Como también lo debe venir el relativo a la no aplicación del art. 61. 2 de la misma Ley sobre vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas.
Estima la recurrente que este precepto significa que la declaración del concurso, por si sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, por lo que las prestaciones a que viene obligado el concursado se deben realizar con cargo a la masa, encontrándonos aquí ante un contrato de ejecución de obra con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en la fecha en que se declaró el concurso de Casas y Viviendas Cabrera, S. L., y de tracto sucesivo, y que como una de las prestaciones a que estaba obligada dicha concursada era la de abonar la cláusula penal a la que se comprometió (cláusula inserta en el contrato de 2005, pero subsistente e incólume, a su entender, pese a las modificaciones de los acuerdos de abril de 2010 y de enero de 2011), su satisfacción debe realizarse con cargo a la masa, etc.

De partida, en los contratos con obligaciones recíprocas, la ley mediante este artículo contempla dos supuestos, aquel (apartado primero) en el que en el momento de la declaración de concurso una de las partes haya cumplido íntegramente sus obligaciones mientras que la otra tenga pendiente el cumplimiento total o parcial de las que sean a su cargo, en cuyo caso el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso, -crédito concursal-; y aquel otro en el que (apartado segundo) en el momento de la declaración del concurso existan obligaciones recíprocas pendientes, total o parcialmente, de cumplimiento a cargo de ambas partes (la concursada y la otra), no existiendo una parte contratante inbonis, en cuyo caso, las prestaciones a que esté obligada la primera con posterioridad al concurso se realizarán o satisfarán con cargo a la masa, (gasto prededucible ex art. 84.2. 6 de la LC), mientras que si son anteriores lo serán integrándose en la masa pasiva, todo ello sin perjuicio de la facultad de solicitar la resolución del contrato si se estima conveniente para el interés del concurso.
Es más, idéntica facultad resolutoria se otorga en el supuesto de que exista un incumplimiento posterior a la declaracion de concurso de cualquiera de las partes, con la diferencia de que en este caso la legitimación para instar la resolución no sólo se atribuye al concursado o a la administración concursal, sino también, a la otra parte contratante. Finalmente, si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso, acción resolutoria a ejercitar ante el juez del concurso y a sustanciar por los trámites del incidente concursal y aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
En el presente caso, aun se entendiera que existió un incumplimiento posterior a la declaración del concurso por vigencia de la cláusula 4ª del contrato de diciembre de 2005, lo que en anteriores fundamentos se rechaza, no se ha instado la resolución judicial y, por tanto, no ha habido pronunciamiento judicial alguno al respecto, de modo que no estamos dentro de los supuesto ni del apartado segundo del art. 61, ni del 62 de la LC, y sólo nos podríamos encontrar dentro de los supuestos del apartado primero del citado art. 61, con la consecuencia de que la parte apelante cumplió íntegramente sus obligaciones contractuales, mientras que la concursada las habría incumplido antes y, si si se quiere, después de la declaración de concurso, pero ello conllevaría en última instancia que si el crédito, anterior o posterior, por incumplimiento del plazo y derivado de la cláusula de penalización (aceptando su vigencia, pese a los Acuerdos de abril de 2010 y enero de 2011), debería integrarse en la masa pasiva como crédito concursal, y sin amparo en ninguno de los supuestos, como ya se dijo, del art. 84 de la LC, en cuanto créditos contra la masa.
Es decir, hipotéticamente, puesto que la declaración de concurso se consuma en diciembre de 2009 y el incumplimiento del plazo y nacimiento de los efectos de la cláusula penal indemnizatoria traen su causa con fecha anterior a dicha declaración, aún se considere el contrato como de tracto sucesivo, las prestaciones supuestamente debidas y cuya compensación se pretende con el crédito reclamado en esta litis, deberíamos incluirlas no con cargo a la masa, sino dentro de dicha masa, con la clasificación que pudiera corrresponderles.
En resumen: que la invocada errónea inaplicación del art 61.2 de la LC no es tal": SAP Salamanca (Sección 1) 30.06.2014 (Sentencia 180/2014; Rollo 150/2014)

1.8 Promesa de compra de acciones incumplida por la concursada antes de la declaraciòn

AP Pontevedra

"QUINTO.-Expuesto lo anterior, para la resolución del recurso se hace conveniente el reflejo de los siguientes hechos, muchos de ellos ya recogidos en la mencionada sentencia de esta Sección, de fecha 3/4/2012, decisoria del ICO núm. 88/2011 :
1.-SEPIDES es una sociedad anónima de capital público dedicada a la promoción del desarrollo empresarial, y con esta finalidad decidió invertir en el capital de ELGASA. Para ello se procedió a ampliar el capital social de ésta en 30258 acciones, de las cuales SEPIDES suscribió y desembolsó íntegramente el valor nominal de 11315 acciones, en la suma de 680031,50 euros.
2.- Con fecha de 23 de diciembre de 2003, SEPIDES, ELGASA y los socios de ésta, otorgaron ante notario un documento que denominaron "acuerdo de socios y promesa de compra de acciones" que tenía como contenido fundamental, entre otros pactos, el regular un "pacto de recompra" que permitía a SEPIDES recuperar su inversión en el plazo de seis años. De dicho negocio jurídico interesan las siguientes estipulaciones:
a)el primer apartado del pacto de recompra: "ANDI GESTION SL y LUMA GESTION SL, o la propia sociedad según la legislación vigente en ese momento, se obligan indistintamente y con independencia de la condición de socio de ELGASA a comprar... a SEPIDES sus 11315 acciones".
b)se añadía: "esta obligación de compra se realizará... a instancia de SEPIDES, transcurridos seis años desde la fecha..." de la realización por ésta de la suscripción y desembolso de las nuevas acciones.
c)el precio de la compraventa se determinaba por el mayor valor de dos sistemas, consistentes bien en el cálculo del valor teórico contable de las acciones (fijándose con precisión el método para su determinación), bien en el 126,53% del total de la inversión efectuada, equivalente a 860443,86 euros.
d)de la misma forma, también se garantizaba la recuperación de la inversión mediante la previsión de un pago anual a cuenta de la plusvalía que se obtuviera en la venta de las acciones, por importe de 30068,73 euros; abonando ELGASA en cumplimiento de dicho pacto la cantidad de 150343,65 euros.
e) expresamente se mencionaba que SEPIDES aceptaba la promesa de compra y se obligaba a su vez a vender las acciones suscritas en su momento.
3. Transcurrido el plazo convenido, SEPIDES requirió el cumplimiento del pacto, en los términos acordados, de modo infructuoso.
Relatando la actora de manera sucinta en el hecho segundo de la demanda los requerimientos efectuados a ELGASA para el cumplimiento de su obligación de compra de las acciones. Entre los que cabe reseñar: 1) la

remisión de una carta con fecha 20/10/2009 poniendo de manifiesto a ELGASA el futuro vencimiento del plazo establecido en el contrato con el requerimiento de adopción de las medidas que sean precisas para que se haga efectiva la obligación de compra de las acciones que posee SEPIDES en la fecha y condiciones previstas; 2) la remisión de un burofax en fecha 4/2/2010, al objeto de requerir a ELGASA el cumplimiento de su obligación de compra, de acuerdo con lo señalado en la estipulación 2.8 del Acuerdo de Socios y Promesa de Compra de Acciones, de fecha 23 de diciembre de 2003, sin que en ningún caso se admita el aplazamiento de pago del importe de la compra de las acciones señaladas; comunicación ésta respecto de la que la actora expresamente indica que debe ser entendida como productora de los efectos de una "reclamación formal de cumplimiento" de la obligación a cargo de la contraparte; y 3) la realización de un requerimiento material a ELGASA, con fecha 21/9/2010, solicitando la compra de las acciones que se había pactado, previa determinación del precio conforme a las previsiones de la estipulación 2.3 del contrato de promesa de compra de acciones, en el plazo de sesenta días.
Como se indicaba en la sentencia de esta Sección, recaída en el ICO núm. 88/2011, nos encontramos en presencia de una promesa bilateral de compraventa de acciones del art. 1451 del Código Civil, ejercitable tras el transcurso de un plazo determinado y con fijación de un plazo determinable, a través de un doble sistema alternativo, perfectamente delimitado, que permite concluir la existencia de una predeterminación de los elementos del negocio de compraventa de acciones comprometido. Por cuanto, resulta criterio jurisprudencial no ser necesario para que el precio se tenga por cierto que se precise cuantitativamente en el momento de la celebración del contrato siendo suficiente que pueda determinarse sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes (STS 15/11/1993).
En relación al valor vinculante del precontrato o promesa de compraventa, la doctrina jurisprudencial dominante es la de atribuir al precontrato efectos sustancialmente idénticos a los del contrato definitivo, obligando directamente a las partes al igual que éste, superándose así la antigua concepción del precontrato según la cual éste obligaba a obligarse. Señalando, al respecto, la STS de fecha 29/7/1996, que "La jurisprudencia española dominante se ha inspirado en la concepción de que el precontrato es la fase inicial de un contrato de formación sucesiva con unidad funcional y voluntad única, dejando esta etapa preparatoria ya vinculadas a las partes de forma que basta actuar la facultad de poner en funcionamiento el contrato proyectado para que ésta sea exigible y produzca sus efectos típicos de manera que, en caso de negativa de una de las partes, el Juez pueda suplir el consentimiento del obligado, puesto que la consumación del contrato no requiere una nueva y específica declaración de voluntad por haber sido prestado el suficiente consentimiento al perfeccionarse el contrato inicial: esto es, el precontrato o contrato preliminar obliga como el llamado contrato definido".
Así las cosas, a la vista del contenido de la escritura pública de fecha 23/12/2003 y de las fechas de realización de los requerimientos por SEPIDES a ELGASA en aras del cumplimiento del pacto de recompra de las acciones, teniendo en cuenta que el cumplimiento de la promesa de compraventa era exigible con anterioridad a la declaración del concurso, que por la demandante (suscriptora de las acciones en el proceso de ampliación del capital social) se requirió a la entidad ELGASA -ahora concursada- para la recompra de las acciones con anterioridad a la declaración del concurso sin que dicho requerimiento fuese atendido, pudiendo, por tanto, tenerse por producido el incumplimiento de la obligación de adquisición de las acciones por ELGASA también con anterioridad a la fecha de declaración del concurso (21/12/2011), se estima procedente la calificación del crédito de la actora como crédito concursal, por cuanto poniendo de relieve la demandante SEPIDES su voluntad de cumplir el pacto de recompra de acciones, cabe estimar de aplicación al caso el apartado 1 del art. 61 de la LC.
Sin dejar de reparar que en el apartado 4 del art. 62 de la LC, para el supuesto de resolución del contrato por incumplimiento (que, a tenor del art. 1124 CC, constituye la alternativa a la exigencia de cumplimiento por el contratante cumplidor) se dispone respecto a las obligaciones vencidas la inclusión en el concurso del crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración del concurso. ": SAP Pontevedra (Sección 1) 12.09.2012 (Sentencia 444/2012; Rollo 398/2012)

AP Valencia

"Sobre el régimen legal previsto para la resolución de los contratos en el concurso, se pronuncia, precisamente resolviendo recurso de casación frente a sentencia de esta misma Sección,la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2012:ROJ: STS 8997/2012) Recurso: 1315/2010 | Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, indicando lo que sigue:
La Ley Concursal regula en los arts. 61y ss. los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En el caso de contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas para las partes, el art. 61LCdistingue según el contrato esté pendiente de cumplimiento por una de las partes o por ambas.
Si está pendiente de cumplimiento sólo por el deudor concursado, el art. 61.1 LCprescribe que el derecho de la contraparte (parte in bonis) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal, cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte in bonis, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC.
Sin embargo, si el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes, "las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa". Ello sin perjuicio de que el juez del concurso pueda acordar la resolución del contrato en interés del concurso, a instancia de la administración concursalo, en su caso, del deudor concursado, conforme a lo previsto en el art. 61.2.II LC.
Pero lo anterior no impide que un contrato con obligaciones recíprocas pueda ser objeto de resolución por incumplimiento de una de las partes, si bien el art. 62 LCdistingue según se trate de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo. Si es de tracto único, sólo cabe la resolución del contrato fundada en el incumplimiento

del contrato cuando fuera posterior a la declaración del concurso. En el caso de contratos de tracto continuado, cabe instar la resolución del contrato por incumplimiento, con independencia de si éste es anterior o posterior a la declaración de concurso.
En cualquier caso, declarado el concurso, el art. 62.2 LC atribuye expresamente al juez del concurso el conocimiento de las demandas de resolución de los contratos en que sea parte el deudor concursado, que se sustanciarán por un incidente concursal. Y con ocasión del ejercicio de esta acción de resolución del contrato, aunque "exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato ", con los efectos previstos en el art. 62.3 LC. Lógicamente, si no se solicita o no se aprecia el reseñado interés del concurso en la continuidad del contrato, el juez acordará la resolución del contrato, con un efecto liberatorio respecto de las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, prosigue el art. 62.4 LC, " se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa ".
Hay que destacar que no es posible resolver los contratos con obligaciones recíprocas cuando, al momento de declaración del concurso, una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial "de las recíprocas a su cargo".
En el contrato de compraventa la reciprocidad se predica, respectivamente, de las obligaciones de entrega de la cosa y pago del precio.
La reciprocidad, en relación al concurso, se analiza,entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2013 (ROJ: STS 1427/2013) Recurso: 802/2012, Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL:
A la reciprocidad de las obligaciones contractuales se anudan en nuestro ordenamiento importantes consecuencias, como son la atribución al contratante perjudicado de la facultad de resolver el vínculo en caso de incumplimiento imputable al otro -artículo 1124 Código Civil - o la de oponer una excepción a la reclamación de pago efectuada por el primer incumplidor -artículos 1100, último párrafo, y 1124 del Código Civil - y la regulación de un especial régimen de producción de la mora -artículo 1100 Código Civil -. La sentencia de 24 de febrero de 1998 destacó la característica de que " [...] cada obligación bilateral sirve de causa a la otra: si una parte no cumple su respectiva obligación queda la otra sin causa y produce como efectos la compensación en caso de mora (artículo 1.100, último párrafo, Código Civil), la posible <exceptio non adimpleti contractus> (artículos 1.100, 1.124 y 1.308 Código Civil) y la resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento de una de las partes ".
El Código Civil no define la reciprocidad, pero doctrina y jurisprudencia - que se han ocupado de ella, fundamentalmente, al tratar de las consecuencias que le están vinculadas - la hacen depender del contenido del vínculo y, claro está, de la repercusión que dicho contenido tiene en el funcionamiento de la relación. En definitiva, cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, (1º) con causa en un mismo negocio, (2º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra.
La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.
La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial o "lex privata". Pero, a los efectos del artículo 61, cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente, en la se ha venido en llamar fase funcional del vínculo y, además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas.
La parte actora no solicita la resolución, sino el cumplimiento del contrato, habiendo ya postulado el cumplimiento anticipado del mismo -con varios meses de antelación a la declaración del concurso- por incumplimiento por parte de la hoy concursada de parte de sus obligaciones contractuales, en concreto el pago de la aludida tasa de rentabilidad anual. Por tanto, conforme el *Artículo 61,*1 LC en los contratos vigentes con obligaciones recíprocas, en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.
Aquí nos hallamos ante un compromiso de compra -una promesa de compra- de participaciones sociales y, desde el momento en que se ejercita -en la forma anticipada prevista en el contrato- la promesa, surge la obligación de cumplimiento para quien ha de adquirir esas participaciones, pero no por el contrato inicial -promesa de venta- sino, propiamente, como el contrato de compraventa ulterior, que es el que se halla pendiente de cumplimiento por parte del demandado. Así pues, la respuesta conferida por el Juzgado es correcta, atendido lo expuesto, si bien no compartimos los argumentos desplegados en la sentencia recurrida. No nos hallamos en el ámbito de un mero compromiso de venta, sino ya en el ámbito de la auténtica compraventa, pendiente de cumplimiento del pago por parte del hoy demandado, y en un momento anterior a la declaración de concurso, lo que implica, en definitiva, que no es aplicable el párrafo segundo del artículo 61, sino el primer párrafo de dicho precepto, y procede, por esta misma razón, mantener la calificación que en su día confirió la administración concursal, en sus propios términos. El demandante partía, para la aplicación de este precepto (artículo 61,2 LC) de la fecha máxima en que había de llevarse a cabo la compraventa prometida

(19/4/2013) desconociendo sus propios actos, antes aludidos, que sitúan el incumplimiento del demandado y la exigencia de cumplimiento contractual de la actora en un momento claramente preconcursal. Por ello, entendemos que la respuesta no ha de diferir y el recurso ha de ser rechazado, aunque por la fundamentación jurídica aquí contenida, y no por lo expresado en la resolución objeto de recurso. ":SAP Valencia (Sección 9) 28.01.2014 (Sentencia 26/2014; Rollo 687/2013)

1.9 Crédito concursal por compraventa resuelta extrajudicialmente antes de la declaración de concurso

AP Tenerife

"II. De la revisión de lo actuado en relación con la cuestión que se acaba de exponer, circunscrita a si cabe o no acoger la reclamación cuantitativa de 7.308 euros, por tratarse de un crédito que no puede resultar afectado por el convenio (en definitiva, un crédito contra la masa) y, discrepando en este punto del criterio de la juzgadora de la instancia, sólo puede concluirse del mismo modo desestimatorio que en cuanto a la pretensión examinada en el precedente fundamento de derecho. Así, no obstante ser cierto que el actor pagó esa cantidad con posterioridad a la aprobación del convenio, sin embargo, debe también tomarse en consideración que, al igual que el resto de cantidades entregadas a cuenta a cuya restitución tiene derecho dicho actor dentro del convenio concursal, el referido crédito dimana de la resolución extrajudicial de los contratos de compraventa objeto de autos, resolución contractual que, como ya se ha señalado, fue anterior a la declaración de concurso, habiéndose reconocido incluso a favor de la entidad bancaria a la que se habían endosado los efectos cambiarios en su día librados por el actor el crédito atinente al importe de tales efectos, como crédito contingente, y que como consecuencia de su abono por el actor-apelante, y del criterio jurisprudencial reseñado en el anterior fundamento de derecho, debe estimarse aplicable el artículo 134.1 de la Ley Concursal, siendo, por consiguiente, susceptible de ser reconocido dentro del concurso, no mostrando tampoco la entidad demandada -como refiere en el décimo quinto de su contestación a la demanda- oposición para la formalización de la cesión del crédito reconocido, de modo que, como consecuencia de todo ello, pasaría dicho crédito a ostentar idéntica categoría -ordinario- que el correspondiente al resto de las cantidades entregadas a cuenta del precio de los contratos de compraventa resueltos. ": SAP Tenerife (Sección 3) 29.11.2013 (Sentencia 383/2013; Rollo 378/2013)

1.10 Compraventa. Acciones. Títulos no emitidos. Aplicación de las reglas de transmisión de derechos de crédito. No obligaciones pendientes a cargo del vendedor. Crédito concursal

AP Madrid

"CUARTO.- La entidad actora y ahora apelante pretende que se le reconozcan como créditos contra la masa y, en consecuencia, que se excluyan de la lista de acreedores los créditos concursales que han sido incluidos en concepto de precio de venta de las 600.000 acciones nominativas de la entidad "MARINA MERIDIONAL DE CEUTA, S.A.", compradas por la concursada a la demandante por importe de 709.944,30 euros, así como los intereses devengados en la cuantía de 84.676,98 euros.
La entidad apelante mantiene que al tiempo de la declaración de concurso la compradora no había satisfecho el precio de compra ni la vendedora había entregado a la concursada las acciones objeto de la compraventa. En consecuencia, considera que se trata de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso y que la prestación de la deudora tiene la consideración de crédito contra la masa en aplicación de los artículos 61.2 y 84.2.6 de la Ley Concursal.
Por el contrario, la concursada entiende que al no haberse emitido por la sociedad los títulos representativos de las acciones no era posible la entrega de los títulos, transmitiéndose las acciones conforme a los normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales, de conformidad con el artículo 120.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2009. Por ello, mantiene que las acciones se transmitieron al comprador al tiempo de la celebración del contrato (24 de marzo de 2006) o, como muy tarde, al vencimiento del término para el pago del precio (8 de julio de 2010), en ambos casos con anterioridad a la declaración de concurso (6 de octubre de 2011) lo que supone, por un lado, que el crédito de la demandante es concursal en tanto que al declararse el concurso solo quedaba pendiente de cumplimiento la obligación de pago de la compradora y, de otro, que la propiedad de las acciones se transmitió efectivamente a la compradora sin necesidad de ningún acto de entrega o traspaso de la posesión, lo que conduciría a la desestimación del recurso de apelación y a la estimación de la impugnación de la sentencia en el particular que acordó excluir del inventario las acciones objeto de la compraventa.
La administración concursal, con notable confusión, afirma que al vencimiento del término ninguna de las partes cumplió el contrato, por lo que "podremos considerar que hay incumplimiento por ambas partes, comparadora y vendedora, pero en ningún caso que el contrato sigue vigente", para luego referirse al régimen de la resolución del contrato -que nadie considera que se ha producido, ni siquiera la administración concursal- y a la equiparación del vencimiento del término y la terminación anticipada del contrato -sin que se adivine con qué finalidad-, para finalizar poniendo de manifiesto que la vendedora exigió judicialmente a la deudora el pago del precio antes de la declaración de concurso, lo que le lleva a afirmar que el contrato "ya no está en vigor como tal, sino que, por el contrario, ya ha vencido" (énfasis en el original), por lo que el crédito debe calificarse como concursal.
No se discute que el día 24 de marzo de 2006 la entidad demandante (SEPIDES) vendió a la mercantil "GESTIÓN DE NEGOCIOS ARGOS, S.A." 600.000 acciones nominativas de la entidad "MARINA MERIDIONAL DE CEUTA, S.A.", de las que 300.000 habían sido suscritas por la vendedora al constituirse la

sociedad y otras 300.000 lo fueron con ocasión de la ampliación de capital acordada el mismo día 24 de marzo de 2006, contrato que se aporta como documento nº 1 de la demanda.
La compraventa se celebró bajo condición suspensiva de que la ampliación de capital quedara inscrita en el Registro Mercantil (estipulación 1.2), sin que nadie haya puesto de manifiesto ni alegado la falta de cumplimiento de la condición (véase la certificación del Registro Mercantil unida a los folios 457 a 492 en la que se afirma que refleja todas las inscripciones practicadas con referencia a la sociedad "MARINA MERIDIONAL DE CEUTA, S.A.", a pesar de lo cual se omiten las inscripciones quinta y sexta).
Además, para el caso de cumplimiento de la condición el contrato quedó sometido a término inicial suspensivo, de modo que surtiría sus efectos a los cuatro años de la firma del contrato, esto es, el día 24 de marzo de 2010, si bien en virtud de la novación modificativa del contrato acordada el día 23 de marzo de 2010 (documento nº 2 de la demanda), dicho término inicial quedó fijado para el día 8 de julio de 2010.
En la estipulación tercera del contrato, apartado 2, se establece: "3.2. En el momento de satisfacer el precio, SEPIDES vendrá obligada a hacer entrega o cesión de las participaciones objeto de este contrato.".
También se contempla en el contrato que transcurrido el término inicial o, en su caso, al vencimiento anticipado, "... el comprador a término pagará el precio convenido en la Estipulación Segunda, haciendo SEPIDES entrega o cesión de las acciones objeto de este contrato al mismo" (cláusula 6.1.).
De los términos del contrato se deduce con nitidez que la voluntad de las partes exigía el pago del precio para que el vendedor hiciera entrega de los títulos representativos de las acciones nominativas objeto del contrato, de modo que la transmisión de la propiedad de las acciones requería el negocio causal (título), en este caso la compraventa, seguida de la tradición o entrega de los títulos (modo) o, en su caso, el endoso, previo pago del precio convenido y con entrega de los títulos (artículo 609 del Código Civil y 120 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).
Sin embargo, el hecho de que no se llegaran a imprimir y entregar a los accionista los títulos representativos de las acciones hace que su transmisión quede sometida, en principio, a las normas sobre cesión de créditos o derechos incorporales, sin que en estos casos sea necesaria entrega o traspaso posesorio alguno, pues no existen físicamente los títulos, transmitiéndose aquéllas por el mero consentimiento, tal y como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2009, invocada por la concursada.
En la referida sentencia se indica que: «La negociabilidad característica de los títulos lo es también de las acciones. Por ello el legislador permite que éstas se transmitan -y, con ellas, la condición de socio- aunque, debiendo quedar incorporadas a títulos -como sucede en el caso que se enjuicia-, no lo hubieran hecho aún, por no haber sido los mismos materialmente creados y entregados.
En tal caso, sin embargo, no se aplican las normas que regulan la transmisión de las acciones cuyos títulos, nominativos o al portador, hubieran sido impresos y entregados - artículo 56.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas - ni la de las acciones representadas por anotaciones en cuenta - artículo 9 de la Ley 24/1.988, de 28 de julio -, sino, por expreso mandato del artículo 56.1, las que disciplinan la cesión de créditos y demás derechos incorporales, esto es, los artículos 347, 348 del Código de Comercio, 1.526 y siguientes del Código Civil, con las particularidades resultantes de que los derechos que se transmiten tengan naturaleza corporativa y de la necesidad de dar cumplimiento a determinadas exigencias legitimadoras -artículos 56.1 y 58 del repetido texto refundido-.
Ello sentado, la cesión de créditos, regulada básicamente en el Código Civil, dentro del título destinado a la compraventa -capítulo VII-, tiene la naturaleza de un contrato traslativo, en el sentido de que el cedente no ha de efectuar ningún acto de entrega o traspaso de la posesión del derecho cedido para dejar de ser titular del mismo y, correlativamente, para convertir en tal al cesionario -el artículo 609 del Código Civil exige el título y el modo para la transmisión de la propiedad y demás derechos reales -.
Así lo declaran las sentencias de 12 de noviembre de 1.993 -"...se configura la cesión como una compraventa especial, caracterizada por su contenido de cosas incorporales que matiza de distinta manera que en la compraventa la entrega y saneamiento de lo que se cede y de lo que se vende", razón por la que "al firmar éste el contrato, en prueba de conformidad, la cesión, como tal, quedó consumada..."- y 23 de noviembre de 1.993 - "que se haya o no cumplido lo previsto en el artículo 1.464 sobre entrega al comprador de la cosa vendida- en este caso habrá de referirse a los títulos de crédito, para su efectividad - es irrelevante... pues la... cesión no depende de la entrega-.
Conforme a ello, como las acciones objeto del contrato de catorce de marzo de mil novecientos noventa y seis no habían sido impresas y entregadas, cumplía entender que el mero consentimiento de los contratantes era, en principio, apto para perfeccionar su cesión, en cuanto negocio jurídico consensual, y, también, para consumar su eficacia traslativa, esto es, para convertir a la cesionaria, Saturno, SA, en titular de las acciones vendidas.».
Ahora bien, como indica la propia sentencia del Alto Tribunal, una cosa es que las acciones no impresas ni entregadas se transmitan, en principio y naturalmente, por el mero consentimiento sin necesidad de modo
o tradición y otra distinta que cedente y cesionario no puedan, en ejercicio de su potencialidad normativa creadora - artículo 1.255 del Código Civil -, aplazar el efecto traslativo de la cesión o supeditarla al cumplimiento de determinados requisitos.
En el supuesto de autos la modificación del régimen de transmisión de las acciones por el hecho de que no estuvieran impresos los títulos no altera lo acordado por las partes más de cuatro años antes del cumplimiento del término inicial de los efectos del contrato en el que se contemplaba que la entrega o cesión de las acciones objeto del contrato se efectuaría tras el pago del precio.
Esto implica, por un lado, que a falta de pago del precio no pueda entenderse transmitida la titularidad de las acciones a favor del comprador y, de otro, que una vez que el precio sea satisfecho no hace falta acto alguno de la vendedora para transmitir la titularidad de las acciones, transmisión que se produce por el mero consentimiento ya emitido por las partes.
De lo expuesto se deduce que al tiempo de la declaración de concurso, en realidad, sólo existían obligaciones

pendientes de cumplimiento a cargo de la compradora que tenía a su cargo la obligación de pagar el precio y una vez satisfecho éste ninguna prestación recíproca estaba pendiente a cargo de la vendedora que no tenía que hacer entrega de unos títulos inexistentes ni tampoco efectuar acto o declaración alguna para que operase la transmisión de la propiedad de las acciones.
En consecuencia, resultan inaplicables los artículos 61.2 y 84.2.6º de la Ley Concursal lo que determina la desestimación del recurso de apelación formulado por la parte demandante al ser titular de un crédito concursal (artículo 61.1 de la Ley Concursal).
Aun cuando ya no resulta relevante conviene indicar que en su escrito de oposición la administración concursal confunde el vencimiento y la exigibilidad de las obligaciones con la validez del contrato sin que sus alegaciones desvirtúen o apoyen lo ya razonado. Por lo demás, resulta intranscendente a los efectos de la calificación del crédito que aquí se discute el hecho de que la demandante hubiera exigido judicialmente su pago a la deudora cuando nadie discute que el contrato no ha sido resuelto, el precio no se ha pagado y la propia administración concursal admitió en su contestación a la demanda que las acciones no habían sido transmitidas a la concursada.
QUINTO.- Los razonamientos expuestos en el fundamento anterior conducen directamente a la desestimación de la impugnación de la sentencia formulada por la concursada en tanto que no se ha producido la transmisión a la compradora de la titularidad de las acciones que continúan en el patrimonio de la demandante vendedora mientras aquélla no pague el precio por así haberlo convenido las partes en el contrato de compraventa, operando la cesión de las acciones previo pago del precio.
Incluso en los supuestos de vencimiento anticipado, ya fuera por acuerdo de las partes o por la sola voluntad de la compradora, se subordinaba la entrega o cesión de las acciones al pago del precio por la compradora (estipulación 5 del contrato).
Por lo demás, la propia concursada no discute que las acciones objeto de la compra no fueron incluidas en el inventario de bienes y derechos que presentó junto con la solicitud de concurso, lo que evidencia que la propia concursada consideraba que no había adquirido su propiedad, siendo necesario para la cesión de las acciones el pago del precio convenido por así haberlo acordado libremente las partes en el contrato.": SAP Madrid (Sección 28) 28.11.2014 (Sentencia 340/2014; Rollo 13/2013)

1.11 Leasing

[Vid. las resoluciones incluidas en el art 84.2.6.]

2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El ~~juez~~ Secretario judicial citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el Juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

** Nueva redacción del segundo párrafo del apartado 2 del art. 61 por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 04.05.2010*

2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización.

** Nueva redacción del segundo párrafo del apartado 2 del art. 61 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)*
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 61.2 Contratos con obligaciones recíprocas pendientes por ambas partes

Tribunal Supremo

“La Ley Concursal regula en los arts. 61 y ss. los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En el caso de contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas para las partes, el art. 61 LC distingue según el contrato esté pendiente de cumplimiento por una de las partes o por ambas.
Si está pendiente de cumplimiento sólo por el deudor concursado, el art. 61.1 LC prescribe que el derecho de la contraparte (parte in bonis) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal, cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte in bonis, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC.
Sin embargo, si el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes, " las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa ". Ello sin perjuicio de que el juez del concurso pueda acordar la resolución del contrato en interés del concurso, a instancia de la administración concursal o, en su caso, del deudor concursado, conforme a lo previsto en el art. 61.2.II LC.
Pero lo anterior no impide que un contrato con obligaciones recíprocas pueda ser objeto de resolución por incumplimiento de una de las partes, si bien el art. 62 LC distingue según se trate de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo. Si es de tracto único, sólo cabe la resolución del contrato fundada en el incumplimiento del contrato cuando fuera posterior a la declaración del concurso. En el caso de contratos de tracto continuado, cabe instar la resolución del contrato por incumplimiento, con independencia de si éste es anterior o posterior a la declaración de concurso.
En cualquier caso, declarado el concurso, el art. 62.2 LC atribuye expresamente al juez del concurso el conocimiento de las demandas de resolución de los contratos en que sea parte el deudor concursado, que se sustanciarán por un incidente concursal. Y con ocasión del ejercicio de esta acción de resolución del contrato, aunque " exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato ", con los efectos previstos en el art. 62.3 LC. Lógicamente, si no se solicita o no se aprecia el reseñado interés del concurso en la continuidad del contrato, el juez acordará la resolución del contrato, con un efecto liberatorio respecto de las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, prosigue el art. 62.4 LC, " se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa ". STS 18.12.2012 (Sentencia 760/2012; Recurso 1315/2010)

“Motivo segundo de casación
8. Formulación del motivo. El motivo se funda en la infracción de los arts. 62.1 y 61.2 LC. En el desarrollo del motivo, de una forma un tanto confusa, se argumenta que la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el art. 61.2 LC, y dicha referencia no distingue si son de tracto único o sucesivo. En caso de incumplimiento, el "perjudicado podrá pedir la resolución si después de haber optado por el cumplimiento este resulta imposible, con el resarcimiento del daño y abono de intereses en ambos casos. Es imposible entregar lo comprometido siendo viviendas de protección oficial, nunca podrán ser viviendas libres de cargas y gravámenes".
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
Desestimación del motivo.
Este motivo afecta únicamente a la pretensión de resolución del contrato de permuta por incumplimiento de la promotora. Ha quedado acreditado en la instancia que, antes de que se declarara el concurso de la promotora Martinsa-Fadesa, ya había construido las dos viviendas y se las había ofrecido a la Sra. Verónica, así como el local que debía sustituir la tercera vivienda. También ha quedado acreditado que la contraprestación que la Sra. Verónica debía satisfacer por la obtención de estos tres inmuebles (dos viviendas y unos bajos) era la DIRECCION000, y que cumplió con esta obligación mediante su entrega en el año 1996. Por lo tanto, al tiempo de declararse el concurso de acreedores de Martinsa Fadesa, el contrato de permuta estaba pendiente de cumplimiento tan sólo por una de las partes, la promotora concursada. Consiguientemente, el derecho que la Sra. Verónica y, en su caso, sus cesionarios, pudieran tener sobre las dos viviendas, con sus trasteros y garajes, y el local constituía, conforme al art. 61.1 LC, un crédito concursal que debía comunicarse y ser reconocido, y ser satisfecho conforme a la solución concursal por la que optase.
Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación el art. 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del art. 62.1 LC, porque sólo lo admite en los casos del art. 61.2 LC, esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso. Todo ello, sin perjuicio de la distinción que el art. 62.1 LC hace entre contratos de tracto sucesivo y único, para permitir en el primer caso la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tal y como hemos declarado en las Sentencias 505/2013, de 24 de julio, y 510/2013, de 25 de julio.
Pero la razón de la desestimación de la resolución del contrato no es tanto que se trata de un contrato de tracto único y que el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso, como que en ese momento tan sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada, por lo que no eran de aplicación los arts. 61.2 y 62.1 LC, sino el art. 61.1 LC. En este caso, la demandante tenía un crédito concursal cuyo incumplimiento, una vez declarado el concurso, no puede justificar la resolución del contrato sino la reclamación del crédito (aunque consista en una prestación de dar cosa específica) dentro del concurso.”: STS 22.05.2014 (Sentencia 235/2014; Recurso 1668/2012)

“TERCERO.-Valoración de la Sala y desestimación del motivo.
1. De acuerdo con la cronología de los hitos más importantes que se ha dejado expuesta en el Fundamento de Derecho Primero (Resumen de antecedentes), apartado 1, de la presente resolución, el incumplimiento en la entrega de la vivienda por parte de la concursada se produce el 10 de julio de 2009, cuando todavía no habían sido entregados al Juzgado los textos definitivos por parte de los administradores concursales (lo que ocurre el 28 de diciembre de 2009).
En este sentido lleva razón el recurrente al afirmar que, como titular de un crédito cuyo incumplimiento se produce con posterioridad a la declaración de concurso (obligación única, con prestaciones diferidas), se hallaba en la situación prevista en el art. 61.2 LC, es decir, era titular de un crédito contra la masa y, por tanto, extraconcursal (art. 84.2.6º LC). Los titulares de estos créditos no están compelidos a realizar una comunicación como la que ordena el art. 85.1 LC, de modo que su reconocimiento se produce al margen del procedimiento exigido a los acreedores que conforman la masa pasiva del concurso.”: STS 26.03.2015 (Sentencia 146/2015; Recurso 1348/2013)

Art. 61.2.I

0. Concepto

AP La Coruña

“SEGUNDO Elart. 61.2 de la LC, al normar que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, y que las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán contra la masa, se está refiriendo a una concreta clase de obligaciones: las denominadas recíprocas o sinalagmáticas, a ellas alude el Código Civil en diversos preceptos de su articulado, si bien no nos da una concreta definición de las mismas, ni regula de forma unitaria, en un concreto título o capítulo, su régimen jurídico, y sin que tampoco nos explique en qué consiste esa reciprocidad que conforma su esencia, si bien regula aspectos tales como la mora (art. 1100 del CC), la retroactividad de la obligación de dar en tal clase de obligaciones en elart. 1120 del CC y, en el art. 1124, la cláusula resolutoria implícita consustancial a todas ellas.
En el derecho histórico, aun cuando el contrato contuviera prestaciones a cargo de ambas partes, las mismas originariamente no estaban vinculadas por una relación de interdependencia, de manera tal que, por ejemplo, en el contrato de compraventa, al comprador se le otorgaba una acción para reclamar la cosa y al vendedor otra para obtener el precio, pero ambas funcionaban con absoluta independencia, cada una de ellas amparada en su concreta acción para exigir el cumplimiento de la prestación debida.
El nacimiento pues de las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas se produce en un momento histórico posterior, cuando se conectan ambas obligaciones entre sí, a través de una relación de interdependencia de la una con respecto a la otra, naciendo entonces la "exceptio non adimpleti contractus", que permite oponer el incumplimiento de la contraparte para no prestar la obligación propia, así como la rotura o resolución del vínculo contraído, con devolución de prestaciones, en el caso de incumplimiento definitivo o frustrador de las expectativas contractuales a la otra parte contratante.
A esta esencial nota de la correspondencia e interconexión de prestaciones se refiere la jurisprudencia, cuando nos enseña que, para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas, hace falta no sólo que en el mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que "la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra" (SSTS de 8 julio 1954 y18 de noviembre de 1994), señalándose, en esta última resolución, para desestimar que nos hallásemos ante una obligación recíproca: "que no se ha producido incumplimiento en las obligaciones pactadas como recíprocas, porque se trata de dos convenios en que el posterior no estaba vinculado expresamente al anterior".
Insistiendo en tales características, la recienteSTS de 30 de marzo de 2010, señala que: "en las obligaciones recíprocas, como recuerda lasentencia de 22 de abril de 2004, el nexo causal o interdependencia de las prestaciones principales de las partes convierte a cada una en equivalente o contravalor de la otra, lo que se manifiesta no sólo en el momento estático de nacimiento de la relación -sinalagma genético-, sino también en el dinámico y posterior de su desenvolvimiento -sinalagma funcional-, en el cual la reciprocidad se proyecta, entre otros aspectos, sobre la exigibilidad de las prestaciones, de modo que, por virtud de la recíproca condicionalidad, ninguno de los contratantes está facultado para compeler al otro a que cumpla su prestación antes que él lo haga con la correlativa, tanto más si se hubiera pactado que el cumplimiento de ésta debía ser anterior.
En definitiva, la nota característica de las obligaciones que tratamos radica en la interdependencia y nexo causal entre ellas, de modo que la prestación de una parte funciona como equivalente o contravalor de la prestación de la otra y así recíprocamente, es por ello que la eliminación hipotética de uno de los deberes de prestación implica que el otro aisladamente concebido carezca de justificación.
De tales notas configuradoras nacen los especiales efectos de tal clase de obligaciones, como expresa laSTS de 24 de febrero de 1998, cuando indica que: "Cada obligación bilateral sirve de causa a la otra: si una parte no cumple su respectiva obligación queda la otra sin causa y produce como efectos la compensación en caso de mora(artículo 1100, último párrafo, Código civil), la posible "exceptio non adimpleti contractus"(artículos 1100, 1124 y 1308 Código civil) y la resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento de una de las partes".
En el mismo sentido, más recientemente, laSTS de 30 de abril de 2010 nos enseña que los efectos típicos de tal clase de obligaciones son "la necesidad de cumplimiento simultáneo de las mismas, la "compensatio mora"

y la resolución en caso de incumplimiento por una de las partes, que prevé elart. 1124 CC y que puede exigirla aquélla que sí ha cumplido la suya (SSTS 20 junio 1990,15 julio 1991,25 noviembre 1991,30 noviembre 1992,15 noviembre 1993,9 mayo 1994,27 de febrero 1997 entre otras muchas)".
O como establece laSTS de 30 de marzo de 2010, "con carácter general, la excepción de incumplimiento del contrato, construida a partir de losartículos 1.100 y 1.124 del Código Civil, sólo es admisible tratándose de relaciones de obligación sinalagmáticas y, por tanto, de obligaciones cuyo objeto está constituido por prestaciones recíprocamente condicionadas. Se trata, con este remedio, de mantener durante el funcionamiento de la relación jurídica el mismo equilibrio querido por las partes al crearla con la perfección del contrato -STS de 28 de mayo de 2.009 -. El orden de cumplimientos de las prestaciones debidas y la mutua condicionalidad e interdependencia que existe entre ellas, es lo que justifica que el deudor requerido de pago le pueda oponer al deudor incumplidor la llamada "exceptio non adimpleti contractus ", con el efecto de neutralizar la reclamación, dada la facultad que le asiste de posponer su cumplimiento hasta que el reclamante cumpla o esté dispuesto a cumplir lo que le incumbe -STS de 14 de junio de 2.004 -".": SAP la Coruña (Sección 4) 18.04.2011 (Sentencia 166/2011; Rollo 608/2010)

00. Vigente el contrato declarado el concurso, no cabe la posterior resolución extrajudicial mediante comunicación al concursado, debe instarse judicialmente

AP Barcelona

“10. Aunque la resolución recurrida no se muestra muy precisa sobre este particular, es muy trascendente hacer referencia precisa al orden en el que ocurrieron hechos esenciales para la suerte de este proceso, como son los siguientes:
a) El 20 de junio de 2013 GN mandó una comunicación a G3C intimándola a la inmediata renovación del aval, dado que había incumplido previamente la obligación de renovación y estaba muy próxima la fecha de su caducidad (el 30 de junio). También le expuso que si no cumplía podría resolver el contrato de suministro.
b) El día 26 de junio de 2013 G3C contesta el requerimiento y solicita aplazamiento y GN lleva a cabo dos actos: (i) le comunica que va a proceder a ejecutar el aval; y (ii) se dirige al notario para que efectivamente comunique a las entidades bancarias la ejecución del aval. En cambio, lo que no hace en esa fecha, fue comunicar que resolvía el contrato de suministro.
c) El 12 de septiembre se declara el concurso de G3C.
d) El 1 de octubre GN comunica a G3C que ha decidido resolver el contrato. Hace referencia en esa comunicación a su misiva de 20 de junio anterior. Unos días más tarde, el 9 de octubre de 2013, se hizo efectivo el corte de suministro.
11. La cuestión esencial a la que es preciso dar respuesta es la relativa a si es apto el procedimiento resolutorio seguido por GN o si debió haber instado la resolución al juez del concurso, como alega la concursada.
Como punto de partida, es claro que, en una situación no concursal, la resolución es un acto de parte que no precisa ser dirigido más que a la contraparte. Esto es, no es preciso que se acuda al juez más que en el caso de que las partes cuestionen la resolución si bien la función del juez se constriñe a examinar si concurrían las condiciones para resolver en el momento en el que se pretendió por una parte frente a la otra.
Declarado el concurso de una de las partes la cuestión es diferente. Aunque las causas que puedan justificar la resolución sean previas al concurso, el acto resolutorio de la parte debe ejercitarse necesariamente a través del juez del concurso, tal y como se deriva del artículo 61.2 LC. Por tanto, no tiene validez el acto de la parte que se ejercite de una forma distinta, como en el supuesto que enjuiciamos ha ocurrido con la comunicación de GN realizada el 1 de octubre de 2013. En ese momento G3C ya había sido declarada en concurso y, lo conociera o no GN, la misma se veía forzada a ejercitar una eventual acción resolutoria por la vía del incidente concursal ante el juez del concurso.
12. Por tanto, no ejercitada tampoco en este proceso por GN la acción de resolución por incumplimiento, no tiene demasiado interés analizar el carácter esencial o no del incumplimiento por parte de G3C de la obligación de renovar la fianza, lo que únicamente sería relevante en el caso de que GN hubiera llevado a cabo la resolución antes del concurso. El objeto de este proceso está constituido, sustancialmente, por la acción de cumplimiento contractual ejercitada por G3C frente a GN y, subsidiariamente, la acción de resolución por incumplimiento de GN, de manera que no se puede perder esa perspectiva a la hora de dar respuesta a las cuestiones que plantea el caso.
13. Lo relevante es, creemos, si está justificada la acción de cumplimiento contractual ejercitada por la concursada frente a GN y, particularmente, si la misma ampara la pretensión de que se condene a GN al pago de los diez millones de euros que percibió como consecuencia de la ejecución del aval. La respuesta a cada una de esas cuestiones no tiene por qué ser coincidente porque cada una de esas pretensiones tiene su propia sustantividad. Por eso creemos que debe procederse a su análisis de forma separada.”: SAP Barcelona (Sección 15) 28.05.2015 (Sentencia 137/2015; Rollo 539/2014)

AP Valencia

“En segundo lugar, y al hilo de la fecha del citado Auto, debe tenerse en cuenta que cuando la parte actora lleva a cabo, en fecha 25 de septiembre de 2012, la notificación por conducto notarial de su voluntad resolutoria, según lo establecido en la cláusula cuarta de la escritura pública de cesión de solar por obra futura, ya se había producido la declaración concursal de Paquemas SL, por lo que cualquier decisión que al respecto hubiera de adoptarse necesariamente requeriría la intervención de la Administración Concursal y el correspondiente acuerdo judicial. En relación a esta cuestión, y en contra de lo mantenido en la demanda, el

Administrador Concursal sí contestó al requerimiento notarial en fecha 5 de octubre mediante carta en la que, -además de indicar que no se había producido ninguna transmisión del solar a la entidad Paquemas, ya que se trataba de la misma entidad que había cambiado de denominación social-, expresamente manifiesta la oposición a la resolución contractual pretendida de contrario, lo que, -se señala por el Administrador Concursal en la referida misiva-, ya se había puesto de manifiesto en el incidente concursal nº 532/12.
Por tanto, la resolución del contrato nunca se produjo por razón de la comunicación notarial ya que, habiéndose producido con anterioridad a ese momento la declaración de concurso de Paquemas, hubiera sido necesaria la correspondiente resolución judicial de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la LC, y en el caso de autos no hubo lugar a pronunciamiento en tal sentido porque el Administrador Concursal se opuso a la voluntad de resolver que le había sido notificada por la parte actora. De ello resulta, con claridad, que no es posible admitir que el presente procedimiento tenga su razón de ser en el mero reconocimiento de una resolución contractual ya efectuada -como se pretende por la parte actora-, pues tal situación resolutoria hasta la fecha no se ha producido, de lo que no cabe más que concluir que a través de la demanda se ejercita la acción resolutoria del artículo 62 de la LC y no la que en dicho escrito se denomina como "acción para el reconocimiento de la resolución contractual". “:SAP Valencia (Sección 9) 30.06.2014 (Sentencia 198/2014; Rollo 991/2013)

000. Sobre la resolución por cross default

AP Salamanca

“Sin perjuicio de lo anterior, para una mayor tranquilidad de la parte recurrente y por razones de oportunidad, ante la novedad del problema planteado, la Sala considera conveniente realizar una serie de consideraciones generales respecto a la eficacia de los pactos de " cross default " en procesos concursales, al margen de los hechos concretos de esta " litis ".
Como se ha dicho ya, el acuerdo de " cross default " actúa como una suerte de garantía " sui generis " de cumplimiento contractual, bajo la amenaza que supone la potestad atribuida al acreedor de resolver un contrato no por incumplimientos o eventos del mismo contrato, sino por incumplimientos o cualesquiera otras causas de resolución del resto de contratos vinculados al mismo en virtud de dicho pacto. En concreto, dicho pacto adquiere virtualidad resolutoria por sí solo, al margen de posibles resoluciones fundadas en incumplimientos de un concreto y aislado contrato. Como es sabido, el art. 62.1 LC, claramente inspirado en el principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado que ilumina la moderna legislación concursal (cfr., STS de 21 de marzo de 2012), dispone que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, y también, en el caso de contratos de tracto sucesivo, cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. Esta Sala entiende que el fundamento de la resolución debe interpretarse " lato sensu ", incluyendo no sólo las causas resolutorias basadas estrictamente en incumplimientos anteriores o posteriores al concurso del concreto contrato cuya resolución se pretende, sino también las basadas en incumplimientos de contratos de terceras entidades cuando existan pactos de vinculación contractual con el deudor concursal; como sucede con la cláusula de " cross default ", ya que el incumplimiento de cualquiera de los contratos vinculados por esa cláusula se convierte en causa resolutoria " per se " que faculta a la parte " in bonis " a solicitar la resolución de los restantes, incluso aunque sea diferente la contraparte contractual. Ahora bien, el reconocimiento de dicha cláusula como fundamento resolutorio autónomo en sede concursal, no empece la facultad del Juez del Concurso para, existiendo causa de resolución, acordar el cumplimiento del contrato atendiendo al interés del concurso, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado, es decir la totalidad de las prestaciones sin discriminación alguna entre las anteriores y las posteriores. E incluso, si se diera el caso, para rehabilitar el contrato ya resuelto antes de la declaración de concurso si se dieran las circunstancias previstas en los arts. 68 a 70 LC. Es uno de los pilares de la nueva regulación concursal (LC 2003), la facultad del Juez para mantener la vigencia de contratos a pesar de concurrir causa de resolución (art. 62.3 LC), e incluso la facultad de rehabilitar contratos ya resueltos (arts. 68 - 70 LC), siempre que la masa, en cuyo interés se obliga a mantener los contratos o rehabilitar los contratos, pueda responder frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse del vínculo contractual, pues sólo de este modo se conjugan equilibradamente las garantías para el interés del concurso con las garantías para el derecho de la contraparte contractual (STS de 21 de marzo de 2012).
En suma, sin perjuicio de las posibilidades de rescisión ex art. 71 LC sugeridas por el Juez "a quo" con fundamento en la presunta naturaleza de garantía de cumplimiento del pacto de " cross default ", la existencia de un pacto de estas características y su invocación como causa de resolución contractual tras la declaración de concurso por incumplimiento, no del contrato celebrado con la entidad concursada, sino de otro contrato concertado por la parte " in bonis " con una tercera entidad (normalmente del mismo grupo que la concursada), en ningún caso puede derogar la facultad reconocida por el art. 62.3 LC al juzgador del concurso para declarar la vigencia del contrato cuya resolución se pretende en atención al interés del concurso, no teniendo influencia alguna -a la hora de decidir sobre un contrato en el concurso de un concreto sujeto o entidad- la situación en que se encuentren otros contratos vinculados al primero por medio de una cláusula o pacto de " cross default ", ni tampoco el impacto de esa decisión en el marco de operaciones de financiación unitaria de distintas empresas de un mismo grupo. Y en consecuencia, ni el incumplimiento de otros contratos ni el concurso de entidades del mismo grupo, impedirá al Juez del Concurso de un determinado sujeto o entidad decidir el mantenimiento de un concreto contrato si así lo exige el interés del concurso, sin perjuicio de que el mismo Juez u otro distinto pueda declarar resuelto otro contrato de una sociedad en concurso vinculado con el primero por medio de un pacto de " cross default " si el interés del concurso de esta otra entidad aconsejara dicha

resolución. (Así, en el concurso de ÁRIDOS 93 S.L., la Administración Concursal interesó la resolución de contrato de leasing celebrado con NAXITIS LEASE S.A. e incluido en la póliza de unificación de 24 de julio de 2009, si bien no recurrió al Juez para que confirmara dicha resolución en interés del concurso, como se puso de manifiesto en la Sentencia de esta Sala de 29 de junio de 2012.) Expresado con más sencillez: la existencia de un pacto contractual que vincula el destino de un contrato al de otro u otros unificados en una sola operación, de modo que el incumplimiento de cualquiera de ellos se erige en causa de resolución de los demás, en nada afecta a la facultad del Juez del Concurso para mantener la vigencia del contrato, o incluso, si se dan las circunstancias, para rehabilitar un determinado contrato en atención al interés del concurso, cuando la resolución se haya debido a la aplicación de ese pacto o cláusula contractual conocido como " cross default ". ":SAP Salamanca (Sección 1) 17.10.2012 (Sentencia 548/2012; Rollo 361/2012)

"Por lo demás, como se dijo igualmente en la citada sentencia de esta Audiencia NÚMERO 548/12 de 17-10-2012 la Sala considera conveniente realizar una serie de consideraciones generales respecto a la eficacia de los pactos de " cross default " en procesos concursales, al margen de los hechos concretos de esta " litis ".
Como se ha dicho ya, el acuerdo de " cross default " actúa como una suerte de garantía " sui generis " de cumplimiento contractual, bajo la amenaza que supone la potestad atribuida al acreedor de resolver un contrato no por incumplimientos o eventos del mismo contrato, sino por incumplimientos o cualesquiera otras causas de resolución del resto de contratos vinculados al mismo en virtud de dicho pacto. En concreto, dicho pacto adquiere virtualidad resolutoria por sí solo, al margen de posibles resoluciones fundadas en incumplimientos de un concreto y aislado contrato. Como es sabido, el art. 62.1 LC, claramente inspirado en el principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado que ilumina la moderna legislación concursal (cfr., STS de 21 de marzo de 2012), dispone que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, y también, en el caso de contratos de tracto sucesivo, cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. Esta Sala entiende que el fundamento de la resolución debe interpretarse " lato sensu ", incluyendo no sólo las causas resolutorias basadas estrictamente en incumplimientos anteriores o posteriores al concurso del concreto contrato cuya resolución se pretende, sino también las basadas en incumplimientos de contratos de terceras entidades cuando existan pactos de vinculación contractual con el deudor concursal; como sucede con la cláusula de " cross default ", ya que el incumplimiento de cualquiera de los contratos vinculados por esa cláusula se convierte en causa resolutoria " per se " que faculta a la parte " in bonis " a solicitar la resolución de los restantes, incluso aunque sea diferente la contraparte contractual. Ahora bien, el reconocimiento de dicha cláusula como fundamento resolutorio autónomo en sede concursal, no empece la facultad del Juez del Concurso para, existiendo causa de resolución, acordar el cumplimiento del contrato atendiendo al interés del concurso, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado, es decir la totalidad de las prestaciones sin discriminación alguna entre las anteriores y las posteriores. E incluso, si se diera el caso, para rehabilitar el contrato ya resuelto antes de la declaración de concurso si se dieran las circunstancias previstas en los arts. 68 a 70 LC. Es uno de los pilares de la nueva regulación concursal (LC 2003), la facultad del Juez para mantener la vigencia de contratos a pesar de concurrir causa de resolución (art. 62.3 LC), e incluso la facultad de rehabilitar contratos ya resueltos (arts. 68 - 70 LC), siempre que la masa, en cuyo interés se obliga a mantener los contratos o rehabilitar los contratos, pueda responder frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse del vínculo contractual, pues sólo de este modo se conjugan equilibradamente las garantías para el interés del concurso con las garantías para el derecho de la contraparte contractual (STS de 21 de marzo de 2012).
En suma, sin perjuicio de las posibilidades de rescisión ex art. 71 LC sugeridas por el Juez "a quo" con fundamento en la presunta naturaleza de garantía de cumplimiento del pacto de " cross default ", la existencia de un pacto de estas características y su invocación como causa de resolución contractual tras la declaración de concurso por incumplimiento, no del contrato celebrado con la entidad concursada, sino de otro contrato concertado por la parte " in bonis " con una tercera entidad (normalmente del mismo grupo que la concursada), en ningún caso puede derogar la facultad reconocida por el art. 62.3 LC al juzgador del concurso para declarar la vigencia del contrato cuya resolución se pretende en atención al interés del concurso, no teniendo influencia alguna -a la hora de decidir sobre un contrato en el concurso de un concreto sujeto o entidad- la situación en que se encuentren otros contratos vinculados al primero por medio de una cláusula o pacto de " cross default ", ni tampoco el impacto de esa decisión en el marco de operaciones de financiación unitaria de distintas empresas de un mismo grupo. Y en consecuencia, ni el incumplimiento de otros contratos ni el concurso de entidades del mismo grupo, impedirá al Juez del Concurso de un determinado sujeto o entidad decidir el mantenimiento de un concreto contrato si así lo exige el interés del concurso, sin perjuicio de que el mismo Juez u otro distinto pueda declarar resuelto otro contrato de una sociedad en concurso vinculado con el primero por medio de un pacto de " cross default " si el interés del concurso de esta otra entidad aconsejara dicha resolución. (Así, en el concurso de ÁRIDOS 93 S.L., la Administración Concursal interesó la resolución de contrato de leasing celebrado con NAXITIS LEASE S.A. e incluido en la póliza de unificación de 24 de julio de 2009, si bien no recurrió al Juez para que confirmara dicha resolución en interés del concurso, como se puso de manifiesto en la Sentencia de esta Sala de 29 de junio de 2012).
Expresado con más sencillez: la existencia de un pacto contractual que vincula el destino de un contrato al de otro u otros unificados en una sola operación, de modo que el incumplimiento de cualquiera de ellos se erige en causa de resolución de los demás, en nada afecta a la facultad del Juez del Concurso para mantener la vigencia del contrato, o incluso, si se dan las circunstancias, para rehabilitar un determinado contrato en atención al interés del concurso, cuando la resolución se haya debido a la aplicación de ese pacto o cláusula contractual conocido como " cross default ". ":19.10.2012 (Sentencia 549/2012; Rollo 377/2012)

1. Cuenta de crédito no resuelta.

JM-1 Las Palmas

"II.- Contrato de Cuenta de Crédito y Póliza de Comercio exterior
Conforme al artículo 94.4 de la Ley Concursal sobre la Estructura y contenido del informe de la administración concursal: "En relación separada, se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago".
La clasificación de los saldos de contratos de crédito que siguen vigentes tras la declaración del concurso y vencen posteriormente no es una cuestión pacífica. Algunas resoluciones aplican el artículo 61.2 y el 84.2.6º de la Ley Concursal y consideran tales saldos un crédito contra la masa (SAP Asturias 345/2009, 1910, Construcciones, Obras y Montajes del Principado), a menos que no se hubiesen dispuesto cantidades tras la declaración del concurso y se hubiese instado la resolución del contrato de crédito (SJM Santander 231/2009, 212). La resolución en interés del concurso sería un mecanismo que permitiría la clasificación del saldo anterior como ordinario y el posterior como prededucible.
Para otra tesis, debe aplicarse la regla del devengo, por lo que las disposiciones anteriores son créditos concursales, porque aunque la devolución no sea exigible nace la obligación de restituir desde la misma disposición, y solo las disposiciones posteriores serían créditos contra la masa (SJM Palencia 2/2010, 81, Aguir).
Lo que es indisputable es que, una vez declarado judicialmente el concurso, la entidad bancaria no puede imputar los pagos recibidos a la cuenta de crédito con la finalidad de minorar el saldo deudor (SAP Asturias 345/2009, 1910, pues vulneraría el art. 154.2 LC).
Ahora bien, en el caso enjuiciado se da la particularidad de que el límite disponible se encontraría totalmente dispuesto, pues en el parco extracto adjuntado consta el disponible con signo negativo y facturaciones por descubierto. Atendiendo a esta circunstancia, en el momento de declararse el concurso la entidad financiera no tenía ya ninguna obligación pendiente y solo el acreditado, por lo que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 61.1 de la Ley Concursal y clasificar el crédito como concursal ordinario. Respecto a las disposiciones posteriores, que agravan el descubierto, serían a cargo de la masa, no siendo este el incidente adecuado para su reconocimiento,": SJM-1 Las Palmas 02.11.2010 (Sentencia 251/2010; Incidente Concursal 175/2010)

1.1 Su saldo deudor al vencimiento es deuda de la masa

AP Oviedo

"PRIMERO LaSentencia de fecha 5 marzo 2007 (JUR 2008, 357187) dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo resuelve la demanda incidental planteada por el "Banco Santander Central Hispano, S.A." en la que se reclama que el saldo deudor por importe de 74.940,23 euros derivado de la póliza de crédito concertada con la concursada "Construcciones Obras y Montajes del Principado, S.L." sea considerada como crédito con cargo a la masa. La Sentencia recurrida, partiendo de que nos hallamos ante un contrato bilateral que genera obligaciones para ambas partes contratantes, que en consecuencia y tras la declaración de concurso no perdió su vigencia por aplicación de lo dispuesto en elart. 61 L.C., pues no consta que la Administración concursal hubiera solicitado la resolución del contrato ni que la cuenta de crédito se hubiera cerrado, concluye que el crédito que el Banco mantiene por la liquidación de la operación realizada tras la fecha de la declaración tiene la naturaleza de crédito contra la masa. Frente a tal pronunciamiento se alza en apelación la Administración concursal alegando en su recurso primeramente el error en la valoración de la prueba en que dice haber incurrido la juzgadora de primera instancia, puesto que la Administración concursal no dispuso de la cuenta de crédito post concurso, a lo que añade que el Banco demandante no ha aportado al incidente ni el original ni la copia del contrato de crédito, por lo que no ha quedado demostrada la existencia del pacto de compensación convencional que invoca. En cuanto a la demanda reconvencional la apelante insiste en la diferencia existente entre los cobros postconcursales de 108.362,95 euros y los pagos postconcursales de 66.148,20 euros, todo lo cual arroja una diferencia a favor de la masa por importe de 42.214 euros a cuya entrega solicita sea condenada la entidad bancaria.
SEGUNDO Los datos de los que partimos para la solución del presente recurso vienen dados en su mayor parte por las propios hechos afirmados o reconocidos como ciertos por una y otra parte litigante en sus respectivos escritos rectores, y ello ante la sorprendente parquedad probatoria que aqueja a este procedimiento de incidente concursal. Así encontramos primeramente que la ahora concursada "Construcciones Obras y Montajes del Principado, S.L." -OMP- tenía concertada con el Banco Santander Central Hispano una póliza de crédito a interés fijo por un límite de 120.000 euros y con una fecha de vencimiento, tras la última de las renovaciones, el día 22 enero 2006, viniendo identificada la cuenta en la que se abrió el crédito en el escrito de demanda como la nº 0049086185010860249001. La primera de las anomalías probatorias viene dada por la falta de aportación a las actuaciones la repetida póliza, si bien tanto la realidad de su existencia como los datos referidos al límite de disponibilidad y a la fecha de vencimiento son admitidos como ciertos por la Administración concursal. Consta asimismo que la concursada OMP también tenía abierta en la entidad bancaria una cuenta corriente, la nº 00490861802110849377, que aún cuando tampoco es aportada documentalmente a las actuaciones es reconocida como cierta por el BSCH en la contestación a la reconvención. A partir de aquí expone la Administración concursal en su demanda reconvencional, insistiendo en tales alegaciones en el recurso que ahora nos ocupa, que con posterioridad a la declaración judicial de concurso, acontecida el 12 diciembre 2005, el banco recibió una serie de ingresos correspondientes a otros tantos pagos llevados a cabo por deudores de OMP, como fueron un ingreso con fecha 16 diciembre 2005 de 28.921,75 euros por la Comunidad Autónoma Cántabra; otro el 16 diciembre 2005

por importe de 39.434,42 euros por Ferrocarriles; y otro el 22 diciembre 2005 de 40.006,78 euros por el Gobierno de Cantabria, todos los cuales hacen un total de 108.362,95 euros. Sostiene la apelante que dichos cobros fueron destinados unilateralmente por la entidad bancaria a la cuenta de crédito con la intención de minorar el saldo deudor existente a la fecha del concurso en lugar a abonarlos a la cuenta corriente que tenía abierta la concursada, siendo esta última opción la que era procedente por cuanto no cabe que el Banco llevara a cabo una imputación unilateral de tales ingresos sin consentimiento expreso o tácito de la Administración concursal, máxime cuando esas fueron la instrucciones verbales dadas a la entidad bancaria.
Para resolver este extremo habremos de tener presente una vez más la absoluta orfandad probatoria que rodea a semejante alegación al no aparecer en los autos ninguno de los soportes documentales relativo a tales ingresos, disponiendo únicamente del dato relativo a la imputación de tales pagos en la cuenta de crédito tal y como se refleja en la liquidación de dicha operación acompañada como doc. nº 1 de la demanda. Es cierto también que la propia Administración concursal admite expresamente en su escrito de reconvención que los repetidos pagos se encontraban en realidad domiciliados con anterioridad al concurso en la entidad bancaria, sin que aquélla hubiera dispuesto de tiempo material después de la declaración de concurso para redomiciliar expresamente su cobro en la cuenta corriente. Ahora bien lo relevante a los fines que nos ocupan es que, con independencia de que la actuación del Banco fuera o no unilateral o que mediara la antedicha domiciliación, lo bien cierto es que una vez declarado judicialmente el concurso la entidad bancaria no puede imputar los pagos recibidos a la cuenta de crédito con la finalidad de minorar el saldo deudor. No se trata de que con ello se esté llevando a cabo una compensación que vulnere lo dispuesto por elart. 58 L.C., pues la práctica que esta norma prohíbe es la aplicación de la función solutoria que dicha compensación conlleva al margen de los específicos mecanismos de pago previstos en la Ley para los créditos de naturaleza concursal. Por el contrario, en el caso presente nos hallamos ante el saldo deudor que arroja una cuenta de crédito cuya fecha de vencimiento prevista lo será con posterioridad a la declaración misma del concurso por lo que, como más adelante se razonará, se trata de un crédito contra la masa. La norma que por lo tanto regula tales pagos será la contenida en elart. 154 L.C. y más concretamente las reglas generales contenidas en su apartado 1 a cuyo tenor "Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta", y en su apartado 2 que reza "Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso". De lo anterior se deriva que el pago de tales créditos contra la masa únicamente podrá ser llevado a cabo por la Administración concursal y siguiendo el orden ya citado, por lo que en modo alguno será lícito que la entidad bancaria aplique los cobros recibidos al saldo deudor, pues ello sería tanto como satisfacer un crédito contra la masa con vulneración de las normas que regulan su régimen de pagos, encontrándose por lo tanto el Banco Santander Central Hispano en adeudar a la masa del concurso la suma de 108.362,95 euros.
TERCERO Pasando al examen del recurso en la cuestión atinente a los pagos ordenados por la Administración concursal para atender los 30 últimos días de salario de los trabajadores y para cuyo fin giró a la entidad bancaria el doc. Nº 2 acompañado a la demanda en el que cabe observar que no se identifica en ningún momento la cuenta desde la que debía hacerse el cargo por este concepto. Alega la Administración concursal que sus miembros aceptaron el cargo el día 20 diciembre y la orden de pago data del 30 diciembre, por lo que no dispusieron de tiempo suficiente para comprobar la totalidad de las cuentas que existían abiertas a nombre de la concursada. Lo cierto es que si tenemos en cuenta que la concursada tenía abierta en aquel momento en la entidad BSCH tanto una póliza de crédito como una cuenta corriente y que las condiciones crediticias de la primera resultan de ordinario mucho más onerosas que los de la segunda, la buena fe contractual indica que el repetido pago, a falta de otra orden expresa, debió haber sido atendido por el Banco con cargo a la referida cuenta corriente y no de la de crédito, sin que por otra parte pueda ser admitida la alegación del Banco referida a que aquélla carecía de saldo pues ninguna demostración de ello se ha llevado a cabo, siendo así que es a dicha entidad a quien le incumbe dicha carga probatoria de conformidad con los principios de facilidad y disponibilidad probatoria (art. 217-6 LEC). Esta solución deberá extenderse al cargo por importe de 1.029,96 euros que aparece en la cuenta de crédito con fecha 22 enero 2006 por el concepto de "liquidación del contrato" y que la Administración concursal no admite, sin que la entidad bancaria haya dado explicación alguna en su escrito de contestación a la reconvención, tal y como también le incumbía, para aclarar a qué partida obedece el repetido cargo, por lo que ambas sumas deberán ser excluidas del saldo deudor. Distinta respuesta merece en cambio el pago por importe de 1.000 euros cuya imputación también reclama la Administración concursal que se haga con cargo a la cuenta corriente. Del examen del doc. Nº 3 acompañado a la demanda se observa que aún cuando en la orden de transferencia figura en blanco el número de la cuenta ordenante, sí aparece identificada como beneficiaria la cuenta corriente, por lo que la fuente de pago solo pudo provenir de la cuenta de crédito.
De lo expuesto hasta aquí resulta que la liquidación de la cuenta de crédito no se ajusta al saldo que aquí reclama la entidad bancaria. Así encontramos primeramente que el BSCH se encuentra adeudando al concurso la suma de 108.362,95 euros correspondiente a los cobros recibidos con posterioridad a la declaración de concurso, mientras que el saldo deudor debería ascender a la cifra de 117.244,67 euros, sin que proceda la compensación entre una y otra cifra por las razones ya apuntadas. Ahora bien, atendiendo al principio de congruencia deberán limitarse tales cantidades al límite de lo pedido en la demanda principal y en la reconvencional por lo que el crédito a favor del Banco deberá ser reconocido en el concurso en la suma solicitada de 74.940,23 euros, y la cantidad que aquél deberá reintegrar a la masa lo será en 43.214 euros.
CUARTO Queda por resolver finalmente la naturaleza que ha de revestir el repetido saldo deudor a cuyo propósito habremos de considerar en primer lugar que el contrato se mantuvo en efecto vigente tras la declaración del concurso pues, con independencia de la circunstancia de que se hubiera dispuesto o no del saldo postconcurso por su titular, lo cierto es que tratándose de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una y otra parte, su vigencia opera por virtud de lo dispuesto en elart. 61-2

L.C. en tanto no se declare judicialmente su resolución por alguna de las vías contempladas en elart. 61-2 párrafo segundo o en elart. 62 L.C., nada de lo cual tuvo sin embargo lugar. Debe añadirse a ello que la fuente de las obligaciones aparecen señaladas en elart. 1089 C.Civil por lo que tratándose la presente de una obligación contractual su fecha de nacimiento no puede ser otra que la prevista en el propio contrato del que deriva. En tal situación, teniendo presente que el vencimiento pactado en la póliza lo era con fecha 22 enero 2006, con posterioridad por lo tanto a la declaración de concurso, la conclusión habrá de ser forzosamente la de declarar dicho saldo como un crédito con cargo a la masa de conformidad con lo dispuesto en elordinal 6º del art. 84-2 L.C.": SAP Oviedo 19.10.2009 (Sentencia 345/2009; Rollo 425/2008)

JM-1 Oviedo

"PRIMERO.- Impugna la parte demandante el informe de la administración concursal en cuanto al crédito que la entidad Banco de Santander Central Hispano ostenta en el concurso de la entidad OMP que la administración calificó como de ordinario y por un importe de 116.124,67 €, mientras que el Banco sostiene que se trata de un crédito contra la masa y que su importe es de 74.940,23 E.
La diferencia entre las posturas de una y otra parte viene dada por la consideración que una y otra hacen del contrato de póliza de crédito a interés fijo con vencimiento anual que se produjo según el contrato el día previsto en dicha póliza 22 de enero de 2006 y que según la administración concursal debe considerarse vencida el día de la declaración de concurso y cerrarse en esa fecha con el saldo existente.
SEGUNDO.- Entrando a valorar la documentación obrante en las actuaciones, toda vez que no se practicó prueba resulta que ambas litigantes tienen razón en los extremos que plantean referentes a la existencia no sólo de la póliza de crédito sino de un contrato de cuenta corriente a nombre de la concursada ambos.
Del examen de las fechas en que tienen lugar tanto los ingresos a favor de la concursada como los actos de disposición del saldo que figuraba a nombre de la misma por parte de la administración concursal, resulta que la práctica totalidad de los actos de disposición se llevaron a cabo en fechas muy cercanas a la declaración de concurso y que el propio cierre de la cuenta de crédito por vencimiento se produjo en menos de un mes desde dicha declaración.
Por lo tanto el centro de la discusión no se debe cifrar tanto, como lo hacen las partes en los supuestos actos de disposición de la cuenta de crédito llevados a cabo por la Administración concursal, que en ningún momento se ha acreditado que tuvieran lugar contra esa cuenta de crédito, constando tan solo la orden de disposición de un activo existente a favor de la concursada. Y si más bien en el carácter de la póliza y la fecha de cierre de la misma.
A la vista de los documentos aportados aparece que la concursada recibió en fechas muy próximas a la declaración de concurso pagos provenientes de la Administración por trabajos realizados para ella, pagos que se imputaron por el Banco a la Cuenta de crédito existente y que es objeto de esta litis.
Del mismo modo aparece que por parte de la administración concursal se procedió a dar orden al Banco para que pagara los créditos de los salarios de los trabajadores y se practicó una transferencia por importe de 1.000 €
No consta que las órdenes emitidas por la administración concursal lo fueran para la cuenta de crédito toda vez que en los documentos en que constan las mismas no aparece reseñado ningún número de cuenta.
Dichas órdenes de disposición entran dentro de las facultades que la ley concursal otorga a los administradores, al menos la primera de ellas consistente en el pago de los salarios pendientes de los trabajadores, por consiguiente no se puede considerar que existan actos de la administración concursal que supongan una disposición o mantenimiento en vigor del contrato de cuenta de crédito abierto.
La cuestión a dilucidar queda pues centrada en exclusiva en si se considera como pretende la administración concursal que el contrato quedó cerrado a fecha de la declaración de concurso de OMP o bien si pudo seguir produciendo efectos.
TERCERO.- La LO establece para los contratos con obligaciones reciprocas como sería el que es objeto de esta litis, un régimen especial en los arts. 61 y 62.
Partiendo de la definición general de obligación como «aquella relación jurídica en virtud de la cual una persona –deudor– tiene el deber jurídico de realizar una prestación a favor de otra –acreedor– que tiene el derecho a exigírsela», se consideran obligaciones bilaterales a las que generan una relación jurídica en la que ambas partes son acreedor y deudor entre sí, siendo sus prestaciones contrapartida la una de la otra. De tal manera que de un mismo acto jurídico (contrato bilateral) surgen dos obligaciones, cuya característica fundamental es la de estar unidas por un nexo de interdependencia y de reciprocidad. Este dato de la reciprocidad constituye la base esencial sobre la que se articula toda la regulación de las obligaciones bilaterales y la que provoca sus especiales efectos. Así, la necesidad de cumplimiento simultáneo, la compensación en caso de mora y la resolución en caso de incumplimiento, son efectos que se producen en las obligaciones bilaterales y no en las unilaterales, atendiendo precisamente al nexo causal que liga las prestaciones de las partes, a las que se consideran contrapartida la una de la otra
La necesidad de cumplimiento simultáneo significa que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir al deudor su cumplimiento sin que, a su vez, él haya cumplido o, al menos, ofrecido cumplir. En caso contrario, el deudor podrá oponerse al pago, planteando la exceptio non adimpletis contractus, o excepción de incumplimiento contractual. Obviamente, si a tenor de lo anterior, no puede el que incumple pedir, por su parte, el cumplimiento, parece que tampoco podrá pedir la resolución, quedando tal posibilidad restringida exclusivamente al perjudicado, entendiendo por tal aquella de las partes que, habiendo cumplido su prestación, no logra obtener el cumplimiento del contrario.
La póliza de crédito tiene como finalidad esencial permitir al acreditado la disponibilidad sobre una suma de dinero que pertenece al Banco acreditante. En virtud de la suscripción de la póliza se abre un crédito, reflejado en una cuenta bancaria, que confiere al acreditado un poder de disposición hasta la cantidad señalada como

límite máximo en la póliza, y que sigue perteneciendo al Banco en tanto el cliente no haga uso de dicha facultad dispositiva sobre todo o parte de los fondos en que consiste el crédito, si bien dicha suma ha de permanecer inmovilizada y a disposición del acreditado, no debiendo devengar interés alguno en favor de aquél mientras no se disponga de ella. Se trata de un contrato bilateral que genera obligaciones para amabas partes contratantes.
A la vista de ello de acuerdo con las disposiciones de la LO el contrato no perdió su vigencia toda vez que de el art. 61-2 establece que:
La declaración de concurso, por si sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.
En el presente caso no consta que por parte de la administración concursal se haya procedido a la resolución del contrato, ni siquiera a solicitar del Banco que los cobros y pagos que tuvieran lugar tras la declaración de concurso se efectuaran a través de la cuenta corriente que la concursada tenía con el mismo banco de tal modo que al no resolverse el contrato el mismo siguió en vigor y produciendo efectos hasta su cierre en enero de 2006.
El hecho de que las fechas tanto de declaración del concurso como de los pagos fueran cercanas a Navidad, no impide que se pudieran adoptar las medidas que la LC prevé para el cierre de los contratos existentes.
No habiéndose procedido al cierre de la cuenta de crédito la misma continuó produciendo efectos y por consiguiente en aplicación de lo dispuesto en el art. 61 de la LC el crédito
que el Banco ostenta no puede considerarse como lo hace la administración como ordinario y en la cuantía que aparecía a la fecha de la declaración del concurso, sino contra la masa y por el importe que tenía a la fecha del cierre.": Sentencia JM-1 Oviedo 05.03.2007 (Incidente Concursal 238/2007)

JM-1 Santander

"PRIMERO Se discute en el presente procedimiento la naturaleza del crédito que la impugnante ostenta frente a la concursada. Sin embargo, ninguna de las partes ha aportado a autos los contratos de los que nacen los referidos créditos. Esto fuerza a tomar como acreditado en cuanto a las cláusulas del contrato y su naturaleza los aspectos admitidos exclusivamente por las partes personadas en el incidente.
Partiendo de ello, de los escritos de demanda y contestaciones se extrae que la UTE Los Parques, de la que forma parte la concursada, y la impugnante suscribieron una póliza de crédito el 29 de agosto de 2007, con límite de 20.000.000 euros y vencimiento el 29 de agosto de 2009, así como otra póliza de crédito el 19 de diciembre de 2006, con límite de 600.000 euros y vencimiento el 31 de agosto de 2009. En ambos casos, en consecuencia, el vencimiento es posterior a la fecha de declaración de concurso. Por otro lado, dichas pólizas no fueron objeto de vencimiento anticipado.
Igualmente consta que se han realizado disposiciones con cargo a dichos créditos con posterioridad a la declaración de concurso.
En último término, de la admisión por las partes se extrae que la impugnante asumió en la primera de las pólizas la obligación de realizar las disposiciones de capital previa presentación de las correspondientes certificaciones de obra.
SEGUNDO Partiendo de los hechos anteriores procede resolver la cuestión litigiosa. De ellos se extrae que constituye el objeto del presente litigio el crédito derivado de dos contratos pendientes de cumplimiento, con obligaciones recíprocas para cada una de las partes. Básicamente, la de la impugnante, mantener la línea de crédito permitiendo la realización de disposiciones y cargos, y la de la concursada, la devolución de las cantidades dispuestas. En este sentido, el elemento característico de las pólizas de crédito es que el acreditado ostenta el poder de disposición hasta la cantidad que como límite máximo se hubiese pactado, ostentando mientras tanto la titularidad de dicha cantidad la entidad hasta que se vayan realizando las disposiciones momento en el que la pierde a medida que se realicen éstas. La obligación de la entidad es mantener intacta la suma y a disposición de la contraparte permitiendo la realización de disposiciones y la de la contraparte la devolución de las cantidades dispuestas con sus intereses en la fecha del vencimiento. De estos elementos se extrae la naturaleza bilateral del contrato en tanto que generador de obligaciones a cargo de ambas partes.
Lo anterior determina el juego del art. 61 LC según el cual «1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.
2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando

resuelto el contrato de conformidad con lo acordado.
En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa».
Por otro lado, el art. 62 LO al ocuparse de la resolución de los contratos por incumplimiento señala que «1. La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.
2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.
3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
4. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento.
En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda».
Junto a lo anterior, el art. 84.2.6 LC considera créditos contra la masa «Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado».
Partiendo de los preceptos anteriores, la existencia de obligaciones pendientes a la fecha de declaración de concurso a cargo de ambas partes en los contratos que nos ocupan determina la aplicación de lo dispuesto en el apartado dos del art. 61 LC. En concreto, con relación a las obligaciones a cargo del concursado se señala que se realizarán con cargo a la masa. La duda estriba en determinar si se refiere el precepto a las obligaciones posteriores a la declaración de concurso o si todas las obligaciones, incluyendo las incumplidas a la fecha de declaración de concurso tienen la naturaleza de crédito contra la masa. Las discusiones doctrinales sobre este aspecto se han sucedido habiendo pareceres discrepantes. Sin embargo, en las resoluciones judiciales dictadas prima un parecer mayoritario que comparte quien dicta esta obligación según el cual las obligaciones vencidas, líquidas y exigibles incumplidas con carácter previo a la declaración de concurso no tienen la naturaleza de crédito contra la masa sino de crédito concursal.
Si bien el art. 61 y el 84 podrían permitir entender que todas las prestaciones debidas, anteriores y posteriores a la fecha de declaración de concurso tienen la naturaleza de créditos contra la masa, efectuando una interpretación sistemática de dichos preceptos con el art. 62 se considera más adecuada la interpretación contraria a ésta. Así, el art. 62, salvo en los supuestos en que a pesar de existir incumplimiento contractual se acuerde el mantenimiento del contrato en los que se señala que todas las prestaciones debidas a cargó del concursado tendrán la consideración de créditos contra la masa, en cualquier otro supuesto, las prestaciones anteriores se consideran crédito concursal y las posteriores a la declaración de concurso crédito contra la masa. Poco sentido tendría que si no existe incumplimiento posterior a la declaración de concurso todas las prestaciones debidas incluidas las anteriores sean consideradas crédito contra la masa y que, en cambio, de existir dicho incumplimiento solamente las posteriores a la declaración sean crédito contra la masa y las anteriores crédito concursal.
En cambio, cuando las obligaciones no están vencidas a la fecha de declaración de concurso o, cuanto menos, no son líquidas con anterioridad dicho momento, no existiendo incumplimiento anterior, el crédito a cargo de la concursada ha de ser considerado crédito contra la masa en su totalidad.
TERCERO Partiendo de las consideraciones anteriores y con apoyo en la base fáctica aceptada por las partes en la demanda ha de resolverse la cuestión controvertida como antes se ha señalado.
Según se ha admitido por todas las partes, el vencimiento de las dos pólizas de crédito era posterior a la fecha de declaración de concurso, por lo que no habiéndose acreditado lo contrario, la deuda a cargo de la concursada como consecuencia del desarrollo de dichos contratos no era vencida, líquida y exigible sino hasta la fecha de su vencimiento, esto es, hasta un momento posterior a la fecha de declaración de concurso, sin que hubiese incumplimiento previo, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 84.2.6 LC y los preceptos antes señalados ha de considerarse el crédito a cargo de la concursada como crédito contra la masa. Únicamente cabría la solución contraria sino se hubiesen dispuesto cantidades en un momento posterior a la fecha de declaración de concurso y se hubiese instado la resolución del contrato.
Solamente resta por discutir cuáles de las cantidades dispuestas han de entenderse conforme al clausulado del contrato y cuáles no teniendo en cuenta que en la primera de las pólizas la impugnante asumió además la obligación de realizar las disposiciones de capital previa presentación de las correspondientes certificaciones de obra.
CUARTO Respecto a la segunda de las pólizas, esto es, la que se suscribió el 9 de diciembre de 2006 con un límite de crédito de 600.000 euros, ninguna obligación accesoria asumió la impugnante, por lo que la totalidad del crédito ha de ser considerado como crédito contra la masa sin discusión alguna. No obstante, tal naturaleza no la tiene la cantidad que constituía el límite de la póliza de crédito sino las cantidades dispuestas más los intereses correspondientes.
Sostiene en contra la concursada que todos los pagos obedecen a obras anteriores a la fecha de la declaración de concurso y pagos a proveedores intervinientes en la misma, parándose las obras el 30 de octubre de 2008. Sin embargo ello no obsta a la consideración anterior puesto que lo relevante para la consideración de la obligación a cargo de la concursada como crédito contra la masa no es su vinculación con las obras causa de

las disposiciones de efectivo de la línea de crédito sino con el carácter de obligación recíproca pendiente de cumplimiento en la que se continúan realizando disposiciones con posterioridad a la declaración de concurso sin que nadie haya instado su resolución.
QUINTO La discusión mayor se centra con relación a la primera de las pólizas, esto es, la suscrita el 29 de agosto de 2007 en la que se asumió por la entidad la obligación accesoria ya expuesta. De la contestación de la administración concursal se extrae que se ha dispuesto tras la declaración de concurso de 800.000 euros respecto a los que sí se cumplen los requisitos recogidos en la póliza, esto es, previa presentación de la certificación de obra.
La admisión de tal hecho por la administración concursal que tiene un conocimiento privilegiado de la contabilidad de la concursada y sus operaciones permite tener por acreditado tal hecho.
En cambio, respecto a la cantidad dispuesta por importe de 2.187.113 euros se niega por la concursada y administración concursal que se haya cumplido por la impugnante dicha obligación accesoria y se alega en consecuencia que no se realizó la prestación previa presentación de las correspondientes certificaciones de obra. Por ello, atendiendo a las normas sobre la carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC, no habiéndose aportado las mismas por la impugnante ni acreditado por cualquier otro medio admitido en derecho que se cumplió dicha obligación respecto a estas disposiciones, no es posible entender probado que la disposición de 2.187.113 euros se efectuase conforme a lo pactado en la póliza de crédito por lo que no puede ser considerado como origen de crédito contra la masa sino como mero crédito concursal derivado de un pago para tercero al amparo del art. 1158 CC, calificándose dicho crédito como ordinario de conformidad con el art. 89 LC y sin que proceda incluir cantidad alguna en concepto de intereses de dicha cantidad de conformidad con el art. 58 LC.
En consecuencia, debe estimarse parcialmente la impugnación, entendiéndose como crédito contra la masa el derivado de la póliza de fecha 9 de diciembre de 2006 y el derivado de la póliza de crédito de fecha 29 de agosto de 2007 consistente en las cantidades dispuestas más intereses con exclusión de la cantidad de 2.187.113 euros y sus intereses, reconociéndose dicha cantidad como crédito concursal ordinario y excluyéndose sus correspondientes intereses que no han de haberse devengado de conformidad con el art. 58 LC.": SJM-1 Santander 02.12.2009 (AC 2010/73; Sentencia 231/2009; Concurso 433/2008; Incidente Concursal 344/2009)

1.2 Disposiciones anteriores son crédito concursal y las posteriores contra la masa. Improcedencia de su bloqueo. Indemnización daños causados

JM-1 Palencia

"SEGUNDO.- Fijada la cuestión litigiosa se hace preciso recordar, en primer lugar, que la declaración de concurso (que en el presente supuesto y respecto de la entidad AGUIR SA se produjo por Auto de fecha 25 de septiembre de 2.008) no produce como efecto la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 de la L.C.), y que tal resolución, una vez declarado el concurso, únicamente puede instarse por incumplimiento (art. 62 de la LC) ante el Juez del concurso y por el cauce del incidente concursal, que por sentencia declarará o no la resolución del contrato, aunque exista causa de resolución (art. 62.3 de la LC), atendiendo el interés del concurso.
Sentado a lo anterior, consta en el presente supuesto que en fecha 28 de mayo de 2.008 la entidad AGUIR SA concertó con la entidad BANESTO un contrato de póliza de crédito personal nº 0030 6018 11 0000149172 concedida por la entidad Banesto a la entidad Aguir SA, y afianzado por José Carlos González Ramos, con un límite de 180.000 € y vencimiento el 28 de mayo de 2.009 para la financiación de compras de vehículos nuevos por parte de Aguirsa a Chevrolet España SA (doc.nº 2 de la demanda). Que la entidad AGUIR SA fue declarada en concurso de acreedores por Auto de fecha 25 de septiembre de 2.008. Que la administración concursal ha reconocido a la entidad Banesto por razón de dicha póliza de crédito, un crédito por el saldo deudor existente en la cuenta de crédito a fecha 25 de septiembre de 2.008 y con la calificación de ordinario, sin que por dicha entidad se haya impugnado el Informe ni en cuanto a la cuantía del crédito ni en cuanto a su calificación. Que no obstante la declaración de concurso, la entidad Banesto, no ha instado ante el Juez del concurso la resolución del contrato de póliza de crédito referida, si bien ha bloqueado el funcionamiento de la misma.
La aplicación a los anteriores hechos de lo expuesto en la párrafo primero de este fundamento determina la estimación de la pretensión de la administración concursal en orden a declarar la vigencia del referido contrato en las mismas condiciones y términos que con anterioridad a la declaración de concurso y hasta el vencimiento pactado, por lo que la entidad Banesto no puede negarse a financiar las operaciones de compra de vehículos nuevos por parte de AGUIR SA a CHEVROLET ESPAÑA SA.
TERCERO.- La consecuencia jurídica de declarar la vigencia del contrato de póliza de crédito personal nº 0030 6018 11 0000149172 concedida por la entidad Banesto a la entidad Aguir SA es que debe operar en su contenido y conforme a lo pactado, por tanto:
Declarado el concurso de Aguir SA por Auto de fecha 25 de septiembre de 2.009 y la vigencia del contrato de póliza de crédito, la entidad Banesto no puede con posterioridad a la declaración de concurso y por tanto, en fechas 1 de octubre y 17 de octubre, y para el cobro directo de su crédito la cantidad de 8.957,04 € y de 10.941,54 €, sino que el saldo deudor será el existente a fecha 25 de septiembre de 2.009 y se reconocerá como crédito concursal, en la cuantía y calificación que se ha efectuado por la Administración concursal en su Informe, que no ha sido impugnado; y los saldos deudores posteriores a la declaración de concurso y que resultan de la vigencia de la póliza de crédito serán créditos contra la masa y, por tanto, deben ser satisfechos, si cumplen las condiciones del contrato, contra la masa de conformidad con el art. 154 de la LC, por lo que procede estimar la pretensión de la Administración concursal de condenar a la entidad Banesto a que transfiera

a la cuenta corriente de AGUIR SA o a cualquier otra cuenta que pueda tener abierta la concursada, los abonos efectuados a dicha entidad financiera con fechas 1 de octubre por importe de 8.957,04 € y 17 de octubre por importe de 10.941,54 €.
CUARTO.- También la consecuencia jurídica de declarar la vigencia del contrato de póliza de crédito personal nº 0030 6018 11 0000149172 concedida por la entidad Banesto a la entidad Aguir SA, es que debe operar en su contenido y por tanto, dado que la entidad Banesto, al declararse el concurso de AGUIR SA procedió a bloquear la cuenta de crédito para nuevos adeudos y no permitió la mecánica y operativa de la póliza de crédito, frustró la operación de venta en firme del vehículo Matiz vendido por AGUIR SA a ALOJAMIENTOS EN OOTERO SL, al no hacerse entrega la entidad Banesto de la documentación para la transferencia y matriculación de dicho vehículo a favor del comprador, sin que la demandada haya acreditado que la concursada no cumplió con las obligaciones que le impone la póliza de crédito, y esta negativa de Banesto comportó que la concursada no pudiera alcanzar la remuneración de la marca por objetivos en la cantidad de 3.273,34 € por lo que también procede estimar la pretensión de la Administración Concursal en este extremo y condenar a Banesto a indemnizar a la entidad AGUIR SA en la cantidad de 3.273,34 € al frustrarse una venta en firme de un vehículo por la negativa a entregar la documentación del mismo, lo que supuso no alcanzar el abono incentivo anual Mix 2.008.": SJM-1 Palencia 08.01.2010 (Sentencia 2/2010; Incidente Concursal 221/2009)

Véase también la jurisprudencia sobre el art. 58 (vigencia de pacto de compensación incluido en contrato bilateral no resuelto)

2. Inaplicación del art 61.2 pese a la vigencia de un contrato con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes. Caso de los contratos de Forum Filatelico y Afinsa. Prestación de los acreedores suspendida por la Audiencia Nacional

AP Madrid

"SEGUNDO.- En sede del proceso penal seguido ante la Audiencia Nacional (intervención ordenada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5) no se decretó la resolución de los contratos de FORUM, que, como los tipo abono o similares, preveían obligaciones recíprocas (pues, a diferencia de aquéllos en que solo se contemplaba una compra inicial, en estos otros se estipulaba la realización de adquisiciones sucesivas de varios lotes de valores filatélicos), pero sí se dejaron en suspenso, por resolución judicial, con anterioridad al concurso, las que incumbían a los clientes, por lo que al tiempo de declarase éste solo estaban pendientes de cumplimiento las que incumbían a FORUM. Desde entonces no se han reactivado las obligaciones que hubieran podido existir a cargo de los clientes, a los que no consta que se les hayan exigido la realización de actos de cumplimento para acceder al reconocimiento de sus créditos. Por otro lado, tales obligaciones de los clientes carecen de posibilidad de reactivación, puesto que se pasó, sin solución de continuidad, de la situación de suspensión a la de cese de la actividad filatélica que se decretó de inmediato en sede del concurso. Por lo que, aunque no estuviesen resueltos los contratos entre FORUM y sus clientes, pues se hallaban en vigor al tiempo de la declaración de concurso y ésta, por sí sola, no afectaba a la vigencia ulterior de la relación contractual -y no se han ejercitado tampoco acciones resolutorias al efecto (las de los artículos 61.2, 2º párrafo y 62 de la LC)-, lo cierto es que no se dan, a efectos concursales, los presupuestos para apreciar la reciprocidad de prestaciones pendientes de cumplimiento que permitiría la recta aplicación del artículo 61.2 de la LC y que con ello pudiera justificarse, como se pretende, la calificación de los créditos de los clientes como "contra la masa". Esto sólo tiene sentido si el contratante "in bonis" también estuviese obligado, por su parte, a tener todavía que cumplir, tras el concurso, prestaciones de las que tuviese que responder ante el concursado. De ahí la corrección del tratamiento concursal de crédito ordinario dispensado al reconocimiento del derecho a cobrar por parte de los clientes de FORUM las cantidades correspondientes al precio de series filatélicas vendidas con anterioridad al concurso en el desarrollo de los contratos tipo "abono filatélico" aunque éstos siguiesen formalmente vigentes, al quedar descartada en este tipo de operaciones de FORUM FILATÉLICO y en sus peculiares circunstancias la exigibilidad de ulteriores obligaciones a cargo de los clientes.": SAP Madrid (Sección 28) 12.03.2010 (Rollo 327/2009) y, en los mismos términos,: SAP Madrid (Sección 28) 12.03.2010 (JUR 2010/207808; Sentencia 69/2009; Rollo 328/2009); SAP Madrid (Sección 28) 12.03.2010 (JUR 2010/207816; Sentencia 55/2010; Rollo 331/2009)

"La parte actora entiende que los contratos suscritos entre las partes, son contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso. Concretamente, para la demandante la compra anual de sellos por valor de 1.500 euros y para la deudora la venta de sellos por ese mismo importe hasta la expiración del término del contrato, y que llegado el mes de septiembre de 2006, ya declarada en concurso la deudora, ésta no cumplió su obligación de venta de valores filatélicos, por lo que, al amparo del artículo 62.2 de la Ley Concursal pretende la resolución del contrato y que se declare crédito contra la masa la restitución de las cantidades aportadas y la revalorización convenida, todo ello con los correspondientes intereses, pretensión ésta última a la que ya no coadyuva la deudora sino que se opone al considerar que el crédito es concursal y con la clasificación de ordinario al haber quedado resueltos los contratos por imposibilidad sobrevenida derivada de las resoluciones judiciales dictadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional en el mes de mayo de 2006, con bloqueo de cuentas, prohibición de disponer y la intervención de de los fondos, depósitos y productos financieros de la deudora.
Como hemos indicado en la sentencia de esta misma fecha ya reseñada (rollo de apelación 327/09), con motivo de las diligencias penales instruidas por el citado Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional no se decretó la resolución de los contratos de FORUM, que, como los tipo abono o similares, que es

el caso del presente recurso, preveían obligaciones recíprocas, pero sí se dejaron en suspenso con anterioridad al concurso, por resolución judicial, las que incumbían a los clientes, por lo que al tiempo de declarase éste solo estaban pendientes de cumplimiento las que incumbían a FORUM. Desde entonces no se han reactivado las obligaciones que hubieran podido existir a cargo de los clientes, a los que no consta que se les hayan exigido la realización de actos de cumplimento para acceder al reconocimiento de sus créditos. Por otro lado, tales obligaciones de los clientes carecen de posibilidad de reactivación, puesto que se pasó, sin solución de continuidad, de la situación de suspensión a la de cese de la actividad filatélica que se decretó de inmediato en sede del concurso. Por lo que, aunque no estuviesen resueltos los contratos entre FORUM y sus clientes, pues se hallaban en vigor al tiempo de la declaración de concurso y ésta, por sí sola, no afectaba a la vigencia ulterior de la relación contractual, lo cierto es que no se dan, a efectos concursales, los presupuestos para apreciar la reciprocidad de prestaciones pendientes de cumplimiento, que es lo que permitiría acudir a la resolución en aplicación del artículo 62 de la Ley Concursal.
El artículo 62.1 de la Ley Concursal contempla la facultad de resolución con relación a los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo 61, esto es, de los contratos vigentes al tiempo de la declaración de concurso con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, lo que no es el caso por las razones apuntadas.
En definitiva, la resolución de los contratos vigentes al tiempo de la declaración de concurso con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte por incumplimiento del primero, cuando es posterior a la declaración de concurso, es lo que permite considerar al acreedor como titular de un crédito contra la masa. Esto sólo tiene sentido si el contratante “in bonis” también estuviese obligado, por su parte, a tener que cumplir, tras el concurso, prestaciones de las que tuviese que responder ante el concursado.
De ahí la corrección del reconocimiento como crédito concursal dispensado al derecho de los clientes de FORUM a cobrar las cantidades correspondientes al precio de las series filatélicas vendidas con anterioridad al concurso en el desarrollo de los contratos tipo “abono filatélico” aunque éstos siguiesen formalmente vigentes, al quedar descartada en este tipo de operaciones de la deudora y en sus peculiares circunstancias la exigibilidad de ulteriores obligaciones a cargo de los clientes, siendo buena muestra de ello el hecho de que la parte actora no abonara cantidad alguna a FORUM, ni consta que lo intentara, y menos que consignara judicialmente los importes correspondientes a las anualidades vencidas tras la declaración de concurso y, concretamente, la vencida en el mes de septiembre de 2006.
Los argumentos expuestos determinan la desestimación de la demanda y, en consecuencia, la confirmación del fallo de la sentencia aun cuando lo sea por otros fundamentos, en cuanto que rechazó las pretensiones del actor.”: SAP Madrid (Sección 28) 12.03.2010 (Sentencia 66/2010; Rollo 22/2010)

JM-7 Madrid

“TERCERO.- La resolución de la cuestión planteada en la demanda pasa por determinar los efectos que la declaración de concurso produce en la eficacia de los contratos suscritos entre Forum Filatélico y su clientela.
Por regla general, Forum Filatélico celebraba tres contratos de forma simultánea con cada cliente: contrato de venta a éste de lotes filatélicos, de depósito por éste en Forum Filatélico de los sellos adquiridos y de compromiso de recompra de tales sellos por parte de Forum Filatélico. En el momento de la compra inicial al cliente se le adjudicaba un lote de sellos que pagaba bien en un único pago en el momento de formalizar el contrato o bien aplazaba su precio en pagos sucesivos. Transcurridos los plazos fijados en el contrato surgía la obligación por parte de Forum Filatélico de recomprar los sellos y aplicar al precio inicial la revalorización pactada. Los sellos quedaban en poder de Forum Filatélico y no del comprador a través del contrato de depósito gratuito. La relación contractual se complementaba con un contrato de mediación que integraba mandatos de compra y venta de sellos por parte del cliente a Forum Filatélico.
En realidad nos encontramos ante un solo negocio jurídico complejo con una finalidad común de inversión de su dinero por parte del cliente con un beneficio garantizado por Forum Filatélico. Aunque el núcleo central de negocio jurídico desarrollado por las partes parece ser el de una compraventa de sellos la realidad es que la causa del contrato es distinta, por cuanto no se da en el contrato la finalidad traslativa del dominio que constituye la característica esencial del contrato de compraventa que, si bien tiene un carácter meramente obligacional, es un modo hábil para adquirir el dominio a través de la tradición tal y como establece elartículo 609 del Código civil. Ahora bien, como la tradición implica la entrega de la cosa y esta no se producía, por cuanto, como se ha visto, Forum Filatélico se constituía en depositario de los sellos, sin que estos llegaran a estar en poder del cliente, es evidente que nunca se adquirió el dominio sobre dichos sellos, algo que, por otra parte, no estaba en el ánimo del cliente cuyo interés se centraba no en el sello en sí mismo, sino en su valor ulterior de venta con el que podía obtener un beneficio a la cantidad invertida, beneficio que era garantizado por la vendedora, lo que constituía el núcleo esencial del contrato celebrado entre las partes.
Conviene recordar que, como ha manifestado reiteradamente elTribunal Supremo en sentencias como la de 28 de septiembre de 2005 que a su vez recoge la de 14 de mayo de 2001"los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (SS. 26 enero 1994; 24 febrero y 13 noviembre 1995; 18 febrero, 18 abril, y 21 mayo 1997, y 7 julio de 2000, entre otras), pues para la calificación, que constituye una labor insertada dentro de la interpretación (SS. 30 mayo y 15 diciembre 1992 y 9 abril 1997), habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido y el protagonismo que las partes adquieren (entre otrasSentencias las de 20 febrero, 4 julio y 30 septiembre 1991; 10 abril, 20 y 23 julio 1992; 26 enero y 25 febrero 1994, y 9 abril 1997), con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras (S. 22 abril 1995), al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato (S. 4 julio de 1998).

Lo anterior introduce en el debate, en orden a la validez del contrato, la cuestión relativa a la existencia de una causa distinta a la expresada y a la simulación. Respecto de esta cuestión elTribunal Supremo ha indicado en Sentencia de 8 de julio de 1999: "...la Sala que juzga refleja en línea de principio, en cuanto a la simulación absoluta, las tesis sustentadas en numerosassentencias, entre ellas, la de 29-11-89: "se expuso, entre otras, enS. 18-7-89, calificada la simulación de total o absoluta, la llamada -simulatio nuda-, la misma por su naturaleza esencialmente contraventora de la legalidad (la cual como es sabido, al no estar específicamente regulada o contemplada por nuestroC.c., ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada -vicio de voluntad-, la subsume como un supuesto incluible dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los arts. 1275 y 1276, y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita; y se puede distinguir una dualidad, o simulación absoluta, cuando el propósito negocial inexiste por completo por carencia de causa -cur debetur aut cur pactetur- y la relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, ostentando una afinidad cuasi pública con los institutos que en su juego operativo se prevalen de la significativa tutela de la intemporalidad o imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destrucción de lo así simulado y el prevalimiento de la realidad con el desenmascaramiento del de ficción efectuado...", y ensentencia de 8 de febrero de 1996: "...Tiene declarado esta Sala (SS. 23-9-90 y 16-9-91) que "la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que contrato haya sido documentado ante fedatario público", y en parecidos términos se manifiesta la sentencia de 30 de septiembre de 1989, al decir que "el concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual, -doctrina superada por la afectante a la causa- que es un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinto de su interno querer"...)".

Teniendo en cuenta que la existencia de causa se presume, como también se presume su licitud, tal y como se infiere delartículo 1277 del Código Civil, en el presente caso nos encontraríamos ante un caso de simulación relativa, debiendo concluir con la validez del contrato al amparo de la libertad de pactos prevista en elartículo 1255 del Código Civil. El cliente no pretende comprar sellos, por más que el contrato se revista de la forma de una compraventa, su finalidad no es sino obtener una rentabilidad a la inversión que constituye su valor inicial, rentabilidad garantizada por la vendedora.

Esta actividad no era desconocida para nuestro Ordenamiento Jurídico, si bien estaba escasamente regulada en laDisposición Adicional 4ª de la Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva. En la referida Disposición se definía la actividad como a la actividad, que se efectúe profesionalmente, llevada a cabo por cualquier persona física o jurídica que consista en la formalización de un mandato de compra y venta de bienes u otro contrato que permita instrumentar una actividad análoga, percibiendo el precio de adquisición de los mismos o una comisión y comprometiéndose a enajenarlos por cuenta del cliente, entregando a éste, en varios o en un único pago, el importe de su venta o una cantidad para el supuesto de que no halle un tercero adquirente de los bienes en la fecha pactada. Los bienes a que se refiere la actividad serán los sellos, obras de arte, antigüedades, en todo caso, y asimismo aquellos otros bienes susceptibles de ser objeto de dicha actividad. Actividad que pasará a denominarse de contratación de bienes con oferta de restitución posterior de todo o parte del precio y, en su caso, con ofrecimiento de revalorización, caso de que se apruebe el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno al Congreso para la protección de los consumidores y usuarios que contraten con las empresas que realizan tal actividad.

De lo expuesto debe concluirse que los contratos celebrados, por más que no respondan a una compraventa real, no dejan de ser válidos por cuanto su causa no es ilícita. Existen otras cuestiones que se debaten en otros ámbitos, como son los relativos al tratamiento fiscal de esa actividad, pero este Juzgado no es competente para pronunciarse sobre este aspecto, que no afecta a la validez y vigencia de los contratos. En este Juzgado se analizan estos contratos exclusivamente desde el ámbito del Derecho civil y, en concreto, el tratamiento que en el seno del concurso debe otorgársele. Por otra parte, la viabilidad o no del negocio desarrollado por la concursada o las supuestas irregularidades cometidas en el desarrollo de la misma y que han podido incidir en la situación de insolvencia, se analizan en el Orden penal y serán objeto de tratamiento en la Sección de calificación del concurso, caso de que llegue a abrirse. Estos extremos pueden afectar a la eficacia del negocio, pero no afectan a la validez del contrato.

CUARTO.- Determinada la validez de los contratos debe analizarse el tratamiento concursal de los mismos. La Ley concursal ha introducido en nuestro ordenamiento una regulación de los efectos que el concurso produce sobre los contratos suscritos entre la concursada y sus acreedores. La regulación se contiene en losartículos 61 a 63. La regla general es la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, entendiendo por tales, también denominados sinalagmáticos, aquellos caracterizados por la interdependencia o nexo causal que vincula la prestación de cada una de las partes con la correspondiente a la otra, en el sentido de que actúan mutuamente como causa contravalor o contraprestación de la opuesta.

La ley distingue entre aquellos contratos en los que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas y aquellas en las que las obligaciones recíprocas están pendientes de cumplimiento por ambas partes. En el primer caso, regulado en el apartado primero del artículo 61, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. En el segundo caso las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. En este último supuesto se permite a la administración concursal en caso de suspensión, o al concursado en caso intervención, que soliciten la resolución del contrato si lo estiman conveniente al interés del concurso. La diferencia de tratamiento que el legislador confiere a los contratos según estén cumplidas o no las prestaciones por ambas partes tiene una trascendencia sustancial, pues en un caso el crédito es un crédito concursal y en el otro se convierte en un

gasto prededucible, tal y como prevé elartículo 84.2.6 de la Leyconcursal, lo que en principio supone una importante ventaja para el acreedor beneficiado por tal circunstancia. Por ello en el presente caso es necesario determinar si los contratos que ligan a las partes están pendientes de cumplimiento por ambas o sólo por una de ellas.
En el negocio jurídico constituido entre la concursada y sus clientes surgen diversas obligaciones a cargo de cada una de las partes. La primera a cargo del cliente es pagar el precio del lote de sellos adjudicado. Ese pago puede hacerse de una sola vez o aplazarse. Existe un contrato de depósito no retribuido, por lo que las obligaciones son a cargo de la concursada debiendo conservar la cosa y restituirla. La tercera obligación es el compromiso de recompra con un precio mínimo garantizado por parte de la vendedora, esta obligación también incumbe exclusivamente a la concursada. Por último, el contrato de mediación incluye mandatos de compra y venta que se constituyen al inicio del contrato y genera obligaciones tan sólo para la concursada. De lo anterior cabe concluir que solo existe reciprocidad entre el pago del precio por el lote adquirido y el compromiso de compra con garantía de valor que asume Forum Filatélico. Ahora bien, si el pago se efectuó de una sola vez, dado que desde la fecha de la intervención judicial en 9 de mayo de 2006, anterior a la declaración de concurso, no se han realizado operaciones por parte de la concursada, el contrato estaría sólo pendiente del cumplimiento de obligaciones con cargo a la concursada y el tratamiento sería el previsto en elapartado primero del artículo 61 de la Leyconcursal. El problema surge en aquellos casos en los que el precio se aplazó, pues podrían quedar obligaciones pendientes por ambas partes, lo que permitiría incluir el supuesto en elapartado segundo del artículo 61. Sin embargo, en el presente caso debe traerse a colación la decisión delJuzgado central de instrucción 5 de la Audiencia Nacional que en fecha 12 de mayo de 2006dictóauto en las diligencias previas número 148/2006acordando: "dejar sin efecto, cautelarmente, las obligaciones que tengan los afectados en el marco de las presentes diligencias, de consignar las cantidades aplazadas y obligadas mediante los respectivos contratos con la entidad Forum Filatélico, S.A." Esta decisión motivó que los clientes dejaran de efectuar los pagos a que venían obligados, no constando que ninguno de ellos haya efectuado ingreso alguno o haya procedido a consignar la cantidad adeudada haciendo uso de la facultad que le confiere elarticuló 1176 del Código civil. Consecuencia de lo anterior es que también en este supuesto las únicas obligaciones subsistentes en el contrato son a cargo de la deudora, lo que permite reconducir el supuesto alapartado primero del artículo 61tantas veces citado.
Permitir que los efectos para estos contratos fueran los delapartado segundo del citado precepto vulneraría frontalmente el espíritu y finalidad de la ley por varios motivos. Primero, porque ya no estamos ante obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, ya que si cumple la concursada no podría reclamar de su deudor, por cuanto se encuentra liberado cautelarmente de su obligación por decisión judicial, rompiéndose así el sinalagma, con evidente perjuicio para la masa. Segundo, porque el mantenimiento de estos contratos contraría el espíritu y finalidad de la ley, por cuanto sólo tiene razón de ser desde el momento en el que el contrato facilita la continuidad de la actividad del deudor y permite allegar recursos a la masa. No debe olvidarse que en relación a estos contratos elapartado segundo del artículo 61establece que la declaración de concurso no afecta por sí sola a la vigencia de los mismos, pero ello no implica que otras circunstancias puedan incidir en la dinámica contractual. En el presente caso es de destacar como desde el 9 de mayo de 2006 la empresa está intervenida y dejo de desarrollar su actividad comercial, el 22 de junio de 2006 se declaró a la empresa en concurso y en fecha 20 de julio del 2006 este juzgado dicto auto en el que se acordaba el cese de la actividad relativa a la compraventa de sellos que constituía el objeto social de la deudora. No parece, por tanto, que la calificación de los créditos derivados de dichos contratos como créditos contra la masa se acomode a la finalidad del precepto. En tercer lugar porque la situación del acreedor que pretende tal calificación no se diferencia del resto de miles de acreedores y acceder a su pretensión frustraría la que es finalidad primaria del concurso: la "par conditio creditorum". Por todo ello debe concluirse que nos encontramos ante contratos vigentes con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tan sólo por parte de la concursada, lo que exime a la administración concursal de la necesidad de instar la resolución de los mismos en interés del concurso.": SJM-7 Madrid 26.10.2007 (JUR 2008/32641) (Incidente Concursal 159/2007)

"TERCERO La anterior declaración exonera de la necesidad de pronunciarse expresamente sobre las demás cuestiones planteadas por la demandante pues la subordinación por disposición legal del crédito de la demandante afecta a su totalidad. No obstante conviene recordar que las demás cuestiones ya han sido resueltas en numerosas sentencias de este Juzgado recaídas en diversos incidentes dimanantes de este concurso. Debe recordarse que la Ley concursal ha introducido en nuestro ordenamiento una regulación de los efectos que el concurso produce sobre los contratos suscritos entre la concursada y sus acreedores. La regulación se contiene en losartículos 61 a 63. La regla general es la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, entendiendo por tales, también denominados sinalagmáticos, aquellos caracterizados por la interdependencia o nexo causal que vincula la prestación de cada una de las partes con la correspondiente a la otra, en el sentido de que actúan mutuamente como causa contravalor o contraprestación de la opuesta.
La ley distingue entre aquellos contratos en los que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas y aquellas en las que las obligaciones recíprocas están pendientes de cumplimiento por ambas partes. En el primer caso, regulado en el apartado primero del artículo 61, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. En el segundo caso las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. En este último supuesto se permite a la administración concursal en caso de suspensión, o al concursado en caso intervención, que soliciten la resolución del contrato sí lo estiman conveniente al interés del concurso. La diferencia de tratamiento que el legislador confiere a los contratos según estén cumplidas o no las prestaciones por ambas partes tiene una trascendencia sustancial, pues en un caso el crédito es un crédito concursa! y en el otro se convierte en un

gasto prededucible, tal y como prevé elartículo 84.2,6 de la Leyconcursal, lo que en principio supone una importante ventaja para el acreedor beneficiado por tal circunstancia. Por ello en el presente caso es necesario determinar si los contratos que ligar a las partes están pendientes de cumplimiento por ambas o sólo por una de ellas.
En el negocio jurídico constituido entre la concursada y sus clientes surgen diversas obligaciones a cargo de cada una de las partes. La primera a cargo del cliente es pagar el precio del lote de sellos adjudicado. Ese pago puede hacerse de una sola vez o aplazarse. Existe un contrato de depósito no retribuido, por lo que las obligaciones son a cargo de la concursada debiendo conservar la cosa y restituirla. La tercera obligación es el compromiso de reconpra con un precio mínimo garantizado por parte de la vendedora, esta obligación también incumbe exclusivamente a la concursada. Por último, el contrato de mediación incluye mandatos de compra y venta que se constituyen al inicio del contrato y genera obligaciones tan sólo para la concursada. De lo anterior cabe concluir que solo existí» reciprocidad entre el pago del precio por el lote adquirido y el compromiso de compra con garantía de valor que asume Forum Filatélico. Ahora bien, si el pago se efectuó de una sola vez, dado que desde la fecha de la intervención judicial en 9 de mayo de 2006, anterior a la declaración de concurso, no se han realizado operaciones por parte de la concursada, el contrato estaría sólo pendiente del cumplimiento de obligaciones con cargo a la concursada y el tratamiento sería el previsto en elapartado primero del artículo 61 de la Leyconcursal. El problema surge en aquellos casos en los que el precio se aplazó, pues podrían quedar obligaciones pendientes por ambas partes, lo que permitiría incluir el supuesto en el apartado segundo del artículo SI. Sin embargo, en el presente caso debe traerse a colación la decisión delJuzgado central de instrucción 5 de la Audiencia Nacional que en fecha 12 de mayo de 2006dictóauto en las diligencias previas numero 148/2006acordando: "dejar sin efecto, cautelarmente, las obligaciones que tengan los afectados en el marco de las presentes diligencias, de consignar las cantidades aplazadas y obligadas mediante los respectivos contratos con la entidad Forum Filatélico, SA," Esta decisión motivó que los clientes dejaran de efectuar los pagos a que venían obligados, no constando que ninguno de ellos haya efectuado ingreso alguno o haya procedido a consignar la cantidad adeudada haciendo uso de la facultad que le confiere elarticuló 1176 del Código civil. Consecuencia de lo anterior es que también en este supuesto las únicas obligaciones subsistentes en el contrato son a cargo de la deudora, lo que permite reconducir el supuesto alapartado primero del artículo 61tantas veces citado.
Permitir que los efectos para estos contratos fueran los delapartado segundo del citado precepto vulneraría frontalmente el espíritu y finalidad de la ley por varios motivos. Primero, porque ya no estamos ante obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, ya que si cumple la concursada no podría reclamar de su deudor, por cuanto se encuentra liberado cautelarmente de su obligación por decisión judicial, rompiéndose así el sinalagma, con evidente perjuicio para la masa. Segundo, porque el mantenimiento de estos contratos contraría el espíritu y finalidad de la ley, por cuanto sólo tiene razón de ser desde el momento en el que el contrato facilita la continuidad de la actividad del deudor y permite allegar recursos a la masa. No debe olvidarse que en relación a estos contratos elapartado segundo del artículo 61establece que la declaración de concurso no afecta por sí sola a la vigencia de los mismos, pero ello no implica que otras circunstancias puedan incidir en la dinámica contractual. En el presente caso es de destacar como desde el 9 de mayo de 2006 la empresa está intervenida y dejo de desarrollar su actividad comercial, el 22 de junio de 2006 se declaró a la empresa en concurso y en fecha 20 de julio del 2006 este juzgado dicto auto en el que se acordaba el cese de la actividad relativa a la compraventa de sellos que constituía el objeto social de la deudora. No parece, por tanto, que la calificación de los créditos derivados de dichos contratos como créditos contra la masa se acomode a la finalidad del precepto. En tercer lugar porque la situación del acreedor que pretende tal calificación no se diferencia del resto de miles de acreedores y acceder a su pretensión frustraría la que es finalidad primaria del concurso: la "par conditio creditorum". Por todo ello debe concluirse que nos encontramos ante contratos vigentes con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tan sólo por parte de la concursada, lo que exime a la administración concursal de la necesidad de instar la resolución de los mismos en interés del concurso”: SJM-7 Madrid 02.01.2008 (AC 2009\156)

3. No son deudas de la masa los devengos anteriores a la declaración de concurso

“A juicio de esta Sala el apelante interpreta erróneamente elart. 61.2 de la Ley Concursal. Lo que este precepto establece es que los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes a cargo tanto del concursado como de la otra parte seguirán vigentes y, en ese caso, las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Se refiere, por tanto, a los efectos posteriores a la declaración de concurso, pero no a los ya producidos con anterioridad como es el caso aquí enjuiciado en el que el crédito del Letrado apelante dimana de actuaciones previas a aquél momento, sus servicios ya habían finalizado y el Sr.Jose Ángelle adeudaba su precio antes que solicitara la declaración de concurso voluntario.
Señala elTribunal Supremo (S. 15-7-02RJ 2002, 7178 y 10-7-98RJ 1998, 6600entre otras) que efecto de la resolución contractual es la extinción de las obligaciones recíprocas, con eficacia "ex tunc", es decir desde que se concertaron, pero que este principio tiene como excepción a los contratos de tracto sucesivo como los de arrendamiento, agencia o comisión mercantil en las que esa resolución opera "ex nunc", lo que obliga a las partes a liquidar la situación existente al tiempo de la resolución.
Elart. 84.2.6ºes coherente con el planteamiento aquí defendido. Si los contratos de tracto sucesivo continúan tras la declaración del concurso, los efectos que venzan después serán considerados como créditos contra la masa. A título de ejemplo si se trata de un arrendamiento de local de negocio y pervive las rentas que perciba el arrendador tras dicha declaración serán crédito contra la masa pero no las ya devengadas.”: SAP Oviedo 28.06.2007 (JUR 2007/319638)

4. Inexistencia de obligaciones recíprocas pendientes: las pendientes nacen de otro contrato distinto

"CUARTO Con respecto al supuesto de inaplicación delartículo 61.2 párrafo 2º de la Ley Concursal ha de partirse de que la recurrente sigue manteniendo en el recurso su tesis, con relación a los anticipos extraordinarios, de plena integración de los mismos en el contrato originario de distribución de 1 de julio de 2.002 y sus anexos posteriores sustentando la existencia de un único sinalagma contractual y la existencia de una relación jurídica de tracto sucesivo, mixta, compleja con causa única e indisociable y atípica entre la demandante y la concursada, que precisamente no ha sido acogida por el Juzgador de instancia en base a la interpretación del contrato, sus anexos y las comunicaciones entre las partes que en concreto documentan esos anticipos extraordinarios, atendiendoex artículo 1.282 del Código Civila los actos de las partes coetáneos y posteriores al contrato a fin de juzgar cuál fue su intención, para alcanzar la conclusión de que tales anticipos extraordinarios tienen un carácter autónomo respecto de los consignados en el contrato de distribución y no como una obligación integrante del mismo contrato, lo que necesariamente hemos de compartir obviando la simple disconformidad de la recurrente con los motivos expuestos en la Sentencia para sustentar tal conclusión, que pretende incardinar en error en la valoración de la prueba en base a meras hipótesis y especulaciones carentes de sustento real, como la ya descartada falta de toma en consideración de documentos, la verdadera incidencia del adjetivo "extraordinarios", la buena fe en la comunicación del crédito, la incidencia que pudiera tener el establecimiento de intereses en los anticipos ordinarios o la voluntarista mención a que el representante legal de la concursada estaría faltando a la verdad.
Efectivamente, con los elementos probatorios obrantes en las actuaciones ha de reputarse absolutamente correcta la interpretación llevada a cabo en primera instancia y puesto que, si se analizan las comunicaciones en las que constan documentados los anticipos extraordinarios, en contraste con la operativa contractual contenida en la estipulación 13 ª, inmediatamente se advierte que en esas comunicaciones no se hace referencia específica al contrato de distribución de 1 de julio de 2.002, no se asocian tales anticipos extraordinarios a productos en concreto con la simple mención de a cuenta de entregas presentes o futuras, tampoco se asocian tales entregas a la previa estimación de ventas y nada tienen que ver con la periodicidad establecida en el contrato al establecerse plazos propios de amortización y existiendo un claro elemento distintivo en el pacto de intereses, de donde resulta con claridad la consideración de que tales anticipos extraordinarios se constituyen como una obligación autónoma e independiente de las derivadas del contrato de distribución de 1 de julio de julio de 2.002 y desde luego con plena autonomía respecto de éste, por más que constituya un apoyo financiero a la editorial, careciendo en todo caso la perceptora de los anticipos extraordinarios de la facultad de exigir su cumplimiento en el marco del contrato de distribución. Abundan en este planteamiento intencional de las partes la actuación respectiva de la acreedora y de la concursada en orden a la comunicación del crédito derivado de esos anticipos extraordinarios, incluyendo ésta el saldo correspondiente en la relación de créditos aportada a la solicitud de concurso, y comunicando la demandante en su día el saldo de su crédito a la administración concursal conforme a lo establecido en el artículo 85.1 como crédito concursal.
Constituyendo pues la entrega de tales anticipos extraordinarios un pacto autónomo respecto del contrato de distribución no resultaría de aplicación lo dispuesto en elartículo 61.2 párrafo 2º de la Ley Concursal, como tampoco entraría en los supuestos comprendidos en elart. 84.2.6º, ya que la acreedora no tiene obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en vigor tras la declaración de concurso, aunque el concursado sí que haya de reintegrar, por medio de los respectivos plazos pactados, las cantidades prestadas y sus intereses. En este caso nos encontraríamos ante uno de los supuestos que describe elart. 61.1 LC, es decir, una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones, en este caso la entidad distribuidora con la entrega de los anticipos, y la otra tiene pendiente el cumplimiento.": SAP Madrid (sección 28) 19.01.2009 (JUR 2009/1584854; Sentencia 9/2009; Rollo 67/2008)

5. Arrendamiento vigente, no resuelto válidamente

AP Valencia

"El recurso de apelación de la administración concursal se basa, en esencia y sumario, en incorrecta aplicación del artículo 61.2 de la Ley Concursal porque no puede ignorarse la resolución contractual efectuada por las partes contratantes y acreditado el abandono del local por el arrendatario desde 1/8/2009 no puede generarse el crédito contra la masa fijado en la sentencia que además implica un enriquecimiento injusto para la entidad actora.
SEGUNDO. Conviene resaltar que a tenor de la posición de las partes en sus escritos principales, pedida por la demandante inicial la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por impago de las rentas y otros conceptos a que venia obligada la arrendataria y su declaración de crédito contra la masa, las demandadas se oponen a tal pretensión porque el contrato está ya resuelto desde antes de la demanda y devuelta la posesión del local desde 1/8/2009, razón por la cual no son debidas las rentas y conceptos pedidos y por ende no puede resolverse un contrato ya resuelto interpartes y no puede condenarse por unas rentas no existentes, siendo inviable, en consecuencia, su reconocimiento como crédito contra la masa. Por consiguiente no es objeto de discusión, si la resolución contractual del arrendamiento es o no en interés del concurso.
En tal tesitura, siendo indiscutible la existencia del contrato de arrendamiento urbano, conforme al artículo 217 de la Ley Enjuiciamiento Civil, corresponde a los demandados acreditar la resolución contractual y la devolución de la posesión del inmueble locaticio y es en este último extremo, aún no tratado en la resolución recurrida, en el que quiebra la posición de los apelantes. Únicamente se aporta una misiva en fecha de 14/7/2009 conteniendo una declaración unilateral de resolución del contrato, pero no hay prueba ni justificación alguna de la entrega posesoria. Es por ello que con independencia del razonamiento del Juzgado de lo

Mercantil, de que efectivamente dada la fecha de tal burofax la arrendataria estaba declarada en concurso y no cumplió lo dispuesto en la Ley Concursal sobre resolución del contrato bilateral, la tesis de la administración concursal sobre el artículo 61.2 de la Ley Concursal resulta al caso inadmisible, pues parte de una premisa fáctica que da por supuesta, cual es que está acreditada la devolución de la posesión locaticia, cuando ello no está justificado ni probado, siquiera se instó prueba alguna en tal sentido y es obvio que el burofax no refleja esa entrega, sino una mera y simple manifestación de intenciones. Además precisando la contestación de la parte concursada, no es lo mismo ni tien la misma trascendencia jurídica el abandono del local que la devolución de la posesión al arrendador. La efectividad de la resolución del contrato arrendaticio exige la devolución al arrendador de la posesión del inmueble arrendado, pero mientras ello no ocurre y carece el arrendador del poder de disposición del inmueble, corre a cargo del arrendatario el pago de las rentas y no existe error alguno en la calificación de tal crédito contra la masa en aplicación correcta de los artículos 62-4 y 84 de la Ley Concursal. El contrato es bilateral con prestaciones recíprocas; siguió vigente después de declararse el concurso de la arrendataria que siguió teniendo a su disposición el meritado local e invocar ahora en la alzada la doctrina del enriquecimiento injusto no es admisible por dos razones, primero, por partir de una premisa fáctica que no ha sido acreditada por quien debía hacerlo (la devolución posesoria) y porque, en segundo lugar, no puede haber tal instituto jurídico cuando entre partes existe un contrato que es la causa de la reclamación.": SAP Valencia (Sección 9) 18.01.2012 (Sentencia 16/2012; Rollo 788/2011)

AP Lleida

"Estamos ante un contrato de arrendamiento que ha mantenido su vigencia tras la declaración de concurso y por tanto también se mantienen incólumes las obligaciones recíprocas asumidas por cada una de las partes, hasta que se decrete su resolución. Una vez decretada la resolución contractual las consecuencias jurídicas vienen expresamente establecidas en el art. 62-4 de modo que las obligaciones vencidas e incumplidas antes de la declaración de concurso se incluyen en el crédito del concurso (crédito concursal) mientras que en las posteriores el crédito de la parte cumplidora (en este caso la arrendadora) se satisfará con cargo a la masa, y ello con independencia de lo que constase o no en la lista de acreedores puesto que no estamos ante un crédito concursal.
Se trata como ya se ha dicho de créditos contra la masa, siendo los referidos preceptos (en especial arts. 62-4 y 84-2-6º LC) lo que obligan a conceptuarlos así, sin que se contemple legalmente la posibilidad de variar dicha condición y convertirles en créditos concursales, ni por las especiales relaciones que pudieran existir entre los contratantes ni por ningún otro motivo, y ello sin perjuicio de las acciones rescisorias que pudieran entablarse y de las consecuencias derivadas de las mismas.": SAP Lleida (Sección 2) 02.05.2013 (Sentencia 174/2013; Rollo 719/2012)

6. Compraventa no resuelta

6.1 Reconocimiento de crédito concursal, no contra la masa

AP Alicante

"PRIMERO.-La demanda que inicia el incidente cuya decisión, vía recurso de apelación, se nos cuestiona, lo es de impugnación de la lista de acreedores -art 96-3 LC -y en particular, de la clasificación de los créditos reconocidos por razón de la compra a la concursada de tres viviendas sobre plano en la Residencial Santa Ana del Monte, sita en Jumilla, Murcia.
En su momento los compradores, Sras Frida y Estrella, insinuaron sus créditos en el concurso, donde se personaron, aportando los contratos de compraventa de viviendas solicitando que se incluyera en la masa activa del concurso el precio pendiente que adeudaban como parte del precio de la compra y, en la masa pasiva, la contraprestación a cargo de la concursada, es decir, la entrega de la vivienda sin perjuicio de que, producido incumplimiento por la concursada, se promoviera en su caso la resolución contractual instando la devolución, con cargo a la masa, de los importes entregados a cuenta, 23.970 # y 55.470 #, así como los intereses legales en concepto de indemnización por daños y perjuicios. La Administración concursal incluyó en su informe -lista de acreedores-las cantidades entregadas a cuenta o como parte del precio de la compraventa, si bien tal reconocimiento lo hizo atribuyendo a tal crédito la naturaleza de ordinario condicional y, por tanto, en la consideración de que, de resolverse el contrato, lo sería por causa de incumplimiento por parte de la vendedora concursada producida con anterioridad a la declaración del concurso. Pues bien, ante tal actuar de la Administración concursal, se formula demanda incidental sustentada en que, en todo caso, partiendo de que la declaración del concurso de la promotora tuvo lugar por Auto de 19 de mayo de 2008, a tal fecha los contratos suscritos por la Sra Estrella estaban pendientes de cumplimiento ya que el pacto de entrega de las viviendas era para mayo de 2008, con posibilidad de prórroga hasta agosto, si bien había pacto expreso, suscrito el 17 de marzo de 2008 de no obstante haber retraso, continuar con el contrato, estando en todo caso vigente el contrato suscrito por la otra actora, Sra. Frida por lo que en todo caso, los contratos se encontrarían en el supuesto contemplado en el artículo 61-2 de la Ley Concusal y estando vigentes los contratos al no quedar afectos, como contratos bilaterales, por la declaración del concurso, la prestación que queda pendiente a cargo de la mercantil concursada -entrega de viviendas-, debe satisfacerse a cargo de la masa y sólo si la incumpliera y hubiera lugar a la resolución de los contratos, conforme al artículo 84-2-6 LC, aquellas cantidades entregadas a cuenta y la correspondiente indemnización, tendrían la consideración de créditos contra la masa, razón por la que se impugna la calificación que de ordinarios condicionales se ha dado por la Administración concursal.
Tal impugnación ha sido rechazada en la instancia.

El Juez del concurso llega a la conclusión de que, dado que a la fecha de declaración del concurso, la promotora vendedora ya había incumplido el contrato, no se está en la hipótesis del artículo 61-2 siendo en consecuencia, el derecho de los compradores, en todo caso, a la recuperación de las cantidades entregadas, con los daños y perjuicios derivados, que en el caso de los intereses, se sujetarían a lo dispuesto en el artículo 59 y 92 de la Ley Concursal, señalando en cuanto a la calificación de tal crédito, que el mismo es concursal en atención a que, entre otras razones, no existe norma expresa que confiera la naturaleza de crédito contra la masa a los casos de incumplimiento anterior en los supuestos de contratos de tracto único, segundo, porque el artículo 84-2-6º LC califica de crédito contra la masa el crédito restitutorio derivado del incumplimiento del deudor después de la declaración, lo que, a contrario sensu, derivaría en una calificación distinta para los casos de incumplimiento previo del deudor a su declaración concursal y, tercero, porque los créditos contra la masa, con las excepciones legales oportunas, responden a actuaciones postconcursales y tienen su razón de ser en la contribución de los acreedores al mantenimiento de la actividad patrimonial del concursado siendo así que en el caso, las cantidades entregadas en este caso por los compradores, lo han sido en un momento previo al concurso.
Tales conclusiones son criticadas por los compradores que, en su recurso de apelación reiteran que siendo los contratos suscritos por los compradores de tracto único y futuro, no estaban concluidos a la fecha de declaración del concurso, estando por tanto en la hipótesis del artículo 61-2 de la Ley Concursal referido a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimento a ambas partes, no habiendo incumplimiento anterior por la promotora al estar previsto en los contratos suscritos por la Sra. Estrella como fecha de entrega mayo de 2008, con prórrogas, agosto 2008, tratándose todos los contratos, también el de la Sra. Frida, de contratos vigentes mientras no tenga lugar su resolución, siendo por tanto de aplicación lo previsto en el artículo 61-2 de la Ley Concursal que establece que la declaración del concurso no afecta, por sí sola, a la vigencia de los contratos y que las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
La cuestión es por tanto determinar, primero, si el caso, a la vista de las circunstancias, constituye un supuesto contractual comprensible en la hipótesis jurídica del artículo 61-2 de la Ley Concursal y si el crédito a cargo de la mercantil concursada por razón de las cantidades percibidas de los actores como parte del precio de la compraventa, para el caso de que tuviera lugar la resolución contractual, tendría la naturaleza ya proclamada de crédito ordinario o, por el contrario, debería calificarse como crédito contra la masa, siendo el factor a dilucidar en este caso, y en la hipótesis resolutoria, si el incumplimiento por la concursada había o no sido anterior a la declaración del concurso.
SEGUNDO.-Ante todo debe señalarse que lo que pretenden los actores con su demanda es, partiendo de la existencia del contrato, obviar su estado real para, desde un punto de vista jurídico pero abstracto, generar la apariencia de contrato susceptible de cumplimiento por ambas partes para con ello, obtener el beneficio de la masa.
En efecto, afirman los apelantes que el contrato a la fecha de la declaración del concurso estaba vigente con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento -pago del precio y entrega de vivienda-y siendo así, la deuda que mantienen -precio-debería formar parte de la masa activa y la prestación pendiente de la promotora -entrega de las viviendas-parte de la masa pasiva, en modo tal que si se produce incumplimiento -o se insta por la administración concursal o la concursada la resolución en interés del concurso-, las prestaciones pendientes -restitución de cantidades entregadas a cuenta e indemnizaciónserán a cargo de la masa del concurso.
Sin embargo, el interés del concurso impone el análisis y contemplación de la realidad que constituye el substrato del contrato o contratos para, desde su análisis, constatar no solo la existencia del contrato sino si en efecto hay obligaciones pendientes, entendiendo por tales aquellas cuya pendencia es real y no meramente formal, es decir, susceptibles de cumplimento. Solo así se entiende el caso contemplado en el artículo 62-1 de la Ley Concursal ya que, de tratarse de obligaciones de imposible cumplimiento por parte de la concursada, no habría alternativa al cumplimiento y, por tanto, no se trataría del supuesto del 62-1 de la Ley Concursal.
En el caso no se impugnan los hechos o, como intitula el Juez, la realidad fáctica relevante, de modo que, siendo el antecedente fáctico esencial para la decisión, nos permitimos su reproducción. Se trata de los siguientes:
a) en fecha previa a la declaración del concurso los actores y Herrada del Tollo suscriben tres contratos por el que esta última se obligaba a entregar, previa su construcción, tres viviendas en el complejo residencial Santa Ana del Monte, Jumilla.
b) la suma anticipada entregada antes de la declaración del concurso por los compradores es la reconocida en la lista de acreedores.
c) la fecha convenida para la entrega de las dos viviendas adquiridas por la Sra. Estrella era mayo de 2008 con posibilidad de prórroga de tres meses por causa de la construcción no imputable a la promotora, siendo la fecha convenida para la entrega de la otra de las viviendas, junio de 2007, con la misma posibilidad de prórroga señalada en el anterior contrato.
d) la Sra. Estrella en marzo de 2008 suscribió un convenio con la promotora en la que, asumiendo el retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega por la compradora, esta continuaba con el contrato a cambio de una determinada contraprestación económica.
d) el concurso de la promotora se declara por auto de 19 de mayo de 2008 y las obras del complejo residencial objeto de promoción a la fecha de la declaración de concurso apenas llega al 1% según la concursada, sin constar la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación ni la concesión de licencias de obras de edificación para viviendas.
e) tales licencias no se han obtenido y la actividad urbanizadora está paralizada desde la declaración de concurso, y la entrega de las viviendas no se ha efectuado, cuya construcción no se ha iniciado.
Tal relato pone de manifiesto que a la fecha de la declaración los contratos eran existentes, porque no se habían resueltos, pero que ya concurría causa resolutoria. Pero también deja patente que de facto, el

incumplimiento por parte de la promotora era ya a esa misma fecha de tal calibre que hacía de imposible cumplimiento cualquier hipótesis tendente a la efectividad contractual, siendo en realidad contratos solo susceptibles de resolución. Es más, en el caso del contrato suscrito por la Sra. Frida, ya concurría causa resolutoria pues había vencido el plazo de entrega -junio de 2007 y, en caso, septiembre 2007-sin que se hubiera cumplido tal obligación y sin que hubiera posibilidad de cumplimiento.
En tal estado de cosas y tomando en consideración que el efecto resolutorio de los contratos es ex tunc, es decir, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria sino retroactivamente desde su celebración, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido, la conclusión que alcanzamos es la de que si al tiempo de la declaración del concurso los contratos de compraventa de las viviendas estaban absolutamente frustrados, siendo de imposible cumplimiento, el que se hubieran o no resuelto no era lo relevante a los efectos concursales porque ya a la fecha del concurso no cabía más alternativa que la de reponer el status jurídico previo a la celebración de los negocios jurídicos.
TERCERO.-En tal estado de cosas, adquiere todo su relieve determinar en la hipótesis de la acción resolutoria el hecho en que consiste el incumplimiento y cuando ha tenido lugar.
Afirmar que es la cláusula contractual que fija fecha de entrega, el horizonte a partir del cual nace la acción resolutoria, constituye una afirmación que, además de que en el caso, solo podría venir referida a los contratos de la Sra. Estrella, no se corresponde con la causa de la resolución de los contratos que se puede acordar con base a la prueba del incumplimiento básico, esencial, que frustra el fin objetivo del contrato, lo que tiene lugar tanto cuando no se ha dado cumplimiento exacto al contrato como cuando, por las circunstancias es dable considerar que no se podrá cumplir. Cercenar la acción resolutoria cuando el incumplimiento formal depende de un hecho objetivo, como es el tiempo de entrega, supondría generar un sacrificio extraordinario, cuando no extravagante o insólito, obligando a los contratantes a cumplir sus obligaciones a fin de conservar su facultad resolutoria que, por razón objetiva, no será posible el cumplimiento de la contraparte. Dicho de otro modo cuando, como es el caso, a la fecha de la declaración del concurso, las obras del complejo residencial entre las que están las viviendas adquiridas por contrato privado por los acreedores, no han sido ejecutadas, sin que se hayan obtenido las licencias de obras de edificación, ni conste la aprobación del proyecto de reparcelación, estando la actividad urbanizadora paralizada y no iniciada la construcción de las viviendas, las diferencias temporales de que se trata permite estimar conforme a las máximas de experiencia básicas que no será posible el cumplimiento y afirmar que con anterioridad a la declaración del concurso la promotora no había cumplido con sus obligaciones ni tenía posibilidad ya de cumplir, de modo que ya en esa fecha, los compradores podían haber instado la resolución contractual para evitar mayores perjuicios.
Es más, en nuestras resoluciones de fecha 9 de julio de 2010 -dictadas en incidentes de este mismo concurso- hemos considerado que los vendedores sí podían haber instado la resolución de los contratos de compraventa por incumplimiento previo a la declaración del concurso, no obstante el tenor literal del artículo 62-1 de la Ley Concursal del que parecería desprenderse que tal facultad sólo sería posible en el caso de los contratos de tracto sucesivo.
Es por todo ello que la conclusión que alcanzamos es la de que aun no estando resueltos los contratos de compraventa de las viviendas, y pendientes de cumplimientos por parte de ambos contratantes, siendo contratos de imposible cumplimiento por la promotora, no son contratos amparables en el supuesto del artículo 61-2 de la Ley Concursal y, por tanto, el único crédito que puede derivar de ellos, al ser su fin exclusivo el resolutorio, es el de la reintegración de las cantidades entregadas a cuenta con la indemnización que haya en su caso lugar, y dado que la causa de resolución es anterior a la declaración del concurso, tales créditos, una vez se consoliden previa la resolución de los contratos, tendrán el carácter de ordinarios tal y como se califican por la Administración concursal.“: SAP Alicante (Sección 8) 13.07.2010 (Sentencia 312/2010; Rollo 254/2010)

“PRIMERO La demanda que inicia el incidente cuya decisión, vía recurso de apelación, se nos cuestiona, lo es de impugnación de la lista de acreedores-art 96-3 LC - y en particular, de la clasificación de los créditos reconocidos por razón de la compra a la concursada de una vivienda sobre plano en la Residencial Santa Ana del Monte, sita en Jumilla, Murcia.
En su momento los compradores, SresAlejandro Noemi, insinuaron sus créditos en el concurso, donde se personaron, aportando el contrato de compraventa de vivienda solicitando que se incluyera en la masa activa del concurso el precio pendiente que adeudaban como parte del precio de la compra y, en la masa pasiva, la contraprestación a cargo de la concursada, es decir, la entrega de la vivienda sin perjuicio de que, producido incumplimiento por la concursada, se promoviera en su caso la resolución contractual instando la devolución, con cargo a la masa, de los importes entregados a cuenta, 67.700 €, así como los intereses legales en concepto de indemnización por daños y perjuicios. La Administración concursal incluyó en su informe -lista de acreedores- las cantidades entregadas a cuenta o como parte del precio de la compraventa, si bien tal reconocimiento lo hizo atribuyendo a tal crédito la naturaleza de ordinario condicional y, por tanto, en la consideración de que, de resolverse el contrato, lo sería por causa de incumplimiento por parte de la vendedora concursada producida con anterioridad a la declaración del concurso. Pues bien, ante tal actuar de la Administración concursal, se formula demanda incidental sustentada en que, en todo caso, partiendo de que la declaración del concurso de la promotora tuvo lugar por Auto de 19 de mayo de 2008, a tal fecha los contratos estaban pendientes de cumplimiento ya que la declaración del concurso no afecta per se a la vigencia del contrato que, por tanto, se encuentra en el supuesto contemplado en elartículo 61-2 de la Ley Concusal y estando vigentes los contratos al no quedar afectos, como contratos bilaterales, por la declaración del concurso, la prestación que queda pendiente a cargo de la mercantil concursada -entrega de vivienda-, debe satisfacerse a cargo de la masa y sólo si la incumpliera y hubiera lugar a la resolución de los contratos, conforme alartículo 84-2-6 LC, aquellas cantidades entregadas a cuenta y la correspondiente indemnización, tendrían la consideración de créditos contra la masa. Concluye por tanto la demanda solicitando que se

incluyan en la masa activa los importes que los actores deben satisfacer contra la entrega de las viviendas como pago de parte del precio pactado, en la masa pasiva, las contraprestaciones a cargo de la concursada -entrega de las viviendas-, sin perjuicio de que, en caso de incumplimiento y promovida la resolución contractual, se inste la devolución con cargo a la masa de las cantidades dadas y cuenta, así como el pago de daños y perjuicios.
Tal impugnación ha sido rechazada en la instancia.
El Juez del concurso llega a la conclusión de que, dado que a la fecha de declaración del concurso, la promotora vendedora ya había incumplido el contrato, no se está en la hipótesis delartículo 61-2 siendo en consecuencia, el derecho de los compradores, en todo caso, a la recuperación de las cantidades entregadas, con los daños y perjuicios derivados, que en el caso de los intereses, se sujetarían a lo dispuesto en el artículo 59 y 92 de la Ley Concursal, señalando en cuanto a la calificación de tal crédito, que el mismo es concursal en atención a que, entre otras razones, no existe norma expresa que confiera la naturaleza de crédito contra la masa a los casos de incumplimiento anterior en los supuestos de contratos de tracto único, segundo, porque elartículo 84-2-6º LC califica de crédito contra la masa el crédito restitutorio derivado del incumplimiento del deudor después de la declaración, lo que, a contrario sensu, derivaría en una calificación distinta para los casos de incumplimiento previo del deudor a su declaración concursal y, tercero, porque los créditos contra la masa, con las excepciones legales oportunas, responden a actuaciones postconcursales y tienen su razón de ser en la contribución de los acreedores al mantenimiento de la actividad patrimonial del concursado siendo así que en el caso, las cantidades entregadas en este caso por los compradores, lo han sido en un momento previo al concurso.
Tales conclusiones son criticadas por los compradores que, en su recurso de apelación reiteran que siendo los contratos suscritos por los compradores de tracto único y futuro, no estaban concluidos a la fecha de declaración del concurso, siendo por tanto encajables en la hipótesis delartículo 61-2 de la Ley Concursal referido a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimento a ambas partes, precepto que, afirman los apelantes, no diferencia entre el momento del incumplimiento, anterior o posterior a la declaración del concurso. En consecuencia, tratándose por tanto de contratos vigentes mientras no tenga lugar su resolución, y siendo de aplicación lo previsto en elartículo 61-2 de la Ley Concursal que establece que la declaración del concurso no afecta, por sí sola, a la vigencia de los contratos y que las prestaciones a que esté obligado el concursado, aquellas reintegraciones, deberían considerarse como créditos con cargo a la masa.
La cuestión es por tanto determinar, primero, si el caso, a la vista de las circunstancias, constituye un supuesto contractual comprensible en la hipótesis jurídica delartículo 61-2 de la Ley Concursal y si el crédito a cargo de la mercantil concursada por razón de las cantidades percibidas de los actores como parte del precio de la compraventa, para el caso de que tuviera lugar la resolución contractual, tendría la naturaleza ya proclamada de crédito ordinario o, por el contrario, debería calificarse como crédito contra la masa, siendo el factor a dilucidar en este caso, y en la hipótesis resolutoria, si el incumplimiento por la concursada había o no sido anterior a la declaración del concurso.
SEGUNDO Ante todo debe señalarse que lo que pretenden los actores con su demanda es, partiendo de la existencia del contrato, obviar su estado real para, desde un punto de vista jurídico pero abstracto, generar la apariencia de contrato susceptible de cumplimiento por ambas partes para con ello, obtener el beneficio de la masa.
En efecto, afirman los apelantes que el contrato a la fecha de la declaración del concurso estaba vigente con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento -pago del precio y entrega de vivienda- y siendo así, la deuda que mantienen -precio- debería formar parte de la masa activa y la prestación pendiente de la promotora -entrega de las viviendas- parte de la masa pasiva, en modo tal que si se produce incumplimiento -o se insta por la administración concursal o la concursada la resolución en interés del concurso-, las prestaciones pendientes -restitución de cantidades entregadas a cuenta e indemnización- serán a cargo de la masa del concurso.
Sin embargo, el interés del concurso impone el análisis y contemplación de la realidad que constituye el substrato del contrato o contratos para, desde su análisis, constatar no solo la existencia del contrato sino si en efecto hay obligaciones pendientes, entendiendo por tales aquellas cuya pendencia es real y no meramente formal, es decir, susceptibles de cumplimento. Solo así se entiende el caso contemplado en elartículo 62-1 de la Ley Concursal ya que, de tratarse de obligaciones de imposible cumplimiento por parte de la concursada, no habría alternativa al cumplimiento y, por tanto, no se trataría del supuesto del 62-1 de la Ley Concursal.
En el caso no se impugnan los hechos o, como intitula el Juez, la realidad fáctica relevante, de modo que, siendo el antecedente fáctico esencial para la decisión, nos permitimos su parcial reproducción. Se trata de los siguientes:
a) en fecha previa a la declaración del concurso los actores y Herrada del Tollo suscriben dos contratos por el que esta última se obligaba a entregar, previa su construcción, una viviendas en el complejo residencial Santa Ana del Monte, Jumilla.
b) la suma anticipada entregada antes de la declaración del concurso por los compradores es la reconocida en la lista de acreedores.
c) la fecha convenida para la entrega de la vivienda era diciembre de 2007, con posibilidad de prórroga de tres meses por causa de la construcción no imputable a la promotora.
d) el concurso de la promotora se declara porauto de 19 de mayo de 2008 y las obras del complejo residencial objeto de promoción a la fecha de la declaración de concurso apenas llega al 1% según la concursada, sin constar la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación ni la concesión de licencias de obras de edificación para viviendas.
e) tales licencias no se han obtenido y la actividad urbanizadora está paralizada desde la declaración de concurso, y la entrega de las viviendas no se ha efectuado, cuya construcción no se ha iniciado.

Tal relato pone de manifiesto que a la fecha de la declaración los contratos eran existentes, porque no se habían resueltos, pero que ya concurría causa resolutoria pues había vencido el plazo de entrega -diciembre de 2007 y, en caso, marzo 2008- sin que se hubiera cumplido tal obligación y sin que hubiera posibilidad de cumplimiento.
En efecto, queda patentizado de los hechos que de facto, el incumplimiento por parte de la promotora era ya a esa misma fecha de tal calibre que hacía de imposible cumplimiento cualquier hipótesis tendente a la efectividad contractual, siendo en realidad contratos solo susceptibles de resolución.
En tal estado de cosas y tomando en consideración que el efecto resolutorio de los contratos es ex tunc, es decir, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria sino retroactivamente desde su celebración, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido, la conclusión que alcanzamos es la de que si al tiempo de la declaración del concurso los contratos de compraventa de las viviendas estaban absolutamente frustrados, siendo de imposible cumplimiento, el que se hubieran o no resuelto no era lo relevante a los efectos concursales porque ya a la fecha del concurso no cabía más alternativa que la de reponer el status jurídico previo a la celebración de los negocios jurídicos.
TERCERO En tal estado de cosas, adquiere todo su relieve determinar en la hipótesis de la acción resolutoria el hecho en que consiste el incumplimiento y cuando ha tenido lugar.
En el caso es evidente que el plazo de cumplimiento por parte de la promotora había sido superado. Pero en todo caso, y siendo cierto que no basta el mero incumplimiento, que puede dar lugar solo a una mora, lo cierto es que en el caso la cuestión no era de formal incumplimiento sino de concurrencia de auténtica causa de la resolución de los contratos con base a la prueba del incumplimiento básico, esencial, que frustraba el fin objetivo del contrato. En el caso, a la fecha de la declaración del concurso, las obras del complejo residencial entre las que están las viviendas adquiridas por contrato privado por los acreedores, no han sido ejecutadas, sin que se hubieran obtenido las licencias de obras de edificación, ni conste la aprobación del proyecto de reparcelación, estando la actividad urbanizadora paralizada y no iniciada la construcción de las viviendas. Por tanto, a la fecha de la declaración del concurso el contrato esta incumplido irremisiblemente y además, era de imposible cumplimiento, con lo que como es evidente, el contrato podía haber sido resuelto por los compradores antes de la declaración del concurso. No hacerlo así, no puede beneficiarles en perjuicio del resto de acreedores. Pretender sustentar un derecho especial sobre la base de la falta de resolución, atrayendo el caso delartículo 61-2 de la Ley Concursal, constituye un intento vano de aprovechamiento de una situación jurídica que, como hemos dicho en nuestras resoluciones de fecha 9 de julio de 2010 -dictadas en incidentes de este mismo concurso- ni era impeditiva de la promoción de la resolución de los contratos de compraventa por incumplimiento previo a la declaración del concurso, ni constituye en realidad la hipótesis prevista en dicha norma que se refiere, como ya hemos dicho, a contratos susceptibles de cumplimiento.
En conclusión, y tratándose de un contrato de imposible cumplimiento por la promotora, no son contratos amparables en el supuesto delartículo 61-2 de la Ley Concursal y, por tanto, el único crédito que puede derivar de ellos, al ser su fin exclusivo el resolutorio, es el de la reintegración de las cantidades entregadas a cuenta con la indemnización que haya en su caso lugar, crédito que en cuanto derivará de una acción resolutoria sustentada en causa anterior a la declaración del concurso, tales créditos, una vez se consoliden previa la resolución de los contratos, tendrán el carácter de ordinarios tal y como se califican por la Administración concursal.
Procede en consecuencia, desestimar el recurso de apelación y confirmar la Sentencia de instancia.”: SAP Alicante (Sección 8) 13.07.2010 (JUR 2010/345513; Sentencia 311/2010; Rollo 253/2010)

“PRIMERO.-La demanda que inicia el incidente cuya decisión, vía recurso de apelación, se nos cuestiona, lo es de impugnación de la lista de acreedores -art 96-3 LC -y en particular, de la clasificación de los créditos reconocidos por razón de la compra a la concursada de dos viviendas sobre plano en la Residencial Santa Ana del Monte, sita en Jumilla, Murcia.
En su momento los compradores, Sres Estela Humberto, insinuaron sus créditos en el concurso, donde se personaron, aportando los dos contratos de compraventa de viviendas solicitando que se incluyera en la masa activa del concurso el precio pendiente que adeudaban como parte del precio de la compra y, en la masa pasiva, la contraprestación a cargo de la concursada, es decir, la entrega de la vivienda sin perjuicio de que, producido incumplimiento por la concursada, se promoviera en su caso la resolución contractual instando la devolución, con cargo a la masa, de los importes entregados a cuenta,
29.660 # y 83.670 #, así como los intereses legales en concepto de indemnización por daños y perjuicios. La Administración concursal incluyó en su informe -lista de acreedores-las cantidades entregadas a cuenta
o como parte del precio de la compraventa, si bien tal reconocimiento lo hizo atribuyendo a tal crédito la naturaleza de ordinario condicional y, por tanto, en la consideración de que, de resolverse el contrato, lo sería por causa de incumplimiento por parte de la vendedora concursada producida con anterioridad a la declaración del concurso. Pues bien, ante tal actuar de la Administración concursal, se formula demanda incidental sustentada en que, en todo caso, partiendo de que la declaración del concurso de la promotora tuvo lugar por Auto de 19 de mayo de 2008, a tal fecha los contratos estaban pendientes de cumplimiento ya que el pacto de entrega de las viviendas era, para una, en mayo de 2008, con posibilidad de prórroga hasta agosto, y para la otra, en marzo de 2009, con posibilidad de prórroga hasta junio del mismo año, cláusulas determinantes que, de haber incumplimiento, este no podría tener lugar en todo caso sino con posterioridad a la fecha de declaración del concurso por lo que el contrato se encuentra en el supuesto contemplado en el artículo 61-2 de la Ley Concusal y estando vigentes los contratos al no quedar afectos, como contratos bilaterales, por la declaración del concurso, la prestación que queda pendiente a cargo de la mercantil concursada -entrega de viviendas-, debe satisfacerse a cargo de la masa y sólo si la incumpliera y hubiera lugar a la resolución de los contratos, conforme al artículo 84-2-6 LC, aquellas cantidades entregadas a cuenta y la correspondiente

indemnización, tendrían la consideración de créditos contra la masa. Concluye por tanto la demanda solicitando que se incluyan en la masa activa los importes que los actores deben satisfacer contra la entrega de las viviendas como pago de parte del precio pactado, en la masa pasiva, las contraprestaciones a cargo de la concursada -entrega de las viviendas-, sin perjuicio de que, en caso de incumplimiento y promovida la resolución contractual, se inste la devolución con cargo a la masa de las cantidades dadas y cuenta, así como el pago de daños y perjuicios.
Tal impugnación ha sido rechazada en la instancia.
El Juez del concurso llega a la conclusión de que, dado que a la fecha de declaración del concurso, la promotora vendedora ya había incumplido el contrato, no se está en la hipótesis del artículo 61-2 siendo en consecuencia, el derecho de los compradores, en todo caso, a la recuperación de las cantidades entregadas, con los daños y perjuicios derivados, que en el caso de los intereses, se sujetarían a lo dispuesto en el artículo 59 y 92 de la Ley Concursal, señalando en cuanto a la calificación de tal crédito, que el mismo es concursal en atención a que, entre otras razones, no existe norma expresa que confiera la naturaleza de crédito contra la masa a los casos de incumplimiento anterior en los supuestos de contratos de tracto único, segundo, porque el artículo 84-2-6º LC califica de crédito contra la masa el crédito restitutorio derivado del incumplimiento del deudor después de la declaración, lo que, a contrario sensu, derivaría en una calificación distinta para los casos de incumplimiento previo del deudor a su declaración concursal y, tercero, porque los créditos contra la masa, con las excepciones legales oportunas, responden a actuaciones postconcursales y tienen su razón de ser en la contribución de los acreedores al mantenimiento de la actividad patrimonial del concursado siendo así que en el caso, las cantidades entregadas en este caso por los compradores, lo han sido en un momento previo al concurso.
Tales conclusiones son criticadas por los compradores que, en su recurso de apelación reiteran que siendo los contratos suscritos por los compradores de tracto único y futuro, no estaban concluidos a la fecha de declaración del concurso, estando por tanto en la hipótesis del artículo 61-2 de la Ley Concursal referido a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimento a ambas partes, no habiendo incumplimiento anterior por la promotora al ser en ambos contratos la fecha de entrega prevista en el contrato -con prórrogas, agosto 2008 en un caso, junio 2009 en otro-posterior a la declaración del concurso -19 de mayo de 2008-, tratándose por tanto de contratos vigentes mientras no tenga lugar su resolución, siendo por tanto de aplicación lo previsto en el artículo 61-2 de la Ley Concursal que establece que la declaración del concurso no afecta, por sí sola, a la vigencia de los contratos y que las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
La cuestión es por tanto determinar, primero, si el caso, a la vista de las circunstancias, constituye un supuesto contractual comprensible en la hipótesis jurídica del artículo 61-2 de la Ley Concursal y si el crédito a cargo de la mercantil concursada por razón de las cantidades percibidas de los actores como parte del precio de la compraventa, para el caso de que tuviera lugar la resolución contractual, tendría la naturaleza ya proclamada de crédito ordinario o, por el contrario, debería calificarse como crédito contra la masa, siendo el factor a dilucidar en este caso, y en la hipótesis resolutoria, si el incumplimiento por la concursada había o no sido anterior a la declaración del concurso.
SEGUNDO.-Ante todo debe señalarse que lo que pretenden los actores con su demanda es, partiendo de la existencia del contrato, obviar su estado real para, desde un punto de vista jurídico pero abstracto, generar la apariencia de contrato susceptible de cumplimiento por ambas partes para con ello, obtener el beneficio de la masa.
En efecto, afirman los apelantes que el contrato a la fecha de la declaración del concurso estaba vigente con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento -pago del precio y entrega de vivienda-y siendo así, la deuda que mantienen -precio-debería formar parte de la masa activa y la prestación pendiente de la promotora -entrega de las viviendas-parte de la masa pasiva, en modo tal que si se produce incumplimiento -o se insta por la administración concursal o la concursada la resolución en interés del concurso-, las prestaciones pendientes -restitución de cantidades entregadas a cuenta e indemnizaciónserán a cargo de la masa del concurso.
Sin embargo, el interés del concurso impone el análisis y contemplación de la realidad que constituye el substrato del contrato o contratos para, desde su análisis, constatar no solo la existencia del contrato sino si en efecto hay obligaciones pendientes, entendiendo por tales aquellas cuya pendencia es real y no meramente formal, es decir, susceptibles de cumplimento. Solo así se entiende el caso contemplado en el artículo 62-1 de la Ley Concursal ya que, de tratarse de obligaciones de imposible cumplimiento por parte de la concursada, no habría alternativa al cumplimiento y, por tanto, no se trataría del supuesto del 62-1 de la Ley Concursal.
En el caso no se impugnan los hechos o, como intitula el Juez, la realidad fáctica relevante, de modo que, siendo el antecedente fáctico esencial para la decisión, nos permitimos su reproducción. Se trata de los siguientes:
a) en fecha previa a la declaración del concurso los actores y Herrada del Tollo suscriben dos contratos por el que esta última se obligaba a entregar, previa su construcción, dos viviendas en el complejo residencial Santa Ana del Monte, Jumilla.
b) la suma anticipada entregada antes de la declaración del concurso por los compradores es la reconocida en la lista de acreedores.
c) la fecha convenida para la entrega de una de las viviendas era mayo de 2008 con posibilidad de prórroga de tres meses por causa de la construcción no imputable a la promotora, siendo la fecha convenida para la entrega de la otra de las viviendas, marzo de 2009, con la misma posibilidad de prórroga señalada en el anterior contrato.
d) el concurso de la promotora se declara por auto de 19 de mayo de 2008 y las obras del complejo residencial objeto de promoción a la fecha de la declaración de concurso apenas llega al 1% según la concursada, sin constar la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación ni la concesión de licencias de obras de edificación para viviendas.

e) tales licencias no se han obtenido y la actividad urbanizadora está paralizada desde la declaración de concurso, y la entrega de las viviendas no se ha efectuado, cuya construcción no se ha iniciado.
Tal relato pone de manifiesto que a la fecha de la declaración los contratos eran existentes, porque no se habían resueltos, pero que ya concurría causa resolutoria. Pero también deja patente que de facto, el incumplimiento por parte de la promotora era ya a esa misma fecha de tal calibre que hacía de imposible cumplimiento cualquier hipótesis tendente a la efectividad contractual, siendo en realidad contratos solo susceptibles de resolución.
En tal estado de cosas y tomando en consideración que el efecto resolutorio de los contratos es ex tunc, es decir, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria sino retroactivamente desde su celebración, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido, la conclusión que alcanzamos es la de que si al tiempo de la declaración del concurso los contratos de compraventa de las viviendas estaban absolutamente frustrados, siendo de imposible cumplimiento, el que se hubieran o no resuelto no era lo relevante a los efectos concursales porque ya a la fecha del concurso no cabía más alternativa que la de reponer el status jurídico previo a la celebración de los negocios jurídicos.
TERCERO.-En tal estado de cosas, adquiere todo su relieve determinar en la hipótesis de la acción resolutoria el hecho en que consiste el incumplimiento y cuando ha tenido lugar.
Afirmar que es la cláusula contractual que fija fecha de entrega, el horizonte a partir del cual nace la acción resolutoria, constituye una afirmación que no se corresponde con la causa de la resolución de los contratos que se puede acordar con base a la prueba del incumplimiento básico, esencial, que frustra el fin objetivo del contrato, lo que tiene lugar tanto cuando no se ha dado cumplimiento exacto al contrato como cuando, por las circunstancias es dable considerar que no se podrá cumplir. Cercenar la acción resolutoria cuando el incumplimiento formal depende de un hecho objetivo, como es el tiempo de entrega, supondría generar un sacrificio extraordinario, cuando no extravagante o insólito, obligando a los contratantes a cumplir sus obligaciones a fin de conservar su facultad resolutoria que, por razón objetiva, no será posible el cumplimiento de la contraparte. Dicho de otro modo cuando, como es el caso, a la fecha de la declaración del concurso, las obras del complejo residencial entre las que están las viviendas adquiridas por contrato privado por los acreedores, no han sido ejecutadas, sin que se hayan obtenido las licencias de obras de edificación, ni conste la aprobación del proyecto de reparcelación, estando la actividad urbanizadora paralizada y no iniciada la construcción de las viviendas, las diferencias temporales de que se trata permite estimar conforme a las máximas de experiencia básicas que no será posible el cumplimiento y afirmar que con anterioridad a la declaración del concurso la promotora no había cumplido con sus obligaciones ni tenía posibilidad ya de cumplir, de modo que ya en esa fecha, los compradores podían haber instado la resolución contractual para evitar mayores perjuicios.
Es más, en nuestras resoluciones de fecha 9 de julio de 2010 -dictadas en incidentes de este mismo concurso- hemos considerado que los vendedores sí podían haber instado la resolución de los contratos de compraventa por incumplimiento previo a la declaración del concurso, no obstante el tenor literal del artículo 62-1 de la Ley Concursal del que parecería desprenderse que tal facultad sólo sería posible en el caso de los contratos de tracto sucesivo.
Es por todo ello que la conclusión que alcanzamos es la de que aun no estando resueltos los contratos de compraventa de las viviendas, y pendientes de cumplimientos por parte de ambos contratantes, siendo contratos de imposible cumplimiento por la promotora, no son contratos amparables en el supuesto del artículo 61-2 de la Ley Concursal y, por tanto, el único crédito que puede derivar de ellos, al ser su fin exclusivo el resolutorio, es el de la reintegración de las cantidades entregadas a cuenta con la indemnización que haya en su caso lugar, y dado que la causa de resolución es anterior a la declaración del concurso, tales créditos, una vez se consoliden previa la resolución de los contratos, tendrán el carácter de ordinarios tal y como se califican por la Administración concursal.
Procede en consecuencia, desestimar el recurso de apelación y confirmar la Sentencia de instancia.”: SAP Alicante (Sección 8) 13.07.2010 (Sentencia 309/2010; Rollo 252/2010)

“PRIMERO.-La Sentencia de instancia pone término a un incidente concursal en el que se resuelve la impugnación de la calificación del crédito de los compradores que tienen su origen en tres contratos de compraventa de vivienda sobre plano celebrados entre las partes en el que constituyen hechos relevantes los siguientes:
1.-) Don Rubén adquirió las viviendas números 305 y 203 de la Parcela R10, a realizar en el Residencial Santa Ana del Monte de Jumilla mediante sendos contratos privados de compraventa celebrados los días 3 y 10 de noviembre de 2005, habiendo pagado a cuenta la suma de 64.770.-# en conjunto y habiéndose pactado la entrega de las viviendas en el mes de febrero de 2008.
2.-) Doña Tania adquirió la vivienda número 317 de la Parcela R10, a realizar en el Residencial Santa Ana del Monte de Jumilla, mediante contrato privado de compraventa celebrado el día 9 de noviembre de 2005, habiendo pagado a cuenta la suma de 36.900.-# y habiéndose pactado la entrega de la vivienda en el mes de febrero de 2008.
3.-) el concurso de la promotora se declaró mediante Auto de fecha 19 de mayo de 2008 y, en esa fecha, las obras del complejo residencial donde estaban enclavadas las viviendas objeto de compraventa apenas llegaban al 1%, sin constar aún la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación ni la concesión de las licencias de edificación.
Antes de acometer las concretas alegaciones del recurso hemos de destacar que la parte apelante promovió dos procedimientos judiciales con distinto objeto: el presente, que tiene por objeto la impugnación de la cuantía y la calificación del crédito establecida en la Lista de Acreedores presentada por la Administración concursal como parte de su Informe sin que en ese momento conste que se haya acordado aún la resolución de las

compraventas; el otro (Incidente número 741/08, cuya copia de la Sentencia de instancia ha sido aportada por la apelante con su escrito de interposición del recurso) que tiene por objeto la resolución de los respectivos contratos de compraventa por incumplimiento de la concursada y las consecuencias restitutorias e indemnizatorias derivadas de la resolución con la determinación de la calificación del crédito restitutorio e indemnizatorio.
A pesar de que son dos procedimientos distintos, las alegaciones del presente recurso parten de que los contratos de compraventa ya están resueltos y trata de justificar que el crédito restitutorio respecto de las cantidades entregadas a cuenta y el crédito indemnizatorio de los daños y perjuicios deben calificarse como créditos contra la masa. Este planteamiento no puede aceptarse porque el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impide a las partes alterar posteriormente el objeto del proceso establecido en la demanda como consecuencia de la aplicación supletoria al procedimiento concursal en virtud de la Disposición final quinta de la Ley Concursal, de tal manera que las alegaciones del recurso deben referirse necesariamente a la impugnación de la cuantía y la calificación del crédito del comprador de una vivienda futura cuyo contrato no ha sido resuelto aún a pesar del incumplimiento por parte de la promotora antes de la declaración de su concurso.
SEGUNDO.-Hechas las precisiones anteriores, hemos de compartir con la Sentencia de instancia que el derecho de crédito del comprador de una vivienda futura que ha satisfecho la parte del precio anticipado según lo pactado en el contrato, aún vigente, es un derecho a la entrega de la vivienda, esto es, una prestación in natura, no dineraria, que deberá computarse por el precio total asignado en el contrato a la respectiva vivienda (artículo 88.3 Ley Concursal). Correlativamente, en el activo de la concursada, la Administración Concursal debió incluir un derecho de crédito de la concursada respecto del comprador por la parte del precio aplazado.
En un contrato de compraventa que aún no ha sido resuelto no es posible cuantificar el derecho del comprador en la cantidad del precio anticipado porque la restitución de esa cantidad es un efecto de la resolución contractual que se ha interesado en el otro procedimiento incidental. Se insiste que en el presente procedimiento incidental se impugna la cuantía y calificación del derecho de crédito de los compradores de vivienda futura cuyos contratos no han sido resueltos.
Como la demandante incidental mantiene que el crédito de los compradores comprende la restitución de las cantidades entregadas a cuenta y la indemnización de daños y perjuicios, la Sentencia de instancia desestima la demanda pero no entra a fijar la cuantía del crédito no dinerario en atención al principio de congruencia por no haber sido nunca objeto del proceso.
TERCERO.-La otra cuestión controvertida es la calificación del derecho de crédito de los compradores pues considera la apelante que se trata de un crédito contra la masa en virtud de lo establecido en los artículos 61.2 y 84.2.6º de la Ley Concursal al tratarse de una prestación pendiente de cumplimiento a cargo de la concursada (entrega de las viviendas) en un contrato vigente con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes.
Se rechaza esta alegación y se mantiene la calificación de crédito concursal ordinario por las acertadas razones expuestas en la Sentencia recurrida:
En primer lugar, no parece que en nuestro caso esté pendiente a cargo de la concursada el cumplimiento de la prestación pues a la fecha de la declaración del concurso ya habían transcurrido seis meses desde la fecha prevista en el contrato para la entrega de las viviendas y no se había iniciado en la práctica la ejecución de la obra. Calificar como crédito contra la masa la prestación pendiente a cargo de la concursada tiene sentido cuando el contrato se está cumpliendo pero no cuando se sabe que la concursada no ha cumplido ni puede cumplir. No puede contradecir la conclusión anterior el hecho de que en la propuesta de convenio se haya comprometido la concursada a construir novecientas viviendas lo que demostraría, según la apelante que aún podría cumplir su prestación, porque: a) no consta la aprobación de la referida propuesta de convenio; b) la fase de convenio es posterior a la de calificación de los créditos de los acreedores.
En segundo lugar, si la idea que inspira a los créditos contra la masa es que se satisfacen con anterioridad a los créditos concursales porque contribuyen con su prestación postconcursal al mantenimiento de la actividad patrimonial del concursado, no consta que los demandantes incidentales hayan realizado prestación patrimonial alguna después de la declaración del concurso sino que todas ellas son anteriores por lo que ya eran acreedores antes de la declaración del concurso.
No puede mantener la apelante que debe calificarse como crédito contra la masa el crédito a la restitución y a la indemnización porque el incumplimiento es posterior a la declaración del concurso pues ya hemos reiterado que los efectos restitutorios e indemnizatorios van aparejados a la resolución contractual que nunca ha sido objeto de este incidente. ": SAP Alicante (Sección 8) 09.09.2010 (Sentencia 360/2010; Rollo 277/2010)

6.2 Reconocimiento de crédito contra la masa

AP Córdoba

"PRIMERO.-Como cuestión previa se ha de señalar que tras diligencia de ordenacion del Juzgado de procedencia de 25.3.2014 (folio 115) y escrito de la parte recurrente de 28.3.2014 (folio 120), esta alzada tiene como objeto, por un lado, la pertinencia de la inclusión en el inventario de 547266.38 kilogramos de aceite, y la consideración de crédito ordinario o contra la masa de la suma de 2.331.998 # a favor de la entidad impugnante. Todo ello se deriva de contrato de fecha 6.11.2006 en el que la hoy concursada y la recurrente la compra por la primera a la segunda de un importante volumen de aceite fijando un precio y fecha de entrega, que luego de incumplido por la demandada dió lugar a autos 767/2007 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de Posadas que dictó sentencia estimatoria de la demanda condenando a la demandada a cumplir el contrato, retirando el indicado número de kilos de aceite, resto de lo acordado en aquel, y a pagar el precio que allí se indicaba que era 217942 #, descontados 48.000 euros entregados a cuenta más el 7 % de IVA (folios 14 ss).

SEGUNDO.-INCLUSIÓN EN EL INVENTARIO DE DETERMINADOS KILOGRAMOS DE ACEITE.-El argumento que recoge la sentencia apelada para su mantenimiento es que la sentencia dictada por el Juzgado de Posadas reconoce la titularidad de ese aceite a la concursada, lo que no se corresponde con lo que allí se dispuso a tenor de la mera lectura del fallo de la sentencia y lo que corresponde a los antecedentes antes comentados. Lo que ostenta la entidad concursada es un derecho de crédito contra la recurrente en los términos que se derivan del contrato de 2006, respecto al que la sentencia del Juzgado de Posadas solo supone la imposicion de su cumplimiento coactivo a la compradora, que fue declarada concurso en momento posterior a esa resolución y su firmeza. Estamos ante un contrato perfecto, pero no consumado, cuyas prestaciones - en cuanto al aceite no retirado- no se han cumplido todavía y es a estas a las que se refiere concretamente el fallo de la sentencia comentada. Contamos con que el artículo 76.1 de la Ley Concursal, dispone: " *Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento* ". El aceite en cuestión no ha sido recogido y, por tanto, no está integrado en el patrimonio de la concursada, si, en cambio, y ateniéndonos a lo que la propia parte recurrente y como consecuencia obligada de la aceptación de su tesis, si se trata de un crédito a la obtención de esos mismos kilogramos de aceite que si se le ha de reconocer.
TERCERO.-CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO DE LA VENDEDORA DEL ACEITE.- Se trae a colación la aplicación al caso de autos el artículo 61.2 de la Ley Concursal, y con ello la calificación del crédito de la vendedora y por el importe del precio como crédito contra la masa. Así contamos con que artículo 61.2 pf 1, establece: " *La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa* ", refiriéndose el párrafo 2 a la posibilidad de resolver este tipo de contratos.
El problema que se plantea es la interpretación que se ha de dar a la mención " *obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento* ". La sentencia de instancia viene a excluir su aplicación entendiendo que han de tratarse deudas de fecha posterior a la declaración del concurso -requisito que aquí no se da- y relativas a la actividad profesional de la concursada, remitiéndose al artículo 84.2.5 y 6 de la Ley Concursal. La exigencia de fecha de constitución de la obligación posterior a la declaración de concurso es propio de las que se contraigan con posterioridad a ese momento por la concursada, sean o no recíprocas esas obligaciones. Pero es que el artículo 61.2 citado no dispone nada a propósito de que sean obligaciones que hayan nacido después de la declaración del concurso, y es que no se puede ir más allá de lo que dice la norma, y así lo ha sancionado nuestra jurisprudencia. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 1.9.2013, recurso 376/2012, remitiendose a la sentencia 44/2013 de 19.2 y a propósito de un contrato de leasing y decía que "(p) *ara que, conforme al artículo 61, apartado 2, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, puedan ser considerados con cargo a la masa los créditos contractuales contra el concursado es necesario que el deber de prestación de éste sea recíproco del asumido en el mismo contrato por el acreedor y que ambos estén pendientes de cumplimiento al declararse el concurso* ", entendiendo que esa reciprocidad se ha de predicar entre obligaciones principales, y debe de existir a los efectos del artículo 61 citado, es después de nacido el vínculo y ya declarado el concurso, excluyéndola el que una parte ya haya cumplido, concluyendo que en esas circunstancias las prestaciones a cargo del concursado serán con cargo a la masa. En el mismo sentido y referida a un caso de compraventa, entonces de vivienda, con entrega -con plazo ya vencido- y pago de precio pendiente a la declaración del concurso de la promotora vendedora, la sentencia del Tribunal Supremo de 25.7.2013, recurso 168/2012, se vuelve a insistir en que se trate de obligaciones pendientes, sin mención a la fecha de nacimiento de las mismas durante el concurso, y precisamente ya transcurrido el plazo de entrega pactado, considera crédito contra la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, y para cuanto aquí interesa señala que la " *prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el artículo 62.1 LC* ". Por lo tanto, aquí se está contemplando un caso similar al de autos, pero obligación de entrega a cargo de la concursada, en vez de pago del precio, y con obligación nacida antes de la declaración del concurso, pero pendiente junto con la recíproca a cargo de la parte contraria tras aquella, y le da la consideración de crédito contra la masa, que es precisamente lo que se interesa por la parte recurrente, debiéndose de estimar, también en este particular, sin que para ello suponga obstáculo alguno el que la parte en su momento en la insinuación de créditos, le atribuyera la condición de ordinario, puesto que se trata ésta de una materia en el que no rige el principio dispositivo de la parte, puesto que como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, de 22.3.2013, recurso 86/2013, "[e] *l concurso de acreedores no es un procedimiento para dirimir intereses individuales, ni la relación concreta entre un acreedor y un deudor, sino un proceso colectivo y universal, en el que está en juego todo el patrimonio del deudor (masa activa) y se ven abocados al mismo todos sus acreedores (masa pasiva), por lo que todas las decisiones están interrelacionadas y la configuración de un crédito de una determinada manera no sólo afecta a su titular, sino al conjunto de intereses que se ventilan en el concurso; y especialmente al deudor, porque la decisión tiene una incidencia directa en su patrimonio".*
A ello se tendría que unir la obligación de reconocer este crédito, en tanto recogido por sentencia, aun no mediando comunicación previa por su titular tal y como se establece en el artículo 86.2 de la Ley Concursal. Por lo tanto, no hay que encontrar inconveniente en que se estime la impugnación en el sentido de declarar ese mismo crédito, en cuantía que no es objeto de discusión, como crédito contra la masa.”: SAP Córdoba (Sección 1) 02.10.2014 (Sentencia 398/2014; Rollo 704/2014)

AP La Coruña

“PRIMERO La sentencia del Juzgado de lo Mercantil desestimó con costas la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores en el concurso de Martinsa-Fadesa basada en la disconformidad con la calificación del crédito contingente por importe de 60.114,68 euros a favor de la entidad demandante derivado del contrato de compraventa de la parcela VA-13-10 del municipio de Miño de 22/9/2005. Al margen de otras cuestiones, se rechazó el punto de partida de la actora sobre la resolución contractual, al carecer de eficacia la sola voluntad resolutoria comunicada extrajudicialmente tras la declaración del concurso, no aceptada por la concursada ni autorizada por la administración concursal, y sin haberse ejercitado la acción ante el juez del concurso y sentenciado así en incidente concursal al efecto, por lo que tampoco tendría el crédito la consideración legal de contra la masa al no existir crédito de restitución por la cantidad objeto de la reclamación sin tal resolución contractual judicial. La parte actora insiste en el recurso en su tesis de la resolución y la calificación de crédito contra la masa del artículo 84.2-6º LC por importe de 13.920 euros, con base en los diversos pagos efectuados antes de la declaración del concurso (24/7/2008), por un total de 114.634,68 euros, y la novación de la fecha inicial de entrega a otra posterior (31/7/2008), unido al incumplimiento de la vendedora, la comunicación del crédito y de la resolución del contrato, así como la ejecución del aval (100.714,68 euros), y el posterior escrito de conformidad de las demandadas en llegar a un acuerdo al respecto (13/7/2010), resultando la sentencia incongruente con el debate, debiendo en último extremo de estimarse un crédito contingente ordinario por importe de 114.634,68 euros. También se impugna la condena en costas por la aclaración de la cifra real no recogida en el fallo y lo adelantado por el juzgador de instancia en la vista. La administración concursal y Martinsa-Fadesa alegaron en contra del recurso y en apoyo de la sentencia.
SEGUNDO Elartículo 84.2-6º LC comprende varios supuestos de créditos contra la masa: los que, conforme a esta Ley, deriven de prestaciones a cargo del concursado de contratos anteriores a la declaración del concurso con obligaciones recíprocas posteriores a dicho momento (pendientes de cumplimiento) que continúen en vigor; de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria; y por incumplimiento del concursado. El precepto ha de relacionarse con lo dispuesto sobre la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en elartículo 61, particularmente su número 2 -primer inciso (los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen manteniendo su vigencia o efectos tras la declaración del concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones posteriores del concursado), y nº 2-segundo inciso (previsión de la resolución judicial del contrato en interés del concurso y sus efectos), así como en elartículo 62 sobre la resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes y sus efectos (también anterior en contratos de tracto sucesivo), con cargo a la masa respecto de las obligaciones del concursado (62.1 y 4), aparte de los casos de mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso (nº 3), mientras que si fuere por incumplimiento del concursado anterior a la declaración se trataría de un crédito concursal(nº 4). En particular, el artículo 62.2 preceptúa que "la acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal".
Es entonces correcta jurídicamente la sentencia apelada en cuanto rechaza la vía del incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores(art. 96 y concordantes) para tener por resuelto el contrato por incumplimiento de la vendedora demandada y pretender un crédito de restitución contra la masa a favor de la compradora demandante por la cantidad abonada (deducido el importe del aval ejecutado), cuando tal resolución no fue aceptada de contrario, ya se declaró el concurso, se manifestó la voluntad resolutoria con posterioridad, y no se ha ejercitado la acción ante el juez del concurso ni obtenido declaración judicial, tras el correspondiente proceso incidental concursal a dicho efecto. La actora-apelante hace supuesto de la cuestión cuando toma como presupuesto de sus pretensiones impugnatorias la discutida resolución del contrato. No es pues el momento de decidir sobre tal cuestión ni el alegado incumplimiento y sus circunstancias. Los escritos aportados con el recurso sobre negociaciones posteriores a la presente demanda y sentencia entre la parte ahora apelante con la concursada y la administración concursal no alteran la conclusión, sino que incluso la corroboran.
Por otro lado, la compradora-demandante ha aportado justificantes documentales de tener abonado a fecha de la declaración del concurso un total de 114.634,68 euros y posteriormente ha ejecutado un aval de Caja de Ahorros de 100.714,68 euros, lo que realmente no se discute de contrario y resultaba aceptado en la vista del incidente por el propio juzgador, si bien que en la lista de créditos contingentes de la administración concursal figure un importe de 60.114,68 euros equivalente a los dos primeros abonos. Es verdad que se trataría legalmente de créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación correspondiente, por lo que la asignada no prejuzgaría la que finalmente pudiese resultar(art. 87.3 y encabezado de la propia lista). De todos modos nada impide corregir la cifra del informe y sustituirla por las cantidades pagadas hasta el 24/7/2008, sin perjuicio de lo que haya a lugar en relación al aval posteriormente ejecutado y su cuantía, solución que debe entenderse también incluida entre las pretensiones de la demanda y debate procesal.”: SAP La Coruña (Sección 4) 11.03.2011 (JUR 2011/168171; Sentencia 101/2011; Rollo 606/2010)

“CUARTO.-La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace alguna excepción y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC). Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera

pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2-párrafo 1º).
Por otro lado, la Ley no define los créditos concursales más que por vía negativa (art. 84.1), como los restantes distintos de los créditos contra la masa especificados en el art. 84.2, cuyo número 6º comprende varios supuestos: los que, conforme a esta Ley, deriven de prestaciones a cargo del concursado de contratos anteriores a la declaración del concurso con obligaciones recíprocas posteriores a dicho momento (pendientes de cumplimiento) que continúen en vigor; de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria; y por incumplimiento del concursado. El precepto ha de relacionarse con lo dispuesto sobre la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el artículo 61, particularmente su número 2 primer inciso (los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen manteniendo su vigencia o efectos tras la declaración del concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones posteriores del concursado), y nº 2-segundo inciso (previsión de la resolución judicial del contrato en interés del concurso y sus efectos), así como en el artículo 62 sobre la resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes y sus efectos (también anterior en contratos de tracto sucesivo), con cargo a la masa respecto de las obligaciones del concursado (62.1 y 4), aparte de los casos de mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso (nº 3), mientras que si fuere por incumplimiento del concursado anterior a la declaración, en los casos permitidos legalmente, se trataría de un crédito concursal (nº 4).
Añadir que en nuestro Derecho la propiedad no se adquiere por la sola perfección del contrato si no va seguida de la tradición o entrega de la posesión de la cosa enajenada, según la doctrina clásica del "título y modo" (arts. 609 y 1095 del Código Civil; STS de 8/5/1982, 22/7/1993, 31/5/1996, etc), aunque se admiten varios modos de tradición, y así el artículo 1462-párrafo 2º dice que "cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare ni se dedujera claramente lo contrario". Es la llamada tradición instrumental ("traditio chartae"), ficta o jurídica, para cuya eficacia la jurisprudencia exige los siguientes requisitos (STS de 31/5/1996, 9/10/1997, entre otras): a)- que la compraventa se hubiera celebrado por medio de escritura pública con todos los requisitos formales para su validez; b)- que de dicha escritura no resulte o se deduzca claramente lo contrario, es decir, que no concurra discordancia constatada y suficientemente acreditada con la realidad jurídica; c).- que el vendedor esté en posesión del bien enajenado tanto en forma mediata como inmediata exigiéndose cumplida prueba en cuanto a la disposición en su condición de "tradens".
El Tribunal Supremo ha calificado la equiparación entre otorgamiento de escritura pública y entrega de la cosa enajenada como de presunción "iuris tantum", "que solo podrá ser desvirtuada cuando se demuestre su discordancia con la realidad jurídica - SS de 25 de abril 1930, 10 septiembre 1931, 25 abril 1949 o bien cuando de la misma escritura resulte claramente lo contrario, por no ser rebatible la presunción por cualquier medio -S de 22 marzo 1952-" (STS de 8/5/1982), o, como se dice en términos análogos en otras sentencias, solo puede rebatirse demostrando que de la propia escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario, siendo irrelevante a tal efecto la prueba testifical y de confesión acerca de si hubo o no entrega (STS de 8/7/1983, 22/7/1993, 31/5/1996).
En el presente caso, ni siquiera se trata de un contrato en escritura pública. El documento privado de compraventa litigioso no tiene el valor de tradición instrumental predicado legalmente para aquélla. Tampoco cabe deducir de su contenido ni del escrito de comunicación de créditos que los vendedores hubieran ya entregado la posesión material o instrumental de las fincas objeto del contrato de compraventa, ni por consiguiente que la compradora, actualmente en concurso, hubiera adquirido el dominio y el otorgamiento de la escritura tuviese un mero valor formal o secundario. Al contrario, del contrato resulta claro que las fincas eran propiedad de los vendedores, aunque inscritas y catastradas a nombre de tercera persona de quien aquéllos las habían adquirido, comprometiéndose a tenerlas registradas a su nombre al escriturar (consta en el procedimiento la tramitación de un expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido y el auto declaratorio de la justificación del dominio solicitado), y que la entrega y consecuente transmisión de la propiedad a que se obligó la parte vendedora se produciría al otorgamiento de la escritura notarial, una vez completados los hitos o etapas urbanísticas y obtenidos los aprovechamientos pactados, en su caso con el correspondiente ajuste final del precio y objeto, así como las garantías del importe pendiente de pago a dicho momento. Que también se hubiese convenido un apoderamiento irrevocable de los vendedores a favor de la compradora para actuar en el desarrollo urbanístico previsto ante cualquier administración pública, desde la firma del convenio urbanístico con el ayuntamiento hasta el otorgamiento de la escritura, y que efectivamente se hubiese hecho uso del mismo, no altera la conclusión dicha sino que la reafirma al actuar aquí la compradora en representación de la parte vendedora respecto de fincas propiedad de ésta que era necesario urbanizar. La clausula 4ª del contrato, referida a la escritura pública, precisamente especifica entre otras cosas, que los vendedores se obligan a tener las fincas de su propiedad inscritas a su nombre en el Registro a la fecha de la escritura, no otorgándose entretanto.
En conclusión, existiendo a la declaración del concurso prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 61.2 LC); pero estando convenido contractualmente que el crédito de los vendedores por las fincas vendidas pase por ciertos hitos urbanísticos, así como el aplazamiento de la parte del precio pendiente a una aprobación en materia de planeamiento y otra final, tras los ajustes del objeto y precio que procedan al otorgarse la escritura, en función de la aprobación de los instrumentos urbanísticos y parámetros pactados, con las garantías correspondientes; la solución entonces debe ser la misma que la de las otras sentencias dictadas por el mismo Juzgado de lo Mercantil respecto de ventas análogas incluidas en el mismo municipio y operación urbanística, en cuanto a la exclusión del listado de los créditos concursales asignados a los demandantes, aunque todavía no como créditos actuales contra la masa, sin perjuicio del cumplimiento y

que pueda pretenderse su reconocimiento y pago con cargo a la masa por su propio cauce cuando sean exigibles o de las consecuencias de la eventualidad de una resolución contractual (arts. 61, 62, 84.2-6º y 154). Resulta entonces estéril el análisis de la cuestión subsidiaria sobre la calificación privilegiada. “: SAP La Coruña (Sección 4) 29.07.2011 (Sentencia 360/2011; Rollo 615/2010)

AP Madrid

“PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia desestima la pretensión resolutoria del contrato de compraventa de un inmueble, celebrado con anterioridad a la declaración de concurso, formulada por la entidad demandante, en calidad de vendedora, contra la administración concursal, siendo la concursada la compradora, al entender que no era aplicable el régimen de los artículos 61.2 y 62 de la Ley Concursal sino el de su artículo 61.1, en tanto que al tiempo de la declaración del concurso no existían obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes en tanto que la vendedora demandante había cumplido su obligación de entrega del inmueble, estando sólo pendiente de cumplimiento el pago del precio aplazado por parte de la concursada compradora, calificando la obligación de elevación del contrato a escritura pública (que incumbía a ambas partes y no había sido cumplida) como meramente accesoria.
Contra la sentencia se alza la parte demandante que interesa su revocación y la estimación de la demanda para que se declare la resolución del contrato con las demás consecuencias interesadas porque considera que al tiempo de la declaración de concurso ni siquiera se había entregado la posesión del inmueble vendido a la compradora por lo que existían obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes.
La administración concursal se opone a las pretensiones de la parte actora y ahora apelante, interesando la confirmación de la sentencia apelada.
SEGUNDO.- Para la adecuada resolución del presente recurso de apelación conviene fijar los siguientes hechos que se declaran probados:
1.- La entidad demandante, como vendedora, y la concursada, como compradora, suscribieron el día 30 de noviembre de 2007 un contrato de compraventa sobre uno de los tres bloques de viviendas, concretamente el nº 3, que se estaban construyendo sobre la finca urbana situada en Anchuelo (Madrid), calle Robles s/n, inscrita en el Registro de la Propiedad nº 4 de Alcalá de Henares con el nº 3671, por el precio de 944.409,73 euros (más IVA) para cuyo pago la compradora abonó en ese acto la suma de 138.232,78 euros (IVA incluido) y el resto (957.282,51 euros IVA incluido) debía abonarse en el momento del otorgamiento de la escritura pública (documento nº 1 de la demanda).
En la estipulación cuarta del contrato se pactó como plazo máximo para el otorgamiento de la escritura pública el día 29 de mayo de 2008, siempre que la vendedora acreditara documentalmente haber cumplido los dos siguientes requisitos: a) inscripción de la declaración de obra nueva, así como de la finca a nombre de la vendedora en el Registro de la Propiedad; y b) se hubiera emitido informe vinculante por el Ayuntamiento de Anchuelo conforme al cual pudiera desarrollarse la licencia de obra por fases y que se podían obtener individualmente las licencias de primera ocupación del bloque 3 con independencia del resto de los edificios.
En la cláusula quinta se convino: "No se podrá tomar posesión de la finca por la parte compradora hasta la firma de la escritura pública y el pago de la totalidad de dicho precio" (énfasis añadido).
2- Cumplidos por la parte vendedora los requisitos señalados en la estipulación cuarta del contrato de compraventa y ante las dificultades de la compradora para abonar en la fecha inicialmente pactada la parte del precio aplazado (hasta el 29 de mayo de 2008), las partes suscribieron un nuevo acuerdo el día 6 de mayo de 2008 por el que modificaron algunas de las cláusulas del contrato, señalando en la estipulación primera que: "De forma general, se mantienen la totalidad de los acuerdos suscritos por las partes sobre la transmisión ya mencionada, exceptuándose el cumplimiento de las condiciones que como se indican ya han sido cumplidas, y los acuerdos que a continuación se expresan".
En las cláusulas segunda se estableció el día 31 de marzo de 2010 como nueva fecha máxima para el pago del precio aplazado y el otorgamiento de la escritura pública de compraventa; y en la cuarta, como consecuencia del nuevo aplazamiento para el pago del precio, se convino que la cantidad adeudada devengaría en concepto de interés la cantidad mensual de 3.000 euros hasta la fecha en que se otorgara la escritura de compraventa.
En la estipulación séptima se acordó, en lo que aquí interesa, que si llegado el día 31 de marzo de 2010 no se había otorgado la escritura pública de compraventa por falta de pago del precio, la vendedora, previo requerimiento fehaciente a la compradora para que efectuara el pago en un plazo de 15 días, podía dar por resuelto el contrato con pérdida de las cantidades satisfechas hasta esa fecha por la compradora en concepto de daños y perjuicios (documento nº 2 de la demanda).
3.- La entidad compradora fue declarada en concurso el día 2 de febrero de 2009, hecho que no es discutido.
4.- La vendedora, mediante comunicación remitida el día 26 de marzo de 2010, recibida el día 31 siguiente, requirió a la administración concursal para que pagase la parte del precio pendiente y se otorgara la oportuna escritura pública, sin que recibiera contestación alguna de la administración concursal.(documentos nº 6 de la demanda).
TERCERO.- De los hechos expuestos se deduce el error en la valoración de la prueba en que incurre la sentencia apelada que construye su decisión sobre una premisa desacertada o, al menos, no acreditada: el cumplimiento por la vendedora de la obligación de entrega de la cosa vendida.
Se afirma en la sentencia que la posesión se entregó materialmente en el mismo momento de la celebración del contrato, sin embargo, del contrato resulta, precisamente, lo contrario y no existe prueba alguna en el presente incidente que permita afirmar que la vendedora, a pesar de lo pactado, entregara la posesión del inmueble a la compradora.
Al tiempo de declararse el concurso de la compradora, ésta tenía pendiente de cumplimiento el pago de la parte del precio que se había aplazado y la vendedora la entrega de la posesión del inmueble y, ambas partes,

la obligación de elevar a escritura pública el contrato en el plazo y en los términos que han quedado reseñados en el fundamento anterior.
En el propio contrato de compraventa celebrado el día 30 de noviembre de 2007 se indica expresamente que: "No se podrá tomar posesión de la finca por la parte compradora hasta la firma de la escritura pública y el pago de la totalidad de dicho precio", sin que dicha estipulación se modificara en el posterior acuerdo de fecha 6 de mayo de 2008 y sin que exista en los autos indicio alguno en que basar el hecho de que la vendedora entregara la posesión del inmueble a la compradora antes de la declaración de concurso.
En consecuencia, al tiempo de la declaración de concurso estaba pendiente de cumplimiento, para el comprador, el pago de la parte del precio aplazado; y para la vendedora, la entrega de la posesión, además de la elevación del contrato a escritura pública que incumbía a ambas partes.
La entrega de la cosa y el pago del precio son obligaciones recíprocas derivadas del contrato de compraventa (artículo 1.445, 1.461 y 1.500 del Código Civil) que estaban pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración de concurso.
El régimen de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso es el señalado en los artículos 61.2 y 62 de la Ley Concursal.
Conforme al artículo 61.2, la declaración de concurso no afecta a la vigencia de dichos contratos, teniendo la consideración de crédito contra la masa la prestación a cargo del concursado (artículos 61.2 y 84.2.6º de la Ley Concursal), sin perjuicio de que la administración concursal o el concursado, según se haya acordado el régimen de suspensión o mera intervención, puedan instar su resolución en interés del concurso.
La declaración de concurso tampoco impide la resolución de estos contratos en caso de incumplimiento posterior a la declaración de concurso por cualquiera de las partes e incluso anterior si se trata de un contrato de tracto sucesivo, lo que no es el caso al ser la compraventa un contrato de tracto único aunque se aplace el pago de parte del precio.
En lo que aquí interesa, incumplido el contrato por la concursada compradora tras la declaración de concurso, al no pagar a su vencimiento la parte del precio aplazado, incluso tras ser requerida al efecto por la vendedora que pretendía cumplir la suya mediante la elevación del contrato a escritura pública (artículo 1.462 del Código Civil), procede acordar la resolución del contrato de conformidad con el artículo 62 de la Ley Concursal y 1124 del Código Civil. (...)
El hecho de que el demandante no impugnase la calificación como concursal de su crédito por el precio pendiente de pago, cuando era un crédito contra la masa (84.2.6ª de la Ley Concursal), no impide el ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento del contrato posterior a la declaración de concurso, pues la resolución determina la extinción del crédito que el acreedor tenía como consecuencia de la compraventa con independencia de que se hubiera calificado como concursal aunque, en rigor, fuera un crédito contra la masa.
Tampoco impide la resolución del contrato que el inmueble estuviera incluido en el inventario y que el demandante no lo hubiera impugnado, pues con independencia que dicho bien no fuera propiedad de la concursada por falta de la tradición (artículo 609 del Código Civil), en todo caso, el éxito de la acción resolutoria implica su salida del inventario y las modificaciones que procedan en el Plan de Liquidación.
CUARTO.- La resolución del contrato implica la extinción de las obligaciones pendientes de vencimiento (artículo 62.5 de la Ley Concursal) y, naturalmente, la de las obligaciones vencidas recíprocas y no cumplidas al tiempo de la resolución del contrato.
La demandante interesa la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta conforme a lo pactado en el contrato, pretensión a la debe accederse conforme a los artículos 1.124 y 1.154 del Código Civil y 62.4 de la Ley Concursal, al ascender dicha suma a la cantidad de 138.232,78 euros que, en rigor, tiene la consideración de crédito contra la masa aunque la cantidad ya esté en poder de la demandante vendedora. “:SAP Madrid (Sección 28) 23.11.2012 (Sentencia 367/2012; Rollo 575/2011)

“Los anteriores razonamientos ya determinan por sí solos la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución apelada.
TERCERO.- Aun cuando se hubiera mantenido en el recurso la clasificación del crédito del demandante, comprador sobre plano de las viviendas y plazas de garaje, como un crédito contra la masa por importe de 1.843.643,92 euros derivado de un contrato de compraventa con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso -contrato cuyo cumplimiento se pretendía por el demandante al no haber sido resuelto a instancia de ninguna de ellas-, tampoco podría prosperar su demanda.
Conforme al artículo 61.2 de la Ley Concursal, la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, debiendo atenderse las prestaciones a que esté obligado el concursado con cargo a la masa.
La prestación a que tiene derecho el acreedor, en este caso, la construcción y entrega de la vivienda recíproca a su obligación de pagar el precio- es un crédito contra la masa y así resulta del citado artículo 61.2 de la Ley Concursal y del propio artículo 84.2.6 de la Ley Concursal, según el cual, son créditos contra la masa: "Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, (...)".
La prestación a que tiene derecho el acreedor derivado de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso es un crédito contra la masa, pero tal declaración no transforma la naturaleza de la prestación debida a cargo del concursado y siendo éste el vendedor no transmuta su obligación de dar o hacer las viviendas y plazas de garaje en otra dineraria.
Por último, ni siquiera resulta de aplicación a los créditos contra la masa la regla del artículo 88 de la Ley Concursal -ubicada en la sección dedicada a la comunicación y reconocimiento de los créditos que integran la masa pasiva-, que impone el computo de los créditos en dinero, por tratarse de un regla que afecta exclusivamente a los créditos concursales y a los solos efectos de cuantificar el pasivo sin que ello implique su

conversión ni modificación hasta la apertura de la liquidación, momento en el que se produce la conversión en dinero de los créditos concursales que consistan en otras prestaciones (artículo 146 de la Ley Concursal).”: SAP Madrid (Sección 28) 11.10.2013 (Sentencia 276/2013; Rollo 78/2013)

“SEGUNDO.- Dada la notable confusión que introducen las partes y la propia sentencia apelada, conviene aclarar que al tiempo de declararse el concurso los contratos de compraventa no habían sido resueltos judicial ni extrajudicialmente a instancia de ninguna de las partes y, además, en dicho momento había obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes en tanto que ni las viviendas habían sido entregadas ni el precio había sido íntegramente satisfecho.
Conforme al artículo 61.2 de la Ley Concursal, la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, debiendo atenderse las prestaciones a que esté obligado el concursado con cargo a la masa.
No estando resueltos los contratos al tiempo de la declaración de concurso, que hubiera habido o no incumplimientos previos por parte de la vendedora no afecta a la naturaleza del crédito del comprador que será titular de un crédito contra la masa de entrega de cosa específica.
Cuestión distinta es la relativa al ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento de los referidos contratos, esto es, de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso, en cuyo caso debe distinguirse según se trate de contratos de tracto único o de tracto sucesivo.
La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012 ya ha señalado, en aplicación del artículo 62.1 de la Ley Concursal, que tras la declaración de concurso la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo puede ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso. Si se trata de un contrato de tracto sucesivo, la facultad resolutoria puede ejercitarse tanto por incumplimientos anteriores como posteriores a dicha declaración. En consecuencia, cuando el incumplimiento se haya producido con anterioridad a la declaración de concurso, no cabe instar la resolución de un contrato de tracto único.
El contrato de compraventa es un contrato de tracto único con independencia de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte, por lo que no es posible su resolución con base en incumplimientos anteriores a la declaración de concurso.
Sin embargo, no cabe rechazar la demanda por esta causa sobre la base de que la actora pretende el reconocimiento e inclusión en la lista de acreedores de las consecuencias económicas derivadas de la restitución de las prestaciones contractuales como efecto jurídico de una resolución contractual y ello por la sencilla razón de que en la demanda lo que en realidad se pretende es que se declare que el demandante es titular de un crédito contra la masa derivado de los contratos de compraventa con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y no resueltos al tiempo de la declaración de concurso. Otra cosa es la mayor o menor fortuna con la que se formulan las concretas peticiones en el suplico de la demanda cuando, en primer lugar, se interesa que se modifique la calificación del crédito incluido en la lista de acreedores a crédito contra la masa y sin impugnar la cuantía -por importe de 94.877,56 euros, que se corresponde con las cantidades entregadas a cuenta- al considerar que al ser un crédito contra la masa no queda petrificado y que está expuesto a cambios en el momento en que se acuerde la resolución, para a continuación solicitar, subsidiariamente, su reconocimiento como crédito contra la masa consistente en la entrega de las viviendas; y, subsidiariamente, como crédito condicional -al estar implícita en los contratos de compraventa la condición resolutoria para el caso de incumplimiento-, pretendiendo en este caso la consideración como crédito contra la masa de las cantidades que tuviera derecho a percibir el comprador en caso de resolución de los contratos de compraventa por incumplimiento posterior a la declaración de concurso (artículo 62 de la Ley Concursal) o por su resolución en interés del concurso (artículo 61.2 de la Ley Concursal).
En definitiva, en la demanda, con más o memos precisión, lo que se pide es la exclusión del crédito concursal incluido en la lista de acreedores y que se declare la titularidad del demandante de un crédito contra la masa derivado de la compraventa de viviendas y plazas de garaje e, incluso, subsidiariamente, el reconocimiento de un sui generis crédito condicional contra la masa por las cantidades que resultasen a su favor para el caso de que pudiera llegar a resolverse la compraventa por incumplimiento de la concursada posterior a la declaración de concurso o en interés del concurso, lo que evidencia que la demandante no pretendía el reconocimiento de un crédito derivado de la efectiva resolución de los contratos de compraventa y menos alegando incumplimientos anteriores a la declaración del concurso, pues la actora, con acierto o sin él -cuestión ajena a esta apelación- mantiene que no ha habido incumplimientos anteriores a la declaración del concurso y, además, rechazaba, acertadamente, que pudiera resolverse la compraventa con fundamento en incumplimientos anteriores.
Tampoco puede mantenerse el reconocimiento del crédito del demandante como concursal y con la clasificación de ordinario por el importe de las cantidades abonadas como parte del precio de compra con el fundamento de que el comprador con ocasión de la comunicación de su crédito, al reclamar la devolución de las cantidades anticipadas, intereses e indemnización, había dado por resueltos los contratos de compraventa y que al ser los incumplimientos anteriores a la fecha de la declaración de concurso, el crédito era, en aplicación del artículo 62.4 de la Ley Concursal, concursal y ordinario.
La tesis de la administración concursal no se sostiene.
Los contratos estaban vigentes al tiempo de la declaración del concurso y aun cuando el escrito del acreedor es muy poco preciso -y aún menos riguroso conceptualmente- hasta el punto de que se pretendía que se reconociera el crédito como condicional contra la masa y además con privilegio especial por ser un crédito refaccionario -aplicando supuestos especiales de reconocimiento de créditos concursales a un crédito contra la masa que, simultáneamente, se califica de privilegiado especial-, su pretensión de reconocimiento como condicional ponía de manifiesto que los contratos no estaban resueltos y, en todo caso, ya no podían serlo por

la sola voluntad del comprador, pues tratándose de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso, su resolución sólo podía ser acordada judicialmente, ya lo fuera en interés del concurso a instancia del concursado o de la administración concursal, según los casos (artículo 61.2 de la Ley Concursal), ya por incumplimiento, en este caso, posterior a la declaración de concurso al ser la compraventa un contrato de tracto único (artículo 62 de la Ley Concursal).
TERCERO.- Como ya hemos indicado, la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, debiendo atenderse las prestaciones a que esté obligado el concursado con cargo a la masa. (artículo 61.2 de la Ley Concursal).
La prestación a que tiene derecho el acreedor, en este caso, la construcción y entrega de la vivienda recíproca a su obligación de pagar el precio- es un crédito contra la masa y así resulta del citado artículo 61.2 de la Ley Concursal y del propio artículo 84.2.6 de la Ley Concursal, según el cual, son créditos contra la masa: "Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (...)".
No obsta a dicha consideración el hecho de que hubiera habido o no antes de la declaración de concurso incumplimientos determinantes de una posible resolución contractual no acordada o declarada judicial ni extrajudicialmente, criterio que sigue la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2013 que rechaza la posibilidad de que el comprador ejercite la acción de resolución de un contrato de compraventa ya incumplido al tiempo de la declaración de concurso pero que no duda en partir de la consideración del crédito del actor como crédito contra la masa.
El crédito del acreedor no concursado derivado de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso es un crédito contra la masa, pero tal declaración no transforma la naturaleza de la prestación debida a cargo del concursado y siendo éste el vendedor no convierte su obligación de entregar las viviendas y plazas de garaje en otra dineraria, por lo que no puede acogerse la pretensión ejercitada con carácter principal en la demanda para que "se modifique la calificación a contra la masa del crédito incluido en la lista de acreedores de la concursada".
Tampoco podría prosperar la petición subsidiaria contenida en la demanda para que se reconozca el crédito como condicional y contra la masa, al estar la compraventa sujeta a resolución en caso de incumplimiento.
Los créditos que pueden reconocerse como condicionales al amparo del artículo 87.1 de la Ley Concursal son los concursales y dicho reconocimiento no guarda la menor relación con las consecuencias de la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración de concurso, en cuyo caso, como consecuencia de la resolución acordada judicialmente, nacerán los correspondientes créditos concursales o contra la masa, según las distintas hipótesis previstas en los artículos 61.2 y 62.4 de la Ley Concursal.
En definitiva, el actor como comprador de las viviendas y plazas de garaje en virtud de sendos contratos de compraventa vigentes al tiempo de la declaración de concurso y con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, es titular de un crédito contra la masa consistente en la prestación que tiene derecho a recibir del vendedor, esto es, la entrega de las viviendas y plazas de garaje, lo que determina la exclusión del crédito ordinario por importe de 94.877,56 euros reconocido en la lista de acreedores, sin que sea susceptible de impugnación la relación separada de créditos contra la masa que la administración concursal acompaña a su informe, sin perjuicio del derecho que asiste a los titulares de dichos créditos de ejercitar la correspondiente acción con el objeto de obtener la calificación y, en su caso, pago de los créditos que tengan tal consideración (artículo 154.2 de la Ley Concursal, en su redacción aplicable al supuesto de autos por razones temporales; en la actualidad, artículo 84.4 de la Ley Concursal).
En consecuencia, procede la revocación de la sentencia para estimar también la impugnación de la lista de acreedores con el objeto de excluir el crédito concursal reconocido al demandante y, acogiendo una de las peticiones subsidiarias formuladas, declarar que es titular de un crédito contra la masa consistente en la correlativa obligación de la deudora de entregar las viviendas y plazas de garaje objeto de los contratos de compraventa suscritos entre la demandante y la concursada, todo ello sin perjuicio de las consecuencias de una eventual resolución en interés del concurso (artículo 62.1 de la Ley Concursal) o, en su caso, por incumplimientos de la concursada posteriores a la declaración de concurso, extremos sobre los que el tribunal no tiene nada que decir al constituir el objeto del presente incidente la impugnación, para su exclusión, de un crédito concursal ordinario, y el reconocimiento al demandante de un crédito contra la masa de entrega de cosa específica.". SAP Madrid (Sección 28) 10.01.2014 (Sentencia 5/2014; Rollo 427/2012)

AP Sevilla

"Primero.- La parte actora recurre la sentencia alegando, en esencia, en cuanto al principal reclamado, la cantidad del precio concertado encaja en el concepto de crédito contra la masa conforme a los artículos 61.2 y 84.2.6º de la Ley Concursal, por cuanto que se trata de una prestación a cargo del concursado pendiente de cumplimiento cuando se declara el concurso y supeditado a que la actora cumpla a su vez una prestación, cual es la entrega de la finca mediante el otorgamiento de escritura pública.
En cuanto a los intereses devengados desde que la sentencia de la Audiencia Provincial de fecha 8 de marzo de 2.012 confirmó la de primera instancia, sentencia que devino firma al no se recurrida, dado que el concurso se declaró el día 18 de junio de 2.011, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 84.4 de la Ley Concursal, constituyendo también crédito contra la masa los intereses devengados desde la firmeza de la sentencia citada.
Segundo.- El primero de los motivos del recurso, el relativo a la calificación de crédito contra la masa de la parte del precio pendiente de pago, debe ser estimado. La sentencia utiliza un argumento claramente erróneo. Parte de que el contrato de compraventa se firmó el día 10 de febrero de 2.008, antes de la declaración del

concurso que tuvo lugar como hemos indicado el día 18 de junio de 2.011, y estima que puesto que la obligación de pagar la totalidad del precio se contrajo en ese momento, se trata de una obligación de fecha anterior a la declaración del concurso que merece la calificación de crédito ordinario.
Sin embargo, el artículo 84.2.6º de la Ley Concursal no tiene en cuenta la fecha en que se contrajo la obligación, ni por tanto la fecha del contrato, sino el hecho de que en el momento de la declaración del concurso queden por ambas partes obligaciones pendientes de cumplimiento, que es exactamente el supuesto que nos ocupa. La concursada tiene que pagar parte del precio y el acreedor tiene que proceder al otorgamiento de escritura pública, sin la cual no puede entenderse consumado el contrato de compraventa. Literalmente lo que contempla el precepto son contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, que es el supuesto de autos, por lo que el precio debe ser considerado como crédito contra la masa y debe ser abonado en el momento en que se otorgue la escritura pública de compraventa.
Los apelados alegan que la no entrega de la finca es una cuestión nueva que se plantea en esta alzada, pero lo cierto es que el otorgamiento de escritura pública en el momento del pago de la última parte del precio es la forma normal de proceder a la entrega de la posesión de un bien inmueble conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil. Y desde luego no existe el más mínimo indicio de que la finca en cuestión fuera puesta en poder y posesión del comprador antes del pago de la totalidad del precio. No se trata por tanto de un hecho nuevo, sino de una cuestión implícita en la alegación de que no se ha otorgado aún la escritura pública pactada, que no ha sido controvertida por ninguno de los demandados, y que además resulta del propio contrato privado aportado como documento n.º 9 de la demanda, del que cabe concluir que a su firma no se entregó la finca y que dicha entrega quedaba diferida al momento del otorgamiento de escritura pública.”: SAP Sevilla (Sección 5) 04.06.2014 (Sentencia 337/2014; Rollo 1335/2014)

JM-1 La Coruña

“PRIMERO Es ciertamente discutible el criterio que la administración concursal ha seguido en el tratamiento concursal de los compradores de vivienda futura, a los que -sin duda para darles así algún reflejo en el listado de acreedores- ha reconocido como acreedores contingentes en función de una eventual resolución del contrato de compraventa que de momento los liga con la deudora en concurso. En otras resoluciones incidentales dictadas en incidentes promovidos por compradores que han pretendido su exclusión del listado de acreedores concursales se ha estimado la demanda bajo la consideración de tratarse de contratos pendientes de cumplimiento, que continúan en vigor tras la declaración del concurso(artículo 61. 2 de la LC), a salvo los derechos que en su caso deban reconocerse a los compradores si el contrato es resuelto por incumplimientos posteriores a la declaración del concurso(artículo 62. 1 LC). En todo caso, puesto que los compradores han sido reconocidos como acreedores contingentes, el hecho de que no llegue a cumplirse la condición "suspensiva" bajo la cual se ha verificado ese especial reconocimiento no debe perjudicar su derecho a resolver el contrato, cuando se dan las circunstancias que la LC establece, y a que su crédito restitutorio tenga, cuando sea judicialmente declarado, la naturaleza que legalmente le corresponde, que es la de crédito contra la masa delartículo 84 2 6º de la LC.
Lo que no cabe en modo alguno compartir es que los compradores de las viviendas cuyo contrato permanezca en vigor tras la declaración del concurso puedan ser incluidos en la lista de acreedores como titulares de un crédito ordinario, sin limitación de derechos concursales, por el importe de las sumas entregadas a cuenta del precio final, que es lo que en este caso solicita la parte demandante en el primero -letras a y f- de los pedimentos de su demanda. La obediencia al principio dispositivo obliga por ello a desestimar la demanda en este particular, manteniendo con ello el criterio de la administración concursal, que deberá sin embargo diferenciar el origen de cada uno de los componentes del crédito, que responde en realidad a dos contratos distintos. Como es lógico, si el crédito ha sido reconocido como contingente ordinario, y así debe permanecer, la indicación de una determinada cuantía o importe carece por completo de trascendencia en el concurso, puesto que se trata de créditos "sin cuantía propia"(Art. 87. 3). Su cuantía será la que efectivamente tengan cuando desaparezcan las circunstancias que, de momento, lo hacen contingente.
En todo caso, la pendencia del incidente de resolución contractual nº. 723/2008 de este Juzgado, en el que se ha dictado sentencia desestimatoria cuya firmeza de momento no consta, obligaría a mantener el crédito restitutorio -relacionado con el contrato de venta de la vivienda nº. 2 y plaza de garaje en parcela I 1 del sector I-9- como contingente y sin cuantía, en tanto que litigioso, a salvo la que la administración concursal quiera asignarle a efectos puramente informativos y sin trascendencia concursal alguna.
Nada impide, por otra parte, que al crédito contingente ordinario de los actores se añada en el listado definitivo otro subordinado - igualmente contingente y sin cuantía- por los intereses devengados hasta la fecha de la declaración del concurso(art. 92 3º de la LC), sobre cada una de las entregas efectuadas a cuenta del precio final en cada uno de los dos contratos.”: SJM-1 La Coruña 08.03.2010 (JUR 2010/132125; Sentencia 152/2010; Rollo 9/2009)

6.3 Acción de cumplimiento

6.3.1 Estimación

Tribunal Supremo

“SEGUNDO. *Recurso de casación*
1. Formulación del motivo. El motivo se funda en la infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en el art. 1445 Código Civil, en relación con el art. 1124 del Código Civil.

En el desarrollo del motivo se razona que, «finalizadas las obras por el vendedor dentro del plazo previsto para ello en el contrato, la falta de obtención de las licencias administrativas, así como la falta de requerimiento realizado por la vendedora a la compradora para escriturar, han supuesto en el caso concreto que nos ocupa, la falta de entrega de lo vendido y del perfeccionamiento de las compraventas, lo que faculta al comprador, que sí ha cumplido con todos los pagos a cuenta del precio comprometidos, a optar como lo ha hecho en caso de autos a exigir el cumplimiento de los mismos».
Luego repasa el contenido de las Sentencias de la Sala 1ª del TS de 10 de septiembre de 2012 y 10 de junio de 2013, y advierte que, conforme a la jurisprudencia corresponde a la vendedora probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado. Por lo que, según el recurrente, la sentencia de apelación contraría esta doctrina cuando entiende que las licencias administrativas en este caso tienen carácter accesorio, al no haber quedado acreditado lo contrario.
Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
2. Estimación del motivo. Conviene advertir que los dos contratos de compraventa de vivienda estaban pendientes de cumplimiento cuando la promotora vendedora (Logaher) fue declarada en concurso de acreedores, a principios de 2008. La fecha prevista para la terminación de las viviendas, el 31 de agosto de 2008, era posterior a la declaración de concurso. Razón por la cual, se encontraban afectados por el art. 61.2 LC. Se trataba de dos contratos con obligaciones recíprocas, pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso: la compradora, parte *in bonis,* tenía pendiente pagar 89.000 euros por la primera vivienda (4-D), y 79.000 euros por la segunda (2-A); y la concursada la entrega de las dos viviendas.
Conforme a la estipulación segunda, la finalización de las obras estaba prevista el 31 de agosto de 2008; la entrega de las llaves y la firma de la escritura pública de compraventa estaban previstas una vez obtenidos los preceptivos permisos por parte del Ayuntamiento de Arona. Y, en concreto, en la estipulación tercera se había convenido:
«el plazo para la firma de la escritura pública ante notario y entrega de llaves será el de un mes a partir de que la citada compradora reciba notificación fehaciente de la vendedora»
En la instancia, ha quedado acreditado que, a pesar del tiempo transcurrido desde la terminación de las obras, la vendedora no había requerido a la compradora para la elevación a escritura pública de los dos contratos de compraventa.
La demanda no había pedido la resolución del contrato al amparo del art. 1124 CC, sino que ejercitaba una acción de cumplimiento contractual. Si las obras debían estar terminadas el 31 de agosto de 2008, y no se niega que en ese momento ya se había otorgado el certificado final de obras (el 13 de julio de 2008), desde entonces hasta que el comprador requirió al vendedor para cumplir con el contrato y otorgar la escritura de compraventa, los días 22 de febrero y 3 de marzo de 2011, había transcurrido tiempo razonable para que el vendedor, de acuerdo con lo pactado, hubiera logrado las licencias administrativas y requerido al comprador para otorgar la escritura pública de compraventa.
Si después de haber transcurrido más de dos años y medio desde que se terminaron las obras, el vendedor no había cumplido con su obligación de propiciar el cumplimiento del contrato y su formalización en escritura pública, la compradora demandante estaba legitimada para reclamarlo, esto es, para pedir la entrega de la vivienda y la elevación a público del contrato privado. Estaba legitimada porque había cumplido con los pagos anticipados previstos en el contrato, y el resto del precio se había convenido que fuera pagado en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa.
Aunque el incumplimiento del contrato por parte del vendedor, en este caso, no haber puesto a disposición de la compradora la vivienda con las preceptivas licencias administrativas, concede a la parte compradora legitimación para pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, así como la indemnización de daños y perjuicios, al amparo del art. 1124 CC, esto no significa que para ejercitar la acción de cumplimiento contractual haya que acreditar un incumplimiento grave y esencial de las prestaciones del vendedor. Basta con que la obligación del vendedor sea exigible, que en este caso lo era, para que pueda pedirse, como se hizo en la demanda, el cumplimiento, sin perjuicio de que ello lleve consigo también, por parte del comprador, el pago de la parte del precio pendiente.
3. Consecuencias de la estimación del recurso. Estimado el recurso de casación, asumimos la instancia. Mantenemos la decisión del tribunal de apelación de estimar el recurso de Logaher porque la sentencia de primera instancia incurrió en incongruencia al acordar la resolución del contrato sin que esta pretensión hubiera sido solicitada por las partes. En la medida en que la impugnación de la administración concursal también se fundaba en la incongruencia de la sentencia, también procede estimarla en parte.
Conforme a lo argumentado en el apartado 2, entendemos que la demandante compradora (Valle Zahara) estaba legitimada para exigir el cumplimiento del contrato, porque había cumplido sus obligaciones hasta en ese momento, al haber pagado los fraccionamientos que hasta entonces le eran exigibles, y era exigible la obligación de la demandada vendedora (de entrega de las viviendas y otorgamiento de la escritura píblica). En consecuencia, condenamos a las demandadas a la entrega de las dos viviendas objeto de las compraventas y al otorgamiento de la escritura pública, sin perjuicio de la obligación de la demandante de pagar la parte del precio que resta por ser abonada [89.000 euros por la primera vivienda (4-D), y 79.000 euros por la segunda (2-A)].”: STS 22.07.2016 (Sentencia 525/2016; Recurso 2566/2013)

6.3.2 Desestimación, existiendo cargas hipotecarias

AP Pontevedra

“Hemos de partir, por lo tanto, de un contrato de compraventa de dos inmuebles con entregas a cuenta, y con un evidente incumplimiento de la obligación esencial de entrega por la ahora concursada. Ante esta situación,

dado este incumplimiento de la prestación principal de la concursada pero a la vez estando también pendiente de cumplimiento parte de la obligación de pago del precio por la parte apelante, nos encontramos ante el supuesto previsto en el art. 61.2 LC, y no en el apartado 1 del mismo precepto, de forma que existe un contrato de compraventa vigente, contrato de tracto único y de obligaciones recíprocas, en el que las prestaciones a que está obligada la concursada deben realizarse con cargo a la masa.
Llegados a este punto, manteniéndose la vigencia del contrato pues nadie ha instado su resolución, pero resultando imposible, a priori, el cumplimiento de la obligación de entrega de las viviendas por la concursada, dado que las mismas forman parte de la masa activa pues ningún derecho de propiedad anterior a la declaración del concurso se ha invocado para obtener su separación, y habrán de responder seguramente de los créditos con privilegio especial como la hipoteca a que alude la propia parte apelante, nos encontramos ante un contrato de compraventa formalmente en vigor sin posibilidad de cumplir más prestaciones, ni las principales. Situación que no genera de por sí ningún crédito, al menos actual, en favor del comprador, sino que este derivará, en su momento, de la posible resolución del contrato, si fuera procedente. Entre tanto, no es correcto, desde luego, calificar las cantidades entregadas a cuenta como crédito concursal subordinado, en lo que debe estimarse el recurso modificando en este sentido la lista de acreedores.
Pero tampoco procede, de momento, su clasificación como crédito contra la masa pues tal consideración únicamente corresponde a las prestaciones a que estuviera obligada la concursada (art. 61.2 LC) y que, como tales, no se concretan en el presente caso, pues ni es tal prestación la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, ni la entrega de las viviendas que, como se ha dicho, ha devenido imposible (salvo supuestos excepcionales que lleven al mismo resultado como la aplicación del art. 155.4 LC), estando sometidos tales bienes a las soluciones concursales expresamente reguladas y en la forma determinada por la Ley Concursal. Tales prestaciones, cuya realización sería con cargo a la masa serían las que correspondan en cumplimiento del contrato que se mantiene en vigor que, como vimos, ya no proceden. Mientras que la devolución de las cantidades a cuenta o la valoración económica de la imposibilidad de entrega de las viviendas, no derivan del cumplimiento del contrato, sino precisamente de su resolución, si resultare procedente. Pero, como ocurre en el presente caso, e insiste la parte apelante, no se ha instado tal resolución, por lo tanto no existe prestación que restituir, por ahora, ni, por lo tanto, crédito alguno, ni concursal ni contra la masa.
Y ello sin perjuicio de la conveniencia de que situaciones como esta deban tener su reflejo en el informe de la administración concursal, eso sí, al margen no ya de los créditos concursales sino también de los créditos contra la masa.
CUARTO.-No queda muy claro en el recurso si insiste la parte apelante en la pretensión de que se proceda a la modificación del inventario en el que, según la demanda, pretende se refleje respecto de las viviendas objeto de la compraventa, la obligación de entrega, pues el recurso termina interesando, al menos, la modificación de la lista de acreedores, debiendo reconocerse las cantidades entregadas a cuenta como parte del contrato de compraventa, contrato que deberá atenderse con cargo a la masa, y ya sin referencia a esa otra pretensión de la demanda incidental. Tampoco en el suplico del recuso se hace ya referencia a la estimación de la demanda, sino sólo del recurso. En todo caso se dará respuesta, aunque sea somera.
Es evidente que tal y como fue planteada en la demanda incidental, en buena lógica llevara al juez del concurso a considerar que lo realmente pretendido era la entrega de las viviendas y que, por lo tanto, se estaba ejercitando acción de cumplimiento contractual que, como se desprende de lo ya expuesto, estaba claramente abocada al fracaso. En esta alzada la parte apelante matiza de alguna manera su inicial planteamiento al manifestar que únicamente quería que se reconozca la existencia del contrato, que ni se ejercita una acción de cumplimiento (ni tampoco una acción de resolución contractual).
Siendo así poco más habría que decir para rechazar la pretensión de modificación del inventario, pues desde luego la entrega que se pretendía no puede tener otro fundamento que el cumplimiento del contrato. No es admisible tampoco utilizar sucedáneos como el relativo a que únicamente se trataba de que constara en el inventario la obligación de entrega, que carece de significado jurídico sino se pretende la efectiva realización de tal obligación, ni es aceptable en derecho que se asimile dicha obligación a cargas como la hipotecaria, cuyo parecido brilla por su ausencia.
Hemos manifestado en resoluciones anteriores de esta misma sección que, la exigencia de cumplimiento de la obligación de la entrega de inmuebles pactada en cumplimiento de los contratos de compraventa, libres de cargas y gravámenes, deviene imposible en sede concursal en que se ha reconocido la existencia de un acreedor con garantía hipotecaria sobre tales bienes, y especialmente cuando nos encontramos en fase de liquidación.
"Como ya señalamos en nuestra sentencia de 10 noviembre 2010, fuera ya del supuesto especial del art. 155.3 LC de enajenación dentro del concurso del bien afecto a un privilegio especial, con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente, es lo cierto que no existe posibilidad jurídica para eliminar la carga hipotecaria, fuera de hipótesis marginales e impensables de la aquiescencia, sin contrapartida alguna, del acreedor con garantía hipotecaria.
El bien referido se ha integrado en la masa activa (art. 76 LC), y además está directamente afecto al pago del crédito con privilegio especial (arts. 90.1.1 º y art. 155.1 LC), sin que pueda sustraerse a dicha masa activa, y menos para pagar, con preferencia no reconocida en la norma concursal, frente al resto de los acreedores, a otro acreedor concursal en perjuicio de aquellos, pero especialmente en perjuicio del acreedor con privilegio especial que, sin causa alguna, ve eliminada su garantía.
En la misma línea nuestra sentencia de 23 diciembre 2010 al señalar que:
Si bien se miran las cosas, el planteamiento de la cuestión en sede concursal nada cambia. La situación no se ve alterada por la existencia de un concurso. El problema subsistiría en todo caso. Lo que el concurso impide sería la posibilidad de que la parte de precio pendiente y que los compradores habrían de entregar para tener derecho, a su vez, a exigir el cumplimiento de la obligación del vendedor, fuera destinada a la extinción del

crédito hipotecario, pues ello vulneraría la par conditio y, aún antes, la obligación de pago al vencimiento de los créditos contra la masa. Pero tal situación no está en juego, se repite, en el presente supuesto, toda vez que la responsabilidad hipotecaria abarca a toda la edificación, subsiste íntegra, al estar todavía sin dividir.
En consecuencia, la pretensión de cumplimiento dirigida por los demandantes no puede prosperar. No cabe pretender la entrega libre de cargas. No cabe otorgamiento de escritura con tal contenido. De ningún modo podría la administración concursal extinguir la garantía hipotecaria con carácter previo a la entrega.
La consecuencia de todo lo anterior es que no pueden darse por entregados los inmuebles con el efecto transmisivo pretendido ni completar dicha entrega mediante el otorgamiento de escritura pública en que conste la liberación de cargas hipotecarias sobre los inmuebles referidos.".
Más en el presente caso en que, además de deducirse la existencia del acreedor hipotecario por las propias manifestaciones de las partes, respecto de la generalidad del inmueble en que se hallan las viviendas adquiridas, es lo cierto que el argumento esencial contrario a la entrega de las viviendas, o la mera manifestación de existencia de dicha obligación, ya lo recoge el juez del concurso en su sentencia, pues la única posibilidad de tal realización derivaría de haber adquirido el demandante un derecho de propiedad sujeto en nuestro derecho a la teoría del título y el modo (arts. 609 y 1095 CC), que en modo alguno se invoca, y sería la única forma de obtener la separación de los inmuebles de la masa activa (arts. 76 y 80.1 LC). Fuera de tal caso, los bienes forman parte de la masa activa y quedan de esta forma sujetos a las reglas del concurso respecto a su realización para pago a los acreedores en la forma determinada por la propia ley concursal, que no pasa por su entrega directa a un comprador que ha adquirido un derecho de propiedad ante la reconocida falta de entrega o traditio. “: SAP Pontevedra (Sección 1) 12.07.2013 (Sentencia 309/2013; Rollo 304/2013)

7. Encargo de obra artística

AP Madrid

“PRIMERO.- Constituyen precedentes de conveniente mención para la adecuada comprensión de las claves del litigio, y en definitiva del presente recurso, los siguientes:
1.- En el mes de abril de 2006 el artista Don Jon recibió de la concursada ARTE Y NATURALEZA GESPART S.L. (en adelante, ARTE Y NATURALEZA) el encargo de elaborar cinco grupos o series de grabados con títulos, características y medidas precisos. Una vez creadas por el artista las planchas originales, este debería entregarlas al taller de grabado MURTRA EDICIONS de Don Tomás, quien por encargo de ARTE Y NATURALEZA procedería a la edición de los ejemplares pactados de dichas obras, tras lo cual el Sr. Jon procedería al examen y revisión de los ejemplares editados y, en caso de conformidad, a plasmar en ellos su firma en tanto que creador del grabado original.
2.- Aceptado dicho encargo, el Sr. Jon elaboró los grabados y entregó las planchas al editor con anterioridad a la declaración de concurso de ARTE Y NATURALEZA. No obstante, al no satisfacer esta última los costes de impresión al referido taller, la edición de los ejemplares no pudo llevarse a cabo, lo que a su vez impidió que el artista procediera a ultimar su trabajo mediante la revisión de aquellos y la consiguiente plasmación de su firma.
3.- Entendiendo por ello que en la fecha de declaración de concurso concurría a su cargo la obligación de supervisar y de entregar los ejemplares firmados, y a cargo de ARTE Y NATURALEZA la obligación de satisfacerle la mayor parte del precio pactado, solicitó que su crédito fuera calificado como crédito contra la masa en aplicación del Art. 61-2 de la Ley Concursal a cuyo tenor "La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa", precepto que se complementa con el tenor normativo del Art. 84-2, 6º, de la misma ley que considera créditos contra la masa "Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso".
4.-Rechazada esta pretensión en el informe de la Administración Concursal, quien calificó el crédito del actor como dotado del privilegio general previsto en el Art. 91-3 (crédito de persona natural derivado de trabajo personal no dependiente), Don Jon interpuso demanda incidental contra la concursada y la Administración Concursal con el fin de ver reconocido su crédito con el aludido carácter de crédito contra la masa.
5.-La sentencia de primera instancia desestimó dicho pretensión manteniendo la clasificación del informe, y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza Don Jon a través del presente recurso de apelación.
SEGUNDO.- La sentencia apelada, siguiendo el parecer expresado por la Administración Concursal, fundó el pronunciamiento impugnado en la consideración de que el demandante no había acreditado que la obligación contraída por él no tuviera un vencimiento anterior a la fecha de declaración de concurso. Pues bien, en relación con dicho argumento hemos de efectuar las siguientes consideraciones:
1.- En primer lugar, no es cierto que el demandante no haya suministrado prueba en relación con este particular, pues a su instancia se llevó a cabo el interrogatorio tanto del legal representante de ARTE Y NATURALEZA, Don Eusebio, como de la subdirectora artística de dicha entidad Doña Dolores, que es la persona con quien el actor mantuvo las correspondientes negociaciones, y ambos fueron coincidentes al asegurar que, siguiendo la práctica general que se observaba con todos los artistas, al Sr. Jon nunca se le puso plazo alguno para el cumplimiento del encargo que asumió. Luego, si la obligación que incumbía a dicho artista no estaba contractualmente sometida a plazo y si al propio tiempo ARTE Y NATURALEZA no obtuvo nunca la concreción o fijación de plazo por vía judicial (Art. 1128 del Código Civil), es patente que en la fecha de declaración de concurso nunca podría considerarse vencido un término inexistente.

2.- En segundo lugar, no consideramos correcta la aplicación que efectúa la sentencia de las reglas sobre distribución de la carga probatoria del Art. 217 L.E.C. ya que, siguiendo su línea argumental, se estaría imponiendo al demandante la carga de demostrar la inexistencia de un hecho impeditivo -o más bien pretendidamente impeditivo- de su pretensión.
3.- Decimos esto último -que se trata de un hecho solo pretendidamente impeditivo- porque en realidad no acertamos a ver cuál pueda ser la trascendencia que en orden a dirimir la cuestión que el demandante plantea (consideración de su crédito como crédito contra la masa) pueda tener la cuestión del vencimiento del plazo. Y es que, aun en el caso de que el contrato hubiera previsto un plazo para el cumplimiento por parte del Sr. Jon de su cometido artístico y ese plazo consistiera en una fecha anterior a la fecha de declaración de concurso, seguiríamos encontrándonos ante un contratante que no ha podido ultimar su cometido por falta de entrega de los ejemplares impresos de su obra, entrega que incumbía propiciar a ARTE Y NATURALEZA corriendo con los gastos de impresión. Y si esa imposibilidad de cumplir por parte del Sr. Jon no suscitó en su momento en ARTE Y NATURALEZA iniciativa alguna tendente a resolver el contrato que a ambas partes vinculaba, no es posible afirmar que la obligación del Sr. Jon no se encontraba "pendiente" en la fecha de declaración de concurso, ya que se trataba de una obligación no cumplida y nacida de un contrato que, cual exige el Art. 61-2 de la Ley Concursal, se encontraba en vigor en dicha fecha.
Pues no hace falta aclarar que lo que el mencionado Art. 61-2 Ley Concursal exige para que el derecho de un contratante pueda ser considerado como crédito contra la masa es que, al igual que a cargo de la concursada, existan obligaciones "pendientes" a su propio cargo, sin que dicho precepto incluya temperamento alguno que haga necesaria la indagación de la fecha de vencimiento de esas mismas obligaciones que se encuentran sin cumplir o en estado de pendencia, siempre y cuando el eventual incumplimiento de los plazos no haya generado la resolución del contrato del que las obligaciones recíprocas emanan, todo ello sin perjuicio de la importancia que pueda revestir la fecha de vencimiento de la obligación cuando del ejercicio de la acción resolutoria del Art. 62 de la Ley Concursal se trata, cuestión esta ajena a la problemática que ahora nos ocupa.
TERCERO.- Es patente, en consecuencia, que en la fecha de declaración de concurso subsistían obligaciones pendientes a cargo de ambas partes: a ARTE Y NATURALEZA le incumbía satisfacer al Sr. Jon la mayor parte del precio pactado y a este último la de finalizar su obra y hacer entrega de la misma a la otra parte contratante.
Por lo demás, no se ha suscitado por la parte demandada, ni siquiera con carácter subsidiario, cuestión alguna acerca de la reciprocidad o sinalagma que debe concurrir entre esas dos obligaciones para que resulte aplicable el Art. 61-2. Y pocas dudas pueden caber a este respecto porque, si bien es cierto que el artista cumplió una parte fundamental de su encargo con anterioridad a la declaración de concurso al entregar al taller de impresión las planchas que contenían el producto de su ingenio, no lo es menos que la firma de los ejemplares que hubieran de resultar de los trabajos de impresión, y, lo que es más importante, la tarea de examen y supervisión de la calidad y exactitud de aquellos con su obra, tarea que es consustancialmente anterior e incluso condicionante del acto de la firma, constituye una parte no menos esencial de su cometido como artista.
Tampoco albergamos dudas en relación con la cuantía del crédito: la suma de 104.000 # reclamada en la demanda es la que se corresponde, una vez deducida la cantidad percibida a cuenta (24.000 #), con lo presupuestado por el actor en sus misivas remitidas a la demandada, presupuesto que, como refirió la testigo Doña Dolores, subdirectora artística de ARTE Y NATURALEZA con quien el actor gestionó personalmente todo lo referente al encargo que nos ocupa, fue plenamente aceptado por dicha entidad, sin que, frente a lo alegado por la parte demandada, se llegara nunca a plantear, mucho menos a pactar, rebaja de clase alguna.
Se ha de estimar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.”: SAP Madrid (Sección 28) 25.10.2013 (Sentencia 294/2013; Rollo 375/2012)

8. Leasing
[Vid. las resoluciones incluidas en el art 84.2.6.]

9. Inaplicabilidad al art 61.2 a las primas de seguro impagadas anteriores a la declaraciòn de concurso

AP Barcelona

“SEGUNDO.-El recurso plantea una cuestión de índole estrictamente jurídica, como es el tratamiento en el concurso del crédito derivado de las primas de seguros vencidas antes de la declaración de concurso, que han resultado impagadas, cuando los contratos se mantienen vigentes tras declararse el concurso. La sentencia apelada entiende aplicable el artículo 61.2º de la Ley Concursal, por ser un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, por lo que las prestaciones de aquél -el pago de la prima- deben atenderse con cargo a la masa. Aunque el juez a quo advierte que la cuestión le suscita serias dudas de derecho, considera que no es relevante, a estos efectos, que la obligación del concursado hubiera vencido y fuera exigible antes de la declaración del concurso. Su obligación se hallaba pendiente, como también subsistía el deber de la aseguradora de indemnizar de acaecer el siniestro objeto de cobertura.
Discrepamos del criterio de la sentencia de instancia. Aun admitiendo el carácter sinalagmático del contrato de seguro - puesto en duda por buena parte de la doctrina, dada su naturaleza aleatoria y el hecho de que la prestación del asegurador se encuentre subordinada a la realización de un evento incierto- y, por tanto, su encaje en el artículo 61.2º de la Ley Concursal, entendemos que las obligaciones del deudor vencidas y exigibles antes de la declaración del concurso no pierden su naturaleza concursal por el hecho de que el contrato se mantenga vigente, máxime cuando en el presente caso la deuda ya había sido reclamada judicialmente. Es cierto que la obligación del concursado está "pendiente", en la medida que no fue abonada a

su vencimiento. Pero esa circunstancia también se da en otros contratos, como en el de arrendamiento o en el suministro, y nadie duda que en tal caso sólo las prestaciones posteriores a la declaración tienen la consideración de crédito contra la masa.
No es posible hablar de prestaciones simultáneas y vinculadas entre sí, cuando la obligación del concursado venció antes de la declaración y cuando el asegurador queda liberado, salvo pacto en contrario, si el asegurado no paga la primera prima, o cuando la cobertura del seguro queda en suspenso, si no se abonan las siguientes (artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro).
Por todo ello debemos estimar el recurso y confirmar el criterio de la administración concursal, por lo que el crédito de la demandante deberá figurar en la lista de acreedores como ordinario y por la cantidad de 118.271,71 euros -no es controvertido que el crédito no es contingente-.": SAP Barcelona (Sección 15) 26.03.2014 (Sentencia 105/2014; Rollo 536/2013)

10. Arrendamiento de obra (acreedor subcontratista, concursado comitente-contratista)

Tribunal Supremo

"PRIMERO.-*Resumen de Antecedentes.*
Para la resolución del recurso es preciso exponer los siguientes antecedentes acreditados en la instancia:
1. El presente procedimiento tiene su origen en una demanda incidental interpuesta por el acreedor VIBLAN S.L., en el concurso nº 1081/2011 de CONSTRUCCIONES MON, S.L. contra la clasificación del crédito que ostentaba, por importe de 45.917,02 euros correspondiente a *"facturas giradas antes de la declaración del concurso",* que figuraba en la lista de acreedores que acompañaba el informe de la administración **concursal** como crédito ordinario, por entender que debía ser clasificado como crédito contra la masa.
2. Frente a la anterior pretensión, los administradores concursales demandados contestaron a la demanda, oponiéndose en parte a la misma, por entender que, si bien el contrato continuó vigente y desplegó su eficacia tras la declaración del concurso, (9 de noviembre de 2011), los créditos ostentados frente a la concursada antes de la declaración del mismo, merecen la clasificación de crédito concursal ordinario y los créditos devengados con posterioridad deben ser considerados como créditos contra la masa.
3. La sentencia de 9 de mayo de 2012 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Lugo estima parcialmente la demanda, calificando de crédito ordinario el que resulta de las facturas *emitidas* con anterioridad a la declaración del concurso, y crédito contra la masa al correspondiente a las *emitidas* con posterioridad.
Atiende, como sustrato fáctico, a que el acreedor VIBLAN, S.L. suscribió con el concursado un contrato de ejecución de obra el 27 de abril de 2011, en el que VIBLAN S.L., cumplió de manera sucesiva, ejecutando las partidas de obra que constan en las respectivas certificaciones y, en virtud de la obra ejecutada, emitió las correspondientes facturas por obras realizadas y certificadas, que la entidad concursada tiene pendiente de pago, unas, anteriores a la declaración del concurso y, otras, posteriores.
Para la clasificación del crédito que el acreedor ostenta antes de la declaración de concurso, consideró de aplicación *el art. 61.1 LC y acudió al momento del devengo,* el de la emisión de las facturas. El importe de dichas facturas por obras realizadas lo consideró crédito ordinario, y las emitidas correspondientes a obras posteriores a la declaración de concurso, crédito contra la masa.
4. Contra la anterior sentencia, VIBLAN, S.L. interpuso recurso de apelación al considerar que también las facturas por obras anteriores a la declaración de concurso debían calificarse como crédito contra la masa.
La sentencia dictada en segunda instancia de fecha 3 de enero de 2013 por la Audiencia Provincial de Lugo, confirmó la sentencia de instancia.
La sentencia calificó el contrato de arrendamiento de obra en el que la demandante era subcontratista de la concursada, considerándolo *como contrato de tracto único con ejecución diferida.* Sostiene la vigencia del contrato tras la declaración del concurso, por existir obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (art. 61.2 LC). Consideró que, el art. 61.1 LC, contempla el incumplimiento parcial del concursado y la inclusión en la masa pasiva (es decir como crédito **concursal**) por las facturas emitidas por trabajos realizados antes de la declaración de concurso. Consideró que si bien el precio es único en el contrato, su ejecución es diferida, lo que supone que *devengada* una factura e impagada existe incumplimiento, siquiera parcial. Que sean pagos a cuenta no impide entender consumado un incumplimiento, según se deduce del propio contrato (estipulación cuarta).
RECURSO DE CASACIÓN.**SEGUNDO.-*Primer motivo del recurso. Su formulación y razonamiento***
Se formula en los siguientes términos: " *Al amparo del art. 477.1 LEC, por vulneración del art. 61.2.e) indebida aplicación del art. 61.1, ambos de la Ley 22/2003, de 9 de julio,* ***Concursal,*** *con infracción de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo nº 687/2011, de fecha 11 de octubre (recurso de casación 1457/2008) y nº 181/2012 de fecha 26 de marzo (recurso de casación 698/2009), resultando necesario que se declare infringida dicha jurisprudencia"*
El recurrente mantiene que se está en presencia de un contrato de tracto único, pero de ejecución diferida, por lo que en el momento en que se declaró el concurso, las partes se hallaban ante un contrato vigente con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado (pago del precio) como del acreedor contratista (ejecución de la obra), por lo que entiende que el contrato se encontraba en el supuesto del art. 61.2 LC. Existe, según razona, un nexo causal determinante de que la prestación de uno sea y funcione como contravalor o contraprestación del otro, siendo los deberes de cada uno interdependientes entre sí.
Por el contrario, señala que la sentencia recurrida aplica el art. 61.1 LC, que parte del supuesto de que *"una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones",* lo que no es de aplicación en el presente caso. Ambos preceptos, dice, son excluyentes.
Las entregas o " *pagos a cuenta"* no son pagos liberatorios. Lo que supone que contraviene la doctrina de esta Sala, especialmente la núm. 181/2012, de 26 de marzo, que, al amparo del art. 1124 CC *"si el contratante*

declarado en concurso no cumple su contraprestación (en este caso de pagos a cuenta de la futura prestación de obra a recibir), el contratante perjudicado podrá optar -como permite en general el art. 1124 CC - entre reclamarle el pago con cargo a la masa (que fue lo que hizo finalmente VIBLAN) o resolver el vínculo".

TERCERO.-*Razones de la Sala para la estimación del motivo.*

1. Por el contrato de obra (o de arrendamiento de obra) a que se refiere el art. 1.544 CC, una parte se obliga a ejecutar una obra a cambio de un precio cierto. El objeto del contrato es el resultado del trabajo sin consideración al esfuerzo y labor que lo ha creado, a diferencia del arrendamiento de servicios a que se refiere también el mismo precepto sustantivo, pues lo que se constata en este último es la actividad en sí misma con independencia del resultado final.

El precio y la obra son sus elementos reales. La obra final, como objeto de la obligación, es el resultado final obtenido por el trabajo (SSTS núm. 308/2013, de 26 de abril). Supone una ejecución diferida en el tiempo, lo que implica que durante su ejecución pueda ser objeto de examen por parte del dueño de la obra, o el técnico por él designado, como proceso previo al pago, generalmente también diferido, en correspondencia a la obra ya ejecutada (SSTS de 24 de octubre de 2002, y las allí citadas).

Por tanto, es un contrato de tracto único con prestaciones diferidas que, si bien cada una de las partes de obra ejecutada, puede tener una individualidad propia a los efectos de examen, conformidad y pago del precio (SSTS de 15 y 30 de julio de 2012 y 22 de diciembre de 2006), el objeto del contrato no por ello deja de ser unitario y la obligación una sola. Como señalan las SSTS 505 y 510/2013, de 24 y 25 de julio, respectivamente, *"en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato. Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento"*.

2. En el presente caso, el recurrente califica correctamente el contrato suscrito en su condición de subcontratista con el comitente-contratista, CONSTRUCCIONES MON, S.L.

Efectivamente, las partes, de acuerdo con el contrato, han diferido el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones, la ejecución de la obra, de una parte, y el correspondiente pago del precio, de otra. Una de ellas, CONSTRUCCIONES MON SL, estaba pendiente de cumplimiento parcial en el pago del precio antes de la declaración de su concurso, como también, el subcontratista recurrente, pendiente de terminar la ejecución de obra.

Ambas, pues, se encuentran pendientes del íntegro cumplimiento de la obligación que configura su objeto unitario, según se ha visto. La recurrente, estaba pendiente de ejecutar la total obra encomendada, razón por la cual se le solicitó por la propia concursada, con la conformidad de la administración **concursal**, *"que termine[n] dichos trabajos para poder entregar la obra en los plazos previstos a la propiedad"* (Documento nº 2 del escrito de demanda incidental).

Por ello, en el caso enjuiciado, se da el supuesto contemplado en el art. 61.2.I LC al señalar que *"la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa"*.

3. La obra parcialmente ejecutada por el recurrente, como contrato de tracto único, no es susceptible de un aprovechamiento independiente, por lo que aceptada por el recurrente su continuación hasta ultimarla, cumplirá con el objetivo de su prestación debida integrándose la obra terminada en la masa actora del concurso. El precio debido a cargo del concursado, aunque diferido en el tiempo antes y después del concurso, es también una prestación única, sin perjuicio de que se ejecute por partes. Los principios de identidad e integridad de la prestación debida como requisitos objetivos del pago que consagran los arts. 1157, 1166 y 1169 todos del Código Civil, obligan a satisfacer el total precio de la obra convenida con cargo a la masa, tanto las facturas giradas antes de la declaración de concurso como las devengadas con posterioridad.

El motivo se estima, sin necesidad de examinar el segundo motivo que, en parte, ha sido también estimado de razonar el presente.": STS 18.11.2014 (Sentencia 632/2014; Recurso 304/2013)

Art. 61.2.II Resolución por interés del concurso

1. Presupuestos. Doctrina general

Tribunal Supremo

"PRIMERO. En las dos instancias se ha declarado resuelta, en aplicación de la norma del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio (LA LEY 1181/2003), la cesión de créditos que convinieron, antes de ser declarado el concurso de Unión Deportiva Las Palmas, SAD, esta sociedad, como cedente, y su acreedora, Agencia Estatal de la Administración Tributaria, como cesionaria.

El Tribunal de la segunda instancia desestimó, en lo sustancial, el recurso de apelación de Agencia Estatal de la Administración Tributaria, pues se apartó de lo decidido por el Juzgado de Primera Instancia tan sólo para imponer a la concursada una indemnización equivalente al interés legal de la deuda tributaria, devengado desde el aplazamiento hasta el pago.

Contra la sentencia de apelación interpuso el Abogado del Estado, en representación de Agencia Estatal de la Administración Tributaria, recurso de casación por un único motivo, en el que denuncia la infracción de los artículos 62, apartado 1 (...)
1ª) Aunque en el encabezamiento del motivo, en el correspondiente apartado del escrito de interposición, el Abogado del Estado, en representación de Agencia Estatal de la Administración Tributaria, señale como norma infringida la del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 22/2.003, entendemos que tal designación es la consecuencia de un error material, dado que el artículo aplicado en las dos instancias, como se dijo, fue, no aquel - que regula la resolución por incumplimiento -, sino el 61, apartado 2, párrafo segundo - que contempla la llamada resolución en interés del concurso, pretendida en la demanda y declarada en la sentencia recurrida - .
Además, la recurrente, al exponer sus argumentos en el mismo escrito, hizo continuas referencias a la norma últimamente mencionada, evidenciando que era ella y no la otra - totalmente ajena a la materia litigiosa -, la que quería identificar como violentada.
En consecuencia, al precepto del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley 22/2.003, se referirá nuestra respuesta al recurso. (...)
B. En relación con la identificación del precedente fáctico de la cuestión planteada con el recurso, también son útiles algunas precisiones:
1ª) Aunque la declaración de voluntad de Unión Deportiva Las Palmas, SAD de ceder a su acreedora, Agencia Estatal de la Administración Tributaria, los créditos - de que la cedente era titular contra la Consejería de Turismo de Canarias y el Instituto Insular de Deportes -, no consta hubiera sido aceptada por la cesionaria en el mismo acto y documento, no hay duda de que lo fue después, al menos " acta concludentia ".
Para evidenciarlo, basta con advertir la defensa de la eficacia de la cesión que Agencia Estatal de la Administración Tributaria hizo a lo largo del proceso y reitera ahora, con el recurso de casación.
2ª) La repetida cesión de créditos se realizó " solvendi causa ", esto es, para pagar una deuda preexistente de la cedente a favor de la cesionaria. Y, pese a que así ha sido calificada en las instancias, no se trató de una cesión "pro soluto ", ya que la deuda de Unión Deportiva Las Palmas, SAD frente a Agencia Estatal de la Administración Tributaria no quedó extinguida con el negocio jurídico que se ha declarado resuelto, sino que sigue siendo exigible, al menos en parte.
3ª) Precisamente, el interés que justifica el proceso deriva de que, según se alega, las deudoras cedidas están dispuestas a prorrogar su relación contractual - de patrocinio - con la cedente, después de haber sido declarada en concurso, y, por lo tanto, a seguir haciéndole entrega del dinero convenido en los correspondientes contratos.
SEGUNDO. Alega Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para explicar el fundamento de su afirmación de que el Tribunal de apelación, al declarar - en similar sentido que el Juzgado de Primera Instancia - resuelta, en interés del concurso, la cesión de créditos efectuada a su favor, con funciones solutorias, por Unión Deportiva Las Palmas, SAD, antes de ser declarada en concurso, ha infringido el artículo 61, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio:
(1º) Que la cesión tuvo la estructura propia de una declaración unilateral de voluntad, por lo que está fuera del ámbito del mencionado precepto, referido sólo a relaciones contractuales. (...)
Y (3ª), por último, que la cesión no originó una relación de obligación recíproca pendiente de cumplimiento por las dos partes, condición expresamente exigida en la norma aplicada y, según la recurrente, infringida.
TERCERO. La cesión de crédito " inter vivos " es un negocio jurídico de estructura bilateral, que celebran, consensualmente, cedente y cesionario, al ponerse de acuerdo en transmitir el primero al segundo la titularidad de un crédito de aquel contra un tercero.
No precisa del consentimiento del deudor, cedido, pero si los del cedente y cesionario. Como señaló la sentencia 679/2009, de 3 de noviembre, " la cesión de créditos, como negocio inter vivos, consensual y típicamente traslativo, se perfecciona por el acuerdo de voluntades de cedente -antiguo acreedor- y cesionario -nuevo acreedor-, sin necesidad de que preste su consentimiento el deudor cedido o, incluso, de que tenga conocimiento del cambio subjetivo operado en el lado activo de la relación de obligación ".
Es más, el Código Civil regula la cesión en el título IV del libro IV, artículos 1526 a 1536, como una modalidad del contrato de compraventa, aunque no hay duda de que puede llevarse a cabo por medio de otros distintos - lo que ha permitido afirmar que se trata de un efecto jurídico común a contratos diferentes, que tienen por objeto un derecho de crédito, o que se trata de un contrato con causa plural -.
Se corresponde, además, con la categoría tradicional de los negocios jurídicos contractuales, en cuanto acuerdo de voluntades dirigido, en este caso, a modificar una relación obligatoria, ya que cumple la función de medio de pago de una deuda del cedente a favor del cesionario e impone a éste que satisfaga su derecho, en primer término, con el crédito cedido - con el efecto suspensivo que, para otros supuestos, establece el último párrafo del artículo 1170 del Código Civil-.
Finalmente, como se expuso, la cesión del crédito de Unión Deportiva Las Palmas, SAD a favor de Agencia Estatal de la Administración Tributaria, responde a esa estructura bilateral, aunque la coincidencia de la oferta y la aceptación de cedente y cesionaria no se hubiera producido al mismo tiempo.
El primero de los argumentos de la recurrente no justifica estimar el recurso. (...)
QUINTO. Las obligaciones susceptibles de ser resueltas en interés del concurso - y también por incumplimiento - sólo son las mencionadas en el apartado 2 del artículo 61 - y 62 - de la Ley 22/2.003. Esto es, las " recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte ".
Responde esta exigencia a haber entendido el legislador que la impone el correcto funcionamiento de la reciprocidad - sinalagma funcional -, cuando existen obligaciones de aquel tipo que estén pendientes de cumplimiento por las dos partes contratantes.
Ello supuesto, es lo cierto que el Código Civil no explica en qué consiste la reciprocidad - convertida por la Ley 22/2.003, como se ha dicho, en un concepto determinante de la aplicación de sus mencionados artículos -,

limitándose a establecer su régimen jurídico - artículos 1100 y 1124, de los que la jurisprudencia también deriva la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento del contrato -.
En todo caso, el término se aplica correctamente cuando los deberes de prestación nacidos del contrato son de las dos partes y, además, interdependientes entre sí, de modo que hay entre ellos un nexo causal determinante de que cada uno sea y funcione como contravalor o contraprestación del otro.
Con razón niega la recurrente que la relación jurídica nacida entre cedente y cesionaria de la cesión de créditos sea recíproca y, más aun, que las supuestas prestaciones recíprocamente condicionadas estén pendientes de cumplimiento por las dos partes.
En efecto, los términos de la aceptada declaración de la cedente - a la que hay que estar en respeto a la autonomía de la voluntad - y la naturaleza inmediatamente traslativa del consentimiento de las dos partes que dio vida a la cesión - el artículo 609 del Código Civil se refiere a la adquisición y transmisión de la propiedad y los demás derechos reales - excluyen entender que Unión Deportiva Las Palmas, SAD se hubiera obligado a hacer en el futuro a Agencia Estatal de la Administración Tributaria titular de sus créditos cedidos - nacidos de los contratos de patrocinio celebrados con la Administración autonómica -, al haberse producido ese cambio subjetivo en el lado activo de la relación por el simple consentimiento de ambas.
En conclusión - incluso superando la dificultad que representa calificar como recíproca la relación nacida de la cesión entre cedente y cesionaria -, no se cumple la exigencia del artículo 62, apartado 2, de la Ley 22/2.003, consistente en que las obligaciones estuvieran pendientes de cumplimiento por las dos partes. En efecto, aunque se entendiera - extrayendo consecuencias posibles de lo que no consta - que Agencia Estatal de la Administración Tributaria, al admitir la cesión, aceptó modificar el régimen de exigibilidad de su crédito, dicha novación o efecto se habría ya producido.
El artículo 61, apartado 2, párrafo segundo fue incorrectamente aplicado en las instancias, como denuncia la recurrente.”: STS 11.10.2011 (Sentencia 687/2011; Recurso 1457/2008)

“11. La validez y eficacia de estas cláusulas no se ven afectadas por la declaración de concurso de Llanera y de su filial LLUEI. Aunque para el grupo Llanera el ejercicio del derecho de opción de venta pudiera suponer la resolución del contrato de compraventa y de colaboración, y la restitución a Immochan de las cantidades que hasta ahora hubiera abonado Immochan, el ejercicio de esta facultad no está prohibido por la Ley Concursal, que se limita a dejar sin efecto las cláusulas contractuales que prevean la resolución unilateral del contrato por la mera declaración de concurso de otra de las partes (art. 61.3 LC).
Tampoco cabe, como de hecho pretendían las demandantes, declarar su ineficacia en interés del concurso, para preservar el cumplimiento del contrato, al amparo del art. 62.3 LC. Según este precepto, " *aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado* ". Esta facultad de acordar el cumplimiento del contrato requiere que previamente se haya instado la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes y que concurra la causa de resolución. Y bajo este presupuesto, que no se da en el presente caso, si el juez acuerda la continuación del contrato en interés del concurso, necesariamente debe atender al carácter sinalagmático del contrato y cargar a la masa las prestaciones debidas.
En relación con la vigencia de los contratos tras la declaración de concurso de una de las partes, pendientes de cumplimiento por ambas partes, la Ley Concursal permite invocar el interés del concurso para justificar dos decisiones judiciales extrañas al desenvolvimiento ordinario de los efectos del contrato a la vista de su (in)cumplimiento: i) acordar la resolución del contrato cuando su continuación no resulte de interés para el concurso (art. 61.2 LC); ii) en caso de se haya instado resolución del contrato por incumplimiento del concursado, y exista causa de resolución, acordar la continuación del contrato si ello resulta más beneficioso para los intereses del concurso (art. 62.3 LC).
Pero en ambas casos se respetan los intereses de la parte in bonis. En el primero porque se le indemnizarán, con cargo a la masa, los daños y perjuicios que la resolución le haya deparado, sin perjuicio de la facultad del juez de moderar y determinar el alcance de dichos perjuicios (art. 61.2 LC); y en el segundo porque la continuación del contrato conllevará, para la parte in bonis, que se le abonen con cargo a la masa todas prestaciones debidas y las que se devenguen, en el caso de contratos de tracto sucesivo, en el futuro como consecuencia de la continuación del contrato (art. 62.3 LC).
El caso que ahora es objeto de enjuiciamiento es distinto, pues ni se pide la resolución del contrato en interés del concurso al amparo del art. 61.2 LC, ni tampoco la continuación del contrato a pesar de que procediera la resolución por incumplimiento de la concursada (art. 62.3 LC). En nuestro caso se invoca el interés del concurso para pedir la ineficacia de una cláusula contractual que prevé un derecho de opción de venta a favor de una de las partes, cumplidas una serie de condiciones, lo que conllevaría en la práctica la resolución del contrato, a la vez que se pide el cumplimiento del contrato sin que pueda operar aquella cláusula. La Ley Concursal no ampara la amputación de las cláusulas contractuales cuyo cumplimiento pudiera ser oneroso para la concursada, bajo la genérica justificación de que con ello se pueden satisfacer mejor los intereses afectados por el concurso. De otro modo estaríamos rompiendo el concreto equilibrio de prestaciones querido por las partes al convenir el contrato, lo que supondría un injustificado quebranto del carácter vinculante de lo convenido al amparo de la autonomía privada de la voluntad.
Al margen del ejercicio de las acciones de reintegración, la Ley Concursal no prevé esta posibilidad de dejar sin efecto garantías contractuales a favor de la parte in bonis, como pudiera ser la pactada en este caso (un derecho de opción de venta) o una condición resolutoria, sin perjuicio de que su ejercicio en algún caso pudiera quedar suspendido si se cumplen los requisitos previstos en el art. 56 LC.
En consecuencia procede desestimar la primera pretensión de la demanda.”: STS 26.02.2013 (Sentencia 68/2013; Recurso 1611/2010)

“5. No existe duda de que el contrato que tanto la administración concursal como la concursada pretenden que se resuelva en interés del concurso, al amparo del precepto invocado (art. 61.2.II LC), es un contrato de tracto sucesivo, un arrendamiento de local de negocio, que estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes, por la concursada, que era la arrendadora, y por la arrendataria (parte *in bonis)*. Con ello se cumple el presupuesto legal para que pueda proponerse la resolución en interés del concurso, sin perjuicio de la valoración que el tribunal haga de su procedencia.
En síntesis, el interés invocado en la solicitud de resolución dirigida al juzgado se apoyaba en dos circunstancias. La primera que el contrato de arrendamiento de local de negocio, como consecuencia de haberse constituido bajo un régimen de renta antigua y prórroga forzosa, a pesar de la actualización de las rentas impuesta por la LAU de 1994, generaba una renta mensual desproporcionadamente inferior a la que se viene cobrando en locales de características similares, en aquella zona (la Puerta del Sol de Madrid). En concreto, se afirmaba que la renta mensual actualizada era de 4.860,48 euros, cuando el alquiler de un local de similares características (ubicación y superficie), sito en las cercanías de la Puerta del Sol, podría comportar la obligación de pago de una renta mensual de 48.689,33 euros.
La segunda circunstancia que este contrato de arrendamiento impedía el desarrollo de un proyecto de rehabilitación del edificio, mediante la unificación de toda la planta (donde se halla el local objeto de litigio), que permitiría incrementar el rendimiento de su explotación.
6. «El interés del concurso» es un parámetro fijado por la ley para que el tribunal pueda apreciar, en cada caso, sobre la procedencia de la resolución de un contrato de estas características.
Es cierto que «el interés del concurso» se refiere a lo que mejor convenga a la finalidad perseguida con el concurso de acreedores, que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado. Este interés legitima que el juez autorice al concursado a que se desligue de la relación contractual. Pero, al mismo tiempo, ello no supone que se obvien los derechos de la contraparte, pues el precepto expresamente prevé, como un efecto de la resolución, que además de la liquidación de la relación contractual, se pueda acordar con cargo a la masa la indemnización de los daños y perjuicios que para la parte *in bonis* pueda representar la resolución.
En la sentencia 189/2016, de 18 de marzo, afirmamos que la indemnización de daños y perjuicios no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato en cuestión, sino que en cada caso debe apreciarse si han existido los daños y perjuicios, y la cuantificación de la indemnización:
«La dicción literal del precepto muestra que la indemnización de los daños y perjuicios con cargo a la masa no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato por convenir al interés del concurso. Es necesario realizar un enjuiciamiento tanto fáctico como jurídico, esto es, es necesario valorar si aplicando la regulación contractual establecida en el contrato a las circunstancias fácticas concurrentes, la resolución que resulta del régimen excepcional contenido en el art. 61.2 de la Ley Concursal determina la procedencia de indemnizar daños y perjuicios, y si efectivamente tales daños y perjuicios se han producido».
Como esta indemnización está anudada a la eventual resolución del contrato, nada impide que podamos tener en consideración esta previsión legal, que reconoce el derecho de la parte *in bonis* a percibir la indemnización de los daños y perjuicios que la resolución le pudiera reportar, a la hora de sopesar la existencia del «interés del concurso».
La previsión de la eventual indemnización para la parte *in bonis,* que tiene como presupuesto que la resolución le haya reportado daños y perjuicios, pone en evidencia que el interés del concurso puede legitimar la resolución del contrato, pero no puede obviar el perjuicio que esta resolución puede reportar a la contraparte, que se traduce en una indemnización con cargo a la masa.
A este respecto, en relación con la primera circunstancia alegada para justificar el interés del concurso, existe una correlación entre el incremento que por rentas podría tener la arrendadora si se resuelve anticipadamente el contrato, con el perjuicio que esta resolución anticipada le reportaría al arrendatario, que tendría que pagar una renta mayor a la que viene pagando, durante el tiempo en que, si no fuera por la resolución anticipada, estaría vigente el contrato.
Por ello, propiamente, por esta primera circunstancia no existe interés del concurso, pues el incremento de rentas que se supone que se alcanzaría con la resolución del contrato (la diferencia entre la renta que cobra del arrendatario actual y lo que podría cobrar según el mercado) es equivalente con el perjuicio que la resolución anticipada le reportaría al arrendatario (la diferencia entre la renta que paga y la que debería de pagar para mantenerse en un local de esas características en esa zona). Dicho de otro modo, de forma estimativa, la evaluación económica del beneficio que se piensa obtener con la resolución coincidiría con el perjuicio que la resolución ocasionaría al arrendatario, que debería ser indemnizado con cargo a la masa.
7. Cuestión distinta es la segunda circunstancia. Se aduce que existe un proyecto para modificar la distribución de locales del inmueble, que permitiría la unión de espacios, lo que conllevaría una revalorización del espacio destinado a local, y por ello generaría un incremento de las rentas que podrían cobrarse.
Esta segunda circunstancia sí que apunta a un beneficio suplementario, que no se corresponde con un correlativo y equivalente (desde el punto de vista de su evaluación económica) perjuicio para el arrendatario. Si la resolución del contrato permite llevar a cabo una operación de transformación interior del inmueble que revalorizaría su explotación arrendaticia, existe interés del concurso porque redundará en un incremento de la masa activa.
8. Procede, por tanto, la estimación en parte del recurso de apelación. Declaramos la procedencia de la resolución del contrato en interés del concurso, para el caso en que no estuviera ya resuelto por expiración del término (legal, previsto en la reseñada disposición transitoria de la LAU 1994) y la arrendadora siguiera interesada en hacer efectiva la resolución. Y reconocemos, en caso de que se haga efectiva la resolución anticipada, el derecho de la arrendataria a ser indemnizada, con cargo a la masa o de quien se hubiera subrogado en el contrato de arrendamiento, de los perjuicios derivados de la resolución anticipada del contrato de arrendamiento.

El importe de esta indemnización se fijará en ejecución de sentencia, a partir de las siguientes bases: la diferencia entre el importe de la última renta mensual actualizada (4.860,48 euros) y la que el arrendador manifiesta que se paga en un local de esas características y ubicación (48.689,33 euros); por los meses que todavía restaran entre la resolución anticipada -si llega a haberla- y el término que conforme a las normas transitorias de la LAU 1994 correspondiera a este contrato para continuar con el régimen anterior de prórroga forzosa.": STS 10.11.2016 (Sentencia 660/2016; Recurso 2694/2014)

AP Alicante

"SEGUNDO.-En la Ley Concursal, se establece como principio general que la declaración del concurso no afecta a la vigencia de los contratos. A tal efecto, se estipula en el artículo 61-3 que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato por causa de la declaración del concurso de cualquiera de las partes.
Tal principio tiene sus excepciones, que modifican el régimen general de resolución contractual contenido en el artículo 1124 del Código Civil, y en primer lugar, la contenida en el artículo 61-1 párrafo 1º -, el interés del concurso, causa por sí sola bastante, según establece el párrafo 2º del mismo precepto, para promover y obtener la resolución del contrato, es decir, para hacer crisis en el mismo.
Ahora bien, tal excepción viene condicionada por la concurrencia de dos características que han de concurrir en los contratos, a saber, en primer lugar, que se trate de contratos que contengan obligaciones recíprocas y, en segundo lugar, que se trate de contratos en los que estén, tales obligaciones, pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte.
Es cierto que el concepto "interés del concurso" está jurídicamente indeterminado, aunque claramente viene referido a la protección de la masa, la activa y pasiva, en tanto la integridad y contenido patrimonial de la primera se proyecta sobre la mayor posibilidad de cobro de los integrantes de la masa pasiva, es decir, sobre el interés de los acreedores que no es otro que el de la satisfacción de sus créditos en su integridad o en su mayor proporción y mejor condición que es siempre la más próxima a la natural.
Precisamente, esta circunstancia específica, hace palidecer otros matices que se podrían atender para justificar una resolución contractual como lo sería, en el caso de arrendamientos de servicios, la quiebra de la confianza pues, exista o no tal quiebra, dado que en el concurso la dirección de los resultados contractuales se dirigen o fiscalizan por terceros -administración concursal- bajo la tutela judicial, pudiera resultar irrelevante si conviniera al interés concursal que es el que se debe velar tanto por la Administración concursal como por el Juez del concurso a la hora de decidir sobre la vigencia de los contratos como, por otro lado resulta de manera patente, a través de la regla establecida como excepcional o propia del concurso, de interés del concurso, acordar el cumplimiento contractual aunque exista causa de resolución -art 62-3 LC -.
Pues bien, en el caso nos encontramos ante el supuesto que autoriza la proyección del interés concursal como causa específicamente concursal de resolución.
En efecto, los contratos cuya resolución de insta son contratos que contienen obligaciones bilaterales hecho que no está en cuestión- y hay obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes -hecho que tampoco está en cuestión-.
El que hasta la fecha haya cumplimientos de una parte in bonis, que son parciales en el conjunto del contrato al punto que se opone a la resolución a fin de dar cumplimiento al resto de obligaciones pendientes -generando créditos contra la masa- e incumplimientos por la concursada, y por tanto, como aduce el recurrente, esté legitimado para promover la resolución contractual, en absoluto obsta tal situación la facultad resolutota específica de referencia en base al interés del concurso porque, dándose los presupuestos indicados, la resolución por razón de incumplimiento -art 62 -en absoluto es excluyente de la resolución por interés del concurso -art 61-2 - que es una modalidad resolutoria, como hemos señalado, autónoma y específica del régimen concursal. ": SAP Alicante (Sección 8) 12.05.2011 (Sentencia 205/2011; Rollo 99/2011)

AP Barcelona

"Además, debe significarse que la pretensión de la actora es la resolución de los contratos en interés del concurso, con arreglo al art. 61.2 LC, debido a la imposibilidad de cumplir con su obligación de entrega de las fincas objeto del contrato. La cuestión litigiosa debe pues centrarse en la procedencia de la resolución de conformidad con el art. 61.2 LC, esto es, en la resolución contractual por interés del concurso, distinta de la resolución por incumplimiento que prevé al apartado 1 del art. 62 LC. La apelante no ha discutido, ni formulado alegaciones relativas a la improcedencia de la resolución por ausencia de los presupuestos para la aplicación del art. 61.2 LC, limitando su recurso a invocar la mala fe en el incumplimiento contractual de la demandante con base en el art. 7 CC.
Por todo ello, esta Sala, además de no apreciar que concurra la mala fe invocada por la apelante, estima que los contratos de compromiso de compraventa y de compraventa objeto de resolución caen en el ámbito de aplicación del art. 61.2 LC, por tratarse de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en el momento de la declaración del concurso, y, atendiendo al interés del concurso, concluye que es procedente declarar su resolución, reconociendo a los demandados- apelantes el reintegro con cargo a la masa de las cantidades entregadas en su día, más la suma de 5% de las mismas en concepto de indemnización de daños y perjuicios, con confirmación de la sentencia dictada en la primera instancia.": SAP Barcelona (Sección 15) 09.05.2012 (Sentencia 183/2012; Rollo 561/2011)

AP Castellón

“El art. 61.2, párrafo segundo, de la Ley Concursal contempla la llamada resolución en interés del concurso, pretendida en la demanda y declarada en la sentencia recurrida. Aunque no hay un concepto legal de cuál es el interés del concurso, es criterio generalmente asumido que es el que sirva a la mejor satisfacción de los intereses de los acreedores, que parece ser la finalidad del concurso, a la vista de que en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal se dice que "(el proceso concursal) permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso " (apartado II párrafo 4º). Es, en definitiva, un concepto jurídico indeterminado, que se viene entendiendo como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado, lo que dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso. (SAP Valencia, Secc. 9, de 22 de diciembre de 2010; ROJ: SAP V 6422/2010).
En cuanto a las obligaciones susceptibles de ser resueltas en interés del concurso son las mencionadas en el apartado 2 del artículo 61 -y 62- de la Ley Concursal, es decir, las "recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte".“:
SAP Castellón (Sección31) 12.11.2012 (Sentencia 533/2012; Rollo 370/2012)

“El artículo 61.2 de la Ley Concursal concede una facultad resolutoria, al margen del régimen general que establece el artículo 1.124 del Código Civil, basado en el incumplimiento en atención a un interés que considera superior al individual de la contraparte, una facultad o derecho potestativo de carácter extintivo, que otorga el poder de extinguir una relación jurídica preexistente, sin necesidad de incumplimiento por la otra parte, en atención al parámetro de la "conveniencia al interés del concurso ", sin concretas salvedades o excepciones, facilitando la interpretación de que el criterio legal que habilita la resolución, el "interés del concurso ", prevalece en todo caso, sin importar la posición o prerrogativas legales reconocidas a la contraparte.
El interés del concurso presupone un conflicto entre el interés particular de los contratantes (el concursado y el tercero contratante, en una concreta relación) y un interés superior, representado por una colectividad (los acreedores que concurren, sometidos en régimen de universalidad, al procedimiento concursal), y en esa situación la Ley Concursal otorga prevalencia a este último por considerarlo un interés de superior rango que, en esa colisión, debe prevalecer y justifica el sacrificio individual de la contraparte.
El interés del concurso, como se indica en la sentencia recurrida, es un concepto jurídico indeterminado, pues la Ley Concursal no lo define. La doctrina científica y la jurisprudencia (Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 16 de octubre de 2.013), vienen entendiendo por "interés del concurso ", en términos generales y en última instancia, la búsqueda del mayor grado de satisfacción general de los acreedores, es decir, cuando con la resolución del contrato se logre un mayor grado de satisfacción de los acreedores que con su mantenimiento; la mayor satisfacción de los acreedores se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores.”: SAP Castellón (Sección 3) 17.02.2014 (Sentencia 56/2014; Rollo 584/2013)

AP Valencia

“4.- Cierto es que conforme al artículo 61. 2. II "la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso".
La Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de marzo de 2012 (Roj: SAP VA 405/2012, Pte. Sr. Sendino Arenas), en interpretación de la norma, también afirma que el concepto *"interés del concurso" es un concepto jurídico indeterminado. Dice: "... la legislación concursal, ha querido añadir una previsión especifica a las disposiciones o reglas generales sobre la resolución contractual contenidas en los artículos 1124 y ss del Código Civil, basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes, de modo que para el éxito de esta iniciativa resolutoria, no resulta determinante el que se haya producido o no un incumplimiento del contrato por parte de la concursada, ni tampoco la aquiescencia o el consentimiento del contratante cumplidor o " in bonis", pues, el único presupuesto necesario para utilización de este instrumento lo constituye la satisfacción del interés del concurso, siendo este un concepto jurídico indeterminado que aunque no viene concretado por la norma, es mencionado en el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y en algunos de sus preceptos (artículos 43, 61.2, 63.2, 92.7 54.2, 165.2) de todo lo cual puede deducirse que consiste en "la mayor satisfacción de los acreedores del concurso," es decir, el interés del concurso se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores."*
Y añade que *" no se trata, de que el interés del concurso deba prevalecer a toda costa";* procediendo seguidamente a valorar en el caso concreto (se trataba de un contrato de compraventa) si la resolución convenía o no para satisfacer dicho interés, (que en el caso examinado, apreció que convenía) atendida la naturaleza e importancia económica del contrato así como de las obligaciones reciprocas aun vigentes y pendientes de cumplimiento.
Esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia ha declarado que el "interés del concurso" es un concepto jurídico indeterminado. En sentencia de 4 de octubre de 2011 (Roj: SAP V 5577/2011, Pte. Sra. Andrés Cuenca), con cita de otras anteriores, todas ellas relativas a la compraventa de vivienda sobre plano, se dice: *"la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. [...].*
la excepción de apreciarse un interés superior, cual es el "interés del concurso", concepto jurídico

indeterminado aunque viene entendido como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado que evidente es dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso." ".: SAP Valencia (Sección 9) 02.05.2012 (Sentencia 150/2012; Rollo 111/2012)

"OCTAVO.- Sobre la pretensión de resolución en interés del concurso.
Tampoco cabe acoger la pretensión articulada al amparo del artículo 61.2 de la Ley Concursal, pues no concurren al caso los presupuestos de aplicación de la norma, esto es, contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del del concursado como de la otra parte.
Téngase presente que del propio documento negocial se desprende que CISA obtuvo carta de pago de la cantidad que había retenido de una operación con tercero en esta litis para su entrega a la actora. Y que ambos socios cumplieron lo acordado en el documento: aportar a la entidad RESIDENCIAL LA MAIMONA SA el importe de 10.710.319,95 cada una de ellas para la ampliación de capital, a cambio de lo cual recibieron los títulos correspondientes, quedando culminado el proceso de ampliación de capital a tenor de la documental aportada a las actuaciones dentro del breve plazo que las propias partes pactaron.": SAP Valencia (Sección 9) 10.11.2014 (Sentencia 307/2014; Rollo 434/2014)

AP Valladolid

"Por contra, apenas motiva el único motivo que la demandante alegaba en dicho escrito rector con el fin de justificar la resolución de los contratos suscritos entre las partes, que no era otro que el previsto en el segundo párrafo del articulo 61.2 de la Ley Consursal, en el que literalmente se dice, no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato "si lo estimaran conveniente en interés del concurso" lo cual será decido por el juez estableciendo en su caso las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.
Quiere con ello decirse que la legislación concursal, ha querido añadir una previsión especifica a las disposiciones o reglas generales sobre la resolución contractual contenidas en los artículos 1124 y ss del Código Civil, basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes, de modo que para el éxito de esta iniciativa resolutoria, no resulta determinante el que se haya producido o no un incumplimiento del contrato por parte de la concursada, ni tampoco la aquiescencia o el consentimiento del contratante cumplidor o " in bonis", pues, el único presupuesto necesario para utilización de este instrumento lo constituye la satisfacción del interés del concurso, siendo este un concepto jurídico indeterminado que aunque no viene concretado por la norma, es mencionado en el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y en algunos de sus preceptos (artículos 43, 61.2, 63.2, 92.7 54.2, 165.2) de todo lo cual puede deducirse que consiste en "la mayor satisfacción de los acreedores del concurso," es decir, el interés del concurso se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores. (...)
Como antes dijimos el legislador, ha querido con esta especial facultad resolutoria, conceder prioridad al interés del concurso sobre las también legitimas aspiraciones de certidumbre de los contratantes aunque lo fueran "in bonis", por lo que ninguna virtualidad cabe atribuir a las alegaciones dirigidas a denunciar la existencia de una falta de equidad y abuso de derecho por parte de la Administración Concursal, que no hace sino ejercitar legítimamente un derecho establecido y reconocido por la Ley Concursal. ": SAP Valladolid (Sección 3) 05.03.2012 (Sentencia 897/2012; Rollo 450/2011)

"El juzgador de instancia, interpreta y aplica con buen criterio lo estatuido en el artículo 61.2 de la Ley Concursal, que literalmente dice que no obstante los dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión o el concursado, en caso de intervención, " podrán solicitar la resolución del contrato " si lo estimaran conveniente en interés del concurso " lo cual será decido por el juez estableciendo en su caso " las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa".
Quiere con ello decirse que la legislación concursal, si bien proclama la vigencia y permanencia de los contratos con obligaciones recíprocas, pendientes de cumplimiento o parcialmente cumplidos por las partes, ha querido añadir una previsión especifica a las disposiciones o reglas generales sobre la resolución contractual contenidas en los artículos 1124 y ss del Código Civil, basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes, de modo que para el éxito de esta iniciativa resolutoria, no resulta determinante el que se haya producido o no un incumplimiento del contrato por parte de la concursada, ni tampoco la aquiescencia o el consentimiento del contratante cumplidor o " in bonis", pues como antes se dijo, el presupuesto necesario para utilización de este instrumento lo constituye únicamente la satisfacción del interés del concurso, siendo este un concepto jurídico indeterminado que aunque no viene concretado por la norma,es mencionado en el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y en algunos de sus preceptos (artículos 43, 61.2, 63.2, 92.7 54.2, 165.2) pudiéndose deducir de todo ello que dicho interés consiste en " la mayor satisfacción de los acreedores del concurso," es decir el interés del concurso se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores. ":SAP Valladolid (Sección 3) 20.11.2012 (Sentencia 350/2012; Rollo 619/2011)

JM-1 Palma de Mallorca

"Segundo: pasando a tratar el problema de fondo planteado, la posible resolución del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, suscrito por la concursada con Sa Nostra de Inversiones, por interés del

concurso, debemos recordar lo novedoso del actual sistema concursal, especialmente en lo referente a los efectos del concurso, y particularmente sobre los contratos en que la concursada es parte.
Como punto de partida podemos destacar que resulta de suma importancia la nueva visión que del proceso concursal ha adoptado el legislador, cambiando la finalidad de liquidación del patrimonio del deudor, para con su producto satisfacer, en la medida de lo posible, los créditos de los acreedores, para pasar a estimar como aplicable el criterio de la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor como medio de solución de la situación crisis actual o inminente en que se ha podido ver inmerso el deudor, y cuando no sea posible la misma, acudir a la vía de la liquidación. De aquí que una de las medidas básicas que se han de adoptar para aquello sea el de la protección del patrimonio del deudor como instrumento inmediato al servicio del éste y mediato de los acreedores, concibiéndose como solución lógica de la situación de crisis del concursado la continuidad productiva de la actividad de éste y por ende la obtención de nuevos recursos patrimoniales con los que afrontar los créditos de la masa pasiva.
Y dentro de esa protección, confiere especial importancia el mantenimiento de las relaciones contractuales como fuente y base del mantenimiento de la actividad negocial de la concursada, como fuente de generación de recursos que permita esa subsistencia de la deudora que, a su vez, le de la oportunidad de satisfacer los créditos de sus acreedores.
Fruto de ello, como se reconoce en la propia exposición de motivos de la Ley Concursal, el apartado III de la misma, confirma que ha existido un gran cambio avanzando hacia una concreta y detallada regulación de los efectos concursales, afirmando que la realidad del concurso no debe afectar a la vigencia de las relaciones contractuales en que la sociedad concursada sea parte, a aquellas prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Y así se ha recogido en el artículo 61 LC, titulado “Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, incluyendo en el apartado 2 la regla general de que la declaración del concurso no afectará por sí sola a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. De igual manera, se ofrece una pormenorizada regulación de los efectos que la declaración concursal comporta para aquellos contratos en que la falta de cumplimiento afecte solo a uno de los contratantes, ya sea la concursada o la parte in bonis (art.61.1 LC).
Tercero: partiendo de ese planteamiento general enunciado, el legislador, consciente de la excepcionalidad que comporta la declaración de concurso, consciente del dinamismo que todo proceso concursal conlleva, en que desde el momento inicial hasta el último trámite judicial, existen variaciones y cambios en distintos sentidos, ha planteado una previsión normativa que ofrece soluciones a esa realidad cambiante, en función de los intereses dignos de tutela, tales como la preservación de la integridad patrimonial de la concursada y la par condicio creditorum, sustento y fundamento del proceso concursal. Y dentro de ese marco es donde se encuadra la novedosa figura de la resolución de los contratos por interés del concurso, como medio pensado para liberar determinados activos, sujetos a unas relaciones contractuales, que desde el punto de vista de los intereses colectivos, podrían suponer un “freno” al buen fin del proceso judicial, que no es otra que la satisfacción de los créditos de los acreedores.
Estamos en presencia de la disposición de un bien de la masa activa del concurso, mediante la extinción de un crédito inserto en el patrimonio concursal, afecto a un contrato pendiente, en función de un interés superior al de las partes contratantes (al de la concursada y al de la parte in bonis), en concreto, al interés del concurso, terminología empleada por el legislador, que no define qué se entiende por ello, sino que debe ser integrada por un análisis conjunto de la normativa.
Pero en todo caso necesita de forma imprescindible, como requisito ineludible, el que se trate de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes a la fecha de la declaración de concurso. Solo ese tipo de relaciones contractuales son las que pueden ser sometidas a la resolución interesada en la demanda que ahora se resuelve.”: SJM-1 Palma de Mallorca 17.06.2013 (Incidente 1/2012; Concurso 568/2012)

1.0 Límites por colisión con la existencia de específica protección legal de la posición jurídica de la contraparte, como la prórroga forzosa prevista en la LAU de 1964

AP Barcelona

" 6. El litigio, en función de los términos que configuran el debate procesal, plantea una cuestión jurídica relevante, cual es la de determinar si la facultad resolutoria que reconoce el art. 61.2 LC, determinada por el "interés del concurso", alcanza a todo tipo de contratos que permanecen en vigor tras la declaración del concurso con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, superponiendo así y en todo caso el interés del concurso frente a cualesquiera relaciones jurídicas incluidas en el ámbito de aplicación de la norma; o si esta facultad tiene límites, de tal modo que deba ceder en supuestos en los que la posición jurídica de la contraparte se encuentre protegida por la Ley, concretamente en relación con los arrendamientos de viviendas o locales sujetos al régimen de prórroga forzosa reconocido por la LAU de 1964 que, tras las modificaciones operadas en la normativa arrendaticia, sigue en vigor como régimen tuitivo en beneficio del arrendatario.
7. Es cierto que el precepto concursal concede la facultad resolutoria, al margen del régimen general basado en el incumplimiento (art. 1124 CC), con aparente amplitud, sin concretas salvedades o excepciones, facilitando la interpretación de que el criterio legal que habilita la resolución, el "interés del concurso", prevalece en todo caso, sin importar la posición o prerrogativas legales reconocidas a la contraparte.
El interés del concurso presupone un conflicto entre el interés particular de los contratantes (el concursado y el tercero contratante, en una concreta relación) y un interés superior, representado por una colectividad (los acreedores que concurren, sometidos en régimen de universalidad, al procedimiento concursal), y en esa situación la LC otorga prevalencia a este último por considerarlo un interés de superior rango que, en esa

colisión, debe prevalecer y justifica el sacrificio individual de la contraparte contractual (supuesto que ha venido cumpliendo el contrato de obligaciones recíprocas).
El interés del concurso, se ha repetido, es un concepto jurídico indeterminado, pues la LC no lo define. La doctrina y los órganos mercantiles vienen entendiendo por "interés del concurso", en términos generales y en última instancia, la búsqueda del mayor grado de satisfacción general de los acreedores, es decir, cuando con la resolución del contrato se logre un mayor grado de satisfacción de los acreedores que con su mantenimiento; la mayor satisfacción de los acreedores se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores.
8. En este caso, el "interés del concurso" se justifica porque se trata de un contrato que, por razón de la legislación protectora de los arrendatarios de fincas urbanas, proporciona a la propiedad (la concursada) unas rentas muy inferiores a las de mercado, que podría obtener mediante un arriendo sometido a la Ley arrendaticia vigente una vez conseguida la liberación del régimen de prórroga forzosa, como podría obtener así mismo un valor de enajenación muy superior al que obtendría de vender el inmueble con un arrendatario (o varios) amparados por la prórroga forzosa y por un régimen de rentas no acordes con las que actualmente se pagan en el mercado, con o sin rehabilitación del inmueble (como indica la sentencia).
En este sentido, la AC señala en su escrito de oposición al recurso que "el interés concursal se materializa en la posibilidad de obtener un mayor rendimiento al edificio libre de arrendatarios, o con arrendamientos actualizados a valor de mercado" y que "lo que produce la resolución es la posibilidad para la concursada de aumentar el rendimiento que se pueda obtener del mismo, lo cual redunda en beneficio de la masa del concurso".
Ciertamente, no cabe duda de que es así; mediante la destrucción de la posición jurídica del arrendatario que goza del derecho a la prórroga forzosa la masa podrá lograr un rendimiento muy superior al actual y un valor de realización (ya sea en el escenario de convenio o en el de la liquidación) también muy superior al que se obtendría de enajenar el inmueble con arrendatarios beneficiarios de la prórroga forzosa.
9. El art. 61.2 LC concede así, en atención a un interés que considera superior al individual de la contraparte, una facultad o derecho potestativo de carácter extintivo, que otorga el poder de extinguir una relación jurídica preexistente, sin necesidad de incumplimiento por la otra parte, en atención al parámetro de la "conveniencia al interés del concurso".
Ahora bien; se proyecta en este caso sobre una relación jurídica de arrendamiento de local de negocio que el arrendador no puede dar por terminada por su mera voluntad, si no es con el consentimiento del arrendatario, pues el contrato "se prorrogará obligatoriamente para el arrendador", aun cuando un tercero le suceda en sus derechos u obligaciones (art. 57 LAU de 1964), sólo con las excepciones que la propia LAU establece (arts. 56 y siguientes y 70 y siguientes), revistiendo por ello el carácter de contrato prácticamente vitalicio, y sin perjuicio de que puedan tener lugar subrogaciones al fallecimiento del arrendatario (arts. 59, 60 y concordantes de la LAU de 1964), y en principio sujeto sólo a las causas de resolución previstas en la legislación especial (art. 114 LAU de 1964) que, es cierto, no han sido expresamente modificadas por la LC.
Esta legislación especial tiene carácter tuitivo, concede beneficios a los arrendatarios que son irrenunciables, en particular el de la prórroga forzosa (incluidos los arrendatarios de locales de negocio; art
6.3 LAU de 1964), y, por lo menos en lo que respecta al régimen de prórroga forzosa, ha sido dictada por razones de utilidad pública e interés social.
Se produce por tanto, no ya una colisión de normas, sino una colisión de derechos, pero de tal magnitud que -estimamos- desborda la inicial previsión del legislador concursal a la hora de configurar la facultad resolutoria del art. 61.2 LC y el escenario que podría representarse en la pugna entre un interés individual (del contratante o contratantes) y un interés colectivo (del concurso, o en última instancia de los acreedores).
10. La STC 89/1994, de 17 de marzo, examina (y termina por confirmar) la constitucionalidad del régimen de prórroga forzosa y, a estos efectos, atiende a su fundamento y finalidad. Establece esta STC la siguiente doctrina:
<< Este Tribunal ha declarado (STC 37/1987) que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.
Ello supone que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (así arts. 40.1, 45.2, 128.1 y 130.1
entre otros). Por ello, corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho.
Incumbe así al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales. Y esa competencia se extiende también a la materia de arrendamientos urbanos, como este Tribunal ha tenido ya oportunidad de afirmar (...).
De lo expuesto resulta que no es la prórroga forzosa per se el origen de una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado (...); ello no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal, el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción

o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendaticia se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. Esa limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución.
La historia de la regulación de los arrendamientos urbanos muestra efectivamente que la introducción de la prórroga forzosa, entre otras medidas, respondía a una finalidad tuitiva de intereses que se consideraban necesitados de una especial protección, concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario; ello se verifica incluso en las mismas Exposiciones de Motivos de las leyes reguladoras de este tipo de arrendamientos (así, en la de la Ley de Bases de 22 diciembre 1955). (...) Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el art. 39.1 de la Constitución. Responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir (con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado. Y debe señalarse que un razonamiento similar puede llevarse a cabo respecto del arrendamiento de locales de negocio, en cuanto que la prórroga forzosa representa un favorecimiento, por el legislador, del mantenimiento de empresas o actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de apoyo a la producción y al empleo, respaldadas por los mandatos de los arts. 35, 38 y 40 de la Constitución. (...).
Pero además, tampoco cabe estimar correcto el alegato de que ha desaparecido en la actualidad la originaria función tuitiva de la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos, lo que se corroboraría por el mismo tenor de la nueva legislación, contenida en el Real Decreto-ley 2/1985, que suprime tal prórroga forzosa a los nuevos arrendamientos.
Esta consideración parte de un presupuesto fáctico que, al consistir en la apreciación de la presente situación del mercado inmobiliario, únicamente compete valorar al legislador.
En efecto, si bien es evidente que la restricción del art. 57 LAU obedece a circunstancias históricas concretas (y no sólo, por cierto, a las propias del período de la posguerra civil, en que la escasez de viviendas respondía a la destrucción ocasionada en la contienda, sino, ya en los años 20, a la desproporción entre oferta y demanda locativas producida por la migración rural a las ciudades), no lo es menos que sólo al legislador le corresponde evaluar si tales circunstancias se han superado hasta el punto de permitir la suavización
o supresión de los límites que pesan sobre las facultades dispositivas del arrendador. Esta autonomía de apreciación que pertenece al legislador, y únicamente a él, no cabe que sea reemplazada por el juicio de los órganos judiciales ni por el de este Tribunal (...)>>.
Resaltamos, en suma, que estamos ante una institución, la prórroga forzosa, que es establecida por una ley tuitiva de intereses que el legislador considera necesitados de una especial protección (la de los arrendatarios de viviendas y locales de negocio ante la situación del mercado inmobiliario), y que responde a razones de utilidad pública e interés social que determinan la intervención del legislador para limitar el contenido de los derechos dominicales en atención a la función social del derecho de propiedad, que es un límite intrínseco. Y "sólo al legislador le corresponde evaluar si tales circunstancias se han superado hasta el punto de permitir la suavización o supresión de los límites que pesan sobre las facultades dispositivas del arrendador; esta autonomía de apreciación que pertenece al legislador, y únicamente a él, no cabe que sea reemplazada por el juicio de los órganos judiciales..."
11. Lo cierto es que el legislador ha mantenido vigente el régimen de prórroga forzosa para los contratos de arrendamiento celebrados (como el de autos) antes de cierta fecha, sin apreciar cambios en la realidad socio-económica que hayan aconsejado suprimir este derecho, en las sucesivas modificaciones legislativas de la normativa arrendaticia (Real Decreto- Ley 2/1985 y vigente LAU de 1994).
No estimamos que por medio de la LC el legislador haya querido incidir, para suprimirlo, en el régimen de la prórroga forzosa en atención a la situación de concurso del propietario, mediante el art. 61.2 LC, sin modificación expresa de la LAU en este sentido".
SÉPTIMO.-Por lo expuesto concluimos entonces, al igual que hacemos ahora, "que el derecho o facultad resolutoria que reconoce el art. 61.2 LC no es omnímodo, sino que tiene límites. Unos, intrínsecos o naturales, derivados de la propia naturaleza de este derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica y social que a través de él se trata de realizar, así como los derivados de los principios generales que prohíben el ejercicio abusivo, antisocial o contrario a la buena fe (art. 7 CC). Y otros extrínsecos, motivados por la colisión con derechos subjetivos ajenos, en este caso con el derecho del arrendatario a que sea respetada la vigencia de la relación arrendaticia por virtud del derecho a la prórroga forzosa, establecido en su beneficio por una ley tuitiva, y que sólo puede ceder en los supuestos establecidos por dicha ley.
En la presente colisión de derechos estimamos que el art. 61.2 LC no debe prevalecer ante el derecho adquirido por el arrendatario, reconocido por una ley de carácter tuitivo que atiende a la utilidad pública y al interés social, y que no es posible derogar si no es al amparo de una norma expresa y específica dictada por el legislador que, en casos como el presente, prime el interés del concurso sobre el interés social y general que justifica el blindaje otorgado a la posición jurídica del arrendatario mediante la institución de la prórroga forzosa": SAP Barcelona (Sección 15) 16.10.2013 (Rollo 134/2013), citada y transcrita por SAP Barcelona (Sección 15) 30.06.2014 (Sentencia 229/2014; Rollo 114/2014)

"QUINTO.-Fuera de ello, la recurrente insiste en los mismos argumentos que esgrimió en la contestación. Así, en primer lugar, sostiene que el proyecto que RESTAURA quiere acometer en el edificio de la Puerta del Sol 9 de Madrid *"no es el que se dice que se va a hacer".* No están previstas actuaciones o transformaciones en los

locales arrendados, sino actuaciones puntuales que no precisan el desalojo.
En segundo lugar, entiende que no ha quedado acreditado el interés del concurso y, en cualquier caso, que no puede prevalecer frente al interés del arrendatario. Ese interés no puede ser absoluto, al extremo de perjudicar gravemente los intereses de la demandada, generándose una situación de enriquecimiento injusto. A su entender, no se puede utilizar la Ley Concursal para obtener lo que la Ley de Arrendamientos Urbanos no permite. Se infringiría con ello los artículos 57 y 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que establece un régimen de prórroga forzosa y limita las causas de resolución. Igualmente considera infringidos los artículos 14 y 9 de la CE y 1.091 y 1.256 del Código Civil.
Tanto la administración concursal como la concursada se opusieron al recurso y solicitaron se confirmara la sentencia por sus propios fundamentos.
SEXTO.-Este tribunal ya ha tenido la ocasión de pronunciarse en un litigio muy similar en el mismo concurso de RESTAURA, que afectaba a otro local del edificio de la Puerta del Sol 9 de Madrid (Rollo 134/2013, sentencia de 16 de octubre de 2013) Dijimos entonces lo siguiente sobre los límites de la facultad resolutoria en interés del concurso:
" 6. El litigio, en función de los términos que configuran el debate procesal, plantea una cuestión jurídica relevante, cual es la de determinar si la facultad resolutoria que reconoce el art. 61.2 LC, determinada por el "interés del concurso", alcanza a todo tipo de contratos que permanecen en vigor tras la declaración del concurso con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, superponiendo así y en todo caso el interés del concurso frente a cualesquiera relaciones jurídicas incluidas en el ámbito de aplicación de la norma; o si esta facultad tiene límites, de tal modo que deba ceder en supuestos en los que la posición jurídica de la contraparte se encuentre protegida por la Ley, concretamente en relación con los arrendamientos de viviendas o locales sujetos al régimen de prórroga forzosa reconocido por la LAU de 1964 que, tras las modificaciones operadas en la normativa arrendaticia, sigue en vigor como régimen tuitivo en beneficio del arrendatario.
7. Es cierto que el precepto concursal concede la facultad resolutoria, al margen del régimen general basado en el incumplimiento (art. 1124 CC), con aparente amplitud, sin concretas salvedades o excepciones, facilitando la interpretación de que el criterio legal que habilita la resolución, el "interés del concurso", prevalece en todo caso, sin importar la posición o prerrogativas legales reconocidas a la contraparte.
El interés del concurso presupone un conflicto entre el interés particular de los contratantes (el concursado y el tercero contratante, en una concreta relación) y un interés superior, representado por una colectividad (los acreedores que concurren, sometidos en régimen de universalidad, al procedimiento concursal), y en esa situación la LC otorga prevalencia a este último por considerarlo un interés de superior rango que, en esa colisión, debe prevalecer y justifica el sacrificio individual de la contraparte contractual (supuesto que ha venido cumpliendo el contrato de obligaciones recíprocas).
El interés del concurso, se ha repetido, es un concepto jurídico indeterminado, pues la LC no lo define. La doctrina y los órganos mercantiles vienen entendiendo por "interés del concurso", en términos generales y en última instancia, la búsqueda del mayor grado de satisfacción general de los acreedores, es decir, cuando con la resolución del contrato se logre un mayor grado de satisfacción de los acreedores que con su mantenimiento; la mayor satisfacción de los acreedores se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores.
8. En este caso, el "interés del concurso" se justifica porque se trata de un contrato que, por razón de la legislación protectora de los arrendatarios de fincas urbanas, proporciona a la propiedad (la concursada) unas rentas muy inferiores a las de mercado, que podría obtener mediante un arriendo sometido a la Ley arrendaticia vigente una vez conseguida la liberación del régimen de prórroga forzosa, como podría obtener así mismo un valor de enajenación muy superior al que obtendría de vender el inmueble con un arrendatario (o varios) amparados por la prórroga forzosa y por un régimen de rentas no acordes con las que actualmente se pagan en el mercado, con o sin rehabilitación del inmueble (como indica la sentencia).
En este sentido, la AC señala en su escrito de oposición al recurso que "el interés concursal se materializa en la posibilidad de obtener un mayor rendimiento al edificio libre de arrendatarios, o con arrendamientos actualizados a valor de mercado" y que "lo que produce la resolución es la posibilidad para la concursada de aumentar el rendimiento que se pueda obtener del mismo, lo cual redunda en beneficio de la masa del concurso".
Ciertamente, no cabe duda de que es así; mediante la destrucción de la posición jurídica del arrendatario que goza del derecho a la prórroga forzosa la masa podrá lograr un rendimiento muy superior al actual y un valor de realización (ya sea en el escenario de convenio o en el de la liquidación) también muy superior al que se obtendría de enajenar el inmueble con arrendatarios beneficiarios de la prórroga forzosa.
9. El *art. 61.2 LC concede así, en atención a un interés que considera superior al individual de la contraparte, una facultad o derecho potestativo de carácter extintivo, que otorga el poder de extinguir una relación jurídica preexistente, sin necesidad de incumplimiento por la otra parte, en atención al parámetro de la "conveniencia al interés del concurso".*
Ahora bien; se proyecta en este caso sobre una relación jurídica de arrendamiento de local de negocio que el arrendador no puede dar por terminada por su mera voluntad, si no es con el consentimiento del arrendatario, pues el contrato "se prorrogará obligatoriamente para el arrendador", aun cuando un tercero le suceda en sus derechos u obligaciones (art. 57 LAU de 1964), sólo con las excepciones que la propia LAU establece (arts. 56 y siguientes y 70 y siguientes), revistiendo por ello el carácter de contrato prácticamente vitalicio, y sin perjuicio de que puedan tener lugar subrogaciones al fallecimiento del arrendatario (arts. 59, 60 y concordantes de la LAU de 1964), y en principio sujeto sólo a las causas de resolución previstas en la legislación especial (art. 114 LAU de 1964) que, es cierto, no han sido expresamente modificadas por la LC.
Esta legislación especial tiene carácter tuitivo, concede beneficios a los arrendatarios que son irrenunciables,

en particular el de la prórroga forzosa (incluidos los arrendatarios de locales de negocio; art 6.3 LAU de 1964), y, por lo menos en lo que respecta al régimen de prórroga forzosa, ha sido dictada por razones de utilidad pública e interés social.

Se produce por tanto, no ya una colisión de normas, sino una colisión de derechos, pero de tal magnitud que -estimamos- desborda la inicial previsión del legislador concursal a la hora de configurar la facultad resolutoria del art. 61.2 LC y el escenario que podría representarse en la pugna entre un interés individual (del contratante o contratantes) y un interés colectivo (del concurso, o en última instancia de los acreedores).

10. La *STC 89/1994, de 17 de marzo, examina (y termina por confirmar) la constitucionalidad del régimen de prórroga forzosa y, a estos efectos, atiende a su fundamento y finalidad. Establece esta STC la siguiente doctrina:*

<< Este Tribunal ha declarado (STC 37/1987) que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Ello supone que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (así arts. 40.1, 45.2, 128.1 y 130.1 entre otros). Por ello, corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho.

Incumbe así al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales. Y esa competencia se extiende también a la materia de arrendamientos urbanos, como este Tribunal ha tenido ya oportunidad de afirmar (...).

De lo expuesto resulta que no es la prórroga forzosa per se el origen de una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado (...); ello no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal, el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendaticia se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. Esa limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución.

La historia de la regulación de los arrendamientos urbanos muestra efectivamente que la introducción de la prórroga forzosa, entre otras medidas, respondía a una finalidad tuitiva de intereses que se consideraban necesitados de una especial protección, concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario; ello se verifica incluso en las mismas Exposiciones de Motivos de las leyes reguladoras de este tipo de arrendamientos (así, en la de la Ley de Bases de 22 diciembre 1955). (...) Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el art. 39.1 de la Constitución. Responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir (con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado. Y debe señalarse que un razonamiento similar puede llevarse a cabo respecto del arrendamiento de locales de negocio, en cuanto que la prórroga forzosa representa un favorecimiento, por el legislador, del mantenimiento de empresas o actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de apoyo a la producción y al empleo, respaldadas por los mandatos de los arts. 35, 38 y 40 de la Constitución. (...).

Pero además, tampoco cabe estimar correcto el alegato de que ha desaparecido en la actualidad la originaria función tuitiva de la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos, lo que se corroboraría por el mismo tenor de la nueva legislación, contenida en el Real Decreto-ley 2/1985, que suprime tal prórroga forzosa a los nuevos arrendamientos.

Esta consideración parte de un presupuesto fáctico que, al consistir en la apreciación de la presente situación del mercado inmobiliario, únicamente compete valorar al legislador.

En efecto, si bien es evidente que la restricción del art. 57 LAU obedece a circunstancias históricas concretas (y no sólo, por cierto, a las propias del período de la posguerra civil, en que la escasez de viviendas respondía a la destrucción ocasionada en la contienda, sino, ya en los años 20, a la desproporción entre oferta y demanda locativas producida por la migración rural a las ciudades), no lo es menos que sólo al legislador le corresponde evaluar si tales circunstancias se han superado hasta el punto de permitir la suavización o supresión de los límites que pesan sobre las facultades dispositivas del arrendador. Esta autonomía de apreciación que pertenece al legislador, y únicamente a él, no cabe que sea reemplazada por el juicio de los órganos judiciales ni por el de este Tribunal (...)>>.

Resaltamos, en suma, que estamos ante una institución, la prórroga forzosa, que es establecida por una ley tuitiva de intereses que el legislador considera necesitados de una especial protección (la de los arrendatarios de viviendas y locales de negocio ante la situación del mercado inmobiliario), y que responde a razones de utilidad pública e interés social que determinan la intervención del legislador para limitar el contenido de los

derechos dominicales en atención a la función social del derecho de propiedad, que es un límite intrínseco. Y "sólo al legislador le corresponde evaluar si tales circunstancias se han superado hasta el punto de permitir la suavización o supresión de los límites que pesan sobre las facultades dispositivas del arrendador; esta autonomía de apreciación que pertenece al legislador, y únicamente a él, no cabe que sea reemplazada por el juicio de los órganos judiciales..."
11. Lo cierto es que el legislador ha mantenido vigente el régimen de prórroga forzosa para los contratos de arrendamiento celebrados (como el de autos) antes de cierta fecha, sin apreciar cambios en la realidad socio-económica que hayan aconsejado suprimir este derecho, en las sucesivas modificaciones legislativas de la normativa arrendaticia (Real Decreto- Ley 2/1985 y vigente LAU de 1994).
No estimamos que por medio de la LC el legislador haya querido incidir, para suprimirlo, en el régimen de la prórroga forzosa en atención a la situación de concurso del propietario, mediante el art. 61.2 LC, sin modificación expresa de la LAU en este sentido".
SÉPTIMO.-Por lo expuesto concluimos entonces, al igual que hacemos ahora, *"que el derecho o facultad resolutoria que reconoce el art. 61.2 LC no es omnímodo, sino que tiene límites. Unos, intrínsecos o naturales, derivados de la propia naturaleza de este derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica y social que a través de él se trata de realizar, así como los derivados de los principios generales que prohíben el ejercicio abusivo, antisocial o contrario a la buena fe (art. 7 CC). Y otros extrínsecos, motivados por la colisión con derechos subjetivos ajenos, en este caso con el derecho del arrendatario a que sea respetada la vigencia de la relación arrendaticia por virtud del derecho a la prórroga forzosa, establecido en su beneficio por una ley tuitiva, y que sólo puede ceder en los supuestos establecidos por dicha ley.*
En la presente colisión de derechos estimamos que el art. 61.2 LC no debe prevalecer ante el derecho adquirido por el arrendatario, reconocido por una ley de carácter tuitivo que atiende a la utilidad pública y al interés social, y que no es posible derogar si no es al amparo de una norma expresa y específica dictada por el legislador que, en casos como el presente, prime el interés del concurso sobre el interés social y general que justifica el blindaje otorgado a la posición jurídica del arrendatario mediante la institución de la prórroga forzosa".
OCTAVO.-Otras dos circunstancias que concurrían en aquel caso y se dan también en este que impiden que podamos acoger la pretensión de la actora. De un lado, no se ha acreditado que el proyecto de rehabilitación no pueda llevarse a efecto respetando el derecho arrendaticio y las previsiones de la LAU. Tampoco que el mantenimiento del contrato resulte perjudicial o gravoso para el concurso en atención a las prestaciones que hayan de realizarse con cargo a la masa; el goce pacífico en la posesión no entraña ese gravamen y no hay constancia de que la masa deba asumir, a corto o medio plazo, la realización de obras necesarias en el local arrendado.
De otro lado, entendemos que uno de los factores a tener en cuenta para apreciar el "interés del concurso", a los presentes efectos, es la cuantía de la indemnización correspondiente al arrendatario, que ha de ser abonada como crédito contra la masa. Esta cuantificación ha de ser realizada en la sentencia que decida la resolución, como resulta del tenor del art. 61.2 LC (*"... el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa")*, y además, como se ha dicho, es uno de los parámetros a valorar para decidir si la resolución del contrato es conveniente para el interés del concurso. Esa valoración no será completa si se ignora el gravamen o coste que va a suponer a la masa activa la ruptura del contrato, y de ahí que no pueda dejarse para un litigio posterior.": SAP Barcelona (Sección 15) 30.06.2014 (Sentencia 229/2014; Rollo 114/2014)

1.1 Esta resolución siempre tiene carácter judicial

AP Baleares

"Pues bien, es el concursado o la administración concursal quienes solicitan del juez la resolución. De lo que no cabe duda es del carácter judicial de ésta. Es el juez quien en una sentencia constitutiva declara resuelto el contrato en interés del concurso. Y ello incluso, parece, en el supuesto de que haya acuerdo entre las partes sobre la resolución. El juez declarara ésta y el contenido l pondría el acuerdo entre las partes.
Si se llegase a un acuerdo sobre la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado.
Si no hay acuerdo entre las partes en presencia del juez, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que correrá a cargo de la masa.": SAP Baleares (Sección 5) 10.02.2012 (Sentencia 63/2012; Rollo 511/2011)

AP Granada

"El que hasta la fecha de la declaración de concurso haya cumplimientos de la parte in bonis, que son parciales en el conjunto del contrato de obra, en absoluto excluye la resolución por interés del concurso del art 61.2 II LC, que es una modalidad resolutoria, autónoma y específica del régimen concursal, y desde luego, no impide la resolución, al amparo del artículo 62 LC, cuando pese al anuncio del ejercicio de la facultad de resolver en interés del concurso por la administración concursal, tal opción no se ejercita. Como establece la STS 26 de febrero de 2013 "En relación con la vigencia de los contratos tras la declaración de concurso de una de las partes, pendientes de cumplimiento por ambas partes, la Ley Concursal permite invocar el interés del concurso para justificar dos decisiones judiciales extrañas al desenvolvimiento ordinario de los efectos del contrato a la vista de su (in)cumplimiento: i) acordar la resolución del contrato cuando su continuación no resulte de interés

para el concurso (art. 61.2 LC); ii) en caso de se haya instado resolución del contrato por incumplimiento del concursado, y exista causa de resolución, acordar la continuación del contrato si ello resulta más beneficioso para los intereses del concurso (art. 62.3 LC)".
Con carácter general es posible que las partes acuerden la resolución del contrato sin necesidad de acudir a la vía judicial (SSTS de 2 de febrero de 1989, 14 de junio de 1988 y 6 de octubre de 2000). Es posible, además, la resolución unilateral por el dueño de la obra en este caso, como autoriza el artículo 1594 CC, pero cuando la resolución que se invoca en este caso es la del interés del concurso, al amparo del art. 61.2.II LC, comunicación de 13 de abril, debía instarse tal pronunciamiento judicialmente, ya que como hemos visto no es posible acordar tal resolución, sin decisión judicial, obligando, la no formulación de tal solicitud, a la contratista a instar la resolución, al amparo del artículo 62 LC, Sentencia AP Barcelona 15ª 15 de junio de 2011. En consecuencia, recordando la Sentencia de la AP de Madrid de 12 de marzo de 2010 que solo cabe la resolución cuando hay obligaciones recíprocas pendientes para ambos, como es el caso de autos, precisando la Sentencia de la AP de Vizcaya Sección 4ª, de 14 de abril de 2011, que no puede admitirse la posibilidad de resolución unilateral por incumplimiento, cuando la parte incumplidora está declarada en concurso, ya que en sede concursal se conceden al juez facultades especiales inspiradas en el principio de interés del concurso, entre ellas la posibilidad de acordar el cumplimiento del contrato en interés del concurso (art 62.3 LC), en definitiva debe confirmarse la resolución del contrato judicialmente declarada, y rechazar este primer motivo del recurso de apelación.": SAP Granada (Sección 3) 13.09.2013 (Sentencia 279/2013; Rollo 333/2013)

1.2 Falta de legitimaciòn activa del acreedor

AP Sevilla

"Primero.- La sentencia apelada considera que no cabe resolver el contrato de arrendamiento financiero suscrito entre la actora y la concursada al no ser de aplicación el artículo 61.2 de la Ley Concursal, por cuanto que no quedando obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la actora, no se puede entender a los efectos de ese precepto que se trate de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte.
Frente a ello alega en su recurso la actora la aplicabilidad del artículo 61 de la Ley Concursal al ser el arrendamiento financiero por su esencia un pacto de tracto sucesivo. Subsidiariamente alega dudas de hecho que justificarían la no imposición de costas.
Segundo.- La acción ejercitada por la actora y apelante en su demanda es la prevista en el segundo párrafo del artículo 61.2 de la Ley Concursal, precepto que no contempla la resolución por incumplimiento, sino la resolución en interés del concurso a instancia del concursado o, si existe intervención, de la administración concursal. Por tanto la entidad actora carece de legitimación activa para instar la resolución del contrato en interés del concurso. La resolución por incumplimiento se regula en el artículo 62.1 de la Ley Concursal con respecto a contratos con obligaciones recíprocas pendientes.": SAP Sevilla (Sección 5) 03.10.2013 (Sentencia 444/2013; Rollo 5803/2013)

"PRIMERO.- Se alza la entidad actora contra la Sentencia dictada en este incidente concursal que desestima la demanda formulada por la misma en ejercicio de la acción resolutoria regulada en el artículo 61.2 de la Ley Concursal, acción mediante la que pretendía que se declarase resuelto el contrato de arrendamiento financiero -leasing- suscrito entre la concursada "Hermanos Andaluces AMH S.L." y el Banco Español de Crédito S.A. (actualmente Banco de Santander S.A.), contrato núm. 0030-4118-11-0000408153.
Funda su recurso la entidad apelante en que el contrato de arrendamiento financiero es un contrato de obligaciones recíprocas que están pendientes de cumplimiento tras la declaración de concurso, siendo conveniente la resolución del contrato para el concurso, que ya está en fase de liquidación.
SEGUNDO.- Conforme al artículo 61.2 de la Ley Concursal " La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa." Y continúa diciendo el segundo párrafo: "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso."
A tenor del contenido del precepto indicado, hemos de decir, ante todo, que la entidad actora carece de legitimación para el ejercicio de la acción deducida en este incidente al amparo del art. 61.2 LC, por cuanto esta norma no contempla la resolución por incumplimiento contractual, la cual está regulada en el art. 62.1 con respecto a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. El art. 61.2 por el contrario contempla la resolución en interés del concurso exclusivamente a instancia del concursado en caso de intervención, o a instancia de la administración concursal en caso de suspensión de las facultades de administración del deudor.": SAP Sevilla (Sección 5) 16.01.2014 (Sentencia 33/2014; Rollo 5800/2013)

"PRIMERO.-En el incidente concursal de que el presente rollo dimana, el número 1.198/12, promovido por Banco Español de Crédito, S.A., absorbido después por Banco de Santander S.A., se pretende la resolución, en interés del concurso e invocando el artículo 61, 2 de la Ley Concursal, de uno de los cuatro contratos de arrendamiento financiero (leasing) que celebró con la concursada Hermanos Andaluces, AMH SL, y, como consecuencia de tal resolución, la entrega de la pala carterpillar objeto de dicho contrato, sin devengo de nuevas cuotas con posterioridad a dicha entrega, pretensión que fue denegada en la sentencia que resolvió en incidente y sobre la cual insiste la actora, en su escrito de interposición del recurso de apelación.
SEGUNDO.-Se da la circunstancia de que sobre las cuestiones planteadas en el incidente de que se trata se pronunció ya este tribunal, en sentencia de 3 de Octubre de 2.013, recaída en el rollo de apelación número

5803/13, al resolver, en apelación, acerca de otro incidente exactamente igual del mismo concurso, entre las mismas partes, el número 1.197/12, otro de los cuatro incidentes del mismo tipo que promovió Banco Español de Crédito. Pues bien, como es obvio, la solución aquí no puede ser distinta, bastando con la reproducción de los pronunciamientos de dicha sentencia.
TERCERO.-Como decíamos en dicha ocasión, " *La sentencia apelada considera que no cabe resolver el contrato de arrendamiento financiero suscrito entre la actora y la concursada, al no ser de aplicación el artículo 61.2 de la Ley Concursal, por cuanto que, no quedando obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la actora, no se puede entender, a los efectos de ese precepto, que se trate de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo de la concursada, como de la otra parte* ".
" *Frente a ello, alega, en su recurso, la actora la aplicabilidad del artículo 61,2 de la Ley Concursal, al ser el arrendamiento financiero, por su esencia, un pacto de tracto sucesivo. Subsidiariamente, alega dudas de hecho que justificarían la no imposición de costas* ".
" *La acción ejercitada por la actora y apelante, en su demanda, es la prevista en el segundo párrafo del artículo 61.2 de la Ley Concursal, precepto que no contempla la resolución por incumplimiento, sino la resolución en interés del concurso, a instancia del concursado o, si existe intervención, de la administración concursal. Por tanto, la entidad actora carece de legitimación activa para instar la resolución del contrato en interés del concurso. La resolución por incumplimiento se regula en el artículo 62.1 de la Ley Concursal, con respecto a contratos con obligaciones recíprocas pendientes* ": SAP Sevilla (Sección 5) 20.01.2014 (Sentencia 38/2014; Rollo 5801/2013)

1.3 Inaplicabilidad cuando sólo hay prestaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes

AP Burgos

“Primero. Pretende la administración concursal la resolución de un contrato de los llamados de permuta de suelo por obra futura, alegando diversos motivos de resolución que van desde la resolución en interés del concurso del artículo 61.2 de la Ley Concursal, a la resolución por imposibilidad sobrevenida ya que la prestación de entrega ha devenido imposible por efecto del concurso, e incluso la causa de resolución pactada en la estipulación 15 del contrato de permuta por transcurso del plazo de 8 años sin el desarrollo urbanístico del sector. (...)
Tercero. Resolución en interés del concurso.
Centrándonos ahora en la resolución en interés del concurso tenemos que decir que el Juzgado se equivoca al acoger esta forma de resolución. La resolución en interés del concurso procede tanto respecto de los contratos de tracto único como respecto de los de tracto sucesivo (el artículo 61.2 LC no hace distinción entre ellos) cuando al tiempo de la declaración del concurso existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado a realizar el concursado se realizarán con cargo a la masa. Pero si solo hay obligaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes, en tal caso se aplica el artículo 61.1 según el cual "en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso".
En este caso el contrato estaba pendiente de cumplimiento por una sola de las partes, que era la concursada, la cual debía constituir la Junta de Compensación del sector S-15, presentar el proyecto de actuación, edificar las parcelas y entregas las viviendas pactadas. Todo ello resultó incumplido por Construcciones Aragón Izquierdo. Por el contrario, don Hermenegildo procedió a vender su finca a la concursada para que esta pudiera aportarla al proceso de gestión urbanística. Ciertamente el cedente debía otorgar la escritura pública cuando la concursada necesitara justificar la propiedad de la finca en el proceso urbanizador, y también es cierto que, mientras tanto, se le autorizó a permanecer en la posesión de la misma. Sin embargo todo ello fue por conveniencia de Construcciones Aragón Izquierdo, y en todo caso tales obligaciones no se entienden como reciprocas de las que correspondían a esta última. Obligaciones recíprocas son aquellas que traen causa la una de la otra. De ahí que la resolución en interés del concurso sirva para extinguir unas y otras, cuando al concursado le sea más oneroso satisfacer la propia que beneficioso recibir la de la contraria. La resolución del contrato en interés del concurso no está pensada para el caso de incumplimiento, en cuyo caso son de aplicación preferente el artículo 61.1 o el artículo 62. No es la declaración en interés del concurso una vía fácil para resolver aquellos contratos que el concursado no quiera o no pueda cumplir. “:SAP Burgos (Sección 3) 31.03.2015 (Sentencia 86/2015; Rollo 21/2015)

“Por eso, a criterio del Tribunal, no hay, propiamente, resolución en interés del concurso -que procede tanto de los contratos de tracto único como de los de tracto sucesivo, pues el art. 61-2 LC no hace distinción entre ellos- pues solo hay obligaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes, en cuyo caso se aplica el art. 61-1 LC, según el cual "en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiere cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviere pendiente el cumplimiento total o parcial de las reciprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso".
La resolución del contrato en interés del concurso no está pensada para el caso de incumplimiento, en cuyo caso son de aplicación preferente el art. 61-1 o art. 62 LC.
Como ha tenido ocasión de pronunciarse este tribunal recientemente, para un supuesto análogo al presente, Sentencia nº 82/2015, de 31 de marzo, se argumenta sobre esta cuestión el sentido siguiente: "La única vía para resolver un contrato de tracto único con prestaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes es

cuando el incumplimiento se hubiera producido después de la declaración de concurso. Cuando el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso en tal caso habrá que proceder conforme al artículo 61.1 que establece que en tal caso el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. Así lo dice la STS de 22 de mayo de 2014, también para su supuesto de resolución de un contrato de permuta: "Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación el artículo 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del artículo 62.1 LC, porque sólo lo admite en los casos del artículo 61.2 LC, esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso. Todo ello, sin perjuicio de la distinción que el artículo 62.1 LC hace entre contratos de tracto sucesivo y único, para permitir en el primer caso la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tal y como hemos declarado en las Sentencias 505/2013, de 24 de julio, y 510/2013, de 25 de julio ".
Ahora bien, la parte demandada y apelante está conforme con la resolución del contrato litigioso, hasta el punto de expresar, folio 48, contestación a la demanda" que no hay otra posibilidad que resolver el contrato, aunque no por las causas y la vía establecida de adverso, pero los efectos de la liquidación y resolución del contrato en modo alguno pueden ser los pretendidos de adverso".
Ciertamente, se reconoce la situación de la crisis inmobiliaria que sobrevino, ajena a las partes, que incidiera en la pérdida de interés en el desarrollo urbanístico, lo que puede explicar la inactividad de la concursada, en su propio interés.": SAP Burgos (Sección 3) 06.04.2015 (Sentencia 88/2015; Rollo 19/2015)

"No se cuestiona la resolución del contrato, sino las responsabilidades y sus consecuencias jurídicas; cuestiones sobre las que trataremos mas adelante.
Previamente, conviene precisar la naturaleza jurídica del contrato de permuta de suelo por obra futura.
El contrato de permuta de suelo por obra futura se ha calificado en la STS de 22 de mayo de 2014 como un contrato de tracto único. "Estamos - dice la sentencia- ante un contrato de tracto único que al tiempo de la declaración del concurso solo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada". Responde a las características de los contratos de tracto único tal y como ha señalado la STS de 24 de julio de 2013 al calificar como tal el contrato de compraventa de vivienda futura: "mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento". La calificación del contrato como de tracto único tendrá su importancia a la hora de valorar las posibilidades que se ofrecen tras la declaración del concurso para la resolución de este tipo de contratos.
En relación a la resolución de los contratos en interés del concurso, cabe decir que procede tanto respecto de los contratos de tracto único como respecto de los de tracto sucesivo (el artículo 61.2 LC no hace distinción entre ellos) cuando al tiempo de la declaración del concurso existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado a realizar el concursado se realizarán con cargo a la masa. Pero si solo hay obligaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes, en tal caso se aplica el artículo 61.1 según el cual "en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso".
En este caso el contrato estaba pendiente de cumplimiento por una sola de las partes, que era la concursada, la cual debía constituir la Junta de Compensación del sector S-18, presentar el proyecto de actuación, edificar las parcelas y entregar las viviendas pactadas. Todo ello resultó incumplido por Construcciones Aragón Izquierdo. Por el contrario, los demandados procedieron a vender sus fincas concursada para que esta pudiera aportarlas al proceso de gestión urbanística. Ciertamente los cedentes debían otorgar la escritura pública cuando la concursada necesitara justificar la propiedad de la finca en el proceso urbanizador, y también es cierto que, mientras tanto, se le autorizó a permanecer en la posesión de las mismas. Sin embargo todo ello fue por conveniencia de Construcciones Aragón Izquierdo, y en todo caso tales obligaciones no se entienden como reciprocas de las que correspondían a esta última. Obligaciones recíprocas son aquellas que traen causa la una de la otra. De ahí que la resolución en interés del concurso sirva para extinguir unas y otras, cuando al concursado le sea más oneroso satisfacer la propia que beneficioso recibir la de la contraria. La resolución del contrato en interés del concurso no está pensada para el caso de incumplimiento, en cuyo caso son de aplicación preferente el artículo 61.1 o el artículo 62. No es la declaración en interés del concurso una vía fácil para resolver aquellos contratos que el concursado no quiera o no pueda cumplir.
La única vía para resolver un contrato de tracto único con prestaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes es cuando el incumplimiento se hubiera producido después de la declaración de concurso. Cuando el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso en tal caso habrá que proceder conforme al artículo 61.1 que establece que en tal caso el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. Así lo dice la STS de 22 de mayo de 2014, también para un supuesto de resolución de un contrato de permuta: "Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación

el artículo 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del artículo 62.1 LC, porque sólo lo admite en los casos del artículo 61.2 LC, esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso. Todo ello, sin perjuicio de la distinción que el artículo 62.1 LC hace entre contratos de tracto sucesivo y único, para permitir en el primer caso la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tal y como hemos declarado en las Sentencias 505/2013, de 24 de julio, y 510/2013, de 25 de julio ".
Pero, como se ha dicho, la parte apelante está conforme con la resolución, discrepa en la parte incumplidora y las consecuencias económicas, es decir, los efectos de la resolución. (...)":SAP Burgos (Sección 3) 20.04.2015 (Sentencia 114/2015; Rollo 18/2015)

1.4 Carencia sobrevenida de objeto

1.4.1 Se estima, vendida la finca cuyo arrendamiento se pretende resolver en interés del concurso, no constando la persistencia de este interés por no justificarse que se hubiera transmitido el inmueble con la expectativa del procedimiento pendiente, con reflejo en el precio de venta

Tribunal Supremo

"II. FUNDAMENTOS DE DERECHO Resumen de antecedentes
1. Restaura, S.L. fue declarada en concurso de acreedores el 4 de abril de 2012. En ese momento, entre su activo constaba la propiedad de un inmueble sito en Madrid, en la Puerta del Sol núm. 9. El local de la tienda 3, planta baja 3ª, había sido arrendado el 5 de mayo de 1971, bajo la legislación de arrendamientos urbanos de 1964, y este contrato estaba en vigor. La renta, con las actualizaciones impuestas por las disposiciones transitorias de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, se beneficiaba de la condición de "contrato de renta antigua".
2. En estas condiciones, la concursada (Restaura, S.L.) y la administración concursal solicitaron del juzgado mercantil que conocía del concurso de acreedores que, al amparo del párrafo segundo del art. 61.2 LC, se resolviera el contrato de arrendamiento en "interés del concurso".
Ante la oposición del arrendatario del local, Victorio, el juez del concurso, mediante un incidente concursal, acordó la resolución del contrato de arrendamiento en "interés del concurso".
3. El "interés del concurso" apreciado iba ligado al proyecto que Restaura, S.L. tenía de rehabilitación integral del edificio, lo que facilitaría la continuación de la actividad y el pago de los créditos de sus acreedores. Para ello era necesario resolver los contratos de arrendamiento en vigor. Además, la renta que se cobraba es sensiblemente inferior a la de mercado, sobre todo a la que se podría conseguir tras la rehabilitación. Incluso, añade la sentencia de primera instancia, en el peor de los escenarios, que sería la liquidación, la disposición del inmueble sin contrato de arrendamiento permitiría obtener un precio muy superior.
4. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y dejó sin efecto la resolución del contrato. La sentencia de apelación entiende que la facultad resolutoria del art. 61.2 LC no es omnímoda, sino que está sujeta a límites:
«Unos, intrínsecos o naturales, derivados de la propia naturaleza de este derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica y social que a través de él se trata de realizar, así como los derivados de los principios generales que prohíben el ejercicio abusivo, antisocial o contrario a la buena fe (*art. 7 CC). Y* otros extrínsecos, motivados por la colisión con derechos subjetivos ajenos, en este caso con el derecho del arrendatario a que sea respetada la vigencia de la relación arrendaticia por virtud del derecho a la prórroga forzosa, establecido en su beneficio por una ley tuitiva, y que sólo puede ceder en los supuestos establecidos por dicha ley.
»En la presente colisión de derechos estimamos que el *art. 61.2 LC* no debe prevalecer ante el derecho adquirido por el arrendatario, reconocido por una ley de carácter tuitivo que atiende a la utilidad pública y al interés social, y que no es posible derogar si no es al amparo de una norma expresa y específica dictada por el legislador que, en casos como el presente, prime el interés del concurso sobre el interés social y general que justifica el *blindaje* otorgado a la posición jurídica del arrendatario mediante la institución de la prórroga forzosa.»
Y, añade, como argumento de refuerzo, que:
«si el interés del concurso radica en la ejecución del proyecto de rehabilitación, no se ha justificado que el mismo no pueda llevarse a efecto respetando el derecho arrendaticio y en el marco de las previsiones legales contenidas en la LAU.
Tampoco se ha justificado que el mantenimiento del contrato resulte perjudicial o gravoso para el concurso en atención a las prestaciones que hayan de realizarse con cargo a la masa; el goce pacífico en la posesión no entraña ese gravamen, y no hay constancia de que la masa deba asumir, a corto o medio plazo, la realización de obras necesarias en el local arrendado.»
Planteamiento de la controversia sobre terminación del procedimiento por pérdida de legitimación y carencia sobrevenida de objeto
5. La sentencia dictada en apelación ha sido recurrida en casación por Restaura, S.L., con la aquiescencia de la administración **concursal,** que también firma el recurso.
El recurso fue admitido por esta Sala, mediante auto de 5 de noviembre de 2014.
6. Con posterioridad y antes de que se señalara para votación y fallo del recurso, el 8 de mayo de 2015, el juez del concurso dictó auto por el que autorizaba la venta del inmueble de la Puerta del Sol núm. 9 de Madrid a

favor de la entidad Espebe 10, S.L.U. Realizada la venta, el 13 de mayo de 2015 se le notificó al arrendatario del local tienda 3, de la planta baja 2ª, así como la identidad del nuevo propietario arrendador.
Y con ocasión de esta transmisión del inmueble, el arrendatario (Victorio) pide el archivo del recurso porque la recurrente ha perdido legitimación al dejar de ser arrendador, además de haber desaparecido el interés del concurso invocado para justificar la resolución del contrato de arrendamiento.
7. La recurrente en casación se opone a la petición de terminación del procedimiento por pérdida de legitimación y carencia sobrevenida de objeto, al entender que, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, representada por el Auto de 23 de abril de 2014, la pérdida de legitimación como consecuencia de la venta del inmueble no supone la terminación del procedimiento, porque «las circunstancias relevantes para determinar la existencia de tal legitimación son las existentes al inicio del procedimiento, que se perpetúan una vez constituida válidamente la relación procesal, en virtud del principio que se ha venido en llamar " *perpetuatio legitimationis* "». También invoca el principio de la " *perpetuatio jurisdiccionis* " contenido en el art. 413 LEC, tal y como fue interpretado por el Auto de esta Sala de 4 de septiembre de 2014.
Terminación del procedimiento por pérdida de legitimación y carencia sobrevenida de objeto
8. Para la resolución de esta cuestión conviene no perder de vista dos circunstancias propias de este pleito.
La primera se refiere al momento en que se cuestiona la pérdida de legitimación y de objeto del proceso, como consecuencia de la venta del inmueble de la Puerta del Sol núm. 9 de Madrid. La circunstancia que determinaría la pérdida de la condición de arrendador y, con ello, de legitimación para instar la resolución del contrato de arrendamiento es posterior a que se hubiera dictado la sentencia de apelación que desestima esta pretensión. El procedimiento está pendiente de un recurso extraordinario, en este caso el de casación, formulado a instancia de la propia concursada, que es quien ha dejado de ser arrendadora.
La segunda tiene que ver con la justificación de la pretensión invocada. La pretendida resolución del contrato de arrendamiento no se amparaba en una causa ligada a la propia relación arrendaticia, que necesariamente pueda subsistir con la transmisión del inmueble por parte del propietario arrendador, sino en una circunstancia del arrendador que transmite. La causa de resolución invocada se basa en la situación de concurso de la arrendadora, y en la facultad de resolver los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando, a instancia del concursado, el juez del concurso aprecie la existencia de un "interés del concurso". Esto es, la causa de resolución está ligada a la condición de concursada de una de las partes del contrato, en este caso de la arrendadora.
9. De acuerdo con lo anterior, la cuestión no es sólo si, estando pendiente un pleito sobre la resolución del contrato de arrendamiento, la venta del inmueble por el arrendador determina necesariamente la pérdida de legitimación y la terminación del procedimiento. En estos casos, operaría la doctrina contenida en el auto de esta Sala de 23 de abril de 2014, citado por Restaura, S.L. en su oposición a la resolución. Según esta doctrina, «para considerar concurrente la pérdida sobrevenida de interés legítimo en la obtención de la tutela judicial respecto de la pretensión ejercitada en la demanda es preciso algo más que la pérdida de la cualidad que determinaba la legitimación activa al interponerse la demanda. Ese "plus" ha de ponerse en relación con el abuso del proceso, y se producirá cuando no exista una explicación razonable sobre la ventaja o beneficio legítimo que obtiene la parte actora con la continuación del proceso».
En este caso, la cuestión viene determinada porque la justificación de la pretensión iba ligada a la situación concursal del arrendador que vende el inmueble, a la existencia de interés del concurso, y este interés en principio no se transmite con la venta del inmueble, y por ello desaparece. Tan sólo en el caso que se hubiera transmitido el inmueble con la expectativa del procedimiento pendiente, que hubiera tenido un reflejo en el precio de venta, estaría justificada la persistencia del interés del concurso invocado. Pero no es el caso. El escrito de la concursada, firmado también por la administración concursal no menciona esta circunstancia, ni aporta la escritura de compraventa en la que aparezca contemplada la pendencia del recurso y el interés del nuevo propietario en que la vendedora continúe con el recurso.
La concursada, al oponerse a la terminación del proceso por pérdida sobrevenida de legitimación y de objeto, se centró en la aplicabilidad de la doctrina de la *perpetuatio jurisdictionis,* sin razonar ni acreditar la persistencia del interés en la continuación del recurso de casación.
En la vista, el letrado de la concursada, en un momento determinado, parece que cayó en la cuenta, y alegó que, aunque el auto de autorización de venta del inmueble aportado no lo mencione, debió tenerse en cuenta por la vendedora y la compradora a la hora de concertar la compraventa y su precio. Y el letrado de la administración concursal**,** a la vista de lo anterior, se refirió a cuál era el interés del concurso invocado para justificar la resolución del contrato de arrendamiento al amparo del art. 61.2 LC, e hizo referencia genérica a su persistencia. Pero no consta aportado ningún documento en el que se dejara constancia que el precio de venta del inmueble concertado contemplaba la pendencia del recurso de casación y el interés del comprador en que continuara el procedimiento por la concursada y la administración concursal**.** En contraste, con el supuesto enjuiciado en el invocado Auto de 23 de abril de 2014, no consta «una explicación razonable sobre la ventaja o beneficio legítimo que obtiene la parte actora con la continuación del proceso».
Si la concursada y la administración concursal estaban interesadas en la continuación del recurso, ante la petición de la recurrida de terminación del proceso por pérdida de legitimación y de objeto, debían haber razonado y acreditado por qué persiste el interés del concurso invocado para justificar la resolución, tras la venta del inmueble a un tercero.
A falta de esta justificación, debemos entender que con la venta a un tercero de la finca, desapareció el interés que justificaba la pretensión de resolución del contrato, y, con ello, el interés en la continuación del recurso por parte del recurrente, lo que determina su conclusión por carencia sobrevenida de objeto.
10. Aunque la concursada y la administración concursal se han opuesto a la terminación del recurso, no imponemos las costas en atención a las dudas que a priori pudiera haber planteado a las partes esta cuestión procesal.”: ATS 28.10.2015 (Recurso 196/2014)

1.4.2 Se desestima, vendida la finca cuyo arrendamiento se pretende resolver en interés del concurso, al constar la persistencia de este interés por haberse justificado que se transmitió el inmueble con la expectativa del procedimiento pendiente, con reflejo en el precio de venta

Tribunal Supremo

"FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Restaura, S.L. fue declarada en concurso de acreedores el 4 de abril de 2012. En ese momento, entre su activo constaba la propiedad de un inmueble sito en Madrid, en la Puerta del Sol núm. 9. El local de la planta baja derecha, había sido arrendado a City Bell, S.A. el 1 de febrero de 1983, bajo la legislación de arrendamientos urbanos de 1964, y este contrato estaba en vigor. La renta, con las actualizaciones impuestas por las disposiciones transitorias de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, se beneficiaba de la condición de "contrato de renta antigua".

2. En estas condiciones, la concursada (Restaura, S.L.) y la administración concursal solicitaron del juzgado mercantil que conocía del concurso de acreedores que, al amparo del párrafo segundo del art. 61.2 LC, se resolviera el contrato de arrendamiento en "interés del concurso".

Ante la oposición del arrendatario del local, City Bell, S.A., el juez del concurso, mediante un incidente concursal, acordó la resolución del contrato de arrendamiento en "interés del concurso".

3. El "interés del concurso" apreciado iba ligado al proyecto que Restaura, S.L. tenía de rehabilitación integral del edificio, lo que facilitaría la continuación de la actividad y el pago de los créditos de sus acreedores. Para ello era necesario resolver los contratos de arrendamiento en vigor. Además, la renta que se cobraba es sensiblemente inferior a la de mercado, sobre todo a la que se podría conseguir tras la rehabilitación. Incluso, añade la sentencia de primera instancia, en el peor de los escenarios, que sería la liquidación, la disposición del inmueble sin contrato de arrendamiento permitiría obtener un precio muy superior.

4. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y dejó sin efecto la resolución del contrato. La sentencia de apelación entiende que la facultad resolutoria del art. 61.2 LC no es omnímoda, sino que está sujeta a límites:

«Unos, intrínsecos o naturales, derivados de la propia naturaleza de este derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica y social que a través de él se trata de realizar, así como los derivados de los principios generales que prohíben el ejercicio abusivo, antisocial o contrario a la buena fe (art. 7 CC). Y otros extrínsecos, motivados por la colisión con derechos subjetivos ajenos, en este caso con el derecho del arrendatario a que sea respetada la vigencia de la relación arrendaticia por virtud del derecho a la prórroga forzosa, establecido en su beneficio por una ley tuitiva, y que sólo puede ceder en los supuestos establecidos por dicha ley.

»En la presente colisión de derechos estimamos que el art. 61.2 LC no debe prevalecer ante el derecho adquirido por el arrendatario, reconocido por una ley de carácter tuitivo que atiende a la utilidad pública y al interés social, y que no es posible derogar si no es al amparo de una norma expresa y específica dictada por el legislador que, en casos como el presente, prime el interés del concurso sobre el interés social y general que justifica el *blindaje* otorgado a la posición jurídica del arrendatario mediante la institución de la prórroga forzosa.»

Y, añade, como argumento de refuerzo, que:

«No se ha acreditado que el proyecto de rehabilitación no pueda llevarse a efecto respetando el derecho arrendaticio y las previsiones de la LAU».

»Tampoco se ha justificado que el mantenimiento del contrato resulte perjudicial o gravoso para el concurso en atención a las prestaciones que hayan de realizarse con cargo a la masa; el goce pacífico en la posesión no entraña ese gravamen, y no hay constancia de que la masa deba asumir, a corto o medio plazo, la realización de obras necesarias en el local arrendado.»

SEGUNDO. *Planteamiento de la controversia sobre terminación del procedimiento por pérdida de legitimación y carencia sobrevenida de objeto*

1. La sentencia dictada en apelación ha sido recurrida en casación por Restaura, S.L., con la aquiescencia de la administración **concursal,** que también firma el recurso.

El recurso fue admitido por esta Sala, mediante auto de 13 de enero de 2016.

2. Con anterioridad, el 8 de mayo de 2015, el juez del concurso había dictado un auto por el que autorizaba la venta del inmueble de la Puerta del Sol núm. 9 de Madrid a favor de la entidad Espebe 10, S.L.U. Realizada la venta, el 13 de mayo de 2015 se le notificó al arrendatario del local de la planta baja derecha, así como la identidad del nuevo propietario arrendador.

Este tribunal, mediante providencia de 16 de marzo de 2016, advirtió que con ocasión de la reseñada venta del inmueble podía existir una pérdida sobrevenida de objeto, como había ocurrido con un recurso anterior que versaba sobre la misma controversia en relación con otro de los locales de aquel inmueble. La parte recurrida no estaba presente, por lo que se dio traslado a la parte recurrente, para que realizara alegaciones sobre su interés legítimo en obtener la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 22 LEC.

3. La recurrente en casación razona que, a pesar de haber sido enajenado el inmueble en el concurso, pervive el interés en la resolución del contrato, porque la venta del inmueble, en el que está el local cuyo arrendamiento es objeto de litigio, se hizo contemplando la contingencia que suponía el presente pleito y en concreto la resolución del arrendamiento en interés del concurso. Y, contando con lo anterior, en la compraventa se previó que el pleito continuara a expensas exclusivas de la concursada.

TERCERO. *Terminación del procedimiento por pérdida de legitimación y carencia sobrevenida de objeto*

1. Conviene advertir que con anterioridad al presente recurso, la Sala conoció de otro asunto similar, en el que se ventilaba la misma cuestión controvertida, pero referido a otro de los locales del inmueble de la Puerta del Sol

núm. 9 de Madrid. En esa anterior ocasión, la Sala decretó la pérdida sobrevenida de objeto, por Auto de 28 de octubre de 2015. Debemos partir de las consideraciones generales que en dicha resolución hacíamos, que son igualmente aplicables al presente caso, en las que resaltábamos dos circunstancias propias tanto de aquel pleito como del presente:
«La primera se refiere al momento en que se cuestiona la pérdida de legitimación y de objeto del proceso, como consecuencia de la venta del inmueble de la Puerta del Sol núm. 9 de Madrid. La circunstancia que determinaría la pérdida de la condición de arrendador y, con ello, de legitimación para instar la resolución del contrato de arrendamiento es posterior a que se hubiera dictado la sentencia de apelación que desestima esta pretensión. El procedimiento está pendiente de un recurso extraordinario, en este caso el de casación, formulado a instancia de la propia concursada, que es quien ha dejado de ser arrendadora.
»La segunda tiene que ver con la justificación de la pretensión invocada. La pretendida resolución del contrato de arrendamiento no se amparaba en una causa ligada a la propia relación arrendaticia, que necesariamente pueda subsistir con la transmisión del inmueble por parte del propietario arrendador, sino en una circunstancia del arrendador que transmite. La causa de resolución invocada se basa en la situación de concurso de la arrendadora, y en la facultad de resolver los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando, a instancia del concursado, el juez del concurso aprecie la existencia de un "interés del concurso". Esto es, la causa de resolución está ligada a la condición de concursada de una de las partes del contrato, en este caso de la arrendadora».
2. Ya advertimos en el reseñado Auto de 28 de octubre de 2015, que la cuestión ahora controvertida no se reduce a «si, estando pendiente un pleito sobre la resolución del contrato de arrendamiento, la venta del inmueble por el arrendador determina necesariamente la pérdida de legitimación y la terminación del procedimiento». Si quedara reducida a esto, sería de aplicación la doctrina contenida en el Auto de esta Sala de 23 de abril de 2014, según el cual:
«para considerar concurrente la pérdida sobrevenida de interés legítimo en la obtención de la tutela judicial respecto de la pretensión ejercitada en la demanda es preciso algo más que la pérdida de la cualidad que determinaba la legitimación activa al interponerse la demanda. Ese "plus" ha de ponerse en relación con el abuso del proceso, y se producirá cuando no exista una explicación razonable sobre la ventaja o beneficio legítimo que obtiene la parte actora con la continuación del proceso».
Tanto en el caso resuelto por Auto de 28 de octubre de 2015, como en el que ahora resolvemos, «la cuestión viene determinada porque la justificación de la pretensión iba ligada a la situación **concursal** del arrendador que vende el inmueble, a la existencia de interés del concurso, y este interés en principio no se transmite con la venta del inmueble, y por ello desaparece». Y por eso advertíamos en aquel auto que «tan sólo en el caso que se hubiera transmitido el inmueble con la expectativa del procedimiento pendiente, que hubiera tenido un reflejo en el precio de venta, estaría justificada la persistencia del interés del concurso invocado». Como en aquella ocasión (la resuelta por Auto de 28 de octubre de 2015), no quedó justificada esta circunstancia, por ese motivo acordamos la perdida sobrevenida de objeto.
En este segundo caso, la concursada, a la vista del precedente, ha puesto de manifiesto y acreditado documentalmente que la transmisión del inmueble se hizo con la expectativa del procedimiento pendiente, sin perjuicio de que el adquirente manifestara expresamente que no iba a suceder procesalmente a la concursada en este pleito, bajo la confianza de que la concursada continuaría con el recurso. Lo anterior constituye, empleando los términos utilizados por el ATS de 23 de abril de 2014, «una explicación razonable sobre la ventaja o beneficio legítimo que obtiene la parte actora con la continuación del proceso».
Por esta razón acordamos la continuación del procedimiento, en la medida en que subsiste un interés legítimo por parte del recurrente, consistente en que se estime su recurso y se acuerde la resolución del contrato de arrendamiento objeto de litigio, por interés del concurso.”: ATS 20.06.2016 (Recurso 2694/2014)

2. Omisión del trámite de comparecencia

2.1 Inexistencia de indefensión. Improcedencia de nulidad de actuaciones

AP Valencia

“Argumenta el recurrente, en primer lugar, la concurrencia de vicio de nulidad por haberse prescindido de normas esenciales del procedimiento siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión, invocando al efecto el artículo 238,3 de la LOPJ.
La acción ejercitada, se fundaba exclusivamente en elartículo 61,2, párrafo segundo de la LC, que contempla una comparecencia previa relativa a la posibilidad de acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, que la propia sentencia entendía innecesaria a la vista de la rotunda oposición de la demandada, manteniendo la recurrente que la omisión de tal trámite por parte del Juzgador considera es causa de nulidad suficiente, porque se ha eliminado un trámite presidido por la oralidad, que puede conducir a convicciones distintas, lo que implica un obstáculo para poder alcanzar un acuerdo beneficioso. Tal motivo de recurso no puede acogerse porque en modo alguno tal circunstancia fue puesta de manifiesto, como tal, por la parte que ahora pretende esgrimirla en segunda instancia, sin que, en ningún caso, se haya ofrecido explicación plausible relativa a la indefensión que, presuntamente, viene vinculada a la omisión de tal trámite. Por ello, en estricta aplicación delartículo 459 LEC, y aunque la omisión no resulte compatible con el tenor del precepto legal invocado por el recurrente, es evidente que ni resulta acreditada indefensión para dicha parte, ni se esgrimió tal circunstancia, previamente, cuando se tuvo oportunidad para ello, motivo que basta para rechazar tal alegación, manteniendo, en tal aspecto, las actuaciones pretendidamente anulables.”: SAP Valencia (Sección 9) 30.11.2010 (JUR 2011/108313; Sentencia 364/2010; Rollo 692/2010)

“SEGUNDO Alega la parte recurrente como primer motivo de su recurso la nulidad de las actuaciones de conformidad con lo prevenido en elartículo 225.3º de la LEC, en tanto no se ha celebrado en la instancia la comparecencia prevista en elartículo 61.2 de la Ley Concursal, interesando la retroacción de las actuaciones a fin de citar a las partes a dicha comparecencia, no obstante lo cual a renglón seguido solicita se declare la resolución del contrato de compraventa o, alternativamente se declare la ineficacia del mismo por concurrir supuesto de nulidad.
El citadoartículo 225.3 de la LEC establece la nulidad de pleno derecho de los actos procesales cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión, añadiendo elartículo 227 de la citada norma procesal que dicha nulidad habrá de hacerse valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate; pues bien, al caso de autos, y a tenor del contenido de las actuaciones, no cabe estimar la pretensión de nulidad articulada al no apreciarse indefensión alguna en la parte recurrente, PNT, siendo que dicha entidad, además, no formuló recurso alguno durante la tramitación del procedimiento en relación con la circunstancia procesal a que se viene haciendo referencia. Así, y aún cuando la parte actora cita en los fundamentos de derecho de su demanda el contenido del artículo 61.2 de la LC, lo bien cierto es que en el suplico de su escrito rector se limita a solicitar sentencia por la que se declare la resolución de los contratos de compraventa o, alternativamente la ineficacia de los mismos; por otra parte, por lo que de haber entendido la parte actora que procedía la citación de las partes a la comparecencia que señala el citado precepto, debió haberlo puesto así de manifiesto, por medio del pertinente recurso de reposición, con ocasión de la primera de las providencias dictadas por el Juzgador -de fecha 27 de mayo de 2010- por la que se admitía a trámite el incidente y, de conformidad con lo prevenido en elartículo 194 de la LC, se emplazaba a las demandadas para que en el plazo común de diez días contestasen a la demanda en la forma prevenida en elartículo 405 de la LEC. La parte hoy apelante no recurrió en reposición dicha providencia, como se ha indicado, ni tampoco la ulterior providencia por la que se tuvo por contestada la demanda convocando a las partes a la celebración de la vista del juicio verbal (f. 168, de fecha 6 de julio de 2010), sin que tampoco nada manifestara al respecto durante la celebración del juicio que tuvo lugar en fecha 22 de julio de 2010, momento en el que las actuaciones quedaron conclusas para sentencia.
En definitiva, la parte actora ha consentido la tramitación que del incidente concursal se ha seguido en la instancia, sin que tampoco sea de apreciar la concurrencia de indefensión alguna por razón de la no celebración de la comparecencia delartículo 61.2 LC, habida cuenta que la misma sólo tiene por finalidad la posible obtención de un acuerdo sobre la resolución contractual pretendida y que en el caso de autos resulta clara la postura mantenida por la parte apelada (vendedora de los solares), pues su escrito de contestación a la demanda pone de manifiesto su total oposición a la resolución de los contratos sea ésta en base a un incumplimiento contractual, sea por ineficacia de los mismos. Ha de concluirse, por tanto, con la desestimación de este primer motivo del recurso de apelación.”: SAP Valencia (Sección 9) 04.04.2011 (JUR 2011/227637; Sentencia 129/2011; Rollo 113/2011)

“1.- Por razones de estricta sistemática, la primera de las cuestiones que debe ser abordada es la pretendida declaración de nulidad de lo actuado al amparo de la infracción procesal que se denuncia en referencia al trámite seguido en la instancia para sustanciar la pretensión resolutoria promovida por la actora, y en lo que a dicho motivo de apelación se refiere, el recurso no puede prosperar por cuanto que amen de haber sido ésta la que ha determinado el cauce a seguir - promoviendo el incidente concursal con el concreto suplico que resulta de la demanda - la misma no ha dado cumplimiento a los presupuestos que resultan del artículo 459 de la propia Ley procesal en relación con el artículo 225.3, de manera que no cabe ahora atender a la pretensión deducida. Al respecto, y en asunto similar al que ahora nos ocupa, y en el que también promovió el incidente la entidad PROMOCIONES NOU TEMPLE SA declaramos recientemente en Sentencia de 4 de abril de 2011 (Pte. Sra. Gaitón Redondo) que:
"Alega la parte recurrente como primer motivo de su recurso la nulidad de las actuaciones de conformidad con lo prevenido en el artículo 225.3º de la LEC, en tanto no se ha celebrado en la instancia la comparecencia prevista en el artículo 61.2 de la Ley Concursal, interesando la retroacción de las actuaciones a fin de citar a las partes a dicha comparecencia, no obstante lo cual a renglón seguido solicita se declare la resolución del contrato de compraventa o, alternativamente se declare la ineficacia del mismo por concurrir supuesto de nulidad. / El citado artículo 225.3 de la LEC establece la nulidad de pleno derecho de los actos procesales cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión, añadiendo el artículo 227 de la citada norma procesal que dicha nulidad habrá de hacerse valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate; pues bien, al caso de autos, y a tenor del contenido de las actuaciones, no cabe estimar la pretensión de nulidad articulada al no apreciarse indefensión alguna en la parte recurrente, PNT, siendo que dicha entidad, además, no formuló recurso alguno durante la tramitación del procedimiento en relación con la circunstancia procesal a que se viene haciendo referencia. Así, y aún cuando la parte actora cita en los fundamentos de derecho de su demanda el contenido del artículo 61.2 de la LC, lo bien cierto es que en el suplico de su escrito rector se limita a solicitar sentencia por la que se declare la resolución de los contratos de compraventa o, alternativamente la ineficacia de los mismos; por otra parte, por lo que de haber entendido la parte actora que procedía la citación de las partes a la comparecencia que señala el citado precepto, debió haberlo puesto así de manifiesto, por medio del pertinente recurso de reposición, con ocasión de la primera de las providencias dictadas por el Juzgador -de fecha 27 de mayo de 2010- por la que se admitía a trámite el incidente y, de conformidad con lo prevenido en el artículo 194 de la LC, se emplazaba a las demandadas para que en el plazo común de diez días contestasen a la demanda en la forma prevenida en el artículo 405 de la LEC. La parte hoy apelante no recurrió en reposición dicha providencia, como se ha indicado, ni tampoco la ulterior providencia por la que se tuvo por contestada la demanda convocando a las partes a la celebración de la vista del juicio verbal (f. 168, de fecha 6 de julio de 2010), sin que tampoco nada manifestara al respecto durante la celebración del juicio que

tuvo lugar en fecha 22 de julio de 2010, momento en el que las actuaciones quedaron conclusas para sentencia. / En definitiva, la parte actora ha consentido la tramitación que del incidente concursal se ha seguido en la instancia, sin que tampoco sea de apreciar la concurrencia de indefensión alguna por razón de la no celebración de la comparecencia del artículo 61.2 LC, habida cuenta que la misma sólo tiene por finalidad la posible obtención de un acuerdo sobre la resolución contractual pretendida y que en el caso de autos resulta clara la postura mantenida por la parte apelada (vendedora de los solares), pues su escrito de contestación a la demanda pone de manifiesto su total oposición a la resolución de los contratos sea ésta en base a un incumplimiento contractual, sea por ineficacia de los mismos. Ha de concluirse, por tanto, con la desestimación de este primer motivo del recurso de apelación."
Los mismos argumentos expresados en la Sentencia de 4 de abril son de aplicación al caso que nos ocupa, y por tanto, nos remitimos a cuanto hemos dejado transcrito en el párrafo precedente, pues aunque la demandante hizo expresa referencia al artículo 61.2 de la LC en el Fundamento de Derecho Segundo de su demanda, nada opuso a la Providencia de admisión del incidente concursal de 19 de mayo de 2010 - expresamente consentida pese a que nada se indicada en relación con su solicitud de convocar a las partes a comparecencia -, ni tampoco con ocasión de la celebración del juicio verbal - folio 362 de las actuaciones -pues resulta del soporte de grabación audivisual que la actora se limitó a la ratificación de la demanda, sin hacer manifestación alguna en referencia a la omisión del trámite solicitado en su día, con oposición a las alegaciones efectuadas de adverso.": SAP Valencia (Sección 9) 02.06.2011 (Sentencia 228/2011; Rollo 326/2011)

2.2. Nulidad de actuaciones

AP Valencia

"PRIMERO.- El Juzgado mercantil 2 de Valencia dictó sentencia, con fecha 7-9-11, que estimaba la demanda incidental promovida por la representación de VAMASA MAQUINARIA SL y la administración concursal del concurso 194/10 contra FRANFINANCE, declarando haber lugar a la resolución de los contratos a que se refieren las presentes actuaciones, procediendo la calificación de las cuotas devengadas en fecha anterior a la declaración del concurso, y que en su caso no hubiera sido satisfechas hasta entonces como créditos concursales, mientras que las posteriores debían reputarse crédito contra la masa, debiendo la concursada poner el bien a disposición de su propietario; sin expresa imposición de las costas causadas.
Frente a dicha resolución recurrió en apelación la representación de FRANFINANCE Suc en España, que solicitó, en primer lugar, la nulidad de la sentencia recurrida, en que se omite toda referencia a la actuación procesal de la demandada, hoy recurrente y a la oposición por su parte formulada, invocando al efecto el artículo 218 LEC, en virtud del cual reputa incongruente la resolución recurrida. Insiste en la imposibilidad de que el contrato "refinanciado" fruto de la adhesión a un convenio anticipado por parte de sus acreedores, pueda resolverse "en interés del concurso", al amparo del artículo 61,2 LC sin que se incurra en abuso de derecho y fraude de Ley, y alega que, en este caso, la resolución del contrato de "renting" refinanciado tiene lugar más de un año después de la declaración del concurso cuando el crédito de la hoy recurrente estaba reconocido en sentencia firme, y cuando el contrato tenía un período de carencia, igualmente, de un año, con lo que se ha conseguido no abonar suma alguna, careciendo de toda justificación promover incidente para valorar la clase de crédito, para posteriormente instar, en forma improcedente, la resolución contractual. Alega, asimismo, la vulneración de lo previsto en el artículo 61,2 LC, sin que la sentencia contenga pronunciamiento alguno relativo a los daños y perjuicios solicitados, en supuesto de resolución. Solicita la nulidad de la sentencia, subsidiariamente la revocación de la misma y con estimación de las excepciones de prosperabilidad de la demanda, se declare no haber lugar a la resolución, y subsidiariamente a las dos peticiones anteriores, la revocación parcial de la sentencia, condenando a la demandante a indemnizar los daños y perjuicios que se indican.
Por la representación de la concursada se opuso al recurso planteado, interesando la confirmación de la resolución recurrida. Afirma que no existe incongruencia, ya que no se formuló reconvención expresa por la demandada, y la sentencia se pronunció expresamente sobre los aspectos debatidos, afirmando rotundamente la pervivencia de la facultad de resolver los contratos, aun en tal supuesto de refinanciación, quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.
SEGUNDO.-Se acepta la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, salvo en lo que se oponga a lo siguiente.
Decía esta Sala, en reciente sentencia de 17-9-12, recaída en rollo 362/12, en orden a la declaración de nulidad lo que sigue:
"La pretensión deducida exige para ser estimada de dos requisitos que tanto por la Ley Enjuiciamiento Civil (artículo 225) como por la Ley Orgánica del Poder Judicial (238-3) imponen; una, la infracción de una norma imperativa procesal de carácter esencial y otro, además, se haya podido producir indefensión. La indefensión viene definida por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 16-Enero-1992, en posición constantemente reiterada como aquella limitación de los medios de defensa producidos por una inadecuada actuación de los órganos judiciales. Ahora bien el propio Tribunal en numerosísimas sentencias (se reseñan entre otras muchas la número 57/1984, 89/1985, 152/1985, 138/1988 y 10/1993) delimita el concepto de indefensión, en cuanto para su apreciación es necesario además que la parte en el procedimiento muestre la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a si mismo en tal situación o quien no hubiese quedado indefenso de actuar con la diligencia exigible. Así de forma más reciente, la STC de 24 de septiembre de 2007, dice "esta excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión cuando es debida a la propia pasividad, de la parte o de los profesionales que la representan o defiendan" (por ejemplo, SSTC 85/2006, de 27 de marzo, y 61/2007, de 26 de marzo, entre tantas otras).

Como ya ha dicho reiteradamente esta Sala en la interpretación del artículo 194 de la Ley concursal :
<<El artículo 194-4 de la Ley Concursal que referente al incidente concursal, establece tras la reforma legal operada por el RDL 3/09 de 27 de Marzo de Medidas urgentes en materia tributaria y financiera aplicable al caso dada su vigencia que, "4. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo en lo relativo a la celebración de la vista. El juez únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda y contestación, y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados. En otro caso, procederá a dictar sentencia sin más trámite ". No obstante, la confusión que puede generar la dicción gramatical del precepto, ha de entenderse que no es viable la celebración de vista cuando parte alguna lo ha interesado o cuando interesada para la práctica de la prueba, ésta es denegada por impertinente. No puede interpretarse, en cambio, que para su celebración es indispensable que sea peticionada por todas las partes, pues si bien los términos del precepto se redactan en plural, tampoco dice que deba ser de consuno y entenderlo de esta manera, implicaría dejar el control de ese acto judicial a una de las partes litigantes, pues bastaría la negativa u omisión de una de ellas para no ser viable que el Juez acordase la vista y por tanto dejar a la parte indefensa al ni siquiera permitirle el recibimiento a prueba, con clara vulneración del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva (art.24 CE) e implicaría un fraude procesal proscrito por el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.>>
Sentado ello, siendo indiscutible que el demandado reconviniente pidió celebrar juicio y prueba en su escrito rector, las Providencias de 9/6/2010 y 1/3/2011, infringen tal precepto por cuanto, en primer lugar, son de contenido confuso y ambiguo al señalar que no se celebra vista pero también se deja en manos del Proveyente la posibilidad afirmativa de celebrarla, creando con tal dicción inseguridad, pues no se dice definitivamente que no, pero tampoco que sí, lo que entraña indefensión en la solicitante y contradice el sentido categórico que deben tener las resoluciones judiciales. En segundo lugar se justifica la no celebración de vista con mención al artículo 428-3 de la Ley Enjuiciamiento Civil referente al juicio ordinario, norma inaplicable al caso, pues tal precepto está reglado y pensado dentro de una comparecencia ante el Juez, la audiencia previa en el juicio ordinario y tras la fijación de hechos controvertidos y petición de las partes de solución inmediata del litigio, por lo que no puede ser de aplicación a una Ley especial que no remite a esa clase de juicio y que además presenta unas especialidades impropias con las del juicio ordinario. En tercer lugar, porque la propia tramitación es mas que desafortunada y alejada de las directrices de la Ley Enjuiciamiento Civil, pues en principio tramitado el recurso de reposición el mismo no se resuelve como impone el artículo 453.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil (por medio de Auto) sino con otra Providencia que lo deja sin efecto, cuando posteriormente se dictan otros Proveídos diciendo que quedan en la mesa del proveyente para su solución sin que tampoco se resuelva. En cuarto lugar porque no se cumple con el precepto (artículo 194 Ley Concursal) al omitirse todo pronunciamiento y no dar razón alguna sobre la prueba propuesta desde la demanda incidental.
Además se causa indefensión a la parte demandada reconviniente del incidente pues se le ha privado de la celebración de la vista y solución a la proposición y práctica de la prueba y se le omite por completo al no solucionarse el recurso de reposición, las razones por las que se le priva de tal acto procesal de alegaciones, proposición y práctica de prueba.
En tal tesitura, en aras a sanear el rosario de defectos procesales y depurar el incidente, dadas las múltiples infracciones procesales, no cabe más remedio a esta Sala dada la petición del recurso de apelación, que estimar el presente motivo de recurso de apelación y decretar la nulidad de actuaciones procesales y en atención a la primera infracción procesal residente en la Providencia de 9/6/2010, pero habiendo después de la misma operado la contestación a la reconvención (trámite válido y eficaz), se retrotraen las actuaciones al momento anterior a la Providencia de 26/7/2010, decretándose la nulidad total de las actuaciones posteriores de este incidente, incluida la sentencia dictada, para que el Juzgado cumpla con el trámite legal correspondiente".
Resulta de la lectura de lo anterior, que, si bien no nos hallamos en el mismo supuesto, lo cierto es que el presente procedimiento, como denuncia la parte recurrente, se instó al amparo del artículo 61,2 LC, cuyo texto -vigente al tiempo de la presentación de la demanda, conforme a la redacción dada por Ley 13/2009establecía que:
No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El Secretario judicial citará a comparecencia ante el Juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el Juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el Juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.
En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.
Tal trámite, imperativo, se ha omitido absolutamente en el presente supuesto, dictándose providencia folio 181- en que de modo absolutamente irregular se acordaba, con invocación del artículo 428 LEC (que no resulta de aplicación) dejar los autos para dictar resolución, dictándose, seguidamente sentencia -folio 184sin que ni siquiera hubiera transcurrido el plazo para recurrir en reposición el proveído anterior (notificado el último día hábil del mes de julio de 2011, como es de ver en las actuaciones), lo que implica que el recurrente sólo pudo denunciar, mediante el recurso planteado, tal infracción.
La parte apelante postula la nulidad de la sentencia, a la que hay que dar lugar, puesto que se ha omitido un trámite esencial, en este caso, que es imperativo, pero la infracción a valorar es previa a dictarse aquella, tal y como hemos reseñado, lo que comporta que sea innecesario valorar los restantes argumentos vertidos en el

recurso. Ha de sanarse el procedimiento, declarando la nulidad desde el proveído dictado en 27-7-11, notificado el 29-7-11, y actuaciones ulteriores, cumpliéndose lo indicado en el precepto arriba transcrito, acordando en consecuencia como se dirá.": SAP Valencia (Sección 9) 13.11.2012 (Sentencia 393/2012; Rollo 575/2012)

3. Valoración del interés del concurso

AP Alicante

"TERCERO.-En consecuencia, la razonabilidad del recurso solo puede tener causa en la existencia o no de un interés justificado en el concurso a la resolución de los contratos en cuestión.
Estamos en presencia de dos contratos, uno de 2 de noviembre de 2004 y otro de 18 de enero de 2006, ambos de arrendamiento de servicios de la actividad propia de Croma Urbanistas S.L., para la elaboración de los instrumentos de planeamiento y gestión necesarios, Plan Parcial, Programas de actuación urbanística, redacción de proyectos de urbanización y reparcelación, elaboración de estatutos, bases de actuación y constitución de Junta de compensación y estudio del impacto medioambiental, así como de asesoramiento jurídicos y técnico durante el desarrollo del procedimiento administrativo para el desarrollo urbanístico del Sector de Suelo No Urbanizable del PGOU de dos municipios, en el primer los contratos, de Benferri, con una superficie de 1.821.744 metros cuadrados y otro, en el segundo de los contratos, de Dolores, con una superficie de 1.621.905 metros cuadrados, en ambos casos, para su conversión en Suelo Urbanizable.
En su recurso aduce la mercantil Croma que no puede haber interés en el concurso de resolver los contratos por razón de su objeto cuando el objeto de la concursada es, principalmente, la gestión de suelo y la promoción inmobiliaria, en modo tal que la utilidad de la prestación acordada en los contratos deviene necesaria a tal objeto, estando no sólo injustificada dicha resolución sino que incluso resultaría perjudicial caso de llevarse a cabo las actuaciones sobre los terrenos en cuestión y tener que contratar, a cargo de la masa, los servicios que constituyen el objeto del contrato.
Sin embargo lo cierto es que, como señala la Administración concursal y la apelada, ninguno de los proyectos a que se refieren los contratos están siendo ejecutados, habiendo incluso la concursada perdido su condición de Agente Urbanizador en el programa de actuación integrada del desarrollo urbanístico del municipio de Dolores -doc nº 1 oposición recurso- y, lo más relevante, no lo van a ser pues, como se acredita en la aportación de la propuesta de convenio, en su plan de viabilidad, aportado a los autos, ninguna referencia de contiene respecto de los proyectos de referencia en Dolores y Benferri, habiéndose centrado dicho plan, para los próximos cinco años, en la venta de terrenos -se incluyen específicamente los de Dolores- y en la ejecución de proyectos más avanzados como son los del El Pinet de la Marina, Edificios Tárrega y Paco de Lucía en Orihuela y Sana Ana del Monte Jumilla Golf.
Por tanto, si la viabilidad de la concursada no pasa por actuaciones sobre Benferri y Dolores, resulta evidente que resultan inútiles para el concurso los contratos en cuestión y, por tanto, devienen contrarios al interés concursal la vigencia de los mismos pues serían generadores de obligaciones contra la masa -art 61-2 LC - el cumplimiento de los deberes por Croma sin repercusión o utilidad para el concurso. Y siendo así, concluir que el interés del concurso pasa por la resolución de dichos contratos, resulta declaración evidente.": SAP Alicante (Sección 8) 12.05.2011 (Sentencia 205/2011; Rollo 99/2011)

AP Las Palmas

"TERCERO.- La siguiente cuestión combatida es la relativa a la resolución del contrato que vinculaba a las partes en interés del concurso-art. 61.2º de la LC-, sosteniendo en síntesis y al efecto la recurrente que pese a no aportarse con la demanda prueba alguna que avalara dicha conclusión se acuerda la resolución conforme a la petición de la administración concursal.
Pues bien, en aras a dar adecuada solución a la cuestión objeto de controversia es preciso partir del marco jurídico legal sobre el que se asienta la resolución acodada por el juez a quo. Dicho marco no es otro que el previsto en elartículo 61.2 L.Cque señala que "la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso.."
La legislación concursal si bien proclama la vigencia y permanencia de los contratos, en materia de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes opta por una disciplina especial, diferente a las reglas generales delartículo 1124 y concordantes del Código Civil, basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes. Como señala la doctrina -entre otros Rafael Bonardell Lenzano en "Régimen de los Contratos Sinalagmáticos en el Concurso"- la iniciativa de recurrir a la resolución voluntaria no es una decisión discrecional y, por otra parte, no necesita en todo caso de la aquiescencia del contratante in bonis. Presupuesto necesario para la utilización de este instrumento lo constituye la satisfacción del interés del concurso, es decir, que a través de la resolución, se persiga su salvaguarda. Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyas directrices de concreción no aparecen fijadas en la Ley, pero es evidente su zona de certeza viene demarcada por la idoneidad para procurar un mayor grado de satisfacción de los acreedores concursales.
Pues bien, desde las anteriores consideraciones, y abundando en el criterio legal de conceder prioridad al interés del concurso sobre las también legítimas aspiraciones de certidumbre de los contratantes in bonis, ninguna virtualidad cabe atribuir a las alegaciones de la recurrente dirigidas a cuestionar la bondad del nuevo

contrato suscrito con una tercera entidad, ni tampoco a los incumplimientos de la concursada. Por el contrario, habiéndose estimado conveniente en su día por la administración concursal y luego por la propia concursada, la resolución del contrato que nos ocupa (contrato de 25 de agosto de 1.997 de arrendamiento de servicios) en interés del concurso, este Tribunal ha de coincidir con el iudex a quo en que en efecto resulta procedente la resolución del contrato por ser conveniente al interés del concurso. La resolución acordada facilitará a la concursada la posibilidad de reducir los costes que la vigencia de dicho contrato conlleva. Por otra parte, como certeramente indica el juzgador a quo, en la medida que el nuevo contrato concertado no sólo no implica a priori desembolso económico alguno para la concursada sino que además le permite obtener ingresos adicionales ello sin duda redundará en lograr la mayor atención, satisfacción o pago a los acreedores.
Finalmente y con el fin de dar respuesta a las alegaciones contenidas en el apartado cuarto del escrito de interposición de recurso, relativas a que la resolución de instancia no resuelve sobre el pedimento principal de la demanda reconvencional, consistente en que se reconociera como precio real del contrato y que se pagara la cantidad de 57.714,70 ? en concepto de diferencia con respecto a lo pagado desde la declaración de concurso, debe significarse que el objeto del incidente del que dimana este recurso es conforme expresa la Ley Concursal "decidir acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa". Por consiguiente lo postulado por la demandada recurrente, excede del ámbito propio de este procedimiento debiendo reconducirse al cauce procesal oportuno.
Por lo demás y en lo referente a la indemnización fijada por la resolución apelada, la solución adoptada en la instancia se estima la más equitativa, sin que puedan cuantificarse dicha indemnización en la cantidad postulada por la demandada de 75.526,99 euros, importe que se obtiene de las sumas debidas hasta la fecha de finalización del contrato, 25 de agosto de 2005, y que se estima desproporcionado si se tiene en cuenta que desde abril de 2005 ningún servicio se prestó al haberse suspendido cautelarmente el contrato, a lo que habrá de añadirse que tampoco existe prueba en autos que demuestre que en dicha suma pueda cifrarse el lucro cesante, prueba que conforme alart. 217 de la LECcorrespondía a la recurrente.”: SAP Las Palmas (sección 4) 21.12.2007 (JUR 2008/89845)

AP Madrid

“CUARTO.- La acción de resolución contractual en interés del concurso.
El ejercicio de la acción de resolución del contrato en interés del concurso, prevista en el artículo 61.2 de la LC, supone una posibilidad excepcional en el seno del régimen jurídico de las relaciones obligatorias, que sólo cabe emplear en caso de situación concursal. Conlleva el conceder al concursado la facultad de poder liberarse de tener que cumplir con los compromisos que asumió contractualmente cuando pueda ponerse de manifiesto que ello sería lo más conveniente para el interés del concurso. Esto último ha de significar, ordinariamente, que ello redundará en que los acreedores del concursado puedan obtener un mayor grado de satisfacción en sus derechos que el que previsiblemente conseguirían si éste tuviera que seguir cumpliendo con lo inicialmente pactado.
En el caso que nos ocupa el interés del concurso en la resolución del contrato resultaba manifiesto, pues la persistencia de la relación conllevaba la de unas obligaciones de pago que resultaban progresivamente gravosas para la masa activa en función del escaso rendimiento empresarial que podía reportar la conservación de un vehículo de las características del arrendado (Audi A8, más adecuado para empleo particular). Es comprensible que la Administración Concursal prefiriese resolver el vínculo contractual, aunque pudiera tener que satisfacer algún tipo de razonable compensación a la contraparte, a persistir en una relación que progresiva y automáticamente conllevaría más obligaciones a cargo de la concursada, sin reportar a cambio una satisfactoria utilidad, si se esperase hasta el vencimiento del contrato.”: SAP Madrid (Sección 28) 18.05.2015 (Sentencia 135/2015; Recurso 709/2013)

3.1 Improcedencia de tener como tal el mero interés por evitar las consecuencias de la resolución por incumplimiento

AP Barcelona

“PRIMERO.- La concursada EDIMAN S.A., al amparo de lo dispuesto en el artículo 61.2º de la Ley Concursal, solicitó la resolución en interés del concurso de los contratos de arras suscritos con los demandados durante los meses de octubre de 2005 a febrero de 2006. En la demanda se expusieron los siguientes hechos:
1º) En el año 2007 EDIMAN S.A. inició una promoción de viviendas, trasteros y plazas de garaje en una finca sita en Rubí, CALLE000 NUM000.
2º) EDIMAN S.A. suscribió con los demandados los contratos de arras que se acompañan a la demanda como documentos uno a siete, que tenían por objeto diversos pisos, trasteros y garajes. EDIMAN S.A. se comprometió a entregar las fincas en un plazo máximo de treinta meses a contar desde el inicio de las obras, pactándose entre las partes unas arras penitenciales del artículo 1454.
3º) EDIMAN S.A. concertó con LA CAIXA un préstamo hipotecario del que fue disponiendo conforme avanzaba la edificación.
4º) Debido a la crisis del sector inmobiliario, EDIMAN S.A. dejó de atender algunos pagos, lo que le llevó a solicitar el concurso voluntario, que fue declarado por auto de 3 de junio de 2008. En ese momento la constructora suspendió el curso de las obras, habiéndose ejecutado hasta la fecha el 60% de los trabajos.
5º) A lo largo de los años 2008 y 2009 la concursada ha mantenido negociaciones con LA CAIXA para intentar proseguir el curso de las obras, negociaciones que no han dado sus frutos.
En el hecho sexto de la demanda alega que en la medida en que no puede "por el momento" terminar la

edificación y que no está en condiciones de entregar los inmuebles, dado que "el incumplimiento determinaría la obligación de devolver duplicadas las arras recibidas", es por ello que insta la resolución en interés del concurso, solicitando se ordene la restitución con cargo a la masa de las cantidades percibidas -474.120,20 euros-, más un 5% en concepto de indemnización, en lugar de los 948.240,20 euros que conforme a lo pactado debería devolver a los compradores por el incumplimiento contractual.
SEGUNDO.-Convocadas las partes a la comparecencia prevista en el artículo 61.2º, se opusieron expresamente a la resolución Doña Petra y Don Joaquín, de un lado, y Don Martin y Doña Sonia, de otro. Los primeros alegaron mala fe de la concursada y que no procede la resolución contractual por haber mediado incumplimiento premeditado y fraudulento de EDIMAN S.A.
Los segundos, por su parte, alegaron que la obra está prácticamente acabada -falta un última certificación de 180.000 euros sobre un monto total de 5.000.000 de euros-. Que es posible que la obra la finalice CAIXA GIRONA y que, por tal motivo, no podían aceptar la resolución, dado que optaban por el cumplimiento del contrato en sus propios términos. Para el caso que se diera lugar a la resolución, interesaron se condenara a la concursada a abonar con cargo a la masa la cantidad pactada - 217.210 euros-, más los intereses.
TERCERO.-La sentencia analiza la situación de quienes no se mostraron de acuerdo con la resolución -se han homologado transacciones con alguno de los compradores-. El juez a quo constata que los contratos han sido incumplidos por la concursada y que no es posible finalizar las obras, dado que se ha abierto la liquidación y los inmuebles han sido adjudicados. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Concursal, declara procedente la resolución del contrato, ordenando la restitución de las cantidades entregadas. En cuanto a la indemnización, dado que no se ha acreditado el perjuicio causado a los compradores, en interés del concurso acoge la propuesta de la concursada y fija en un 5% de aquellas cantidades la suma que ha de abonarse con cargo a la masa.
La sentencia es recurrida por los demandados que formularon oposición, que insisten en los mismos argumentos esgrimidos en la contestación.
CUARTO.-El artículo 61.2º de la Ley Concursal, después de señalar que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo de la concursada como de la otra parte, debiendo atenderse con cargo a la masa las prestaciones a que venga obligada la concursada, añade en su párrafo segundo que la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, "podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso". En este caso, a falta de acuerdo entre las partes, el juez decidirá en el incidente correspondiente acerca de la resolución, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.
Como indicamos en nuestra sentencia de 16 de octubre de 2013 (Rollo 134/2013), el art. 61.2 LC concede, en atención a un interés que considera superior al individual de la contraparte, una facultad o derecho potestativo de carácter extintivo, que otorga el poder de extinguir una relación jurídica preexistente, sin necesidad de incumplimiento por la otra parte, en atención al parámetro de la "conveniencia al interés del concurso".
Por otro lado, en Sentencia de 1 de junio de 2011 (ROJ 7557/2011) dijimos que "la previsión del artículo 61.2.II LC de que el juez decida la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa, en los casos de resolución de contrato en interés del concurso, no puede interpretarse en el sentido de que, indefectiblemente, deba acordarse en tales supuestos una indemnización. Esa intelección viene impedida, no sólo por los términos literales de la norma ("acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse"), sino, sobre todo, por la naturaleza resarcitoria de la indemnización, que tiene como presupuesto indispensable la existencia de daño."
QUINTO.-En el presente caso, no es controvertido que los contratos han sido incumplidos por la concursada y que el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso. Consta, igualmente, que EDIMAN S.A. no está en condiciones de cumplir lo pactado, entregando terminadas las viviendas objeto de los contratos. Y ello por cuanto el concurso ha entrado en fase de liquidación y las fincas han sido adjudicadas, según señala la sentencia, se entiende que a LA CAIXA.
La actora justifica el interés del concurso en la necesidad de evitar las consecuencias económicas del incumplimiento. Así se dice expresamente en el hecho sexto de la demanda. Es decir, anticipándose a una posible acción resolutoria por incumplimiento contractual, la concursada pretende que los efectos de la resolución se rijan con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61.2º de la Ley Concursal y, en consecuencia, que el Juzgado modere la indemnización, limitándola a un 5% de lo que correspondería según el contrato -23.706,01 euros para el conjunto de los demandados, en lugar de los 474.120,20 euros que sumaría la indemnización pactada para el caso de incumplimiento-.
Entendemos que ese interés que invoca la concursada no es el "interés del concurso" que subyace en el artículo 61.2º de la LC. Dicha norma facilita la resolución de aquellos contratos que están vigentes y que resultan excesivamente gravosos para la masa activa, cuando por la situación de insolvencia esos contratos dejan de ser necesarios para el deudor. El artículo 61.2º de la LC no puede sustituir al artículo 62, que sería aplicable, en toda su extensión, al supuesto enjuiciado. Esto es, no es posible declarar la resolución por incumplimiento conforme al artículo 62 y fijar la indemnización como si el contrato se hubiera extinguido en interés del concurso.
En cualquier caso, la resolución es inevitable, pues el cumplimiento ha devenido imposible. Ahora bien, la indemnización que debe atenderse con cargo a la masa será la convenida en los contratos. Las partes están conformes que el incumplimiento por el vendedor conllevaba la obligación de devolver duplicadas las arras (artículo 1454 del Código Civil). Los Sres. Martin y Sonia entregaron por tal concepto 108.605 euros (documento siete de la demanda), por lo que deberán ser resarcidos con cargo a la masa en 217.210 euros. Dicha cantidad no debe incrementarse en un 6% anual por no contemplarse esa penalización añadida en el contrato.
Por el contrario, los Sres. Joaquín y Petra únicamente abonaron en concepto de arras 3.000 euros (documento

cinco de la demanda). El resto -164.222,81 euros- lo abonaron el 31 de enero de 2006 como precio. Por ello deberá pagarse a los actores con cargo a la masa 6.000 euros en concepto de arras duplicadas, además del 5% de la cantidad total entregada -suma reconocida en la sentencia de instancia y que no ha sido impugnada- como daños y perjuicios.
En consecuencia, procede estimar parcialmente ambos recursos.": SAP Barcelona (Sección 15) 05.03.2014 (Sentencia 70/2014; Rollo 301/2013)

4. "... en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa"

4.1 Resolución sin indemnización, no probados daños

AP Alicante

"CUARTO.-Siendo procedente la resolución, ha de analizarse las consecuencia de dicha decisión, pues si la resolución contractual libera a las parte del cumplimiento de sus obligaciones pendientes, tiene también como efecto genérico el derecho indemnizatorio a cargo de la masa como ordena el artículo 61-2 in fine en consonancia con lo establecido genéricamente el artículo 1124 del Código Civil.
En el caso, la razón de indemnización que se plantea por el apelante es el hecho de que la concursada ha dispuesto de sus servicios de asesoramiento y gestión urbanística durante la duración del contrato y por tanto, habría de resarcírsele y por los trabajos realizados hasta el momento de la resolución.
Sin embargo, y al margen de cualquier otra consideración, es lo cierto que ningún esfuerzo probatorio hace la parte en probar en qué consiste el asesoramiento dispuesto y qué trabajos ha realizado distintos a los ya satisfechos y respecto de los que ya tiene reconocida su posición acreedora en el concurso. Por tanto si la parte in bonis no prueba los daños a indemnizar, respecto de los que ni tan siquiera propone cuantía alguna, y justificación alguna existe de daños ni aún en abstracto, al no justificarse tan siquiera la existencia de una infraestructura empresarial puesta o generada con ocasión de la contratación que se resuelve, el derecho genérico a ser indemnizado no resulta concreto y por tanto, no se devenga pues la indemnización responde no a un efecto necesario o inevitable de la resolución contractual sino a la reparación de un daño por quien no debe soportarlo.
Procede en consecuencia, denegar dicho derecho indemnizatorio.": SAP Alicante (Sección 8) 12.05.2011 (Sentencia 205/2011; Rollo 99/2011)

AP Castellón

"PRIMERO La sentencia apelada establece que la pretensión del demandante de obtener la indemnización pactada en el contrato no puede ser acogida ya que se trata de un supuesto de resolución contractual diverso al que recoge dicho pacto (finalización del contrato voluntaria por parte del arrendatario) que no opera dentro de aquel marco específico y que, por lo tanto, queda al margen de su operatividad, no habiéndose aducido ni acreditado un perjuicio derivado de la resolución coincidente con la cantidad que se obtuviera de la aplicación de dicha cláusula.
SEGUNDO Se interpone recurso de apelación por parte del acreedor impugnante alegando en primer lugar error en la valoración de la prueba, ya que consta acreditado que Banesto Renting SA, no es una Entidad financiera, siendo su objeto la financiación de la máquina arrendada, que previamente adquiere con ese fin. En el contrato de renting se pacta una cláusula de irrenunciabilidad del plazo por parte de la arrendataria la cual, si decide unilateralmente resolver el contrato antes de su vencimiento natural ha de pagar, en conceptos de daños y perjuicios una penalidad consistente en el 90% del importe de las cuotas pendientes, siendo dicho perjuicio el reclamado en este procedimiento, cuantificado en 23.043,62 euros. Sin perjuicio de ello y por si se entiende que no procede la aplicación de esacláusula penal, el apelante tiene objetivado el perjuicio en 8.517,98 euros. En segundo lugar, se alega que al contrario de lo que sostiene la sentencia impugnada, si se puede aplicar la penalidad pactada ya que este supuesto de resolución se encuentra incluido en el contrato de renting ya que se contempla como motivo en elapartado c) de la cláusula cuarta del contrato, cuando señala que el arrendador podrá declarar resuelto anticipadamente de pleno derecho el presente contrato "cuando el arrendatario se encuentre en situación de suspensión de pagos, quiebra, concurso de acreedores o cualquier otra situación jurídica de efectos similares a los anteriores." Por último, y teniendo en cuenta la devolución de la máquina, se aportan dos documentos entre los que se encuentra el presupuesto para la reparación, que recoge los graves desperfectos de la máquina, ascendiendo el presupuesto para la reparación a 11.972,35 euros, siendo esta cantidad un daño efectivo causado al apelante.
(…)
SEXTO En virtud de lo expuesto, procede entrar a resolver sobre el fondo del asunto. En este sentido, y una vez valorados los argumentos de las partes, debemos manifestar nuestra coincidencia con las razones vertidas en la sentencia apelada lo cual nos lleva a confirmarla en todos sus pronunciamientos.
Así, y con respecto a la aplicación de la cláusula penal por la que la concursada debería indemnizar a Banesto Renting con el 90% del importe de las cuotas pendientes de vencer, no sería de aplicación, ya que estamos ante un supuesto de resolución judicial distinto al contemplado en la cláusula alegada puesto que en ella se recoge una finalización voluntaria del arrendatario antes del plazo sin causa que lo justifique y aquí nos encontramos ante una finalización obligada por falta de actividad, solicitada por la Administración concursal, dentro de un proceso concursal. Por lo tanto no procede declarar una indemnización a favor de Banesto Renting acorde con dicha cláusula.
Con respecto a la solicitud subsidiaria que se formula consistente en que se aplique como criterio de

indemnización la diferencia entre el valor de la máquina y las cuotas pagadas y reconocidas, es una cuestión nueva en el procedimiento que cabe calificar de extemporánea y que introduce una petición no alegada en el momento procesal oportuno. Además, y por lo que respecta a los documentos presentados con el recurso, nos remitimos a lo señalado en el Fundamento de Derecho cuarto. Si se le devuelve el bien 35 meses antes de lo previsto y se le reconoce a la entidad apelante como créditos contra la masa las cantidades pendientes de cobro, no queda motivo para que surja ningún otro concepto indemnizatorio. Y así se resuelve en numerosa jurisprudencia, entre la que cabe destacar la sentencia de la AP de Alicante de 19 de junio de 2006 nº 130/06 (JUR 2006, 299839).
Por los motivos señalados y otros puestos de manifiesto en la sentencia apelada, que damos por reproducidos, procede la desestimación del recurso.": SAP Castellón (Sección 3) 15.02.2010 (Sentencia 44/2010; Rollo 129/2009)

AP Pontevedra

"SEGUNDO.-Se desconoce el resultado de las concretas gestiones realizadas por la parte apelante, a fin de valorar la diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y la procedencia de algún tipo de contraprestación. Pero ahora se reclama una indemnización por resolución en interés del concurso a la que no se opone la parte apelante, que reconoce además la imposibilidad de cumplimiento del contrato una vez que se abre la fase de liquidación. En estos términos debe señalarse que la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa a que se refiere el art. 61.2 LC debe reconocerse si así fuera procedente. No es más que una concreta aplicación al ámbito concursal de la regla general prevista en el art. 1124 CC para los supuestos de resolución contractual. Siendo así, no cabe duda alguna que deben acreditarse los concretos perjuicios que la resolución provoca a parte in bonis, y la cuantificación de la misma.
En el supuesto enjuiciado nada acredita la parte apelante sobre cuáles son los daños y perjuicios que le provoca la resolución contractual, ni su cuantificación. Es más, en orden a ésta, evidencia la sinrazón de la pretensión que primero se pretenda acudir a una cláusula penal para supuestos de anulación o posposición voluntaria ("si por cualquier causa este finalmente decidiese anularla o bien posponerla un periodo superior a 6 meses, este hecho le supondría al cliente un desembolso 100.000 euros"). No estamos ante este incumplimiento voluntario, que nada tiene que ver con la resolución en interés del concurso más cuando este es necesario. Y fuera de esa cuantía se rebaja la petición, de forma desorbitada, a la cantidad de 2.900 euros que se dicen reconocidos por el concursado, pero en realidad nada tienen que ver con unos supuestos perjuicios producidos por la propia resolución, perjuicios, se insiste, no acreditados ni en cuanto a su existencia ni en cuanto a su cuantía" :SAP Pontevedra (Sección 1) 04.02.2010 (Sentencia 67/2010; Rollo 2/2010)

4.2 Carácter estrictamente resarcitorio. Inaplicación de la claúsula contractual pactada para el caso de desistimiento unilateral

AP Barcelona

"PRIMERO.- La concursada INOXCROM S.A., al amparo de lo dispuesto en el artículo 61.2º de la Ley Concursal, solicitó la resolución en interés del concurso del contrato de arrendamiento suscrito con la demandada el 17 de marzo de 2004, sin aplicar la indemnización contemplada en la cláusula quinta del contrato.
CEVASA contestó a la demanda alegando que no se oponía a la resolución, si bien aplicando lo previsto en la cláusula quinta, que implica una indemnización a su favor por importe de 4.765.806,72 euros.
Son hechos no controvertidos, recogidos como tales en la sentencia apelada, los siguientes:
1º) En fecha 17 de marzo de 2004 INOXCROM y CEVASA firmaron un contrato de arrendamiento de una nave industrial, situada en el Paseo de la Verneda 150-160, que se había de construir en un solar propiedad de la demandada (documento uno de la demanda).
Las partes pactaron que el devengo de la renta se iniciaría con la entrega de la obra terminada, importando en una primera fase 32.989,93 euros/mes. Con la entrega de la superficie correspondiente a la segunda fase, la renta pasaría a ser de 66.176,15 euros, más el IVA correspondiente, revisándose anualmente conforme al Índice General Nacional del Sistema de índices de Precios de Consumo (estipulación cuarta).
2º) La nave se entregó a la arrendataria el 4 de abril de 2005, momento a partir del cual la concursada comenzó a abonar la renta.
3º) A partir del mes de marzo de 2009 INOXCROM dejó de abonar la renta, situación que persistía en el momento de dictarse sentencia en primera instancia.
4º) En la cláusula tercera del contrato de arrendamiento las partes fijan un plazo de duración de diez años, a contar desde la entrega del edificio, prorrogable por años. El contrato, por tanto, debía extinguirse en abril de 2015.
5º) La cláusula quinta del contrato, bajo la rúbrica "indemnización por desistimiento", dice lo siguiente: "Desde la fecha de otorgamiento hasta la terminación del plazo contractual pactado en la cláusula tercera, el contrato será de obligado cumplimiento por ambas partes. En caso de desistimiento anticipado por parte de la arrendataria, está vendrá obligada a satisfacer en concepto de indemnización una cantidad igual al total importe de las rentas pendientes hasta la fecha de expiración del contrato".
SEGUNDO.-La sentencia de instancia acuerda la resolución, por existir acuerdo entre las partes, si bien declara inaplicable la cláusula indemnizatoria. El juez a quo señala que, habiendo aceptado la arrendadora la resolución, no cabe hablar de un desistimiento del contrato como facultad unilateral del arrendatario. Ese concurso de voluntades sobre la resolución contractual "resulta incompatible con la aplicación de la cláusula indemnizatoria por desistimiento unilateral".

La sentencia es recurrida por CEVASA. En contra de lo argumentado por el juez de instancia, la recurrente considera que el hecho de no haberse opuesto a la resolución no es incompatible con la aplicación de las consecuencias económicas previstas en la cláusula quinta del contrato. Como sostiene la propia sentencia, señala la apelante, la resolución unilateral y anticipada del contrato supone un incumplimiento contractual de carácter esencial, pues la parte que desiste incumple la duración pactada. Por todo interesa se reconozca como crédito contra la masa el importe total de 4.765.806,72 euros, suma que representa la totalidad de las rentas hasta el mes de abril de 2015. Considera, además, que esa suma no puede ser objeto de moderación, conforme a lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil, por haber sido totalmente incumplido el contrato por parte de la concursada.
TERCERO.-Entendemos, como sostiene la recurrente, que la conformidad mostrada por la arrendadora a la resolución del contrato en el marco de un incidente del artículo 61.2º de la Ley Concursal, no convierte en "bilateral" el desistimiento unilateral del arrendatario y, en definitiva, que haya de excluirse cualquier tipo de indemnización a su favor como consecuencia de la resolución.
Dicho lo cual, tampoco podemos desconocer que la resolución, como se ha expuesto, se promueve, no en el ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral prevista en la cláusula quinta del contrato, sino en uso de un derecho exclusivo del concursado que le reconoce el artículo 61.2º de la Ley Concursal. Como indicamos en nuestra sentencia de 16 de octubre de 2013 (Rollo 134/2013), el art. 61.2 LC concede, en atención a un interés que considera superior al individual de la contraparte, una facultad o derecho potestativo de carácter extintivo, que otorga el poder de extinguir una relación jurídica preexistente, sin necesidad de incumplimiento por la otra parte, en atención al parámetro de la "conveniencia al interés del concurso".
El interés del concurso se vería defraudado si, en aplicación de la cláusula quinta, la resolución conllevara una indemnización equivalente a "todas las rentas pendientes hasta la fecha de expiración del contrato". La indemnización del artículo 61.2º, que ha de fijar el juez del concurso, a falta de acuerdo entre las partes, es de naturaleza estrictamente resarcitoria, con independencia de lo previsto por las partes en el contrato, dado que la resolución no opera en ejecución de lo pactado en él, sino amparada en lo dispuesto en aquel precepto y con fundamento en el interés superior del concurso.
Por otro lado, como señalamos en Sentencia de 1 de junio de 2011 (ROJ 7557/2011), "la previsión del artículo 61.2.II LC de que el juez decida la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa, en los casos de resolución de contrato en interés del concurso, no puede interpretarse en el sentido de que, indefectiblemente, deba acordarse en tales supuestos una indemnización. Esa intelección viene impedida, no sólo por los términos literales de la norma ("acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse"), sino, sobre todo, por la naturaleza resarcitoria de la indemnización, que tiene como presupuesto indispensable la existencia de daño."
CUARTO.-Para determinar la indemnización que corresponde al arrendador, estimamos adecuado acudir a los criterios contemplados en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con algún factor de corrección añadido como expondremos a continuación. De acuerdo con dicho precepto, "las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste de cumplir. Los periodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización". En el presente caso son 64 las rentas pendientes hasta la expiración del contrato. El importe de la renta, según la apelante, asciende a 74.465,73 euros. Esos dos parámetros no se han puesto en cuestión por la concursada.
Por tanto, aplicando los criterios del artículo 11 de la LAU, el arrendador debería ser resarcido con una suma equivalente a la renta de cinco meses y diez días. Es un periodo de tiempo que estimamos ajustado para que el arrendador encuentre un arrendatario que sustituya a la concursada, abonando la renta. Con ello colmaríamos las expectativas legítimas de la propiedad y no gravaríamos la masa con una cantidad desproporcionada.
Consideramos adecuado, además, introducir una factor de corrección a la baja, que se justifica por lo elevado de la renta y por la excesiva duración del contrato. Por ello CEVASA deberá ser resarcida con el importe de cuatro mensualidades de renta, suma que, salvo error, asciende a 297.862,92 euros.
En consecuencia, debemos estimar parcialmente el recurso, fijando en 297.862,92 euros la indemnización que ha de percibir la apelante con cargo a la masa por la resolución del contrato de arrendamiento en interés del concurso. “:SAP Barcelona (Sección 15) 04.11.2013 (Sentencia 397/2013; Rollo 286/2013)

4.3 Improcedencia de indemnización a favor de la concursada

AP Madrid

“TERCERO.- Sobre la acción de resolución en interés del concurso y sus efectos.
El ejercicio de la acción de resolución del contrato en interés del concurso, prevista en el artículo 61.2 de la LC, supone una posibilidad excepcional en el seno del régimen jurídico de las relaciones obligatorias, que sólo cabe emplear en caso de situación concursal. Conlleva el conceder al concursado la facultad de poder liberarse de tener que cumplir con los compromisos que asumió contractualmente cuando pueda ponerse de manifiesto que ello sería lo más conveniente para el interés del concurso. Esto último ha de significar que redundará en que los acreedores de la concursada puedan obtener un mayor grado de satisfacción en sus derechos que el que previsiblemente conseguirían si ésta tuviera que cumplir con lo pactado.
Los efectos de la resolución en interés del concurso lo son extintivos de la relación jurídica, quedando liberadas las partes de las obligaciones que antes hubieran asumido. Asimismo surgen los deberes de liquidación de la situación existente, significadamente la restitución "in natura" de lo que hubiera sido objeto de prestación (salvo en las relaciones duraderas con prestaciones ya consumidas) o de no ser posible de su equivalente pecuniario.
Además, cabría plantearse como consecuencia de una resolución contractual la procedencia del resarcimiento

de daños y perjuicios para la contraparte. Pero en el seno de la resolución del contrato en interés del concurso, dada la peculiaridad de su finalidad, la ley (artículo 61.2 de la LC) sólo contempla la posible procedencia de un resarcimiento, que lo sería a cargo de la masa, a favor del que había contratado con el concursado, ya que se le va a privar del derecho a exigir el cumplimento de lo convenido merced a la conveniencia que ello entraña para el concurso (y si es que puede justificar que la falta de cumplimiento conllevase para él, en la medida en que su interés pudiera quedar total o parcialmente insatisfecho, el padecimiento de daños y perjuicios).
Si fuera, en cambio, el concursado el que deseara percibir indemnizaciones con ocasión de la resolución contractual, no podría interesarlo, como aquí ha pretendido, con ocasión de que la administración concursal, que es la legitimada para ello, la reclamara en interés del concurso, pues ello resultaría contrario a la finalidad y sentido propios de dicha institución. Serían otro tipo de acciones, como la resolución por incumplimiento, etc, las que podrían dar pie a ese tipo de consecuencias, que resulta impensable que puedan esgrimirse con ocasión de una resolución en interés del concurso. Precisamente a la hora de valorar la pertinencia de emprender una acción de resolución contractual en interés del concurso se han de valorar todos los pros y contras que ello puede suscitar, sin que pueda aspirarse a que sólo operen los primeros.
Cuando la apelante asevera que lo que está reclamando es un derecho diferenciado (una compensación económica a su favor), no contemplado de modo expreso en el artículo 61 de la LC, pero no prohibido por él, que estaría asociado a la mera extinción del contrato, lo que está obviando es que esta última, cuando responde al interés del concurso, supone una excepcional consecuencia prevista en una norma especial y cuyos efectos han de ser los asignados en ella, que son excluyentes de los que otra normativa de ámbito general pudiera estar contemplando para los demás casos.
CUARTO.- Sobre la vigencia y aplicabilidad al caso de la norma invocada por la recurrente.
El que el contrato de concesión para la distribución de vehículos y prestación de servicios postventa fuese anterior, pues data del 15 de febrero de 2006, a la vigencia del precepto legal invocado (la disposición adicional primera de la Ley sobre contrato de agencia, introducida por el apartado uno de la disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, habría entrado en vigor el 6 de marzo de 2011) suscitaría además problemas de retroactividad (el artículo 2.3 del C. Civil) y en su caso sobre el grado de la que pudiera tratar de reconocerse a dicha norma. Sólo si se admitiese, cuando menos, un grado mínimo de retroactividad podría tratar de defenderse la aplicación de una disposición ulterior a una relación jurídica nacida con anterioridad. Esto hubiese exigido el despliegue de un cierto esfuerzo alegatorio que contemplamos que ha sido efectuado en otras aspectos, mas no en éste.
Además, el que la resolución del contrato tampoco se produjera bajo el período de vigencia de aquélla, pues los efectos que se derivarían de la sentencia judicial (de fecha 26 de diciembre de 2011), que se refieren a una relación duradera, serían "ex nunc" y por lo tanto no retroactivos (extinción entonces del vínculo obligatorio y surgimiento en ese momento de deberes de liquidación y de restitución), tampoco favorecería las tesis de la apelante. No hay que olvidar que la citada previsión legal fue privada de efectos por la disposición final 4ª de la Ley 7/2011 (publicada en el BOE del 12 de abril de 2011 y de vigencia inmediata).
Por último, la vocación de la reforma introducida por la mencionada disposición final 4ª de la Ley 7/2011 fue, además, la de impedir que la referida norma pudiera producir ningún efecto jurídico, tal como deducimos de las propios términos empleados por el legislador, por lo que el empeño de la recurrente en buscar amparo en tan escasa ventana temporal de teórica vigencia supone un forzado intento de sacar partido de ello a costa de un tercero, lo que no puede merecer el amparo de este tribunal.
QUINTO.- Consideración adicional sobre la falta de viabilidad de la acción.
En cualquier caso, el desinterés de la concursada en proseguir con la vinculación contractual con la contraparte, valiéndose para ello de la posibilidad de resolución del contrato en interés del concurso (artículo 61.2 de la LC), si ha de ser equiparada a una situación extraconcursal, ya que se ha buscado amparo por la recurrente en normativa de esa índole, sería a la de desistimiento unilateral en función de los propios intereses de una de las partes contractuales. Es la obtención de un mayor grado de satisfacción para los fines del concurso lo que justificaría que la entidad concursada pudiera desistir de tener que cumplir con lo que estaba estipulado. No parece, sin embargo, que en ese marco una pretensión de compensación económica por finalización de la relación, como la que defiende la parte recurrente, pudiera compadecerse con tal situación. Precisamente, la lectura del precepto invocado (disposición adicional primera de la Ley sobre contrato de agencia, introducida por el apartado uno de la disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible -«B.O.E.» 5 marzo) en el contexto (como se deriva que ha de hacerse según el artículo 3.1 del C Civil) de la Ley 12/1992 al que hace referencia y a cuyo régimen jurídico se remite, permite comprender que no procedería la exigencia de indemnizaciones por clientela ni de daños y perjuicios en los casos, salvo concretas excepciones, de denuncia unilateral del contrato por parte del propio agente (en este caso del concesionario), tal como señala el artículo 30 de dicho cuerpo legal.
La paradoja que entraña el planteamiento de la recurrente es que pretende aprovecharse de que la normativa concursal permite imponer a la contraparte la extinción del contrato por una razón extraña al mismo (como consecuencia derivada del régimen especial aplicable en caso de crisis concursal de un contratante e incluso como posibilidad excepcional en el seno del mismo, pues la regla general sería la subsistencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento), incluso en contra de los intereses de esa otra parte, para exigirle, sin embargo, que satisfaga una cuantiosísima indemnización que tendría como causa el compensar a la concursada por la finalización de la relación que ella y sus circunstancias han impuesto. La contradicción no puede resultar más flagrante.”: SAP Madrid (Sección 28) 22.11.2013 (Sentencia 324/2013; Rollo 147/2013)

5. Contrato de leasing.

[Vid. las resoluciones incluidas en el art 84.2.6.]

5.1 Indemnización al acreedor con cargo a la masa

5.1.1 Resolución sin indemnización, no probados daños

JM-1 Alicante

"Primero.- El objeto del presente incidente es la procedencia de la resolución contractual instada por la concursada al amparo del artículo 61LC y en caso afirmativo, determinación de los efectos de dicha resolución, y en su caso, las indemnizaciones correspondientes
A la vista de los particulares pedimentos que realizan las partes, especialmente la administración concursal, procede dejar sentado previamente algunas consideraciones sobre el alcance del art 61 LC, cuya posibilidad de aplicación incluso cuestiona la admón. concursal (aunque paradójicamente le parece correcta la resolución en interés del concurso)
En materia de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes la Ley Concursal ha optado por una disciplina especial, diferente a las reglas generales del artículo 1124 y concordantes del Código Civil, basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes, pudiéndose entender como "interés del concurso", prototipo de concepto jurídico indeterminado, la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores, o dicho de otra manera, en lograr la mayor atención, satisfacción o pago a los acreedores. Dos son las especialidades que introduce la ley concursal: a) la resolución del contrato en interés del concurso (Art 61.2) y b) La enervación de la resolución en caso de incumplimiento contractual (art 62.3).
Aquí interesa la primera, indicando que el ámbito objetivo es el mismo: los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la parte in bonis. En líneas generales se puede afirmar que en caso de contratos obligaciones recíprocas existirá cumplimiento total por una de las partes cuando la parte haya ejecutado la prestación o prestaciones a las que se comprometió exactamente en los términos previstos en el contrato y el interés del acreedor haya quedado satisfecho, con independencia de que dicha ejecución o cumplimiento haya sido voluntario o forzoso. En todo caso ese cumplimiento ha de ser válido, eficazmente realizado, regular y exacto. Si así ocurre, entra en juego el artículo 61. 1. En otro caso nos encontraremos en el supuesto del artículo 61.2, que es el que aquí interesa
Las obligaciones recíprocas pueden estar pendientes de cumplimiento por ambas partes bien porque ninguna de ellas haya cumplido todavía las que asumió al celebrar el contrato (por ejemplo, contrato de tracto único no ejecutado por ningún contratante) o bien porque se trata de contrato de tracto sucesivo o de duración, que ha sido cumplido por ambas partes antes de la declaración de concurso, pero que también está previsto su cumplimiento en el futuro.
La doctrina (entre otros, Aurora Martínez en "Comentarios a La Ley Concursal", dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán y Ángel Carrasco Perera, en "Los derechos de garantía en la Ley Concursal") señala por ejemplo el contrato de leasing, ya que se trata de un contrato de tracto sucesivo, pendiente de ejecución parcialmente por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso, puesto que aunque el arrendador haya entregado el bien al arrendatario financiero (el deudor concursado) seguirá obligado mantener a éste en el uso y disfrute de la cosa durante todo el tiempo de vigencia del contrato y además será preciso que manifieste una específica declaración de voluntad dirigida a permitir que la contraparte puede ejercitar la opción de compra. A su vez, el arrendatario tendrá pendiente de ejecución al menos parte de las obligaciones asumidas en virtud del contrato (el pago de las cuotas correspondientes). No se puede considerar el contrato de leasing como uno de aquellos en los que sólo están pendientes de cumplimiento obligaciones por parte del deudor concursado (pago de cuotas) ya que su naturaleza no es la de una compraventa a plazos, como de forma reiterada viene a decir la jurisprudencia (STS 30/12/2003), sin que en el caso que nos ocupa se haya cuestionado la naturaleza del contrato con un contrato de leasing. Como dice la STS de 2 de diciembre de 1998 "El contrato de arrendamiento financiero (leasing), como dice la Sentencia de esta Sala de 28 noviembre 1997, institución del derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptuado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 del Código Civil (S. 26 junio 1989). Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la disposición adicional séptima en su apartado primero de la Ley de 29 julio 1988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario. Por otra parte en el apartado octavo de dicha disposición adicional se dice que las Sociedades de Arrendamiento Financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición. Por otra parte, la de 30 julio 1998 precisa: Carente este contrato de una regulación jurídico privada, la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 10 abril 1981 y 18 noviembre 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio «ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, la conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus especificas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que

lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º, de la Ley de 17 julio 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2.º del artículo 3.º de la expresada Ley de 17 julio 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno». Esta doctrina es reiteración de otras muchas anteriores, como las de 10 abril 1981, 18 noviembre 1983, citadas por la anterior, 26 junio 1989 y 28 mayo 1990, en el sentido que la naturaleza jurídica del leasing es de arrendamiento con opción de compra; el arrendamiento aparece claramente por la terminología que se expresa en el contrato, por las tercerías de dominio que con harta frecuencia llegan a esta Sala interpuestas por las entidades de leasing que mantienen su postura de propietarios-arrendadores, y se desprende de la propia definición legal que contrapone «la cesión de uso de bienes... a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas»; la opción de compra se añade al arrendamiento por un precio residual, que corresponde al valor de la cosa ya desgastada por el uso".

Hay que afirmar, pues, la plena aplicación al supuesto contractual que nos ocupa (contrato de leasing suscrito en su día por la concursada con la entidad BBVA) del artículo 61.2 LC y por ende, de la posibilidad de instar su resolución si se estima conveniente al interés del concurso.

Segundo.- Aunque la regla general es la vigencia de este tipo de contratos a pesar de la declaración de concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones pendientes de cumplimiento " No obstante... la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso" (artículos 62.2 y 84.2.6º). Se faculta, pues, al concursado, o en su caso a la administración concursal (no a la parte in bonis) para continuar la relación o solicitar la resolución del contrato, si se estima conveniente para el interés del concurso, incluso aunque no haya habido incumplimiento.

Instada en su día por la concursada, y dado que en la comparecencia judicial celebrada al efecto no se alcanzó acuerdo sobre la resolución y sus efectos (en cuyo caso se hubiera dictado auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado), deviene necesario el presente incidente concursal, en el que "el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa", en sintonía con el art 84.2 6º (es crédito contra la masa " Los que, conforme a esta Ley, resulten de... obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado").

Queda así perfectamente delimitado el objeto de este incidente, por lo que carecen de sentido las peticiones relativas a la exclusión de las cuotas vencidas desde la declaración de concurso como créditos contra la masa. No solamente porque no es el cauce procesal sino porque dicha cuestión ya ha sido objeto de resolución judicial, remitiéndonos a la misma, siendo claros los artículos 61.2 y 84.2.6 al decir que todas aquellas las prestaciones pendientes del cumplimiento tras la declaración del concurso a las que esté obligado el concursado serán con cargo a la masa. En este sentido y de forma específica al tratar el leasing, el catedrático Millán en la monografía antes citada (pag 178), señala que los cánones posteriores, vencidos y no cobrados, serán deudas de la masa

Una vez solventado lo anterior, y afirmada la procedencia del cauce empleado, del cotejo de las alegaciones de las partes queda claro que no se cuestiona la procedencia de la resolución contractual, sin que haya litigio al respecto, por lo que, al menos respecto de tal cuestión no existe diferencia, lo cual justifica ya la estimación de la resolución del contrato de leasing que liga a la concursada con el BBVA. El principio dispositivo así lo exige, así como el artículo 61.2. En todo caso, es evidente que conviene al interés superior del concurso poner fin a una relación contractual por la que se obtiene el uso temporal de una maquinaria que actualmente no está destinada a la actividad empresarial, que ha cesado

La discusión queda limitada a determinar los efectos que dicha resolución

Tercero.- La resolución contractual lleva aparejada varios efectos, unos de carácter necesario (la eficacia liberatoria) y otros contingentes (eficacia restitutoria e indemnizatoria)

La resolución contractual produce la extinción de la relación obligatoria para el futuro, de manera que quedan liberadas las partes de las obligaciones asumidas en virtud del contrato pendientes de ejecución (así lo dice el art 62.3 expresamente), y por ende la concursada ya no deberá abonar cuotas a partir de la resolución, sin que tampoco esté obligado el arrendador financiero a ceder el uso de la maquinaria a la concursada

Junto a esta eficacia liberatoria, tiene lugar la eficacia restitutoria ex art 1303 y concordantes CC por extensión al implicar la resolución ex art 61.2 LC pérdida de vigencia sobrevenida de la relación contractual. Ahora bien, en los contractos de tracto sucesivo y como tal hemos calificado al contrato de arrendamiento financiero, siguiendo la doctrina más autorizada (Diez Picazo), la resolución es ex nunc, de manera que las prestaciones a que dan lugar gozan de autonomía, satisfacen el interés de los contratantes a medida que se ejecutan. Por tanto, no se devuelven estas y sus correspectivos, el sinalagma ha funcionado hasta el momentos de la resolución. Únicamente aclarar que si la concursada ha tenido a su disposición el bien durante todo este tiempo (lo haya o no usado efectivamente), al margen de cualquier otra consideración, debe resarcir al arrendador por tal uso, suponiendo lo contrario un injustificado enriquecimiento injusto. Por ello hasta la resolución acordada judicialmente debe abonar las cuotas correspondientes, si no consta el pago (y con cargo a la masa si son posteriores al auto de declaración de concurso). Y consecuentemente, al no poder exigir el pago de las cuotas futuras, el arrendador (BBVA) recupera la posesión de la maquinaria, que debe serle devuelta (como propone la propia concursada)

Finalmente, debe ser analizado el eventual efecto indemnizatorio al que se requiere el artículo 61.2 LC en sintonía con la previsión general del artículo 1124CC
La parte contractual in bonis (BBVA) solicita que se le indemnice en la suma de 10.523,72 o subsidiariamente, aquella que judicialmente se considere ajustada, alegando que se trata de una entidad financiera que no se dedica a la compraventa de maquinaria y que dicha resolución contractual le va a producir un quebranto importante. Partiendo de que las cuotas pendientes a la fecha de la declaración del concurso eran de 42.286,94, y que las suma de cuotas vencidas con posterioridad al concurso con cargo a la masa asciende a 11.763,22 y que existe una oferta de 20.000 por la maquinaria, que juntos suman 31.763,22, la diferencia, es decir, 10.523,72 debe ser objeto de indemnización. A ello se oponen la concursada y la admón. concursal
No puede prosperar la petición indemnizatoria por los siguientes motivos:
1º) los daños a indemnizar debe ser probados por la parte in bonis. Y aquí no hay prueba de ello.
Se efectúa un cálculo sobre el importe que puede obtener BBVA por la venta de la maquinaria de su propiedad cedida en arrendamiento financiero. Cálculo sobre una oferta de compra de la maquinaria por importe de 20.000, pero olvidando: i) que no hay certeza de que ese precio y no otro superior, sea el que definitivamente se obtenga en esa venta ulterior y ii) que en la tasación anexa al inventario tal maquinaria consta valorada en 28.500; valoración que no figura impugnada, y por tanto, consentida por los interesados en el concurso, y entre ellos, la propia arrendadora, sin que desde entonces a la fecha de la presente resolución se hayan acreditados circunstancias que justifiquen su minusvaloración.
Por otra parte, parece (pues no queda debidamente esclarecido) que toma como cifra final la del importe total a percibir por BBVA según el contrato de leasing, sin dejar de tener en cuenta que ello solo tiene pleno sentido si el contrato se cumple en su totalidad, por lo que no puede ser parámetro válido dado que se computa : i) la totalidad de la carga financiera e impuestos y ii) el valor residual, que no se descuenta, a pesar de que evidentemente la contraparte renuncia al ejercicio de la opción de compra por la extinción del vinculo de manera prematura por la resolución
2º) que la parte in bonis sea o no una entidad dedicada a la compraventa de maquinaria no es per justificativo de la indemnización, ya que se trata de una entidad habilitada para celebrar contratos de leasing, que como dice la STS 2/12/1998 no es una operación crediticia sino un arrendamiento de cosa y una opción de compra, y que una vez resuelto, por «arrendador» y «arrendatario», produce la devolución del bien cedido al que es su propietario. Que disponga (o no) de departamentos, unidades o servicios para la venta de los bienes de su propiedad cedidos en arrendamiento financiero es algo que solo le corresponde decidir a ella, pero que no puede considerarse como algo extraño al propio funcionamiento de la modalidad contractual elegida
3º) acudiendo al contrato aportado por las partes ahora resuelto, se prevé como consecuencia de la resolución, la devolución de los bienes y el pago de las cuotas debidas e impagadas, pero no de las pendientes de pago (que sería un cláusula penal a moderar o incluso a obviar, como señala alguna sentencia del TS, que en la de 2/12/1998 en un caso de resolución de leasing dice "... tan sólo le es legítimo reclamar los pagos de aquellas cuotas mensuales vencidas antes de la resolución, no cabe la reclamación de la cláusula penal consistente en el 50% de las sumas pendientes de vencimiento, ni tampoco la indemnización de 15.000 ptas. diarias por retraso en la devolución del camión...").Si contractualmente solo se deducen esos efectos (pago de las cuotas vencidas y devolución de la cosa) no parece que haya base para la adición de la suma pretendida, a modo de cláusula penal indemnizatoria.
En definitiva, lo que parece buscar es que se declare el derecho a que: i) se le abonen las cuotas devengadas e insatisfechas; ii) la restitución de la cosa cedida en arrendamiento y iii) una suma hasta alcanzar el importe de la totalidad de las previstas pendientes, incluida la cantidad en que había sido fijado el valor residual de las cosas cedidas en arrendamiento. O sea, obtener, conjuntamente el resultado propio de la resolución del contrato y el de su cumplimiento, reclamando la cosa y garantizándose la totalidad del precio, lo cual ha de calificarse de desproporcionado ": Sentencia JM-1 Alicante 19.06.2006 (JUR 2006/183279)

5.1.2 Indemnización derivada de cláusula penal pactada: con cargo a la masa ex art. 61.2 in fine

AP Barcelona

"SEGUNDO: No se discute por las partes, que la administración concursal de RIO LOZANO, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 61.2 LC, interesó la resolución del contrato de arrendamiento financiero, en interés del concurso. Pero en la comparencia convocada por el juzgado para que las partes afectadas (la entidad de leasing, la concursada y la administración concursal) pudieran llegar a un acuerdo, no tanto sobre la resolución del contrato como sobre sus efectos, no se alcanzó este acuerdo, motivo por el cual LEASING CATALUÑA interpuso el presente incidente concursal para que se solucionaran las diferencias.
Al tiempo de iniciarse la resolución del contrato, la concursada adeudaba 9 cuotas vencidas, por importe de 3.384,02 euros; y estaban pendientes de vencimiento 87 cuotas, además de existir una cuota de 352,57 euros de opción de compra.
La sentencia ahora recurrida, además de declarar la resolución, condena » la concursada a pagar las cuotas vencidas antes de la resolución, aunque expresamente excluye de las vencidas con posterioridad a la declaración de concurso la parte correspondiente al interés anual pactado. A este respecto, conviene advertir que, en atención a la naturaleza del contrato de leasing, que no deja de ser un contrato de tracto sucesivo (un arrendamiento con opción de compra), tienen distinto tratamiento concursal las cuotas anteriores al concurso respecto de las posteriores.
La STS de 4 de diciembre 2007 recapitula la doctrina jurisprudencial sobre el contrato de leasing: se trata de una «institución del derecho comercial importado del área jurídica de los EEUU y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial» (Sentencias de 20 de julio de 2000 y 28 de noviembre de 1997), es un contrato atípico por el que una empresa especializada cede el uso de un producto -que ella no ha producido

sino que ha sido adquirida de un tercero- en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo (en este sentido, y por todas, Sentencia de 14 de diciembre de 2004). Se trata pues, de un «contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptuado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el art. 1.255 CC (Sentencia de 26 de junio de 1989), que además, nada tiene que ver ni con la compraventa a plazos, ni con el préstamo de financiación a comprador (Sentencias de 14 de diciembre de 2004, 4 de abril de 2002 y 19 de julio de 1999), figuras con las que a veces ha sido confundido, ya que la finalidad del leasing, es decir, su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su DA 7a, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas -calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes-, incluyéndose necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota (Sentencias de 4 de junio de 2001 y 21 de diciembre de 2001).
Una consecuencia inmediata de esta consideración de contrato de tracto sucesivo es que el derecho a la contraprestación por la cesión del uso del bien, en este caso una plaza de parking, no nace desde la firma del contrato y su exigibilidad está fraccionada y sujeta a vencimientos mensuales sucesivos, como pudiera ocurrir con la devolución de un préstamo o el pago aplazado de una compraventa, sino que cada cuota mensual o renta es la contraprestación pactada por la cesión durante ese mes del bien. (…)
TERCERO: El art. 61.2 LC dispone expresamente que el juez del concurso "decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa". El contrato de leasing preveía una cláusula penal en caso de resolución del contrato, que consistía en el 10% de las cuotas pendientes de vencimiento (pacto décimo). Si el contrato se hubiera resuelto antes de la declaración de concurso, no cabe duda de que este crédito tendría la consideración de crédito concursal, y que, para su clasificación, podríamos examinar la naturaleza de la pena, al objeto de distinguir si cumplía una finalidad total o parcialmente sancionadora, como ocurrió en el supuesto enjuiciado en nuestra sentencia de 15 de mayo de 2009 (RA 465/08). Pero en el presente caso, la resolución del contrato es posterior a la declaración de concurso y lo es al amparo del citado art. 61.2 LC, como consecuencia de la facultad atribuida a la administración concursal de resolver el contrato, y en estos supuestos, la propia ley dispone expresamente que la indemnización derivada de la resolución del contrato deba satisfacerse con cargo a la masa (art. 61.2 LC), con lo que se le está reconociendo la condición de crédito contra la masa (art. 84.2.11" LC).”: ”: SAP Barcelona (sección 15) 19.06.2009 (Rollo 753/2008)

AP Huesca

“TERCERO.-1. Esta alegación contiene dos motivos de recurso, la no declaración de condena al pago de indemnización y (...)
El art. 61.2 LC dispone expresamente que "el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa". El contrato de leasing preveía una cláusula para regular los efectos en caso de resolución a instancia del arrendador por incumplimiento del contrato por el arrendatario, que consiste en el 25% de las cuotas pendientes de vencimiento (pacto 9 apartado b). En este caso, aparte de que lo indica el precepto transcrito, si bien la resolución ha sido a petición del arrendatario, no deja de ser en su beneficio y en el de los demás acreedores (en beneficio de la masa) motivado por un previo incumplimiento del arrendatario, y resulta obligado por lo dispuesto en el art. 61.2 y 1124 CC. Respecto de la cantidad hay que hacer varias precisiones. En la demanda Solprein admite que hasta el 31 de octubre de 2010 ha atendido los pagos, "ascendiendo el capital pendiente de vencimiento a 267.953 -" -hecho segundo-, cantidad que admite la financiera puesto que estima el importe de la indemnización en 66.988,25 euros -hecho quinto-. Ahora bien, la sentencia declara resuelto el contrato con efectos de la 12 de abril de 2011, fecha en que se dicta, y "que las cuotas pendientes de cumplimiento posteriores a la declaración del concurso hasta el 15 de febrero de 2011 [en que se celebró la comparecencia para la resolución deben ser calificadas como créditos contra la masa y los posteriores al 15 de febrero como créditos subordinados". Es decir, que las cuotas están vencidas hasta abril de 2011 inclusive, por lo que la indemnización habrá de calcularse sobre el importe de las cuotas pendientes de vencimiento desde esa fecha. La cantidad resultante asciende a 55.343,25 euros,
[267.953-(7.763,33~6)=221.373,03~25%1 salvo error u omisión.”: SAP Huesca (Sección 1) 19.04.2012 (Sentencia 74/2012; Rollo 56/2012)

5.1.3 Estimación por la Sala

AP Barcelona

“4. El segundo motivo de recurso impugna la denegación por el Sr. Magistrado de la “indemnización de daños y perjuicios a favor de la demandada incidental. Aunque el recurso y la sentencia del Juzgado se refieren a la indemnización prevista en el artículo 62.4 de la Ley concursal (LC), entendemos que es de aplicación el artículo 61.2, ya que la resolución se solicitó por la concursada y la Administración concursal, con fundamento

en dicho precepto, en interés del concurso. La norma legal establece que "el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa."
Sobre el particular, la sentencia expone que, como no consta en el incidente el contenido literal de las condiciones generales y particulares del contrato, no es posible identificar los pactos que hubieran alcanzado las partes respecto de los efectos de la resolución y, por ello, no parece posible aceptar el criterio propuesto por la demandada -en un momento procesal inadecuado, ya que no contestó a la demanda- de indemnizarle en el importe de la diferencia entre el valor de los bienes en el momento de concertarse el arriendo y su valor actual. Agrega que, por otra parte, la demandada no ha identificado las cuotas pendientes hasta la fecha de vencimiento ni ha aportado los medios de prueba que permitan establecer esos avalúos con rigor y que el artículo 219 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) impide diferir esa liquidación a una hipotética ejecución de sentencia.
En el recurso de apelación se alega que el artículo 62.4 LC establece, con carácter imperativo, que el Juzgado fijará la indemnización, y no la hace depender de la petición de la parte. Se manifiesta, asimismo, que los contratos de arrendamiento obraban en autos, aportados por la parte actora.
En relación con el primero de los contratos (168/1), la parte apelante manifiesta que quedaban pendientes de vencimiento 8 cuotas, de abril a diciembre de 2009, por importe de 6.207,91 euros, cada una, más IVA, es decir, 49.663,28 euros, más IVA. En el contrato marco entre las partes, aportado al incidente por la demandante, se pactó como indemnización para la resolución por incumplimiento de la arrendataria la totalidad de las cuotas pendientes de vencimiento. Pese a ello, la arrendadora admite que la indemnización por perjuicios cubra, al menos, el importe de la inversión que realizó. Según la factura aportada por la parte demandante incidental, NATIXIS había desembolsado por los bienes la suma de 238.417,44 euros, más IVA, suma que, dividida por el número (42) de cuotas pactadas, daba una cifra de 5.676,60 euros. Multiplicada esta cifra por el número de cuotas pendientes (8), daba un importe de 45.412,85 euros, del que debería deducirse el valor venal de los bienes arrendados que se le devolvían, a fijar por acuerdo de las partes o, en su defecto, por un perito nombrado al efecto por el Juzgado.
Respecto del contrato 168/2, la recurrente dice que quedan por devengarse 11 rentas de 587,57 euros, más IVA. Efectúa cálculos paralelos a los antes expuestos y concluye que debe deducirse de la suma de 5.864,91 euros el valor venal de los bienes. Admite, finalmente, que se reduzcan dichas cantidades en el porcentaje que el tribunal considere oportuno.
Tiene razón la sentencia al poner de relieve que la demandada incidental no ha aportado pruebas que permitan establecer el valor venal de los bienes objeto de los dos contratos. Se trata de material informático y es un hecho notorio su rápida obsolescencia, tal como se alega en el recurso. A la vista de los documentos de contrato que obran en el incidente, se fija, estimativamente, su valor, a los efectos de la deducción pretendida por la parte demandada, en el 15 % del importe de adquisición en su día por NATIXIS. Es decir, en 35.762,67 euros, el objeto del contrato 168/1 y de 3.359 euros, el objeto del contrato 168/2. Restadas dichas sumas de los importes antes relacionados, de 45.412,85 euros y 5.864,91 euros, respectivamente, resultan las cantidades de 9.650,18 euros y 2.505,91 euros, que se estima procedente fijar como indemnización a satisfacer con cargo a la masa.”: SAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2011 (Sentencia 33/2011; Rollo 342/2010)

5.2 Devengo de cuotas contra la masa

5.2.1 Hasta la fecha de la resolución judicial resolutoria o la anterior consentida por el acreedor

AP Barcelona

“2. Por lo que respecta a la primera cuestión, la apelante sostiene en su recurso que deben tener la consideración de créditos contra la masa las cuotas devengadas por los contratos de arrendamiento hasta la fecha de la presentación de la demanda de este incidente, 2 de octubre de 2008. La sentencia estableció que serían considerados créditos contra la masa las cuotas arrendaticias devengadas con posterioridad a la declaración de concurso -21 de abril de 2008- hasta el día 16 de junio de 2008.
El Sr. Magistrado razona (fundamentos de derecho 8 a 12) el establecimiento de aquella fecha límite. Expone las posturas de las partes al respecto: la demandante incidental consideraba que el término debía ser la fecha en que se produjo la comparecencia judicial para la resolución convenida o, como máximo, la puesta a disposición de la demandada de los bienes objeto de arriendo, mientras que la arrendadora demandada consideraba que debía atenderse a la fecha de la resolución judicial y, por tanto, debían devengarse cuotas hasta ese momento.
El juez señala que la tramitación del incidente implica la demora, cuando menos, en algunos meses, de la resolución judicial. Concluye que el interés del concurso lleva a evitar algunas inercias, en el marco del mismo, vinculadas a la no extinción voluntaria de algunos contratos que generan con ello deudas contra la masa carentes de causa justa. Expone que la oposición a la resolución de los contratos no tiene sentido cuando persigue únicamente generar créditos contra la masa. Por ello, considera razonable entender que la generación de créditos contra la masa, por los sucesivos vencimientos de los plazos, cese en el momento en que la concursada, con la supervisión de la administración concursal, explicita su voluntad de resolver el contrato y devolver el bien arrendado.
En consecuencia, fija la fecha de 16 de junio de 2008, teniendo en cuenta especialmente que la demandada NATIXIS no acudió a la comparecencia ni se adhirió al acuerdo transaccional posterior por el que otros contratos de la misma naturaleza fueron resueltos.
3. A la vista del recurso de apelación, debe concluirse que NATIXIS acepta la argumentación del juez sobre la inconveniencia -por ser contrario al interés del concurso- de reconocer el devengo de cuotas del arrendamiento

hasta el momento de dictarse sentencia. No mantiene esa petición, sino que limita su solicitud a la fecha de 2 de octubre de 2008, es decir, la de presentación de la demanda de este incidente. Según la recurrente, la de esa fecha es la primera comunicación que recibió de la concursada y de la administración concursal sobre la pretensión de resolución, por lo que difícilmente podía pronunciarse sobre la misma con anterioridad.
La parte apelante afirma que, en abril de 2008, comunicó a la concursada, EXPOFINQUES, que debía efectuar directamente a NATIXIS los pagos derivados de los contratos de arrendamiento en cuestión (168/1 y 168/2), puesto que la arrendadora inicial, CHG Meridian Computer Spain SL, los había cedido a NATIXIS. Así se considera probado en la sentencia del Juzgado. Pese a ello, continúa diciendo la apelante, EXPOFINQUES no comunicó en ningún momento a NATIXIS el contenido del escrito de 16 de junio de 2008, ni la demandada fue convocada a ninguna comparecencia. Su toma de conocimiento se produce con la demanda de autos.
La concursada y la Administración concursal alegan, por el contrario, que NATIXIS hubo de tener conocimiento, por medio de su procurador, de todos los actos de comunicación efectuados por el Juzgado en el procedimiento concursal, incluidos los relativos a la resolución de los contratos instada por los aquí recurridos.
No se ha acreditado en autos ese conocimiento de NATIXIS anterior a la demanda incidental. En cualquier caso, estamos ante una resolución de contrato que fue acordada por el juez en la fecha de la sentencia de 27 de abril de 2009, en interés del concurso, a instancia de la concursada y la Administración concursal, que hicieron uso de la previsión del artículo 61.2 de la Ley concursal. Es la fecha de la sentencia la que, con arreglo a derecho, habría de determinar la finalización del devengo de cuotas o rentas del arrendamiento, con cargo a la masa, por más que puedan entenderse los motivos que fundamentan la decisión adoptada por el Sr. Magistrado. Teniendo en cuenta que la parte apelante limita su petición a las cuotas vencidas hasta la fecha de la demanda, 2 de octubre de 2008, las consideraciones anteriores, de orden sustantivo, deben ponerse en relación con el principio dispositivo rector del proceso y debe estimarse el recurso de apelación en lo que respecta a su primer motivo.”: SAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2011 (Sentencia 33/2011; Rollo 342/2010)

AP Salamanca

“Segundo.-En el primero de los motivos de impugnación de la sentencia dictada en el presente incidente concursal se discrepa por la entidad recurrente del pronunciamiento de tal sentencia que limita los efectos de la resolución del contrato de arrendamiento financiero exclusivamente al pago de las cuotas devengadas hasta el 17 de noviembre de 2.010, al considerar que los referidos efectos debían extenderse al pago de las cuotas devengadas hasta el 21 de noviembre de 2.011, fecha en que por la entidad recurrente se cerró la cuenta y se instó la declaración de resolución del indicado contrato.
En relación con esta cuestión razona la sentencia de instancia que *"dicha pretensión no puede aceptarse de ninguna manera, por cuanto resulta a todas luces intempestiva ya que no podemos olvidar que la concursada y la administración concursal a través del escrito de fecha 16 de noviembre de 2010, recibido el día siguiente por la demandante y que figura como documento nº 7 de los acompañados a la demanda, ya interesaron la resolución del contrato suscrito con Áridos 93 S. L. por necesidad del concurso, poniendo los bienes a su disposición desde este momento para que sean oportunamente retirados. Por eso, resulta extraño y en todo caso fuera de tiempo que más de un año después se interese la misma resolución por incumplimiento, olvidando la demandante que a la concursada y a la administración concursal no interesaba en absoluto el mantenimiento de la vigencia de dicho contrato desde la fecha indicada. Debió entonces la demandante aceptar la resolución o pretender entonces la misma por incumplimiento, pero no hizo nada hasta este litigio, sin que tampoco procediera a la retirada del bien objeto del leasing. Por eso no puede hablarse de resolución por incumplimiento en este momento. Y se añade en la referida sentencia que "en todo caso, lo cierto es que, constatada la resolución del contrato ha de decidirse en orden a las consecuencias de esa resolución por interés del concurso, que deben concretarse en el pago por la concursada, como crédito ordinario, de las cuotas del leasing impagadas hasta la declaración del concurso, y como crédito contra la masa las que no se hicieron efectivas desde entonces hasta el 17 de noviembre de 2.010, en que se comunicó a la demandante el interés en la resolución del contrato y la puesta a disposición del bien, sin que las consecuencias de la resolución puedan extenderse, por tanto, más allá del 17 de noviembre de 2.010. Sostener lo contrario conduciría al absurdo de que si este incidente concursal se hubiera propuesto dentro de dos años o de diez años se hubieran seguido devengando unas cuotas de un contrato de leasing respecto del que la concursada y la administración concursal expresaron con claridad y nitidez la necesidad de su resolución por interés del concurso".*
Se alega por la defensa de la entidad recurrente en apoyo de su pretensión de que se declare que los efectos de la resolución del contrato de arrendamiento financiero han de extenderse al pago de las cuotas devengadas hasta el 21 de noviembre de 2.011, que, si bien era cierto que por parte de la entidad concursada Áridos 93 S. L. y la administración concursal con fecha 17 de noviembre de 2.010 había comunicado a la entidad demandante que interés del concurso estimaba conveniente la resolución del contrato de leasing número 1.391, poniendo incluso los bienes objeto del mismo a su disposición para que fueran oportunamente retirados (documento nº 7 de los acompañados con la demanda), también lo era que en fecha 18 del mismo mes de noviembre la entidad demandante había contestado mediante burofax en el sentido de estar dispuesta a resolver, no sólo el indicado contrato, sino también los contratos números 2812 y 2813, al existir una garantía suplementaria que ligaba los tres contratos, por lo que la resolución debía implicar la devolución de los equipos objeto de los tres contratos mencionados y el abono de las cuotas vencidas e impagadas desde la declaración del concurso hasta la efectiva entrega de los bienes (documento número 8 de los asimismo aportados con la demanda); y que, sin embargo, ni la concursada ni la Administración concursal continuaron el proceso de resolución del contrato por los trámites legalmente previstos en el artículo 61. 2, de la Ley Concursal, por lo que

habría de concluirse que el contrato de arrendamiento financiero continuó en vigor y debe cumplirse en sus términos hasta la fecha en que por la entidad recurrente se solicitó su resolución.
Efectivamente dispone el artículo 61. 2, párrafo segundo, de la Ley Concursal que "no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El juez citará de comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa". Del texto del referido precepto claramente resulta que, si bien se contempla la posibilidad de que tanto por el concursado como por la administración concursal pueda estimarse conveniente al interés del concurso la resolución de los contratos con obligaciones periódicas pendientes de cumplimiento, se exige que tal resolución sea declarada judicialmente, incluso en el supuesto de que existiera acuerdo entre todas las partes manifestado en la comparecencia que se regula en el referido precepto, y tras el seguimiento del oportuno incidente concursal en caso de existir diferencias entre las mismas.
En el presente caso, es cierto que por la entidad concursada Áridos 93 S. L. y por la administración concursal de la misma se comunicó a la entidad demandante NATIXIS LEASE S. A. en fecha 17 de noviembre de 2.010 que consideraban conveniente para el interés del concurso la resolución del contrato de arrendamiento financiero número 1391; sin embargo, ante la contestación dada por la referida entidad al día siguiente, ni la concursada ni la administración concursal instaron del Juzgado a través del procedimiento establecido en el artículo 61. 2, párrafo segundo, un pronunciamiento expreso sobre aquella pretensión de resolución de tal contrato en interés del concurso. Por consiguiente, habrá de concluirse que, si ni por la concursada ni por la administración concursal se interesó del Juzgado que se declarara la resolución del referido contrato de arrendamiento financiero en interés del concurso, declaración que era exigida para que se produjera la efectiva resolución del mismo, continuó vigente el indicado contrato hasta que por la entidad demandante se cerró la cuenta y se interesó su resolución, esto es, hasta el 21 de noviembre de 2.011, por lo que, tal y como la misma solicita, los efectos de la resolución que se declaran en la sentencia impugnada habrán de extenderse al pago de las cuotas devengadas hasta la indicada fecha.": SAP Salamanca (Sección 1) 29.06.2012 (Sentencia 379/2012; Rollo 360/2012)

"PRIMERO.-En el concurso de la sociedad Gruinsa, por esta sociedad se solicitó frente a la Administración Concursal y frente a una entidad de financiación la resolución de tres contratos de arrendamiento financiero o leasing en interés del concurso para así ahorrar los gastos mensuales de las cuotas de amortización. Concedido por el Juez de lo mercantil la resolución de dichos contratos que cita con su número y fecha, acuerda también lo siguiente:
1.- La restitución de los bienes objeto del contrato.
2.- El reconocimiento de lasa deudas devengadas y no pagadas con anterioridad al concurso, como crédito concursal, y
3.- El reconocimiento de las deudas devengadas y no pagadas con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la presente sentencia, como deuda contra la masa.
Y todo ello sin especial declaración o imposición de costas.
Frente a dicha sentencia se produce expresa protesta por parte del concursado y de la Administración Concursal (la cual cuando fue emplazada en el presente incidente se allanó a la pretensión de aquel) y seguidamente formula el primero recurso de apelación que comprende un solo punto de discordancia que es el relativo a la fecha hasta la que se ha de entender reconocidas las cuotas derivadas de los contratos de arrendamiento financiero posteriores a la declaración de concurso que ha de ser a la fecha de la comparecencia judicial celebrada entre las partes y que como dice la sentencia han de tener la consideración de crédito contra la masa. Y la segunda, o sea, la Administración Concursal, impugna la sentencia coincidiendo exactamente con el recurso de apelación del concursado por lo que solicita limitar los efectos del contrato resuelto que sea a la fecha de la comparecencia previa que fue el 16 de noviembre de 2011. (...)
SEGUNDO.- El artículo 61 de la Ley Concursal relativo a la vigencia de los contratos con obligaciones reciprocas dispone en su párrafo 2 lo siguiente:
2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la Administración Concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la Administración Concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización.
En el presente caso el concursado ha solicitado la resolución de tres contratos de arrendamiento financiero remitiendo un burofax a la entidad financiadora a tal fin que conforme indica el Juez de Instancia no contenía mención alguna a los efectos de la resolución. Como no obtuvo respuesta solicitó del Juzgado la celebración de la comparecencia a que se refiere el precepto transcrito a la cual asistió el financiador contestando a la

pretensión del concursado en el sentido de que no aceptaba la resolución con devolución de los objetos financiados puesto que ese no era su negocio. A la vista de ello el concursado interpuso la demanda de resolución que el Juez ha aceptado disponiendo que las deudas devengadas y no pagadas con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la presente sentencia se consideran deuda contra la masa. Y la fecha de la sentencia es la que debe aceptarse como tope para hacer efectivas las cuotas de los arrendamientos financieros no abonadas desde la fecha de declaración de concurso puesto que es con la sentencia con la que se declaran resueltos los contratos. Antes, cuando se hizo la comparecencia del artículo 61, no se produjo la resolución pues no fue aceptada por el financiador. De haberse admitido el Juez hubiera homologado ese acuerdo y esa seria la fecha límite para incluir las cuotas impagadas contra la masa, pero como no hubo resolución ha sido necesario esperar a la sentencia para declarar la resolución contractual cuya fecha será la que determine el limite de inclusión de las deudas, lo que conlleva a desestimar el recurso de apelación y la impugnación de la sentencia.": SAP Salamanca (Sección 1) 08.01.2013 (Sentencia 1/2013; Rollo 471/2012)

"Las recurrentes discuten únicamente sobre el alcance de la indemnización a fijar por el juez en caso de resolución del contrato en interés del concurso ex art. 61.2,II LC; y en concreto sobre el número de cuotas devengadas con motivo de los contratos de leasing litigiosos tras la declaración de concurso que deben quedar incluidas en esa indemnización a fijar por el juez una vez resuelto por éste dichos contratos en interés del concurso, defendiendo la concursada y la administración concursal que sólo deberían computarse como créditos contra la masa a incluir en la mentada indemnización las cuotas de arrendamiento financiero devengadas y pendientes de pago desde la declaración de concurso hasta la fecha de la comparecencia previa instada por la concursada para intentar la resolución pactada de los contratos, mientras que el acreedor demandado entiende que deberían incluirse en la indemnización como créditos contra la masa las cuotas devengadas post-concurso hasta la fecha de la efectiva resolución contractual mediante sentencia judicial resolviendo el incidente concursal de resolución e incluso más allá, hasta el momento en que se ejecute la resolución mediante la efectiva entrega de los bienes objeto de leasing por parte de la concursada.
Desde luego, en ningún caso puede admitirse la calificación de las cuotas devengadas tras la infructuosa comparecencia previa como créditos subordinados, ex art. 92,7º LC, pues, como bien señala el juzgador de instancia, dicha calificación sólo está prevista para los créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas en los que se pueda constatar que el acreedor ha obstaculizado de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso, y no, como sucede en nuestro caso, cuando se trata de una resolución en interés del concurso interesada por la concursada.
Quinto.-El principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas tras la declaración de concurso de una de las partes establecido por la moderna legislación concursal, implica que el concurso no es causa de resolución automática del concurso, pero no impide que el concursado o la administración concursal puedan solicitar su resolución en interés del concurso, aun cuando no concurra incumplimiento.
En el caso enjuiciado, la quaestio litis se circunscribe a la interpretación de las facultades del Juez del Concurso en la resolución del incidente concursal relativo a la resolución de contratos en interés del concurso, una vez concluida sin acuerdo la comparecencia previa instada por el concursado o la administración concursal. Dispone el art. 61.2,II LC que cuando las diferencias entre las partes sobre la resolución del contrato en interés del concurso se sustancien por los trámites del incidente concursal, "...el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa ". Tras la reforma operada por la Ley 38/2001, de 10 de octubre, se añadió el siguiente inciso: " Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización ". Este inciso no resulta aplicable al caso enjuiciado, por ser anterior la declaración de concurso a la entrada en vigor de la citada Ley de reforma.
Debaten así las partes sobre el alcance que debe atribuirse a la facultad del juzgador para, una vez acordada la resolución del conflicto en interés del concurso, decidir sobre " las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa ". En supuestos de leasing, la decisión sobre las restituciones procedentes se concentra en obligar a la concursada a hacer entrega al arrendador financiero de los bienes objeto de los contratos de arrendamiento financiero resueltos judicialmente. Y la decisión sobre la indemnización a satisfacer con cargo a la masa hace referencia al pago de las cuotas del arrendamiento financiero devengadas e impagadas tras la declaración del concurso, más, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios que el juzgador estime pertinente a favor del arrendador financiero con motivo de la resolución anticipada del contrato, teniendo en cuenta el tiempo restante para la finalización del contrato de leasing y la depreciación de los bienes arrendados, razón por la que se incluyó el nuevo inciso relativo a la tasación de los bienes arrendados en la reforma operada por la Ley 38/2010. La sentencia recurrida se limita a determinar la indemnización exclusivamente sobre las cuotas devengadas e impagadas tras la declaración de concurso, sin entrar a valorar la conveniencia de incluir en la misma los daños y perjuicios que la resolución anticipada podría irrogar al arrendador financiero demandado, entendiendo que debería éste haber formulado reconvención por incumplimiento contractual (art. 1124 CC) o cuando menos haber propuesto prueba o vista para su práctica. En cualquier caso la entidad demandada se aquieta, por lo que no es objeto de la apelación la fijación de posibles daños y perjuicios derivados de la resolución contractual adicionales a los que suponen las cuotas de leasing devengadas e impagadas tras la declaración del concurso.
Así las cosas, esta Sala comparte el criterio del juzgador " a quo " en el sentido de que si la resolución contractual se produce con la sentencia judicial que resuelve el incidente concursal planteado por la concursada, deberán incluirse en la indemnización pertinente prevista en el art. 61.2,II LC todas las cuotas del arrendamiento financiero que hubieran resultado devengadas e impagadas tras la declaración de concurso hasta la fecha de la resolución judicial, que se erige así en " dies ad quem " necesario independientemente de si la maquinaria era o no efectivamente utilizada por la concursada (incluso en situaciones de cese de

actividad) y de la falta de voluntad de la acreedora para alcanzar un acuerdo en la comparecencia previa instada por la concursada. Y ha de ser así por cuanto el sinalagma contractual perdura hasta que se produce la efectiva resolución contractual, en este caso mediante resolución judicial resolviendo el conflicto de intereses, y hasta ese momento deben por tanto mantenerse vigentes las respectivas obligaciones contractuales, teniendo efectos " ex nunc " la resolución del vínculo negocial. El interés del concurso (entendido comúnmente como la mayor satisfacción del conjunto de acreedores) en el que se fundamenta la resolución no puede invocarse para denostar el legítimo interés de un contratante en oponerse a la resolución del contrato mantenido con el concursado en defensa de sus legítimos intereses y expectativas comerciales y financieras, entre los que cuentan, en el caso del leasing, el tiempo que resta para la finalización del contrato y las legítimas expectativas de ganancia (en forma de intereses o cualquier otra) en función de ese tiempo, la depreciación de los bienes arrendados y la posibilidad de colocar esos bienes nuevamente en el mercado tras su recuperación. De modo que, no siendo posible alcanzar un acuerdo en la comparecencia previa ante el juez del concurso que el legislador ofrece como vía para la autocomposición de intereses por las partes en conflicto, tendrá que resolverse el conflicto por medio de la heterocomposición que realice el juzgador resolviendo el pertinente incidente concursal a la vista de todas las circunstancias concurrentes.
A diferencia de lo que sugieren las recurrentes, la comparecencia previa se presenta como una invitación al acuerdo entre las partes sobre la pertinencia de la resolución y sus efectos; en ningún caso el legislador impone el acuerdo en atención al interés del concurso; antes bien, deja abierta la puerta del incidente concursal para que decida en consecuencia el juzgador si la parte " in bonis " se opone a la resolución, sea por considerarla improcedente o innecesaria para el interés del concurso o sea porque no acepta las condiciones indemnizatorias propuestas por el concursado o la administración concursal.
Acierta la parte apelada en su escrito de oposición al recurso al apuntar que si el legislador hubiese querido otorgar facultades resolutorias al juez en la comparecencia previa, así lo habría previsto. Como también podría haber previsto, si lo hubiera querido, facultades de moderación temporal o cuantitativas de las obligaciones pendientes de cumplimiento hasta la efectiva resolución contractual. A lo anterior se suma el hecho de que el juez tiene la facultad de fijar la indemnización pertinente al resolver sobre los efectos de la resolución solicitada mediante incidente concursal en caso de falta de acuerdo en la comparecencia previa; y en esa indemnización se podrían incluir las obligaciones pendientes nacidas tras la declaración de concurso y, en su caso, los daños y perjuicios que la resolución anticipada pudiera causar a la parte contractual " in bonis ", resultando así que el tiempo transcurrido entre la fallida comparecencia previa y la resolución del incidente concursal decidiendo la resolución del contrato podría provocar una depreciación de los bienes objeto del leasing y la consecuente mayor dificultad para colocarlos de nuevo en el mercado una vez restituidos por el concursado, lo cual, lógicamente, podría reducir e incluso minimizar los daños y perjuicios padecidos por el arrendador financiero con motivo de la resolución contractual.
Por todo lo expuesto debe desestimarse el recurso de apelación formulado por la administración concursal y la impugnación interpuesta por la entidad concursada, confirmando la sentencia de instancia en todos sus extremos. “:SAP Salamanca (Sección 1) 04.02.2013 (Sentencia 43/2013; Rollo 470/2012)

“Primero.-La parte apelante -la administración concursal-fundamentó su recurso en el error de derecho, con infracción del 62 LC, por entender que debe declararse como fecha tope para la consideración de las cuotas del contrato de arrendamiento financiero objeto de juicio posteriores a la declaración del concurso como créditos contra la masa la fecha de la comparecencia en la que se intentó un acuerdo entre las partes sobre el particular.
La entidad concursada se adhirió a dicho recurso.
La entidad bancaria demandada-apelada se opuso al mismo.
Segundo.-Habiéndose adherido la concursada al recurso de apelación interpuesto por la administración concursal, cuyo allanamiento a la demanda interpuesta por aquella no implica ningún acto propio con respecto a las pretensiones mantenidas por dicha administración concursal en este recurso, puesto que lo que en el mismo se hace no es sino insistir en que, de acuerdo con el suplicó cuarto de dicha demanda se señale como fecha tope para la consideración de las cuotas posteriores como créditos contra la masa la fecha, sino del burofax, si al menos la comparecencia en la que se intentó el acuerdo entre las partes sobre la resolución contractual, pues como es sabido el que pide o acepta lo más, pide lo menos; aclaradas las cuestiones anteriores, decimos, procede entrar en el fondo del asunto, que en el presente recurso, como se ha dicho, se ha reducido a la determinación de hasta qué momento pueden considerarse las cuotas posteriores del contrato de arrendamiento financiero objeto del presente incidente como créditos contra la masa, si hasta la fecha de la comparecencia citada, o hasta la fecha de la sentencia en la que se declaró la resolución de dicho contrato.
(...)
De esta suerte, y no habiéndose siquiera discutido en el presente caso que el contrato de leasing objeto de incidente, mantenido vigente por interés del concurso, es generador de obligaciones para ambas partes, para el concursado la obligación de pagar las cuotas, y para el arrendador, si no la obligación de saneamiento de acuerdo con lo pactado, si en todo caso la obligación de poner los títulos de propiedad del bien en poder del arrendatario financiero en el caso de que éste pagase la última cuota; y no habiéndose por ello discutido tampoco por las partes que las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración del concurso tendrán la consideración de créditos contra la masa; sentado lo anterior, decimos, es claro que la fecha tope que pone fin a esa consideración de las cuotas posteriores como créditos contra la masa ha de ser la fecha de la sentencia en la que se declaró la resolución judicial del presente contrato de arrendamiento financiero, ya que según el artículo 62.4 LC " acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa.".

Y es claro que en el presente caso dicha resolución contractual no puede considerarse en modo alguno acordada, no ya desde la fecha del burofax, acto por naturaleza eminentemente unilateral, sino tampoco desde la fecha de la comparecencia, donde se intentó, pero no se consiguió llegar a ningún acuerdo sobre esa resolución contractual, que sólo se obtuvo tras la declaración judicial de la misma en la sentencia impugnada. Siendo así que hasta tanto no se ha declarado resuelto el contrato por virtud de dicha sentencia, el bien ha estado en poder del concursado, en interés del propio concurso según decisión judicial, por lo que al tratarse de un contrato que producía como hemos visto obligaciones recíprocas para ambas partes, y que se mantuvo vigente por razones de interés del concurso, es claro, como decimos, que debe ser considerado como créditos contra la masa hasta la fecha de la sentencia en la que se declaró su resolución. Procede, pues, desestimar el presente recurso de apelación.": SAP Salamanca (Sección 1) 08.02.2013 (Sentencia 53/2013; Rollo 472/2012)

"PRIMERO.-La parte apelante -la administración concursal-fundamentó su recurso en el error de derecho, con infracción del 62 LC, por entender que debe declararse como fecha tope para la consideración de las cuotas del contrato de arrendamiento financiero objeto de juicio posteriores a la declaración del concurso como créditos contra la masa la fecha de la comparecencia en la que se intentó un acuerdo entre las partes sobre el particular.
La entidad concursada se adhirió a dicho recurso.
La entidad bancaria demandada-apelada se opuso al mismo.
SEGUNDO.-Habiéndose adherido la concursada al recurso de apelación interpuesto por la administración concursal, cuyo allanamiento a la demanda interpuesta por aquella no implica ningún acto propio con respecto a las pretensiones mantenidas por dicha administración concursal en este recurso, puesto que lo que en el mismo se hace no es sino insistir en que, de acuerdo con el suplicó cuarto de dicha demanda se señale como fecha tope para la consideración de las cuotas posteriores como créditos contra la masa la fecha, sino del burofax, si al menos la comparecencia en la que se intentó el acuerdo entre las partes sobre la resolución contractual, pues como es sabido el que pide o acepta lo más, pide lo menos; aclaradas las cuestiones anteriores, decimos, procede entrar en el fondo del asunto, que en el presente recurso, como se ha dicho, se ha reducido a la determinación de hasta qué momento pueden considerarse las cuotas posteriores del contrato de arrendamiento financiero objeto del presente incidente como créditos contra la masa, si hasta la fecha de la comparecencia citada, o hasta la fecha de la sentencia en la que se declaró la resolución de dicho contrato. (...)
De esta suerte, y no habiéndose siquiera discutido en el presente caso que el contrato de leasing objeto de incidente, mantenido vigente por interés del concurso, es generador de obligaciones para ambas partes, para el concursado la obligación de pagar las cuotas, y para el arrendador, si no la obligación de saneamiento de acuerdo con lo pactado, si en todo caso la obligación de poner los títulos de propiedad del bien en poder del arrendatario financiero en el caso de que éste pagase la última cuota; y no habiéndose por ello discutido tampoco por las partes que las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración del concurso tendrán la consideración de créditos contra la masa; sentado lo anterior, decimos, es claro que la fecha tope que pone fin a esa consideración de las cuotas posteriores como créditos contra la masa ha de ser la fecha de la sentencia en la que se declaró la resolución judicial del presente contrato de arrendamiento financiero, ya que según el artículo 62.4 LC "acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa.".
Y es claro que en el presente caso dicha resolución contractual no puede considerarse en modo alguno acordada, no ya desde la fecha del burofax, acto por naturaleza eminentemente unilateral, sino tampoco desde la fecha de la comparecencia, donde se intentó, pero no se consiguió llegar a ningún acuerdo sobre esa resolución contractual, que sólo se obtuvo tras la declaración judicial de la misma en la sentencia impugnada. Siendo así que hasta tanto no se ha declarado resuelto el contrato por virtud de dicha sentencia, el bien ha estado en poder del concursado, en interés del propio concurso según decisión judicial, por lo que al tratarse de un contrato que producía como hemos visto obligaciones recíprocas para ambas partes, y que se mantuvo vigente por razones de interés del concurso, es claro, como decimos, que debe ser considerado como créditos contra la masa hasta la fecha de la sentencia en la que se declaró su resolución. Procede, pues, desestimar el presente recurso de apelación.": SAP Salamanca (Sección 1) 01.03.2013 (Sentencia 86/2013; Rollo 473/2012)

5.2.1.1 No se reconocen las cuotas contra la masa pendientes y se sustituyen por una indemnizaciòn por importe equivalente hasta la fecha en que se rechazó la resoluciòn voluntaria

AP Madrid

"QUINTO.- Los efectos de la acción de resolución contractual en interés del concurso.
Los efectos de la resolución en interés del concurso lo son extintivos de la relación jurídica, quedando liberadas las partes de las obligaciones que antes hubieran asumido. Asimismo surgen los deberes de liquidación de la situación existente, significadamente la restitución "in natura" de lo que hubiera sido objeto de prestación (salvo en las relaciones duraderas con prestaciones ya consumidas) o de no ser posible de su equivalente pecuniario.
Además, cabría plantearse como consecuencia de una resolución contractual la procedencia del resarcimiento de daños y perjuicios para la contraparte. En el seno de la resolución del contrato en interés del concurso, dada la peculiaridad de su finalidad, la ley (artículo 61.2 de la LC) sólo prevé la posible procedencia de un resarcimiento, que lo sería a cargo de la masa, a favor del que había contratado con el concursado, ya que se le va a privar del derecho a exigir el cumplimento de lo convenido merced a la conveniencia que ello entraña para el concurso (si puede justificar que la falta de cumplimiento conllevase

para él, en la medida en que su interés pudiera quedar total o parcialmente insatisfecho, el padecimiento de daños y perjuicios).
En el presente caso procede, en lo que respecta a las operaciones de liquidación, que la concursada haga efectiva la restitución a la arrendadora financiera del bien que era objeto de leasing. Las cantidades que en su momento se pagaron por aquella a ésta mientras gozaba de la posesión del vehículo deben considerarse amortizadas en función de tal disponibilidad.
A su vez, la arrendadora financiera tiene también derecho a percibir una razonable compensación económica por el tiempo en el que ha sido privada de la posesión del bien sin obtener contraprestación por ello. Procede fijar la misma, si de lo que se trata es de resarcirle por esa desposesión, en un importe equivalente (por lo que no hay que aplicar actualización impositiva, ya que se trata simplemente de un patrón indemnizatorio) al de las cuotas contractuales que estaban previstas desde marzo de 2010 (fecha en la que se declaró el concurso y ya no se pagó, que coincide con el momento inicial de lo que el banco está, por su parte, reclamando) a abril de 2011 (época en la que la Administración Concursal instó la resolución y puso formalmente el vehículo a disposición de la entidad financiera, ya que la precedente misiva de la propia concursada era un tanto equívoca en cuanto a los efectos que se pretendían al respecto), pues a partir de entonces podría haber recuperado la tenencia del bien (con lo que la desposesión ulterior resulta imputable al comportamiento del propio acreedor), sin perjuicio de su derecho a reclamar el resarcimiento que hubiera considerado procedente. De lo contrario se podría vaciar de contenido el derecho a la resolución en interés del concurso mediante la provocación de dilaciones por parte del acreedor que tendieran a menoscabar sus efectos en todo lo que le fuera posible, prolongando la generación de créditos contra la masa, que es lo que precisamente se estaba tratando de evitar (basta comprobar aquí la paradoja que entrañaba no aceptar la resolución, por un lado, para luego pretenderla a su instancia, por el otro). La correspondiente operación matemática (746,83 euros x 14) arroja un resultado de 10.455,62 euros. No se ha justificado por parte de la arrendadora ningún otro concepto adicional (depreciación, desperfectos, etc.) que pudiera haberse adicionado al montante de esta indemnización. El pago de la misma deberá efectuarse, como ya hemos explicado, con cargo a la masa.”: SAP Madrid (Sección 28) 18.05.2015 (Sentencia 135/2015; Recurso 709/2013)

5.2.2 Subordinación de las cuotas postconcursales devengadas por la conducta abusiva del acreedor. Aplicación analógica del art 73.3

AP Alava

“**PRIMERO** Pretende la parte apelante que se reconozca un crédito contra la masa a favor de las entidades bancarias como consecuencia del impago de las cuotas devengadas con posterioridad al Auto de declaración de concurso, hasta la fecha de interposición de la demanda de resolución de los contratos de leasing, el 4 de junio de 2008, o subsidiariamente el 23 de julio de 2008, fecha en la que se acordó mediante Auto el cese de la actividad o finalmente el 1 de octubre de 2008, fecha de la comparecencia ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria-Gasteiz, con expresa imposición de las costas ocasionadas a la otra parte.
SEGUNDO Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz de las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir dado que irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o relevantes para la debida resolución de la causa, teniendo presente que el objeto del recurso lo constituye la fecha en la que se resuelve el contrato y por ende hasta la que se deben reconocerse las cuotas de los citados leasing con la calificación de créditos contra la masa, debe indicarse, y sin poder desconocer que la sentencia recurrida tiene claro carácter constitutivo de la ruptura contractual, que como se argumenta en lasentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao con fecha 26 de octubre de 2009 (AC 2010, 19) y esta Sala comparte:
El principio general que la Ley Concursal ha dispuesto al regular los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos es que éstos siguen surtiendo efecto cuando existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, como es el caso. Elart. 61.2 LC establece nítidamente que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el concursado y la parte "in bonis".
Hay que afirmar, en primer lugar, que el "leasing" es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. El financiador asegura la posesión del bien financiado al concursado, y éste tiene que abonar las cuotas.
Es posible entonces la resolución conforme a las reglas generales previstas en losarts. 1.124 y ss Código Civil (LEG 1889, 27). A ellas se añade, no obstante, la posibilidad especial de solicitar la resolución del contrato si se estima "conveniente al interés del concurso "(art. 61.2 LC). Hay que insistir, que desde que se declara el concurso se añade una previsión a las disposiciones generales de la contratación en materia de resolución. Además de las generales, la Ley Concursal habilita la citada causa de resolución, en interés del concurso.
Es irrelevante, al respecto, que se haya producido el incumplimiento del contrato. El demandante no actúa alegando tal incumplimiento. La causa de resolución es ajena al mismo y opera al margen, aunque podrían acumularse ambas acciones, pues actúa por disposición de la ley en situaciones de concurso. Cabe, por lo tanto, la resolución en interés del concurso.
Cierto que la norma no ha concretado qué deba entenderse por "interés del concurso ". Ese concepto se menciona en el apartado III de la Exposición de Motivos y en losarts. 43.1, 61.2, 62.3 y de forma general en losarts. 54.2 y 165.2º LC. De losarts. 61 y 62 se deduce que ese mismo "interés del concurso " sirve tanto para resolver el contrato, como para mantener su vigencia, pese a lacausa de resolución (art. 62.3 LC).
En todo caso, y sin necesidad de recoger aquí las diferentes tesis que sugiere la doctrina, lo que la norma decanta como tal interés es la mayor satisfacción de los acreedores del concursado. Si este interés, que es

primordial del concurso, se atiende, se podrá acordar la resolución.
Pues bien, en el caso de autos la concursada hace tiempo que ha solicitado la liquidación, pues lo reclamó en la propia solicitud de concurso. El 20 de febrero pasado se acordó mediante auto el cese de la actividad, de modo que el deudor no utiliza, desde entonces, la maquinaria que se financiaba con el leasing. El gasto que supone atender sus cuotas disminuye, sin contrapartida alguna, pues ha cesado la actividad, la masa activa. En consecuencia, el interés del concurso es, sin duda, la resolución del contrato, con el fin de evitar la paulatina disminución de la masa activa. Debe por ello accederse a la resolución instada.
Resuelto el contrato la administración concursal pide que no se abonen las cuotas debidas desde la fecha de la fallida comparecencia, el 30 de marzo pasado. La demanda incidental consecuente se ha presentado el 19 de junio siguiente. Pero al margen de ello, la resolución contractual obliga, conforme alart. 61.2 LC, a que el juez acuerde sobre las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.
Elart. 84.2.6º LC establece que son créditos contra la masa los que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado. El primer concepto, resolución voluntaria, es incompatible con la que judicialmente se ha decretado en esta sentencia. El segundo, por incumplimiento del concursado, no concurre, pues se ha resuelto por "interés del concurso ".
En consecuencia la norma no dispone calificación como crédito contra la masa de estos casos en que se resuelve en interés del concurso, o al menos no lo hace expresamente. Como el segundopárrafo del art. 61.2 dispone que el juez ha de decidir qué restituciones procedan, y cual sea la indemnización que proceda con cargo a la masa, parece que existe algún margen para que, ponderando las circunstancias, se resuelva lo procedente.
Lo procedente, en este caso, es la restitución de los objetos de leasing y la consideración de las cuotas impagadas antes de la declaración de concurso como crédito concursal. En cuanto a las posteriores, su calificación natural sería la de crédito contra la masa y así debe entenderse desde la declaración de concurso hasta el 30 de marzo pasado, fecha en que se celebró la infructuosa comparecencia para la resolución.
A partir de ahí la renuencia del banco, pese a conocer que se producía el cese de la actividad y la solicitud de liquidación, a conceder la resolución pactada, en términos que le hubieran supuesto ventajas, justifican la subordinación de los mismos, optando por una solución análoga a la prevista en elart. 73.3 LC para las consecuencias de las reintegraciones. Todos los créditos posteriores al 30 de marzo hasta hoy, tendrán tal calificación, pues la oposición a la resolución del contrato, a sabiendas de su inutilidad para el concursado y los demás acreedores, aprovechándose de la dilación que todo incidente procesal ocasiona, que le reporta el beneficio de la percepción de las cuotas como créditos contra la masa que podrían haberse evitado, justifican la apreciación de una conducta abusiva, que no merece amparo. Se opta entonces, también en interés del concurso, por esta calificación.
TERCERO Y, en base a tales argumentos de la sentencia reseñada, sustancialmente aplicables al presente caso, dado que con anterioridad a la fecha de la comparecencia que tuvo lugar el día 1 de octubre de 2008, se dictó, en concreto, con fecha 23 de julio de 2008, Auto acordando el cese total de la actividad empresarial de la entidad concursada, Echemaderas S.L., y consecuente cierre de la totalidad de sus oficinas, establecimientos e instalaciones de que fuere titular, procede calificar como créditos contra la masa las cuotas pendientes de pago de los contratos de leasing en cuestión desde la declaración de concurso hasta el 1 de octubre de 2008, fecha en la que tuvo lugar la fallida comparecencia, y calificar como créditos subordinados las cuotas derivadas de dichos contratos desde dicha fecha hasta el dictado de la sentencia recurrida, pues si bien la entidad BBVA manifestó en tal comparecencia que estaba de acuerdo con la resolución de los contratos de leasing siempre que se reconozcan como crédito contra la masa las cuotas vencidas desde la declaración del concurso hasta entonces siendo la Administración concursal y la concursada quienes, y en relación con el reconocimiento como crédito contra la masa de las cuotas vencidas hasta entonces, se opusieron al reconocimiento de las devengadas desde la fecha de solicitud de resolución de dichos contratos presentada el 4 de junio de 2008, también sostuvo la entidad BBVA que los bienes quedasen depositados en las instalaciones de la concursada hasta su venta, respondiendo la Administración concursal y la concursada que ponían a disposición de los legítimos propietarios todos los bienes objeto de resolución, exigencia ésta segunda que no se presenta amparable pues como se argumenta en la sentencia recurrida: y consecuentemente, al no poder exigir el pago de las cuotas futuras, el arrendador recupera la posesión de la maquinaria, que debe serle devuelta (como propone la propia concursada y administración), sin que pueda prosperar (como tampoco entonces) la petición de alguno de los arrendadores sobre que se mantengan en depósito por la concursada ya que no hay vínculo contractual alguno (ni lo hubiera habido con la resolución resultante de la comparecencia) que le obligue a ello.": SAP Alava 22.09.2010 (JUR 2010/408605; Sentencia 425/2010; Rollo 169/2010)

"SEGUNDO.- Resolución del contrato en interés del concurso
El principio general que la Ley Concursal ha dispuesto al regular los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos es que éstos siguen surtiendo efecto cuando existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, como es el caso. El art. 61.2 LC establece nítidamente que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el concursado y la parte "in bonis".
Hay que afirmar, en primer lugar, que el "leasing" es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. El financiador asegura la posesión del bien financiado al concursado, y éste tiene que abonar las cuotas conforme al plan pactado, anexo II del contrato. No hay oposición del demandado al respecto ni se ha suscitado cuestión al contestar la demanda.
Es posible entonces la resolución conforme a las reglas generales previstas en los arts. 1.124 y ss Código Civil (CCv). A ellas se añade, no obstante, la posibilidad especial de solicitar la resolución del contrato si se estima "conveniente al interés del concurso" (art. 61.2 LC). Hay que insistir, pues la parte demandada no lo reconoce,

que desde que se declara el concurso se añade una previsión a las disposiciones generales de la contratación en materia de resolución. Además de las generales, la Ley Concursal habilitada la citada causa de resolución, en interés del concurso.
Es irrelevante, al respecto, que se haya producido el incumplimiento del contrato. El demandante no actúa alegando tal incumplimiento. La causa de resolución es ajena al mismo y opera con al margen, aunque podrían acumularse ambas acciones, pues actúa por disposición de la ley en situaciones de concurso. Cabe, por lo tanto, la resolución en interés del concurso aunque, como es el caso, oponga el contratante "in bonis" que cumplió estrictamente su obligación.
Cierto que la norma no ha concretado qué deba entenderse por "interés del concurso". Ese concepto se menciona en el apartado III de la Exposición de Motivos y en los arts. 43.1, 61.2, 63.2, 92.7º, y de forma general en los arts. 54.2 y 165.2º LC. De los arts. 61 y 62 se deduce que ese mismo "interés del concurso" sirve tanto para resolver el contrato (art. 61.2), como para mantener su vigencia, pese a la causa de resolución (art. 62.3 LC).
En todo caso, y sin necesidad de recoger aquí las diferentes tesis que sugiere la doctrina, lo que la norma decanta como tal interés es la mayor satisfacción de los acreedores del concursado. Si este interés, que es primordial del concurso, se atiende, se podrá acordar la resolución.
Pues bien, en el caso de autos la concursada hace tiempo que ha solicitado la liquidación, pues lo reclamó en la propia solicitud de concurso. El 20 de febrero pasado se acordó mediante auto el cese de la actividad, de modo que el deudor no utiliza, desde entonces, la maquinaria que se financiaba con el leasing. El gasto que supone atender sus cuotas disminuye, sin contrapartida alguna, pues ha cesado la actividad, la masa activa. En consecuencia, el interés del concurso es, sin duda, la resolución del contrato, con el fin de evitar la paulatina disminución de la masa activa. Debe por ello accederse a la resolución instada
TERCERO.- Las consecuencias de la resolución
Resuelto el contrato la administración concursal pide que no se abonen las cuotas debidas desde la fecha de la fallida comparecencia, el 30 de marzo pasado. La demanda incidental consecuente se ha presentado el 19 de junio siguiente. Pero al margen de ello, la resolución contractual obliga, conforme al art. 61.2 LC, a que el juez acuerde sobre las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.
El art. 84.2.6º LC establece que son créditos contra la masa los que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado. El primer concepto, resolución voluntaria, es incompatible con la que judicialmente se ha decretado en esta sentencia. El segundo, por incumplimiento del concursado, no concurre, pues se ha resuelto por "interés del concurso".
En consecuencia la norma no dispone calificación como crédito contra la masa de estos casos en que se resuelve en interés del concurso, o al menos no lo hace expresamente. Como el segundo párrafo del art. 62.1 dispone que el juez ha de decidir qué restituciones procedan, y cual sea la indemnización que proceda con cargo a la masa, parece que existe algún margen para que, ponderando las circunstancias, se resuelva lo procedente.
Lo procedente, en este caso, es la restitución de los objetos de leasing y la consideración de las cuotas impagadas antes de la declaración de concurso como crédito concursal. En cuanto a las posteriores, su calificación natural sería la de crédito contra la masa y así debe entenderse desde la declaración de concurso hasta el 30 de marzo pasado, fecha en que se celebró la infructuosa comparecencia para la resolución.
A partir de ahí la renuencia del banco, pese a conocer que se producía el cese de la actividad y la solicitud de liquidación, a conceder la resolución pactada, en términos que le hubieran supuesto ventajas, justifican la subordinación de los mismos, optando por una solución análoga a la prevista en el art. 73.3 LC para las consecuencias de las reintegraciones. Todos los créditos posteriores al 30 de marzo hasta hoy, tendrán tal calificación, pues la oposición a la resolución del contrato, a sabiendas de su inutilidad para el concursado y los demás acreedores, aprovechándose de la dilación que todo incidente procesal ocasiona, que le reporta el beneficio de la percepción de las cuotas como créditos contra la masa que podrían haberse evitado, justifican la apreciación de una conducta abusiva, que no merece amparo. Se opta entonces, también en interés del concurso, por esta calificación.
Finalmente no hay razón para aplicar las previsiones indemnizatorias de la cláusula novena del contrato, que habían predispuesto una indemnización equivalente a 7 cuotas, puesto que no opera la causa de incumplimiento que se previene ocasione ese efecto, sino que la resolución opera en interés del concurso.": SJM-1 Bilbao 26.10.2009 (Sentencia 720/2009; Incidente Concursal 386/2009; Concurso 486/2008)

"TERCERO Resolución del contrato en interés del concurso
Hay que recordar, en primer lugar, que la Ley Concursal ha dispuesto al regular los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos que éstos siguen surtiendo efecto cuando existan obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento, como es el caso. El art. 61.2 LC establece nítidamente que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el concursado y la parte «in bonis».
El contrato de «leasing» es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. El financiador asegura la posesión del bien financiado al concursado, y éste tiene que abonar las cuotas conforme al plan pactado, anexo II del contrato. No hay oposición del demandado al respecto ni se ha suscitado cuestión sobre esta circunstancia.
Cabe por lo tanto la resolución conforme a las reglas generales previstas en los arts. 1124 y ss. Código Civil (CC). A ellas se añade, no obstante, la posibilidad especial de solicitar la resolución del contrato si se estima «conveniente al interés del concurso». Hay que insistir que desde que se declara el concurso se añade una previsión a las disposiciones generales de la contratación en materia de resolución. En interés del concurso la Ley Concursal habilita la posibilidad de resolución.

No interesa, en esta causa, que se haya producido el incumplimiento del contrato. El demandante no actúa alegando tal incumplimiento, en el que no incurre. La causa de resolución es ajena al mismo y opera al margen, aunque podrían acumularse ambas acciones, pues actúa por disposición de la Ley en situaciones de concurso. Cabe, por lo tanto, la resolución en interés del concurso aunque se oponga, como es el caso, el contratante «in bonis» que cumplió su obligación.
La norma no ha concretado qué deba entenderse por «interés del concurso». La alude en el apartado 111 de la Exposición de Motivos y en los arts. 43.1, 61.2, 63.2, 92.7°, y de forma general en los arts. 54.2 y 165.2° LC. De los arts. 61 y 62 se deduce que ese mismo «interés del concurso» sirve tanto para resolver el contrato (art. 61.2), como para mantener su vigencia, pese a la causa de resolución (art. 62.3 LC). Pero como tal debe entenderse la mayor satisfacción de los acreedores del concursado. Si este interés, que es primordial del concurso, se atiende, se podrá acordar la resolución en «interés del concurso».
En este caso la concursada cesó en su actividad hace meses y extinguió la totalidad de las relaciones laborales. No utiliza la maquinaria que se financiaba con el leasing para superar la situación de insolvencia, pues está abocada a la liquidación. El gasto que supone atender las cuotas del leasing disminuyen, sin contrapartida alguna, pues ha cesado la actividad, la masa activa. En consecuencia, el interés del concurso es, sin duda, la resolución del contrato, con el fin de evitar la paulatina disminución de la masa activa. Debe por ello accederse a la pretensión resolutoria que se plantea.
CUARTO Las consecuencias de la resolución
La administración concursal pide además que no se abonen las cuotas debidas desde la fecha de la solicitud de resolución. Esta obliga, conforme al art. 61.2 LC, a que el juez acuerde sobre las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.
En primer lugar ha de tenerse en cuenta el art. 84.2.6 LC, que establece que son créditos contra la masa los que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado. El primer concepto, resolución voluntaria, es incompatible con la que judicialmente se ha decretado en esta sentencia. El segundo, por incumplimiento del concursado, no concurre, pues se ha resuelto por «interés del concurso».
Se concluye que la norma no dispone calificación como crédito contra la masa de estos casos en que se resuelve en interés del concurso, o al menos no lo hace expresamente. Como el segundo párrafo del art. 62.1 dispone que el juez decide qué restituciones procedan, y cuál sea la indemnización que proceda con cargo a la masa, parece que se deja libertad para que, ponderando las circunstancias, se resuelva lo procedente.
Lo procedente, en este caso, es la restitución del objeto del contrato y la consideración de las cuotas impagadas antes de la declaración de concurso como crédito concursal. En cuanto a las posteriores, su calificación natural sería la de crédito contra la masa. Pero la renuencia de la demandada a conceder la resolución, pese a conocer que se producía el cese efectivo de la actividad y el despido colectivo de la plantilla, en términos objetivamente ventajosos pues además tenía ya comprometida una recompra, justifican la subordinación de los mismos, como en sentencia de 26 de octubre de 2009 (incidente art. 61 n° 386/09), ha dicho este mismo juzgado, aplicando analógicamente la previsión del art. 73.3 LC para los supuestos de reintegración. Todos los créditos posteriores a la declaración de concurso, hasta hoy se subordinarán, pues el demandado, a sabiendas de su inutilidad para el concursado y los demás acreedores, se ha negado a la resolución.
Finalmente no hay razón para aplicar las previsiones indemnizatorias de las cláusulas del contrato, puesto que no operan la causas que se previene ocasione ese efecto, sino que la resolución opera en interés del concurso.": SJM-1 Bilbao 12.11.2009 (AC 2010/49; Sentencia 773/2009; Incidente Concursal 151/2009)

"las cuotas impagadas devengadas con anterioridad a la declaración concursal serán comunicables y calificables como crédito concursal, siendo que las posteriores serán crédito contra la masa, a cuyos vencimientos podrá su titular solicitar su inclusión en tal listado y su abono -si fueran exigibles-, resolviéndose las divergencias por el cauce delart. 154 L.Co., con exclusión de toda calificación contingente, reservada para los créditos concursales. Finalmente, de haberse dictado la Resolución a que se refiere elart. 44.4 L.Co. y de intentada la comparecencia resolutoria delart. 62 L.Co. por existir incumplimientos posteriores -como es el caso-, desde tal fecha [-de apreciarse mala fe en quien sabe de la inutilidad del bien para la concursada y se opone a la resolución con la finalidad de prolongar el devengo de unos créditos contra la masa-] serán sancionados con su sudordinación, como autoriza elart. 73.3 L.Co..". SJM-6 Madrid 27.01.2010 (JUR 2010/148905; Incidente Concursal 155/2009)

5.2.3 No es aplicable analógicamente el art 73.3

AP Huesca

"Declara la sentencia que las cuotas devengadas con posterioridad a la fecha de efectos de la resolución -15 de febrero de 2011-hasta la sentencia -12 de abril de 2011-tendran la consideración de créditos subordinados, por analogía con lo dispuesto en el art. 73.3 LC, al apreciar en la financiera una conducta abusiva, que no merece amparo. El motivo de esta calificación de los créditos es debido a "la oposición a la resolución del contrato, a sabiendas de su inutilidad para el concursado y los demás acreedores, aprovechándose de la dilación que todo incidente procesal ocasiona, que le reporta el beneficio de la percepción de las cuotas como créditos contra la masa que podrían haberse evitado".
La aplicación analógica de las normas requiere, por una parte, la falta de un precepto concreto, y por otro la existencia de "identidad de razón", art. 4 CC. El precepto aplicado por analogía está inserto en el Capítulo IV, del Título 111, con la rúbrica De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. El supuesto base de estos preceptos es que el deudor ha realizado actos perjudiciales para la masa en los dos años anteriores a

la fecha de la declaración, art. 71, y que la persona con quien contrato el deudor, que por efecto de la rescisión se convierte en titular de un crédito contra la masa, actuó con mala fe, art. 73.3. En el presente caso, se intentó la resolución del contrato de arrendamiento financiero en beneficio del deudor y de la masa, no porque se hubiera celebrado en perjuicio de la masa. La cuestión de si esta resolución era o no más beneficiosa es algo que legítimamente puede discutir el contratante afectado, por lo que la oposición a la resolución no tiene que interpretarse, necesariamente, como abusiva o de mala fe. Y, finalmente, el art. 4.2 CC dispone que las leyes penales y las excepcionales no se aplicaran a supuestos distintos a los expresamente comprendidos en ellas. Ambas exclusiones son apreciables, pues aunque no es una norma penal en sentido estricto, tiene connotaciones sancionatorias, al rebajar la calificación del crédito, y es una excepción a la regla general.": SAP Huesca (Sección 1) 19.04.2012 (Sentencia 74/2012; Rollo 56/2012)

5.2.4 Tampoco es aplicable la subordinación ex art 92.7

AP Salamanca

"Desde luego, en ningún caso puede admitirse la calificación de las cuotas devengadas tras la infructuosa comparecencia previa como créditos subordinados, ex art. 92,7º LC, pues, como bien señala el juzgador de instancia, dicha calificación sólo está prevista para los créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas en los que se pueda constatar que el acreedor ha obstaculizado de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso, y no, como sucede en nuestro caso, cuando se trata de una resolución en interés del concurso interesada por la concursada. ": AP Salamanca (Sección 1) 04.02.2013 (Sentencia 43/2013; Rollo 470/2012)

5.3 Improcedencia de la resolución del leasing, entendiendo que no existen obligaciones pendientes a cargo del arrendador

AP Baleares

"SEGUNDO.-Centrados los términos objeto de debate debemos precisar que, de los escritos de las partes, se infiere que la primera cuestión sometida a discusión en esta alzada es una cuestión jurídica.
Se discute la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero sobre las fincas 20.115 y 20.117 de Capdepera entre Sa Nostra de Inversiones EFC SA(SA NOSTRA) e Inversiones Belmopan SL, suscrito entre las partes el 28 de noviembre de 2003.
El análisis de la cuestión debe tener en cuenta la declaración del concurso el 13 de septiembre de 2012 y que la demandante, aquí apelante ejercitó su acción resolutoria invocando el artículo 61.2. LC en la redacción vigente desde 1 de enero de 2012.El precepto dispone art 61.2.LC :
"2. *La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.*
No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización."
Revisadas las actuaciones, a los hechos descritos podemos añadir que la presente demanda se interpuso *antes de la presentación del informe provisional* por lo que no constaba la clasificación del crédito que es función de la administración concursal según dispone el art 86.1 LC.
La demanda data del 30 de octubre, el informe provisional fue presentado el día 21 de noviembre y fue aportado en la contestación a la demanda por los socios avalistas que han sido demandados también(cfr folios 197 y ss).
En dicho informe consta que la concursada tenía 9 acreedores de los cuales 8 comunicaron crédito.
En el activo, a valor de mercado, consigna 1.839.648,11 euros de los cuales según el informe provisional (literal)
47.200,00 euros corresponde a Bienes Inmuebles
1.652.475,00 euros Leasing.
97.035,83 euros Deudores.
42.937,28 euros Tesorería
Además pese a la posición procesal del administrador concursal en primera instancia (en segunda no ha recurrido pero se ha adherido al recurso) desde la declaración del concurso hasta la solicitud de la resolución no consta impago de cuotas.No consta en los presentes autos el estado de tramitación de los incidentes contra dicho informe provisional.
Atendidas pues, las circunstancias de tramitación procesal expuestas nos hallamos ante una solicitud de resolución contractual respecto a un contrato de leasing inmobiliario sobre dos locales constituido en el año 2003 y al corriente de pago de las cuotas mensuales hasta la fecha del incidente, ya declarado el concurso.
A la sentencia del Tribunal Supremo mencionada en la resolución apelada(STS 19 de febrero de 2013) han

seguido las dictadas el 11 de julio y el 5 de septiembre; esta última razona:" *Resolución del recurso de casación*

4. Jurisprudencia de la Sala sobre elart. 61.2 LCen relación con el contrato de leasing. Para la resolución de este motivo de casación, conviene partir de la interpretación que ha realizado la Sala del art. 61.2 LC, en relación con el contrato de arrendamiento financiero, y, en particular, con la naturaleza de los créditos correspondientes a las cuotas posteriores a la declaración de concurso, en la Sentencia 44/2013, de 19 de febrero, que a estos efectos constituye el precedente del que debemos partir.

Como recordábamos en aquella sentencia, "Para que, conforme al artículo 61, apartado 2, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, puedan ser considerados con cargo a la masa los créditos contractuales contra el concursado es necesario que el deber de prestación de éste sea recíproco del asumido en el mismo contrato por el acreedor y que ambos estén pendientes de cumplimiento al declararse el concurso.

(...) La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.

La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial o "lex privata". Pero, a los efectos del artículo 61, cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente, en la se ha venido en llamar fase funcional del vínculo y, además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas ".

Y, en relación con el contrato de leasing, advertíamos que para identificar el contenido del "derecho del arrendatario financiero y del correlativo deber de prestación de la entidad de leasing, es necesario estar a lo válidamente pactado y en defecto de pacto al contenido natural del contrato.

Para lo último, puede servir de modelo el arrendamiento de cosas, por su completa regulación. Pero, en general y como regla, cabe decir que el obligado onerosamente a mantener a otro en el uso de su cosa debe abstenerse de actuar en contra de lo pactado - garantía por hecho propio -; debe defender al cesionario frente a las perturbaciones de los terceros - excepto de las de hecho: artículo 1560 del Código Civil -; y debe efectuar las reparaciones necesarias para mantener la cosa en estado de servir al uso para el que fue destinada artículo 1554, ordinal tercero -.

Para lo primero se impone examinar la validez de las reglas contractuales y precisar el recto sentido de las mismas. Como regla, en nuestro sistema es la reglamentación negocial válida la que marca el contenido de la relación jurídica".

De este modo, concluíamos que "para poder conocer si la relación jurídica nacida del contrato de leasing financiero mobiliario sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, en el sentido antes indicado -por estar pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes-, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas, en cada caso, por los contratantes".

A la misma conclusión llegamos en la Sentencia 34/2013, de 12 de febrero. En aquella ocasión, argumentamos que, si bien "del arrendamiento financiero en abstracto derivan obligaciones recíprocas para arrendadora y arrendataria, la realidad demuestra que en numerosos casos la finalidad práctica perseguida por la arrendataria se centra en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que para la arrendataria supone acudir al mismo como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados. Al primar el interés de la arrendataria en la adquisición del bien mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual, sobre el de la utilización por el tiempo pactado, permite que la arrendadora, en ocasiones, se desvincule de las obligaciones clásicas que a la misma impone el Código Civil". Y concluimos que, " para decidir sobre la reciprocidad de las obligaciones derivadas del arrendamiento financiero en concreto, no cabe acudir a las obligaciones que por definición impone el contrato de arrendamiento. Desde la perspectiva civil -dejando al margen sus repercusiones tributarias-, cabe que las partes, en el ejercicio de su libertad autonormativa, modulen o eliminen válidamente alguno de los elementos característicos del contrato típico. Al extremo de que, con los únicos límites fijados en el art. 1255 CC, bajo la denominación de arrendamiento financiero pueden estipularse pactos que desnaturalicen los aspectos arrendaticios ".

5. Resolución del contrato en interés del concurso. En nuestro caso, concurre una circunstancia muy relevante para decidir sobre la anterior cuestión: que a instancia de la concursada se acordó la resolución del contrato en interés del concurso, al amparo del párrafo segundo del art. 61.2 LC, lo que presupone, por su ubicación sistemática, que el contrato, al tiempo de declararse el concurso, contenía prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes.

El párrafo segundo del art. 61.2 LC constituye una excepción a la regla general contenida en el párrafo primero. Con carácter general, la mera declaración de concurso no permite, por sí sola, resolver los contratos " con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte". En estos casos, como ya hemos expuesto en el fundamento anterior, las prestaciones a que estuviera obligado el concursado serían con cargo a la masa. Excepcionalmente, el párrafo segundo permite que a instancia del concursado o de la administración concursal, según se haya acordado la intervención o la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor concursado, el juez pueda acordar la resolución del contrato al que se refiere el párrafo anterior (" con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte "). Al optar la concursada por la resolución, en interés del concurso, del contrato de leasing que tenía concertado con Caja Laboral, entiende que este concreto contrato, al tiempo de declararse el concurso, contenía obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes.

Conforme al párrafo segundo del art. 61.2 LC, si existe acuerdo entre las partes, la resolución judicial del

contrato lo será de conformidad con lo acordado o convenido. Si no existe acuerdo, el juez, en el curso de un incidente concursal, resolverá sobre la procedencia de la resolución del contrato, para lo que tendrá que valorar si resulta " conveniente al interés del concurso ", y, de estimarlo así, acordará " las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa ". Como en este caso se trata de un contrato de tracto sucesivo, lo que procede no es tanto la restitución de prestaciones como la liquidación de la relación contractual, de tal forma que las cuotas pendientes de pago por parte de la concursada tendrán la consideración de créditos concursales o contra la masa según fueran anteriores o posteriores a la declaración de concurso.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación y, en relación con Caja Laboral Popular Cooperativa de Crédito, tener por desestimado el recurso de apelación, en el sentido de que las cuotas generadas por el contrato de leasing que con esta entidad tenía concertado la concursada, después de la declaración de concurso y hasta la resolución del contrato, tienen la consideración de créditos contra la masa."

Vemos que el Tribunal Supremo, manteniendo los razonamientos sobre el contrato de leasing en concurso, adecua sus pronunciamientos a lo que se enjuicia en cada caso. En esta última sentencia el Tribunal Supremo decide:

" *Conforme al párrafo segundo del art. 61.2 LC, si existe acuerdo entre las partes, la resolución judicial del contrato lo será de conformidad con lo acordado o convenido. Si no existe acuerdo, el juez, en el curso de un incidente concursal, resolverá sobre la procedencia de la resolución del contrato, para lo que tendrá que valorar si resulta " conveniente al interés del concurso ", y, de estimarlo así, acordará " las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa". Como en este caso se trata de un contrato de tracto sucesivo, lo que procede no es tanto la restitución de prestaciones como la liquidación de la relación contractual, de tal forma que las cuotas pendientes de pago por parte de la concursada tendrán la consideración de créditos concursales o contra la masa según fueran anteriores o posteriores a la declaración de concurso.*

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación y, en relación con Caja Laboral Popular Cooperativa de Crédito, tener por desestimado el recurso de apelación, en el sentido de que las cuotas generadas por el contrato de leasing que con esta entidad tenía concertado la concursada, después de la declaración de concurso y hasta la resolución del contrato, tienen la consideración de créditos contra la masa "

En nuestro supuesto, no es hecho controvertido que declarado el concurso y hasta que se solicita la resolución contractual no se generó crédito masa(SA NOSTRA afirma que las cuotas fueron pagadas cfr folio 151, cfr folio 203 el administrador concursal en su informe provisional y certificación expedida por Sa Nostra al folio 396: octubre pagado) por lo que, analizado el clausulado del contrato, en una demanda de resolución presentada cuando aún no hay cuotas impagadas, el Juez analiza en primer lugar lo sometido a su decisión, la resolución del contrato de leasing y llega a la conclusión de que en este contrato,tal y como las partes lo habían concebido, no hay prestaciones pendientes para la arrendadora y en ese punto la Sala confirma esta conclusión.

En el caso del leasing en plano doctrinal ha existido una evolución doctrinal y jurisprudencial pero los resultados de cada una de esas fases de la evolución no cierran la vigencia de los argumentos de la anterior fase, de modo que pugnan en la actualidad las diversas doctrinas alumbradas en cada uno de tales momentos.

Desde la *asimilación al arrendamiento común* como figura contractual sustancialmente atípica, es una cesión de uso, donde cada cuota periódica retribuye la cesión posesoria producida precisamente en tal periodo, además, dada la especialidad de esta figura contractual, de consolidar un derecho de adquisición por el arrendatario del bien arrendado, al final del periodo de arrendamiento. Es decir, sería un arrendamiento puro, con la adenda de una opción de compra. En tal sentido, STS de 4 de diciembre de 2007 y SAP de Zaragoza de 13 de mayo de 2010.

A la finalidad económica del contrato. En la que pasa a entenderse que, dada la atipicidad básica del contrato, debe prevalecer en su examen jurídico la función económica real de la institución frente a la técnica de la mera asimilación de los contratos atípicos con figuras afines típicas.

En *doctrina concursal,* la LC fija un privilegio especial, art. 90.1.4º LC, a favor de las cuotas de arrendamiento financiero, ya que dicho privilegio da derecho de cobro precisamente sobre el bien en el que recae tal privilegio, art. 155 LC.

La ley 38/2011 reforma del art. 61.2 LC al regular los efectos de dicha resolución contractual de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, el precepto hace expresa mención de "cuando se trate de contratos de arrendamiento financiero ", para establecer una tasación de los bienes que podrá tenerse en cuenta al fijar la indemnización que proceda.

Con ello, parece que la legislación, al menos concursal, ha optado por entender que la naturaleza jurídica del leasing es por sí apta para producir obligaciones recíprocas de tracto sucesivo. La función legislativa no es establecer la naturaleza jurídica de una institución, en abstracto la condición básica para el englobamiento del arrendamiento financiero dentro de las previsiones del art. 61.2 pf. 2º LC no es que el contrato se intitule como tal, sino que cumpla precisa y exactamente con la exigencia del pf. 1º del art. 61.2 LC, esto es, tener de modo real y efectivo, en el concreto caso, "obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al momento de la declaración de concurso, tanto a cargo del concursado como de la otra parte".

Es decir, sólo cuando aquel negocio jurídico denominado como arrendamiento financiero reúna esa condición impuesta por la legalidad, la pendencia de obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes, podrá tener aplicación la previsión del pf. 2º del art. 61.2 LC. Esta circunstancia material es lo que determina la aplicación de la norma, no la titulación del contrato, cualquiera que sea verdaderamente su naturaleza jurídica doctrinal.

Respetando que el legislador haya considerado, en el citado pf. 2º del art. 61.2 LC, que el leasing es un contrato susceptible de generar dichas obligaciones recíprocas, ello no implica que en el caso concreto tal leasing en efecto las tenga pendiente de cumplimiento.

Fijados los conceptos, en la medida de lo posible pues a la disparidad doctrinal se une la casuística, debemos

aplicar la norma a los hechos probados. En esto punto es quien reclama determinada consecuencia, en este caso, la resolución contractual en interés del concurso, quién tiene la carga de probar, art. 217 LEC, dicho origen en una obligación recíproca aún no cumplida por ambas partes contractuales. Es por ello que procede rechazar la objeción del apelante respecto a que no se discutieron las obligaciones pendientes sino si concurre el interés del concurso. La sentencia analiza este punto como presupuesto inexcusable para entrar en el segundo y la apelada acepta expresamente que no existen obligaciones principales pendientes para ella.
La apelante rechaza la interpretación realizada en la Instancia y afirma que de los razonamientos de la sentencia parece que en ningún leasing cabe la resolución en interés del concurso.
La Sala no comparte esta interpretación, se está analizando un contrato en concreto ya identificado en la presente resolución y no consta en la demanda ni el recurso cual o cuales son las obligaciones esenciales pendientes de cumplimiento después de declarado el concurso voluntario.
Del informe provisional apreciamos que la situación patrimonial (punto 7.1.) la masa activa se calculó en 1.893.648,11 euros y créditos concursales (reconocidos)por importe de 131.342,62 euros; como créditos masa se computan 21.457,31 euros.También dice que Sa Nostra no le ha reclamado ningún pago de crédito contra la masa. Así como que es la principal acreedora.
TERCERO.-El recurrente objeta que la legislación ha sido modificada y las resoluciones posteriores de varias Audiencias Provinciales ya han modificado el criterio de la clasificación de los créditos. No obstante como hemos razonado en el fundamento anterior la reforma de la ley 38/2011 no incide en la función del Juez quien, con carácter previo a la aplicación de esta norma ubicada sistemáticamente en sede de contratos con obligaciones reciprocas, debe valorar si existe esa reciprocidad.
En este caso, de la mera lectura del clausulado del contrato se constata que la arrendataria soportaba la obligación principal,el pago de la cuota, y había aceptado la exoneración de Sa Nostra respecto de las prestaciones de acceso a la garantía, servicio de mantenimiento de los edificios, así como en lo referente a las acciones y derechos que como comprador pudieran corresponder a Sa Nostra; también quedaba relevada de cualquier responsabilidad por vicios o defectos ocultos de los inmuebles.
Respecto a resoluciones posteriores a la modificación del art 61.2 LC al argumento de la casuística ya expuesto podemos añadir la referencia a resoluciones como la dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15) en sentencia del 07 de Octubre del 2013 (ROJ: SAP B 11240/2013) *en sede de clasificación de créditos* considera que no es un crédito contra la masa, como pretende la arrendadora financiera, sino un crédito concursal con privilegio especial. No es éste el objeto del presente incidente concursal cuyo primer pedimento, desestimado en la instancia, es la resolución.
Para llegar a aquella conclusión se parte de la concepción jurisprudencial del leasing y de ahí se infiere claramente que el arrendatario sí que tiene que pagar cuotas periódicas. Por tanto, la cuestión está en determinar si una vez contratado el arrendamiento y entregado el bien al arrendatario, el arrendador tiene
o no obligaciones recíprocas a las cuotas periódicas del arrendatario. Si bien al principio se pensó que sí, esta postura cambió. Una vez entregado el bien la arrendadora ni siquiera tiene la obligación de conservar o reparar el bien entregado. La cuota no se corresponde con la privación temporal del bien para su propietario, sino que tiende a que la arrendadora recupere el precio pagado para su adquisición, más una carga financiera. La ejecución de la opción de compra sería un nuevo negocio, pues depende de la voluntad del arrendatario.
Así :
" *El principal interés de la jurisprudencia ha sido diferenciar el leasing de los contratos de venta a plazos de bienes muebles y del préstamo de financiación al comprador, para justificar que no resulta de aplicación directa su peculiar régimen jurídico al leasing. Para ello, insiste en que " la finalidad del leasing ", es decir, su función económica, que constituye su causa, no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde la Ley 26/1988, 29-VII, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su disp. adic. 7ª, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas -calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes-, incluyéndose necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota [SSTS (1ª) 4- VI-2001 (RJ 20016665),21-XII-2001 (RJ 2002250) y 4-XII-2007(RJ 200842)].*
2. A los efectos de la presente controversia interesa determinar si un contrato de leasing pendiente de cumplimiento al tiempo de declararse el concurso de acreedores, lo está respecto de las prestaciones de una sola de las partes o si lo está respecto de las dos.
Está claro que el arrendatario financiero, en relación con las cuotas no vencidas, tiene pendiente su cumplimiento, aunque no le fueran todavía exigibles por no estar vencidas. La cuestión es si, a los efectos del art. 61 LC, cabe considerar que se encuentran pendientes de cumplimiento obligaciones por parte de la entidad de leasing.
Esta cuestión había sido resuelta por este mismo tribunal en su Sentencia de 19 de junio de 2009 (RA 753/2008), en el sentido de considerar que el contrato de leasing era de tracto sucesivo, y que durante la pendencia del mismo, el arrendador financiero tenía la obligación de mantener en la posesión del bien al arrendatario financiero. Razón por la cual entendíamos que al tiempo de declararse el concurso estaba pendiente de cumplimiento obligaciones por ambas partes, siendo de aplicación el art. 61.2 LC. Pero, como se ha dicho, esta postura fue reconsiderada en nuestra sentencia de 9 de noviembre de 2010 (Rollo 359/10).
3. Es muy significativo que los bienes objeto de leasing, para su incorporación a la actividad empresarial del usuario, son adquiridos por la entidad financiera con la única finalidad de ceder su uso al arrendatario

financiero, quien previamente ha seleccionado dichos bienes a su propio interés. Tales bienes cuyo uso se cede con el contrato son adquiridos del fabricante o distribuidor, y la compañía de leasing se exime de responsabilidad respecto de cualquier acción derivada de los vicios o defectos de dichos bienes, llegando incluso, como en este caso, a incorporar una cláusula en el contrato en tal sentido.
Así resulta del contrato objeto de autos, que prevé las consecuencias derivadas, tan sólo, del incumplimiento del arrendatario, y no del arrendador, estipulándose expresamente que, por haber sido elegidos los bienes por el arrendatario, la arrendadora se declara "indemne de toda responsabilidad por causa de la idoneidad, rendimiento, diseño, calidad, durabilidad, posibles vicios de fabricación o funcionamiento y resultado de los bienes" (estipulación primera). Por ello la entidad arrendadora cede al arrendatario financiero todos los derechos y todas las acciones que correspondan frente al proveedor de los bienes o frente al fabricante.
Se desprende de ello que la entidad financiera da por cumplida íntegramente su prestación con la entrega al arrendatario de los bienes previamente adquiridos al proveedor, a salvo la transmisión de la titularidad del bien en caso de ejercicio de la opción de compra por el arrendatario. De esta forma, una vez perfeccionado el contrato mediante la puesta a disposición del bien a favor del arrendatario, debe estimarse que tan sólo están pendientes de cumplimiento las obligaciones de pago a cargo del arrendatario, esencialmente de las cuotas en las que se convino el fraccionamiento de pago.
4. La propia composición de estas cuotas periódicas muestra que se calculan en atención al tiempo pactado, la recuperación del coste del bien por la entidad financiera y el lucro representado por la carga financiera. Según la disposición adicional 7ª LDIEC, "las cuotas deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio de aplicación del gravamen indirecto que corresponda". Aunque lo que se transmita sea una cesión de uso, la cuota pactada no responde tanto al concepto de renta que compensa la privación temporal del bien por parte del propietario, como a permitir a la entidad financiera recuperar el precio satisfecho para la adquisición del bien, además de una carga financiera que constituye propiamente el beneficio de la arrendadora financiera. Ello justifica la previsión legal que, para caso de incumplimiento, no sólo legitima la resolución con una cláusula penal que, cuando menos, es resarcitoria de la inversión llevada a cabo por el arrendador para la adquisición del bien, sino también la posibilidad de exigir el íntegro cumplimiento del contrato y cobrarse el crédito, con carácter preferente a cualquier otro acreedor, con la ejecución del propio bien. Lo que se traduce en el ámbito concursal en el reconocimiento al acreedor arrendatario financiero de un crédito con privilegio especial sobre la totalidad de las cuotas, sin que el art. 90.1.4º LC distinga entre las vencidas y las pendientes de vencimiento.
5. No obsta lo anterior que, en caso de ejercitarse la opción de compra, la entidad arrendadora tenga que cumplir con la obligación de entregar la titularidad del bien, pues se trata de una facultad que se confiere al arrendatario, de tal forma que la obligación de la arrendadora tan sólo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagado todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta compraventa no es un mero acto de ejecución del contrato de leasing, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, en este caso del arrendatario, de hacer uso de la opción de compra, si bien bastará el mero acuerdo de voluntades para que se produzca la transmisión del domino, ya que el bien está en posesión del adquirente (traditio brevi manu).
6. Todo lo anterior nos lleva a concluir que al tiempo de declararse el concurso, el contrato o contratos estaban únicamente pendientes de cumplimiento por una de las partes, el arrendatario financiero, pues tenía pendientes, cuando menos, las cuotas aún no vencidas. Estas obligaciones ya habían nacido con la firma del contrato, sin perjuicio de que no fueran exigibles hasta el vencimiento de cada uno de los plazos pactados. En consecuencia, y conforme a lo previsto en el art. 61.1 LC, el crédito que adeuda la concursada a la financiera deberá incluirse en la masa pasiva prevista en el art. 49 LC, sin perjuicio de su clasificación.
Esta interpretación es conforme con la previsión contenida en el art. 155.2 LC relativa al pago de los créditos con privilegio especial afectados por la paralización o suspensión de las acciones de recuperación del bien gravado según el art. 56 LC, pues expresamente prevé que, en esos casos, que por tratarse de créditos concursales en principio no sería posible atender su pago, la administración concursal puede optar por pagarlos con cargo a la masa, sin realizar los bienes y derechos afectos. De este modo, queda claro que son créditos concursales, clasificados con privilegio especial conforme al art. 90.1.4º LC que, no obstante lo cual y sin perder esta condición, excepcionalmente pueden ser satisfechos por la administración concursal con cargo a la masa para evitar la realización del bien."
Analizada la primera cuestión relativa a la existencia o no de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, concluimos que no existen obligaciones principales pendientes a cargo de SA *NO* STRA por lo que no procede la resolución prevista para aquellos supuestos y resulta innecesario razonar sobre el interés del concurso como causa de la pretendida y desestimada resolución.": SAP Baleares (sección 5) 30.12.2013 (Sentencia 494/2013; Rollo 439/2013)

AP Sevilla

"Primero.- La sentencia apelada considera que no cabe resolver el contrato de arrendamiento financiero suscrito entre la actora y la concursada al no ser de aplicación el artículo 61.2 de la Ley Concursal, por cuanto que no quedando obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la actora, no se puede entender a los efectos de ese precepto que se trate de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte.
Frente a ello alega en su recurso la actora la aplicabilidad del artículo 61 de la Ley Concursal al ser el arrendamiento financiero por su esencia un pacto de tracto sucesivo. Subsidiariamente alega dudas de hecho que justificarían la no imposición de costas.
Segundo.- La acción ejercitada por la actora y apelante en su demanda es la prevista en el segundo párrafo del

artículo 61.2 de la Ley Concursal, precepto que no contempla la resolución por incumplimiento, sino la resolución en interés del concurso a instancia del concursado o, si existe intervención, de la administración concursal. Por tanto la entidad actora carece de legitimación activa para instar la resolución del contrato en interés del concurso. La resolución por incumplimiento se regula en el artículo 62.1 de la Ley Concursal con respecto a contratos con obligaciones recíprocas pendientes.
Tercero.- Lo anterior sería suficiente para la desestimación del recurso, pero a ello cabe añadir que, como señala la reciente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2.013, el arrendamiento financiero, al que expresamente se menciona en el citado artículo 61.2, es normalmente un contrato que implica obligaciones recíprocas, pero las obligaciones del arrendador pueden ser excluidas por pacto entre las partes, por lo que ha de atenderse al caso concreto y a las cláusulas válidamente establecidas en cada caso. Si, como ocurre en el caso de autos, la única obligación que persiste para el arrendador tras la entrega de la cosa es la de abstenerse de perturbar al arrendatario en el uso de la misma, tal obligación, como señala la citada sentencia, ha de considerarse cumplida en su contenido sustancial con la entrega y es insuficiente a los efectos del artículo 61.2 de la Ley Concursal.
Cuarto.-Procede igualmente la desestimación del motivo articulado subsidiariamente sobre la improcedencia de la condena en costas, dada la falta de legitimación de la actora para promover una resolución al amparo del artículo 62.1 de la Ley Concursal y, en todo caso, de que es clara en el caso de autos la falta de obligaciones pendientes de cumplimiento por parte del arrendador, por lo que no concurren serias o graves dudas de hecho o de derecho que, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil justifiquen la no imposición de costas en la primera instancia.”: SAP Sevilla (Sección 5) 03.10.2013 (Sentencia 444/2013; Rollo 5803/2013)

“PRIMERO.- Se alza la entidad actora contra la Sentencia dictada en este incidente concursal que desestima la demanda formulada por la misma en ejercicio de la acción resolutoria regulada en el artículo 61.2 de la Ley Concursal, acción mediante la que pretendía que se declarase resuelto el contrato de arrendamiento financiero -leasing- suscrito entre la concursada "Hermanos Andaluces AMH S.L." y el Banco Español de Crédito S.A. (actualmente Banco de Santander S.A.), contrato núm. 0030-4118-11-0000408153.
Funda su recurso la entidad apelante en que el contrato de arrendamiento financiero es un contrato de obligaciones recíprocas que están pendientes de cumplimiento tras la declaración de concurso, siendo conveniente la resolución del contrato para el concurso, que ya está en fase de liquidación.
SEGUNDO.- Conforme al artículo 61.2 de la Ley Concursal " La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa." Y continúa diciendo el segundo párrafo: "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso."
A tenor del contenido del precepto indicado, hemos de decir, ante todo, que la entidad actora carece de legitimación para el ejercicio de la acción deducida en este incidente al amparo del art. 61.2 LC, por cuanto esta norma no contempla la resolución por incumplimiento contractual, la cual está regulada en el art. 62.1 con respecto a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. El art. 61.2 por el contrario contempla la resolución en interés del concurso exclusivamente a instancia del concursado en caso de intervención, o a instancia de la administración concursal en caso de suspensión de las facultades de administración del deudor.
TERCERO.-No obstante lo anterior, por sí suficiente para desestimar la demanda y, por ende, el recurso de apelación, daremos respuesta a la cuestión que se plantea en el recurso sobre la naturaleza del contrato de arrendamiento financiero. Si es un contrato con obligaciones recíprocas o no. Y en caso de serlo, si en el momento en que se declaró el concurso quedaban pendientes de cumplimiento obligaciones de las dos partes o sólo de una.
Para solventar esta cuestión hemos de traer a colación la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2013, que declara: " Esta Sala, en sus sentencias núm. 34/2013, de 12 de febrero, recurso núm. 1915/2011, y núm. 44/2013, de 19 de febrero, ha abordado la cuestión relativa a la calificación de los créditos derivados de las cuotas del contrato de leasing devengadas tras la declaración de concurso. La solución dada por la Sala se ha basado, fundamentalmente, en la interpretación del art. 61.2 de la Ley Concursal en relación al 84.2.6º de la misma ley a efectos de calificar determinados créditos contractuales como concursales o contra la masa y en el análisis de la naturaleza del contrato de leasing y de las obligaciones que del mismo resultan para una y otra parte contractual.
Para que el crédito contractual contra el concursado pueda ser calificado como crédito contra la masa es necesario, conforme al artículo 61.2 de la Ley Concursal, que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. La reciprocidad del vínculo contractual y la pendencia de cumplimiento de obligaciones por ambas partes constituyen los criterios determinantes de la calificación de los créditos contractuales contra el concursado, conforme a dichos preceptos legales.
La Ley Concursal no define qué debe entenderse por obligaciones recíprocas. Tampoco lo hace el Código Civil. Este se limita a regular el régimen de la constitución en mora en las obligaciones recíprocas en el último inciso del art. 1100, prever que «la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados» a la hora de establecer los efectos de la obligación condicional de dar en el art. 1120, establecer que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe» en el art. 1124 y que «si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses» al regular la interpretación de los contratos, en el art. 1289.
Con base en esta regulación, esta Sala ha declarado que la reciprocidad de obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea

contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra. La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.
La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial. Pero, a los efectos del artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la reciprocidad debe existir en la fase funcional del vínculo y después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas.
El contrato de arrendamiento financiero o "leasing" ha sido objeto de numerosas disposiciones dirigidas, básicamente, a regular su vertiente tributaria (al referir el contrato a bienes destinados a una explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicio o profesional del financiado y considerar la cuota como gastos deducibles y no como inversión) y el régimen de las sociedades habilitadas para celebrar tales contratos (entidades de crédito).
Se ha destacado el componente arrendaticio en la relación entre entidad financiera y titular del derecho a usar el bien mueble, de tal forma, que el arrendatario financiero del bien no adquiere un derecho real sobre él (a su poder le faltan las características de inmediatividad o inherencia y absolutividad que son propias de tal categoría de derechos), sino el derecho a usar la cosa ajena, obligándose el arrendador a mantenerle en el uso pacífico de la misma. El dominio corresponde a la compradora y arrendadora financiera y no resulta limitado por ningún derecho real sobre cosa ajena a favor del arrendatario.
Por tanto, el contrato de arrendamiento financiero genera obligaciones recíprocas aunque el valor de las prestaciones no sea equivalente, pues en la renta se incluyen conceptos ajenos al uso. El cesionario del uso de la cosa ostenta un derecho de crédito contra la entidad financiera que le faculta a usar y que tiene como correlato la obligación de esta de prestarle ese uso, más allá de la mera entrega y durante el tiempo de vigencia de esa relación.
Pese a que, como se ha expuesto, del arrendamiento financiero en abstracto derivan obligaciones recíprocas para arrendadora y arrendataria, la finalidad práctica perseguida por la arrendataria suele centrarse en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que le supone acudir al tal contrato como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados. La primacía del interés de la arrendataria en la adquisición del bien mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual sobre el de la utilización por el tiempo pactado permite que la arrendadora, en ocasiones, se desvincule de las obligaciones clásicas que a la misma impone el Código Civil.
Por ello, en contra de lo pretendido por la recurrente, para decidir sobre la reciprocidad de las obligaciones derivadas del arrendamiento financiero en concreto, no cabe acudir a las obligaciones que «por definición» impone el contrato de arrendamiento, «diga lo que diga un contrato de arrendamiento en particular». Desde la perspectiva civil, dejando al margen sus repercusiones tributarias, cabe que las partes, en el ejercicio de su libertad contractual, modulen o eliminen válidamente alguno de los elementos característicos del contrato típico. Bajo la denominación de arrendamiento financiero pueden estipularse pactos que desnaturalicen los aspectos arrendaticios con los únicos límites fijados en el art. 1255 del Código Civil.
Para determinar si la relación jurídica nacida del contrato de arrendamiento financiero sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, por estar pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas, en cada caso, por los contratantes."
Y más adelante continúa diciendo la Sentencia indicada: "Se alega en el recurso que tras la declaración de concurso el arrendador estaba obligado a permitir el goce pacífico de la cosa arrendada, a no impedir el uso de la cosas por el arrendatario. Tal obligación solo constituye, a efectos del artículo 61 Ley Concursal, un deber de conducta general, implícito en el "pacta sunt servanda" (los pactos deben ser cumplidos), en su contenido sustancial ya cumplido con la propia entrega y, en todo caso, insuficiente, por sí solo, para atribuir al crédito de la arrendadora el tratamiento de crédito contra la masa en el concurso que la recurrente pretende.
También es insuficiente a tales efectos la obligación de transferir la titularidad del bien al arrendatario una vez que este ejercite la opción de compra y pague la cuota correspondiente al valor residual. Como acertadamente afirma la sentencia recurrida, es una obligación de la arrendadora que tan sólo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagado todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta compraventa no es un mero acto de ejecución del contrato de leasing, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, en este caso del arrendatario al hacer uso de la opción de compra."
CUARTO.-Tras el examen del contenido del contrato de leasing cuya resolución pretende la demandante, y aplicando la doctrina emanada de la Sentencia del Alto Tribunal que hemos recogido, se llega fácilmente a la conclusión de que en este caso, a tenor de las condiciones generales 4.1, 4.2 a), 3.1 y 3.2 del contrato, el Banco no tenía ninguna obligación pendiente de vencimiento por cuanto se había producido la cesión del uso del bien, el arrendatario se obligaba al mantenimiento y conservación del bien durante toda la vigencia del contrato, y se declara expresamente que el Banco había dado íntegro cumplimiento a sus obligaciones al haberse agotado la ejecución de cuantas prestaciones venía obligado a satisfacer, salvo la de mantener al arrendatario financiero en la quieta y pacífica posesión de los bienes arrendados. Ahora bien, esta última obligación, como dice la jurisprudencia es un deber de conducta general implícito en el "pacta sunt servanda", cumplido en su contenido sustancial con la entrega de la cosa.
Por todo lo cual, no cabe que en el presente caso se aplique la posibilidad de resolver el contrato que prevé el artículo 61.2, que además requiere que se haga siempre en interés del concurso, interés que no ha quedado

acreditado en este incidente, sino que ha de aplicarse el 61.1 LC, relativo a los contratos en los que una de las partes hubiese cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente de cumplimiento las recíprocas a su cargo": SAP Sevilla (Sección 5) 16.01.2014 (Sentencia 33/2014; Rollo 5800/2013)

"PRIMERO.-En el incidente concursal de que el presente rollo dimana, el número 1.198/12, promovido por Banco Español de Crédito, S.A., absorbido después por Banco de Santander S.A., se pretende la resolución, en interés del concurso e invocando el artículo 61, 2 de la Ley Concursal, de uno de los cuatro contratos de arrendamiento financiero (leasing) que celebró con la concursada Hermanos Andaluces, AMH SL, y, como consecuencia de tal resolución, la entrega de la pala carterpillar objeto de dicho contrato, sin devengo de nuevas cuotas con posterioridad a dicha entrega, pretensión que fue denegada en la sentencia que resolvió en incidente y sobre la cual insiste la actora, en su escrito de interposición del recurso de apelación.
SEGUNDO.-Se da la circunstancia de que sobre las cuestiones planteadas en el incidente de que se trata se pronunció ya este tribunal, en sentencia de 3 de Octubre de 2.013, recaída en el rollo de apelación número 5803/13, al resolver, en apelación, acerca de otro incidente exactamente igual del mismo concurso, entre las mismas partes, el número 1.197/12, otro de los cuatro incidentes del mismo tipo que promovió Banco Español de Crédito. Pues bien, como es obvio, la solución aquí no puede ser distinta, bastando con la reproducción de los pronunciamientos de dicha sentencia.
TERCERO.-Como decíamos en dicha ocasión, " *La sentencia apelada considera que no cabe resolver el contrato de arrendamiento financiero suscrito entre la actora y la concursada, al no ser de aplicación el artículo 61.2 de la Ley Concursal, por cuanto que, no quedando obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la actora, no se puede entender, a los efectos de ese precepto, que se trate de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo de la concursada, como de la otra parte* ".
" *Frente a ello, alega, en su recurso, la actora la aplicabilidad del artículo 61,2 de la Ley Concursal, al ser el arrendamiento financiero, por su esencia, un pacto de tracto sucesivo. Subsidiariamente, alega dudas de hecho que justificarían la no imposición de costas* ".
" *La acción ejercitada por la actora y apelante, en su demanda, es la prevista en el segundo párrafo del artículo 61.2 de la Ley Concursal, precepto que no contempla la resolución por incumplimiento, sino la resolución en interés del concurso, a instancia del concursado o, si existe intervención, de la administración concursal. Por tanto, la entidad actora carece de legitimación activa para instar la resolución del contrato en interés del concurso. La resolución por incumplimiento se regula en el artículo 62.1 de la Ley Concursal, con respecto a contratos con obligaciones recíprocas pendientes* ".
" *Lo anterior sería suficiente para la desestimación del recurso, pero a ello cabe añadir que, como señala la reciente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2.013, el arrendamiento financiero, al que, expresamente, se menciona en el citado artículo 61.2, es, normalmente, un contrato que implica obligaciones recíprocas, pero las obligaciones del arrendador pueden ser excluidas por pacto entre las partes, por lo que ha de atenderse al caso concreto y a las cláusulas válidamente establecidas en cada caso. Si, como ocurre en el caso de autos, la única obligación que persiste para el arrendador tras la entrega de la cosa es la de abstenerse de perturbar al arrendatario en el uso de la misma, tal obligación, como señala la citada sentencia, ha de considerarse cumplida en su contenido sustancial con la entrega y es insuficiente a los efectos del artículo 61.2 de la Ley Concursal* ".
" *Procede igualmente la desestimación del motivo articulado subsidiariamente, sobre la improcedencia de la condena en costas, dada la falta de legitimación de la actora para promover una resolución al amparo del artículo 62.1 de la Ley Concursal y, en todo caso, de que es clara en el caso de autos la falta de obligaciones pendientes de cumplimiento por parte del arrendador, por lo que no concurren serias o graves dudas, de hecho o de derecho, que, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil justifiquen la no imposición de costas en la primera instancia* ".
CUARTO.-Consecuentemente y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la resolución apelada, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante, de acuerdo con lo dispuesto en esta materia por el artículo": SAP Sevilla (Sección 5) 20.01.2014 (Sentencia 38/2014; Rollo 5801/2013)

AP Valencia

"PRIMERO. La entidad Almasa Lift SL en liquidación y en concurso de acreedores instó con apoyo en el artículo 61.2 de la Ley Concursal, demanda incidental ejercitando la acción de resolución del contrato de arrendamiento o renting concertado con BBVA Renting SA en fecha de 27/2/2007, solicitando como pretensión principal la resolución de tal contrato con fecha de 10/6/2011; la puesta a disposición de la arrendadora de los bienes objeto de dicho arrendamiento; la extinción de las obligaciones pendientes de vencimiento desde la fecha 10/6/2011; no haber lugar a indemnización por daños y perjuicios y subsidiariamente, para caso de no estimarse la fecha de tal resolución, considerar que las rentas devengadas desde la fecha de 10/6/2011 hasta la que la resolución judicial la estime, deben calificarse como crédito subordinado.
La entidad BBVA Renting SA se opuso a tal pretensión.
La sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia dictó sentencia desestimando la demanda.
Se interpone recurso de apelación por la demandante que con referencia al presente incidente (nº 55/2012) alega, en esencia, como único motivo el error en la valoración de la prueba e infracción de los artículos 61.2 de la Ley Concursal en relación con el artículo 89.2 y 90.1-4 de igual texto legal al no ser el contrato objeto de la acción, de arrendamiento financiero o leasing que es lo considerado por el Juzgador, sino de renting y en el ámbito concursal no pueden asimilarse, y no debe ser reconocido privilegio alguno debiendo dictarse sentencia que revoque la de instancia y se estime la demanda.

SEGUNDO. Debe precisarse que este Tribunal en esta resolución resuelve el recurso de apelación interpuesto sólo contra la sentencia recaída en el incidente nº 55/2012 y revisado el contenido del mismo en aplicación del artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, debe ratificar el fallo de la sentencia y razonamiento principal y ello aunque el Juez haya calificado el contrato objeto de la pretensión resolutoria de arrendamiento financiero o leasing cuando se trata,efectivamente, de un arrendamiento o renting; pues la razón técnico jurídica para rechazar tal pretensión es la misma.
De entrada es de señalar el régimen especial que en materia de resolución de contratos determina la materia concursal que obviamente dada esa especialidad es de aplicación preferente frente a la legislación común del artículo 1124 del Código Civil.
El artículo 61.2. de Ley Concursal base de la acción resolutiva contractual instada por la demandante, estos es, por la especialidad en esta materia de primar el interés del concurso, solo tiene cabida cuando se trata de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo tanto del concursado como de la otra parte. Este presupuesto es indispensable para aplicar los efectos de tal precepto y no concurre en el caso presente toda vez que no existe o consta obligación pendiente alguna de realización por parte de la entidad arrendadora, de hecho no se indica en el recurso de apelación, ante la razón del juez, pues el arrendador ya ha hecho cumplimiento de su obligación cual es la entrega de la posesión o cesión de los bienes objeto del renting, razón por la que debe ratificarse la desestimación de la demanda sin necesidad de entrar en la petición subsidiaria de la demanda, toda vez que la misma parte del hecho o premisa de decretarse la resolución del contrato por interés del concurso, premisa que no concurre.": SAP Valencia (Sección 9) 03.10.2012 (Sentencia 344/2012; Rollo 463/2012)

"PRIMERO. La Administración Concursal de Silver Mine Center 21 SL insta demanda de incidente concursal contra Banco de Santander SA solicitando la resolución del contrato de arrendamiento financiero suscrito entre litigantes con apoyo en el artículo 61-2-2º de la Ley Concursal, al ser tal pretensión en interés del concurso por encontrarse la concursada en fase de liquidación y resultar innecesario para la actividad de la concursada los bienes objeto de tal arriendo.
Banco de Santander SA no contestó a la demanda.
La sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia desestima la demanda por no ser de aplicación los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal por ser las obligaciones pendientes de cumplimiento exclusivamente de una parte.
Se interpone recurso de apelación por la parte demandante, alegando incongruencia de la sentencia y concurrir los requisitos para la resolución del contrato en interés del concurso; tratarse de un contrato de tracto sucesivo pendiente de cumplimiento siendo precisa tal declaración al haber fracasado los intentos de alcanzar un acuerdo; no siendo viable la aplicación de la cláusula penal o subsidiariamente procede su moderación, solicitando la revocación de la sentencia por otra que estime la demanda.
SEGUNDO. Revisado el contenido del incidente concursal, la denuncia de incongruencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil debe ser rechazada pues en primer lugar siendo la sentencia desestimatoria de la demanda, excluye la incongruencia deducida. En segundo lugar, el motivo por el que se da tal decisión es absolutamente congruente con la acción planteada, pues instando la resolución contractual al amparo del artículo 61-2-2º de la Ley Concursal, la sentencia remarca tipográficamente la razón de su no concesión en el último párrafo del Fundamento de Derecho Segundo, centrado en su inviabilidad dada la clase de contrato suscrito entre litigantes de acudir a tal vía resolutiva, por lo que se cumple con el contenido del artículo 218 de la Ley Enjuiciamiento Civil. Que además la sentencia efectúe una calificación, en ese fundamento que no en el fallo, de los créditos por cuotas del contrato de arrendamiento financiero, en nada tilda dicha resolución de incongruente, pues ello es aparte de la razón nuclear que la sentencia otorga para no acordar la resolución contractual.
Entrando en el segundo motivo del recurso de apelación la Sala comparte plenamente la decisión de la Juez.
De entrada es de señalar el régimen especial que en materia de resolución de contratos determina la materia concursal que obviamente dada esa especialidad es de aplicación preferente frente a la legislación común del artículo 1124 del Código Civil.
El artículo 61-2-2º de la Ley Concursal en que se fundamenta la pretensión resolutiva de la arrendataria financiera exige como presupuesto material para su aplicación estar ante contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y con carácter general esta Sala ha seguido en auto de 20/3/2012, (R. 856/2011) la línea jurisprudencial que iniciada por la SAP de Alicante (sección 8º) en Auto de 21/12/2006 y de 8/9/2011 (Nº 193/2011) y la SAP Barcelona, Secc.15, en la resolución citada y trascrita por la recurrida de 9/11/2010, reiterada en las sentencias de 12/4/2011 (Rec. 11/2011) y 5/7/2011, Rec. 166/2011), de no estar en los contratos de arrendamiento financiero, ante esa reciprocidad en el cumplimiento de obligaciones sino ante la pendencia del cumplimiento de una sola de las partes, cual es la arrendataria financiera, siendo inviable la cita jurisprudencial de la parte recurrente de una sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de fecha 19/6/2006, único argumento para demostrar el necesario presupuesto de reciprocidad en cumplimiento de obligaciones en el contrato de arrendamiento financiero, a tenor de la posición de la propia Audiencia Provincia de Alicante, indicada y citada supra.
Por ello faltando el requisito necesario para poder aplicar el precepto en que se sustenta la petición de la parte apelante huelga entrar en el resto de argumentos de la parte recurrente y debe confirmarse la sentencia del Juzgado de lo Mercantil. ":SAP Valencia (Sección 9) 23.01.2013 (Sentencia 23/2013; Rollo 671/2012)

JM-1 Granada

"La conclusión concursal, en consecuencia, es que no estamos ante un contrato con obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, pues sólo existen obligaciones pendientes a cargo del

arrendatario, aquí la concursada, teniendo su encaje estos contratos, no en el artículo 61.2, sino en el artículo 61.1 de la LC, que indica en los contratos celebrados por el deudor, "(c)uando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso." El crédito de la entidad de leasing, por tanto, es un crédito concursal, aunque, por supuesto, privilegiado: así el artículo 90.1.4º de la LC establece que son créditos con privilegio especial los créditos por cuotas de arrendamiento financiero a favor de los arrendadores, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago. Vista la interpretación que se hace del leasing por la jurisprudencia (entre otras, STS 13 de julio de 2006), el artículo 90.1.4º de la LC incluye las cuotas de arrendamiento financiero sin necesidad de articular clausulado al respecto, pues derivan de la propia esencia del contrato y del régimen general de las obligaciones, aunque excluyendo los intereses y sin distinguir entre cuotas anteriores y cuotas posteriores a la declaración de concurso (en ese sentido, SAP Barcelona Secc. 15ª 9 de noviembre de 2010, ya citada), por lo que todas ellas deberán tener la calificación de privilegio especial sobre los bienes objeto del contrato, siendo por ello un crédito que se paga con cargo a los bienes, mediante su correspondiente ejecución (subasta o venta directa, según el artículo 155), si antes no es objeto de recuperación.
TERCERO.- De conformidad con lo que se ha expuesto, no procedería acordar la resolución del contrato en interés del concurso o por incumplimiento del concursado al amparo del artículo 61.2 de la LC. El cauce correcto es la acción de recuperación posesoria que la Disposición Adicional 1ª, aptdo 3º, de la Ley 28/1998 de 13 de julio reconoce al arrendador financiero, que deberá tramitarse por medio del incidente concursal general pero respetando los plazos del artículo 56 de la LC si se tratara de un bien afecto, siempre y cuando el administrador concursal no ejercitara la opción que le brinda el artículo 155.2 de pagar el crédito privilegiado con cargo a la masa mientras subsistiera ese plazo suspensivo.
La recuperación de la maquinaria cedida a HORMIGONES LO SINFANTES S.L, por tanto, es procedente, pero nunca por la vía resolutoria elegida. En el caso de autos, se da la circunstancia de que la masa es insuficiente, por lo que la vía del artículo 155.2 está cerrada, pero según señala la demanda del Sr. Administrador Concursal no existe viabilidad para la actividad empresarial ni ésta va a continuar, por lo que no cabe reputar a la máquina mencionada como afecta a la misma de cara al artículo 56, pues no existe actividad que salvaguardar, ni sería ajustado a la realidad hacer esperar a la entidad arrendadora para la mencionada recuperación. Aunque obviamente, sin reconocerle derecho alguno contra la masa, sino estrictamente un crédito concursal (privilegiado, lo que evidentemente pierde virtualidad tras la recuperación posesoria).": SJM-1 Granada 16.12.2010 (Incidente Concursal 640/2009)

JM-1 Palma de Mallorca

"Lógicamente, el primer paso que debe darse en la solución del conflicto es el análisis del tipo de relación contractual que se pretende resolver, pero desde el punto de vista que se acaba de exponer, de si se trata de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes o no.
Para ello resulta ilustrativa la doctrina sentada por el TS en sentencia de 19 de febrero de 2013, en la que analiza el tipo de relación en que consiste el leasing, exponiendo que "el contrato de arrendamiento financiero, pese a merecer la calificación de complejo, tiene, en la relación que media entre la sociedad de leasing y el usuario, un fuerte componente arrendaticio, por virtud del que la arrendadora viene obligada, además de a la entrega del bien (que normalmente efectúa directamente el proveedor), a mantener al arrendatario en su goce pacífico durante toda la vigencia del contrato. Obligación, ésta, cuyo cumplimiento le resulta exigible en ese tiempo, aunque el arrendatario sea declarado en concurso y, desde luego, después de haber entregado la cosa; incluso, aunque el arrendador financiero se hubiera liberado válidamente de la obligación de saneamiento por vicios ocultos y evicción."
Sentados estos conceptos, los traslada al concurso, a la normativa que regula la vigencia de los contratos una vez declarado el concurso, focalizando el problema en la reciprocidad de las prestaciones, entendiendo por tal que "El Código Civil no define la reciprocidad, pero doctrina y jurisprudencia (que se han ocupado de ella, fundamentalmente, al tratar de las consecuencias que le están vinculadas) la hacen depender del contenido del vínculo y, claro está, de la repercusión que dicho contenido tiene en el funcionamiento de la relación. En definitiva, cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, (1º) con causa en un mismo negocio, (2º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra. La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria. La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial o "lexprivata". Pero, a los efectos del artículo 61, cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente, en la se ha venido en llamar fase funcional del vínculo y, además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas."

Con todo, en primera instancia, partiendo de la naturaleza intrínseca del arrendamiento financiero, se concluye que se trataría de una relación contractual que comporta prestaciones recíprocas para ambas partes. De un lado la entidad financiera compra un bien para cederlo en uso, "…implicando el fin práctico de la operación y en el contenido económico de las prestaciones. Pero también lo es que el arrendatario financiero del bien no adquiere un derecho real sobre él, dado que a su poder le faltan las características de inmediatividad o inherencia y absolutividad que son propias de tales derechos. El dominio corresponde a la compradora y arrendadora financiera y no resulta limitado por ningún derecho real sobre cosa ajena a favor del arrendatario. Este tiene, propiamente, un poder indirecto obtenido de quien lo ha cedido y continúa obligado a seguir haciéndolo. Un poder característico de un derecho personal o de crédito, que se dirige, indirectamente, sobre la cosa y, directamente, sólo sobre la voluntad del deudor. En efecto, el cesionario del uso de la cosa ostenta un derecho de crédito contra la entidad financiera que le faculta a usar y que tiene como correlato la obligación de ésta de prestarle ese uso, más allá de la mera entrega y durante el tiempo de vigencia de esa relación."
Pero se ha dicho que en primera instancia, dado que el Alto Tribunal, partiendo de sus conclusiones generales las traslada al caso concreto, al supuesto de autos, para poner en práctica sus enseñanzas en relación con los pactos particulares alcanzados por las partes, dado que de esta manera se permitiría concluir si realmente existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, y en especial por la arrendadora. Y ello porque se prima el principio de la autonomía de la voluntad, el que permite a los contratantes fijar los términos particulares de sus derechos y obligaciones, siempre que se respeten los límites previamente establecidos.
De esta manera, si fruto de análisis individualizado de lo que es norma para las partes, se deduce que sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, la aplicación del art.61.2 LC sería correcta; en cambio, si hubiese desaparecido en aplicación de los pactos alcanzados, no cabría la resolución en interés de la masa, por quedar fuera del marco normativo previsto por el legislador
Cuarto: lógicamente, la labor del juzgador, en primer y fundamental término es la de efectuar el control que se acaba de indicar; revisar el contrato suscrito por las partes, cuya resolución se ha interesado, al efecto de comprobar si el sinalagma que originó la relación pactada, al tiempo del concurso, subsistía con obligaciones pendientes de cumplimiento para ambas partes.
El análisis del clausulado pactado se hace imprescindible para determinar el grado de pendencia de cumplimiento por los contratantes, para comprobar si esas obligaciones recíprocas están pendientes de cumplimiento por ambas partes o por el contrario, solo restan de llevarse a término las suscritas por una de ellas.
De ahí que, ya en el primer fundamento de derecho de la presente resolución, se haya trascrito el literal de dos de las estipulaciones esenciales del contrato, que afectan a las obligaciones de la arrendadora.
Nuevamente resulta procedente traer a colación las mismas para solventar la cuestión de fondo.
En la estipulación segunda del contrato de arrendamiento financiero se pacta: "Los inmuebles cedidos en arrendamiento financiero han sido adquiridos por Sa Nostra de Inversiones en virtud de instrucciones de la parte usuaria, quien ha escogido el vendedor y los inmuebles, por lo que éstos últimos liberan a Sa Nostra de Inversiones en lo concerniente tanto al acceso a la garantía y servicio de mantenimiento de los mismos e instalaciones como en lo referente a las acciones y derechos que como comprador de los inmuebles pudiera corresponderle a Sa Nostra de Inversiones frente a al vendedor. Asimismo, Sa Nostra de Inversiones queda relevada de cualquier responsabilidad por vicios o defectos ocultos de los inmuebles. Los inmuebles, que se hallan en perfecto estado de uso y ocupabilidad son recibidos por el usuario en este momento a su plena satisfacción"
En la estipulación novena del contrato de arrendamiento financiero se pacta: "Sa Nostra de Inversiones concede en este acto al usuario el derecho de opción de compra de los inmuebles descritos en el expositivo I, que habrá de ejercitar al término del arrendamiento financiero con sujeción a las siguientes normas:
a. El derecho de opción se podrá ejercitar a la finalización del plazo de duración de este contrato.
b. El usuario solo podrá ejercitar el susodicho derecho de opción cuando haya cumplido todas las obligaciones asumidas en la presente escritura.
c. El usuario deberá anunciar su decisión de ejercitar el derecho de opción mediante notificación a Sa Nostra de Inversiones por conducto notarial y en su domicilio social con treinta días de antelación al término del contrato. Sa Nostra de Inversiones contestará por escrito a la optante comunicándole el día en que deberá comparecer ante Notario para otorgar la correspondiente escritura de compraventa. El precio de la transmisión será el valor residual de los inmuebles arrendados, de ejercitarse el derecho de opción, haciendo constar que dicho valor residual corresponde solamente al valor del solar donde se halla enclavada la edificación. Dicha suma se pagará por el usuario en el momento del otorgamiento de la compraventa. Si el usuario no concurriere a la firma quedará sin efecto el mencionado derecho de opción.
d. La escritura de compraventa se formalizará haciendo referencia que se otorgará en méritos del ejercicio de opción de compra pactado en esta escritura, siendo todos los gastos, impuestos y arbitrios, incluso el impuesto municipal del incremento del valor de los terrenos (plusvalía municipal) a cargo de la parte compradora."
De la lectura de los pactos alcanzados se deduce claramente el hecho que la arrendadora, a la firma del contrato, y por lo acordado, había cumplido con todas las obligaciones que se le imponían, quedando pendiente, únicamente, las de la arrendataria. No existen obligaciones principales por parte de Sa Nostra de Inversiones que deba cumplir una vez que se ha declarado el concurso. De hecho, ninguna de las partes ha invocado la nulidad de las cláusulas, aceptando la vigencia de las mismas, incluidas las que exoneran a la arrendadora de sus responsabilidades. Y por parte de ésta se ha concedido de forma automática, a la arrendataria el derecho de hacer suyo el inmueble, al cumplimiento del contrato.
De esta manera se puede concluir que, más allá del sinalagma genético, más allá de las obligaciones recíprocas que existían a la fecha de la suscripción del contrato, una vez declarado el mismo, en el trámite de

cumplimiento del mismo solo existían las que debían satisfacerse por la concursada, no apareciendo el sinalagma funcional en este punto, en los términos que el TS impone al efecto.
Por ello la conclusión final que se alcanza es que resulta imposible atender a la resolución pretendida por falta del elemento principal y básico que impone el art.61.2 LC, la existencia de un contrato en vigor, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes.
De esta manera se desestima la demanda incidental.": Segundo: pasando a tratar el problema de fondo planteado, la posible resolución del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, suscrito por la concursada con Sa Nostra de Inversiones, por interés del concurso, debemos recordar lo novedoso del actual sistema concursal, especialmente en lo referente a los efectos del concurso, y particularmente sobre los contratos en que la concursada es parte.
Como punto de partida podemos destacar que resulta de suma importancia la nueva visión que del proceso concursal ha adoptado el legislador, cambiando la finalidad de liquidación del patrimonio del deudor, para con su producto satisfacer, en la medida de lo posible, los créditos de los acreedores, para pasar a estimar como aplicable el criterio de la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor como medio de solución de la situación crisis actual o inminente en que se ha podido ver inmerso el deudor, y cuando no sea posible la misma, acudir a la vía de la liquidación. De aquí que una de las medidas básicas que se han de adoptar para aquello sea el de la protección del patrimonio del deudor como instrumento inmediato al servicio del éste y mediato de los acreedores, concibiéndose como solución lógica de la situación de crisis del concursado la continuidad productiva de la actividad de éste y por ende la obtención de nuevos recursos patrimoniales con los que afrontar los créditos de la masa pasiva.
Y dentro de esa protección, confiere especial importancia el mantenimiento de las relaciones contractuales como fuente y base del mantenimiento de la actividad negocial de la concursada, como fuente de generación de recursos que permita esa subsistencia de la deudora que, a su vez, le de la oportunidad de satisfacer los créditos de sus acreedores.
Fruto de ello, como se reconoce en la propia exposición de motivos de la Ley Concursal, el apartado III de la misma, confirma que ha existido un gran cambio avanzando hacia una concreta y detallada regulación de los efectos concursales, afirmando que la realidad del concurso no debe afectar a la vigencia de las relaciones contractuales en que la sociedad concursada sea parte, a aquellas prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Y así se ha recogido en el artículo 61 LC, titulado "Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas", incluyendo en el apartado 2 la regla general de que la declaración del concurso no afectará por sí sola a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. De igual manera, se ofrece una pormenorizada regulación de los efectos que la declaración concursal comporta para aquellos contratos en que la falta de cumplimiento afecte solo a uno de los contratantes, ya sea la concursada o la parte in bonis (art.61.1 LC).
Tercero: partiendo de ese planteamiento general enunciado, el legislador, consciente de la excepcionalidad que comporta la declaración de concurso, consciente del dinamismo que todo proceso concursal conlleva, en que desde el momento inicial hasta el último trámite judicial, existen variaciones y cambios en distintos sentidos, ha planteado una previsión normativa que ofrece soluciones a esa realidad cambiante, en función de los intereses dignos de tutela, tales como la preservación de la integridad patrimonial de la concursada y la par condicio creditorum, sustento y fundamento del proceso concursal. Y dentro de ese marco es donde se encuadra la novedosa figura de la resolución de los contratos por interés del concurso, como medio pensado para liberar determinados activos, sujetos a unas relaciones contractuales, que desde el punto de vista de los intereses colectivos, podrían suponer un "freno" al buen fin del proceso judicial, que no es otra que la satisfacción de los créditos de los acreedores.
Estamos en presencia de la disposición de un bien de la masa activa del concurso, mediante la extinción de un crédito inserto en el patrimonio concursal, afecto a un contrato pendiente, en función de un interés superior al de las partes contratantes (al de la concursada y al de la parte in bonis), en concreto, al interés del concurso, terminología empleada por el legislador, que no define qué se entiende por ello, sino que debe ser integrada por un análisis conjunto de la normativa.
Pero en todo caso necesita de forma imprescindible, como requisito ineludible, el que se trate de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes a la fecha de la declaración de concurso. Solo ese tipo de relaciones contractuales son las que pueden ser sometidas a la resolución interesada en la demanda que ahora se resuelve.": SJM-1 Palma de Mallorca 17.06.2013 (Incidente 1/2012; Concurso 568/2012)

6. Compra de inmueble con cantidades entregadas a cuenta

6.1 Improcedencia de la resolución, aprobado ya convenio.

AP Valencia

"PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia dictó sentencia, en el incidente concursal promovido por Promociones NOU TEMPLE, con fecha 9 de Julio pasado, con aclaración ulterior, que desestimaba la demanda interpuesta, en que se solicitaba, en interés de concurso, la resolución del contrato de compraventa suscrito con DªPaloma y DªTomasa el 4-12-06, con modificaciones ulteriores en cuanto al precio y a las arras fijadas, cuyo objeto eran determinadas parcelas propiedad de las demandadas, invocando al efecto el 62 LC y 1504 CC y solicitando se reintegraran las cantidades satisfechas, por aquel concepto, al patrimonio de la concursada, en interés del concurso, al considerar que no se trata de arras penitenciales, y ello por haberse omitido toda actuación por parte de las vendedoras desde el pago de la cantidad - complementaria por arras-

tras la última modificación contractual, al no haber otorgado aquellas la escritura de venta correspondiente, ni requerir de resolución a la demandante; interesa, subsidiariamente, con invocación de la facultad de moderación delartículo 1154 CC, que se resolvieran los contratos celebrados, y se le devolviera el 50% de las sumas entregadas. A dicha demanda se opusieron las demandadas argumentando, en esencial, que el incumplimiento sobre la promesa de venta -que no compraventa- sólo era imputable al demandante, que no existía incumplimiento por su parte, y, además, se negaba el alegado enriquecimiento injusto, argumentando que habían visto frustradas sus expectativas, ya que en el momento de contratar existían diversas posibilidades en el mercado -que hoy no son viables- y por causa que no les es imputable en absoluto, negando la posibilidad de moderación alguna, ya que las arras tenían la consideración de penitenciales, y solicitando la desestimación de la demanda interpuesta.
La sentencia dictada por el Juzgado desestimó la demanda, argumentando, en lo esencial, que al plantearse la demanda origen del presente incidente ya se había aceptado el convenio, dictándosesentencia aprobatoria del mismo el 21-5-10, sin que se alcancen las razones que impidieron el ejercicio anterior de la acción ejercitada, que ahora se pretende en interés del concurso, cuando ya el procedimiento concursal está concluso y aquel no se da, concluyendo que puesto que no se ha consumado el contrato, nos hallamos ante arras penitenciales, cuya pérdida considera pertinente, todo ello con imposición de costas a la parte actora.
(…)
“TERCERO.- Sentado lo que precede, resta por abordar la cuestión de fondo que, de nuevo, reproduce la actora recurrente íntegramente en esta alzada. La recurrente, que ejercita acción resolutoria amparándose en la situación excepcional vinculada al concurso, viene a argumentar que la restitución pretendida (bien en su totalidad, bien en una cantidad del 50% del importe total de la suma entregada por la misma, en concepto de arras, a las demandadas, en virtud del contrato cuya resolución se pretende) ha de valorarse teniendo en cuenta el interés del concurso y una difusa argumentación relativa a la falta de actividad de las demandadas, o al enriquecimiento sin causa de las mismas.
Tal y como expresa la sentencia recurrida, cuyos argumentos compartimos, en este sentido, no puede invocarse el interés del concurso cuando, al tiempo de presentarse la demanda ya se había aprobado el convenio, y, en consecuencia, no formaban parte, tales cantidades, de aquellos activos que pudieran tomarse en consideración para valorar la viabilidad de aquel, siendo ello aún más rechazable si tenemos en cuenta que había transcurrido un considerable lapso temporal en situación de absoluta inactividad de la hoy recurrente, en tal sentido. Por ello, la referencia e invocación al interés del concurso no resulta aceptable, para valorar la resolución pretendida, y las apreciaciones que expone, al efecto, la sentencia, se han de tener por reproducidas. En cuanto a la resolución planteada con fundamento en el interés del concurso ha de ser repelida, y, lógica consecuencia de lo anterior, las acciones de reintegro de las sumas percibidas por arras, o su moderación, rechazadas en su totalidad.
La parte recurrente insiste, en esta alzada, en que nada justifica "el enriquecimiento de las demandadas". Competía a la parte actora, hoy recurrente, en cumplimiento de las previsiones contractuales -en el contrato y en los sucesivos anexos al mismo- haber designado el Notario para otorgamiento de escritura y, al tiempo, abono del resto del precio convenido, lo que, sucesivamente, fue pospuesto por aquella y, finalmente, no cumplido, sin duda por imposibilidad de hacer efectivo, en el término establecido, el precio acordado. Por ello, y a los efectos de lo aquí debatido, no puede hablarse de enriquecimiento injustificado cuando tales cantidades vienen sustentadas en unas estipulaciones contractuales que, además, prevén claramente que el incumplimiento del comprador comportará que el vendedor las haga suyas. Por razones que, igualmente, no precisan de mayor aclaración, la demora -durante varios años- de lo previsto en el contrato, sin concluir la operación pactada y sin poder disponer de los inmuebles, sí determina la existencia de unos perjuicios, habiéndose, pactado y aceptado, además, como cláusula penitencial, la pérdida de las sumas entregadas, razón por la que consideramos que la conclusión obtenida en la sentencia es correcta, procediendo, con desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia recurrida.”: SAP Valencia (Sección 9) 30.11.2010 (JUR 2011/108313; Sentencia 364/2010; Rollo 692/2010)

“CUARTO Alega a continuación la parte recurrente la procedencia de la resolución del contrato de compraventa en interés del concurso al amparo de lo dispuesto en elartículo 61.2 LC, indicando que aún de haberse aprobado ya la propuesta del Convenio en la Junta de acreedores, resulta indudable el interés del concurso en tal resolución, dada la depreciación de los solares -según tasación que se había aportado a los autos- y el hecho de que la devolución de las cantidades inyectaría liquidez a la empresa concursada para poder efectuar los pagos a los que viene obligada.
No puede ser acogida tal pretensión: como ya dijimos ensentencia de 17 de noviembre de 2010 (Pte. Sr. GONZALO CARUANA FONT DE MORA), "...la declaración del concurso no implica la modificación del contenido del contrato de compraventa, ni la ineficacia de sus cláusulas y por ende el comprador sigue con la obligación de abonar el precio en la forma pactada y el vendedor de entregar la cosa en el plazo estipulado pues ya la Exposición de Motivos de laLey 22/2003 (apartado III) dice: " la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso " y viene desarrollado en losartículos 61 y 62 del texto legal. Cuyo punto 1 establece : "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere elapartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes" y el 3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado" Por ende no es que la cláusula que fija la facultad resolutoria a favor del comprador por

incumplimiento de la obligación del vendedor sea "absolutamente inoperativa" sino que la premisa de la misma, la obligación de entrega de la cosa sigue reportando plena vigencia y virtualidad, si bien, limitada en cuanto a la resolución del contrato al deber ser declarada por el Juzgado de lo Mercantil que no necesariamente para fijar las consecuencias de tal resolución, sino para determinar si procede o no la resolución y caso afirmativo fijar las consecuencias; pues aún concurriendo los requisitos para dar por resuelto el contrato, puede no producirse tal declaración judicial cuando concurra la excepción de apreciarse un interés superior, cual es el "interés del concurso", concepto jurídico indeterminado aunque viene entendido como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado que evidente es dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso".
Como ya se ha indicado, no concurre en el supuesto de autos motivo de resolución contractual por ninguna de las causas alegadas por la parte demandante-recurrente, sin que la previsión contenida en elartículo 61.2 LC pueda llevar al extremo de hacer cargar a la entidad aquí vendedora, BELQUEBA SA, con las consecuencias económicas que derivan de la situación de concurso de la entidad PROMOCIONES NOU TEMPLE, imponiéndole la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la compra de los solares sin que concurra motivo legal alguno para ello y por la mera conveniencia de que así se haría frente a los pagos y se cancelaría el préstamo hipotecario de los que debe responder la entidad concursada.”: SAP Valencia (Sección 9) 04.04.2011 (JUR 2011/227637; Sentencia 129/2011; Rollo 113/2011)

“3.- Respecto de la resolución del contrato de compraventa en interés del concurso alegada al amparo del artículo 61.2 de la LC, tampoco podemos acoger la pretensión deducida por la recurrente, pues consta que al tiempo de la presentación de la demanda ya se había celebrado la Junta correspondiente, a la que ha seguido la aprobación del Convenio, por lo que se ha de estar a lo razonado por el magistrado "a quo" en la resolución apelada. En relación con la cuestión y en la Sentencia de esta misma sala tantas veces citada [SAP Valencia (Sección 9) 04.04.2011 (JUR 2011/227637; Sentencia 129/2011; Rollo 113/2011)], tuvimos ocasión de argumentar que el "interés del concurso" es un concepto jurídico indeterminado que viene entendido como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado, cuya apreciación depende de las circunstancias concurrentes de cada caso, siendo que en aquel caso - tan similar al que actualmente nos ocupa - no concurría dicho interés, lo que argumentamos en los siguientes términos:
"... no concurre en el supuesto de autos motivo de resolución contractual por ninguna de las causas alegadas por la parte demandante-recurrente, sin que la previsión contenida en el artículo 61.2 LC pueda llevar al extremo de hacer cargar a la entidad aquí vendedora, B SA, con las consecuencias económicas que derivan de la situación de concurso de la entidad PROMOCIONES NOU TEMPLE, imponiéndole la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la compra de los solares sin que concurra motivo legal alguno para ello y por la mera conveniencia de que así se haría frente a los pagos y se cancelaría el préstamo hipotecario de los que debe responder la entidad concursada."
La misma argumentación es de aplicación ahora, que añadimos a cuanto ya resulta de la resolución apelada. “:SAP Valencia (Sección 9) 02.06.2011 (Sentencia 228/2011; Rollo 326/2011)

6.2 Improcedencia de la resolución, no justificado el interés del concurso

AP Castellón

“PRIMERO.-Por la mercantil "Edificio El Alter, S.L.U." se presentó el 16 de abril de 2.012, demanda de incidente concursal contra Dª Benita, solicitando en el suplico se proceda a la resolución del contrato de fecha 22 de mayo de 2.007, al ser tal resolución de interés para el concurso, ratificando la calificación dada al crédito por la Administración Concursal como ordinario. Se fundamenta la pretensión de la parte actora en los siguientes hechos, expuestos en síntesis: En fecha 22 de mayo de 2.007, la mercantil demandante y la demandada suscribieron un contrato de compraventa, cuyo objeto lo constituía la vivienda nº NUM000 de la planta NUM001, una plaza de parking y un trastero, entonces todavía en fase de construcción y que se integraban en una promoción que llevaba a cabo la actora en Alcàsser. La fecha calculada para la entrega de la vivienda era el cuarto trimestre de 2.008, conforme a lo pactado en el contrato, habiendo abonado la demandada compradora a cuenta del precio la cantidad de 39.199 euros. Aunque a la fecha de la declaración del concurso, el 20 de abril de 2.011, el contrato existía, pues no había sido resuelto judicialmente, ya concurría causa resolutoria al haber vencido sobradamente el plazo de entrega previsto, sin que la obligación se hubiera cumplido, por lo que podía haber sido resuelto por el comprador antes de la declaración de concurso, como la mayoría de los afectados interesó en su momento. Sin embargo, la demandada ni ha procedido a la resolución del contrato de compraventa, ni mostrado posición alguna al respecto, suponiendo esta actitud un freno al buen fin del concurso, de ahí que se solicite su resolución, ya que encontrándose hipotecada la promoción en garantía del préstamo concedido para su construcción, mantener los contratos en vigor, frenaría cualquier iniciativa para la venta de dicho complejo, o del mayor número de unidades posible, evitando, de ese modo, la ejecución hipotecaria. Existiendo, además, una oferta concreta en ese sentido que condiciona precisamente la adquisición de la promoción a la resolución de todos los contratos vigentes.
La demandada contestó a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora, solicitando se desestime la demanda, alternativamente, para el caso de una eventual estimación de la resolución del contrato en interés del concurso, se acuerde la indemnización de los daños y perjuicios causados a la demandada y que ascienden a la cantidad de 39.199 euros y los intereses legales de la ley 57/1.968 hasta la fecha de declaración de concurso, como crédito contra la masa. Se fundamenta la oposición de la parte demandada en los siguientes hechos, expuestos en síntesis: El contrato de compraventa no fue resuelto por la demandada porque le interesaba la compra de la vivienda objeto del contrato. La vivienda ha sido construida y el edificio se

encuentra terminado, no interesando la resolución contractual a la demandada. El cumplimiento del contrato no perjudica el interés del concurso, sino que beneficia al mismo al suponer la venta de la vivienda entrada de dinero en la masa activa del concurso, pues de contrario no se ha aportado prueba alguna del beneficio de la resolución en interés del concurso, ya que se habla de una oferta que ni se concreta, ni se prueba. Para el caso de que se resolviera el contrato, la consecuencia sería la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la demandada, consistente en el pago de las cantidades entregadas a cuenta como crédito contra la masa, conforme a lo dispuesto en el artículo 61.2 de la Ley Concursal, ya que no nos encontramos en el supuesto de la resolución contractual por incumplimiento, sino en interés del concurso, por lo que los efectos son los del artículo 61.2; los perjuicios que se ocasionan a la parte "in bonis", deberán indemnizarse con cargo a la masa, así como las restituciones que procedan.

La sentencia del juzgado de lo mercantil estimó íntegramente la demanda incidental, declarando la resolución del contrato de compraventa de fecha 22 de mayo de 2.007, calificando el crédito que ostenta la demandada como ordinario, sin hacer expresa imposición de las costas, con fundamento en que debe declararse la resolución del contrato de compraventa al apreciarse un interés de los acreedores del concurso, teniendo en cuenta que concurre la conformidad del demandado, por lo que en realidad se trata de una allanamiento. En cuanto a la calificación del crédito que ostenta la demandada con respecto a la concursada, al constar en la lista de acreedores un crédito ordinario reconocido a favor de la demandada, que no ha sido impugnado, así debe calificarse.

Contra dicha sentencia interpone recurso de apelación la parte demandada solicitando su revocación y, en su lugar, se desestime la demanda y alternativamente, se proceda a indemnizar a la demandada por los daños y perjuicios que ascienden a la cantidad de 39.199 euros y los intereses legales de la Ley 57/1.968 hasta la fecha de declaración del concurso, como crédito contra la masa.

SEGUNDO.-La parte apelante discrepa de los razonamientos de la sentencia recurrida alegando que no se allanó a la demanda incidental para resolver el contrato de compraventa. Argumenta la parte recurrente que no produce ningún perjuicio al concurso el mantenimiento del contrato de compraventa, ya que la oferta de compra por parte del "BBVA" y "Anida Operaciones Singulares", aprobada por Auto de fecha 22 de febrero de 2.013, no incluye los inmuebles de los que la demandada es compradora. La entidad financiera no ha exigido que la totalidad de los inmuebles que forman parte del edificio estuvieran libre de cargas.

El artículo 61.2 de la Ley Concursal concede una facultad resolutoria, al margen del régimen general que establece el artículo 1.124 del Código Civil, basado en el incumplimiento en atención a un interés que considera superior al individual de la contraparte, una facultad o derecho potestativo de carácter extintivo, que otorga el poder de extinguir una relación jurídica preexistente, sin necesidad de incumplimiento por la otra parte, en atención al parámetro de la "conveniencia al interés del concurso ", sin concretas salvedades o excepciones, facilitando la interpretación de que el criterio legal que habilita la resolución, el "interés del concurso ", prevalece en todo caso, sin importar la posición o prerrogativas legales reconocidas a la contraparte.

El interés del concurso presupone un conflicto entre el interés particular de los contratantes (el concursado y el tercero contratante, en una concreta relación) y un interés superior, representado por una colectividad (los acreedores que concurren, sometidos en régimen de universalidad, al procedimiento concursal), y en esa situación la Ley Concursal otorga prevalencia a este último por considerarlo un interés de superior rango que, en esa colisión, debe prevalecer y justifica el sacrificio individual de la contraparte.

El interés del concurso, como se indica en la sentencia recurrida, es un concepto jurídico indeterminado, pues la Ley Concursal no lo define. La doctrina científica y la jurisprudencia (Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 16 de octubre de 2.013), vienen entendiendo por "interés del concurso ", en términos generales y en última instancia, la búsqueda del mayor grado de satisfacción general de los acreedores, es decir, cuando con la resolución del contrato se logre un mayor grado de satisfacción de los acreedores que con su mantenimiento; la mayor satisfacción de los acreedores se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores.

En el presente caso se pretende justificar por la entidad demandante ese interés del concurso en que el edificio se encuentra hipotecado en garantía del préstamo concedido por el Banco Bilbao Vizcaya, S.A., por lo que mantener los contratos en vigor frenaría cualquier iniciativa para la venta de dicho complejo, o del mayor número de unidades posible, evitando de ese modo la ejecución hipotecaria. Además, existe una oferta concreta en ese sentido que condiciona precisamente la adquisición de la promoción a la resolución de todos los contratos vigentes.

La parte demandada discrepa del argumento de la parte actora, ya que no es cierto que se hubiera allanado a la demanda, como erróneamente se indica en la sentencia apelada. Se argumenta por la parte demandada que el cumplimiento del contrato no perjudica el interés del concurso, sino que beneficia al mismo al suponer la venta de la vivienda a la demandante una entrada de dinero en la masa activa del concurso, no habiendo acreditado la actora que la resolución del contrato beneficie al concurso, ya que se habla de una oferta que ni se concreta ni se prueba.

Para la resolución de la cuestión controvertida deben tenerse en cuenta los siguientes hechos que han quedado acreditados: El 22 de mayo de 2.007, la mercantil "Edificio El Alter, S.L." y la demandada Dª Benita, celebraron un contrato de compraventa de cosa futura que plasmaron en un documento privado, en virtud del cual la entidad promotora vendía a la demandada una vivienda, con parking y trastero, en el edificio que la entidad actora estaba construyendo en un solar sito en la localidad de Alcàsser. El precio de la compraventa ascendía a la suma de 238.000 euros, más IVA, habiendo satisfecho, de conformidad con lo pactado, la parte compradora hasta la fecha la suma de 39.199 euros. La vivienda debería ser entregada en el cuarto trimestre del año 2.008. Transcurrido dicha fecha, la promotora vendedora no estaba en disposición de hacer entrega de la vivienda, siendo declarada en concurso de acreedores el 20 de abril de 2.011, encontrándose intervenidas

por la Administración Concursal las facultades de administración y disposición patrimonial. En la actualidad las obras del edificio donde se halla la vivienda están finalizadas.
Teniendo en cuenta los anteriores hechos, debe entenderse que la resolución del contrato sería de interés para el concurso si se procediera a vender dicho inmueble a un tercero por un precio mayor al pactado con la demandada. Del acuerdo al que se llegó con la entidad del BBVA y la mercantil ANIDA para la adquisición de las viviendas del edificio, consta que el precio ofrecido es muy inferior al pactado en la escritura de compraventa con la demandada, como así se aprecia con el listado de precios ofertado (folio 103 de los autos), siendo notorio que los precios de las viviendas han sufrido un descenso importante como consecuencia de la crisis que afecta al sector inmobiliario. En consecuencia, no puede afirmarse que la resolución del contrato sea beneficiosa para el concurso, ya que el mantenimiento del contrato no sólo no perjudicaría a los acreedores sino que sería más beneficioso para la masa activa del concurso, al ingresar mayor cantidad por la venta a la demandada de la vivienda litigiosa, al ser el precio pactado con la misma en el contrato superior al que se le ha ofrecido por otras viviendas del mismo edificio de similares características, teniendo en cuenta que la compradora demandada ha entregado a cuenta del precio 39.199 euros y que la cantidad pendiente de pago es superior incluso a la ofertada por un tercero a la mercantil actora.
No ha quedado acreditado, como sostiene la actora, que la oferta de adquisición de las viviendas por parte de un tercero esté supeditada a la adquisición de todas las viviendas del edificio, pues de hecho ya se ha procedido a la venta de parte de ellas, excluida la de la demandada, lo que ha sido autorizado por el Auto dictado por el juzgado de lo mercantil de fecha 22 de febrero de 2.013.
Las anteriores consideraciones conducen al acogimiento del recurso de apelación y, con revocación de la sentencia recurrida, a la desestimación de la demanda incidental formulada por la mercantil concursada, absolviendo a la demandada de los pedimentos instados en su contra en el suplico de la demanda, e imponiendo a la actora las costas de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”: SAP Castellón (Sección 3) 17.02.2014 (Sentencia 56/2014; Rollo 584/2013)

6.3 Procedencia de la resolución. Obtención de liquidez para la liquidación

AP Valladolid

“Por contra, apenas motiva el único motivo que la demandante alegaba en dicho escrito rector con el fin de justificar la resolución de los contratos suscritos entre las partes, que no era otro que el previsto en el segundo párrafo del articulo 61.2 de la Ley Consursal, en el que literalmente se dice, no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato "si lo estimaran conveniente en interés del concurso" lo cual será decido por el juez estableciendo en su caso las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.
Quiere con ello decirse que la legislación concursal, ha querido añadir una previsión especifica a las disposiciones o reglas generales sobre la resolución contractual contenidas en los artículos 1124 y ss del Código Civil, basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes, de modo que para el éxito de esta iniciativa resolutoria, no resulta determinante el que se haya producido o no un incumplimiento del contrato por parte de la concursada, ni tampoco la aquiescencia o el consentimiento del contratante cumplidor o " in bonis", pues, el único presupuesto necesario para utilización de este instrumento lo constituye la satisfacción del interés del concurso, siendo este un concepto jurídico indeterminado que aunque no viene concretado por la norma, es mencionado en el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y en algunos de sus preceptos (artículos 43, 61.2, 63.2, 92.7 54.2, 165.2) de todo lo cual puede deducirse que consiste en "la mayor satisfacción de los acreedores del concurso," es decir, el interés del concurso se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores.
Pues bien, partiendo de esta consideración y teniendo en cuenta que en el supuesto de litis, el contrato principal que la Administración Concursal de la mercantil Contenido Patrimonial SL pretende resolver, consiste en una compraventa firmada con los demandados el 18 de septiembre de 2007, en el que dicha mercantil pactó la adquisición de una finca, parcela de terreno, por el precio de 1.863.137,50 Euros +IVA, habiendo pagado a la fecha de la declaración de concurso la suma de 960.000 euros y quedando pendiente de abonar 903.137,50, que debe serlo al otorgamiento de la escritura pública con entrega entonces de la posesión de la citada finca, este Tribunal de Apelación en contra de lo concluye la sentencia apelada, considera procedente la resolución de dicho contrato en interés del concurso, tal y como alega la Administración concursal.
No se trata, de que el interés del concurso deba prevalecer a toda costas, ni que la situación generada por la pervivencia actual del contrato sea la misma que la que hubiera existido en caso de su cumplimiento antes del concurso-cual erróneamente argumenta la sentencia apelada, sino de valorar si, atendida la naturaleza e importancia económica del contrato así como de las obligaciones reciprocas aun vigentes y pendientes de cumplimiento, tanto por la compradora como por la vendedora, dicha resolución conviene o no al interés del concurso. Cuestión a la que sin duda se ha de responder afirmativamente por las siguientes consideraciones; la primera, de carácter general, porque el concurso se encuentra en fase de liquidación y por tanto de lo que se trata, artículo 148.1 LC, es de presentar un plan para la realización de bienes y derechos integrados en la masa activa y no de adquirir nuevos activos; la segunda porque tal adquisición, a mas de que comportaría que los vendedores quedaran sometidos para el cobro del precio aun pendiente de pago a la legislación concursal, supone un considerable desembolso para la concursada que siquiera cuenta con medios necesarios para poder hacerlo frente, e incluso para poder soportar los gastos y e impuestos que implica el mantenimiento de la finca para su venta cuando en el futuro pueda recuperarse el mercando inmobiliario: tercero, porque una venta inmediata de la finca adquirida, en plena época de crisis, sería totalmente antieconómica; y cuarto, porque a

través de dicha resolución y la reciproca devolución de prestaciones que ello comporta, puede obtener la concursada ingresos adiciones que sin duda redundará en lograr la mayor atención o pago a los acreedores concursales.
Como antes dijimos el legislador, ha querido con esta especial facultad resolutoria, conceder prioridad al interés del concurso sobre las también legitimas aspiraciones de certidumbre de los contratantes aunque lo fueran "in bonis", por lo que ninguna virtualidad cabe atribuir a las alegaciones dirigidas a denunciar la existencia de una falta de equidad y abuso de derecho por parte de la Administración Concursal, que no hace sino ejercitar legítimamente un derecho establecido y reconocido por la Ley Concursal. ": SAP Valladolid (Sección 3) 05.03.2012 (Sentencia 89/2012; Rollo 450/2011)

"El juzgador de instancia, interpreta y aplica con buen criterio lo estatuido en el artículo 61.2 de la Ley Concursal, que literalmente dice que no obstante los dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión o el concursado, en caso de intervención, " podrán solicitar la resolución del contrato " si lo estimaran conveniente en interés del concurso " lo cual será decido por el juez estableciendo en su caso " las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa".
Quiere con ello decirse que la legislación concursal, si bien proclama la vigencia y permanencia de los contratos con obligaciones recíprocas, pendientes de cumplimiento o parcialmente cumplidos por las partes, ha querido añadir una previsión especifica a las disposiciones o reglas generales sobre la resolución contractual contenidas en los artículos 1124 y ss del Código Civil, basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes, de modo que para el éxito de esta iniciativa resolutoria, no resulta determinante el que se haya producido o no un incumplimiento del contrato por parte de la concursada, ni tampoco la aquiescencia o el consentimiento del contratante cumplidor o " in bonis", pues como antes se dijo, el presupuesto necesario para utilización de este instrumento lo constituye únicamente la satisfacción del interés del concurso, siendo este un concepto jurídico indeterminado que aunque no viene concretado por la norma,es mencionado en el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y en algunos de sus preceptos (artículos 43, 61.2, 63.2, 92.7 54.2, 165.2) pudiéndose deducir de todo ello que dicho interés consiste en " la mayor satisfacción de los acreedores del concurso," es decir el interés del concurso se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores.
Pues bien en el caso presente, teniendo en cuenta que los contratos que la concursada de acuerdo con su Administración, pretende resolver, tuvieron por objeto la compraventas de unas fincas por las que aquella ya ha abonado a la vendedora - Urbaniza- un precio total superior al que esta última había abonado a sus transmitentes; que dicha resolución originará un beneficio para la masa por devolución de IVA en cuantía de 120.000 Euros; que no resulta probable realizar sobre los bienes adquiridos ninguna actuación empresarial ni a corto ni medio plazo,dada la grave crisis del sector urbanístico e inmobiliario y la insuficiencia patrimonial de la compañía de manera que de mantenerse la vigencia de tales contratos, la harían prácticamente inviable la misma abocándola a su liquidación; este Tribunal de apelación, conjugando todo ello, considera procedente la resolución de dichos contratos, en interés del concurso, tal y como acertadamente declara la sentencia apelada.
No se trata, de que el interés del concurso deba prevalecer a toda costas, ni que la situación generada por la pervivencia actual de los contratos sea la misma que la que hubiera existido en caso de su cumplimiento antes del concurso, sino de valorar si, atendida la naturaleza e importancia económica de tales contratos así como de las obligaciones reciprocas aun vigentes y pendientes de cumplimiento, tanto por la compradora como por la vendedora, (sin entrar en culpabilidades,) dicha resolución conviene o no al interés del concurso. Cuestión a la que sin duda se ha de responder afirmativamente por las razones antes referidas. Ha querido la legislación concursal conceder prioridad al interés del concurso sobre las también legitimas aspiraciones de certidumbre de los contratantes "in bonis", por lo que ninguna virtualidad cabe atribuir a las alegaciones que la recurrente hace respecto a los incumplimiento de la concursada, a la falta de equidad o al abuso o extemporaneidad del derecho ejercitado, pues no se trata sino del ejercicio legítimo de un derecho establecido por la ley que en tales casos, opta por conceder prioridad al interés del concurso sobre las también legitimas aspiraciones de certidumbre de los contratantes de buena fe.
Insiste la recurrente, con el fin de justificar la inaplicación de lo estatuido en el artículo 61.2 LC, que no existía obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento entre las partes, aseveración que sin embargo no resulta cierta y exacta, puesto que, según se desprende de la prueba practicada y particularmente de contenido de las escrituras aportadas junto con la solicitud del resolución instada por la concursada, ha quedado evidenciado que al momento de declararse el concurso, que es al que ha de estarse, la mercantil recurrente no tenía la posesión de las fincas objeto de los contratos resueltos, por lo que difícilmente podía hacer entrega de las mismas a la concursada compradora. Así y por lo que se refiere a la finca Valdeperal (escritura pública 20 de junio de 2006) cabe destacar la existencia de una reserva de dominio que condicionaba la transmisión de la propiedad, hasta tanto la compradora no cumpliera totalmente con la obligación de pago pactado así como la de un pacto de resolución automática de la compraventa, para el supuesto de que no fuera aprobado el Plan Parcial, e incluso otras obligaciones especificas pendientes de cumplir (entrega de cuatro viviendas terminadas de tipología unifamiliar adosadas...sitas en dentro del Plan parcial al que se adscribe la finca), incumplimientos estos que aunque referidos a un tercero transmitente, inciden y afectan directamente sobre el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Urbaniza frente a la sociedad concursada, de modo que si no se cumplen las primeras difícilmente pueden cumplirse las segundas, y especialmente, la transmisión del dominio y la posesión de la finca que constituye el objeto del contrato.
Y algo parecido hemos de decir respecto a la finca Pago Valtenesillo (Escritura de 13 de febrero de 2007), pues sus transmitentes se reservaron expresamente el dominio y la entrega y transmisión de la finca vendida, hasta tanto la compradora - Urbaniza- hubiera cumplido totalmente con la obligación de pago pactada, y esta

misma reserva vino a ser pactada en el contrato suscrito entre la concursada y Urbaniza de manera que al momento de declararse el concurso- la recurrente no había recibido ni el dominio ni la posesión de dicha finca y consecuentemente tampoco lo podría trasmitir a la concursada, siendo a estos efectos jurídicamente intrascendente por su extemporaneidad, el hecho de que un mes antes de contestar a la presente solicitud de resolución contractual, se hubiera novado dicha compraventa,reconociendo lo vendedores haber recibido el precio correspondiente y cancelándose la reserva de dominio.
Y prácticamente lo mismo hemos de decir respecto de la fincas de Corcos (Baldesa), (escritura publica de 20 de junio de 2007) pues, tanto en el contrato celebrado entre Urbaniza y los transmitentes de la finca como en el concertado entre Urbaniza y la concursada, se convino que la compraventa quedaba supeditada a la condición suspensiva del pago íntegro del precio de tal manera que se entenderá que no quedaba perfeccionada y la parte vendedora " no trasmitirá el dominio ni la posesión de la mitad indivisa de esta estas dos fincas... hasta que esta haya cumplido totalmente con las obligaciones de pago aplazadas pactadas..".Quiere con ello decirse que si al momento de declararse el concurso, Urbaniza no había recibido el dominio ni la posesión de tales fincas, obviamente tampoco lo había hecho la concursada. Reconoce la propia recurrente que en relación con esta compraventa quedan pagos pendientes a los vendedores que han sido refinanciados, culpabilizando de todo ello así como de su eventual ruina a la concursada, reproche escasamente justificado máxime teniendo en cuenta el importe recibido por esta por la compra de las tres fincas, que sobradamente cubre el coste originario de las mismas como luego se dirá.
En suma y como bien concluye la sentencia apelada existían en los contratos resueltos, obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento y por consiguiente resulta de plena aplicación las previsión contenida en el artículo 61.2. de la Ley Concursal. “:SAP Valladolid (Sección 3) 20.11.2012 (Sentencia 350/2012; Rollo 619/2011)

AP Burgos

“TERCERO.- La cuestión, entonces, es si concurre el interés del concurso en la resolución contractual.
Para la sentencia de instancia concurre tal interés, por la imposibilidad de pago por la Concursada para hacer frente al pago de las cantidades pendientes de abono, con incremento de la masa pasiva -y, según el Juez de Instancia, los vendedores conservan la propiedad de los bienes, retienen las cantidades abonadas y sin dar lugar a indemnización alguna-.
En términos generales, el interés del concurso existirá cuando la satisfacción que obtenga la masa del concurso, la de los acreedores concursales, sea mayor que el que obtendrían de mantener el contrato en vigor en los términos estipulados. Para ello, habrá que ponderar, enunciativamente, las cuantías del crédito y de la deuda, el beneficio para la liquidación concursal del objeto contractual, y las restituciones que procedan.
El Juez de Instancia no se pronuncia sobre estas últimas, al menos, expresamente, en las partes dispositivas de las resoluciones recurridas.
El art. 61-2 LC establece que el Juez decidirá sobre las restituciones que procedan, además del efecto liberatorio sobre las obligaciones contractuales que implica la resolución.
En la fundamentación jurídica parece declarar que los vendedores recuperan o retienen la propiedad de los bienes vendidos, y, además, retienen en su poder las cantidades a cuenta abonadas -se entiende que, hace suyas, definitivamente, esas cantidades- pero no expresa razón jurídica alguna para fundar al consecuencia económica y jurídica.
En principio, las restituciones procedentes implican volver a la situación preexistente al contrato: devolución de las cosas y del precio abonado -ex art. 61-2 LC, y analógicamente, arts. 1.124 y 1.303 C.Civil -.
Siendo las obligaciones contraídas reciprocas, igual debe ser la restitución (la propia parte demandada lo reconoce en esta hipótesis, folios 228 y 229).
Ni en el contrato ni en sus anexos se estipula una penalización en este sentido. No hay previsión contractual, ni es posible fundarla en los arts. 1152 y 1153 C.Civil máxime, cuando la propia sentencia de instancia determina que no ha lugar a indemnizar cantidad alguna a los demandados.
No se comprende que se aprecie interés del concurso en la resolución y se pierda el dominio de los bienes adquiridos, no se recupera el dinero abonado, y únicamente se deja de pagar el resto del precio (y no consta que, actualmente, valgan menos que lo que queda de pagar).
Por el contrario, no procede el pago de los intereses, pues las cantidades entregadas lo fueron debidamente, y la restitución se reconoce y declara ahora, en interés del concurso, conforme, se reitera, al art. 61-2 LC.
CUARTO.-Procede subrayar que la resolución del contrato se produce en interés del concurso, en base al art. 61-2 LC, que es la pretensión ejercitada, y no en base al art. 1.124 C.Civil, por incumplimiento de una de las partes.
Ha devenido una frustración objetiva del fin del contrato, por imposibilidad de la Concursada de pagar el precio que resta por abonar, encontrándose al parecer en fase de liquidación -no por una voluntad deliberada de incumplir (se han pagado 2.272.262,52 euros sobre un total de 4.352.527 euros, restando 2.070.000 euros, algo menos de la mitad)-.
Y falta la entrega de los locales y otorgamiento de la escritura pública.
En cuanto al devengo de los intereses de la cantidad pendiente de pago, a partir del 31 diciembre de 2012, fecha en la que la actora ya había sido declarada en concurso, no procede, conforme a lo dispuesto en el art. 59 LC, que suspende el devengo de intereses legales o convencionales, con las salvedades que establece, que no es el caso.
A efectos dialécticos, la condena al cumplimiento equivale a percibir el precio que resta por abonar, como acreedores ordinarios de la Concursada, en fase de liquidación, pero sin recobrar los bienes vendidos; y la indemnización que, eventualmente, puede ser objeto de este incidente concursal es la del art. 61-2 LC, en la que se funda la causa de pedir.

La sentencia de instancia no la considera, al no haber cumplido íntegramente con sus obligaciones contractuales -y sobre la eventualidad de una cláusula penal ya se ha argumentado-. Además, ha disfrutado de los locales comerciales y de la parte del precio abonado, sin que tenga que devolverlo con intereses.
QUINTO.-La estimación de la demanda incidental es parcial, pues no se estima el devengo de intereses de las cantidades abonadas a cuenta del precio, desde la fecha de su respectivo pago, por lo que no procede la imposición de las costas procesales de instancia a la parte demandada -ex arts. 196-2 LC y 394-2 LEC -, como tampoco los de esta alzada, al estimarse, en cuanto se estiman, los recursos de apelación interpuestos por vía principal y de impugnación.": SAP Burgos (Sección 3) 07.10.2014 (Sentencia 228/2014; Rollo 205/2014)

JM-3 Pontevedra

"PRIMERO - Como es sabido, en el caso de contrato con obligaciones recíprocas vigentes al tiempo de la declaración de concurso, la declaración de concurso por sí sola no les afecta-artículo 61.2 LC -. Es el caso de la presente compraventa, donde a pesar de tratarse de un contrato de tracto único, quedaron pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración de concurso obligaciones para ambas partes: los vendedores debían transmitir la titularidad de la vivienda por medio del otorgamiento de escritura pública; el comprador, por su parte, debía pagar el resto del precio, toda vez que realizó anticipos a cuenta de los terrenos. Los vendedores siguen siendo, a todos los efectos, propietarios de los terrenos; Pirsa Viguesa sólo tiene un contrato de compraventa perfecto, pero puramente obligacional, y desde luego no ostenta la titularidad dominical de dichos terrenos; aunque ello pueda parecer contradictorio con contemplarlos en el inventario de su masa activa, debe tenerse presente que elartículo 76 establece una noción amplia referida a "bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor", y no cabe duda que la expectativa de titularidad de los mismos tiene valor económico.
En principio, la eficacia de las obligaciones del mismo no se ve afectada, y la norma concursal da por hecho que hay masa suficiente para atender dichas obligaciones; ahora bien, "en interés del concurso", el concursado- en el caso de intervención-, el concursado puede solicitar la resolución.
SEGUNDO - El concepto jurídico indeterminado de interés del concurso, disperso por la norma concursal, ha de ser integrado en cada caso en función de los principios básicos de dicha normativa; en todo caso, el interés del concurso se vincula con la preservación de la masa activa y a su conservación para su maximización-artículo 43 LC -, pues la adecuada conservación de ésta supondrá un aumento exponencial de las posibilidades de cobro de todos los acreedores; por ello, justificado el interés del concurso, es altamente improbable que prospere una oposición que no se ciña, en exclusiva, a los efectos de dicha resolución, más que a la resolución misma, como pretenden los vendedores en nuestro caso.
Debe decirse que tales argumentos no pueden prosperar. En un concurso en liquidación, como es el caso, ha de asumirse que la continuidad de la actividad empresarial del deudor- que en este caso se contrae a la promoción y venta de viviendas, tras participar en el desarrollo urbanístico del suelo- ha finalizado o va a finalizar; la liquidación concursal supone la realización de una serie de operaciones de realización, en globo o aisladamente, de la masa activa para la mayor satisfacción de los acreedores.
Desde este punto de vista general, el concursado encuentra un primer acomodo para justificar el interés del concurso: en estos momentos del concurso, se trata de realizar los activos existentes, y no, desde luego, proceder a adquirir nuevos activos, por lo que la actuación liquidatoria ha de pasar por resolver todos aquellos contratos que sigan en vigor sin que haya de darse cumplimiento a los mismos.
Desde el punto de vista particular, es obvio que la decisión resolutoria es de sumo interés para el concurso, pues obtendrá unas cantidades ya líquidas para la satisfacción de los acreedores según la regla del dividendo, a cambio de desligarse de una obligación para cuyo cumplimiento carecen de medios y que, en plena crisis inmobiliaria, sería absolutamente antieconómica; normalmente ese interés de la masa supondrá un perjuicio para los intereses particulares de los acreedores del concurso, pero es evidente que muy al contrario de lo sostenido por los demandados, no existe ni fraude de ley ni abuso de derecho, siempre y cuando se acepte que el ejercicio de un derecho no suponga equiparación automática a su ejercicio abusivo, y que seguir la norma no suponga hacer uso fraudulento de ella.
En todo caso, debe precisarse que los vendedores de las viviendas no resultan perjudicados en absoluto; sencillamente, su situación patrimonial será idéntica- o mejor, como ahora se verá- a la que tenían antes de la venta de los terrenos; no haber obtenido un beneficio con la operación no puede equipararse de forma automática con haber sufrido un perjuicio por la ausencia de buen fin de la misma.
TERCERO - Sentado lo anterior, sólo resta examinar las cantidades que a la masa hayan de satisfacer los vendedores como efecto propio de la resolución en interés del concurso, toda vez que el concursado no ha de realizar ninguna restitución pues ninguna de las fincas es de su titularidad.
El dinero entregado a cuenta de los terrenos por Pirsa Viguesa es, incontrovertidamente, 116957.03 euros; esto se acepta en la contestación a la demanda y queda acreditado documentalmente- documentos 1, 2 y 3 de la demanda, donde se especifica que el primer pago fue de 84141,75 euros con fecha 6-10-05 y 32815,28 euros a fecha 1-10-08- que deben ser devueltos por los compradores; a esa cantidad se podría haber sumado, sin lugar a dudas, los 40000 euros en que las partes valoraron en su día la demolición ordenada por el Ayuntamiento del inmueble deDIRECCION000 NUM000, pues es evidente que hoy los vendedores cuentan con su finca expedita de dicho edificio, y de otra manera el valor del inmueble se vería resentido por pesar sobre él una carga- obligación de hacer- por dicho valor.
Al no reclamar su valor, se pretende compensar con dicha suma a los compradores por los eventuales perjuicios producidos- ya se ha dicho antes que no puede equipararse la restitución alstatu quo ante con la ausencia de beneficio-, razonamiento que nos parece irreprochable. La demanda, por tanto, ha de ser estimada en su integridad. Dado que no consta en qué proporción recibieron los vendedores la parte del precio que han de reintegrar a la masa del concurso, la obligación de restitución forzosamente ha de ser solidaria entreg todos ellos.

CUARTO - Son de aplicación a la cantidad objeto de condena los intereses legales de losartículos 1100, 1101 y 1108 del código civil (LEG 1889, 27), así como los intereses de mora procesal delartículo 576 Lec (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.": SJM-3 Pontevedra 04.03.2011 (Incidente Concursal 68/2011)

6.3.1 Restituciones e indemización

AP Valladolid

"TERCERO. Debe pues este tribunal establecer los efectos de dicha resolución o como señala el precepto inicialmente mencionado, "las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa".
Pide la mercantil concursada y su Administración que los demandados sean obligados a devolver la suma recibida como parte del precio, 960.000 Euros, mas intereses legales desde al fecha en que les fue entregada y sin haber lugar a fijar en su favor indemnización ya que siempre han dispuesto y utilizado la finca de litis en su exclusivo beneficio y tampoco han acreditado los perjuicios que en su caso les ocasionaría la resolución.
No comparte la Sala esta pretensión de la Administración recurrente, pues, por lo que ser refiere a los intereses a satisfacer por la suma correspondiente a la parte del precio ya recibido es decir 960.000 Euros, debe tenerse en cuenta que, el deber de devolver esta suma principal, únicamente surge como consecuencia de la resolución contractual, que es estimada y declarada por esta Sentencia dictada en grado de apelación, es decir, con efectos a partir de esta resolución, "ex nunc " y no antes, o desde que fuera entregara dicha suma, cual infundadamente solicitan trayendo a colación supuestos de nulidad o resolución distintos del presente.
Y por lo que se refiere a fijar o no una indemnización en favor de los vendedores, la procedencia de la misma resulta innegable, pues, de una parte, ha quedado sobradamente acreditado, que con anterioridad a la declaración del concurso, ha sido la concursada, y no los vendedores, quien incurrió en un incumplimiento del contrato de compraventa por no haber abonado el resto de precio en plazo y momento que debió hacerlo que era al otorgamiento de la escritura pública de compraventa que a su vez era cuando los vendedores debían hacer entrega de la finca objeto de la misma. Aprecia correctamente la Juzgadora de Instancia en su sentencia tal incumplimiento de la compradora y además fue reconocido y declarado por sentencia, no recurrida en estos pronunciamientos, dictada por el Juzgado de Primera Instancia 1 de Valladolid (Juicio Ordinario 531/08, Sentencia de 29 de enero de 2010). Y por otra parte, también los perjuicios que para los vendedores acarrea la resolución de una compraventa de la importancia económico de la que habían celebrado con la concursada, son más que evidentes, entre otras cosas por la evolución a la baja que desde entonces ha venido experimentado el mercado inmobiliario.
Ahora bien, a la hora de cuantificar estos perjuicios, los vendedores, invocan la aplicación de dos parámetros o criterios; uno, referido al porcentaje, 20-30% que se estima de depreciación en el mercado del valor de la parcela de litis, criterio este que la Sala no considera, procedente ni debidamente acreditado ni justificado, siendo esta una carga procesal que les incumbía ex artículo 217.1. LEC y un segundo criterio, que esta Sala estima debe ser aplicado por ser mas justo y equitativo, pues no en vano se trata de una consecuencia que expresamente había sido prevista y pactada en el propio contrato de compraventa objeto de resolución (cláusula sexta), para el supuesto que acaeciera un incumplimiento del contrato por parte de los compradores, pero que por una elemental razón de reciprocidad e igualdad, también ha de aplicarse, al supuesto, de que se produjeran un incumplimiento como ha sido el caso atribuible a los compradores. Mediante dicha cláusula de penalización, ambas partes contratantes libremente establecieron, sin necesidad de otras pruebas, los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato, comportaba para la parte cumplidora del mismo, fijando estos, según es de ver, en la pérdida del 10% del precio fijado pactado para la compraventa, que era de 1.863.137,50 Euros, lo que finalmente, se traduce en una indemnización favorable a los vendedores, ascendente a la suma de 186.137,5 Euros, que por lo tanto, deberá minorar o descontarse de la estos deben devolver. No consideramos sin embargo justificado incluir como daños y perjuicios indemnizables por este concepto, los gastos y costas judiciales derivados de presente y del anterior procedimiento judicial seguido entre las partes, por lo que deberán seguir la suerte del pronunciamiento judicial obtenido a tal efecto en cada uno de tales juicios, y en su caso, de su reconocimiento y realización dentro del concurso. ": SAP Valladolid (Sección 3) 05.03.2012 (Sentencia 897/2012; Rollo 450/2011)

"Y finalmente y por lo que se refiere a la indemnización concedida a la recurrente, Urbaniza Agentes Urbanizadores SL, por el perjuicio derivado de esta resolución contractual, consideramos justa y razonable la fijada por la sentencia apelada, ya que la recurrente, además de recuperar la posesión de las tres fincas vendidas a la concursada (100% la Finca Pago de Valdeperal, 50% finca al pago Valtenesillo y 50% finca la Baldesa) hace suyo el importe total del precio que esta ya le había abonado hasta la fecha y que asciende a una suma, 1.192.534,98 Euros que es superior a la que aquella había abonado los compradores por las fincas referidas, 1.096.936,21 Euros. El incremento indemnizatorio postulado por la recurrente resulta a todas luces injustificado y desproporcionado por cuanto de hecho supondría obtener una suma superior al precio total de venta originario de los inmuebles, lo que va contra toda lógica, como bien hace ver la administración concursal.": SAP Valladolid (Sección 3) 20.11.2012 (Sentencia 350/2012; Rollo 619/2011)

7. Póliza de cobertura con fiadores. Improcedencia

AP Lugo

"PRIMERO.- Antecedentes y debate en la alzada.

La actora-concursada interpuso demanda, en lo que a este recurso ahora interesa, a fin lograr la resolución de dos pólizas de crédito con garantía personal en cobertura de riesgos suscritas con el Banco Popular (acreedor-demandado), la nº 157/0015930 y la 157/0008021.
Basó la pretensión en el art. 61.2 de la Ley Concursal (LC), esto es, en interés del concurso, afirmando que podían ser utilizadas como vías para eludir las consecuencias novatorias del convenio aprobado, pese a "su insinuación en el momento oportuno por parte de la entidad financiera" y constar en el informe definitivo de la administración concursal -véase el hecho tercero y cuarto-. A su juicio, su desuso y falta de utilidad harían, además, innecesario e improcedente su mantenimiento ya que "pueden aparecer como un instrumento alternativo de sobre-garantía, ilegal, con amparo contractual, óptimo para prácticas de defraudación de las exigencias del cumplimiento del convenio".
Se opuso la entidad financiera afirmando que es cierto que en el informe de la administración concursal se reconoce un crédito ordinario a la misma por importe de 200.481,80 euros, correspondientes al préstamo 18403 y a la póliza 12822; 3.713,42 euros como crédito subordinado; la hipoteca de máximo y las pólizas objeto del incidente y que se ha producido la contingencia en cuanto a la póliza 157/0015930 al haberse traspasado a la misma parte del total del saldo comunicado y reconocido como crédito ordinario con el fin de iniciar la reclamación a los avalistas sin que ello comporte perjuicio a la concursada, al convenio o al resto de acreedores.
Frente a la decisión judicial desestimatoria de la citada pretensión actora se alza en apelación la concursada siendo su "alegación o fundamento esencial" que: "al no constar reconocidas las garantías en el procedimiento, ni constar en el plan de viabilidad ni en el convenio aprobado, los créditos de reembolso de los fiadores al no poder ser reconocidos como concursales, se subrogarán y pretenderán un efecto extraconcursal de pago total y sin plazo, sin que puedan buscarse la calificación menos gravosa para el concurso (art. 87.6)."
Sostiene, además, el recurrente que no cabe el allanamiento parcial cuando el objeto es único, esto es, el que se produjo respecto a las pólizas en cobertura de riesgos sin afianzamiento personal al margen de las dos respecto a las que se recurre, ahora en la alzada. Y, finalmente, que la póliza (nº 12822) y el préstamo (nº 18403) que recogen la deuda de 200.481,80 euros más intereses han novado extintivamente a las pólizas cuya resolución se pretende.
SEGUNDO.- Cuestión de fondo.
No comparte la Sala el principal argumento del apelante, y ello, por lo que a continuación se expone.
Las pólizas cuya resolución se pretende, recogidas en el informe de la administración concursal, a la fecha del concurso sin disposición como créditos contingentes, cumplen una función de cobertura ejecutiva respecto a las obligaciones que acogen en su seno, esto es, diferentes operaciones entre la entidad (Banco Popular) y el cliente (concursada) habilitando, en consecuencia, a la entidad financiera a procurarse un título de ejecución extrajudicial que le permita una reclamación más ágil de sus derechos de crédito.
En el caso, la entidad financiera ha volcado parte del crédito reconocido como ordinario por importe de 200.481,80 euros, en concreto, 100.481,80 euros en la nº 157/0015930 y según sostiene para iniciar la reclamación a los avalistas que figuran en la misma.
La propia existencia de la póliza ampara tal proceder mas lo que no sería posible es iniciar la ejecución singular contra el patrimonio del deudor por prohibirlo el art. 55.1 de la LC, de ahí el pleno sentido de un allanamiento parcial respecto a aquéllas en que no existe afianzamiento personal.
Por otra parte, aun cuando no figure el eventual crédito del avalista/s estando reconocida en el informe de la administración concursal la póliza de cobertura de riesgos, de producirse el pago por aquél al acreedor pasa a ser ope legis titular del crédito ya reconocido por lo que no necesita de no constar, el suyo, como contingente, un nuevo reconocimiento pues, no ofrece duda que el supuesto del art. 87.3 puede incluir créditos de regreso en los que pago parcial o total del fiador haya tenido lugar después de la declaración del concurso, posibilidad que no se limita temporalmente y que puede darse en cualquier fase del concurso, en forma que por su eventual pago habrá que entender extinguida la deuda para con el Banco por tal montante y sujeto el fiador a los términos del convenio en cuanto a su relación con la concursada, de donde se sigue que no concurre el interés del concurso que como presupuesto justificaría la resolución.
Finalmente, tampoco se comparte el argumento relativo a la novación. No se ha creado una nueva obligación a través de la póliza (nº 12822) y el préstamo (nº 18403) con "animus novandi" respecto a las de cobertura de riesgos sino que ha tenido lugar una operación financiera o de crédito que encuentra cobertura ejecutiva en aquellas cuya resolución se pretende. “:SAP Lugo (Sección 1) 26.09.2012 (Sentencia 510/2012; Rollo 390/2012)

8. Contrato de gestión y asesoramiento

AP Castellón

2. Sobre la procedencia de la resolución contractual
“El art. 61.2, párrafo segundo, de la Ley Concursal contempla la llamada resolución en interés del concurso, pretendida en la demanda y declarada en la sentencia recurrida. Aunque no hay un concepto legal de cuál es el interés del concurso, es criterio generalmente asumido que es el que sirva a la mejor satisfacción de los intereses de los acreedores, que parece ser la finalidad del concurso, a la vista de que en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal se dice que "(el proceso concursal) permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso " (apartado II párrafo 4º). Es, en definitiva, un concepto jurídico indeterminado, que se viene entendiendo como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado, lo que dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso. (SAP Valencia, Secc. 9, de 22 de diciembre de 2010; ROJ: SAP V 6422/2010).

En cuanto a las obligaciones susceptibles de ser resueltas en interés del concurso son las mencionadas en el apartado 2 del artículo 61 -y 62- de la Ley Concursal, es decir, las "recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte".
Ni se cuestiona, ni tiene interés relevante para la solución del pleito, que las partes mantuvieron en los años inmediatamente anteriores a la firma del contrato ahora resuelto relaciones de prestación de servicios que, en términos generales, pueden calificarse como de asesoramiento, que prestaba la recurrente, si bien personalizados en Don Hernan, que era quien mantenía las relaciones con las concursadas promotoras del incidente.
El contrato litigioso se firmó el día 1 de abril de 2010 y mediante el mismo Financial Development Consulting S.A. se comprometía a prestar servicios de asesoramiento a Azulejera La Plana S.A. y Real Cerámica SAU.
Se enunciaba en el contrato este doble objetivo: "1. Por un lado, contar con un asesoramiento y gestión en lo relativo a entidades financieras y acreedores para obtener un número de adhesiones suficientes que permita la aprobación de un convenio de acreedores susceptible de ser cumplido y que permita por tanto evitar que las compañías finalmente tengan que entrar en liquidación.- 2. Por otro lado, contar con un asesoramiento y apoyo de gestión a la dirección de la compañía durante el desarrollo del proceso que permita continuar operando con la mayor normalidad posible, diseñando y adoptando las medidas de viabilidad necesarias, así como superar la problemática específica de funcionamiento durante el desarrollo del proceso concursal, interactuando cuando sea necesario también con la administración concursal" (apartado 1). Se establecía como plazo de duración que el del "desarrollo del concurso hasta su levantamiento o hasta el auto judicial de declaración en liquidación" (apartado 3.1).
Los honorarios se componían "de una parte fija y una parte de éxito". La parte fija habría de ser de
12.500 # mensuales durante cada uno de los meses comprendidos en el plazo de duración de la propuesta y respecto de la parte del éxito se combinó que "se facturará únicamente en el caso de aprobación del convenio de acreedores con el conseguimiento auto judicial de levantamiento del concurso (sic) y será determinada aplicando el porcentaje del uno por ciento (1%) al importe el pasivo concursal"; estos honorarios de éxito serían pagaderos en el momento de la emisión del auto judicial de levantamiento del concurso. Apartado 3.3.
El contrato de prestación de servicios obra los folios 77 y siguientes del proceso incidental.
2.a) Al valorar la pertinencia de la resolución contractual en interés del concurso, regulada en el citado art. 61.2.II LC, hemos de prescindir de consideraciones acerca del grado de cumplimiento por parte de la ahora recurrente de las obligaciones que asumió, pues no se basa aquélla en el incumplimiento (art. 1124 CC), sino en el repetido interés del concurso. Por el contrario, partimos de que la prestadora del servicio ha cumplido correctamente su cometido, por lo que ya ha venido percibiendo unos honorarios fijos que, desde luego, no son despreciables.
Dicho lo anterior, no encontramos motivo de censura a la decisión judicial recurrida. Es claro que la resolución contractual, con el consiguiente cese de la obligación de pago de 12.500 euros mensuales, sirve al interés del concurso en la medida en que, al evitar la minoración de la masa, puede permitir una mejor satisfacción de los derechos de los acreedores. Por otra parte, no parece que sea perjudicial al concurso pues, como se dice en la sentencia apelada, la administración concursal cuenta con un experto en materia económica que puede desarrollar similar cometido. Finalmente, la existencia entre las demandantes y la empresa de servicios de las diferencias a que se alude en la demanda hace extremadamente difícil, por razones obvias, que sea eficaz la prestación de aquéllos en un ámbito en el que debe imperar la confianza entre las partes.
2.b) No apreciamos que las concursadas que promueven la resolución contractual obren con abuso de derecho o mala fe que, al ser refrendado por el juez de primer grado, de lugar a que en la sentencia se infrinja el art. 61.2 LC en relación con los arts. 6.4 y 7.2 CC.
Baste decir que se pide la resolución contractual, que en sede judicial se encuentra motivo suficiente para ello por mejor servir al interés del concurso y, finalmente, que no se aprecia que las concursadas pretendan eludir el pago de la partida de honorarios de éxito prevista en el contrato mediante la ruptura de la relación contractual. Por una parte, no hay prueba de que las concretas gestiones y labores llevadas a cabo por la recurrente se hayan plasmado en el contenido del convenio con los acreedores, de suerte que pueda acreditarse y afirmarse que gracias al trabajo de Financial Development Consulting SA se ha plasmado el presupuesto fáctico necesario para que se devenguen dichos honorarios. Por otra, no se olvide que ya ha venido percibiendo la empresa de servicios los honorarios fijos pactados de 12.500 euros mensuales. “:“:SAP Castellón (Sección 3) 12.11.2012 (Sentencia 533/2012; Rollo 370/2012)

8.1 Eficacia desde la fecha del burofax resolutorio

AP Castellón

“3. Sobre los efectos de la resolución contractual
Dice la recurrente que infringe el art. 61.2 LC la sentencia cuando fija el día 1 de septiembre de 2010 como fecha de efectos de la resolución contractual, que en todo caso solamente pueden producirse cuando en sede judicial se declara resuelto el contrato, esto es, el día 16 de febrero de 2011 en que se dictó la sentencia.
Varios son los motivos por los que tampoco esta alegación es asumida por el tribunal.
a) En primer lugar, porque en la contestación a la demanda, en que la parte ahora recurrente fijó su posición respecto de las peticiones contenidas en la misma, se limitó Financial Development Consulting SA a oponerse a la resolución contractual. Pero guardó total silencio en relación con la petición que, desde luego, ni era irrelevante, ni tampoco se seguía necesariamente de una eventual estimación de la pretensión resolutoria. Y no se diga que la solicitud en relación con la fecha de efectos pasaba desapercibida junto a la principal, ni tampoco que la rotunda oposición a la resolución comprende la que afecta a la fecha de eficacia de la misma, pues en el escrito inicial se fundamentaba la petición de resolución desde el 1 de septiembre de 2011 en el

hecho Quinto.
En la contestación a la demanda deben exponerse los motivos de oposición a la pretensión contraria, los procesales y los sustantivos, para así fijar la postura de la parte (art. 405 LEC). Y el silencio de la demandada sobre la fecha de efectos de la resolución pretendida en la demanda dio lugar a que esta cuestión quedara marginada del debate en la instancia, por lo que no puede ser introducida en la alzada de forma extemporánea.
b) Desde otro punto de vista, la fijación de la fecha de efectos de la resolución en el día 1 de septiembre de 2010 y no en la de la sentencia que la declara, sin ser la única opción posible, nos parece razonable y debe ser mantenida.
La razón de ello es que bien puede decirse que a partir de que la demandante comunicó a Financial Development Consulting SA la resolución contractual, lo que tuvo lugar mediante el burofax de 1 de septiembre de 2010 (folios 90 y 91), dejó la consultora de prestar los servicios previstos en el contrato. Pese a lo que dice en su recurso, no siguió destinando recursos a las labores en su día contratadas, por la simple razón de que las empresas promotoras de la resolución no lo deseaban, sin que deba entenderse que continuó la prestación de servicios porque, coherentemente con su oposición a la resolución, la recurrente dirigiera comunicaciones rechazando la misma y formulando peticiones que no fueron atendidas.
Procede, por lo dicho, la confirmación de la sentencia apelada.": SAP Castellón (Sección31) 12.11.2012 (Sentencia 533/2012; Rollo 370/2012)

9. Derivados financieros

9.1 Devengo de liquidaciones contra la masa

9.1.1 Hasta la fecha de la comparecencia, en la que hubo acuerdo en la resolución pero no en cuanto a sus efectos

AP Murcia

"ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 17 de marzo de 2011 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: FALLO: "Que estimando parcialmente la demanda promovida por a instancia de la administración concursal frente a la mercantil MEDITERRÁNEO SAVIA AGRÍCOLA S.A., concurso, y BANCO PASTOR S.A. declaro que resolución interesada por la administración concursal en la comparecencia del día 19 de mayo de 2010, y a la que el BANCO PASTOR S.A., se opuso, estaba bien hecha por lo que ha de tener efectividad desde el citado día, sin costas cancelatorio para la concursada. (...)
FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia estima parcialmente la acción incidental ejercitada por la administración concursal de la mercantil "Mediterránea Savia Agrícola" S.L., contra la propia concursada y la entidad Banco Pastor S.A., tendente a que se declaren resueltos con fecha 15 de diciembre de 2008 los contratos sobre operaciones financieras celebrados entre la citada sociedad en concurso y la entidad bancaria de referencia con fecha 5 de diciembre de 2008 y 13 de noviembre de 2006 y que se liquiden los efectos de dichos contratos sólo hasta la fecha de emisión del Informe (15 diciembre 2008) con cargo a la masa y sin coste cancelatorio adicional alguno para la concursada.
La mencionada sentencia declara la resolución contractual interesada por la administración concursal con efectos a partir de la comparecencia de fecha 19 de mayo de 2010 celebrada como consecuencia de la solicitud de resolución instada por la administración concursal en el marco de lo dispuesto en el artº. 61.2 de la Ley Concursal.
La referida administración concursal, a la que se adhiere la concursada, discrepa de tal pronunciamiento judicial por entender que la Juzgadora de instancia ha incurrido en error en la valoración de la prueba, y solicita con fundamento en el informe emitido por dicho órgano del concurso con fecha 15 de diciembre de 2008, que los efectos de la resolución contractual tengan lugar desde ese día.
SEGUNDO.-Concretada en los indicados términos la cuestión impugnatoria suscitada en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que no asiste razón a la parte recurrente en la pretensión que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la confirmación de la sentencia apelada.
Fundamenta esencialmente la administración concursal su pretensión revocatoria en que en relación con las permutas financieras existentes, había solicitado expresamente de la entidad bancaria, en el momento de emitir su informe, la cancelación de dicho producto, siendo por tanto el Banco Pastor S.A., pleno conocedor de ello, así como del estado de insolvencia de la concursada. De ahí que alegue que los efectos de la citada resolución contractual de tales productos financieros se declaren desde la fecha de dicho informe, el 15 de diciembre de 2008.
Pero es lo cierto, como decimos, que tal pretensión no puede encontrar acogida por este Tribunal, reiterando al respecto, por su acierto y corrección jurídica, los argumentos contenidos en la sentencia apelada, cuando establece como " dies a quo" de la efectividad de dicha resolución la fecha de la comparecencia celebrada al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.2.2º de la Ley Concursal en el ejercicio de la solicitud instada por la administración concursal para reclamar de la entidad bancaria la correspondiente resolución contractual.
Y ello se afirma así por este Tribunal, porque el alegado informe de la administración concursal carece de toda eficacia resolutoria contractual, dado que en el mismo, únicamente consta una mera advertencia acerca de la conveniencia en interés del concurso de llevar a cabo la cancelación de tales productos financieros, así como también una pretendida solicitud de cancelación de los mismos expresada en la frase textual "solicitamos la cancelación de dicho producto ". Pero sin embargo, ni la concursada tuvo en cuenta tal advertencia, ya que en

ese momento era quién podría instar la citada resolución, y tampoco consta acreditado, que hubiese recibido petición alguna de dicha administración concursal en orden a promover tan cuestionada resolución. Por otro lado, también la prueba practicada es exponente de que, si bien el citado informe se pronunciaba sobre la solicitud de cancelación de tal producto, como hemos indicado, es también cierto, que la entidad bancaria tampoco fue requerida en tal sentido, no constando comunicación fehaciente al respecto.
Entendemos, en consecuencia, que la efectividad de la resolución habría de operar sólo desde la fecha de aquella comparecencia subsiguiente a la solicitud de resolución ex artículo 61.2 de la Ley Concursal, a la que Banco Pastor [no] se opuso, lo que determinó el posterior recurso de la Administración Concursal a la vía incidental para la resolución final de dicha cuestión. Téngase en cuenta que el citado precepto, remite a las partes a la vía del incidente concursal cuando no hubiese existido acuerdo sobre la resolución del contrato ni sobre sus consecuencias en el marco del trámite de resolución previsto en el artº. 61.2 de la L.C.
Por tanto y con reiteración de lo argumentado en la sentencia apelada, procede su confirmación, con desestimación del presente recurso.”: SAP Murcia (Sección 4) 10.01.2013 (Sentencia 12/2013; Rollo 1129/2012)

“ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 25 de abril de 2011 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: FALLO: "Que estimando parcialmente tanto la demanda principal promovida la administración concursal frente a la mercantil MEDITERRÁNEO SAVIA AGRÍCOLA S.A., y frente BANKINTER, S.A., y la reconvención deducida por la citada entidad crediticia contra la administración concursal, declaro que resolución interesada por la administración concursal en la comparecencia del día 19 de mayo de 2010, y a la que BANKINTER S.A., no se opuso, estaba bien hecho por lo que ha de tener efectividad desde el citado día, sin coste cancelatorio para la concursada.. (...)
FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia estima parcialmente, tanto la acción incidental ejercitada por la administración concursal de la mercantil "Mediterránea Savia Agrícola" S.L., contra la propia concursada y la entidad "Bankinter" S.A., como la reconvención deducida por la citada entidad crediticia, tendente a que se declare resuelto con fecha 15 de diciembre de 2008 el contrato marco de gestión de riesgos financieros celebrado entre la citada sociedad en concurso y la entidad bancaria de referencia con fecha 22 de febrero de 2007 y que se liquiden los efectos de dicho contrato sólo hasta la fecha de emisión del Informe (15 diciembre 2008) con cargo a la masa y sin coste cancelatorio adicional alguno para la concursada.
La mencionada sentencia declara la resolución contractual interesada por la administración concursal con efectos a partir de la comparecencia de fecha 19 de mayo de 2010 celebrada como consecuencia de la solicitud de resolución instada por la administración concursal en el marco de lo dispuesto en el artº. 61.2, apartado segundo de la Ley Concursal.
La referida administración concursal, a la que se adhiere la concursada, discrepa de tal pronunciamiento judicial por entender que la Juzgadora de instancia ha incurrido en error en la valoración de la prueba, y solicita con fundamento en el informe emitido por dicho órgano del concurso con fecha 15 de diciembre de 2008, que los efectos de la resolución contractual tengan lugar desde ese día.
SEGUNDO.-Concretada en los indicados términos la cuestión impugnatoria suscitada en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que no asiste razón a la parte recurrente en la pretensión que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la confirmación de la sentencia apelada.
Fundamenta esencialmente la administración concursal su pretensión revocatoria en que en relación con las permutas financieras existentes, había solicitado expresamente de la entidad bancaria, en el momento de emitir su informe, la cancelación de dicho producto, siendo por tanto "Bankinter" S.A., conocedor de ello, así como del estado de insolvencia de la concursada. De ahí que alegue que los efectos de la citada resolución contractual de tales productos financieros se declaren desde la fecha de dicho informe, el 15 de diciembre de 2008.
Pero es lo cierto, como decimos, que tal pretensión no puede encontrar acogida por este Tribunal, reiterando al respecto, por su acierto y corrección jurídica, los argumentos contenidos en la sentencia apelada, cuando establece como " dies a quo" de la efectividad de dicha resolución la fecha de la comparecencia celebrada al amparo de lo dispuesto en el artículo 61.2. apartado segundo de la Ley Concursal en el ejercicio de la solicitud instada por la administración concursal para reclamar de la entidad bancaria la correspondiente resolución contractual.
Y ello se afirma así por este Tribunal, porque el alegado informe de la administración concursal carece de toda eficacia resolutoria contractual, dado que en el mismo, únicamente consta una mera advertencia acerca de la conveniencia en interés del concurso de llevar a cabo la cancelación de tales productos financieros, así como también una pretendida solicitud de cancelación de los mismos expresada en la frase textual "solicitamos la cancelación de dicho producto ". Pero sin embargo, ni la concursada tuvo en cuenta tal advertencia, ya que en ese momento era quién podría instar la citada resolución, y tampoco consta acreditado, que hubiese recibido petición alguna de dicha administración concursal en orden a promover tan cuestionada resolución. Por otro lado, también la prueba practicada es exponente de que, si bien el citado informe se pronunciaba sobre la solicitud de cancelación de tal producto, como hemos indicado, es también cierto, que la entidad bancaria tampoco fue requerida en tal sentido, no constando comunicación fehaciente al respecto.
Entendemos, en consecuencia, que la efectividad de la resolución habría de operar sólo desde la fecha de aquella comparecencia subsiguiente a la solicitud de resolución ex artículo 61.2 de la Ley Concursal, a la que "Bankinter" S.A., [no] se opuso, lo que determinó el posterior recurso de la Administración Concursal a la vía incidental para la resolución final de esta cuestión. Téngase en cuenta que el citado precepto, remite a las partes a la vía del incidente concursal cuando no hubiese existido acuerdo sobre la resolución del contrato ni

sobre sus consecuencias en el marco del trámite de resolución previsto en el artº. 61.2 de la L.C.
Por tanto y con reiteración de lo argumentado en la sentencia apelada, procede su confirmación, con desestimación del presente recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 10.01.2013 (Sentencia 13/2013; Rollo 1120/2012)

"ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.-Que el Juzgado de lo mercantil citado, con fecha 17 de marzo de 2011, dictó en los autos principales de los que dimana el presente Rollo la Sentencia cuya parte dispositiva dice así: " Que estimando parcialmente la demanda promovida por a instancia de la administración concursal frente a la mercantil "MEDITERRÁNEO SAVIA AGRÍCOLA S.A., y frente al BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A., declaro que resolución interesada por la administración concursal en la comparecencia del día 19 de mayo de 2010, y a la que el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A., no se opuso, estaba bien hecha por lo que ha de tener efectividad desde el citado día, sin coste cancelatorio para la concursada. (...)
FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.-En el recurso de apelación interpuesto por los administradores concursales de la mercantil Mediterráneo Savia Agrícola, S.A. se discrepa de la fecha de los efectos de la resolución contractual correspondiente a los productos financieros, pues se considera que los efectos deben fijarse en la fecha de emisión del informe emitido el 15/12/2008; que en el informe emitido en esta fecha por la Administración Concursal (A.C.) se solicita la cancelación de las permutas financieras; se reconoce que la concursada no promovió actuación tendente a la cancelación de las permutas financieras en vigor en la fecha de la declaración del concurso y que únicamente cuando fue suspendida y sustituida en sus funciones se obtuvo legitimación; que la entidad financiera debió haber cerrado la cuenta de dichos productos, renunciando a efectuar nuevas liquidaciones trimestrales, una vez que conocía el estado de insolvencia de la concursada y la petición de cancelación formulada por la A.C.
La representación procesal de la mercantil Mediterráneo Savia Agrícola, S.A., se adhiere a la petición de la administración concursal, indicándose, en síntesis, que la resolución de los contratos a los que se refieren los autos opera ex lege, con efectos de la declaración del concurso; se hace mención al artículo 16 del Real Decreto Ley 2/2005, de 11 de marzo, y a la modificación operada por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, y que siendo la pretensión de la A.C. de fecha posterior no existe inconveniente para que así se declare, y ello cuando la resolución se produce ex lege con motivo de la declaración del concurso.
La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda promovida a instancia de la Administración Concursal de la mercantil MEDITERRANEO SAVIA AGRÍCOLA, S.A., declarando que la resolución contractual efectuada en la comparecencia de 19 de mayo de 2010 estaba bien hecha, teniendo efectividad desde dicha fecha, sin coste cancelatorio para la concursada. Se indica que la Administración Concursal interesó que se declararan resueltos, con fecha 15/12/2008, los contratos de operaciones financieras celebrados entre las demandadas en fecha 19/04/2007 y 14/12/2007, debiéndose liquidar los efectos de los contratos únicamente hasta la fecha de emisión del informe de 15-12-2008, con cargo a masa y sin coste cancelatorio adicional para la concursada, basándose dicha petición en el hecho de que la Administración Concursal solicitó en el informe la cancelación de los productos financieros, sin perjuicio de calificar como contingentes las liquidaciones pendientes hasta la cancelación de la permuta. Se indica que no puede tener acogida esta petición al carecer de fundamento legal; que en dicho informe sólo se advertía la conveniencia para el interés del concurso de proceder a la cancelación del swaps, advertencia, a la que la concursada, única legitimada en aquella fecha para instar la resolución, hizo caso omiso; que fue posteriormente, ya suspendida en sus funciones, cuando el órgano concursal en sustitución, interesó la resolución al amparo de lo dispuesto en el segundo inciso del apartado 2 del artículo 61 de la LC, señalándose la comparecencia en fecha 19 de mayo de 2010, fecha esta a la que hay que estar para los efectos de la resolución.
SEGUNDO.-Que procede desestimar la pretensión revocatoria, no habiendo lugar a modificar, por consiguiente, la fecha de 19 de mayo 2010, fijada en cuanto a los efectos de la resolución de los contratos de permuta financiera suscritos entre Banco Español de Crédito, S.A., y la entidad Mediterráneo Savia Agrícola, S.A., aceptándose íntegramente lo razonado en instancia, debiéndose, no obstante, añadir, que los contratos de permuta financiera de fechas 19 de abril de 2007 y 4 de diciembre de 2007 estaban en vigor en la fecha de 18 de julio de 2008, en que se dicta el auto de declaración del concurso de la mercantil Mediterráneo Savia Agrícola, S.A.; que la Administración Concursal en la fecha 15/12/2008, en que emite informe, no estaba legitimada para instar la resolución de los contratos al no tener suspendidas las facultades de administración y disposición la entidad declarada en concurso, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 61 LC; que no existía obligación alguna por parte de la entidad financiera de proceder a la cancelación de los contratos de permuta a pesar de lo manifestado en el informe aportado por la Administración Concursal, ello en concordancia con el hecho de que los propios administradores concursales incluyeron el crédito que pudiera derivarse de los contratos como contingente contra la masa al no haberse realizado liquidaciones en dicho momento.
Procede, pues, desestimar el recurso de apelación formulado por la Administración Concursal, así como la impugnación formulada por la representación de la entidad Mediterráneo Savia Agrícola, S.A., ello de conformidad con lo sostenido en el escrito presentado por la representación de la entidad Banco Español de Crédito, S.A. ":SAP Murcia (Sección 4) 14.03.2013 (Sentencia 171/2013; Rollo 1104/2012)

10. Arrendamiento de renta antigua

10.1 Procedencia

Tribunal Supremo

"FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Restaura, S.L. fue declarada en concurso de acreedores el 4 de abril de 2012. En ese momento, entre su activo constaba la propiedad de un inmueble sito en Madrid, en la Puerta del Sol núm. 9. El local de la planta baja derecha había sido arrendado a City Bell, S.A. el 1 de febrero de 1983, bajo la legislación de arrendamientos urbanos de 1964, y este contrato estaba en vigor. La renta, con las actualizaciones impuestas por las disposiciones transitorias de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, se beneficiaba de la condición de «contrato de renta antigua».

2. En estas condiciones, la concursada (Restaura, S.L.) y la administración concursal solicitaron del juzgado mercantil que conocía del concurso de acreedores que, al amparo del párrafo segundo del art. 61.2 LC, se resolviera el contrato de arrendamiento en «interés del concurso».

Ante la oposición del arrendatario del local, City Bell, S.A., el juez del concurso, mediante un incidente concursal**,** acordó la resolución del contrato de arrendamiento en «interés del concurso».

Este «interés del concurso» apreciado iba ligado al proyecto que Restaura, S.L. tenía de rehabilitación integral del edificio, lo que facilitaría la continuación de la actividad y el pago de los créditos de sus acreedores. Para ello era necesario resolver los contratos de arrendamiento en vigor. Además, la renta que se cobraba era sensiblemente inferior a la de mercado, sobre todo a la que se podría conseguir tras la rehabilitación. Incluso, añade la sentencia de primera instancia, en el peor de los escenarios, que sería la liquidación, la disposición del inmueble sin contrato de arrendamiento permitiría obtener un precio muy superior.

3. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y dejó sin efecto la resolución del contrato. La sentencia de apelación entiende que la facultad resolutoria del art. 61.2 LC no es omnímoda, sino que está sujeta a límites:

«Unos, intrínsecos o naturales, derivados de la propia naturaleza de este derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica y social que a través de él se trata de realizar, así como los derivados de los principios generales que prohíben el ejercicio abusivo, antisocial o contrario a la buena fe (art. 7 CC). Y otros extrínsecos, motivados por la colisión con derechos subjetivos ajenos, en este caso con el derecho del arrendatario a que sea respetada la vigencia de la relación arrendaticia por virtud del derecho a la prórroga forzosa, establecido en su beneficio por una ley tuitiva, y que sólo puede ceder en los supuestos establecidos por dicha ley.

»En la presente colisión de derechos estimamos que el art. 61.2 LC no debe prevalecer ante el derecho adquirido por el arrendatario, reconocido por una ley de carácter tuitivo que atiende a la utilidad pública y al interés social, y que no es posible derogar si no es al amparo de una norma expresa y específica dictada por el legislador que, en casos como el presente, prime el interés del concurso sobre el interés social y general que justifica el *blindaje* otorgado a la posición jurídica del arrendatario mediante la institución de la prórroga forzosa».

Y, añade, como argumento de refuerzo, que:

«si el interés del concurso radica en la ejecución del proyecto de rehabilitación, no se ha justificado que el mismo no pueda llevarse a efecto respetando el derecho arrendaticio y en el marco de las previsiones legales contenidas en la LAU.

»Tampoco se ha justificado que el mantenimiento del contrato resulte perjudicial o gravoso para el concurso en atención a las prestaciones que hayan de realizarse con cargo a la masa; el goce pacífico en la posesión no entraña ese gravamen, y no hay constancia de que la masa deba asumir, a corto o medio plazo, la realización de obras necesarias en el local arrendado».

4. La sentencia dictada en apelación ha sido recurrida en casación por Restaura, S.L., con la aquiescencia de la administración concursal**,** que también firma el recurso. El recurso se basa en un único motivo.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de junio, concursal**.** Este precepto permite la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de declararse el concurso, en interés del concurso. En el presente caso, la resolución del contrato de arrendamiento, sujeto al sistema de prórroga forzosa, redundaría en interés del concurso porque posibilitaría un mayor grado de satisfacción de los acreedores de la concursada. Al respecto, advierte que la renta mensual que se paga actualmente, una vez actualizada, es de 4.860,48 euros, que es muy inferior a la renta que se está pagando en locales de similares características, en aquella misma ubicación (48.689,33 euros).

Frente a lo razonado en la sentencia recurrida, de que el derecho del arrendatario a continuar con el contrato bajo el régimen de prórroga forzosa responde a un derecho amparado por una normativa dictada por razón de utilidad pública e interés social, en el desarrollo del motivo se advierte lo siguiente: «la existencia de un conflicto entre el interés particular del locatario, que no tiene la condición de acreedor, y el interés del concurso, como solución que redunda en beneficio de la masa pasiva del concurso, debe ser analizada desde la perspectiva del interés público concursal que ha de imponerse a la relación privada entre el titular del local del negocio y la propiedad». E insiste en que la interpretación sostenida por la sentencia recurrida, sobre la prioridad de los derechos del arrendatario no se acomoda a la realidad social actual, y además esa protección tuitiva ha sido muy matizada por la jurisprudencia.

El recurso entiende que la sentencia de apelación aplica una excepción al régimen del art. 61.2 LC que no contempla la Ley Concursal**.**

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo.* A la vista de las razones aducidas por la sentencia recurrida para declarar la improcedencia de la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio, sujeto al régimen denominado de renta antigua y prórroga forzosa, por interés del concurso, debemos examinar a continuación dos cuestiones: i) la primera, si la posibilidad de resolución del contrato en interés del concurso prevista en el art. 61.2 LC puede aplicarse a relaciones arrendaticias de locales de negocio constituidos bajo el régimen de prórroga forzosa del art. 57 LAU 1964; y ii) la segunda, de ser aplicable, si en este caso concurren el interés del concurso para la resolución de este contrato.

3. Régimen legal de la resolución del contrato en interés del concurso. Con carácter general, el párrafo primero del art. 61.2 LC prescribe que «la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte». Y, excepcionalmente, el párrafo segundo permite que a instancia del concursado o de la administración concursal**,** según se haya acordado la intervención o la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor concursado, el juez pueda acordar la resolución del contrato al que se refiere el párrafo anterior.

Esta resolución en interés del concurso no se articula como un derecho dispositivo atribuido por la ley a una de las partes, en concreto de quien represente a la masa del concurso (el concursado o la administración concursal**),** sino como una decisión judicial en ausencia de acuerdo entre las partes. Acuerdo entre las partes que se refiere tanto a la resolución como a sus consecuencias o efectos, que según la Ley son la liquidación de la relación contractual y la indemnización de los daños y perjuicios que la resolución hubiera podido ocasionar a la parte *in bonis,* que deberá satisfacerse con cargo a la masa.

4. El art. 61.2.II LC no establece ninguna excepción a la aplicación de esta resolución en interés del concurso, sin que, por otra parte, el contrato litigioso siga tutelado por un régimen legal tuitivo que lo impida.

Es cierto que cuando se concertó, en 1983, el contrato de arrendamiento de local de negocio, sobre el local sito en el edificio de la Puerta del Sol núm. 9, estaba sujeto a un régimen de prórroga forzosa por ser anterior al Real Decreto Ley 2/1985. Este régimen podía calificarse de especialmente tuitivo de los derechos del arrendatario.

Sin embargo, la situación cambió con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que acabó con el régimen de prórroga forzosa, sin perjuicio del régimen transitorio respecto de la actualización de rentas y la duración de los contratos. En concreto, y por lo que ahora interesa, en el caso de los contratos de arrendamiento de local de negocio concertados con personas jurídicas, como arrendatarias, el apartado 4 de la disposición transitoria 3ª de la reseñada Ley estableció, en el mejor de los casos, un plazo máximo de 20 años a contar desde la entrada en vigor de la Ley, que se cumplió el 31 de diciembre de 2014.

No se discute ahora la concreta duración de este contrato, sino si estaba sujeto a una normativa especialmente tuitiva que justificara su exclusión del régimen previsto en el art. 61.2 LC. A estos efectos, hemos de concluir que si bien este contrato cuando se constituyó estaba sujeto a un régimen especialmente tuitivo, este régimen cambió con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, sin perjuicio de que para compensar a los arrendatarios se les reconociera un especial régimen transitorio.

De este modo no cabía excluir el contrato litigioso de la posibilidad de que se acordara judicialmente la resolución en interés del concurso del arrendador.

Los derechos reconocidos por la ley al arrendatario en las disposiciones transitorias, y en concreto el relativo a continuar durante el tiempo que le corresponda, pueden ser tenidos en cuenta para evaluar los daños y perjuicios que la resolución anticipada le puede reportar, y que deberían ser compensados económicamente con cargo a la masa.

No existe, como argumenta la Audiencia, un ejercicio abusivo o antisocial del derecho, ni tampoco es contrario a la buena fe, sin perjuicio de que la valoración del interés del concurso tenga que tener en cuenta la contrapartida que puede conllevar la compensación del perjuicio que la resolución puede reportar al arrendatario, como veremos a continuación.

5. No existe duda de que el contrato que tanto la administración concursal como la concursada pretenden que se resuelva en interés del concurso, al amparo del precepto invocado (art. 61.2.II LC), es un contrato de tracto sucesivo, un arrendamiento de local de negocio, que estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes, por la concursada, que era la arrendadora, y por la arrendataria (parte *in bonis).* Con ello se cumple el presupuesto legal para que pueda proponerse la resolución en interés del concurso, sin perjuicio de la valoración que el tribunal haga de su procedencia.

En síntesis, el interés invocado en la solicitud de resolución dirigida al juzgado se apoyaba en dos circunstancias. La primera que el contrato de arrendamiento de local de negocio, como consecuencia de haberse constituido bajo un régimen de renta antigua y prórroga forzosa, a pesar de la actualización de las rentas impuesta por la LAU de 1994, generaba una renta mensual desproporcionadamente inferior a la que se viene cobrando en locales de características similares, en aquella zona (la Puerta del Sol de Madrid). En concreto, se afirmaba que la renta mensual actualizada era de 4.860,48 euros, cuando el alquiler de un local de similares características (ubicación y superficie), sito en las cercanías de la Puerta del Sol, podría comportar la obligación de pago de una renta mensual de 48.689,33 euros.

La segunda circunstancia que este contrato de arrendamiento impedía el desarrollo de un proyecto de rehabilitación del edificio, mediante la unificación de toda la planta (donde se halla el local objeto de litigio), que permitiría incrementar el rendimiento de su explotación.

6. «El interés del concurso» es un parámetro fijado por la ley para que el tribunal pueda apreciar, en cada caso, sobre la procedencia de la resolución de un contrato de estas características.

Es cierto que «el interés del concurso» se refiere a lo que mejor convenga a la finalidad perseguida con el concurso de acreedores, que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado. Este interés legitima que el juez autorice al concursado a que se desligue de la relación contractual. Pero, al mismo tiempo, ello no supone que se obvien los derechos de la contraparte, pues el precepto expresamente prevé, como un efecto de la resolución, que además de la liquidación de la relación

contractual, se pueda acordar con cargo a la masa la indemnización de los daños y perjuicios que para la parte *in bonis* pueda representar la resolución.
En la sentencia 189/2016, de 18 de marzo, afirmamos que la indemnización de daños y perjuicios no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato en cuestión, sino que en cada caso debe apreciarse si han existido los daños y perjuicios, y la cuantificación de la indemnización:
«La dicción literal del precepto muestra que la indemnización de los daños y perjuicios con cargo a la masa no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato por convenir al interés del concurso. Es necesario realizar un enjuiciamiento tanto fáctico como jurídico, esto es, es necesario valorar si aplicando la regulación contractual establecida en el contrato a las circunstancias fácticas concurrentes, la resolución que resulta del régimen excepcional contenido en el art. 61.2 de la Ley Concursal determina la procedencia de indemnizar daños y perjuicios, y si efectivamente tales daños y perjuicios se han producido».
Como esta indemnización está anudada a la eventual resolución del contrato, nada impide que podamos tener en consideración esta previsión legal, que reconoce el derecho de la parte *in bonis* a percibir la indemnización de los daños y perjuicios que la resolución le pudiera reportar, a la hora de sopesar la existencia del «interés del concurso».
La previsión de la eventual indemnización para la parte *in bonis,* que tiene como presupuesto que la resolución le haya reportado daños y perjuicios, pone en evidencia que el interés del concurso puede legitimar la resolución del contrato, pero no puede obviar el perjuicio que esta resolución puede reportar a la contraparte, que se traduce en una indemnización con cargo a la masa.
A este respecto, en relación con la primera circunstancia alegada para justificar el interés del concurso, existe una correlación entre el incremento que por rentas podría tener la arrendadora si se resuelve anticipadamente el contrato, con el perjuicio que esta resolución anticipada le reportaría al arrendatario, que tendría que pagar una renta mayor a la que viene pagando, durante el tiempo en que, si no fuera por la resolución anticipada, estaría vigente el contrato.
Por ello, propiamente, por esta primera circunstancia no existe interés del concurso, pues el incremento de rentas que se supone que se alcanzaría con la resolución del contrato (la diferencia entre la renta que cobra del arrendatario actual y lo que podría cobrar según el mercado) es equivalente con el perjuicio que la resolución anticipada le reportaría al arrendatario (la diferencia entre la renta que paga y la que debería de pagar para mantenerse en un local de esas características en esa zona). Dicho de otro modo, de forma estimativa, la evaluación económica del beneficio que se piensa obtener con la resolución coincidiría con el perjuicio que la resolución ocasionaría al arrendatario, que debería ser indemnizado con cargo a la masa.
7. Cuestión distinta es la segunda circunstancia. Se aduce que existe un proyecto para modificar la distribución de locales del inmueble, que permitiría la unión de espacios, lo que conllevaría una revalorización del espacio destinado a local, y por ello generaría un incremento de las rentas que podrían cobrarse.
Esta segunda circunstancia sí que apunta a un beneficio suplementario, que no se corresponde con un correlativo y equivalente (desde el punto de vista de su evaluación económica) perjuicio para el arrendatario. Si la resolución del contrato permite llevar a cabo una operación de transformación interior del inmueble que revalorizaría su explotación arrendaticia, existe interés del concurso porque redundará en un incremento de la masa activa.
8. Procede, por tanto, la estimación en parte del recurso de apelación. Declaramos la procedencia de la resolución del contrato en interés del concurso, para el caso en que no estuviera ya resuelto por expiración del término (legal, previsto en la reseñada disposición transitoria de la LAU 1994) y la arrendadora siguiera interesada en hacer efectiva la resolución. Y reconocemos, en caso de que se haga efectiva la resolución anticipada, el derecho de la arrendataria a ser indemnizada, con cargo a la masa o de quien se hubiera subrogado en el contrato de arrendamiento, de los perjuicios derivados de la resolución anticipada del contrato de arrendamiento.
El importe de esta indemnización se fijará en ejecución de sentencia, a partir de las siguientes bases: la diferencia entre el importe de la última renta mensual actualizada (4.860,48 euros) y la que el arrendador manifiesta que se paga en un local de esas características y ubicación (48.689,33 euros); por los meses que todavía restaran entre la resolución anticipada -si llega a haberla- y el término que conforme a las normas transitorias de la LAU 1994 correspondiera a este contrato para continuar con el régimen anterior de prórroga forzosa.”: STS 10.11.2016 (Sentencia 660/2016; Recurso 2694/2014)

10.2 Improcedencia

AP Barcelona

“PRIMERO.1. La concursada RESTAURA S.L. y la administración concursal (AC) interesaron en su demanda, al amparo del párrafo segundo del art. 61.2 LC, la resolución "en interés del concurso" de un contrato de arrendamiento de local de negocio suscrito el 5 de mayo de 1971 y sujeto al régimen de prórroga forzosa, en el que la concursada, propietaria del inmueble, es arrendadora y Don. Ángel Daniel arrendatario, que ha venido cumpliendo sus obligaciones de forma puntual.
La sentencia estimó la demanda, declaró resuelto el contrato y condenó al arrendatario a desalojar el local con apercibimiento de lanzamiento. Por lo que respecta a la indemnización procedente a favor del arrendatario, a abonar como crédito contra la masa, la sentencia difirió la cuantificación a un incidente posterior que debía instar el arrendatario (de acuerdo con el auto aclaratorio del fallo).
2. Los hechos y actos básicos incontrovertidos, en los que incide la pretensión resolutoria, son los siguientes.
La concursada RESTAURA S.A. dedicada al tráfico inmobiliario y a la construcción y rehabilitación de inmuebles, es propietaria del edificio sito en la Plaza Puerta del Sol nº 9 de Madrid, que adquirió de Caja de Ahorros Vizcaína en marzo de 2004, subrogándose en diversos contratos de arrendamiento preexistentes.

Entre ellos el suscrito el 5 de mayo de 1971 con Don. Ángel Daniel sobre el local comercial "tienda segunda izquierda", en el que el arrendatario viene explotando un negocio de hostelería.
El contrato de arrendamiento está sujeto al régimen de prórroga forzosa (art. 57 del TRLAU de 1964, de acuerdo con la disposición transitoria tercera de la LAU 29/1994), y el arrendatario paga con regularidad la renta convenida (actualizable cada cuatro años en el 10 % sobre la renta abonada), que asciende en la actualidad a 3. 186,97 # mensuales.
3. La concursada y la AC expusieron los motivos conducentes a la estimación de la pretensión resolutoria en interés del concurso, en síntesis:
La renta que actualmente abona el arrendatario está fuera del mercado; por un local de similares caraterísticas podría obtenerse una renta mensual de 43.312 # (según los cálculos de la concursada); en consecuencia el mantenimiento del contrato en tales términos económicos resulta perjudicial para el interés del concurso.
El interés en la resolución del contrato se justifica así mismo por la potencialidad del proyecto de rehabilitación integral que RESTAURA tiene previsto ejecutar en el edificio (documento 7), y en cuyo proceso de implementación se ha encontrado con trabas por parte de los inquilinos, ya que para la realización de los trabajos es conveniente y en algunos casos necesario que éstos faciliten la entrada en los locales, en particular por parte del demandado, que no ha dado facilidades.
Señalaba la demanda que si bien la licencia administrativa para la ejecución del proyecto estaba formalmente caducada, RESTAURA confía en la rehabilitación del expediente de concesión de licencia y en todo caso cabe la posibilidad de una nueva solicitud, de modo que las obras puedan iniciarse en el primer trimestre de 2013 y concluirse en veinte meses.
En su escrito de oposición al recurso la AC manifiesta, en apoyo de la viabilidad del proyecto, que desde abril de 2012 se están llevando a cabo trabajos de restauración de las dos fachadas del edificio y de la cornisa, y aporta solicitud de licencia de obras formalizada el 21 de octubre de 2011, notificación de su concesión el 21 de febrero de 2012, acta de inicio de obras de 20 de marzo de 2012 e informe del arquitecto encargado de la dirección de obra.
La demanda planteaba dos escenarios de comercialización a resultas de la ejecución del proyecto que redundarán en el mayor beneficio para la masa, una vez libre de arrendatarios el edificio: a) la comercialización individualizada de locales y viviendas; o b) la comercialización del edificio rehabilitado en bloque, incluyendo la posibilidad de que RESTAURA conserve la propiedad de algunas entidades para proceder a su alquiler, exponiendo en cada caso los ingresos que podría obtener.
En suma -concluía- la recuperación de la posesión del local, por la vía de la resolución en interés del concurso, permitiría multiplicar el beneficio económico que el contrato reporta actualmente a RESTAURA.
De otro lado -como recoge la sentencia- la concursada ha presentado una propuesta anticipada de convenio, admitida a trámite, en la que uno de los parámetros de viabilidad es la ejecución del mencionado proyecto.
En cuanto a la indemnización que corresponde al arrendatario, la demanda indicaba que su cuantificación deberá realizarse en fase de ejecución de la sentencia, conforme al art 712 LEC.
SEGUNDO. 4. La sentencia, tras confirmar que se trata de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, siendo aplicable por tanto el art. 61.2 LC, razona que este precepto habilita para la resolución de un contrato de esta naturaleza, que se viene cumpliendo por ambas partes, "acreditando que hay un interés superior al de los contratantes -el interés del concurso- que facilita la resolución con la consecuencia de que la indemnización que correspondería por la resolución anticipada se convierte en un crédito contra la masa". Entiende que lo trascendente en el caso es evaluar si realmente la resolución del contrato de arrendamiento supone un beneficio para el concurso, que pondera a partir de los datos aportados por la demandante (ya expuestos) y finalmente concluye que, aun cuando fracasara el convenio propuesto, "la disposición para la masa activa del concurso de un local en el centro de Madrid sin arrendatarios determinará un precio de realización superior -rehabilitado o no el edificio- que la venta de esa misma unidad con un arrendatario sometido a la LAU de 1964".
En cuanto a la indemnización, como se ha dicho, posterga su cuantificación a un proceso posterior que deberá ser promovido por el arrendatario en el plazo de diez días.
5. El recurso del arrendatario Sr. Ángel Daniel expone un conjunto de argumentos impugnatorios que sistematizamos de la siguiente manera:
A) Improcedencia de que el contrato de arrendamiento sujeto a prórroga forzosa, cuando el arrendatario viene cumpliendo regularmente sus obligaciones, quede sometido al régimen de resolución en interés del concurso que establece el art. 61.2 LC; entre las causas de resolución del contrato de arrendamiento previstas en el art. 114 LAU de 1964, que la LC no ha modificado, no se encuentra la de resolución en beneficio de la propiedad declarada en concurso; el arrendatario cuenta con un derecho adquirido y, además, el arrendamiento de inmuebles no queda sometido al art. 61.2, sino al 61.1 LC.
B) Irretroactividad del art. 61.2 LC : este precepto no puede dejar sin efecto derechos reconocidos por leyes vigentes que no han sido expresamente derogadas; y aunque lo fueran, dichos efectos sólo podrían producirse respecto de los contratos posteriores a la entreda en vigor de la LC.
C) De accederse a la resolución, se produciría un enriquecimiento injusto para RESTAURA, pues adquirió el edificio en 2004 con los contratos de arrendamiento, sujetos a prórroga forzosa y a "renta antigua", en vigor, de modo que pagó por el inmueble un precio muy inferior al que habría tenido que pagar de no existir esos contratos locaticios; ahora, mediante esta acción, obtendría un enriquecimiento injusto al pretender resolver esos contratos para adquirir un valor patrimonial superior.
D) Fraude procesal, abuso de derecho y ejercicio del derecho contra la buena fe: se acude al concurso para resolver un contrato sujeto a prórroga forzosa y renta antigua sin existir causa legal de resolución.
E) Error en la valoración de la prueba al apreciar el juez el interés del concurso: el proyecto que se aporta como documento 7 es un informe interno de la empresa, no es definitivo, no cuenta con las correspondientes licencias ni con la necesaria financiación; las obras podrían hacerse respetando los derechos arrendaticios de

los inquilinos en los términos previstos en la LAU de 1964; no se ha tenido en cuenta el perjuicio que la resolución causa al arrendatario.

Apreciación del tribunal

TERCERO. Los límites de la facultad resolutoria en interés del concurso

6. El litigio, en función de los términos que configuran el debate procesal, plantea una cuestión jurídica relevante, cual es la de determinar si la facultad resolutoria que reconoce el art. 61.2 LC, determinada por el "interés del concurso", alcanza a todo tipo de contratos que permanecen en vigor tras la declaración del concurso con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, superponiendo así y en todo caso el interés del concurso frente a cualesquiera relaciones jurídicas incluidas en el ámbito de aplicación de la norma; o si esta facultad tiene límites, de tal modo que deba ceder en supuestos en los que la posición jurídica de la contraparte se encuentre protegida por la Ley, concretamente en relación con los arrendamientos de viviendas o locales sujetos al régimen de prórroga forzosa reconocido por la LAU de 1964 que, tras las modificaciones operadas en la normativa arrendaticia, sigue en vigor como régimen tuitivo en beneficio del arrendatario.

7. Es cierto que el precepto concursal concede la facultad resolutoria, al margen del régimen general basado en el incumplimiento (art. 1124 CC), con aparente amplitud, sin concretas salvedades o excepciones, facilitando la interpretación de que el criterio legal que habilita la resolución, el "interés del concurso", prevalece en todo caso, sin importar la posición o prerrogativas legales reconocidas a la contraparte.

El interés del concurso presupone un conflicto entre el interés particular de los contratantes (el concursado y el tercero contratante, en una concreta relación) y un interés superior, representado por una colectividad (los acreedores que concurren, sometidos en régimen de universalidad, al procedimiento concursal), y en esa situación la LC otorga prevalencia a este último por considerarlo un interés de superior rango que, en esa colisión, debe prevalecer y justifica el sacrificio individual de la contraparte contractual (supuesto que ha venido cumpliendo el contrato de obligaciones recíprocas).

El interés del concurso, se ha repetido, es un concepto jurídico indeterminado, pues la LC no lo define. La doctrina y los órganos mercantiles vienen entendiendo por "interés del concurso", en términos generales y en última instancia, la búsqueda del mayor grado de satisfacción general de los acreedores, es decir, cuando con la resolución del contrato se logre un mayor grado de satisfacción de los acreedores que con su mantenimiento; la mayor satisfacción de los acreedores se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores.

8. En este caso, el "interés del concurso" se justifica porque se trata de un contrato que, por razón de la legislación protectora de los arrendatarios de fincas urbanas, proporciona a la propiedad (la concursada) unas rentas muy inferiores a las de mercado, que podría obtener mediante un arriendo sometido a la Ley arrendaticia vigente una vez conseguida la liberación del régimen de prórroga forzosa, como podría obtener así mismo un valor de enajenación muy superior al que obtendría de vender el inmueble con un arrendatario (o varios) amparados por la prórroga forzosa y por un régimen de rentas no acordes con las que actualmente se pagan en el mercado, con o sin rehabilitación del inmueble (como indica la sentencia).

En este sentido, la AC señala en su escrito de oposición al recurso que "el interés concursal se materializa en la posibilidad de obtener un mayor rendimiento al edificio libre de arrendatarios, o con arrendamientos actualizados a valor de mercado" y que "lo que produce la resolución es la posibilidad para la concursada de aumentar el rendimiento que se pueda obtener del mismo, lo cual redunda en beneficio de la masa del concurso".

Ciertamente, no cabe duda de que es así; mediante la destrucción de la posición jurídica del arrendatario que goza del derecho a la prórroga forzosa la masa podrá lograr un rendimiento muy superior al actual y un valor de realización (ya sea en el escenario de convenio o en el de la liquidación) también muy superior al que se obtendría de enajenar el inmueble con arrendatarios beneficiarios de la prórroga forzosa.

9. El art. 61.2 LC concede así, en atención a un interés que considera superior al individual de la contraparte, una facultad o derecho potestativo de carácter extintivo, que otorga el poder de extinguir una relación jurídica preexistente, sin necesidad de incumplimiento por la otra parte, en atención al parámetro de la "conveniencia al interés del concurso".

Ahora bien; se proyecta en este caso sobre una relación jurídica de arrendamiento de local de negocio que el arrendador no puede dar por terminada por su mera voluntad, si no es con el consentimiento del arrendatario, pues el contrato "se prorrogará obligatoriamente para el arrendador", aun cuando un tercero le suceda en sus derechos u obligaciones (art. 57 LAU de 1964), sólo con las excepciones que la propia LAU establece (arts. 56 y siguientes y 70 y siguientes), revistiendo por ello el carácter de contrato prácticamente vitalicio, y sin perjuicio de que puedan tener lugar subrogaciones al fallecimiento del arrendatario (arts. 59, 60 y concordantes de la LAU de 1964), y en principio sujeto sólo a las causas de resolución previstas en la legislación especial (art. 114 LAU de 1964) que, es cierto, no han sido expresamente modificadas por la LC.

Esta legislación especial tiene carácter tuitivo, concede beneficios a los arrendatarios que son irrenunciables, en particular el de la prórroga forzosa (incluidos los arrendatarios de locales de negocio; art 6.3 LAU de 1964), y, por lo menos en lo que respecta al régimen de prórroga forzosa, ha sido dictada por razones de utilidad pública e interés social.

Se produce por tanto, no ya una colisión de normas, sino una colisión de derechos, pero de tal magnitud que -estimamos- desborda la inicial previsión del legislador concursal a la hora de configurar la facultad resolutoria del art. 61.2 LC y el escenario que podría representarse en la pugna entre un interés individual (del contratante o contratantes) y un interés colectivo (del concurso, o en última instancia de los acreedores).

10. La STC 89/1994, de 17 de marzo, examina (y termina por confirmar) la constitucionalidad del régimen de prórroga forzosa y, a estos efectos, atiende a su fundamento y finalidad. Establece esta STC la siguiente doctrina:

<< Este Tribunal ha declarado (STC 37/1987) que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.
Ello supone que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (así arts. 40.1, 45.2, 128.1 y 130.1 entre otros). Por ello, corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho.
Incumbe así al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales. Y esa competencia se extiende también a la materia de arrendamientos urbanos, como este Tribunal ha tenido ya oportunidad de afirmar (...).
De lo expuesto resulta que no es la prórroga forzosa per se el origen de una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado (...); ello no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal, el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendaticia se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. Esa limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución.
La historia de la regulación de los arrendamientos urbanos muestra efectivamente que la introducción de la prórroga forzosa, entre otras medidas, respondía a una finalidad tuitiva de intereses que se consideraban necesitados de una especial protección, concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario; ello se verifica incluso en las mismas Exposiciones de Motivos de las leyes reguladoras de este tipo de arrendamientos (así, en la de la Ley de Bases de 22 diciembre 1955). (...) Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el art. 39.1 de la Constitución. Responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir (con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado. Y debe señalarse que un razonamiento similar puede llevarse a cabo respecto del arrendamiento de locales de negocio, en cuanto que la prórroga forzosa representa un favorecimiento, por el legislador, del mantenimiento de empresas o actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de apoyo a la producción y al empleo, respaldadas por los mandatos de los arts. 35, 38 y 40 de la Constitución. (...).
Pero además, tampoco cabe estimar correcto el alegato de que ha desaparecido en la actualidad la originaria función tuitiva de la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos, lo que se corroboraría por el mismo tenor de la nueva legislación, contenida en el Real Decreto-ley 2/1985, que suprime tal prórroga forzosa a los nuevos arrendamientos.
Esta consideración parte de un presupuesto fáctico que, al consistir en la apreciación de la presente situación del mercado inmobiliario, únicamente compete valorar al legislador.
En efecto, si bien es evidente que la restricción del art. 57 LAU obedece a circunstancias históricas concretas (y no sólo, por cierto, a las propias del período de la posguerra civil, en que la escasez de viviendas respondía a la destrucción ocasionada en la contienda, sino, ya en los años 20, a la desproporción entre oferta y demanda locativas producida por la migración rural a las ciudades), no lo es menos que sólo al legislador le corresponde evaluar si tales circunstancias se han superado hasta el punto de permitir la suavización
o supresión de los límites que pesan sobre las facultades dispositivas del arrendador. Esta autonomía de apreciación que pertenece al legislador, y únicamente a él, no cabe que sea reemplazada por el juicio de los órganos judiciales ni por el de este Tribunal (...)>>.
Resaltamos, en suma, que estamos ante una institución, la prórroga forzosa, que es establecida por una ley tuitiva de intereses que el legislador considera necesitados de una especial protección (la de los arrendatarios de viviendas y locales de negocio ante la situación del mercado inmobiliario), y que responde a razones de utilidad pública e interés social que determinan la intervención del legislador para limitar el contenido de los derechos dominicales en atención a la función social del derecho de propiedad, que es un límite intrínseco. Y "sólo al legislador le corresponde evaluar si tales circunstancias se han superado hasta el punto de permitir la suavización o supresión de los límites que pesan sobre las facultades dispositivas del arrendador; esta autonomía de apreciación que pertenece al legislador, y únicamente a él, no cabe que sea reemplazada por el juicio de los órganos judiciales..."
11. Lo cierto es que el legislador ha mantenido vigente el régimen de prórroga forzosa para los contratos de arrendamiento celebrados (como el de autos) antes de cierta fecha, sin apreciar cambios en la realidad socio-económica que hayan aconsejado suprimir este derecho, en las sucesivas modificaciones legislativas de la normativa arrendaticia (Real Decreto-Ley 2/1985 y vigente LAU de 1994).
No estimamos que por medio de la LC el legislador haya querido incidir, para suprimirlo, en el régimen de la

prórroga forzosa en atención a la situación de concurso del propietario, mediante el art. 61.2 LC, sin modificación expresa de la LAU en este sentido.
Concluimos que el derecho o facultad resolutoria que reconoce el art. 61.2 LC no es omnímodo, sino que tiene límites. Unos, intrínsecos o naturales, derivados de la propia naturaleza de este derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica y social que a través de él se trata de realizar, así como los derivados de los principios generales que prohiben el ejercicio abusivo, antisocial o contrario a la buena fe (art. 7 CC). Y otros extrínsecos, motivados por la colisión con derechos subjetivos ajenos, en este caso con el derecho del arrendatario a que sea respetada la vigencia de la relación arrendaticia por virtud del derecho a la prórroga forzosa, establecido en su beneficio por una ley tuitiva, y que sólo puede ceder en los supuestos establecidos por dicha ley.
En la presente colisión de derechos estimamos que el art. 61.2 LC no debe prevalecer ante el derecho adquirido por el arrendatario, reconocido por una ley de carácter tuitivo que atiende a la utilidad pública y al interés social, y que no es posible derogar si no es al amparo de una norma expresa y específica dictada por el legislador que, en casos como el presente, prime el interés del concurso sobre el interés social y general que justifica el blindaje otorgado a la posición jurídica del arrendatario mediante la institución de la prórroga forzosa.
CUARTO. 13. De otro lado, si el interés del concurso radica en la ejecución del proyecto de rehabilitación, no se ha justificado que el mismo no pueda llevarse a efecto respetando el derecho arrendaticio y en el marco de las previsiones legales contenidas en la LAU.
Tampoco se ha justificado que el mantenimiento del contrato resulte perjudicial o gravoso para el concurso en atención a las prestaciones que hayan de realizarse con cargo a la masa; el goce pacífico en la posesión no entraña ese gravamen, y no hay constancia de que la masa deba asumir, a corto o medio plazo, la realización de obras necesarias en el local arrendado.
14. Por lo demás, entendemos que uno de los factores a tener en cuenta para apreciar el "interés del concurso", a los presentes efectos, es la cuantía de la indemnización correspondiente al arrendatario, que ha de ser abonada como crédito contra la masa. Esta cuantificación ha de ser realizada en la sentencia que decida la resolución, como resulta del tenor del art. 61.2 LC ("... el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa"), y además, como se ha dicho, es uno de los parámetros a valorar para decidir si la resolución del contrato es conveniente para el interés del concurso. Esa valoración no será completa si se ignora el gravamen o coste que va a suponer a la masa activa la ruptura del contrato, y de ahí que no pueda dejarse para un litigio posterior.": SAP Barcelona (Sección 15) 16.10.2013 (Sentencia 360/2013; Rollo 134/2013)

AP Valencia

"No es objeto de discusión que la arrendataria demandada no ha incumplido la obligación que le incumbe relativa al pago de la renta.
El contrato de arrendamiento cuya resolución se pretende (documento 1 al folio 42) está datado el 1 de junio de 1982, tratándose de un arrendamiento de vivienda, en la que se encuentran empadronados la demandada y su hijo (documento 2 al folio 43). La Sra. Elisabeth percibe pensión de jubilación por importe líquido de 391,61 euros mensuales y pensión de viudedad por importe líquido de 319,10 euros, lo que hace un total de 700,71 euros mensuales (folio 46). La arrendataria acredita, mediante los documentos a los folios 48 a 63 que viene satisfaciendo mensualmente el importe de la merced arrendaticia.
La Sra. Elisabeth - folio 64 - fue requerida por la Administración Concursal para acreditar el título en virtud del cual ocupaba la vivienda o la entrega de las llaves de la vivienda ocupada, respecto de la cual se le anunciaba una venta en breve.
3.- El contrato de arrendamiento es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo de la demandada arrendataria como de la entidad concursada, ya que, aunque el arrendador haya entregado el bien al arrendatario, continúa obligado a mantenerle en el uso y disfrute de la cosa durante todo el tiempo de vigencia del contrato.
El artículo 61. 2. I de la Ley Concursal dispone, en estos casos, que la vigencia del contrato no se ve afectada por la declaración de concurso.
4.- Cierto es que conforme al artículo 61. 2. II "la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso".
La Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de marzo de 2012 (Roj: SAP VA 405/2012, Pte. Sr. Sendino Arenas), en interpretación de la norma, también afirma que el concepto *"interés del concurso" es un concepto jurídico indeterminado. Dice: "... la legislación concursal, ha querido añadir una previsión especifica a las disposiciones o reglas generales sobre la resolución contractual contenidas en los artículos 1124 y ss del Código Civil, basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes, de modo que para el éxito de esta iniciativa resolutoria, no resulta determinante el que se haya producido o no un incumplimiento del contrato por parte de la concursada, ni tampoco la aquiescencia o el consentimiento del contratante cumplidor o " in bonis", pues, el único presupuesto necesario para utilización de este instrumento lo constituye la satisfacción del interés del concurso, siendo este un concepto jurídico indeterminado que aunque no viene concretado por la norma, es mencionado en el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y en algunos de sus preceptos (artículos 43,*
61.2, 63.2, 92.7 54.2, 165.2) de todo lo cual puede deducirse que consiste en "la mayor satisfacción de los acreedores del concurso," es decir, el interés del concurso se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores."
Y añade que *" no se trata, de que el interés del concurso deba prevalecer a toda costa";* procediendo

seguidamente a valorar en el caso concreto (se trataba de un contrato de compraventa) si la resolución convenía o no para satisfacer dicho interés, (que en el caso examinado, apreció que convenía) atendida la naturaleza e importancia económica del contrato así como de las obligaciones reciprocas aun vigentes y pendientes de cumplimiento.
Esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia ha declarado que el "interés del concurso" es un concepto jurídico indeterminado. En sentencia de 4 de octubre de 2011 (Roj: SAP V 5577/2011, Pte. Sra. Andrés Cuenca), con cita de otras anteriores, todas ellas relativas a la compraventa de vivienda sobre plano, se dice: *"la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. [...].*
la excepción de apreciarse un interés superior, cual es el "interés del concurso", concepto jurídico indeterminado aunque viene entendido como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado que evidente es dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso."
En el supuesto que se somete a nuestra decisión la Administración Concursal promueve el incidente con la finalidad de resolver un contrato de arrendamiento de renta antigua, justificando su pretensión en los siguientes argumentos:
Que la renta que viene abonando la arrendataria (por subrogación en la posición de su fallecido esposo) es de ínfima cuantía (26,79 euros mensuales) y que la Sra. Elisabeth se niega a resolver voluntariamente el contrato.
Que es interés del concurso el de resolver la relación arrendaticia al haber sido imposible obtener oferta alguna por el inmueble en el que se ubica la vivienda debido a su antigüedad, deterioro (por problemas en la cubierta, humedades...) y por la existencia de ese contrato de arrendamiento de renta antigua. Considera la Administración Concursal que de no producirse la extinción del arrendamiento se provocará que la subasta quede desierta, y que no pueda producirse una venta directa en plazo más o menos razonable.
Sin perjuicio de las dificultades actuales de enajenación de inmuebles derivados de la situación de crisis financiera que se atraviesa, consideramos que en el supuesto que se somete a nuestra consideración no aparece debidamente justificado que sea la presencia de la inquilina en el inmueble la que determine la imposibilidad de transmisión de los inmuebles titularidad de la concursada -atendidas las concausas que expone la Administración Concursal, y entre ellas la antigüedad y deterioro del inmueble -, ni que la subsistencia de un arrendamiento de renta antigua constituya motivo suficiente para la resolución al amparo de la alegación del "interés del concurso", atendidas las circunstancias concurrentes al caso.
La resolución del contrato por interés del concurso - conforme al contenido del artículo 61.2 - implica, por otra parte, las restituciones que procedan " *y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa* ", lo que determina que la recuperación de la posesión del inmueble no es gratuita, sino que implica el coste indemnizatorio que habría que abonar a la arrendataria. Obviamente la cantidad ofrecida por la Administración Concursal justificaría el interés del concurso al promover una recuperación de la posesión "prácticamente gratuita" por la escasa entidad de la satisfacción a la arrendataria, quedando desvirtuado, por el contrario, tal interés cuando se postula de contrario una indemnización superior a los 18.000 euros.
De todo ello se colige la improcedencia de la resolución interesada, máxime cuando la existencia de un arrendatario en el inmueble en el que la concursada tiene varias viviendas, no impide la transmisión a terceros, sin perjuicio de que quien eventualmente adquiera el inmueble venga a quedar subrogado en la posición del arrendador.”: SAP Valencia (Sección 9) 02.05.2012 (Sentencia 150/2012; Rollo 111/2012)

11. Aplicabilidad en caso de concurso de Cooperativa

AP Cuenca

“PRIMERO.-El primer motivo del recurso al que se ha adherido la Administración Concursal no puede ser estimado. La resolución no esta falta de motivación, pues es una sentencia que sienta una conclusión en base a unos argumentos. Luego en definitiva la conclusión podrá no gustar al recurrente, pero en modo alguno puede decirse que no esta argumentada la decisión que contiene de que no es aplicable la Ley concursal, sino la Ley de cooperativas, y que tal aplicación hace que no pueda aplicarse a su vez el artículo 61.2 de la Ley concursal. Realmente no se deja imprejuzgada la acción como aduce el recurrente.
SEGUNDO.-Por consiguiente la cuestión a resolver estriba, en dejar sin efecto la relación del cooperativista de la concursada con esta, por la vía de la resolución de los contratos (denominados por la concursada de suministro), dejando a un lado las normas para darse de baja en la cooperativa, que la cooperativista concursada aceptó en su momento; alegando el interés del concurso. Es decir, estamos ante un supuesto de dejar sin efecto las normas estatutarias de la cooperativa por la vía de la aplicación de la Ley Concursal, lo que hace que estemos ante una cuestión controvertida.
Es evidente y este Tribunal lo entiende así, que al dar una resolución motivada en derecho, implica elegir la solución más favorable para las partes implicadas.
Por ello el Tribunal entiende que en estos supuestos, de lo que debe partirse es de que la declaración del concurso de la apelante, no afecta a las obligaciones asumidas en virtud de las normas estatutarias, por esa razón la Ley concursal establece, que las prestaciones a que esta obligado el concursado, se realizarán con cargo a la masa. Y esa obligación de cumplimiento existe, en tanto no se produzca una declaración judicial de resolución del negocio jurídico en interés del concurso. Y este es el quid de la cuestión, el interés del concurso que consiste en conservar la masa activa de la concursada del modo más conveniente a los interés de todos los intervinientes (Articulo 43), no sólo del concursado.
Y en esa vertiente, este Tribunal considera que en modo alguno se puede compartir el criterio de la sentencia recurrida en el que parece que las normas de las sociedades cooperativas están por encima de las Leyes

Mercantiles, como es la Ley Concursal. La Ley Concursal es una ley plenamente aplicable tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, y por ello puede aplicarse a una persona jurídica socia de una cooperativa, que solicita el amparo de las normas legales, y sin que las normas estatutarias de la cooperativa pueden interferir en la aplicación de la legislación mercantil, y por ello el interés del concurso solicitado por el socio cooperativista es el que debe preponderar por ser el que mejor protege los intereses de ambas partes, el de la concursada en orden a su viabilidad y, el de los acreedores como parece ser que es la sociedad cooperativa frente a la concursada, porque el crédito que dice tener contra la sociedad cooperativista queda integrado en la masa de acreedores y debidamente protegido en consecuencia. De aquí que la resolución de los contratos que pide el apelante en aplicación de la ley concursal, siendo plenamente posible, es la solución más correcta en orden al interés del concurso, y por ello en consecuencia debe estimarse el recurso de apelación interpuesto, revocando en consecuencia la sentencia recurrida.": SAP Cuenca (Sección 1) 06.02.2012 (Sentencia 63/2012; Rollo 290/2011)

12. Si no hay acuerdo sobre la resolución en interés del concurso nada impide que la AC inste la resolución por incumplimiento

AP Valencia

"En el mismo escrito de demanda la parte actora hace constar que, previamente a la resolución que ahora se articula por vía del artículo 62.2 LC, se instó resolución por vía del párrafo segundo del artículo 61.2 LC -en interés del concurso- a la que se opuso la entidad PNT (f. 19), dictándose providencia de fecha 20 de septiembre de 2010 -según se indica en el escrito de contestación a la demanda del presente procedimientopor la que a tenor de dicha oposición se daba traslado a la concursada a fin de que plantease el incidente concursal si a su derecho conviniere. La parte demandada, PNT, al contestar a la demanda origen de las presentes actuaciones planteó la excepción procesal de cambio de acción ejercitada e inadecuación de procedimiento, manteniendo la misma postura en esta alzada -si bien con la pretensión de nulidad de las actuaciones- como fundamento de los motivos primero, segundo y tercero de su recurso de apelación, al considerar que tal cambio en la acción ejercitada por la entidad actora le causa indefensión en los términos que han sido señalados en el fundamento anterior.
Ciertamente el artículo 61 LC, -referido a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas-, establece en el párrafo segundo de su apartado 2 que no obstante la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en el caso de declaración de concurso, la administración concursal o el concursado, en cada caso, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. Sí así se hiciere el trámite que se establece en dicho precepto es el de una comparecencia a fin de determinar la existencia de acuerdo sobre tal extremo: si existe acuerdo se dicta Auto declarando resuelto el contrato según lo acordado; si no existe acuerdo las diferencias se han de solventar por los trámites del incidente concursal y el Juez decidirá acerca de la resolución. Sin embargo, y a diferencia de la tesis que de ello infiere la parte hoy recurrente, dicho precepto no establece obligación legal alguna para el concursado, o en su caso la administración concursal, en orden a mantener la pretensión resolutoria por interés del concurso mediante el planteamiento del correspondiente incidente; esto es, una vez constatada la falta de acuerdo resolutorio por interés del concurso (art. 61.2 LC) queda al arbitrio del concursado o de la administración concursal mantener o no dicha pretensión, y ello sin perjuicio, desde luego, de las responsabilidades a que hubiere lugar conforme a la Ley Concursal.
Por ende, ningún obstáculo resulta de dicho precepto en orden al posterior ejercicio de la acción resolutoria del contrato por vía del artículo 62 LC -incumplimiento-, cuya prosperabilidad solo dependerá de la acreditación de los hechos constitutivos de la pretensión resolutoria y para cuyo conocimiento resulta competente el Juez del concurso, debiendo sustanciarse también por el trámite del incidente concursal (art. 62.2 LC). Es por ello que la pretensión de nulidad de la sentencia con reposición de actuaciones que la parte apelante, PNT, articula por los motivos primero a tercero de su recurso no puede ser estimada en esta alzada al no apreciarse infracción de normas y/o garantías procesales por el hecho de que la parte actora, abandonando su pretérita solicitud de resolución contractual por interés del concurso del artículo 61.2 LC, formule ahora demanda ejercitando la acción resolutoria por incumplimiento contractual del artículo 62; no se ha producido un cambio del objeto del proceso en los términos que prohíbe el artículo 412 de la LEC, sino que se trata del ejercicio de una acción distinta en un procedimiento diferente aún cuando el cauce procesal, -incidente-, resulte coincidente por así determinarlo en ambos casos la Ley.": SAP Valencia (Sección 9) 16.01.2012 (Sentencia 8/2012; Rollo 772/2011)

13. Plan de pensiones: inaplicabilidad

JM-3 Pontevedra

"PRIMERO- Como es sabido, en el caso de contrato con obligaciones recíprocas vigentes al tiempo de la declaración de concurso, la declaración de concurso por sí sola no les afecta-artículo 61.2 LC-.
De partida, el concepto jurídico indeterminado de interés del concurso, disperso por la norma concursal, ha de ser integrado en cada caso en función de los principios básicos de dicha normativa; en todo caso, el interés del concurso se vincula con la preservación de la masa activa y a su conservación para su maximización-artículo 43 LC-, pues la adecuada conservación de ésta supondrá un aumento exponencial de las posibilidades de cobro de todos los acreedores; por ello, justificado el interés del concurso, es altamente improbable que prospere una oposición que no se ciña, en exclusiva, a los efectos de dicha resolución, más que a la resolución misma.

El problema, anterior en todo caso, es saber si lo que pretende resolverse en interés del concurso es o no un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. En síntesis, puede afirmarse que el contrato con obligaciones recíprocas exige la interdependencia entre las obligaciones contraídas por ambas partes, de suerte que la causa de una lo sea, a su vez, de aquella de la que depende; suele hablarse, así, de sinalagma genético o funcional- ver, por todas, la STS 19.2.13-.
El marco normativo en el que se realizan las aportaciones, a la luz de la prueba practicada – documental que aporta la administración concursal en la demanda incidental, únicamente copia de la solicitud de adhesión al plan PPI BBV 40 integrado en BBV OTOÑO, FONDO DE PENSIONES, de fecha 16-11-99- es la ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, habiéndose posteriormente derogado por DD del RDL 1/02 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, sin perjuicio de las complejas normas de derecho transitorio que constan en dicha norma.
Los artículos 1 y 2 de la ley 8/87 delimitan la naturaleza de los planes de pensiones- "definen el derecho de las personas, a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y, en la medida permitida por la presente Ley las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse"-, y los fondos de pensiones- patrimonios creados para dar cumplimiento a los planes de pensiones, gestionadas por determinadas entidades gestoras-. En este caso, se trata de un plan de pensiones individual (PPI), definido por el artículo 4.1.c)- :Corresponde a Planes cuyo promotor son una o varias Entidades de carácter financiero y cuyos partícipes son cualesquiera personas físicas-; por razón de su origen, es un plan de aportaciones periódicas, 30,05 euros trimestralmente.
Se desconocen más datos en relación con la cuantía de las aportaciones, o con su carácter obligatorio o voluntario; sin embargo, aparece como incontrovertido – el inventario de la masa activa no ha sido impugnado en tiempo y forma- que los derechos consolidados por el importe que consta en el informe de la administración concursal ascienden a 3060,32 euros por cada uno de ellos.
SEGUNDO- Desde esta perspectiva, cumple afirmar que un plan de pensiones o, rectius, las aportaciones realizadas por un particular al mismo con la expectativa de que, cumplida la contingencia, puedan recuperarse en los términos legal y reglamentariamente previstos, no pueden definirse como contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración, porque gozan de otra naturaleza; al no poder incardinarse en el artículo 61, no pueden ser resueltos en interés del concurso.
Aunque la administración concursal no haya escogido el cauce correcto, ni la causa de pedir pueda ser alterada por el juzgador, lo cierto es que los derechos consolidados del mismo constan en el inventario de la masa activa de los concursados, sin que se haya procedido a solicitar en forma su exclusión – artículo 96-. Con todos los bienes y derechos del concursado – principio de universalidad- se ha de hacer frente al pago de todas las obligaciones de éste, por lo que no existe justificación real para que, abierta la liquidación concursal, no puedan recuperarse. Es cierto que la ley concursal no modifica de forma expresa el RDL 1/02, a pesar del amplio contenido modificativo que contienen las Disposiciones Finales de la ley 22/03; pero lo cierto, también, es que tampoco lo necesita; no sólo porque es ley posterior sino, más importante, porque es ley especial en caso de concurso que todos los bienes y derechos del concursado, identificados en su inventario, estén destinados al pago a sus acreedores, sin que pueda existir limitación por razón de las contingencias para los que fueron aportadas; como bien razona la administración concursal, parece extraño desde la perspectiva concursal que en determinadas contingencias previstas para la recuperación, como la muerte, ésta obligue a tramitar el concurso de la herencia – artículo 182- o que, si cualquiera de las contingencias sucede con posterioridad a la conclusión del concurso, obligue a reabrirlo en los términos del artículo 179; puede añadirse, a este último razonamiento, que en caso de reapertura la actualización del inventario se produce en relación a la incorporación de nuevos bienes, que no es ni mucho menos el caso, cuando los mismos están incorporados a los textos definitivos y debidamente valorados.
Fuera de que el cauce procedimental escogido no permite la resolución, no se encuentra razón aparente para que el concursado – ya tutelado en su integridad por la administración concursal, en régimen de suspensión de facultades- no pueda disponer de tales fondos para el pago a sus acreedores.": SJM-3 Pontevedra 22.11.2013 (Concurso 325/2012; Incidente 325/2012)

14. Improsperabilidad de la reconvención pretendiendo la resolución por incumplimiento del concursado

AP Madrid

"TERCERO.- Prioridad de la acción de resolución contractual en interés del concurso sobre la de incumplimiento.
En el caso que aquí nos ocupa la Administración Concursal promovió la resolución del contrato de leasing en interés del concurso, al considerar que económicamente no era conveniente para los intereses de la masa el proseguir devengando el pago de sucesivas rentas que consumirían todavía más los magros recursos de la concursada sin obtener a cambio especial utilidad empresarial del bien arrendado. Ante ello la arrendadora financiera no aceptó tal pretensión e incluso, en fase de contestación del correspondiente incidente concursal, planteó reconvención solicitando que la resolución contractual lo fuese a su instancia y por causa de incumplimiento contractual de la contraparte por impago de cuotas del leasing devengadas con posterioridad a la declaración de concurso.
El comportamiento procesal del banco no se ajusta, sin embargo, a una técnica procesal que podamos considerar correcta. Si la Administración Concursal ya había interesado previamente la resolución del contrato en sede judicial, por la vía del artículo 61.2 de la LC, no tenía sentido que la entidad financiera plantease, a su

vez, aprovechando el trámite de contestación, una posterior reconvención interesando la resolución contractual por incumplimiento (que no había reclamado antes por el cauce adecuado del artículo 62 de la LC). Porque ello supondría la paradoja de que el banco, pese a estar oponiéndose formalmente a la pretensión resolutoria, estaría, al unísono, reconociendo que lo procedente era, aunque fuera invocando otra causa (el impago de cuotas del arrendamiento financiero), precisamente la resolución del contrato. Cuando mediaba coincidencia en que la resolución contractual era la salida jurídica a la situación planteada no se justificaba el avivar en sede concursal la litigiosidad sobre ese punto. La resolución contractual, supone, en cualquier caso, la disolución de un vínculo obligatorio que entraña, en consecuencia, la desvinculación de los efectos que estaban previstos en el contrato, aunque ello pueda responder a diferentes causas, legales o contractuales, que son las que pueden justificarla. Si hay conformidad en las partes implicadas en que la disolución debe operar en relación a determinado contrato no hay motivo para la contienda en lo que respecta a ese aspecto. Otra cosa es que el banco estuviese disconforme, en función de las circunstancias concurrentes, con las consecuencias que debería conllevar esa resolución contractual, pero para debatirlo ya disponía del cauce procesal previsto en el propio artículo 61.2 de la LC, en el que la discusión puede centrarse, precisamente, en la determinación de las consecuencias liquidatorias (restitutorias e indemnizatorias) que puedan proceder.
La reconvención planteada por el banco, fundada en la acción resolutoria, era claramente innecesaria una vez que la Administración Concursal ya le había ofrecido, y luego demandado por ello, la disolución del vínculo obligatorio. Para la graduación de las consecuencias de la resolución tampoco se justificaba la interposición de la reconvención, ya que éstas tienen que ser necesariamente fijadas en el fallo judicial (según prevé el artículo 61.2, segundo párrafo, de la LC), de modo que las partes podían invocar al respecto lo que considerasen procedente en el seno de las correspondientes demanda y contestación incidental.
Por otro lado, aun siendo conscientes de la diferente causa de pedir que subyace en ambas pretensiones resolutorias, la segunda siempre hubiese quedado vinculada según una suerte de dependencia al resultado de la demanda principal. Esto es así porque no se puede olvidar que en sede concursal, que es donde nos estamos moviendo, el criterio del interés del concurso prevalece siempre sobre el de la resolución por incumplimiento (como deja perfectamente claro el legislador en el nº 3 del artículo 62 de la LC).
En definitiva, todas las razones que hemos expuestos apuntan a que la única respuesta procedente sería la de apreciar la improsperabilidad de dicha reconvención.": SAP Madrid I(Sección 28) 18.05.2015 (Sentencia 135/2015; Recurso 709/2013)

3. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

Art. 61.3

0. Inaplicabilidad de esta regla a los contratos unilaterales como el de préstamo

Tribunal Supremo

*"II. RECURSO DE CASACIÓN.*CUARTO.-*Formulación del motivo único del recurso de casación.*
Se articula en los siguientes términos: " *Infracción de los artículos 1091, 1255, 1858 del Código Civil en relación con los artículos 49, 59, 61, 62, 84, 146 y 154 de la Ley Concursal ".*
Entiende la recurrente que hallándose LABARO en concurso de acreedores desde el 14 de abril de 2008, no pudo incumplir en el pago de los intereses porque no le podía ser exigible.
Entiende igualmente el recurrente que le es de aplicación al caso el art. 61 LC pese a que se refiere a los contratos con obligaciones recíprocas, especialmente a los bilaterales; sin embargo, dice, los unilaterales también se ven afectados por la norma, para los que no cabe arbitrar otra solución que la contemplada en el ordinal primero del citado artículo, por lo que debe incluirse en la masa pasiva del concurso e integrado en la misma, conforme establece el art. 49 LC.
Invoca igualmente como infringido el art. 59 LC sobre suspensión de intereses, *"salvo los correspondientes a los créditos con garantía real",* lo que no se aplica, dice, a los intereses devengados antes de la declaración de concurso. Sobre los posteriores, sostiene, tiene derecho a ellos pero no vencen ni son exigibles, sino que deben incorporarse a la masa pasiva, junto con el principal, como privilegio especial.
Aduce también la recurrente que la sentencia recurrida infringe el art. 61.3 LC que declara que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución por la sola causa de la declaración de concurso. Por consiguiente, la cláusula 10.c), sobre vencimiento anticipado en caso de insolvencia o concurso debe tenerse por no puesta. Añade que, si la prestataria no podía incumplir por estar en concurso, los argumentos de la demandada y los de la sentencia recurrida, según los cuales se resolvió por incumplimiento en el pago de intereses, terminan por ser contrarios a la disposición prohibitiva del art. 61.3 LC.
Debía ser resuelto, dice, en base al art. 62 LC, por lo que no procedía la ejecución automática de la prenda, pues tratándose de una garantía accesoria queda sujeta *"a la condición ineludible de que exista incumplimiento de la obligación asegurada"* que, conforme reiteradamente se sostiene por la recurrente, este no se ha producido, por estar en concurso.
QUINTO.-*Razones para la desestimación del recurso.*
El motivo que fundamenta el recurso debe ser desestimado. Ninguno de los preceptos invocados en su formulación, los sustantivos del Código Civil (arts. 1091, 1255, 1857 y 1858) y los de la Ley Concursal (49, 59, 61, 62, 84, 146 y 154) han sido infringidos.

En algún caso, ni son invocados en el desarrollo del motivo (arts. 1091 y 1255 CC), en otros, son invocados pero no citados (arts. 1129 y 1124 CC). En todo caso existen en el recurso argumentos impugnatorios contra la sentencia recurrida que parten de errores conceptuales, tanto en la interpretación de la normativa sustantiva civil como en las de carácter sustantivo y procedimental de la normativa concursal.
En primer lugar, debemos destacar que quien presta la garantía prendaria no es el concursado, sino un tercero, el fiador real. Por la fianza, el tercero faculta a la Caja para que pueda realizar el bien dado en garantía (en este caso el crédito derivado de la cuenta corriente), mediante la compensación por la cantidad concurrente, en caso de incumplimiento de la obligación principal (art. 1857.1 º y 1858 CC). Como señala el art. 1822 CC, por la fianza *"se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste"*.
Interpreta el recurrente que, declarado el concurso, no puede el prestatario incumplir con sus obligaciones porque no se le puede reclamar. Una cuestión es que las obligaciones no se puedan exigir al concursado, obligado principal, y otra distinta es que, vencidos los intereses del préstamo, de conformidad con el art. 59 LC, tratándose de una garantía real, puedan ser satisfechas por el fiador real, tercero pignorante, hasta el límite de la garantía constituida.
En segundo lugar, el recurrente invoca erróneamente el art. 61 LC, en un doble sentido. Por un lado, al considerar que el préstamo, -que reconoce es un contrato unilateral-, debe someterse a las normas que allí se integran, cuando, sin más esfuerzo de interpretación, el propio artículo reza *"vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas",* por lo que no es de aplicación; como tampoco lo es el art. 62 *"resolución por incumplimiento",* que sigue refiriéndose al apartado 2 del artículo precedente (el art. 61.2 LC), caso de que el incumplimiento de los contratos con obligaciones recíprocas tenga lugar después de declarado el concurso. Y aún debe distinguirse siguiendo la doctrina sentada por esta Sala (SSTS 505/2013, de 24 de julio y 510/2013, de 25 de julio) entre contratos de tracto sucesivo y de tracto único, para permitir, en el primer caso, la resolución tanto si el incumplimiento es anterior como posterior a la declaración de concurso, y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso.
Por otro lado, consecuencia de cuanto precede, no es de aplicación el apartado 3 del art. 61 al ser el préstamo un contrato unilateral, y no estar el fiador real en concurso, en cuyo supuesto, podría invocarse, en su caso, la paralización de la ejecución de la garantía que prevé el art. 56 LC.
Por consiguiente, el acreedor que ha recibido del fiador una garantía real (prenda), en caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor aún hallándose éste en concurso, puede ejecutarla en los términos convenidos, hasta donde alcance la garantía.
El motivo se desestima.": STS 18.06.2014 (Sentencia 313/2014; Recurso 711/2012)

1. Mantenimiento del contrato de "crédito para descuento". Tratamiento

Tribunal Supremo

"PRIMERO El objeto del proceso versa sobre Derecho concursal. El tema litigioso, suscitado mediante un incidente concursal, hace referencia a la impugnación formulada por una entidad bancaria que discute una Providencia del Juzgado en la que, a instancia de la administración concursal, se acuerda la rehabilitación de una póliza de descuento. El proveído es del 28 de febrero de 2006 y se dictó por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona el 21 de julio de 2006, en el incidente 260/2006 del concurso de la entidad Industrias Kores, S.A.
La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil mencionado el 21 de julio de 2006 desestima el incidente planteado por la representación de la entidad Banco Santander Central Hispanoamericano S.A. y mantiene la rehabilitación acordada. La resolución decide diversas cuestiones, y sobre la que aquí interesa -rehabilitación de la póliza de descuento-, como más significativo dice: que la recurrente [el Banco] pretende ampararse en que el contrato no ha vencido o no se ha resuelto formalmente para justificar una actuación contraria a derecho y que «la entidad financiera ha dejado de atender a la presentación de papel a descuento porque no quiere incrementar el riesgo que le supone mantener el contrato con una sociedad en concurso, dándose la paradoja de que ni el concursado ni la administración concursal pueden acudir a la entidad financiera para realizar las operaciones de descuento -se les rechaza el papel- y se pretende que no puedan rehabilitar por medio de la autorización prevista en el art. 68 esa línea de crédito de hecho resuelta». Más adelante añade que «no parece ni ajustado a derecho ni razonable que la recurrente indique que no está dispuesta a asumir nuevos riesgos cuando lo cierto es que tal riesgo no existe porque o bien no se producen impagos o si se producen se cubren por la masa de una sociedad que se encuentra en funcionamiento y que, además, presta garantías adicionales conforme a las resoluciones referidas en el presente recurso». Y concluye que el recurso incidental debe ser rechazado entendiendo que la entidad financiera había resuelto y dado por vencida la póliza de crédito y que, por lo tanto, es posible la rehabilitación efectuada por los administradores concursales, y, que, aun en el caso de que se considerara no vencido el contrato, el cumplimiento del mismo debería realizarse al amparo de lo dispuesto en el art. 61.2 de la Ley Concursal considerando que las limitaciones en cuanto a la aceptación de papel por parte de la entidad financiera no debe ser de carácter absoluto sino conforme a los parámetros recogidos en la providencia impugnada y la complementaria.
La Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 18 de febrero de 2008, en el Rollo núm. 700 de 2007, estima parcialmente el recurso interpuesto el Banco de Santander Central Hispano S.A., y modifica dicha resolución en el sentido de dejar sin efecto la rehabilitación del contrato de crédito de descuento concertado entre dicho Banco e Industrias Kores, S.A. porque no había existido la previa resolución, sin perjuicio de la obligación del Banco de seguir descontando los efectos y recibos que le presente la administración concursal, dentro de los límites pactados, que deben ser interpretados conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico quinto.
Como apreciaciones más importantes de la SAP cabe señalar las siguientes: a) La póliza de descuento objeto

de "rehabilitación" es propiamente un "crédito de descuento", según la cual el Banco se obliga a descontar al acreditado, en las condiciones pactadas, los efectos que le entregue el cliente hasta una cifra máxima; b) Cuando se declaró el concurso de Industrias Kores el plazo pactado en la póliza de descuento no había vencido y no consta que, como consecuencia del impago de efectos descontados, se hubiera sobrepasado el límite máximo del crédito concedido, lo que también hubiera justificado la resolución del contrato; c) Aunque el art. 68 LC es aplicable a la rehabilitación de contratos de crédito en los que se prevean durante su vigencia obligaciones dinerarias para el cliente cuyo incumplimiento motiva la resolución anticipada, en el presente caso no consta que existiera ninguna causa de incumplimiento que motivara la resolución anticipada del contrato (una cláusula que permita la resolución por la mera declaración de concurso del cliente es ineficaz -art. 61.1 y 3 LC-) por lo que no era necesaria la rehabilitación, ni nos hallamos ante ella, sino ante la pretensión de la administración concursal de cumplimiento del contrato, imponiendo al banco la obligación de seguir descontando los efectos presentados al descuento, por lo que no resulta de aplicación el art. 68 LC, sino el art. 61 LC; d) Al negarse el banco a descontar los efectos ha incurrido en un incumplimiento contractual, pero ello no supone resolución ni vencimiento anticipado de hecho; e) El banco tenía la facultad de denegar efectos presentados al descuento -discriminar el "papel" o los efectos y recibos presentados al descuento, y tal facultad no se altera por la declaración de concurso de la descontataria-. Concretamente la estipulación segunda apartado 4 de la póliza reserva al banco la facultad de analizar libremente y a su criterio los créditos, pudiendo admitirlos o rechazarlos. Sin embargo esta facultad no cabe entenderla como una discrecionalidad absoluta pues ello vaciaría de contenido el contrato, de modo que el límite viene determinado por dos parámetros: la cifra máxima de crédito que se confiere al cliente y la solvencia del deudor al efecto. Este último límite supone que el rechazo del banco se sujeta a un estudio real de la bondad del "papel" que se presenta y justificación objetiva de los motivos para denegar el descuento, sin que sea admisible un rechazo sistemático sin dar justificación alguna. Y esto es precisamente lo ha tratado de impedir el art. 61 LC; f) Por otro lado la situación del banco una vez declarado el concurso viene amparada por lo previsto en los arts. 62 y 84 de modo que el crédito sería contra la masa, y si se resuelve, sin que se hubieran producido disposiciones postconcursales, el posible saldo deudor tendría la calificación de crédito concursal; g) Cabe el rechazo en los casos en que concurran circunstancias que hagan evidente el riesgo del impago del efecto, y siempre dentro del importe límite del crédito; y, h) «En consecuencia, procede dejar sin efecto la rehabilitación del contrato de crédito de descuento concertado entre Industrias Kores y Banco Santander, porque no había existido la previa resolución, sin perjuicio de la obligación del banco de seguir descontando los efectos y recibos que le presente la administración concursal, dentro de los límites pactados, que deben ser interpretados conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, y en concreto en el sentido de que el rechazo de efectos y recibos debe ser excepcional, y responder únicamente a un claro riesgo de impago de tales efectos. Por lo que lo lógico sería que en caso de concurso, y siempre que no se resuelva el contrato, el banco justificara el rechazo del papel en causas objetivas».

Contra dicha Sentencia de la Audiencia se interpuso por BANCO SANTANDER S.A. recursos extraordinarios, dedicando el primer motivo al recurso extraordinario por infracción procesal, y los motivos segundo y tercero al recurso de casación. El Auto de esta Sala de 9 de diciembre de 2009 inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal y admitió el recurso de casación.

SEGUNDO En el denominado motivo segundo de casación se alega el interés casacional que reviste el objeto del debate en lo concerniente a la interpretación del contrato de descuento dentro del procedimiento concursal, a tenor de los arts. 61, 62 y 68 de la Ley Concursal, por cuanto no cabe rehabilitación alguna de lo que no llega a existir, ni apreciarse una eficacia contractual distinta a la existente con anterioridad a la declaración del concurso.

El motivo se desestima por las siguientes razones.

En primer lugar no contiene presupuesto de recurribilidad, por lo que en este momento de examen del fondo no se conoce cuál es la jurisprudencia que se haya podido desconocer por el juzgador "a quo", pues no es idónea la citada con carácter general para el contrato de descuento.

En segundo lugar, admitiendo la posibilidad de que la alusión al ordinal 3º del art. 477.2 se refiera, en relación al apartado 3 del propio artículo, a que la norma no tiene vigencia de cinco años, o bien al interés general de sentar doctrina jurisprudencial respecto a la misma, sucede sin embargo que, cualquiera que sea el criterio de la resolución recurrida sobre la equiparación del contrato de "crédito de descuento" a los contratos de crédito a los efectos de la rehabilitación del art. 68 LC, dicha sentencia, a diferencia de la de primera instancia, no aplica el art. 68 LC, e incluso en su parte dispositiva "deja sin efecto la rehabilitación", por lo que resultaría estéril cualquier opinión de este Tribunal, y, por tanto, casacionalmente irrelevante al no producir ningún resultado útil.

En tercer lugar, se afirma en el enunciado del motivo que no cabe apreciar una eficacia contractual distinta a la existente con anterioridad a la declaración del concurso, y se añade en el cuerpo del motivo (mezclando los argumentos con los relativos a la rehabilitación de un modo confuso y difuso) que «en sede de proceso concursal no puede modificarse la finalidad del contrato marco suscrito, imponiendo la obligación de aceptar el descuento hasta el límite pactado, cuando anteriormente no existía tal obligación» [...]; y que «si no existe la obligación de descontar ni de aceptar el descuento no puede interpretarse aquel como un "general crédito de descuento" no pactado, contrario a la letra y al espíritu y finalidad del contrato; sin que pueda imponerse al Banco la obligación de constituirse en cesionario de los créditos que se pretenderían descontar, por muchas garantías que se le ofrezcan, si, subjetivamente su cedente no le merece la confianza bajo la que contrató, y convino que sería libre en todo caso, y a su criterio, de aceptar o no el descuento». En respuesta a las anteriores alegaciones debe decirse que: (i) El planteamiento es ajeno a los arts. 61 y 62 LC, y, por lo tanto, artificiosa o instrumental la infracción legal del enunciado del motivo; (i2) En absoluto la sentencia recurrida, sino todo lo contrario, establece una distinción entre las situaciones concursal y postconcursal respecto del contrato de descuento; (i3) La apreciación de la sentencia recurrida de existencia de una suma máxima dentro de la que es posible el descuento tiene un carácter fáctico que no es revisable en casación y menos con base

en una mera afirmación de la parte recurrente; y (i4) Finalmente, lo que la parte recurrente pretende es desligarse del contrato marco de descuento mediante el mecanismo indirecto de la discrecionalidad subjetiva y absoluta, rechazando la totalidad del "papel" que se le presente para descuento. Es decir, considera la facultad de discriminación (selección) del papel como una opción de rehusar todos los efectos y recibos a su libre arbitrio. Tal planteamiento no resulta aceptable por los acertados argumentos que expresa la resolución recurrida. Además, la pretensión se contradice con la existencia de una suma máxima de descuento, que resultaría innecesaria de haberse podido rechazar por la entidad bancaria todo el "papel" a su propia voluntad y conveniencia; y desde otros puntos de vista no armoniza ni con la "necesitas" (art. 1256 CC), ni con la lealtad y buena fe contractual (art. 1258 CC), tanto más si se advierte que no se produce desamparo económico alguno para el banco, y que se trata de un supuesto en que la concursada «ha optado abiertamente por la continuidad de su actividad empresarial y ha presentado un plan de viabilidad», lo que repele un rechazo injustificado de "papel bueno" -efectos de escaso riesgo de impago- que en las circunstancias de un acreditado concursado podría determinar su "asfixia financiera", como apunta la sentencia impugnada. Por todo ello, tampoco hay infracción de los arts. 61 y 62 LC, y el motivo decae.
TERCERO En el enunciado del tercer motivo se alega el interés casacional que reviste el objeto del debate, en lo concerniente a la prelación de normas de interpretación de los contratos. Se citan las Sentencias de esta Sala de 4 de julio, 1 y 11 de diciembre de 2006. En el cuerpo del motivo se concreta la infracción en el párrafo primero del art. 1281 CC.
El motivo se desestima porque, aún haciendo abstracción de que no concurre el presupuesto de recurribilidad ya que la doctrina jurisprudencial que se afirma infringida no tiene relación con la materia concursal objeto del proceso en que se plantea el recurso, en cualquier caso la sentencia recurrida no comete la infracción denunciada.
La resolución combatida expone con amplitud y precisión las razones de su decisión. La interpretación literal no puede ser entendida como una mera transposición de las expresiones del documento, sino que los términos empleados deben ser ponderados en relación al contenido de la totalidad del documento y la función y finalidad del contrato. La actividad interpretativa de la sentencia impugnada ha respondido a tales parámetros, rechazando que la operatividad del contrato pudiera depender del arbitrio de uno de los contratantes. Pretender una facultad de discrecionalidad -subjetiva y absoluta- a favor de una de las partes no resulta razonable, y sí en cambio lo es respetar la facultad de seleccionar el "papel" a descontar a causas justificadas desde una perspectiva objetiva. De mantenerse la tesis de la parte recurrente no solo se "vaciaría de contenido" el contrato, como con acierto apunta la resolución recurrida, sino que además supondría la posibilidad de crear fraude de ley (art. 61.3 LC) y la afectación a diversas normas generales de contratación, ya aludidas en el fundamento anterior, aparte de incidir en irracionalidad. ”: STS 31.10.2011 (Aranzadi PROV 2011/395781)

AP Barcelona

“Por lo que se refiere al fondo de la cuestión, el recurso distingue entre la póliza de descuento, que es un contrato marco que define el régimen que tendrán los descuentos que las partes acuerden en cada momento, y cada uno de los descuentos que se practique. Respecto de la póliza de descuento, el Banco entiende que se pretende rehabilitar un contrato que no estaba resuelto, y que en todo caso debería haberse ejercitado una acción de cumplimiento si es que conforme a dicho contrato marco se hubiere incumplido alguna de las obligaciones asumidas por el Banco. En este contrato se preveía que las remesas de efectos entregadas por KORES al Banco debían ser aceptadas por éste, suscribiendo las partes un documento remesa que tendría la consideración de anexo de la póliza, siendo a partir de entonces, al aceptar d Banco a crédito libremente cedido por el cedente, cuando nacía el derecho para este último a obtener el líquido ahora de su activo futuro y el correlativo del cesionario de cobrar la comisión inicial y el reintegro futuro de lo descontado o anticipado, asumiendo sólo entonces las obligaciones establecidas en el contrato. El recurso argumenta que de confirmarse la interpretación que hace la sentencia de primera instancia se estaría imponiendo ahora una nueva obligación que las partes no quisieron en su día Las partes pactaron que se descontarían los efectos que presentara la concursada y que el Banco aceptara, sin que sea aceptable la imposición de una obligación para el Banco de aceptar siempre y en todo caso los efectos que se presentaran a descuento. Es por ello que, afirma el Banco apelante, si no había una obligación preexistente, no cabe rehabilitar lo que no ha existido.
SEGUNDO: No se discute que la administración concursal solicitó del Juez del Concurso que autorizase la rehabilitación de una serie de pólizas de crédito y descuento que la concursada tenía y que al parecer habían sido resueltas por las entidades crediticias dentro de los tres meses anteriores a la declaración de concurso.
Esta autorización se solicitó al amparo del art. 68 LC, por el cauce previsto en el 188 LC y fue concedida por medio de una Providencia de fecha 28 de febrero de 2006.
El Banco Santander, que era titular de una de las pólizas de descuento "rehabilitadas", recurrió en reposición la referida providencia, y al ser desestimada la reposición, formuló el presente incidente concursal, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 del art. 188 LC. (…)
TERCERO: De todas las autorizaciones otorgadas por el Juzgado tan sólo se discute en este incidente la que afecta al Banco Santander, y en concreto a la rehabilitación de la póliza 4e descuento de efectos que dicha entidad tenia: concertada con la ahora concursada.
El descuento, que es un contrato por el que el Banco previa deducción del inter anticipa al cliente el imparte de un crédito contra un tercero, todavía no vencido, mediante la cesión, salvo buen fin, del crédito mismo, puede concertarse de forma aislada, esto es, crédito a crédito, o bien en forma general, a través de un 'crédito de descuento". La póliza de descuento objeto de "rehabilitación" es propiamente un "crédito de descuento", según la cual el Banco se obliga a descontar el acreditada en las condiciones pactadas, los efectos que le entregue el cliente hasta una cifra máxima. Este crédito de descuento, como es el caso, suele instrumontarse en una cuenta corriente que recoge los movicientos de fondos a que da lugar la ejecución del contrato, como son las

cantidades anticipadas, los gastos realizados por el Banco, la devolución de efectos impagados..., de forma que a cedida que se cobran los efectos descontados por el Banco se libera el tope máximo del descuento y el cliente puede seguir presentando documentos para el descuento.
Cuando se declaró el concurso de INDUSTRIAS KORES, el plazo pactado en la reseñada póliza de descuento no había vencido y no consta que, como consecuencia del impago de efectos descontados, se hubiera sobrepasado el limite máximo del crédito concedido, lo que'también hubiera justificado la resolución del contrato.
Conforme a la dicción del art 68 LC. la rehabilitación de créditos, que abarca no sólo al contrato de préstamo sino también a los de crédito en general, presupone que se haya producido su vencimiento anticipado dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados, Si bien el caso prototipico es el impago de cuotas de amortización de un contrato de préstamo, cabe extender la rehabilitación a otros contratos de crédito en los que se prevean durante su vigencia obligaciones dinerarias para el cliente, cuyo incumpliciento motiva la resolución anticipada. Si antes de la declaración de concurso no consta tal incumplimiento ni, por consiguiente la resolución del contrato, resulta improcedente la rehabilitación, por ser innecesaria: no cabe rehabilitar un contrato de crédito que previamente no ha sido resuelto por impago de obligaciones del cliente.
En el presente caso, en que el crédito que se pretende rehabilitar es el que concedió el Banco Santander en la referida póliza de descuento para articular el descuento comercial de efectos de la ahora concursada, no consta que existiera ninguna causa de incumplimiento que motivara la resolución anticipada del contrato, razón por la cual no era necesaria la rehabilitación.
CUARTO: En realidad, la controversia que subyace al presente caso es otra, la que la propia parte apelante aflora en su recurso de apelación: el cumplimiento por el banco de la "supuesta" obligación de descuento de todos los efectos que la concursada le presente, una vez declarado eí concurso. No nos hallamos pues ante un caso de rehabilitación de un contrato de crédito resuelto sino ante la pretensión, de la administración concursal, de cumplimiento del referido contrato, imponiendo al banco la obligación de seguir descontando todos los efectos presentados al descuento, por lo tanto no resulta de aplicación el art. 68 LC sino el art. 61 LC.
Partimos, de consideración previa de que el contrato de crédito de descuento no se resuelve por la mera declaración concurso del cliente, siendo ineficaz la cláusula contractual que habilitaba en tales casos al banco a resolver el contrato (art. 61.1 y 3 LC). Se trata pues de un contrato que no estaba resuelto antes de la declaración de concurso y que ésta no ha provocado tampoco su resolución o extinción. Tampoco consta que con posterioridad a la declaración de concurso se hubiera producido un incumplimiento por parte de la concursada que justifican la resolución, sino en su caso el incumplimiento por el banco de la obligación de descontar efectos. La Administración Concursal confunde este "supuesto" incumplimiento, representado por el rechazo de los efectos presentados a descuento, con una resolución contractual por vencimiento anticipado que no consta. El incumplimiento de una prestación asumida por una de las partes en un contrato bilateral, sin perjuicio de las acciones de cumplimiento y de resolución de contrato que reconoce a la contraparte el art. 1124 CC, no significa que previamente se hubiera producido un vencimiento anticipado del contrato. Pudiera ser que el banco hubiera dejado de descontar efectos aduciendo un vencimiento anticipado por un previo incumplimiento del cliente, pero ello no consta. No consta que el aducido vencimiento anticipado, producido según la Administración Concursal "de facto", venga motivado por un incumplimiento de INDUSTRIAS KORES, que de haber existido se hubiera mencionado cuando menos por alguna de las partes. Estamos, en su caso, ante un simple incumplimiento contractual por parte del banco, que no presupone que previamente se hubiera resuelto anticipadamente el contrato por incumplimiento de las obligaciones de INDUSTRIAS KORES, sino que se ampara en la "supuesta" facultad contractual del banco de denegar efectos presentados al descuento.
Esta es la cuestión sustantiva que plantea el presente caso: en qué medida el banco está obligado a descontar todos los efectos presentados por el cliente, y si puede rechazarlos sin incumplir, por ello, la póliza de descuento.
Aunque respecto del contrato de descuerno realizado de forma aislada cabria cuestionarse su naturaleza red, pues según algunos autores para su perfección requiere ademas del consentimiento de las partes, la transmisión del crédito del descontatario al descontante así como la entrega de la suma de éste a aquél, el contrato de crédito de descuento es propiamente consensual. Ello es así porque se perfecciona por el mero consentimiento, naciendo a partir de entonces para cada una de las partes las obligaciones que constituyen su objeto, y en concreto para el banco la de descontar al acreditado todos los efectos que le presente, dentro de ciertos limites.
La sentencia ahora recurrida presupone que el banco se obligaba en la póliza a descontar todos los efectos y recibos enviados por INDUSTRIAS KORES, pues le impone seguir haciéndolo.
No le falta tazón a la parte apelante cuando argumenta que el concurso no puede suponer para el banco ninguna obligación suplementaria, con respecto a las derivadas del contrato de crédito de descuento, por lo que si antes del concurso gozaba de facultades para rechazar o, mejor dicho, discriminar "el papel" o los efectos y recibos presentados al descuento, no existe ninguna razón para que una vez declarado el concurso tenga que descontarlos todos. En realidad, está sometido a las mismas obligaciones que antes, esto es, debe aceptar los efectos y recibos presentados a descuento dentro dolos mismos limites que antes.
QUINTO; Lo importante ahora es, partiendo de la consideración de que estos límites que conforman el, alcance de la facultad de rechazar los efectos y recibos presentados a descuento no cambian con la declaración de concurso, interpretar el alcance de la obligación de descontar asumida por el banco en el contrato de crédito de descuento.
En la póliza de descuento concertada por el Banco Santander con la concursada, la estipulación segunda, apartado 4 reservaba al banco la facultad de analizar libremente y a su criterio los créditos, pudiendo admitirlos o rechazarlos. Pero esta facultad no puede entenderse como que se concede al banco una discrecionalidad absoluta para rechazar los efectos presentados al descuento, pues ello vaciaría de contenido el contrato. El

crédito de descuento no es sólo un contrato marco que establece las condiciones a las que se someterán los concretos y aislados descuentos de efectos que se perfeccionen más adelante, sino que impone al banco una obligación clara de aceptar los efectos y recibos que el diente le presente en el futuro, dentro de un límite. Este limite viene determinado por dos parámetros: primero, la cifra máxima de crédito que se confiere al cliente; y segundo la solvencia del deudor del efecto presentado, esto es, lo que la doctrina clásica entiende como "idoneidad moral y económica" de dicho deudor, que es lo que determina el mayor o menor grado de riesgo de que el crédito presentado a descuento resulte impagado.
De este modo la facultad del banco de rechazar los efectos presentados a descuento no puede ser absoluta, sino que ha de responder a un estudio real de la bondad del "papel" que se presenta, justificando de forma objetiva los motivos que en cada caso le llevan a rechazar el descuento. Por lo que no es admisible un rechazo sistemático de los efectos presentados por el concursado. sin dar justificación alguna, porque ello pone en evidencia que la razón de dejar de descontar es el cambio de circunstancias que supone que el diente se encuentre en concurso de acreedores. Y esto último es precisamente lo que ha tratado de impedir la Ley concursar en el art 61 LC, al declarar que el concurso no determina por sí la resolución de los contratos y sancionar con nulidad las cláusulas que facultan a resolver el contrato en caso de concurso de una de las partes.
El banco no debe perder de vista que el crédito de descuento opera como un tipo de
contrato de apertura de crédito, en el que hasta la cifra máxima se concede disponibilidad al acreditado, aunque la disponibilidad venga determinada por la presentación de efectos y su impago, y se conceda al banco la facultad de estudiar el riesgo del papel presentado. Traernos a colación la anterior consideración para advenir que la situación del banco, una vez declarado el concurso, al seguir admitiendo el descuento dentro del límite de la cifra máxima de crédito, viene amparada por lo previsto en los arts. 62 y 84 LC, según los cuales al tiempo de resolverse el contrato, el crédito del banco respecto del saldo deudor de la póliza seria crédito contra la masa. Sólo si la Administración concursal hubiera resuelto el contrato conforme al art. 61 LC, y por lo tanto sin que se hubiera producido disposiciones post concursales, el posible saldo deudor sí tendría la calificación de crédito concursal.
En estas condiciones, tiene sentido que pueda exigirse del Banco que continúe descontando, dentro de los límites razonables antes expuestos -cifra máxima de crédito y bondad del papel-, pues el riesgo frente al deudor concursado queda paliado con la consideración de su crédito corno contra la masa.
Del mismo modo que el Banco no puede rechazar arbitrariamente todos los efectos presentados tampoco cabe imponerle que necesariamente los acepte todos. Debe admitirse que pueda rechazar aquellos que, en atención al deudor, exista un claro riesgo de que no llegue a cobrarse. En este sentido, no estaría justificado que el Banco con anterioridad a la declaración de concurso viniera admitiendo los efectos o recibos girados contra un determinado cliente del concursado, y que después de la declaración de concurso dejara de hacerlo, a no ser que constaran efectos impagados que pusieran en evidencia el riesgo de impago.
Si tuviéramos que formular el alcance de esta obligación de descontar por parte del banco, partiríamos de la regla, general, cual es el deber de aceptar todos los efectos y/o recibos presentados al descuento, estando justificado su rechazo en los casos en que concurran circunstancias que hagan evidente el riesgo de impago del efecto, y siempre dentro del impone límite del crédito.
De la misma manera que cabe esperar del Banco una actitud responsable a la hora de no conceder crédito más allá de los riesgos razonables, una vez concedido debería ser responsable de las consecuencias del incumplimiento contractual que supone un rechazo injustificado de "papel bueno" –efectos con escaso riesgo de impago-, que en las circunstancias de un acreditado concursado podría determinar su "asfixia financiera"'.
SEXTO: En consecuencia, procede dejar sin efecto la rehabilitación del contrato de crédito de descuento concertado entre INDUSTRIAS KORES y BANCO SANTANDER, porque mi había existido la previa resolución, sin perjuicio de la obligación del banco de seguir descontando los efectos v recibos que le presente la administración concursal, dentro de los limites pactados, que deben ser interpretados conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, y en concreto en el sentido de que elrechazo de efectos y recibos debe serexcepcional, y responder únicamente a un claro riesgo de impago de tales efectos. Por lo que lo lógico sería que en caso de concurso, y siempre que no se resuelva el contrato, el banco justificara el rechazo del papel en causas objetivas.”: SAP Barcelona (Sección 15) 18.02.2008 (Rollo 700/2007-2)

“PRIMERO La sentencia recurrida declara la obligación que tiene el BANCO SANTANDER de seguir descontando efectos en el marco del contrato de "póliza de crédito bajo la modalidad de anticipo sobre créditos comunicados en soporte magnético", que liga a la concursada con el Banco. La sentencia es recurrida por el Banco, quien argumenta que al denegar el descuento de efectos no ha incurrido en ningún incumplimiento contractual, pues la propia póliza le otorgaba entera libertad para aceptar o no los efectos presentados a descuento, dejándolo exclusivamente a su criterio. Insiste en que ni la concursada ni la administración concursal pueden exigirle que acepte el descuento propuesto.
SEGUNDO El precedente más próximo de la cuestión que se discute en el presente incidente es la sentencia dictada por esta misma sala el día 18 de febrero de 2008. En aquella ocasión, el contrato que ligaba a las partes era de "crédito de descuento", según el cual el Banco se obligaba a descontar al acreditado, en las condiciones pactadas, los efectos que le entregara el cliente hasta una cifra máxima. Se trataba de una póliza sujeta a un plazo determinado, que no había vencido al tiempo de declararse el concurso de acreedores de la contraparte.
En aquella ocasión, ante una cláusula contractual que reservaba al banco la facultad de analizar libremente y a su criterio los créditos, pudiendo admitirlos o rechazarlos, argumentábamos que "esta facultad no puede entenderse como que se concede al banco una discrecionalidad absoluta para rechazar los efectos presentados al descuento, pues ello vaciaría de contenido el contrato. El crédito de descuento no es sólo un contrato marco que establece las condiciones a las que se someterán los concretos y aislados descuentos de

efectos que se perfeccionen más adelante, sino que impone al banco una obligación clara de aceptar los efectos y recibos que el cliente le presente en el futuro, dentro de un límite. Este límite viene determinado por dos parámetros: primero, la cifra máxima de crédito que se confiere al cliente; y segundo la solvencia del deudor del efecto presentado, esto es, lo que la doctrina clásica entiende como 'idoneidad moral y económica' de dicho deudor, que es lo que determina el mayor o menor grado de riesgo de que el crédito presentado a descuento resulte impagado".
De este modo la facultad del banco de rechazar los efectos presentados a descuento no puede ser absoluta, sino que ha de responder a un estudio real de la bondad del 'papel' que se presenta, justificando de forma objetiva los motivos que en cada caso le llevan a rechazar el descuento. Por lo que no es admisible un rechazo sistemático de los efectos presentados por el concursado, sin dar justificación alguna, porque ello pone en evidencia que la razón de dejar de descontar es el cambio de circunstancias que supone que el cliente se encuentre en concurso de acreedores. Y esto último es precisamente lo que ha tratado de impedir laLey Concursal en el art. 61, al declarar que el concurso no determina por sí la extinción de los contratos y sancionar con nulidad las cláusulas que facultan a resolver el contrato por la declaración de concurso de una de las partes".
Del mismo modo, en nuestro caso, las referencias contenidas en la "póliza de crédito bajo la modalidad de anticipo sobre efectos comunicados en soporte magnético" (ff. 9 y ss), de que "el banco se reserva la facultad de analizar libremente, y a su criterio, los créditos, pudiendo admitirlos o rechazarlos", no pueden justificar el rechazo sistemático de los efectos presentados a descuento simplemente porque la concursada no aporta nuevas garantías, pues, como el propio banco argumenta, en realidad, es la situación de insolvencia de la concursada la que le lleva a no descontarle efectos, y no el riesgo de impago de dichos efectos. Hacer valer esta facultad de exclusión de efectos de esta manera supone, dentro del contexto de losarts. 61 y 62 LC, así como del reseñado precedente judicial, un supuesto de abuso de derecho sancionado por elart. 7.2 CC, pues se escuda en la discrecionalidad pactada que guarda relación con la bondad del papel a descontar, para dejar sin efecto la previsión contenida en elart. 61.4 LC, al negarse de forma sistemática a descontar cualquier efecto por el mero hecho de estar la otra parte en concurso.”: SAP Barcelona (Sección 15) 15.09.2010 (JUR 2011/203811; Sentencia 268/2010; Rollo 254/2010)

2. Improcedencia de la resolución por declaración de concurso. Cláusula nula. Inexistencia de dolo por la mera omisión de información sobre la inmimente solicitud de concurso voluntario

AP Barcelona

“PRIMERO La controversia resuelta por la sentencia recurrida gira en torno a la validez y la resolución del contrato celebrado por EXDEBAILL, S.A. e INMOPROGRESA, S.A. el día 12 de junio de 2006. La administración concursal de EXDEBAILL, S.A., declarada en concurso con posterioridad a la firma del contrato, interesa la resolución del contrato por incumplimiento de INMOPROGRESA, S.A., quien pretendió resolver el contrato al conocer que EXDEBAILL, S.A. había solicitado el concurso voluntario, e impidió el acceso de los trabajadores de esta a la obra para cumplir el contrato. Por su parte INMOPROGRESA, S.A. pide que se declare la nulidad del contrato de 12 de junio de 2006 porque su consentimiento estaba viciado por dolo, ya que EXDEBAILL, S.A. ocultó que estaba próxima a pedir el concurso, circunstancia relevante para que INMOPROGRESA, S.A. hubiera querido concertar el contrato. Subsidiariamente, también pide la resolución del contrato por incumplimiento de EXDEBAILL, S.A., porque a fecha 30 de junio de 2006 no había dado comienzo al inicio de las obras.
ElJuez del concurso consideró que INMOPROGRESA, S.A. había resuelto indebidamente el contrato el 5 de julio de 2006, invocando una cláusula contractual que le habilitaba a resolver si dentro de los treinta días siguientes a la firma del contrato EXDEBAILL, S.A. se declaraba en concurso. Desestima la pretensión de nulidad, negando la concurrencia del dolo, y también la pretensión de resolución por incumplimiento de EXDEBAILL, S.A. Y, finalmente, entiende que ha existido un incumplimiento por INMOPROGRESA, S.A., que justifica la resolución del contrato y su condena a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, que cuantifica en 44.051,26 euros.
INMOPROGRESA, S.A., en su recurso de apelación, insiste en que el contrato debe anularse porque su consentimiento se vio viciado por dolo, ya que de haber conocido que EXDEBAILL, S.A. iba a presentar su concurso voluntario no hubiera concertado dicho contrato. Subsidiariamente, argumenta que existió un incumplimiento previo por EXDEBAILL, S.A., que se limitó a llevar a la obra dos empleados, el día 20 de junio de 2006, que se limitaron a realizar trabajos de limpieza, de forma que a 30 de junio todavía no habían empezado las obras y el director general de EXDEBAILL, S.A. estaba realizando gestiones para que otra empresa pudiera realizar los trabajos contratados.
SEGUNDO En un orden lógico, en primer lugar, debemos abordar la controversia en torno a la validez del contrato de 12 de junio de 2006, en concreto si concurre la causa de anulación invocada por INMOPROGRESA. El hecho de que el 5 de julio de 2006 dirigiera una carta a EXDEBAILL, S.A. en la que ejercitaba la facultad de resolución del contrato porque dentro de los primeros 30 días siguientes a la celebración del contrato EXDEBAILL, S.A. había incurrido en situación de insolvencia según laLey concursal, y que esta causa contractual de resolución fuera nula al amparo del art. 61.4 LC, da lugar a que consideremos, como ya hizo el juez del concurso y no se discute por INMOPROGRESA, S.A., improcedente la resolución unilateral practicada por esta última. Pero ello no impide que pueda cuestionarse la validez del contrato por la existencia de un vicio en el consentimiento, sin que hubiera sido necesario invocarlo antes. La acción de anulación está sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años (art. 1301 CC), de forma que, mientras no conste un retraso malicioso en el ejercicio de la acción, INMOPROGRESA podía pedir la nulidad mientras no haya caducado la acción.

INMOPROGRESA argumenta que no habría prestado su consentimiento al contrato de ejecución de obra de 12 de junio de 2006, si hubiera sabido que la contraparte, EXDEBAILL, S.A., estaba a punto de instar su concurso voluntario, pues ello supondría un riesgo de que la obra contratada no podría realizarse en los plazos convenidos, por falta de capacidad económica de la constructora. Al respecto conviene aclarar que EXDEBAILL, S.A. solicitó su concurso de acreedores el día 21 de junio de 2006 y que la obra contratada eran los trabajos de albañilería en el edificio de la calle Calabria 8-12 de Barcelona, cuya construcción estaba promoviendo INMOPROGRESA.

Es lógico pensar que INMOPROGRESA no habría accedido a firmar el contrato de ejecución de obra con EXDEBAILL, S.A. de haber sabido que diez días después iba a presentar su solicitud de concurso voluntario, pero ello no basta para que pueda apreciarse la concurrencia del dolo, como vicio del consentimiento. Es necesario que hayan existido por EXDEBAILL, S.A. "maquinaciones engañosas" para inducir a INMOPROGRESA a firmar el contrato. Por lo tanto, debemos examinar si constituye una maquinación engañosa por parte de EXDEBAILL, no haber comunicado a INMOPROGRESA antes de firmar el contrato que pensaba pedir su concurso voluntario. Dicho de otro modo, si con ello EXDEBAILL infringió alguno de los deberes que impone la buena fe. La doctrina (de castro, Negocio jurídico, p. 202) y la jurisprudencia han venido admitiendo como vicio del consentimiento la reticencia dolosa, el "callar consciente (...) cuando preexista (...) un deber u obligación de verificar una comunicación" (STS 27 de marzo de 1989).

La respuesta no es fácil, pues si afirmamos que en un supuesto como el presente EXDEBAILL debía haber advertido a INMOPROGRESA que en breve iba a pedir su concurso voluntario o, cuando menos, que existían posibilidades de que así fuera, y por consiguiente incumplió un deber de buena fe que constituye una maquinación insidiosa para inducir a recabar el consentimiento de INMOPROGRESA, ello equivaldría a reconocer con carácter general que todos los contratos concertados por quien está próxima a concursar son anulables si no se había anunciado a la contraparte su verdadera situación de proximidad al concurso. Y este deber no puede imponerse, con carácter general y necesario, a quien se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente, pues ello supondría ahuyentar a todos sus posibles clientes y redundaría en el cese de su actividad económica, cuando la posterior solicitud de concurso no debe necesariamente conducir a ello, sino que en principio se supone la continuación en la actividad económica o empresarial del deudor (art. 44 LC). Distinto hubiera sido que se hubiera simulado una situación de solvencia que no se tenía, pues la actuación a través de la cual se hubiera materializado esta simulación sí hubiera constituido una maquinación insidiosa, pudiendo advertirse claramente que la misma perseguía inducir a la otra parte a contratar. Pero si la conducta consiste en omitir hacer mención que en breve se iba a pedir el concurso, en ese caso, tratándose de un contrato de obra relacionado con la actividad ordinaria de EXDEBAILL y que laLey Concursal regula la vigencia de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento por ambas partes (arts. 61.2 y 62 LC), no cabe advertir en el presente caso la concurrencia del dolo invocado para justificar el vicio en el consentimiento, y con ello la anulación del contrato.

TERCERO Como ya hemos adelantado, las partes no discuten que la resolución del contrato de obra realizada de forma unilateral por INMOPROGESO el 5 de julio de 2006, se hizo al amparo de unacláusula contractual que carece de validez conforme al art. 61.4 LC. La consecuencia inmediata es que el contrato fue indebidamente resuelto, y cobra sentido dilucidar si concurren otras causas de resolución por incumplimiento aducidas por cada una de las partes contratantes, una vez declarado el concurso, y al amparo delart. 62.1 LC : para la administración concursal de EXDEBAILL, fue INMOPROGESO quien incumplió el contrato al no admitir la entrada en la obra a los empleados de EXDEBAILL, mientras que para INMOPROGRESA fue la concursada quien incumplió al retirar sus trabajadores de la obra el 30 de junio de 2006.

Para que el incumplimiento pueda justificar la resolución del contrato al amparo delart. 1124 CC, es necesario que se refiera a una obligación principal, y que sea grave, esto es total y definitivo, en la medida en que frustre la finalidad del contrato.

La jurisprudencia suele denegar la resolución en los casos de incumplimiento de una obligación accesoria, esto es, cuando no se altera la relación de reciprocidad o interdependencia causal (SSTS 31-VII-2002; 27-II-2004; 20-XII-2006; 14-V-2007 y 31-V-2007). La esencialidad o accesoriedad de la obligación incumplida viene determinada por su carácter interdependiente o no respecto de las obligaciones de la otra parte, esto es, por la "mutua condicionalidad" de las obligaciones a que se refiere la citada jurisprudencia.

Pero no basta cualquier incumplimiento, sino que es preciso que sea verdadero y propio, grave, esencial, de importancia y trascendencia para la economía de los interesados, o que tenga entidad como para impedir la satisfacción económica de las partes. O dicho de otro modo, que frustre la finalidad perseguida por las partes con el contrato, las legítimas expectativas de las partes o el fin práctico perseguido por el negocio. Con estas formulaciones, la jurisprudencia quiere evitar la resolución cuando no exista un incumplimiento total y definitivo. De tal forma que si la prestación no ha sido ejecutada en absoluto y el incumplimiento ya no es posible o ya no satisface el interés del acreedor, no existe duda sobre la procedencia de la resolución. El mero retraso, mientras no frustre la finalidad perseguida por las partes con el negocio, ni manifieste una voluntad contraria al cumplimiento o la imposibilidad de cumplir, no justifica la resolución (SSTS 28-IX-2000, 7-III-2008 y 25-VI-2009).

No obstante, es posible que por pacto contractual, en caso de incumplimiento de los plazos de realización de los trabajos, se haya facultado a la parte in bonis a resolver el contrato. En estos casos, laSTS 19-V-2009 recuerda que si bien "para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria se necesita que sea esencial (STS 5-IV-2006)", "no hay duda de que esa condición la merece aquel incumplimiento que la tenga por voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la "lex privata" por la que quieren regular su relación jurídica".

En el caso objeto de enjuiciamiento, según el contrato de obra (f. 7), los trabajos debían iniciarse el día 18 de junio de 2006 y estar terminados el 15 de mayo de 2007. En la condición general E) se decía que si el desarrollo de los trabajos sufriera algún retraso en el ritmo previsto, la industrial (EXDEBAILL) debía

recuperarlo, realizando horas extraordinarias o trabajos los sábados, si fuera necesario, pues de lo contrario serían de aplicación los pactos T. y i. de las condiciones generales. El pacto T de las condiciones generales dispone que el retraso en la ejecución de las obras, tanto en su inicio como en su desarrollo o finalización por causas imputables al industrial sería objeto de penalización. Y el pacto i), que regula las causas de rescisión, prevé como una de ellas el retraso considerable en el ritmo de los trabajos imputable al industrial, de acuerdo con las condiciones económicas establecidas, que dejara prever un retraso superior a los días fijados en el punto 10 de las Condiciones Económicas, en la terminación de los trabajos (10 días).
Las partes no discuten que si los trabajos debían iniciarse el día 18 de junio de 2006, los empleados de EXDEBAILL no acudieron a las obras hasta el día 20 de junio de 2006. Según INMOPROGRESA, eran tan sólo dos y se limitaron a realizar operaciones de limpieza. Conviene advertir que al día siguiente, EXDEBAILL pidió el concurso voluntario y que, cuando tuvo conocimiento de ello INMOPROGRESA, quiso resolver el contrato, mediante un escrito de 5 de julio de 2006. Las partes discuten si los empleados de EXDEBAILL abandonaron la obra por propia voluntad el día 30 de junio de 2006, o si fue INMOPROGRESA quien a partir entonces no les dejó entrar. El testimonio del arquitecto técnico Sr.Rafael y el arquitecto Sr.Luis Miguel testificaron en el sentido de que fueron los empleados de EXDEBAILL quienes abandonaron la obra. También consta aportado a los autos tres e-mails deCelestino, que había intervenido como comercial de EXDEBAILL en la concertación de esta obra, dirigidos al Sr.Hermenegildo, de INMOPROGRESA, de fechas 29 de junio, 3 de julio y 10 de julio de 2006, en los que ofrecía distintas posibilidades para que se hicieran cargo de los trabajos otras empresas, en las mismas condiciones pactadas. Pero estas comunicaciones son contradictorias con el burofax remitido por EXDEBAILL a INMOPROGRESA, el día 13 de julio de 2006, en el que, además de contestar a la carta por la que se pretendía resolver el contrato, aclarando que ello contrariaba elart. 61.3 LC, manifestaban su voluntad de iniciar los trabajos y de llegar a un acuerdo para ello.
Todo ello nos permite concluir que si bien EXDEBAILL se retrasó en el comienzo de los trabajos, este retraso no debía calificarse de "considerable", y por lo tanto no justificaba la resolución del contrato, sino que antes debía darse la oportunidad a la contratista de cumplir, permitiéndosele la entrada en la obra, sin perjuicio de que debiera recuperar el tiempo perdido, y sólo en el caso en que más tarde se evidenciara un retraso manifiesto, cabría ejercitar la facultad resolutoria. Por lo tanto, la causa de resolución del contrato hay que imputarla a la actitud de INMOPROGRESA de resolver unilateralmente y de forma injustificada el contrato, a través de la comunicación de 5 de julio de 2006, que impidió a EXDEBAILL que realizara los trabajos contratados.
CUARTO La resolución del contrato por incumplimiento imputable a INMOPROGRESA justifica su condena a indemnizar a la contraparte los daños y perjuicios sufridos, que el informe pericial aportado con la demanda cuantifica en 44.051,26 euros, y que se corresponden con los beneficios dejados de obtener. En su recurso de apelación, INMOPROGRESA argumenta que ello es contradictorio con el hecho de que la concursada hubiera cesado formalmente en el ejercicio de su actividad empresarial el día 5 de diciembre de 2006, pues entonces difícilmente hubiera podido concluir los trabajos cuyo plazo de entrega estaba previsto para el día 15 de mayo de 2007. Pero este argumento no es correcto porque el cese de la actividad en diciembre de 2006 pudo venir determinado precisamente por la indebida resolución del contrato de ejecución de obra con INMOPROGRESA, pues si dicho contrato hubiera estado vigente hubieran tenido que seguir operando, cuando menos hasta la conclusión de esos trabajos. Aunque no deja de ser un juicio hipotético, cuando menos está claro que las circunstancias habrían cambiado, de no haberse resuelto el contrato, y no hubiera estado justificado el cese en la actividad en diciembre de 2006.
Sin embargo, es un hecho indubitado que a fecha 30 de junio de 2006, EXDEBAILL llevaba doce días de retraso, pues no había comenzado propiamente los trabajos encomendados. Aunque este retraso no justificara la resolución, pues estaba previsto que diera lugar a la aplicación de las penalizaciones convenidas en el pacto T), a la hora de calcular la indemnización, resulta justificado descontar de los beneficios que hipotéticamente hubiera obtenido la concursada de haber ejecutado las obras, las penalizaciones que presumiblemente le hubieran aplicado por el retraso que llevaba (12 días). La cláusula 9 del contrato prevé una penalización de 900 euros por día, por lo que si no hubiera recuperado el retraso, EXDEBAILL hubiera tendido que abonar 10.800 euros, que ahora procede descontar de lo supuestos beneficios dejados de obtener (44.051,26 euros). De este modo, la indemnización que finalmente debe abonar la demandada es de 33.251,26 euros.": SAP Barcelona (Sección 15) 13.11.2009 (Sentencia 380/2009; Rollo 266/2009)

3. Inaplicabilidad a la opción de venta pactada

Tribunal Supremo

"Eficacia de las cláusulas sexta y séptima del contrato de 26 de diciembre de 2006
10. Lo argumentado hasta ahora sirve para dar respuesta al motivo de apelación esgrimido por el recurso en relación con la falta de pronunciamiento sobre la validez de estas cláusulas sexta y séptima del contrato de 26 de diciembre de 2006.
El contrato de 26 de diciembre de 2006 preveía que, como así se formalizó al día siguiente mediante escritura pública de compraventa, Immochan adquiriría el 50% indiviso de las fincas sitas en Catarroja, sobre las que, tras las operaciones de reclasificación, recalificación, reparcelación y otras complementarias, las partes iban a copromover el parque comercial y de ocio, por un precio determinado, cuyo pago se fraccionó por el contrato de 27 de diciembre de 2006 en función del cumplimiento de unos hitos urbanísticos.
En la cláusula sexta se pactó un derecho de opción de venta de este 50% indiviso, a favor de Algama, que resultaba facultativo para Immochan y obligatorio para Algama. El ejercicio de este derecho de opción de venta estaba supeditado a dos condiciones suspensivas independientes: i) que en el plazo de dos años el Ayuntamiento de Catarroja no hubiera aprobado el proyecto de reparcelación; y ii) que en el plazo de dos años

y medio no se hubiere obtenido la licencia de gran superficie comercial del establecimiento colectivo o, en este tiempo, hubiese tenido lugar la denegación en vía administrativa de esta licencia.
La cláusula séptima preveía que, en caso de ejercitarse el derecho de opción de venta, LLUEI concedía a Immochan un derecho de retención de la parte del precio que estuviera pendiente de pago en ese momento. Y Llanera afianzaba de forma solidaria las obligaciones de Algama, en caso de que se ejercitara la opción de venta.
11. La validez y eficacia de estas cláusulas no se ven afectadas por la declaración de concurso de Llanera y de su filial LLUEI. Aunque para el grupo Llanera el ejercicio del derecho de opción de venta pudiera suponer la resolución del contrato de compraventa y de colaboración, y la restitución a Immochan de las cantidades que hasta ahora hubiera abonado Immochan, el ejercicio de esta facultad no está prohibido por la Ley Concursal, que se limita a dejar sin efecto las cláusulas contractuales que prevean la resolución unilateral del contrato por la mera declaración de concurso de otra de las partes (art. 61.3 LC).": STS 26.02.2013 (Sentencia 68/2013; Recurso 1611/2010)

Artículo 62. Resolución por incumplimiento.

1. La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.

Art. 62.1

Tribunal Supremo

"2.2. La facultad de resolución en el concurso de los contratos de tracto sucesivo por incumplimiento.
La Ley Concursal, inspirada en el principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado -de forma expresa la Exposición de Motivos afirma que *"la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa"* - dispone en el art.62.1 que *[l]a declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del art. precedente [contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte] por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso"*
30. Lo expuesto permite afirmar que, en general, la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolver los contratos de tracto sucesivo, de tal forma que, a tal fin es irrelevante que el incumplimiento resolutorio, tanto del concursado como del tercero, se haya producido antes o después de la declaración de concurso, ya que tal declaración no produce efectos depuradores de incumplimientos anteriores ni expropia al contratante cumplidor de la facultad de resolución para caso de incumplimiento resolutorio de la contraparte.
Dicho de otra forma, dada la existencia de una relación unitaria, el incumplimiento resolutorio anterior a la declaración de concurso permanece y sigue incurso en causa de resolución con posterioridad a la misma. ": STS 21.03.2012 (Sentencia 145/2012; Recurso 272/2009)

AP Barcelona

"SEGUNDO.-El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable a las sentencias de incidentes concursales por remisión del artículo 196 de la Ley Concursal, dispone que en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. Sin embargo, el principio objetivo del vencimiento, como criterio de imposición, se matiza en el mismo precepto, al atribuir al tribunal la facultad de apreciar que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, en cuyo caso no deben imponerse las costas al litigante vencido. Como señala la STS de 10 de diciembre de 2010, esta previsión tiene su antecedente inmediato en el artículo 523 de la LEC de 1881, "y su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado. Se configura como una facultad del juez (SSTS 30 de junio de 2009 y 10 de febrero de 2010) discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes".
En el presente caso, para analizar si la cuestión que se somete a enjuiciamiento resulta o no controvertida y discutible, es preciso analizar, siquiera sucintamente, el fondo del asunto. En el presente caso, la parte actora no se limitó a solicitar la exclusión de un crédito concursal, sino que sostuvo en la demanda que el contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre las partes era de tracto sucesivo y que, al tiempo de declararse el concurso, el contrato se "hallaba en situación de cumplimiento por ambas partes". Se trataba, en definitiva, de un contrato de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una y otra parte sujeto a las previsiones del artículo 61.2º de la Ley Concursal. La obligación de pago, según la demandante, se incumplió tras la declaración de concurso, por lo que estaba facultada a promover la resolución por incumplimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.
La administración concursal, en su escrito de contestación, admitió que existían dudas sobre la calificación del contrato y, en concreto, si era de tracto único o de tracto sucesivo (hecho segundo de la contestación, al folio 23). Sin embargo, prescindiendo de la situación del contrato tras la declaración, sostuvo la consideración del crédito como concursal por responder a servicios prestados antes de la declaración, cualquiera que fuera la

fecha del vencimiento de la obligación de pago. La sentencia de instancia acoge el criterio de la administración concursal, no sin antes expresar sus dudas (fundamento segundo, al folio 50), dado que afirmó que "la cuestión era discutible".
TERCERO.-A la vista de cuanto antecede, debe concluirse, como afirma la demandante, que el caso entrañaba serias dudas de derecho, dudas que se han acrecentado con lo alegado por una y otra parte, respectivamente, en los escritos de apelación y oposición. En efecto, resulta muy discutible la calificación del contrato y, en concreto, si era de ejecución instantánea (tracto único) o continuada (tracto sucesivo). La calificación resulta determinante, dado que condiciona completamente la facultad de resolución regulada en el artículo 62. Aun cuando no se han extendido las partes, tanto por la importancia económica del contrato como por la emisión de una pluralidad de facturas, no es descartable que pudiera calificarse como un contrato de tracto sucesivo, por comprender prestaciones de cumplimiento reiterado o continuo.
Si así fuera, el artículo 62 facultaba a la demandante a promover la resolución, dentro del concurso, tanto si el incumplimiento fue anterior como posterior a la declaración de concurso. En este contexto, el artículo 62.4º regula el tratamiento del crédito del contratante in bonis, distinguiendo también según que el incumplimiento fuera anterior o posterior al concurso. En el primer caso, el "crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales se incluirá en el concurso", expresión equívoca que viene interpretándose en el sentido de que el crédito será concursal. Por el contrario, si el contrato se incumple tras la declaración, "el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa". En el presente caso concurre una dificultad añadida de interpretación, toda vez que, incumplido el contrato, las partes acordaron su novación, posponiendo la obligación de pago. Si se entiende, como sostiene la actora, que, precisamente por la novación, el contrato se incumplió una vez declarado el concurso, el crédito lo sería contra la masa
A todo ello debe añadirse una última consideración. En la demanda, y con más precisión, en el recurso, la demandante afirma que cinco de las facturas (de la 111 a la 115), fechadas el 4 de junio de 2008 -el concurso se declaró el 15 de abril de ese mismo año-, responden a trabajos "devengados" -hay que entender que quiso decir "efectuados"- con posterioridad. Tal afirmación no ha sido rebatida por las demandadas. Ello habría implicado, no sólo que el contrato se mantuvo vigente tras la declaración, sino que al menos en una pequeña parte del crédito sí habría merecido, en cualquier caso, la consideración de crédito contra la masa. Por todo lo expuesto, atendidas las dudas de derecho suscitadas, debe dejarse sin efecto la condena en costas a la parte actora.”: SAP Barcelona (Sección 15) 20.11.2012 (Sentencia 381/2012; Rollo 295/2012)

AP Córdoba

“SEGUNDO.-En cuanto al fondo del asunto, el artículo 62.1 de la Ley Concursal restringe la posibilidad de resolución contractual por incumplimiento del concursado a aquellos casos en que el incumplimiento haya sido posterior a la declaración de concurso, con la salvedad de que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo caso también es operativo el incumplimiento anterior. Existe unanimidad doctrinal en que debe interpretarse la excepción en el sentido técnico y estricto de contratos de tracto sucesivo, es decir, aquellos en que su ejecución determina un comportamiento continuado o prolongado en el tiempo; excluyéndose, en consecuencia, que pueda aplicarse tal previsión a los contratos con prestaciones únicas o instantáneas, aunque las mismas estén diferidas y/o fraccionadas en su ejecución. Por tanto, en los contratos de tracto único el incumplimiento anterior no faculta para resolver. Lo que no queda contradicho por la jurisprudencia invocada por la parte apelante, que se refiere a supuestos de resolución contractual general, pero no al supuesto específico previsto en el mencionado artículo 62.1 de la Ley Concursal. Y todo ello, sin perjuicio del tratamiento concursal como crédito de las cantidades entregadas a cuenta por la parte apelante, lo que es ajeno a este incidente concursal.“:SAP Córdoba (Sección 3) 28.04.2011 (Sentencia 94/2011; Rollo 118/2011)

AP Murcia

“Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 LC cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.
En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal.”: S AP Murcia 3.03.2006 (AC 2006\490)

“En este sentido y como ya dijimos en la sentencia de 3 de marzo de 2006, dictada en otro incidente concursal derivado también del Concurso núm. 7/04 de la mercantil Copinsa, resulta necesario concretar el marco jurídico-concursal conforme al que la sociedad actora ejercita, vía cauce procesal incidental, la presente acción resolutoria.
Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 LC cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente preve y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.

En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 preve el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal.": Sentencia AP Murcia 10.03.2006 (JUR 2006/141102)

AP Vizcaya

"Es necesario, además que, como en el cautos de autos estemos ante un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, ya que el art 62 que regula las causas de resolución por incumplimiento alude a los contratos previstos en el apartado 2º del artículo anterior, y este art 61.2 de la ley se refiere a los supuestos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la parte in bonis, por lo que solo cabría resolver los contratos si hay obligaciones pendientes para ambas partes. Esta solución es acorde a lo previsto en el art 61.1 de la ley, que señala que si una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones, y la otra no, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso; ésta es la única solución que contempla el precepto y no admite en estos casos la resolución que podría suponer una alteración de la naturaleza de los créditos. En este sentido la SAP de Madrid de 12 de marzo de 2010 señala que solo cabe la resolución cuando hay obligaciones recíprocas pendientes para ambos, como es el caso de autos. ": SAP Vizcaya (Sección 4) 14.04.2011 (Sentencia 279/2011; Rollo 577/2010)

1. Contratos con obligaciones recíprocas de tracto único

AP Murcia

"De un lado, y teniendo en cuenta que los contratos cuya resolución se aduce, no reúnen, como hemos examinado, la calificación o naturaleza de contratos de tracto sucesivo, es lo cierto que las mercantiles demandantes no pueden ejercitar la citada acción resolutoria por incumplimiento de los mismos anterior a la declaración del concurso, pues como hemos expuesto en el segundo Fundamento de Derecho de esta sentencia, el marco jurídico-concursal de aplicación, le veda e impide el ejercicio de dicha acción por tal incumplimiento precedente. ": S AP Murcia 3.03.2006 (AC 2006\490)

"CUARTO Continuando en esta misma línea de argumentación, entiende este Tribunal que la aplicación de los precedentes criterios y doctrina jurídica a los hechos objeto de controversia en estos autos, no permite otorgar viabilidad a la pretensión actora.
De un lado, y teniendo en cuenta que los contratos cuya resolución se aduce, no reúnen, como hemos examinado, la calificación o naturaleza de contratos de tracto sucesivo, es lo cierto que la mercantil demandante no puede ejercitar la citada acción resolutoria por incumplimiento de los mismos anterior a la declaración del concurso, pues como hemos expuesto en el segundo Fundamento de Derecho de esta sentencia, el marco jurídico-concursal de aplicación, le veda e impide el ejercicio de dicha acción por tal incumplimiento precedente.
Téngase en cuenta además, como con acierto se alega por la administración concursal en su escrito de impugnación del recurso, que esos pretendidos incumplimientos contractuales precedentes al concurso, quedan convalidados por la declaración de concurso y reconocimiento del crédito de «Cargill España» como crédito concursal.
Asiste igualmente razón a la administración concursal cuando en dicho escrito de impugnación afirma que los efectos de esos incumplimientos no son extrapolables a las obligaciones contractuales posteriores a la declaración del concurso.
En efecto, incumbe a «Cargill España» la prueba y acreditamiento del cumplimiento de su obligación de puesta a disposición de «Copinsa» de aquélla mercancía cuyo suministro habría de producirse después de la fecha de declaración de concurso.
Y es lo cierto que tal obligación de «Cargill» no aparece acreditada en estos autos. La prueba documental que se aporta, de confección unilateral, se muestra insuficiente en tal sentido; en todo caso únicamente alcanzaría a la acreditación del contenido de los contratos y sus componentes, pero no es demostrativa de ese previo cumplimiento de la actora de su obligación de puesta a disposición de «Copinsa» de la mercancía en las fechas antes indicadas posteriores a la declaración del concurso.
Por otro lado y con este mismo marco concursal resulta necesario valorar también, como ya dijimos en la tan comentada sentencia de 6 de marzo de 2006, la actuación de la administración concursal y la incidencia de los pactos o acuerdos que al respecto se hayan producido, pues el pretendido incumplimiento se produciría entonces en un momento en el que las facultades de la mercantil concursada se encuentran limitadas por la intervención de dicha administración concursal.
Nótese que el interés de la misma va dirigido a la reanudación y cumplimiento de los contratos en función de la nueva situación económica generada y de las consecuencias de tal naturaleza derivadas del nuevo estatus de Copinsa como concursada. Sin duda este es el objetivo y finalidad del buro-fax de referencia que el Letrado de la administración concursal Sr. Baños Díez remite a la actora y a otros acreedores conforme consta documentado en los autos.
En concreto esa voluntad cumplidora de la administración concursal queda patente en la reanudación del suministro de mercancía y en el consiguiente pago por dicha administración, como así queda justificado y acreditado en estos autos. Finalmente ese pacto o compromiso resulta roto tanto por Cargill como por otras

acreedoras, como ya dijimos en la reiterada sentencia de 6 de marzo de 2006, determinando el planteamiento sucesivo de las acciones resolutorias objeto de los correspondientes incidentes concursales.
Dicho incumplimiento previo de «Cargill» adquiere aún mayor fundamentación, a tenor del testimonio vertido en el curso de este Juicio por el transportista Don Carlos María, cuando afirma que el almacenista, por órdenes expresas de «Cargill» SL, le impide y le niega el cargamento de la correspondiente mercancía. “: Sentencia AP Murcia 10.03.2006 (JUR 2006/141102)

“Tampoco podría accederse a la resolución del contrato a instancia de la parte que había cumplido con sus obligaciones porque, como con acierto señala la sentencia de primera instancia, el incumplimiento de la ahora concursada fue anterior a la declaración de concurso, y tratándose de una obligación bilateral de tracto único en la que ha sido la concursada la que ha incumplido, lo que procede una vez declarado el concurso no es que pueda pedir la resolución del contrato, sino que el acreedor comunique su crédito concursal y se incluya el mismo en la masa pasiva del concurso (art. 61.1 LC), como aquí ha tenido lugar, existiendo una lista definitiva de acreedores que no ha sido combatida por los que ahora, extemporáneamente (y sin formular la debida reconvención), piden la resolución del contrato. “:SAP Murcia (Sección 4) 12.12.2013 (Sentencia 733/2013; Rollo 469/2013).

AP Oviedo

“SEXTO.-Se ejercita acumuladamente por la Administración concursal en su escrito de demanda las acciones de resolución contractual por incumplimiento que son también rechazadas por la Sentencia apelada y en las que ahora se insiste en su recurso. Los incumplimientos que se imputan a "Desarrollo Comercial Urbano de Siero, S.L." -al margen de otros que también se mencionan en el escrito de demanda y cuyo o examen excede la competencia de esta jurisdicción civil- se concretan en que el documento privado no ha sido elevado a público así como que tampoco se ha procedido a la transmisión de las fincas libres de cargas, con lo que la "labor de legalización de las mismas se convierte en una tarea imposible para Exarcarpri, S.A. hoy por hoy". Pues bien, los contratos cuestionados fueron firmados entre DCUS y Excarpri el 31 marzo 2006, siendo así que del contenido de sus estipulaciones obligacionales se desprende que nos hallamos ante contratos de tracto único y no de tracto sucesivo, y ello específicamente en lo que prestaciones que se dicen incumplidas se refiere. Como recuerda la STS 24 julio 2013 los contratos de tracto sucesivo se caracterizan como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes". De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato. Frente a ello en los contratos de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento.
En el caso que nos ocupa es claro que los incumplimientos que la actora imputa a DCUS tuvieron lugar con anterioridad a la fecha de declaración del concurso de Excarpri que tuvo lugar mediante Auto de fecha 29 octubre 2007 -repárese en que el cumplimiento de tales prestaciones no aparece sometido en el contrato a ningún tipo de plazo de espera- lo que viene a vedar que pueda reclamarse la resolución por incumplimiento ex art. 62-1 L.C. pues dicha norma únicamente permite el ejercicio de dicha facultad para los contratos de tracto único en relación con un "incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", procediendo consecuentemente el rechazo del recurso en este extremo. (...)
no podemos hablar de que nos encontremos en presencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, Ayuntamiento de Siero y Excarpri, teniendo presente para ello que la reciprocidad de que trata el art. 61 L.C. únicamente puede predicarse "cuando los deberes de prestación nacidos del contrato son de las dos partes y, además, interdependientes entre sí, de modo que hay entre ellos un nexo causal determinante de que cada uno sea y funcione como contravalor o contraprestación del otro" (SSTS 11 octubre 2011, 11 julio 2013 y 24 julio 2013 entre otras). Habiendo decaído por tanto el presupuesto de aplicación de la resolución por incumplimiento previsto en el art. 62-1 L.C. es por lo que el motivo de apelación deberá también ser rechazado en este extremo.”: SAP Oviedo (Sección 1) 18.09.2013 (Sentencia 267/2013; Rollo 587/2012)

JM-1 Madrid

“SEGUNDO Prevista por la regulación concursal la pervivencia durante la tramitación del concurso, de los contratos con obligaciones recíprocas (artículo 61 LC), es el artículo 62.1 LC el que regula la facultad de resolución contractual para el caso de incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes. En primer lugar, debe destacarse que la primera regla contenida en el artículo 62.1 LC hace referencia al incumplimiento que faculta el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos con obligaciones recíprocas de tracto único. En

tales casos, el incumplimiento que permite obtener la resolución contractual debe ser posterior a la declaración del concurso, esto es, un incumplimiento producido en un momento en el que las facultades del concursado se encuentran, al menos, intervenidas, y por ello, en el que ha tenido alguna incidencia la actuación de la administración concursal. Manteniéndose durante la tramitación del concurso la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas preexistentes, el legislador ha previsto la posibilidad de la resolución de tales contratos para el caso de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso. La causa de tal previsión legal se encuentra en que, declarado el concurso, el crédito anterior a la declaración a favor del acreedor que ha cumplido su prestación, se debe integrar dentro de la masa pasiva. Así se desprende de la dicción del artículo 62.4º LC que determina que una vez declarada la resolución del contrato, el crédito vencido se incluirá en el concurso «si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso», mientras que será a cargo de la masa si el incumplimiento fuera posterior a tal declaración.": Sentencia JM-1 Madrid 15.04.2005 (AC 2005/839)

1.0 Compraventa con obligaciones pendientes sólo a cargo del concursado que fue resuelta extrajudicialmente antes de la declaraciòn de concurso

AP Barcelona

"SEGUNDO.-El contrato litigioso es un contrato de compraventa mercantil de bienes muebles con precio aplazado y con reserva de dominio hasta el total pago del precio (así resulta del acuerdo de compraventa suscrito entre las partes y de los acuerdos de aplazamiento del precio, acompañados como documentos núms. 1 y 3 a 5 de la demanda). Al tiempo de la declaración del concurso de la demandada MEDIMAGEN 2005, S.L., parte subrogada en la posición jurídica de la compradora, la parte vendedora había cumplido su obligación contractual de entrega de los bienes (según resulta de las actas de recepción de los equipos médicos, documento nº 2 de la demanda) y la compradora no había pagado la totalidad del precio. Es un hecho incontrovertido el impago de la totalidad del precio, si bien la apelante alega, por vez primera en el escrito de recurso, un pago parcial de importe 946.529,06 euros.
La cuestión controvertida, que se traslada a esta alzada y es esencial para la resolución del recurso de apelación, reside en determinar la eficacia de la resolución contractual pretendida por la actora y en la que fundamenta su pretensión de exclusión del inventario de los bienes relacionados.
Es incontrovertido en autos que la vendedora, la entidad GEHE, dirigió, por *burofax* de fecha 13 de agosto de 2012, comunicación a la compradora en la que declaraba la resolución del contrato por incumplimiento de su obligación de pago de los equipos médicos con base en el art. 1124 CC. Con fecha 29 de agosto de 2012 remitió nueva comunicación fehaciente a la compradora en la que reiteraba la resolución del contrato efectuada en virtud del requerimiento de 13 de agosto de 2012. La compradora CRC se opuso, mediante *burofax* de fecha 30 de agosto de 2012, a la resolución contractual, sin negar el impago del precio ni alegar causas justificativas del incumplimiento (conforme acredita la referida oposición acompañada como documento nº 5 de la contestación a la demanda de la administración concursal). Posteriormente, con fecha 13 de septiembre de 2012, la vendedora formuló demanda, ante el juzgado de primera instancia, contra la demandada MEDIMAGEN 2005, S.L., que se oponía a la desinstalación y recogida de los equipos médicos, en la que ejercitó una acción declarativa de dominio sobre los bienes objeto del contrato de compraventa, que fue archivada por la declaración de concurso de la demandada (según resulta del documento nº 1 del escrito de adhesión formulado por la interviniente GEHE). Por auto de 20 de septiembre 2012 se declaró el concurso voluntario de acreedores de MEDIMAGEN 2005, S.L.
El contrato de compraventa de los referidos bienes es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas partes contractuales y con incumplimiento del pago del precio (total o parcial) de la parte compradora anterior a la declaración del concurso. El art. 62.1 LC regula los efectos del concurso sobre la facultad de resolución de los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas.
El Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de julio de 2013 (RJ 2013\ 5534), declara, a los efectos de la distinción entre contratos de tracto sucesivo o único establecida en el art. 62.1 LC, que "e *n el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento.";* y, afirma la citada STS, " *[d]espués de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; (...). Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único* ".
En el supuesto de autos, el incumplimiento del contrato de compraventa (contrato de tracto único) fue anterior a la declaración de concurso y la *parte in bonis* ejercitó extrajudicialmente la facultad resolutoria del contrato *ex* art. 1124 CC con anterioridad a la declaración de concurso y con anterioridad al acuerdo de 5 de septiembre de 2012 de subrogación de la actora en los derechos de la vendedora GEHE. Lo que acontece es que la compradora se opuso a la resolución extrajudicial, sin negar el impago del precio, en el que se fundaba la resolución, ni esgrimir o alegar causa justificativa

alguna del incumplimiento y no impugnó judicialmente la resolución extrajudicial. La compradora se limitó a oponerse extrajudicialmente a la resolución sin justificar su improcedencia y no acudió a los Tribunales para negar el incumplimiento resolutorio. La Jurisprudencia tiene declarado que la facultad resolutoria puede ejercitarse no sólo en vía judicial, sino también mediante declaración no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva de que sean los Tribunales los que definitivamente decidan la procedencia de la resolución extrajudicial, cuando no se acepta y resulta impugnada, pero la resolución del contrato se produce por el requerimiento y no por la resolución judicial que, en su caso, recaiga para declarar la resolución ya operada con efecto retroactivo. Como declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de julio de 2013 (RJ 2013\ 4638), reiterando la doctrina establecida en las sentencias de 27 de junio de 2011 (RJ 2011\ 4889) y de 29 de marzo de 2012 (RJ 2012\ 8003), entre otras, *"[e]l artículo 1184 del Código Civil francés impuso, literalmente, un ejercicio judicial de la facultad de resolver por incumplimiento las relaciones jurídicas nacidas de " les contrats synallagmatiques ", al disponer, en su tercer párrafo, que " la résolution doit être demandée en justice ", con posibilidad de que el Juez concediera un aplazamiento, según las circunstancias. Dicha regla - recibida en otros textos de la época, así en el viejo Código Civil italiano de 1865, artículo 1165 - no se recogió, literalmente, en el artículo 1124 del Código Civil español, pese a que, al fin, su texto no se hubiera apartado totalmente de aquel precedente, al contemplar, como alternativa, que el Tribunal deniegue la resolución por " haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo " - sobre ello, sentencias 478/2011, de 27 de junio y 162/2012, de 29 de marzo, entre otras -.*

Sin embargo, la jurisprudencia, en su función complementaria de nuestro ordenamiento -artículo 1, apartado 6, del Código Civil -, ha venido interpretando el artículo 1124 en el sentido de entender que el mismo también permite un ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora, siempre a reserva de que ésta, si es que no estuviera conforme, acuda a los Tribunales para negar el incumplimiento resolutorio o rechazar la oportunidad de hacerlo valer como causa de extinción sobrevenida de la relación contractual -sentencias de 10 de mayo de 1979, 20 de junio, 5 de julio y 6 de octubre de 1980, 5 de noviembre de 1982, 19 de noviembre de 1984, 14 de junio de 1988, 28 de febrero de 1989, 594/1993, de 15 de junio, 380/2005, de 20 de mayo, 478/2011, de 27 de junio, 162/2012, de 29 de marzo, entre otras muchas -.

De acuerdo con esa doctrina y tomando en consideración que el artículo 1124 reconoce al contratante perjudicado la facultad de " escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación ", hay que entender que ésta última tiene lugar, no cuando se produjo el incumplimiento, sino cuando aquel, tras optar por resolver la relación, lo comunica a la otra parte - con la que había perfeccionado un negocio jurídico bilateral -, mediante una declaración de naturaleza recepticia -sentencia 639/2012, de 7 de noviembre, entre otras o, en su caso, mediante un acto concluyente con el mismo significado y eficacia - " facta ex quibus voluntad concludi potest " -.

Como se expuso, en la sentencia recurrida se declaró correctamente ejercitada la facultad de resolver el vínculo ejercitada por los compradores, mediante su notificación a la vendedora, el treinta y uno de mayo de dos mil ocho, antes de que esta fuera declarada en concurso.

Resulta de ello que, cuando dicha declaración tuvo lugar, la relación ya estaba resuelta."

TERCERO.-En el presente caso la declaración extrajudicial de fecha 13 de agosto de 2012 operó la resolución del contrato por ser conforme a Derecho al concurrir los presupuestos exigibles para que prospere la resolución contractual por incumplimiento conforme al art. 1124 CC y la doctrina jurisprudencial citada. A saber: existencia de un contrato de compraventa, reciprocidad de las prestaciones estipuladas y su exigibilidad, cumplimiento por la actora de la obligación contractual a su cargo, incumplimiento grave o resolutorio del demandado por impago del precio pactado y declaración extrajudicial de resolución contractual.

Por lo que se refiere al impago del precio, es incontrovertido que no se ha satisfecho la totalidad del precio y que su pago era esencial para el fin del contrato en cuya garantía de pago se pactó una reserva de dominio a favor de la vendedora. Por lo que el impago parcial concurrente es suficiente para determinar el incumplimiento gravoso o resolutorio exigible a los efectos del art. 1124 CC.

A mayor abundamiento, debe significarse que en la oposición a la resolución extrajudicial la compradora no alegó haber pagado parte del precio, simplemente se opuso a la resolución sin aducir justificación alguna al incumplimiento imputado en el requerimiento, tampoco en la primera instancia se ha opuesto ni invocado el pago parcial del precio, siendo en esta segunda instancia en la que se aduce por vez primera. La introducción en la segunda instancia de alegaciones nuevas contradice los principios de preclusión y contradicción, sin embargo, a los efectos de sancionar la resolución operada procede valorar la prueba obrante en autos para concluir que no resulta probado el pago parcial. Así, la apelante alega un pago parcial de 946.529,06 euros mediante pagarés entregados a la vendedora. La vendedora no niega la entrega de los pagarés, pero afirma que por acuerdo entre las partes contratantes se aplicaron al pago de otras facturas pendientes entre CRC y GEHE, devengadas por otras operaciones comerciales existentes entre ellas y distintas de las referidas al pago del precio de la compraventa de los equipos médicos. Esta afirmación, ya formulada por la actora en su escrito de demanda, queda confirmada con la carta dirigida a CRC y a MEDIMAGEN 2005, S.L. mediante *burofax* de fecha 29 de agosto de 2012, en la que se indicaba expresamente que los pagarés entregados en garantía del pago del precio de la compraventa habían sido aplicados de mutuo acuerdo a otros conceptos, y los correos electrónicos intercambiados entre GEHE y CRC con fechas comprendidas entre el 30 de agosto de 2011 y 31 de octubre de 2011 (documento nº 8 de la demanda). La compradora CRC contestó la referida carta de 29 de agosto de 2012 sin hacer referencia a los pagarés y a su aplicación a otros conceptos. La propia entidad demandada MEDIMAGEN 2005, S.L reconoció en un *burofax* -firmado por el director general de CRC -de fecha 8

de agosto de 2012 dirigido a la actora que estaba pendiente de obtener financiación para el pago de los equipamientos médicos para la prestación del servicio de diagnóstico por la imagen (documento nº 4 de la contestación a la demanda de MEDIMAGEN 2005, S.L.), lo que resulta relevante si atendemos a la afirmación que realiza la propia concursada demandada, en su escrito de contestación a la demanda, de que las máquinas objeto del contrato litigioso estaban destinadas a la prestación de ese servicio (al folio 91).
De tal suerte, la valoración de la prueba obrante en autos no acredita el pago parcial del precio de la compraventa, por lo que resultando incontrovertido el impago total procede concluir que concurren los presupuestos del art. 1124 CC.
De conformidad con el art. 62.1 LC, no procede la resolución judicial del contrato litigioso con posterioridad a la declaración del concurso pero sí procede, atendidas las circunstancias concurrentes expuestas, declarar la procedencia de la resolución extrajudicial operada con fecha 13 de agosto de 2012, con anterioridad a la declaración de concurso de la demandada y del acuerdo de subrogación de la actora en los derechos de la vendedora GEHE y, en consecuencia, estimar la pretensión actora de declarar la exclusión de los bienes, referidos en el fundamento de derecho primero, de la masa activa por no estar integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso, con base en el art. 76.1 LC (*"Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento").*
Todo ello sin perjuicio de que la entidad concursada, como consecuencia de la resolución contractual *ex* 1124 CC, ostente algún crédito exigible a la entidad actora.": SAP Barcelona (Sección 15) 11.02.2014 (Sentencia 38/2014; Rollo 384/2013)

1.1 Compraventa pendiente de cumplimiento a cargo de ambas partes

1.1.0 Inaplicabilidad del art. 61.2 si la resolución ya tuvo lugar extrajudicialmente mediante comunicación recepticia no controvertida antes de la declaración de concurso, aunque no se declare judicialmente bien ejercitada hasta después de ésta

Tribunal Supremo

"PRIMERO. Resumen de los antecedentes.
Los demandantes, don Leovigildo y doña Adoracion, compradores de una vivienda unifamiliar a construir, pretendieron en la demanda la declaración de que la relación jurídica nacida del contrato de compraventa que, el veintiocho de marzo de dos mil seis, habían perfeccionado con la demandada, Promociones Nou Temple, SLU, había quedado resuelta por haber incumplido la vendedora la prestación de entrega de la construcción terminada. También pretendieron la condena de la demandada a restituirles la parte del precio que le habían entregado, con indemnización de daños y perjuicios.
Como Promociones Nou Temple, SLU hubiera sido declarada en concurso después de celebrado el contrato de compraventa, los demandantes interesaron que su derecho a recuperar la parte pagada del precio fuera calificado como crédito contra la masa.
La demanda, tramitada en el correspondiente incidente concursal, fue desestimada en la primera instancia y estimada, en parte, en la segunda. En efecto, el Tribunal de apelación declaró resuelta la relación de compraventa, por el repetido incumplimiento, y condenó a la vendedora a restituir las cantidades que había recibido en concepto de precio, pero calificó el derecho correlativo de los compradores como crédito concursal.
Contra la sentencia de apelación interpuso recurso de casación Promociones Nou Temple, SLU, por único motivo.
SEGUNDO. Enunciado y fundamento del único motivo del recurso de casación.
Promociones Nou Temple, SLU denuncia la infracción de la norma del artículo 62, apartado 1, en relación con la del apartado 2 del artículo 61, ambas de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.
Se refiere el motivo a la declaración, contenida en la parte dispositiva de la sentencia de apelación, de que la relación contractual que había vinculado a los litigantes, estaba resuelta por el incumplimiento de la vendedora.
La recurrente, que no cuestiona la entidad de su incumplimiento para provocar la mencionada sobrevenida ineficacia del contrato, utiliza como fundamento del motivo la improcedencia, a la vista de las mencionadas normas, de resolver un vínculo, como el nacido de la compraventa - pese a estar pendiente de ejecución por ambas partes -, por el incumplimiento de una de ellas producido antes de la declaración del concurso de la vendedora.
TERCERO. Desestimación del motivo.
La regla - establecida en el artículo 62, apartado 1, de la Ley 22/2003 - según la que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos, está expresamente prevista para aquellos " *a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente* " -esto es, para los que son fuente de " *obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte* "-, siempre que sea por causa de un *"incumplimiento posterior de cualquiera de las partes* ", a no ser que se trate *"de contratos de tracto sucesivo* ", en cuyo caso " *la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso* ".
A primera vista el planteamiento de la recurrente debería encontrar apoyo en las relacionadas normas, ya que nos hallamos ante un contrato de compraventa de ejecución transitoria o de tracto único - así

ha sido considerado, sin discusión, en las instancias - y el incumplimiento de la vendedora se declaró producido con anterioridad a la declaración del concurso.
No obstante, el motivo debe ser desestimado por razón de que, además del incumplimiento, la propia resolución del vínculo contractual había tenido lugar previamente a la declaración del concurso de Promociones Nou Temple, SLU.
En efecto - como se relata en el fundamento segundo de la sentencia de apelación - fue el trece de junio de dos mil ocho cuando tuvo lugar dicha declaración. Pero quedó probado que unos días antes, el treinta y uno de mayo de dos mil ocho, los compradores demandantes, a la vista del incumplimiento de la vendedora cuya entidad resolutoria fue afirmada en la sentencia recurrida y no se discute en casación -, comunicaron a la misma su voluntad de tener por extinguida la relación contractual por la referida causa.
CUARTO. El ejercicio de la facultad resolutoria en caso de incumplimiento y el momento en que la resolución tiene lugar.
El artículo 1184 del Código Civil francés impuso, literalmente, un ejercicio judicial de la facultad de resolver por incumplimiento las relaciones jurídicas nacidas de " *les contrats synallagmatiques* ", al disponer, en su tercer párrafo, que " *la résolution doit être demandée en justice* ", con posibilidad de que el Juez concediera un aplazamiento, según las circunstancias. Dicha regla - recibida en otros textos de la época, así en el viejo Código Civil italiano de 1865, artículo 1165 - no se recogió, literalmente, en el artículo 1124 del Código Civil español, pese a que, al fin, su texto no se hubiera apartado totalmente de aquel precedente, al contemplar, como alternativa, que el Tribunal deniegue la resolución por " *haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo* " - sobre ello, sentencias 478/2011, de 27 de junio, y 162/2012, de 29 de marzo, entre otras -.
Sin embargo, la jurisprudencia, en su función complementaria de nuestro ordenamiento -artículo 1, apartado 6, del Código Civil -, ha venido interpretando el artículo 1124 en el sentido de entender que el mismo también permite un ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora, siempre a reserva de que ésta, si es que no estuviera conforme, acuda a los Tribunales para negar el incumplimiento resolutorio o rechazar la oportunidad de hacerlo valer como causa de extinción sobrevenida de la relación contractual - sentencias de 10 de mayo de 1979, 20 de junio, 5 de julio y 6 de octubre de 1980, 5 de noviembre de 1982, 19 de noviembre de 1984, 14 de junio de 1988, 28 de febrero de 1989, 594/1993, de 15 de junio, 380/2005, de 20 de mayo, 478/2011, de 27 de junio, 162/2012, de 29 de marzo, entre otras muchas -. De acuerdo con esa doctrina y tomando en consideración que el artículo 1124 reconoce al contratante perjudicado la facultad de " *escoger entre exigir el cumplimiento o la resoluciónde la obligación* ", hay que entender que ésta última tiene lugar, no cuando se produjo el incumplimiento, sino cuando aquel, tras optar por resolver la relación, lo comunica a la otra parte - con la que había perfeccionado un negocio jurídico bilateral -, mediante una declaración de naturaleza recepticia - sentencia 639/2012, de 7 de noviembre, entre otras o, en su caso, mediante un acto concluyente con el mismo significado y eficacia - " *facta ex quibus voluntad concludi potest* " -.
Como se expuso, en la sentencia recurrida se declaró correctamente ejercitada la facultad de resolver el vínculo ejercitada por los compradores, mediante su notificación a la vendedora, el treinta y uno de mayo de dos mil ocho, antes de que esta fuera declarada en concurso.
Resulta de ello que, cuando dicha declaración tuvo lugar, la relación ya estaba resuelta.
Razón por la que la no era aplicable el artículo 62, apartado 1, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal “: STS 03.07.2013 (Sentencia 431/2013; Recurso 2093/2010).

AP Valencia

“No obstante, dado el tratamiento efectuado en la sentencia recurrida que le ha dado soporte al recurrente, el Tribunal ha de responder, al igual que las partes apeladas, que las citas jurisprudenciales de las sentencias de 24 y 25 de Julio de 2013 del Tribunal Supremo no son pertinentes para el presente caso, pues no estamos ante una declaración resolutoria contractual por incumplimiento esencial de la concursada una vez declarado el concurro, (como dicen ambas sentencias citadas << *El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después* >>) sino que en el presente caso el incumplimiento de la vendedora determinó el ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento grave y esencial, un año antes (julio de 2008) de ser declarada en concurso (junio de 2009), como así se justifica con los documentos de la demanda (extremos no discutidos). Al caso, como con tino invocan la partes apeladas, es aplicable la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de julio de 2013, posteriormente reiterada en las sentencias de 15, 16 y 22 de julio de 2013, por las que se confirma precisamente sentencias de esa Sección Novena en incidentes concursales donde se entablan acciones de resolución de contratos de compraventa inmobiliaria estando la promotora - vendedora declarada en concurso con fecha posterior al ejercicio de la resolución contractual por parte de los compradores por incumplimiento grave del contrato, al igual que en el presente caso. Concluye el Tribunal Supremo en dichas sentencias << *Cuando dicha declaración (concurso) tuvo lugar la relación ya estaba resuelta, razón por la que no era aplicable el art. 62.1 de la LC, invocado en el recurso..*>>,

En consecuencia procede ratificar la resolución contractual fijada en la sentencia de instancia y la consecuencia principal de tal efecto sobre el Banco demandado emisor de los avales de las cantidades entregadas.”: SAP Valencia (Sección 9) 22.10.2014 (Sentencia 291/2014; Rollo 431/2014)

“En un supuesto análogo al que ahora nos ocupa, en el que como ahora, la Administración Concursal de OKISA S.A. se aquietó a la resolución de contratos de compraventa correspondientes a la misma promoción y se dictó Sentencia equivalente a la que ahora examinamos, este Tribunal resolvió el recurso planteado por la representación de la entidad BANCO CASTILLA LA MANCHA S.A. - con idénticos argumentos a los ahora esgrimidos - en los términos que seguidamente pasamos a exponer, que resultan de la Sentencia de 22 de Octubre de 2014 (Rollo de Apelación 431/14; Pte. Sr. Caruana Font de Mora): (...)
2.- En lo que se refiere a la improcedencia de decretar la resolución de un contrato de compraventa en aras a los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal, decíamos:
" (...) No obstante, dado el tratamiento efectuado en la sentencia recurrida que le ha dado soporte al recurrente, el Tribunal ha de responder, al igual que las partes apeladas, que las citas jurisprudenciales de las sentencias de 24 y 25 de Julio de 2013 del Tribunal Supremo no son pertinentes para el presente caso, pues no estamos ante una declaración resolutoria contractual por incumplimiento esencial de la concursada una vez declarado el concurro, (como dicen ambas sentencias citadas <<El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después>>) sino que en el presente caso el incumplimiento de la vendedora determinó el ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento grave y esencial, un año antes (julio de 2008) de ser declarada en concurso (junio de 2009), como así se justifica con los documentos de la demanda (extremos no discutidos). Al caso, como con tino invocan la partes apeladas, es aplicable la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de julio de 2013, posteriormente reiterada en las sentencias de 15, 16 y 22 de julio de 2013, por las que se confirma precisamente sentencias de esa Sección Novena en incidentes concursales donde se entablan acciones de resolución de contratos de compraventa inmobiliaria estando la promotora - vendedora declarada en concurso con fecha posterior al ejercicio de la resolución contractual por parte de los compradores por incumplimiento grave del contrato, al igual que en el presente caso. Concluye el Tribunal Supremo en dichas sentencias <<Cuando dicha declaración (concurso) tuvo lugar la relación ya estaba resuelta, razón por la que no era aplicable elart. 62.1 de la LC, invocado en el recurso.>>,
En consecuencia procede ratificar la resolución contractual fijada en la sentencia de instancia y la consecuencia principal de tal efecto sobre el Banco demandado emisor de los avales de las cantidades entregadas."
La situación que se produce en el supuesto que ahora resolvemos es análoga a la que se describe en la resolución transcrita, pues la apelante - ahora como entonces - introduce alegaciones nuevas en el escrito de apelación, concretamente las mismas a que se refiere la resolución transcrita por lo que la consecuencia debe ser idéntica a la fijada en la misma. Desestimamos, por tanto, el motivo de apelación.”: SAP Valencia (Sección 9) 11.12.2014 (Sentencia 354/2014; Rollo 598/2014)

1.1.1 No cabe la resolución si el incumplimiento del concursado es anterior a la declaraciòn de concurso

Tribunal Supremo

“Resumen de antecedentes
1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.
El concurso de acreedores de la promotora inmobiliaria Martinsa-Fadesa, S.A. fue solicitado el día 15 de julio de 2008 y declarado 24 de julio de 2008.
Con anterioridad, el día 5 de septiembre de 2006, Íñigo había concertado con la promotora un contrato de compraventa de una vivienda en la Manzana VP- NUM000, nº NUM001., de la URBANIZACIÓN000, en la localidad de Miño (A Coruña), formalizado en un documento privado. Se trataba de un inmueble en construcción, cuya terminación y entrega estaba fijada, en la estipulación 9ª del contrato, de forma aproximada para el mes de octubre de 2007. A cuenta del precio de la compra, el comprador pagó 62.287,11 euros (IVA incluido).
El 23 de diciembre de 2009, la concursada requirió, mediante un burofax, al Sr. Íñigo para que otorgara la escritura pública de compraventa el día 27 de enero de 2010, a las 11 horas, en la notaria de la Sra. Nieto de Peñamaría.
El mismo día 27 de enero de 2010, el comprador presentó una demanda de incidente concursal en la que solicitaba la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor, pues la entrega de la vivienda se pretendía hacer dos años después de la fecha convenida en el contrato, y la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio (62.287,11 euros).
2. Tanto el Juzgado Mercantil, que conoció del incidente concursal, como la Audiencia Provincial que resolvió el recurso de apelación, desestimaron esta pretensión resolutoria, porque afectaba a un

contrato de tracto único y el incumplimiento era anterior a la fecha de declaración de concurso.
La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el comprador demandante.
Resolución del recurso de casación
3. *Formulación del único motivo de casación.* El único motivo de casación se funda en la infracción de los arts. 61 y 62 LC, en relación con la resolución de obligaciones recíprocas de tracto único. Argumenta el recurso que el incumplimiento, por parte de la vendedora, de la obligación esencial de entrega de la vivienda no solo se habría producido en octubre de 2007, fecha consignada en el contrato para la entrega de la vivienda, sino que se habría mantenido y agravado este incumplimiento en los meses posteriores, también después de declarado el concurso.
Procede desestimar el motivo de casación de acuerdo con las razones que exponemos a continuación.
4. Desestimación del motivo de casación. Entre la promotora, luego concursada, y el Sr. Íñigo mediaba un contrato de compraventa de un inmueble que, cuando se concertó en documento privado (5 de septiembre de 2006), estaba en construcción y, por lo tanto, pendiente de ser terminado. Se había pactado que la entrega de la vivienda se hiciera, aproximadamente, en octubre de 2007. Nueve meses después de que se cumpliera el plazo de la entrega de la vivienda sin que ésta estuviera terminada, la promotora vendedora fue declarada en concurso (24 de julio de 2008). Al tiempo de la declaración de concurso, este contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes: la vendedora debía acabar de construir y entregar la vivienda y el comprador tenía que pagar el precio convenido.
Los efectos que sobre la vigencia de este contrato produjo la declaración de concurso vienen regulados en el art. 61.2 LC, respecto a la consideración de crédito contra la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, y en el art. 62.1 LC, en relación con la imposibilidad de instar la resolución del contrato si se trata de un contrato de tracto único cuyo incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso.
El contrato de compraventa concertado entre las partes es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas. Como al tiempo de la declaración de concurso de la vendedora, las obligaciones de una y otra parte estaban pendientes de cumplimiento, conforme al art. 61.2 LC, la prestación a que estaba obligada la promotora concursada debía realizarse con cargo a la masa. De hecho, cuando fue terminada la vivienda, la concursada trató de entregarla al comprador, mediante el otorgamiento de escritura pública.
Este primer efecto legal no plantea en este caso mayor problema, pues la controversia se centra en torno al segundo efecto: si la parte *in bonis,* en este caso el comprador, puede instar después del concurso de la vendedora la resolución del contrato de compraventa.
5. El art. 62.1 LC, para aquellos casos en que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, regula los efectos de la declaración de concurso sobre la facultad de resolución del contrato. Para ello distingue según el contrato sea de tracto único o sucesivo.
Al margen del acierto o desacierto que pueda haber supuesto la opción legislativa por esta terminología, hemos de dotar de contenido a estas categorías para contribuir a una adecuada interpretación del precepto. La distinción determinará, en función de cuándo se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, en relación con la declaración de concurso, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución una vez declarado el concurso.
En las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, con ocasión de una controversia sobre la resolución de sendos contratos de suministro de energía eléctrica, no dudamos en calificar aquellos contratos de "contratos de tracto sucesivo". En aquellas sentencias partimos de una caracterización doctrinal de los contratos se tracto sucesivo, como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".
De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato.
Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento.
En nuestro caso, no existe duda de que el contrato de compraventa concertado entre las partes, al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte, es de tracto único.
6. Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte *in bonis* en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el

incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, " *la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso* ". Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único.
Tal y como han quedado acreditados los hechos en la instancia, la promotora concursada se había obligado a entregar la vivienda objeto de la compraventa en octubre de 2007, y no fue ofrecida al comprador hasta diciembre de 2009. Entre medio, en julio de 2008, fue solicitado y declarado el concurso de la promotora. Es claro que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la promotora vendedora, habían transcurrido nueve meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda. El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después.
Por esta razón debemos desestimar el recurso, en la medida en que la sentencia recurrida llevó a cabo una correcta interpretación y aplicación del art. 62.1 LC.": STS 24.07.2013 (Sentencia 505/2013; Recurso 2178/2011)

"Resumen de antecedentes
1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.
El concurso de acreedores de la promotora inmobiliaria Martinsa-Fadesa, S.A. fue solicitado el 15 de julio de 2008 y declarado 24 de julio de 2008.
Con anterioridad, el día 10 de noviembre de 2005, Marí Luz había concertado con la promotora un contrato de compraventa de una vivienda, la nº NUM000 de la parcela NUM001, de la URBANIZACIÓN000, en la localidad de Pobla de Vallbona, formalizado en un documento privado. Se trataba de un inmueble pendiente de ser construido, cuya terminación y entrega estaba fijada, en la estipulación 9ª del contrato, de forma aproximada a los 24 meses desde la obtención de la licencia de edificación. La licencia de edificación se obtuvo el 16 de noviembre de 2005 y el término de entrega de la vivienda era noviembre de 2007. A cuenta del precio de la compra, la compradora pagó 47.090,70 euros.
El 23 de octubre de 2008, después de la declaración de concurso, ante la falta de entrega de la vivienda, la compradora ejerció la facultad de resolución del contrato por incumplimiento de la promotora concursada, primero mediante un requerimiento extrajudicial. Ante la negativa de la concursada y de la administración concursal, la Sra. Marí Luz interpuso la demanda de incidente concursal para que se declarase la resolución del contrato por incumplimiento de la promotora concursada y se condenara a esta última a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio (47.090,70 euros).
2. Tanto el Juzgado Mercantil, que conoció del incidente concursal, como la Audiencia Provincial que resolvió el recurso de apelación, desestimaron esta pretensión resolutoria, porque afectaba a un contrato de tracto único y el incumplimiento era anterior a la fecha de declaración de concurso.
La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el comprador demandante.
Resolución del recurso de casación
3. *Formulación del único motivo de casación.* El único motivo de casación se funda en la infracción de los arts. 61 y 62 LC, en relación con el art. 1124 CC. En el desarrollo del recurso se argumenta que, ante el incumplimiento de la obligación esencial del vendedor de entrega de la vivienda que, si bien se inició antes del concurso, se ha prolongado después durante bastante tiempo, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 1124 CC.
La cuestión suscitada en este recurso de casación es muy similar a la que se planteó recientemente en el recurso de casación 2178/2011, que se resolvió por sentencia de 24 de julio de 2013. Seguiremos en esta sentencia las consideraciones y argumentaciones vertidas en aquella sentencia, que también conducen a la desestimación del motivo de casación.
4. Desestimación del motivo de casación. Entre la promotora, luego concursada, y el Sr. Marí Luz mediaba un contrato de compraventa de un inmueble que, cuando se concertó en documento privado (10 de noviembre de 2005), estaba pendiente de ser construida. Se había pactado que la entrega de la vivienda se hiciera, aproximadamente, en noviembre de 2007. Nueve meses después de que se cumpliera el plazo de la entrega de la vivienda sin que ésta estuviera terminada, la promotora vendedora fue declarada en concurso (24 de julio de 2008). Al tiempo de la declaración de concurso, este contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes: la vendedora debía acabar de construir y entregar la vivienda y la compradora tenía que pagar el precio convenido.
Los efectos que sobre la vigencia de este contrato produjo la declaración de concurso vienen regulados en el art. 61.2 LC, respecto a la consideración de crédito contra la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, y en el art. 62.1 LC, en relación con la imposibilidad de instar la resolución del contrato si se trata de un contrato de tracto único cuyo incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso.
El contrato de compraventa concertado entre las partes es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas. Como al tiempo de la declaración de concurso de la vendedora, las obligaciones de una y otra parte estaban pendientes de cumplimiento, conforme al art. 61.2 LC, la prestación a que estaba obligada la promotora concursada debía realizarse con cargo a la masa.

Este primer efecto legal no plantea en este caso mayor problema, sino que la controversia se centra en torno al segundo efecto: si la parte *in bonis,* en este caso el comprador, puede instar después del concurso de la vendedora la resolución del contrato de compraventa.
5. El art. 62.1 LC, para aquellos casos en que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, regula los efectos de la declaración de concurso sobre la facultad de resolución del contrato. Para ello distingue según el contrato sea de tracto único o sucesivo.
Al margen del acierto o desacierto que pueda haber supuesto la opción legislativa por esta terminología, hemos de dotar de contenido a estas categorías para contribuir a una adecuada interpretación del precepto. La distinción determinará, en función de cuando se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, en relación con la declaración de concurso, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución una vez declarado el concurso.
En las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, con ocasión de una controversia sobre la resolución de sendos contratos de suministro de energía eléctrica, no dudamos en calificar aquellos contratos de "contratos de tracto sucesivo". En aquellas sentencias partimos de una caracterización doctrinal de los contratos se tracto sucesivo, como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada
o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".
De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato.
Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento.
En nuestro caso, no existe duda de que el contrato de compraventa concertado entre las partes, al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte, es de tracto único.
6. Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte *in bonis* en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, " *la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso* ". Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único.
Tal y como han quedado acreditados los hechos en la instancia, la promotora concursada se había obligado a entregar la vivienda objeto de la compraventa en noviembre de 2007, sin que le fuera entregada
o puesta a su disposición antes de que, en julio de 2008, se hubiese solicitado y declarado el concurso de la promotora. Es claro que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la promotora vendedora, habían transcurrido ocho meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda. El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después.
Por esta razón debemos desestimar el recurso, en la medida en que la sentencia recurrida llevó a cabo una correcta interpretación y aplicación del art. 62.1 LC.”: STS 25.07.2013 (Sentencia 510/2013; Recurso 168/2012)

AP Córdoba

“SEGUNDO.-En cuanto al fondo del asunto, el artículo 62.1 de la Ley Concursal restringe la posibilidad de resolución contractual por incumplimiento del concursado a aquellos casos en que el incumplimiento haya sido posterior a la declaración de concurso, con la salvedad de que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo caso también es operativo el incumplimiento anterior. Existe unanimidad doctrinal en que debe interpretarse la excepción en el sentido técnico y estricto de contratos de tracto sucesivo, es decir, aquellos en que su ejecución determina un comportamiento continuado o prolongado en el tiempo; excluyéndose, en consecuencia, que pueda aplicarse tal previsión a los contratos con prestaciones únicas o instantáneas, aunque las mismas estén diferidas y/o fraccionadas en su ejecución. Por tanto, en los contratos de tracto único el incumplimiento anterior

no faculta para resolver. Lo que no queda contradicho por la jurisprudencia invocada por la parte apelante, que se refiere a supuestos de resolución contractual general, pero no al supuesto específico previsto en el mencionado artículo 62.1 de la Ley Concursal. Y todo ello, sin perjuicio del tratamiento concursal como crédito de las cantidades entregadas a cuenta por la parte apelante, lo que es ajeno a este incidente concursal. Como quiera que el contrato celebrado entre las partes e incumplido por la concursada antes de la declaración de concurso fue un contrato de compraventa y el mismo es un contrato de tracto único, no cabe la resolución pretendida, sino que la parte reclame en el seno del concurso la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, con el tratamiento concursal de dicho crédito a que haya lugar. ":SAP Córdoba (Sección 3) 28.04.2011 (Sentencia 94/2011; Rollo 118/2011)

AP Cuenca

"En tal caso, (contrato de tracto único), se viene sosteniendo que el artículo 62 de la Ley Concursal no permite la resolución de los contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, (como aquí ya se ha dicho que sucedió). Tal conclusión se concreta, por ejemplo, en el trabajo elaborado por la Ilma. Sra. Dª. Nuria A. Orellana Cano, Magistrada Especialista de lo Mercantil, con ocasión del Encuentro de la Sala 1ª del Tribunal Supremo con Jueces de lo Mercantil, (C.G.P.J. 12-14 de Abril de 2010)" : SAP Cuenca (Sección 1) 01.05.2011
[Cita tomada de SAP La Coruña (Sección 4) 19.09.2012 (Sentencia 370/2012; Rollo 563/2011)]

AP Granada

"TERCERO : Pese a lo expuesto, enfrentándonos ante un contrato de tracto único y ante incumplimiento anterior a la fecha de declaración de concurso, la pretensión resolutoria, en atención a lo expuesto, no puede prosperar, como establece la jurisprudencia, STS 24 y 25 de julio de 2013, y como también apunta la STS de 3 de julio del mismo año.
La doctrina jurisprudencial citada, plenamente aplicable al caso, establece:
"Los efectos que sobre la vigencia de este contrato produjo la declaración de concurso vienen regulados en el art. 61.2 LC, respecto a la consideración de crédito contra la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, y en el art. 62.1 LC, en relación con la imposibilidad de instar la resolución del contrato si se trata de un contrato de tracto único cuyo incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso.
El contrato de compraventa concertado entre las partes es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas. Como al tiempo de la declaración de concurso de la vendedora, las obligaciones de una y otra parte estaban pendientes de cumplimiento, conforme al art. 61.2 LC, la prestación a que estaba obligada la promotora concursada debía realizarse con cargo a la masa.
Este primer efecto legal no plantea en este caso mayor problema, sino que la controversia se centra en torno al segundo efecto: si la parte in bonis, en este caso el comprador, puede instar después del concurso de la vendedora la resolución del contrato de compraventa.
El art. 62.1 LC, para aquellos casos en que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, regula los efectos de la declaración de concurso sobre la facultad de resolución del contrato. Para ello distingue según el contrato sea de tracto único o sucesivo.
Al margen del acierto o desacierto que pueda haber supuesto la opción legislativa por esta terminología, hemos de dotar de contenido a estas categorías para contribuir a una adecuada interpretación del precepto. La distinción determinará, en función de cuando se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, en relación con la declaración de concurso, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución una vez declarado el concurso.
En las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, con ocasión de una controversia sobre la resolución de sendos contratos de suministro de energía eléctrica, no dudamos en calificar aquellos contratos de "contratos de tracto sucesivo". En aquellas sentencias partimos de una caracterización doctrinal de los contratos se tracto sucesivo, como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".
De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato.
Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento.

En nuestro caso, no existe duda de que el contrato de compraventa concertado entre las partes, al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte, es de tracto único.
Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, "la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único."
Tal y como ha quedado acreditado, la promotora concursada se había obligado a entregar la vivienda objeto de la compraventa en febrero de 2008, o al menos 90 días hábiles después, pudiendo instar la resolución el comprador transcurridos 6 meses. Tales plazos se habían cumplido antes de la declaración del concurso de la promotora y el incumplimiento, con capacidad para promover la resolución, es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, como establece la jurisprudencia citada "no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después".“”: SAP Granada (Sección 3) 17.11.2014 (Sentencia 271/2014; Rollo 442/2014)

AP La Coruña

“CUARTO.- La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art.62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención)
o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º).
Aunque acabamos de exponer nuestra interpretación, hay que reconocer que la cuestión de si cabe o no legalmente la resolución contractual instada después por incumplimiento anterior a la declaración del concurso es ciertamente polémica, estando dividida tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales y Juzgados, si bien consideramos mayoritaria la tesis negativa seguida en la sentencia apelada:
Tesis favorable a la resolución. La defiende, por ejemplo, Martínez Flórez (Rojo-Beltrán, Comentario a la Ley Concursal, Thomson-Aranzadi). También podemos reseñar las siguientes sentencias:
SAP 8ª Alicante de 9/7, 9/9 y 11/10/2010, entre otras (reiteradas en las SAP 9ª Valencia de 29/11/2010 y 21/2/2011, entre otras): "Debemos entrar a analizar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso. En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo

parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo. No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones: 1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo
1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC. 2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible su falta de terminación de la obra. 3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual".
SJM 1 Sevilla de 30/12/2005: "El art. 61 se refiere a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes a de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. El art. 62 regula específicamente la resolución por incumplimiento, estableciendo su apartado 1º : "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tractos sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. Ahora bien, ello no es óbice para que resulte admisible la posibilidad de resolver los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en el caso de incumplimiento anterior del concursado, cuando la otra parte está dispuesta a cumplir. Otra interpretación dejaría indefensa a la parte que estuvo dispuesta a cumplir, y con el pago de una señal mínima podría integrase en el concurso el bien adquirido mediante compraventa no obstante la falta de pago del resto del precio, dándose el supuesto de que en caso de insuficiencia de bienes, la parte vendedora perdiera no sólo el bien, sino que además no pudiera cobrar su crédito, ya que el precio de venta del bien pudiera ser destinado al pago de acreedores con un crédito preferente".
Tesis contraria a la resolución por incumplimientos anteriores. Es la interpretación mayoritaria en la doctrina, pudiendo citarse a título de ejemplo, entre otros, a Valpuesta Gastaminza (F. Cordón, Comentarios, Aranzadi), Fínez Ratón (Tratado Práctico Concursal -II- Aranzadi), o Piñel López, aunque éste con dudas y sin resultarle lógico (Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa en Estudios de Derecho Judicial/2004). Cabe también reseñar las siguientes sentencias:
SAP 4ª A Coruña de 11/7/2011, ya citada, con los mismos razonamientos sobre la cuestión examinada que los de la presente sentencia, con las necesarias adaptaciones al caso.
SAP 4ª Murcia de 3 y 10/3/2006 : "Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 L.C. cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal".
SAP 1ª Pontevedra de 13/9 y 29/11/2010 cuando, tras referirse a los artículos 61 y 62 LC, dicen que: "De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte. La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso".
SAP (1ª) Cuenca de 1/5/2011 : "en tal caso, (contrato de tracto único), se viene sosteniendo que el artículo 62 de la Ley Concursal no permite la resolución de los contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, (como aquí ya se ha dicho que sucedió). Tal conclusión se concreta, por ejemplo, en el trabajo elaborado por la Ilma. Sra. Dª. Nuria A. Orellana Cano, Magistrada Especialista de lo Mercantil, con ocasión del Encuentro de la Sala 1ª del Tribunal Supremo con Jueces de lo Mercantil,
(C.G.P.J. 12-14 de Abril de 2010)".
SJM 1 A Coruña de 7/12/2010, objeto de la presente apelación, transcrita más arriba, y otras en

idéntico sentido como la de 3/2/2011.
SJM 1 Madrid de 15/4/2005: "Prevista por la regulación concursal la pervivencia durante la tramitación del concurso, de los contratos con obligaciones recíprocas (artículo 61 LC), es el artículo 62.1 LC el que regula la facultad de resolución contractual para el caso de incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes. En primer lugar, debe destacarse que la primera regla contenida en el artículo 62.1 LC hace referencia al incumplimiento que faculta el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos con obligaciones recíprocas de tracto único. En tales casos, el incumplimiento que permite obtener la resolución contractual debe ser posterior a la declaración del concurso, esto es, un incumplimiento producido en un momento en el que las facultades del concursado se encuentran, al menos, intervenidas, y por ello, en el que ha tenido alguna incidencia la actuación de la administración concursal. Manteniéndose durante la tramitación del concurso la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas preexistentes, el legislador ha previsto la posibilidad de la resolución de tales contratos para el caso de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso. La causa de tal previsión legal se encuentra en que, declarado el concurso, el crédito anterior a la declaración a favor del acreedor que ha cumplido su prestación, se debe integrar dentro de la masa pasiva. Así se desprende de la dicción del artículo 62.4º LC que determina que una vez declarada la resolución del contrato, el crédito vencido se incluirá en el concurso "si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso", mientras que será a cargo de la masa si el incumplimiento fuera posterior a tal declaración. Más peculiar es el supuesto de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo preexistentes a la declaración del concurso. En tales casos la Ley Concursal establece la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria incluso para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso (artículo 62.1 in fine LC)".
SJM 1 Mallorca de 16/6/2009: "en el caso de contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, () el artículo 62 prevé la posibilidad de instar la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes e, incluso, por incumplimiento anterior a la declaración de concurso tratándose de contratos de tracto sucesivo, satisfaciéndose el crédito de la parte cumplidora con cargo a la masa si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso () Pero aún más; si analizamos el artículo 62, el que trata de la resolución por incumplimiento, describe dos escenarios posibles:
1. El incumplimiento se produce después de declarado el concurso: puede solicitarse la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas que se hubiese mantenido pese a la declaración del concurso. 2. El incumplimiento se produjo con anterioridad a la declaración del concurso: el legislador solo permite ejercer la facultad resolutoria respecto de los contratos con obligaciones recíprocas, de tracto sucesivo, impidiendo dicha posibilidad de los de tracto único".
SJM 1 Bilbao de 21/9/2009: "Si quien no cumple con su obligación contractual durante el concurso es el deudor, los compradores disponen de la facultad de resolución por incumplimiento del art. 61.2 LC, que es la genérica del art. 1.124 CCv aunque limitada a circunstancias posteriores a la declaración de concurso, por ser de tracto único el contrato de compraventa y, en consecuencia, inoponible el incumplimiento anterior a dicha declaración. Aunque no puedan los compradores no insolventes instar la resolución "conveniente al interés del concurso", siguen disponiendo de la facultad de resolución por incumplimiento" (posterior). "La consecuencia, en tal caso, es que podrían alcanzar la condición de acreedores de créditos contra la masa, pues así se estipula en el art. 61.4 LC y 84.2.6º LC. Una posición, en consecuencia, más ventajosa que la de acreedor concursal que pretenden".
SJM 6 Madrid de 19/4/2010: "lo pedido por el demandante choca con lo dispuesto en el art. 62.1 L.Co., en cuanto priva al acreedor in bonis [-en obligaciones de tracto único, aunque de ejecución prolongada, como la presente-] de la facultad resolutoria por causa de incumplimientos anteriores a la declaración concursal; y ello: 1.- porque admitida por las partes la realidad del incumplimiento de elemento esencial del contrato, cual era la entrega de la obra finalizada y el plazo para su finalización, resulta que nos encontramos ante un incumplimiento obligacional por la concursada claramente anterior a la declaración concursal; y 2.- porque reconocido y admitido por las partes la existencia de incumplimiento en el demandante en su obligación de pago del precio".
SJM 6 Madrid de 27/9/2010: "Para resolver la cuestión suscitada debe recordarse que los efectos del concurso sobre los contratos celebrados por la concursada con terceros aparecen regulados en los arts. 61 y ss L.Co. (Capítulo III del Título III), de tal modo que siendo la regla general que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia y eficacia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte contractual [art. 61.2 L.Co.], la acción de resolución del contratante "in bonis" aparece referida legalmente a la naturaleza temporal de la prestación que le es debida, distinguiendo la Ley según se trate de tracto único o sucesivo [art. 62.1 L.Co.]. () De ello resulta que si nos encontramos ante un contrato de tracto único cuya validez, eficacia y vigencia no se ve afectada por la declaración concursal (Auto de 29.1.2009), la parte "in bonis" carece de acción resolutoria por causa de incumplimientos contractuales acaecidos con anterioridad a la declaración concursal, por lo que invocando el demandante la existencia de incumplimiento previo en lo relativo a la entrega de la vivienda (cuyo plazo contractual era el 31.12.2008), no puede fundar la acción resolutoria en dicha ausencia de prestación".
Por nuestra parte consideramos más acertado este segundo criterio, que es el de la sentencia apelada, en general por las razones reseñadas de las sentencias de este grupo, por ser la interpretación mayoritaria, así como la nuestra, según expusimos más arriba, y resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y

posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, ya dijimos que no lo es, sino de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. Si la solución de la Ley es insatisfactoria o ilógica, depende del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso.": SAP La Coruña (Sección 4) 22.07.2011 (Sentencia 336/2011; Rollo 371/2011)

"TERCERO: El contrato de compraventa, al que se refiere el art. 1445 del CC, se configura como un contrato consensual, en tanto en cuanto se perfecciona por el mero consentimiento sobre la cosa y el precio, sin que sea preciso que la una y el otro hubieran sido entregados (art. 1450 del CC), es bilateral o sinalagmático, al generar prestaciones recíprocas o condicionadas de las partes contratantes, oneroso, sirviendo como título para adquirir la propiedad, cuando vaya acompañado de la entrega o tradición de la cosa (arts. 609 y 1095 del CC), y además se configura como un contrato de tracto único.
En este último sentido, se expresa la STS de 22 de abril de 2004, cuando afirma que: "el contrato de compraventa es un contrato de tracto único, no obstante la forma aplazada del precio; los contratos de tracto sucesivo dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo, lo que no ocurre en la compraventa aunque se pacte un aplazamiento del pago". Por su parte, la STS de 10 de febrero de 1997, proclamó que la compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación.
Siendo así las cosas como así son, dada su naturaleza jurídica, al contrato litigioso le es de aplicación el régimen de resolución contractual previsto en los arts. 61 y 62 de la LC, pues bien tal regulación normativa, que lógicamente vincula a los efectos decisorios de este recurso, parte de las reglas siguientes:
1ª) Que, con respecto a los contratos bilaterales celebrados por el deudor, y referidos al tiempo de la declaración del concurso, cuando una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa (acreedor el concursado) o en la pasiva del concurso (acreedor el tercero).
2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos, perfeccionados antes de la apertura del procedimiento, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte. O dicho de otra forma, que dichos contratos seguirán desencadenando sus efectos jurídicos propios, no produciéndose, por la sola circunstancia de la declaración del concurso del deudor, la ruptura automática de los vínculos contractuales concertados y vigentes, ahora bien, como es lógico, las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
3. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la administración concursal, en caso de suspensión,
o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato, si lo estimaran conveniente al interés del concurso, operando en este caso una excepción a la regla general, siempre que se pruebe que, con ello, se salvaguardan o benefician los superiores intereses del procedimiento universal.
4. Se tienen por no puestas, no desencadenando, por lo tanto, efectos jurídicos de clase alguna, las cláusulas pactadas por las partes que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes. Tal regla no es otra cosa que una consecuencia derivada del principio general antes proclamado de que la declaración del concurso no afecta a la vigencia del contrato. Quedan al margen de este precepto, sin embargo, las estipulaciones contractuales expresamente pactadas para el caso del incumplimiento.
5) El concurso no es incompatible con los pronunciamientos resolutorios por incumplimiento contractual, ahora bien, la LC distingue, según se trate de contratos de tracto único o sucesivo, en relación con éstos últimos el incumplimiento, que legitima la resolución contractual, derivada del régimen jurídico del art. 1124 del CC, tanto puede ser anterior como posterior a la declaración del concurso, mientras que, en el primer caso, contratos de tracto único, el incumplimiento ha de ser únicamente posterior, como así resulta del art. 62.1 cuando norma: "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente (contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento) por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso", distinguiendo, en este caso, la precitada norma entre ambas categorías contractuales, atribuyendo la posibilidad resolutoria por inobservancia previa de las obligaciones contractuales, a los contratos de tracto sucesivo, naturaleza jurídica a la que es ajena el contrato de compraventa litigioso.
Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a

la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que procedan.
En definitiva, el régimen jurídico de la resolución contractual, en sede concursal, contiene una regulación normativa distinta del régimen legal resolutorio general o común, y así se faculta a romper el vínculo contractual no existiendo incumplimiento, o mantenerlo, pese a la inobservancia de las prestaciones que conforman las obligaciones de las partes y, por lo tanto, concurriendo causa resolutoria del sinalagma convencional, todo ello en interés del concurso, o establecer un régimen específico, según nos hallemos ante contratos de tracto único o sucesivo, en los términos antes expuestos, o, en fín, declarando la inoperatividad de las cláusulas resolutorias expresas, que anuden efectos de tal clase a la declaración del concurso del deudor.
CUARTO: Esta doctrina es la seguida por este Tribunal en sus sentencias de 11 y 22 de julio de 2007, la primera de ellas en un caso igual al presente, en la cual señalábamos, en lo que ahora nos interesa: "Tesis contraria a la resolución por incumplimientos anteriores. A la relación de autores mencionados en la sentencia apelada cabe añadir a Fínez Ratón (Tratado Práctico Concursal -II- Aranzadi) o Piñel López, aunque éste con dudas y sin resultarle lógico (Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa en Estudios de Derecho Judicial/2004).
Cabe también reseñar las siguientes sentencias:
SAP 4ª Murcia de 3 y 10/3/2006 : "Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 L.C. cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal".
SAP 1ª Pontevedra de 13/9 y 29/11/2010 cuando, tras referirse a los artículos 61 y 62 LC, dicen que: "De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte. La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso".
SAP (1ª) Cuenca de 1/5/2011 : "en tal caso, (contrato de tracto único), se viene sosteniendo que el artículo 62 de la Ley Concursal no permite la resolución de los contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, (como aquí ya se ha dicho que sucedió). Tal conclusión se concreta, por ejemplo, en el trabajo elaborado por la Ilma. Sra. Dª. Nuria A. Orellana Cano, Magistrada Especialista de lo Mercantil, con ocasión del Encuentro de la Sala 1ª del Tribunal Supremo con Jueces de lo Mercantil, (C.G.P.J. 12-14 de Abril de 2010)".
SJM 1 de A Coruña de 3/2/2011, objeto de la presente apelación, transcrita más arriba.
SJM 1 de Madrid de 15/4/2005: "Prevista por la regulación concursal la pervivencia durante la tramitación del concurso, de los contratos con obligaciones recíprocas (artículo 61 LC), es el artículo 62.1 LC el que regula la facultad de resolución contractual para el caso de incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes. En primer lugar, debe destacarse que la primera regla contenida en el artículo 62.1 LC hace referencia al incumplimiento que faculta el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos con obligaciones recíprocas de tracto único. En tales casos, el incumplimiento que permite obtener la resolución contractual debe ser posterior a la declaración del concurso, esto es, un incumplimiento producido en un momento en el que las facultades del concursado se encuentran, al menos, intervenidas, y por ello, en el que ha tenido alguna incidencia la actuación de la administración concursal. Manteniéndose durante la tramitación del concurso la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas preexistentes, el legislador ha previsto la posibilidad de la resolución de tales contratos para el caso de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso. La causa de tal previsión legal se encuentra en que, declarado el concurso, el crédito anterior a la declaración a favor del acreedor que ha cumplido su prestación, se debe integrar dentro de la masa pasiva. Así se desprende de la dicción del artículo 62.4º LC que determina que una vez declarada la resolución del contrato, el crédito vencido se incluirá en el concurso "si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso", mientras que será a cargo de la masa si el incumplimiento fuera posterior a tal declaración. Más peculiar es el supuesto de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo preexistentes a la declaración del concurso. En tales casos la Ley Concursal establece la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria incluso para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso (artículo 62.1 in fine LC)".
SJM 1 Mallorca de 16/6/2009: "en el caso de contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, () el artículo 62 prevé la posibilidad de instar la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes e, incluso, por incumplimiento anterior a la declaración de concurso tratándose de contratos de tracto sucesivo, satisfaciéndose el crédito de la parte cumplidora con cargo a la masa si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso

() Pero aún más; si analizamos el artículo 62, el que trata de la resolución por incumplimiento, describe dos escenarios posibles:
1. El incumplimiento se produce después de declarado el concurso: puede solicitarse la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas que se hubiese mantenido pese a la declaración del concurso. 2. El incumplimiento se produjo con anterioridad a la declaración del concurso: el legislador solo permite ejercer la facultad resolutoria respecto de los contratos con obligaciones recíprocas, de tracto sucesivo, impidiendo dicha posibilidad de los de tracto único".
SJM 1 Bilbao de 21/9/2009: "Si quien no cumple con su obligación contractual durante el concurso es el deudor, los compradores disponen de la facultad de resolución por incumplimiento del art. 61.2 LC, que es la genérica del art. 1.124 CCv aunque limitada a circunstancias posteriores a la declaración de concurso, por ser de tracto único el contrato de compraventa y, en consecuencia, inoponible el incumplimiento anterior a dicha declaración. Aunque no puedan los compradores no insolventes instar la resolución "conveniente al interés del concurso", siguen disponiendo de la facultad de resolución por incumplimiento" (posterior). "La consecuencia, en tal caso, es que podrían alcanzar la condición de acreedores de créditos contra la masa, pues así se estipula en el art. 61.4 LC y 84.2.6º LC. Una posición, en consecuencia, más ventajosa que la de acreedor concursal que pretenden".
SJM 6 de Madrid de 19/4/2010: "lo pedido por el demandante choca con lo dispuesto en el art. 62.1 L.Co., en cuanto priva al acreedor in bonis [-en obligaciones de tracto único, aunque de ejecución prolongada, como la presente-] de la facultad resolutoria por causa de incumplimientos anteriores a la declaración concursal; y ello: 1.- porque admitida por las partes la realidad del incumplimiento de elemento esencial del contrato, cual era la entrega de la obra finalizada y el plazo para su finalización, resulta que nos encontramos ante un incumplimiento obligacional por la concursada claramente anterior a la declaración concursal; y 2.- porque reconocido y admitido por las partes la existencia de incumplimiento en el demandante en su obligación de pago del precio"
SJM 6 Madrid de 27/9/2010: "Para resolver la cuestión suscitada debe recordarse que los efectos del concurso sobre los contratos celebrados por la concursada con terceros aparecen regulados en los arts. 61 y ss L.Co. (Capítulo III del Título III), de tal modo que siendo la regla general que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia y eficacia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte contractual [art. 61.2 L.Co.], la acción de resolución del contratante "in bonis" aparece referida legalmente a la naturaleza temporal de la prestación que le es debida, distinguiendo la Ley según se trate de tracto único o sucesivo [art. 62.1 L.Co.]. () De ello resulta que si nos encontramos ante un contrato de tracto único cuya validez, eficacia y vigencia no se ve afectada por la declaración concursal (Auto de 29.1.2009), la parte "in bonis" carece de acción resolutoria por causa de incumplimientos contractuales acaecidos con anterioridad a la declaración concursal, por lo que invocando el demandante la existencia de incumplimiento previo en lo relativo a la entrega de la vivienda (cuyo plazo contractual era el 31.12.2008), no puede fundar la acción resolutoria en dicha ausencia de prestación".
Por nuestra parte consideramos más acertado este segundo criterio, que es el de la sentencia apelada, en general por las razones reseñadas de las sentencias de este grupo, por ser la interpretación mayoritaria, así como la nuestra, según expusimos más arriba, y resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, ya dijimos que no lo es, sino de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. Si la solución de la Ley es insatisfactoria o ilógica, depende del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso". ": SAP La Coruña (Sección 4) 28.07.2011 (Sentencia 350/2011; Rollo 284/2011)

“5) El concurso no es incompatible con los pronunciamientos resolutorios por incumplimiento contractual, ahora bien, la LC distingue, según se trate de contratos de tracto único o sucesivo, en relación con éstos últimos el incumplimiento, que legitima la resolución contractual, tanto puede ser anterior como posterior a la declaración del concurso, mientras que, en el primer caso, contratos de tracto único, el incumplimiento ha de ser únicamente posterior, como así resulta del art. 62.1, cuando norma: " La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente (contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento) por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso ", distinguiendo, en este caso, la precitada norma entre ambas categorías contractuales, atribuyendo la posibilidad resolutoria, por inobservancia previa de las obligaciones contractuales, a los contratos de tracto sucesivo, naturaleza jurídica a la que es ajena el contrato de compraventa litigioso, jurídicamente reputado como de tracto único. (...)
En definitiva, el régimen jurídico de la resolución contractual, en sede concursal, contiene una regulación normativa distinta del régimen legal resolutorio general o común, y así se faculta a romper el vínculo contractual no existiendo incumplimiento, o mantenerlo, pese a la inobservancia de las prestaciones que conforman las obligaciones de las partes y, por lo tanto, concurriendo causa resolutoria del sinalagma convencional, todo ello en interés del concurso, o establecer un régimen

específico, según nos hallemos ante contratos de tracto único o sucesivo, en los términos antes expuestos, o, en fín, declarando la inoperatividad de las cláusulas resolutorias expresas, que anuden efectos de tal clase a la declaración del concurso del deudor.
TERCERO: Esta doctrina es la seguida por este Tribunal en sus sentencias de 11, 22 y 28 de julio, de 2011, en la primera de ellas señalábamos, en lo que ahora nos interesa:
"Tesis contraria a la resolución por incumplimientos anteriores. A la relación de autores mencionados en la sentencia apelada cabe añadir a Fínez Ratón (Tratado Práctico Concursal -II- Aranzadi) o Piñel López, aunque éste con dudas y sin resultarle lógico (Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa en Estudios de Derecho Judicial/2004). Cabe también reseñar las siguientes sentencias:
SAP 4ª Murcia de 3 y 10/3/2006 : "Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 L.C. cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal".
SAP 1ª Pontevedra de 13/9 y 29/11/2010 cuando, tras referirse a los artículos 61 y 62 LC, dicen que: "De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte. La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso".
SAP (1ª) Cuenca de 1/5/2011 : "en tal caso, (contrato de tracto único), se viene sosteniendo que el artículo 62 de la Ley Concursal no permite la resolución de los contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, (como aquí ya se ha dicho que sucedió). Tal conclusión se concreta, por ejemplo, en el trabajo elaborado por la Ilma. Sra. Dª. Nuria A. Orellana Cano, Magistrada Especialista de lo Mercantil, con ocasión del Encuentro de la Sala 1ª del Tribunal Supremo con Jueces de lo Mercantil, (C.G.P.J. 12-14 de Abril de 2010)".
SJM 1 de A Coruña de 3/2/2011, objeto de la presente apelación, transcrita más arriba.
SJM 1 de Madrid de 15/4/2005: "Prevista por la regulación concursal la pervivencia durante la tramitación del concurso, de los contratos con obligaciones recíprocas (artículo 61 LC), es el artículo 62.1 LC el que regula la facultad de resolución contractual para el caso de incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes. En primer lugar, debe destacarse que la primera regla contenida en el artículo 62.1 LC hace referencia al incumplimiento que faculta el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos con obligaciones recíprocas de tracto único. En tales casos, el incumplimiento que permite obtener la resolución contractual debe ser posterior a la declaración del concurso, esto es, un incumplimiento producido en un momento en el que las facultades del concursado se encuentran, al menos, intervenidas, y por ello, en el que ha tenido alguna incidencia la actuación de la administración concursal. Manteniéndose durante la tramitación del concurso la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas preexistentes, el legislador ha previsto la posibilidad de la resolución de tales contratos para el caso de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso. La causa de tal previsión legal se encuentra en que, declarado el concurso, el crédito anterior a la declaración a favor del acreedor que ha cumplido su prestación, se debe integrar dentro de la masa pasiva. Así se desprende de la dicción del artículo 62.4º LC que determina que una vez declarada la resolución del contrato, el crédito vencido se incluirá en el concurso "si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso", mientras que será a cargo de la masa si el incumplimiento fuera posterior a tal declaración. Más peculiar es el supuesto de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo preexistentes a la declaración del concurso. En tales casos la Ley Concursal establece la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria incluso para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso (artículo 62.1 in fine LC)".
SJM 1 Mallorca de 16/6/2009: "en el caso de contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, (...) el artículo 62 prevé la posibilidad de instar la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes e, incluso, por incumplimiento anterior a la declaración de concurso tratándose de contratos de tracto sucesivo, satisfaciéndose el crédito de la parte cumplidora con cargo a la masa si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso (...) Pero aún más; si analizamos el artículo 62, el que trata de la resolución por incumplimiento, describe dos escenarios posibles:
1. El incumplimiento se produce después de declarado el concurso: puede solicitarse la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas que se hubiese mantenido pese a la declaración del concurso. 2. El incumplimiento se produjo con anterioridad a la declaración del concurso: el legislador solo permite ejercer la facultad resolutoria respecto de los contratos con obligaciones recíprocas, de tracto sucesivo, impidiendo dicha posibilidad de los de tracto único".
SJM 1 Bilbao de 21/9/2009: "Si quien no cumple con su obligación contractual durante el concurso es

el deudor, los compradores disponen de la facultad de resolución por incumplimiento del art. 61.2 LC, que es la genérica del art. 1.124 CCv aunque limitada a circunstancias posteriores a la declaración de concurso, por ser de tracto único el contrato de compraventa y, en consecuencia, inoponible el incumplimiento anterior a dicha declaración. Aunque no puedan los compradores no insolventes instar la resolución "conveniente al interés del concurso", siguen disponiendo de la facultad de resolución por incumplimiento" (posterior). "La consecuencia, en tal caso, es que podrían alcanzar la condición de acreedores de créditos contra la masa, pues así se estipula en el art. 61.4 LC y 84.2.6º LC. Una posición, en consecuencia, más ventajosa que la de acreedor concursal que pretenden".
SJM 6 de Madrid de 19/4/2010: " lo pedido por el demandante choca con lo dispuesto en el art. 62.1 L.Co., en cuanto priva al acreedor in bonis [-en obligaciones de tracto único, aunque de ejecución prolongada, como la presente-] de la facultad resolutoria por causa de incumplimientos anteriores a la declaración concursal; y ello: 1.- porque admitida por las partes la realidad del incumplimiento de elemento esencial del contrato, cual era la entrega de la obra finalizada y el plazo para su finalización, resulta que nos encontramos ante un incumplimiento obligacional por la concursada claramente anterior a la declaración concursal; y 2.- porque reconocido y admitido por las partes la existencia de incumplimiento en el demandante en su obligación de pago del precio"...
SJM 6 Madrid de 27/9/2010: "Para resolver la cuestión suscitada debe recordarse que los efectos del concurso sobre los contratos celebrados por la concursada con terceros aparecen regulados en los arts. 61 y ss L.Co. (Capítulo III del Título III), de tal modo que siendo la regla general que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia y eficacia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte contractual [art. 61.2 L.Co.], la acción de resolución del contratante "in bonis" aparece referida legalmente a la naturaleza temporal de la prestación que le es debida, distinguiendo la Ley según se trate de tracto único o sucesivo [art. 62.1 L.Co.]. (...) De ello resulta que si nos encontramos ante un contrato de tracto único cuya validez, eficacia y vigencia no se ve afectada por la declaración concursal (Auto de 29.1.2009), la parte "in bonis" carece de acción resolutoria por causa de incumplimientos contractuales acaecidos con anterioridad a la declaración concursal, por lo que invocando el demandante la existencia de incumplimiento previo en lo relativo a la entrega de la vivienda (cuyo plazo contractual era el 31.12.2008), no puede fundar la acción resolutoria en dicha ausencia de prestación".
Por nuestra parte consideramos más acertado este segundo criterio, que es el de la sentencia apelada, en general por las razones reseñadas de las sentencias de este grupo, por ser la interpretación mayoritaria, así como la nuestra, según expusimos más arriba, y resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, ya dijimos que no lo es, sino de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. Si la solución de la Ley es insatisfactoria o ilógica, depende del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso".
CUARTO: En el hecho quinto de la demanda se señala expresamente por el actor: "Así las cosas, es lo cierto que la demandada MARTINSA FADESA S.A. ha incumplido gravemente una de las obligaciones esenciales que le correspondían como vendedora: la entrega del objeto de la obligación de entrega de la vivienda. Esta debió de haberse producido en octubre de 2007 y es ahora, más de dos años después, cuando propone efectuar la entrega".
Con ello el apelante viene a reconocer que el incumplimiento fue anterior a la presentación del concurso, más de ocho meses antes de su formalización judicial. El transcurso del tiempo, desde entonces, sin que la entrega se llevara a efecto, únicamente permite refrendar el incumplimiento anterior, y no cabe sostener, por lo tanto, la irrelevancia de la conducta contractual de la concursada, desde el nacimiento de la obligación de entrega en octubre de 2007, para sostener que la inobservancia de tan fundamental obligación del vendedor, únicamente se produjo con posterioridad a la declaración del concurso (julio de 2008), pues ello supondría admitir una fractura inacogible del tracto convencional, a los efectos de considerar tal incumplimiento como generado después de que el Juzgado de lo Mercantil aceptase su petición de declaración de concurso voluntario, y aplicar, en consecuencia, el régimen resolutorio que más conviene a los intereses del apelante, atribuyéndole una elección que la Ley Concursal no deja en manos del demandante, sino que la condiciona jurídicamente a la data en que el incumplimiento efectivamente se produjo, en este caso con antelación al concurso, siendo el tiempo transcurrido desde entonces refrendo del mismo. Es por ello, que no podemos aceptar tal argumento del recurso de apelación formulado. ": ": SAP La Coruña (Sección 4) 07.09.2011 (Sentencia 368/2011; Rollo 370/2011)

“TERCERO.-El recurso se desestima:
La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser

la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace alguna excepción y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admita, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la posible resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso (62.1); siempre sin perjuicio del posible mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º).
Por otro lado, la Ley no define los créditos concursales más que por vía negativa (art. 84.1), como los restantes distintos de los créditos contra la masa especificados en el art. 84.2, cuyo número 6º comprende varios supuestos: los que, conforme a esta Ley, deriven de prestaciones a cargo del concursado de contratos anteriores a la declaración del concurso con obligaciones recíprocas posteriores a dicho momento (pendientes de cumplimiento) que continúen en vigor; de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria; y por incumplimiento del concursado. El precepto ha de relacionarse con lo dispuesto sobre la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el artículo 61, particularmente su número 2 primer inciso (los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen manteniendo su vigencia o efectos tras la declaración del concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones posteriores del concursado), y nº 2-segundo inciso (previsión de la resolución judicial del contrato en interés del concurso y sus efectos), así como en el artículo 62 sobre la resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes y sus efectos (también anterior en contratos de tracto sucesivo), con cargo a la masa respecto de las obligaciones del concursado (62.1 y 4), aparte de los casos de mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso (nº 3), mientras que si fuere por incumplimiento del concursado anterior a la declaración, en los casos permitidos legalmente, se trataría de un crédito concursal (nº 4).
En el presente caso, y aunque es cuestión polémica en los tribunales sobre la que ya nos hemos pronunciado en otras sentencias, la propia concursada ha defendido en otros asuntos que por incumplimientos anteriores no cabría la resolución del contrato de compraventa no instada antes de la declaración del concurso, por tratarse de un contrato de tracto único y en aplicación de la normativa antes apuntada e invocada en el recurso, y de ahí el trasfondo de la oposición de la administración concursal al recurso de que la conformidad de la concursada con la resolución del contrato y con la restitución dineraria supondría que el incumplimiento habría de ser posterior, con la consecuente consideración del crédito restitutorio como contra la masa. Aunque no es este el motivo de la desestimación del recurso. Sino el indicado en la sentencia apelada, pues el contrato estaba vigente con prestaciones pendientes de cumplirse por ambas partes y el incumplimiento de la vendedora fue posterior al inicio del concurso, sin que altere esta conclusión el hecho de haber obtenido la licencia de edificación unos meses después del plazo pactado, pero mucho tiempo antes de la declaración concursal, habiéndose también comenzado la construcción y aceptada la situación por ambas partes, como tampoco puede aquélla pretender resucitar a su favor una facultad resolutoria por tal plazo no prevista en el contrato automáticamente ni reconocida a ella sino a la parte compradora.”: SAP La Coruña (Sección 4) 09.09.2011 (Sentencia 374/2011; Rollo 353/2011)

“TERCERO.- La cuestión controvertida, si cabe o no legalmente la resolución contractual instada después por incumplimiento anterior a la declaración del concurso es ciertamente polémica, como decíamos en nuestras ya citadas sentencias no es pacifica, al estar dividida tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales y Juzgados, y nos decantamos por la interpretación mayoritaria, que es la tesis negativa seguida en la sentencia apelada, la que mantenemos en otras posteriores como la presente, al resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea

de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario es de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior.
Y así razonábamos, con cita expresa de sentencias a favor y en contra: "La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art.62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención)
o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º)".
En definitiva, estimamos esta interpretación más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, es de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. ": SAP Coruña (Sección 4) 13.09.2011 (Sentencia 380/2011; Rollo 366/2011)

"La cuestión de la resolución contractual en casos como éste no es nueva para este Tribunal al habernos ya pronunciado en contra de la tesis defendida en el recurso en otros recientes precedentes (SAP 4ª A Coruña de 11, 22 y 28/7/2011, 7 y 13/9/2011), cuyos razonamientos y solución son igualmente predicables al presente litigio con pequeñas adaptaciones.
TERCERO.- En el presente caso, realmente la demanda se basa en un incumplimiento anterior, sin que su prolongación o reiteración posterior alteren esta conclusión sino más bien sean la confirmación de aquél. La fecha de entrega pactada de aproximadamente 24 meses desde la obtención de la licencia municipal de edificación (9/2/2006) finalizaría en febrero de 2008, meses antes de la declaración del concurso (24/7/2008), constando igualmente terminada la vivienda con anterioridad, según el certificado final de obra (noviembre de 2007), lo mismo que la solicitud de la LPO (también en noviembre), aunque concedida después (marzo 2009), por una disputa o problemas relativos a la urbanización del sector (la promotora era al tiempo agente urbanizador), figurando en el convenio alcanzado entre el ayuntamiento y la concursada (9/2/2009) la aceptación o recepción (parcial) de las obras de urbanización: las referidas a aquellas ya ejecutadas, dotadas de autonomía y funcionamiento independiente, comprometiéndose por ello el ayuntamiento a conceder las LPO solicitadas correspondientes a tales parcelas cuya urbanización se encontraba en condiciones adecuadas. En atención a todo lo expuesto, no puede considerarse errónea la conclusión del juzgador de instancia de que se trataría de un incumplimiento del plazo de entrega anterior al inicio del concurso y no posterior.
CUARTO.- La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del

precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).

Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, no tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º).

Aunque acabamos de exponer nuestra interpretación, hay que reconocer que la cuestión de si cabe o no legalmente la resolución contractual instada después por incumplimiento anterior a la declaración del concurso es ciertamente polémica, estando dividida tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales y Juzgados, si bien consideramos mayoritaria la tesis negativa seguida en la sentencia apelada:

Tesis favorable a la resolución. La defiende, por ejemplo, Martínez Flórez (Rojo-Beltrán, Comentario a la Ley Concursal, Thomson-Aranzadi). También podemos reseñar las siguientes sentencias:

SAP 8ª Alicante de 9/7, 9/9 y 11/10/2010, entre otras (reiteradas en las SAP 9ª Valencia de 29/11/2010 y 21/2/2011, entre otras): "Debemos entrar a analizar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso. En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo. No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones: 1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo

1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC. 2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible su falta de terminación de la obra. 3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual".

SJM 1 Sevilla de 30/12/2005: "El art. 61 se refiere a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes a de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. El art. 62 regula específicamente la resolución por incumplimiento, estableciendo su apartado 1º : "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tractos sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. Ahora bien, ello no es óbice para que resulte admisible la posibilidad de resolver los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en el caso de incumplimiento anterior del concursado, cuando la otra parte está dispuesta a cumplir. Otra interpretación dejaría

indefensa a la parte que estuvo dispuesta a cumplir, y con el pago de una señal mínima podría integrase en el concurso el bien adquirido mediante compraventa no obstante la falta de pago del resto del precio, dándose el supuesto de que en caso de insuficiencia de bienes, la parte vendedora perdiera no sólo el bien, sino que además no pudiera cobrar su crédito, ya que el precio de venta del bien pudiera ser destinado al pago de acreedores con un crédito preferente".
Tesis contraria a la resolución por incumplimientos anteriores. Es la interpretación mayoritaria en la doctrina, pudiendo citarse a título de ejemplo, entre otros, a Valpuesta Gastaminza (F. Cordón, Comentarios, Aranzadi), Fínez Ratón (Tratado Práctico Concursal -II- Aranzadi), o Piñel López, aunque éste con dudas y sin resultarle lógico (Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa en Estudios de Derecho Judicial/2004). Cabe también reseñar las siguientes sentencias:
SAP 4ª A Coruña de 11, 22 y 28/7/2011, 7/9/2011, ya citadas, en el mismo sentido que los de la presente sentencia.
SAP 4ª Murcia de 3 y 10/3/2006 : "Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 L.C. cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal".
SAP 1ª Pontevedra de 13/9 y 29/11/2010 cuando, tras referirse a los artículos 61 y 62 LC, dicen que: "De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte. La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso".
SAP (1ª) Cuenca de 1/5/2011 : "en tal caso, (contrato de tracto único), se viene sosteniendo que el artículo 62 de la Ley Concursal no permite la resolución de los contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, (como aquí ya se ha dicho que sucedió). Tal conclusión se concreta, por ejemplo, en el trabajo elaborado por la Ilma. Sra. Dª. Nuria A. Orellana Cano, Magistrada Especialista de lo Mercantil, con ocasión del Encuentro de la Sala 1ª del Tribunal Supremo con Jueces de lo Mercantil,
(C.G.P.J. 12-14 de Abril de 2010)".
SJM 1 A Coruña de 16/12/2010, objeto de la presente apelación, transcrita más arriba, y otras en idéntico sentido como las de 7/12/2010 y 3/2/2011.
SJM 1 Madrid de 15/4/2005: "Prevista por la regulación concursal la pervivencia durante la tramitación del concurso, de los contratos con obligaciones recíprocas (artículo 61 LC), es el artículo 62.1 LC el que regula la facultad de resolución contractual para el caso de incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes. En primer lugar, debe destacarse que la primera regla contenida en el artículo 62.1 LC hace referencia al incumplimiento que faculta el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos con obligaciones recíprocas de tracto único. En tales casos, el incumplimiento que permite obtener la resolución contractual debe ser posterior a la declaración del concurso, esto es, un incumplimiento producido en un momento en el que las facultades del concursado se encuentran, al menos, intervenidas, y por ello, en el que ha tenido alguna incidencia la actuación de la administración concursal. Manteniéndose durante la tramitación del concurso la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas preexistentes, el legislador ha previsto la posibilidad de la resolución de tales contratos para el caso de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso. La causa de tal previsión legal se encuentra en que, declarado el concurso, el crédito anterior a la declaración a favor del acreedor que ha cumplido su prestación, se debe integrar dentro de la masa pasiva. Así se desprende de la dicción del artículo 62.4º LC que determina que una vez declarada la resolución del contrato, el crédito vencido se incluirá en el concurso "si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso", mientras que será a cargo de la masa si el incumplimiento fuera posterior a tal declaración. Más peculiar es el supuesto de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo preexistentes a la declaración del concurso. En tales casos la Ley Concursal establece la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria incluso para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso (artículo 62.1 in fine LC)".
SJM 1 Mallorca de 16/6/2009: "en el caso de contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, () el artículo 62 prevé la posibilidad de instar la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes e, incluso, por incumplimiento anterior a la declaración de concurso tratándose de contratos de tracto sucesivo, satisfaciéndose el crédito de la parte cumplidora con cargo a la masa si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso () Pero aún más; si analizamos el artículo 62, el que trata de la resolución por incumplimiento, describe dos escenarios posibles:
1. El incumplimiento se produce después de declarado el concurso: puede solicitarse la resolución de

cualquier contrato con obligaciones recíprocas que se hubiese mantenido pese a la declaración del concurso. 2. El incumplimiento se produjo con anterioridad a la declaración del concurso: el legislador solo permite ejercer la facultad resolutoria respecto de los contratos con obligaciones recíprocas, de tracto sucesivo, impidiendo dicha posibilidad de los de tracto único".
SJM 1 Bilbao de 21/9/2009: "Si quien no cumple con su obligación contractual durante el concurso es el deudor, los compradores disponen de la facultad de resolución por incumplimiento del art. 61.2 LC, que es la genérica del art. 1.124 CCv aunque limitada a circunstancias posteriores a la declaración de concurso, por ser de tracto único el contrato de compraventa y, en consecuencia, inoponible el incumplimiento anterior a dicha declaración. Aunque no puedan los compradores no insolventes instar la resolución "conveniente al interés del concurso", siguen disponiendo de la facultad de resolución por incumplimiento" (posterior). "La consecuencia, en tal caso, es que podrían alcanzar la condición de acreedores de créditos contra la masa, pues así se estipula en el art. 61.4 LC y 84.2.6º LC. Una posición, en consecuencia, más ventajosa que la de acreedor concursal que pretenden".
SJM 6 Madrid de 19/4/2010: "lo pedido por el demandante choca con lo dispuesto en el art. 62.1 L.Co., en cuanto priva al acreedor in bonis [-en obligaciones de tracto único, aunque de ejecución prolongada, como la presente-] de la facultad resolutoria por causa de incumplimientos anteriores a la declaración concursal; y ello: 1.- porque admitida por las partes la realidad del incumplimiento de elemento esencial del contrato, cual era la entrega de la obra finalizada y el plazo para su finalización, resulta que nos encontramos ante un incumplimiento obligacional por la concursada claramente anterior a la declaración concursal; y 2.- porque reconocido y admitido por las partes la existencia de incumplimiento en el demandante en su obligación de pago del precio"
SJM 6 Madrid de 27/9/2010: "Para resolver la cuestión suscitada debe recordarse que los efectos del concurso sobre los contratos celebrados por la concursada con terceros aparecen regulados en los arts. 61 y ss L.Co. (Capítulo III del Título III), de tal modo que siendo la regla general que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia y eficacia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte contractual [art. 61.2 L.Co.], la acción de resolución del contratante "in bonis" aparece referida legalmente a la naturaleza temporal de la prestación que le es debida, distinguiendo la Ley según se trate de tracto único o sucesivo [art. 62.1 L.Co.]. () De ello resulta que si nos encontramos ante un contrato de tracto único cuya validez, eficacia y vigencia no se ve afectada por la declaración concursal (Auto de 29.1.2009), la parte "in bonis" carece de acción resolutoria por causa de incumplimientos contractuales acaecidos con anterioridad a la declaración concursal, por lo que invocando el demandante la existencia de incumplimiento previo en lo relativo a la entrega de la vivienda (cuyo plazo contractual era el 31.12.2008), no puede fundar la acción resolutoria en dicha ausencia de prestación".
Por nuestra parte consideramos más acertado este segundo criterio, que es el de la sentencia apelada, en general por las razones reseñadas de las sentencias de este grupo, por ser la interpretación mayoritaria, así como la nuestra, según expusimos más arriba, y resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, ya dijimos que no lo es, sino de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. Si la solución de la Ley es insatisfactoria o ilógica, depende del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso. ": ": SAP La Coruña (Sección 4) 16.09.2011 (Sentencia 348/2011; Rollo 341/2011)

"PRIMERO.-Contra la sentencia de primera instancia, desestimatoria de la demanda de incidente concursal planteada en el concurso de acreedores de Martinsa Fadesa, S.A. pretendiendo la resolución del contrato de compraventa de la Parcela C-3 dentro del ámbito del Plan Parcial del Sector 1 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Ayamonte (Huelva), cuya voluntad resolutoria se manifestó después de la declaración del concurso por incumplimiento de la vendedora, alegando la imposibilidad de la construcción de un Centro Comercial en la referida parcela, una vez presentado el proyecto básico de edificación por estar afectada por las limitaciones y restricciones que establece la Ley de Costas, según resolución dictada en fecha 24 de enero de 2006 de la Delegación Provincial en Huelva de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, interpone recurso de apelación la representación procesal de la parte demandante, en apoyo del mismo se alega que sea anterior o sea posterior el incumplimiento del contrato por parte de la entidad mercantil en concurso al auto que la declara en tal situación procede la resolución del contrato de compraventa con las consecuencias legales correspondientes.
La sentencia apelada consideró en síntesis que, promovida la acción resolutoria una vez declarado el concurso, la Ley Concursal únicamente admitiría la resolución por incumplimiento anterior a dicho momento de tratarse de contratos de tracto sucesivo, pero no en los de tracto único como la compraventa de inmueble con precio aplazado, de tal modo carece de acción el comprador.
SEGUNDO.-En el recurso se alega que sea el incumplimiento de la vendedora anterior o posterior a la declaración del concurso (24-7-2008), cuando tal incumplimiento anterior se prolongó de forma desorbitada más allá de su declaración y con posterioridad al auto de declaración de concurso, tiene facultad para resolver el contrato, alegando en definitiva errónea interpretación jurídica de la Ley

Concursal por el Juzgador de primera instancia.
La cuestión de la resolución contractual en casos como éste no es nueva para este Tribunal al habernos ya pronunciado en contra de la tesis del ahora apelante en recientes precedentes (SAP 4ª A Coruña de 11/7/2011, 22/7/11, 28/7/11, 7/9/11 y 13/9/11, entre otras), cuyos razonamientos y solución son igualmente predicables al presente litigio.
Los hechos probados en el presente caso a tener en consideración son: 1º) la fecha aproximada pactada en el contrato de otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la parcela, que supondría la entrega y transmisión del pleno dominio a la parte compradora, una vez finalizadas las obras de urbanización por parte de la vendedora, se sitúa entre los días 1 y 20 de marzo de 2005. 2º) Consta terminadas las obras de urbanización dentro del plazo pactado. 3º) Redactado el proyecto básico de edificación de un Centro Comercial en la referida parcela y solicitada la licencia de edificación, fue denegada la autorización de uso de la zona de servidumbre de protección, por resolución dictada en fecha 24 de enero de 2006 de la Delegación Provincial en Huelva de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, por estar afectada por las limitaciones y restricciones que establece la Ley de Costas. 4º) La demanda rectora del presente procedimiento se interpuso el 30 de septiembre de 2008.
TERCERO.-La cuestión controvertida, si cabe o no legalmente la resolución contractual instada después por incumplimiento anterior a la declaración del concurso es ciertamente polémica, como decíamos en nuestras ya citadas sentencias no es pacifica, al estar dividida tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales y Juzgados, y nos decantamos por la interpretación mayoritaria, que es la tesis negativa seguida en la sentencia apelada, la que mantenemos en otras posteriores como la presente, al resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario es de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior.
Y así razonábamos, con cita expresa de sentencias a favor y en contra: "La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art.62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención)
o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º)".
En definitiva, estimamos esta interpretación más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, es de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior.": SAP La Coruña

(Sección 4) 10.10.2011 (Sentencia 424/2011; Rollo 502/2011)

“La sentencia apelada consideró en síntesis que, promovida la acción resolutoria una vez declarado el concurso, la Ley Concursal únicamente admitiría la resolución por incumplimiento anterior a dicho momento de tratarse de contratos de tracto sucesivo, pero no en los de tracto único como la compraventa de vivienda futura del presente caso, de tal modo carece de acción la entidad mercantil compradora, que el caso podrá exigir el cumplimiento de la prestación comprometida por la vendedora, hoy en concurso, de la entrega de la vivienda que, según la documentación aportada por la demandada, ya se encuentran finalizadas, certificación de final de obra de fecha 4 de junio de 2010, y con licencia de primera ocupación otorgada el 16 de julio del mismo año.
SEGUNDO.- La cuestión controvertida, si cabe o no legalmente la resolución contractual instada después por incumplimiento anterior a la declaración del concurso es ciertamente polémica, como decíamos en nuestra sentencia de 11 de julio de 2011, entre otras muchas, no es pacifica, al estar dividida tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales y Juzgados, y nos decantamos por la interpretación mayoritaria, que es la tesis negativa seguida en la sentencia apelada, la que mantenemos en otras posteriores como la presente.
Y así razonábamos, con cita expresa de sentencias a favor y en contra: "La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art.62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención)
o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º)".
En definitiva, estimamos esta interpretación más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, es de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior.”: SAP La Coruña (Sección 4) 18.10.2011 (Sentencia 438/2011; Rollo 378/2011)

“QUINTO.-La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las

clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, no tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º).
Aunque acabamos de exponer nuestra interpretación, hay que reconocer que la cuestión de si cabe o no legalmente la resolución contractual instada después por incumplimiento anterior a la declaración del concurso es ciertamente polémica, estando dividida tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales y Juzgados, si bien consideramos mayoritaria la tesis negativa seguida en la sentencia apelada:
Tesis favorable a la resolución. La defiende, por ejemplo, Martínez Flórez (Rojo-Beltrán, Comentario a la Ley Concursal, Thomson-Aranzadi). También podemos reseñar las siguientes sentencias:
SAP 8ª Alicante de 9/7, 9/9 y 11/10/2010, entre otras (reiteradas en las SAP 9ª Valencia de 29/11/2010 y 21/2/2011, entre otras): "Debemos entrar a analizar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso. En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo. No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones: 1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo
1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC. 2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible su falta de terminación de la obra. 3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual".
SJM 1 Sevilla de 30/12/2005: "El art. 61 se refiere a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes a de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. El art. 62 regula específicamente la resolución por incumplimiento, estableciendo su apartado 1º : "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tractos sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. Ahora bien, ello no es óbice para que resulte admisible la posibilidad de resolver los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en el caso de incumplimiento anterior del concursado, cuando la otra parte está dispuesta a cumplir. Otra interpretación dejaría indefensa a la parte que estuvo dispuesta a cumplir, y con el pago de una señal mínima podría integrase en el concurso el bien adquirido mediante compraventa no obstante la falta de pago del resto del precio, dándose el supuesto de que en caso de insuficiencia de bienes, la parte vendedora

perdiera no sólo el bien, sino que además no pudiera cobrar su crédito, ya que el precio de venta del bien pudiera ser destinado al pago de acreedores con un crédito preferente".
Tesis contraria a la resolución por incumplimientos anteriores. Es la interpretación mayoritaria en la doctrina, pudiendo citarse a título de ejemplo, entre otros, a Valpuesta Gastaminza (F. Cordón, Comentarios, Aranzadi), Fínez Ratón (Tratado Práctico Concursal -II- Aranzadi), o Piñel López, aunque éste con dudas y sin resultarle lógico (Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa en Estudios de Derecho Judicial/2004). Cabe también reseñar las siguientes sentencias:
SAP 4ª A Coruña de 11, 22 y 28/7/2011, 7 y 13 y 16/9/201, 10/10/2011, entre otras, en el mismo sentido que la presente sentencia.
SAP 4ª Murcia de 3 y 10/3/2006 : "Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 L.C. cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal".
SAP 1ª Pontevedra de 13/9 y 29/11/2010 cuando, tras referirse a los artículos 61 y 62 LC, dicen que: "De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte. La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso".
SAP (1ª) Cuenca de 1/5/2011 : "en tal caso, (contrato de tracto único), se viene sosteniendo que el artículo 62 de la Ley Concursal no permite la resolución de los contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, (como aquí ya se ha dicho que sucedió). Tal conclusión se concreta, por ejemplo, en el trabajo elaborado por la Ilma. Sra. Dª. Nuria A. Orellana Cano, Magistrada Especialista de lo Mercantil, con ocasión del Encuentro de la Sala 1ª del Tribunal Supremo con Jueces de lo Mercantil,
(C.G.P.J. 12-14 de Abril de 2010)".
SJM 1 A Coruña como las de 14/7/2009, 7 y 16/12/2010 o 3/2/2011, en idéntico sentido transcrito más arriba.
SJM 1 Madrid de 15/4/2005: "Prevista por la regulación concursal la pervivencia durante la tramitación del concurso, de los contratos con obligaciones recíprocas (artículo 61 LC), es el artículo 62.1 LC el que regula la facultad de resolución contractual para el caso de incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes. En primer lugar, debe destacarse que la primera regla contenida en el artículo 62.1 LC hace referencia al incumplimiento que faculta el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos con obligaciones recíprocas de tracto único. En tales casos, el incumplimiento que permite obtener la resolución contractual debe ser posterior a la declaración del concurso, esto es, un incumplimiento producido en un momento en el que las facultades del concursado se encuentran, al menos, intervenidas, y por ello, en el que ha tenido alguna incidencia la actuación de la administración concursal. Manteniéndose durante la tramitación del concurso la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas preexistentes, el legislador ha previsto la posibilidad de la resolución de tales contratos para el caso de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso. La causa de tal previsión legal se encuentra en que, declarado el concurso, el crédito anterior a la declaración a favor del acreedor que ha cumplido su prestación, se debe integrar dentro de la masa pasiva. Así se desprende de la dicción del artículo 62.4º LC que determina que una vez declarada la resolución del contrato, el crédito vencido se incluirá en el concurso "si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso", mientras que será a cargo de la masa si el incumplimiento fuera posterior a tal declaración. Más peculiar es el supuesto de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo preexistentes a la declaración del concurso. En tales casos la Ley Concursal establece la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria incluso para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso (artículo 62.1 in fine LC)".
SJM 1 Mallorca de 16/6/2009: "en el caso de contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, () el artículo 62 prevé la posibilidad de instar la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes e, incluso, por incumplimiento anterior a la declaración de concurso tratándose de contratos de tracto sucesivo, satisfaciéndose el crédito de la parte cumplidora con cargo a la masa si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso () Pero aún más; si analizamos el artículo 62, el que trata de la resolución por incumplimiento, describe dos escenarios posibles:
1. El incumplimiento se produce después de declarado el concurso: puede solicitarse la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas que se hubiese mantenido pese a la declaración del concurso. 2. El incumplimiento se produjo con anterioridad a la declaración del concurso: el legislador

solo permite ejercer la facultad resolutoria respecto de los contratos con obligaciones recíprocas, de tracto sucesivo, impidiendo dicha posibilidad de los de tracto único".
SJM 1 Bilbao de 21/9/2009: "Si quien no cumple con su obligación contractual durante el concurso es el deudor, los compradores disponen de la facultad de resolución por incumplimiento del art. 61.2 LC, que es la genérica del art. 1.124 CCv aunque limitada a circunstancias posteriores a la declaración de concurso, por ser de tracto único el contrato de compraventa y, en consecuencia, inoponible el incumplimiento anterior a dicha declaración. Aunque no puedan los compradores no insolventes instar la resolución "conveniente al interés del concurso", siguen disponiendo de la facultad de resolución por incumplimiento" (posterior). "La consecuencia, en tal caso, es que podrían alcanzar la condición de acreedores de créditos contra la masa, pues así se estipula en el art. 61.4 LC y 84.2.6º LC. Una posición, en consecuencia, más ventajosa que la de acreedor concursal que pretenden".
SJM 6 Madrid de 19/4/2010: "lo pedido por el demandante choca con lo dispuesto en el art. 62.1 L.Co., en cuanto priva al acreedor in bonis [-en obligaciones de tracto único, aunque de ejecución prolongada, como la presente-] de la facultad resolutoria por causa de incumplimientos anteriores a la declaración concursal; y ello: 1.- porque admitida por las partes la realidad del incumplimiento de elemento esencial del contrato, cual era la entrega de la obra finalizada y el plazo para su finalización, resulta que nos encontramos ante un incumplimiento obligacional por la concursada claramente anterior a la declaración concursal; y 2.- porque reconocido y admitido por las partes la existencia de incumplimiento en el demandante en su obligación de pago del precio".
SJM 6 Madrid de 27/9/2010: "Para resolver la cuestión suscitada debe recordarse que los efectos del concurso sobre los contratos celebrados por la concursada con terceros aparecen regulados en los arts. 61 y ss L.Co. (Capítulo III del Título III), de tal modo que siendo la regla general que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia y eficacia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte contractual [art. 61.2 L.Co.], la acción de resolución del contratante "in bonis" aparece referida legalmente a la naturaleza temporal de la prestación que le es debida, distinguiendo la Ley según se trate de tracto único o sucesivo [art. 62.1 L.Co.]. () De ello resulta que si nos encontramos ante un contrato de tracto único cuya validez, eficacia y vigencia no se ve afectada por la declaración concursal (Auto de 29.1.2009), la parte "in bonis" carece de acción resolutoria por causa de incumplimientos contractuales acaecidos con anterioridad a la declaración concursal, por lo que invocando el demandante la existencia de incumplimiento previo en lo relativo a la entrega de la vivienda (cuyo plazo contractual era el 31.12.2008), no puede fundar la acción resolutoria en dicha ausencia de prestación".
Por nuestra parte consideramos más acertado este segundo criterio, que es el de la sentencia apelada, en general por las razones reseñadas de las sentencias de este grupo, por ser la interpretación mayoritaria, así como la nuestra, según expusimos más arriba, y resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, ya dijimos que no lo es, sino de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. Si la solución de la Ley es insatisfactoria o ilógica, depende del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso.": SAP La Coruña (Sección 4) 21.10.2011 (Sentencia 443/2011; Rollo 655/2010)

"CUARTO : En dichas resoluciones este Tribunal se decanta por la tesis contraria a la resolución contractual instada después de la declaración del concurso por incumplimiento anterior, que es la seguida en la sentencia de instancia, recogiéndose en la sentencia de 21 de octubre de 2011:
"Tesis favorable a la resolución. La defiende, por ejemplo, Martínez Flórez (Rojo-Beltrán, Comentario a la Ley Concursal, Thomson-Aranzadi). También podemos reseñar las siguientes sentencias: SAP 8ª Alicante de 9/7, 9/9 y 11/10/2010, entre otras (reiteradas en las SAP 9ª Valencia de 29/11/2010 y 21/2/2011, entre otras): "Debemos entrar a analizar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso. En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo.
No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones: 1) La privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del rtículo 62.1 LC. 2) No puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al

mantenerse de forma irreversible su falta de terminación de la obra. 3) Tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual".

SJM 1 Sevilla de 30/12/2005: "El art. 61 se refiere a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes a de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. El art. 62 regula específicamente la resolución por incumplimiento, estableciendo su apartado 1º: "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. Ahora bien, ello no es óbice para que resulte admisible la posibilidad de resolver los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en el caso de incumplimiento anterior del concursado, cuando la otra parte está dispuesta a cumplir. Otra interpretación dejaría indefensa a la parte que estuvo dispuesta a cumplir, y con el pago de una señal mínima podría integrase en el concurso el bien adquirido mediante compraventa no obstante la falta de pago del resto del precio, dándose el supuesto de que en caso de insuficiencia de bienes, la parte vendedora perdiera no sólo el bien, sino que además no pudiera cobrar su crédito, ya que el precio de venta del bien pudiera ser destinado al pago de acreedores con un crédito preferente".

Tesis contraria a la resolución por incumplimientos anteriores. Es la interpretación mayoritaria en la doctrina, pudiendo citarse a título de ejemplo, entre otros, a Valpuesta Gastaminza (F. Cordón, Comentarios, Aranzadi), Fínez Ratón (Tratado Práctico Concursal -II- Aranzadi), o Piñel López, aunque éste con dudas y sin resultarle lógico (Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa en Estudios de Derecho Judicial/2004). Cabe también reseñar las siguientes sentencias:

SAP 4ª A Coruña de 11, 22 y 28/7/2011, 7 y 13 y 16/9/201, 10/10/2011, entre otras, en el mismo sentido que la presente sentencia.

SAP 4ª Murcia de 3 y 10/3/2006 : "Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 L.C. cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal".

SAP 1ª Pontevedra de 13/9 y 29/11/2010 cuando, tras referirse a los artículos 61 y 62 LC, dicen que: "De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte. La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso".

SAP (1ª) Cuenca de 1/5/2011 : "En tal caso (contrato de tracto único) se viene sosteniendo que el artículo 62 de la Ley Concursal no permite la resolución de los contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, (como aquí ya se ha dicho que sucedió). Tal conclusión se concreta, por ejemplo, en el trabajo elaborado por la Ilma. Sra. Dª. Nuria A. Orellana Cano, Magistrada Especialista de lo Mercantil, con ocasión del Encuentro de la Sala 1ª del Tribunal Supremo con Jueces de lo Mercantil, (C.G.P.J. 12-14 de Abril de 2010)".

SJM 1 A Coruña como las de 14/7/2009, 7 y 16/12/2010 o 3/2/2011, en idéntico sentido transcrito más arriba.

SJM 1 Madrid de 15/4/2005: "Prevista por la regulación concursal la pervivencia durante la tramitación del concurso, de los contratos con obligaciones recíprocas (artículo 61 LC), es el artículo 62.1 LC l que regula la facultad de resolución contractual para el caso de incumplimiento atribuible a cualquiera de

las partes. En primer lugar, debe destacarse que la primera regla contenida en el artículo 62.1 LC hace referencia al incumplimiento que faculta el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos con obligaciones recíprocas de tracto único. En tales casos, el incumplimiento que permite obtener la resolución contractual debe ser posterior a la declaración del concurso, esto es, un incumplimiento producido en un momento en el que las facultades del concursado se encuentran, al menos, intervenidas, y por ello, en el que ha tenido alguna incidencia la actuación de la administración concursal. Manteniéndose durante la tramitación del concurso la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas preexistentes, el legislador ha previsto la posibilidad de la resolución de tales contratos para el caso de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso. La causa de tal previsión legal se encuentra en que, declarado el concurso, el crédito anterior a la declaración a favor del acreedor que ha cumplido su prestación, se debe integrar dentro de la masa pasiva. Así se desprende de la dicción de artículo 62.4º LC que determina que una vez declarada la resolución del contrato, el crédito vencido se incluirá en el concurso "si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso", mientras que será a cargo de la masa si el incumplimiento fuera posterior a tal declaración. Más peculiar es el supuesto de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo preexistentes a la declaración del concurso. En tales casos la Ley Concursal establece la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria incluso para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso (artículo 62.1 in fine LC)".

SJM 1 Mallorca de 16/6/2009: "En el caso de contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, () el artículo 62 prevé la posibilidad de instar la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes e, incluso, por incumplimiento anterior a la declaración de concurso tratándose de contratos de tracto sucesivo, satisfaciéndose el crédito de la parte cumplidora con cargo a la masa si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso (...) Pero aún más; si analizamos el artículo 62, el que trata de la resolución por incumplimiento, describe dos escenarios posibles: 1. El incumplimiento se produce después de declarado el concurso: puede solicitarse la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas que se hubiese mantenido pese a la declaración del concurso. 2. El incumplimiento se produjo con anterioridad a la declaración del concurso: el legislador solo permite ejercer la facultad resolutoria respecto de los contratos con obligaciones recíprocas, de tracto sucesivo, impidiendo dicha posibilidad de los de tracto único".

SJM 1 Bilbao de 21/9/2009: "Si quien no cumple con su obligación contractual durante el concurso es el deudor, los compradores disponen de la facultad de resolución por incumplimiento del art. 61.2 LC, que es la genérica del art. 1.124 CC v aunque limitada a circunstancias posteriores a la declaración de concurso, por ser de tracto único el contrato de compraventa y, en consecuencia, inoponible el incumplimiento anterior a dicha declaración. Aunque no puedan los compradores no insolventes instar la resolución "conveniente al interés del concurso", siguen disponiendo de la facultad de resolución por incumplimiento" (posterior). "La consecuencia, en tal caso, es que podrían alcanzar la condición de acreedores de créditos contra la masa, pues así se estipula en el art. 61.4 LC y 84.2.6ºLC. Una posición, en consecuencia, más ventajosa que la de acreedor concursal que pretenden".

SJM 6 Madrid de 19/4/2010: "lo pedido por el demandante choca con lo dispuesto en el art. 62.1 L.Co., en cuanto priva al acreedor in bonis [-en obligaciones de tracto único, aunque de ejecución prolongada, como la presente-] de la facultad resolutoria por causa de incumplimientos anteriores a la declaración concursal; y ello: 1.- porque admitida por las partes la realidad del incumplimiento de elemento esencial del contrato, cual era la entrega de la obra finalizada y el plazo para su finalización, resulta que nos encontramos ante un incumplimiento obligacional por la concursada claramente anterior a la declaración concursal; y 2.- porque reconocido y admitido por las partes la existencia de incumplimiento en el demandante en su obligación de pago del precio".

SJM 6 Madrid de 27/9/2010: "Para resolver la cuestión suscitada debe recordarse que los efectos del concurso sobre los contratos celebrados por la concursada con terceros aparecen regulados en los arts. 61 y ss L.Co. (Capítulo III del Título III), de tal modo que siendo la regla general que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia y eficacia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte contractual [art. 61.2 L.Co.], la acción de resolución del contratante "in bonis" aparece referida legalmente a la naturaleza temporal de la prestación que le es debida, distinguiendo la Ley según se trate de tracto único o sucesivo[art. 62.1 L.Co.]. (...) De ello resulta que si nos encontramos ante un contrato de tracto único cuya validez, eficacia y vigencia no se ve afectada por la declaración concursal (Auto de 29.1.2009), la parte "in bonis" carece de acción resolutoria por causa de incumplimientos contractuales acaecidos con anterioridad a la declaración concursal, por lo que invocando el demandante la existencia de incumplimiento previo en lo relativo a la entrega de la vivienda (cuyo plazo contractual era el 31.12.2008), no puede fundar la acción resolutoria en dicha ausencia de prestación".

Por nuestra parte consideramos más acertado este segundo criterio, que es el de la sentencia apelada, en general por las razones reseñadas de las sentencias de este grupo, por ser la interpretación mayoritaria, así como la nuestra, según expusimos más arriba, y resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, ya dijimos que no lo es, sino de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. Si la solución de la Ley es insatisfactoria o ilógica, depende del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso".
QUINTO: Se alega en el recurso de apelación que el incumplimiento que lleva a la resolución del contrato se habría generado antes y después de la declaración de concurso, argumentando, en síntesis, que tanto la vivienda como los elementos comunes no se habrían entregado en plazo, que los elementos comunes ni siquiera se habrían entregado en la actualidad, y que nunca se iban a entregar como se publicitaron y los demandantes habrían comprado porque en los terrenos en que iban las pistas de tenis y de pádel la demandada habría construido unos Apartahotel; y, que, por ello, existiría un incumplimiento indubitado, absoluto, definitivo e irreparable producido con posterioridad a la declaración de concurso. La controversia sobre la interpretación de la clausula novena referida a qué ha entenderse por elementos comunes en el contexto de la misma, carece de trascendencia por cuanto el incumplimiento en que se sustenta la demanda de falta de entrega en el plazo pactado se refiere en la misma tanto la vivienda como a las pistas deportistas y a la piscina. Según lo expuesto en la propia demanda la entrega se habría de haber producido unos siete meses antes de la declaración del concurso. El transcurso del tiempo desde entonces no suponen sino la confirmación de dicho incumplimiento. Ha de entenderse que la alegación sobre la recalificación urbanística de terrenos y la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de entrega e las pistas deportivas es distinto a lo alegado en el escrito de demanda sobre la falta de entrega en el plazo pactado, y, siendo así, que constituye un hecho nuevo introducido ex novo en esta alzada sobre el cuál no podría conocer este Tribunal por el riesgo de indefensión que pudiera producirse en la parte apelada al alterar las premisas de lo actuado en primera instancia. En el auto de fecha 26 de septiembre de 2011, por el que resuelve inadmitir la prueba documental aportada para esta apelación, se indicó que la copia del escrito del Sindic de Greuges es de 2007, y por tanto anterior al inicio del incidente concursal.": SAP Coruña (Sección 4) 18.01.2012 (Sentencia 14/2012; Rollo 500/2011)

"Por lo que según lo dispuesto en el art. 62.1 de la Ley Concursal, únicamente admitiría la resolución por incumplimiento anterior a dicho momento de tratarse de contratos de tracto sucesivo, pero no en los de tracto único como la compraventa de inmueble con precio aplazado, de tal modo carece de acción el comprador.
Si cabe o no legalmente la resolución contractual instada después por incumplimiento anterior a la declaración del concurso es ciertamente polémica, tal como decíamos en nuestras sentencias de 11/7/2011, 22/7/11, 28/7/11, 7/9/11 y 13/9/11, entre otras, no es pacifica, al estar dividida tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales y Juzgados, y nos decantamos por la interpretación mayoritaria, que es la tesis negativa seguida en la sentencia apelada, la que mantenemos en otras posteriores como la presente, al resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario es de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior.
Y así razonábamos, con cita expresa de sentencias a favor y en contra: "La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o

extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art.62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º)".
En definitiva, estimamos esta interpretación más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, es de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior.”: SAP La Coruña (Sección 4) 16.03.2012 (Sentencia 114/2012; Rollo 598/2011)

“Constituye el centro del debate en primera instancia, lo que se reproduce en esta apelación, si la acción resolutoria ejercitada encaja en los parámetros del art. 62.1º LC, por cuanto de este precepto, en relación con el art. 61, resulta, según la opinión mayoritaria de doctrina científica y sentencias de las Audiencias Provinciales, que sólo puede ejercitarse la acción si el incumplimiento del concursado es posterior a la declaración de concurso o si el contrato que se pretende resolver no fuera de tracto único, sino sucesivo. En cambio, si la otra parte del contrato, siendo éste de tracto único, ha cumplido todas sus obligaciones esenciales, y sólo queda pendiente el cumplimiento de las obligaciones del concursado, habiéndose producido el incumplimiento ya antes de la declaración judicial de concurso, la acción no puede ser estimada. En efecto, opuestas estas circunstancias tanto por la administración concursal como por la concursada, Martinsa-Fadesa, S.A., en sus escritos de contestación a la demanda, los argumentos son estimados por la sentencia de instancia, que, al acogerlos, desestima la demanda resolutoria interpuesta.
En todo caso, la cuestión de si cabe o no legalmente la resolución contractual instada después por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, cuando el contrato es de tracto único, es ciertamente polémica, estando dividida, como antes apuntamos, tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales y Juzgados, si bien consideramos mayoritaria la tesis negativa seguida en la sentencia apelada. Además, sobre la acción resolutoria en contratos similares al que es objeto de conflicto en este caso, bien de compraventa, bien de permuta, se ha pronunciado esta misma sección 4ª de este tribunal en sentencias como las de 11, 22 y 28 de julio, 7, 13 y 16 de septiembre, 10, 18 y 21 de octubre de 2011 y 18 de enero de 2012, decantándose por la tesis contraria a la resolución contractual instada después de la declaración del concurso por incumplimiento anterior del concursado, que es la seguida en la sentencia de instancia. La tesis favorable a la resolución, en cambio, la han sostenido autores como Martínez Flórez (en Rojo y Beltrán: Comentario a la Ley Concursal) y algunas sentencias de Audiencias Provinciales, como las SSAAPP de Alicante, sección 8ª, de 9 de julio y 9 de septiembre de 2010 y Valencia, sección 9ª, de 29 de noviembre de 2010 y 21 de febrero de 2011, con el argumento principal de que la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el art. 1124 CC y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1º LC. Además, según esta tesis, no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio (en nuestro caso, a los cedentes, que han cumplido su obligación de transmisión de la propiedad de una parte de su finca) a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible su falta de terminación de la obra (en nuestro caso, ni siquiera iniciada en las fases II y III, objeto de la acción resolutoria). Sin embargo, la interpretación sostenida por la sentencia de instancia, también defendida en numerosas sentencias de esta sección de la AP de A Coruña, como ha quedado subrayado, aparece como la mayoritaria entre la doctrina especializada en Derecho

concursal, a la luz de lo dispuesto por los arts. 61 y 62 LC, y es la que se asume en numerosas sentencias de Audiencias Provinciales, entre las que pueden citarse, a título simplemente ejemplificativo, las SSAAPP de Pontevedra de 13 de septiembre y 29 de noviembre de 2010, Murcia de 3 y 10 de marzo de 2010 y Cuenca de 1 de mayo de 2011, así como muchas de Juzgados de lo mercantil. Este segundo criterio, basado en la distinción de la Ley Concursal entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo e incumplimiento anterior o posterior a la declaración judicial del concurso es el que se sigue manteniendo aquí, en el caso que se somete a la consideración de este tribunal.
Es cierto que no se trata, como en la mayoría de los casos controvertidos que están planteándose en los tribunales de justicia, de un contrato de compraventa, sino de una cesión de terreno a cambio de obra ya construida en él, pero ha de calificarse, del mismo modo que aquél, de contrato con obligaciones recíprocas de tracto único, en el que una de las partes, la demandante y apelante, Urbanismo y Construcción, S.L., había cumplido con su obligación principal, la transmisión de la propiedad de la finca, que tuvo lugar en virtud de la escritura pública de 15 de julio de 2005, habiendo, sin embargo, incumplido su obligación principal, respecto de las fases II y III, a las que afecta únicamente la acción resolutoria, la otra parte, Fadesa Inmobiliaria, luego Martinsa- Fadesa, al no haber comenzado la ejecución de las obras en el plazo estipulado en el contrato, un mes después de la concesión de la licencia de obra por parte del Ayuntamiento de Sitges, cuando se pactó expresamente tal circunstancia como condición resolutoria. En efecto, partiendo de las estipulaciones del contrato privado, complementario del de la misma fecha, suscrito en escritura pública, las partes habían establecido una condición resolutoria expresa, en relación con la pasividad de la promotora-constructora en el inicio de las obras, una vez concedida la licencia, de un mes. La licencia es concedida el 23 de abril de 2008 y notificada el 7 de mayo de 2008. Aunque se tome como referencia, a los efectos del cómputo del plazo pactado para el inicio de las obras, el día de la notificación y no el de la obtención, al que, en principio se refiere literalmente el contrato privado suscrito, a partir del 7 de junio de 2008 la demandada estaba incumpliendo el contrato en los términos que, según sus propios pactos, permitían a la otra parte instar la resolución del contrato, siendo tal incumplimiento anterior, por tanto, a la declaración del concurso, que no tiene lugar hasta el 24 de julio de 2008. Si bien el art. 62 LC establece que en contratos de tracto sucesivo la facultad de resolución puede también ejercitarse cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración del concurso, en los de tracto único, como el que nos ocupa, en los que no existen prestaciones reiteradas durante un cierto tiempo, la acción resolutoria ejercitada en un incidente concursal sólo ha de prosperar, según la interporetación que aquí se acoge del citado precepto de la Ley Concursal, si el incumplimiento es posterior a la declaración judicial del concurso. Si el contrato ya estaba incumplido por la promotora antes de la declaración del concurso y la otra parte no promovió entonces la resolución parcial del contrato, ya no podrá hacerlo, con base en ese mismo incumplimiento, después.”: SAP La Coruña (Sección 4) 02.04.2012 (Sentencia 152/2012; Rollo 573/2011)

“SEGUNDO.-La cuestión jurídica sobre la imposibilidad de resolución contractual en casos como éste no es nueva para el Tribunal al habernos ya pronunciado en otros recientes precedentes (SAP 4ª A Coruña de 11, 22 y 28/7/2011, 7 y 13 y 16/9/201, 10/10/2011, entre otros). En la de 22/7/2011 también tratamos la cuestión sobre el seguro de caución. También cabe destacar la de fecha 21/10/2011, en la misma promoción inmobiliaria y en un supuesto muy similar al presente, por lo que los razonamientos y solución de tales sentencias son igualmente predicables al presente caso.
TERCERO.-Con la prueba admitida en esta alzada se acredita que la LPO no se obtuvo hasta el 31 de marzo de 2009, pero también que la vivienda estaba ya finalizada meses antes de vencer el plazo de entrega pactado, y mucho antes de la fecha de declaración del concurso, lo mismo que solicitada entonces tal licencia, demorada por una disputa o problemas relativos a la urbanización del sector (la promotora era al tiempo agente urbanizador), figurando en el convenio alcanzado entre el ayuntamiento y la concursada de 9/2/2009 la aceptación o recepción (parcial) de las obras de urbanización: las referidas a aquellas ya ejecutadas, dotadas de autonomía y funcionamiento independiente, comprometiéndose por ello el ayuntamiento a conceder las LPO solicitadas correspondientes a tales parcelas cuya urbanización se encontraba en condiciones adecuadas. Pero el incumplimiento sería anterior a la declaración concursal, por cuanto el término final del cumplimiento de la obligación de entrega de la vendedora pactado era también anterior en bastantes meses, sin que la prolongación o reiteración posterior del incumplimiento alteren esta conclusión sino que más bien es la confirmación del producido en aquél momento previo. Por ello no puede considerarse errónea la conclusión del juzgador de instancia de que se trataría de un incumplimiento del plazo de entrega anterior al inicio del concurso y no posterior.
CUARTO.-La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).

Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento, pero acotando la Ley expresamente: "por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes", salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto "la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso" (62.1), permitiendo aquí la Ley que, por ejemplo el arrendador o el suministrador, no tengan que seguir vinculados y obligados durante el concurso cuando ya hubieron incumplimientos anteriores; siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º).

Aunque acabamos de exponer nuestra interpretación, hay que reconocer que la cuestión de si cabe o no legalmente la resolución contractual instada después por incumplimiento anterior a la declaración del concurso es ciertamente polémica, estando dividida tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales y Juzgados, si bien consideramos mayoritaria la tesis negativa seguida en la sentencia apelada:

Tesis favorable a la resolución. La defiende, por ejemplo, Martínez Flórez (Rojo-Beltrán, Comentario a la Ley Concursal, Thomson-Aranzadi). También podemos reseñar las siguientes sentencias:

SAP 8ª Alicante de 9/7, 9/9 y 11/10/2010, entre otras (reiteradas en las SAP 9ª Valencia de 29/11/2010 y 21/2/2011, entre otras): "Debemos entrar a analizar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso. En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo. No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones: 1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo

1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC. 2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible su falta de terminación de la obra. 3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual".

SJM 1 Sevilla de 30/12/2005: "El art. 61 se refiere a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes a de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. El art. 62 regula específicamente la resolución por incumplimiento, estableciendo su apartado 1º: "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tractos sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. Ahora bien, ello no es óbice para que resulte admisible la posibilidad de resolver los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en el caso de incumplimiento anterior del concursado, cuando la otra parte está dispuesta a cumplir. Otra interpretación dejaría indefensa a la parte que estuvo dispuesta a cumplir, y con el pago de una señal mínima podría integrase en el concurso el bien adquirido mediante compraventa no obstante la falta de pago del resto del precio, dándose el supuesto de que en caso de insuficiencia de bienes, la parte vendedora perdiera no sólo el bien, sino que además no pudiera cobrar su crédito, ya que el precio de venta del bien pudiera ser destinado al pago de acreedores con un crédito preferente".

Tesis contraria a la resolución por incumplimientos anteriores. Es la interpretación mayoritaria en la

doctrina, pudiendo citarse a título de ejemplo, entre otros, a Valpuesta Gastaminza (F. Cordón, Comentarios, Aranzadi), Fínez Ratón (Tratado Práctico Concursal -II- Aranzadi), o Piñel López, aunque éste con dudas y sin resultarle lógico (Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa en Estudios de Derecho Judicial/2004). Cabe también reseñar las siguientes sentencias:
SAP 4ª A Coruña de 11, 22 y 28/7/2011, 7 y 13 y 16/9/201, 10/10/2011, entre otras, en el mismo sentido que la presente sentencia.
SAP 4ª Murcia de 3 y 10/3/2006 : "Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 L.C. cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal".
SAP 1ª Pontevedra de 13/9 y 29/11/2010 cuando, tras referirse a los artículos 61 y 62 LC, dicen que: "De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte. La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso".
SAP (1ª) Cuenca de 1/5/2011 : "en tal caso, (contrato de tracto único), se viene sosteniendo que el artículo 62 de la Ley Concursal no permite la resolución de los contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, (como aquí ya se ha dicho que sucedió). Tal conclusión se concreta, por ejemplo, en el trabajo elaborado por la Ilma. Sra. Dª. Nuria A. Orellana Cano, Magistrada Especialista de lo Mercantil, con ocasión del Encuentro de la Sala 1ª del Tribunal Supremo con Jueces de lo Mercantil,
(C.G.P.J. 12-14 de Abril de 2010)".
SJM 1 A Coruña como las de 14/7/2009, 7 y 16/12/2010 o 3/2/2011, en idéntico sentido transcrito más arriba.
SJM 1 Madrid de 15/4/2005: "Prevista por la regulación concursal la pervivencia durante la tramitación del concurso, de los contratos con obligaciones recíprocas (artículo 61 LC), es el artículo 62.1 LC el que regula la facultad de resolución contractual para el caso de incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes. En primer lugar, debe destacarse que la primera regla contenida en el artículo 62.1 LC hace referencia al incumplimiento que faculta el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos con obligaciones recíprocas de tracto único. En tales casos, el incumplimiento que permite obtener la resolución contractual debe ser posterior a la declaración del concurso, esto es, un incumplimiento producido en un momento en el que las facultades del concursado se encuentran, al menos, intervenidas, y por ello, en el que ha tenido alguna incidencia la actuación de la administración concursal. Manteniéndose durante la tramitación del concurso la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas preexistentes, el legislador ha previsto la posibilidad de la resolución de tales contratos para el caso de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso. La causa de tal previsión legal se encuentra en que, declarado el concurso, el crédito anterior a la declaración a favor del acreedor que ha cumplido su prestación, se debe integrar dentro de la masa pasiva. Así se desprende de la dicción del artículo 62.4º LC que determina que una vez declarada la resolución del contrato, el crédito vencido se incluirá en el concurso "si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso", mientras que será a cargo de la masa si el incumplimiento fuera posterior a tal declaración. Más peculiar es el supuesto de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo preexistentes a la declaración del concurso. En tales casos la Ley Concursal establece la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria incluso para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso (artículo 62.1 in fine LC)".
SJM 1 Mallorca de 16/6/2009: "en el caso de contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, () el artículo 62 prevé la posibilidad de instar la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes e, incluso, por incumplimiento anterior a la declaración de concurso tratándose de contratos de tracto sucesivo, satisfaciéndose el crédito de la parte cumplidora con cargo a la masa si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso () Pero aún más; si analizamos el artículo 62, el que trata de la resolución por incumplimiento, describe dos escenarios posibles: 1. El incumplimiento se produce después de declarado el concurso: puede solicitarse la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas que se hubiese mantenido pese a la declaración del concurso. 2. El incumplimiento se produjo con anterioridad a la declaración del concurso: el legislador solo permite ejercer la facultad resolutoria respecto de los contratos con obligaciones recíprocas, de tracto sucesivo, impidiendo dicha posibilidad de los de tracto único".
SJM 1 Bilbao de 21/9/2009: "Si quien no cumple con su obligación contractual durante el concurso es el deudor, los compradores disponen de la facultad de resolución por incumplimiento del art. 61.2 LC, que es la genérica del art. 1.124 CCv aunque limitada a circunstancias posteriores a la declaración de

concurso, por ser de tracto único el contrato de compraventa y, en consecuencia, inoponible el incumplimiento anterior a dicha declaración. Aunque no puedan los compradores no insolventes instar la resolución "conveniente al interés del concurso", siguen disponiendo de la facultad de resolución por incumplimiento" (posterior). "La consecuencia, en tal caso, es que podrían alcanzar la condición de acreedores de créditos contra la masa, pues así se estipula en el art. 61.4 LC y 84.2.6º LC. Una posición, en consecuencia, más ventajosa que la de acreedor concursal que pretenden".
SJM 6 Madrid de 19/4/2010: "lo pedido por el demandante choca con lo dispuesto en el art. 62.1 L.Co., en cuanto priva al acreedor in bonis [-en obligaciones de tracto único, aunque de ejecución prolongada, como la presente-] de la facultad resolutoria por causa de incumplimientos anteriores a la declaración concursal; y ello: 1.- porque admitida por las partes la realidad del incumplimiento de elemento esencial del contrato, cual era la entrega de la obra finalizada y el plazo para su finalización, resulta que nos encontramos ante un incumplimiento obligacional por la concursada claramente anterior a la declaración concursal; y 2.- porque reconocido y admitido por las partes la existencia de incumplimiento en el demandante en su obligación de pago del precio".
SJM 6 Madrid de 27/9/2010: "Para resolver la cuestión suscitada debe recordarse que los efectos del concurso sobre los contratos celebrados por la concursada con terceros aparecen regulados en los arts. 61 y ss L.Co. (Capítulo III del Título III), de tal modo que siendo la regla general que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia y eficacia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte contractual [art. 61.2 L.Co.], la acción de resolución del contratante "in bonis" aparece referida legalmente a la naturaleza temporal de la prestación que le es debida, distinguiendo la Ley según se trate de tracto único o sucesivo [art. 62.1 L.Co.]. () De ello resulta que si nos encontramos ante un contrato de tracto único cuya validez, eficacia y vigencia no se ve afectada por la declaración concursal (Auto de 29.1.2009), la parte "in bonis" carece de acción resolutoria por causa de incumplimientos contractuales acaecidos con anterioridad a la declaración concursal, por lo que invocando el demandante la existencia de incumplimiento previo en lo relativo a la entrega de la vivienda (cuyo plazo contractual era el 31.12.2008), no puede fundar la acción resolutoria en dicha ausencia de prestación".
Por nuestra parte consideramos más acertado este segundo criterio, que es el de la sentencia apelada, en general por las razones reseñadas de las sentencias de este grupo, por ser la interpretación mayoritaria, así como la nuestra, según expusimos más arriba, y resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, ya dijimos que no lo es, sino de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. Si la solución de la Ley es insatisfactoria o ilógica, depende del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso. “:SAP La Coruña (Sección 4) 19.09.2012 (Sentencia 370/2012; Rollo 563/2011)

“TERCERO.- Debemos ahora destacar que la sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de 7/10/2010 dictada en el proceso anterior, desestimó la demanda por cuanto se trató de un incumplimiento anterior y el comprador demandante había instado la acción resolutoria contra la promotora-vendedora después de la declaración del concurso de acreedores, primero extrajudicialmente y después mediante su demanda incidental concursal, no admitiendo la Ley tal resolución por incumplimiento anterior a dicho momento más que en el caso de tratarse de un contrato de tracto sucesivo, pero no en los de tracto único, como la compraventa de vivienda de litis (aunque fuera de construcción futura y la obligación del comprador se fraccionase en el tiempo), todo ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Concursal. La sentencia no desconoció que antes de exteriorizar el actor su decisión resolutoria las obras estaban finalizadas y otorgada la licencia de primera ocupación a finales de septiembre de 2009.
En el recurso de apelación contra dicha sentencia (Rollo nº 371/2011 de esta Sección 4 ª) el demandante sostuvo que el incumplimiento no sería anterior sino posterior, pues la construcción habría finalizado en agosto de 2009 y la LPO de septiembre del mismo año, no habiéndose terminado la urbanización de la zona y sus elementos comunes, y porque a fecha de la declaración del concurso solo habría retraso y no incumplimiento resolutorio, a diferencia de la situación cuando se instó la resolución, no siendo el plazo pactado esencial sino aproximado, por lo cual cabría la resolución del contrato y el crédito sería contra la masa, sin que estuviera justificado mantener el contrato en interés del concurso. También mantuvo la tesis de que cabría legalmente la resolución por incumplimiento anterior tanto para los contratos de tracto sucesivo como de tracto único. Respecto de la compañía aseguradora alegó incongruencia por falta de pronunciamiento, exigiéndole el cumplimiento del aval y al bastar con la solicitud de resolución sin esperar a sentencia, según resultaría de la Ley 57/1968 y lo dispuesto para el seguro de caución en el artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro.
La administración concursal y la concursada apoyaron aquella sentencia, destacando que el incumplimiento en la fecha pactada de entrega de la vivienda había sido anterior a la declaración del concurso, por lo que no cabría legalmente la resolución conforme a los términos de la Ley y la interpretación mayoritaria. En último extremo alegaron sobre el mantenimiento de la eficacia del contrato en interés del concurso, además de estar la vivienda finalizada y lista para su entrega, con la

LPO, cuando el demandante, tras la declaración concursal, notificó su voluntad resolutoria y se habría negado a recepcionarla. De aceptarse la tesis resolutoria por incumplimiento anterior, la calificación sería la de crédito concursal ordinario, el contrato se habría incumplido antes del inicio del concurso, y estaría entonces vedada su resolución.
Por su parte la aseguradora alegó entonces que se trataba de un seguro de caución en garantía de cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda, y no de aval a primer requerimiento ni seguro de entrega de vivienda, por lo que su obligación sería la de indemnizar los daños sufridos dentro de los correspondientes límites en caso de incumplimiento de sus obligaciones por el tomador del seguro, por lo que no cabría la devolución de las cantidades sin obtener la resolución del contrato de compraventa al que es accesorio.
Esos fueron en síntesis los términos de la controversia en la apelación y así lo apuntamos en la sentencia de segunda instancia dictada por nosotros el 22/7/2011. De ahí los razonamientos contenidos en la misma sobre todos esos otros aspectos, lo que no significa que la confirmación de la sentencia de primera instancia hubiese sido por otro fundamento que el expresado en la misma, no obstante haberse dejado constancia de la finalización de la obra y obtención de la LPO en agosto y septiembre de 2009, respectivamente, cuando la entrega estaba convenida a mediados de diciembre de 2007, antes de la declaración del concurso el 24 de julio de 2008.
Por eso dejamos claro ya a continuación del resumen de las respectivas posturas sobre la polémica que la cuestión de la resolución contractual en casos como éste no era nueva para el Tribunal al haberse ya pronunciado pocos días antes en contra de la tesis del entonces apelante en otro precedente (SAP 4ª A Coruña de 11/7/2011), cuyos razonamientos y solución eran igualmente predicables a tal litigio con ciertas adaptaciones.
Y más adelante, al tocar la doctrina jurisprudencial sobre la resolución contractual por incumplimiento en relación al alegado retraso, la conclusión fue que se trataba de un incumplimiento anterior a declararse el concurso y no posterior. Eso es lo importante y no el añadido constatando de que efectivamente cuando el comprador manifestó su voluntad resolutoria la vivienda ya estaba terminada e incluso expedida la LPO.
Precisamente por ello es por lo que, tras dejar también claro que el contrato de compraventa litigioso era de los denominados de tracto único con reciprocidad de prestaciones entre las partes, a los fines de su encaje en la regulación del artículo 62 LC, la sentencia de apelación abordó a continuación de manera extensa y destacada la cuestión fundamental de si cabe o no legalmente la resolución contractual instada después, por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, exponiendo las razones de la polémica y división de opiniones, tanto en la doctrina como en Audiencias Provinciales y Juzgados, para decantarnos finalmente por el criterio negativo seguido en la sentencia apelada del Juzgado de lo Mercantil, el cual consideramos más acertado: en general por las razones de las sentencias que habíamos reseñado de este grupo, por ser la interpretación mayoritaria, así como la nuestra, y resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, ya dijimos que no lo es, sino de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. Añadimos entonces que si la solución de la Ley era insatisfactoria o ilógica, dependía del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso.
Se hace preciso hacer aquí un paréntesis para apuntar que también resolvimos aplicando el mismo criterio en otras sentencias de esta Sección 4ª, además de las ya comentadas, como las de 28/7, 7/9/2011 y 13/9/2011, criterio que fue confirmado después por el Tribunal Supremo en sentencias de muy parecidos términos de 24 y 25/7/2013.
La STS de 24/7/2013 se refería a la nuestra de 7/9/2011 en la cual, al igual que el Juzgado Mercantil, habíamos desestimado la pretensión resolutoria porque afectaba a un contrato de tracto único y el incumplimiento era anterior a la fecha de declaración de concurso. Sobre esta base y tratarse de un contrato de tracto único (al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte) en relación con lo dispuesto en el artículo 62.1 LC, el Tribunal Supremo concluyó en el Fundamentos de Derecho 6 lo siguiente:
"Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, "la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único.
Tal y como han quedado acreditados los hechos en la instancia, la promotora concursada se había obligado a entregar la vivienda objeto de la compraventa en octubre de 2007, y no fue ofrecida al comprador hasta diciembre de 2009. Entre medio, en julio de 2008, fue solicitado y declarado el concurso de la promotora. Es claro que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la promotora vendedora, habían transcurrido nueve meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda. El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación

debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después.
Por esta razón debemos desestimar el recurso, en la medida en que la sentencia recurrida llevó a cabo una correcta interpretación y aplicación del art. 62.1 LC ".
Por su parte, la STS de 25/7/2013 se refería también a otra nuestra de 13/9/2011, con igual solución por incumplimiento anterior, si bien que en este caso la entrega de la vivienda estaba prevista para noviembre de 2007, sin que la vendedora lo hubiera efectuado a fecha de declaración del concurso, ocho meses después. El Alto Tribunal razonó y resolvió en el mismo sentido y casi idénticos términos a los de su sentencia del día anterior.
Así pues, no podemos ahora desconocer la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 7/10/2010, confirmada por la de esta Sección 4 ª de la Audiencia Provincial de 22/7/2011, en el anterior incidente concursal en cuanto a situar la fecha de entrega en diciembre de 2007 y el incumplimiento meses antes de la declaración del concurso, no obstante su prolongación posterior hasta al menos finales de 2009, por lo que en el caso enjuiciado el concurso impedía legalmente la resolución contractual que en otro caso hubiese procedido, con el consecuente rechazo de las tesis contrarias del entonces demandante, el mismo que ahora, alegando un mero retraso anterior y el incumplimiento posterior o la interpretación de permitir el artículo 62.1 LC la resolución de la compraventa con sus consecuencias. Ello es predicable tanto para el Tribunal como para las partes ahora. Pero lo decidido en el primer proceso no es cosa juzgada negativa o excluyente de este segundo, por cuanto la sentencia de aquél no resolvió el contrato, precisamente por impedirlo el procedimiento concursal en curso conforme al artículo 62.1 LC, habiéndose interpuesto la nueva demanda tras la aprobación del convenio.”: SAP La Coruña (Sección 4) 24.01.2014 (Sentencia 13/2014; Rollo 531/2013)

AP León

“PRIMERO.- Delimitación del objeto del recurso de apelación.
La demanda inicial del incidente concursal tiene por objeto impugnar el informe de la administración concursal para modificar la calificación del crédito titularidad de APOTEX, INC., con su inclusión en la masa de acreedores clasificado como crédito contra la masa y, subsidiariamente, como subordinado.
La sentencia desestima la impugnación por entender que al no surgir el crédito de la resolución de un contrato de tracto sucesivo (artículo 62.1 de la LC) no resulta admisible la resolución del contrato con posterioridad a la declaración del concurso cuando el incumplimiento fue anterior. Y por ello considera que el único derecho que asistía a la demandante era el de exigir el cumplimiento del contrato y, en su defecto, el cumplimiento por equivalencia, convirtiendo la obligación de entrega en obligación dineraria. Y sobre la base de tales fundamentos califica el crédito como concursal y lo clasifica como subordinado por comunicación tardía.
En el recurso de apelación se califica el contrato como de suministro y, por lo tanto, de tracto sucesivo, por lo que es posible su resolución después de la declaración de concurso, y de la obligación de restitución de las prestaciones recíprocas se deriva la calificación del crédito como crédito contra la masa. Impugna, además, que pueda clasificarse como subordinado porque su existencia resultaba de la documentación del deudor (artículo 92.1º LC).
SEGUNDO.- Sobre la calificación del contrato.
Aunque el contrato se califique en inglés como "Manufacturing Agreement" lo cierto es que, según calificación del ordenamiento jurídico español sería un contrato de compraventa cuyo objeto material sería una cantidad determinada de amoxicilina (60 toneladas métricas) con la contraprestación del precio: " Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente " (artículo 1445 del Código Civil).
En este caso, la obligación de entrega se materializa en dos momentos que se establecen con fechas ciertas: la primera entrega se debía realizar a los 30 días del primero de los pagos establecidos y la segunda debía tener lugar a la semana siguiente de la recepción del primer envío.
El contrato de distribución es un contrato atípico al no venir expresamente regulado. Participa de la naturaleza jurídica del contrato de compraventa en tanto en cuanto conlleva un intercambio de cosas por su contravalor dinerario (aunque no necesariamente este se pueda identificar con el concepto de precio que se aplica a la compraventa), lo que lleva a tomar como referencia las normas del contrato de compraventa en todo aquello que sea aplicable, pero va mucho más allá de meros actos de intercambio para extenderse a fórmulas de colaboración que conllevan vínculos jurídicos más complejos y extensos. Entre los contratantes se forja una relación fluida, y más o menos regulada, tendente a facilitar la venta de productos por parte de uno de los contratantes (concedente en el ámbito de la distribución comercial) al receptor de la mercancía (concesionario o distribuidor en el ámbito de la distribución comercial). Por parte de quien suministra el producto se persigue abrir un mercado de distribución más o menos continuada, y por parte de quien lo recibe se pretende conseguir un abastecimiento continuado, normalmente para incorporarlo a su actividad comercial, profesional o industrial.
En este caso no consta, en absoluto, que con el contrato se abriera una relación duradera o que se pretendieran satisfacer necesidades de abastecimiento continuado sino, tan solo, la entrega de una mercancía precisa y concreta, con entregas muy puntuales (dos entregas) y en un espacio de tiempo regulado (sin previsión alguna de ampliación o establecimiento de vínculos duraderos de suministro).
TERCERO.-Sobre la potestad de resolución del contrato.

En el primer apartado del artículo 62 de la LC se establece: " La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso ".
Ya hemos indicado que el contrato no es de tracto sucesivo porque no es un contrato de distribución sino uno de compraventa de dos lotes de antibiótico en fechas concretas y determinadas cuyo se pago se condicionó a las entregas respectivas.
Aunque la presentación del contrato es irregular por no venir traducido al español, este tribunal, con sus modestos conocimientos del idioma inglés, puede entender que en la cláusula sexta se prevé la terminación del contrato si la concursada no entrega el producto en los términos acordados. Así pues, aunque la potestad resolutoria no se hubiera ejercitado por la recurrente el incumplimiento significativo al que se alude en la cláusula sexta del contrato para fundar la resolución ya se produjo cuando transcurrieron los 30 días siguientes al pago de la primera entrega de dinero pactada: se realizó ese pago el día 26 de septiembre de 2012, por lo que a la fecha en la que se declaró el concurso de ANTIBIÓTICOS, S.A., el incumplimiento determinante de la resolución del contrato ya se había producido. Por ello, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo precitado, la recurrente se ve privada de la facultad de resolver el contrato, que solo procedería si el contrato fuera de tracto sucesivo.
CUARTO.- Crédito contra la masa/crédito concursal.
Al no poder resolver el contrato una vez declarado el concurso, el único derecho que asiste a la demandante es el que resulta del propio contrato: exigir la entrega de la mercancía pagada. Ese derecho, que comporta una obligación de entregar la cosa, se satisface con su estricto cumplimiento (entrega de 30 toneladas métricas del antibiótico comprado) o por equivalente dinerario. Y este es el crédito que se le reconoce a la recurrente como crédito concursal, porque el derecho del que se deriva ya existía antes de la declaración del concurso. Así resulta de lo dispuesto por el artículo 84.1 de la LC, al no encontrarse el crédito en ninguno de los supuestos del número 2 del citado artículo; no puede englobarse en el apartado 8º por no ser fruto de la resolución de un contrato que no la hubo antes de la declaración de concurso y no puede haberla con posterioridad por las razones apuntadas en el fundamento de derecho segundo de esta resolución.": SAP León (Sección 1) 19.12.2014 (Sentencia 259/2014; Rollo 355/2014)

AP Madrid

"PRIMERO. D. Isaac y Dª Adelina interpusieron demanda de incidente concursal en solicitud de que fuera declarado resuelto el contrato privado de compraventa de vivienda, trastero y plaza de garaje, así como reclamación de cantidad contra la concursada PROMOCIONES GALSOA, S.L. y contra la Administración concursal.
Dicha demanda se fundaba en que con fecha 14 de diciembre de 2006 los demandantes suscribieron contrato de compraventa de una vivienda, trastero y plaza de garaje a construir en la calle DIRECCION000, núm. NUM000, de Alcalá de Henares (Madrid). La condición particular quinta de dicho contrato establecía como plazo límite de entrega de la vivienda el día 31 de diciembre de 2008. No obstante se dispuso la posibilidad de demorar la entrega por un plazo máximo de 90 días hábiles por razones técnicas derivadas del proyecto de construcción o de la ejecución de las obras de urbanización, por causas naturales o por causas ajenas a la constructora (huelgas, suministro de materiales), así como por paralización de la obra por causas no imputables a la vendedora.
En la condición particular cuarta se establecía la obligación del promotor de contratar un seguro de caución o aval de las cantidades entregadas a cuenta por el comprador a fin de garantizar la devolución de su importe más los intereses o revalorizaciones correspondientes. El promotor debía poner a disposición del comprador el documento relativo a dicha obligación tan pronto como le fuera posible. Para el pago del precio (doscientos setenta y dos mil trescientos cuarenta euros, más IVA) fueron satisfechas diversas cantidades a cuenta, por un total de 43.710, 57 euros.
La estipulación sexta del contrato, para caso de incumplimiento del vendedor, establecía la facultad del comprador de resolver el contrato, exigiendo una pena del 30% de lo desembolsado. Por este concepto se reclaman 13.113,17 euros.
Vencido el plazo de entrega en fecha 31 de diciembre de 2008, y producido ya el incumplimiento según el contrato, se indica que se aseguró a los compradores que la vivienda se entregaría el día 13 de mayo de 2009, lo que no se cumplió, indicándoles después que la entrega no pasaría del 30 de junio de 2009, lo que tampoco se cumplió.
La solicitud de concurso voluntario se efectuó en fecha 27 de abril de 2009 y por auto de 24 de junio de 2009 fue declarada la vendedora en concurso.
La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó desestimatoria de la pretensión, por entender que nos encontramos ante un contrato de tracto único, como es el contrato de compraventa, aunque se hubiera aplazado el pago del precio, de manera que el incumplimiento del contrato fue anterior a la declaración de concurso, por lo que la demandante carece de acción resolutoria, en aplicación de lo dispuesto en el art. 62 de la Ley Concursal. Igual conclusión alcanza en relación al incumplimiento de la entrega de garantía o caución de las cantidades satisfechas para pago del precio.
SEGUNDO. Frente a dicha resolución se alza la parte demandante señalando que la Administración concursal se allanó a la demanda, salvo en la pretensión relativa al pago de la penalización pactada en el contrato. Añade que la concursada no contestó a la demanda, contrariamente a lo que consta en

la sentencia. Ambos extremos, el allanamiento parcial de la Administración concursal y la preclusión del plazo para contestar por la concursada, quedaron reflejados en la Providencia de 7 de abril de 2010. Ciertamente los antecedentes de hecho de la sentencia contienen un error al mencionar la contestación a la demanda por parte de la concursada, lo que no sucedió. Sin embargo esta mención no afecta en absoluto a la fundamentación jurídica de la sentencia que resulta perfectamente clara en lo que se refiere a los motivos de la desestimación de la demanda e incluso en el fallo, al referirse a PROMOCIONES GALSOA, S.L. se señala lo siguiente: "declarada en concurso en este Juzgado en proceso nº 359/09, no comparecida en el presente incidente".
Considera la apelante que, del allanamiento parcial de la Administración concursal y de la incomparecencia de la concursada se desprende que el fallo no podía resultar desestimatorio, sino que debía recoger la estimación de las pretensiones sobre las que la Administración concursal se había allanado. Sin embargo, la falta de contestación de la codemandada no supone que se tengan por reconocidos los hechos en que se funda la demanda, ni tal conducta equivale al allanamiento. El silencio o la inactividad procesal de la parte demandada no implica nunca un allanamiento, antes al contrario, viene a suponer una oposición tácita a la demanda, una negación de los hechos en que la misma se fundamenta. Por otra parte, el allanamiento -aun parcial- de la administración concursal, no determina el contenido del pronunciamiento cuando la res in iudicio deducta es indivisible. El allanamiento no produce efectos cuando es manifestado únicamente por alguno de los demandados y la acción que se haya ejercitado contra todos sea la misma, idéntica la razón de pedir y análoga su finalidad, porque no hay posibilidad de fallar en forma distinta en cuanto al allanado, por el solo hecho de serlo, a no ser en menoscabo improcedente de la unidad que debe presidir las resoluciones judiciales dictadas en estas circunstancias (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio 1949 [RJ 1949\727], 29 de septiembre de 1956, 24 de abril de 1962 [RJ 1962\2095], 23 de diciembre de 1971 [RJ 1971\5402] y 20 octubre 1981 [RJ 1981\3812]).
Por último, el poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso no alcanza a otros supuestos que los contemplados para el ejercicio de la acción resolutoria, pues de otro modo se podría alterar el régimen especial que para la resolución de los contratos establece la Ley Concursal. El allanamiento, en consecuencia, tampoco supone que las partes puedan resolver un contrato en los casos en que la Ley Concursal no permite la resolución, lo que supondría un medio de defraudar el régimen imperativo por medio de dicho allanamiento y de perjudicar intereses de terceros acreedores. Por todo ello resulta pertinente que la sentencia entrara a conocer de la procedencia de la pretensión.
TERCERO. El primero de los incumplimientos en que funda la apelante la acción resolutoria es el relativo a la entrega de la vivienda. A tal efecto debemos destacar que la fecha prevista en el contrato para la entrega es el 31 de diciembre de 2008, puesto que la prórroga solo se había dispuesto para determinadas circunstancias que aquí no concurren. Con la contestación a la demanda d e la Administración concursal se acompañó unatasación en la que se hace constar que la obra se encuentra avanzada en un 95% aproximadamente en fecha 4 de febrero de 2010, en la que se visita la obra. Es decir, a comienzos de 2010 la vivienda seguía sin entregarse. La fecha de declaración de concurso es el 24 de junio de 2009.
En consecuencia nos encontramos ante un incumplimiento anterior a la declaración de concurso, atendiendo a la fecha de entrega prevista en el contrato cuya resolución se pretende. Dicho incumplimiento afecta a un contrato de tracto único, como es el de compraventa, con independencia de que se hubiera aplazado el pago del precio - sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997 -. El momento del incumplimiento es relevante porque, cuando es anterior a la declaración de concurso, solo podrá ejercitarse la acción resolutoria si se tratara de contratos de tracto sucesivo - artículo 62.1 LC -.
A la vista de lo expuesto no cabe admitir el ejercicio de la acción resolutoria del contrato en virtud del incumplimiento invocado.
Un segundo incumplimiento se refiere a la obligación de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda, prevista en la Ley 57/1968, de 27 de julio, a la que se remite la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación en su D.A. Primera, y que contempla la condición particular cuarta del contrato, que obliga al promotor a la contratación de un seguro de caución o aval de las cantidades entregadas a cuenta por el comprador. Se trata de una obligación que debe cumplirse desde el momento en que se efectúa cualquier anticipo, de manera que nos encontramos de nuevo ante un incumplimiento anterior a la declaración de concurso, que debe seguir el régimen ya expuesto. La denominada falta de acción es en realidad un defecto de legitimación ad causam, apreciable de oficio, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto.": SAP Madrid (Sección 28) 07.11.2011 (Sentencia 318/2011; Rollo 117/2011)

"CUARTO.-Advertida la parte apelante, por la motivación expuesta por el juez de lo mercantil, del óbice detectado para poder dar curso a su pretensión, nos aduce ahora en su escrito de recurso que la acción debería ser considerada viable porque estaríamos ante un contrato de tracto sucesivo. Hemos de reconocer que el artículo 62.1 de la LC también admite, como excepción a la regla antes enunciada, que pudiera ejercitarse la acción resolutoria por incumplimiento anterior a la declaración de concurso en el caso de los contratos de tracto sucesivo (resulta ilustrativa las exposiciones que con respecto a la acción de resolución por incumplimiento contractual se efectúan en las sentencias de la Sala 1ª del TS de 18 de diciembre de 2012 y de 25 de julio de 2013).
Lo que ocurre es que no advertimos que el contrato de 10 de febrero de 2011 merezca tal consideración. La condición de contrato de tracto sucesivo se analiza por la Sala 1ª del TS en sus sentencias de 21 de marzo de 2012 y 25 de julio de 2013, dando cabida en tal concepto a aquellos en

los que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o una pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas
o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o períodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes". Asimismo nos señala la citada jurisprudencia que " en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente período, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato" y que no son tales, sino de tracto único, los contratos de ejecución fraccionada o separada en los que la prestación es única, aunque pueda ejecutarse por partes, difiriendo el cumplimiento de las prestaciones que incumben a una y otra parte, ya sea por la dificultad de preparar el cumplimento (como ocurre en los contratos de obra) o por la necesidad de facilitarlo o financiarlo (como en la compra a plazos).
Pues bien, el contrato de 10 de febrero de 2011 que aquí nos ocupa contempla como su objeto la compra de unos guardamuebles (tanto los contenedores como la cesión de unos contratos de depósito), de una marca registrada y de unos dominios de internet, a cambio de un precio, en parte aplazado, que debía satisfacerse en determinadas condiciones de pago. No tiene el mismo por objeto específico y principal la prestación de servicios de colaboración, que es a lo que se alude en el escrito de recurso. No se configura, por lo tanto, tal relación como un negocio de tracto sucesivo, pues no es inherente al mismo la realización de una serie de prestaciones periódicas que exijan el desarrollo de un comportamiento uniforme y continuado, ni que respondan a las características que antes hemos definido. Ni la entrega de los diversos activos de GESTECA GESTIÓN SL (contenedores, contratos de depósito en vigor con sus clientes, marca y nombres de dominio) que constituyen el objeto de la compraventa, ni tampoco la declaración de estar al corriente en las obligaciones fiscales y laborales (se entiende que al tiempo de la venta), ni los demás términos esenciales del contrato, entrañan la necesidad del cumplimiento de sucesivas y periódicas prestaciones por parte de dicha sociedad.
Consideramos que la recurrente está argumentando una insostenible calificación del contrato con la intención de tratar de soslayar la limitación que impone el artículo 62.1 de la LC. Constatado que ello es así debemos respaldar la decisión inadmisoria del juez de lo mercantil. “:SAP Madrid (Sección 28) 18.10.2013 (Sentencia 148/2013; Rollo 369/2012)

“SEGUNDO.- Para la adecuada resolución del presente recurso de apelación conviene fijar los siguientes hechos que se declaran probados:
1.- Los demandantes, como vendedores, y la concursada, como compradora, suscribieron el día 5 de noviembre de 2007 un contrato de compraventa sobre dos inmuebles en la localidad de Santo Domingo-Caudilla (Toledo), por el precio de 570.960 euros, para cuyo pago la compradora abonó en ese acto la suma de 20.000 euros y el resto, 550.960 euros, debía abonarse simultáneamente a la firma de la escritura pública (documento nº 1 de la demanda).
En la estipulación cuarta del contrato se pactó que: "La firma de la escritura pública se llevaría a cabo en el plazo máximo de siete meses, desde la firma de este documento, a requerimiento de la parte COMPRADORA... La escritura pública de compraventa se firmará una vez se obtenga la licencia de obra mayor del edificio de nueva planta antes referenciado...
La posesión del suelo objeto del presente contrato de compraventa será transmitida con la firma de la escritura pública de compraventa." (énfasis en el original).
2- La licencia de obras para la construcción del edificio de nueva planta fue concedida con fecha 13 de febrero de 2008, por lo que el plazo para el pago del resto del precio y la elevación a escritura pública del contrato expiró el 5 de junio de 2008.
3.- Al tiempo de la declaración de concurso, el día 10 de febrero de 2010, no se había pagado la parte del precio aplazado ni otorgado la correspondiente escritura pública de compraventa.
TERCERO.- En contra de la tesis mantenida por la sentencia dictada en primera instancia, de los anteriores hechos que declaramos probamos cabe afirmar que al tiempo de la declaración de concurso existían obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes: para el comprador el pago de la parte del precio aplazado y para los vendedores la entrega de la posesión que, como consta expresamente en el contrato, sólo se produciría con el otorgamiento de la escritura pública.
En la demanda no se admite la entrega de la posesión sino que se afirma que no se ha podido disponer de las fincas, lo que ha impedido efectuar otras operaciones, habiendo cambiado las expectativas de mercado. Por lo demás, la obtención de la licencia de obras por la compradora, para lo que los vendedores le había apoderado expresamente en el contrato, tampoco implica la entrega de la posesión de los inmuebles.
A pesar de lo anterior tampoco puede prosperar la demanda por los razonamientos que a continuación se exponen.
Al tiempo de declararse el concurso de la compradora, ésta tenía pendiente de cumplimiento el pago de la parte del precio que se había aplazado y la vendedora la entrega de la posesión de los inmuebles.
La entrega de la cosa y el pago del precio son obligaciones recíprocas derivadas del contrato de compraventa (artículo 1.445, 1.461 y 1.500 del Código Civil) que estaban pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración de concurso.

El régimen de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso es el señalado en los artículos 61.2 y 62 de la Ley Concursal.
Conforme al artículo 61.2, la declaración de concurso no afecta a la vigencia de dichos contratos, teniendo la consideración de crédito contra la masa la prestación a cargo del concursado (artículos 61.2 y 84.2.6º de la Ley Concursal), sin perjuicio de que la administración concursal o el concursado, según se haya acordado el régimen de suspensión o mera intervención, puedan instar su resolución en interés del concurso.
La declaración de concurso tampoco impide la resolución de estos contratos en caso de incumplimiento posterior a la declaración de concurso por cualquiera de las partes e incluso anterior si se trata de un contrato de tracto sucesivo, lo que no es el caso al ser la compraventa un contrato de tracto único aunque se aplace el pago de parte del precio.
Celebrado el contrato el día 5 de noviembre de 2007 y otorgada la licencia el día 13 de febrero de 2008, el comprador estaba obligado a entregar la parte del precio aplazada antes del día 5 de junio de 2008.
Resulta patente que el incumplimiento de la concursada compradora fue anterior a la declaración de concurso que tuvo lugar el día 10 de febrero de 2010.
No habiendo sido resuelto por incumplimiento el contrato de compraventa con anterioridad a la declaración de concurso ya no cabe pretenderla con posterioridad por impedirlo el artículo 62.1 de la Ley Concursal.
Vencido el plazo estipulado en el contrato para que el comprador pagara el precio aplazado incurre en incumplimiento resolutorio sin que pueda confundirse la situación de incumplimiento con la posibilidad de que el comprador incumplidor pueda eludir la resolución, a pesar de haberse así pactado en el contrato, en tanto no fuera requerido judicialmente o mediante acta notarial (artículo 1504 del Código Civil).
El incumplimiento se ha producido con anterioridad a la declaración de concurso y el vendedor pudo instar la resolución del contrato antes de su declaración, bastando para ello el mero ejercicio de la acción de resolución por incumplimiento. Tal y como admite la jurisprudencia, el mero ejercicio de la acción de resolución por falta de pago del precio implica el cumplimiento de la interpelación judicial contemplada en el artículo 1504 del Código Civil (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2011 y 7 de febrero de 2014).
Por lo demás, las alegaciones que se efectúan en el recurso con apoyo en el artículo 1504 del Código Civil integran, en realidad, una cuestión nueva vedada por el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta el punto de que en la demanda se reitera que el plazo para el pago del precio finalizaba el día 5 de junio de 2008, sin ni siquiera invocar el citado precepto y menos alegar que no existía incumplimiento en tanto no se practicase el oportuno requerimiento judicial o notarial.
El hecho de que tras la declaración de concurso se mantenga la situación de incumplimiento no impide apreciar que el incumplimiento es anterior a dicha declaración. En este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 25 de julio de 2013 señalan que: "La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después.".
Por lo expuesto resulta insostenible la tesis de la parte apelante cuando defiende la posibilidad de resolver los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en el caso de incumplimiento anterior del concursado, cuando la otra parte está dispuesta a cumplir, pretensión que choca frontalmente con el contenido del artículo 62.1 de la Ley Concursal": SAP Madrid (Sección 28) 31.03.2014 (Sentencia 97/2014; Rollo 406/2012)

"1. El ejercicio de la facultad resolutoria en el concurso.
Nos referirnos con carácter previo a la facultad resolutoria de los contratos en el seno del concurso dado que la sentencia recurrida menciona el momento en que se produciría el alegado incumplimiento, anterior a la declaración de concurso.
La facultad resolutoria en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento alegado fuera anterior a la declaración de concurso si se tratara de contratos de tracto sucesivo (artículo 62.1 LC).
Como quiera que los contratos de ejecución de obra no tienen tal carácter (SSTS de 24 y 25 de julio de 2013) la facultad resolutoria solo podría ejercitarse en los supuestos en que el incumplimiento en que se sustenta la resolución fuera posterior a la declaración de concurso, en este caso de fecha 5 de febrero de 2009.
Hemos de añadir que la prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación después de la declaración de concurso no obsta a la aplicación de la regla prevista en el artículo 62.1 LC (STS de 25 de julio de 2013). En consecuencia, acreditado que se produjo el hecho en que se sustenta la resolución con anterioridad a la declaración de concurso, aunque se prolongue en el tiempo, resulta inviable el ejercicio de la acción resolutoria.": SAP Madrid (Sección 28) 03.11.2014 (Sentencia 307/2014; Rollo 95/2013)

AP Murcia

"Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 L.C. cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal". SAP Murcia (sección 4) 03.03.2006 y 10.03.2006
[Cita tomada de SAP La Coruña (Sección 4) 19.09.2012 (Sentencia 370/2012; Rollo 563/2011)]

AP Oviedo

"TERCERO.-Se solicita seguidamente en el segundo punto del suplico de la demanda que se declare resuelto el contrato de compraventa por importe de 539.928,42 euros sobre los materiales descritos en el cuerpo de dicho escrito, pretensión ésta que nos remite a la operación por cuya virtud Arcelor vendió a Ascamon el material que aparece detallado en el doc. nº 4 de los acompañados a la demanda por el precio arriba señalado y para cuyo pago se emitieron una serie de facturas que vencían el 30 noviembre 2011 (...)
Sentada la anterior premisa, el escenario bajo el que debe ser examinada la pretensión que nos ocupa es el previsto en el art. 61-1 L.C., esto es el de un contrato de compraventa en el que, al momento de la declaración de concurso, la parte vendedora ha cumplido las prestaciones que a ella le incumben, mientras que la compradora se encuentra adeudando el pago del precio. (...)
Llegados a este punto encontramos que la resolución contractual por incumplimiento que reclama Arcelor no resulta viable. El art. 62-1 L.C. que reconoce la facultad de resolución de los contratos tiene restringido su ámbito objetivo de aplicación a aquellos contratos contemplados, a su vez, en el apartado 2 del art. 61 L.C., esto es, a aquellos "contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte", siendo así que en el caso presente el contrato de compraventa que nos ocupa se encontraba pendiente de pago únicamente por la parte compradora que no había desembolsado el total del precio convenido. La conclusión por tanto no podrá ser otra que la de aplicar la regla prevista en el art. 61-1 L.C. y reconocer consecuentemente en el concurso a la parte vendedora un crédito ordinario por el importe impagado que asciende a 539.928,42 euros, cantidad que debe entenderse incluida dentro del crédito ordinario que ha sido reconocido a Arcelor por la Administración concursal por importe de 1.254.321,52 euros, dado que este montante se corresponde con la totalidad de las facturas pendientes de pago a Arcelor a la fecha de concurso.": SAP Oviedo (Sección 1) 23.01.2013 (Sentencia 20/2013; Rollo 495/2012)

"TERCERO : En cualquiera de los casos, aún cuando entendiéramos que la litis debe ser resuelta a la luz de lo dispuesto en el art. 62 L.C., habríamos de llegar a idéntica conclusión desestimatoria de la pretensión de la parte actora. Partimos para ello de un contrato de compraventa firmado el 20 julio 2009 en el que se prevé un plazo de entrega de la cosa vendida de ocho meses contado a partir de esa fecha, plazo que expiraba el 20 marzo 2010, lo que supone que el contrato se encontraba ya incumplido con anterioridad al momento en que tiene lugar la declaración de concurso de la compradora "Toraño y Hevia, S.L." mediante Auto de 26 abril 2010. En un supuesto como el presente tiene declarado la STS 24 julio 2013 que "En nuestro caso, no existe duda de que el contrato de compraventa concertado entre las partes, al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte, es de tracto único. Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, "la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único". ":SAP Oviedo (sección 1) 24.04.2015 (Sentencia 102/2015; Rollo 321/2014)

AP Palencia

"PRIMERO.- Por la parte promotora del presente incidente concursal se recurre la sentencia de fecha 30 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Palencia en el presente procedimiento. Dicha entidad promotora interesó en el escrito rector del incidente la resolución del contrato de crédito que la ligaba a la entidad concursada (art. 62.1 LC) así como la restitución de un total de veintiún vehículos que estima de su propiedad (art. 80 LC). Por su parte la sentencia dictada por el Juzgado de instancia desestimó tales pretensiones. La primera, por entender que, respecto de la resolución, nos encontramos ante el supuesto contemplado en el art. 61.1 LC pues al tiempo de la declaración del concurso se había producido el cumplimiento íntegro por parte de la parte promovente del incidente y ya se había producido el incumplimiento por impago de las cantidad adeudadas por

parte de la concursada, lo que determina la inclusión de la deuda en la masa pasiva del concurso y la improcedencia de la resolución solicitada al no cumplirse los parámetros del art. 62.1 LC. La segunda, porque entiende la Juez de instancia que la reserva de dominio sobre los vehículos financiados establecida en el contrato de crédito que ligaba a las partes solo supone un derecho de garantía que no otorga la propiedad sobre el vehículo, haciendo imposible la aplicación de la posibilidad de separación que contempla el art. 80 LC para los bienes de propiedad ajena. Frente a tal pronunciamiento se alza el apelante por entender que en la sentencia se incurre en una errónea interpretación de las normas concursales pues entiende que procede la resolución contractual por considera que no estamos ante el supuesto del art. 61.2 LC sino ante el contemplado en el art. 62.1 LC dado que la apelante no ha cumplido plenamente su prestación al no haber transferido el dominio. Igualmente, entiende que procede la reivindicación de los vehículos pues considera que la reserva de dominio le atribuye la propiedad sobre los mismos hasta en tanto no sea abonado el precio pendiente.
SEGUNDO.- Comenzando por el primer motivo de recurso, la resolución contractual, la normativa concursal establece que si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC), mientras que si en dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente el contrato y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2-párrafo 1º). Ahora bien, en este caso en que existen prestaciones pendientes por ambas partes se admite la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan, pero siempre que se produzca el incumplimiento posterior de una de ellas cuando el contrato no sea de tracto sucesivo (art. 62.1 en relación con el art. 61.2 LC). Tal precisión es coherente con la norma general del art. 61.2 LC, según la cual la declaración de concurso no afecta a la vigencia de esta clase de contratos en los que las prestaciones a que esté obligado el concursado se han de realizar con cargo a la masa. También lo es también con el principio general de integración en la masa pasiva, como efecto de la declaración, de todos los acreedores del deudor, ordinarios o no (art. 49 LC). Por tanto, conforme al sentido literal de las normas citadas, esta Sala, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, entiende que la facultad de resolver los contratos recíprocos que no sean de tracto sucesivo solo es posible cuando al tiempo de la declaración de concurso existan prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes y, además, sea posterior a tal declaración el incumplimiento de una de ellas. En el resto de supuestos, especialmente en el caso de cumplimiento íntegro de una de las partes al tiempo de la declaración concursal pero también en el caso de incumplimiento anterior a éste momento, deberá estarse a lo dispuesto en el art. 61.2 LC, es decir, "el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso".
Es cierto que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existen posiciones favorables a entender que es legalmente posible la resolución contractual instada después por incumplimiento anterior a la declaración del concurso. Así se ha mantenido que "no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones: 1.- la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC; 2.- no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible su falta de terminación de la obra; 3.- tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual", (SS. AP. Alicante 9 de septiembre y 11 de octubre de 2010, Valencia 21 de febrero de 2011).
Sin embargo, la doctrina mayoritaria es contraria a la tesis de la resolución por incumplimientos anteriores (entre otros, Valpuesta Gastaminza en Comentarios, Aranzadi, Fínez Ratón en Tratado Práctico Concursal -II- Aranzadi, o Piñel López en Estudios de Derecho Judicial/2004). En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia mayoritaria (SS. AP La Coruña, 28 de julio, 7 y 16 de septiembre de 2011, AP Cuenca 1 de mayo de 2011, SS Juzgados Mercantiles de Madrid 15 de abril de 2005, Mallorca 16 de junio de 2009, Bilbao 21 de septiembre de 2009, Madrid 19 de abril de 2010). En este sentido, se ha declarado que "dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 LC cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por

incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal", (SS. AP. Murcia 3 y 10 de marzo de 2006) Con igual parecer las sentencias de la AP de Pontevedra de 13 de septiembre y 29 de noviembre de 2010 cuando, tras referirse a los artículos 61 y 62 LC, afirman que "de este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de c cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte. La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso".
Por último, se considera que esta tesis mayoritaria es la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, "cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, ya dijimos que no lo es, sino de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. Si la solución de la Ley es insatisfactoria o ilógica, depende del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso", (S. AP. La Coruña 16 de septiembre de 2011). En definitiva, la facultad resolutoria que contempla el art. 62.1 LC solo es admisible cuando tratándose de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, el incumplimiento que determina la resolución haya sido posterior a la declaración de concurso, vedándose los supuestos de incumplimiento anterior salvo en el supuesto de contratos de tracto sucesivo.
Pues bien, en el presente caso, no puede afirmarse, como pretende el recurrente, la existencia de la facultad de resolver el contrato de crédito que ligaba a las partes pues el incumplimiento que se atribuye a la concursada como presupuesto de tal facultad resolutoria habría sido, en cualquier caso, anterior a la declaración de concurso, siendo buena prueba de ello el hecho de que la propia entidad recurrente, en fecha 24 de septiembre de 2008, anticipó el vencimiento de los contratos suscritos, dando por extinguidos los mismos por falta de pago de las cantidades adeudadas en los plazos convenidos, por tanto, el incumplimiento en que se basa la pretensión actual de resolución se produjo con anterioridad a la declaración de concurso de la recurrida, declaración que se efectuó el 17 de octubre de 2008. La consecuencia ante tal situación es que el régimen aplicable ha de ser necesariamente el del art. 61.1 LC, es decir, la inclusión de la deuda en masa pasiva del concurso, tal y como se ha acordado en la sentencia de instancia. La parte recurrente trata de poner el acento de su recurso en la idea de que tampoco ella había cumplido plenamente su obligación contractual pues no había traspasado la propiedad sobre los vehículos dada la existencia de una reserva de dominio sobre ellos, con lo cual entiende que estaríamos ante el supuesto del art. 61.2 LC y, con ello, ante la posibilidad de resolución contractual del art. 62.1 LC. Con independencia de que esta Sala no comparte el presupuesto del que parte el argumento de la recurrente, lo cierto es que el mismo es intrascendente a los efectos que nos ocupan pues no basta con que estemos ante un contrato con obligaciones recíprocas pendientes por ambas partes sino que, además y como se acaba de exponer, es necesario que el incumplimiento que determina la resolución haya sido posterior a la declaración de concurso, lo que, obviamente, no es el caso, con lo que el argumento carece de efectividad para justificar la pretensión resolutoria. A mayor abundamiento, como se ha apuntado, esta Sala considera que estamos ante una situación de cumplimiento íntegro de su prestación por parte de la entidad recurrente, lo que excluiría de plano la aplicación del art. 62.1 LC, pues no puede afirmarse que su prestación esté pendiente por el mero hecho de que ostente un derecho de reserva de dominio sobre los vehículos que constituyeron el objeto de financiación contractual pues tal derecho no es más que una garantía que le permite realizar su crédito sobre los vehículos en caso de impago pero no le atribuye la propiedad sobre aquéllos como pretende la apelante, siendo buena prueba de ello el hecho de que dicha garantía desaparece ipso iure con el pago pues desaparece la condición que suspendía la transmisión efectiva de la propiedad, condición que operaba como auténtico derecho de garantía.": SAP Palencia (Sección 1) 12.12.2011 (Sentencia 319/2011; Rollo 240/2011)

AP Pontevedra

"QUINTO.- Calificado el contrato como compraventa con precio aplazado y con pacto de reserva de dominio en favor del vendedor y rechazado que la demanda hubiera sido presentada extemporáneamente por el efecto preclusivo de los textos definitivos, resta analizar si resulta procedente o no el ejercicio de la facultad de resolución del contrato por impago y, en su caso, los efectos anudados a tal declaración.
Como es conocido, y según recuerda la STS de 18.12.2012, "La Ley Concursal regula en los arts. 61 y ss. los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. En el caso de contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas para las partes, el art. 61 LC distingue según el contrato esté pendiente de cumplimiento por una de las partes o por ambas. Si está pendiente de cumplimiento sólo por el deudor concursado, el art. 61.1 LC prescribe que el derecho de la contraparte (parte in bonis) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal, cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el

contrato está pendiente de cumplimiento por la parte in bonis, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC. Sin embargo, si el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes, "las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa". Ello sin perjuicio de que el juez del concurso pueda acordar la resolución del contrato en interés del concurso, a instancia de la administración concursal o, en su caso, del deudor concursado, conforme a lo previsto en el art. 61.2.II LC.
Pero lo anterior no impide que un contrato con obligaciones recíprocas pueda ser objeto de resolución por incumplimiento de una de las partes, si bien el art. 62 LC distingue según se trate de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo. Si es de tracto único, sólo cabe la resolución del contrato fundada en el incumplimiento del contrato cuando fuera posterior a la declaración del concurso. En el caso de contratos de tracto continuado, cabe instar la resolución del contrato por incumplimiento, con independencia de si éste es anterior o posterior a la declaración de concurso."
En relación a la interpretación de si un contrato es de tracto único o sucesivo, resulta también de interés consignar la doctrina de la Sala Primera, expuesta, con cita de resoluciones anteriores, en la sentencia de 24.7.2013 :
El art. 62.1 LC, para aquellos casos en que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, regula los efectos de la declaración de concurso sobre la facultad de resolución del contrato. Para ello distingue según el contrato sea de tracto único o sucesivo. Al margen del acierto o desacierto que pueda haber supuesto la opción legislativa por esta terminología, hemos de dotar de contenido a estas categorías para contribuir a una adecuada interpretación del precepto. La distinción determinará, en función de cuándo se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, en relación con la declaración de concurso, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución una vez declarado el concurso.
En las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, con ocasión de una controversia sobre la resolución de sendos contratos de suministro de energía eléctrica, no dudamos en calificar aquellos contratos de "contratos de tracto sucesivo". En aquellas sentencias partimos de una caracterización doctrinal de los contratos se tracto sucesivo, como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada
o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".
De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato.
Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento."
Con arreglo a esta interpretación, un contrato de compraventa con precio aplazado se configura como un contrato de tracto único, en el que la prestación del comprador se representa una sola vez aunque su ejecución se programe diferida en el tiempo en forma de prestaciones parciales. Estos contratos no pueden resolverse por incumplimientos anteriores a la declaración del concurso y siendo que en el caso sometido a enjuiciamiento se reconoce que el comprador había dejado de pagar el precio, la facultad de resolución prevista por las propias partes en el contrato deberá modularse con lo dispuesto en la legislación concursal, que prohíbe en tal caso el ejercicio de la facultad resolutoria. En otros términos: después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso.”: ”: SAP Pontevedra (Sección 1) 17.03.2015 (Sentencia 95/2015; Recurso 678/2014)

AP Tarragona

“PRIMERO.-Apela la demandada a fin de que se desestime la acción ejercitada para dejar sin efecto la declaración de resolución contractual del contrato celebrado entre las partes ahora litigantes el día 18 de noviembre de 2005 por el que se formalizó la compraventa de una parcela urbanizada en la zona RU1-11 de una Urbanización proyectada en el término municipal de La Aldea, que señala en su demanda; sus motivos de recurso se refieren principalmente a la discrepancia que expresa con el fundamento legal de la denegación de la procedencia de su pretensión por aplicación del artículo 62.1 de la Ley concursal y la interpretación que de la misma verifica el Juez a quo.
SEGUNDO.-La Sala ratifica y hace suyas las bases fácticas o antecedentes procesales relativos a la fecha de compra, cantidades entregadas a cuenta, plazo de cumplimiento de las obligaciones por la demandada, declaración de concurso y el resto de hechos jurídicos que relata la sentencia apelada,

que en puridad son indiscutidos. El debate es esencialmente jurídico y debe responder a la cuestión de qué efecto produjo el concurso de la demandada en el desenvolvimiento y las facultades de resolver un contrato de compraventa precedente.
TERCERO.-Pues bien, con iguales hechos esencialmente y misma parte demandada el Tribunal Supremo fijó doctrina en este concreto debate, sentencia que cita el mismo recurrente pero de la que extrae la conclusión contraria a la que llega el Alto Tribunal. Tales sentencias son las de 24-7-2013, nº 505/2013, rec. 2178/2011, y de S 25-7-2013, nº 510/2013, rec. 168/2012, ambas con ponencia del Excmo. Sr. Sancho Gargallo. En las mismas se parte de que la compraventa es un contrato de tracto único, y se extrae la conclusión de que el incumplimiento previo, concretamente por transcurso del plazo pactado para entrega de la cosa vendida, determina consecuencias que no admiten que perviva la acción de resolución que, en esos y en este pleito, hace valer el comprador como parte que sí cumplió sus obligaciones. Dice así la doctrina, que ha de respetar esta Sala por su directa aplicabilidad y por tratarse de una cuestión de doctrina interpretativa general:
“3.Formulación del único motivo de casación. El único motivo de casación se funda en la infracción de los arts. 61 y 62 LC, en relación con el art. 1124 CC. En el desarrollo del recurso se argumenta que, ante el incumplimiento de la obligación esencial del vendedor de entrega de la vivienda que, si bien se inició antes del concurso, se ha prolongado después durante bastante tiempo, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 1124 CC.
La cuestión suscitada en este recurso de casación es muy similar a la que se planteó recientemente en el recurso de casación 2178/2011, que se resolvió por sentencia de 24 de julio de 2013. Seguiremos en esta sentencia las consideraciones y argumentaciones vertidas en aquella sentencia, que también conducen a la desestimación del motivo de casación.
4.Desestimación del motivo de casación. Entre la promotora, luego concursada, y el Sr. Ramona mediaba un contrato de compraventa de un inmueble que, cuando se concertó en documento privado (10 de noviembre de 2005), estaba pendiente de ser construida. Se había pactado que la entrega de la vivienda se hiciera, aproximadamente, en noviembre de 2007. Nueve meses después de que se cumpliera el plazo de la entrega de la vivienda sin que ésta estuviera terminada, la promotora vendedora fue declarada en concurso (24 de julio de 2008). Al tiempo de la declaración de concurso, este contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes: la vendedora debía acabar de construir y entregar la vivienda y la compradora tenía que pagar el precio convenido.
Los efectos que sobre la vigencia de este contrato produjo la declaración de concurso vienen regulados en el art. 61.2 LC, respecto a la consideración de crédito contra la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, y en el art. 62.1 LC, en relación con la imposibilidad de instar la resolución del contrato si se trata de un contrato de tracto único cuyo incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso.
El contrato de compraventa concertado entre las partes es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas. Como al tiempo de la declaración de concurso de la vendedora, las obligaciones de una y otra parte estaban pendientes de cumplimiento, conforme al art. 61.2 LC, la prestación a que estaba obligada la promotora concursada debía realizarse con cargo a la masa.
Este primer efecto legal no plantea en este caso mayor problema, sino que la controversia se centra en torno al segundo efecto: si la parte in bonis, en este caso el comprador, puede instar después del concurso de la vendedora la resolución del contrato de compraventa.
5. El art. 62.1 LC, para aquellos casos en que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, regula los efectos de la declaración de concurso sobre la facultad de resolución del contrato. Para ello distingue según el contrato sea de tracto único o sucesivo.
Al margen del acierto o desacierto que pueda haber supuesto la opción legislativa por esta terminología, hemos de dotar de contenido a estas categorías para contribuir a una adecuada interpretación del precepto. La distinción determinará, en función de cuando se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, en relación con la declaración de concurso, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución una vez declarado el concurso.
En las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, con ocasión de una controversia sobre la resolución de sendos contratos de suministro de energía eléctrica, no dudamos en calificar aquellos contratos de "contratos de tracto sucesivo". En aquellas sentencias partimos de una caracterización doctrinal de los contratos se tracto sucesivo, como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".
De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato.
Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar

o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento.
En nuestro caso, no existe duda de que el contrato de compraventa concertado entre las partes, al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte, es de tracto único.
6. Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, "la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único.
Tal y como han quedado acreditados los hechos en la instancia, la promotora concursada se había obligado a entregar la parcela urbanizada objeto de la compraventa en enero de 2008, (30 meses después de la fecha de la licencia de urbanización, 8 de julio de 2005, en que se aprobó el Proyecto de Urbanización por la Comisión Territorial de Urbanismo de les Terres de l'Ebre) sin que le fuera entregada o puesta a su disposición antes de que, en julio de 2008, se hubiese solicitado y declarado el concurso de la promotora. Es claro que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la vendedora, habían transcurrido ocho meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda. El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después, sin que la parte actora haya probado que tras el incumplimiento que se considera tiene lugar a partir del 8 de enero de 2008, como se ha dicho, se hayan producido unas circunstancias diferentes que impedían que en la misma se tuviese por frustrado el contrato y la finalidad que se perseguía con el mismo y que este cambio de circunstancias se hubiese producido con posterioridad a la declaración de concurso.
Por ello, en aplicación de la doctrina vertida por las SSTS citadas procede estimar el recurso de la demandada y dejar sin efecto la resolución contractual decretada en primera instancia, por resultar contraria a lo dispuesto en el art. 62.1 de la Ley Concursal.": SAP Tarragona (Sección 1) 25.07.2014 (Sentencia 256/2014; Rollo 336/2013)

AP Tenerife

"VI. A mayor abundamiento, en lo que concierne a la acción resolutoria de contratos de compraventa y siendo los incumplimientos imputados por el actor en la carta de 22 de julio de 2008, reiterados en la de 20 de noviembre siguiente, anteriores a la declaración del concurso de acreedores de la entidad demandada, que aceptó esa pretensión resolutoria extrajudicial, y por referirse a ese mismo concurso -aunque a distinta promoción de viviendas-, conviene reseñar la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencia de 24 de julio de 2013, recurso 2178/2011, nº 505/2013 :
"Resumen de antecedentes
1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.
El concurso de acreedores de la promotora inmobiliaria Martinsa- Fadesa, S.A. fue solicitado el día 15 de julio de 2008 y declarado 24 de julio de 2008.
Con anterioridad, el día 5 de septiembre de 2006, Fernando había concertado con la promotora un contrato de compraventa de una vivienda en la Manzana VP- NUM000, nº NUM001., de la URBANIZACIÓN000, en la localidad de Miño (A Coruña), formalizado en un documento privado. Se trataba de un inmueble en construcción, cuya terminación y entrega estaba fijada, en la estipulación 9ª del contrato, de forma aproximada para el mes de octubre de 2007. A cuenta del precio de la compra, el comprador pagó 62.287,11 euros (IVA incluido).
El 23 de diciembre de 2009, la concursada requirió, mediante un burofax, al Sr. Fernando para que otorgara la escritura pública de compraventa el día 27 de enero de 2010, a las 11 horas, en la notaria de la Sra. Nieto de Peñamaría.
El mismo día 27 de enero de 2010, el comprador presentó una demanda de incidente concursal en la que solicitaba la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor, pues la entrega de la vivienda se pretendía hacer dos años después de la fecha convenida en el contrato, y la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio (62.287,11 euros).
2. Tanto el Juzgado Mercantil, que conoció del incidente concursal, como la Audiencia Provincial que resolvió el recurso de apelación, desestimaron esta pretensión resolutoria, porque afectaba a un contrato de tracto único y el incumplimiento era anterior a la fecha de declaración de concurso.
La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el comprador demandante.
Resolución del recurso de casación
3. Formulación del único motivo de casación. El único motivo de casación se funda en la infracción de los arts. 61 y 62 LC, en relación con la resolución de obligaciones recíprocas de tracto único. Argumenta el recurso que el incumplimiento, por parte de la vendedora, de la obligación esencial de entrega de la vivienda no solo se habría producido en octubre de 2007, fecha consignada en el

contrato para la entrega de la vivienda, sino que se habría mantenido y agravado este incumplimiento en los meses posteriores, también después de declarado el concurso.

Procede desestimar el motivo de casación de acuerdo con las razones que exponemos a continuación.

4.Desestimación del motivo de casación. Entre la promotora, luego concursada, y Don. Fernando mediaba un contrato de compraventa de un inmueble que, cuando se concertó en documento privado (5 de septiembre de 2006), estaba en construcción y, por lo tanto, pendiente de ser terminado. Se había pactado que la entrega de la vivienda se hiciera, aproximadamente, en octubre de 2007. Nueve meses después de que se cumpliera el plazo de la entrega de la vivienda sin que ésta estuviera terminada, la promotora vendedora fue declarada en concurso (24 de julio de 2008). Al tiempo de la declaración de concurso, este contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes: la vendedora debía acabar de construir y entregar la vivienda y el comprador tenía que pagar el precio convenido.

Los efectos que sobre la vigencia de este contrato produjo la declaración de concurso vienen regulados en el art. 61.2 LC, respecto a la consideración de crédito contra la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, y en el art. 62.1 LC, en relación con la imposibilidad de instar la resolución del contrato si se trata de un contrato de tracto único cuyo incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso.

El contrato de compraventa concertado entre las partes es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas. Como al tiempo de la declaración de concurso de la vendedora, las obligaciones de una y otra parte estaban pendientes de cumplimiento, conforme al art. 61.2 LC, la prestación a que estaba obligada la promotora concursada debía realizarse con cargo a la masa. De hecho, cuando fue terminada la vivienda, la concursada trató de entregarla al comprador, mediante el otorgamiento de escritura pública.

Este primer efecto legal no plantea en este caso mayor problema, pues la controversia se centra en torno al segundo efecto: si la parte in bonis, en este caso el comprador, puede instar después del concurso de la vendedora la resolución del contrato de compraventa.

5. El art. 62.1 LC, para aquellos casos en que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, regula los efectos de la declaración de concurso sobre la facultad de resolución del contrato. Para ello distingue según el contrato sea de tracto único o sucesivo.

Al margen del acierto o desacierto que pueda haber supuesto la opción legislativa por esta terminología, hemos de dotar de contenido a estas categorías para contribuir a una adecuada interpretación del precepto. La distinción determinará, en función de cuándo se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, en relación con la declaración de concurso, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución una vez declarado el concurso.

En las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, con ocasión de una controversia sobre la resolución de sendos contratos de suministro de energía eléctrica, no dudamos en calificar aquellos contratos de "contratos de tracto sucesivo". En aquellas sentencias partimos de una caracterización doctrinal de los contratos se tracto sucesivo, como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".

De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato.

Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento.

En nuestro caso, no existe duda de que el contrato de compraventa concertado entre las partes, al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte, es de tracto único.

6. Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, " la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso ". Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único.

Tal y como han quedado acreditados los hechos en la instancia, la promotora concursada se había obligado a entregar la vivienda objeto de la compraventa en octubre de 2007, y no fue ofrecida al comprador hasta diciembre de 2009. Entre medio, en julio de 2008, fue solicitado y declarado el

concurso de la promotora. Es claro que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la promotora vendedora, habían transcurrido nueve meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda. El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después.
Por esta razón debemos desestimar el recurso, en la medida en que la sentencia recurrida llevó a cabo una correcta interpretación y aplicación del art. 62.1 LC." (en igual sentido, la de 25 de julio de 2013).
TERCERO.- I. Debe a continuación pasarse al examen y decisión del recurso planteado por la representación procesal de la entidad demandada, Martinsa-Fadesa, S.A., en cuanto pretende la desestimación íntegra de la demanda contra ella interpuesta y, en consecuencia, que se le absuelva también del pago de la cantidad de 7.308 euros al que ha sido condenada. Se muestra conforme esa demandadaapelante con el rechazo de la acción resolutoria ejercitada de contrario, al haber sido los contratos de compraventa objeto de autos resueltos extrajudicialmente, pero manifiesta su desacuerdo con el criterio de la juzgadora de la instancia de entender procedente el pago de la cantidad antes mencionada por haberse satisfecho por el actor después de aprobado el convenio de acreedores y no haberse podido incluir en este último, no afectándole. Señala que, emitidas por el actor una serie de letras de cambio en pago de las entregas a cuenta del precio pactado por las compraventas de autos, el ya aludido importe de 7.308 euros, correspondiente a 24 letras de cambio de 304,50 euros cada una, endosadas por esa demandada al Banco de Santander, fue pagado finalmente por el actor mediante cheque bancario a esta última entidad en virtud de la reclamación judicial efectuada por esa entidad bancaria, y añade, de un lado, que la sentencia se aparta del criterio del juez del concurso -tomado, sin embargo, en consideración para desestimar las demás pretensiones de la demanda- y, de otro lado, que esa demandada reconoció en el listado definitivo de acreedores al Banco de Santander, tenedor de los efectos cambiarios impagados un crédito por el importe al que ascendieron las antes aludidas letras de cambio, impagadas a sus respectivos vencimientos, crédito no reconocido en aquel momento a favor del actor por no haber constancia de que hubiera abonado ese importe a la entidad bancaria, pero afirma dicha demandada que ese crédito existe a favor del actor a tenor de lo establecido en el artículo
134.1 de la Ley Concursal, por ser anterior a la declaración del concurso, aunque no hubiera sido reconocido, y está vinculado por lo dispuesto en el convenio aprobado, por lo que no cabe la condena a su pago y la ejecución de dicho importe en perjuicio de otros acreedores, lo que implicaría la vulneración del principio de la "pars conditio creditorum"; asimismo, indica esa demandada que existen pronunciamientos -que reseñasobre este particular del juez que conoce del mencionado concurso de acreedores, concluyendo que el crédito concursal que ostenta el comprador cuyos contratos han sido resueltos extrajudicialmente previamente al Concurso por incumplimientos de dicha demandada se concreta no sólo en el derecho a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta a la firma del contrato sino también de las aplazadas para cuyo pago se emitieron efectos cambiarios, debiendo satisfacerse ambas conforme al correspondiente convenio.
El actor se opone utilizando los mismos argumentos esgrimidos para sustentar su pretensión totalmente estimatoria de la demanda por él formulada.
II. De la revisión de lo actuado en relación con la cuestión que se acaba de exponer, circunscrita a si cabe o no acoger la reclamación cuantitativa de 7.308 euros, por tratarse de un crédito que no puede resultar afectado por el convenio (en definitiva, un crédito contra la masa) y, discrepando en este punto del criterio de la juzgadora de la instancia, sólo puede concluirse del mismo modo desestimatorio que en cuanto a la pretensión examinada en el precedente fundamento de derecho. Así, no obstante ser cierto que el actor pagó esa cantidad con posterioridad a la aprobación del convenio, sin embargo, debe también tomarse en consideración que, al igual que el resto de cantidades entregadas a cuenta a cuya restitución tiene derecho dicho actor dentro del convenio concursal, el referido crédito dimana de la resolución extrajudicial de los contratos de compraventa objeto de autos, resolución contractual que, como ya se ha señalado, fue anterior a la declaración de concurso, habiéndose reconocido incluso a favor de la entidad bancaria a la que se habían endosado los efectos cambiarios en su día librados por el actor el crédito atinente al importe de tales efectos, como crédito contingente, y que como consecuencia de su abono por el actor-apelante, y del criterio jurisprudencial reseñado en el anterior fundamento de derecho, debe estimarse aplicable el artículo 134.1 de la Ley Concursal, siendo, por consiguiente, susceptible de ser reconocido dentro del concurso, no mostrando tampoco la entidad demandada -como refiere en el décimo quinto de su contestación a la demanda- oposición para la formalización de la cesión del crédito reconocido, de modo que, como consecuencia de todo ello, pasaría dicho crédito a ostentar idéntica categoría -ordinario- que el correspondiente al resto de las cantidades entregadas a cuenta del precio de los contratos de compraventa resueltos. “: SAP Tenerife (Sección 3) 29.11.2013 (Sentencia 383/2013; Rollo 378/2013)

JM-1 Bilbao

"Si quien no cumple con su obligación contractual durante el concurso es el deudor, los compradores disponen de la facultad de resolución por incumplimiento del art. 61.2 LC, que es la genérica del art.

1.124 CCv aunque limitada a circunstancias posteriores a la declaración de concurso, por ser de tracto único el contrato de compraventa y, en consecuencia, inoponible el incumplimiento anterior a dicha declaración. Aunque no puedan los compradores no insolventes instar la resolución "conveniente al interés del concurso", siguen disponiendo de la facultad de resolución por incumplimiento" (posterior). "La consecuencia, en tal caso, es que podrían alcanzar la condición de acreedores de créditos contra la masa, pues así se estipula en el art. 61.4 LC y 84.2.6º LC. Una posición, en consecuencia, más ventajosa que la de acreedor concursal que pretenden": SJM-1 Bilbao 21.09.2009
[Cita tomada de SAP La Coruña (Sección 4) 19.09.2012 (Sentencia 370/2012; Rollo 563/2011)]

JM-1 La Coruña

"TERCERO.- Por lo que se refiere al incumplimiento de la obligación de garantizar con seguro de caución o avalar la devolución de las sumas entregadas a cuenta, el incumplimiento de la promotora vendedera es, en este caso, anterior a la declaración del concurso. Y puesto que el artículo 62. 1 de la LC priva a la demandante de acción de acción para pretender la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de la deudora concursada y de la otra parte por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso cuando se trata, como es el caso, de contratos de tracto único (lo es, sin duda, el contrato de compraventa de vivienda futura, aunque se fraccione o se distribuya en el tiempo desde la firma del contrato privado la obligación única de pago del precio que asume el comprador), la oposición de la compradora o de la administración concursal obliga a declarar la falta de acción y a desestimar la demanda.": SJM-1 La Coruña 08.03.2010 (Sentencia 135/2010; Incidente Concursal 660/2009)

JM-1 Madrid

"Prevista por la regulación concursal la pervivencia durante la tramitación del concurso, de los contratos con obligaciones recíprocas (artículo 61 LC), es el artículo 62.1 LC el que regula la facultad de resolución contractual para el caso de incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes. En primer lugar, debe destacarse que la primera regla contenida en el artículo 62.1 LC hace referencia al incumplimiento que faculta el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos con obligaciones recíprocas de tracto único. En tales casos, el incumplimiento que permite obtener la resolución contractual debe ser posterior a la declaración del concurso, esto es, un incumplimiento producido en un momento en el que las facultades del concursado se encuentran, al menos, intervenidas, y por ello, en el que ha tenido alguna incidencia la actuación de la administración concursal. Manteniéndose durante la tramitación del concurso la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas preexistentes, el legislador ha previsto la posibilidad de la resolución de tales contratos para el caso de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso. La causa de tal previsión legal se encuentra en que, declarado el concurso, el crédito anterior a la declaración a favor del acreedor que ha cumplido su prestación, se debe integrar dentro de la masa pasiva. Así se desprende de la dicción del artículo 62.4º LC que determina que una vez declarada la resolución del contrato, el crédito vencido se incluirá en el concurso "si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso", mientras que será a cargo de la masa si el incumplimiento fuera posterior a tal declaración. Más peculiar es el supuesto de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo preexistentes a la declaración del concurso. En tales casos la Ley Concursal establece la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria incluso para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso (artículo 62.1 in fine LC)": SJM-1 Madrid 15.04.2005
[Cita tomada de SAP La Coruña (Sección 4) 19.09.2012 (Sentencia 370/2012; Rollo 563/2011)]

JM-6 Madrid

"Lo pedido por el demandante choca con lo dispuesto en el art. 62.1 L.Co., en cuanto priva al acreedor in bonis [-en obligaciones de tracto único, aunque de ejecución prolongada, como la presente-] de la facultad resolutoria por causa de incumplimientos anteriores a la declaración concursal; y ello: 1.- porque admitida por las partes la realidad del incumplimiento de elemento esencial del contrato, cual era la entrega de la obra finalizada y el plazo para su finalización, resulta que nos encontramos ante un incumplimiento obligacional por la concursada claramente anterior a la declaración concursal; y 2.- porque reconocido y admitido por las partes la existencia de incumplimiento en el demandante en su obligación de pago del precio": SJM-6 Madrid 19.04.2010
[Cita tomada de SAP La Coruña (Sección 4) 19.09.2012 (Sentencia 370/2012; Rollo 563/2011)]

"Para resolver la cuestión suscitada debe recordarse que los efectos del concurso sobre los contratos celebrados por la concursada con terceros aparecen regulados en los arts. 61 y ss L.Co. (Capítulo III del Título III), de tal modo que siendo la regla general que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia y eficacia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte contractual [art. 61.2 L.Co.], la acción de resolución del contratante "in bonis" aparece referida legalmente a la naturaleza temporal de la prestación que le es debida, distinguiendo la Ley según se trate de tracto único o sucesivo [art. 62.1 L.Co.]. () De ello resulta que si nos encontramos ante un contrato de tracto único cuya validez, eficacia y vigencia no se ve afectada por la declaración concursal (Auto de 29.1.2009), la parte "in bonis" carece de acción resolutoria por causa de incumplimientos contractuales acaecidos con anterioridad a

la declaración concursal, por lo que invocando el demandante la existencia de incumplimiento previo en lo relativo a la entrega de la vivienda (cuyo plazo contractual era el 31.12.2008), no puede fundar la acción resolutoria en dicha ausencia de prestación": SJM-6 Madrid 27.09.2010
[Cita tomada de SAP La Coruña (Sección 4) 19.09.2012 (Sentencia 370/2012; Rollo 563/2011)]
"En el caso de contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, () el artículo 62 prevé la posibilidad de instar la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes e, incluso, por incumplimiento anterior a la declaración de concurso tratándose de contratos de tracto sucesivo, satisfaciéndose el crédito de la parte cumplidora con cargo a la masa si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso () Pero aún más; si analizamos el artículo 62, el que trata de la resolución por incumplimiento, describe dos escenarios posibles: 1. El incumplimiento se produce después de declarado el concurso: puede solicitarse la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas que se hubiese mantenido pese a la declaración del concurso. 2. El incumplimiento se produjo con anterioridad a la declaración del concurso: el legislador solo permite ejercer la facultad resolutoria respecto de los contratos con obligaciones recíprocas, de tracto sucesivo, impidiendo dicha posibilidad de los de tracto único": SJM-1 Mallorca 16.06.2009
[Cita tomada de SAP La Coruña (Sección 4) 19.09.2012 (Sentencia 370/2012; Rollo 563/2011)]

1.1.1.1 Equipara incumplimiento anterior no subsanado con incumplimiento posterior

JM-1 Bilbao

"SEGUNDO.- La causa de resolución
Como en otros casos similares en procedimientos en los que se ven involucradas empresas dedicadas a la construcción, unos compradores de vivienda que han venido cumpliendo escrupulosamente sus obligaciones contractuales, adelantando el pago del precio de la vivienda que estaban adquiriendo, instan ahora la resolución del contrato, conforme al art. 62.1 LC y 1.124 CCv, y los propios términos del contrato, pues el vendedor, hoy concursado, se había comprometido a la entrega de vivienda en diciembre de 2007 y en septiembre de 2009 [año en que se declara el concurso] aún no la ha terminado, situación que permanece en la actualidad, dos años después de lo convenido.
Hay que partir de que el art. 62.1 LC señala que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. El art. 61.2 LC dispone el principio general de que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, aunque las prestaciones a que esté obligado el concurso se realizarán con cargo a la masa.
Nos encontramos en esa situación. La compraventa suscrita ha aplazado el pago del precio y la entrega del objeto del contrato. El vendedor aún no ha hecho entrega de la vivienda, y el comprador ha cumplido todos los pagos pactados en el contrato, pues solo queda pendiente la parte del precio que debe entregarse, precisamente, a la entrega de la vivienda. Es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes.
No se comparte con la administración concursal que el contrato esté resuelto. Que los demandantes hayan instado papeleta de conciliación y se les haya citado a la misma en junio pasado, sin que conste el resultado, no supone resolución del contrato. Esta debe constar con acuerdo de las partes o declarada judicialmente, y no se ha acreditado ni lo uno (pues no se presenta el acta que recoja los términos de una eventual conciliación), ni la otra, pues no hay sentencia que lo avale.
La compraventa es un contrato de tracto único (STS 10 febrero 1997, RJ 1997\665), de modo que cabe la resolución pretendida si se acredita el incumplimiento posterior a la declaración de concurso por parte de la concursada. En septiembre de 2009 consta que la vivienda no se ha terminado, ni se ha presentado certificado final de obra ni licencia de primera ocupación, pues todo ello lo certifica, en esa fecha, el Ayuntamiento del lugar.
Dice la concursada que es un simple retraso, como señala la STS 28 de septiembre de 2007. Sin embargo el incumplimiento del concursado es sustancial. Por su persistencia e importancia, frustra la finalidad negocial pretendida (STS 29 febrero 1998, RJ 1998\1310, 23 mayo 2000, RJ 2000\3920, 27 febrero 2004, RJ 2004\1316), jurisprudencia también aplicable, durante el concurso, a las pretensiones resolutorias fundadas en el art. 1.124 CCv (SAP Murcia 3 marzo 2006, AC 2006\490).
Opone la administración concursal que no hay incumplimiento posterior a la declaración de concurso, pues la vivienda está terminada, a falta de detalles y limpieza, y solo falta la urbanización. Tampoco se comparte semejante aseveración, porque la vivienda no consta terminada en el Ayuntamiento de Arnuero, y además no hay urbanización, lo que impide su entrega. Está por lo tanto sin terminar porque no basta con acabar físicamente la ora, sino que tiene que finalizarse todo el proceso que permite su transmisión al comprador, algo imposible visto que ni se ha depositado el certificado final de obra en el municipio y no se ha terminado la urbanización del lugar, y ello pese a la papeleta de conciliación presentada.
Hay por lo tanto un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, pues después del mismo no se han continuado las obras, no se ha depositado el certificado final en el ayuntamiento, no se ha urbanizado la zona y tampoco se ha accedido a la resolución pretendida por los compradores. Todo ello, pese a que se ha ido percibiendo el precio comprometido. Se opone por administración concursal y concursada que el retraso de las obras de urbanización, que admiten se extiende hasta la fecha e impiden el otorgamiento de la licencia de primera ocupación, es consecuencia del funcionamiento de

la Junta de Compensación y los continuos incumplimientos de la empresa constructora. Los compradores no son miembros de esa junta, de la que por el contrario forma parte la concursada. Todas las dificultades que se narran, sean o no ciertas, no justifican que al comprador de la vivienda se le haga aguardar dos años para su entrega.
Se aduce también que no consta el carácter esencial del término pactado, alegando la STS de 4 enero de 2007. Pero éste se fijó y de modo concreto. El contrato de 11 de enero de 2007 dispone la entrega en diciembre de ese año, un año después. Sin embargo la entrega se demora dos años más, triplicando la duración prevista en la entrega, que por otro lado, ni siquiera se pueda asegurar que vaya a producirse en breve. No hay por lo tanto necesidad de atender a si el término fue o no esencial, porque se pactó y se ha superado en tal grado, y no hay datos que permitan considerar que pueda atenderse en el futuro, que suponen una "prolongada inactividad o pasividad de la parte en el cumplimiento de sus obligaciones que llegue a frustrar las legítimas aspiraciones del otro contratante" (SAP Asturias 28 enero 2009).
Consecuencia de todo lo anterior es que en aplicación del art. 62.1 LC, 1.124 CCv y el propio contrato, puede resolverse el mismo.": SJM-1 Bilbao 30.12.2009 (Sentencia 987/2009; Incidente Concursal 640/2009)

1.1.2. Admisión de la resolución pese a ser el incumplimiento del concursado anterior al concurso

1.1.2.1 Caso en que el concursado es el vendedor

AP Alicante

"CUARTO.-En segundo lugar, hemos de considerar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso.
En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo.
No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones:
1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC.
2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras.
3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual.
En conclusión, los actores están legitimados para promover la resolución del contrato de compraventa celebrado el día 29 de agosto de 2005 como consecuencia del incumplimiento imputable a HERRADA DEL TOLLO, S.L. producido antes de la declaración de su concurso.
Los compradores están legitimados para promover la resolución contractual aunque no hayan pagado la totalidad del precio pues el pago del resto del precio se relegaba al momento del otorgamiento de la escritura y, en nuestro caso, no se ha podido otorgar ante la falta de ejecución de la obra por la concursada. Es decir, si los compradores no han cumplido íntegramente su obligación de pago del precio obedece al previo incumplimiento del promotor de su obligación de entrega": SAP Alicante (Sección 8) 09.07.2010 (Sentencia 296/2010; Rollo 250/2010)

"CUARTO.-En segundo lugar, hemos de considerar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso.
En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo.
No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones:
1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso

exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC.
2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras.
3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual.
En conclusión, los actores están legitimados para promover la resolución del contrato de compraventa celebrado el día 3 de abril de 2007 como consecuencia del incumplimiento imputable a HERRADA DEL TOLLO, S.L. producido antes de la declaración de su concurso.
Los compradores están legitimados para promover la resolución contractual aunque no hayan pagado la totalidad del precio pues el pago del resto del precio se relegaba al momento del otorgamiento de la escritura y, en nuestro caso, no se ha podido otorgar ante la falta de ejecución de la obra por la concursada. Es decir, si los compradores no han cumplido íntegramente su obligación de pago del precio obedece al previo incumplimiento del promotor de su obligación de entrega. “:SAP Alicante (Sección 8) 09.07.2010 (Sentencia 297/2010; Rollo 251/2010)

“SEGUNDO.-Ante todo debe señalarse que lo que pretenden los actores con su demanda es, partiendo de la existencia del contrato, obviar su estado real para, desde un punto de vista jurídico pero abstracto, generar la apariencia de contrato susceptible de cumplimiento por ambas partes para con ello, obtener el beneficio de la masa.
En efecto, afirman los apelantes que el contrato a la fecha de la declaración del concurso estaba vigente con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento -pago del precio y entrega de vivienda-y siendo así, la deuda que mantienen -precio-debería formar parte de la masa activa y la prestación pendiente de la promotora -entrega de las viviendas-parte de la masa pasiva, en modo tal que si se produce incumplimiento -o se insta por la administración concursal o la concursada la resolución en interés del concurso-, las prestaciones pendientes -restitución de cantidades entregadas a cuenta e indemnizaciónserán a cargo de la masa del concurso.
Sin embargo, el interés del concurso impone el análisis y contemplación de la realidad que constituye el substrato del contrato o contratos para, desde su análisis, constatar no solo la existencia del contrato sino si en efecto hay obligaciones pendientes, entendiendo por tales aquellas cuya pendencia es real y no meramente formal, es decir, susceptibles de cumplimento. Solo así se entiende el caso contemplado en el artículo 62-1 de la Ley Concursal ya que, de tratarse de obligaciones de imposible cumplimiento por parte de la concursada, no habría alternativa al cumplimiento y, por tanto, no se trataría del supuesto del 62-1 de la Ley Concursal.
En el caso no se impugnan los hechos o, como intitula el Juez, la realidad fáctica relevante, de modo que, siendo el antecedente fáctico esencial para la decisión, nos permitimos su reproducción. Se trata de los siguientes:
a) en fecha previa a la declaración del concurso los actores y Herrada del Tollo suscriben tres contratos por el que esta última se obligaba a entregar, previa su construcción, tres viviendas en el complejo residencial Santa Ana del Monte, Jumilla.
b) la suma anticipada entregada antes de la declaración del concurso por los compradores es la reconocida en la lista de acreedores.
c) la fecha convenida para la entrega de las dos viviendas adquiridas por la Sra. Estrella era mayo de 2008 con posibilidad de prórroga de tres meses por causa de la construcción no imputable a la promotora, siendo la fecha convenida para la entrega de la otra de las viviendas, junio de 2007, con la misma posibilidad de prórroga señalada en el anterior contrato.
d) la Sra. Estrella en marzo de 2008 suscribió un convenio con la promotora en la que, asumiendo el retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega por la compradora, esta continuaba con el contrato a cambio de una determinada contraprestación económica.
d) el concurso de la promotora se declara por auto de 19 de mayo de 2008 y las obras del complejo residencial objeto de promoción a la fecha de la declaración de concurso apenas llega al 1% según la concursada, sin constar la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación ni la concesión de licencias de obras de edificación para viviendas.
e) tales licencias no se han obtenido y la actividad urbanizadora está paralizada desde la declaración de concurso, y la entrega de las viviendas no se ha efectuado, cuya construcción no se ha iniciado.
Tal relato pone de manifiesto que a la fecha de la declaración los contratos eran existentes, porque no se habían resueltos, pero que ya concurría causa resolutoria. Pero también deja patente que de facto, el incumplimiento por parte de la promotora era ya a esa misma fecha de tal calibre que hacía de imposible cumplimiento cualquier hipótesis tendente a la efectividad contractual, siendo en realidad contratos solo susceptibles de resolución. Es más, en el caso del contrato suscrito por la Sra. Frida, ya concurría causa resolutoria pues había vencido el plazo de entrega -junio de 2007 y, en caso, septiembre 2007-sin que se hubiera cumplido tal obligación y sin que hubiera posibilidad de cumplimiento.

En tal estado de cosas y tomando en consideración que el efecto resolutorio de los contratos es ex tunc, es decir, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria sino retroactivamente desde su celebración, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido, la conclusión que alcanzamos es la de que si al tiempo de la declaración del concurso los contratos de compraventa de las viviendas estaban absolutamente frustrados, siendo de imposible cumplimiento, el que se hubieran o no resuelto no era lo relevante a los efectos concursales porque ya a la fecha del concurso no cabía más alternativa que la de reponer el status jurídico previo a la celebración de los negocios jurídicos.
TERCERO.-En tal estado de cosas, adquiere todo su relieve determinar en la hipótesis de la acción resolutoria el hecho en que consiste el incumplimiento y cuando ha tenido lugar.
Afirmar que es la cláusula contractual que fija fecha de entrega, el horizonte a partir del cual nace la acción resolutoria, constituye una afirmación que, además de que en el caso, solo podría venir referida a los contratos de la Sra. Estrella, no se corresponde con la causa de la resolución de los contratos que se puede acordar con base a la prueba del incumplimiento básico, esencial, que frustra el fin objetivo del contrato, lo que tiene lugar tanto cuando no se ha dado cumplimiento exacto al contrato como cuando, por las circunstancias es dable considerar que no se podrá cumplir. Cercenar la acción resolutoria cuando el incumplimiento formal depende de un hecho objetivo, como es el tiempo de entrega, supondría generar un sacrificio extraordinario, cuando no extravagante o insólito, obligando a los contratantes a cumplir sus obligaciones a fin de conservar su facultad resolutoria que, por razón objetiva, no será posible el cumplimiento de la contraparte. Dicho de otro modo cuando, como es el caso, a la fecha de la declaración del concurso, las obras del complejo residencial entre las que están las viviendas adquiridas por contrato privado por los acreedores, no han sido ejecutadas, sin que se hayan obtenido las licencias de obras de edificación, ni conste la aprobación del proyecto de reparcelación, estando la actividad urbanizadora paralizada y no iniciada la construcción de las viviendas, las diferencias temporales de que se trata permite estimar conforme a las máximas de experiencia básicas que no será posible el cumplimiento y afirmar que con anterioridad a la declaración del concurso la promotora no había cumplido con sus obligaciones ni tenía posibilidad ya de cumplir, de modo que ya en esa fecha, los compradores podían haber instado la resolución contractual para evitar mayores perjuicios.
Es más, en nuestras resoluciones de fecha 9 de julio de 2010 -dictadas en incidentes de este mismo concurso-hemos considerado que los vendedores sí podían haber instado la resolución de los contratos de compraventa por incumplimiento previo a la declaración del concurso, no obstante el tenor literal del artículo 62-1 de la Ley Concursal del que parecería desprenderse que tal facultad sólo sería posible en el caso de los contratos de tracto sucesivo.
Es por todo ello que la conclusión que alcanzamos es la de que aun no estando resueltos los contratos de compraventa de las viviendas, y pendientes de cumplimientos por parte de ambos contratantes, siendo contratos de imposible cumplimiento por la promotora, no son contratos amparables en el supuesto del artículo 61-2 de la Ley Concursal y, por tanto, el único crédito que puede derivar de ellos, al ser su fin exclusivo el resolutorio, es el de la reintegración de las cantidades entregadas a cuenta con la indemnización que haya en su caso lugar, y dado que la causa de resolución es anterior a la declaración del concurso, tales créditos, una vez se consoliden previa la resolución de los contratos, tendrán el carácter de ordinarios tal y como se califican por la Administración concursal.“: SAP Alicante (Sección 8) 13.07.2010 (Sentencia 312/2010; Rollo 254/2010)

“TERCERO.-En relación a la consideración de que los compradores pudieran instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso, decíamos en nuestra Sentencia de 13 de julio que "afirmar que es la cláusula contractual que fija fecha de entrega, el horizonte a partir del cual nace la acción resolutoria, constituye una afirmación que no se corresponde con la causa de la resolución de los contratos que se puede acordar con base a la prueba del incumplimiento básico, esencial, que frustra el fin objetivo del contrato, lo que tiene lugar tanto cuando no se ha dado cumplimiento exacto al contrato como cuando, por las circunstancias es dable considerar que no se podrá cumplir. Cercenar la acción resolutoria cuando el incumplimiento formal depende de un hecho objetivo, como es el tiempo de entrega, supondría generar un sacrificio extraordinario, cuando no extravagante o insólito, obligando a los contratantes a cumplir sus obligaciones a fin de conservar su facultad resolutoria que, por razón objetiva, no será posible el cumplimiento de la contraparte. Dicho de otro modo cuando, como es el caso, a la fecha de la declaración del concurso, las obras del complejo residencial entre las que están las viviendas adquiridas por contrato privado por los acreedores, no han sido ejecutadas, sin que se hayan obtenido las licencias de obras de edificación, ni conste la aprobación del proyecto de reparcelación, estando la actividad urbanizadora paralizada y no iniciada la construcción de las viviendas, las diferencias temporales de que se trata permite estimar conforme a las máximas de experiencia básicas que no será posible el cumplimiento y afirmar que con anterioridad a la declaración del concurso la promotora no había cumplido con sus obligaciones ni tenía posibilidad ya de cumplir, de modo que ya en esa fecha, los compradores podían haber instado la resolución contractual para evitar mayores perjuicios", y rebatíamos el argumento sustentado en el artículo 62-1 de la Ley Concursal de que no era posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa dado que sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo señalando en nuestras Sentencias de 9 de julio de

2010 que, "no obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones: 1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC. 2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras. 3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión,
o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual".
En suma, llegamos por esta vía a la conclusión de que los actores están legitimados para promover la resolución de los contratos de compraventa como consecuencia del incumplimiento imputable a HERRADA DEL TOLLO, S.L. producido antes de la declaración de su concurso.": SAP Alicante (Sección 8) 09.09.2010 (Sentencia 361/2010; Rollo 278/2010)

"CUARTO Resta por determinar las consecuencias de la resolución contractual: liberatorias, respecto de las prestaciones pendientes; restitutorias, respecto de las prestaciones ejecutadas e; indemnizatorias de los daños y perjuicios.
No es objeto de controversia que nos encontramos en presencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes pues el contrato de compraventa es un contrato sinalagmático que genera obligaciones recíprocas a cargo, de un lado, del promotor-vendedor cuya obligación esencial es la de entrega de la vivienda en la fecha pactada pero cuyo cumplimiento exige la previa ejecución material de la edificación(artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación) y, de otro lado, de los compradores, cuya obligación esencial consiste en el pago del precio.
No se cuestiona tampoco que el contrato de compraventa sea un contrato de tracto único.
Es un hecho cierto que a la fecha de la declaración del concurso de la mercantil promotora, la parte vendedora había ya incumplido su obligación de entrega de la vivienda no pudiendo ofrecer el cumplimiento en la actualidad, de manera que no estamos ante un mero retraso sino ante un incumplimiento absoluto que frustra el fin práctico del contrato.
Debemos entrar a analizar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso.
En principio, podría inferirse delinciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo.
No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones:
1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en elartículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal delartículo 62.1 LC.
2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible su falta de terminación de la obra.
3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso(párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual.
En conclusión, los actores están legitimados para promover la resolución del contrato de compraventa celebrado el día 6 de julio de 2005 como consecuencia del incumplimiento imputable a EL MUSCARET, S.L. producido antes de la declaración de su concurso.": SAP Alicante (Sección 8) 11.10.2010 (JUR 2011/23487; Sentencia 415/2010; Rollo 339/2010)

"PRIMERO - La Sentencia de instancia ha llegado a la conclusión de que constando el cumplimiento esencial de la obligación que impelía el contrato al comprador, y que es la concursada quien infringe su deber básico al paralizar la construcción, no habiendo de hecho finalizado la misma en no mucho más de un 50%, así como tampoco las infraestructuras de acceso a la vivienda, resulta procedente la resolución del contrato privado de venta de fecha 30 de junio de 2005 con el reintegro de las cantidades dadas a cuenta por el comprador, que se califican de créditos concursales ordinarios salvo

los intereses, que se les atribuye el carácter de créditos subordinados.
En su recurso, la mercantil concursada defiende el mantenimiento del contrato en interés de la masa activa y de la continuidad de la empresa, denunciando la infracción delartículo 61-2 de la Ley Concursal al ubicarse este supuesto al tratarse de un contrato de tracto único que, teniendo obligaciones pendientes de ambas partes, deberían se cumplidas.
El recurso se desestima.
Lo cierto es que siendo cierto que el comprador dejó de atender pagos, tal incumplimiento estaba plenamente justificado por el previo incumplimiento de la promotora que, como prueba el documento nº 5 de los aportados al proceso, suspendió la ejecución de la obra durante un tiempo. En efecto, en aquél documento, el representante de EL MUSCARET, S.L. en fecha 8 de mayo de 2007, reconocía que las obras estaban sufriendo retraso y que les informaban que estaban recuperando el ritmo de construcción confiando en la entrega de las viviendas en el siguiente verano. Además, en esa misiva no consta que reclamara las cantidades que no habían sido satisfechas por los compradores lo que viene a corroborar que se convino que el pago de cuotas pendientes se relegaba al momento del otorgamiento de la escritura.
En consecuencia, no existe ningún incumplimiento contractual imputable a los compradores que enerve su facultad de instar la resolución del contrato por previo incumplimiento de la promotora.
Pero sí hay con claridad incumplimiento por parte de la promotora EL MUSCARET, S.L.. Ha incumplido en efecto su obligación recíproca de entrega de la vivienda en condiciones de habitabilidad pues, según estaba previsto en lacláusula quinta del contrato, la vivienda debió entregarse en el plazo de dieciocho meses desde el inicio de las obras y si las obras se iniciaron en el año 2005, como muy tarde, debió entregarse la vivienda en el mes de junio de 2007, fecha en la que no podían entregarse por no estar conclusas. En el juicio se aclaró que la vivienda estaba pendiente de terminar, y que faltaba terminar las obras de urbanización. Además, el representante de la Administración Concursal que declaró en el acto de la vista afirmó que no había sido posible obtener financiación con la que atender el pago del resto de la obra pendiente, por lo que si bien el tiempo que restaba para su terminación sería de 4 ó 5 meses, la falta de financiación impedía conocer cuándo sería posible iniciarlas.
Parece por tanto evidente que la declaración de resolución del contrato de compraventa, que en efecto lo es de tracto único, es decisión acertada y que no podemos sino confirmar, siguiendo en ello lo ya dispuesto en relación a otros compradores de esta misma urbanización en resoluciones previas de estemismo Tribunal -S de 11 de octubre de 2010 (JUR 2011, 23487) -.
SEGUNDO En relación a la consideración de que los compradores pudieran instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso, decíamos ennuestra Sentencia de 13 de julio de 2010 (JUR 2010, 345313) que "afirmar que es la cláusula contractual que fija fecha de entrega, el horizonte a partir del cual nace la acción resolutoria, constituye una afirmación que no se corresponde con la causa de la resolución de los contratos que se puede acordar con base a la prueba del incumplimiento básico, esencial, que frustra el fin objetivo del contrato, lo que tiene lugar tanto cuando no se ha dado cumplimiento exacto al contrato como cuando, por las circunstancias es dable considerar que no se podrá cumplir. Cercenar la acción resolutoria cuando el incumplimiento formal depende de un hecho objetivo, como es el tiempo de entrega, supondría generar un sacrificio extraordinario, cuando no extravagante o insólito, obligando a los contratantes a cumplir sus obligaciones a fin de conservar su facultad resolutoria que, por razón objetiva, no será posible el cumplimiento de la contraparte. Dicho de otro modo cuando, como es el caso, a la fecha de la declaración del concurso, las obras del complejo residencial entre las que están las viviendas adquiridas por contrato privado por los acreedores, no han sido ejecutadas, sin que se hayan obtenido las licencias de obras de edificación, ni conste la aprobación del proyecto de reparcelación, estando la actividad urbanizadora paralizada y no iniciada la construcción de las viviendas, las diferencias temporales de que se trata permite estimar conforme a las máximas de experiencia básicas que no será posible el cumplimiento y afirmar que con anterioridad a la declaración del concurso la promotora no había cumplido con sus obligaciones ni tenía posibilidad ya de cumplir, de modo que ya en esa fecha, los compradores podían haber instado la resolución contractual para evitar mayores perjuicios ", y rebatíamos el argumento sustentado en elartículo 62-1 de la Ley Concursal de que no era posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa dado que sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo señalando ennuestras Sentencias de 9 de julio de 2010 (JUR 2010, 355662) que, "no obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones:1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil (LEG 1889, 27)y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC. 2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras.3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el

concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual ".
En suma, llegamos por esta vía a la conclusión de que los actores están legitimados para promover la resolución de los contratos de compraventa como consecuencia del incumplimiento imputable a El Muscaret, S.L. producido antes de la declaración de su concurso.": SAP Alicante (Sección 8) 09.12.2010 (AC 2011/203; Sentencia 546/2010; Rollo 432/2010)

"TERCERO.- Este Tribunal ha resuelto ya con anterioridad (Sentencias n.º 297 y 296 9 de julio del 2010) la cuestión de si un comprador puede instar la resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido, como sucede en el caso que nos ocupa, antes de la declaración del concurso. Decíamos en tales resoluciones:
" En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo.
No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones:
1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC.
2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras.
3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual.
En conclusión, los actores están legitimados para promover la resolución del contrato de compraventa celebrado el día (...) como consecuencia del incumplimiento imputable a (...), S.L. producido antes de la declaración de su concurso.
Los compradores están legitimados para promover la resolución contractual aunque no hayan pagado la totalidad del precio pues el pago del resto del precio se relegaba al momento del otorgamiento de la escritura y, en nuestro caso, no se ha podido otorgar ante la falta de ejecución de la obra por la concursada. Es decir, si los compradores no han cumplido íntegramente su obligación de pago del precio obedece al previo incumplimiento del promotor de su obligación de entrega "": SAP Alicante (Sección 8) 22.07.2011 (Sentencia 325/2011; Rollo 241/2011)

"Se analiza también en la Sentencia antes indicada [Sentencia de 9 de julio de 2010] la posibilidad de que los compradores puedan instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso y dado que la misma parece, en principio, que viene a excluirla el inciso final del artículo 62.1 LC que sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo, pronunciándose al respecto esta Sala en el sentido de que *no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, para cuya se ofrecieron las siguientes razones:*
1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en elartículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC.
2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras.
3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonisy, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual.
Y a la hora de determinar las consecuencias de la resolución contractual, en particular, el tratamiento concursal del derecho a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores y del derecho a la indemnización de daños y perjuicios, esta Sala en la repetida Sentencia razonó la calificación de concursales que, a su juicio, debían recibir dicho créditos señalando como argumento de mayor peso la interpretación *a contrario sensu* del artículo 84.2.6º LC que considera como créditos

contra la masa *los créditos que, conforme a esta Ley, resulten...de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado,* de tal manera que, se concluyó en dicha Resolución, *los créditos que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución por incumplimiento de la parte antes de su declaración de concurso deben ser calificados como créditos concursales pues no cabe extender la calificación de créditos contra la masa más que a los supuestos relacionados en el artículo 84.2 LC.*
Se decía, en el mismo sentido, en la Sentencia de 13 de julio de 2010 que *el interés del concurso impone el análisis y contemplación de la realidad que constituye el substrato del contrato o contratos para, desde su análisis, constatar no solo la existencia del contrato sino si en efecto hay obligaciones pendientes, entendiendo por tales aquellas cuya pendencia es real y no meramente formal, es decir, susceptibles de cumplimento. Solo así se entiende el caso contemplado en el artículo 62-1 de la Ley Concursal ya que, de tratarse de obligaciones de imposible cumplimiento por parte de la concursada, no habría alternativa al cumplimiento y, por tanto, no se trataría del supuesto del 62-1 de la Ley Concursal* (...) *si el efecto resolutorio de los contratos es ex tunc, es decir, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria sino retroactivamente desde su celebración, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido, la conclusión que alcanzamos es la de que si al tiempo de la declaración del concurso los contratos de compraventa de las viviendas estaban absolutamente frustrados, siendo de imposible cumplimiento, el que se hubieran o no resuelto no era lo relevante a los efectos concursales porque ya a la fecha del concurso no cabía más alternativa que la de reponer el status jurídico previo a la celebración de los negocios jurídicos* (...) *Afirmar que es la cláusula contractual que fija fecha de entrega, el horizonte a partir del cual nace la acción resolutoria, constituye una afirmación que no se corresponde con la causa de la resolución de los contratos que se puede acordar con base a la prueba del incumplimiento básico, esencial, que frustra el fin objetivo del contrato, lo que tiene lugar tanto cuando no se ha dado cumplimiento exacto al contrato como cuando, por las circunstancias es dable considerar que no se podrá cumplir. Cercenar la acción resolutoria cuando el incumplimiento formal depende de un hecho objetivo, como es el tiempo de entrega, supondría generar un sacrificio extraordinario, cuando no extravagante o insólito, obligando a los contratantes a cumplir sus obligaciones a fin de conservar su facultad resolutoria que, por razón objetiva, no será posible el cumplimiento de la contraparte* (...) *Es por todo ello que la conclusión que alcanzamos es la de que aun no estando resueltos los contratos de compraventa de las viviendas, y pendientes de cumplimientos por parte de ambos contratantes, siendo contratos de imposible cumplimiento por la promotora, no son contratos amparables en el supuesto del artículo 61-2 de la Ley Concursal y, por tanto, el único crédito que puede derivar de ellos, al ser su fin exclusivo el resolutorio, es el de la reintegración de las cantidades entregadas a cuenta con la indemnización que haya en su caso lugar, y dado que la causa de resolución es anterior a la declaración del concurso, tales créditos, una vez se consoliden previa la resolución de los contratos, tendrán el carácter de ordinarios tal y como se califican por la Administración concursal.":* SAP Alicante (Sección 8) 10.05.2012 (Sentencia 211/2012; Rollo 819/2011)

AP Oviedo

"SEGUNDO : Ejercitada con carácter principal por la parte actora en su escrito rector la acción de resolución por incumplimiento del contrato de compraventa de vivienda concertado con la empresa promotora "Construcciones Margalo, S.L.U.", el marco normativo para su enjuiciamiento se encuentra en el art. 62-1 L.C. que bajo la rúbrica de "resolución por incumplimiento" dispone que "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". La tesis sostenida por el actor en su recurso es que la fecha del incumplimiento llevado a cabo por la empresa promotora debe venir referenciada al momento previsto para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y consiguiente entrega de la vivienda y que aparecía fijada en la cláusula 4ª del contrato privado "con anterioridad al treinta de abril de 2009", otorgamiento que finalmente no fue llevado a cabo, por lo cual, y tratándose de un incumplimiento de fecha posterior a la declaración de concurso, el crédito correspondiente a la restitución del precio ya desembolsado debe serle reconocido con el carácter de crédito contra la masa conforme al régimen establecido para la restitución de prestaciones en el apartado 4º del art. 62 L.C. Frente a ello la Sentencia recurrida entiende que el incumplimiento del contrato debe entenderse acontecido en el momento en que las obras quedaron paralizadas, todo ello con anterioridad al concurso, confirmando con ello el criterio adoptado por la Administración concursal al reconocer el crédito a favor del actor con la clasificación de crédito ordinario.
Planteada primeramente la cuestión referida a la datación del momento en que tuvo lugar incumplimiento contractual, la dualidad que presenta el asunto enjuiciado entre una y otra fecha cobra especial relevancia por cuanto de su determinación dependerá la naturaleza del crédito restitutorio que asiste al comprador para recuperar la parte que ya ha desembolsado del total del precio aplazado, toda vez que la declaración judicial de concurso aconteció entre uno y otro instante. Para dar respuesta a este extremo habremos de partir de una premisa inicial, cual es que el art. 62 L.C. tiene restringido su ámbito objetivo de aplicación a aquellos contratos contemplados, a su vez, en el apartado 2 del art. 61 L.C., esto es, a aquellos "contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte", siendo así que la intención del

legislador, tal y como viene proclamado por la norma, es que la declaración de concurso, por sí sola, no afecte a la vigencia de tales contratos, de manera tal que si posteriormente el concursado incumple las obligaciones que a él le competen resultará también de aplicación el art. 84-2-6º L.C. a cuyo tenor tendrán la consideración de créditos contra la masa "Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado". En este sentido nuestro Alto Tribunal ha venido a señalar en la STS 26 marzo 2012 que "Conforme a los mencionados artículos de la Ley 22/2.003, si el contratante declarado en concurso no cumple su contraprestación, el contratante perjudicado podrá optar - como permite en general el artículo 1124 del Código Civil -entre reclamarle el pago con cargo a la masa o resolver el vínculo". Pues bien, resultando presupuesto de aplicación del régimen normativo señalado la existencia al tiempo de declararse el concurso de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una y otra parte, habremos de interpretar que las obligaciones de que se trata deberán encontrarse en aptitud de ser ejecutadas o de ser cumplidas por parte del concursado, pues en otro caso la parte in bonis carecería de la facultad de opción entre las alternativas antedichas, compartiendo esta Sala en este punto el criterio expresado por otros Tribunales al entender que las obligaciones pendientes son aquellas cuya pendencia sea real y no meramente formal, pues si fueran de imposible cumplimiento por parte de la concursada no habría alternativa posible a tal cumplimiento y por tanto no nos encontraríamos ante el supuesto del art. 62-1 L.C. (así S.A.P. Alicante, Secc. 8ª de 13-7-2010).
Trasladadas las anteriores consideraciones al caso presente encontramos que las obras correspondientes a la fase 1 de la URBANIZACIÓN000 quedaron paralizadas en julio 2008 en que cesó el suministro de materiales, los contratistas abandonaron las tareas de ejecución y los trabajadores solicitaron la resolución judicial de sus respectivos contratos ante el impago por parte de la promotora Magarlo de sus salarios, constando por otra parte que en aquel momento estaba ejecutada tan solo un 54,56% del total de la obra según la certificación emitida por el Arquitecto Técnico de la obra, tal y como se expone en el informe elaborado por la Administración concursal. Consta además que en aquel momento existía un sobreseimiento generalizado en los pagos por parte de la concursada, lo que motivó que uno de sus acreedores procediera a presentar la solicitud de concurso necesario el mes de octubre siguiente, siendo finalmente declarada la situación concurso mediante resolución judicial de 14 abril 2009. Ante este estado de cosas es claro que en el momento en que tiene lugar la repetida declaración de concurso no podemos admitir que el contrato de compraventa litigioso estuviera en condiciones de poder ser cumplido en modo alguno por la concursada, encontrándose frustradas con carácter definitivo desde aquel momento las expectativas de poder ser satisfecho el interés de la parte compradora, todo lo cual hace decaer el presupuesto necesario para la aplicación de las reglas del incumplimiento resolutoria contempladas en el art. 62-1 L.C.
TERCERO : Llegados a este punto resulta obvio que no podrá privarse a la parte compradora que ha venido cumpliendo puntualmente las prestaciones que a ella le incumben en la relación contractual que le vincula con la empresa vendedora de la posibilidad de solicitar judicialmente la declaración de resolución de la compraventa ante el incumplimiento por parte de esta última, máxime cuando la promotora concursada se encuentra imposibilitada de dar cumplimiento a la entrega de la finca vendida, pues una solución contraria equivaldría a mantenerle indefinidamente vinculado a un contrato que ya no puede satisfacer su interés. Debemos por tanto acceder a tal pretensión resolutoria con los efectos ex tunc que le son propios, y que no son otros que los de volver al estado jurídico preexistente al contrato, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones que hubiera recibido, pues, como recuerda la STS 4 julio 2011, ello es así porque la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos producidos, como se halla establecido en el artículo 1295 CC para el caso de rescisión, - precepto al que expresamente se remite el 1124 CC que, como se ha dicho, a salvo de las especialidades antes indicadas, ha de entenderse aplicable a la resolución del contrato de compraventa de inmuebles-, y también en el 1123 CC y en el 1303 CC para el caso de nulidad. En definitiva, habiendo tenido lugar el incumplimiento resolutorio en sede anterior a la declaración de concurso, la consecuencia no puede ser otra que la de reconocer el crédito que asiste al comprador con la naturaleza de crédito concursal y con la clasificación de ordinario, como acertadamente señala la Sentencia dictada por el Juez de lo Mercantil y que por ello mismo habrá de ser confirmada, procediendo por todo ello la desestimación del recurso de apelación.”: SAP Oviedo (Sección 1) 19.04.2012 (Sentencia 169/2012; Rollo 504/2011)

“SEGUNDO.- Ejercitada con carácter principal por la parte actora en su escrito rector la acción de resolución por incumplimiento del contrato de compraventa de vivienda concertado con la empresa promotora "Construcciones Margalo, S.L.U.", el marco normativo para su enjuiciamiento se encuentra en el art. 62-1
L.C. que bajo la rúbrica de "resolución por incumplimiento" dispone que "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". La tesis sostenida por el actor en su recurso es que la fecha del incumplimiento llevado a cabo por la empresa promotora debe venir referenciada al momento previsto para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y consiguiente entrega de la vivienda y que aparecía fijada en la cláusula 4ª del contrato privado "con anterioridad al treinta de

abril de 2009", otorgamiento que finalmente no fue llevado a cabo, por lo cual, y tratándose de un incumplimiento de fecha posterior a la declaración de concurso, el crédito correspondiente a la restitución del precio ya desembolsado debe serle reconocido con el carácter de crédito contra la masa conforme al régimen establecido para la restitución de prestaciones en el apartado 4º del art. 62 L.C. Frente a ello la Sentencia recurrida entiende que el incumplimiento del contrato debe entenderse acontecido en el momento en que las obras quedaron paralizadas, todo ello con anterioridad al concurso, confirmando con ello el criterio adoptado por la Administración concursal al reconocer el crédito a favor del actor con la clasificación de crédito ordinario.

Planteada primeramente la cuestión referida a la datación del momento en que tuvo lugar incumplimiento contractual, la dualidad que presenta el asunto enjuiciado entre una y otra fecha cobra especial relevancia por cuanto de su determinación

dependerá la naturaleza del crédito restitutorio que asiste al comprador para recuperar la parte que ya ha desembolsado del total del precio aplazado, toda vez que la declaración judicial de concurso aconteció entre uno y otro instante. Para dar respuesta a este extremo habremos de partir de una premisa inicial, cual es que el art. 62 L.C. tiene restringido su ámbito objetivo de aplicación a aquellos contratos contemplados, a su vez, en el apartado 2 del art. 61 L.C., esto es, a aquellos "contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte", siendo así que la intención del legislador, tal y como viene proclamado por la norma, es que la declaración de concurso, por sí sola, no afecte a la vigencia de tales contratos, de manera tal que si posteriormente el concursado incumple las obligaciones que a él le competen resultará también de aplicación el art. 84-2-6º L.C. a cuyo tenor tendrán la consideración de créditos contra la masa "Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado". En este sentido nuestro Alto Tribunal ha venido a señalar en la STS 26 marzo 2012 que "Conforme a los mencionados artículos de la Ley 22/2.003, si el contratante declarado en concurso no cumple su contraprestación, el contratante perjudicado podrá optar - como permite en general el artículo 1124 del Código Civil -entre reclamarle el pago con cargo a la masa o resolver el vínculo". Pues bien, resultando presupuesto de aplicación del régimen normativo señalado la existencia al tiempo de declararse el concurso de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una y otra parte, habremos de interpretar que las obligaciones de que se trata deberán encontrarse en aptitud de ser ejecutadas o de ser cumplidas por parte del concursado, pues en otro caso la parte in bonis carecería de la facultad de opción entre las alternativas antedichas, compartiendo esta Sala en este punto el criterio expresado por otros Tribunales al entender que las obligaciones pendientes son aquellas cuya pendencia sea real y no meramente formal, pues si fueran de imposible cumplimiento por parte de la concursada no habría alternativa posible a tal cumplimiento y por tanto no nos encontraríamos ante el supuesto del art. 62-1 L.C. (así S.A.P. Alicante, Secc. 8ª de 13-7-2010).

Trasladadas las anteriores consideraciones al caso presente encontramos que las obras correspondientes a la fase 1 de la URBANIZACIÓN000 quedaron paralizadas en julio 2008 en que cesó el suministro de materiales, los contratistas abandonaron las tareas de ejecución y los trabajadores solicitaron la resolución judicial de sus respectivos contratos ante el impago por parte de la promotora Magarlo de sus salarios, constando por otra parte que en aquel momento estaba ejecutada tan solo un 54,56% del total de la obra según la certificación emitida por el Arquitecto Técnico de la obra, tal y como se expone en el informe elaborado por la Administración concursal. Consta además que en aquel momento existía un sobreseimiento generalizado en los pagos por parte de la concursada, lo que motivó que uno de sus acreedores procediera a presentar la solicitud de concurso necesario el mes de octubre siguiente, siendo finalmente declarada la situación concurso mediante resolución judicial de 14 abril 2009. Ante este estado de cosas es claro que en el momento en que tiene lugar la repetida declaración de concurso no podemos admitir que el contrato de compraventa litigioso estuviera en condiciones de poder ser cumplido en modo alguno por la concursada, encontrándose frustradas con carácter definitivo desde aquel momento las expectativas de poder ser satisfecho el interés de la parte compradora, todo lo cual hace decaer el presupuesto necesario para la aplicación de las reglas del incumplimiento resolutoria contempladas en el art. 62-1 L.C.

TERCERO.- Llegados a este punto resulta obvio que no podrá privarse a la parte compradora que ha venido cumpliendo puntualmente las prestaciones que a ella le incumben en la relación contractual que le vincula con la empresa vendedora de la posibilidad de solicitar judicialmente la declaración de resolución de la compraventa ante el incumplimiento por parte de esta última, máxime cuando la promotora concursada se encuentra imposibilitada de dar cumplimiento a la entrega de la finca vendida, pues una solución contraria equivaldría a mantenerle indefinidamente vinculado a un contrato que ya no puede satisfacer su interés. Debemos por tanto acceder a tal pretensión resolutoria con los efectos ex tunc que le son propios, y que no son otros que los de volver al estado jurídico preexistente al contrato, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones que hubiera recibido, pues, como recuerda la STS 4 julio 2011, ello es así porque la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos producidos, como se halla establecido en el artículo 1295 CC para el caso de rescisión, - precepto al que expresamente se remite el 1124 CC que, como se ha dicho, a salvo de las especialidades antes indicadas, ha de entenderse aplicable a la resolución del contrato de compraventa de inmuebles-, y también en el 1123 CC y en el 1303 CC para el caso de nulidad. En definitiva, habiendo tenido lugar el incumplimiento resolutorio en sede anterior a la declaración de

concurso, la consecuencia no puede ser otra que la de reconocer el crédito que asiste al comprador con la naturaleza de crédito concursal y con la clasificación de ordinario, como acertadamente señala la Sentencia dictada por el Juez de lo Mercantil y que por ello mismo habrá de ser confirmada, procediendo por todo ello la desestimación del recurso de apelación.": SAP Oviedo (Sección 1) 20.04.2012 (Sentencia 171/2012; Rollo 505/2011)

AP Burgos

"2ª.- Ciertamente, existe una amplia divergencia Doctrinal y Jurisprudencial derivada de la interpretación y aplicación del art. 62 LC, sobre si es posible resolver el contrato de compraventa por incumplimiento previo de la entidad concursada. A favor de la resolución: SSAP de Alicante, Sección 1ª de 9-07-2009 y 11-X-2010; SSAP de Valencia Sección 9ª de 29-XI-2010 y 21-II-2011 y en contra SSAP Coruña Sección 4ª de 11-22-28-07-2011; SAP de Murcia Sección 4ª de 3 y 10-III-2006; SSAP de Pontevedra de 13-09 y 29-11-2010.
Ahora bien, en nuestro caso el incumplimiento de la parte demandada no deriva de su situación concursal, que se declara en el año 2008 cuando se había iniciado la construcción de las viviendas, sino de que después del año 2008, y en concreto a primeros del año 2010 en que tenía el deber de entregar la vivienda, el inmueble adquirido por los demandantes estaba sin terminar y sin entregar. Es decir, hasta diciembre 2009 la parte compradora realizaba los pagos previstos y, por lo tanto, no puede imputársele incumplimiento alguno y solo en esa fecha es cuando se produce el incumplimiento de la parte demandada que ni entrega la vivienda, ni estaba en condiciones de entegarla.
Resulta manifiesto que en el contexto de una obligación recíproca derivada del pago aplazado de un contrato de trato único, como es la compraventa con precio aplazado (STS 22-04-2004), cuando el comprador ha venido cumplimento y pagando los plazos y el vendedor, ni ha entregado la vivienda, ni está prevista su entrega, concurre, conforme al art. 1124 CCv y art. 1503 CCv, la facultad de resolución con la cesación de los pagos pendientes y con la posibilidad de reclamar las cantidades abonadas por un contrato de obligaciones recíprocas, donde la parte vendedora ha incumplido obligaciones contractuales esenciales y en concreto la obligación de entregar la vivienda.
TERCERO.-En el tercer motivo de impugnación se denuncia incumplimiento de los requisitos de procedibilidad resolutoria. Ya se ha respondido a esta cuestión y se ha considerado adecuadamente aplicado el art. 1124 CCv.
Al respecto, sólo procede añadir que la parte demandada no solo ha incumplido cláusulas esenciales del contrato, sino que ha admitido que la parte actora es acreedora del concurso de la demandada al incluirse como acreedores con el número 7.686; y por lo tanto admite la aplicación del art. 62-1 LC, al entender que la parte actora había cumplido y que la parte demandada- vendedora tenía pendiente de cumplir sus obligaciones propias contractuales y, por ello, admite que no entregará la vivienda y que, en consecuencia, adeuda la parte del precio a cuenta que se habia abonado.
CUARTO.-Reitera la parte apelante en las breves líneas que ocupa el cuarto motivo de impugnación que no se ha resuelto el contrato y que no hay congruencia. Pues bien, al respecto procede reiterar las consideraciones expuestas en el sentido de que habiendo pagado la parte actora las cuotas y pagos aplazados debidos hasta Diciembre de 2009 y que la entrega de la vivienda tenía que haber sido en los primeros meses del año 2.010. Pero es más aún cuando se considere que se dejasen de pagar las últimas cuotas (Enero -Febrero y Marzo 2010), es lo cierto que esas fechas la ejecución de las viviendas estaba totalmente paralizada y que no concurría posibilidad alguna de su entrega en fechas próximas y en esas primeras semanas del año 2010; prueba de ello es que al día de la fecha ni siquiera ha reanudado la ejecución de las viviendas.": SAP Burgos (Sección 2) 18.12.2012 (Sentencia 471/2012; Rollo 366/2012)

AP Jaén

"PRIMERO.-Versa el incidente concursal cuya sentencia desestimatoria de la demanda se recurre sobre la petición realizada por D. Edmundo de que se declare resuelto el contrato de compraventa suscrito entre la concursada y el mismo, declarándose los créditos que éste ostenta conforme a lo expuesto en su escrito de comunicación de crédito, concretamente como crédito ordinario el capital entregado a la concursada como pago a cuenta de la compraventa y como crédito contingente los intereses de dicho capital.
La sentencia objeto de recurso, si bien constata y declara probado en su fundamento primero la existencia de un incumplimiento de obligaciones por parte de la entidad concursada en relación a la compraventa de una vivienda realizada entre las partes el 7 de junio de 2007, al haber transcurrido el plazo de entrega previsto, y estar construida la vivienda sólo en un 80%, constando un pacto por el que dicha entidad se obligaba a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta en caso de que no se pueda entregar el objeto de la compraventa en el plazo previsto, desestima dicha pretensión de resolución contractual y de inclusión de la deuda como crédito ordinario, y mantiene el informe de la administración concursal en el sentido de no acoger el crédito del Sr. Edmundo, al estimar que el contrato es de tracto único, siendo únicamente los contratos de tracto sucesivo los que pueden ser objeto de resolución por incumplimientos anteriores a la declaración del concurso, citando lo dispuesto en los artículo 61 y 62 de la Ley Concursal, y sin perjuicio de que se inste nuevamente la resolución contractual por causa del concurso con la consecuencia de que se incluiría el crédito en la masa pasiva.
Frente a dicha resolución se alza el demandante que alegando en primer término error en la

valoración de la prueba, aunque luego no hace mención a la misma, sostiene que la demanda se basa en un incumplimiento previo al concurso, que es precisamente lo que afirma la sentencia y motiva la desestimación de aquella como hemos expuesto. En segundo término alega error en la calificación del crédito, al no reconocer crédito alguno, insistiendo en que debe ostentar la consideración de crédito ordinario, con cita de una Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 15 de junio de 2009 que así lo considera en un asunto similar en la que además se resuelve el contrato en atención a la idea de que es absurdo mantener una relación jurídica de imposible cumplimiento por parte del concursado.
Debemos constatar, pues es de gran relevancia para la resolución del presente recurso, que la administración concursal, modificando su postura anterior que motivó precisamente la formulación de la demanda, al contestar al mismo se allana a la petición poniendo de manifiesto una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta, pues en la fecha de la demanda estaban pendientes las negociaciones para obtener financiación con la que acabar la promoción de la vivienda, y en las actuales no existe ya tal posibilidad, reconociendo así la existencia de causa de resolución contractual posterior a la declaración del concurso y en definitiva el derecho del actor a la inclusión de su crédito en la lista de acreedores.
Por su parte la representación del concursado solicita la confirmación de la sentencia en base a la consideración de que es de interés del concurso mantener el contrato al estar a la espera del resultado de las negociaciones con la entidad financiera sobre una propuesta de ejecución para la terminación de la promoción.
SEGUNDO.-Expuestos los términos del debate este Tribunal de apelación, a la vista del allanamiento o no oposición al recurso por parte de la administración concursal, y de los nuevos hechos que se exponen por la misma, y con la evidente finalidad de dejar resuelta la cuestión, a la vista de la constatada imposibilidad de cumplimiento de la obligación de entrega de la sociedad concursada, considera que debe estimarse la pretensión de resolución del contrato, pues aún cuando la causa de resolución se iniciara antes de la declaración del concurso, es claro que tal causa de resolución se confirma con tal declaración y por esa, ya constatada, imposibilidad de entrega del inmueble adquirido al demandante; y el caso es que se solicita un pronunciamiento judicial cuando ya se ha declarado el concurso, precisamente porque tal declaración supone un obstáculo más para el cumplimiento y en definitiva la satisfacción del legítimo interés del comprador.
Por ello, aún cuando se alegue el incumplimiento anterior a la declaración del concurso, como sólo después de éste es cuando se solicita la resolución y la inclusión del crédito, puede afirmarse que, aún siendo la sentencia que declara resuelto el contrato el título para obtener la restitución de las cantidades entregadas a cuenta, dicha deuda se generó cuando se produjo la causa resolutoria, esto es antes de la declaración del concurso, constituyendo en definitiva un crédito ordinario, como se acepta por la administración concursal y se solicita por el demandante en el recurso.
Todo lo que determina la estimación del recurso de apelación, y de la demanda incidental promovida, con la consiguiente revocación de la sentencia dictada en la instancia salvo en el pronunciamiento sobre las costas al mantenerse el criterio del Juzgador sobre las dudas jurídicas que presenta el caso.
”: SAP Jaén (sección 1) 20.05.2010 (Sentencia 129/2010; Rollo 169/2010)

AP Valencia

“Finalmente indica la parte apelante que el incumplimiento contractual fue anterior a la declaración del concurso y, por ende, no cabe la resolución conforme a lo prevenido en el artículo 62 de la Ley Concursal. A efectos de resolver tal cuestión cabe traer a colación la sentencia de la AP de Alicante de fecha 9 de julio de 2010 en la que, con referencia dicha cuestión, se indica: "En segundo lugar, hemos de considerar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso.
En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo.
No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones:
1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC.
2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras.
3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual". Por tanto, igual suerte

desestimatoria ha de correr este motivo del recurso de apelación. ": SAP Valencia (Sección 9) 08.11.2010 (Sentencia 321/2010; Rollo 608/2010)

"CUARTO Siguiendo con los motivos del recurso de apelación, mantiene la parte apelante que el incumplimiento contractual sería anterior a la declaración del concurso y, por tanto, no cabría la resolución de conformidad con lo prevenido en el artículo 62 de la Ley Concursal. A efectos de resolver tal cuestión cabe traer a colación lasentencia de la AP de Alicante de fecha 9 de julio de 2010 en la que, con referencia dicha cuestión, se indica: "En segundo lugar, hemos de considerar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso.
En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo.
No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones:
1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC.
2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras.
3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual". Por tanto, igual suerte desestimatoria ha de correr este motivo del recurso de apelación.": SAP Valencia (Sección 9) 29.11.2010 (JUR 2011/108388; Sentencia 360/2010; Rollo 394/2010)

"CUARTO Alega la parte apelante que el incumplimiento contractual fue anterior a la declaración del concurso y, por ende, no cabe la resolución conforme a lo prevenido en elartículo 62 de la Ley Concursal. A efectos de resolver tal cuestión cabe traer a colación lasentencia de la AP de Alicante de fecha 9 de julio de 2010 en la que, con referencia dicha cuestión, se indica: "En segundo lugar, hemos de considerar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso.
En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo.
No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones:
1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC.
2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras.
3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual". Por tanto, igual suerte desestimatoria ha de correr este motivo del recurso de apelación. ": SAP Valencia (Sección 9) 21.02.2011 (JUR 2011/170409; Sentencia 76/2011; Rollo 50/2011)

"Ciertamente, como indica la parte apelante, el contrato de compraventa de vivienda objeto de autos es un contrato de tracto único, y no sucesivo por más que se hubiere podido convenir el pago aplazado del precio convenido, no concurriendo obstáculo para proceder a su resolución por incumplimiento contractual pues, como ya ha dicho esta misma Sala en resoluciones anteriores, la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración

terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC;": SAP Valencia (Sección 9) 16.05.2011 (Sentencia 194/2011; Rollo 230/2011)

"Con carácter subsidiario alegaba la entidad demandada vendedora, ahora apelante, no ser posible la resolución contractual por incumplimiento anterior al Auto de declaración del concurso (PNT fue declarada en concurso si bien por Sentencia de fecha 21/05/10 se aprobó su Convenio regulador, f. 74), alegando al efecto los artículos 61 y 62 LC, cuestión ésta sobre la que también ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal. Así, decíamos en la citada sentencia de 29 de noviembre de 2010 : "A efectos de resolver tal cuestión cabe traer a colación la sentencia de la AP de Alicante de fecha 9 de julio de 2010 en la que, con referencia dicha cuestión, se indica: " *En segundo lugar, hemos de considerar si los compradores pueden instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso.*
En principio, podría inferirse del inciso final del artículo 62.1 LC que no es posible instar la resolución del contrato cuando el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso y el contrato es de tracto único como es el caso del contrato de compraventa pues sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo.
No obstante, consideramos que no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, por las siguientes razones:
1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en elartículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC.
2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras.
3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual". Por tanto, también ha de ser desestimado tal motivo de oposición a la solicitud de resolución contractual respecto de la vivienda nº NUM000.": SAP Valencia (Sección 9) 16.01.2012 (Sentencia 8/2012; Rollo 772/2011)

JM-1 Alicante

"Segundo.- Objeto del litigio.- Se vuelve a plantear una vez más una de las controversias "estrellas" de los procesos concursales de promotoras en concurso y que no es otro que el de la resolución de la compraventa de vivienda sobre plano concertada antes del concurso por falta de cumplimiento de la promotora y las consecuencias que ello acarrea respecto de las sumas entregadas a cuenta por el comprador de la vivienda futura (…)
Tercero- El régimen jurídico aplicable
Conforme al art 62 LC "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.
2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal"
Resulta, pues, esencial la clasificación previa del tipo contractual, pues ello desencadena el régimen de la facultades resolutorias o la clasificación de créditos
El ámbito objetivo por remisión al art 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la parte in bonis.
La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso, como se desprende de la exégesis sistemática con el apartado primero del mismo precepto, dedicado a los contratos celebrados por el deudor que al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo. En ese caso la respuesta legal consiste en incluir el crédito o la deuda que corresponda al deudor, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso, sin posibilidad de instar resolución, no solo por interés del concurso sino tampoco por incumplimiento del concursado (Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 d Bilbao, de 1 de septiembre de 2005)
No existe un definición legal de obligaciones reciprocas, concepto empleado por el Código Civil en varias ocasiones (artículos 1.100, 1.200 y 1.124, entre otros). Se suele decir que son aquéllas que generan una relación jurídica en la que ambas partes son acreedor y deudor entre sí, siendo sus prestaciones contrapartida la una de la otra. Se distinguen, pues de las unilaterales, que generan obligaciones para una sola de las partes (vgra. préstamo). Pero no basta la sola presencia de obligaciones para ambas partes, ya que se remarca su carácter correlativo. Como dice Diez Picazo,

los deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrifico que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar; nexo que recibe el nombre de sinalagma, que actúa tanto en la génesis o causa como en el cumplimiento o función, de manera que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir al deudor su cumplimiento sin que, a su vez, él haya cumplido o, al menos, ofrecido cumplir. Por ello se les llama también sinalagmáticas

A este tipo contractual pertenece el contrato que nos ocupa ya que genera para el comprador el deber esencial de pagar y el derecho a recibir una vivienda en tanto que correlativamente surge el deber esencial del vendedor de realizar y entregar la vivienda y el derecho a cobrar el precio convenido

En términos generales se puede afirmar que en este tipo contractual existirá cumplimiento total por una de las partes cuando la parte haya ejecutado la prestación o prestaciones a las que se comprometió exactamente en los términos previstos en el contrato y el interés del acreedor haya quedado satisfecho, con independencia de que dicha ejecución o cumplimiento haya sido voluntario o forzoso. En todo caso ese cumplimiento ha de ser válido, eficazmente realizado, regular y exacto. Si así ocurre, entra en juego el artículo 61. 1. En otro caso nos encontraremos en el supuesto del artículo 61.2 pudiendo estar las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes bien porque ninguna de ellas haya cumplido todavía las que asumió al celebrar el contrato (por ejemplo, contrato de tracto único no ejecutado por ningún contratante) o bien porque se trata de contrato de tracto sucesivo o de duración, que ha sido cumplido por ambas partes antes de la declaración de concurso, pero que también está previsto su cumplimiento en el futuro.

El caso presente se encuadra en esta hipótesis, dado que ninguno de los intereses en juego de los contratantes ha sido satisfecho íntegramente: el comprador solo ha cumplido parcialmente la obligación de pago, al quedar pendiente de abono una parte sustancial, en tanto que la vendedora concursada no ha llevado las actuaciones necesarias para la obra y queda pendiente su realización total, entrega y escrituración (hecho no controvertido)

Cuarto- La procedencia de la resolución contractual

Afirmada la procedencia del cauce empleado, del cotejo de las alegaciones de las partes queda claro que no se cuestiona la procedencia de la resolución contractual, sin que haya litigio al respecto, lo cual justifica ya la estimación de la resolución del contrato de compraventa que liga a la concursada con la parte actora

Aunque se reconoce que la mayoría de la doctrina que comenta el art 62 LC afirma que los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de tracto único (como la compraventa) solo pueden resolverse por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso en tanto que los de tracto sucesivo tanto por incumplimiento anteriores como posteriores, considero que también en el primer caso – contratos de tracto único– cabe la resolución por incumplimiento anterior, por las siguientes razones:

i) el que el art 62.1 solo mencione la resolución por incumplimiento anterior en el caso de los contratos de tracto sucesivo no significa que la prohíba en los contratos de tracto único. Esta conclusión solo se obtiene por una exégesis a sensu contrario que debe ser siempre objeto de cautela

ii) la resolución es el medio de tutela legal para poner fin al ligamen contractual en caso de incumplimiento de la contraparte, pues lo contrario es tanto como sujetar de manera indefinida al contratante in bonis en una relación en la que no ve posibilidad alguna de ver satisfecho su interés

La exclusión la facultad resolutoria en unos contratos que siguen vigentes (art 61.2) precisa una declaración legal expresa en ese sentido, al afectar a la esencia del derecho contractual, como ocurre en sentido contrario con el cumplimiento forzoso por interés del concurso. Y esa exclusión expresa no aparece en la LC

iii) no se aprecia qué razones o intereses concursales justifican el rechazo de la facultad resolutoria en estos casos.

Si el contratante incumplidor después es declarado en concurso, durante éste no podrá exigir al contratante in bonis que cumpla sus obligaciones pendientes, ya que este último alegará la exceptio inadimpleti contractus y se negara justificadamente a cumplir si la contraparte (concursado) no cumple previamente con sus deberes. Es decir, permanecerá el contrato, pero sin aportar nada nuevo al concurso

Y si el incumplimiento anterior es del contratante no concursado, el interés del concurso justifica precisamente que se pueda instar esa resolución para liberarse de obligaciones futuras, lograr la restitución de las realizadas y daños y perjuicios, que de mantenerse la tesis anterior no cabe, pues solo es posible instar el cumplimiento, que puede no interesar al concurso

iv) en casos de contratos en los que el objeto son prestaciones no dinerarias (como el que no ocupa) la respuesta alternativa no es satisfactoria.

Si no se admite la resolución, lo único que prevé la LC es que “Los créditos que tuvieran por objeto prestaciones no dinerarias…se computarán por el valor de las prestaciones… en la fecha de la declaración del concurso“ (art 88) si bien “ A los solos efectos de la cuantificación del pasivo… sin que ello suponga su conversión ni modificación“, quedando convertidos en dinero con la apertura de la liquidación (art. 146)

Ahora bien, si nos quedamos aquí podría darse en caso de liquidación una situación injustificada: la parte in bonis (comprador en este caso) tendría derecho al equivalente total de su prestación (el precio de la vivienda) sin haber cumplido buena parte de su contraprestación (pago del resto de precio pendiente), inexigible por la promotora concursada si no lleva a buen término la construcción proyectada y comprometida.

Por ello entiendo que lo relevante si la prestación no se cumple in natura por una de las partes es que

la contraparte tenga derecho a la restitución de la suya, de manera que en el caso de contratos de venta de vivienda futura, si ésta no se entrega lo que tendrá derecho el comprador es a la devolución de las cantidades entregadas, con los daños y perjuicios derivados. Y esos efectos se instrumentalizan a través del instituto de la resolución contractual, entendido en nuestro sistema como una facultad atribuida a la parte perjudicada por el incumplimiento contractual, la cual tiene derecho a tenor del artículo 1124 CC a optar, entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que lo puede llevar a efecto, bien en vía judicial, o ya fuera de ella por declaración del acreedor, bien entendido que si ésta no es aceptada, por la otra parte, la resolución queda sometida al examen y aprobación por los Tribunales, que son a los que en definitiva les corresponde declarar si está bien hecha o por lo contrario no es ajustada a derecho (sentencias de 12 de marzo de 1990, 15 de febrero de 1993 y las que en ellas se citan). ": SJM-1 Alicante 19.10.2009 (Incidente Concursal 621/2009)

"Con arreglo alartículo 96 de la Ley Concursal cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores, y en este último caso, la impugnación podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o la clasificación de los reconocidos
La demanda plantea con carácter principal al amparo de la impugnación de la lista una pretensión distinta: la resolución contractual que predetermina la suerte del crédito reconocido en la lista
El ingente numero de incidentes planteados en este concurso exigen que se prescinda de formalismos y se de respuesta judicial sin más demora, que pasa por determinar la resolución contractual y la calificación del crédito de restitución, ya que ninguna indefensión se ha producido a las partes en sus facultades de alegación
Ello va a provocar que resulte necesario resolver la posición en la lista de acreedores del actor como compradores en un contrato de compraventa de vivienda futura sobre plano concertado en su día con la mercantil HERRADA DEL TOLLO SL, después declarada en concurso, habiendo verificado los primeros el pago parcial mediante cantidades a cuenta de una vivienda que no ha sido construida
Dado que esta cuestión viene a reiterar una de las controversias esenciales en la que se han visto implicados los afectados por este proceso concursal, hay que dar por reproducido lo ya dicho en otras ocasiones.
SEGUNDO El régimen jurídico aplicable
Conforme alart 62LC " La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.
2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal"
Resulta, pues, esencial la clasificación previa del tipo contractual, pues ello desencadena el régimen de la facultades resolutorias o la clasificación de créditos
El ámbito objetivo por remisión alart 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la parte in bonis.
La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso, como se desprende de la exégesis sistemática con el apartado primero del mismo precepto, dedicado a los contratos celebrados por el deudor que al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo. En ese caso la respuesta legal consiste en incluir el crédito o la deuda que corresponda al deudor, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso, sin posibilidad de instar resolución, no solo por interés del concurso sino tampoco por incumplimiento del concursado (Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 d Bilbao, de 1 de septiembre de 2005)
No existe un definición legal de obligaciones reciprocas, concepto empleado por elCódigo Civil en varias ocasiones (artículos 1.100, 1.200 y 1.124, entre otros). Se suele decir que son aquéllas que generan una relación jurídica en la que ambas partes son acreedor y deudor entre sí, siendo sus prestaciones contrapartida la una de la otra. Se distinguen, pues de las unilaterales, que generan obligaciones para una sola de las partes (vgra. préstamo). Pero no basta la sola presencia de obligaciones para ambas partes, ya que se remarca su carácter correlativo. Como diceNarciso, los deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrifico que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar; nexo que recibe el nombre de sinalagma, que actúa tanto en la génesis o causa como en el cumplimiento o función, de manera que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir al deudor su cumplimiento sin que, a su vez, él haya cumplido o, al menos, ofrecido cumplir. Por ello se les llama también sinalagmáticas
A este tipo contractual pertenece el contrato que nos ocupa ya que genera para el comprador el deber esencial de pagar y el derecho a recibir una vivienda en tanto que correlativamente surge el deber esencial del vendedor de realizar y entregar la vivienda y el derecho a cobrar el precio convenido
En términos generales se puede afirmar que en este tipo contractual existirá cumplimiento total por una de las partes cuando la parte haya ejecutado la prestación o prestaciones a las que se comprometió exactamente en los términos previstos en el contrato y el interés del acreedor haya quedado satisfecho, con independencia de que dicha ejecución o cumplimiento haya sido voluntario o forzoso. En todo caso ese cumplimiento ha de ser válido, eficazmente realizado, regular y exacto. Si así ocurre, entra en juego elartículo 61. 1. En otro caso nos encontraremos en el supuesto delartículo

61.2 pudiendo estar las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes bien porque ninguna de ellas haya cumplido todavía las que asumió al celebrar el contrato (por ejemplo, contrato de tracto único no ejecutado por ningún contratante) o bien porque se trata de contrato de tracto sucesivo o de duración, que ha sido cumplido por ambas partes antes de la declaración de concurso, pero que también está previsto su cumplimiento en el futuro.
El caso presente se encuadra en esta hipótesis, dado ninguno de los intereses en juego de los contratantes ha sido satisfecho íntegramente: el comprador solo ha cumplido parcialmente la obligación de pago, al quedar pendiente de abono una parte sustancial en tanto que la vendedora concursada ha iniciado las actuaciones para la obra (administrativas y de movimientos de tierra) y queda pendiente su realización total, entrega y escrituración
TERCERO La procedencia de la resolución contractual
Una vez solventado lo anterior, y afirmada la procedencia del cauce empleado, del cotejo de las alegaciones de las partes queda claro que no se cuestiona la procedencia de la resolución contractual, sin que haya litigio al respecto lo cual justifica ya la estimación de la resolución del contrato de compraventa que liga a la concursada con la parte actora, que en todo caso es evidente cuando no se discute que no se han iniciado las actividades de construcción de la vivienda, obtención de licencias administrativas precisas para su ocupación, entrega y titulación pública a favor de/los comprador/es y aparecer como cauce imprescindible para poner fin al ligamen contractual que no puede impedir su ejercicio al contratante in bonis cumplidor, pues lo contrario sería tanto como sujetarle de manera indefinida en una relación en la que no ve posibilidad alguna de ver satisfecho su interés en la forma convenida "::SJM-1 Alicante 15.06.2009 (AC 2009/1647; Sentencia 125/2009; Incidente Concursal 17/2009)

1.1.1.2.1 Resolución por incumplimiento del comprador

AP Valencia

"SEGUNDO.-Pese a lo indicado en la sentencia de la instancia es preciso señalar que la demanda inicial de las actuaciones fue interpuesta por la procuradora Sra. Crespo en nombre y representación tanto de la entidad PLAÇA NOVA SL EN LIQUIDACIÓN como de los Administradores concursales de dicha entidad, Marcos, Victoriano y Alexander, ejercitando al efecto la acción de resolución contractual por incumplimiento de la compradora contra Aida, quien no ha comparecido en los autos siendo declarada en rebeldía, por lo que las afirmaciones contenidas en la demanda no han sido objeto de oposición alguna.
Así las cosas, el primer dato a tener en cuenta es que la propuesta de calificación del crédito resultante de la resolución contractual se realiza en la demanda por la Administración Concursal, solicitando se declarase crédito concursal y ordinario, siendo que al caso el Juzgador a quo lo ha calificado como crédito contra la masa sin que conste en la sentencia el razonamiento o motivación de la que derive dicha diferente calificación.
Ciertamente, como indica la parte apelante, el contrato de compraventa de vivienda objeto de autos es un contrato de tracto único, y no sucesivo por más que se hubiere podido convenir el pago aplazado del precio convenido, no concurriendo obstáculo para proceder a su resolución por incumplimiento contractual pues, como ya ha dicho esta misma Sala en resoluciones anteriores, la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC; pues bien, con arreglo a tales consideraciones jurídicas ha de estimarse la demanda inicial de las actuaciones en los concretos términos del suplico de la misma al haber quedado acreditado el incumplimiento contractual de la compradora, Sra. Aida, conforme a lo previsto en la cláusula octava del contrato de compraventa de la vivienda suscrito con la entidad hoy recurrente en fecha 5 de julio de 2007, al no haber comparecido al otorgamiento de la escritura pública cuando fue requerida para ello por el vendedor, circunstancia ésta que, a su vez, y por expreso convenio de las partes, supone la aplicación de la penalización prevista en la cláusula tercera del contrato que determinaba, para la resolución del contrato por incumplimiento por el comprador, la pérdida por éste del 50% de la totalidad de las cantidades hasta ese momento abonadas a cuenta del precio, reteniendo el vendedor, por tanto, el 50% de dichas cantidades entregadas a cuenta en concepto de penalidad por el incumplimiento y de indemnización por los daños y perjuicios causados.
Igualmente, resulta del contenido de los autos que el incumplimiento contractual de la compradora en los términos que han quedado expuestos se produjo con anterioridad a la declaración del concurso de la entidad apelante (Auto de 9 de marzo de 2009), al haberse acreditado por la documental aportada que dicha mercantil obtuvo la Licencia de primera ocupación por resolución del Ayuntamiento de Sagunto de fecha 21 de octubre de 2008, siendo que cuando se le remite la carta a la compradora para el otorgamiento de la escritura pública en fecha 30 de abril de 2009 (f. 32 y ss.), ya le habían precedido requerimientos previos para cumplimentar tal formalidad legal, por lo que, dadas la fechas indicadas, cabe tener por acreditado el incumplimiento contractual con anterioridad a la declaración del concurso lo que supone, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 84 en relación con el artículo 89 de la Ley Concursal, la calificación de crédito concursal ordinario respecto de la cantidad a cuya devolución a la compradora viene obligada la concursada y que se corresponde con el 50% de las cantidades entregadas a cuenta por la Sra. Aida.": SAP Valencia (Sección 9) 16.05.2011 (Sentencia

194/2011; Rollo 230/2011)

1.1.2.2 Caso en que el concursado es comprador

JM-1 Sevilla

"TERCERO.- Los anteriores preceptos han de ser completados con lo dispuesto en la Ley Concursal en materia de contratos con obligaciones recíprocas, y más concretamente con los arts. 61 y 62 LC. El art. 61 se refiere a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes a de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. El art. 62 regula específicamente la resolución por incumplimiento, estableciendo su apartado 1º: "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tractos sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. Ahora bien, ello no es óbice para que resulte admisible la posibilidad de resolver los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en el caso de incumplimiento anterior del concursado, cuando la otra parte está dispuesta a cumplir. Otra interpretación dejaría indefensa a la parte que estuvo dispuesta a cumplir, y con el pago de una señal mínima podría integrase en el concurso el bien adquirido mediante compraventa no obstante la falta de pago del resto del precio, dándose el supuesto de que en caso de insuficiencia de bienes, la parte vendedora perdiera no sólo el bien, sino que además no pudiera cobrar su crédito, ya que el precio de venta del bien pudiera ser destinado al pago de acreedores con un crédito preferente.
CUARTO.- La parte demandada alega en primer lugar, la falta de un requisito de procedibilidad por no haberse practicado el requerimiento judicial o notarial al que se refiere el artículo 1504 CC.
Señala la STS 5 diciembre 2003: "El artículo 1504 del Código civil exige el requerimiento previo, para dar lugar a la resolución del contrato de compraventa de bien inmueble por falta de pago del precio, aunque medie, como en el presente caso, el pacto expreso de lex commissoria; cuyo requerimiento implica una intimación a que el comprador se avenga a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla (como dicen las sentencias de 28 de enero de 1999 y 24 de julio de 1999), declaración unilateral de voluntad a la que la ley anuda un efecto resolutorio (sentencias de 30 de diciembre de 1997 y 27 de febrero de 1999)". Y las STS 3 mayo 1994 y 2 febrero 2005, consideran que el incumplimiento que puede dar lugar a la resolución debe ser "grave, sustancial y esencial". Según esta última sentencia: "La facultad resolutoria que otorga al vendedor el artículo 1504 del Código Civil requiere la existencia de un incumplimiento de la principal obligación que para el comprador surge del contrato de compraventa, requisito que ha sido matizado por la más moderna doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere una actitud dolosa del incumplidor que es a lo que apunta la frase "actitud deliberadamente rebelde" al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte siempre que tal conducta del incumplidor no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias (Sentencia de 5 de noviembre de 1989), invocada en Sentencia de 6 de noviembre de 1991. En el mismo sentido las Sentencias de 3 y 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero, 4 de marzo, 31 de marzo, 23 de abril, 8 de mayo, 14 de mayo, 21 de mayo, 1 de junio y 2 de junio de 1992".
Dicho precepto ha de ser interpretado en el seno del procedimiento concursal. Teniendo en cuenta la finalidad del precepto, y la insolvencia declarada del concursado, sometido a las normas de la LC, debe subrayarse que no resulta necesario dicho requerimiento por cuanto aun cuando se hubiera practicado el requerimiento, el pago no puede ser efectuado ya que prevalece el principio de "par condictio creditorum" debiendo observarse las normas de la LC sobre reconocimiento, clasificación y pago de los créditos. Es por ello, que la finalidad perseguida por el art. 1504 y reseñada en la jurisprudencia expuesta no puede ser conseguida una vez declarado el concurso. Pero además a mayor abundamiento, resulta aplicable el art. 1124 en caso de que se declare probado el incumplimiento del demandado, pues así resulta de lo dispuesto en la STS citada de 26 de septiembre de 2000, que tras exponer la jurisprudencia aplicable que ha sido transcrita en precedente fundamentación jurídica, señala: "teniendo en cuenta que la "ratio decidendi" en armonía con la "ratio petendi" se basa en el incumplimiento acreditado de falta de pago por parte de los demandados, es claro, que aunque no proceda la específica norma de resolución de las compraventas de bienes inmuebles del art. 1504 CC, no obsta para que se pueda, perfectamente, acudir a la sanción del art. 1124 CC, que tal y como se ha expuesto, permite sólo la posibilidad de que, tras el incumplimiento pueda en todo caso el comprador efectuar el cumplimiento o pago, lo que, como se ha hecho constar, no ha sido realizado por los compradores". En dicha sentencia, tras declararse en ambas instancias que el requerimiento no fue resolutorio sino de pago, y por tanto no se trató del requerimiento al que alude el art. 1504 CC, el Tribunal Supremo desestima el recurso, y estima aplicable el art. 1124, ya que los compradores tuvieron posibilidad de pagar, lo que no constaba que hubieran efectuado.
En el presente caso, no se ha practicado el requerimiento de resolución a que se refiere el art. 1504 Código Civil (no consta en las actas notariales aportadas como doc. 2 y 5), pero ello no debe llevar a

la desestimación de la demanda como pretende el demandado, por los argumentos anteriormente expuestos, no resultando controvertido que el pago del resto del precio no se ha efectuado (sólo se ha pagado la señal), y que dado que el concursado se encuentra sometido al procedimiento concursal, el mismo sólo podrá efectuarse de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Concursal.
QUINTO.- Sentado lo anterior se trata de determinar si ha habido un incumplimiento del demandado que justifique la resolución del contrato. La jurisprudencia, en aplicación del art. 1504 CC, señala en la STS de 4 de julio de 1997, que "no se precisa que la voluntad obstativa al cumplimiento sea indicativa de una contumacia y rebeldía por parte del comprador en torno al cumplimiento, sino que es suficiente que se produzca ese incumplimiento si con ello se frustra el fin normal de dicho contrato, como es, por parte del vendedor percibir íntegramente el precio de la compraventa". En esta sentencia califica de inoperantes las circunstancias esgrimidas en el motivo que tratan de justificar el impago del demandante, fundamentalmente cuando de manera definitiva, se hace constar que todo ello es debido "a la crisis económica general y que fue presa de mala fortuna y no pudo afrontar los pagos de la manera comprometida".
Y la STS 5 diciembre 2002, señala: "Tanto para los supuestos del ejercicio de la acción resolutoria de la compraventa contemplada en el artículo 1504 del Código Civil, en el supuesto de venta de bienes inmuebles, como el con carácter genérico otorga el artículo 1124 del Código Civil, en el caso de obligaciones recíprocas, para que la resolución pueda ser acogida no es bastante un simple retraso en el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sino que ha de patentizarse la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendental importancia pueda justificar su resolución (Sentencia de 20 de noviembre de 1984)".
El demandado aduce que el incumplimiento resulta imputable a la otra parte, si bien dicho oposición no puede prosperar. Pues así se colige de la documental aportada, consistente en diversas actas notariales que reflejan la incomparecencia del demandado al acto de otorgamiento de escritura, y en concreto de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de septiembre de 2000, que declara injustificada la incomparecencia del demandado para el otorgamiento de la escritura, y que la parte vendedora estuvo dispuesta a cumplir con el requisito de otorgar escritura pública. A pesar de que en dicha sentencia se dice que carecen de justificación los argumentos del demandado para negarse a otorgar escritura pública, dicha parte insiste en la misma argumentación para continuar justificando su conducta de no comparecer a los requerimientos efectuados por el Juzgado, en el procedimiento de ejecución instado por dicha parte, o de comparecer pero negarse a otorgar escritura pública.
Resulta patente la voluntad obstativa del demandado al cumplimiento de lo convenido, ya que han transcurrido más de siete años desde la celebración del contrato de compraventa, habiendo abonado tan sólo una parte insignificante del precio, la entregada en concepto de señal. La STS 5 de diciembre de 2002, considera que el retraso por más del doble del tiempo pactado (en dicho caso para la entrega de la vivienda) justifica la resolución. Y la STS de 15 de julio de 2003, consideró procedente la resolución, pues existió por el demandado una pasividad en el pago del precio aplazado durante varios años y por un importe elevado, lo que considera que constituye un incumplimiento inequívoco.
Abundando en todo lo anterior, debe tenerse en cuenta que no obstante oponerse el demandado a la resolución, arguye que la actora carece de legitimación para transmitir la propiedad del 65% del inmueble, ya que según la demnadada no es propietaria de la finca, lo que da a entender que según dicha parte el contrato suscrito está viciado ya que no se puede transmitir lo que no se tiene. No obstante, como se ha expuesto, no se acogen los argumentos en los que la demandada funda su oposición.
Por todo lo expuesto, procede estimar la demanda y declarar resuelto el contrato de compraventa suscrito entre las partes, con pérdida de a cantidad entregada en concepto de señal en aplicación de la estipulación cuarta párrafo 2º del contrato, que establece: "Si el otorgamiento de la escritura pública no se pudiera llevar a efecto por razones imputables a la parte compradora ésta perderá las cantidades que hasta esa fecha haya entregado a la vendedora en concepto de precio".": Sentencia JM-1 Sevilla 30.12.2005 (JUR 2006/150413)

1.1.3 Incumplimiento del concursado posterior a la declaraciòn de concurso

AP Pontevedra

"SEGUNDO.-Efectos del concurso sobre los contratos, en particular, sobre los contratos de tracto único (compraventa de viviendas). La resolución del contrato producida una vez declarado el concurso.
El art. 61 de la Ley Concursal dispone en relación con los contratos celebrados por el concursado:
"1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total
o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.
2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran

conveniente al interés del concurso..."
Por lo que se refiere a la resolución de los contratos celebrados por el concursado, el art. 62 de la Ley Concursal establece:
"1. La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.
2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.
3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
4. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda."

Para la correcta y sistemática interpretación de ambos preceptos es preciso traer a colación la doctrina sentada en las SSTS de 12 y 19 de febrero, 27 de junio y 5 de septiembre de 2013 y de 11 de febrero de 2014, respecto de los contratos de tracto sucesivo (contrato de leasing) y de 24 y 25 de julio de 2013 respecto de los contratos de tracto único (compraventa).
El supuesto de hecho analizado en las SSTS de 24 y 25 de julio de 2013 es muy similar: la promotora, luego concursada, vendió en el año 2005 varios inmuebles de una urbanización, pactando que la entrega se hiciera, aproximadamente, en noviembre de 2007; nueve meses después de que se cumpliera el plazo de la entrega de la vivienda sin que ésta estuviera terminada, la promotora vendedora fue declarada en concurso (24 de julio de 2008); al tiempo de la declaración de concurso, los contratos de compraventa estaban pendientes de cumplimiento por ambas partes: la vendedora debía acabar de construir y entregar la vivienda y la compradora tenía que pagar el precio convenido; en estas circunstancias, los compradores instan la resolución.
Al ser el contrato de compraventa un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas partes que, al tiempo de la declaración de concurso de la vendedora, todavía estaban pendientes de cumplimiento, la prestación a la que estaba obligada la promotora en concurso, conforme al art. 61.2 LC, debía realizarse con cargo a la masa. El problema se plantea a la hora de decidir si el comprador de buena fe puede instar la resolución del contrato de compraventa después del concurso de la vendedora, lo que exige interpretar el art. 62.1 LC.
Las SSTS de 24 y 25 de julio proclaman en relación con esta última cuestión:
"5. El art. 62.1 LC, para aquellos casos en que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, regula los efectos de la declaración de concurso sobre la facultad de resolución del contrato. Para ello distingue según el contrato sea de tracto único o sucesivo.
Al margen del acierto o desacierto que pueda haber supuesto la opción legislativa por esta terminología, hemos de dotar de contenido a estas categorías para contribuir a una adecuada interpretación del precepto. La distinción determinará, en función de cuando se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, en relación con la declaración de concurso, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución una vez declarado el concurso.
En las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, con ocasión de una controversia sobre la resolución de sendos contratos de suministro de energía eléctrica (...) partimos de una caracterización doctrinal de los contratos se tracto sucesivo, como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada
o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".
De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato.
Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento.
En nuestro caso, no existe duda de que el contrato de compraventa concertado entre las partes, al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a

una y otra parte, es de tracto único.
6. Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, "la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único."
Partiendo de esta doctrina, ambas sentencias consideran que, como quiera que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la promotora vendedora (habían transcurrido ocho meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda), nos encontramos con un incumplimiento claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara más allá, por lo que, al no constar que el comprador hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no puede hacerlo después.
Por su parte, la STS de 5 de septiembre de 2013, al analizar la resolución de un contrato de leasing en interés del concurso, añade un nuevo elemento a tener en cuenta:
"En nuestro caso, concurre una circunstancia muy relevante para decidir sobre la anterior cuestión: que a instancia de la concursada se acordó la resolución del contrato en interés del concurso, al amparo del párrafo segundo del art. 61.2 LC, lo que presupone, por su ubicación sistemática, que el contrato, al tiempo de declararse el concurso, contenía prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes.
El párrafo segundo del art. 61.2 LC constituye una excepción a la regla general contenida en el párrafo primero. Con carácter general, la mera declaración de concurso no permite, por sí sola, resolver los contratos "con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte". En estos casos, como ya hemos expuesto en el fundamento anterior, las prestaciones a que estuviera obligado el concursado serían con cargo a la masa. Excepcionalmente, el párrafo segundo permite que a instancia del concursado o de la administración concursal, según se haya acordado la intervención o la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor concursado, el juez pueda acordar la resolución del contrato al que se refiere el párrafo anterior ("con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte "). Al optar la concursada por la resolución, en interés del concurso, del contrato de leasing que tenía concertado con Caja Laboral, entiende que este concreto contrato, al tiempo de declararse el concurso, contenía obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes."
La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto litigioso lleva a discrepar en parte de la decisión del Juzgador "a quo".
En efecto, ninguna duda cabe acerca de que nos hallamos ante un contrato de tracto único, con obligaciones recíprocas para ambas partes que, en la fecha en que se declaró el concurso, todavía se hallaban total (en el caso de la vendedora) o parcialmente (en el caso del comprador) pendientes de cumplimiento.
La sentencia recurrida entiende que, aun cuando la vendedora incumplió sus obligaciones con anterioridad a ser declarada en situación de concurso, lo que en principio y de acuerdo con la jurisprudencia apuntada, determinaría la improcedencia de la resolución contractual, sin embargo procede resolver el negocio jurídico de acuerdo con los razonamientos de la anterior sentencia de esta Sala y para evitar un nuevo procedimiento, aplicando el art. 61.1 LC a los efectos que derivan de la resolución del contrato de compraventa.
La Sala discrepa de este razonamiento por tres motivos. En primer lugar, cabe señalar que, aun admitiendo a título de hipótesis que el incumplimiento de la vendedora fuera anterior al concurso, y que, en consecuencia, conforme a la jurisprudencia citada, el comprador no podía en abstracto instar la resolución después del concurso, lo cierto es que en el caso de autos, primero, la sentencia de esta Sala de 13 de julio de 2013, dictada con anterioridad a conocer aquella doctrina, dejó la puerta abierta a la resolución, y, segundo, la propia sentencia de primera instancia, hoy objeto de recurso, declara la resolución del contrato de compraventa, por lo que habrá de estar a los efectos propios de dicha declaración, que son los previstos en el art. 62.4 LC, que distingue en función del momento en que tuviera lugar el incumplimiento.
En segundo lugar, porque la propia sociedad concursada, en la persona de su liquidador, resolvió dos contratos de compraventa correspondientes a otras tantas viviendas en fechas 23 y 26 de marzo de 2012, lógicamente, por estimarlo procedente en interés del concurso (obsérvese que, aunque en las escrituras se alude a la "rescisión" o "desistimiento del comprador", en realidad la lectura de los contratos privados de compraventa pone de manifiesto que no estamos ante arras penitenciales que faculten al comprador para desistir del contrato, sino ante arras confirmatorias).
Y, en tercer lugar, porque, para que el incumplimiento opere como presupuesto justificante de la resolución, es preciso que se trate de una obligación esencial y que el incumplimiento revista cierta gravedad, lo que aquí no consta que suceda porque, aun admitiendo que el retraso en la entrega puede ser motivo suficiente para resolver la compraventa, es preciso que así se haya querido expresamente por las partes o que las circunstancias concurrentes evidencien que la demora frustra o impide alcanzar el fin contractualmente buscado.
La jurisprudencia más reciente viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (art. 1.124 CC) en el sentido de entender que el incumplimiento que constituye su presupuesto debe *"ser grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los*

Principios de Unidroit (art. 7.3.1 (2.b)), cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso, al comprador, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», encontrándose sin duda, entre las lógicas expectativas del comprador el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, en el estado que se hallaba al estipularse el contrato (artículo 1468 CC) y en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (artículo 1461 CC, en relación con el artículo 1445 CC)" (SSTS 10 de septiembre de 2012 y 20 de marzo de 2013).
Y con relación al plazo de entrega, recuerda la STS de 10 de septiembre de 2012 que *"constituye igualmente jurisprudencia de esta Sala que el mero retraso (en el pago o en la entrega de la cosa) no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Para que el retraso del comprador o del vendedor en el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones pueda considerarse como supuesto de incumplimiento resolutorio se requiere que sea de tal entidad, grave y esencial, como para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, capaz de producir insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo (SSTS de 25 de junio de 2009, RC n.º 2694/2004 y de 12 de abril de 2011, RC n.º 2100/2007), lo que hace necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato (STS de 17 de diciembre de 2008, RC n.º 2241/2003)."*
En el caso que nos ocupa existen elementos suficientes para afirmar que la vendedora incumplió su obligación de entrega, ya que todo apunta a que se había pactado un plazo en torno al tercer trimestre de 2008 y que, en última instancia, el resto de viviendas se escrituraron en el verano de 2010. Ahora bien, la primera comunicación que el actor dirigió a la concursada aparece fechada en abril de 2012 y tiene por objeto requerir al liquidador de la sociedad para que entregue las viviendas, es decir, hasta dos meses antes de la declaración de concurso, y aún después a través de la anterior demanda y de la que dio origen a las presentes actuaciones, el actor interesó el cumplimiento del contrato, lo que evidencia que el retraso o demora en la entrega no era en este caso tan sustancial como para justificar la resolución del contrato, que devino no como imposibilidad física sino como imposibilidad jurídica de cumplimiento (véase sobre este particular la sentencia de esta Sala en el procedimiento anterior).
A mayor abundamiento, cabe citar el art. 1.504 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, en el sentido de considerar que, no obstante el hipotético incumplimiento del vendedor, el contrato no había sido resuelto al declararse el concurso y, al menos en abstracto, podían ambas partes haber cumplido las prestaciones a las que se habían obligado, por lo que la relación contractual desplegaba todos sus efectos hasta la resolución sobrevenida.
Consecuentemente, producido el incumplimiento de la vendedora a raíz de la declaración de concurso, el art. 62.1 LC facultaba al comprador para instar la resolución y, constatado que el incumplimiento fue posterior la declaración del concurso, las entregas a cuenta del precio total han de calificarse como créditos contra la masa en virtud del art. 62.4 LC.": SAP Pontevedra (Sección 1) 24.07.2014 (Sentencia 287/2014; Rollo 303/2014)

AP Valencia (Sección 9)

"PRIMERO.-Por la representación de Don Jose Francisco y de don Anton se formaliza recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de Valencia por la que se desestima la demanda formulada por los anteriormente expresados contra la concursada OBRAS Y CONTRATAS BENAVENT SL y contra la Administración concursal (D. Eladio).
Se alza en apelación la indicada representación (folio 77 y siguientes) para reproducir, en lo esencial, los argumentos expresados en la demanda incidental en torno a la calificación que pretende de los créditos ostentados por los demandantes y no como créditos ordinarios, dado que la fecha prevista para la entrega de las viviendas adquiridas y respecto de las cuales procedieron a efectuar el pago de cantidades a cuenta del total - objeto del procedimiento - estaba prevista para finales de 2011 y el concurso fue declarado en fecha 22 de noviembre de tal año. Indican los recurrentes que el contrato está en vigor porque no se ha resuelto y en realidad carecen de crédito (por lo que no se puede calificar como ordinario) ya que a lo que tienen derecho es a la resolución del contrato y como consecuencia de la misma a la calificación del crédito como crédito contra la masa.
Se opone la administración concursal por las razones que constan al folio 95 y los siguientes de las actuaciones, indicando que el incumplimiento de la promotora fue anterior a la declaración del concurso, no se ha cuestionado la valoración de la prueba practicada y el crédito que ostentan los demandantes ha sido correctamente calificado, por lo que solicita la desestimación del recurso y la imposición a los recurrentes de las costas procesales causadas.
SEGUNDO.-Este Tribunal, en uso de la función revisora que nos atribuye el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha procedido al examen de las alegaciones oportunamente realizadas por las partes en relación con la documentación aportada al proceso y ha llegado a la conclusión de que procede la revocación de la sentencia apelada por las razones que seguidamente pasamos a relacionar:
1) No se discute en el proceso el importe de las cantidades respectivamente entregadas a cuenta por los demandantes con ocasión de las compraventas de inmuebles que se documentan a los folios 15 y siguientes del proceso, sino únicamente la calificación a que a tales importes ha atribuido el administrador concursal.
2) Según resulta de los indicados documentos privados, los contratos se suscribieron en abril de 2008 y el plazo para la entrega de las viviendas se situó inicialmente - conforme a la estipulación quinta - en

los dos años a contar del mes de mayo de 2008, por tanto, en mayo de 2010. La obra quedó paralizada y se procedió a su reanudación a principios de agosto de 2010 fijando como fecha prevista para la terminación de la vivienda y plaza de garaje "para finales de 2011" sin más precisión, tal y como se desprende de los documentos unidos a los folios 22, 32 y 43, suscritos todos ellos el día 7 de octubre de 2010. En tales documentos se expresa el interés de los demandantes en la adquisición de la vivienda pese a la demora de las obras, se especifican las cantidades entregadas a cuenta hasta el momento y se pacta el pago de la cantidad pendiente a la formalización de la escritura y entrega de llaves, aceptando ambas partes contratantes "el contenido modificativo de la forma de pago" y el mantenimiento de la vigencia del contrato.
Teniendo presente lo anteriormente expuesto, lo cierto es que no se ha acreditado en el proceso que el incumplimiento de la concursada con respecto a los demandantes fuera anterior a la declaración del concurso, ni consta resolución contractual anterior o posterior a tal declaración, por lo que debe acogerse la tesis expuesta por los apelantes en orden a la inexistencia de crédito concursal como tal a consecuencia de la vigencia de los contratos, que de ser resueltos tras la declaración del concurso debieran dar lugar a la calificación de los créditos resultantes de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta como créditos contra la masa.”: SAP Valencia (Sección 9) 09.05.2013 (Sentencia 148/2013; Rollo 63/2013)

AP Zaragoza

“SEGUNDO.- Acción resolutoria
Cuestiona la resolución recurrida que pueda ejercitarse una acción resolutoria y, de prosperar, alterarse la lista de acreedores.
La LC establece el status vigente tras la declaración de concurso de las relaciones jurídicas preconstituidas por el deudor con anterioridad al mismo, estos son los efectos de la declaración de concurso regulados en el Título III de la LC. Entre estos regula en su Capítulo III los efectos sobre los contratos. Los celebrados previamente al concurso y al referirse a las modificaciones o alteraciones que la declaración de concurso puede ocasionar en su artículo 61.2 establece específicamente que "la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa" y, tocante a la resolución, establece el art 62 " Resolución por incumplimiento":
"1 La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.
2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.
3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones.
4. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda".
Un examen de dichos preceptos determina que en un contrato de compraventa de cosa futura, como es el caso, una vivienda en construcción, es posible ejercitar la resolución contractual vigente el contrato en cuanto se trata de un contrato con obligaciones recíprocas. Dado el incumplimiento denunciado, falta de conclusión de la vivienda en plazo o con posterioridad al plazo pactado, la indicada infracción es posterior a la declaración de concurso y por ello ha de ser ejercitada ante el juez del concurso (art. 8) y por el trámite del incidente concursal (art. 192 de la LC).
La consecuencia de la estimación de la acción será que las prestaciones se satisfarán a cargo de la masa activa.
Por tanto, la acción resolutoria puede ser ejercitada en el seno del concurso por incumplimientos del contrato realizados con posterioridad a la declaración del mismo y, por tanto, la sentencia que la estime o rechace produce los efectos de la cosa juzgada material y formal y, ha de concluirse razonablemente, que las consecuencias del incumplimiento, la devolución de las prestaciones, habrán de tener su reflejo, en su caso en la lista de acreedores, por ministerio de la resolución recaída, que implícita o explícitamente contiene un mandato a la Administración Concursal para la alteración de la misma.
Por tanto, la alegación ha de ser estimada en este extremo.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 18.07.2014 (Sentencia 263/2014; Rollo 163/2014)

2. Resolución por incumplimiento. Aplicación de los principios generales.

Nota:
No tratándose de una cuestión específicamente concursal, véase la abundante jurisprudencia general sobre el art. 1124 CC.

2.1 Requiere frustración del fin contractual.

AP La Coruña

“PRIMERO La parte demandante recurre en esta apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña que desestimó sin costas su demanda incidental planteada en el proceso concursal de Martinsa Fadesa pretendiendo la resolución del contrato de compraventa de la vivienda unifamiliar nº 3 de la parcela V-16 de la urbanización del municipio de Miño de fecha 29/9/2004, instada antes de la declaración del concurso, más la condena solidaria de la vendedora y aseguradora demandadas a devolver el importe pagado por adelantado con sus intereses, todo ello con base en el incumplimiento de la vendedora por falta de entrega de la vivienda en el plazo pactado. La sentencia, tras considerar la normativa y jurisprudencia sobre la materia, así como el hecho indiscutido de la falta de entrega, no imputable al comprador, entendió sin embargo que se trataría solo de un retraso de unos cuatro meses y medio equivalente a un 15% sobre el inicialmente previsto, estando la vivienda construida en un 96% y aparentemente conclusa, e incluso el demandante habría alegado obras de mejora en la cocina, por lo que la construcción estaría muy avanzada, aparte de otras posibles intenciones para desvincularse de una compra en época de precios altos, juzgándose que no se trataría de un verdadero y propio incumplimiento que frustrase definitivamente la finalidad económica del contrato, sino de un retraso cuya consecuencia no sería la resolución contractual, sin perjuicio en su caso de poder dar lugar a indemnización. No se impusieron las costas por las circunstancias y serias dudas.
SEGUNDO Se alega especialmente en el recurso otra sentencia de contraste del mismo Juzgado de lo Mercantil y promoción inmobiliaria sobre un retraso equivalente, obras sin terminar al juicio y vivienda sin entregar, en que se aceptó la resolución contractual por frustración del fin del contrato, cuando la vendedora tampoco habría realmente aceptado la resolución, siendo por ello contrario al principio de igualdad en la aplicación de la ley un pronunciamiento distinto para casos iguales. Se alega también acerca de la responsabilidad solidaria de la aseguradora. La administración concursal y las demás demandadas alegaron en contra del recurso y en apoyo de la sentencia.
TERCERO Abundando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo reseñada en la sentencia apelada sobre la resolución contractual en relación a la entidad del incumplimiento y al retraso, merece destacar ahora los siguientes aspectos:
En cuanto a los requisitos generales (STS de 13/5/2004): "1º- La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la concertaron (Sentencias de 10 de diciembre de 1947 y9 de diciembre de 1948). 2º- La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo (Sentencias de 28 de septiembre de 1965 y30 de marzo de 1976) así como su exigibilidad (Sentencias de 6 de julio de 1952 y1 de febrero de 1966). 3º- Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían (Sentencias de 9 de diciembre de 1960 y18 de noviembre de 1970), estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia (Sentencias de 17 de diciembre de 1976 y17 de febrero de 1977). 4º- Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste que, de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine, actuación que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante (Sentencia de 5 de mayo de 1970). 5º- Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían (Sentencias de 6 de julio y29 de marzo de 1977); salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro pues la conducta de éste, es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso (Sentencias de 10 de febrero y11 de abril de 1925 y24 de octubre de 1959) (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1986). Igual sentido muestran lasSentencias de 24 de mayo de 1991,16 de abril de 1991 y29 de febrero de 1988 ".
Que lo exigible es "no precisamente una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y18 de marzo de 1991), sino la concurrencia de situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y18 de diciembre de 1991), por lo que basta que se dé una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (SSTS de 14 de febrero y16 de mayo de 1991 y17 de mayo y2 de julio de 1994)" (STS de 10/6/2004).
Que la jurisprudencia "actualizada y reiterada (sentencias de 21-5-1986,29-2-1988,21-10-1989,13-3-1990,21-2-1991,20-11-1991 y2-6-1992, entre otras), exige, entre los requisitos que determinan la eficacia de las condiciones y presupuestos resolutorios de las obligaciones recíprocas, previstos en elprecepto civil 1124, en su relación con el 1504, que básica y fundamentalmente no se de por quien ejercita acción resolutoria, situación de incumplimiento previo y por tanto provocador de la actitud de defensa de sus intereses, que motiva a adoptar a la contraparte adquirente, así como que ésta acceda a la condición de exclusiva incumplidora por su libre y decidida voluntad, que no es preciso esté representada por una actitud dolosa o actitud deliberadamente rebelde, como resulta expresión superada, sino que lo decisivo es que se produzca frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria" (STS de 04/07/1994 y 10/6/2010).De manera similar la sentencia de 26/11/2001.
Más recientemente, se ha acudido a los principios del Derecho europeo de contratos para hablar de un "incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996,además de otras como las de 21 de marzo de 1986,27 de noviembre de 1992,17 de febrero y10 de julio de 2003), de manera que "de a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte"(artículo. 8 :103, c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar elartículo 1124 Código civil en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada (...) de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo" (STS de 10/10/2005).

Que la jurisprudencia "ha venido considerando que el mero retraso en el pago no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Para que el retraso pueda considerarse como supuesto de incumplimiento se requiere que con él se frustre el fin del contrato, como se afirma en lassentencias de 9 marzo y26 junio 1990, entre otras" (STS de 25/6/2009).
"De este modo resulta necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato. () Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias deesta Sala (SSTS de 10-10-2005,4-4-2006,20-7-2006,31-10-2006,22-12-2006 y20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestroCódigo civil. Y a tal efecto es buena la referencia al Art. 8 :103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. En el recurso nos encontramos ante la segunda de las causas, puesto que, de acuerdo con la prueba realizada, debe concluirse que el incumplimiento del plazo establecido no priva sustancialmente a la parte perjudicada de obtener lo pactado" (STS de 17/12/2008).
O como se razona en laSTS de 4/6/2007, citada en la del Juzgado de lo Mercantil: << el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación (término esencial, supuestos del art. 1100, II 2º), como ya observaba la jurisprudencia de mitad del siglo pasado, cuando señalaba (Sentencias de 5 de enero de 1935,28 de enero de 1944,12 de abril de 1945, etc.), como ha puesto de relieve la doctrina, que el mero retraso "no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución". Esta posición se ha mantenido posteriormente, enSentencias como las de 5 de julio de 1971,9 de junio de 1986,18 de mayo de 1988,22 de mayo de 1991,18 de noviembre de 1993 y se sostiene aún (Sentencia de 20 de septiembre de 2000, etc.). La situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala elartículo 1100 CC, con las consecuencias que indican preceptos como losartículos 1101, 1096, 1182, etc., del Código civil, pero no necesariamente a la resolución, cuyo carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, ha sido puesto de relieve porSentencias como las de 8 de julio de 1954,25 de noviembre de 1983,22 de marzo de 1993 o18 de noviembre de 1994. De ahí que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además haya cumplido quien promueve la resolución, las obligaciones que le correspondieran de una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un "interés jurídicamente atendible" (). Y, por otra parte, que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como "verdadero y propio" (Sentencias 15 de noviembre de 1994,7 de marzo y19 de junio de 1995, entre muchas otras), "grave" (Sentencias de 23 de enero y10 de diciembre de 1996,30 de abril y18 de noviembre de 1994, etc.),"esencial" (Sentencias de 26 de septiembre de 1994,26 de enero de 1996,6 de octubre de 1997,11 de abril de 2003, etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (Sentencias de 25 de noviembre de 1983,19 de abril de 1989, etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencias 22 de marzo de 1985,24 de septiembre de 1986, etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (Sentencias de 23 de febrero de 1995,10 de mayo de 2000,25 de febrero,11 de marzo y15 de octubre de 2002, entre las más recientes), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (Sentencias 19 de noviembre de 1990,21 de febrero de 1991,15 de junio y2 de octubre de 1995). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin >>.
CUARTO La sentencia apelada ya reconoce las serias dudas del caso enjuiciado, pero precisamente por esto no cabe estimar el recurso y la demanda al no poderse considerar la valoración de las circunstancias y la decisión judicial ilógica ni errónea, teniendo en cuenta las razones sopesadas en la misma en relación a la normativa y jurisprudencia sobre la materia expuesta más arriba. La sentencia también indicó cual era la diferencia entre el presente caso y el de la sentencia de contraste a que se refiere el recurso de apelación. De la grabación de dicho juicio se puede comprobar, entre otras cosas, las respuestas en la vista del representante legal de la entidad en concurso acerca de las reclamaciones del comprador por retraso en las mismas oficinas de Martinsa-Fadesa y para resolver el contrato, así como la tramitación de la resolución de la operación, si bien que tratando de negociar tres meses de plazo para poder vender la vivienda a otra persona, existiendo incluso un e-mail suyo en tal sentido. Que después Martinsa-Fadesa se volviera atrás y se negara a admitir la resolución anterior es otra cosa. Los casos, pues, no son realmente los mismos. Añadir que hay que estar a la fecha anterior a la declaración del concurso en que se instó la resolución, aparte del plazo aproximado de entrega pactado y su carácter no esencial, lo avanzado de las obras y los esfuerzos para cumplir pese al retraso. Por ello es también seriamente dudoso para este Tribunal de apelación que el retraso examinado tenga la gravedad suficiente para constituir un incumplimiento definitivo que haya frustrado el fin del contrato y las legítimas expectativas de las partes, de manera que el demandante vaya a resultar privado o no pueda confiar en la entrega de la vivienda contratada, por lo que no debe dar lugar a la resolución de la compraventa, todo ello sin perjuicio de otras posibles acciones o consecuencias indemnizatorias derivadas del

retraso, como igualmente apuntó la sentencia apelada.”: SAP La Coruña (Sección 4) 25.03.2011 (JUR 2011/166188; Sentencia 125/2011; Rollo 618/2010)

“La cuestión de la resolución contractual en casos como éste no es nueva para este Tribunal al habernos ya pronunciado en contra de la tesis del ahora apelante en un reciente precedente (SAP 4ª A Coruña de 11/7/2011), cuyos razonamientos y solución son igualmente predicables al presente litigio con ciertas adaptaciones.
TERCERO.- En el presente caso, la fecha de entrega pactada de aproximadamente 30 meses desde la obtención de la licencia municipal de edificación (17/6/2005) se situaría hacia mediados de diciembre de 2007, por lo que habrían transcurrido unos siete meses a la declaración del concurso (24/7/2008), si bien que constando terminada la vivienda con posterioridad, según el documento aportado del certificado final de obra de 21/8/2009 (visados: 3 y 7/9/2009), y concedida las licencias de primera ocupación correspondientes a los sectores NUM002 y NUM001 el 28/9/2009, obviamente por considerar el ayuntamiento que lo efectivamente ejecutado era conforme a la licencia inicial y a la legislación urbanística, así como que la urbanización de tales parcelas reunía las condiciones adecuadas, habiendo instado el comprador la resolución por incumplimiento de plazos también después de la declaración concursal (escrito de 4/11/2009 y posterior demanda).
Es verdad que el incumplimiento resolutorio ha de ser grave o esencial y que el retraso no siempre tiene valor de incumplimiento contractual a dicho objeto:
La jurisprudencia "ha venido considerando que el mero retraso en el pago no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Para que el retraso pueda considerarse como supuesto de incumplimiento se requiere que con él se frustre el fin del contrato, como se afirma en las sentencias de 9 marzo y 26 junio 1990, entre otras" (STS de 25/6/2009).
"De este modo resulta necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato. () Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil. Y a tal efecto es buena la referencia al Art. 8 :103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. En el recurso nos encontramos ante la segunda de las causas, puesto que, de acuerdo con la prueba realizada, debe concluirse que el incumplimiento del plazo establecido no priva sustancialmente a la parte perjudicada de obtener lo pactado" (STS de 17/12/2008).
O como se razona en la STS de 4/6/2007 : << el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación (término esencial, supuestos del art. 1100, II 2º), como ya observaba la jurisprudencia de mitad del siglo pasado, cuando señalaba (Sentencias de 5 de enero de 1935, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, etc.), como ha puesto de relieve la doctrina, que el mero retraso "no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución". Esta posición se ha mantenido posteriormente, en Sentencias como las de 5 de julio de 1971, 9 de junio de 1986, 18 de mayo de 1988, 22 de mayo de 1991, 18 de noviembre de 1993 y se sostiene aún (Sentencia de 20 de septiembre de 2000, etc.). La situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala el artículo 1100 CC, con las consecuencias que indican preceptos como los artículos 1101, 1096, 1182, etc., del Código civil, pero no necesariamente a la resolución, cuyo carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, ha sido puesto de relieve por Sentencias como las de 8 de julio de 1954, 25 de noviembre de 1983, 22 de marzo de 1993 o 18 de noviembre de 1994. De ahí que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además haya cumplido quien promueve la resolución, las obligaciones que le correspondieran de una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un "interés jurídicamente atendible" (). Y, por otra parte, que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como "verdadero y propio" (Sentencias 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995, entre muchas otras), "grave" (Sentencias de 23 de enero y 10 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994, etc.),"esencial" (Sentencias de 26 de septiembre de 1994, 26 de enero de 1996, 6 de octubre de 1997, 11 de abril de 2003, etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (Sentencias de 25 de noviembre de 1983, 19 de abril de 1989, etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencias 22 de marzo de 1985, 24 de septiembre de 1986, etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (Sentencias de 23 de febrero de 1995, 10 de mayo de 2000, 25 de febrero, 11 de marzo y 15 de octubre de 2002, entre las más recientes), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (Sentencias 19 de noviembre de 1990, 21 de febrero de 1991, 15 de junio y 2 de octubre de 1995). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin.

En atención a todo lo expuesto, la conclusión en el caso que nos ocupa es que se trataría de un incumplimiento anterior al inicio del concurso y no posterior, además de que cuando el comprador manifestó su voluntad resolutoria por incumplimiento de la vendedora la vivienda ya estaba terminada e incluso expedida la LPO.": SAP La Coruña (Sección 4) 22.07.2011 (Sentencia 336/2011; Rollo 371/2011)

"SEGUNDO.- En el recurso se alega que sea el incumplimiento de la vendedora anterior o posterior a la declaración del concurso (24-7-2008), cuando tal incumplimiento anterior se prolongó de forma desorbitada más allá de su declaración y con posterioridad al auto de declaración de concurso, tiene facultad para resolver el contrato, alegando en definitiva errónea interpretación jurídica de la Ley Concursal por el Juzgador de primera instancia, sobre la base de doctrina de la denominada jurisprudencia menor.
La cuestión de la resolución contractual en casos como éste no es nueva para este Tribunal al habernos ya pronunciado en contra de la tesis del ahora apelante en recientes precedentes (SAP 4ª A Coruña de 11/7/2011, 22/7/11, 28/7/11 y 7/9/11), cuyos razonamientos y solución son igualmente predicables al presente litigio.
Los hechos probados en el presente caso a tener en consideración son: 1º) la fecha aproximada de entrega pactada en el contrato en relación a la obtención de la licencia de edificación se situaría hacia finales de diciembre de 2007, antes de la declaración de concurso de la entidad Martinsa-Fadesa. 2º) Consta terminada la vivienda con anterioridad, según el documento aportado del certificado final de obra de 30/10/2007. 3º) La licencia de primera ocupación, fue solicitada también antes, pero concedida después (24/6/2009), por problemas relativos a la urbanización del sector con el Ayuntamiento.
Y razonábamos sobre ello en nuestras sentencias antes citadas.
"La jurisprudencia "ha venido considerando que el mero retraso en el pago no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Para que el retraso pueda considerarse como supuesto de incumplimiento se requiere que con él se frustre el fin del contrato, como se afirma en las sentencias de 9 marzo y 26 junio 1990, entre otras" (STS de 25/6/2009).
"De este modo resulta necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato. () Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil. Y a tal efecto es buena la referencia al Art. 8 :103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. En el recurso nos encontramos ante la segunda de las causas, puesto que, de acuerdo con la prueba realizada, debe concluirse que el incumplimiento del plazo establecido no priva sustancialmente a la parte perjudicada de obtener lo pactado" (STS de 17/12/2008).
O como se razona en la STS de 4/6/2007 : <<el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación (término esencial, supuestos del art. 1100, II 2º), como ya observaba la jurisprudencia de mitad del siglo pasado, cuando señalaba (Sentencias de 5 de enero de 1935, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, etc.), como ha puesto de relieve la doctrina, que el mero retraso "no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución". Esta posición se ha mantenido posteriormente, en Sentencias como las de 5 de julio de 1971, 9 de junio de 1986, 18 de mayo de 1988, 22 de mayo de 1991, 18 de noviembre de 1993 y se sostiene aún (Sentencia de 20 de septiembre de 2000, etc.). La situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala el artículo 1100 CC, con las consecuencias que indican preceptos como los artículos 1101, 1096, 1182, etc., del Código civil, pero no necesariamente a la resolución, cuyo carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, ha sido puesto de relieve por Sentencias como las de 8 de julio de 1954, 25 de noviembre de 1983, 22 de marzo de 1993 o 18 de noviembre de 1994. De ahí que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además haya cumplido quien promueve la resolución, las obligaciones que le correspondieran de una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un "interés jurídicamente atendible" (). Y, por otra parte, que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como "verdadero y propio" (Sentencias 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995, entre muchas otras), "grave" (Sentencias de 23 de enero y 10 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994, etc.),"esencial" (Sentencias de 26 de septiembre de 1994, 26 de enero de 1996, 6 de octubre de 1997, 11 de abril de 2003, etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (Sentencias de 25 de noviembre de 1983, 19 de abril de 1989, etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencias 22 de marzo de 1985, 24 de septiembre de 1986, etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (Sentencias de 23 de febrero de 1995, 10 de mayo de 2000, 25 de febrero, 11 de marzo y 15 de octubre de 2002, entre las más recientes), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (Sentencias 19 de noviembre de 1990, 21 de febrero de 1991, 15 de junio y 2 de octubre de 1995). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse

de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin ".
En atención a lo expuesto, la conclusión en el caso que nos ocupa es que si se tratase de un incumplimiento del tipo resolutorio sería anterior al inicio del concurso.": SAP Coruña (Sección 4) 13.09.2011 (Sentencia 380/2011; Rollo 366/2011)

"SEGUNDO.-Se alega por la entidad apelante respecto del contrato concertado con D. Bernarda, inexistencia de incumplimiento de entidad resolutoria por parte de la concursada, alegando que se trata de un mero retraso que no puede dar lugar a la resolución contractual.
Como ya expusimos en anteriores ocasiones, nos encontramos en el presente caso ante el incumplimiento alegado de una obligación fundamental, cual es la entrega de la cosa por parte del vendedor al comprador en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de lo normado en los arts. 1445 y 1461 del CC, ya que constituye la causa de un vínculo convencional de dicha naturaleza (art. 1274 del referido texto legal), que justifica la prestación del consentimiento contractual. La percepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador, la razón de concertar un vinculo convencional de tal clase.
Tratándose pues de compraventa de una cosa futura con precio aplazado, que comienza a satisfacerse antes del cumplimiento de la prestación de entrega por el vendedor, la fijación del plazo en que la misma debe realizarse conforma la estipulación contractual básica, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la entidad demandada en su condición de promotora, constructora, vendedora.
Es verdad que el incumplimiento resolutorio ha de ser grave o esencial y que el retraso no siempre tiene valor de incumplimiento contractual a dicho objeto:
La jurisprudencia "ha venido considerando que el mero retraso en el pago no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Para que el retraso pueda considerarse como supuesto de incumplimiento se requiere que con él se frustre el fin del contrato, como se afirma en las sentencias de 9 marzo y 26 junio 1990, entre otras" (STS de 25/6/2009).
"De este modo resulta necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato. () Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil. Y a tal efecto es buena la referencia al Art. 8 :103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. En el recurso nos encontramos ante la segunda de las causas, puesto que, de acuerdo con la prueba realizada, debe concluirse que el incumplimiento del plazo establecido no priva sustancialmente a la parte perjudicada de obtener lo pactado" (STS de 17/12/2008).
O como se razona en la STS de 4/6/2007 : << el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación (término esencial, supuestos del art. 1100, II 2º), como ya observaba la jurisprudencia de mitad del siglo pasado, cuando señalaba (Sentencias de 5 de enero de 1935, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, etc.), como ha puesto de relieve la doctrina, que el mero retraso "no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución". Esta posición se ha mantenido posteriormente, en Sentencias como las de 5 de julio de 1971, 9 de junio de 1986, 18 de mayo de 1988, 22 de mayo de 1991, 18 de noviembre de 1993 y se sostiene aún (Sentencia de 20 de septiembre de 2000, etc.). La situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala el artículo 1100 CC, con las consecuencias que indican preceptos como los artículos 1101, 1096, 1182, etc., del Código civil, pero no necesariamente a la resolución, cuyo carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, ha sido puesto de relieve por Sentencias como las de 8 de julio de 1954, 25 de noviembre de 1983, 22 de marzo de 1993 o 18 de noviembre de 1994. De ahí que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además haya cumplido quien promueve la resolución, las obligaciones que le correspondieran de una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un "interés jurídicamente atendible" (). Y, por otra parte, que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como "verdadero y propio" (Sentencias 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995, entre muchas otras), "grave" (Sentencias de 23 de enero y 10 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994, etc.),"esencial" (Sentencias de 26 de septiembre de 1994, 26 de enero de 1996, 6 de octubre de 1997, 11 de abril de 2003, etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (Sentencias de 25 de noviembre de 1983, 19 de abril de 1989, etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencias 22 de marzo de 1985, 24 de septiembre de 1986, etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (Sentencias de 23 de febrero de 1995, 10 de mayo de 2000, 25 de febrero, 11 de marzo y 15 de octubre de 2002, entre las más recientes), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (Sentencias 19 de noviembre de 1990, 21 de febrero de 1991, 15 de junio y 2 de octubre de 1995). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico

del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin.
En el presente caso, el contrato se suscribe entre las partes el día 29 de junio de 2006, la fecha de entrega pactada, en relación a la obtención de la licencia de edificación, se concreta en definitiva el día 31 de julio de 2009, 36 meses después de la concesión de la licencia de obras, la declaración del concurso fue el 24 de julio de 2008, y se reconoce en la contestación a la demanda un previsible retraso hasta abril de 2010, encontrándose a un 58% la construcción en mayo de 2009, y se alega en el recurso, sin que se acredite, que en la actualidad la construcción esta terminada y obtuvo la licencia de primera ocupación en fecha 24 de junio de 2010. Aún admitiendo que esto último fuese así, lo cierto es que en el presente contrato no se determina el plazo para la finalización de las obras aproximadamente, quedando determinado conforme a lo pactado el día 31 de julio de 2009, y en relación al porcentaje reconocido de lo construido a fecha mayo de 2009, aun cuando se hubiese presentado la demanda en fecha 18 de junio de 2009, es claro que no podía concluirse en el termino pactado, y no podemos estimar en el caso que nos encontremos ante un mero retraso, cuando el plazo no se establece de forma aproximada como en la mayoría de otros casos que así se pacta expresamente. En el caso, más bien como fecha límite de la entrega de la vivienda, sin que conste acreditado que hubiese consentido su prorroga el comprador, entendiendo pues el Juzgador "a quo" incumplida la obligación esencial del vendedor, que da lugar a la declaración de la resolución contractual por incumplimiento grave de la entidad vendedora-constructora posterior a la declaración del concurso. El motivo se desestima. “:SAP La Coruña (Sección 4) 28.09.2011 (Sentencia 413/2011; Rollo 515/2011)

“TERCERO.- Nos encontramos en el presente caso ante el incumplimiento alegado de una obligación fundamental, cual es la entrega de la cosa por parte del vendedor al comprador en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de lo normado en los arts. 1445 y 1461 del CC, ya que constituye la causa de un vínculo convencional de dicha naturaleza (art. 1274 del referido texto legal), que justifica la prestación del consentimiento contractual. La percepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador, la razón de concertar un vinculo convencional de tal clase.
Tratándose pues de compraventa de una cosa futura con precio aplazado, que comienza a satisfacerse antes del cumplimiento de la prestación de entrega por el vendedor, la fijación del plazo en que la misma debe realizarse conforma la estipulación contractual básica, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la entidad demandada en su condición de promotora, constructora, vendedora. Se alega por la entidad que no concurre incumplimiento relevante que permita la resolución del contrato, ya que encontrándose próxima la fecha de entrega de la vivienda, y ante el pequeño retraso de las obras, amplio el plazo de cobertura del seguro, pero en ningún caso modificó la fecha de entrega pactada, produciéndose un incendio fortuito en la edificación a finales del mes de abril de 2009, una vez concluidas las obras, por causa a ella no imputable. Lo que le obligó a acometer los trabajos de reparación de los daños causados, que tras su realización, obtuvo la licencia de primera ocupación en fecha 16 de julio de 2010, remitiendo burofax a la actora para hacer entrega de la vivienda objeto del contrato en el mes de noviembre de 2010, haciendo constar su disposición a otorgar la escritura pública de compraventa. Como decíamos en nuestra reciente sentencia de 11 de julio de 2011, entre otras, "En efecto, la jurisprudencia, al interpretar el art. 1124 del CC, ha señalado que el incumplimiento que da lugar a la resolución "es el incumplimiento objetivo que provoca la frustración del contrato en el sentido de la no satisfacción del interés del acreedor, incumplimiento básico de la obligación en sí misma considerada, es decir, no realizar la conducta en qué consiste la prestación, es un incumplimiento propiamente dicho" (STS 1 de octubre de 2009). Así, en otras muchas resoluciones, como las SSTS de 4 de octubre de 1983, 30 de marzo de 1992, 2 de julio de 1992, 8 de febrero de 1993, 24 de febrero de 1993, 8 de noviembre de 1997 y 22 de mayo de 2003, precisan que: "ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato".
Igualmente constituye jurisprudencia consolidada, en aras de respetar el principio de conservación del negocio, la que exige, aunque con ciertos matices, véase por ejemplo la STS de 12 de marzo de 2009, que el incumplimiento sea definitivo (STS de 12 de marzo de 2009), de manera tal que no resulte posible satisfacer el interés contractual lesionado, lo que ocurre en supuestos de inidoneidad final del objeto entregado o "aliud pro alio" (SSTS de 3 abril 1981, 16 de noviembre de 2000, 10 de julio de 2003, 9 de marzo y 4 de abril de 2005 entre otras muchas), por lo que no bastará el mero retraso (SSTS de 27 noviembre 1992, 18 noviembre 1993 y 7 marzo 1995) a no ser que se haya establecido un término como esencial que impida, por el retraso, destinar la cosa a su fin (SSTS de 14 diciembre 1983, 29 de enero de 1991, 10 de junio de 1996), lo que se ha extendido también a los casos en que, siendo aún posible el cumplimiento, existe una actitud deliberadamente rebelde y contraria al mismo (SSTS de 20 junio 198 1 y 13 marzo 1986) o unaprolongada inactividad o pasividad del deudor (SSTS de 10 marzo 1983, 4 de marzo de 1986, 5 de junio de 1989, 18 de marzo de 1991, 8 de noviembre de 1995, 25 de enero de 1996 y 30 de octubre de 2002), salvo que no sea "racionalmente exigible", una espera mayor por parte del acreedor (STS de 5 de noviembre de 1982) o que la prolongada dilación produzca una frustración de las legítimas expectativas de la parte que cumplió, sin que proceda la concesión de un nuevo plazo para el cumplimiento (STS de 29 de abril de 1991).
Como se razona en la STS de 4 de junio de 2007, citada por el Juzgado de lo Mercantil: "<<el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación (término esencial, supuestos del art. 1100, II 2º), como ya observaba la jurisprudencia de mitad del siglo pasado, cuando señalaba (SSTS de 5 de enero de 1935, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, etc.), como ha puesto de relieve la doctrina, que el mero retraso "no siempre implica

que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución".
CUARTO:- Pues bien, en este caso, nos hallamos ante el incumplimiento alegado de una obligación fundamental, cual es la entrega de la cosa por parte del vendedor al comprador en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de lo normado en los arts. 1445 y 1461 del CC, ya que constituye la causa de un vínculo convencional de dicha naturaleza (art. 1274 del referido texto legal), que justifica la prestación del consentimiento contractual. La percepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador, la razón de concertar un vinculo convencional de tal clase. En el presente al hallarnos ante la venta de una cosa futura con precio aplazado, que comienza a satisfacerse antes del cumplimiento de la prestación de entrega por el vendedor, la fijación del plazo en que la misma debe realizarse conforma una estipulación contractual básica, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la entidad demandada, en su condición de promotora, constructora, vendedora. Es por ello, que se reflejó en el contrato suscrito una estipulación contractual novena, en la que se hacía constar que la terminación y entrega de la vivienda se haría aproximadamente treinta y seis meses después de la fecha de obtención de la licencia de edificación, que en el caso sería el 20 de enero de 2009. La utilización del término "aproximadamente", implica que las partes no elevaron la observancia de dicho término a condición esencial del contrato, que, además, de haber sido así, suele acompañarse de la adición de una cláusula resolutoria expresa, que convierte en fundamental un pacto de tal naturaleza. Ahora bien, de ello no puede concluirse, racionalmente, que la obligación de entrega quede al arbitrio de la parte demandada (lo que además prohibe el art. 1256 del CC), de manera tal que pueda hacer honor a tal compromiso convencional sin limitación temporal de clase alguna; pues la fijación de un plazo de tiempo ("diciembre de 2008"), junto con el adverbio "aproximadamente", cuyo significado es cercano, que dista poco en el tiempo o en el espacio, de corta diferencia, no se concilia con una dilación excesiva en el cumplimiento del mismo. O dicho de otra forma, la obligación de entrega no era esencial, en el plazo pactado; pero tampoco permite, como con acierto razona la sentencia apelada, "atribuir a la vendedora la facultad de decidir el momento en que, ya sea según su conveniencia o ya sea según sus posibilidades de financiación de la obra, habrá de realizar la entrega", pues ello sería -decimos nosotros- romper el equilibrio de las prestaciones, frustrar las expectativas contractuales de la actora y dejar el contrato al proscrito arbitrio de la parte vendedora recurrente.
Es verdad que un simple atraso, la mera mora del vendedor, no alcanza relevancia resolutoria, alvo que sea de tan intensidad, dentro de la economía del contrato, que a la entidad demandante no se le pueda exigir, a través de un comportamiento civiliter, soportarlo. Y ello resulta así del análisis del contrato suscrito. Teniendo en consideración lo antes expuesto, ciertamente en tal momento estaríamos en presencia de un mero retraso, dado que el contrato se concierta entre las partes el 17 de noviembre de 2005, y según lo pactado, las obras deberían terminarse aproximadamente el 20 de enero de 2009, y efectivamente fueron concluidas en el mes de abril de 2009. Por lo que en ese momento, conforme a lo antes expuesto, no cabría la resolución contractual por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda objeto del contrato por la parte vendedora.": SAP Coruña (Sección 4) 11.11.2011 (Sentencia 478/2011; Rollo 465/2011)

"Como razonábamos en anteriores sentencias de problemática similar a la presente: "La jurisprudencia "ha venido considerando que el mero retraso en el pago no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Para que el retraso pueda considerarse como supuesto de incumplimiento se requiere que con él se frustre el fin del contrato, como se afirma en las sentencias de 9 marzo y 26 junio 1990, entre otras" (STS de 25/6/2009)
"De este modo resulta necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato. () Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil. Y a tal efecto es buena la referencia al Art. 8 :103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. En el recurso nos encontramos ante la segunda de las causas, puesto que, de acuerdo con la prueba realizada, debe concluirse que el incumplimiento del plazo establecido no priva sustancialmente a la parte perjudicada de obtener lo pactado" (STS de 17/12/2008).
O como se razona en la STS de 4/6/2007 : <<el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación (término esencial, supuestos del art. 1100, II 2º), como ya observaba la jurisprudencia de mitad del siglo pasado, cuando señalaba (Sentencias de 5 de enero de 1935, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, etc.), como ha puesto de relieve la doctrina, que el mero retraso "no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución". Esta posición se ha mantenido posteriormente, en Sentencias como las de 5 de julio de 1971, 9 de junio de 1986, 18 de mayo de 1988, 22 de mayo de 1991, 18 de noviembre de 1993 y se sostiene aún (Sentencia de 20 de septiembre de 2000, etc.). La situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala el artículo 1100 CC, con las consecuencias que indican preceptos como los artículos 1101, 1096, 1182, etc., del Código Civil, pero no necesariamente a la resolución, cuyo carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, ha sido puesto de relieve por Sentencias como las de 8 de julio de 1954, 25 de noviembre de 1983, 22

de marzo de 1993 o 18 de noviembre de 1994. De ahí que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además haya cumplido quien promueve la resolución, las obligaciones que le correspondieran de una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un "interés jurídicamente atendible" (). Y, por otra parte, que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como "verdadero y propio" (Sentencias 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995, entre muchas otras), "grave" (Sentencias de 23 de enero y 10 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994, etc.),"esencial" (Sentencias de 26 de septiembre de 1994, 26 de enero de 1996, 6 de octubre de 1997, 11 de abril de 2003, etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (Sentencias de 25 de noviembre de 1983, 19 de abril de 1989, etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencias 22 de marzo de 1985, 24 de septiembre de 1986, etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (Sentencias de 23 de febrero de 1995, 10 de mayo de 2000, 25 de febrero, 11 de marzo y 15 de octubre de 2002, entre las más recientes), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (Sentencias 19 de noviembre de 1990, 21 de febrero de 1991, 15 de junio y 2 de octubre de 1995). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin >>".
TERCERO.- En el presente al hallarnos ante la venta de una cosa futura con precio aplazado, que comienza a satisfacerse antes del cumplimiento de la prestación de entrega por el vendedor, la fijación del plazo en que la misma debe realizarse conforma una estipulación contractual básica, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la entidad demandada, en su condición de promotora, constructora, vendedora. Es por ello, que se reflejó en el contrato suscrito una estipulación contractual, en la que se hacía constar que la terminación y entrega de la vivienda se haría aproximadamente treinta y seis meses después de la fecha de obtención de la licencia de edificación, que en el caso sería el 20 de enero de 2009. La utilización del término "aproximadamente", implica que las partes no elevaron la observancia de dicho término a condición esencial del contrato, que, además, de haber sido así, suele acompañarse de la adición de una cláusula resolutoria expresa, que convierte en fundamental un pacto de tal naturaleza. Ahora bien, de ello no puede concluirse, racionalmente, que la obligación de entrega quede al arbitrio de la parte demandada (lo que además prohibe el art. 1256 del CC), de manera tal que pueda hacer honor a tal compromiso convencional sin limitación temporal de clase alguna; pues la fijación de un plazo de tiempo, junto con el adverbio "aproximadamente", cuyo significado es cercano, que dista poco en el tiempo o en el espacio, de corta diferencia, no se concilia con una dilación excesiva en el cumplimiento del mismo. Sin que ello implique ni se permita atribuir a la vendedora la facultad de decidir el momento en que, ya sea según su conveniencia o ya sea según sus posibilidades de financiación de la obra, habrá de realizar la entrega, pues ello sería romper el equilibrio de las prestaciones, frustrar las expectativas contractuales de la actora y dejar el contrato al proscrito arbitrio de la parte vendedora. O dicho de otra forma, la obligación de entrega no era esencial, en el plazo pactado; pero tampoco permite, atribuir a la vendedora la facultad de decidir el momento en que, ya sea según su conveniencia o ya sea según sus posibilidades de financiación de la obra, habrá de realizar la entrega, pues ello sería romper el equilibrio de las prestaciones, frustrar las expectativas contractuales de la actora y dejar el contrato al proscrito arbitrio de la parte vendedora recurrente. El simple retraso, la mera mora del vendedor, no alcanza relevancia resolutoria, salvo que sea de tan intensidad, dentro de la economía del contrato, que a la entidad demandante no se le pueda exigir, a través de un comportamiento civiliter, soportarlo. Y ello resulta así del análisis del contrato suscrito. Por último, únicamente indicar, que en todo caso el incumplimiento resolutorio ha de ser grave o esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin contractual. Teniendo en consideración todo lo antes expuesto, ciertamente en el momento de la presentación de la demanda tal momento estaríamos en presencia de un mero retraso, dado que los contratos se conciertan entre las partes los días 28 de abril de 2006 y 25 de mayo de 2006, y según lo pactado, las obras deberían terminarse aproximadamente el 20 de enero de 2009, y efectivamente fueron concluidas en el mes de abril y junio de 2009, por lo que en ese momento, conforme a lo antes expuesto, no cabría la resolución contractual por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda objeto del contrato por la parte vendedora, y fueron definitivamente concedidas las licencias de primera ocupación correspondientes, obviamente por considerar el Ayuntamiento que lo efectivamente ejecutado era conforme a la licencia inicial y a la legislación urbanística, siendo susceptibles de entrega a los compradores.": SAP La Coruña (Sección 4) 07.12.2011 (Sentencia 524/2011; Rollo 358/2011)

"TERCERO.- Abundando en la jurisprudencia apuntada en la sentencia apelada sobre la resolución contractual, la entidad del incumplimiento y el retraso, conviene destacar los siguientes aspectos de interés: En cuanto a los requisitos generales (STS de 13/5/2004): "1º- La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la concertaron (Sentencias de 10 de diciembre de 1947 y 9 de diciembre de 1948). 2º- La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo (Sentencias de 28 de septiembre de 1965 y 30 de marzo de 1976) así como su exigibilidad (Sentencias de 6 de julio de 1952 y 1 de febrero de 1966). 3º- Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían (Sentencias de 9 de diciembre de 1960 y 18 de noviembre de 1970), estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia (Sentencias de 17 de diciembre de 1976 y 17 de febrero de 1977). 4º- Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste que, de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine, actuación que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la

prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante (Sentencia de 5 de mayo de 1970). 5º- Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían (Sentencias de 6 de julio y 29 de marzo de 1977); salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro pues la conducta de éste, es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso (Sentencias de 10 de febrero y 11 de abril de 1925 y 24 de octubre de 1959) (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1986). Igual sentido muestran las Sentencias de 24 de mayo de 1991, 16 de abril de 1991 y 29 de febrero de 1988 ". Lo exigible es "no precisamente una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y 18 de marzo de 1991), sino la concurrencia de situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991), por lo que basta que se dé una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (SSTS de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991 y 17 de mayo y 2 de julio de 1994)" (STS de 10/6/2004). La jurisprudencia "actualizada y reiterada (sentencias de 21-5-1986, 29-2-1988, 21-10-1989, 13-3-1990, 21-2-1991, 20-11-1991 y 2-6-1992, entre otras), exige, entre los requisitos que determinan la eficacia de las condiciones y presupuestos resolutorios de las obligaciones recíprocas, previstos en el precepto civil 1124, en su relación con el 1504, que básica y fundamentalmente no se de por quien ejercita acción resolutoria, situación de incumplimiento previo y por tanto provocador de la actitud de defensa de sus intereses, que motiva a adoptar a la contraparte adquirente, así como que ésta acceda a la condición de exclusiva incumplidora por su libre y decidida voluntad, que no es preciso esté representada por una actitud dolosa o actitud deliberadamente rebelde, como resulta expresión superada, sino que lo decisivo es que se produzca frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria" (STS de 04/07/1994 y 10/6/2010). De manera similar la sentencia de 26/11/2001. Más recientemente, se ha acudido a los principios del Derecho europeo de contratos para hablar de un "incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986, 27 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 10 de julio de 2003), de manera que "de a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte" (artículo. 8 :103, c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar el artículo 1124 Código civil en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada (...) de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo" (STS de 10/10/2005). Es verdad, entonces, que el incumplimiento resolutorio ha de ser grave o esencial, pero un rolongado retraso en la entrega por la vendedora podría perfectamente tener tal consideración y facultar a la resolución del contrato, aunque no siempre tenga valor suficiente a tal efecto. En todo caso, aunque el plazo o término no fuese esencial, el cumplimiento del momento en que la misma debe realizarse no puede quedar al arbitrio de la promotora o vendedora (lo que además prohíbe el art. 1256 CC); menos aún cuando las partes han pactado expresamente el tiempo. La contraprestación de entrega de la cosa objeto del contrato por parte del vendedor al comprador es una obligación fundamental en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de los artículos 1445 y 1461 del Código Civil, al constituir la causa (onerosa) de un vínculo convencional de dicha naturaleza (art. 1274) que justifica la prestación del consentimiento contractual. La percepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador a cambio del pago del precio, la razón de concertar un vinculo contractual de tal clase.

En este sentido, la jurisprudencia "ha venido considerando que el mero retraso en el pago no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Para que el retraso pueda considerarse como supuesto de incumplimiento se requiere que con él se frustre el fin del contrato, como se afirma en las sentencias de 9 marzo y 26 junio 1990, entre otras" (STS de 25/6/2009) "De este modo resulta necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato. () Utilizando estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil. Y a tal efecto es buena la referencia al Art. 8 :103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. En el recurso nos encontramos ante la segunda de las causas, puesto que, de acuerdo con la prueba realizada, debe concluirse que el incumplimiento del plazo establecido no priva sustancialmente a la parte perjudicada de obtener lo pactado" (STS de 17/12/2008). O como se razona en la STS de 4/6/2007, también reseñada en la sentencia aquí apelada: << el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación (término esencial, supuestos del art. 1100, II 2º), como ya observaba la jurisprudencia de mitad del siglo pasado, cuando señalaba (Sentencias de 5 de enero de 1935, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, etc.), como ha puesto de relieve la doctrina, que el mero retraso "no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución". Esta posición se ha mantenido posteriormente, en Sentencias como las de 5 de julio de 1971, 9 de junio de 1986, 18 de mayo de 1988, 22 de mayo de 1991, 18 de noviembre de 1993 y se sostiene aún (Sentencia de 20 de septiembre de 2000, etc.). La situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala el artículo 1100 CC, con las

consecuencias que indican preceptos como los artículos 1101, 1096, 1182, etc., del Código civil, pero no necesariamente a la resolución, cuyo carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, ha sido puesto de relieve por Sentencias como las de 8 de julio de 1954, 25 de noviembre de 1983, 22 de marzo de 1993 o 18 de noviembre de 1994. De ahí que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además haya cumplido quien promueve la resolución, las obligaciones que le correspondieran de una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un "interés jurídicamente atendible" (). Y, por otra parte, que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como "verdadero y propio" (Sentencias 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995, entre muchas otras), "grave" (Sentencias de 23 de enero y 10 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994, etc.),"esencial" (Sentencias de 26 de septiembre de 1994, 26 de enero de 1996, 6 de octubre de 1997, 11 de abril de 2003, etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (Sentencias de 25 de noviembre de 1983, 19 de abril de 1989, etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencias 22 de marzo de 1985, 24 de septiembre de 1986, etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (Sentencias de 23 de febrero de 1995, 10 de mayo de 2000, 25 de febrero, 11 de marzo y 15 de octubre de 2002, entre las más recientes), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (Sentencias 19 de noviembre de 1990, 21 de febrero de 1991, 15 de junio y 2 de octubre de 1995). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin >>.
Las circunstancias del presente caso han sido bien sopesadas en la sentencia apelada, por lo que no puede minusvalorarse el incumplimiento del plazo convenido para la entrega de la vivienda. Nos remitimos a lo razonado al respecto en ella, en relación a la jurisprudencia expuesta. Señalar ahora tan solo que la vendedora no pudo cumplir dentro del tiempo inicialmente pactado en el contrato de 8/11/2005, 30 meses aproximadamente desde la obtención de la licencia de obra, habiendo precisado ampliar el vencimiento de la póliza de seguros garantizadora de las cantidades abonadas a cuenta del precio por los compradores con un primer suplemento de 31/12/2007 a 30/6/2008 y un segundo de 30/6 a 30/9/2008, además de la prórroga convenida en el anexo de 23/6/2008 con fijación del término de entrega a 30/9/2008. No cumplió tampoco aquí. No bastaba con haber iniciado las obras o construido en parte la vivienda. Al término del plazo pactado las obras estaban paradas a la espera de financiación, no obstante los esfuerzos desplegados a este fin. Tampoco estaba finalizada ni la concursada estaba en condiciones de poder cumplir con la entrega meses después, cuando se interpuso la demanda incidental, ni en el posterior acto de la vista judicial. Es, mucho tiempo después, en el escrito de interposición del recurso de apelación de finales de julio de 2011, cuando se dice que ya está terminada y lista para escriturar y entregar, aunque tampoco se acreditó este hecho. La consecuencia resolutoria aplicada en la sentencia no puede considerarse errónea y es conforme a los artículos 1124 del Código Civil en relación al 62 y 86 de la Ley Concursal y su jurisprudencia.”: SAP Coruña (Sección 4) 15.12.2011 (Sentencia 540/2011; Rollo 592/2011)

“TERCERO: Por otra parte, el incumplimiento para ser elevado a la condición de legítimo motivo de resolución del vínculo contractual deberá de ser esencial (SSTS de 5 de diciembre de 1982, 9 de octubre de 1987, 3 de mayo de 1994, 26 de noviembre de 2007), entendiéndose por tal el que priva a una de las partes de las expectativas que racionalmente podría esperar del contrato. El art. 8 :103 de los Principios de Derecho europeo de contratos señala que el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: b) "cuando prive sustancialmente a la parte perjudicada de los que legítimamente podía esperar del contrato...".
En otras ocasiones la jurisprudencia acude a la gravedad del incumplimiento para que alcance relieve resolutorio y posibilite la aplicación exitosa del art. 1124 del CC, conforme a dicha doctrina, de la que son expresión entre otras las SSTS de 16 de junio de 1998, 27 de febrero de 2004 y 14 de mayo de 2007, es preciso que el incumplimiento sea verdadero, propio, grave, de importancia o trascendencia para la economía del contrato, frustrante de las legítimas expectativas de las partes. Como señala la reciente STS de 14 de octubre de 2011, "la resolución de las obligaciones recíprocas es una facultad que corresponde al sujeto cumplidor frente al sujeto que ha incumplido y ha frustrado objetivamente el fin del contrato; se trata de un incumplimiento básico, esencial, de la obligación en sí misma considerada, incumplimiento propiamente dicho; es reiterada la jurisprudencia en este sentido (así, sentencia de 19 de noviembre de 2009)".
La doctrina sentada, manifestación de la necesidad de observar el principio pacta sunt servanda, expresión del de conservación de los contratos, determina que no se pueda pretextar la inobservancia de una prestación secundaria, accesoria o poco trascendente para elevarla a la categoría de justo motivo de rotura del vínculo contractual. Pues bien, en el presente caso, no podemos considerar que los actores vean frustradas sus finalidades contractuales, de adquisición de un chalet, con sendas plazas de garaje y con un pequeño jardín, a consecuencia de que sobre éste, en su fondo, se haya levantado un pequeño muro, justificado por razones estructurales, con la finalidad de mantener el terreno natural de los jardines posteriores, que por su escasa entidad, como se puede apreciar en las fotos aportadas, en modo alguno cabe elevarlo a la categoría de incumplimiento esencial o grave. El grado de insatisfacción producido al acreedor (STS de 11 de octubre de 2011) no es trascendente para generar la resolución del contrato, sin perjuicio de otra clase de reclamaciones.”: SAP La Coruña (Sección 4) 21.12.2011 (Sentencia 548/2011; Rollo 569/2011)

“SEXTO.-Abundando en la jurisprudencia apuntada en la sentencia apelada sobre la resolución contractual, la entidad del incumplimiento y el retraso, conviene destacar los siguientes aspectos de interés:
En cuanto a los requisitos generales (STS de 13/5/2004): "1º- La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la concertaron (Sentencias de 10 de diciembre de 1947 y 9 de diciembre de 1948). 2º- La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo (Sentencias de 28 de septiembre de 1965 y 30 de marzo de 1976) así como su exigibilidad (Sentencias de 6 de julio de 1952 y 1 de febrero de 1966). 3º- Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían (Sentencias de 9 de diciembre de 1960 y 18 de noviembre de 1970), estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia (Sentencias de 17 de diciembre de 1976 y 17 de febrero de 1977). 4º-Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste que, de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine, actuación que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante (Sentencia de 5 de mayo de 1970). 5º- Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían (Sentencias de 6 de julio y 29 de marzo de 1977); salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro pues la conducta de éste, es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso (Sentencias de 10 de febrero y 11 de abril de 1925 y 24 de octubre de 1959) (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1986). Igual sentido muestran las Sentencias de 24 de mayo de 1991, 16 de abril de 1991 y 29 de febrero de 1988 ".
Lo exigible es "no precisamente una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y 18 de marzo de 1991), sino la concurrencia de situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991), por lo que basta que se dé una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (SSTS de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991 y 17 de mayo y 2 de julio de 1994)" (STS de 10/6/2004).
La jurisprudencia "actualizada y reiterada (sentencias de 21-5-1986, 29-2-1988, 21-10-1989, 13-3-1990, 21-2-1991, 20-11-1991 y 2-6-1992, entre otras), exige, entre los requisitos que determinan la eficacia de las condiciones y presupuestos resolutorios de las obligaciones recíprocas, previstos en el precepto civil 1124, en su relación con el 1504, que básica y fundamentalmente no se de por quien ejercita acción resolutoria, situación de incumplimiento previo y por tanto provocador de la actitud de defensa de sus intereses, que motiva a adoptar a la contraparte adquirente, así como que ésta acceda a la condición de exclusiva incumplidora por su libre y decidida voluntad, que no es preciso esté representada por una actitud dolosa o actitud deliberadamente rebelde, como resulta expresión superada, sino que lo decisivo es que se produzca frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria" (STS de 04/07/1994 y 10/6/2010). De manera similar la sentencia de 26/11/2001.
Más recientemente, se ha acudido a los principios del Derecho europeo de contratos para hablar de un "incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986, 27 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 10 de julio de 2003), de manera que "de a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte" (artículo. 8:103, c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar el artículo 1124 Código civil en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada (...) de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo" (STS de 10/10/2005).
Paralelamente, la jurisprudencia "ha venido considerando que el mero retraso en el pago no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Para que el retraso pueda considerarse como supuesto de incumplimiento se requiere que con él se frustre el fin del contrato, como se afirma en las sentencias de 9 marzo y 26 junio 1990, entre otras" (STS de 25/6/2009).
"De este modo resulta necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato. (...) Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil. Y a tal efecto es buena la referencia al Art. 8 :103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. En el recurso nos encontramos ante la segunda de las causas, puesto que, de acuerdo con la prueba realizada, debe concluirse que el incumplimiento del plazo establecido no priva sustancialmente a la parte perjudicada de obtener lo pactado" (STS de 17/12/2008)".
O como se razona en la STS de 4/6/2007, también reseñada en la sentencia aquí apelada: << el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación (término esencial, supuestos del art. 1100, II 2º), como ya observaba la jurisprudencia de mitad del siglo pasado, cuando señalaba (Sentencias de 5 de enero de 1935, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, etc.), como ha puesto de relieve la doctrina, que el mero retraso "no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución". Esta posición se ha mantenido posteriormente, en Sentencias como las de 5 de julio de 1971, 9 de junio de 1986, 18 de mayo de 1988, 22 de mayo de 1991, 18 de noviembre de 1993 y se sostiene aún (Sentencia de 20 de septiembre de 2000, etc.). La situación de retraso

en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala el artículo 1100 CC, con las consecuencias que indican preceptos como los artículos 1101, 1096, 1182, etc., del Código civil, pero no necesariamente a la resolución, cuyo carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, ha sido puesto de relieve por Sentencias como las de 8 de julio de 1954, 25 de noviembre de 1983, 22 de marzo de 1993 o 18 de noviembre de 1994. De ahí que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además haya cumplido quien promueve la resolución, las obligaciones que le correspondieran de una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un "interés jurídicamente atendible" (...). Y, por otra parte, que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como "verdadero y propio" (Sentencias 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995, entre muchas otras), "grave" (Sentencias de 23 de enero y 10 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994, etc.),"esencial" (Sentencias de 26 de septiembre de 1994, 26 de enero de 1996, 6 de octubre de 1997, 11 de abril de 2003, etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (Sentencias de 25 de noviembre de 1983, 19 de abril de 1989, etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencias 22 de marzo de 1985, 24 de septiembre de 1986, etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (Sentencias de 23 de febrero de 1995, 10 de mayo de 2000, 25 de febrero, 11 de marzo y 15 de octubre de 2002, entre las más recientes), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (Sentencias 19 de noviembre de 1990, 21 de febrero de 1991, 15 de junio y 2 de octubre de 1995). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin.
SÉPTIMO.-Es verdad, entonces, que el incumplimiento resolutorio ha de ser grave o esencial, pero un prolongado retraso en la entrega por la vendedora podría perfectamente tener tal consideración y facultar a la resolución del contrato, aunque no siempre tenga valor suficiente a tal efecto. En todo caso, aunque el plazo o término no fuese esencial, el cumplimiento del momento en que la misma debe realizarse no puede quedar al arbitrio de la promotora o vendedora (lo que además prohíbe el art. 1256 CC). La contraprestación de entrega de la cosa objeto del contrato por parte del vendedor al comprador es una obligación fundamental en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de los artículos 1445 y 1461 del Código Civil, al constituir la causa (onerosa) de un vínculo convencional de dicha naturaleza (art. 1274) que justifica la prestación del consentimiento contractual. La percepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador a cambio del pago del precio, la razón de concertar un vinculo contractual de tal clase.
Las circunstancias del presente caso han sido bien sopesadas en la sentencia apelada. Nos remitimos a lo razonado al respecto en ella, resumida más arriba, en relación a la jurisprudencia expuesta. Señalar ahora tan solo que la vendedora no pudo cumplir dentro del tiempo inicialmente pactado en el contrato de 20/1/2009, 36 meses aproximadamente desde la obtención de la licencia de obra, habiendo precisado ampliar unilateralmente el vencimiento de la póliza de seguros garantizadora de las cantidades abonadas a cuenta del precio por la compradora con una primera prórroga hasta el 11/7/2009 y una segunda al 28/2/2010, que tampoco cumplió, no obstante la notificación de la seguradora de que esta fecha "será la definitiva a todos los efectos, particularmente los que se refieren a la obligación de Martinsa-Fadesa de aviso de entrega y puesta a disposición de la vivienda (...) dando un margen para cualquier causa extraordinaria o retraso administrativo ya que previsiblemente las obras estarán terminadas a finales de año". Aunque tomáramos esta última fecha, las actas notariales de manifestación, presencia y protocolización levantadas a instancia de la demandante de 5/2 y 18/3/2010 dan fe de la situación inconclusa, el vallado de obra, los acopios de materiales y la grúa. No es hasta bastantes meses después (noviembre de 2010) cuando la vendedora señaló su disponibilidad para la escrituración de la compraventa, aparte del intento fallido de mayo de 2009 por lo del incendio. ”: SAP La Coruña (Sección 4) 23.12.2011 (Sentencia 559/2011; Rollo 464/2011)

“TERCERO: Por lo que respecta a la viabilidad de la resolución contractual hemos de reseñar que, nos encontramos en el presente caso, ante el incumplimiento alegado de una obligación fundamental, cual es la entrega de la cosa por parte del vendedor al comprador en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de lo normado en los arts. 1445 y 1461 del CC, ya que constituye la causa de un vínculo convencional de dicha naturaleza (art. 1274 del referido texto legal), que justifica la prestación del consentimiento contractual. La recepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador, la razón de concertar un vínculo convencional de tal clase.
Tratándose pues de compraventa de una cosa futura con precio aplazado, que comienza a satisfacerse antes del cumplimiento de la prestación de entrega por el vendedor, la fijación del plazo en que la misma debe realizarse conforma la estipulación contractual básica, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la entidad demandada en su condición de promotora, constructora, vendedora.
Se alega por la entidad demandada que no concurre incumplimiento relevante que permita la resolución del contrato, ya que encontrándose próxima la fecha de entrega de la vivienda, y ante el pequeño retraso de las obras, amplió el plazo de cobertura del seguro, pero en ningún caso modificó la fecha de entrega pactada, produciéndose un incendio fortuito en la edificación en el mes de abril de 2009, una vez concluidas las obras, por causa a ella no imputable. Lo que le obligó a acometer los trabajos de reparación de los daños causados, que tras su realización, obtuvo la licencia de primera ocupación en fecha 16 de julio de 2010, remitiendo

burofax a la actora para hacer entrega de la vivienda objeto del contrato en el mes de noviembre de 2010, haciendo constar su disposición a otorgar la escritura pública de compraventa.
Como decíamos en nuestra reciente sentencia de 11 de julio de 2011, reproducida en la de 11 de noviembre de dicho año: "En efecto, la jurisprudencia, al interpretar el art. 1124 del CC, ha señalado que el incumplimiento que da lugar a la resolución "es el incumplimiento objetivo que provoca la frustración del contrato en el sentido de la no satisfacción del interés del acreedor, incumplimiento básico de la obligación en sí misma considerada, es decir, no realizar la conducta en qué consiste la prestación, es un incumplimiento propiamente dicho" (STS 1 de octubre de 2009).
Así, en otras muchas resoluciones, como las SSTS de 4 de octubre de 1983, 30 de marzo de 1992, 2 de julio de 1992, 8 de febrero de 1993, 24 de febrero de 1993, 8 de noviembre de 1997 y 22 de mayo de 2003, precisan que: "ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato".
Igualmente constituye jurisprudencia consolidada, en aras de respetar el principio de conservación del negocio, la que exige, aunque con ciertos matices, véase por ejemplo la STS de 12 de marzo de 2009, que el incumplimiento sea definitivo (STS de 12 de marzo de 2009), de manera tal que no resulte posible satisfacer el interés contractual lesionado, lo que ocurre en supuestos de inidoneidad final del objeto entregado o "aliud pro alio" (SSTS de 3 abril 1981, 16 de noviembre de 2000, 10 de julio de 2003, 9 de marzo y 4 de abril de 2005 entre otras muchas), por lo que no bastará el mero retraso (SSTS de 27 noviembre 1992, 18 noviembre 1993 y 7 marzo 1995) a no ser que se haya establecido un término como esencial que impida, por el retraso, destinar la cosa a su fin (SSTS de 14 diciembre 1983, 29 de enero de 1991, 10 de junio de 1996), lo que se ha extendido también a los casos en que, siendo aún posible el cumplimiento, existe una actitud deliberadamente rebelde y contraria al mismo (SSTS de 20 junio 1981 y 13 marzo 1986) o una prolongada inactividad o pasividad del deudor (SSTS de 10 marzo 1983, 4 de marzo de 1986, 5 de junio de 1989, 18 de marzo de 1991, 8 de noviembre de 1995, 25 de enero de 1996 y 30 de octubre de 2002), salvo que no sea "racionalmente exigible", una espera mayor por parte del acreedor (STS de 5 de noviembre de 1982) o que la prolongada dilación produzca una frustración de las legítimas expectativas de la parte que cumplió, sin que proceda la concesión de un nuevo plazo para el cumplimiento (STS de 29 de abril de 1991).
Como se razona en la STS de 4 de junio de 2007, citada por el Juzgado de lo Mercantil: "<<el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación (término esencial, supuestos del art. 1100, II 2º), como ya observaba la jurisprudencia de mitad del siglo pasado, cuando señalaba (SSTS de 5 de enero de 1935, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, etc.), como ha puesto de relieve la doctrina, que el mero retraso "no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución".
Pues bien, en este caso, nos hallamos ante el incumplimiento alegado de una obligación fundamental, cual es la entrega de la cosa por parte del vendedor al comprador en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de lo normado en los arts. 1445 y 1461 del CC, ya que constituye la causa de un vínculo convencional de dicha naturaleza (art. 1274 del referido texto legal), que justifica la prestación del consentimiento contractual. La percepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador, la razón de concertar un vinculo convencional de tal clase.
En el presente al hallarnos ante la venta de una cosa futura con precio aplazado, que comienza a satisfacerse antes del cumplimiento de la prestación de entrega por el vendedor, la fijación del plazo en que la misma debe realizarse conforma una estipulación contractual básica, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la entidad demandada, en su condición de promotora, constructora, vendedora.
Es por ello, que se reflejó en el contrato suscrito una estipulación contractual novena, en la que se hacía constar que la terminación y entrega de la vivienda se haría aproximadamente treinta y seis meses después de la fecha de obtención de la licencia de edificación, que en el caso sería el 20 de enero de 2009. La utilización del término "aproximadamente", implica que las partes no elevaron la observancia de dicho término a condición esencial del contrato, que, además, de haber sido así, suele acompañarse de la adición de una cláusula resolutoria expresa, que convierte en fundamental un pacto de tal naturaleza.
Ahora bien, de ello no puede concluirse, racionalmente, que la obligación de entrega quede al arbitrio de la parte demandada (lo que además prohibe el art. 1256 del CC), de manera tal que pueda hacer honor a tal compromiso convencional sin limitación temporal de clase alguna; pues la fijación de un plazo de tiempo ("diciembre de 2008"), junto con el adverbio "aproximadamente", cuyo significado es cercano, que dista poco en el tiempo o en el espacio, de corta diferencia, no se concilia con una dilación excesiva en el cumplimiento del mismo.
O dicho de otra forma, la obligación de entrega no era esencial, en el plazo pactado; pero tampoco permite, como con acierto razona la sentencia apelada, "atribuir a la vendedora la facultad de decidir el momento en que, ya sea según su conveniencia o ya sea según sus posibilidades de financiación de la obra, habrá de realizar la entrega", pues ello sería -decimos nosotros- romper el equilibrio de las prestaciones, frustrar las expectativas contractuales de la actora y dejar el contrato al proscrito arbitrio de la parte vendedora recurrente.
Es verdad que un simple atraso, la mera mora del vendedor, no alcanza relevancia resolutoria, salvo que sea de tan intensidad, dentro de la economía del contrato, que a la entidad demandante no se le pueda exigir, a través de un comportamiento civiliter, soportarlo. Y ello resulta así del análisis del contrato suscrito".
Pues bien, en este caso, la vivienda debería entregarse en el mes de enero de 2009 y la eventual entrega por la demandada no se realizaría sino hasta noviembre de 2010, es decir 22 meses después de lo contractualmente previsto.”: SAP La Coruña (Sección 4) 25.01.2012 (Sentencia 26/2012; Rollo 463/2011)

“QUINTO.-La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil).
La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, con sus consecuencias en orden permitir o no a partir de entonces la resolución del contrato por incumplimiento (arts. 61 y 62 Ley Concursal).
El incumplimiento resolutorio ha de ser grave o esencial y el retraso no tiene en principio tal efecto. Destacamos la siguiente jurisprudencia al respecto:
En cuanto a los requisitos generales de la resolución contractual señala la STS de 13/5/2004 los siguientes: "1º- La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la concertaron (Sentencias de 10 de diciembre de 1947 y 9 de diciembre de 1948). 2º- La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo (Sentencias de 28 de septiembre de 1965 y 30 de marzo de 1976) así como su exigibilidad (Sentencias de 6 de julio de 1952 y 1 de febrero de 1966). 3º- Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían (Sentencias de 9 de diciembre de 1960 y 18 de noviembre de 1970), estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia (Sentencias de 17 de diciembre de 1976 y 17 de febrero de 1977). 4º- Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste que, de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine, actuación que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante (Sentencia de 5 de mayo de 1970). 5º- Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían (Sentencias de 6 de julio y 29 de marzo de 1977); salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro pues la conducta de éste, es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso (Sentencias de 10 de febrero y 11 de abril de 1925 y 24 de octubre de 1959) (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1986). Igual sentido muestran las Sentencias de 24 de mayo de 1991, 16 de abril de 1991 y 29 de febrero de 1988 ".
Lo exigible es "no precisamente una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y 18 de marzo de 1991), sino la concurrencia de situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991), por lo que basta que se dé una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (SSTS de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991 y 17 de mayo y 2 de julio de 1994)" (STS de 10/6/2004).
La jurisprudencia "actualizada y reiterada (sentencias de 21-5-1986, 29-2-1988, 21-10-1989, 13-3-1990, 21-2-1991, 20-11-1991 y 2-6-1992, entre otras), exige, entre los requisitos que determinan la eficacia de las condiciones y presupuestos resolutorios de las obligaciones recíprocas, previstos en el precepto civil 1124, en su relación con el 1504, que básica y fundamentalmente no se de por quien ejercita acción resolutoria, situación de incumplimiento previo y por tanto provocador de la actitud de defensa de sus intereses, que motiva a adoptar a la contraparte adquirente, así como que ésta acceda a la condición de exclusiva incumplidora por su libre y decidida voluntad, que no es preciso esté representada por una actitud dolosa o actitud deliberadamente rebelde, como resulta expresión superada, sino que lo decisivo es que se produzca frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria" (STS de 04/07/1994 y 10/6/2010). De manera similar la sentencia de 26/11/2001.
Más recientemente, se ha acudido a los principios del Derecho europeo de contratos para hablar de un "incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986, 27 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 10 de julio de 2003), de manera que "de a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte" (artículo. 8:103, c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar el artículo 1124 Código civil en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada (...) de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo" (STS de 10/10/2005).
La jurisprudencia "ha venido considerando que el mero retraso en el pago no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Para que el retraso pueda considerarse como supuesto de incumplimiento se requiere que con él se frustre el fin del contrato, como se afirma en las sentencias de 9 marzo y 26 junio 1990, entre otras" (STS de 25/6/2009).
"De este modo resulta necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato. (...) Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil. Y a tal efecto es buena la referencia al Art. 8 :103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. En el recurso nos

encontramos ante la segunda de las causas, puesto que, de acuerdo con la prueba realizada, debe concluirse que el incumplimiento del plazo establecido no priva sustancialmente a la parte perjudicada de obtener lo pactado" (STS de 17/12/2008).
O como se razona en la STS de 4/6/2007, citada en la del Juzgado de lo Mercantil: "el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación (término esencial, supuestos del art. 1100, II 2º), como ya observaba la jurisprudencia de mitad del siglo pasado, cuando señalaba (Sentencias de 5 de enero de 1935, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, etc.), como ha puesto de relieve la doctrina, que el mero retraso "no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución". Esta posición se ha mantenido posteriormente, en Sentencias como las de 5 de julio de 1971, 9 de junio de 1986, 18 de mayo de 1988, 22 de mayo de 1991, 18 de noviembre de 1993 y se sostiene aún (Sentencia de 20 de septiembre de 2000, etc.). La situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala el artículo 1100 CC, con las consecuencias que indican preceptos como los artículos 1101, 1096, 1182, etc., del Código civil, pero no necesariamente a la resolución, cuyo carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, ha sido puesto de relieve por Sentencias como las de 8 de julio de 1954, 25 de noviembre de 1983, 22 de marzo de 1993 o 18 de noviembre de 1994. De ahí que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además haya cumplido quien promueve la resolución, las obligaciones que le correspondieran de una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un "interés jurídicamente atendible" (...). Y, por otra parte, que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como "verdadero y propio" (Sentencias 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995, entre muchas otras), "grave" (Sentencias de 23 de enero y 10 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994, etc.),"esencial" (Sentencias de 26 de septiembre de 1994, 26 de enero de 1996, 6 de octubre de 1997, 11 de abril de 2003, etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (Sentencias de 25 de noviembre de 1983, 19 de abril de 1989, etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencias 22 de marzo de 1985, 24 de septiembre de 1986, etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (Sentencias de 23 de febrero de 1995, 10 de mayo de 2000, 25 de febrero, 11 de marzo y 15 de octubre de 2002, entre las más recientes), que a veces se expresa con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico (Sentencias 19 de noviembre de 1990, 21 de febrero de 1991, 15 de junio y 2 de octubre de 1995). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin".
Añadir sobre el ejercicio de la acción resolutoria, conforme razona la STS de 17/7/2009 : "La resolución se produce por el requerimiento y se habrá de acudir a la vía judicial cuando el incumplidor lo desatiende y no se allana al mismo (sentencia de 7 de noviembre de 1996). Por tanto, si las partes no están conformes con la resolución, esencialmente si la parte compradora se opone a ella, será preciso acudir al proceso y la sentencia no constituye la resolución, sino declara la ya operada (sentencia de 29 de abril de 1998), con efecto retroactivo (sentencia de 15 de julio de 2003)". Aparte de que "la resolución debe ser pedida en el proceso, en la demanda o en la reconvención; no es una simple excepción que, como la nulidad, enerva la acción de cumplimiento que ejercita la parte actora".
SEXTO.-En el presente caso, la fecha de entrega prevista en el contrato era aproximada u orientativa de unos 24 meses desde la obtención de la licencia municipal de edificación, efectivamente obtenida (9/2/2006), por lo que se situaría a partir de mediados de febrero de 2008, habiendo la demandante ejercitado la facultad resolutoria por incumplimiento el 22/5/2008, antes de la declaración del concurso (24/7/2008), seguido de la presentación de su demanda incidental (30/9/2008) al no haber sido aceptado por la vendedora, mientras que la Vista del proceso tuvo lugar el 19/1/2009.
Pero no lo es menos que las viviendas estaban terminadas con bastante anterioridad al tiempo previsto para la entrega y más aún respecto de la fecha de declaración del concurso, según certificado final de obra de 16/10/2007, lo mismo que la solicitud de LPO (5/12/2007), y llegado finalmente la concursada con el Ayuntamiento el 9/2/2009 a un convenio de concesión de las licencias por considerar la Administración que lo efectivamente ejecutado era conforme a la licencia inicial y a la legislación urbanística, así como que la urbanización de tales parcelas reunía las condiciones adecuadas, poniéndose fin a la disputa existente sobre unos concretos aspectos de la urbanización del sector (la promotora era al tiempo agente urbanizador), figurando en el convenio la aceptación o recepción de las obras de urbanización referidas a aquellas ya ejecutadas, dotadas de autonomía y funcionamiento independiente.
Que en la sentencia apelada se haya valorado el momento del requerimiento extraprocesal resolutorio de la parte compradora imputando a la vendedora incumplimiento de la obligación de entrega en relación a la fecha de entrega prevista, no es desacertado en atención a la doctrina explicada más arriba. También habría poca diferencia respecto de la declaración del concurso y sus efectos legales en la materia. Y en lo demás se trataría de una demora de trascendencia no resolutoria a la vista de las circunstancias del caso, la terminación de las viviendas, el plazo aproximado u orientativo de entrega pactado, su carácter no esencial, el motivo del retraso y los esfuerzos desplegados más la solución alcanzada en el referido convenio.
En consecuencia, tampoco puede aceptarse la alegada indefensión ni incongruencia.
Por ello, lo mismo que para el juzgador de instancia, resulta seriamente dudoso para el Tribunal de apelación concluir que la demora en la obtención de la LPO y entrega tenga la gravedad suficiente para constituir un

incumplimiento definitivo que haya frustrado el fin del contrato y las legítimas expectativas de las partes, de manera que la demandante fuera a resultar privada o no haya podido confiar en la entrega contratada, por lo que no debe dar lugar a la resolución de las compraventas.
En cuanto al aval decir que la Ley 57/1968 sobre cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, así como la Ley 38/1999 de ordenación de la edificación, ciertamente obligaban al promotor a constituir un seguro o un aval solidario de entidad crediticia en garantía de la devolución al comprador de las cantidades que haya anticipado a cuenta del precio total para la construcción de la vivienda en proyecto o en construcción, cuando la misma no llegue a iniciarse o a concluirse en los plazos establecidos en el contrato, en cuyo caso éste o el cesionario puede instar la resolución del contrato de compraventa con restitución de las cantidades entregadas y los intereses correspondientes, sin perjuicio, en su caso, de la indemnización de daños y perjuicios que procedan o de otras acciones o acuerdos. Pero no lo es menos, en primer lugar, que tal consecuencia no se da en supuestos de incumplimiento consistente en un retraso de entidad insuficiente para resolver el contrato (ejem: STS de 15/11/1999); en segundo lugar, que la falta de esta garantía accesoria podrá tener otras consecuencias y hasta sanciones administrativas, pero no la resolución del contrato principal de compraventa (ejem: STS de 14 marzo de 2008 y SAP 4ª A Coruña de 23/7/2010, entre otras); y en tercer lugar, como destacó la sentencia apelada, carece ya de objeto cuando la vivienda está concluida, que es lo que se trata de garantizar (SAP 9ª Valencia de 14/3/2011, entre otras). En el mismo sentido la SAP 4ª A Coruña de 26/7/2011.": ":SAP La Coruña (Sección 4) 30.03.2012 (Sentencia 146/2012; Rollo 376/2011)

AP Murcia

"Por otro lado, el éxito de la acción planteada en esta «litis» concretada en la resolución contractual por pretendido incumplimiento de COPINSA, bien sea anterior o posterior a la declaración de concurso, es decir, la viabilidad en general del incumplimiento de contratos con obligaciones recíprocas, exige necesariamente lo que la jurisprudencia califica como verdadero o propio incumplimiento. Así el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1316), que se hace eco de las pronunciadas el 23 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3920), el 28 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1409) y 29 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1310), proclama que el artículo 1124 del CC debe interpretarse restrictivamente, exigiendo ese comentado verdadero y propio incumplimiento, que se corresponde con un incumplimiento grave, es decir, con la concurrencia de una voluntad del infractor obstativa al cumplimiento y que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial y decisiva. No basta, por tanto con cualquier incumplimiento, sino que se requiere un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir, o bien un cumplimiento defectuoso que en todo caso, como dice la primera sentencia citada frustre el fin contractual. ": S AP Murcia 3.03.2006 (AC 2006\490)

"Por otro lado, el éxito de la acción planteada en esta «litis» concretada en la resolución contractual por pretendido incumplimiento de Copinsa, bien sea anterior o posterior a la declaración de concurso, es decir, la viabilidad en general del incumplimiento de contratos con obligaciones recíprocas, exige necesariamente lo que la jurisprudencia califica como verdadero o propio incumplimiento. Así el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de febrero de 2004 (RJ 2004\ 1316), que se hace eco de las pronunciadas el 23 de mayo de 2000 (RJ 2000\ 3920), el 28 de febrero de 1989 (RJ 1989\ 1409) y 29 de febrero de 1988 (RJ 1988\ 1310), proclama que el artículo 1124 del Código Civil debe interpretarse restrictivamente, exigiendo ese comentado verdadero y propio incumplimiento, que se corresponde con un incumplimiento grave, es decir, con la concurrencia de una voluntad del infractor obstativa al cumplimiento y que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial y decisiva. No basta, por tanto con cualquier incumplimiento, sino que se requiere un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir, o bien un cumplimiento defectuoso que en todo caso, como dice la primera sentencia citada frustre el fin contractual: ":Sentencia AP Murcia 10.03.2006 (JUR 2006/141102)

AP Valencia

"PRIMERO.-El Juzgado de lo mercantil 1 de Valencia dictó sentencia, con fecha 4 de Diciembre de 2009, en incidente concursal planteado por TRIMUCA SL contra PROMOCIONES NOU TEMPLE SLU para resolución de compraventa efectuada a la demandada mediante sendos contratos privados de 28-4-05 de dos viviendas en la Promoción denominada Residencial Buenavista, en Ribarroja del Turia, en que no se dio lugar a la resolución, en interés del concurso, considerando que no hay voluntad obstativa, ni rebelde, sino complicaciones derivadas de la situación concursal, que se ha finalizado la obra, y que no concurren presupuestos de resolución contractual, porque sólo hay un retraso, no imputable a la concursada, sino al agente urbanizador, y pese a que se admite que no se ha cumplido regularmente, la actora ha tardado bastante tiempo en reclamar, mostrando cierta aquiescencia, lo que lleva a la desestimación de la demanda, si bien sin imposición de las costas derivadas del incidente.
Frente a dicha resolución recurrió la demandante en apelación, argumentando en esencia, en primer lugar, que la razón de la resolución pretendida es la falta de entrega de las viviendas en el plazo contractualmente establecido, y que la cláusula de resolución fija un término objetivo, transcurrido el cual podrá instarse aquella, sin que el retraso en plantear la demanda suponga una aceptación tácita. En segundo lugar, argumenta que puede ejercitarse, en forma subsidiaria, la resolución del contrato por incumplimiento del plazo, con fundamento en el artículo 1124 CC, ya que las viviendas no han sido entregadas ni pueden serlo, porque no disponen de licencia, y, por tanto, no cabe habitabilidad ni su debido uso, sin que la demora, ya excesiva, pueda considerarse razonable, por lo que, concluye que no cabe cumplimiento cuando, por su extemporaneidad, el cumplimiento ya no es eficaz para satisfacer el fin previsto. Interesa, además, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, que la restitución de las sumas percibidas ha de producirse con cargo

a la masa, solicitando, en consecuencia, se dicte resolución que acoja lo interesado por dicha parte. A dicho recurso se opusieron la representación de la mercantil concursada y la administración concursal, solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.
SEGUNDO.-La Sala ACEPTA la fundamentación jurídica de la resolución recurrida.
Insta la parte demandante la resolución del contrato de compraventa de las dos viviendas a que se ha hecho referencia en el ordinal anterior, al amparo del artículo 62,1 LC, partiendo del hecho objetivo, no cuestionado, de la falta de entrega de las mismas en el plazo contractualmente establecido, que, entiende la demandante recurrente que, por una parte, constituye un término a partir del cual puede instarse la resolución contractual, y que, además, por aplicación de la norma genérica del artículo 1124 CC, el contrato resultaría igualmente susceptible de resolución, por cuanto el retraso excesivo ha frustrado la finalidad contractual, y por ello ya no cabría, propiamente, su cumplimiento.
En el supuesto presente, la parte actora alega, por tanto, en primer lugar, la eficacia y plena efectividad de la cláusula resolutoria expresa contenida en la estipulación décima de dichos contratos, que establece, concretamente, que "La parte compradora podrá instar la resolución del presente contrato, en el caso de que el objeto de la compraventa no se pusiese a disposición del comprador con simultáneo ofrecimiento a otorgar la escritura pública de compraventa, dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento del plazo previsto, a tal efecto, en la estipulación séptima siempre que el retraso se produjera por causas no imputables al comprador o por fuerza mayor", lo que deberá ponerse en relación con la norma invocada, en concreto, el artículo 62,1 en relación con el 61,2 de la LC, en cuanto se insta la resolución contractual por incumplimiento hallándose la vendedora en situación concursal, lo que comporta, evidentemente, cierta "alteración" de los principios generales de aplicación en la materia, que deberán conjugarse con la norma imperativa del articulo 62,3 LC, en su caso, en cuanto afirma que "Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato..." valoración que, indudablemente exige un examen casuístico y pormenorizado de las circunstancias que en cada supuesto concurren.
TERCERO.-Tal y como resulta del contrato, partiendo de la fecha que la demandada expresa como de inicio de las obras, es decir, Octubre de 2005, estas debieron concluir con la entrega de la vivienda 24 meses después -cláusula séptima del contrato-lo que nos sitúa en Octubre de 2007, facultando la cláusula décima aludida el ejercicio de la acción resolutoria, si no se entrega la vivienda "dentro de los cuatro meses siguientes", por lo que sólo a partir de 21 de Febrero de 2008 podría haberse instado la resolución con fundamento en dichas estipulaciones, lo que no se hizo sino hasta Mayo de 2009 -por comunicación extrajudicial, documento obrante a folio 49-, presentando seguidamente la demanda que es origen de las presentes actuaciones. Por tanto, no se trata de indicar si la aceptación de una demora relevante, desde que pudo ejercitarse la acción, y no se hizo, hasta la presentación de la demanda, implica una aceptación tácita, puesto que no lo es, ni se deduce del tenor del contrato o de la aplicación de las normas genéricas en la materia. Ahora bien, sí indica que el plazo de entrega no era, en este caso, algo esencial, pues la adquisición de dos viviendas de una promoción por parte de una mercantil -la actora-a otra -la concursadanos sitúa en la esfera de las relaciones comerciales y negociales, y no en el de estricta protección del consumidor final, que sí ve, en general, gravemente alteradas sus previsiones por la falta de exacto y ajustado cumplimiento de los plazos previstos de entrega de las viviendas, perspectiva que indudablemente, no ha de ser ajena a la valoración que, a los efectos de la resolución contractual pretendida, haya de efectuarse en este caso.
Cierto es que, como afirma la sentencia, y resulta de una simple mención, ya efectuada, de las fechas de entrega de las viviendas y de las de requerimiento y presentación de la demanda, la parte demandada no ha cumplido con su obligación de entrega, pero no lo es menos que consta en las actuaciones la certificación final de las obras, y que, por su parte, se ha instado la actuación administrativa pertinente para la recepción de las mismas y la concesión de las licencias correspondientes, como asimismo queda adverado por la documental aportada tanto por la administración concursal como por la propia concursada, situación de la que se informó, al tiempo de instar la resolución extrajudicialmente, a la propia demandante. Por otra parte, la documental aportada a las actuaciones -nota simple del Registro mercantil-permite constatar que la actividad propia de la actora es la de promoción inmobiliaria, por lo que la frustración contractual que, en supuestos de adquisición para ocupación de una vivienda aparece clara si la demora es relevante, no resulta tampoco acreditada en la situación analizada, puesto que la actora se ha limitado a expresar la consecuencia, es decir, la frustración de la finalidad del contrato, pero no la razón de aquella, es decir, por qué razón se demora un tiempo relevante el planteamiento de la demanda (aunque ello no comporte renuncia alguna, en principio, a la facultad resolutoria del contrato) y, en un momento posterior, se considera que el fin del mismo contrato se ha frustrado, sin explicación adicional alguna. Lo cierto es que la demandada en concurso, en sentido estricto, finalizó la obra de las viviendas mucho tiempo atrás, y han sido complicaciones derivadas de la intervención del agente urbanizador -de ello deja constancia la resolución administrativa y la sentencia del propio juzgado, que también se han aportado-las que han impedido que el Ayuntamiento emitiera las correspondientes licencias de ocupación, por lo que el incumplimiento que se achaca a la demandada y que determina la acción resolutoria no le es directamente imputable, y sin perjuicio de que aquellas puedan ser repercutibles a terceros, y, en consecuencia, tal y como el Juzgado valoró en su momento, procede, con desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia recurrida.": SAP Valencia (Sección 9) 06.07.2010 (Sentencia 200/2010; Rollo 389/2010)

"PRIMERO ElJuzgado de lo mercantil 1 de Valencia dictó sentencia, de 12 de junio de 2009 desestimatoria de la demanda incidental promovida por la representación de DONJose Ramón contra PROMOCIONES NOU TEMPLE SLU para la resolución de la compraventa de vivienda en la Promoción denominada HIEDRA FASE 1 en término municipal de Chiva (Valencia). El magistrado "a quo" no da lugar a la resolución, en interés del concurso, considerando que no hay voluntad obstativa, ni rebelde, sino complicaciones derivadas de la

situación concursal, no concurriendo los presupuestos de resolución contractual, lo que motiva la desestimación de la demanda, si bien sin imposición de las costas derivadas del incidente a ninguna de las partes que intervienen en el mismo.
(…)
TERCERO Hechas las anteriores consideraciones, procede que la Sala se pronuncie concretamente sobre los motivos de apelación deducidos por el recurrente, y a tal efecto: (...)
2.- No podemos acoger el argumento expresado por la representación del Sr.Jose Ramón en orden a que la Sentencia apelada infringe la normativa pro-consumidor y más especialmente laLey 57/1968 de 27 de julio, que califica de ley especial y preferente a losartículos 1101 y 1008 del C. Civil y a la propia Ley Concursal por razón de que los derechos que en ella se contemplan son irrenunciables. Sin discutir el carácter tuitivo de la normativa invocada y su especialidad, no puede prosperar la alegación realizada por el apelante en orden a que se contempla en ella un mecanismo de resolución automático que no vendría a quedar afectado por la normativa concursal, pues, como se ha señalado precedentemente, la Ley Concursal es asimismo Ley especial que consagra, en interés del concurso, el sacrificio de los intereses particulares derivados de las relaciones sinalagmáticas, al recoger en losartículos 61 y 62 la limitación a la facultad de resolución de los contratos.”: SAP Valencia (Sección 9) 06.10.2010 (JUR 2011/43411; Sentencia 274/2010; Rollo 395/2010)

“A tenor de tal resultancia cierto es que la fecha de entrega inmobiliaria acordada es anterior a ser declarada en concurso la demandada y por ende no resultaría de aplicación el artículo 62.1 de la Ley concursal, pero también lo es que las viviendas estaban terminadas antes de fijarse el plazo de entrega y que la licencia de ocupación estaba concedida seis días después de expirar tal plazo y que la promotora instó a escriturar públicamente dichas ventas. En esa tesitura debiendo estar a la conocida doctrina jurisprudencial sobre la resolución de los contratos bilaterales y sinalagmáticos con obligaciones recíprocas (art.1124 código civil), tal como es el de compraventa, es absolutamente desproporcionado al caso acordar la resolución del contrato, pues el mismo aún estando previsto un pacto en tal sentido a favor de la parte compradora, debe ser siempre con la premisa de que el incumplimiento de contrario sea esencial y de tal entidad que provoque la frustración del contrato y no puede en el actual supuesto ignificar ese efecto, por el escaso tiempo trascurrido desde el fin del plazo para su entrega y el que la promotora anuncia el otorgamiento de escritura pública en que se iba a consumar tal prestación que ya no es aceptada por los compradores.
Por consiguiente si bien el contrato no es de tracto sucesivo sino único, pues no existe prestaciones periódicas y permanentes entre las partes sino la entrega de un bien a cambio de precio, y por tanto no es de aplicación el artículo 62.1 final de la Ley Concursal e igualmente puede prescindirse del artículo 62.3 de la Ley Concursal, pues la resolución por los compradores se efectúa antes de ser declarada en concurso la promotora, no puede declararse tal efecto resolutivo al faltar la premisa para su acogimiento cual es la frustración del negocio dada la simple, mera y escasa demora para la elevación a pública de la compraventa y por ende si bien por distinta razón que la fijada en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil procede mantener el fallo de la sentencia recurrida. “:SAP Valencia (Sección 9) 24.11.2010 (Sentencia 353/2010; Rollo 619/2010)

“A tenor de tal resultancia cierto es que la fecha de entrega inmobiliaria acordada es anterior a ser declarada en concurso la demandada al igual que la declaración resolutiva por el comprador, por ende no resultaría de aplicación elartículo 62.1 de la Ley concursal, pero también lo es que las viviendas estaban terminadas antes de fijarse el plazo de entrega, asi anunciado al actor a quien se le ofrece ponerse en contacto para fijar día de otorgamiento público y no contesta a tal misiva, sino que espera al día 3 de octubre(pasado el fijado contractualmente para cumplimiento) para instar la resolución del contrato; además, la licencia de ocupación estaba concedida seis días después de expirar tal plazo. Con la documental aportada se acredita que a fecha de la misiva de 25-9-2009 la construcción está terminada y en posibilidad de fijar ya su otorgamiento en documento público, extremo claramente no querido por el comprador. En esa tesitura debiendo estar a la doctrina jurisprudencial sobre la resolución de los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas, tal como es el de compraventa inmobiliaria, es absolutamente desproporcionado acordar la resolución del contrato, pues el mismo aun estando previsto un pacto a favor de la parte compradora, debe ser siempre con la premisa de que el incumplimiento de contrario provoque la frustración del contrato y al caso no puede significar ese efecto, pues el ofrecimiento por la promotora para escriturar se produce antes del fin de tal plazo al que hace caso omiso el actor, por lo que inexiste incumplimiento de la parte vendedora y por ende la acción resolutiva ha de ser rechazada.
Por consiguiente, si bien el contrato no es de tracto sucesivo sino único, pues no existe prestaciones periódicas y permanentes entre las partes sino la entrega de un bien a cambio de precio, y por tanto no es de aplicación elartículo 62.1 final de la Ley Concursal e igualmente puede prescindirse delartículo 62.3 de la Ley Concursal, pues la resolución del comprador se efectúa antes de ser declarada en concurso la promotora, no puede declararse tal efecto resolutivo al faltar la premisa para su acogimiento cual es el incumplimiento grave y esencial de la demandada que frustre el negocio y por ende si bien por distinta razón que la fijada en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil procede mantener el fallo de la sentencia recurrida.”: SAP Valencia (Sección 9) 09.12.2010 (JUR 2011/107708; Sentencia 378/2010; Rollo 583/2010)

“SEGUNDO.-Habiendo sido alegado el error en la valoración de la prueba, conviene señalar que tiene declarado laAudiencia Provincial de Alicante en sentencia de 25 de enero de dos mil dos que: "la valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza -principio dispositivo y de rogación-, pero en forma alguna tratar de imponerla a los Juzgadores. Cabe añadir que el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar la legalidad en la producción de las pruebas, la

observancia de los principios rectores de su carga, y si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez "a quo" de forma arbitraria o si, por el contrario, la apreciación conjunta del mismo es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso."
Siendo así, este Tribunal, en uso de la función revisora que le atribuye la apelación en elartículo 456.1 de la LEC 1/2000 ha procedido a examinar de nuevo las alegaciones oportunamente deducidas por las partes en relación con la actividad probatoria desplegada en la instancia, y de tal examen revisor llegamos a la conclusión de que procede la íntegra confirmación de lasentencia de fecha 3 de septiembre de 2010 por sus propios fundamentos y por las razones que seguidamente quedarán expuestas en cumplimiento de lo establecido en losartículos 218 y 465.5 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.
1.- No se ha discutido en el proceso la existencia de una relación contractual entre los demandantes y la entidad concursada (contratos de compraventa de vivienda unifamiliar en la promoción de 39 viviendas en la Alcudia de Crespins) en virtud de la cual los demandantes procedían a la adquisición de una vivienda unifamiliar respecto de la cual procedieron a efectuar la entrega de las cantidades a cuenta que resultan de las respectivas demandas. El plazo previsto para la entrega era el primer trimestre de 2008 (estipulación sexta) y las partes habían pactado expresamente que la compradora podría notificar a la vendedora su voluntad de que el otorgamiento de la escritura pública se verificase ante cualquier notario de la población donde radica la finca objeto del contrato en caso de no estar conforme con el designado por la vendedora al indicar la fecha del otorgamiento. Y se establecía una penalización para el caso de retraso en la entrega de llaves, a razón de 6 euros por día de retraso, sin perjuicio de la facultad de resolver el contrato conforme alartículo 1124 del C. Civil en caso de incumplimiento sustancial, entendiéndose por tal a los efectos del contrato "el retraso superior a cuatro meses por causas imputables a la vendedora, así como aquellos defectos de ejecución de obra que resulten graves e insubsanables".
2.- En fecha 27 de febrero de 2008 la entidad HABITAT LLANERA comunicó a los compradores que se iba a demorar en la entrega prevista para el primer trimestre de 2008, indicando que la fecha de escrituración se situaría a finales del segundo trimestre (folio 970)
3.- De lo actuado en el procedimiento se desprende que el certificado final de obra fue emitido el día 27 de marzo de 2008 (documento al folio 220) y seguidamente se solicitó la licencia de primera ocupación, que fue inicialmente denegada por no haber sido acabadas las obras de urbanización aprobadas por el Ayuntamiento (documento al folio 222 de fecha 10 de junio de 2008) y concedida por el Ayuntamiento de IŽAlcudia de Crespins en fecha 17 de julio de 2008 (folio 191 de las actuaciones).
4.- Los demandantes fueron convocados al otorgamiento de escritura pública en un primer momento para el día 30 de junio de 2008 (folio 385) ante lo cual los actores procedieron a requerir diversa documentación y a discrepar respecto de la notaria designada, fijando al efecto otra en la ciudad de Barcelona.
5.- En fecha 18 de julio de 2008 se procedió a convocar a los adquirentes para el día 31 del mismo año, a cuyo efecto indicaron la notaría en que se procedería al otorgamiento de escritura y entrega de llaves, poniendo a disposición de los actores la documentación que se relaciona en la carta remitida (que ha sido aportada al proceso por cada uno de los demandantes). En lo que a la facultad de designación de notario por el comprador se refiere se indicaba que se había de estar a lo pactado y a lo dispuesto en la normativa notarial en orden a la existencia de conexión razonable con los elementos reales del negocio. Según resulta de las copias de las actas notariales aportadas a las actuaciones, los demandantes no acudieron en la fecha indicada (documento al folio 259) habiendo manifestado el Sr.Jesús Luis su decisión de no acudir (folio 400) por entender que había sido incumplido el plazo de entrega, oponiéndose la demandada a la resolución.
6.- Los demás actores comunicaron su voluntad de resolver el contrato con posterioridad a la fecha fijada para el otorgamiento de la escritura pública, así D.Jose Ángel lo hizo en fecha 1 de agosto, y la entidad FRANCESCOLI AFFAIRES SL en fecha 1 de octubre de 2008 (folio 986)..
7.- Resulta asimismo de lo actuado que los demandantes adquirieron las viviendas en el marco de una actividad de inversión y a través de la sociedad INVERSIONES Y RENTABILIDAD DEL VALLE SL.
Del relato fáctico precedente resulta la inexistencia de error de valoración de prueba y de normativa que imputan los recurrentes a lasentencia apelada. El fin del primer trimestre de 2008 no se sitúa el 15 de marzo de 2008 (como entendieron los actores en sus comunicaciones con la demandada) sino el día 31 de marzo, fecha en la que ya se había expedido el certificado final de obra y se hallaba pendiente la obtención de la licencia de primera ocupación. El plazo de cuatro meses fijado contractualmente como límite para apreciar la existencia de incumplimiento sustancial vencía el día 31 de julio de 2008, que es precisamente aquel en que habían sido convocados por segunda vez los demandantes al otorgamiento de la escritura pública, y ya se había obtenido la licencia de primera ocupación.
Compartimos por ello las conclusiones expuestas en la sentencia apelada en orden a que los actores habían perdido el interés en el cumplimiento del contrato, intentando forzar una resolución para la que no concurrían los presupuestos legales conforme alartículo 1124 del C. Civil.
Abunda en la conclusión anterior, el criterio que ya sostuvoeste Tribunal en Sentencia de 6 de julio de 2010 (Pte. Sra. Rosa Mª Andrés Cuenca) en referencia a un supuesto en el que se hallaba terminada la obra y el retraso en la entrega se había visto afectada por la pendencia de las obras de urbanización, y en el que la entonces demandante (como en el caso de la entidad FRANCESCOLI AFFAIRES SL) se dedicaba a la promoción inmobiliaria, habiendo procedido a la adquisición de las viviendas con ánimo inversor. Decíamos:
"En el supuesto presente, la parte actora alega, por tanto, en primer lugar, la eficacia y plena efectividad de la cláusula resolutoria expresa contenida en la estipulación décima de dichos contratos, que establece, concretamente, que "La parte compradora podrá instar la resolución del presente contrato, en el caso de que el objeto de la compraventa no se pusiese a disposición del comprador con simultáneo ofrecimiento a otorgar la escritura pública de compraventa, dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento del plazo previsto, a tal efecto, en la estipulación séptima siempre que el retraso se produjera por causas no imputables al comprador o por fuerza mayor", lo que deberá ponerse en relación con la norma invocada, en concreto, el artículo 62,1 en

relación con el 61,2de la LC, en cuanto se insta la resolución contractual por incumplimiento hallándose la vendedora en situación concursal, lo que comporta, evidentemente, cierta "alteración" de los principios generales de aplicación en la materia, que deberán conjugarse con la norma imperativa del articulo 62,3 LC, en su caso, en cuanto afirma que "Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato..." valoración que, indudablemente exige un examen casuístico y pormenorizado de las circunstancias que en cada supuesto concurren."
Y añadíamos:
"el plazo de entrega no era, en este caso, algo esencial, pues la adquisición de dos viviendas de una promoción por parte de una mercantil -la actora- a otra -la concursada- nos sitúa en la esfera de las relaciones comerciales y negociales, y no en el de estricta protección del consumidor final, que sí ve, en general, gravemente alteradas sus previsiones por la falta de exacto y ajustado cumplimiento de los plazos previstos de entrega de las viviendas, perspectiva que, indudablemente, no ha de ser ajena a la valoración que, a los efectos de la resolución contractual pretendida, haya de efectuarse en este caso.
Cierto es que, como afirma la sentencia, y resulta de una simple mención, ya efectuada, de las fechas de entrega de las viviendas y de las de requerimiento y presentación de la demanda, la parte demandada no ha cumplido con su obligación de entrega, pero no lo es menos que consta en las actuaciones la certificación final de las obras, y que, por su parte, se ha instado la actuación administrativa pertinente para la recepción de las mismas y la concesión de las licencias correspondientes, como asimismo queda adverado por la documental aportada tanto por la administración concursal como por la propia concursada, situación de la que se informó, al tiempo de instar la resolución extrajudicialmente, a la propia demandante. Por otra parte, la documental aportada a las actuaciones -nota simple del Registro mercantil- permite constatar que la actividad propia de la actora es la de promoción inmobiliaria, por lo que la frustración contractual que, en supuestos de adquisición para ocupación de una vivienda aparece clara si la demora es relevante, no resulta tampoco acreditada en la situación analizada, puesto que la actora se ha limitado a expresar la consecuencia, es decir, la frustración de la finalidad del contrato, pero no la razón de aquella, es decir, por qué razón se demora un tiempo relevante el planteamiento de la demanda (aunque ello no comporte renuncia alguna, en principio, a la facultad resolutoria del contrato) y, en un momento posterior, se considera que el fin del mismo contrato se ha frustrado, sin explicación adicional alguna. Lo cierto es que la demandada en concurso, en sentido estricto, finalizó la obra de las viviendas mucho tiempo atrás, y han sido complicaciones derivadas de la intervención del agente urbanizador -de ello deja constancia la resolución administrativa y la sentencia del propio juzgado, que también se han aportado- las que han impedido que el Ayuntamiento emitiera las correspondientes licencias de ocupación, por lo que el incumplimiento que se achaca a la demandada y que determina la acción resolutoria no le es directamente imputable, y sin perjuicio de que aquellas puedan ser repercutibles a terceros, y, en consecuencia, tal y como el Juzgado valoró en su momento, procede, con desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia recurrida."
Procede, por todo ello, desestimar los recursos de apelación deducidos por los señoresJose Ángel,Jesús Luis y Francescoli Affaires, SL, dando por reproducidos los fundamentos de la sentencia apelada, que se confirma": SAP Valencia (Sección 9) 24.02.2011 (JUR 2011/170097; Sentencia 86/2011; Rollo 795/2010)

"TERCERO.-Entrando ya en el conocimiento del objeto del recurso, hemos de partir de la consideración de que este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con otras acciones resolutorias ejercitadas en referencia a esta misma promoción y en la que el sustrato fáctico es en lo esencial coincidente con el que ahora se enjuicia, por lo que no concurriendo circunstancias determinantes de una modificación de criterio, se ha de estar a los mismos parámetros seguidos en la Sentencia de 6 de julio de 2010 (Pte. Sra. Rosa Mª Andrés Cuenca). Decíamos:
"Cierto es que, como afirma la sentencia, y resulta de una simple mención, ya efectuada, de las fechas de entrega de las viviendas y de las de requerimiento y presentación de la demanda, la parte demandada no ha cumplido con su obligación de entrega, pero no lo es menos que consta en las actuaciones la certificación final de las obras, y que, por su parte, se ha instado la actuación administrativa pertinente para la recepción de las mismas y la concesión de las licencias correspondientes, como asimismo queda adverado por la documental aportada tanto por la administración concursal como por la propia concursada, situación de la que se informó, al tiempo de instar la resolución extrajudicialmente, a la propia demandante. [...], no resulta tampoco acreditada en la situación analizada, puesto que la actora se ha limitado a expresar la consecuencia, es decir, la frustración de la finalidad del contrato, pero no la razón de aquella, es decir, por qué razón se demora un tiempo relevante el planteamiento de la demanda (aunque ello no comporte renuncia alguna, en principio, a la facultad resolutoria del contrato) y, en un momento posterior, se considera que el fin del mismo contrato se ha frustrado, sin explicación adicional alguna. Lo cierto es que la demandada en concurso, en sentido estricto, finalizó la obra de las viviendas mucho tiempo atrás, y han sido complicaciones derivadas de la intervención del agente urbanizador -de ello deja constancia la resolución administrativa y la sentencia del propio juzgado, que también se han aportado- las que han impedido que el Ayuntamiento emitiera las correspondientes licencias de ocupación, por lo que el incumplimiento que se achaca a la demandada y que determina la acción resolutoria no le es directamente imputable, y sin perjuicio de que aquellas puedan ser repercutibles a terceros, y, en consecuencia, tal y como el Juzgado valoró en su momento, procede, con desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia recurrida."
En el supuesto que se somete a nuestra consideración se insta la demanda incidental dirigida a la resolución del contrato en fecha 12 de febrero de 2010 (tras la remisión de una misiva dirigida a la resolución extrajudicial en octubre de 2009, estando la demandada ya en situación concursal), cuando según la propia parte demandante la vivienda debería haber sido entregada en mayo de 2008. Resulta de lo actuado que el certificado final de obra se había emitido en el mes de octubre de 2007 (folio 164) y solicitada la licencia de primera ocupación en el mes de diciembre siguiente (folio 178) fue objeto de denegación por parte del

Ayuntamiento de Ribarroja del Turia, inicialmente, por razón de los problemas derivados de las obras de urbanización a realizar por RIBALGE, según se desprende de la documental aportada al proceso, hecho este que fue comunicado a los demandantes. En el mes de julio de 2010 la indicada licencia fue concedida, según se ha acreditado con ocasión de la prueba practicada en esta alzada (folio 267 de las actuaciones).
Por tanto, teniendo presente lo anteriormente expuesto, y la documental aportada y admitida en la apelación acreditativa de haberse obtenido la licencia de ocupación, la Sala acepta expresamente la fundamentación jurídica de la resolución recurrida con la conclusión inherente a tal pronunciamiento, que no es otro que la desestimación del recurso de apelación deducido, remitiéndonos al efecto, a la propia argumentación que se contiene en la sentencia apelada, respecto de la que no apreciamos error de valoración probatoria ni de las conclusiones fijadas en ella.": SAP Valencia (Sección 9) 11.04.2011 (Sentencia 146/2011; Rollo 65/2011)

AP Alicante

"SEGUNDO.-Lo que afirma la Sentencia (y no se rebate por la concursada) es 1) que no se han pagado las rentas estipuladas en el contrato de arrendamiento suscrito con el Sr. Eleuterio, sin que haya causa distinta que la de la situación concursal que padece la mercantil arrendataria, 2) que ello, el impago, constituye causa resolutoria del contrato de arrendamiento y, 3) que ello no obstante, concurre como causa inhibidora de la resolución el interés del concurso que en el caso lo es de cumplimiento del convenio (aprobado por Sentencia de 4 de abril de 2012) en relación al mantenimiento de la actividad de la concursada para lo cual es esencial el mantenimiento del arrendamiento de los locales en cuestión.
En efecto, tiene la concursada suscrito con el Sr. Eleuterio desde el día 1 de enero de 2011, contrato de arrendamiento de tres locales de negocio por una renta mensual de 4.694,33 euros más impuestos, con la obligación de abono de gastos ordinarios de la comunidad de propietarios y demás gastos que constan en el contrato -cláusula 16ª-, habiéndose incumplido por la mercantil arrendataria, Yago Classic S.L., en concurso desde el día 11 de abril de 2011, el citado contrato tras dejar de abonar desde enero de 2012 las rentas y gastos pactados.
Y afirmamos que hay incumplimiento resolutorio, no sólo porque así lo afirma la Sentencia de instancia sin que si rebata dicho pronunciamiento por la concursada, sino porque, aunque dice la concursada al contestar el recurso que no se dan los requisitos del art 1124 CC dado que, a) el demandante no ha cumplido con sus obligaciones en tanto que hubo acuerdo de condonación por los perjuicios que padecía Yago por las obras que se estaban realizando en el paseo marítimo sin que se haya aplicado, b) que Yago no faltó al contrato, c) que las expectativas del arrendador no están frustradas ya que no ha habido incumplimiento y porque las prestaciones que alega son a cargo de la masa y d) porque no se ha hecho reclamación extrajudicial de pago, decíamos, no obstante tal argumentación, es lo cierto que no prueba el pago de las rentas y deudas reclamadas conforme al contrato de arrendamiento y que cuando afirma que el que ha incumplido es el arrendador, es lo cierto que, como afirma la Sentencia de instancia, no prueba acuerdo verbal alguno de condonación, ni mucho menos respecto de qué importe, rentas, tastos, alcance y efectos.
Del único acuerdo del que hay constancia, como resalta la Administración concursal en su contestación a la demanda, es del pacto habido en su día entre la concursada y los propietarios de los locales sitos en la Avda Vicente Llorca Alos nº 2 por el que se ponía fin a los juicios de desahucio que se seguían ante los Juzgados de Primera Instancia números 1 y 3 de Benidorm con subida de renta, cumpliéndose con dicho compromiso hasta enero de 2012.
Pues bien, incumpliéndose la obligación esencial del arrendador, que es el pago de la renta, resulta obvio que las expectativas contractuales del Sr. Eleuterio han quedado frustradas y hay causa resolutoria -art 1124 CC -.
Y lo sostenemos en base a los siguientes argumentos.
Recuérdese que lo que se relata por la Administración concursal es que, después de la declaración del concurso el 11 de abril de 2011, se procede por uno de los accionistas - Jose Luis - a la venta de sus participaciones sociales en Yago, operación que tiene lugar en concreto el día 25 de noviembre de 2011, pasando a ser socia única la sociedad AGS Inversiones Benidorm, produciéndose una correlativa modificación de la administración societaria, procediéndose a priorizar unas obligaciones frente a otras y cesándose en el pago a partir de enero de 2012 de las rentas al Sr. Eleuterio.
Siendo así, hemos de traer a colación los principios del Derecho europeo de contratos para hablar de un " *incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986, 27 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 10 de julio de 2003), de manera que "de a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte"(artículo.8:103,c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar el artículo 1124 Código civil en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada (...) de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo* " (STS de 10/10/2005).
No hay mero retraso en el cumplimiento de la obligación pues aunque la jurisprudencia " *ha venido considerando que el mero retraso en el pago no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento, en el caso el retraso es claramente un supuesto de incumplimiento determinante que con él se frustre el fin del contrato, como se afirma en las sentencias de 9 marzo y 26 junio 1990, entre otras* " (STS de 25/6/2009), tanto más cuando no se han consignado ni ofrecido el pago ni garantizado el pago de las rentas futuras.
En conclusión, es cierto que, como afirma la Sentencia de instancia, se producido el incumplimiento, razón por la cual el propietario ejerce lícitamente la facultad del art 62 LC y que, desde luego, que tiene derecho en todo caso al cobro de las prestaciones adeudadas a cargo de la masa, ya se declare vigente el contrato -art 62-3- ya se declare resuelto -art 62-4-.

Pero tal naturaleza crediticia no es bastante escudo frente al contratante que cumple. Dice en este sentido el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de marzo de 2012 que " *un crédito potencialmente concursal cristaliza, a raíz del mantenimiento del contrato, en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia de la facultad de resolver obligándole a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma tozuda y notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro*.".
Y añade: " *esta respuesta coincide con la prevista en los artículos 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien como precisa la Audiencia no es lo mismo "rehabilitar" contratos resueltos que "impedir" la resolución de los vigentes, responden a una misma idea: la necesidad de que la masa -en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución- responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto y responde a la exigencia de "garantías" a las que se refiere la Exposición de Motivos "en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento"."* :" SAP Alicante (Sección 8) 24.05.2013 (Sentencia 220/2013; Rollo 124/2013)

JM-1 Madrid

"Más peculiar es el supuesto de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo preexistentes a la declaración del concurso. En tales casos la Ley Concursal establece la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria incluso para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso (artículo 62.1 in fine LC). Por tal razón, en el presente caso en que se reconoce el impago de las facturas por suministro de energía eléctrica anterior a la declaración del concurso, la cuestión que nos debemos plantear es si dicho impago supone un verdadero incumplimiento que permita a la entidad demandante obtener la resolución del contrato. Para resolver tal cuestión debemos partir de la premisa consistente en que en el ámbito de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo para que pueda ejercitarse con éxito la acción resolutoria no es suficiente cualquier incumplimiento. Es menester que el incumplimiento pueda calificarse de grave y total. Así lo establece la jurisprudencia, al exigir que se trate de un incumplimiento con la entidad precisa para producir una grave consecuencia en el funcionamiento de la relación [STS (Sala 1ª) de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7239)]. Tampoco basta con un mero retraso en el cumplimiento de la contraprestación, ni con un cumplimiento defectuoso de la misma. La STS (Sala 1ª) de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4298) no reconoce al mero retraso eficacia resolutoria de contratos con prestaciones recíprocas, salvo que con tal retraso se frustre el fin práctico perseguido por las partes con el contrato. Es necesario un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir; o un cumplimiento defectuoso, siempre que en todo caso se frustre el fin contractual [STS (Sala 1ª) de 27 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1753)]. El artículo 1124 CC tampoco prevé que el mero incumplimiento frustre la relación contractual, y en un sentido favorable a la pervivencia del contrato permite al Tribunal optar por señalar plazo para el cumplimiento de la misma si existen causas justificadas para excluir el efecto resolutorio.
TERCERO Visto lo anterior debemos examinar el supuesto de autos. Nos encontramos ante el impago de dos facturas por suministro de fluido eléctrico a la entidad concursada que se refieren al período inmediatamente anterior a la declaración del concurso. En aplicación de la doctrina jurisprudencial aludida en el anterior fundamento jurídico, el impago de tales facturas no puede calificarse de incumplimiento contractual grave que permita a la parte demandante obtener un pronunciamiento resolutorio. Y ello porque nos hallamos ante la presencia de un mero retraso en el pago que en ningún caso puede sostener que frustra el fin contractual de ninguna de las partes. Retraso cuya trascendencia -en ningún caso resolutoria- se ha visto suprimida como consecuencia de la declaración del concurso de la entidad Dorlast, SL el día 17 de noviembre de 2004. En efecto, la declaración del concurso impide, como regla general, afrontar el pago de cualquier crédito nacido con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso (artículo 49 LC), y por tanto ese retraso inicial en el pago de las facturas cesa como tal retraso en el momento de la declaración del concurso, puesto que la concursada se ve impedida de afrontar el pago como consecuencia de tal declaración. A partir de tal punto, debe procederse a calificar el crédito de la demandante como crédito concursal, procediéndose a la inclusión del acreedor en la masa pasiva del concurso y a la satisfacción del crédito de acuerdo con las normas reguladoras del pago de los acreedores existentes en la Sec. 4ª del Cap. II del Título V de la Ley Concursal.
CUARTO La anterior interpretación no vacía de contenido lo dispuesto en el artículo 62.1 in fine LC, puesto que debe tenerse en cuenta que sí hubiera sido posible hablar de incumplimiento anterior habilitante para declarar la resolución contractual para el caso del contrato de suministro de energía eléctrica que liga a las partes, en el supuesto en que la conducta de la entidad concursada anterior a la declaración del concurso, hubiera sido de tal envergadura y gravedad que hubiera frustrado el fin contractual pactado. Pero este no ha sido el caso de autos. ": Sentencia JM-1 Madrid 15.04.2005 (AC 2005/839)

JM-1 Valencia

"PRIMERO Se ejercita por la actora en estos autos de incidente concursal, que dimanan de los autos de concurso voluntario de acreedores núm. 13/2005, relativos a la entidad concursada Torres Film Plastic, SL, y la suerte de vigencia del contrato de suministro de energía eléctrica en su día pactado inter partes en atención

al impago de las prestaciones económicas debidas por la concursada correspondientes al período diciembre de 2004 y los veinticinco primeros días del mes de enero de 2005, esto es, en atención a la data del auto de declaración del concurso, el mes y veinticinco días inmediatamente anteriores.
La actora impetra al amparo del artículo 62-1 de la Ley concursal, en atención a que se trata de una relación negocial de tracto sucesivo, la resolución contractual por razón de incumplimiento imputable a la adversa, si bien, con carácter subsidiario, deja apuntado que para el supuesto de que se hiciere recurso de la facultad que contempla el número 3 del artículo 62 de la Ley concursal, se dispusiere el pago de la suma debida con cargo a la masa del concurso.
SEGUNDO La facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas cuando uno de los obligados no cumple la prestación debida. Se trata de un principio que en nuestro Derecho tiene su plasmación en el artículo 1124 del Código Civil, que faculta al contratante que ha cumplido su prestación a optar entre la resolución de la obligación y a la postre del contrato de que aquélla nace o el cumplimiento del contrato, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. En interpretación de dicho precepto la jurisprudencia tiene declarado desde antiguo (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1941, 24 de octubre de 1941, 3 de mayo de 1949, 5 de mayo de 1953, 1 de diciembre de 1966, 12 de diciembre de 1966, 17 de enero de 1975, 5 de noviembre de 1982 [RJ 1982, 6528], 9 de octubre de 1987, 5 de junio de 1989 [RJ 1989, 4298], 7 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8635], 8 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1346], 20 de diciembre de 1997) lo siguiente:
1.-Que resuelto el contrato por la parte cumplidora y de no aquietarse la otra parte serán los Tribunales los que en cada caso concreto deberán declarar si procede o no tal resolución y sus efectos, debiéndose en principio devolverse las partes las recíprocas prestaciones desenvueltas (artículos 1295 y 1303 del Código Civil).
2.-Que sólo puede pedir la resolución y, en su caso el cumplimiento, quien previamente ha cumplido su obligación o si su incumplimiento obedece al anterior de la otra parte.
3.-Que, en principio, para que el incumplimiento sea tal y pueda dar lugar a la resolución es precisa una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, lo que no implica necesariamente que sea doloso sino que basta que se frustre el fin económico del contrato perseguido por la otra parte.
4.-Que el incumplimiento en sí mismo no lleva consigo sin más la indemnización de daños y perjuicios, sino que es preciso probar su existencia, el nexo causal con el incumplimiento y su cuantía, así como que sean ciertos no dudosos, ni contingentes o meramente posibles, hipotéticos o eventuales.
Ahora bien, es lo cierto que se observa una evolución en los criterios al respecto mantenidos por la más moderna jurisprudencia, de suerte que resulta presupuesto para la viabilidad de la acción, por un lado, que el accionante no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro y, por otro lado, que la parte adversa haya incumplido de forma grave las que le incumbían (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 7973], 19 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4910], 15 de febrero de 1993 [RJ 1993, 770], 24 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8715], 24 de enero de 2001 [RJ 2001, 6]). Así, se introduce un cambio relevante, de manera que ya no se exige para la viabilidad de la pretensión de resolución contractual la presencia del requisito subjetivo, a saber, de una conducta rebelde, sino que basta con que pueda atribuirse al contratante que se tacha de incumplidor una conducta contraria al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó. La moderna jurisprudencia señala que no es precisa, a efectos resolutivos, la presencia de una pertinaz y continuada conducta obstativa al cumplimiento sino que, antes bien, basta que el interesado en una vinculante relación obligacional, frente a la actuación del que cumple, no actúe de la misma manera sino que por el contrario desarrolle conductas de contradicción a lo establecido en el pacto negocial o de no prestación de lo debido, sin causa, razón o justificación para ello, eludiendo frontalmente los objetivos y finalidades del convenio así como las legítimas expectativas de la parte cumplidora; así las cosas, el elemento subjetivo, conformado por la conducta deliberadamente rebelde al cumplimiento, ha venido sustituido por el objetivo de la frustración del fin del contrato de manera que lo esencial para la resolución es que el incumplimiento impida la realización del fin del contrato o, lo que es lo mismo, que se malogren las legítimas expectativas y aspiraciones de la contraparte (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7615] y 22 de junio de 1995), no resultando preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento sino con conducta, no sanada por justa causa, obstativa del cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1991 [RJ 1991, 1268], 16 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3706] y 27 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1753]).
TERCERO Aplicando al supuesto de autos los anteriores criterios es claro que no puede entenderse, sin más, que concurran los presupuestos de la resolución contractual que viene impetrada, cuando se trata de la inatención de las facturas correspondientes a los devengos habidos por el período transcurrido entre el 1 de diciembre de 2004 y el 25 de enero de 2005, esto es, en el lapso de tiempo inmediatamente anterior a la declaración de concurso. Pero no se trata de ver con absoluta frialdad el supuesto atendido el diverso tratamiento que se dispensa en los artículos 61 y 62 de la Ley concursal, en lo que ahora interesa, bien entendido que en el artículo 62 en principio se previene la facultad resolutoria para el caso de incumplimiento posterior a la declaración de concurso, si bien en el inciso final del núm. 1 asimismo se previene tal posibilidad para los contratos de tracto sucesivo también en los casos en que el incumplimiento que se imputa sea anterior a la declaración de concurso. Y este planteamiento que se enuncia se lleva a efecto en razón a que el artículo 62-3, en principio, sólo previene el supuesto de que, desestimada la pretensión resolutoria no obstante concurrir los presupuestos de su pertinencia en atención a resultar de interés al buen fin del procedimiento concursal, el contratante frustrado se vea primado en cuanto que las prestaciones que le son debidas serán de atención contra la masa. Pero tal no es el supuesto que ahora nos ocupa, donde se acaba de decir que no se observa la concurrencia de los presupuestos que habrían de propiciar un pronunciamiento estimatorio de la pretensión principal (esto es, la resolución contractual) que viene deducida. Antes al

contrario, la solución es desestimatoria, de suerte que, por ende, ya no tiene sentido ulterior consideración «ex» artículo 62-3; ahora bien, ello no puede obstar la apreciación de que, si bien el concurso vino declarado por auto de 25 de enero de 2005 -y recuérdese que hubo de habilitarse un trámite de subsanación de documental-, es claro que la solicitud de concurso se dedujo en 7 de enero. Pues bien, sin necesidad de hacer ahora consideración en punto a que la emisión de las facturas -iniciales- por los períodos de que se trata es en todo caso (en cuanto que el giro de la factura al cobro se verifica a mes vencido) absolutamente coetánea y posterior a la interposición de la solicitud de concurso, y su período de pago voluntario en el supuesto ordinario es posterior a aquella data, es plausible entender asimismo, dada la evidente complejidad del concurso núm. 13/2005 de que se trata, que la parte venía preparando su demanda durante el mes de diciembre de 2004. Esto es, cuando ya se había adoptado la decisión de promover el concurso («ex» artículo 5 de la Ley concursal), y en ningún caso con anterioridad a tal data, se deja de atender el pago de los devengos correspondientes y ahora no parece ciertamente correcto entender que se da estricto cumplimiento a la normativa concursal cuando se atienden regularmente con cargo a la masa los devengos posteriores a la declaración del concurso (que están al día, sin que exista disputa alguna en este momento al respecto) y se haga escudo de los artículos 49 y 61-1 de la Ley concursal para sostener el impago y que se verificará el reconocimiento y calificación concursal correspondiente en la masa pasiva del concurso. Ello choca frontalmente con las reglas de la buena fe «ex» artículo 7 del Código Civil, al tiempo que se quebranta radicalmente la regla de imputación de pagos de los artículos 1172 y siguientes del Código Civil. En atención a tales circunstancias concurrentes que se observan, en el marco de la relación negocial de tracto sucesivo que vincula a la actora con la concursada Torres Film, y en la consideración de que tal, por tanto, en modo alguno quiebra el principio de universalidad y la par condictio creditorum, se está en el caso de disponer que el pago se verifique en todo caso contra la masa del concurso. En inteligencia diversa piénsese cuál sería la situación para el caso de que, solicitada la declaración de concurso y verificada la subsanación que vino requerida ex artículos 6 y 14-2 de la Ley concursal, el Juzgador se hubiere demorado en el dictado de la resolución de declaración del concurso (esto es, un evento no imputable a la solicitante, pero tampoco desde luego a la entidad ahora actora Iberdrola)": Sentencia JM-1 Valencia 14.07.2005 (AC 2005/1301)

"TERCERO.- La facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas cuando uno de los obligados no cumple la prestación debida. Se trata de un principio que en nuestro Derecho tiene su plasmación en el artículo 1124 del Código civil, que faculta al contratante que ha cumplido su prestación a optar entre la resolución de la obligación y a la postre del contrato de que aquella nace o el cumplimiento del contrato, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. En interpretación de dicho precepto la jurisprudencia tiene declarado desde antiguo (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1941, 24 de octubre de 1941, 3 de mayo de 1949, 5 de mayo de 1953, 1 de diciembre de 1966, 12 de diciembre de 1966, 17 de enero de 1975, 5 de noviembre de 1982, 9 de octubre de 1987, 5 de junio de 1989, 7 de noviembre de 1995, 8 de febrero de 1996,20 de diciembre de 1997) lo siguiente:
1.- Que resuelto el contrato por la parte cumplidora y de no aquietarse la otra parte serán los Tribunales los que en cada caso concreto deberán declarar si procede o no tal resolución y sus efectos, debiéndose en principio devolverse las partes las recíprocas prestaciones desenvueltas (artículos 1295 y 1303 del Código civil).
2.- Que sólo puede pedir la resolución y, en su caso el cumplimiento, quien previamente ha cumplido su obligación o si su incumplimiento obedece al anterior de la otra parte.
3.- Que, en principio, para que el incumplimiento sea tal y pueda dar lugar a la resolución es precisa una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, lo que no implica necesariamente que sea doloso sino que basta que se fnistre el fin económico del contrato perseguido por la otra parte.
4.- Que el incumplimiento en sí mismo no lleva consigo sin más la indemnización de daños y perjuicios, sino que es preciso probar su existencia, el nexo causal con el incumplimiento y su cuantía, así como que sean ciertos no dudosos, ni contingentes o meramente posibles, hipotéticos o eventuales.
Ahora bien, es lo cierto que se observa una evolución en los criterios al respecto mantenidos por la más moderna jurisprudencia, de suerte que resulta presupuesto para la viabilidad de la acción, por un lado, que el accionante no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro y, por otro lado, que la parte adversa haya incumplido de forma grave las que le incumbían (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 199 1, 19 de mayo de 1992, 1 5 de febrero de 1993, 24 de noviembre de 1995, 24 de enero de 2001). Así, se introduce un cambio relevante, de manera que ya no se exige para la viabilidad de la pretensión de resolución contractual la presencia del requisito subjetivo, a saber, de una conducta rebelde, sino que basta con que pueda atribuirse al contratante que se tacha de incumplidor una conducta contraria al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó. La moderna jurisprudencia señala que no es precisa, a efectos resolutivos, la presencia de una pertinaz y continuada conducta obstativa al cumplimiento sino que, antes bien, basta que el interesado en una vinculante relación obligacional, frente a la actuación del que cumple, no actúe de la misma manera sino que por el contrarío desarrolle conductas de contradicción a lo establecido en el pacto negocia1 o de no prestación de lo debido, sin causa, razón o justificación para ello, eludiendo fiontalmente los objetivos y finalidades del convenio así como las legítimas expectativas de la parte cumplidora; así las cosas, el elemento subjetivo, conformado por la conducta deliberadamente rebelde al cumplimiento, ha venido sustituido por el objetivo de la frustración del fin del contrato de manera que lo esencial para la resolución es que el incumplimiento impida la realización del fin del contrato o, lo que es lo mismo, que se malogren las legitimas expectativas y aspiraciones de la contraparte (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1993 y 22 de junio de 1995), no resultando preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento sino con conducta, no sanada por justa causa, obstativa del cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1991, 16 de

mayo de 199 1 y 27 de febrero de 2004, y entre las más recientes, Sentencias de 26 de noviembre de 2007 y 12 de junio de 2008).
CUARTO.- Aplicando al supuesto de autos los anteriores criterios es claro que puede entenderse, con rotundidad, que concurren los presupuestos de la resolución contractual que viene impetrada, cuando se trata de la inatención de todas las cuotas vencidas desde el mes de septiembre de 2007, no habiendose atendido las posteriores habidas desde la declaracion de concurso.": SJM-1 valencia 15.04.2010 (Sentencia 119/2010; Incidente Concursal 1601/2009)

2.2 Requiere la prueba del propio cumplimiento

"Pero nótese, por otro lado, que el ejercicio de la acción resolutoria prevista en el artículo 1124 CC, exige, como «conditio sine qua non» que quién la solicita haya cumplido previamente con las obligaciones que le incumbían (Sent. Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6859] y 5 de julio de 1999 [RJ 1999, 4980]). Y es lo cierto, que esta exigencia, este previo cumplimiento de las sociedades actoras, no encuentra la adecuada acreditación y fundamento en estos autos. Así la documentación aportada a la «litis» por las demandantes, consistentes en documentos de confección unilateral, alcanzan, en su caso, a perfilar y fijar el tipo de contrato cuya resolución pretende, cantidad de mercancía, precio, modo de pago etc., pero en modo alguno constituye prueba justificativa del cumplimiento por las vendedoras de la obligación que les incumbe de poner a disposición de la compradora Copinsa la mercancía de referencia, al tiempo que ninguna otra prueba, ha acreditado la realidad de ese suministro o puesta a disposición.
Por el contrario y como con acierto se dice en la sentencia apelada, el testimonio vertido por Don Gregorio, antiguo agente de la actora Bunge Ibérica, viene a poner de manifiesto la realidad de ese previo incumplimiento de las sociedades vendedoras, consistente en la interrupción de los distintos suministros de mercancía por causa de exceso de riesgos. Es cierto que el Sr. Gregorio cesó en su cargo en el mes de junio de 2004 como así manifestó, pero sin embargo continuó efectuando un seguimiento de las operaciones pendientes hasta el mes de diciembre de 2004, lo que avala y justifica su conocimiento acerca de dicha interrupción o suspensión del envío de mercancía.": S AP Murcia 3.03.2006 (AC 2006\490)

"Además el ejercicio de la acción resolutoria prevista en el artículo 1124 Código Civil exige como «conditio sine qua non» que quien la solicite haya cumplido previamente con las obligaciones que le incumbían (S. Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 1997 [RJ 1997\ 6379] y 5 de julio de 1999 [RJ 1999\ 4980]). ":Sentencia AP Murcia 10.03.2006 (JUR 2006/141102)

"Se pretende por la actora se declare la resolución de los contratos y se le indemnice los daños y perjuicios causados a tenor de lo prevenido en el inciso final del artículo 62 de la Ley concursal conforme al cual producida la resolución, el crédito del acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda. En este punto el precepto coincide con el criterio del art 1124 del código civil, a propósito del cual reiteradísima jurisprudencia del TS ha señalado como requisitos para la resolución del contrato bilateral por incumplimiento los siguientes: a) Reciprocidad de las prestaciones. b) Inejecución de una o varias bligaciones contractuales. c) Previo cumplimiento del actor.d) Existencia en el deudor de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o aparición de un hecho que de modo definitivo e irreformable lo impide.
El requisito del previo cumplimiento del actor es consecuencia de la especial estructura del contrato bilateral, en el que cada una de las partes es, al propio tiempo, acreedora y deudora de la otra, permite el que una de ellas, sin haber cumplido previamente la obligación que le incumbe, exija el cumplimiento al otro contratante, o, alegando el incumplimiento de éste, pida la resolución del contrato. Para evitar estos abusos, cuando se demanda la ejecución o cumplimiento sin que el actor haya cumplido previamente la obligación que le incumbe, el deudor puede defenderse con la exceptio non adimpleti contractus, siendo un supuesto especial del ejercicio de la misma su oposición a la resolución por incumplimiento, como la que en el presente caso se articula por los codemandados.
TERCERO.- Pues bien, sentado lo anterior resulta que correspondía a la entidad actora acreditar, conforme a la doctrina de la carga probatoria consagrada en el art. 217 de la LEC, el previo cumplimiento de sus obligaciones contractuales para que la acción resolutoria pudiera prosperar, esto es el previo cumplimiento de su obligación de poner la mercancía a disposición de la compradora, y en el supuesto que nos ocupa la actora no ha dado puntual cumplimiento a tal postulado probatorio, pues pretende acreditarlo con un documento elaborado unilateralmente por ella (documento nºero 6 de la demanda), carente de todo valor probatorio. Tampoco arroja ninguna luz al pretendido cumplimiento previo de la actora la documental aportada en el acto de la vista a su instancia (fax aportado como documento nºero 3 al escrito de contestación de la administración concursal en el incidente seguido ante este Juzgado con el nºero 32/05).
Por contra, la parte demandada sí ha acreditado con el testimonio del transportista D. Cristóbal, el incumplimiento anterior de la vendedora de su obligación, por cuanto que dio la orden al encargado del almacén en el que debía de efectuar la entrega de no cargar la mercancía. En consecuencia, procede la desestimación de la demanda rectora del presente pleito.": Sentencia JM-1 Murcia 13.06.2005 (Incidente Concursal 31/2005)

3. Contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo.

3.1 Calificación del contrato como de tracto sucesivo

Tribunal Supremo

“2. Valoración de la Sala
2.1. El contrato de tracto sucesivo de suministro de energía eléctrica.
24. En nuestro Derecho positivo no se define lo que debe entenderse por contrato de tracto sucesivo, afirmando la doctrina que tiene tal carácter aquel por el que, un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes.
A diferencia de otros ordenamientos que recogen un concepto general del contrato de suministro como el italiano que en el art. 1559 CC establece que *"[l]a somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose".* (suministro es el contrato por el que una parte se obliga, a cambio de un precio, a ejecutar en favor de otro, una prestación continua o periódica)-, nuestro Código Civil carece de una definición general de dicho contrato, si bien el art. 9.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dispone que *"[e]n todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes: a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente".*
La jurisprudencia se ha referido al contrato de suministro en repetidas ocasiones -la sentencia 91/2002, de 7 febrero, afirma que " *en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva; las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en períodos determinados o determinables";* la 590/2002, de 13 junio, que *"el contrato de suministro es aquel por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar a favor de otra «prestaciones periódicas o continuas» cuya función es la satisfacción de necesidades continuas para atender el interés duradero del acreedor";* la 340/2003, de 3 abril, que el contrato de suministro es un *"contrato único que da lugar a prestaciones periódicas";* y la 22/2009, de 23 de enero, que *"la sociedad demandante satisfacía las necesidades periódicas (...) con carácter duradero; todo ello, en base a una relación contractual por la que el suministrador o proveedor se había obligado a entregar sucesivas y periódicas cosas muebles a la segunda (suministrado) que se obligó a pagar un precio cierto y determinado"-.*
27. Partiendo de lo expuesto, cabe afirmar:
1) Que, sin perjuicio de que su afinidad con el contrato de compraventa, permite,dentro de ciertos límites, aplicar las reglas que disciplinan esta, ambos contratos no pueden identificarse (en este sentido, sentencias 91/2002, de 7 de febrero, 590/2002, de 13 de junio, 340/2003, de 3 de abril, 924/2006, de 27 de septiembre, y 22/2009, de 23 de enero.
2) Que los contratos de suministro constituyen el paradigma de los de tracto sucesivo.
28. El contrato de suministro de energía eléctrica, con independencia de que tiene un indudable aspecto administrativo, en cuanto servicio público prestado por empresas privadas bajo control de la Administración de ahí que la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 exija a los *Estados miembros el deber de garantizar en determinados supuestos "el derecho a un servicio universal* "-, en todo caso, se caracteriza civilmente como aquel por el que la proveedora se obliga a proporcionar al abonado, de manera continua, energía eléctrica en la potencia contratada y el abonado a pagar por ella el precio pactado en las fechas estipuladas. En lo que interesa para la decisión del recurso, le resultan aplicables las reglas referidas en la Ley Concursal a los contratos de tracto sucesivo (como contrato de tracto sucesivo califica la sentencia 1170/2002 de 11 diciembre, citada por la Audiencia, un contrato de suministro de combustible reiterada en la 1319/2007 de 20 diciembre). ”: STS 21.03.2012 (Sentencia 145/2012; Recurso 272/2009)

AP La Coruña

“PRIMERO.- Se interpone por las demandantes, Audiovisual New Aged AIE y las SAD del Almería, Sporting de Gijón y Racing de Santander, recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña desestimatoria de su demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores del concurso del Deportivo de La Coruña por disconformidad con la calificación efectuada por la Administración Concursal como concursales ordinarios de sus respectivos créditos contra la concursada por la compensación por pérdida de ingresos de derechos audiovisuales de la temporada 2012/13, primer plazo, según Acuerdo de 16 de noviembre de 2010 y Reglamento de medidas para los clubes/SAD de Primera División descendidos y firmantes o adheridos al mismo.
La calificación de la Administración Concursal obedeció a tratarse de obligaciones de pago vencidas, exigibles e incumplidas con anterioridad a la declaración del concurso.
Las tesis de las demandantes es que se trataría de créditos contra la masa, conforme a los artículos 61.2 y 84.2-6º de la Ley Concursal, por tratarse de un contrato de tracto sucesivo del que resultarían obligaciones mutuas y recíprocas para los Clubs/SADs adheridos, pendientes de cumplimiento a cargo de las partes al tiempo de la declaración del concurso.
La sentencia de primera instancia rechazó esta tesis porque no nos encontraríamos ante un contrato con obligaciones recíprocas sino ante un contrato plurilateral con comunidad de fin que quedaría fuera del ámbito de aplicación de los artículos 61 y 62 LC.
SEGUNDO.- Se desestima el recurso, no obstante que trate de un tema complejo susceptible de otras

interpretaciones jurídicas:
1- El panorama de las normas concursales referidas es el siguiente:
La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace excepciones y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, con sus consecuencias en orden permitir o no a partir de entonces la resolución del contrato por incumplimiento (arts. 61 y 62 Ley Concursal).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admite, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso (62.1); siempre sin perjuicio del mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º).
2- Como señalan las sentencia del Tribunal Supremo de 24 y 25 de julio de 2013, con referencia a las 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, con ocasión de una controversia sobre la resolución de sendos contratos de suministro de energía eléctrica calificado de tracto sucesivo: "En aquellas sentencias partimos de una caracterización doctrinal de los contratos se tracto sucesivo, como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".
De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato.
Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento".
3- El Acuerdo y su Reglamento complementario, pese a los elementos de azar o imprevisibilidad y riesgo derivado de la descompensación económica, vía derechos audiovisuales, de un posible descenso de categoría, no se trata propiamente de un contrato de seguro ni de un contrato bilateral sino de un negocio jurídico contractual atípico, fruto de la autonomía de la voluntad admitida en Derecho, multilateral con comunidad de fin. Constituir un fondo de ayuda al descenso de 27 millones de euros (o lo que pueda aumentar el Órgano de Control competente) para compensar a los Clubes/SADs de fútbol que bajen de categoría la pérdida de ingresos por derechos audiovisuales.
Se destaca en el recurso la contradicción de la sentencia cuando la obligación directa de pago es del Club Deportivo de La Coruña para con cada demandante, respectivamente, que son las titulares de esos créditos, y no a favor de una asociación, sociedad o patrimonio sin personalidad, etc, formada por de las entidades adheridas al Acuerdo, y por ello están reconocidos los créditos en el concurso y las actoras tienen legitimación para su reclamación a la sociedad concursada. La titularidad no corresponde pues al fondo o patrimonio común, sino a las ahora apelantes. Y concurriría la nota de la contraprestación porque cada Club/ SAD estaría obligado a realizar una aportación o pago y sería titular de una contraprestación para el caso de descender de categoría.
Sin embargo, que el Acuerdo tenga una vigencia de varias temporadas o las formas de pago y que la aplicación del mismo se instrumentalice mediante obligaciones de pago directas de los respectivos Clubs o Sociedades Anónimas Deportivas de Primera División a los que descienden efectivamente a Segunda, en nuestro caso las obligaciones de la concursada para con las respectivas demandantes referentes a la temporada 2012/13, no creemos que lo convierta en contrato bilateral recíproco de tracto sucesivo. Fuera de aquella plurilateralidad y comunidad de fin indicada, son obligaciones que se agotan temporada a temporada, dependiendo de los resultados de la competición de Liga. De manera que solo los equipos que en cada ocasión descienden a Segunda, como en el caso de las entidades demandantes (incluida la subrogada) en la temporada 2012/13, tienen derecho a cobrar la compensación, mientras que al Deportivo y demás que mantuvieron la Primera categoría les corresponde pagar esa temporada. Y aquellos que tengan el mérito de estar siempre en Primera les tocará siempre pagar. La situación varía pues al final de cada temporada, cuando

se conoce el desenlace liguero. Y que la concursada, con base en el Acuerdo y Reglamento plurilateral, tenga con las respectivas demandantes las obligaciones de pago del presente asunto correspondientes a la referida temporada, no significa que éstas estén a su vez obligadas a pagar nada al Deportivo dicha temporada.
TERCERO.- Lo dicho es suficiente para desestimar el recurso de apelación, pese a lo cual se considera justificado no hacer mención especial de las costas de la alzada, habida cuenta de la razonable postura mantenida por la parte apelante, aunque finalmente no haya sido acogida por el Tribunal, y la complejidad jurídica ya indicada, con las serias dudas resultantes que llevaron también al Juzgado a excluir las costas de primera instancia (arts. 398 en relación al 394 LEC). Procede en todo caso la pérdida del depósito para recurrir (D.A. 15ª LOPJ)": SAP La Coruña (Sección 4) 30.01.2014 (Sentencia 22/2014; Rollo 528/2013)

3.1.1 ¿Suministro o compraventa?

AP Murcia

"Así y en relación con la primera cuestión jurídica señalada, este Tribunal que comparte los elementos sustentadores e identificativos que enumera la sentencia apelada, acerca del contrato de suministro o de tracto sucesivo, alberga serias reservas con respecto a que tal calificación o naturaleza jurídica pueda atribuírsele sin más, como afirman las mercantiles recurrentes, a los contratos cuya resolución pretende, máxime teniendo en cuenta que el contrato de suministro, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2002 (RJ 2002, 4897), es una figura atípica, carente de regulación positiva.
Entiende este Tribunal que la prueba aportada por la parte actora, permite obtener la conclusión de que estamos más acertadamente en presencia de una pura y simple relación de ventas mercantiles que se suceden en el tiempo, distintas, autónomas e independientes unas de otras, que ante un puro contrato de suministro, catalogado como único y destinado esencialmente a la satisfacción de una serie de necesidades periódicas del suministrado, que se suceden y se repiten temporalmente. Su carácter duradero y el interés de su prolongación temporal, que son características básicas de este tipo de contratos, no se encuentran acreditadas en los que se pretende su resolución sobre todo teniendo en cuenta que tampoco existe constancia, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2002, acerca de un compromiso periódico «inter partes» de facilitar y recibir productos. (…)CUARTO Continuando en esta misma línea de argumentación, entiende este Tribunal que la aplicación de los precedentes criterios y doctrina jurídica a los hechos objeto de controversia en estos autos, no permite otorgar viabilidad a la pretensión actora.
De un lado, y teniendo en cuenta que los contratos cuya resolución se aduce, no reúnen, como hemos examinado, la calificación o naturaleza de contratos de tracto sucesivo, es lo cierto que las mercantiles demandantes no pueden ejercitar la citada acción resolutoria por incumplimiento de los mismos anterior a la declaración del concurso, pues como hemos expuesto en el segundo Fundamento de Derecho de esta sentencia, el marco jurídico-concursal de aplicación, le veda e impide el ejercicio de dicha acción por tal incumplimiento precedente. ": SAP Murcia 3.03.2006 (AC 2006\490)

"Así y en relación con la primera cuestión jurídica señalada, este Tribunal que comparte los elementos sustentadores e identificativos que enumera la sentencia apelada, acerca del contrato de suministro o de tracto sucesivo, alberga serias reservas con respecto a que tal calificación o naturaleza jurídica pueda atribuírsele sin más, como afirma la mercantil recurrente, a los contratos cuya resolución pretende, máxime teniendo en cuenta que el contrato de suministro, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2002, es una figura atípica, carente de regulación positiva.
Entiende este Tribunal que la prueba aportada por la parte actora, permite obtener la conclusión de que estamos más acertadamente en presencia de una pura y simple relación de ventas mercantiles que se suceden en el tiempo, distintas, autónomas e independientes unas de otras, que ante un puro contrato de suministro, catalogado como único y destinado esencialmente a la satisfacción de una serie de necesidades periódicas del suministrado, que se suceden y se repiten temporalmente. Su carácter duradero y el interés de su prolongación temporal, que son características básicas de este tipo de contratos, no se encuentran acreditadas en los que se pretende su resolución, sobre todo teniendo en cuenta que tampoco existe constancia, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2002, acerca de un compromiso periódico «inter partes» de facilitar y recibir productos.
(…) CUARTO Continuando en esta misma línea de argumentación, entiende este Tribunal que la aplicación de los precedentes criterios y doctrina jurídica a los hechos objeto de controversia en estos autos, no permite otorgar viabilidad a la pretensión actora.
De un lado, y teniendo en cuenta que los contratos cuya resolución se aduce, no reúnen, como hemos examinado, la calificación o naturaleza de contratos de tracto sucesivo, es lo cierto que la mercantil demandante no puede ejercitar la citada acción resolutoria por incumplimiento de los mismos anterior a la declaración del concurso, pues como hemos expuesto en el segundo Fundamento de Derecho de esta sentencia, el marco jurídico-concursal de aplicación, le veda e impide el ejercicio de dicha acción por tal incumplimiento precedente. ": Sentencia AP Murcia 10.03.2006 (JUR 2006/141102)

AP Albacete

"2) En cuanto al fondo entiende la parte apelante en su recurso de apelación que, atendiendo a los contratos suscritos estos serían operaciones de compraventa independientes las unas de las otras, en contra de lo resuelto por la juzgadora de instancia que ha establecido y razonado pormenorizadamente y extensamente en su resolución analizando las circunstancias globales y detalles de la relación comercial entre ambas mercantiles, razonamientos que acepta la Sala, que ninguna duda cabe de que nos encontramos en presencia

de un contrato de tracto sucesivo, no de cumplimiento instantáneo, en el que la entidad mercantil Louis Dreyfus Commodities España S.A. con anterioridad a la declaración de concurso venia suministrando a la mercantil Fetransfor S.L., maíz, cascarilla y harina de soja de forma continuada durante varios años sin que se haya negado por la concursada que, en efecto, retiró parte de la mercancía contemplada en los contratos aportados y no ha procedido a su abono y por tal razón considera la juzgadora que el presente supuesto de hecho es subsumible en el artículo 62.1 de la Ley Concursal porque nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo cuyo incumplimiento comienza con anterioridad a la declaración de concurso, lo que hace factible la acción resolutoria.
El artículo 62 de la Ley concursal establece: "1. La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. 2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal. 3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. 4. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda".
Es obvio que del referido artículo se desprende la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte.
La controversia, en definitiva radica en determinar si de los elementos que configuran los referidos contratos cabe entender que como sostiene la parte recurrente nos encontramos ante sucesivas operaciones de compraventas independientes o como concluye la juzgadora de instancia ante un contrato de suministros de tracto sucesivo.
Han de tenerse en cuenta los siguientes datos fácticos perfectamente recogidos y explicados por la juzgadora de instancia en la resolución recurrida que avalan tal calificación de que nos encontramos ante un contrato de suministros de tracto sucesivo y la procedencia de su resolución por incumplimiento de la mercantil concursada.
1) El concurso fue declarado en fecha 12 de enero de 2010.
2) En el marco de las relaciones entre la entidad mercantil Louis Dreyfus Commodities España S.A. y la mercantil Fetransfor S.L. se formalizaron diversos contratos en los que se advierten diversas incidencias en su cumplimiento:
1) contratos de maíz n° 702 y 724,
El contrato 702 tenía por objeto la entrega de maíz entre Octubre de 2009 a enero de 2010, habiendo Fetransfor dejado de pagar 500 toneladas con anterioridad a la declaración de concurso, cantidad que también fue impagada con anterioridad a la declaración en relación con el contrato 724.
2) Contratos de harina de soja los 1069, 1344, 1331, 1345, 1330, 1174 y 1175
Los contratos n° 1174 y 1175, de cascarilla de soja, tienen fijados periodos de entrega de Mayo a Diciembre de 2010, y en su clausulado aparece -cláusula n° 13: "el vendedor podrá rescindir el contrato, reclamando daños y perjuicios, si el comprador incumpliera uno cualesquiera de los demás contratos o no hubiese pagado a su vencimiento las cantidades que adeudase por operaciones anteriores" (documento n°10 aportado en la contestación por mercantil Louis Dreyfus Commodities España S.A.
En cuanto al contrato n° 1330, de harina de soja, preveía entregas de Enero a diciembre de 2009 y se dejaron de pagar 66.266,56 euros, por tanto, con anterioridad a la declaración de concurso.
El contrato n° 1331, de harina de soja, que preveía similares entregas a la anterior, supuso un impago de 31.030,46 euros con anterioridad a la declaración de concurso.
El contrato n° 1344, de harina de soja, con entrega de junio a diciembre de 2009 supuso un impago anterior al concurso de 143.350,99 euros.
El contrato n° 1345, de harina de soja, fijaba entregas de junio a diciembre de 2009, habiéndose impagado de forma anterior al concurso 74.847,74 e
3) contratos de cascarilla de soja n° 250, 1126 y 1129)
El contrato 250, de cascarilla de soja, fue incumplido por Fetransfor con anterioridad al concurso, toda vez que no retiro ni pagó 300 toneladas correspondientes a1 mes de diciembre de 2009.
Los contratos de 1126 y 1129, de cascarilla de soja, preveían entregas de enero a diciembre de 2010, el primero, y de enero a mayo de 2010 el segundo, sin que se haya procedido a la retirada de cantidad alguna.
4) es obvio que todos los contratos son anteriores a la declaración de concurso y que cada contrato preveía una serie de entregas que debían llevarse a cabo en los meses que se indicaban y que las partes concertaron que las entregas se harían de forma periódica y sucesiva, comprometiéndose mercantil Louis Dreyfus Commodities España S.A. a la puesta a disposición de las mercancías y la mercantil Fetransfor S.L. al abono de las mismas, conforme al precio pactado inicialmente o bien al que se determinara posteriormente, si bien siempre con anterioridad a la puesta a disposición y es claro que en el momento de declararse el concurso existía una relación contractual de suministro en parte ya incumplida por Fetransfor S.L., en parte pendiente de vencimiento.
A lo expuesto ha de añadirse que mercantil Louis Dreyfus Commodities España S.A remitió por burofax en dos ocasiones a la Administración concursal y a la concursada, una vez declarado el concurso, que procedía la

resolución de los contratos, por cuanto los mismos eran de tracto sucesivo y habían sido incumplidos por Fetransfor (documentos n°29 y 30 contestación de mercantil Louis Dreyfus Commodities España S.A)."
La aplicación de la exceptio non adimpleti contractus, exige, de acuerdo con estos principios, que quien ejercite la acción resolutoria no esté en la misma situación de incumplimiento, salvo que sea consecuencia del previo incumplimiento del otro contratante (SSTS 21 de octubre de 1994 (RJ 1994X8146) y 7 de junio de 1995). En consecuencia, la excepción de contrato incumplido para oponerse a la facultad resolutoria ejercida por la contraparte en las obligaciones recíprocas, debe fundarse en un incumplimiento de relevancia suficiente para llevar consigo la frustración del interés de la contraparte en la celebración del contrato".
El contenido del contrato de suministros radica precisamente en una serie de prestaciones duraderas o de ejecución continuada o sucesiva caracterizado por tener unidad de vinculo en su constitución y tracto sucesivo en su ejecución y cumplimiento por las partes, fraccionándose el objeto total de la prestación en cuotas o porciones independientes entre sí, por lo que cabe entender que la mercantil Fetransfor S.L. no retiró parte de las mercancías e incumplió su obligación de pago respecto de otras si retiradas, todo lo que lleva a entender que dicho incumplimiento resulta subsumible en el supuesto contemplado en el artículo 62.1 de la Ley Concursal, haciendo factible la acción resolutoria, porque nos encontramos ante un incumplimiento anterior a la declaración de concurso y en el marco de un contrato de tracto sucesivo.
De la prueba practicada antes expuesta, no cabe sino concluir que es cierto que tras la declaración de concurso las mercancías solicitadas se encontraban almacenadas, como también es cierto que la mercantil Fetransfor S.L. no acudió a retirarlas, y ello por conocer de antemano que no se le suministrarían salvo pago previo que resultaba plenamente legitimo, por cuanto, de un lado, se había producido un impago de anteriores cantidades, y además encontraba expresamente recogido en los contratos, que preveían la posibilidad de exigir garantías adicionales.
En consecuencia, ha de estimarse correcta la procedencia de la pretensión resolutoria del vínculo contractual que unía a la mercantil Louis Dreyfus Commodities España S.A. con la mercantil Fetransfor S.L. y las consecuencias que lleva aparejada dicha resolución, dejando sin efecto la partida de deudores por saldo indemnizatorio en la que se incluye a la mercantil Louis Dreyfus Commodities España S.A. como deudora de la mercantil Fetransfor S.L. por importe de 1.373.469,53 euros, así como que el crédito que la mercantil Louis Dreyfus Commodities España S.A. ostenta frente a la mercantil Fetransfor S.L. es ordinario por la cantidad de 337.834,55 euros.
Razones junto con las expuestas por la juzgadora de instancia que se aceptan y no se reproducen en aras a la brevedad que exigen desestimar el recurso.”. SAP Albacete (Sección 1) 20.11.2013 (Sentencia 199/2013; Rollo 305/2012)

“TERCERO.-Al respecto de las alegaciones anteriores ha de indicarse:
Respecto a la solicitud en orden a que se estime la demanda entiende la parte apelante la mercantil Fetransfor S.L. en su recurso de apelación que, atendiendo a los contratos suscritos estos serían operaciones de compraventa independientes las unas de las otras, en contra de lo resuelto por la juzgadora de instancia que ha establecido y razonado pormenorizadamente y extensamente en su resolución analizando las circunstancias globales y detalles de la relación comercial entre ambas mercantiles, razonamientos que acepta la Sala, ya que ninguna duda cabe de que nos encontramos en presencia de un contrato de tracto sucesivo, no de cumplimiento instantáneo, en el que la entidad mercantil Bunge Ibérica S.A. con anterioridad a la declaración de concurso venia suministrando a la mercantil Fetransfor S.L. harina de soja, maíz y trigo, de forma continuada durante varios años sin que se haya negado por la concursada que, en efecto, retiró parte de la mercancía contemplada en los contratos aportados y no ha procedido a su abono y por tal razón considera la juzgadora que el presente supuesto de hecho es subsumible en el artículo 62.1 de la Ley Concursal porque nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo cuyo incumplimiento comienza con anterioridad a la declaración de concurso, lo que hace factible la acción resolutoria.
El artículo 62 de la Ley concursal establece: "1. La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. 2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal. 3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. 4. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda".
Es obvio que del referido artículo se desprende la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior
o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte.
La controversia, en definitiva radica en determinar si de los elementos que configuran los referidos contratos cabe entender que como sostiene la parte recurrente nos encontramos ante sucesivas operaciones de compraventas independientes o como concluye la juzgadora de instancia ante un contrato de suministros de tracto sucesivo.
Han de tenerse en cuenta los siguiente datos fácticos que han sido perfectamente recogidos y explicados por

la juzgadora de instancia en la resolución recurrida que avalan tal calificación de que nos encontramos ante un contrato de suministros de tracto sucesivo y la procedencia de su resolución por incumplimiento de la mercantil concursada.
1) El concurso fue declarado en fecha 12 de enero de 2010.
2) En el marco de la indicada relación global, se formalizaron los contratos que se aportan como documentos n° 1 a 10 de la demanda distintas fechas, en relación con determinados pedidos de harina de soja, maíz y trigo: el primero fue fechado el día 13 de noviembre de 2008 y el ultimo en fecha 5 de noviembre de 2009.
3) Todos los contratos -concertados dentro de la relación global- aportados con la demanda incidental son anteriores a la declaración de concurso la mercantil Fetransfor S.L
4) Por otro lado, cada contrato preveía una serie de entregas que debían llevarse a cabo en los meses que se indicaban.
5) Se retiró parte de la mercancía contemplada en los contratos aportados por Bunge con los n° 1 a 5 de la contestación a demanda incidental de la mercantil Fetransfor,
Documento n° 1, harina de soja (Contrato de 1.000 TM. Pendientes de retirar 304,18 TM del mes de Diciembre de 2.009).
Documento n° 2, harina de soja (Contrato de 1.000 TM. Pendientes de retirar 500 TM, del mes de Diciembre de 2.009).
Documento n° 3, harina de soja (Contrato de 300 TM. Pendientes de retirar 11,94 TM, del mes de Septiembre de 2.009).
Documento n° 4, maíz (Contrato de 2.500 TM. Pendientes de retirar 498,92 TM.)
Documento n° 5, cascarilla de soja (Contrato de 50 TM. Pendientes de retirar 12,7 TM del mes de Octubre de 2.009).
6) No se retiró el resto ni mercancía contemplada en los contratos n° 6 a 10.
En concreto, con anterioridad a la declaración de concurso se encontraban pendientes de retirar diversas toneladas correspondientes al período de los meses de octubre a diciembre de 2009.
7) En el momento de declararse el concurso existía una relación contractual de suministro en parte ya incumplida por la mercantil Fetransfor, en parte pendiente de vencimiento. En este sentido, existe una deuda reconocida en el seno del concurso a favor de Bunge Ibérica, por un crédito de 1.429.392,75 euros calificado como ordinario.
8) Es uso y costumbre habitual que sea el comprador quién contrata a su cargo el transporte y va a retirar las mercancías del almacén donde el vendedor las tiene depositadas y además así consta en las confirmaciones de las operaciones acompañadas de documentos n° 1 al 10, indicándose en todas ellos "sobre camión almacén puerto de Cartagena".
Lo anterior acredita que fue la mercantil Fetransfor S.L. la que no retiró las mercancías cuando las tenía a su disposición.
A la vista de todo lo expuesto resulta claro que fue la mercantil Fetransfor S.L. la que ante la falta de liquidez derivada de su situación concursal y el descenso del precio de las mercancías en el mercado, no retiró las mercancías que siempre tuvo a su disposición, incurriendo en incumplimiento contractual, por lo que resulta correcta la decisión de la juzgadora de instancia que estimó la demanda formulada la mercantil Bunge Ibérica S.A impugnando el listado de acreedores realizado por la administración concursal de la mercantil Fetransfor S.L. y ejercitando acción de resolución contractual contra la administración concursal y la mercantil Fetransfor S.L declarando, en consecuencia, que la mercantil Fetransfor S.L. no ostenta un crédito de 1.267.442,20 euros contra la mercantil Bunge Ibérica S.A. y dejando sin efecto la partida de deudores por operaciones de crédito en la que se incluye a la mercantil Bunge Ibérica S.A. como deudora de la mercantil Fetransfor S.L. por el referido importe y declarando resueltos los contratos numerados como 2.701, 2.782,2.808, y 2.766 por incumplimiento de la mercantil Fetransfor S.L. y se desestimó la demanda acumulada instada por la mercantil Fetransfor S.L. contra la mercantil Bunge Ibérica S.A.
Razones junto con las expuestas por la juzgadora de instancia que se aceptan y no se reproducen en aras a la brevedad que exigen desestimar el recurso.": SAP Albacete (Sección 1) 26.11.2013 (Sentencia 204/2013; Rollo 295/2012)

JM-1 Murcia

"Por lo que aquí interesa, el contrato que liga a las partes es un contrato de suministro, que no está tipificado en nuestro Derecho privado, pero si lo está en la Ley de Contratos de las Administraciónes Públicas (artículo 172 y siguientes). Su difusión en el tráfico se debe a que mediante él se pretende satisfacer el interés de una persona (el suministrador) en poder obtener la satisfacción de unas necesidades periódicas que se repiten en el tiempo; de tal manera que el carácter duradero de la necesidad de obtener ciertas cosas y el interés en su cobertura que se prolonga en el tiempo se vinculan a la razón de ser de este contrato. Además de la nota de duración, ha de indicarse que el contrato de suministro es único y no un conjunto de contratos que se suceden en el tiempo, ya que es voluntad de las partes el servirse de él para asegurarse la realización de prestaciones futuras durante el tiempo que persista la necesidad de ellos sin tener que realizar varios contratos.
El contrato de suministro se define como el contrato por el que una parte (suministrador) se obliga mediante un precio a realizar a favor de otra (suministrado) prestaciones periódicas o continuadas de cosas (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, 30 de noviembre de 1985, 8 de julio de 1988, 24 de febrero de 1992 y 3 de abril de 2003).
Por buena parte de la doctrina se estima que nos hallamos ante una variante de la compraventa, si bien se advierte la tendencia de otro sector doctrinal y tambien de la propia jurisprudencia a escindir ese contrato del de la compraventa, pero sin dejar de hacer notar su afinidad. De ahí que la doctrina jurisprudencial se haya orientado âno sin algunas contradicciones- en sentido de marcar unas ciertas especialidades al contrato de

suministro, que lo separan de la compraventa, cuya disciplina, no obstante, se aplica al suministro en lo que no está en contradicción con su carácter peculiar, que viene marcado por la pluralidad de prestaciones y con su contrato de duración.
En concreto, en relación con el contrato de suministro de energía eléctrica es reiterada la jurisprudencia que establece que el suministro de energía eléctrica es un servicio público prestado mediante empresas privadas, lo que hace que el contrato de suministro de energía eléctrica sea un contrato mixto que participa de un aspecto administrativo relativo a la forma de gestión y prestación del servicio con un control por la administración y de un aspecto privado que es la relación contractual entre la compañía suministradora y el abonado, es en este aspecto privado donde la jurisprudencia califica el contrato como de compraventa, tratándose por tanto de un contrato bilateral, sinalagmático, existiendo una manifiesta correlación e interdependencia entre las obligaciones de las partes; entrega constante y continua de energía en la potencia contratada y pago del precio pactado.
Pues bien, partiendo de esta conceptuación del contrato de suministro, como contrato único que da lugar a prestaciones periódicas al que se aplica, dada su naturaleza mixta, por una parte el vigente Reglamento de Acometidas Eléctricas y el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía y en su aspecto privado, las normas contenidas en el Código de Comercio relativas a la compraventa mercantil (artículo 325 y siguientes) resultaría discutible aplicarle el régimen previsto en el artículo 62 para los contratos de tracto sucesivo. De estimarse este no aplicable, no cabría duda alguna de que las deudas generadas a favor de IBERDROLA tienen carácter concursal.
Por el contrario, si se entiende que la especialidad se refiere a la proyección en el tiempo de las prestaciones contractuales y no a la naturaleza jurídica del contrato en si, el régimen previsto en el artículo 62 para los contratos de tracto sucesivo sería aplicable también a los contratos que se prolongan en el tiempo, pero en este caso la conclusión a la que se llegaría sería la misma, habida cuenta de que el apartado 3º del artículo 64 anteriormente transcrito y en el que IBERDROLA fundamenta su reclamación parece venir referido a la regla general de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, que pueden resolverse por un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, pero no especifica si es de aplicación a la especialidad que contempla el párrafo 1º (contratos de tracto sucesivo). Especialidad cuya supresión se llegó a plantear en el debate parlamentario, concretamente en la enmienda nºero 290 del grupo Parlamentario Socialista al considerar que la inclusión de la referencia a los contratos de tracto sucesivo introducía una excepción injustificada en el sistema de la ley concursal.": Sentencia JM-1 Murcia 26.04.2005 (concurso 11/2005)

"PRIMERO.-En la presente litis se ejercita la acción resolutoria ex artículo 62 de la Ley Concursal respecto de varios contratos suscritos entre la entidad actora y la concursada, fundada en el incumplimiento por parte de ésta de sus obligaciones contractuales tanto con anterioridad como con posterioridad a la declaración de concurso de COPINSA y ello por entender la parte actora que los contratos que unen a las partes litigantes y que relaciona en el documento nºero 1 de su escrito de demanda son de tracto sucesivo y por ende, que es de aplicación la especialidad prevista para tales supuestos en el apartado primero del art. 62 que contempla la posibilidad de ejercitar la facultad de resolución incluso cuando el incumplimiento haya sido anterior a la declaración de concurso. Ello obliga, en primer lugar, a determinar la calificación que ha de darse a los contratos cuya resolución se pretende, lo que es discutido por las partes; la actora afirmando que se trata de contratos de suministro en tanto que la administración concursal los califica de compraventa, siendo bien sabido, por ser doctrina jurisprudencial hartamente reiterada que la calificación de los contratos no depende de la denominación que las partes le den, sino la que se desprenda del contenido de sus claúsulas.
El contrato de suministro no está tipificado en nuestro derecho privado, pero sí lo está en la Ley de contratos de las Administraciones públicas (art. 172 y siguientes). La Jurisprudencia, en sintonía con el art. 1559 del código civil italiano de 1942, entiende que el contrato de suministro es aquel por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar a favor de otra prestaciones periódicas o continuas cuya función es la satisfacción de necesidades contínuas para atender el interés duradero del acreedor (sentencias 30 de Noviembre 1984, 8 de Julio 1988, 24 de Febrero 1992 y 2 de Diciembre de 1996).
Su difusión en el tráfico se debe a que mediante él se pretende satisfacer el interés de una persona (el suministrado) en poder obtener la satisfacción de unas necesidades periódicas que se repiten en el tiempo; de tal manera que el carácter duradero de la necesidad de obtener ciertas cosas y el interés en su cobertura que se prolongue en el tiempo se vinculan a la razón de ser de este contrato. Además de la nota de la duración, ha de indicarse que el contrato de suministro es único y no un conjunto de contratos que se suceden en el tiempo, ya que es voluntad de las partes el servirse de él para asegurarse la realización de prestaciones futuras durante el tiempo que persista la necesidad de ellas sin tener que realizar varios contratos.
En el presente supuesto no nos encontramos ante un único contrato, sino que son varios los contratos concertados entre las partes, entre cuyos pactos consta expresamente (condición general cuarta) que este contrato es independiente de cualquier otro que ambas partes tengan convenido y en vigor y su rescisión o resolución no perjudica la vigencia de los demás,por ello no pueden conceptuarse propiamente como contratos de suministro. Son contratos bilaterales, sinalagmáticos que generan obligaciones recíprocas para las partes; la de entrega de la mercancía-harina de soja- para el vendedor (la actora) y el pago de la misma a su puesta a disposición â condición general octava- para el comprador (la concursada). En este sentido guarda gran afinidad con la compraventa definida en el art. 1445 del Código civil, pero difiere de ésta en que las obligaciones que genera para sendas partes no son de ejecución instantánea, sino que son contratos de ejecución periódica, es decir, genera obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar actos reiterados durante cierto tiempo (las entregas de las mercancías y su pago han de realizarse en diferentes fechas previamente pactadas por las partes).En definitiva, son contratos atípicos que participan de características propias de una y otra modalidad contractual.": Sentencia JM-1 Murcia 13.06.2005 (Incidente Concursal 31/2005)

3.1.2 Arrendamiento

JM-1 Málaga

"PRIMERO La resolución de los contratos tiene su configuración legal en losartículos 61 y 62 de la Ley Concursal y 70 LC. Al amparo de dichos supuestos debemos partir del principio de continuidad de la actividad empresarial (arts 43 y 44 LC) y por ello la vigencia de los contratos al momento de la declaración de concurso. La articulación de los citados preceptos permite la posibilidad de solicitar la resolución de determinados contratos cuya legitimación está particularizada según se trate de unos u otros supuestos.
El contrato de arrendamiento conlleva una serie de obligaciones (tanto derivadas de la legislación común como de la especial de 1994) a cargo del arrendador y del arrendatario, situándose entre las de este último como esencial la del pago de la renta. En el régimen de los arrendamientos podemos distinguir aquellos supuestos en que el ejercicio de la acción resolutoria se ha iniciado antes de la declaración de concurso, sometidos alartículo 70 LCy aquellos otros que son posteriores en cuyo caso podemos entender que será posible su resolución al amparo de lo previsto en elartículo 62 LC. La doctrina se ha situado a favor y en contra de la aplicación del supuesto delartículo 61.2.2º LCa los supuestos de arrendamiento pero lo cierto es que la legitimación para instar dicha resolución parte de un momento temporal esencial en cuanto al incumplimiento: si ese incumplimiento es posterior deberá someterse a las reglas delartículo 62 LC; si se trata de contratos de tracto sucesivo también podrá solicitarse la resolución por incumplimiento anterior. Si se trata de otros supuestos, en materia de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la legitimación la tiene solo la administración concursal.
Entendiendo por tanto el arrendamiento como supuesto de tracto sucesivo por las diferentes rentas a pagar por el arrendatario la resolución puede motivarse por la parte, como es el caso, y por causas de impago anteriores o posteriores.
La existencia de un allanamiento de la administración concursal y de la concursada, en función de diferentes razones dadas por una y otra nos lleva a entender que debe procederse de conformidad a losartículos 19, 21 y 395 de la LCen concordancia con los artículos concursales antes señalados por cuanto en realidad lo que se está adecuando es la realidad concursal a la extraconcursal, tal y como señala la administración concursal refiriendo que dicho local arrendado ya estaba cerrado y abandonado por la concursada una vez que gira la primera visita tomada posesión del cargo.". SJM-1 Málaga 02.10.2008 (JUR 2009/80462; Sentencia 201/2008; Incidente Concursal 515.4.3/2007)

3.1.3 Leasing y renting

[Vid. las resoluciones incluidas en el art 84.2.6.]

3.1.3.1 Improcedencia de la resolución del leasing, entendiendo que no existen obligaciones pendientes a cargo del arrendador,

AP Sevilla

PRIMERO.-Por el Procurador Don Juan Antonio Moreno Cassy, en nombre y representación de la entidad Banco Español de Crédito, S.A., se presentó demanda contra la entidad concursada Hermanos Andaluces, AMH, S.L., y la Administración Concursal, interesando que se declarase resuelto el contrato de arrendamiento financiero formalizado con la entidad concursada, respecto de una excavadora Cartepillar, modelo 325CL, número de bastidor 00350, con la consiguiente entrega de la mencionada maquinaria y que quedase como crédito ordinario la deuda ya reconocida, las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso y hasta que se produzca la entrega. La Administración Concursal se opuso, además de alegar que se trataba de un contrato simulado, dado que realmente se trataba de un contrato de compraventa a plazo, entendía que la actora había optado por el cumplimiento del contrato, dado que había comunicado la totalidad del crédito, incluido la cuota residual, y no impugnó la inclusión entre los bienes de la máquina excavadora. Por parte del Juzgado, tras la oportuna tramitación, se dictó Sentencia que desestimó la demanda. Contra la citada resolución se interpuso recurso de apelación por la actora que reiteró sus pretensiones.
SEGUNDO.-En los términos que se plantea la controversia en esta alzada, el debate se circunscribe a qué norma es aplicable, si el apartado primero del artículo 61 de la Ley Concursal o, por el contrario, el apartado segundo de dicha norma. Mientras el apartado primero, por el simple hecho de la declaración del concurso, no es posible la resolución del contrato con obligaciones recíprocas, cuando una de las partes hubiera cumplido totalmente y la otra tuviera pendiente el cumplimiento integro o parcial, simplemente el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso. En el apartado segundo, cuando hay obligaciones recíprocas pendiente para ambas partes, aunque en principio no tiene por qué afectar a la validez del contrato, la declaración del concurso, es posible que la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, puedan solicitar la resolución del contrato, si lo estimaran conveniente al interés del concurso.
La cuestión es discernir si al momento de la declaración de concurso, quedaban pendientes obligaciones para una o las dos partes. La actora entiende que para las dos. En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la cuestión, por señalar de las más recientes, podemos destacar la Sentencia de 11 de julio de 2.013 que declara que: "Esta Sala, en sus sentencias núm. 34/2013, de 12 de febrero, recurso núm. 1915/2011, y núm. 44/2013, de 19 de febrero, recurso núm. 802/2012, ha abordado la cuestión relativa a la calificación de los

créditos derivados de las cuotas del contrato de leasing devengadas tras la declaración de concurso. La solución dada por la Sala se ha basado, fundamentalmente, en la interpretación del art. 61.2 de la Ley Concursal en relación al 84.2.6º de la misma ley a efectos de calificar determinados créditos contractuales como concursales o contra la masa y en el análisis de la naturaleza del contrato de leasing y de las obligaciones que del mismo resultan para una y otra parte contractual.
Para que el crédito contractual contra el concursado pueda ser calificado como crédito contra la masa es necesario, conforme al artículo 61.2 de la Ley Concursal, que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. La reciprocidad del vínculo contractual y la pendencia de cumplimiento de obligaciones por ambas partes constituyen los criterios determinantes de la calificación de los créditos contractuales contra el concursado, conforme a dichos preceptos legales.
La Ley Concursal no define qué debe entenderse por obligaciones recíprocas. Tampoco lo hace el Código Civil. Este se limita a regular el régimen de la constitución en mora en las obligaciones recíprocas en el último inciso del art. 1100, prever que «la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados» a la hora de establecer los efectos de la obligación condicional de dar en el art. 1120, establecer que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe» en el art. 1124 y que «si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses» al regular la interpretación de los contratos, en el art. 1289.
Con base en esta regulación, esta Sala ha declarado que la reciprocidad de obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra. La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.
La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocia. Pero, a los efectos del artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la reciprocidad debe existir en la fase funcional del vínculo y después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas.
El contrato de arrendamiento financiero o "leasing" ha sido objeto de numerosas disposiciones dirigidas, básicamente, a regular su vertiente tributaria (al referir el contrato a bienes destinados a una explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicio o profesional del financiado y considerar la cuota como gastos deducibles y no como inversión) y el régimen de las sociedades habilitadas para celebrar tales contratos (entidades de crédito).
Se ha destacado el componente arrendaticio en la relación entre entidad financiera y titular del derecho a usar el bien mueble, de tal forma, que el arrendatario financiero del bien no adquiere un derecho real sobre él (a su poder le faltan las características de inmediatividad o inherencia y absolutividad que son propias de tal categoría de derechos), sino el derecho a usar la cosa ajena, obligándose el arrendador a mantenerle en el uso pacífico de la misma. El dominio corresponde a la compradora y arrendadora financiera y no resulta limitado por ningún derecho real sobre cosa ajena a favor del arrendatario.
Por tanto, el contrato de arrendamiento financiero genera obligaciones recíprocas aunque el valor de las prestaciones no sea equivalente, pues en la renta se incluyen conceptos ajenos al uso. El cesionario del uso de la cosa ostenta un derecho de crédito contra la entidad financiera que le faculta a usar y que tiene como correlato la obligación de esta de prestarle ese uso, más allá de la mera entrega y durante el tiempo de vigencia de esa relación.
Pese a que, como se ha expuesto, del arrendamiento financiero en abstracto derivan obligaciones recíprocas para arrendadora y arrendataria, la finalidad práctica perseguida por la arrendataria suele centrarse en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que le supone acudir al tal contrato como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados. La primacía del interés de la arrendataria en la adquisición del bien mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual sobre el de la utilización por el tiempo pactado permite que la arrendadora, en ocasiones, se desvincule de las obligaciones clásicas que a la misma impone el Código Civil.
Por ello, en contra de lo pretendido por la recurrente, para decidir sobre la reciprocidad de las obligaciones derivadas del arrendamiento financiero en concreto, no cabe acudir a las obligaciones que «por definición» impone el contrato de arrendamiento, «diga lo que diga un contrato de arrendamiento en particular». Desde la perspectiva civil, dejando al margen sus repercusiones tributarias, cabe que las partes, en el ejercicio de su libertad contractual, modulen o eliminen válidamente alguno de los elementos característicos del contrato típico. Bajo la denominación de arrendamiento financiero pueden estipularse pactos que desnaturalicen los aspectos arrendaticios con los únicos límites fijados en el art. 1255 del Código Civil.
Para determinar si la relación jurídica nacida del contrato de arrendamiento financiero sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, por estar pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas, en cada caso, por los contratantes.
La sentencia de la Audiencia Provincial ha declarado que conforme al contrato de leasing se exime al financiador de responsabilidad respecto de cualquier acción derivada de los vicios o defectos de los bienes objeto del contrato y que este tan sólo prevé la resolución de contrato por incumplimiento del cliente que contrata con el banco, sin que se admita la posibilidad de incumplimiento por el banco. La recurrente no ha

combatido adecuadamente este extremo, fundamental para la conclusión a que llega la Audiencia Provincial de que cuando tuvo lugar la declaración del concurso solo quedaban obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada.
Se alega en el recurso que tras la declaración de concurso el arrendador estaba obligado a permitir el goce pacífico de la cosa arrendada, a no impedir el uso de la cosas por el arrendatario. Tal obligación solo constituye, a efectos del artículo 61 Ley Concursal, un deber de conducta general, implícito en el "pacta sunt servanda" (los pactos deben ser cumplidos), en su contenido sustancial ya cumplido con la propia entrega y, en todo caso, insuficiente, por sí solo, para atribuir al crédito de la arrendadora el tratamiento de crédito contra la masa en el concurso que la recurrente pretende.
También es insuficiente a tales efectos la obligación de transferir la titularidad del bien al arrendatario una vez que este ejercite la opción de compra y pague la cuota correspondiente al valor residual. Como acertadamente afirma la sentencia recurrida, es una obligación de la arrendadora que tan sólo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagado todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta compraventa no es un mero acto de ejecución del contrato de leasing, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, en este caso del arrendatario al hacer uso de la opción de compra".
Si analizamos los hechos enjuiciados, es evidente que, de acuerdo con estas consideraciones jurisprudenciales, para la parte actora solo quedaba ese deber de conducta general, y ese acto de transferencia de la titularidad que representa un negocio jurídico diferente al arrendamiento financiero, es decir, solo quedaban obligaciones para una de las partes. Por tanto, ha de considerarse acertada la aplicación del apartado primero, de modo que solo procede incluir en la masa pasiva el crédito de la actora, lo cual, así interesó la propia parte, sin que se haya discutido la inclusión en la masa activa de la maquina excavadora, cuya devolución se pretende en los presentes autos, a consecuencia de la resolución contractual que interesa.
En consecuencia, este motivo ha de decaer.": SAP Sevilla (Sección 5) 13.01.2014 (Sentencia 20/2014; Rollo 5802/2013)

3.1.3.1.1... aunque se admite por ser firme la calificaciòn como crédito contra la masa o no existir controversia sobre la resolución

AP Barcelona

"En segon lloc, BANCO SANTANDER manifesta desacord amb l'argumentació de la sentència del jutjat que nega que el contracte d'arrendament sigui de tracte successiu i que, per tant, en no trobar-lo incardinat dins l' article 62 LC, no accedeix a la resolució, amb fonament en l'esmentat canvi de criteri d'aquest tribunal.
Cal fer unes precisions. Aquest tribunal (en la sentència esmentada de 9 de novembre de 2010 ni en les posteriors) no ha negat que el contracte d'arrendament financer sigui de tracte successiu. Ho és. No sembla discutible que el contracte de leasing genera prestacions successives -quotes periòdiques- a càrrec de l'arrendatari financer. És un contracte durador, per oposició als contractes instantanis.
La raó per la qual hem considerat que els crèdits dels concursats derivats dels contractes de leasing han de classificar- se com a crèdits concursals, no com a crèdits contra la massa, i han de rebre el tractament previst en l' article 61.1 i no el de l ' article 61.2 de la LC, ha estat la d'estimar que, en els contractes de leasing estàndards, dels casos examinats, l'arrendador financer ha complert íntegrament les prestacions a càrrec seu i que només estan pendents de compliment les obligacions de pagament a càrrec de l'arrendatari financer, en essència, les quotes convingudes per fraccionar el pagament.
Les quotes pactades no respondrien tant al concepte de renda que compensa la privació temporal del bé al propietari, com a la voluntat de permetre a l'entitat financera recuperar el preu satisfet per l'adquisició del bé, a més de la càrrega financera que constitueix pròpiament el benefici de l'entitat de leasing. Això, dèiem, justifica la previsió legal que, per al cas d'incompliment, no només legitima la resolució amb una clàusula penal que, si més no, compensa la inversió feta per l'arrendador en adquirir el bé, sinó també amb la possibilitat d'exigir
el compliment íntegre del contracte i de cobrar el crèdit, amb caràcter preferent a qualsevol altre creditor, amb l'execució del mateix bé.
4. Aquestes consideracions serien d'aplicació al cas que ens ocupa. Ara bé, com posa en relleu el jutge, el crèdit es va classificar en el seu moment com a crèdit contra la massa pel que fa a les quotes posteriors a la declaració del concurs -les anteriors són crèdits concursals amb privilegi especial- i no trobem justificat separar-nos d'aquella classificació en el moment que se sol·licita la resolució per incompliment, a la qual, per tant, entenem que s'ha de donar lloc.
La part apel·lant reitera la sol·licitud efectuada en la primera instància i, amb base en els pactes del contracte, opta per la liquidació dinerària sense devolució del bé (pagament de les quotes pendents de venciment al moment de la resolució del contracte, de l'import del valor residual i els impostos sobre les partides anteriors), tot quantificant la liquidació en la suma de 231.631,13 euros. Invoca la clàusula novena del contracte de leasing que preveu els efectes econòmics de la resolució del leasing per incompliment de l'arrendatari:
a) La retenció de les quotes vençudes i abonades. Aquesta partida no suscita cap qüestió.
b) L'abonament de les quotes vençudes fins a la data de la resolució amb els interessos de demora.
L'AC, en la contestació a la demanda incidental de BANCO SANTANDER, no admetia cap altre efecte de la resolució que no fos la devolució de la maquinària, sense més, opció aquesta que, com hem dit, no és l'escollida per la demandant. No s'ha qüestionat que són cinc les quotes vençudes i impagades abans de la

declaració de concurs, per import de 6.696,31 euros cadascuna, classificades en el seu dia com a crèdits concursals (33.481,55 euros).
Tampoc no s'ha discutit que han estat 19 les quotes impagades després de declarar-se el concurs: 4 quotes per import de 6.696,31 euros, 3 quotes de 6.811,76 euros i 12 quotes de 6.811,00 euros. El total és 129.072,52 euros. No considerem procedent aplicar l'interès de demora un cop declarat el concurs.
c) En concepte d'indemnització pels danys i perjudicis causats per l'incompliment, l'import equivalent a set quotes. Atesa la falta d'acreditació de danys, no estimem procedent tampoc aquesta partida.
d) L'import pactat com a valor residual és de 6.901,49 euros.
L'import total de la liquidació serà, per tant, de 169.455,56 euros, dels quals 135.974,01 euros seran crèdits contra la massa (article 62.4 LC). En aquest sentit, s'ha d'estimar el recurs d'apel·lació interposat per BANCO SANTANDER.": SAP Barcelona (Sección 15) 18.07.2012 (Sentencia 266/2012; Rollo 213/2012)

AP Oviedo

"PRIMERO: De lo actuado en el presente incidente concursal aparece que con fecha 16 abril 2008 la financiera "Mercedes Benz Financial Services España E.F.C., S.A." concertó con "RC4D Rental Club, S.L.N.E." un contrato de arrendamiento financiero sobre un vehículo turismo marca Mercedes matrícula 6128 GDB, fijándose una renta de 60 plazos mensuales por importe de 1.121,96 euros cada uno, con vencimientos mensuales y consecutivos entre el 16 abril 2008 y el 16 marzo 2013. Consta asimismo que "RC4D Rental Club, S.L.N.E." fue declarada en situación de concurso con fecha 16 septiembre 2010, habiendo procedido aquella entidad financiera a comunicar en el concurso un crédito por importe de 53.854,08 euros solicitando su reconocimiento como crédito con privilegio especial, siendo así que en la lista de acreedores apareció reconocido a su favor un crédito por importe de 40.471,92 euros como crédito con privilegio especial y otro de 13.382,16 euros como crédito subordinado, clasificación que fue consentida por la acreedora al no haber impugnado el informe de la Administración concursal en tiempo y forma, por lo que pasó a ser recogido en idénticos términos en los textos definitivos. A partir de aquí "Mercedes Benz Financial Services España E.F.C., S.A." presenta la demanda incidental que nos ocupa en la que tras exponer que la concursada dejó de pagar 28 de las cuotas pactadas, concretamente las rentas comprendidas entre el 16 mayo 2009 y el 16 agosto 2011, viene a solicitar al amparo de lo dispuesto en el art. 62-1 L.C. la resolución por causa de incumplimiento posterior al concurso del contrato de arrendamiento financiero, y por tanto que se reconozca como crédito ordinario el correspondiente a las cuotas vencidas e impagadas hasta la fecha de declaración de concurso, es decir el importe de 19.073,32 euros correspondiente a las cuotas con vencimientos comprendidos entre el 16 mayo 2009 hasta el 16 septiembre 2010, y como crédito contra la masa el correspondiente a las cuotas vencidas con posterioridad a la declaración de concurso que ascienden a 12.341,56 euros por las cuotas devengadas entre el 16 octubre 2010 y el 16 agosto 2011, sin perjuicio de su incremento por las cuotas devengadas e impagadas desde septiembre 2011 hasta la fecha de resolución del contrato; finalmente solicita se declare la obligación de la concursada de restituir el vehículo objeto del arrendamiento en el plazo de cinco días. Habiendo acogido la Sentencia de fecha 4 noviembre 2011 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo todos los pedimentos del demandante, se alza en apelación la Administración concursal solicitando se declare que todas las cuotas impagadas, sean anteriores o posteriores a la declaración de concurso, deben ser reconocidas como créditos concursales, gozando del privilegio especial del art. 90-1-4º L.C. aquellas cantidades hasta donde alcance el valor del bien, y siendo clasificados como ordinarios de conformidad con el art. 157-2 L.C. los créditos que superen aquel valor. De igual modo la concursada "RC4D Rental Club, S.L.N.E." impugna la Sentencia, solicitando su revocación en los mismos términos del recurso anteriormente expuesto.
SEGUNDO: Vistos los términos bajo los que ha quedado conformada la litis en la primera instancia, el recurso de apelación no podrá prosperar habida cuenta del enfoque contenido en su mismo planteamiento. Sabido es que la facultad de resolución por incumplimiento de los contratos únicamente tiene operatividad en el seno del concurso, ante el incumplimiento de cualquiera de las partes, cuando nos hallemos ante el supuesto exigido por el art. 62-1 L.C. que a su vez nos remite a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 61 L.C., esto es, habrá de tratarse de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de una y otra parte, y a este respecto señala la STS 11 octubre 2011 que "Responde esta exigencia a haber entendido el legislador que la impone el correcto funcionamiento de la reciprocidad -sinalagma funcional-, cuando existen obligaciones de aquel tipo que estén pendientes de cumplimiento por las dos partes contratantes". Ocurre en el caso presente que el pronunciamiento principal contenido en la Sentencia de primera instancia por el cual se declara resuelto por causa de incumplimiento el contrato de leasing que vinculaba a la demandante "Mercedes Benz Financial Services España E.F.C., S.A." con "RC4D Rental Club, S.L.N.E." ha pasado a revestir autoridad de cosa juzgada al ser consentido por todos los apelantes, pues ninguno de ellos solicita en sus respectivos escritos de recurso su revocación. Por lo tanto, habiendo asumido todos los litigantes que el contrato de arrendamiento financiero que nos ocupa entraña la existencia de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, pues tal calificación deviene como necesaria consecuencia del repetido pronunciamiento judicial –consentido y acatado por todos ellos- no resulta compatible con tal posicionamiento el que se pretenda al mismo tiempo en el recurso la aplicación del régimen jurídico propio del art. 61-1 L.C. alegando que nos hallamos en presencia de un contrato cuyas obligaciones pendientes de cumplimiento son tan solo las que están a cargo del arrendatario, pues, repetimos, si ello fuera así la facultad resolutoria quedaría legalmente excluida. Debe por tanto aplicarse la consecuencia legalmente anudada en el art. 62-4 L.C. a la decisión judicial que acuerde la resolución contractual por incumplimiento, lo que supone que las obligaciones incumplidas por el concursado antes de la declaración de concurso serán incluidas en el pasivo del concurso, mientras que las obligaciones posteriores a tal momento se satisfarán con cargo a la masa.": SAP Oviedo (Sección 1) 07.02.2013 (Sentencia 41/2013; Rollo 164/2012)

3.1.3.2 Opciones del arrendador ante el incumplimiento. Efectos.

AP Burgos

“Cuarto. La procedencia de la resolución del contrato, por el impago de las cuotas anteriores y posteriores a la declaración del concurso, lo que nadie discute, no puede conllevar sin embargo los efectos que pretende la parte actora y apelante.
Para una mayor claridad nos parece conveniente describir las distintas opciones que se ofrecen al arrendador financiero en los contratos de leasing vigentes a la fecha de la declaración del concurso. Una primera opción es la de continuar con el mantenimiento del leasing, en los términos que describe el propio artículo 61.2 sobre que "la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte". En este caso parece evidente que el pago de las cuotas pendientes de vencimiento habrá de hacerse con cargo a la masa, por lo dispuesto en el artículo 61.2 sobre que "las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa", y porque el artículo 84.2.6º considera créditos contra la masa "los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso".
Un segunda opción es la de ejercitar la acción de recuperación del bien, lo que le reconoce el artículo 56.1 letra c) a sensu contrario cuando dice que no podrán ejercitarse durante el año siguiente a la fecha de declaración del concurso, salvo que se abra antes la liquidación o se apruebe el convenio, "las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución". La acción de separación aparece sin embargo expresamente reconocida en la disposición adicional primera de la Ley 28/1998 de 103 de julio de venta a plazos de bienes muebles cuando dice que "en los supuestos de quiebra o concurso de acreedores, los bienes cedidos en arrendamiento financiero no se incluirán en la masa, debiéndose poner a disposición del arrendador financiero, previo reconocimiento judicial, de su derecho". En este caso desaparece el privilegio especial del artículo 90.1.4º LC, pues tratándose de un privilegio que se hace efectivo sobre el propio bien dado en leasing, el parecer es común sobre que no se puede activar el privilegio sobre un bien que ya se ha recuperado como propio. Y las cuotas que venzan hasta que se haga efectivo el derecho de separación, durante el año en que la ejecución está suspendida, parece que deberán pagarse con cargo a la masa.
Una tercera opción, que es la que en es caso ejercita VFS Services Spain es la resolver el contrato por impago de las cuotas que debe abonar el arrendatario. Es la opción del artículo 62. Pero en este caso los efectos no son los mismos que cuando la AC pide la resolución del contrato en interés del concurso conforme a lo previsto en el artículo 61.2, en cuyo caso "las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse se hará con cargo a la masa". En los supuestos de resolución conforme al artículo 62 el artículo distingue según que la resolución proceda por incumplimiento del concursado anterior a la declaración del concurso, o si el incumplimiento fuera posterior. En el primer caso el crédito es concursal; en el segundo es crédito con cargo a la masa. Y la ley no distingue entre cuotas anteriores y posteriores a la declaración del concurso, por lo que si el incumplimiento fue anterior, como lo fue en este caso en que se debían 29.639,47 # a la fecha de la declaración del concurso, todo el crédito será concursal, tanto por esta cantidad, como por las cuotas que se devenguen hasta la resolución. Solo cuando, a pesar de la existencia de causa de resolución, el Juez atendiendo al interés del concurso acuerda el cumplimiento del contrato, dice el artículo 62.3, que "las prestaciones debidas o las que deba realizar el concursado se harán con cargo a la masa".
Y una cuarta opción que se impone al arrendador, a pesar de que este no ejercite la acción de separación y de convenirle la continuación del contrato, es la de que la AC pida la resolución del contrato de leasing en interés del concurso. En este caso la indemnización y las restituciones que procedan se harán con cargo a la masa.
De lo anterior se desprende que las únicas posibilidades de que el arrendador financiero cobre con cargo a la masa son cuando el contrato de leasing continúa vigente, o cuando es la AC la que ejercita la acción de resolución en interés del concurso. Pero si es el arrendador financiero el que resuelve, y si la resolución es por causas anteriores a la declaración del concurso, en tal caso su crédito es concursal. Y el privilegio especial no opera porque con la resolución del contrato ya se ha recuperado el bien con cargo al cual hacerse el pago del crédito. Quedarán las indemnizaciones que procedan como consecuencia de la resolución, pero como crédito concursal ordinario. Finalmente una importante precisión que hace el artículo 62.4 es que "acordada la resolución del contrato quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento".
Quinto. Conforme a lo anterior procede resolver la demanda de resolución instada por VFS Services Spain en el sentido de estimar el recurso declarando la resolución del contrato de arrendamiento financiero, resolución que tendrá efectos a partir de esta fecha, por tratarse de un contrato de tracto sucesivo en los que la resolución se produce con efectos ex nunc. Y la consecuencia de la resolución es que el concursado deberá proceder a devolver al arrendador el bien objeto del leasing, y que se incluirán en el pasivo del concurso todas las cuotas vencidas hasta el día de hoy. “: SAP Burgos (Sección 3) 18.12.2012 (Sentencia 458/2012; Rollo 370/2012)

3.2 Resolución de contrato de suministro

AP Pontevedra

“PRIMERO.-La sociedad actora y ahora apelante, "Galvill, S.L.", pretende, con invocación de los artículos 1089, 1091 y 1124 del Código Civil y 61 y 62 de la Ley Concursal, que se declare la resolución del contrato que le

vincula con la entidad mercantil "Luiwans's Internacional, S.L.", para lo cual dirige su demanda incidental contra esta última y la administración del concurso.
Como fundamento fáctico de su pretensión aduce, en esencia, que habiendo aceptado el presupuesto para la realización de 152 puertas que le fue presentado por parte de Luiwans's, importando cada una la suma de 619,44 euros (IVA incluido), así como que habiendo abonado en el momento de la aceptación el 30% del importe total y, mensualmente -puesto que se había pactado el pago mensual a la vez que la sucesiva entrega de las puertas-, la cantidad de 10.440 euros hasta alcanzar una suma superior al 85% del precio acordado -80.446,46 euros abonados-, sin embargo en contraprestación no recibió ninguna de las puertas encargadas.
Por ello, en definitiva, interesa que se dicte sentencia por la que:
"a) Se declare resuelto el contrato concertado entre ambas partes, y se condene a la demandada a la devolución a la actora la cantidad de 80.446,46 euros, importe desembolsado hasta la fecha, declarándose la existencia de un enriquecimiento sin causa, así como al pago de los intereses legales de la misma, con cargo a la masa según dispone la Ley Concursal.
b) Subsidiariamente, se condene a la entidad demandada al cumplimiento contractual, según dispone el artículo 62.3 Ley Concursal, debiendo en consecuencia proceder a la entrega de las puertas vendidas, si bien dada la situación actual de la mercantil tal opción se antoja a juicio de esta parte sumamente complicada".
Personadas en forma las demandadas, la compañía Luiwans's se opuso a la pretensión actora argumentando que ambas partes habían acordado que la entrega de las puertas no tendría lugar hasta que Galvill abonase la totalidad del precio -lo que aquí no habría acontecido-, por lo que no se encuentra incursa en incumplimiento.
La administración concursal, por su parte, se opone a la demanda razonando que la demandante, que ha abonado más del 90% del precio por adelantado, ha cumplido su parte de lo pactado, por lo que resulta de aplicación al caso el artículo 61.1 de la Ley Concursal, que no permite que la parte que ha cumplido pueda instar la resolución del contrato frente a la incumplidora.
Centrados así los términos del debate, la sentencia de instancia desestima la demanda, partiendo de la premisa de que "no se ha acreditado, como pretende el actor, el pacto de entrega mensual de partidas a cambio de entrega mensual de dinero", al concluir que "por tanto, resulta inútil a nuestros fines dar vueltas a la idea de si ha existido incumplimiento anterior o posterior del concursado, cuando no concurre un presupuesto esencial para el ejercicio de la facultad resolutoria que, ex artículo 1124 del Código civil y procesalmente integrada en los presupuestos del artículo 62 Lecon, que no es otro que el exacto cumplimiento del que ejercita la acción resolutoria de su propia prestación debida".
Dicha resolución es recurrida en apelación por la entidad mercantil demandante, oponiéndose las contrarias, como es lógico, al recurso interpuesto de adverso.
SEGUNDO.-Sostiene la apelante en su recurso que, atendiendo a la forma de pago pactada -30% del importe total de inicio y el resto en pagos mensuales de 10.440 euros a cambio de la entrega escalonada de las puertas-, nos encontramos en presencia de un contrato de tracto sucesivo, no de cumplimiento instantáneo, "en el que las partes han fijado unas fechas (periodicidad mensual) de entrega de material (puertas), a cambio de las referidas entregas dinerarias", lo que ha de llevar al corolario de que por su parte se han ido cumpliendo puntualmente todas y cada una de sus obligaciones, mientras que Luiwans's ha incumplido total y abiertamente su parte del contrato.
Entiende, en consecuencia, que el presente supuesto de hecho es subsumible en el artículo 62.1 de la Ley Concursal, porque nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo cuyo incumplimiento comienza con anterioridad a la declaración de concurso.
Dispone al respecto la Ley Concursal:
Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas.
En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.
La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
Artículo 62. Resolución por incumplimiento.
La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.
La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.
Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda".
De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento es anterior o posterior. El ámbito objetivo por remisión al artículo 61.2 son los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la contraparte.

La pendencia se fija tomando como referencia el momento de la declaración de concurso, como se desprende de la sistemática con el apartado primero del mismo precepto, dedicado a los contratos celebrados por el deudor en los que al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo. En ese caso la respuesta legal consiste en incluir el crédito o la deuda que corresponda al deudor, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso, sin posibilidad de instar resolución, no solo por interés del concurso sino tampoco por incumplimiento del concursado (Sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Bilbao, de 1 de Septiembre de 2005 y del Juzgado Mercantil de Alicante de 15 de Junio de 2009). Y se ha sostenido, asimismo, que ello no es óbice para que resulte admisible la posibilidad de resolver los contratos de tracto sucesivo con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en el caso de incumplimiento anterior del concursado, cuando la otra parte está dispuesta a cumplir porque de otro modo se dejaría indefensa a la parte que estuvo dispuesta a cumplir, y con el pago de una señal mínima podría integrarse en el concurso el bien adquirido mediante compraventa no obstante la falta de pago del resto del precio, dándose el supuesto de que en caso de insuficiencia de bienes, la parte vendedora perdiera no sólo el bien, sino que además no pudiera cobrar su crédito, ya que el precio de venta del bien pudiera ser destinado al pago de acreedores con un crédito preferente.
Obligaciones recíprocas o bilaterales o sinalagmáticas son aquellas en que también existe relación jurídica entre acreedor y deudor, pero cada parte acreedora o deudora de una obligación bilateral es, a la inversa, deudora o acreedora de otra obligación bilateral. Así, cada sujeto es a la vez acreedor de una prestación (de una obligación bilateral) y el deudor (de la otra obligación bilateral) de otra prestación.
Por tanto, el acreedor, en la obligación bilateral, está a su vez obligado hacia su deudor, de forma que ambas obligaciones son la una contrapartida de la otra. Cada obligación bilateral sirve de causa a la otra. (…)
Así las cosas, para verificar si en el caso que nos ocupa concurre incumplimiento resolutorio a los efectos prevenidos en el artículo 62 de la Ley Concursal, conviene primariamente determinar la naturaleza jurídica del vínculo contractual que une a las partes, actora y deudora concursada, puesto que ello ha de tener trascendencia al tratarse íntegramente, con toda probabilidad -desconocemos la fecha exacta de la declaración en concurso de Luiwans's, en relación con el último pago efectuado por Galvill el día 6 de Junio de 2008-, de un incumplimiento anterior a la declaración de concurso. Del relato fáctico reseñado en el fundamento anterior no cabe la menor duda que Luiwans's se encuentra incursa en incumplimiento contractual, pues frente a los repetidos abonos del precio por parte de Galvill no fue quien de hacer entrega de ni una sola partida de las puertas encargadas, con el consiguiente perjuicio negocial y patrimonial que ello a ésta acarrea al frustrarse la finalidad del contrato no obstante haber cumplido su parte.
Podemos cuestionarnos si nos encontramos ante una compraventa o un arrendamiento de obra. Sin embargo, la Sala entiende que nos encontramos ante la figura, afín al primero de los aludidos, del contrato de suministro, cuyo contenido radica precisamente en, como es el caso, una serie de prestaciones duraderas o de ejecución continuada o sucesiva, cuya función económica y jurídica es la satisfacción de necesidades continuas, para atender al interés básico en los contratos determinados por un fin de que las cosas que se entreguen cuando se trate de obligaciones de dar sirvan o sean idóneas para el fin pactado que, lógicamente, no puede constatarse con la simple entrega material, y en los que el requisito de cumplimiento integro, puntual y exacto, determinado con carácter general para todo contrato por los artículos 1091 y 1157 del Código Civil, conlleva el de la finalidad a que van destinados, no pudiéndose afirmar que se cumple cuando se cumple mal. Precisamente, la distinción con la compraventa -con la que guarda por ello afinidad-se resume en la obligación de una de las partes, a cambio de un precio, de realizar en favor de la otra, prestaciones periódicas, cuya función es la satisfacción de necesidades continuas para atender al interés duradero del acreedor (a mero titulo de ejemplo, las sentencias del TS de 8 julio de 1988 y de 2 de diciembre de 1996).
Siendo ello así, no cabe duda de que nos encontramos ante un consenso bilateral, oneroso, sinalagmático y, especialmente, de tracto sucesivo, que se perfecciona por el mero consentimiento en el que la entrega no en un elemento formativo, sino más bien de ejecución. Y tal naturaleza tiene enorme trascendencia en el supuesto presente, por cuanto al tratarse de un contrato caracterizado por tener unidad de vínculo en su constitución y tracto sucesivo en su ejecución y cumplimiento por las partes, fraccionándose el objeto total de la prestación en cuotas o porciones independientes entre sí, nos es factible poder entender, de un lado, que nos encontramos ante un flagrante supuesto de incumplimiento de sus prestaciones por parte de Luiwans's, que no llegó a materializar ninguna de las entregas pactadas, y, de otro, que dicho incumplimiento resulta subsumible en el supuesto contemplado en el artículo 62.1 de la Ley Concursal, haciendo factible la acción resolutoria, porque nos encontramos ante un incumplimiento anterior a la declaración de concurso y en el marco de un contrato -reiteramos-de tracto sucesivo.
QUINTO.-Consecuencia de todo lo expuesto ha de ser la procedencia de la pretensión resolutoria del vínculo contractual que une a la actora "Galvill, S.L." con la demandada "Luiwans's Internacional, S.L.", lo que ha de llevar al corolario jurídico que contempla para el supuesto de modo específico el artículo 62.4 de la Ley Concursal, esto es:
a) A la declaración de resolución del precitado contrato de suministro que vincula a Galvill y Luiwans's.
b) A la extinción de las obligaciones pendientes de vencimiento.
c) A la inclusión en el concurso del crédito que corresponde a Galvill en tanto en cuanto que acreedor que ha cumplido sus obligaciones contractuales, integrado dicho crédito por el importe de todos los pagos que de modo periódico efectuó desde el 9 de Enero de 2008 y hasta la fecha de declaración en concurso de "Luiwans's Internacional, S.L."; de haber efectuado Galvill algún desembolso posterior a la meritada fecha, el crédito originado por tal pago se satisfará con cargo a la masa.
d) En concepto de resarcimiento de daños y perjuicios, el crédito que corresponde a Galvill devengará los intereses legales hasta la fecha de declaración de concurso de Luiwans's (artículo 62.4 en relación con el

artículo 59, ambos de la Ley Concursal). ”: SAP Pontevedra (Sección 1) 29.11.2010 (Sentencia 577/2010; Rollo 279/2010)

3.3 Resolución de contrato de prestación de servicios

AP La Coruña

“PRIMERO: El objeto del presente procedimiento radica en la acción ejercitada por la entidad CANO ARQUITECTOS ASOCIADOS S.L. en el procedimiento del concurso de la entidad MARTINSA-FADESA, en solicitud de la declaración de resolución del contrato que vincula a los litigantes por incumplimiento posterior de la concursada y consideración del crédito a favor de la actora como crédito contra la masa. Estimada la demanda, por mor de sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, contra la precitada resolución se interpuso recurso de apelación por la entidad demandada, solicitando su confirmación la administración concursal.
SEGUNDO: Las partes litigantes se encontraban vinculadas por un contrato de arrendamiento de servicios para la realización de trabajos profesionales con respecto a la Urbanización de los Millares en el Ayuntamiento de Villanueva de los Castillejos (Huelva), para lo que era preciso realizar una adaptación urbanística del Plan Parcial y una modificación puntual de las normas de Planeamiento. Con tal finalidad se contrató a la entidad actora, lo que implicaba realizar los documentos correspondientes, proyectos necesarios, así como las oportunas negociaciones con las distintas administraciones implicadas. Fruto del referido encargo, se presentó en el Ayuntamiento documento de adaptación urbanística al Plan Parcial y modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento. Tras las compra de FADESA por MARTINSA la actora recibió instrucciones de paralizar sus trabajos, posteriormente se declaró el concurso, sin efectuar indicación alguna sobre la continuidad del contrato.
Es evidente, pues, que al declararse el concurso de acreedores el contrato, que es de tracto sucesivo, se encontraba vigente. Sólo tras el concurso se ha producido el incumplimiento convencional por la entidad concursada demandada, como señala el juez a quo, ya sea por razones económicas o de estrategia comercial, llegándose a allanar a la pretensión resolutoria de la actora, discrepándose sobre la calificación del crédito de la entidad accionante por importe de 89.000 euros, suma no cuestionada, como crédito contra la masa (art. 84.2.6º de la LC), precepto que norma que son tributarios de aquélla calificación jurídica "los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado".
Es de aplicación, al presente caso, lo establecido en el art. 62.1 de la LC : " La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso, y, según el apartado cuarto del invocado precepto: "Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda".
En el caso presente, el contrato no había sido incumplido al declararse el concurso, sino que, por el contrario, se encontraba plenamente vigente el vínculo que unía a los litigantes. Fue con posterioridad a dicha declaración cuando se incumplió por la parte demandada, la cual incluso se allanó a la resolución contractual de la actora, lo que implica que aquél se encontraba vigente. El precio, al no existir pacto en contrario, se devengaría a la finalización del contrato.”: SAP La Coruña (Sección 4) 16.09.2011 (Sentencia 383/2011; Rollo 469/2011)

3.4 Resolución de contrato de obra

AP La Coruña

“PRIMERO.-Contra la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, estimatoria en parte de la demanda de incidente concursal planteada en el concurso de acreedores de Martinsa Fadesa, S.A., declarando resuelto el contrato de ejecución de obra de fecha 1 de junio de 2008 que ligaba a las partes, por incumplimiento de las obligaciones de la demandada, reconociendo a la actora como titular de un crédito contra la masa por importe de 16.294,52 euros correspondiente al precio de las obras ejecutadas desde el 24 de julio al 8 de agosto de 2008, y condenando además a la entidad demandada en situación de concurso a indemnizar a la actora en la suma de 6.487 euros también con la consideración de crédito contra la masa, interpone recurso de apelación la representación procesal de la concursada Martinsa Fadesa, S.A., alegando en su recurso errónea valoración de la prueba practicada por cuanto del informe pericial elaborado por el Sr. Herminio el importe de los trabajos realizados en el edificio 3, que refiere fueron los que se ejecutaron entre el 24 de julio hasta el 8 de agosto de 2008, ascienden a la suma de 11.188 euros, y no en la cantidad reconocida en la sentencia apelada. Y por lo que respecta a la indemnización concedida como crédito contra la masa por el porcentaje apreciado de materiales adquiridos para la obra contratada y no utilizados, considera la recurrente que ninguna cantidad debe serle reconocida a la actora por cuanto los mismos fueron adquiridos con anterioridad al contrato de ejecución de obra concertado entre las partes, que lo

fue el día 1 de junio de 2008. Por último, estima que en tal caso procede considerar el crédito reconocido por importe total de 23.411,52 con la calificación de concursal, no contra la masa.
SEGUNDO.-Se alega por la entidad apelante respecto del contrato concertado de ejecución de obra con la actora suscrito en fecha 1 de junio de 2008, que el incumplimiento del mismo fue por parte de la demandante, que abandona la obra por unilateral decisión el 8 de agosto de 2008, lo que no puede ser admitido de la prueba practicada por cuanto de la misma resulta que tras la declaración en situación de concurso de Martinsa Fadesa, S.A. continuó la actora desarrollando los trabajos hasta que por abandono de otros gremios de la construcción se vio imposibilitada de continuar con los mismos al encontrarse estrechamente relacionados con los mismos. Y así resulta de la declaración prestada por el Sr. Julián, ayudante del jefe de obras, por cuanto para el desarrollo de las labores de los instaladores eléctricos dependen de la coordinación de los otros gremios, que si abandonaron la obra e imposibilitaron la continuación de los trabajos de la demandante. Por ello, no puede imputarse a la demandante el incumplimiento contractual como se pretende por la parte apelante, que por el contrario debe tomarse en consideración a los efectos de causa de resolución del contrato la actuación de la entidad mercantil concursada, cuyo cumplimiento no puede quedar a su arbitrio en su condición de promotora y constructora, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1124 del CC. En definitiva, el contrato no había sido incumplido al declararse el concurso, sino que, por el contrario, se encontraba plenamente vigente el vínculo que unía a los litigantes, con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, y fue con posterioridad a dicha declaración cuando se incumplió por la parte demandada, habiéndose acordado en cuanto al pago del precio que se haría mediante pagarés, con vencimiento a 90 días, previa facturación de las unidades de obra ejecutadas por la subcontratista, debidamente certificada por el jefe de obra de la contratista principal, como garantía se retendría de cada factura el 5% de su importe. De ahí que únicamente los trabajos desarrollados por la entidad actora con posterioridad a la declaración de concurso de la demandada puedan tener la consideración de crédito contra la masa (art. 61.2 y 84.2.6º LC). Y a falta de otros datos, debemos estar a la prueba pericial practicada en autos, de la que no puede concluirse como pretende la parte apelante, que los únicos trabajos que pueden considerarse desarrollados a partir de tal momento sean los ejecutados en el edificio 3, ascendiendo su importe a 11.188 euros. Por cuanto, no es lo que informa el perito, si bien es cierto que es la cantidad que reconoce ejecutada de los trabajos contratados en tal edificio. En atención a ello estimamos correcta la solución dada por el juzgador de primera instancia y precisamente sobre la base de la prueba practicada, el total de los trabajos reconocidos por el perito como ejecutados por la demandante en la obra, menos el importe de la factura de fecha 29 de julio de 2008, ascendiendo a la cantidad de 16.294,52 euros, sin el iva correspondiente.
Y otro tanto cabe decir de la solución adoptada en la sentencia apelada del importe del crédito que se reconoce de los materiales adquiridos por la actora para el desarrollo de los trabajos contratados, sin que por otra parte la fecha de la factura, cierto emitida un día antes de la fecha del contrato de ejecución de obra suscrito entre las partes, pueda ser suficiente para no poder estimar que los materiales que se relacionan en la misma no fuesen con la finalidad del cumplimiento del contrato, cuando el mismo es con suministro de materiales, y es claro que para su desarrollo la demandante debe de proveerse antes del necesario para su ejecución. En conclusión estimamos acertado el porcentaje prudencial aplicado como indemnización del material adquirido que no fue empleado en la ejecución de la obra, y en relación a los trabajos que se reconocen ejecutados, ante el incumplimiento del contrato por causa imputable a la parte demandada, que da lugar a su resolución.”: SAP La Coruña (Sección 4) 18.10.2011 (Sentencia 439/2011; Rollo 462/2011)

AP Granada

“PRIMERO.-*Resumen y valoración de hechos relevantes.*
La concursada, Grupo Dhul SL, como promotora, y la demandante Euromontajes Guipúzcoa SL, como contratista, el 3 de junio de 2010, suscribieron contrato de obra con suministro de materiales, pactando, entre otras estipulaciones, que la promotora pagaría a la contratista el precio de la obra mediante la emisión de pagarés, diferenciando los dirigidos al pago del IVA, con vencimiento a los 25 días de la emisión de la factura, de los dirigidos a retribuir directamente al contratista, excluido el IVA, con vencimiento posterior, a partir del 30 de junio de 2011. También se pacto que el coste de vigilancia de la obra, hasta su recepción provisional, corriera a costa de la contratista.
El 4 de marzo de 2011, promotora y contratista, formalizan en escritura pública un acuerdo de novación de la obligación de pago, aplazando los plazos de vencimiento inicialmente pactados, constituyendo hipoteca y otras garantías, para asegurar la obligación de la promotora. La hipoteca y prendas constituidas en tal documento público, fueron objeto de acción rescisoria, estimada por la sentencia de 6 de marzo de 2013, del Juzgado de lo Mercantil de Granada. Sin embargo, la novación, no fue rescindida. Esta sentencia se incorpora a las actuaciones como documento aportado con el recurso de apelación, y siendo de fecha posterior a la celebración de la vista, el 15 de febrero de 2013, resulta admisible conforme a lo dispuesto en el articulo
271.2 LEC, con el alcance probatorio mencionado.
Grupo Dhul SL, fue declarada en concurso, el 15 de marzo de 2011, comunicando el 13 de abril de 2011, la administración concursal, sin estar concluida la obra, que en interés del concurso, al amparo del art.
61.2 II de la ley Concursal (LC), "ha tomado el acuerdo de solicitar la resolución judicial del contrato". A tal comunicación responde la constructora, informando que a partir de ese momento paralizaban la obra, y que los costes de vigilancia a partir de ese momento, debían afrontarse por la concursada.
La obra ejecutada por la contratista, sin incluir partida alguna en concepto de IVA, se valora en la sentencia apelada, sin cuestionar las partes esta cuantificación, en el importe del que parte la administración concursal en su contestación, 6.424.777,87 euros. La administración concursal, por la obra ejecutada, no ha reconocido crédito alguno por el devengo del impuesto mencionado, estimando adeudado tal importe, por el contrato de la Fase I, en concepto de "daños y perjuicios". Por tanto, resulta evidente, que el incumplimiento del pago de la

obra por la concursada, único reconocido en el concurso, sin devengo de impuesto alguno, se produce, en cualquier caso, al margen del acuerdo de novación, después de la declaración de concurso, tanto sí estimamos tal importe como indemnización derivada de la resolución, o como precio de la obra, excluido el IVA.
La administración concursal, pese a que anuncio la solicitud de resolución judicial del contrato, al amparo del art. 61.2.II LC, no la promovió, iniciando la contratista el presente incidente dirigido, además de a la obtención de otros pronunciamientos, a que se declarase la resolución del contrato de obra.
La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, recurrida solo por la administración concursal, acuerda la resolución del contrato de obra, y reconoce, como crédito contra la masa en favor de la contratista, en concepto de daños y perjuicios, el importe de la obra ejecutada, en la cantidad antes citada, 6.424.777,87 euros, más 290.509,68, por lucro cesante derivado de la resolución, cuestionando solo la administración concursal su calificación como crédito contra la masa, pretendiendo que se reconozca como crédito ordinario, así como la procedencia de la declaración de resolución, que entiende ya se produjo extrajudicialmente al aceptarse por la contratista. La sentencia apelada también reconoce a la contratista un crédito contra la masa de 60.238,62 euros, por coste de vigilancia de la obra desde 31 de octubre de 2010 a 31 de abril de 2012, último mes vencido a la fecha de interposición de la demanda, pese a que la vigilancia de la obra, debe realmente entenderse, hasta la fecha de paralización de las obras, incorporada en el importe de la obra hasta entonces ejecutada, valorada conforme a lo pactado contractualmente, incluyendo la repercusión de tal coste en la obra realizada.
La ficha aportada como documento 1 de los de la contestación de la administración concursal, que se dice trasladada al informe de la administración concursal, además del crédito contingente que menciona como ordinario, por la obra pendiente de cuantificar y por una determinada penalización, reconoce también a la actora, un crédito con privilegio especial, supeditado a su rescisión, por importe de 9.840.159,59 euros, donde en tal importe se incluye, al relacionarlo con la hipoteca de 4 de marzo de 2011, parte de la obra que nos ocupa, en concreto la realizada hasta 1 de marzo, IVA incluido. Ninguna mención se realiza en tal ficha, a las consecuencias derivadas de la resolución del contrato de obra y a la clasificación que en tal caso corresponde a las indemnizaciones procedentes. Por otra parte, la administración concursal, al valorar su importe en el incidente, sin incluir IVA, prescinde de la cuantificación del crédito en tales términos, y absolutamente de la clasificación inicial como crédito con privilegio especial, a tenor del contenido de la ficha, según ella trasladado al informe.
SEGUNDO. -*Resolución del contrato.*
Como establece la Sentencia de la Sección 15ª de la AP de Barcelona de 30 de noviembre de 2011, " *El crédito derivaría de la resolución de dicho contrato por causa de incumplimiento de la concursada, y el tratamiento de los créditos o prestaciones resultantes de la resolución está regulado por el art. 62.4 LC, con independencia del originario contenido de la lista de acreedores. De modo que, si llegare a ser planteada la pretensión resolutoria, será en ese eventual incidente donde se determine si procede la resolución, a causa del incumplimiento de la construcción de la casa club en el plazo convenido, y en su caso las consecuencias indemnizatorias, así como su carácter de crédito concursal o contra la masa.".*
Por tanto, teniendo también en cuenta el abandono, por la propia administración concursal recurrente, del contenido del informe, al clasificar y cuantificar el crédito derivado de la resolución que nos ocupa, tal y como hemos visto, de acuerdo con la doctrina citada, no cabe, en primer lugar, como pretende la apelante, estar parcialmente al contenido del informe, y hacerlo solo vinculante en la parte que puede favorecerle, sin tomar en cuenta además los efectos de la resolución, acordada en el presente incidente.
Por otra parte, debemos señalar, que la propia administración concursal recurrente, en su misiva de 13 de abril de 2011, sin estar concluida la obra, comunica a la contratista que en interés del concurso, al amparo del art. 61.2 II de l ley Concursal (LC), "ha tomado el acuerdo de solicitar la resolución judicial del contrato", admitiendo así que estamos ante un contrato con obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo de la concursada, pago de las certificaciones pendientes de pago, como con cargo a la contratista, ejecución de la obra concertada, no terminada a la fecha de la declaración del concurso. Por tanto, no puede invocar la parte apelante el articulo 61.1 LC, en la clasificación de las indemnizaciones procedentes derivadas de la resolución, como alegaba en la contestación, poniendo de relieve su mensaje de 13 de abril, que estamos ante un contrato con obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento.
“El que hasta la fecha de la declaración de concurso haya cumplimientos de la parte in bonis, que son parciales en el conjunto del contrato de obra, en absoluto excluye la resolución por interés del concurso del art
61.2 II LC, que es una modalidad resolutoria, autónoma y específica del régimen concursal, y desde luego, no impide la resolución, al amparo del artículo 62 LC, cuando pese al anuncio del ejercicio de la facultad de resolver en interés del concurso por la administración concursal, tal opción no se ejercita. Como establece la STS 26 de febrero de 2013 *"En relación con la vigencia de los contratos tras la declaración de concurso de una de las partes, pendientes de cumplimiento por ambas partes, la Ley Concursal permite invocar el interés del concurso para justificar dos decisiones judiciales extrañas al desenvolvimiento ordinario de los efectos del contrato a la vista de su (in)cumplimiento: i) acordar la resolución del contrato cuando su continuación no resulte de interés para el concurso (art. 61.2 LC); ii) en caso de se haya instado resolución del contrato por incumplimiento del concursado, y exista causa de resolución, acordar la continuación del contrato si ello resulta más beneficioso para los intereses del concurso (art. 62.3 LC)".*
Con carácter general es posible que las partes acuerden la resolución del contrato sin necesidad de acudir a la vía judicial (SSTS de 2 de febrero de 1989, 14 de junio de 1988 y 6 de octubre de 2000). Es posible, además, la resolución unilateral por el dueño de la obra en este caso, como autoriza el artículo 1594 CC, pero cuando la resolución que se invoca en este caso es la del interés del concurso, al amparo del art.
61.2.II LC, comunicación de 13 de abril, debía instarse tal pronunciamiento judicialmente, ya que como hemos visto no es posible acordar tal resolución, sin decisión judicial, obligando, la no formulación de tal solicitud, a la contratista a instar la resolución, al amparo del artículo 62 LC, Sentencia AP Barcelona 15ª 15 de junio de 2011. En consecuencia, recordando la Sentencia de la AP de Madrid de 12 de marzo de 2010 que solo cabe la

resolución cuando hay obligaciones recíprocas pendientes para ambos, como es el caso de autos, precisando la Sentencia de la AP de Vizcaya Sección 4ª, de 14 de abril de 2011, que no puede admitirse la posibilidad de resolución unilateral por incumplimiento, cuando la parte incumplidora está declarada en concurso, ya que en sede concursal se conceden al juez facultades especiales inspiradas en el principio de interés del concurso, entre ellas la posibilidad de acordar el cumplimiento del contrato en interés del concurso (art 62.3 LC), en definitiva debe confirmarse la resolución del contrato judicialmente declarada, y rechazar este primer motivo del recurso de apelación.

TERCERO.-*Calificación como crédito contra la masa de las indemnizaciones procedentes de la resolución.*

Como hemos señalado al inicio, excluido el IVA, aquí no reconocido, del pago de la obra ejecutada, no concluida por la demandante, también podemos observar como, a la fecha de la declaración de concurso, a tenor de lo pactado inicialmente en el contrato, aún no había vencido el pago sin IVA, que debía afrontar la concursada frente a la contratista, de modo que, incluso dejando al margen la novación, en todo caso no rescindida, el incumplimiento de la obligación de pago por la concursada, por la obra realizada, sin IVA, es en todo caso posterior la declaración de concurso.

"Por otra parte, resuelta ya la cuestión de la existencia de obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento a la fecha de la declaración de concurso, sin que el reconocimiento inicial del crédito en esta situación tenga el efecto reseñado por la administración concursal, estando conformes las partes en que la cantidad adeudada a la contratista, lo es en concepto de indemnización por daño emergente y lucro cesante, no como obligación vencida con posterioridad al concurso, devengando en tal caso el IVA correspondiente, sin que la ahora recurrente aquí invoque el articulo 61.1 LC, como hacía en la contestación, por virtud de lo dispuesto en el artículo 84.2.6º LC, debe confirmarse la consideración del crédito reconocido, en concepto de indemnización derivada de la resolución por incumplimiento de la concursada, como crédito contra la masa.

Estando, en relación a la cantidad reconocida, según posición no controvertida entre las partes, ante el pago de una indemnización, cuyo pago resulta procedente como consecuencia de la resolución contractual, voluntariamente aceptada por la concursada, declarada judicialmente por su incumplimiento, al no promoverse la declaración prevista en el artículo 61.2. II LC, debe calificarse el crédito, como contra la masa, al tratarse aquí solo del resarcimiento del interés que el contratista tiene en el cumplimiento, indemnizándole exclusivamente en su interés contractual positivo o de cumplimiento colocándole en aquella posición económica que tendría si el contrato se hubiera ejecutado, restituyéndole así todos los gastos, trabajo y utilidad que hubiera podido obtener, incluyendo el resarcimiento por la obra ejecutada y la ganancia dejada de obtener, en los términos fijados en la sentencia apelada, no controvertidos en esta instancia, a salvo de los gastos de vigilancia que después analizaremos.

CUARTO.-*Gastos de vigilancia.*

Aquí de acuerdo con los parámetros antes señalados, y como establece la administración concursal en el recurso, debemos distinguir los gastos de vigilancia hasta la fecha en que la constructora ceso en los trabajos, según su comunicación de 23 de abril de 2011, y los posteriores, debiendo destacar la necesidad de afrontar tal coste por la contratista en tanto no se declarase resuelto el contrato.

Respecto de los primeros, como se desprende del contenido del contrato, debía soportarlos la constructora, repercutiendo su coste en el importe de la obra ejecutada. Por tal motivo no debe percibir su importe, ya que ello supondría que percibiera, respecto de la obra ejecutada, una cantidad superior a la que le correspondía si el contrato no se hubiese resuelto.

En cuanto a las cantidades posteriores, al no repercutirse tal gasto, generado para la contratista, al no quedar inmediatamente liberada de sus obligaciones, por la comunicación inicial de la administración concursal, que únicamente anunciaba su decisión, al amparo del art. 61.2 II de l ley Concursal (LC), "de solicitar la resolución judicial del contrato", quedando entre tanto, vigente el contrato, obligada la contratista a la vigilancia de la obra, no puede estimarse voluntariamente aceptado por la apelada, o soportado en su interés tal coste, cuando de haberse infringido tal obligación, la contratista resultaría responsable de los daños derivados del incumplimiento de tal prestación. En consecuencia provocando realmente tal gasto, la no presentación de solicitud de declaración judicial de resolución, beneficiándose la concursada de la custodia de la obra e instalaciones llevada a cabo por la contratista, en la indemnización debe incluirse tal coste, restituyendo así por la concursada la utilidad obtenida por la vigilancia de la obra desde 1 de mayo de 2011, afrontada por la contratista, sin contraprestación alguna.

En definitiva, teniendo en cuenta los periodos de vigilancia mencionados en las páginas 6 y 7 de la demanda, descontando las facturas hasta 30 de abril de 2011, incluyendo también este último mes, el gasto de vigilancia debe reducirse a 39.518,2 euros, y por tanto, con estimación parcial del recurso, a 6.754.805,75 euros el crédito contra la masa reconocido.": SAP Granada (Sección 3) 13.09.2013 (Sentencia 279/2013; Rollo 333/2013)

2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.

Art. 62.2 Tramitación de la acción resolutoria

0. Sobre la competencia objetiva

"CUARTO La competencia del Juez del concurso se intenta fundamentar en una disposición de carácter general como es la delartículo 8.1º de la Ley Concursal que atribuye al juez del concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado, y que es a su vez la que le sirve al tribunal de primera instancia para afirmar su propia competencia por no poder asegurar que la acción de desahucio sea una acción civil con trascendencia patrimonial.

Sin embargo, existe en la Ley Concursal una disposición más específica, como es la delartículo 62, que en los casos de contratos de tracto sucesivo a los que se refiere elartículo 61.2atribuye la competencia para su resolución al Juez del concurso. La acción resolutoria -dice elartículo 62.2- se ejercitará ante el Juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.
La competencia del Juez del concurso se extiende por lo tanto, según elartículo 62.2, al conocimiento de la acción resolutoria por incumplimiento de alguna de las partes, sin que sea óbice que se trate de un incumplimiento anterior si el contrato es de tracto sucesivo. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo -dice elartículo 62.1- la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. La cuestión por lo tanto es si un contrato de arrendamiento es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por cualquiera de las partes a los que se refiere elartículo 61.2, y si dentro de esta categoría de contratos también lo es de tracto sucesivo.
Pues bien, nos parece que un contrato de arrendamiento, por más que en el momento de la declaración del concurso el arrendador haya cumplido su obligación principal, como es la entrega de la posesión de la cosa arrendada, son contratos en los que a lo largo del tiempo se desarrollan obligaciones recíprocas para cada una de las partes, y además son contratos de tracto sucesivo con vocación de permanencia más allá de la fecha del concurso si, como sucede en este caso, la acción resolutoria se ejercita después, por lo que en la fecha de la declaración del concurso el contrato aún se encontraba vigente. Esta es la doctrina de lasentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo de 9 de abril de 2007 (AC 2008, 729)de que elartículo 61.1no está pensado para contratos como el de arrendamiento, sino para contratos de ejecución única o instantánea, en los que no puede incluirse el arrendamiento, al que nuestra jurisprudencia no duda en calificar como contrato de tracto sucesivo, pues es obvio que si el arrendatario ha de satisfacer la renta es a cambio del goce pleno y pacífico de la cosa arrendada, sometido por tanto al régimen delartículo 62.1in fine.
Procede en consonancia con lo anterior la estimación del recurso y resolver como dice elartículo 50 de la Ley Concursal declarando la nulidad de todo lo actuado y el archivo de las actuaciones.”: SAP Burgos (sección 3) 05.11.2008 (JUR 2009/120306; Sentencia 348/2008; Rollo 265/2008)

“TERCERO Competencia para el conocimiento de la pretensión reconvencional.
El planteamiento de una pretensión reconvencional dirigida por el concursado frente al demandante generó dudas sobre la competencia objetiva del juzgado mercantil. De seguro las acciones dirigidas por el concursado contra terceros no son competencia del juez del concurso, según el sistema de competencias diseñado en los arts. 86 ter orgánico y 8 de la Ley Concursal. Sin embargo, como apunta la representación de la concursada, el ejercicio en la reconvención de una acción de resolución de un contrato bilateral, con el amparo general delart. 62 LC, hace entrar en juego una norma especial de competencia, que atribuye al juez del concurso competencia objetiva aún en el supuesto en el que sea el concursado quien promueva la resolución. Razones de economía procesal y el designio de evitar pronunciamientos contradictorios aconsejan que las dos pretensiones, -la que constituye el objeto de la demanda inicial y la que fundamenta la reconvención-, se resuelvan en el mismo litigio.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 29.07.2010 (JUR 2010/327966; Sentencia 420/2010; Rollo 234/2010)

0.1 Caso de estar ambas partes en concurso

“CUARTO.-La circunstancia de encontrarse las entidades litigantes (demandante-contratista/ demandada-promotora) en situación de concurso declarado por distintos Juzgados de lo Mercantil junto con el hecho de que ambas entidades vengan a solicitar la resolución del contrato de ejecución de obra concertado entre ellas, haciéndolo la demandada promotora por vía de reconvención, determinó a la Sala a la convocatoria de las partes a una vista fundamentalmente en orden a poder ser oídas respecto del Tribunal competente para conocer de las acciones resolutorias ejercitadas, a tenor de lo establecido en el art. 62-2 de la Ley Concursal (en adelante, LC).
Tras la celebración a la vista, se estima procedente asumir la competencia para el conocimiento de todas las cuestiones suscitadas por las partes.
Así, pudiendo ser calificado el contrato litigioso de ejecución de obra con suministro de materiales, en que el precio se va abonando de forma fraccionada contra la presentación periódica de certificaciones de obra, como un contrato de tracto sucesivo, en caso de pretenderse la resolución contractual por incumplimiento de sus obligaciones por alguna de las partes contratantes, el inciso final del apartado 1 del art. 62 LC viene a permitir el ejercicio de la facultad resolutoria incluso cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración del concurso, cuál así resulta del posicionamiento que mantienen las partes litigantes.
Disponiendo, al efecto, el apartado 4 del citado art. 62 de la LC que "Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración del concurso;... En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda".
En relación a la clase de procedimiento para la dilucidación del tema planteado y al órgano judicial competente para su conocimiento, el apartado 2 del art. 62 LC viene a establecer que "La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal".
Conforme al precepto anteriormente indicado, y dado que la promotora demandada ha sido declarada en situación de concurso por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, ante quién se vino a promover la presente demanda de incidente concursal, mientras que la entidad contratista fué declarada en situación de concurso por el Juzgado de lo Mercantil de León, el problema que se plantea es el de la posibilidad o no del conocimiento conjunto de ambas acciones resolutorias por uno de los jueces del concurso.

No estando legalmente prevista la regulación de tal eventualidad, parece oportuno decantarse, al igual que las partes, en favor de tal posibilidad, con base en la conexidad existente entre las acciones respectivamente ejercitadas por las entidades concursadas (contratista y promotora de la obra) al objeto de evitar el dictado de sentencias contradictorias, y, consiguientemente, a entender bien asumida la competencia por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra tanto para el conocimiento de las pretensiones de la demanda como de la reconvención, máxime a la vista del Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de León, de fecha 5/11/2009, (folio 472 de los autos), por el que se acuerda estimar la declinatoria de falta de competencia formulada por la representación legal de la mercantil demandada "Viuconsa SA", con indicación a la parte demandante (Administración concursal de "Acis 2002 SL") para que use de su derecho ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra.": SAP Pontevedra (Sección 1) 13.06.2011 (Sentencia 326/2011; Rollo 5/2011)

1. Incidente concursal sobre resolución de contrato de arrendamiento y desahucio

"SEGUNDO Procede examinar si concurren los requisitos necesarios para acordar la resolución del contrato y desalojo del actual ocupante del inmueble, partiendo para ello del contenido del propio art. 27 LAU de 24 de noviembre de 1994, en cuyo párrafo 2 se indica que "el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas: a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario". Además de lo dicho hay que tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 LC, en los procedimientos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o de las cantidades debidas por el arrendatario iniciados con anterioridad a la declaración del concurso, podrán enervarse mediante el pago de la totalidad de las cantidades que se adeuden; sin embargo, si la acción resolutoria se plantease con posterioridad a dicho término, en aplicación del art. 62 LC, no cabe plantearse dicha enervación.
De conformidad con lo expuesto, dado que la sociedad demandada y la administración concursal reconocen que no se han satisfecho dichas cantidades, y que se muestran conformes con el desahucio peticionado, procede estimar la demanda y en consecuencia acordar haber lugar al desahucio con apercibimiento al demandado de lanzamiento si no desaloja la finca en el plazo señalado por la ley.
TERCERO En cuanto a la segunda petición formulada por la actora, la reclamación de las rentas adeudadas, acreditado que nos encontramos ante una relación contractual, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el CC sobre las obligaciones, y así, de acuerdo con lo establecido en los art. 1089 y 1091 CC, las obligaciones nacen de los contratos, los cuales tienen fuerza de Ley entre las partes debiendo cumplirse según el tenor de los mismos. Esto implica que todas las cláusulas establecidas por las partes serán, siempre que no contradigan la ley, la moral o el orden público (art. 1255 CC), las normas por las que se regirá la vida contractual.
A ello hay que añadir que la actora ejercita la acción de reclamación de cantidades, para lo habrá que tener en cuenta el art. 217 LECiv, que establece "1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.
2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.
3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.
4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.
5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.
6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".
Este precepto ha de ser entendido en el sentido de que al actor le basta con probar los hechos normalmente constitutivos de su derecho, pues si el demandado no se limita a negar aquellos sino que alega otros, con el objeto de impedir, extinguir o modificar el efecto jurídico pretendido en la demanda, tendrá que probarlos, de la misma forma que habrá de acreditar también aquellos eventos que por su naturaleza especial o su carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin graves dificultades. En definitiva, en términos generales, cuando se invoca un hecho que sirve de presupuesto al efecto jurídico que se pretende y el mismo no ha sido probado, las consecuencias de esa falta de prueba son que se tendrá tal hecho por inexistente en el proceso, en contra de aquél sobre quien pesaba la carga de su demostración.
CUARTO A la vista de lo que antecede, no cabe otro pronunciamiento que el estimatorio de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.555-1º del Código Civil, precepto que establece la obligación del arrendatario de pagar el precio del arriendo en los términos convenidos, condenando a la parte demandada al pago de las rentas reclamadas.
Y ello es así dado que la sociedad demandada en ningún momento ha discutido la existencia de la deuda que se reclama, al igual que la administración concursal. Por todo lo dicho procede estimar la solicitud de condena de las cantidades reclamadas.": SAP Baleares 05.07.2007 (JUR 2008/357136)

"PRIMERO Se ejercita por la actora en estos autos de incidente concursal pretensión de resolución contractual y desahucio de la demandada de las fincas que ocupa en calidad de arrendataria por mor del impago de las rentas a cuya atención viene obligada en virtud de los pactos contractuales en su día habidos

inter partes. Cumulativamente, se ejercita la acción dineraria de reclamación de los créditos pendientes por estos conceptos.
El reconocimiento explícito verificado por la parte demandada, mediante su escrito de contestación a la demanda que tuvo entrada en este Juzgado en 6 de julio de 2005, en cuanto a la existencia, origen y certeza del crédito que se reclama, implica su allanamiento a la demanda planteada de adverso, lo que vincula a los Juzgados y Tribunales para fallar de acuerdo con los pedimentos de aquélla cuando, como en el supuesto de autos, su objeto no resulte contrario al interés o el orden Público ni vaya en perjuicio de tercero, de conformidad con lo prevenido en el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 6-2 del Código Civil.
Así las cosas, de conformidad con lo establecido en los artículos 1088, 1091, 1254, 1255, 1258 y 1555 del Código Civil, y el artículo 27-2-a) de la Ley de Arrendamientos Urbanos (, procede la estimación de la demanda rectora de las presentes actuaciones, declarando la resolución contractual y acordando el desahucio del demandado de la finca arrendada, con apercibimiento de lanzamiento si no lo verifica en plazo legal.
Y es que, evidentemente, la vis atractiva que despliega el concurso en orden a devenir competente este Juzgador ex artículos 8, 50, 61 y 62 de la Ley concursal, no empece a que la resolución a dictar sea la procedente en todo caso pues de lo que se trata es de coordinar adecuadamente no ya la obtención del título judicial pertinente sino su correcta ejecución con la suerte de la solución concursal, a saber, la concordada o la liquidatoria, que se dispense en su seno. ": Sentencia JM-1 Valencia 12.07.2005 (AC 2005/1299; AC 2005/1557)

1.1 Sobre las rentas adeudadas

"SEGUNDO Como quiera que ejercitándose cumulativamente «ex» artículo 438-3, la acción de desahucio (artículo 27-2-a) y la acción de reclamación de cantidades adeudadas, debe estimarse la demanda rectora de las presentes actuaciones si bien tal estimación en esta sede sólo puede resultar parcial, al menos formalmente, y ello en atención a que la acción dineraria que se sostiene por las rentas devengadas desde diciembre de 2004 y sucesivas no ha de merecer pronunciamiento particular en este incidente sino que antes bien debe estarse a su pertinente reconocimiento y calificación en el seno del informe de la administración concursal «ex» artículo 75 de la Ley concursal, atendiéndose como créditos contra la masa los devengos producidos durante la pendencia del procedimiento concursal y del modo y por el orden que se prescribe al artículo 154 de la Ley": Sentencia JM-1 Valencia 12.07.2005 (AC 2005/1299; AC 2005/1557)

1.2 Sobre las costas

"TERCERO En materia de costas procesales, no procede efectuar especial pronunciamiento en esta sede ex artículos 394 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que no obstante la esencial prosperabilidad de la acción que ha venido sostenida, en modo alguno puede reputarse temerario el proceder de inatención de la merced arrendaticia que viene devengada y ello en razón a que inmersa la mercantil demandada en situación concursal y habiéndose dispuesto un régimen de intervención de sus facultades «ex» artículo 40 de la Ley concursal, es dable considerar que, amén de aquellos créditos anteriores que merecen por ende la consideración de concursales, la Administración concursal dispone en relación a los sucesivos devengos la atención de los créditos contra la masa «ex» artículo 154 de la Ley concursal afrontando en primer término y como no puede ser de otro modo, el debido pago de los salarios de los trabajadores dependientes de los que es empleadora la concursada así como los créditos de proveedores en orden a la prosecución de la actividad empresarial": Sentencia JM-1 Valencia 12.07.2005 (AC 2005/1299; AC 2005/1557)

2. Medidas Cautelares

2.1 Suspensión de la ejecutabilidad de aval bancario

"HECHOS - ÚNICO Por escrito de 23 de enero de 2009 la representación en autos de la mercantil PROMOCIONES HABITAT S.A., declarada en concurso voluntario por este Juzgado, solicitó, por medio de incidente concursal la adopción de medidas cautelares tendentes a evitar que la mercantil BCN GODÍA S.L. ejecutara varios avales entregados por PROMOCIONES HABITAT S.A. en garantía vinculada a la entrega de determinados inmuebles vinculados a un contrato de permuta por la hoy concursada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO - ÚNICO Elartículo 61 de la Ley Concursal establece la vigencia de los contratos una vez declarado el concurso, manteniendo las prestaciones recíprocas.
Advierte la concursada que una de las partes vinculadas al contrato de permuta - la mercantil BCN GODÍA S.L., aquí demandada - ha acudido a la notaría para instrumentar la efectividad de la permuta no aceptando la entrega de los inmuebles alegando incumplimientos por parte de la promotora - esta circunstancia que pone de manifiesto la controversia respecto del cumplimiento o incumplimiento del contrato por las partes, evidenciando esta situación el riesgo para el concurso de que se pudieran ejecutar los avales entregados en garantía de dicha operaciones, avales ante la entidad financiera BANCO POPULAR reseñados y que se hayan inscritos en el Registro Especial de Avales y Garantías con los números 0001/24.1177, 0001/24.1173, 0001/24.1174, 0001/24.1175, 0001/24.1176 y 0001/24.1172.

La concursada aporta base documental suficiente como para considerar prima facie acreditado que ha cumplido sustancialmente con sus obligaciones vinculadas a la terminación de la obra - una promoción en la ciudad de L'Hospitalet de Llobregat - así como la voluntad de instrumentar la efectividad de la permuta acudiendo al notario.
Estos elementos indiciarios que evidencian el cumplimiento por la concursada no han sido correspondidos por la mercantil BCN GODÍA S.L. que con la decisión de no aceptar la recepción ha puesto de manifiesto la controversia sobre el cumplimiento del contrato y las obligaciones derivadas del mismo.
Ese es el objeto de la controversia principal que, en su caso, habrá de ventilarse en el incidente concursal que, al amparo delartículo 62 de la Ley Concursal, deba interponerse con referencia al cumplimiento o incumplimiento del contrato.
Sentada esta cuestión lo cierto es que en sede cautelar y más en un procedimiento concursal tiene sentido entender que en tanto en cuanto no haya un pronunciamiento judicial que esclarezca las circunstancias del cumplimiento o incumplimiento no puedan ejecutarse los avales que los contratantes pudieran tener en garantía, avales que comprometerían a terceros no ya en el contrato sino en el concurso al generarse contingencias que no sólo afectarían a los contratantes sino a las entidades financieras que avalaron en su día fuera del procedimiento concursal.
El requerimiento de pago al avalista y, en su caso, el pago del aval no sólo supondría una contingencia para el concurso sino que determinaría la generación de nuevos créditos vinculados a un hipotético incumplimiento que en todo caso -artículo 62 de la Ley concursal - exigiría un incidente concursal.
En esta circunstancia y sin prejuzgar el incidente iniciado, aparecen los elementos de apariencia de buen derecho y peligro derivado de la mora procesal que permitirían, conforme alartículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento civil, acreditándose por la premura del requerimiento y la naturaleza del aval la urgencia que habilita la adopción de la medida sin audiencia del demandado y sin perjuicio de su posible oposición, urgencia y necesidad que queda indiciariamente justificada por el contenido del acta notarial aportada en la que se han evidenciado los riesgo de ejecución de los avales sin esclarecerse si se han producido incumplimientos por la concursada y si el contrato puede resolverse no sólo en el marco delartículo 1124 del Código civil, sino delartículo 62 de la Ley concursal que prevé efectos específicos para los contratos cuando han de desenvolverse en el concurso.
La medida acordada sería la de requerir al BANCO POPULAR para que no haya de cumplir con el requerimiento derivado del aval en tanto en cuanto no haya pronunciamiento del juez del concurso respecto del incumplimiento del contrato avalado.
No se fija fianza alguna dada la situación concursal, sin perjuicio de que caso de producirse y acreditarse perjuicios para el demandado en este incidente, los mismos se incluyeran en su caso como crédito contra la masa por haberse irrogado tras la declaración de concurso. Esa fianza, caso de fijarse, trastocaría el régimen de pago de los créditos contra la masa al amparo delartículo 154 de la Ley concursal, por otro lado los daños y perjuicio que pudieran irrogarse a la futura demandada quedarían como crédito contra la masa lo que supondrá que en este concurso se puedan satisfacer en todo caso.". AJM-3 Barcelona 23.01.2009 (JUR 2009\315721)

"**ÚNICO** En el supuesto de autos la representación en autos de la mercantil PROMOCIONES HABITAT S.A. solicitó y obtuvo la medida cautelar, sin audiencia del demandado, consistente en el requerimiento al BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. para que, en tanto en cuanto no se dicte pronunciamiento judicial en sede concursal sobre la resolución del contrato de permuta que vinculaba a la mercantil PROMOCIONES HABITAT S.A. con BCN GODÍA S.L. no se haga efectivo el requerimiento del aval, librando para ello el correspondiente oficio. Los avales reseñados se hayan inscritos en el Registro Especial de Avales y Garantías con los números 0001/24.1177, 0001/24.1173, 0001/24.1174, 0001/24.1175, 0001/24.1176 y 0001/24.1172.
Esa medida cautelar se vinculaba a un contrato de permuta sobre obra futura firmado por las partes el 22 de julio de 2005, garantizada con unos avales.
Conforme alartículo 740 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil el que formule oposición podrá esgrimir como causas de aquélla cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna.
En el supuesto de autos - como ya se advertía en el auto del que trae causa la presente resolución - debían conjugarse los requisitos formales y materiales de la tutela cautelar civil ordinaria con las especiales características de un procedimiento concursal y de los incidentes que se han de producir en el seno del mismo.
La parte solicitante de las medidas cautelares ya ha instado el correspondiente incidente concursal para que, al amparo de la normativa sobre contratos en sede concursal -arts. 61 y concordantes - haya de examinarse si concurren o no causas para la resolución del contrato de permuta.
En sede cautelar la cuestión a debatir es si existe apariencia de buen derecho en lo pretendido por el actor y si se puede generar un riesgo derivado de la mora procesal que pudiera comprometer el bien fin de la medida - todo ello conforme alartículo 728 de la LEC matizado por la circunstancia de que la medida se solicitó y adoptó sin audiencia del demandado y antes de interponerse la demanda.
Tal y como se avanzó en el auto de medidas el problema fundamental, el que llevó a la adopción de la medida, es el de que elartículo 61 y 62 de la Ley Concursal permite al Juez del concurso trastocar las normas generales sobre la contratación en los supuestos de obligaciones recíprocas para la parte. El Juez puede trastocar esas reglas en la medida en la que la Ley le permite resolver contratos que hasta la fecha se han cumplido con normalidad y, a su vez, rehabilitar o regenerar aquellos contratos que, siendo de importancia para el concurso, se han incumplido por el deudor.
Por lo tanto en sede concursal puede afirmarse que en escenarios de continuidad de la actividad empresarial los contratos pueden quedar sometido a reglas no jurídicas sino económicas, vinculadas al interés del concurso, que no es sino el interés por la continuidad de la actividad como vehículo para alcanzar un convenio y, con ello satisfacer a los acreedores.

En el supuesto de autos la demandada -BCN GODÍA S.L. - disponía de una serie de garantías que le permitían - fuera del concurso - ejecutar unos avales bancarios a primer requerimiento si la hoy concursada no cumplía con su obligación de entregar las viviendas de referencia - una cincuentena en un conjunto residencial en Hospitalet de Llobregat - antes del 21 de enero de 2009. La mercantil PROMOCIONES HABITAT S.A. asegura haber cumplido sustancialmente con sus obligaciones mientras que BCN GODÍA S.L. argumenta que no se ha producido tal cumplimiento y que, por lo tanto, puede acudir a las garantías pactadas en el contrato.
En primer lugar debe advertirse que incluso en caso de incumplimiento por parte de la concursada elartículo 62.3 permite al Juez acordar el cumplimiento del contrato. No tendría ningún sentido permitir al permutante ejecutar sus avales y, con ello, liberarse de los efectos del concurso que pasarían a la entidad financiera, para que, posteriormente ese contrato pudiera ser rehabilitado optando por el cumplimiento en el seno del concurso. De ahí que se adoptaran las medidas cautelares sin audiencia del demandado y que se reitere esa decisión modificando con ello de manera cautelar y sumaria el régimen normal de los avales a primer requerimiento.
En segundo lugar debe advertirse que la ejecución del aval - legítima y razonable en caso de incumplimiento - supondría para el concurso un cambio no solo en la persona del acreedor, sino también en la naturaleza de la obligación que dejaría de ser una obligación de entrega de inmuebles para convertirse en una obligación de pago de dinero, siendo diferente la posición y planteamiento del nuevo acreedor, a quien difícilmente se le podrían aplicar los referidos efectos delartículo 62.3 de la Ley Concursal para el supuesto de que el juez optara por el cumplimiento.
En tercer lugar debe advertirse que, a juicio de la parte demandante, se ha producido un cumplimiento sustancial en sus compromisos, cumplimiento que enmarca en el contenido y aplicación delartículo 1124 del Código civil y que constituye el núcleo fundamental del pleito principal. Estando pendiente dicha pretensión - competencia del juez del concurso por afectar al cumplimiento de las obligaciones por el concursado al amparo delartículo 61 de la Ley Concursal - la no aceptación de la entrega por parte del ahora demandado se podría considerar un incumplimiento que, con la ejecución del aval, trastocaría nuevamente el posicionamiento de las partes y, en su caso, la entidad financiera en el marco del concurso.
En definitiva podría existir un buen derecho vinculado a la medida incluso en caso de incumplimiento si se conecta dicho incumplimiento con el mencionadoartículo 62.3 de la Ley Concursal, hay un riesgo evidente de frustrar la pretensión del actor de acreditar que ha cumplido en lo sustancial sus pretensiones dado que si se ejecuta el aval se modifica cualitativa y cuantitativamente la posición del obligado ya que pasaría de ser BCN GODÍA S.L. a serlo una entidad financiera y dejaría de ser una obligación de entrega de inmueble para convertirse en una obligación pecuniaria. Y todo ello se produce en el marco de un proceso concursal en el que la concursada mantiene sus facultades patrimoniales - únicamente intervenidas conforme al artículo 40 de la Ley Concursal - y su actividad normal.
No ha lugar, por lo tanto, a alzar las medidas.": AJM-3 Barcelona 23.03.2009 (JUR 2009/314217; Incidente Concursal 47/2009; Concurso 943/2009)

2.1.1 Improcedencia por no ser competente el JM para la demanda principal (acción de cumplimiento contra terceros)

"HECHOS.- 1º.- El procurador don Javier Carlos Sánchez García en nombre y representación de MARTINSA-FADESA S.A., declarada en concurso voluntario en los autos Nº. 408/2008 de este Juzgado, presentó el pasado día 22 de septiembre solicitud de medidas cautelares previas a la demanda e inaudita parte en la que con carácter principal solicitó que (a) se oficie a los avalistas y compañías aseguradoras que han prestado las garantías de la Ley 57/1968 a fin de que no accedan a su pago hasta tanto se resuelvan, si así procede, los contratos de compraventa en sede de concurso, y (b) que se ordene el depósito judicial de los citados avales y pólizas de seguro en poder de los compradores a los mismos efectos cautelares; y con carácter subsidiario que el juzgado adopte idénticas medidas cautelares ante y post demanda e inaudita parte frente a los "avalistas y aseguradores" y frente a "los compradores", al amparo de lo dispuesto en los arts. 721 y siguientes de la LEC con fundamento en el interés del concurso.
2º.- Por providencia de fecha 29 de septiembre se acordó oír a la solicitante y al Ministerio Fiscal acerca de la competencia objetiva de este Juzgado para conocer de la solicitud antes de resolver sobre su admisión. El Ministerio Fiscal y la solicitante presentaron informe y escrito, respectivamente, favorables a reconocer la competencia de este Juzgado.
3º.- El pasado día 17 de noviembre se registró un nuevo escrito de la solicitante, repartido a este Juzgado el día 23, completando sus alegaciones iniciales y haciendo aportación de nuevos documentos con relación a su solicitud.
RAZONAMIENTOS JURIDICOS.- 1º.- El artículo 725 de la Ley de enjuiciamiento civil impone al tribunal el examen de oficio de su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la demanda.
Y es legalmente competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares, cuando al amparo de lo dispuesto en el artículo 730.2 de la LEC la solicitud se presente antes de la demanda, el tribunal que sea competente para conocer de la demanda principal (artículo 723. 1 de la LEC).
2º.- A salvo lo que más adelante se dirá a propósito del incidente concursal nº. 1590/2009 de este Juzgado, la deudora concursada vincula su solicitud de medidas cautelares previas a una futura demanda de cumplimiento contractual que dirigirá frente a los compradores de viviendas y locales en una promoción de L'Hospitalet de Llobregat que resisten el cumplimiento voluntario mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública y la entrega de las viviendas ya conclusas.
3º.- La jurisdicción del juez del concurso no puede fundarse en este caso en el artículo 8. 1º de la Ley concursal, que se refiere a la que con carácter exclusivo y excluyente se le atribuye para conocer las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Baste decir al respecto

que la acción que se pretende ejercitar, si bien tiene indudable trascendencia patrimonial para la entidad concursada y para todos sus acreedores, no se dirige contra el patrimonio del concursado, sino que será precisamente la entidad en concurso la accionante, con lo que la norma no es de aplicación al caso.
La conclusión anterior ha sido matizada ciertamente por alguna resolución judicial; en particular, la ST de la A.P. de Álava de 3 de marzo de 2006 o el auto del Juzgado de lo Mercantil Nº. 2 de Bilbao de 6 de octubre de 2008 que invoca la solicitante en su escrito.
Con relación a la primera de las dos resoluciones citadas, si bien cabe compartir su razonamiento acerca del sentido del artículo 8 de la LC (o el 86 ter de la LOPJ), que no agota desde luego las materias a las que alcanza la jurisdicción del juez del concurso puesto que en la propia Ley se le asigna, v.gr. el conocimiento de acciones de responsabilidad frente a los administradores concursales (art. 36), o el la acción social de responsabilidad (artículo 48. 2), o incluso las acciones de resolución contractual por incumplimiento (art. 62,2), que no encajan –o no siempre encajan- en los términos del mencionado artículo 8, es también cierto que sin título legal habilitante el juez del concurso no puede entrar a conocer, salvo con carácter prejudicial (artículo 9 LC), de otras cuestiones, como en general ocurre con los litigios que la propia entidad en concurso promueva frente a terceros. La referencia genérica del artículo 86 ter 1 de la LOPJ a "cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora" confirma en realidad la conclusión anterior puesto que remite a la normativa concursal para delimitar el ámbito de la jurisdicción del juez del concurso, y no hallaremos en ella norma alguna que le atribuya con carácter general competencia para conocer de las acciones que la propia persona en concurso –o la administración concursal en caso de sustitución- ejercite para la efectividad de los derechos, reales o de crédito, integrados en la masa activa. Ni siquiera sería posible la acumulación de las que estuvieran planteadas antes de la declaración de concurso (art. 51) pues la acumulación solo cabe respecto de las que sean de la competencia del juez del concurso conforme al artículo 8.
La segunda de las resoluciones invocadas por la solicitante mantiene la competencia del juez del concurso para decidir un litigio en el que un subcontratista ejercitó la acción directa del artículo 1597 del Código civil contra el dueño de la obra. El punto crítico de la argumentación en que se basa se encuentra de nuevo en la preposición "contra" que emplea el artículo 8. 1 de la LC, que el auto del Juzgado de Bilbao salva considerando que la acción ejercitada se dirige (indirectamente) contra el patrimonio de la concursada, puesto que de prosperar la acción se minoraría en la misma medida la masa activa del concurso. Se comparta o no la argumentación del Juzgado de Bilbao, el supuesto de hecho que analiza se aparta sensiblemente del que aquí nos ocupa, en el que es la propia entidad en concurso la que pretende demandar a terceros para forzarles a cumplir sus respectivos contratos de compraventa.
4º.- El artículo 62 2º de la Ley concursal establece que la acción resolutoria -de contratos con obligaciones recíprocas que continúen en vigor tras la declaración de concurso- se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal. La norma tiene una doble proyección sobre el régimen jurídico ordinario de esta clase de contratos pues excluye por una parte la efectividad de la resolución extrajudicial tras la declaración del concurso, y obliga por otra a residenciar precisamente ante el juez del concurso los litigios sobre resolución de contratos, sin distinguir –al menos no expresamente- si el incumplimiento es imputable al deudor concursado o a la otra parte contractual. Así entendida la norma contempla una excepción al principio general del artículo 8. 1 de la LC, pues atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de demandas resolutorias de contratos promovidas por la propia deudora concursada frente a la parte incumplidora, demandas que, por lo tanto, no se dirigen "contra el patrimonio del concursado".
La cuestión que ha de resolverse es la de determinar si esa específica habilitación legal abarca también otras acciones que asistan a la deudora en concurso y que deriven de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y, en particular, la acción encaminada a exigir el cumplimiento del contrato.
La especialidad de la norma impone una solución negativa; si la Ley ha atribuido al juez del concurso la competencia para conocer de demandas de resolución de contratos vigentes tras la declaración, ampliando o precisando para este concreto supuesto su jurisdicción exclusiva y excluyente según viene definida con carácter general por el artículo 8. 1 de la LC y restringiendo en la misma medida la que la LOPJ atribuye a los juzgados de primera instancia no especializados, no cabe afirmarla para otros supuestos diferentes a los expresamente contemplados. Visto el problema desde la óptica de un juzgado de primera instancia no mercantil la solución es clara, pues de ninguna manera podría éste negar su competencia objetiva para conocer de una demanda promovida por una persona en concurso, con la preceptiva autorización de la administración concursal (artículo 54. 2 LC), contra un tercero, para lograr la efectividad de cualquier derecho, personal o real, salvo, precisamente, que se tratara de una demanda resolutoria de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, pues para este caso –y sólo para este caso- la competencia corresponde al juez del concurso.
No se ignora que la acción de cumplimiento es el reverso de la acción resolutoria por incumplimiento, y que incluso el Código civil permite la articulación subsidiaria de las dos acciones, la de cumplimiento y la resolutoria (Art. 1124 C.C.), posibilidad que al escindirse legalmente la competencia en casos de concurso queda, de facto, vedada, como igualmente impide que en un litigio sobre cumplimiento de un contrato promovido por una persona en concurso ante el Juzgado de Primera Instancia competente la demandada reconvenga pidiendo la resolución por incumplimiento. Pero tal es el resultado, no necesariamente inicuo ni contrario a los principios concursales, de la aplicación de las normas de la Ley concursal que definen la competencia del juez del concurso.
5º.- La solicitante exceptúa de su petición de medidas cautelares previas a la demanda el caso del incidente concursal nº. 1590/2009, con relación al cual las medidas se solicitan, al amparo de lo dispuesto en el artículo 730.4 de la LEC, con posterioridad a la demanda (reconvencional en ese caso).

Se trata de un incidente concursal promovido por los compradores de una vivienda que tiene por objeto la resolución del contrato por incumplimiento de la deudora en concurso. Al personarse ésta en el incidente contestando a la demanda ha formulado también reconvención dirigida a obtener el cumplimiento del mismo contrato.
No cabe ocultar que la mera existencia de ese incidente, y la admisión a trámite por el Juzgado de la demanda reconvencional deducida por MARTINSA-FADESA S.A., contradice toda la argumentación anterior acerca de la falta de competencia objetiva del juez del concurso, que aun siendo apreciable de oficio no lo ha sido en ese concreto caso, hallándose en este fecha los autos ya conclusos para sentencia.
Por lo que aquí interesa, y a salvo lo que se pueda resolver en el referido incidente, baste decir que el artículo 723. 1 de la LEC atribuye la competencia para conocer de las medidas cautelares al tribunal que esté conociendo del asunto en primera instancia, que en este caso es indudablemente este Juzgado.
Ocurre, sin embargo, que con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente un recurso sólo puede solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos (art. 730. 4 LEC), lo que es tanto como exigir que la solicitante acredite, o al menos indique, hechos o circunstancias nuevos, acaecidos o conocidos tras la presentación de la demanda, en función de los cuales se haga necesaria la adopción de medidas cautelares para asegurar la efectividad de la sentencia que en su día se dicte. La solicitud se basa, sin embargo, en el riesgo de que los compradores se dirijan al margen del procedimiento contra la entidad avalista o aseguradora de las sumas entregadas a cuenta del precio final, riesgo que, de existir, ya concurría en la fecha de la presentación de la demanda reconvencional. Falta por lo tanto en la solicitud un requisito legal de admisibilidad que obliga a desestimarla por extemporánea, sin más trámites.
PARTE DISPOSITIVA.- Declaro la falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil Nº. 1 de A Coruña, en tanto que del concurso voluntario Nº. 408/2008, para conocer de la solicitud de medidas cautelares deducida por la deudora en concurso, excepto en lo que se refiere a las articuladas con relación al incidente concursal Nº. 1590/2009, respecto de las cuales desestimo la solicitud por falta de los presupuestos legales de admisibilidad. “:AJM-1 La Coruña 25.11.2009 (Medidas Cautelares 1783/2009)

2.2 Cauce procesal. Recursos

“La representación en autos de BCN GODÍA S.L. recurre en reposición el auto en el que se resolvía la oposición a la adopción de medidas cautelares fijadas sin audiencia al demandado.
Se plantea un primer obstáculo de carácter procesal que, como tal, puede y debe ser apreciado de oficio referido al régimen de recursos de las medidas cautelares adoptadas puesto que la parte demandante alega elartículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el 197 de la Ley Concursal. Camino procesal que entiendo que no es el correcto.
LaLey Concursal es un texto legal relativamente reciente - entró en vigor en septiembre de 2004 - y todavía plantea dudas tanto en el ámbito procesal como en el material que todavía no han sido clarificadas por las audiencias provinciales. Dentro de los problemas procesales uno de los fundamentales es el referido a los incidentes que puedan surgir durante la fase común y su encaje con el régimen general de recursos que prevé elartículo 197.2 de la Ley Concursal.
Debe advertirse ya respecto del supuesto de autos que las medidas cautelares que se plantearon al inicio de este incidente concursal se adoptaron al amparo delartículo 733.2 de la LEC, circunstancia que hizo que la hoy recurrente se opusiera a las mismas conforme al trámite delartículo 739 de la LEC.
Dictado el auto que resolvía el incidente de oposición el régimen de recursos no sería el delartículo 736 de la LEC - que además hace mención a la denegación de las medidas y, por lo tanto, afecta al solicitante de las mismas - sino alartículo 741.3 del mismo texto legal.
En ambos casos la previsión legal es de apelación no de reposición.
No profundiza mucho la parte recurrente en las razones que la llevan a considerar que cabe un recurso de apelación, sólo se realiza una remisión genérica alartículo 197.2 de la Ley Concursal, aunque lo cierto es que en sede de medidas cautelares la Audiencia Provincial de Barcelona (Auto de 6 de febrero de 2006) ha tenido oportunidad de completar las exigencias de la Ley concursal con los requisitos materiales de las medidas en la Ley de Enjuiciamiento civil.
También esa remisión a la LEC se hace en materia procesal, que se aplica de modo supletorio (Auto del juzgado mercantil 4 de Madrid de 24 de octubre de 2005, Juzgado Mercantil de Vizcaya 1 enauto de 23 de marzo de 2005.
Argumentos todos ellos que permiten considerar que el régimen procesal aplicable debe ser el propio de las medidas cautelares en la LEC, no el del régimen de recursos en la fase común del concurso dado que incidencias como la presente podrían producirse tanto en fase común como en trámite intermedio o de convenio.
En todo caso y al objeto de no dejar a la recurrente sin consideraciones sobre el fondo del asunto y aunque sólo sea obiter dicta debe advertirse que del propio contenido del contrato de referencia la vinculación de los avales al cumplimiento del plazo única y exclusivamente se contradice con el contenido de lacláusula 3.4 del propio contrato, que establece el efecto que pueda tener la tardanza en la obtención de la licencia de primera ocupación y la documentación necesaria para la habitabilidad, dado que si no se completaran estos trámites administrativos por causas no imputables a la constructora no se ejercitará ni el aval ni las cláusulas de demora.
Por lo tanto de la literalidad del contrato que une a las partes parece que la ejecución del instrumento de garantía frente a tercero - la ejecución del aval - siendo un instrumento que establece un compromiso independiente de una entidad financiera con el hoy recurrente, lo cierto es que no se vincula única y exclusivamente al cumplimiento del plazo de entrega, sino también a un conjunto de circunstancias sobre la

finalización de la obra en todos sus aspectos y que permiten, en el seno del concurso y con las reglas específicas de este, establecer como cautela la no ejecución de los avales sin haberse producido antes un pronunciamiento judicial sobre el cumplimiento de las exigencias del contrato examinadas en el contexto normativo de un proceso concursal.”: AJM-3 Barcelona 18.05.2009 (JUR 2009\312750)

3. Improcedencia de la tramitación mediante juicio declarativo

AP Madrid

“PRIMERO La entidad actora, la mercantil "EURO COUNTRY, S.L." presentó demanda promoviendo juicio ordinario contra la entidad "MINORPLANET SYSTEMS, S.A." por la que solicita la rescisión, en realidad resolución, del contrato de suministro y mantenimiento suscrito entre las partes con fecha 20 de agosto de 2004, reclamando una indemnización de 76.358,40 Ñ. (…) Además, se reclama el pago de 6.000 euros, correspondiente a las cuotas vencidas y exigibles abonadas por la demandante a "POPULAR RENTING, S.A." cuando, según la demandante, dichas cuotas habían sido asumidas por la demandada en virtud de los acuerdos alcanzados con motivo de la resolución de los contratos
Estando declarada en concurso la entidad demandada, la demanda se turnó al Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid que conoce del concurso de la entidad "MINORPLANET SYSTEMS, S.A.", tramitado con el nº 78/04, el cual fue declarado el día 27 de enero de 2005, según consta en el documento nº 8 de la demanda.
Por el citadoJuzgado se inadmitió la demanda presentada contra la concursada el día 2 de abril de 2007en tanto que considera que a través de la misma se pretende la modificación de la lista de acreedores, siendo extemporánea la reclamación dado que el informe de la administración concursal se publicó el día 23 de febrero de 2005, todo ello en aplicación de losartículos 96 y 97 de la Ley Concursal, además de que la demanda no se formula como demanda incidental sino como procedimiento ordinario, por lo que se considera que carece de la forma preceptiva señalada legalmente para su tramitación.
SEGUNDO En realidad en la demanda se acumulan dos acciones contra la concursada, por un lado, la de resolución del contrato suscrito entre la partes con fecha 20 de agosto de 2004 e indemnización de daños y perjuicios cuyo importe se fija sin explicación alguna en la cantidad de 76.358,40 Ñ y, por otro, la de reclamación de 6.000 Ñ, importe satisfecho por la actora como arrendataria en concepto de cuotas devengadas por los contratos de arrendamiento financiero nº 110, 701 y 949 (y 1.021) suscritos en su día con la demandada como arrendadora y que ésta cedió a "POPULAR DE RENTING, S.A.", habiendo asumido su pago la demandada, según la actora, como consecuencia de la firma del contrato de 20 de agosto de 2004, acordando la resolución de los citados contratos de arrendamiento.
La sala comparte el criterio del Juzgado respecto de la inadmisión de la demanda en tanto que se pretende la condena a la concursada al pago de la suma de 6.000 euros.
Dicha pretensión implica el reconocimiento de un crédito concursal cuyo cauce no es el juicio declarativo ordinario ni puede hacerse al margen de las previsiones del procedimiento concursal.
El actor, como cualquier acreedor debió comunicar su crédito a la administración concursal (artículos 21.1.5º y 85 de la Ley Concursal) y si no estaba conforme con la decisión de la administración concursal, con independencia de que el actor hubiera o no insinuado su crédito en el concurso, tenía a su disposición la posibilidad de impugnar la lista de acreedores mediante el oportuno incidente concursal (artículo 96 de la Ley Concursal) y al no haberlo hecho no puede ahora pretender extemporáneamente el reconocimiento de su crédito por impedirlo el artículo 97 de la citada Ley Concursal, conforme al cual quienes no impugnen en tiempo y forma la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de dicho documento.
TERCERO Cuestión distinta es la relativa a la pretensión resolutoria del contrato suscrito entre las partes el día 20 de agosto de 2004, aunque el actor con escaso rigor jurídico aluda a su rescisión.
En virtud del citado contrato (documento nº 1 de la demanda), "MINORPLANET SYSTEMS, S.A." se comprometía a la instalación y mantenimiento de determinados equipos adquiridos a ésta por el BANCO POPULAR ESPAÑOL para su arrendamiento financiero a "EURO COUNTRY, S.L.", contrato de arrendamiento que debía firmarse en los cinco días siguientes, como así efectivamente ocurrió, por un período de cinco años.
El equipo consistía en un sistema de gestión de flotas formado por 18 unidades de recopilación de datos GPRS más FDT, un centro de control y 16 navegadores sistemas VDO, estando pendientes de instalación 2 unidades de datos GPRS más FDT y los 16 navegadores.
En la demanda se afirma que ni se instaló el resto de los equipos ni se ha prestado el servicio de mantenimiento que incluía el servicio de atención al cliente, actualización de software, mantenimiento en la oficinas del cliente del Centro de Control, mantenimiento y repuestos de los componentes del sistema y mantenimiento de software.
Al parecer, el precio por el servicio de instalación y mantenimiento de los equipos está incluido en el canon arrendaticio a satisfacer al arrendador y que está obligado a abonar el arrendatario, cuyo impago se configura como causa de resolución del contrato de mantenimiento el cual se considera una prestación accesoria del arrendamiento de los equipos.
Precisado lo anterior, la pretensión resolutoria del meritado contrato debe sustanciarse por los trámites del incidente concursal conforme alartículo 62 de la Ley Concursal, trámite al que deberá acomodar el procedimiento el Juzgado sin que se configure como causa de inadmisión de la misma el hecho de que, reuniendo la demanda los requisitos señalados en elartículo 194 de la Ley Concursal, que se remite alartículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el actor pretenda que se sustancie la misma por un procedimiento inadecuado (artículo 254 de la Ley de Enjuiciamiento CivilyDisposición Final 5ª de la Ley Concursal).”: AAP Madrid (Sección 28) 16.01.2009 (JUR 2009/113128; Auto 4/2009; Rollo 73/2008)

4. No cabe resolución unilateral extrajudicial

AP Vizcaya

"El artículo 62 de la Ley Concursal señala que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. 2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.
La acción de resolución contractual viene regulada en el art 1124 del Codigo Civil que establece que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. Con relación a este precepto el Tribunal Supremo (STS 16-04-91) ha señalado que: "...reiterada doctrina jurisprudencial exige para la viabilidad de la acción resolutoria la prueba de los siguientes requisitos: La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron. La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad. Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia. Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de éste que de un modo indubitado, absoluto, definitorio e irreparable lo origine. Que quien ejercita esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso."
Con carácter general es posible establecer una resolución del contrato por incumplimiento judicial y extrajudicial; es decir, se admite la posibilidad de que las partes acuerden la resolución del contrato sin necesidad de acudir a la vía judicial (SSTS de 2 de febrero de 1989, 14 de junio de 1988 y 6 de octubre de 2000), si bien la reticencia de la contraparte a la resolución del contrato requiere necesariamente acudir a la vía judicial para que se acuerde la resolución. Es posible, así, la resolución unilateral del acreedor que notifica a la contraparte la decisión de resolver el contrato por no haber cumplido sus obligaciones, pero siempre supeditado a la procedencia judicial de la resolución cuando la parte contraria no la acepta, decidiendo en última instancia la resolución judicial la procedencia de la voluntad rescisoria (SSTS 15 de noviembre de 1999, 26 de diciembre de 2001 y 15 de julio de 2002).
Sin embargo, cuando la parte incumplidora está declarada en concurso, la solución es distinta. En este punto no cabe admitir la posibilidad de resolución unilateral, sino que solo cabe la resolución del contrato por vía judicial, porque el art 62 LC establece que la acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso. En este punto, es necesario recordar que en sede concursal se conceden al juez facultades especiales inspiradas en el principio de interés del concurso, que se refieren a la posibilidad de acordar el cumplimiento del contrato en interés del concurso (art 62.3) y esa posibilidad, tiene una importancia esencial porque permite continuar el contrato si es lo más conveniente para la satisfacción de los intereses del concurso (por ser el contrato esencial para la continuación de la actividad empresarial, para el cumplimiento del convenio o para generar más ingresos con los que pagar a los acreedores). Si admitiéramos la posibilidad de resolución unilateral al margen del juez del concurso, se estaría privando de una facultad esencial para el concurso, por lo que ha de considerarse necesario instar la resolución judicial, admitiéndose también una posterior homologación judicial": SAP Vizcaya (Sección 4) 14.04.2011 (Sentencia 279/2011; Rollo 577/2010)

5. Resolución convencional con autorización de la AC

JM-1 La Coruña

"ÚNICO Los términos del artículo 62 de la Ley Concursal no impiden que la concursada, en caso de intervención y con la conformidad de la administración concursal, pueda aceptar la resolución de un contrate por incumplimiento posterior a la declaración de concurso promovido por la otra parte contractual, sin necesidad, por lo tanto, de que haya sido ejercitada la acción judicial a que se refiere el apartado 2) del mencionado art. 62.
En consecuencia, y en cuanto lo considere de interés para el concurso, la administración concursal podrá autorizar a la concursada para que acepte, en los términos que en cada caso, se convengan con los compradores, la resolución de los contratos de venta de viviendas u otras unidades constructivas.
Aun cuando, según lo expuesto, le ratificación judicial no es estrictamente necesaria, nada impide que la administración pueda solicitarla y se resuelva sobre ella en una única resolución. Ello no obstante, respecto de las demandas incidentales ya presentadas o las que en su caso se presenten en lo sucesivo, el acuerdo que en su caso se alcance deberá ser aprobado en cada uno de los incidentes promovidos.": AJM-1 La Coruña 30.09.2008 (JUR 2009/184963; Concurso 408/2008)

5.1 El acuerdo resolutorio sin intervención de los fiadores no permite su liberación

AP Alava

"PRIMERO.- Lico Leasing y Soturpress, S.L. suscribieron un contrato de arrendamiento financiero (leasing nº NUM000) el 28 de marzo de 2.007, para la adquisición y cesión del uso de maquinaria a ésta. En dicho contrato, Dña. Adelaida, asumió junto a otros el afianzamiento, de forma solidaria, con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división, en relación con el cumplimiento de las obligaciones, especialmente las de pago contraidas por el cliente (Soturpress, S.L.) en el contrato.

En la demanda inicial del incidente concursal Dña. Adelaida interesa frente a Lico Leasing, S.A. que "se establezca la liberación de Dña. Adelaida, fiadora en contrato de arrendamiento financiero del que formaba parte como avalista, suscrito entre la mercantil concursada SOTURPRESS SL y LEASING LICO, con expresa manifestación de todos los efectos que por ello sean inherentes".
Soturpress, S.L. fue declara en situación de concurso el 15 de junio de 2008.
Lico Leasing, S.A., y la administracion concursal de Soturpress, S.L., llegaron al acuerdo de resolución contractual, acuerdo ratificado por auto de 5 de octubre de 2011.
La demandante considera que en la citada transacción no fueron llamados los fiadores para obtener su conformidad, existiendo disconformidad por su parte. Por ello considera que debe ser liberada de la relación jurídica de avalista que ostentaba frente a Lico Leasing a la vista de los hechos acaecidos en el procedimiento concursal, de las resoluciones acordadas en su ausencia y de las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.
La sentencia de instancia desestima la demanda. Destaca la Juzgadora las notas que caracterizan el contrato de leasing. En relación al aval, considera que no se infringe el art. 1852 del Código Civil, pues éste no incluye la propia garantía en virtud de la cual el acreedor hace efectivo su derecho. Añade que no ha empeorado la condición del deudor, ni la acreedora ha actuado en su perjuicio. Hace mención a la sentencia de esta Sala nº 266/12, donde ya se expresó que el contrato de leasing estuvo vigente hasta su liquidación en sede concursal y que el acuerdo de resolución no supuso ninguna novación del contrato. En concreto refiere que el contrato de leasing estuvo vigente hasta la resolución acordada en el auto referido, donde no se reconoce a Lico Leasing ninguna facultad que no tuviera con carácter previo, ni se impuso a los fiadores obligaciones que no tuvieran. Resalta que el crédito se reconoció y calificó en la misma cuantía por la que se despachó la ejecución frente a los avalistas, conforme a las cuotas vencidas y exigibles con la resolución. Finalmente hace mención a que el acuerdo de que la maquinaria objetos de la financiación se incluyeran en el plan de liquidación de Soturpress, para que con su efectiva realización se atendiera al pago de dicha entidad, no es más que cumplimiento de lo previsto en el artículo 155 de la LC, cuyo apartado primero, en relación a créditos con privilegio especial, señala que el pago de los créditos con privilegio, como en el presente caso (art. 90.1.4 LC), se hará con cargo a los bienes y derechos afectos.
SEGUNDO.- La actora se alza en apelación reiterando los argumentos esgrimidos en la instancia. Considera que la Juzgadora incurre en error al no tener en cuenta que los fiadores no fueron convocados al acuerdo de resolución para que manifestaran lo que en derecho les correspondiera, con el resultado de que se incorporó al concurso el importe de la deuda y la maquinaria financiada, cuando Lico Leasing pudo quedarse al maquinaria, en cuyo caso la resolución no representaría perjuicio alguno debiendo tener por compensado el importe debido. Afirma asimismo que los avalistas sí se han opuesto al importe de la deuda reclamada en juicio ejecutivo. Entiende vulnerados los arts. 1835, 1852, 1.826, 1827, 1143, 1148, 1278, 1256, 1257 y 1283 del Código Civil. Cita el art. 440 C.Co. y los arts. 61.2 y 62.4 LC. Finalmente se refiere a la teoría de los actos propios al considerar que Lico Leasing ejercitó la acción ejecutiva frente a lo avalistas al mismo tiempo que mantenía vigente el contrato de arrendamiento financiero con la deudora desde el 7 de abril de 2009, hasta el 5 de mayo de 2011.
TERCERO.- Dando por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia debe confirmarse la misma en todos sus pronunciamiento, por cuanto la recurrente no hace sino reiterar las cuestiones que ya fueron resueltas por esta Sala en la mencionada sentencia nº 266/12, en la que claramente y sin margen de duda se expresa que el contrato de leasing estuvo vigente hasta su liquidación y que no se produjo ninguna novación ni alteración en las condiciones y elementos del contrato con motivo de la integración de las obligaciones derivadas del contrato en el concurso. Por ello las invocaciones que la recurrente hace a una posible alteración de las condiciones, plazo del contrato o a la pérdida de garantías, cuando cita los arts. 1835, 1852, 1826 y 1827 del Código Civil, así como los referidos a las obligaciones solidarias, resultan vanas si, como ya se ha expresado, la obligación permanece en los mismos términos, como resulta del cumplimiento de lo pactado, siendo coincidente el importe de la cantidad objeto de reclamación ejecutiva frente a los avalistas y la reconocida en el concurso.
Ninguna merma del derecho significa la inclusión en la masa activa de la maquinaria adquirida como consecuencia de leasing, pues al margen del privilegio que se reconoció en relación con el crédito derivado de la ejecución del contrato y su liquidación supone la transmisión de las maquinas al arrendatario, en concurso, y por ello su integración en la masa activa. En cualquier caso la opción que el contrato pueda ofrecer al acreedor ante el impago por parte de la arrendataria no significa una alteración del contrato, sino simple concreción de la deuda resultante del mismo, y por tanto de la obligación que asimismo es exigible al avalista.
De otra parte la recurrente no justifica cuál es la razón jurídica que apoya su pretensión de que debió ser convocada para el acuerdo de resolución concursal o de integración de la deuda contractual en la liquidación, pues tal acuerdo no representa sino la plasmación de las facultades que el propio contrato reconoce a la arrendadora y en sede concursal ninguna intervención de los fiadores se muestra preceptiva, ni siquiera para una simple audiencia, teniendo en cuenta que mientras no se produzca el pago el fiador no tiene crédito alguno, ni la consiguiente acción, pues su crédito depende del hecho del impago por el deudor al vencimiento de la obligación garantizada y consiguiente pago por su parte. En el caso de que el fiador pague, el apartado 6 del art. 87 LC determina la situación definitiva del crédito en el concurso, con la consecuente sustitución del titular del crédito por el fiador cuando expresa: "los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador". Así se evita la duplicidad del crédito en el concurso y el consiguiente perjuicio para la masa. Añade el apartado segundo del precepto en su redacción dada por el R. Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo, que "siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador".

Descartado cualquier atisbo de novación o transación, por cuanto reiteramos que el acreedor en el concurso no renunció ni cedió ningún derecho que pudiera emperorar lo posición de los avalistas, éstos no pueden invocar que su obligación de garantía cede porque su voluntad manifestada fue contraria a ese acuerdo y, además, se adoptó sin su concurrencia, por cuanto ni su consentimiento ni su participación en la conformación liquidatoria de las obligaciones contractuales, en sede concursal, son necesarios, persistiendo su posición ante el incumplimiento contractual del deudor.": SAP Alava (Sección 1) 20.06.2014 (Sentencia 154/2014; Rollo 136/2014)

6. Incongruencia: solicitada resolución por incumplimiento, el juzgado la acuerda por interés del concurso

AP Valencia

"Pues bien, como resulta de cuanto se ha venido diciendo en esta resolución, la entidad MARFON [la concursada, compradora] ejercitó en su demanda la acción de resolución por incumplimiento contractual contra la mercantil PNT al amparo de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Concursal, pese a lo cual el Juzgador a quo establece en el fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada que "el presente procedimiento incidental deberá versar exclusivamente sobre la resolución de los contratos objeto de las presentes actuaciones exclusivamente en interés del concurso, que puede ser declarado de oficio, y cuyo interés ha sido ratificado por la administración concursal", resultando así evidente la alteración de la causa petendi mantenida en la demanda inicial y, por tanto, el vicio de incongruencia que se denuncia por la parte apelante. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que el artículo 62 de la LC, que regula la resolución por incumplimiento y al que se acogía el demandante para ejercitar su acción, prevé la posibilidad de que el Juez atienda al interés del concurso, pero para el supuesto en que pese a que concurra causa de resolución se estime mejor al interés del concurso el cumplimiento del contrato; sin embargo, en el caso de autos, el Juzgador de la instancia aprecia el interés del concurso no para dar lugar al cumplimiento del contrato sino para declarar su resolución, tesis ésta prevista para el caso del ejercicio de la acción resolutoria por vía del artículo 61 de la Ley Concursal. Resulta así que, como bien indica la parte apelante, la sentencia dictada en la instancia incurre en el defecto de incongruencia al resolver de forma distinta a lo que se solicita, sin atender a los pedimentos que contenía el escrito de demanda y el correlativo de contestación a la demanda, lo que supone la infracción de lo dispuesto en los artículos 216, 217 y 218 de la LEC y la consiguiente indefensión de la parte hoy recurrente que determinan la necesaria declaración de nulidad de pleno derecho de la sentencia apelada (arts. 225 y 227 LEC).": SAP Valencia (Sección 9) 16.01.2012 (Sentencia 8/2012; Rollo 772/2011)

3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

Art. 62.3 Cumplimiento del contrato el interés del concurso

AP Barcelona

" El artículo 62,1 de la Ley Concursal no impide, tratándose de contratos de tracto sucesivo, el ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento del concursado en época anterior a la declaración de concurso. Subsiste por ello la facultad resolutoria que, por razón del incumplimiento de la otra parte, el art. 1124 del Código Civil otorga, con carácter general, al contratante que cumplió su prestación, por más que, por haber sido declarado el concurso, el ejercicio de la acción quede afectada por ciertos condicionantes procesales (debe ejercitarse ante el Juez del concurso y por los trámites del incidente concursal).
No obstante, el art. 62.3 LC permite que, pese a existir un incumplimiento anterior de entidad suficiente para justificar la sanción resolutoria, el Juez pueda acordar el cumplimiento del contrato por entender que la continuidad es beneficiosa para el interés del concurso. Pero en tal caso se impone como consecuencia, o si se quiere como contrapartida o condición, que se abonen con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar él concursado.
Se trata, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, (Capítulo III) de la posibilidad de enervar la resolución del contrato en caso de que exista causa para la resolución por incumplimiento. De este modo, para el legislador, el cumplimiento forzoso, determinado por el interés del concurso, es un medio no ya de llevar a efecto lo pactado en caso de incumplimiento, sino una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento.
Pero, sigue indicando la Exposición de Motivos, ésa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte. Dice literalmente la EM que "no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento".
Esas garantías, en interés de quien se ve forzado a seguir cumpliendo pese a que el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de extinguir el vínculo por no haber obtenido la satisfacción de su interés negocial por causa del incumplimiento contrario, no pueden ser otras que las que resultan de la literalidad del art. 62.3: que con cargo a la masa sean abonadas las prestaciones adeudadas por el concursado, anteriores y posteriores a la declaración de concurso, por razón de esa relación contractual.

(...)En conclusión, la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, y la futura, con cargo a la masa".: SAP Barcelona (Sección 15) 13.09.2006 (ROJ 14689/2006)

"CUARTO.-Por lo que se refiere al contrato de la calle Platón, como hemos expuesto, la sentencia reconoce en el fallo un crédito contra la masa de 98.094,43 euros, al tiempo que acuerda mantener el contrato, pese al incumplimiento contractual, en interés del concurso. El recurrente se opone a la aplicación del artículo 62.3º en tanto en cuanto no se solicitó en la contestación y por no haber abonado la concursada todas las rentas debidas (y no sólo las devengadas hasta la demanda).
Resulta de aplicación al presente caso el artículo 62 de la Ley Concursal y no el artículo 70, mencionado por ambas partes, que regula la enervación del desahucio y la rehabilitación de contratos en acciones iniciadas antes de la declaración de concurso. Recordemos que el artículo 62 atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones resolutorias de contratos con obligaciones recíprocas pendientes por incumplimiento de cualquiera de las partes. Ello no obstante, aunque exista causa de resolución, conforme a su apartado tercero, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, " siendo con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".
Esta sección, en sentencia de 13 de septiembre de 2006 (ROJ 14689/2006), analizó el alcance de dicha previsión legal. Dijimos entonces lo siguiente:
" El artículo 62,1 de la Ley Concursal no impide, tratándose de contratos de tracto sucesivo, el ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento del concursado en época anterior a la declaración de concurso. Subsiste por ello la facultad resolutoria que, por razón del incumplimiento de la otra parte, el art. 1124 del Código Civil otorga, con carácter general, al contratante que cumplió su prestación, por más que, por haber sido declarado el concurso, el ejercicio de la acción quede afectada por ciertos condicionantes procesales (debe ejercitarse ante el Juez del concurso y por los trámites del incidente concursal).
No obstante, el art. 62.3 LC permite que, pese a existir un incumplimiento anterior de entidad suficiente para justificar la sanción resolutoria, el Juez pueda acordar el cumplimiento del contrato por entender que la continuidad es beneficiosa para el interés del concurso. Pero en tal caso se impone como consecuencia, o si se quiere como contrapartida o condición, que se abonen con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar él concursado.
Se trata, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, (Capítulo III) de la posibilidad de enervar la resolución del contrato en caso de que exista causa para la resolución por incumplimiento. De este modo, para el legislador, el cumplimiento forzoso, determinado por el interés del concurso, es un medio no ya de llevar a efecto lo pactado en caso de incumplimiento, sino una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento.
Pero, sigue indicando la Exposición de Motivos, ésa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte. Dice literalmente la EM que "no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento".
Esas garantías, en interés de quien se ve forzado a seguir cumpliendo pese a que el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de extinguir el vínculo por no haber obtenido la satisfacción de su interés negocial por causa del incumplimiento contrario, no pueden ser otras que las que resultan de la literalidad del art. 62.3: que con cargo a la masa sean abonadas las prestaciones adeudadas por el concursado, anteriores y posteriores a la declaración de concurso, por razón de esa relación contractual.
(...)En conclusión, la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, y la futura, con cargo a la masa" ": SAP Barcelona (Sección 15) 23.07.2014 (Sentencia 258/2014; Rollo 145/2014)

"18. Desestimada la acción de cumplimiento contractual ejercitada con fundamento en el artículo 1124 CC hemos de entrar en la ejercitada de forma subsidiaria, esto es, la solicitud de que se condene a GN al cumplimiento del contrato en interés del concurso. El artículo 62.3 LC dispone que, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
19. Como hemos dicho en la Sentencia 23 de julio de 2014 (ROJ: SAP B 8232/2014), con cita de la de 13 de septiembre de 2006 (ROJ 14689/2006) *« el art. 62.3 LC permite que, pese a existir un incumplimiento anterior de entidad suficiente para justificar la sanción resolutoria, el Juez pueda acordar el cumplimiento del contrato por entender que la continuidad es beneficiosa para el interés del concurso. Pero en tal caso se impone como consecuencia, o si se quiere como contrapartida o condición, que se abonen con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar él concursado.*
Se trata, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, (Capítulo III) de la posibilidad de enervar la resolución del contrato en caso de que exista causa para la resolución por incumplimiento. De este modo, para el legislador, el cumplimiento forzoso, determinado por el interés del concurso, es un medio no ya de llevar a efecto lo pactado en caso de incumplimiento, sino una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento.
Pero, sigue indicando la Exposición de Motivos, ésa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte. Dice literalmente la EM que "no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una

declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento".
Esas garantías, en interés de quien se ve forzado a seguir cumpliendo pese a que el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de extinguir el vínculo por no haber obtenido la satisfacción de su interés negocial por causa del incumplimiento contrario, no pueden ser otras que las que resultan de la literalidad del art.
62.3: que con cargo a la masa sean abonadas las prestaciones adeudadas por el concursado, anteriores y posteriores a la declaración de concurso, por razón de esa relación contractual.
(...) En conclusión, la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, y la futura, con cargo a la masa »..”: SAP Barcelona (Sección 15) 28.05.2015 (Sentencia 137/2015; Rollo 539/2014)

0.La parte in bonis no puede oponer el interés del concurso para enervar una acción de resolución del contrato por incumplimiento suyo.

Tribunal Supremo

“18. Formulación del motivo tercero. El motivo «denuncia la infracción del art. 62.3 LC, en virtud del cual, cuando existe un contrato incumplido por una parte, aunque exista causa de resolución, el juez atendiendo el interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado». El recurrente razona que en este caso es contrario al interés del concurso la resolución del contrato, pues este era esencial para garantizar la continuidad de la actividad empresarial de la concursada.
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
19. Desestimación del motivo tercero. Como declaramos en la Sentencia 68/2013, de 26 de febrero: «(e)n relación con la vigencia de los contratos tras la declaración de concurso de una de las partes, pendientes de cumplimiento por ambas partes, la Ley Concursal permite invocar el interés del concurso para justificar dos decisiones judiciales extrañas al desenvolvimiento ordinario de los efectos del contrato a la vista de su (in)cumplimiento: i) acordar la resolución del contrato cuando su continuación no resulte de interés para el concurso (art. 61.2 LC); ii) en caso de se haya instado resolución del contrato por incumplimiento del concursado, y exista causa de resolución, acordar la continuación del contrato si ello resulta más beneficioso para los intereses del concurso (art. 62.3 LC)». En este segundo caso, « aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado ».
Si tenemos en cuenta que esta previsión del art. 62.3 LC presupone que ha sido la parte in bonis quien ha solicitado la resolución del contrato por incumplimiento de la concursada, la decisión de acordar el cumplimiento del contrato será adoptada por el juez a instancia de quienes están interesados en la continuación de la relación contractual, que son la concursada o la administración concursal. No tendría sentido que lo pidiera la parte in bonis que solicita la resolución por incumplimiento.
En cualquier caso, esta previsión no opera cuando la resolución del contrato lo es por incumplimiento de la parte in bonis, pues en este supuesto el interés en la conservación del contrato ya lo habrá valorado quien representa los intereses del concurso antes de ejercitar la acción de resolución del contrato. De este modo, la parte in bonis no puede oponer el interés del concurso para enervar una acción de resolución del contrato por incumplimiento suyo.” : STS 24.02.2015 (Sentencia 63/2015; Recurso 318/2013)

1. “Atendiendo al interés del concurso”

Tribunal Supremo

“11. La validez y eficacia de estas cláusulas no se ven afectadas por la declaración de concurso de Llanera y de su filial LLUEI. Aunque para el grupo Llanera el ejercicio del derecho de opción de venta pudiera suponer la resolución del contrato de compraventa y de colaboración, y la restitución a Immochan de las cantidades que hasta ahora hubiera abonado Immochan, el ejercicio de esta facultad no está prohibido por la Ley Concursal, que se limita a dejar sin efecto las cláusulas contractuales que prevean la resolución unilateral del contrato por la mera declaración de concurso de otra de las partes (art. 61.3 LC).
Tampoco cabe, como de hecho pretendían las demandantes, declarar su ineficacia en interés del concurso, para preservar el cumplimiento del contrato, al amparo del art. 62.3 LC. Según este precepto, " *aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado* ". Esta facultad de acordar el cumplimiento del contrato requiere que previamente se haya instado la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes y que concurra la causa de resolución. Y bajo este presupuesto, que no se da en el presente caso, si el juez acuerda la continuación del contrato en interés del concurso, necesariamente debe atender al carácter sinalagmático del contrato y cargar a la masa las prestaciones debidas.
En relación con la vigencia de los contratos tras la declaración de concurso de una de las partes, pendientes de cumplimiento por ambas partes, la Ley Concursal permite invocar el interés del concurso para justificar dos decisiones judiciales extrañas al desenvolvimiento ordinario de los efectos del contrato a la vista de su (in)cumplimiento: i) acordar la resolución del contrato cuando su continuación no resulte de interés para el concurso (art. 61.2 LC); ii) en caso de se haya instado resolución del contrato por incumplimiento del concursado, y exista causa de resolución, acordar la continuación del contrato si ello resulta más beneficioso

para los intereses del concurso (art. 62.3 LC).
Pero en ambas casos se respetan los intereses de la parte in bonis. En el primero porque se le indemnizarán, con cargo a la masa, los daños y perjuicios que la resolución le haya deparado, sin perjuicio de la facultad del juez de moderar y determinar el alcance de dichos perjuicios (art. 61.2 LC); y en el segundo porque la continuación del contrato conllevará, para la parte in bonis, que se le abonen con cargo a la masa todas prestaciones debidas y las que se devenguen, en el caso de contratos de tracto sucesivo, en el futuro como consecuencia de la continuación del contrato (art. 62.3 LC).
El caso que ahora es objeto de enjuiciamiento es distinto, pues ni se pide la resolución del contrato en interés del concurso al amparo del art. 61.2 LC, ni tampoco la continuación del contrato a pesar de que procediera la resolución por incumplimiento de la concursada (art. 62.3 LC). En nuestro caso se invoca el interés del concurso para pedir la ineficacia de una cláusula contractual que prevé un derecho de opción de venta a favor de una de las partes, cumplidas una serie de condiciones, lo que conllevaría en la práctica la resolución del contrato, a la vez que se pide el cumplimiento del contrato sin que pueda operar aquella cláusula. La Ley Concursal no ampara la amputación de las cláusulas contractuales cuyo cumplimiento pudiera ser oneroso para la concursada, bajo la genérica justificación de que con ello se pueden satisfacer mejor los intereses afectados por el concurso. De otro modo estaríamos rompiendo el concreto equilibrio de prestaciones querido por las partes al convenir el contrato, lo que supondría un injustificado quebranto del carácter vinculante de lo convenido al amparo de la autonomía privada de la voluntad.
Al margen del ejercicio de las acciones de reintegración, la Ley Concursal no prevé esta posibilidad de dejar sin efecto garantías contractuales a favor de la parte in bonis, como pudiera ser la pactada en este caso (un derecho de opción de venta) o una condición resolutoria, sin perjuicio de que su ejercicio en algún caso pudiera quedar suspendido si se cumplen los requisitos previstos en el art. 56 LC.
En consecuencia procede desestimar la primera pretensión de la demanda.”: STS 26.02.2013 (Sentencia 68/2013; Recurso 1611/2010)

AP Baleares

“La acción se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal. El juez, aunque exista causa de resolución, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siempre que sea en interés del concurso. Así pues, ante un contrato ventajoso y a lo mejor crucial para la conservación de la empresa, y pese a un incumplimiento por parte del deudor o la administración, el juez podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Lo que no deja de ser chocante pues se parte de la premisa de un incumplimiento previo del deudor o de la administración, supervisados por el propio juez. Además, tienen la consideración de créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración del concurso (art. 84.2.6º). si se ha incumplido ya, pese al interés del contrato, ¿qué garantías hay de que no se volverá a hacerlo, sobre todo si no hay bienes suficientes en la masa? Esto enlaza con otro problema, el de los reiterados incumplimientos. Si la norma tiene carácter excepcional, lo lógico es que se impugnan algunas cautelas y parece razonable que se tengan que abonar con cargo a la masa las prestaciones debidas y que sólo así perviva el contrato y que no quepa ante un nuevo incumpliendo otra decisión del juez acordando una vez más el cumplimiento del contrato. No cabrían reiterados incumplimientos posteriores ni reiterada decisiones judiciales, privando de eficacia a estos incumplimientos. Pero la LC no dice nada al respecto.
Piénsese que los incumplimientos de contratos declarados vigentes por la ley son probables en aquellos concursos en que la masa no sea muy cuantiosa, dada la ampliación de los créditos contra la masa en la LC (art. 84). Por ejemplo, se han incluido los salarios de los últimos treinta días de trabajo y se mantienen vigentes todos los contratos salvo los supuestos de resolución voluntaria.”: SAP Baleares (Sección 5) 10.02.2012 (Sentencia 63/2012; Rollo 511/2011)

AP Cádiz

“SEGUNDO.- El mantenimiento del contrato. El interés del concurso.-
La facultad de resolución por incumplimiento contractual prevista en el art. 62 de la Ley Concursal puede ser excluida en atención al interés del concurso. Así se señala en el apartado tercero del citado artículo, según el cual, " aunque exista causa de resolución, el juez atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".
La verdad es que una posibilidad semejante se contempla con carácter general en el art. 1124 del CC, cuyo párrafo tercero permite al juez conceder una moratoria, cuando existan causas justificadas que los aconsejen.
Lo cierto es que la posibilidad de excluir la resolución cuando concurren todos los requisitos legalmente exigidos, no aparece contemplada en el Código de Comercio, cuyo art. 61 rechaza la concesión de plazos especiales para el cumplimiento, debido a la importancia del tiempo en el tráfico mercantil. Por ello, la facultad que el art. 62.3.º atribuye al juez que conozca del concurso, resulta una importante novedad introducida por la Ley Concursal. El artículo citado, redactado de forma ciertamente breve, suscita interesantes dudas y problemas de interpretación, para su clarificación siguiendo a Fernández González-Regueral (" Efectos del Concurso sobre contratos bilaterales") tenemos que señalar que el precepto alude al interés del concurso, como causa que permite denegar la resolución. Las especiales circunstancias en que se encuentra el concursado, han llevado al legislador a introducir ciertas modificaciones en la regulación general de la resolución, permitiendo en ocasiones instar la resolución sin incumplimiento, y en otras, como es el caso, denegarla, aun concurriendo todos los requisitos que sanciona el art. 1124 CC. Este principio del interés del

concurso se encuentra presente en diversos artículos de la Ley Concursal (así, los arts. 40.3.º, 71.1.º y 72.2.º) y puede ser definido, en palabras de GARCIA VICENTE (Comentarios a la Ley Concursal, Vol. I, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid 2004) como la maximización del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción (cobro) de los acreedores
Dice el art. 62.3.º que el juez podrá denegar la resolución y acordar el cumplimiento del contrato, en atención al interés del concurso. Surge así la cuestión de si la apreciación del interés del concurso corresponde en exclusiva al juez. Lo primero que debe advertirse es que la posibilidad que contempla este precepto se refiere sólo al caso de que la resolución haya sido solicitada por el contratante in bonis. Incluso en este caso, García Vicente mantiene que la resolución será denegada por el juez, a petición del concursado y/o de la administración concursal, pues a ellos corresponde determinar el interés del concurso y si la continuación del contrato satisface el mismo. Para este autor, la valoración del interés del concurso corresponde a la administración concursal y no al juez; y añade que si tal valoración se juzga inapropiada y causa daño a la masa patrimonial del concursado, los acreedores podrán exigir responsabilidad a la administración concursal, (García Vicente, op. cit., pág. 709).
Si, por el contrario, el incumplimiento proviniese del contratante in bonis, será el concursado y/o la administración concursal, quienes, en atención al interés del concurso, decidan resolver el contrato o exigir el cumplimiento específico.
SEGUNDO.-El art. 62.3.º califica el crédito del contratante in bonis como crédito contra la masa; por tanto, excluida la resolución y acordado por el juez el cumplimiento del contrato, se ofrece al contratante que cumplió sus obligaciones una situación preferente frente a los demás acreedores, ya que puede hacer efectivo su crédito antes de que se proceda al pago de los créditos concursales. Esta preferencia o ventaja que se atribuye al contratante in bonis resulta lógica, pues la satisfacción del interés del concurso no puede colocarle en peor situación de la que tendría de haber seguido adelante la resolución por él solicitada, en cuyo caso, señala el art. 62.4.º, que los créditos derivados de la misma se califican como créditos contra la masa. En este sentido, advierte PINTO RUIZ que al catalogar la obligación de pagar el precio en la categoría de deuda de la masa, en la práctica, el acreedor o contratante in bonis que resolvía por no cobrar, cobra, y cobra preferiblemente, por lo que la ratio resolutionis de facto desaparece.
Como dice la STS de 21 de marzo de 2012 "El artículo 62.3 prevé la facultad del Juez del Concurso para, existiendo causa de resolución, acordar el cumplimiento del contrato atendiendo al interés del concurso, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado, es decir la totalidad de las prestaciones sin discriminación alguna entre las anteriores y las posteriores. E incluso, si se diera el caso, para rehabilitar el contrato ya resuelto antes de la declaración de concurso si se dieran las circunstancias previstas en los arts. 68 a 70 LC. Es uno de los pilares de la nueva regulación concursal (LC 2003), la facultad del Juez para mantener la vigencia de contratos a pesar de concurrir causa de resolución (art. 62.3 LC), e incluso la facultad de rehabilitar contratos ya resueltos (arts. 68 - 70 LC), siempre que la masa, en cuyo interés se obliga a mantener los contratos o rehabilitar los contratos, pueda responder frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse del vínculo contractual, pues sólo de este modo se conjugan equilibradamente las garantías para el interés del concurso con las garantías para el derecho de la contraparte contractual" : SAP Cádiz (Sección 5) 04.03.2013 (Sentencia 146/2013; Rollo 551/2012)

AP Oviedo

“SEGUNDO : Resultando indiscutido que el contrato de compraventa de 19 enero 2007 firmado entre Doña Alicia y la promotora "Dosta-Tanso, S.L." se encontraba ya con anterioridad a la fecha de declaración de concurso aquejado de causa de resolución por incumplimiento al no haber sido entregada la vivienda y predios anejos dentro del plazo convenido, la cuestión que se plantea en esta alzada pasa primeramente por examinar la procedencia de aplicar al caso la opción contemplada en el art. 62-3 L.C. a cuyo tenor "Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".
El ejercicio de la opción que nos ocupa constituye el reverso de la que también aparece contemplada en el art. 61-2 L.C. a propósito de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, al disponer el párrafo 2º de aquella norma que "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso". Y en este mismo sentido se expresa la Exposición de Motivos de la Ley Concursal cuando señala que "en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento". Ocurre sin embargo que la Ley Concursal no recoge qué debe entenderse por "interés del concurso", y ello pese a utilizar repetidamente dicho concepto en varios de sus preceptos, siendo opinión mayoritaria en la doctrina que siendo el proceso concursal un mero instrumento para la consecución de una finalidad concreta, el interés del concurso deberá identificarse con la satisfacción de todos los acreedores de manera proporcional y en la mayor medida posible. Nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado hasta la fecha acerca del concepto que nos ocupa -como criterio que justifica la imposición del cumplimiento de un contrato previamente incumplido- en las SSTS 16 y 22 julio 2014 referidas ambas a un mismo supuesto de hecho en el que la parte compradora había adquirido una vivienda sobre proyecto que tampoco fue entregada dentro del plazo convenido. En ambos casos se identifica en abstracto el interés del concurso como "el mayor grado de satisfacción de los acreedores de la concursada", y seguidamente se acepta que dicho interés resultaba más favorecido con el mantenimiento de la vigencia de la reglamentación contractual que con su resolución, teniendo en cuenta para ello "que la construcción estaba prácticamente terminada y era razonable un plan de viabilidad condicionado a la finalización de la promoción en marcha, para la posterior venta del resto de

viviendas; así como que la resolución impondría la difícil búsqueda de un nuevo comprador y, en todo caso, la obtención de un precio inferior al convenido, a causa de la crisis económica".: SAP Oviedo (sección 1) 22.12.2014 (Sentencia 352/2014; Rollo 121/2014)

1.0 Debe justificarse un interés digno de protección y capacidad de cumplimiento, no bastando la mera conveniencia

AP Alicante

"PRIMERO. -A la acción de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio, opone el Juez para denegarla, el interés del concurso - art 62-3 LC - que afirma vigente en tanto el cumplimiento del convenio está vinculado de manera esencial a la continuación de la actividad de la mercantil concursada, concluyendo con la declaración de que las rentas que se devenguen en lo sucesivo tendrán la consideración de créditos contra la masa. (...)
TERCERO.-Reconocido el derecho a promover la resolución contractual por el propietario y la concurrencia de causa resolutoria por incumplimiento del arrendatario, así como su derecho en el concurso a la percepción de las rentas adeudadas y futuras como créditos contra la masa, la cuestión sobre la que pivota la decisión y que rebate el propietario en su recurso de apelación, es la de si existe un interés concursal justificativo de la enervación de aquél derecho resolutorio que constituye, como bien es sabido, causa especial -art 62-3 LC - de subsistencia o mantenimiento de la relación contractual incumplida, en el seno del concurso.
Pues bien, de lo que tenemos certeza a la vista de la contestación de la concursada a la demanda y al recurso formulado es de que, ni ha presentado datos objetivos que permitan asegurar la posibilidad de un cumplimiento que, aunque tardío, sea inminente o próximo, ni justifica la razón de presentar un convenio con plan de viabilidad al margen de dicha deuda cuando lo que afirma ahora la concursada es que el local es el buque insignia de la empresa que produce más del 70% de la facturación de la empresa y que su pérdida supondría la posibilidad de cumplir el convenio que se basa en mantener los medios de producción, a cuyos efectos se han hecho inversiones en el negocio.
Lo cierto es que la invocación del art. 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos pues, para ello, es necesario que así lo exija el interés del concurso, lo que debe ser demostrado por la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, y siempre que existan verdaderas y efectivas posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido de cumplir con el contrato de que se trate y ello, entendemos, no se ha acreditado en el caso ni ha sido objeto de específica prueba, extremos que es preciso demostrar cumplidamente o razonar en el recurso, y no darlos por supuestos si se quiere obtener un refrendo judicial de acogimiento, tanto más cuando en el caso resulta notoriamente contradictorio el interés que se aduce con la ausencia de pago en post de terceros acreedores, dándose además la circunstancia jurídica que, estando aprobado el convenio -sin que conozcamos qué referencia se hace al convenio al cumplimiento de dicha obligación- se ha producido el cese de todos los efectos de la declaración del concurso -art 133 LC -siendo sustituidos por los del convenio y por tanto, de mantener ahora el contrato que está incumplido y respecto del que no consta voluntad de cumplimiento actual e inmediato, lo que estaríamos configurando sería una suerte de financiación o recurso o crédito concedido por el propietario al concursado para financiar el plan de viabilidad, su actividad, en el sentido del artículo 100-5 de la Ley Concursal sin que en realidad exista ya razón legal para imponerlo, y sin que quepa enmascararlo bajo el concepto jurídico indeterminado del " interés del concurso ", que no puede sostener nunca una decisión arbitraria, sino justificada en tanto supone la postergación de los intereses particulares de la actora sobre los de la sociedad concursada.
En conclusión, hay incumplimiento contractual, no consta voluntad firme y efectiva de cumplimiento porque no consta que se tenga capacidad de cumplimiento, el concurso está en fase de convenio y ninguna carga o financiación se ha asumido en él por el propietario respecto del mantenimiento del uso y disfrute de los locales por la concursada sin abono de rentas.
Procede en consecuencia estimar el recurso de apelación y, en consecuencia, se acuerda la resolución del contrato de arrendamiento suscrito el día 1 de enero de 2011 sobre los locales números 4, 5 y 6 de la Avda. Vicente Llorca Alos nº 2, con abono de lo adeudado hasta el lanzamiento con cargo a la masa de concurso.": SAP Alicante (Sección 8) 24.05.2013 (Sentencia 220/2013; Rollo 124/2013)

AP Barcelona

"El recurs d'apel·lació també denuncia el laconisme i la falta de rigor de l'escrit de l'AC que defensa el manteniment del contracte d'arrendament de la finca. Segons l'arrendador apel·lant, l'AC hauria d'haver exposat de manera detallada i motivada les raons de la necessitat que la concursada continuï en l'ús de la finca, malgrat el perllongat impagament de les rendes. La part apel·lant manifesta que, a la data del recurs d'apel·lació, setembre de 2011, la concursada deu vint-i-un mesos de renda, dada no rebatuda per la part contrària ni per l'AC -la qual no presenta escrit d'oposició al recurs.
3. L' article 62.3 de la Llei concursal (LC) preveu que, encara que hi hagi causa de resolució del contracte per incompliment, el jutge podrà acordar el compliment, en atenció a l'interès del concurs. Aquest (interès del concurs) és un concepte jurídic indeterminat que no es pot identificar amb la simple conveniència o arbitri de la societat concursada. En la mesura que constitueix una facultat excepcional en el règim general de la resolució per incompliment, cal que el sacrifici que s'imposa a la part complidora quedi justificat per l'existència d'una situació que faci realment necessària la continuïtat del contracte. S'ha d'acreditar que, en el cas concret, la

resolució impediria la continuïtat de l'activitat de la concursada, amb la repercussió conseqüent en les possibilitats de satisfacció dels drets dels creditors (...)
I, per altra banda, i més transcendent, considerem que no es pot posar a càrrec de l'arrendadora una prova que correspon aportar a l'arrendatària, per consideracions normatives i fàctiques. Primerament, perquè, com s'ha exposat abans, la norma general davant l'incompliment del contracte és la resolució quan la sol·licita la part complidora. La facultat excepcional de manteniment del contracte, prevista en l' article 62.3 LC, no és automàtica, a l'arbitri de la concursada, sinó que ha de tenir una justificació suficient, la qual ha de ser aportada al judici per la part que pretén enervar la resolució..": SAP Barcelona (Sección 15) 18.04.2012 (Sentencia 148/2012; Rollo 725/2011)

AP Cádiz

"TERCERO.-Finalmente, es cierto que la Ley Concursal en sus artículos 61 y 62 permite al Juez del Concurso trastocar o subvertir las normas generales sobre la contratación en los supuestos de obligaciones recíprocas, en la medida que autoriza a resolver contratos cumplidos con normalidad y reactivar u ordenar el cumplimiento de otros que, siendo de importancia para el concurso, se han incumplido por el deudor, señalando -en lo que ahora concierne- el artículo 62.3 de dicho Texto Legal que "aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado" (Sic). Se trata, no obstante, de una facultad excepcional frente al régimen ordinario de la resolución por incumplimiento, en que prevalecen sobre la disciplina jurídica razones eminentemente económicas, asociadas al "interés del concurso" de modo que, siguiendo los criterios doctrinales y jurisprudenciales más solventes, solo debe imponerse cuando se trate de contratos cuya cancelación comprometa seriamente la continuidad de la actividad de empresarial o profesional de la deudora concursada, que es a su vez, instrumental de la finalidad última del concurso, la satisfacción de los créditos de los acreedores.
Por lo demás, como viene manteniendo la jurisprudencia menor (Veánse entre otras Sentencias de la A.P. de A Coruña de 15 de diciembre de 2011 y 25 de enero de 2012) la invocación del artículo 62.3 de la Ley Concursal no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos, pues para ello es necesario que así lo exija el interés del concurso, el cual debe ser demostrado por la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia así como las posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido.
Pues bien, en el caso de autos no se ofrecen méritos que evidencien y permitan concretar el interés del concurso, concepto jurídico indeterminado que la concursada demandante escuetamente identifica con "la importante entrada de tesorería que la inminente escrituración lograría", evitando paralelamente el "efecto llamada" de otros compradores de la promoción en perjuicio del buen fin del concurso. No consta, sin embargo el número o porcentaje de elementos inmobiliarios vendidos, ni, desde luego las condiciones en que lo fueran ni sus vicisitudes, en términos de utilidad a los efectos de que tratamos; ni el numerario correspondiente al resto del precio de los inmuebles adquiridos por los demandados recurrentes que habría de satisfacerse en ocasión del otorgamiento público y entrega, constituye exponente del meritado interés, cuando la concursada mantiene en su poder y como parte de su activo los inmuebles objeto del contrato en cuestión, razones todas que definitivamente inclinan la estimación del recurso y revocación de la sentencia, decretando en su lugar la desestimación de la demanda planteada por Inmobiliaria Amuerga S.L. con absolución a los demandados de sus pretensiones, sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en ambas instancias (artículo 394.1 y 398.2 de la Ley procesal Civil).": SAP Cádiz (Sección 5) 30.09.2013 (Sentencia 493/2013; Rollo 552/2012)

AP La Coruña

"SEXTO: Improcedencia de la resolución del contrato por ser de interés del concurso el mantenimiento del vínculo convencional suscrito, con vulneración de lo normado en el art. 62.3 de la LC. El mentado precepto norma que "aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado". La sentencia apelada desestima tal pretensión con base en el argumento siguiente: "En este caso ocurre, sin embargo, que ni la importancia relativa del concreto contrato de compraventa concertado por la actora con FADESA INMOBILIARIA S.A. (hoy MARTINSA-FADESA S.A.) justifica el uso de la facultad judicial enervatoria del art. 62.3 de la LC, ni ha ofrecido la demandada datos objetivos que permitan asegurar la posibilidad de un cumplimiento que, aunque tardío sea inminente o próximo, con lo que no es procedente ni posible acoger la pretensión de las demandadas", con dicho pronunciamiento se aquietó la administración concursal, que no recurrió la sentencia.
Debemos aceptar dichos argumentos. La invocación del art. 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos, pues, para ello, es necesario que así lo exija el interés del concurso -lo que debe ser demostradopor la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, así como las posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido, lo que, en este supuesto, no se ha acreditado, ni ha sido objeto de específica prueba. Desconocemos si se ha procedido o no a la venta del resto de los inmuebles de la urbanización, así como la importancia económica que implicaría la resolución del presente vínculo contractual en el desenvolvimiento futuro de la demandada, extremos que es preciso demostrar cumplidamente o razonar en el recurso, y no darlos por supuestos, si se quiere obtener un refrendo judicial de acogimiento.

El precepto se construye sobre la base de un concepto jurídico indeterminado: "interés del concurso, con respecto al cual carecemos de datos fácticos objetivos para integrarlo, en definitiva, para motivar una resolución de tal clase, con las características de decisión no arbitraria, sino justificada, que postergue los intereses particulares de la actora sobre los de la sociedad concursada, dando a aquélla una cumplida explicación de las razones por mor de las cuales los tribunales hacemos uso del art. 62.3 LC, y ello para garantir, en definitiva, a la apelada su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.": SAP La Coruña (Sección 4) 11.07.2011 (Sentencia 318/2011; Rollo 333/2011)

"CUARTO.-El último motivo formulado en el recurso de apelación es la improcedencia de la resolución del contrato por ser de interés del concurso el mantenimiento del vínculo convencional suscrito, con vulneración de lo normado en el art. 62.3 de la LC.
Como decíamos en nuestra sentencia antes referida, que consideramos la misma argumentación aplicable al presente caso, por lo que el motivo no puede ser estimado "El mentado precepto norma que "aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado". La sentencia apelada desestima tal pretensión con base en el argumento siguiente: "En este caso ocurre, sin embargo, que ni la importancia relativa del concreto contrato de compraventa concertado por la actora con FADESA INMOBILIARIA S.A. (hoy MARTINSA-FADESA S.A.) justifica el uso de la facultad judicial enervatoria del art. 62.3 de la LC, ni ha ofrecido la demandada datos objetivos que permitan asegurar la posibilidad de un cumplimiento que, aunque tardío sea inminente o próximo, con lo que no es procedente ni posible acoger la pretensión de las demandadas", con dicho pronunciamiento se aquietó la administración concursal, que no recurrió la sentencia.
Debemos aceptar dichos argumentos. La invocación del art. 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos, pues, para ello, es necesario que así lo exija el interés del concurso -lo que debe ser demostradopor la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, así como las posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido, lo que, en este supuesto, no se ha acreditado, ni ha sido objeto de específica prueba. Desconocemos si se ha procedido o no a la venta del resto de los inmuebles de la urbanización, así como la importancia económica que implicaría la resolución del presente vínculo contractual en el desenvolvimiento futuro de la demandada, extremos que es preciso demostrar cumplidamente o razonar en el recurso, y no darlos por supuestos, si se quiere obtener un refrendo judicial de acogimiento.
El precepto se construye sobre la base de un concepto jurídico indeterminado: "interés del concurso, con respecto al cual carecemos de datos fácticos objetivos para integrarlo, en definitiva, para motivar una resolución de tal clase, con las características de decisión no arbitraria, sino justificada, que postergue los intereses particulares de la actora sobre los de la sociedad concursada, dando a aquélla una cumplida explicación de las razones por mor de las cuales los tribunales hacemos uso del art. 62.3 LC, y ello para garantir, en definitiva, a la apelada su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE ".": SAP La Coruña (Sección 4) 28.07.2011 (Sentencia 346/2011; Rollo 643/2010)

"TERCERO.-El último motivo formulado en el recurso de apelación es la improcedencia de la resolución del contrato por ser de interés del concurso el mantenimiento del vínculo convencional suscrito, con vulneración de lo normado en el art. 62.3 de la LC.
La invocación del art. 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos, pues, para ello, es necesario que así lo exija el interés del concurso -lo que debe ser demostrado- por la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, así como las posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido, lo que, en este supuesto, no se ha acreditado, ni ha sido objeto de específica prueba. Desconocemos si se ha procedido o no a la venta del resto de los inmuebles de la urbanización, así como la importancia económica que implicaría la resolución del presente vínculo contractual en el desenvolvimiento futuro de la demandada, extremos que es preciso demostrar cumplidamente o razonar en el recurso, y no darlos por supuestos, si se quiere obtener un refrendo judicial de acogimiento.
El precepto se construye sobre la base de un concepto jurídico indeterminado: "interés del concurso, con respecto al cual carecemos de datos fácticos objetivos para integrarlo, en definitiva, para motivar una resolución de tal clase, con las características de decisión no arbitraria, sino justificada, que postergue los intereses particulares de la actora sobre los de la sociedad concursada, dando a aquélla una cumplida explicación de las razones por mor de las cuales los tribunales hacemos uso del art. 62.3 LC, y ello para garantir, en definitiva, a la apelada su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE ".": SAP La Coruña (Sección 4) 13.09.2011 (Sentencia 379/2011; Rollo 347/2011)

"TERCERO.-El motivo formulado en el recurso de apelación de la improcedencia de la resolución del contrato por ser de interés del concurso el mantenimiento del vínculo convencional suscrito, con vulneración de lo normado en el art. 62.3 de la LC, tampoco puede ser estimado.
La invocación del art. 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos, pues, para ello, es necesario que así lo exija el interés del concurso -lo que debe ser demostrado- por la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, así como las posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido, lo que, en este supuesto, no se ha acreditado, ni ha sido objeto de específica prueba. Desconocemos si se ha procedido o no a la venta del resto

de los inmuebles de la urbanización, así como la importancia económica que implicaría la resolución del presente vínculo contractual en el desenvolvimiento futuro de la demandada, extremos que es preciso demostrar cumplidamente o razonar en el recurso, y no darlos por supuestos, si se quiere obtener un refrendo judicial de acogimiento.
El precepto se construye sobre la base de un concepto jurídico indeterminado: "interés del concurso, con respecto al cual carecemos de datos fácticos objetivos para integrarlo, en definitiva, para motivar una resolución de tal clase, con las características de decisión no arbitraria, sino justificada, que postergue los intereses particulares de la actora sobre los de la sociedad concursada, dando a aquélla una cumplida explicación de las razones por mor de las cuales los tribunales hacemos uso del art. 62.3 LC, y ello para garantir, en definitiva, a la apelada su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE ". ": SAP La Coruña (Sección 4) 28.09.2011 (Sentencia 413/2011; Rollo 515/2011)

"QUINTO.- El último motivo formulado en el recurso de apelación es la improcedencia de la resolución del contrato por ser de interés del concurso el mantenimiento del vínculo convencional suscrito, con vulneración de lo normado en el art. 62.3 de la LC.
El mentado precepto norma que "aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado". La sentencia apelada desestima tal pretensión, después de admitir, no sin dudas, también su aplicación a los contratos de tracto único, con base en el argumento siguiente "que se trata de una facultad excepcional frente al régimen ordinario de la resolución por incumplimiento, sólo debe imponerse a la parte cumplidora cuando se trate de contratos cuya resolución comprometa seriamente la continuidad de la actividad empresarial o profesional de la deudora concursada que es, a su vez instrumental de la finalidad última del concurso (la satisfacción de los créditos del los acreedores)". Lo que en el presente caso no considera suficientemente justificado.
Como decíamos en nuestra sentencia antes referida, y otras posteriores, el motivo no puede ser estimado "Debemos aceptar dichos argumentos. La invocación del art. 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos, pues, para ello, es necesario que así lo exija el interés del concurso -lo que debe ser demostrado- por la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, así como las posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido, lo que, en este supuesto, no se ha acreditado, ni ha sido objeto de específica prueba. Desconocemos si se ha procedido o no a la venta del resto de los inmuebles de la urbanización, así como la importancia económica que implicaría la resolución del presente vínculo contractual en el desenvolvimiento futuro de la demandada, extremos que es preciso demostrar cumplidamente o razonar en el recurso, y no darlos por supuestos, si se quiere obtener un refrendo judicial de acogimiento. El precepto se construye sobre la base de un concepto jurídico indeterminado: "interés del concurso, con respecto al cual carecemos de datos fácticos objetivos para integrarlo, en definitiva, para motivar una resolución de tal clase, con las características de decisión no arbitraria, sino justificada, que postergue los intereses particulares de la actora sobre los de la sociedad concursada, dando a aquélla una cumplida explicación de las razones por mor de las cuales los tribunales hacemos uso del art. 62.3 LC, y ello para garantir, en definitiva, a la apelada su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE ".": SAP Coruña (Sección 4) 11.11.2011 (Sentencia 478/2011; Rollo 465/2011)

"CUARTO.- La cuestión del posible mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar la concursada (62.3), es más opinable, aunque el Tribunal de apelación comparte los razonamientos y conclusión sentenciada por el Juzgado de lo Mercantil. La sentencia apelada ya consideró, entre otras cosas, que "puesto que se trata de una facultad excepcional frente al régimen ordinario de la resolución por incumplimiento, sólo debe imponerse a la parte cumplidora cuando se trate de contratos cuya resolución comprometa seriamente la continuidad de la actividad
empresarial o profesional de la deudora concursada que es, a su vez instrumental de la finalidad última del concurso (la satisfacción de los créditos del los acreedores)"; entendiendo que en el presente caso no estaba suficientemente justificado, lo que ahora se comparte.
Según señalamos en otras sentencias (28/7/2011, 13 y 28/9/2011, 11/11/2011), la invocación del artículo 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos, pues para ello es necesario que así lo exija el interés del concurso, el cual debe ser demostrado, por la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, así como las posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido, lo que, en este supuesto, no se ha acreditado suficientemente. Desconocemos si se ha procedido o no a la venta del resto de los inmuebles de la urbanización, así como la importancia económica que implicaría la resolución del presente vínculo contractual en el desenvolvimiento futuro de la demandada, extremos que es preciso demostrar cumplidamente si se quiere obtener el refrendo judicial.
El precepto se construye sobre la base de un concepto jurídico indeterminado, el "interés del concurso", con respecto al cual carecemos de datos fácticos objetivos suficientes para integrarlo, y en definitiva, para motivar una decisión de tal clase, no arbitraria sino justificada, que postergue los legítimos intereses de la parte demandante. Añadir que no todos los contratos de compraventa en la urbanización contienen iguales previsiones a las del presente caso en el tema del plazo de entrega ni las circunstancias y su valoración tienen que ser las mismas.": SAP Coruña (Sección 4) 15.12.2011 (Sentencia 540/2011; Rollo 592/2011)

“OCTAVO.-La cuestión del posible mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso conforme a lo previsto en el artículo 62.3 LC puede resultar opinable, aunque el Tribunal de apelación comparte los convincentes razonamientos y conclusión de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
Frente a la llamada que se hace en el recurso al conocimiento del juez del concurso, hay que decir que ha sido precisamente el propio juez del proceso concursal, que por ello dispone de una mayor información, el que no ha apreciado motivos bastantes para enervar la acción resolutoria en interés del concurso.
La sentencia apelada ya consideró, entre otras cosas, que "puesto que se trata de una facultad excepcional frente al régimen ordinario de la resolución por incumplimiento, sólo debe imponerse a la parte cumplidora cuando se trate de contratos cuya resolución comprometa seriamente la continuidad de la actividad empresarial o profesional de la deudora concursada que es, a su vez, instrumental de la finalidad última del concurso (la satisfacción de los créditos del los acreedores)"; entendiendo que en el presente caso no estaba suficientemente justificado, lo que ahora se comparte.
Según señalamos en otras sentencias (28/7/2011, 13 y 28/9/2011, 11/11 y 15/12/2011), la invocación del artículo 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos, pues para ello es necesario que así lo exija el interés del concurso, el cual debe ser demostrado, por la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, así como las posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido, lo que, en este supuesto, no se ha acreditado suficientemente. Desconocemos si se ha procedido o no a la venta del resto de los inmuebles de la promoción, así como la importancia económica que implicaría la resolución del presente vínculo contractual en el desenvolvimiento futuro de la demandada, extremos que es preciso demostrar cumplidamente si se quiere obtener el refrendo judicial.
El precepto se construye sobre la base de un concepto jurídico indeterminado, el "interés del concurso", con respecto al cual carecemos de datos fácticos objetivos suficientes para integrarlo, y en definitiva, para motivar una decisión de tal clase, no arbitraria sino justificada, que postergue los legítimos intereses de la parte demandante. ”: ”: SAP La Coruña (Sección 4) 23.12.2011 (Sentencia 559/2011; Rollo 464/2011)

“QUINTO: El último motivo de apelación igualmente lo resolvemos de la forma reseñada en la precitada sentencia de 23 de diciembre de 2011, en la que indicábamos: "La cuestión del posible mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso conforme a lo previsto en el artículo 62.3 LC puede resultar opinable, aunque el Tribunal de apelación comparte los convincentes razonamientos y conclusión de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
Frente a la llamada que se hace en el recurso al conocimiento del juez del concurso, hay que decir que ha sido precisamente el propio juez del proceso concursal, que por ello dispone de una mayor información, el que no ha apreciado motivos bastantes para enervar la acción resolutoria en interés del concurso.
La sentencia apelada ya consideró, entre otras cosas, que "puesto que se trata de una facultad excepcional frente al régimen ordinario de la resolución por incumplimiento, sólo debe imponerse a la parte cumplidora cuando se trate de contratos cuya resolución comprometa seriamente la continuidad de la actividad empresarial o profesional de la deudora concursada que es, a su vez, instrumental de la finalidad última del concurso (la satisfacción de los créditos del los acreedores)"; entendiendo que en el presente caso no estaba suficientemente justificado, lo que ahora se comparte.
Según señalamos en otras sentencias (28/7/2011, 13 y 28/9/2011, 11/11 y 15/12/2011), la invocación del artículo 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos, pues para ello es necesario que así lo exija el interés del concurso, el cual debe ser demostrado, por la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, así como las posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido, lo que, en este supuesto, no se ha acreditado suficientemente. Desconocemos si se ha procedido o no a la venta del resto de los inmuebles de la promoción, así como la importancia económica que implicaría la resolución del presente vínculo contractual en el desenvolvimiento futuro de la demandada, extremos que es preciso demostrar cumplidamente si se quiere obtener el refrendo judicial.
El precepto se construye sobre la base de un concepto jurídico indeterminado, el "interés del concurso", con respecto al cual carecemos de datos fácticos objetivos suficientes para integrarlo, y en definitiva, para motivar una decisión de tal clase, no arbitraria sino justificada, que postergue los legítimos intereses de la parte demandante". ”: SAP La Coruña (Sección 4) 25.01.2012 (Sentencia 26/2012; Rollo 463/2011)

“CUARTO : Por lo que se refiere en la contestación de la demanda y mantenido en el escrito de oposición al recurso de apelación de la improcedencia de la resolución del contrato por ser de interés del concurso el mantenimiento del vínculo convencional suscrito, de conformidad con lo dispuesto en el art. 62.3 de la LC, no puede ser estimado.
La invocación del art. 62.3 LC, como ya dijimos en anteriores ocasiones, no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos, pues, para ello, es necesario que así lo exija el interés del concurso -lo que debe ser demostradopor la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, así como las posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido, lo que, en este supuesto, no se ha acreditado, ni ha sido objeto de específica prueba. Desconocemos si se procedido o no a la conclusión de las obras de ejecución del Centro Comercial, así como la importancia económica que implicaría la resolución del presente vínculo contractual en el desenvolvimiento futuro de la demandada, extremos que es preciso demostrar cumplidamente o razonar en el recurso, y no darlos por supuestos, si se quiere obtener un refrendo judicial de acogimiento.

El precepto se construye sobre la base de un concepto jurídico indeterminado: "interés del concurso", con respecto al cual carecemos de datos fácticos objetivos para integrarlo, en definitiva, para motivar una resolución de tal clase, con las características de decisión no arbitraria, sino justificada, que postergue los intereses particulares de la actora sobre los de la sociedad concursada, dando a aquélla una cumplida explicación de las razones por mor de las cuales los tribunales hacemos uso del art. 62.3 LC, y ello para garantir, en definitiva, a la apelada su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE ". ": SAP La Coruña (Sección 4) 10.05.2012 (Sentencia 213/2012; Rollo 136/2012)

"TERCERO.- El motivo formulado en el recurso de apelación de la improcedencia de la resolución del contrato por ser de interés del concurso el mantenimiento del vínculo convencional suscrito, con vulneración de lo normado en el art. 62.3 de la LC, tampoco puede ser estimado.
La invocación del art. 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la demandada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos, pues, para ello, es necesario que así lo exija el interés del concurso -lo que debe ser demostrado- por la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad concursada, su importancia y trascendencia, lo que, en este supuesto, no se ha acreditado. Se alega que en la propuesta del convenio, que más tarde fue aprobado por el Juzgado, se valora dichas fincas en 9.296.942 euros. Lo que supone un incremento respecto del precio de compra importante, y justifica según la parte apelante el interés del concurso en su mantenimiento.
Pues bien precisamente, en atención a la situación de importante crisis del sector del mercado inmobiliario en que nos encontramos, con la resolución se consigue evitar el pago de 7.791.412 euros más IVA por la compra de unas fincas que en la actualidad tienen una valoración mucho menor, según tasación, como consecuencia del desistimiento del PSIR, y por otra parte se inyecta liquidez para la sociedad concursada, como consecuencia de la condena de la demandada a la devolución a Martinsa Fadesa de las cantidades entregadas a cuenta del precio (1.394.348,08 euros), lo que evidentemente esto sí que beneficia al concurso. El motivo se desestima.": SAP La Coruña (Sección 4) 28.11.2012 (Sentencia 476/2012; Rollo 647/2011)

AP Madrid

"No es objeto de polémica que media un incumplimiento contractual imputable a la concursada, lo que supondría la concurrencia de causa de resolución del arrendamiento (artículos 1555.1 º y 1556 del C. Civil), que puede ser exigida, en caso de concurso, por la vía procesal contemplada en el artículo 62 de la Ley Concursal.
La clave de este debate se centra en enjuiciar si el juez del concurso aplicó con corrección la facultad (prevista en el artículo 62.3 de la Ley Concursal) de decidir que, pese al incumplimiento del concursado, deba ser mantenido el contrato por exigirlo así el interés del concurso. El juzgador debe valorar, para tomar tal decisión, si el conseguir un mayor grado de satisfacción para los fines del concurso justificaría que se enervase la facultad de la que goza el contratante "in bonis" de optar por la resolución del contrato y con ello desistir de tener que cumplir con lo que estaba estipulado. Esta facultad del juez no es, sin embargo, un ejercicio discrecional que no esté sujeto a posibles límites.
Por un lado, el interés del concurso que debería ser defendido habría de serlo de carácter legítimo. Pues bien, en este caso debemos poner en entredicho la calificación como tal cuando no se trataba de permitir la continuación de la actividad del concursado en el local arrendado para permitir el acrecimiento de nuevos activos con lo que satisfacer las deudas, sino del simple propósito de ahorrarse gastos de depósito de existencias. No descartamos que ello pueda entrañar una ventaja para el concurso, pero si ya no hay despliegue de actividad por parte del concursado que pueda justificar la finalidad con la que se suscribió el contrato de arrendamiento puede resultar improcedente el imponer a la contraparte la persistencia en una relación que no desea mantener, prolongando con ello la situación de desposesión del bien de su propiedad, cuando concurre justa causa para interesar la resolución contractual.
Además, no podrá imponerse al otro contratante el mantenimiento del contrato cuando previsiblemente la masa activa no fuera a resultar suficiente para satisfacer las obligaciones derivadas del contrato. Carecería de sentido obligar a la continuación de un contrato que el concursado no estuviera en condiciones de poder cumplir, pues de ser esa la situación habría de permitirse a la contraparte que llevase a cabo su voluntad de desvincularse del mismo. Otra cosa es que, siendo inicialmente posible el cumplimiento, por la evolución de las acontecimientos no se consiguiese luego atenderlo, en cuyo caso se justificaría, pese a la inicial decisión de mantenimiento del contrato en interés del concurso, una nueva reacción de la contraparte.
Llama la atención que en el presente caso en el escrito de contestación de la administración concursal no sólo no se diesen garantías sino que ni tan siquiera se ofreciese una perspectiva sólida de que pudiera atenderse el pago de la deuda arrendaticia (tanto la anterior, como la posterior a la declaración del concurso, por una cuantía ya entonces superior a los 71.000 euros, ni la que pudiera luego ir devengándose), aludiéndose simplemente a la expectativa del fruto de la liquidación de existencias en términos tales que resultaba un tanto incierta e insuficiente a este respecto. Lo que no tendría justificación es imponer al arrendador la obligación de consentir la pervivencia de un arrendamiento cuando no parecía previsible que pudiera pagársele, como contraprestación por ello, la correspondiente renta, cuyo cuantía impagada iría además en progresivo aumento. El interés del concurso no podría prevalecer a cualquier precio y resulta claro que el esfuerzo cuya realización incumbiría al arrendador no gozaría de una adecuada compensación que pudiera justificar que el juez le impusiera un sacrificio tan desproporcionado.
A tenor de lo señalado no debió oponerse obstáculo alguno a la acción resolutoria del contrato de arrendamiento, por lo que debería haber prosperado la pretensión de la parte actora. En consecuencia el recurso de apelación ha de ser estimado.": SAP Madrid (Sección 28) 13.09.2013 (Sentencia 244/2013; Rollo 95/2012)

AP Valencia

“TERCERO.- Admitido por las partes litigantes el incumplimiento contractual a que se ha hecho referencia, la cuestión ha de quedar ceñida a la determinación de, si como alega la AC, y ahora en la alzada la propia entidad concursada GÖTZ AUTO, y pese a la concurrencia de la causa de resolución del contrato, no ha de darse lugar a ella atendiendo al interés del concurso, -ex art. 62.3 LC -, por considerar necesario el mantenimiento del contrato de distribución para la viabilidad de la entidad concursada.
A los efectos de resolver tal cuestión, y además de haberse acreditado en autos la existencia de conversaciones entre las partes anteriores en el tiempo a la declaración del concurso de GÖTZ AUTO en las que se negociaron los términos de una eventual resolución contractual ante la imposibilidad del cumplimiento de sus obligaciones por parte de la distribuidora (correos electrónicos obrantes a los folios 24 y ss de autos), tanto los hechos admitidos por la AC como la documental incorporada a las actuaciones permiten concluir que no se da en el presente caso el supuesto de excepción que a la resolución contractual por incumplimiento establece el artículo 62.3 LC, teniendo en cuenta para ello las siguientes consideraciones:
La última venta de vehículos de la entidad actora por parte de GÖTZ AUTO se produjo el 21 de julio de 2011, sin que desde entonces la entidad concursada haya realizado actividad alguna propia del contrato de distribución. Es decir, desde tal fecha puede considerarse que, de facto, el contrato carece de vigencia.
Los vehículos que de la marca tenía GÖTZ AUTO en sus instalaciones, dada la imposibilidad de venta, fueron redistribuidos en julio-agosto a otros concesionarios -según resulta del contenido de los correos electrónicos antes señalados-, decisión ésta que fue voluntariamente adoptada por la concursada y que, obviamente, determinaba la imposibilidad del mantenimiento del contrato de distribución.
Pese a lo indicado por la AC en su escrito de contestación a la demanda, no resulta acreditado en autos que la entidad GENERAL MOTORS impusiera a la concursada una nueva entidad financiera -FINANMADRIDy que a consecuencia de ello, rescindida unilateralmente por la financiera la línea de crédito a finales de mayo, se produjera la no consecución de los objetivos del contrato de distribución. En este sentido es de destacar que en el Plan de Viabilidad que se ha presentado por la concursada se identifica como factor más relevante de su situación de crisis la caída de ventas, que a su vez resulta de la importante situación de crisis económica nacional.
El 23 de mayo de 2011 la entidad concursada solicitó un ERE extintivo que afectaba a la totalidad de la plantilla, sin que el Plan de Viabilidad de la concursada incluya previsión alguna respecto a nueva contratación de personal para activar la unidad del negocio relativa a la comercialización de vehículos de la marca de la demandante.
GÖTZ AUTO cerró la línea de negocio de venta de vehículos en el ejercicio 2012, centrando su actividad únicamente en las líneas de taller y recambios. Especial referencia ha de hacerse al hecho de que la concursada pone de manifiesto la viabilidad del negocio basado en el taller y recambios, habiendo obtenido un resultado positivo de la explotación en dicho ejercicio económico.
En la propuesta del Plan de Viabilidad que persigue la subsistencia y continuidad de la sociedad ni una sola referencia se hace a una eventual revitalización del contrato de distribución de la marca OPEL, lo que además resulta en consonancia con el hecho de que, entre las medidas a adoptar se incluya la desinversión total o parcial en inmuebles, lo que necesariamente afecta a las instalaciones donde la concursada desarrollaba su actividad de venta de vehículos.
En dicho documento -Plan de Viabilidad- se expone el mercado potencial de venta de vehículos en la zona de influencia de GÖTZ, que incluye numerosos distritos postales de la ciudad de Valencia y varias poblaciones de alrededor, estableciendo una previsión de ventas de coche nuevo -sin determinar marca- en 65 unidades anuales en el año 2013, cifra esta totalmente alejada del número de unidades a que venía obligada con la marca de la actora ya para el año 2011 (317).
La concursada ha entablado negociaciones con tres concesionarios oficiales y dos compañías de compra-venta de vehículos multimarca en orden a proceder a la reapertura de la actividad de venta de vehículos por parte de GÖTZ, tanto de vehículo nuevo como de vehículo de ocasión. Tampoco a este respecto se plantea en el Plan de Viabilidad una reactivación o reanudación del contrato objeto de autos; no se identifican los concesionarios y las compañías de compraventa, ni tampoco la compatibilidad de tales posibles relaciones negociales con el contrato de distribución de autos.
El resto de las medidas que se proponen en el Plan de Viabilidad de la entidad concursada para potenciar su actividad tampoco hacen mención a la venta de vehículos marca OPEL, incluyendo otro tipo de actividades totalmente ajenas tales como obtención de la concesión de vehículos eléctricos de la marca BYD, cuya compatibilidad con la marca de la actora tampoco aparece justificada en el plan, lo que permite considerar su intención de no seguir con la distribución de vehículos de GENERAL MOTORS; dinamización de las actividades de taller y recambios, con ampliación de contratos de reparador oficial autorizado de marcas como Alfa Romeo, Fiat, Lancia, Madza, Chrysler, Dodge, Jeep, o Saab, realización de la Inspección Técnica de Vehículos, personalización y modernización de vehículos; y arrendamiento parcial de los locales a terceros.
Las consideraciones hasta aquí expuestas permiten concluir, en primer lugar, que con arreglo a lo establecido en el contrato de distribución de vehículos OPEL suscrito entre las partes en fecha 01 de octubre de 2003, concurre la causa de resolución contractual, consistente en el incumplimiento por la mercantil GÖTZ AUTO del objetivo de ventas establecido para el año 2011 y, en segundo lugar, que la resolución de dicho contrato no impide la continuación de la actividad empresarial de la concursada, habida cuenta el cese de facto de las ventas de vehículos OPEL desde el verano de 2011, el resultado positivo de la explotación en el año 2012 pese a la total ausencia de venta de vehículos de dicha marca, y, finalmente, el contenido del plan de viabilidad propuesto por la entidad concursada en el que ninguna referencia se incluye en orden a una eventual reanudación de la venta de vehículos de la marca de la actora. De todo ello resulta la inaplicación al caso de lo

dispuesto en el artículo 62.3 LC y, por ende, la total estimación de la pretensión resolutiva formulada por GENERAL MOTORS, sin que haya lugar a acordar indemnización alguna por mor de tal resolución, solicitada con carácter subsidiario por la AC, al no venir dicha pretensión solicitada en los términos exigidos en el artículo 406 LEC, pues no consta con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener del actor, careciendo por ello este tribunal tanto de elementos que permitan justificar el derecho a una indemnización comode criterios o bases para la determinación de una hipotética cuantía.": SAP Valencia (Sección 9) 27.01.2014 (Sentencia 23/2014; Rollo 597/2013)

AP Zaragoza

"QUINTO.-Por tanto, hemos de partir de la realidad del impago de un volumen muy importante de rentas, siendo el único objeto litigioso el del " *interés del concurso"* a que se refiere el At 62-3 L.C.
La jurisprudencia ha admitido que la alegación de este precepto en el incidente resolutorio de un contrato incumplido por el concursado sea un cauce procesal lícito. Es decir, estaríamos ante una *causa inhibidora de la resolución contractual* (S.A.P. Alicante, secc. 8ª, 24-5-2013, Valencia, secc. 9 ª de 28-1-2014 y 12-11-2013 y S.T.S. 18-12-2012).
Ahora bien, esa causa enervadora del derecho a la resolución del contrato por la parte cumplidora (pars in bona) ha de ser real y debidamente acreditada. De lo contrario, quedaría al arbitrio de la concursada e incumplidora la vigencia del contrato. Hay que tener en cuenta que supone una excepción a la regla general del derecho de obligaciones y contratos (at. 1124 C.c.) y reconocida así -la facultad resolutoria- en los Principios del Derecho Europeo de contratos (Ss.T.S. 10-7-2003 y 10-10-2005). La S.T.S. 21-3-2012 habla de expropiación de la facultad resolutoria.
SEXTO.-A esto se refiere la ya citada S.A.P. Alicante, secc. 8ª de 24-5-2013 cuando dice que el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos en base al "interés del concurso", exige la demostración de la *"incidencia que dicho vínculo contractual tenga para la viabilidad económica de la entidad apelante (concursada), su importancia y trascendencia, y siempre que existan verdaderas y efectivas posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido de cumplir con el contrato de que se trate.*
Desde luego, en el caso que nos ocupa ninguna prueba se ha practicado (ninguna se ha propuesto) que tienda a acreditar ni la verosimilitud próxima o remota de la recepción de alguna oferta de compra de la unidad productiva; ni de la cuestión eminentemente técnica del daño o menosprecio que sufriría la maquinaria instalada en las naves si hubieran de extraerse de las mismas como consecuencia del lanzamiento.
Por tanto, no consta probado el elemento nuclear de la causa inhibidora de la resolución: "el interés del concurso".
SEPTIMO.-Pero, aunque así se hubiere conseguido, faltaría un requisito fundamental, sine qua non, para que se produzca la eficacia enervatoria de la resolución: el cumplimiento por parte de la concursada de sus obligaciones contractuales (at 62-3 in fine).
Al igual que en el supuesto enjuiciado por la SAP Alicante, secc, 8ª, 24-5-2013, en nuestro caso, no consta voluntad de cumplimiento actual e inmediato. Es más, los propios alegatos de la A.C. parecen buscar apoyo en la *falta de liquidez*; ni siquiera para desmontar la maquinaria instalada en las naves.
No puede pretender la A.C. seguir ocupando éstas, sin satisfacer las rentas debidas y por vencer, a la espera de tiempos mejores. Ello supondría exigir de la arrendadora una suerte de financiación o crédito a la arrendataria que la ley en absoluto impone. El acuerdo de financiación del plan de viabilidad del art. 100-5
L.C. es un "acuerdo" no una imposición legal.
OCTAVO.-Es más, la S.T.S. 21-3-2012 realiza una interpretación de la frase "prestaciones debidas" del at. 62-3 como referidas tanto a las anteriores al concurso como las posteriores al mismo. Es decir, todas las rentas serían a *cargo de la masa.*
Razona así: *"35. Ciertamente, un crédito potencialmente concursal cristaliza, a raíz del mantenimiento del contrato, en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia de la facultad de resolver obligándole a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma tozuda y notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro.*
33. Finalmente, esta respuesta coincide con la prevista en los artículos 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien como precisa la Audiencia no es lo mismo "rehabilitar" contratos resueltos que "impedir" la resolución de los vigentes, responden a una misma idea: la necesidad de que la masa -en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución- responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto y responde a la exigencia de "garantías" a las que se refiere la Exposición de Motivos "en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento".
Tampoco parece, pues, que la concursada pueda subvenir a dicha exigencia, cuyo incumplimiento derivaría en una nueva posibilidad de resolución y desahucio. Otra cosa sería el acuerdo a que pudieran llegar acreedora y concursada.": SAP Zaragoza (Sección 5) 10.06.2014 (Sentencia 194/2014; Rollo 187/2014)

1.1 Contratos de suministro de energía eléctrica o gas

AP Barcelona

"18. Desestimada la acción de cumplimiento contractual ejercitada con fundamento en el artículo 1124 CC

hemos de entrar en la ejercitada de forma subsidiaria, esto es, la solicitud de que se condene a GN al cumplimiento del contrato en interés del concurso. El artículo 62.3 LC dispone que, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
19. Como hemos dicho en la Sentencia 23 de julio de 2014 (ROJ: SAP B 8232/2014), con cita de la de 13 de septiembre de 2006 (ROJ 14689/2006)
« el art. 62.3 LC permite que, pese a existir un incumplimiento anterior de entidad suficiente para justificar la sanción resolutoria, el Juez pueda acordar el cumplimiento del contrato por entender que la continuidad es beneficiosa para el interés del concurso. Pero en tal caso se impone como consecuencia, o si se quiere como contrapartida o condición, que se abonen con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar él concursado.
Se trata, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, (Capítulo III) de la posibilidad de enervar la resolución del contrato en caso de que exista causa para la resolución por incumplimiento. De este modo, para el legislador, el cumplimiento forzoso, determinado por el interés del concurso, es un medio no ya de llevar a efecto lo pactado en caso de incumplimiento, sino una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento.
Pero, sigue indicando la Exposición de Motivos, ésa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte. Dice literalmente la EM que "no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento".
Esas garantías, en interés de quien se ve forzado a seguir cumpliendo pese a que el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de extinguir el vínculo por no haber obtenido la satisfacción de su interés negocial por causa del incumplimiento contrario, no pueden ser otras que las que resultan de la literalidad del art.
62.3: que con cargo a la masa sean abonadas las prestaciones adeudadas por el concursado, anteriores y posteriores a la declaración de concurso, por razón de esa relación contractual.
(...) En conclusión, la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, y la futura, con cargo a la masa ».
20. En nuestro caso, creemos que está plenamente justificada la estimación de esa pretensión, particularmente si se considera que, como ha sucedido posteriormente, la concursada ha conseguido la aprobación de un convenio con sus acreedores y que ni siquiera dejó de abonar los suministros de gas que se le fueron haciendo. Lo esencial es que no estimar la acción de cumplimiento frustraría las expectativas de continuidad de la actividad empresarial, para la que el suministro de gas es tan relevante, y, por consiguiente, también la finalidad perseguida a través del concurso, que se materializa en permitir la supervivencia de la sociedad y el cobro por parte de sus acreedores en las mejores condiciones.
21. El cumplimiento del contrato debe llevarse a cabo en sus propios términos, lo que implicaría la necesidad de que la concursada procediera a constituir un nuevo aval en los términos convenidos. No obstante, como hemos adelantado en los fundamentos precedentes, podemos considerar sustituida esa prestación a favor de GN por el derecho a retener la cantidad de más de diez millones que tiene percibida, al menos hasta tanto no sea sustituida por un nuevo aval a primer requerimiento en los específicamente términos pactados.”:.”: SAP Barcelona (Sección 15) 28.05.2015 (Sentencia 137/2015; Rollo 539/2014)

AP Sevilla

“TERCERO Pues bien, dando respuesta a la primera de dichas cuestiones, y en sintonía con el criterio de la juzgadora "a quo", hay que señalar que, efectivamente, el interés del concurso impone, la continuidad del suministro eléctrico, necesario para que la actividad industrial de la concursada se pueda seguir desarrollando, sin que a ello obste los reiterados incumplimientos que se alegan, puesto que la actora tenía y tiene garantizado el pago de tales suministros, al tener la deuda resultante, posterior a la declaración de concurso, el carácter de crédito contra la masa (artículo 84,2,6º).
CUARTO Ello supone una categoría ajena a la de los créditos concursales, que, a diferencia de éstos, no se ven afectados por las reglas restrictivas del concurso, abonándose a medida que venzan, cualquiera que sea el estado del concurso, deduciéndose de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacerlos, la llamada prededucción que establece elartículo 154.
Otra cosa es que no exista dinero en efectivo en el concurso y deba ejecutarse algún bien para su pago, en cuyo caso habría que esperar a que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra el plazo de un año desde la declaración de concurso (154,2).
No hay motivo, por lo tanto, para acordar la resolución del contrato de suministro de que se trata, dado que su continuidad interesa, no solo a la concursada fundiciones Caetano, S.A., sino también al resto de acreedores, que es a través de la conservación de la activad de la empresa como pueden ver satisfechos sus créditos, y, por otra parte, el carácter de crédito contra la masa que tiene el derivado de los suministros efectuados, con posterioridad a la declaración de concurso, con las características antes expuestas, garantiza su cobro.”: SAP Sevilla (Sección 5) 09.12.2008 (JUR 2009/175679; Sentencia 579/2008; Rollo 4782/2007)

JM-2 Barcelona

“PRIMERO.- La demandante, al amparo de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Concursal, ejercita acción resolutoria del contrato de suministro de energía eléctrica suscrito con la concursada el día 10 de septiembre

de 2.004 para las instalaciones que ésta tiene en la localidad de... (...). Por razones que huelga explicitar, el interés del concurso aconseja que, a pesar de mediar incumplimiento anterior a la declaración, se acuerde el cumplimiento, esto es, que se mantenga el suministro, pues en caso contrario el negocio, simplemente, no podría continuar.": Sentencia JM-2 Barcelona 21.07.2005 (JUR 2005/185515)

JM-1 Córdoba

"PRIMERO**.-** En el momento de presentarse la demanda incidental había incumplimiento de la concursada respecto del pago del precio de los suministros anteriores a la declaración de concurso, pero no en cuanto a los créditos posteriores o contra la masa, que habían sido pagados y puestos al corriente el 5 de mayo (la demanda incidental se presentó el día 10 siguiente). Si bien parece que han existido irregularidades posteriores en el pago, claramente atribuibles a la falta de liquidez de la concursada, según acreditan las facturas aportadas en el acto de la vista, correspondientes a suministros ya efectuados durante la tramitación del concurso.
SEGUNDO**.-** No obstante, el que los créditos contra la masa estén completamente abonados o retrasados en su pago no es lo relevante para la resolución del contrato, puesto que el artículo 62.1 de la Ley Concursal permite que, tratándose de contratos de tracto sucesivo, como evidentemente lo es el de suministro eléctrico, pueda instarse la resolución también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. A su vez, el artículo 62.3 establece que aunque exista causa de resolución, el juez atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, «siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado». Es palmario que, manteniendo la entidad concursada su actividad empresarial, tal y como previene el artículo 44.1 de la Ley Concursal, el suministro eléctrico es de vital importancia para ello, pues su interrupción equivaldría a la suspensión irremediable de la producción. Por tanto, siendo el interés del concurso el mantenimiento de la actividad empresarial productiva, tanto desde un punto de vista general, como desde la realidad concreta de que, estando ya próxima la conclusión de la fase común, tanto para el convenio como para, en su caso, la liquidación, es preferible para los acreedores la generación de nuevos activos, debe optarse por el cumplimiento del contrato. ": Sentencia JM-1 Córdoba 8.07.2005 (AC 2005/1705)

JM-1 Murcia

"SEGUNDO.- Entrando en el análisis de la primera de las cuestiones suscitadas ha de partirse de que en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal ha optado por una disciplina especial, diferente a las reglas generales del artículo 1124 y concordantes del Código Civil, basándose en la prevalencia del interés del concurso, sobre el particular de los contratantes; entendiendo como interés del concurso la maximización del valor del patrimonio concursal, como medida de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores.
Efectivamente, en esta materia, la regla general es que la declaración del concurso no conlleva per se la extinción o resolución del contrato (en congruencia con el artículo 44 de la Ley que establece que la declaración de concursno interrumpa la continuación de la actividad del deudor), sino que se mantiene la vigencia de los contratos celebrados por el deudor con obligaciones recíprocas.
No obstante, la ley posibilita la resolución voluntaria en interés del concurso, de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes con anterioridad a la declaración (artículo 61.2.2), así como la resolución por incumplimiento posterior, incluso anterior de tratarse de contratos de tracto sucesivo (artículo 62), sometiéndolos a un tratamiento diferente.
Por lo que aquí interesa, el artículo 62 de la Ley se refiere a la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en el momento de la declaración de concurso, cuando acontece el incumplimiento por parte de cualquiera de ellas tras la declaración. Si bien el caso de que se trata de contratos de tracto sucesivo, la resolución prevista en el artículo 62 plantea una especialidad, y es que el incumplimiento que faculta para solicitar la resolución puede tambien ser anterior a la declaración y no sólo posterior, como ocurre en el resto de los supuestos.
En el presente caso, no discutiéndose el inclumplimiento anterior a la declaración del contrato que liga a las partes, procedería en principio la resolución, de estimarse que al contrato de suministro como contrato de duración, le es aplicable lo dispuesto lo aplicable en la ley para los contratos de tracto sucesivo, si no fuera porque ese mismo precepto faculta al Juez para acordar el cumplimiento del contrato siempre que lo exija el interés del concurso. Es decir, siempre que se trate de un contrato ventajoso para la masa, lo que es indiscutible en relación al contrato que nos ocupa, pues sin suministro eléctrico sería imposible la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, cuyo objeto es la producción de zinc.
En consecuencia, procede acordar el cumplimiento del contrato y rechazar la primera de las peticiones de IBERDROLA.": Sentencia JM-1 Murcia 26.04.2005 (concurso 11/2005)

1.1.1 Cese de actividad. inexistencia de interés del concurso

AP Castellón

"TERCERO En los dos siguientes se pretende la declaración de la resolución del contrato de suministro, primero con la invocación de los preceptos de la Ley Reguladora del sector eléctrico y del Reglamento de Transporte, Distribución, Comercialización, Suministro y procedimiento de instalación de energía eléctrica, y después alegando la infracción delartículo 62-3 de la LEC.
Respecto a los primeros diremos que como bien reconoció el Letrado de Iberdrola en el acto del juicio a pesar de que pudiera concurrir causa de resolución del contrato de suministro, como así ocurre por el impago de

cinco facturas, ello debe analizarse a la luz del propio articulado de laLey Concursal y en concreto de lo dispuesto en el artículo 62-3 de dicha norma.
En ese precepto se establece que aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
Y ya anunciamos que en esta cuestión no compartimos los argumentos del Juez de instancia, en cuanto en los mismos se defiende que no existe voluntad rebelde al pago, sino imposibilidad de ello, lo que califica de mero retraso que no constituye causa de resolución.
No podemos hablar de mero retraso por el impago, aun en la fecha actual de cinco facturas que, según hemos relacionado, van desde el mes de febrero de 2007 al de junio de 2007, por un importe total de 551.763'77 ?, y cuyo impago el propio Juzgador expresa que es por imposibilidad en su realización.
Y no podemos entender justificado un interés del concurso que impida decretar la resolución, que en otro caso no es discutible que deba tener lugar.
El administrador concursal que declaró en el acto del juicio reconoció que había cesado el suministro eléctrico en el mes de octubre de 2007, fecha en que dicho suministro fue suspendido sin que se haya vuelto a reanudar, habiendo cesado también el proceso productivo, de forma que explicó que desde esa fecha hasta la del día de la vista, que tuvo lugar en fecha 11 de junio de 2008, se estaba utilizando un grupo electrógeno para la vigilancia nocturna y al estar pendiente la venta de la nave, pero que esta última no se había producido, a pesar del tiempo transcurrido, y que como quiera que ya no era posible continuar abonando el combustible necesario para el mantenimiento del grupo electrógeno, unos 3.000 ? a la semana, por haberse quedado sin dinero, había dado orden de no continuar con el generador eléctrico.
En este contexto no podemos compartir que exista un interés del concurso, para la continuación del contrato, al haber cortado el suministro bastantes meses antes del juicio, y haber cesado en la actividad la mercantil, sin que tampoco la posibilidad de una incierta venta inmediata de las instalaciones pueda justificar ese interés, ya que además, según explicó la persona responsable de Iberdrola que compareció al acto del juicio si se reanuda el suministro después del periodo de suspensión, se debe abonar la conexión, durante los meses que hayan transcurrido, lo que generaría una deuda que en este momento no se pueda pagar.
Procede por todo ello estimar la segunda petición de la demanda, declarando resuelto el contrato de suministro de energía eléctrica de fecha 29 de diciembre de 2005, por incumplimiento de las obligaciones de pago del precio de cinco facturas, estimando en esa parte el recurso de apelación, y los motivos del recurso segundo y tercero.": SAP Castellón (Sección 3) 24.06.2009 (JUR 2009/369724; Sentencia 229/2009; Rollo 105/2009)

AP Cantabria

"Mediante el tercer motivo de recurso, la demandante reitera que ha lugar a declarar la resolución de los contratos, porque el "interés del concurso" no puede, sin más, justificar la continuación de la vinculación contractual, y menos en supuestos como el de autos, de absoluto incumplimiento de la obligación de pago, que previsiblemente se mantendrá en el futuro. El motivo debe prosperar, porque visto (1) el alcance del incumplimiento de la obligación de pago; (2) la altísima probabilidad de que siga produciéndose en el futuro (la administración concursal manifiesta que ha solicitado el cese de la actividad, y que a tal petición no se oponen los trabajadores), (3) y, sobre todo, que puede presumirse que la actividad ordinaria de la actividad de la concursada ha cesado en la actualidad (así se deduce de las afirmaciones de la administración concursal), el simple "interés del concurso" (y la previsión contenida en el artículo 62.3 LC, según el cual "aunque exista causa de resolución, el Juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado"), no justifica la conservación de aquellos contratos de tracto sucesivo como el de autos (principalmente, los de suministro), que (1) gravan de modo intenso a determinado acreedor (suministrador), (2) respecto de los cuales pueda afirmarse que existe una alta probabilidad de que el concursado siga incumpliéndolos, (3) y que no están ya al servicio de la actividad empresarial, salvo que el concursado (o la administración concursal) acredite que la continuidad de la explotación permitirá razonablemente atender las deudas pasadas y las que se generen en el futuro, o que en la masa existen bienes suficientes para atenderlas, extremos estos que, sin embargo, no constan. En otro caso, se condenaría al acreedor-suministrador a empobrecerse de presente y de futuro, sin posibilidad razonable de cobrar lo que ya se le debe y la deuda que seguirá generándose en el futuro.": SAP Cantabria (Sección 4) 10.06.2013 (Sentencia 295/2013; Rollo 225/2013)

1.2 Contratos de arrendamiento de vehículos

JM-1 Murcia

"PRIMERO.- en el presente incidente la parte actora pretende que se declaren resueltos los contratos de arrendamiento de gestión a vehículos formalizados entre la concursada y OVERLEASE S.A. en fecha 10 de febrero de 2004. 26 de enero de 2005 y 30 de mayo de 2006 por los cuales se cedían en régimen de arrendamiento respectivamente el uso de los vehículos marca Renault, modelo Clio matricula 4425-csf y chasis VF1BBR8EF30029480, del Renault modelo Megane matricula 4864-DFZ y chasis VF1KMR6063303007 y del Renault modelo Kangoo y chasis VFKCE8EF35176537.
Alega como hechos en los que fundamenta su pretensión básicamente que de los distintas cuotas pactadas para el pago del precio del arrendamiento la concursada ha dejado impagado el importe correspondiente al las plazos hasta el 29 de septiembre de 2006, por lo que a tenor de lo dispuesto en la Condición General Decimoquinta de la póliza de contrato mercantil de arrendamiento se ha visto obligada a resolver el contrato

exigiendo la devolución del material arrendado y debiéndose estar en cuanto a las rentas vencidas a lo dispuesto en el art. 62.4 de la ley Concursal.
SEGUNDO.-Frente a dicha demanda se opuso la administración concursal, admitiendo la existencia de los contratos y el impago de las cuotas, pero que a tenor de lo prevenido en el art. 61.3 de la Ley Concursal tal imcumplimiento no conlleva una resolución automática de los contratos, y si bien el art. 62 de la ley faculta la resolución de los contratos por incumplimiento, tal posibilidad esta vedada en el caso de que deba prevalecer el interés del concurso, como acontece en el presente caso respecto a dos de los tres automóviles cuya resolución pretende la actora incidental, en concreto los Renault Megane matricula 4864-DFZ y nº de bastidor VFIKMR60633030077 y Clio matricula 4425-CSF y nº de chasis VFIBBR8EF30029480, al estar afectos a dos comerciales de la sociedad, Don A.M.A. y Don J.S., entendiendo por ello la administración concursal que en interés del concurso los contratos de arrendamiento en relación con esos dos vehículos no deben resolverse, si en cambio, en relación con el tercer contrato de arrendamiento, el referido a un Renault Kangoo con nº de chasis VF1KCE8EF35176537.
TERCERO.- Centrada en los anteriores términos la cuestión suscitada, y para su resolución ha de partirse de que en esta materia rige una la disciplina especial, que difiere notablemente a las reglas generales del artículo 1124 y concordantes del Código Civil, basándose en la prevalencia del "interés del concurso" entendido como la maximización del valor del patrimonio concursal, como medida de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores.
Efectivamente, en esta materia, la regla general es que la declaración del concurso no conlleva "per se "la extinción o resolución del contrato (en congruencia con el articulo 44 de la ley que establece que la declaración de concurso no interrumpa la continuación de la actividad del deudor), sino que se mantiene la vigencia de los contratos celebrados por el deudor con obligaciones reciprocas.
No obstante, la ley posibilita la resolución voluntaria en interés del concurso, de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes con anterioridad a la declaración (artículo 61.2.2), así como la resolución por incumplimiento posterior, incluso anterior de tratarse de contratos de tracto sucesivo (artículo 62), sometiéndolos a un tratamiento diferente.
Por lo que aquí interesa, el artículo 62 de la Ley se refiere a la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en el momento de la declaración de concurso, cuando acontece el incumplimiento por parte de cualquiera de ellas tras la declaración.
En el presente supuesto no discutiéndose el incumplimiento por parte de la concursada de su obligación de pago de las cuotas pactadas por el arriendo de los vehículos objeto de los contratos procedería en principio la resolución a tenor de lo dispuesto en el art. 62.1 de la Ley Concursal sin no fuera por que ese mismo precepto, en su apartado tercero, faculta al Juez para acordar el cumplimiento del contrato siempre que lo exija el interés del concurso, por lo que resta por examinar si la acción resolutoria ha de prosperar o si, haciendo uso de la facultad que al Juez del concurso le otorga el párrafo 3º del art. 62 de la LC, es procedente acordar el cumplimiento del contrato.
La facultad que concede al Juez el art. 62.3 de la Ley Concursal recuerda en cierta manera el régimen previsto en el apartado 3º del articulo 1124 del Código Civil, de conformidad con el cual el Juez debe decretar la resolución que se reclama " a no ser causas justificadas que le autoricen para señalar plazo". Respecto a este precepto existe una gran casuística en nuestra jurisprudencia en relación con que debe entenderse por "causas justificadas".
En tanto que en relación con lo que haya de entenderse por "interés del concurso" del ar. 62.3 dado que la ley concursal cuenta con poco mas de dos años de vigencia no existe jurisprudencia alguna al respecto. Pero en cualquier caso ha de tenerse muy presente que el art. 62.3 de la ley no habla del interés del concursado sino del concurso, debiendo entenderse por tal como ya se argumento anteriormente la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores.
Pues bien, de las testificales practicadas a instancias de la administración concursal, de Don A.. M.A. y de Don J.S.G., ha resultado acreditado que sendos comerciales son los que tienen a su disposición de manera exclusiva los vehículos objeto de los contratos a cuya resolución se opone el órgano de administración del concurso, y la necesidad de tales vehículos para la prospección y el mantenimiento de clientes por cuenta de la mercantil concursada, entidad cuyo domicilio social se encuentra sito en San Javier (Murcia) y cuyo objeto social es la venta mayor y menor de productos accesorios para explotaciones agrícolas, así como su instalación, por lo que el mantenimiento de esos contratos de arrendamiento redunda en interés del concurso al constituir su objeto (vehículos) bienes destinados a la actividad económica de la concursada de forma ordinaria. No así respecto del contrato de arrendamiento acompañado a la demanda como documento nº 3 y respecto a cuya resolución ha mostrado la administración su conformidad.": SJM-1 Murcia 08.05.2007 (Incidente Concursal 365/2006)

1.3 Convenio Singular con la TGSS con motivo de previa suspensión de pagos

JM-2 Bilbao

"SEGUNDO.- Conforme a lo dispuesto en art. 62.1 LECO, la resolución por incumplimiento es facultad que en principio no está afectada por la existencia del concurso, siempre que el incumplimiento sea posterior a la declaración concursal, o también cuando sea anterior en el caso de los contratos de tracto sucesivo, como el del Convenio Singular de autos (los de tracto instantáneo sólo pueden resolverse por incumplimiento producido con posterioridad a la declaración del concurso). [La concursada,, como consecuencia de haber concluido su expediente de suspensión de pagos mediante convenio de acreedores, suscribió con la TGSS un Convenio Singular, en tanto que ésta acreedora privilegiada con derecho de abstención del convenio de acreedores,

comprometiéndose a abonar el importe adeudado en diez años, más un interés anual del 3 por ciento, con garantía de prenda sin desplazamiento sobre maquinaria industrial]
Ahora bien, en realidad, sí que viene afectada la facultad de resolución por incumplimiento, ya que la norma dispone que la acción resolutoria debe ejercitarse a través del incidente concursal ante el Juez de lo Mercantil, pero es que además éste, atendiendo al interés del concurso, puede acordar el cumplimiento aunque exista causa de resolución, siendo a cargo de la masa las prestaciones correspondientes (art. 62.3 LECO).
Por lo tanto, de un lado, la resolución extrajudicial no cabe, y de otro, para la judicial se puede, en interés del concurso, motivadamente y sin arbitrariedad, aunque exista incumplimiento de contrato por la concursada, mantener la vigencia de la relación negocial, bien que "siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".
Pues bien, hay objeciones formales en nuestro asunto, dado que no es quien aduce la infracción del negocio el que demanda la resolución por vía incidental ante el Juez del concurso, sino la deudora concursada, y no obviamente para resolver -trámite de art. 61.2.pfo.2º LECO-, sino para que se decrete judicialmente el mantenimiento del vigor del negocio frente a quien lo "ha dejado sin efecto" de manera extrajudicial.
La tesis más conducente es que, si la resolución extrajudicial no resulta operativa una vez declarado el concurso por mandato legal, sencillamente debieran ignorarse, y actuar el deudor concursado como procede ante un acto jurídicamente ineficaz de la contraparte, a la espera del ejercicio cabal de la acción resolutoria, lo mismo que le cumple a un arrendatario si el arrendador le comunicara que ha resuelto el contrato y debe tenerse por desahuciado, o a un empresario si el trabajador le enterara que ha resuelto la relación laboral y se le adeuda una indemnización como si de despido improcedente se tratara.
En el asunto presente ha aparecido en el acto de la vista el tema de la naturaleza administrativa del Convenio Singular, que en la construcción preventiva de la concursada sería merecedor, como oposición de la TGSS, de un pronunciamiento judicial, y en todo caso, no puede negarse el interés legítimo en plantear este tipo de incidente concursal, como cualquier otro atípico que se suscite en el procedimiento.
Pero lo que no alcanza a comprender el Juzgador es el acierto de dicho interés, una vez que se asume el dato de que, desde hace más de un año, no está Fundifes S.A. al corriente del pago de sus cuotas de Seguridad Social. Supuesta una resolución contractual ineficaz, el Informe de la administración concursal tiene que cuantificar y clasificar un crédito con arreglo al Convenio legalmente no desvitalizado, y siendo así, irremediablemente será la TGSS quien haya debido impugnar la lista de acreedores ante el Juez del concurso en su perentorio plazo, o no siéndolo, la concursada debió impugnar. En todo caso, sería demandada la administración concursal. Del texto definitivo de dicha lista de acreedores surgen los guarismos para calibrar una solución convencional o liquidativa, y por supuesto, el acreedor privilegiado puede abstenerse de convenir, pero no puede pretender por crédito privilegiado que no se le haya reconocido.
TERCERO.- Sea como fuere, al juzgador se le impele a resolver, tal y como se plantea el caso, en lo que igual no tuviera que haber sido ninguna resolución expresa antes de terminar la fase común del concurso.
Y efectivamente, en cuanto a las cuestiones de fondo, las dudas lógicas por hipótesis, en nuestro supuesto, son tres, a saber, si el Convenio Singular con TGSS es un contrato sujeto a la indicada normativa de arts. 61 y 62 LECO (1); si estando sujeto, se ha producido el incumplimiento por parte de la concursada que fundamenta la acción resolutoria (2); si producido el incumplimiento, procede ordenar el mantenimiento del vigor de dicho Convenio en interés del concurso (3).
Cada una de las cuestiones, sólo si resuelve en sentido positivo concede paso a examinar la siguiente, puesto que si no hubiera sujeción del Convenio a las reglas del efecto del concurso sobre los contratos, nunca podría fallarse como se pide, y por el contrario, si la hubiera, pero el incumplimiento no arraigara una causa resolutoria, debiera necesariamente mantenerse la relación jurídica como se pactó.
Desde luego, no tiene sitio un debate sobre que el concurso "per se" derroque la vigencia del Convenio, ni tampoco que, advenidos al punto final de que fuera interesante para el concurso mantener el Convenio, aún incumplido radicalmente, pueda establecerse una consecuencia prestacional para las partes diferente a la prevista en la Ley.
Pero el caso es que se admite buenamente que desde octubre de 2005 no se pagan las cuotas corrientes, como impera la cláusula duodécima de los acuerdos del Convenio Singular, y por ende, jugaría la resolutoria expresa de cláusula decimotercera, lo mismo que jugaría si no estuviera ex art. 1.124 CCiv.
Y no se va a incurrir en dispendio de justicia razonando si ha habido otros incumplimientos, como lo atinente a la aceptación por la TGSS de la constitución de la garantía pignoraticia de ciertos bienes muebles, comprometida en el Convenio, porque tampoco se razonará más allá que el impago de cuotas corrientes, sucesivo y perseverante durante más de un año, consiste, sin duda, en esa esencial infracción de la obligación recíproca de Fundifes que autoriza para la resolución del concierto, sin más, a la contraparte, en la línea de la moderna jurisprudencia, que ha desarbolado el requisito paralegal de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento en los contratos bilaterales, como presupuesto de la resolución -al socaire de las "causas justificadas que le autoricen a señalar plazo" al Juez de art. 1.124 CCiv-, la cual no existe ninguna razón para excusar en las situaciones concursales.
Por lo tanto, la cuestión se reduce al sometimiento al régimen del art. 62 LECO, y a la decantación del "interés del concurso".
En cuanto a lo primero, el art. 67.2 LECO establece que los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos, y por lo tanto, el régimen de resolución, son los de LECO, cuando se trata de contrato de carácter privado celebrado por el deudor con Administraciones Públicas. Y conforme al art. 5.3 RD Legislativo 2/2000 de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se demarca el campo de esos contratos privados por exclusión de los de naturaleza administrativa de art. 5.2, que se describen en dos bloques, el de los que tienen por objeto directo, conjunta o separadamente, la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos, y la realización de suministros, amén de otros contratos nominados que aquí no tienen relieve, y el bloque de los de naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al

giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.
El Convenio Singular es consecuencia de la abstención de la TGSS como acreedora concursal del convenio de acreedores de la suspensión de pagos de Fundifes en expediente nº 124/2000 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Durango, y supone pactar para la recuperación del crédito de Seguridad Social unas condiciones especiales con el deudor, autorizadas por la condición del crédito como privilegiado, y fundadas en el interés socioeconómico del salvamento de empresas, expresándose su vinculación con dicho convenio de acreedores, a cuya eficacia se supedita (manifestando V, y acuerdo cuarto "in fine" del Convenio Singular).
Pues bien, este Convenio Singular, desde luego, no satisface de forma directa e inmediata la finalidad competencial del Servicio Común, que es la recaudación de recursos del sistema, sino que obedece a secundar una decisión plurilateral homologada judicialmente de conservación de una empresa como prevención de su insolvencia -convenio de la suspensión de pagos-, por lo que tiene de mantenimiento de empleo y de tejido industrial. Tampoco ha sido determinado por la prestación de modo directo de un servicio público, que es esa recaudación funcional para las prestaciones del sistema, ni lo contempla una Ley como función de la TGSS.
La conclusión es que los Convenios Singulares con TGSS, como actualmente la concertación de convenios de acreedores en el concurso, conforma una actuación de carácter privado, no de Derecho administrativo, y supone la aplicación a tales de los efectos de la declaración del concurso de LECO.
CUARTO.- Atacando el punto del interés del concurso, ya se ha explicado en alguna otra decisión al respecto en este género de procedimientos colectivos, que es un mínimo común denominador de los intereses necesariamente contrapuestos que confluyen en el procedimiento concursal, a la luz de su principio solutorio, y de la regla a su servicio de continuidad de la actividad empresarial de art. 44 LECO. En realidad, las masas no tienen personalidad, ni pueden tener intereses subjetivos, sino que los tienen el deudor concursado, titular de activos y pasivos, y los acreedores colectivizados, entre sí sólo forzosamente coordinados por la misión de la administración concursal, pero enfrentados muchas veces, y también los tienen los deudores del concursado, los titulares de derechos con efectos reales sobre su patrimonio, y los trabajadores, y las diversas Administraciones Públicas que intervienen, etc.
El convenio es la solución normal del concurso, que LECO fomenta, de modo que la finalidad de la satisfacción de los acreedores se prefiere conseguir, más que a través de la ejecución general, a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico multilateral, homologado judicialmente, producto de una amplia autonomía de la voluntad de las partes. Ahora bien, la preferencia de la solución convencional se endereza a la mejor satisfacción de los acreedores, según lo que decida el deudor, y no, en principio, con objetivo sanatorio de las empresas a todo trance, es decir, que la postergación de lo liquidatorio procede, no de la eficiencia para la economía en general del mantenimiento de la empresa, sino de que la idea conservacionista de la actividad de ésta tenga interés para los directamente involucrados en la crisis del deudor, sin rehabilitaciones en general por motivo de orden público. A fin de calibrar la solución adecuada, se contempla la continuidad de la actividad empresarial como regla.
La situación fáctica actual de Fundifes es de continuidad de la actividad, no meramente conservativa de bienes, sino de lo que es una fundición productiva. Y la continuidad no está en función de una solución conservativa o convencional exclusivamente, sino también de una solución liquidativa o de ejecución colectiva, porque la transmisión de unidades productivas, o sencillamente de un "globo" de bienes y derechos, que es preferente ex arts. 148.1 y 149.1.1ª LECO, manteniendo su valor en cambio, permite una "continuidad traslativa" (venta a tercero de la empresa o porciones de la empresa).
Supuesto el incumplimiento de la concursada, anterior y posterior a la declaración del concurso, que es radical y propio, con fuerza de suyo liberatoria y resolutoria para la TGSS, entonces, si se tratara, como es lo usual, de un contrato de suministro, también como es lo habitual entre los Juzgados de lo Mercantil, habría en esta tesitura que decretar el interés del concurso en el mantenimiento del contrato, como regla legal enervante de dicha fuerza liberatoria y resolutoria de la infracción precavida por el concursado de la relación conmutatitva, o singular salvedad para el sinalagma. La "ratio" evidentemente es, de un lado, la comunidad de pérdidas que representa el concurso para los acreedores concursales, y la congelación del derecho ejecutivo del crédito para los acreedores contra la masa, y de otro lado, la consideración de que el concursado aqueja una impotencia para cumplir sus compromisos formalizada judicialmente, y sólo puede cumplir intervenido, o en su caso, sustituido por la administración concursal. Por ello se priva de efectos a la resolución extrajudicial, y cabe que judicialmente no se declare, sino el cumplimiento, a pesar de haber causa para tal. Lo que habría que ponderar, a juicio del disponente, es si el concursado no sacrifica inmoderadamente, o por capricho, a quien contrató una relación duradera con aquél, ponderando las alternativas reales de contratar otro suministro con otra persona.
Claro que en el Convenio Singular no es un suministro, y nada tiene que proveer la TGSS a Fundifes, sino al contrario, lo que comprometió por su parte es no dar curso al ordinario procedimiento administrativo de apremio, si se cumplía el aplazamiento, se mantenía al corriente del pago de cuotas la empresa, y prestaba una garantía. Y resulta que, por los efectos del concurso, ese procedimiento de apremio no puede tampoco agredir la masa activa, puesto que el impago de las cuotas corrientes anteriores a la declaración del concurso ha generado un crédito concursal, y los bienes dados en prenda son patentemente necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de Fundifes, y porque los créditos contra la masa, si no son satisfechos tampoco, será por falta de liquidez, y todo quedará a que, cuando se rindan cuentas, se haya cumplido con las prevenciones de art. 154.2 LECO.
Ocurre, pues, que en apariencia, lo mismo da que la TGSS resuelva el Convenio, que no, dado que nada tiene que dar este Servicio Común a la concursada, sino mantenerse en un no hacer, prestar un "pathi" del impago sin reclamación ejecutiva, que igualmente se produce por la declaración del concurso.

Por otro lado, el art. 62.3 LECO, al contrario de lo que subyace en la postura de la actora del incidente, nunca puede ser que se niegue, ante el incumplimiento del concursado, la resolución contractual, sin más, sino declarar el cumplimiento, a pesar de una de las partes. En la interpretación correctora de estos Juzgados, como es prácticamente unánime, no se entiende que "con cargo a la masa" signifique que todo el débito, anterior a la declaración del concurso y posterior, deba pagarse de inmediato contra la masa, sino que, aplicando el principio de "par condicio creditorum", y la exégesis coordinada de los apartados 3 y 4 del art. 62 LECO -dos facetas, cumplimiento y resolución-, se declara la obligación de incluir el crédito anterior en la masa, y pagar contra la masa todo el devengado con posterioridad. Obviamente, si el cumplimiento tampoco se cumple, valga la expresión, la resolución ya será inevitable.
Pues bien, si se hubiera ignorado la resolución unilateral de la TGSS, el resultado sería equivalente: dejar en la masa el crédito precedente a la declaración del concurso, y pagar contra la masa las cuotas corrientes, y los vencimientos mensuales de lo pactado, a salvo que la TGSS impugnara la lista de acreedores, o reclamara como acreedor contra la masa todo el crédito pendiente.
Puesto que aquí no postula la TGSS, sino la concursada, y la administración concursal no ha intervenido, habrá que satisfacer la tutela pedida, declarando lo arriba indicado, que en definitiva, consiste en que Fundifes no pierde el beneficio del aplazamiento mensual por interés del concurso.
Hay dos flecos notorios: la concursada sostiene que se benefició de una quita del 60%, pero no aparece en el Convenio Singular por ninguna parte, de modo que ello, que sí justificaría este incidente, queda imprejuzgado (a); la concursada puede no teenr manera de cumplir el Convenio Singular como se ordena, lo que justificaría la resolución del mismo sin remedio, pero también queda imprejuzgado (b).”: SJM-2 Bilbao 12.03.2007 (Incidente Concursal 34/2007)

1.4 Mantenimiento del suministro de agua como medida cautelar

JM-1 Santander

“ANTECEDENTES DE HECHO.- ÚNICO.- Que en el día de hoy se ha presentado ante este mismo órgano por el Procurador don Alfonso Álvarez Pañeda, demanda incidental contra AQUALIA GESTION INTEGRAL DEL AGUA, S.A en cuyo otrosí solicitaba la adopción inaudita parte de la medida cautelar consistente en que se orden la continuidad del suministro de agua a la empresa demandada, en tanto que se resuelva el incidente concursal planteado así como la notificación de dicho acuerdo mediante fax.
FUNDAMENTOS DE DERECHO.-
PRIMERO.- A lo largo de la Ley Concursal encontramos varios supuestos en los que se permite la adopción de medidas cautelares, como sucede en los artículos 17, 21.1.4º y 87.4. Si bien en ellos no se hace referencia expresa al supuesto en que nos encontramos y respecto al cual se ha solicitado la adopción de las medidas, el espíritu de la ley que busca la satisfacción del derecho de crédito de los acreedores, que, sin duda, requiere el adecuado ejercicio y control de las facultades de administración y disposición del concursado y la obtención del mayor rendimiento de los bienes de éste, justifican la posibilidad de adoptar medidas cautelares como las solicitadas que tienen como objetivo garantizar la continuación de la actividad empresarial de la concursada para la cual se estima como elemento necesario e imprescindible el suministro de agua.
En este sentido, la adopción de las medidas cautelares reguladas en los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene determinada por su necesidad para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pueda otorgarse en eventual Sentencia estimatoria, si concurren los preceptos previstos en el art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 726.1.°), de modo que no puedan verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso (art. 721.1 y 727.11ª), por lo que con ella no se protege la ejecución sino la efectividad de la Sentencia.
SEGUNDO.- Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la audiencia al demandado mediante la vista prevista en el artículo 734, es requisito necesario para la adopción de toda medida cautelar, salvo en el supuesto en que se den los siguientes requisitos: 1º que así lo pida el demandante, 2º que acredite éste que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar. En este caso, se establece la posibilidad de que el tribunal acuerde sin más trámites la medida cautelar, mediante auto, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.
De lo anterior, se colige que la adopción de la medida cautelar sin previa audiencia del demandado se configura como un supuesto excepcional. En este sentido hay que tener en cuenta que sin olvidar que la adopción de cualquier Medida Cautelar entraña una restitución coactiva de la esfera patrimonial del demandado al que le asiste el derecho fundamental de defensa y la facultad inherente de ser oído antes de que se dicte una resolución, La Ley de Enjuiciamiento Civil, es muy exigente nuestra para dar aplicación al a regla excepcional del artículo 733.2, sin que sea suficiente para su adopción la simple alegación genérica de las razones de urgencia o del posible resultado fraudulento por el demandado, todo lo cual debe ser plasmado en el auto.
TERCERO.- En el presente caso, oídos los argumentos de la solicitante y atendiendo a la concreta medida cautelar interesada consistente en ordenar la continuidad del suministro de agua por la demandada en tanto que se resuelva el concurso, teniendo en cuenta que según se acredita documentalmente se ha anunciado su suspensión para el día de mañana, 28 de febrero, se aprecia la concurrencia de razones de urgencia que, de concurrir los requisitos exigidos para la adopción de la medida interesada, justifica su adopción inaudita parte, en tanto que de no verificarse, teniendo en cuenta el inmediato cese del suministro, perdería su finalidad.
CUARTO.- Sentado lo anterior, procede el examen de los requisitos establecidos con carácter general para la adopción de las medidas cautelares, esto es, el denominado fumus boni iuris, es decir, la apariencia de buen derecho y el periculum in mora o temor de un daño jurídico, es decir, el temor a la infectividad del derecho, se

aprecian en el presente supuesto.
El primero de ello, fumus boni iuris, es decir, la apariencia de buen derecho, supone en definitiva que la pretensión que se ejercita teniendo en cuenta su contenido y soporte probatorio, cuando se ejercita la acción, permita presumir unas expectativas de admisión de la pretensión deducida, pero que como nos dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10-2-92 no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido; para lo cual es necesario que el solicitante presente, como exige el artículo 728-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, sin que en ningún caso pueda sustituir al juicio principal, aunque en defecto de justificación documental el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.
En el presente caso, se aprecia, valorando los datos obrantes en autos a los meros efectos que nos ocupan y sin perjuicio de la resolución que en su día ponga fin al procedimiento del que dimanan las presentes medidas, de conformidad con los artículos 61 y 62 LC, que no concurre causa de resolución del contrato ni, en consecuencia, de suspensión del suministro, puesto que cuando se trata de contratos de suministro se ha tratado de establecer una clara distinción entre el incumplimiento propiamente dicho y el mero retraso en el cumplimiento, entendiéndose que únicamente cuando nos encontramos ante el primero es posible al resolución del contrato. Jurisprudencialmente y de un modo casuístico, se han apuntado diferentes actuaciones y señalado circunstancias que permiten apreciar ese incumplimiento que excede de un mero retraso, tales como la existencia de requerimientos para que se cumpliese la obligación desatendidos. De este modo, cuando de contratos de tracto sucesivo se trata, el simple impago de los recibos adeudados no implica por sí solo la concurrencia de causa de resolución del contrato sino que es procedente que junto a dicho incumplimiento se aprecien circunstancias que impidan catalogarlo como un mero retraso. Cuando estas circunstancias concurren en un procedimiento concursal, el examen de los hechos ha de partir de la imposibilidad de efectuar el pago de las cantidades adeudadas con anterioridad a la declaración del concurso y, en consecuencia, de regularizar tras su declaración la deuda existente. En el presente caso, el recibo adeudado es el inmediatamente anterior a la declaración de concurso por lo que atendiendo a las circunstancias anteriores, a la duración en el tiempo del contrato, se valora, a los meros efectos que nos ocupan, y sin prejuzgar el fallo del procedimiento principal, como un mero retraso que no constituye causa de resolución, lo que otorga apariencia de buen derecho a la acción ejercitada.
A mayor abundamiento, aún en el supuesto de que se considerase que concurre causa de disolución, teniendo en cuenta la esencialidad del suministro del agua para el desarrollo de la actividad por parte de la concursada, atendiendo al interés del concurso, la conservación de la masa activa, a lo cual contribuye el desarrollo de la actividad por parte de la concursada, se estima, en esta valoración inicial, que concurren circunstancias para acordar el cumplimiento del contrato de conformidad con el artículo 62.3 LC.
QUINTO.- Respecto al segundo de los requisitos, el periculum in mora o temor de un daño jurídico, es el temor a la inefectividad del derecho, un presupuesto de la adopción de la medida cautelar que se fundamenta en el riesgo de daño que recae sobre el actor, por la dilación temporal que el desarrollo de un proceso contradictorio con todas las garantías conlleva.
Atendiendo a la esencialidad del suministro de agua para la continuación de la actividad empresarial por parte de la concursada y que de suspenderse éste, de facto, conllevará la imposibilidad de su ejercicio, se considera que concurren razones justificativas del periculum in mora.
SEXTO.- Respecto a la idoneidad de la medida solicitada con relación a la tutela judicial pretendida, resulta oportuna de conformidad con el artículo 727.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en cuenta que, aún cuando expresamente no se alude a la resolución del contrato por la demandada en su comunicación, la suspensión del suministro y la necesidad de proceder, en su caso, al pago de los gastos de reconexión equivalen a dicha resolución con posibilidad de reanudación, circunstancia por la que se considera adecuada para la tutela judicial pretendida la prohibición de interrumpir la prestación al entenderse no procedente la resolución del contrato.
SÉPTIMO.- Aún cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para la adopción de medidas cautelares que el solicitante preste caución, la Ley Concursal en el artículo 17 establece tal caución no como imperativa al señalar que "el juez podrá pedir caución". Nada impide que dicha regla se aplique en todos los supuestos en los que dentro de un concurso se adopten medidas cautelares, por lo que en el presente caso, no apreciándose riesgo alguno en tanto que los créditos derivados de la continuación del suministro tendrán la consideración de créditos contra la masa, y atendiendo a la situación económica de la concursada, se exime a la solicitante de la prestación de caución.”: AJM-1 Santander 27.02.2007 (Incidente Concursal 157/2007)

1.5 Leasing inmobiliario.

1.5.1 Interés del concurso por expectativa de venta del inmueble

AP Zaragoza

“SEGUNDO Por lo que se refiere a la demanda incidental de resolución contractual.
Esta Sala participa de los argumentos expresados en la sentencia que se recurre. El contrato de arrendamiento financiero, del que surgen prestaciones sucesivas en el tiempo para ambos contratantes, ha de ser forzosamente calificado como de tracto sucesivo, y como quiera que no había transcurrido el plazo por al que fue pactado, su regulación tras la declaración del concurso se halla en elart. 61.2 LC, por encontrarse pendientes obligaciones recíprocas tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Por ende, es de aplicación asimismo elart. 62 LC, específicamente destinado a regular las consecuencias del incumplimiento en

los contratos a que se refiere elart. 61.2 LC, con indiferencia, para el caso de contrato de tracto sucesivo, de que el incumplimiento se hubiera producido antes después del auto de declaración de tal situación.
En atención a lo expuesto, no cabe duda de que el juzgador de primer grado acierta en la selección de las normas que aplicó, como igualmente acierta en su interpretación sobre el interés del concurso, entendido como la prevalencia de este interés sobre el particular de los contratantes, pues ciertamente lo es y principal el tratar de obtener el mayor provecho de los bienes y derechos del concursado a fin de satisfacer la mayor parte posible de los créditos que integran el pasivo, lo que, por otra parte, constituye una de las obligaciones ínsitas en la de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal que recae sobre la administración concursal.
Ha sido convenientemente probado que existen licitadores interesados en la adquisición de la nave que han ofrecido hasta 210.000 ? en la adquisición de la nave por lo que hacerse con su propiedad es obvio que beneficia a la masa, que se aprovecha así del incremento de su precio en razón del tiempo transcurrido desde su adquisición, y no un sólo y particular acreedor.
Lo dicho excluye la aplicación delart. 56 LC, pues es incompatible con la decisión de cumplimiento del contrato incumplido, ya que la acción de recuperación del bien otorgada al arrendador financiero va ligada al incumplimiento, según resulta de lo prevenido en la DA 1ª L 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, y en nada se opone a lo previsto en elart. 154 LC que se invoca ahora en el recurso, pues ninguna referencia hace a ejercicio de la facultad de que se trata.
En consecuencia, procede la desestimación del recurso interpuesto en cuanto discute el primero de los pronunciamientos de la sentencia.": SAP Zaragoza (Sección 5) 21.11.2008 (JUR 2009/161972; Sentencia 644/2008; Rollo 474/2008)

"PRIMERO Retomando un tema ya tratado por este Tribunal, el recurso deducido por la entidad de crédito actora mediante el expediente de recurrir elauto de 25 de junio de 2.008, relativo a la retribución de los administradores concursales, nos enfrenta de nuevo al contrato de arrendamiento financiero celebrado, el 14 de mayo de 1.999, entre ésta y los Sres.Jesús y Pedro. En este sentido, la recurrente manifiesta su disconformidad frente al pronunciamiento de la sentencia que, tras reconocer la existencia de causa de resolución, acuerda en interés del concurso el cumplimiento del contrato de acuerdo con lo establecido en elapartado tercero del artículo 62 de la Ley Concursal.
Este contrato, cuya declaración de resolución se pretende al amparo delartículo 56 del texto concursal, tiene como objeto determinado bien inmueble que la actora quiere recuperar. Siendo esto así, la recurrente entiende que no nos encontramos en el caso de un contrato con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes.
Por su parte este Tribunal, secundando su criterio establecido en lasentencia 644/ 2.008 de 21 de noviembre de 2.008, estima que el contrato anteriormente referido, cuyo plazo de duración no había transcurrido, ha de ser calificado como de tracto sucesivo y, en consecuencia, sometido alartículo 61.2 de la Ley Concursalpor pender obligaciones para ambas partes contratantes. Como lógico correlato de lo dicho resulta de aplicación elartículo 62. 3del mismo texto legal.
SEGUNDO Seguidamente, la parte recurrente pone en cuestión la existencia de interés para el concurso. Pues bien, el alcance y contenido de este concepto jurídico indeterminado debe responder a la lógica del concurso y así puede afirmarse que el concepto interés del concurso vale tanto como interés del deudor y de la masa pasiva.Y no es dudoso que los intereses económicos de los deudores y de la masa pasiva se verán sin duda fortalecidos por una circunstancia probada. Nos referimos al punto en que nos encontramos respecto de la ejecución del contrato. Se ha satisfecho una suma cercana al 70% del total de las cuotas del arrendamiento. Además, por la documentación aportada se constata la existencia de ofertas de compra de la nave objeto del contrato que la recurrente pretende resolver. Siendo esto así, nos reafirmamos en el criterio sostenido en la sentencia de esta misma Sala más arriba mencionada, pues el razonamiento de la recurrente sostenido en elartículo 154 de la Ley Concursal no se aviene con la decisión de cumplimiento del contrato para, en su caso, vender el bien y conseguir una mejor satisfacción de los intereses en presencia antes significados.
TERCERO A continuación, nos hacemos eco de la omisión advertida por el recurrente en punto a la indemnización solicitada en el apartado C del petitum contenido en el suplico de su demanda.
La recurrente apoya su pretensión en el apartado B.2 de la estipulación séptima del contrato de continua cita, cuyo tenor literal reconoce al banco la facultad de resolver el contrato a la que anuda una indemnización de daños y perjuicios. Como lógica consecuencia de la decisión de cumplimiento del contrato podemos razonablemente concluir que no resulta de aplicación una estipulación pensada para el supuesto contrario, esto es, la resolución. Abundando en lo expuesto, podemos remitirnos al contrato en cuestión que, en el apartado A de la misma estipulación séptima ocupándose del régimen del contrato en caso de que se opte por el cumplimiento, no reconoce derecho alguno de naturaleza indemnizatoria.": SAP Zaragoza (Seción 5) 12.01.2009 (JUR 2009\240101)

1.5.2 Interés del concurso por la afección de la finca a la actividad

AP Cádiz

PRIMERO.-El presente recurso de apelación se interpone por la Entidad BBVA, arrendadora financiera de una serie de bienes inmuebles a favor de Inmobiliaria Amuerga, S.L.y ello, primero, sobre la consideración de la existencia de un error en la apreciación de la prueba por la Juzgadora a quo ya que se considera que son la Administración Concursal y la Concursada (no la entidad BBVA) a quienes corresponde acreditar que existe un interés en mantener el contrato de arrendamiento en lugar de su resolución. No consta-se dice-- ni una sola prueba concreta, más allá de las alegaciones de la Administración concursal en su informe, que cuantifique los

beneficios que ha producido al concurso el mantenimiento del contrato. El segundo motivo, señala una errónea aplicación del derecho sustentado en que a fecha de interposición del recurso la concursada sigue sin abonar un solo euro de las rentas. Establece el artículo 62.3 que deberán pagarse las rentas con cargo a la masa. Dice literalmente el artículo que " siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".No basta con que se reconozca un crédito contra la masa, sino que deben abonarse con cargo a la masa dichas rentas.

SEGUNDO.- El mantenimiento del contrato. El interés del concurso.-

La facultad de resolución por incumplimiento contractual prevista en el art. 62 de la Ley Concursal puede ser excluida en atención al interés del concurso. Así se señala en el apartado tercero del citado artículo, según el cual, " aunque exista causa de resolución, el juez atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".

La verdad es que una posibilidad semejante se contempla con carácter general en el art. 1124 del CC, cuyo párrafo tercero permite al juez conceder una moratoria, cuando existan causas justificadas que los aconsejen.

Lo cierto es que la posibilidad de excluir la resolución cuando concurren todos los requisitos legalmente exigidos, no aparece contemplada en el Código de Comercio, cuyo art. 61 rechaza la concesión de plazos especiales para el cumplimiento, debido a la importancia del tiempo en el tráfico mercantil. Por ello, la facultad que el art. 62.3.º atribuye al juez que conozca del concurso, resulta una importante novedad introducida por la Ley Concursal. El artículo citado, redactado de forma ciertamente breve, suscita interesantes dudas y problemas de interpretación, para su clarificación siguiendo a Fernández González-Regueral (" Efectos del Concurso sobre contratos bilaterales") tenemos que señalar que el precepto alude al interés del concurso, como causa que permite denegar la resolución. Las especiales circunstancias en que se encuentra el concursado, han llevado al legislador a introducir ciertas modificaciones en la regulación general de la resolución, permitiendo en ocasiones instar la resolución sin incumplimiento, y en otras, como es el caso, denegarla, aun concurriendo todos los requisitos que sanciona el art. 1124 CC. Este principio del interés del concurso se encuentra presente en diversos artículos de la Ley Concursal (así, los arts. 40.3.º, 71.1.º y 72.2.º) y puede ser definido, en palabras de GARCIA VICENTE (Comentarios a la Ley Concursal, Vol. I, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid 2004) como la maximización del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción (cobro) de los acreedores

Dice el art. 62.3.º que el juez podrá denegar la resolución y acordar el cumplimiento del contrato, en atención al interés del concurso. Surge así la cuestión de si la apreciación del interés del concurso corresponde en exclusiva al juez. Lo primero que debe advertirse es que la posibilidad que contempla este precepto se refiere sólo al caso de que la resolución haya sido solicitada por el contratante in bonis. Incluso en este caso, García Vicente mantiene que la resolución será denegada por el juez, a petición del concursado y/o de la administración concursal, pues a ellos corresponde determinar el interés del concurso y si la continuación del contrato satisface el mismo. Para este autor, la valoración del interés del concurso corresponde a la administración concursal y no al juez; y añade que si tal valoración se juzga inapropiada y causa daño a la masa patrimonial del concursado, los acreedores podrán exigir responsabilidad a la administración concursal, (García Vicente, op. cit., pág. 709).

Si, por el contrario, el incumplimiento proviniese del contratante in bonis, será el concursado y/o la administración concursal, quienes, en atención al interés del concurso, decidan resolver el contrato o exigir el cumplimiento específico.

SEGUNDO.-El art. 62.3.º califica el crédito del contratante in bonis como crédito contra la masa; por tanto, excluida la resolución y acordado por el juez el cumplimiento del contrato, se ofrece al contratante que cumplió sus obligaciones una situación preferente frente a los demás acreedores, ya que puede hacer efectivo su crédito antes de que se proceda al pago de los créditos concursales. Esta preferencia o ventaja que se atribuye al contratante in bonis resulta lógica, pues la satisfacción del interés del concurso no puede colocarle en peor situación de la que tendría de haber seguido adelante la resolución por él solicitada, en cuyo caso, señala el art. 62.4.º, que los créditos derivados de la misma se califican como créditos contra la masa. En este sentido, advierte PINTO RUIZ que al catalogar la obligación de pagar el precio en la categoría de deuda de la masa, en la práctica, el acreedor o contratante in bonis que resolvía por no cobrar, cobra, y cobra preferiblemente, por lo que la ratio resolutionis de facto desaparece.

Como dice la STS de 21 de marzo de 2012 "El artículo 62.3 prevé la facultad del Juez del Concurso para, existiendo causa de resolución, acordar el cumplimiento del contrato atendiendo al interés del concurso, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado, es decir la totalidad de las prestaciones sin discriminación alguna entre las anteriores y las posteriores. E incluso, si se diera el caso, para rehabilitar el contrato ya resuelto antes de la declaración de concurso si se dieran las circunstancias previstas en los arts. 68 a 70 LC. Es uno de los pilares de la nueva regulación concursal (LC 2003), la facultad del Juez para mantener la vigencia de contratos a pesar de concurrir causa de resolución (art. 62.3 LC), e incluso la facultad de rehabilitar contratos ya resueltos (arts. 68 - 70 LC), siempre que la masa, en cuyo interés se obliga a mantener los contratos o rehabilitar los contratos, pueda responder frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse del vínculo contractual, pues sólo de este modo se conjugan equilibradamente las garantías para el interés del concurso con las garantías para el derecho de la contraparte contractual.

TERCERO.-De lo expuesto se deduce la claudicación del recurso. Como se ha podido constatar por la documental existente en las actuaciones ya la Juez a quo señala que "...no es dudoso que los intereses económicos del deudor y de la masa pasiva se verán sin duda fortalecidos por una circunstancia probada cual es que la finca objeto del arrendamiento financiero está afecta según informe de la Administración Concursal al desarrollo y explotación de la actividad de la concursada, sin que se haya acreditado por la demandante que su uso o destino sea ajeno al interés del concurso" y ciertamente parece como si se entendiera un cierto desplazamiento de la carga de la prueba a la parte actora cuando realmente no puede entenderse así. Los

documentos aportados que constatan la afectación de los inmuebles son los Anexos del Informe de la Administración Concursal, Tomo II, Masa Activa que evidencian que las fincas en cuestión son aquellas en que se realiza la actividad relativa a las promociones así como la gestión de las actividades de hostelería. Esta justificación dada por la Administración concursal constituye el interés del mantenimiento del contrato y de la posesión de los inmuebles en poder de la concursada, según la citada Administración, por lo que manifestado por la Administración que es de sumo interés para el concurso el mantenimiento del contrato y pudiéndose colegir de las circunstancias y documentos el meritado interés, no cabe mayores planteamientos ni disquisiciones, pese al consiguiente perjuicio que ello genera al acreedor. Perjuicio que en la medida en que el crédito derivado del arrendamiento financiero es calificado como crédito contra la masa, como antes se apuntó, supone una situación preferente frente a los demás acreedores, ya que puede hacer efectivo su crédito antes de que se proceda al pago de los créditos concursales.
Por último, tampoco puede merecer estimación la supuesta aplicación errónea del derecho. La dicción de la norma es absolutamente clara y diáfana. Es una facultad, llámese expropiatoria, pero ligada a la excepcionalidad de la normativa concursal, la del mantenimiento del contrato que en circunstancias normales sería objeto de una resolución "de libro". Ello no se niega ni se discute por nadie, pero como tal facultad excepcional, ligada al interés del Concurso, está absolutamente justificada y prevista en la norma por lo que no existe yerro alguno, por mucho que ello genere perjuicios al acreedor que se ve sometido a las reglas concursales cuando podría, en circunstancias normales, haber podido recuperar la posesión y uso de los inmuebles cedidos, sin que se pueda en este incidente ir más allá. No es el pronto pago o las circunstancias de éste con cargo a la masa de las cantidades debidas materia abordable en este concreto incidente, dirigido a determinar bien la resolución bien el mantenimiento del contrato. “:SAP Cádiz (Sección 5) 04.03.2013 (Sentencia 146/2013; Rollo 551/2012)

1.6 Leasing mobiliario de bienes afectos a la actividad. Costas: temeridad

“PRIMERO.- Por la parte actora del presente incidente concursal, la entidad SANTANDER CONSUMER E.F.C. S.A, se interesa, en síntesis la resolución de! contrato de arrendamiento financiero n° D20L 2004 00000035, suscrito en fecha 23 de junio de 2.004 y con vencimiento en fecha 23 de junio de 2.009 con la entidad Tejocar Motor 2.003 SA y afianzado por D. José Carlos González Ramos por impago de las cuotas 51 a 56 de los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2.008 y la de enero de 2.009 a razón de 2.671,26 €, acción reivindicatoria de los bienes referidos en dicho contrato y reclamación de cantidad por importe de 17.002,39 € por las seis cuotas impagas más los intereses de demora, pretendiendo la condena solidaria de la concursada, del administrador de la concursada y de los administradores concúrsales.
Frente a dicha pretensión, la Administración concursal se opone a la resolución de contrato de arrendamiento financiero litigioso porque aunque se reconoce el impago de las cuotas referidas, sin embargo, los bienes comprendidos en el mismo están afectos a la actividad empresarial de la concursada y de conformidad con el art. 44 de la LC se opone a la resolución del contrato por afectar a bienes necesarios y útiles para la actividad productiva de la concursada, en consecuencia las cuotas impagadas anteriores a la declaración de concurso ya han sido reconocidas como crédito concursal (con privilegio especial las cuotas y como subordinado los intereses), las posteriores son deudas contra la masas cuyo pago debe atenderse de conformidad con el art. 154 de la L.C y en ningún caso procede, la condena al pago de la administración concursal porque no concurre responsabilidad probada de los administradores concúrsales.
SEGUNDO.- Fijada la cuestión litigiosa se hace preciso recordar que la declaración de concurso (que en el presente supuesto y respecto de la entidad Tejocar se produjo por Auto de fecha 17 de octubre de 2.008) no produce como efecto la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 de !a L.C.) y que en los supuestos en que puede instarse la resolución por incumplimiento (art. 62 de la IX) ante el Juez del concurso y por el cauce del incidente concursal, aunque exista causa de resolución (art. 62.3 de la IX) el Juez, atendiendo el interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado- debiendo atenderse al pago de conformidad con el art. 154 de la L.C.
Sentado a lo anterior, consta en el presente supuesto que el contrato de arrendamiento financiero n° D20L 2004 00000035, fue suscrito por la entidad actora y la entidad Tejocar Motor 2.003 SA y afianzado por D. José Carlos González Ramos en fecha 23 de junio de 2.004, sobre los bienes muebles descritos en el contrato fijándose a cargo de la concursada el pago de 60 cuotas por importe de 2.302,81 € y con vencimiento en fecha 23 de junio de 2.009. Que la concursada, a fecha de la demanda incidental (febrero de 2.009) había impago las cuotas 51 a 56, correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2.008 y enero de 2.009. Que la entidad Tejocar fue declarada en concurso voluntario de acreedores en fecha 17 de octubre de 2.008. Que la administración concursal ha reconocido en el Informe sobre Lista de Acreedores e Inventario a la entidad actora como acreedor con privilegio especial por razón del arrendamiento financiero litigioso y respecto de las cuotas impagadas con anterioridad a la declaración de concurso y como crédito subordinado respecto de los intereses de demora de dichas cuotas, y como crédito contra la masa las cuotas impagadas y devengadas con posterioridad a la declaración del concurso. Y que los bienes muebles objeto del contrato de arrendamiento financiero por su naturaleza y destino (a modo de ejemplo, útiles y herramientas para Land Rover, elevadores, maquinaria para reglaje de dirección, equilibradora de ruedas, desmontadora de neumáticos, ordenadores, centralita de teléfonos, etc.) y atendido el objeto social de la concursada (concesionario oficial de compra y venta de vehículos Land Rover) están afectos a la actividad empresarial, que continúa hasta la fecha, por lo que el interés del concurso faculta y determina en este supuesto que aunque existe impago de las cuotas de arrendamiento financiero en que sustenta la actora su pretensión y por tanto

causa de resolución, sin embargo procede acordar el cumplimiento del contrato y la desestimación de la acción resolutoria ejercitada y de las demás pretensiones ejercitadas en cuanto traen causa de la acción resolutoria.
TERCERO.- La consecuencia jurídica de desestimar la acción de resolución del contrato de arrendamiento financiero n° D20L 2004 00000035 suscrito por la entidad actora y la entidad Tejocar Motor 2.003 SA y afianzado por D. José Carlos González Ramos en fecha 23 de junio de 2.004, están previstas en la LC y comporta para el arrendador financiero (la entidad actora) mantener a la deudora concursada en el goce, el uso y disfrute pacífico de los bienes objeto de arrendamiento financiero, y desde el lado del arrendatario (concursada), la aplicación de determinadas normas especiales, que giran en tomo a las siguientes situaciones de hecho: a) la existencia de cuotas pendientes de pago, vencidas con anterioridad a la declaración de concurso, y que se reclaman en el incidente concursal, que son créditos concúrsales en la cuantía y calificación que se ha efectuado por la Administración concursal en su Informe; y b) el vencimiento de cuotas posteriores a la declaración de concurso, que son créditos contra la masa y que deben ser satisfechas a su vencimiento y contra la masa de conformidad con el art. 154 de la LC.
CUARTO.- En el presente supuesto procede la condena en costas de la parte actora no sólo por desestimación de la demanda incidental, en aplicación de los arts. 394 de la LEC, por remisión del art. 196.2 de la L.C., sino también porque se ha pretendido la resolución por impago de diez de las sesenta cuotas del arrendamiento, sin que la administración concursal se hubiera negado a reconocer el crédito concursal y contra la masa de las cuotas impagadas, y porque se ha pretendido la condena solidaria de la administración concursal al pago de las cuotas impagas sin alegar y fundamentar las razones jurídicas de dicha pretensión, limitándose a pedir, lo que evidencia temeridad en el planteamiento del presente incidente concursal.": SJM-1 Palencia 03.06.2009 (Incidente 152 (47) /2009)

1.7 Compraventa incumplida por el concursado vendedor (promotor)

1.7.1 Inaplicabilidad, no estando finalizada la obra

AP Castellón

"PRIMERO El Juez Mercantil ha desestimado la demanda interpuesta por D.Candido, en la que éste pretendía se declare resuelto el contrato de compraventa que suscribió con la mercantil Verdice Promociones S.L., actualmente en concurso de acreedores.
Y lo hace, aun admitiendo la existencia de un incumplimiento por la promotora que justificaría la resolución contractual, al entender que de acuerdo con lo establecido en elarticulo 62-3 de la Ley Concursal, el interés del concurso impone el mantenimiento del contrato.(…)
"Mejor suerte debe correr el segundo motivo del recurso en el que se alega la indebida aplicación delartículo 62-3 de la Ley Concursal.
Dicho precepto establece que aunque exista causa de resolución, el Juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las pretensiones debidas o que deba realizar el concursado.
Se plantea por el recurrente que dicho precepto no esta pensado para supuestos como el que nos ocupa, de resolución del contrato de compraventa, citando para ello la resolución del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, de fecha 30 de Julio de 2009, donde se apunta que parece referida la norma a otros casos en que los suministros o necesidades de la concursada puedan quedar comprometidos. Esto pudiera ser cuestionable pero en nada va a hacer variar lo que aquí se va a decidir, ya que entiende la Sala que procede acordar la resolución por no haberse demostrado las circunstancias necesarias para apreciar el interés del concurso que exija llevar a cabo el cumplimiento del contrato.
El Juez Mercantil basa su decisión en parte, en que no podía afirmarse que no fuera factible el cumplimiento, en atención al mínimo grado de actividad constructiva que restaba, teniendo en cuenta las manifestaciones de la mercantil demandada y de la propia Administración Concursal.
Pero, como alega el recurrente, ninguna prueba consta en el procedimiento del estado de terminación de la obra, que debemos recordar debía haberse entregado en el mes de Septiembre del año 2007, lo que no se ha hecho ni siquiera después de presentar la demanda, lo que tuvo lugar en fecha 28 de Septiembre de 2009, ni tampoco después de dictarse la Sentencia en primera instancia, denunciando el apelante en su recurso que la vendedora no ha hecho entrega del bien adquirido, momento del que ninguna constancia existente en el procedimiento.
Desconocemos por ello si la empresa concursada se encuentra en disposición de cumplir con esa obligación y cuándo esto podría producirse, lo que supone una incertidumbre para el comprador demandante, a quien no puede obligarse en estas circunstancias a mantener la vigencia de un contrato, cuya resolución pretende y está debidamente justificada en base al incumplimiento de la fecha de entrega de la vivienda, con fundamento en el interés del concurso.
Entendemos que procede revocar por ello la Sentencia dictada y dar lugar a la resolución contractual, para lo que ya en la Sentencia de instancia se indicaba que concurría un incumplimiento que debía ser calificado como esencial y que legitimaba el ejercicio de dicha acción, sin que por ello debamos entrar en otras consideraciones que también se exponen en el recurso en el resto de motivos alegados.
Procede en consecuencia declarar resuelto el contrato de compraventa suscrito por las partes, en fecha 30 de Octubre de 2006, por incumplimiento de la mercantil demandada de su obligación de entregar la vivienda durante el mes de Septiembre de 2007 y con obligación de las partes de restituirse mutuamente lo entregado.": SAP Castellón (Sección 3) 14.01.2011 (JUR 2011/172022; Sentencia 4/2011; Rollo 335/2010)

“Pasamos por tanto al examen del segundo motivo del recurso, en el que se alega la indebida aplicación al caso del apartado 3 del artículo 62 de la Ley Concursal, que establece que: "Aunque exista causa de resolución, el Juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".
Se plantea por los recurrentes que el artículo 62.3 de la Ley Concursal no resulta de aplicación al presente supuesto en que se pretende la resolución contractual por incumplimiento anterior a la declaración del concurso de la obligación de entrega del inmueble objeto del contrato de compraventa, citando una resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 30 de Julio de 2009, en la que se expone que parece que la norma más bien se remite a casos en que los suministros o necesidades de la concursada pudieran quedar comprometidos.
Estimamos que puede ser dudosa la aplicabilidad del artículo 62.3 al supuesto enjuiciado, atendiendo a que lo que se pretende es el ejercicio de la acción resolutoria en un contrato de tracto único y por incumplimiento de la vendedora anterior a la declaración del concurso.
No obstante, entendemos que lo decisivo para estimar el recurso y resolver el contrato por incumplimiento de la vendedora es el no haberse demostrado las circunstancias necesarias para apreciar el interés del concurso que exija llevar a cabo el cumplimiento del contrato.
En la resolución apelada se acuerda el mantenimiento del contrato en interés del concurso en base a que se estima que no puede afirmarse que no fuera factible el cumplimiento es atención al mínimo grado de actividad constructiva que restaba, atendiendo a las manifestaciones hechas por parte de la mercantil demandada y de la administración concursal.
Pues bien, como se alega por los recurrentes, ninguna prueba se ha aportado por la concursada ni por la administración concursal para acreditar el estado de ejecución de la construcción del inmueble objeto de la compraventa por lo que no se ha acreditado que la vendedora estuviese en condiciones de cumplir el contrato ni siquiera al tiempo de contestar a la demanda incidental, en fecha 20 de Noviembre de 2009, debiendo de recordar que la entrega debía haberse efectuado conforme a lo pactado en Septiembre de 2007.
Desconocemos por tanto sí la empresa concursada se encuentra en disposición de cumplir su obligación de entrega de la vivienda y cuándo esto podría producirse, lo que supone una incertidumbre para el comprador demandante a quien no puede obligarse en estas circunstancias a mantener la vigencia de su contrato cuya resolución pretende y está debidamente justificada en base al incumplimiento de la fecha de entrega de la vivienda, con fundamento en el interés del concurso.
Procede conforme a lo razonado revocar la Sentencia de instancia y dar lugar a la resolución contractual al no haber quedado acreditado un interés del concurso que justifique que se declare el mantenimiento del contracto celebrado por las partes en fecha 17 de Febrero de 2006, habiéndose incumplido por la mercantil demandada su obligación de entrega de la vivienda en la fecha convenida, debiéndose acordar la restitución por parte de la vendedora de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, estando para la determinación de su importe total a la suma reflejada en la demanda, que asciende a 42.381,39 #, y ello porque ni la administración concursal ni la concursada han impugnado expresamente ninguno de los documentos justificativos de las entregas a cuenta aportados con la demanda (documentos nº 2 al 22) y no se niega por la promotora que se realizara la entrega a cuenta de las sumas referidas en la demanda, limitándose a remitirse en cuanto a su importe total al informe de la administración concursal (folio 60 vuelto) que por su parte se limita a manifestar en su contestación a la demanda que la suma que le consta entregada es la de 40.549,84 #, siendo la suma sobre la que existe controversia muy inferior a la que se refleja en el único recibo que pudiera ser dudoso por no tener el membrete de la promotora y no reflejar la identidad del receptor del dinero (documento nº 22), no existiendo por tanto base para excluir su importe en el caso enjuiciado. ”: SAP Castellón (Sección 3) 04.03.2011 (Sentencia 57/2011; Rollo 344/2010)

AP Valencia

“Como acertadamente señala la parte apelante, y ya tuvo ocasión de declarar esta misma Sala en sentencia anterior de fecha 22 de junio de 2010 (R.A nº 183/2010), recaída con ocasión de incidente concursal promovido contra la entidad MERCADO HIPOTECARIO INMOBILIARIO SL y su Administración Concursal respecto del mimo edificio, y en el que se produjo la misma falta de acreditación de las alegaciones de las demandadas, "ninguna prueba se ha practicado en la instancia en orden a acreditar tales alegaciones, ni la relativa a la ocupación de la obra por la constructora que supuestamente hubiera dilatado el periodo de entrega, ni la realidad de la ejecución de la obra al 95% (90% según alegación de la Administración concursal), siendo que la carga de la prueba sobre tales extremos recaía en la parte demandada pues, conforme a lo prevenido en el artículo 217 LEC -aplicable al caso según lo dispuesto en la D.F 5ª de la Ley Concursal-, "incumbe al demandado... la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado tercero". Es por ello que, en este concreto caso, no es posible mantener el cumplimiento del contrato en la consideración de que las edificaciones a que se refiere el mismo están prácticamente finalizadas o han terminado ya, tal y como indica el Juzgador de la Instancia en la sentencia para hacer uso de la facultad prevista en el artículo 62.3 de la Ley Concursal, pues tal afirmación carece del más mínimo apoyo probatorio que la sustente".
Igualmente se hace preciso indicar que posterioridad a la resolución que ha sido indicada, esta Sala también dictó sentencias en fechas 7 de julio de 2010 (R.A 241/10) y 13 de octubre de 2010 (R.A 426/10), en las que con relación al inmueble objeto de autos, " DIRECCION000 ", de la CALLE000 nº NUM000 de L'Olleria, se daba lugar a la resolución de los contratos de compraventa por cuanto en dichos procedimientos se había acreditado que el volumen de la obra estaba ejecutada al 82'96%, pero tales consideraciones no pueden ser extrapoladas al caso de autos, no solo por la absoluta falta de prueba que en éstos concurre, sino además por cuanto el contenido de dichas sentencias en relación con las circunstancias que resultan de los presentes

autos permiten valorar que las obras no han sufrido cambio alguno desde que se libró la última certificación por el arquitecto técnico el 4 de mayo de 2009, pese al tiempo transcurrido desde la fecha de tales sentencias hasta la presente, lo que a su vez permite considerar la efectiva paralización de la obra que supone una total frustración de la finalidad económica del contrato y un incumplimiento contractual de naturaleza tal que ampara la aplicación al caso de la facultad resolutoria prevista en los contratos de compraventa y en el Código Civil.
CUARTO.- Por tanto, habiendo acreditado la parte actora la concurrencia de la causa de resolución contractual, falta de entrega de las viviendas, garajes y trasteros en el plazo de los 24 meses desde la firma de los respectivos contratos de compraventa con más el plazo de los sesenta días previstos para la entrega de las llaves y posesión, y trascurrido el plazo de los seis meses previstos para poder ejercitar la facultad de resolución, no cabe sino estar a lo dispuesto en el propio contrato en relación con el artículo 1124 del Código Civil, dando lugar a la pretensión resolutoria de la parte actora a quien, por tal motivo, habrá de devolverse las cantidades entregadas a cuenta del precio en los importes indicados en el fundamento segundo de esta resolución.
No obstante ello, y respecto de la promotora-vendedora, no cabe acoger la pretensión relativa a la condena al pago de los intereses legales devengados por dichas cantidades desde la fecha de su entrega y hasta su completo pago pues, habiéndose declarado el concurso de Mercado Hipotecario Inmobiliario SL por Auto de fecha 25 de febrero de 2008, es claro que el incumplimiento contractual se produjo con posterioridad a tal declaración (20 de agosto, 3, 9 y 17 de septiembre de 2008, fechas máximas de entrega y escritura), lo que determina la aplicación del artículo 59 de la Ley Concursal, conforme al cual desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real; produciéndose la obligación de pago con posterioridad a la declaración del concurso, no cabe imponer a la entidad concursada devengo de interés legal alguno.”: SAP Valencia (Sección 9) 14.02.2011 (Sentencia 66/2011; Rollo 754/2010)

“TERCERO. Es incuestionable dados los datos reflejados precedentemente que la inmobiliaria no cumplió con su obligación esencial, la entrega del inmueble en el plazo pactado, pues a Noviembre-Diciembre de 2008 debía entregarse con las llaves y es obvio que ello no ocurrió, pues la obra estaba a dicha época muy por debajo de la mitad de su proceso constructivo y la partes estipularon que de no cumplirse con esa obligación el comprador podía resolver dentro del plazo de seis meses siguientes que es lo acontecido en el supuesto enjuiciado. Ahora bien como la demandada está declarada en concurso desde un año antes y cuando se requiere de resolución negocial, dicho pacto (válido conforme al artículo 1255 Código Civil) y el artículo 1124 Código Civil quedan alterados por la normativa de la Ley Concursal. En este sentido, esta Sala tiene declarado en sentencia 1-10-2010 -Rollo 461/2010 - que:
"De entrada es de precisar que la declaración del concurso no implica la modificación del contenido del contrato de compraventa, ni la ineficacia de sus cláusulas y por ende el comprador sigue con la obligación de abonar el precio en la forma pactada y el vendedor de entregar la cosa en el plazo estipulado pues ya la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 (apartado III) dice: " la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso " y viene desarrollado en los artículos 61 y 62 del texto legal, cuyo punto 1 establece: "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes" y el 3." Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado". Por ende no es que la cláusula octava de ambos contratos que fija la facultad resolutoria a favor del comprador por incumplimiento de la obligación del vendedor sea "absolutamente inoperativa" sino que la premisa de la misma ("obligación de entrega de la cosa") sigue reportando plena vigencia y virtualidad, si bien, limitada en cuanto a la resolución del contrato al deber ser declarada por el Juzgado de lo Mercantil que no necesariamente para fijar las consecuencias de tal resolución, sino para determinar si procede o no la resolución y caso afirmativo, fijar las consecuencias; pues aún concurriendo los requisitos para dar por resuelto el contrato, puede no producirse tal declaración judicial cuando concurra la excepción de apreciarse un interés superior, cual es el "interés del concurso", concepto jurídico indeterminado aunque viene entendido como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado que evidente es dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso. Esa facultad recogida en el artículo 62.3 de la Ley Concursal excepcional y extraordinaria que el legislador ha otorgado al Juzgado de lo Mercantil apreciable incluso de oficio y por ende afecta igualmente a los pactos resolutorios que los contratantes hayan establecido, pues en el ámbito del concurso, la eficacia de esa convención tiene ese límite legal de acuerdo con el artículo 1255 del Código Civil. Por ello, en nada empece a tal aplicación el dato que efectivamente se haya pactado un pacto resolutorio, pues la ley no distingue entre causa de resolución expresamente pactada y la aplicación de la causa resolutiva por mor del artículo 1124 del Código Civil."
En consecuencia, el apoyo que la parte recurrente efectúa de tal pacto resulta a los efectos ahora tratados inservible para producir tal declaración resolutiva, dada la superposición de la Ley especial al que se somete la decisión sobre su resolución.
CUARTO. El Juzgado de lo Mercantil se apoya en el interés del concurso para denegar el efecto resolutivo y para ello se funda en las certificaciones del estado de la obra. Esta Sala en principio da plena validez a tal documental, librada por técnico facultativo, por ende las alegaciones del recurrente de que son unilaterales y no ratificadas en el acto del juicio no son suficientes para restarles valor, cuando además son reiteradas a medida que va transcurriendo el proceso constructivo. En tal aspecto este Tribunal viene tomando en

consideración tal dato en relación con otros para determinar si es procedente o no la resolución contractual, pues resulta indudable que la mera evolución del proceso constructivo no puede significar por si solo la enervación de la resolución contractual en la medida que no está terminada la cosa a entregar y que puede implicar el riesgo de que no se concluya o dejar a la parte compradora con la incertidumbre de cuándo recibirá la cosa por la que ha venido pagando parte del precio o con una inseguridad de la data de entrega a expensas de la exclusiva voluntad de la concursada. Por tal razón este Tribunal en otras resoluciones dictadas en procesos semejantes al actual, ese dato se ha puesto en relación con otras circunstancias como son el momento en que se produce la declaración de resolución del contrato; estado de la obra al momento de presentarse la demanda; evolución de la misma durante el proceso judicial y estado que se encuentra a la hora de dictarse la sentencia (terminada o no; con o sin las oportunas licencias o fase administrativa en que se encuentran) e incluso para supuestos de hecho idénticos referidos a la misma Promoción Urbanística,(sentencias 15-12-2011-R.3/2011 -, y 12-5-2011-R.203/2011 -) la aplicación del artículo 14 de la Constitución Española en su vertiente de igualdad en la aplicación de la Ley que implica que ante supuestos de hecho iguales las consecuencias sean las mismas y que en la actuación judicial las resoluciones judiciales sean idénticas cuando se analizan los mismos presupuestos de hecho,(asi sentencias de referidas a esta promoción Xaloc) como han tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional (S nº 23/81 de 10 de julio, 11/82 de 29 de marzo, 60/84de 16 de mayo, entre otras) y las distintas Salas del Tribunal Supremo (SS de la sala 3ª de 28 de abril y 19 de noviembre de 1986, Sala 2ª de 22 de abril de 1983 y 5 de julio de 1985, entre otras.)

De acuerdo con ello vemos que al momento de la presentación de la demanda (un año después de deber estar terminadas las viviendas y anejos) la obra está por debajo de su mitad constructiva; la misma no está acabada a pesar de que han transcurrido más de dos años desde que tuvo que finar; no consta concesión de licencia de ocupación y ni siquiera se ha producido el llamamiento de otorgamiento de escritura. Por ello, a pesar de encontrarse en la actualidad al 95 % de nivel constructivo, no puede obviatrse que la obligación de entrega era con llaves y por ende con todas las licencias que permitan su efectiva disposición, por lo que entendiendo que dado el tiempo trascurrido desde que debió entregarse, el tiempo de duración del proceso judicial sin que todavía se haya terminado ni entregado las llaves, no puede imponerse a la parte compradora a seguir permaneciendo en tal situación ignorando cuando se llevará a cabo la efectiva disposición, razón por la cual entendemos que tal situación no puede ser amparada por el interés del concurso, so pena de desconocer y no respetar los derechos de la parte compradora cumplidora y por tanto debe en este caso accederse a la resolución del contrato procediendo revocar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil. La sentencia que invoca la parte apelada de esta Sección Novena nº 200/2010 de fecha 6-7-2010 que trata de otra promoción inmobiliaria de la misma entidad concursada, presenta la notoria diferencia con la presente que en aquel supuesto la entidad compradora era una inmobiliaria que adquiere dos viviendas no jugando el plazo de entrega con carácter esencial y que la misma a lo largo del proceso se termina y están ya gestionadas las licencias de ocupación; extremos relevantes que son inocurrentes en el caso presente.

Por ende, en atención a las consideraciones expuestas debe decretarse la resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes.": SAP Valencia (Sección 9) 18.05.2011 (Sentencia 201/2011; Rollo 191/2011)

"Esta Sala se pronunciado, en distintas ocasiones, en relación con la promoción de viviendas que aquí nos ocupa, siendo la primera resolución dictada la recaída en R.A. 183/10, con fecha 11 de Junio de 2010, en que expresamente se indicaba lo siguiente, para dar lugar a la resolución pretendida:

" *Pues bien, ha quedado acreditado, por así admitirlo las partes, que con fecha 25 de febrero de 2008 la entidad MERCADO HIPOTECARIO fue declarada en concurso por Auto del Juzgado de lo* ***Mercantil*** *nº 2 de Valencia y que la vivienda, garaje y trastero adquirido por los demandantes no han sido entregados por la vendedora a la fecha contractualmente convenida (ni aún a la de interposición de la demanda). Precisamente por razón de tal incumplimiento, y por conducto notarial (f. 43 y* ss), en fecha 25 de mayo de 2009 *los compradores notificaron a la administración* ***concursal*** *que, ante el incumplimiento contractual y conforme a lo establecido en el contrato, optaban por la resolución del mismo requiriendo a un tiempo la devolución de la cantidad entregada con más sus intereses legales, sin que aquéllos hayan obtenido respuesta alguna.*

La entidad concursada, MERCADO HIPOTECARIO, alegó que la falta de entrega de la vivienda fue por razón de la ocupación de la obra por la constructora (Construart Valencia SL) durante un periodo de nueve meses, habiendo recuperado la posesión de la misma por razón de Auto de fecha 15 de septiembre de 2008, por lo que el plazo de entrega de la vivienda debía entenderse prorrogado hasta el año 2010; igualmente alegaba la ejecución de la promoción al 95% por lo que no se iba a frustrar el fin del comprador, que era la recepción de su vivienda. Sin embargo, y como bien pone de manifiesto la parte actora en su escrito de recurso de apelación, ninguna prueba se ha practicado en la instancia en orden a acreditar tales alegaciones, ni la relativa a la ocupación de la obra por la constructora que supuestamente hubiera dilatado el periodo de entrega, ni la realidad de la ejecución de la obra al 95%, siendo que la carga de la prueba sobre tales extremos recaía en la parte demandada pues, conforme a lo prevenido en el artículo 217 LEC -aplicable al caso según lo dispuesto en la D.F 5ª de la Ley ***Concursal****-, "incumbe al demandado... la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado tercero". Es por ello que, en este concreto caso, no es posible mantener el cumplimiento del contrato en la consideración de que las edificaciones a que se refiere el mismo están prácticamente finalizadas o han terminado ya, tal y como indica el Juzgador en la sentencia para hacer uso de la facultad prevista en el artículo 62.3 de la Ley Concursal, pues tal afirmación carece del más mínimo apoyo probatorio que la sustente.*

... *Por tanto, habiendo acreditado la parte actora la concurrencia de la causa de resolución contractual - falta de entrega de la vivienda, garaje y trastero- en el plazo de los seis meses siguientes al vencimiento del*

plazo de 24 meses desde la firma del contrato de compraventa, no cabe sino estar a lo dispuesto en el propio contrato en relación con el artículo 1124 del Código Civil, dando lugar a la pretensión resolutoria de la parte actora a quien, por tal motivo, habrá de devolverse la cantidad entregada a cuenta del precio de la vivienda y que asciende a 20.649'78 Euros.

Posteriormente, fueron dictadas dos sentencias, en rollos de apelación 240/10 y 241/10, ambas con fecha 7 de Julio de 2010, dando lugar a la resolución contractual en la primera de ellas -relativa a la obra de calle Treballadors 35- al hallarse mucho más retrasada, pero denegándola en cuanto a la obra de calle Treballadors 40, al acreditarse, en aquel supuesto, un mayor porcentaje de ejecución, así como sentencia de 13-10-10, en RA 426/10, en que reiteraba la inviabilidad de la resolución, en relación a esta última promoción, argumentando lo que sigue:

*"Ciertamente, conforme los dictados legales especiales, la declaración del concurso no implica la modificación del contenido del contrato de compraventa, ni la ineficacia de sus cláusulas y por ende el comprador sigue con la obligación de abonar el precio en la forma pactada y el vendedor de entregar la cosa en el plazo estipulado pues ya la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 (apartado III) dice: " la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso " y viene desarrollado en los artículos 61 y 62 del texto legal. Cuyo punto 1 establece: "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes" y el 3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado" Por ende no es que la cláusula sexta del contrato que fija la facultad resolutoria a favor del comprador por incumplimiento de la obligación del vendedor deje de tener efecto, sino que la premisa de la misma ("obligación de entrega de la cosa") sigue reportando plena vigencia y virtualidad, si bien, limitada en cuanto a la resolución del contrato al deber ser declarada por el Juzgado de lo **Mercantil** que no necesariamente para fijar las consecuencias de tal resolución, sino para determinar si procede o no la resolución y caso afirmativo fijar las consecuencias; pues aún concurriendo los requisitos para dar por resuelto el contrato, puede no producirse tal declaración judicial cuando concurra la excepción de apreciarse un interés superior, cual es el "interés del concurso", concepto jurídico indeterminado aunque viene entendido como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado que evidente es dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso. Esa facultad recogida en el artículo de la Ley Concursal excepcional y extraordinaria que el legislador ha otorgado al Juzgado de lo **Mercantil** apreciable incluso de oficio y por ende afecta igualmente a los pactos resolutorios que los contratantes hayan establecido, pues en el ámbito del concurso, la eficacia de esa convención tiene ese límite legal de acuerdo con el artículo 1255 del Código Civil. Por ello, en nada empece a tal aplicación el dato que efectivamente se haya pactado un pacto resolutorio, pues la ley no distingue entre causa de resolución expresamente pactada y la aplicación de la causa resolutiva implícita por mor del artículo 1124 del Código Civil. En consecuencia la aplicación de tal precepto no puede significar la infracción de las fuentes del derecho al tratarse de dos normas con igual rango y por la cual la especial (**concursal**) delimita la eficacia de tal pacto concertado entre partes (artículo 1255 Código Civil).*

Resulta indudable que cuando se presenta la demanda existe causa de resolución del contrato, al haber traspasado el límite temporal pactado, incluida la prórroga concedida para resolver el contrato más de nueve meses, con lo que sólo el interés del concurso dispuesto legalmente puede enervar tal resolución y al caso entendemos que la razón fáctica dada por el Juzgador, expuesta en el precedente fundamento, es de ratificar por este Tribunal como ya ha hecho en otros supuesto semejantes al presente y respecto a la misma promoción inmobiliaria y con iguales circunstancias fácticas (Rollo 241/2010 sentencia de 7-7-2010) *y es que el estado avanzado de construcción cuando se interpone la demanda aconsejan dada su inmediata finalización el mantenimiento del contrato pues resulta apreciable el interés del concurso porque si el contrato es de venta de bienes inmuebles (viviendas), actividad propia del objeto social de la entidad vendedora(concursada) y de la que se nutre sus activos con los que debe satisfacer a la masa pasiva del concurso, resulta de concluir que el interés del concurso ante esa tesitura no es la resolución del contrato de compraventa sino su mantenimiento, procediendo la confirmación de la decisión del Juzgado de lo* ***Mercantil****.*

Esta posición, sin embargo, se ha visto alterada, en función de la prueba practicada y del devenir temporal, en la sentencia dictada en 14-2-11, última relativa a esta promoción, en que se afirmaba que:

" esta Sala también dictó sentencias en fechas 7 de julio de 2010 (R.A 241/10) *y* 13 de octubre de 2010 (R.A 426/10)*, en las que con relación al inmueble objeto de autos, "Edifici Ambaixador", de la calle Treballadors nº 40 de L'Olleria, se daba lugar a la resolución de los contratos de compraventa por cuanto en dichos procedimientos se había acreditado que el volumen de la obra estaba ejecutada al 82'96%, pero tales consideraciones no pueden ser extrapoladas al caso de autos, no solo por la absoluta falta de prueba que en éstos concurre, sino además por cuanto el contenido de dichas sentencias en relación con las circunstancias que resultan de los presentes autos permiten valorar que las obras no han sufrido cambio alguno desde que se libró la última certificación por el arquitecto técnico el 4 de mayo de 2009, pese al tiempo transcurrido desde la fecha de tales sentencias hasta la presente, lo que a su vez permite considerar la efectiva paralización de la obra que supone una total frustración de la finalidad económica del contrato y un incumplimiento contractual de naturaleza tal que ampara la aplicación al caso de la facultad resolutoria prevista en los contratos de compraventa y en el Código Civil.*

... Por tanto, habiendo acreditado la parte actora la concurrencia de la causa de resolución contractual, falta de entrega de las viviendas, garajes y trasteros en el plazo de los 24 meses desde la firma de los respectivos contratos de compraventa con más el plazo de los sesenta días previstos para la entrega de las

llaves y posesión, y trascurrido el plazo de los seis meses previstos para poder ejercitar la facultad de resolución, no cabe sino estar a lo dispuesto en el propio contrato en relación con el artículo 1124 del Código Civil, dando lugar a la pretensión resolutoria de la parte actora a quien, por tal motivo, habrá de devolverse las cantidades entregadas a cuenta del precio en los importes indicados en el fundamento segundo de esta resolución".

Teniendo en cuenta, en definitiva, que la situación analizada en los presentes autos, es análoga a la reflejada en esta última resolución, y las circunstancias fácticas, como pone de manifiesto el recurrente, no han variado, habida cuenta que, pese al tiempo transcurrido entre la sentencia recurrida y la interposición del recurso, no existe prueba alguna de modificación de la situación de ejecución de obra, no resulta viable mantener indefinidamente tal situación de espera a la finalización de aquella -no acreditada aún en este momento- máxime porque la parte apelada ni siquiera se opuso al recurso planteado, que, en consecuencia, y en tal aspecto, debe ser acogido": SAP Valencia (Sección 9) 04.10.2011 (Sentencia 366/2011; Rollo 420/2011)

JM-1 Bilbao

"Finalmente opone la administración concursal que no debe resolverse el contrato [compraventa de vivienda a construir por la promotora concursada] en interés del concurso, puesto que si se hiciera, no sólo éste sino otros compradores podrían abandonar sus compromisos y perjudicarían a la masa de acreedores. Se señala así los intereses de los trabajadores, compradores y acreedores, que se verían privados de los ingresos que tales resoluciones ocasionarían. Entregar el precio percibido con sus intereses y dejar de percibir el precio pendiente es un perjuicio cierto y además extensible a otros casos, que no se compensa con la titularidad de vivienda y garaje por la crisis que padece el sector.
Efectivamente el art. 62.3 LC dispone que «aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado». Esta última previsión revela que la norma no parece estar representándose esta situación de la compraventa en la que el comprador ha cumplido con todas las obligaciones y el vendedor no ha satisfecho, ni está en condiciones actualmente de hacerlo, con las suyas. Más bien parece que la norma se remite a otros casos en que los suministros o necesidades de la concursada puedan quedar comprometidos como consecuencia de incumplimientos posteriores (art. 62.1 LC) a la declaración del concurso, como el impago de suministro eléctrico (SAP Barcelona 13 septiembre 2006 [JUR 2008, 104351], SAP Murcia 22 octubre 2007 SIC [AC 2008, 261]).
El incumplimiento de la vendedora ha sido anterior a tal declaración, pues aproximadamente en abril de 2008 debió entregar vivienda y garaje y el concurso no es declarado hasta un año después. Por otro lado el «interés del concurso» no justifica el incumplimiento de las prestaciones debidas, un incumplimiento que a día de hoy sigue manteniéndose. Si la deudora estuviera en condiciones de cumplir podrían ponderarse los derechos en conflicto. Pero no lo está, porque no ha acabado la obra. Se dice que es inminente que suceda, pero lo cierto es que tras el incumplimiento inicial, la intimación para el cumplimiento, el requerimiento resolutorio, la presentación de la demanda, su reclamación por el juzgado del concurso al juzgado de 1ª instancia, la contestación a la demanda por la administración concursal y la audiencia previa del pasado 8 de julio, sigue sin terminarse la obra." SJM-1 Bilbao 30.07.2009 (JUR 2009/374090; Incidente Concursal 305/2009; Concurso 111/2009)

"La administración concursal solicita que si se estima la resolución, se mantenga no obstante, en "interés del concurso" el cumplimiento del contrato. Dice al respecto el art. 62.3 LC que "aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo el interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".
La primera cuestión es que sea "interés del concurso" porque la Ley Concursal lo usa para los fines más diversos y contradictorios. En el apartado III de la Exposición de Motivos dice que "no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento". Ya en el texto articulado art. 43.1 establece que "En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso". El segundo párrafo del art. 61.2 LC permite que, "no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de sustitución, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaren conveniente al interés del concurso", es decir, justo lo contrario que el art. 63.2 LC. Recientemente el nuevo art. 92.7º, introducido por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, califica como subordinados "los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso". Otros preceptos aluden a este concepto, aunque sea de modo genérico, como los arts. 54.2 y 165.2º LC. Como se aprecia, no es sencillo decantar un concepto que sirva para estas finalidades tan heterogéneas. No obstante sí parece que es denominador común de todas estas situaciones la búsqueda del mayor grado de satisfacción general de los acreedores, aunque suponga el sacrificio particular o menor satisfacción de algunos, de alguna clase de acreedores o del deudor concursado.
Lo que sí ha dicho la doctrina, refiriéndose al art. 62.3 LC, es que ésta es una facultad judicial "excepcional y extraordinaria" por la SAP Murcia 3 marzo 2006, AC 2006\490. Si nos encontramos en la tesitura de mantener la eficacia de un contrato pese al incumplimiento de una de las partes, podría entenderse que la norma persigue la eficacia de los contratos de tracto sucesivo, en los que pese al incumplimiento del deudor concursado, debe asegurarse el cumplimiento del contrato para que pueda mantenerse la actividad profesional o empresarial del mismo, amenazada por incumplimientos anteriores o posteriores (SAP Barcelona 13 septiembre 2006, AC 2008\104351, SAP Murcia 22 octubre 2007, AC 2008\261).

Semejante circunstancia no es fácil de apreciar en un contrato de tracto único como el de compraventa. El que en el caso de autos se haya aplazado el precio y la entrega de la vivienda no desdibuja que las prestaciones se atienden en un solo instante, al intercambiar precio y cosa objeto del contrato. Por lo tanto, no se constata el interés pretendido y debe accederse a la resolución instada. ":SJM-1 Bilbao 30.12.2009 (Sentencia 987/2009; Incidente Concursal 640/2009)

1.7.2 Aplicabilidad en caso de obra concluida o prácticamente concluida

Tribunal Supremo

"PRIMERO. Resumen de antecedentes.
Los Tribunales de ambas instancias, pese a entender que la demandada, Open Inmoprom, SL, no había cumplido a tiempo - según lo pactado - la prestación de entregar a los demandantes y compradores una vivienda que debían construir -con plaza para el aparcamiento de un automóvil y trastero -y que tal incumplimiento tenía objetivamente entidad bastante para resolver la relación contractual que vinculaba a ambas partes y, por lo tanto, para producir los efectos restitutorios e indemnizatorios consecuentes, desestimaron la pretensión declarativa de la resolución deducida en la demanda, por razón de haber sido declarada en concurso de acreedores la vendedora - con posterioridad a la celebración del contrato - y de entender que era aplicable al caso la norma del apartado 3 del artículo 62 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, a cuyo tenor, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que debiera realizar el concursado.
El Juzgado de lo Mercantil del concurso, además de desestimar con ese fundamento la pretensión resolutoria deducida por los compradores, modificó los términos de la reglamentación negocial al reducir el precio de la compraventa - sólo pagado en parte por los compradores, según lo convenido - en seiscientos euros por cada mes de atraso en que hubiera incurrido la vendedora en el cumplimiento de la obligación de entrega.
La Audiencia Provincial, a la que los demandantes llevaron el conflicto con su recurso de apelación, identificó, en abstracto, el interés del concurso - como el mayor grado de satisfacción de los acreedores de la concursada - y entendió, en concreto, que dicho interés resultará más favorecido con el mantenimiento de la vigencia del contrato - en los términos en que los había establecido la sentencia apelada, no impugnados por nadie - que con la resolución del vínculo - teniendo en cuenta que la construcción estaba prácticamente terminada y era razonable un plan de viabilidad condicionado a la finalización de la promoción en marcha, para la posterior venta del resto de viviendas; así como que la resolución impondría la difícil búsqueda de un nuevo comprador y, en todo caso, un precio inferior al convenido, a causa de la crisis económica -.
Contra la sentencia de apelación interpusieron los compradores demandantes recurso de casación por un único motivo.
SEGUNDO. Enunciado y fundamentos del único motivo del recurso de casación.
Denuncian los compradores la infracción de la norma del apartado 3 del artículo 62 de la Ley 22/2003, de 9 de julio.
Alegan que la vendedora había incurrido en un incumplimiento resolutorio, en los términos establecidos en el artículo 1124 del Código Civil, tal como lo interpretaba la jurisprudencia. Y que, realmente, el artículo invocado en el enunciado del motivo no era aplicable a contratos como el litigioso.
TERCERO. Desestimación del motivo.
El artículo 62, apartado 3, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, confiere a los órganos judiciales del concurso la potestad de desestimar las pretensiones resolutorias de la relación contractual deducidas por los contratantes perjudicados por el incumplimiento del concursado, pese a que, de no exigirlo el interés del concurso, las mismas deberían ser estimadas.
El ejercicio de esa potestad - no extraña a nuestro sistema, como evidencia el artículo 1124 del Código Civil -, que en cierto modo implica la exigencia de un nuevo requisito para el éxito de la acción resolutoria, ha sido correctamente actuado por el Tribunal de apelación, en el mismo sentido que el de la primera instancia, con la exposición de los argumentos de su decisión, plenamente razonables.
En definitiva, la consecuencia jurídica prevista en la norma que los recurrentes dicen infringida ha sido correctamente aplicada a un supuesto de hecho que coincide con el descrito en ella, pese a lo que aquellos sostienen.": STS 16.07.2014 (Sentencia 376/2014; Recurso 2253/2012)

"PRIMERO. Resumen de antecedentes.
Los Tribunales de ambas instancias, pese a entender que la demandada, Open Inmoprom, SL, no había cumplido a tiempo - según lo pactado - la prestación de entregar a los demandantes una vivienda que debían construir - con plaza para el aparcamiento de un automóvil y trastero - y que tal incumplimiento tenía objetivamente entidad bastante para resolver la relación contractual que vinculaba a ambas partes y, por lo tanto, para producir los efectos restitutorios e indemnizatorios consecuentes, desestimaron la pretensión declarativa de la resolución deducida en la demanda por los compradores, por razón de haber sido declarada en concurso la vendedora - con posterioridad a la celebración del contrato - y de entender que procedía aplicar al caso la norma del apartado 3 del artículo 62 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, a cuyo tenor, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
El Juzgado del concurso, además de desestimar con ese fundamento la pretensión resolutoria deducida por los compradores, modificó los términos de la reglamentación contractual, al reducir el precio de la compraventa - sólo pagado en parte, respetando lo convenido - en seiscientos euros por cada mes de atraso en que hubiera incurrido la vendedora.

La Audiencia Provincial, a la que los demandantes llevaron el conflicto con su recurso de apelación, identificó, en abstracto, el interés del concurso - como el mayor grado de satisfacción de los acreedores de la concursada - y entendió, en concreto, que dicho interés resultaba más favorecido con el mantenimiento de la vigencia de la reglamentación contractual - en los términos en que los había establecido la sentencia apelada, no impugnados por nadie - que con su resolución - teniendo en cuenta que la construcción estaba prácticamente terminada y era razonable un plan de viabilidad condicionado a la finalización de la promoción en marcha, para la posterior venta del resto de viviendas; así como que la resolución impondría la difícil búsqueda de un nuevo comprador y, en todo caso, la obtención de un precio inferior al convenido, a causa de la crisis económica -.
Contra la sentencia de apelación interpusieron los compradores demandantes recurso de casación por un único motivo.
El supuesto es idéntico al que constituye objeto del recurso de casación número 2253/2012, por lo que la respuesta no puede sino ser la misma.
SEGUNDO. Enunciado y fundamentos del único motivo del recurso de casación.
Denuncian los compradores la infracción de la norma del apartado 3 del artículo 62 de la Ley 22/2003, de 9 de julio.
Alegan que la vendedora había incurrido en un incumplimiento resolutorio, en los términos establecidos en el artículo 1124 del Código Civil, tal como lo interpreta la jurisprudencia. Y que, realmente, el artículo invocado en el enunciado del motivo no era aplicable a contratos como el litigioso.
TERCERO. Desestimación del motivo.
El artículo 62, apartado 3, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, confiere a los órganos judiciales del concurso la potestad de desestimar las pretensiones resolutorias de la relación contractual deducidas por los contratantes perjudicados por el incumplimiento, en este caso, del concursado, pese a que, de no exigirlo el interés del concurso, las mismas deberían ser estimadas.
El ejercicio de esa potestad - no totalmente extraña a nuestro sistema, como evidencia el artículo 1124 del Código Civil -, que, en cierto modo, implica la exigencia, en estos casos, de un nuevo requisito para el éxito de la acción resolutoria, ha sido correctamente actuado por el Tribunal de apelación, en el mismo sentido que el de la primera instancia, con la exposición de los argumentos de su decisión, plenamente razonables y que no han de ser rechazados por razón del tipo de contrato a que pertenece el litigioso.
En definitiva, la consecuencia jurídica prevista en la norma que los recurrentes dicen infringida ha sido correctamente aplicada a un supuesto de hecho que coincide con el descrito en ella, pese a lo que aquellos sostienen.”: STS 22.07.2014 (Sentencia 391/2014; Recurso 2278/2012)

AP Alicante

“En la instancia se ha rechazado la resolución contractual promovida por los compradores. El argumento principal de que se sirve dicha resolución es que lo que hay es cumplimiento tardío y no retraso resolutorio dado que la resolución se promueve apenas un mes de vencido el plazo -prórroga incluida- previsto en el contrato -junio 2009- sin que se haya acreditado que el plazo fuera un elemento contractual esencial en el contrato ni que el retraso haya frustrado las legítimas expectativas de la contratación, argumento que se abunda con el posicionamiento de la decisión sobre la base del "interés del concurso" a que se refiere específicamente el artículo 62-3 de la Ley Concursal como modalidad especial para la enervación de la acción resolutoria que el Juez de instancia considera aplicable al caso atendido el hecho de que la vivienda está terminada, solicitadas las licencias administrativas oportunas y por tanto, situación contractual susceptible de cumplimiento que permitirá no sólo satisfacer el interés del adquirente sino también de los acreedores y de la propia subsistencia de la promotora como fines esenciales del concurso.
Pues bien, tales conclusiones son criticadas por los demandantes adquirentes aduciendo en su recurso de apelación, primero, que sí hubo verdadero incumplimiento al tiempo del requerimiento dado que constructivamente no estaba terminada la vivienda ni el complejo, habiendo ocultado las dificultades financieras que promovieron a la vendedora a presentar concurso en septiembre de 2009, dándose en todo caso la circunstancia de que la propia promotora propuso retrasar la entrega a junio de 2010, evidenciando un retraso de más de dieciocho meses. Y, en segundo lugar, que no es aplicable al caso el supuesto del interés del concurso, dado que la resolución se había promovido con anterioridad a la declaración del mismo y, en segundo, por la mala fe de la promotora que, con conocimiento de que las obras no están terminadas, comunica la entrega para junio de 2010 siendo así que no están conclusas en la actualidad.
“SEGUNDO.-No cabe negar que hay retraso. Ni siquiera está este Tribunal en disposición de negar que el retraso es, objetivamente valorado, notorio, relevante e importante al punto que, sin mayores consideraciones, podría fácilmente constituirse en causa de resolución por incumplimiento sustancial del vendedor de su obligación de entrega, tanto más cuando, según resulta de la documentación que aporta la Administración Concursal, la licencia de primera ocupación -que habilita la entrega como hecho jurídicono se ha producido hasta noviembre de 2010. Sin embargo en el caso son diversas las consideraciones que debemos hacer para valorar la crítica del recurso de apelación, a saber, en primer lugar, el hecho de que, como bien apunta el Juez en su Sentencia, ninguna trascendencia trasluce el contrato respecto de la fecha de entrega, al punto que se acepta en unos contornos contractuales que incluso imponen el debate -que el Juez resuelve con acierto- sobre si había fecha cierta o no del cumplimiento de la obligación de entrega. Ello se constata objetivamente de las propias características de la vivienda en relación al domicilio de sus compradores. Se trata de una vivienda de ocio, que por sus características físicas está destinada a ser una vivienda de temporada a sus adquirentes que residen en el Reino Unido. Por otro lado no podemos desconocer el hecho de que la obra esté conclusa -mayo 2010- y con la licencia de primera ocupación otorgada -noviembre 2010- por el Excmo Ayuntamiento de Pulpi, y tomando en consideración tales circunstancias no cabe duda que resulta oportuno acudir al régimen especial de enervación de la acción resolutoria del artículo 62-3 de la Ley Concursal -prevista para los

supuestos de resolución sea la causa anterior o posterior a la declaración del concurso- pues aquí el concepto "interés del concurso" sí adquiere relevancia para fundar en él la moderación que debe darse al concepto de "cumplimiento", y ello atendidos los intereses puestos en juego que se conjugan a favor del mercado inmobiliario cuando, como es el caso, el mantenimiento de los ines del concurso, el mantenimiento de la actividad de la empresa concursada y, especialmente, el beneficio para los acreedores.
En consecuencia, si evitando resolver el contrato es factible, dada la conclusión de la obra, su entrega a los compradores conforme al pacto contractual suscrito en su día de conformidad con todas las partes sin un sacrificio extremo por parte de los compradores, la conclusión no puede ser otra que la de desestimar el recurso de apelación y confirmar la Sentencia de instancia.": SAP Alicante (Sección 8) 25.09.2012 (Sentencia 388/2012; Rollo 260/2012)

"SEGUNDO.-Como hemos dicho en nuestra reciente Sentencia de 25 de septiembre de 2012 en relación a la pretensión resolutoria planteada por otros compradores de la misma promoción y con prácticamente idéntica problemática, no cabe negar que hay retraso. Ni siquiera está este Tribunal en disposición de negar que el retraso es, objetivamente valorado, notorio, relevante e importante al punto que, sin mayores consideraciones, podría fácilmente constituirse en causa de resolución por incumplimiento sustancial del vendedor de su obligación de entrega, tanto más cuando, según resulta de la documentación que aporta la Administración Concursal, la licencia de primera ocupación -que habilita la entrega como hecho jurídicono se ha producido hasta noviembre de 2010. Sin embargo en el caso son diversas las consideraciones que debemos hacer para valorar la crítica del recurso de apelación, a saber, en primer lugar, el hecho de que, como bien apunta el Juez en su Sentencia, ninguna trascendencia trasluce el contrato respecto de la fecha de entrega, al punto que se acepta en unos contornos contractuales que incluso imponen el debate -que el Juez resuelve con acierto- sobre si había fecha cierta o no del cumplimiento de la obligación de entrega. Ello se constata objetivamente de las propias características de la vivienda en relación al domicilio de sus compradores. Se trata de una vivienda de ocio, que por sus características físicas está destinada a ser una vivienda de temporada a sus adquirentes que residen en el Reino Unido. Por otro lado no podemos desconocer el hecho de que la obra esté conclusa -mayo 2010- y con la licencia de primera ocupación otorgada -noviembre 2010- por el Excmo Ayuntamiento de Pulpi, y tomando en consideración tales circunstancias no cabe duda que resulta oportuno acudir al régimen especial de enervación de la acción resolutoria del artículo 62-3 de la Ley Concursal -prevista para los supuestos de resolución sea la causa anterior o posterior a la declaración del concurso- pues aquí el concepto "interés del concurso" sí adquiere relevancia para fundar en él la moderación que debe darse al concepto de "cumplimiento", y ello atendidos los intereses puestos en juego que se conjugan a favor del mercado inmobiliario cuando, como es el caso, el mantenimiento de los contratos de venta inmobiliaria consolida dos de los principales fines del concurso, el mantenimiento de la actividad de la empresa concursada y, especialmente, el beneficio para los acreedores, consideraciones que no entran en absoluto en conflicto con el artículo 3 de la Ley 57/68 ya que, cuando dicho precepto confiere dicha facultad que denomina "rescisión"-, lo hace en relación al incumplimiento que puede ampararse en el artículo 1124 del Código Civil, de modo tal que no puede entenderse dicho precepto como una forma automática de resolución contractual al margen de la existencia de un incumplimiento causa, conforme a la facultad resolutoria tácita a que se refiere el artículo 1124 del Código Civil, de la crisis contractual ni, desde luego, que quepa enfrentar al régimen especial que contempla el artículo 62-3 de la Ley Concursal en cuanto que el interés del concurso se sobrepone al incumplimiento propio cuando es dable, en el conflicto de intereses que se produce en todo caso, inclinar el interés protegible, como es el caso por lo expuesto, a favor del concurso.
En consecuencia, si evitando resolver el contrato es factible, dada la conclusión de la obra, su entrega a los compradores conforme al pacto contractual suscrito en su día de conformidad con todas las partes sin un sacrificio extremo por parte de los compradores, la conclusión no puede ser otra que la de desestimar el recurso de apelación y confirmar la Sentencia de instancia.": SAP Alicante (Sección 8) 27.09.2012 (Sentencia 391/2012; Rollo 317/2012)

"PRIMERO. - La demanda que inicia el presente proceso tiene por objeto una pretensión de resolución del contrato privado de compraventa de vivienda en ejecución sita en Torrevieja, celebrado el día 22 de febrero de 2008 entre Don Jesús Ángel, en su calidad de comprador, y TORREVISA, S.A., en su calidad de vendedor, como consecuencia del incumplimiento imputable al vendedor, actualmente en situación de concurso desde el día 28 de septiembre de 2009, sin que exista petición expresa de condena a la devolución de 112.621,50.- #.
La Sentencia de instancia desestimó la demanda porque el retraso en la entrega de una vivienda terminada dentro del plazo fijado en el contrato, pendiente únicamente de la concesión de licencia de primera ocupación, equivale a un retraso en el cumplimiento sin que pueda elevarse a la categoría de causa de resolución del contrato y, en todo caso, de concurrir causa de resolución, existen motivos suficientes para enervar la resolución en interés del concurso.
Frente a la Sentencia de instancia se alza la parte apelante quien vuelve a reproducir las mismas alegaciones del escrito de demanda y adiciona ex novo que el actor ha fallecido y las hijas que le han sucedido, como consecuencia de las enfermedades que padecen, no tienen ingresos suficientes para pagar el resto del precio.
SEGUNDO.-Hemos de partir de que estamos en presencia de un contrato de compraventa de vivienda en ejecución cuya calificación jurídica es la de un contrato bilateral con obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes (el vendedor asume la obligación de construir y entregar la vivienda en el plazo pactado y el comprador contrae la obligación de pago del precio).
Son relevantes para la resolución del recurso las siguientes circunstancias:
1.-) la vivienda estaba terminada en el mes de diciembre de dos mil ocho e inmediatamente el vendedor solicitó la licencia de primera ocupación.

2.-) la fecha límite de entrega de la vivienda era el día 30 de marzo de 2009 sin que en esa fecha se hubiera otorgado aún la licencia municipal de primera ocupación, imprescindible para la contratación de los servicios básicos.
3.-) hubo negociaciones entre las partes para otorgar la escritura de compraventa antes del otorgamiento de la licencia de primera ocupación que no llegaron a fructificar.
4.-) el comprador instó el día 18 de septiembre de 2009, mediante burofax, la resolución del contrato y la devolución de las cantidades entregadas a cuenta.
5.-) la vendedora fue declarada en situación de concurso el día 28 de septiembre de 2009.
Así las cosas, la Sala confirma que el hecho de que la vivienda estuviera terminada antes de la fecha límite pactada para la entrega, pendiente únicamente de la concesión de la licencia de primera ocupación, permite concluir que estamos ante un retraso en el cumplimiento de la obligación a cargo del vendedor sin que pueda elevarse a la categoría de causa de resolución pues en el contrato nunca se pactó la fecha de la entrega como término esencial ni de las circunstancias expuestas por el comprador (reside habitualmente en su país, Dinamarca, y destina la vivienda a ocuparla durante temporadas) consta que se haya producido una frustración de las expectativas de las partes en el contrato porque se sabía que la vivienda ya estaba terminada pendiente únicamente de un trámite administrativo.
En consecuencia, la demora en la entrega de la vivienda, la cual ya está disponible desde el momento en que se ha otorgado la licencia de primera ocupación el día 30 de marzo de 2011, si bien es un incumplimiento del contrato a cargo del vendedor, no puede elevarse a la categoría de causa de resolución contractual.
A mayor abundamiento, aún pudiendo considerar que se ha producido un incumplimiento contractual susceptible de causar la resolución del contrato estaría más que justificada su enervación y consiguiente cumplimiento forzoso en interés del concurso a los efectos previstos en el artículo 62.3 de la Ley Concursal porque era inminente la entrega de la vivienda, la formalización de la escritura y el pago del precio restante supondrían un importante incremento de la tesorería de la concursada lo que beneficiaría a todos los acreedores, reduciría el crédito con privilegio especial de la entidad financiera y permitiría a la concursada la continuación de su actividad.”: SAP Alicante (Sección 8) 04.10.2012 (Sentencia 400/2012; Rollo 211/2012)

AP Barcelona

“2. Daremos respuesta a los motivos de apelación con los argumentos que exponemos a continuación, que al fin nos van a llevar a la confirmación de la decisión del juez del concurso, porque coincidimos en que, siendo de aplicación al caso el art. 62.3 LC, y ponderando la equidad en su aplicación (art. 3.2 CC), el cumplimiento forzoso es beneficioso para el "interés del concurso", que es la razón determinante que instituye el precepto para mantener un contrato que debiera resolverse por incumplimiento de la concursada, que deberá realizar la prestación debida con cargo a la masa. Entendemos las objeciones de los compradores, en el sentido de que nos parecen razonables, aunque también podemos deducir que la coyuntura económica nacional, y su incidencia en el sector inmobiliario, así como el cambio de situaciones personales o familiares desde el año en que se suscribió el contrato, son motivos que influyen en la pretensión de los actores.
TERCERO. 1. El art. 62.1 LC mantiene, en situación concursal, la facultad de resolución de los contratos (a los que se refiere el art. 61.2 LC) con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, por incumplimiento de cualquiera de ellas posterior a la declaración del concurso, añadiendo que si se trata de un contrato de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso.
En este caso contemplamos un contrato de tracto único con obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes pendientes de cumplimiento tras la declaración del concurso (la concursada ha de terminar y entregar los inmuebles y la compradora ha de pagar el resto del precio, 198.977,60 # más el IVA), y el incumplimiento de la concursada es posterior. El supuesto contractual, por tanto, escapa de la previsión del art. 61.1 LC y se somete al régimen del apartado 2 del art. 61 y del art. 62 LC, siendo este último el que legitima la pretensión de resolución, pero será aplicable en toda su extensión, incluyendo su apartado 3.
2. A tenor de este apartado 3, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
Esta norma se está refiriendo obviamente, a los contratos que ha descrito el apartado 1 del art 62, que a su vez se remite al apartado 2 del art. 61 LC, es decir, se aplica a aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte al tiempo de ser declarado el concurso, cuando se ha ejercitado la acción resolutoria por incumplimiento posterior de la concursada.
Pero el precepto no discrimina o distingue entre (a) contratos que pertenecen al objeto social de la concursada y (b) contratos de tracto sucesivo relativos a suministros o necesidades para el desarrollo de su actividad, para limitar a estos últimos la aplicación del apartado 3; por el contrario, contempla un ámbito de aplicación más amplio, ya descrito, que engloba a unos y otros, siendo el dato relevante que existan oblígaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes. No adivinamos tampoco en el espíritu o finalidad de la norma la procedencia de la restricción que propone la parte compradora para excluir el contrato examinado de la facultad de acordar el cumplimiento forzoso, máxime si se aprecia que este segundo tipo de contratos (suministros, alquileres, leasings, cita la apelante), a los que quedaría limitada dicha facultad, también forman parte del objeto social, en una acepción amplia, en la medida en que posibilitan su desarrollo y consecución. No vemos ninguna razón en fin, para excluir por dogma del art. 62.3 LC los actos y operaciones propios del objeto social, que así mismo pueden contribuir y de hecho contribuyen a la continuación de la actividad empresarial; tratándose de venta de inmuebles, proporcionan un ingreso en caja y suponen la realización del objeto y fin de la empresa social, posibilitando su continuación.

La distinción apuntada, en fin, no cuenta con respaldo legal; el dato relevante es que el cumplimiento del contrato en cuestión, atendido su contenido y las concretas circunstancias concurrentes, proporcione mayor beneficio para el concurso que su resolución, teniendo en cuenta la equidad en la aplicación de la norma y la posibilidad del cumplimiento con cargo a la masa.
3. Por interés del concurso debe entenderse, en términos generales y en última instancia, la búsqueda del mayor grado de satisfacción general de los acreedores, es decir, cuando con el cumplimiento del contrato se logre un mayor grado de satisfacción de los acreedores que con la resolución.
La norma, que se explica en una situación concursal, no ordena comparar, a estos efectos, el interés del concurso, o de la masa pasiva, con el interés particular de la parte que ha cumplido, es decir, con un interés individual, para determinar si el beneficio al concurso derivado del cumplimiento supera o justifica el sacrificio individual de la contraparte. Lo que prevé es una ponderación judicial para determinar si el cumplimiento del contrato proporciona unas ventajas superiores a la colectividad o universalidad de acreedores que la que proporcionaría su resolución, siempre primando la atención al beneficio que resulte para el concurso. Aunque, como hemos apuntado, no debemos descartar la ponderación de la equidad a la hora de aplicar la norma al concreto supuesto enjuiciado, conforme ordena el art. 3.2 del Código Civil.
La sentencia es escueta en su razonamiento, pero condensa con pocas palabras el mayor beneficio que reporta el cumplimiento.
El inmueble está prácticamente terminado (así resulta de la documentación aportada con la contestación); la concursada ha continuado su ejecución tras la declaración del concurso, y es razonable un plan de viabilidad condicionado a la finalización de las promociones en marcha para su posterior venta o entrega a los compradores.
La resolución impondría la búsqueda de un nuevo comprador, con la dilación que conlleva y, muy previsiblemente, la obtención de un precio inferior al pactado en el contrato, que fue fijado en el año 2007, en una situación del mercado inmobiliario muy diferente de la actual, maltrecha por la crisis. La resolución supondría así mismo la consolidación de un crédito contra la masa por el importe de las cantidades entregadas y la indemnización pertinente (art. 62.4 LC).
Los compradores proponen en su recurso la pérdida de la indemnización con tal de que se acuerde la resolución, pero, al margen de que en la súplica continúa solicitándose la condena de la concursada al pago de las indemnizaciones inicialmente pretendidas, esa posible renuncia (que no es clara y terminante) no habría de determinar una solución diferente, si es que se aprecia que el cumplimiento es beneficioso para el concurso.
Y los datos con que se cuenta conducen a concluir que así es porque de mantenerse el vínculo contractual, evitando los inconvenientes de la resolución, tendrá lugar el ingreso en la caja de la concursada de 198.977,60 #, con el que se podrán atender créditos contra la masa, y se reducirá el pasivo con la entidad de crédito que ha financiado las obras.
5. La sentencia ha atendido a la equidad en la aplicación de la norma al caso concreto estableciendo una rebaja en el precio de 600 euros al mes desde el 31 de marzo de 2010 hasta la efectiva entrega.
El recurso indica que se trata de una cantidad muy exigua, pero no solicita su incremento, y no prueba que sea inferior a la cantidad que resultaría de aplicar la cláusula penal establecida para el supuesto de retraso en la entrega, que se fija en el interés de demora sobre el precio total (cláusula decimoséptima).
El recurso alega también, como circunstancia que enervaría la decisión de cumplmiento forzoso, que el incumplimiento persiste por no estar la concursada en condiciones de entregar la obra terminada.
La sentencia apelada (dictada el 30 de diciembre de 2010) condena a la concursada al cumplimiento del contrato y a que, en consecuencia, proceda a la entrega los inmuebles terminados a cambio del precio pendiente; pero, consciente el Sr. Magistrado de que el cumplimiento del contrato, con cargo a la masa, no puede quedar al arbitrio de la concursada sine die, impone la efectiva entrega en el plazo máximo de un mes, con la reducción progresiva del precio en la cantidad de 600 # mensuales hasta la efectiva entrega.
Como se ha dicho con anterioridad, el 18 de enero de 2011 la concursada remitió un requerimiento a los compradores convocándoles al otorgamiento de la escritura pública para el día 3 de febrero de ese año en una determinada Notaría, que reiteró el 28 de enero, sin que los compradores comparecieran.
No tenemos debida constancia en las actuaciones, porque no ha podido ser objeto de prueba en el incidente al tratarse de hechos posteriores a la sentencia, de que los inmuebles no estuvieran terminados y en condiciones de ser entregados a la fecha señalada para otorgar la escritura (3 de febrero de 2011), o del caso contrario. Pero no vamos a imputar ahora a ninguna de las partes las consecuencias que derivan de la falta de prueba de ese hecho. Se trata de una cuestión que pertenece a la fase de ejecución de sentencia (no se olvide que hay un pronunciamiento de condena a entregar una cosa determinada en un plazo cierto), y en ella se resolverá lo que proceda en cuanto al cumplimiento o incumplimiento de la obligación en que consiste la condena, y sobre las consecuencias pertinentes. ": SAP Barcelona (Sección 15) 28.03.2012 (Sentencia 122/2012; Rollo 548/2011)

AP Valencia

"PRIMERO Los actores presentaron demanda incidental para la resolución de los contratos de compraventa de vivienda concertados con la demandada Mercado Hipotecario Mediterráneo SL declarada en concurso en la promoción inmobiliaria de la C/DIRECCION000 NUM000 de LŽOlleria, por incumplimiento en el plazo de entrega, solicitando la resolución de dichos contratos suscritos en Octubre de 2006, la devolución de las cantidades entregadas a cuenta que totalizan 82.832,84 euros incrementadas con el seis por ciento anual y se declare la inclusión del crédito contra la masa.
Los administradores concursales formularon oposición a dicha demanda al no darse la frustración del negocio por encontrarse la promoción al 82,96 % de su ejecución.

Por la entidad concursada formalizó oposición alegando que dada la ejecución de la obra en un 82,96 % en interés del concurso era aconsejable su mantenimiento.
La sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia desestima la pretensión resolutoria en interés del concurso por el dato de estar prácticamente ejecutada la obra.
Se interpone recurso de apelación por la parte demandante alegando en esencia y sumario la imposibilidad por la concursada de cumplir el contrato cuando no ha aportado la licencia de ocupación, el acta de depósito del Libro del Edifico, el certificado final de obra y acta final de obra; procediendo la resolución contractual con la calificación del crédito contra la masa.
SEGUNDO Revisado por mor delartículo 46-1º de la Ley Enjuiciamiento Civil, el contenido de la pieza incidental en aras a la pretensión resolutiva de los demandantes, la Sala ha de confirmar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que acogiéndose a la norma especial de su propia competencia fijada en elartículo 62 de la Ley Concursal dadas las circunstancias fácticas expuestas en la propia resolución judicial, entiende en interés del concurso(artículo 62-3 Ley Concursal) no ser procedente la resolución contractual sino mantener la vigencia del mismo y por consiguiente su cumplimiento.
La recurrente no discute el dato esencial recogido en la sentencia de estar la promoción inmobiliaria dónde los actores han efectuado el negocio de compra de viviendas, en avanzado estado de ejecución y próxima a terminar, no se discute el dato traído al momento de efectuar las contestaciones a la demanda de estar la obra ejecutada en un 82.96 %. El argumento de las apelantes se fija ahora en que no se ha otorgado el certificado final de obra, el acta final de obra, el depósito del Libro del Edificio; datos fácticos omitidos en su escrito inicial(siendo la razón única por la que se solicitaba la resolución contractual el incumplimiento del plazo de entrega), tampoco era objeto de tal incumplimiento el dato de la prestación del aval o garantía de las cantidades entregadas (que irrumpe en apelación). Ciertamente los documentos invocados no estando terminada totalmente la obra no podían haber sido aportados, pero ello no puede significar la imposibilidad de cumplimiento de la entrega de las viviendas. Pero la cuestión jurídica esencial es si en interés del concurso puede mantenerse la vigencia contractual, por la posibilidad efectiva de su cumplimiento y la respuesta dada por el Juzgado a tenor del avanzado volumen de obra ejecutada determina ratificar la solución judicial.
Cierto es que el Juez no ha fijado plazo para la entrega de la vivienda, lo que no significa que la situación de falta de entrega permanezca sine die, pues el Juzgador impone el mantenimiento de la obligación de la efectiva entrega de la viviendas que no empece a que de no cumplirse la misma, se sancione posteriormente con su resolución.
La Sala por último debe advertir que en esta resolución se adopta respecto a la misma promoción inmobiliaria distinta decisión respecto a lasentencia de esta Sección de fecha 11-6-2010 (Rollo 183/2010) por cuanto existe una nota fáctica esencial y determinante cual es la acreditación del avanzado estado de ejecución de la obra.”:
SAP Valencia (Sección 9) 07.07.2010 (Sentencia 207/2010; Rollo 241/2010)

“SEGUNDO. En cumplimiento del artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil revisado el contenido de los autos, pruebas practicadas y visto el soporte de grabación audiovisual, la Sala ha de confirmar el fallo de la instancia a tenor de la propia especialidad que implica el artículo 62-3 de la Ley Concursal, en aras al mantenimiento vigente del contrato en interés del concurso.
De entrada deben tenerse presente los siguientes datos fácticos que al caso son de interés para la solución litigiosa.
1º) El contrato de compraventa inmobiliaria es de fecha 28-7-2005 y conforme al mismo se preveía la fecha de entrega en Diciembre de 2006/ Febrero 2007; data a cuya llegada no fue entregada por la Promotora la vivienda.
2º) En octubre de 2007 los demandantes plantearon demanda frente a Promociones Nou Temple SL, exigiendo por el incumplimiento en la obligación de entrega una indemnización de daños y perjuicios, constituyendo el proceso 677/2007 seguido ante el Juzgado Primera Instancia Vinaroz que concluyó con una transacción de 24-4-2008, por la cual la Promotora se obliga abonar unas cantidades por el tiempo devengado hasta abril de 2008 dado los alquileres que debían sufragar los compradores y otra cantidad mensual desde mayo de 2008 hasta la celebración de la escritura de compraventa, subordinado el abono del pago de esta última cantidad a que los actores celebren efectivamente el contrato de compraventa, pues de lo contrario no se entenderán generadas más rentas desde el mes de mayo de 2008"
3) Los actores mandan un Burofax a la demandada en Agosto de 2008 dando por resuelto el contrato, y se presenta la demanda en fecha de 25-9-2008.
4) Conforme a la documental aportada en contestación la obra a 27-11-2007 estaba ejecutada en un 98,85 % y con la prueba documental aportada para la alzada que la Sala admite al encontrarse en los supuestos del artículo 270-1-1º de la Ley Enjuiciamiento Civil, se ha suscrito a 9-2 2010, después de dictada la sentencia por el Juzgado Mercantil, el certificado final de obra.
TERCERO. Este Tribunal dada la constatación documental de que la obra está terminada habiéndose aportado el certificado final de obra, debe sentar que en aplicación del artículo 62-3 de la Ley Concursal, igualmente mencionado por la sentencia recurrida, es motivo suficiente para que en interés del concurso se mantenga la vigencia contractual, y tal dato pone de relieve que cuando se insta la demanda que da inicio al actual procedimiento la realidad constituía un muy avanzado estado de ejecución de la obra (98,85 %, no como dice la sentencia del 93%). Por ello el primer motivo del recurso centrado en el largo tiempo llevado para finar la obra sin haberse acabado y su previsión de no acabarse, no puede ser estimado dado el contenido de tal documental.
CUARTO No obstante lo dispuesto en el fundamento precedente, la Sala ha de poner de relieve las consecuencias jurídicas que reporta el precedente procedimiento judicial y la transacción en ella concertada Es indudable que la fecha de entrega fijada contractualmente no se cumplió y que los actores con la demanda entablada en 2007 (más de diez meses después de vencida la obligación de entrega) instaban el cumplimiento

del contrato, pues pidieron una indemnización de daños y perjuicios por la falta de entrega de la vivienda en el plazo pactado con apoyo legal en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil y en base a reconocerse tal incumplimiento se llegó a un acuerdo transaccional. En modo alguno vista tal transacción las partes dispusieron una facultad resolutoria como pretenden los apelantes, sino que fijaron la indemnización, por un lado, por el tiempo de retraso devengado y vencido (hasta abril de 2008) y por otro lado el pago por la Promotora de una cantidad mensual por el tiempo que trascurriese hasta el otorgamiento de la escritura pública y subordinado a su concertación por parte de los compradores, con lo que es evidente que la fecha de entrega inicialmente pactada dejaba de ser un elemento esencial en el contrato, dado que la obligada a la entrega debía caso de demorarse de nuevo a indemnizar por tal cantidad. Por tanto se ejercitó una acción de cumplimiento contractual objeto de transacción por lo que ahora en el procedimiento no cabe otra vez aprovecharse de esa falta de cumplimiento del plazo de entrega contractual, desde diciembre de 2006, porque lo actores se conformaron a cambio de tal demora a recibir unas cantidades dinerarias. Por tanto con tal negocio jurídico (artículo 1809 Código Civil) pusieron fin al litigio por esa dación de cantidades dinerarias. Luego si los actores optaron por exigir el cumplimiento (artículo 1124 Código Civil) como así lo efectuaron dada la pretensión ejercitada en el anterior procedimiento, sólo es viable optar posteriormente por la resolución contractual como establece el artículo 1124 Código Civil por devenir esta de imposible cumplimiento, extremo inocurrente, no sólo por el estado avanzado de ejecución de la obra a fecha de demanda sino porque como se ha dicho está ya concluida. Por otro lado, la causa de pedir de la demanda no es el incumplimiento del acuerdo transaccional, sino exclusivamente el incumplimiento en la fecha pactada de entrega de la vivienda, elemento contractual que por esos devenires fácticos, dejo de ser elemento esencial en el contrato y por tanto carente igualmente de la gravedad exigida jurisprudencialmente para resolver un contrato bilateral y sinalágmático de venta inmobiliaria.
En cuanto a que debe primar la normativa de consumidores sobre la Ley Concursal, no se comparte tal tesis, pues no hay fundamento legal para ello, pues incluso el artículo 62-3 de la Ley concursal permite al Juez del concurso aún concurriendo los requisitos de la resolución contractual fallar con su vigencia y mantenimiento, sin condicionamiento alguno por ostentar el contratante la cualidad de consumidor.
Por último indicar que no se ha podido infringir la Ley 58/68 desde el momento en que el fin de la misma es garantizar las cantidades entregadas a cuenta en los pisos en construcción, obligación legal cumplida y que la propios actores no instaron la resolución del contrato sino su cumplimiento alterando con el acuerdo alcanzado la esencialidad del pacto de fecha de entrega.": SAP Valencia (Sección 9) 27.07.2010 (Sentencia 231/2010; Rollo 356/2010)

"SEGUNDO Para la solución al presente litigio por la que se peticiona la resolución de dos contratos de compraventa inmobiliaria suscritos entre litigantes con la singularidad de que la entidad promotora está declarada en concurso es de tener presente, en aras a una mayor explicitación que la habida en la resolución apelada, los siguientes datos fácticos:
1º)Adrian y Construcciones Serrano SA suscriben el mismo día 15-1-2007 dos contratos de compraventa; uno respecto a una vivienda y dos plazas de garaje y otros respecto a un local comercial y dos plazas de garaje del mismo Edificio sito en C/DIRECCION000 NUM000 de esta ciudad, en construcción y que promovía Cosesa. En ambos se pactó que las obras debían estar concluidas en el 4º trimestre de 2008 y la entrega de llaves se efectuaría en un plazo máximo de 180 días desde la conclusión de las obras, otorgándose simultáneamente la escritura pública. Expresamente se dispuso que la compradora podrá instar la resolución del contrato en caso de "que no se pusiera a disposición del adquirente con simultáneo otorgamiento de la escritura pública de compraventa en el plazo fijado en contrato". En cuanto a la forma de pago del precio aplazado hasta la entrega de llaves se pactó mediante dos pagarés, el segundo de ellos con vencimiento a 30-6-2008.
2º) Cosesa pidió ser declarada en concurso en abril de 2008 siendo declarada en concurso voluntario porAuto del Juzgado de lo Mercantil 1 Valencia de fecha 13-6-2008. En misiva del actor a la demandada de 6-5-2008 se da por enterado de la presentación del concurso pidiendo datos sobre el Juzgado que lo tramita y número de procedimiento y solicita la modificación de la forma de pago de las cantidades aplazadas hasta la entrega de llaves y pedía que la cantidad que debía abonar a fecha de 30-6-2008 por medio de pagaré fuese sustituida por el ingreso en la cuenta especial, recuperando el pagare entregado (doc. 18 y 19). Vuelve a remitir misiva en fecha de 18-6-2008 (doc. 20) en el que tras advertir que los inmuebles no han sido entregados y estar atrasado el nivel constructivo y paralizadas las obras, pedía antes de dar orden de impago a los pagarés con vencimiento de 30-11-2008 a buscar una solución. No fueron abonados dichos pagarés.
3º) En fecha de 18-6-2009 por medio de notario (doc. 21) el Sr.Adrian alega que las obras están paralizadas y un nivel constructivo muy lejos de su terminación implicando el incumplimiento del vendedor y resuelve los contratos de compraventa inmobiliaria y que se proceda a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio. Cosesa contestó alegando que no estaba legitimado al adeudar los pagarés de fecha 30-6-2008 no atendidos; y haber un retraso propiciado por la declaración de concurso de acreedores.
4º) Con la contestación a la demanda se aportó un certificado de la dirección de la obra de fecha 13-10-2009 exponiendo que la misma se encontraba ejecutada en un 72,63 %. En el acto de la vista se aportó una nueva certificación de tal dirección de fecha 15-10-2010 donde consta que la obra se encuentra a tal data ejecutada en un 84, 85 %.
TERCERO De entrada es de precisar que la declaración del concurso no implica la modificación del contenido del contrato de compraventa, ni la ineficacia de sus cláusulas y por ende el comprador sigue con la obligación de abonar el precio en la forma pactada y el vendedor de entregar la cosa en el plazo estipulado pues ya la Exposición de Motivos de laLey 22/2003 (apartado III) dice: " la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o

extinción en caso de declaración de concurso " y viene desarrollado en losartículos 61 y 62 del texto legal, cuyo punto 1 establece : "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere elapartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes" y el 3. "Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado" Por ende no es que lacláusula octava de ambos contratos que fija la facultad resolutoria a favor del comprador por incumplimiento de la obligación del vendedor sea "absolutamente inoperativa" sino que la premisa de la misma, la obligación de entrega de la cosa, sigue reportando plena vigencia y virtualidad, si bien, limitada en cuanto a la resolución del contrato al deber ser declarada por el Juzgado de lo Mercantil, incluso en contratos de tracto único como es el de compraventa, que no necesariamente para fijar las consecuencias de tal resolución, sino para determinar si procede o no la resolución y caso afirmativo fijar sus efectos; pues aún concurriendo los requisitos para dar por resuelto el contrato, puede no producirse tal declaración judicial cuando concurra la excepción de apreciarse un interés superior, cual es el "interés del concurso", concepto jurídico indeterminado aunque viene entendido como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado que evidente es dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso. Esa facultad recogida en elartículo 62.3 de la Ley Concursal otorgada al Juez de lo Mercantil es excepcional y extraordinaria, apreciable incluso de oficio y afecta igualmente a los pactos resolutorios que los contratantes hayan establecido, pues en el ámbito del concurso, la eficacia de esa convención tiene ese límite legal de acuerdo con elartículo 1255 del Código Civil (LEG 1889, 27). Por ello, en nada empece a tal aplicación el dato que efectivamente se haya pactado un pacto resolutorio, pues la ley no distingue entre causa de resolución expresamente pactada y la aplicación de la causa resolutiva por mor delartículo 1124 del Código Civil.
En todo caso es de examinar en primer lugar si concurren todos los requisitos para el éxito de la resolución del contrato por el incumplimiento denunciado y de ser positiva tal decisión, sólo entonces procede, dilucidar si en interés del concurso de COSESA es procedente o no tal declaración resolutiva, en cuanto a pesar de ello proceda asegurar la continuidad contractual, llamando la atención que el motivo esencial del Juzgador en aras a sustentar su decisión mas que la aplicación del interés del concurso es la ausencia de un incumplimiento grave y esencial en la obligación de la promotora, aunque en sentencia el argumento fáctico (el grado de ejecución de la obra) sea más propio de la aplicación de ese interés superior para no acceder a la resolución del contrato.
Respecto al incumplimiento de la entidad vendedora. A tenor de los pactos establecidos en el contrato y a los que se ha hecho referencia supra, dada su literalidad, el comprador disponía de una facultad resolutoria para el caso de que los inmuebles adquiridos no se pusieran a su disposición con el otorgamiento de la escritura pública que debía suscribirse con la entrega de la posesión constituida por la entrega de las llaves con plazo máximo a 30-6-2009, pues el plazo de conclusión de la obra era hasta 31-12-2008 y a partir de esta data seis meses de prórroga (180 días) para la entrega de llaves. Por tanto las denuncias de la misiva de junio de 2008 sobre atrasos en la construcción resultan inanes dado que restaba todavía un año para la entrega de llaves. El requerimiento de resolución contractual se basó exclusivamente en que las obras estaban paralizadas y se practica en fecha de 18-6-2009, es decir, antes del plazo fijado para la entrega de la posesión aún con la lógica previsión de no entrega a la fecha fijada y cuando la promotora ya estaba en proceso de concurso desde catorce meses con anterioridad. Para tal resolución a la que es aplicable toda la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia apelada que se da por reproducida en aras a inútiles repeticiones, en este tipo de contratos con obligaciones recíprocas, debe darse una voluntad rebelde al cumplimiento de su prestación en el sentido mitigado jurisprudencialmente significativo de la frustración del otro contratante al recaer sobre un elemento esencial del contrato y que quien insta tal facultad haya cumplido su prestación. En este último punto quiebra la acción de la parte demandante, (como bien denunció la vendedora en el requerimiento contractual y en este proceso, junto con la administración concursal) toda vez que no es discutido que en ambos contratos no abonó los pagarés que debía satisfacer a fecha de 30-6-2008, sumando más de 300.000 euros. No es de admitir que esa forma de pago fuese impuesta por la parte vendedora desde el momento en que no estamos en contratos de adhesión y como muestra basta la mera visión de ambos contratos y de manera alguna es un pacto predispuesto. Fue un pacto libremente consentido y aceptado por mor delartículo 1255 del Código Civil, válido y eficaz que además tratándose de dos aplazamientos del precio hasta la entrega de llaves, el primero de ellos fue abonado sin objeción por el comprador. De manera alguna resulta incumplida laLey 57/68 (RCL 1968, 1335) o 38/99 (RCL 1999, 2799) por cuanto ya se disponía en contrato que el importe de tales pagarés COSESA los ingresaría en la cuenta abierta en el Banco Sabadell y garantizada por el aval y efectivamente no consta que de las cantidades entregadas por el demandante antes del 30- 6-2008 no fueran ingresadas (depositadas) en tal cuenta. La invocación, por último, por el demadnante alartículo 1502 del código civil para justificar su conducta no puede ser amparada, al reglar el supuesto de que el comprador ve perturbada la posesión de la cosa adquirida, cuando al caso es inexistente, pues a la fecha de cumplimiento o pago de tales pagarés (30-6- 2008) el SrAdrian ni tenía la posesión inmobiliaria ni tampoco habia siquiera vencido la obligación de entrega por parte de la promotora dado que restaba un año para tal cumplimiento.
Si bien la vendedora se comprometió a entregar en un plazo fijo la vivienda, esa prestación tiene su correlativa en la obligación del precio en los períodos establecidos, pues repárese que el fundamento del mismo no es otro que ir dotando de fondos a la promotora para continuar el proceso de construcción para concluir la obra (se reconoce por el propio recurrente en su escrito de apelación que la finalidad de tales entregas es colaborar a financiar la construcción) y por ello se rompe el equilibrio de prestaciones, si el comprador que no da los fondos previstos durante el proceso de obra en cambio exige al vendedor que concluya la obra en término a pesar de no disponer de tales fondos. Es irrelevante, a los efectos ahora tratados que la vendedora que disponía también de la facultad de ejercer la resolución del contrato por tal cuestión, no la ejercitase al ser mera facultad; de lo que ahora se trata es que mal puede exigirse el cumplimiento de una obligación de entrega en plazo cuando el comprador incumple otra que necesariamente incide en tal prestación. Por ello el retraso

padecido en la entrega de la obra no puede servir a la parte actora, aún con tal cláusula para resolver el contrato, dado que el Sr. Guillem no está en el cumplimiento de sus obligaciones principales desde un año antes de que se fechase la entrega inmobiliaria.
Además y a mayor abundamiento el interés del concurso está perfectamente explicitado en la sentencia y su razón es amparada por este Tribunal; la obra en modo alguno ha estado paralizada sino que ha seguido su proceso constructivo y ello a pesar de estar su promotora en concurso con los inconvenientes lógicos -expuestos en la sentencia apelada- que ello conlleva que inciden en el normal desarrollo de la misma. Con independencia de que cuando se presenta la demanda no se acredita la alegación de bajo nivel constructivo pues la instantánea fotográfica (doc. 13) no reporta fecha ni dato alguno sobre la época de su realización, lo cierto es que a tenor de las certificaciones aportadas por la Dirección facultativa, la misma estaba en una alta cota de construcción dado que ya en octubre de 2009, mes siguiente a presentarse la demanda incidental, el nivel es casi un 73 % y tres meses después (enero 2010) sube a casi un 85 % y continuaba la marcha constructiva. Tales instrumentos ponen de relieve no solo la inexactitud de la demanda (paralizada la obra y bajo nivel constructivo) sino el desarrollo de la misma, tendente a su terminación y entrega a los compradores y es evidente que si el contrato es de venta de tales bienes inmuebles,objeto social de la entidad vendedora y de la que se nutre sus activos con los que debe satisfacer a la masa pasiva del concurso, resulta de concluir que el interés del concurso ante esa tesitura no es la resolución del contrato de compraventa sino su mantenimiento.”: SAP Valencia (Sección 9) 01.10.2010 (Sentencia 263/2010; Rollo 461/2010)

“TERCERO Ciertamente, conforme los dictados legales especiales, la declaración del concurso no implica la modificación del contenido del contrato de compraventa, ni la ineficacia de sus cláusulas y por ende el comprador sigue con la obligación de abonar el precio en la forma pactada y el vendedor de entregar la cosa en el plazo estipulado pues ya la Exposición de Motivos de laLey 22/2003 (apartado III) dice: " la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso " y viene desarrollado en losartículos 61 y 62 del texto legal. Cuyo punto 1 establece : "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere elapartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes" y el 3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado" Por ende no es que lacláusula sexta del contrato que fija la facultad resolutoria a favor del comprador por incumplimiento de la obligación del vendedor deje de tener efecto, sino que la premisa de la misma ("obligación de entrega de la cosa") sigue reportando plena vigencia y virtualidad, si bien, limitada en cuanto a la resolución del contrato al deber ser declarada por el Juzgado de lo Mercantil que no necesariamente para fijar las consecuencias de tal resolución, sino para determinar si procede o no la resolución y caso afirmativo fijar las consecuencias; pues aún concurriendo los requisitos para dar por resuelto el contrato, puede no producirse tal declaración judicial cuando concurra la excepción de apreciarse un interés superior, cual es el "interés del concurso", concepto jurídico indeterminado aunque viene entendido como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado que evidente es dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso. Esa facultad recogida en elartículo 62.3 de la Ley Concursal excepcional y extraordinaria que el legislador ha otorgado al Juzgado de lo Mercantil apreciable incluso de oficio y por ende afecta igualmente a los pactos resolutorios que los contratantes hayan establecido, pues en el ámbito del concurso, la eficacia de esa convención tiene ese límite legal de acuerdo con elartículo 1255 del Código Civil. Por ello, en nada empece a tal aplicación el dato que efectivamente se haya pactado un pacto resolutorio, pues la ley no distingue entre causa de resolución expresamente pactada y la aplicación de la causa resolutiva implícita por mor delartículo 1124 del Código Civil. En consecuencia la aplicación de talprecepto no puede significar la infracción de las fuentes del derecho al tratarse de dos normas con igual rango y por la cual la especial (concursal) delimita la eficacia de tal pacto concertado entre partes(artículo 1255 Código Civil).
Resulta indudable que cuando se presenta la demanda existe causa de resolución del contrato, al haber traspasado el límite temporal pactado, incluida la prórroga concedida para resolver el contrato más de nueve meses, con lo que sólo el interés del concurso dispuesto legalmente puede enervar tal resolución y al caso entendemos que la razón fáctica dada por el Juzgador, expuesta en el precedente fundamento, es de ratificar por este Tribunal como ya ha hecho en otros supuesto semejantes al presente y respecto a la misma promoción inmobiliaria y con iguales circunstancias fácticas (Rollo 241/2010 sentencia de 7-7-2010) y es que el estado avanzado de construcción cuando se interpone la demanda aconsejan dada su inmediata finalización el mantenimiento del contrato pues resulta apreciable el interés del concurso porque si el contrato es de venta de bienes inmuebles (viviendas), actividad propia del objeto social de la entidad vendedora(concursada) y de la que se nutre sus activos con los que debe satisfacer a la masa pasiva del concurso, resulta de concluir que el interés del concurso ante esa tesitura no es la resolución del contrato de compraventa sino su mantenimiento, procediendo la confirmación de la decisión del Juzgado de lo Mercantil.”: SAP Valencia (Sección 9) 13.10.2010 (JUR 2011/43231; Sentencia 281/2010; Rollo 426/2010)

“De entrada es de precisar que la declaración del concurso no implica la modificación del contenido del contrato de compraventa, ni la ineficacia de sus cláusulas y por ende el comprador sigue con la obligación de abonar el precio en la forma pactada y el vendedor de entregar la cosa en el plazo estipulado pues ya la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 (apartado III) dice: " la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una

declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso " y viene desarrollado en los artículos 61 y 62 del texto legal. Cuyo punto 1 establece : "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes" y el 3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado" Por ende no es que la cláusula que fija la facultad resolutoria a favor del comprador por incumplimiento de la obligación del vendedor sea "absolutamente inoperativa" sino que la premisa de la misma, la obligación de entrega de la cosa sigue reportando plena vigencia y virtualidad, si bien, limitada en cuanto a la resolución del contrato al deber ser declarada por el Juzgado de lo Mercantil que no necesariamente para fijar las consecuencias de tal resolución, sino para determinar si procede o no la resolución y caso afirmativo fijar las consecuencias; pues aún concurriendo los requisitos para dar por resuelto el contrato, puede no producirse tal declaración judicial cuando concurra la excepción de apreciarse un interés superior, cual es el "interés del concurso", concepto jurídico indeterminado aunque viene entendido como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado que evidente es dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso. Esa facultad recogida en el artículo 62.3 de la Ley Concursal excepcional y extraordinaria que el legislador ha otorgado al Juzgado de lo Mercantil apreciable incluso de oficio y por ende afecta igualmente a los pactos resolutorios que los contratantes hayan establecido, pues en el ámbito del concurso, la eficacia de esa convención tiene ese límite legal de acuerdo con el artículo 1255 del Código Civil. Por ello, nada empece a tal aplicación el dato que efectivamente se haya pactado un pacto resolutorio, pues la ley no distingue entre causa de resolución expresamente pactada y la aplicación de la causa resolutiva por mor del artículo 1124 del Código Civil. Añadir que tal facultad legal de manera alguna está limitada o enervada por la protección legal a favor de los consumidores, cuando además si bien ambas normativas ostentan igual rango, la concursal es especifica de la materia.

El contrato objeto de examen es de fecha 4-12-2006; según estipulación cuarta los inmuebles se entregarán en el plazo máximo estimado de veinticuatro meses contados desde el inicio de las obras y la estipulación octava establecía la facultad de resolver el contrato a favor de los compradores en el caso de que los inmuebles no se entregarán con el simultáneo otorgamiento de escritura pública dentro de los seis meses siguientes al vencimiento del plazo previsto en la estipulación cuarta. Conforme se dice en la demanda y acepta la administración concursal el plazo de entrega era de 28-7-2008 y la facultad de resolver pactada no podía ser ejercitada hasta 28-1-2009. La demanda se presenta en fecha de 9-9-2008 data en que la obra se encuentra con un nivel constructivo del 56,71 %. A fecha de 29-1-2009, la obra se encuentra a un nivel de un 69 %, constando de la documental aportada en la alzada, admisible en aplicación del art. 270 de la Lec, certificaciones periódicas mensuales del proceso constructivo que culminan con su terminación en Febrero de 2010 y expedición a tal mes del certificado final de obra, estando presentada la solicitud de licencia de primera ocupación que en abril de 2010 se encuentra en trámite.

Nos encontramos por tanto que ciertamente la obra no fue finada en el plazo acordado contractualmente, fecha a la cual ya se encuentra declara en concurso Promociones Nou Temple SLU, pero también lo es que se acordó por la administración concursal que dicha Promoción (Retama) debía continuar como efectivamente asi ha sido con un proceso constructivo que si bien tampoco puede calificarse de rápido no hay que obviar los inconvenientes del propio proceso concursal como así también ha tenido presente el Juzgador; pero lo cierto es que se ha mantenido la voluntad firme de concluir la obra y en contra de lo que se manifiesta en el recurso, está terminada y en gestión la licencia de ocupación, por lo que en interés del concurso el Juez estima que ha de mantenerse los contratos, apreciación que consideramos acertada y es evidente que si el contrato es de venta de tales bienes inmuebles objeto social de la entidad vendedora y de la que se nutre sus activos con los que debe satisfacer a la masa pasiva del concurso, resulta de concluir que el interés del concurso ante esa tesitura no es la resolución del contrato de compraventa sino su mantenimiento." : SAP Valencia (Sección 9) 17.11.2010 (Sentencia 338/2010; Rollo 393/2010)

"TERCERO Dadas las alegaciones de la parte recurrente en relación con la facultad resolutoria contenida en el contrato de compraventa, cabe traer a colación lasentencia dictada por esta Sala en fecha 17 de noviembre de 2010 (Pte. Sr. Caruana), también referida al Complejo Residencial Retama y en la era parte la entidad Promociones Nou Temple SLU, en la que indicábamos: "De entrada es de precisar que la declaración del concurso no implica la modificación del contenido del contrato de compraventa, ni la ineficacia de sus cláusulas y por ende el comprador sigue con la obligación de abonar el precio en la forma pactada y el vendedor de entregar la cosa en el plazo estipulado pues ya la Exposición de Motivos de laLey 22/2003 (apartado III) dice: " la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso " y viene desarrollado en losartículos 61 y 62 del texto legal. Cuyo punto 1 establece : "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere elapartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes" y el 3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado" Por ende no es que la cláusula que fija la facultad resolutoria a favor del comprador por incumplimiento de la obligación del vendedor sea "absolutamente inoperativa" sino que la premisa de la misma, la obligación de entrega de la cosa sigue reportando plena vigencia y virtualidad, si bien,

limitada en cuanto a la resolución del contrato al deber ser declarada por el Juzgado de lo Mercantil que no necesariamente para fijar las consecuencias de tal resolución, sino para determinar si procede o no la resolución y caso afirmativo fijar las consecuencias; pues aún concurriendo los requisitos para dar por resuelto el contrato, puede no producirse tal declaración judicial cuando concurra la excepción de apreciarse un interés superior, cual es el "interés del concurso", concepto jurídico indeterminado aunque viene entendido como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado que evidente es dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso. Esa facultad recogida en elartículo 62.3 de la Ley Concursal excepcional y extraordinaria que el legislador ha otorgado al Juzgado de lo Mercantil apreciable incluso de oficio y por ende afecta igualmente a los pactos resolutorios que los contratantes hayan establecido, pues en el ámbito del concurso, la eficacia de esa convención tiene ese límite legal de acuerdo con elartículo 1255 del Código Civil. Por ello, nada empece a tal aplicación el dato que efectivamente se haya pactado un pacto resolutorio, pues la ley no distingue entre causa de resolución expresamente pactada y la aplicación de la causa resolutiva por mor delartículo 1124 del Código Civil. Añadir que tal facultad legal de manera alguna está limitada o enervada por la protección legal a favor de los consumidores, cuando además si bien ambas normativas ostentan igual rango, la concursal es especifica de la materia". Y concluíamos, "Nos encontramos por tanto que ciertamente la obra no fue finada en el plazo acordado contractualmente, fecha a la cual ya se encuentra declara en concurso Promociones Nou Temple SLU, pero también lo es que se acordó por la administración concursal que dicha Promoción (Retama) debía continuar como efectivamente así ha sido con un proceso constructivo que si bien tampoco puede calificarse de rápido no hay que obviar los inconvenientes del propio proceso concursal como así también ha tenido presente el Juzgador; pero lo cierto es que se ha mantenido la voluntad firme de concluir la obra y en contra de lo que se manifiesta en el recurso, está terminada y en gestión la licencia de ocupación, por lo que en interés del concurso el Juez estima que ha de mantenerse los contratos, apreciación que consideramos acertada y es evidente que si el contrato es de venta de tales bienes inmuebles objeto social de la entidad vendedora y de la que se nutre sus activos con los que debe satisfacer a la masa pasiva del concurso, resulta de concluir que el interés del concurso ante esa tesitura no es la resolución del contrato de compraventa sino su mantenimiento".
Las mismas consideraciones y criterio han de ser mantenidas en la presente resolución, sin que por tanto pueda estimarse la pretensión de resolución contractual con apoyo en el incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda.": SAP Valencia (Sección 9) 14.03.2011 (JUR 2011/190841; Sentencia 105/2011; Rollo 639/2010)

1.7.2.1 Aplicabilidad incluso en fase de liquidación

AP Oviedo

"SEGUNDO : Resultando indiscutido que el contrato de compraventa de 19 enero 2007 firmado entre Doña Alicia y la promotora "Dosta-Tanso, S.L." se encontraba ya con anterioridad a la fecha de declaración de concurso aquejado de causa de resolución por incumplimiento al no haber sido entregada la vivienda y predios anejos dentro del plazo convenido, la cuestión que se plantea en esta alzada pasa primeramente por examinar la procedencia de aplicar al caso la opción contemplada en el art. 62-3 L.C. a cuyo tenor "Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".
El ejercicio de la opción que nos ocupa constituye el reverso de la que también aparece contemplada en el art. 61-2 L.C. a propósito de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, al disponer el párrafo 2º de aquella norma que "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso". Y en este mismo sentido se expresa la Exposición de Motivos de la Ley Concursal cuando señala que "en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento". Ocurre sin embargo que la Ley Concursal no recoge qué debe entenderse por "interés del concurso", y ello pese a utilizar repetidamente dicho concepto en varios de sus preceptos, siendo opinión mayoritaria en la doctrina que siendo el proceso concursal un mero instrumento para la consecución de una finalidad concreta, el interés del concurso deberá identificarse con la satisfacción de todos los acreedores de manera proporcional y en la mayor medida posible. Nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado hasta la fecha acerca del concepto que nos ocupa -como criterio que justifica la imposición del cumplimiento de un contrato previamente incumplido- en las SSTS 16 y 22 julio 2014 referidas ambas a un mismo supuesto de hecho en el que la parte compradora había adquirido una vivienda sobre proyecto que tampoco fue entregada dentro del plazo convenido. En ambos casos se identifica en abstracto el interés del concurso como "el mayor grado de satisfacción de los acreedores de la concursada", y seguidamente se acepta que dicho interés resultaba más favorecido con el mantenimiento de la vigencia de la reglamentación contractual que con su resolución, teniendo en cuenta para ello "que la construcción estaba prácticamente terminada y era razonable un plan de viabilidad condicionado a la finalización de la promoción en marcha, para la posterior venta del resto de viviendas; así como que la resolución impondría la difícil búsqueda de un nuevo comprador y, en todo caso, la obtención de un precio inferior al convenido, a causa de la crisis económica".
Pues bien, en el supuesto ahora examinado el Juez del concurso utiliza una serie de consideraciones análogas para justificar el cumplimiento del contrato en interés del concurso toda vez que la obra de construcción ha sido finalizada completamente, se han removido los obstáculos para que puedan acceder al Registro las fincas y sus transmisiones, y la promotora concursada "Dosta-Tanso, S.L." se encuentra en condiciones de poder cumplir con la entrega de las viviendas; a todo lo cual cabría añadir también los argumentos arriba expuestos

en la medida que resultan genéricamente aplicables a toda situación de empresa promotora en concurso que ya ha conseguido finalizar la promoción inmobiliaria que estaba ejecutando y que desea evitar la huida de los compradores habida cuenta de los problemas que supondría el volver a colocar en el mercado unas viviendas a un precio devaluado y localizar nuevos compradores en un escenario de crisis inmobiliaria.
TERCERO : Asiste la razón a la apelante cuando alude en su recurso a que la aprobación por el Juez del concurso del plan de liquidación pueda cerrar el paso a una posterior solicitud de resolución del contrato de compraventa por incumplimiento, y ello por más que la Sra. Alicia no hubiere opuesto objeción alguna a su contenido durante el tiempo en que el plan estuvo de manifiesto en la oficina judicial, pues el plan de liquidación tiene por finalidad establecer las reglas que habrán de operar con carácter principal para hacer el pago a los acreedores concursales con el activo disponible, todo lo cual opera en un ámbito diferente a lo que afecta al mantenimiento de la vigencia de los contratos en que sea parte el concursado y a la consecuente posibilidad de ejercitar la acción de resolución por incumplimiento conforme autoriza el art. 62 L.C.
Ahora bien, lo que no podemos aceptar, tal y como pretende la apelante, es la imposibilidad de que se pueda invocar el "interés del concurso" para mantener la vigencia de los contratos cuando ya se ha procedido a abrir la fase de liquidación, y por tanto cuando la empresa está condenada a desaparecer. Aún cuando el criterio admitido por nuestro Alto Tribunal acerca de la cuestión examinada parece venir referido a concursos en los que el plan de viabilidad aparecía condicionado a que pudiera finalizar con éxito la ejecución de la promoción inmobiliaria, y por tanto en un escenario de convenio, lo cierto es que no parece existir obstáculo legal para alcanzar la misma solución en sede de liquidación pues en esta fase la regla viene a ser la posibilidad de aplicar los efectos propios de la declaración de concurso siempre que no resulten contradictorios o incompatibles con las normas de la liquidación, y en este sentido el propio art. 146 L.C. se ocupa de precisar que tras la apertura de la fase de liquidación se mantienen varios de los efectos derivados de la declaración de concurso como son los previstos en "el capítulo II del título III de esta Ley", entre los cuales se encuentra el régimen de las acciones de resolución por incumplimiento previstas en el art. 62 L.C. Cabe añadir a lo anterior que en orden a la mejor protección del "interés del concurso", con el contenido que arriba ha quedado perfilado, tampoco resulta posible establecer una diferente jerarquización o preferencia de la solución convencional respecto de la solución liquidatoria desde el momento en que tanto una como otra constituyen instrumentos que atienden por igual a aquel objetivo y se encuentran en igual aptitud para la satisfacción de los acreedores, lo que algún autor ha llamado "principio de igualdad de trato". Además hemos de tener presente que aún cuando la liquidación concursal venga orientada en principio al pago a los acreedores mediante la conversión en dinero del activo de la masa (art. 146 L.C.), nada impide que el concursado pueda durante esta fase continuar cumpliendo in natura las prestaciones a que venía obligado, lo que permite concluir en este contexto que el interés del concurso exigirá cumplir los contratos ya firmados, aún cuando se encontraren previamente incumplidos, si la celebración de otro contrato lo habría de ser en condiciones más gravosas para la masa.
Y esto es lo que puede apreciarse con claridad en el caso examinado, tal y como acertadamente señala el Juez del concurso, en el que tras la apertura de la liquidación se procedió a la novación del préstamo hipotecario concedido por el Banco Pastor, se ha finalizado la construcción del DIRECCION000 ", y la promotora ya se encuentra en condiciones de entregar de manera inmediata las viviendas al precio convenido en los respectivos contratos, siendo así que este objetivo encaminado a poder alcanzar un cumplimiento in natura con cada uno de los compradores, en lugar de en moneda concursal, con los obvios inconvenientes que este último remedio conlleva, exigía el mantenimiento de todos los contratos de compraventa con el precio ya firmado por aquéllos. En definitiva, las consideraciones expuestas conducen al rechazo del recurso y con ello a la confirmación de la Sentencia apelada.”: SAP Oviedo (sección 1) 22.12.2014 (Sentencia 352/2014; Rollo 121/2014)

1.7.2.2 Aplicabilidad, fijándose un plazo para la entrega

AP Madrid

“No resultando controvertido que en la fecha de declaración de concurso de URBYCON CONSTRUCTORA URBANÍSTICA S.L. (12/02/2009) subsistían obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes, dado que ni dicha concursada había entregado las viviendas ni los demandantes habían satisfecho íntegramente su precio, debemos comenzar analizando si en el supuesto que nos ocupa la referida vendedora había incurrido o no en causa de resolución de los contratos con arreglo a la normativa general (causa que, de concurrir, sería en todo caso posterior a la declaración de concurso), dado que si la respuesta a este interrogante fuera negativa, resultaría innecesario entrar a valorar el modo oportuno de aplicación de la normativa concursal. (...)
Pese a que el precedente planteamiento nos obliga a disentir del punto de vista que en la sentencia apelada se expone como argumento principal, no podemos desconocer que en ella se contempla también, con carácter subsidiario, la posibilidad de que la interpretación correcta del contrato condujera a la conclusión de que, en efecto, en la fecha de interposición de la demanda se hubiera sobrepasado ya por la vendedora el plazo de gracia a partir del cual se hacía operativa la facultad resolutoria a instancia del comprador. Y para este supuesto lo que decide la sentencia es hacer uso de la facultad conservativa que al juez del concurso atribuye al juez del concurso al establecer que "Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado". Ello hace, en vista de esa acumulación argumental, que para la resolución del presente recurso sea suficiente examinar si se encontraba o no justificado el uso de tal prerrogativa toda vez que, si la respuesta a dicha incógnita fuera afirmativa, resultaría ya irrelevante la controversia existente en torno a la existencia o inexistencia de causa resolutoria, puesto que, incluso admitiendo que, cual acaba de razonarse anteriormente, la causa resolutoria concurría, el pronunciamiento de la sentencia no podría verse alterado por ello.

Tres son, en esencia, los argumentos manejados al respecto por los apelantes:
1.- Indican que la prerrogativa del Art. 62-3 de la Ley Concursal solamente está contemplada para el mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo, cualidad esta que no reuniría el contrato de compraventa de inmuebles. No vemos, sin embargo, que la norma establezca tal restricción.
2.- Señalan que la solución conservativa de los contratos no tiene en cuenta que la concursada ha entrado en fase de liquidación, en cuyo ámbito -razonan- esa solución carece de sentido. Olvidan, sin embargo, que la norma no circunscribe las hipótesis de aplicación a aquellos en que la conservación de los contratos tenga por finalidad el mantenimiento de la actividad de la empresa. Por el contrario, el precepto se refiere, mucho más ampliamente, a los supuestos en los que dicha solución venga aconsejada "en interés el concurso", o lo que es igual, en interés del conjunto de los acreedores que han visto comprometida la satisfacción de sus derechos por virtud de la situación concursal. Y desde ese punto de vista, no nos ofrece la menor duda que es preferible para la masa pasiva la retención del numerario ya satisfecho por los actores y la recepción de la parte del precio aún no satisfecha que la retención del inmueble con la obligación de extraer de la masa activa el numerario abonado para devolverlo a los demandantes (que es lo que estos solicitan en la súplica de su demanda). Ello a no ser que constase en el concurso la existencia de una relevante posibilidad de realizar los inmuebles objeto de los contratos vendiéndolos a un precio superior al que se pactó con los actores, lo que ni consta en autos ni resulta verosímil en vista de la situación general por la que atraviesa desde hace años el mercado inmobiliario.
3.- Finalmente, se indica, frente a lo razonado en la sentencia, que la licencia de primera ocupación ni siquiera se encuentra solicitada. Ahora bien, con independencia de que este alegato pretende ser soportado en un documento cuya incorporación en esta segunda instancia ha sido rechazada por su extemporaneidad y que, por lo tanto, no existe en autos prueba alguna de dicha afirmación, lo que consideramos verdaderamente relevante es que es la propia sentencia apelada la que señala un plazo para la entrega de las viviendas en las condiciones pactadas, y que tanto ese como otros eventuales inconvenientes a los que se alude en el recurso no constituirían otra cosa que obstáculos que eventualmente pudieran impedir el cumplimiento de su obligación por parte de la concursada dentro del plazo que la sentencia establece. Contingencias, en suma, que producirán sus propias consecuencias en el caso de que lleguen a producirse pero sobre las cuales no puede realizar este tribunal conjetura alguna o actuar como si ya se hubiera producido.”: SAP Madrid (Sección 28) 10.05.2013 (Sentencia 150/2013; Rollo 660/2012)

1.7.3 Inaplicabilidad: contrato ya resuelto

AP Valencia

“PRIMERO.- El Juzgado mercantil 2 de Valencia dictó sentencia, con fecha 1 de Julio de 2010, en autos de juicio incidental dimanante del procedimiento concursal de la mercantil SOTOBLANCO VALENCIA SL, que desestimaba la demanda interpuesta por Hugo Y Fermina en ejercicio de resolución de contrato contra la mercantil acogiendo la reconvención planteada por aquella en ejercicio de la acción de cumplimiento contractual.
El recurso de apelación argumenta exclusivamente que la sentencia se ampara en el artículo 62,3 LC y desestima la demanda en interés del concurso, lo que sería admisible si se pretendiera la resolución de un contrato en vigor, pero que, en este caso, el contrato no estaba en tal situación porque por su parte se hizo uso de la opción que se ofrecía y se comunicó a la demandada la intención de rescindir el contrato, al amparo de la estipulación sexta del mismo, y aunque la demandada seguía sin admitir dicha resolución, aquella debió operar de forma automática, y no establecer este cumplimiento, ya que faltaría un elemento esencial, cual es la voluntad del comprador de celebrar un nuevo contrato, porque el anterior quedó sin efecto. La resolución del contrato sería anterior a la solicitud de concurso, por lo que no cabría la aplicación del 62,3 LC, ya que los efectos del concurso no pueden retrotraerse al momento en que los recurrentes solicitaron la rescisión del contrato en cuestión.
Los Administradores Concursales de la entidad SOTOBLANCO VALENCIA SLU solicitaron la confirmación de la sentencia dictada en la instancia con arreglo a las alegaciones contenidas en su escrito de oposición al recurso de apelación en el que, con carácter previo, alegaron la extemporánea interposición del recurso de apelación en tanto el Juzgado de lo Mercantil no había dictado resolución poniendo fin a la fase común del procedimiento concursal de SOTOBLANCO VALENCIA SLU.
También se solicita la confirmación de la sentencia dictada en la instancia la representación de la mercantil SOTOBLANCO VALENCIA SLU en base a las alegaciones que contiene su escrito de oposición al recurso de apelación que consta unido a los autos. (...)
TERCERO.- En cuanto al fondo del asunto, y examinando de nuevo cuanto constituye la cuestión litigiosa, la Sala concluye que la sentencia impugnada ha de ser revocada.
La parte actora y recurrente incide en que el contrato quedó resuelto por el *burofax* remitido al efecto por su parte, con fecha 15 de Enero de 2009, que fue contestado por la entidad demandada que no aceptó tal resolución unilateral, y tras las conversaciones pertinentes, y aunque estaba clara la opción de resolución por la demandante, no se llegó a culminar tal negociación.
El incumplimiento resolutorio, en la situación concursal en que se hallaba la demandada al instar la resolución del contrato, ha de ser, en general no un simple retraso, sin causa alguna que lo justifique, sino pertinaz y que, en cualquier caso, evidencie una voluntad rebelde al cumplimiento, sin que proceda cuando el mero retraso no comporte que el contrato siga siendo útil al acreedor - STS de 7/3/08 -.
Ciertamente que en situación concursal, como ya concurría al tiempo de plantearse la demanda, la valoración que merezca ha de ponerse en relación como impone el artículo 62,3 LC con el propio interés del concurso *(Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento*

del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado), e, igualmente, resulta palmario que el incumplimiento esgrimido por la demandante es anterior a aquel.
En la sentencia citada con anterioridad -relativa a la misma promoción aquí analizada- afirmábamos lo que sigue:
Según resulta del contenido de los autos, el Sr....suscribió en fecha...con la entidad HOGARES VILLABLANCA SL Unipersonal - ahora SOTOBLANCO VALENCIA SLU-, contrato privado de compraventa de vivienda, trastero y plaza de garaje del edificio MISLATA CENTRUM I, de cuyo precio total entregó el comprador en dicho acto 14.616'20 euros a cuenta, si bien con anterioridad había entregado a la vendedora
6.420 euros en concepto de reserva. Expresamente se establecía en el pliego de condiciones particulares del contrato, -condición particular 8 Observaciones-, que la finalización de la construcción estaba prevista para antes del próximo 30 de septiembre de 2008, salvo causa justificada que lo impida, añadiéndose en el apartado D de dicha condición que "conforme a lo dispuesto en la D.A 1ª de la Ley 38/1999 y la Ley 57/1968, las cantidades entregadas a cuenta se garantizan mediante aval o póliza de seguro, entregado a la parte compradora, en este acto, acreditación documental de tal extremo. Al dicho efecto se señala que la cuenta especial para percibir cantidades a cuenta es... (CAJADUERO), con la siguiente identificación.... Acordándose expresamente entre las partes que la ejecución total o parcial del aval entregado en garantía supondrá una resolución automática y de pleno derecho del presente contrato de compraventa. La parte comparadora se compromete y obliga a requerir notarial o judicialmente de resolución a la parte vendedora con carácter previo a hacer efectiva la garantía entregada". En cuanto a la entrega de la vivienda, la cláusula sexta del pliego de condiciones generales establecía que aquélla se efectuaría una vez finalizada la construcción y como máximo en la fecha prevista en el pliego de condiciones particulares -30/09/2008-, añadiéndose que "la indicada fecha podrá demorarse por causas no imputables a la parte vendedora,... como máximo un plazo de 90 días hábiles por razones técnicas del proyecto de construcción o de la ejecución de las obras de urbanización, por causas naturales, o por aquellas causas que, siendo ajenas a la empresa promotora, habitualmente permiten a estas empresas demorar la entrega de la edificación (huelgas, retraso en el suministro de materiales, etc.). De superarse la fecha citada, la parte compradora podrá optar por exigir el cumplimiento de la obligación, concediendo al vendedor una prórroga o por la resolución del contrato con devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales. Si transcurridos 15 días naturales desde dicha fecha la parte compradora no hubiese manifestado expresamente su voluntad, el presente contrato se entenderá tácitamente prorrogado".
Sin que la parte demandante haya justificado, ni siquiera alegado, las circunstancias o motivos que no le fueran imputables y que, en su caso, hubieran causado el retraso de la finalización de la obra, es lo cierto que pese a la fecha convenida para la entrega de la vivienda -30 de septiembre de 2008-, el certificado final de la obra no se firma hasta el 28 de febrero de 2009 (visado el 2 de marzo)...sin que al caso pueda admitirse que, como pretende la parte demandante-apelada en interpretación de la cláusula sexta que ha quedado transcrita, el contrato llegada la fecha de entrega convenida fuera tácitamente y automáticamente prorrogado en 90 días hábiles, no constando en autos notificación alguna en tal sentido al comprador en la que, además, quedara justificada los motivos del retraso no imputables a SOTOBLANCO, debiendo tenerse especialmente en cuenta a este respecto que tal y como se establece en dicha cláusula -redactada por la entidad actora- la concesión de la prórroga era facultad del comprador, pues claramente se indica en la misma que de superarse la fecha citada "la parte compradora podrá optar por exigir el cumplimiento de la obligación". En este caso además, y dada la inexistencia de un eventual silencio del comprador, no cabe estar a la interpretación pretendida por la entidad SOTOBLANCO pues en fecha muy anterior a la certificación de final de obra, y no habiendo mediado comunicación alguna al comprador del retraso de la fecha convenida para la entrega de la vivienda, se remite por el Sr....a la entidad vendedora un burofax en fecha 10 de diciembre de 2008 -f. 61 y 62-, en el que de forma expresa le comunica la resolución unilateral del contrato "ya que no existe causa alguna que ampare el retraso en la finalización de la obra" y en el que también se requiere para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda más los intereses legales correspondientes. Dicho burofax es contestado por otro de la entidad SOTOBLANCO en fecha 22 de enero de 2009 -f.65 y 66-, en el que comunica que la vivienda no ha podido ser entregada en la fecha prevista por causas totalmente ajenas, -que no identifica ni explica-, considerando que se ha producido la prórroga del contrato, oponiéndose a la voluntad resolutoria del comprador...
En el supuesto presente, el burofax para resolución del contrato se remitió el 15 de Enero de 2009, la demandada se opuso a la resolución inicialmente, si bien se inician, con posterioridad, conversaciones para resolver de común acuerdo el contrato y finalmente, al recibir la demandante comunicación en el sentido de que deberían comparecer al otorgamiento de escritura pública, se plantea por su parte procedimiento de resolución ante el Juzgado de Primera Instancia 23 que culmina por auto de 10-2-10 acogiendo la declinatoria por falta de competencia objetiva del mismo, ya que la demandada había sido declarada en situación de concurso el día 29-10-09. La demandante interpone la demanda origen de este procedimiento, seguidamente, ante el Juzgado Mercantil objetivamente competente.
La situación aquí analizada no difiere en lo esencial de la tenida en consideración en el procedimiento precedente, si bien, en aquel supuesto, la compradora había obtenido la restitución de las sumas garantizadas por aval, lo que, conforme el propio contrato, comportaba la resolución automática del mismo. Así, continuaba la sentencia anteriormente invocada expresando que:
"En este punto ha de ponerse de relieve el tenor de la cláusula 8 de las condiciones particulares del contrato, -ha de insistirse que redactadas por la entidad vendedora-, pues expresamente se señala en la misma que "la ejecución total o parcial del aval entregado en garantía supondrá una resolución automática y de pleno derecho del presente contrato de compraventa"; por tanto, cumplimentado por el comprador el previo requerimiento de resolución contractual por vía judicial y ejecutado el aval de la Ley 57/1968 sin que constarse oposición o voluntad contraria a ello por la entidad SOTOBLANCO, el contrato quedó resuelto de pleno derecho según lo

convenido por las partes (Art. 1258 C.Civil). Es por ello que ninguna incidencia o efecto pueden tener las ulteriores comunicaciones remitidas por SOTOBLANCO al Sr.... y pese a lo indicado en sus textos, la entidad vendedora no estaba en disposición de poder otorgar la escritura pública de compraventa pues la cédula de habitabilidad no la obtiene hasta el día 23 de julio del indicado año.
De cuanto hasta aquí se ha expuesto resulta que a la fecha de la interposición de la demanda inicial de estas actuaciones..., y también a fecha del Auto por el que se declara a la entidad SOTOBLANCO en situación de concurso de acreedores, 29 de octubre de 2010 (2009 en realidad, al citarse erróneamente), *el contrato de compraventa de vivienda suscrito por las partes litigantes el...ya estaba resuelto de pleno derecho de conformidad con los pactos convenidos en el propio contrato, resultando así de imposible estimación la acción de cumplimiento contractual que al amparo del artículo 62.1 de la Ley Concursal se ha ejercitado por la entidad SOTOBLANCO. Correlativamente, el anterior relato conlleva la necesaria estimación de la demanda reconvencional, debiendo declararse la resolución de pleno derecho del contrato....pues, como ya se ha indicado por esta Sala en resoluciones anteriores, la declaración del concurso no implica la modificación del contenido del contrato de compraventa, ni tampoco la ineficacia de sus cláusulas...".*
Ello comporta, asimismo, en el supuesto presente, la revocación de la sentencia recurrida, si bien las posiciones de las partes son contrapuestas en este caso. Tal y como expresa la demandante recurrente la misma ya había mostrado, con anterioridad a la declaración del concurso, su voluntad resolutoria, en estricta aplicación de las condiciones del contrato, por lo que la declaración contenida en la sentencia parte del mantenimiento de aquel cuando no era tal la situación concurrente. La parte actora solicita, además, en el presente supuesto, -en el examinado en la sentencia citada ya se había ejecutado el aval- la devolución de las sumas percibidas, lo que ha de acordarse, si bien habiéndose instado la resolución -conforme preveía el contrato- con carácter previo a la declaración de concurso, de conformidad con el artículo 62 LC se incluirá en el concurso el crédito que corresponda, al ser el incumplimiento del concursado anterior a la declaración de éste.": SAP Valencia (Sección 9) 08.05.2012 (Sentencia 170/2012; Rollo 78/2012)

"TERCERO. -Ante los dos recursos de apelación que se entablan frene a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, dado los pronunciamientos atacados por uno y otro apelante se inicia el tratamiento con el recurso de la parte demandada y revisado el contenido de los autos, pruebas practicadas y visto el soporte de grabación audiovisual, conforme al artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, ha de ser estimado, básicamente por la razón de ser inviable mantener la vigencia de un contrato de compraventa inmobiliaria en su día suscrito por los litigantes, vía interés del concurso, cuando el mismo está resuelto tanto por aplicación del propio contrato como por imposición legal, antes de ser declarada en concurso la entidad Promotora Sotoblanco Valencia SL.
Frente al planteamiento de la acción de cumplimiento del contrato instada por Sotoblanco al amparo, en primer lugar, de haber un incumplimiento por parte del comprador y alternativamente de mantenerse su vigencia por ser de interés del concurso y oponer el demandado que el contrato está resuelto porque dado el incumplimiento de la promotora de la obligación de entrega en el plazo fijado se ejecutó el aval por disposición contractual, produciendo automáticamente la resolución del contrato, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil acuerda la estimación de la demanda no por incumplimiento del contrato por el comprador, sino por ser interés del concurso; pronunciamiento en el que en si mismo no existe incongruencia alguna (artículo 218 -1 de la Ley Enjuiciamiento Civil) dada su clara petición expresa por la parte demandante y por tanto se da plena armonía entre esa parte del suplico de la demanda y el fallo otorgado. Ciertamente no se analiza en la resolución apelada el planteamiento fáctico de la acción primera de la demanda como tampoco la defensa del demandado y en tal sentido si que incumple el artículo 218-2 de la Ley Enjuiciamiento Civil, en cuanto no se da respuesta a tales cuestiones, pero ello no peca de incongruente el fallo en tal pronunciamiento dictado. Dado que la actora no insta la estimación de la acción planteada primeramente, la Sala se encuentra con que únicamente debe analizar la decisión del Juez de mantener el contrato de compraventa por interés del concurso, es decir, por la vía del artículo 62.3 de la Ley Concursal.
De entrada es de significar que al entidad promotora tenia un plazo concreto y determinado de entrega de la vivienda (30/9/2008) que la misma reconoce no cumplió, pero entiende que ello no era una conducta grave que justificase el incumplimiento del comprador y califica de mero retraso. Expresamente se establecía en el pliego de condiciones particulares del contrato, - condición particular 8 Observaciones-, que la finalización de la construcción estaba prevista para antes del próximo 30 de septiembre de 2008, salvo causa justificada que lo impida, añadiéndose en el apartado D de dicha condición que "conforme a lo dispuesto en la D.A 1ª de la Ley 38/1999 y la Ley 57/1968, las cantidades entregadas a cuenta se garantizan mediante aval o póliza de seguro, entregado a la parte compradora, en este acto, acreditación documental de tal extremo. Al dicho efecto se señala que la cuenta especial para percibir cantidades a cuenta es... (CAJADUERO), con la siguiente identificación... Acordándose expresamente entre las partes que la ejecución total o parcial del aval entregado en garantía supondrá una resolución automática y de pleno derecho del presente contrato de compraventa. La parte comparadora se compromete y obliga a requerir notarial o judicialmente de resolución a la parte vendedora con carácter previo a hacer efectiva la garantía entregada". En cuanto a la entrega de la vivienda, la cláusula sexta del pliego de condiciones generales establecía que aquélla se efectuaría una vez finalizada la construcción y como máximo en la fecha prevista en el pliego de condiciones particulares -30/09/2008-, añadiéndose que "la indicada fecha podrá demorarse por causas no imputables a la parte vendedora,... como máximo un plazo de 90 días hábiles por razones técnicas del proyecto de construcción o de la ejecución de las obras de urbanización, por causas naturales, o por aquellas causas que, siendo ajenas a la empresa promotora, habitualmente permiten a estas empresas demorar la entrega de la edificación (huelgas, retraso en el suministro de materiales, etc.). De superarse la fecha citada, la parte compradora podrá optar por exigir el cumplimiento de la obligación, concediendo al vendedor una prórroga o por la resolución del contrato con devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales. Si transcurridos 15 días naturales desde

dicha fecha la parte compradora no hubiese manifestado expresamente su voluntad, el presente contrato se entenderá tácitamente prorrogado".
Esta Sala ya ha fijado la interpretación del pacto contractual referido al momento de la entrega de la vivienda y su prórroga en las sentencias citadas de 20/03/2012. (R.A 35/12) y 21/5/2010 (R. A.150/2012) donde no aceptamos al tesis de la Promotora, pues estamos ante un contrato de adhesión en que la oscuridad
o confusión de tal pacto, reconocido por la propia demandante, no puede favorecer a la entidad que predispone e impone tal cláusula cuando además no justifica que el incumplimiento del plazo fuese por causas a ella no imputables. En esta situación es de poner de relieve que el comprador, expirado con creces el plazo de entrega y de prórroga sin percibir la vivienda, resolvió el contrato por requerimiento notarial de 16/2/2009 dirigido a la Promotora instando la devolución de las cantidades y que estas igualmente fueron peticionadas a la entidad bancaria prestadora del preceptivo aval en fecha de 6/3/2009, data en la que todavía seguía sin concluir la vivienda (Doc. 4 contestación) y la entidad bancaria hizo en entrega de tales cantidades al comprador. Todo ello acontece meses antes de ser declarada en concurso la Promotora y. el tenor de la cláusula 8 de las condiciones particulares del contrato, -ha de insistirse que redactadas por la entidad vendedora-, pues expresamente se señala en la misma que "la ejecución total o parcial del aval entregado en garantía supondrá una resolución automática y de pleno derecho del presente contrato de compraventa"; por tanto, cumplimentado por el comprador el previo requerimiento de resolución contractual y ejecutado el aval de la Ley 57/1968 el contrato quedó resuelto de pleno derecho según lo convenido por las partes (art. 1258 C.Civil). Es por ello que ninguna incidencia o efecto pueden tener las ulteriores comunicaciones remitidas por SOTOBLANCO al Sr. Pedro Miguel de estar en disposición de proceder a entregar la vivienda. De este aserto fáctico se concluye. por un lado. que conforme al pacto del contrato el mismo quedaba automáticamente resuelto, pues así expresamente lo pactaron los contratantes al ser devuelta la cantidad entregada como precio, por lo que la invocación de la tesis de la parte recurrente de que tal resolución necesitaba declaración judicial es incorrecta pues no se basa en el artículo 1124 del Código Civil (incumplimiento de la obligación) sino porque el precio elemento esencial del contrato es devuelto al comprador y por otro, porque la Ley de 57/68 solo prevé tal efecto por "rescisión del contrato" que no necesita amparo judicial para ser constitutiva.. Esa es la razón por la que al haber operado tal efecto extintivo del contrato antes del presente procedimiento no resultaba preciso el planteamiento de la demanda reconvencional pues además al comprador nada hay que reintegrarle al haberse efectuado ya antes del proceso.
En segundo lugar, si el contrato estaba rescindido antes de presentarse la demanda incidental no puede mantenerse en vigencia un negocio jurídico extinto, por lo que el fundamento del Juez es erróneo y desacertado al resultar de todo punto inaplicable el artículo 62.3 de la Ley Concursal precepto que exige un contrato bilateral y sinalagmático vigente y que una de las partes insta su resolución y de ahí que cobre sentido la decisión de juez de mantenerlo, pero no cuando el contrato está rescindido previamente al concurso, pues nada hay que mantener.
Por tanto debe estimarse el recurso de apelación y desestimarse la demanda incidental, lo que conlleva ser innecesario el tratamiento del recurso de apelación de la entidad actora.": SAP Valencia (Sección 9) 30.05.2012 (Sentencia 208/2012; Rollo 225/2012)

"2.2. La impugnación de la Sentencia por parte de los demandantes iniciales DON Franco y DOÑA Covadonga determina que el ámbito de conocimiento del presente recurso de apelación se extienda a todas las cuestiones que fueron planteadas en la instancia, tanto en relación con la demanda inicial como respecto de la demanda reconvencional.
Y siendo así, y debiendo proceder esta Sección 9ª en los términos que resultan del artículo 456.1 de la LEC, hemos procedido a tomar en consideración la totalidad de las alegaciones respectivamente formuladas por las partes y la actividad probatoria desplegada en la instancia, y hemos llegado a la conclusión de que procede la revocación de la Sentencia apelada - respecto de la que no compartimos la fundamentación jurídica que en ella se contiene - por las razones que seguidamente pasamos a exponer.
2.2.1. De lo actuado en el procedimiento y de la prueba practicada en las presentes actuaciones resulta que las ahora litigantes suscribieron un "compromiso de reserva" de vivienda, trastero y plaza de garaje en el complejo DIRECCION000 1 el 6 de mayo de 2006, resultando - amén de la forma de pago del precio fijado
-en el "pliego de condiciones particulares" que la fecha prevista para la finalización de la construcción era la del 30 de septiembre de 2008 y en el "pliego de condiciones generales" un plazo de demora de 90 días hábiles. El 28 de octubre de 2008 (folio 14) los demandantes comunicaron a SOTOBLANCO VALENCIA SL su voluntad de no demorar el período de prórroga, lo que recordaron de nuevo a la indicada entidad en fecha 5 de febrero de 2009 indicándole expresamente que si antes de la finalización de la prórroga no se ponían en contacto con ellos para la firma de la escritura y entrega de la vivienda, darían por resuelto el contrato, lo que comunicaron - con ulterior oposición de la promotora - el 12 de febrero de 2009 (documento 5 al folio 16). El 14 de marzo del mismo año (folio 17) SOTOBLANCO VALENCIA SL se opuso a la resolución instada por los actores alegando la insignificancia del retraso y las gestiones que venía desarrollando para proceder a la entrega de la vivienda a la mayor brevedad.
Tras la indicada oposición, el 16 de marzo los actores cursaron notarialmente requerimiento resolutorio y de devolución de las cantidades hasta entonces entregadas por importe de 51.690,25 euros, lo que motivó una nueva oposición de SOTOBLANCO VALENCIA SL (documento 8 al folio 19) el 31 de marzo de 2009 y requiriendo a los actores a fin de que se pusieran en contacto para otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa y su disposición para mostrar el estado de la vivienda, lo que reiteró en fecha 13 de mayo de 2009 (folio 20).
Los demandantes dieron respuesta el 21 de mayo indicando que el motivo de la resolución era por razón de los incumplimientos de la promotora, sin que a tal fecha se hubiera obtenido la licencia de primera ocupación, por lo que reiteraban el requerimiento de devolución de las cantidades abonadas, a lo que nuevamente se opuso

SOTOBLANCO - folio 25 - alegando la insignificancia del retraso y su oposición a la resolución instada de adverso.
No vuelve a mediar comunicación de SOTOBLANCO VALENCIA SL hasta el 23 de julio siguiente, para poner en conocimiento de los actores la obtención de la cédula de habitabilidad y encontrarse en disposición de escriturar
Por Auto de 29 de octubre de 2010, se declaró en concurso a la entidad SOTOBLANCO VALENCIA SL.
2.2.2. En referencia a la misma promoción que ahora nos ocupa, esta Sección, en la resolución citada ut supra, tomando en consideración las estipulaciones contenidas en la documentación contractual aportada a las actuaciones, concluyó que frente a la alegación efectuada por SOTOBLANCO VALENCIA SL de la existencia de un mero retraso en la entrega no justificativo de la resolución contractual operada de adverso, y la actitud desplegada por el comprador para resolver el contrato, que la resolución había operado y la misma era procedente dado que la promotora no había justificado las razones del retraso conforme a lo pactado por las partes respecto de la entrega de la vivienda. Habiendo quedado superada la fecha fijada para ello y la prórroga de los 90 días consentida, la parte compradora podía optar y optó por la resolución, teniendo ésta lugar con anterioridad a la declaración del concurso.
En la Sentencia de referencia se decía: " En cuanto a la entrega de la vivienda, la cláusula sexta del pliego de condiciones generales establecía que aquélla se efectuaría una vez finalizada la construcción y como máximo en la fecha prevista en el pliego de condiciones particulares -30/09/2008-, añadiéndose que "la indicada fecha podrá demorarse por causas no imputables a la parte vendedora,... como máximo un plazo de 90 días hábiles por razones técnicas del proyecto de construcción o de la ejecución de las obras de urbanización, por causas naturales, o por aquellas causas que, siendo ajenas a la empresa promotora, habitualmente permiten a estas empresas demorar la entrega de la edificación (huelgas, retraso en el suministro de materiales, etc.). De superarse la fecha citada, la parte compradora podrá optar por exigir el cumplimiento de la obligación, concediendo al vendedor una prórroga o por la resolución del contrato con devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales. Si transcurridos 15 días naturales desde dicha fecha la parte compradora no hubiese manifestado expresamente su voluntad, el presente contrato se entenderá tácitamente prorrogado".
Es evidente, a tenor de cuanto ha quedado expuesto con anterioridad, y en lo que a este procedimiento se refiere, la manifiesta voluntad de los actores de no conceder una prórroga mayor, y que conforme a lo pactado, ejercitaron su facultad de resolver el contrato, oponiéndose expresamente a la concesión de cualquier otra prórroga, con la finalidad de enervar la posibilidad de que pudiera apreciarse un consentimiento tácito a la prolongación del plazo de entrega, por lo que es aplicable el criterio antes indicado.
En la Sentencia de 15 de noviembre de 1999, el Tribunal Supremo, en interpretación del artículo 1124 del C. Civil declara que la facultad resolutoria puede ejercitarse no sólo en vía judicial, sino también mediante declaración no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva de que sean los Tribunales los que definitivamente decidan sobre su procedencia cuando no se acepta y resulta impugnada, que es lo que ha acontecido en el supuesto sometido a nuestra consideración. En las Sentencias de 17 de julio de 2007 y 13 de febrero de 2009, la Sala Primera razona que cuando la declaración de resolución efectuada por una de las partes se impugna por la otra, queda sometida al examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declarar, en definitiva, bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho, produciéndose ésta por el requerimiento (Sentencia de 7 de noviembre de 1996) y si las partes no están conformes con ella, será preciso acudir al proceso, pero la Sentencia no constituye la resolución, sino que se limita a declarar la ya operada (Sentencia de 29 de abril de 1998), con efecto retroactivo, como se desprende de las Sentencias de 15 de julio de 2003 y 17 de julio de 2009, entre otras.
Consecuencia de lo expuesto es la revocación de la Sentencia dictada por el magistrado "a quo", con estimación (en los términos que se dirá) de la demanda formulada por DON Franco y DOÑA Covadonga, dado que el contrato de compraventa quedó correctamente resuelto por los demandantes conforme a lo pactado con anterioridad a la declaración del concurso de la entidad SOTOBLANCO VALENCIA SL, con la consecuente desestimación de la reconvención, al haber quedado extrajudicialmente resuelto de conformidad con lo pactado por las partes.
En lo que a los efectos de la resolución se refiere, tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de noviembre de 2009 que los efectos de la resolución contractual se producen "ex tunc", colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya percibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe.
Según resulta del suplico de la demanda, en relación con el Fundamento Jurídico noveno de la misma, la parte actora interesa la condena al pago (como crédito ordinario) de 54.922 euros más los intereses legales incrementados en dos puntos hasta la fecha del pago definitivo, estando integrada la cantidad indicada por dos conceptos distintos: 46.392 euros por cantidades entregadas a cuenta y 8530 euros por intereses devengados hasta el 1 de octubre de 2010.
Habiéndose declarado el concurso de SOTOBLANCO VALENCIA SL en fecha 29 de octubre de 2009, a tal fecha quedó en suspenso el devengo de intereses (conforme al contenido del artículo 59 de la Ley Concursal), de manera que la condena habrá de concretarse a la cantidad de CUARENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS EUROS.”: SAP Valencia (Sección 9) 21.06.2012 (Sentencia 240/2012; Rollo 77/2012)

1.8 Arrendamiento de local o nave

1.8.1 Inexistencia de interés del concurso, cesada la actividad

AP Madrid

“PRIMERO.- Sobre los términos del debate.
La entidad GURCEMAY SL, en su condición de dueña del local comercial sito en la planta baja del edificio sito en el nº 7 de la calle Julián Camarillo de Madrid y de arrendadora del mismo a la ulteriormente concursada JOSÉ JIMÉNEZ ARELLANO SA, planteó demanda de incidente concursal, reclamando la resolución de dicha relación contractual arrendaticia, alegando el impago de las rentas pactadas no sólo con anterioridad a la declaración de concurso de la mencionada sociedad, sino también de una pluralidad de mensualidades posteriores a ella.
Por la contraparte se admitió tal situación de incumplimiento contractual, se adujo que mediante la liquidación de existencias se trataría, en la medida en que fuera posible, de pagar lo adeudado y además se interesó por la administración concursal que se mantuviese en vigor el arrendamiento para evitar incurrir en gastos de almacenamiento de dichas existencias en otro lugar.
El juez del concurso atendió esta última petición y decidió desestimar la demandada de resolución contractual, al considerar que el arrendamiento debía persistir en interés de concurso, y señaló, cuando se le planteó por vía de solicitud de aclaración y de complemento de sentencia, que no tenía que pronunciarse sobre el carácter o no de deuda contra la masa de las rentas adeudadas porque excedía de lo planteado en la demanda incidental.
La demandante, dada su disconformidad con lo decidido, plantea recurso de apelación contra la resolución del juez del concurso que se sustenta, ordenados del modo más lógico, en dos motivos: 1º) la improcedencia de mantener el arrendamiento cuando la concursada había cesado en su actividad en el local y sólo lo utilizaba ya como almacén de existencias, con lo que no tendría sentido que se impusiera al arrendador el sacrificio de tener que seguir soportando un alquiler cuya renta además ya no iba a poder cobrar por no estar la contraparte en condiciones de pagársela; y 2º) que en el caso de mantenerse el contrato en interés del concurso, ya que se le forzaría a la continuación de tal relación contractual, debería el arrendador gozar del derecho a que toda la renta adeudada debiera ser satisfecha con cargo a la masa del concurso.
SEGUNDO.- Sobre el primer motivo de recurso.
No es objeto de polémica que media un incumplimiento contractual imputable a la concursada, lo que supondría la concurrencia de causa de resolución del arrendamiento (artículos 1555.1 º y 1556 del C. Civil), que puede ser exigida, en caso de concurso, por la vía procesal contemplada en el artículo 62 de la Ley Concursal.
La clave de este debate se centra en enjuiciar si el juez del concurso aplicó con corrección la facultad (prevista en el artículo 62.3 de la Ley Concursal) de decidir que, pese al incumplimiento del concursado, deba ser mantenido el contrato por exigirlo así el interés del concurso. El juzgador debe valorar, para tomar tal decisión, si el conseguir un mayor grado de satisfacción para los fines del concurso justificaría que se enervase la facultad de la que goza el contratante "in bonis" de optar por la resolución del contrato y con ello desistir de tener que cumplir con lo que estaba estipulado. Esta facultad del juez no es, sin embargo, un ejercicio discrecional que no esté sujeto a posibles límites.
Por un lado, el interés del concurso que debería ser defendido habría de serlo de carácter legítimo. Pues bien, en este caso debemos poner en entredicho la calificación como tal cuando no se trataba de permitir la continuación de la actividad del concursado en el local arrendado para permitir el acrecimiento de nuevos activos con lo que satisfacer las deudas, sino del simple propósito de ahorrarse gastos de depósito de existencias. No descartamos que ello pueda entrañar una ventaja para el concurso, pero si ya no hay despliegue de actividad por parte del concursado que pueda justificar la finalidad con la que se suscribió el contrato de arrendamiento puede resultar improcedente el imponer a la contraparte la persistencia en una relación que no desea mantener, prolongando con ello la situación de desposesión del bien de su propiedad, cuando concurre justa causa para interesar la resolución contractual.
Además, no podrá imponerse al otro contratante el mantenimiento del contrato cuando previsiblemente la masa activa no fuera a resultar suficiente para satisfacer las obligaciones derivadas del contrato. Carecería de sentido obligar a la continuación de un contrato que el concursado no estuviera en condiciones de poder cumplir, pues de ser esa la situación habría de permitirse a la contraparte que llevase a cabo su voluntad de desvincularse del mismo. Otra cosa es que, siendo inicialmente posible el cumplimiento, por la evolución de las acontecimientos no se consiguiese luego atenderlo, en cuyo caso se justificaría, pese a la inicial decisión de mantenimiento del contrato en interés del concurso, una nueva reacción de la contraparte.
Llama la atención que en el presente caso en el escrito de contestación de la administración concursal no sólo no se diesen garantías sino que ni tan siquiera se ofreciese una perspectiva sólida de que pudiera atenderse el pago de la deuda arrendaticia (tanto la anterior, como la posterior a la declaración del concurso, por una cuantía ya entonces superior a los 71.000 euros, ni la que pudiera luego ir devengándose), aludiéndose simplemente a la expectativa del fruto de la liquidación de existencias en términos tales que resultaba un tanto incierta e insuficiente a este respecto. Lo que no tendría justificación es imponer al arrendador la obligación de consentir la pervivencia de un arrendamiento cuando no parecía previsible que pudiera pagársele, como contraprestación por ello, la correspondiente renta, cuyo cuantía impagada iría además en progresivo aumento. El interés del concurso no podría prevalecer a cualquier precio y resulta claro que el esfuerzo cuya realización incumbiría al arrendador no gozaría de una adecuada compensación que pudiera justificar que el juez le impusiera un sacrificio tan desproporcionado.
A tenor de lo señalado no debió oponerse obstáculo alguno a la acción resolutoria del contrato de arrendamiento, por lo que debería haber prosperado la pretensión de la parte actora. En consecuencia el recurso de apelación ha de ser estimado.
TERCERO.- Sobre el segundo motivo de recurso.
La estimación del primer motivo del recurso deja sin contenido el segundo, ya que habiendo excluido la procedencia de la subsistencia del contrato en interés del concurso no procedería analizar qué repercusión hubiera conllevado una decisión de ese tipo en la clasificación de la deuda por rentas impagadas.

Por otro lado, nada se interesaba en la demanda sobre el pago de las rentas adeudadas por lo que no se efectuará explícito pronunciamiento alguno al respecto por parte de este tribunal en esta resolución de apelación, sin perjuicio de que deban operar, por ministerio de la ley, las previsiones del nº 4 del artículo 62 de la Ley Concursal.": SAP Madrid (Sección 28) 13.09.2013 (Sentencia 244/2013; Rollo 95/2012)

AP Pontevedra

"PRIMERO.-En el presente proceso de incidente concursal, promovido por la arrendadora de los locales comerciales en donde el concursado-arrendatario tiene instalada su oficina de farmacia y ejerce su actividad negocial de farmacéutico, en ejercicio de una acción resolutoria de los contratos de arrendamiento por la falta de pago de la renta desde la mensualidad de Agosto de 2011, frente a la sentencia de instancia de fecha 21 de marzo de 2012 que, no obstante reconocer la realidad de los impagos referidos y, por ende, la existencia de causa resolutoria del contrato (art. 27-2 a) de la LAU), acuerda, atendiendo al interés del concurso y al amparo del art. 62-3 de la LC, el cumplimiento de los contratos de arrendamiento, con establecimiento a cargo de la masa de todas las cantidades que se deban a la actora-arrendadora derivadas de los citados contratos, recurre en apelación la demandante.
SEGUNDO.-En su escrito de interposición de recurso de apelación, la actora recurrente interesa la estimación de la pretensión resolutoria de su escrito de demanda, con base en las sustanciales alegaciones que seguidamente se pasan a exponer.
Así, se indica que a la fecha de formulación del recurso la oficina de farmacia que albergaban los dos locales comerciales arrendados por la actora lleva varias semanas cerrada al público, no encontrándose nadie en su interior y apreciándose correspondencia amontonada sin recoger tras la puerta principal, cuál cabe desprender del contenido del acta notarial de presencia de fechas 18/4/2012 y 23/4/2012.
Tal estado de cosas demuestra que no es intención del concursado continuar desempeñando su trabajo, pues ni él mismo ni ninguno de sus empleados se encuentran atendiendo ya el negocio, por lo que las teóricas posibilidades de continuación de la actividad han dejado de existir, imposibilitando igualmente cualquier eventual convenio, siendo así que el lanzamiento del deudor no frustrará ninguna de las expectativas que le pueden restar a los acreedores.
Asimismo, desde que se declaró el concurso (mes de diciembre de 2011) no se ha satisfecho ninguna mensualidad de renta.
La ausencia de actividad, con la carencia de nuevos ingresos que ello implica no facilita el reflote del negocio, por lo que no es exigible cargar a un acreedor con la obligación de soportar la vigencia de un contrato de arrendamiento que resulta incumplido y cuya continuidad tan solo va a generar perjuicios, no solo a la arrendadora recurrente sino también para todos los demás acreedores.
De modo que las circunstancias que el Juzgador tuvo en cuenta para dictar la sentencia desestimatoria del desahucio han variado sustancialmente, haciendo decaer el alegato judicial basado en la facultad conferida por el art. 62-3 LC en atención al interés del concurso, resultando más beneficioso para el concurso la resolución de los contratos de arrendamiento que su mantenimiento en vigor.
TERCERO.-La situación que expone la recurrente de cierre del negocio de farmacia y denotativa de una cesación por el concursado en su actividad profesional viene a resultar confirmada por la propia representación de éste último, al expresar en su escrito de oposición al recurso de apelación haberse llegado a declarar el cese de actividad y el cierre de las oficinas y establecimientos del concursado a solicitud de la Administración concursal.
No tiene, pues, sentido alguno el mantenimiento de los contratos de arrendamiento de los locales comerciales de asentamiento de la oficina de farmacia del deudor concursado, que solo comporta gastos en perjuicio de los acreedores del concurso así como también del propio deudor.
La circunstancia de que el cierre de la oficina de farmacia y el abandono de la actividad profesional del concursado se haya venido a producir inmediatamente después de dictada la sentencia de instancia viene a poner de relieve la nula viabilidad de la continuidad del negocio del concursado ya en la misma fase de sustanciación del incidental concursal y su ya posible apreciación por el Juzgador a la hora de hacer aplicación de la facultad que le atribuye el apartado 3 del art. 62 LC. Lo que determina a no considerar acertada la decisión adoptada por el Juez "a quo", descartando con ello una vulneración del art. 413 de la LEC.
En consecuencia, al amparo del art. 27-2 a) de la LAU procede declarar la resolución de los contratos de arrendamiento, con los efectos contemplados en el art. 62-4 de la LC, lo que supone la inclusión en el concurso como crédito concursal de las mensualidades de renta impagadas anteriores a la declaración del concurso y la satisfacción con cargo a la masa de las mensualidades de renta impagadas posteriores a la declaración del concurso.": SAP Pontevedra (Sección 1) 05.11.2012 (Sentencia 555/2012; Rollo 545/2012)

1.8.2 Interés del concurso, mientras se liquidan las pertenencias, aun cesada la actividad

AP Girona

"TERCERO.-La desestimación del primer motivo de oposición hace innecesario entrar en el examen del segundo motivo, no sin antes señalar que contrariamente a lo mantenido por la parte apelante, la sentencia razona y fundamenta los motivos que de no haber estimado la falta de legitimación le llevarían a la aplicación de lo dispuesto en el Art 62 de la LC., fundamentación que no es compartida por la parte apelante, al estimar que no existen pruebas sobre el interés que aprecia la sentencia apelada y sin el simultaneo pago de la renta.
En el supuesto que se somete a consideración se trata, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (Capítulo III), de la posibilidad de enervar la resolución del contrato en caso de que exista causa para la resolución por incumplimiento. De este modo, para el legislador, el cumplimiento forzoso, determinado

por el interés del concurso, es un medio no ya de llevar a efecto lo pactado en caso de incumplimiento, sino una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento.
Pero, sigue indicando la Exposición de Motivos, ésa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte. Dice literalmente la EM que "no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento.
En conclusión, la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, y la futura, con cargo a la masa. Por lo tanto, debe deducirse que mientras que existan bienes y derechos sobre los que hacer efectivo los créditos contra la masa, podrá mantenerse la enervación de la resolución.
En consecuencia, estimando el Juez "a quo" que debe mantenerse el cumplimiento del concurso en interés del concurso, deviniendo forzosa la prestación de la parte actora, y debiendo pagarse su crédito con cargo a la masa, tal y como ya razona la sentencia de instancia, que ya prevé que la fase de liquidación puede durar unos 7 u 8 meses tiempo necesario para poder vender adecuadamente todos los enseres, mobiliario e instalaciones, maquinaria ubicados dentro de la nave arrendada y perteneciente a la concursada, pudiendo obtenerse recursos suficientes con la enajenación para pagar incluso las rentas impagadas.
La parte apelante, no esta conforme con el fundamento de derecho de la sentencia en cuanto a que el Juez " a quo " recoge que serán a cargo de la masa las rentas que se devenguen manifestando que deben serlo también las rentas debidas y no solo las que se devenguen en lo sucesivo. Dejando al margen que solo puede ser objeto de apelación el pronunciamiento del Fallo de la sentencia y la misma ningún pronunciamiento hace al respecto, nada deberá resolverse al respecto en esta alzada, sin perjuicio de las acciones que al respecto la arrendadora como usufructuaria de 13 de la comunidad pueda efectuar.": SAP Girona (Sección 1) 27.03.2012 (Sentencia 137/2012; Rollo 727/2011)

1.8.3 Falta de acreditación del interés del concurso, no basta la mera conveniencia

AP Barcelona

"1. Com s'ha exposat als antecedents de fet, Don. Celestino, arrendador de la finca del carrer València, 282, àtic 2a, de Barcelona, de la qual és arrendatària la concursada, ROCADOT PRINCIPAL, S.L., va instar el desnonament per falta de pagament de la renda. Ho va fer davant el jutjat que coneix del concurs, amb base en rendes impagades abans i després de la declaració de concurs. La sentència del Jutjat Mercantil va considerar acreditat l'impagament i, per tant, va apreciar la causa del desnonament. El Sr. magistrat, però, va acordar la vigència del contracte d'arrendament, en interès del concurs, tal com havien demanat la concursada i l'administrador concursal (AC). Aquest pronunciament ha estat objecte d'impugnació per l'arrendador.
2. El recurs d'apel·lació sosté, en síntesi: que ROCADOT PRINCIPAL, S.L., contra el que afirma la sentència del jutjat, forma part d'un grup d'empreses; que el pis arrendat (àtic 2a) és utilitzat per empreses del grup diferents de la concursada i que ROCADOT PRINCIPAL, S.L. disposa d'un altre pis (1er) al mateix edifici, propietat en una meitat indivisa de l'administrador i lletrat de la societat concursada, Sr. Anton, local que seria suficient per desenvolupar les escasses operacions empresarials de la concursada. La recurrent també al·lega la falta de continuïtat de ROCADOT PRINCIPAL, S.L., la qual estaria desviant l'activitat empresarial cap a d'altres societats, algunes de les quals haurien estat constituïdes per buidar el patrimoni de la concursada, en frau de creditors.
El recurs d'apel·lació també denuncia el laconisme i la falta de rigor de l'escrit de l'AC que defensa el manteniment del contracte d'arrendament de la finca. Segons l'arrendador apel·lant, l'AC hauria d'haver exposat de manera detallada i motivada les raons de la necessitat que la concursada continuï en l'ús de la finca, malgrat el perllongat impagament de les rendes. La part apel·lant manifesta que, a la data del recurs d'apel·lació, setembre de 2011, la concursada deu vint-i-un mesos de renda, dada no rebatuda per la part contrària ni per l'AC -la qual no presenta escrit d'oposició al recurs.
3. L' article 62.3 de la Llei concursal (LC) preveu que, encara que hi hagi causa de resolució del contracte per incompliment, el jutge podrà acordar el compliment, en atenció a l'interès del concurs. Aquest (interès del concurs) és un concepte jurídic indeterminat que no es pot identificar amb la simple conveniència o arbitri de la societat concursada. En la mesura que constitueix una facultat excepcional en el règim general de la resolució per incompliment, cal que el sacrifici que s'imposa a la part complidora quedi justificat per l'existència d'una situació que faci realment necessària la continuïtat del contracte. S'ha d'acreditar que, en el cas concret, la resolució impediria la continuïtat de l'activitat de la concursada, amb la repercussió conseqüent en les possibilitats de satisfacció dels drets dels creditors.
4. Des d'aquesta perspectiva, considerem que té raó l'arrendador recurrent quan estima insuficients les dades aportades per fonamentar l'actuació de l' article 62.3 LC en aquest cas.
L'AC, en el trasllat de la sol·licitud de ROCADOT PRINCIPAL, es limitava a manifestar que era necessari mantenir els contractes [en plural] de lloguer, ja que la societat continuava necessitant el local com a oficina per desenvolupar l'activitat i que no observava cap inconvenient sobre l'oportunitat de donar aplicació a la facultat de l' article 62.3 LC.
Encara que la sentència del jutjat consideri que no ha estat provat que la concursada forma part d'un grup d'empreses, aquesta dada l'hem de tenir per establerta, ja que així ho va fer constar l'informe de l'AC i ho admet expressament ROCADOT PRINCIPAL en l'escrit d'oposició al recurs d'apel·lació.

També s'ha admès que la resta d'empreses del grup (el recurrent esmenta un total de vuit) estan domiciliades al mateix edifici del carrer València, 282, en el pis 1r, tret de la societat Áticos Barcelona Big Apple, S.L. que tindria la seu social al pis àtic de l'edifici, és a dir, al mateix local del qual és arrendatària la concursada. Aquesta última dada resulta dels fets al·legats pel Sr. Celestino en la primera instància, no negats per la part contrària, i reiterats en l'apel·lació.
La concursada tampoc no nega i l'AC confirma obertament l'al·legació del Sr. Celestino, referendada per la nota del Registre Mercantil que aporta al jutjat com a document número 1, que una de les societats del grup, anomenada OSER 24 H, S.L., amb seu social al carrer València, 282, 1r, i amb objecte social de "manteniment d'habitatges i comunitats de propietaris horitzontals i/o verticals i la realització de tot tipus d'obres amb aquesta finalitat", es va constituir el dia 30 de juliol de 2009, és a dir, el dia anterior de la sol·licitud de concurs voluntari de ROCADOT PRINCIPAL, l'activitat de la qual és, segons recorda l'AC, la construcció, manteniment i rehabilitació d'habitatges, és a dir, la mateixa que la nova societat.
5. És cert que, com raona el Sr. magistrat, no s'ha acreditat que en el local arrendat estiguin desenvolupant activitats empreses (en plural) diferents de la concursada. Ara bé, per una banda, no podem obviar la domiciliació en aquest local d'una empresa (l'esmentada Áticos Barcelona Big Apple, S.L.) diferent de la concursada.
I, per altra banda, i més transcendent, considerem que no es pot posar a càrrec de l'arrendadora una prova que correspon aportar a l'arrendatària, per consideracions normatives i fàctiques. Primerament, perquè, com s'ha exposat abans, la norma general davant l'incompliment del contracte és la resolució quan la sol·licita la part complidora. La facultat excepcional de manteniment del contracte, prevista en l' article 62.3 LC, no és automàtica, a l'arbitri de la concursada, sinó que ha de tenir una justificació suficient, la qual ha de ser aportada al judici per la part que pretén enervar la resolució. En segon lloc, perquè la naturalesa dels fets rellevants del cas exigeix tenir en compte els principis de facilitat i disponibilitat probatòria (article 217.7 de la Llei d'enjudiciament civil, LEC). En l'entramat de societats del grup de la concursada, dedicades totes a activitats immobiliàries idèntiques o complementàries, les dificultats de prova per als tercers són tan evidents com les facilitats per a l'arrendatària.
Consta que la resta de societats del grup de la concursada -inclosa la que es va crear el dia anterior a la sol·licitud del concurs voluntari de ROCADOT PRINCIPAL, quan aquesta ja devia un bon nombre de mensualitats de renda al Sr. Celestino - disposen, per a les activitats que desenvolupen, de la meitat del pis 1r, abans esmentat, la total superfície del qual, segons la inscripció en el Registre de la Propietat, és de 180 m2. No s'ha acreditat, ni tan sols al·legat, quin és exactament el nombre de treballadors de ROCADOT PRINCIPAL -ni de la resta d'entitats del grup- que hagin de desenvolupar activitats al local arrendat. L'afirmació de l'AC que en el local "estant treballant 7 persones realitzant treballs administratius per a la societat ROCADOT PRINCIPAL" és ambigua i ni tan sols especifica que es tracti d'empleats de la concursada. Aquesta dada no s'acredita, malgrat la facilitat. Quant als treballadors de la resta d'empreses del pis 1r, s'aporta documentació laboral de sis persones. Tenint en compte que la concursada, segons les manifestacions pròpies i les de l'AC, només estaria supervisant simultàniament dues obres de rehabilitació de finques, el panorama no ofereix dades de fet objectives suficients per justificar el sacrifici dels interessos de l'arrendador apel·lant.
6. No s'ha plantejat en el recurs la qüestió de la garantia del pagament a l'arrendador, amb càrrec a la massa, del deute pel qual ha demanat la resolució del contracte, pagament que constituiria la contrapartida del sacrifici que la concursada i l'AC pretenen imposar-li. Per tant, hem de deixar de banda la qüestió i, amb base en les consideracions exposades, estimar el recurs d'apel·lació i, en conseqüència, estimar la demanda de resolució del contracte d'arrendament amb desallotjament del local arrendat i amb inclusió del crèdit del Sr. Celestino en el concurs, conformement amb l' article 62.4 LC. ": SAP Barcelona (Sección 15) 18.04.2012 (Sentencia 148/2012; Rollo 725/2011)

1.9 Aplicación extensiva a contrato extinguido por transcurso del plazo convenido y no resuelto por incumplimiento

AP Jaén

"**"PRIMERO** Contra la sentencia dictada en la instancia, por la cual, estimando la demanda formulada, se condena a la demandada Endesa Energía SAU, a mantener el contrato de suministro pactado entre las partes con imposición de las costas, se alza la representación procesal de la misma, alegando como motivos de impugnación que el referido contrato de suministro eléctrico, no se resuelve por otro motivo que por la expiración del plazo para el que se había pactado el mismo concurriendo por ello justa causa para darlo por finalizado, por lo que entiende que carecen de objeto las pretensiones de la concursada, a tenor de lo dispuesto en elartículo 63 de la Ley Concursal, y sin que los derechos que contempla la Ley del Sector eléctrico a los consumidores de energía se vieran afectados por la conducta de la recurrente, no encontrándose la concursada al corriente del pago del suministro, impugnando igualmente el pronunciamiento relativo a las costas procesales, en cuanto el propio juzgador expresa la falta de jurisprudencia consolidada, por lo que entiende que no procede la imposición de las costas al existir serias dudas de hecho o de derecho, por lo que en definitiva interesaba la revocación de la sentencia impugnada y el dictado de otra por la que se declare concluso el contrato de suministro eléctrico o en su defecto se revoque en cuanto a la imposición de las costas de la primera instancia.
Así pues, el primer motivo del recurso cuestiona que la sentencia de primera instancia efectúa la aplicación delartículo 62-3 de la Ley Concursal, al caso litigioso, en cuanto se trata de un contrato de tracto sucesivo, por consistir en suministro continuado de energía eléctrica, y por tanto deberá rechazarse, pues el mantenimiento de dicho contrato suscrito en noviembre de 2007 entra la recurrente y la entidad concursada lo declara el juzgador al amparo de lo dispuesto en el citado precepto por ser de interés general al concurso.

Por contratos de tracto sucesivo, podemos entender, aquellos en los que hay diferentes obligaciones de idéntico contenido que nacen sucesivamente de un supuesto de hecho duradero, puesto que responden a una necesidad prolongada, tal vez permanente, del acreedor y que son susceptibles de aprovechamiento independiente entre los mismos pueden señalarse los contratos de suministros (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Diciembre de 2007) y claramente tiene tal consideración el ahora examinado un contrato de suministro continuado de energía eléctrica; y por tanto le es de aplicación la específica regulación que en elartículo 62 de la Ley Concursal, se contiene para los contratos de tal carácter.
Pues bien, conforme a dicho precepto, y aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso "podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que debe realizar el concursado", y al amparo de dicho artículo el juzgador en efecto realiza la declaración judicial de continuidad del contrato reseñado en interés del concurso, pese a concurrir causa de resolución, cual sería en este caso la expiración de vigencia del contrato, si bien el mismo ya previamente se había acordado su mantenimiento a través de la medida cautelar acordad por el juzgador de instancia.
Así pues, estamos en una materia en la que se han de conjugar diversos intereses: los de los contratantes con el que ha sido declarado concursado, los de los restantes acreedores del concursado, el interés general y el social, y para resolver los conflictos la Ley concursal no siempre da soluciones completas ni congruentes, pero, en todo caso, se han de tener en cuenta los principios que inspiran estos preceptos.
El carácter privilegiado de determinadas deudas, a cargo de la masa, solo tienen razón de ser cuando los citados acreedores contribuyan con su sacrificio actual al mantenimiento de la actividad patrimonial del concursado. Este es el principio que preside la regulación de los créditos contra la masa,artículo 84 de la L.C, pues como tales se entienden los que se adquirieron por el concursado o por la administración del concurso tras la declaración del mismo, en interés común de los acreedores para lograr la finalidad del concurso, esto es, maximizar el valor del patrimonio concursal y continuar la actividad, como medio para alcanzar el fin primordial de la satisfacción, cobro, de los acreedores, y todo ello huyendo de privilegios entre ellos, por canditio credetorum. Por esa razón tales deudas posteriores, de la masa, se satisfacen antes que las deudas del concursado, con la excepción de los créditos privilegiados especiales. El sacrificio especial que se le pide es el de continuar prestando sus servicios, de ahí que ese es el que justifica el trato privilegiado, que sus nuevos créditos sean directamente a cargo de la masa. Es verdad que existe el riesgo de nuevos incumplimientos posteriores, pero ello tiene un tratamiento específico en la nueva legislación, pues en tal caso, como señala lasentencia de 21 de julio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil num. 2 de Barcelona, elarticulo 62-3 concede un plus de protección al acreedor que se ve obligado a soportar la vigencia del contrato, pues esas nuevas prestaciones del concursado no solo se consideran créditos contra la masa, sino que debe abonarse "con cargo" a la masa.
Por todo ello, tras el examen de las actuaciones, esta Sala llega a idéntica conclusión que el juzgador de instancia por quien se valoró de forma correcta y permenorizada la cuestión debatida y la prueba aportada y practicada bajo su directa inmediación, llegando a conclusiones totalmente racionales y lógicos, que determina por tanto la desestimación del motivo invocado.”: SAP Jaén (Sección 1) 05.10.2010 (JUR 2011/66352; Sentencia 208/2010; Rollo 267/2010)

1.10 No es exigible que se oponga mediante reconvención

AP Castellón

“SEGUNDO El primer motivo del recurso de apelación debe ser desestimado, al entender la Sala que no es necesario alegar el interés del concurso a través de reconvención, dicha alegación, que tiene su fundamento en un precepto legal,artículo 62-3 de la Ley Concursal, puede ser incluso aplicada por el Juez de oficio, sin que con ello se cause indefensión a alguno de los litigantes, siempre que para ello no se aparte de la causa de pedir.
En este sentido elartículo 218-1 de la LEC, dispone que "El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citados o alegados por los litigantes".
En el caso enjuiciado es evidente que el precepto mencionado, al encontrarse la empresa demandada en concurso de acreedores y tratarse de una resolución contractual, es un precepto aplicable al caso.
Además nada se solicitaba por la demandada diferente a la desestimación de la demanda, por lo que no era necesario plantear reconvención.”: SAP Castellón (Sección 3) 14.01.2011 (JUR 2011/172022; Sentencia 4/2011; Rollo 335/2010)

“SEGUNDO.-El primer motivo del recurso debe ser desestimado, siendo el criterio de la Sala, ya expuesto al resolver un supuesto prácticamente idéntico al que nos ocupa en la Sentencia nº 4 de 14 de Enero de 2011, que no es necesario alegar el interés del concurso a través de reconvención, tratándose de una alegación que tiene su fundamento en un precepto legal, artículo 62.3 de la Ley Concursal, que puede ser incluso aplicada por el Juez de oficio, sin que con ello se cause indefensión a alguno de los litigantes, siempre que para ello no se aparte de la causa de pedir.
En este sentido, el artículo 218-1 de la L.E.Civil dispone que:"El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citados o alegados por los litigantes".
En el presente caso es evidente que al encontrarse la empresa demandada en situación de concurso y tratarse de una resolución contractual el artículo 62-3 de la Ley Concursal es un precepto aplicable.

Además, nada se solicitaba por la demandada diferente a la desestimación de la demanda, por lo que no era necesario plantear reconvención.": SAP Castellón (Sección 3) 04.03.2011 (Sentencia 57/2011; Rollo 344/2010)

1.11 Segunda demanda resolutoria por hechos posteriores, enervada la primera

1.11.1 Nueva enervación

AP Pontevedra

"PRIMERO.- El recurso de apelación se interpone contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 2 en incidente concursal sobre resolución de contrato con obligaciones recíprocas. Concretamente la parte ahora apelante presentó demanda incidental por la que interesa la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica por cuanto si bien con anterioridad se había instado dicha resolución que fue rechazada en interés del concurso (incidente nº 127/2010, que finalizó por sentencia de 30 noviembre 2010), a fecha de interposición de la demanda no se ha abonado aún la totalidad de la deuda y se ha devengado con posterioridad una nueva factura que ha resultado impagada. La administración concursal se opuso a la demanda alegando excepción de cosa juzgada, pero además sostiene que al tiempo en que se formula la contestación sólo está pendiente un único recibo vencido pendiente de abono, el correspondiente al periodo de facturación del 1 al 26 febrero 2011, por importe de 5.522,29 euros. Así como que a fecha de contestación de la demanda se ha abonado a la demandante la cantidad total de 58.906,92 euros entre el 29-11-2010 y el 18-4-2011, por lo que la deuda existente se reduce a un 9,37% respecto del total. Considera así que se trata de un mero retraso. La nueva demanda ha sido desestimada por la sentencia de instancia sin entrar en el fondo del asunto, al estimar la excepción de cosa juzgada. Contra la misma se interpone recurso de apelación por la parte demandante cuyo fundamento es el incumplimiento continuado por la concursada de sus obligaciones de pago del suministro, sin que exista liquidez, y habiéndose aprobado ya un plan de liquidación.
SEGUNDO.- Aún cuando la parte apelante no incide de forma expresa en la improcedencia de apreciar la excepción de cosa juzgada, de ello parte el recurso. Contrariamente a las consideraciones que realiza la sentencia de instancia, no puede decirse que concurra la excepción de cosa juzgada. No puede decirse que concurra la identidad objetiva que exige la misma por cuanto si bien es cierto que se ejercita la misma acción resolutoria en ambos casos, sus presupuestos fácticos son claramente diferentes ya que la segunda demanda no se basa tanto la existencia de impagos anteriores sino en el mantenimiento en el tiempo de tales impagos, más la producción de otros que se han ido produciendo y por lo tanto no fueron tomados en consideración en el anterior incidente, y ello a pesar de haberse mantenido la vigencia del contrato de suministro de energía eléctrica pero debiendo la concursada y la administración concursal hacer frente al pago de tales deudas con cargo a la masa.
Con los datos objetivos que obran en los documentos que constan en el incidente puede decirse que, a fecha de interponerse la demanda, sólo está pendiente un único recibo vencido pendiente de abono, el correspondiente al periodo de facturación del 1 al 26 febrero 2011, por importe de 5.522,29 euros. Así como que a fecha de contestación de la demanda se ha abonado a la demandante la cantidad total de 58.906,92 euros entre el 29-11-2010 y el 18-4-2011, por lo que la deuda existente se reduce a un 9,37% respecto del total.
TERCERO.- Ahora bien, el supuesto que se somete a consideración se trata, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, (Capítulo III) de la posibilidad de enervar la resolución del contrato en caso de que exista causa para la resolución por incumplimiento. De este modo, para el legislador, el cumplimiento forzoso, determinado por el interés del concurso, es un medio no ya de llevar a efecto lo pactado en caso de incumplimiento, sino una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento.
Pero, sigue indicando la Exposición de Motivos, ésa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte. Dice literalmente la EM que " no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento ".
En conclusión, la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, y la futura, con cargo a la masa. Por lo tanto, debe deducirse que mientras que existan bienes y derechos sobre los que hacer efectivo los créditos contra la masa, podrá mantenerse la enervación de la resolución.
En consecuencia, declarada la enervación de la resolución en interés del concurso, deviniendo forzosa la prestación de la parte actora, y debiendo pagarse su crédito con cargo a la masa, tal y como dispuso la sentencia en aplicación del art. 62.3 LC, los retrasos en el pago de tales créditos deben solventarse en sede de pago de créditos contra la masa según lo dispuesto en el art. 154 LC, acudiendo si fuere necesario al incidente concursal para obtener su pago, que procederá a su respectivo vencimiento, pero no siempre de forma inmediata (sólo se utiliza tal expresión para los créditos del art. 84.2.1º LC), sino en función de la liquidez, pues, en principio, no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido ninguno de estos actos.
Sólo en aquellos supuestos de incumplimiento que revelen, por su gravedad, la imposibilidad de hacer frente al pago con cargo a la masa de estos créditos impuestos en interés del concurso, arrumbando las garantías del

acreedor, podrá instarse nuevamente la resolución contractual. Es de recordar que el éxito de la acción concretada en la resolución contractual por pretendido incumplimiento de la concursada posterior a la declaración de concurso, es decir, la viabilidad en general del incumplimiento de contratos con obligaciones recíprocas, exige necesariamente lo que la jurisprudencia califica como verdadero o propio incumplimiento. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 27 febrero 2004, y las que en ella se citan, proclama que el artículo 1124 del CC debe interpretarse restrictivamente, exigiendo un verdadero y propio incumplimiento, que se corresponde con un incumplimiento grave, es decir, con la concurrencia de una voluntad del infractor obstativa al cumplimiento y que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial y decisiva. No basta, por tanto con cualquier incumplimiento, sino que se requiere un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir, o bien un cumplimiento defectuoso que en todo caso, como dice la primera sentencia citada frustre el fin contractual. Doctrina que sigue resultado de aplicación pero añadiendo un plus en la exigencia de la gravedad del incumplimiento que ha quedado tamizada ya por una declaración judicial de improcedencia de la resolución por incumplimiento en interés del concurso, debiendo ajustarse a las reglas del proceso concursal antes de acudir nuevamente a este remedio extraordinario, en el que aparece también como relevante la intervención de la administración concursal.
En el supuesto que nos ocupa, atendiendo a los datos de hecho ya recogidos en el fundamento jurídico anterior, no puede considerarse que el impago de una sola mensualidad, el retraso en su pago, cuando se ha hecho frente al abono de importantes cantidades de deuda, pueda provocar la resolución que se pretende, atendiendo a los parámetros antes expuestos. No se acredita en modo alguno por la actora la situación de iliquidez que denuncia en su recurso.
La aplicación de las normas y principios señalados orillan la abstracta argumentación de la parte apelante en orden a que el contrato de suministro está enmarcado en el ámbito del mercado libre y sometido al principio de autonomía de la voluntad. Principios que quedan claramente matizados en las situaciones concursales que tienen sus propias normas, también de obligado cumplimiento para la parte apelante.": SAP Pontevedra (Sección 1) 14.11.2011 (Sentencia 570/2011; Rollo 684/2011)

AP Valencia

"Punto de partida de nuestro análisis ha de ser la precisión de que en la demanda se solicitaba la resolución del contrato de arrendamiento de local por falta de pago de determinadas rentas vencidas y no pagadas, debiendo haber sido atendidas con cargo a la masa e igualmente se reclamaba su importe. Al tiempo se indicaba haber instado la ejecución de procedimiento precedente, por impago de otras rentas adeudadas, que no habían sido, sin embargo, regularmente atendidas, pese a haberse acordado el mantenimiento del contrato en aquel caso, en interés del concurso, con expresa invocación del artículo 62,3 LC.
En el supuesto presente, sin embargo, el Juzgador da lugar a la resolución esencialmente por la reiteración en las reclamaciones -que denota cumplimiento irregular- ya que este es el segundo procedimiento planteado, lo que es esencialmente cierto. Ahora bien, no lo es menos que, al tiempo de dar traslado de la demanda, las rentas adeudadas se habían regularizado -excepción hecha de una pequeña cantidad que tiene carácter preconcursal- y que, con posterioridad, a lo largo de la tramitación del procedimiento y en el propio recurso de apelación -conforme exige el artículo 449 LEC -acredita el demandado hallarse corriente en el pago de las rentas, inclusión hecha del mes de marzo de 2012 en curso, ya vencido al tiempo del último requerimiento. Así pues, en este momento, la parte actora mantiene que se adeuda la renta de septiembre de 2007 -que además de preconcursal y recogida en el convenio, no era objeto de este procedimiento- y determinadas sumas por actualización, que suponen un importe aproximado de 3.000 Euros, que la administración concursal indica aceptar su próximo abono, y que, tampoco, formaban parte específicamente, de las cantidades reclamadas en la demanda inicial de este litigio, sino que habrían venido devengadas posteriormente y se encontrarían incursas en la acreditación genérica del artículo de la LEC aplicable a este tipo de supuestos. De ello no podemos colegir sino que si bien el cumplimiento no es regular, fruto, indudablemente, de la situación concursal que conlleva dificultades económicas, sí se ha cumplido en lo esencial el contenido económico del contrato, sin frustración, en tal sentido, de su finalidad para la parte actora, que ha percibido unas cantidades relevantes por el mantenimiento de aquel. La renta, actualmente próxima a los 40.000 Euros mensuales, viene siendo satisfecha, salvedad de las pequeñas sumas antes aludidas que, indudablemente, no pueden comportar la frustración exigida jurisprudencialmente para dar lugar a la resolución contractual.
Por el contrario, el interés del concurso, tal y como refiere el recurrente, aconseja mantener el contrato que nos ocupa, conforme el artículo 62,3 LC. No resulta obstáculo a tal pronunciamiento la existencia de un previo procedimiento de reclamación, pues, finalmente, el resultado pretendido se ha obtenido, en ambos casos, en lo sustancial, y aunque sería deseable que esta situación no se reprodujera, pues no puede someterse al arrendador, constantemente, a hallarse inmerso en reclamaciones similares, no es menos cierto que, atendidas las argumentaciones del recurrente, entendemos más conveniente, para el concurso en general, no dar, en este caso, lugar a la resolución pretendida, teniendo en cuenta, especialmente, el cierre de otros establecimientos y que el presente se solicita sea mantenido para coadyuvar al propio cumplimiento del convenio. Procede, por lo expuesto, la revocación de la sentencia recurrida.": SAP Valencia (Sección 9) 27.03.2012 (Sentencia 111/2012; Rollo 4/2012)

1.11.2 Desestimación. No se acredita la gravedad del incumplimiento

AP Girona

“SEGUNDO.-Contrariamente a las consideraciones que realiza la sentencia de instancia, debe recordarse que, durante el concurso se ha mantenido la vigencia del contrato de suministro de energía eléctrica por lo que, en principio, deberían la concursada y la administración concursal hacer frente al pago de tales deudas con cargo a la masa.
Con los datos objetivos que obran en los documentos que constan en el incidente puede decirse que, a fecha de interponerse la demanda, pendían catorce recibos de suministro, siendo el correspondiente al periodo de facturación del 28/06/2010 al 10/06/2011, por importe de 444, 54#. No consta si a fecha de contestación de la demanda se ha abonado a la demandante las facturas correspondientes a dichos periodos.
TERCERO.-Dicho lo anterior, deben efectuarse consideraciones que no fueron contempladas en la sentencia impugnada.
En efecto, en el supuesto que se somete a consideración existe la posibilidad, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, (Capítulo III) de la posibilidad de enervar la resolución del contrato en caso de que exista causa para la resolución por incumplimiento. De este modo, para el legislador, el cumplimiento forzoso, determinado por el interés del concurso, es un medio no ya de llevar a efecto lo pactado en caso de incumplimiento, sino una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento. (En este sentido se pronuncia AP Pontevedra, Sec. 1.ª, 570/2011, de 14 de noviembre)
Sigue indicando la meritada Exposición de Motivos, que ésa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte, y así, dice literalmente la EM que " no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento".
Corolario de lo expuesto es que, la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, y la futura, con cargo a la masa. Por lo tanto, debe deducirse que mientras que existan bienes y derechos sobre los que hacer efectivo los créditos contra la masa, podrá mantenerse la enervación de la resolución.
En consecuencia, declarada la enervación de la resolución en interés del concurso, deviniendo forzosa la prestación de la parte actora, y debiendo pagarse su crédito con cargo a la masa, tal y como dispone el art. 62.3 LC, los retrasos en el pago de tales créditos deben solventarse en sede de pago de créditos contra la masa según lo dispuesto en el art. 154 LC, acudiendo si fuere necesario al incidente concursal para obtener su pago, que procederá a su respectivo vencimiento, pero no siempre de forma inmediata (sólo se utiliza tal expresión para los créditos del art. 84.2.1º LC), sino en función de la liquidez, pues, en principio, no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación
o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido ninguno de estos actos.
Sólo en aquellos supuestos de incumplimiento que revelen, por su gravedad, la imposibilidad de hacer frente al pago con cargo a la masa de estos créditos impuestos en interés del concurso, arrumbando las garantías del acreedor, podrá instarse nuevamente la resolución contractual, y tales circunstancias no son mencionadas ni por la demandante ni por la administración concursal y ni siquiera en la sentencia impugnada.
Es de recordar que el éxito de la acción concretada en la resolución contractual por pretendido incumplimiento de la concursada posterior a la declaración de concurso, es decir, la viabilidad en general del incumplimiento de contratos con obligaciones recíprocas, exige necesariamente lo que la jurisprudencia califica como verdadero o propio incumplimiento. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 27 febrero 2004, y las que en ella se citan, proclama que el artículo 1124 del CC debe interpretarse restrictivamente, exigiendo un verdadero y propio incumplimiento, que se corresponde con un incumplimiento grave, es decir, con la concurrencia de una voluntad del infractor obstativa al cumplimiento y que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial y decisiva. No basta, por tanto con cualquier incumplimiento, sino que se requiere un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir, o bien un cumplimiento defectuoso que en todo caso, como dice la primera sentencia citada frustre el fin contractual.
La doctrina expuesta es de aplicación al supuesto contemplado, pero añadiendo un plus en la exigencia de la gravedad del incumplimiento que debe quedar tamizada por la improcedencia de la resolución por incumplimiento en interés del concurso, debiendo ajustarse a las reglas del proceso concursal antes de acudir nuevamente a este remedio extraordinario, en el que aparece también como relevante la intervención de la administración concursal.
En el supuesto que nos ocupa, atendiendo a los datos de hecho, debe considerarse que, contrariamente a lo que dice la administración concursal y la sentencia debe darse por acreditada que la entidad "Falgueras Buscarons" a la que van dirigidas las facturas coincide con la concursada "Marbres Falgueras sl" y ello no solo por la obligación legal que la normativa administrativa que regula los suministros eléctricos así lo impone (Orden ITC/1659/2009 de 22 de junio), sino por que la propia concursada así lo ha admitido sin reparo ninguno. Otra cosa es que, los suministros reclamados, con presunción de pago de los anteriores e ignorando la suerte de los recibos posteriores a la presentación de la contestación a la demanda, tengan vocación para provocar la resolución que se pretende, atendiendo a los parámetros antes expuestos. De otro lado no puede olvidarse que tampoco se acredita en modo alguno por la actora la situación de iliquidez que impida el pago de lo reclamado.
La aplicación de las normas y principios señalados orillan los argumentos del recurso, por quedar los mismos claramente matizados en las situaciones concursales que tienen sus propias normas, también de obligado cumplimiento para la parte apelante. “:SAP Girona (Sección 1) 27.09.2012 (Sentencia 355/2012; Rollo 404/2012)

1.11.3 Procedencia de la resolución

AP Pontevedra

“PRIMERO.- El recurso de apelación se interpone contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 1 en incidente concursal sobre resolución de contrato de arrendamiento financiero. La peculiaridad del supuesto es que ya fue resuelto con anterioridad incidente sobre la misma cuestión en el que se declaró que si bien existía incumplimiento contractual por parte de la concursada, no se procedía a la resolución del contrato en interés del concurso, si bien declarándose todas las prestaciones en favor de la demandante como créditos contra la masa. Dictada esta sentencia en fecha 13 diciembre 2011, hasta la fecha no se ha procedido al abono de prestación alguna, motivo por el que la sentencia declara que ahora sí existen elementos suficientes para la resolución del contrato pues el art. 62.3 LC no autoriza a mantener de forma indefinida un contrato en que una de las partes nada recibe de la prestación a que tiene derecho, y además así resulta también de la aplicación del art. 1124 CC, aplicable ya al caso, y especialmente a los efectos de la resolución, por cuanto ya ha sido aprobado convenio que provoca el cese de efectos de la declaración del concurso (art. 133.1 LC).
Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la concursada, habiéndose allanado a la demanda incidental y aquietado a la sentencia la administración concursal, con el argumento de que si bien el art. 62.3 LC no autoriza a mantener indefinidamente el contrato, tampoco pone limitación al retraso en el pago de créditos contra la masa por falta de liquidez, momento además flexibilizado por la última reforma de la LC, así como que no resulta de aplicación el art. 1124 CC, debiendo aplicarse la LC como norma especial que se basa en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes.
SEGUNDO.- Indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, (Capítulo III) la posibilidad de enervar la resolución del contrato en caso de que exista causa para la resolución por incumplimiento. De este modo, para el legislador, el cumplimiento forzoso, determinado por el interés del concurso, es un medio no ya de llevar a efecto lo pactado en caso de incumplimiento, sino una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento.
Pero, sigue indicando la Exposición de Motivos, ésa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte. Dice literalmente la EM que " no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento ".
En conclusión, la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, y la futura, con cargo a la masa. Por lo tanto, debe deducirse que mientras que existan bienes y derechos sobre los que hacer efectivo los créditos contra la masa, podrá mantenerse la enervación de la resolución.
En consecuencia, declarada la enervación de la resolución en interés del concurso, deviniendo forzosa la prestación de la parte actora, y debiendo pagarse su crédito con cargo a la masa, tal y como dispuso la sentencia en aplicación del art. 62.3 LC, los retrasos en el pago de tales créditos deben solventarse en sede de pago de créditos contra la masa según lo dispuesto en el art. 154 LC, acudiendo si fuere necesario al incidente concursal para obtener su pago, que procederá a su respectivo vencimiento, pero no siempre de forma inmediata (sólo se utiliza tal término expresión para los créditos del art. 84.2.1º LC), sino en función de la liquidez, pues, en principio, no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido ninguno de estos actos.
Pero en aquellos supuestos de incumplimiento que revelen, por su gravedad, la imposibilidad de hacer frente al pago con cargo a la masa de estos créditos impuestos en interés del concurso, arrumbando las garantías del acreedor, podrá instarse nuevamente la resolución contractual, que en tal caso procedería.
Es de recordar que el éxito de la acción concretada en la resolución contractual por pretendido incumplimiento de la concursada posterior a la declaración de concurso, es decir, la viabilidad en general del incumplimiento de contratos con obligaciones recíprocas, exige necesariamente lo que la jurisprudencia califica como verdadero o propio incumplimiento. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 27 febrero 2004, y las que en ella se citan, proclama que el artículo 1124 del CC debe interpretarse restrictivamente, exigiendo un verdadero y propio incumplimiento, que se corresponde con un incumplimiento grave, es decir, con la concurrencia de una voluntad del infractor obstativa al cumplimiento y que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial y decisiva. No basta, por tanto con cualquier incumplimiento, sino que se requiere un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir, o bien un cumplimiento defectuoso que en todo caso, como dice la primera sentencia citada frustre el fin contractual.
Doctrina que sigue resultado de aplicación pero añadiendo un plus en la exigencia de la gravedad del incumplimiento que ha quedado tamizada ya por una declaración judicial de improcedencia de la resolución por incumplimiento en interés del concurso, debiendo ajustarse a las reglas del proceso concursal antes de acudir nuevamente a este remedio extraordinario, en el que aparece también como relevante la intervención de la administración concursal.
Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa, atendiendo a los datos de hecho ya recogidos en el fundamento jurídico anterior, y que no resultan cuestionados, el impago durante más de un año no sólo de las mensualidades adeudadas en su día cuando se instó el primer incidente de resolución, sino el impago también de las cuotas devengadas con posterioridad, debe conceptuarse como un incumplimiento lo suficientemente grave para justificar la resolución que ahora se impugna.
No se trata en realidad del pago de un crédito contra la masa y dilucidar las cuestiones relativas a su vencimiento, postergación o momento de pago, sino del cumplimiento o incumplimiento contractual que

determina la resolución del contrato, pues el interés del concurso no puede justificar el amparo de tal incumplimiento grave. De forma analógica, cuando se prevé la rehabilitación de contrato de adquisición de bienes a precio aplazado, se establece que el incumplimiento del contrato conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación (art. 69.1 LC)
A mayor abundamiento, en sede de este incidente y sin que pueda concretarse nada en torno al convenio que se dice alcanzado más allá de lo que se recoge en la sentencia impugnada, es lo cierto que, una vez aprobado el convenio, cesan los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC) y, en consecuencia, tal y como señala la sentencia apelada, devienen en aplicación las reglas generales en materia contractual, y principalmente el art. 1124 CC para supuestos de resolución por incumplimiento, lo que nos lleva a la misma conclusión, tal y como se ha expuesto.": SAP Pontevedra (Sección 1) 15.11.2012 (Sentencia 591/2012; Rollo 680/2012)

2. "siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".

[Vid. también las resoluciones incluidas en el art 84.2.6]

2.0 Sobre la viabilidad económica de su pago por el concursado

AP Córdoba

"PRIMERO.-Cuando se trata de contratos de tracto sucesivo celebrados por el concursado, en los que éste incumple sus prestaciones, el artículo 62.1 de la Ley Concursal no veda el ejercicio de la facultad resolutoria prevista en el artículo 1.124 del Código Civil, sino que únicamente somete el ejercicio de la acción a ciertas particularidades procesales, como que debe ejercitarse ante el Juez del concurso y por los trámites del incidente concursal. No obstante, el artículo 62.3 de la misma Ley Concursal permite que, pese a existir un incumplimiento de entidad suficiente para justificar la sanción resolutoria, el Juez pueda acordar el cumplimiento del contrato por entender que la continuidad es beneficiosa para el interés del concurso. Pero en tal caso, se impone como contrapartida que se abonen con cargo a la masa las prestaciones que deba realizar el concursado. Como dice muy gráficamente la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de septiembre de 2006, la finalidad de esta norma es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda con cargo a la masa. Por esta razón, el hecho de que se haya incrementado el importe del crédito contra la masa, como pone de manifiesto la sentencia que ha aportado la parte apelante en este trámite de recurso (por cierto, cinco meses posterior a la que es objeto de apelación y, por tanto, dictada en circunstancias diferentes), no justifica per se que haya de darse lugar a la resolución del contrato concertado con la entidad concursada, puesto que precisamente la imposición del mantenimiento de la relación contractual se compensa con el tratamiento de las prestaciones del deudor como créditos contra la masa. Además, en todo caso, la resolución ha de adoptarse en relación con la situación existente en el momento de presentarse la demanda de incidente concursal (artículo 413.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); sin perjuicio de que, ante un nuevo incumplimiento del deudor, la parte acreedora pueda solicitar nuevamente ante el juez del concurso la resolución del contrato.
SEGUNDO.-Ahora bien, la doctrina es unánime al considerar que no puede acordarse el mantenimiento o cumplimiento del contrato cuando el mismo no sea posible por resultar insuficiente la masa activa para satisfacer las propias deudas de la masa y, entre ellas, la derivada del contrato cuya resolución se ha solicitado. Y ello, porque por mucho que quiera protegerse el interés del concurso, carece de sentido acordar el cumplimiento de un contrato del que se sabe positivamente que será nuevamente incumplido por el concursado y/o por la administración concursal. La Ley presupone que para poder acordar el cumplimiento "forzado" del contrato debe ser posible dicho cumplimiento por el deudor, al establecer que "serán a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado". En caso de que la masa activa resulte insuficiente para cumplir el contrato discutido, debe permitirse al contratante cumplidor resolverlo para que pueda recuperar, en la medida de lo posible, la prestación debida. Si en el momento en que el juez acuerda el mantenimiento de la relación contractual, la masa activa parece suficiente para abonar la prestación que debe el concursado, pero con posterioridad se pone de manifiesto su insuficiencia para satisfacer las deudas de la masa, la parte "in bonis" podrá exigir garantías y, en su defecto, denunciar el contrato, siempre que aquella insuficiencia patrimonial no existiera en el momento de su celebración.
TERCERO.-Sobre esta base, y según resulta de las actuaciones, en el momento de presentarse la demanda de incidente concursal, se había aprobado el convenio propuesto por la entidad deudora, lo que conllevaba el mantenimiento y continuación de la actividad empresarial de "Euro Telefonía del Sur, S.L."; si bien cuando el incidente quedó concluso para sentencia, ya se había declarado incumplido el convenio y se había abierto la fase de liquidación. En esta situación, el Juzgado acordó el mantenimiento del contrato porque era la única forma de no despatrimonializar completamente la empresa, en el intento de que en la liquidación pudieran enajenarse las líneas telefónicas, alzaprimando así el interés del concurso, como interés general, sobre el interés particular de uno de los acreedores. Argumentación razonable que no queda desmentida por el hecho de que se hayan incrementado los impagos, pues también debe tenerse en cuenta que desde el inicio de la fase de convenio y durante la fase de liquidación la concursada ha abonado 14.794,48 euros a "Telefónica de España, S.A.U." (según el escrito de alegaciones presentado por la concursada al evacuar el trámite del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, serían 30.000 euros); y en conjunto, ha pagado a sus acreedores un total de 82.770,73 euros. Lo que pone de manifiesto que el mantenimiento de las líneas telefónicas (único activo productivo de la concursada) genera activos que le permiten ir abonando, aun parcialmente, las deudas.

CUARTO.-En suma: a) cuando se dictó la sentencia existía justificación para optar por el mantenimiento del contrato; b) los acontecimientos posteriores no indican una voluntad absolutamente incumplidora del deudor, que ha abonado parte de los créditos, inclusive el de la actora; c) la generación de activos mediante el mantenimiento de las líneas telefónicas ha permitido la satisfacción parcial de los créditos; d) de la prueba practicada en el presente incidente concursal no resulta que la concursada se encuentre ante la imposibilidad absoluta de hacer frente a los créditos contra la masa que se estén generando; e) si ello fuera así, deberá ponerse de manifiesto en una nueva solicitud de resolución ante el juez del concurso, teniéndose en cuenta, tal y como afirma unánimente la doctrina concursalista, que si el incumplimiento se debe a la imposibilidad de cumplir, por falta de activos para ello, no podrá volverse a acordar el cumplimiento del contrato, debiendo ser ése el objeto del nuevo incidente concursal que, en su caso, se suscite. ": SAP Córdoba (Sección 3) 24.05.2010 (Sentencia 98/2010; Rollo 126/2010)

"PRIMERO.-Como hemos dicho en resoluciones precedentes (por ejemplo, Sentencia de esta Sección de 24 de mayo de 2010), cuando se trata de contratos de tracto sucesivo celebrados por el concursado, en los que éste incumple sus prestaciones, el artículo 62.1 de la Ley Concursal no veda el ejercicio de la facultad resolutoria prevista en el artículo 1.124 del Código Civil, sino que únicamente somete el ejercicio de la acción a ciertas particularidades procesales, como que debe ejercitarse ante el Juez del concurso y por los trámites del incidente concursal. No obstante, el artículo 62.3 de la misma Ley Concursal permite que, pese a existir un incumplimiento de entidad suficiente para justificar la sanción resolutoria, el Juez pueda acordar el cumplimiento del contrato por entender que la continuidad es beneficiosa para el interés del concurso. Pero en tal caso, se impone como contrapartida que se abonen con cargo a la masa las prestaciones que deba realizar el concursado. Como dice muy gráficamente la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de septiembre de 2006, la finalidad de esta norma es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda con cargo a la masa. Se trata, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, (Capítulo III), de la posibilidad de enervar la resolución del contrato en caso de que exista causa para la resolución por incumplimiento. De este modo, para el legislador, el cumplimiento forzoso, determinado por el interés del concurso, es un medio no ya de llevar a efecto lo pactado en caso de incumplimiento, sitio una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento. Pero, sigue indicando la Exposición de Motivos, ésa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte. Dice literalmente la EM que "no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento".
SEGUNDO.-Por tanto, en contra de lo que se dice en el recurso de apelación, sí hay un precepto legal (el artículo 62.3 de la Ley Concursal) que permite el mantenimiento de un contrato de arrendamiento urbano pese al incumplimiento del arrendatario de su obligación de pago de las rentas; siempre y cuando dicho mantenimiento sea de interés para el concurso y teniendo como contrapartida la calificación de los créditos subsiguientes como créditos contra la masa. Cosa distinta es que no pueda acordarse el mantenimiento o cumplimiento del contrato cuando el mismo no sea posible por resultar insuficiente la masa activa para satisfacer las propias deudas de la masa y, entre ellas, la derivada del contrato cuya resolución se ha solicitado. Y ello, porque por mucho que quiera protegerse el interés del concurso, carece de sentido acordar el cumplimiento de un contrato del que se sabe positivamente que será nuevamente incumplido por el concursado y/o por la administración concursal. La Ley presupone que para poder acordar el cumplimiento "forzado" del contrato debe ser posible dicho cumplimiento por el deudor, al establecer que "serán a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado". En caso de que la masa activa resulte insuficiente para cumplir el contrato discutido, debe permitirse al contratante cumplidor resolverlo para que pueda recuperar, en la medida de lo posible, la prestación debida.
TERCERO.-Sobre esta base, y según resulta de las actuaciones, el concurso se encuentra en fase de liquidación y el mantenimiento de la posesión de la nave industrial objeto de arrendamiento es imprescindible -aun transitoriamente- porque en su interior se encuentran todos los activos (mobiliario, mercancías, herramientas, utillaje y existencias) de la empresa concursada, que han de ser objeto de enajenación para pago a los acreedores, resultando absolutamente antieconómico el traslado a otra ubicación y la contratación de un nuevo espacio para albergarlos. Dichos activos tienen, según el inventario incluido en el informe de la administración concursal y en el plan de realización de la masa activa, un valor de 794.281,40 euros, muy superior al importe de los créditos contra la masa generados por el mantenimiento del contrato, por lo que no cabe considerar que dicha decisión de continución de la relación arrendaticia sea improcedente. Máxime cuando ni siquiera ha existido un impago total, puesto que la administración concursal, a tenor de lo previsto en los artículos 44 y 154 de la Ley Concursal, ha abonado a la arrendadora las rentas de los meses de septiembre de 2009 a enero de 2010.
CUARTO.-Del mismo modo, la parte actora-arrendadora no puede pedir en su demanda incidental que se resuelva el contrato de arrendamiento y en el recurso de apelación que se proceda a su cumplimiento forzoso. En todo caso, lo que podrá hacer es reclamar el pago a la administración concursal de los correspondientes créditos contra la masa, a tenor del ya citado artículo 154 de la Ley Concursal; y si entonces resultara la insuficiencia de los activos para proceder a dicho pago (de lo que hasta ahora no hay constancia), deberá ponerse de manifiesto en una nueva solicitud de resolución ante el juez del concurso, teniéndose en cuenta, tal y como afirma unánimente la doctrina concursalista, que si el incumplimiento se debe a la imposibilidad de cumplir, por falta de activos para ello, no podrá volverse a acordar el cumplimiento del contrato, debiendo ser ése el objeto del nuevo incidente concursal que, en su caso, se suscite.": SAP Córdoba (Sección 3) 07.04.2011 (Sentencia 83/2011; Rollo 72/2011)

2.1 Contrato con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo. Existe incumplimiento anterior a la declaración de concurso. Se acuerda por el juez el cumplimiento del contrato por interés del concurso

2.1.1 La totalidad de lo debido, incluso lo devengado antes de la declaración, es deuda de la masa a abonar

Tribunal Supremo

"2.3. Efectos de la continuidad del contrato de tracto sucesivo pese a la concurrencia de causa de resolución.
El art. 62.3 LC dispone que *"[a]unque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".*
La doctrina y las decisiones de los tribunales de instancia se muestran divididas sobre el significado que debe darse a la expresión "prestaciones debidas" ya que, mientras un sector sostiene que se refiere a las que "deba realizar el concursado" y, en consecuencia, las generadas después de declarado en concurso, otro sector sostiene que debe interpretarse en su sentido literal, comprensivo de la totalidad de todas las prestaciones sin discriminación alguna entre las anteriores y las posteriores.
Aunque el precepto dista de tener la claridad que pretende la recurrente, dado que la posible utilización de la conjunción "o" en función de equivalencia, es lo cierto que el contraste con el apartado 4 para los supuestos en los que se acuerda la resolución -*"[e]n cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa",* apunta a la interpretación literal del precepto "prestaciones debidas", dado que en otro caso la previsión devendría absolutamente superflua, máxime teniendo en cuenta lo previsto en el art. 84.2. LC a cuyo tenor *"[t]endrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 5. Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (...) 6. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (...)".*
Ciertamente, un crédito potencialmente concursal cristaliza, a raíz del mantenimiento del contrato, en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia de la facultad de resolver obligándole a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma tozuda y notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro.
33. Finalmente, esta respuesta coincide con la prevista en los artículos 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien como precisa la Audiencia no es lo mismo "rehabilitar" contratos resueltos que "impedir" la resolución de los vigentes, responden a una misma idea: la necesidad de que la masa -en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución- responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto y responde a la exigencia de "garantías" a las que se refiere la Exposición de Motivos *"en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento".":* STS 21.03.2012 (Sentencia 145/2012; Recurso 272/2009)

AP Barcelona

"Fundamentos de derecho.-I. Se centra la cuestión controvertida en la interpretación del art. 62.3 de la LC en relación con un contrato de tracto sucesivo cuyo cumplimiento, previo rechazo de la resolución pretendida por el suministrador, fue acordado por el Juez del concurso al amparo de dicho precepto. Versa concretamente el conflicto suscitado en determinar, sobre la base de esa previsión normativa, si, en el supuesto de que judicialmente se acuerde el cumplimiento del contrato, las prestaciones pecuniarias vencidas y exigibles al tiempo de ser declarado el concurso tienen la consideración de crédito contra la masa (mejor, si deben ser satisfechas a cargo de la masa), o bien, por el contrario, merecen la consideración de crédito concursal, sometido a la calificación que le corresponda, por tratarse de deudas contraídas con anterioridad al concurso.
II. Se trata de un contrato de suministro de energía eléctrica suscrito por la concursada «S, S.L.U.» con «E., S.A.», el día 10 de septiembre de 2004. Al tiempo de ser declarado el concurso voluntario de la primera, por auto de 4 de marzo de 2005, la concursada usuaria adeudaba a la compañía eléctrica las tarifas devengadas desde octubre de 2004, por un total de 154.779,67 euros (en adelante «deuda anterior»). La compañía suministradora, pese a cursar un requerimiento resolutorio en febrero de 2005 (folio 32), no llegó a suspender el suministro, que ha continuado hasta la declaración de concurso y con posterioridad. No obstante, las facturas emitidas por los consumos posteriores a la declaración del

concurso han sido y vienen siendo abonadas: Declarado el concurso, «E., S.A.» formuló demanda incidental dirigida a obtener la resolución del contrato por incumplimiento anterior a su declaración, con apoyo en el art. 62.1 de la LC. Subsidiariamente, para el caso de que se acordara el cumplimiento del contrato por ser de interés para el concurso, solicitaba la aplicación de la consecuencia que establece el aptdo. 3 de ese precepto: el pago de las prestaciones debidas con cargo a la masa, sin perjuicio de aplicarse la misma solución para los consumos posteriores. El Sr. Magistrado, con apoyo en el informe de la Administración Concursal, estimó que, pese a mediar un incumplimiento contractual anterior a la declaración, el interés del concurso determinaba el mantenimiento del suministro y por ello el cumplimiento del contrato, so pena de provocar la paralización de la actividad productiva de la concursada. Es decir, hizo uso el Juez del concurso de la facultad que prevé el art. 62.3 de la LC, a cuyo tenor « (a)unque exista causa de resolución, el Juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato...», pero interpretó el inciso siguiente: «... siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado», en el sentido de que las prestaciones debidas que deben pagarse con cargo a la masa son las generadas por el cumplimiento del contrato con posterioridad al concurso, no así la deuda anterior, que desde el lado activo conserva la condición de crédito concursal, integrándose en la masa pasiva con la calificación de crédito ordinario. No estimó, con tal interpretación, que la norma supedite el cumplimiento forzoso del contrato a que se satisfaga con cargo a la masa toda la deuda pendiente (esto es, la «deuda anterior»).

III. La apelante «E., S.A.» no discute la decisión judicial que rechaza la resolución por incumplimiento y acuerda, facultada por dicho precepto, el cumplimiento del contrato, en cuanto solución impuesta por el interés del concurso. Lo que discute la apelante es la indicada interpretación que le niega la satisfacción de la deuda anterior con cargo a la masa y le relega al tratamiento concursal, contrariando a su juicio la previsión normativa. De otro lado, como advierte en su recurso, es cierto que no se discute que el contra-to de suministro de energía eléctrica participa de la naturaleza de los contratos de tracto sucesivo. Y tampoco es discutido, tal como alega, que el incumplimiento de «S, S.L.U.» anterior al concurso facultaba para la resolución contractual de acuerdo con el art. 62.1 de la LC. Ciertamente así es; ni la Administración Concursal ni la concursada han negado que el comportamiento incumplidor, situado temporalmente en época anterior a la declaración de concurso, tenga la entidad suficiente para motivar la facultad resolutoria por frustar las legítimas expectativas económico-negociales de la contraparte que, por el contrario, sí cumplió. La sentencia apelada tampoco niega este extremo y puede decirse que efectivamente aprecia el presupuesto para que quede enervada la facultad resolutoria con el efecto de continuidad contractual previsto por dicho precepto, siendo tal presupuesto, como indica el aptdo. 3, que exista causa de resolución. No entraremos por tanto en esta cuestión, lo que no nos impide dejar constancia más explícita de la concurrencia de este presupuesto, en atención a la cuantía de la deuda impagada y al lapso de tiempo durante el cual se ha prolongado el incumplimiento.

IV. Una interpretación literal, lógica, teleológica y sistemática del precepto nos lleva a una conclusión distinta de la que fundamenta el Sr. Magistrado de Primera Instancia. El art. 62.1 de la LC no impide, tratándose de contratos de tracto sucesivo, el ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento del concursado en época anterior a la declaración de concurso. Subsiste por ello la facultad resolutoria que, por razón del incumplimiento de la otra parte, el art. 1124 del Código Civil otorga, con carácter general, al contratante que cumplió su prestación, por más que, por haber sido declarado el concurso, el ejercicio de la acción quede afectada por ciertos condicionantes procesales (debe ejercitarse ante el Juez del concurso y por los trámites del incidente concursal). No obstante, el art. 62.3 de la LC permite que, pese a existir un incumplimiento anterior de entidad suficiente para justificar la sanción resolutoria, el Juez pueda acordar el cumplimiento del contrato por entender que la continuidad es beneficiosa para el interés del concurso. Pero en tal caso se impone como consecuencia, o si se quiere como contrapartida o condición, que se abonen con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Se trata, como indica la Exposición de motivos de la LC (capítulo iii), de la posibilidad de enervar la resolución del contrato en caso de que exista causa para la resolución por incumplimiento. De este modo, para el Legislador, el cumplimiento forzoso, determinado por el interés del concurso, es un medio no ya de llevar a efecto lo pactado en caso de incumplimiento, sino una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento. Pero, sigue indicando la Exposición de motivos, esa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte. Dice literalmente la Exposición de motivos que «no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento». Esas garantías, en interés de quien se ve forzado a seguir cumpliendo pese a que el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de extinguir el vínculo por no haber obtenido la satisfacción de su interés negocial por causa del incumplimiento contrario, no pueden ser otras que las que resultan de la literalidad del art. 62.3: que con cargo a la masa sean abonadas las prestaciones adeudadas por el concursado, anteriores y posteriores a la declaración de concurso, por razón de esa relación contractual. En tal sentido deben ser interpretados, de acuerdo con su sentido litera1 y propio, los términos «prestaciones debidas o que deba realizar el concursado», comprensivas de la deuda anterior al concurso que ha motivado la acción resolutoria (y que procedería de no acogerse la facultad enervatoria) y las ulteriores a la declaración de concurso, puesto que la norma no distingue y, antes bien, contempla una disyuntiva temporal que se proyecta sobre un pasado y un futuro, en relación con las prestaciones que deben satisfacerse a cargo de la masa en caso de declararse la continuidad contractual pese al

incumplimiento. Si tan sólo debieran pagarse con cargo a la masa las prestacio- nes generadas con posterioridad al concurso hubiera bastado una expresión en este sentido, o acaso sólo el último inciso, «las que deba realizar el concursado», pero incluye también las prestaciones debidas. De entender lo contrario, tal como mantiene la Administración Concursal y el Sr. Juez del concurso, el precepto no introduciría nuevas garantías, ni en realidad ninguna, porque en todo caso las prestaciones a cargo del concursado generadas por el ejercicio de su actividad después de declarado el concurso ya son consideradas deudas de la masa por el art. 84.2.5 de la LC. Distintas, formalmente, de esta última categoría son las deudas de la masa derivadas de la enervación de la facultad resolutoria y cumplimiento forzoso acordado al amparo del art. 62.3, que como créditos contra la masa se incluyen en el aptdo. 7.° del art. 84.2: «Los (créditos) que en los casos de (..) rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado». No es dudoso que tales términos, cantidades debidas, de un lado, y las de vencimiento futuro, de otro, se identifican con los empleados por el art. 62.3: «prestaciones debidas» y/o «que deba realizar el concursado», conclusión que se refuerza a la vista de la regulación de la facultad de rehabilitación de contratos y de enervación del desahucio en los arts. 68, 69 y 70 de la LC, nominativamente incluidos en el art. 84.2.7, facultad que explícitamente (aquí con total claridad) se supedita al pago con cargo a la masa tanto de la deuda pendiente, anterior al concurso, como de la posterior y de las prestaciones futuras. Además, esos preceptos regulan una facultad muy próxima e incluso análoga a la del art. 62.3, que por ello reclama una interpretación acorde o en sintonía con la de aquéllos. En conclusión, la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, y la futura, con cargo a la masa. De ahí que en caso de estimarse procedente la resolución contractual, la solución prevista por el aptdo. 4 del art. 62 sea diversa: si el incumplimiento del concursado es anterior a la declaración de concurso, el crédito de la parte cumplidora será concursal; si el incumplimiento es posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. Pero distinto debe ser necesariamente el criterio en un caso y otro, de proceder la resolución o bien el cumplimiento forzoso por enervación de la facultad resolutoria, pues no tiene sentido que tanto en aquél como en este caso el efecto referido al crédito de la parte que cumplió sea el mismo. Necesariamente también porque la norma dedica una regulación específica al supuesto de enervación de la facultad resolutoria (el aptdo. 3) y otra al supuesto de resolución del contrato (aptdo. 4), cuya coincidencia en los efectos aquí controvertidos no puede sostenerse con arreglo a los cánones interpretativos. Precisamente el distinto de tratamiento del crédito, según sea anterior o posterior al concurso, que prevé el aptdo. 4 determina la interpretación del aptdo. 3. Supuesto distinto, por último, es que existan deudas anteriores a la declaración de concurso que no puedan justificar la resolución por incumplimiento en esa misma época, pues en tal caso la resolución no sería procedente y, por ello, siquiera sería necesario acudir a la facultad de enervación de la facultad resolutoria del art. 62.3 de la LC, pero no es este el caso. ": SAP Barcelona (Sección 15) 13.09.2006 (Rollo 156/2006)

AP Castellón

" Por lo tanto, cabe distinguir entre devengo y liquidación y exigibilidad. Y en el caso de autos entendemos que debe atenderse, a fin de observar el principio de la igualdad de trato entre los acreedores, al momento del devengo de la obligación a cargo de la concursada que, siendo la contraprestación del suministro de gas prestado por la recurrente, coincide con éste en el tiempo. Por lo tanto, el precio del gas suministrado antes de la declaración del concurso, aunque facturado después, debe integrar la masa pasiva del concurso y no es crédito contra la masa.
Téngase en cuenta que, como bien dice el juez de instancia, la postura de la recurrente privaría en buena medida de sentido a la previsión del art. 62.3 LC. Dispone este precepto que las prestaciones que deba realizar el concursado en el ámbito de aquellos contratos cuyo cumplimiento y pervivencia haya acordado el juez del concurso, aunque concurra causa de resolución, son a cargo de la masa; se entiende que este ventajoso trato es la compensación a la parte que debe seguir realizando la prestación en su día comprometida, pese al incumplimiento del concursado. Y no habría ventaja tal si también fuera contra la masa el crédito por el precio de suministros previos al concurso.
En consecuencia, la declaración del concurso marca la diferencia entre créditos concursales y créditos contra la masa, siendo de la primera clase los correspondientes a obligaciones devengadas antes de la declaración del concurso, como es el caso.
En el mismo sentido se ha pronunciado, en un supuesto parcialmente análogo al que nos ocupa, la SAP de Murcia de 20 de octubre de 2007 (AC 2008,261).
Procede, por lo dicho, la confirmación de la sentencia apelada.": SAP Castellón (Sección 3) 01.04.2010 (Sentencia 106/2010; Rollo 462/2009)

AP Segovia

"Sobre la cuestión de fondo planteada por la parte recurrente es plenamente jurídica y consiste en determinar si los créditos anteriores a la declaración del concurso por contratos de tracto sucesivo que se ve obligado a cumplir el suministrador, en este caso, de energía eléctrica, son créditos ordinarios o créditos contra la masa. En la sentencia apelada se considera que son créditos ordinarios atendiendo a los criterios de una sentencia, que cita, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona. Ha de

indicarse que esa sentencia fue revocada precisamente por la sentencia, que ya invocó la parte apelante, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de septiembre de 2006. Pero es que además sobre la cuestión ya se ha pronunciado la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 21 de marzo de 2012 declarando que deberán satisfacerse con cargo a la masa del concurso tanto las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del estado concursal de la entidad demandada, como las devengadas con posterioridad a dicha declaración por ser consecuencia de la necesidad de que la masa -en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución- responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto.": SAP Segovia (Sección 1) 30.06.2014 (Sentencia 98/2014; Rollo 168/2014)

AP Soria

"PRIMERO.-Interpone recurso de apelación la mercantil ENDESA ENERGIA, S.A.U., contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2013 que desestima la demanda por aquella interpuesta, en reclamación de resolución de contratos de suministro de energía eléctrica y gas y de pago de créditos contra la masa por tales conceptos. La Administración Concursal se opuso al recurso, interesando la confirmación de la resolución apelada.
SEGUNDO.-La cuestión objeto de recurso ha sido resuelta recientemente por el Tribunal Supremo en una sentencia de 21 de marzo de 2012, que analiza un caso muy similar, en la que se considera que deben mantenerse el contrato de suministro de electricidad, sin perjuicio de su derecho de pago con cargo a la masa, estableciendo:
"SEGUNDO.- PRIMERO, SEGUNDO Y TERCER MOTIVOS DEL RECURSO.
1. Enunciado y desarrollo del motivo.
El primero de los motivos del recurso se enuncia en los siguientes términos: Infracción por inaplicación de lo dispuesto en el art. 62. 3 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), en virtud del cual, cuando existe un contrato incumplido por una parte que se encuentra en concurso de acreedores, aunque exista causa de resolución, el Juez atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
El segundo motivo se formula como sigue: Infracción por inaplicación del art. 84, también de la precitada ley concursal que enumera con carácter de númerus apertus los créditos frente a la masa.
El tercer motivo lo hace en los siguientes: Infracción de los artículos 68, 69 y 70 de la ley concursal, que regulan supuestos de rehabilitación de relaciones creditcias y contractuales atribuyendo a los acreedores la condición de acreedores frente a la masa por los créditos tanto anteriores como posteriores al concurso, y que la sentencia ha aplicado de un modo contrario a derecho al no considerar sus principios aplicables analógicamente al supuesto de hecho del art. 62-3 de la ley concursal.
En el desarrollo de los tres motivos la recurrente afirma que cuando el Juez del concurso deniega la resolución de contratos de tracto sucesivo por causa de incumplimiento anterior a la declaración de concurso, pese a concurrir causa, las deudas anteriores a la declaración de concurso son a cargo de la masa. (...).
2.2. La facultad de resolución en el concurso de los contratos de tracto sucesivo por incumplimiento.
La Ley Concursal, inspirada en el principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado -de forma expresa la Exposición de Motivos afirma que "la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa" - dispone en el art.62.1 que (l)a declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del art. precedente (contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte) por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso".
Lo expuesto permite afirmar que, en general, la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolver los contratos de tracto sucesivo, de tal forma que, a tal fin es irrelevante que el incumplimiento resolutorio, tanto del concursado como del tercero, se haya producido antes o después de la declaración de concurso, ya que tal declaración no produce efectos depuradores de incumplimientos anteriores ni expropia al contratante cumplidor de la facultad de resolución para caso de incumplimiento resolutorio de la contraparte.
Dicho de otra forma, dada la existencia de una relación unitaria, el incumplimiento resolutorio anterior a la declaración de concurso permanece y sigue incurso en causa de resolución con posterioridad a la misma.
2.3. Efectos de la continuidad del contrato de tracto sucesivo pese a la concurrencia de causa de resolución.
El art. 62.3 LC dispone que "aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".
La doctrina y las decisiones de los tribunales de instancia se muestran divididas sobre el significado que debe darse a la expresión "prestaciones debidas" ya que, mientras un sector sostiene que se refiere a las que "deba realizar el concursado" y, en consecuencia, las generadas después de declarado en concurso, otro sector sostiene que debe interpretarse en su sentido literal, comprensivo

de la totalidad de todas las prestaciones sin discriminación alguna entre las anteriores y las posteriores.
Aunque el precepto dista de tener la claridad que pretende la recurrente, dado que la posible utilización de la conjunción "o" en función de equivalencia, es lo cierto que el contraste con el apartado 4 para los supuestos en los que se acuerda la resolución -"(e)n cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa", apunta a la interpretación literal del precepto "prestaciones debidas", dado que en otro caso la previsión devendría absolutamente superflua, máxime teniendo en cuenta lo previsto en el art. 84.2. LC a cuyo tenor "(t)endrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 5. Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (...) 6. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (...)".
Ciertamente, un crédito potencialmente concursal cristaliza, a raíz del mantenimiento del contrato, en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia de la facultad de resolver obligándole a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma tozuda y notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro.
33. Finalmente, esta respuesta coincide con la prevista en los artículos 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien como precisa la Audiencia no es lo mismo "rehabilitar" contratos resueltos que "impedir" la resolución de los vigentes, responden a una misma idea : la necesidad de que la masa -en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución- responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto y responde a la exigencia de "garantías" a las que se refiere la Exposición de Motivos "en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. (...)
FALLO Primero: Estimamos el recurso de casación interpuesto por IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SAU contra la sentencia dictada por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia el día veintiuno de julio del año dos mil ocho, en el recurso de apelación 395/2006, dimanante de los autos de incidente concursal número 27/2005 planteado en el Concurso Necesario 11/05, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia. Segundo: Casamos la expresada sentencia y, en su lugar, estimando parcialmente la demanda interpuesta por IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. contra ESPAÑOLA DEL ZINC, S.A., en concurso de acreedores, y contra la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE ESPAÑOLA DEL ZINC, S.A., declaramos que deberán satisfacerse con cargo a la masa del concurso tanto las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del estado concursal de la entidad demandada, como las devengadas con posterioridad a dicha declaración".
Y aplicando el anterior criterio al caso de autos, debemos concluir que la sentencia de instancia debe ser confirmada, toda vez que habiendo sido apreciada por la Juez de Instancia la necesidad del mantenimiento de los contratos de electricidad y gas, para el buen fin del concurso de acreedores, ya que el mismo se halla en fase muy avanzada, debemos mantener dicha decisión, que en definitiva redundará en beneficio de todos
los acreedores, entre ellos la apelante, sin perjuicio de su derecho al abono con cargo a la masa del concurso, de las deudas ocasionadas por tales contratos, según la Jurisprudencia antes expuesta.”: SAP Soria (Sección 1) 15.11.2013 (Sentencia 68/2013; Rollo 100/2013)

AP Zaragoza

“PRIMERO.- Dª Loreto y MÉDICA Y MERCANTIL SL recurren en apelación la sentencia que desestimó la acción de desahucio por incumplimiento de los locales que dedujeron contra CARPOBROTUS SL por estimar la petición formulada por la administración concursal de que continuara el arriendo pese a dicho incumplimiento por estimar la continuidad del arriendo de interés del concurso. (...)
SEGUNDO.- En cualquier caso, el recurso se hallaba destinado al fracaso.
Como dijimos en nuestra S 644/2008, a los efectos del art. 62.3 L 22/2003,:
" el interés del concurso, entendido como la prevalencia de este interés sobre el particular de los contratantes, pues ciertamente lo es y principal el tratar de obtener el mayor provecho de los bienes y derechos del concursado a fin de satisfacer la mayor parte posible de los créditos que integran el pasivo, lo que, por otra parte, constituye una de las obligaciones ínsitas en la de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal que recae sobre la administración concursal."
En el presente caso es llano que la estimación del desahucio priva a la concursada de un importante elemento de su patrimonio, cual el derecho de arriendo, y de toda posibilidad de continuar el negocio

que se halla en marcha, por lo que difícilmente no puede ser compartido que la continuidad del contrato para en interés del concurso.
Es cierto que ello implica un perjuicio que ha de soportar el contratante in bonis en provecho del interés general, peso dicho perjuicio se halla compensado con la transformación de todas los créditos que ostente contra el concursado por razón del contrato, aún las anteriores a la declaración del concurso, en deudas contra la masa, como se han ocupado en destacar el TS en sus SS 145/2012 y 161/2012.": SAP Zaragoza (Sección 5) 29.05.2013 (Sentencia 284/2013; Rollo 167/2013)

""OCTAVO.-Es más, la S.T.S. 21-3-2012 realiza una interpretación de la frase "prestaciones debidas" del at. 62-3 como referidas tanto a las anteriores al concurso como las posteriores al mismo. Es decir, todas las rentas serían a cargo de la masa.
Razona así: "*35. Ciertamente, un crédito potencialmente concursal cristaliza, a raíz del mantenimiento del contrato, en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia de la facultad de resolver obligándole a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma tozuda y notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro.*
33. Finalmente, esta respuesta coincide con la prevista en los artículos 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien como precisa la Audiencia no es lo mismo "rehabilitar" contratos resueltos que "impedir" la resolución de los vigentes, responden a una misma idea: la necesidad de que la masa -en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución- responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto y responde a la exigencia de "garantías" a las que se refiere la Exposición de Motivos "en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento".
Tampoco parece, pues, que la concursada pueda subvenir a dicha exigencia, cuyo incumplimiento derivaría en una nueva posibilidad de resolución y desahucio. Otra cosa sería el acuerdo a que pudieran llegar acreedora y concursada.": SAP Zaragoza (Sección 5) 10.06.2014 (Sentencia 194/2014; Rollo 187/2014)

JM-1 Valencia

"CUARTO.- Aplicando al supuesto de autos los anteriores criterios es claro que puede entenderse, con rotundidad, que concurren los presupuestos de la resolución contractual que viene impetrada, cuando se trata de la inatención de todas las cuotas vencidas desde el mes de septiembre de 2007, no habiendose atendido las posteriores habidas desde la declaracion de concurso. Pero no se trata de ver con absoluta frialdad el supuesto atendido el diverso tratamiento que se dispensa en los articulas 61 y 62 de la Ley concursal, en lo que ahora interesa, bien entendido que en el articulo 62 en principio se previene la facultad resolutoria para el caso de incumplimiento posterior a la declaración de concurso, si bien en el inciso final del num. 1 asimismo se previene tal posibilidad para los contratos de tracto sucesivo también en los casos en que el incumplimiento que se imputa sea anterior a la declaración de concurso. Y este planteamiento que se enuncia se lleva a efecto en razón a que el articulo 62-3, en principio, solo previene el supuesto de que, desestimada la pretensión resolutoria no obstante concurrir los presupuestos de su pertinencia en atención a resultar de interes al buen fin del procedimiento concursal, el contratante frustrado se vea primado en cuanto que las prestaciones que le son debidas serán de atención contra la masa.
Procede analizar si es éste el supuesto que ahora nos ocupa, donde se acaba de decir que se observa la concurrencia de los presupuestos que habrían de propiciar un pronunciamiento estimatorio de la pretensión principal (esto es, la resolución contractual) que viene deducida. Y ello es así por cuanto la radical inatención de las cuotas postconcursales supone un quebranto de la norma del articulo 154 de la Ley Concursal y tal escenario podría parecer una contradiccion con venir a disponer la virtualidad del articulo 62.3 de la Ley Concursal, al tiempo que, además, solo había una cuota preconcursal pendiente de suerte que la novación del credito (de concursal a crédito contra la masa) no vendria a tener demasiado atractivo para el acreedor in bonis. Pues bien, no obstante la consideración que se acaba de explicitar, debe concluirse que sí es procedente venir a aplicar este supuesto de suerte que el aquí actor, acreedor in bonis, se vea compelido a permanecer en el vinculo negocial cuya vigencia resulta decisiva para el buen fin del concurso, que se encuentra en fase de convenio, habiendose efectuado un primer señalamiento de Junta que vino suspendido y viniendose a proveer en proximas fechas el impulso de la causa. Obviamente, deberá excitarse a la Administración Concursal el estricto cumplimiento de la norma del articulo 154 LC debiendo procurar la existencia de recursos bastantes para atender -sin dilación con ocasión de la notificacion de esta resolución- el pago del credito contra la masa de que se trata, y bien entendido que la imposibilidad de tal implicaria la imposibilidad de aprobación regular de un convenio con los acreedores (concursales) precisamente en atención al régimen diverso (y paralelo y aconcursal) de los creditos contra la masa.
El pronunciamiento que se enuncia implica que en ningun caso se desenvolverá la virtualidad de la clausula penal por cuanto el vinculo negocial sigue vigente y evidentemente los creditos contra la

masa sí devengan intereses (convencionales moratorios en este caso) no estando afectados por la norma del articulo 59 de la Ley Concursal.
(…) Fallo (…)2.- Que la totalidad de las sumas debidas por concepto de cuotas inatendidas vengan atendidas como créditos contra la masa, con más los intereses legales correspondientes calculados al tipo moratorio convencional pactado.": SJM-1 Valencia 15.04.2010 (Sentencia 119/2010; Incidente Concursal 1601/2009)

2.1.1.1 Y lo devengado durante la tramitación del incidente

AP Barcelona

"CUARTO.-Por lo que se refiere al contrato de la calle Platón, como hemos expuesto, la sentencia reconoce en el fallo un crédito contra la masa de 98.094,43 euros, al tiempo que acuerda mantener el contrato, pese al incumplimiento contractual, en interés del concurso. El recurrente se opone a la aplicación del artículo 62.3º en tanto en cuanto no se solicitó en la contestación y por no haber abonado la concursada todas las rentas debidas (y no sólo las devengadas hasta la demanda).
Resulta de aplicación al presente caso el artículo 62 de la Ley Concursal y no el artículo 70, mencionado por ambas partes, que regula la enervación del desahucio y la rehabilitación de contratos en acciones iniciadas antes de la declaración de concurso. Recordemos que el artículo 62 atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones resolutorias de contratos con obligaciones recíprocas pendientes por incumplimiento de cualquiera de las partes. Ello no obstante, aunque exista causa de resolución, conforme a su apartado tercero, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, " siendo con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".
Esta sección, en sentencia de 13 de septiembre de 2006 (ROJ 14689/2006), analizó el alcance de dicha previsión legal. Dijimos entonces lo siguiente:
" El artículo 62,1 de la Ley Concursal no impide, tratándose de contratos de tracto sucesivo, el ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento del concursado en época anterior a la declaración de concurso. Subsiste por ello la facultad resolutoria que, por razón del incumplimiento de la otra parte, el art. 1124 del Código Civil otorga, con carácter general, al contratante que cumplió su prestación, por más que, por haber sido declarado el concurso, el ejercicio de la acción quede afectada por ciertos condicionantes procesales (debe ejercitarse ante el Juez del concurso y por los trámites del incidente concursal).
No obstante, el art. 62.3 LC permite que, pese a existir un incumplimiento anterior de entidad suficiente para justificar la sanción resolutoria, el Juez pueda acordar el cumplimiento del contrato por entender que la continuidad es beneficiosa para el interés del concurso. Pero en tal caso se impone como consecuencia, o si se quiere como contrapartida o condición, que se abonen con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar él concursado.
Se trata, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, (Capítulo III) de la posibilidad de enervar la resolución del contrato en caso de que exista causa para la resolución por incumplimiento. De este modo, para el legislador, el cumplimiento forzoso, determinado por el interés del concurso, es un medio no ya de llevar a efecto lo pactado en caso de incumplimiento, sino una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento.
Pero, sigue indicando la Exposición de Motivos, ésa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte. Dice literalmente la EM que "no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento".
Esas garantías, en interés de quien se ve forzado a seguir cumpliendo pese a que el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de extinguir el vínculo por no haber obtenido la satisfacción de su interés negocial por causa del incumplimiento contrario, no pueden ser otras que las que resultan de la literalidad del art. 62.3: que con cargo a la masa sean abonadas las prestaciones adeudadas por el concursado, anteriores y posteriores a la declaración de concurso, por razón de esa relación contractual.
(...)En conclusión, la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, y la futura, con cargo a la masa".
QUINTO.-En el presente caso no se discute que el contrato de subarriendo de la calle Plató fue incumplido, al no haber abonado CRC las rentas a partir del mes de noviembre de 2012. En contra de lo esgrimido por la recurrente, la concursada solicitó expresamente la "enervación" del contrato y consignó la cantidad adeudada hasta el momento de la interposición de la demanda. Ha de entenderse, por tanto, que optó por el mantenimiento del contrato en interés del concurso, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 62.3º (el artículo 22 de la LEC, en relación con el 70 de la Ley Concursal, queda reservado a los desahucios iniciados antes de la declaración).
No basta, en cualquier caso, con consignar las rentas debidas hasta la demanda (98.094,43 euros). Es más, la posición jurídica del arrendador no se satisface con el mero reconocimiento de un crédito contra la masa. Para que entre en juego el artículo 62.3º y pueda imponerse a la parte actora la continuación de un contrato que ha sido incumplido, es preciso que se atiendan con cargo a la masa

todas las rentas debidas, anteriores y posteriores a la declaración. También las devengadas durante la sustanciación de este incidente.
No es controvertido que la deuda por rentas impagadas hasta la sentencia (noviembre de 2013) asciende a 197.388,17 euros, suma que no se ha abonado a CLÍNICA PLATÓ y que tiene la consideración de crédito contra la masa. En consecuencia, procede declarar la resolución del contrato y condenar a la demandada al desalojo, con abono de dicha cantidad y las rentas que se devenguen hasta el momento del lanzamiento, que sólo podrá evitarse si se abona con cargo a la masa aquella cantidad y las rentas devengadas y que se devenguen.
Por lo expuesto debemos estimar parcialmente el recurso. Además de declararse resuelto el contrato, debe reconocerse a la demandante un crédito contra la masa por las rentas impagadas y el derecho de la concursada a mantener la vigencia del contrato en los términos señalados.": SAP Barcelona (Sección 15) 23.07.2014 (Sentencia 258/2014; Rollo 145/2014)

2.1.2 Tesis contraria: Los créditos anteriores a la declaración siguen siendo ordinarios y no se convierten en deudas de la masa.

AP Murcia

"PRIMERO El Juzgado de lo Mercantil de Murcia dictó sentencia en el procedimiento incidental núm. 324/05, dimanante del Concurso núm. 158/05, desestimando la demanda promovida por Iberdrola Distribución Eléctrica, SAU. y declarando que las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del estado concursal de la entidad Bioferma Murcia, SA, eran créditos concursales y debían calificarse como créditos ordinarios.
A tal efecto, consideró el Juzgado que la actora, Iberdrola Distribución Eléctrica, SAU., no había ejercitado su facultad de resolución por incumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62-2 de la Ley Concursal, por lo que, a la fecha de declaración del concurso, lo que procedía era que Iberdrola insinuara su crédito y se sometiera a las reglas del dividendo, incluyendo la deuda correspondiente en la masa activa, como crédito ordinario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 61 y 89 de la Ley Concursal.
Por otra parte entendía el Juzgado que de acuerdo con el artículo 62 de la Ley Concursal, relativo a la resolución por incumplimiento, aunque existiera causa de resolución, atendiendo al interés del concurso, se podía acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que debiera realizar el concursado. Y en relación con el contrato de suministro de energía eléctrica, se trataba de un servicio público prestado mediante empresas privadas, lo que hace de él un contrato mixto, que participa de un aspecto administrativo y de un aspecto privado, contrato único que da lugar a prestaciones periódicas.
Concluía el Juzgado de lo Mercantil expresando que la finalidad de la Ley Concursal era la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor común y la conservación de la actividad empresarial y, en definitiva, del empleo. Y estos dos principios quebrarían si se mantuviera la solución propuesta por Iberdrola, de abono inmediato e íntegro con cargo a la masa, sin someterse a la resolución del concurso, lo que abocaría irremediablemente a la empresa concursada a su liquidación.
En consecuencia, entendió el Juzgado que los créditos debidos con anterioridad al concurso eran concursales, y los devengados durante su tramitación eran créditos contra la masa.
SEGUNDO El recurso de apelación interpuesto por Iberdrola, SA pretende la revocación de la sentencia apelada, exponiendo que se trata de una cuestión eminentemente jurídica.
Iberdrola, SA impugnó la lista de acreedores en lo relativo a la calificación dada por la administración concursal a la parte de su crédito correspondiente al suministro eléctrico prestado a la concursada con anterioridad a la declaración de concurso, en cumplimiento de los contratos de suministro de energía eléctrica suscritos por ambas partes el 1-5-2003 y el 1-5-2005. Dicho crédito, por importe total de 990.457,97 euros, fue calificado como crédito ordinario.
Entiende la representación de la apelante que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62-3 de la Ley Concursal, el crédito tenía que haber sido calificado como crédito frente a la masa, y no como crédito ordinario, como entendió la administración judicial.
Frente a ello, considera esta Sala que la interpretación del artículo 62-3 de la Ley Concursal y la solución dada por el Juzgado de lo Mercantil es correcta, porque existe una deuda anterior a la declaración de concurso, y otra posterior, siendo esta última la que deriva del acuerdo judicial de cumplimiento del contrato, pese a existir causa de resolución y debe gozar de preferencia frente a la deuda inicial.
En efecto, el artículo 84 de la Ley Concursal dispone en su número 2-6º que tienen la consideración de créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154, los que conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaracion de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.
Luego, "a sensu contrario" debe entenderse que los créditos anteriores a la declaración de concurso no comprendidos en los once apartados del núm. 2 del artículo 84, no se pueden considerar créditos contra la masa.
Sostiene la apelante que no era necesario un incidente concursal para que el Juzgado de lo Mercantil pudiera apreciar si concurría o no causa de resolución y si debía acordarse o no el cumplimiento del contrato en interés del concurso, y que al tratarse de un contrato de tracto sucesivo no cabía restringir

la aplicación del artículo 62-3 a los supuestos de incumplimiento posterior al concurso. Pero tales alegaciones en modo alguno afectan a lo anteriormente expresado en cuanto a la diferente calificación de los créditos anteriores a la declaración de concurso, que en lo que se refiere a Iberdrola, SA, es un crédito concursal, y el crédito posterior a dicha declaración, generado tras el requerimiento de la Juez de lo Mercantil de restablecimiento del suministro eléctrico, cortado unilateralmente, sin preaviso, ni resolución contractual, que se debe satisfacer con cargo a la masa, teniendo la consideración de crédito contra la masa.
Es cierto que Iberdrola y Bioferma Murcia, SA habían contratado el suministro de energía eléctrica. Pero también lo es que aquella cortó a ésta dicho suministro y sólo lo restituyó tras ser requerida en ese sentido por el Juzgado de lo Mercantil. Es evidente, en consecuencia, que en este momento posterior de restitución del suministro no hay un acuerdo de voluntades, sino una imposición judicial a Iberdrola, SA y por eso no puede hablarse propiamente de un contrato que continuó en vigor tras la declaración de concurso. De ahí la distinta naturaleza y diferente consideración del crédito existente con anterioridad al concurso y el devengado durante la tramitación de éste.
En consecuencia resulta procedente desestimar el recurso de apelación interpuesto por Iberdrola Distribución Eléctrica, SAU. y confirmar la sentencia apelada.”: SAP Murcia (sección 4) 29.10.2007 (AC 2008/261)

“CUARTO Lo que es realmente objeto de debate en este procedimiento es la interpretación del apartado 3 del artículo 62 de la LC.
Conforme a la citada norma, "Aunque exista causa de resolución, el Juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".
De la misma lo único cuestionado en este recurso es el efecto que produce la declaración judicial de continuidad del contrato en interés del concurso, pese a concurrir causa de resolución, respecto de las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. En concreto, es la interpretación del término "prestaciones debidas" la que se cuestiona. ¿Deben comprender la totalidad de las prestaciones incumplidas por el ahora declarado en situación de concurso o sólo se refiere a las que han surgido con posterioridad a la declaración del concurso? O lo que es lo mismo, ¿las prestaciones no satisfechas por el ahora concursado con anterioridad a la declaración de concurso cambian su inicial calificación de crédito de concurso (art. 49 LC) por la de tener que ser satisfechas con cargo a la masa por el hecho de que el Juez decida que el contrato permanezca en vigor pese a que exista causa de resolución?
El precepto está muy lejos de tener la claridad y rotundidad que pretende atribuirle la apelante, pues si bien no distingue entre prestaciones debidas anteriores o posteriores a la declaración del concurso, es claro que el empleo del participio del verbo indica las ya existentes en ese momento, y por tanto, podrían comprenderse tanto las previas como las posteriores a la declaración del concurso, pero esa solución no es lógica y está en contradicción con otros principios y regulaciones de la propia norma concursal.
No es lógica porque, si no se ejercita la faculta resolutoria por la acreedora, no cabe duda de que su crédito precedente a la declaración del concurso se integrará en la masa pasiva del concurso (art. 49), cuando se declare tal situación. Por lo tanto, en el presente caso, tales deudas han pasado a formar parte del pasivo del concurso una vez que se ha declarado a la concursada en tal estado. No es aceptable que el acreedor tenga un derecho de modificar la calificación de su crédito, presentando una demanda de resolución contractual por incumplimiento. Tal facultad sería gravemente perturbadora en el proceso concursal, pues dada la gran cantidad de contratos de suministro y de prestaciones de servicios de las empresas o simplemente en los que sigan existiendo obligaciones pendientes de ejecución para ambas partes y el acreedor del concursado tenga un crédito sin cobrar, por el simple ejercicio de esa facultad resolutoria, puedan sustraerse a los efectos del concurso, lo que dejaría prácticamente sin contenido este procedimiento. Como dice la sentencia de 8 de julio de 2005 (AC 2005, 1705) del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, estaríamos ante un "resultado absurdo, desigualitario y conculcador del principio de pars conditio creditorum que no puede ser admisible".
Por otro lado, como señala la obra científica antes mencionada (Comentarios a la Ley Concursal, de Bercobitz, páginas 672 y siguientes) el tiempo del incumplimiento de la prestación, en relación con el de la declaración del concurso, es definitivo para la calificación del crédito. En concreto, en la página 677 establece: "El tiempo de la declaración del concurso y del incumplimiento determinarán, en su caso, la calificación de los créditos derivados del cumplimiento y/o de la resolución, sean restitutorios y/o indemnizatorios. Esto es, la obtención de un contravalor (contraprestación) por el concurso una vez declarado decide la calificación como crédito contra la masa del consiguiente sacrificio actual del contratante in bonis: arts. 61.2, 62.3, 62.4 y 84.2.6º LC".
Estamos en una materia en la que se han de conjugar diversos intereses: los de los contratantes con el que ha sido declarado concursado, los de los restantes acreedores del concursado, el interés general y el social, y para resolver los conflictos la Ley Concursal no siempre da soluciones completas ni congruentes, pero, en todo caso, se han de tener en cuenta los principios que inspiran estos preceptos.
El carácter privilegiado de determinadas deudas (a cargo de la masa) sólo tiene razón de ser cuando los citados acreedores contribuyen con su sacrificio "actual" al mantenimiento de la actividad patrimonial del concursado. Ese es el principio que preside la regulación de los créditos contra la masa (art. 84 LC), pues como tales se entienden los que se adquieren por el concursado o por la administración del concurso tras la declaración del concurso (salvo los del art. 84.2.1ª: salarios de los

últimos 30 días), en interés común de los acreedores para lograr la finalidad del concurso, esto es, maximizar el valor del patrimonio concursal y continuar la actividad, como medio para alcanzar el fin primordial de la satisfacción (cobro) de los acreedores, y todo ello huyendo de privilegios entre ellos (pars conditio creditorum). Por esa razón tales deudas posteriores (de la masa) se satisfacen antes que las deudas del concursado, con la excepción de los créditos privilegiados especiales del art. 154.3 LC.
Para el suministrador que, amparado en el anterior incumplimiento, interesa la resolución del contrato, el sacrificio especial que se le pide es el de continuar prestando sus servicios, de ahí que ese es el que justifica al trato privilegiado (que sus nuevos créditos sean directamente a cargo de la masa). Es verdad que existe el riesgo de nuevos incumplimientos posteriores, pero ello tiene un tratamiento específico en la nueva legislación, pues en tal caso, como señala la sentencia de 21 de julio de 2005 (JUR 2005, 279370) del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Barcelona, el art. 62.3 concede un plus de protección al acreedor que se ve obligado a soportar la vigencia del contrato, pues esas nuevas prestaciones del concursado no sólo se consideran créditos contra la masa, sino que deben abonarse "con cargo" a la masa.
Es cierto, como señala la apelante, que el art. 84.2.11º LC establece como crédito contra la masa "cualesquiera otros créditos a los que esta Ley atribuya expresamente tal consideración", pero ello no puede interpretarse en el sentido de que estamos ante una enumeración abierta, pues se exige la previsión específica en la propia Ley y que tal enunciación sea "expresa". Si se examina el art. 62.3 ahora cuestionado, dista mucho de contener una expresa mención de que los créditos anteriores, que el contratante que pretende la resolución contractual tenía contra quien ha sido declarado concursado, han de ser considerados privilegiados, como deudas de la masa, por lo que no puede sostenerse que el comentado precepto sea uno de aquellos a los que se refiere el art. 84.2.11º.
La apelante invoca como criterio sistemático y lógico que en los artículos 68 a 70 LC, se prevén supuestos análogos a los del art. 62.3, impidiéndose al acreedor desvincularse del concursado, y en todos ellos los créditos, tanto anteriores como posteriores, son a cargo de la masa.
Sin embargo la razón de analogía no existe entre tales normas, pues, como señala la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo de 3 de febrero de 2006 (JUR 2006, 68797), en tales preceptos nos encontramos ante la restauración de la vigencia de contratos que han quedado resueltos antes de la declaración de concurso, aparte de que se trata de opciones voluntarias de los administradores, en atención a los intereses de la concursada, mientras que en el caso del art. 62.3 la situación surge a iniciativa del acreedor que plantea la resolución de un contrato vigente.
La distinción entre prestaciones anteriores y posteriores a la declaración del concurso tiene una más clara aplicación teniendo en cuenta el carácter de contrato de tracto sucesivo que liga a las partes. Las distintas prestaciones que generan tienen tratamiento independiente entre sí, y así lo pone de manifiesto la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 12 de julio de 2001 [RJ 2001, 5161] y 20 de marzo de 2007 [RJ 2007, 2622]) sobre el tratamiento diferenciado de las distintas prestaciones respecto de los efectos retroactivos en los casos de resolución contractual por incumplimiento, o la vigencia de la cláusula rebus sic stantibus (sentencia de 1 de marzo de 2007 [RJ 2007, 1618]) en esta clase de contratos, que obliga a atender a las circunstancias en vigor en cada uno de los momentos de su vigencia.
QUINTO Finalmente, se menciona por la apelante la existencia de jurisprudencia a favor de la tesis defendida, pero se limita a aportar copia de un auto del Juzgado de lo Mercantil de Navarra, de 1 de diciembre de 2004 en el que, si bien es cierto que se resuelve "2º que las prestaciones debidas o que deba realizar la entidad concursada y que nazcan de dichos contratos, serán a cargo de la masa", realmente no distingue entre deudas anteriores o posteriores a la declaración del concurso, no hace ningún razonamiento específico sobre el problema y refiere que se trata de una cuestión no controvertida entre las partes, con lo que carece de la mínima autoridad para sustentar la tesis de la apelante.
Por el contrario, las sentencias publicadas en las bases de dato al uso resuelven en el sentido defendido por la ahora impugnada. Así, las ya mencionadas de 8 de julio de 2005 (AC 2005, 1705) (Juzgado de Córdoba) y de 3 de febrero de 2006 (JUR 2006, 68797) (de Oviedo) y la de 21 de julio de 2005 (JUR 2005, 279370) (Juzgado de Barcelona), todas ellas referidas precisamente a contratos de suministro de energía eléctrica, en las que se contienen amplios argumentos a favor de tal solución.”: SAP Murcia (Sección 4) 21.07.2008 (JUR 2008/344221; Sentencia 300/2008; Rollo 395/2006)

AP Sevilla

“SEGUNDO En dichos recursos insiste la apelante, Endesa Distribución Eléctrica, S.L., en su pretensión de que se de por resuelto el contrato por el que suministra energía eléctrica a la empresa de la concursada, lo que solicitó en el primero de dichos incidentes, debido a los incumplimientos de ésta, y volvió a solicitar, después, en el segundo, al reiterarse tales incumplimientos tras la primera demanda incidental e, incluso, después de la sentencia que vino a resolverla, e, igualmente, y de forma subsidiaria, para el supuesto de acordarse el mantenimiento del contrato de suministro eléctrico, en interés del concurso, insiste en su petición de que las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del concurso, que ascienden a la suma de 723.916,6 euros, se califiquen, al igual que las posteriores, como crédito contra la masa activa, como, su juicio, resulta procedente con arreglo a lo dispuesto en elartículo 62,3 de la misma ley. (…)
QUINTO Y pasando a la pretensión de que se acuerde que sea a cargo de la masa de bienes el pago, no solo de los suministros de electricidad efectuados tras la declaración de concurso, sino también los

anteriores a la misma, considera el tribunal que tal pretensión, que de acceder a ella, supondría una alteración de la lista de acreedores, no tiene encaje en elartículo 62,3en el que se basa la apelante, ni en ningún otro precepto.
El hecho de que, habiendo causa de resolución del contrato de suministro eléctrico, se acuerde, no obstante, su continuidad, en interés del concurso, determina, conforme a lo dispuesto en dicho precepto, que deban abonarse con cargo a la masa activa las cantidades que deba la concursada al tiempo de tal acuerdo, así como las que se devenguen con posterioridad, pero no las anteriores a la declaración de concurso, que, evidentemente, no entran dentro del concepto de créditos contra la masa, que son gastos que no provocan el concurso, sino que, por el contrario, son provocados por éste. Se trata de gastos generados por el procedimiento concursal, ya deriven de gastos judiciales o de obligaciones nacidas durante el concurso o que se mantengan tras su declaración, para una correcta administración y liquidación del patrimonio del concursado.". SAP Sevilla (Sección 5) 09.12.2008 (JUR 2009/175679; Sentencia 579/2008; Rollo 4782/2007)

JM-1 Murcia

"TERCERO.- Resta por determinar la condición de las prestaciones dinerarias adeudadas a la actora con anterioridad a la declaración del concurso. Para la resolución de esta cuestión ha de partirse del análisis del artículo 62 de la Ley Concursal, que lleva por rúbrica resolución por incumplimiento. Dicho precepto, en su párrafo 1º, y por la remisión que efectúa al apartado 2 del artículo precedente, se refiere a la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de la declaración del concurso, estableciendo la regla general de que esos contratos puedan resolverse por un incumplimiento posterior a la declaración del concurso. Ahora bien, ese mismo párrafo (el 1º) del artículo 62, contempla como especialidad el supuesto de los contratos de tracto sucesivo, pues en este caso la facultad de resolución se puede ejercitar tambien cuando el incumplimiento haya sido anterior a la declaración del concurso.
Por su parte, el párrafo 3º del mismo artículo establece que aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo de cargo a la masa la prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
Hay que destacar, sin embargo, que la ley concursal no se refiere a los efectos de la resolución en cada uno de los posibles contratos con obligaciones recíprocas, sino que establece un régimen general del que, en su caso, habrá que deducir las consecuencias en cada una de las figuras contractuales en particular, lo que no siempre resulta fácil.
Por lo que aquí interesa, el contrato que liga a las partes es un contrato de suministro, que no está tipificado en nuestro Derecho privado, pero si lo está en la Ley de Contratos de las Administraciónes Públicas (artículo 172 y siguientes). Su difusión en el tráfico se debe a que mediante él se pretende satisfacer el interés de una persona (el suministrador) en poder obtener la satisfacción de unas necesidades periódicas que se repiten en el tiempo; de tal manera que el carácter duradero de la necesidad de obtener ciertas cosas y el interés en su cobertura que se prolonga en el tiempo se vinculan a la razón de ser de este contrato. Además de la nota de duración, ha de indicarse que el contrato de suministro es único y no un conjunto de contratos que se suceden en el tiempo, ya que es voluntad de las partes el servirse de él para asegurarse la realización de prestaciones futuras durante el tiempo que persista la necesidad de ellos sin tener que realizar varios contratos.
El contrato de suministro se define como el contrato por el que una parte (suministrador) se obliga mediante un precio a realizar a favor de otra (suministrado) prestaciones periódicas o continuadas de cosas (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, 30 de noviembre de 1985, 8 de julio de 1988, 24 de febrero de 1992 y 3 de abril de 2003).
Por buena parte de la doctrina se estima que nos hallamos ante una variante de la compraventa, si bien se advierte la tendencia de otro sector doctrinal y tambien de la propia jurisprudencia a escindir ese contrato del de la compraventa, pero sin dejar de hacer notar su afinidad. De ahí que la doctrina jurisprudencial se haya orientado âno sin algunas contradicciones- en sentido de marcar unas ciertas especialidades al contrato de suministro, que lo separan de la compraventa, cuya disciplina, no obstante, se aplica al suministro en lo que no está en contradicción con su carácter peculiar, que viene marcado por la pluralidad de prestaciones y con su contrato de duración.
En concreto, en relación con el contrato de suministro de energía eléctrica es reiterada la jurisprudencia que establece que el suministro de energía eléctrica es un servicio público prestado mediante empresas privadas, lo que hace que el contrato de suministro de energía eléctrica sea un contrato mixto que participa de un aspecto administrativo relativo a la forma de gestión y prestación del servicio con un control por la administración y de un aspecto privado que es la relación contractual entre la compañía suministradora y el abonado, es en este aspecto privado donde la jurisprudencia califica el contrato como de compraventa, tratándose por tanto de un contrato bilateral, sinalagmático, existiendo una manifiesta correlación e interdependencia entre las obligaciones de las partes; entrega constante y continua de energía en la potencia contratada y pago del precio pactado.
Pues bien, partiendo de esta conceptuación del contrato de suministro, como contrato único que da lugar a prestaciones periódicas al que se aplica, dada su naturaleza mixta, por una parte el vigente Reglamento de Acometidas Eléctricas y el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía y en su aspecto privado, las normas contenidas en el Código de Comercio relativas a la compraventa mercantil (artículo 325 y siguientes) resultaría discutible aplicarle el régimen previsto en el artículo 62 para los contratos de tracto sucesivo. De estimarse este no aplicable, no cabría duda alguna de que las deudas generadas a favor de IBERDROLA tienen carácter concursal.

Por el contrario, si se entiende que la especialidad se refiere a la proyección en el tiempo de las prestaciones contractuales y no a la naturaleza jurídica del contrato en si, el régimen previsto en el artículo 62 para los contratos de tracto sucesivo sería aplicable también a los contratos que se prolongan en el tiempo, pero en este caso la conclusión a la que se llegaría sería la misma, habida cuenta de que el apartado 3º del artículo 64 anteriormente transcrito y en el que IBERDROLA fundamenta su reclamación parece venir referido a la regla general de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, que pueden resolverse por un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, pero no especifica si es de aplicación a la especialidad que contempla el párrafo 1º (contratos de tracto sucesivo). Especialidad cuya supresión se llegó a plantear en el debate parlamentario, concretamente en la enmienda nºero 290 del grupo Parlamentario Socialista al considerar que la inclusión de la referencia a los contratos de tracto sucesivo introducía una excepción injustificada en el sistema de la ley concursal.
Nos encontramos ante una de las cuantiosas lagunas de que adolece la ley para cuya integración ha de acudirse a los criterios interpretativos de las normas jurídicas del artículo 3 del Código Civil.
-Pues bien, atendiendo a un criterio de interpretación sistemática resulta que habrá que diferenciar dependiendo de que el incumplimiento sea anterior o posterior a la declaración del concurso, tal como lo hace el propio artículo 62, en su párrafo 4º, para el supuesto de que se estimase procedente la resolución del contrato. De acuerdo con el criterio establecido en el párrafo 4º del artículo 62, en los casos en que el incumplimiento proceda del concursado, si este incumplimiento es anterior, se incluye en el concurso el crédito que corresponde al acreedor que hubiera cumplido con sus obligaciones contractuales, lógicamente debe entenderse que el crédito del acreedor se incluye en la masa pasiva; es un crédito concursal. Y cuando el incumplimiento haya sido posterior a la declaración del concurso, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa.
Esta es también la solución seguida por la ley concursal para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso de un contrato de tracto único, en cuyo supuesto (artículo 61), la deuda que corresponda al deudor se incluirá en la masa pasiva del concurso, es decir, la parte in bonis que hubiera cumplido íntegramente antes de la declaración del concurso ha de insinuar su crédito y someterse a la ley del dividendo.
- A la misma solución se llega de aplicar un criterio interpretativo teleológico o finalista de la ley.
Efectivamente, según su Exposición de Motivos la finalidad principal de la ley es la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor común (que no del concursado), afirmación que se hace pensando en la dualidad de intereses deudor y acreedores, pues cuando entran intereses de terceros en juego (como por ejemplo el de los trabajadores) ha de primar también la conservación de la actividad empresarial, en definitiva, la conservación del empleo.
Pues bien, estos dos principios fundamentales quebrarían en los supuestos en que existiese una considerable deuda anterior (la de IBERDROLA asciende a 6.014.675,91 euros), de mantenerse la solución propuesta por la actora de abono inmediato e íntegro con cargo a la masa, sin someterse a la solución del concurso, lo que abocaría irremediablemente a la empresa a su liquidación.
En conclusión, para lograr una correcta solución del concurso, y de conformidad con la facultad reconocida en el apartado 3 del artículo 62 de la Ley Concursal, procede acordar el cumplimiento del contrato de suministro de energía eléctrica que vincula a las partes, teniendo la consideración de créditos concursales los debidos con anterioridad al concurso en tanto que los devengados durante su tramitación se consideran créditos contra la masa.": Sentencia JM-1 Murcia 26.04.2005 (concurso 11/2005)

JM-1 Córdoba

"TERCERO La cuestión estriba en la interpretación que deba darse a la frase transcrita y entrecomillada en el fundamento anterior *[art. 62.3 «siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado»]*; es decir, qué naturaleza tienen los créditos del acreedor cuyo contrato se mantiene por decisión judicial, pese al incumplimiento del concursado. La frase es claramente equívoca, porque no distingue entre las prestaciones debidas antes de la declaración de concurso y las posteriores a la misma, por lo que de su mera literalidad parecería, como sostiene la actora, que toda la deuda se convierte en crédito contra la masa. Sin embargo, dicha solución, que se basa en la literalidad de un precepto que parece pensado para los contratos en general y no para la especialidad de los contratos de tracto sucesivo, en los que se permite la reclamación por deudas anteriores y posteriores y que, por tanto, también debería prever una solución distinta para unas y otras, no es admisible si se pone el artículo 62.3 en relación con otros preceptos. En primer lugar, con el artículo 62.4, que con toda corrección conceptual distingue entre las obligaciones procedentes de incumplimiento anterior a la declaración del concurso, que se incluirán como créditos concursales, y las dimanantes de incumplimiento posterior, que se satisfarán con cargo a la masa. Y en segundo término, con el artículo 84 de la Ley Concursal, que al enumerar los créditos contra la masa, no incluye los créditos anteriores a la declaración de concurso generados por el incumplimiento de contratos de tracto sucesivo.
En resumen, se trata de una mala redacción legal, que debe ser corregida mediante la interpretación conjunta y sistemática de la Ley Concursal. Pues de lo contrario, los acreedores cuyo crédito procede de un contrato de tracto sucesivo verían mejorada su posición, mediante la conversión de todos sus créditos en créditos contra la masa y por tanto abonables inmediatamente (artículo 154 de la Ley Concursal), mediante el simple expediente de ejercitar la acción prevista en el artículo 62.1 de la

propia Ley. Resultado absurdo, desigualitario y conculcador del principio de «par conditio creditorum» que no puede ser admisible.”: Sentencia JM-1 Córdoba 8.07.2005 (AC 2005/1705)

JM-2 Barcelona

“PRIMERO.- La demandante, al amparo de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Concursal, ejercita acción resolutoria del contrato de suministro de energía eléctrica suscrito con la concursada el día 10 de septiembre de 2.004 para las instalaciones que ésta tiene en la localidad de Celrà (Girona). Es un hecho no controvertido que la concursada dejó atender facturas anteriores a la declaración del concurso que en conjunto importan 154.779,67 euros. Y consta, por otro lado, que las vencidas con posterioridad han sido satisfechas con cargo a la masa (documentos uno a seis de los aportados por la administración concursal). La parte demandante solicita se declare la resolución del contrato, de conformidad con el precepto citado y que, de acordarse el cumplimiento del contrato en interés del concurso, conforme a lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 62, se abone con cargo a la masa las facturas vencidas con anterioridad a la declaración del concurso y que todavía hoy están pendientes. Las demandadas, por su parte, solicitan se ordene el cumplimiento del contrato en interés del concurso, a pesar del incumplimiento, si bien la administración concursal discrepa de la calificación que debe darse al crédito de 154.779,67 euros, pues entiende que debe calificarse como ordinario.
SEGUNDO.- Que el artículo 62 de la Ley Concursal dispone que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por "incumplimiento posterior de cualquiera de las partes". Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, conforme a dicho precepto, la facultad de resolución también podrá ejercitarse cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración del concurso. Ello no obstante, aunque exista causa de resolución, el apartado tercero permite al juez, atendiendo al interés del concurso, acordar el cumplimiento del contrato, "siendo con cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado". Por razones que huelga explicitar, el interés del concurso aconseja que, a pesar de mediar incumplimiento anterior a la declaración, se acuerde el cumplimiento, esto es, que se mantenga el suministro, pues en caso contrario el negocio, simplemente, no podría continuar. La cuestión litigiosa, por tanto, se reduce a determinar qué calificación debe darse al crédito por facturas vencidas antes del concurso y, más en concreto, si el cumplimiento del contrato de suministro debe condicionarse a que se satisfagan con cargo a la masa todas las facturas pendientes de ENDESA. Así parece deducirse del tenor literal del precepto transcrito. Por otro lado, la defensa de la actora añade que si la calificación como crédito contra la masa se limita a las facturas vencidas después de la declaración del concurso, nada añadiría el artículo 62.3º y nada obtendría ENDESA a cambio del cumplimiento forzoso, pues tal calificación ya viene prevista en el artículo 84.5º de la Ley. En segundo lugar también aduce la actora que, de no convertir el crédito anterior en crédito contra la masa, la facultad resolutoria que el artículo 62 le reconoce no daría lugar a consecuencia jurídica alguna, dado que la situación jurídica resultante de la resolución sería la misma que si no se hubiera ejercitado la acción resolutoria. Y si bien la cuestión es discutible y existen argumentos que amparan una y otra tesis, entiendo que ha de prevalecer la interpretación más favorable al interés general del concurso, interpretación que es más acorde con el espíritu y finalidad de la norma (artículo 3 del Código Civil). En efecto, no parece que el propósito del Legislador haya sido el alterar las reglas sobre calificación de los créditos y el principio general de reservar la categoría de crédito contra la masa a aquellos generados con posterioridad a la declaración del concurso (artículo 84). El crédito de la demandante, ni por su naturaleza ni por la condición del acreedor, merece, en principio, especial protección, por lo que no estaría justificado el trato privilegiado que para sí reclama la actora. Por otro lado el artículo 62.3º sí concede un plus de protección al acreedor con contrato incumplido y que se ve obligado a soportar la vigencia del contrato. En efecto, las prestaciones del concursado no sólo tienen la consideración de crédito contra la masa, sino que deben abonarse "con cargo" a la masa. La norma, por tanto, presupone que el cumplimiento forzoso en interés del concurso sólo puede mantenerse en tanto en cuanto existan bienes bastantes en la masa activa para afrontar, puntualmente, las prestaciones que corresponden al concursado. El actor, por tanto, no concurre, sin más, con el resto de acreedores contra la masa, sino que tiene garantizado el cobro de aquellas facturas vencidas después de la declaración del concurso. La interpretación que se defiende tiene encaje en el tenor literal de la norma. Y como muy bien ha expuesto la administración concursal, de aceptarse la tesis que sostiene el actor, proliferarían los créditos contra la masa, con la consiguiente alteración del sistema de reconocimiento de créditos diseñado por la Ley -piénsese, por ejemplo, en todos los contratos de suministro de material-. Por todo ello, debe estimarse parcialmente la demanda, ordenando el cumplimiento del contrato de suministro suscrito entre las partes, siendo con cargo a la masa las prestaciones del concursado, en tanto que el crédito anterior de 154.779,67 euros deberá ser calificado como crédito concursal ordinario.”: Sentencia JM-2 Barcelona 21.07.2005 (JUR 2005/185515)

JM-2 Bilbao

“Por otro lado, el art. 62.3 LECO, al contrario de lo que subyace en la postura de la actora del incidente, nunca puede ser que se niegue, ante el incumplimiento del concursado, la resolución contractual, sin más, sino declarar el cumplimiento, a pesar de una de las partes. En la interpretación correctora de estos Juzgados, como es prácticamente unánime, no se entiende que "con cargo a la

masa" signifique que todo el débito, anterior a la declaración del concurso y posterior, deba pagarse de inmediato contra la masa, sino que, aplicando el principio de "par condicio creditorum", y la exégesis coordinada de los apartados 3 y 4 del art. 62 LECO -dos facetas, cumplimiento y resolución-, se declara la obligación de incluir el crédito anterior en la masa, y pagar contra la masa todo el devengado con posterioridad. Obviamente, si el cumplimiento tampoco se cumple, valga la expresión, la resolución ya será inevitable.": SJM-2 Bilbao 12.03.2007 (Incidente Concursal 34/2007)

3. Improcedencia de condena en costas o daños y perjuicios

3.1 Improcedencia de la imposición de costas al instante de la resolución denegada por interés del concurso

AP Alava

"En este mismo apartado, la recurrente articula un segundo submotivo de apelación: la imposición de las costas en la primera instancia a la mercantil Laudatak Industrialdea, S.A. de conformidad a lo dispuesto en elartº 162l.C. en relación alartº 394 L.E.C. ante la desistimación de la pretensión incidental. Mantiene la apelante que la sentencia reconoce el incumplimiento de sus obligaciones por partes de la concursada, al reconocer que efectivamente no se desarrolla ningún tipo de actividad del contrato-, pero que, sin embargo, viene en desestimar la demanda por entender que tal pronunciamiento devendría contrario al interés del concurso. Tal pronunciamiento, ciertamente, lleva aparejada la existencia de un fundamento suficiente para que la demandante accionara solicitando la resolución contractual, pues elartº 196.2 L.C. remite expresamente a los artºs 397 y 394.1ambos de L.E.C.; y, en su consecuencia, no procedería la condena en costas en el incidente concursal, ya que no sólo existen dudas sobre la interpretación de una texto legal reciente, como laLey Concursal de 9 de julio de 2003, sino también discrepancias doctrinales, que, lógicamente, suscitan serias dudas de derecho. Motivo que debe ser apreciado, conforme a su propia bien fundada formulación.": SAP Alava 06.11.2006 (Sección 2) (JUR 2007/94926)

3.2 Improcedencia de condena a la concursada en costas o daños y perjuicios

AP Barcelona

"PRIMERO El actor ejercitó en su demanda una acción de desahucio de una finca arrendada a la concursada, un inmueble sito el Masnou, donde tiene su fabrica la concursada, por falta de pago de la renta correspondiente al tercer trimestre de 2008. La sentencia dictada por el juez del concurso aprecia que la renta reclamada fue abonada al actor el mismo día en que se registró la demanda, por lo que de conformidad con elart. 62 LC tiene por cumplido el contrato, y no hace expresa imposición de costas en atención a que se trata de un simple retraso del pago de una renta.
El actor recurre en apelación porque no está de acuerdo en que no se impongan las costas a la sociedad concursada, ya sea en aplicación delart. 62.3 LC, pues con ello se le indemnizan los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de la obligación de pago de la renta, ya sea porque se han estimado sus pretensiones.
SEGUNDO La acción de desahucio se fundaba en el impago de una sola de las rentas trimestrales. Como se trata de un contrato de tracto sucesivo, un arrendamiento sobre bien inmueble, es posible instar su resolución por incumplimiento, pero sujeto a las reglas prevista en elart. 62 LC. Una vez ejercitada la acción de resolución ante el juez del concurso, conforme alapartado 2 del citado precepto, el apartado tercero autoriza al juez a que, en atención al interés del concurso, pueda acordar el cumplimiento del contrato, siendo de cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Y eso es lo que ha hecho en este caso el juez del concurso en la sentencia ahora recurrida, pues, frente a la pretensión resolutoria del arrendador, atiende a la petición de la administración concursal de que continúe la relación contractual arrendaticia. A estos efectos, resulta irrelevante si la renta debida fue pagada al tiempo de registrarse la demanda de desahucio o después, durante el procedimiento, pues lo esencial es que debe abonarse con cargo a la masa, razón por la cual la primera objeción formulada en el recurso carece de trascendencia.
El actor pretende que se le resarza de las costas del procedimiento, como daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la concursada. Al margen de si las costas son propiamente daños y perjuicios generados por el incumplimiento, como sí podrían serlo los intereses generados por las cantidades vencidas e impagadas, elart. 62.3 LC no prevé la condena a indemnizar daños y perjuicios en caso de que el juez acuerde la continuación del contrato. Este precepto, para el caso en que se acuerde el cumplimiento del contrato, tan sólo dispone que las prestaciones (rentas) debidas o que deba realizar el concursado sean con cargo a la masa, pero no añade que además se le condene a éste a abonar los daños y perjuicios ocasionados al actor. Por este motivo, procede desestimar la pretensión de la parte apelante.
Finalmente, el actor considera que procede la condena en costas, pues las pretensiones de la parte contraria han sido totalmente desestimadas, cuando en realidad ello no es del todo cierto, ya que el juez del concurso, frente a la resolución del contrato por incumplimiento interesada por el actor, ha estimado la pretensión de contraparte de que se acuerde su cumplimiento. Es un caso especifico de enervación de la acción de desahucio, sujeto a unas reglas propias y distintas de las previstas en el art. 22.4 LEC, que no conlleva necesariamente la condena en costas.". SAP Barcelona (Sección 15) 15.07.2009 (JUR 2009/464680; Sentencia 248/2009; Rollo 158/2009)

4. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda.

Art. 62.4 Efectos de la resolución

AP Baleares

"El artículo 62.4 establece que "se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiese cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuere anterior a la declaración de concurso". De todas maneras, parece porque existe una cierta contradicción entre esta afirmación y la que figura en el artículo 61.2.1 cuando se prevé, al mantenerse vigente el contrato con obligaciones recíprocas pendientes, que "Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa", sin distinguir entre prestaciones, aunque parece por sentido común que se está refiriendo en este caso a las posteriores a la declaración de concurso.
En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda (art. 62.4 in fine). En el supuesto, pues, de resolución por incumplimiento posterior, el crédito que se satisface con cargo a la masa, incluirá los daños y perjuicios, mientras que si se trata de incumplimiento anterior a la declaración se insinuará en el concurso el crédito con la indemnización pertinente. Po tanto, en todas las hipótesis (resolución voluntaria del art. 61, resolución por incumplimiento anterior o posterior) hay que resarcir los daños, si bien en algunos casos con cargo a la masa y en otros en calidad de crédito concursal.
La resolución de un contrato tiene en principio eficacia restitutoria. Como consecuencia de la resolución las partes vienen obligadas a restituirse las prestaciones que recibieron en virtud del contrato, como resulta del artículo 1123 CC.
La parte in bonis tendrá derecho a la restitución de la cosa entregada, el cual se transformará en un derecho a cobrar una cantidad de dinero. Surge a favor de quien realizó el entrega un crédito de restitución por lo dado que al igual que cualquier otra prestación patrimonial dirigida contra el deudor, ésta habrá de ser reducida a un crédito dinerario. Y esta interpretación es coherente con el carácter inamovible de la masa activa destinada a satisfacer a los acreedores y de la que no cabe extraer un bien que, por otra parte, ha podido ser el motivo de que se celebraran nuevos contratos con el deudor.
Por otra parte, el artículo 84.2.6º incluye dentro de los créditos contra la masa los que resulten de "obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado". Parece de nuevo que no se está pensando en restituciones in natura sino por equivalente.": SAP Baleares (Sección 5) 10.02.2012 (Sentencia 63/2012; Rollo 511/2011)

AP Cádiz

"1º.- Se plantea en primer lugar en el recurso cual sea la calificación que deba dársele a los créditos existentes a favor de la parte apelante y reconocidos en el presente procedimiento, en el sentido de si son deudas de la masa o deudas del concurso. La propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal, ya indica que la regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, pues "Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas."; así entre otros, los créditos "devengados con posterioridad a la declaración de concurso... tendrán la consideración de créditos contra la masa y serán satisfechos con preferencia respecto de los créditos concursales...". La noción de deudas de la masa surge en el concurso en el que se distingue entre un pasivo integrado por las deudas del concursado y unas deudas de la masa, cuya característica es su "prededucibilidad" de la masa activa antes de la satisfacción de los acreedores concursales. Esta distinción aparece en el art. 84 LC que diferencia entre créditos concursales y créditos contra la masa, que son los que se relacionan en el número 2 del art. 84, cuya característica común, salvo alguna excepción, es la de ser créditos vinculados por el propio desenvolvimiento del concurso y la gestión del patrimonio del concursado.
En relación a este punto el art 84. 2. de la ley concursal establece que tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: "6º Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.". A su vez el art 62 del mismo texto legal, tras establecer que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, y tras reconocer la posibilidad de que aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, establece como principios los siguientes: 1º.- En relación a los contratos que el juez, atendiendo al interés del concurso, acuerde el cumplimiento pese a concurrir causa de resolución, serán a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado, englobando con cargo a la masa del concurso tanto las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del estado concursal, como las devengadas con posterioridad a dicha declaración (Tribunal Supremo Sala 1ª, S 21-3-2012). 2º.- Acordada la resolución del contrato, en cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito si el incumplimiento fuera anterior a la declaración de concurso o si fuera posterior, se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda.

2º.- Es esta indemnización por los daños y perjuicios causados, y derivada del incumplimiento contractual por parte de la concursada, la que se discute cual sea su calificación jurídica o clasificación, si crédito concursal o sobre la masa, y en este punto, del propio precepto, se deduce que es la fecha del incumplimiento la que viene a determinar su consideración, y así será concursal si el incumplimiento fuera anterior a la declaración de concurso o se satisfará con cargo a la masa si fuera posterior. En el presente supuesto existe con anterioridad a la declaración del concurso, no solo un incumplimiento material de los propios términos del contrato de colaboración de 1-7-94, así como del contrato de suministro de 8-2-96 y su Addendum de 28-9-03, sino que con anterioridad a la presentación de la solicitud del concurso, la propia concursada, adoptó la decisión definitiva e inquebrantable del cierre de la empresa, y el lógico incumplimiento de todos los contratos que la afectaban, lo cual hizo publico la misma mediante una nota de prensa de 22 de Febrero del 2007, que fue objeto de publicación en los medios de la provincia. En relación al incumplimiento, es preciso indicar que si bien la jurisprudencia del TS, en sentencias entre otras de 21 marzo 2012 ha abandonado hace tiempo las posiciones que exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones o, una voluntad obstativa al cumplimiento para la resolución del contrato, en la actualidad, dulcificando esa posición, indica que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato, para que se entienda producido ese incumplimiento y proceda la resolución del contrato. En el presente supuesto no es necesario acudir a esta construcción jurídica dulcificada, pues consta con absoluta claridad la voluntad del concursado de cesar en todas sus obligaciones comerciales y productivas, acudiendo al cierre integro de la empresa y asumiendo y anunciando el incumplimiento pleno de sus obligaciones. Tal decisión, como se indicaba, fue hecha publica mediante una nota de prensa de 22 de Febrero del 2007, notificada asimismo a los trabajadores de la empresa y a los sindicatos, siendo muy dudoso que Puerto Real Cogeneración SA (PRECOSA), cuya planta de trabajo estaba dentro del recinto de Delphi Automotive Systems España SL (DASE) no conociese dicha circunstancia cuando fue un hecho público y notorio en toda la provincia. Pero a mayor abundamiento, el día 2 de Marzo del 2007 (antes incluso de la solicitud de concurso), existe una reunión entre DASE y PRECOSA en la que no solo se informa de dicho cierre sino se examinan las circunstancias y expectativas del mismo, hecho éste no solo afirmado por el representante de DASE, sino reconocido también, aunque con matizaciones por la representación de PRECOSA, si bien dichas matizaciones deben rechazarse, pues constando la declaración formal y definitiva del cierre de la empresa, y llevándose a cabo una reunión días después entre ambas, no cabe otra interpretación a la misma que la de que se estuvo hablando y discutiendo sobre el cierre explicando las razones y circunstancias del mismo, así como sus consecuencias, y con ello de la negativa de la hoy concursada al cumplimiento de los contratos existentes, siendo prueba de ello el correo electrónico de 30-4-07 en el que se hace referencia a esa reunión del 2 de Marzo y que hace una valoración de los daños y perjuicios, lógicamente por el cierre de la empresa y por los datos obtenidos el 2-3-07.. La Sala entiende que es desde la fecha en la cual se adopta esa decisión del cierre y se manifiesta a los interesados, cuando surge el incumplimiento contractual esencial y definitivo, pues los incumplimientos posteriores no son sino corolario o derivaciones de esa decisión previa, por lo cual y situándose el incumplimiento con anterioridad al concurso, las deudas que puedan existir a consecuencia de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, no pueden tener la consideración de deudas de la masa, sino de meras deudas concursales, sin que a ello sea óbice el hecho de que una vez declarado el concurso haya existido algún suministro, pues ello no es reconocimiento de la vigencia del contrato previo, el cual se había extinguido por el cierre de la empresa, sino simplemente un consumo residual de elementos en orden a un cierre ordenado, que como tales y dado que eran posteriores al concurso tendrán la consideración de deudas de la masa, pero que no afectan a la indemnización por daños y perjuicios derivados de la resolución contractual, pues esta se había producido con anterioridad al mismo concurso. Por ultimo, no pueden admitirse los escritos de Precosa a DASE realizados en fechas posteriores (carta 12-6-07) en los que se denuncia el incumplimiento del contrato de suministro, pues más que una intimación al cumplimiento del contrato, que como ya se ha indicado sabía que era imposible y derivado del cierre de la empresa, parece atender a la creación de una prueba preconstituida para posteriormente tratar de incardinar el crédito dentro de los créditos contra la masa." :SAP Cádiz (Sección 5) 18.09.2012 (Sentencia 431/2012; Rollo 108/2011)

JM-1 Alicante

"La norma del art 62.4 aparece como incompleta, ya que i) solo contempla las consecuencias partiendo de que el concursado es el incumplidor y ii) se limita a calificar el crédito a favor del contratante in bonis respecto de las obligaciones vencidas y no cumplidas por el concursado: crédito concursal o crédito contra la masa según sea, respectivamente, el incumplimiento del concursado anterior o posterior a la declaración del concurso. Es decir, más que a regular la eficacia restitutoria parece limitarse a decir cómo se pagan las obligaciones vencidas y no atendidas por el concursado: con dinero concursal o de manera prededucible según la obligación haya incumplida antes o después de la declaración de concurso, pero no cómo se restituyen las prestaciones parcialmente ejecutadas por una o ambas partes, o más concretamente si la suma dineraria a restituir por el deudor concursado (ya porque eso es lo que recibió ya porque la cosa objeto de contrato recibida se halla en poder de terceros, art 1195 CC al que se remite el art 1124 CC) es un derecho de crédito concursal o contra la masa.
Por otra parte, complica más el panorama el que la hipótesis legal parece que está pensada para obligaciones autónomas cada una respecto de las demás y en la que cada una de ellas satisface el interés del acreedor, que es lo propio de los contratos de tracto sucesivo, pero no ocurre así en los de tracto único, en los que aunque se fraccionen, las distintas prestaciones (vgra los distintos pagos) obedecen en realidad a una prestación única (pago del precio) sin que de manera aislada satisfagan el interés del acreedor
Por ello un sector doctrinal –entre otros Martínez Florez- considera que el art 62.4 solo contempla la resolución de los contratos de tracto sucesivo en los que la eficacia es ex nunc y solo opera ad futuro

El otro precepto citado-art 84.2.6- resuelve parcialmente el problema, ya que califica como crédito contra la masa los créditos que resulten de… obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución… por incumplimiento del concursado. Por tanto si el incumplimiento del contrato se produce tras la declaración de concurso, el derecho de restitución a favor del contratante in bonis es un crédito contra la masa, al margen del momento temporal en el que haya recibido el concursado la prestación a restituir
La solución se ha dicho que es parcial pues no contempla el supuesto de que el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, ya que en ese caso no parece que se pueda hablar de que el concursado incumplió, ya que lo hizo el deudor –la promotora – antes de adquirir la condición que prevé el art 84.2.6.“:SJM-1 Alicante 19.10.2009 (Incidente Concursal 621/2009)

1. Resolución de arrendamiento

1.1 Rentas anteriores son concursales, las posteriores contra la masa

AP Barcelona

“1.ALD AUTOMOTIVE SA (en adelante, ALD) recurre en apelación la sentencia que, a instancia de la entidad concursada, GRUPO EXPOFINCAS INVERSIONES Y SERVICIOS SL (en adelante, EXPOFINCAS), acuerda la resolución del contrato de renting celebrado entre las partes el 25 de noviembre de 2005. La apelante impugna exclusivamente el pronunciamiento de la sentencia que establece que las cuotas del contrato posteriores a la declaración de concurso se consideran crédito concursal ordinario. ALD, tras señalar que no le queda muy clara la argumentación del juez, puesto que hay varios párrafos inacabados -lo cual es, lamentablemente, cierto-solicita que se revoque dicho pronunciamiento y que las cuotas post-concursales se declaren crédito contra la masa.
2.El contrato de arrendamiento celebrado entre los litigantes en 2005, por virtud del cual, la aquí demandada, ALD, cedía el vehículo marca Volvo CX90 D5 Momentum a EXPOFINCAS, declarada en concurso voluntario en fecha 21 de abril de 2008, es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte, ya que, aunque el arrendador haya entregado el bien al arrendatario, continúa obligado a mantenerle en el uso y disfrute de la cosa durante todo el tiempo de vigencia del contrato.
Por tanto, como establece el artículo 61.2.I de la Ley concursal, la vigencia del contrato no se ve afectada por la declaración de concurso y las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.
No obstante, el artículo 61.2.II señala que "la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso." Por considerar que interesaba al concurso, EXPOFINCAS solicitó la resolución del contrato de arrendamiento del vehículo y el Juzgado convocó a las partes a la comparecencia preceptiva, a la que no asistió ALD. Ello originó el incidente concursal resuelto por la sentencia impugnada, en el que ALD manifestó su voluntad favorable a la resolución pedida de contrario y justificó su inasistencia a la comparecencia anterior en la falta de citación -que no acreditó.
3.Conformes todos los intervinientes con la resolución del contrato y con la consideración de crédito concursal de la cuota del arrendamiento correspondiente a abril de 2008, anterior a la declaración de concurso, la controversia en esta segunda instancia queda reducida, como se ha dicho, a determinar si el crédito constituido por las cuotas posteriores a la declaración de concurso debe ser reconocido como crédito concursal, según establece la sentencia, o como crédito contra la masa, según defiende la parte apelante -y solicitaba la propia demandante incidental y la intervención de la administración concursal, que, tras la sentencia del Juzgado, cambian de criterio.
La sentencia imugnada fundamenta la conceptuación del crédito como concursal y no contra la masa, argumentando que, transcurrido un tiempo de vigencia de la Ley concursal, se ha constatado en la práctica totalidad de los procesos concursales cierta inercia que ha supuesto, no sólo la demora en la resolución de los contratos vigentes, pese a detectarse incumplimientos reiterados y no tener ningún uso el bien arrendado, para la masa, sino también un incremento de los créditos contra la masa derivados de dicha inercia. Inercia que se habría agravado por el cúmulo de asuntos en los juzgados y la progresiva afectación de la pendencia que ha demorado la resolución judicial de esos contratos.
El juez estima paradójica y carente de sentido la disgregación de los incumplimientos de un mismo contrato en preconcursales y postconcursales, lo que no ocurre fuera del ámbito concursal. Esas consideraciones le llevan a aplicar el artículo 62.4 de la Ley concursal, en el sentido de que lo que se convierte en un crédito contra la masa no es la renta vencida y no satisfecha, sino la indemnización de daños y perjuicios, indemnización que, por otra parte, deniega en el caso de autos, por la insuficiencia de las alegaciones y pruebas al respecto -y el pronunciamiento al respecto no es objeto de apelación.
4.Este tribunal considera que las cuotas del arrendamiento posteriores a la declaración de concurso constituyen un crédito contra la masa, en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 61.2 de la Ley concursal (que, tras establecer la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, añade que "las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa") y en su artículo 84.2.6º ("Tienen la consideración de créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 : [...] 6º Los que, conforme a esta ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso [...]").
Esa interpretación no queda desvirtuada por lo dispuesto en el artículo 62.4 LC, dentro del artículo encabezado por la rúbrica de "resolución por incumplimiento", cuando establece que, acordada la resolución del contrato, en

cuanto a las obligaciones vencidas, el crédito será concursal si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso y contra la masa si fuera posterior.
En el caso objeto de examen, en que el contrato se resuelve, a instancia del concursado, no por incumplimiento, sino por interés del concurso, los artículos 61.2 y 84.2.6º de la LC obligan a conceptuar como créditos contra la masa las cuotas posteriores a la declaración de concurso. Entender lo contrario significaría que, además de la resolución del contrato, a la parte cumplidora, ALD, se le impone la conversión en créditos concursales de las cuotas pendientes a cargo del concursado que, de no mediar la resolución y seguir vigente el contrato, serían, sin duda, créditos contra la masa.
Por lo expuesto, se estima el recurso de apelación de ALD. “: SAP Barcelona (sección 15) 09.09.2010 (Sentencia 263/2010; Rollo171/2010; RJC 138)

“La norma a la que, en el escenario concursal, debe someterse la reclamación de la indemnización pretendida, no es el art. 61 LC, sino el art. 62. Este último precepto mantiene, en situación concursal, la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, por incumplimiento posterior a la declaración del concurso de cualquiera de ellas, añadiendo que si se trata de un contrato de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso. No cabe duda de que esta es la norma que legitima, en el contexto concursal, la pretensión de la actora, en este caso por un incumplimiento posterior a la declaración del concurso de un contrato de tracto sucesivo con prestaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes.
Situados, como se debe en el caso examinado, en el ámbito de aplicación del art. 62 LC, su apartado 4 prevé las consecuencias o efectos de la resolución de este tipo de contratos:
a) Indica este apartado, en primer lugar, que "acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento". Este efecto cobra sentido precisamente porque el precepto se está refiriendo a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al ser declarado el concurso.
Estas obligaciones pendientes de vencimiento se identifican con las prestaciones recíprocas que integran el contenido obligacional que el contrato pone a cargo de las partes durante su normal ejecución, pero no puede comprenderse en ese concepto la indemnización que proceda por causa de su resolución o del incumplimiento de las obligaciones asumidas, que tiene su tratamiento en el último inciso del apartado 4.
Por ello, conforme a la regla del art. 62 LC, tratándose de un contrato de arrendamiento de inmueble que se ha mantenido tras la declaración del concurso y se resuelve con posterioridad por incumplimiento de la concursada-arrendataria, cesará para la concursada la obligación de pagar la renta tras la resolución y entrega del local, y para la arrendadora la de procurar el pacífico goce y posesión, y las demás asumidas, de cara al futuro, sin perjuicio de la indemnización que proceda.
b) Las siguientes reglas de este apartado 4 regulan el tratamiento concursal de las obligaciones vencidas y no cumplidas a cargo del concursado: si el incumplimiento del concursado (que motiva la resolución) es anterior a la declaración del concurso, se incluye en la masa pasiva (como crédito concursal) el crédito que corresponda al acreedor; y si es posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa (crédito contra la masa).
En este caso, siendo posterior el incumplimiento, el crédito de la actora por las rentas impagadas reconocidas por la sentencia (junio y julio de 2009) consituye un crédito contra la masa, como confirma el art. 84.2.6º LC.
c) La última regla se refiere al crédito que pueda corresponder a la parte que ha cumplido por el resarcimiento de los daños y perjuicios a causa de la resolución por incumplimiento: "En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda". SAP Barcelona (Sección 15) 23.02.2012 (Sentencia 78/2012; Rollo 609/2011)

“PRIMERO.1. La sentencia apelada estimó la acción de resolución del contrato de arrendamiento de vehículos y bienes de equipo que celebraron la actora, MOX RENTING IBÉRICA S.A., y la concursada BLANCAFORT S.L. como arrendataria el 22 de noviembre de 2004, por incumplimiento del pago de las rentas.
La arrendadora especificaba en su demanda que de la cuantía total adeudada (37.636,42 #) la suma de 6.489,05 # corresponde a rentas vencidas e impagadas con anterioridad a la declaración de concurso, y el resto por 31.147,37 # a rentas vencidas con posterioridad (hasta mayo de 2010), por lo que solicitaba que la primera cantidad fuera reconocida como crédito concursal ordinario y la segunda como crédito contra la masa, de conformidad con el art. 62.4 LC. Además solicitaba la condena, con la consideración de crédito contra la masa, de una cantidad equivalente a la suma de las rentas mensuales que se devenguen hasta que la concursada devuelva los bienes arrendados.
2. La sentencia declaró la resolución y reconoció a favor de la arrendadora la cuantía total del crédito incluida la indemnización solicitada, pero, en su totalidad, con el carácter de crédito concursal ordinario.
Fundamenta la sentencia esta calificación del crédito en (a) la distinción que hace el art. 62.4 LC entre el incumplimiento anterior y el posterior a la declaración de concurso: si el incumplimiento del concursado fuera anterior el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido se incluirá en el concurso, es decir, tendrá la condición de crédito concursal; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa, es decir, será crédito contra la masa; y (b) la consideración de que en este caso el incumplimiento de la concursada es anterior a la declaración de concurso.
3. La arrendadora impugna en su recurso esta decisión por entender que vulnera los arts. 61.2, 62.4 y 84.2.6º LC. Interesa en definitiva que el crédito reconocido por la sentencia sea calificado en los términos que propuso la demanda, distinguiendo entre las rentas vencidas con anterioridad a la declaración de concurso (crédito concursal) y las vencidas con posterioridad así como la indemnización (crédito contra la masa).

SEGUNDO. 4. El art. 62.4, en su párrafo segundo, regula el tratamiento concursal de las obligaciones vencidas y no cumplidas a cargo del concursado para el supuesto de que sea declarada la resolución, por su incumplimiento, de un contrato de tracto sucesivo con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes: si el incumplimiento del concursado (que motiva la resolución, se ha de entender) es anterior a la declaración del concurso, se incluye en la masa pasiva (como crédito concursal) el crédito que corresponda al acreedor; y si es posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa (crédito contra la masa).
5. A la hora de enjuiciar la procedencia de la resolución el juez debe valorar la entidad, en el aspecto cualitativo, cuantitativo y temporal, de la prestación o prestaciones incumplidas, a fin de determinar si el incumplimiento conformado por la conducta de la parte demandada es apto para frustar la legítima expectativa negocial de la parte que ha cumplido, en definitiva, si el incumplimiento es idóneo para justificar el ejercicio de la facultad resolutoria, por impedir o malograr la realización del fin económico del contrato para la parte cumplidora.
No cabe duda que en este caso el juez del concurso ha debido valorar, a estos efectos, no sólo el incumplimiento de pago de las rentas devengadas con anterioridad a la declaración de concurso, por importe de 6.489 #, sino también de las posteriores, que suman 31.147 #.
El incumplimiento, por ello, no sólo es anterior a la declaración de concurso sino también, y en mayor entidad, posterior.
6. Siendo así, la solución coherente con lo que dispone el art. 62.4 LC, en conjunta interpretación con los arts. 61.2 y 84.2.6º LC, es la de discriminar la calificación como crédito concursal o contra la masa de los generados por las obligaciones incumplidas a cargo de la concursada que justifican la resolución en función de la fecha, anterior o posterior a la declaración de concurso, en que debieron ser realizadas, tal como interesa la parte demandante.
Estimamos que es la correcta interpretación por los siguientes argumentos.
No es discutido que se trata de un contrato de tracto sucesivo con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, de modo que su vigencia no se vio afectada por la declaración de concurso (art 61.2 LC); de hecho así ha sucedido en este caso, pues el contrato ha continuado vigente.
Mientras ha subsistido el contrato una vez declarado el concurso, de conformidad con el art. 61.2 LC las rentas arrendaticias devengadas con posterioridad debían pagarse con cargo a la masa (art. 61.2 y 84.2.6º primer inciso). Por tanto, si la norma se hubiera cumplido, las rentas devengadas con posterioridad al concurso habrían debido ser pagadas a su respectivo vencimiento (art. 154.2 LC, en la redacción aplicable, anterior a la reforma de la Ley 38/2011).
Si es así, no es una solución coherente con la ley aquella conforme a la cual, resuelto el contrato por incumplimiento, esas rentas posteriores pierden su condición de crédito contra la masa para pasar a ser créditos concursales, sólo por el hecho de que el acreedor perjudicado en su economía por el incumplimiento haya hecho valer su derecho a la resolución y su pretensión haya sido estimada.
La condición de créditos contra la masa de las prestaciones a cargo del concursado, en ese tipo de contratos, ha de mantenerse al ser resuelto el contrato conforme al art. 62.1 LC, pues así deriva del art. 62.4 en relación con el 61.2 y 84.2.6º LC.
El art. 62.4 distingue entre un incumplimiento anterior y un incumplimiento del concursado posterior a la declaración de concurso para establecer que en aquél caso las prestaciones u obligaciones vencidas serán crédito concursal y en el segundo crédito contra la masa. El art. 61.2 ya indicaba, previamente, que las prestaciones a cargo del concursado (que deba realizar tras la declaración de concurso) son crédito contra la masa. Es por tanto la primera indicación de esta condición del crédito, que luego confirma el primer inciso del art. 84.2.6º LC, y que de haber sido cumplido no hubiera motivado la resolución por un incumplimiento posterior.
En coherencia, el art. 62.4 LC, tratándose de contratos de tracto sucesivo cuyo contenido obligacional se integra por una sucesión de obligaciones o prestaciones a cargo de cada parte que deben ser realizadas o ejecutadas a lo largo del tiempo, al regular los efectos de la resolución por incumplimiento de la concursada en cuanto al tratamiento concursal de los créditos resultantes, obliga a deslindar los créditos por las obligaciones incumplidas con posterioridad a la declaración de concurso, que serán créditos contra la masa, de los generados por las obligaciones incumplidas con anterioridad, que serán concursales.
De otro lado, el resarcimiento solicitado tendrá así mismo la consideración de crédito contra la masa, al indemnizar por la utilización de los bienes ajenos en un período posterior a la declaración de concurso, hasta que sean restituidos al arrendador. “:SAP Barcelona (Sección 15) 10.04.2013 (Sentencia 144/2013; Rollo 527/2012)

“TERCERO. Calificación del crédito correspondiente a rentas impagadas tras la declaración del concurso
7. Estima la recurrente que la resolución recurrida ha incurrido en error al considerar como concursal el crédito correspondiente a las mensualidades de rentas posteriores a la declaración del concurso con fundamento en el retraso en la interposición de la demanda de resolución. Estima la recurrente que es injustificado apreciar que se ha producido retraso malicioso por su parte cuando las primeras rentas impagadas corresponden a junio de 2012 y, si bien es cierto que la concursada le informó en aquella época de que ya había instado el concurso, lo que no era cierto sino que pudo averiguar acudiendo a los juzgados que solo había instado el expediente preconcursal del artículo 5 bis LC, mantuvo la esperanza de poder conseguir un convenio que le permitiera recuperar parte de su crédito, al menos hasta que el concurso se declaró en octubre de 2012. Por otra parte, afirma la recurrente, tampoco puede desconocerse que la nave arrendada contenía la práctica totalidad de los activos de la concursada y que no fue hasta el mes de diciembre cuando el juzgado autorizó su venta anticipada y durante todo el mes de diciembre se procedió a su desmontaje y traslado, razón por la que el local

no hubiera sido puesto a su disposición por los órganos del concurso antes de enero de 2013 aunque hubiera ejercitado la acción resolutoria previamente.
También discrepa la recurrente de la interpretación que el juzgado mercantil hace del artículo 62.4 LC y alega que su consideración conjunta con los arts. 61.2 y 84.2.6.º LC conduce a la calificación del crédito como un crédito contra la masa.
Valoración del tribunal
8. Resumimos nuestra posición en los siguientes puntos:
a) No creemos que haya existido retraso alguno por parte de la arrendadora sino que estimamos que ha sido prudente el ejercicio de sus acciones, a la vez que favorable para los intereses del concurso.
b) Aunque hubiera existido retraso por parte de la arrendadora, no creemos que el mismo pueda considerarse malicioso porque en nada ha beneficiado su posición jurídica.
c) Aunque hubiera existido retraso malicioso, el mismo sería irrelevante desde la perspectiva de la calificación del crédito correspondiente a las mensualidades de rentas vencidas tras la calificación del concurso.
9. No ha existido retraso alguno sino que creemos que la arrendadora ha actuado lealmente y ha ejercitado su acción dentro de un plazo razonable. Estimamos que la arrendadora ha acompasado el ejercicio de la acción a los tiempos del propio proceso concursal y ha evitado a los órganos del concurso el problema de un desalojo precipitado. Seis meses de demora en la solicitud de la resolución no es un plazo irrazonable si se considera que a partir del momento en el que los incumplimientos se produjeron lo único que existía es la comunicación por parte de la luego concursada que había iniciado el periodo de negociación con sus acreedores, esto es, el procedimiento extraconcursal del artículo 5 bis LC y que los antecedentes de la relación entre las partes había llevado a iniciar diversos procesos de negociación que finalmente habían determinado la continuación del arrendamiento aunque con un precio inferior.
10. De poder considerar que había existido retraso, no por ello el mismo podía considerarse desleal porque ningún provecho apreciable ha extraído la arrendadora del mismo. No podemos compartir, como más adelante razonaremos, que con el retraso en la solicitud del desahucio, la arrendadora haya resultado especialmente beneficiada en cuanto a la calificación de su crédito, pues la consideración como crédito concursal o de la masa depende esencialmente del momento de vencimiento del crédito, no del momento de la resolución.
A ello debemos añadir que no solo el arrendador está facultado para instar la resolución sino que el artículo 61.2 LC también autoriza a
11. No obstante, lo cierto es que no se ejercitó por és de la masa y tampoco se han aclarado las razones que lo hubieran impedido, por la que estimamos muy poco justificada la apreciación de que la demora en la solicitud ha sido maliciosa.
Y es que creemos que resulta muy poco probable que hubieran existido buenas razones para instar la resolución en interés del concurso por parte de
Por ello consideramos que la concursada ha continuado disfrutando de la finca arrendada o bien la misma ha sido de interés para la conservación de la masa, razón por la que no consideramos que haya existido retardo malicioso alguno en el ejercicio de la acción resolutoria.
12. El artículo 62.4 LC no admite la interpretación que hace la resolución recurrida. La norma distingue entre las obligaciones vencidas en el momento de la declaración, que se deben incluir en el concurso como créditos concursales, y las vencidas después de la declaración, que tienen el carácter de crédito contra la masa, como reiteradamente hemos venido sosteniendo [así, en Sentenciade 23 de febrero de 2012 -rollo 609(ROJ: SAP B 2791/2012)].
No es un argumento que permita hacer una lectura diferente de esa norma el que utiliza la resolución recurrida, esto es, que el incumplimiento del contrato se produjo con mucha antelación a la declaración del concurso, razón por la que la arrendadora hubiera podido solicitar el desahucio con mucha antelación. El contrato de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo, de manera que el incumplimiento relevante para la resolución no se agota en un momento concreto, como ha parecido entender la resolución recurrida, sino que se produce al inicio de cada mensualidad, cuando el arrendatario que continúa disfrutando del bien arrendado deja de atender el pago de las rentas correspondientes a esa mensualidad. Por consiguiente, no podemos imputar el incumplimiento de cada uno de los créditos derivados del canon arrendaticio al impago de la primera mensualidad que se dejó de atender por el arrendatario sino que es un incumplimiento que se produce en el momento de vencimiento de cada una de las rentas establecidas.
13. Por consiguiente, aunque pudiéramos considerar que se hubiera producido un retraso injustificado por parte del arrendador en el ejercicio de la acción resolutoria, el mismo no justificaría que las rentas impagadas tras la declaración del concurso pudieran tener la naturaleza de crédito concursal que le atribuye la resolución recurrida. El retraso en la resolución del contrato no es un dato que, al amparo de lo que establece el artículo 62.4 LC, permita modificar la calificación correspondiente a los créditos derivados del contrato resuelto sino que el legislador únicamente toma como referencia, para considerar el crédito concursal o contra la masa, la fecha de vencimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Y aunque la resolución se hubiera producido antes, de ello no se deriva que los créditos correspondientes a las mensualidades posteriores pierdan el carácter de crédito contra la masa; la propia norma atribuye ese carácter, en todo caso, al crédito por resarcimiento de daños y perjuicios y estimamos que, aún resuelto el contrato de arrendamiento pero no devuelta al arrendador la finca arrendada, el inquilino debe abonarle indemnización por el uso.
. A a partir de lo que dispone el artículo 84.2.6.º LC, que dispone que tienen la consideración de créditos contra la masa « (l)os que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado ».

Es incuestionable que el contrato de arrendamiento se encontraba vigente en el momento en el que el concurso se declaró y que del mismo se derivaban obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, razón por la que concurren los presupuestos para que tal norma resulte de aplicación.
15. No es de aplicación en el caso la doctrina establecida por la jurisprudencia a propósito del contrato de leasing (entre las diversas sentencias en que el TS se ha ocupado de esa materia se cita por la concursada la núm. 44/2013, de 19 de febrero de 2013) porque en este contrato concurre una nota característica que lo distingue de los arrendamientos de inmuebles: la ausencia, al menos como regla, de reciprocidad entre las prestaciones pendientes de cumplimiento por las partes en el momento de la declaración del concurso, razón por la que no puede ser la misma la solución. La ausencia de reciprocidad fue la razón que condujo al TS en su Sentencia de 19 de febrero de a leasing enjuiciado en aquella ocasión de lo establecido en el artículo 61.2 LC, a diferencia de lo ocurrido en otros supuestos, como el enjuiciado en
En nuestro caso se trata de un contrato de arrendamiento de inmuebles y resulta incuestionable la existencia de reciprocidad, ya que el pago del canon arrendaticio retribuye el uso de la nave por parte de la arrendataria, razón por la que resulta incuestionable que el crédito correspondiente a los cánones arrendaticios vencidos después de la declaración del concurso debe considerarse como crédito contra la masa.
CUARTO. Sobre la calificación del crédito derivado de las indemnizaciones
17. Y no podemos compartir que en el comportamiento de la arrendadora exista nada reprochable, al contrario de lo considerado por la resolución recurrida. Que la actora estuviera facultada para resolver no significa que tuviera la obligación o la carga de hacerlo. El incumplimiento no solo faculta al acreedor para exigir la resolución sino que también le permite poder instar el cumplimiento (artículo 1124 CC) del contrato, correspondiendo la opción entre esa alternativa únicamente al acreedor. Por consiguiente, si tenía la facultad de poder exigir el cumplimiento del contrato en sus propios términos, no podemos considerar que exista nada reprochable en que demorara su opción por la resolución el tiempo que considerara necesario. Estaba en su derecho para hacerlo y es bien conocido que qui suo iure utitur neminem laedit (quien usa de su derecho a nadie daña).”: SAP Barcelona (Sección 15) 12.03.2014 (Sentencia 82/2014; Rollo 460/2013)

AP Huelva

“PRIMERO.-El Tribunal de Instancia desestima la demanda de Juicio Verbal seguido por falta de pago de las rentas contra la demandada declarada en concurso voluntario.
En contra del criterio del apelante que entiende (en esencia) no es de aplicación la legislación concursal, ya que las rentas debidas son anteriores a la declaración de concurso, esta Sala muestra su conformidad con el acierto de la resolución recurrida y expresa su parecer en los siguientes términos:
La sociedad demandada se halla en concurso de acreedores, así queda constatado en el presente asunto, desde el día 20 de marzo de 2009 (Concurso ordinario núm. 390/2009 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz).
Con anterioridad a aquella declaración de concurso la demandada dejó de abonar ciertas rentas al demandante, concretamente las rentas de diciembre 2008, enero, febrero 2009 y los gastos de la luz y agua de noviembre y diciembre de 2008 y enero y febrero 2009. Esto es, aquellas deudas se devengaron con anterioridad a la declaración del concurso.
En cumplimiento de la Ley Concursal, una vez declarado el concurso de la empresa, los acreedores procedieron a comunicar sus créditos concursales conforme al art. 85 LC y así lo hizo el actor; concretamente, a través de su escrito de comunicación de créditos comunicó a la administración concursal de la hoy demandada las rentas reclamadas en el presente procedimiento, es decir, las rentas de diciembre 2008, enero y febrero de 2009, así como, los gastos de luz y agua de noviembre y diciembre de 2008 y enero y febrero así como marzo 2009 (esta última que tendría el carácter de postconcursal o "contra la masa").
Resumiendo, los créditos concursales ascendían a la cantidad de mil quinientos sesenta y cinco euros con cincuenta y cuatro céntimos (1.565,54 #) y los créditos contra la masa ascendían a la cantidad de 470.00 #).
SEGUNDO.-Ante esa situación la Administración Concursal procedió a reconocer los créditos en su informe, con la calificación de los Créditos como Ordinarios, créditos que no podían ni pueden ser abonados, según la Ley Concursal hasta la apertura de la fase de convenio o liquidación.
De la misma forma, todos los créditos devengados con posterioridad a la declaración del concurso (los créditos contra la masa), es decir, las rentas de alquilar y las correspondientes facturas de gastos de servicios se han pagado conforme a lo establecido en el artículo 154.2 LC, es decir, se han satisfecho a sus respectivos vencimientos.
En consecuencia, estamos ante un contrato de tracto sucesivo que se ha cumplido puntualmente tras la declaración de concurso por parte de la consursada (abono de las rentas consideradas como "créditos contra la masa"), motivo por el cual el mismo en ningún caso podía ser rescindido (ni procederse al desahucio del inquilino) por incumplimiento respecto al abono de las rentas (anteriores a la declaración de concurso), pues, caso de haberse efectuado, quien estaría incumplimiento la L.C. y alterando la "pars conditio creditorum" sería la concursada con la anuencia de la administración concursal.
TERCERO.-Para concluir señalar que el objeto del pleito y del presente recurso ha desaparecido hace meses pues la finca se halla libre y expedita.
Solicita el recurrente (que presenta recurso fechado el día 21 de mayo de 2010) se declare el desahucio por falta de pago de rentas cuando la finca fue abandonada por el demandado con conocimiento del actor, con fecha marzo de 2010 (como fue reconocido por el actor en el acto de juicio); entonces esta sala en definitiva no encuentra explicación alguna pues se interpone recurso cuando dispone el actor del local desde hace más de dos meses, solicitando extemporáneamente se deje ahora el local libre y expedito.”: SAP Huelva (Sección 3) 16.02.2011 (Sentencia 32/2011; Rollo 300/2010)

JM-1 Málaga

“PRIMERO La resolución de los contratos tiene su configuración legal en losartículos 61 y 62 de la Ley Concursal y 70 LC. Al amparo de dichos supuestos debemos partir del principio de continuidad de la actividad empresarial (arts 43 y 44 LC) y por ello la vigencia de los contratos al momento de la declaración de concurso. La articulación de los citados preceptos permite la posibilidad de solicitar la resolución de determinados contratos cuya legitimación está particularizada según se trate de unos u otros supuestos.
El contrato de arrendamiento conlleva una serie de obligaciones (tanto derivadas de la legislación común como de la especial de 1994) a cargo del arrendador y del arrendatario, situándose entre las de este último como esencial la del pago de la renta. En el régimen de los arrendamientos podemos distinguir aquellos supuestos en que el ejercicio de la acción resolutoria se ha iniciado antes de la declaración de concurso, sometidos alartículo 70 LCy aquellos otros que son posteriores en cuyo caso podemos entender que será posible su resolución al amparo de lo previsto en elartículo 62 LC. La doctrina se ha situado a favor y en contra de la aplicación del supuesto delartículo 61.2.2º LCa los supuestos de arrendamiento pero lo cierto es que la legitimación para instar dicha resolución parte de un momento temporal esencial en cuanto al incumplimiento: si ese incumplimiento es posterior deberá someterse a las reglas delartículo 62 LC; si se trata de contratos de tracto sucesivo también podrá solicitarse la resolución por incumplimiento anterior. Si se trata de otros supuestos, en materia de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la legitimación la tiene solo la administración concursal.
Entendiendo por tanto el arrendamiento como supuesto de tracto sucesivo por las diferentes rentas a pagar por el arrendatario la resolución puede motivarse por la parte, como es el caso, y por causas de impago anteriores o posteriores.
La existencia de un allanamiento de la administración concursal y de la concursada, en función de diferentes razones dadas por una y otra nos lleva a entender que debe procederse de conformidad a losartículos 19, 21 y 395 de la LCen concordancia con los artículos concursales antes señalados por cuanto en realidad lo que se está adecuando es la realidad concursal a la extraconcursal, tal y como señala la administración concursal refiriendo que dicho local arrendado ya estaba cerrado y abandonado por la concursada una vez que gira la primera visita tomada posesión del cargo.
SEGUNDO El siguiente planteamiento es determinar la calificación de las deudas impagadas (rentas) a la arrendadora en tanto en cuanto elapartado cuarto del artículo 62 LC recoge que las obligaciones vencidas se incluirán en el concurso conforme a la calificación que corresponda (ordinaria en el presente caso) cuando el incumplimiento fuera anterior a la declaración de concurso; y si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa.
La petición que articular el demandante resulta altamente contradictoria pues pretende, precisamente, una declaración al contrario, mal expresada quizás en tanto en cuanto la redacción del suplico resulta injustificada. La administración concursal señala que al efecto es una calificación ordinaria para las deudas anteriores y contra la masa para las posteriores. Este es el criterio a considerar y por ello la calificación pretendida, incluso en supuestos de allanamiento, debe ser reconsiderada en dicha posición.
Y ello no conlleva, en el caso de que hubiera sido pretensión de la parte la calificación de sus créditos en la forma realmente expresada, una incongruencia o inobservancia de los preceptos citados sobre calificación, puesto que lo que permiten losartículos 61 y 62 LCes la resolución de determinados contratos sin que el petitum conlleve pretensión que pudiera ser contraria al informe de la administración concursal y diferente a la prevista, incluso por conversión, por la ley. Se trata de supuestos ope legis en donde la resolución del contrato, en función de los supuestos legales, conllevarán los efectos calificatorios señalados en la norma.”: SJM-1 Málaga 02.10.2008 (JUR 2009/80462; Se ntencia 201/2008; Incidente Concursal 515.4.3/2007)

1.2 Indemnización con cargo a la masa

1.2.1 Cláusula penal

AP Barcelona

“SEGUNDO. 1. La pretensión controvertida responde a una indemnización prefijada por las partes (cláusula segunda) para resarcir a la arrendadora de los daños y perjuicios causados por el desistimiento anticipado, antes del transcurso de un año completo de vigencia del contrato. La indicada cláusula, de un lado, quiere asegurar a la actora la expectativa económica que proporciona la vigencia mínima de un año, con el correlativo derecho a percibir las rentas por dicho período, de modo que impone a la arrendadora la obligación de mantener y cumplir sus obligaciones durante ese plazo mínimo. De otro lado, predetermina y liquida la indemnización generada por el incumplimiento de dicha obligación por parte de la arrendataria, a razón de las rentas mensuales que falten hasta alcanzar la duración mínima, con expresa mención de que se trata de una "indemnización pactada, tasada y expresamente consentida para resarcirle a tanto alzado de los daños y perjuicios causados por el desistimiento anticipado". Reviste este pacto, estimamos, los caracteres de una cláusula penal que, conforme al art. 1.152 CC, sustituye a la indemnización por el incumplimiento de la obligación descrita, eludiendo la necesidad de demostrar la causación de daños y perjuicios.
Su exigencia, en consecuencia, queda supeditada al incumplimiento de la prestación estipulada en el contrato de mantener la vigencia del mismo durante un año, asegurando así una anualidad de rentas a la arrendadora.
La obligación indemnizatoria, aun cuando se hubiera convenido en el momento de la firma del contrato, no nace, vence ni es exigible sino cuando se produzca el hecho que constituye su supuesto, es decir, el desistimiento, o bien en su caso la resolución por incumplimiento imputable a la arrendataria, antes del

transcurso de un año de vigencia del contrato, lo que en este caso ha tenido lugar después de ser declarado el concurso.
La norma a la que, en el escenario concursal, debe someterse la reclamación de la indemnización pretendida, no es el art. 61 LC, sino el art. 62. Este último precepto mantiene, en situación concursal, la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, por incumplimiento posterior a la declaración del concurso de cualquiera de ellas, añadiendo que si se trata de un contrato de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso. No cabe duda de que esta es la norma que legitima, en el contexto concursal, la pretensión de la actora, en este caso por un incumplimiento posterior a la declaración del concurso de un contrato de tracto sucesivo con prestaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes.
Situados, como se debe en el caso examinado, en el ámbito de aplicación del art. 62 LC, su apartado 4 prevé las consecuencias o efectos de la resolución de este tipo de contratos:
a) Indica este apartado, en primer lugar, que "acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento". Este efecto cobra sentido precisamente porque el precepto se está refiriendo a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al ser declarado el concurso.
Estas obligaciones pendientes de vencimiento se identifican con las prestaciones recíprocas que integran el contenido obligacional que el contrato pone a cargo de las partes durante su normal ejecución, pero no puede comprenderse en ese concepto la indemnización que proceda por causa de su resolución o del incumplimiento de las obligaciones asumidas, que tiene su tratamiento en el último inciso del apartado 4.
Por ello, conforme a la regla del art. 62 LC, tratándose de un contrato de arrendamiento de inmueble que se ha mantenido tras la declaración del concurso y se resuelve con posterioridad por incumplimiento de la concursada-arrendataria, cesará para la concursada la obligación de pagar la renta tras la resolución y entrega del local, y para la arrendadora la de procurar el pacífico goce y posesión, y las demás asumidas, de cara al futuro, sin perjuicio de la indemnización que proceda.
b) Las siguientes reglas de este apartado 4 regulan el tratamiento concursal de las obligaciones vencidas y no cumplidas a cargo del concursado: si el incumplimiento del concursado (que motiva la resolución) es anterior a la declaración del concurso, se incluye en la masa pasiva (como crédito concursal) el crédito que corresponda al acreedor; y si es posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa (crédito contra la masa).
En este caso, siendo posterior el incumplimiento, el crédito de la actora por las rentas impagadas reconocidas por la sentencia (junio y julio de 2009) consituye un crédito contra la masa, como confirma el art. 84.2.6º LC.
c) La última regla se refiere al crédito que pueda corresponder a la parte que ha cumplido por el resarcimiento de los daños y perjuicios a causa de la resolución por incumplimiento: "En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda"
Es claro que este posible o eventual crédito, que se haría exigible con la resolución del contrato, no tiene la consideración de prestación pendiente de vencimiento que haya de quedar extinguida conforme al primer inciso del art. 62.4 LC, sino que, como consecuencia que es del incumplimiento determinante de la resolución, tiene su regulación en este último inciso, que lo salvaguarda expresamente con la advertencia de "en todo caso". Y es aquí donde tiene encaje el crédito que reclama la arrendadora en su recurso.
Si bien esta regla no aclara el tratamiento que merece dicho crédito, en el sentido de si debe ser un crédito concursal o bien contra la masa, en cualquier caso es lógico entender que si el incumplimiento del concursado es posterior a la declaración del concurso, el crédito por resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del concursado también será, como las prestaciones vencidas e incumplidas por el mismo, un crédito contra la masa, como derivaría del art. 84.2.6º LC.
Por ello, el crédito que pueda corresponder a la actora por aplicación de la cláusula segunda del contrato no es una prestación que haya quedado extinguida conforme a la primera regla del art. 62.4 LC y, de ser reconocido, tendrá la consideración de créditro contra la masa.
TERCERO.1. Hemos admitido antes que la estipulación contractual segunda se configura como una cláusula penal, que sanciona y liquida la indemnización de los daños y perjuicios generados por el incumplimiento, por parte de la arrendataria, de mantener vigente el contrato y, por tanto, sus obligaciones contractuales, durante un año como mínimo, y resulta admisible al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y del art. 1152 CC.
La concursada y la administración concursal no han atacado la validez de la cláusula ni han aducido razones por las que no debiera entenderse aplicable al supuesto de resolución por incumplimiento. Pese a ello, y a falta de una impugnación expresa en este sentido, no resulta forzada una interpretación que a estos efectos equipare el desistimiento voluntario de la arrendataria antes del transcurso de ese período de duración mínima con el incumplimiento de la obligación de pago de las rentas que motiva la resolución, ya que de otro modo la arrendataria podría burlar la aplicación de la cláusula con sólo hacer dejación de su obligación de pago, sin manifestar expresamente el desistimiento, cuando es claro que la finalidad de la cláusula es obligar a la arrendataria a cumplir sus obligaciones durante, como mínimo, un año.
2. Tampoco ha sido planteada la moderación de la cláusula penal por parte del tribunal, de conformidad con el art. 1154 CC. A falta también de una expresa argumentación sobre la procedencia de la moderación, entendemos, atendidas las circunstancias concretas del caso, que no cabe reducir la indemnización solicitada, en particular teniendo en cuenta que: a) el período de duración mínima convenido (un año) no resulta excesivo; b) la cláusula contiene su propio mecanismo de moderación en función del grado de cumplimiento ya que no impone el pago de doce mensualidades de renta para el caso de desistimiento anticipado, antes del transcurso de un año, sino que modera o gradúa la indemnización en función de los meses que resten hasta alcanzar la anualidad (así, faltando cinco meses para cubrir ese período mínimo de duración, la indemnización se liquida

comprendiendo sólo cinco mensualidades de renta; c) se ha reconocido como crédito por prestaciones vencidas las rentas de los meses de junio y julio, pero la entrega de la posesión tuvo lugar (mediante la entrega de las llaves) a finales de octubre, por lo que parece lógico y equitativo que la indemnización cubra por lo menos los meses de agosto, septiembre y octubre; d) el añadido de dos meses más de renta (noviembre y diciembre), vendría justificado por la necesidad de acondicionar el local antes de arrendarlo de nuevo y la dilación que supone la búsqueda de un nuevo arendatario.
Por todo ello procede reconocer un crédito por indemnización ascendente a la cuantía solicitada, 17.000 #, a razón de cinco mensualidades de renta. ": SAP Barcelona (Sección 15) 23.02.2012 (Sentencia 78/2012; Rollo 609/2011)

"En coherencia, el art. 62.4 LC, tratándose de contratos de tracto sucesivo cuyo contenido obligacional se integra por una sucesión de obligaciones o prestaciones a cargo de cada parte que deben ser realizadas o ejecutadas a lo largo del tiempo, al regular los efectos de la resolución por incumplimiento de la concursada en cuanto al tratamiento concursal de los créditos resultantes, obliga a deslindar los créditos por las obligaciones incumplidas con posterioridad a la declaración de concurso, que serán créditos contra la masa, de los generados por las obligaciones incumplidas con anterioridad, que serán concursales.
De otro lado, el resarcimiento solicitado tendrá así mismo la consideración de crédito contra la masa, al indemnizar por la utilización de los bienes ajenos en un período posterior a la declaración de concurso, hasta que sean restituidos al arrendador. ":SAP Barcelona (Sección 15) 10.04.2013 (Sentencia 144/2013; Rollo 527/2012)

1.2.2 Retroacción de descuento en la renta

AP Barcelona

"SEXTO. Sobre la reclamación de 100.000 euros correspondientes a la retroacción de los descuentos del canon arrendaticio
25. Hemos razonado la compatibilidad entre la reclamación que la actora efectúa por los dos conceptos distintos a los que la demanda se refiere, esto es: (i) la pérdida de los descuentos en el canon arrendaticio; y (ii) el incumplimiento del pacto de permanencia mínima fijado en el contrato. Ahora debemos analizar con mayor detalle cada una de esas reclamaciones, para determinar si la actora tiene derecho a las cantidades reclamadas por cada uno de esos conceptos y el alcance de su derecho.
26. Caspro, la arrendadora, reclama la cantidad de 100.000 euros relativa a los descuentos efectuados en las mensualidades ya transcurridas (25 mensualidades a razón de 4.000 euros por cada una de ellas).
Ya hemos razonado que, al no haberse cumplido la condición establecida en el pacto alcanzado por las partes (la permanencia de tres años), la arrendataria ha perdido el derecho concedido, razón por la que debe abonar, conforme a lo pactado, a la arrendadora la totalidad del canon sin el descuento pactado, es decir, 19.000 euros mensuales.
27. La resolución recurrida moderó el importe de esa "indemnización" y la redujo a un tercio de su importe con el argumento de que de los tres años pactados la arrendataria cumplió dos. La recurrente estima que esa moderación no estaba justificada y que lo procedente era la condena a abonarle el importe íntegro de esa indemnización.
28. No creemos que esté justificada la moderación, atendido que, como hemos adelantado, no consideramos estar ante una cláusula penal sino más bien ante un pacto de reducción del canon arrendaticio que se encontraba sometido a que no concurriera una condición resolutoria válidamente establecida por las partes al amparo de lo establecido en el principio de libertad de pactos (artículo 1255 CC) y de lo establecido en el artículo 1114 CC.
29. La condición resolutoria puede construirse de dos maneras distintas, según que el evento condicionante se limite a poner fin a la obligación con efectos ex nunc, y por consiguiente sin ninguna retroactividad, o bien que el evento condicionante ponga fin a la obligación con efectos ex tunc, es decir, de tal manera que la relación entre las partes deba retornar al estado que tenía antes de constituirse y las partes deban restituirse todo aquello que se hubiesen atribuido o entregado en virtud de la obligación.
En nuestro caso es claro que la voluntad de las partes fue establecer un efecto condicionante con efectos ex tunc, de forma que la arrendataria pierde el beneficio sometido a la condición, esto es, la rebaja mensual de los cuatro mil euros.
Por consiguiente, y aunque justificado de forma distinta a como lo hace la demanda, debemos estimar íntegramente la pretensión de condena a la concursada a abonar a la arrendadora la cantidad de 100.000 euros que es el importe total de los descuentos de la renta operados en el curso de las 25 mensualidades transcurridas.
30. El análisis que acabamos de hacer es también relevante desde la perspectiva de la calificación del crédito en el concurso. En realidad no es un crédito de daños y perjuicios sino de rentas, crédito que debe seguir el criterio que ya expusimos en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución, esto es, considerarlo concursal respecto de la parte de las rentas devengadas antes de la declaración del concurso y contra la masa en cuanto a las rentas posteriores.
Por consiguiente, declarado el concurso el 8 de octubre de 2012, vencida por consiguiente la mensualidad de octubre (ya que el plazo de pago estaba situado dentro de los cinco primeros días de cada mes), únicamente tendrían carácter de deuda de la masa las cantidades correspondientes a las mensualidades de noviembre y diciembre de 2012 y enero de 2013, en total 12.000 euros. Los restantes 88.000 euros son crédito concursal ordinario.": SAP Barcelona (Sección 15) 12.03.2014 (Sentencia 82/2014; Rollo 460/2013)

1.2.3 Indemnización por incumplimiento del plazo mínimo pactado, sin cláusula penal

AP Barcelona

"SÉPTIMO. El crédito derivado del incumplimiento del plazo mínimo pactado
31. La arrendadora estima que este caso guarda analogía con el resuelto en nuestra Sentencia de 23 de febrero de 2012, antes citada. Y no le falta algo de razón, pues en ambos casos se trataba del arrendamiento de una nave industrial en el que se había establecido en el contrato un plazo mínimo de permanencia (de 1 año en aquel caso y de 10 en el nuestro). No obstante, existe una diferencia importante entre un caso y otro. Mientras en aquel contrato de arrendamiento consideramos que los términos en los que se había redactado el pacto sobre la duración mínima nos permitieron concluir que se había establecido una cláusula penal, «una indemnización prefijada por las partes para resarcir a la arrendadora de los daños y perjuicios causados por el desistimiento anticipado, antes del transcurso de un año completo de vigencia del contrato», las cosas son distintas en nuestro caso, pues el contrato que las partes firmaron el 20 de mayo de 2005 se limitó a establecer que es de obligado cumplimiento para el arrendatario los diez primeros años del contrato, pero sin disponer cuáles deben ser las consecuencias del incumplimiento del plazo mínimo establecido.
Por consiguiente, no podemos compartir con la demandante que las partes hubieran establecido un cláusula penal que cumpla una función resarcitoria de los daños y perjuicios.
32. De ello no se deriva que el pacto de duración mínima no tenga contenido o que no faculte a la arrendadora para poder exigir su cumplimiento y, por consiguiente, el pago íntegro.
El artículo 1124 del Código Civil (CC) establece que el perjudicado podrá elegir, caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, como ha ocurrido en el supuesto enjuiciado, entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. Al amparo de ese precepto, la actora podía haber optado por el cumplimiento en sus términos del contrato o bien por la resolución, pero no por ambas cosas simultáneamente. Podía haber exigido el cumplimiento del contrato en sus términos, lo que hubiera podido justificar la reclamación de que se le hicieran efectivas las rentas de todo el período que el arrendatario se había comprometido a permanecer en el local, pero su opción fue solicitar la resolución del contrato. Por consiguiente, no puede obtener a la vez la resolución y el pago de todo el período obligatorio. Únicamente podía acumular a la acción de resolución la de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual.
33. Si bien lo solicitado por la actora como pretensión principal no le puede ser concedido, porque ni existe cláusula penal que funde su pretensión de resarcimiento ni tampoco ha ejercitado una acción de cumplimiento del contrato sino la acción de resolución, no por ello consideramos que la actora no tiene derecho a indemnización por el incumplimiento del pacto. Los daños y perjuicios pueden ser reclamados al amparo de las reglas generales establecidas para el caso de incumplimiento de las obligaciones y, como hemos anticipado, el artículo 1124 CC tanto permite reclamarlos en el caso de que la acción ejercitada fuera la de cumplimiento como cuando es la de resolución.
34. La cuestión es si la actora ha reclamado daños y perjuicios derivados del incumplimiento del pacto de duración mínima de 10 años. Creemos que sí, aunque en términos algo distintos a los que permitirían su resarcimiento. No obstante, consideramos que esta pretensión se encuentra implícita entre las ejercitadas, no solo porque la actora ejercitó como principal una acción de resarcimiento de daños por incumplimiento de ese pacto, y únicamente en cuanto a la cuantificación acudió a la idea de la cláusula penal, sino porque podemos considerar que con la referencia, que la demanda hace, de forma subsidiara, a la moderación de la cláusula penal a lo que se está refiriendo la parte actora es a que contempla la posibilidad de que se le conceda una indemnización distinta a la establecida en la presunta (inexistente) cláusula penal. En ese sentido creemos que deben entenderse las referencias al informe de Fincas Forcadell hechas en la demanda y al plazo que estima que puede tardar la propietaria en volver a alquilar la nave, en definitiva parámetros de utilidad para poder fijar el importe de la indemnización.
35. Aunque no podemos dudar que es razonable que el plazo efectivo que la arrendadora pueda precisar para volver a alquilar la nave sea de dos años, no por ello creemos que sea razonable tomar ese plazo como referencia para fijar el daño derivado del incumplimiento del contrato. En nuestra opinión, el plazo al que debemos atender para fijar el daño que efectivamente es imputable al incumplimiento contractual no está relacionado con la situación general de crisis económica ni tampoco con la mayor
o menor dificultad para volver a alquilar la nave en razón de su concreta situación, ya que esas son dos circunstancias o riesgos que pesan sobre la propiedad, de manera que no le pueden ser imputados a la arrendataria.
36. El artículo 11 de
Creemos que esa norma puede ofrecer al intérprete un parámetro de utilidad para valorar cuál puede ser la medida razonable del daño. En nuestro caso, atendido que restaban pendientes de cumplir algo más de dos años, ello nos llevaría a fijar la indemnización en un importe aproximado de dos mensualidades de renta. Creemos que a tal efecto debemos tomar en considerar la renta que la arrendadora había admitido como razonable en sus más recientes pactos con la arrendataria, esto es, 15.000 euros, lo que nos lleva a fijar la indemnización por este concepto en la cantidad de 30.000 euros. (...)
Reconocemos a Caspro, S.A. un crédito contra la masa de 30.000 euros correspondiente a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de arrendamiento.": SAP Barcelona (Sección 15) 12.03.2014 (Sentencia 82/2014; Rollo 460/2013)

1.2.4 ¿La indemnización como crédito ordinario cuando el incumplimiento es anterior a la declaración?

AP Burgos

"SEGUNDO.- Se alega, como motivo de impugnación de la sentencia recurrida, la improcedencia de la calificación de crédito contra la masa de la indemnización por resolución del contrato de arrendamiento suscrito con Grenke Rent, S.A. por ser su calificación correcta la de crédito ordinario (lo cual es objeto de la pretensión principal del recurso de apelación).
Se trata del reconocimiento a la actora de un crédito contra la masa por importe de 17.422,57 euros en concepto de indemnización de rentas pendientes hasta la finalización del contrato.
Para la parte apelante debe calificarse como crédito ordinario, pues el incumplimiento contractual provenía con anterioridad a la declaración del concurso, desde el mes de abril de 2013 (cinco meses antes de declararse el concurso), y dado que el contrato establece con claridad que será causa de resolución del contrato la demora de cualquier pago (condición general 11.2).
Para la parte apelante es claro que la causa de resolución contractual -el incumplimiento- existía con anterioridad a la declaración del concurso y en consecuencia la indemnización derivada del incumplimiento debe calificarse como crédito concursal, con la calificación de ordinario.
TERCERO.- El Juez de lo Mercantil considera que los efectos de la resolución deben ser los previstos en el art. 62 LC y reconoce a la Sociedad demandante, como crédito contra la masa, la indemnización por daños y perjuicios pactados en el contrato para los casos de resolución anticipada.
Para la parte actora este crédito tiene la consideración de crédito contra la masa en base al art. 84-2-6º LC, indemnización en caso de resolución por incumplimiento del concursado (respecto de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración del concurso).
El art. 62 LC reconoce la facultad de resolución en los contratos de tracto sucesivo cuando el incumplimiento hubiese sido anterior a la declaración del concurso (como es el supuesto procesal, que se inicia el 1/04/2013; incurriéndose en causa de resolución contractual anticipada conforme a los arts. 11.2 y 12.1 del contrato arrendaticio, folio 45; dando lugar a la indemnización establecida en el Art. 13).
El Juez de Instancia no tiene en cuenta esta circunstancia, y las consecuencias jurídicas que ello comporta, conforme al art. 62-4 LC, pues tal indemnización sería una obligación exigible y vencida anterior a la declaración del concurso, por tenerlo así convenido las partes. Por otro lado, el incumplimiento a que se refiere el art. 84-2-6º LC, es un incumplimiento posterior, lo que concuerda con el art. 62-4 LC, pues si el incumplimiento fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa.
Así lo tiene declarado este tribunal en Sentencias de nº 93/2013, de 15 de marzo, y nº 458/2012, de 18 de diciembre.
En esta última se dice que "En los supuestos de resolución conforme al artículo 62 el artículo distingue según que la resolución proceda por incumplimiento del concursado anterior a la declaración del concurso, o si el incumplimiento fuera posterior. En el primer caso el crédito es concursal, en el segundo es crédito con cargo a la masa".
Se reitera que "si la resolución es por causas anteriores a la declaración del concurso, en tal caso su crédito es concursal".
Por tanto, procede la estimación de la pretensión principal deducida en el recurso de apelación, lo que hace innecesario el enjuiciamiento de la deducida con carácter subsidiario.": SAP Burgos (Sección 3) 15.01.2015 (Sentencia 7/2015; Rollo 292/2014)

2. Resolución de compraventa (concursado vendedor incumplidor)

2.1 Caso de resolución postconcursal procesalmente firme, siendo el incumplimiento anterior a la declaración de concurso

Tribunal Supremo

"SEGUNDO. *Recurso de casación*
1. *Formulación de los motivos primero, segundo y tercero.* En atención a que los tres motivos están íntimamente ligados, estimamos conveniente analizarlos de forma conjunta.
i) El *motivo primero* de funda en la infracción de la jurisprudencia sobre el incumplimiento resolutorio del art. 1124 CC.
En el desarrollo de este motivo se razona en qué consiste esta infracción: la sentencia recurrida «considera que el contrato de compraventa ya estaba incumplido y resuelto desde septiembre de 2006, y con anterioridad al concurso de Martinsa Fadesa, declarado mediante auto de fecha 24 de julio de 2008, en vez del año 2012 que fue cuando la compradora envió un burofax resolviendo la compraventa e interpuso la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de La Coruña, al resultar imposible cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa por estar la parcela incursa en un procedimiento de ejecución hipotecaria».
ii) El *motivo segundo* se funda en la infracción de la jurisprudencia de esta Sala sobre la resolución de la compraventa por incumplimientos anteriores al concurso conforme al artículo 62.1 de la Ley **Concursal.**
La jurisprudencia infringida sería la contenida en la reseñada Sentencia 505/2013, de 24 de julio, y en la posterior Sentencia 510/2013, de 25 de julio. Esta jurisprudencia declara que el comprador no puede instar después del concurso de la vendedora la resolución del contrato de compraventa por ser este un contrato de tracto único, en el cual, conforme al art. 62.1 LC, la parte *in bonis* sólo puede ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento era posterior a la declaración de concurso.
En el desarrollo de este motivo segundo se razona que la vendedora demandada se allanó a la resolución solicitada por la compradora en noviembre de 2012, que se basaba en un incumplimiento anterior al concurso, y así lo entendió también la Audiencia. El recurrente entiende que «esta afirmación se opone a la

jurisprudencia sobre resolución de la compraventa por incumplimientos anteriores al concurso...», establecida en aquellas dos sentencias invocadas. Y concluye: «si el incumplimiento es anterior, no cabría la resolución de la compraventa y la demandada aceptó la resolución en su escrito de contestación».
iii) El motivo se basa en la «infracción de la doctrina de los actos propios de esta Sala en cuanto a los requisitos exigidos para su aplicación».
Procede desestimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.
2. *Desestimación del recurso.* Al resolver el recurso de casación debemos ceñirnos a lo que sigue siendo controvertido, y partir de lo que ha sido resuelto de forma firme, sin poder valorar si esto último es correcto o no.
Hemos de partir de unos hechos probados, que han sido expuestos en el apartado 1 del primer fundamento jurídico de esta sentencia. Entre ellos destaca que el contrato de compraventa convenido por Carpol con Fadesa el 28 de diciembre de 2005, conllevaba para Fadesa la obligación de entregar una determinada parcela en una promoción que estaba desarrollando en Perbes-San Xoan de Vilanova, y para Carpol el pago de un precio total de 194.450 euros.
La obligación de entrega de la parcela debía haberse cumplido en septiembre de 2006. Cuando fue declarado el concurso de acreedores (24 de julio de 2008), la obligación hacía tiempo que era exigible y no se había cumplido.
De tal forma que, al tiempo de la declaración de concurso, este contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes, Martinsa Fadesa tenía pendiente la entrega de la parcela y Carpol el pago de la diferencia entre el precio convenido (194.450 euros) y lo ya abonado (113.940'98 euros).
Conforme a lo prescrito en el art. 61.2 LC, al tratarse de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una y otra parte, la obligación de entrega de la parcela debía realizarse con cargo a la masa.
Escapa al ámbito de este recurso de casación juzgar si el contrato de compraventa fue correctamente resuelto o no. Lo que no cabe duda es que el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso.
En la sentencia 505/2013, de 24 de julio, llegamos a esta conclusión en un supuesto muy similar, en que el plazo de cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda se había cumplido varios meses antes de la declaración de concurso y el cumplimiento se realizó después de la declaración de concurso. En ese caso razonamos:
«Es claro que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la promotora vendedora, habían transcurrido nueve meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda. El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después».
La ejecución de la garantía hipotecaria que gravaba la parcela, acaecida en el caso que ahora enjuiciamos con posterioridad a la declaración del concurso, no es el momento del incumplimiento, sin perjuicio de que constate la imposibilidad de cumplimiento futuro. Esto es, a partir de entonces es lógico entender que la obligación que hasta entonces estaba pendiente de ser cumplida, ya no podrá serlo en el futuro. Hasta entonces, la promotora estaba en mora, había vencido la obligación de entrega de la parcela y estaba pendiente de cumplir con ella, pero desde el momento en que se ejecutó la hipoteca, devino imposible el cumplimiento tardío.
3. Como hemos advertido, ahora, en casación, la procedencia de la resolución del contrato resulta incontrovertida. Tan sólo se cuestionan los efectos de esta resolución.
Debemos partir de que se solicitó, y el juzgado acordó, como consecuencia del allanamiento de la concursada, la resolución del contrato por incumplimiento de la concursada de su obligación de entrega de la vivienda. Acordada la resolución de un contrato por incumplimiento de la concursada, los efectos deberían ser los previstos en la norma específica.
En principio, esta norma es la contenida en el art. 62.4 LC, cuyo tenor literal es el siguiente:
«Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda».
Pero esta norma, en realidad, regula los efectos de la resolución sobre los contratos de tracto sucesivo, en los que es posible distinguir entre las obligaciones pendientes de vencimiento y las vencidas, y dentro de estas últimas según el incumplimiento por parte del concursado fuera anterior o posterior a la declaración de concurso. La norma prevé los efectos liberatorio, liquidatorio de la relación jurídica contractual e indemnizatorio propios de la resolución de un contrato de tracto sucesivo.
4. Como ha explicado la doctrina, los contratos de tracto sucesivo requieren de modo esencial del tiempo para su cumplimiento, de tal forma que, una vez celebrado el contrato que sirve de marco para la relación contractual, nacen obligaciones para ambas partes de modo sucesivo, periódico o continuado. En estos periodos de tiempo, ambas partes de manera recíproca ven parcialmente satisfecho su interés, en cierto modo independiente de los demás periodos del contrato, ya que la obligación de una parte y su correlativa se circunscriben a un tiempo determinado, sin perjuicio de que en cada periodo nazcan de nuevo recíprocas obligaciones para ambos. Por eso la resolución del contrato no afecta a las obligaciones ya cumplidas por ambas partes, porque han sido ya recíprocamente correspondidas por la correlativa y han satisfecho el interés de ambas partes. Y de ahí que no tenga sentido un efecto restitutorio asociado a la resolución, pues la eficacia de la resolución es *ex nunc* y no *ex tunc.* Luego los efectos serán liberatorios, liquidatorios de la relación contractual y, en su caso, indemnizatorios.
El efecto liberatorio de la resolución del contrato conlleva que los contratantes dejan de estar obligados a ejecutar las prestaciones pactadas pendientes de vencimiento.

Respecto de las obligaciones ya vencidas, procede la liquidación de la relación jurídica. Para ello, partiendo de que el cumplimiento de la parte *in bonis* y el incumplimiento del concursado han justificado la resolución del contrato, el art. 62.4 LC reconoce a la parte *in bonis* su derecho de crédito a las prestaciones incumplidas por la concursada, pero atribuye a este crédito un distinto tratamiento según este incumplimiento fuera anterior o posterior a la declaración de concurso. Respecto de las obligaciones incumplidas antes de la declaración de concurso, la parte *in bonis* tiene un crédito concursal**;** mientas que respecto de las obligaciones incumplidas después de la declaración de concurso, el crédito de la parte *in bonis* debe satisfacerse con cargo a la masa.
Todo ello, sin perjuicio de que, en caso de que se acrediten daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la concursada, el tribunal pueda condenar, con cargo a la masa, a la indemnización de dichos daños y perjuicios.
5. Pero los efectos de la resolución de un contrato de tracto único, como es la compraventa objeto del presente caso, son diferentes. Como declaramos en la Sentencia 505/2013, de 24 de julio, «en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de
tiempo iguales o no». De modo que, en principio, un cumplimiento parcial de esta obligación no satisface el interés y la obligación correlativa de la contraparte.
De ahí que, además del efecto liberatorio, la resolución en estos contratos traiga consigo, cuando alguna de las prestaciones hubiera sido ejecutada, un efecto *ex tunc,* restitutorio, debiendo ambas partes restituir lo recibido. La doctrina justifica la procedencia de este efecto, en caso de resolución por incumplimiento contractual ex art. 1124 CC, en la aplicación de lo dispuesto en el art. 1123 CC para las genuinas condiciones resolutorias, que impone a los interesados la restitución de lo que hubieren percibido. Esta restitución será *in natura,* cuando pueda ser posible, y de no serlo, por equivalente.
El que este efecto restitutorio no venga expresamente previsto en el art. 62.4 LC no significa que no resulte de aplicación en caso de resolución por incumplimiento contractual del concursado. Es connatural al carácter recíproco de las obligaciones y se acomoda mejor a la previsión contenida en el art. 61.2 LC, que para estos casos en que las obligaciones estaban pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración de concurso, califica como crédito contra la masa la obligación pendiente de cumplimiento por la concursada. Al margen de si debía o no resolverse el contrato, porque el incumplimiento era anterior, si se resuelve, el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte *in bonis* es contra la masa.
6. Pero lo anterior no significa que estimemos el recurso, porque, como muy bien razonó la Audiencia, Carpol está vinculada por su actuación dentro del concurso y en concreto porque hubiera comunicado su crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta como crédito concursal contingente, en cuanto que dependería de una resolución del contrato. La administración concursal accedió a incluir este crédito en la lista de acreedores, con la consideración de crédito contingente, lo que, por no ser impugnado devino firme (art. 97.1 LC), y condiciona el resultado de la acción ahora ejercitada. Máxime si tenemos en cuenta que un tribunal distinto del que tramita el concurso carece de competencia para calificar un crédito como concursal o contra la masa. Respecto de los créditos concursales, esta función corresponde al juez del concurso mediante la aprobación de los textos definitivos de la lista de acreedores; y respecto de los créditos contra la masa mediante el preceptivo incidente concursal (art. 84.4 LC).”: TS 19.07.2016 (Sentencia 500/2016; Recurso 590/2014)

“FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*
1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.
I) El 30 de septiembre de 2006, la entidad Fadesa Inmobiliaria S.A. (luego, Martinsa-Fadesa S.A.) concertó con Conrado, en documento privado, un contrato de compraventa de una vivienda en la promoción «Ciudad Jardín Soto Real», cuya edificación estaba proyectada en el municipio burgalés de Buniel.
II) El precio de la vivienda se estipuló en 228.182,07 euros, con el IVA incluido. Para su pago se pactó una entrega inicial de 3000 euros, a la firma del contrato, y 42.636,40 euros de forma aplazada mediante la aceptación de 30 letras de cambio por importe de 820, 21 euros a excepción de la última cuyo importe era de 18.030,15 euros. El resto del precio, esto es, 182.545,67 euros se debía entregar a la formalización de la escritura pública de compraventa.
III) Del precio estipulado, el comprador pagó los 3000 euros de entrega anticipada, así como 25.412,04 euros correspondientes al pago de 21 letras de cambio. Los 25.412,04 euros restantes de las letras de cambio suscritas han sido objeto de reclamación por el Banco Popular Español, tenedor de las letras tras el descuento practicado, mediante el correspondiente juicio cambiario que se encuentra en fase de ejecución.
IV) En la cláusula novena del contrato se estipuló que la entrega de la vivienda se realizaría, aproximadamente, en el plazo de 30 meses desde la fecha de la obtención de la licencia de edificación. Dicha licencia, cláusula quinta del contrato, debía obtenerse en el plazo de 12 meses desde la firma del contrato.
V) Según certificación emitida por el Ayuntamiento de Buniel, la vendedora solicitó la licencia de edificación el 21 de septiembre de 2006, habiendo presentado, el 27 de marzo de 2008, el proyecto de edificación.
VI) A fecha de 30 de abril de 2010, tras la visita del arquitecto técnico por encargo del Ayuntamiento, se comprobó que las obras de la construcción de la referida promoción inmobiliaria no se habían iniciado.
VII) El 24 de julio de 2008, la vendedora fue declarada en concurso de acreedores, encontrándose el solar en la misma situación que en el año 2006. La administración concursal calificó el crédito objeto de la *litis* como contingente.
VIII) La vendedora se aquietó a la declaración de resolución del contrato efectuada por la sentencia de primera instancia, que no fue objeto del recurso de apelación.

2. Don Conrado, el 5 de julio de 2013, presentó demanda contra la vendedora en la que solicitó la resolución del contrato de compraventa junto con la condena a la demandada a la devolución de 45.636,45 euros, y al pago del 6% anual de las cantidades entregadas a cuenta, conforme a la Ley 57/68.
3. El juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda. Acordó la resolución del contrato por el incumplimiento de la vendedora. Calificó el crédito como crédito contra la masa, conforme a los artículos 61.2 y 84.2 LC y fijó su cuantía en 45.636,45 euros. A su vez, consideró aplicable el interés legal del dinero desde la interpelación judicial.
4. La demandada interpuso recurso de apelación en el que sólo cuestionó la calificación del crédito como crédito contra la masa. La sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Tras la cita de las sentencias de esta sala de 24 y 25 de julio de 2013, con relación al concurso de Martinsa-Fadesa, consideró que se trataba de una relación negocial de tracto único y que aunque la demandante alegaba un incumplimiento anterior a la declaración del concurso, derivado de la falta de obtención de la licencia de edificación, fue el juzgado de primera instancia quien declaró judicialmente la resolución del contrato. Hecho no apelado y devenido en firme. En cualquier caso, destacó que «no es irrelevante pensar que el incumplimiento del contrato también ha sido posterior ya que desde la declaración del concurso, el 24 de julio de 2008, y hasta la presentación de la demanda, el 5 de julio de 2013, la construcción de las viviendas está paralizada». Consideró, a su vez, que no había infracción del principio de actos propios por el hecho de que la demandante no hubiese impugnado la calificación del crédito que hizo la administración concursal**,** pues de la resolución del contrato nacía un nuevo crédito que debía ser calificado de acuerdo con lo previsto por la norma para dicha resolución. Tampoco consideró que hubiese habido infracción o vulneración de los términos del convenio del concurso.
5. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso de casación que articula en tres motivos.
6. Con carácter previo, procede inadmitir el motivo tercero del recurso de casación. En dicho motivo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 7 del Código Civil con relación a la doctrina de los actos propios y justifica el interés casacional por la vulneración de la doctrina jurisprudencial de la sentencia de esta sala 532/2013, de 19 de septiembre. Pero dicha sentencia no resulta de aplicación a la materia objeto del presente recurso.
En efecto, la citada sentencia señala los requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios, pero sin ninguna proyección con el objeto del presente caso, pues hace referencia a un supuesto de retraso desleal.
SEGUNDO.- *Motivo primero de casación.*
1. En el motivo primero, la recurrente denuncia la infracción del artículo 84.1 y 2. 6.º de la Ley Concursal 22/2003, por cuanto la calificación de crédito contra la masa de las cantidades objeto de devolución, como consecuencia de la resolución de un contrato por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, es contraria a la literalidad del mencionado precepto y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo desarrolla. Entiende el recurrente que la admisibilidad del motivo viene justificada por la existencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo que distingue los créditos concursales de los créditos contra la masa, sin perjuicio de otros supuestos, en función de si el incumplimiento generador de la existencia de la obligación de reintegración de las prestaciones tiene lugar, antes o después a la declaración de concurso. Se citan las SSTS de 3 de octubre de 2011 y 3 de marzo de 2011.
2. El motivo debe ser desestimado.
Con relación a los efectos de la resolución de un contrato de tracto único, como es la compraventa objeto del presente caso, debe tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial de esta contenida en la sentencia 500/2016, de 19 de julio, que establece lo siguiente:
«[...]. Como declaramos en la Sentencia 505/2013, de 24 de julio, «en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no». De modo que, en principio, un cumplimiento parcial de esta obligación no satisface el interés y la obligación correlativa de la contraparte.
»De ahí que, además del efecto liberatorio, la resolución en estos contratos traiga consigo, cuando alguna de las prestaciones hubiera sido ejecutada, un efecto *ex tuno,* restitutorio, debiendo ambas partes restituir lo recibido. La doctrina justifica la procedencia de este efecto, en caso de resolución por incumplimiento contractual ex art. 1124 CC, en la aplicación de lo dispuesto en el art. 1123 CC para las genuinas condiciones resolutorias, que impone a los interesados la restitución de lo que hubieren percibido. Esta restitución será *in natura,* cuando pueda ser posible, y de no serio, por equivalente.
»El que este efecto restitutorio no venga expresamente previsto en el art. 62.4 LC no significa que no resulte de aplicación en caso de resolución por incumplimiento contractual del concursado. Es connatural al carácter recíproco de las obligaciones y se acomoda mejor a la previsión contenida en el art. 61.2 LC, que para estos casos en que las obligaciones estaban pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración de concurso, califica como crédito contra la masa la obligación pendiente de cumplimiento por la concursada. Al margen de si debía o no resolverse el contrato, porque el incumplimiento era anterior, si se resuelve, el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte *in bonis* es contra la masa».
3. Pero en aquel caso resuelto por la sentencia 500/2016, de 19 de julio, a pesar de que procedía calificar el crédito de la compradora derivado de la resolución del contrato como crédito contra la masa, entendimos que estaba vinculado por la previa calificación de dicho crédito como concursal contingente:
«Carpol está vinculada por su actuación dentro del concurso y en concreto porque hubiera comunicado su crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta como crédito concursal contingente, en cuanto que dependería de una resolución del contrato. La administración concursal accedió a incluir este crédito en la lista de acreedores, con la consideración de crédito contingente, lo que, por no ser impugnado devino firme (art. 97.1 LC), y condiciona el resultado de la acción ahora ejercitada».
4. Sin embargo, en el presente caso, no podemos concluir en el mismo sentido.
Aunque también consta reconocido el crédito del comprador como crédito concursal contingente y la inclusión de este crédito en la lista de acreedores no fue impugnada, existe una diferencia muy relevante en este caso respecto

del anterior. Así como en la sentencia 500/2016, de 19 de julio, había sido la propia compradora quien había pedido la inclusión de su crédito en la lista de acreedores como crédito concursal contingente, en el presente caso la inclusión del crédito de la compradora en la lista de acreedores no se hizo a instancia de ella.
Esta circunstancia es muy relevante a la vista del resto de circunstancias concurrentes. El concurso de la promotora vendedora afectó a miles de contratos de compraventa de vivienda, que estaban pendientes de cumplimiento.
Es lógico que el comprador de una vivienda pendiente de construcción y entrega, cuyo crédito es contra la masa, no tuviese que estar pendiente de si la administración concursal**,** guiada por un criterio equivocado, incluía su crédito como concursal contingente, para impugnar la lista y no verse afectado o vinculado por tal inclusión conforme al art. 97 LC.
Por ello, en el presente caso, el crédito del comprador cuyo contrato de compraventa ha sido resuelto después de la declaración de concurso no se ve afectado por su previa inclusión en la lista de acreedores. Esta inclusión no vino propiciada por una actuación previa del acreedor (comunicación de crédito), y no le era exigible, en atención a la naturaleza del contrato y a las dimensiones del concurso de la vendedora, que tuviera que estar atento a que la administración concursal no incluyera indebidamente su crédito en la lista de acreedores para impugnarlo.
TERCERO.- *Motivo segundo de casación.*
1. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 49.1 LC con relación al artículo 89.3 del mismo cuerpo legal, e infracción de la *par conditio creditorum* como principio rector de la legislación concursal**.** Trato distinto a créditos de igual naturaleza lo que determina el perjuicio para el resto de acreedores sometidos al convenio, ya que la calificación de crédito contra la masa de las cantidades objeto de devolución como consecuencia de la resolución del contrato por incumplimiento anterior a la declaración del concurso es
contraria a la literalidad del mencionado precepto y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo desarrollan de forma que la admisibilidad del motivo viene justificada por la existencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece el principio **concursal** de la igualdad de trato a los acreedores, citando la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009.
2. Conforme a lo anteriormente señalado el motivo debe ser desestimado.
La recurrente reitera su disconformidad con la calificación de crédito contra la masa declarada por la sentencia recurrida. Dicha oposición la justifica porque el incumplimiento era anterior a la declaración del concurso.
En este caso y de acuerdo con la doctrina contenida en la sentencia 500/2016, de 19 de julio, una vez que la resolución del contrato por incumplimiento de la vendedora concursada fue aceptado por ésta, la consideración del crédito por la restitución de las cantidades entregadas a cuenta como crédito contra la masa ya no depende de si el incumplimiento resolutorio fue anterior o posterior a la declaración de concurso, sino de la propia resolución del contrato y de la interpretación que la sala ha hecho del art. 62.4 LC : resuelto un contrato de tracto único por incumplimiento del concursado, la obligación de restituir las cantidades entregadas a cuenta por el comprador es con cargo a la masa.”: STS 12.05.2017 (Sentencia 284/2017; Recurso 3067/2014)

2.2 Crédito concursal si el incumplimiento del concursado es anterior a la declaración de concurso; contra la masa si es posterior

AP Alava

“TERCERO.- No desvirtúa lo hasta el momento expuesto, que el artículo 62.1 de la Ley Concursal disponga que la declaración del concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, añadiendo que, si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso, y que, en el presente caso, estemos ante un contrato de tracto único y un incumplimiento anterior a la declaración de concurso, pues la resolución tuvo lugar el día 13 de enero de 2010, es decir, con anterioridad a la declaración del concurso.
CUARTO.-Y, dado que esta Sala considera que no procede llegar a otra conclusión en base al interés del concurso, pues no cabe entender en base a lo actuado que el cumplimento del contrato que nos ocupa sea determinante o relevante a la propia solución de la insolvencia, bien sea en vía liquidatoria o conservativa, procede declarar que la resolución del contrato de compraventa realizada por los ahora apelantes en fecha de 13 de enero de 2009 fue acorde a derecho, debiéndose tener por resuelto el contrato desde dicha fecha, declarando, asimismo, la existencia de un crédito a favor de aquéllos por importe de 32.275,48 euros (importe total abonado según la propia Construcciones Antonio Santander e Hijos, S.L.), con obligación de la Administración Concursal de rectificar su informe y documentación complementaria en cuanto sea necesario al efecto, imponiendo las costas de la primera instancia a Construcciones Antonio Santander e Hijos, S.L. en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la L.E.C.”: SAP Alava (Sección 1) 06.07.2012 (Sentencia 386/2012; Rollo 165/2012)

AP Alicante

“SEGUNDO.-La parte apelante se aquieta a la resolución del contrato de compraventa pero impugna la calificación que la Sentencia atribuye al crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio (crédito ordinario) y al crédito a la indemnización de daños y perjuicios concretados en el interés legal de las cantidades entregadas a cuenta desde la fecha de su abono hasta la declaración del concurso (crédito subordinado) pues entiende que al haberse promovido la resolución por incumplimiento contractual después de la declaración del concurso, ambos créditos deben ser calificados contra la masa.

No es objeto de controversia que nos encontramos en presencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes en la fecha de declaración del concurso pues el contrato de compraventa es un contrato sinalagmático que genera obligaciones recíprocas a cargo, de un lado, del promotor-vendedor cuya obligación esencial es la de entrega de la vivienda en la fecha pactada pero cuyo cumplimiento exige la previa ejecución material de la edificación (artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación) y, de otro lado, de los compradores, cuya obligación esencial consiste en el pago del precio.
Tampoco se discute que a la fecha de la declaración del concurso de la mercantil promotora (Auto de fecha 19 de mayo de 2008), la parte vendedora no había iniciado siquiera la ejecución material de la edificación ni, consiguientemente, tampoco había entregado la vivienda y, de otro lado, el comprador aún no había cumplido en su integridad su obligación de pago del precio.
No se cuestiona tampoco que el contrato de compraventa sea un contrato de tracto único.
En el recurso se mantiene que como al tiempo de la declaración del concurso los compradores eran titulares de un derecho a obtener la prestación contra el pago del resto del precio y la parte vendedora incumplió esa obligación postconcursal ya pudieron los compradores promover la resolución contractual y su derecho a la restitución a la restitución de la cantidad anticipada debe calificarse como crédito contra la masa según establece el artículo 84.2.6º LC.
TERCERO.-En primer lugar, debemos examinar cuál es el momento del incumplimiento por parte del promotor de su obligación de entrega de la vivienda.
Ya hemos dicho anteriormente que si bien la obligación esencial del vendedor es la de entrega de la vivienda, al ser el objeto del contrato una vivienda sobre plano que aún no ha sido objeto de ejecución material, el promotor también asume la obligación de dar existencia física a la vivienda mediante la ejecución material de la edificación.
En nuestro caso, a lo sumo, el plazo de entrega de la vivienda vencía en el mes de marzo de 2008 y en la fecha de declaración del concurso (19 de mayo de 2008) aún no se había aprobado el Plan Parcial de Reparcelación ni se había obtenido la preceptiva licencia de edificación ni se había ejecutado aún el 1% de las obras, por lo que hemos de concluir que antes de la declaración del concurso el promotor ya había incumplido de manera grave su obligación esencial pues no estamos ante un mero retraso sino ante un incumplimiento absoluto que frustra el fin práctico del contrato. En conclusión, la situación de incumplimiento del promotor-vendedor era anterior a la fecha de declaración del concurso.
(…)
“QUINTO.-Quedan por determinar las consecuencias de la resolución contractual, en particular, el tratamiento concursal del derecho a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores y del derecho a la indemnización de daños y perjuicios.
En relación con esta cuestión las alternativas que caben son, o bien se califican como créditos concursales o bien se califican como créditos contra la masa. La Sala confirma la conclusión de la Sentencia de instancia al considerarlos créditos concursales siendo el argumento de mayor peso la interpretación a contrario sensu del artículo 84.2.6º LC que considera como créditos contra la masa los créditos que, conforme a esta Ley, resulten...de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado, de tal manera que los créditos que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución por incumplimiento de la parte antes de su declaración de concurso deben ser calificados como créditos concursales pues no cabe extender la calificación de créditos contra la masa más que a los supuestos relacionados en el artículo 84.2 LC.
El crédito derivado de la obligación de restituir las cantidades anticipadas por los compradores debe calificarse como crédito concursal ordinario al no estar especialmente contemplado como supuesto de crédito privilegiado ni subordinado (artículo 90.3 LC).
El crédito derivado de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que la parte actora concreta en el interés legal de las cantidades anticipadas según establece el artículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, modificado por la Disposición Adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, debe calificarse como crédito concursal subordinado al considerar como tales los créditos por intereses de cualquier clase (artículo 92.3º LC) que se devengarán hasta la fecha de declaración del concurso (artículo 59.1 LC).”: SAP Alicante (Sección 8) 09.07.2010 (Sentencia 296/2010; Rollo 250/2010)

“SEGUNDO.-La parte apelante se aquieta a la resolución del contrato de compraventa pero impugna la calificación que la Sentencia atribuye al crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio (crédito ordinario) y al crédito a la indemnización de daños y perjuicios concretados en el interés legal de las cantidades entregadas a cuenta desde la fecha de su abono hasta la declaración del concurso (crédito subordinado) pues entiende que al haberse producido el incumplimiento contractual después de la declaración del concurso, ambos créditos deben ser calificados contra la masa.
No es objeto de controversia que nos encontramos en presencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes en la fecha de declaración del concurso pues el contrato de compraventa es un contrato sinalagmático que genera obligaciones recíprocas a cargo, de un lado, del promotor-vendedor cuya obligación esencial es la de entrega de la vivienda en la fecha pactada pero cuyo cumplimiento exige la previa ejecución material de la edificación (artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación) y, de otro lado, de los compradores, cuya obligación esencial consiste en el pago del precio.
Tampoco se discute que a la fecha de la declaración del concurso de la mercantil promotora (Auto de fecha 19 de mayo de 2008), la parte vendedora no había iniciado siquiera la ejecución material de la edificación ni, consiguientemente, tampoco había entregado la vivienda y, de otro lado, el comprador aún no había cumplido en su integridad su obligación de pago del precio.
No se cuestiona tampoco que el contrato de compraventa sea un contrato de tracto único.

En el recurso se mantiene que como la fecha de entrega de la vivienda, computado el plazo de prórroga de tres meses previsto en la estipulación 4 del contrato, era la del mes de agosto de 2008, fecha posterior a la de la declaración del concurso, el incumplimiento de la obligación de entrega a cargo del promotor fue posterior, de tal manera que, conforme a lo previsto en el artículo 62.4 LC, su derecho a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta y su derecho a la indemnización de daños y perjuicios son créditos contra la masa.
TERCERO.-En primer lugar, debemos examinar cuál es el momento del incumplimiento por parte del promotor de su obligación de entrega de la vivienda.
Ya hemos dicho anteriormente que si bien la obligación esencial del vendedor es la de entrega de la vivienda, al ser el objeto del contrato una vivienda sobre plano que aún no ha sido objeto de ejecución material, el promotor también asume la obligación de dar existencia física a la vivienda mediante la ejecución material de la edificación.
Si, en nuestro caso, a lo sumo, el plazo de entrega de la vivienda vencía en el mes de agosto de 2008 pero en la fecha de declaración del concurso (19 de mayo de 2008) no se había aprobado el Plan Parcial de Reparcelación ni se había obtenido la preceptiva licencia de edificación y no se había ejecutado aún el 1% de las obras, hemos de concluir que antes de la declaración del concurso el promotor ya había incumplido su obligación porque es lógico pensar que es imposible ejecutar todo el proceso de edificación y entregar la vivienda en sólo tres meses, circunstancia que se ha confirmado pues las obras nunca se iniciaron. Es decir, la situación de incumplimiento de la obligación de entrega de una vivienda no ha de comprobarse en la fecha fijada en el contrato como fecha de entrega cuando con anterioridad se tiene la certeza y seguridad de que no se va a cumplir. HERRADA DEL TOLLO, S.L., antes de ser declarada en situación de concurso, ya había incumplido su obligación esencial de entrega de la vivienda pues era evidente, al no haber iniciado las obras, que no iba a poder entregarla en la fecha pactada. En conclusión, la situación de incumplimiento del promotor-vendedor era anterior a la fecha de declaración del concurso.
(…)
QUINTO.-Quedan por determinar las consecuencias de la resolución contractual, en particular, el tratamiento concursal del derecho a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores y del derecho a la indemnización de daños y perjuicios.
En relación con esta cuestión las alternativas que caben son, o bien se califican como créditos concursales o bien se califican como créditos contra la masa. La Sala confirma la conclusión de la Sentencia de instancia al considerarlos créditos concursales siendo el argumento de mayor peso la interpretación a contrario sensu del artículo 84.2.6º LC que considera como créditos contra la masa los créditos que, conforme a esta Ley, resulten...de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado, de tal manera que los créditos que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución por incumplimiento de la parte antes de su declaración de concurso deben ser calificados como créditos concursales pues no cabe extender la calificación de créditos contra la masa más que a los supuestos relacionados en el artículo 84.2 LC.
El crédito derivado de la obligación de restituir las cantidades anticipadas por los compradores debe calificarse como crédito concursal ordinario al no estar especialmente contemplado como supuesto de crédito privilegiado ni subordinado (artículo 90.3 LC).
El crédito derivado de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que la parte actora concreta en el interés legal de las cantidades anticipadas según establece el artículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, modificado por la Disposición Adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, debe calificarse como crédito concursal subordinado al considerar como tales los créditos por intereses de cualquier clase (artículo 92.3º LC) que se devengarán hasta la fecha de declaración del concurso (artículo 59.1 LC).”: SAP Alicante (Sección 8) 09.07.2010 (Sentencia 297/2010; Rollo 251/2010)

“PRIMERO.-Se impugna ante este Tribunal la calificación concursal que al crédito que deriva de la resolución contractual acordada a instancia de los actores, hoy apelantes, otorga la resolución del Juez de lo Mercantil que decide conferir al crédito de restitución de las cantidades e indemnización de daños y perjuicios resultantes de la resolución, la calificación de ordinario y subordinado respectivamente.
La parte apelante sustenta su recurso en la consideración de que al haberse promovido la resolución por incumplimiento contractual después de la declaración del concurso, ambos créditos deben ser calificados contra la masa pues antes de la declaración del concurso no estaban resueltos, quedando sin efecto solo a raíz de la declaración judicial, de modo tal que al caso le es de aplicación del artículo 84-2-6 de la Ley Concursal al no ser posible retrotraer el incumplimiento de la concursada al momento anterior a la declaración del concurso.
Pues bien, sobre tal cuestión, y en relación a supuestos análogos derivados de la actividad promotora de la concursada demandada, ya ha tenido oportunidad pronunciarse este Tribunal en resoluciones de 9 de julio de 2010, abundadas tales decisiones, en relación a impugnaciones de la lista de acreedores -idénticas a las que se anuncian por los apelantes-, por nuestras tres Sentencias de 13 de julio de 2010, de modo tal que no cabe aquí sino reproducir su contenido argumental dado que el problema jurídico que se formula es idéntico en relación a exacto supuesto fáctico por lo que equivalente ha de ser la respuesta de este Tribunal pues allí, como aquí, se trataba de la compra a la concursada Herrada del Tollo S.L. en fecha previa a la declaración del concurso, de viviendas en el complejo residencial Santa Anta del Monte Jumilla, en este caso, tres viviendas, operación que había derivado en la entrega por los compradores de una serie de cantidades a cuenta del precio de unas viviendas que se había pactado, debían ser entregadas en el mes de febrero de 2008 o, si se dieran circunstancias en la construcción no imputables a la promotora, en mayo del mismo año, siendo así que la deriva económica de la promotora había determinado su declaración del concurso en fecha 19 de mayo de 2008 con la circunstancias constructivas de la promoción de referencia de que las obras, primero, apenas llegaban al 1%, segundo, que no constaba la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación ni la

concesión de licencias de obras de edificación para viviendas y, tercero, que la actividad urbanizadora está paralizada desde la declaración del concurso, no habiéndose por tanto entregado las viviendas.
SEGUNDO.-Pues bien, ante tal estado de cosas, ya señalamos que si bien la obligación esencial del vendedor es la de entrega de la vivienda, al ser el objeto del contrato una vivienda sobre plano que aún no ha sido objeto de ejecución material, el promotor también asume la obligación de dar existencia física a la vivienda mediante la ejecución material de la edificación, siendo así que en el caso que nos ocupa, el plazo de entrega de la vivienda vencía en el mes de febrero de 2008 y lo cierto es que a la fecha de declaración del concurso (19 de mayo de 2008) aún no se había aprobado el Plan Parcial de Reparcelación ni se había obtenido la preceptiva licencia de edificación ni se había ejecutado aún el 1% de las obras, por lo que entendíamos que antes de la declaración del concurso el promotor ya había incumplido de manera grave su obligación esencial pues no estamos ante un mero retraso sino ante un incumplimiento absoluto que frustra el fin práctico del contrato.
En conclusión, la situación de incumplimiento del promotor-vendedor era anterior a la fecha de declaración del concurso, lo que hacemos extensivo aún en el supuesto de prórroga que ni se propuso ni se solicitó por ninguna de las partes pero que, en todo caso, apuntaban como fecha de entre el mes de mayo de 2008.
(…)
CUARTO.-Y siendo así, resta definir la cuestión nuclear del recurso, estos es, calificar las consecuencias de la resolución contractual, en particular, el tratamiento concursal del derecho a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores y del derecho a la indemnización de daños y perjuicios.
Reproduciremos de nuevo aquí, lo dicho en nuestras Sentencias de 9 de julio de 2010 : "En relación con esta cuestión las alternativas que caben son, o bien se califican como créditos concursales o bien se califican como créditos contra la masa. La Sala confirma la conclusión de la Sentencia de instancia al considerarlos créditos concursales siendo el argumento de mayor peso la interpretación a contrario sensu del artículo 84.2.6º LC que considera como créditos contra la masa los créditos que, conforme a esta Ley, resulten...de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado, de tal manera que los créditos que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución por incumplimiento de la parte antes de su declaración de concurso deben ser calificados como créditos concursales pues no cabe extender la calificación de créditos contra la masa más que a los supuestos relacionados en el artículo 84.2 LC. El crédito derivado de la obligación de restituir las cantidades anticipadas por los compradores debe calificarse como crédito concursal ordinario al no estar especialmente contemplado como supuesto de crédito privilegiado ni subordinado (artículo 90.3 LC). El crédito derivado de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que la parte actora concreta en el interés legal de las cantidades anticipadas según establece el artículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, modificado por la Disposición Adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, debe calificarse como crédito concursal subordinado al considerar como tales los créditos por intereses de cualquier clase (artículo 92.3º LC) que se devengarán hasta la fecha de declaración del concurso (artículo 59.1 LC)".
En conclusión, el recurso de apelación se desestima y ratifica por el contrario, el criterio de la instancia.": SAP Alicante (Sección 8) 09.09.2010 (Sentencia 361/2010; Rollo 278/2010)

"CUARTO Resta por determinar las consecuencias de la resolución contractual: liberatorias, respecto de las prestaciones pendientes; restitutorias, respecto de las prestaciones ejecutadas e; indemnizatorias de los daños y perjuicios.
No es objeto de controversia que nos encontramos en presencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes pues el contrato de compraventa es un contrato sinalagmático que genera obligaciones recíprocas a cargo, de un lado, del promotor-vendedor cuya obligación esencial es la de entrega de la vivienda en la fecha pactada pero cuyo cumplimiento exige la previa ejecución material de la edificación(artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación) y, de otro lado, de los compradores, cuya obligación esencial consiste en el pago del precio.
No se cuestiona tampoco que el contrato de compraventa sea un contrato de tracto único.
Es un hecho cierto que a la fecha de la declaración del concurso de la mercantil promotora, la parte vendedora había ya incumplido su obligación de entrega de la vivienda no pudiendo ofrecer el cumplimiento en la actualidad, de manera que no estamos ante un mero retraso sino ante un incumplimiento absoluto que frustra el fin práctico del contrato.
(…)
QUINTO Quedan por determinar las consecuencias de la resolución contractual, en particular, el tratamiento concursal del derecho a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores y del derecho a la indemnización de daños y perjuicios.
En relación con esta cuestión las alternativas que caben son, o bien se califican como créditos concursales o bien se califican como créditos contra la masa. La Sala mantiene que deben calificarse como créditos concursales siendo el argumento de mayor peso la interpretación a contrario sensu delartículo 84.2.6º LC que considera como créditos contra la masa los créditos que, conforme a esta Ley, resulten...de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado, de tal manera que los créditos que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución por incumplimiento de la parte antes de su declaración de concurso deben ser calificados como créditos concursales pues no cabe extender la calificación de créditos contra la masa más que a los supuestos relacionados en elartículo 84.2 LC.
El crédito derivado de la obligación de restituir las cantidades anticipadas (11.000.- €) por los compradores debe calificarse como crédito concursal ordinario al no estar especialmente contemplado como supuesto de crédito privilegiado ni subordinado (artículo 90.3 LC).
El crédito derivado de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que la parte actora concreta en el interés legal de las cantidades anticipadas según establece elartículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio,

modificado por laDisposición Adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, debe calificarse como crédito concursal subordinado al considerar como tales los créditos por intereses de cualquier clase(artículo 92.3º LC) que se devengarán hasta la fecha de declaración del concurso(artículo 59.1 LC).": SAP Alicante (Sección 8) 11.10.2010 (JUR 2011/23487; Sentencia 415/2010; Rollo 339/2010)

"SEGUNDO Quedan por determinar las consecuencias de la resolución contractual, en particular, el tratamiento concursal del derecho a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta por la compradora.
Reproduciremos de nuevo aquí, lo dicho ennuestras Sentencias de 9 de julio de 2010 (JUR 2010, 355662) : "En relación con esta cuestión las alternativas que caben son, o bien se califican como créditos concursales o bien se califican como créditos contra la masa. La Sala confirma la conclusión de la Sentencia de instancia al considerarlos créditos concursales siendo el argumento de mayor peso la interpretación a contrario sensu del artículo 84.2.6º LC que considera como créditos contra la masa los créditos que, conforme a esta Ley, resulten...de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado, de tal manera que los créditos que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución por incumplimiento de la parte antes de su declaración de concurso deben ser calificados como créditos concursales pues no cabe extender la calificación de créditos contra la masa más que a los supuestos relacionados en elartículo 84.2 LC. El crédito derivado de la obligación de restituir las cantidades anticipadas por los compradores debe calificarse como crédito concursal ordinario al no estar especialmente contemplado como supuesto de crédito privilegiado ni subordinado(artículo 90.3 LC). El crédito derivado de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que la parte actora concreta en el interés legal de las cantidades anticipadas según establece elartículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio (RCL 1968, 1335), modificado por laDisposición Adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación (RCL 1999, 2799), debe calificarse como crédito concursal subordinado al considerar como tales los créditos por intereses de cualquier clase(artículo 92.3º LC) que se devengarán hasta la fecha de declaración del concurso(artículo 59.1 LC)".": SAP Alicante (Sección 8) 28.10.2010 (AC 2011/643; Sentencia 474/2010; Rollo 38/2010)

"PRIMERO.-En las demandas acumuladas que dieron lugar al presente incidente concursal se solicitaba por los tres demandantes, y como primer pedimento, la resolución de los contratos privados de compraventa de vivienda sobre plano que, respectivamente, habían celebrado con la promotora concursada en fecha común de 29 de noviembre de 2006 y ante el incumplimiento por dicha demandada de su obligación de entrega de los inmuebles, pactada en las siguientes fechas: 30 de septiembre de 2008 (en el contrato suscrito por el actor Don Ambrosio), 30 de septiembre de 2009 (en el firmado por el demandante Don Vicente) y 30 de septiembre de 2010 (en el convenido con el actor Don Manuel).
Habiendo sido reintegrados, todos los demandantes, de las cantidades puntualmente entregadas a cuenta del precio total de sus respectivas ventas y en virtud de la ejecución de los avales que las garantizaba, instada, como fue, por cada uno de ellos al día siguiente al de las respectivas fechas convenidas para la terminación y entrega de los inmuebles, el segundo pedimento de las presentes demandas incidentales se concretaba en la reclamación de la indemnización pactada para caso de producirse el incumplimiento por la promotora de dicha esencial obligación contractual y que, como cláusula penal, aparece prevista en idénticos términos en los tres contratos en la estipulación tercera, in fine, de sus condiciones particulares, a la que se remite su condición general séptima (interés legal del dinero, incrementado en cuatro puntos porcentuales, generado por las sumas pagadas a cuenta del precio total de la venta y devengado en el periodo de incumplimiento); siendo la tercera y última de las peticiones de los demandantes, la de que por la demandada se les abonara el interés legal de las sumas indemnizatorias en tales términos convenidas, computado desde las reclamaciones extrajudiciales (en el caso de los demandantes Don Vicente y Don Ambrosio) y desde la interpelación judicial (respecto del actor Don Manuel).
SEGUNDO.-La sentencia de primera instancia declara haber lugar a la resolución de los tres contratos de compraventa, a cuya petición se habían allanado la promotora demandada y la administración concursal, y con relación a los pedimentos de abono de las indemnizaciones contempladas en la cláusula penal de los respectivos contratos de compraventa, rechaza la pretensión de los demandantes Don Vicente y Don Ambrosio, al calificar suscréditos indemnizatorios de concursales, teniendo por producido el incumplimiento de la obligación de entrega de la vendedora demandada a la fecha de entrega pactada en los contratos suscritos por dichos demandantes (30 de septiembre de 2009 y el 30 de septiembre de 2008, respectivamente) y, en todo caso, en fecha anterior a la declaración de concurso y tras advertir que en la lista de acreedores no consta reconocimiento de crédito alguno a favor de ninguno de esos dos demandantes, sin que los mismos hubieran impugnado en su momento, y en legal plazo, dicho inventario.
La resolución apelada accede, en cambio, a la petición económica del tercer demandante, Don Manuel, tras calificar la suma indemnizatoria solicitada por dicho comprador como crédito contra masa y con fundamento en el hecho de que el incumplimiento de la vendedora demandada se estima producido, en dicho contrato, en la fecha pactada para la entrega (30 de septiembre de 2010) y ser ésta posterior a la declaración del concurso, coincidiendo en ello con la calificación que recibió dicho crédito en el informe de la administración concursal para el caso de que se produjera en aquella fecha el incumplimiento de la concursada; concediendo la indemnización interesada, sin limitarla, en la liquidación que de su importe procedía con arreglo a los parámetros concretados en las indicadas condiciones tercera y séptima, al devengo producido hasta la fecha de declaración del concurso, tal y como pretendía la administración concursal que, al efecto, había invocado el artículo 59 de la Ley Concursal (en adelante LC), cuyo precepto el Juzgador " a quo" declara inaplicable en este caso al haberse calificado el crédito del actor, no de ordinario, sino como crédito contra la masa.
TERCERO.-En los expuestos términos motivados los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, frente a los mismos ha formulado recurso de apelación, de un lado, la promotora concursada impugnando la calificación y cuantificación que ha merecido, en dicha resolución, el crédito indemnizatorio de Don Manuel, el

que a juicio de dicha apelante, debe ser considerado crédito concursal, en tanto en cuanto, se aduce, a la fecha de declaración del concurso (10 de marzo de 2010) ya se había producido un incumplimiento esencial y resolutorio por la promotora demandada de su obligación de entrega y dado que en dicha fecha, y estando recibidas del comprador todas las cantidades a cuenta del precio aplazado hasta entonces pactadas, ni se habían aprobado los Proyectos de Urbanización y Reparcelación, como tampoco obtenido las licencias de edificación, ni se habían iniciado las obras; estimando además, la recurrente que en la consideración de crédito ordinario y subordinado que al amparo de lo dispuesto en el artículo 92.3 LC debe darse al crédito indemnizatorio del actor, al mismo le es de plena aplicación la prohibición de devengo de intereses en fecha posterior a la declaración del concurso que establece el precitado artículo 59.
(...) CUARTO.-El recurso interpuesto por la concursada debe ser estimado, en primer lugar, en la parte que impugna la calificación del crédito indemnizatorio reconocido en la sentencia de primera instancia. Ciertamente, y como se argumenta por la apelante, es un hecho no discutido que, a la fecha pactada para entrega de la vivienda, las obras del complejo residencial del que iban a formar parte las viviendas adquiridas por los demandantes no se habían iniciado, al no disponer la promotora concursada de las preceptivas licencias de edificación, no estando aún tampoco aprobados los Proyectos de Urbanización y Reparcelación, de cuyas circunstancias resulta razonablemente acreditado, y al poder inferirse con arreglo a las máximas de experiencia, que en los escasos seis meses que cuando fue declarado el concurso (10 de marzo de 2010) faltaban para la llegada del día convenido para la entrega, en particular, en el contrato celebrado con el actor Don Manuel (30 de septiembre de 2010) la calificación de cuyo crédito motiva la apelación, no iba a ser posible para la promotora tener ejecutada y terminada la vivienda, ni por ello dicha parte iba a poder dar cumplimiento a la obligación contractual esencial que a la misma incumbía; todo lo cual permite afirmar que con anterioridad a la declaración del concurso la promotora no había cumplido con lo asumido en virtud del contrato ni tenía posibilidad ya de darle cumplimiento, de modo que, ya en esa fecha, la parte compradora podía haber instado la resolución contractual.
Esta Sala ya se ha pronunciado en la cuestión sobre la calificación que deben merecer los créditos generados por el incumplimiento de un contrato, como el de compraventa que motiva este incidente, de tracto único y con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en la fecha de declaración del concurso y en el que, como en el caso que aquí se revisa, concurre causa de resolución por incumplimiento del deudor con anterioridad a ser declarado en concurso de acreedores. Así, en las Sentencias de 9 y de 13 de julio de 2010. En la primera se parte de la consideración de que *el de compraventa es un contrato sinalagmático que genera obligaciones recíprocas a cargo, de un lado, del promotor-vendedor cuya obligación esencial es la de entrega de la vivienda en la fecha pactada pero cuyo cumplimiento exige la previa ejecución material de la edificación (artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación) y, de otro lado, de los compradores, cuya obligación esencial consiste en el pago del precio;* significándose, en cuanto a dicha obligación de entrega del vendedor, que *cuando el contrato tiene por objeto una vivienda sobre plano que aún no ha sido objeto de ejecución material, el promotor también asume la obligación de dar existencia física a la vivienda mediante la ejecución material de la edificación,* no bastando para verificar la situación de incumplimiento de dicha obligación la actividad a tal fin desplegada en la fecha fijada en el contrato como fecha de entrega cuando con anterioridad se tiene la certeza y seguridad de que no se va a cumplir, de modo tal que si ésta se tiene antes de ser declarada la promotora en situación de concurso puede afirmarse que la situación de incumplimiento del promotor-vendedor ha sido anterior a dicha declaración concursal.
Se analiza también en la Sentencia antes indicada la posibilidad de que los compradores puedan instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor producido antes de la declaración del concurso y dado que la misma parece, en principio, que viene a excluirla el inciso final del artículo 62.1 LC que sólo parece admitir esa posibilidad en los contratos de tracto sucesivo, pronunciándose al respecto esta Sala en el sentido de que *no puede privarse a los compradores de la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento del vendedor se produjo antes de la declaración del concurso, para cuya se ofrecieron las siguientes razones:*
1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en elartículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC.
2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras.
3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonisy, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada por el incumplimiento contractual.
Y a la hora de determinar las consecuencias de la resolución contractual, en particular, el tratamiento concursal del derecho a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores y del derecho a la indemnización de daños y perjuicios, esta Sala en la repetida Sentencia razonó la calificación de concursales que, a su juicio, debían recibir dicho créditos señalando como argumento de mayor peso la interpretación *a contrario sensu* del artículo 84.2.6º LC que considera como créditos contra la masa *los créditos que, conforme a esta Ley, resulten...de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado,* de tal manera que, se concluyó en dicha Resolución, *los créditos que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución por incumplimiento de la parte antes de su declaración de concurso deben ser calificados como créditos concursales pues no cabe extender la*

calificación de créditos contra la masa más que a los supuestos relacionados en el artículo 84.2 LC.
Se decía, en el mismo sentido, en la Sentencia de 13 de julio de 2010 que *el interés del concurso impone el análisis y contemplación de la realidad que constituye el substrato del contrato o contratos para, desde su análisis, constatar no solo la existencia del contrato sino si en efecto hay obligaciones pendientes, entendiendo por tales aquellas cuya pendencia es real y no meramente formal, es decir, susceptibles de cumplimento. Solo así se entiende el caso contemplado en el artículo 62-1 de la Ley Concursal ya que, de tratarse de obligaciones de imposible cumplimiento por parte de la concursada, no habría alternativa al cumplimiento y, por tanto, no se trataría del supuesto del 62-1 de la Ley Concursal* (...) *si el efecto resolutorio de los contratos es ex tunc, es decir, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria sino retroactivamente desde su celebración, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido, la conclusión que alcanzamos es la de que si al tiempo de la declaración del concurso los contratos de compraventa de las viviendas estaban absolutamente frustrados, siendo de imposible cumplimiento, el que se hubieran o no resuelto no era lo relevante a los efectos concursales porque ya a la fecha del concurso no cabía más alternativa que la de reponer el status jurídico previo a la celebración de los negocios jurídicos* (...) *Afirmar que es la cláusula contractual que fija fecha de entrega, el horizonte a partir del cual nace la acción resolutoria, constituye una afirmación que no se corresponde con la causa de la resolución de los contratos que se puede acordar con base a la prueba del incumplimiento básico, esencial, que frustra el fin objetivo del contrato, lo que tiene lugar tanto cuando no se ha dado cumplimiento exacto al contrato como cuando, por las circunstancias es dable considerar que no se podrá cumplir. Cercenar la acción resolutoria cuando el incumplimiento formal depende de un hecho objetivo, como es el tiempo de entrega, supondría generar un sacrificio extraordinario, cuando no extravagante o insólito, obligando a los contratantes a cumplir sus obligaciones a fin de conservar su facultad resolutoria que, por razón objetiva, no será posible el cumplimiento de la contraparte* (...) *Es por todo ello que la conclusión que alcanzamos es la de que aun no estando resueltos los contratos de compraventa de las viviendas, y pendientes de cumplimientos por parte de ambos contratantes, siendo contratos de imposible cumplimiento por la promotora, no son contratos amparables en el supuesto del artículo 61-2 de la Ley Concursal y, por tanto, el único crédito que puede derivar de ellos, al ser su fin exclusivo el resolutorio, es el de la reintegración de las cantidades entregadas a cuenta con la indemnización que haya en su caso lugar, y dado que la causa de resolución es anterior a la declaración del concurso, tales créditos, una vez se consoliden previa la resolución de los contratos, tendrán el carácter de ordinarios tal y como se califican por la Administración concursal.* (...)
SEXTO.-La argumentación contenida en el fundamento jurídico cuarto funda, por si sola, la desestimación del recurso deducido por los actores Don Vicente y Don Ambrosio. Si a la hora de calificar el crédito del demandante Don Manuel se ha atendido a la situación de incumplimiento esencial, y con relevancia resolutoria, que afectaba al contrato de compraventa por el mismo celebrado y al poder afirmarse que con fecha 10 de marzo de 2010 ya era predecible la efectiva y definitiva imposibilidad de llevar a término la prestación comprometida por la promotora, más claro es, si cabe, en los contratos celebrados por los ahora apelantes, el carácter antecedente y previo a la declaración del concurso, de la situación resolutoria por incumplimiento y habida cuenta que la entrega de las viviendas por los mismos adquiridas en el mismo complejo residencial había sido comprometida para el 30 de septiembre de 2009 y para el 30 de septiembre de 2008, respectivamente, esto es, para época anterior a la de declaración del concurso. La sentencia de primera instancia se ha limitado a aprobar una resolución contractual cuyos efectos perjudiciales para los recurrentes podían haber sido combatidos antes de que la promotora fuera declarada en concurso y por tanto en ningún caso la resolución judicial de los contratos puede ser tomada en consideración a los fines del reconocimiento de unos créditos que, a mayor abundamiento, y como se razona por el Juzgador "a quo", ni fueron oportunamente comunicados ni motivaron en su momento la impugnación de la lista de acreedores, por lo que, para los mismos, quedó definitivamente vedado el acceso al concurso.“: SAP Alicante (Sección 8) 10.05.2012 (Sentencia 211/2012; Rollo 819/2011)

“SEGUNDO.-Comenzando por el recurso principal el mismo no puede ser acogido. Primero, porque con la argumentación de la concursada apelante queda incólume, en todo caso, el razonamiento básico que ha llevado a rechazar en la primera instancia la pretensión de dicha demandada de que el crédito por las cantidades entregadas a cuenta del precio de venta sea calificado de ordinario, cual es la falta de impugnación en el plazo previsto en el artículo 96 LC de la lista de acreedores en la que dichas sumas eran incluidos como crédito contra la masa. Pero, además y a mayor abundamiento, porque en el caso que se revisa no ofrece duda que estamos ante una compraventa, contrato bilateral, en el que, a la fecha de declaración del concurso, estaban pendientes de cumplimiento obligaciones a cargo de ambas partes y en el que a dicha data, el incumplimiento de la parte vendedora no podía tenerse por producido, no solo porque la cláusula séptima del contrato de 5 de noviembre de 2007 celebrado con la concursada preveía un plazo de prórroga de seis meses de la fecha establecida para la entrega (31 de diciembre de 2009), con lo que, en todo caso, dicha obligación de la vendedora no se podría tener por incumplida a la fecha de declaración del concurso (10 de marzo de 2010) y habida cuenta que tampoco se han puesto de manifiesto ni acreditado que en la ejecución de las obras concurrieran circunstancias especiales (falta de aprobación de proyectos, obras no iniciadas...) que permitieran anticipar a dicha fecha el incumplimiento de la vendedora, sino, porque, además, y aun cuando se tuviera por no operativo ni oponible el plazo de prórroga, el retraso de tan solo dos meses y diez días en que habría incurrido la promotora apelante a la fecha del Auto de declaración del concurso, por su insignificancia, tampoco podría ser valorado como constitutivo de una verdadero y propio incumplimiento con relevancia resolutoria. “:SAP Alicante (Sección 8) 16.07.2012 (Sentencia 334/2012; Rollo 761/2011)

“PRIMERO.-La demanda incidental que inicia el presente proceso tiene por objeto una pretensión de resolución

del contrato de compraventa celebrado el día 28 de febrero de 2008 de una vivienda sita en la planta NUM000, tipo NUM001, del EDIFICIO000 ", sita en la localidad de Los Montesinos, como consecuencia del incumplimiento imputable a la promotora PEMUSA, S.L. y, una pretensión de calificación como crédito contra la masa del derecho de crédito a la restitución de la parte del precio abonado a cuenta por importe de 41.130,00.- # y como crédito subordinado los intereses legales desde la fecha de los pagos anticipados hasta la fecha de declaración del concurso.
La Sentencia de instancia estimó la demanda y frente a la misma se han alzado, de un lado, la concursada PEMUSA, S.L., por la vía de la apelación principal y, de otro lado, la Administración Concursal de PEMUSA, S.L., por la vía de la impugnación. (...)
SEGUNDO.-El recurso de apelación admite la resolución del contrato por incumplimiento imputable al promotor-vendedor, por lo que solo centra la discrepancia en la calificación del derecho de crédito del comprador a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta pues considera que debe ser calificado como crédito concursal ordinario y los intereses como crédito subordinado.
Para la resolución del recurso hemos de precisar los siguientes hechos:
1.-) en el contrato de compraventa celebrado el día 28 de febrero de 2008 se pactó como fecha de entrega de la vivienda la del mes de julio de 2009.
2.-) la promotora-vendedora fue declarada en situación de concurso el día 7 de mayo de 2009.
3.-) tanto la concursada como la Administración concursal solicitaron en sus respectivos escritos de contestación, como pretensión principal, la desestimación de la demanda porque procedía la enervación de la resolución del contrato en interés del concurso a pesar de la existencia del incumplimiento contractual según prevé el artículo 62.3 de la Ley Concursal, pues estimaban posible la terminación de la obra.
Ante estas circunstancias, hemos de rechazar el recurso de apelación porque estamos en presencia de un incumplimiento contractual de un contrato bilateral con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes y de tracto único que se ha producido después de la declaración del concurso, por lo que según se desprende de los artículos 84.2.6 º y 62.4 de la Ley Concursal, el crédito a la restitución de las cantidades entregadas como consecuencia de la resolución de la compraventa ha de calificarse como crédito contra la masa.
Se rechaza la alegación de que estamos ante un incumplimiento contractual previo a la declaración del concurso por la manifiesta imposibilidad de que en ese momento pudiera cumplir el promotor el contrato pues se contradice con la petición principal del escrito de contestación a la demanda incidental de la ahora apelante donde interesaba la enervación de la resolución en interés del concurso al estar en condiciones la promotora de terminar la obra después de vencido el plazo de entrega, circunstancia que no se ha llegado a producir a la fecha de la presentación de la demanda el día 1 de octubre de 2010.”: SAP Alicante (Sección 8) 29.11.2012 (Sentencia 490/2012; Rollo 470/2012)

AP Oviedo

“TERCERO : Llegados a este punto resulta obvio que no podrá privarse a la parte compradora que ha venido cumpliendo puntualmente las prestaciones que a ella le incumben en la relación contractual que le vincula con la empresa vendedora de la posibilidad de solicitar judicialmente la declaración de resolución de la compraventa ante el incumplimiento por parte de esta última, máxime cuando la promotora concursada se encuentra imposibilitada de dar cumplimiento a la entrega de la finca vendida, pues una solución contraria equivaldría a mantenerle indefinidamente vinculado a un contrato que ya no puede satisfacer su interés. Debemos por tanto acceder a tal pretensión resolutoria con los efectos ex tunc que le son propios, y que no son otros que los de volver al estado jurídico preexistente al contrato, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones que hubiera recibido, pues, como recuerda la STS 4 julio 2011, ello es así porque la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos producidos, como se halla establecido en el artículo 1295 CC para el caso de rescisión, - precepto al que expresamente se remite el 1124 CC que, como se ha dicho, a salvo de las especialidades antes indicadas, ha de entenderse aplicable a la resolución del contrato de compraventa de inmuebles-, y también en el 1123 CC y en el 1303 CC para el caso de nulidad. En definitiva, habiendo tenido lugar el incumplimiento resolutorio en sede anterior a la declaración de concurso, la consecuencia no puede ser otra que la de reconocer el crédito que asiste al comprador con la naturaleza de crédito concursal y con la clasificación de ordinario, como acertadamente señala la Sentencia dictada por el Juez de lo Mercantil y que por ello mismo habrá de ser confirmada, procediendo por todo ello la desestimación del recurso de apelación.”: SAP Oviedo (Sección 1) 19.04.2012 (Sentencia 169/2012; Rollo 504/2011)

“TERCERO.- Llegados a este punto resulta obvio que no podrá privarse a la parte compradora que ha venido cumpliendo puntualmente las prestaciones que a ella le incumben en la relación contractual que le vincula con la empresa vendedora de la posibilidad de solicitar judicialmente la declaración de resolución de la compraventa ante el incumplimiento por parte de esta última, máxime cuando la promotora concursada se encuentra imposibilitada de dar cumplimiento a la entrega de la finca vendida, pues una solución contraria equivaldría a mantenerle indefinidamente vinculado a un contrato que ya no puede satisfacer su interés. Debemos por tanto acceder a tal pretensión resolutoria con los efectos ex tunc que le son propios, y que no son otros que los de volver al estado jurídico preexistente al contrato, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones que hubiera recibido, pues, como recuerda la STS 4 julio 2011, ello es así porque la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos producidos, como se halla establecido en el artículo 1295 CC para el caso de rescisión, - precepto al que expresamente se remite el 1124 CC que, como se ha dicho, a salvo de las especialidades antes indicadas, ha de entenderse aplicable a la resolución del contrato de compraventa de inmuebles-, y también en el 1123 CC y en el 1303 CC para el caso de nulidad. En definitiva, habiendo tenido lugar el incumplimiento resolutorio en sede anterior a la declaración de concurso, la

consecuencia no puede ser otra que la de reconocer el crédito que asiste al comprador con la naturaleza de crédito concursal y con la clasificación de ordinario, como acertadamente señala la Sentencia dictada por el Juez de lo Mercantil y que por ello mismo habrá de ser confirmada, procediendo por todo ello la desestimación del recurso de apelación.”: SAP Oviedo (Sección 1) 20.04.2012 (Sentencia 171/2012; Rollo 505/2011)

AP Barcelona

“1. Los demandantes incidentales apelan contra la sentencia del juzgado mercantil que desestimó su impugnación de la lista de acreedores de la concursada, Promocions Valconada Olesa, S.L.
La administración concursal (AC) había considerado el crédito de los demandantes como crédito concursal y éstos solicitaron ante el juzgado su conceptuación como crédito contra la masa, petición que reiteran en esta segunda instancia.
2. Los hechos que constituyen antecedentes de la controversia son los siguientes, no discutidos por las partes:
1 -.El 24 de marzo 2006, los demandantes, Doña Coro y don Serafin, suscribieron con Promocions Valconada Olesa, S.L. un contrato de compraventa de vivienda, en un edificio a construir por la demandada en Bétera. El 18 diciembre de 2006, las mismas partes contrataron la compraventa de dos plazas de garaje del mismo edificio. Se pactó que Promocions Valconada Olesa entregaría la vivienda y las plazas de garaje en el plazo máximo de 30 meses (en 2008). Se fijó un calendario de pagos a cargo de los compradores que, hasta la demanda incidental, han entregado en ese concepto la suma de 55.000 euros.
2- Como consecuencia del retraso en la entrega, el Sr. Serafin y la Sra. Coro interpusieron demanda de resolución del contrato, que fue admitida a trámite el 10 enero de 2011 por un juzgado de Valencia.
3 - El 28 de junio de 2011, el Juzgado mercantil número 8 de Barcelona declaró el concurso de Promocions Valconada Olesa.
4 - El 15 julio 2011, el Juzgado de Valencia dictó sentencia que declaró resueltos los contratos de compraventa y condenó a Promocions Valconada Olesa a devolver a los compradores la cantidad de 55.338,80 euros, entregada a cuenta, y la suma de 4.363,28 euros, en concepto de indemnización de daños y perjuicios.
3. Los demandantes figuran como titulares de ese crédito en el informe de la AC. Sin embargo, discrepan de la consideración de crédito concursal que ha merecido tanto a la AC como a la Sra. magistrada y solicitan que se conceptúe como crédito contra la masa.
En el recurso de apelación se alega que el momento en el que debe entenderse generado el crédito es la fecha de la resolución judicial que lo establece, es decir, el 15 de julio de 2011, cuando se declara la existencia de incumplimiento y surge la obligación de restituir las prestaciones e indemnizar los perjuicios ocasionados. Ese momento es posterior al auto de declaración de concurso, 28 de junio de 2011, por lo que, afirma la parte apelante, el crédito debería ser calificado como crédito contra la masa, conforme al artículo 84.2.6º de la Ley concursal (LC). Los recurrentes discrepan de la decisión del juzgado mercantil que, según el recurso, se limita a equiparar el régimen de la resolución contractual operada por los actores en un procedimiento judicial ajeno al concurso a las previsiones que hubiesen sido aplicables al caso si la resolución hubiese sido instada en el seno del procedimiento concursal.
La apelante introduce -a mayor abundamiento- un nuevo argumento en esta segunda instancia, relativo a la aplicación del artículo 84.2.12 LC y del artículo 1295 del Código civil. No podemos examinarlo, porque modifica extemporáneamente el debate, por lo que nos centraremos en la primera de las alegaciones expuestas.
4. Los créditos contra la masa están relacionados taxativamente en el artículo 84.2 de la LC.
El artículo 84.2.6 invocado por los demandantes, considera créditos contra la masa, " los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado ".
Como advierte la Sra. magistrada, este precepto debe ponerse en relación con otras normas de la LC. Así lo indica su primer inciso. En la sentencia del juzgado mercantil, se razona que no estamos ante un supuesto del artículo 61.2 LC ni tampoco del artículo 62.1 LC. Concretamente, el artículo 62.1 LC, dentro del capítulo III, "De los efectos sobre los contratos", y del precepto dedicado a la "resolución por incumplimiento", trata de la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes y también, por incumplimiento anterior a la declaración de concurso, si se trata de resolución de contratos de tracto sucesivo. No se trata de un contrato de tracto sucesivo ni de un incumplimiento posterior a la declaración de concurso (de 28 de junio de 2011). El incumplimiento de la concursada con los actores se remonta a finales de 2008 y dio lugar a la demanda de resolución presentada en enero de 2011. Y, en cualquier caso, como concluye la juez, si se tratase de resolución ante el juez del concurso, con arreglo al artículo 62 LC, el crédito del acreedor cumplidor de sus obligaciones contractuales sería con cargo a la masa, si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso y sería concursal, si fuera anterior, como es el caso. Por tanto, debemos desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia del juzgado. “:SAP Barcelona (Sección 15) 29.04.2013 (Sentencia 173/2013; Rollo 53/2013)

AP Burgos

“Tercero.- Calificación del crédito a la restitución.
Se discute como ha de calificarse el crédito del comprador a la restitución de las cantidades, si como crédito concursal o como crédito contra la masa. La sentencia lo califica como crédito contra la masa. Martinsa Fadesa pide que se califique como crédito concursal.
Para hacer la citada calificación hemos de partir de lo que dice el artículo 62 de la Ley Concursal sobre la resolución por incumplimiento. El artículo 62 parte de la distinción entre contratos de tracto único y contratos de

tracto sucesivo, para permitir solo en los segundos la resolución por hechos anteriores a la declaración del concurso ("cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración del concurso"), lo que supone que en los contratos de tracto único solo cabe la resolución por hechos posteriores a la declaración del concurso. Resulta fundamental lo resuelto en las SSTS de 24 y 25 de julio de 2013, recaídas también en un incidente del concurso de Martinsa Fadesa.
"Entre la promotora, luego concursada, y (...) mediaba un contrato de compraventa de un inmueble que, cuando se concertó en documento privado (5 de septiembre de 2006), estaba en construcción y, por lo tanto, pendiente de ser terminado. Se había pactado que la entrega de la vivienda se hiciera, aproximadamente, en octubre de 2007. Nueve meses después de que se cumpliera el plazo de la entrega de la vivienda sin que ésta estuviera terminada, la promotora vendedora fue declarada en concurso (24 de julio de 2008). Al tiempo de la declaración de concurso, este contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes: la vendedora debía acabar de construir y entregar la vivienda y el comprador tenía que pagar el precio convenido (...). Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento. En nuestro caso, no existe duda de que el contrato de compraventa concertado entre las partes, al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte, es de tracto único. Después de la declaración de concurso, conforme al artículo 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único".
A pesar de tratarse de un contrato de tracto único y de que en la demanda se denunciaba un incumplimiento anterior a la declaración de concurso por no haberse obtenido MF del Ayuntamiento la licencia de edificación el Juzgado ha resuelto el contrato y la parte demandada no ha apelado la declaración de resolución. Se trata pues de un hecho firme por consentido este de la resolución del contrato, por lo que los efectos de la misma habrán de ser los que establece el artículo 62 LC para los supuestos de resolución de los contratos de tracto único. En cualquier caso, no es irrelevante pensar que el incumplimiento del contrato también ha sido posterior ya que desde la declaración del concurso el 24 de julio de 2008 y hasta la presentación de la demanda el 5 de julio de 2103 la construcción de las viviendas está paralizada.
Entre los efectos de la resolución dice el artículo 62.4 LC que "acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda". También el artículo 84.6 LC incluye entre los créditos contra la masa "los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado".
Conforme a lo anterior ha de mantenerse la calificación de crédito contra la masa que hace el Juzgador de instancia. ":SAP Burgos (Sección 3) 06.10.2014 (Sentencia 225/2014; Rollo 194/2014)

AP La Coruña

"PRIMERO La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, estimando parcialmente la demanda incidental por las razones contenidas en la misma, declaró válidamente resuelto el contrato de compraventa de vivienda futura de 29/9/2006 por incumplimiento de la vendedora Martinsa-Fadesa, actualmente en concurso, considerando sin embargo su crédito restitutorio por importe de 67.169,49 euros como crédito ordinario, y el de los intereses devengados desde cada pago parcial hasta la declaración del concurso como subordinado.
SEGUNDO Interpone recurso de apelación la parte actora en lo que se refiere al crédito de restitución por las cuantías abonadas por el negocio fracasado, insistiendo en que se trataría legalmente de un crédito contra la masa, por contrato en vigor tras la declaración concursal e incumplimiento posterior, dada la fecha de entrega, conforme alartículo 84.2º de la Ley Concursal. (…)
TERCERO Se desestima el recurso en atención al incumplimiento anterior al concurso en relación a las circunstancias del caso y la aceptación de la resolución contractual por la concursada y la administración concursal, allanadas en este extremo (no por incumplimiento posterior sino anterior y tomando el crédito de restitución como ordinario), resultando firme ahora este pronunciamiento resolutorio, y sin que tampoco pueda resolverse en esta sentencia la cuestión nueva sobre mayores importes de cuya prueba nos pronunciamos ennuestro auto de 9/2/2011.
Los créditos contra la masa, tras la declaración del concurso, por contraposición a los concursales anteriores, son aquellos señalados en la lista delartículo 84.2 y cualesquiera otros a los que la Ley Concursal atribuya expresamente tal consideración (norma citadanº 11º). El artículo 84.2-6º LC comprende varios supuestos de créditos contra la masa: los que, conforme a esta Ley, deriven de prestaciones a cargo del concursado de contratos anteriores a la declaración del concurso con obligaciones recíprocas posteriores a dicho momento

(pendientes de cumplimiento) que continúen en vigor; de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria; y por incumplimiento del concursado. El precepto ha de relacionarse con lo dispuesto sobre la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en elartículo 61, particularmente su número 2 - primer inciso (los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen manteniendo su vigencia o efectos tras la declaración del concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones posteriores del concursado), y nº 2-segundo inciso (previsión de la resolución judicial del contrato en interés del concurso y sus efectos), así como en elartículo 62 sobre la resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes y sus efectos (también anterior en contratos de tracto sucesivo), con cargo a la masa respecto de las obligaciones del concursado (62.1 y 4), aparte de los casos de mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso (nº 3), mientras que si fuere por incumplimiento del concursado anterior a la declaración se trataría de un crédito concursal (nº 4).
El presente caso ciertamente es susceptible de ser abordado desde diferentes perspectivas, dadas las peculiaridades que han llevado en gran parte a la solución sentenciada por el Juzgado de lo Mercantil. Pero, al margen de sus circunstancias concretas, no consideramos que la firmeza ahora del pronunciamiento judicial sobre la resolución contractual arrastre la clasificación del crédito en cuestión como contra la masa y no como concursal, dado lo explicado anteriormente y el momento del incumplimiento de lo pactado en el contrato sobre la obtención de la licencia, porque sino el plazo de entrega sería incluso posterior al de la comunicación de la voluntad resolutoria y a la demanda incidental de la parte demandante.": SAP La Coruña (Sección 4) 20.04.2011 (JUR 2011/197523; Sentencia 173/2011; Rollo 642/2010)

"PRIMERO.- Contra la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, estimatoria de la demanda de incidente concursal planteada en el concurso de acreedores de Martinsa Fadesa, S.A., declarando resuelto, por incumplimiento de la obligación de entrega que incumbía a la parte demandada, el contrato de compraventa de vivienda futura concertado entre las partes en documento privado de 26 de septiembre de 2006, sita en la Parcela NUM000, Bloque portal NUM001 piso NUM002 letra NUM003, con plaza de garaje y trastero de l proyecto de urbanización de la Unidad de ejecución num. 1 de Alberic, condenando a la vendedora demandada a restituir a los demandantes la cantidad de 46.572,92 euros, con la consideración de crédito contra la masa, interpone recurso de apelación la representación procesal de la concursada Martinsa Fadesa, S.A., alegando en su recurso que al ser la causa de resolución por incumplimiento del contrato anterior a la fecha de la declaración de concurso, el crédito restitutorio debe ser calificado de concursal, como ordinario.
SEGUNDO.- Nos encontramos en el presente caso ante el incumplimiento alegado de una obligación fundamental, cual es la entrega de la cosa por parte del vendedor al comprador en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de lo normado en los arts. 1445 y 1461 del CC, ya que constituye la causa de un vínculo convencional de dicha naturaleza (art. 1274 del referido texto legal), que justifica la prestación del consentimiento contractual. La percepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador, la razón de concertar un vinculo convencional de tal clase.
Tratándose pues de compraventa de una cosa futura con precio aplazado, que comienza a satisfacerse antes del cumplimiento de la prestación de entrega por el vendedor, la fijación del plazo en que la misma debe realizarse conforma la estipulación contractual básica, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la entidad demandada en su condición de promotora, constructora, vendedora. Por ello, en la estipulación contractual décima se hace constar que estaba prevista la terminación y entrega de la vivienda aproximadamente en 24 meses. Es decir que en septiembre de 2008, si bien es cierto al recoger el término "aproximadamente", implica que las partes no elevaron la observancia de dicho término a condición esencial del contrato, que, además, de haber sido así, suele acompañarse de la adición de una cláusula resolutoria expresa, que convierte en fundamental un pacto de tal naturaleza. Sin que por ello, pueda admitirse que la obligación de entrega quede al albur de la parte demandada. A partir de tal fecha de aproximada de entrega, más pudiera ser un plazo de tiempo razonable cercano de retraso, no prolongado, a la fecha fijada en el contrato es cuando debe la entidad vendedora cumplir su obligación contractual fundamental conforme a lo pactado, admitir lo contrario supondría dejar el contrato al proscrito arbitrio de la parte vendedora recurrente.
Quien estima que el incumplimiento que debe tomarse en consideración a los efectos de causa de resolución del contrato es la fecha pactada para la obtención de la licencia de edificación, que no obtuvo en ningún momento. Y ello de conformidad con la estipulación del contrato quinta. Que fue la razón de su allanamiento parcial de la demanda, y al ser anterior a la fecha de su declaración de concurso, el crédito restitutorio tendrá la consideración de concursal con la calificación que corresponda.
Lo que no puede ser admitido, ya que la jurisprudencia, al interpretar el art. 1124 del CC, ha señalado que el incumplimiento que da lugar a la resolución "es el incumplimiento objetivo que provoca la frustración del contrato en el sentido de la no satisfacción del interés del acreedor, incumplimiento básico de la obligación en sí misma considerada, es decir, no realizar la conducta en qué consiste la prestación, es un incumplimiento propiamente dicho" (STS 1 de octubre de 2009). Así, en otras muchas resoluciones, como las SSTS de 4 de octubre de 1983, 30 de marzo de 1992, 2 de julio de 1992, 8 de febrero de 1993, 24 de febrero de 1993, 8 de noviembre de 1997 y 22 de mayo de 2003, precisan que: "ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato".
Y por ello el incumplimiento por parte de la vendedora es la no entrega de la vivienda en el plazo pactado, siendo una mera posibilidad de resolución contractual que se concede en el contrato a la parte compradora para el caso de que en el plazo de catorce meses no se obtuviere la licencia de edificación desde la fecha del contrato, que además al ser la fecha de tal incumplimiento anterior a la declaración del concurso, de conformidad como ya hemos razonado en anteriores resoluciones (sentencias de 11, 22 y 23 de julio de 2011, a cuyos razonamientos nos remitimos), la Ley Concursal en su art. 62 únicamente admitiría la resolución por

incumplimiento anterior a dicho momento de tratarse de contratos de tracto sucesivo, pero no en los de tracto único como la compraventa de vivienda futura, como acaece en el presente caso.
La obligación contractual de la entrega de la cosa objeto del contrato de compraventa por el vendedor en el plazo pactado es su estipulación básica, no la obtención de la licencia urbanística, que es un tramite administrativo necesario para poder iniciar la edificación la promotora, pero no determinante de la causa de resolución contractual, que se concede como mera posibilidad a la parte vendedora en el contrato. Lo cierto es que al momento de la interposición de la demanda, 15 de enero de 2009, no se había tan siquiera iniciado la obra de construcción, cuando en el contrato aproximadamente se preveía la obligación de entrega de la vivienda el 26 de septiembre de 2008, por lo que no estamos ante un mero retraso, como razona el Juzgador de primera instancia en su sentencia, sino que se ha producido un definitivo incumplimiento de la obligación de entrega, posterior a la declaración del concurso de la entidad mercantil apelante (24 de julio de 2008), por ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 84 2 6º de la Ley Concursal el crédito de restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio por los demandantes- compradores es contra la masa, no puede ser concursal con la calificación que corresponda, como pretende la parte apelante en su único motivo formulado en el recurso. ": SAP La Coruña (Sección 4) 28.07.2011 (Sentencia 345/2011; Rollo 637/2010)

"PRIMERO.-Contra la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, estimatoria de la demanda de incidente concursal planteada en el concurso de acreedores de Martinsa Fadesa, S.A., declarando resuelto, por incumplimiento de la obligación de entrega que incumbía a la parte demandada, el contrato de compraventa de vivienda unifamiliar futura concertado entre las partes en la Promoción Costa Anácara de Miño (A Coruña), documento privado de 14 de octubre de 2005, condenando a la vendedora demandada a restituir a los demandantes la cantidad de 46.652 euros, con la consideración de crédito contra la masa, interpone recurso de apelación la representación procesal de la concursada Martinsa Fadesa, S.A., alegando en su recurso improcedencia de la resolución contractual de conformidad con lo dispuesto en el art. 62.1 de la Ley Concursal, al no ser la causa de incumplimiento en tal caso anterior a la fecha de la declaración de concurso, e improcedencia de la resolución del contrato por ser de interés del concurso el mantenimiento del vínculo contractual, vulnerando de tal modo lo normado en el art. 62.3 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.-Nos encontramos en el presente caso ante el incumplimiento alegado de una obligación fundamental, cual es la entrega de la cosa por parte del vendedor al comprador en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de lo normado en los arts. 1445 y 1461 del CC, ya que constituye la causa de un vínculo convencional de dicha naturaleza (art. 1274 del referido texto legal), que justifica la prestación del consentimiento contractual. La percepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador, la razón de concertar un vinculo convencional de tal clase.
Tratándose pues de compraventa de una cosa futura con precio aplazado, que comienza a satisfacerse antes del cumplimiento de la prestación de entrega por el vendedor, la fijación del plazo en que la misma debe realizarse conforma la estipulación contractual básica, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la entidad demandada en su condición de promotora, constructora, vendedora.
Se alega por la entidad que no concurre incumplimiento relevante que permita la resolución del contrato, y que en tal caso sería anterior a la fecha de declaración de concurso, ya que encontrándose próxima la fecha de entrega de la vivienda, y ante el pequeño retraso de las obras, amplio el plazo de cobertura del seguro, pero en ningún caso modificó la fecha de entrega pactada, para que pudiera calificarse el crédito de restitución contra la masa, como se declara en la sentencia apelada.
Como decíamos en nuestra reciente sentencia de 11 de julio de 2011 "En efecto, la jurisprudencia, al interpretar el art. 1124 del CC, ha señalado que el incumplimiento que da lugar a la resolución "es el incumplimiento objetivo que provoca la frustración del contrato en el sentido de la no satisfacción del interés del acreedor, incumplimiento básico de la obligación en sí misma considerada, es decir, no realizar la conducta en qué consiste la prestación, es un incumplimiento propiamente dicho" (STS 1 de octubre de 2009).
Así, en otras muchas resoluciones, como las SSTS de 4 de octubre de 1983, 30 de marzo de 1992, 2 de julio de 1992, 8 de febrero de 1993, 24 de febrero de 1993, 8 de noviembre de 1997 y 22 de mayo de 2003, precisan que: "ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato".
Igualmente constituye jurisprudencia consolidada, en aras de respetar el principio de conservación del negocio, la que exige, aunque con ciertos matices, véase por ejemplo la STS de 12 de marzo de 2009, que el incumplimiento sea definitivo (STS de 12 de marzo de 2009), de manera tal que no resulte posible satisfacer el interés contractual lesionado, lo que ocurre en supuestos de inidoneidad final del objeto entregado o "aliud pro alio" (SSTS de 3 abril 1981, 16 de noviembre de 2000, 10 de julio de 2003, 9 de marzo y 4 de abril de 2005 entre otras muchas), por lo que no bastará el mero retraso (SSTS de 27 noviembre 1992, 18 noviembre 1993 y 7 marzo 1995) a no ser que se haya establecido un término como esencial que impida, por el retraso, destinar la cosa a su fin (SSTS de 14 diciembre 1983, 29 de enero de 1991, 10 de junio de 1996), lo que se ha extendido también a los casos en que, siendo aún posible el cumplimiento, existe una actitud deliberadamente rebelde y contraria al mismo (SSTS de 20 junio 1981 y 13 marzo 1986) o una prolongada inactividad o pasividad del deudor (SSTS de 10 marzo 1983, 4 de marzo de 1986, 5 de junio de 1989, 18 de marzo de 1991, 8 de noviembre de 1995, 25 de enero de 1996 y 30 de octubre de 2002), salvo que no sea "racionalmente exigible", una espera mayor por parte del acreedor (STS de 5 de noviembre de 1982) o que la prolongada dilación produzca una frustración de las legítimas expectativas de la parte que cumplió, sin que proceda la concesión de un nuevo plazo para el cumplimiento (STS de 29 de abril de 1991).
Como se razona en la STS de 4 de junio de 2007, citada por el Juzgado de lo Mercantil: "<< el mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación (término esencial, supuestos del art. 1100, II 2º), como ya observaba la

jurisprudencia de mitad del siglo pasado, cuando señalaba (SSTS de 5 de enero de 1935, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, etc.), como ha puesto de relieve la doctrina, que el mero retraso "no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución".
TERCERO: Pues bien, en este caso, nos hallamos ante el incumplimiento alegado de una obligación fundamental, cual es la entrega de la cosa por parte del vendedor al comprador en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de lo normado en los arts. 1445 y 1461 del CC, ya que constituye la causa de un vínculo convencional de dicha naturaleza (art. 1274 del referido texto legal), que justifica la prestación del consentimiento contractual. La percepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador, la razón de concertar un vinculo convencional de tal clase.
En el presente caso al hallarnos ante la venta de una cosa futura con precio aplazado, que comienza a satisfacerse antes del cumplimiento de la prestación de entrega por el vendedor, la fijación del plazo en que la misma debe realizarse conforma una estipulación contractual básica, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la entidad demandada, en su condición de promotora, constructora, vendedora.
Es por ello, que se reflejó en el contrato suscrito una estipulación contractual decimoprimera, en la que se hacía constar que la parte vendedora se obliga a entregar la vivienda, objeto del contrato, aproximadamente en noviembre de 2007. La utilización del término "aproximadamente", implica que las partes no elevaron la observancia de dicho término a condición esencial del contrato, que, además, de haber sido así, suele acompañarse de la adición de una cláusula resolutoria expresa, que convierte en fundamental un pacto de tal naturaleza.
Ahora bien, de ello no puede concluirse, racionalmente, que la obligación de entrega quede al arbitrio de la parte demandada (lo que además prohíbe el art. 1256 del CC), de manera tal que pueda hacer honor a tal compromiso convencional sin limitación temporal de clase alguna; pues la fijación de un plazo de tiempo ("diciembre de 2008"), junto con el adverbio "aproximadamente", cuyo significado es cercano, que dista poco en el tiempo o en el espacio, de corta diferencia, no se concilia con una dilación excesiva en el cumplimiento del mismo.
O dicho de otra forma, la obligación de entrega no era esencial, en el plazo pactado; pero tampoco permite, como con acierto razona la sentencia apelada, "atribuir a la vendedora la facultad de decidir el momento en que, ya sea según su conveniencia o ya sea según sus posibilidades de financiación de la obra, habrá de realizar la entrega", pues ello sería -decimos nosotros- romper el equilibrio de las prestaciones, frustrar las expectativas contractuales de la actora y dejar el contrato al proscrito arbitrio de la parte vendedora recurrente.
Es verdad que un simple atraso, la mera mora del vendedor, no alcanza relevancia resolutoria, salvo que sea de tan intensidad, dentro de la economía del contrato, que a la entidad demandante no se le pueda exigir, a través de un comportamiento civiliter, soportarlo. Y ello resulta así del análisis del contrato suscrito.
En efecto, se concierta el contrato mismo, el 14 de octubre de 2005, y según lo pactado, las obras deberían terminarse aproximadamente en noviembre de 2007, sin embargo la vendedora en esa fecha de forma unilateral amplia el vencimiento del contrato de seguro concertado para garantizar al comprador las cantidades entregadas a cuenta, hasta el 30 de septiembre de 2008, lo que fue comunicado al comprador, que acepta tal modificación y que debe estimarse, tal como hace el Juzgador de primera instancia, como modificación del plazo estipulado en el contrato para la entrega de la vivienda, cuando en aquella fecha, que era la aproximada contractualmente para la entrega, de la vivienda, la dilación para la conclusión de las obras de construcción era evidente, cierto también que avanzadas en fase importante, pero en tal grado que era necesario mayor tiempo para poder finalizarlas. Lo que vino a ser aceptado de contrario, desde el momento que no nada se refiere en contra por la parte compradora.
Transcurrido tal momento, seguía la edificación sin concluirse, y no sólo eso sino, como resulta del informe pericial aportado, pendiente de ejecución de obras que demorarían la entrega, cuanto menos, unos meses más, con lo que nos pondríamos en una dilación temporal sustancial al plazo previsto de construcción, y por ello en fecha 30 de septiembre de 2008 remite la parte compradora a la vendedora burofax instando la resolución contractual, lo que no fue aceptado por la parte vendedora, que no da respuesta al requerimiento.
Lo cierto es que a día de hoy siguen sin concluirse las obras de la edificación, y no se sabe cuando lo será, no se trata, pues, como se sostiene en el recurso, de un simple atraso, de una mora razonable, sino de un incumplimiento grave, y no de escasa o poca relevante intensidad, que frustra las lógicas expectativas contractuales de la demandante, de contar con una vivienda, en septiembre de 2008 o en fechas próximas. No podemos, por consiguiente, en las condiciones reseñadas, concluir que a la demandante le era jurídica y racionalmente exigible una espera mayor a que la que ya venía sufriendo, al momento de presentación de la demanda rectora del presente incidente concursal, el 7 de mayo de 2009, tal como razona el Juzgador de primera instancia en su sentencia, sino que se ha producido un definitivo incumplimiento de la obligación de entrega, posterior a la declaración del concurso de la entidad mercantil apelante (24 de julio de 2008), por ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 84 2 6º de la Ley Concursal el crédito de restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio por los demandantes- compradores es contra la masa.”: SAP La Coruña (Sección 4) 28.07.2011 (Sentencia 346/2011; Rollo 643/2010)

“TERCERO.-El recurso se desestima:
La compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, no obstante que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación (STS de 10/2/1997) o la forma aplazada del precio, a diferencia de los de tracto sucesivo que dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo (STS de 22/4/2004). Es además un contrato sinalagmático o generador de obligaciones recíprocas, interrelacionadas para los contratantes, por ser la obligación principal del vendedor la entrega de la cosa y la contrapartida del comprador el pago del precio (arts. 1445, 1461 y 1500 Código Civil). La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato y al

cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace alguna excepción y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento, no admitiendo tampoco la validez de las clausulas contractuales resolutorias o extintivas por el hecho del concurso salvo denuncia unilateral y de extinción reconocidas legalmente (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admita, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la posible resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso (62.1); siempre sin perjuicio del posible mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º).
Por otro lado, la Ley no define los créditos concursales más que por vía negativa (art. 84.1), como los restantes distintos de los créditos contra la masa especificados en el art. 84.2, cuyo número 6º comprende varios supuestos: los que, conforme a esta Ley, deriven de prestaciones a cargo del concursado de contratos anteriores a la declaración del concurso con obligaciones recíprocas posteriores a dicho momento (pendientes de cumplimiento) que continúen en vigor; de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria; y por incumplimiento del concursado. El precepto ha de relacionarse con lo dispuesto sobre la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el artículo 61, particularmente su número 2 primer inciso (los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen manteniendo su vigencia o efectos tras la declaración del concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones posteriores del concursado), y nº 2-segundo inciso (previsión de la resolución judicial del contrato en interés del concurso y sus efectos), así como en el artículo 62 sobre la resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes y sus efectos (también anterior en contratos de tracto sucesivo), con cargo a la masa respecto de las obligaciones del concursado (62.1 y 4), aparte de los casos de mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso (nº 3), mientras que si fuere por incumplimiento del concursado anterior a la declaración, en los casos permitidos legalmente, se trataría de un crédito concursal (nº 4).
En el presente caso, y aunque es cuestión polémica en los tribunales sobre la que ya nos hemos pronunciado en otras sentencias, la propia concursada ha defendido en otros asuntos que por incumplimientos anteriores no cabría la resolución del contrato de compraventa no instada antes de la declaración del concurso, por tratarse de un contrato de tracto único y en aplicación de la normativa antes apuntada e invocada en el recurso, y de ahí el trasfondo de la oposición de la administración concursal al recurso de que la conformidad de la concursada con la resolución del contrato y con la restitución dineraria supondría que el incumplimiento habría de ser posterior, con la consecuente consideración del crédito restitutorio como contra la masa. Aunque no es este el motivo de la desestimación del recurso. Sino el indicado en la sentencia apelada, pues el contrato estaba vigente con prestaciones pendientes de cumplirse por ambas partes y el incumplimiento de la vendedora fue posterior al inicio del concurso, sin que altere esta conclusión el hecho de haber obtenido la licencia de edificación unos meses después del plazo pactado, pero mucho tiempo antes de la declaración concursal, habiéndose también comenzado la construcción y aceptada la situación por ambas partes, como tampoco puede aquélla pretender resucitar a su favor una facultad resolutoria por tal plazo no prevista en el contrato automáticamente ni reconocida a ella sino a la parte compradora.”: SAP La Coruña (Sección 4) 09.09.2011 (Sentencia 374/2011; Rollo 353/2011)

“PRIMERO.-Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, estimatoria de la demanda de incidente concursal planteada en el concurso de acreedores de Martinsa Fadesa, S.A., declarando resuelto, por incumplimiento de la obligación de entrega que incumbía a la parte demandada, el contrato de compraventa de vivienda futura concertado entre las partes en la Promoción Costa Esuri de Ayamonte (Huelva), documento privado de 31 de agosto de 2005, reconociendo a la actora ser titular de un crédito restitutorio por importe de 90.141 euros, con la consideración de crédito ordinario, y de otro crédito por los intereses devengados hasta la declaración del concurso y con la clasificación de subordinado, interpone recurso de apelación la representación procesal de la concursada Martinsa Fadesa, S.A., alegando en su recurso improcedencia de la resolución contractual de conformidad con lo dispuesto en el art. 62.1 de la Ley Concursal, al haber causa grave de incumplimiento anterior a la fecha de la declaración de concurso, e improcedencia de la resolución del contrato por ser de interés del concurso el mantenimiento del vínculo contractual, vulnerando de tal modo lo normado en el art. 62.3 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.-Nos encontramos en el presente caso ante el incumplimiento alegado de una obligación fundamental, cual es la entrega de la cosa por parte del vendedor al comprador en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de lo normado en los arts. 1445 y 1461 del CC, ya que constituye la causa de un vínculo convencional de dicha naturaleza (art. 1274 del referido texto legal), que

justifica la prestación del consentimiento contractual. La percepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador, la razón de concertar un vinculo convencional de tal clase.
Tratándose pues de compraventa de una cosa futura con precio aplazado, que comienza a satisfacerse antes del cumplimiento de la prestación de entrega por el vendedor, la fijación del plazo en que la misma debe realizarse conforma la estipulación contractual básica, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la entidad demandada en su condición de promotora, constructora, vendedora.
Se alega por la entidad que no concurre incumplimiento relevante que permita la resolución del contrato, ya que concluyó dentro del plazo la construcción y obtuvo la licencia de primera ocupación en fecha 23 de abril de 2007, de tal modo no concurre causa para que pudiera dar lugar a la resolución del contrato. Lo cierto es que no consta que la entidad concursada hubiera cumplido con lo pactado, cuando nunca ofreció la entrega de la vivienda, ni fue requerida la compradora para formalizar ante notario la escritura de compraventa, por el contrario consta acreditado que fue la actora, antes de la declaración de concurso de acreedores de la entidad vendedora, quien le comunica extrajudicialmente la resolución del contrato, alegando el incumplimiento de la entrega de la vivienda en el momento pactado, concretamente el día 8 de febrero de 2008, sin que tal requerimiento hubiese sido contestado por la parte aquí recurrente oponiéndose a tal resolución por falta de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, no teniendo el mínimo sustento probatorio las alegaciones por ella formuladas de reiteradas comunicaciones telefónicas en tal sentido para que puedan ser admitidas. Así las cosas, nos hallamos ante el incumplimiento alegado de una obligación fundamental, cual es la entrega de la cosa por parte del vendedor al comprador en un contrato sinalagmático y de tracto único como es la compraventa, conforme resulta de lo normado en los arts. 1445 y 1461 del CC, ya que constituye la causa de un vínculo convencional de dicha naturaleza, que justifica la prestación del consentimiento contractual. La percepción de la cosa vendida es la principal expectativa del comprador, la razón de concertar un vinculo convencional de tal clase. No podemos, por consiguiente, en las condiciones reseñadas, concluir que a la demandante le era jurídica y racionalmente exigible una espera mayor a que la que ya venía sufriendo, al momento de su comunicación extrajudicial de resolución del contrato, sin oposición de la demandada tal como razona el Juzgador de primera instancia en su sentencia, por cuanto nada opone, se ha producido pues el incumplimiento de la obligación de entrega cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la entidad demandada, lo que constituye causa valida de la resolución del contrato en aquel momento, anterior a la declaración del concurso de la entidad mercantil apelante (24 de julio de 2008), sin que la carta de fecha 23 de julio de 2008 pueda aceptarse de su contenido su voluntad de mantener el contrato en vigor, más bien en la insistencia en el incumplimiento grave de la obligación de entrega ante la falta de respuesta y pasividad de la vendedora, por ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 89.3 de la Ley Concursal el crédito de restitución de las cantidades entregadas a cuenta tiene la calificación de concursal, y la de los intereses devengados, como crédito subordinado (art. 92.3).
Como decíamos en nuestra reciente sentencia de 11 de julio de 2011 "En efecto, la jurisprudencia, al interpretar el art. 1124 del CC, ha señalado que el incumplimiento que da lugar a la resolución "es el incumplimiento objetivo que provoca la frustración del contrato en el sentido de la no satisfacción del interés del acreedor, incumplimiento básico de la obligación en sí misma considerada, es decir, no realizar la conducta en qué consiste la prestación, es un incumplimiento propiamente dicho" (STS 1 de octubre de 2009).”: SAP La Coruña (Sección 4) 13.09.2011 (Sentencia 379/2011; Rollo 347/2011)

“CUARTO.-Por lo que se refiere a los contratos que se resuelven en la sentencia apelada referentes a la Promoción "Los Molinos" de Getafe (Madrid), concretamente los suscritos con los compradores D. Luis Enrique y Dª Adoracion, respectivamente los días 21 de diciembre de 2007 y 7 de mayo de 2008, alega la entidad apelante que se equivoca el juzgador de primera instancia que el incumplimiento que da lugar a la resolución es posterior a la declaración del concurso, y estima que el crédito restitutorio reconocido debe ser calificado como concursal ordinario, y no contra la masa, como declara la sentencia apelada, y ello por cuanto si bien la obligación de entrega se determina en el plazo de 27 meses desde la concesión de la licencia de obras, se establece condición resolutoria expresa por la no obtención de la licencia de obras antes del 31 de marzo de 2009, como plazo de caducidad para manifestar su voluntad de resolver, de forma fehaciente, el mes siguiente al del vencimiento del plazo máximo establecido para la obtención de la licencia, siendo sus efectos ex tunc, debe retrotraerse al momento de la firma del contrato, en caso de su ejercicio, como efectivamente lo fue dado que ni tan siquiera acredita la concursada haber solicitado la licencia, por lo que estima que la calificación de crédito debe ser la de ordinario, y no contra la masa, como se reconoce en la sentencia apelada.
La obligación contractual de la entrega de la cosa objeto del contrato de compraventa por el vendedor en el plazo pactado es su estipulación básica, no la mera obtención de la licencia urbanística, que es un tramite administrativo necesario para poder iniciar la edificación la promotora, y si bien en el caso es determinante de la causa de resolución contractual conforme a la condición resolutoria expresa, que se establece como mera posibilidad para su resolución en el contrato estableciéndose fecha limite. Lo cierto es que al momento de la interposición de la demanda, 18 de junio de 2009, no se había tan siquiera solicitado la licencia, y lógicamente tampoco inicialada la obra de construcción, por lo que no estamos ante un mero retraso, como razona el Juzgador de primera instancia en su sentencia, sino que se ha producido un claro y definitivo incumplimiento de la obligación de entrega, posterior a la declaración del concurso de la entidad mercantil apelante, que es lo que nos interesa a los efectos de resolución del motivo del recurso. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84 2 6º de la Ley Concursal el crédito de restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio por los demandantes-compradores es contra la masa, no puede ser concursal con la calificación que corresponda, como pretende la parte apelante en su único motivo formulado en el recurso que desestimamos.”: ”: SAP La Coruña (Sección 4) 28.09.2011 (Sentencia 413/2011; Rollo 515/2011)

“SEGUNDO.-Se muestra en el recurso disconformidad con la calificación del crédito como contra la masa y se defiende que se trataría de un crédito concursal, por considerar un hecho indubitado que el incumplimiento de Martinsa Fadesa fue anterior a la declaración del concurso, habiendo por ello la sentencia aplicado incorrectamente los artículos 61 y 62 LC (obviamente también el 84.2-6°). En opinión de la apelante, así sería porque en la cláusula 8ª del contrato de compraventa la entrega estaba prevista para aproximadamente julio de 2008 y la declaración del concurso es del 24 de julio, y aunque el mero retraso en la entrega no pueda considerarse un incumplimiento con efectos resolutorios del contrato más que a partir de un plazo razonable después de aquella fecha, todos los efectos del incumplimiento una vez declarado se retrotraen al momento efectivo del incumplimiento, que en este caso seria siempre julio de 2008, momento anterior a la declaración concursal, sin que se pueda elegir una fecha aleatoria frente a la fijada en el contrato pues atentaría contra la seguridad jurídica y se llegaría a soluciones paradójicas o arbitrarias. Igualmente se impugna la cuantía de los intereses por cuanto, conforme al artículo 59 LC y siendo ordinario el crédito restitutorio, solo se devengarían hasta la declaración del concurso, ascendiendo a 24/7/2008 a un total de 3.973,57 euros, que sumados al principal darían un importe de 56.407,07 euros, inferior a la sentenciada.
Tanto la parte actora como la administración concursal se opusieron al recurso y pidieron su desestimación por considerar el incumplimiento de la vendedora posterior a la declaración de concurso.
TERCERO.-El recurso se desestima, en general por los motivos expresados en la sentencia apelada y en particular por los siguientes:
La declaración de concurso de cualquiera de los contratantes no afecta, en principio, a la vigencia del contrato de compraventa y al cumplimiento de las respectivas prestaciones, aunque la Ley hace alguna excepción y distingue según que el cumplimiento o el incumplimiento sea anterior o posterior a aquel momento (arts. 61 a 63 LC).
Si a la declaración del concurso una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones con anterioridad y la otra tuviera pendiente total o parcialmente las suyas, el derecho de crédito a favor del concursado se incluirá en la masa activa del concurso y si se trata de deuda de éste en la masa pasiva (art. 62.1 LC); mientras que si a dicho momento existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplirse por ambas partes, continuará vigente y las prestaciones del concursado serán con cargo a la masa (61.2párrafo 1º); aunque en este segundo caso se admita, a instancia del concursado (en caso de intervención) o de la administración concursal (en caso de sustitución), con intervención del acreedor y decisión judicial, la posible resolución o ruptura del contrato en interés del concurso, con las restituciones e indemnización que correspondan (art. 61.2-párrafo 2º y 84.2-6º); y también la resolución por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en cuyo supuesto la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiere sido anterior a la declaración de concurso (62.1); siempre sin perjuicio del posible mantenimiento del contrato por el juez en interés del concurso, siendo entonces a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (62.3); con los efectos (según corresponda en cada supuesto), de acordarse judicialmente la resolución, extintivos de las obligaciones pendientes de vencimiento, así como la consideración de crédito concursal a favor del cumplidor de las obligaciones vencidas en caso de incumplimiento anterior del concursado, o su satisfacción con cargo a la masa si fuera posterior, aparte del resarcimiento que proceda (62.4 y 84.2-6º).
Por otro lado, la Ley no define los créditos concursales más que por vía negativa (art. 84.1), como los restantes distintos de los créditos contra la masa especificados en el art. 84.2, cuyo número 6º comprende varios supuestos: los que, conforme a esta Ley, deriven de prestaciones a cargo del concursado de contratos anteriores a la declaración del concurso con obligaciones recíprocas posteriores a dicho momento (pendientes de cumplimiento) que continúen en vigor; de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria; y por incumplimiento del concursado. El precepto ha de relacionarse con lo dispuesto sobre la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el artículo 61, particularmente su número 2 primer inciso (los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen manteniendo su vigencia o efectos tras la declaración del concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones posteriores del concursado), y nº 2-segundo inciso (previsión de la resolución judicial del contrato en interés del concurso y sus efectos), así como en el artículo 62 sobre la resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes y sus efectos (también anterior en contratos de tracto sucesivo), con cargo a la masa respecto de las obligaciones del concursado (62.1 y 4), aparte de los casos de mantenimiento judicial del contrato en interés del concurso (nº 3), mientras que si fuere por incumplimiento del concursado anterior a la declaración, en los casos permitidos legalmente, se trataría de un crédito concursal (nº 4).
En el presente caso la sentencia apelada, partiendo de la fecha aproximada de entrega pactada en el contrato, rechazó tanto la pretensión de que el incumplimiento propio y definitivo de la obligación se produzca el mismo día, al poderse tratar de un simple retraso que permita un cumplimiento tardío y la satisfacción del interés económico que preside el contrato, como sostener que al no verificarse tampoco en los meses posteriores a julio de 2008 la entrega de la vivienda, el contrato ya estaba incumplido antes del 24 de julio de ese año, en un caso en que las obras estaban parcialmente ejecutadas y no consta acreditado que su estado al momento de la declaración del concurso hiciera radicalmente imposible el cumplimiento tardío. El Tribunal acoge este razonamiento y añade ahora que de la estipulación octava del contrato no resulta necesariamente que la obligación de entrega venciese el día 1 y no el 31 de julio de 2008, con posterioridad a la declaración concursal. Puede discutirse jurídicamente cual sea la fecha exacta a tomar en el caso de que a la declaración del concurso tan solo sea apreciable un mero retraso sin trascendencia resolutoria y si verificado después el fracaso definitivo que justifica la resolución contractual deba ser aquella a la que se retrotraen sus efectos. Respetando otras interpretaciones, el Tribunal entiende que, conforme a lo dispuesto en los artículos 61 y 62 LC, a los fines examinados hay que estar al momento del verdadero incumplimiento en relación al de la

declaración de concurso y no al de las consecuencias legales de la resolución. En el caso enjuiciado es posterior.
Presupuesto lo dicho, decaen tanto el motivo referido a la calificación del crédito como ordinario, por ser contra la masa como bien sentenció el Juzgado de lo Mercantil, como sobre el devengo de los intereses y el correlativo importe total.": SAP La Coruña (Sección 4) 30.09.2011 (Sentencia 416/2011; Rollo 424/2011)

"TERCERO.-La sentencia consideró en síntesis que, promovida la acción resolutoria una vez declarado el concurso, primero extrajudicialmente y después mediante la demanda rectora del presente procedimiento incidental al haber acaecido el hecho que las partes contemplaron en el contrato como condición resolutoria expresa, la no obtención de licencia de obras en la fecha fijada en la cláusula décima de los contratos privados que suscribieron en su día las partes, dicha estipulación convencional reguladora de la resolución del contrato es automática, no por la facultad de resolver por incumplimiento contractual sobre la base de lo dispuesto en el art. 1124 del Código Civil, por lo que cumplida la condición y manifestada la voluntad de resolver, la ineficacia del vinculo contractual deviene ineludible y sus efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato, por lo que no es de aplicación lo dispuesto en el art. 62.1 de la LC, que contempla la facultad de resolver por ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento de la entidad concursada.
Y ello en base a lo que en nuestra sentencia de fecha 14 de enero de 2011 razonábamos, "En efecto, es necesario, tener en cuenta que el art. 1124 del CC no es aplicable a los supuestos en los que exista "pacto comisorio", es decir una específica estipulación convencional reguladora de la resolución contractual, en cuyo caso deberá aplicarse ésta, según ha declarado una reiterada jurisprudencia que viene sosteniendo, sin fisuras, que no procede la aplicación del art. 1124 del CC., por no entrar en juego su reglamentación, cuando en el contrato existe «pacto de lex commissoria», es decir, cuando hay cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución - STS de 4 de mayo de 1972; y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como condición resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente y no por la «facultad» de resolver que otorga el dicho art. 1124 - SSTS de 1 de mayo de 1946, 18 de diciembre de 1956, 23 de noviembre de 1964, 8 de mayo de 1965, 24 de febrero de 1966, 30 de marzo de 1976, 4 de abril de 1990, más recientemente la STS de 11 de octubre de 2000.
En este caso, las partes elevaron a condición expresa de resolución contractual, al amparo del principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes y carácter vinculante de los contratos (arts. 1089, 1091, 1255 y 1256 del CC), con las consecuencias previstas en la estipulación quinta del contrato de compraventa de 29 de diciembre de 2006, la no devolución por la parte demandada del primero de los pagarés para llevar a efecto la sustitución por el segundo, para lo que se fijó un plazo de veinte días".
Ahora bien, por lo que se refiere a los contratos que se resuelven en la sentencia apelada de la promoción de viviendas de construcción futura en edificio proyectado en la denominada parcela RC-1 del sector 115-A "Espartales Norte" de Alcalá de Henares (Madrid) en virtud de la condición resolutoria expresa pactada, esta acaece, y se ejercita, con posterioridad a la declaración de concurso, por la no obtención de la licencia de obras antes del plazo máximo pactado, que finalizaba el 31 de marzo de 2009, mientras que en nuestra sentencia referida en la que se basa el Juzgador "a quo" la resolución del contrato en virtud de "pacto comisorio" se había ejercitado con anterioridad a la declaración de concurso de la allí demandada. De tal modo, en el presente supuesto la condición resolutoria expresa, que da lugar a la resolución de los contratos por los actores es posterior a la declaración del concurso, la no obtención de la licencia de obras antes del 31 de marzo de 2009, como plazo de caducidad para manifestar su voluntad de resolver, de forma fehaciente, y si bien es verdad que con efectos ex tunc, debiendo pues retrotraerse al momento de la firma del contrato, en caso de su ejercicio, como efectivamente lo fue, dado que ni tan siquiera acredita la concursada haber solicitado la licencia.
Y como decíamos en nuestra sentencia de fecha 10 de noviembre de 2011, a los efectos que aquí nos interesan, "Como señalamos en la sentencia de esta sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 31 de octubre de 2011, "la resolución produce la ineficacia del contrato y, en consecuencia, la extinción de las obligaciones que hubieran nacido del mismo. Las partes han de devolverse sus contraprestaciones, y no con efectos ex nuc, sino ex tunc, o dicho de otra manera desde la fecha del contrato, volviéndose al estado jurídico precedente como si el negocio jurídico no se hubiera celebrado, con los efectos devolutivos contemplados en el art. 1295 el CC, al que expresamente remite el art. 1124, y que igualmente contemplan los arts. 1303 y 1123 del referido Código, es decir la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses (véanse, en este sentido, las SSTS de 31 de mayo de 1985, 5 de febrero de 2002, 5 de diciembre de 2003 y 27 de octubre de 2005 entre otras). La resolución determina la vuelta de las cosas a su estado primitivo, como si el contrato no hubiera existido, y, por lo tanto, la devolución del precio con sus intereses, ya que del mismo disfrutó el obligado a devolver (STS de 23 de enero de 1999), y a contar desde la fecha en que efectivamente se hizo el pago (STS de 20 de julio de 2001), intereses legales que deben ser considerados como la forma de obtener la íntegra restitución de lo entregado (STS de 27 de octubre de 2005), los cuales, por aplicación del art. 95.1 de la Ley 18/2008, serán los legales incrementados en dos puntos".
En este sentido, se expresa la STS de 27 de octubre de 2005, cuando afirma: "Dice la sentencia de 17 de junio de 1986, citada en la de 5 de febrero de 2002 que "es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos "ex nunc" sino "ex tunc", lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1295 del Código Civil al que expresamente se remite el art. 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el art. 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1123 ": Por su

parte, dice la sentencia de 11 de febrero de 2003 que "parando mientes en el otro aspecto de la cuestión resulta que el vendedor tiene a su vez que reintegrar el precio percibido con sus intereses legales, los cuales deben ser computados desde que efectivamente se hizo el pago, y no desde la celebración del contrato (sentencia de 12 de noviembre de 1996)", doctrina que recaída en torno a la aplicación del art. 1303 del Código Civil en relación con la nulidad contractual, ya sea absoluta o relativa, es aplicable a la resolución de los contratos".
La obligación contractual de la entrega de la cosa objeto del contrato de compraventa por el vendedor en el plazo pactado es su estipulación básica, no la mera obtención de la licencia urbanística, que es un tramite administrativo necesario para poder iniciar la edificación la promotora, y si bien en el caso es determinante de la causa de resolución contractual conforme a la condición resolutoria expresa, que se establece como mera posibilidad para su resolución en el contrato estableciéndose fecha limite, que es posterior a la declaración del concurso de la entidad mercantil demandada, que es lo que nos interesa a los efectos de resolución del motivo del recurso. Lo cierto es que al momento de la remisión del burofax y de la interposición de la demanda, no se había tan siquiera solicitado la licencia, y lógicamente tampoco iniciada la obra de construcción, por lo que en atención a todo lo antes expuesto, y de conformidad con lo que dispone el art. 84 2 6º de la Ley Concursal el crédito de restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio por los demandantescompradores es contra la masa, no pueden ser concursales con la calificación que corresponda, como se estima en la sentencia apelada, por lo que el motivo del recurso debe ser estimado.": SAP La Coruña (Sección 4) 30.03.2012 (Sentencia 147/2012; Rollo 523/2011)

"TERCERO.- Por lo que se refiere a la promoción de Ares, cuyo contrato se resuelve en la sentencia apelada por incumplimiento de la obligación de entrega en el plazo pactado.
Partiendo de que la resolución contractual se promovió antes de la declaración del concurso, y la normativa y jurisprudencia sobre la materia en sede concursal, así como los efectos o consecuencias de la declaración judicial según que se tenga por bien hecha o no la resolución, al igual que la jurisprudencia referida al incumplimiento contractual y retraso a los fines resolutorios, debemos entrar a examinar lo pactado en el contrato sobre el plazo de entrega y momento en que la parte actora ejercitó (extraprocesalmente) la facultad resolutoria. Y llegamos nosotros a la conclusión que en tal momento había transcurrido el plazo pactado de fin de obra y entrega, y ello pese a que no estimemos el acta de replanteo, como fecha para el inicio del computo del plazo, que ni tan siquiera consta que se refiera para la promoción litigiosa, cuando no resulta firmada por representante de la entidad concursada demandada, y además es anterior a la firma del contrato de ejecución de obra, que lo fue el día 26 de noviembre de 2007, el acta de replanteo que se aduce lo es del mes de abril de 2007, y en la cláusula octava del contrato suscrito literalmente refiere: "Comienzo de las obras y plazo de ejecución. Se establece un plazo total de ejecución de obra de 20 meses contados a partir de firma del Acta de Inicio de obra". De tal modo, no puede equipararse acta de replanteo, con acta de inicio de obra, como se pretende, cuando si fuese así, no se entiende que no se hubiese hecho constar expresamente en el contrato la fecha del replanteo, cuando constaba ya realizado al momento de su suscripción, y por otra parte, de tal modo el plazo se vería reducido realmente a trece meses para llevar a cabo los trabajos contratados, lo que es un plazo muy escaso para la realización de la obra contratada, y por último, se excluye del contrato los trabajos de movimiento de tierras y cimentación, tal como resulta de la cláusula quinta del contrato, que finalizaron en febrero de 2008. Así las cosas, y aún cuando tomemos como fecha de inicio la de la suscripción del contrato, la primera certificación emitida es de noviemnbre de 2007, es claro, que habían transcurrido los 20 meses pactados al momento de la resolución contractual, que se comunica a la entidad constructora, a medio de burofax de fecha 23 de octubre de 2009, encontrandose en tal momento al corriente en el pago de las facturas la parte actora, por cuanto tal como se razona en la sentencia apelada, de conformidad con lo pactado (cláusula sexta), la entidad promotora de la edificación no estaba obligada al pago, sin certificación emitida por la dirección facultativa, y además cuando deja de abonar las facturas habia un claro incumplimioento previo por parte de la entidad constructora de la obra, dada la escasa actividad en la ejecución de la obra de Ares, con evidente retraso en su ejecución.
La facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva, claro está, que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente ejercitada.
En este sentido, reiterada doctrina jurisprudencial viene proclamando que la facultad resolutoria del contrato ex art. 1.124 CC puede efectuarse extrajudicialmente sin sujeción a forma determinada aunque es precisa la declaración judicial, -postulada por vía de acción (demanda o reconvención), nunca por excepción: SSTS de 6-10-2000, 1-12-2001, 19-4-2002, 12-2 y 10-6-2004 -, de que está bien hecha, por ser conforme a Derecho al concurrir los requisitos exigibles al efecto, cuando existe oposición de la otra parte (SSTS, entre otras, 19 abril y 8 mayo 2001 y 27 octubre 2004), lo que significa que la decisión pronunciada en vía judicial no causa la resolución sino que se limita a proclamar la procedencia de la ya operada (SS. 17 enero 1986, 15 noviembre 1999, 27 octubre 2004, 22 de abril de 2005).
El contrato ya estaba incumplido por la entidad concursada, antes de la declaración de concurso, y promovida entonces por la parte in bonis la acción de resolución contractual, primero extrajudicialmente, a medio de burofax de fecha 23 de oictubre de 2009, y después mediante la demanda incidental presentada el 19 de enero de 2010, una vez declarado el concurso el 23 de noviembre de 2009, la cual lo único que pretende es convalidar judicialmente, ante la oposición de la demandada, la resolución por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, por lo que los creditos concretados a consecuencia de la misma, de restitución y en su caso indemnización de daños y perjuicios ocasionados, no pueden ser reconocidos contra la masa (art. 84.2). El principio general es de integración en la masa pasiva, como efecto de la declaración, de todos los

acreedores del deudor, ordinarios o no (artículo 49), de tal modo y aun cuando en la sentencia nada se diga expresamente, es claro, que los creditos reconocidos tienen la consideración de concursales.
El apartado 4 del artículo 62 no altera la conclusión anterior porque sólo puede entenderse referido a contratos de tracto sucesivo, que son los únicos en los que, en puridad, es posible diferenciar créditos derivados de prestaciones anteriores y posteriores a la declaración de concurso, distinción en función de la cual los créditos derivados de incumplimientos anteriores serán concursales y sólo los derivados de prestaciones posteriores a la declaración de concurso serán crédito contra la masa. Esta distinción no es posible en los contratos de tracto único como el de ejecución de obra, puesto que la obligación del constructor es única, de entrega de la obra terminada según lo pactado, y tiene su causa en la también única e integra obligación, que asume el dueño de la obra en contraprestación el pago del precio pactado, aunque se fracciones y se distribuya en el tiempo.
El referido contrato es un contrato de ejecución de obra con aportación de materiales, con un objeto concreto y duración determinada. Y es claro, el incumplimiento del plazo pactado en el contrato para la entrega de la obra, no nos encontramos ante un mero retraso, menos si cabe que fuese autorizado por la promotora. Y la actora ejercitó extrajudicialmente la resolución del contrato por tal causa, en momento anterior a la declaración del concurso, por lo que con la demanda incidental lo único que pretende es su convalidación de bien hecha, al no haber sido aquella admitida de contrario, como así procede declarar, al ser el plazo pactado esencial, tal como se razona en la sentencia“: SAP La Coruña (Sección 4) 20.06.2013 (Sentencia 255/2013; Rollo 373/2011)

AP Madrid

“PRIMERO.- Don Romualdo, que había celebrado con la concursada TOLEDO VERDE S.L. contrato de compraventa en fecha 30 de noviembre de 2007 para la adquisición de una vivienda en la promoción "LA ALQUERÍA DE COBISA", interpuso demanda incidental contra dicha concursada y contra la administración concursal en ejercicio de la acción resolutoria de tal contrato prevista en el Art. 62 de la Ley Concursal, interesando al propio tiempo el reconocimiento en su favor de un crédito contra la masa por importe de 16.274,79 euros que es la cantidad que tenía satisfecha a cuenta del precio de dicha vivienda.
La concursada se allanó íntegramente a dichas pretensiones, en tanto que la administración concursal se allanó exclusivamente a la pretensión resolutoria ejercitada, entendiendo, en contra de lo planteado por el demandante, que la devolución de la expresada suma constituía un crédito concursal ordinario, calificación esta que, precisamente, había merecido en la lista de acreedores.
La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda ya que declaró resuelto el contrato de compraventa pero calificó como concursal ordinario el crédito nacido en favor del demandante para la devolución de la indicada suma.
Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza Don Romualdo a través del presente recurso de apelación.
SEGUNDO.- La acción resolutoria ejercitada en la demanda se funda en dos diferentes conductas incumplidoras atribuidas a la concursada:
1.- Un incumplimiento previo a la declaración de concurso: se trata de la obligación -no solo legal sino también contractual al encontrarse especialmente prevista en el contrato de compraventa- de entregar al comprador la póliza de seguros individual en garantía de la obligación de devolución de las cantidades entregadas a cuenta.
2.- Un incumplimiento posterior a la declaración de concurso: el incumplimiento de la obligación de entregar al actor la vivienda vendida dentro del plazo contractualmente pactado.
En tanto que fundada la acción en el primero de dichos incumplimientos, debemos indicar que resulta más que dudoso que en la obligación incumplida (entrega de póliza) pueda apreciarse el carácter sinalagmático que cabe, en cambio, advertir en las dos obligaciones sustanciales que emanan del contrato de compraventa (pago del precio y entrega de la cosa vendida), con lo que resulta ciertamente problemático atribuir a dicha conducta incumplidora la virtualidad resolutoria que contempla Art. 1124 del Código Civil, habiendo base fundada para considerar que, lejos de determinar la resolución contractual, la falta de cobertura aseguratoria hubiera justificado únicamente la suspensión provisional, por parte del comprador, del pago de los vencimientos contractualmente previstos en tanto persistiera dicha situación. En cualquier caso, es el propio actor quien reconoce -además de deducirse con total claridad de la cronología del contrato- que dicho incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso, con lo que carecería aquel de la acción resolutoria prevista en el Art. 62 de la Ley Concursal, acción reservada, por expresa previsión legal (apartado 1 de dicho precepto), para las hipótesis de incumplimiento contractual posterior a dicha declaración (con la excepción que no hace ahora al caso- de los contratos de tracto sucesivo).
Ahora bien, siendo cierto que tales consideraciones -especialmente la segunda- hubieran determinado con seguridad el fracaso de la acción resolutoria en tanto que fundada en el aludido incumplimiento, no lo es menos que ambas demandas se han allanado expresamente a la pretensión resolutoria del contrato, expresando su conformidad -en el caso de la administración concursal- a aquel planteamiento contenido en la demanda con arreglo al cual la ausencia de la cobertura aseguratoria a la que la concursada venía obligada legal y contractualmente constituyó un incumplimiento sustancial del contrato con relevancia resolutoria. Por lo demás, no concurren méritos para considerar que dicha expresión de conformidad se haya llevado a cabo en fraude de ley o haya supuesto una renuncia contraria al interés general o perjudicial para terceros. Antes bien, la atribución al aludido incumplimiento de trascendencia resolutoria constituye un tipo de planteamiento que, no favoreciendo los intereses del propio demandante que lo esgrime, como vamos a ver, resulta en cambio provechoso para los demás acreedores integrados en la masa pasiva del concurso, quienes evitarán ver postergado el cobro de sus créditos a la satisfacción de un crédito contra la masa. Con lo que, en definitiva, resulta obligado para el órgano judicial, por imperativo del Art. 21-1 de la L.E.C., la realización de un pronunciamiento que acoja la pretensión resolutoria ejercitada cualquiera que sea el punto de vista que dicho órgano mantenga en relación con la justificación de tal pretensión.

Del examen de los autos se desprende que, tras la infructuosa realización de sucesivos requerimientos para la entrega de la póliza de seguro (Documentos 2 y 3 de la demanda), el actor Don Romualdo dirigió el 2 de diciembre de 2008n una misiva a TOLEDO VERDE S.L. dando por resuelto el contrato de compraventa, causalizando expresamente dicha declaración de voluntad en ese específico incumplimiento y requiriendo a dicha entidad la devolución de las sumas satisfechas en la cantidad expresada al inicio de esta resolución (Documento 4 de la demanda). Esa misiva no fue recogida por su destinataria pese a recibir aviso del servicio postal. Sin embargo, dos días más tarde, el 4 de diciembre, el actor remite otra misiva con idéntico contenido a TOLEDO VERDE S.L. pero en la persona de sus administradores Don Higinio y Don Julián, envío este que sí fue recibido por sus destinatarios (folio 41). Pese a que el apelante pretende en esta segunda instancia negar valor a esta última misiva alegando que dichos señores habían dejado de ser administradores de la mercantil, lo cierto es que ni tal circunstancia fue alegada en la instancia anterior ni consta su certeza, no ya en la actualidad, sino en la fecha en que el escrito fue recibido, siendo en todo caso ese novedoso alegato contradictorio con el hecho mismo de que el Sr. Romualdo dirigiera su misiva a dichos señores en su condición de responsables de la empresa destinataria que también se mencionaba junto a sus nombres (folio 40). En todo caso, fue el propio apelante quien proclamó sin fisuras en su escrito de 9 de diciembre de 2009 (folios 56 a 59) que Don Julián, uno de los receptores de la misiva, ostentaba precisamente el cargo de administrador de la mercantil TOLEDO VERDE S.L.
Nos encontramos, pues, en presencia de uno de esos supuestos en los que, ante una conducta incumplidora de parte de uno de los contratantes, el contratante cumplidor ejercita extrajudicialmente la opción resolutoria contemplada en el Art. 1.124 del Código Civil y en que, ante el silencio o falta de conformidad expresa hacia dicha opción por parte del contratante requerido, el requirente opta por ejercitar judicialmente la correspondiente acción con el fin de que el órgano judicial refrende la justificación y procedencia de la resolución contractual. Hipótesis, en suma, en las que es reiterada la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual no es la sentencia que aprecia la pretérita causa resolutoria la causante de la resolución sino que dicha sentencia se limita a proclamar una resolución que se produjo en el momento en que el demandante hizo valer extrajudicialmente su voluntad de resolver (SS.T.S. de 19 de noviembre de 1.984, 17 de enero de 1.986, 15 de noviembre de 1.999, 19 de abril de 2001, 8 de mayo de 2001, 27 de octubre de 2004, 22 de abril de 2005 y 3 de octubre de 2005).
TERCERO.- Siendo ello así, y, si consideramos que el contrato de compraventa quedó resuelto, al menos, desde el 9 de diciembre de 2008, fecha de recepción por parte de los administradores de TOLEDO VERDE S.L. de la declaración de voluntad resolutoria emitida por el comprador (folio 41), es evidente que en la fecha de declaración de concurso (29 de enero de 2009) la única obligación vigente derivada de aquel contrato era la de liquidarlo, en particular mediante la devolución al comprador ahora apelante de las sumas que satisfizo a cuenta del precio de la vivienda, pero en modo alguno puede afirmarse que perviviera a cargo de la concursada la primitiva obligación de entregar en plazo la vivienda objeto de compraventa, pues tal obligación se extinguió con la previa resolución del contrato. Por lo demás, la extinción de esa obligación se produjo, como se ha dicho, el 9 de diciembre de 2008 y, por lo tanto, con anterioridad a la época en que, de acuerdo con el contrato, debería haberse finalizado la vivienda por parte de TOLEDO VERDE S.L. (31 de diciembre de 2008 prorrogable por 3 meses más, Estipulación 5ª). Y si ello es así, parece plausible concluir que no tiene ya sentido alguno el debate relativo a la presencia o ausencia de la segunda de las causas de resolución en que se funda la acción resolutoria, a saber: el incumplimiento -que se dice posterior a la declaración de concurso- de la obligación de entregar la vivienda objeto del contrato resuelto.
En consecuencia, el recurso debe ser desestimado pese a no compartir este tribunal el punto de vista de la administración concursal cuando razona que, al no impugnar la lista de acreedores (en la que se reconoció un crédito ordinario de 16.274,79 euros), le habría precluído al actor la posibilidad de pretender ahora su consideración como crédito contra la masa. Y es que el hecho de que el actor, entendiendo que la resolución contractual no se había producido con anterioridad, consienta en recibir dicho tratamiento concursal (16.274,79 euros sería la cuantificación "ex" Art. 88-1 L.C. de su derecho a exigir la entrega de la vivienda) no es incompatible ni inconsistente con la posibilidad de denunciar más tarde un incumplimiento postconcursal con trascendencia resolutoria al que el Art. 62 anuda la consideración de su crédito como crédito contra la masa. Tampoco se aportó por la administración concursal en la instancia anterior documento alguno revelador de que la secuencia temporal de los acontecimientos no permita mantener esa compatibilidad.”: SAP Madrid (Sección 28) 12.11.2012 (Sentencia 352/2012; Rollo 693/2011)

AP Sevilla

“PRIMERO.-La sentencia recaída en el incidente concursal de que el presente rollo dimana accedió a tener por resueltos los contratos de compraventa de plazas de garaje que, sobre planos, celebraron los demandantes con la promotora concursada, Novaindes, Desarrollo Inmobiliario, S.A., en base al incumplimiento contractual de ésta, que, una vez transcurrido el plazo expresamente previsto en los respectivos contratos, no estaba en disposición de poder hacer entrega de dichas plazas de garaje, si bien calificó el crédito a favor de aquéllos, por razón de las cantidades entregadas a cuenta del precio, como créditos concursales, pronunciamiento éste al que se refiere el recurso de apelación que es objeto de esta alzada.
SEGUNDO. -Pues bien, tras el examen y valoración de lo actuado, no puede estar de acuerdo el tribunal con el criterio del juzgador "a quo", y, a diferencia de éste, considera que el crédito de los compradores demandantes, por razón de sus entregas a cuenta, debe estimarse como crédito contra la masa.
Conforme a lo dispuesto en los artículo 61 y 62 de la Ley Concursal, los contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, como son, en este caso, los contratos a que se refiere el incidente concursal, continúan subsistentes, no obstante la declaración de concurso, y no se resuelven sino cuando lo solicita la administración concursal, de estimarse conveniente en interés del concurso, o bien lo solicitan las

partes por incumplimiento de alguna de ellas posterior a la declaración de concurso, a no ser que, en interés de éste, se acuerde su continuación y, tanto en este caso, como si la resolución se produce por incumplimiento del concursado, las prestaciones a cargo de éste tendrán la calificación de créditos contra la masa.
A la vista de ello, está claro que los créditos a favor de los compradores demandante por las cantidades entregadas a cuenta deben tener la consideración de créditos contra la masa.
TERCERO. - En contra se afirma en la sentencia apelada que el incumplimiento de la concursada es anterior a la declaración de concurso, dado que, según se afirma, las obras habían quedado paralizadas con anterioridad, y que, en todo caso, los compradores no impugnaron, en su momento, la calificación de sus créditos, en el informe de la administración concursal, como créditos ordinarios.
CUARTO.-Sin embargo, no puede estar conforme con ello el tribunal, pues, por lo que respecto al momento en que se produjo el incumplimiento contractual de la promotora concursada, es evidente que se produjo con anterioridad a la declaración de concurso, toda vez que la fecha de entrega de las plazas de garaje adquiridas no estaba prevista sino con posterioridad a tal declaración.
Si se paralizaron las obras, es algo que no consta a los actores, según afirman, y no puede deducirse de la documentación que aportaron al incidente, que la única prueba del mismo, pero, aunque la paralización de las obras se produjera realmente y con anterioridad a la declaración de concurso, el incumplimiento de Novaindes, Desarrollo Inmobiliario, S.A., no se podría estimar producido sino una vez transcurrido el plazo de entrega de las plazas de garaje, que, como hemos dicho, estaba previsto en fecha posterior a la declaración de concurso. Pues, por muy paralizadas que estuvieran las obras, está claro que los compradores no podrían haber instado y obtenido la resolución de sus contratos, sino una vez transcurrido dicho plazo, sin que la vendedora estuviera en condiciones de poder hacer frente a la entrega de los inmuebles.
Hay que entender, por ello, que el incumplimiento contractual de ésta tuvo lugar con posterioridad a la declaración de concurso, con la consecuencia de merecer los créditos de los actores, por las entregas a cuenta efectuadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 62, 4 de la Ley Concursal, la calificación de créditos contra la masa.
Por otra parte, de no ser así, no procedería la resolución de los contratos de compraventa a que el incidente se refiere, a la que, sin embargo, accedió el juzgador de instancia.
QUINTO. - Y, en cuanto al hecho de no haber impugnado los compradores, en su momento oportuno, el informe de la administración concursal, considera el tribunal, dándoles la razón, que tal circunstancia no puede ser obstáculo, en absoluto, a la calificación de sus créditos como créditos contra la masa.
Ciertamente, podrían haber reaccionado frente a la decisión de la administración concursal de incluir las entregas a cuenta como " créditos contingentes ordinarios sin cuantía ", pero su impugnación no habría tenido mucho sentido, puesto que no se había producido aún la resolución contractual y hasta que no tuviera lugar, la vendedora no tenía obligación de restituir cantidad alguna, no existía crédito concursal, sino la obligación de entrega de los inmuebles vendidos, a la vez que, de contrario, se entregara el resto del precio de la compraventa.
Y, por otra parte, no puede hablarse de créditos contingentes contra la masa, que, como resulta de lo dispuesto en los artículos 94, 4 y 154 de la Ley Concursal, deben estar vencidos y devengados para su reconocimiento, ni se consignan tampoco en la lista de acreedores del informe de la administración concursal.
SEXTO. - Consecuentemente y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar parcialmente la sentencia recaída en la primera instancia, en el sentido de modificar la calificación de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores y reconocidas en dicha resolución, como créditos contra la masa, acordando que por la administración concursal se lleven a cabo las correcciones oportunas, y en el sentido de imponer a la concursada, como no podía ser de otra manera, conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de las costas causadas en la primera instancia del incidente concursal, sin que se imponga, en cambio, el de las causadas en esta alzada.": SAP Sevilla (Sección 5) 30.04.2014 (Sentencia 270/2014; Rollo 8812/2013)

AP Zaragoza

"QUINTO Recurso formulado por D.Robertoy DªMagdalena..- Lo que dichos litigantes pretendieron en la primera instancia era la condena del concursado al cumplimiento del contrato de compraventa del local 2 A que adquirieron por documento público de 30-4-2003, lo que a su parecer suponía la exclusión de dicho local del inventario como así sostuvo en su impugnación al inventario.
Asimismo, impugnaron la lista de acreedores en cuanto no les reconocía los créditos reclamados por razón de exceso de entrega de precio ni se daba lugar a su pretensión de corregir las deficiencias que presentaba el local o la indemnización subsidiaria de su importe.
En lo que atañe a la primera cuestión, los recurrentes no afirmaban su propiedad sobre el local, al contrario, sostenían que el concursado no había cumplido con su obligación de entrega, y de ahí la exigencia del cumplimiento del contrato, y el juzgador de primer grado, que se ocupa de señalar que los recurrentes, a diferencia de los adquirentes recurridos, no han alcanzado la propiedad de lo comprado, entiende que no procede la condena al cumplimiento del contrato con cargo a la masa, por lo que, consecuentemente, rechaza la impugnación del inventario en cuanto pretende la exclusión del local.
Pues bien, nada puede ser opuesto al criterio de la administración concursal de incluir el local de referencia en el inventario, pues al no haberse completado la transmisión de la propiedad del mismo mediante la tradición al tiempo del concurso, como paladinamente reconocen los recurrentes en sus demandas acumuladas, dicho local todavía formaba parte del patrimonio del concursado y por tanto había de ser incluido conforme al principio de universalidad establecido en elart. 76 LE.
La cuestión es si los compradores pueden, iniciado el concurso, reclamar la entrega del bien comprado con cargo a la masa, lo que implicaría la transmisión de la propiedad y la exclusión del mismo del inventario (art. 53

LC y 80LC), cuestión cuya resolución ha de ser dada según lo dispuesto en elart. 61 LC, que establece el principio de general de persistencia de los contratos.
Pues bien, la respuesta a nuestro parecer ha de ser negativa. Es cierto que elart. 61.2 LCestablece que cuando, como en el caso, existan al tiempo del concurso contratos vigentes con obligaciones recíprocas, las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa, pero el entendimiento general de tal precepto refiere dicha norma a las prestaciones surgidas con posterioridad a la declaración del concurso, que darían lugar a créditos contra la masa, y no a las prestaciones ya debidas al tiempo del concurso, que serían créditos concursales (SAP Murcia nº 237/2007), criterio éste que tiene que tiene apoyo en elart. 62.3 LC, que especifica que son las prestaciones posteriores las que se realizan con cargo a la masa, y en elart. 84.6 LCque establece que sólo son créditos contra la masa los posteriores a la declaración del concurso, y que es congruente con el principio señalado en elart. 49 LCconforme al que todos los acreedores quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, y el de universalidad de la masa activa establecido en elart. 76 LC, principios que no pueden ser olvidados a la hora de interpretar el discutidoart. 61 LC.
Entender las cosas de otro modo daría lugar a que la mayor parte de las deudas de los concursados quedaran fuera del concurso y se cumplieran con cargo a la masa, pues la mayoría de ésta surgen de contratos bilaterales, y no sería difícil invocar algún fleco en las recíprocas prestaciones que no se hubiera cumplido, o que no se hubiera cumplido debidamente. Además tal entender llevaría el germen de disputas en el concurso sobre si efectivamente han sido cumplidas o no todas las prestaciones por uno de los obligados.
Un argumento podría ser añadido a lo dicho, si como se mantiene en el recurso, elart. 61.2 LCse refiere también a las obligaciones preconcursales, resultaría que el acreedor que hubiere cumplido su prestación se vería en peor posición que el que no lo hubiere hecho, pues el primero se vería sujeto al concurso, mientras que el segundo podrían reclamar su crédito de la masa
En el presente caso, la obligación de entrega era una obligación ya debida al tiempo del concurso, en tanto que la misma se hallaba fijada contractualmente para el mes de abril de 2004.
Lo expuesto conduce a desestimar el recurso en cuanto se refiere a la acción de cumplimiento y a la de impugnación del inventario.": SAP Zaragoza (Sección 5) 15.09.2008 (JUR 2009/94990; Sentencia 488/2008; Rollo 306/2008)

AP Valencia

"f) Por mas que se barajen por la recurrente los diferentes plazos a que se refiere el contrato de compraventa (inicio de obra, entrega llaves), lo cierto es que las obras desde enero de 2008 se encuentran en el mismo estado y que el incumplimiento contractual de la vendedora se ha producido tras la declaración de su estado concursal (13 de mayo de 2008), pues con arreglo al contrato y aún computando como inicio de las obras la fecha de la única certificación de obra (31/01/2998) los veinte meses que establecía la cláusula cuarta para la entrega de las llaves terminarían el 31 de septiembre de 2009, fecha ésta transcurrida en exceso que permite afirmar sin lugar a dudas la frustración del fin contractual y la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil.
g) No cabe inferir del tenor de la sentencia de la instancia que en ésta se declare que el incumplimiento por la vendedora es anterior a la declaración del concurso, pues claramente se indica en dicha resolución que la parte actora resulta acreedora contra la masa del concurso. Las fechas tenidas en cuenta por el Juzgador - certificación de obra y burofax-viene referidas a la constatación de la situación de las obras y a la actitud del comprador en momento anterior a la declaración del concurso y no, como pretende la parte recurrente, a una resolución por incumplimiento anterior a tal declaración concursal. Y,
h) Cuantas consideraciones han sido expuestas conllevan al mantenimiento del pronunciamiento de la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora posterior a la declaración del concurso, de modo que las cantidades a devolver al comprador han de tener la consideración de crédito contra la masa conforme a lo previsto en el artículo 84.1.6º de la Ley Concursal. ":SAP Valencia (Sección 9) 28.06.2010 (Sentencia 187/2010; Rollo 318/2010)

"f) Por mas que se barajen por la recurrente los diferentes plazos a que se refiere el contrato de compraventa (inicio de obra, entrega llaves), lo cierto es que las obras desde enero de 2008 se encuentran en el mismo estado y que el incumplimiento contractual de la vendedora se ha producido tras la declaración de su estado concursal (13 de mayo de 2008), pues con arreglo al contrato y aún computando como inicio de las obras la fecha de la única certificación de obra (31/01/2998) los veinte meses que establecía la cláusula cuarta para la entrega de las llaves terminarían el 31 de septiembre de 2009, fecha ésta transcurrida en exceso que permite afirmar sin lugar a dudas la frustración del fin contractual y la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil.
g) No cabe inferir del tenor de la sentencia de la instancia que en ésta se declare que el incumplimiento por la vendedora es anterior a la declaración del concurso, pues claramente se indica en dicha resolución que la parte actora resulta acreedora contra la masa del concurso. Las fechas tenidas en cuenta por el Juzgador - certificación de obra y burofax-viene referidas a la constatación de la situación de las obras y a la actitud del comprador en momento anterior a la declaración del concurso y no, como pretende la parte recurrente, a una resolución por incumplimiento anterior a tal declaración concursal. Y,
h) Cuantas consideraciones han sido expuestas conllevan al mantenimiento del pronunciamiento de la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora posterior a la declaración del concurso, de modo que las cantidades a devolver al comprador han de tener la consideración de crédito contra la masa conforme a lo previsto en el artículo 84.1.6º de la Ley Concursal. Debe considerarse que lo pagado a cuenta son los 17.000 # que indicaba la demanda, pues la concursada, que lo cuestionó en su contestación

(folio 162) lo admitió explicitamente en el propio escrito (folio 166) deduciéndose la misma cantidad del computo desde las fechas en que el demandante dice haber dejado de pagar, puesto en relación el cuadro de pagos (folio 9). ": SAP Valencia (Sección 9) 29.06.2010 (Sentencia 188/2010; Rollo 334/2010)

"f) Por mas que se barajen por la recurrente los diferentes plazos a que se refiere el contrato de compraventa (inicio de obra, entrega llaves), lo cierto es que las obras desde enero de 2008 se encuentran en el mismo estado y que el incumplimiento contractual de la vendedora se ha producido tras la declaración de su estado concursal (13 de mayo de 2008), pues con arreglo al contrato y aún computando como inicio de las obras la fecha de la única certificación de obra (31/01/2998) los veinte meses que establecía la cláusula cuarta para la entrega de las llaves terminarían el 31 de septiembre de 2009, fecha ésta transcurrida en exceso que permite afirmar sin lugar a dudas la frustración del fin contractual y la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil.
g) No cabe inferir del tenor de la sentencia de la instancia que en ésta se declare que el incumplimiento por la vendedora es anterior a la declaración del concurso, pues claramente se indica en dicha resolución que la parte actora resulta acreedora contra la masa del concurso. Las fechas tenidas en cuenta por el Juzgador - certificación de obra y burofax-viene referidas a la constatación de la situación de las obras y a la actitud del comprador en momento anterior a la declaración del concurso y no, como pretende la parte recurrente, a una resolución por incumplimiento anterior a tal declaración concursal. Y,
h) Cuantas consideraciones han sido expuestas conllevan al mantenimiento del pronunciamiento de la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora posterior a la declaración del concurso, de modo que las cantidades a devolver al comprador han de tener la consideración de crédito contra la masa conforme a lo previsto en el artículo 84.1.6º de la Ley Concursal.": SAP Valencia (Sección 9) 05.07.2010 (Sentencia 198/2010; Rollo 317/2010)

"En cuanto a la calificación de tal crédito dado que el incumplimiento a tenor de la fecha de obligación de entrega es posterior a la fecha de declaración del concurso de Mercado Hipotecario Mediterráneo SL por auto de 25-2-2008, debe ser declarado de acuerdo con el artículo 84.2 de la Ley Concursal crédito contra la masa. ": SAP Valencia (Sección 9) 07.07.2010 (Sentencia 204/2010; Rollo 240/2010)

"TERCERO Tal y como expresa lasentencia de esta misma Sala de 29-6-10, entre otras, dictada en supuesto análogo al aquí analizado y en idéntica promoción, "Con arreglo a tal relato fáctico, y dados los términos del contrato, no cabe sino confirmar la sentencia dictada en la instancia, teniendo en cuenta al respecto las siguientes consideraciones al hilo de las alegaciones de la parte recurrente: (…)
f) Por más que se barajen por la recurrente los diferentes plazos a que se refiere el contrato de compraventa (inicio de obra, entrega llaves), lo cierto es que las obras desde enero de 2008 se encuentran en el mismo estado y que el incumplimiento contractual de la vendedora se ha producido tras la declaración de su estado concursal (13 de mayo de 2008), pues con arreglo al contrato y aún computando como inicio de las obras la fecha de la única certificación de obra (31/01/2998) los veinte meses que establecía lacláusula cuarta para la entrega de las llaves terminarían el 31 de septiembre de 2009, fecha ésta transcurrida en exceso que permite afirmar sin lugar a dudas la frustración del fin contractual y la aplicación de lo dispuesto en elartículo 1124 del Código Civil.
g) No cabe inferir del tenor de la sentencia de la instancia que en ésta se declare que el incumplimiento por la vendedora es anterior a la declaración del concurso, pues claramente se indica en dicha resolución que la parte actora resulta acreedora contra la masa del concurso. Las fechas tenidas en cuenta por el Juzgador - certificación de obra y burofax- viene referidas a la constatación de la situación de las obras y a la actitud del comprador en momento anterior a la declaración del concurso y no, como pretende la parte recurrente, a una resolución por incumplimiento anterior a tal declaración concursal. Y,
h) Cuantas consideraciones han sido expuestas conllevan al mantenimiento del pronunciamiento de la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora posterior a la declaración del concurso, de modo que las cantidades a devolver al comprador han de tener la consideración de crédito contra la masa conforme a lo previsto en elartículo 84.1.6º de la Ley Concursal. Debe considerarse que lo pagado a cuenta son los 17.000 € que indicaba la demanda, pues la concursada, que lo cuestionó en su contestación lo admitió explícitamente en el propio escrito deduciéndose la misma cantidad del computo desde las fechas en que el demandante dice haber dejado de pagar, puesto en relación el cuadro de pagos..." ": SAP Valencia (Sección 9) 14.10.2010 (JUR 2011/43175; Sentencia 291/2010; Rollo 476/2010)

"Cierto es que según resulta de dicha certificación de obra, y de las que aparecen unidas a los autos a los folios 308 a 313, la promoción se encuentra algo más avanzada en su ejecución que al momento en que se interpuso la demanda, pero no menos cierto que lo anterior es que, pese a la manifestación que en tal sentido realizó la Administración Concursal en su escrito de contestación a la demanda, no consta acreditado en autos que la promociónDIRECCION000 (NUM001 Fase) haya obtenido financiación ajena que permita considerar con garantías la finalización y entrega de la vivienda a los compradores. En definitiva, cabe apreciar en el caso de autos el efectivo y grave incumplimiento contractual de la promotora-vendedora en relación con la fecha de entrega de la vivienda, sin que al caso pueda operar la excepción a que se refiere elartículo 62.3 de la Ley Concursal, pues no cabe sino considerar la realidad de la frustración del negocio teniendo en cuenta que dos años después de la fecha límite de entrega la promoción aún se encuentra pendiente de ejecución en prácticamente un 40%, situación esta que no se puede hacer recaer sobre los compradores; procede, por tanto, conforme a lo prevenido en elartículo 1124 del Código Civil, declarar la resolución del contrato de compraventa objeto de autos, sin que quepa estimar, como se pretende por la demandada-apelada, la existencia de consentimiento de los compradores en el retraso de la entrega de la vivienda por razón del

tiempo transcurrido entre la fecha de la resolución por la que se declara la situación concursal y la fecha de la interposición de la demanda, en tanto aquéllos habían manifestado de forma clara y expresa su voluntad resolutoria por el incumplimiento contractual al que nos venimos refiriendo.
Por otra parte, el crédito así resultante a favor de los demandantes por importe de 60.348 Euros (total de las cantidades entregadas), y habida cuenta que el incumplimiento contractual es anterior a la fecha de la declaración del concurso, ha de ser declarado como crédito concursal conforme a lo prevenido en elartículo 84.1 de la Ley Concursal.": SAP Valencia (Sección 9) 14.10.2010 (JUR 2011/43178; Sentencia 285/2010; Rollo 420/2010)

"TERCERO Este Tribunal, en Sentencia reciente de 14 de octubre de 2010 (Pte. Sra. Mª Antonia Gaitón Redondo) y con ocasión del ejercicio de incidente concursal para la resolución de un contrato de compraventa de vivienda en la promoción ADELFAS (SEGUNDA FASE), ha tenido la ocasión de declarar que:(…)
Por otra parte, el crédito así resultante a favor de los demandantes por importe de 60.348 Euros (total de las cantidades entregadas), y habida cuenta que el incumplimiento contractual es anterior a la fecha de la declaración del concurso, ha de ser declarado como crédito concursal conforme a lo prevenido en elartículo 84.1 de la Ley Concursal."
Teniendo presente el contenido de la resolución transcrita y a tenor de cuanto ha quedado expuesto con anterioridad así como el hecho de que la última referencia al estado de la promoción se sitúa por la Administración Concursal en el mes de febrero de 2008 - escrito de oposición al recurso de apelación suscrito el 27 de mayo de 2010 - consideramos que el recurso de apelación promovido por NOVACIONS GRUPO CC SL debe prosperar en el sentido de declarar resueltos los contratos de compraventa de las viviendas anteriormente relacionadas, pues ciertamente, a la fecha en que se redactó el dictamen pericial por DONNicolas (de fecha 22 de septiembre de 2008) las fotografías que se aportan del estado de las obras patentiza el escaso grado de ejecución de las mismas, sin que a pesar del tiempo transcurrido conste que se haya producido ningún tipo de avance, pues la última certificación de obra que se cita es de febrero de 2008, anterior, por tanto, a la visita efectuada por el perito. Téngase presente que dicho informe pericial fue expresamente admitida y sometida a contradicción, por lo que surte efecto en el proceso, discrepando el Tribunal de la valoración que de la misma efectuó el magistrado "a quo".
CUARTO Siendo procedente la resolución del contrato, la siguiente cuestión que se plantea con ocasión del recurso es la relativa a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta y su calificación, así como el resto de las peticiones que se formularon en la demanda y que se reproducen con ocasión del recurso de apelación, en el que se da por reproducido el suplico de la demanda.
Como dice laSentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de julio de 2010 (JUR 2010, 355662) (Pte. Sr. Soriano Guzmán):
"... Quedan por determinar las consecuencias de la resolución contractual, en particular, el tratamiento concursal del derecho a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores y del derecho a la indemnización de daños y perjuicios.
En relación con esta cuestión las alternativas que caben son, o bien se califican como créditos concursales o bien se califican como créditos contra la masa. La Sala confirma la conclusión de la Sentencia de instancia al considerarlos créditos concursales siendo el argumento de mayor peso la interpretación a contrario sensu delartículo 84.2.6º LC que considera como créditos contra la masa los créditos que, conforme a esta Ley, resulten...de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado, de tal manera que los créditos que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución por incumplimiento de la parte antes de su declaración de concurso deben ser calificados como créditos concursales pues no cabe extender la calificación de créditos contra la masa más que a los supuestos relacionados en elartículo 84.2 LC.
El crédito derivado de la obligación de restituir las cantidades anticipadas por los compradores debe calificarse como crédito concursal ordinario al no estar especialmente contemplado como supuesto de crédito privilegiado ni subordinado(artículo 90.3 LC)."
Teniendo presentes los antecedentes expuestos del supuesto sometido a nuestra consideración y el contenido de la Sentencia de esta misma Sección del pasado 14 de octubre (JUR 2011, 43175), debemos calificar como ordinario, el crédito que ostenta la promotora del incidente por importe de 147.339 euros (en concepto de cantidades anticipadas) contra la concursada PROMOCIONES NOU TEMPLE SL.": SAP Valencia (Sección 9) 26.10.2010 (JUR 2011/65471; Sentencia 300/2010; Rollo 421/2010)

"SEGUNDO.-Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la resolución de contratos de compraventa de vivienda relativos a la promoción identificada como ARTANA 1 de la que la entidad TEMPLE SERVICIOS INMOBILIARIOS SLU era promotora.
Es el caso de las Sentencias recaídas respectivamente en los Rollos de apelación 317/2010 (5 de julio de 2010), 318/2010 (28 de junio de 2010), 334/2010 (29 de junio de 2010) y 476/2010 (14 de octubre de 2010). Tales resoluciones, como se ha indicado en el apartado anterior, se refieren a la misma promoción en la que se integran los contratos de compraventa de vivienda, trastero y plaza de aparcamiento suscritos por los Sres. Carlos José y Pedro Jesús. Dichos contratos tienen las mismas estipulaciones -a salvo, obviamente, de aquellas identificativas de los elementos adquiridos en relación con su precio -que las que se contienen en los contratos de compraventa que se analizaron en los respectivos rollos de apelación, y con fechas muy próximas en el tiempo. Las circunstancias fácticas concurrentes en orden a la fecha de la declaración de concurso y a la evolución de la obra son las mismas, si bien se aprecia en este caso la particularidad de que a diferencia de lo actuado por otros compradores de la misma promoción, los demandantes no remitieron burofax a la promotora en referencia a la retirada de la caseta de obra y paralización de los trabajos cuando la misma se hallaba certificada por debajo del 2%. Por lo demás, como en los casos examinados en las resoluciones citadas, se

acredita el pago de las cantidades anticipadas cuyo reintegro se solicita, y que se dejaron de satisfacer las cuotas al constatar la imposibilidad del cumplimiento de lo pactado por la demandada, con la consecuente frustración del contrato.
De lo anteriormente expuesto se concluye que el objeto de la controversia -sin perjuicio de las particularidades apuntadas -es sustancialmente el mismo, y consecuentemente, la respuesta jurídica ha de ser coincidente con la expresada en aquellas resoluciones. La aplicación de este criterio es conforme a lo dispuesto en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el principio de igualdad que resulta del artículo 14 del Texto Constitucional tanto en su vertiente de igualdad ante la Ley, como en su vertiente de igualdad en la aplicación de la Ley que implica que ante supuestos de hecho iguales las consecuencias sean las mismas y que en la actuación judicial las resoluciones judiciales sean idénticas cuando se analizan los mismos presupuestos de hecho, como han tenido ocasión de declarar tanto el Tribunal Constitucional (S nº 23/81 de 10 de julio, 11/82 de 29 de marzo, 60/84de 16 de mayo, entre otras) como las distintas Salas del Tribunal Supremo (SS de la sala 3ª de 28 de abril y 19 de noviembre de 1986, Sala 2ª de 22 de abril de 1983 y 5 de julio de 1985, entre otras.)
Por ello hemos de dar por reproducidos los argumentos que ya quedaron expuestos en las referidas resoluciones en contestación a los motivos de apelación coincidentes con los esgrimidos en el presente rollo de apelación. En la Sentencia de 28 de junio de 2010 (Pte. Sra. MARIA ANTONIA GAITON REDONDO), teniendo presente el substrato fáctico concurrente, los términos del contrato, y las alegaciones de la parte recurrente declaramos (en lo coincidente con el presente litigio) que:
"... e) La falta de ejecución de la obra, en la que necesariamente ha de integrarse la falta de entrega de los inmuebles convenidos, constituyen el verdadero motivo de la causa resolutoria del contrato de compraventa,....
f) Por mas que se barajen por la recurrente los diferentes plazos a que se refiere el contrato de compraventa (inicio de obra, entrega llaves), lo cierto es que las obras desde enero de 2008 se encuentran en el mismo estado y que el incumplimiento contractual de la vendedora se ha producido tras la declaración de su estado concursal (13 de mayo de 2008), pues con arreglo al contrato y aún computando como inicio de las obras la fecha de la única certificación de obra (31/01/2998) los veinte meses que establecía la cláusula cuarta para la entrega de las llaves terminarían el 31 de septiembre de 2009, fecha ésta transcurrida en exceso que permite afirmar sin lugar a dudas la frustración del fin contractual y la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil.
g) No cabe inferir del tenor de la sentencia de la instancia que en ésta se declare que el incumplimiento por la vendedora es anterior a la declaración del concurso, pues claramente se indica en dicha resolución que la parte actora resulta acreedora contra la masa del concurso. Las fechas tenidas en cuenta por el Juzgador -certificación de obra y burofax-viene referidas a la constatación de la situación de las obras y a la actitud del comprador en momento anterior a la declaración del concurso y no, como pretende la parte recurrente, a una resolución por incumplimiento anterior a tal declaración concursal. Y,
h) Cuantas consideraciones han sido expuestas conllevan al mantenimiento del pronunciamiento de la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora posterior a la declaración del concurso, de modo que las cantidades a devolver al comprador han de tener la consideración de crédito contra la masa conforme a lo previsto en el artículo 84.1.6º de la Ley Concursal."
Criterio que se reitera en las resoluciones ulteriores de 29 de junio, 5 de julio y 14 de octubre de 2010.
Atendido cuanto se expone en ellas, y siendo de aplicación al caso que ahora se somete a nuestra consideración, hemos de concluir en la desestimación del recurso de apelación y en la confirmación de la resolución apelada en todos sus extremos.“: SAP Valencia (Sección 9) 10.11.2010 (Sentencia 330/2010; Rollo 614/2010)

“SEGUNDO.-Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la resolución de contratos de compraventa de vivienda relativos a la promoción identificada como ARTANA 1 de la que la entidad TEMPLE SERVICIOS INMOBILIARIOS SLU era promotora y en las que el objeto de debate era idéntico al que ahora se replantea ante esta Sección de la Audiencia Provincial, lo que determina la necesaria remisión a cuanto tenemos dicho en ellas.
Es el caso de las Sentencias recaídas respectivamente en los Rollos de apelación 317/2010 (5 de julio de 2010), 318/2010 (28 de junio de 2010), 334/2010 (29 de junio de 2010) y 476/2010 (14 de octubre de 2010). Tales resoluciones, como se ha indicado en el apartado anterior, se refieren a la misma promoción en la que se integra el contrato de compraventa de vivienda, trastero y plaza de aparcamiento suscrito por D. Ángel Daniel. Dicho contrato tiene las mismas estipulaciones -a salvo, obviamente, de aquellas identificativas de los elementos adquiridos en relación con su precio -que las que se contienen en los contratos de compraventa que se analizaron en los respectivos rollos de apelación, y con fechas muy próximas en el tiempo. Las circunstancias fácticas concurrentes en orden a la fecha de la declaración de concurso y a la evolución de la obra son las mismas, e igualmente la particularidad de haberse remitido burofax por el demandante -en fecha 8 de mayo de 2008 -a la promotora en referencia a la retirada de la caseta de obra y paralización de los trabajos cuando la misma se hallaba certificada por debajo del 2%. En este supuesto, como en los casos examinados en las resoluciones citadas, se acredita el pago de las cantidades anticipadas cuyo reintegro se solicita, y que se dejaron de satisfacer las cuotas al constatar la imposibilidad del cumplimiento de lo pactado por la demandada, con la consecuente frustración del contrato.
De lo anteriormente expuesto se concluye que el objeto de la controversia -sin perjuicio de las particularidades apuntadas -es sustancialmente el mismo, y consecuentemente, la respuesta jurídica ha de ser coincidente con la expresada en aquellas resoluciones. La aplicación de este criterio es conforme a lo dispuesto en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el principio de igualdad que resulta del artículo 14 del Texto Constitucional tanto en su vertiente de igualdad ante la Ley, como en su vertiente de igualdad en la aplicación de la Ley que implica que ante supuestos de hecho iguales las consecuencias sean las mismas y

que en la actuación judicial las resoluciones judiciales sean idénticas cuando se analizan los mismos presupuestos de hecho, como han tenido ocasión de declarar tanto el Tribunal Constitucional (S nº 23/81 de 10 de julio, 11/82 de 29 de marzo, 60/84de 16 de mayo, entre otras) como las distintas Salas del Tribunal Supremo (SS de la sala 3ª de 28 de abril y 19 de noviembre de 1986, Sala 2ª de 22 de abril de 1983 y 5 de julio de 1985, entre otras.)
Por ello hemos de dar por reproducidos los argumentos que ya quedaron expuestos en las referidas resoluciones en contestación a los motivos de apelación coincidentes con los esgrimidos en el presente rollo de apelación. Y así, en la Sentencia de 28 de junio de 2010 (Pte. Sra. Gaitón Redondo), teniendo presente el substrato fáctico concurrente, los términos del contrato, y las alegaciones de la parte recurrente declaramos (en lo coincidente con el presente litigio), dijimos que:
"TERCERO.-Con arreglo a tal relato fáctico, y dados los términos del contrato, no cabe sino confirmar la sentencia dictada en la instancia, teniendo en cuenta al respecto las siguientes consideraciones al hilo de las alegaciones de la parte recurrente: (…)
f) Por mas que se barajen por la recurrente los diferentes plazos a que se refiere el contrato de compraventa (inicio de obra, entrega llaves), lo cierto es que las obras desde enero de 2008 se encuentran en el mismo estado y que el incumplimiento contractual de la vendedora se ha producido tras la declaración de su estado concursal (13 de mayo de 2008), pues con arreglo al contrato y aún computando como inicio de las obras la fecha de la única certificación de obra (31/01/2998) los veinte meses que establecía la cláusula cuarta para la entrega de las llaves terminarían el 31 de septiembre de 2009, fecha ésta transcurrida en exceso que permite afirmar sin lugar a dudas la frustración del fin contractual y la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil.
g) No cabe inferir del tenor de la sentencia de la instancia que en ésta se declare que el incumplimiento por la vendedora es anterior a la declaración del concurso, pues claramente se indica en dicha resolución que la parte actora resulta acreedora contra la masa del concurso. Las fechas tenidas en cuenta por el Juzgador -certificación de obra y burofax-viene referidas a la constatación de la situación de las obras y a la actitud del comprador en momento anterior a la declaración del concurso y no, como pretende la parte recurrente, a una resolución por incumplimiento anterior a tal declaración concursal. Y,
h) Cuantas consideraciones han sido expuestas conllevan al mantenimiento del pronunciamiento de la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora posterior a la declaración del concurso, de modo que las cantidades a devolver al comprador han de tener la consideración de crédito contra la masa conforme a lo previsto en el artículo 84.1.6º de la Ley Concursal."
Criterio que se reitera en las resoluciones ulteriores de 29 de junio, 5 de julio y 14 de octubre de 2010.
Atendido cuanto se expone en ellas, y siendo de aplicación al caso que ahora se somete a nuestra consideración, hemos de concluir en la desestimación del recurso de apelación y en la confirmación de la resolución apelada en todos sus extremos. ": SAP Valencia (Sección 9) 18.11.2010 (Sentencia 342/2010; Rollo 455/2010)

"TERCERO.- Sentado lo que precede, la cuestión a valorar en segundo lugar es la relativa a la pretensión referente a la extensión y consecuencias económicas de la resolución a que se da lugar.
Tal y como venía indicado en sentencia, ya citada, dictada en R.A. 183/10, con fecha 11 de Junio de 2010, y reitera la de 14-2-11 "no cabe acoger la pretensión relativa a la condena al pago de los intereses legales devengados por dicha cantidad desde la fecha de su entrega y hasta su completo pago pues, habiéndose declarado el concurso de Mercado Hipotecario Inmobiliario SL por Auto de fecha 25 de febrero de 2008, es claro que el incumplimiento contractual se produjo con posterioridad a tal declaración (fecha máxima de entrega y escritura era el 22 de noviembre de 2008 y los seis meses a que se refiere la cláusula 6ª se cumplían el 22 de mayo de 2009), lo que determina la aplicación del artículo 59 de la Ley Concursal, conforme al cual desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real; produciéndose la obligación de pago con posterioridad a la declaración del concurso, no cabe imponer a la entidad concursada devengo de interés legal alguno.
No procede, por lo expuesto concesión de interés alguno, ni por el retraso sufrido, en relación con el porcentaje entregado a cuenta del precio, ni desde la reclamación efectuada, lo que ha determinar, en definitiva, la estimación parcial de la demanda, al rechazarse tal petición.
Finalmente, sobre la consideración del crédito, ha de tenerse en cuenta que el incumplimiento ha sido posterior, en todos los casos, a la fecha de declaración del concurso de Mercado Hipotecario Mediterráneo SL, por auto de 25-2-2008, "por lo que debe ser declarado de acuerdo con el artículo 84.2 de la Ley Concursal crédito contra la masa", como se declaró en sentencia dictada en rollo apelación 240/10, de 7-7-10 -sobre la obra de calle Treballadors 35-. Así del examen de la demanda resulta, por el propio orden en que en aquella se indica, que el objeto de los contratos (documentos 1 y 2) del primer demandante, debían haber sido puestos a disposición del mismo el 21-8-08 y 25-9-08 respectivamente; en cuanto al tercer contrato, el 26-12-08; respecto del cuarto contrato, el 18-9-08 y del quinto y sexto contrato, el 18-12-08.
Por lo demás, no se han discutido ni las fechas ni las cantidades referidas en la demanda, respecto de los contratos a que se refiere, por lo que se acoge lo solicitado en sus propios términos, sin que resulte procedente examinar aquí lo relativo al incumplimiento de la obligación de entrega de avales, puesto que, como se expresa en la demanda, tal cuestión es objeto de otro incidente.": SAP Valencia (Sección 9) 04.10.2011 (Sentencia 366/2011; Rollo 420/2011)

JM-1 Alicante

"CUARTO Los efectos de la resolución contractual

La resolución contractual lleva aparejada varios efectos, unos de carácter necesario (la eficacia liberatoria) y otros contingentes (eficacia restitutoria e indemnizatoria)
La resolución contractual produce la extinción de la relación obligatoria para el futuro, de manera que quedan liberadas las partes de las obligaciones asumidas en virtud del contrato pendientes de ejecución (así lo dice elart 62.4 expresamente), y por ende la promotora concursada ya no deberá entregar la vivienda, sin que tampoco esté obligado el comprador a abonar cantidad alguna
Junto a esta eficacia liberatoria, se predica la eficacia restitutoriaex art. 1303 y concordantes CC por extensión al implicar la resolución la pérdida de vigencia sobrevenida de la relación contractual (STS 20/7/2001 (RJ 2001, 8403)), siendo doctrina consolidada que " la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos ex nunc, sino ex tunc, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluído, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en elartículo 1.295 del Código Civil al que expresamente se remite elartículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en elartículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en elartículo 1.123. " (STS 17/6/1986 (RJ 1986, 3554)) con la matización respecto de los contratos de tracto sucesivo en los se predica la eficacia ex nunc de la resolución,, ya que como dice la doctrina más autorizada (Narciso), en los contratos de tracto sucesivos o duraderos las prestaciones a que dan lugar gozan de autonomía, satisfacen el interés de los contratantes a medida que se ejecutan; por tanto, no se devuelven estas y sus correspectivos, el sinalagma ha funcionado hasta el momentos de la resolución.
En el caso que nos ocupa al ser la compraventa un contrato de tracto único (STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997, 665), entre otras) hay que restituir al comprador las cantidades ya abonadas, sin que éste tenga nada que devolver al no haber recibido nada, pues hasta la traditio el contrato no tiene eficacia real (art 609 CC)
El problema que se suscita y que mantiene dividida a la doctrina es la calificación (concursal o contra la masa) de esa suma y en el fondo si la norma concursal contempla dicha eficacia restitutiva.
Al respecto elart 62.4 dice " Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda" a completar con elart 84.2.6 LC según el cual son créditos contra la masa "Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado".
La norma delart 62.4 aparece como incompleta, ya que i) solo contempla las consecuencias partiendo de que el concursado es el incumplidor y ii) se limita a calificar el crédito a favor del contratante in bonis respecto de las obligaciones vencidas y no cumplidas por el concursado: crédito concursal o crédito contra la masa según sea, respectivamente, el incumplimiento del concursado anterior o posterior a la declaración del concurso. Es decir, más que a regular la eficacia restitutoria parece limitarse a decir cómo se pagan las obligaciones vencidas y no atendidas por el concursado: con dinero concursal o de manera prededudicible según la obligación haya incumplida antes o después de la declaración de concurso, pero no cómo se restituyen la prestaciones parcialmente ejecutadas por una o ambas partes, o más concretamente si la suma dineraria a restituir por el deudor concursado (ya porque eso es lo que recibió ya porque la cosa objeto de contrato recibida se halla en poder de terceros,art 1195 CC al que se remite elart 1124 CC) es un derecho de crédito concursal o contra la masa.
Por otra parte, complica más el panorama el que la hipótesis legal parece que está pensada para obligaciones autónomas cada una respecto de las demás y en la que cada una de ellas satisface el interés del acreedor, que es lo propio de los contratos de tracto sucesivo, pero no ocurre así en los de tracto único, en los que aunque se fraccionen, las distintas prestaciones (vgra los distintos pagos) obedecen en realidad a una prestación única (pago del precio) sin que de manera aislada satisfagan el interés del acreedor
Por ello un sector doctrinal -entre otrosIrene - considera que elart 62.4 solo contempla la resolución de los contratos de tracto sucesivo en los que la eficacia es ex nunc y solo opera ad futuro
El otro precepto citado-art 84.2.6 - resuelve parcialmente el problema, ya que califica como crédito contra la masa los créditos que resulten de... obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución...por incumplimiento del concursado. Por tanto si el incumplimiento del contrato se produce tras la declaración de concurso, el derecho de restitución a favor del contratante in bonis es un crédito contra la masa, al margen del momento temporal en el que haya recibido el concursado la prestación a restituir
La solución se ha dicho que es parcial pues no contempla el supuesto de que el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, ya que en ese caso no parece que se pueda hablar de que el concursado incumplió, ya que lo hizo el deudor -la promotora - antes de adquirir la condición que prevé elart 84.2.6.
En esa tesitura son varias las razones que abocan a calificar en ese caso el derecho de crédito derivado de la restitución como crédito concursal ordinario: i) la ausencia de norma expresa que le otorgue la condición de crédito contra la masa, que no pueden presumirse (art 84.1 LC); ii) elart 84.2.6 º a sensu contrario, pues si éste solo califica contra la masa el crédito restitutorio derivado del incumplimiento del deudor concursado, hay que entender que distinto ha de ser el tratamiento en caso de incumplimiento del deudor antes de la declaración de concurso; iii) la interpretación sistemática con elart 73.3 y 86.2.8 LC (en sede de reintegración) en los que, tratándose de supuestos también de ineficacia contractual expresamente sí se prevé que el derecho a la restitución tendrá la consideración de crédito contra la masa; previsión que aquí no aparece; iv) la interpretación teleológica, dado que los créditos contra la masa, salvo las excepciones legales, parecen

responden a actuaciones postconcursales (art 84.2.5 o 84.2.9), independientemente del momento en que se declaran estas

E iguales razonamientos son trasladables respecto de la eficacia indemnizatoria, pues elart 84.2.6 solo considera como crédito contra la masa las obligaciones de... indemnización en caso de resolución... por incumplimiento del concursado",esto es, por incumplimientos postconcursales, no en el caso de incumplimiento del deudor promotor antes de la declaración de concurso, por lo que por lo dicho ut supra, el crédito indemnizatorio se califica como concursal ordinario, coherente así con la del efecto restitutorio, con una especialidad impuesta por la legislación concursal y es la relativa a los intereses en caso de crédito concursal, que por imperativo delart 92.3 tienen la consideración de subordinados

En el caso concreto viviendas con entrega de cantidades anticipadas es de aplicación la legislación protectora contenida en laLey 57 /1968, de 27 julio de 1968 que regula percepción de cantidades anticipadas en su construcción y venta cuyoarticulo 3 dice que" Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por 100 de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda"; derechos que tienen el carácter de irrenunciables (art 7), por lo que entran en juego aunque el pacto convencional nada diga al respecto, si bien con una puntualización en cuanto al tipo de interés. Aunque hay resoluciones que aplican ese interés (entre otrasSAP de Asturias de 27/6/2005 (JUR 2005, 203199) o AAP de Valencia de 28/11/2008) otras se decantan por entender que los intereses son los legales, dada la redacción de laDisposición Adicional de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999 (SAP de Murcia de 25/11/2008 (JUR 2008, 117906)), que es la que se asume a la vista de que es la seguida en recientesentencia de 14 de enero de 2009 (JUR 2009, 129797)por la AP de Alicante, Sección 8ª, y que justifica el cambio de parecer frente a un caso puntual resuelto con anterioridad en este Concurso

QUINTO Las consecuencias concretas

En el caso presente para determinar las consecuencias de la resolución contractual hay que tener en cuenta los siguientes parámetros:

a) la suma anticipada por el/los compradores es de 79.365 ? euros (reconocidos por ? cada uno de ellos por la AC)

b) la fecha convenida para la entrega de la vivienda por la promotora es el mes de marzo de 2009

c) el concurso de la promotora se declara porauto de 19 de mayo de 2008 y las obras del complejo residencial objeto de promoción a la fecha de la declaración de concurso apenas llega al 1% según la concursada, sin constar la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación ni la concesión de licencias de obras de edificación para viviendas

d) tales licencias no se han obtenido y la actividad constructiva está paralizada desde la declaración de concurso y la entrega de vivienda no se ha efectuado

Si trasladamos tales consideraciones al supuesto fáctico antes descrito, la conclusión a la que se llega es que nos encontramos ante un contrato que al tiempo de declararse el concurso estaba ya incumplido por la promotora vendedora, pues no se trata de un mero retraso sino de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración económico del contrato (SS. de 20-6-1993 (RJ 1993, 5378) y 4-10-1996 (RJ 1996, 7036)). Y todo ello al margen de las consecuencias que en sede de calificación concursal o en otro orden pudieran derivarse de esa actuación de la deudora

En consecuencia, por aplicación de lo antes desglosado, las consecuencias derivadas de la resolución son las siguientes: a) la promotora concursada ya no deberá entregar la vivienda, sin que tampoco esté obligado el/os comprador/es a abonar cantidad alguna; b) la promotora concursada debe devolver la suma anticipada, que tiene la calificación de crédito concursal; c) la promotora concursada debe al comprador en concepto de daños y perjuicios la suma resultante de aplicar a la cantidad anterior el interés legal anual desde la fecha de los pagos anticipados, hasta la fecha de declaración de concurso (art 59 LC) con la calificación de crédito concursal subordinado": SJM-1 Alicante 15.06.2009 (AC 2009/1647; Sentencia 125/2009; Incidente Concursal 17/2009)

"La impugnación plantea una de las polémicas esenciales de este proceso concursal: el reflejo en la lista de acreedores del actor que ocupa la posición de comprador en un contrato de compraventa de vivienda futura sobre plano concertado en su día con la mercantil HERRADA DEL TOLLO SL, después declarada en concurso, habiendo verificado el primero el pago parcial mediante cantidades a cuenta de una vivienda que no ha sido construida

En concreto las discrepancias se reducea: a) la cuantía a reconocer, al interesarse la suma de 31.842 ? frente a los 17.997 ? reconocidos y b) la calificación del crédito, que la parte actora pretende que sea crédito contra la masa frente al calificación de concursal ordinario condicional que figura en la lista de acreedores

SEGUNDO La realidad fáctica relevante

En el caso presente para determinar la posición jurídica del/os actor/a/s en la lista de acreedores hay que tener en cuenta los siguientes datos:

a) en fecha previa a la declaración de concurso el/la/s actor/a/s y HERRADA DEL TOLLO suscriben un contrato por el que esta última se obligaba a entregar, previa su construcción, un inmueble en el complejo residencial Santa Ana del Monte, Jumilla Golf

b) la suma anticipada entregada antes de la declaración de concurso por el/los comprador/es es de 17.997? euros

c) la fecha convenida para la entrega de la vivienda por la promotora es el mes de junio de 2007

d) el concurso de la promotora se declara porauto de 19 de mayo de 2008 y las obras del complejo residencial objeto de promoción a la fecha de la declaración de concurso apenas llega al 1% según la concursada, sin

constar la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación ni la concesión de licencias de obras de edificación para viviendas
e) tales licencias no se han obtenido y la actividad urbanizadora está paralizada desde la declaración de concurso, y la entrega de vivienda no se ha efectuado, cuya construcción no se ha iniciado
(…)
El contrato por el que una de las partes, la promotora vendedora, se obliga a entregar una vivienda en proyecto o en construcción, una vez terminada ésta, a cambio de un precio, constituye una modalidad especial de la compraventa de cosa futura, que ofrece especiales características en los supuestos en los que el comprador anticipa pagos parciales del precio, que permiten al promotor vendedor la financiación, al menos parcial, de la obra en proyecto a cambio de la simple promesa de la entrega de la futura vivienda.
En las ventas sobre plano de viviendas en construcción, éstas no tienen una existencia actual, sino futura, aunque gráficamente prefigurada y en vías de conformación. De esta manera a la obligación del promotor vendedor de entregar la posesión inherente a la compraventa se halla indisolublemente unida, como premisa o presupuesto de su exacto cumplimiento, la de ejecutar u ordenar ejecutar la obra de modo que las viviendas construidas se ajusten a las previsiones del plano incorporado al contrato, y una desviación esencial de esta última conlleva un incumplimiento mismo del contrato al imposibilitar la obligación de entrega
Si trasladamos tales consideraciones al supuesto fáctico antes descrito, la conclusión a la que se llega es que nos encontramos ante un contrato que al tiempo de declararse el concurso estaba ya incumplido por la promotora vendedora, pues no se trata de un mero retraso sino de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración económico del contrato (SS. de 20-6-1993 (RJ 1993, 5378) y 4-10-1996 (RJ 1996, 7036)). Y todo ello al margen de las consecuencias que en sede de calificación concursal o en otro orden pudieran derivarse de esa actuación de la deudora
Ninguna duda ofrece en el caso presente en el que la fecha de entrega de la vivienda era anterior a la declaración de concurso
TERCERO El crédito del comprador de vivienda sobre plano
Frente a algunas tesis que niegan la condición de acreedor en el concurso al comprador de vivienda sobre plano, entiendo que sí tiene un derecho de crédito frente al vendedor, si bien no es una prestación dineraria sino una cosa futura: la vivienda descrita en el plano
Contempla expresamente elart 88 LC que "Los créditos que tuvieran por objeto prestaciones no dinerarias...se computarán por el valor de las prestaciones... en la fecha de la declaración del concurso" si bien " A los solos efectos de la cuantificación del pasivo... sin que ello suponga su conversión ni modificación", quedando convertidos en dinero con la apertura de la liquidación (art. 146); efecto que debe conjugarse con el principio de continuación de la actividad empresarial (art 44) y la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento delart 61.2
Elart 88 LC da, pues, una respuesta parcial al problema concreto suscitado, ya que del mismo se deriva el reconocimiento en el pasivo concursal a favor del comprador una suma dineraria equivalente al valor de la vivienda (la prestación a recibir) en la fecha de declaración de concurso.
Ahora bien, no es completa dado que ese valor tiene como contraprestación el precio que se obliga a abonar el comprador, solo atendido en una parte (los pagos previos a la declaración de concurso) quedando pendiente la parte sustancial (al momento de la entrega y escrituración a su favor). Si se considerase, sin más, elart 88 LC podría darse en caso de liquidación una situación injustificada: el comprador tendría derecho al equivalente total de su prestación sin haber cumplido buena parte de su contraprestación, inexigible por la mercantil promotora si no lleva a buen término la construcción proyectada y comprometida. Por eso lo cierto es que ese importe total a reconocer por aplicación delart 88 está sujeto a una contingencia futura, que tal vez explique la calificación otorgada por la admón concursal, pero técnicamente la catalogación de condición suspensiva es discutible, extremo que no es baladí ya que conlleva la imposibilidad de ejercicio de derechos políticos o de voto, sin que parezca que quepa una interpretación extensiva de esa categoría si con ello se cercenan derechos de los acreedores
Tal vez la explicación se encuentre en que de esta manera la admon concursal discrimina en el crédito "computado" en dinero entre aquella parte que corresponde a cantidades anticipadas (sin contingencia) y la que corresponde a pendiente de entregar (que la contingencia). Es una tesis sugerente pero creo que provoca una pérdida de derechos de voto de los acreedores que no es admisible, sin perder de vista que lo relevante si la prestación no se cumple in natura por una de las partes es que la contraparte tiene derecho a la restitución de la suya, de manera que en el caso de contratos de venta de vivienda futura, si ésta no se entrega lo que tendrá derecho el comprador es a la devolución de las cantidades entregadas, con los daños y perjuicios derivados, que en caso de intereses se sujetan a las normas delart 59 y 92 LC
CUARTO La calificación del crédito del comprador de vivienda sobre plano
A la hora de calificar en el informe que pone fin a la fase común ese crédito "computado" en dinero las hipótesis que se plantean son dos: crédito concursal, que es la sostenida por la admón concursal básicamente por tratarse de contratos incumplidos antes de la declaración de concurso o, crédito contra la masa, que se sustenta, en esencia, en elart 61.2 en relación con elart 84.2.6 LC, según los cuales las prestaciones a que esté obligado el concursado en contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento se realizaran con cargo a la masa. No obstante esto último, son varias las razones que impiden estimar la calificación pretendida
En primer lugar, elart 61.2 y elart 84.2.6 ab inicio hacen referencia a la prestación que debe atender el concursado como contrapartida de la que recibe pendiente concurso en ese tipo de contratos que permanecen y despliegan con normalidad sus efectos tras la declaración de concurso, no al equivalente pecuniario (valor de la vivienda). Dicho de otro modo, si la vivienda se termina se debe entregar al comprador que pagará el resto. Así lo exige elart 44 y 61.2 LC y el respeto a los pactos (art 1088, 1091, 1255 y concordantes CC). Si el

contrato no se cumple, lo que entra en juego es el efecto restitutorio, que no se prevé en elart 61.2 y solo parcialmente en elart 62.4 y 84.2.6 LC in fine
En segundo lugar, y conectado con lo anterior, la hipótesis legal contemplada en elart 61.2 no parece referirse a aquellos contratos que estaban ya incumplidos por el deudor (aquí la promotora) antes de la declaración de concurso (supuesto de autos),sino que está contemplando contratos que no solo no se han resueltos sino que están cumpliéndose y en los que se garantiza al contratante in bonis que la contraprestación a percibir por seguir realizando sacrificios queda al margen del concurso al calificarse como crédito prededucible y no sujeta a la ley del dividendo
En tercer lugar, y relacionado con lo antes dicho, la calificación del crédito restitutorio es dispar según el contrato con obligaciones recíprocas se incumpla antes o tras la declaración de concurso.
Tal y como se ha dicho por este Juzgado en múltiples incidentes recaídos en este concurso sobre resoluciones de contratos del tipo que nos ocupa " la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos ex nunc, sino ex tunc, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluído, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en elartículo 1.295 del Código Civil al que expresamente se remite elartículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en elartículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en elartículo 1.123. " (STS 17/6/1986 (RJ 1986, 3554))
Al ser la compraventa un contrato de tracto único (STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997, 665), entre otras) hay que restituir al comprador las cantidades ya abonadas, sin que éste tenga nada que devolver al no haber recibido nada, pues hasta la traditio el contrato no tiene eficacia real (art 609 CC)
Elart 84.2.6 resuelve parcialmente el problema, ya que califica como crédito contra la masa los créditos que resulten de... obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución...por incumplimiento del concursado. Por tanto si el incumplimiento del contrato se produce tras la declaración de concurso, el derecho de restitución a favor del contratante in bonis es un crédito contra la masa
En el supuesto de que el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso elart 84.2.6 no da la respuesta ya que en ese caso no parece que se pueda hablar de que el concursado incumplió, ya que lo hizo el deudor -la promotora - antes de adquirir la condición que prevé elart 84.2.6.
En esa tesitura son varias las razones que abocan a calificar el derecho de crédito derivado de la restitución como crédito concursal ordinario: i) la ausencia de norma expresa que le otorgue la condición de crédito contra la masa, que no pueden presumirse (art 84.1 LC); ii) elart 84.2.6 º a sensu contrario, pues si éste solo califica contra la masa el crédito restitutorio derivado del incumplimiento del deudor concursado, hay que entender que distinto ha de ser el tratamiento en caso de incumplimiento del deudor antes de la declaración de concurso; iii) la interpretación sistemática con elart 73.3 y 86.2.8 LC (en sede de reintegración) en los que, tratándose de supuestos también de ineficacia contractual expresamente sí se prevé que el derecho a la restitución tendrá la consideración de crédito contra la masa; previsión que aquí no aparece; iv) la interpretación teleológica, dado que los créditos contra la masa, salvo las excepciones legales, parecen responden a actuaciones postconcursales (art 84.2.5 o 84.2.9), independientemente del momento en que se declaran estas
Por tanto, si el contrato estaba ya incumplido en situación preconcursal y lo que entrará en juego ante la falta de entrega in natura es el efecto restitutorio, y conforme a éste la calificación de ese crédito de restitución es concursal y no crédito contra la masa, parece más acertado otorgar a ese crédito "computado" en dinero delart 88 LC la calificación de concursal ordinario (al no tener privilegio ni subordinación alguna), recordando en todo caso que ello no implica la conversión o modificación del crédito no dinerario
Finalmente hay un argumento teológico: el carácter extraconcursal de determinados créditos (contra la masa) sólo tiene razón de ser cuando los acreedores contribuyen con su sacrificio "actual" al mantenimiento de la actividad patrimonial del concursado. Ese es el principio que preside la regulación de los créditos contra la masa (art. 84 LC), pues como tales se entienden los que se adquieren por el concursado o por la administración del concurso tras la declaración del concurso (salvo los delart. 84.2.1ª : salarios de los últimos 30 días), en interés común de los acreedores para lograr la finalidad del concurso, esto es, maximizar el valor del patrimonio concursal y continuar la actividad, como medio para alcanzar el fin primordial de la satisfacción (cobro) de los acreedores, y todo ello huyendo de privilegios entre ellos (pars conditio creditorum). Por esa razón tales deudas posteriores (de la masa) se satisfacen antes que las deudas del concursado. Y aquí esa nota no se puede predicar: los acreedores lo son previos al concurso y su sacrificio ya se ha producido cuando éste se declara, ya que aquí no hay las cantidades entregadas postconcursales". SJM-1 Alicante 15.06.2009 (AC 2009/1648; Sentencia 132/2009; Incidente Concursal 26/2009)

"Quinto. Los efectos de la resolución contractual.- La resolución contractual lleva aparejada varios efectos, unos de carácter necesario (la eficacia liberatoria) y otros contingentes (eficacia restitutoria e indemnizatoria)
La resolución contractual produce la extinción de la relación obligatoria para el futuro, de manera que quedan liberadas las partes de las obligaciones asumidas en virtud del contrato pendientes de ejecución (así lo dice el art 62.4 expresamente), y por ende la promotora concursada ya no deberá entregar la vivienda, sin que tampoco esté obligado el comprador a abonar cantidad alguna
Junto a esta eficacia liberatoria, se predica la eficacia restitutoria ex art. 1303 y concordantes CC por extensión al implicar la resolución la pérdida de vigencia sobrevenida de la relación contractual (STS 20/7/2001), siendo doctrina consolidada que "la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos ex nunc, sino ex tunc, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en

cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código Civil al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1.123." (STS 17/6/1986) con la matización respecto de los contratos de tracto sucesivo en los se predica la eficacia ex nunc de la resolución, ya que como dice la doctrina más autorizada (Diez Picazo), en los contratos de tracto sucesivos o duraderos las prestaciones a que dan lugar gozan de autonomía, satisfacen el interés de los contratantes a medida que se ejecutan; por tanto, no se devuelven estas y sus correspectivos, el sinalagma ha funcionado hasta el momentos de la resolución.

En el caso que nos ocupa al ser la compraventa un contrato de tracto único (STS de 10 de febrero de 1997, entre otras) hay que restituir al comprador las cantidades ya abonadas, sin que éste tenga nada que devolver al no haber recibido nada, pues hasta la traditio el contrato no tiene eficacia real (art 609 CC)

El problema que se suscita y que mantiene dividida a la doctrina es la calificación (concursal o contra la masa) de esa suma y en el fondo si la norma concursal contempla dicha eficacia restitutiva.

Al respecto el art 62.4 dice " Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda" a completar con el art 84.2.6 LC según el cual son créditos contra la masa "Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado".

La norma del art 62.4 aparece como incompleta, ya que i) solo contempla las consecuencias partiendo de que el concursado es el incumplidor y ii) se limita a calificar el crédito a favor del contratante in bonis respecto de las obligaciones vencidas y no cumplidas por el concursado: crédito concursal o crédito contra la masa según sea, respectivamente, el incumplimiento del concursado anterior o posterior a la declaración del concurso. Es decir, más que a regular la eficacia restitutoria parece limitarse a decir cómo se pagan las obligaciones vencidas y no atendidas por el concursado: con dinero concursal o de manera prededucible según la obligación haya incumplida antes o después de la declaración de concurso, pero no cómo se restituyen las prestaciones parcialmente ejecutadas por una o ambas partes, o más concretamente si la suma dineraria a restituir por el deudor concursado (ya porque eso es lo que recibió ya porque la cosa objeto de contrato recibida se halla en poder de terceros, art 1195 CC al que se remite el art 1124 CC) es un derecho de crédito concursal o contra la masa.

Por otra parte, complica más el panorama el que la hipótesis legal parece que está pensada para obligaciones autónomas cada una respecto de las demás y en la que cada una de ellas satisface el interés del acreedor, que es lo propio de los contratos de tracto sucesivo, pero no ocurre así en los de tracto único, en los que aunque se fraccionen, las distintas prestaciones (vgra los distintos pagos) obedecen en realidad a una prestación única (pago del precio) sin que de manera aislada satisfagan el interés del acreedor

Por ello un sector doctrinal –entre otros Martínez Florez- considera que el art 62.4 solo contempla la resolución de los contratos de tracto sucesivo en los que la eficacia es ex nunc y solo opera ad futuro

El otro precepto citado-art 84.2.6- resuelve parcialmente el problema, ya que califica como crédito contra la masa los créditos que resulten de… obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución… por incumplimiento del concursado. Por tanto si el incumplimiento del contrato se produce tras la declaración de concurso, el derecho de restitución a favor del contratante in bonis es un crédito contra la masa, al margen del momento temporal en el que haya recibido el concursado la prestación a restituir

La solución se ha dicho que es parcial pues no contempla el supuesto de que el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, ya que en ese caso no parece que se pueda hablar de que el concursado incumplió, ya que lo hizo el deudor –la promotora – antes de adquirir la condición que prevé el art 84.2.6.

En esa tesitura son varias las razones que abocan a calificar en ese caso el derecho de crédito derivado de la restitución como crédito concursal ordinario:

i) la ausencia de norma expresa que le otorgue la condición de crédito contra la masa, que no pueden presumirse (art 84.1 LC).

ii) el art 84.2.6 º a sensu contrario, pues si éste solo califica contra la masa el crédito restitutorio derivado del incumplimiento del deudor concursado, hay que entender que distinto ha de ser el tratamiento en caso de incumplimiento del deudor antes de la declaración de concurso

iii) la interpretación sistemática con el art 73.3 y 86.2.8 LC (en sede de reintegración) en los que, tratándose de supuestos también de ineficacia contractual, expresamente sí se prevé que el derecho a la restitución tendrá la consideración de crédito contra la masa; previsión que aquí no aparece

iv) la interpretación teleológica: los créditos contra la masa, salvo las excepciones legales, responden a actuaciones postconcursales (art 84.2.5 o 84.2.9), independientemente del momento en que se declaran estas.

El carácter extraconcursal de determinados créditos (contra la masa) sólo tiene razón de ser cuando los acreedores contribuyen con su sacrificio "actual" al mantenimiento de la actividad patrimonial del concursado. Ese es el principio que preside la regulación de los créditos contra la masa (art. 84 LC), pues como tales se entienden los que se adquieren por el concursado o por la administración del concurso tras la declaración del concurso (salvo los del art. 84.2.1ª : salarios de los últimos 30 días), en interés común de los acreedores para lograr la finalidad del concurso, esto es, maximizar el valor del patrimonio concursal y continuar la actividad, como medio para alcanzar el fin primordial de la satisfacción (cobro) de los acreedores, y todo ello huyendo de privilegios entre ellos (pars conditio creditorum). Por esa razón tales deudas posteriores (de la masa) se satisfacen antes que las deudas del concursado. Y aquí esa nota no se puede predicar: los acreedores lo son

previos al concurso y su sacrificio ya se ha producido cuando éste se declara, ya que aquí no hay las cantidades entregadas postconcursales
E iguales razonamientos son trasladables respecto de la eficacia indemnizatoria, pues el art 84.2.6 solo considera como crédito contra la masa las obligaciones de... indemnización en caso de resolución... por incumplimiento del concursado", esto es, por incumplimientos postconcursales, no en el caso de incumplimiento del deudor promotor antes de la declaración de concurso, por lo que por lo dicho ut supra, el crédito indemnizatorio se califica como concursal ordinario, coherente así con la del efecto restitutorio, con una especialidad impuesta por la legislación concursal y es la relativa a los intereses en caso de crédito concursal, que por imperativo del art 92.3 tienen la consideración de subordinados
En el caso concreto de viviendas con entrega de cantidades anticipadas es de aplicación la legislación protectora contenida en la Ley 57 /1968, de 27 julio de 1968, que regula percepción de cantidades anticipadas en su construcción y venta cuyo articulo 3 dice que" Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por 100 de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda"; derechos que tienen el carácter de irrenunciables (art 7), por lo que entran en juego aunque el pacto convencional nada diga al respecto, si bien con una puntualización en cuanto al tipo de interés. Aunque hay resoluciones que aplican ese interés (entre otras SAP de Asturias de 27/6/2005 o AAP de Valencia de 28/11/2008) otras se decantan por entender que los intereses son los legales, dada la redacción de la Disposición Adicional de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999 (SAP de Murcia de 25/11/2008), que es la que se asume a la vista de que es la seguida en reciente sentencia de 14 de enero de 2009 por la AP de Alicante, Sección 8ª
Sexto.- Las consecuencias concretas
En el caso presente para determinar las consecuencias de la resolución contractual hay que tener en cuenta los siguientes parámetros que se desprenden de los documentos aportados y las manifestaciones de las partes, ante la ausencia de oposición:
a) el contrato de compraventa de vivienda futura se firmo el 24/1/2007
b) la suma anticipada antes de la declaración de concurso por los compradores es de 46.300 € euros
c) la fecha convenida para la entrega de la vivienda por la promotora es el mes de enero de 2008
d) por burofax de 8/9/2008 los compradores resuelven extrajudicialmente el contrato y reclaman las sumas anticipadas e intereses
e) el concurso de la promotora se declara por auto de 13/11/2008
Si trasladamos tales consideraciones al supuesto fáctico antes descrito la conclusión a la que se llega es que nos encontramos ante un contrato que al tiempo de declararse el concurso estaba ya incumplido por la promotora vendedora, pues no se trata de un mero retraso sino de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración económico del contrato (SS. de 20-6-1993 y 4-10-1996). Y ello porque en las ventas sobre plano de viviendas en construcción, éstas no tienen una existencia actual, sino futura, aunque gráficamente prefigurada y en vías de conformación. De esta manera a la obligación del promotor vendedor de entregar la posesión inherente a la compraventa se halla indisolublemente unida, como premisa o presupuesto de su exacto cumplimiento, la de ejecutar u ordenar ejecutar la obra de modo que las viviendas construidas se ajusten a las previsiones del plano incorporado al contrato, y una desviación esencial de esta última conlleva un incumplimiento mismo del contrato al imposibilitar la obligación de entrega
En definitiva, por aplicación de lo antes desglosado, las consecuencias derivadas de la resolución son las siguientes: a) la promotora concursada ya no deberá entregar la vivienda, sin que tampoco esté obligado el/os comprador/es a abonar cantidad alguna; b) la promotora concursada debe devolver la suma anticipada, que tiene la calificación de crédito concursal ordinario; c) la promotora concursada debe al comprador en concepto de daños y perjuicios la suma resultante de aplicar a la cantidad anterior el interés legal anual desde la fecha de los pagos anticipados, hasta la fecha de declaración de concurso (art 59 LC) con la calificación de crédito concursal subordinado
Procede, pues, declarar bien hecha la resolución extrajudicial, pero discrepando de la calificación concursal de las sumas a devolver y resarcir, que son concursales y no créditos contra la masa máxime cuando por la eficacia retroactiva de al resolución eran ya debidos antes de la declaración de concurso ":SJM-1 Alicante 19.10.2009 (Incidente Concursal 621/2009)

JM-1 Avila

"PRIMERO.- Mediante la demanda rectora del presente procedimiento pretende la parte actora, la resolución del contrato de compraventa junto con la reclamación de cantidad. La base fáctica de su pretensión se sustenta en el incumplimiento por parte de la mercantil concursada de la entrega de la vivienda proyectada en atención al contrato privado de compraventa suscrito entre ambas de fecha 21 de diciembre de 2.006, en el plazo estipulado. El precio de la compraventa quedo fijado en la cantidad de 220.000 euros (IVA incluido), teniendo satisfecho hasta la fecha la cantidad de 20.500 euros.
Las partes se oponen en suma, no a la resolución del contrato sino a la calificación del crédito, mientras que la mercantil concursada entiende que el crédito debe calificarse como ordinario en la suma de 20.500 euros y subordinado en lo que pudiera corresponder a intereses, por su parte la administración concursal, se opone a la devolución de las cantidades como a las indemnizaciones solicitadas en concepto de crédito contra la masa, por figurar el crédito en la lista de acreedores.
Son hechos no controvertidos los siguientes:

1.- la suma anticipada por el comprador es de 20.500 euros.
2.- la fecha convenida para la entrega de la vivienda por la promotora antes del día 31 de enero de 2.008.
3.- el concurso de la promotora se declara por auto de fecha 14 de julio de 2.009.
4.- la entrega de vivienda no se ha efectuado sin que se hayan acreditado circunstancias que no le sean imputables.
Constituyen una forma común de financiación de una promoción inmobiliaria la venta sobre plano de los pisos, locales y, en general, inmuebles objeto de construcción, en los que sin perjuicio de haberse determinado ya los elementos del contrato de compraventa, sobre todo el precio cierto y la cosa determinada, aunque ésta no exista o esté completamente terminado en ese momento, el cumplimiento de las prestaciones debidas para ambas partes de demora en el tiempo. El promotor se compromete en un tiempo determinado a concluir la construcción del inmueble y a entregarla al comprador, quien asume la obligación de pagar el resto del precio, ordinariamente por medio de cuotas de vencimiento periódico y sucesivo.
La declaración de concurso del promotor ocasiona determinados efectos sobre estos contratos, que se encuentran pendientes de cumplimiento, que afectan fundamentalmente a su vigencia y cumplimiento, así como a la calificación de los créditos que el desarrollo y la resolución de dichos contratos hayan podido generar.
El régimen jurídico aplicable se halla en los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal. Resulta, pues, esencial la clasificación previa del tipo contractual, pues ello desencadena el régimen de la facultades resolutorias y la clasificación de créditos.
En primer lugar se hace necesario partir de la naturaleza del contrato de compraventa. Nuestro ordenamiento jurídico exige para la transmisión del dominio titulo y modo (609 del CC), por ello en el contrato de compraventa no es suficiente con el contrato privado -en este caso elevado a escritura pública al tratarse de un bien inmueble- sino además la entrega de la vivienda. De este modo el contrato por si solo no les convierte a los compradores en propietarios.
1. Se trata de un contrato bilateral, sinalagmático y con obligaciones reciprocas para ambas partes además de ser un contrato de tracto único.
2. Del referido contrato se derivan obligaciones para ambas partes, la del vendedor consiste en hacer y dar, mientras que la del comprador consiste en entregar el precio cierto a cambio de una cosa futura, antes de iniciar la construcción o durante la misma.
3. La entrega a cuenta no convierte a la compraventa en un contrato de tracto sucesivo, sino que sigue siendo de tracto único, siendo la entrega a cuenta una modalidad de financiación prevista y regulada en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que garantiza tanto la aplicación real y efectiva de los medios anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto.
Si declarado el concurso, el comprador ha cumplido su obligación de pago y la obligación de entrega del inmueble ha vencido, el comprador se convierte en acreedor concursal (ordinario) al ser titular de un crédito líquido, vencido y exigible.
El caso presente se encuadra en el supuesto del artículo 61.2, dado ninguno de los intereses en juego de los contratantes ha sido satisfecho íntegramente: el comprador solo ha cumplido parcialmente la obligación de pago, al quedar pendiente de abono una parte sustancial en tanto que la vendedora concursada queda pendiente su realización total, entrega y escrituración. Que conforme al art 62 Ley Concursal "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. 2. La acción resolutoria se ejercitará ante el jue2 del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal...".
Sentado lo anterior y en atención a las alegaciones vertidas por las partes, no se cuestiona la procedencia de la resolución contractual, sin que haya litigio al respecto lo cual justifica ya la estimación de la resolución del contrato de compraventa que liga a la concursada con la parte actora. La discusión queda limitada a determinar los efectos que dicha resolución.
La resolución contractual lleva aparejada varios efectos, unos de carácter necesario (la eficacia liberatoria) y otros contingentes (eficacia restitutoria e indemnizatoria). La resolución contractual produce la extinción de la relación obligatoria para el futuro, de manera que quedan liberadas las partes de las obligaciones asumidas en virtud del contrato pendientes de ejecución (así lo dice el art 62.4 expresamente), y por ende la promotora concursada ya no deberá entregar la vivienda, sin que tampoco esté obligado el comprador a abonar cantidad alguna. Junto a esta eficacia liberatoria, se predica la eficacia restitutoria ex art. 1303 y concordantes Código Civil por extensión al implicar la resolución la pérdida de vigencia sobrevenida de la relación contractual (STS 20/7/2001).
En el caso que nos ocupa al ser la compraventa un contrato de tracto único (STS de 10 de febrero de 1997, entre otras) hay que restituir al comprador las cantidades ya abonadas, sin que éste tenga nada que devolver al no haber recibido nada, pues hasta la traditio el contrato no tiene eficacia real (art 609 Código Civil) El problema que se suscita y que mantiene dividida a la doctrina es la calificación (concursal o contra la masa) de esa suma.
Al respecto el art 62.4 dice "Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda".

En el supuesto que nos ocupa, procede calificar el derecho de crédito derivado de la restitución como crédito concursal ordinario, así lo hizo el administrador concursal en la calificación del crédito en el informe respectivo, y por ende debe mantenerse, en la medida que no fue impugnado.
Los intereses en caso de crédito concursal por imperativo del artículo 92.3 tienen la consideración de subordinados.
Si bien la devolución de las citadas cantidades, como derecho de crédito derivado de la restitución, tendrá lugar por el orden y forma que determine la administración concursal para el pago de los créditos.": SJM-1 Avila 15.06.2010 (Sentencia 96/2010; Incidente Concursal 320/2010)

JM-1 Oviedo

"Para una correcta comprensión de la cuestión litigiosa debemos partir necesariamente de un relato de los antecedentes fácticos:
1.- El 21-3-2005 la demandante y la concursada firman un contrato privado de compraventa cuyo objeto es la vivienda 3º A del portal I del Residencial La Llosona y tres trasteros por determinar, en Noreña, fijándose como precio total 132.708'72 € (doc. 2 de la demanda);
2.- El 27-3-2007 las partes acuerdan la resolución del citado contrato. En él se relata cómo la hoy demandante, ya en fecha 14-11-2006, remitió burofax a la promotora comunicándole su decisión de resolver el contrato alegando incumplimientos de la vendedora, lo que fue rechazado por ésta en escrito fechado al día siguiente. Prosigue el documento de resolución narrando que "a la fecha del presente documento se ha cumplido el plazo de cuatro meses pactado en el repetido contrato de compraventa como margen de tolerancia para la entrega de la vivienda, por lo que se incurre en causa objetiva de resolución con devolución de las cantidades entregadas más los intereses convenidos en concepto de indemnización", haciendo entrega la promotora en ese acto de un pagaré por importe de 27.166'94 € con fecha de vencimiento 28-5-2007, declarando la compradora recibirlo a su satisfacción y considerando liquidada la resolución, salvo buen fin del pagaré.
3.- Presentado al cobro el pagaré, resultó impagado, por lo que la hoy demandante instó Juicio Cambiario 301/2007 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Siero, en que cual se acuerda el embargo por 27.166'94 € de principal y 8.150'08 € para intereses y costas de la ejecución.
4.- HERMONTE PROYECTOS INMOBILIARIOS S.L. es declarada en concurso por Auto de este Juzgado de fecha 17-4-2008. En el Informe de la administración concursal se reconoce a los compradores un crédito con privilegio especial del art. 90.1º LC por la cuantía de las cantidades entregadas a cuenta. A la demandante se le reconoce un crédito ordinario por importe de 35.317'02 €, cantidad comprensiva del principal más los intereses y costas del citado juicio cambiario, que no consta que estén liquidados los primeros ni tasadas las segundas.
SEGUNDO.- La Ley dedica dos preceptos a disciplinar los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas, distinguiendo dos supuestos:
a) que en el momento de la declaración de concurso una de las partes haya cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tenga pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, caso en que el crédito de la parte in bonis se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso.
b) que en el momento de la declaración de concurso existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en cuyo caso la ley proclama la vigencia del contrato no obstante el concurso, precisando que las obligaciones que pesen sobre el concursado se satisfarán con cargo a la masa.
La Ley, a pesar de proclamar la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, es consciente de que puede convenir al interés del concurso la resolución contractual, por lo que legitima al concursado, caso de intervención, o a la administración concursal, ceso de suspensión, para instar la resolución. Solicitada la resolución, se citará a las partes a una comparecencia. De concluir con acuerdo el juez aprobará la transacción. De existir controversia, la ley remite a los trámites del incidente concursal, decidiendo el juez por sentencia acerca de la resolución y sus efectos restitutorios e indemnizatorios.
Si en el supuesto anterior, el contrato, pese a estar cumpliéndose, puede resolverse en interés del concurso, el art. 62 acoge la facultad resolutoria en caso de incumplimiento, ampliando la legitimación a cualquiera de las partes y contemplando como presupuesto de hecho de la facultad resolutoria, bien únicamente el incumplimiento posterior al concurso (contratos de tracto único), bien tanto el anterior como el posterior (contratos de tracto sucesivo).
Dicha facultad ha de ejercitarse a través del incidente concursal y aunque exista causa de resolución el juez puede acordar el mantenimiento del contrato atendiendo al interés del concurso, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado, al objeto de no agravar la posición de la parte in bonis.
Acordada la resolución, las obligaciones pendientes de vencimiento quedarán extinguidas. En cuanto al crédito relativo a las vencidas el art. 62.4 distingue según el incumplimiento haya sido anterior o posterior al concurso: en el primer caso será ordinario y en el segundo, contra la masa, comprendiendo el crédito en ambos casos la indemnización de daños y perjuicios.
El hecho de que la regulación legal esbozada y especialmente el art. 62.4 esté pensada para contratos de tracto sucesivo como el de suministro, en que las prestaciones de ambas partes se agotan sucesivamente en cada entrega, provoca que declarado el concurso de un promotor inmobiliario la administración concursal se enfrente al problema de cómo reflejar en su informe la situación jurídica de los compradores de los pisos, cuestión compleja, como acredita el distinto tratamiento que están recibiendo en los concursos en trámite según el Juzgado que está conociendo de ellos.
Dos son, en criterio de este juzgador, las posibles posiciones que puede adoptar la administración concursal. La primera, limitarse a incluir en el Informe una relación separada de los compradores, con referencia expresa

a las cantidades entregadas a cuenta, las pendientes de pago y si las primeras se hallan o no avaladas, incluyendo en un anexo copia de los contratos y de los avales, si existieren.
La otra solución, más correcta técnicamente y más garantista con los derechos de los compradores al permitirles incidentar, consiste en considerarles como un acreedor más, susceptible por tanto de ser incluido en la lista de acreedores o en la relación separada de créditos contra la masa, y, paralelamente, incluir en el inventario de la masa activa el crédito de la concursada contra los compradores por la parte del precio aún no pagada. Si esto último no plantea problema alguno, la cuantificación y clasificación del crédito no dinerario del comprador suscita varias dudas.
Para una exacta comprensión de la problemática concursal de estos créditos hemos de partir de la naturaleza del contrato de compraventa. El art. 1.450 Cc dispone que la venta se perfecciona desde el momento en que hay acuerdo en cuanto a la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. En el supuesto usual, cuando la empresa concursada tiene obra en curso, los compradores habrán firmado un contrato privado de compraventa, mas ello no les convierte en propietarios, quedando así vedado el ejercicio del derecho de separación ex art. 80 LC. Y ello porque la compraventa no es un contrato real, sino meramente productor de obligaciones. En efecto, a diferencia de lo que sucede en el Código Civil francés o en el italiano, en el régimen de nuestro Código Civil, que sigue el sistema del título y el modo, la compraventa no transmite por sí sola el dominio, sino que precisa el complemento de la tradición, que en el caso de bienes inmuebles viene constituida por la escritura pública (traditio instrumental del art. 1462.II Cc).
Si con la firma del contrato privado de compraventa no opera la transmisión dominical, habremos de concluir que declarado el concurso con la obra inconclusa, el promotor ha incumplido totalmente su obligación, por lo que el crédito del comprador, esto es, su derecho a la entrega del piso, además de computarse por su valor dinerario (representado por el precio de venta del piso) por aplicación analógica del art. 88.3 LC, ha de ser clasificado en su totalidad como crédito contra la masa (art. 61.2 in fine y art. 84.2.6º).
Esta clasificación del total crédito no dinerario del comprador como crédito contra la masa y la prededucibilidad que le caracteriza, ciertamente puede ocasionar inicialmente rechazo en el intérprete. Si partimos de que en la práctica el pago del precio de un piso se divide temporalmente en varios actos (una cantidad a la firma, unas letras mensuales por el periodo que media entre la firma del contrato privado y la entrega, y, finalmente, llegada ésta, la cantidad a hipotecar), lo habitual es que, declarado el concurso, el comprador haya hecho ya entrega de importantes cantidades a cuenta. Además de estas cantidades, que si no han sido consumidas, deberán figurar, en tesorería o transformadas en otros bienes, en el activo de la concursada, la administración concursal habrá de incluir en el mismo un derecho de crédito de la concursada frente al comprador por la parte del precio aplazado. La circunstancia de que la obligación de pago del precio por parte del comprador no sea de ejecución única o instantánea, sino antes al contrario de ejecución sucesiva o fraccionada y, de común, tanto previa al concurso como postconcursal, ha llevado a algún autor (MONTSERRAT), inspirado en que en la ontología del crédito contra la masa en materia contractual radica en que el concursado recibe un contravalor actual, a afirmar que en el caso de que la parte de precio pagada antes de la declaración de concurso represente una pequeña parte en comparación con la que se paga después, se podría defender que el crédito de la parte in bonis a la entrega del bien fuera contra la masa. Y si sucede a la inversa el crédito debería ser concursal. Esta tesis, que como el propio autor reconoce no vale si antes del concurso se paga la mitad del precio, no casa bien con la regulación legal ni con la naturaleza expresada del contrato que analizamos.
El problema radica en que se pone el acento en las cantidades entregadas a cuenta, cuando lo relevante es el otro polo de la obligación, el que incumbe al promotor. Si analizamos el crédito del comprador desde esa perspectiva todas las dificultades desaparecen.
Examinemos las hipótesis posibles. Si el comprador del piso ha abonado antes del concurso 30.000 € de un total de 240.000, en el activo de la concursada ha de figurar un derecho de crédito por cuantía de 210.000 € al que el comprador ha de hacer frente en los plazos prefijados. A su vez ostentará un derecho de crédito no dinerario frente al promotor consistente en la entrega del bien a su finalización. Este derecho de crédito no dinerario es fácilmente cuantificable, pues habrá de coincidir con el valor de venta del piso fijado en el contrato privado de compraventa. Ahora bien, ¿cómo ha de clasificarse ese crédito? Podría sostenerse que el promotor ha cumplido parcialmente su obligación en la medida en que esté ejecutada la obra, por lo que en aplicación del art. 61.2 el crédito correspondiente a la parte de obra ejecutada (no a la parte del precio pagado, que puede o no coincidir) sería crédito ordinario y lo no ejecutado crédito contra la masa, debiendo en tal caso la administración concursal estar a las certificaciones de obra del aparejador, empero esta tesis adolece de los mismos defectos que la anterior.
A mi juicio sólo una opción es posible: clasificarlo en su integridad como crédito contra la masa. No sólo es lo más ajustado al tenor legal, sino que no plantea problema alguno desde un punto de vista práctico. En efecto, si la obra se culmina, la obligación in natura de entrega del piso hará desaparecer ese crédito de la relación de créditos contra la masa (pues se ha abonado, in natura, a su vencimiento, como impone la art. 154 LC, que no es otro que la fecha de entrega pactada en el contrato; si hay retraso en la entrega el comprador tendrá derecho a exigir una indemnización de daños y perjuicios que asimismo habrá de abonarse contra la masa, como veremos, una vez fijada su cuantía por el Juez del concurso), y si no se finaliza, el comprador no tendrá derecho a exigir el pago de la totalidad de ese crédito, mera reducción a metálico de esa obligación in natura ahora incumplida, sino que habrá que resolver el contrato vía incidental, de donde resultará una minoración de ese derecho de crédito y, conmutativamente, la extinción de la obligación de abonar la parte de precio aplazada. No existe, en definitiva, enriquecimiento alguno del comprador, como tampoco del promotor. Se trata simplemente de acomodar un contrato vigente a las categorías legales de clasificación de créditos.
Si la situación económica del promotor impide la terminación de la obra de forma definitiva o existe una paralización de la obra que permita calificarla como un incumplimiento resolutorio (ha de tratarse, como señala MONTSERRAT, con cita de las SSTS de 10-10-1994, 5-11-1999 y 21-11-2000, de un verdadero incumplimiento, entendiendo como tal aquel que sea grave, sustancial o esencial, no un mero retraso, lo que

no excluye que el incumplimiento pueda ser parcial o defectuoso, de suerte que impida el fin normal del contrato) hay que distinguir según el incumplimiento sea previo al concurso o posterior a su declaración.
Si el incumplimiento es previo al concurso, el crédito resultante a favor de la parte in bonis, comprensivo tanto de la restitución de las cantidades entregadas a cuenta como de los eventuales daños y perjuicios, habrá de ser clasificado como ordinario. Ciertamente la Ley no lo dice expresamente, pues como quedó dicho el art. 62.4 está pensado para los contratos de tracto sucesivo, pero nada impide, antes al contrario, aplicar mutatis mutandis a los contratos de tracto único las reglas que dicho apartado 4º prevé para los de tracto sucesivo. Esta opinión, ciertamente, no resulta pacífica en la doctrina, pues no falta quien, como MARTÍNEZ FLÓREZ, sostenga que en los contratos de tracto único, cuando el incumplimiento es anterior al concurso, el crédito a la restitución es contra la masa mientras que la indemnización de daños y perjuicios lo será concursal, pues mientras el primero nace de la resolución judicial, que es posterior, el segundo tiene su origen en el incumplimiento, que es anterior. A mi juicio, tanto uno como otro crédito participan de la misma naturaleza y así parece deducirse tanto del art. 84.2.6º in fine como del propio art. 62.4.
Si el incumplimiento es posterior, el crédito a favor de la parte in bonis habrá de ser en su integridad contra la masa (art. 62.4 por analogía y art. 84.2.6º in fine).
Lo determinante, en suma, es el momento del incumplimiento, con independencia de que haya o no llegado la fecha de entrega de la vivienda cuando aquél acontece y al margen de que la resolución haya sido instada antes del concurso (ante el Juzgado de 1ª Instancia) o después (ante el Juez del concurso por la vía del art. 62 LC, que, aun reservado a los incumplimientos posteriores a la declaración de concurso en los contratos de tracto único, nada impide que se extienda a los anteriores a fin de no dejar a las partes vinculadas de forma indefinida a un contrato que ya se sabe no podrá cumplirse), pues de otro modo se haría depender la clasificación del crédito no de un elemento puramente objetivo cual es el tiempo del incumplimiento, sino de otro meramente subjetivo y dependiente de la voluntad del comprador como es el momento de la interposición de la demanda o de la mayor o menor celeridad de la administración de Justicia en su resolución.
De lo anterior se colige sin dificultad que este juzgador no comparte el criterio clasificatorio elegido por la administración concursal, que no se revela acertado toda vez que la lista de privilegios especiales del art. 90 LC es numerus clausus y en ninguno de los supuestos halla cobijo el supuesto crédito a favor de los compradores por las cantidades entregadas a cuenta, y digo "supuesto" porque, vigente el contrato, el comprador no ostenta crédito alguno contra el promotor por dichas cantidades, sino un crédito no dinerario a la entrega del inmueble a su finalización. Sólo en el caso de resolución desaparecerá dicho crédito no dinerario y surgirá un crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta y, en su caso, al abono de los daños y perjuicios causados. Dado que la obra se halla próxima a la entrega la opción escogida por el administrador concursal no resulta relevante, pues entregada la obra habrá de eliminarse el crédito privilegiado que ahora ostentan los compradores.
Sentado lo anterior, hemos de abordar el caso litigioso, que, pese a lo interesado por la demandante, no guarda parangón con el del resto de compradores, y ello por un dato fundamental, que incide en la clasificación de su crédito, cual es que las partes reconocieron expresamente que existía causa de incumplimiento ya en Marzo de 2007, con carácter previo al concurso, lo que nos situaría en la hipótesis del primer inciso del art. 62.4º. La demandante alega que al no haberse abonado el pagaré a su vencimiento la resolución aún no ha tenido lugar, de ahí que postule la igualdad de trato con el resto de compradores, olvidando que la concursada sí va cumplir su parte en el acuerdo de resolución, si bien en "moneda concursal" como lógico corolario del origen preconcursal de su crédito, que no encuentra acomodo en ninguno de los supuestos del art. 84 LC (observemos que el nº 6º habla de incumplimiento del concursado, no del deudor, marcando claramente el elemento temporal; en este sentido sentencia de este juzgado de 6-2-2009 y SJM nº 1 de Alicante de 15-6-2009), lo que impide reconocerlo como prededucible. Es más, en rigor, del total crédito ordinario reconocido a su favor en el Informe, sólo debería haberse incluido como tal la parte correspondiente a principal, pues la parte correspondiente a intereses y costas es contingente (art. 87.3) hasta que no tenga lugar su liquidación y tasación, amén del carácter subordinado del crédito relativo a los primeros.": SJM-1 Oviedo 22.07.2009 (Incidente Concursal 327/2008)

2.3 Crédito contra la masa pese a ser el incumplimiento del concursado y la demanda resolutoria anteriores a la declaración de concurso

JM-1 Bilbao

"El incumplimiento de la vendedora ha sido anterior a tal declaración, pues aproximadamente en abril de 2008 debió entregar vivienda y garaje y el concurso no es declarado hasta un año después. (…)
QUINTO El tratamiento concursal del crédito del demandante
Al haberse atraído la competencia de este y otros procedimientos haciendo uso de la facultad del art. 51.1 LC se ha resuelto sobre lo reclamado estimando la pretensión del actor, lo que determina el nacimiento de un crédito contra la concursada. Si el art. 53.1 LC ha dispuesto que corresponde al Juez del concurso dar a los créditos reconocidos en las sentencias y laudos firmes dictadas antes o después de la declaración de concurso por otros juzgados el tratamiento concursal que corresponda, parece lógico verificar otro tanto, aunque esta resolución no sea firme, en un supuesto en el que se ha acordado acumular la pretensión al procedimiento concursal por la trascendencia sustancial que tiene para la formación del inventario o la lista de acreedores.
Nos encontramos ante un supuesto que debe subsumirse en las previsiones del art. 84.2.6º LC, pues la indemnización fijada deriva de la resolución por incumplimiento del concursado, que se declara tras el concurso. La compraventa suscrita entre las partes era un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continuaba en vigor tras la declaración de concurso. Aunque la demanda resolutoria que

aquí se ha resuelto se hubiera presentado antes de tal declaración, la resolución no se ha producido hasta esta sentencia. Siendo, como es, consecuencia del incumplimiento del concursado, que sigue sin poder hacer entrega del objeto de la compraventa en estos momentos, debe concluirse conforme a la norma citada de la Ley Concursal que nos encontramos ante un crédito contra la masa, que se considerará devengado a fecha de hoy.": SJM-1 Bilbao 30.07.2009 (JUR 2009/374090; Incidente Concursal 305/2009; Concurso 111/2009)

2.3.1 Equiparación del incumplimiento anterior no subsanado al incumplimiento posterior

JM-1 Bilbao

"SEGUNDO.- La causa de resolución
Como en otros casos similares en procedimientos en los que se ven involucradas empresas dedicadas a la construcción, unos compradores de vivienda que han venido cumpliendo escrupulosamente sus obligaciones contractuales, adelantando el pago del precio de la vivienda que estaban adquiriendo, instan ahora la resolución del contrato, conforme al art. 62.1 LC y 1.124 CCv, y los propios términos del contrato, pues el vendedor, hoy concursado, se había comprometido a la entrega de vivienda en diciembre de 2007 y en septiembre de 2009 [año en que se declara el concurso] aún no la ha terminado, situación que permanece en la actualidad, dos años después de lo convenido.
(…)
Hay que partir de que el art. 62.1 LC señala que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. El art. 61.2 LC dispone el principio general de que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, aunque las prestaciones a que esté obligado el concurso se realizarán con cargo a la masa.
Nos encontramos en esa situación. La compraventa suscrita ha aplazado el pago del precio y la entrega del objeto del contrato. El vendedor aún no ha hecho entrega de la vivienda, y el comprador ha cumplido todos los pagos pactados en el contrato, pues solo queda pendiente la parte del precio que debe entregarse, precisamente, a la entrega de la vivienda. Es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes.
No se comparte con la administración concursal que el contrato esté resuelto. Que los demandantes hayan instado papeleta de conciliación y se les haya citado a la misma en junio pasado, sin que conste el resultado, no supone resolución del contrato. Esta debe constar con acuerdo de las partes o declarada judicialmente, y no se ha acreditado ni lo uno (pues no se presenta el acta que recoja los términos de una eventual conciliación), ni la otra, pues no hay sentencia que lo avale.
La compraventa es un contrato de tracto único (STS 10 febrero 1997, RJ 1997\665), de modo que cabe la resolución pretendida si se acredita el incumplimiento posterior a la declaración de concurso por parte de la concursada. En septiembre de 2009 consta que la vivienda no se ha terminado, ni se ha presentado certificado final de obra ni licencia de primera ocupación, pues todo ello lo certifica, en esa fecha, el Ayuntamiento del lugar.
Dice la concursada que es un simple retraso, como señala la STS 28 de septiembre de 2007. Sin embargo el incumplimiento del concursado es sustancial. Por su persistencia e importancia, frustra la finalidad negocial pretendida (STS 29 febrero 1998, RJ 1998\1310, 23 mayo 2000, RJ 2000\3920, 27 febrero 2004, RJ 2004\1316), jurisprudencia también aplicable, durante el concurso, a las pretensiones resolutorias fundadas en el art. 1.124 CCv (SAP Murcia 3 marzo 2006, AC 2006\490).
Opone la administración concursal que no hay incumplimiento posterior a la declaración de concurso, pues la vivienda está terminada, a falta de detalles y limpieza, y solo falta la urbanización. Tampoco se comparte semejante aseveración, porque la vivienda no consta terminada en el Ayuntamiento de Arnuero, y además no hay urbanización, lo que impide su entrega. Está por lo tanto sin terminar porque no basta con acabar físicamente la ora, sino que tiene que finalizarse todo el proceso que permite su transmisión al comprador, algo imposible visto que ni se ha depositado el certificado final de obra en el municipio y no se ha terminado la urbanización del lugar, y ello pese a la papeleta de conciliación presentada.
Hay por lo tanto un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, pues después del mismo no se han continuado las obras, no se ha depositado el certificado final en el ayuntamiento, no se ha urbanizado la zona y tampoco se ha accedido a la resolución pretendida por los compradores. Todo ello, pese a que se ha ido percibiendo el precio comprometido. Se opone por administración concursal y concursada que el retraso de las obras de urbanización, que admiten se extiende hasta la fecha e impiden el otorgamiento de la licencia de primera ocupación, es consecuencia del funcionamiento de la Junta de Compensación y los continuos incumplimientos de la empresa constructora. Los compradores no son miembros de esa junta, de la que por el contrario forma parte la concursada. Todas las dificultades que se narran, sean o no ciertas, no justifican que al comprador de la vivienda se le haga aguardar dos años para su entrega. (…)
CUARTO.- Consecuencias de la resolución
El art. 62.4 LC ha señalado que "acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento". Se trata del efecto liberatorio propio de la finalización de la relación contractual que justificaba su exigencia. De este modo en el futuro el concurso no tendrá que entregar la vivienda, ni los demandantes habrán de abonar el resto del precio pendiente de pago.
Respecto a las obligaciones vencidas, dice el precepto que si el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso se incluirá "en el concurso", mientras que si fuera posterior "el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa", en coherencia con lo previsto en el art. 84.2.6º LC cuando regula los créditos

contra la masa. Se produce por lo tanto un efecto restitutorio, debiendo las partes reponerse las prestaciones recibidas y sus intereses. De ahí la importancia de fijar el momento del incumplimiento.
En este caso ese momento se ha considerado posterior a la declaración de concurso, de modo que corresponde que el deudor concursado les reintegre, con cargo a la masa, la prestación ya ejecutada de la parte del precio abonado, 76.205,40 euros, más el interés legal devengados desde los respectivos pagos, sin que proceda el elevado en dos puntos puesto que la cláusula sexta del contrato supeditada tal importe al previo requerimiento, que no consta, intimando a la entrega del objeto del contrato.
Finalmente el art. 62.4 también incluye en la restitución la indemnización que se fije en la sentencia, indemnización que no se ha reclamado por el actor. No se dispondrá, por lo tanto, de ningún efecto indemnizatorio.
QUINTO.- Intereses
Es de aplicación lo previsto en el art. 576.1 LEC de las cantidades que se hayan devengado por principal e intereses hasta hoy. Ese importe total devenga, a su vez, nuevo interés legal elevado en dos puntos desde esta fecha hasta la completa satisfacción del actor, todo ello con cargo a la masa, conforme al precepto citado. ":SJM-1 Bilbao 30.12.2009 (Sentencia 987/2009; Incidente Concursal 640/2009)

2.3b Intereses ex Ley 57/1968: desde la entrega inicial

AP Castellón

"PRIMERO.-La sentencia dictada en la instancia estimó la petición del promotor del incidente concursal sobre resolución de contrato de compraventa convenido con la concursada en la medida en que acordó resuelto el contrato suscrito entre Don Eusebio y Verdice Promociones SL sobre la vivienda-duplex del tipo B2, finca número NUM000, del bloque NUM001 del complejo inmobiliario " DIRECCION000 ", situada entre las plantas sótano, baja y primera del mismo y condenó a la restitución al comprador Don Eusebio de los 36.500 euros entregados a cuenta del precio, reconociendo este crédito como ordinario y como subordinado el consistente en la obligación de la concursada de pago de los intereses legales devengados por dicha suma desde el 11 de marzo de 2009 hasta la declaración del concurso, con el carácter de contingente mientras no se proceda a su debida liquidación.
Conforme el comprador con la fundamental declaración judicial de resolución contractual, se alza contra el particular del fallo que acota el devengo de los intereses legales sobre la cantidad entregada a cuenta desde el día 11 de marzo de 2009 hasta el de la declaración del concurso. Disconforme con este criterio judicial, pide en su recurso que los intereses legales sobre la cantidad de 36.500 euros satisfechos a cuenta se devenguen hasta la fecha de declaración del concurso, pero desde que fueron entregados.
SEGUNDO.-Así acotado el limitado objeto del recurso y, por consiguiente, de la presente resolución, hemos de analizar el grado de razón que tiene el recurrente cuando pide que la fecha inicial de devengo de los intereses moratorios sea la de entrega de la cantidad pagada a cuenta del precio de la vivienda, no la de 11 de marzo de 2009 que, fijada por el juez de instancia, coincide con la del requerimiento notarial resolutorio practicado a instancias del comprador promotor del incidente.
El juzgador de primer grado sustenta su criterio en que no aprecia que de la regulación legal se derive que el término inicial del devengo haya de ser el pretendido por el promotor del incidente.
Por el contrario, considera este tribunal de apelación que asiste la razón al recurrente.
La Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, dispone que la cobertura del seguro sobre percepción de cantidades a cuenta del precio de la vivienda, que ha de ser análoga a la prestada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, comprende la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución (apartado c).
En el mismo sentido, el artículo 3 de la citada Ley 57/1968 dice que, una vez expirado el plazo de entrega de la vivienda el comprador puede optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 % de interés anual, o conceder al cedente prórroga.. En el presente caso el comprador promotor del incidente ha optado por la resolución, ya refrendada en el primer grado de la jurisdicción, lo que genera a su favor el derecho de crédito consistente en la devolución de la parte de precio abonada. Y dicho crédito ha de comprender el interés legal del dinero, puesto que la mención en el precepto al 6% anual se debe a que en la fecha en que la Ley se dictó se fijo dicho porcentaje de recargo moratorio teniendo en cuenta el 4% que a la sazón era el interés legal, que el legislador incrementó en dos puntos. Recordemos a este respecto que el tipo de interés legal que se regulaba en el párrafo segundo del art. 1108 del Código Civil se estableció por primera vez en este cuerpo legal de 24 de julio de 1889, fijándose en el tipo anual del 6% y posteriormente, por Ley de 2 de agosto de 1899, en el 5%. La Ley de 7 de octubre de 1939 lo redujo hasta el 4%, que se mantuvo como tipo del interés legal hasta que el art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, estableció que "el interés legal se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado".
La dicción del art. 3 de la Ley 57/1968, cuando otorga al comprador el derecho al reintegro de las cantidades entregadas, incrementadas en el que hoy debe entenderse que debe ser el interés legal de conformidad con la D. Adicional Primera de la Ley 38/1999, ha de interpretarse en el sentido de que, una vez ejercitada la opción por la devolución, el devengo del interés se produce desde la fecha de la entrega de las cantidades, no desde la posterior en que se tomó la iniciativa resolutoria. Entendemos que este criterio atiende mejor al derecho que la normativa legal de aplicación al caso reconoce al contratante cumplidor al resarcimiento de daños y perjuicios, tanto la especial contendida en el art. 62.4 de la Ley Concursal, como la general de los artículos 1101 y 1124. El que el dinero que en su día se entregó haya devenido improductivo para el comprador que cumplió su obligación como consecuencia del incumplimiento de la vendedora dota de sustento al criterio de que un cauce adecuado para resarcirle del perjuicio constituido por la vulneración del contrato que ha hecho

inútil la entrega a cuenta de parte del precio es, por lo menos y sin perjuicio de que pueda estimarse la existencia de mayores daños, el que aquélla cantidad devengue a su favor el interés legal desde la fecha en que se produjeron las entregas, tal como pide el recurrente.
Procede, por lo dicho, la estimación del recurso.": SAP Castellón (Sección 3) 17.01.2011 (Sentencia 9/2011; Rollo 341/2010)

2.3c Aplicabilidad de la cláusula penal pactada

AP Alicante

"QUINTO.-No obstante la calificación, de ordinario, que, conforme a las razones fácticas y jurídicas expuestas en el fundamento precedente, debe merecer el crédito indemnizatorio reconocido al demandante Don Manuel, no puede ser asumida la argumentación del recurso de apelación formulado por la promotora concursada con la que defiende la consideración de dicha indemnización como un crédito por intereses, al que resulte de automática aplicación, sin más fundamento, el límite temporal, en cuanto a su devengo, establecido en el artículo 59 LC (*Desde la declaración del concurso quedará suspendido el devengo de los intereses o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta condena alcance la respectiva garantía)*. Ello, porque en el caso que se revisa las partes hicieron expresa previsión de la indemnización que correspondería a la parte compradora por el perjuicio derivado del incumplimiento de la obligación de entrega, incorporando una cláusula penal que cifra expresa y anticipadamente la suma compensatoria por resolución imputable a la vendedora expresa y como pena sustitutoria de dicha indemnización (artículo 1.152 del Código Civil) en el importe que resulta de aplicar a las cantidades adelantadas por la parte compradora, un porcentaje y con independencia que éste se concretara atendiendo al valor resultante de aplicar al interés legal del dinero un incremento de cuatro puntos porcentuales.
Cuestión distinta es la interpretación que deban merecer sus términos, en particular, el *dies ad quem* que en la misma se tiene en cuenta para el cómputo de la indemnización y la que, ciertamente, se estima, debe ser adecuada y coherente con la calificación de concursal que ha merecido dicho crédito y con la necesidad de equilibrar los derechos contractuales del acreedor demandante con el principio básico de la *parscondictiocreditorum* en la conservación de la masa activa del concurso como patrimonio común de garantía de todos los acreedores, a cuyas directrices responde la regulación contenida en los artículos 61 y 62 LC; y en cuya particular exégesis, en realidad, sí se va a llegar a un resultado análogo al que resulta de la aplicación del invocado artículo 59, por lo que, en todo caso, el motivo de la apelación va a ser también acogido en la cuantificación que propone del crédito indemnizatorio que se examina.
En efecto, dicha cláusula viene recogida, según ya ha sido indicado en la condición general 7.2 del contrato de compraventa que tiene su antecedente en lo dispuesto en la condición 7.1 párrafo segundo (*De superarse la fecha prevista para la entrega la parte compradora podrá optar por exigir el cumplimiento de la obligación, concediendo, en tal caso al vendedor una prórroga, o por la resolución del contrato)*, señalando lo siguiente: *En el caso de que la parte compradora opte por la resolución del contrato se fija como cláusula penal por incumplimiento, la indemnización a la parte compradora del tanto por ciento previsto en el último párrafo de la estipulación tercera de las condiciones particulares del presente contrato, sobre las cantidades que ésta hubiera satisfecho hasta el momento de la resolución y ello, sin perjuicio del reintegro de la cantidades entregadas a cuenta.* El tenor literal de la condición particular tercera, in fine, es el siguiente: *En todo caso, los intereses de demora en caso de impago se fijan en el interés legal del dinero en el período de incumplimiento establecido por el Banco de España, incrementado en CUATRO (4) puntos porcentuales.*
En los transcritos términos regulada y con arreglo a las expuestas premisas hermenéuticas, en la aplicación de la cláusula penal al juicio estimativo de la cuantía indemnizatoria que, como crédito concursal, debe ser reconocido a favor del demandante Don Manuel, de un lado, se tiene en cuenta la especial relevancia que en la cuantificación de perjuicios derivados de la resolución por falta de entrega de la vivienda tuvo la pérdida de disponibilidad de las cantidades anticipadas por la parte compradora, la que, en definitiva, y con análoga ratio legis que la que inspira la norma del artículo 1.101 del Código Civil, sirve de base para calcular la indemnización por resolución contractual; pero, de otro, y a la hora de interpretar las expresiones *durante el periodo de incumplimiento* y cantidades satisfechas *hasta el momento de la resolución* consignadas enindicada en la cláusula penal y con arreglo a la cuales ha de establecerse el *dies ad quem* para el cómputo de la indemnización, la finalidad resarcitoria de la cláusula no permite, sin más, la fijación de ese día final en el de la fecha en que por el demandante se obtuvo, mediante la ejecución del aval, el reintegro de las cantidades entregadas a cuenta del precio, si, como se ha argumentado, el incumplimiento de la promotora era evidente e irremediable en época anterior al término contractual previsto y si a la fecha de declaración del concurso, y a la vista de la nula actividad desplegada por la promotora en orden a cumplir con las prestaciones comprometidas, el demandante estaba, ya entonces, en disposición de ejercitar con éxito la facultad de poner fin al contrato y de recuperar las sumas adelantadas. La calificación de ordinario del crédito impone su sometimiento a los fines concursales e impide privilegiar al demandante con el derecho a ser resarcido de los efectos perjudiciales derivados del incumplimiento contractual que, pudiendo, no hayan sido oportunamente evitados. Dicho de otro modo, el crédito indemnizatorio derivado del incumplimiento de la promotora no puede extenderse a periodo posterior a aquel en que la resolución contractual pudo ser pretendida y solventada en cuanto a sus efectos económicos e indemnizatorios, cual es el transcurrido desde la declaración del concurso y a cuya fecha, en definitiva, debe estarse, como *dies ad quem,* en la liquidación de dicho crédito.
En consecuencia, con los expuesto la suma que por indemnización derivada de la resolución de su contrato de compraventa corresponde al demandante Don Manuel será aquella que resulte de aplicar a las cantidades por el mismo abonadas a la promotora a cuenta del precio de la venta, el interés legal incrementado en cuatro puntos porcentuales, y devengado por dichas sumas hasta la fecha de declaración del concurso.

Por lo demás, a lo que sí resulta de directa y plena aplicación la limitación impuesta por el artículo 59, es al incremento del crédito concursal reconocido, en los intereses legales que, con devengo desde la interpelación judicial, se solicitaban por dicho actor en la demanda y en cuyo particular debe ser también modificada la resolución apelada.”: SAP Alicante (Sección 8) 10.05.2012 (Sentencia 211/2012; Rollo 819/2011)

AP Oviedo

“SEGUNDO : Admitido por todas la partes litigantes el pronunciamiento relativo a que todos los contratos de compraventa firmados por los actores el 17 octubre 2006 se declaran resueltos por un incumplimiento de la parte compradora que data de un momento anterior a la fecha de declaración de concurso, pronunciamiento que por tanto reviste la autoridad de cosa juzgada, el debate planteado en esta alzada queda limitado por tanto al examen de las consecuencias económicas derivadas de tal resolución contractual y mas concretamente de la pretendida aplicación al caso de la invocada cláusula tercera en la que se contienen determinadas reglas a este respecto.
La primera consideración que cabe realizar es que efectivamente la demanda rectora de esta litis fundamenta su petición de resolución contractual sobre la existencia de una condición resolutoria expresa redactada en idénticos términos en la cláusula tercera de cada uno de los contratos litigiosos, debiendo recordar aquí que las consecuencias jurídicas derivadas del cumplimiento de aquella condición resolutoria expresa aparecen contempladas en el art. 1123 C.Civil según el cual "Cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido", así como que el cumplimiento de tal condición significa poner fin a todos los derechos derivados del negocio, produciéndose este resultado ipso iure, sin necesidad de intimación ni puesta en mora, y con eficacia ex tunc o retroactiva. Pero lo que resulta más relevante a los fines que aquí nos ocupan es que la repetida estipulación contractual contiene al mismo tiempo una cláusula penal por cuya virtud, y para el caso en que la parte vendedora opte por la resolución contractual ante un incumplimiento imputable a la parte compradora, la primera podrá hacer suya "la cantidad ya cobrada a cuenta en concepto de indemnización de daños y perjuicios que dejan convenida", lo que supone que dicha cláusula penal aparece diseñada para cumplir con la función liquidadora de los daños y perjuicios que la resolución contractual le pueda haber llegado a irrogar a la parte contraria.
La segunda premisa de la que habremos de partir es que la norma reguladora de las consecuencias del incumplimiento resolutorio de los contratos en el seno del concurso se contiene en el art. 62-4 L.C., siendo así que entre los derechos que asisten al acreedor que hubiera cumplido con sus obligaciones señala aquel precepto in fine que "en todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda", lo que permite concluir declarando que en el presente caso los vendedores que vieron defraudadas sus expectativas negociales ante el incumplimiento de la parte compradora que fue después declarada en concurso tienen derecho "en todo caso" a ser resarcidos de ese daño contractual mediante la aplicación de la cláusula penal prevista específicamente con dicha finalidad y con ello hacer suya la cantidad que habían recibido en su día en concepto de entrega a cuenta del precio total. Por otra parte cabe añadir a lo anterior que tampoco resultará posible acudir al juicio de equidad del Juez para hacer uso de la facultad moderadora de la cláusula penal reservada en el art. 1154 C.Civil para aquellos casos en que "la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor", pues es criterio constante de nuestro Alto Tribunal (por todas STS 7 mayo 2012) el que señala en interpretación de esta norma que "esta concepción descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional, aun en supuestos de incumplimiento parcial o defectuoso, cuando este incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes". En el caso aquí examinado podemos observar que la repetida cláusula penal se encontraba redactada para el supuesto de la "falta de otorgamiento de la escritura pública de compraventa y simultáneo pago del resto del precio en el plazo establecido en la estipulación precedente" (un año desde la firma del contrato), ocurriendo que ninguno de tales deberes contractuales fue cumplido por la parte compradora "Dosta Tanso, S.L." por causa que le era imputable en exclusiva a ella, debiendo por tanto respetar los términos en que fue prevista la sanción penal en el contrato para tal eventualidad.
TERCERO : Procede en consecuencia revocar la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil en el extremo de señalar que la parte actora no deberá proceder a la devolución de las cantidades recibidas a cuenta, sin que haya lugar tampoco al correlativo reconocimiento a su favor en los textos definitivos de derecho alguno por este concepto, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada (art. 398 LEC).”: SAP Oviedo (Sección 1) 19.11.2012 (Sentencia 431/2012; Rollo 144/2012)

2.4 Demanda resolutoria o de reclamación de cantidad posterior a la firmeza de la lista de acreedores, constando la contraparte como como acreedor concursal

2.4.1 Inadmisibilidad / Sujeción al convenio

Tribunal Supremo

“TERCERO.-Valoración de la Sala y desestimación del motivo.
1. De acuerdo con la cronología de los hitos más importantes que se ha dejado expuesta en el Fundamento de Derecho Primero (Resumen de antecedentes), apartado 1, de la presente resolución, el incumplimiento en la entrega de la vivienda por parte de la concursada se produce el 10 de julio de 2009, cuando todavía no habían

sido entregados al Juzgado los textos definitivos por parte de los administradores concursales (lo que ocurre el 28 de diciembre de 2009).
En este sentido lleva razón el recurrente al afirmar que, como titular de un crédito cuyo incumplimiento se produce con posterioridad a la declaración de concurso (obligación única, con prestaciones diferidas), se hallaba en la situación prevista en el art. 61.2 LC, es decir, era titular de un crédito contra la masa y, por tanto, extraconcursal (art. 84.2.6º LC). Los titulares de estos créditos no están compelidos a realizar una comunicación como la que ordena el art. 85.1 LC, de modo que su reconocimiento se produce al margen del procedimiento exigido a los acreedores que conforman la masa pasiva del concurso.
2. Pero una cuestión es que no se aplique a los créditos contra la masa las normas sobre comunicación y reconocimiento de los créditos concursales y, otra muy distinta, y, al fin decisiva, es que no exista por parte del acreedor la necesidad de establecer un "control" acerca de su existencia y su cuantía.
De otro modo, conocedor de la existencia del concurso de Temple (pues aporta en su demanda los BOE de la declaración de concurso y de terminación de la fase común, documentos 10 y 11), la diligencia necesaria le hubiera llevado a impugnar el informe de la administración concursal y su lista de acreedores en la que figuraba el actor en los anexos, de forma irregular, a juicio del recurrente, de conformidad con el art. 96 LC.
3. Su falta de intervención en el concurso, debe soportar las consecuencias de la falta de impugnación previstas en el art. 97 LC.
La inactividad lleva al hoy recurrente a someterse a las disposiciones que integran el contenido del convenio, al no haber sido impugnado en el momento oportuno (art. 128 LC), por lo que le alcanza la eficacia novatoria del mismo (art. 136 LC).
4. Su incomparecencia en el concurso, su dejación de derechos impugnatorios a que nos hemos referido, le impide reclamar ahora en un procedimiento ordinario lo que debió ser deducido ante el juez de lo mercantil que tramitó el concurso (arts. 8.1 º y 3º LC y 86 ter 1.1 º y 3º LOPJ). Es al juez del concurso a quien corresponde determinar si un crédito merece o no la calificación de crédito contra la masa, de no estar conforme el acreedor con el criterio fijado por la administración concursal (art. 94.4 LC), lo que debió hacer valer a través del correspondiente incidente concursal conforme autorizaba el art. 154.2 LC, vigente en aquel momento.
Por ello, estamos de acuerdo con el recurrente de que el plan de pagos y el plan de viabilidad que acompañan las propuesta de convenio no son instrumentos aptos para alterar la obligación de entrega de las viviendas, pero sí el convenio aprobado por sentencia, dado su efecto novatorio (art. 136 LC) y su eficacia cuyo límite subjetivo le alcanza al recurrente.
CUARTO.-*Segundo motivo del recurso*
Se formula el motivo en los siguientes términos: *"Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso; la sentencia recurrida vulnera los arts. 62.1, 133.2 -con relación al art. 8.1 ºy 96.3 de la Ley Concursal, al resolver que las alegaciones que efectúa el* [recurrente], *Sr. Braulio debió hacerlas valer en el procedimiento concursal de Temple y en el momento procesal oportuno".*
Desarrolla el motivo en tres argumentaciones:
a) Desde la eficacia del convenio deben cesar todos los efectos de la declaración de concurso, por tanto sólo podía acudir a los juzgados de primera instancia, art. 133.2 LC.
b) El art. 62.1 LC faculta para resolver el contrato, a quien ha contratado con la concursada y ésta incumple sus obligaciones contractuales después de declarado el concurso, como contempla el art. 1124 CC. Pero no puede interpretarse que el art. 62.1 LC, imponga al recurrente la obligación de instar la resolución del contrato y que, la consecuencia de no instar la resolución, sea quedar sometido al convenio aprobado por la concursada.
c) Interpuesta la demanda de resolución contractual con posterioridad a que hubiera resultado aprobado el convenio de Temple, la competencia para conocer de la demanda correspondía a los juzgados y tribunales de la ciudad de Valencia, por sometimiento expreso de las partes en el propio contrato.
QUINTO.-*Valoración de la Sala y desestimación del recurso.*
El recurrente, ahora desde otra perspectiva, plantea cuestiones que ya hemos examinado al razonar el motivo anterior.
Una cuestión que nadie discute es que con la aprobación del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC) y otra, muy distinta, es que el concurso no puede entenderse concluido hasta que no alcance firmeza el auto que declare cumplido el mismo, de acuerdo con lo previsto en los arts. 141 y 176.1.2º LC.
Por tanto, respecto de cualquier acreedor afectado por el convenio, y el recurrente lo está, según se ha visto en el motivo anterior, sólo el juez del concurso es competente para entender que ha sido incumplido (art. 140 LC). En el presente caso no lo está, según parece, pues la obligación de entrega de los inmuebles se ha prorrogado hasta 8 años.
Y, efectivamente, como señala el recurrente, el art. 62.1 LC *"no obliga"* instar a la parte *"in bonis"* la resolución judicial del contrato, de hallarse en el supuesto previsto en el art. 61.2 LC, pero las consecuencias de su inactividad en el concurso le han llevado a la situación en la que actualmente se encuentra, como de forma extensa se ha visto en el motivo anterior.
El motivo se desestima.””: STS 26.03.2015 (Sentencia 146/2015; Recurso 1348/2013)

AP Alicante (Sección 8)

“PRIMERO.-La sentencia recurrida ha estimado parcialmente la demanda y, en virtud del allanamiento parcial de la demanda, ha declarado la resolución de un contrato de compraventa de una finca, suscrito entre las partes, absolviéndola del resto de pretensiones deducidas en aquélla, particularmente la condena a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta; y ello, dicho sea en síntesis, al considerar la magistrada de instancia que habiendo sido declarada en concurso MARTINSA FADESA el día 24 de julio del 2008 y habiendo sido reconocido en dicho procedimiento concursal (en los textos definitivos) el crédito del ahora actor como un

crédito contingente con la calificación de ordinario, una vez aprobado el convenio mediante sentencia de 11 de marzo del 2011, dicho convenio produce los efectos previstos en el art. 134 LC y vincula al demandante, debiendo hacer valer su derecho de crédito con arreglo a dicho convenio, ante el juez que conoció del concurso.
Frente a dicha decisión se alza el otrora demandante, reiterando las alegaciones vertidas en la primera instancia, e insistiendo en que debe producirse la condena a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio.
SEGUNDO.-Por más que se empeñe la parte apelante en reiterar que su representado, en el concurso de MARTINSA FADESA, no era titular de ningún tipo de crédito concursal, no se puede negar lo que con meridiana claridad deriva del concurso de dicha mercantil, según la documentación aportada al procedimiento; a saber:
a) En los textos definitivos elaborados por la administración concursal, sección cuarta (determinación de la masa pasiva, artículo 96.4 LC) aparece incluido el crédito del demandante como un "crédito contingente por la cuantía pagada hasta 24 de julio de 2008", con la calificación de ordinario. No se puede discutir (aunque la parte apelante lo haga) que estos créditos incluidos en la lista de acreedores son créditos concursales (art. 89.1 LC, pues no son créditos contra la masa) y que, obviamente, también los contingentes lo son (art. 87.3). Esta calificación del crédito del demandante no fue impugnada, en modo alguno, en sede concursal.
b) La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña, de fecha 11-3-2.011, aprobatoria del convenio (sentencia que adquirió firmeza) confirmó (aunque calificándola de dudosa desde un punto de vista jurídico) la tesis mantenida en el concurso por la administración concursal, en el sentido de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de créditos contingentes, con la calificación de ordinarios. Dicha sentencia resolvió la oposición de un acreedor que entregó cantidades a cuenta y, en relación a la cláusula 1.2 del convenio, se refirió a la problemática de compradores de viviendas con entregas a cuenta (pags 9-12 de la sentencia de 11-3-2.011), indicando, como hemos reseñado, que es discutible su tratamiento concursal, cuestionando especialmente la decisión de la administración concursal de considerarlos créditos contingentes con la clasificación de ordinarios, apuntando como solución más ajustada la de excluirlos porque en realidad no son acreedores concursales. En cualquier caso, como hemos dicho, se mantuvo su carácter de créditos contingentes, con la calificación de ordinarios, fijando su importe en el equivalente a las cantidades entregadas a cuenta.
Pues bien, el crédito del actor está indudablemente sujeto al convenio aprobado, pues le alcanza su eficacia (art. 134 LC). No es dable a este órgano judicial efectuar disquisición alguna sobre materias que han quedado definitivamente resueltas en el procedimiento concursal. Menos aún, ignorarlas o resolver en contra de sus designios.
Desde esta perspectiva, no es aceptable la pretensión de la parte apelante de obtener una condena que le permita el reembolso de las cantidades que, en su día, entregó a cuenta del precio, al margen del concurso, pues ello supondría, de una parte, obviar el convenio aprobado y, de otra, otorgar un trato preferente a este acreedor respecto del resto de acreedores en su misma situación. Con la sentencia a dictar en el pleito que nos ocupa, en tanto se accede a la resolución contractual, desaparece la contingencia que pesaba sobre el crédito y en virtud del art. 87.3 LC, se le otorgan a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación: de ahí que, desparecida la contingencia, el crédito del demandante tenga la calificación que se le dio, de crédito ordinario, y la cuantía establecida en el concurso. Por mor del pleito que nos ocupa, el demandante comprueba como su crédito pierde la contingencia y queda sujeto al convenio aprobado, en los términos previstos en el mismo y en la cuantía fijada en su día. No es preciso que la sentencia contenga condena al pago de cantidad alguna, pues esa obligación de pago deriva inexorablemente de la desaparición del carácter contingente del crédito; obligación de pago que deberá cumplirse, reiteramos, en la forma y condiciones que se especifican en el concurso num. 408/2008 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil num. 1 de La Coruña, sin que este Tribunal pueda interferir ni resolver nada sobre tales extremos.”: SAP Alicante (Sección 8) 10.10.2013 (Sentencia 391/2013; Rollo 262/2013)

AP Granada (Sección 3)

“PRIMERO.-La cuestión jurídica que plantea el presente recurso, por más que se quiera derivar a cuestiones procesales de congruencia, es si el acreedor, que ya tenía reconocido en el proceso concursal contra la sociedad inmobiliaria demandada el crédito ahora reclamado con la cualidad de contingente y que obedece a las entregas a cuenta por la compraventa de dos parcelas en la localidad de La Zubia adquiridas en 2004, que no llegaron a entregarse (el concurso se declaró en 2012), puede, una vez aprobado el convenio y no se sabe si su cumplimiento, en el curso del cual o entre cuyos pagos está la adjudicación a una acreedora bancaria de esas parcelas, resolver el contrato -haya o no terminado el proceso y aprobado las liquidaciones, lo que no consta- y exigir en otro procedimiento judicial y al margen de lo declarado en el concurso y calificado en aquel procedimiento universal el crédito que le es debido.
La sentencia aceptó la resolución contractual solicitada ante el allanamiento de la promotora concursada pero denegó la condena al pago de las cantidades solicitadas desde dos tipos de razones, una porque se duplicaría la condena, que ya estaba aprobada y consentida en el proceso concursal pero sin privilegio alguno y a resultas de lo que sucediera con las parcelas y la consumación de las compraventas y, por otro, haciendo aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal en la interpretación dada por nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias (Sala 1ª) de 24 y 25 de julio de 2013, entendiendo que al estarse ante un contrato de tracto único que se resolvió antes de la declaración del concurso el crédito estaba bien calificado como crédito concursal y no crédito contra la masa.
SEGUNDO.- Esta Sección, que ya se ha pronunciado (Sentencia de 17 de enero de 2014) en un supuesto bien distinto sobre estos dos artículos de la Ley Concursal y las referidas Sentencias del Alto Tribunal, que carece

de competencia el Juzgado de 1ª Instancia para pronunciarse sobre la calificación que merece un crédito del concursado por ser materia exclusiva del Juez de lo Mercantil y, por tanto, no es posible, una vez consentida, alterar esa calificación fuera del propio ámbito del concurso a pretexto de una alteración de las circunstancias, ni modificar la naturaleza de su crédito y exigirlo a la concursada como si el proceso concursal no hubiera existido y no tuviera, como el resto de acreedores, que pasar por la situación de lista y espera o insolvencia definitiva que afecta a los demás acreedores.
Se está ante una causa definitiva y sobrevenida, bien de resolución contractual o de imposibilidad de dar o hacer aquello a lo que se comprometió la vendedora -promotora demandada- (arts. 1.082 y 1.084 C.C.) y por causa imputable a ella, pero tanto se considere concluido el concurso desde la aprobación del convenio (11 de marzo de 2011), lo que admite la demandada, como si se considera aún vigente, que es lo que parece señalar el Auto del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, hasta la comprobación y declaración firme de que el mismo ha sido cumplido (art. 176.1.2º en relación con el art. 141, ambos de la Ley Concursal), las consecuencias resolutorias sobrevenidas no alteran ni mejoran la posición de los vendedores en cuanto a la exigibilidad de su crédito, lo que lleva a la desestimación del recurso y a confirmar la sentencia de primera instancia, que es ajustada a derecho.
En este sentido se pronunció la SAP de Valencia (Sec. 11ª) de 31 de mayo de 2013, recordando que "el artículo 133 de la Ley Concursal establece que el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia que lo aprueba y en el 134 se establece la extensión subjetiva del contenido del convenio respecto al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos; y el 140 regula el incumplimiento del convenio, correspondiendo al Juez del concurso la declaración de incumplimiento a través de incidente concursal" y con las consecuencias que sean pertinentes, pero no, al margen del mismo, volver a ejercitar un derecho que ya quedó condicionado a la suerte del concurso de su deudor. “:SAP Granada (Sección 3) 24.01.2014 (Sentencia 19/2014; Rollo 3/2014)

AP La Coruña (Sección 3)

“SEGUNDO.-Objeto del litigio.- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:
1º.-"Martinsa Fadesa, S.A." tenía proyectado construir una urbanización en la localidad de Miño (A Coruña), compuesta por múltiples viviendas unifamiliares.
El 4 de julio de 2005 don Genaro, doña Gabriela y don Marcelino compraron tres viviendas unifamiliares pendientes de construcción. Han abonado 46.021,50 euros a cuenta de cada una de las viviendas.
El 2 de agosto de 2007 don Genaro remitió por transferencia 4.400 euros a una instaladora de mobiliario de cocina de A Coruña, para que lo efectuase en el segundo y tercer chalé.
2º.-En los contratos se establece como fecha de entrega la de 30 meses a contar desde la licencia municipal de obras, que fue otorgada el 3 de junio de 2005.
3º.-"Fadesa Inmobiliaria, S.A." se transformó en "Martinsa Fadesa, S.A.". Esta solicitó el concurso de acreedores el 15 de julio de 2008 que fue declarado el 24 de julio de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad.
Los citados compradores aparecen bajo los números NUM006 y NUM007 de la lista de acreedores, reconociéndoseles como crédito las cantidades abonadas, salvo el importe del mobiliario de cocina. Se aprobó el convenio de acreedores.
4º.-El 13 de enero de 2009 los compradores manifestaron su deseo de resolver el contrato, por haber transcurrido más de 14 meses desde la finalización del plazo para la entrega de la obra sin que se hubiese verificado.
Los adquirentes promovieron incidente concursal a fin de que se declarase la resolución de los contratos por incumplimiento, que fundamentaba en no haberse llevado a cabo la construcción y entrega de las viviendas en el plazo máximo pactado en los contratos. Terminaban solicitando la resolución de los contratos, con devolución de las cantidades pagadas a cuenta.
"Martinsa Fadesa, S.A." se opuso a la demanda, porque el incumplimiento era anterior a la fecha del concurso, y al hallarse en situación concursal no podía solicitarse en ese momento la resolución.
Por sentencia de 9 de junio de 2009 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad se desestimó la demanda por carencia de acción para solicitar la resolución del contrato dada la situación concursal de la demandada e invocarse causas anteriores al concurso.
5º.-Las parcelas sobre las que se iba a edificar las viviendas estaban hipotecadas a favor de una entidad bancaria, que finalmente ejecutó su garantía en el procedimiento tramitado ante el citado Juzgado de lo Mercantil en el año 2010, se subastaron, y actualmente son propiedad de terceros.
6º.-El 28 de septiembre de 2012 don Genaro, doña Gabriela y don Marcelino dedujeron demanda en juicio ordinario por razón de la cuantía contra "Martinsa Fadesa, S.A.", con fundamento en la imposibilidad de la promotora de cumplir su obligación de edificar y entregar las viviendas, a fin de que se declarase la resolución de los contratos y la condena a devolver las cantidades abonadas, es decir 46.021,50 euros por la primera vivienda, y 48.221,50 euros por cada una de las otras dos.
"Martinsa Fadesa, S.A." se allanó a la pretensión de resolución contractual, pero se opuso a la condena a devolver inmediatamente las cantidades entregadas a cuenta, en cuanto tienen la consideración de créditos concursales, el incumplimiento fue anterior al concurso, por lo que las cantidades entregadas a cuenta deben abonarse conforme al convenio aprobado al ser créditos concursales ordinarios; no procede el abono del mobiliario de cocina, por cuanto no fue un encargo realizado y abonado a un tercero.
Se dictó auto teniendo por allanada parcialmente a la demandada.
7º.-Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia estimando la demanda y condenando al inmediato pago de las cantidades reclamadas e intereses, con imposición de costas a "Martinsa Fadesa, S.A.". Se

fundamenta en que el contrato de compraventa persistió pese al concurso, no eran en realidad acreedores concursales, y la causa de resolución es posterior al concurso. Pronunciamientos frente a los que esta se alza.
TERCERO.-La vinculación de los compradores al convenio.- El extenso recurso de la demandada contiene en realidad un único motivo. Su planteamiento se puede resumir en que los compradores de viviendas que aduzcan incumplimientos anteriores al concurso, y cuyos créditos hayan sido reconocidos, no pueden posteriormente pretender la resolución del contrato y la devolución de las cantidades pagadas al margen del concurso, sino que están sometidos al convenio aprobado.
El motivo debe ser estimado:
1º.-La cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Audiencia Provincial, sobre la que se ha pronunciado de forma reiterada la Sección 4ª, por ejemplo en sus sentencias de 20 de enero de 2014 (Roj: SAP C 54/2014) y 24 de enero de 2014 (Roj: SAP C 78/2014) (La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial), donde se plantean casos idénticos al presente: Compradores de viviendas en la URBANIZACIÓN000, que han visto como no se acababan las edificaciones, que entregaron cantidades a cuenta, cuyo crédito se reconoce como contingente en el listado definitivo de acreedores, y ahora plantean la resolución contractual. Compartiendo la misma postura seguida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 10 de octubre de 2013 (Roj: SAP A 3557/2013), se establece que:
(a) Habiendo sido declarada en concurso Martinsa Fadesa el día 24 de julio del 2008 y habiendo sido reconocido en dicho procedimiento concursal el crédito de los actores como un crédito contingente con la calificación de ordinario, una vez aprobado el convenio mediante sentencia de 11 de marzo del 2011, dicho
convenio produce los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Concursal y vincula al demandante, debiendo hacer valer su derecho de crédito con arreglo a dicho convenio.
(b) En la lista definitiva de acreedores aparece incluido el crédito de los demandantes como un "crédito contingente por la cuantía pagada hasta 24 de julio de 2008", con la calificación de ordinario. No se puede discutir que estos créditos incluidos en la lista de acreedores son créditos concursales (artículo 89.1 de la Ley Concursal, pues no son créditos contra la masa) y que, obviamente, también los contingentes lo son (artículo 87.3). Esta calificación del crédito no fue impugnada.
(c) En consecuencia el crédito de los demandantes está indudablemente sujeto al convenio aprobado, pues le alcanza su eficacia (artículo 134 de la Ley Concursal). No es dable a este órgano judicial efectuar disquisición alguna sobre materias que han quedado definitivamente resueltas en el procedimiento concursal. Menos aún, ignorarlas o resolver en contra de sus designios.
Desde esta perspectiva, no es aceptable la pretensión de la parte apelante de obtener una condena que le permita el reembolso de las cantidades que, en su día, entregó a cuenta del precio, al margen del concurso, pues ello supondría, de una parte, obviar el convenio aprobado y, de otra, otorgar un trato preferente a este acreedor respecto del resto de acreedores en su misma situación. Con la sentencia a dictar en el pleito que nos ocupa, en tanto se accede a la resolución contractual, desaparece la contingencia que pesaba sobre el crédito y en virtud del artículo 87.3 de la Ley Concursal, se le otorgan a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación: de ahí que, desparecida la contingencia, el crédito del demandante tenga la calificación que se le dio, de crédito ordinario, y la cuantía establecida en el concurso. Por mor del pleito que nos ocupa, el demandante comprueba como su crédito pierde la contingencia y queda sujeto al convenio aprobado, en los términos previstos en el mismo y en la cuantía fijada en su día. No es preciso que la sentencia contenga condena al pago de cantidad alguna, pues esa obligación de pago deriva inexorablemente de la desaparición del carácter contingente del crédito; obligación de pago que deberá cumplirse, reiteramos, en la forma y condiciones que se especifican en el concurso número 408/2008 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de a Coruña, sin que este Tribunal pueda interferir ni resolver nada sobre tales extremos.
2º.-Afirmar que la causa de resolución es posterior al concurso se fundamenta en una equivoca interpretación de la causa de resolución contractual. La causa de resolución es el incumplimiento de la obligación de entregar la propiedad de la vivienda debidamente rematada (artículo 1124 del Código Civil). Y ese incumplimiento fue anterior al concurso, como lo prueba el que ya se promoviese en su día un incidente concursal por no entregar la vivienda. El que, con el paso del tiempo, se vayan agravando los incumplimientos, concurriendo más concausas que impidan o coadyuven a esa imposibilidad de entrega del dominio de la vivienda, no genera causas de resolución «ex novo». El incumplimiento es único y anterior, aunque alguna de las causas que se puedan invocar sea posterior en el tiempo.
En este sentido, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2013 (Roj: STS 4091/2013, recurso 2178/2011) y 25 de julio de 2013 (Roj: STS 4092/2013, recurso 168/2012), ambas referidas a este concurso de "Martinsa Fadesa, S.A.", ya indica que «Es claro que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la promotora vendedora, habían transcurrido nueve meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda. El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el artículo 62.1 de la Ley Concursal. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después».
3º.-La conclusión es que los adquirentes pueden resolver los contratos de compraventa de vivienda futura, pero la devolución de las cantidades pagadas están sometidas a las reglas aprobadas en el convenio concursal, como cualquier otro acreedor, convirtiéndose su crédito contingente en ordinario. Reiterando lo expuesto, obsérvese que la tesis contraria, como la sostenida en la sentencia apelada, conduciría a: (a) Los compradores serían acreedores de mejor condición que el resto, pues bastaría con que resolviesen el contrato para que obtuviesen una preferencia de cobro superior a cualquier otro, por lo que el concurso en nada les afectaría, ni

les vincularía el convenio. Lo que supone que los demás acreedores (entre los que se incluyen otros particulares que hayan comprado viviendas en similares o peores condiciones) tendrían que soportar en exclusiva el concurso, rompiéndose así la *«par conditio creditorum»,* que es la esencia de toda situación concursal. (b) El concurso no sería nunca una solución eficaz para un promotor, por cuanto los adquirentes de viviendas futuras siempre podrían situarse al margen del concurso, por lo que la única solución posible sería siempre la liquidación. (c) Se comprende que puede resultar aparentemente "injusta" la situación desde el punto de vista del particular que adquiere una vivienda, pero al margen de tener otras posibles garantías (avales o seguros por las cantidades adelantadas, conforme a la Ley 57/1968), el concurso también afectará a otros contratantes cuya situación económica puede mucho más precaria (pequeños empresarios, autónomos de los diversos oficios constructivos, los que permutaron sus antiguas viviendas por obra futura, etcétera).
(e) Esta doctrina no está afectada por la sentencia dictada por esta Sección el 28 de febrero de 2013 (Roj: SAP C 367/2013), por cuanto el supuesto de hecho entonces contemplado se refería a una compraventa cuando "Martinsa Fadesa, S.A." se hallaba en situación concursal, y por lo tanto el incumplimiento posterior en cuanto a la finalización es del concurso.
4º.-Es cierto que la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que aprobó el convenio concursal contiene unas manifestaciones sobre si sería posible o no que los adquirentes de viviendas pudieran reclamar ulteriormente al margen del convenio. Pero como ya se ha dicho reiteradamente, se trata de un «obiter dicta», de unas reflexiones en voz alta que no generan ningún derecho a la parte, ni vinculan a ningún tribunal por no constituir cosa juzgada; y que sí es cierto que ha servido para generar falsas expectativas en los ahora reclamantes.
La estimación del motivo hace innecesario el análisis de los demás planteados.
CUARTO.-Costas.- En lo que se refiere a la imposición de las costas devengadas:
1º.-La cuestión debatida en el proceso no es pacífica, pues debe reconocerse que algunas sentencias resuelven la cuestión litigiosa de forma divergente (por ejemplo, la Audiencia Provincial de Zaragoza). Por otra parte, la demanda fue parcialmente estimada, en tanto en cuanto se decretó la resolución del contrato y el allanamiento de la parte demandada se produce cuando ya había sido extrajudicialmente declarada la resolución por la actora. Por todo ello, y en aplicación de lo normado en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal no hace especial pronunciamiento con respecto a las costas de primera instancia.
2º.-Al estimarse el recurso de apelación, no procede imponer las costas de la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
QUINTO.-Depósito del recurso.- Conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estimarse el recurso, deberá devolverse a la parte el depósito constituido, debiendo expedirse el correspondiente mandamiento de pago.
Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,
FALLO:
Por lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, resuelve:
1º.-Se estima el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandada "Martinsa Fadesa, S.A.", contra la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2013 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 13 de A Coruña, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 831/2012, y en el que son demandantes don Genaro, doña Gabriela y don Marcelino.
2º.-Se revoca la sentencia apelada; y en su lugar, y sin perjuicio del allanamiento parcial sobre la resolución de los contratos de compraventa, aprobado por auto de 20 de febrero de 2013, debemos declarar y declaramos no haber lugar a la devolución inmediata de las cantidades abonadas a cuenta del precio por las tres compraventas de vivienda futura, sino que deberá llevarse a efecto la restitución de prestaciones conforme a lo establecido en la Ley Concursal y a lo aprobado en el convenio del Concurso de la entidad "Martinsa Fadesa, S.A." tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad. Sin imposición de las costas de primera instancia.”: SAP La Coruña (Sección 3) 13.06.2014 (Sentencia 194/2014; Rollo 102/2014)

“PRIMERO. - La resolución dictada en la instancia concluye con la parcial estimación de las pretensiones deducidas en la demanda, sin hacer expresa imposición en cuanto al pago de las costas causadas; alzándose contra la citada resolución la parte demandante solicitando sea estimado el recurso y revocada la sentencia apelada (con excepción del pronunciamiento referido a los daños y perjuicios causados), acogiendo integrante las pretensiones de la demanda, con imposición de costas a la demandada, a lo que se opone esta última solicitando su confirmación.
SEGUNDO. -Insiste la parte actora-apelante en esta alzada en la petición de resolución de los contratos de compra-venta concertados con la demandada el 10 y 21 de Octubre de 2006, los que debían ser urbanizados para poderse edificar, lo cual debería llevarse a cabo en un plazo de 30 meses, por lo que la actora abonó 80.619,84 # por cada parcela comprada, sin que a la fecha le fueran entregadas las parcelas urbanizadas ni devuelto el dinero, motivo por el que solicitan la resolución del contrato y la devolución de lo entregado, así como una indemnización por daños y perjuicios causados, que al habérsele reconocido esto último el recurso de apelación se ciñe a las dos primeras pretensiones.
El incumplimiento por parte de la demandada está claro, lo que faculta a la demandante a solicitar la resolución contractual, (art. 1124 Cg. Civil) toda vez que nos encontramos ante unas obligaciones de carácter bilateral y la demandada ha incumplido una de sus obligaciones, como era el plazo de entrega (cláusula séptima de los contratos) mencionados cuyo cómputo debería iniciarse desde que se pudieran iniciar las obras de urbanización y éste a la fecha de presentación de la demanda ya había finalizado.
El concurso de acreedores fue declarado el 24-Julio-2008, de lo cual se le había informado a la aquí demandante-apelante, (documento Nº 10 unido con la contestación a la demanda), de manera que en la elaboración del listado de acreedores se incluyó a la parte demandante como crédito contingente ordinario

(documento Nº 11) por importe de 161.240,00 #, con dicha inclusión la actora venía reconociendo que la demandada con anterioridad al Concurso había incurrido en incumplimiento, sin que conste se hubiera realizado impugnación alguna, con la que muestra su conformidad con el listado (art. 94, 95 y 96 de la Ley Concursal). Asimismo el Convenio fue aprobado en el Concurso y reconocido en la sentencia dictada que es firme, por lo que el actor se encuentra vinculado con el Convenio.
Aprobado el Convenio mediante sentencia de 11-Mayo-11, éste produce los efectos previstos en el art. 134 de la Ley Concursal vinculando al demandante, el que deberá hacer valer su derecho de crédito conforme al Convenio.
En dicho Convenio se recoge el crédito como un "crédito contingente" con la calificación de ordinario (documento Nº 11) no se puede discutir que sean créditos concursales (art. 89.1 de la Ley Concursal, no se trata de créditos contra la masa) y que, los créditos contingentes también lo son (art. 87.3), sin que tal calificación haya sido impugnada, por lo que han de estar sometidos al Convenio (art. 134 de la Ley Concursal).
Para resolver la cuestión litigiosa han de tenerse en cuenta los siguientes hechos probados a lo largo del proceso:
a) Las partes aquí litigantes se encuentran unidas por dos contratos de compraventa de fechas 10-Octubre-2006 y 21-Octubre-2006 respectivamente de dos parcelas, en los que el actor era comprador y la demandada vendedora, habiéndose obligado a la entrega de los mismos urbanizados.
b) En la fecha de interposición de la demanda los mismos no habían sido entregados, ni cuentan con la licencia de edificación según certificaciones (2010 y 2013) del Ayuntamiento de La Aldea elaborados por la Sra. Secretaria-Interventora de dicho Ayuntamiento.
c) El demandante ha entregado en total -161.239,68 # a cuenta del precio.
d) El Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de A Coruña en fecha 24 de Julio de 2008 ha declarado en concurso de acreedores a la entidad demandada resultando que en la lista de acreedores se encuentra el demandante reconociéndose a sus crédito como contingente-ordinario por la cuantía abonada a la parte demandada que es la reclamada en este proceso y que no ha sido impugnada, habiéndose aprobado el Convenio por sentencia dictada por el mencionado Juzgado de lo Mercantil en fecha 11 de Mayo de 2011, la cual es firme al haber sido confirmada por esta Audiencia Provincial por sentencia dictada el 10-septiembre-2012.
e) Según consta en los contratos de compraventa los solares urbanizados debían ser entregados aproximadamente en 30 meses desde la obtención de la licencia de ocupación (cláusula séptima de los contratos), sin que ello hubiera tenido lugar a día de hoy, por lo que la demandada ha incurrido en un auténtico incumplimiento contractual, y por el contrario el demandante ha venido dando cumplimiento a sus obligaciones (art. 1445 y siguientes del Cg. Civil).
TERCERO. -En el Convenio mencionado se ha considerado al crédito de la demandante como contingente-ordinario por el importe reclamado en la demanda, si que éste hubiera sido impugnado, por lo que la actora se encuentra sometida al Convenio.
En efecto, conforme al art. 134.1 de la LC : "El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos".
Por su parte, el art. 136 LC norma que: "Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio".
El art. 97 de la LC señala que quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario y la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, que es lo que se pretende ahora por la actora al intentar desligarse de un convenio al que quedó sometida, mediante acto propio de inequívoca consideración jurídica, que desde luego les vincula, no solo legalmente sino también por elementales postulados de la buena fe, que prohíbe actuar contra actos propios, al concurrir los requisitos para ello: a) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; b) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; c) que el acto sea concluyente 1: e indubitado, por ser "expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto" (SSTS de 21 de febrero de 1997; 16 febrero 1998; 9 mayo 2000; 21 mayo 2001; 22 octubre 2002 y 13 marzo 2003, o más recientemente 7 de mayo de 2010 entre otras muchas).
Sostiene la parte recurrente en el recurso de apelación interpuesto que se trata de un crédito contra la masa, si bien como ha quedado expuesto anteriormente por la documental aportada, el crédito del aquí demandante aparece incluido en el Convenio que resultó aprobado como crédito contingente sin que ello hubiese sido impugnado, por lo que no hay duda que se trata de crédito concursales (art. 89.2 L.C.), y no créditos contra la masa).
El Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de A Coruña el 11-3-2011, dictó sentencia que es firme, aprobando el Convenio incluyendo al demandante como titular de crédito contingente con la calificación de ordinarios, por importe equivalente al reclamado en la demanda, por lo que el crédito del actor está sujeto al convenio aprobado, pues le alcanza su eficacia (art. 134 LC). No es dable a este órgano judicial efectuar disquisición alguna sobre materias que han quedado definitivamente resueltas en el procedimiento concursal ni tampoco ignorarlas o resolver en contra.
No puede pretender la parte aquí apelante obtener una condena que le permita el reembolso de las cantidades que, en su día, entregó a cuenta del precio, al margen del concurso, pues ello supondría, de una parte, obviar el convenio aprobado y, de otra, otorgar un trato preferente a este acreedor respecto del resto de acreedores en su misma situación, pues con la sentencia que se dicta en este pleito, en tanto se accede a la resolución contractual, desaparece la contingencia que pesaba sobre el crédito y en virtud del art. 87.3 LC, se le otorgan a

su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación: de ahí que, desaparecida la contingencia, el crédito del demandante tenga la calificación que se le dio, de crédito ordinario y la cuantía será la que se refleja en el Convenio, coincidiendo en este caso con la reclamada en la Demanda.
Con la interposición de la demanda origen del presente proceso, el crédito del actor, deja de ser contingente y se someterá al Convenio aprobado, sin que sea necesario que la sentencia contenga condena al pago de cantidad alguna, pues esa obligación de pago deriva inexorablemente de la desaparición del carácter contingente del crédito; obligación de pago que deberá cumplirse, reiteramos, en la forma y condiciones que se especifican en el concurso núm. 408/2008 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña, sin que este Tribunal pueda interferir ni resolver nada sobre tales extremos.
Las consecuencias de esta resolución han de quedar sometidas a los términos del Convenio, la cantidad a devolver será la fijada en el mismo, a la que habrá que añadir el pago de los intereses correspondientes a contar desde la interposición de la demanda (art. 1100, 1108 y siguientes del Cg. Civil), el recurso por tanto ha de ser estimado.”: SAP La Coruña (Sección 3) 08.09.2014 (Sentencia 342/2014; Rollo 198/2014)

AP La Coruña (Sección 4)

“PRIMERO: Sobre el planteamiento del litigio en la alzada.-
Es objeto del presente litigio la acción judicial que es ejercitada por la entidad actora CARPOL INVERSIONES S.L. contra la sociedad demandada FADESA INMOBILIARIA S.A, actualmente MARTINSA-FADESA, directamente encaminada a la obtención de un pronunciamiento judicial, que proclame resuelto por incumplimiento de la demandada el contrato de compraventa de 28 de diciembre de 2005, y se condene, en consecuencia, a la misma a abonar a la actora la suma de 143.941 euros (113.940,98 euros más otros 30.000 euros en concepto de daños y perjuicios), más los intereses legales de esa cantidad desde la fecha en que se presentó este contrato ya incumplido en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña.
La base fáctica en la que se funda la demanda consiste en que con fecha 28 de diciembre de 2005 los litigantes suscribieron un contrato de compraventa sobre la parcela VA-20-4, comprendida en el sector R-D, en Perbes-San Xoan de Vilanova, en Miño (A Coruña). Se acordó un plazo de entrega "aproximadamente en septiembre de 2006" (cláusula 7 del contrato). Se estipuló un precio total de 194.450 euros. La actora entregó a cuenta del precio final 113.940,98 euros. El resto del precio se abonaría al otorgamiento de la correspondiente escritura pública mediante subrogación hipotecaria. Comoquiera que la obligación de entrega no fue cumplida por parte de la demandada se comunica por medio de burofax de 24 de febrero de 2012, que se da por resuelto el contrato y se insta a la devolución de las cantidades entregadas.
En la contestación de la demanda la sociedad interpelada MARTINSA-FADESA S.A, anteriormente FADESA INMOBILIARIA S.A., se allanó parcialmente a la demanda en cuanto a la resolución el contrato, si bien la devolución de las sumas percibidas en concepto de precio con sus intereses están sometidas a los términos y condiciones (quitas, conversiones y esperas) previstos en el convenio concursal de la demandada.
Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de A Coruña, que estimó parcialmente la demanda acordando haber lugar a la resolución del contrato de compraventa suscrito por las partes de 28 de diciembre de 2005, por incumplimiento de la demandada de su obligación de entrega del inmueble objeto del mismo, condenándola a devolver a la actora la suma de
113.940 euros más los intereses legales correspondientes desde la fecha de comunicación al Juzgado de lo Mercantil, lo que tuvo lugar el 12 de septiembre de 2008, sin imposición de costas.
Contra el referido pronunciamiento judicial se interpuso por la demandada el presente recurso de apelación.
Dados los términos del planteamiento de este litigio en la alzada, que lógicamente vinculan a este Tribunal (art. 465.5 LEC), resulta que es firme el pronunciamiento relativo a la resolución del contrato de compraventa suscrito con fecha 28 de diciembre de 2005, con respecto al cual se allanó la demandada, así como la desestimación de la pretensión de indemnización de daños y perjuicios de 30.000 euros postulados en demanda, quedando por lo tanto circunscrito el recurso a la sujeción de la actora a los términos del convenio que puso fin al proceso concursal de la deudora MARTINSA FADESA S.A., en los términos fijados en el mismo.
SEGUNDO: Sobre los hechos probados.-
El presente litigio ha de decidirse en función de los siguientes hitos fácticos, que se declaran expresamente justificados:
A) La existencia de un vínculo contractual entre las partes litigantes conformado por el contrato de compraventa referenciado de 28 de diciembre de 2005, sobre la parcela antes descrita, con una fecha de entrega aproximada de septiembre de 2006.
B) Consta igualmente probado y admitido por ambas litigantes, y, por consiguiente, exento de prueba (art. 281.3 de la LEC), que dicha parcela no ha sido entregada, y que, por lo tanto, fue incumplida la obligación principal de la demandada vendedora derivada de lo normado en el art. 1461 del CC.
C) La entidad demandada fue declarada en concurso de acreedores por medio de auto de 24 de julio de 2008, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, en los autos de tal clase 408/2008.
D) En el referido procedimiento por la entidad actora, mediante escrito presentado el 12 de septiembre de 2008, en el que postulaba que "de conformidad con lo establecido en el art. 85 de la Ley Concursal se tenga por comunicada en forma la existencia del crédito a los efectos de su inclusión en la lista de acreedores".
E) En la lista definitiva de acreedores elaborada por la administración concursal aparece con el nº 1497, CARPOL INVERSIONES S.L. con la calificación de crédito contingente por la cuantía pagada hasta el 24 de julio de 2008, por importe de 113.941 euros.
F) Por sentencia de 11 de marzo de 2011, dictada por el referido Juzgado de lo Mercantil se aprobó el convenio del concurso de acreedores de MARTINSA FADESA S.A. La referida sentencia fue confirmada por otra de esta Audiencia Provincial de 10 de septiembre de 2012.

G) La presente demanda se presentó el 19 de noviembre de 2012 y se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de A Coruña con fecha 15 de julio de 2013, decretando la resolución contractual.
TERCERO: Consideraciones jurídicas.-
La entidad actora insinuó su crédito a los efectos del art. 85 de la LC, siendo el mismo reconocido por la administración concursal en la lista definitiva de acreedores con la condición de contingente y ordinario. La actora está pues sometida al convenio aprobado.
En efecto, conforme al art. 134.1 de la LC : "El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos".
Por su parte, el art. 136 LC norma que: "Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio".
No ofrece duda tampoco que el crédito de la actora es concursal, nacido antes de la declaración del concurso, ya que el último pago efectuado lo fue el 30 de agosto de 2006, según el calendario que figura en el contrato de compraventa suscrito por las partes. Y tal circunstancia se reconoce expresamente por la actora en el propio escrito de demanda cuando en el apartado 2 de su suplico postula "los intereses legales de esa cantidad desde la fecha en que se presentó este (sic) el contrato ya incumplido en el Juzgado de lo Mercantil nº uno de La Coruña", o dicho de otro modo, al insinuar el crédito en el procedimiento concursal, ya se admitía que el contrato había sido incumplido por la demandada y que tal circunstancia genera un crédito a su favor.
No nos hallamos ante un crédito contra la masa de los previstos en el art. 84.2.6º LC, que reputa como tales a los que "conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado", dado que en este caso no nos encontramos ante un incumplimiento del concursado, es decir de quien fue declarado en concurso, sino de un contratante que, tras incumplir el contrato suscrito, solicitó su concurso voluntario.
Que el incumplimiento fue anterior así lo reconoció la parte demandante al insinuar su crédito en el concurso y admitirlo expresamente en el suplico de la demanda en los términos reseñados, así como dado el tiempo transcurrido entre la obligación de entrega y la fecha de declaración del concurso de casi dos años. No se puede utilizar como argumento decisorio unas consideraciones de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, aprobatoria del convenio, sobre los créditos contingentes, pues la lista de acreedores devino definitiva y no se excluyó del cumplimiento del convenio aprobado a los que figuraban en la precitada relación.
El art. 97 de la LC señala que quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario y la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, que es lo que se pretende ahora por la actora al intentar desligarse de un convenio al que quedó sometida, mediante indiscutible acto propio de inequívoca consideración jurídica, que desde luego le vincula, no solo legalmente sino también por elementales postulados de la buena fe, que prohíbe actuar contra actos propios, al concurrir los requisitos para ello: a) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; b) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; c) que el acto sea concluyente e indubitado, por ser "expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto" (SSTS de 21 de febrero de 1997; 16 febrero 1998; 9 mayo 2000; 21 mayo 2001; 22 octubre 2002 y 13 marzo 2003, o más recientemente 7 de mayo de 2010 entre otras muchas).
Con el pronunciamiento firme resolutorio desaparece la contingencia que pesaba sobre el crédito y en virtud del art. 87.3 LC, se le otorgan a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación.
Las sentencias invocadas por la parte demandada y acompañadas con su escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto, se refieren a incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, o cuya fecha, igualmente posterior, fue determinada judicialmente al no especificarse en el contrato, o sin constancia de fecha del incumplimiento en su fundamentación jurídica. La SAP de Zaragoza sección 5ª, de 14 de marzo de 2013, con cita de otra precedente de la misma sección, se refiere de nuevo a incumplimientos posteriores. El propio Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, en sentencia de 10 de junio de 2011, en un incidente del mismo concurso, en un caso de resolución de contrato de compraventa por incumplimiento anterior de la concursada MARTINSA-FADESA, en el que el crédito de la compradora fue insinuado como contingente, se reputó el mismo como concursal tras la resolución del contrato por allanamiento, razonando: "Basta con señalar al respecto que el incumplimiento en que se funda la acción resolutoria es claramente anterior al concurso; no es, por lo tanto, el incumplimiento del concursado a que alude el art. 84.2.6º de la LC, sino del contratante que después es declarado en concurso".
En un caso igual al presente, relativo a la misma concursada, por incumplimiento anterior, y crédito insinuado y reconocido como contingente ordinario en la lista definitiva de acreedores, la SAP Alicante, sección 8ª, de 10 de octubre de 2013, comparte el mismo criterio que esta resolución, lo que hace en los términos siguientes :
"Por más que se empeñe la parte apelante en reiterar que su representado, en el concurso de MARTINSA FADESA, no era titular de ningún tipo de crédito concursal, no se puede negar lo que con meridiana claridad deriva del concurso de dicha mercantil, según la documentación aportada al procedimiento; a saber:
a) En los textos definitivos elaborados por la administración concursal, sección cuarta (determinación de la masa pasiva, artículo 96.4 LC) aparece incluido el crédito del demandante como un "crédito contingente por la cuantía pagada hasta 24 de julio de 2008", con la calificación de ordinario. No se puede discutir (aunque la parte apelante lo haga) que estos créditos incluidos en la lista de acreedores son créditos concursales (art. 89.1 LC, pues no son créditos contra la masa) y que, obviamente, también los contingentes lo son (art. 87.3).

Esta calificación del crédito del demandante no fue impugnada, en modo alguno, en sede concursal.
b) La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña, de fecha 11-3-2.011, aprobatoria del convenio (sentencia que adquirió firmeza) confirmó (aunque calificándola de dudosa desde un punto de vista jurídico) la tesis mantenida en el concurso por la administración concursal, en el sentido de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de créditos contingentes, con la calificación de ordinarios. Dicha sentencia resolvió la oposición de un acreedor que entregó cantidades a cuenta y, en relación a la cláusula 1.2 del convenio, se refirió a la problemática de compradores de viviendas con entregas a cuenta (pags 9-12 de la sentencia de 11-3-2.011), indicando, como hemos reseñado, que es discutible su tratamiento concursal, cuestionando especialmente la decisión de la administración concursal de considerarlos créditos contingentes con la clasificación de ordinarios, apuntando como solución más ajustada la de excluirlos porque en realidad no son acreedores concursales. En cualquier caso, como hemos dicho, se mantuvo su carácter de créditos contingentes, con la calificación de ordinarios, fijando su importe en el equivalente a las cantidades entregadas a cuenta.
Pues bien, el crédito del actor está indudablemente sujeto al convenio aprobado, pues le alcanza su eficacia (art. 134 LC). No es dable a este órgano judicial efectuar disquisición alguna sobre materias que han quedado definitivamente resueltas en el procedimiento concursal. Menos aún, ignorarlas o resolver en contra de sus designios.
Desde esta perspectiva, no es aceptable la pretensión de la parte apelante de obtener una condena que le permita el reembolso de las cantidades que, en su día, entregó a cuenta del precio, al margen del concurso, pues ello supondría, de una parte, obviar el convenio aprobado y, de otra, otorgar un trato preferente a este acreedor respecto del resto de acreedores en su misma situación. Con la sentencia a dictar en el pleito que nos ocupa, en tanto se accede a la resolución contractual, desaparece la contingencia que pesaba sobre el crédito y en virtud del art. 87.3 LC, se le otorgan a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación: de ahí que, desparecida la contingencia, el crédito del demandante tenga la calificación que se le dio, de crédito ordinario, y la cuantía establecida en el concurso. Por mor del pleito que nos ocupa, el demandante comprueba como su crédito pierde la contingencia y queda sujeto al convenio aprobado, en los términos previstos en el mismo y en la cuantía fijada en su día. No es preciso que la sentencia contenga condena al pago de cantidad alguna, pues esa obligación de pago deriva inexorablemente de la desaparición del carácter contingente del crédito; obligación de pago que deberá cumplirse, reiteramos, en la forma y condiciones que se especifican en el concurso num. 408/2008 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil num. 1 de La Coruña, sin que este Tribunal pueda interferir ni resolver nada sobre tales extremos".
CUARTO: Consecuencias jurídicas de lo resuelto:
Por mor de los razonamientos expuestos la resolución del contrato deviene pronunciamiento firme. Las consecuencias jurídicas de dicha resolución han de quedar sometidas a la disciplina concursal, al hallarnos ante un crédito de tal naturaleza. La devolución del principal reclamado será su importe, ya reconocido por tal cuantía en la lista definitiva de acreedores. Con respecto a los intereses habrá de estarse a que se piden desde que se solicitó su inclusión en el procedimiento mercantil -principio de congruencia- quedando sometidos a la disciplina del concurso y lo dispuesto en el convenio aprobado (arts. 59 y 134 LC).
Por todo ello, se revoca la sentencia apelada, estimándose el recurso de apelación interpuesto.
QUINTO: Costas.-
La cuestión debatida en el proceso no es pacífica, existen sentencias, que si bien su criterio no es compartido por este Tribunal, resuelven la cuestión litigiosa de forma divergente, no se ha pronunciado al respecto la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal. Por otra parte, la demanda fue parcialmente estimada, en tanto en cuanto se decretó la resolución del contrato y el allanamiento de la parte demandada se produce cuando ya había sido extrajudicialmente declarada la resolución por la actora. Por todo ello, y en aplicación de lo normado en el art. 394.1 LEC, el Tribunal no hace especial pronunciamiento con respecto a las costas de primera instancia.
Tampoco procede pronunciarse con respecto a las devengadas en la alzada al estimarse el recurso de apelación interpuesto (art. 398 LEC).
F A L L A M O S
Con estimación del recurso de apelación interpuesto, debemos revocar revocamos en parte la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de A Coruña, y, en su lugar, dictamos otra, por mor de la cual ratificamos el pronunciamiento resolutorio del contrato de compraventa de 28 de diciembre de 2005, por incumplimiento de la vendedora de su obligación de entrega del inmueble objeto del mismo, debiendo llevarse a efecto la restitución de prestaciones y entre ellas el principal de 113.940,98 euros, bajo la disciplina y convenio de la Ley Concursal, todo ello sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las costas procesales de ambas instancias.": SAP La Coruña (Sección 4) 20.01.2014 (Sentencia 5/2014; Rollo 492/2013)

"PRIMERO.- Por los motivos que resolveremos más adelante, interponen recurso de apelación las demandadas Martinsa-Fadesa y la aseguradora Zurich contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de A Coruña que, estimando parcialmente la demanda planteada por el Sr. Rodolfo después de la aprobación por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña del convenio de acreedores de la concursada Martinsa-Fadesa, declaró la resolución del contrato de compraventa de 5 de abril de 2005 sobre la vivienda unifamiliar futura nº NUM000 en parcela NUM001 de la urbanización del municipio de Miño, por incumplimiento de la promotora-vendedora demandada, que fue condenada también a la restitución al comprador demandante de los 62.343,54 euros abonados a cuenta, con los correspondientes intereses, además de la condena conjunta y solidaria de la aseguradora codemandada al pago del principal, hasta el límite del aval suscrito, e intereses del artículo 576 LEC, sin costas. Fue desestimada la pretensión indemnizatoria añadida de daños y perjuicios.
SEGUNDO.- La demandada Martinsa-Fadesa se había allanado parcialmente a la demanda en cuanto a la resolución el contrato, aunque oponiéndose a la pretensión indemnizatoria, y con sometimiento de la devolución de las sumas percibidas a cuenta del precio con sus intereses a los términos y condiciones (quitas,

conversiones y esperas) previstos en el convenio concursal aprobado judicialmente en su día, al tratarse de un incumplimiento obligacional anterior a la declaración del concurso, según ya habría establecido la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña de 7/10/2010, luego confirmada por la de la Audiencia Provincial (4ª) de 22/7/2011, para desestimar una anterior demanda resolutoria en incidente concursal entre las mismas partes, y el demandante tendría la condición de acreedor concursal ordinario a quien vincularía el convenio, según la normativa concursal y una serie de sentencias de Audiencias Provinciales y Juzgados invocadas en su apoyo. Su recurso de apelación se centra en ello al no haber sido aceptada su tesis en la sentencia de primera instancia.

En el recurso de apelación de Zurich se muestra disconformidad con la sentencia al rechazar su excepción de cosa juzgada. Se alega que la sentencia citada de esta Sección 4ª habría resuelto en apelación el fondo de la demanda formulada en el anterior proceso por el mismo demandante, habiendo sido desestimadas sus pretensiones porque estaría la obra terminada, con licencia de primera ocupación, y se trataría de un mero retraso en la entrega de la vivienda, sin frustración del negocio ni gravedad para la resolución contractual, al igual que la absolución de la aseguradora ahora apelante habría sido por los mismos motivos. Ello tendría necesariamente la consecuencia de la extinción de la garantía al estar claro que cuando el actor instó la resolución contractual la vivienda estaba terminada y apta para su entrega, continuando el contrato vigente, resultando entonces ajenos a la aseguradora los motivos posteriores de la falta de entrega. Y tampoco se trataría de un aval sino de un seguro de caución que obliga a resarcir dentro de los límites de la ley (la Ley 57/68).

TERCERO.- Debemos ahora destacar que la sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de 7/10/2010 dictada en el proceso anterior, desestimó la demanda por cuanto se trató de un incumplimiento anterior y el comprador demandante había instado la acción resolutoria contra la promotora-vendedora después de la declaración del concurso de acreedores, primero extrajudicialmente y después mediante su demanda incidental concursal, no admitiendo la Ley tal resolución por incumplimiento anterior a dicho momento más que en el caso de tratarse de un contrato de tracto sucesivo, pero no en los de tracto único, como la compraventa de vivienda de litis (aunque fuera de construcción futura y la obligación del comprador se fraccionase en el tiempo), todo ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Concursal. La sentencia no desconoció que antes de exteriorizar el actor su decisión resolutoria las obras estaban finalizadas y otorgada la licencia de primera ocupación a finales de septiembre de 2009.

En el recurso de apelación contra dicha sentencia (Rollo nº 371/2011 de esta Sección 4 ª) el demandante sostuvo que el incumplimiento no sería anterior sino posterior, pues la construcción habría finalizado en agosto de 2009 y la LPO de septiembre del mismo año, no habiéndose terminado la urbanización de la zona y sus elementos comunes, y porque a fecha de la declaración del concurso solo habría retraso y no incumplimiento resolutorio, a diferencia de la situación cuando se instó la resolución, no siendo el plazo pactado esencial sino aproximado, por lo cual cabría la resolución del contrato y el crédito sería contra la masa, sin que estuviera justificado mantener el contrato en interés del concurso. También mantuvo la tesis de que cabría legalmente la resolución por incumplimiento anterior tanto para los contratos de tracto sucesivo como de tracto único. Respecto de la compañía aseguradora alegó incongruencia por falta de pronunciamiento, exigiéndole el cumplimiento del aval y al bastar con la solicitud de resolución sin esperar a sentencia, según resultaría de la Ley 57/1968 y lo dispuesto para el seguro de caución en el artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro.

La administración concursal y la concursada apoyaron aquella sentencia, destacando que el incumplimiento en la fecha pactada de entrega de la vivienda había sido anterior a la declaración del concurso, por lo que no cabría legalmente la resolución conforme a los términos de la Ley y la interpretación mayoritaria. En último extremo alegaron sobre el mantenimiento de la eficacia del contrato en interés del concurso, además de estar la vivienda finalizada y lista para su entrega, con la LPO, cuando el demandante, tras la declaración concursal, notificó su voluntad resolutoria y se habría negado a recepcionarla. De aceptarse la tesis resolutoria por incumplimiento anterior, la calificación sería la de crédito concursal ordinario, el contrato se habría incumplido antes del inicio del concurso, y estaría entonces vedada su resolución.

Por su parte la aseguradora alegó entonces que se trataba de un seguro de caución en garantía de cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda, y no de aval a primer requerimiento ni seguro de entrega de vivienda, por lo que su obligación sería la de indemnizar los daños sufridos dentro de los correspondientes límites en caso de incumplimiento de sus obligaciones por el tomador del seguro, por lo que no cabría la devolución de las cantidades sin obtener la resolución del contrato de compraventa al que es accesorio.

Esos fueron en síntesis los términos de la controversia en la apelación y así lo apuntamos en la sentencia de segunda instancia dictada por nosotros el 22/7/2011. De ahí los razonamientos contenidos en la misma sobre todos esos otros aspectos, lo que no significa que la confirmación de la sentencia de primera instancia hubiese sido por otro fundamento que el expresado en la misma, no obstante haberse dejado constancia de la finalización de la obra y obtención de la LPO en agosto y septiembre de 2009, respectivamente, cuando la entrega estaba convenida a mediados de diciembre de 2007, antes de la declaración del concurso el 24 de julio de 2008.

Por eso dejamos claro ya a continuación del resumen de las respectivas posturas sobre la polémica que la cuestión de la resolución contractual en casos como éste no era nueva para el Tribunal al haberse ya pronunciado pocos días antes en contra de la tesis del entonces apelante en otro precedente (SAP 4ª A Coruña de 11/7/2011), cuyos razonamientos y solución eran igualmente predicables a tal litigio con ciertas adaptaciones.

Y más adelante, al tocar la doctrina jurisprudencial sobre la resolución contractual por incumplimiento en relación al alegado retraso, la conclusión fue que se trataba de un incumplimiento anterior a declararse el concurso y no posterior. Eso es lo importante y no el añadido constatando de que efectivamente cuando el comprador manifestó su voluntad resolutoria la vivienda ya estaba terminada e incluso expedida la LPO.

Precisamente por ello es por lo que, tras dejar también claro que el contrato de compraventa litigioso era de los

denominados de tracto único con reciprocidad de prestaciones entre las partes, a los fines de su encaje en la regulación del artículo 62 LC, la sentencia de apelación abordó a continuación de manera extensa y destacada la cuestión fundamental de si cabe o no legalmente la resolución contractual instada después, por incumplimiento anterior a la declaración del concurso, exponiendo las razones de la polémica y división de opiniones, tanto en la doctrina como en Audiencias Provinciales y Juzgados, para decantarnos finalmente por el criterio negativo seguido en la sentencia apelada del Juzgado de lo Mercantil, el cual consideramos más acertado: en general por las razones de las sentencias que habíamos reseñado de este grupo, por ser la interpretación mayoritaria, así como la nuestra, y resultar la más ajustada a los términos de la Ley Concursal, cuyo artículo 62.1 distingue expresamente entre contratos de tracto sucesivo y los demás (tracto único), así como entre incumplimiento anterior y posterior, distinción que carecería de sentido si el régimen resolutorio fuera el mismo en ambos casos; por el contrario, se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso únicamente cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, y la compraventa, aunque sea de vivienda futura con fraccionamiento del pago del precio unitario, ya dijimos que no lo es, sino de tracto único, y aquí la norma solo faculta la resolución por incumplimiento posterior. Añadimos entonces que si la solución de la Ley era insatisfactoria o ilógica, dependía del punto de vista, aunque no sería mucho más que respecto de tantos otros acreedores que no han cobrado o insatisfechos y tienen que compartir un mismo destino en el concurso.

Se hace preciso hacer aquí un paréntesis para apuntar que también resolvimos aplicando el mismo criterio en otras sentencias de esta Sección 4ª, además de las ya comentadas, como las de 28/7, 7/9/2011 y 13/9/2011, criterio que fue confirmado después por el Tribunal Supremo en sentencias de muy parecidos términos de 24 y 25/7/2013.

La STS de 24/7/2013 se refería a la nuestra de 7/9/2011 en la cual, al igual que el Juzgado Mercantil, habíamos desestimado la pretensión resolutoria porque afectaba a un contrato de tracto único y el incumplimiento era anterior a la fecha de declaración de concurso. Sobre esta base y tratarse de un contrato de tracto único (al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte) en relación con lo dispuesto en el artículo 62.1 LC, el Tribunal Supremo concluyó en el Fundamentos de Derecho 6 lo siguiente:

"Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, "la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso". Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único.

Tal y como han quedado acreditados los hechos en la instancia, la promotora concursada se había obligado a entregar la vivienda objeto de la compraventa en octubre de 2007, y no fue ofrecida al comprador hasta diciembre de 2009. Entre medio, en julio de 2008, fue solicitado y declarado el concurso de la promotora. Es claro que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la promotora vendedora, habían transcurrido nueve meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda. El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el art. 62.1 LC. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después.

Por esta razón debemos desestimar el recurso, en la medida en que la sentencia recurrida llevó a cabo una correcta interpretación y aplicación del art. 62.1 LC ".

Por su parte, la STS de 25/7/2013 se refería también a otra nuestra de 13/9/2011, con igual solución por incumplimiento anterior, si bien que en este caso la entrega de la vivienda estaba prevista para noviembre de 2007, sin que la vendedora lo hubiera efectuado a fecha de declaración del concurso, ocho meses después. El Alto Tribunal razonó y resolvió en el mismo sentido y casi idénticos términos a los de su sentencia del día anterior.

Así pues, no podemos ahora desconocer la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 7/10/2010, confirmada por la de esta Sección 4 ª de la Audiencia Provincial de 22/7/2011, en el anterior incidente concursal en cuanto a situar la fecha de entrega en diciembre de 2007 y el incumplimiento meses antes de la declaración del concurso, no obstante su prolongación posterior hasta al menos finales de 2009, por lo que en el caso enjuiciado el concurso impedía legalmente la resolución contractual que en otro caso hubiese procedido, con el consecuente rechazo de las tesis contrarias del entonces demandante, el mismo que ahora, alegando un mero retraso anterior y el incumplimiento posterior o la interpretación de permitir el artículo 62.1 LC la resolución de la compraventa con sus consecuencias. Ello es predicable tanto para el Tribunal como para las partes ahora. Pero lo decidido en el primer proceso no es cosa juzgada negativa o excluyente de este segundo, por cuanto la sentencia de aquél no resolvió el contrato, precisamente por impedirlo el procedimiento concursal en curso conforme al artículo 62.1 LC, habiéndose interpuesto la nueva demanda tras la aprobación del convenio.

A mayores decir que la misma promotora-vendedora Martinsa-Fadesa ha reconocido su grave incumplimiento anterior al allanarse a la resolución, aunque discrepando de sus consecuencias, según apuntamos más arriba.

La conclusión a todo lo razonado en el presente Fundamento de Derecho es que resulta justificada la declaración de la resolución del contrato por causa del incumplimiento imputable a la promotora-vendedora de su obligación de entrega del inmueble objeto de la compraventa, producido con anterioridad a la declaración de su concurso de acreedores.

Sobre el seguro de caución hablaremos más tarde.

CUARTO.- Presupuesto lo anterior, la cuestión ahora es la planteada por la demandada Martinsa-Fadesa acerca de la vinculación o no del crédito restitutorio del demandante al convenio aprobado judicialmente.

La sentencia de primera instancia se decanta por la negativa por las razones expresadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (4ª) de 12 de noviembre de 2012, en la cual se llega a la conclusión de que ese derecho de crédito dinerario surgiría en el momento en que se declara la resolución del contrato de compraventa y antes era inexistente, pues lo que tendría el actor sería un derecho a obtener la prestación de entrega de la vivienda, que es a lo que el vendedor se había obligado, siendo el derecho de crédito a la devolución de las cantidades entregadas posterior a la aprobación del convenio, al no tener derecho el actor a obtener la entrega de la prestación, y pese a figurar el actor en la lista de acreedores con un crédito contingente y ordinario sin mención de la causa por la cuantía pagada. Según esta tesis el crédito del actor no estaría sometido al convenio.
Contrariamente nosotros seguimos ahora, como no puede ser de otro modo, la misma solución que hemos pronunciado hace escasos días en sentencia de esta misma Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 20 de enero de 2014 en un caso equivalente; al margen de si en el nuestro de ahora hubiese insinuado o no el actor el crédito que le fue reconocido en la lista definitiva de acreedores con la condición de contingente y ordinario por el importe total abonado; y sin que valga tampoco la objeción de que no se le habría comunicado individualmente con anterioridad para poder impugnarlo, pues en todo caso estaba la publicación en el tablón de anuncios del Juzgado y en el BOE, ordenada por el juez del concurso, comunicando la presentación del informe de la administración concursal y concediendo a los interesados el correspondiente plazo para impugnar en forma el inventario y lista de acreedores, con las consecuencias previstas en el artículo 97 LC caso de no hacerlo (incluso era discutible si ante la falta de entrada en funcionamiento del Registro Público Concursal previsto en los arts. 95 y 96 LC y normativa complementaria, debía o no suplirse mediante BOE si es que no lo ordenaba ya el juez o bastaba solo con el tablón, cuestión de la que tratamos en un auto de 29/6/2012).
En el mismo sentido entonces que nuestra citada sentencia de 20/1/2014, debemos adelantar que, estando el crédito del demandante reconocido por la administración concursal en la lista definitiva de acreedores con la condición de contingente y ordinario, la actora está sometida al convenio aprobado.
Y es que el artículo 134 LC, al determinar la extensión subjetiva de la eficacia del convenio, dispone en su nº 1 que : "El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos". A diferencia de los acreedores privilegiados (nº2), los cuales "sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable", además de su facultad de "vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio" (véase también el art. 123 sobre los efectos de la postura que hayan adoptado en la junta de acreedores).
Añadir que, según dispone el artículo 136, bajo el rótulo de "eficacia novatoria", los créditos tanto de los acreedores privilegiados "que hubiesen votado a favor del convenio" como "los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio".
Con anterioridad, el artículo 133 fija el comienzo de su eficacia en la fecha de la sentencia aprobatoria del convenio, con el consecuente cese de todos los efectos de la declaración de concurso, sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento.
Posteriormente, el artículo 140.1 legitima, en caso de incumplimiento del convenio, a cualquier acreedor "en lo que le afecte" para solicitar del juez la declaración de incumplimiento, sin prejuicio de la legitimación mayor si fuere debido a infracción de las medidas prohibitivas o limitativas convenidas sobre las facultades de administración y disposición del deudor, al afectar aquí a todos (art. 137.1).
Como razonábamos en nuestra sentencia de 10/9/2012, desestimatoria del recurso de apelación contra la del Juzgado de lo Mercantil aprobatoria del convenio del concurso de Martinsa-Fadesa:
"La ley habla de quedar sometido, vinculado, afectado, o de la eficacia o efectos del contenido del convenio.
Sometido al convenio significa tanto como quedar jurídicamente sujeto al mismo, teniendo que estar y pasar por su contenido y efectos.
La vinculación haría referencia al ligamen obligacional, aunque propiamente serían del deudor las obligaciones de pago o cumplimiento total de lo convenido, con la eficacia extintiva o modificativa, novatoria, a que se refiere el artículo 136, pudiendo así liberarse de sus deudas con los acreedores vinculados, sin que éstos puedan exigir otra cosa al tener que padecer o pasar por la quita y/o espera o demás convenido respecto de sus créditos, todo ello en caso de cumplimiento declarado judicialmente, que pone fin al concurso (art. 141), al depender de esta condición jurídica resolutoria (rescisoria), cuya aplicación haría desaparecer aquella otra eficacia (140.4) y daría lugar a la apertura de oficio de la liquidación (143.1-5º), sin perjuicio de los pagos legítimos parciales (162).
Quedar afectado por el convenio supone que le son de aplicación sus efectos y por tanto lo acordado en el mismo con sus consecuencias jurídicas y prácticas.
En realidad todas las referidas expresiones son modos equivalentes de referirse al carácter obligatorio del convenio aprobado judicialmente, por el que han de estar y pasar el deudor y todos aquellos acreedores a que se refiere, que son los ordinarios y subordinados; no los acreedores privilegiados, salvo en caso de haber votado a favor o aceptado".
En el presente caso, el crédito de la actora es concursal al haber nacido antes de la declaración del concurso, ya que comprende los pagos que realizó el comprador demandante a cuenta del precio pactado en el contrato de compraventa con anterioridad a la declaración del concurso, circunstancia generadora de un crédito a su favor, y a su vez la suma a devolver a consecuencia de la resolución contractual por incumplimiento anterior.
No nos hallamos ante un crédito contra la masa de los previstos en el artículo 84.2.6º LC, que reputa como tales a los que "conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con

obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado", dado que en este caso no nos encontramos ante un incumplimiento del concursado, es decir de quien fue declarado en concurso, sino de un contratante que, tras incumplir el contrato suscrito, solicitó su concurso voluntario.
Que el incumplimiento fue anterior ya lo justificamos en el presente asunto más arriba.
Tampoco se podrían utilizar como argumento decisorio unas consideraciones de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, aprobatoria del convenio, sobre los créditos contingentes, pues la lista de acreedores devino definitiva y no se excluyó del cumplimiento del convenio aprobado a los que figuraban en la precitada relación.
Y el artículo 97 LC señala que quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario y la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, que es lo que se pretende ahora por el actor al intentar desligarse de un convenio al que quedó sometido legalmente.
Con el pronunciamiento judicial dando por buena la resolución del contrato en cuestión por el referido incumplimiento anterior, desaparece la contingencia que pesaba sobre el crédito y en virtud del artículo 87.3 LC, se le otorgan a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación.
Parecidamente a lo que puede predicarse también en nuestro caso, decíamos en la citada sentencia de 20/1/2014 que la sentencias invocadas por la parte demandada y acompañadas con su escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto, se refieren a incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, o cuya fecha, igualmente posterior, fue determinada judicialmente al no especificarse en el contrato, o sin constancia de fecha del incumplimiento en su fundamentación jurídica. La SAP de Zaragoza sección 5ª, de 14 de marzo de 2013, con cita de otra precedente de la misma sección, se refiere de nuevo a incumplimientos posteriores. El propio Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, en sentencia de 10 de junio de 2011, en un incidente del mismo concurso, en un caso de resolución de contrato de compraventa por incumplimiento anterior de la concursada MARTINSA-FADESA, en el que el crédito de la compradora fue insinuado como contingente, se reputó el mismo como concursal tras la resolución del contrato por allanamiento, razonando: "Basta con señalar al respecto que el incumplimiento en que se funda la acción resolutoria es claramente anterior al concurso; no es, por lo tanto, el incumplimiento del concursado a que alude el art. 84.2.6º de la LC, sino del contratante que después es declarado en concurso".
En un caso como el presente, relativo a la misma concursada, por incumplimiento anterior, y crédito insinuado y reconocido como contingente ordinario en la lista definitiva de acreedores, la SAP de Alicante (8ª) de 10/10/2013 comparte el mismo criterio que nosotros en los términos siguientes:
"Por más que se empeñe la parte apelante en reiterar que su representado, en el concurso de MARTINSA FADESA, no era titular de ningún tipo de crédito concursal, no se puede negar lo que con meridiana claridad deriva del concurso de dicha mercantil, según la documentación aportada al procedimiento; a saber:
a) En los textos definitivos elaborados por la administración concursal, sección cuarta (determinación de la masa pasiva, artículo 96.4 LC) aparece incluido el crédito del demandante como un "crédito contingente por la cuantía pagada hasta 24 de julio de 2008", con la calificación de ordinario. No se puede discutir (aunque la parte apelante lo haga) que estos créditos incluidos en la lista de acreedores son créditos concursales (art. 89.1 LC, pues no son créditos contra la masa) y que, obviamente, también los contingentes lo son (art. 87.3). Esta calificación del crédito del demandante no fue impugnada, en modo alguno, en sede concursal.
b) La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña, de fecha 11-3-2.011, aprobatoria del convenio (sentencia que adquirió firmeza) confirmó (aunque calificándola de dudosa desde un punto de vista jurídico) la tesis mantenida en el concurso por la administración concursal, en el sentido de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de créditos contingentes, con la calificación de ordinarios. Dicha sentencia resolvió la oposición de un acreedor que entregó cantidades a cuenta y, en relación a la cláusula 1.2 del convenio, se refirió a la problemática de compradores de viviendas con entregas a cuenta (pags 9-12 de la sentencia de 11-3-2.011), indicando, como hemos reseñado, que es discutible su tratamiento concursal, cuestionando especialmente la decisión de la administración concursal de considerarlos créditos contingentes con la clasificación de ordinarios, apuntando como solución más ajustada la de excluirlos porque en realidad no son acreedores concursales. En cualquier caso, como hemos dicho, se mantuvo su carácter de créditos contingentes, con la calificación de ordinarios, fijando su importe en el equivalente a las cantidades entregadas a cuenta.
Pues bien, el crédito del actor está indudablemente sujeto al convenio aprobado, pues le alcanza su eficacia (art. 134 LC). No es dable a este órgano judicial efectuar disquisición alguna sobre materias que han quedado definitivamente resueltas en el procedimiento concursal. Menos aún, ignorarlas o resolver en contra de sus designios.
Desde esta perspectiva, no es aceptable la pretensión de la parte apelante de obtener una condena que le permita el reembolso de las cantidades que, en su día, entregó a cuenta del precio, al margen del concurso, pues ello supondría, de una parte, obviar el convenio aprobado y, de otra, otorgar un trato preferente a este acreedor respecto del resto de acreedores en su misma situación. Con la sentencia a dictar en el pleito que nos ocupa, en tanto se accede a la resolución contractual, desaparece la contingencia que pesaba sobre el crédito y en virtud del art. 87.3 LC, se le otorgan a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación: de ahí que, desparecida la contingencia, el crédito del demandante tenga la calificación que se le dio, de crédito ordinario, y la cuantía establecida en el concurso. Por mor del pleito que nos ocupa, el demandante comprueba como su crédito pierde la contingencia y queda sujeto al convenio aprobado, en los términos previstos en el mismo y en la cuantía fijada en su día. No es preciso que la sentencia contenga condena al pago de cantidad alguna, pues esa obligación de pago deriva inexorablemente de la desaparición del carácter contingente del crédito; obligación de pago que deberá cumplirse, reiteramos, en la forma y condiciones que se especifican en el concurso num. 408/2008 seguido ante el Juzgado de lo

Mercantil num. 1 de La Coruña, sin que este Tribunal pueda interferir ni resolver nada sobre tales extremos".
Las consecuencias jurídicas de la resolución del contrato en base a los razonamientos expuestos es que quedan sometidas a la disciplina concursal, al hallarnos ante un crédito de tal naturaleza. La devolución del principal reclamado será su importe, ya reconocido por tal cuantía en la lista definitiva de acreedores. Con respecto a los intereses habrá de estarse a los sentenciados en primera instancia sometidos a la disciplina del concurso y lo dispuesto en el convenio aprobado (arts. 59 y 134 LC).
Por todo ello, procede aquí revocar en la indicada medida la sentencia apelada, por estimación de la tesis al respecto defendida en el recurso de apelación de Martinsa-Fadesa. ":SAP La Coruña (Sección 4) 24.01.2014 (Sentencia 13/2014; Rollo 531/2013)

"PRIMERO: Sobre el planteamiento del litigio en la alzada.-
Es objeto del presente litigio la acción judicial que es ejercitada por los demandantes D. Alberto y D. Balbino, contra la sociedad demandada FADESA INMOBILIARIA S.A, actualmente MARTINSA-FADESA, directamente encaminada a la obtención de un pronunciamiento judicial, que proclame resuelto por incumplimiento de la demandada el contrato de compraventa de 3 de septiembre de 2004, y se condene, en consecuencia, a la misma a abonar a la actora la suma de 76.015,98 euros, más los intereses legales y moratorios de esa cantidad y 7600 euros adicionales (10%) como resarcimiento de daños y perjuicios, así como las costas procesales.
Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó auto de allanamiento parcial por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de A Coruña, de fecha 25 de enero de 2013, en el que decretó tener a la parte demandada por allanada a la resolución del contrato de compraventa de fecha 3 de septiembre de 2004, suscrito entre los litigantes, continuándose el proceso con respecto al resto de las pretensiones. Por sentencia de 5 de noviembre de 2013 se estimó parcialmente la demanda condenando a la entidad demandada a devolver a la actora la suma de 76.015,98 euros más los intereses legales correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha de la sentencia y desde la misma hasta el completo pago los intereses del art. 576 de la LEC, rechazándose la petición adicional de indemnización de daños y perjuicios, sin hacer especial condena en costas.
Contra el referido pronunciamiento judicial se interpuso por la demandada el presente recurso de apelación.
Dados los términos del planteamiento de este litigio en la alzada, que lógicamente vinculan a este Tribunal (art. 465.5 LEC), resulta que es firme el pronunciamiento relativo a la resolución del contrato de compraventa suscrito con fecha 3 de septiembre de 2004, con respecto al cual se allanó la demandada, así como la desestimación de la pretensión de indemnización de daños y perjuicios por importe de 7600 euros postulados en demanda, quedando por lo tanto circunscrito el recurso a la sujeción de la parte actora a los términos del convenio, que puso fin al proceso concursal de la deudora MARTINSA FADESA S.A., en los términos fijados en el mismo y cuantía de su crédito.
SEGUNDO: Sobre los hechos probados.-
El presente litigio ha de decidirse en función de los siguientes hitos fácticos, que se declaran expresamente justificados:
A) La existencia de un vínculo contractual entre las partes litigantes conformado por el contrato de compraventa referenciado de 3 de septiembre de 2004, sobre la parcela descrita en el hecho primero de la demanda, con una fecha de entrega aproximada de septiembre de 2006 (cláusula segunda del contrato, f 17).
B) Consta igualmente probado y admitido por ambas litigantes, y, por consiguiente, exento de prueba (art. 281.3 de la LEC), que dicha parcela no ha sido entregada, y que, por lo tanto, fue incumplida la obligación principal de la demandada vendedora derivada de lo normado en el art. 1461 del CC.
C) La entidad demandada fue declarada en concurso de acreedores por medio de auto de 24 de julio de 2008, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, en los autos de tal clase 408/2008.
D) En el referido procedimiento por la parte actora, se presentó escrito, el 22 de octubre de 2008, que reza: "procedo a comunicar a la Administración Concursal conforme establece el art. 85 de la Ley Concursal, la existencia del crédito que mi poderdante es titular, derivado de las relaciones comerciales con la concursada según se detalla" (f 189).
E) En la lista definitiva de acreedores elaborada por la administración concursal aparece con el nº 896, reconocido tal crédito con la calificación de crédito contingente por la cuantía pagada hasta el 24 de julio de 2008, por importe de 30.406,38 euros.
F) Con data 14 de enero de 2009 se presenta por los actores, en el mentado procedimiento concursal, demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores interesando en el suplico del mismo: "a) Incrementar el crédito reconocido en 45.609,6 euros y fijando el crédito reconocido en la cuantía de 76.015,98 euros, b) Se declare y se reconozca como contingente y a resultas del cumplimiento del contrato, c) En consecuencia que la Administración Concursal corrija en tales extremos el error padecido del informe definitivo" (f 314).
G) Tal demanda no fue admitida a trámite por auto de 16 de marzo de 2009, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, razonando que: "La indicación que la lista de la administración concursal hace del importe de las sumas pagadas hasta el 24 de julio de 2008 no tiene valor que no sea el meramente informativo, y no prejuzga de ninguna manera el importe final del crédito, si es que llega a nacer, una vez desaparecida la contingencia" (f 316).
H) Contra tal resolución se interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por auto de 28 de septiembre de 2009, dictado por este mismo Tribunal (f 319).
I) Los actores mediante escrito de 16 de febrero de 2009 dirigido a FADESA dieron por resuelto el contrato litigioso, por incumplimiento contractual de la demandada (f 43).
J) Por sentencia de 11 de marzo de 2011 (f 125 y ss.), dictada por el referido Juzgado de lo Mercantil, se aprobó el convenio del concurso de acreedores de MARTINSA FADESA S.A. La precitada sentencia fue

confirmada por otra de esta Audiencia Provincial de 10 de septiembre de 2012 (f 152 y ss.).
K) La presente demanda se presentó el 16 de noviembre de 2012.
TERCERO: Consideraciones jurídicas.-
Los actores insinuaron su crédito a los efectos del art. 85 de la LC, siendo el mismo reconocido por la administración concursal en la lista definitiva de acreedores con la condición de contingente y ordinario aun lo fuera por cuantía inferior. Los actores están pues sometidos al convenio aprobado.
En efecto, conforme al art. 134.1 de la LC : "El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos".
Por su parte, el art. 136 LC norma que: "Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio".
No ofrece duda tampoco que el crédito de los actores es concursal, nacido antes de la declaración del concurso, ya que el último pago efectuado lo fue el 2 de mayo de 2006, según el calendario que figura en el contrato de compraventa suscrito por las partes (f20) y lo abonado por los actores según certificación bancaria. Y tal circunstancia se reconoce expresamente por la actora al insinuar el crédito en el procedimiento concursal, ya se admitía que el contrato había sido incumplido por la demandada y que tal circunstancia genera un crédito a su favor.
No nos hallamos ante un crédito contra la masa de los previstos en el art. 84.2.6º LC, que reputa como tales a los que "conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado", dado que en este caso no nos encontramos ante un incumplimiento del concursado, es decir de quien fue declarado en concurso, sino de un contratante que, tras incumplir el contrato suscrito, solicitó su concurso voluntario. La circunstancia de que el incumplimiento de la concursada sea definitivo y anterior a la fecha de declaración del concurso, tiene trascendencia a los efectos de la determinación de si el crédito de los compradores derivado de la resolución -incluida la restitución de las cantidades pagadas a cuenta-, debía ser calificado como crédito concursal (SSTS de 25 de febrero y 9 de julio de 2013). El incumplimiento, en este caso, es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento, dejando los actores de abonar el último plazo de 1 septiembre de dicho año por importe de 65.531 euros, ante la consideración de la imposibilidad de cumplir de la actora (ver certificación bancaria de los pagos, f 274 y calendario como anexo al contrato, f 20), siendo la entrega prevista aproximadamente de septiembre de 2006, distando la urbanización de hallarse concluida como resulta del certificado del Ayuntamiento de Pego de 15 de junio de 2012 (f 39), situación que continúa en la actualidad.
Que el incumplimiento fue anterior así lo reconoció la parte demandante al insinuar su crédito en el concurso derivado de las cantidades abonadas a cuenta del precio final hasta mayo de 2006 para su inclusión en el concurso.
No se puede utilizar como argumento decisorio unas consideraciones de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, aprobatoria del convenio, sobre los créditos contingentes, pues la lista de acreedores devino definitiva y no se excluyó del cumplimiento del convenio aprobado a los que figuraban en la precitada relación.
El art. 97 de la LC señala que quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario y la lista de acreedores - la demanda incidental no fue admitida a trámite por las razones expuestas y no interesaba la exclusión del crédito del concurso- no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, que es lo que se pretende ahora por los actores al intentar desligarse de un convenio al que quedaron sometidos, mediante acto propio de inequívoca consideración jurídica, que desde luego les vincula, no solo legalmente sino también por elementales postulados de la buena fe, que prohíbe actuar contra actos propios, al concurrir los requisitos para ello: a) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; b) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; c) que el acto sea concluyente e indubitado, por ser "expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto" (SSTS de 21 de febrero de 1997; 16 febrero 1998; 9 mayo 2000; 21 mayo 2001; 22 octubre 2002 y 13 marzo 2003,
o más recientemente 7 de mayo de 2010 entre otras muchas).
Con el pronunciamiento firme resolutorio desaparece la contingencia que pesaba sobre el crédito y en virtud del art. 87.3 LC, se le otorgan a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación. Si bien por la cuantía reclamada en demanda como ya se advirtió en el proceso concursal.
El propio Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, en sentencia de 10 de junio de 2011, en un incidente del mismo concurso, en un caso de resolución de contrato de compraventa por incumplimiento anterior de la concursada MARTINSA-FADESA, en el que el crédito de la compradora fue insinuado como contingente, se reputó el mismo como concursal tras la resolución del contrato por allanamiento, razonando: "Basta con señalar al respecto que el incumplimiento en que se funda la acción resolutoria es claramente anterior al concurso; no es, por lo tanto, el incumplimiento del concursado a que alude el art. 84.2.6º de la LC, sino del contratante que después es declarado en concurso".
En un caso igual al presente, relativo a la misma concursada, por incumplimiento anterior, y crédito insinuado y reconocido como contingente ordinario en la lista definitiva de acreedores, la SAP Alicante, sección 8ª, de 10 de octubre de 2013, comparte el mismo criterio que esta resolución, lo que hace en los términos siguientes :
"Por más que se empeñe la parte apelante en reiterar que su representado, en el concurso de MARTINSA FADESA, no era titular de ningún tipo de crédito concursal, no se puede negar lo que con meridiana claridad deriva del concurso de dicha mercantil, según la documentación aportada al procedimiento; a saber:

a) En los textos definitivos elaborados por la administración concursal, sección cuarta (determinación de la masa pasiva, artículo 96.4 LC) aparece incluido el crédito del demandante como un "crédito contingente por la cuantía pagada hasta 24 de julio de 2008", con la calificación de ordinario. No se puede discutir (aunque la parte apelante lo haga) que estos créditos incluidos en la lista de acreedores son créditos concursales (art. 89.1 LC, pues no son créditos contra la masa) y que, obviamente, también los contingentes lo son (art. 87.3). Esta calificación del crédito del demandante no fue impugnada, en modo alguno, en sede concursal.
b) La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña, de fecha 11-3-2.011, aprobatoria del convenio (sentencia que adquirió firmeza) confirmó (aunque calificándola de dudosa desde un punto de vista jurídico) la tesis mantenida en el concurso por la administración concursal, en el sentido de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de créditos contingentes, con la calificación de ordinarios. Dicha sentencia resolvió la oposición de un acreedor que entregó cantidades a cuenta y, en relación a la cláusula 1.2 del convenio, se refirió a la problemática de compradores de viviendas con entregas a cuenta (pags 9-12 de la sentencia de 11-3-2.011), indicando, como hemos reseñado, que es discutible su tratamiento concursal, cuestionando especialmente la decisión de la administración concursal de considerarlos créditos contingentes con la clasificación de ordinarios, apuntando como solución más ajustada la de excluirlos porque en realidad no son acreedores concursales. En cualquier caso, como hemos dicho, se mantuvo su carácter de créditos contingentes, con la calificación de ordinarios, fijando su importe en el equivalente a las cantidades entregadas a cuenta.
Pues bien, el crédito del actor está indudablemente sujeto al convenio aprobado, pues le alcanza su eficacia (art. 134 LC). No es dable a este órgano judicial efectuar disquisición alguna sobre materias que han quedado definitivamente resueltas en el procedimiento concursal. Menos aún, ignorarlas o resolver en contra de sus designios.
Desde esta perspectiva, no es aceptable la pretensión de la parte apelante de obtener una condena que le permita el reembolso de las cantidades que, en su día, entregó a cuenta del precio, al margen del concurso, pues ello supondría, de una parte, obviar el convenio aprobado y, de otra, otorgar un trato preferente a este acreedor respecto del resto de acreedores en su misma situación. Con la sentencia a dictar en el pleito que nos ocupa, en tanto se accede a la resolución contractual, desaparece la contingencia que pesaba sobre el crédito y en virtud del art. 87.3 LC, se le otorgan a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación: de ahí que, desparecida la contingencia, el crédito del demandante tenga la calificación que se le dio, de crédito ordinario, y la cuantía establecida en el concurso. Por mor del pleito que nos ocupa, el demandante comprueba como su crédito pierde la contingencia y queda sujeto al convenio aprobado, en los términos previstos en el mismo y en la cuantía fijada en su día. No es preciso que la sentencia contenga condena al pago de cantidad alguna, pues esa obligación de pago deriva inexorablemente de la desaparición del carácter contingente del crédito; obligación de pago que deberá cumplirse, reiteramos, en la forma y condiciones que se especifican en el concurso num. 408/2008 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil num. 1 de La Coruña, sin que este Tribunal pueda interferir ni resolver nada sobre tales extremos".
CUARTO: Consecuencias jurídicas de lo resuelto:
Por mor de los razonamientos expuestos la resolución del contrato deviene pronunciamiento firme. Las consecuencias jurídicas de dicha resolución han de quedar sometidas a la disciplina concursal, al hallarnos ante un crédito de tal naturaleza. La devolución del principal reclamado será su importe. Con respecto a los intereses habrá de estarse a lo que resulta del pronunciamiento firme de la sentencia, es decir desde la fecha de interposición de la demanda -principio de congruencia- quedando sometidos a la disciplina del concurso y lo dispuesto en el convenio aprobado (arts. 59 y 134 LC).
Por todo ello, se revoca la sentencia apelada, estimándose el recurso de apelación interpuesto.": SAP La Coruña (Sección 4) 19.03.2014 (Sentencia 75/2014; Rollo 70/2014)

QUINTO: Costas.-
La cuestión debatida en el proceso no es pacífica, existen sentencias, que si bien su criterio no es compartido por este Tribunal, resuelven la cuestión litigiosa de forma divergente, no se ha pronunciado al respecto la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal. Por otra parte, la demanda fue parcialmente estimada, en tanto en cuanto se decretó la resolución del contrato y el allanamiento de la parte demandada se produce cuando ya había sido extrajudicialmente declarada la resolución por la actora. Por todo ello, y en aplicación de lo normado en el art. 394.1 LEC, el Tribunal no hace especial pronunciamiento con respecto a las costas de primera instancia.
Tampoco procede pronunciarse con respecto a las devengadas en la alzada al estimarse el recurso de apelación interpuesto (art. 398 LEC).
F A L L A M O S
Con estimación del recurso de apelación interpuesto, debemos revocar revocamos en parte la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de A Coruña, y, en su lugar, dictamos otra, por mor de la cual declaramos con condena a las partes a estar y pasar por este pronunciamiento que debe llevarse a efecto la restitución de prestaciones y entre ellas el principal de 76.015,98 euros e intereses, bajo la disciplina y convenio de la Ley Concursal, todo ello sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las costas procesales de ambas instancias.":.": SAP La Coruña (Sección 4) 19.03.2014 (Sentencia 75/2014; Rollo 70/2014)

"PRIMERO: Sobre el planteamiento del litigio en la alzada.-
Es objeto del presente litigio la acción judicial que es ejercitada por la demandante Dª. Marí Luz contra la sociedad demandada FADESA INMOBILIARIA S.A, actualmente MARTINSA-FADESA, directamente encaminada a la obtención de un pronunciamiento judicial, que proclame resuelto por incumplimiento de la demandada el contrato de compraventa de 2 de septiembre de 2005, y se condene, en consecuencia, a la misma a abonar a la actora la suma de 65.029,25 euros, más los intereses legales correspondientes, así como

las costas procesales.
Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de A Coruña, de fecha 13 de diciembre de 2013, en el que decretó la resolución del contrato de compraventa de 2 de septiembre de 2005, suscrito entre los litigantes, condenando a la entidad demandada a devolver a la actora la suma de 65.029,25 euros, más los intereses legales correspondientes, desde la fecha en que fueron abonadas las distintas entregas hasta su completa devolución, todo ello con expresa condena en costas.
Contra el referido pronunciamiento judicial se interpuso por la demandada el presente recurso de apelación.
Dados los términos del planteamiento de este litigio en la alzada, que lógicamente vinculan a este Tribunal (art. 465.5 LEC), resulta que es firme el pronunciamiento relativo a la resolución del contrato de compraventa suscrito, con respecto al cual se allanó la demandada, quedando por lo tanto circunscrito el recurso a la sujeción de la parte actora a los términos del convenio, que puso fin al proceso concursal de la deudora MARTINSA FADESA S.A., en los términos fijados en el mismo.
SEGUNDO: Sobre los hechos probados.-
El presente litigio ha de decidirse en función de los siguientes hitos fácticos, que se declaran expresamente justificados:
A) La existencia de un vínculo contractual entre las partes litigantes, conformado por el contrato de compraventa referenciado de 2 de septiembre de 2005, sobre la vivienda descrita en su apartado V.
B) Consta igualmente probado, admitido por ambas litigantes, y, por consiguiente, exento de prueba (art. 281.3 de la LEC), que dicha vivienda no ha sido entregada, y que, por lo tanto, fue incumplida la obligación principal de la demandada vendedora derivada de lo normado en el art. 1461 del CC. Según lo pactado el referido bien inmueble debía entregarse en 30 meses desde la concesión de la licencia, es decir en 17 de diciembre de 2007, prorrogándose la misma hasta el 30 de abril de 2008.
C) El precio convenido era el de 243.100 euros, más otros 17.017 euros en concepto de IVA. La actora entregó a cuenta del referido precio la suma de 65.029,25 euros, realizando el último pago a cuenta el 22 de agosto de 2006.
D) La entidad demandada fue declarada en concurso de acreedores por medio de auto de 24 de julio de 2008, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, en los autos de tal clase 408/2008.
E) En el referido procedimiento, en la lista definitiva de acreedores elaborada por la administración concursal, aparece reconocido, con el nº 958, tal crédito, con la calificación de contingente-ordinario por la cuantía pagada de 65.029,25 euros. Tal lista no fue impugnada por la demandante.
F) La actora mediante escrito de 18 de septiembre de 2008 dirigido a FADESA, recibido el 25 de septiembre siguiente, dio por resuelto el contrato litigioso, por incumplimiento contractual de la demandada (f 24).
G) Igualmente por escrito de fecha 18 de septiembre de 2008 la actora reclamó a la compañía ACC SEGUROS Y REASEGUROS DE DAÑOS S.A. el pago de las cantidades anticipadas en concepto de precio ya satisfechas por importe de 65.029,25 euros, más intereses. Consta su recepción por dicha mercantil el 3 de noviembre siguiente. No constituye objeto de este proceso el ejercicio de acción alguna contra la aseguradora
H) Por sentencia de 11 de marzo de 2011 (f 125 y ss.), dictada por el referido Juzgado de lo Mercantil, se aprobó el convenio del concurso de acreedores de MARTINSA FADESA S.A. La precitada sentencia fue confirmada por otra de esta Audiencia Provincial de 10 de septiembre de 2012 (f 152 y ss.).
I) La presente demanda se presentó el 23 de octubre de 2012.
TERCERO: Consideraciones jurídicas.-
El crédito de la actora fue reconocido por la administración concursal en la lista definitiva de acreedores, con la condición de contingente y ordinario por la cuantía reclamada en esta demanda, con lo que la demandante está sometida al convenio aprobado.
En efecto, conforme al art. 134.1 de la LC : "El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos".
Por su parte, el art. 136 LC norma que: "Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio".
No ofrece duda tampoco que el crédito de la actora es concursal, nacido antes de la declaración del concurso. Tal circunstancia es admitida expresamente por la actora al conformarse y no impugnar su condición de acreedora en la lista elaborada por la administración concursal y resulta del incumplimiento previo a la declaración de concurso.
No nos hallamos ante un crédito contra la masa de los previstos en el art. 84.2.6º LC, que reputa como tales a los que "conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado", dado que en este caso no se trata de un incumplimiento de tal clase, es decir de quien fue declarado en concurso, sino de un contratante que, tras haber incumplido el contrato suscrito, solicitó su concurso voluntario. La circunstancia de que el incumplimiento de la concursada sea definitivo y anterior a la fecha de declaración del concurso, tiene trascendencia a los efectos de la determinación de si el crédito de los compradores derivado de la resolución -incluida la restitución de las cantidades pagadas a cuenta- debía ser calificado como crédito concursal (SSTS de 25 de febrero y 9 de julio de 2013). El incumplimiento, en este caso, es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento, siendo la entrega prevista para diciembre de 2007, prorrogándose tal plazo hasta el 30 de abril de 2008, igualmente incumplido, hasta el punto que, al día de hoy, no se ha entregado a la actora la posesión de su inmueble, situación que continúa en la actualidad.
No se puede utilizar como argumento decisorio unas consideraciones de la sentencia del Juzgado de lo

Mercantil, aprobatoria del convenio, sobre los créditos contingentes, pues la lista de acreedores devino definitiva y no se excluyó del cumplimiento del convenio aprobado a los que figuraban en la precitada relación.
El art. 97 de la LC señala que quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario y la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, que es lo que se pretende ahora por la actora al intentar desligarse de un convenio al que quedó sometida, mediante acto propio de inequívoca consideración jurídica, que desde luego les vincula, no solo legalmente sino también por elementales postulados de la buena fe, que prohíbe actuar contra actos propios, al concurrir los requisitos para ello: a) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; b) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; c) que el acto sea concluyente e indubitado, por ser "expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto" (SSTS de 21 de febrero de 1997; 16 febrero 1998; 9 mayo 2000; 21 mayo 2001; 22 octubre 2002 y 13 marzo 2003, o más recientemente 7 de mayo de 2010 entre otras muchas).
Con el pronunciamiento firme resolutorio desaparece la contingencia que pesaba sobre el crédito y en virtud del art. 87.3 LC, se le otorgan a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación.
El propio Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, en sentencia de 10 de junio de 2011, en un incidente del mismo concurso, en un caso de resolución de contrato de compraventa por incumplimiento anterior de la concursada MARTINSA-FADESA, en el que el crédito de la compradora fue insinuado como contingente, se reputó el mismo como concursal tras la resolución del contrato por allanamiento, razonando: "Basta con señalar al respecto que el incumplimiento en que se funda la acción resolutoria es claramente anterior al concurso; no es, por lo tanto, el incumplimiento del concursado a que alude el art. 84.2.6º de la LC, sino del contratante que después es declarado en concurso".
En un caso como el presente, relativo a la misma concursada, por incumplimiento anterior, y crédito reconocido como contingente ordinario en la lista definitiva de acreedores, la SAP Alicante, sección 8ª, de 10 de octubre de 2013, comparte el mismo criterio que esta resolución, lo que hace en los términos siguientes :
"Por más que se empeñe la parte apelante en reiterar que su representado, en el concurso de MARTINSA FADESA, no era titular de ningún tipo de crédito concursal, no se puede negar lo que con meridiana claridad deriva del concurso de dicha mercantil, según la documentación aportada al procedimiento; a saber:
a) En los textos definitivos elaborados por la administración concursal, sección cuarta (determinación de la masa pasiva, artículo 96.4 LC) aparece incluido el crédito del demandante como un "crédito contingente por la cuantía pagada hasta 24 de julio de 2008", con la calificación de ordinario. No se puede discutir (aunque la parte apelante lo haga) que estos créditos incluidos en la lista de acreedores son créditos concursales (art. 89.1 LC, pues no son créditos contra la masa) y que, obviamente, también los contingentes lo son (art. 87.3). Esta calificación del crédito del demandante no fue impugnada, en modo alguno, en sede concursal.
b) La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña, de fecha 11-3-2.011, aprobatoria del convenio (sentencia que adquirió firmeza) confirmó (aunque calificándola de dudosa desde un punto de vista jurídico) la tesis mantenida en el concurso por la administración concursal, en el sentido de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de créditos contingentes, con la calificación de ordinarios. Dicha sentencia resolvió la oposición de un acreedor que entregó cantidades a cuenta y, en relación a la cláusula 1.2 del convenio, se refirió a la problemática de compradores de viviendas con entregas a cuenta (pags 9-12 de la sentencia de 11-3-2.011), indicando, como hemos reseñado, que es discutible su tratamiento concursal, cuestionando especialmente la decisión de la administración concursal de considerarlos créditos contingentes con la clasificación de ordinarios, apuntando como solución más ajustada la de excluirlos porque en realidad no son acreedores concursales. En cualquier caso, como hemos dicho, se mantuvo su carácter de créditos contingentes, con la calificación de ordinarios, fijando su importe en el equivalente a las cantidades entregadas a cuenta.
Pues bien, el crédito del actor está indudablemente sujeto al convenio aprobado, pues le alcanza su eficacia (art. 134 LC). No es dable a este órgano judicial efectuar disquisición alguna sobre materias que han quedado definitivamente resueltas en el procedimiento concursal. Menos aún, ignorarlas o resolver en contra de sus designios.
Desde esta perspectiva, no es aceptable la pretensión de la parte apelante de obtener una condena que le permita el reembolso de las cantidades que, en su día, entregó a cuenta del precio, al margen del concurso, pues ello supondría, de una parte, obviar el convenio aprobado y, de otra, otorgar un trato preferente a este acreedor respecto del resto de acreedores en su misma situación. Con la sentencia a dictar en el pleito que nos ocupa, en tanto se accede a la resolución contractual, desaparece la contingencia que pesaba sobre el crédito y en virtud del art. 87.3 LC, se le otorgan a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación: de ahí que, desparecida la contingencia, el crédito del demandante tenga la calificación que se le dio, de crédito ordinario, y la cuantía establecida en el concurso. Por mor del pleito que nos ocupa, el demandante comprueba como su crédito pierde la contingencia y queda sujeto al convenio aprobado, en los términos previstos en el mismo y en la cuantía fijada en su día. No es preciso que la sentencia contenga condena al pago de cantidad alguna, pues esa obligación de pago deriva inexorablemente de la desaparición del carácter contingente del crédito; obligación de pago que deberá cumplirse, reiteramos, en la forma y condiciones que se especifican en el concurso num. 408/2008 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil num. 1 de La Coruña, sin que este Tribunal pueda interferir ni resolver nada sobre tales extremos".
CUARTO: Consecuencias jurídicas de lo resuelto:
Por mor de los razonamientos expuestos la resolución del contrato deviene pronunciamiento firme. Las consecuencias jurídicas de dicha resolución han de quedar sometidas a la disciplina concursal, al hallarnos ante un crédito de tal naturaleza. La devolución del principal reclamado será su importe. Con respecto a los intereses habrá de estarse a lo que resulta del pronunciamiento de la sentencia, quedando, no obstante, en

cuanto a su efectividad sometidos a la disciplina del concurso y a lo dispuesto en el convenio aprobado (arts. 59 y 134 LC).
Por todo ello, se revoca la sentencia apelada, estimándose el recurso de apelación interpuesto.
QUINTO: Costas.-
La cuestión debatida en el proceso no es pacífica, existen sentencias, que si bien su criterio no es compartido por este Tribunal, resuelven la cuestión litigiosa de forma divergente, no se ha pronunciado al respecto la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal. Por otra parte, la demanda fue parcialmente estimada, en tanto en cuanto se decretó la resolución del contrato y el allanamiento de la parte demandada se produce cuando ya había sido extrajudicialmente declarada la resolución por la actora. Por todo ello, y en aplicación de lo normado en el art. 394.1 LEC, el Tribunal no hace especial pronunciamiento con respecto a las costas de primera instancia.
Tampoco procede pronunciarse con respecto a las devengadas en la alzada al estimarse el recurso de apelación interpuesto (art. 398 LEC).
F A L L A M O S
Con estimación del recurso de apelación interpuesto, debemos revocar y revocamos en parte la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de A Coruña, y, en su lugar, dictamos otra, por mor de la cual ratificando la sentencia en cuanto resuelve el contrato de compraventa de 2 de septiembre de 2005 suscrito entre las litigantes, declaramos, con condena a las partes a estar y pasar por este pronunciamiento, que debe llevarse a efecto la restitución de prestaciones y entre ellas el principal de 65.029,25 euros e intereses legales reclamados, bajo la disciplina y convenio aprobado en el procedimiento del concurso de la entidad demandada, todo ello sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las costas procesales de ambas instancias.”: SAP La Coruña (Sección 4) 20.06.2014 (Sentencia 199/2014; Rollo 195/2014)

AP Tenerife (Sección 4)

“PRIMERO.- 1. La sentencia apelada desestimó la demanda; en ella la entidad actora pretendía la resolución de los contratos de compraventa de tres viviendas y garajes celebrados el día 13 de marzo de 2007 con la demandada, MARTINSA FADESA (que fue declarada en concurso el día 24 de julio de 2008), por los incumplimientos de ésta posteriores a la declaración del concurso, así como la devolución de la cantidad de 34.328,00 euros entregada a cuenta del precio estipulado en los mencionados contratos, más sus intereses legales, moratorios y procesales.
2. Dicha resolución entiende, en síntesis, "que hubo resolución extrajudicial previa al concurso" por incumplimientos denunciados y anteriores a la declaración del concurso, lo que implique que la petición actual de resolución entraña una "burla de los arts. 7 CC y 134 LC " y una actuación contraria a las solicitudes deducidas previamente en el concurso.
3. La entidad actora ha recurrido la sentencia mencionada en un escrito muy extenso (41 folios), si bien gran parte del mismo se dedica a reproducir a la letra numerosas sentencias de diferentes tribunales; en lo sustancial, alega que si bien la demandada "admitió inicialmente la resolución contractual instada" por la actora, sin embargo no fue aceptada "de facto" al calificarse los créditos derivados de la misma como "contingentes ordinarios" quedando excluidos del convenio, con la consecuencia de que la sentencia castiga a la actora "a no poder cobrar nunca su deuda ni recibir las vivienda, ni del convenio porque no está incluido, ni fuera del convenio por no admitir su petición".
Insiste en "el error de interpretación" del Juzgado al considerar la existencia de un crédito concursal anterior a la declaración del concurso, pues aunque la resolución previa al convenio se da por hecha, ello no es cierto pues su aceptación se realizó solo formalmente al ser incluido el crédito en el texto definitivo no solo como ordinario sino como crédito contingente, sin que exista por tanto crédito ordinario y sin que el Juez de 1ª Instancia "pueda confirmar un crédito en contingente como un crédito concursal.". Ofrece otros argumentos sobre tales conclusiones y cita y transcribe, como se ha señalado, numerosas sentencias de otros tribunales que, a su entender, justificarían su pretensión.
4. La demandada se ha opuesto al recurso y también en un largo escrito, aunque sin la extensión de aquél, trata de refutar los fundamentos de la impugnación, reiterando que los contratos fueron ya resueltos por la actora extrajudicialmente antes de la declaración del concurso por incumplimientos previos a la misma, insinuando incluso el crédito derivado de la misma dentro del propio procedimiento concursal, que fue expresamente aceptada por la concursada con el visto bueno de la administración concursal e incluido en la lista de acreedores. Por otro parte alega que si la actora no ha cobrado el crédito reconocido es debido a su propia voluntad "pues se ha negado a recibir los pagos" y no ha comunicada la cuenta corriente bancaria para recibirlos.
También formula numerosos argumentos, señalando que no son aplicables al caso las sentencias citadas en el recurso en las que no se contempla el supuesto de autos (la resolución extrajudicial previa a la declaración del concurso), negando la posibilidad de que se pretenda una nueva resolución con base en incumplimientos diferentes a los antes alegados y que fueron reconocidos, tratando en realidad de obtener un crédito contra la masa, sustrayéndose así al convenio y alterando con ello la pars condictio creditorum.
SEGUNDO.- 1. En función de ese planteamiento, la cuestión fundamental del recurso consiste en determinar si, como se señala en la sentencia apelada, se produjo una resolución extrajudicial de los contratos previa al concurso (por incumplimientos previos a su declaración), o bien la resolución procedente es la pretendida en la demanda por otros incumplimientos posteriores a esa declaración. Como es obvio, si la resolución llevada a cabo fue la primera, quedando entonces ineficaz el contrato, no cabe una segunda en la medida en que lo pretendido sería la resolución de un contrato que ya no existe al haber quedado ineficaz con la anterior, no existiendo nada que "resolver".

2. Para decidir esta cuestión es conveniente señalar que la resolución de los contratos opera, de ordinario y por lo general, extrajudicialmente y surte efectos ("ex tunc" o "ex nunc", según la naturaleza del contrato -de cumplimento instantáneo o de tracto sucesivo-) desde que es ejercitada la facultad por la parte a la que le corresponde, mediante la manifestación de su voluntad de llevarla a cabo por el incumplimiento de la otra. Solo cuando ésta se opone a esa resolución, o desconoce y deja de cumplir los efectos requeridos por ella, es necesario la intervención judicial para pronunciarse sobre esa facultad (considerada en la jurisprudencia tradicional como una especie de derecho potestativo de configuración jurídica) a través de la pertinente decisión, ya en el sentido de corroborar y ratificar la resolución pretendida (y ya realizada) por uno de los contratantes, ya para declarar la improcedencia de actuar esa facultad.
Cabe también la posibilidad de que la resolución se actúe judicialmente, sin manifestación previa extrajudicial, a través de la demanda correspondiente pronunciándose entonces la sentencia sobre la procedencia de esa resolución instada, que sería el caso de la presente demanda.
Conviene destacar, no obstante, que la declaración judicial de resolución no es constitutiva de ésta, sino que se limita a declarar la procedencia de la verificada por el contratante cumplidor, lo que resulta más claro en el primer caso en el que la decisión supone una ratificación de la resolución efectuada, de manera que hay que entender que ésta se produjo en el momento de su ejercicio extrajudicial, a partir del cual hay que determinar sus efectos que o bien pueden retrotraerse al momento de la perfección del contrato ("ex tunc") con las consecuencias restitutorias de las prestaciones (y resarcitorias de perjuicios) que en tal caso corresponden, régimen que es el propio de los contratos de cumplimiento instantáneo como son las compraventas del presente caso (y ello aunque se demore la entrega de la cosa para un tiempo posterior); o bien se despliegan a partir del momento de la resolución ("ex nunc") teniendo entonces consecuencias liquidatorias, lo que ocurre en los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento continuado cuya consumación se desarrolla en un periodo de tiempo (el arrendamiento o el contrato de obra).
3. Lo anterior no es sino consecuencia de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo al interpretar el art. 1124 del CC; así, la sentencia de 15 de noviembre de 1999, declara que la facultad resolutoria puede ejercitarse no sólo en vía judicial, sino también mediante declaración no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva de que sean los Tribunales los que definitivamente decidan sobre su procedencia cuando no se acepta y resulta impugnada; en las Sentencias de 17 de julio de 2007 y 13 de febrero de 2009, se razona que cuando la declaración de resolución efectuada por una de las partes se impugna por la otra, queda sometida al examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declarar, en definitiva, bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho, produciéndose ésta por el requerimiento (Sentencia de 7 de noviembre de 1996) y si las partes no están conformes con ella, será preciso acudir al proceso, pero la Sentencia no constituye la resolución, sino que se limita a declarar la ya operada (Sentencia de 29 de abril de 1998).
TERCERO.- 1. Sobre la base de estas consideraciones el recurso debe desestimarse, al menos en principio, pues si la entidad actora ejercitó su facultad de resolver los contratos extrajudicialmente antes de la declaración del concurso con base en los incumplimientos previos a tal declaración, sin que se haya planteado ningún proceso judicial para su corroboración, no parece que después y para sustraerse a los efectos del convenio y obtener un crédito contra la masa, pueda instar una nueva resolución con base en incumplimientos posteriores.
2. No obstante la cuestión se plantea porque la demandada insiste en que la resolución extrajudicial no fue aceptada de facto, aunque lo fuera formalmente, por la demandada, pues se calificó el crédito como contingente, de manera que a su entender el contrato "siguió en vigor" (lo que no deja de ser un enfoque peculiar) generándose los nuevos incumplimientos, sin que los créditos contingentes tuvieran la condición de concursales como señaló la sentencia de aprobación del convenio del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña que reproduce en el recurso.
Sin embargo, esto no es así o no es del todo así, porque la sentencia lo que viene a señalar es que los créditos de los adquirentes de las viviendas con contratos en vigor (art. 61.2 de la LC) no son créditos concursales, sino créditos contra la masa (art. 84.2.6 de la misma Ley), pero matiza a continuación los casos en que queda demostrado que el contrato fue unilateralmente resuelto por la parte cumplidora antes del auto de declaración del concurso y se declara judicialmente procedente la resolución, pues entonces el crédito concursal, hasta entonces contingente, queda concretado en el importe de las sumas a que alcance la obligación de restitución.
3. En este caso se produjo la resolución unilateral de la actora antes de la declaración del concurso, lo que ocurre es que no se dedujo a continuación la pretensión judicial de resolución ni se corroboró ésta judicialmente. Es cierto que la calificación del crédito inicial como contingente puede representar un indicio de un acto tácito de oposición a la resolución extrajudicial y unilateralmente ejercitada si se tiene en cuenta que son créditos contingentes los litigiosos y los sometidos a condición suspensiva (art. 87.3 de la LC); por tanto, esa calificación podía implicar en cierta manera la falta de aceptación de la resolución, quedando sujeta a que se instara la correspondiente actuación judicial que corroborara la resolución previa de la demandada para dejar de tener esa consideración y otorgar a su titular, como señala este precepto, la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación (en este caso de ordinario).
4. Ello, sin embargo, no puede determinar la estimación del recurso para decretar una resolución diferente a la inicialmente ejercitada, y ello por varias razones. En primer lugar, porque la actora no instó la correspondiente acción judicial ante esa tácita oposición para corroborar la resolución ejercitada, y si bien ésta no fue judicialmente ratificada, tampoco fue declarada improcedente, de modo que su pretensión actual tendente a una nueva resolución diferente puede ir, en efecto, contra el acto propio anterior, pues lo congruente con este no sería pretender una nueva resolución sino la ratificación de la ya formalizada y ejercitada pendiente aún de su corroboración, en realidad y sobre el artificio de considerar vigente el contrato ante la negativa de la demanda, lo que se pretende es obtener una ventaja con la nueva resolución cuando ya se ejercitó con anterioridad esa facultad.
En segundo lugar, porque si bien la alternativa de la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento judicial contemplada en el art. 87.3 antes citado parece que se corresponde, respectivamente, al crédito sujeto

condición suspensiva -la confirmación- o al litigioso -el reconocimiento judicial-, en este caso el crédito no sería propiamente "litigioso" (no existía litigio pendiente sobre el mismo ni llegó a instarse) de modo que más bien dependía de que llegara a entablarse, representado la calificación una especia de condición, de modo que era susceptible de confirmación de ser aceptada por la demandada ante de plantearse el litigio, dejando de tener por ello dicha calificación. En relación con ello, la sentencia del Juzgado del concurso ya aludida lo que venía a considerar improcedente era la calificación de contingentes de los créditos de los compradores de viviendas en general que no hubiera ejercitado la facultad de resolución unilateral antes de la declaración del concurso, pero, como se ha señalado, este no es el caso.
En tercer lugar, porque como matiza la entidad demandada, la calificación de contingente fue inicial, siendo la resolución unilateral aceptada antes de que de que se promoviera la resolución judicial, insinuando el crédito la propia entidad actora y siendo finalmente reconocido como ordinario con lo que quedó confirmado como tal en los términos señalados en el artículo citado.
CUARTO.- 1. Procede, en definitiva, desestimar el recurso interpuesto pues se insta una resolución judicial cuando ya se había ejercitado otra anterior, finalmente aceptada, no siendo de aplicación las sentencias que cita la apelante precisamente porque la resolución previa introduce una diferencia con relación a las citadas.
2. Por otro lado y si el crédito ha sido confirmado nada impide su cobro como ordinario en el marco del convenio. Tampoco pueda oponerse que el Juez de 1ª Instancia no puede calificar el crédito como ordinario, con lo cual se tendría necesariamente que estimar la demanda, pues no se está pronunciado ni decidiendo sobre ello (al margen de si constituye o no una cuestión prejudicial a la que se extendería su competencia), sino que lo se resuelve es la improcedencia de la resolución pretendida en la demanda en los términos concretos en los que se ha articulado.”: SAP Tenerife (Sección 4) 29.05.2013 (Sentencia 206/2013; Rollo 89/2013)

AP Valencia (Sección 1)

“Estos hechos probados llevarían sin lugar a dudas a estimar la demanda de resolución del contrato y devolución de cantidad de conformidad con lo previsto en el artículo 1124 CC y doctrina jurisprudencial que lo interpreta recogida entre otras en la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia dos de julio de dos mil diez o la sentencia de la AP, Valencia sección 7 del 28 de Junio del 2010 (ROJ: SAP V 2382/2010). No obstante hay que tener en cuenta que en el presente caso la mercantil NOU TEMPLE fue declarada en concurso mediante auto de 13 de junio del 2008 (documento uno de la contestación) que la administración concursal presento informe al amparo del artículo 75 de la Ley Concursal en el que exponía su criterio de entender que los compradores son acreedores de una prestación de hacer y deudores de cantidades pendientes de cobro, apareciendo el demandante en el ANEXO V con el nº 290 de la lista. Asimismo consta acreditado que en los textos definitivos efectuados al amparo del artículo 96.4 de la Ley Concursal que se formularon diversos incidentes que fueron dos tipos y en concreto en el anexo II se relacionan los relativos a resoluciones contractuales, sin que el demandante formulara incidente alguno, por lo que estuvo conforme también con su contenido. Finalmente consta acreditado que se celebro Junta de Acreedores que voto favorablemente a la propuesta de Convenio que se aprobó en sentencia de 21 de mayo del 2010 no constando que el demandante ni que votara en contra ni que impugnara la sentencia. Asimismo se observa en el plan de viabilidad (pagína 13) que se prevé la entrega de viviendas fundamentalmente en los dos primeros años, y en concreto respecto a la promoción que nos ocupa se prevé la entrega el primer año de siete viviendas.
En definitiva la prueba practicada acredita que la parte actora estuvo conforme con el convenio aprobado no habiendo formulado tampoco incidente o procedimiento alguno instando la resolución del contrato. El capitulo III del Titulo III de la Ley Concursal se refiere a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos y en concreto el artículo 62 a la resolución por incumplimiento estableciendo que:
La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.
La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.
Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.
Es decir que el demandante podía haber instado la acción resolutoria ante el juez del concurso si no estaba conforme con la decisión de la administración concursal sin embargo no lo hizo sino que estuvo conforme con el convenio finalmente aprobado, por lo que debe estar a lo pactado debiendo resaltar que ni siquiera consta incumplimiento del convenio puesto que aprobado en mayo del 2010 apenas tres meses después interpuso la demanda origen de los presentes autos.
De la misma manera tampoco impugno el informe general y en concreto la lista de acreedores, de conformidad con lo previsto en artículo 95 y 96 de la Ley Concursal con la consecuencia que establece el artículo 97 de que no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque si podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones. El convenio adquirió plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación (artículo 133.1 Ley Concursal) quedando sustituidos los efectos de la declaración de concurso por los que, en su caso, se establecen en el propio convenio (133.2 L.C) vinculando al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso (134.1 L.C.).
Obsérvese que de prosperar la demanda que se pretende se estaría vulnerando la finalidad que prevé la Ley Concursal, pues un acreedor que pese a estar conforme con los informes de la administración concursal y finalmente con el convenio aprobado, espera a que este se apruebe y cesen los efectos de la declaración de

concurso para reclamar integramente su crédito como si la entidad no hubiera estado en concurso y evitando los acuerdos reflejados en el convenio para la viabilidad de la mercantil, y ello sin ni siquiera esperar a comprobar si la concursada incumple el citado convenio.”: SAP Valencia (Sección 1) 04.03.2011 (Sentencia 66/2011; Rollo 1802/2010

AP Valencia (sección 6) 2012

“PRIMERO.- La sentencia apelada desestimó la demanda en la que los actores pretendieron que se declarase la resolución de los contratos de compraventa suscritos por los actores en fechas 7 de diciembre de 2.006, 12 y 15 de enero de 2.007 sobre las viviendas a las que se refieren en la promoción del complejo residencial Nou Castellnovo, a causa de incumplimiento de la vendedora del plazo de entrega de las mismas y con la pretensión también de devolución de las cantidades entregadas a cuenta.
La sentencia desestimó la demanda argumentando:
"partiendo de que la licencia es de fecha 25 de octubre de 2007 (doc 7 contestación) la actora no podría ejercitar, en principio, la correspondiente resolución hasta el 25 de octubre de 2010 (pasados los 36 meses).
En el presente caso la parte actora por sus propios actos ha devenido, en el Concurso de la promotora, en acreedora no del importe de las cantidades entregadas a cuenta avaladas, sino de la entrega de unos inmuebles, pues no impugno mediante el incidente correspondiente su inclusión como acreedor en esos términos en el Informe de la Administración Concursal, ni solicito la resolución de la compraventa, todo ello ante el juez del concurso, por lo que se ha modificado el plazo para el cumplimiento de la obligación de entrega, con lo que no cabe la resolución en estos momentos, debiendo estar a los plazos de cumplimiento del Convenio, y todavía estamos en plazo para entregar los inmuebles, habiéndose aplazado la exigibilidad de la obligación por el tiempo de espera, y estando afectados por el contenido del Convenio en los términos del art 136 LC, con la posibilidad de reproducir las acciones que procedan en caso del mas que probable incumplimiento del Convenio de conformidad con el art 140 de la LC, dado el estado actual de la obra.
Con independencia del plazo de entrega que se baraje, las obras están en el mismo estado de abandono (comprobado en diciembre de 2008, certificado de avance de obra) y ello es como consecuencia del Concurso (mayo 2008), por lo que se pudo instar la resolución ante el juez mercantil en base a la frustración del contrato no existiendo visos de cumplimiento ya en aquel momento, y pedir que las cantidades a devolver al comprador tuvieran la consideración de crédito contra la masa conforme a lo previsto en el artículo 84.1.6º de la Ley Concursal, y entonces pronunciarse el juez mercantil, teniendo en cuenta el interes del Concurso, y no se hizo, consintiendo la actora tal situación. Por todo ello procede desestimar la demanda."
SEGUNDO.- Frente a ello ha formulado recurso de apelación la demandante que alega, en síntesis, la errónea interpretación de la documental, de los artículos 61, 62, 75, 118 a 122, 134 y 136 y concordantes de la Ley Concursal, del artículo 1124 del Código Civil, porque el incumplimiento de la demandada es posterior a la fecha de aprobación del convenio y no pudieron presentar incidente alguno en el seno del concurso instando la resolución de los contratos porque todavía la fecha de entrega no había llegado a su cumplimiento, pues sitúa ésta en octubre de 2.010. Sostiene que como los contratos estaban en vigor, no son acreedores monetarios del concurso, que no son acreedores concursales ni están en la lista que figura en los textos definitivos. Que no les afecta el convenio. No pueden votar en el convenio, ni recurrir la lista de acreedores, ni impugnar el convenio.
Consta acreditado que la demandada fue declarada en concurso de acreedores por auto de fecha 13 de junio de 2.008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, y que se dictó sentencia el día 21 de mayo de 2.010 (folio 335 y ss) que aprobaba el convenio aceptado en junta de 9 de marzo de 2.010.
Se aportó por la demandada a este pleito el informe general de la administración concursal (doc. 2 folios, 89 y ss) en el que en el apartado "entrega de clientes" (folio 214) se señala que "Adjuntamos relación extraída de la contabilidad al 13.06.08 fecha del auto de declaración del concurso, de las entregas recibidas de los clientes, compradores de inmuebles, registrada (ANRXO V). Esta administración concursal ha requerido a las concursadas relación de clientes detallada por promoción y cantidades entregadas; hasta la fecha no ha sido facilitada.
No obstante, consideramos conveniente anticipar el criterio de esta Administración concursal que es entender que estos compradores son acreedores a una prestación de hacer y deudores de las cantidades pendientes de cobro en virtud de los contratos en vigor, motivo por el que no son considerados como créditos concursales monetarios."
Por escrito de 28 de Diciembre de 2.009 (folio 259), los administradores concursales presentaron los textos definitivos una vez se habían resuelto los incidentes promovidos contra el inventario y la lista de acreedores, e incorporan la lista de acreedores concursales "textos definitivos" (folios 306 a 320) en la que no aparece ninguno de los demandantes.
La propuesta de convenio señala (folio 340) que todos los acreedores a quienes vincule el presente convenio hacen a la concursada una quita del 50% de sus respectivos créditos, definitivamente reconocidos en los textos definitivos y un plan de pagos para ocho años para pago de los créditos no condonados.
TERCERO.- Nos encontramos ante un supuesto idéntico al analizado en la sentencia dictada por la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial de fecha 20 de Diciembre de 2.011 dictada en el recurso de apelación nº 469/2.011 y en la que apoya, entre otras, el demandado para sostener su oposición al recurso.
Esta sentencia dijo:
"De la documental aportada por la demandada en su escrito de contestación, este tribunal destaca lo siguiente: a) La promotora, PROMOCIONES NOU TEMPLE S.L. fue declarada en concurso por auto del Juzgado de los Mercantil num. 1 de 13 de junio de 2008; b) En el informe de la administración concursal conforme al artículo 75 de la Ley Concursal, folio 123, se indica que en relación a los clientes, compradores de inmuebles que figuran en el anexo V, se anticipa el criterio de entender que son acreedores a una prestación de hacer y deudores de las cantidades pendientes de cobro en virtud de los contratos en vigor, motivo por el que no son

considerados como créditos concursales monetarios. Al folio 299, en el num. 214 del anexo V, figura el cedente del contrato de compraventa D. Erasmo; c) Los incidentes concursales resueltos constan en los textos definitivos (informe de 28 de diciembre de 2009), de conformidad con el art. 96-4 de la Ley Concursal, y no figura el demandante entre los promovidos por compradores de viviendas (anexo II), por lo que consintió el informe de la administración concursal; d) El convenio fue aprobado en Junta de Acreedores de 9 de marzo del 2010 y posteriormente se dictó sentencia en 21 de mayo del 2010 aprobándolo, así como el plan de viabilidad unido al mismo; en la página 13 del citado plan aparece el plazo de entrega para la promoción Hiedra I, la que, según informe de 4 de mayo del 2010, está concluida en un 99,225% y se encuentra dentro del plazo establecido en el plan de viabilidad.

A esos hechos son aplicables los siguientes artículos de la Ley Concursal: a) En el artículo 8-1 se establece que: "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores..., son de la jurisdicción del juez del concurso"; b) El art. 75 establece la estructura del informe y se destaca en el punto 1.3, "memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal"; c) El art. 96 establece la impugnación del inventario y de la lista de acreedores que se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y en el art. 97 se establece que quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones; d) En los artículos 127 y 128 se regula los efectos de la aprobación judicial del convenio; e) El art. 133 establece que el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación y en el 134 se establece la extensión subjetiva del contenido del convenio respecto al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos; f) El art. 140 regula el incumplimiento del convenio, correspondiendo al juez del concurso la declaración de incumplimiento a través del incidente concursal.

La conclusión a la que se llega tras examinar las disposiciones citadas es que el demandante está vinculado al convenio y que sólo cuando se incumpla el plan de viabilidad podrá instar ante el juez del concurso el incumplimiento.

SEGUNDO.- Con independencia de lo expuesto, procede entrar en el examen de los distintos motivos de apelación, de conformidad con el artículo 465-5 de la LEC, aunque en parte ya han sido resueltos con lo indicado hasta este momento.

A.- Infracción por indebida aplicación del art. 62 de la Ley Concursal.

Se alega que el citado artículo contempla la posibilidad de que se inste la resolución del contrato al no resultar afectado por la declaración del concurso por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, por lo que entiende que, de acuerdo con los hechos expuestos, la demandada no entregó la vivienda en el plazo convenido, julio de 2009, requiriendo a ésta de resolución en fecha 21 de mayo del 2010. Este motivo ha de desestimarse pues atendiendo a la fecha de declaración de concurso, auto de 13 de junio de 2008, el plazo de entrega quedaba afectado por dicha declaración al ser posterior en el tiempo, por lo que la parte demandante pudo instar la resolución del contrato ante el Juez del concurso mediante un incidente concursal, mostrándose pasivo en todo momento tanto frente al informe de la administración concursal como a la aprobación judicial del convenio, de ahí que concluyamos que se encuentra incluido en la relación de clientes afectados por el plan de viabilidad.

B.- Error en la apreciación de la prueba e infracción por la indebida aplicación de los art. 133 y 134 de la Ley Concursal.

Se alega que, de acuerdo con el informe general de la administración concursal y de los textos definitivos, el demandante no era acreedor concursal al no aparecer en los listados definitivos, sino que aparecía en los listados de anticipos de clientes y en el inventario de activo corriente, pero no en la lista de acreedores, por lo que considera que no tenían derecho a voto ni le vincula el convenio aprobado en sede de concurso. El motivo de apelación ha de desestimarse, no sólo porque es inadmisible introducir en vía de apelación cuestiones que debió exponer en su demanda, sino también porque, de acuerdo con la normativa señalada anteriormente, en el informe general de la administración concursal se contemplaba la calificación de los contratos con obligaciones recíprocas de la concursada y de los acreedores a una obligación de hacer, por lo que sí resultaban afectados y pudo instar el oportuno incidente frente a esa calificación y solicitar la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega, cosa que no realizó, por lo que se encuentra afectado por todas las resoluciones dictadas en el concurso. En consecuencia, no es admisible que inste la resolución del contrato por no entrega de la vivienda cuando el mismo ha sido modificado por el convenio aprobado judicialmente en el concurso.

C.- Infracción por no aplicación del art. 135 de la ley concursal respecto al demandado avalista.

Se alega que el art. 135-2 establece que: "La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieren establecido". Consta acreditado que el Juzgado de lo Mercantil num. 1 por Auto de 3 de julio del 2009 ordenó a los avalistas de entregas a cuenta del precio no atender el pago de ningún aval de la promoción hasta que se decretara la resolución judicial. No consta que el demandante haya promovido la resolución del contrato de compraventa por medio de un incidente concursal frente al informe general de la administración concursal y frente al plan de viabilidad incorporado al convenio judicialmente aprobado, por lo que de conformidad al citado artículo, este Tribunal entiende que dicha obligación ha sido novada por los términos del convenio y como obligación de naturaleza accesoria a la principal está sujeta al plan de viabilidad que ha modificado el plazo de entrega."

CUARTO.- La parte apelante sostiene que la sentencia ha valorado erróneamente la prueba documental porque el incumplimiento del deudor es posterior a la aprobación del Convenio y se ha comprobado que la obra

ejecutada está tan sólo en un 23% y además está paralizada, y el incumplimiento se puede situar en octubre de 2.010, y les era imposible presentar algún incidente en el seno del Concurso, instando la resolución porque los contratos no habían llegado a su vencimiento.
La sentencia apelada, a este respecto ya dijo que se pudo instar la resolución del contrato ante el Juez de lo Mercantil en base a la frustración del contrato al no existir visos de cumplimiento ya en aquel momento. En el mismo sentido, la sentencia de la Sección 7ª que dijo "atendiendo a la fecha de declaración de concurso, auto de 13 de junio de 2008, el plazo de entrega quedaba afectado por dicha declaración al ser posterior en el tiempo, por lo que la parte demandante pudo instar la resolución del contrato ante el Juez del concurso mediante un incidente concursal."
Hemos de compartir esta afirmación, pues consta acreditado que a fecha 1 de Diciembre de 2.008 según certificación de avance de la obra, la obra estaba ejecutada en un 23,736% y no consta que se haya avanzado en la ejecución, por ello entendemos que pudo haber instado la resolución del contrato ante el Juez del Concurso porque era evidente ya en diciembre de 2.008 que el plazo pactado para la entrega era de imposible cumplimiento, y no lo hizo siquiera cuando en el mes de julio de 2.009, que es la fecha en que según los avales, era la fecha de entrega de las viviendas, ni cuando en el mes de octubre de 2.009 habían transcurrido los 24 meses desde el inicio de las obras cuando todavía podían instar la resolución ante el Juez del Concurso, porque asesorados por su Letrado decidieron esperar a que se cumpliesen 30 meses, dando por buena la estipulación octava de los contratos, según la cual, sólo podían instar la resolución pasados 6 meses desde la fecha de finalización de la obra, cuando ya se había dictado sentencia que aprobaba el Convenio.
En dicho Convenio se contiene el plan de viabilidad, en el cual está incluida la promoción de viviendas en la que compraron los demandantes, y ello afecta al plazo de finalización de las obras; por ello, en tanto no se incumpla el Convenio, no procede resolver los contratos porque actualmente el lazo previsto para la finalización de las obras no se ha cumplido.
QUINTO.- Alega también el apelante errónea interpretación del texto del primer informe de la administración concursal porque, según el mismo, los contratos están en vigor y, por ello, no son acreedores concursales monetarios, no son acreedores y no están en la lista de acreedores.
La sentencia de la Sección Séptima ya dijo que el actor estaba "incluido en la relación de clientes afectados por el plan de viabilidad" que por ello "resultaban afectados y pudo instar el oportuno incidente frente a esa calificación", y que "no es admisible que inste la resolución del contrato por no entrega de la vivienda cuando el mismo ha sido modificado por el convenio aprobado judicialmente en el concurso".
Es decir, el hecho de no estar en la lista de acreedores no implica que no les afecte el concurso ni que no estén vinculados por el Convenio y el plan de viabilidad, sino al contrario, aun no siendo acreedores monetarios, están afectados por el convenio, sin que de forma voluntaria hayan tenido los demandantes participación activa en el Concurso, a pesar de conocer la situación, puesto que, como consta en el recurso, estaban asesorados por el Letrado, conocían la situación concursal de la demandada y voluntariamente decidieron no acudir al Juez del Concurso a pedir la resolución del contrato.
Una vez aprobado el convenio y por tanto, el plan de viabilidad, como en éste se incluye la promoción de viviendas que compraron los demandantes, el convenio les afecta.
SEXTO.- Por todo ello, el recurso ha de ser desestimado": SAP Valencia (Sección 6) 21.05.2012 (Sentencia 311/2012; Rollo 57/2012)

"TERCERO.-Invocada la indebida aplicación de los arts. 62, 134 y 136 de la Ley concursal Tal como manifestó este Tribunal en sentencia nº 311, de 21 de mayo de 2012, Rollo nº 57/2012 : "Nos encontramos ante un supuesto idéntico al analizado en la sentencia dictada por la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial de fecha 20 de Diciembre de 2.011 dictada en el recurso de apelación nº 469/2.011 y en la que apoya, entre otras, el demandado para sostener su oposición al recurso.
Esta sentencia dijo:
"De la documental aportada por la demandada en su escrito de contestación, este tribunal destaca lo siguiente: a) La promotora, PROMOCIONES NOU TEMPLE S.L. fue declarada en concurso por auto del Juzgado de los Mercantil num. 1 de 13 de junio de 2008; b) En el informe de la administración concursal conforme al artículo 75 de la Ley Concursal, folio 123, se indica que en relación a los clientes, compradores de inmuebles que figuran en el anexo V, se anticipa el criterio de entender que son acreedores a una prestación de hacer y deudores de las cantidades pendientes de cobro en virtud de los contratos en vigor, motivo por el que no son considerados como créditos concursales monetarios. Al folio 299, en el num. 214 del anexo V, figura el cedente del contrato de compraventa D. Erasmo; c) Los incidentes concursales resueltos constan en los textos definitivos (informe de 28 de diciembre de 2009), de conformidad con el art. 96-4 de la Ley Concursal, y no figura el demandante entre los promovidos por compradores de viviendas (anexo II), por lo que consintió el informe de la administración concursal; d) El convenio fue aprobado en Junta de Acreedores de 9 de marzo del 2010 y posteriormente se dictó sentencia en 21 de mayo del 2010 aprobándolo, así como el plan de viabilidad unido al mismo; en la página 13 del citado plan aparece el plazo de entrega para la promoción Hiedra I, la que, según informe de 4 de mayo del 2010, está concluida en un 99,225% y se encuentra dentro del plazo establecido en el plan de viabilidad.
A esos hechos son aplicables los siguientes artículos de la Ley Concursal: a) En el artículo 8-1 se establece que: "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores..., son de la jurisdicción del juez del concurso"; b) El art. 75 establece la estructura del informe y se destaca en el punto 1.3, "memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal"; c) El art. 96 establece la impugnación del inventario y de la lista de acreedores que se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y en el art. 97 se establece que quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí

podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones; d) En los artículos 127 y 128 se regula los efectos de la aprobación judicial del convenio; e) El art. 133 establece que el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación y en el 134 se establece la extensión subjetiva del contenido del convenio respecto al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos; f) El art. 140 regula el incumplimiento del convenio, correspondiendo al juez del concurso la declaración de incumplimiento a través del incidente concursal.
La conclusión a la que se llega tras examinar las disposiciones citadas es que el demandante está vinculado al convenio y que sólo cuando se incumpla el plan de viabilidad podrá instar ante el juez del concurso el incumplimiento.
SEGUNDO.- Con independencia de lo expuesto, procede entrar en el examen de los distintos motivos de apelación, de conformidad con el artículo 465-5 de la LEC, aunque en parte ya han sido resueltos con lo indicado hasta este momento.
A.- Infracción por indebida aplicación del art. 62 de la Ley Concursal.
Se alega que el citado artículo contempla la posibilidad de que se inste la resolución del contrato al no resultar afectado por la declaración del concurso por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, por lo que entiende que, de acuerdo con los hechos expuestos, la demandada no entregó la vivienda en el plazo convenido, julio de 2009, requiriendo a ésta de resolución en fecha 21 de mayo del 2010. Este motivo ha de desestimarse pues atendiendo a la fecha de declaración de concurso, auto de 13 de junio de 2008, el plazo de entrega quedaba afectado por dicha declaración al ser posterior en el tiempo, por lo que la parte demandante pudo instar la resolución del contrato ante el Juez del concurso mediante un incidente concursal, mostrándose pasivo en todo momento tanto frente al informe de la administración concursal como a la aprobación judicial del convenio, de ahí que concluyamos que se encuentra incluido en la relación de clientes afectados por el plan de viabilidad.
B.- Error en la apreciación de la prueba e infracción por la indebida aplicación de los art. 133 y 134 de la Ley Concursal.
Se alega que, de acuerdo con el informe general de la administración concursal y de los textos definitivos, el demandante no era acreedor concursal al no aparecer en los listados definitivos, sino que aparecía en los listados de anticipos de clientes y en el inventario de activo corriente, pero no en la lista de acreedores, por lo que considera que no tenían derecho a voto ni le vincula el convenio aprobado en sede de concurso. El motivo de apelación ha de desestimarse, no sólo porque es inadmisible introducir en vía de apelación cuestiones que debió exponer en su demanda, sino también porque, de acuerdo con la normativa señalada anteriormente, en el informe general de la administración concursal se contemplaba la calificación de los contratos con obligaciones recíprocas de la concursada y de los acreedores a una obligación de hacer, por lo que sí resultaban afectados y pudo instar el oportuno incidente frente a esa calificación y solicitar la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega, cosa que no realizó, por lo que se encuentra afectado por todas las resoluciones dictadas en el concurso. En consecuencia, no es admisible que inste la resolución del contrato por no entrega de la vivienda cuando el mismo ha sido modificado por el convenio aprobado judicialmente en el concurso.
C.- Infracción por no aplicación del art. 135 de la ley concursal respecto al demandado avalista.
Se alega que el art. 135-2 establece que: "La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieren establecido". Consta acreditado que el Juzgado de lo Mercantil num. 1 por Auto de 3 de julio del 2009 ordenó a los avalistas de entregas a cuenta del precio no atender el pago de ningún aval de la promoción hasta que se decretara la resolución judicial. No consta que el demandante haya promovido la resolución del contrato de compraventa por medio de un incidente concursal frente al informe general de la administración concursal y frente al plan de viabilidad incorporado al convenio judicialmente aprobado, por lo que de conformidad al citado artículo, este Tribunal entiende que dicha obligación ha sido novada por los términos del convenio y como obligación de naturaleza accesoria a la principal está sujeta al plan de viabilidad que ha modificado el plazo de entrega."
Expuesto cuanto antecede es claro que la postura mantenida por esta Audiencia Provincial en relación con casos similares es la recogida por la sentencia que ahora se recurre, debiéndose concluir que el juzgador a quo ha efectuado una correcta aplicación de las normas que cita como infringidas la parte recurrente.
CUARTO.-Compartimos con el juzgador a quo las consideraciones contenidas al tercero de los fundamentos de derecho relativas a la incidencia del convenio y el plan de viabilidad respecto del cumplimiento del contrato privado, sin perjuicio de que si un acreedor estima incumplido el convenio en lo que le afecte, pueda solicitar del juez la declaración de incumplimiento, y obtener, en su caso, resolución incidental por el juez del concurso, en los términos que señala la resolución recurrida.
Al hilo de lo expuesto hemos de añadir que este no es Tribunal competente para decidir sobre el cumplimiento o no del Convenio, ni constituía objeto del pleito el cumplimiento de dicho Convenio.”: SAP Valencia (Sección 6) 08.10.2012 (Sentencia 555/2012; Rollo 320/2012)

“TERCERO.-Alega así mismo la parte apelante la indebida aplicación de la cosa juzgada del artículo 222 de la LEC.
Ante las consideraciones del juzgador respecto al alcance de la cosa juzgada por la que estableció:
"...La consecuencia de lo expuesto es que la demandada-reconviniente debe quedar sometida a los efectos del concurso en virtud de la normativa reguladora del mismo, lo cual, si bien no supone estrictamente una eficacia de cosa juzgada - como se alegaba en la contestación a la reconvención- al no haber recaído una sentencia firme que mantenga con el presente proceso las identidades que establece el artículo 222 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, sí implica un efecto vinculante del concurso y del convenio alcanzado en el mismo que impide el éxito de la pretensión resolutoria."
Partiendo del contenido del artículo 222 LEC en cuanto que regulador de la cosa juzgada establece:
"1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la Ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.
2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 408 de esta Ley.
Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.
3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta Ley.
En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.
Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.
4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal"
Debemos considerar que enlazando el precepto legal con las consideraciones del juzgador de instancia no podemos coincidir con la parte apelante de que ha existido una estimación de la excepción dado que claramente el juzgador de instancia nos dice no supone estrictamente una eficacia de cosa juzgada -como se alegaba en la contestación a la reconvención- al no haber recaído una sentencia firme que mantenga con el presente proceso las identidades que establece el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Sin embargo,no es menos cierto que las resoluciones judiciales en las que el juzgador de instancia sustenta la estimación de la pretensión instando el cumplimiento del contrato de compraventa y la desestimación de la pretensión instando la resolución contractual deben ser tenidas en cuenta, como luego se dirá dado que resulta trascendente y vinculante la normativa reguladora del concurso,y de los efectos del concurso por cuanto no es más que la consideración del antecedente lógico. (..)
QUINTO.-Y respecto del resto de los motivos concretados en :falta de impugnación de la compradora-reconviniente sobre la inclusión unilateral de la constructora en su lista de acreedores,omisión del principio de seguridad jurídica y del principio "pacta sun servanda" no existiendo clausulas de exclusión de responsabilidad;omisión de doble posición de la Sra. Violeta como compradora y como acreedora no aplicando la normativa de la Ley 57/68 que debe ser prevalente y que no cabe una aplicación automática de las Sentencias dictadas por la Seccion 7ª en fecha de 20 de diciembre de 2011 y de la Seccion 6ª de fecha 21 de mayo de 2012 los mismos en virtud del principio de congruencia desarrollado en el Fundamento de Derecho Segundo deben ser resueltos en base a un mismo tratamiento jurídico.
La respuesta que debe dar el Tribunal es la contenida en la sentencia dictada por el mismo, por cuanto el supuesto de hecho es el mismo, situación de concurso de la parte vendedora frente a la que la parte compradora insta la resolución del contrato y la devolución de las cantidades entregadas a cuenta. Así en la Sentencia dictada en fecha de 21 de mayo de 2012 dijimos:
"TERCERO.- Nos encontramos ante un supuesto idéntico al analizado en la sentencia dictada por la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial de fecha 20 de Diciembre de 2.011 dictada en el recurso de apelación nº 469/2.011 y en la que apoya, entre otras, el demandado para sostener su oposición al recurso.
Esta sentencia dijo:
"De la documental aportada por la demandada en su escrito de contestación, este tribunal destaca lo siguiente: a) La promotora, PROMOCIONES NOU TEMPLE S.L. fue declarada en concurso por auto del Juzgado de los Mercantil num. 1 de 13 de junio de 2008; b) En el informe de la administración concursal conforme al artículo 75 de la Ley Concursal, folio 123, se indica que en relación a los clientes, compradores de inmuebles que figuran en el anexo V, se anticipa el criterio de entender que son acreedores a una prestación de hacer y deudores de las cantidades pendientes de cobro en virtud de los contratos en vigor, motivo por el que no son considerados como créditos concursales monetarios. Al folio 299, en el num. 214 del anexo V, figura el cedente del contrato de compraventa D. Erasmo; c) Los incidentes concursales resueltos constan en los textos definitivos (informe de 28 de diciembre de 2009), de conformidad con el art. 96-4 de la Ley Concursal, y no figura el demandante entre los promovidos por compradores de viviendas (anexo II), por lo que consintió el informe de la administración concursal; d) El convenio fue aprobado en Junta de Acreedores de 9 de marzo del 2010 y posteriormente se dictó sentencia en 21 de mayo del 2010 aprobándolo, así como el plan de viabilidad unido al mismo; en la página 13 del citado plan aparece el plazo de entrega para la promoción Hiedra I, la que, según informe de 4 de mayo del 2010, está concluida en un 99,225% y se encuentra dentro del plazo establecido en el plan de viabilidad.
A esos hechos son aplicables los siguientes artículos de la Ley Concursal: a) En el artículo 8-1 se establece que: "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores..., son de la jurisdicción del juez del concurso"; b) El art. 75 establece la estructura del informe y se destaca en el punto 1.3, "memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal"; c) El art. 96 establece la impugnación del inventario y de la lista de acreedores que se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y en el art. 97 se establece que quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí

podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones; d) En los artículos 127 y 128 se regula los efectos de la aprobación judicial del convenio; e) El art. 133 establece que el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación y en el 134 se establece la extensión subjetiva del contenido del convenio respecto al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos; f) El art. 140 regula el incumplimiento del convenio, correspondiendo al juez del concurso la declaración de incumplimiento a través del incidente concursal.
La conclusión a la que se llega tras examinar las disposiciones citadas es que el demandante está vinculado al convenio y que sólo cuando se incumpla el plan de viabilidad podrá instar ante el juez del concurso el incumplimiento.
SEGUNDO.- Con independencia de lo expuesto, procede entrar en el examen de los distintos motivos de apelación, de conformidad con el artículo 465-5 de la LEC, aunque en parte ya han sido resueltos con lo indicado hasta este momento.
A.- Infracción por indebida aplicación del art. 62 de la Ley Concursal.
Se alega que el citado artículo contempla la posibilidad de que se inste la resolución del contrato al no resultar afectado por la declaración del concurso por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, por lo que entiende que, de acuerdo con los hechos expuestos, la demandada no entregó la vivienda en el plazo convenido, julio de 2009, requiriendo a ésta de resolución en fecha 21 de mayo del 2010. Este motivo ha de desestimarse pues atendiendo a la fecha de declaración de concurso, auto de 13 de junio de 2008, el plazo de entrega quedaba afectado por dicha declaración al ser posterior en el tiempo, por lo que la parte demandante pudo instar la resolución del contrato ante el Juez del concurso mediante un incidente concursal, mostrándose pasivo en todo momento tanto frente al informe de la administración concursal como a la aprobación judicial del convenio, de ahí que concluyamos que se encuentra incluido en la relación de clientes afectados por el plan de viabilidad.
B.- Error en la apreciación de la prueba e infracción por la indebida aplicación de los art. 133 y 134 de la Ley Concursal.
Se alega que, de acuerdo con el informe general de la administración concursal y de los textos definitivos, el demandante no era acreedor concursal al no aparecer en los listados definitivos, sino que aparecía en los listados de anticipos de clientes y en el inventario de activo corriente, pero no en la lista de acreedores, por lo que considera que no tenían derecho a voto ni le vincula el convenio aprobado en sede de concurso. El motivo de apelación ha de desestimarse, no sólo porque es inadmisible introducir en vía de apelación cuestiones que debió exponer en su demanda, sino también porque, de acuerdo con la normativa señalada anteriormente, en el informe general de la administración concursal se contemplaba la calificación de los contratos con obligaciones recíprocas de la concursada y de los acreedores a una obligación de hacer, por lo que sí resultaban afectados y pudo instar el oportuno incidente frente a esa calificación y solicitar la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega, cosa que no realizó, por lo que se encuentra afectado por todas las resoluciones dictadas en el concurso. En consecuencia, no es admisible que inste la resolución del contrato por no entrega de la vivienda cuando el mismo ha sido modificado por el convenio aprobado judicialmente en el concurso.
C.- Infracción por no aplicación del art. 135 de la ley concursal respecto al demandado avalista.
Se alega que el art. 135-2 establece que: "La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieren establecido". Consta acreditado que el Juzgado de lo Mercantil num. 1 por Auto de 3 de julio del 2009 ordenó a los avalistas de entregas a cuenta del precio no atender el pago de ningún aval de la promoción hasta que se decretara la resolución judicial. No consta que el demandante haya promovido la resolución del contrato de compraventa por medio de un incidente concursal frente al informe general de la administración concursal y frente al plan de viabilidad incorporado al convenio judicialmente aprobado, por lo que de conformidad al citado artículo, este Tribunal entiende que dicha obligación ha sido novada por los términos del convenio y como obligación de naturaleza accesoria a la principal está sujeta al plan de viabilidad que ha modificado el plazo de entrega."
CUARTO.- La parte apelante sostiene que la sentencia ha valorado erróneamente la prueba documental porque el incumplimiento del deudor es posterior a la aprobación del Convenio y se ha comprobado que la obra ejecutada está tan sólo en un 23% y además está paralizada, y el incumplimiento se puede situar en octubre de 2.010, y les era imposible presentar algún incidente en el seno del Concurso, instando la resolución porque los contratos no habían llegado a su vencimiento.
La sentencia apelada, a este respecto ya dijo que se pudo instar la resolución del contrato ante el Juez de lo Mercantil en base a la frustración del contrato al no existir visos de cumplimiento ya en aquel momento.
En el mismo sentido, la sentencia de la Sección 7ª que dijo "atendiendo a la fecha de declaración de concurso, auto de 13 de junio de 2008, el plazo de entrega quedaba afectado por dicha declaración al ser posterior en el tiempo, por lo que la parte demandante pudo instar la resolución del contrato ante el Juez del concurso mediante un incidente concursal."
Hemos de compartir esta afirmación, pues consta acreditado que a fecha 1 de Diciembre de 2.008 según certificación de avance de la obra, la obra estaba ejecutada en un 23,736% y no consta que se haya avanzado en la ejecución, por ello entendemos que pudo haber instado la resolución del contrato ante el Juez del Concurso porque era evidente ya en diciembre de 2.008 que el plazo pactado para la entrega era de imposible cumplimiento, y no lo hizo siquiera cuando en el mes de julio de 2.009, que es la fecha en que según los avales, era la fecha de entrega de las viviendas, ni cuando en el mes de octubre de 2.009 habían transcurrido los 24 meses desde el inicio de las obras cuando todavía podían instar la resolución ante el Juez del Concurso, porque asesorados por su Letrado decidieron esperar a que se cumpliesen 30 meses, dando por buena la

estipulación octava de los contratos, según la cual, sólo podían instar la resolución pasados 6 meses desde la fecha de finalización de la obra, cuando ya se había dictado sentencia que aprobaba el Convenio.
En dicho Convenio se contiene el plan de viabilidad, en el cual está incluida la promoción de viviendas en la que compraron los demandantes, y ello afecta al plazo de finalización de las obras; por ello, en tanto no se incumpla el Convenio, no procede resolver los contratos porque actualmente el lazo previsto para la finalización de las obras no se ha cumplido.
QUINTO.- Alega también el apelante errónea interpretación del texto del primer informe de la administración concursal porque, según el mismo, los contratos están en vigor y, por ello, no son acreedores concursales monetarios, no son acreedores y no están en la lista de acreedores.
La sentencia de la Sección Séptima ya dijo que el actor estaba "incluido en la relación de clientes afectados por el plan de viabilidad" que por ello "resultaban afectados y pudo instar el oportuno incidente frente a esa calificación", y que "no es admisible que inste la resolución del contrato por no entrega de la vivienda cuando el mismo ha sido modificado por el convenio aprobado judicialmente en el concurso".
Es decir, el hecho de no estar en la lista de acreedores no implica que no les afecte el concurso ni que no estén vinculados por el Convenio y el plan de viabilidad, sino al contrario, aun no siendo acreedores monetarios, están afectados por el convenio, sin que de forma voluntaria hayan tenido los demandantes participación activa en el Concurso, a pesar de conocer la situación, puesto que, como consta en el recurso, estaban asesorados por el Letrado, conocían la situación concursal de la demandada y voluntariamente decidieron no acudir al Juez del Concurso a pedir la resolución del contrato.
Una vez aprobado el convenio y por tanto, el plan de viabilidad, como en éste se incluye la promoción de viviendas que compraron los demandantes, el convenio les afecta.
Cierto que este Tribunal ha dictado los Auto 14-enero-2011 y de 4-febrero-2011 en supuestos en que la parte compradora había estipulado un contrato de compraventa con la entidad mercantil actora; sin embargo en dichos supuestos nos encontramos que la parte compradora insto un proceso de ejecución del título no judicial amparado en el artículo 3 de la Ley 57/1968 solicitando la devolución de las cantidades pero no insto la resolución contractual y la acción no la dirigió contra la entidad vendedora sino contra la entidad bancaria que otorgo el aval.
En el presente caso nos encontramos con el ejercicio de una acción declarativa sobre resolución de contrato de compraventa y la devolución de las cantidades entregadas a cuenta en concepto de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la resolución.
Desde luego no cabe hablar de una aplicación de los supuestos dado que son diametralmente opuestos y sin equiparación posible.”: SAP Valencia (Sección 6) 26.12.2012 (Sentencia 728/2012; Rollo 700/2012)

AP Valencia (Sección 7)

"De la documental aportada por la demandada en su escrito de contestación, este tribunal destaca lo siguiente: a) La promotora, PROMOCIONES NOU TEMPLE S.L. fue declarada en concurso por auto del Juzgado de los Mercantil num. 1 de 13 de junio de 2008; b) En el informe de la administración concursal conforme al artículo 75 de la Ley Concursal, folio 123, se indica que en relación a los clientes, compradores de inmuebles que figuran en el anexo V, se anticipa el criterio de entender que son acreedores a una prestación de hacer y deudores de las cantidades pendientes de cobro en virtud de los contratos en vigor, motivo por el que no son considerados como créditos concursales monetarios. Al folio 299, en el num. 214 del anexo V, figura el cedente del contrato de compraventa D. Erasmo; c) Los incidentes concursales resueltos constan en los textos definitivos (informe de 28 de diciembre de 2009), de conformidad con el art. 96-4 de la Ley Concursal, y no figura el demandante entre los promovidos por compradores de viviendas (anexo II), por lo que consintió el informe de la administración concursal; d) El convenio fue aprobado en Junta de Acreedores de 9 de marzo del 2010 y posteriormente se dictó sentencia en 21 de mayo del 2010 aprobándolo, así como el plan de viabilidad unido al mismo; en la página 13 del citado plan aparece el plazo de entrega para la promoción Hiedra I, la que, según informe de 4 de mayo del 2010, está concluida en un 99,225% y se encuentra dentro del plazo establecido en el plan de viabilidad.
A esos hechos son aplicables los siguientes artículos de la Ley Concursal: a) En el artículo 8-1 se establece que: "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores..., son de la jurisdicción del juez del concurso"; b) El art. 75 establece la estructura del informe y se destaca en el punto 1.3, "memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal"; c) El art. 96 establece la impugnación del inventario y de la lista de acreedores que se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y en el art. 97 se establece que quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones; d) En los artículos 127 y 128 se regula los efectos de la aprobación judicial del convenio; e) El art. 133 establece que el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación y en el 134 se establece la extensión subjetiva del contenido del convenio respecto al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos; f) El art. 140 regula el incumplimiento del convenio, correspondiendo al juez del concurso la declaración de incumplimiento a través del incidente concursal.
La conclusión a la que se llega tras examinar las disposiciones citadas es que el demandante está vinculado al convenio y que sólo cuando se incumpla el plan de viabilidad podrá instar ante el juez del concurso el incumplimiento.

SEGUNDO.- Con independencia de lo expuesto, procede entrar en el examen de los distintos motivos de apelación, de conformidad con el artículo 465-5 de la LEC, aunque en parte ya han sido resueltos con lo indicado hasta este momento.
A.- Infracción por indebida aplicación del art. 62 de la Ley Concursal.
Se alega que el citado artículo contempla la posibilidad de que se inste la resolución del contrato al no resultar afectado por la declaración del concurso por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, por lo que entiende que, de acuerdo con los hechos expuestos, la demandada no entregó la vivienda en el plazo convenido, julio de 2009, requiriendo a ésta de resolución en fecha 21 de mayo del 2010. Este motivo ha de desestimarse pues atendiendo a la fecha de declaración de concurso, auto de 13 de junio de 2008, el plazo de entrega quedaba afectado por dicha declaración al ser posterior en el tiempo, por lo que la parte demandante pudo instar la resolución del contrato ante el Juez del concurso mediante un incidente concursal, mostrándose pasivo en todo momento tanto frente al informe de la administración concursal como a la aprobación judicial del convenio, de ahí que concluyamos que se encuentra incluido en la relación de clientes afectados por el plan de viabilidad.
B.- Error en la apreciación de la prueba e infracción por la indebida aplicación de los art. 133 y 134 de la Ley Concursal.
Se alega que, de acuerdo con el informe general de la administración concursal y de los textos definitivos, el demandante no era acreedor concursal al no aparecer en los listados definitivos, sino que aparecía en los listados de anticipos de clientes y en el inventario de activo corriente, pero no en la lista de acreedores, por lo que considera que no tenían derecho a voto ni le vincula el convenio aprobado en sede de concurso. El motivo de apelación ha de desestimarse, no sólo porque es inadmisible introducir en vía de apelación cuestiones que debió exponer en su demanda, sino también porque, de acuerdo con la normativa señalada anteriormente, en el informe general de la administración concursal se contemplaba la calificación de los contratos con obligaciones recíprocas de la concursada y de los acreedores a una obligación de hacer, por lo que sí resultaban afectados y pudo instar el oportuno incidente frente a esa calificación y solicitar la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega, cosa que no realizó, por lo que se encuentra afectado por todas las resoluciones dictadas en el concurso. En consecuencia, no es admisible que inste la resolución del contrato por no entrega de la vivienda cuando el mismo ha sido modificado por el convenio aprobado judicialmente en el concurso.
C.- Infracción por no aplicación del art. 135 de la ley concursal respecto al demandado avalista.
Se alega que el art. 135-2 establece que: "La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieren establecido". Consta acreditado que el Juzgado de lo Mercantil num. 1 por Auto de 3 de julio del 2009 ordenó a los avalistas de entregas a cuenta del precio no atender el pago de ningún aval de la promoción hasta que se decretara la resolución judicial. No consta que el demandante haya promovido la resolución del contrato de compraventa por medio de un incidente concursal frente al informe general de la administración concursal y frente al plan de viabilidad incorporado al convenio judicialmente aprobado, por lo que de conformidad al citado artículo, este Tribunal entiende que dicha obligación ha sido novada por los términos del convenio y como obligación de naturaleza accesoria a la principal está sujeta al plan de viabilidad que ha modificado el plazo de entrega." : SAP Valencia (Sección 7) 20.12.2011 (Rollo 469/2011)
[Cita tomada de SAP Valencia (Sección 6) 21.05.2012 (Sentencia 311/2012; Rollo 57/2012)]

"SEGUNDO.-Entrando en el enjuiciamiento de los motivos de apelación, este Tribunal debe referirse a la pretensión ejercitada, posición de las demandada y sentencia dictada al efecto de delimitar el ámbito del recurso, resultando lo siguiente:
El demandante, suscribió en fecha 28-4-2006 contrato de compraventa con la demandada Nou Temple S.L. recayente sobre la vivienda en construcción ubicada en Calicanto, Chiva, AVENIDA000 Complejo DIRECCION000 (III Fase).
Insta su resolución por incumplimiento del plazo de entrega convenido que finalizaba el 30-3-2009, ya que a la fecha pactada para la entrega, no estaban concluidas las obras solicitando la devolución de las cantidades entregadas a cuenta.
Promociones Nou Temple S.L. alegó que fue declarada en concurso voluntario por *Auto de 13 de junio de 2008,* del Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de valencia, que dio lugar al procedimiento de Concurso Voluntario nº 255/2008. En el informe emitido por la Administración Concursal se calificó a los compradores de viviendas promovidas por la concursada como acreedores de una obligación de hacer y deudores del resto del precio por lo que no son acreedores de las cantidades entregadas a cuenta al no estar resueltos los contratos, concretamente la demandante estaba incluida en correspondiente lista con el número 38 del Anexo V del Informe General que presentó la Administración Concursal en fecha 23-12-2008 (folio 242), existía un plan de viabilidad (folio 352) para la terminación de las viviendas en construcción que se concretaba en la entrega de nueve viviendas en el primer año de vigencia del convenio, una en el cuarto, tres en el quinto y cuatro en el sexto, encontrándose la obras ejecutadas en un porcentaje del 46,130%, la demandante no promovió incidente concursal contra el informe de la administración concursal y el convenio fue aprobado por *sentencia de 21 de mayo de 2010,* por lo que considera que la demandante está sujeta al citado plan de viabilidad que forma parte del convenio y termina suplicando se desestime la demanda.
La sentencia de instancia desestimó la demanda y absolvió a la demandada de las pretensiones ejercitadas; la demandante apela la sentencia.
Como punto de partida en el enjuiciamiento de los distintos motivos de apelación, este Tribunal ha de destacar que por parte del demandante se omite en la narración de los hechos de su demanda toda referencia a la declaración de concurso voluntario de la promotora, PROMOCIONES NOU TEMPLE S.L., y, sin embargo, *esa*

circunstancia constituye un hecho relevante para la resolución del presente recurso al resultar probado que la citada promotora fue declarada en concurso voluntario en fecha 13 de junio del 2008, que la administración concursal calificó a los compradores de vivienda pendientes de entrega como acreedores de una obligación de hacer y deudores de parte del precio, que no costa que existiese una impugnación de esa calificación mediante un incidente concursal, que el convenio fue aprobado por *sentencia de 21 de mayo de 2010* y, por último, que cuando se instó la presente demanda en fecha *8-7-2010* aun no había vencido el plazo de ejecución que para esta promoción fijó el plan de viabilidad. Por tanto, *no es admisible que pueda resolverse este procedimiento haciendo abstracción de la situación concursal de la promotora* que está obligada a la entrega de las viviendas aunque dicha situación legal implica una modificación de algunas de las condiciones establecidas en el contrato de compraventa de fecha 28-4-2006.

De la documental aportada por la demandada en su escrito de contestación, este tribunal destaca lo siguiente:

1º.-La promotora, PROMOCIONES NOU TEMPLE S.L. fue declarada en concurso por Auto del Juzgado de los Mercantil nº 1 de Valencia de 13 de junio de 2008.

2º.-En el informe de la administración concursal conforme al artículo 75 de la Ley Concursal, (documento nº 2 de la contestación, folios 87 a 254) y al folio 123 del mismo (folio 208 de los autos), se indica que en relación a los clientes, compradores de inmuebles que figuran en el Anexo V, se anticipa el criterio de entender que son acreedores a una prestación de hacer y deudores de las cantidades pendientes de cobro en virtud de los contratos en vigor, motivo por el que no son considerados como créditos concursales monetarios.

3º.-En el referido Anexo V, y en el puesto nº 38, figura la demandante Sra. Palmira como compradora (folio 242 de autos).

4º.-Los incidentes concursales resueltos constan en los textos definitivos del Informe de 28 de diciembre de 2009 (Documento nº 3 de la contestación obrante a los folios 255 a331), de conformidad con el art. 96-4 de la Ley Concursal, y no figura la demandante entre los promovidos por compradores de viviendas (anexo II).

5º.-El convenio (documento nº 5 de la contestación) fue aprobado en Junta de Acreedores de 9 de marzo del 2010 y posteriormente se dictó sentencia en 21 de mayo del 2010 (documento nº 4 de la contestación) aprobándolo, así como el plan de viabilidad unido al mismo.

6º.-En el Plan de Viabilidad (documento nº 6 de la contestación obrante a los folios 341 a 391) y para la terminación de las viviendas en construcción en la promoción DIRECCION000 fase III se concertó la entrega de nueve viviendas en el primer año de vigencia del convenio, una en el cuarto, tres en el quinto y cuatro en el sexto (folio 352 de autos), encontrándose la obras ejecutadas en un porcentaje del 46,130% y todavía dentro del plazo establecido en el plan de viabilidad.

Con similares antecedentes esta Sección 7ª dictó en fecha 20-12-2011 sentencia nº 700/2012 en el RAC 469/2011, Ponente Sr. Lahoz (Roj : SAP V 7061/2011) en la que se decía:

"A esos hechos son aplicables los siguientes artículos de la Ley Concursal: a) En el artículo 8-1 se establece que: "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores..., son de la jurisdicción del juez del concurso"; b) El art. 75 establece la estructura del informe y se destaca en el punto 1.3, "memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal"; c) El art. 96 establece la impugnación del inventario y de la lista de acreedores que se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y en el art. 97 se establece que quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones; d) En los artículos 127 y 128 se regula los efectos de la aprobación judicial del convenio; e) El art. 133 establece que el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación y en el 134 se establece la extensión subjetiva del contenido del convenio respecto al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos; f) El art. 140 regula el incumplimiento del convenio, correspondiendo al juez del concurso la declaración de incumplimiento a través del incidente concursal.

La conclusión a la que se llega tras examinar las disposiciones citadas es que el demandante está vinculado al convenio y que sólo cuando se incumpla el plan de viabilidad podrá instar ante el juez del concurso el incumplimiento."

En el Fundamento de Derecho Segundo se continuaba:

"A.- Infracción por indebida aplicación del art. 62 de la Ley Concursal.

Se alega que el citado artículo contempla la posibilidad de que se inste la resolución del contrato al no resultar afectado por la declaración del concurso por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, por lo que entiende que, de acuerdo con los hechos expuestos, la demandada no entregó la vivienda en el plazo convenido, julio de 2009, requiriendo a ésta de resolución en fecha 21 de mayo del 2010. Este motivo ha de desestimarse pues atendiendo a la fecha de declaración de concurso, auto de 13 de junio de 2008, el plazo de entrega quedaba afectado por dicha declaración al ser posterior en el tiempo, por lo que la parte demandante pudo instar la resolución del contrato ante el Juez del concurso mediante un incidente concursal, mostrándose pasivo en todo momento tanto frente al informe de la administración concursal como a la aprobación judicial del convenio, de ahí que concluyamos que se encuentra incluido en la relación de clientes afectados por el plan de viabilidad.

B.- Error en la apreciación de la prueba e infracción por la indebida aplicación del art. 133 y 134 de la Ley Concursal.

Se alega que, de acuerdo con el informe general de la administración concursal y de los textos definitivos, el demandante no era acreedor concursal al no aparecer en los listados definitivos, sino que aparecía en los listados de anticipos de clientes y en el inventario de activo corriente, pero no en la lista de acreedores, por lo que considera que no tenían derecho a voto ni le vincula el convenio aprobado en sede de concurso. El motivo de apelación ha de desestimarse, no sólo porque es inadmisible introducir en vía de apelación cuestiones que

debió exponer en su demanda, sino también porque, de acuerdo con la normativa señalada anteriormente, en el informe general de la administración concursal se contemplaba la calificación de los contratos con obligaciones recíprocas de la concursada y de los acreedores a una obligación de hacer, por lo que sí resultaban afectados y pudo instar el oportuno incidente frente a esa calificación y solicitar la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega, cosa que no realizó, por lo que se encuentra afectado por todas las resoluciones dictadas en el concurso. En consecuencia, no es admisible que inste la resolución del contrato por no entrega de la vivienda cuando el mismo ha sido modificado por el convenio aprobado judicialmente en el concurso."
Resulta, pues clara de la lectura de lo precedente cual es la postura de esta Sección y de este Tribunal ante el caso que nos ocupa, que no puede ser otra sino la de considerar que *necesariamente el proceso concursal y las decisiones allí adoptadas vinculan a la demandante que debe estar y pasar por ellas,* sin perjuicio de que en su día si no se cumpliese el Plan de Viabilidad y entrega de las viviendas de la promoción DIRECCION000 Fase III, pueda la demandante instar lo que a su derecho convenga, pero por el momento y a la fecha en que nos encontramos debe respetar.
No puede pretender bajo la genérica alegación de la infracción del art. 217 de la Lec, desvincularse la demandante de la decisión del Jugado Mercantil. Esta alegación la sustenta en que cuando conoció el concurso y antes de dictarse la sentencia formuló un incidente que se le inadmitió en fecha posterior a la misma, y que al no ostentar o representar el 5% de los créditos no podía tener ni derecho a voto ni posibilidad de impugnación, además de ello no tenia obligación ni posibilidad de conocer el concurso por haberse trasladado a Ámsterdam ante la falta de vivienda y financiación para adquirir otra distinta. Estos argumentos no pueden provocar que se omita e incumpla, como se ha dicho antes, toda la normativa concursal, incluido su régimen de publicidad y efectos legales, tal como se desprende de lo antes expuesto.
Tampoco cabe imputar a la sentencia incongruencia alguna pues resuelve sobre lo que se le pide valorando la prueba practicada y aplicando correctamente el derecho.
Lo mismo sucede con su pretensión de que se resuelva la resolución contractual en este procedimiento civil al que fue reenviada por el Juzgado mercantil, ya que efectivamente se le está resolviendo tal pretensión, negando la resolución que pretende por la necesaria vinculación del juzgado de 1ª Instancia que ha resuelto a lo que previamente resolvió el Juzgado Mercantil en su sentencia, y todo ello con independencia de que se pueda entender desde su exclusiva perspectiva personal su queja.
En definitiva su discrepancia con la sentencia no puede ser acogida y se rechazan todas sus alegaciones con lo expuesto. ":SAP Valencia (Sección 7) 13.06.2012 (Sentencia 331/2012; Rollo 42/2012)

"SEGUNDO.-Esta Sala da por reproducidos en un todo los fundamentos de la sentencia de instancia, previa revisión de las actuaciones en relación con los motivos del recurso, por las siguientes consideraciones:
1)Se sustenta la sentencia apelada en que declarado el concurso de la entidad demandada y aprobado el convenio por sentencia de 1-6-2010 sin que los actores -apelantes ni impugnaran ni formularan oposición contra una u otro éste despliega los efectos de los arts.100.5, 133 y ss y 140 de la LC,de modo que tal sentencia vincula a la que se haya de dictar en el presente juicio ordinario por el efecto positivo de la cosa juzgada por lo que, en caso de incumplimiento de ese convenio, habrá que acudir al juez que declaró aquel y no procede la resolución del contrato de compraventa que aquí se insta por unos hechos previos a esa declaración.
Según este tenor, ninguna infracción normativa ha cometido la anterior resolución en el sentido alegado en el recurso sobre el carácter esencial o no del plazo de entrega de la vivienda adquirida por los actores en base a tal contrato pues nada refiere sobre ello que es ajeno a la razón de desestimación de la demanda por lo que este motivo se rechaza.
Por su parte, el motivo de recurso relativo a que igual sentencia es incongruente con el auto que rechazó la excepción de cosa juzgada vulnerando los art.51 de la LC y 413 de la LEC y el principio non bis in idem al no estar a la situación existente cuando se interpuso tal demanda y no continuar la tramitación hasta su firmeza sin su paralización, también es rechazable.
En efecto, el citado auto desestimó el efecto negativo de la cosa juzgada, es decir aquel en que se funda el citado principio y que excluye un proceso posterior con un objeto idéntico a aquel en que se haya dictado una sentencia firme regulado en el art.222.1 de la LEC, precisamente en aplicación del art.51 de la LC que refiere la continuación hasta esa firmeza de su sentencia de los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que estén en tramitación al momento de la declaración de concurso pero ello no excluye que, como regula la primera norma en su nº 4 y hace el juez de instancia, se aprecie el efecto positivo de la cosa juzgada, es decir la vinculación que la misma sentencia firme recaída en el concurso produce en la que se dicta en el presente mediando entre ambas litis identidad subjetiva lo que sólo en ésta se podía resolver y no en la audiencia previa según el art.421.1 de la misma LEC a diferencia de cuando tiene aquel primer carácter excluyente o negativo.
2)En todo caso al precedente desestimación del recurso que deriva de lo precedente lo es en aplicación del criterio de este Tribunal,en demandas sobre resolución de contratos de compraventa por incumplimiento del plazo de entrega concertados con la entidad aquí demandada declarada en concurso,de las cuales cabe citar y reproducir lo dicho en la de 20-12-2011,Rollo 469/2011, Pte Sr.JOSE ANTONIO LAHOZ RODRIGO según la cual *:" FUNDAMENTOS PRIMERO...Entrando en el enjuiciamiento de los motivos de apelación, este Tribunal debe referirse a la pretensión ejercitada, posición de las demandadas y sentencia dictada al efecto de delimitar el ámbito del recurso, resultando lo siguiente: a) El demandante, cesionario del contrato de compraventa suscrito el 2 de diciembre de 2005 entre Promociones Nou Temple S.L. y Don Jesús, formalizado el 16 de mayo de 2007, cuyo objeto era una vivienda en construcción sita en el término de Chiva, partida de Santo Domingo, hoy denominada de San Miguel, cuyos datos de identificación constan en el hecho primero, insta su resolución por incumplimiento del plazo de entrega convenido, prorrogado por anexo de 27 de Octubre de 2008 a julio de 2009; alega que llegada la fecha pactada para la entrega, no estaban concluidas las obras por lo que*

remitió a la promotora demandada el 21 de mayo de 2010 un requerimiento de resolución e interesando la devolución de las entregas a cuenta, que fue contestado el 16 de junio de 2010 en el sentido de que las obras estaban prácticamente concluidas; en similares términos se dirigió a Unicaja, avalista de las cantidades entregadas a cuenta para que procediera a la devolución de 17.102,80 #, por lo que termina suplicando se dicte sentencia que declare resuelto el contrato de compraventa por incumplimiento de obligación de entregar la vivienda y se condene a la devolución de los importes pagados a cuenta del precio; b) Las demandadas se opusieron a la demanda, en primer lugar, en relación a la contestación de Unicaja, se alegó que Promociones Nou Temple S.L. fue declarada en concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil número uno de Valencia, Auto de 13 de junio de 2008, y que por Auto de 3 de Julio de 2009 se ordenó a las entidades avalistas de la promotora de las cantidades entregadas a cuenta del precio que no se atendiera al pago de ningún aval hasta que se decretara judicialmente la resolución del contrato, por lo que en cumplimiento de la misma no atendió el requerimiento de pago, por lo que suplica de desestime la demanda; en segundo lugar, la demandada Promociones Nou Temple S.L. alegó lo siguiente: que fue declarada en concurso voluntario por Auto de 13 de junio de 2008, que de acuerdo con el informe emitido por la Administración Concursal se calificó a los compradores de vivienda como acreedores de una obligación de hacer y deudores del resto del precio por lo que no son acreedores de las cantidades entregadas a cuenta al no estar resueltos los contratos, que existe un plan de viabilidad para la terminación de las viviendas en construcción en los próximos dos años, y que de acuerdo con el certificado de 4 de mayo de 2010 las obras están casi concluidas, que el demandante no promovió incidente concursal contra el informe de la administración concursal y que el convenio fue aprobado por sentencia de 21 de mayo de 2010, por lo que considera que está sujeto al plan de viabilidad que forma parte del convenio y termina suplicando se desestime la demanda; c) La sentencia de instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados de las pretensiones ejercitadas; el demandante apela la sentencia.Como punto de partida en el enjuiciamiento de los distintos motivos de apelación, este Tribunal ha de destacar que por parte del demandante se omite en la narración de los hechos de su demanda toda referencia a la declaración de concurso voluntario de la promotora, PROMOCIONES NOU TEMPLE S.L., y, sin embargo, esa circunstancia constituye un hecho relevante para la resolución del presente recurso al resultar probado que la citada promotora fue declarada en concurso voluntario en fecha 13 de junio del 2008, que la administración concursal calificó a los compradores de vivienda pendientes de entrega como acreedores de una obligación de hacer y deudores de parte del precio, que no existió una impugnación de esa calificación mediante un incidente concursal, que el convenio fue aprobado por sentencia de 21 de mayo de 2010 y, por último, que cuando se instó la presente demanda aun no había vencido el plazo de ejecución que para esta promoción fijó el plan de viabilidad. Por tanto, no es admisible que pueda resolverse este procedimiento haciendo abstracción de la situación concursal de la promotora que está obligada a la entrega de las viviendas aunque dicha situación legal implica una modificación de algunas de las condiciones establecidas en el contrato de cesión de compraventa de 16 de mayo del 2007. De la documental aportada por la demandada en su escrito de contestación, este tribunal destaca lo siguiente: a) La promotora, PROMOCIONES NOU TEMPLE S.L. fue declarada en concurso por auto del Juzgado de los Mercantil nº 1 de 13 de junio de 2008; b) En el informe de la administración concursal conforme al artículo 75 de la Ley Concursal, folio 123, se indica que en relación a los clientes, compradores de inmuebles que figuran en el anexo V, se anticipa el criterio de entender que son acreedores a una prestación de hacer y deudores de las cantidades pendientes de cobro en virtud de los contratos en vigor, motivo por el que no son considerados como créditos concursales monetarios. Al folio 299, en el nº 214 del anexo V, figura el cedente del contrato de compraventa D. Jesús; c) Los incidentes concursales resueltos constan en los textos definitivos (informe de 28 de diciembre de 2009), de conformidad con el art. 96-4 de la Ley Concursal, y no figura el demandante entre los promovidos por compradores de viviendas (anexo II), por lo que consintió el informe de la administración concursal; d) El convenio fue aprobado en Junta de Acreedores de 9 de marzo del 2010 y posteriormente se dictó sentencia en 21 de mayo del 2010 aprobándolo, así como el plan de viabilidad unido al mismo; en la página 13 del citado plan aparece el plazo de entrega para la promoción Hiedra I, la que, según informe de 4 de mayo del 2010, está concluida en un 99,225% y se encuentra dentro del plazo establecido en el plan de viabilidad.A esos hechos son aplicables los siguientes artículos de la Ley Concursal: a) En el artículo 8-1 se establece que: "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores..., son de la jurisdicción del juez del concurso"; b) El art. 75 establece la estructura del informe y se destaca en el punto 1.3, "memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal"; c) El art. 96 establece la impugnación del inventario y de la lista de acreedores que se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y en el art. 97 se establece que quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones; d) En los artículos 127 y 128 se regula los efectos de la aprobación judicial del convenio; e) El art. 133 establece que el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación y en el 134 se establece la extensión subjetiva del contenido del convenio respecto al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos; f) El art. 140 regula el incumplimiento del convenio, correspondiendo al juez del concurso la declaración de incumplimiento a través del incidente concursal. La conclusión a la que se llega tras examinar las disposiciones citadas es que el demandante está vinculado al convenio y que sólo cuando se incumpla el plan de viabilidad podrá instar ante el juez del concurso el incumplimiento.

SEGUNDO.- Con independencia de lo expuesto, procede entrar en el examen de los distintos motivos de apelación, de conformidad con el articulo 465-5 de la LEC, aunque en parte ya han sido resueltos con lo indicado hasta este momento. A.- Infracción por indebida aplicación del art. 62 de la Ley Concursal. Se alega que el citado artículo contempla la posibilidad de que se inste la resolución del contrato al no resultar afectado

por la declaración del concurso por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, por lo que entiende que, de acuerdo con los hechos expuestos, la demandada no entregó la vivienda en el plazo convenido, julio de 2009, requiriendo a ésta de resolución en fecha 21 de mayo del 2010. Este motivo ha de desestimarse pues atendiendo a la fecha de declaración de concurso, auto de 13 de junio de 2008, el plazo de entrega quedaba afectado por dicha declaración al ser posterior en el tiempo, por lo que la parte demandante pudo instar la resolución del contrato ante el Juez del concurso mediante un incidente concursal, mostrándose pasivo en todo momento tanto frente al informe de la administración concursal como a la aprobación judicial del convenio, de ahí que concluyamos que se encuentra incluido en la relación de clientes afectados por el plan de viabilidad. B.- Error en la apreciación de la prueba e infracción por la indebida aplicación de los art. 133 y 134 de la Ley Concursal. Se alega que, de acuerdo con el informe general de la administración concursal y de los textos definitivos, el demandante no era acreedor concursal al no aparecer en los listados definitivos, sino que aparecía en los listados de anticipos de clientes y en el inventario de activo corriente, pero no en la lista de acreedores, por lo que considera que no tenían derecho a voto ni le vincula el convenio aprobado en sede de concurso. El motivo de apelación ha de desestimarse, no sólo porque es inadmisible introducir en vía de apelación cuestiones que debió exponer en su demanda, sino también porque, de acuerdo con la normativa señalada anteriormente, en el informe general de la administración concursal se contemplaba la calificación de los contratos con obligaciones recíprocas de la concursada y de los acreedores a una obligación de hacer, por lo que sí resultaban afectados y pudo instar el oportuno incidente frente a esa calificación y solicitar la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega, cosa que no realizó, por lo que se encuentra afectado por todas las resoluciones dictadas en el concurso. En consecuencia, no es admisible que inste la resolución del contrato por no entrega de la vivienda cuando el mismo ha sido modificado por el convenio aprobado judicialmente en el concurso. C.- Infracción por no aplicación del art. 135 de la ley concursal respecto al demandado avalista. Se alega que el art. 135-2 establece que: "La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieren establecido". Consta acreditado que el Juzgado de lo Mercantil nº 1 por Auto de 3 de julio del 2009 ordenó a los avalistas de entregas a cuenta del precio no atender el pago de ningún aval de la promoción hasta que se decretara la resolución judicial. No consta que el demandante haya promovido la resolución del contrato de compraventa por medio de un incidente concursal frente al informe general de la administración concursal y frente al plan de viabilidad incorporado al convenio judicialmente aprobado, por lo que de conformidad al citado artículo, este Tribunal entiende que dicha obligación ha sido novada por los términos del convenio y como obligación de naturaleza accesoria a la principal está sujeta al plan de viabilidad que ha modificado el plazo de entrega....Atendiendo a las circunstancias expuestas, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida...".
TERCERO.-De conformidad con el artículo 398-1 de la L.E.C. en relación con su art.394, al desestimar el recurso, procede imponer las costas de ésta instancia al apelante.": SAP Valencia (Sección 7) 26.09.2012 (Sentencia 491/2012; Rollo 298/2012)

"PRIMERO. La representación procesal de don Ricardo formuló demanda de juicio ordinario contra la mercantil Temple Servicios Inmobiliarios SLU, pidiendo la resolución del contrato de compraventa que vinculaba a las partes, suscrito el día 28 de mayo de 2007, condenando a la demandada al pago de 7.004,20 # con los intereses legales. Sustenta su pretensión en que en el citado contrato adquirió una vivienda identificada en el núm. NUM000 en la planta NUM001, junto a la plaza de aparcamiento núm. NUM000 y el trastero núm. NUM000, todo ello en el complejo residencial denominado DIRECCION000 en el término municipal de Vila Real. Se le entregó AVAL de la Caixa d'Estalvis por 9.345,80 #, cantidad inferior a la realmente entregada, que era de 15.000 #, válido hasta el día 30 de junio de 2010.
En abril de 2008, se enteró que la demandada estaba en concurso voluntario. El día 2-4-2008 requirió información sobre el estado de la obra que no le dieron por lo que el día 23-4-2008 resolvió el contrato y requirió la devolución de los 15.000 #. Insto procedimiento judicial contra el avalista quien finalmente le hizo entrega de la cantidad avalada reclamando el resto de la vendedora. Acredita que a la fecha de la demanda no se han iniciado las obras.
La demandada se opuso a la pretensión actora invocando que se hallaba sometido a un procedimiento concursal en el que la demandante tenía su crédito reconocido en la condición de <<acreedores de una vivienda y deudores del resto del precio no pagado>>. En dicho procedimiento se aprobó un convenio, por sentencia de 1 de junio de 2010, al que está sometido el demandante.
La sentencia de instancia desestima la demanda al considerar que está sometido al concurso, en el que se le incluyó como acreedor de una obligación de hacer. Contra dicha resolución se alza la parte actora invocando diversos motivos que pasamos a examinar. (...)
TERCERO. La parte apelante sustenta su recurso, en primer lugar, en un error en la valoración de la prueba puesto que consta acreditado el incumplimiento de la demandada y que el requerimiento resolutorio se hizo con anterioridad a la declaración de concurso de acreedores.
Centra los incumplimientos en que aún no ha obtenido licencia de obras, no contrató el aval por las cantidades realmente recibidas de los compradores, y en que el día 23 de abril de 2008 la demandada no estaba declarada en curso.
Hemos de partir de que la resolución unilateral de un contrato, cuando es rechazada por la parte contraria, requiere que se declare acertada por medio de resolución judicial. Así el Tribunal Supremo, en la sentencia del 13/11/2009, Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ Roj: STS 7119/2009, nos dice: <<Una resolución se produce extrajudicialmente por acuerdo de las partes, pero si no hay acuerdo y tanto más si hay oposición, se precisa la declaración judicial (sentencia de 6 de octubre de 2000) de que está bien hecha -si lo está, evidentemente- y los efectos de la resolución serían ex tunc (sentencias de 17 de junio de 1986 y 15 de julio de

2003) para lo cual hace falta el ejercicio de la acción, en demanda o en reconvención (sentencias de 26 de diciembre de 2001 y 28 de junio de 2002)> >
Por todo ello, siendo cierto que el demandante practicó requerimiento resolutorio del contrato de compraventa de fecha 23 de abril de 2008, éste no fue aceptado por la demandada, como así se desprende de que en fecha 8 de mayo de 2008 remitiese un escrito negando el incumplimiento de los plazos de entrega de la obra.
Por tanto, cuando la demandada fue declarada en concurso no podemos estimar que el contrato se hallase resuelto, sino que se hallaba vigente. Y no debemos olvidar que el artículo 61 de la Ley Concursal dispone que << 2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.>>
Declarado el concurso de acreedores, el demandado fue incluido en el mismo como acreedor de una obligación de hacer, como así consta, entre otros, en el listado, anticipos de clientes, al 13/06/2008 como número 199, sin que formulara oposición a su inclusión en tal concepto y, aprobado el convenio, sin oposición, está sometido al mismo, como así declara la sentencia de instancia siguiendo el criterio que estableció la SAP, Civil sección 7 del 20 de Diciembre del 2011 (ROJ: SAP V 7061/2011) Recurso: 469/2011, Ponente: JOSE ANTONIO LAHOZ RODRIGO“: SAP Valencia (Sección 7) 18.01.2013 (Sentencia 20/2013; Rollo 401/2012)

“PRIMERO. La representación procesal de don Abel formuló demanda de juicio ordinario contra la mercantil Temple Servicios Inmobiliarios S.L.U., pidiendo la resolución del contrato de compraventa que vinculaba a las partes, suscrito el día 7 de junio de 2006 y la condena a la demandada al pago de 42.372.# con los intereses legales. Sustenta su pretensión en que mediante el citado contrato adquirió de la actora una vivienda en construcción, vivienda identificada como tipo DIRECCION000, escalera NUM000, número NUM001, planta NUM002, de 60,77 m2; la plaza de aparcamiento núm. NUM003, y el trastero núm. NUM004 de una promoción en Vinarós, en el complejo residencial denominado DIRECCION001.
El actor cumplió todas las obligaciones del contrato, abonando íntegra y puntualmente los importes convenidos. Por su parte Temple se obligó a entregar la vivienda entre el 10 de julio de 2008 y el 10 de enero de 2009 y al tiempo de la demanda, 23 de junio de 2011, no la ha entregado. Ya el 23 de julio de 2008 le remitió un burofax ante el retraso que llevaba la ejecución que no fue contestado. Remitió otro el día 12 de noviembre de 2010.-
La demandada se opuso a la pretensión actora invocando que se hallaba sometida a un procedimiento concursal en el que la demandante tenía su crédito reconocido en la condición de <<acreedores de una vivienda y deudores del resto del precio no pagado>> con el núm. 197 de la lista. En dicho procedimiento se aprobó un convenio, por sentencia de 1 de junio de 2010, al que está sometido el demandante.
La sentencia de instancia desestima la demanda al considerar que el demandante está sometido al convenio aprobado en el concurso de acreedores, en el que se le incluyó como acreedor de una obligación de hacer. Contra dicha resolución se alza la parte actora invocando diversos motivos que pasamos a examinar. (...)
TERCERO. En el escrito de recurso, la parte apelante se opone a su consideración como acreedor concursal de la mercantil Temple Servicios Inmobiliarios SLU y a su sometimiento a los acuerdos alcanzados en el convenio aprobado en el concurso de acreedores. Sostiene que en estricta aplicación de la Ley Concursal en modo alguno puede ser calificado como acreedor concursal de Temple y que la demandada nunca le tuvo como tal por ello, la administración concursal jamás le envió la comunicación obligatoria que debe remitirse a todos los acreedores concursales y no fue incluido en la lista de acreedores concursales sino como anticipos de clientes. De no se así la demandada hubiese cuantificado económicamente el crédito y lo hubiese incluido en la lista de acreedores.
Respecto a la no formulación de un incidente concursal para obtener la resolución del contrato, la mercantil apelante sostiene que instar la resolución era una facultad, no una obligación, y que cuando formula el requerimiento resolutorio e insta la demanda judicial el procedimiento concursal ya había concluido al haberse dictado sentencia, en fecha 1/06/2010, aprobando el convenio.
También invoca que el convenio aprobado en el concurso de acreedores de la mercantil Temple Servicios Inmobiliarios SLU no modifica las fechas de entrega de los inmuebles en la promoción de DIRECCION001 ya que el mismo se refiere, exclusivamente, al pago de las deudas monetarias estableciendo una quita del 50%; no siendo suficiente con que se haya incluido un Plan de Viabilidad y Pagos que se adjunta a la propuesta de convenio.
Añade, que la sentencia aprobando el convenio únicamente recoge y aprueba lo que es objeto del convenio, esto es, las condiciones de pago de las deudas monetarias; nada se dice en la sentencia de un nuevo calendario de entrega de los inmuebles.
También alega que, en todo caso, ha incumplido con la previsión de entrega de las fincas que recoge el plan de viabilidad de la compañía, pues debió entrega 36 viviendas el 1 de junio de 2011, y no ha terminado ninguna.
En la oposición al recurso, la parte apelada sostiene que los compradores de viviendas fueron considerados como acreedores de la entrega del inmueble adquirido y deudores del precio de dicho inmueble en el correspondiente Informe General al amparo del artículo 75 de le Ley Concursal y, al ser acreedores de un inmueble, sus obligaciones han nacido con anterioridad, por tanto, su crédito, que es de entrega de la vivienda, es anterior, máxime cuando el contrato de compraventa continúa en vigor dado que no ha mediado resolución judicial que haya declarado lo contrario. La demandante nunca ha impugnado el informe ni ninguna de las distintas fases del procedimiento y concluye pidiendo la confirmación de la resolución de instancia.
El recurso es desestimado.
Rechazamos los alegatos revocatorios de la parte porque, declarado el concurso de acreedores, el demandado fue incluido en el mismo como acreedor de una obligación de hacer, (f. 213) y se le incluyó, entre otros, en el listado, anticipos de clientes, con el número 197, (f. 257). Además, al folio 355, en el Plan de Viabilidad, se estableció la evolución que se iba a seguir en la entrega de las viviendas, todo ello sin que el hoy actor

formulara oposición a su inclusión en tal concepto y, aprobado el convenio, sin oposición al mismo, lo que determina que se halle sometido al convenio, como así declara la sentencia de instancia siguiendo el criterio que estableció este Tribunal, entre otros, en la Sentencia dictada en el Rollo de Apelación Rollo nº: 401/12, sentencia núm. 20 de 18 de enero de 2013 y la de 20 de Diciembre del 2011 (ROJ: SAP V 7061/2011) Recurso: 469/2011.
Todas las alegaciones que realiza la parte demandante, debió hacerlas valer, en su caso, en el procedimiento concursal y en el momento procesal oportuno.": SAP Valencia (Sección 7) 12.04.2013 (Sentencia 169/2013; Rollo 703/2012)

AP Valencia (Sección 8)

"TERCERO.-Los motivos segundo y tercero que denuncian el error sufrido, tanto en la apreciación y valoración de la prueba, como en la aplicación del derecho, entroncan propiamente con la problemática de fondo que no es otra que determinar la afectación que el concurso voluntario de acreedores de Promociones Nou Temple SL. que con el número 255/08 se siguió ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta Ciudad pueda tener en relación a la acción resolutoria que los Sres. Carmelo y Adelina instan respecto del contrato suscrito el 17 de Octubre de 2.005. En este sentido se ha de indicar como aspectos a valorar los siguientes: 1º) La demanda, como se ha dicho, se formuló el 29 de Octubre de 2.010 (f. 2) y se encamina a la obtención de un pronunciamiento principal que declarase resuelto el contrato de compraventa suscrito el 17 de Octubre de 2.005 con Promociones Nou Temple S.L. (documento número uno de la demanda a los f. 14 al 23), por incumplimiento del plazo de entrega pactado, que finalizaba a los treinta meses contados desde el inicio de las obras, por lo que estando comenzadas en esa fecha (como así se indicaba en el introíto de la estipulación séptima), al tiempo de la demanda, dicha entrega no había tenido lugar. 2º) El término de treinta meses finía el 17 de Abril de 2.008, pero conforme a lo dispuesto en la claúsula décima, la parte compradora podría instar la resolución del contrato, en el caso de que el objeto de la compraventa no se pusiese a su disposición con simultáneo ofrecimiento a otorgar la escritura pública de compraventa dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento del plazo previsto, a tal efecto, en la estipulación séptima, por tanto, a partir del 17 de Agosto de 2.008. 3º) La mercantil Promociones Nou Temple S.L. fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto dictado el 13 de Junio de 2.008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, en procedimiento seguido con el número 255/08 (documento número uno de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 96 al 99). 4º) En el informe general que el 23 de Diciembre de 2.008 presentó la Administración concursal conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley Concursal (documento número dos de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 100 al 268) y en su página 123 (f. 222) se establece la consideración de entender que los compradores de viviendas son acreedores a una prestación de hacer y deudores de las cantidades pendientes de cobro en virtud de los contratos en vigor, motivo por el que no son considerados como créditos concursales monetarios, figurando en el anexo V relativo a " anticipos a clientes" y con el numero 291 Don Carmelo (f. 260). 5º) En relación a dicho informe se formularon los incidentes concursales que se consideraron pertinentes por los afectados, cuyo resultado se reflejó en los textos definitivos del artículo 96.4 de la Ley Concursal, de fecha 28 de Diciembre de 2.009 (documento número tres de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 269 al 345), sin que en el listado relativo a compradores de viviendas (f. 275 al 278) figuren los hoy apelantes, aceptando a resultas de ello, su condición de acreedores de una vivienda y deudores del resto de su precio. 6º) El 21 de Mayo de 2.010 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, en los autos número 255/08, aprobando el convenio aceptado en Junta celebrada el 9 de marzo de 2010 con todos sus efectos legales inherentes (documento número cuatro de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 346 al 348). 7º) La propuesta de convenio (documento número cinco de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 349 al 356), acompañaba conforme a la previsión del artículo 100.5 de la Ley Concursal un plan de viabilidad (documento número seis de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 367 al 406) y que en lo concerniente a la promoción El Pilar de Vinaroz que es la de los hoy recurrentes, contemplaba en el primer año de vigencia la entrega de 45 viviendas, en el cuarto 6, en el quinto 7, en el sexto 8 y en el séptimo 9 (f. 379), plazo que obviamente no ha finalizado. 8º) No consta que los demandantes votasen en contra del citado convenio, ni tampoco que recurriesen la sentencia. 9º) De la Promoción El Pilar de Vinaroz, el bloque primero se encuentra finalizado por completo, habiéndose otorgado el 28 de Abril de 2.010 escritura de acta de fin de obra (documento número siete de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 407 al 431).10º) Según certificado de avance de obras datado el 1 de Agosto de 2.010, el grado de edificación es del 99'90% (documento número nueve de la contestación de Promociones Nou Temple S.L. al f. 433) y 11º) La codemandada Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana el 22 de Julio de 2.009 (documento número veintidos de la demanda al f. 48) contestó a los actores al requerimiento, al parecer efectuado por ellos el mes anterior, de que hiciese efectivo el pago de los avales, no constando que mediase requerimiento resolutorio previo a la codemandada Promociones Nou Temple S.L., al menos no se indica en el escrito de demanda. A la vista de los datos antes reseñados, la conclusión que se obtiene forzosamente ha de ser coincidente con la que establece el juez" a quo", en cuanto que su decisión se acomoda al criterio de esta Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en relación al ejercicio por parte de los compradores de viviendas de la acción resolutoria de los contratos suscritos con la mercantil Promociones Nou Temple S.L., al margen del concurso. Así la SS. número 331 dictada por la Sección 7ª el 13 de Junio de 2.012, sigue la número 700 de esa misma Sección de fecha 20 de Diciembre de 2.011, en la que se decía: " A esos hechos son aplicables los siguientes artículos de la Ley Concursal: a) En el artículo 8-1 se establece que: "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, son de la jurisdicción del juez del concurso". b) El artículo 75 expresa la estructura del informe y se destaca en el punto 1.3, "memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal".

c) El artículo 96 establece que la impugnación del inventario y de la lista de acreedores se sustanciarán por los trámites del incidente concursal, añadiendo el artículo 97 que quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones. d) En los artículos 127 y 128 se regulan los efectos de la aprobación judicial del convenio. e) El artículo 133 indica que el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación y en el 134 se establece la extensión subjetiva del contenido del convenio respecto al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos y f) El artículo 140 regula el incumplimiento del convenio, correspondiendo al juez del concurso la declaración de incumplimiento a través del incidente concursal. La conclusión a la que se llega tras examinar las disposiciones citadas es que el demandante está vinculado al convenio y que sólo cuando se incumpla el plan de viabilidad podrá instar ante el juez del concurso el incumplimiento.". A su vez, en el fundamento de Derecho Segundo se continuaba: A.- Infracción por indebida aplicación del artículo 62 de la Ley Concursal. Este motivo ha de desestimarse pues atendiendo a la fecha de declaración de concurso, auto de 13 de Junio de 2008, el plazo de entrega quedaba afectado por dicha declaración al ser posterior en el tiempo, por lo que la parte demandante pudo instar la resolución del contrato ante el Juez del concurso mediante un incidente concursal, mostrándose pasivo en todo momento, tanto frente al informe de la administración concursal, como a la aprobación judicial del convenio, de ahí que concluyamos que se encuentra incluido en la relación de clientes afectados por el plan de viabilidad. B.- Error en la apreciación de la prueba e infracción por la indebida aplicación de los artículos 133 y 134 de la Ley Concursal.- Se alega que, de acuerdo con el informe general de la administración concursal y de los textos definitivos, el demandante no era acreedor concursal al no aparecer en los listados definitivos, sino que figuraba en los listados de anticipos de clientes y en el inventario de activo corriente, pero no en la lista de acreedores, por lo que considera que no tenían derecho a voto ni le vincula el convenio aprobado en sede de concurso. El motivo de apelación ha de desestimarse, no sólo porque es inadmisible introducir en vía de apelación cuestiones que debió exponer en su demanda, sino también porque, de acuerdo con la normativa señalada anteriormente, en el informe general de la administración concursal se contemplaba la calificación de los contratos con obligaciones recíprocas de la concursada y de los acreedores a una obligación de hacer, por lo que sí resultaban afectados y pudo instar el oportuno incidente frente a esa calificación y solicitar la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega, cosa que no realizó, de ahí que se encuentre afectado por todas las resoluciones dictadas en el concurso. En consecuencia, no es admisible que inste la resolución del contrato por no entrega de la vivienda, cuando el mismo ha sido modificado por el convenio aprobado judicialmente en el concurso". Resulta, pues clara de la lectura de lo precedente cual es la postura de esta Sección y de este Tribunal ante el caso que nos ocupa, que no puede ser otra sino la de considerar que necesariamente el proceso concursal y las decisiones allí adoptadas vinculan a la demandante que debe estar y pasar por ellas, sin perjuicio de que en su día si no se cumpliese el Plan de Viabilidad y entrega de las viviendas de la promoción Fase III, pueda la demandante instar lo que a su derecho convenga, pero por el momento y a la fecha en que nos encontramos debe respetar.

CUARTO.-A su vez esta Sala en su sentencia número 359 de 2 de Julio de 2.012, dijo que: "Debe comenzarse por señalar que la lectura de la demanda y el escrito de interposición del recurso de apelación evidencian que los términos en que se plantea la impugnación difieren totalmente de aquellos por los que discurre el escrito rector del procedimiento, pues mientras que en el escrito de demanda (folio 7 y 8 de las actuaciones) se realiza una escueta alusión a la situación de concurso en que se halla inmersa la demandada, el de interposición del recurso que ahora se resuelve, como se ha reflejado al inicio de este fundamento se pone el acento especialmente en la normativa contenida en la Ley Concursal, y las consecuencias que de sus disposiciones extrae en su favor el recurrente, introduciendo además toda clase de argumentos novedosos que producen una severa alteración de la causa pretendí que, modifica a su vez la intrínseca naturaleza o entidad material de las acciones ejercitadas por la demandante, infringiéndose así el principio que, en aras de la contradicción y del derecho de defensa, determina que sólo puede perseguirse la revocación de la sentencia con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia, pues de acuerdo con esta terminante dicción las partes no pueden alterar las posiciones procesales que hubieran mantenido en la primera instancia tal y como quedaron definitivamente fijadas tras las primeras oportunidades alegatorias reconocidas según la clase de procedimiento seguido. Esta circunstancia determina de por si el fracaso automático del recurso de apelación formulado por aplicación del principio "pendente appellatione nihil innovetur" (SS. del T.S., entre otras, de 28-11-1983 y 2-12-1983, 6-03-1984 y 20-05-1986), sin embargo, a mayor abundamiento, puede afirmarse que de no concurrir tan relevante obstáculo a la prosperabilidad del mismo, la solución desestimatoria habría de ser idéntica con fundamento en las consideraciones que seguidamente se exponen: Debe recordarse primeramente en lo que ahora interesa, que la nueva Ley Concursal se rige por unos principios fundamentales que a continuación se enumeran: A) La referida norma tiene carácter imperativo y se aplica con preferencia a cualquier otra norma salvo en los casos en que la propia Ley así lo establezca. B)Todos los acreedores, sin distinción por la naturaleza de su crédito, quedan incluidos en la masa pasiva (artículo 84). C) El juicio concursal ya no es un mero proceso de ejecución universal que atrae hacia sí todas las ejecuciones, sino que asume también el carácter de juicio declarativo universal para todas las acciones que puedan afectar al patrimonio del concursado incluidas aquellas de naturaleza civil con trascendencia patrimonial. D) Se impone el principio de continuidad de la actividad empresarial del concursado, si bien aprobada por los acreedores en convenio. E) Rige el principio de igualdad de los acreedores o "par condictio creditorum" para preservar los demás principios concursales y en especial el de continuidad anteriormente aludido. F) La norma aboga por el mantenimiento de la vigencia de los contratos con obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte (artículo 61). G) En el caso de obligaciones reciprocas en las que una parte haya cumplido sus obligaciones y

la otra tenga pendiente el cumplimiento total o parcial de las suyas, el crédito se incluirá en la masa del concurso y H) Por ultimo, la resolución por incumplimiento de un contrato en el que el concursado sea parte debe tramitarse ante el Juez del concurso y por los tramites del incidente concursal (artículos 62 y 86). Así mismo se decía " Conforme a lo hasta ahora expuesto, resulta indudable la improsperabilidad de la acción ejercitada en tanto ha quedado demostrado que pese a tener los recurrentes conocimiento de la situación concursal en que se hallaba inmersa la promotora, cualquier iniciativa para la resolución del contrato o la reclamación frente a la avalista es posterior en el tiempo a la sentencia por la que se aprueba el convenio, discrepando la Sala de los razonamientos vertidos por la apelante y la interpretación que realiza del articulado de la Ley Concursal, contrarias a los principios fundamentales anteriormente expuestos, por cuanto es desde la formalización del contrato de compraventa del que dimanan obligaciones reciprocas, que se convierten los compradores en acreedores de una prestación de hacer, como correctamente señala la administración concursal, y no desde la fecha prevista de entrega, y como tales se hallan inmersos y son conocedores todo momento de la incoación y evolución del procedimiento en que se halla sumida la vendedora Promociones Nou Temple S.L. no pudiéndose afirmar legítimamente que su crédito nace el día 30 de julio de 2008, sino en el momento mismo de la formalización del contrato de compraventa, pues es desde este instante, que ambas partes quedan comprometidas a la realización de sus respectivas prestaciones como lo demuestra el inicio de la obra y la entrega de cantidades a cuenta. Por tanto, de ello no cabe sino inferir que debió ser en el seno de tal procedimiento donde los apelantes deberían haber esgrimido los medios legales puestos a su alcance por la Ley Concursal para resolver en su caso el contrato de compraventa, y no a posteriori, una vez dictada ya la Sentencia aprobatoria del convenio que los recurrentes han asumido en tanto no han mostrado su oposición al mismo promoviendo incidente concursal alguno, con lo que como señala el artículo 136 de la Ley Concursal, ello ha producido un efecto novatorio quedando aplazado en su exigibilidad el crédito por el tiempo de espera establecido y en general afectado por el contenido del convenio, sin que pueda predicarse incumplimiento alguno por parte de la concursada ni apreciar vulneración alguna de los derechos constitucionales de los compradores, en tanto la situación presente ha sido por ellos consentida. En la misma línea se manifiesta la SS. de la Sección 11ª número 332 de 28 de Mayo de 2.012, que en su fundamento jurídico cuarto expresó que "Y si bien es cierto que, conforme a lo establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal, en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso, añadiendo que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte, y que las prestaciones a las que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Y que el artículo 62 proclama que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los referidos contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, habiendo de ejercitarse la resolución ante el Juez del concurso y por el cauce del incidente concursal, previendo los efectos de tal resolución. No lo es menos, que el hoy demandante ante el incumplimiento de la demandada no impugnó, como se ha expuesto más arriba, su calificación como acreedor, ni tampoco ejercitó su acción resolutoria, por lo que se aquietó a su inclusión en la lista de acreedores, obviando también votar desfavorablemente el convenio y su plan de viabilidad, por lo que ha de pasar por los efectos de la sentencia dictada (que no recurrió), aprobatoria del concurso y de su plan de viabilidad, por lo que clasificado su crédito conforme a lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes de la Ley, y aquietado a tal calificación, queda afectado por lo dispuesto en los artículos 133 y 134 de la propia Ley en orden al comienzo y alcance de la eficacia del convenio y a su extensión subjetiva, quedando, pues, afectado por el aplazamiento del plazo que consigna su plan de viabilidad", de ahí que, por todo lo expuesto, en línea de coherencia con dicha pauta jurisprudencial y de razones de seguridad jurídica, el recurso haya de decaer en este punto.": SAP Valencia (Sección 8) 28.11.2012 (Sentencia 566/2012; Rollo 257/2012)

[A contrario]

PRIMERO.-Promociones Nou Temple S.L.U. formuló demanda de juicio ordinario contra Rafael y María Consuelo interesando sentencia por la que se condene a los demandados al cumplimiento del contrato suscrito en su día por las partes, al otorgamiento de escritura publica y al pago del resto del precio y ello con fundamento en los siguientes hechos expuestos en síntesis.El 21 de Abril de 2008, entre las partes se suscribió un contrato de compraventa de una vivienda sita en Residencial DIRECCION000 en la localidad de Ribarroja del Turia. El precio estipulado fue de 300.000 euros más IVA. Las cantidades entregadas a cuenta por los compradores ascienden a 43.420. euros por lo que les resta abonar la cantidad de 280.174'21 euros.A fecha de hoy la obra está finalizada, el certificado final de obra es de principios de 2008 y el 9 de diciembre de 2008 se solicito la licencia de primera ocupación que fue concedida el 12 de julio de 2010. Se ha requerido en varias ocasiones a los demandados para que cumplan el contrato y el 2 de octubre de 2009 se recurrió al notario para que remitiera cartas por correo certificado a 22 compradores comunicándoseles que pronto se va a tener la licencia de primera ocupación y que vayan preparando la documentación para suscribir la escritura. El 19 de julio de 2010 se requiere a los demandados y se les dice que la vivienda tiene la licencia de primera ocupación y que se pusieran en contacto con la demandante para otorgar la escritura publica. En dicha fecha no se presentó ningún comprador como consta en el acta notarial que al efecto se levantó. El 16 de septiembre de 2010 se mando otro burofax y se les volvió a emplazar para el otorgamiento y de esto hace mas de año y medio. La demandante mediante auto de 13 de junio de 2008, fue declarada en concurso voluntario, con posterioridad la administración concursal acompaño el informe general del articulo 75 de la Ley Concursal y allí en el listado aparecen los demandados con el nº223 y se les considera acreedores de una vivienda y deudores del resto del precio, dado que los contratos se encuentran en vigor.Analizando el anexo II por los compradores

demandados se formuló incidente concursal ejercitando acción en solicitud de otorgamiento de aval de las cantidades entregadas a cuenta finalizando por sentencia desestimatoria y declarando que son deudores del resto del precio y acreedores de una vivienda. Además en el seno del concurso se presentó propuesta de convenio que se aprobó por sentencia de 21 de mayo de 2010 y a dicho convenio se aporto el plan de viabilidad y pagos y los demandados no han votado en contra del convenio ni impugnaron la sentencia que lo aprobaba. Los demandados se aquietaron al convenio el cual les vinculaba planamente y al quedar sometidos a los efectos del mismo no existió retraso propiamente dicho y además el retraso no puede considerarse como incumplimiento esencial o resolutorio y aquí el cumplimiento es posible. Los demandados contestaron a la demanda interesando sentencia por la que estimando la nulidad del contrato por falta de consentimiento o bien por incumplimiento de la actora se desestime la demanda. Entienden los demandados que según el contrato la finalización estaba prevista para julio de 2008, pudiendo el comprador instar la resolución en el caso de que no se pusiera a disposición en los 4 meses siguientes al vencimiento del plazo previsto, por lo que el 30 de noviembre tenían la facultad de resolver.La licencia de primera ocupación no es concedida sino hasta el 12 de julio de 2010, dos años después de la fecha prevista. No consta la recepción de ninguna carta, sólo se recibe la de septiembre de 2010 y a dicho burofax se le contesta reiterando la resolución por incumplimiento. Los demandados ha sido engañados y han advertido el engaño con la documental aportada, pues a fecha del contrato la demandante ya había solicitado el concurso, lo instó en fecha 25 de marzo de 2008 cuando el contrato es de 21 de abril del mismo año. Existe nulidad del contrato por falta de consentimiento, pues si hubiesen sido informados de ello nunca se hubiera firmado el contrato por las complicaciones que ello les conlleva. La vivienda estaba casi terminada se trata de un consentimiento prestado por error. En el concurso se intentó la resolución del contrato y ello es muestra de no conformidad con tal resolución y habida cuenta que contra la misma no cabe recurso, sí que se formulo protesta por lo que no se trata de un acreedor que no dijera nada. En cualquier caso el plazo era esencial. Cumplido el plazo y con esa posibilidad del resolver los demandados buscaron otra vivienda que adquirieron en diciembre de 2008, ya en febrero de 2009 presentaron demanda a efectos de resolver el contrato y se enteraron de que la demandante estaba en concurso y en cualquier caso los que no votasen a favor del convenio no quedan vinculados por este.La sentencia de instancia estimó la demanda y contra dicha resolución formulan recurso de apelación los demandados.

SEGUNDO.-Los demandados fundan el recurso de apelación en la alegación de que la sentencia de instancia no analiza la oposición formulada reiterando la existencia de vicio en el consentimiento a la hora de contratar. La incongruencia omisiva que es lo que se viene a alegar, se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las pretensiones sometidas a su consideración, siempre que no quepa interpretar ese silencio como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, toda vez que para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo ser bastante, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita una individualizada y expresa (SS. del T.C. 91/95, 56/96, 58/96, 85/96, 26/97 y 124/00). No toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas ocasiona la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva y el examen de la concurrencia de incongruencia omisiva lesiva de este derecho, requiere distinguir (SS. del T.C. 91/95, de 19 de junio, 212/99 de 29 de noviembre y 23/00 de 31 de enero), entre las alegaciones de las partes en defensa de sus derechos o intereses y las pretensiones en sí mismas consideradas, pues si en orden a las primeras no es necesaria una respuesta explícita y pormenorizada, respecto de las segundas, esa exigencia se muestra con todo rigor y aquí se ha observado. Es más, la exigencia de motivación que contempla el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil significa, en abstracto, dar los argumentos correspondientes al fallo, es decir, la explicación jurídica de la resolución acordada, sin necesidad ni de una especial extensión, ni de dar respuesta a cada una de las razones esgrimidas por las partes en apoyo de sus pretensiones (SS. del T.S. de 2-11-01, 1-2-02, 8-7-02, 17-2-05, 27-9-05 y 19-4-06). Pero si ello no fuera bastante para la desestimación del recurso decir que invocada la nulidad por vicio del consentimiento y alegando indistintamente error o dolo conforme a los artículos 1.261 y siguientes del Código Civil. El planteamiento de los demandados no puede acogerse pues el inconveniente que se aprecia es de índole procesal, al ser reiterada la jurisprudencia que declara (SS. del T.S. de 16-12-05, 17-2 - 06, 5-4-06 y 9-10-06), que los vicios del consentimiento, tienen que hacerse valer por vía de acción, no como excepción, por tanto, si los alega el demandado, como aquí ocurre, será preciso, para poder apreciarlos, que se formule la oportuna reconvención (SS. del T.S. de 2-11-01, 30-9-02, 20-12-02 y 16-12-05, entre otras), lo que no ha sucedido. En cuanto a la cuestión de fondo reiteran la ocultación del concurso, el retraso en la terminación y la entrega ya que la licencia de primera ocupación lo fue después de dos años.Examinada la prueba practicada la Sala coincide con la sentencia de instancia por lo que a continuación se expone. La mercantil Promociones Nou Temple S.L. fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto dictado el 13 de Junio de 2.008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia. En el informe general que el 23 de Diciembre de 2.008 presentó la Administración concursal conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley Concursal se establece la consideración de entender que los compradores de viviendas son acreedores a una prestación de hacer y deudores de las cantidades pendientes de cobro en virtud de los contratos en vigor, motivo por el que no son considerados como créditos concursales monetarios, figurando en el anexo relativo a " anticipos a clientes" y con el numero 223 los demandados En relación a dicho informe formularon los demandados incidente concursal únicamente encaminado al otorgamiento del aval de las cantidades entregadas a cuenta, no instando resolución alguna del contrato de compraventa, solicitud que fue desestimada por sentencia de 26 de junio de 2009. El 21 de Mayo de 2.010 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, en los autos número 255/08, aprobando el convenio aceptado en Junta celebrada el 9 de marzo de 2010 con todos sus efectos legales inherentes. No consta que los demandados votasen en contra del citado convenio, ni tampoco que recurriesen la sentencia. La vivienda objeto de compraventa cuenta con licencia de primera ocupación desende el 12 de julio de 2010. A la vista de los datos

antes reseñados, la conclusión que se obtiene forzosamente ha de ser coincidente con la que establece el juez" a quo", en cuanto que su decisión se acomoda al criterio de esta Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en relación a supuestos idénticos si bien en relación con otras promociones de la demandante que también resultaron afectadas por la situación concursal. Así la SS. número 331 dictada por la Sección 7ª el 13 de Junio de 2.012, sigue la número 700 de esa misma Sección de fecha 20 de Diciembre de 2.011, en la que se decía: " A esos hechos son aplicables los siguientes artículos de la Ley Concursal: a) En el artículo 8-1 se establece que: "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, son de la jurisdicción del juez del concurso". b) El artículo 75 expresa la estructura del informe y se destaca en el punto 1.3, "memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal". c) El artículo 96 establece que la impugnación del inventario y de la lista de acreedores se sustanciarán por los trámites del incidente concursal, añadiendo el artículo 97 que quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones. d) En los artículos 127 y 128 se regulan los efectos de la aprobación judicial del convenio. e) El artículo 133 indica que el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación y en el 134 se establece la extensión subjetiva del contenido del convenio respecto al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos y f) El artículo 140 regula el incumplimiento del convenio, correspondiendo al juez del concurso la declaración de incumplimiento a través del incidente concursal. La conclusión a la que se llega tras examinar las disposiciones citadas es que los demandados están vinculados al convenio y que sólo cuando se incumpla el plan de viabilidad podrán instar ante el juez del concurso el incumplimiento.". Además decir que atendiendo a la fecha de declaración de concurso, auto de 13 de Junio de 2008, el plazo de entrega quedaba afectado por dicha declaración al ser posterior en el tiempo, por lo que la parte demandada pudo instar la resolución del contrato ante el Juez del concurso mediante un incidente concursal limitándose en el incidente a instar el otorgamiento del aval de las cantidades entregadas pero no a instar la resolución.Pero después nada hizo ni frente al informe de la administración concursal, como a la aprobación judicial del convenio, de ahí que concluyamos que se encuentra incluido en la relación de clientes afectados por el plan de viabilidad. A mayor abundamiento y de acuerdo con la normativa señalada anteriormente, en el informe general de la administración concursal se contemplaba la calificación de los contratos con obligaciones recíprocas de la concursada y de los acreedores a una obligación de hacer, por lo que sí resultaban afectados y pudieron instar el oportuno incidente frente a esa calificación y solicitar la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega, cosa que no realizaron,de ahí que se encuentren afectados por todas las resoluciones dictadas en el concurso. En consecuencia, no es admisible que insten la resolución del contrato por no entrega de la vivienda, cuando el mismo ha sido modificado por el convenio aprobado judicialmente en el concurso". Resulta, pues clara de la lectura de lo precedente cual es la postura de esta Sección y de este Tribunal ante el caso que nos ocupa, que no puede ser otra sino la de considerar que necesariamente el proceso concursal y las decisiones allí adoptadas vinculan a los demandados que deben estar y pasar por ellas, sin perjuicio de que en su día si no se cumpliese el Plan de Viabilidad y entrega de las viviendas de la promoción Fase III, puedan instar lo que a su derecho convenga, pero por el momento y a la fecha en que nos encontramos debe respetar. Por tanto, de ello no cabe sino inferir que debió ser en el seno de tal procedimiento donde los apelantes deberían haber esgrimido los medios legales puestos a su alcance por la Ley Concursal para resolver en su caso el contrato de compraventa, y no a posteriori, una vez dictada ya la Sentencia aprobatoria del convenio que los recurrentes han asumido en tanto no han mostrado su oposición al mismo promoviendo incidente concursal alguno, con lo que como señala el artículo 136 de la Ley Concursal, ello ha producido un efecto novatorio quedando aplazado en su exigibilidad el crédito por el tiempo de espera establecido y en general afectado por el contenido del convenio, sin que pueda predicarse incumplimiento alguno por parte de la concursada ni apreciar vulneración alguna de los derechos constitucionales de los compradores, en tanto la situación presente ha sido por ellos consentida. En la misma línea se manifiesta la SS. de la Sección 11ª número 332 de 28 de Mayo de 2.012, que en su fundamento jurídico cuarto expresó que "Y si bien es cierto que, conforme a lo establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal, en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso, añadiendo que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte, y que las prestaciones a las que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Y que el artículo 62 proclama que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los referidos contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, habiendo de ejercitarse la resolución ante el Juez del concurso y por el cauce del incidente concursal, previendo los efectos de tal resolución. No lo es menos, que el hoy demandante ante el incumplimiento de la demandada no impugnó, como se ha expuesto más arriba, su calificación como acreedor, ni tampoco ejercitó su acción resolutoria, por lo que se aquietó a su inclusión en la lista de acreedores, obviando también votar desfavorablemente el convenio y su plan de viabilidad, por lo que ha de pasar por los efectos de la sentencia dictada (que no recurrió), aprobatoria del concurso y de su plan de viabilidad, por lo que clasificado su crédito conforme a lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes de la Ley, y aquietado a tal calificación, queda afectado por lo dispuesto en los artículos 133 y 134 de la propia Ley en orden al comienzo y alcance de la eficacia del convenio y a su extensión subjetiva, quedando, pues, afectado por el aplazamiento del plazo que consigna su plan de viabilidad", de ahí que, por todo lo expuesto, en línea de coherencia con dicha pauta jurisprudencial y de razones de seguridad jurídica, el recurso haya de ser desestimado.”: SAP Valencia (Sección 8) 30.12.2013 (Sentencia 589/2013; Rollo 538/2013)

“PRIMERO.-Se interpone demanda en solicitud de resolución de sendos contratos de compraventa celebrados con fecha del 22/05/2006, 11/05/2006 y 28/04/2006 con la obligación de restituir a los actores las cantidades de 41.060 # en cada uno de los dos primeros y 25.637,56 # en el segundo y ello en consideración al incumplimiento que por parte de la demandada NOU TEMPLE SLU de los contratos de compraventa enumerados y celebrados en cuanto infracción de la cláusula cuarta y octava de los referidos en las que se específica la entrega del inmueble en 24 meses y la posibilidad de resolverlos por parte de los compradores en el plazo de seis meses desde el referido incumplimiento respectivamente. Siendo así que los dos primeros contratos debían haberse terminado en junio del año 2008 y el último en mayo del 2008, añadiéndose en este sentido la falta de la entrega de los avales y con ello la infracción de la ley 57/68 y la de construcción de la Generalitat Valenciana 8/2004, así como la inexistencia de cédula de primera ocupación, motivos por los que se instó en su momento, a saber el 21/09/2010 la resolución correspondiente por parte de los actores.
Con expresa oposición de la mercantil demandada alegando primero una falta de representación procesal, tema este que luego es subsanado y partiendo de la admisión de los hechos primero y segundo de demanda alega la declaración de concurso de dicha mercantil con fecha 13/06/2008 y concomitante con aquella el informe general de los administradores concursales en lo que respecta a la consideraciones de los compradores como acreedores de un inmueble y no de dinero, no existiendo incidente ninguno en el procedimiento concursal correspondiente, para la declaración de dicha resolución y la aprobación del plan de viabilidad de dicha situación concursal, con el correspondiente convenio que amplía los plazos de entrega de las viviendas y en todo caso alegando la terminación el edificio en su momento y el hecho de haber contestado oponiéndose a la resolución cuando esta se verificó.
Con fecha 10/11/2011 se dicta sentencia en el presente procedimiento, en cuyo fallo se desestima en su integridad la demanda presentada por los actores absolviendo a la mercantil demandada de los pedimentos de la demanda y expresa imposición de costas a los actores.
SEGUNDO.-Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución apelada.
Se interpone recurso de apelación por los actores al folio 475 de actuaciones en el cual tras la elaboración de unos antecedentes previos que en realidad es un relato de los acontecimientos acaecidos, se especifica primero un posible error en la aplicación de las normas al no adecuarse a lo realmente acontecido el relato al que aquellas se someten, en tanto que en primer lugar los actores no pudieron votar en contra del convenio en su momento aprobado, ni a la denominada aprobación del plan de viabilidad, ello en consideración a que en ningún momento estuvieron incluidos en la masa de acreedores, lo que además conllevaba que no tenían derecho a asistir a la junta y por lo tanto tampoco podían llevar a cabo ningún tipo de oposición al convenio, la base de lo expuesto fundamentalmente parece ubicarse en el párrafo quinto del folio 479 del recurso interpuesto en la argumentación de que la administración concursal les consideraba con sus contratos vigentes y por tanto imposibilitados de formar parte de la masa de acreedores, la conclusión resulta pues que el convenio no les obliga y por tanto tampoco el acuerdo de viabilidad cuya base es esta. En segundo lugar se articula una incorrecta consideración de las modificaciones de las fechas de entrega de las viviendas (y plaza) con respecto a dicho convenio, porque en ningún momento se informa de dicha modificación a los actores de hecho ni siquiera tampoco de la situación de concurso y en todo caso cualquier modificación que se ejecute sin su consentimiento obra en contra del artículo 1091 y siguientes del código civil que en definitiva produce una frustración de carácter permanente en cuanto a la entrega de la vivienda considerando en este punto que se han incumplido las fechas pactadas de entrega y por tanto hay una vulneración del régimen de protección de los consumidores en lo referente a las fechas. En tercer lugar error en la aplicación de la denominada doctrina de los actos propios en consideración a que su falta de participación en todo el proceso que da lugar a la formación del convenio y posterior plan es ajeno completamente a la actividad de los actores. En cuarto lugar, la falta de entrega de los correspondientes avales como un elemento principal de incumplimiento en grado resolutorio. Como quinto motivo de apelación el hecho de que al día de la fecha sigue sin existir cédula de primera ocupación. En sexto lugar la infracción de los artículos 133 y 134 de la legislación concursal pues ni son acreedores, ni tienen crédito concursal y no sabían que la demandada siquiera estaba en semejante situación de hecho consideran que ni siquiera tenían obligación de impugnar el convenio deslizándose hacia en concepto de incongruencia omisiva al párrafo tercero del folio 506 fundamentalmente en el sentido de considerar que no se ha tratado el hecho de resolver el contrato en cualquier momento. En séptimo lugar y último considera que de forma subsidiaria no deben imponérsele las costas con base a la existencia de serias dudas de hecho y de derecho.
En su momento se dio lugar a la solicitud de hechos de nueva noticia relevantes para la resolución del presente procedimiento, en cuya resolución definitiva se dictó Auto por esta Sección de fecha 17/07/2013 en el cual se daba lugar a la unión de una serie de documentos que en el momento de la elaboración de la correspondiente fundamentación serán valorados, de ser menester, en segundo lugar y correspondiente a lo solicitado se libraron sendos oficios para la emisión de testimonios del procedimiento 987/2010 del Juzgado número tres de la población de Masamagrell y el correspondiente testimonio del incidente concursal 330/2009. Las consideraciones que correspondan a este segundo serán en su caso tenidas en cuenta en la elaboración de la fundamentación corresponde.
TERCERO.- Como primer apartado del tratamiento del recurso conviene hacer una serie de precisiones que luego se someterán a las valoraciones que correspondan, y es así que la localización del edificio al que estamos haciendo referencia se ubica en la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad de la Massamagrell, y la construcción se ubica en la CALLE000 en confluencia con la AVENIDA000. Que en los contratos se establecia en la cláusula cuatro en relación con la ocho un plazo de 24 meses para la entrega y la posibilidad de resolución en el plazo de seis meses desde la terminación del primero de los mismos. Que la resolución se verifica con fecha 21/09/2010 al folio 73 de actuaciones siendo su causa el retraso en la entrega de las viviendas,y la falta de entrega de los avales correspondientes a las cantidades a cuenta. Es de observar

que la licencia de primera ocupación se encuentra al folio 77 solicitada el 06/08/2009 y si bien no se dice expresamente por que no está concedida sí que es cierto que al folio 423 y 427 se contesta en una resolución concreta en referencia a la existencia de un transformador de la entidad Iberdrola como causa de la falta de concesión de aquella. Que asimismo consta la declaración de concurso al folio 106 y un informe de la denominada resolución de incidentes, verificado por la administración concursal (al folio 194 en relación con el 283 y 285) así como la determinación del denominado carácter de los actores al folio 232 como acreedores de una vivenda. La aprobación del convenio al folio 356 se verifica el 21/05/2010 siendo en este sentido que se tiene una primera licencia de obras el 06/07/2007, una prórroga el 26/06/2009 que parece que es de unos nueve meses que luego alcanza (al folio 420) escritura de protocolización con el certificado final de obra que cuenta con fecha 06/08/2009 (al folio 421) con la licencia de primera ocupación de la fecha antes dicha al folio 423.

Y parece este el momento en el que conviene declarar que los hechos acaceccidos en la ejecución 987/2010 en nada se compadecen con lo aquí analizados, ni resulta posible ninguna valoración a las correspondientes actuaciones cuya apelación se someten a esta Sala.

Es de observar la enorme cantidad de resoluciones en las que esta misma Sección, cuando no en otras diferentes, se ha dado tratamiento a las distintas cuestiones que aquí se suscitan y que arbolan el recurso de apelación. En tal sentido en primer lugar efectivamente como ya se ha mencionado el 13/06/2008 se declara la situación de concurso de la mercantil demandada siendo que en el procedimiento al que se da lugar 255/2008 y el informe General de la Administración Concursal se considera a los actores como compradores de las viviendas, y por tanto no titulares de crédito en concreto, en tanto que no se ha resuelto el contrato y en tal sentido es de observar, como la reciente sentencia de 30/12/2013 de esta misma Sección, número 589 del referido año, sobre la misma demandada, se especifica que en aquel procedimiento la actora, aquí demandada fue declarada en situación de concurso el 13/06/2008 siendo que en el informe que allí se emite de conformidad con el artículo 75 de la Ley Concursal se consideró a los acreedores, con derecho a una vivienda y deudores del resto del precio, haciéndose referencia a la existencia de un plan de viabilidad de pago existiendo una falta de votación en contra del convenio, así como de impugnación de la sentencia que lo aprobaba por parte de los,en aquel procedimiento, demandados situación no semejante sino absolutamente idéntica que la procedente en este caso que se dicta sentencia 21/05/2010 aprobando el convenio previamente aprobado, como es menester, por la junta correspondiente de acreedores; elemento determinante en la citada sentencia de esta Sala es el hecho de que el retraso, el mismo que en este supuesto, no puede considerarse como un incumplimiento esencial en tanto que el cumplimiento es posible; es de observar que el sistema de oposición de aquel procedimiento es básicamente el mismo que el presente, la ocultación del concurso, el retraso en la terminación de la obra, de la entrega lógicamente y la subsiguiente licencia de primera ocupación que incluso llega a retrasarse en concreto dos años. Es de observar que en el supuesto en concreto que ahora se resuelve el fin de obra se verifica en agosto del año 2009 pues el certificado final es de dicha fecha y la petición de licencia de primera ocupación desde agosto del año siguiente, estableciéndose en la sentencia de primera instancia cuestión esta que es objeto justamente de apelación, el hecho que se asumieron por parte de los aquí actores el concurso tramitado en el juzgado mercantil correspondiente, y sin discusión e incluso la consideración de su carácter, y así la falta de actuación de los actores, instando la resolución contractual correspondiente dentro del seno del procedimiento concursal que es donde compete y corresponde.

En la sentencia de esta misma Sección aludida anteriormente se citan una relación de supuestos idénticos bien es cierto que con otras promociones pero que lógicamente fueron afectadas por esta misma situación concursal en tal de la Sección séptima la sentencia de 13/06/2012 de esta misma Sección la número 700 de fecha 20/12/2011. Y en todas es de observar como la primera de las conclusiones es la afección por parte de los aquí actores del convenio, del plan de viabilidad aprobado y por tanto la modificación del plazo de entrega lo que además conlleva la posibilidad de haber verificado la resolución del contrato mediante el incidente concursal correspondiente cuestión que no puede ser solventada por el simple hecho de la alegación de carecer de todo tipo de conocimiento para con respecto a una situación como la de concurso de la mercantil, que goza de toda la protección jurisdiccional correspondiente pero que además sufre de la publicidad correspondiente a semejante declaración mediante su inserción en el Registro Mercantil. En la misma línea la sentencia de esta misma Sección de 02/07/2012 número 359 del referido año, sentencia en la que destacan de forma muy especial cuales son los motivos de apelación que se consignan en el fundamento jurídico segundo y que prácticamente son los aquí referenciados; de hecho si se observa con detenimiento en su fundamento jurídico segundo ordinal séptimo párrafo decimo, se especifica que la resolución por incumplimiento del contrato en el que el concursado sea parte debe tramitarse ante el Juez del concurso y además por los tramites de incidentes, fijándose como normas el artículo 62 y 86 de la Ley Concursal. Siendo además que al folio siguiente de la sentencia citada, se reconoce que tras el informe de la administración se interpusieron incidentes concursales sin que los actores formularan ninguno, siendo que con fecha 01/06/2010 se dicta sentencia y se aprueba el convenio que había sido, a su vez, el 09/03/2010 aprobado por junta estableciendo un plan de viabilidad, aquí es donde surgen las distancias pues la promoción aquí afectada no es lógicamente la misma pero si la conclusión que saca al folio siguiente en donde "... por tanto, de ello no cabe sino inferir que debió ser en el seno de tal procedimiento donde los apelantes deberían haber esgrimido los medios legales puestos en su alcance por la ley concursal para resolver en su caso el contrato de compraventa y no a posteriori una vez dictada ya la sentencia aprobatoria del convenio que los recurrentes han asumido en tanto no han mostrado su oposición al mismo..." Y es lo cierto que incluso se desliza al folio siguiente, en la sentencia de referencia, en situación no similar insistimos sino absolutamente idéntica a la presente, cual es que la falta de entrega en plazo no da lugar a una resolución sin más, sino que ha de configurarse como un supuesto de mora que con unas condiciones específicas valoradas de forma individual permitan llegar a la conclusión, de ninguna manera automática, de dicha resolución por incumplimiento pues ello depende de probar que el plazo era esencial en el contrato y es que en aquella sentencia, al igual que la presente hay que

declarar que "... no acontece habida cuenta de la aquiescencia siquiera tácita de los compradores a los términos del convenio al no haber formulado incidente alguno en el seno del procedimiento concursal…". No es la única de la resoluciones que cabe citar en el conglomerado de situaciones subyacentes exactamente idénticas a la existente y sometida ahora a decisión, en tal sentido la sentencia de 28/11/2012 número 566 del referido año, que en su fundamento jurídico tercero reconoce la misma situación expuesta anteriormente siendo que el supuesto igual que en el presente lo que se pretende es una resolución por incumplimiento del plazo de entrega pactado y lo bien cierto es que tras recoger una sinopsis cronológica de lo acontecido en aquel caso, lo mismo pues son los mismos hechos que los acontecidos en el presente y en el mismo como número cinco (son los elementos que declara dicho fundamento como aspectos a valorar, y así decimos a su número cinco) al hablar del informe de la administración concursal en el que se dice que se han formulado incidentes concursales que se consideraron pertinentes por los afectados cuyo resultado se refleja en la referida relación sin que en el listado relativo a compradores de vivienda figuren los hoy apelantes (en aquel procedimiento), por lo que la referida sentencia declara que tal como el informe especifica su condición es la de acreedor de una vivienda y deudor del resto del precio (insistiendo que la promoción es distinta de la actual por tanto las divergencias puede resultar de cierta entidad). De manera que la sentencia lo que acaba diciendo es que el plazo ni siquiera está finalizado y que no consta que los demandantes votaran en contra del citado convenio, ni recurren la sentencia haciéndose mención en el apartado siguiente a la sentencia de la Sección séptima de esta misma Audiencia de 13/06/2012, en la que se recoge el texto de la sentencia de esta misma Sección de 20/12/2011 en el sentido de recoger el texto del artículo ocho apartado primero de la Ley Concursal y el 75 en relación con el 96 que acaba desembocando en el análisis del artículo 133 y 134 (normativa que además es invocada específicamente en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico primero de la sentencia aquí apelada), en el sentido de que el convenio adquiere plena eficacia desde la fecha de sentencia de su aprobación, y la extensión subjetiva de su contenido al deudor y acreedores ordinarios y subordinados respecto de créditos anteriores a la declaración de concurso incluso en supuestos en los que ni siquiera se hayan reconocido.
Es de observar que en esta sentencia citada además al fundamento jurídico cuarto esta Sección ya se declaró los principios básicos de la nueva legislación concursal, y así asignando letras a cada uno de aquellos:todos los acreedores sin distinción quedan incluidos en la masa, (letra F) la norma aboga por el mantenimiento de la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte y el hecho determinante (letra H) que la resolución por incumplimiento del contrato en el que el concursado sea parte debe tramitarse ante el Juez del concurso y por los trámites de los incidentes. Al igual que en el presente supuesto debe invocarse también lo que hace la sentencia correspondiente citada últimamente, que es además citar otra de la Sección 11 de fecha 28/05/2012 en la que en su fundamento jurídico cuarto se expresan los mismos términos anteriormente citados y para terminar es de observar que con respecto a los avales en su momento y con fecha 03/07/2009 en el correspondiente procedimiento concursal se ordenó a los avalistas de entrega a cuenta del precio no atender el pago de ningún aval de la promoción hasta que se decretase la resolución judicial correspondiente, con lo que queda terminada cualquier declaración al respecto. No puede dejar de consignarse que esta Sección con fecha 07/03/2011 por auto se declaró incompetente para conocer de actuaciones correspondientes a otros supuestos como el presente remitiendo las actuaciones aquellas al Juzgado mercantil correspondiente ya citado. Por todo lo dicho en atención a lo expuesto no queda sino el específico pronunciamiento con respecto al último de las solicitudes que se refiere al tema de las costas al haberse desetimado la totalidad de los argumentos expuestos en el recurso.
Y es en este sentido es en el que cabe citar el fundamento jurídico sexto de la sentencia de fecha 28/11/2012 de esta misma Sección en el que se especifica primero que el vencimiento resulta el principio básico de imposición de costas, ya observada en instancia y que se hace acreedor de parte del recurso de apelación en esta alzada y en tal sentido al final de dicho fundamento se específica "...más es lo cierto es que ninguna de las sentencias citadas esto es la de la sección séptima... Sección 11... Las de esta Sala..." Efectuó un pronunciamiento distinto de aquel que con carácter general contempla el citado artículo 394, de ahí dice, que en atención a todo lo expuesto proceda la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia y en concreto de esta solicitud.": SAP Valencia (Sección 8) 30.01.2014 (Sentencia 33/2014; Rollo 750/2012)

[A contrario]

"PRIMERO.-La representación de la parte actora ejercitó acción por la que interesaba se dicte Sentencia por la que se cumpla por parte de los demandados el contrato de compraventa suscrito entre las partes con fecha 1 de abril de 2005 aportado como documento 1 de la demanda obligando a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa en concreto respecto de la vivienda unifamiliar aislada número 5 tipología 2 compuesta de planta baja, primero y sótano con una superficie aproximada de 355,14 metros cuadrados y 568,70 metros cuadrados de parcela aproximadamente tal y como consta en el referido contrato. Al abono del resto del precio de la vivienda que asciende a la cantidad de 277.818,09 euros todo ello con expresa imposición a la adversa de las costas del procedimiento.
Las partes demandadas comparecieron y formularon oposición a la demanda en los términos que constan en sus respectivos escritos y tras alegar los hechos y fundamentos que consideraron convenientes a su derecho, concluían interesando se dicte Sentencia desestimatoria de las pretensiones deducidas en su contra. Formulaban asimismo demanda reconvencional. (...)
Agotados los trámites pertinentes y practicadas las pruebas admitidas, por el Juzgado de Primera Instancia numero 2 de Torrent se dicto en fecha 29 de mayo de 2013 Sentencia por la que estimaba íntegramente la demanda con expresa imposición a la parte demandada de las costas del procedimiento. Y desestimaba la reconvención con expresa imposición a la parte reconviniente de las costas causadas por su demanda.

(...)
“El resto de los motivos invocados han de verse también irremediablemente abocados al fracaso, debiéndose recordaren lo que ahora interesa, que la nueva Ley Concursal se rige por unos principios fundamentales que a continuación se enumeran:
La referida norma tiene carácter imperativo y se aplica con preferencia a cualquier otra norma salvo en los casos en que la propia Ley así lo establezca.
Todos los acreedores, sin distinción por la naturaleza de su crédito, quedan incluidos en la masa pasiva (articulo 84).
El juicio concursal ya no es un mero proceso de ejecucion universal que atrae hacia si todas las ejecuciones, sino que asume también el carácter de juicio declarativo universal para todas las acciones que puedan afectar al patrimonio del concursado incluidas aquellas de naturaleza civil con trascendencia patrimonial. Así, la acción resolutoria se ejercitara ante el Juez del concurso y se sustanciara por los tramites del incidente concursal
Se impone el principio de continuidad de la actividad empresarial del concursado, si bien aprobada por los acreedores en convenio.
Rige el principio de igualdad de los acreedores o "par condictio creditorum" para preservar los demás principios concursales y en especial el de continuidad anteriormente aludido.
La norma aboga por el mantenimiento de la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte (articulo 61).
En el caso de obligaciones reciprocas en las que una parte haya cumplido sus obligaciones y la otra tenga pendiente el cumplimiento total o parcial de las suyas, el crédito se incluirá en la masa del concurso.
Por último, la resolución por incumplimiento de un contrato en el que el concursado sea parte debe tramitarse ante el Juez del concurso y por los tramites del incidente concursal (artículos 62 y 86).
Partiendo de tales premisas, la consecuencia que de las mismas obtiene el Tribunal ha sido ya anunciada, y se concreta en la afirmación de que debió ser en el seno de tal procedimiento concursal donde los apelantes deberían haber esgrimido los medios legales puestos a su alcance por la Ley para resolver en su caso el contrato de compraventa, y no a posteriori, una vez dictada ya la Sentencia aprobatoria del convenio que los recurrentes han asumido en tanto no han mostrado su oposición al mismo promoviendo incidente concursal alguno, con lo que como señala el articulo 136 de la Ley concursal, ello ha producido un efecto novatorio quedando aplazado en su exigibilidad el crédito por el tiempo de espera establecido y en general afectado por el contenido del convenio, sin que pueda predicarse incumplimiento alguno por parte de la concursada ni apreciar vulneración alguna de los derechos constitucionales de los compradores, en tanto la situación presente ha sido por ellos consentida.
En este sentido se ha pronunciado esta Sala en la reciente Sentencia de 30 de diciembre de 2013 en un supuesto relativo a la misma promotora y a igual promoción, manifestándose en el siguiente sentido: "La mercantil Promociones Nou Temple S.L. fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto dictado el 13 de Junio de 2.008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia. En el informe general que el 23 de Diciembre de 2.008 presentó la Administración concursal conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley Concursal se establece la consideración de entender que los compradores de viviendas son acreedores a una prestación de hacer y deudores de las cantidades pendientes de cobro en virtud de los contratos en vigor, motivo por el que no son considerados como créditos concursales monetarios, figurando en el anexo relativo a " anticipos a clientes" y con el numero 223 los demandados En relación a dicho informe formularon los demandados incidente concursal únicamente encaminado al otorgamiento del aval de las cantidades entregadas a cuenta, no instando resolución alguna del contrato de compraventa, solicitud que fue desestimada por sentencia de 26 de junio de 2009. El 21 de Mayo de 2.010 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, en los autos número 255/08, aprobando el convenio aceptado en Junta celebrada el 9 de marzo de 2010 con todos sus efectos legales inherentes. No consta que los demandados votasen en contra del citado convenio, ni tampoco que recurriesen la sentencia. La vivienda objeto de compraventa cuenta con licencia de primera ocupación desde el 12 de julio de 2010. A la vista de los datos antes reseñados, la conclusión que se obtiene forzosamente ha de ser coincidente con la que establece el juez" a quo", en cuanto que su decisión se acomoda al criterio de esta Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en relación a supuestos idénticos si bien en relación con otras promociones de la demandante que también resultaron afectadas por la situación concursal. Así la SS. número 331 dictada por la Sección 7ª el 13 de Junio de 2.012, sigue la número 700 de esa misma Sección de fecha 20 de Diciembre de 2.011, en la que se decía: " A esos hechos son aplicables los siguientes artículos de la Ley Concursal: a) En el artículo 8-1 se establece que: "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, son de la jurisdicción del juez del concurso". b) El artículo 75 expresa la estructura del informe y se destaca en el punto 1.3, "memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal". c) El artículo 96 establece que la impugnación del inventario y de la lista de acreedores se sustanciarán por los trámites del incidente concursal, añadiendo el artículo 97 que quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones. d) En los artículos 127 y 128 se regulan los efectos de la aprobación judicial del convenio. e) El artículo 133 indica que el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación y en el 134 se establece la extensión subjetiva del contenido del convenio respecto al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos y f) El artículo 140 regula el incumplimiento del convenio, correspondiendo al juez del concurso la declaración de incumplimiento a través del incidente concursal. La conclusión a la que se llega tras examinar las disposiciones citadas es que los demandados están vinculados al convenio y que sólo cuando se incumpla el plan de viabilidad podrán instar ante el juez del concurso el incumplimiento.". Además decir que atendiendo a

la fecha de declaración de concurso, auto de 13 de Junio de 2008, el plazo de entrega quedaba afectado por dicha declaración al ser posterior en el tiempo, por lo que la parte demandada pudo instar la resolución del contrato ante el Juez del concurso mediante un incidente concursal limitándose en el incidente a instar el otorgamiento del aval de las cantidades entregadas pero no a instar la resolución.Pero después nada hizo ni frente al informe de la administración concursal, como a la aprobación judicial del convenio, de ahí que concluyamos que se encuentra incluido en la relación de clientes afectados por el plan de viabilidad. A mayor abundamiento y de acuerdo con la normativa señalada anteriormente, en el informe general de la administración concursal se contemplaba la calificación de los contratos con obligaciones recíprocas de la concursada y de los acreedores a una obligación de hacer, por lo que sí resultaban afectados y pudieron instar el oportuno incidente frente a esa calificación y solicitar la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega, cosa que no realizaron,de ahí que se encuentren afectados por todas las resoluciones dictadas en el concurso. En consecuencia, no es admisible que insten la resolución del contrato por no entrega de la vivienda, cuando el mismo ha sido modificado por el convenio aprobado judicialmente en el concurso". Resulta, pues clara de la lectura de lo precedente cual es la postura de esta Sección y de este Tribunal ante el caso que nos ocupa, que no puede ser otra sino la de considerar que necesariamente el proceso concursal y las decisiones allí adoptadas vinculan a los demandados que deben estar y pasar por ellas, sin perjuicio de que en su día si no se cumpliese el Plan de Viabilidad y entrega de las viviendas puedan instar lo que a su derecho convenga, pero por el momento y a la fecha en que nos encontramos se debe respetar, pues ademas en el acto del juicio la legal representante de Nou Temple manifestó con firmeza que los demandados apelantes conocían que la demandante se hallaba en situación de concurso. Por tanto, de ello no cabe sino inferir que debió ser en el seno de tal procedimiento donde los apelantes deberían haber esgrimido los medios legales puestos a su alcance por la Ley Concursal para resolver en su caso el contrato de compraventa, y no a posteriori, una vez dictada ya la Sentencia aprobatoria del convenio que los recurrentes han asumido en tanto no han mostrado su oposición al mismo promoviendo incidente concursal alguno, con lo que como señala el artículo 136 de la Ley Concursal, ello ha producido un efecto novatorio quedando aplazado en su exigibilidad el crédito por el tiempo de espera establecido y en general afectado por el contenido del convenio, sin que pueda predicarse incumplimiento alguno por parte de la concursada ni apreciar vulneración alguna de los derechos constitucionales de los compradores, en tanto la situación presente ha sido por ellos consentida." En la misma línea se manifiesta la SS. de la Sección 11ª número 332 de 28 de Mayo de 2.012, que en su fundamento jurídico cuarto expresó que "Y si bien es cierto que, conforme a lo establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal, en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso, añadiendo que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte, y que las prestaciones a las que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Y que el artículo 62 proclama que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los referidos contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, habiendo de ejercitarse la resolución ante el Juez del concurso y por el cauce del incidente concursal, previendo los efectos de tal resolución. No lo es menos, que el hoy demandante ante el incumplimiento de la demandada no impugnó, como se ha expuesto más arriba, su calificación como acreedor, ni tampoco ejercitó su acción resolutoria, por lo que se aquietó a su inclusión en la lista de acreedores, obviando también votar desfavorablemente el convenio y su plan de viabilidad, por lo que ha de pasar por los efectos de la sentencia dictada (que no recurrió), aprobatoria del concurso y de su plan de viabilidad, por lo que clasificado su crédito conforme a lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes de la Ley, y aquietado a tal calificación, queda afectado por lo dispuesto en los artículos 133 y 134 de la propia Ley en orden al comienzo y alcance de la eficacia del convenio y a su extensión subjetiva, quedando, pues, afectado por el aplazamiento del plazo que consigna su plan de viabilidad", de ahí que, por todo lo expuesto, en línea de coherencia con dicha pauta jurisprudencial y de razones de seguridad jurídica, el recurso haya de ser desestimado “:SAP Valencia (Sección 8) 14.04.2014 (Sentencia 159/2014; Rollo 528/2013)

“CUARTO.-Sostienen los recurrentes que al no haberse mostrado pasivos en el seno del concurso, y plantear el incidente relativo a la resolución de los contratos de compraventa de viviendas, no deben someterse al convenio y al plan de viabilidad. Esta postura no puede aceptarse y ello por lo siguiente: 1º) La mercantil Promociones Nou Temple S.L. fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto dictado el 13 de Junio de 2.008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, en procedimiento seguido con el número 255/08 (documento número uno de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 88 al 91). 2º) En el informe general que el 23 de Diciembre de 2.008 presentó la Administración concursal conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley Concursal (documento número dos de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 92 al 260 del Tomo I) y en su página 123 (f. 294 del Tomo I) se establece la consideración de entender que los compradores de viviendas son acreedores a una prestación de hacer y deudores de las cantidades pendientes de cobro en virtud de los contratos en vigor, motivo por el que no son considerados como créditos concursales monetarios, figurando en el anexo V relativo a "anticipos a clientes" y con el numero 36 Doña Marí Jose (f. 248). 3º) En relación a dicho informe se formularon los incidentes concursales que se consideraron pertinentes por los afectados, cuyo resultado se reflejó en los textos definitivos del artículo 96.4 de la Ley Concursal, de fecha 28 de Diciembre de 2.009 (documento número tres de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 1 al 76 del Tomo II), sin que en el listado relativo a compradores de viviendas (f. 7 al 10 del Tomo II) figuren los hoy apelantes, aceptando a resultas de ello, su condición de acreedores de una vivienda y deudores del resto de su precio. 4º) El 21 de Mayo de 2.010 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, en los autos número 255/08, aprobando

el convenio aceptado en Junta celebrada el 9 de marzo de 2010 con todos sus efectos legales inherentes (documento número cuatro de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 77 al 79 del Tomo II). 5º) La propuesta de convenio (documento número cinco de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 80 al 85 del Tomo II), acompañaba conforme a la previsión del artículo 100.5 de la Ley Concursal un plan de viabilidad (documento número seis de la contestación de Promociones Nou Temple S. L. a los f. 86 al 137 del Tomo II) y que en lo concerniente a la promoción Retama que es la de los hoy recurrentes, contemplaba en el primer año de vigencia la entrega de 5 viviendas, en el cuarto 1, en el quinto 1 y en el sexto 3 (f. 98 del Tomo II), plazo que obviamente no ha finalizado y 6º) No consta que los demandantes votasen en contra del citado convenio, ni tampoco que recurriesen la sentencia, por lo que han de pasar por sus efectos y su plan de viabilidad. Por tanto clasificado su crédito conforme a lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes de la Ley, y aquietados a tal calificación, quedan afectados por lo dispuesto en los artículos 133 y 134 de la propia Ley en orden al comienzo y alcance de la eficacia del convenio y a su extensión subjetiva.": SAP Valencia (Sección 8) 06.02.2015 (Sentencia 25/2015; Rollo 557/2014)

AP Valencia (Sección 9)

"PRIMERO.- El Juzgado Mercantil 1 de Valencia dictó sentencia, con fecha 11-10-11 que desestimaba la demanda interpuesta por la representación de Evaristo y Teresa, en el seno del concurso de acreedores 151/08 de dicho Juzgado, relativo a la entidad PRORESALAN SL, sin dar lugar a la resolución contractual impetrada, y sin expreso pronunciamiento en materia de costas. Considera el Juzgador a quo que no puede entenderse que concurran los presupuestos de la resolución contractual, considerando que el artículo 62 LC en principio se prevé para el caso de incumplimiento posterior a la declaración de concurso, siendo también aplicable a los contratos de tracto sucesivo, si el incumplimiento es anterior a tal declaración, y concluye que si bien la promotora ha incurrido en supuesto de incumplimiento, porque no se ha operado la prestación contratada en plazo regular, sino que se arrastra demora, este incumplimiento es pre- concursal -el concurso de declaró en 21 de Julio de 2009-, por lo que los actores son acreedores in natura, sometidos a la solución concursal, viendo novados sus créditos, una vez iniciada la liquidación, a su equivalente dinerario, con aplicación ulterior de los artículos 155 y siguientes LC.
Frente a dicha resolución recurrió en apelación la parte actora argumentando:
Que en la demanda se había instado el cumplimiento íntegro del contrato y las prestaciones pendientes y, si el cumplimiento no era posible, la resolución de aquel, con las consecuencias previstas contractual y legalmente. Se pretendía el cumplimiento, y, en supuesto de que el mismo no fuera viable, la reconvención, sin que ninguno de los demandados exigiera, como resultaba pertinente, mediante la formulación por vía reconvencional de la correspondiente pretensión, el cumplimiento, ni su resolución, sino sólo la desestimación de la demanda incidental, lo que ha dado lugar a incongruencia procesal, al no haberse solicitado el cumplimiento del contrato vía reconvención, por lo que no podrá solicitarse en ejecución una pretensión no declarada como es la entrega material de las fincas. El Juzgador ha incurrido en errores tanto en el objeto del contrato (porque las fincas objeto de venta son distintas de las fincas en construcción como pago parcial del precio) como en cuanto al cumplimiento de las prestaciones a cargo de los recurrentes (pues considera que estos han cumplido, y la concursada no ha cumplido totalmente las suyas) incurriendo en errónea consideración de la teoría del título y el modo que rige sobre la transmisión de inmuebles, lo que implica que tanto la demandante como la demandada se encontraba a la fecha de declaración del concurso, con un contrato vigente, manteniendo pendientes sus respectivas obligaciones.
Que cuando se declara el concurso ambas partes seguían ligadas por el contrato, con obligaciones bilaterales pendientes de cumplimiento, ya que los demandantes no habían transmitido la propiedad de las fincas mediante la elevación a público del documento privado, y la concursada no había cumplido con el pago de precio aplazado totalmente. Se parte, según expresa, de un error de hecho, que es que los demandantes habrían cumplido, y, por tanto, estaríamos en el supuesto del 61,1 LC (no cabría resolución y recibirían como contraprestación el reconocimiento del crédito en la masa pasiva del concurso), y si bien admite la recurrente que nos hallamos ante un contrato de tracto único, no se ha transmitido la posesión en ningún momento, y por ello no se ha cumplido la obligación de los vendedores: no existe título ni modo para considerar transmitida la propiedad, por lo que la conclusión del Juzgador es errónea cuando afirma que los demandantes sí habrían cumplido con sus obligaciones. Frente a ello solicita el recurrente que esta Sala declare que estamos, por el contrario, ante un contrato bilateral con obligaciones pendientes de cumplimiento para ambas partes y susceptible de resolución conforme el artículo 62 LC
La imposibilidad de cumplimiento de la prestación del contrato se produjo con posterioridad a la declaración del concurso. Ello ha de comportar la posibilidad de resolución para la otra parte. El contrato o bien se resolvió previamente por el requerimiento notarial o seguía en vigor, como se declaró por el legal represente de la concursada. Existió inactividad durante los dos años anteriores al concurso, con lo que el contrato no estaba ni resuelto ni incumplido, sino que seguía siendo válido, pero la posibilidad de cumplimiento desaparece porque se han vendido a un tercero las fincas que debían entregarse, en parte, como precio aplazado de la compraventa. Debió aplicarse la resolución, también por incumplimiento, conforme el artículo 1124 CC y la consecuencia debe ser la indemnización de daños y perjuicios que consistirá en la retención de las cantidades entregadas a cuenta y satisfechas respecto del precio aplazado, quedando las partes liberadas del resto de sus obligaciones.
La existencia de actos propios de los demandados, e incongruencia resultante de la sentencia. Conduce a una situación irreversible, porque es de ejecución imposible, ya que la concursada no tiene título legítimo inscribible, y ha precluido para ella la posibilidad de conseguirlo, ya que, para ello debió plantear la preceptiva reconvención, y la demandante y recurrente ostentará, como hasta ahora, la propiedad y la posesión. Incurre en incongruencia extra petita y omisiva. Crea una situación de inseguridad jurídica, porque no decreta la

resolución y por la imposibilidad de plantear nuevo procedimiento sobre los mismos hechos, veda a las partes la posibilidad de recurrir nuevamente a los tribunales para la resolución del contrato. El contrato podrá ser eficaz, pero no podrá ser ejecutado.
Por todo lo expuesto solicita la estimación del recurso y que se dicte sentencia conforme a sus peticiones.
Las partes contrarias solicitaron la confirmación de la resolución recurrida, quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.
SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, en que seguidamente se incidirá teniendo en cuenta los motivos del recurso planteados.
Sirva como punto de partida, en relación con la alegación, reiterada ampliamente por la recurrente, relativa a la incongruencia de la sentencia absolutoria y a la imposibilidad de ejecución, salvo en cuanto, en su caso, las costas generadas, que los demandantes se hallan incluidos en los listados del concurso -en la forma que conste que no ha de ser analizada ni valorada aquí -como acreedores y los bienes objeto de venta, por la que aquellos han percibido una parte muy relevante del precio convenido en su día, se hallan, de igual modo, incluidos en la masa activa del concurso. Los demandantes, en su momento, solicitaron la inclusión de sus créditos, que se halla sometida a impugnación en el incidente correspondiente al efecto.
En el presente incidente se pretendió ampliar, mediante un escrito adicional a la demanda y fuera de trámite procesal regular, lo que propiamente constituía su objeto, que debe ser, exclusivamente, la cuestión relativa al cumplimiento o, en su caso, resolución del contrato de compraventa de las dos fincas de Jávea que obran perfectamente identificadas en las actuaciones. Y vaya ya por delante que, pese a la abundante argumentación desplegada en los distintos escritos presentados por la parte actora, con equívocas citas, no suficientemente definidas, tanto al artículo 61 como al 62 LC, una conclusión que consideramos obvia: el contrato está en vigor mientras no se resuelva, y los demandantes ostentan en el concurso la posición expresada en las listas correspondientes -dejando a salvo el error, irrelevante, admitido de la no inclusión de la codemandante Sra. Teresa, lo que es irrelevante si el régimen económico es ganancial-. Lo que en ningún caso puede acogerse es que, al socaire del pretendido cumplimiento de las obligaciones bilaterales pendientes entre las partes, se obtenga un cambio de calificación del crédito, que se solicita se declare contra la masa, en lugar de su condición de concursal que en su momento se reconoció.
Afirma la recurrente, además, que el pronunciamiento esencial de la sentencia, en cuanto desestima la demanda incidental, no sería susceptible de ejecución alguna, por lo que cualquier petición que afectara, por ejemplo, a la entrega material de las fincas, no podría ejecutarse. Desde luego que ello no implica que la administración concursal, en su momento y en fase liquidatoria no pudiera instar lo pertinente, no tanto respecto de lo indicado por la recurrente, sino, incluso, para la consecución de la finalidad perseguida en el concurso, en cuanto a la satisfacción del mayor número de acreedores y/o con la mayor cantidad posible.
Se alega, en segundo lugar, y resulta cuanto menos sorprendente, que la parte demandante insista en que no se hallaba al corriente en sus obligaciones -como tampoco la demandada- cuando se declaró el concurso, ya que los inmuebles objeto del contrato de compraventa no se habrían transmitido, por aplicación de la doctrina del título y el modo. La situación concurrente es más sencilla: la venta se había convenido en documento privado, pactándose el pago del precio en plazos (el último coincidente con la escritura pública de transmisión) y, en parte, por la entrega de determinados inmuebles en construcción -de ahí que el Juzgador de permuta con obra futura-. Claramente el incumplimiento de la demandada fue preconcursal, porque, con independencia de que no se instara la resolución y que las partes consideraran vigente el mismo y susceptible de cumplimiento, no se habían respetado los plazos previstos en el contrato por su parte, y en momento claramente anterior al concurso, lo que es cosa distinta de la interpretación del recurrente ("el contrato nunca se vio resuelto por incumplimiento anterior al concurso") sino que guarda estricta relación con el momento en que una de las partes no cumplió con lo convenido al tratarse de contrato de tracto único y a los efectos, en sentido estricto, de valorar la aplicación del artículo 62 LC
TERCERO.- Argumenta a continuación la parte recurrente la concurrencia de infracción del artículo 62 LC en relación con el artículo 609 CC y concordantes. Esta Sala no puede compartir, en modo alguno, la artificiosa construcción de la parte recurrente, resultando Resulta insólito que la parte que insta el cumplimiento, y, si no es posible, la resolución, argumente que existen obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, y siendo, por ello, susceptible de resolución el contrato, todo ello tras admitir que nos hallamos ante un contrato de tracto único. La obligación de otorgar escritura pública y la transmisión, al tiempo, de la posesión, que compete al vendedor, sólo surge cuando el comprador haya cumplido con su obligación de pago del precio en los plazos convenidos -incluyendo, en su caso, los inmuebles a que se alude en el contrato o su valoración económica, igualmente si fuera pertinente-. Por tanto, asiste razón al Juzgador cuando expresa que los recurrentes han cumplido con aquello a lo que se obligaron, pues ninguna obligación pende por su parte hasta que los compradores cumplan con las contraídas, siendo evidente que son éstos los que incumplieron y en momento anterior a la declaración del concurso. Partiendo de ello, es obvio que el motivo debe decaer: Nos hallamos ante un contrato de tracto único, incumplido por los compradores antes de la declaración de concurso, y no susceptible de resolución en aplicación del artículo 62 LC. El motivo se desestima. (...)
CUARTO.- Invoca el recurrente, asimismo, y refiere, la concurrencia de una situación jurídicamente insegura que viene a vincular al pronunciamiento de la sentencia recurrida. Sin embargo, aquella alegada inseguridad no deriva de la desestimación de la demanda -puesto que esta es una de las posibilidades procesales, como es obvio- sino que, si existiera, vendría vinculada al propio negocio jurídico al que se refiere, y, sobre todo, a la contradictoria actuación de la parte demandante y hoy recurrente. Esta, tras comunicar su crédito (negando, sin embargo, al plantear la demanda, haber recibido siquiera la comunicación pertinente a tal fin) y no plantear incidente alguno contra la inclusión del mismo, y la forma en que lo fue, en el concurso, pretende, por esta vía, alterar la situación generada y propiciada por su parte, forzando una resolución claramente improcedente -por la vía del artículo 62 LC -o invocando genéricamente el artículo 1124 CC con la finalidad exclusiva de hacer propia sin contraprestación una relevante parte del precio ya percibida, superior al 50%, alterando

sustancialmente la posición de los demás acreedores. La comunicación del crédito y su inclusión en las listas, sin impugnación planteada en el momento pertinente, comporta, por una parte esencialmente- su sometimiento al concurso, y, por otra parte, la inviabilidad del pretender un cumplimiento del contrato al margen del propio concurso, y, menos aún, la imposibilidad de acceder a una resolución contractual -interesada como subsidiaria- que afectaría a un contrato de tracto único, cuyo incumplimiento se produjo antes de la declaración del concurso y que no determinó, en su momento, la resolución de aquel. Por ello el motivo del recurso, también en tal aspecto suscitado, debe decaer.
QUINTO.- Finalmente, en cuanto a que la imposibilidad de cumplimiento del contrato sobrevino en momento posterior al concurso y ha de conllevar la posibilidad de resolución, hemos de dar por reproducida la argumentación de la sentencia, a la que poco podemos añadir, por cuanto el sometimiento del contrato al concurso viene determinado por la actuación de la propia parte, y la inviabilidad de la entrega de inmuebles concretos, en su caso, ha de verse sustituida de conformidad con las normas concursales a las que se halla sometida, por su equivalente pecuniario, pero sin que resulte pertinente la resolución a tal extremo vinculada, ni ello conlleve la inviabilidad de la ejecución del contrato.". SAP Valencia (Sección 9) 22.05.2012 (Sentencia 192/2012; Rollo 141/2012)

AP Valencia (Sección 11)

"PRIMERO.-
Frente a la Sentencia dictada, desestimatoria de la demanda formulada por el ahora apelante, en ejercicio de la acción resolutoria del contrato que le vincula con la demandada, de compraventa de la vivienda unifamiliar pareada señalada con el número P-5, del Complejo residencial "Hiedra", sito en Calicanto (Chiva), que está construyendo la demandada, alegando como causa el incumplimiento del plazo de entrega pactado, con recíproca devolución de prestaciones y consecuente devolución de las cantidades entregadas por el demandante a cuenta del precio, más los daños y perjuicios que cifra en el 50% de la suma entregada, deducido lo abonado por la Sociedad de Garantía Recíproca, se alza el demandante sosteniendo ante esta instancia, en síntesis, la infracción de lo dispuesto en los artículos 61.2, 62 y 84 de la Ley Concursal, no siendo el actor acreedor ordinario del concurso de acreedores a que ha estado sometida la demandada, y no hallándose afectado, por tanto, por el convenio alcanzado, de acuerdo con el 134 de la propia Ley, por lo que puede ejercitar la acción prevista en el artículo 1.124 del Código civil por ostentar un crédito contra la masa conforme al artículo 84 de la Ley y no hallarse ya el deudor en estado concursal; que, en todo caso, debió condenarse al avalista de acuerdo con el 135; y, finalmente, que caso de no prosperar los motivos anteriores se aprecie la complejidad jurídica de la cuestión debatida a efectos del pronunciamiento sobre costas.
SEGUNDO.-
Y, en primer lugar, procede reputar la jurisdicción de esta Sala para el conocimiento de la cuestión sometida a controversia, considerando que, como bien alegaron las partes, el procedimiento concursal finalizó por Sentencia de 21 de mayo de 2010, que aprueba el convenido alcanzado entre el concursado y sus acreedores, por lo que, conforme a lo establecido en el artículo 133 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, desde la eficacia del convenio (que se alcanzó por la Sentencia dicha) cesarán todos los efectos de la declaración de concurso y, entre ellos, por tanto, los previstos en la Sección 2ª del Capítulo II del Título III de la Ley especial.
TERCERO.-
Y constituyen hechos relevantes para la resolución de la controversia los siguientes:
El día 9 de diciembre de 2005, la codemandada "Promociones Nou Temple, S.L." vende a la demandante la vivienda referida integrada en el Complejo residencial dicho cuya construcción está promoviendo aquélla, por precio de 330.000 euros más IVA, entregando en el acto 33.000 euros más IVA, en junto, 35.310 euros, y pactándose el abono mensual de 1.961,67 euros desde el 1 de enero de 2006 y hasta el 1 de junio de 2007, y 264.000 euros más IVA en el plazo de diez días a contar desde la emisión del certificado final de obra, pago que coincidirá con el otorgamiento de la escritura pública (a los folios 27 a 31).
La demandada se obligó a entregar las llaves y con ello la posesión de los referidos inmuebles en el plazo máximo de veinticuatro meses desde el inicio de las obras, habiéndose otorgado la licencia habilitante de las mismas el 27 de septiembre de 2007 (a los folios referidos), si bien el 21 de febrero de 2008 (folios 36 a 38) las partes de común acuerdo modifican dicho plazo, estableciendo como fecha de entrega el 30 de marzo de 2009.
Admiten las partes que la demandante "Magin Ruiz de Albornoz, S.L." ha cumplido con su obligación de entrega de las cantidades pactadas a cuenta del precio de la vivienda.
La devolución de dicha cantidad entregada a cuenta para el caso de no entrega de las viviendas, fue avalada en virtud de sendos contratos suscritos entre "Promociones Nou Temple, S.L." y "Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana" y "Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera (Unicaja)" hasta determinados límites, habiendo abonado la primera de ellas 16.499,97 euros y garantizando la segunda 36.666,66 euros.
Por Auto de 13 de junio de 2008 la vendedora fue declarada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia en el procedimiento 255/2008 en concurso de acreedores.
En dicho concurso se incluyó el crédito de la hoy demandante, acreedora de ejecución y entrega de determinada vivienda, que no impugnó la calificación del mismo, ni formuló incidente para la resolución del contrato que le vinculaba con el concursado, alcanzándose convenio entre el concursado y los acreedores que fue aprobado por Sentencia de 21 de mayo de 2010, al que se acompañó el plan de viabilidad y pagos, no habiendo votado la parte actora desfavorablemente el convenio y su plan de viabilidad, hallándose en éste prevista la entrega de las viviendas del "Complejo Hiedra I" en el primer año de vigencia del convenio.
La demanda en ejercicio de la acción resolutoria se presentó el 27 de octubre de 2010, hallándose la obra ejecutada al 99,225%, quedando pendiente determinados porcentajes de acabados y de urbanización,

habiendo sido el representante legal de la demandante el Arquitecto superior que primeramente había ostentado la Dirección técnica de las obras de urbanización (folios 512 y siguientes).
CUARTO.-
Y considerando los hechos referidos, procede la desestimación del recurso interpuesto, resolviendo conjuntamente los dos primero motivos al no poder llevarse a cabo una interpretación aislada de los diversos preceptos que se alegan como invocados, revelándose como necesario el conocimiento sistemático de los mismos (artículo 3 del Código civil). Y si bien es cierto que, conforme a lo establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal, en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso, añadiendo que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte, y que las prestaciones a las que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Y que el artículo 62 proclama que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los referidos contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, habiendo de ejercitarse la resolución ante el Juez del concurso y por el cauce del incidente concursal, previendo los efectos de tal resolución. No lo es menos, que el hoy demandante ante el incumplimiento de la demandada no impugnó, como se ha expuesto más arriba, su calificación como acreedor, ni tampoco ejercitó su acción resolutoria, por lo que se aquietó a su inclusión en la lista de acreedores, obviando también votar desfavorablemente el convenio y su plan de viabilidad, por lo que ha de pasar por los efectos de la Sentencia dictada (que no recurrió), aprobatoria del concurso y de su plan de viabilidad, por lo que clasificado su crédito conforme a lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes de la Ley, y aquietado a tal calificación, queda afectado por lo dispuesto en los artículos 133 y 134 de la propia Ley en orden al comienzo y alcance de la eficacia del convenio y a su extensión subjetiva, quedando, pues, afectado por el aplazamiento del plazo que consigna su plan de viabilidad, esto es, a la no exigibilidad del cumplimiento de la obligación de hacer al demandado, sino hasta al menos un año después de su eficacia. En consecuencia, habiéndose formulado la demanda antes del transcurso del plazo señalado para la entrega de la vivienda, procede la desestimación del recurso interpuesto, al no concurrir los presupuestos que para el éxito de la acción resolutoria ejercitada exige el artículo 1.124 del Código civil. Y no pudiendo prosperar, desde luego, la pretendida interpretación aislada del artículo 84 de la Ley haciendo abstracción de la ausencia de resolución en el ámbito concursal del contrato que le vinculaba con la parte declarada en concurso, para esperar a la eficacia de un convenio y manifestar que no queda vinculada por el mismo, considerando que tal aplicación de la norma constituiría un fraude de Ley, efecto no querido por nuestro Legislador y sancionado como pernicioso por el artículo 6 del Código civil.": SAP Valencia (Sección 11) 28.05.2012 (Sentencia 332/2012; Rollo 513/2011)

"PRIMERO.-
En este procedimiento el actor instó la resolución del contrato de compraventa celebrado con la demandada, en fecha de 26 de septiembre de 2005, a consecuencia del incumplimiento de aquella con devolución de las cantidades entregadas a cuenta en la suma de 49.268,68 #. La mercantil demandada, además de contestar la demanda, formuló reconvención en solicitud del cumplimiento del contrato con condena al actor a elevar a escritura pública el contrato privado de compraventa. Habiéndose dictado Sentencia en la que se desestimó la demanda al concluirse que no se había producido el incumplimiento alegado y se estimó la reconvención. Ante esta resolución, se formuló recurso de apelación por la representación de la parte demandante, al apreciar error en la valoración de la prueba y falta de motivación, alegando en síntesis: 1º) debe atenderse a: 1º) no tiene en cuenta que la compra de la parcela se realizó conjuntamente por la demandante y su ex esposo proindiviso, sin que entre ambos existiese sociedad de gananciales ya que se regían por el régimen de separación de bienes; 2º) en el concurso no se reconoce la obligación de Fadesa de entregar la parcela, se trata de un crédito contingente sin cuantía propia; 3º) la Sentencia obvia los requerimientos habidos dando por resuelto el contrato en total hubo tres; 4º) Fadesa solo alega, que no prueba, la terminación de la parcela, ya que el documento nº 9 hace referencia a una carta de Fadesa que no obra en las actuaciones, es absolutamente falso que en septiembre de 2010, la parcela se pusiese a disposición de los adquirentes, pues el documento nº 9 no acredita tal puesta a disposición; 5º) se olvida que la parcela se termino durante el concurso por lo que en modo alguno se puede aplicar el convenio a una obra ya acabada; 6º) la Sentencia no toca los importantes plazos de entrega de la obra. 2º) La actora instó la acción para el reconocimiento de resolución contractual, acreditándose la compraventa mediante contrato de 26 de septiembre de 2005, de la parcela sita en Pobla de Vallbona, la entrega de la parcela era en el mes de abril de 2007, en la fecha de la presentación de la demanda el 28 de octubre de 2011, mas de cuatro años después la parcela estaba sin entregar, mientras que la demandante han cumplido el calendario de pagos, una vez entró en concurso Fadesa, ésta se comunicó solo con el exesposo, el día 17 de octubre de 2010, se comunicó la resolución del contrato, el certificado final de obra fue de 11 de diciembre de 2009, el 31 de marzo de 2010 se recepcionaron provisionalmente por el Ayuntamiento las obras de urbanización, el 3 de noviembre de 2010, se recepcionaron definitivamente, el 21 de diciembre se remitió requerimiento notarial sobre resolución contractual, y en fecha de 11 de marzo de 2011 se puso fin al concurso de la demandada mediante Sentencia de 11 de marzo de 2011, la actora remitió un tercer requerimiento. 3º) Estos datos acreditan el incumplimiento de la parte vendedora, no se pretende saltarse el convenio sino simplemente se declare la resolución del contrato cuyo objeto, una parcela debió entregarse en abril de 2007 y se incumplió. 4º) El Juzgador obvia que cuando Martina Fadesa entró en concurso el contrato ya ha sido incumplido, mas de un año de retraso en la entrega y la obra estaba inacabada por ello se produce el requerimiento de resolución, este incumplimiento se acreditó con el concurso, por ello la demandada incumplió la fecha convenida de entrega de la obra, ademas ella nunca ha reconvenido el cumplimiento del contrato, la documental obrante acredita el incumplimiento grave de las obligaciones

principales de terminar y de entregar la obra en plazo; 5º) la administración concursal hace constar en su informe que se trata de un crédito contingente en la cifra de la cantidad abonada hasta al celebración del concurso, es perfectamente viable instar la resolución contractual y por ende la cuantificación concreta del crédito en un proceso posterior, pudiendo las partes acordar de muto acuerdo una resolución contractual por un incumplimiento previo al concurso. 6º) No existe en la Ley concurso ninguna norma que exija una demanda incidental pues el artículo 87.3 respecto a los créditos contingentes establece que hay que esperar hasta que la Sentencia finalice la contingencia, se han olvidado, los tres requerimientos de esta parte, no se ha requerido a la actora a escriturar ni se ha intentado la resolución del contrato. 7º) Los efectos del convenio aprobado mucho tiempo después que se terminase la parcela, el convenio es posterior a la terminación de la parcela, no tendrá efectos sobre ella si lo tendrá respecto al pago del crédito y dejara de ser contingente. 8º) Fadesa conoció el divorcio de los compradores y debía haber requerido a la actora o en su caso a ambos compradores. 9º) Atendiendo a las fechas expuestas se constata que la parcela se termino tres años y medio después del plazo contractual, la actora única titular final no fue requerida a escriturar por lo que no pudo incumplir.
SEGUNDO.-
Los motivos del recurso deben ser examinados conjuntamente en este fundamento al estar claramente interrelacionados, ya adelantando que el mismo no puede prosperar.
La apelante, en su día, ejercitó demanda de resolución del contrato de compraventa, la que se presentó el 28 de octubre de 2011, referido al que se firmó el 26 de septiembre de 2005 (folios 14 a 21), sobre la parcela sita en la manzana NUM000, letra NUM001 tipo parcela con una superficie útil aproximada de 462,99 metros cuadrados y un superficie construida aproximada de 462,99 metros cuadrado de Puebla de Vallbona, y en lacláusula sexta del contrato, se estableció como fecha de entrega de la parcela el mes de abril de 2007; celebradoentre la demandante y don Benito como compradores y la demandada como vendedora. El 26 de abril de 2006, los demandantes se divorciaron y en el convenio regulador (folios 26 a 33), acordaron que don Benito cedía a la actora todas las obligaciones y derechos de esa compraventa y ésta se hacía cargo del pago aplazado. Transcurrido el plazo contractual de entrega la demandante remitió por medio notarial comunicación de resolución contractual por el inclumplimiento de la demandada de la entrega de la parcela, según consta en el acta de requerimiento y notificación de 15 de mayo de 2008 (folios 35 a 42) y, con fecha de 24 de julio de 2008, el Juzgado de lo mercantil nº 1 de A Coruña declaró a la demandada en situación legal de concurso de acreedores, el que fue publicado en el BOE el 31 de julio de 2008, comunicando en agosto de 2008 el administrador concursal a don Benito esa situación, calificándolosde acreedores de la sociedad, y su condición a la administradora concursal mediante carta certificada el 7 de octubre de 2008 (folios 49 y 50), el exmarido de la actora fue requerido por el administrador concursal, el 28 de septiembre de 20110, para que otorgase escritura de compraventa (folio 88) siendo contestado por acta notarial por la actora en sentido negativo el 21 de diciembre de 2010 (folios 89 a 105) y, con fecha de 11 de marzo de 2011, se dictó Sentencia aprobando el convenio (folios 106 a 128).
La acción de la demandante sustentada en el retraso en la entrega de la parcela queda radicalmente afectada en el presente caso por efecto del concurso de acreedores a que se ha sometido la vendedora, que fue declarado en el mes de julio de 2008, esto es, mas de un año después de la fecha en que la vivienda debió ser entregada, lo que supone que el incumplimiento que hace valer en el presente proceso la parte compradora ya se había producido con anterioridad al concurso, y sin embargo, la misma no promovió en el seno de dicho procedimiento el incidente concursal que le habría permitido obtener la declaración judicial de resolución del contrato de compraventa, sino que al contrario los compradores de inmuebles en proceso de construcción fueron calificados en el concurso como acreedores con crédito contingente ordinario, calificación que no fue impugnada por la demandante, y el concurso finalizó mediante convenio suscrito con los acreedores y aprobado el 11 de marzo de 2011, promoviéndose la demanda con posterioridad a esta fecha.
La Sala coincide con el Juez a quo, en la medida que la resolución unilateral de la demandante no fue aceptada por la demandada sino que al contrario su exmarido fue incluido en la lista de acreedores, sin que conste impugnación alguna a esa lista del concurso, ni a la calificación de su crédito como contingente ordinario. Téngase presente que aunque para la administradora concursal el acreedor era el marido, la tenencia en poder de la actora los documentos permite suponer el conocimiento por ésta de las diversas vicisitudes de su pretensión, no en vano han transcurrido tres años y medio desde que la actora comunicó la resolución unilateral por vía notarial ala interposición de la demanda (desde el 15 de mayo de 2008 hasta 28 de octubre de 2011). Esta realidad temporal trastoca la acción ejercitada pues la declaración concursal de la demandada tiene trascendencia en aquella, en la medida que contenía dos pretensiones: por un lado la resolución del contrato y por otro el reintegro de las cantidades entregadas a cuenta. Si atendemos a que las obras de urbanización del "sector I" fueron finalizadas el 11 de diciembre de 2009, según certificado de final de obras, que las obras fueron recepcionadas provisionalmente por el Ayuntamiento de Pobla de Vallbona el 23 de marzo de 2010 en base al convenio de ejecución de las obra de urbanización firmado entre la demandada y el Ayuntamiento el 8 de febrero de 2009. Pues bien conforme a lo establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal, en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso, añadiendo que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte, y que las prestaciones a las que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa, y que el artículo 62 proclama que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los referidos contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes, habiendo de ejercitarse la resolución ante el Juez del concurso y por el cauce del incidente concursal, previendo los efectos de tal resolución. No lo es menos, que el hoy demandante ante el incumplimiento de la demandada no impugnó, como se ha expuesto más arriba, su calificación como acreedor, se aquietó a su

inclusión en la lista de acreedores, obviando también votar desfavorablemente el convenio y su plan de viabilidad, por lo que ha de pasar por los efectos de la Sentencia dictada (que no recurrió), aprobatoria del concurso y de su plan de viabilidad, por lo que clasificado su crédito conforme a lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes de la Ley, y aquietado a tal calificación, queda afectado por lo dispuesto en los artículos 133 y 134 de la propia Ley en orden al comienzo y alcance de la eficacia del convenio y a su extensión subjetiva, quedando, pues, afectado por el aplazamiento del plazo que consigna su plan de viabilidad, esto es, a la no exigibilidad del cumplimiento de la obligación de hacer al demandado. En sentido semejante sobre que la demandante está vinculada al convenio y que sólo cuando se incumpla el plan de viabilidad podrá instar ante el Juez del concurso el incumplimiento, se ha pronunciado esta Audiencia Provincial, Sentencia de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de diciembre de 2011, al aplicar los artículos de la Ley Concursal números: 8.1 se establece que: "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores..., son de la jurisdicción del juez del concurso"; el 75 establece la estructura del informe y se destaca en el punto 1.3, "memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal"; el 96 establece la impugnación del inventario y de la lista de acreedores que se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y en el art. 97 se establece que quienes no impugnen en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones; el127 y 128 se regula los efectos de la aprobación judicial del convenio; el 133 establece que el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación y en el 134 se establece la extensión subjetiva del contenido del convenio respecto al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración del concurso, aunque, por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos; y el 140 regula el incumplimiento del convenio, correspondiendo al Juez del concurso la declaración de incumplimiento a través del incidente concursal, y la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencias de 21 de mayo y 26 de diciembre de 2012.”: SAP Valencia (Sección 11) 31.05.2013 (Sentencia 263/2013; Rollo 770/2012)

“PRIMERO.-
Habiéndose celebrado un contrato de compraventa, en 15 de noviembre de 2004, con sendos anexos de 18 de noviembre y 3 de diciembre de 2004, en virtud de los cuales la mercantil "Inmuebles Luarsasem S.L." compraba a "Temple Servicios Inmobiliarios S.L." y esta vendía, una vivienda en planta 1ª, Bloque I, A1 de Montañar I, en la Promoción Jardines de Montemar, que esta promovía en la localidad de Javea, como quiera que la entrega de dicha vivienda se demorara más allá del plazo convenido en el contrato, por aquella mercantil se planteó demanda contra la promotora-vendedora en resolución del contrato de compraventa y en devolución de los 63.865'46 # que había abonado a cuenta del precio pactado, todo ello por incumplimiento de la vendedora por no entrega de la cosa en el plazo pactado y por no poner a disposición del comprador el aval previsto en la Ley 57/68.
Opuesta la parte demandada a tales pretensiones, porque declarada la misma en concurso y aprobado el Convenio, había que entender que el actor quedaba vinculado a lo establecido en el mismo y en el plan de viabilidad, la sentencia recaída en la instancia desestimó la demanda, haciéndose eco del planteamiento sostenido por la parte demandada, que venía sustentado en los arts. 96, 97, 133 y siguientes y 140 de la Ley Concursal, no obstante afirmar que de no ser así habría procedido la resolución contractual por falta de aval.
SEGUNDO.-
Contra dicha sentencia se alzó en apelación la parte demandante, insistiendo en la falta de entrega del aval y alegando que se había producido una errónea valoración del hecho enjuiciado, pues en realidad se estaba ante una novación contractual que permitía la acción resolutoria ejercitada. Pero las razones impugnatorias deducidas al efecto no pueden conducir al éxito del recurso ni a la estimación de la demanda. De un lado, porque como tiene dicho esta Sección en sentencias de 28 de mayo de 2012, 29 de Julio de 2013 y 20 de noviembre de 2013, y como tiene reiterado esta Audiencia Provincial en otras resoluciones que obran en autos de 20-12-11, 13-6-12, 26-9-12, 18-1-13 y 12-4-13 de la Sección Séptima; 21-5-12 y 2-10-12 de la Sección Sexta; 2-7-12 y 28-11-12 de la Sección Octava, entre otras, la pretensión deducida se hace inviable, porque declarado el concurso de la promotora vendedora, y aprobado tanto el Convenio como el Plan de viabilidad, sin que el demandante impugnara su calificación como acreedor de una obligación de hacer y como deudor del resto del precio a pagar, ni formulara incidente concursal alguno, sin que tampoco impugnara el Convenio ni el Plan de viabilidad, ha de quedar sujeto el mismo a lo en dicho procedimiento acordado, y no pretender, haciendo abstracción del mismo, el ejercicio de una acción resolutoria, que deviene manifiestamente improcedente atendiendo al contenido de los arts. 8.1, 96, 97, 100, 127, 128, 133 y siguientes y 140 de la Ley Concursal. Y de otro lado, porque la alegación en el recurso de una novación contractual que legitima a la actora para el ejercicio de la acción resolutoria entablada, trayendo a colación una sentencia de la Sección Sexta de 14 de mayo de 2013, es una cuestión nueva, no referida en la demanda, en la que ni siquiera se hace mención a la existencia del procedimiento concursal, que en cuanto extemporánea no puede ser tomada en cuenta en la presente resolución, so pena de quebrantar los principios de contradicción, de audiencia y defensa así como de conculcar el principio de preclusión consagrado en los arts. 136 y 400 de la LEC; el brocardo pendente apellatione nihil innovetur, recogido en el art. 456.1 de la LEC; el principio de congruencia de las sentencias, establecido en el art. 218.1 de la LEC; y so pena de causar indefensión a la parte contraria, que a estas alturas del procedimiento se vería privada de contrarrestar tanto alegatoria como probatoriamente la nueva causa de pedir en que pretende fundamentar su postura procesal la parte actorarecurrente. Así lo tiene dicho igualmente la Sentencia 1058/2007, de 18 de octubre, del Tribunal Supremo, pues "constituye doctrina jurisprudencial reiterada la de que, el recurso de apelación, aunque permite al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquel a resolver cuestiones o

problemas distintos a los planteados en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio legal de derecho " pendente appellatione nihil innovetur ", razón por la cual, el planteamiento de una cuestión nueva no puede ser objeto de otro tratamiento en apelación que la de su rechazo, pues comportaría una flagrante indefensión de la contraparte que se vería privada de su facultad de alegar y probar en tiempo y forma lo que a su derecho entendiera conveniente", criterio ya mantenido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1983, 6 de marzo de 1984, 20 de mayo de 1986 y 24 de julio de 1997. Esta misma idea se halla presente en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 808/2009, de 21 de diciembre, que señala cómo "el órgano judicial de apelación se encuentra, respecto de los puntos y cuestiones sometidas a su decisión por las partes, en la misma posición en que se encontró el de la primera instancia".
Y esto, además, porque la traida a colación de la sentencia de la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, contradictoria con toda la jurisprudencia que al respecto ha sentado esta Audiencia Provincial, no puede asumirse, en cuanto contraria también a la congruencia que ha de presidir toda resolución judicial, pues recoge como causa de resolución contractual una no alegada en la demanda y fundada en hechos nuevos que suponen una "mutatio libelli", y sabido es que en nuestro derecho la congruencia ha de referirse a la situación existente al tiempo de plantearse la demanda, pues como dice el T.S. en sentencia de 9 de mayo de 2013, la litispendencia provoca la perpetuatio facti (perpetuación del hecho o estado de las cosas), la perpetuatio iurisdictionis (perpetuación de la jurisdicción), la perpetuatio legitimationis (perpetuación de la legitimación), la perpetuatio obiectus (perpetuación del objeto), la perpetuatio valoris (perpetuación del valor) y la perpetuatio iuris (perpetuación del derecho), de tal forma que, como regla, la decisión del tribunal debe referirse a la situación de hecho y de derecho existente en el momento de interposición de la demanda, en el supuesto de que la misma fuese admitida (en este sentido, SSTS 427/2010, de 23 de junio, 760/2011, de 4 de noviembre y 161/2012, de 21 de marzo), con lo que en el presente caso no puede atenderse a una resolución contractual porque la demandada concursada no haya cumplido el Convenio ni el Plan de Viabilidad, porque ello es una cuestión nueva, una "mutatio libelli", a la que no se hizo referencia en la demanda, ni siquiera tangencialmente.
TERCERO.-
Y la misma suerte desestimatoria ha de correr la insistencia de la parte apelante en la alegada falta de aval de la Ley 57/68, pues, aparte de constituir un "obiter dicta" lo dicho en el fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada, ante la variedad de opiniones y de doctrina sobre que la falta de aval pueda o no constituir una causa de resolución de un contrato de compraventa de viviendas, esta Sección tiene dicho con reiteración que la falta de aval no puede considerarse incumplimiento de una obligación esencial del contrato de compraventa, y ello por las siguientes consideraciones: en primer lugar, porque esta Sección tiene dicho con insistencia que no es causa resolutoria de una compraventa el que la promotora no constituya en tiempo y forma la garantía de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, pues ello se trata de una obligación accesoria al contrato de compraventa, cuyo incumplimiento podrá dar lugar a otras consecuencias de carácter administrativo, pero no a la resolución del contrato, ya que, conforme a la doctrina jurisprudencial, el incumplimiento contractual resolutorio ha de ser una infracción relevante, esencial, grave y de tal importancia en la economía y esencia del contrato que justifique la resolución, y en el contrato de que se trata las obligaciones esenciales de las partes contratantes, según su tenor y el del art. 1445 del C.C. son por parte del vendedor entregar la cosa y por parte del comprador pagar el precio; en segundo lugar, porque abundando en lo acabado de exponer, el contrato objeto de litigio no prevé como causa de resolución el incumplimiento por la promotora de su obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio; en tercer lugar, porque ni la Ley 57/68, ni la Ley 38/99 de Ordenación de Edificación, ni la Ley 8/04 de 20 de Octubre de Vivienda de la Comunidad Valenciana, establecen que el incumplimiento de la obligación de que se trata sea causa de resolución contractual; en cuarto lugar, porque ello no podía ser de otro modo cuando toda obligación de garantía de otra principal tiene la consideración doctrinal y jurisprudencial de accesoria, y no de esencial, con lo que su incumplimiento deviene irrelevante a los efectos resolutorios del contrato; y finalmente, porque el hecho de que el aval de la ley 57/68 se configure como irrenunciable o de derecho necesario, no implica que se trate de una obligación esencial al contrato de compraventa, y cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la resolución contractual, máxime cuando tal obligación carece de sentido cuando la vivienda objeto de compraventa ha sido terminada, lo cual corrobora la accesoriedad de su naturaleza, siendo de resaltar que el art. 3 de la Ley 57/68 sólo tiene virtualidad ejecutiva, que no de resolución, cuando la obra no se inicia o no llega a terminarse, que no es el caso.”: SAP Valencia (Sección 11) 21.05.2014 (Sentencia 180/2014; Rollo 587/2013)

“PRIMERO.-
Frente a la sentencia recaída en la instancia, desestimatoria de la demanda planteada por Dña. Carina contra "Martinsa-Fadesa, S.A.", en resolución de un contrato de compraventa de una vivienda, garaje y trastero, celebrado el 14 de noviembre de 2006, en la promoción que dicha mercantil iba a realizar en la Unidad de Ejecución 1 de Alberique, y en devolución de los cincuenta y un mil trescientos ochenta y nueve euros con ochenta y nueve céntimos (51.389'89 #), que era la cantidad entregada por aquélla a cuenta del precio, todo ello fundado en la falta del aval o seguro previsto en la Ley 57/68 y en que la obra no llegó a iniciarse al no haberse obtenido la correspondiente licencia de edificación, se alzó en apelación la parte actora, inisistiendo, para tratar de desvirtuar las consideraciones tenidas en cuenta por el Juez "a quo" para desestimar la demanda, en que el incumplimiento achacable a la promotora había sido posterior a que la demandada fuera declarada en concurso por auto de 24 de julio de 2008, siendo, por tanto, también posterior a éste el crédito que la actora tenía por la parte del precio que había abonado.
SEGUNDO.-
Desestimada la demanda en la sentencia apelada, sustancialmente, porque el crédito de la demandante se había tenido en cuenta en el concurso y en el convenio aprobado por sentencia de 11 de marzo de 2011, porque la demandante no había formulado impugnación alguna en el procedimiento concursal, porque el

incumplimiento de la promotora-demandada había sido previo al concurso, y porque, en definitiva, la actora no podía pretender la devolución de los 51.389'89 # por vía independiente y autónoma a la del concurso; la presente ha de ser íntegramente confirmatoria de la sentencia apelada, pues los motivos impugnatorios deducidos por la parte apelante en nada desvirtúan los razonamientos que contiene dicha resolución. Y esto porque declarado el concurso de la promotora vendedora, y aprobado tanto el Convenio como el Plan de viabilidad, sin que la demandante impugnara su calificación como acreedor de una obligación de dar, ni formulara incidente concursal alguno, sin que tampoco impugnara el Convenio ni el Plan de viabilidad, ha de quedar sujeta la misma a lo en dicho procedimiento acordado, y no pretender, haciendo abstracción de tal proceso concursal, el ejercicio de una acción resolutoria, que deviene manifiestamente improcedente atendiendo al contenido de los arts. 8.1, 96, 97, 100, 127, 128, 133 y siguientes y 140 de la Ley Concursal, como en igual sentido se ha pronunciado esta Sección en sentencia de 31 de mayo de 2013, la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial en sentencia de 20 de diciembre de 2011, y la Sección Sexta de esta Audiencia en sentencias de 21 de mayo y 26 de diciembre de 2012.
Como antes se ha adelantado, el recurso de la parte demandante-apelante se centra en que el incumplimiento fue posterior al concurso, pero ello no puede aceptarse. De un lado, porque el incumplimiento de la obligación de constituir un aval o un seguro que garantizara la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la compraventa, se produjo al tiempo de recibir la promotora-vendedora el primer pago, que lo fue al momento de firmarse el contrato privado de compraventa el 14 de noviembre de 2006, es decir, mucho antes de declararse el concurso por auto de 24 de julio de 2008. Y de otro lado, porque el incumplimiento por falta de entrega de la cosa, más concretamente por falta de inicio de las obras, al no haberse obtenido licencia de edificiación, hay que remontarlo a 14 meses después de la fecha del contrato, es decir, al 14 de enero de 2008, según lo establecido en la clausula contractual quinta, clausula ésta en la que precisamente se fundó la actora-compradora para resolver extrajudicialmente la compraventa mediante carta de 21 de octubre de 2008, resolución ésta que fue aceptada por la promotora-vendedora en misiva de 28 de noviembre de 2008. Y no se diga por la actora que es en estas fechas cuando nace el crédito de la demandante, es decir, con posterioridad al concurso, pues los efectos de toda resolución contractual al ser retroactivos se producen no desde el momento de la extinción de la relación, sino desde la celebración del contrato (S.s. T.S. 17-6-86, 6-5-88, 30-12-03, 4-7-11...).”: SAP Valencia (Sección 11) 04.06.2014 (Sentencia 193/2014; Rollo 3/2014)

2.4.2 Admisibilidad

AP Madrid (Sección 28)

“En consecuencia, el recurso debe ser desestimado pese a no compartir este tribunal el punto de vista de la administración concursal cuando razona que, al no impugnar la lista de acreedores (en la que se reconoció un crédito ordinario de 16.274,79 euros), le habría precluído al actor la posibilidad de pretender ahora su consideración como crédito contra la masa. Y es que el hecho de que el actor, entendiendo que la resolución contractual no se había producido con anterioridad, consienta en recibir dicho tratamiento concursal (16.274,79 euros sería la cuantificación "ex" Art. 88-1 L.C. de su derecho a exigir la entrega de la vivienda) no es incompatible ni inconsistente con la posibilidad de denunciar más tarde un incumplimiento postconcursal con trascendencia resolutoria al que el Art. 62 anuda la consideración de su crédito como crédito contra la masa. Tampoco se aportó por la administración concursal en la instancia anterior documento alguno revelador de que la secuencia temporal de los acontecimientos no permita mantener esa compatibilidad.”: SAP Madrid (Sección 28) 12.11.2012 (Sentencia 352/2012; Rollo 693/2011)

“En lo que aquí interesa, incumplido el contrato por la concursada compradora tras la declaración de concurso, al no pagar a su vencimiento la parte del precio aplazado, incluso tras ser requerida al efecto por la vendedora que pretendía cumplir la suya mediante la elevación del contrato a escritura pública (artículo 1.462 del Código Civil), procede acordar la resolución del contrato de conformidad con el artículo 62 de la Ley Concursal y 1124 del Código Civil. (...)
El hecho de que el demandante no impugnase la calificación como concursal de su crédito por el precio pendiente de pago, cuando era un crédito contra la masa (84.2.6ª de la Ley Concursal), no impide el ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento del contrato posterior a la declaración de concurso, pues la resolución determina la extinción del crédito que el acreedor tenía como consecuencia de la compraventa con independencia de que se hubiera calificado como concursal aunque, en rigor, fuera un crédito contra la masa.
Tampoco impide la resolución del contrato que el inmueble estuviera incluido en el inventario y que el demandante no lo hubiera impugnado, pues con independencia que dicho bien no fuera propiedad de la concursada por falta de la tradición (artículo 609 del Código Civil), en todo caso, el éxito de la acción resolutoria implica su salida del inventario y las modificaciones que procedan en el Plan de Liquidación.“:SAP Madrid (Sección 28) 23.11.2012 (Sentencia 367/2012; Rollo 575/2011)

“SEGUNDO.-Con el fin de acotar correctamente la cuestión que realmente se trae a esta segunda instancia, es preciso partir de determinados hechos que el Juez de Primera Instancia declara probados que ya no son combatidos en el recurso.
Tales hechos son los siguientes:
1º La compra por parte de la demandada a FADESA INMOBILIARIA S.A. (luego integrada en la hoy demandante) de tres viviendas sobre plano, constitutivas de las fincas registrales 36.674, 40.453 y 38.257, sitas en C/ San Cristóbal de La Laguna, 89, Pirámides de Egipto, 7 y Segovia, 49, respectivamente, en la urbanización Los Jardines de Aranjuez, de la localidad del mismo nombre.
2º La obligación de la vendedora de entrega de las viviendas en el plazo "aproximado" de 24 meses desde la

obtención de la licencia de edificación, la que a su vez, se debía obtener en el plazo de 8 meses desde la firma de los contratos. Por tanto la licencia se había de conseguir antes del 30 de mayo de 2.006 y las viviendas debían ser entregadas a los 24 meses, esto es, el 30 de mayo de 2.008 (fecha, en todo caso, que se tiene en cuenta con carácter aproximativo, según los contratos).
3º La declaración de la demandante en concurso mediante Auto de 24 de julio de 1.998 y la finalización del proceso concursal mediante convenio aprobado por sentencia de 11 de marzo de 2.011.
4º La no conclusión de la urbanización, pues la recepción fue denegada por el Ayuntamiento de Aranjuez en fechas 29 de abril de 2.008 y 13 de enero de 2.009, dadas las graves deficiencias advertidas, que el Juez detalla, sin que conste ninguna actuación municipal posterior.
5º Esta situación, según se deduce de la sentencia, se mantiene cuando la demandante requirió a la demandada para otorgar escritura, como también se mantenían los defectos advertidos en las propias viviendas objeto de los contratos, de modo que considera legítima la oposición de la demandada a escriturar y fundada la acción resolutoria ejercitada.
A ello se ha de añadir, por manifestaciones de la propia demandante y acreditación documental por ella aportada, que las viviendas de la C/ San Cristóbal de La Laguna, 89 y Pirámides de Egipto, 7, no están en su poder, al haber sido objeto de sendas ejecuciones hipotecarias en las que se ha producido la adjudicación.
TERCERO.-Aunque el recurso se abre con la denuncia de error en la valoración de la prueba, se trata de una alegación vacía de contenido.
En efecto, la recurrente se limita a exponer el ámbito de la segunda instancia, con la posibilidad de revisión de la prueba por parte del Tribunal ad quem, pero no señala ningún error en la fijación de los hechos por el Juez a quo.
Los que menciona, al final del motivo (la aceptación de la entrega de las viviendas por parte de la demandada, la situación concursal de la demandante y la extinción de la deuda por no haberse personado la entidad demandada en el concurso) no son hechos, sino valoraciones o conclusiones que extrae la demandante.
Así pues, la situación de incumplimiento que atribuye el Juez a la demandante, por no conclusión de la urbanización y por no eliminación de los defectos concurrentes en las viviendas objeto de los contratos, al no ser contradicha, queda firme.
En todo caso, este Tribunal ha revisado toda la prueba practicada, y no puede sino establecer que al tiempo de requerir para otorgar escritura pública, e incluso al tiempo de interponer la demanda, la demandante no prueba que se haya concluido la urbanización, pues no consta más que un certificado emitido en 2.005 (documento 7 de la demanda) contradicho por otras pruebas mucho más concluyentes, como son las resoluciones del Ayuntamiento denegando la recepción, por vicios o defectos realmente notables, como tampoco prueba la reparación de los defectos en las viviendas.
Por tanto, cuando exigió la demandante el cumplimiento, estaba en situación de incumplimiento previo.
Por lo demás, respecto de dos de las viviendas ya no hay siquiera posibilidad de tal cumplimiento, al haber sido realizadas en los correspondientes procesos de ejecución hipotecaria, concluidos, sin duda alguna, después de la declaración del concurso.
CUARTO.-Así pues, lo que ha de determinarse, sobre esta base fáctica, es si la demandada realizó actos que suponían la aceptación de la entrega de las viviendas y, en su caso, la incidencia que en los efectos de la resolución pudiera tener la situación de concurso de la demandante y, más en concreto, el convenio aprobado en ese proceso universal.
La denuncia de incongruencia no determina otra consecuencia que el que haya de resolver esta Sala la cuestión que quedó omitida, que es justamente la relativa a esos efectos del proceso concursal en la pretensión reconvencional (artículo 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).
QUINTO.-El acto propio que invoca la apelante es la comunicación de la demandada fechada el 12 de julio de 2.007 (documento 9 de la demanda) en la que, según se afirma por la recurrente, la demandada mostraba su disposición a otorgar escritura pública.
Junto a ello añade que la posibilidad de concluir y consumar las ventas concertadas antes del concurso influyó en su decisión de continuar la actividad empresarial, por lo que ahora una actuación contraria demostraría mala fe.
SEXTO.-Muy sintéticamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2.010, resume la invocada doctrina, diciendo que "la doctrina que impide ir contra los propios actos, se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica. Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2002, la regla nemine licet adversus sua facta venire (a nadie le es lícito ir contra sus propios actos) tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce; por tanto, tales actos han de ser vinculantes, causantes de estado y definidores de una situación jurídica de su autor, encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad.
Mas esta doctrina, aun partiendo del genérico deber de buena fe, tiene un contenido técnico jurídico muy preciso, que el propio Tribunal Supremo se ha esforzado en aquilatar. Y, así, la Sentencia de 2 de mayo de 2.011 exige que para su aplicación concurran los siguientes requisitos:
"1) Existencia de una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias (en este sentido la sentencia 302/2004, de 21 abril, haciendo suya la 41/2000 de 28 enero y las en ella citadas, exige "un comportamiento con conciencia de crear, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, pero ha negado la aplicación de tal doctrina cuando tales actos están viciados por error".
2) Que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior (así lo afirma la sentencia de 28 de abril de 1988 al entender definida inalterablemente la situación jurídica de su autor "por ser de carácter inequívoco e incompatible con la conducta posterior").
3) Que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables, así lo indica la sentencia 523/2010, de 22 julio, al limitar la libertad de actuar a aquellos casos en los que "se han creado una expectativas razonables").

SÉPTIMO.-La cita del documento 9 que hace la apelante es manifiestamente parcial.
En efecto, en dicha comunicación, que, según se expresa, es respuesta a la cursada por la demandante en fecha 4 de julio de 2.007 (que no se aporta por la demandante) citando a la demandada a otorgar escritura, se dice por ésta "..... vengo a reiterarles mi disposición a otorgar dicha escritura, una vez se hayan realizado la reparación (sic) de las importantes deficiencias que tenía la finca y que expresamente se consignaron en visita guiada a la misma y a lo que expresamente se comprometieron.
Una vez se me confirme el cumplimiento de esta su obligación no tendríamos inconveniente (rogándoles nos lo notifiquen aproximadamente con veinte días de antelación) en proceder al otorgamiento de la mencionada escritura".
Estas mismas manifestaciones, en esencia, se repiten cada vez que la demandante citaba a la demandada a otorgar escritura pública (comunicaciones de la demandada a la demandante de fecha 24 de septiembre de 2.007 y 18 de marzo de 2.010, documentos 11 y 13 de la demanda) hasta que en fecha 22 de octubre de 2.010 (documento 14 de la demanda) da por resuelto el contrato por la falta de entrega.
No hay, por tanto, aceptación incondicionada e inequívoca, y, por ello, no hay acto propio vinculante.
OCTAVO.-Aunque sin desarrollarlo, se refiere también la apelante, bajo la invocación de la doctrina de los actos propios, a la falta de actividad de la demandada en el concurso de acreedores de aquélla.
Aparte de que como declaró el representante de la demandada en juicio, remitió éste al Juzgado de La Coruña que tramitaba el concurso, copia de los contratos, y que consta la calificación en el mismo del crédito de la demandada como contingente (folio 439 vuelto), la cuestión, en supuesto idéntico, la resuelve la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª de 6 de julio de 2011, reiterada en la Sentencia de la misma Audiencia (Seccion 2ª) de 1 de diciembre de 2.014, diciendo: "En el tercer motivo del recurso se alega infracción del principio de respeto a los actos propios porque la parte actora había aceptado, al no impugnarlo, la calificación de su crédito derivado del contrato de compraventa del inmueble como contingente ordinario que había hecho la AC.
El motivo se desestima por razones obvias ya que es distinto el crédito del comprador vigente el contrato de compraventa, que el crédito que nace una vez que el contrato ya está resuelto. Resuelto el contrato nace un nuevo crédito que nada tiene que ver con los derechos del comprador mientras el contrato estaba vigente, y que habrá de calificarse de acuerdo con lo previsto en la ley para el supuesto de resolución".
A ello añade la Sentencia de esa Audiencia de 1 de diciembre de 2.014 que "la inclusión de la actora en la lista de acreedores del concurso con un crédito contingente calificado como ordinario, no la impide promover la resolución del contrato de compraventa y reclamar el reintegro de las cantidades pagadas a cuenta del precio con sus intereses, reclamando que tal crédito sea considerado no concursal y no sometido al convenio aprobado por sentencia. Así tal inclusión del crédito como contingente no ha sido solicitada por la actora, el cual tampoco ha votado a favor del convenio, ni se adherido al mismo los titulares de créditos contingentes carecen de tal facultad; y tampoco ha sido acordado por una sentencia o resolución judicial dictada en incidente concursal, sino que ha sido decidida unilateralmente por los administradores de la concursada".
Y es que, efectivamente, no hay acto propio, cuando no lo protagoniza el propio autor al que se imputa, ni la calificación del crédito hecho sin su aquiescencia, y que implica la pérdida de todo derecho de adhesión y de voto al convenio, supone renuncia al ejercicio de la acción resolutoria, de la que nace un nuevo derecho, con origen en la Ley (artículo 1.124 del Código Civil), distinto del que deriva del contrato a exigir al contraprestación.
Por lo demás, la falta de personación en el concurso no supone la extinción del derecho a la resolución, pues ningún precepto lo impone, ni la idea que pudiera hacerse la apelante con el convenio y su extensión a los que fueron calificados como créditos contingentes (en calificación muy dudosa, según reconoce la propia sentencia dictada en el incidente de oposición a la aprobación del convenio) es oponible a quien, por esa calificación, no tuvo ni siquiera la ocasión de votar u oponerse al convenio.
OCTAVO.-Con ello llegamos a lo que es el núcleo del recurso: la incidencia que el concurso y el convenio que le puso fin, tiene sobre la pretensión reconvencional.
Y en este sentido, el hecho jurídico relevante está en el tiempo o momento en que se produce el incumplimiento que habilita a instar la resolución del contrato.
El régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso de uno de los contratantes se establece en los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal.
En dichos preceptos se distingue, ante todo, para establecer las distintas soluciones legales, el supuesto en que con anterioridad al concurso una de las partes haya cumplido por entero sus obligaciones y la otra estuviese pendiente del cumplimiento de aquello que le incumbe. En tal caso, no existe ya más que un crédito y una deuda, y tiene el mismo tratamiento que los contratos unilaterales: "el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso" (artículo 61.1).
Pero si el contrato bilateral y sinalagmático está pendiente de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, en principio, "la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia del contrato". Si, como es el caso, la declaración de concurso no afecta a la capacidad de gestión y disposición por parte del concursado (aunque puedan quedar bajo cierta supervisión), continuando su actividad empresarial, la ejecución del contrato no debe verse afectada por el concurso, siendo posible, pues, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de los contratantes.
Sólo en interés del concurso la administración concursal puede proponer, y el Juez decidir, la resolución del contrato (artículo 61.2). Se trata de una resolución que no está basada en las vicisitudes del propio contrato, sino en un factor externo a él: el interés del concurso.
Si se trata de un contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso, el artículo 62 regula la incidencia que la situación concursal tiene en la facultad resolutoria por incumplimiento.
En tal caso, nuevamente, la Ley vuelve a distinguir, según se trate de contratos de tracto único o de tracto

sucesivo.
En los primeros, es decir en aquellos que en su concepción y naturaleza, las prestaciones de las partes se conciben como de ejecución unitaria, de modo que pueden ser cumplidas de una sola vez, aunque, para facilitar el cumplimiento, se prevean fraccionamientos, sólo se permite la resolución, con plenos efectos, si el incumplimiento del concursado se produce con posterioridad a la declaración del concurso.
Si se trata de un contrato de tracto sucesivo, es decir, aquel en que necesariamente las prestaciones se repiten y se reiteran por tiempo determinado o indefinido, la resolución procede aunque el incumplimiento fuera anterior a la declaración del concurso.
La acción resolutoria se ha de ejercitar ante el Juez del concurso, obviamente mientras tal proceso esté pendiente. Cuando haya finalizado, la competencia judicial no sufre modificación alguna.
En todo caso, si procede la resolución conforme a tal precepto el crédito que deriva de la misma para el contratante no concursado tiene la consideración de crédito contra la masa (artículo 62.4), por lo que no queda afectado por el concurso ni por el convenio que le pueda poner fin.
NOVENO.-Expuesta la regulación legal, y partiendo de que en el supuesto considerado los contratos a que la reconvención se refiere son de de tracto único y estaban pendientes de cumplimiento por ambas partes, importa establecer cuándo puede entenderse producido el incumplimiento.
Ello depende de la obligación que se afirme incumplida como causa de la resolución. En efecto, en esta materia hay determinadas prestaciones que tienen un momento preciso para su cumplimiento, y si no se produce, desde ese mismo instante se ha producido el incumplimiento que frustra el fin negocial y desde ese momento se puede ejercitar la acción resolutoria. Que el acreedor perjudicado no la ejercite o que no lo haga por la razón que sea (ya pendiente el concurso) no puede ser considerado a estos efectos, pues sería tanto como dejar en manos del acreedor la determinación de una consecuencia legal que no sólo afecta a él sino al resto de acreedores, lo que introduciría un margen amplio de arbitrariedad e inseguridad y quebrantaría el básico principio de la pars conditio creditorum. Obsérvese que los artículos 61 y 62 citados sólo atienden al propio hecho del incumplimiento.
Ahora bien, existen otras obligaciones, como son las que están ligadas a los plazos previstos para el cumplimiento de las prestaciones, en que no se puede entender sin más que exista incumplimiento resolutorio por el sólo hecho de llegar el momento establecido sin haberse cumplido. En este caso, no podría considerarse incumplimiento, a efectos de los artículos 61 y 62, cuando la parte no puede instar la resolución, so pena de hacerla caer en una situación imposible y paradójica, en la que, para los efectos que le perjudican se estimaría producido el incumplimiento, y para los que podrían beneficiarle, no.
Por eso, a afectos de tales artículos, necesariamente se ha de adjetivar el incumplimiento. No basta con cualquier contravención al tenor del contrato, sino que se han de dar los presupuestos que habilitan la resolución contractual ex artículo 1.124 del Código Civil.
DÉCIMO.-Es clásica la distinción jurisprudencial, cuando se trata de la obligación de entrega de la cosa vendida, entre simple retraso e incumplimiento resolutorio.
El simple retraso, cuando la obligación no está sometida a término esencial, no habilita para instar la resolución. Esta doctrina se halla plenamente vigente en la actualidad, y así en fecha tan reciente como la de 20 de febrero de 2.015, el Tribunal Supremo reitera que "el mero retraso en principio, no da lugar a la resolución, cuando no es esencial, ni frustra el fin del contrato ni los intereses de parte".
Incluso en las compraventas sujetas a la Ley 57/1968 (como serían las que constituyen el objeto de la reconvención, pues se adquirieron sobre plano dando el comprador cantidades a cuenta) el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de enero de 2.015, ha declarado que ante "el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68 ", procede "la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la Sentencia del Pleno de esta Sala de 5 de mayo de 2014 (rec. 328/2012), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega", de donde se sigue que el simple incumplimiento del plazo no supone causa de resolución, y que en todo caso, se aborta ésta si el vendedor, al requerir el otorgamiento de escritura ha cumplido ya todo lo que le incumbía.
DÉCIMOPRIMERO.-Pues bien, en el caso enjuiciado es de notar que cuando se ha requerido por la vendedora el otorgamiento de escritura no demostró, ni ha demostrado, que estuviera en condiciones de efectuar la entrega de las viviendas conforme a lo pactado, pues no se demuestra el cumplimiento de la finalización efectiva de las obras de urbanización ni la reparación de los defectos de las viviendas.
Por eso, cuando la reconviniente ejercitó la resolución (en fecha 22 de octubre de 2.010, documento 14 de la demanda), estaba plenamente habilitada para ello, pues era la otra parte la que se hallaba en situación de incumplimiento.
Por otro lado, el plazo contractual para entrega de las viviendas vencía el 30 de mayo de 2.008, y el concurso se declaró el 24 de julio de ese mismo año, esto es, antes de dos meses desde aquella fecha, todo ello, además, con carácter "aproximado".
Conforme a la jurisprudencia citada, el mero retraso de dos meses no habría habilitado a la reconviniente para ejercitar la acción resolutoria.
Por ello, la conclusión es clara: a la fecha de declaración de concurso, la vendedora no había incurrido en incumplimiento resolutorio, sino que tal incumplimiento se produjo con posterioridad, bien en enero de 2.009 cuando el Ayuntamiento denegó por segunda (y, según lo actuado, por última) vez la recepción de la urbanización por presentar serios, graves y múltiples defectos, bien incluso cuando en octubre de 2.010 se ejercitó la resolución.
La consecuencia es que, siendo el incumplimiento a considerar posterior a la declaración del concurso, la resolución se pueda ejercitar sin limitación alguna, y sin estar afectada por el convenio que puso fin al

concurso, de modo que la sentencia apelada no quebranta la extensión subjetiva del convenio regulada en los artículos 134 y 135 de la Ley Concursal.”: SAP Madrid (Sección 28) 28.05.2015 (Sentencia 223/2015; Rollo 568/2014)

AP Burgos

“PRIMERO.-Como punto de partida en orden a la adecuada resolución del presente proceso procede significar algunos datos fácticos relevantes. En primer lugar, se debe de indicar que el demandante compró su vivienda en fecha 17-XI-2007 y que conforme a la cláusula 8ª del contrato el plazo de terminación y entrega era de 30 meses, desde la fecha de obtención de la licencia de edificación y que para obtener la licencia se disponía de un plazo de 12 meses prorrogables conforme a la cláusula 5ª. El comprador pagó a la firma del contrato 600 #; el 26-XII-2007 una letra de 5.400 # y después firmó letras por importe de 260 # y por 32 letras. La entidad demandada fue declarada en concurso el 24-VII-2008 y el concurso se aprueba en fecha 11-II-2011, planteándose la presente demanda de resolución contractual y devolución de lo entregado en Julio 2013.
La pretensión de la parte actora, además de la resolución contractual que ha sido admitida por la parte demandada, es que el crédito se considere contra la masa, mientras que Martinsa-Fadesa considera en su oposición a la demanda y en el recurso de apelación que estamos en presencia de un crédito concursal y, por lo tanto, sometido al convenio concursal aprobado por los acreedores en el año 2011. En relación con esta cuestión, procede significar dos precedentes jurisprudenciales de directa aplicación en este caso y que establecen:
-SSTS de 24 y 25-VII-2013 : *"Entre la promotora, luego concursada, y (...) mediaba un contrato de compraventa de un inmueble que, cuando se concertó en documento privado (5 de septiembre de 2006), estaba en construcción y, por lo tanto, pendiente de ser terminado. Se había pactado que la entrega de la vivienda se hiciera, aproximadamente, en octubre de 2007. Nueve meses después de que se cumpliera el plazo de la entrega de la vivienda sin que ésta estuviera terminada, la promotora vendedora fue declarada en concurso (24 de julio de 2008). Al tiempo de la declaración de concurso, este contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes : la vendedora debía acabar de construir y entregar la vivienda y el comprador tenía que pagar el precio convenido (...). Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento. En nuestro caso, no existe duda de que el contrato de compraventa concertado entre las partes, al margen de que se hubiera diferido en el tiempo el cumplimiento de las prestaciones a que obligaba a una y otra parte, es de tracto único. Después de la declaración de concurso, conforme al artículo 62.1 LC, la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único".*
-SAP de Burgos, Sección 3ª de 6-X-2014 (nº 225) *"Para hacer la citada calificación hemos de partir de lo que dice el artículo 62 de la Ley Concursal sobre la resolución por incumplimiento. El artículo 62 parte de la distinción entre contratos de tracto único y contratos de tracto sucesivo, para permitir solo en los segundos la resolución por hechos anteriores a la declaración del concurso ("cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración del concurso"), lo que supone que en los contratos de tracto único sólo cabe la resolución por hechos posteriores a la declaración del concurso (...).*
A pesar de tratarse de un contrato de tracto único y de que en la demanda se denunciaba un incumplimiento anterior a la declaración de concurso por no haberse obtenido MF del Ayuntamiento la licencia de edificación el Juzgado ha resuelto el contrato y la parte demandada no ha apelado la declaración de resolución. Se trata pues de un hecho firme por consentido este de la resolución del contrato, por lo que los efectos de la misma habrán de ser los que establece el artículo 62 LC para los supuestos de resolución de los contratos de tracto único. En cualquier caso, no es irrelevante pensar que el incumplimiento del contrato también ha sido posterior ya que desde la declaración del concurso el 24 de julio de 2008 y hasta la presentación de la demanda el 5de julio de 2103 la construcción de las viviendas está paralizada.
Entre los efectos de la resolución dice el artículo 62.4 LC que "acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda". También el artículo 84.6 LC incluye entre los créditos contra la masa "los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.
Conforme a lo anterior ha de mantenerse la calificación de "credito contra la masa" que hace el Juzgador de instancia".

En definitiva, la SAP de Burgos, Sección 3ª de 6-X-2014 y también la SAP de Burgos, Sección 2ª de 19-X-2012, califican este tipo de contratos como de *tracto único* por ser una compraventa con precio aplazado y con obligaciones recíprocas (STS 22-04-2004).
SEGUNDO.-Dicho lo que antecede, es claro que cuando M-F es declarada en concurso no había incumplimiento por ninguna de las partes, pues el comprador estaba pagando el precio y la parte vendedora estaba tanto en plazo para obtener la licencia, como en plazo para finalizar la obra; pues entre la venta y la declaración de concurso sólo había pasado ocho meses. Estamos en presencia de un contrato de tracto único y la resolución no se produce antes del concurso sino después, pues se produce con la demanda de Julio 2013 o en todo caso con el requerimiento de 23-I-2013 (f. 71), pero siempre después del concurso; por lo que no estaríamos en presencia de un crédito concursal, sino de un crédito contra la masa como entiende la parte demandante y determina la doctrina jurisprudencial referida.
Es decir, el contrato estaba vigente cuando se declaró el concurso y su resolución sólo pude solicitarse cuando la vivienda no se entregue en el plazo controlmente fijado, pues la eficacia del contrato de compraventa no se supedita a ningún hecho futuro o incierto, dado que la terminación de la vivienda sólo puede realizarla el vendedor con lo que no concurre ni hecho futuro, ni hecho incierto y la resolución procedería cuando la vivienda no se entrega; y máxime en un caso como el presente en el que aún había plazo para obtener la licencia y para finalizar la obra. El incumplimiento por lo tanto es posterior al concurso y como se trata de un contrato de tracto único se incumple después del concurso y la facultad resolutiva puede ejercitarse después del concurso.
Considerando que el contrato es de Noviembre 2007 y que el concurso es de Julio de 2008 si se admitiera la tesis de la parte demandada de que no se iba a entregar el aval y que las expectativas de cumplimiento ya estaban frustradas antes del concurso no se acaba de entender por qué se seguían vendiendo las viviendas escasos meses antes, salvo que la entidad demanda no hubiera nunca tenido intención de cumplir, lo que llevaría a planteamientos distintos a la mera resolución civil del contrato.
Así, resulta sorprendente la afirmación de la parte apelante en su contestación (f. 100) de que la "frustración de toda expectativa de cumplimiento era evidente y de que por otra parte, la frustración de toda expectativa de cumplimiento era evidente ya a finales de 2007, comienzos de 2008, en que respecto de sectores de la promoción que habían, por cronograma, de empezarse a levantar antes, ya se estaba evidenciando el flagrante incumplimiento de los terceros contratados a tal fin, que dejaban de enviar a obra el personal comprometido". Si ya a finales de Noviembre la parte demandada no iba a hacer las viviendas nada más sencillo que no vender viviendas el 17-XI-2007. Si se vendían es porque en el ámbito civil y contractual se pensaban construir y solo se incumple cuando terminado el plazo para su construcción no se entregan y pueda resolverse el contrato.
Así, antes del concurso nada impedía entregar el aval y no se entregó fue por decisión de la entidad demanda y nada impedía ejecutar la obra y por lo tanto los incumplimientos solo pudieran ser posteriores y sus efectos en un contrato de tracto único es considerar el crédito como crédito de la masa y en ningún caso como crédito concursal y previo a la declaración del concurso. Antes del concurso no se habían incumplido obligaciones esenciales, pues el comprador pagaba sus cuotas y la parte vendedora estaba en tiempo de entregar el aval y estaba en plazo para obtener la licencia y sobre todo para acabar la obra para la que tenía 30 meses, y por lo tanto tenía hasta el año 2009.
En consecuencia, ni las expectativas de cumplimiento "estaba frustradas antes de iniciarse el concurso (f. 261) o la imposibilidad de cumplir era una *"evidencia"* antes del concurso, la vivienda no debió de haberse vendido y si se vende ese contrato sólo se extingue por resolución y esa resolución se produce con la demanda con lo que el crédito no es concursal; máxime, cuando antes del concurso la entidad demandada enviaban comunicaciones al comprador sobre el avance de las obras y sobre el obsequio de Digital + (folio 33).
En el presente caso, no estamos ante un crédito litigioso, pues el único litigio es el presente, y es posterior a la terminación del concurso. Tampoco podemos considerar que estamos ante un crédito sometido a concisión suspensiva en los términos de los artículos 1.113 a 1.115 del Código Civil, pues el crédito no está sometido a ninguna condición suspensiva, es decir un hecho futuro o incierto o pasado pero ignorado por las partes y cuyo cumplimiento es ajeno a la voluntad de éstas, del cual se hace depender el surgimiento de la eficacia de las obligaciones pactadas; de tal forma que hasta que se cumpla tal eficacia queda en suspenso.
En tal sentido hemos de decir: primero, que la jurisprudencia tiene establecido que la condición suspensiva no puede presumirse y tiene que estar pactada de modo expreso o inequívoco en el contrato, y en el contrato de compraventa que nos ocupa no existe pacto al respecto; segundo, que la no entrega de la vivienda en el plazo pactado por parte de la vendedora nunca puede considerarse una causa suspensiva, sino en todo caso una causa resolutiva del contrato por incumplimiento de la vendedora; tercero, que la no entrega de la vivienda es un hecho que depende de la voluntad de la vendedora, por lo cual sería de aplicación el artículo 1.115 del CCv según el cual cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional sería nula.
SEGUNDO.-No concurre infracción de la doctrina de los actos propios porque como dice la referida SAP de Burgos Sección 3ª de 6-7-2011 : *"En el tercer motivo del recurso se alega infracción del principio de respeto a los actos propios porque la parte actora había aceptado, al no impugnarlo, la calificación de su crédito derivado del contrato de compraventa del inmueble como contingente ordinario que había hecho la AC.*
El motivo se desestima por razones obvias ya que es distinto el crédito del comprador vigente el contrato de compraventa, que el crédito que nace una vez que el contrato ya está resuelto. Resuelto el contrato nace un nuevo crédito que nada tiene que ver con los derechos del comprador mientras el contrato estaba vigente, y que habrá de calificarse de acuerdo con lo previsto en la ley para el supuesto de resolución".
Hemos de señalar que la inclusión de la actora en la lista de acreedores del concurso con un crédito contingente calificado como ordinario, no la impide promover la resolución del contrato de compraventa y reclamar el reintegro de las cantidades pagadas a cuenta del precio con sus intereses, reclamando que tal crédito sea considerado no concursal y no sometido al convenio aprobado por sentencia. Así tal inclusión del

crédito como contingente no ha sido solicitada por la actora, el cual tampoco ha votado a favor del convenio, ni se adherido al mismo los titulares de créditos contingentes carecen de tal facultad; y tampoco ya sido acordado por una sentencia o resolución judicial dictada en incidente concursal, sino que ha sido decidida unilateralmente por los administradores de la concursada.
En todo caso, carece de razón jurídica que quien no es titular de crédito concursal alguno, acuda al juzgado de lo Mercantil, promoviendo incidente concursal que precisa de Abogado y Procurador, a fin que se le excluya de la lista, pues el incidente promovido por terceros tiene razón de ser cuando lo que se pretende es que se reconozca un crédito, que se modifique la cuantía reconocida, o que se le de una calificación de privilegiado en vez de la de ordinario. A lo anterior hemos de añadir que un crédito contingente es un crédito no nacido, cuya eficacia está pendiente del cumplimiento de una contingencia, cual es su reconocimiento por sentencia o resolución judicial o el cumplimiento de la condición suspensiva pactada; por lo cual si tal contingencia no se cumple no nace como tal crédito concursal, y en el presente caso es obvio que no existe condición suspensiva alguna, y que de existir la misma seria nula conforme el artículo 1.115 del CC; por lo cual no puede cumplirse la misma y por ello considerase el nacimiento de un crédito concursal sometido al convenio.
El único crédito que la actora tiene contra la demandada es el nacido de la resolución de un contrato de compraventa que continuó vigente al declararse el concurso y que fue incumplido por la vendedora concursada con posterioridad a tal declaración y en el concreto momento en que vencido el plazo contractual no se entrega la vivienda; lo que determina el surgimiento de un crédito que por disposición expresa del tantas veces citado artículo 84-2 -6° de la Ley Concursal es un crédito contra la masa, no un crédito concursal integrado en la masa y sometido al convenio.
TERCERO.-En cuanto a que se infringió el Art. 84 LECv y la posible vulneración de los términos del concurso, se alega que se produciría una infracción del principio de la "pars conditio creditorum", si se hiciera al actor pago inmediato de su crédito con postergación del resto de los acreedores que deben estar a las esperas y quitas fijadas en el convenio.
El motivo se desestima. La aprobación del convenio no afecta a los titulares de créditos contra la masa, sino antes bien les privilegia, pues a partir de entonces podrán utilizar la vía ejecutiva para hacerse pago de sus créditos. Así lo establece el artículo 84.4 LC : *"Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento".* Por otra parte, el contenido del convenio a quienes vincula es "a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos" (artículo 134.1 LC)".
CUARTO.-Costas.
En cuanto a las costas de la primera instancia se mantiene su imposición a la parte demandada, pues el criterio de este Tribunal es claro en el sentido de que el incumplimiento es posterior al concurso y así se había manifestado por la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial en un caso idéntico al ahora enjuiciado (SAP de Burgos, Sección 3ª de 14-X-2014). Además en un supuesto como el presente no concurren dudas de derecho, pues antes del proceso se requirió la entrega de la vivienda y además la casa se vendió en Noviembre 2007 y se tenía plazo para obtener la licencia, para entregar el aval y para acabar la vivienda por lo que el incumplimiento que deriva de un contrato de tracto único, de la falta de entrega del objeto vendido se produce después del concurso y cuando la vivienda no es entregada.": SAP Burgos (Sección 2) 01.12.2014 (Sentencia 297/2014; Rollo 285/2014)

AP Tarragona (Sección 3)

"Primero. RESUMEN DEL CASO. Con fecha de ocho de julio de dos mil cinco, MARTINSA-FADESA, SA, como vendedora, y Jesús Manuel, como comprador, suscribieron un contrato por el que la primera se obligaba a trasmitir al segundo, a cambio de un precio, la propiedad de unas parcelas, que le habría de entregar una vez estuviera realizada la correspondiente obra de urbanización. En el contrato se decía que la entrega tendría lugar, aproximadamente, en un plazo de treinta meses a contar desde la obtención de la licencia de edificación. Esta fecha de inicio del cómputo no tenía mucho sentido, pues, tratándose de un obligación de entrega de parcelas, y no de viviendas ya construidas, no era preciso contar con una licencia de ese tipo para cumplir con tal obligación. En ocasión de otro pleito que han sostenido estas mismas partes, se ha interpretado, con su aquiescencia, que el inicio del cómputo debería producirse a partir de la aprobación del Proyecto de Urbanización que habilitaba la actuación pretendida. Sea como fuere, con posterioridad a la firma del contrato, han ido sucediendo varias cosas de interés para este pleito. Por un lado, Jesús Manuel fue avanzando diversas cantidades a cuenta del precio convenido, hasta completar una suma de trescientos veintiún mil, trescientos veinte euros. Por otra parte, antes de que estuviera a la vista la conclusión de las obras de urbanización, MARTINSA-FADESA, SA, obtuvo la declaración de concurso voluntario. El auto que formalizó esta situación tiene fecha de veinticuatro de julio de dos mil ocho. La Administración del Concurso propuso la clasificación del crédito que pudiera corresponder a Jesús Manuel para la recuperación de las cantidades avanzadas a cuenta del contrato litigioso como contingente ordinario. Ahora bien, en la resolución que dictó el juez del concurso para aprobar el convenio que puso fin al procedimiento, estableció que esta clasificación, común a diversas situaciones análogas, no impedía que los compradores de parcelas instaran, por razón de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, la eventual resolución de los contratos de venta, con la consecuencia de que el eventual reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud de tales contratos tendría el tratamiento de un crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo

84.2. 6º de la Ley Concursal, y no de un crédito sujeto a las estipulaciones del convenio. En el mismo sentido, la estipulación 1.3 del mismo convenio incluía en su ámbito de aplicación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la propia Ley Concursal, los créditos anteriores a la declaración del concurso, con la consiguiente exclusión de los posteriores. Sucedió que, en efecto, el comprador de las parcelas decidió que el retraso de la otra parte en la ejecución de la obra de urbanización le había privado de interés en seguir adelante con el contrato, por lo que, a principios del año dos mil doce promovió, por medio de una demanda judicial, la que dio lugar al asunto que tenemos entre manos, la resolución de la relación jurídica, con la consiguiente pretensión de que se reconociera su derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud del propio contrato, con sus correspondientes intereses. La demandada objetó, entonces, que la conclusión de la obra era inminente, y que, por tanto, estaba dispuesta a cumplir con su obligación de entrega de la parcela; que, si no lo había hecho de forma puntual, había sido por un causa de fuerza mayor; y, que, en último término, de entenderse que era procedente la resolución, el derecho del demandante al recobro de las cantidades avanzadas debía sujetarse, de forma coherente con la naturaleza asignada a tal crédito durante la tramitación del concurso, al régimen establecido en el convenio que le había puesto fin. El juez de primera instancia asentó como premisa, en su resolución, el criterio de que la cláusula que establecía, en apariencia, cuál era el plazo de entrega de las parcelas vendidas había sido dispuesta por MARTINSA-FADESA, SA, para no definir de forma precisa la cuestión. De manera que no había, en realidad, un plazo de entrega fijo. Ahora bien, como, en cualquier caso, se había superado, con la demora en la ejecución de la obra, cualquier expectativa razonable que hubiera podido formarse el comprador, éste tenía derecho a la resolución del contrato. Producida ésta en virtud de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, el consiguiente derecho a la recuperación de las cantidades avanzadas en virtud del contrato no podía considerarse sujeto al convenio aprobado en el propio Concurso, cuyo ámbito de aplicación sólo se extendía a los derechos nacidos con anterioridad al momento procesal indicado. La sentencia de primera instancia estimaba, pues, de forma íntegra, la demanda. La demandada ha interpuesto un recurso de apelación contra esta sentencia, por los motivos que se irán desgranando en los fundamentos de derecho que siguen.

Segundo. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO. Antes de entrar en el meollo de la cuestión, debemos salir al paso de una alegación preliminar de la parte demandante, que argumenta que el recurso no tenía que haber sido admitido, ya que, por un lado, no precisaba cuáles eran los pronunciamientos judiciales que impugnaba y, por otro lado, representaba un intento de que un Tribunal sin competencia objetiva revisara una calificación del Juzgado Mercantil. En realidad, aun cuando la apelante no haya dedicado una rúbrica específica de su recurso a establecer cuáles son los pronunciamientos que impugna, queda claro, a tenor del texto de su escrito, que pretende, en principio, la íntegra revocación de la sentencia del juez a quo, y, de forma subsidiaria, la de los pronunciamientos que ordenan que el pago del principal y los intereses del crédito declarado se haga sin sujeción al régimen estipulado en el convenio aprobado en el concurso de la deudora y que ésta sea condenada a pagar las costas de la primera instancia. En cuanto al otro óbice procesal aludido, debe decirse que la apelante no pretende que este Tribunal revise la calificación del crédito que se hizo en el concurso, sino que defiende, precisamente, que se sujete a tal calificación, si bien la interpreta en modo diferente a la forma en que lo hace la parte contraria.

Tercero. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA DEMANDADA. Aducía la apelante, en el primer motivo de recurso, que, habiéndose constituido una Junta de Compensación al efecto, las obras de urbanización se habían reemprendido, y, al faltar, únicamente, una quinta parte de lo proyectado, era posible, aún, cumplir con la obligación de entrega de las parcelas a las que se refería el contrato. De manera que, según su tesis, no cabía entender que hubiera quedado irremisiblemente frustrada la expectativa que había llevado a la otra parte a celebrar el aludido contrato, con la consecuencia de que no había sido procedente declarar su resolución. Si bien en el contrato en cuestión, como ha dejado establecido el juez a quo, no se estipuló un plazo de cumplimiento determinado y preciso, sí que se dio una orientación sobre el particular, que permitía esperar en términos razonables que la obra de urbanización estuviera concluida durante el año dos mil ocho. Así las cosas, no es razonable pretender que una demora de más de cuatro años sobre las previsiones iniciales no sea suficiente para frustrar las expectativas de la parte afectada. El primer motivo de recurso no puede prosperar.

Cuarto. SOBRE LA FUERZA MAYOR. Considera la apelante, en el segundo motivo de recurso, que el retraso en el cumplimiento -insiste en un mero retraso, como si no se tratara de un verdadero y propio incumplimiento- obedeció a causas de fuerza mayor, como fueron las contingencias que afectaron al abastecimiento de agua y las circunstancias económicas que condujeron a su situación de concurso. Según la explicación clásica del concepto, que resume, en síntesis, el artículo 1 105 del Código civil español, se consideran como casos de fuerza mayor aquellos acontecimientos que escapan a la previsión humana o que, aun habiendo sido previstos, no han podido evitarse. Anida en este concepto la idea de que el ser humano puede combatir las contingencias que se derivan de su relación con sus semejantes, pero no las que, por provenir de la furia desatada de los elementos, integran el fatum adverso, designio ineluctable de la divinidad contra el que nada puede hacerse. Es evidente que contingencias como las que hace servir como pretexto la apelante, que pueden producirse en cualquier obra de urbanización, como son los problemas que puedan afectar de forma temporal al abastecimiento de los servicios y suministros básicos, o las vicisitudes económicas del periodo en el que se desenvuelve la actividad, no se acercan, ni de lejos, al concepto expresado. El segundo motivo de apelación, debe pues, también, decaer.

Quinto. SOBRE LA NATURALEZA DEL CRÉDITO DISCUTIDO.

A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: Desarrolla la apelante, en realidad, en las alegaciones que van de la tercera a sexta de su escrito de recurso, un único motivo, que concluye con la apreciación de que, como el derecho litigioso había sido calificado dentro del concurso de MARTINSA-FADESA, SA, como un crédito contingente ordinario, debía sujetarse a las prescripciones del convenio que había puesto fin al referido concurso. Despliega su razonamiento la apelante en las siguientes fases. En la alegación tercera de su escrito,

defiende que sí que existía un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación de entrega de las parcelas. Así, vencido este plazo antes de la declaración de concurso de la deudora, debía entenderse, como argumenta en la alegación cuarta de su recurso, que, si estaba justificada la resolución del contrato controvertido, había de considerarse referida a un incumplimiento anterior a la referida declaración. Esto habría impedido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.4 de la Ley Concursal, y tal y como razonaba la recurrente en la alegación quinta de su escrito, que el crédito surgido como consecuencia de la resolución se sustrajera al régimen que se estableció en el correspondiente convenio para el tratamiento de los créditos contra la concursada. Como conclusión, tal como había dictaminado la Administración del Concurso, a la que se refería la apelante en la alegación sexta del recurso, el crédito en cuestión, cumplida la contingencia de resolución del contrato a la que estaba condicionado, debía sujetarse a tal régimen.

B) EL INCUMPLIMIENTO QUE JUSTIFICÓ LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DEBE ENTENDERSE PRODUCIDO CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA DEUDORA. De entrada, esta Sala comparte el criterio del juez a quo sobre la absoluta falta de precisión de que adolece la cláusula relativa al plazo de cumplimiento de la obligación de entrega de las parcelas vendidas. Resulta paradójico, incluso, que la misma parte que ha defendido, según lo que hemos visto, que aún estaba a tiempo de cumplir su obligación de entrega, pretenda ahora, por medio de una interpretación integradora de la cláusula en cuestión, que el plazo venció, en realidad, meses antes de que la propia deudora fuera declarada en concurso. Alega la parte apelante, en tal sentido, que debe entenderse que el plazo de cumplimiento de la obligación, de aproximadamente treinta meses, debía comenzar a computarse no desde la concesión de la licencia de edificación, innecesaria, sino desde la aprobación del proyecto de urbanización, verdadero presupuesto de la actuación que debía realizarse. De tal manera que el plazo vencía en febrero de dos mil ocho. Pero, aun cuando considerásemos susceptible de enmienda el error de haber designado como día inicial del cómputo el de la licencia de edificación, subsistiría la imprecisión derivada de la utilización del adverbio "aproximadamente." Está claro que lo que no puede pretender de ninguna de las maneras la responsable de la redacción de la cláusula es que la imprecisión juegue a su favor, de tal suerte que, a los efectos de defender la vigencia del contrato, se considere irrelevante el retraso acumulado, y, en cambio, cuando se trata de entender establecido un plazo concreto de cumplimiento de la obligación, la idea de un plazo meramente indicativo que sugiere el referido adverbio se desvanezca en el aire como una pompa de jabón. Pero aún hay más. Como muy bien ha observado, también, el juez de primera instancia, el mero retraso en el cumplimiento de una obligación no justifica, sin más, salvo que suponga la vulneración de un plazo que, por disposición de las partes, o por la naturaleza de la obligación, se considere esencial, la resolución de la relación jurídica. Únicamente significa la constitución del deudor en mora, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. Pero la resolución de una relación requiere algo más, un plus. Para que la demora se equipare con el propio y genuino incumplimiento debe tener un alcance tal que signifique una frustración de las expectativas que llevaron a la parte afectada a contratar. Así lo ha establecido en numerosas sentencias, algunas de las cuales ha citado de forma oportuna el juez a quo, a cuya exposición nos remitimos, para evitar ociosas repeticiones, la Sala Civil del Tribunal Supremo. Por tanto, no podemos entender que el incumplimiento que justificó la resolución del contrato, el incumplimiento, insistimos, y no el mero retraso, se hubiera consumado ya, como sostiene la apelante, en febrero de dos mil ocho. No podemos establecer una fecha determinada como momento a partir del cual estaba justificada la resolución, pero sí que podemos concluir que tuvo que ser posterior a la declaración de concurso de la deudora. Sólo así se puede entender que incluso en fechas cercanas a la interposición de la demanda que ha dado lugar a este pleito la propia demandada insistiera en la vigencia del contrato y ofreciera un no muy remoto cumplimiento de su obligación principal.

C) DE LO QUE SE SIGUE QUE EL CRÉDITO CONSISTENTE EN EL DERECHO DEL COMPRADOR A RECUPERAR LAS CANTIDADES AVANZADAS ERA UN CRÉDITO CONTRA LA MASA, Y NO CONTRA EL CONCURSADO. Así pues, de las dos hipótesis que plantea el artículo 62.4 de la Ley Concursal en relación con el régimen al cual deben sujetarse, una vez declarada la resolución de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas en el que sea parte el concursado, las obligaciones que subsistan a su cargo, hemos de optar claramente por la que califica el crédito correlativo como crédito contra la masa, y no contra el concursado. En efecto, en la medida en la que el incumplimiento del concursado, en el bien entendido de que hablamos del incumplimiento propio y genuino, el que justifica la resolución, es posterior a la declaración del concurso, el derecho de la otra parte contractual al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento no queda sujeto a su régimen, y se sustrae, por tanto, a las condiciones que hayan podido establecerse o se establezcan en un posible convenio. En el mismo sentido, el artículo 86.2. 6º de la misma Ley, antes citado, califica el derecho a la restitución de las cantidades avanzadas que tiene el acreedor del concursado, en caso de resolución de un contrato de la naturaleza indicada por razón de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, como crédito contra la masa. A estos efectos, la Ley no distingue entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.

D) CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Subsiste, sin embargo, desde el punto de vista de la apelante, el argumento de que, en cualquier caso, la Administración del Concurso calificó el derecho del demandante a la eventual restitución de las cantidades avanzadas en virtud del contrato al que nos referimos como crédito contingente ordinario, categoría prevista en el artículo 87.3 de la Ley Concursal. Desde la perspectiva que defiende la recurrente, se entiende que, confirmada la existencia y eficacia del crédito que, inicialmente, por su carácter litigioso, o por estar sometido a condición suspensiva, se ha considerado de carácter contingente, en el sentido de que no necesariamente había de devenir eficaz, había de pasar a recibir el tratamiento de un crédito ordinario contra el concursado. Detrás de esta concepción, se intuye la idea de que el derecho a la restitución al que nos referimos nace, para cada una de las partes, desde el mismo momento en que ambas pactan la realización recíproca de unas determinadas prestaciones, si bien se trata de un derecho sometido a la condición suspensiva de que una de las partes no lleve a cabo aquello a lo que en principio venía obligada, de tal manera que, como compensación por la falta de eficacia de la

prestación inicialmente pactada, la otra parte pueda exigir la devolución de aquello que ya haya hecho efectivo por razón del contrato. Así, la obligación de realizar la prestación principal vendría sujeta a la mal llamada condición resolutoria implícita de incumplimiento a la que alude el artículo 1 124 del Código civil español, y, de forma correlativa, la de llevar a cabo la restitución de lo que se reciba por razón del contrato o de indemnizar en la forma que proceda a la parte perjudicada por tal incumplimiento dependería de una condición suspensiva. Tal construcción es, sin embargo, sumamente artificiosa. En un sentido propio, la condición es un elemento accidental del negocio jurídico que se concreta en un pacto por el que las partes de un contrato sujetan la eficacia de una obligación, bien su nacimiento, si se trata de una condición suspensiva, bien su extinción, si es resolutoria, al acaecimiento de un hecho futuro, lícito, incierto, posible y arbitrariamente querido por ambas. Ahora bien, el establecimiento de un régimen jurídico para el caso de que una de las partes de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas no cumpla su obligación no puede considerarse en ningún caso como elemento accidental del negocio, ya que es una parte necesaria y esencial de su propia estructura. Es cierto que el artículo 1 124 del Código civil español se incluye en una sección en la que se regulan las obligaciones condicionales, pero esto es así porque el efecto de la resolución contractual por incumplimiento se puede equiparar en gran medida al del acaecimiento del hecho que determina, por disposición contingente de las partes, la resolución de una obligación sometida a condición resolutoria. Con todo, dice la apelante que en el concurso se atribuyó al derecho de Jesús Manuel a la restitución de las cantidades avanzadas por razón del contrato de compra de las parcelas litigiosas el carácter de crédito contingente ordinario, y que él, al no impugnar tal calificación en momento alguno, la consintió. De manera que, con la aprobación del convenio que puso fin al concurso, quedó sujeto a las determinaciones que se establecieron en el propio convenio para los créditos ordinarios, pues, cumplida la contingencia o condición de la resolución del referido contrato de venta de parcelas por incumplimiento de la concursada, el derecho de restitución devenía crédito ordinario contra MARTINSA-FADESA, SA. Ahora bien, a tenor de las observaciones realizadas por el juez del concurso en la sentencia que aprobó el aludido convenio, y en vista de la forma en que éste define su propio ámbito de aplicación, esta Sala no puede compartir la tesis de la apelante sobre cuál ha sido la calificación del crédito litigioso. Ya vimos como el juez hizo notar que el hecho de que la Administración del Concurso lo hubiera incluido entre los créditos contingentes no impedía que, si se producía la resolución del contrato del cual provenía por un incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tuviera el tratamiento de crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal. También constatamos como en la estipulación 1.3 del mismo convenio se excluían de su ámbito de aplicación los créditos posteriores a la declaración del concurso, de forma congruente con la disposición legal que regula el ámbito de aplicación de este tipo de convenios, recogida en el artículo 134.1 de la Ley recién citada. Por lo tanto, ni por la naturaleza genuina del derecho, ni por la forma en que ha sido calificado en el concurso, era procedente que quedara sujeto al régimen estipulado en el convenio en cuestión. Y es que, como concluye, con admirable sencillez y con todo rigor jurídico, el juez de primera instancia, no es de recibo que las disposiciones de un convenio vinculen a unas personas cuyos derechos han nacido con posterioridad a su conclusión. Así pues, no puede prosperar, tampoco, el tercero, y principal, motivo del recurso de apelación.

Sexto. SOBRE LOS INTERESES QUE HA DE PAGAR LA DEUDORA PARA QUE LA COMPENSACIÓN DE LA ACREEDORA POR SU INCUMPLIMIENTO SEA COMPLETA. El cuarto motivo de apelación, al cual dedica la recurrente la alegación séptima de su escrito de recurso, se basa en la consideración de que, en cualquier caso, el derecho de la actora se vería afectado por la suspensión del devengo de intereses que establece el artículo 59.1 de la Ley Concursal, de tal manera que el crédito por este concepto accesorio tendría la naturaleza de subordinado. La disposición legal que acabamos de citar se refiere, sin embargo, a los genuinos intereses remuneratorios, es decir, a los que se establecen en una obligación, por disposición de la ley que la constituye, o de las partes que la estipulan, para compensar a una de las partes por haber atribuido a la otra durante un periodo de tiempo el poder de disposición sobre una suma de dinero, con la correlativa imposibilidad para el cedente de disfrutar durante ese mismo periodo del rendimiento que pueda producir esa suma. El ejemplo más típico sería el del contrato de préstamo con interés. Una de las partes entrega a otra una suma de dinero por un tiempo determinado. La otra no sólo ha de devolver el capital recibido, sino también sus réditos, para compensar a quien le dejo el dinero por el tiempo durante el cual no ha podido obtener el producto de ese mismo capital. Estos son los intereses cuyo devengo se interrumpe por la declaración del concurso. En cambio, los que tiene derecho a percibir ahora la demandante no resultan de una estipulación del contrato de venta de las parcelas que estuviera vigente en el momento de la declaración del concurso -en ese momento, MARTINSA-FADESA, SA, no tenía ninguna obligación de pagar a Jesús Manuel, por las cantidades que había recibido avanzadas por razón de ese mismo contrato, intereses- Se trata, simplemente, de que la indemnización que ha de recibir el demandante como consecuencia del incumplimiento contractual de la parte contraria comprenda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 124 del Código civil español, no sólo la restitución de lo que ha invertido en el negocio, sino también la compensación por los réditos que habría podido obtener con su dinero de no haber realizado tal inversión. Se trata, en definitiva, de dejarlo indemne, que eso significa indemnizar, o sea, en una situación que se asemeje lo más posible a la que tendría de no haber celebrado el contrato fracasado. Perece, pues, también, este motivo de apelación.

Séptimo. Por último, solicita la apelante, en su recurso, que se revise el pronunciamiento por el que se ve obligada a pagar las costas de la primera instancia, porque considera que el asunto suscitaba significativas dudas, lo que habría justificado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, que el juez no hubiera hecho uso del criterio del vencimiento objetivo para tomar su decisión sobre este particular. Alude, en este sentido, a la existencia de diversos criterios en los tribunales que han tratado la cuestión litigiosa. Esta Sala considera, sin embargo, como ya ha tenido ocasión de explicar, que el planteamiento que justifica el principal motivo de recurso de la apelante es, en realidad, muy artificioso, y no justifica hacer una excepción a la regla general a la que se sujeta la imposición de las costas procesales. Rechazamos, pues, el último motivo de apelación, con la consiguiente confirmación, por sus propios y acertados fundamentos de derecho, de la

sentencia de instancia.”: SAP Tarragona (Sección 3) 17.12.2013 (Sentencia 15/2014; Rollo 210/2013)

“PRIMERO. Con fecha de 23-mayo-2005, MARTINSA-FADESA, S.A. como vendedora, y Doña. Catalina y Carlos José como compradores, suscribieron un contrato por el que la primera se obligaba a trasmitir a los segundos, a cambio de un precio, la propiedad de la parcela sita en MANZANA RU1-2, número 9 con una superficie aproximada de 780m2., obligándose la vendedora ahora apelante a entregar la parcela objeto del contrato *"aproximadamente en 24 meses desde la obtención de licencia de edificación"* (folio 47 de las actuaciones). Esta fecha de inicio del cómputo no tenía mucho sentido pues, tratándose de un obligación de entrega de parcela y no de viviendas ya construidas, no era preciso contar con una licencia de ese tipo para cumplir con tal obligación. Con posterioridad a la firma del contrato, han ido sucediendo varias cosas de interés para este pleito: * por un lado, los compradores Srs. Catalina y Carlos José fueron avanzando diversas cantidades a cuenta del precio convenido hasta completar una suma de 71.340.- euros; * por otra parte, antes de que estuviera a la vista la conclusión de las obras de urbanización, MARTINSA-FADESA, S.A. obtuvo la declaración de concurso voluntario, mediante Auto de 24-julio-2008 (folio 96). La administración concursal propuso la clasificación del crédito que pudiera corresponder a los compradores para la recuperación de las cantidades avanzadas a cuenta del contrato litigioso como contingente (folio 100). Ahora bien, en la resolución que dictó el Juez del concurso para aprobar el convenio que puso fin al procedimiento, estableció que esta clasificación, común a diversas situaciones análogas, no impedía que los compradores de parcelas instaran, por razón de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, la eventual resolución de los contratos de venta, con la consecuencia de que el eventual reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud de tales contratos tendría el tratamiento de un crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal, y no de un crédito sujeto a las estipulaciones del convenio (v. sentencia de 11-marzo-2011 del Juzgado Mercantil nº 1 de La Coruña, - ROJ: SJM C 18/2011 -, Fundamento de Derecho 3º: *"Ha de precisarse, sin embargo, que la demandante figura en el listado definitivo, bajo su anterior denominación social de BROOMCO (3013) LIMITED (acreedor nº. 1171 del listado), como titular de créditos contingentes por la cuantía pagada (810.523, 48 #) hasta el 24 de julio de 2008 (fecha de la declaración del concurso de MARTINSA- FADESA S.A.), con la clasificación de ordinario. La cuantificación de estos créditos ha de entenderse a efectos puramente informativos y sin trascendencia concursal alguna, puesto que por definición legal -artículo 87. 3 de la LC - los créditos contingentes carecen de cuantía propia y sus titulares tienen suspendidos los derechos de adhesión, voto y cobro.*
Quiere ello decir que no es exactamente cierto que ASPIRATION PROPERTIES LIMITED no se haya adherido a la propuesta de convenio que resultó aceptada por la mayoría, puesto que no podía tampoco legalmente hacerlo en tanto que figura en el listado exclusivamente como titular de créditos contingentes y tiene, por ello, suspendido su derecho de adhesión.
La administración concursal en el concurso de MARTINSA- FADESA S.A., ante la discutida cuestión del tratamiento concursal que deben recibir los derechos de los que son parte en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración del concurso (art. 61. 2 LC), ha optado por incluirlos en el listado como titulares de créditos contingentes, con la clasificación de ordinarios, en función de las sumas entregadas a cuenta del precio final hasta la fecha del auto de declaración del concurso. En muchas resoluciones incidentales dictadas en el seno de este concurso se ha cuestionado que esta modalidad de reconocimiento sea realmente la más ajustada a estos supuestos. Los contratos a que se refiere el artículo 61. 2 de la LC permanecen en vigor tras la declaración del concurso, y tanto el crédito a la prestación a que venga obligado el deudor concursado como, en su caso, el crédito restitutorio e indemnizatorio que pueda proceder de una resolución, judicialmente acordada, por incumplimiento posterior del deudor en concurso en contratos de tracto único, serán créditos contra la masa (art. 84 2 6º de la LC), no créditos concursales. La tesis de la administración concursal es, por ello, discutible aunque tiene desde luego la virtud de proporcionar una información adecuada de la obligaciones de restitución que en su caso pueden resultar declaradas y resulta particularmente útil en los casos en que queda demostrado que el contrato fue unilateralmente resuelto por la parte cumplidora antes del auto de declaración del concurso pues, cuando se declara judicialmente la procedencia y eficacia de esa resolución extrajudicial anterior, el crédito concursal, hasta entonces contingente, quedará concretado en el importe de las sumas a que alcance la obligación de restitución con, en su caso, los intereses devengados hasta la fecha del auto de declaración del concurso y eventualmente la indemnización de daños y perjuicios. Con todo, cabían otras soluciones probablemente más ajustadas a la Ley concursal, como la de excluir a los compradores de la lista de acreedores, considerando que no son en realidad acreedores concursales cuyos créditos integren la masa pasiva (artículo 49 LC), y menos por el importe de las sumas entregadas a cuenta del precio, sino partes en contratos pendientes de cumplimiento que continúan en vigor tras la declaración del concurso, sin que de ello se siga que puedan ser reconocidos como acreedores contra la masa salvo cuando, conforme al contrato, puedan reclamar el cumplimiento de la prestación comprometida o, en caso de resolución por incumplimiento, la restitución e indemnización consecuente.
La decisión de la administración concursal de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de créditos concursales ordinarios pero contingentes no ha impedido, ni puede impedir, que quien es parte en un contrato de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento promueva la resolución del contrato con base en incumplimientos de la deudora en concurso posteriores al auto de declaración, y que, cuando la demanda resolutoria es estimada, el crédito restitutorio y eventualmente el indemnizatorio se reconozcan como créditos contra la masa del artículo 84 2 6º de la LC. En tal caso simplemente ocurre que la eventualidad que hacía el crédito contingente no se llega a cumplir nunca y el crédito concursal ordinario no llega a concretarse").
En el mismo sentido, la estipulación 1.3 del mismo convenio incluía en su ámbito de aplicación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la propia Ley Concursal, los créditos anteriores a la declaración del concurso, con la consiguiente exclusión de los posteriores. Igualmente, mediante carta de 10-diciembre-2008

dirigida por la administración concursal de MARTINSA-FADESA a los actores, se les comunicaba que *"el comprador de un bien inmueble (vivienda,..., parcela,...) que suscribió un contrato privado de compra con MARTINSA-FADESA, S.A. no se considera -en principio- acreedor de la concursada, pues no se le debe cantidad económica alguna, aunque existe evidentemente una obligación de escriturar y entregar el bien en la fecha pactada en el contrato privado, pero ello no convierte sin más al comprador en acreedor durante el concurso, salvo en los supuestos de incumplimiento"* (folio 103).

Sucedió que, en efecto, los compradores de la parcela decidieron que el retraso de la otra parte en la ejecución de la obra de urbanización le había privado de interés en seguir adelante con el contrato por lo que en marzo de 2.012 promovieron, por medio de la demanda judicial que dio lugar al actual procedimiento, la resolución de la relación jurídica (contrato de compraventa de parcela de fecha 23-mayo-2005, folios 45 y ss.), con la consiguiente pretensión de que se reconociera su derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud del propio contrato, con sus correspondientes intereses desde que fueron hechos los pagos hasta el momento de la devolución.

La demandada objetó que la conclusión de la obra era inminente (folio 209) y que, por tanto, estaba *"a punto de entregar las viviendas y parcelas que forman parte de la promoción de L'Aldea"* (folio 200), y dispuesta a cumplir con su obligación de entrega de la parcela *"con un calendario estimativo de entrega de las obras a los clientes de esta promoción previsto para el tercer trimestre de 2012"* (folio 200); y, que, en último término, de entenderse que era procedente la resolución, el derecho del demandante al recobro de las cantidades avanzadas debía sujetarse, de forma coherente con la naturaleza asignada a tal crédito durante la tramitación del concurso, al régimen establecido en el convenio que le había puesto fin (folio 214).

El Juez de primera instancia concluye que *"se fijaba para el inicio del cómputo del plazo un hito de imposible cumplimiento, pues no corresponde a la parte vendedora solicitar la licencia de edificación... La redacción del contrato supone la absoluta y total indeterminación de la fecha de entrega, lo que es imputable a la parte demandada a quien cabe atribuir la redacción del contrato. El tiempo para cumplir la obligación sustancial del vendedor, que es la de la entrega de la parcela, queda a su arbitrio con el tenor del contrato con el tenor del contrato y ello determina la nulidad de la cláusula que fijaba el tiempo de la entrega por la aplicación de la legislación protectora de los consumidores"* (pág. 13/28 de la sentencia recurrida, folio 561). Es decir, no había, en realidad, un plazo de entrega fijo. Ahora bien, como en cualquier caso se había superado con la demora en la ejecución de la obra, cualquier expectativa razonable que hubiera podido formarse el comprador, éste tenía derecho a la resolución del contrato. Según el Juez de instancia, *"más que un retraso en la entrega, lo que existe es un incumplimiento que puede calificarse de definitivo de la obligación,..., pues en marzo de 2012, ni se había entregado la parcela susceptible de edificación habiendo transcurrido la friolera de casi siete años desde la firma del contrato, ni existía la posibilidad de entregarla porque no se había terminado la urbanización..... Las decisiones en la ejecución ya no dependen de su exclusiva voluntad habiéndose constituido una Junta de Compensación..., Puede considerarse que se ha producido un incumplimiento grave y esencial del contrato, que frustra el interés de cualquier comprador"* (págs. 15 y 16/28 de la sentencia, folios 563 y 564).

Producida la resolución en virtud de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, el consiguiente derecho a la recuperación de las cantidades avanzadas en virtud del contrato no podía considerarse sujeto al convenio aprobado en el propio Concurso, cuyo ámbito de aplicación sólo se extendía a los derechos nacidos con anterioridad al momento procesal indicado: *"no cabe reputar sometido al convenio un crédito que se reconozca como consecuencia de una resolución que no se ha instado antes del concurso y se funda en un incumplimiento posterior a la declaración del concurso"* (pág. 21/28 de la sentencia, folio 569); *"A la fecha de declaración del concurso el 24 de julio de 2008 se mantenía vigente entre las partes un contrato de tracto único que tenía pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas de ambas partes"* (pág. 23/28, folio 571), añadiendo el Juzgador a quo que *"es difícilmente compatible argumentar como motivo principal de oposición que no hay razón para acordar la resolución porque no se ha producido incumplimiento de MARTINSA FEDESA por no haber entregado la parcela a marzo de 2012 y sostener que el incumplimiento, caso de haberse producido, sería anterior a julio de 2008"* (pág. 24/28, folio 572). La sentencia de primera instancia estimaba, pues, de forma íntegra la demanda. La demandada interpone recurso de apelación contra esta sentencia por los motivos que se irán desgranando en los fundamentos de derecho que siguen.

SEGUNDO. Antes de entrar en la verdadera cuestión suscitada con el recurso, debemos salir al paso de una alegación preliminar de la parte demandante que argumenta, de un lado, que la parte recurrente no citaba cuáles eran los pronunciamientos que impugnaba y, por otro lado, representaba un intento de que un Tribunal sin competencia objetiva revisara una calificación del Juzgado Mercantil.

En realidad, aun cuando la apelante no haya dedicado una rúbrica específica de su recurso a establecer cuáles son los pronunciamientos que impugna, queda claro, a tenor del texto de su escrito, que pretende, en principio, la íntegra revocación de la sentencia del Juez a quo y, de forma subsidiaria, la de los pronunciamientos que ordenan que el pago del principal y los intereses del crédito declarado se haga sin sujeción al régimen estipulado en el convenio aprobado en el concurso de la deudora y que ésta sea condenada a pagar las costas de la primera instancia. Así, en

el suplico de su escrito de interposición del recurso se dice: *"... dicte Resolución por la que, estimando en su integridad el presente Recurso de Apelación revoque la Sentencia de instancia y se declare que no cabe la resolución del presente contrato y subsidiariamente se declare, para el caso de que se estime procedente la resolución acordada, que el crédito reconocido al demandante es un crédito concursal y por tanto, sometido a la forma y a las condiciones de pago fijadas en el Convenio de Acreedores aprobado en el Concurso de Acreedores de MARTINSA FADESA, y no un crédito contra la masa como lo reconoce la Sentencia de Instancia y los intereses, como subordinados"* (folios 634 y 635).

En cuanto al otro óbice procesal aludido, debe decirse que la apelante no pretende que este Tribunal revise la calificación del crédito que se hizo en el concurso, sino que defiende, precisamente, que se sujete a tal

calificación, si bien la interpreta en modo diferente a la forma en que lo hace la parte contraria.
TERCERO. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA DEMANDADA. Aduce la parte apelante en el primer motivo de recurso que, habiéndose constituido una Junta de Compensación cuya finalidad es la de terminar las obras de urbanización, haberse aprobado la adjudicación del contrato de ejecución de obra a favor de la empresa MJ GRUAS, y que queda únicamente el 20% de la obra inicialmente contratada para su finalización (folio 594), es posible, aún, cumplir con la obligación de entrega de la parcela a la que se refería el contrato, estando *"plenamente capacitado para poder entregar la parcela totalmente urbanizada de acuerdo con lo establecido en el contrato por lo que no es cierto que exista un incumplimiento definitivo"* (folio 595). Por tanto, según su tesis, no cabía entender que hubiera quedado irremisiblemente frustrada la expectativa que había llevado a la otra parte a celebrar el aludido contrato, con la consecuencia de que no había sido procedente declarar su resolución, así como que el demandante podía haber comenzado a edificar y no lo hizo (folio 595).
Tal y como ya se ha expuesto, el Juez de primera instancia es claro y concluyente: *"se fijaba para el inicio del cómputo del plazo un hito de imposible cumplimiento, pues no corresponde a la parte vendedora solicitar la licencia de edificación... La redacción del contrato supone la absoluta y total indeterminación de la fecha de entrega, lo que es imputable a la parte demandada a quien cabe atribuir la redacción del contrato. El tiempo para cumplir la obligación sustancial del vendedor, que es la de la entrega de la parcela, queda a su arbitrio con el tenor del contrato con el tenor del contrato y ello determina la nulidad de la cláusula que fijaba el tiempo de la entrega por la aplicación de la legislación protectora de los consumidores"* (pág. 13/28 de la sentencia recurrida, folio 561). Es decir, no había, en realidad, un plazo de entrega fijo. Ahora bien, como en cualquier caso se había superado con la demora en la ejecución de la obra, cualquier expectativa razonable que hubiera podido formarse el comprador, éste tenía derecho a la resolución del contrato. Según el Juez de instancia,
"más que un retraso en la entrega, lo que existe es un incumplimiento que puede calificarse de definitivo de la obligación,..., pues en marzo de 2012, ni se había entregado la parcela susceptible de edificación habiendo transcurrido la friolera de casi siete años desde la firma del contrato, ni existía la posibilidad de entregarla porque no se había terminado la urbanización..... Las decisiones en la ejecución ya no dependen de su exclusiva voluntad habiéndose constituido una Junta de Compensación..., Puede considerarse que se ha producido un incumplimiento grave y esencial del contrato, que frustra el interés de cualquier comprador"
(págs. 15 y 16/28 de la sentencia, folios 563 y 564).
Así las cosas, no es razonable pretender que una demora de más de siete años no sea suficiente para frustrar las expectativas de la parte afectada. El primer motivo de recurso no puede prosperar.
CUARTO. SOBRE LA FUERZA MAYOR. Considera la parte apelante que el retraso en el cumplimiento (insiste en un mero retraso, como si no se tratara de un verdadero y propio incumplimiento), obedeció a causas de fuerza mayor que imposibilitarían la resolución del contrato (folios 596 a 598), consistiendo lo que denomina *inconveniente fundamental"en que en el Plan Parcial aprobado por el Ayuntamiento de l'Aldea se contemplaba el abastecimiento de agua a la Urbanización desde unos depósitos de agua municipales propiedad del mismo Ayuntamiento de l'Aldea. Dichos depósitos de agua resultaron insuficientes para abastecer a la urbanización que se estaba construyendo por mi mandante por lo que mi mandante, se vio obligada a buscar soluciones alternativas que solventaran este problema que supusieron negociar con el Instituto Catalán Suelo, la Agencia Catalana del Agua, así como plantearse llevar a cabo expropiaciones etc."* (folio 597). Del mismo modo, añade una segunda causa: *"la situación global económica que motivó que mi mandante se viera obligada a solicitar la declaración de concurso de acreedores"* (folio 597).
Según la explicación clásica del concepto que resume, en síntesis, el artículo 1.105 del Código civil español, se consideran como casos de fuerza mayor aquellos acontecimientos que escapan a la previsión humana o que, aun habiendo sido previstos, no han podido evitarse. Anida en este concepto la idea de que el ser humano puede combatir las contingencias que se derivan de su relación con sus semejantes, pero no las que, por provenir de la furia desatada de los elementos, integran el *fatum* adverso, designio ineluctable de la divinidad contra el que nada puede hacerse. Es evidente que contingencias como las que hace servir como pretexto la apelante, que pueden producirse en cualquier obra de urbanización, como son los problemas que puedan afectar de forma temporal al abastecimiento de los servicios y suministros básicos,
o las vicisitudes económicas del período en el que se desenvuelve la actividad, no se acercan, ni de lejos, al concepto expresado. El segundo motivo de apelación debe, pues, también decaer.
QUINTO. SOBRE LA INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LA CLAUSULA SEPTIMA DEL CONTRATO.
La parte apelante efectúa en su escrito de recurso una extensa exposición sobre la interpretación de los contratos (folios 598 a 604) con la finalidad de convencer a la Sala de que el Juzgador de instancia yerra cuando declara la nulidad de dicha cláusula (relativa al plazo de entrega de la parcela, v. folios 47 y 48), no obstante reconocer que *"someter el inicio del cómputo del plazo al otorgamiento de la licencia de edificación, en estrictos términos, no tiene sentido ni razón, ya que el objeto del contrato es la entrega de una parcela urbanizada y no de una edificación como tal"* (folio 598).
Debe partirse de que la interpretación de los contratos es aquella operación que consiste en mostrar la explicación y significado del mismo, con la finalidad básica de establecer el alcance de la vinculación entre las partes, especialmente, en función del cumplimiento o ejecución de aquél. La coincidencia de voluntades que expresa el contrato se produce como consecuencia de sendas declaraciones de voluntad, motivadas por sujetos diferenciados y actuantes conforme a intereses propios y distintos; no obstante, finalmente, se llega a un acuerdo que sitúa al contrato, por encima de las voluntades individuales de los contratantes al adquirir un valor autónomo como Ley rectora de las obligaciones contraídas entres las partes (v. por todas STS de 24-09-2003), así como que la doctrina jurisprudencial, aún partiendo de la base de afirmar como indiscutible, la preferencia del sentido literal de los términos de un contrato en caso de una claridad esencial, sin embargo la matiza en el sentido de la obligación de tener en cuenta otros datos, como es el de la conducta completa de los contratantes, constituida por sus actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato, y aquí hace entrar en juego el artículo 1282 de dicho Código. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Octubre de 1993 manifiesta

que cuando surjan dudas fundadas sobre la verdadera intención de los contratantes, el órgano judicial que lleve a efecto la labor exegética no puede detenerse en la mera literalidad de los términos del contrato, por claros que éstos le parezcan, sino que han de indagar lo verdaderamente creído o intención evidente de los contratantes, acudiendo para ello a los demás medios hermenéuticos que le brinda el ordenamiento jurídico, uno de los cuales es atender a los actos anteriores, coetáneos y posteriores del contrato (artículo 1282 del Código Civil) (v. STS de 16-06-2005).

De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal comparte total y absolutamente los acertados razonamientos del Juzgador de instancia: *"El tiempo para cumplir la obligación sustancial del vendedor, que es la de la entrega de la parcela, queda a su arbitrio con el tenor del contrato y ello determina la nulidad de la cláusula que fijaba el tiempo de la entrega por aplicación de la legislación protectora de los consumidores,.... Así la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente a la fecha de suscripción del contrato privado de compraventa, exige en el artículo 13.1 la información a los consumidores de la fecha de producción o suministro. La cláusula 5 ª de la Disposición Adicional Primera expresamente considera como abusiva la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional. El art. 1256 del Código Civil establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes.... Además, con aplicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y conforme a su Disposición Adicional Primera, debe reputarse abusiva esta cláusula relativa al plazo de entrega. El art. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en la redacción vigente cuando se concertó el contrato, señala que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas.... En suma, la cláusula séptima del contrato,..., debe reputarse nula por abusiva, al ser notoriamente perjudicial al consumidor y causar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en el contrato"* (folios 561 y 562).

Por otra parte, debe citarse por su importancia la STS de 03-Julio-2013 (ROJ: STS 4567/2013) que establece: *"Alegó el recurrente que procedía la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de entrega, teniendo en cuenta que la cláusula que la regula es indeterminada, confusa, desproporcionada y, por tanto, abusiva, por lo que habría de integrarse el contrato de acuerdo con el art. 1258 del C. Civil, al considerarse inaplicable la cláusula abusiva, infringiéndose junto con los preceptos mencionados en los motivos de casación, el art. 10 de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Esta Sala en relación con contrato de la misma redacción, pero firmado entre URBEM y otro comprador, se pronunció en sentencia de 21 de marzo de 2013, rec. 1544 de 2010. En la misma se declaraba:..... Siguiendo esta Sala, la misma línea argumental, debemos declarar abusivas, por indeterminadas y desproporcionadas en perjuicio del consumidor las cláusulas que establecen un plazo confuso para la entrega de la obra, adornado de todo tipo de exoneraciones en beneficio del promotor y vendedor, de tal manera, que el comprador no sabe cuándo está obligado el vendedor a entregarla (art. 10 bis Ley General de Consumidores y Usuarios, vigente en la fecha del contrato).*

Como ya se declaró en la sentencia objeto del recurso 1544 de 2010 de esta Sala, se fijó un plazo orientativo que vendría a conculcar lo establecido en el artículo 10 bis y la disposición adicional primera I 5ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la redacción anterior al RDLeg. 1/2007), el primero de cuyos preceptos dispone que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley", mientras que la segunda de las citadas normas establece que a los efectos previstos en dicho artículo 10 bis, tendrá el carácter de cláusula abusiva, entre otras, "la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional".... Incumplido el plazo de entrega de forma notoria por la vendedora, procede acordar la resolución del contrato (art. 1124 del C. Civil), con mutua devolución de lo entregado, más los intereses legales (Disposición adicional primera LOE) desde la interposición de la demanda".

El motivo, en consecuencia, se desestima.

SEXTO. INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO ANTERIOR A LA DECLARACION DE CONCURSO.

SOBRE LA NATURALEZA DEL CRÉDITO DISCUTIDO.

A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: Desarrolla la parte apelante en las alegaciones que van de la quinta a la octava (folios 605 a 630) de su escrito de interposición del recurso, un único motivo, que concluye con la apreciación de que, como el derecho litigioso había sido calificado dentro del concurso de MARTINSA-FADESA, SA, como un crédito contingente ordinario, debía sujetarse a las prescripciones del convenio que había puesto fin al referido concurso.

Despliega su razonamiento la apelante señalando en la alegación quinta de su escrito que, para el caso de que se confirme por este Tribunal la procedencia de la resolución del contrato, el incumplimiento resolutorio de la apelante es anterior a la declaración del concurso, por lo que el crédito reconocido a la parte actora deberá serlo con la calificación de crédito concursal, reiterando nuevamente su tesis relativa a la interpretación del plazo de entrega del inmueble, llegando a la conclusión de que dicho término vencía el 08-julio-2007, fecha anterior en más de un año a la fecha de declaración del concurso el 24-julio-2008 (folio 606); por tanto, *"aunque la pretensión de resolución se ejercita por la actora en un momento posterior a la declaración del concurso y de hecho se declara resuelto el contrato con posterioridad a dicha declaración, el incumplimiento resolutorio alegado es el de la falta de entrega en plazo de la parcela objeto de contrato y, este incumplimiento, ya se había producido con posterioridad a la declaración del concurso de acreedores"* (folio 608). Añade en su alegación sexta que lo anterior determinaría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo

62.4 de la Ley Concursal, que el crédito surgido como consecuencia de la resolución se sustrajera al régimen que se estableció en el correspondiente convenio para el tratamiento de los créditos contra la concursada, siendo un crédito concursal y sometido al citado convenio de acreedores (folio 608).

B) CRITERIO DE LA SALA: EL INCUMPLIMIENTO QUE JUSTIFICÓ LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

DEBE ENTENDERSE PRODUCIDO CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA DEUDORA. De entrada, esta Sala comparte el criterio del Juez *a quo* sobre la absoluta falta de precisión de que adolece la cláusula relativa al plazo de cumplimiento de la obligación de entrega de las parcelas vendidas, extremo suficientemente explicado. Resulta paradójico, incluso, que la misma parte que ha defendido, según lo que hemos visto, que aún estaba a tiempo de cumplir su obligación de entrega, pretenda ahora, por medio de una interpretación integradora de la cláusula en cuestión, que el plazo venció, en realidad, meses antes de que la propia deudora fuera declarada en concurso.

Aun cuando considerásemos susceptible de enmienda el error de haber designado como día inicial del cómputo el de la licencia de edificación, subsistiría la imprecisión derivada de la utilización del adverbio *"aproximadamente"* (folio 47). Está claro que lo que no puede pretender de ninguna de las maneras la responsable de la redacción de la cláusula es que la imprecisión juegue a su favor, de tal suerte que, a los efectos de defender la vigencia del contrato, se considere irrelevante el retraso acumulado y, en cambio, cuando se trata de entender establecido un plazo concreto de cumplimiento de la obligación, la idea de un plazo meramente indicativo que sugiere el referido adverbio se desvanezca en el aire como una pompa de jabón. Pero aún hay más: el mero retraso en el cumplimiento de una obligación no justifica, sin más, salvo que suponga la vulneración de un plazo que, por disposición de las partes, o por la naturaleza de la obligación, se considere esencial, la resolución de la relación jurídica; únicamente significa la constitución del deudor en mora, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. Pero la resolución de una relación requiere algo más, un plus. Para que la demora se equipare con el propio y genuino incumplimiento debe tener un alcance tal que signifique una frustración de las expectativas que llevaron a la parte afectada a contratar. Así lo ha establecido en numerosas sentencias la Sala Civil del Tribunal Supremo. Por tanto, no podemos entender que el incumplimiento que justificó la resolución del contrato, el incumplimiento, insistimos, y no el mero retraso, se hubiera consumado ya, como sostiene la apelante, en julio de 2.007. No podemos establecer una fecha determinada como momento a partir del cual estaba justificada la resolución, pero sí que podemos concluir que tuvo que ser posterior a la declaración de concurso de la deudora. Sólo así se puede entender que la propia demandada MARTINSA FADESA señale en el Hecho 2º de su escrito de contestación a la demanda que ésta es una reacción al ofrecimiento de la apelante de entregar la parcela vendida, con una previsión de entrega *"para el tercer trimestre de 2012 (es decir para dentro de cinco meses aproximadamente"* (folio 200), esto es, insistiendo en la vigencia del contrato y ofreciendo un no muy remoto cumplimiento de su obligación principal.

Con esto se da cumplida respuesta también a la alegación octava (imposibilidad de resolver un contrato de tracto sucesivo si el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso de acreedores, folio 623) del escrito de interposición del recurso.

C) DE LO ANTERIOR RESULTA QUE EL CRÉDITO CONSISTENTE EN EL DERECHO DEL COMPRADOR A RECUPERAR LAS CANTIDADES AVANZADAS ERA UN CRÉDITO CONTRA LA MASA, Y NO CONTRA EL CONCURSADO. Así pues, de las dos hipótesis que plantea el artículo 62.4 de la Ley Concursal en relación con el régimen al cual deben sujetarse, una vez declarada la resolución de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas en el que sea parte el concursado, las obligaciones que subsistan a su cargo, hemos de optar claramente por la que califica el crédito correlativo como crédito contra la masa, y no contra el concursado. En efecto, en la medida en la que el incumplimiento del concursado, en el bien entendido de que hablamos del incumplimiento propio y genuino, el que justifica la resolución, es posterior a la declaración del concurso, el derecho de la otra parte contractual al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento no queda sujeto a su régimen, y se sustrae, por tanto, a las condiciones que hayan podido establecerse o se establezcan en un posible convenio. En el mismo sentido, el artículo 86.2. 6º de la misma Ley, antes citado, califica el derecho a la restitución de las cantidades avanzadas que tiene el acreedor del concursado, en caso de resolución de un contrato de la naturaleza indicada por razón de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, como crédito contra la masa. A estos efectos, la Ley no distingue entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.

Igualmente debe rechazarse lo manifestado por la parte apelante en su alegación séptima referente a la incompetencia del Juez de Primera Instancia para modificar la calificación firme de un crédito fijada por un Juzgado mercantil (folios 612 y ss.). No existe esa pretendida modificación que sólo puede entenderse como una alegación efectuada en el ejercicio del derecho de defensa. Como ya se expuso anteriormente, en la resolución que dictó el Juez del concurso para aprobar el convenio que puso fin al procedimiento, estableció que esta clasificación, común a diversas situaciones análogas, no impedía que los compradores de parcelas instaran, por razón de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, la eventual resolución de los contratos de venta, con la consecuencia de que el eventual reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud de tales contratos tendría el tratamiento de un crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal, y no de un crédito sujeto a las estipulaciones del convenio (v. sentencia de 11-marzo-2011 del Juzgado Mercantil nº 1 de La Coruña, -ROJ: SJM C 18/2011 -, Fundamento de Derecho 3º). Y en el mismo sentido, la estipulación 1.3 del mismo convenio incluía en su ámbito de aplicación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la propia Ley Concursal, los créditos anteriores a la declaración del concurso, con la consiguiente exclusión de los posteriores. Igualmente, mediante carta de 10-diciembre-2008 dirigida por la administración concursal de MARTINSA-FADESA a los actores, se les comunicaba que *"el comprador de un bien inmueble (vivienda,..., parcela,...) que suscribió un contrato privado de compra con MARTINSA-FADESA, S.A. no se considera -en principio- acreedor de la concursada, pues no se le debe cantidad económica alguna, aunque existe evidentemente una obligación de escriturar y entregar el bien en la fecha pactada en el contrato privado, pero ello no convierte sin más al comprador en acreedor durante el concurso, salvo en los supuestos de incumplimiento"* (folio 103).

D) CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Subsiste, sin embargo, desde el punto de vista de la parte apelante, el argumento de que, en cualquier caso, la Administración del Concurso calificó el derecho del demandante a la eventual restitución de las cantidades avanzadas en virtud del contrato

al que nos referimos como crédito contingente ordinario (v. folios 591 y 613), categoría prevista en el artículo 87.3 de la Ley Concursal.
Desde la perspectiva que defiende la recurrente, se entiende que, confirmada la existencia y eficacia del crédito que, inicialmente, por su carácter litigioso o por estar sometido a condición suspensiva, se ha considerado de carácter contingente, en el sentido de que no necesariamente había de devenir eficaz, había de pasar a recibir el tratamiento de un crédito ordinario contra el concursado. Detrás de esta concepción, se intuye la idea de que el derecho a la restitución al que nos referimos nace para cada una de las partes desde el mismo momento en que ambas pactan la realización recíproca de unas determinadas prestaciones, si bien se trata de un derecho sometido a la condición suspensiva de que una de las partes no lleve a cabo aquello a lo que en principio venía obligada de tal manera que, como compensación por la falta de eficacia de la prestación inicialmente pactada, la otra parte pueda exigir la devolución de aquello que ya haya hecho efectivo por razón del contrato. Así, la obligación de realizar la prestación principal vendría sujeta a la mal llamada condición resolutoria implícita de incumplimiento a la que alude el artículo 1.124 del Código civil español y, de forma correlativa, la de llevar a cabo la restitución de lo que se reciba por razón del contrato o de indemnizar en la forma que proceda a la parte perjudicada por tal incumplimiento dependería de una condición suspensiva. Tal construcción es, sin embargo, sumamente artificiosa. En un sentido propio, la condición es un elemento accidental del negocio jurídico, que se concreta en un pacto por el que las partes de un contrato sujetan la eficacia de una obligación, bien su nacimiento si se trata de una condición suspensiva, bien su extinción si es resolutoria, al acaecimiento de un hecho futuro, lícito, incierto, posible y arbitrariamente querido por ambas. Ahora bien, el establecimiento de un régimen jurídico para el caso de que una de las partes de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas no cumpla su obligación no puede considerarse en ningún caso como elemento accidental del negocio, ya que es una parte necesaria y esencial de su propia estructura. Es cierto que el artículo 1.124 del Código civil español se incluye en una sección en la que se regulan las obligaciones condicionales, pero esto es así porque el efecto de la resolución contractual por incumplimiento se puede equiparar en gran medida al del acaecimiento del hecho que determina, por disposición contingente de las partes, la resolución de una obligación sometida a condición resolutoria. Con todo, dice la apelante que en el concurso se atribuyó al derecho de la parte actora a la restitución de las cantidades avanzadas por razón del contrato de compra de la parcela litigiosa el carácter de crédito contingente ordinario, y que al no impugnar tal calificación en momento alguno (v. folio 217), la consintió. De ello se infiere que con la aprobación del convenio que puso fin al concurso, quedó sujeto a las determinaciones que se establecieron en el propio convenio para los créditos ordinarios pues, cumplida la contingencia o condición de la resolución del referido contrato de venta de parcelas por incumplimiento de la concursada, el derecho de restitución devenía crédito ordinario contra MARTINSA-FADESA, S.A.. Ahora bien, a tenor de las observaciones realizadas por el Juez del concurso en la sentencia que aprobó el aludido convenio, y en vista de la forma en que éste define su propio ámbito de aplicación, esta Sala no puede compartir la tesis de la apelante sobre cuál ha sido la calificación del crédito litigioso. Ya vimos como el Juez hizo notar que el hecho de que la Administración del Concurso lo hubiera incluido entre los créditos contingentes no impedía que, si se producía la resolución del contrato del cual provenía por un incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tuviera el tratamiento de crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal. También constatamos como en la estipulación 1.3 del mismo convenio se excluían de su ámbito de aplicación los créditos posteriores a la declaración del concurso, de forma congruente con la disposición legal que regula el ámbito de aplicación de este tipo de convenios, recogida en el artículo 134.1 de la Ley citada. Por lo tanto, ni por la naturaleza genuina del derecho, ni por la forma en que ha sido calificado en el concurso, era procedente que quedara sujeto al régimen estipulado en el convenio en cuestión. Y es que no es de recibo que las disposiciones de un convenio vinculen a unas personas cuyos derechos han nacido con posterioridad a su conclusión. Así pues, no puede prosperar tampoco este motivo del recurso de apelación.
SEPTIMO. SOBRE LOS INTERESES QUE HA DE PAGAR LA DEUDORA PARA QUE LA COMPENSACIÓN DE LA ACREEDORA POR SU INCUMPLIMIENTO SEA COMPLETA.
También alega la recurrente como motivo de apelación que el derecho de la actora se vería afectado por la suspensión del devengo de intereses que establece el artículo 59.1 de la Ley Concursal, de tal manera que el crédito por este concepto accesorio tendría la naturaleza de subordinado (folios 630 y 631).
La disposición legal citada se refiere, sin embargo, a los genuinos intereses remuneratorios, es decir, a los que se establecen en una obligación, o por disposición de la ley que la constituye, o de las partes que la estipulan, para compensar a una de las partes por haber atribuido a la otra durante un periodo de tiempo el poder de disposición sobre una suma de dinero, con la correlativa imposibilidad para el cedente de disfrutar durante ese mismo periodo del rendimiento que pueda producir esa suma. El ejemplo más típico sería el del contrato de préstamo con interés: una de las partes entrega a otra una suma de dinero por un tiempo determinado; la otra no sólo ha de devolver el capital recibido sino también sus réditos, para compensar a quien le dejó el dinero por el tiempo durante el cual no ha podido obtener el producto de ese mismo capital. Estos son los intereses cuyo devengo se interrumpe por la declaración del concurso. En cambio, los que tiene derecho a percibir ahora la demandante no resultan de una estipulación del contrato de venta de la parcela que estuviera vigente en el momento de la declaración del concurso -en ese momento, MARTINSA-FADESA, SA, no tenía ninguna obligación de pagar a la parte actora, por las cantidades que había recibido avanzadas por razón de ese mismo contrato, intereses-. Se trata, simplemente, de que la indemnización que ha de recibir el demandante como consecuencia del incumplimiento contractual de la parte contraria comprenda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil español, no sólo la restitución de lo que ha invertido en el negocio, sino también la compensación por los réditos que habría podido obtener con su dinero de no haber realizado tal inversión. Se trata, en definitiva, de dejarlo indemne, que eso significa indemnizar,
o sea, en una situación que se asemeje lo más posible a la que tendría de no haber celebrado el contrato fracasado. Perece, pues, también, este motivo de apelación.

OCTAVO. Por último, solicita la apelante, en su recurso, que se revise el pronunciamiento por el que se ve obligada a pagar las costas de la primera instancia, porque considera que el asunto suscitaba significativas dudas *"de hecho y de derecho"* (folio 631), lo que habría justificado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, que el Juez no hubiera hecho uso del criterio del vencimiento objetivo para tomar su decisión sobre este particular. Alude, en este sentido, a la existencia de diversos criterios en los tribunales que han tratado la cuestión litigiosa. Esta Sala considera, sin embargo, como ya ha tenido ocasión de explicar, que el planteamiento que justifica el principal motivo de recurso de la apelante es, en realidad, muy artificioso, y no justifica hacer una excepción a la regla general a la que se sujeta la imposición de las costas procesales. Rechazamos, pues, el último motivo de apelación, con la consiguiente confirmación, por sus propios y acertados fundamentos, de la sentencia de instancia.": SAP Tarragona (Sección 3) 14.01.2014 (Sentencia 25/2014; Rollo 118/2013)

"Primero. RESUMEN DEL CASO. Con fecha 14-2-2006, MARTINSA-FADESA, SA, como vendedora, y la actora, como compradora, suscribieron un contrato por el que la primera se obligaba a trasmitir a la segunda, a cambio de un precio, la propiedad de una parcela, que le habría de entregar una vez estuviera realizada la correspondiente obra de urbanización. En el contrato se decía que la entrega tendría lugar, aproximadamente, en un plazo de treinta meses a contar desde la obtención de la licencia de edificación.
Con posterioridad a la firma del contrato, han ido sucediendo varias cosas de interés para este pleito. Por un lado, la actora fue avanzando diversas cantidades a cuenta del precio convenido, hasta completar una suma de 78.880 euros. Por otra parte, antes de que estuviera a la vista la conclusión de las obras de urbanización, MARTINSA-FADESA, SA, obtuvo la declaración de concurso voluntario. El auto que formalizó esta situación tiene fecha de veinticuatro de julio de dos mil ocho. La Administración del Concurso propuso la clasificación del crédito que pudiera corresponder a la actora para la recuperación de las cantidades avanzadas a cuenta del contrato litigioso como contingente ordinario. Ahora bien, en la resolución que dictó el juez del concurso para aprobar el convenio que puso fin al procedimiento, estableció que esta clasificación, común a diversas situaciones análogas, no impedía que los compradores de parcelas instaran, por razón de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, la eventual resolución de los contratos de venta, con la consecuencia de que el eventual reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud de tales contratos tendría el tratamiento de un crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal, y no de un crédito sujeto a las estipulaciones del convenio. En el mismo sentido, la estipulación 1.3 del mismo convenio incluía en su ámbito de aplicación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la propia Ley Concursal, los créditos anteriores a la declaración del concurso, con la consiguiente exclusión de los posteriores.
Sucedió que la compradora de la parcela decidió que el retraso de la otra parte en la ejecución de la obra de urbanización le había privado de interés en seguir adelante con el contrato, por lo que, a principios del año dos mil doce promovió, por medio de una demanda judicial, la que dio lugar al asunto que tenemos entre manos, la resolución de la relación jurídica, con la consiguiente pretensión de que se reconociera su derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud del propio contrato, con sus correspondientes intereses. La demandada objetó, entonces, que la conclusión de la obra era inminente, y que, por tanto, estaba dispuesta a cumplir con su obligación de entrega de la parcela; que, si no lo había hecho de forma puntual, había sido por un causa de fuerza mayor; y, que, en último término, de entenderse que era procedente la resolución, el derecho del demandante al recobro de las cantidades avanzadas debía sujetarse, de forma coherente con la naturaleza asignada a tal crédito durante la tramitación del concurso, al régimen establecido en el convenio que le había puesto fin.
El juez de primera instancia asentó como premisa, en su resolución, el criterio de que la cláusula que establecía, en apariencia, cuál era el plazo de entrega de las parcelas vendidas había sido dispuesta por MARTINSA-FADESA, SA, para no definir de forma precisa la cuestión. De manera que no había, en realidad, un plazo de entrega fijo. Ahora bien, como, en cualquier caso, se había superado, con la demora en la ejecución de la obra, cualquier expectativa razonable que hubiera podido formarse el comprador, éste tenía derecho a la resolución del contrato. Producida ésta en virtud de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, el consiguiente derecho a la recuperación de las cantidades avanzadas en virtud del contrato no podía considerarse sujeto al convenio aprobado en el propio Concurso, cuyo ámbito de aplicación sólo se extendía a los derechos nacidos con anterioridad al momento procesal indicado. La sentencia de primera instancia estimaba, pues, de forma íntegra, la demanda.
La demandada ha interpuesto un recurso de apelación contra esta sentencia, por los motivos que se irán desgranando en los fundamentos de derecho que siguen.
Segundo. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO. Antes de entrar en el meollo de la cuestión, debemos salir al paso de una alegación preliminar de la parte demandante, que argumenta que el recurso no tenía que haber sido admitido, ya que, por un lado, no precisaba cuáles eran los pronunciamientos judiciales que impugnaba y, por otro lado, representaba un intento de que un Tribunal sin competencia objetiva revisara una calificación del Juzgado Mercantil.
En realidad, aun cuando la apelante no haya dedicado una rúbrica específica de su recurso a establecer cuáles son los pronunciamientos que impugna, queda claro, a tenor del texto de su escrito, que pretende, en principio, la íntegra revocación de la sentencia del juez a quo, y, de forma subsidiaria, la de los pronunciamientos que ordenan que el pago del principal y los intereses del crédito declarado se haga sin sujeción al régimen estipulado en el convenio aprobado en el concurso de la deudora y que ésta sea condenada a pagar las costas de la primera instancia. En cuanto al otro óbice procesal aludido, debe decirse que la apelante no pretende que este Tribunal revise la calificación del crédito que se hizo en el concurso, sino que defiende, precisamente, que se sujete a tal calificación, si bien la interpreta en modo diferente a la forma en que lo hace la parte contraria.
Tercero. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA DEMANDADA. Aducía la apelante, en el primer motivo de

recurso, que, habiéndose constituido una Junta de Compensación al efecto, las obras de urbanización se habían reemprendido, y, al faltar, únicamente, una quinta parte de lo proyectado, era posible, aún, cumplir con la obligación de entrega de las parcelas a las que se refería el contrato. De manera que, según su tesis, no cabía entender que hubiera quedado irremisiblemente frustrada la expectativa que había llevado a la otra parte a celebrar el aludido contrato, con la consecuencia de que no había sido procedente declarar su resolución.
Si bien en el contrato en cuestión, como ha dejado establecido el juez a quo, no se estipuló un plazo de cumplimiento determinado y preciso, sí que se dio una orientación sobre el particular, que permitía esperar en términos razonables que la obra de urbanización estuviera concluida durante el año dos mil ocho. Así las cosas, no es razonable pretender que una demora de más de cuatro años sobre las previsiones iniciales no sea suficiente para frustrar las expectativas de la parte afectada. El primer motivo de recurso no puede prosperar.
Cuarto. SOBRE LA FUERZA MAYOR. Considera la apelante, en el segundo motivo de recurso, que el retraso en el cumplimiento -insiste en un mero retraso, como si no se tratara de un verdadero y propio incumplimiento- obedeció a causas de fuerza mayor, como fueron las contingencias que afectaron al abastecimiento de agua y las circunstancias económicas que condujeron a su situación de concurso.
Según la explicación clásica del concepto, que resume, en síntesis, el artículo 1 105 del Código civil español, se consideran como casos de fuerza mayor aquellos acontecimientos que escapan a la previsión humana o que, aun habiendo sido previstos, no han podido evitarse. Anida en este concepto la idea de que el ser humano puede combatir las contingencias que se derivan de su relación con sus semejantes, pero no las que, por provenir de la furia desatada de los elementos, integran el fatum adverso, designio ineluctable de la divinidad contra el que nada puede hacerse. Es evidente que contingencias como las que hace servir como pretexto la apelante, que pueden producirse en cualquier obra de urbanización, como son los problemas que puedan afectar de forma temporal al abastecimiento de los servicios y suministros básicos,
o las vicisitudes económicas del periodo en el que se desenvuelve la actividad, no se acercan, ni de lejos, al concepto expresado. El segundo motivo de apelación, debe pues, también, decaer.
Quinto. SOBRE LA NATURALEZA DEL CRÉDITO DISCUTIDO.
A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: Desarrolla la apelante, en realidad, en las alegaciones que van de la 5ª a 9ª de su escrito de recurso, un único motivo, que concluye con la apreciación de que, como el derecho litigioso había sido calificado dentro del concurso de MARTINSA-FADESA, SA, como un crédito contingente ordinario, debía sujetarse a las prescripciones del convenio que había puesto fin al referido concurso. Despliega su razonamiento la apelante en las siguientes fases. En primer lugar, defiende que sí que existía un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación de entrega de las parcelas. Así, vencido este plazo antes de la declaración de concurso de la deudora, debía entenderse, que, si estaba justificada la resolución del contrato controvertido, había de considerarse referida a un incumplimiento anterior a la referida declaración. Esto habría impedido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.4 de la Ley Concursal, que el crédito surgido como consecuencia de la resolución se sustrajera al régimen que se estableció en el correspondiente convenio para el tratamiento de los créditos contra la concursada. Como conclusión, tal como había dictaminado la Administración del Concurso, a la que se refería la apelante en la alegación sexta del recurso, el crédito en cuestión, cumplida la contingencia de resolución del contrato a la que estaba condicionado, debía sujetarse a tal régimen.
B) EL INCUMPLIMIENTO QUE JUSTIFICÓ LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DEBE ENTENDERSE PRODUCIDO CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA DEUDORA. De entrada, esta Sala comparte el criterio del juez a quo sobre la absoluta falta de precisión de que adolece la cláusula relativa al plazo de cumplimiento de la obligación de entrega de las parcelas vendidas. Resulta paradójico, incluso, que la misma parte que ha defendido, según lo que hemos visto, que aún estaba a tiempo de cumplir su obligación de entrega, pretenda ahora, por medio de una interpretación integradora de la cláusula en cuestión, que el plazo venció, en realidad, meses antes de que la propia deudora fuera declarada en concurso.
Alega la parte apelante, en tal sentido, que debe entenderse que el plazo de cumplimiento de la obligación, de aproximadamente treinta meses, debía comenzar a computarse no desde la concesión de la licencia de edificación, innecesaria, sino desde la aprobación del proyecto de urbanización, verdadero presupuesto de la actuación que debía realizarse. Pero, aun cuando consideráseamos susceptible de enmienda el error de haber designado como día inicial del cómputo el de la licencia de edificación, subsistiría la imprecisión derivada de la utilización del adverbio "aproximadamente." Está claro que lo que no puede pretender de ninguna de las maneras la responsable de la redacción de la cláusula es que la imprecisión juegue a su favor, de tal suerte que, a los efectos de defender la vigencia del contrato, se considere irrelevante el retraso acumulado, y, en cambio, cuando se trata de entender establecido un plazo concreto de cumplimiento de la obligación, la idea de un plazo meramente indicativo que sugiere el referido adverbio se desvanezca en el aire como una pompa de jabón. Pero aún hay más. Como muy bien ha observado, también, el juez de primera instancia, el mero retraso en el cumplimiento de una obligación no justifica, sin más, salvo que suponga la vulneración de un plazo que, por disposición de las partes, o por la naturaleza de la obligación, se considere esencial, la resolución de la relación jurídica. Únicamente significa la constitución del deudor en mora, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. Pero la resolución de una relación requiere algo más, un plus. Para que la demora se equipare con el propio y genuino incumplimiento debe tener un alcance tal que signifique una frustración de las expectativas que llevaron a la parte afectada a contratar. Así lo ha establecido en numerosas sentencias, algunas de las cuales ha citado de forma oportuna el juez a quo, a cuya exposición nos remitimos, para evitar ociosas repeticiones, la Sala Civil del Tribunal Supremo. Por tanto, no podemos entender que el incumplimiento que justificó la resolución del contrato, el incumplimiento, insistimos, y no el mero retraso, se hubiera consumado ya, como sostiene la apelante, en el año dos mil ocho. No podemos establecer una fecha determinada como momento a partir del cual estaba justificada la resolución, pero sí que podemos concluir que tuvo que ser posterior a la declaración de concurso de la deudora. Sólo así se puede entender que incluso en

fechas cercanas a la interposición de la demanda que ha dado lugar a este pleito la propia demandada insistiera en la vigencia del contrato y ofreciera un no muy remoto cumplimiento de su obligación principal.
C) DE LO QUE SE SIGUE QUE EL CRÉDITO CONSISTENTE EN EL DERECHO DEL COMPRADOR A RECUPERAR LAS CANTIDADES AVANZADAS ERA UN CRÉDITO CONTRA LA MASA, Y NO CONTRA EL CONCURSADO. Así pues, de las dos hipótesis que plantea el artículo 62.4 de la Ley Concursal en relación con el régimen al cual deben sujetarse, una vez declarada la resolución de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas en el que sea parte el concursado, las obligaciones que subsistan a su cargo, hemos de optar claramente por la que califica el crédito correlativo como crédito contra la masa, y no contra el concursado. En efecto, en la medida en la que el incumplimiento del concursado, en el bien entendido de que hablamos del incumplimiento propio y genuino, el que justifica la resolución, es posterior a la declaración del concurso, el derecho de la otra parte contractual al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento no queda sujeto a su régimen, y se sustrae, por tanto, a las condiciones que hayan podido establecerse o se establezcan en un posible convenio. En el mismo sentido, el artículo 86.2. 6º de la misma Ley, antes citado, califica el derecho a la restitución de las cantidades avanzadas que tiene el acreedor del concursado, en caso de resolución de un contrato de la naturaleza indicada por razón de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, como crédito contra la masa. A estos efectos, la Ley no distingue entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.
D) CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Subsiste, sin embargo, desde el punto de vista de la apelante, el argumento de que, en cualquier caso, la Administración del Concurso calificó el derecho del demandante a la eventual restitución de las cantidades avanzadas en virtud del contrato al que nos referimos como crédito contingente ordinario, categoría prevista en el artículo 87.3 de la Ley Concursal. Desde la perspectiva que defiende la recurrente, se entiende que, confirmada la existencia y eficacia del crédito que, inicialmente, por su carácter litigioso, o por estar sometido a condición suspensiva, se ha considerado de carácter contingente, en el sentido de que no necesariamente había de devenir eficaz, había de pasar a recibir el tratamiento de un crédito ordinario contra el concursado. Detrás de esta concepción, se intuye la idea de que el derecho a la restitución al que nos referimos nace, para cada una de las partes, desde el mismo momento en que ambas pactan la realización recíproca de unas determinadas prestaciones, si bien se trata de un derecho sometido a la condición suspensiva de que una de las partes no lleve a cabo aquello a lo que en principio venía obligada, de tal manera que, como compensación por la falta de eficacia de la prestación inicialmente pactada, la otra parte pueda exigir la devolución de aquello que ya haya hecho efectivo por razón del contrato. Así, la obligación de realizar la prestación principal vendría sujeta a la mal llamada condición resolutoria implícita de incumplimiento a la que alude el artículo 1 124 del Código civil español, y, de forma correlativa, la de llevar a cabo la restitución de lo que se reciba por razón del contrato o de indemnizar en la forma que proceda a la parte perjudicada por tal incumplimiento dependería de una condición suspensiva. Tal construcción es, sin embargo, sumamente artificiosa. En un sentido propio, la condición es un elemento accidental del negocio jurídico, que se concreta en un pacto por el que las partes de un contrato sujetan la eficacia de una obligación, bien su nacimiento, si se trata de una condición suspensiva, bien su extinción, si es resolutoria, al acaecimiento de un hecho futuro, lícito, incierto, posible y arbitrariamente querido por ambas. Ahora bien, el establecimiento de un régimen jurídico para el caso de que una de las partes de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas no cumpla su obligación no puede considerarse en ningún caso como elemento accidental del negocio, ya que es una parte necesaria y esencial de su propia estructura. Es cierto que el artículo 1 124 del Código civil español se incluye en una sección en la que se regulan las obligaciones condicionales, pero esto es así porque el efecto de la resolución contractual por incumplimiento se puede equiparar en gran medida al del acaecimiento del hecho que determina, por disposición contingente de las partes, la resolución de una obligación sometida a condición resolutoria. Con todo, dice la apelante que en el concurso se atribuyó al derecho de la actora a la restitución de las cantidades avanzadas por razón del contrato de compra de la parcela litigiosa el carácter de crédito contingente ordinario, y que ella, al no impugnar tal calificación en momento alguno, la consintió. De manera que, con la aprobación del convenio que puso fin al concurso, quedó sujeto a las determinaciones que se establecieron en el propio convenio para los créditos ordinarios, pues, cumplida la contingencia o condición de la resolución del referido contrato de venta de parcela por incumplimiento de la concursada, el derecho de restitución devenía crédito ordinario contra MARTINSA-FADESA, SA. Ahora bien, a tenor de las observaciones realizadas por el juez del concurso en la sentencia que aprobó el aludido convenio, y en vista de la forma en que éste define su propio ámbito de aplicación, esta Sala no puede compartir la tesis de la apelante sobre cuál ha sido la calificación del crédito litigioso. Ya vimos como el juez hizo notar que el hecho de que la Administración del Concurso lo hubiera incluido entre los créditos contingentes no impedía que, si se producía la resolución del contrato del cual provenía por un incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tuviera el tratamiento de crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal. También constatamos como en la estipulación 1.3 del mismo convenio se excluían de su ámbito de aplicación los créditos posteriores a la declaración del concurso, de forma congruente con la disposición legal que regula el ámbito de aplicación de este tipo de convenios, recogida en el artículo 134.1 de la Ley recién citada. Por lo tanto, ni por la naturaleza genuina del derecho, ni por la forma en que ha sido calificado en el concurso, era procedente que quedara sujeto al régimen estipulado en el convenio en cuestión. Y es que, como concluye el juez de primera instancia, no es de recibo que las disposiciones de un convenio vinculen a unas personas cuyos derechos han nacido con posterioridad a su conclusión. Así pues, no puede prosperar, tampoco, el tercero, y principal, motivo del recurso de apelación.
Sexto. Por último, solicita la apelante, en su recurso, que se revise el pronunciamiento por el que se ve obligada a pagar las costas de la primera instancia, porque considera que el asunto suscitaba significativas dudas, lo que habría justificado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, que el juez no hubiera hecho uso del criterio del vencimiento objetivo para tomar su decisión sobre este particular. Alude, en este sentido, a la existencia de diversos criterios en los tribunales que han tratado la cuestión litigiosa.

Esta Sala considera, sin embargo, como ya ha tenido ocasión de explicar, que el planteamiento que justifica el principal motivo de recurso de la apelante es, en realidad, muy artificioso, y no justifica hacer una excepción a la regla general a la que se sujeta la imposición de las costas procesales. Rechazamos, pues, el último motivo de apelación, con la consiguiente confirmación, por sus propios y acertados fundamentos de derecho, de la sentencia de instancia.": SAP Tarragona (Sección 3) 14.01.2014 (Sentencia 28/2014; Rollo 167/2013)

"Primero. ADVERTENCIA LIMINAR. Cuando se aceptó, con fecha de veinticuatro de julio de dos mil ocho, la solicitud de concurso de MARTINSA-FADESA, SA, esta compañía estaba sujeta a un número importante de contratos bilaterales con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Entre éstos, había una serie de negocios en los que la mercantil se había comprometido con diversos clientes, a cambio de un precio, del cual había recibido ya algunas cantidades por adelantado, a entregarles, una vez finalizadas las correspondientes obras de urbanización, unas parcelas. Habiendo concluido, por medio de la aprobación judicial del convenio suscrito entre la deudora y una parte de sus acreedoras, el proceso de concurso, varios de los aludidos clientes instaron la resolución de los contratos de venta de las parcelas que decimos, al tiempo que solicitaban la devolución de las cantidades que habían pagado en su virtud, con los correspondientes intereses, ya que entendían que la parte contraria había incumplido de modo definitivo e irremediable las obligaciones que había contraído por medio de tales contratos. Estas pretensiones dieron lugar a una serie de litigios gemelos. Para las partes de este procedimiento no será ningún secreto que esta misma Sala se ha pronunciado ya, hace muy poco, en la sentencia que ha dictado, con fecha de dieciséis de diciembre de dos mil trece, en su Recurso 210/13, sobre uno de estos pleitos. Sucede, además, que las alegaciones que han hecho las partes con ocasión del recurso que tenemos ahora entre manos (nos referimos al 272/13) las han realizado antes de que tuvieran conocimiento de la recién aludida sentencia. No es de extrañar, pues, que nuestra opinión siga siendo la misma, lo que ha de condicionar, de manera inevitable, no sólo el fallo de esta nueva sentencia, sino también su estructura y su redacción. Comprenderán, pues, que se haya utilizado como modelo de ésta la anterior resolución, con los cambios a los que obligan determinados datos de hecho y la diferente manera de argumentar de los respectivos jueces a quo.
Segundo. RESUMEN DEL CASO. Con fecha de nueve de agosto de dos mil cinco, MARTINSA-FADESA, SA, como vendedora, y Juan Francisco y Consuelo, como compradores, suscribieron un contrato por el que la primera se obligaba a trasmitirles, a cambio de un precio, la propiedad de una parcela, que les habría de entregar una vez estuviera realizada la correspondiente obra de urbanización. En el contrato se decía que la entrega tendría lugar, aproximadamente, en un plazo de treinta meses a contar desde la obtención de la licencia de edificación. Esta fecha de inicio del cómputo no tenía mucho sentido, pues, tratándose de un obligación de entrega de una parcela, y no de una vivienda ya construida, no era preciso contar con una licencia de ese tipo para cumplir con tal obligación. En ocasión de otro pleito relativo a esta cuestión, se ha interpretado que el inicio del cómputo debería producirse a partir de la aprobación del Proyecto de Urbanización que habilitaba la actuación pretendida. Sea como fuere, con posterioridad a la firma del contrato, han ido sucediendo varias cosas de interés para este pleito. Por un lado, los compradores fueron avanzando diversas cantidades a cuenta del precio convenido, hasta completar una suma de setenta y cinco mil novecientos ochenta euros. Por otra parte, antes de que estuviera a la vista la conclusión de las obras de urbanización, MARTINSA-FADESA, SA, obtuvo la declaración de concurso voluntario. El auto que formalizó esta situación tiene fecha de veinticuatro de julio de dos mil ocho. La Administración del Concurso propuso la clasificación del crédito que pudiera corresponder a Juan Francisco y Consuelo para la recuperación de las cantidades avanzadas a cuenta del contrato litigioso como contingente ordinario. Ahora bien, en la resolución que dictó el juez del concurso para aprobar el convenio que puso fin al procedimiento, estableció que esta clasificación, común a diversas situaciones análogas, no impedía que los compradores de parcelas instaran, por razón de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, la eventual resolución de los contratos de venta, con la consecuencia de que el eventual reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud de tales contratos tendría el tratamiento de un crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal, y no de un crédito sujeto a las estipulaciones del convenio. En el mismo sentido, la estipulación 1.3 del mismo convenio incluía en su ámbito de aplicación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la propia Ley Concursal, los créditos anteriores a la declaración del concurso, con la consiguiente exclusión de los posteriores. Sucedió que, en efecto, los compradores de la parcela de autos decidieron que el retraso de la otra parte en la ejecución de la obra de urbanización les había privado de interés en seguir adelante con el contrato, por lo que, a principios del año dos mil doce, promovieron, por medio de una demanda judicial, la que dio lugar al asunto que tenemos entre manos, la resolución de la relación jurídica, con la consiguiente pretensión de que se reconociera su derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud del propio contrato, con sus correspondientes intereses. La demandada objetó, entonces, que la conclusión de la obra era inminente, y que, por tanto, estaba dispuesta a cumplir con su obligación de entrega de la parcela; que, si no lo había hecho de forma puntual, había sido por una causa de fuerza mayor; y, que, en último término, de entenderse que era procedente la resolución, el derecho de los demandantes al recobro de las cantidades avanzadas debía sujetarse, de forma coherente con la naturaleza asignada a tal crédito durante la tramitación del concurso, al régimen establecido en el convenio que le había puesto fin. El juez de primera instancia asentó como premisa, en su resolución, el criterio de que la cláusula que establecía, en apariencia, cuál era el plazo de entrega de la parcela vendida había sido dispuesta por MARTINSA-FADESA, SA, para no definir de forma precisa la cuestión. De manera que no había, en realidad, un plazo de entrega fijo. Ahora bien, como, en cualquier caso, se había superado, con la demora en la ejecución de la obra, cualquier expectativa razonable que hubiera podido formarse el comprador, éste tenía derecho a la resolución del contrato. Producida ésta en virtud de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, el consiguiente derecho a la recuperación de las cantidades avanzadas en virtud del contrato no podía considerarse sujeto al convenio aprobado en el propio concurso, cuyo ámbito de aplicación sólo se

extendía a los derechos nacidos con anterioridad al momento procesal indicado. La sentencia de primera instancia estimaba, pues, de forma íntegra, la demanda. La demandada ha interpuesto un recurso de apelación contra esta sentencia, por los motivos que se irán desgranando en los fundamentos de derecho que siguen.
Tercero. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO. Antes de entrar en el meollo de la cuestión, debemos salir al paso de una alegación preliminar de la parte actora, que argumenta que el recurso no tenía que haber sido admitido, ya que, por un lado, no precisaba cuáles eran los pronunciamientos judiciales que impugnaba y, por otro lado, introducía, según el criterio de los demandantes, una pretensión que habría de haber articulado por medio de una reconvención. Aun cuando la apelante no haya dedicado una rúbrica específica de su recurso a establecer cuáles son los pronunciamientos que impugna, queda claro, a tenor del texto de su escrito, que pretende, en principio, la íntegra revocación de la sentencia impugnada, y, de forma subsidiaria, la de los pronunciamientos que ordenan que el pago del principal y los intereses del crédito declarado se haga sin sujeción al régimen estipulado en el convenio aprobado en el concurso de la deudora y que ésta sea condenada a pagar las costas de la primera instancia. En cuanto al otro óbice aludido, la demandada se limitaba, en la petición discutida, a solicitar que, de ser condenada a cumplir una obligación, ésta se sujetase a un régimen más benigno del que pretendía la actora. Tal petición, cuya estimación se habría traducido en una desestimación parcial de una de las pretensiones de los demandantes, no requería, aunque el propio juez a quo lo haya sugerido así, una reconvención.
Cuarto. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA DEMANDADA. Aducía la apelante, en los dos primeras alegaciones de su recurso, que, habiéndose constituido una Junta de Compensación al efecto, las obras de urbanización se habían reemprendido, y, al faltar, únicamente, una quinta parte de lo proyectado, era posible, aún, cumplir con la obligación de entrega de la parcela a la que se refería el contrato. De manera que, según su tesis, no cabía entender que hubiera quedado irremisiblemente frustrada la expectativa que había llevado a la otra parte a celebrar el aludido contrato, con la consecuencia de que no había sido procedente declarar su resolución. Si bien en el contrato en cuestión no se estipuló un plazo de cumplimiento determinado y preciso, sí que se dio una orientación sobre el particular, que permitía esperar en términos razonables que la obra de urbanización estuviera concluida durante el año dos mil ocho. Así las cosas, no es razonable pretender que una demora de más de cuatro años sobre las previsiones iniciales no sea suficiente para frustrar las expectativas de la parte afectada. Este motivo de recurso no puede prosperar.
Quinto. SOBRE LA FUERZA MAYOR. Considera la apelante, en la alegación tercera de su recurso, que el retraso en el cumplimiento -insiste en un mero retraso, como si no se tratara de un verdadero y propio incumplimiento- obedeció a causas de fuerza mayor, como fueron las contingencias que afectaron al abastecimiento de agua y las circunstancias económicas que condujeron a su situación de concurso. Según la explicación clásica del concepto, que resume, en síntesis, el artículo 1 105 del Código civil español, se consideran como casos de fuerza mayor aquellos acontecimientos que escapan a la previsión humana o que, aun habiendo sido previstos, no han podido evitarse. Anida en este concepto la idea de que el ser humano puede combatir las contingencias que se derivan de su relación con sus semejantes, pero no las que, por provenir de la furia desatada de los elementos, integran el fatum adverso, designio ineluctable de la divinidad contra el que nada puede hacerse. Es evidente que contingencias como las que hace servir como pretexto la apelante, que pueden producirse en cualquier obra de urbanización, como son los problemas que puedan afectar de forma temporal al abastecimiento de los servicios y suministros básicos, o las vicisitudes económicas del periodo en el que se desenvuelve la actividad, no se acercan, ni de lejos, al concepto expresado. El segundo motivo de apelación, debe pues, también, decaer.
Sexto. SOBRE LA NATURALEZA DEL CRÉDITO DISCUTIDO.
A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: Desarrolla la apelante, en realidad, en las alegaciones que van de la cuarta a la octava de su escrito de recurso, un único motivo, que concluye con la apreciación de que, como el derecho litigioso había sido calificado dentro del concurso de MARTINSA-FADESA, SA, como un crédito contingente ordinario, debía sujetarse a las prescripciones del convenio que había puesto fin al referido concurso. Despliega su razonamiento la apelante en las siguientes fases. En la alegación cuarta de su escrito, defiende que sí que existía un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación de entrega de las parcelas. Así, vencido este plazo antes de la declaración de concurso de la deudora, debía entenderse, como argumenta en la alegación quinta de su recurso, que, si estaba justificada la resolución del contrato controvertido, había de considerarse referida a un incumplimiento anterior a la referida declaración. Esto habría impedido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.4 de la Ley Concursal, y tal y como razonaba la recurrente en la alegación sexta de su escrito, que el crédito surgido como consecuencia de la resolución se sustrajera al régimen que se estableció en el correspondiente convenio para el tratamiento de los créditos contra la concursada. Como conclusión, tal como había dictaminado la Administración del Concurso, a la que se refería la apelante en la alegación séptima del recurso, el crédito en cuestión, cumplida la contingencia de resolución del contrato a la que estaba condicionado, debía sujetarse a tal régimen, lo que era congruente, además, con un escrito que dirigieron los propios demandantes a la aludida Administración, en el que alegaban la existencia de una causa de resolución de contrato muy anterior a la declaración de concurso -en concreto, la falta de constitución de garantía alguna para asegurar el cumplimiento de una eventual obligación, por parte de la vendedora de la parcela, de la obligación de restituir las cantidades percibidas a cuenta de la ejecución definitiva de las obras de urbanización comprometidas- El corolario de todo ello, expresado en la alegación octava del recurso, era la sumisión del crédito al convenio de MARTINSA-FADESA, SA, con sus acreedores.
B) EL INCUMPLIMIENTO QUE JUSTIFICÓ LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DEBE ENTENDERSE PRODUCIDO CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA DEUDORA. De entrada, esta Sala comparte el criterio del juez a quo sobre la absoluta falta de precisión de que adolece la cláusula relativa al plazo de cumplimiento de la obligación de entrega de las parcelas vendidas. Resulta paradójico, incluso, que la misma parte que ha defendido, según lo que hemos visto, que aún estaba a tiempo de cumplir su obligación de entrega, pretenda ahora, por medio de una interpretación integradora de la cláusula en

cuestión, que el plazo venció, en realidad, meses antes de que la propia deudora fuera declarada en concurso. Alega la parte apelante, en tal sentido, que debe entenderse que el plazo de cumplimiento de la obligación, de aproximadamente treinta meses, debía comenzar a computarse no desde la concesión de la licencia de edificación, innecesaria, sino desde la aprobación del proyecto de urbanización, verdadero presupuesto de la actuación que debía realizarse. De manera que el plazo vencía en enero de dos mil ocho. Pero, aun cuando considerásemos susceptible de enmienda el error de haber designado como día inicial del cómputo el de la licencia de edificación, subsistiría la imprecisión derivada de la utilización del adverbio "aproximadamente." Está claro que lo que no puede pretender de ninguna de las maneras la responsable de la redacción de la cláusula es que la imprecisión juegue a su favor, de tal suerte que, a los efectos de defender la vigencia del contrato, se considere irrelevante el retraso acumulado, y, en cambio, cuando se trata de entender establecido un plazo concreto de cumplimiento de la obligación, la idea de un plazo meramente indicativo que sugiere el referido adverbio se desvanezca en el aire como una pompa de jabón. Pero aún hay más. El mero retraso en el cumplimiento de una obligación no justifica, sin más, salvo que suponga la vulneración de un plazo que, por disposición de las partes, o por la naturaleza de la obligación, se considere esencial, la resolución de la relación jurídica. Únicamente significa la constitución del deudor en mora, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. Pero la resolución de una relación requiere algo más, un plus. Para que la demora se equipare con el propio y genuino incumplimiento debe tener un alcance tal que signifique una frustración de las expectativas que llevaron a la parte afectada a contratar. Así lo ha establecido en numerosas sentencias la Sala Civil del Tribunal Supremo. Por tanto, no podemos entender que el incumplimiento que justificó la resolución del contrato, el incumplimiento, insistimos, y no el mero retraso, se hubiera consumado ya, como sostiene la apelante, en enero de dos mil ocho. No podemos establecer una fecha determinada como momento a partir del cual estaba justificada la resolución, pero sí que podemos concluir que tuvo que ser posterior a la declaración de concurso de la deudora. Sólo así se puede entender que incluso en fechas cercanas a la interposición de la demanda que ha dado lugar a este pleito la propia demandada insistiera en la vigencia del contrato.

C) DE LO QUE SE SIGUE QUE EL CRÉDITO CONSISTENTE EN EL DERECHO DEL COMPRADOR A RECUPERAR LAS CANTIDADES AVANZADAS ERA UN CRÉDITO CONTRA LA MASA, Y NO CONTRA EL CONCURSADO. Así pues, de las dos hipótesis que plantea el artículo 62.4 de la Ley Concursal en relación con el régimen al cual deben sujetarse, una vez declarada la resolución de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas en el que sea parte el concursado, las obligaciones que subsistan a su cargo, hemos de optar claramente por la que califica el crédito correlativo como crédito contra la masa, y no contra el concursado. En efecto, en la medida en la que el incumplimiento del concursado, en el bien entendido de que hablamos del incumplimiento propio y genuino, el que justifica la resolución, es posterior a la declaración del concurso, el derecho de la otra parte contractual al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento no queda sujeto a su régimen, y se sustrae, por tanto, a las condiciones que hayan podido establecerse o se establezcan en un posible convenio. En el mismo sentido, el artículo 86.2. 6º de la misma Ley, antes citado, califica el derecho a la restitución de las cantidades avanzadas que tiene el acreedor del concursado, en caso de resolución de un contrato de la naturaleza indicada por razón de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, como crédito contra la masa. A estos efectos, la Ley no distingue entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.

D) CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Subsiste, sin embargo, desde el punto de vista de la apelante, el argumento de que, en cualquier caso, la Administración del Concurso calificó el derecho del demandante a la eventual restitución de las cantidades avanzadas en virtud del contrato al que nos referimos como crédito contingente ordinario, categoría prevista en el artículo 87.3 de la Ley Concursal. Desde la perspectiva que defiende la recurrente, se entiende que, confirmada la existencia y eficacia del crédito que, inicialmente, por su carácter litigioso, o por estar sometido a condición suspensiva, se ha considerado de carácter contingente, en el sentido de que no necesariamente había de devenir eficaz, había de pasar a recibir el tratamiento de un crédito ordinario contra el concursado. Detrás de esta concepción, se intuye la idea de que el derecho a la restitución al que nos referimos nace, para cada una de las partes, desde el mismo momento en que ambas pactan la realización recíproca de unas determinadas prestaciones, si bien se trata de un derecho sometido a la condición suspensiva de que una de las partes no lleve a cabo aquello a lo que en principio venía obligada, de tal manera que, como compensación por la falta de eficacia de la prestación inicialmente pactada, la otra parte pueda exigir la devolución de aquello que ya haya hecho efectivo por razón del contrato. Así, la obligación de realizar la prestación principal vendría sujeta a la mal llamada condición resolutoria implícita de incumplimiento a la que alude el artículo 1 124 del Código civil español, y, de forma correlativa, la de llevar a cabo la restitución de lo que se reciba por razón del contrato o de indemnizar en la forma que proceda a la parte perjudicada por tal incumplimiento dependería de una condición suspensiva. Tal construcción es, sin embargo, sumamente artificiosa. En un sentido propio, la condición es un elemento accidental del negocio jurídico que se concreta en un pacto por el que las partes de un contrato sujetan la eficacia de una obligación, bien su nacimiento, si se trata de una condición suspensiva, bien su extinción, si es resolutoria, al acaecimiento de un hecho futuro, lícito, incierto, posible y arbitrariamente querido por ambas. Ahora bien, el establecimiento de un régimen jurídico para el caso de que una de las partes de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas no cumpla su obligación no puede considerarse en ningún caso como elemento accidental del negocio, ya que es una parte necesaria y esencial de su propia estructura. Es cierto que el artículo 1 124 del Código civil español se incluye en una sección en la que se regulan las obligaciones condicionales, pero esto es así porque el efecto de la resolución contractual por incumplimiento se puede equiparar en gran medida al del acaecimiento del hecho que determina, por disposición contingente de las partes, la resolución de una obligación sometida a condición resolutoria. Con todo, dice la apelante que en el concurso se atribuyó al derecho de los demandantes a la restitución de las cantidades avanzadas por razón del contrato de compra de la parcela litigiosa el carácter de crédito contingente ordinario, y que ellos, al no

impugnar tal calificación en momento alguno, la consintieron. De manera que, con la aprobación del convenio que puso fin al concurso, quedaron sujetos a las determinaciones que se establecieron en el propio convenio para los créditos ordinarios, pues, cumplida la contingencia o condición de la resolución del referido contrato de venta de parcela por incumplimiento de la concursada, el derecho de restitución devenía crédito ordinario contra MARTINSA-FADESA, SA. Ahora bien, a tenor de las observaciones realizadas por el juez del concurso en la sentencia que aprobó el aludido convenio, y en vista de la forma en que éste define su propio ámbito de aplicación, esta Sala no puede compartir la tesis de la apelante sobre cuál ha sido la calificación del crédito litigioso. Ya vimos como el juez hizo notar que el hecho de que la Administración del Concurso lo hubiera incluido entre los créditos contingentes no impedía que, si se producía la resolución del contrato del cual provenía por un incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tuviera el tratamiento de crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal. También constatamos como en la estipulación 1.3 del mismo convenio se excluían de su ámbito de aplicación los créditos posteriores a la declaración del concurso, de forma congruente con la disposición legal que regula el ámbito de aplicación de este tipo de convenios, recogida en el artículo 134.1 de la Ley recién citada. Por lo tanto, ni por la naturaleza genuina del derecho, ni por la forma en que ha sido calificado en el concurso, era procedente que quedara sujeto al régimen estipulado en el convenio en cuestión. En suma, y éste es nuestro corolario, no es de recibo que las disposiciones de un convenio vinculen a unas personas cuyos derechos han nacido con posterioridad a su conclusión. No cabe pensar, por otro lado, que la alegación que hicieron los demandantes ante la Administración del Concurso en el sentido de que la vendedora de la parcela no cumplió su obligación de asegurar la eventual devolución de las cantidades recibidas por adelantado cambiase en algo las cosas. Como ha observado con acierto el juez a quo, tal obligación de garantía sólo viene exigida por la Ley cuando se trata de venta de viviendas. Así pues, no puede prosperar, tampoco, el tercero, y principal, motivo del recurso de apelación.

Séptimo. SOBRE EL NULO ALCANCE DE LA INDICACIÓN QUE SE HACE EN LA SENTENCIA IMPUGNADA ACERCA DE LA NECESIDAD DE HABER PLANTEADO UNA RECONVENCIÓN PARA INTRODUCIR EN EL OBJETO DE DISCUSIÓN LA CUESTIÓN RELATIVA A LA SUJECIÓN DEL CRÉDITO LITIGIOSO AL CONVENIO QUE PUSO FIN AL CONCURSO DE MARTINSA-FADESA, SA. El juez a quo argumentó en la sentencia impugnada que la petición que había realizado la demandada de forma subsidiaria, para el caso de que fuera condenada a devolver a los demandantes las cantidades avanzadas en virtud del contrato litigioso, en el sentido de que se declarase su obligación debía sujetarse al régimen establecido en el convenio que puso fin a su concurso, debería haberse articulado por medio de una reconvención. Dijo, incluso, que el hecho de no haberse seguido este trámite bastaba para desestimar tal petición. La apelante entiende que no es así, y considera, por ello, que el juez de primera instancia, al haber desestimado su petición por este motivo procesal, ha negado su derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo de la cuestión. Esta Sala comparte con la apelante la objeción que sirve como punto de partida de la alegación novena de su recurso, pero discrepa de la conclusión a la que llega, por lo que diremos a continuación. Es verdad que la petición de la parte demandada no habría de haber dado lugar, de haber sido estimada, a un pronunciamiento judicial autónomo que perjudicase los intereses de los demandantes, sino únicamente a mitigar el alcance de los pronunciamientos de condena de la propia demandada. Así, en lugar de pagar de forma íntegra y sin el efecto lenitivo de plazo alguno el importe de la condena, lo habría de hacer con sujeción al régimen, sin duda más favorable, estipulado en el convenio que se aprobó en su proceso de concurso. Esto significaría, sencillamente, una estimación parcial de la demanda -o, desde su perspectiva, una absolución parcial- lo que puede solicitar un demandado sin necesidad de formular reconvención. Ahora bien, lo cierto es que el juez a quo no se ha escudado en este argumento para dejar de estudiar el fondo de la cuestión, sino que ha realizado un examen exhaustivo y muy bien documentado de la naturaleza del crédito de los demandantes, que le ha llevado a concluir, como esta misma Sala, que, al haber nacido con posterioridad a la declaración del concurso, no debe verse afectado en modo alguno por las estipulaciones del convenio que puso fin al procedimiento al que dio lugar tal declaración. No ha habido, pues, denegación de Justicia.

Octavo. SOBRE LOS INTERESES QUE HA DE PAGAR LA DEUDORA PARA QUE LA COMPENSACIÓN DE LA ACREEDORA POR SU INCUMPLIMIENTO SEA COMPLETA. El quinto motivo de apelación, al cual dedica la recurrente la alegación décima de su escrito de recurso, se basa en la consideración de que, en cualquier caso, el derecho de la actora se vería afectado por la suspensión del devengo de intereses que establece el artículo 59.1 de la Ley Concursal, de tal manera que el crédito por este concepto accesorio tendría la naturaleza de subordinado. La disposición legal que acabamos de citar se refiere, sin embargo, a los genuinos intereses remuneratorios, es decir, a los que se establecen en una obligación, por disposición de la ley que la constituye, o de las partes que la estipulan, para compensar a una de las partes por haber atribuido a la otra durante un periodo de tiempo el poder de disposición sobre una suma de dinero, con la correlativa imposibilidad para el cedente de disfrutar durante ese mismo periodo del rendimiento que pueda producir esa suma. El ejemplo más típico sería el del contrato de préstamo con interés. Una de las partes entrega a otra una suma de dinero por un tiempo determinado. La otra no sólo ha de devolver el capital recibido, sino también sus réditos, para compensar a quien le dejo el dinero por el tiempo durante el cual no ha podido obtener el producto de ese mismo capital. Estos son los intereses cuyo devengo se interrumpe por la declaración del concurso. En cambio, los que tiene derecho a percibir ahora la demandante no resultan de una estipulación del contrato de venta litigioso que estuviera vigente en el momento de la declaración del concurso -en ese momento, MARTINSA-FADESA, SA, no tenía ninguna obligación de pagar a los compradores, por las cantidades que había recibido avanzadas por razón de ese mismo contrato, intereses- Se trata, simplemente, de que la indemnización que han de recibir los demandantes como consecuencia del incumplimiento contractual de la parte contraria comprenda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 124 del Código civil español, no sólo la restitución de lo que han invertido en el negocio, sino también la compensación por los réditos que habrían podido obtener con su dinero de no haber realizado tal inversión. Se trata, en definitiva, de dejarlos

indemnes, que eso significa indemnizar, o sea, en una situación que se asemeje lo más posible a la que tendría de no haber celebrado el contrato fracasado. Perece, pues, también, este motivo de apelación.
Noveno. COSTAS DE LA PRIMERA INSTANCIA. Por último, solicita la apelante, en su recurso, que se revise el pronunciamiento por el que se ve obligada a pagar las costas de la primera instancia, porque considera que el asunto suscitaba significativas dudas, lo que habría justificado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, que el juez no hubiera hecho uso del criterio del vencimiento objetivo para tomar su decisión sobre este particular. Alude, en este sentido, a la existencia de diversos criterios en los tribunales que han tratado la cuestión litigiosa. Esta Sala considera, sin embargo, como ya ha tenido ocasión de explicar, que el planteamiento que justifica el principal motivo de recurso de la apelante es, en realidad, muy artificioso, y no justifica hacer una excepción a la regla general a la que se sujeta la imposición de las costas procesales. Rechazamos, pues, el último motivo de apelación, con la consiguiente confirmación, por sus propios y acertados fundamentos de derecho, de la sentencia de instancia.": SAP Tarragona (Sección 3) 21.01.2014 (Sentencia 26/2014; Rollo 272/2013)

"PRIMERO. Con fecha de 20-junio-2005, MARTINSA-FADESA, S.A. como vendedora, y Don. Pelayo y Noelia como compradores, suscribieron un contrato por el que la primera se obligaba a trasmitir a los segundos, a cambio de un precio, la propiedad de la parcela sita en PARCELA NUM000, número NUM001 con una superficie aproximada de 800 m2., obligándose la vendedora ahora apelante a entregar la parcela objeto del contrato *"aproximadamente en 24 meses después de la obtención de licencia de edificación"* (estipulación séptima, folio 55 de las actuaciones). Esta fecha de inicio del cómputo no tenía mucho sentido pues, tratándose de un obligación de entrega de parcela y no de viviendas ya construidas, no era preciso contar con una licencia de ese tipo para cumplir con tal obligación. Con posterioridad a la firma del contrato, han ido sucediendo varias cosas de interés para este pleito: * por un lado, los compradores Srs. Pelayo y Noelia fueron avanzando diversas cantidades a cuenta del precio convenido hasta completar una suma de 61.712.euros; * por otra parte, antes de que estuviera a la vista la conclusión de las obras de urbanización, MARTINSA-FADESA, S.A. obtuvo la declaración de concurso voluntario, mediante Auto de 24-julio-2008 (folio 66). La administración concursal propuso la clasificación del crédito que pudiera corresponder a los compradores para la recuperación de las cantidades avanzadas a cuenta del contrato litigioso como contingente (folio 70). Ahora bien, en la resolución que dictó el Juez del concurso para aprobar el convenio que puso fin al procedimiento, estableció que esta clasificación, común a diversas situaciones análogas, no impedía que los compradores de parcelas instaran, por razón de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, la eventual resolución de los contratos de venta, con la consecuencia de que el eventual reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud de tales contratos tendría el tratamiento de un crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal, y no de un crédito sujeto a las estipulaciones del convenio (v. sentencia de 11-marzo-2011 del Juzgado Mercantil nº 1 de La Coruña, - ROJ: SJM C 18/2011 -, Fundamento de Derecho 3º: *"Ha de precisarse, sin embargo, que la demandante figura en el listado definitivo, bajo su anterior denominación social de BROOMCO (3013) LIMITED (acreedor nº. 1171 del listado), como titular de créditos contingentes por la cuantía pagada (810.523, 48 #) hasta el 24 de julio de 2008 (fecha de la declaración del concurso de MARTINSA- FADESA S.A.), con la clasificación de ordinario. La cuantificación de estos créditos ha de entenderse a efectos puramente informativos y sin trascendencia concursal alguna, puesto que por definición legal -artículo 87. 3 de la LC - los créditos contingentes carecen de cuantía propia y sus titulares tienen suspendidos los derechos de adhesión, voto y cobro.*
Quiere ello decir que no es exactamente cierto que ASPIRATION PROPERTIES LIMITED no se haya adherido a la propuesta de convenio que resultó aceptada por la mayoría, puesto que no podía tampoco legalmente hacerlo en tanto que figura en el listado exclusivamente como titular de créditos contingentes y tiene, por ello, suspendido su derecho de adhesión.
La administración concursal en el concurso de MARTINSA- FADESA S.A., ante la discutida cuestión del tratamiento concursal que deben recibir los derechos de los que son parte en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración del concurso (art. 61. 2 LC), ha optado por incluirlos en el listado como titulares de créditos contingentes, con la clasificación de ordinarios, en función de las sumas entregadas a cuenta del precio final hasta la fecha del auto de declaración del concurso. En muchas resoluciones incidentales dictadas en el seno de este concurso se ha cuestionado que esta modalidad de reconocimiento sea realmente la más ajustada a estos supuestos. Los contratos a que se refiere el artículo 61. 2 de la LC permanecen en vigor tras la declaración del concurso, y tanto el crédito a la prestación a que venga obligado el deudor concursado como, en su caso, el crédito restitutorio e indemnizatorio que pueda proceder de una resolución, judicialmente acordada, por incumplimiento posterior del deudor en concurso en contratos de tracto único, serán créditos contra la masa (art. 84 2 6º de la LC), no créditos concursales. La tesis de la administración concursal es, por ello, discutible aunque tiene desde luego la virtud de proporcionar una información adecuada de la obligaciones de restitución que en su caso pueden resultar declaradas y resulta particularmente útil en los casos en que queda demostrado que el contrato fue unilateralmente resuelto por la parte cumplidora antes del auto de declaración del concurso pues, cuando se declara judicialmente la procedencia y eficacia de esa resolución extrajudicial anterior, el crédito concursal, hasta entonces contingente, quedará concretado en el importe de las sumas a que alcance la obligación de restitución con, en su caso, los intereses devengados hasta la fecha del auto de declaración del concurso y eventualmente la indemnización de daños y perjuicios. Con todo, cabían otras soluciones probablemente más ajustadas a la Ley concursal, como la de excluir a los compradores de la lista de acreedores, considerando que no son en realidad acreedores concursales cuyos créditos integren la masa pasiva (artículo 49 LC), y menos por el importe de las sumas entregadas a cuenta del precio, sino partes en contratos pendientes de cumplimiento que continúan en vigor tras la declaración del concurso, sin que de ello se siga que puedan ser reconocidos como acreedores contra la masa salvo cuando, conforme al contrato, puedan reclamar el cumplimiento de la prestación

comprometida o, en caso de resolución por incumplimiento, la restitución e indemnización consecuente.
La decisión de la administración concursal de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de créditos concursales ordinarios pero contingentes no ha impedido, ni puede impedir, que quien es parte en un contrato de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento promueva la resolución del contrato con base en incumplimientos de la deudora en concurso posteriores al auto de declaración, y que, cuando la demanda resolutoria es estimada, el crédito restitutorio y eventualmente el indemnizatorio se reconozcan como créditos contra la masa del artículo 84 2 6º de la LC. En tal caso simplemente ocurre que la eventualidad que hacía el crédito contingente no se llega a cumplir nunca y el crédito concursal ordinario no llega a concretarse").
En el mismo sentido, la estipulación 1.3 del mismo convenio incluía en su ámbito de aplicación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la propia Ley Concursal, los créditos anteriores a la declaración del concurso, con la consiguiente exclusión de los posteriores. Igualmente, mediante carta de 10-diciembre-2008 dirigida por la administración concursal de MARTINSA- FADESA a los actores, se les comunicaba que *"el comprador de un bien inmueble (vivienda,..., parcela,...) que suscribió un contrato privado de compra con MARTINSA-FADESA, S.A. no se considera -en principio- acreedor de la concursada, pues no se le debe cantidad económica alguna, aunque existe evidentemente una obligación de escriturar y entregar el bien en la fecha pactada en el contrato privado, pero ello no convierte sin más al comprador en acreedor durante el concurso, salvo en los supuestos de incumplimiento"* (folio 73).
Sucedió que, en efecto, los compradores de la parcela decidieron que el retraso de la otra parte en la ejecución de la obra de urbanización le había privado de interés en seguir adelante con el contrato por lo que en abril de 2.012 promovieron, por medio de la demanda judicial que dio lugar al actual procedimiento, la resolución de la relación jurídica (contrato de compraventa de parcela de fecha 20-junio-2005, folios 53 y ss.), con la consiguiente pretensión de que se reconociera su derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud del propio contrato, con sus correspondientes intereses desde que fueron hechos los pagos hasta el momento de la devolución.
La demandada objetó que la conclusión de la obra era inminente (folio 189) y que, por tanto, estaba *"a punto de entregar las viviendas y parcelas que forman parte de la promoción de L'Aldea"* (folio 189), y dispuesta a cumplir con su obligación de entrega de la parcela *"con un calendario estimativo de entrega de las obras a los clientes de esta promoción previsto para el tercer trimestre de 2012"* (folio 189); y que, en último término, de entenderse que era procedente la resolución, el derecho del demandante al recobro de las cantidades avanzadas debía sujetarse, de forma coherente con la naturaleza asignada a tal crédito durante la tramitación del concurso, al régimen establecido en el convenio que le había puesto fin (folio 202).
El Juez de primera instancia concluye que *"se fijaba para el inicio del cómputo del plazo un hito de imposible cumplimiento, pues no corresponde a la parte vendedora solicitar la licencia de edificación... La redacción del contrato supone la absoluta y total indeterminación de la fecha de entrega, lo que es imputable a la parte demandada a quien cabe atribuir la redacción del contrato. El tiempo para cumplir la obligación sustancial del vendedor, que es la de la entrega de la parcela, queda a su arbitrio con el tenor del contrato con el tenor del contrato y ello determina la nulidad de la cláusula que fijaba el tiempo de la entrega por la aplicación de la legislación protectora de los consumidores"* (pág. 15/33 de la sentencia recurrida, folio 583). Es decir, no había, en realidad, un plazo de entrega fijo. Ahora bien, como en cualquier caso se había superado con la demora en la ejecución de la obra, cualquier expectativa razonable que hubiera podido formarse el comprador, éste tenía derecho a la resolución del contrato. Según el Juez de instancia, *"más que un retraso en la entrega, lo que existe es un incumplimiento que puede calificarse de definitivo de la obligación,..., pues en marzo-abril de 2012, ni se había entregado la parcela susceptible de edificación habiendo transcurrido la friolera de casi siete años desde la firma del contrato, ni existía la posibilidad de entregarla porque no se había terminado la urbanización..... Las decisiones en la ejecución ya no dependen de su exclusiva voluntad habiéndose constituido una Junta de Compensación..., Puede considerarse que se ha producido un incumplimiento grave y esencial del contrato, que frustra el interés de cualquier comprador"* (págs. 17 y 18/33 de la sentencia, folios 585 y 586).
Producida la resolución en virtud de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, el consiguiente derecho a la recuperación de las cantidades avanzadas en virtud del contrato no podía considerarse sujeto al convenio aprobado en el propio Concurso, cuyo ámbito de aplicación sólo se extendía a los derechos nacidos con anterioridad al momento procesal indicado: *"no cabe reputar sometido al convenio un crédito que se reconozca como consecuencia de una resolución que no se ha instado antes del concurso y se funda en un incumplimiento posterior a la declaración del concurso"* (pág. 25/33 de la sentencia, folio 593); *"A la fecha de declaración del concurso el 24 de julio de 2008 se mantenía vigente entre las partes un contrato de tracto único que tenía pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas de ambas partes"* (pág. 28/33, folio 596), añadiendo el Juzgador *a quo* que *"es abiertamente contradictorio manifestar en la contestación en junio de 2012 que el contrato de compraventa no se ha incumplido y no procede declarar la resolución y, sin embargo, indicar que, para el caso de que exista incumplimiento, éste sería anterior al 24 de julio de 2008"* (pág. 26/33, folio 594). La sentencia de primera instancia estimaba, pues, de forma íntegra la demanda. La demandada interpone recurso de apelación contra esta sentencia por los motivos que se irán desgranando en los fundamentos de derecho que siguen.
SEGUNDO. Con carácter preliminar este Tribunal debe señalar que ya ha tenido la ocasión de pronunciarse recientemente en litigios iguales al del presente recurso de apelación (así, sentencias de 17diciembre-2013, rollo 210/13; de 14-enero-2014, rollo 118/13; de 14-enero-2014, rollo 167/13, y de 21enero-2014, rollo 272/13), por lo que ya tiene formado un determinado criterio sobre las cuestiones planteadas en los diferentes recursos.
Por otro lado y antes de entrar en la verdadera cuestión suscitada con el recurso, debemos salir al paso de una alegación preliminar de la parte demandante que argumenta, de un lado, que la parte recurrente no citaba cuáles eran los pronunciamientos que impugnaba (en concreto, que *no se impugna ningún pronunciamiento*

específico de la sentencia, folio 688) y, por otro lado, representaba un intento de que un Tribunal sin competencia objetiva revisara una calificación del Juzgado Mercantil (la calificación de un crédito como concursal y que se incluya en el convenio de acreedores, folio 688).
En realidad, queda claro a tenor del texto de su escrito de interposición que pretende, en principio, la íntegra revocación de la sentencia del Juez *a quo* y, de forma subsidiaria, la de los pronunciamientos que ordenan que el pago del principal y los intereses del crédito declarado se haga sin sujeción al régimen estipulado en el convenio aprobado en el concurso de la deudora y que ésta sea condenada a pagar las costas de la primera instancia. Así, en el suplico de su escrito de interposición del recurso se dice: *"... dicte Resolución por la que, estimando en su integridad el presente Recurso de Apelación revoque la Sentencia de instancia y se declare que no cabe la resolución del presente contrato y subsidiariamente se declare, para el caso de que se estime procedente la resolución acordada, que el crédito reconocido al demandante es un crédito concursal y por tanto, sometido a la forma y a las condiciones de pago fijadas en el Convenio de Acreedores aprobado en el Concurso de Acreedores de MARTINSA FADESA, y no un crédito contra la masa como lo reconoce la Sentencia de Instancia y los intereses de dicho crédito son un crédito subordinado"* (folio 665).
En cuanto al otro óbice procesal aludido, debe decirse que la apelante no pretende que este Tribunal revise la calificación del crédito que se hizo en el concurso, sino que defiende, precisamente, que se sujete a tal calificación, si bien la interpreta en modo diferente a la forma en que lo hace la parte contraria.
TERCERO. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA DEMANDADA. Aduce la parte apelante en el primer motivo de recurso que, habiéndose constituido una Junta de Compensación cuya finalidad es la de terminar las obras de urbanización, haberse aprobado la adjudicación del contrato de ejecución de obra a favor de la empresa MJ GRUAS, y que queda únicamente el 20% de la obra inicialmente contratada para su finalización (folio 620), es posible, aún, cumplir con la obligación de entrega de la parcela a la que se refería el contrato, estando *"plenamente capacitado para poder entregar la parcela totalmente urbanizada de acuerdo con lo establecido en el contrato por lo que no es cierto que exista un incumplimiento definitivo"* (folio 620). Por tanto, según su tesis, no cabía entender que hubiera quedado irremisiblemente frustrada la expectativa que había llevado a la otra parte a celebrar el aludido contrato, con la consecuencia de que no había sido procedente declarar su resolución, así como que el demandante podía haber comenzado a edificar y no lo hizo.
Tal y como ya se ha expuesto, el Juez de primera instancia es claro y concluyente: *"se fijaba para el inicio del cómputo del plazo un hito de imposible cumplimiento, pues no correspondía a la parte vendedora solicitar la licencia de edificación... La redacción del contrato supone la absoluta y total indeterminación de la fecha de entrega, lo que es imputable a la parte demandada a quien cabe atribuir la redacción del contrato. El tiempo para cumplir la obligación sustancial del vendedor, que es la de la entrega de la parcela, queda a su arbitrio con el tenor del contrato con el tenor del contrato y ello determina la nulidad de la cláusula que fijaba el tiempo de la entrega por la aplicación de la legislación protectora de los consumidores"* (pág. 15/33 de la sentencia recurrida, folio 583). Es decir, no había, en realidad, un plazo de entrega fijo. Ahora bien, como en cualquier caso se había superado con la demora en la ejecución de la obra, cualquier expectativa razonable que hubiera podido formarse el comprador, éste tenía derecho a la resolución del contrato. Según el Juez de instancia, *"más que un retraso en la entrega, lo que existe es un incumplimiento que puede calificarse de definitivo de la obligación,..., pues en marzo-abril de 2012, ni se había entregado la parcela susceptible de edificación habiendo transcurrido la friolera de casi siete años desde la firma del contrato, ni existía la posibilidad de entregarla porque no se había terminado la urbanización..... Las decisiones en la ejecución ya no dependen de su exclusiva voluntad habiéndose constituido una Junta de Compensación..., Puede considerarse que se ha producido un incumplimiento grave y esencial del contrato, que frustra el interés de cualquier comprador"* (págs. 17 y 18/33 de la sentencia, folios 585 y 586).
Así las cosas, no es razonable pretender que una demora de más de siete años no sea suficiente para frustrar las expectativas de la parte afectada. El primer motivo de recurso no puede prosperar.
CUARTO. SOBRE LA FUERZA MAYOR. Considera la parte apelante que el retraso en el cumplimiento (insiste en un mero retraso, como si no se tratara de un verdadero y propio incumplimiento), obedeció a causas de fuerza mayor que imposibilitarían la resolución del contrato (folios 622 a 623), consistiendo lo que denomina *inconveniente fundamental"en que en el Plan Parcial aprobado por el Ayuntamiento de l'Aldea se contemplaba el abastecimiento de agua a la Urbanización desde unos depósitos de agua municipales propiedad del mismo Ayuntamiento de l'Aldea. Dichos depósitos de agua resultaron insuficientes para abastecer a la urbanización que se estaba construyendo por mi mandante por lo que mi mandante, se vio obligada a buscar soluciones alternativas que solventaran este problema que supusieron negociar con el Instituto Catalán Suelo, la Agencia Catalana del Agua, así como plantearse llevar a cabo expropiaciones etc."* (folio 622). Del mismo modo, añade una segunda causa: *"la situación global económica que motivó que mi mandante se viera obligada a solicitar la declaración de concurso de acreedores"* (folios 622 y 623).
Según la explicación clásica del concepto que resume, en síntesis, el artículo 1.105 del Código civil español, se consideran como casos de fuerza mayor aquellos acontecimientos que escapan a la previsión humana o que, aun habiendo sido previstos, no han podido evitarse. Anida en este concepto la idea de que el ser humano puede combatir las contingencias que se derivan de su relación con sus semejantes, pero no las que, por provenir de la furia desatada de los elementos, integran el *fatum* adverso, designio ineluctable de la divinidad contra el que nada puede hacerse. Es evidente que contingencias como las que hace servir como pretexto la apelante, que pueden producirse en cualquier obra de urbanización, como son los problemas que puedan afectar de forma temporal al abastecimiento de los servicios y suministros básicos,
o las vicisitudes económicas del período en el que se desenvuelve la actividad, no se acercan, ni de lejos, al concepto expresado. El segundo motivo de apelación debe, pues, también decaer.
QUINTO. SOBRE LA INEXISTENCIA DE NULIDAD DE LA CLAUSULA SEPTIMA DEL CONTRATO QUE REGULA EL PLAZO.
La parte apelante efectúa en su escrito de recurso una extensa exposición sobre la interpretación de los

contratos (folios 623 y ss.) con la finalidad de convencer a la Sala de que el Juzgador de instancia yerra cuando declara la nulidad de dicha cláusula (relativa al plazo de entrega de la parcela, v. folios 55 y 56), no obstante reconocer que *"someter el inicio del cómputo del plazo al otorgamiento de la licencia de edificación, en estrictos términos, no tiene sentido ni razón, ya que el objeto del contrato es la entrega de una parcela urbanizada y no de una edificación como tal"* (folio 623).

Debe partirse de que la interpretación de los contratos es aquella operación que consiste en mostrar la explicación y significado del mismo, con la finalidad básica de establecer el alcance de la vinculación entre las partes, especialmente, en función del cumplimiento o ejecución de aquél. La coincidencia de voluntades que expresa el contrato se produce como consecuencia de sendas declaraciones de voluntad, motivadas por sujetos diferenciados y actuantes conforme a intereses propios y distintos; no obstante, finalmente, se llega a un acuerdo que sitúa al contrato, por encima de las voluntades individuales de los contratantes al adquirir un valor autónomo como Ley rectora de las obligaciones contraídas entres las partes (v. por todas STS de 24-09-2003), así como que la doctrina jurisprudencial, aún partiendo de la base de afirmar como indiscutible, la preferencia del sentido literal de los términos de un contrato en caso de una claridad esencial, sin embargo la matiza en el sentido de la obligación de tener en cuenta otros datos, como es el de la conducta completa de los contratantes, constituida por sus actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato, y aquí hace entrar en juego el artículo 1282 de dicho Código. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Octubre de 1993 manifiesta que cuando surjan dudas fundadas sobre la verdadera intención de los contratantes, el órgano judicial que lleve a efecto la labor exegética no puede detenerse en la mera literalidad de los términos del contrato, por claros que éstos le parezcan, sino que han de indagar lo verdaderamente creído o intención evidente de los contratantes, acudiendo para ello a los demás medios hermenéuticos que le brinda el ordenamiento jurídico, uno de los cuales es atender a los actos anteriores, coetáneos y posteriores del contrato (artículo 1282 del Código Civil) (v. STS de 16-06-2005).

De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal comparte total y absolutamente los acertados razonamientos del Juzgador de instancia: *"El tiempo para cumplir la obligación sustancial del vendedor, que es la de la entrega de la parcela, queda a su arbitrio con el tenor del contrato y ello determina la nulidad de la cláusula que fijaba el tiempo de la entrega por aplicación de la legislación protectora de los consumidores,.... Así la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente a la fecha de suscripción del contrato privado de compraventa, exige en el artículo 13.1 la información a los consumidores de la fecha de producción o suministro. La cláusula 5 ª de la Disposición Adicional Primera expresamente considera como abusiva la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional. El art. 1256 del Código Civil establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes.... Además, con aplicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y conforme a su Disposición Adicional Primera, debe reputarse abusiva esta cláusula relativa al plazo de entrega. El art. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en la redacción vigente cuando se concertó el contrato, señala que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas.... En suma, la cláusula séptima del contrato,..., debe reputarse nula por abusiva, al ser notoriamente perjudicial al consumidor y causar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en el contrato"* (folios 583 y 584).

Por otra parte, debe citarse por su importancia la STS de 03-Julio-2013 (ROJ: STS 4567/2013) que establece: *"Alegó el recurrente que procedía la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de entrega, teniendo en cuenta que la cláusula que la regula es indeterminada, confusa, desproporcionada y, por tanto, abusiva, por lo que habría de integrarse el contrato de acuerdo con el art. 1258 del C. Civil, al considerarse inaplicable la cláusula abusiva, infringiéndose junto con los preceptos mencionados en los motivos de casación, el art. 10 de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Esta Sala en relación con contrato de la misma redacción, pero firmado entre URBEM y otro comprador, se pronunció en sentencia de 21 de marzo de 2013, rec. 1544 de 2010. En la misma se declaraba:..... Siguiendo esta Sala, la misma línea argumental, debemos declarar abusivas, por indeterminadas y desproporcionadas en perjuicio del consumidor las cláusulas que establecen un plazo confuso para la entrega de la obra, adornado de todo tipo de exoneraciones en beneficio del promotor y vendedor, de tal manera, que el comprador no sabe cuándo está obligado el vendedor a entregarla (art. 10 bis Ley General de Consumidores y Usuarios, vigente en la fecha del contrato).*

Como ya se declaró en la sentencia objeto del recurso 1544 de 2010 de esta Sala, se fijó un plazo orientativo que vendría a conculcar lo establecido en el artículo 10 bis y la disposición adicional primera I 5ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la redacción anterior al RDLeg. 1/2007), el primero de cuyos preceptos dispone que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley", mientras que la segunda de las citadas normas establece que a los efectos previstos en dicho artículo 10 bis, tendrá el carácter de cláusula abusiva, entre otras, "la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional"…. Incumplido el plazo de entrega de forma notoria por la vendedora, procede acordar la resolución del contrato (art. 1124 del C. Civil), con mutua devolución de lo entregado, más los intereses legales (Disposición adicional primera LOE) desde la interposición de la demanda".

El motivo, en consecuencia, se desestima.

SEXTO. INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO ANTERIOR A LA DECLARACION DE CONCURSO.

SOBRE LA NATURALEZA DEL CRÉDITO DISCUTIDO.

A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: Desarrolla la parte apelante en las alegaciones que van de la quinta a la octava (folios 631 a 661) de su escrito de interposición del recurso, un único motivo, que concluye con la apreciación de que, como el derecho litigioso había sido calificado dentro del concurso de MARTINSA-

FADESA, SA, como un crédito contingente ordinario, debía sujetarse a las prescripciones del convenio que había puesto fin al referido concurso, y que como el incumplimiento alegado de contrario es anterior a la declaración del concurso, no cabe declarar la resolución del contrato estimada por la sentencia de instancia.
Despliega su razonamiento la apelante señalando en la alegación quinta de su escrito que, para el caso de que se confirme por este Tribunal la procedencia de la resolución del contrato, el incumplimiento resolutorio de la apelante es anterior a la declaración del concurso, por lo que el crédito reconocido a la parte actora deberá serlo con la calificación de crédito concursal, reiterando nuevamente su tesis relativa a la interpretación del plazo de entrega del inmueble, llegando a la conclusión de que dicho término vencía el 08-julio-2007, fecha anterior en más de un año a la fecha de declaración del concurso el 24-julio-2008 (folio 633); por tanto, *"aunque la pretensión de resolución se ejercita por la actora en un momento posterior a la declaración del concurso y de hecho se declara resuelto el contrato con posterioridad a dicha declaración, el incumplimiento resolutorio alegado es el de la falta de entrega en plazo de la parcela objeto de contrato y, este incumplimiento, ya se había producido con anterioridad a la declaración del concurso de acreedores"* (folio 635). Añade en su alegación sexta que lo anterior determinaría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.4 de la Ley Concursal, que el crédito surgido como consecuencia de la resolución será un crédito concursal y sometido al convenio de acreedores (folio 635).
B) CRITERIO DE LA SALA: EL INCUMPLIMIENTO QUE JUSTIFICÓ LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DEBE ENTENDERSE PRODUCIDO CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA DEUDORA. De entrada, esta Sala comparte el criterio del Juez *a quo* sobre la absoluta falta de precisión de que adolece la cláusula relativa al plazo de cumplimiento de la obligación de entrega de las parcelas vendidas, extremo suficientemente explicado. Resulta paradójico, incluso, que la misma parte que ha defendido, según lo que hemos visto, que aún estaba a tiempo de cumplir su obligación de entrega, pretenda ahora, por medio de una interpretación integradora de la cláusula en cuestión, que el plazo venció, en realidad, meses antes de que la propia deudora fuera declarada en concurso.
Aun cuando considerásemos susceptible de enmienda el error de haber designado como día inicial del cómputo el de la licencia de edificación, subsistiría la imprecisión derivada de la utilización del adverbio *"aproximadamente"* (folio 55). Está claro que lo que no puede pretender de ninguna de las maneras la responsable de la redacción de la cláusula es que la imprecisión juegue a su favor, de tal suerte que, a los efectos de defender la vigencia del contrato, se considere irrelevante el retraso acumulado y, en cambio, cuando se trata de entender establecido un plazo concreto de cumplimiento de la obligación, la idea de un plazo meramente indicativo que sugiere el referido adverbio se desvanezca en el aire como una pompa de jabón. Pero aún hay más: el mero retraso en el cumplimiento de una obligación no justifica, sin más, salvo que suponga la vulneración de un plazo que, por disposición de las partes, o por la naturaleza de la obligación, se considere esencial, la resolución de la relación jurídica; únicamente significa la constitución del deudor en mora, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. Pero la resolución de una relación requiere algo más, un plus. Para que la demora se equipare con el propio y genuino incumplimiento debe tener un alcance tal que signifique una frustración de las expectativas que llevaron a la parte afectada a contratar. Así lo ha establecido en numerosas sentencias la Sala Civil del Tribunal Supremo (v. por ejemplo STS de 19 de Febrero de 2010). Por tanto, no podemos entender que el incumplimiento que justificó la resolución del contrato, el incumplimiento, insistimos, y no el mero retraso, se hubiera consumado ya, como sostiene la apelante, en julio de 2.007. No podemos establecer una fecha determinada como momento a partir del cual estaba justificada la resolución, pero sí que podemos concluir que tuvo que ser posterior a la declaración de concurso de la deudora. Sólo así se puede entender que la propia demandada MARTINSA FADESA señale en el Hecho Previo (II) de su escrito de contestación a la demanda que ésta es una reacción al ofrecimiento de la apelante de entregar la parcela vendida, con una previsión de entrega *"para el tercer trimestre de 2012 (es decir para dentro de cinco meses aproximadamente"* (folio 189), esto es, insistiendo en la vigencia del contrato y ofreciendo un no muy remoto cumplimiento de su obligación principal.
Con esto se da cumplida respuesta también a la alegación octava (imposibilidad de resolver un contrato de tracto único si el incumplimiento es anterior a la declaración del concurso de acreedores, folio 654) del escrito de interposición del recurso.
C) DE LO ANTERIOR RESULTA QUE EL CRÉDITO CONSISTENTE EN EL DERECHO DEL COMPRADOR A RECUPERAR LAS CANTIDADES AVANZADAS ERA UN CRÉDITO CONTRA LA MASA, Y NO CONTRA EL CONCURSADO. Así pues, de las dos hipótesis que plantea el artículo 62.4 de la Ley Concursal en relación con el régimen al cual deben sujetarse, una vez declarada la resolución de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas en el que sea parte el concursado, las obligaciones que subsistan a su cargo, hemos de optar claramente por la que califica el crédito correlativo como crédito contra la masa, y no contra el concursado. En efecto, en la medida en la que el incumplimiento del concursado, en el bien entendido de que hablamos del incumplimiento propio y genuino, el que justifica la resolución, es posterior a la declaración del concurso, el derecho de la otra parte contractual al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento no queda sujeto a su régimen, y se sustrae, por tanto, a las condiciones que hayan podido establecerse o se establezcan en un posible convenio. En el mismo sentido, el artículo 86.2. 6º de la misma Ley, antes citado, califica el derecho a la restitución de las cantidades avanzadas que tiene el acreedor del concursado, en caso de resolución de un contrato de la naturaleza indicada por razón de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, como crédito contra la masa. A estos efectos, la Ley no distingue entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.
Igualmente debe rechazarse lo manifestado por la parte apelante en su alegación séptima referente a la incompetencia del Juez de Primera Instancia para modificar la calificación firme de un crédito fijada por un Juzgado mercantil (folios 643 y ss.). No existe esa pretendida modificación que sólo puede entenderse como una alegación efectuada en el ejercicio del derecho de defensa. Como ya se expuso anteriormente, en la resolución que dictó el Juez del concurso para aprobar el convenio que puso fin al procedimiento, estableció

que esta clasificación, común a diversas situaciones análogas, no impedía que los compradores de parcelas instaran, por razón de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, la eventual resolución de los contratos de venta, con la consecuencia de que el eventual reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud de tales contratos tendría el tratamiento de un crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal, y no de un crédito sujeto a las estipulaciones del convenio (v. sentencia de 11-marzo-2011 del Juzgado Mercantil nº 1 de La Coruña, -ROJ: SJM C 18/2011 -, Fundamento de Derecho 3º). Y en el mismo sentido, la estipulación 1.3 del mismo convenio incluía en su ámbito de aplicación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la propia Ley Concursal, los créditos anteriores a la declaración del concurso, con la consiguiente exclusión de los posteriores. Igualmente, mediante carta de 10-diciembre-2008 dirigida por la administración concursal de MARTINSA-FADESA a los actores, se les comunicaba que *"el comprador de un bien inmueble (vivienda,..., parcela,...) que suscribió un contrato privado de compra con MARTINSA- FADESA, S.A. no se considera -en principio- acreedor de la concursada, pues no se le debe cantidad económica alguna, aunque existe evidentemente una obligación de escriturar y entregar el bien en la fecha pactada en el contrato privado, pero ello no convierte sin más al comprador en acreedor durante el concurso, salvo en los supuestos de incumplimiento"* (folio 73).

D) CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Subsiste, sin embargo, desde el punto de vista de la parte apelante, el argumento de que, en cualquier caso, la Administración del Concurso calificó el derecho del demandante a la eventual restitución de las cantidades avanzadas en virtud del contrato al que nos referimos como crédito contingente ordinario, categoría prevista en el artículo 87.3 de la Ley Concursal.

Desde la perspectiva que defiende la recurrente, se entiende que, confirmada la existencia y eficacia del crédito que, inicialmente, por su carácter litigioso o por estar sometido a condición suspensiva, se ha considerado de carácter contingente, en el sentido de que no necesariamente había de devenir eficaz, había de pasar a recibir el tratamiento de un crédito ordinario contra el concursado. Detrás de esta concepción, se intuye la idea de que el derecho a la restitución al que nos referimos nace para cada una de las partes desde el mismo momento en que ambas pactan la realización recíproca de unas determinadas prestaciones, si bien se trata de un derecho sometido a la condición suspensiva de que una de las partes no lleve a cabo aquello a lo que en principio venía obligada de tal manera que, como compensación por la falta de eficacia de la prestación inicialmente pactada, la otra parte pueda exigir la devolución de aquello que ya haya hecho efectivo por razón del contrato. Así, la obligación de realizar la prestación principal vendría sujeta a la mal llamada condición resolutoria implícita de incumplimiento a la que alude el artículo 1.124 del Código civil español y, de forma correlativa, la de llevar a cabo la restitución de lo que se reciba por razón del contrato o de indemnizar en la forma que proceda a la parte perjudicada por tal incumplimiento dependería de una condición suspensiva. Tal construcción es, sin embargo, sumamente artificiosa. En un sentido propio, la condición es un elemento accidental del negocio jurídico, que se concreta en un pacto por el que las partes de un contrato sujetan la eficacia de una obligación, bien su nacimiento si se trata de una condición suspensiva, bien su extinción si es resolutoria, al acaecimiento de un hecho futuro, lícito, incierto, posible y arbitrariamente querido por ambas. Ahora bien, el establecimiento de un régimen jurídico para el caso de que una de las partes de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas no cumpla su obligación no puede considerarse en ningún caso como elemento accidental del negocio, ya que es una parte necesaria y esencial de su propia estructura. Es cierto que el artículo 1.124 del Código civil español se incluye en una sección en la que se regulan las obligaciones condicionales, pero esto es así porque el efecto de la resolución contractual por incumplimiento se puede equiparar en gran medida al del acaecimiento del hecho que determina, por disposición contingente de las partes, la resolución de una obligación sometida a condición resolutoria. Con todo, dice la apelante que en el concurso se atribuyó al derecho de la parte actora a la restitución de las cantidades avanzadas por razón del contrato de compra de la parcela litigiosa el carácter de crédito contingente ordinario, y que al no impugnar tal calificación en momento alguno (v. folio 217), la consintió. De ello se infiere que con la aprobación del convenio que puso fin al concurso, quedó sujeto a las determinaciones que se establecieron en el propio convenio para los créditos ordinarios pues, cumplida la contingencia o condición de la resolución del referido contrato de venta de parcelas por incumplimiento de la concursada, el derecho de restitución devenía crédito ordinario contra MARTINSA-FADESA, S.A.. Ahora bien, a tenor de las observaciones realizadas por el Juez del concurso en la sentencia que aprobó el aludido convenio, y en vista de la forma en que éste define su propio ámbito de aplicación, esta Sala no puede compartir la tesis de la apelante sobre cuál ha sido la calificación del crédito litigioso. Ya vimos como el Juez hizo notar que el hecho de que la Administración del Concurso lo hubiera incluido entre los créditos contingentes no impedía que, si se producía la resolución del contrato del cual provenía por un incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tuviera el tratamiento de crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal. También constatamos como en la estipulación 1.3 del mismo convenio se excluían de su ámbito de aplicación los créditos posteriores a la declaración del concurso, de forma congruente con la disposición legal que regula el ámbito de aplicación de este tipo de convenios, recogida en el artículo 134.1 de la Ley citada. Por lo tanto, ni por la naturaleza genuina del derecho, ni por la forma en que ha sido calificado en el concurso, era procedente que quedara sujeto al régimen estipulado en el convenio en cuestión. Y es que no es de recibo que las disposiciones de un convenio vinculen a unas personas cuyos derechos han nacido con posterioridad a su conclusión. Así pues, no puede prosperar tampoco este motivo del recurso de apelación.

SEPTIMO. SOBRE LOS INTERESES QUE HA DE PAGAR LA DEUDORA PARA QUE LA COMPENSACIÓN DE LA ACREEDORA POR SU INCUMPLIMIENTO SEA COMPLETA.

También alega la recurrente como motivo de apelación que el derecho de la actora se vería afectado por la suspensión del devengo de intereses que establece el artículo 59.1 de la Ley Concursal, de tal manera que el crédito por este concepto accesorio tendría la naturaleza de subordinado (folios 661 y 662).

La disposición legal citada se refiere, sin embargo, a los genuinos intereses remuneratorios, es decir, a los que

se establecen en una obligación, o por disposición de la ley que la constituye, o de las partes que la estipulan, para compensar a una de las partes por haber atribuido a la otra durante un periodo de tiempo el poder de disposición sobre una suma de dinero, con la correlativa imposibilidad para el cedente de disfrutar durante ese mismo periodo del rendimiento que pueda producir esa suma. El ejemplo más típico sería el del contrato de préstamo con interés: una de las partes entrega a otra una suma de dinero por un tiempo determinado; la otra no sólo ha de devolver el capital recibido sino también sus réditos, para compensar a quien le dejó el dinero por el tiempo durante el cual no ha podido obtener el producto de ese mismo capital. Estos son los intereses cuyo devengo se interrumpe por la declaración del concurso. En cambio, los que tiene derecho a percibir ahora la demandante no resultan de una estipulación del contrato de venta de la parcela que estuviera vigente en el momento de la declaración del concurso -en ese momento, MARTINSA-FADESA, SA, no tenía ninguna obligación de pagar a la parte actora, por las cantidades que había recibido avanzadas por razón de ese mismo contrato, intereses-. Se trata, simplemente, de que la indemnización que ha de recibir el demandante como consecuencia del incumplimiento contractual de la parte contraria comprenda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil español, no sólo la restitución de lo que ha invertido en el negocio, sino también la compensación por los réditos que habría podido obtener con su dinero de no haber realizado tal inversión. Se trata, en definitiva, de dejarlo indemne, que eso significa indemnizar,
o sea, en una situación que se asemeje lo más posible a la que tendría de no haber celebrado el contrato fracasado. Perece, pues, también, este motivo de apelación.": SAP Tarragona (Sección 3) 28.01.2014 (Sentencia 41/2014; Rollo 147/2013)

"Primero. RESUMEN DEL CASO. Con fecha 25-5-2005, MARTINSA-FADESA, SA, como vendedora, y la actora, como compradora, suscribieron un contrato por el que la primera se obligaba a trasmitir a la segunda, a cambio de un precio, la propiedad de una parcela, que le habría de entregar una vez estuviera realizada la correspondiente obra de urbanización. En el contrato se decía que la entrega tendría lugar, aproximadamente, en un plazo de 24 meses a contar desde la obtención de la licencia de edificación.
Con posterioridad a la firma del contrato, han ido sucediendo varias cosas de interés para este pleito. Por un lado, la actora fue avanzando diversas cantidades a cuenta del precio convenido, hasta completar una suma de 71.340 euros. Por otra parte, antes de que estuviera a la vista la conclusión de las obras de urbanización, MARTINSA-FADESA, SA, obtuvo la declaración de concurso voluntario. El auto que formalizó esta situación tiene fecha de veinticuatro de julio de dos mil ocho. La Administración del Concurso propuso la clasificación del crédito que pudiera corresponder a la actora para la recuperación de las cantidades avanzadas a cuenta del contrato litigioso como contingente ordinario. Ahora bien, en la resolución que dictó el juez del concurso para aprobar el convenio que puso fin al procedimiento, estableció que esta clasificación, común a diversas situaciones análogas, no impedía que los compradores de parcelas instaran, por razón de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, la eventual resolución de los contratos de venta, con la consecuencia de que el eventual reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud de tales contratos tendría el tratamiento de un crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo
84.2. 6º de la Ley Concursal, y no de un crédito sujeto a las estipulaciones del convenio. En el mismo sentido, la estipulación 1.3 del mismo convenio incluía en su ámbito de aplicación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la propia Ley Concursal, los créditos anteriores a la declaración del concurso, con la consiguiente exclusión de los posteriores.
Sucedió que la compradora de la parcela decidió que el retraso de la otra parte en la ejecución de la obra de urbanización le había privado de interés en seguir adelante con el contrato, por lo que, a principios del año dos mil doce promovió, por medio de una demanda judicial, la que dio lugar al asunto que tenemos entre manos, la resolución de la relación jurídica, con la consiguiente pretensión de que se reconociera su derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud del propio contrato, con sus correspondientes intereses. La demandada objetó, entonces, que la conclusión de la obra era inminente, y que, por tanto, estaba dispuesta a cumplir con su obligación de entrega de la parcela; que, si no lo había hecho de forma puntual, había sido por un causa de fuerza mayor; y, que, en último término, de entenderse que era procedente la resolución, el derecho del demandante al recobro de las cantidades avanzadas debía sujetarse, de forma coherente con la naturaleza asignada a tal crédito durante la tramitación del concurso, al régimen establecido en el convenio que le había puesto fin.
El juez de primera instancia asentó como premisa, en su resolución, el criterio de que la cláusula que establecía, en apariencia, cuál era el plazo de entrega de las parcelas vendidas había sido dispuesta por MARTINSA-FADESA, SA, para no definir de forma precisa la cuestión. De manera que no había, en realidad, un plazo de entrega fijo. Ahora bien, como, en cualquier caso, se había superado, con la demora en la ejecución de la obra, cualquier expectativa razonable que hubiera podido formarse el comprador, éste tenía derecho a la resolución del contrato. Producida ésta en virtud de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, el consiguiente derecho a la recuperación de las cantidades avanzadas en virtud del contrato no podía considerarse sujeto al convenio aprobado en el propio Concurso, cuyo ámbito de aplicación sólo se extendía a los derechos nacidos con anterioridad al momento procesal indicado. La sentencia de primera instancia estimaba, pues, de forma íntegra, la demanda.
La demandada ha interpuesto un recurso de apelación contra esta sentencia, por los motivos que se irán desgranando en los fundamentos de derecho que siguen.
Segundo. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO. Antes de entrar en el meollo de la cuestión, debemos salir al paso de una alegación preliminar de la parte demandante, que argumenta que el recurso no tenía que haber sido admitido, ya que, por un lado, no precisaba cuáles eran los pronunciamientos judiciales que impugnaba y, por otro lado, representaba un intento de que un Tribunal sin competencia objetiva revisara una calificación del Juzgado Mercantil.
En realidad, aun cuando la apelante no haya dedicado una rúbrica específica de su recurso a establecer cuáles

son los pronunciamientos que impugna, queda claro, a tenor del texto de su escrito, que pretende, en principio, la íntegra revocación de la sentencia del juez a quo, y, de forma subsidiaria, la de los pronunciamientos que ordenan que el pago del principal y los intereses del crédito declarado se haga sin sujeción al régimen estipulado en el convenio aprobado en el concurso de la deudora y que ésta sea condenada a pagar las costas de la primera instancia. En cuanto al otro óbice procesal aludido, debe decirse que la apelante no pretende que este Tribunal revise la calificación del crédito que se hizo en el concurso, sino que defiende, precisamente, que se sujete a tal calificación, si bien la interpreta en modo diferente a la forma en que lo hace la parte contraria.
Tercero. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA DEMANDADA. Aducía la apelante, en el primer motivo de recurso, que, habiéndose constituido una Junta de Compensación al efecto, las obras de urbanización se habían reemprendido, y, al faltar, únicamente, una quinta parte de lo proyectado, era posible, aún, cumplir con la obligación de entrega de las parcelas a las que se refería el contrato. De manera que, según su tesis, no cabía entender que hubiera quedado irremisiblemente frustrada la expectativa que había llevado a la otra parte a celebrar el aludido contrato, con la consecuencia de que no había sido procedente declarar su resolución.
Si bien en el contrato en cuestión, como ha dejado establecido el juez a quo, no se estipuló un plazo de cumplimiento determinado y preciso, sí que se dio una orientación sobre el particular, que permitía esperar en términos razonables que la obra de urbanización estuviera concluida durante el año dos mil siete. Así las cosas, no es razonable pretender que una demora de más de cinco años sobre las previsiones iniciales no sea suficiente para frustrar las expectativas de la parte afectada. El primer motivo de recurso no puede prosperar.
Cuarto. SOBRE LA FUERZA MAYOR. Considera la apelante, en el segundo motivo de recurso, que el retraso en el cumplimiento -insiste en un mero retraso, como si no se tratara de un verdadero y propio incumplimiento- obedeció a causas de fuerza mayor, como fueron las contingencias que afectaron al abastecimiento de agua y las circunstancias económicas que condujeron a su situación de concurso.
Según la explicación clásica del concepto, que resume, en síntesis, el artículo 1 105 del Código civil español, se consideran como casos de fuerza mayor aquellos acontecimientos que escapan a la previsión humana o que, aun habiendo sido previstos, no han podido evitarse. Anida en este concepto la idea de que el ser humano puede combatir las contingencias que se derivan de su relación con sus semejantes, pero no las que, por provenir de la furia desatada de los elementos, integran el fatum adverso, designio ineluctable de la divinidad contra el que nada puede hacerse. Es evidente que contingencias como las que hace servir como pretexto la apelante, que pueden producirse en cualquier obra de urbanización, como son los problemas que puedan afectar de forma temporal al abastecimiento de los servicios y suministros básicos,
o las vicisitudes económicas del periodo en el que se desenvuelve la actividad, no se acercan, ni de lejos, al concepto expresado. El segundo motivo de apelación, debe pues, también, decaer.
Quinto. SOBRE LA NATURALEZA DEL CRÉDITO DISCUTIDO.
A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: Desarrolla la apelante, en realidad, en las alegaciones que van de la 5ª a 9ª de su escrito de recurso, un único motivo, que concluye con la apreciación de que, como el derecho litigioso había sido calificado dentro del concurso de MARTINSA-FADESA, SA, como un crédito contingente ordinario, debía sujetarse a las prescripciones del convenio que había puesto fin al referido concurso. Despliega su razonamiento la apelante en las siguientes fases. En primer lugar, defiende que sí que existía un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación de entrega de las parcelas. Así, vencido este plazo antes de la declaración de concurso de la deudora, debía entenderse, que, si estaba justificada la resolución del contrato controvertido, había de considerarse referida a un incumplimiento anterior a la referida declaración. Esto habría impedido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.4 de la Ley Concursal, que el crédito surgido como consecuencia de la resolución se sustrajera al régimen que se estableció en el correspondiente convenio para el tratamiento de los créditos contra la concursada. Como conclusión, tal como había dictaminado la Administración del Concurso, a la que se refería la apelante en la alegación sexta del recurso, el crédito en cuestión, cumplida la contingencia de resolución del contrato a la que estaba condicionado, debía sujetarse a tal régimen.
B) EL INCUMPLIMIENTO QUE JUSTIFICÓ LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DEBE ENTENDERSE PRODUCIDO CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA DEUDORA. De entrada, esta Sala comparte el criterio del juez a quo sobre la absoluta falta de precisión de que adolece la cláusula relativa al plazo de cumplimiento de la obligación de entrega de las parcelas vendidas. Resulta paradójico, incluso, que la misma parte que ha defendido, según lo que hemos visto, que aún estaba a tiempo de cumplir su obligación de entrega, pretenda ahora, por medio de una interpretación integradora de la cláusula en cuestión, que el plazo venció, en realidad, meses antes de que la propia deudora fuera declarada en concurso. Alega la parte apelante, en tal sentido, que debe entenderse que el plazo de cumplimiento de la obligación, de aproximadamente 24 meses, debía comenzar a computarse no desde la concesión de la licencia de edificación, innecesaria, sino desde la aprobación del proyecto de urbanización, verdadero presupuesto de la actuación que debía realizarse. Pero, aun cuando considerásemos susceptible de enmienda el error de haber designado como día inicial del cómputo el de la licencia de edificación, subsistiría la imprecisión derivada de la utilización del adverbio "aproximadamente." Está claro que lo que no puede pretender de ninguna de las maneras la responsable de la redacción de la cláusula es que la imprecisión juegue a su favor, de tal suerte que, a los efectos de defender la vigencia del contrato, se considere irrelevante el retraso acumulado, y, en cambio, cuando se trata de entender establecido un plazo concreto de cumplimiento de la obligación, la idea de un plazo meramente indicativo que sugiere el referido adverbio se desvanezca en el aire como una pompa de jabón. Pero aún hay más. El mero retraso en el cumplimiento de una obligación no justifica, sin más, salvo que suponga la vulneración de un plazo que, por disposición de las partes, o por la naturaleza de la obligación, se considere esencial, la resolución de la relación jurídica. Únicamente significa la constitución del deudor en mora, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. Pero la resolución de una relación requiere algo más, un plus. Para que la demora se equipare con el propio y genuino incumplimiento debe tener un alcance tal que signifique una frustración de las expectativas que llevaron a la parte afectada a contratar. Así lo ha

establecido en numerosas sentencias, algunas de las cuales ha citado de forma oportuna el juez a quo, a cuya exposición nos remitimos, para evitar ociosas repeticiones, la Sala Civil del Tribunal Supremo. Por tanto, no podemos entender que el incumplimiento que justificó la resolución del contrato, el incumplimiento, insistimos, y no el mero retraso, se hubiera consumado ya, como sostiene la apelante, en el año dos mil ocho. No podemos establecer una fecha determinada como momento a partir del cual estaba justificada la resolución, pero sí que podemos concluir que tuvo que ser posterior a la declaración de concurso de la deudora. Sólo así se puede entender que incluso en fechas cercanas a la interposición de la demanda que ha dado lugar a este pleito la propia demandada insistiera en la vigencia del contrato y ofreciera un no muy remoto cumplimiento de su obligación principal.

C) DE LO QUE SE SIGUE QUE EL CRÉDITO CONSISTENTE EN EL DERECHO DEL COMPRADOR A RECUPERAR LAS CANTIDADES AVANZADAS ERA UN CRÉDITO CONTRA LA MASA, Y NO CONTRA EL CONCURSADO. Así pues, de las dos hipótesis que plantea el artículo 62.4 de la Ley Concursal en relación con el régimen al cual deben sujetarse, una vez declarada la resolución de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas en el que sea parte el concursado, las obligaciones que subsistan a su cargo, hemos de optar claramente por la que califica el crédito correlativo como crédito contra la masa, y no contra el concursado. En efecto, en la medida en la que el incumplimiento del concursado, en el bien entendido de que hablamos del incumplimiento propio y genuino, el que justifica la resolución, es posterior a la declaración del concurso, el derecho de la otra parte contractual al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento no queda sujeto a su régimen, y se sustrae, por tanto, a las condiciones que hayan podido establecerse o se establezcan en un posible convenio. En el mismo sentido, el artículo 86.2. 6º de la misma Ley, antes citado, califica el derecho a la restitución de las cantidades avanzadas que tiene el acreedor del concursado, en caso de resolución de un contrato de la naturaleza indicada por razón de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, como crédito contra la masa. A estos efectos, la Ley no distingue entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.

D) CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Subsiste, sin embargo, desde el punto de vista de la apelante, el argumento de que, en cualquier caso, la Administración del Concurso calificó el derecho del demandante a la eventual restitución de las cantidades avanzadas en virtud del contrato al que nos referimos como crédito contingente ordinario, categoría prevista en el artículo 87.3 de la Ley Concursal. Desde la perspectiva que defiende la recurrente, se entiende que, confirmada la existencia y eficacia del crédito que, inicialmente, por su carácter litigioso, o por estar sometido a condición suspensiva, se ha considerado de carácter contingente, en el sentido de que no necesariamente había de devenir eficaz, había de pasar a recibir el tratamiento de un crédito ordinario contra el concursado. Detrás de esta concepción, se intuye la idea de que el derecho a la restitución al que nos referimos nace, para cada una de las partes, desde el mismo momento en que ambas pactan la realización recíproca de unas determinadas prestaciones, si bien se trata de un derecho sometido a la condición suspensiva de que una de las partes no lleve a cabo aquello a lo que en principio venía obligada, de tal manera que, como compensación por la falta de eficacia de la prestación inicialmente pactada, la otra parte pueda exigir la devolución de aquello que ya haya hecho efectivo por razón del contrato. Así, la obligación de realizar la prestación principal vendría sujeta a la mal llamada condición resolutoria implícita de incumplimiento a la que alude el artículo 1 124 del Código civil español, y, de forma correlativa, la de llevar a cabo la restitución de lo que se reciba por razón del contrato o de indemnizar en la forma que proceda a la parte perjudicada por tal incumplimiento dependería de una condición suspensiva. Tal construcción es, sin embargo, sumamente artificiosa. En un sentido propio, la condición es un elemento accidental del negocio jurídico, que se concreta en un pacto por el que las partes de un contrato sujetan la eficacia de una obligación, bien su nacimiento, si se trata de una condición suspensiva, bien su extinción, si es resolutoria, al acaecimiento de un hecho futuro, lícito, incierto, posible y arbitrariamente querido por ambas. Ahora bien, el establecimiento de un régimen jurídico para el caso de que una de las partes de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas no cumpla su obligación no puede considerarse en ningún caso como elemento accidental del negocio, ya que es una parte necesaria y esencial de su propia estructura. Es cierto que el artículo 1 124 del Código civil español se incluye en una sección en la que se regulan las obligaciones condicionales, pero esto es así porque el efecto de la resolución contractual por incumplimiento se puede equiparar en gran medida al del acaecimiento del hecho que determina, por disposición contingente de las partes, la resolución de una obligación sometida a condición resolutoria. Con todo, dice la apelante que en el concurso se atribuyó al derecho de la actora a la restitución de las cantidades avanzadas por razón del contrato de compra de la parcela litigiosa el carácter de crédito contingente ordinario, y que ella, al no impugnar tal calificación en momento alguno, la consintió. De manera que, con la aprobación del convenio que puso fin al concurso, quedó sujeto a las determinaciones que se establecieron en el propio convenio para los créditos ordinarios, pues, cumplida la contingencia o condición de la resolución del referido contrato de venta de parcela por incumplimiento de la concursada, el derecho de restitución devenía crédito ordinario contra MARTINSA-FADESA, SA. Ahora bien, a tenor de las observaciones realizadas por el juez del concurso en la sentencia que aprobó el aludido convenio, y en vista de la forma en que éste define su propio ámbito de aplicación, esta Sala no puede compartir la tesis de la apelante sobre cuál ha sido la calificación del crédito litigioso. El hecho de que la Administración del Concurso lo hubiera incluido entre los créditos contingentes no impedía que, si se producía la resolución del contrato del cual provenía por un incumplimiento posterior a la declaración de concurso, tuviera el tratamiento de crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal. También constatamos como en la estipulación 1.3 del mismo convenio se excluían de su ámbito de aplicación los créditos posteriores a la declaración del concurso, de forma congruente con la disposición legal que regula el ámbito de aplicación de este tipo de convenios, recogida en el artículo 134.1 de la Ley recién citada. Por lo tanto, ni por la naturaleza genuina del derecho, ni por la forma en que ha sido calificado en el concurso, era procedente que quedara sujeto al régimen estipulado en el convenio en cuestión. Y es que, como concluye el juez de primera instancia, no es de recibo que las disposiciones de un convenio

vinculen a unas personas cuyos derechos han nacido con posterioridad a su conclusión. Así pues, no puede prosperar, tampoco, el tercero, y principal, motivo del recurso de apelación.
Sexto. SOBRE LOS INTERESES QUE HA DE PAGAR LA DEUDORA PARA QUE LA COMPENSACIÓN DE LA ACREEDORA POR SU INCUMPLIMIENTO SEA COMPLETA. El cuarto motivo de apelación, al cual dedica la recurrente la alegación 9ª de su escrito de recurso, se basa en la consideración de que, en cualquier caso, el derecho de la actora se vería afectado por la suspensión del devengo de intereses que establece el artículo 59.1 de la Ley Concursal, de tal manera que el crédito por este concepto accesorio tendría la naturaleza de subordinado.
La disposición legal que acabamos de citar se refiere, sin embargo, a los genuinos intereses remuneratorios, es decir, a los que se establecen en una obligación, por disposición de la ley que la constituye, o de las partes que la estipulan, para compensar a una de las partes por haber atribuido a la otra durante un periodo de tiempo el poder de disposición sobre una suma de dinero, con la correlativa imposibilidad para el cedente de disfrutar durante ese mismo periodo del rendimiento que pueda producir esa suma. Estos son los intereses cuyo devengo se interrumpe por la declaración del concurso. En cambio, los que tiene derecho a percibir ahora la demandante no resultan de una estipulación del contrato de venta de las parcelas que estuviera vigente en el momento de la declaración del concurso -en ese momento, MARTINSA-FADESA, SA, no tenía ninguna obligación de pagar a la actora, por las cantidades que había recibido avanzadas por razón de ese mismo contrato, intereses- Se trata, simplemente, de que la indemnización que ha de recibir el demandante como consecuencia del incumplimiento contractual de la parte contraria comprenda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 124 del Código civil español, no sólo la restitución de lo que ha invertido en el negocio, sino también la compensación por los réditos que habría podido obtener con su dinero de no haber realizado tal inversión. Se trata, en definitiva, de dejarlo indemne, que eso significa indemnizar, o sea, en una situación que se asemeje lo más posible a la que tendría de no haber celebrado el contrato fracasado. Perece, pues, también, este motivo de apelación.": SAP Tarragona (Sección 3) 28.01.2014 (Sentencia 36/2014; Rollo 259/2013)

"PRIMERO. PRONUNCIAMIENTOS IMPUGNADOS Y MOTIVOS DE IMPUGNACION.
Interpone DÑA. Casilda y D. Ángel el recurso de apelación contra la sentencia de instancia que estima la demanda interpuesta por los mismos si bien no en los términos suplicados en el escrito de demanda, al estimar la sentencia objeto del presente recurso que en el acto de la audiencia previa la Juzgadora *a quo* estimó la excepción alegada de cosa juzgada positiva, y declarar que el crédito nacido de la resolución contractual está sometido al convenio de acreedores de la promotora MARTINSA FADESA, pronunciamientos que son objeto de impugnación (folio 809 de las actuaciones). Alega la parte recurrente infracción de normas y garantías procesales (folio 807).
Ahora bien, con carácter previo hemos de analizar una cuestión de índole procesal señalada por la parte apelada MARTINSA FADESA: la apelante, contra la decisión de la Juzgadora de instancia en el acto de la audiencia previa estimando la existencia de cosa juzgada positiva, no formuló el oportuno recurso de reposición previo a la protesta (folios 859 a 861).
SEGUNDO. EXAMEN DE LA CUESTION PROCESAL.
Como ya se ha dicho, la parte apelada considera que al no haberse interpuesto recurso de reposición previo a la formulación de la protesta en el acto de la audiencia previa contra la decisión de la Juzgadora de instancia de estimar la excepción de cosa juzgada positiva, el recurso de apelación debe ser inadmitido (folio 860).
Visionada la grabación videográfica de dicho acto resulta que la Juzgadora *a quo,* tras declarar que existía cosa juzgada positiva por los motivos que citaba, se dirigió a la parte actora manifestando que podía formular protesta a los efectos de la segunda instancia (DVD 19:25" y ss.), como así hizo el Letrado de los demandantes.
Señala el artículo 421 de la LEC que *"1. Cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento. // Sin embargo, no se sobreseerá el proceso en el caso de que, conforme al apartado 4 del artículo 222, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el tribunal que está conociendo del proceso posterior".*
Por su parte, el artículo 222,4 establece: *"4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal"*.
Ambos preceptos deben ser puestos en relación con el artículo 210 de la LEC relativo a las resoluciones orales:
"1. Salvo que la ley permita diferir el pronunciamiento, las resoluciones que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el Tribunal o Secretario judicial se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose éste con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones.
2. Pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueren parte en el proceso estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución.
Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada.
3. En ningún caso se dictarán oralmente sentencias en procesos civiles."
En el presente supuesto, la Juzgadora de instancia pronunció oralmente en la audiencia previa su decisión de estimar la cosa juzgada positiva (como señala el Juzgador *a quo* en la sentencia recurrida, folio 799), ahora bien discrepamos de que la misma adquiriera firmeza toda vez que la parte actora formuló la oportuna protesta contra dicha decisión judicial, como así mismo entendió la Juzgadora de instancia al dirigirse a la parte actora

manifestando que podía formular protesta a los efectos de la segunda instancia (DVD 19:25" y ss.), y como así hizo el Letrado de los demandantes. Abundando en ello, el hecho de que la parte formulara protesta a los efectos de la segunda instancia evidencia que su decisión clara era la de recurrir dicho pronunciamiento, como así ha efectuado: de hecho, la parte recurre en apelación la resolución escrita que alude a la cosa juzgada positiva. En definitiva, el recurso de apelación es admisible.

TERCERO. ALLANAMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA.

La representación procesal de MARTINSA FADESA, mediante escrito presentado el día 17 de mayo de 2.013 (folios 438 y ss.), manifiesta que *"esta parte se ve obligada a allanarse a la resolución contractual pretendida de contrario por no encontrarse en disposición de entregar la parcela objeto de contrato así como a la devolución del principal satisfecho por el actor, que asciende a la cantidad de OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTE EUROS más intereses"* (folio 440), si bien, como consecuencia de la estimación de la cosa juzgada positiva, estima correcta la decisión judicial de que el crédito de la parte actora se ajuste a la clasificación de los créditos, forma y calendario de plazos para pago que se estableció en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de la Coruña y el Convenio de acreedores de 11 de marzo de 2011.

CUARTO. CUESTIÓN SUSTANTIVA.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la cuestión ahora debatida, por ejemplo, en sus sentencias de 28-01-2014, rollo 147/2013 y de 14-01-2014, rollo 118/2013, por lo que ya tiene formado un determinado criterio sobre las cuestiones planteadas en los diferentes recursos.

En nuestras resoluciones hemos dicho:

1.- Antes de que estuviera a la vista la conclusión de las obras de urbanización, MARTINSA-FADESA, S.A. obtuvo la declaración de concurso voluntario, mediante Auto de 24-julio-2008.

2.- La administración concursal propuso la clasificación del crédito que pudiera corresponder a los compradores como contingente (folio 87).

3.- En la resolución que dictó el Juez del concurso para aprobar el convenio que puso fin al procedimiento, estableció que esta clasificación, común a diversas situaciones análogas, no impedía que los compradores de parcelas instaran, por razón de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, la eventual resolución de los contratos de venta, con la consecuencia de que el eventual reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud de tales contratos tendría el tratamiento de un crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal, y no de un crédito sujeto a las estipulaciones del convenio (v. sentencia de 11-marzo-2011 del Juzgado Mercantil nº 1 de La Coruña, -ROJ: SJM C 18/2011 -, Fundamento de Derecho 3º - folios 346 y 347-: *"Ha de precisarse, sin embargo, que la demandante figura en el listado definitivo, bajo su anterior denominación social de BROOMCO (3013) LIMITED (acreedor nº. 1171 del listado), como titular de créditos contingentes por la cuantía pagada (810.523, 48 #) hasta el 24 de julio de 2008 (fecha de la declaración del concurso de MARTINSA- FADESA S.A.), con la clasificación de ordinario. La cuantificación de estos créditos ha de entenderse a efectos puramente informativos y sin trascendencia concursal alguna, puesto que por definición legal -artículo 87. 3 de la LC -los créditos contingentes carecen de cuantía propia y sus titulares tienen suspendidos los derechos de adhesión, voto y cobro.*

Quiere ello decir que no es exactamente cierto que ASPIRATION PROPERTIES LIMITED no se haya adherido a la propuesta de convenio que resultó aceptada por la mayoría, puesto que no podía tampoco legalmente hacerlo en tanto que figura en el listado exclusivamente como titular de créditos contingentes y tiene, por ello, suspendido su derecho de adhesión.

La administración concursal en el concurso de MARTINSA- FADESA S.A., ante la discutida cuestión del tratamiento concursal que deben recibir los derechos de los que son parte en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración del concurso (art. 61. 2 LC), ha optado por incluirlos en el listado como titulares de créditos contingentes, con la clasificación de ordinarios, en función de las sumas entregadas a cuenta del precio final hasta la fecha del auto de declaración del concurso. En muchas resoluciones incidentales dictadas en el seno de este concurso se ha cuestionado que esta modalidad de reconocimiento sea realmente la más ajustada a estos supuestos. Los contratos a que se refiere el artículo 61. 2 de la LC permanecen en vigor tras la declaración del concurso, y tanto el crédito a la prestación a que venga obligado el deudor concursado como, en su caso, el crédito restitutorio e indemnizatorio que pueda proceder de una resolución, judicialmente acordada, por incumplimiento posterior del deudor en concurso en contratos de tracto único, serán créditos contra la masa (art. 84 2 6º de la LC), no créditos concursales. La tesis de la administración concursal es, por ello, discutible aunque tiene desde luego la virtud de proporcionar una información adecuada de la obligaciones de restitución que en su caso pueden resultar declaradas y resulta particularmente útil en los casos en que queda demostrado que el contrato fue unilateralmente resuelto por la parte cumplidora antes del auto de declaración del concurso pues, cuando se declara judicialmente la procedencia y eficacia de esa resolución extrajudicial anterior, el crédito concursal, hasta entonces contingente, quedará concretado en el importe de las sumas a que alcance la obligación de restitución con, en su caso, los intereses devengados hasta la fecha del auto de declaración del concurso y eventualmente la indemnización de daños y perjuicios. Con todo, cabían otras soluciones probablemente más ajustadas a la Ley concursal, como la de excluir a los compradores de la lista de acreedores, considerando que no son en realidad acreedores concursales cuyos créditos integren la masa pasiva (artículo 49 LC), y menos por el importe de las sumas entregadas a cuenta del precio, sino partes en contratos pendientes de cumplimiento que continúan en vigor tras la declaración del concurso, sin que de ello se siga que puedan ser reconocidos como acreedores contra la masa salvo cuando, conforme al contrato, puedan reclamar el cumplimiento de la prestación comprometida o, en caso de resolución por incumplimiento, la restitución e indemnización consecuente.

La decisión de la administración concursal de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de créditos concursales ordinarios pero contingentes no ha impedido, ni puede impedir, que quien es parte en un contrato de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento promueva la resolución del

contrato con base en incumplimientos de la deudora en concurso posteriores al auto de declaración, y que, cuando la demanda resolutoria es estimada, el crédito restitutorio y eventualmente el indemnizatorio se reconozcan como créditos contra la masa del artículo 84 2 6º de la LC. En tal caso simplemente ocurre que la eventualidad que hacía el crédito contingente no se llega a cumplir nunca y el crédito concursal ordinario no llega a concretarse").

En el mismo sentido, la estipulación 1.3 del mismo convenio incluía en su ámbito de aplicación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la propia Ley Concursal, los créditos anteriores a la declaración del concurso, con la consiguiente exclusión de los posteriores (folio 390 reverso).

4.- Igualmente, mediante carta de 10-diciembre-2008 dirigida por la administración concursal de MARTINSA-FADESA a los actores, se les comunicaba que *"En consecuencia, el comprador de un bien inmueble (vivienda,..., parcela,...) que suscribió un contrato privado de compra con MARTINSA-FADESA,*
S.A. no se considera -en principio- acreedor de la concursada, pues no se le debe cantidad económica alguna, aunque existe evidentemente una obligación de escriturar y entregar el bien en la fecha pactada en el contrato privado, pero ello no convierte sin más al comprador en acreedor durante el concurso, salvo en los supuestos de incumplimiento" (folio 87).

5.- Sucedió que los compradores de la parcela decidieron que el retraso de la otra parte en la ejecución de la obra de urbanización le había privado de interés en seguir adelante con el contrato por lo que en marzo de 2.012 promovieron, por medio de la demanda judicial que dio lugar al actual procedimiento, la resolución de la relación jurídica (contrato de compraventa de fecha 18-febrero-2006, folios 47 y ss.), con la consiguiente pretensión de que se reconociera su derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud del propio contrato, con sus correspondientes intereses desde que fueron hechos los pagos hasta el momento de la devolución.

6.- La demandada, a diferencia de los anteriores procesos, en el actual ha presentado escrito de allanamiento en los términos ya indicados (folios 438 y ss.).

7.- CRITERIO DE LA SALA: EL INCUMPLIMIENTO QUE JUSTIFICÓ LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DEBE ENTENDERSE PRODUCIDO CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA DEUDORA. No podemos establecer una fecha determinada como momento a partir del cual estaba justificada la resolución, pero sí que podemos concluir que tuvo que ser posterior a la declaración de concurso de la deudora. Sólo así se puede entender que la propia demandada MARTINSA FADESA señale en el Hecho Previo (II) de su escrito de contestación a la demanda que ésta es una reacción a su ofrecimiento de entregar la parcela vendida, con una previsión de entrega *"para el tercer trimestre de 2012 (es decir para dentro de cinco meses aproximadamente"* (folio 186.

DE LO ANTERIOR RESULTA QUE EL CRÉDITO CONSISTENTE EN EL DERECHO DEL COMPRADOR A RECUPERAR LAS CANTIDADES AVANZADAS ERA UN CRÉDITO CONTRA LA MASA, Y NO CONTRA EL CONCURSADO. Así pues, de las dos hipótesis que plantea el artículo 62.4 de la Ley Concursal en relación con el régimen al cual deben sujetarse, una vez declarada la resolución de un contrato bilateral con prestaciones recíprocas en el que sea parte el concursado, las obligaciones que subsistan a su cargo, hemos de optar claramente por la que califica el crédito correlativo como crédito contra la masa, y no contra el concursado. En efecto, en la medida en la que el incumplimiento del concursado, en el bien entendido de que hablamos del incumplimiento propio y genuino, el que justifica la resolución, es posterior a la declaración del concurso, el derecho de la otra parte contractual al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento no queda sujeto a su régimen, y se sustrae, por tanto, a las condiciones que hayan podido establecerse o se establezcan en un posible convenio. En el mismo sentido, el artículo 86.2. 6º de la misma Ley, antes citado, califica el derecho a la restitución de las cantidades avanzadas que tiene el acreedor del concursado, en caso de resolución de un contrato de la naturaleza indicada por razón de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, como crédito contra la masa. A estos efectos, la Ley no distingue entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.

Por otra parte, como ya se expuso anteriormente, en la resolución que dictó el Juez del concurso para aprobar el convenio que puso fin al procedimiento, estableció que esta clasificación, común a diversas situaciones análogas, no impedía que los compradores de parcelas instaran, por razón de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, la eventual resolución de los contratos de venta, con la consecuencia de que el eventual reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades avanzadas en virtud de tales contratos tendría el tratamiento de un crédito contra la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2. 6º de la Ley Concursal, y no de un crédito sujeto a las estipulaciones del convenio (v. sentencia de 11marzo-2011 del Juzgado Mercantil nº 1 de La Coruña, - ROJ: SJM C 18/2011 -, Fundamento de Derecho 3º). Y en el mismo sentido, la estipulación 1.3 del mismo convenio incluía en su ámbito de aplicación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la propia Ley Concursal, los créditos anteriores a la declaración del concurso, con la consiguiente exclusión de los posteriores. Igualmente, mediante carta de 10-diciembre-2008 dirigida por la administración concursal de MARTINSA-FADESA a los actores, se les comunicaba que *"el comprador de un bien inmueble (vivienda,..., parcela,...) que suscribió un contrato privado de compra con MARTINSA-FADESA, S.A. no se considera -en principio- acreedor de la concursada, pues no se le debe cantidad económica alguna, aunque existe evidentemente una obligación de escriturar y entregar el bien en la fecha pactada en el contrato privado, pero ello no convierte sin más al comprador en acreedor durante el concurso, salvo en los supuestos de incumplimiento"*.

CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Ni por la naturaleza genuina del derecho, ni por la forma en que ha sido calificado en el concurso, era procedente que quedara sujeto al régimen estipulado en el convenio en cuestión. Y es que no es de recibo que las disposiciones de un convenio vinculen a unas personas cuyos derechos han nacido con posterioridad a su conclusión.

De todo ello se desprende una conclusión: no se dan los requisitos que el artículo 222,4 de la LEC exige para que exista la cosa juzgada ya que los demandantes no participaron en el concurso de acreedores de

MARTINSA FADESA pues no tenían la condición de acreedores concursales (en este sentido, la ya citada carta de la administración concursal de 10-diciembre-2008 en la que señala que, en principio, el comprador de un bien inmueble por contrato privado de compra con MARTINSA FADESA no se considera acreedor de la concursada pues no se le debe cantidad económica alguna -folio 87), ni consta acreditado que se les notificaran las resoluciones dictadas en el concurso
En definitiva, debe estimarse el motivo de apelación, y no existiendo controversia respecto de la resolución contractual ni sobre la devolución del principal satisfecho por el actor (escrito de allanamiento de MARTINSA FADESA, folios 438 y ss.), se revoca la sentencia en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a que el crédito de la parte actora se ajustará a la clasificación de los créditos, forma y calendario de plazos para pago que se estableció en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de la Coruña y el Convenio de acreedores de 11 de marzo de 2011, manteniéndose el resto de pronunciamientos de la misma.": SAP Tarragona (Sección 3) 25.09.2014 (Rollo 46/2014)

AP Toledo

"SEGUNDO: Entrando en el examen del recurso que solo se dirige contra el citado pronunciamiento absolutorio en cuanto a la condena al reintegro de las cantidades abonadas anticipadamente por el apelante a cuenta del precio de la vivienda objeto de la compraventa, aparece que el citado contrato se declara resuelto por incumplimiento por la apelada de su obligacion de entrega de la vivienda vendida, que habia de cumplirse en el plazo de 45 meses desde la obtencion de la licencia, prorrogable hasta el maximo de un año mas, lo que lleva a diferir la entrega de la vivienda a Mayo de 2010. Asi las cosas hasta mayo de 2010 aunque la demandada no hubiera entregado la vivienda al apelante no habria aquella incumplido el contrato ni habria por ello nacido el derecho del apelante a reclamar su resolucion y con ello el reintegro de la prestacion por el cumplida de pago de parte del precio, si bien la demandada fue declarada en concurso el 24.7.08, mas de dos años antes. En conclusion, el credito al que se referia la demanda nacio con posterioridad a la declaracion del concurso y no, como señala la sentencia, antes de la misma. No comparte la Sala el criterio de la sentencia apelada de que es aquel un credito anterior al concurso por cuanto la entrega del dinero fue anterior a su declaracion, aunque estuviera condicionada la existencia del credito a un hecho posterior como el incumplimiento del plazo de entrega. Ello no es correcto porque el pago de parte del precio, anterior a la declaracion de concurso, no daba ningun derecho a la demandante y apelante a que esta suma le fuera reintegrada sino solo a recibir la entrega de la vivienda por la contraparte, es el incumplimiento de esta ultima prestacion de entrega y en su consecuencia la resolucion del contrato la que hace nacer el derecho a la devolucion de lo pagado. Incluso por el art 1124 del C. Civil el apelante podria haber optado por reclamar el cumplimiento por la demandada en lugar de la resolucion y en tal caso nunca habria nacido para el apelante el derecho de reintegrarse de la cantidad por el pagada a que se refiere la demanda.
Las STS 24.7.13 y 25.7.13 atienden al momento del incumplimiento del contrato de tracto unico, como es la compraventa y asi lo determinan, en interpretacion del art 62,1 de la LC y señalan que "la distincion determinara, en funcion de cuando se hubiera producido el incumplimiento resolutorio, en relacion con la declaracion de concurso, que pueda ejercitarse la facultad de resolucion una vez declarado el concurso" y ello a la vista de que tal facultad de resolucion, según dicho precepto, solo se puede ejercitar en este tipo de contratos, ya existiendo declaracion de concurso, por ser fundada en incumplimientos posteriores a la misma
Asi las cosas el credito objeto de la demanda es posterior al concurso porque nace de un incumplimiento posterior a la declaracion del concurso, y ex art 62,1 LC tal declaracion no afectaba a la facultad de resolucion por el incumplimiento en relacion a este contrato de tracto unico con obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento a la fecha de la declaracion de concurso (2008) como acaecia en este caso pues en 2008 todavia no estaba vencida la prestacion de entrega de la demandada
A partir de ello el credito no se ve vinculado o afectado por el posterior convenio de acreedores, no solo porque por el art 134,1 de la LC el convenio solo vincula a los acreedores por creditos que fuesen anteriores a la declaracion de concurso, sino tambien porque en este caso asi se determinaba ademas en el punto 1.3 del propio convenio aprobado, según consta de la documental aportada por la propia apelada
En cuanto al reconocimiento del credito en el concurso como contingente, comparte la Sala, en interpretacion del art 87,3 de la LC lo discutible de tal calificacion que ya determino la sentencia que aprobo el convenio, que la apelada no puede desconocer y que no recurrio en cuanto a este particular, porque conforme a dicho precepto son contingentes los creditos sometidos a condicion suspensiva y los litigiosos y aquí, a la fecha de su reconocimiento, el contrato desplegaba toda su eficacia sin pender la misma de hecho alguno que hubiera de producirse y sin estar por ello suspensa, y no era el credito litigioso porque no se habia todavia entablado pleito en relacion al mismo. En cualquier caso la sentencia que aprobo el convenio que vincula a la apelada, ante la demanda de oposicion de otra parte en las mismas condiciones, señalo (F. de Derecho Tercero) que la decision de la administracion concursal de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de creditos concursales ordinarios pero contingentes no ha impedido ni puede impedir que quien es parte en un contrato de tracto unico con obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento promueva la resolucion del contrato con base en incumplimiento de la deudora en concurso posterior al auto de declaracion y que, cuando la demanda resolutoria sea estimada, el credito restitutorio y eventualmente el indemnizatorio se reconozcan como creditos contra la masa del art 84,2, 6º de la LC, lo que a la apelante le vincula por consentido. Esta Sala entiende que la naturaleza del credito que declara la sentencia apelada integra punto por punto el concepto que como credito contra la masa configura el art 84,1,6º citado al tener por objeto una deuda de restitucion e indemnizacion en un caso de resolucion por incumplimiento del concursado.

TERCERO Sentado lo anterior como tal credito contra la masa ex art 84,3 de la LC se pagaria a su respectivo vencimiento, y la reclamacion de su pago en principio correspondia realizarla por la via del incidente concursal ante el Juez del concurso, pero aprobado el convenio en el momento de que a las resultas de esta sentencia pudiera cobrarse, por aplicación del art 133, 2 de la LC, al perder sus efectos la declaracion de concurso, y conforme al ATS 24.1.12, el juez del concurso desde ese momento dejo de tener competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a ejercitar por incidentes concursales, por lo que la competencia para decidir y ordenar el cobro de aquella deuda correspondia al Juzgado de Primera Instancia y asi el Juez a quo debio estimar aquí, porque era competente y porque asi se le pedia en la demanda, el pronunciamiento condenatorio a la restitucion de prestaciones, perfectamente ajustado a derecho conforme al art 1124 del C. Civil y visto el allanamiento del demandado a la resolucion contractual fundada por el demandante en el incumplimiento de aquel, asi como al pago de intereses previsto en el citado art 1124.”. ”: SAP Toledo (Sección 1) 11.12.2014 (Sentencia 219/2014; Rollo 121/2013)

AP Valencia (Sección 6)

“CUARTO.- En relación con el tratamiento concursal que deben recibir los derechos de quienes son parte en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración del concurso, cabe recordar que, conforme al artículo 61.2 LC, "La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa", de manera que esos contratos permanecen en vigor tras la declaración del concurso, y no serán créditos concursales, sino que, conforme al artículo 84 2 6º LC, serán créditos contra la masa "6.º Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado". Desde esa perspectiva, los compradores de viviendas en construcción, cuyos contratos mantuvieron su vigencia tras la declaración en concurso de la vendedora, no eran en realidad acreedores concursales cuyo crédito debiera integrar la masa pasiva (artículo 49 LC), sino parte en un contrato pendiente de cumplimiento que continuó en vigor tras el auto de declaración del concurso, sin que de ello suponga que pudiera ser reconocido como acreedor contra la masa hasta que, conforme al contrato, pudiera reclamar el cumplimiento de la prestación comprometida o, en caso de resolución por incumplimiento, la restitución e indemnización consecuente. Por ello, siendo la demandante compradora de una vivienda sobre plano, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, que siguió en vigor después de que el auto de el 24 de julio de 2008 declarara el concurso de la vendedora, y habiendo promovido la resolución del contrato con base en el incumplimiento contractual de ésta, posterior a su declaración en concurso de acreedores, al ser estimada su demanda resolutoria, el crédito restitutorio tiene la naturaleza jurídica de crédito contra la masa, del artículo 84 2 6º LC, tal como acordó el Juez de primera instancia, y como ya había declarado la sentencia del Juzgado de lo mercantil de A Coruña, de 11 de Marzo del 2011, ROJ: SJM 18/2011 Nº Sentencia: 88/2011, que aprobó el convenio de MTF, y que no afecta al derecho de la compradora, en cuanto que el propio convenio, al fijar su alcance objetivo y subjetivo, lo excluye al establecer (folio 143):
"1.3 Créditos y acreedores Incluidos.
Este Convenio obliga a MTF así como a todos los acreedores de MTF, por créditos anteriores al Auto de declaración del concurso voluntario de 24 de julio de 2008, que figuren en la lista definitiva aprobada por el Juzgado, o que sean incluidos en virtud de sentencia firme en Impugnación de dicha lista por el Juzgado y excluyendo los créditos a que se refiere la Estipulación 1.4 siguiente."
El recurso se desestima en lo referente a los 27.524,54 euros, objeto de devolución. “: SAP Valencia (Sección 6) 20.11.2012 (Sentencia 650/2012; Rollo 583/2012)

“SEXTO.- El segundo motivo del recurso alega, en síntesis:
Falta de entrega de la vivienda adquirida en el plazo convenido. Alega el demandado y lo recoge la sentencia recurrida que atendiendo a la situación concursal en que ha estado inmersa la demandada, el actor queda sometido a las consecuencias de la calificación de su crédito y al plan de viabilidad aprobado por Sentencia de 1 de Junio de 2010, habiéndose con ello novados los plazos de cumplimiento de su obligación de entrega de la vivienda, introduciendo con ello el elemento de que la resolución del contrato no debe atender al plazo fijado contractualmente sino al concretado en el plan de viabilidad por sujeción obligatoria del actor a la Sentencia del Juzgado de lo mercantil 1 de Valencia en Junio de 2.010.
Sin embargo, en el contrato aportado como documento 1 de la demanda y suscrito el 12 de Noviembre de 2.004, la estipulación séptima estableció que el plazo máximo de entrega era de 24 meses desde el inicio de la obra, programado en 6 meses desde la concesión de licencia, por lo que la obra tendría que haberse entregado antes del 2 de abril de 2.007.
La declaración de concurso de la demandada se produjo el 13 de junio de 2.008 (documento 1 de la contestación demanda) por lo que el plazo ya estaba vencido e incumplido antes de la declaración concursal.
Pero ni siquiera se ha cumplido con el plazo de entrega de la vivienda fijado en el plan de viabilidad aprobado por el juzgado de lo mercantil (páginas 13 y 24 del plan de viabilidad remitido por el juzgado de lo mercantil), que fijaba en el plazo de 1 año la entrega de las viviendas de esta promoción, por lo que habiendo concluido el plazo en Junio de 2.011 y presentada la demanda en Noviembre, no se ha cumplido por el demandado los compromisos asumidos, procediendo la acción resolutoria por incumplimiento en el plazo de entrega de la vivienda.

Los incumplimientos vistos en otras sentencias se produjeron durante la situación concursal y no antes como en el presente caso, ni se había presentado demanda una vez vencido el plazo del plan de viabilidad referido y determinado su incumplimiento, como en el presente supuesto.
SÉPTIMO.- La declaración de concurso de la demandada se produjo el 13 de junio de 2008 (folios 129 a 132), cuando ya había concluido el plazo de entrega pactado en la cláusula sexta del contrato -veinticuatro meses desde el inicio de las obras (folio 25), que comenzaron el 2 de abril de 2005 (folios 61 a 63)-, pero ese hecho, que por virtud del artículo 1124 CC, pudo facultar a la compradora para exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, no tuvo entonces para ella la relevancia que ahora alega, pues nunca le dirigió a la vendedora requerimiento ninguno para que le entregara la vivienda comprada, ni antes ni después de su declaración en concurso de acreedores, en cuyo procedimiento tampoco promovió incidente ninguno. En consecuencia, reiteramos ahora todo lo dicho en el fundamento jurídico tercero en lo referente a la vinculación de la compradora al concurso, y en particular al convenio aprobado por sentencia de 1 de junio de 2010 (folios 316 a 318), aclarada por auto del día 9 siguiente (folio 319).
Sin embargo, aunque ese convenio aprobado por el Juzgado de lo Mercantil contempló una espera de ocho años a partir de su aprobación judicial, el plan de viabilidad fijó el plazo de un año para la entrega de las viviendas vendidas de la promoción Balcones (folio 275 vuelto), plazo que concluyó en junio de 2011, y presentada la demanda el 21 de noviembre de 2011 (folio 2), no se había cumplido por la vendedora demandada su obligación de entregar la vivienda a la compradora en la fecha resultante de ese convenio concursal, ni se cumplió después, al menos hasta el 28 de agosto de 2012, en el que el Ayuntamiento de Denia informó que no consta solicitada licencia de primera ocupación para el edificio sito en calle Turia 9 (folios 322 y 323). Por lo cual, incumplido el plazo de entrega resultante del plan de viabilidad aprobado, procede dar lugar al recurso, y estimar la demanda.": SAP Valencia (Sección 6) 14.05.2013 (Sentencia 261/2013; Rollo 173/2013)

AP Valencia (Sección 11)

"PRIMERO.-
Este procedimiento se inició por la demanda en solicitud de declaración de resolución del contrato de compraventa, de 19 de octubre de 2006, celebrado entre las partes sobre vivienda y plaza de garaje y la condena a la demandada a devolver la cantidad entregada a cuenta, en la suma de 30.147,73 #. Habiéndose dictado Sentencia en la que se estimó la demanda, al concluir el Juez a quo que *"...por lo expuesto, cabe concluir que el incumplimiento del contrato y la resolución del mismo son posteriores a la fecha del concurso de la vendedora y que el convenio alcanzado en el concurso no impide al comprador demandante ejercitar satisfactoriamente su pretensión de condena a la devolución de las cantidades entregadas más sus intereses, por lo que procede la estimación íntegra de la demanda...".* Ante esta resolución, la representación de la parte demandada, apreciando error en la valoración de las pruebas practicadas, formuló recurso de apelación, alegando en síntesis: la naturaleza del crédito que se reclama es concursal y sobre ello ha recaído una sentencia de aprobación del convenio, crédito anterior a la declaración del concurso de la demandada, la reclamación judicial se inicia ahora una vez aprobado el convenio de acreedores, el crédito del actor fue calificado de contingente ordinario, sobre ese crédito se pronunció el Juez del Concurso y existe un convenio concursal también aprobado que establece el modo de pago de dichos créditos y sus intereses, el actor está sujeto al convenio, por lo que no es aceptable la pretensión de la parte apelante de obtener una condena que le permita el reembolso de las cantidades al margen del concurso, pues ello además de obviar el convenio le otorgaría un trato preferente a este acreedor frente al resto, con la Sentencia del pleito pierde la contingencia, que se calificó en el concurso, y queda sujeto al convenio aprobado, la obligación de pago deberá cumplirse en la forma y condiciones que se especifican en el concurso.
SEGUNDO.-
Para resolver la cuestión planteada debe atenderse a los siguientes antecedentes:
1º) El contrato privado de compraventa se firmó el 19 de octubre de 2006 (folios 31 a 37), en su cláusula décima se pactó plazo de ejecución de la obra y entrega de la vivienda de 24 meses desde la obtención de la licencia de obras.
2º) La mercantil demandada fue declarada en concurso el 24 de julio de 2008 y aprobado el convenio de acreedores el 11 de marzo de 2011, el demandante fue incluido en la lista de acreedores con crédito contingente, lo que le fue comunicado por correo el 12 de agosto, aclarándole la Administración Concursal que al ser calificado su crédito de contingente, la obligación de la sociedad era la de entregar el inmueble.
3º) De la documentación apartada no hay constancia que la mercantil demandada haya iniciado las obras con anterioridad a la interposición de la demanda, además al contestar la demanda se allanó a la resolución del contrato de compraventa aunque se opuso a la petición económica, la devolución de las cantidades entregadas a cuenta.
Por tanto la cuestión sometida a debate en esta segunda instancia no se remite a la resolución del contrato por el incumplimiento de la demandada de la obligación de entregar la vivienda, sino a la de devolver las cantidades una vez resuelto el contrato, resolución acaecida con posterioridad al convenio del concurso. La Sala coincide con los argumentos expuestos por el Juez a quo, aunque el recurrente para rebatirlos, entre otras resoluciones, se ha remitido a la Sentencia dictada por esta Sección y este ponente la nº 263/2013 de 31 de mayo; pero este antecedente no es aplicable al enjuiciado por cuanto las circunstancias son divergentes, en aquél el contrato era de fecha 26 de septiembre de 2005, por lo que el incumplimiento de la obligación de entrega de la obra era anterior a la declaración del concurso, no como en este caso que es posterior a esa declaración.
La única cuestión planteada en el recurso, al igual que lo fue en primera instancia, se ha centrado en la vinculación de los compradores al convenio; en este sentido, si bien se comparte la existencia de esa

vinculación para aquellos compradores de viviendas que aduzcan incumplimientos anteriores al concurso, ellos no pueden posteriormente pretender la resolución del contrato y la devolución de las cantidades pagadas al margen del concurso, sino que están sometidos al convenio aprobado ya que la causa de resolución, el incumplimiento de la obligación de entregar la propiedad de la vivienda (artículo 1124 del Código Civil), fue anterior al concurso, criterio recogido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 13 junio 2014, que reseña las de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2013, y la de 25 de julio de 2013: *"...ambas referidas a este concurso de "Martinsa Fadesa, S.A.", ya indica que «Es claro que, al tiempo de la declaración de concurso, se había cumplido el término convenido por las partes para el cumplimiento de la prestación de la promotora vendedora, habían transcurrido nueve meses desde entonces sin que se hubiera entregado la vivienda. El incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso, sin perjuicio de que se prolongara la situación de incumplimiento. La prolongación en el tiempo del incumplimiento de la prestación debida por la concursada, después de la declaración de concurso, no obsta la aplicación de la regla prevista en el artículo 62.1 de la Ley Concursal. El incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después...".* Por el contrario en el objeto de debate la causa resolutoria, el incumplimiento en la entrega de la vivienda no se había producido al momento de la declaración del concurso, pues aun no había transcurrido el plazo de 24 meses pactado, no pudiendo en ese momento los compradores ejercitar acción resolutoria alguna, por lo que esta realidad nos lleva al artículo 62 de la Ley Concursal *"... la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso..."* y al 62.4 de la misma Ley *"... acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda...* ", en relación con el el artículo 86.2. 6º, que reconoce el derecho a la restitución de las cantidades avanzadas que tiene el acreedor del concursado, en caso de resolución de un contrato de la naturaleza indicada por razón de un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, como crédito contra la masa; por tanto el incumplimiento del concursado, que justificó la resolución, posterior a la declaración del concurso, implica que el derecho del demandante al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento no queda sujeto a su régimen, quedando fuera de la estipulaciones que se establezcan en un posible convenio. La Sala considera que esta conclusión no se altera porque el crédito fuese calificado como contingente ordinario, (artículo 87.3 de la Ley Concursal), en la medida, que nacida del contrato de compraventa obligaciones reciprocas para las partes, las disposiciones de un convenio no pueden vincular a unas personas cuyos derechos han nacido con posterioridad a su conclusión, así el derecho a la indemnización surge al margen del procedimiento concursal que no lo contempló, pues en aquel momento no había surgido el derecho a exigir la resolución contractual por incumplimiento, materia cuyo conocimiento es por lo demás de competencia exclusiva de la jurisdicción mercantil, en idéntico sentido pueden citarse la sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de julio, 12 de noviembre de 2012 y 22 de enero de 2013. Con esta realidad debemos concluir en sentido identido al explicado por esta Audiencia Provincial, Seccion 6ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, que es compartido por esta Sala *"... desde esa perspectiva, los compradores de viviendas en construcción, cuyos contratos mantuvieron su vigencia tras la declaración en concurso de la vendedora, no eran en realidad acreedores concursales cuyo crédito debiera integrar la masa pasiva (artículo 49 LC), sino parte en un contrato pendiente de cumplimiento que continuó en vigor tras el auto de declaración del concurso, sin que de ello suponga que pudiera ser reconocido como acreedor contra la masa hasta que, conforme al contrato, pudiera reclamar el cumplimiento de la prestación comprometida o, en caso de resolución por incumplimiento, la restitución e indemnización consecuente. Por ello, siendo la demandante compradora de una vivienda sobre plano, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, que siguió en vigor después de que el auto de el 24 de julio de 2008 declarara el concurso de la vendedora, y habiendo promovido la resolución del contrato con base en el incumplimiento contractual de ésta, posterior a su declaración en concurso de acreedores, al ser estimada su demanda resolutoria, el crédito restitutorio tiene la naturaleza jurídica de crédito contra la masa, del artículo 84 2 6º LC, tal como acordó el Juez de primera instancia, y como ya había declarado la sentencia del Juzgado de lo mercantil de A Coruña, de 11 de marzo del 2011, ROJ: SJM 18/2011 núm. Sentencia: 88/2011, que aprobó el convenio de MTF, y que no afecta al derecho de la compradora, en cuanto que el propio convenio, al fijar su alcance objetivo y subjetivo, lo excluye.... al establecer (folio 143)1.3 Créditos y acreedores Incluidos. Este Convenio obliga a MTF así como a todos los acreedores de MTF, por créditos anteriores al Auto de declaración del concurso voluntario de 24 de julio de 2008, que figuren en la lista definitiva aprobada por el Juzgado, o que sean incluidos en virtud de sentencia firme en Impugnación de dicha lista por el Juzgado y excluyendo los créditos a que se refiere la Estipulación*
1.4 siguiente..." (extracto ya recogido en parte en la Sentencia de primera instancia)": SAP Valencia (Sección 11) 31.10.2014 (Sentencia 369/2014; Rollo 253/2014)

AP Zaragoza (Sección 2)

"ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.-Se aceptan los que figuran en la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: 1º Declaro resuelto el contrato de compraventa de 20 de marzo de 2.006 celebrado entre Martinsa Fadesa S.A y

don Alvaro y doña Julia sobre la vivienda futura sita en manzana NUM000, número NUM001. 2º Condeno a Martinsa Fadesa S.A a abonar a don Alvaro y doña Julia la suma de 61.418# de principal, más los intereses legales desde el momento en que rehicieron las entregas a cuenta. (...)
FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.-Recurre la parte demandada la sentencia dictada en la instancia, suplicando su revocación parcial y se declare que el crédito reconocido a los demandantes es un crédito concursal, y, por tanto, sometido a la forma y condiciones de pago fijadas en el Convenio de Acreedores aprobado en el Concurso de Acreedores de Martinsa Fadesa y no un crédito contra la masa, como implícitamente reconoce la sentencia de instancia.
SEGUNDO.-Sostiene, sustancialmente, la recurrente que la Administración Concursal reconoció el crédito de los actores, calificándolo como "contingente ordinario", calificación que éstos no impugnaron, y por tanto, la indemnización reconocida en la sentencia debe ser satisfecha conforme establece el Convenio de Acreedores de Martinsa Fadesa, de tal manera que al omitir el Juzgador de instancia tales circunstancias, y al declarar implícitamente que se trata de un crédito contra la masa está vulnerando la competencia objetiva establecida en el Art. 86,ter. de la L.O.P.J y el principio de la "pars conditio creditorum".
TERCERO.-Los actores formularon el 20 de septiembre de 2011 la demanda origen de estas actuaciones en la que solicitaron la resolución del contrato de compraventa de vivienda de 20 de marzo de 2006 suscrito por los litigantes y la condena de Martinsa a la devolución de 61.418,00 #, con los intereses procedentes.
Martinsa Fadesa se opuso a la demanda, solicitando, subsidiariamente, si se estimase la resolución del contrato, se declarase la calificación del crédito de los demandantes como ordinario y su cobro conforme al calendario de pagos establecido en el Convenio de Acreedores de Martinsa aprobado el 11/3/2011, y los intereses legales correspondientes como crédito- subordinado.
La parte demandada y recurrente no formuló reconvención, sólo contestación a la demanda oponiéndose a la misma, y dicha petición subsidiaria del suplico traía causa del hecho decimocuarto de su escrito de contestación en el que al oponerse al correlativo de la demanda señalaba que el crédito de los actores debía considerarse como ordinario y someterse al calendario de pagos del Convenio.
Efectivamente, y como bien señalan ambas parte4s la calificación de los créditos de la Entidad concursada sólo puede ventilarse en el procedimiento concursal, competencia del Juzgado de lo Mercantil (Art. 86, ter. L.O.P.J y Artº 87 de la Ley Concursal).
El Juzgado de lo Mercantil nº1 de A Coruña, conocedor del Concurso de Martinsa Fadesa S.A, aprobó el Convenio de Acreedores por Sentencia firme de 11/3/2011, (Doc. Nº 13 de la demanda), con anterioridad pues a la formulación de la demanda que nos ocupa, al dictado de la sentencia aquí impugnada y al reconocimiento y determinación de la deuda que nos ocupa.
El crédito de los actores aparece reconocido, por las cantidades pagadas hasta el 24 de Julio de 2008 en la relación definitiva de acreedores como contingente.
La sentencia impugnada se limita a constatar en el Fundamento Jurídico Tercero tal realidad sin efectuar pronunciamiento alguno, señalando, únicamente, que a la fecha de declaración del concurso por Auto de Juzgado de los Mercantil de 24/7/2008 no se había producido el incumplimiento de la demandada por estar prevista la entrega de la vivienda objeto del contrato dos años más tarde, para julio de 2010.
El propio Juzgador señala que es cuestión extraña al procedimiento que nos ocupa analizar la consideración de los actores en el procedimiento concursal.
No existe, por tanto, a la vista del fallo de la resolución dictada, pronunciamiento, ni expreso ni implicito, sobre la calificación del crédito reconocido a los actores en este proceso que pueda confirmarse o revocarse.
La falta del mismo tampoco puede interpretarse como una resolución implicita, por cuanto, tal cuestión es ajena a la competencia del Juzgado Civil y no fue introducida procesalmente de forma correcta en el debate litigioso.
Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado y confirmada la sentencia en su integridad.": SAP Zaragoza (Sección 2) 18.09.2012 (Sentencia 454/2012; Rollo 360/2012)

"ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.-.Se aceptan los que figuran en la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: 1º Declaro resuelto el contrato de compraventa de 22 de marzo de 2006 celebrado entre Martinsa Fadesa,
S.A. y don Pedro sobre la parcela futura sita en manzana NUM000 número NUM001.- 2º Condeno a Martinsa Fadesa, S.A. a abonar a don Pedro de 74.939 euros de principal, más los intereses legales desde el momento en que se hicieron las entregas a cuenta.-3º No ha lugar a realizar imposición de las costas procesales causadas."
(...)
FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.-Recurre la parte demandada la Sentencia dictada en la instancia suplicando su revocación parcial y se declare que el crédito reconocido al demandante es un crédito concursal, y, por tanto, sometido a la forma y condiciones de pago fijadas en el Convenio de Acreedores aprobado en el Concurso de Martinsa Fadesa y no un crédito contra la masa, como, implícitamente, reconoce dicha resolución.
SEGUNDO.-Alega, sustancialmente, la recurrente que la Administración Concursal de Martinsa Fadesa reconoció el crédito del actor, calificándolo como contingente ordinario, calificación que éste no impugnó, y, por tanto, debe someterse a las condiciones y plazos de pago establecidos en el Convenio de Acreedores, de manera que al omitir el Juez de instancia tales circunstancias, acaba declarando, al menos, implícitamente, que se trata de un crédito contra la masa, lo que supone una vulneración del principio de competencia objetivo establecido en el artículo 86, ter) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del principio de la "pars conditio creditorum".
TERCERO.-El supuesto litigioso que nos ocupa es idéntico al ya resuelto por esta Sala en el Rollo número 360/12. En aquél, como en éste, la parte actora formuló demanda en solicitud de resolución del contrato de compraventa suscrito por los litigantes (contrato de 22 de marzo de 2006) y la condena al abono de las

cantidades entregadas a cuenta, con los intereses correspondientes. La demandada se opuso a la demanda, solicitando, subsidiariamente, si se estimase la resolución del contrato, se declarase la calificación de ese crédito como ordinario y su cobro conforme a lo establecido en el Convenio de Acreedores de Martinsa aprobado por Sentencia de 11 de marzo de 2011.
La parte demandada no ha formulado reconvención en el presente pleito.
Como bien señalan y admiten ambas partes, la calificación de los créditos de la concursada sólo puede ventilarse en el procedimiento concursal competencia del Juzgado de lo Mercantil (artículo 86, ter, de la L.O.P.J. y 87 de la Ley Concursal). El crédito del actor aparece reconocido como contingente en la relación definitiva de acreedores por la cuantía pagada hasta el 24 de julio de 2008. La Sentencia impugnada se limita a constatar en el Fundamento Jurídico Tercero tal realidad, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre la calificación de dicho crédito, señalando que tal cuestión es extraña al proceso que nos ocupa. No existe, por tanto, a tenor del contenido del Fallo de la Sentencia impugnada, pronunciamiento, ni expreso ni implícito sobre la calificación del crédito reconocido a los actores. La falta de ese pronunciamiento nunca puede equivaler a una resolución implícita. Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado y confirmada la Sentencia en su integridad.”: SAP Zaragoza (Secciòn 2) 25.09.2012 (Sentencia 474/2012; Rollo 377/2012)

AP Zaragoza (Sección 4)

“PRIMERO.-El demandante adquirió a Martinsa Fadesa, S.A una vivienda a construir según contrato de 11 de marzo de 2008, anticipando una cantidad, 25.800 euros más 7.224 euros de IVA, debiendo la promotora entregar la vivienda en el plazo de treinta meses. Pocos meses después la promotora fue declarada en concurso, procedimiento que finó con sentencia del Juzgado de la Mercantil de 11 de marzo de 2011 en la que se aprobó el convenio, acordándose en la misma sentencia el cese de todos los efectos de la declaración del concurso.
SEGUNDO.-El demandante presentó el 6 de julio de 2011 demanda de resolución del contrato. Opuesta la promotora se dictó sentencia el 30 de marzo del presente año en la que se estimaba la demanda resolutoria siquiera en cuanto a la restitución de la cuantía se imponía su sometimiento al convenio aprobado en el concurso. No se hacía una especial imposición de costas.
TERCERO. - Contra este pronunciamiento se alzará el demandante, en un recurso con una estructura compleja denunciando en síntesis que se incurre en incongruencia por cuanto se resuelve una cuestión que no se ha planteado así como que se ha resuelto en contra de la sentencia que aprobó el convenio.
La primera le llevará a postular la declaración de nulidad de actuaciones, lo que en ningún caso es admisible por cuanto dejando aparte que en el modelo de apelación de la LEC 2000 las infracciones en las que se incurran en la sentencia no fundan una nulidad sino que, respondiendo al principio de economía procesal, es el Tribunal de apelación el que, "tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso" (art.465.3 Lec), dejando ello aparte, se repite, con esta configuración de la apelación, una incongruencia extra-petita debería corregirse simplemente dejando sin efecto ni valor alguno el pronunciamiento en el que se incurre en un exceso.
CUARTO.-El Tribunal considera que es conveniente resolver conjuntamente las cuestiones planteadas, debiendo reseñarse las circunstancias factuales concurrentes en los que existen, necesario es anticiparlo, comportamientos equívocos y contradictorios. Que hay que clarificar pues un convenio no deja de ser una declaración de voluntad que siempre puede exigir una interpretación o determinación de su alcance y efectos. Porque declarada la promotora en concurso pocos meses después de la compraventa, la administración concursal remitió al demandante una circular genérica (doc.nº5) a la que se adjuntaban unas fichas como modelo de inclusión como acreedor y en las que constaba su nombre, el importe y la casilla de "tipo de crédito" en blanco, con la nota 2 al pie de la ficha en la que se consigna en letra pequeña "...Espacio en blanco, la Administración Concursal considerará crédito contingente".
El demandante formó esa ficha y la administración concursal le contestó con una comunicación en la que se incurrían en graves equívocos jurídicos.
Así en primer lugar se le indicaba que tras el análisis de los datos que "la Administración Concursal le reconoce la existencia de un crédito contingente por su condición de adquirientes de bienes inmuebles".
En segundo lugar le transcribían los apartados 3 y 4 de la Ley Concursal, referidos a los créditos sometidos a condición suspensiva y a los litigiosos, para ya en fin advertirle a modo de conclusión o consecuencia que el comprador de un inmueble (vivienda, garaje, local, oficina, trastero, parcela, suelo o cualquier otro bien) que suscribió un contrato privado de compra con MARTINSA-FADESA, SA, no se considera -en principio- acreedor de la concursada, pues no se le debe cantidad económica alguna, aunque existe evidentemente una obligación de escriturar y entregar el bien en la fecha pactada en el contrato privado, pero ello no convierte sin más al comprador en acreedor durante el concurso, salvo en los supuesto de incumplimiento.
Con posterioridad la administración concursal incluyó en la Lista de acreedores de la promotora en concurso el crédito del demandante por importe de 27.606 euros con la condición de contingente ordinario, para ya en fin al delimitar el ámbito subjetivo del convenio precisar que el mismo obliga " a todos los acreedores de MTF, por créditos anteriores al Auto de declaración de concurso voluntario de 24 de julio de 2008, que figuren en la Lista definitiva aprobada por el Juzgado".
Esto es lo que origina el conflicto, saber si ese crédito y el convenio vinculan al demandante.
QUINTO.- El Tribunal tiene que dar, en contra del criterio sostenido en la instancia, una respuesta negativa. Porque los presupuestos en los que se pretende basar esa solución no dejar de ser equívocos y contradictorios. No había ningún crédito que reconocer pues como muy bien indica la propia administración concursal a las partes les vinculaba un contrato bilateral en el que a la concursada le incumbía una obligación

de hacer, obligación no vencida. Por tanto no había crédito contingente alguno, pues ninguna prestación dineraria había ni exigible ni vencida a cargo de la concursada, ni sometida a condición ni a litigio. No había, al menos en términos jurídicos, contingencia alguna, como no había crédito alguno, por lo que resultaba impertinente incluir como tal el del importe al derecho a la devolución de unas cantidades anticipadas por la compra de una vivienda, pues tal derecho era en ese momento inexistente, y que solo surge después de aprobado el convenio y con ocasión de la sentencia resolutoria.
Aun resuelto el contrato de compraventa durante el concurso del juego de los arts 61.2 y 62 Ley Concursal, resultaría que ese derecho de crédito secuente a la devolución de las cantidades anticipadas en cuanto basadas en un incumplimiento porsterior a la declaración del concurso, tal crédito, se repite "se satisfará con cargo a la masa" (art.62.4 L.Concursal). El crédito que surge por una resolución aprobada al convenio nunca puede entenderse sometido al mismo.
Y la equívoca inclusión en la Lista de un crédito, no contingente, sino inexistente, nunca podrá generar esa vinculación, pues tal pretensión chocaría con lo que ordena el art.134.1 Ley Concursal y aun el mismo convenio en su cláusula 1.3. al delimitar su ámbito subjetivo. El convenio no puede vincular a acreedores de unos potenciales créditos dinerarios de futuro, cuyo crédito sólo surgiría, como ha sido el caso, de una acción judicial post-convenio, y por tanto este crédito no puede entenderse incluido en el mismo al ser a ese tiempo inexistente, por tanto ni sometido a condición ni a litigio. Con un régimen jurídico, en su pretendida calidad de contingente, privado del derecho al voto. Por tanto debe concluirse que no está sometido a convenio. Razonamientos que deben llevar a la estimación del recurso. “:SAP Zaragoza (Sección 4) 20.07.2012 (Sentencia 334/2012; Rollo 251/2012)

“PRIMERO.-Son hechos no debatidos:
La parte actora suscribió un contrato de compraventa de vivienda con Martinsa Fadesa el día 12-5-2.006, pactándose que la entrega se produciría en 30 meses aproximadamente desde la aprobación de la licencia de edificación. La vivienda debería haber sido entregada sobre febrero de 2.010.
La parte actora entregó al comprador la cantidad de 36.033,39 euros. La vendedora no cumplió su obligación de garantizar la devolución de dichas cantidades.
Martinsa Fadesa fue declarada en concurso el día 24 de julio de 2.008.
Por sentencia de fecha 11-3-2.011 se aprobó el convenio, cesando todos los efectos de la declaración del concurso.
SEGUNDO.- La parte actora formuló demanda en fecha 10-11-2.011 solicitando la resolución del contrato de compraventa y devolución de la cantidad entregada e intereses porque la sociedad demandada incumplió la obligación de suscribir el aval previsto en la Ley 57/1.968 de 27 de julio, así como por no haber terminado las obras en el plazo pactado. Fundamentó la acción en la mencionada Ley y en los arts 1.089,
1.091, 1.445 y 1.124 CC.
Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia declara la resolución del contrato y la devolución de la cantidad de 36.033,39 euros, a pagar en la forma y condiciones especificadas en el concurso nº 408/2.008 del Jugado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña.
TERCERO.- Nulidad de la sentencia.
La parte demandada y apelante solicita la nulidad de la sentencia por considerar que se ha producido una incongruencia por dos motivos: 1) porque nunca se pidió que el pago se efectuara conforme al convenio y en la audiencia previa se resolvió que no seria objeto de decisión lo solicitado por la parte demandada por no presentar reconvención y 2) porque no hubo pronunciamiento sobre los intereses.
En el recurso de apelación se pueden alegar infracciones producidas anteriormente, estableciendo el art 465 LEC que si la infracción se produce al dictar sentencia, la consecuencia es la revocación para resolver sobre las cuestiones planteadas, bien efectuando el pronunciamiento omitido, o bien dejando sin efecto si hubo un exceso en la decisión, pero sin que proceda la nulidad de la resolución.
CUARTO.- Vinculación del convenio al crédito a la parte actora.
La parte actora solicita en el recurso que se revoque el pronunciamiento sobre la decisión de que el pago se efectúe conforme al convenio, al considerar que este solo incluye créditos concursales, ordinarios y subordinados, nacidos antes de la declaración de concurso de acreedores. Entiende que los créditos contingentes no son concursales y no están sometidos al convenio.
La parte apelada considera que el mismo actor insinuó el crédito como contingente ordinario y que no lo impugnó cuando recibió la lista de acreedores, sin que se pueda cambiar en este proceso la calificación del crédito de contingente ordinario a crédito contra la masa.
La demanda inicial de este proceso se presentó en el Juzgado de Primera Instancia porque una vez aprobado el convenio cesan todos sus efectos. Como consta en resolución del Juzgado Mercantil que conoció del concurso de la sociedad demandada (doc nº 14 de demanda) cualquier demanda contra el concursado para que se declare la resolución contractual o reclame el derecho de un crédito nacido tras la declaración del concurso debe de interponerse ante el Juez de Primera Instancia territorialmente competente.
El contrato de compraventa objeto de este proceso origina obligaciones recíproca para las partes, es decir, una parte debía pagar un precio y la otra entregar una vivienda (arts 1.445, 1.096 CC). Dicho contrato mantenía su vigencia a la fecha de la declaración del concurso, en julio de 2.008, momento en el que estaba pendiente de cumplimiento.
Según el art 61 p 2 LC la declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. La declaración de concurso tampoco afecta a la facultad de resolución de estos contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes (art 62 p1 LC). La acción resolutoria se puede ejercitar en el concurso en incidente concursal (art 62 p 2 LC), en cuyo caso se extinguen las obligaciones pendientes de vencimiento y en cuanto a las vencidas se incluirá en el concurso el crédito del acreedor que hubiera cumplidos su obligaciones si el

incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración del concurso y si fuere posterior el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. El art 84 p 2.6 LC establece que son créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en contratos de obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento que estén en vigor tras la declaración de concurso. Y el art 154 LC establece que antes de pagar los créditos concursales la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta.
En noviembre de 2.011 se ejercitó por el comprador la acción resolutoria por incumplimiento del vendedor, originándose este proceso. La sentencia recaída, ahora apelada, declara la resolución contractual y como consecuencia, declara también el derecho a que le sean devueltas al actor las cantidades que había entregado. El derecho de crédito del actor (dinerario) surge en el momento en el que se declara la resolución del contrato de compraventa y antes era inexistente pues lo que tenia el actor era un derecho a obtener la prestación de entrega de la vivienda, que es a lo que el vendedor se había obligado (arts 1.544, 1.094, 1.096 CC). El derecho de crédito del actor a la devolución de las cantidades entregadas es posterior a la aprobación del convenio.
Pero pese a ser posterior, se aportó por la parte demandada un listado de acreedores del concurso (folio 212) donde aparece el actor como titular de un crédito por la cuantía pagada hasta el 24 de julio de 2.008 (33.036,32 euros) con la mención de contingente y ordinario y sin referencia a la causa del crédito (art 94 p 2 LC), que es la correlativa causa de la obligación del concursado.
Por tanto, el crédito del actor era inexistente cuando se incluyó en la lista de acreedores porque se originó con la sentencia que declaró la resolución del contrato de compraventa. No podía ser contingente, pues según el art 87 p 3 lo son los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos. El actor no era titular de un crédito sometido a condición ni era litigioso, sino que era inexistente hasta la fecha en la que se declaró la resolución del contrato de compraventa, el cual estaba pendiente de cumplimiento hasta que se instó su resolución.
Según la declaración del actor, se le envió una carta a fin manifestara si se le debí algo, a lo que contestó que sí. Pero de ello no resulta que consintiese su inclusión en la lista de acreedores pues también añadió que desconocía lo que era la calificación de contingente ordinario y que no se asesoró con abogado. Y tampoco consta que se le notificase la lista de acreedores.
Según el art 86 LC corresponde al administrador determinar la inclusión en lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, bien porque se comunique, porque resulten de la documentación del deudor y sus libros o por cualquier otra razón que conste en el concurso. De la documentación del concursado solo podía resultar la existencia del contrato de compraventa pendiente de cumplimiento, pero no el crédito del actor porque no había nacido, ni de la declaración del actor resulta que se comunicara como tal crédito, pues en realidad, lo que vino a manifestar es que se le debía porque había entregado una cantidad de dinero y no había recibido contraprestación alguna.
El Juzgado de lo Mercantil aprobó el convenido por sentencia de fecha 11-3-2.011 y aquel establece que afecta a los acreedores por créditos anteriores al auto de declaración de concurso voluntario de 24 de julio de 2.008 que figuren en la lista definitiva aprobada por el Juzgado. Dicha sentencia resuelve la oposición de un acreedor que entregó cantidades a cuenta y, en relación a la cláusula 1.2 del convenio, se refiere a la problemática de compradores de viviendas con entregas a cuenta (pags 9-12 de la sentencia de 11-3-2.011), indicando que es discutible su tratamiento concursal, cuestionando especialmente la decisión de la administración concursal de considerarlos créditos contingentes con la clasificación de ordinarios, apuntando como solución más ajustada la de excluirlos porque en realidad no son acreedores concursales. Al inicio de la pag 10 de la sentencia consta que la decisión del administrador concursal de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de créditos ordinarios pero contingentes no ha impedido ni puede impedir que quien es parte en un contrato de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento promueva la resolución del contrato por incumplimiento de la concursada posterior al auto de declaración y que si se estima la demanda el crédito restitutorio sea reconocido como crédito contra la masa del art 84 p 2.6 LC. La sentencia contempla la posibilidad de que los compradores puedan solicitar la resolución por incumplimiento de la parte vendedora, tanto en el seno del concurso como en el futuro ante el juez competente.
En definitiva, el crédito del actor era inexistente antes de la aprobación del convenio, su inclusión en la lista no puede tener efecto alguno, y por el propio texto del convenio en cuanto a su ámbito subjetivo, no está sometido al mismo (en este sentido, sts AP Zaragoza, de sec 4 de 20-7-2.012; y sec 2ª de 18-9-2012).
En consecuencia, la demanda ha de estimarse en su totalidad, debiendo la parte demandada pagar la cantidad reclamada y los intereses legales solicitados conforme a la Disposición Adicional Primera de la LOE en relación al art 1.124 CC y 1.303 CC": SAP Zaragoza (Secciòn 4) 12.11.2012 (Sentencia 453/2012; Rollo 350/2012)

"PRIMERO.-Son hechos no debatidos:
La parte actora suscribió un contrato de compraventa de vivienda con Martinsa Fadesa el día 4-3-2.008, pactándose que la entrega se produciría en 30 meses aproximadamente desde la aprobación de la licencia de edificación. La vivienda debería haber sido entregada sobre enero de 2.011.
La parte actora entregó al comprador la cantidad de 25.204,80 euros. La vendedora no cumplió su obligación de garantizar la devolución de dichas cantidades.
Martinsa Fadesa fue declarada en concurso el día 24 de julio de 2.008.
Por sentencia de fecha 11-3-2.011 se aprobó el convenio, cesando todos los efectos de la declaración del concurso.
SEGUNDO.- La parte actora formuló demanda en fecha 20-12-2.011 solicitando la resolución del contrato de compraventa y devolución de la cantidad entregada e intereses porque la sociedad demandada incumplió la obligación de suscribir el aval previsto en la Ley 57/1.968 de 27 de julio, así como por no haber terminado las obras en el plazo pactado. Fundamentó la acción en la mencionada Ley y en los arts 1.089,

1.091, 1.445 y 1.124 CC.
Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia declara la resolución del contrato y la devolución de la cantidad de 25.204,80 euros, a pagar en la forma y condiciones especificadas en el concurso nº 408/2.008 del Jugado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña.
TERCERO.- Nulidad de la sentencia.
La parte demandada y apelante solicita la nulidad de la sentencia por considerar que se ha producido una incongruencia por dos motivos: 1) porque nunca se pidió que el pago se efectuara conforme al convenio y en la audiencia previa se resolvió que no seria objeto de decisión lo solicitado por la parte demandada por no presentar reconvención y 2) porque no hubo pronunciamiento sobre los intereses.
En el recurso de apelación se pueden alegar infracciones producidas anteriormente, estableciendo el art 465 LEC que si la infracción se produce al dictar sentencia, la consecuencia es la revocación para resolver sobre las cuestiones planteadas, bien efectuando el pronunciamiento omitido, o bien dejando sin efecto si hubo un exceso en la decisión, pero sin que proceda la nulidad de la resolución.
CUARTO.- Vinculación del convenio al crédito a la parte actora.
La parte actora solicita en el recurso que se revoque el pronunciamiento sobre la decisión de que el pago se efectúe conforme al convenio, al considerar que este solo incluye créditos concursales, ordinarios y subordinados, nacidos antes de la declaración de concurso de acreedores. Entiende que los créditos contingentes no son concursales y no están sometidos al convenio.
La parte apelada considera que el mismo actor insinuó el crédito como contingente ordinario y que no lo impugnó cuando recibió la lista de acreedores, sin que se pueda cambiar en este proceso la calificación del crédito de contingente ordinario a crédito contra la masa.
La demanda inicial de este proceso se presentó en el Juzgado de Primera Instancia porque una vez aprobado el convenio cesan todos sus efectos. Como consta en resolución del Juzgado Mercantil que conoció del concurso de la sociedad demandada (doc nº 14 de demanda) cualquier demanda contra el concursado para que se declare la resolución contractual o reclame el derecho de un crédito nacido tras la declaración del concurso debe de interponerse ante el Juez de Primera instancia territorialmente competente.
El contrato de compraventa objeto de este proceso origina obligaciones recíproca para las partes, es decir, una parte debía pagar un precio y la otra entregar una vivienda (arts 1.445, 1.096 CC). Dicho contrato mantenía su vigencia a la fecha de la declaración del concurso, en julio de 2.008, momento en el que estaba pendiente de cumplimiento.
Según el art 61 p 2 LC la declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. La declaración de concurso tampoco afecta a la facultad de resolución de estos contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes (art 62 p1 LC). La acción resolutoria se puede ejercitar en el concurso en incidente concursal (art 62 p 2 LC), en cuyo caso se extinguen las obligaciones pendientes de vencimiento y en cuanto a las vencidas se incluirá en el concurso el crédito del acreedor que hubiera cumplidos su obligaciones si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración del concurso y si fuere posterior el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. El art 84 p 2.6 LC establece que son créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en contratos de obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento que estén en vigor tras la declaración de concurso. Y el art 154 LC establece que antes de pagar los créditos concursales la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta.
En noviembre de 2.011 se ejercitó por el comprador la acción resolutoria por incumplimiento del vendedor, originándose este proceso. La sentencia recaída, ahora apelada, declara la resolución contractual y como consecuencia, declara también, el derecho a que le sean devueltas al actor las cantidades que había entregado. El derecho de crédito del actor (dinerario) surge en el momento en el que se declara la resolución del contrato de compraventa y antes era inexistente pues lo que tenia el actor era un derecho a obtener la prestación de entrega de la vivienda, que es a lo que el vendedor se había obligado (arts 1.544, 1.094,
1.096 CC). El derecho de crédito del actor a la devolución de las cantidades entregadas es posterior a la aprobación del convenio.
Pero pese a ser posterior, se aportó por la parte demandada un listado de acreedores del concurso (folio 212) donde aparece el actor como titular de un crédito por la cuantía pagada hasta el 24 de julio de 2.008 (33.036,32 euros) con la mención de contingente y ordinario y sin referencia a la causa del crédito (art 94 p 2 LC) que es la correlativa causa de la obligación del concursado.
Por tanto, el crédito del actor era inexistente cuando se incluyó en la lista de acreedores porque se originó con la sentencia que declaró la resolución del contrato de compraventa. No podía ser contingente, pues según el art 87 p 3 lo son los créditos sometidos condición suspensiva y los litigiosos. El actor no era titular de un crédito sometido a condición ni era litigioso, sino que era inexistente hasta la fecha en la que se declaró la resolución del contrato de compraventa, el cual estaba pendiente de cumplimiento hasta que se instó su resolución.
De la declaración de la actora no resulta su conformidad a la inclusión de la lista, sino solo que había entregado cantidades a cuenta.
Según el art 86 LC corresponde al administrador determinar la inclusión en lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, bien porque se comunique, porque resulten de la documentación del deudor y sus libros o por cualquier otra razón que conste en el concurso. De la documentación del concursado solo podía resultar la existencia del contrato de compraventa pendiente de cumplimiento, pero no el crédito del actor porque no había nacido, ni de la declaración de la actora resulta que se comunicara como tal crédito, pues en realidad, lo que vino a manifestar es que se le debía porque había entregado una cantidad de dinero y no había recibido contraprestación alguna.
El Juzgado de lo Mercantil aprueba el convenido por sentencia de fecha 11-3-2.011 y aquel establece en la cláusula 1.3 que afecta a los acreedores por créditos anteriores al auto de declaración de concurso voluntario

de 24 de julio de 2.008 que figuren en la lista definitiva aprobada por el Juzgado. Dicha sentencia resuelve la oposición de un acreedor que entregó cantidades a cuenta y, en relación a la cláusula 1.2 del convenio, se refiere a la problemática de compradores de viviendas con entregas a cuenta (pags 9-12 de la sentencia de 11-3-2.011), indicando que es discutible su tratamiento concursal, cuestionando especialmente la decisión de la administración concursal de considerarlos créditos contingentes con la clasificación de ordinarios, apuntando como solución más ajustada la de excluirlos porque en realidad no son acreedores concursales. Al inicio de la pag 10 de la sentencia consta que la decisión del administrador concursal de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de créditos ordinarios pero contingentes no ha impedido ni puede impedir que quien es parte en un contrato de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento promueva la resolución del contrato por incumplimiento de la concursada posterior al auto de declaración y que si se estima la demanda el crédito restitutorio sea reconocido como crédito contra la masa del art 84 p 2.6 LC. La sentencia contempla la posibilidad de que los compradores puedan solicitar la resolución por incumplimiento de la parte vendedora, tanto en el seno del concurso como en el futuro ante el juez competente.
En definitiva, el crédito del actor era inexistente antes de la aprobación del convenio, su inclusión en la lista no puede tener efecto alguno, y por el propio texto del convenio en cuanto a su ámbito subjetivo, no está sometido al mismo (en este sentido, sts AP Zaragoza, de sec 4 de 20-7-2.012; y sec 2ª de 18-9-2012).
En consecuencia, la demanda ha de estimarse en su totalidad, debido la parte demandada pagar la cantidad reclamada y los intereses legales solicitados conforme a la Disposición Adicional Primera de la LOE en relación al art 1.124 CC y 1.303 CC ":SAP Zaragoza (Secciòn 4) 12.11.2012 (Sentencia 454/2012; Rollo 351/2012)

"PRIMERO.-Son hechos no debatidos:
La parte actora suscribió un contrato de compraventa de vivienda con Martinsa Fadesa el día 27 de febrero de 2.006, pactándose que la entrega se produciría en 30 meses aproximadamente desde la aprobación de la licencia de edificación. La vivienda debería haber sido entregada sobre febrero de 2.010.
La parte actora entregó al comprador la cantidad de 36.187,40 euros. La vendedora no cumplió su obligación de garantizar la devolución de dichas cantidades.
Martinsa Fadesa fue declarada en concurso el día 24 de julio de 2.008.
Por sentencia de fecha 11-3-2.011 se aprobó el convenio, cesando todos los efectos de la declaración del concurso.
SEGUNDO.- La parte actora formuló demanda en fecha 10-1-2.012 solicitando la resolución del contrato de compraventa y devolución de la cantidad entregada e intereses porque la sociedad demandada incumplió la obligación de suscribir el aval previsto en la Ley 57/1.968 de 27 de julio, así como por no haber terminado las obras en el plazo pactado. Fundamentó la acción en la mencionada Ley y en los arts 1.089,
1.091, 1.445 y 1.124 CC.
Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia declara la resolución del contrato y la devolución de la cantidad de 36.187,40 euros, a pagar en la forma y condiciones especificadas en el concurso nº 408/2.008 del Jugado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña.
TERCERO.- Nulidad de la sentencia.
La parte apelante solicita la nulidad de la sentencia por considerar que se ha producido una incongruencia por dos motivos: 1) porque nunca se pidió que el pago se efectuara conforme al convenio y en la audiencia previa se resolvió que no seria objeto de decisión lo solicitado por la parte demandada por no presentar reconvención y 2) porque no hubo pronunciamiento sobre los intereses.
En el recurso de apelación se pueden alegar infracciones producidas anteriormente, estableciendo el art 465 LEC que si la infracción se produce al dictar sentencia, la consecuencia es la revocación para resolver sobre las cuestiones planteadas, bien efectuando el pronunciamiento omitido, o bien dejando sin efecto si hubo un exceso en la decisión, pero sin que proceda la nulidad de la resolución.
CUARTO.- Vinculación del convenio al crédito a la parte actora.
La parte actora solicita en el recurso que se revoque el pronunciamiento sobre la decisión de que el pago se efectúe conforme al convenio, al considerar que este solo incluye créditos concursales, ordinarios y subordinados, nacidos antes de la declaración de concurso de acreedores. Entiende que los créditos contingentes no son concursales y no están sometidos al convenio.
La parte apelada considera que el mismo actor insinuó el crédito como contingente ordinario y que no lo impugnó cuando recibió la lista de acreedores, sin que se pueda cambiar en este proceso la calificación del crédito de contingente ordinario a crédito contra la masa.
La demanda inicial de este proceso se presentó en el Juzgado de Primera Instancia porque una vez aprobado el convenio cesan todos sus efectos. Como consta en resolución del Juzgado Mercantil que conoció del concurso de la sociedad demandada (doc nº 14 de demanda) cualquier demanda contra el concursado para que se declare la resolución contractual o reclame el derecho de un crédito nacido tras la declaración del concurso debe de interponerse ante el Juez de Primera Instancia territorialmente competente.
El contrato de compraventa objeto de este proceso origina obligaciones recíproca para las partes, es decir, una parte debía pagar un precio y la otra entregar una vivienda (arts 1.445, 1.096 CC). Dicho contrato mantenía su vigencia a la fecha de la declaración del concurso, en julio de 2.008, momento en el que estaba pendiente de cumplimiento.
Según el art 61 p 2 LC la declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. La declaración de concurso tampoco afecta a la facultad de resolución de estos contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes (art 62 p1 LC). La acción resolutoria se puede ejercitar en el concurso en incidente concursal (art 62 p 2 LC), en cuyo caso se extinguen las obligaciones pendientes de vencimiento y en cuanto a las vencidas se incluirá en el concurso el crédito del acreedor que hubiera cumplidos su obligaciones si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración del concurso y si fuere posterior el crédito de la

parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. El art 84 p 2.6 LC establece que son créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en contratos de obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento que estén en vigor tras la declaración de concurso. Y el art 154 LC establece que antes de pagar los créditos concursales la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta.
En enero de 2.012 se ejercitó por el comprador la acción resolutoria por incumplimiento del vendedor, originándose este proceso. La sentencia recaída, ahora apelada, declara la resolución contractual y como consecuencia, declara también el derecho a que le sean devueltas al actor las cantidades que había entregado. El derecho de crédito del actor (dinerario) surge en el momento en el que se declara la resolución del contrato de compraventa y antes era inexistente pues lo que tenia el actor era un derecho a obtener la prestación de entrega de la vivienda, que es a lo que el vendedor se había obligado (arts 1.544, 1.094, 1.096 CC). El derecho de crédito del actor a la devolución de las cantidades entregadas es posterior a la aprobación del convenio.
Pero pese a ser posterior, se aportó un listado de acreedores del concurso (folios 87-88) donde aparece el actor como titular de un crédito por la cuantía pagada hasta el 24 de julio de 2.008 (33.187,40 euros) con la mención de contingente y ordinario y sin referencia a la causa del crédito (art 94 p 2 LC), que es la correlativa causa de la obligación del concursado.
Pero el crédito del actor era inexistente cuando se incluyó en la lista de acreedores porque se originó con la sentencia que declaró la resolución del contrato de compraventa. No podía ser contingente, pues según el art 87 p 3 lo son los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos. El actor no era titular de un crédito sometido a condición ni era litigioso, sino que era inexistente hasta la fecha en la que se declaró la resolución del contrato de compraventa, el cual estaba pendiente de cumplimiento hasta que se instó su resolución.
Según la declaración del actor, recibió una carta y comunicó las cantidades entregadas, con el contrato vigente, y desconociendo más circunstancias del concurso. Añadió que esperó la entrega de la vivienda y que finalmente pidió la resolución del contrato.
Según el art 86 LC corresponde al administrador determinar la inclusión en lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, bien porque se comunique, porque resulten de la documentación del deudor y sus libros o por cualquier otra razón que conste en el concurso. De la documentación del concursado solo podía resultar la existencia del contrato de compraventa pendiente de cumplimiento, pero no el crédito del actor porque no había nacido, ni de la declaración del actor resulta que se comunicara como tal crédito, pues en realidad, lo que vino a manifestar es que se le debía porque había entregado una cantidad de dinero y no había recibido contraprestación alguna.
El Juzgado de lo Mercantil aprobó el convenido por sentencia de fecha 11-3-2.011 y aquel establece que afecta a los acreedores por créditos anteriores al auto de declaración de concurso voluntario de 24 de julio de 2.008 que figuren en la lista definitiva aprobada por el Juzgado. Dicha sentencia resuelve la oposición de un acreedor que entregó cantidades a cuenta y, en relación a la cláusula 1.2 del convenio, se refiere a la problemática de compradores de viviendas con entregas a cuenta (pags 9-12 de la sentencia de 11-3-2.011), indicando que es discutible su tratamiento concursal, cuestionando especialmente la decisión de la administración concursal de considerarlos créditos contingentes con la clasificación de ordinarios, apuntando como solución más ajustada la de excluirlos porque en realidad no son acreedores concursales. Al inicio de la pag 10 de la sentencia consta que la decisión del administrador concursal de considerar a los compradores de viviendas futuras como titulares de créditos ordinarios pero contingentes no ha impedido ni puede impedir que quien es parte en un contrato de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento promueva la resolución del contrato por incumplimiento de la concursada posterior al auto de declaración y que si se estima la demanda el crédito restitutorio sea reconocido como crédito contra la masa del art 84 p 2.6 LC. La sentencia contempla la posibilidad de que los compradores puedan solicitar la resolución por incumplimiento de la parte vendedora, tanto en el seno del concurso como en el futuro ante el juez competente.
En definitiva, el crédito del actor era inexistente antes de la aprobación del convenio, su inclusión en la lista no puede tener efecto alguno, y por el propio texto del convenio en cuanto a su ámbito subjetivo, no está sometido al mismo (en este sentido, sts AP Zaragoza, de sec 4 de 20-7-2.012; y sec 2ª de 18-9-2012).
En consecuencia, la demanda ha de estimarse en su totalidad, debiendo la parte demandada pagar la cantidad reclamada y los intereses legales solicitados conforme a la Disposición Adicional Primera de la LOE en relación al art 1.124 CC y 1.303 CC": SAP Zaragoza (Secciòn 4) 23.11.2012 (Sentencia 484/2012; Rollo 395/2012)

AP Zaragoza (Sección 5)

"ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.-Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 26 de Septiembre de 2012, cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Lasheras Mendo, en nombre y representación de D. Jesús Manuel, DEBO DECLARAR Y DECLARO resueltos los dos contratos de compraventa celebrados en fecha 10 de febrero de 2006, en relación a la vivienda sita en la MANZANA NUM000, Bloque NUM001, Portal NUM002, Piso NUM003, letra NUM002, y en relación a la vivienda sita en la MANZANA NUM004, número NUM005, correspondiente a la promoción inmobiliaria del término de San Mateo de Gállego (Zaragoza), partida Dehesa Boyal-Barrando. Y en su consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a MARTINSA FADESA, S.A. a la devolución a D. Jesús Manuel de las cantidades entregadas hasta la fecha por importe total de 81.305,02 #, más los intereses legales desde el momento en que se hicieron las entregas a cuenta, incrementados en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia. Todo ello con condena a la demandada al pago de las costas del juicio.". (...)
FUNDAMENTOS DE DERECHO
SE aceptan LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO de la Sentencia apelada, y

PRIMERO.-El artículo 62 de la Ley Concursal establece que " La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. El artículo 62.4 dice «Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda» a completar con el art. 84.2.6 LC según el cual son créditos contra la masa «Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado». El artículo 84.2.6 califica como crédito contra la masa los créditos que resulten de... obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución... por incumplimiento del concursado. Por tanto si el incumplimiento del contrato se produce tras la declaración de concurso, el derecho de restitución a favor del contratante in bonis es un crédito contra la masa, al margen del momento temporal en el que haya recibido el concursado la prestación a restituir. Establece el artículo 87, 3 : "Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación." La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 22 de diciembre de 2010. número 387 -Jur 2011/120646 establece que: "Cuantas consideraciones han sido expuestas conllevan al mantenimiento del pronunciamiento de la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora posterior a la declaración del concurso, de modo que las cantidades a devolver al comprador han de tener la consideración de crédito contra la masa conforme a lo previsto en el artículo 84.1.6º de la Ley Concursal ".
SEGUNDO.-El concurso en cuyo procedimiento esta incursa la demandada fue declarado en 2008 y fue aprobado su convenio por Sentencia de 13 de marzo de 2011, y en éste figuraba el crédito del actor como contingente ordinario. Las viviendas objeto del contrato cuya resolución se insta debían estar terminadas en enero y agosto de 2010, con obligación esencial contraída por el promotor vendedor según lo establecido en el contrato no mediando causa justa que impidiese su terminación y entrega en el tiempo convenido, por lo que debe darse lugar a la resolución del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, instándolo así la parte cumplidora del contrato frente a la parte que incumplió sus obligaciones, como es la demandada, al ser aquel un derecho que surge al margen del procedimiento concursal, que no lo contempló pues en aquel momento no había surgido el derecho a exigir la resolución contractual por incumplimiento, matería cuyo conocimiento es por lo demás de competencia exclusiva de la jurisdicción mercantil, y de esta forma se pronuncian las Sentencias dictadas por la Sección 4ª de la Audiencia de esta ciudad de 20 de julio y 12 de noviembre de 2012 y las otras muchas que se citan en el escrito de oposición al recurso.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 17.01.2013 (Sentencia 12/2013; Rollo 639/2012)

“ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.-Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 26 de septiembre de 2012, cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra Lasheras Mendo, en nombre y representación de D. Desiderio y Dña Rocío, DEBO DECLARAR Y DECLARO resuelto el contrato de compraventa celebrado en fecha 13 de marzo de 2006, en relación a la vivienda sita en la MANZANA NUM000, Bloque NUM001, Portal NUM002, Piso NUM003, Letra NUM004, correspondiente a la promoción inmobiliaria del término de San Mateo de Gállego (Zaragoza), partida Dehesa Boyal-Barando. Y en su consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a MARTINSA-FADESA,S.A. a la devolución a D. Desiderio Y DÑA Rocío de las cantidades entregadas hasta la fecha por importe de 37.878 #, mas los intereses legales desde el momento en que se hicieron las entregas a cuenta, incrementados en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia.
Todo ello con condena a la demandada al pago de las costas del juicio.
". SEGUNDO.-Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de -MARTINSA-FADESA- se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.
TERCERO.-Recibidos los Autos y CD, y personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 14 DE ENERO DE 2013.
CUARTO.-En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.
FUNDAMENTOS DE DERECHO
SE aceptan LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO de la Sentencia apelada,
PRIMERO.- El artículo 62 de la Ley Concursal establece que " La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. El artículo 62.4 dice «Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa.

En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda» a completar con el art. 84.2.6 LC según el cual son créditos contra la masa «Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado». El artículo 84.2.6 califica como crédito contra la masa los créditos que resulten de. obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución. por incumplimiento del concursado. Por tanto si el incumplimiento del contrato se produce tras la declaración de concurso, el derecho de restitución a favor del contratante in bonis es un crédito contra la masa, al margen del momento temporal en el que haya recibido el concursado la prestación a restituir. Establece el artículo 87, 3 : "Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación." La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 22 de diciembre de 2010. número 387 -Jur 2011/120646 establece que: "Cuantas consideraciones han sido expuestas conllevan al mantenimiento del pronunciamiento de la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora posterior a la declaración del concurso, de modo que las cantidades a devolver al comprador han de tener la consideración de crédito contra la masa conforme a lo previsto en el artículo 84.1.6º de la Ley Concursal ".
SEGUNDO.-El concurso en cuyo procedimiento esta incursa la demandada fue declarado en 2008 y fue aprobado su convenio por Sentencia de 13 de marzo de 2011, y en éste figuraba el crédito del actor como contingente ordinario. Las viviendas objeto del contrato cuya resolución se insta debían estar terminadas en enero y agosto de 2010, con obligación esencial contraída por el promotor vendedor según lo establecido en el contrato no mediando causa justa que impidiese su terminación y entrega en el tiempo convenido, por lo que debe darse lugar a la resolución del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, instándolo así la parte cumplidora del contrato frente a la parte que incumplió sus obligaciones, como es la demandada, al ser aquel un derecho que surge al margen del procedimiento concursal, que no lo contempló pues en aquel momento no había surgido el derecho a exigir la resolución contractual por incumplimiento, materia cuyo conocimiento es por lo demás de competencia exclusiva de la jurisdicción mercantil, y de esta forma se pronuncian las Sentencias dictadas por la Sección 4ª de la Audiencia de esta ciudad de 20 de julio y 12 de noviembre de 2012 y las otras muchas que se citan en el escrito de oposición al recurso.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 22.01.2013 (Sentencia 27/2013; Rollo 648/2012)

“PRIMERO.-En un caso exactamente igual al presente, crédito nacido después de la aprobación del concurso de acreedores, en el que figuraba la misma parte demandada por resolución de un contrato de vivienda en fecha posterior a la aprobación de aquel, se ha dictado recientemente por esta Sala la Sentencia (Rollo de apelación 639-2012), en la que textualmente se dice lo siguiente: "PRIMERA.- El artículo 62 de la Ley Concursal establece que "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. El artículo 62.4 dice «Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda» a completar con el art. 84.2.6 LC según el cual son créditos contra la masa «Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado». El artículo 84.2.6 califica como crédito contra la masa los créditos que resulten de... obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución... por incumplimiento del concursado. Por tanto si el incumplimiento del contrato se produce tras la declaración de concurso, el derecho de restitución a favor del contratante in bonis es un crédito contra la masa, al margen del momento temporal en el que haya recibido el concursado la prestación a restituir. Establece el artículo 87,
3 : "Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación." La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 22 de diciembre de 2010. número 387 -Jur 2011/120646 establece que: "Cuantas consideraciones han sido expuestas conllevan al mantenimiento del pronunciamiento de la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora posterior a la declaración del concurso, de modo que las cantidades a devolver al comprador han de tener la consideración de crédito contra la masa conforme a lo previsto en el artículo 84.1.6º de la Ley Concursal ".
SEGUNDO.-El concurso en cuyo procedimiento esta incursa la demandada fue declarado en 2008 y fue aprobado su convenio por Sentencia de 13 de marzo de 2011, y en éste figuraba el crédito del actor como contingente ordinario. Las viviendas objeto del contrato cuya resolución se insta debían estar terminadas en enero y agosto de 2010, con obligación esencial contraída por el promotor vendedor según lo establecido en el

contrato no mediando causa justa que impidiese su terminación y entrega en el tiempo convenido, por lo que debe darse lugar a la resolución del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, instándolo así la parte cumplidora del contrato frente a la parte que incumplió sus obligaciones, como es la demandada, al ser aquel un derecho que surge al margen del procedimiento concursal, que no lo contempló pues en aquel momento no había surgido el derecho a exigir la resolución contractual por incumplimiento, matería cuyo conocimiento es por lo demás de competencia exclusiva de la jurisdicción mercantil, y de esta forma se pronuncian las Sentencias dictadas por la Sección 4ª de la Audiencia de esta ciudad de 20 de julio y 12 de noviembre de 2012 y las otras muchas que se citan en el escrito de oposición al recurso". Por ello habrá de estarse a lo resuelto en el anterior caso. ":SAP Zaragoza (Sección 5) 14.03.2013 (Sentencia 152/2013; Rollo 110/2013)

3. Resolución de contrato de suministro de energía eléctrica

3.1 Calificación de la penalización

AP Burgos

"Segundo.-El siguiente motivo de impugnación se funda en la consideración que, el cauce del incidente concursal, es idóneo para sustanciar la pretensión deducida en la demanda; siendo aplicable al caso lo previsto en el artículo 62-2 de la Ley Concursal.
El Juez de Instancia expresa que el incidente concursal no es el cauce procedimental idóneo para ventilar la pretensión actora, porque, previamente, es necesario determinar el alcance de la resolución contractual unilateral promovida por esta parte y, caso afirmativo, determinar el importe de la indemnización de la cláusula penal -que integraría el crédito que se pretende calificar contra la masa-.
Lógicamente, la calificación de un crédito presupone su existencia y cuantificación; y la existencia de un crédito, la causa que lo origina.
Al tratarse del ejercicio de una acción resolutoria, habría que haber acudido al procedimiento previsto en el artículo 62 de la Ley Concursal.
Este precepto establece que la acción resolutoria se ejercitará ante el Juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal; precisamente, como el seguido.
Por tanto, no es que el procedimiento sea inadecuado, tanto para acción resolutoria como para la clasificación o calificación del crédito, sino que la acción ejercitada se entendería como incompleta o inviable, al requerir como presupuesto, la resolución contractual y la determinación de sus consecuencias económicas, para que se corresponda el crédito con una deuda vencida, líquida y exigible.
La cuestión, entonces, es si el ejercicio de la acción judicial es necesario para ambas cosas o alguna de ellas.
Tercero.-Respecto de lo primero, la parte actora y apelante, considera que la resolución del contrato para la prestación del servicio de interrumpibilidad se produjo automáticamente, ope legis, mediante la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, de 23 de diciembre de 2.009.
De ser así, el ejercicio de una acción judicial resolutoria de este contrato sería innecesario, y el tribunal puede darlo como resuelto a los efectos pretendidos en este incidente.
La Resolución mencionada revoca la autorización administrativa concedida a Rottneros Miranda, S.A. para la prestación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, según lo establecido en la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio.
Asimismo, resuelve que, tal revocación, conlleva la pérdida de efectos de dicho acto, "la resolución automática del contrato, la liquidación en los términos señalados en los artículos 14 y 15 de la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio, de ROTTNEROS MIRANDA, S.A. al Operador del Sistema, así como, en su caso, el pago de las penalizaciones a las que haya lugar".
Resolución que no consta haya sido recurrida o dejada sin efecto.
Esta resolución contractual automática es una previsión normativa, prevista en el artículo 14, apartado 4, in fine, de la Orden mencionada, pues "en todo caso, la revocación de la autorización administrativa conllevará la resolución automática del contrato".
No hay discrecionalidad alguna en la determinación de este efecto jurídico. Se trataría de un efecto consentido y firme; y no por una declaración o voluntad unilateral de la parte actora, que estaría supeditada a la previa revocación de la autorización -Cláusula Décima, ap. 2, del contrato-.
En consecuencia, el procedimiento incidental promovido y seguido es el adecuado respecto de la pretensión ejercitada, conforme al artículo 84.4 de la Ley Concursal, cuyo tenor establece que "Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal...".
La cuestión, entonces, que, seguidamente se plantea, es si la actora tiene un crédito frente a la concursada por importe de 121.649#02 euros, que es objeto de análisis del siguiente motivo de impugnación.
Cuarto.-En efecto, la parte apelante afirma la procedencia del crédito que Red Eléctrica de España tiene frente a Rottneros, en concepto de penalización por incumplimiento contractual por importe de 121.649#02 euros.
La existencia del incumplimiento no está cuestionada -la Orden de reducción de potencia cursada el 10 de febrero de 2.009, y las condiciones para la prestación del servicio de interrumpibilidad; incumplimientos que aprecia la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, antes mencionada, que dispuso la revocación de la autorización para operar a la concursada y la resolución automática del contrato-.
El contrato litigioso, es un contrato en gran medida normativizado en su contenido, siendo así respecto a las consecuencias económicas derivadas por tales incumplimientos. El artículo 8 de la Orden 2370/2007 establece que: "El incumplimiento de una orden de reducción de potencia conllevará las siguientes penalizaciones: 1ª.- Si no se hubiera producido ningún incumplimiento en los doce meses anteriores, el incumplimiento llevará

asociado una penalización equivalente al 120 por ciento de la retribución por el servicio de interrumpibilidad que le hubiera correspondido en el año en que se produce el incumplimiento".
Penalización por incumplimiento que, de igual modo, establece la Cláusula Séptima, I, del Contrato, de 29 de julio de 2.008, al expresar que: "El incumplimiento por parte del POVEEDOR, de una orden de reducción de potencia emitida por REE, como operador del sistema conllevará la aplicación de las penalizaciones siguientes: 1.- Penalización equivalente al 120% de la retribución por el servicio de interrumpibilidad que le hubiera correspondido en el año en que se produce el incumplimiento, si no hubiese existido incumplimiento alguno en los doce meses inmediatamente anteriores".
El 120% de la retribución percibida por Rottneros, desde noviembre de 2.008 a octubre de 2.009, supone la cantidad mencionada, conforme a la base imponible de las facturas correspondientes y burofax de 26 de febrero de 2.010, remitido a la Administración Concursal; no siendo controvertida esta cantidad por la concursada, en cuanto a ella misma considerada, como se desprende de la contestación al burofax mencionado, aludiendo a una supuesta deuda por importe de 121.649#02 euros, pero no tanto por la cuantía en sí, sino porque no proceden todas las liquidaciones.
Así, en la carta de Rottneros, de fecha 16 de marzo de 2.010, se dice: " En relación con este asunto le informamos que con fecha 30 de abril de 2009 ENDESA comunicó que no renovaba a la Sociedad el contrato de suministro eléctrico debido a las condiciones en las que se encontraba la Sociedad tras la admisión a trámite de la solicitud de concurso voluntario realizada por la Sociedad. Con fecha 27 de abril de 2009 el Juzgado de 1a Instancia n° 4 de Burgos dictó providencia de aceptación de la solicitud de concurso voluntario de acreedores realizado por ROTTNEROS MIRANDA, S.A. dado el estado de insolvencia inminente de la Sociedad, asignando el número 350/2009 al concurso de acreedores. A mediados del mes de mayo de 2009 la compañía Iberdrola procedió al corte del suministro eléctrico a la Sociedad que se ha mantenido hasta la fecha. Conforme a lo anterior y dado que la Sociedad no ha tenido suministro eléctrico en todas sus instalaciones entendemos que no proceden todas las liquidaciones de la demanda de interrumpibilidad".
Sin embargo, aunque se produjera este cese de suministro eléctrico, el contrato litigioso se mantendría en vigor y no se había resuelto todavía, produciéndose los efectos "ex nunc" de la resolución el 23 de diciembre de 2.009 -y en todo caso, ya existió un incumplimiento de una orden de reducción de potencia en febrero de 2.009, antes del cese del suministro-.
Quinto.-Por último, queda por determinar la calificación de dicho crédito, si contra la masa, como postula la parte actora, de conformidad con lo previsto en el artículo 84-2.6º de la Ley Concursal.
Este precepto establece, como crédito contra la masa, "Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de incumplimiento que continúen en vigor tras la declaración del concurso y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado".
Por su parte, el artículo 61-2 de la Ley Concursal dispone que "La declaración del concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de incumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa".
El incumplimiento se inicia con la orden de reducción de potencia cursada el 10 de febrero de 2.009, y en los mantenidos según Informes emitidos por el Operador del Sistema de 22 de julio, 24 de septiembre y noviembre de 2.009; produciéndose la revocación de la autorización y la resolución automática del contrato el 23 de diciembre de 2.009, con sus consecuencias económicas; mientras que la declaración del concurso se acordó por Auto de 27 de abril de 2.009.
Por su parte, el artículo 62-4 de la Ley Concursal, establece que "Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento.
En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración del concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda".
La parte demandante funda la calificación de su crédito, como crédito contra la masa, en base al artículo 84-2.6º de la Ley Concursal, al conceptuarse como indemnización por incumplimiento del concursado, con independencia de cuándo se produjeron los incumplimientos de Rottneros, antes o después de la declaración del concurso.
A criterio del Tribunal, no es irrelevante la fecha del incumplimiento, que, en el presente caso, se produce con el correspondiente a la orden de reducción de potencia de fecha 10 de febrero de 2.009, anterior a la declaración del concurso.
Como explica la parte recurrente la concursada se obligó a cumplir durante toda la temporada eléctrica: a) las órdenes de reducción de potencia que Red Eléctrica de España le cursara, conforme al artículo 7 Orden 2370/2007 y cláusula Quinta, ap. 1 del Contrato; y b) a prestar el servicio de interrumpibilidad en las condiciones previstas en el artículo 9 de la Orden mencionada.
Sucedió que, el 10 de febrero de 2.009, Rottneros incumplió una orden de reducción de potencia, según consta en el Informe de julio de 2.009 -documento 7 de la demanda- y, contravino las condiciones para la prestación del servicio de interrumpibilidad -documentos 8 y 9 de la demanda-. Especialmente, folios 487, 492, 495, 783, 784 (período 1/11/2.008 a 30/09/2.009), 1.076 y 1.077 (mismo período).
Por tanto, hay unos incumplimientos contractuales que son anteriores a la declaración del concurso, por lo que, el crédito correspondiente no puede ser contra la masa; y comprende el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda, conforme al artículo 62-4 de la Ley Concursal. El incumplimiento del concursado, del artículo 84-2.6º de la Ley Concursal, sólo puede ser posterior a la declaración del concurso, que de lugar a la indemnización correspondiente.

Y, aun tratándose de un contrato de tracto sucesivo, no es posible distribuir la indemnización por incumplimiento que se hubieren producido con posterioridad a la declaración del concurso, pues la penalización es única y se conecta con la retribución por el servicio de interrumpibilidad que le hubiera correspondido en el año en el que se produce el incumplimiento, por lo que no es posible una división o prorrateo del crédito, porque no lo es la penalización o indemnización. ":SAP Burgos (Sección 3) 15.03.2013 (Sentencia 93/2013; Rollo 42/2013)

4. Resolución de contrato de renting

1. No moderabilidad de la cláusula penal, pero calificación de la indemnización como crédito concursal por concurrir el incumplimiento resolutorio ya antes de la declaración de concurso

JM-6 Madrid

"TERCERO.- Consecuencias de la resolución contractual.
La 2ª y 3ª de las pretensiones -íntimamente unidas- solicitan el reconocimiento de un crédito contra la masa por el importe de las rentas anteriores al concurso [801,78.-#] y la inclusión a su favor de una indemnización por resolución anticipada del contrato por incumplimiento del arrendatario [cláusula 13ª del contrato] equivalente al importe íntegro de las rentas que restasen por abonar [3.968,02.-#]; a lo que adiciona la condena a restituir a su costa la posesión de la máquina [pretensión 4ª].
CUARTO.- Cláusula penal al pago de todas las rentas por causa de incumplimiento del arrendatario.
A.-Para resolver la cuestión litigiosa debe partirse de la naturaleza del contrato de renting de maquinaria industrial como la que nos ocupa, así como del tenor de la cláusula 13ª del contrato.
Señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, de 26 de marzo de 2007 que "... *el renting supone un alquiler, por parte de empresarios que no quieren comprar. El renting, también denominado "arrendamiento empresarial", puede ser definido como un contrato por el que una de las partes se obliga a ceder a la otra el uso de un bien, por tiempo determinado, a cambio del pago de un precio, siendo de cuenta del arrendador el mantenimiento. Se trata, pues, de un contrato mercantil, consensual, bilateral, oneroso y conmutativo que integra las características esenciales del arrendamiento de cosas y una prestación de servicios, por cuanto se asegura el mantenimiento del bien cedido*...'; añadiendo la cláusula 11 de las condiciones generales de los contratos que nos ocupan que "... *el arrendador únicamente quedará facultado para rescindir anticipadamente el contrato de arrendamiento por demora en cualquier pago*...", añadiendo la cláusula 15ª ya mencionada que "... *en el caso de que el arrendador rescinda el contrato de forma anticipada, el derecho de resarcimiento de indemnización de daños y perjuicios del arrendador incluirá los importes de rentas arrendaticias pendientes de devengarse y vencer, o cesantes, hasta el final del periodo de duración del arrendamiento*...", a lo que la propia cláusula adiciona los intereses moratorios calculados en el modo señalado en la también citada cláusula 11ª.
B.-Atendiendo a tal doctrina y cláusula penal debe concluirse que la finalidad de la penalización en el caso de los contratos de *renting* no es otra que la de garantizar al arrendador que, aun extinguido el negocio, seguirá percibiendo la renta o un importe a tanto alzado durante un periodo de tiempo razonable dentro de lo que en principio podía considerar ganancia esperable según el plazo contractual pactado o el importe de las prestaciones cumplidas y por cumplir por el arrendatario; y todo ello como recíproca exigencia a una legítima expectativa de la arrendadora que procede a adquirir un bien según las especificaciones de la arrendataria para ponerlo a su exclusiva disposición por un tiempo cierto y que ve frustradas sus expectativas de beneficio empresarial al recuperar la posesión e un bien no seleccionado por ella, mermado en su precio de venta o nuevo arriendo y con una limitada vida útil, conceptos todos ellos plenamente indemnizables.
En tal sentido baste hacer cita, por todas, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, de 14 de abril de 2010 [Roj: SAP B 3837/2010] que "... *La indemnización prevista por la terminación y cancelación anticipadas, lejos de poder considerarse una cláusula abusiva o que produzca un desequilibrio para la arrendataria, consiste en una cláusula penal cuya eficacia depende del vencimiento anticipado por causa imputable al arrendatario y viene destinada a paliar el lucro cesante o la pérdida de expectativas de beneficio para la arrendadora, que otorgó el contrato con la otra parte por un período irrevocable y por el que se pactaron las condiciones económicas del "renting", y, entre ellas, la facultad de poderse resarcir de la parte de amortización del vehículo objeto del contrato, que no se cubra cuando lo recupere, habida cuenta de que la depreciación de su valor de mercado a menudo supera su amortización contable. Como medio de garantizar el cumplimiento en el plazo convenido, las partes insertaron una cláusula penal en el contrato, con el carácter usual de pena moratoria sustitutiva, a manera de sanción pecuniaria (o mejor, de facilitación del cumplimiento o sustitución de éste) y de liquidación por anticipado del daño que pueda originarse para el caso de que el deudor se constituya en mora (en consecuencia, no es preciso ni probar la existencia del daño ni su cuantía, y aunque calculada a base de la cuantía probable de la indemnización por eventuales daños y perjuicios, esta pena sustitutiva es exigible siempre que no haya cumplimiento exacto, aunque aquellos no hayan llegado a producirse o no haya alcanzado la cuantía fijada para la pena), pero no puede desvincularse de la obligación principal (de ahí su carácter accesorio), al amparo del art. 1152 CC (que, en realidad contiene normas de derecho dispositivo y criterios legales de interpretación de la voluntad de las partes), de forma que, por regla general, declarado el incumplimiento contractual imputable a una parte (exclusión pues, de caso fortuito, fuerza mayor o retraso justificado), procede la aplicación de la cláusula (SSTS 13.7.2006, 5.12.2007,...); claro, "solo podrá hacerse efectiva la pena, cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código" (pfo. 2º del art. 1152 CC), es decir desde que el deudor haya incurrido en mora, como retraso culpable, que exige el requerimiento o intimación por el acreedor (art. 1100 CC). El CC, impone además un deber - de oficio -*

al Juzgador, quien "modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida" (art. 1154 CC), basado en la equidad (art. 3.3 CC) y en la evitación del enriquecimiento injusto, máxime cuando, por tratarse de una sanción penal, su alcance debe interpretarse con criterio restrictivo (así, las SSTS. 10.6.1969, 8.2.1993, 23.5.1997, 18.7.2005,...). Con ello, para que proceda su exigibilidad : 1) Es necesario que subsistan los mismos supuestos en base a los cuales se pactó, sin variaciones trascendentes. 2) que no se haya renunciado a ella, expresa o tácitamente. 3) que se de el supuesto previsto para su exigibilidad (aquí, el incumplimiento de varias cuotas). 4) que debe existir un daño, probado en su existencia, aunque no en su cuantía, atendida aquella función liquidatoria (valoración anticipada de los perjuicios); para paliar el lucro cesante o la pérdida de expectativas de beneficio para la arrendadora, y la pérdida del valor del vehículo, consecuentes al incumplimiento y a la resolución anticipada, pues se frustran las expectativas de ingresos para la actora, que se ve obligada a recuperar la posesión del objeto del contrato, cuyo coste hubiera podido amortizar en mayor medida a lo largo de la duración del contrato. 5) que ese daño sea consecuencia del incumplimiento (conditio iuris de exigibilidad de la pena)…".

C.-Atendiendo a tales razonamientos y pronunciamientos jurisprudenciales resulta en la presente causa que la invocada falta de liquidez de la deudora concursada determinó el impago de las rentas del alquiler, de tal modo que iniciado el mismo en julio de 2011 y por un periodo temporal de duración de 60 mensualidades, el primero de los incumplimientos se produjo en octubre de 2013, así como en los meses sucesivos [siendo declarado el concurso el 4.10.2013].

Partiendo de tales hechos debe concluirse que la falta de liquidez e imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones de modo regular y puntual determinante de insolvencia generadora de la declaración concursal no puede estimarse como elemento justificativo de la moderación de la cláusula penal; y ello porque tales circunstancias no suponen una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al formalizar el contrato, debiendo ser excluida tal situación económica y financiera y la posterior declaración concursal como elemento determinante de una moderación indemnizatoria, máxime cuando es voluntad de la norma concursal que la declaración de concurso y las dificultades financieras y económicas de la deudora no afecten a la vigencia y exigibilidad de las obligaciones contractuales [-art. 61.2 L.Co.-].

D.-Del mismo modo debe significarse que si bien en contratos de tracto sucesivo con duración determinada [-cual es el *renting* -] el impago de las rentas constante ejecución del contrato puede calificarse de incumplimiento parcial de la prestación global, tal incumplimiento de las rentas devengadas durante la vigencia del contrato supone verdadero y propio incumplimiento total de la prestación a la que venía obligado el arrendatario en su devengo periódico, justificativo de la resolución contractual por incumplimiento; lo que debe excluir la aplicación de la facultad moderadora de la cláusula penal.

Pero aún más, aún partiendo de un posible cumplimiento parcial [-que este Tribunal rechaza-] es doctrina jurisprudencial reiterada que dicha facultad moderadora tampoco es aplicable cuando la propia cláusula tiene en cuenta dicho incumplimiento parcial. En tal sentido, por todas, señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15.10.2008 [Roj: STS 5460/2008] que "…*Esta Sala tiene declarado que es un presupuesto para la aplicación del artículo 1.154 del Código Civil, la existencia de un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto resultaría inaplicable ante un incumplimiento total -sentencias de 30 marzo 1999, 7 febrero 2002 y 17 diciembre 2003, entre otras-, como también en los supuestos en que el cumplimiento defectuoso o irregular es precisamente el tipo de incumplimiento sancionado con la pena, como ocurre en los casos de cláusula penal en que se prevé precisamente una sanción para la mora de alguna de las partes con subsistencia del contrato -sentencias de 10 mayo 2001, 7 febrero y 8 octubre 2002-*...".

Atendiendo a tal doctrina resulta que la cláusula 15ª de los contratos normalizados examinados [antes transcrita-] regula el supuesto de incumplimiento del pago de las rentas arrendaticias una vez iniciada la vigencia y ejecución de los contratos y durante el desarrollo temporal de los mismos, lo que excluye respecto a dicha cláusula cualquier moderación judicial de su importe, en cuanto tal cantidad por rentas no vencidas resulta proporcional y razonable a las legítimas expectativas frustradas a la arrendadora en virtud del incumplimiento de la concursada.

E.-Cuestión distinta es la calificación crediticia de la cuantía indemnizatoria, pues si las rentas posteriores al concurso deben calificarse netamente como crédito contra la masa, aquella se devengó desde el verdadero y propio incumplimiento de la esencial obligación de pago por la concursada, siendo que ello ocurrió [-como razona y acredita la demandante-] antes de la declaración concursal; persistiendo posteriormente en el tiempo un incumplimiento contumaz y definitivo anterior al concurso.

Siendo ello así e incumplidas por la concursada rentas determinantes de la resolución anticipada antes de la declaración concursal [al menos en número de dos-] resulta que la indemnización por cláusula penal por importe de 3.968,02.-# se devengó con anterioridad a la declaración concursal; por lo que tratándose de contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, por imperativo del art. 62.4 L.Co. debe clasificarse la misma como concursal y calificarse como ordinario del art. 89.3 L.Co., con exclusión de toda clasificación contra la masa; en cuanto reservada para incumplimientos posteriores a la declaración concursal, lo que aparece excluido por la propia afirmación de la arrendadora de los incumplimientos esenciales anteriores a aquella declaración. “:SJM-6 Madrid 10.03.2015 (Incidente 365/2014)

Artículo 63. Supuestos especiales.

1. Lo establecido en los artículos anteriores no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la ley.

Art 63.1 Facultad de denuncia unilateral

AP Pontevedra

"Por otro lado no resultan de aplicación al caso los arts. 63 y 80 de la LC.
Por lo que hace al art. 63 LC, porque la facultad de denuncia unilateral del contrato al amparo del apartado 1 del citado precepto se reserva para determinados contratos. Según un criterio más amplio, para todos aquellos contratos cuya normativa legal expresamente contenga dicha facultad de denuncia o desistimiento (arrendamiento de obra, sociedad, mandato...). Conforme a un criterio más restringido, solo para aquellos contratos cuya facultad de desistimiento se vincula, además, a la existencia de una situación de concurso de una de las partes contratantes (agencia, seguro de daños...).
No encontrándose el contrato de compraventa en ninguno de los dos anteriores apartados.": SAP Pontevedra (Sección 1) 23.12.2013 (Sentencia 480/2013; Rollo 383/2013)

2. Tampoco afectará a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes.

Artículo 64. Contratos de trabajo.

Art. 64.1

Redacción inicial

1. Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante éste por las reglas establecidas en el presente artículo.

1. Doctrina general

"PRIMERO Determinan los arts. 8.2º y 64.1 de la Ley Concursal (LC), la competencia del juez del concurso para conocer de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de suspensión o extinción colectivas de relaciones laborales, una vez solicitada la declaración de concurso, tramitándose por las reglas que contiene el propio artículo 64 LC, de las que se desprenden los siguientes requisitos:
1º Que se formule por la administración concursal, el deudor o los trabajadores a través de sus representantes legales (artículo 64.2).
2º Que se presente la solicitud una vez emitido el informe de la administración concursal, aunque puede hacerse con anterioridad cuando se acredite que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa (artículo 64.3). Asimismo, puede tramitarse, cuando conforme al art. 44.4 LC, la administración concursal solicite el cierre de la empresa o el cese o suspensión total o parcial de la actividad empresarial, y ello suponga la modificación, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo.
3º Que se expongan y justifiquen las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas, y los objetivos que con las mismas se propongan alcanzar para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo (artículo 64.4).
SEGUNDO Una de las novedades de la reforma concursal operada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, es la atribución al juez del concurso de competencias laborales, y en concreto, la competencia para conocer, una vez presentada la solicitud de declaración de concurso, de las acciones sociales (en terminología empleada en el art. 86 ter apartado 1.2º LOPJ y 8.2º LC), o de expedientes (según el término utilizado por el art. 64 LC), de modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectiva de las relaciones de trabajo en que sea empleador el concursado. Conviene precisar que el Juez del Concurso no ha venido a sustituir en estas competencias al Juez de lo Social, ya que en la normativa del Estatuto de los Trabajadores (ET), en el caso de las modificaciones de las condiciones de trabajo, la decisión corresponde al empresario (art. 41 ET), conociendo la jurisdicción social únicamente por vía de recurso, y en el caso de la suspensión o extinción colectiva de las condiciones de trabajo (arts. 47 y 51 ET), la competencia corresponde a la Autoridad Laboral.
El procedimiento regulado en el art. 64 LC, resulta de aplicación a los supuestos de extinción colectiva de los contratos de trabajo, que es la medida solicitada por la concursada, siendo de aplicación supletoria la legislación laboral, según establece el art. 64.11 LC (Estatuto de los Trabajadores y el Reglamento de Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de traslados colectivos aprobado por Real Decreto 43/1996, de 19 de enero).
El art. 64 LC viene a establecer un expediente judicial similar o paralelo al que se plantea en situaciones extraconcursales ante la Autoridad Laboral, para proceder a regular el empleo en el caso de extinciones colectivas o suspensiones, es decir, los llamados expedientes de regulación de empleo (ERE). Por eso se dice acertadamente como se ha expuesto, que en esta competencia, el Juez del Concurso no viene a sustituir al Juez de lo Social, sino que se le atribuyen funciones propias de la Autoridad Laboral. En este sentido, se ha hablado de una judicialización, ya que se atribuyen al Juez del Concurso, competencias que en situaciones extraconcursales corresponden a la Administración, y de una laboralización, pues del recurso contra la resolución del Juez del Concurso, conoce la jurisdicción social (Salas de lo Social de los Tribunales Superiores

de Justicia), a través del recurso de suplicación, sustituyendo a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, que conoce del recurso contra las decisiones de la Autoridad laboral.
No obstante hay que señalar determinadas diferencias. Por lo que respecta a la medida de extinción solicitada (y a las demás recogidas en el precepto), mientras que la Autoridad Laboral se limita a autorizar la extinción colectiva, es criterio de esta Juzgadora (en contra del mantenido en la solicitud), que el Juez del Concurso no se limita a una mera autorización, sino que ha de proceder a declarar la extinción (en igual sentido, en la doctrina, DESDENTADO BONETE, y STSJ de Cataluña de 27-9-2005 [AS 2005, 2699]). Ello significa que frente a los términos genéricos de la solicitud de ERE y de la propia resolución (que en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados, como permite la jurisprudencia social y Contencioso-Administrativa, vg. SSTS Sala 4ª de 17-3-99 [RJ 1999, 3002] y 28-9-99 [RJ 1999, 7758] y SSTS Sala 3ª de 22-5-2002 [RJ 2002, 9427] y 12-2-2002), en el expediente del art. 64 LC, tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además se ha de establecer la indemnización procedente para cada trabajador, o al menos fijar las bases para que pueda determinarse el importe concreto en ejecución de la resolución, es decir, salario, antigüedad y cuantía de la indemnización, es decir, cuántos días de trabajo por año de servicio (RIOS SALMERON/DE LA PUEBLA, DESDENTADO BONETE).
TERCERO Para analizar la procedencia de la admisión a trámite de la solicitud han de analizarse diversas cuestiones. La primera, si se trata de una extinción colectiva, y por tanto, de competencia del juez del concurso, para lo que habrá que relacionar el precepto con el art. 51 ET. La segunda, si resulta procedente la aplicación de la excepción del art. 64.3 LC, ya que la solicitud ha sido presentada por la concursada antes de la emisión del informe de la administración concursal. En tercer lugar, se ha de hacer referencia a la constancia en la solicitud y acreditación documental de las causas motivadoras de conformidad con el art. 64.4 LC. En cuarto lugar, respecto del procedimiento aplicable, se ha de examinar el anterior expediente de regulación de empleo, su naturaleza jurídica (dado que se ha incidido en este punto en la solicitud), a efectos asimismo de la competencia de este Juzgado. En quinto lugar, y dado que el Auto de declaración de concurso ha sido recurrido por tres partes personadas, habrá que analizar la incidencia de los recursos en la solicitud. Y por último, se ha de constatar si se ha aportado el Plan Social al que se refiere el art. 64.5 LC.
Sin perjuicio de incidir sobre dichas cuestiones en este Auto, debe advertirse que al estar en sede de admisión de una solicitud de extinción colectiva de condiciones de trabajo, la tramitación del expediente puede modificar las circunstancias tenidas en cuenta en la presente resolución, en su caso, para la admisión de la solicitud, por lo que la decisión sobre la concurrencia de todos los presupuestos legales ha de hacerse de forma definitiva en el Auto previsto en el art. 64.7 de la Ley Concursal, que resuelva sobre la medida solicitada.
CUARTO El 51 ET delimita el carácter colectivo de la extinción en función del número de trabajadores afectados y por referencia al lapso temporal en que la medida es adoptada. Dada la remisión de la LC (art. 64.11), para que proceda la extinción colectiva de los contratos de trabajo, han de superarse los límites cuantitativos previstos en el art. 51 ET. Según el citado precepto, el despido es colectivo cuando, en un período de noventa días, las medidas extintivas afectan al menos a:
-10 trabajadores en empresas de menos de 100 trabajadores,
-el 10% en las que ocupen entre esa cifra y 300, y
-30 trabajadores en las que tengan una plantilla superior.
Asimismo, de conformidad con el art. 51.1.3º ET, se entiende también como despido colectivo la extinción de los contratos que afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
En el presente caso, puede considerarse que la medida extintiva reviste el carácter de colectiva, al afectar a la totalidad de los trabajadores actualmente en activo en la empresa, siendo superior a cinco, y la concursada fundamenta su solicitud en causas económicas, y en la falta de viabilidad de la actividad industrial. De otra parte, en el calendario de extinciones previsto, aportado como documento núm. 9 de la solicitud, figura un período inferior a noventa días.”: Auto JM-1 Cádiz 22.05.2007 (Expediente de extinción colectiva de relaciones de trabajo núm. 151/07)

2. No procede la suspensión del expediente por la pendencia de recurso de reposición contra la declaración de concurso

“OCTAVO Habiendo sido recurrido en reposición el Auto de declaración de concurso por la Junta de Andalucía y por los sindicatos CCOO y UGT, procede analizar el efecto que sobre la solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajo habrían de producir los recursos. El art. 197.1 LC se remite en materia de recursos a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LECivIV), al establecer: "Los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las modificaciones que se indican a continuación". El art. 451 LECiv establece que sin perjuicio del recurso de reposición, "se llevará a efecto lo acordado". Y la Ley Concursal tan sólo prevé la suspensión de actuaciones que puedan verse afectadas por la interposición de un recurso de apelación (no de reposición). En consecuencia, la tramitación de recursos de reposición contra el Auto de declaración de concurso no tiene eficacia suspensiva de la tramitación del concurso, ni por ende, de la tramitación de la solicitud de extinción colectiva. Distinta será la situación en el caso (poco previsible), de que una vez que el expediente esté pendiente del Auto del art. 64.7 que resuelva sobre las medidas, aún no hubiese sido resuelto el recurso contra el Auto de declaración de concurso, en cuyo caso, se resolverá sobre la posible suspensión, dadas las graves consecuencias que podrían derivarse en caso de decidirse la extinción y dejarse posteriormente sin efecto la declaración de concurso. Ahora bien, si se acordara en este momento la suspensión, por la mera interposición de los recursos, se estaría privando de eficacia a la excepción que hemos estimado aplicable del art. 64.3, impidiendo la

negociación.”: Auto JM-1 Cádiz 22.05.2007 (Expediente de extinción colectiva de relaciones de trabajo núm. 151/07)

3. Encaje de estos ERE con la propuesta de convenio anticipado

“3) *Encaje de los ERES del artículo 64 con el convenio anticipado.- la duda es si hay que esperar a que el convenio tenga adhesiones razonables para empezar el ERE parcial sobre la plantilla o si el ERE empieza antes con el riesgo de que si no se aprueba el convenio haya que hacer un segundo ERE sobre el resto de la plantilla en condiciones económicas distintas.*
Cuando los expedientes de regulación de empleo se plantean como instrumento complementario de un plan de viabilidad en una propuesta de convenio anticipada se plantea el problema de decidir si el ERE se tramita y resuelve antes de conocer cual es el resultado del convenio anticipado o si debe esperarse al cómputo de las adhesiones y aprobación del convenio. La cuestión no es pacífica ya que si se concluye el ERE antes de saber el resultado del convenio anticipado se corre el riesgo de que rechazado dicho convenio el expediente de regulación – en los términos planteados – deje de tener sentido. Si se hubiera planteado un ERE que afectara a un 30% de la plantilla y se hubieran pactado unas condiciones económicas determinadas para los trabajadores afectados la no aprobación del convenio podría determinar que el resto de la plantilla si se viera afectada por un nuevo ERE en otras condiciones – por ejemplo en liquidación de la concursada – no pudiera obtener las mismas condiciones económicas. Por otra parte puede ocurrir que algunos acreedores vinculen el sentido de su votación al buen fin del expediente de regulación de empleo. Aunque la LeCo no da un criterio claro que permita coordinar los ERES con las propuestas de convenio el artículo 64 si puede dar algunas pautas para resolver este tipo de cuestiones partiendo de los siguientes criterios: a) Como normal general el artículo 64 determina que este tipo de expedientes no pueden plantearse hasta que los administradores concursales no han emitido su informe, por lo tanto hay argumentos legales para que la administración concursal y el juez precipiten la admisión de expedientes de regulación de empleo durante la fase común que es en la que se desenvuelve el convenio anticipado; b) sin embargo el propio artículo 64.3 sí permite anticipar la tramitación de los ERES cuando “la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa”, esta anticipación del ERE no se vincula a una concreta propuesta de convenio sino a una viabilidad de la empresa en la que pueden concurrir otros factores tales como la de adecuar las plantillas al volumen de trabajo y de pedidos existente durante el concurso, a la reducción de créditos contra la masa generados por la continuidad de la actividad empresarial, a las previsiones de tesorería y, por lo tanto, de posibilidades reales de pago de los salarios a los trabajadores … Desde esta perspectiva el ERE se desvincula de la propuesta de convenio y permite a la administración concursal impulsar estos expedientes en función de la situación económica de la empresa. La admisión y tramitación del ERE no ha de vincularse al buen fin de una propuesta de convenio sino a estos factores económicos que pueden coincidir o no con la viabilidad concreta de una propuesta de convenio ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Convenio, 3

Redacción desde 10.04.2009

1. Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, **una vez declarado el concurso**, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo.”

[Nueva redacción introducida por el art. 12-uno del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009), en vigor desde el día 10.04.2009
Según el art. 12-1º del mismo Real Decreto-Ley esta nueva redacción será de aplicación será de aplicación a los procedimientos concursales en los que, a la fecha de la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, no se haya presentado solicitud al juez del concurso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo.

Redacción por Ley 38/2011

1.Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo.
Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el expediente anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el expediente que se tramite ante el juzgado.
Si a la fecha de la declaración de concurso ya hubiera recaído resolución que autorice o estime la solicitud, corresponderá a la administración concursal la ejecución de la resolución. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.

Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)

En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en curso a la fecha de su entrada en vigor, para la tramitación del expediente y adopción de las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo. (Disposición transitoria séptima, 1, Ley 38/2011).

Redacción por Ley 9/2015

1. Los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo.
Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado.
Si a la fecha de la declaración del concurso el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, ya hubiera recaído resolución administrativa autorizando medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 2
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)

Art 64.2

Redacción inicial

2. La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.

Redacción por Ley 38/2011

2.La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado. En el caso de no existir representación legal de los trabajadores, éstos podrán atribuir su representación en la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. Transcurrido el plazo de cinco días previsto para el ejercicio de este derecho sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca

Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en curso a la fecha de su entrada en vigor, para la tramitación del expediente y adopción de las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo. (Disposición transitoria séptima, 1, Ley 38/2011).

Redacción por Ley 9/2015

2. La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.
La representación de los trabajadores en la tramitación del procedimiento corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el orden y condiciones señalados en el mismo. Transcurridos los plazos indicados en el referido artículo sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 2
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)

Art. 64.3

Redacción inicial:

3. La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior sólo podrá solicitarse del Juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso.

1. ¿Cabe la anticipación de las medidas por razones distintas de la viabilidad prevista expresamente?

"QUINTO La justificación de las medidas colectivas previstas en el art. 64 LC se encuentra, por tanto, en la consecución de la viabilidad futura de la empresa y el empleo. En concreto el art. 64.4 establece:
"La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación."
Y para que pueda aplicarse la excepción del apartado 3º del art. 64 LC, es decir, para que puedan acordarse las medidas antes de la emisión del informe de la administración concursal, es necesario que la demora en la aplicación de las medidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa.
Por lo expuesto, los apartados 3º y 4º del art. 64 LC, se encuentran vinculados, como regla general, al principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, consagrado en el art. 44.1 LC. Precisamente para facilitar la continuidad de la actividad empresarial, la LC en su art. 64 permite la adopción de estas medidas colectivas, para asegurar la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Se trata de un mecanismo más para favorecer la continuidad de dicha actividad empresarial, si bien, en algunos casos dicha viabilidad no resultará factible, lo que no impedirá que puedan adoptarse las medidas, en línea con la doctrina establecida en la STS (Sala Cuarta) de 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 5162) (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde). De esta ilustrativa sentencia, a efectos del presente Auto, interesa hacer mención al Fundamento de Derecho Sexto, que dice:
"SEXTO.- El tercer elemento del supuesto de despido por motivos económicos en la nueva redacción del Estatuto de los Trabajadores hace referencia a la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos. Conviene examinar esta conexión uncional o de instrumentalidad en los dos supuestos señalados de cierre de la explotación y de reducción de plantilla en el marco de un plan de recuperación del equilibrio de la empresa.
En el supuesto de cierre de la explotación, la conexión entre la supresión total de la plantilla de la empresa y la situación negativa de la empresa consiste en que aquélla amortigua o acota el alcance de ésta. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores, con las indemnizaciones correspondientes.
En el supuesto en que la amortización de puestos de trabajo pretenda solo la reducción de la plantilla, la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados ha de consistir en la adecuación o proporcionalidad de éstos para conseguir la superación de aquélla, en el marco del plan de recuperación del equilibrio empresarial expuesto por el empresario. Tal conexión funcional de adecuación ha de apreciarse en concreto, respecto del despido o de los despidos de trabajadores determinados acordados por la empresa.
Siendo así que, en el supuesto de reducción de plantilla, la valoración de adecuación o proporcionalidad se proyecta sobre hechos pasados, y también sobre la situación actual y previsiones futuras de la empresa, los factores a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional no son siempre susceptibles de prueba propiamente dicha, limitada por naturaleza a los hechos históricos, sino de apreciación de razonabilidad, de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica. El objeto de valoración es, por tanto, en este punto, a diferencia de lo que sucede en la comprobación de la situación de ineficiencia o falta de rentabilidad de la empresa, no un juicio sobre hechos probados, sino un juicio de atenimiento del empresario a una conducta razonable, con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresas."
No se comparten los argumentos de la concursada que, en su solicitud, identifica, para la aplicación de la excepción, la viabilidad de la empresa con la viabilidad de la finalidad esencial del concurso, que según la Exposición de Motivos, es la satisfacción de los acreedores. La excepción, según dice textualmente el art. 64.3 LC, que permite anticipar la solicitud a una fecha anterior a la emisión del informe de la administración concursal, sólo procede "cuando la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa", debiendo acreditarse esta circunstancia. E incluso en el Auto que se cita de este Juzgado de 15 de abril de 2005, en el que se admitió la aplicación de la excepción, no se trataba de una medida de extinción de contratos, sino de suspensión de los mismos, y con la medida se pretendía garantizar la viabilidad futura de la empresa, evitando la extinción de los contratos por falta de pago de salarios del art. 50.1 b) ET.
Para justificar la solicitud anterior al informe de la administración concursal, la concursada alega la imposibilidad de continuación de la actividad industrial, que se colige del informe de la auditora KPMG, obrante en autos, añadiendo que, dadas las cuantiosas pérdidas que arrastra la sociedad, la posposición de las medidas conllevaría graves perjuicios para la masa activa, sobre la que existe un deber de conservación conforme al art. 43 LC y, consecuentemente sobre los derechos del resto de acreedores y de los propios

trabajadores. Y en concreto, alega la concursada los siguientes factores a tener en cuenta para la procedencia de las medidas:

(i) La crítica situación de la planta por la progresiva falta de requerimientos de producción en la factoría por falta de clientes, de forma que, a primeros de mayo, apenas existía carga de trabajo para un 30-40% de la plantilla, y que, a pesar de la implantación de ciertas medidas, se comunicó a los administradores concursales que las medidas únicamente permitirían un grado de actividad razonable hasta el 20 de mayo de 2007. Y dicha falta de ocupación ha motivado asimismo la visita en distintas ocasiones de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en Cádiz, que ha constatado tal circunstancia, de la que pudieran derivarse sanciones económicas para la empresa, y que incluso dicha Inspección ha requerido a DASE para que aporte la documentación relativa a la "presentación de un ERE o Plan de Viabilidad", indicando que el incumplimiento del requerimiento podría ser considerado como un acto de obstrucción sancionable con multa de hasta 36.000 euros.

(ii) Que a la fecha de presentación de la solicitud se ha constatado la inviabilidad irreversible de sus actividades productivas, que ya comenzó a ponerse de manifiesto en el informe de ERNST & YOUNG, de finales de 2004, que aconsejaba la adopción de un importante proceso de reestructuración; habiéndose visto agravada la situación por la existencia del Transformation Plan en el seno del Chapter 11 del socio único y de la matriz del grupo en EEUU, en el que se ha incorporado un plan de desinversión, que afecta entre otras a las actividades que desarrolla DASE, que han sido declaradas non core. Por ello, la concursada estima que en este contexto puede afirmarse que, a la fecha de la solicitud, existe una constatación cierta de que las citadas actividades industriales no son viables.

(iii) Que dadas las graves restricciones de flujos de caja, la demora en la presentación de las medidas implicaría que se seguirían devengando salarios y cuotas de la Seguridad Social, y estas deudas vendrían a incrementar la masa pasiva del concurso con perjuicio no sólo de los restantes acreedores, sino de los propios trabajadores, al ver notablemente disminuidas las posibilidades de cobro de las indemnizaciones que pudieran pactarse.

Partiendo de que para la aplicación de la excepción es necesario que la demora comprometa la viabilidad de la empresa, y dejando de lado, como se ha expuesto, las otras finalidades propias del concurso (satisfacción de acreedores y conservación de la masa activa, salvo en la medida en que las mismas incidan en la propia viabilidad empresarial), es lo cierto que la aplicación a este caso no deja de ser discutible, si bien debe sentarse como premisa que la admisión de la solicitud, en este momento, no impide que en el Auto que resuelva sobre las medidas, a la vista de la tramitación del expediente, pueda considerarse que no procedía la anticipación de la solicitud. Este fue el criterio que se siguió por este Juzgado en un concurso también citado en la solicitud, en el que, si bien se admitió por Auto de 5 de mayo de 2006, la solicitud anticipada de extinción colectiva de los contratos en un caso de falta de actividad, posteriormente recayó resolución del expediente de fecha 19 de julio de 2006, que desestimó la medida al no estimar aplicable la excepción del art. 64.3 LC.

Ciertamente, al solicitarse como medida la extinción de la totalidad de la plantilla y, alegarse la inviabilidad de la actividad industrial que se desarrolla, puede parecer, a primera vista, que con la anticipación no se va a garantizar la viabilidad futura de la empresa y que, en consecuencia, habría que esperar al informe de la administración concursal, o en su caso, iniciarse el expediente por la vía del art. 44.4 LC, es decir, si llegara a solicitarse por la administración concursal, el cierre de los establecimientos, o el cese o suspensión total o parcial de la actividad. Ahora bien, estimo que, en este caso, han de valorarse otras circunstancias. Aun cuando pudiera llegarse al cese total de la actividad industrial desarrollada en las plantas de Puerto Real por la concursada, ello no impediría que pudiera adoptarse alguna solución en el concurso (ya sea a través de convenio, conforme al artículo 100, o a través de la liquidación como permiten los artículos 148 y 149, o de otra forma legalmente admitida), para el desarrollo de actividades industriales alternativas. En este sentido constituye un hecho notorio que las Administraciones Públicas han anunciado la existencia de negociaciones para evitar la pérdida de puestos de trabajo. Ello podría suponer la subrogación de los contratos. Podría parecer un obstáculo, que la medida solicitada sea la extinción de la totalidad de la plantilla. Tampoco parece insalvable, si atendemos al Plan de Acompañamiento Social aportado como documento núm. 11. Aun cuando se parte de la extinción de los contratos, en el mismo se contemplan otras medidas complementarias, estando abierto a otros acuerdos que pudieran alcanzarse en el período de consultas. En este sentido, nada obsta a que pudieran pactarse prejubilaciones, suspensiones de contratos u otras medidas. Otro factor que se estima debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la aplicación de la excepción es la falta de tesorería para el pago de las nóminas, siendo previsible, según la administración concursal, que no pudiera pagarse a los trabajadores en un plazo de pocos meses, lo que aconseja el inicio del período de negociaciones en este momento, pues con ello, sí que podría perjudicarse la viabilidad de la empresa (o de otras actividades alternativas) y, del empleo, pues podría dar lugar a acciones resolutorias del art. 50.1 b) ET, que incluso podrían ocasionar diferencias indemnizatorias (según que la competencia correspondiera al Juez Social o al Juez del Concurso). Pero es más, de esperar al informe para iniciar el expediente, podría provocarse que los trabajadores estuvieran varios meses sin cobrar. Y otro factor determinante a tener en cuenta, es que la propia Inspección de Trabajo ha requerido a la empresa para que presente un expediente de regulación de empleo o un plan de viabilidad, y respecto del primero, la competencia, una vez presentada la solicitud de declaración de concurso, corresponde al Juez que conoce del procedimiento concursal.

Por lo expuesto, se estima procedente la solicitud por la concursada (cuya legitimación viene reconocida en el art. 64.2 LC), aun cuando no haya sido emitido el informe de la administración concursal, sin perjuicio de lo que a este respecto pueda acordarse una vez tramitado el expediente, y constatadas todas las circunstancias alegadas en la solicitud, y tenidas en cuenta en este Auto.”: Auto JM-1 Cádiz 22.05.2007 (Expediente de extinción colectiva de relaciones de trabajo núm. 151/07)

Redacción desde 10.04.2009:

3. La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior sólo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta Ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa **y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores**, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal **desde la declaración de concurso**."

[Nueva redacción introducida por el art. 12-dos del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009), en vigor desde el día 10.04.2009
Según el art. 12-1º del mismo Real Decreto-Ley esta nueva redacción será de aplicación será de aplicación a los procedimientos concursales en los que, a la fecha de la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, no se haya presentado solicitud al juez del concurso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo.

Redacción por Ley 9/2015

3. La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior sólo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta Ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 2
Es idéntica a la preexistente
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)

Art. 64.4

Redacción inicial:

4. La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

Redacción por Ley 38/2011

4.La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.
La administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación

Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en curso a la fecha de su entrada en vigor, para la tramitación del expediente y adopción de las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo. (Disposición transitoria séptima, 1, Ley 38/2011).

Redacción por Ley 9/2015

4. La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.
La administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación.

Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 2
Es idéntica a la preexistente
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)

Art. 64.5

Redacción inicial

5. Recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.
Si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.
En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud prevista en el apartado 4 de este artículo y de los documentos que en su caso se acompañen.

1. No es preceptiva la intervención de la concursada en las consultas y negociación. Aprobación del acuerdo pese a su oposición

"En cuanto al importe de la indemnización, la empresa concursada, que no participó en el acuerdo, considera que no es posible superar los límites que establece el art. 50.8 ET, que dispone veinte días por año trabajado con máximo de doce mensualidades. El acuerdo se extiende no a doce, sino a diecisiete meses, lo que se considera incorrecto por Gráficas Igma, SA
Para comenzar hay que señalar que el art. 64.5 LC sólo obliga a evacuar el período de consultas a administración concursal y representantes de los trabajadores. No es necesario, según tal norma, la participación de la concursada, aunque sea sin duda útil, en tanto que en definitiva será ésta la que abone la indemnización. Otro tanto sucede en el art. 64.6 LC, que limita a trabajadores y administración concursal el deber de negociar de buena fe. Y son estos protagonistas, según el segundo párrafo de ese apartado 6 del art. 64, los que comunican el eventual acuerdo al Juzgado.
Simplemente este argumento formal, la falta de legitimación de la empresa concursada, justifica que deba aprobarse el importe de la indemnización. Pero además hay que tener en cuenta que el art. 64.7 LC establece que el juzgado debe aceptar, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. El art. 64.11 LC sólo obliga a acudir a las previsiones de las normas laborales «en todo lo no previsto en este artículo». Si hay previsión, expresa, en el art. 64.7 LC, no hay justificación para recurrir a lo señalado el art. 50.8 ET, si se logra acuerdo, por lo que las partes no han de sujetarse forzosamente a las previsiones de la norma. Así lo ha entendido, incluso en un supuesto en que no había acuerdo, el Auto de 28 de junio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia.
No ha habido, como resalta la autoridad laboral, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Las manifestaciones sindicales que se han sucedido sólo pueden enmarcarse en el ejercicio de derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, como el de manifestación, reunión y negociación colectiva. Las denuncias del administrador social no suponen la existencia de los defectos que señala la norma, porque se dirigieron frente a aquel, que aunque tuviera participación en la negociación no era uno de los sujetos negociadores, al verse privado de esa facultad por la Ley Concursal, que se la concede a la administración concursal.
Por último, en cuanto que administración concursal y trabajadores no sólo han alcanzado un acuerdo respecto a la extinción colectiva, sino que han fijado la indemnización en veinte días por año trabajado con tope de diecisiete mensualidades, indicando además la cuantía de la indemnización procedente, no hay razón para esperar a un momento ulterior y puede declararse, con los datos que se consideran probados, la indemnización que corresponde a cada uno.": Auto JM-1 Bilbao 08.05.2006 (JUR 2006/271972)

Redacción por Ley 38/2011

5.Recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.
En caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, el juez podrá autorizar la participación del concursado en el período de consultas.
Los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrán interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas.
Si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.
En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud prevista en el apartado 4 de este artículo y de los documentos que en su caso se acompañen.
El juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en curso a la fecha de su entrada en vigor, para la tramitación

del expediente y adopción de las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo. (Disposición transitoria séptima, 1, Ley 38/2011).

Redacción por Ley 9/2015

5. Recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.
En caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, el juez podrá autorizar la participación del concursado en el período de consultas.
Los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrán interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas.
Si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.
En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud prevista en el apartado 4 de este artículo y de los documentos que en su caso se acompañen.
El juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 2
Es idéntica a la preexistente
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)

Art. 64.6

Redacción inicial

6. Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos.
Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas.
Recibida dicha comunicación el ~~juez del concurso~~ Secretario judicial recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión. Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

** Nueva redacción del tercer párrafo del apartado 6 del art. 64 por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 04.05.2010 (se indica como modificado también el segundo, en realidad inalterado)*

1. Cabe pactar una indemnización superior al mínimo previsto en el ET

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil de Vitoria ha dictado Auto aprobando por causas económicas, la medida colectiva de extinción de relaciones laborales que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa de la que es titular la concursada Inovac Rima SL.
La resolución judicial homologa el acuerdo alcanzado el 5-12-05 entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, en el que se fijaba el crédito indemnizatorio de los afectados en treinta y tres días de salario por año de servicios, prorrateándose los periodos de servicios inferiores al año con el máximo de veintisiete mensualidades de dicho salario, reconociéndose el derecho al percibo de la misma a los cincuenta y siete trabajadores relacionados en su parte dispositiva, en la que se excluye a dos integrantes de la plantilla por encontrarse en situación de excedencia voluntaria y condiciona el cobro de la indemnización por un tercero que se encuentra en situación de IT a las circunstancias que señala.
El Auto es recurrido en suplicación por el sindicato ELA y por la TGSS.
El primero de los recursos solicita la modificación del salario regulador de la indemnización de tres de los afectados con la subsiguiente repercusión en la cuantía indemnizatoria, en tanto que el planteado por la TGSS versa sobre la aprobación por parte del Juzgador de los créditos indemnizatorios reconocidos a los trabajadores en el acuerdo entre la administración concursal y la representación de éstos por exceder de la cuantía tasada legalmente, con el subsiguiente detrimento del interés común de los acreedores concursales y de la masa.

SEGUNDO.- Aun cuando desde el punto de vista cronológico o de presentación del recurso el primero a examinar sería el entablado por el sindicato ELA en nombre de los tres trabajadores a los que se refiere, se impone el previo análisis del interpuesto por el Servicio Común puesto que de acogerse, incidiría de forma directa para el supuesto de éxito del primero, en la cuantía indemnizatoria en éste peticionada.
La TGSS denuncia la infracción por la resolución de instancia de los apartados 8 y 11 del artículo 64 de la Ley Concursal, 86 ter 1 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 51 del ET.
Argumenta en el motivo que plantea, sustentado en dichos preceptos y con apoyo también en los apartados 7 y 9 del artículo 64 de la Ley Concursal, que ha de estarse a la indemnización del numeral 8º del artículo 51 del ET, no siendo factible en un supuesto de insuficiencia patrimonial de la mercantil como el suscitado, reconocer créditos indemnizatorios superiores, que incluso exceden del límite previsto en el artículo 33 del ET de responsabilidad del FOGASA.
Razona que en esta situación y por principio, esos superiores importes indemnizatorios nunca pueden ser beneficiosos para los que ostentan créditos frente al común deudor, de tal modo que la capacidad negociadora de la administración concursal y la representación de los trabajadores, siempre ha de tener como límite el interés común de los deudores, tanto concursales como de la masa, y más en una situación abocada a la liquidación como la descrita en el Auto.
El Juzgador niega la existencia de fraude o abuso en el pacto indemnizatorio alcanzado, treinta y tres días de salario por año de servicios prorrateándose los periodos de servicios inferiores al año con el máximo de veintisiete mensualidades de dicho salario, acuerdo al que prestó su conformidad, y aduce una serie de razones en su defensa que la Sala revisará, no sin antes recordar el tenor de los preceptos que sostienen el recurso.
Comenzando por el artículo 64 de la Ley Concursal, éste no señala en ninguno de sus apartados la concreta indemnización que corresponde a los trabajadores por la extinción de sus contratos de trabajo, remitiendo el numeral 11º del mismo en todo lo no previsto "a la legislación laboral", destacando que "especialmente mantendrán sus representes legales cuantas competencias les atribuye la misma".
Por su parte el artículo 86 ter 1 apartado 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio para la Reforma Concursal, tras disponer que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en el enjuiciamiento de las materias que atribuye a tales órganos judiciales, entre éstas las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, "deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral".
Y es precisamente este precepto el que esgrime la entidad recurrente para aplicar la previsión contenida en el artículo 51.8º del ET para el supuesto de extinción colectiva de los contratos de trabajo fundada en causas económicas, organizativas o de producción, esto es, veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades.
Para averiguar si ha conculcado la resolución del Juzgado de lo Mercantil la normativa invocada, partimos de los datos que ésta nos proporciona relativos a la cuestión litigiosa.
Apreciamos que la Autoridad laboral emitió informe en el sentido de no advertir en el acuerdo alcanzado en el período de consultas entre la administración concursal y la representación legal de los trabajadores dolo, coacción o fraude o abuso de derecho, afirmando el Auto judicial la inviabilidad de la continuidad empresarial por la situación financiera y patrimonial alcanzada, habiéndose acordado el cese de la actividad y el cierre mediante resolución firme de 9-11-05 de los centros de trabajo de la concursada en Vitoria y San Torcuato (La Rioja).
El Auto recurrido ofrece los siguientes argumentos para sostener el monto de los créditos indemnizatorios establecido en el acuerdo colectivo que aprobó:
1º) El contenido del numeral 6º del artículo 64 de la Ley Concursal expresivo de la obligación impuesta a la administración concursal y a la representación legal de los trabajadores, de negociar de buena fe la consecución de un acuerdo cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia, y dado que los créditos contra la masa ex artículo 154.2 de la citada Ley se pagan al vencimiento, de considerar que no puede exceder la indemnización de la cuantía fijada en el artículo 51.8 del ET se reduciría sobremanera la posibilidad de alcanzar un acuerdo de medidas laborales colectivas en estos procedimientos concursales.
2º) Los créditos indemnizatorios son créditos contra la masa según resulta del artículo 84.2.5º de la Ley Concursal, siendo por ello su disciplina ajena a la comunidad de pérdidas de los acreedores concursales, créditos guiados por el criterio de oportunidad, bien porque continúe la actividad empresarial, bien porque se puede alcanzar un convenio, o en su caso por la liquidación de la mercantil.
3º) Los despidos objetivos económicos o los colectivos en situaciones extraconcursales pueden entrañar, indemnizaciones superiores al mínimo legal siendo la empresa insolvente en términos de la ejecución singular laboral, resultando un contrasentido que no se admita más indemnización que la tasada legalmente cuando la empresa ha formalizado la insolvencia en el concurso, está intervenida y su liquidación reúne garantías.
4º) En este supuesto concreto, en el centro de Vitoria existió una primera solicitud de la mercantil para extinguir los contratos de media plantilla prometiendo una continuidad merced a una financiación anunciada, que luego fue sustituida por la solicitud de extinción de contratos de toda la plantilla pero demorada a que se sirvieran los pedidos de la campaña de navidad, de tal modo que a la fecha de dictado de la resolución examinada (19 de diciembre de 2005), el cese de la actividad no era completo por más que el Auto judicial de 9 de noviembre decretase el fin de ésta. De otorgarse la indemnización del artículo 51.8 del ET, se defraudaría una expectativa de reparación para los trabajadores tras arduas gestiones por parte de la representación legal de éstos.
Razonamientos sólidos que la Sala comparte, no así la entidad recurrente al objetar que no puede soslayarse la clara previsión legal.

Pero es que entendemos que no existe ésta en el sentido que la TGSS defiende y erige en basamento de su recurso.
No se contiene en la Ley Concursal, ni en la normativa estatuaria y del proceso laboral a la que aquélla se remite y que debe ser observada, un linde imposible de ser superado para el monto de la indemnización en estas extinciones.
El artículo 51.8 del ET fija la indemnización mínima, pero es perfectamente válido instaurar indemnizaciones superiores como han declarado, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1997, recurso 1063/96, 14 de febrero de 1997, recurso 2667/96, y las anteriores de 19 de junio de 1986, 21 de enero de 1988 y 12 de septiembre de 1989, que afirman que es una indemnización de mínimos la que este artículo expresa (antes 51.10 del ET), que "no configura normas de derecho necesario absoluto, esto es normas imperativas absolutas, sustraídas a la negociación, sino que contempla la posibilidad del acuerdo y por ello su carácter modificable". De hecho, como apunta el Juzgador, en los despidos colectivos en situaciones extraconcursales se conciertan indemnizaciones superiores a ese mínimo legal, y en ejecución de sentencia se declara la insolvencia empresarial, y entonces no se aprecia óbice material ni procesal para ello, y sí ahora cuando la situación de la empresa por la intervención a la que se somete y el control judicial que se establece, ofrece mayores garantías.
Es cierto que el reconocimiento de estos créditos indemnizatorios superiores no se percibe como algo beneficioso para los restantes acreedores del común deudor, pero entendemos en consonancia con lo resuelto en el Auto impugnado, que no existe impedimento legal para ello y que la clara opción legislativa por la solución convenida al promover e incitar la negociación entre la administración concursal y la representación legal en el artículo 64.6 de la Ley Concursal, apoya el establecimiento de indemnizaciones por encima del mínimo legal, concurriendo además en este concreto supuesto las circunstancias expuestas por el Juzgador y que pueden explicar éstas.
Aceptamos como criterio regulador que la capacidad negociadora de la administración concursal y la representación social esté limitada por el interés común de los deudores, pero entendemos que no cabe identificar éste con la constitución de indemnizaciones para los trabajadores que ven extinguidos sus contratos laborales nunca superiores a la contemplada en el artículo 51.8 del ET, ni siquiera en un caso como el que se nos ofrece en el que se extinguen las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla con cese de actividad.
El soporte jurídico de esta conclusión se asienta de modo fundamental en el artículo 64 de la Ley Concursal que no limita los posibles ámbitos de negociación. El precepto no ciñe la negociación a la extinción o no de las relaciones laborales y al número de trabajadores afectados, no establece fronteras para ésta contemplando la posibilidad de negociación en su sentido más amplio y sin otro condicionante que la ausencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho para su aprobación judicial.
Vicios que no apreció la Autoridad laboral ni tampoco el Juez del Concurso, que aprobó la extinción de las relaciones laborales conforme al tenor del acuerdo colectivo suscrito y con ello las indemnizaciones fijadas en éste, resolución que la Sala, en el concreto aspecto cuestionado, ha de confirmar por sus propios y atinados fundamentos, previa desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la TGSS.”: Sentencia TSJ País Vasco (Sala de lo Social) 12.09.2006 (Recurso 1393/2006)

“Si bien es cierto que la indemnización acordada supera los umbrales legalmente establecidos, ha de tenerse en cuenta que el artículo 64 no limita los posibles ámbitos de negociación, esto es, no otorga facultad para negociar únicamente con relación a la extinción o no de las relaciones laborales y el número de trabajadores afectados, sino que establece la posibilidad de negociación en su sentido más amplio y sin otro condicionamiento a la aprobación judicial diferente a la constatación de la ausencia de de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Por lo tanto, parece que una vez examinada la ausencia de esos vicios del consentimiento, fraude o abuso del derecho, la aprobación ha de realizarse de modo automático tras el informe de la autoridad laboral.
En consecuencia, y sin perjuicio de la posibilidad que ha de entenderse implícita de que los demás interesados puedan oponerse al acuerdo en tanto que se trata de una deuda de la masa concretada tanto en su existencia como en cuanto a su cuantía sin su participación, ha de aprobarse el acuerdo adoptado en los términos contenidos en el mismo.”: Auto JM-1 Santander 21.04.2005 (JUR 2005/122390)

“Así las cosas, en orden a la recta aplicación de los ordinales 6 y 7 del artículo 64 de la Ley concursal en relación con el artículo 51 ET, no apreciándose en la misma en modo alguno supuesto de dolo, fraude o abuso de derecho, y considerando que la remisión a la aplicación de la normativa laboral por parte del Juez del concurso en el caso de falta de acuerdo en el período de consultas no puede interpretarse sino como que los parámetros económicos que contempla esa normativa tuitiva con la posición del trabajador conforman normas de *minimis*, procede considerar plausible admitir la virtualidad de los parámetros de esa última oferta planteada, que ha venido mayoritamente aceptada de modo rotundo aun cuando lo haya sido de manera extemporánea pero en todo caso con anterioridad a la resolución del expediente, lo que se verifica por medio del presente auto judicial, y ello evidentemente sin perjuicio de los eventuales recursos o acciones que al amparo del artículo 64-8 LC puedan venir a sostenerse legítimamente. ”: Auto JM-1 Valencia 28.07.2005 (AC 2005/1302)

“PRIMERO En art. 64.4 LECO en orden a la adopción de medidas colectivas laborales de extinción, suspensión o modificación sustancial de condiciones de trabajo, advierte del deber de alegar por el solicitante causas motivadoras de las medidas colectivas, así como los objetivos propuestos, junto con una acreditación documental, mientras que el art. 64.7 LECO previene que se ha de aceptar el acuerdo alcanzado en período de consultas por la administración concursal y los representantes de los trabajadores, salvo que aprecie en el mismo existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.
SEGUNDO En el informe emitido por la autoridad laboral se concluye no apreciar dolo, abuso de derecho,

fraude o coacción, en la conclusión del acuerdo, y se asevera comprobada la legitimidad de los firmantes por la representación legal de los trabajadores.
En realidad, una vez que la continuidad empresarial es inviable, por la situación patrimonial y financiera alcanzada, y se ha decretado el cese de actividad y cierre en resolución firme de los dos centros de trabajo de la concursada, en Vitoria y San Torcuato (La Rioja), puesto que no tiene sentido un mantenimiento de relaciones laborales privadas de uno de sus polos, que es la empresa en su sentido económico y orgánico, no puede haber para la homologación judicial ninguna objeción desde el punto de vista causal.
El problema ha sido el monto de indemnización por la pérdida de los puestos de trabajo que acreditarán los trabajadores, que el acuerdo, por fin, ha fijado en 33 días de salario bruto actual por año de servicios, con un tope máximo individual de 27 mensualidades de dicho salario, que es superior al mínimo legal del art. 51.8 ET.
Que el acuerdo colectivo se haya alcanzado a presencia, y con intervención del Juzgador, no debe extrañar, desde el diseño legal en que se le tiene colocado en la extravagante posición de sujeto decisorio de una suerte de expediente administrativo procesalizado sobre las vicisitudes de las relaciones labores colectivas de las empresas concursadas, en lugar de órgano revisor de las decisiones empresariales intervenidas por la administración concursal, o directamente adoptadas por ésta en empresas suspensas, controlando su causa, y sus formalidades la labor mediadora, o de asistencia a la conciliación, del Juez de lo Mercantil, como la que pueda desenvolver la Autoridad Laboral, de la que ya ha habido algún ejemplo en procedimientos de este Juzgado, resulta perfectamente asumible, dado que cautela un acuerdo desde parámetros legales que excluya una resolución de fondo, por excluir el debate.
TERCERO Pero tampoco existe fraude o abuso en el pacto indemnizatorio. Merece una explicación la mención en aquél haciendo constar que el Juzgador está «de acuerdo con la indemnización de 33 días, independientemente de la existencia de fondos suficientes para hacer frente a ese compromiso de pago, prestando su conformidad al mismo, ya que entiende que hay que diferenciar entre el reconocimiento de esas indemizaciones y el pago de las mismas».
Cualquiera que sea el acierto al redactar a mano lo literalmente manifestado, lo que se quería responder así era la consulta de los administradores concursales, que exigían un posicionamiento expreso del Juez, pues dudaban en un doble sentido: si la indemnización pactada por el despido colectivo puede superar la previsión del art. 51.8 ET; y pudiendo, si cabe pactar cuando no hay liquidez para afrontar el pago de la indemnización.
La respuesta positiva a ambos interrogantes, tiene un rápido cimiento lógico en la «reductio ad absurdum» de lo contrario: si el art. 64.6.párr.1º LECO impone que la administración concursal y los representantes legales de los trabajadores negocien de buena fe para la consecución de un acuerdo, si el concursado se encuentra en estado financiero propio de la insolvencia, y si los créditos contra la masa se pagan al vencimiento según el art. 154.2 LECO, los supuestos en que se podría conseguir un acuerdo de medidas laborales colectivas en el procedimiento concursal serán escasísimos, de abonar la respuesta negativa. No tiene mucho sentido que la norma opte por el acuerdo como objetivo prioritario, en la línea de la autonomía convencional laboral, y sólo encomiende al órgano judicial determinar lo que proceda conforme a la legislación laboral, a título subsidiario, si salvo supuestos extraordinarios de convenio concursal en que se inserte un acuerdo colectivo con compromisos duraderos más complejos (prejubilaciones, recolocaciones, constitución de fondos de pensiones, etc.), la extinción del contrato de trabajo, en todo caso, derivaría las tasas indemnizatorias legales. No lo tiene tampoco que se perciba posible que las concursadas reúnan numerario bastante para liquidar los despidos de toda la plantilla, salvo la dificultosa financiación adosada a un convenio concursal, o el pago por terceros, en fin, tampoco tiene sentido pensar que, normalmente ya emitido el Informe de la administración concursal y avanzado el procedimiento, no existan créditos contra la masa, y entre tales, los salarios de los trabajadores, pero también las remuneraciones de los administradores concursales, o el precio de los proveedores implicados en una producción de continuidad, etc., de vencimiento y obligación de pago anteriores a las indemnizaciones que corresponden por el despido económico.
Por otro lado, no se percibe cuál es el obstáculo técnico para pactar un crédito superior al legal, dado que la «par condicio creditorum» no puede en modo alguno argüirse para créditos contra la masa, siendo los del caso explícitamente así reputados por el art. 84.2.5º LECO. Estos créditos no se clasifican, ni se gradúan, y su disciplina es ajena a la comunidad de pérdidas de los acreedores concursales, la generación, y la cuantía, de los créditos contra la masa pertenecen al criterio de oportunidad en la línea de continuar la actividad empresarial, porque se puede llegar a convenio, o porque se conserva el patrimonio para una liquidación traslativa en globo de la empresa, o de venta de lotes.
El reconocimiento y el pago de estos créditos contra la masa no son equivalentes, como paladinamente advierte el art. 154.2 LECO, pues nunca pueden ejecutarse contra bienes de la masa activa hasta aprobado un convenio, abierta la liquidación, o transcurrido un año desde la declaración del concurso sin ninguna de tales dos ocurrencias. por consiguiente, reconocer una indemnización por despido colectivo no puede someterse a que exista potencialidad del pago, en tanto que no es asegurable, ya que los créditos contra la masa siguen devengándose, y se deducen por vencimiento, y en tanto que puede deferirse su pago, sin arriesgar agresiones a los bienes y derechos de la empresa en concurso hasta que transcurra el año de congelación predicho o se deban prededucir -sin tocar bienes en que gravitan privilegios especiales-, abierta la liquidación.
En fin, la base obvia de un pacto que mejora las indemnizaciones consiste, beneficiando relativamente a otros acreedores contra la masa, en estos supuestos, en el logro de hacer coincidir el mantenimiento del costo salarial de la plantilla de la empresa, o la porción que sea, con su valor en cambio de producción para garantizar la continuidad, teniendo como respaldo financiero las prestaciones del Fogasa. Es decir, un acuerdo con los representantes de los trabajadores para extinguir o suspender sus contratos, lo más temprano y rápido posible -antes del Informe, amortizando el período de consultas, etc.-, lo que sólo tiene viabilidad a través del incentivo de una indemnización superior a la legal -o un complemento de las prestaciones de desempleo en las suspensiones de contratos-, conseguirá eliminar un cargo de créditos contra la masa (salarios y cotizaciones futuros), a cambio de otro (indemnizaciones presentes), contando con el mecanismo subvencional del Fogasa,

por el contrario, el pacto lo más tardío posible, con ese mismo inexcusable incentivo de mejora de indemnizaciones, conseguirá que los trabajadores se impliquen en una productividad renovada, no sólo si es viable un convenio concursal, sino para recabar unos ingresos al continuar poniendo bienes y servicios en el mercado, con que hacer frente a la liquidación. Aquí el cargo de créditos contra la masa activa por salarios y cotizaciones se aumenta, pero a canje, como valore económicamente la concursada y/o la administración concursal, de un incremento de los rendimientos o entradas en dicha masa, siendo al igual operativo el auxilio del Fogasa.
Recuérdese que las prestaciones por indemnizaciones derivadas de despido colectivo del Fogasa, son derecho de los trabajadores con fundamento en el procedimiento concursal mismo, sin más, como resulta de los arts. 33 ET, 2.1, 14.2 y 16.3 RD 505/1985 de 6 de marzo, en cuanto vengan reconocidas como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello, que es este Juzgado, en cuantía igual o superior a la que se solicita del Fondo de Garantía Salarial, «sin perjuicio de la obligación de los trabajadores de reducir su solicitud o de reembolsar al Fondo de Garantía Salarial la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada, o a la ya percibida».
La subrogación del Fogasa se produce mediante el pago, que lógicamente será posterior al reconocimiento, con lo que, a la postre, se beneficia a los demás acreedores contra la masa, ya que, desaparecidos los créditos contra la masa por salarios, de vencimiento mensual insoslayable, se pospone la deducción de las indemnizaciones en cuanto a los límites máximos de las prestaciones de garantía salarial del art. 19.1 RD 505/1985, las cuales se aproximan mucho a los mínimos del art. 51.8 ET (la diferencia el módulo salarial diario tope del doble del salario mínimo interprofesional).
Y ocurre que no es de recibo que los despidos objetivos económicos, o los colectivos en situaciones extraconcursales, puedan suponer, unilateralmente por la empresa, o en virtud de pacto colectivo, indemnizaciones superiores al mínimo legal, resultando la empresa insolvente en términos de la ejecución singular laboral del art. 274 LPL, aportando el Fogasa sus prestaciones de garantía, y subrogándose en una posición crediticia sin futuro alguno, de la que están repletas los archivos de los Juzgados de lo Social, y precisamente cuando la empresa ha formalizado la insolvencia en el concurso, está intervenida, y su liquidación puede ser transparente, y los créditos adverados ante la autoridad judicial, no quepa más indemnización que la del mínimo legal.
Ello es una tesis genérica, pero más justificado aún se encuentra en el acuerdo para el centro del grupo Inovac en Vitoria, que primero se eludió por solicitarse la extinción de contratos de media plantilla, al socaire de una continuidad para producir bajo promesa de una financiación anunciada, luego se sustituyó por la solicitud de extinción de contratos de toda la plantilla, pero demorada a que se sirvieran los pedidos de la campaña de Navidad, para al final, sin que el cese de actividad haya sido completo todavía a principios de diciembre en la realidad de hecho, por más que declarado judicialmente, defraudar una expectativa de reparación por encima de la mínima legal para los trabajadores, quedando estéril la gestión del comité de empresa y los asesores sindicales después de largos meses.
En cualquier caso, como ya se hizo patente en la sesión en que se alcanzó el acuerdo en la sede del Juzgado, lícito el acuerdo, lo que opine uno u otro Juez sobre la responsabilidad de los administradores concursales por haber acordado así, o acerca de las cuentas que rindan de los pagos de créditos contra la masa derivados del acuerdo, no tiene más valor que el que se conceda a sus argumentos, salvo cuando integre el tribunal que al final sentencie la demanda de responsabilidad, o la impugnación de las cuentas, y sin que el expreso razonar de unos resulte «jordán» que purifique a nadie ante otros.”: Auto JM-1 Vitoria (Alava) 19.12.2005 (AC 2006/302)

“En cuanto al importe de la indemnización, la empresa concursada, que no participó en el acuerdo, considera que no es posible superar los límites que establece el art. 50.8 ET, que dispone veinte días por año trabajado con máximo de doce mensualidades. El acuerdo se extiende no a doce, sino a diecisiete meses, lo que se considera incorrecto por Gráficas Igma, SA (…) hay que tener en cuenta que el art. 64.7 LC establece que el juzgado debe aceptar, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. El art. 64.11 LC sólo obliga a acudir a las previsiones de las normas laborales «en todo lo no previsto en este artículo». Si hay previsión, expresa, en el art. 64.7 LC, no hay justificación para recurrir a lo señalado el art. 50.8 ET, si se logra acuerdo, por lo que las partes no han de sujetarse forzosamente a las previsiones de la norma. Así lo ha entendido, incluso en un supuesto en que no había acuerdo, el Auto de 28 de junio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia.
No ha habido, como resalta la autoridad laboral, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Las manifestaciones sindicales que se han sucedido sólo pueden enmarcarse en el ejercicio de derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, como el de manifestación, reunión y negociación colectiva. Las denuncias del administrador social no suponen la existencia de los defectos que señala la norma, porque se dirigieron frente a aquel, que aunque tuviera participación en la negociación no era uno de los sujetos negociadores, al verse privado de esa facultad por la Ley Concursal, que se la concede a la administración concursal.
Por último, en cuanto que administración concursal y trabajadores no sólo han alcanzado un acuerdo respecto a la extinción colectiva, sino que han fijado la indemnización en veinte días por año trabajado con tope de diecisiete mensualidades, indicando además la cuantía de la indemnización procedente, no hay razón para esperar a un momento ulterior y puede declararse, con los datos que se consideran probados, la indemnización que corresponde a cada uno.”: Auto JM-1 Bilbao 08.05.2006 (JUR 2006/271972)

2. Sobre la información a la Autoridad Laboral

“TERCERO Sobre los impedimentos apreciados en el informe de la autoridad laboral

El art. 64.1 de la LC permite la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de los trabajadores de una empresa en concurso, regulando la forma en que debe acordarse. La regulación concursal se remite además en el art. 64.7 a «la legislación laboral», por lo que es de aplicación el RDL 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), en particular su art. 51.
En el informe de la autoridad laboral se lamenta la falta de conocimiento del auto en el que se declara en situación de concurso a Complejo Cárnico Picos de Europa, SA y el informe de la administración concursal, lo que impide conocer la situación patrimonial del deudor y otras circunstancias que pudieran ser relevantes.
La publicidad de tal auto ha sido la que disponen los arts. 23 y 24 de la LC, es decir, edictos en el BOE y en otros periódicos, que en este caso fueron EL DIARIO DE LEON y EL CORREO, además de las notificaciones a las partes. Tales normas no obligan a notificar a la autoridad laboral el auto, que puede examinar al menos su parte dispositiva a través de las citadas publicaciones.
Tampoco el art. 64.6 de la LC establece que haya de remitirse, pues lo que indica es que «el juez del concurso recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medias propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión».
Aún así, este juzgado remitió oficio el siete de enero (folio 57 de los autos), como se indica en el punto 1º a) del informe, informando de la incoación del expediente y acompañando copia de la solicitud y del auto de incoación de veintisiete de diciembre. Si hubieran pasado desapercibidos los anuncios en periódicos de la provincia o en el Boletín Oficial del Estado, desde entonces podría haberse reclamado la remisión de copia del auto o de cualquier otra documentación o resolución judicial que se considerara pertinente, pues lógicamente una solicitud de tal naturaleza, planteada por un órgano que tiene la responsabilidad de evacuar un informe por exigencia legal, hubiera sido satisfecha de inmediato.
Al margen de ello, la norma autoriza a la autoridad laboral a «oír» a la administración concursal y los representantes de los trabajadores. Se ha procedido así con éstos últimos, y tanto a ellos como a la administración concursal podría habérseles reclamado la información que echa en falta, evitando las omisiones que se lamentan en el informe.
Respecto a la falta de informe de la administración concursal, el art. 64.3 de la LC dispone que la solicitud de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, sólo podrán solicitarse del juez del concurso una vez sea emitido por la administración. Establece el mismo precepto, como excepción, «salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso, con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición ante el juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso».
Precisamente la solicitud, que conoce la autoridad laboral a través de la copia remitida, se extendía (hecho primero) en argumentos para justificar la razón por la que no se había aguardado a la emisión del informe de la administración concursal para instar la suspensión colectiva de la relación laboral (último párrafo hecho primero, folio 3). Precisamente por ello también, el fundamento jurídico segundo del auto de veintisiete de diciembre de dos mil cuatro, del que tiene copia la autoridad laboral, admite la solicitud y explica que la misma se produce pese a no haberse emitido aún el informe por la administración concursal, al concurrir las circunstancias excepcionales a las que alude el art. 64.3 LC.
Al margen de que, por lo tanto, se explicaba suficientemente por el solicitante y el Juzgado la razón por la que el expediente se tramitaba antes del momento que con carácter general dispone la LC, pudo la autoridad laboral, con fundamento en su art. 64.6, «oír» a la administración concursal para recabar cuantos datos considerara oportunos sobre la situación patrimonial, expectativas económicas, capacidad productiva, cartera de pedidos, previsiones de ocupación y cualesquiera otros aspectos que entendiese de interés. Y por supuesto, como antes se indicó, a este mismo juzgado, que hubiera facilitado cuanta información se considerara precisa para que el informe se evacuara con extenso conocimiento de las circunstancias concurrentes.
Hay que hacer mención también a que se dice en el informe que la relación de trabajadores afectados omite datos que se recogen en los anexos de modelos oficiales de tramitación de los expedientes de regulación de empleo, que pudieran resultar imprescindibles para que la Entidad Gestora de las prestaciones de desempleo pudiera reconocerlas. Lamentablemente no se extiende más, de manera que es imposible conocer cuales son esos datos omitidos, lo que impide comprobar, en primer lugar, si hay norma legal o reglamentaria que los exija, y además, si fuera así, corregir la omisión por los interesados.”: Auto JM-1 Bilbao 04.03.2005 (AC 2005/245)

3. Caso de acuerdo sin necesidad de periodo de consultas

“SEGUNDO Habida cuenta de que ?como se acaba de exponer? en el presente caso los propios solicitantes de la extinción colectiva de relaciones laborales por «falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado» [artículo 50.1 letra b) LET] se aporta a los autos un acuerdo alcanzado entre los trabajadores y la Administración concursal de la entidad Sistelcom Telemensaje, SA, sin que tal período de consultas haya sido convocado, debemos proceder, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64.6 de la Ley Concursal a recabar el informe de la autoridad laboral sobre el acuerdo alcanzado, el cual deberá ser emitido en el plazo máximo de 15 días, el cuyo período la autoridad informante podrá oír a la Administración concursal y a los representantes de los trabajadores.”: Auto JM-1 Madrid 08.11.2006 (AC 2007/450)

4. Caso de acuerdo posterior al fin del plazo señalado

"SEGUNDO.- Establece el artículo 64.7 de la LC, que si la administración concursal y los representantes de los trabajadores alcanzaran en el curso de las conversaciones un acuerdo sobre las medidas propuestas, debe el Juez aceptarlo, salvo que aprecie en su consecución la concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.
Si bien en el presente caso el acuerdo no ha sido adoptado en el periodo de consultas sino con posterioridad a su conclusión, no se considera que este extremo sea un óbice para su validez teniendo en cuenta que la regulación del expediente contenida en el artículo 64 promueve e incita su solución convenida y que, en todo caso, el acuerdo ha sido adoptado con anterioridad a la emisión del informe por parte de la Autoridad Laboral y previamente a la conclusión del plazo para su emisión, por lo que todavía no había finalizado el trámite procesal previo a la resolución judicial, por lo que en nada afecta a su virtualidad.
TERCERO.- En el presente caso los representantes de los trabajadores y la administración concursal han alcanzado un acuerdo sobre la extinción colectiva de las relaciones laborales, sin que existan elementos para suponer la concurrencia de alguno de los vicios que pudieran invalidar los términos del acuerdo, máxime ante la apreciación de causas que justifican la extinción de las relaciones laborales por el cese, primero de facto y luego de derecho, de la actividad empresarial de la concursada, la ausencia de pedidos y, en consecuencia, de trabajo que realizar.": Auto JM-1 Santander 21.04.2005 (JUR 2005/122390)

"Así las cosas, en orden a la recta aplicación de los ordinales 6 y 7 del artículo 64 de la Ley concursal en relación con el artículo 51 ET, no apreciándose en la misma en modo alguno supuesto de dolo, fraude o abuso de derecho, y considerando que la remisión a la aplicación de la normativa laboral por parte del Juez del concurso en el caso de falta de acuerdo en el período de consultas no puede interpretarse sino como que los parámetros económicos que contempla esa normativa tuitiva con la posición del trabajador conforman normas de *minimis*, procede considerar plausible admitir la virtualidad de los parámetros de esa última oferta planteada, que ha venido mayoritamente aceptada de modo rotundo aun cuando lo haya sido de manera extemporánea pero en todo caso con anterioridad a la resolución del expediente, lo que se verifica por medio del presente auto judicial, y ello evidentemente sin perjuicio de los eventuales recursos o acciones que al amparo del artículo 64-8 LC puedan venir a sostenerse legítimamente. ": Auto JM-1 Valencia 28.07.2005 (AC 2005/1302)

Redacción por Ley 38/2011

6. Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo.
El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, de la comisión de trabajadores, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos.
El acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud, en cuyo caso, no será necesaria la apertura del período de consultas.
En el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores.
Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas.
Recibida dicha comunicación, el secretario judicial recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión.
Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en curso a la fecha de su entrada en vigor, para la tramitación del expediente y adopción de las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo. (Disposición transitoria séptima, 1, Ley 38/2011).

Redacción por Ley 9/2015

6. Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo.
El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los ~~miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, de la comisión de trabajadores, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos~~. representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.
El acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud, en cuyo caso, no será necesaria la apertura del período de consultas.
En el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores.

Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas.
Recibida dicha comunicación, el secretario judicial recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión.
Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 2
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)

Art. 64.7

Redacción inicial

7. Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.
El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

1. Las medidas no pueden tener efectos retroactivos a fecha anterior a la de su aprobación

"SEXTO La eficacia temporal de la suspensión
Pone en cuestión la autoridad laboral la pretensión de la empresa de que la suspensión del contrato tenga lugar con efecto desde el primero de enero de dos mil cinco. Con razón se extraña de que se pretende la suspensión de los contratos de los trabajadores desde el primero de enero de dos mil cinco, pero la solicitud se deposite en el juzgado el día veintidós de diciembre.
Como es obvio que no podía tramitarse y resolverse el expediente en tan breve plazo, pues hay que atender las exigencias y términos legales, hay que analizar la eficacia temporal. Al respecto dice la autoridad laboral que el art. 15 del citado RD 43/1996 dispone en su art. 15 que las resoluciones administrativas que recaen en los procedimientos de regulación de empleo surten efecto exclusivamente desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellas se disponga otra posterior.
En efecto esa regulación hace tal declaración, lo que supone que la decisión que las administraciones públicas toman en situaciones de crisis empresarial no concursal, pueden desenvolver su eficacia desde el momento en que se adoptan u otro posterior, pero en ningún caso con efecto retroactivo.
Hay que admitir, además, que si la relación laboral se desarrolla conforme transcurre el tiempo es imposible que se pretenda luego que, una vez realizada la prestación, ésta se tenga por no realizada y surja derecho a la prestación por desempleo en períodos de tiempo en que se ha trabajado. La contingencia sólo se produce, como establecen los arts. 208 y 209 del RDL 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), con la pérdida del empleo.
Al margen de la imprevisión empresarial que pretende que en nueve días de final de año se admita, trámite, negocie, informe y resuelva un expediente como el que propone, lo cierto es que no puede admitirse la suspensión desde la fecha pretendida, uno de enero de dos mil cinco. En el caso de los expedientes del art. 64l, debido a la voluntad omnicomprensiva de la Ley Concursal, que se proclama nítidamente en la Exposición de Motivos (II) de la LO 8/2003, de julio, para la Reforma Concursal (LORC), y en la declaración de competencia exclusiva y excluyente del art. 86 ter 1.2º de la LOPJ y 8 LC, el Juzgado de lo Mercantil actúa en situaciones concursales sustituyendo el papel que en otras crisis no concursales se encomienda a la autoridad laboral, mencionada tanto en los arts. 47 y 51 del ET como en el art. 2 del RD 43/1996, por lo que no parece exagerado actuar con semejantes exigencias temporales que las previstas en el mencionado Real Decreto.
Pues bien, la finalidad de la intervención judicial en este caso, igual que la administrativa en empresas que no incursas en situación concursal, es que la autoridad judicial o laboral verifique un control de la solicitud de suspensión con anterioridad al que aquélla se adopte. Ni la LC, ni el ET ni el RD 43/1996, ni el resto de la normativa aplicable autorizan, salvo en casos de fuerza mayor, supuesto que no concurre, que tal control se realice «ex post».
En efecto, para los casos de fuerza mayor el art. 47 del ET se remite al procedimiento del art. 51, y éste en su apartado 12, párrafo tercero, dispone en tales casos que la resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, «y surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor», de manera que la regulación legal establece una excepción, los supuestos de fuerza mayor, al carácter no retroactivo de la autorización.
Si el ordenamiento jurídico hubiera querido que el control fuera posterior no hubiera exigido solicitud, ni establecido con carácter obligatorio un período de consultas, ni sometido a autorización la suspensión de la relación laboral. Se hubiera limitado a atribuir al órgano correspondiente, que en caso de concurso sería el Juzgado de lo Mercantil que lo tramita, la posibilidad de revisar, a instancia de cualquier interesado, la decisión empresarial adoptada.

Lo que se ha querido por el legislador con el art. 64, y sobre todo, con la previsión general del art. 47 del ET, es que la autorización tenga carácter constitutivo, pues sin ella la suspensión o cualquier otra modificación no puede imponerse por los integrantes de la relación laboral de modo unilateral (STSJ Castilla La Mancha 24 octubre 1997 [AS 1997, 4790]). Esto exige que la autorización se otorgue con anterioridad, asegurando su conocimiento por los afectados, procurando un acuerdo con el empleador y garantizando el oportuno control de legalidad a través de la posibilidad de revisión de la decisión bien administrativa, bien jurisdiccional, a través del orden jurisdiccional social, que en caso de estar en situación de concurso es la Sala de Social del Tribunal Superior de Justicia (arts. 64.8 y 197.7 LC), y en los demás los Juzgados de lo Social (art. 124 RDL 2/1995, de 7 abril 1995, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, LPL) con posibilidad de suplicación ante la citada sala.
La decisión que se adopta por el Juez del Concurso o la autoridad laboral es inmediatamente ejecutiva, pero no puede tener efectos retroactivos. Así se deriva no sólo de los anteriores argumentos sino de la doctrina que recogen STSJ Navarra 15 de noviembre de 1999 (AS 1999, 3647), 15 de septiembre 2003 (AS 2003, 4007), 6 de octubre de 2003, o la STSJ Castilla La Mancha de 18 de marzote 1997 [AS 1997, 1174]).
Todo ello determina que la propuesta, y los matices que se han introducido tras la negociación con la representación social, deba aprobarse exclusivamente a partir de la fecha de esta resolución, surtiendo efectos a partir de este momento. Por dicha razón el calendario propuesto y acordado entre las partes, surtirá efecto desde el día de hoy.": Auto JM-1 Bilbao 04.03.2005 (AC 2005/245)

Redacción por Ley 38/2011

7.Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.
Si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días.
El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en el auto se disponga otra fecha posterior, y producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en curso a la fecha de su entrada en vigor, para la tramitación del expediente y adopción de las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo. (Disposición transitoria séptima, 1, Ley 38/2011).

Redacción por Ley 9/2015

7. Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas, aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.
Si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días.
El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior, y producirá las mismas consecuencias que la decisión extintiva o suspensiva adoptada por el empresario al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o que, en su caso, la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 2
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)

Art. 64.8

Redacción inicial

8. Contra el auto a que se refiere el apartado anterior cabrá la interposición de recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

Redacción por Ley 38/2011

8.Contra el auto a que se refiere el apartado anterior, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) podrán interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.
Las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en curso a la fecha de su entrada en vigor, para la tramitación del expediente y adopción de las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo. (Disposición transitoria séptima, 1, Ley 38/2011)

Redacción por Ley 9/2015

8. Contra el auto a que se refiere el apartado anterior, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) podrán interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en ~~el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral~~ la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.
Las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 2
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)
.

1. Ambito del incidente concursal del art 64.8.II

"PRIMERO Señala el artículo 64.8 de la Ley Concursal, en su segundo párrafo que «las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal».
Permite el citado precepto que, frente al auto que resuelva sobre la suspensión, modificación o extinción de las relaciones laborales colectivas laborales se instrumente un doble cauce:
Por un lado el auto es susceptible de suplicación y demás recursos previstos en la legislación laboral. Este apartado cubriría necesariamente los aspectos referidos a dicha modificación, extinción o suspensión colectiva.
Por otro lado se podrán ejercitar acciones, por los trabajadores, en cuestiones estrictamente referidas a la relación jurídica individual, es decir, referidas a salario, cuantías, categoría profesional, etc.
No es por tanto una doble vía para solicitar lo mismo o para impugnar el mismo objeto del proceso sino que es realmente diferente pues en la primera se plantea la misma suspensión, extinción o modificación colectivas laborales concursales, su necesidad, su formalización, el cumplimiento de las formalidades, etc. Y la segunda va referida exclusivamente a aspectos concretos individuales de uno o varios trabajadores que parten de esa modificación, suspensión o extinción colectivas pero que no ven reconocidos sus aspectos jurídicos-individuales en relación a su contrato, convenio, acuerdos, normativa legal vigente, etc.
Es decir que -prima facie- para hablar de relaciones jurídicas-individuales hemos de partir de la existencia de esa relación jurídica base como es el contrato o la relación laboral existente. Este apartado no será, por tanto, discutible en la vía de la impugnación permitida en el artículo 64.8.2º LC sino optando, como veremos, por una de las dos soluciones existentes: la impugnación en suplicación del auto que acuerda dichas medidas o la demanda por ante el juzgado de lo social para que se reconozca la pertenencia a la empresa.
En estos mismos términos se expresa SEMPERE NAVARRO, cuando señala, al referirse al ámbito de las mismas, las siguientes diferencias:
«Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciaran por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en su aplicación» (art. 64.8 último párrafo LC).
A través de este cauce se tramitaran las acciones relativas a la concreta cuantía de la indemnización fijada para el trabajador, salario, antigüedad, categoría profesional, etc.
Ha de tratarse necesariamente de cuestiones de carácter individual, ajenas a la modificación, suspensión, o

extinción colectiva de los contratos de trabajo.
En similares términos se pronuncia Martinez Garrigo, quien en análisis de dichas acciones recoge:
«Con nulo rigor técnico, el párrafo 2º del art. 64.8 dispone que "las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación". Contra las resoluciones judiciales caben recursos, no acciones, y el mandato judicial no parece hacer referencia a la interposición de recursos. La doctrina destaca que no es fácil identificar los supuestos a que tal regla se pueda referir, ni concretar la filosofía a la que pueda obedecer. La única delimitación legal es que las acciones se refieran estrictamente a la relación individual, mandato que permite excluir todas las acciones de naturaleza colectiva.
Pero aún siendo ello así, resta por saber qué pretensiones serán las deducibles por tan singular vía, frente a quién pueden y deben ejercitarse y dentro de qué plazo será válido su ejercicio. Trataremos de desentrañar el enigma. De entrada la competencia del juez del concurso en materia laboral se limita, en la fase declarativa, a las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado. Luego las acciones a que se refiere el art. 64.8 han de estar forzosamente dentro de ese epígrafe. Caso contrario no serían de la competencia del juez del concurso. Siendo ello así puede adivinarse la intención del legislador. En la versión aprobada de la Ley, ha desaparecido la imposición al juez del concurso de fijar las indemnizaciones que procedan en el auto en el que aprueba las alteraciones colectivas de los contratos de trabajo, tanto en los casos de extinción como en los de modificación sustancial, supuestos en los que pueden existir compensaciones a los sacrificios impuestos. Por otra parte, el auto puede haber fijado las indemnizaciones, bien porque existiera acuerdo administración [17 Ríos Salmerón. La Ley Concursal y los trabajadores... cit. pg. 372 concursal/representantes legales de los trabajadores], bien porque el Juez, habiendo tenido a su alcance los datos para hacerlo, lo estime conveniente. Si alguno de los afectados no está conforme con su inclusión en la lista de afectados, o con el importe de las indemnizaciones, tanto si estas han sido concretadas por la administración concursal, como si fueron fijadas en el auto, debe tener un medio de poder reclamar judicialmente lo que a su derecho convenga. Posiblemente, para satisface tal exigencia, se ha ordenado este nuevo proceso, incidental en el "expediente" de modificación, suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, en el que puedan ser concretadas tales indemnizaciones tras un período de alegaciones y prueba».
De esta forma podemos concretar diferentes apartados que hemos de tener en cuenta para resolver el asunto concreto al que nos referimos:
Que la acción individual ha de partir de una relación-jurídica base existente como es la relación laboral y reconocida en el concurso.
Que la acción individual parte de la resolución del juez del concurso en un supuesto de modificación, extinción o suspensión colectiva laboral concursal dentro de su competencia. 8.2 y 64 LC.
Que dichas acciones sólo pueden iniciarse a partir de dicha relación jurídica individual reconocida en el auto que acuerda las medidas colectivas.
Que el objeto de dicha acción individual no afecta a la modificación, extinción o suspensión colectivas acordadas sino a supuestos individuales de los trabajadores como salarios, cuantías, categoría, etc. que se les haya reconocido. Asimismo sólo podrá discutirse a partir de la inclusión en la lista y no por su exclusión.
La delimitacion se puede ampliar aún más a partir de la consideración de una exclusión de determinados trabajadores y la posibilidad de impugnación que se abre en dicho precepto. En estos supuestos podemos distinguir dos apartados:
Por un lado que -siendo reconocidos como trabajadores o trabajadoras de la empresa- no sean incluidos en las medidas de suspensión, extinción o modificación colectivas concursales. En este caso será posible la impugnación del auto no por la vía de su relación jurídica-individual que no ha sido puesta en entredicho ni aún tratada en la citada resolución, sino por la vía del recurso de suplicación que abre el artículo 64.8 LC en su primer párrafo contra el auto que resuelve.
Por otro lado que -no siendo reconocidos como trabajadores o trabajadoras de la empresa- no sean, por tanto, incluidos en dichas medidas colectivas. En este supuesto la única posibilidad es acudir a los juzgados de lo social pues son estos los únicos competentes para resolver dicha cuestión al amparo de lo previsto en los artículos 8.2 y 64 LC que limita la actuación del juez del concurso sólo a dichas medidas colectivas y a la impugnación mediante la vía de la relación jurídica individual de la que partimos en la resolución dictada al resolver la misma.
SEGUNDO En el presente asunto, quien reclama no ha sido incluido en dicha lista, sencillamente porque se parte de la inexistencia de una relación-jurídica base como es la relación laboral con la sociedad concursada. Si ello es así o no, no es cuestión a resolver en el presente incidente y tampoco lo sería (sin perjuicio de que pueda pronunciarse la Sala de lo Social en otro sentido) a partir de la impugnación del auto en suplicación respecto de la misma medida de extinción que se ha acordado.
A ello hemos de sumarle otra circunstancia concreta como es la misma petición que realiza quien demanda y que parte de la afirmación de que «no ha sido incluido en la lista de acreedores» utilizando fraudulentamente la vía de impugnación señalada para intentar incluir en la masa pasiva un crédito fuera del período legalmente reconocido (un mes desde la última de las publicaciones) y en un momento -el presente- en el que la citada lista e informe de la administración concursal ha quedado firme y definitivo.
En último lugar también hay que señalar que es evidente que quien ejercita dicha acción parte de la propia competencia de los juzgados de lo social pues ha acreditado y así lo puso de manifiesto en juicio que (auto de fecha 18 de noviembre de 2005 ante el juzgado de lo social número 9 de Málaga) la citada pretensión ha sido ejercitada por ante los juzgados de lo social, únicos competentes al efecto.
TERCERO Las conclusiones señaladas en los apartados anteriores no son, sin embargo, el simple planteamiento de una falta de competencia pues en realidad la acción ejercitada es la individual recogida en el

artículo 64.8.2º LC, lo que nos lleva tanto a considerar que existe una falta de legitimación pasiva en quien acciona como en la desestimación de la demanda.“: Sentencia JM-1 Málaga 24.04.2006 (JUR 2006/147229)

2. Inexistencia de vinculación por actos propios a efectos de reclamar individualmente mayor antiguedad

“SEGUNDO Sobre la supuesta falta de acción por demandar frente a los actos propios
Sostiene la demandada que los trabajadores demandantes carecen de acción en cuanto que actúan contra sus actos propios, pues reconocieron en el expediente del art. 64 LC número 108/2007 y en actos posteriores, como la conciliación presentada por alguno de los hoy demandantes frente a la concursada para el cobro de ciertas cantidades, aportada en la vista por el demandado (folios 233 y ss). Esta de los actos propios es una creación jurisprudencial que emana directamente de las exigencias de buena fe que proclama el art. 7.1 del Código Civil, de manera que no puede atribuirse valor jurídico a un comportamiento que objetivamente contradice el anteriormente realizado por el mismo sujeto (STS 6 de octubre [RJ 2006, 6649] y 1 de diciembre 2006 [RJ 2006, 8158]),
Tal imposibilidad debe basarse en actos que puedan ser objeto de disposición por las partes, pues de lo contrario difícilmente pueden vincularle. En este caso se considera que la firma del acuerdo en el expediente de extinción colectiva les vincula, porque allí quedaron fijadas las antigüedades que determinaron el importe de la indemnización. No obstante hay que recordar que el art. 64.8 LC establece como segundo remedio frente al auto que acuerde la extinción o suspensión colectiva de las relaciones laborales, la vía del incidente concursal de naturaleza laboral "en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual".
Con tal previsión, que es la utilizada por los demandantes, parece que la norma concursal ha querido evitar que los acuerdos de extinción por razones objetivas puedan afectar a derechos de naturaleza estrictamente individual, entre los que se encuentra la antigüedad en la empresa, o mejor, para no incurrir en confusión respecto al complemento salarial del art. 25.2 del RDL. 1/1995, de 24 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), los años de servicio realmente prestados que es lo que está en cuestión (STS 26 de septiembre 2001 [RJ 2002, 322], 30 de junio 1997 [RJ 1997, 4950]).
Como además el art. 64.11 LC dispone que en todo lo no previsto en ese precepto se aplicará la legislación laboral, ha de concluirse que la materia de la que se discute no puede ser objeto de disposición en el acuerdo entre administración concursal y representación unitaria al que alude el art. 64.6 LC, porque la materia negociada no era salarial, sino encaminada a regular la extinción de los contratos. En ese expediente las partes podrán pactar si es procedente o no la extinción o suspensión, y caso de considerarla oportuna o conveniente, los términos en que ha de practicarse, el ámbito subjetivo afectado, el importe de la indemnización, el orden para proceder, el momento en que surtirá efecto a partir de la aprobación del auto o los cambios de lugar o puesto de trabajo necesarios según las circunstancias.
Sin embargo no puede pactarse sobre materias indisponibles y los años de servicio efectivo lo son, porque se trata simplemente de una cuestión de hecho. Cierto que sobre el particular nada dice el art. 64 LC, pero igual que con carácter general ya se apunta cual es el ordenamiento supletorio en esta materia en el art. 8.2º LC, específicamente se ha señalado la misma remisión a la normativa laboral en el art. 64.11 LC.
Y en esta materia el Estatuto de los Trabajadores parece impedir que pueda negociarse, pues las partes se limitan a reflejar la realidad de la duración del contrato de trabajo. Así, cuando el Estatuto de los Trabajadores regula los contratos de formación en el art. 11.1.f) ordena computar el período de prácticas para determinar la antigüedad, igual que el art. 14.3 en caso de períodos de prueba. Otro tanto acontece al exigirse un criterio idéntico para determinarla en el art. 15.6. También en el computo de antigüedad desde la cesión ilegal en la empresa cesionaria del art. 43.3 ET, el cómputo de antigüedad en caso de excedencia por cuidado de hijo del art. 46.3, o la preferencia del más antiguo en caso de empate en elecciones sindicales del art. 70, entre otros casos.
Constituiría un fraude de Ley que pudiera negociarse sobre la antigüedad de un trabajador para influir en la indemnización por despido, igual que se negocian otras materias. El art. 82.2 ET establece que la negociación colectiva permite regular las condiciones de trabajo y productividad o la paz laboral, y el 85 "materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo...". No hay, por lo tanto, amparo legal para una negociación sobre esta materia, lo que no significa que en casos de sucesión contractual no puedan reconocerse derechos derivados de una antigüedad que se refiera a un momento anterior al inicio de esa nueva relación, precisamente en atención a la continuidad en la prestación laboral, ni que las consecuencias de un complemento salarial por este concepto no sean negociables.
Lo negociable, como sucedió en el expediente del art. 64 que extinguió de manera colectiva las relaciones laborales con la concursada que hoy se encuentra en liquidación, es la procedencia de tal extinción, el ámbito subjetivo al que afectará, el momento en que irá surtiendo efecto a partir de su fijación y en su caso, el importe de la indemnización procedente, para lo que es determinante, entre otros criterios, el de la efectiva antigüedad en la empresa.
En definitiva, ni por la presentación de la conciliación el pasado mes de abril indicando unos años de servicios distintos, ni por el acuerdo alcanzado en el expediente del art. 64 tramitado en este concurso, puede considerarse cerrada la posibilidad de revisar la fecha de efectos de los años de efectiva prestación de los demandantes, de manera que ha de entrarse al fondo de la cuestión para dilucidar si concurre las circunstancias y consecuencias pretendidos en la demanda.”: SJM-1 Bilbao 25.05.2007 (Expediente art. 64 LC núm. 108/2007)

Art. 64.9

9. En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.
La suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.
Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

Redacción por Ley 9/2015

9. En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto, reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.
La suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.
Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 2
Es idéntica a la preexistente
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)

Art. 64.10

Redacción inicial

10. Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:
Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.
Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores.
Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores.

"9. Artículo 64.10.- Para alcanzar el umbral que determina la competencia del Juez del concurso ¿Sólo se computan las extinciones promovidas tras la declaración del concurso o también se computan éstas o al menos las declaradas con posterioridad aunque promovidas antes de la declaración?
Aunque la cuestión es muy discutible, el criterio que parece más fundado es el de computar exclusivamente las extinciones promovidas después de la declaración de concurso, por lo que no deben tenerse en cuenta a estos efectos, las declaradas con anterioridad ni las extinciones que se declaren después de declarado el concurso derivadas de acciones ejercitadas con anterioridad.
10. Artículo 64.10.- Las extinciones que se computan para alcanzar el umbral y que se han tramitado ante el Juez de lo Social ¿Quedan sometidas a la competencia del Juez del concurso? En tal caso, ¿Debe respetarse la indemnización de 45 días por año fijada en las sentencias del Juzgado de lo Social cuando esas extinciones se computan para determinar el tratamiento colectivo a las extinciones?
Alcanzado el umbral pasan a ser competencia del Juez de lo Mercantil las extinciones promovidas con posterioridad a la declaración del concurso y que se han computado para atribuir la calificación de extinciones colectivas, pero no puede afectara las extinciones declaradas por sentencia firme.
11. Suspensiones colectivas.- ¿Qué debe entenderse por suspensión colectiva a los efectos de la competencia del juez del concurso y su tramitación por el artículo 64 de la LC?
Al no establecerse distinción en la legislación laboral entre extinciones individuales y colectivas, tampoco cabe hacerlo en el ámbito concursal y la suspensión, con independencia del número de trabajadores al que afecte, aunque sea uno sólo, será competencia del Juez del concurso.
12. Declarado el concurso, ¿El Juez del concurso asume la competencia para tramitar el ERE? ¿Debe paralizarse el mismo e instarse el expediente ante el Juez del Concurso conforme al artículo 64? ¿Es posible que continúe la tramitación del ERE hasta que se dicte resolución por la que debe pasar el Juez del concurso?

Si al tiempo de declararse un concurso se está tramitando un ERE, el Juez del Concurso deberá poner en conocimiento de la Administración laboral la declaración del concurso a efectos de su paralización, debiendo promoverse el expediente ante el Juez del concurso y por las normas previstas en el LC.
13. El auto que resuelve el expediente ¿Debe limitarse a una aprobación genérica de la propuesta o debe precisar la identidad de los trabajadores afectados?
No existe un parecer mayoritario. O bien se estima que, como en los ERE tramitados ante la autoridad laboral, el auto puede limitarse a conceder una autorización genérica o bien se entiende que debe individualizar las medidas y los trabajadores afectados. ": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDASESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, C, 9-13)

1. Acciones individuales acumuladas que superan el límite cuantitativo

"PRIMERO De acuerdo con lo previsto en el artículo 64.1 de la Ley Concursal (LC) «los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante éste por las reglas establecidas en el presente artículo». Ciñéndonos al supuesto de extinción de relaciones laborales, a los efectos de seguir el cauce previsto en el artículo 64 LC es indiferente que las circunstancias que deben producir la aludida extinción tengan el carácter económico, técnico, organizativo, o de producción previsto en el artículo 51.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante LET), o sean debidas a incumplimiento del empresario [artículo 50.1 letra b) LET]. En cualquier caso, llegados al umbral de trabajadores que permite calificar la extinción de relaciones laborales como colectiva se procederá según lo previsto en el artículo 64 LC. Ninguna otra cosa puede deducirse del tenor del texto del artículo 64.10 LC cuando establece que «las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo». En el presente caso habiéndose acumulado en la solicitud inicial veintiuna acciones individuales de resolución contractual sobre la base del artículo 50.1. letra b) LET, y uniéndose a los autos con posterioridad las solicitudes individuales con idéntico fin de D. Pedro Enrique y D. Gerardo se sobrepasa el umbral previsto en el artículo 64.10 LC para que se incoe expediente a tramitar según lo previsto en el artículo 64 LC. Corrobora la certeza y corrección de lo antedicho que los propios trabajadores, en conjunción con la Administración concursal, unen a su solicitud ?aún antes de la apertura del período de consultas previsto en el artículo 64.5 LC? el acuerdo al que se refiere el artículo 64.6 LC.": Auto JM-1 Madrid 08.11.2006 (AC 2007/450)

2. Carácter colectivo en caso de acciones individuales. Prevalencia de las reglas específicas del art. 64.10 LC sobre las generales del ET

"SEGUNDO Los requisitos para considerar colectivo el expediente
El art. 64.1 de la LC permite la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de los trabajadores de una empresa en concurso, regulando la forma en que debe acordarse. La regulación concursal se remite además en el art. 64.7 a «la legislación laboral», por lo que es de aplicación el RDL 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), en particular su art. 51.
De tales preceptos se deduce que para que pueda adoptarse un expediente de regulación de empleo, en este caso de extinción de los contratos laborales, debe concurrir la característica de ser «colectivo». Es claro al respecto el art. 64.2 LC cuando dispone que bien la administración concursal, el deudor o los propios trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, como es el caso, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión «colectivas» de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.
Para determinar qué sea extinción «colectiva» hay que estar a las propias normas hasta aquí mencionadas. Y pese a que la autoridad laboral sostiene que la solicitud de los cinco trabajadores no supone despido colectivo al amparo de lo dispuesto en el art. 51.1 del ET, porque no se alcanza el número que dispone tal norma, es decir, al menos seis trabajadores, y que, por aplicación de los arts. 6.2 y 64.1 de la LC, no nos encontramos ante un «despido colectivo», hay que recordar que la LC tiene unas reglas específicas en otros apartados, que por ser especiales y propias de una situación concursal preponderan sobre las generales del ET.
En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el art. 51.1 del ET que considera despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas, el párrafo segundo del art. 67.10 de la LC dice expresamente que «se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa».
No exige la LC que además de afectar a la plantilla completa, el despido tenga que afectar a más de cinco trabajadores. La especialidad salta a la vista, y parece que ha sido buscada por el legislador de forma consciente, de manera que la norma de la Ley Concursal puede aplicarse a este caso, ya que los cinco trabajadores que han instado el incidente del art. 64 de la LC constituyen la totalidad de la plantilla de Obras y Contratas Indautxu, SL. Hay por lo tanto fundamento para la tramitación de este expediente con carácter colectivo.": Auto JM-1 Bilbao 03.03.2005 (AC 2005/217 y AC 2005/332)

Redacción por Ley 38/2011

10. Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del expediente previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del expediente previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales. El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos

Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en curso a la fecha de su entrada en vigor, para la tramitación del expediente y adopción de las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo. (Disposición transitoria séptima, 1, Ley 38/2011).

Redacción por Ley 9/2015

10. Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del ~~expediente~~ procedimiento previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del ~~expediente~~ procedimiento previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme, se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al ~~expediente~~ procedimiento de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales. El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 2
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)

Art. 64.11

11. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma.

Redacción por Ley 9/2015

11. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Uno, 2
Es idéntica a la preexistente
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)

1. El Juez mercantil puede no sólo autorizar la extinción colectiva sino también decretarla.

"CUARTO Se denuncia a continuación infracción del art. 51-2 del ET en relación con el art. 64-11 de la Ley Concursal. Argumenta la recurrente que se ha producido una extralimitación del Juez de lo mercantil, pues debió limitarse a autorizar la extinción colectiva de contratos de trabajo en lugar de acordarla en la resolución que ahora es objeto de recurso. Tampoco este argumento puede prosperar pues el art. 64-7 de la Ley Concursal señala que «El Auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo» y por su parte el art. 44-4 de la propia norma legal indica que: «Como excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores el juez a solicitud de la Administración Concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión total o parcial de esta. Cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el juez actuará conforme a lo establecido en el párrafo 2° del art. 8 y en el art. 64». De la lectura de estos preceptos se deduce la posibilidad que la Ley Concursal contempla de que el Juez de lo mercantil acuerde en el Auto que dicte la

extinción colectiva de contratos de trabajo si así se le solicita. Es cierto que el art. 64-11 dice que la legislación laboral se aplicará en lo que no prevé el propio art. 64 de la LC, pero en este caso no se produce ninguna laguna u omisión que obligue a acudir al art. 51 del ET, al hallarse establecido en los preceptos citados anteriormente que, tratándose de una empresa en situación de concurso, cabe la posibilidad de que el Juez de lo mercantil dicte auto de extinción colectiva de los contratos de trabajo. El motivo no puede pues ser acogido
QUINTO Finalmente y en relación a lo que la recurrente viene sosteniendo respecto a la imposibilidad de que el Juez de lo mercantil acuerde la extinción colectiva de los contratos de trabajo por limitarse sus facultades sólo a la aprobación, propone ésta en favor de su tesis, un supuesto puramente hipotético, sin concretar censura jurídica, en el que se insiste en que la interpretación correcta del art. 64 de la LC permite sólo la autorización de la extinción, no la extinción misma. Tampoco esta argumentación, que como se ha dicho propone un ejemplo puramente hipotético, puede ser acogida a efectos de lo que se pretende que es la revocación del Auto recurrido, y en cualquier caso ha de entenderse que los efectos de la extinción se producirán para los trabajadores afectados a partir de la notificación del Auto extintivo con lo que no se produciría la problemática que en el recurso se plantea. Lo expuesto y razonado supone pues la desestimación del recurso y la confirmación del Auto recurrido.. ": STSJ Catalunya (Sala de lo Social) 27.09.2005 (AS 2005/2699)

Artículo 65. Contratos del personal de alta dirección.

Art. 65.1

Redacción inicial

1. Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección.

Redacción por Ley 38/2011

1.Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección. La decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación

Redacción según Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación para resolver las controversias suscitadas en orden a la extinción o suspensión de los contratos del personal de alta dirección en los concursos en tramitación. (Disposición transitoria séptima, 2, Ley 38/2011).

2. En caso de suspensión del contrato, éste podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del apartado siguiente.

3. En caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo.

4. La administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplace hasta que sea firme la sentencia de calificación.

Artículo 66. Convenios colectivos.

La modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores.

1. La aprobación de un previo ERE extraconcursal no significa que se requiera acuerdo con los trabajadores para las medidas extintivas ex art. 64

"SÉPTIMO Llegados a este punto, se trata de determinar la incidencia que pueda tener en la solicitud, la tramitación anterior de un expediente de regulación de empleo. Conviene recordar, como así consta en el Auto de declaración de concurso, y en la propia solicitud de extinción colectiva, que en 2005 se tramitó un Expediente de Regulación de Empleo que incluía un Plan de Industrialización. Según obra en la documentación aportada por la concursada, en contestación al requerimiento efectuado por Providencia de este Juzgado de 29 de marzo de 2007, constan dos preacuerdos de fechas 15 de junio de 2005 y 29 de junio de 2005, habiéndose aprobado posteriormente un Plan de Industrialización 2005-2010, que a su vez forma parte de un ERE en el que se alcanzó un Acuerdo de fecha 21 de octubre de 2005, y se aprobó un Plan de Desvinculaciones, cuya ejecución correspondía a la empresa que cada tres meses había de determinar, entre otras circunstancias, el número de trabajadores afectados, y la fecha de extinción.

En los expedientes de regulación de empleo tramitados ante la Autoridad Laboral, ésta se limita a autorizar la decisión extintiva o suspensiva de los contratos de trabajo, que habría de ser adoptada por el empresario. Sin embargo, en el caso de los expedientes tramitados conforme al art. 64 LC, no se produce ese desdoblamiento entre Autoridad Laboral-empresario, sino que como se ha expuesto, el Juez del Concurso acuerda la medida de extinción o suspensión del contrato, teniendo una competencia exclusiva y excluyente, según señalan los arts. 86 ter LOPJ y art.8 LC. Es decir, una vez presentada la solicitud de concurso, la competencia para resolver las solicitudes de suspensión o extinción colectiva de contratos de trabajo pasa al Juez del Concurso. De ello, cabe colegir, la competencia de este Juzgado para conocer de la solicitud extintiva.
Cuestión distinta es la también planteada en la solicitud (que acompaña Dictamen de D. Íñigo), relativa a la naturaleza que haya de otorgarse a los compromisos alcanzados en el Plan de Industrialización pactado por Acuerdo de 6 de septiembre de 2005, e integrado en el Acuerdo del ERE de 21 de octubre de 2005, y si una decisión de regulación de empleo en el seno del proceso concursal exigiría la concurrencia de voluntades con la representación de los trabajadores por implicar una modificación de las condiciones establecidas en convenio colectivo, en cuyo caso, resultaría de aplicación el art. 66 LC, que establece: "La modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores." El precepto desarrolla lo previsto en el art. 86 ter apartado 1.2º LOPJ, que atribuye al Juez del Concurso "jurisdicción exclusiva y excluyente" para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, "sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores."
Sobre la naturaleza del acuerdo adoptado en el seno de un expediente de regulación de empleo, -como sería el caso-, la STS 21 enero 1997 (RJ 1997, 622) (Sala 4ª) ha declarado:
"Es ya el momento de analizar la naturaleza y la fuerza vinculante y alcance del acuerdo, después homologado. En el régimen anterior a la reforma del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, el período de consultas, como se dijo en el quinto fundamento de esta sentencia, era extraprocedimental y previo al expediente, que se iniciaba tras el desacuerdo en el período de consultas (artículo 13 del Real Decreto 696/1980, de 14 de abril). Por esa razón, porque se había adoptado, en nuestro caso, en el período de consultas extraprocedimental, dicho acuerdo precisaba su aprobación o conformidad expresa por la autoridad laboral, esto es su homologación.
Fue negociado dicho acuerdo por los legitimados para ello, la empresa y el comité de empresa, órgano de representación unitaria al que el artículo 51.3 del Estatuto de 1980 se refería al invocar a los "representantes legales de los trabajadores"; pues sin desconocer la legalmente atribuida a los órganos sindicales, reconocida por el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la mención legal a los representantes para negociar venía atribuida solamente a los comités de empresa y delegados de personal, como reconoció en su día el órgano jurisdiccional que entonces conocía de los conflictos suscitados sobre esa materia (sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Central de Trabajo de 10 de abril de 1986 [RTCT 1986, 2973]); sino que es ahora, en la nueva regulación del artículo 51.4 del Estatuto, cuando el legislador dispone que "el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité de empresa, delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere".
Repetimos: Negociado el acuerdo por los legitimados para ello y lograda su homologación, es claro que estaba, en este supuesto del artículo 51.5, como en los casos también previstos por los artículos 41.1 y 47 del Estatuto, ante un pacto o convenio impropio, fuera del convenio estatutario, pero que era un producto de la negociación colectiva constitucionalmente reconocida en el artículo 37 de la Constitución; un acuerdo informal carente de eficacia normativa o fuerza vinculante cualificadora de las normas jurídicas; que no crea derecho objetivo, sino que su eficacia es la contractual, como han declarado multitud de sentencias, aunque en la materia haya algo más que el simple marco de la teoría general de las obligaciones y contratos, pues se trata de un contrato de naturaleza colectiva negociado por la representación legal de los trabajadores."
De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, los acuerdos alcanzados en el seno del procedimiento concursal no constituyen convenio colectivo, y por tanto, para su modificación no resultará de aplicación el art. 66 LC, que de otra parte, estimo que no excluye la aplicación del procedimiento del art. 64 LC. Y ni siquiera cabría considerarlos incluidos en el convenio colectivo, al no haberse cumplido lo dispuesto en el art. 5 del Convenio Colectivo de empresa vigente, que prevé la incorporación de acuerdos como anexos al convenio, "previo trámite oficial y conocimiento de la Autoridad laboral". El trámite oficial es el previsto en el art. 90 ET.
En cualquier caso, una vez presentada la solicitud de declaración del concurso, la competencia para acordar medidas extintivas corresponde al Juez del Concurso que deberá seguir el trámite del art. 64 LC, sin perjuicio de, en su caso, observar lo preceptuado en el art. 66 LC, que como se ha expuesto no se estima aplicable al supuesto enjuiciado.": Auto JM-1 Cádiz 22.05.2007 (Expediente de extinción colectiva de relaciones de trabajo núm. 151/07)

Artículo 67. Contratos con Administraciones públicas.

1. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.

Art. 67.1

AP Sevilla

"SEPTIMO.- Por lo que respecta al incidente concursal promovido por Ayuntamiento de Rota, acreedor reconocido en la lista de acreedores del concurso, con un crédito por importe de 510.514,67 euros, por el que se impugnó el inventario de bienes de la concursada a fin conseguir la eliminación de determinadas cantidades que en el mimo figuran en su contra, por certificaciones de obra impagadas, intereses moratorios e incremento del precio del contrato, como consecuencia de la subida del precio de materiales, considera el tribunal, en cambio, que debe acceder a ello, teniendo en cuenta que por dicha corporación municipal se siguió el oportuno procedimiento administrativo a fin de declarar resuelto el contrato concertado con Climocubierta, S.A., para la ejecución de una piscina cubierta, regido por la legislación especial de contratos de las administraciones públicas, a la que remite el artículo 67 de la Ley Concursal; que en dicho procedimiento se dio oportunidad a la administración concursal y a la concursada de efectuar las correspondientes alegaciones y oponerse a la propuesta de resolución y liquidación definitiva, sin que llegaran a hacerlo en ningún momento; y, finalmente, que dicha resolución y la liquidación definitiva del contrato, que ha sido definitivamente acordada, sin que la resolución administrativa correspondiente haya sido objeto de impugnación en vía contencioso administrativa, no contempla ninguna de las cantidades que en el inventario de bienes de la concursada se reconocen en contra del Ayuntamiento de Rota.
OCTAVO.- A la vista de todo ello, dada la falta de impugnación de la resolución contractual acordada por el Ayuntamiento de Rota, dentro de las competencias que le reconoce la legislación especial de contratos de la administración, y de la liquidación definitiva de la obra realmente ejecutada, llevada a cabo de acuerdo con las certificaciones emitidas por los técnicos directores de la misma, de la que no resultan, en absoluto, las cantidades que se reconocen a favor de Climocubierta, S.A., y a cargo del Ayuntamiento de Rota, en el inventario de bienes del concurso, lo que se acreditó documentalmente en el acto de la vista del incidente concursal, resulta procedente la modificación de dicho inventario para excluir del mismo dichas cantidades.
NOVENO.- La misma juzgadora de instancia vino a señalar en su sentencia que procedería la estimación de la pretensión deducida en el incidente de haberse acreditado la resolución del contrato y liquidación de la obra por el órgano administrativo competente para ello, sin percatarse de que tal resolución y liquidación, que habían tenido lugar y con carácter firme, habían sido suficientemente acreditadas en el acto de la vista del incidente.": SAP Sevilla (Sección 5) 30.10.2012 (Sentencia 523/2012; Rollo 8391/2011)

2. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en esta Ley.

Artículo 68. Rehabilitación de créditos.

1. La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor de éste cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa.

Art. 68.1

1. La rehabilitación ha de incardinarse en un contexto de continuidad

" El propio artículo 68 de la Ley Concursal establece las garantías necesarias para el acreedor, garantías que tienen por objeto asegurarle que con la rehabilitación no se ha de incrementar su riesgo y que dicha rehabilitación debe incardinarse dentro de las actuaciones tendentes a facilitar la continuidad de la actividad empresarial, continuidad que no es un fin en si mismo sino que es un mecanismo imprescindible para la propuesta de convenio y el plan de viabilidad con el cual se habrán de generar recursos no sólo para el mantenimiento de la actividad de la empresa sino también para el pago de la deuda concursal en los términos previstos en lapropuesta de convenio que sea sometida a la consideración de los acreedores.": Auto JM-3 Barcelona 02.05.2006 (Concurso 766/2005)

2. Cabe la rehabilitación de cualesquiera modalidades de préstamo o crédito vinculados con la continuidad de la actividad empresarial

"2) Se plantea también la excepción de que el contrato objeto de rehabilitación en realidad no está dentro del ámbito objetivo del artículo 68 por tratarse de una póliza de crédito para la cobertura de los riesgos comerciales. La doctrina no termina de ser uniforme respecto del alcance del artículo 68 puesto que autores como el profesor Madrazo - Comentarios de la Ley Concursal coordinados por los profesores Rojo y Beltrán para la editorial Thomson Civitas - considera que de darle un alcance limitado al artículo 68 e incluir sólo los supuestos de hecho contemplados en el precepto por tratarse esta figura una excepción al régimen general de los contratos; sin embargo otros autores como el profesor Marco Alcalá - en el libro homenaje al profesor Olivencia, Tomo III, editorial Marcial Pons - que defiende una interpretación funcional del artículo 68.1 por la cual serían rehabilitables cualesquiera préstamos y créditos en los que concurriere vinculación con la continuidad de la actividad empresarial. La redacción del artículo 68 permite esa interpretación funcional ya que

habla de "contratos de préstamo y demás de crédito" la utilización del plural tanto para los contratos de préstamo como para los de crédito lleva a considerar que el legislador es consciente de que existen diversas modalidades de préstamo y crédito. Por otra parte esta interpretación funcional conecta con la voluntad del legislador de apostar por la continuidad de la actividad empresarial que en la exposición de motivos y al abordar la rehabilitación habla de esas fórmulas flexibles en interés del concurso. El documento aportado por la recurrente que es objeto de reposición es una póliza de crédito y, como tal, dentro del ámbito del artículo 68, el hecho de que se limite a cubrir "riesgos comerciales" descuento de papel en la terminología empresarial no modifica su naturaleza, únicamente establece qué tipo de operaciones quedan sometidas a ese adelanto de crédito que sólo quedaría sujeto al límite cuantitativo y temporal de la póliza.": Auto JM-3 Barcelona 02.05.2006 (Concurso 766/2005)

3. La legitimacion para rehabilitar corresponde a la administración concursal, no al concursado

"d. En el supuesto del artículo 68 de la Ley Concursal no es el concursado el facultado para rehabilitar los créditos sino la administración concursal. El concursado puede plantear o sugerir a la administración concursal que active estos mecanismos pero no está legalmente prevista la legitimación del concursado para reclamar la rehabilitación, por lo tanto aún en el caso de ser preceptivo el traslado de copias la omisión por parte del concursado no determina la nulidad de la solicitud puesto que la legitimación para la rehabilitación corresponde a los administradores que no están sujetos a laseveridad del traslado de copias por no actuar representados por Procurador. Los Administradores del concurso presentan la solicitud de rehabilitación por escrito de 15 de febrero de 2006.": Auto JM-3 Barcelona 02.05.2006 (Concurso 766/2005)

4. No se requiere previo incidente concursal

" No debe compartirse tampoco el argumento de que previamente a la rehabilitación debería de haberse dado audiencia a las entidades afectadas e incluso debería de haberse planteado el incidente concursal-. En este punto el artículo 68 de la Ley concursal no prevé ninguno de estos trámites, todo lo contrario, habilita a la administración concursal para proceder a rehabilitar los créditos con la sola exigencia de notificar al acreedor la rehabilitación. Al preferir la administración concursal la autorización judicial prevista en el artículo 188 de la Ley no ha hecho sino reclamar una garantía, la judicial, que no está inicialmente prevista en el artículo 68 de la Ley. Por otra parte no debe considerarse sorpresiva la actuación de la administración concursal en la medida en la que han existido diversos contactos entre administración concursal, concursada y entidades de crédito para intentar activar las pólizas de modo consensuado y sin necesidad de acudir a la vía del artículo 68. Estos trámites no formales se han producido incluso en alguna ocasión en presencia judicial, trámites no formales que en resoluciones de gran trascendencia - ver auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de febrero de 2006 ordinal 18 como el caso Endesa - permiten agilizar el procedimiento y establecer en un ámbito de lealtad procesal entre las partes los aspectos accesorios del desarrollo del procedimiento. La fórmula de la providencia ahora recurrida y su complemento se deriva de una de estas reuniones informales.": Auto JM-3 Barcelona 02.05.2006 (Concurso 766/2005)

2. No procederá la rehabilitación cuando el acreedor se oponga y con anterioridad a la apertura del concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones en reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante.

Artículo 69. Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado.

1. La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al transmitente, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa. El incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación.

2. El transmitente podrá oponerse a la rehabilitación cuando, con anterioridad a la declaración de concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido, o cuando, con la misma antelación, hubiese recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos y devuelto o consignado en lo procedente la contraprestación recibida o hubiese realizado actos dispositivos sobre el mismo en favor de tercero, lo que habrá de acreditar suficientemente si no constare a la administración concursal.

Artículo 70. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos.

La administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento. En tales casos, deberán pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas hasta ese momento.

No será de aplicación en estos casos la limitación que establece el último párrafo del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1. Inaplicabilidad: oposición al deshucio por inexistencia de impago

AP Barcelona

"CUARTO. 12. El artículo 70 LC no resulta de aplicación al caso porque la demandada no ha pretendido la enervación de la acción de desahucio sino que se ha limitado a oponerse a ella alegando que no existía falta de pago de las rentas. Ello estimamos que nos exonerara de entrar en las demás cuestiones opuestas para fundar esta alegación, que por lo demás son nuevas en esta instancia. Debió haber sido en la primera en la que, contestando a la compensación, se hicieran las alegaciones oportunas respecto del crédito opuesto.": SAP Barcelona (Sección 15) 14.07.2014 (Rollo 195/2014)

2. El estado de concurso no exonera del requisito de consignación de rentas ex art 449.1 LEC para apelar

AP Baleares

"PRIMERO La controversia en este recurso de queja se circunscribe a determinar si el hecho de que una persona jurídica se halle en situación de insolvencia, y es declarada en situación concursal con posterioridad a la sentencia dictada en la instancia, pero antes de la ejecución de la misma, en el contexto de un procedimiento de deshaucio, supone una excepción al requisito formal delartículo 449.1 de la LECnecesario para la admisión del recurso de apelación, esto es, hallarse al corriente en el pago de las rentas en la fecha de preparación del recurso de apelación.
De lo actuado se desprende que nos hallamos ante un procedimiento de desahucio por falta de pago de las rentas; que dicha entidad no se halla al corriente en el pago de las rentas; que con posterioridad a la sentencia que ahora se pretende recurrir, la demandada ha sido declarada en situación de concurso voluntario. La recurrente en queja sostiene que el requisito de admisibilidad del recurso de apelación recogido en elartículo 449.1 de la LEC, no es de aplicación cuando la arrendataria se halla en situación de insolvencia, y con posterioridad a la sentencia ha sido declarada en concurso voluntario. Se alega que la situación de insolvencia que atraviesa la empresa y que ha puesto de manifiesto, vulnera los derechos de la recurrente conforme alartículo 24 de la C.E., que debe evitarse que un exceso formalista convierta meros obstáculos procesales en una infracción al derecho a la tutela judicial efectiva delartículo 24 CC; que si no se admite el recurso, se produce una indefensión a los derechos de la demandante al negarle el acceso a los Tribunales cuando actuó siempre cumpliendo lo establecido de buena fe; dice que "está cumpliendo con las rentas aunque tiene impagadas las reclamadas en procedimiento de deshaucio, pero que va a abonarlas cuando pueda.
La Sala no comparte dichos argumentos, y, por el contrario, ratifica los acertadamente recogidos en la resolución recurrida. Debemos recordar que elartículo 449.1 LEC, se expresa con carácter muy taxativo y sin ninguna excepción; en otras palabras, es una obligación legal que no admite ningún tipo de excepción. Las posibilidades subsanatorias se contraen únicamente, de acuerdo con su núm. 6. a que, antes de rechazar o declarar desiertos los recursos, a estar a lo dispuesto en elart. 231 de la misma Ley, cuando el recurrente hubiese manifestado su voluntad de abonar, consignar, depositar o avalar las cantidades correspondientes, pero no acredita documentalmente, a satisfacción del tribunal, el cumplimiento de tales requisitos. Y es ésta, en definitiva, la única posibilidad de subsanar, y conceder plazo al efecto: para justificar a posteriori en el plazo que se conceda para ello, que se efectuó el pago o la consignación equivalente. En este sentido es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional, por todas, laSTC de 28 enero de 2.002, que indica: "el requisito del pago o consignación de las rentas vencidas al tiempo de la interposición del recurso, o de las que vayan venciendo durante su tramitación, que se establece en losartículos 1566 y 1567 LEC de 1881 (y en la actualidad en elart. 449.1 y 2 de la Ley 1/2000), no constituye un formalismo desproporcionado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva delart. 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos. Por el contrario, representa una exigencia esencial para el acceso y la sustanciación de los recursos, cuya finalidad es la de asegurar los intereses del arrendador que ha obtenido una Sentencia favorable, para evitar que el arrendatario se valga del sistema de recursos que la Ley le concede, como medio para continuar en el goce o uso del inmueble arrendado sin satisfacer la contraprestación de la renta, convirtiendo así el recurso en una maniobra dilatoria del lanzamiento en perjuicio del arrendador (STC 204/1998, de 26 de diciembre, por todas). Igualmente, hemos declarado que una interpretación teleológica o finalista del requisito procesal que nos ocupa, exige distinguir entre el hecho real del pago o consignación de las rentas vencidas, que se erige en un requisito esencial e insubsanable para la admisión del recurso, y la prueba o acreditación de dicho pago o consignación que constituye, por el contrario, un mero requisito formal y subsanable (STC 344/1993, de 22 de noviembre, por todas).
En conclusión, procede desestimar el recurso de queja, pues, para que fuera admisible el recurso de apelación, la ahora recurrente debía haber abonado las rentas debidas, o acreditar hallarse al corriente de las mismas, en la fecha en que concluyó el plazo para la presentación del escrito de preparación del recurso, y al no haberlo hecho, es correcta la resolución de instancia declarando no haber lugar a tal admisión. Debemos reiterar que la norma no establece ninguna excepción, y de seguir la tesis de la actora, de que una entidad en estado de insolvencia puede recurrir sin abonar las rentas pendientes con la simple alegación de que pagará cuando pueda, dicho artículo devendría inaplicable en la práctica, pues siempre se alegaría tal motivo, y quedaría sin efecto la finalidad de tal norma antes expresada. El legislador no ha regulado ni en la LAU ni en la Ley

Concursal ninguna excepción a tal norma, y es evidente que esta última, precisamente en atención a su finalidad de que, en cuanto sea posible, prosiga el funcionamiento de la empresa declarada en concurso, atribuye a la concursada la posibilidad de enervar la acción sin sujeción a los límites temporales delartículo 22.4 de la LC, e incluso rehabilitar el contrato hasta el momento mismo del lanzamiento, pero dicha norma no ha establecido excepción alguna a la aplicación delartículo 449 de la LEC, motivo por el cual debe considerarse aplicable a entidades declaradas en situación de concurso.
Conforme a la doctrina antedicha, la exigencia de consignación de las rentas para la admisión del recurso de apelación no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y derecho de defensa.
En consecuencia, procede desestimar el recurso de queja interpuesto.": AAP Baleares (Sección 5) 14.01.2009 (JUR 2009/277052; Auto 5/2009; Rollo 538/2008)

AP Huesca

"PRIMERO: 1. Previamente, el actor se opone a la admisibilidad del recurso, al amparo de losartículos 449.1 y 457.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primerode tales preceptos señala que "en los procesos que lleven aparejado el lanzamiento, no se admitirán al demandado los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al prepararlos, no manifiesta, acreditándolo por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas".
2. La demandada entiende al respecto que no debe pagar renta alguna por tenerlas ya satisfechas (el importe de la renta constituyente uno de los extremos conflictivos); que lo que se pretende pagar son rentas futuras y que no es competente para administrar sus bienes, al estar incursa en un concurso voluntario (autos 245/2007). Sin embargo, frente a tales alegaciones, hemos de tener en cuenta: A) Que las rentas vencidas a que se refiere elartículo 449.1, a los efectos de admitir el recurso de apelación, deben ser las dispuestas en la sentencia de primer grado y no las que subjetivamente pueda sostener la parte arrendataria. De este modo, elapartado 2 del repetido artículo 449admite ad cautelam la consignación de las rentas (se entiende, debidas según la sentencia impugnada), sin perjuicio de la posterior liquidación. B) Que la demandada no solo adeuda, según la sentencia objeto de recurso, parte de las rentas devengadas durante los años 2002 a 2006, sino, además, actualmente, la renta de 2007, incluso parcialmente cuando presentó el recurso que nos ocupa (junio de ese año), a la vista de los pagos que realizó a lo largo de los ejercicios anteriores que constan en los autos; y el precepto de continua alusión exige el pago tanto de las rentas vencidas como el de las devengadas durante la sustanciación del procedimiento. Y C) Que, conforme alartículo 40 de la Ley Concursal, el deudor, como regla general propia del concurso voluntario, conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, aunque con la intervención de los administradores concursales, de forma que no vemos el inconveniente aducido por la demandada para el pago de las rentas. Además, aun en el caso de sustitución de tales facultades, las consecuencias correspondientes serían procesales, en los términos previstos en elartículo 51.2 de la Ley Concursal, y en ningún caso justificarían una actitud indolente en el pago de las rentas.
3. El recurso, en definitiva, fue indebidamente admitido a trámite; y la causa de inadmisibilidad debe operar en este trámite como causa de desestimación.": SAP Huesca 31.01.2008 (JUR 2008/123647)

AP Tenerife

"PRIMERO.-Pretende la entidad recurrente en queja que se acuerde la procedencia de tener por preparado el recurso de apelación contra la sentencia de 31 de julio de 2009 dictada en el procedimiento del que dimana el presente rollo. En sustento de esa pretensión aduce que en este caso la exigencia del requisito establecido en el artículo 449.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil supone una vulneración del principio de la tutela judicial efectiva al encontrarse esa entidad en fase concursal seguido en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife con el nº 24/09 en el que ha presentado demanda incidental bajo nº 371/09 planteando que las rentas a cuyo pago ha sido condenada no son debidas como consecuencia de que el contrato se encuentra suspendido por causas imputables a la arrendadora, habiendo planteado la existencia de una cuestión prejudicial civil, que fue desestimada por el órgano a quo, criterio del que discrepa la hoy recurrente en queja por entender que le ha determinado una evidente indefensión, al no observarse lo dispuesto en el artículo 88.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando, con reseña de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que considera relevante, que la exigencia del abono de unas rentas cuya obligación se sustenta en un contrato que, a juicio de esa recurrente, está suspendido, como requisito necesario para la admisión a trámite de un recurso de apelación, supondría una vulneración del artículo 24 de la Constitución, cuando además, considera que se han cometido irregularidades procedimentales, anunciadas en el momento de preparar el recurso, causantes de indefensión.
SEGUNDO.-La pretensión de la parte recurrente en queja no puede ser acogida, por ser coincidente con el criterio de esta Sala el de la juzgadora de la instancia, expuesto con detalle en el Auto apelada. Así, como mera adición al razonamiento jurídico único de esa resolución, ha de destacarse que el requisito de procedibilidad exigido en el artículo 449.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al demandado apelante, de acreditar tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar por adelantado, así como las que venzan durante la sustanciación del recurso de apelación no prevé ningún excepción de carácter subjetivo, basada en la condición de dicho apelante o en su situación económica o patrimonial se encuentre, de manera que ninguna trascendencia puede darse a los efectos de eximirle de la aplicabilidad de ese requisito al hecho que invoca la entidad aquí apelante de encontrarse en situación de fase concursal. Con igual criterio, además de la resolución reseñada en el Auto apelado, se manifiesta la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, en el Auto de 8 de mayo de 2006, nº 57/2006, al establecer: "en segundo término, parece fundamentarse también la excusa del cumplimiento de la obligación de consignar las rentas adeudadas en que la sociedad demandada recurrente había sido declarada en concurso por el Juzgado de 1ª Instancia número 4

de esta ciudad. Pero tampoco puede afirmarse que tal situación de declaración de concurso constituya causa justificada que pueda exonerar del cumplimiento de la obligación de consignar las rentas adeudadas como requisito previo para la admisión del recurso de apelación, cuando dicha sociedad haya sido condenada al desalojo del inmueble arrendado, por cuanto en el artículo 70 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2.003 se prevé expresamente la posibilidad de enervar la acción de desahucio así como de rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento mediante el pago con cargo a la masa de todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas hasta ese momento". : AAP Tenerife (Sección 3) 19.03.2010 (Auto 77/2010; Rollo 91/2010)

2.1 Menos aun la mera solicitud de concurso todavía no declarado

AP Oviedo

"SEGUNDO.- La cuestión a resolver en el presente recurso de queja consiste en determinar si el hecho de que el apelante tenga presentada solicitud de declaración de concurso voluntario de acreedores, al tiempo de preparar recurso de apelación contra Sentencia recaída en procedimiento de desahucio por falta de pago de la renta, en el que se ejercita también acción acumulada de reclamación de rentas, exime al demandado apelante de la obligación de manifestar, y acreditar por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas, y de ir pagando también los plazos que vayan venciendo, o los que deba adelantar, durante la sustanciación del recurso, conforme a lo dispuesto en elartículo 449-1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
El Juzgado de instancia, sostiene que la presentación de dicha solicitud de concurso no exime al apelante de la obligación de cumplir dicho requisito al preparar el recurso de apelación, mientras que la recurrente en queja, "La Petite Fondue S.L.", sostiene: 1º.- que la Ley Concursal hace imposible cualquier acto de disposición sobre las cantidades y saldos que pudiera tener la sociedad, en tanto en cuanto se resuelva sobre la solicitud de concurso presentada; 2º.- que en la solicitud de concurso se ha interesado la rehabilitación del contrato, de conformidad con lo dispuesto en elartículo 21.1.4 de la Ley Concursal; 3º.- que elartículo 8.3 de la Ley Concursalestablece la Jurisdicción exclusiva y excluyente para acordar toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que fuera el órgano que la hubiera ordenado; y 4º.- que se encuentran prohibidos los pagos hechos por las empresas en concurso de acreedores a cualquier acreedor, sin la autorización judicial o de los órganos concursales, y de hacerlo así se estaría incurriendo en lo penado en elartículo 259 del Código Penal, por lo que entiende que no puede entenderse aplicable elartículo 449 de la Ley Concursal, pues así lo establece expresamente elartículo 70 de la Ley Concursal.
TERCERO.- En primer lugar, hemos de constatar que elartículo 449-1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civilno contempla excepción alguna de carácter subjetivo, derivada de la condición del deudor, o la situación patrimonial en que se encuentre, y que el hecho de que porAuto de fecha 4 de julio de 2.007, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, en los autos de Concurso Abreviado nº 260/2007 (que se aporta por copia por el recurrente), haya sido declarado el Concurso Voluntario de "La Petite Fondue S.L.", no altera en absoluto la situación existente al tiempo de dictar elJuzgado de instancia la providencia de fecha 16 de mayo de 2.007, en la que tuvo por apartada a la apelante de la apelación formulada, que es la situación que hemos de enjuiciar.
CUARTO.- Al tiempo de prepararse el recurso de apelación contra la Sentencia de desahucio, el Juzgado de lo Mercantil no había resuelto, por tanto, sobre la solicitud de declaración de Concurso, de forma que la entidad apelante no estaba suspendida en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición, ni sometida a intervención, aunque era previsible que, de declararse el Concurso, por tratarse de Concurso Voluntario, conservaría esas facultades, quedando sometida el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, por aplicación de lo dispuesto en elartículo 40 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, como así efectivamente ocurrió, y, en cualquier caso, no estando entonces limitadas aquéllas facultades, era obligación de la demandada continuar cumpliendo sus obligaciones, y entre ellas la de pagar la renta del arrendamiento, pues la simple presentación de la solicitud no produce efecto alguno sobre las obligaciones pendientes de cumplimiento, y menos sobre las obligaciones de carácter legal, y la declaración de Concurso no produce efectos retroactivos, sin perjuicio de las acciones de reintegración de la masa que puedan ejercitar los administradores concursales, conforme a lo dispuesto en losartículos 71 y siguientes de la Ley Concursal.
QUINTO.- Establece elartículo 51 de la Ley Concursalque los Juicios Declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la Sentencia. En este caso, al tiempo de prepararse el recurso de apelación, ni siquiera estaba declarado el Concurso, por lo que es obvio que si la demandada quería apelar la Sentencia, estaba obligada a cumplir los requisitos exigidos por las leyes procesales. Elartículo 21.1.4º de la Ley Concursal (medidas cautelares), que invoca la recurrente en queja sólo es aplicable al Concurso necesario, tal y como se desprende de lo dispuesto en elartículo 17del mismo Texto Legal, ni consta tampoco que en el Auto de declaración del concurso se haya adoptado medida alguna en relación con el contrato de arrendamiento, lo que, además, no afectaría a la cuestión litigiosa, pues se trataría de una situación sobrevenida.
SEXTO.- Efectivamente, elartículo 8.3 de la Ley Concursalestablece que el Juez del Concurso tiene jurisdicción exclusiva y excluyente sobre toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado, pero no acierta a

comprender el Tribunal el motivo por el que se invoca en este caso tal precepto, cuando es obvio que no nos encontramos en el seno de un proceso de ejecución, sino en el trámite de apelación de un proceso declarativo de desahucio y reclamación de rentas, que se encontraba en trámite al tiempo de presentarse la solicitud de concurso voluntario, y para cuyo conocimiento y resolución hasta Sentencia firme no tenía competencia el Juzgado de lo Mercantil.
SEPTIMO.- No es este, desde luego, el lugar adecuado, ni la nuestra Jurisdicción competente, para calificar penalmente la conducta de los administradores societarios que cumplan con sus obligaciones sin estar todavía declarada en concurso la sociedad, pero permítasenos advertir que elartículo 259 del Código Penal, cuya aplicación teme la recurrente, solo castiga al deudor que, «una vez admitida a trámite la solicitud de concurso», sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por laley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a unoo varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto, siendo así que en el caso de Concurso Voluntario, no prevé la Ley Concursal ninguna resolución de admisión a trámite de la solicitud del deudor, previa al propio Auto de Declaración del Concurso (o de desestimación de la solicitud), conforme a lo dispuesto en elartículo 14 de la Ley Concursal, y, en el presente caso, al tiempo de ser preparado el recurso de apelación, no se había dictado el Auto de Declaración de Concurso Voluntario, ni consta que se hubiese admitido a trámite, por tanto, la solicitud.
OCTAVO.- Establece elartículo 70 de la Ley Concursalque «La administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento. En tales casos, deberán pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas hasta ese momento. No será de aplicación en estos casos la limitación que establece el últimopárrafo del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».
Tampoco acierta a comprender el Tribunal el motivo de invocación de tal precepto, puesto que -repetimos- al tiempo de dictarse la providencia que acuerda tener a la apelante por apartada del recurso de apelación no había sido declarado el concurso, ni estaban, por tanto, nombrados los administradores concursales, ni podía enervarse ya la acción de desahucio (el pago o puesta a disposición enervatorios ha de realizarse antes de la celebración de la vista, según lo dispuesto en elartículo 22-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y la posibilidad de rehabilitar la vigencia del contrato habrá de valorarse, en su caso, en el momento en que se deduzca tal pretensión.
Procede, por tanto, desestimar el recurso de queja interpuesto y confirmar la resolución impugnada.”: AAP Oviedo (sección 7) 21.02.2008 (JUR 2008/277314)

3. No cabe esta enervación cuando la acción se ejercita tras la declaración de concurso

AP Baleares

“SEGUNDO **Pr**ocede examinar si concurren los requisitos necesarios para acordar la resolución del contrato y desalojo del actual ocupante del inmueble, partiendo para ello del contenido del propio art. 27 LAU de 24 de noviembre de 1994, en cuyo párrafo 2 se indica que "el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas: a) La falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario". Además de lo dicho hay que tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 LC, en los procedimientos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o de las cantidades debidas por el arrendatario iniciados con anterioridad a la declaración del concurso, podrán enervarse mediante el pago de la totalidad de las cantidades que se adeuden; sin embargo, si la acción resolutoria se plantease con posterioridad a dicho término, en aplicación del art. 62 LC, no cabe plantearse dicha enervación.”: SAP Baleares 05.07.2007 (JUR 2008/357136)

AP Barcelona

“CUARTO.-Por lo que se refiere al contrato de la calle Platón, como hemos expuesto, la sentencia reconoce en el fallo un crédito contra la masa de 98.094,43 euros, al tiempo que acuerda mantener el contrato, pese al incumplimiento contractual, en interés del concurso. El recurrente se opone a la aplicación del artículo 62.3º en tanto en cuanto no se solicitó en la contestación y por no haber abonado la concursada todas las rentas debidas (y no sólo las devengadas hasta la demanda).
Resulta de aplicación al presente caso el artículo 62 de la Ley Concursal y no el artículo 70, mencionado por ambas partes, que regula la enervación del desahucio y la rehabilitación de contratos en acciones iniciadas antes de la declaración de concurso. Recordemos que el artículo 62 atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones resolutorias de contratos con obligaciones recíprocas pendientes por incumplimiento de cualquiera de las partes. Ello no obstante, aunque exista causa de resolución, conforme a su apartado tercero, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, " siendo con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado".”. SAP Barcelona (Sección 15) 23.07.2014 (Sentencia 258/2014; Rollo 145/2014)

4. Todas las rentas deben pagarse con cargo a la masa, incluso las anteriores a la declaración de concurso

AP Zaragoza

"PRIMERO Es objeto de impugnación elauto de 28-5-2008 que rechazó la reposición de la providencia de fecha 24-4-2008 que acordaba entregar a la arrendataria la cantidad consignada para la rehabilitación del contrato de arrendamiento del local en el que la concursa desarrollaba su actividad, que comprendía las rentas de octubre de 2007 a marzo de 2008 (inclusive)
El contrato había sido resuelto por sentencia de fecha 31-7-2007 (anterior al concurso), y, en ejecución de la misma, fue fijado el día 1-4-2008 como día del lanzamiento en auto de 23-1-2008. La rehabilitación fue solicitada por la administración concursal, el 26-3-2008y concedida por el juez del concurso por auto de fecha 31-3-2008, una vez que la concursa consignó las sumas debidas en la misma fecha en que la rehabilitación fue solicitada, a cuyo efecto presentó escrito en el que, además de comunicar la consignación, interesaba que las rentas consignadas fueran consideradas deudas concursales y sometidas al régimen común, pese a lo cual el juzgador de primer grado, como queda dicho, acordó la entrega a la arrendadora.
SEGUNDO Conforme alart. 70 LC:
"La administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento. En tales casos, deberá pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas hasta ese momento".
Y frente a tal disposición el recurrente sostiene que han de ser aplicadas las normas generales contenidas en losart. 61 LC y 84.2.6LC, y concluir que tan sólo las rentas vencidas con posterioridad a la declaración del concurso deben ser satisfechas con cargo a la masa, pues las anteriores deben ser tenidas como deudas concursales, y, en consecuencia, no deberían haber sido entregadas a la arrendadora, pues ello implica reconocerle un privilegio que no se halla establecido en la ley.
Tal argumentación no puede ser acogida. Elart. 61 LCque invoca la recurrente se halla destinado a regular las consecuencias del concurso sobre los contratos que estuvieran vigentes al tiempo de su declaración, no las que hubieren sido ya resueltos, cual ocurre con los contratos arrendamientos cuando ha sido ya dictada sentencia de desahucio, eventualidad que es la contemplada en elart. 70 LChecho valer por la administración concursal para obtener su rehabilitación.
Pero es que además, a diferencia de lo que ocurre con las ejecuciones a que se refiere elart. 8.3 LC y 55LC, la ejecución de una sentencia de desahucio de finca urbana dictada con anterioridad a la declaración de concurso del arrendatario ni es competencia del juez del concurso ni queda suspendida por tal declaración, pues no se trata de la ejecución de derecho de crédito alguno, sino de la recuperación posesoria de un inmueble cuyo título de ocupación ha desaparecido con la sentencia de desahucio. En cuanto a lo primero, la SAP de Barcelona de 22-11-2006ha resuelto la cuestión de competencia planteada en la ejecución de una sentencia de desahucio entre el juzgado de primera instancia que la dictó y el juzgado de lo mercantil que conocía del recurso de la inquilina a favor del primero, y, en cuanto a lo segundo, la propia existencia del art. 70 LC que ha quedado transcrita evidencia que el efecto paralizador de la ejecución no se produce.
Es por ello que la rehabilitación del contrato exige como presupuesto que las rentas hayan sido pagadas con cargo a la masa, tal y como exige elart. 70 LC, solución, que, por cierto, es la misma que da la legislación en elart. 62.3 LC para el caso de que la causa de resolución se produzca durante el concurso, pues, como razona la sentencia acabada de citar "la tesis contraria conllevaría un perjuicio desproporcionado a la arrendadora, que el concurso no puede justificar, pues aunque la cantidad adeudada en concepto de rentas debidas constituya un crédito a incluir en la masa pasiva del concurso, la propietaria del inmueble se vería privada de la recuperación posesoria de la nave, pretendida con su demanda de desahucio, lograda en sentencia firme y estricto objeto de esta ejecución, sin que la nave pueda integrar nunca la masa activa del concurso". La única razón por la cual la rehabilitación y la arrendadora obligada a soportar la continuidad del contrato cuya resolución ya había obtenido pueden ser justificadas es porque las rentas debidas han sido satisfechas.
En consecuencia, procede el rechazo del recurso interpuesto.": AAP Zaragoza (sección 5) 02.03.2009 (JUR 2009\187268)

CAPÍTULO IV - De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa

Artículo 71. Acciones de reintegración.

[Precepto íntegramente redactado de nuevo por ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011). Señalaremos las diferencias respecto de la redacción inicial]

1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

[La redacción del art 71.1 ex Ley 38/2011 es idéntica a la inicial]

Art. 71.1

0. Doctrina general

0.1 Naturaleza rescisoria basada exclusivamente en el perjuicio. Irrelevancia de la buena o mala fe.

Tribunal Supremo

“2.2. La irrelevancia de la mala fe en la reintegración concursal.
Las grandes similitudes entre las acciones de reintegración concursal, y la rescisoria regulada en el artículo 1290 y siguientes del Código Civil, han llevado al legislador a calificar como rescisoria la acción de reintegración, en terminología criticada por el informe del Consejo General del Poder Judicial y por el dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Concursal, y en las enmiendas 195 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso y 149 en el Senado, es lo cierto que el artículo 71 prescinde por completo del requisito subjetivo de la intención fraudulenta, al extremo que su tenor literal de forma expresa excluye tal exigencia al disponer que "[d]eclarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta".
34. Dicho de otra forma, los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de si han sido realizados de buena fe. Por el contrario, no lo son los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe.“: STS 28.03.2012 (Sentencia 185/2012; Rollo 550/2009)

AP Alava

“Las acciones rescisorias concúrsales tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
La Ley Concursal en su capítulo IV, Título II, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (límite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.
Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
La Ley Concursal no exige un ánimo fraudulento en los actos del deudor para que prospere la acción rescisoria sino que lo relevante es que exista perjuicio. De esta forma se puede concluir que no es necesario acreditar el nexo de causalidad entre el acto del deudor y la situación de insolvencia, sino que realmente se pruebe que existe el acto lesivo para la masa.”: SAP Alava (Sección 1) 09.02.2012 (Sentencia 41/2012; Rollo 508/2011)

“Acción de reintegración a la masa de las cantidades reclamadas. Los actores fundan su pretensión en los art. 71 a 73 LEC cuyos elementos esenciales son: a) la existencia de perjuicio para la masa y b) su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración de concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Completa la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso "iuris et iure" (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, ex art. 71.2), y en otro "iuris tantum" (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, ex art. 71.3)
Sin perjuicio de especialidades en su régimen, las notas definitorias de la acción de rescisión pueden predicarse, con carácter general, de las acciones de reintegración, y por tanto calificarlas como rescisorias especiales o concúrsales por cuanto: a) tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva; b) el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato, y por último, c) la ineficacia del negocio ha de ser provocada a través de su ejercicio por parte de la administración judicial, y, subsidiariamente, por los acreedores, pues sólo si se ejercita y prospera, una vez declarada judicialmente, comenzará a producir sus efectos.
Ahora bien, frente a la acción rescisoria pauliana del art. 1.111 y 1.290 no precisan acreditar la existencia del consilium fraudis ni el requisito de la subsidiariedad. La acción de reintegración concursal tiene una base absolutamente objetiva: probado el perjuicio, tiene lugar la rescisión, con la debida reintegración de las prestaciones de las partes, mas sus frutos e intereses. “:SAP ALAVA (Sección 1) 15.09.2010 (Sentencia 414/2010; Rollo 85/2010)

AP Almería

TERCERO.- Se califica como acción de reintegración, contemplada en el art.. 71 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, Ley Concursal, aquella que posibilita que una vez declarado el concurso, sean rescindibles los actos

perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, la que tiene naturaleza jurídica y efectos rescisorios, teniendo por objeto dejar si efecto los actos perjudiciales para el patrimonio del deudor concursado y que serían válidos tales negocios jurídicos, dado que reúnen los elemento esenciales en Derecho para su perfección, art. 1.261 CC, fundándose tal ataque en justificaciones externas.
Por tanto, la acción de reintegración concursal se separa en su fundamento de la clásica acción pauliana, igualmente rescisoria, del Derecho civil, art. 1.111 y 1.291, art.1.111 y art.1291 del C.C., en tener una base absolutamente objetiva. Es decir, la acción prevista en el art. 71, para lograr la rescisión del acto jurídico atacado, se asienta en la simple existencia de un perjuicio patrimonial, sin atender a la presencia o no de intención fraudulenta alguna. Una vez probado el perjuicio del acto para la masa, tiene lugar la rescisión, con la consecuencia de la debida reintegración de las prestaciones de las partes derivadas del acto o negocio jurídico rescindido, art. 1.123 CC, más sus frutos e intereses, la que tendrá lugar por parte del concurso con cargo a la masa, art. 73.3 LC.”: SAP Almería (Sección 2) 27.03.2014 (Sentencia 75/2014; Rollo 393/2012)

AP Badajoz

“QUINTO Como es sabido, los ordenamientos jurídicos se han mostrado secularmente recelosas de los negocios jurídicos realizados por el deudor insolvente en los momentos inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento concursal porque, como la experiencia demuestra, el deudor suele intentar poner a salvo su patrimonio mediante actos y contratos que redundan en perjuicio de los acreedores, bien intentando salvar ciertos bienes celebrando contratos con personas de su entorno o confianza, bien favoreciendo a determinados acreedores, bien realizando operaciones de elevado riesgo que, quizás en otra situación, menos apremiante, no hubieran realizado, (como ha tenido ocasión de manifestar la doctrina, Viguer Soler, Sancho Gargallo, etc.)
Pues bien, frente a tales situaciones las leyes ofrecen diversas soluciones que persiguen la declaración de ineficacia de los negocios jurídicos así realizados por perjudicar a la masa; una de tales soluciones son las acciones de retroacción o acciones de reintegración, basadas en una presunción de fraude o simplemente en el perjuicio ocasionado a la masa activa. Como ya dijera elT.S. en S. 24/10/1989estos mecanismos constituyen " una auténtica garantía o instrumento cautelar la defensa de los intereses en juego de la masa del quebrado, que, en otro caso, podrían haberse visto burladas o eludidas por anticipadas y acaso maliciosas conductas de reducción de solvencia patrimonial por quien teme o vislumbra su inexorable final de insolvencia declarada".
La regulación actual de las acciones de reintegración en nuestra Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) instaura un sistema basado en el ejercicio de acciones impugnatorias relativas a actos realizados por el deudor dentro del plazo que se señala la Ley, cuya duración es de dos años y en el abandono de la presunción de fraude o "animus fraudendi", como sustrato de aquellas acciones, sustituyéndolo por el criterio más objetivo de "perjuicio a la masa"; así lo vemos, concretamente, en elart. 71 de la L.C., donde ya no se habla de nulidad (que elT.S. venía considerando, bajo la legislación anterior, de radical y absoluta: SS.T.S. 28-2-2003; 12-6-2000; 28-10-1996; 25-10-1999) de los actos realizados por el deudor, sino de mera rescindibilidad, lo que implica el abandono del sistema de ineficacia automática: los negocios realizados por el deudor antes de la declaración del concurso dejan de ser nulos y pasan a ser rescindibles, lo que supone la necesidad de declaración judicial de su ineficacia; es decir, se parte de la eficacia de tales actos salvo revocación expresa como consecuencia de la acción de reintegración, pues el sistema gira en torno al perjuicio patrimonial causado a la masa activa, aunque no hubiera existido intención fraudulenta, como reza el propioart. 71.1 L.C; aquel perjuicio no será de fácil acreditación en la práctica, razón por la cual el legislador arbitra una serie de presunciones para facilitar el ejercicio de aquellas acciones.”: SAP Badajoz (Sección 2) 02.10.2008 (JUR 2009/93654; Sentencia 231/2008; Rollo 837/2007)

AP Baleares

“Ha de tenerse en cuenta que a la hora de determinar si los actos realizados por la concursada atacados en la demanda son ineficaces la LC actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo)- STS de 5 y 13 de diciembre de 2005 - sino que opta por acciones especiales reguladas en los art.71 a 73 cuyos elementos esenciales son :
i) la existencia de perjuicio para la masa y
ii) ii) su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede " aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC).
Completa la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso "iuris et iure" (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3).
Sin perjuicio de especialidades en su régimen, las notas definitorias de la acción de rescisión pueden predicarse, con carácter general, de las acciones de reintegración, y por tanto calificarlas como rescisorias especiales o concursales por cuanto:
a) tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva;
b) el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y por último,
c) la ineficacia del negocio ha de ser provocada a través de su ejercicio por parte de la administración judicial y, subsidiariamente, por los acreedores, pues sólo si se ejercita y prospera, una vez declarada judicialmente, comenzará a producir sus efectos.

Ahora bien, frente a la acción rescisoria pauliana del art.1111 y 1290 CC no precisan acreditar la existencia del consilium fraudis ni el requisito de la subsidiariedad, es decir, "que no pueda de otro modo cobrar lo que se les deba". La acción de reintegración concursal no obstante su naturaleza de acción rescisoria, tiene una base absolutamente objetiva: probado el perjuicio, tiene lugar la rescisión, con la debida reintegración de las prestaciones de las partes, más sus frutos e intereses. La presencia de esa intención de fraude no es requisito para su estimación sino que solo genera únicamente unas ulteriores consecuencias frente a la rescisión del acto atacado, como son, según el art. 73 LC, el nacimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios generados a la masa activa del concurso derivados causalmente del acto rescindido, y la calificación del crédito de la contraparte como subordinado.
Así se señala en la Sentencia Audiencia Provincial de Baleares de fecha 28 de febrero de 2007 respecto del artículo 71 LC que " la regulación de las consecuencias de la declaración de ineficacia de las acciones rescisorias en la Ley Concursal no coincide con la del Código Civil. La diferencia de régimen se debe a las implicaciones de la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, según el principio de paridad de trato, en la ordenación de los efectos de las acciones rescisorias concursales." ": SAP Baleares (Sección 5) 17.01.2012 (Sentencia 16/2012; Rollo 420/2011)

“Ello no obstante insistir en que como refiere la SAP de Cáceres de 19 de septiembre de 2012, el artículo 71 de la Ley de Concursal establece que declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los daños anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiese intención fraudulenta, estableciendo a continuación determinados supuestos en los que se deduce iuris et de iure o iuris tantum el perjuicio patrimonial.
Dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración (rescisión) es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de irue, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores.”: SAP Baleares (Sección 5) 02.11.2012 (Sentencia 465/2012; Rollo 317/2012)
TERCERO.- Entrando en el análisis de la cuestión de fondo propiamente dicha, comenzar señalando que como ya ha declarado este Tribunal, con cita la SAP de Cáceres de 19 de septiembre de 2012, el artículo 71 de la Ley de Concursal establece que declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los daños anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiese intención fraudulenta, estableciendo a continuación determinados supuestos en los que se deduce iuris et de iure o iuris tantum el perjuicio patrimonial.
Dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración/rescisión es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de irue, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores. “: SAP Baleares (Sección 5) 19.04.2013 (Sentencia 164/2013; Rollo 681/2012)

“SEGUNDO.-En cuanto a la acción principal ejercitada, conforme al artículo 71.2 LC, dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración (rescisión) es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de

contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y, ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil), ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores.": SAP Baleares (Sección 5) 15.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 38/2013) y, en idénticos, términos, SAP Baleares (Sección 5) 18.03.2013 (Sentencia 102/2013; Rollo 786/2012), SAP Baleares (Sección 5) 23.04.2013 (Sentencia 168/2013; Rollo 10/2013) y SAP Baleares (Sección 5) 06.06.2013 (Sentencia 253/2013; Rollo 42/2013)

"TERCERO.-Y, en supuesto similar, ya indicó este Tribunal que: "En cuanto a la acción principal ejercitada, conforme al artículo 71.2 LC, dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración (rescisión) es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y, ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil), ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores.": SAP Baleares (Sección 5) 24.06.2013 (Sentencia 271/2013; Rollo 179/2013)

"SEGUNDO.-A modo de adelanto, y como ha indicado reiteradamente este Tribunal: "En cuanto a la acción principal ejercitada, conforme al artículo 71.2 LC, dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración (rescisión) es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores.": SAP Baleares (Sección 5) 26.06.2013 (Sentencia 277/2013; Rollo 139/2013)

"SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos de la presente alzada, comenzar señalando, como ya lo hiciera la resolución recurrida, que la ley concursal, al regular las acciones de integración, parte o exige de dos presupuestos esenciales, a saber la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el período de dos años anteriores a la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et de iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a titulo oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas; y que para casos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la

intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores.”: SAP Baleares (Sección 5) 29.04.2014 (Sentencia 131/2014; Rollo 73/2014)

AP Barcelona

“VI. Configuración legal de la acción rescisoria concursal. Como ya hemos apuntado antes, el art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La ineficacia propugnada con esta acción es la propia de la rescisión, aunque su fundamento radica exclusivamente en el perjuicio.
La rescisión responde mejor a la naturaleza jurídica de los actos o negocios realizados por el deudor un tiempo antes de la declaración de concurso (dos años), que en el momento de realizarse son válidos, por reunir los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (arts. 1300 y ss. CC). No adolecen de ninguna ineficacia estructural. En todo caso, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que una vez declarado el concurso verán disminuidas la garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquel acto. Se trata, pues, de una ineficacia funcional.
La naturaleza rescisoria se plasma, no sólo en el fundamento de la ineficacia, sino también, y de forma consiguiente, en sus efectos, que serán los propios de las acciones rescisorias: la recíproca restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses, y la no afectación a los terceros de buena fe. Y esta naturaleza común a la acción rescisoria por fraude de acreedores permite integrar las lagunas de la regulación concursal con la prevista en los arts. 1291 y ss. CC.
Por otra parte, el fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. De este modo puede revocarse cualquier acto que se acredite perjudicial para la masa activa, aunque en ocasiones la prueba del perjuicio se favorezca a través de presunciones, que en unos casos admitirán prueba en contrario y en otros no. Para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, como ocurre con las donaciones y en general con las transmisiones a título gratuito; también en los negocios bilaterales con reciprocidad de prestaciones, si se da una ausencia de equivalencia; y podría ocurrir también en los actos unilaterales del deudor, como es el pago, que por la proximidad en el tiempo de la apertura del concurso, y por estar ya en estado de insolvencia, suponen una vulneración de la par condicio creditorum, siempre que no se trate de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, expresamente excluidos por el art. 71.5 LC.
El legislador ha querido excluir expresamente la exigencia de un elemento subjetivo para el ejercicio de esta acción. No es necesario ni la intención fraudulenta del deudor al realizar el acto ni el consilium fraudis con quienes negocian con él. Su consecuencia práctica es que se facilita el ejercicio de la acción, y en concreto la prueba de sus presupuestos, pues es más fácil de acreditar un elemento objetivo como es el perjuicio, que la intención subjetiva.
De todas formas, aunque en principio no sea necesario hacer referencia al fraude o a la mala fe, éstas pueden hacerse constar y declararse así, pues tendría sus efectos:
i) De una parte, porque según el art. 73.2 LC la rescisión del negocio llevará consigo la obligación de restituir las prestaciones, y cuando la extraída del patrimonio del deudor no pueda reintegrarse por haber ido a parar a un tercero de buena fe, entonces habrá que entregar el valor del bien al tiempo de su enajenación, más los intereses legales, salvo que se declare que quien contrató con el demandado lo hizo de mala fe, pues entonces se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a la masa activa.
ii) De otra parte, porque el art. 164.2.5º LC tipifica como culpable el concurso del deudor cuando durante el periodo sospechoso hubieran salido fraudulentamente de su patrimonio bienes o derechos. Tratándose de una norma sancionadora debe interpretarse restrictivamente, y por ende no bastará con que el juez hubiera estimado una acción rescisoria concursal, sino que será necesario que expresamente se declare la concurrencia del fraude. En este caso, el efecto de la sentencia traspasaría los propios de la reintegración, constituyendo un hecho justificativo de la calificación culpable del concurso, y por ello podría acarrear cualquiera de los pronunciamientos complementarios previstos en el art. 172 LC.
No obstante, para que la sentencia recogiera una referencia al fraude o a la mala fe, con vistas a cualquiera de ambas finalidades, nunca para que prosperara la acción rescisoria, sería necesario que previamente se solicitara en la demanda, lo que no ha ocurrido en el presente caso. ”: SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006)

[la rescisión concursal] "responde mejor a la naturaleza jurídica de los actos o negocios realizados por el deudor un tiempo antes de la declaración de concurso (dos años), que en el momento de realizarse son válidos, por reunir los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (arts. 1300 y ss CC). No adolecen de ninguna ineficacia estructural. En todo caso, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que una vez declarado el concurso verán disminuidas la garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquél acto. Se trata, pues, de una ineficacia funcional": SAP Barcelona (Secc. 15ª) 01.02.2007 (La Ley 15002/2007)

AP Burgos

“Tampoco es controvertido el aspecto jurídico de la dación en pago como un modo de extinción de las obligaciones, aunque no aparezca expresada en el artículo 1.156 del Código Civil en este sentido, sí ex artículos 1.521 y 1.536 del Código Civil, y aceptado doctrinal y jurisprudencialmente; y que sea un acto inicialmente válido y eficaz. Pero, ésta, no es la cuestión, y el hecho es que no se ejercita una acción de nulidad, sino de reintegración por rescisión, conforme al artículo 71 de la Ley Concursal, por ser el acto perjudicial para la masa activa del concurso.
La rescisión, conceptualmente, presupone un acto válido, pero se declara su ineficacia porque se produce un perjuicio, que es lo que contempla, precisamente, el artículo 71 de la Ley Concursal al establecer la rescindibilidad de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta el contrato litigioso es de 6 de septiembre de 2.010, y la declaración de concurso se produjo mediante Auto de 27 de octubre de 2.010-.
La Ley trata de disuadir que durante ese tiempo puedan realizarse por el deudor actos o negocios jurídicos que beneficien a unos concretos acreedores en perjuicio del resto, siendo, éste, el principio jurídico que subyace en la regulación legal. Se ha suprimido el sistema de retroacción anterior, que declaraba nulos todos los actos realizados por el deudor en dicho período, y lo sustituye por el sistema mencionado, que se funda en el perjuicio para la masa activa y del común de los acreedores, en beneficio de alguno o algunos concretos acreedores, a través de un negocio jurídico concreto, consistente, materialmente, en la transmisión de los bienes muebles que son objeto de la demanda y su adquisición por la sociedad recurrente, integrándose en su patrimonio particular.” SAP Burgos (Sección 3) 05.09.2013 (Sentencia 216/2013; Rollo 148/2013)

“Tampoco es controvertido el aspecto jurídico de la dación en pago como su medio de extinción de las obligaciones, aunque no aparezca expresada en el art. 1.156 C.Civil en este sentido, sí ex arts. 1.521 y 1.536 C.Civil, y aceptado doctrinal y jurisprudencialmente. Asimismo, que sea un acto inicialmente válido y eficaz, respecto de obligaciones vencidas, líquidas y exigibles.
Pero, ésta, no es la cuestión. Por eso, no se ejercita una acción de nulidad, sino de reintegración por rescisión, conforme al art. 71 LC, por ser el acto perjudicial para la masa activa del concurso.
La rescisión, conceptualmente, presupone un acto válido, pero se declara su ineficacia porque se produce un perjuicio, que es lo que contempla, precisamente, el art. 71 LC al establecer la rescindibilidad de los actos perjudiciales para la masa activa realizadas por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiese existido intención fraudulenta -los convenios litigiosos son de fecha 31 mayo y 31 julio 2010, y la declaración del concurso se produjo mediante Auto de 27 de octubre de 2010-.
La Ley trata de disuadir que durante ese tiempo puedan realizarse por el deudor actos o negocios jurídicos que beneficien a unos concretos acreedores en perjuicio del resto, siendo, éste, el principio jurídico que subyace en la regulación legal. Se ha suprimido el sistema de retroacción anterior, que declaraba nulos todos los actos realizados por el deudor en dicho periodo, y lo sustituye por el sistema mencionado, que se funda en el perjuicio para la masa activa y del común de los acreedores, en beneficio de alguno o algunos concretos acreedores, a través de un negocio jurídico concreto, consistente, materialmente, en la transmisión de los bienes muebles que son objeto de la demanda y su adquisición por la sociedad recurrente, integrándose en su patrimonio particular.”: SAP Burgos (Sección 3) 20.09.2013 (Sentencia 227/2013; Rollo 155/2013)

AP Cádiz

“PRIMERO.-Como ya señalara la AP Barcelona, el nuevo ordenamiento concursal ha optado por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, sustituyendo el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial para la masa activa, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz. De este modo, el art. 71.1 LC establece que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta", estableciendo a continuación una serie de supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario, y seguidamente otros en los que la presunción de perjuicio admite prueba en contrario.
El presupuesto objetivo es, por tanto, la existencia de un acto perjudicial para la masa activa, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, momento éste en el que, ex post, se determinará si el acto en cuestión ha supuesto una disminución o quebranto del patrimonio del deudor que, una vez declarado el concurso, integra dicha masa activa, y que sirve de garantía para el cobro de los créditos concúrsales en el seno del procedimiento.”: SAP Cádiz (Sección 5) 06.06.2011 (Sentencia 325/201; Rollo 61/2011)

“Determinados los motivos del recurso debemos tener en cuanta que la vigente Ley Concursal se aparta sensiblemente de los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previa, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado, facilitando la prueba del requisito esencial del perjuicio para la masa activa a través de una serie de presunciones de carácter iuris et do iure y iuris tantum”. SAP Cádiz (Sección 5) 12.09.2012 (Sentencia 413/2012; Rollo 223/2012)

AP Cáceres

"TERCERO.-La Ley Concursal regula las acciones de reintegración en el Art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Se trata de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Su naturaleza rescisoria tiene como finalidad lograr que se declare la ineficacia del acto, condenando a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC), siendo su base absolutamente objetiva, separándose así de la acción pauliana de los Arts. 1.111 y 1.291 del CC al no atender a la presencia de intención fraudulenta, sin perjuicio en caso positivo, de las ulteriores consecuencias previstas en el art. 73 LC, en relación a la rescisión del acto atacado -calificación del crédito de la contraparte como subordinado y obligación de indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activapues, aquélla se asienta en la existencia de un simple perjuicio patrimonial, que al margen de los supuestos presumidos por la norma- art. 71.2 y 3 LC exige del actor su prueba - art. 71.4 LC - ofreciendo el apartado 5 un elemento interpretativo autentico y excluyente, imperativo del interés de los demandados, en su prueba, al declarar no rescindibles, entre otros, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.": SAP Cáceres (Sección 1) 20.07.2012 (Sentencia 379/2012; Rollo 433/2012)

"CUARTO.-El artículo 71 de la Ley Concursal establece que "declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta", estableciendo a continuación determinados supuestos en los que se deduce iuris et de iure o iuris tantum el perjuicio patrimonial. La finalidad de las acciones de reintegración es rescindir, dejar sin efecto los actos realizados por el deudor, en el periodo de tiempo establecido en la ley, que hayan supuesto un perjuicio para su patrimonio, una disminución del mismo, o de su valor, se trata de aumentar la masa activa del concurso con aquellos bienes y derechos que salieron indebidamente del patrimonio del concursado antes de la declaración del concurso.
Dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción de reintegración debe probar que los actos realizados por el deudor en el periodo de sospecha son perjudiciales para la masa activa. La Ley Concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones del perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de iure que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida y no requieren que se valoren sus efectos perjudiciales. No admiten prueba en contrario. Entre ellas se encuentran los actos de disposición del deudor realizados a título gratuito en el periodo sospechoso, salvo las liberalidades de uso. El fundamento está en que existiendo acreedores no está justificado que se realicen actos de liberalidad. ": SAP Cáceres (Sección 1) 19.09.2012 (Sentencia 403/2012; Rollo 395/2012)

"QUINTO.-Conviene comenzar por afirmar que suele ser frecuente en la práctica mercantil que no haya una coincidencia en el tiempo entre la insolvencia del deudor y la declaración del concurso. Es habitual que antes de que se declare el concurso, exista un periodo más o menos largo, en el que el deudor se encuentre ya en estado de insolvencia o, si se quiere, de concurso de hecho, pero intente por todos los medios eludir la quiebra declarada judicialmente en evitación de sus efectos.
En ese periodo anterior a la declaración del concurso, es posible que el deudor, en previsión de su ruina, proceda a desprenderse de parte de sus bienes, colocándolos en manos de personas de su entorno familiar o personal, favorezca a acreedores determinados de forma anticipada a la que resultaría del vencimiento de sus obligaciones, para apartarlos así de la ejecución colectiva inminente, en perjuicio de todos sus acreedores o intente retrasar las consecuencias legales derivadas de la crisis económica.
Como apunta ROJO, en la reintegración de la masa pugnan dos intereses en conflicto, el de la masa pasiva a una reintegración máxima, y el interés de la seguridad del tráfico, favorecedor de una alteración mínima de los actos realizados por el deudor.
La Ley concursal supone en materia de reintegración un cambio radical de planteamiento con nuestro derecho histórico, prescindiendo por completo del sistema de retroacción y optando por un sistema de acciones impugnatorias.
La nueva regulación pone el acento para operar la rescisión, en la circunstancia de que los actos en cuestión sean perjudiciales para la masa activa, con independencia de la intención fraudulenta perseguida. Se acoge así

un sistema de acciones específicas de reintegración, destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso.
De este modo, queda claro que deben concurrir dos requisitos para rescindir los actos realizados por el deudor con carácter previo a la declaración del concurso:
a) que los actos sean perjudiciales para la masa
b) que se realice tal acto en los dos años anteriores a la declaración.
En cuanto al primero de los requisitos, supone conectar claramente el sistema de reintegración con la finalidad que le es propia. Si la misma es un instrumento que tiene como función evitar que en el periodo previo a la declaración judicial de quiebra, el deudor realice actos que puedan perjudicar a la masa activa, debilitando su patrimonio, que es la garantía de los acreedores, solo podrá anularse el acto que haya provocado ese perjuicio para la masa. La clave, por tanto, es el perjuicio para la masa, que se deriva de haberse realizado un acto o negocio jurídico que ha producido una disminución en el patrimonio del deudor o una pérdida de valor del mismo. El perjuicio es claro en los actos gratuitos, ante la natural falta de contraprestación al desplazamiento patrimonial realizado por el deudor. En los actos o negocios a título oneroso, el perjuicio para la masa derivara de la falta de equivalencia de la prestación realizada por quien contrata con el deudor, respecto la que éste efectúo.
No es preciso que exista una relación de causalidad entre el acto del deudor y la situación de insolvencia, siendo suficiente que el acto haya provocado una reducción del patrimonio del deudor o haya impedido un incremento del mismo.
El perjuicio no debe entender en sentido estricto, como disminución del activo. Tal y como se ha sostenido en la doctrina (LEÓN), para delimitar el perjuicio ha de atenderse al " principio de paridad de trato", de suerte que el perjuicio ha de apreciarse también por referencia al conjunto de los acreedores, a la masa pasiva, no solo a la masa activa, entendiéndose que existe perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales.
En segundo lugar, se opta por el criterio legal para la determinación del periodo de retroacción, descartando, ni siquiera como complementario, el criterio judicial. El criterio legal para la determinación de la situación de insolvencia, supone que solo pueden impugnarse los negocios que se hubieren concluido por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso.
La nueva Ley Concursal articula un sistema de reintegración que se caracteriza, entre otras cosas, por establecer junto a un principio general de prueba del perjuicio patrimonial a cargo de quien ejercita la acción de reintegración, la concesión a los impugnantes de facilidades en materia probatoria en otros supuestos, a través del juego de presunciones, algunas "iuris et de iure" y otras que admiten prueba en contrario, y para cerrar, se establece una cláusula de exclusión del sistema de reintegración para otros actos que se detallan en la Ley.”: SAP Cáceres (Sección 1) 02.10.2014 (Sentencia 219/2014; Rollo 295/2014)

“OCTAVO.-Por lo demás, la decisión que abrazamos en la presente Resolución entendemos que se ajusta, con la necesaria fidelidad (y con la adecuada acomodación al supuesto que se ha sometido a nuestra consideración), al criterio que, sobre los requisitos, naturaleza y finalidad de las acciones de reintegración, mantiene, tanto el Tribunal Supremo, como las Audiencias Provinciales, en interpretación del artículo 71 de la Ley Concursal. Y así, el Tribunal Supremo, Civil, Sección 1ª, en Sentencia de fecha 9 de Julio de 2.014, ha declarado que: "Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo número 652/2.012, de 8 de Noviembre, para decidir qué debe entenderse por "un acto perjudicial para la masa activa", deben valorarse si los datos existentes "en el momento de su ejecución, el acto se había considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiera existido en aquella fecha", pues "la casuística en esta materia es muy amplia" y, en definitiva, la "ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (Sentencias del Tribunal Supremo 548/2.010, de 16 de Septiembre, 662/2.010, de 27 de Octubre, 801/2.010, de 14 de Diciembre y 210/2.012, de 12 de Abril)". (...) Pues bien, estas formulaciones tienen por sí mismas un carácter objetivo, pero olvida la recurrente que el precepto que se dice infringido, el artículo 71.3 LC, se encabeza literalmente: "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume..." y, por tanto, las consideraciones que preceden deben hacerse proyectadas al caso concreto, en función de la resultancia fáctica acreditada y probada en la litis, para destruir la presunción del perjuicio".
En Sentencia de fecha 30 de Abril de 2.014, el Alto Tribunal, Civil, Sección 1 ª, ha destacado que: "Las acciones de reintegración son instrumentos esenciales para la satisfacción de los intereses de los acreedores, que constituye la finalidad primordial del Concurso. Mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par conditio creditorum. (...) Entre los actos que pueden ser objeto de las acciones de reintegración están los constitutivos de garantías reales sobre bienes inmuebles, porque implican una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito. Es por ello que han de considerarse actos de carácter dispositivo sobre el patrimonio. (...) De acuerdo con el régimen de las acciones de reintegración de la Ley Concursal, las garantías reales sobre bienes inmuebles, como es el caso de la hipoteca, prestadas por el deudor concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso pueden ser objeto de rescisión cuando constituyan un acto de disposición a título gratuito pues en tal caso el perjuicio para la masa se presume sin que sea admisible prueba en contrario (artículo 71.2 de la Ley Concursal); cuando constituyan un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado o se hayan constituido a favor de

obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, y no se pruebe la falta de perjuicio patrimonial (artículo 71.3.1º y 2º); y, en general, cuando se pruebe que han causado un perjuicio para la masa activa. Para el ejercicio de estas acciones no es preciso probar la existencia de fraude. (....) En la Sentencia número 487/2.013, de 10 de Julio, afirmamos que en la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (artículo 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (artículo 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría. (...) El perjuicio para la masa consiste en el sacrificio patrimonial injustificado del deudor que posteriormente es declarado en concurso. (...) El artículo 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses». Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción. (...) El perjuicio para la masa, porque el patrimonio del deudor sufrió un sacrificio patrimonial injustificado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso o se afectó injustificadamente la par conditio creditorum, se erige en un criterio fundamental para privar de eficacia a negocios jurídicos y actos que de otro modo serían plenamente eficaces, en aras del interés del concurso".

Por otra parte y, en cuanto al criterio de las Audiencias Provinciales, cabe señalar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Civil, Sección 2ª, de fecha 30 de Julio de 2.014, cuando significa que: "Antes no obstante de proceder al análisis del asunto concreto que nos ocupa, se hace necesario precisar, tal y como esa Sala ya ha mencionado en resoluciones de anterior fecha, que "bajo la denominación de "acciones de reintegración" el artículo 71 LC regula unas específicas acciones destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa. La Exposición de Motivos de la Ley Concursal señala: "La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración del concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente". El citado precepto señala, en su primer apartado, que "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta", establece, en su segundo apartado, que "El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso", determina, a continuación y en el tercero, los supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, precisa, en el cuarto apartado, que "Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria", y reseña, en su quinto apartado, aquellos actos que ningún caso podrán ser objeto de rescisión, con lo que es evidente que se establece una presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial en el caso de actos de disposición a título gratuito y de anticipación de pagos u otros actos de extinción de obligaciones realizados por el deudor y una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial respecto de los actos dispositivos a título oneroso llevados a cabo por el mismo. Por tanto, constituyen requisitos para el éxito de la acción que: 1.- El acto que se pretende rescindir se haya verificado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. 2.- El acto sea perjudicial para la masa activa. Desde luego, el legislador ha querido excluir expresamente la exigencia de un elemento subjetivo para el ejercicio de esta acción. No es necesaria ni la intención fraudulenta del deudor, al realizar el acto, ni el consilium fraudis con quienes negocian con él. Por otra parte, la norma no establece qué se entiende por perjuicio patrimonial, si bien, en ocasiones el mismo se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure), en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (artículo 71.2 LC): o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (artículo 71.3 LC), a saber: actos a título oneroso realizados por las personas especialmente relacionadas con el deudor (número 1) y constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (número 2), constituyendo en este último caso presupuesto para su aplicación la existencia de una deuda preexistente del deudor concursado hipotecante, en cuya garantía se constituye la hipoteca, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa. Fuera de estos supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (artículo 71.4 LC). La jurisprudencia mercantil, frente a una interpretación estricta que limita el perjuicio atendiendo al activo patrimonial, se está decantando por una interpretación amplia de dicho concepto, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum (en este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de Diciembre de 2.008, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de Enero de 2.009, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 7 de Mayo de 2.009 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de Octubre de 2.009). Así, la

primera de las Resoluciones citadas declara: "Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 de dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores", como son la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes".
Finalmente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Civil, Sección 1ª, de fecha 29 de Julio de 2.014, se establece que: "Nos encontramos ante el ejercicio de una acción de rescisión que tiene su fundamento en el contenido del artículo 71 de la Ley Concursal. Se trata de acciones cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (artículo 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, artículo 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, artículo 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato. (...) Y citamos el criterio que sobre pago de un crédito (aplicable igualmente a la cesión) mantiene el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 10 de Julio de 2.013 : "En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 629/2.012, de 26 de Octubre, recurso número 672/2.010, se declaró que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par conditio creditorum" [igual condición de los acreedores]". Y añade: "La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado". “:SAP Cáceres (Sección 1) 28.11.2014 (Sentencia 294/2014; Rollo 419/2014)

“CUARTO.-La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración en los Arts. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.
Las acciones rescisorias concursales tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Como dice la STS de 1 de abril de 2014, el Art. 71.1 LC regula una acción de reintegración propiamente concursal, que nace y se extingue con el concurso de acreedores, de naturaleza rescisoria, que funda la ineficacia de los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, en el perjuicio para la masa activa.
Nos enseña la sentencia del TS de 8 noviembre de 2012 que para "determinar qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha" y añade que "los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al

patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)" de manera "...la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado.": SAP Cáceres (Sección 1) 09.03.2015 (Sentencia 59/2015; Rollo 19/2015)

"OCTAVO.-Por lo demás, la decisión que abrazamos en la presente Resolución entendemos que se ajusta, con la necesaria fidelidad (y con la adecuada acomodación al supuesto que se ha sometido a nuestra consideración), al criterio que, sobre los requisitos, naturaleza y finalidad de las acciones de reintegración, mantiene, tanto el Tribunal Supremo, como las Audiencias Provinciales, en interpretación del artículo 71 de la Ley Concursal. Y así, el Tribunal Supremo, Civil, Sección 1ª, en Sentencia de fecha 9 de Julio de 2.014, ha declarado que: "Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo número 652/2.012, de 8 de Noviembre, para decidir qué debe entenderse por "un acto perjudicial para la masa activa", deben valorarse si los datos existentes "en el momento de su ejecución, el acto se había considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiera existido en aquella fecha", pues "la casuística en esta materia es muy amplia" y, en definitiva, la "ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (Sentencias del Tribunal Supremo 548/2.010, de 16 de Septiembre, 662/2.010, de 27 de Octubre, 801/2.010, de 14 de Diciembre y 210/2.012, de 12 de Abril)". (...) Pues bien, estas formulaciones tienen por sí mismas un carácter objetivo, pero olvida la recurrente que el precepto que se dice infringido, el artículo 71.3 LC, se encabeza literalmente: "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume..." y, por tanto, las consideraciones que preceden deben hacerse proyectadas al caso concreto, en función de la resultancia fáctica acreditada y probada en la litis, para destruir la presunción del perjuicio".
En Sentencia de fecha 30 de Abril de 2.014, el Alto Tribunal, Civil, Sección 1 ª, ha destacado que: "Las acciones de reintegración son instrumentos esenciales para la satisfacción de los intereses de los acreedores, que constituye la finalidad primordial del Concurso. Mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par conditio creditorum. (...) Entre los actos que pueden ser objeto de las acciones de reintegración están los constitutivos de garantías reales sobre bienes inmuebles, porque implican una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito. Es por ello que han de considerarse actos de carácter dispositivo sobre el patrimonio. (...) De acuerdo con el régimen de las acciones de reintegración de la Ley Concursal, las garantías reales sobre bienes inmuebles, como es el caso de la hipoteca, prestadas por el deudor concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso pueden ser objeto de rescisión cuando constituyan un acto de disposición a título gratuito pues en tal caso el perjuicio para la masa se presume sin que sea admisible prueba en contrario (artículo 71.2 de la Ley Concursal); cuando constituyan un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado o se hayan constituido a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, y no se pruebe la falta de perjuicio patrimonial (artículo 71.3.1º y 2º); y, en general, cuando se pruebe que han causado un perjuicio para la masa activa. Para el ejercicio de estas acciones no es preciso probar la existencia de fraude. (....) En la Sentencia número 487/2.013, de 10 de Julio, afirmamos que en la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (artículo 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (artículo 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría. (...) El perjuicio para la masa consiste en el sacrificio patrimonial injustificado del deudor que posteriormente es declarado en concurso. (...) El artículo 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses». Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción. (...) El perjuicio para la masa, porque el patrimonio del deudor sufrió un sacrificio patrimonial injustificado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso o se afectó injustificadamente la par conditio creditorum, se erige en un criterio fundamental para privar de eficacia a negocios jurídicos y actos que de otro modo serían plenamente eficaces, en aras del interés del concurso".
Por otra parte y, en cuanto al criterio de las Audiencias Provinciales, cabe señalar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Civil, Sección 2ª, de fecha 30 de Julio de 2.014, cuando significa que: "Antes no obstante de proceder al análisis del asunto concreto que nos ocupa, se hace necesario precisar, tal y como esa Sala ya ha mencionado en resoluciones de anterior fecha, que "bajo la denominación de "acciones de reintegración" el artículo 71 LC regula unas específicas acciones destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa. La Exposición de Motivos de la Ley Concursal señala: "La ley da un nuevo tratamiento al

difícil tema de los efectos de la declaración del concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente". El citado precepto señala, en su primer apartado, que "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta", establece, en su segundo apartado, que "El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso", determina, a continuación y en el tercero, los supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, precisa, en el cuarto apartado, que "Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria", y reseña, en su quinto apartado, aquellos actos que ningún caso podrán ser objeto de rescisión, con lo que es evidente que se establece una presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial en el caso de actos de disposición a título gratuito y de anticipación de pagos u otros actos de extinción de obligaciones realizados por el deudor y una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial respecto de los actos dispositivos a título oneroso llevados a cabo por el mismo. Por tanto, constituyen requisitos para el éxito de la acción que: 1.- El acto que se pretende rescindir se haya verificado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. 2.- El acto sea perjudicial para la masa activa. Desde luego, el legislador ha querido excluir expresamente la exigencia de un elemento subjetivo para el ejercicio de esta acción. No es necesaria ni la intención fraudulenta del deudor, al realizar el acto, ni el consilium fraudis con quienes negocian con él. Por otra parte, la norma no establece qué se entiende por perjuicio patrimonial, si bien, en ocasiones el mismo se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure), en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (artículo 71.2 LC): o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (artículo 71.3 LC), a saber: actos a título oneroso realizados por las personas especialmente relacionadas con el deudor (número 1) y constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (número 2), constituyendo en este último caso presupuesto para su aplicación la existencia de una deuda preexistente del deudor concursado hipotecante, en cuya garantía se constituye la hipoteca, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa. Fuera de estos supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (artículo
71.4 LC). La jurisprudencia mercantil, frente a una interpretación estricta que limita el perjuicio atendiendo al activo patrimonial, se está decantando por una interpretación amplia de dicho concepto, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum (en este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de Diciembre de 2.008, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de Enero de 2.009, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 7 de Mayo de 2.009 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de Octubre de 2.009). Así, la primera de las Resoluciones citadas declara: "Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 de dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores", como son la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes".
Finalmente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Civil, Sección 1ª, de fecha 29 de Julio de 2.014, se establece que: "Nos encontramos ante el ejercicio de una acción de rescisión que tiene su fundamento en el contenido del artículo 71 de la Ley Concursal. Se trata de acciones cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (artículo 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, artículo 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, artículo 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato. (...) Y citamos el criterio que sobre pago de un crédito (aplicable igualmente a la cesión) mantiene el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 10 de Julio de 2.013 : "En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 629/2.012, de 26 de Octubre, recurso número 672/2.010, se declaró que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la

declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par conditio creditorum" [igual condición de los acreedores]". Y añade: "La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado". “:SAP Cáceres (Sección 1) 08.05.2015 (Sentencia 130/2015; Rollo 169/2015)

AP Castellón

“SEGUNDO Nos encontramos por tanto ante el ejercicio de una acción de rescisión que tiene su fundamento en el contenido delartículo 71 de la Ley Concursal, que para su examen transcribe el Juez Mercantil en sus fundamentos de derecho, y en el que no discute la realidad de la garantía prestada en el plazo de dos años anteriores a la declaración del Concurso.
Como nos recuerda laSentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2ª, nº 231 de fecha 2 de octubre de 2008 :"La regulación actual de las acciones de reintegración en nuestra Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) instaura un sistema basado en el ejercicio de acciones impugnatorias relativas a actos realizados por el deudor dentro del plazo que se señala la Ley, cuya duración es de dos años y en el abandono de la presunción de fraude o "animus fraudendi", como sustrato de aquellas acciones, sustituyéndolo por el criterio más objetivo de "perjuicio a la masa"; así lo vemos, concretamente, en el art. 71 de la L.C., donde ya no se habla de nulidad (que el T.S. venía considerando, bajo la legislación anterior, de radical y absoluta: SS.T.S. 28-2-2003; 12-6-2000; 28-10-1996; 25-10-1999) de los actos realizados por el deudor, sino de mera rescindibilidad, lo que implica el abandono del sistema de ineficacia automática: los negocios realizados por el deudor antes de la declaración del concurso dejan de ser nulos y pasan a ser rescindibles"
La ley Concursal actual opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son por tanto, la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede " aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas,art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas,art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.”: SAP Castellón (Sección 3) 15.02.2011 (JUR 20117170720; Sentencia 41/2011; Rollo 446/2010)

“TERCERO.-Entendemos en consecuencia que es admisible el recurso de apelación interpuesto, por lo que entrando en su examen cabe indicar que nos encontramos ante el ejercicio de una acción de rescisión que tiene su fundamento en el contenido del artículo 71 de la Ley Concursal. Como recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2ª, nº 231 de fecha 2 de octubre de 2008 *: "La regulación actual de las acciones de reintegración en nuestra Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) instaura un sistema basado en el ejercicio de acciones impugnatorias relativas a actos realizados por el deudor dentro del plazo que se señala la Ley, cuya duración es de dos años y en el abandono de la presunción de fraude o "animus fraudendi", como sustrato de aquellas acciones, sustituyéndolo por el criterio más objetivo de "perjuicio a la masa"; así lo vemos, concretamente, en elart. 71 de la L.C., donde ya no se habla de nulidad (que el T.S. venía considerando, bajo la legislación anterior, de radical y absoluta: SS.T.S. 28-2-2003; 12-6-2000; 28-10-1996; 25-10-1999) de los actos realizados por el deudor, sino de mera rescindibilidad, lo que implica el abandono del sistema de ineficacia automática: los negocios realizados por el deudor antes de la declaración del concurso dejan de ser nulos y pasan a ser rescindibles"*
En nuestra Sentencia núm. 41, de fecha 15 de febrero de 2011, hemos expresado que la Ley Concursal actual opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son por tanto, la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.”: SAP Castellón (Sección 3) 19.12.2014 (Sentencia 363/2014; Rollo 516/2014)

AP Córdoba

“TERCERO.- En cuanto al derecho aplicable a tales hechos, a diferencia de lo que sucedía en el anterior sistema de retroacción de la quiebra (artículo 878 del Código de Comercio (LEG 1885, 21), actualmente derogado), el artículo 71.1 de la Ley Concursal, cuando regula el ejercicio de acciones para la reintegración de la masa activa, establece dos requisitos: que el acto sea perjudicial para la masa y que se haya realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Indiscutida la segunda de tales premisas, se cuestiona por la parte apelante que los actos impugnados fueran perjudiciales para la masa activa. En relación con lo cual, debemos partir de la base de que la acción rescisoria concursal es una acción autónoma, con caracteres propios, que se asemeja a la rescisoria del artículo 1.291 del Código Civil, pero en la que basta demostrar el perjuicio producido a la masa de acreedores, sin que sea exigible, ni el conocimiento de que se origina un perjuicio ni, por supuesto, la concurrencia del ánimo defraudatorio.”: SAP Córdoba (Sección 3) 03.12.2010 (Sentencia 232/2010; Rollo 303/2010)

“PRIMERO.-Para enmarcar jurídicamente la cuestión litigiosa, debe comenzarse exponiendo que, a diferencia de lo que sucedía en el anterior sistema de retroacción de la quiebra (artículo 878 del Código de Comercio, actualmente derogado), el artículo 71.1 de la Ley Concursal, cuando regula el ejercicio de acciones para la reintegración de la masa activa, establece dos requisitos: que el acto sea perjudicial para la masa y que se haya realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Indiscutida la segunda de tales premisas, se cuestiona por la parte apelante que los actos impugnados fueran perjudiciales para la masa activa. En relación con lo cual, debemos partir de la base de que la acción rescisoria concursal es una acción autónoma, con caracteres propios, que se asemeja a la rescisoria del artículo 1.291 del Código Civil, pero en la que basta demostrar el perjuicio producido a la masa de acreedores, sin que sea exigible, ni el conocimiento de que se origina un perjuicio ni, por supuesto, la concurrencia del ánimo defraudatorio. El problema reside en determinar qué se entiende por perjuicio, a cuyo efecto el propio artículo 71 de la Ley Concursal establece una serie de presunciones, iuris et de iure en los casos de disposición a título gratuito, e iuris tantum respecto de determinados actos de disposición a título oneroso; y en los supuestos no incardinables en tales presunciones, habrá de probarse el perjuicio patrimonial por los medios ordinarios. Respecto del perjuicio, hemos dicho en resoluciones precedentes (por ejemplo, Sentencias de esta misma Sección de 21 de noviembre de 2007 y 3 de diciembre de 2010) que existirá el mismo cuando haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal (en igual sentido, Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2007). Y en el caso de que el acto "sospechoso" conlleve la constitución de garantías reales, debe partirse de la base de que las mismas tienen un carácter accesorio, instituyéndose para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1.857 del Código Civil); desde este punto de vista, la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia.”: SAP Córdoba (Sección 3) 13.01.2011 (Sentencia 6/2011; Rollo 350/2010)

“PRIMERO.- Para enmarcar jurídicamente la cuestión litigiosa, debe comenzarse exponiendo que, a diferencia de lo que sucedía en el anterior sistema de retroacción de la quiebra (artículo 878 del Código de Comercio, actualmente derogado), el artículo 71.1 de la Ley Concursal, cuando regula el ejercicio de acciones para la reintegración de la masa activa, establece dos requisitos: que el acto sea perjudicial para la masa y que se haya realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Indiscutida la segunda de tales premisas, se cuestiona por la parte apelante que los actos impugnados fueran perjudiciales para la masa activa. En relación con lo cual, debemos partir de la base de que la acción rescisoria concursal es una acción autónoma, con caracteres propios, que se asemeja a la rescisoria del artículo 1.291 del Código Civil, pero en la que basta demostrar el perjuicio producido a la masa de acreedores, sin que sea exigible, ni el conocimiento de que se origina un perjuicio ni, por supuesto, la concurrencia del ánimo defraudatorio. El problema reside en determinar qué se entiende por perjuicio, a cuyo efecto el propio artículo 71 de la Ley Concursal establece una serie de presunciones, iuris et de iure en los casos de disposición a título gratuito, e iuris tantum respecto de determinados actos de disposición a título oneroso; y en los supuestos no incardinables en tales presunciones, habrá de probarse el perjuicio patrimonial por los medios ordinarios. Respecto del perjuicio, hemos dicho en resoluciones precedentes (por ejemplo, Sentencias de esta misma Sección de 21 de noviembre de 2007, 3 de diciembre de 2010 y 13 de enero de 2011) que existirá el mismo cuando haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal (en igual sentido, Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2007). Y en el caso de que el acto "sospechoso" sea a título gratuito no se admite prueba en contrario, es decir, se impone legalmente una presunción "iuris et de iure" (traslación al artículo 71.2 de la Ley Concursal de la regla del párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil).”: SAP Córdoba (Sección 3) 10.05.2011 (Sentencia 104/2011; Rollo 119/2011)

AP Girona

“La acción articulada en la demanda se puede calificar como de reintegración concursal, deart. 71 LC, con naturaleza jurídica rescisoria, que tiene por objeto atacar los actos perjudiciales para el patrimonio del deudor concursado, ejecutados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. No obstante su naturaleza de acción rescisoria, esta acción de reintegración concursal se separa en su fundamento de la clásica acción pauliana, igualmente rescisoria, del Derecho civil, (art. 1.111 y 1.291 CC), en tener una base absolutamente objetiva; dicho de otra manera, la acción prevista en elart. 71 LC, para lograr la rescisión del acto atacado, se asienta en la simple existencia de un perjuicio patrimonial, sin atender a la presencia o no de intención fraudulenta alguna. Una vez probado el perjuicio, tiene lugar la rescisión, con la debida reintegración de las prestaciones de las partes, más sus frutos e intereses. De estar presente esta intención de fraude se generan únicamente unas ulteriores consecuencias frente a la rescisión del acto atacado, como son, según elart. 73 LC, el nacimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios generados a la masa activa del concurso derivados causalmente del acto rescindido, y la calificación del crédito de la contraparte como subordinado.”: SAP Girona 20.03.2009 (AC 2009/1603; Sentencia 137/2009; Rollo 33/2009)

“SEGUNDO Elart. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de "acciones de reintegración". Como afirma la Exposición de Motivos de la LC, "La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción".
En consecuencia, la ley abandona los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previgente, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del "perjuicio para la masa activa" se facilita con presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum. Dicho de otro modo, losartículos 71 y 73 de esta misma ley, contemplan como única modalidad de acciones de reintegración las acciones rescisorias, con el subsiguiente requisito del perjuicio patrimonial (presumido o acreditado), y no las acciones de nulidad stricto sensu, cuyos efectos en el ámbito patrimonial y en el seno de un procedimiento concursal pueden, sin embargo, considerarse equivalentes a los de aquéllas. Estas acciones tienen por misión remedios reintegradotes, esto es, asegurar la "par conditio creditorum" y preservar la integridad del patrimonio del concursado." “.SAP Girona 28.10.2009 (Sentencia 384/2009; Rollo 392/2009)

“La acción rescisoria concursal es definida por la doctrina (J.J. Pintó Ruiz) como "aquella acción especial de tipo rescisorio tendente a la declaración de ineficacia de aquellos actos del deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha del auto de declaración de concurso (aunque no hubiese existido intención fraudulenta), que causen perjuicio a la masa activa, ordenada al consecuente restablecimiento del grado de solvencia existente con anterioridad al acto impugnado". El fundamento de la acción se encuentra exclusivamente en la lesión a la masa activa y aparece totalmente desvinculado del fraude de acreedores. Dos son los elementos estructurales de la acción rescisoria: el temporal, se refiere a actos realizados en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, y el elemento objetivo: que el acto haya producido un perjuicio a la masa activa. En orden a la acreditación del elemento objetivo establece la ley una serie de presunciones de perjuicio (artículo 71.2 y 3). “:SAP Girona (Sección 1) 24.09.2012 (Sentencia 342/2012; Rollo 236/2012)

AP Guipúzcoa

SEGUNDO.- Antes no obstante de proceder al análisis del asunto concreto que nos ocupa, se hace necesario precisar, tal y como esta Sala ya ha mencionado en resoluciones de anterior fecha, que "bajo la denominación de "acciones de reintegración" el art.71 LC regula unas específicas acciones destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa. La Exposición de Motivos de la Ley Concursal señala: "La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración del concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente".
El citado precepto señala, en su primer apartado, que "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta", establece, en su segundo apartado, que "El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso", determina, a continuación y en el tercero, los supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, precisa, en el cuarto apartado, que "Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria", y reseña, en su quinto apartado, aquellos actos que ningún caso podrán ser objeto de rescisión, con lo que es evidente que se establece una presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial en el caso de actos de disposición a título gratuito y de anticipación de pagos u otros actos de extinción de obligaciones realizados por el deudor y una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial respecto de los actos dispositivos a título oneroso llevados a cabo por el mismo.

Por tanto, constituyen requisitos para el éxito de la acción que:
1.- El acto que se pretende rescindir se haya verificado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.
2.- El acto sea perjudicial para la masa activa.
Desde luego, el legislador ha querido excluir expresamente la exigencia de un elemento subjetivo para el ejercicio de esta acción. No es necesario ni la intención fraudulenta del deudor, al realizar el acto, ni el consilium fraudis con quienes negocian con él. Por otra parte, la norma no establece qué se entiende por perjuicio patrimonial, si bien, en ocasiones el mismo se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure), en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC): o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC), a saber: actos a título oneroso realizados por las personas especialmente relacionadas con el deudor (nº 1) y constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (nº 2), constituyendo en este último caso presupuesto para su aplicación la existencia de una deuda preexistente del deudor concursado hipotecante, en cuya garantía se constituye la hipoteca, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa. Fuera de estos supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (art.71.4 LC). La jurisprudencia mercantil, frente a una interpretación estricta que limita el perjuicio atendiendo al activo patrimonial, se está decantando por una interpretación amplia de dicho concepto, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum (en este sentido, SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008, SAP Barcelona de 8 de enero de 2009, SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009 y SAP de Girona de 28 de octubre de 2009). Así, la primera de las resoluciones citadas declara: "Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del art. 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 de dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores", como son la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes.". “: SAP Guipúzcoa (Sección 2) 30.07.2014 (Sentencia 133/2014; Rollo 2155/2014)

“SEGUNDO.- Antes no obstante de proceder al análisis del asunto concreto que nos ocupa, se hace necesario precisar, tal y como esta Sala ya ha mencionado en resoluciones de anterior fecha, que "bajo la denominación de "acciones de reintegración" el art.71 LC regula unas específicas acciones destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa. La Exposición de Motivos de la Ley Concursal señala: "La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración del concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente".
El citado precepto señala, en su primer apartado, que "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta", establece, en su segundo apartado, que "El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso", determina, a continuación y en el tercero, los supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, precisa, en el cuarto apartado, que "Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria", y reseña, en su quinto apartado, aquellos actos que ningún caso podrán ser objeto de rescisión, con lo que es evidente que se establece una presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial en el caso de actos de disposición a título gratuito y de anticipación de pagos u otros actos de extinción de obligaciones realizados por el deudor y una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial respecto de los actos dispositivos a título oneroso llevados a cabo por el mismo.
Por tanto, constituyen requisitos para el éxito de la acción que:
1.- El acto que se pretende rescindir se haya verificado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.
2.- El acto sea perjudicial para la masa activa.
Desde luego, el legislador ha querido excluir expresamente la exigencia de un elemento subjetivo para el ejercicio de esta acción. No es necesario ni la intención fraudulenta del deudor, al realizar el acto, ni el consilium fraudis con quienes negocian con él. Por otra parte, la norma no establece qué se entiende por perjuicio patrimonial, si bien, en ocasiones el mismo se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure), en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC): o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC), a saber: actos a título oneroso realizados por las personas especialmente relacionadas con el deudor (nº 1) y constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en

sustitución de aquellas (nº 2), constituyendo en este último caso presupuesto para su aplicación la existencia de una deuda preexistente del deudor concursado hipotecante, en cuya garantía se constituye la hipoteca, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa. Fuera de estos supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (art.71.4 LC). La jurisprudencia mercantil, frente a una interpretación estricta que limita el perjuicio atendiendo al activo patrimonial, se está decantando por una interpretación amplia de dicho concepto, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum (en este sentido, SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008, SAP Barcelona de 8 de enero de 2009, SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009 y SAP de Girona de 28 de octubre de 2009). Así, la primera de las resoluciones citadas declara: "Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del art. 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 de dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores", como son la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes".": SAP Guipúzcoa (Sección 2) 30.07.2014 (Sentencia 134/2014; Rollo 2168/2014)

AP Jaén

"Ciertamente, insta la administración concursal la rescisión de los actos de enajenación, la ineficacia de la adjudicaciones en pago de las reseñadas fincas registrales, por considerarlos perjudicial para la masa, disponiéndose en el artículo 71-1 de la Ley Concursal que serán rescindibles los actos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, si son perjudiciales para la masa, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. Por tanto se trata de una acción autónoma, con caracteres propios, que se asemeja a la rescisoria del artículo 1291 del Código Civil, pero en la que basta demostrar el perjuicio producido a la masa de acreedores, sin que sea exigible, ni el conocimiento de que se origina un perjuicio ni, por supuesto, la concurrencia del animo defraudatorio; y como consecuencia de todo ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 73-1 de la citada Ley Concursal, debe declararse la ineficiencia del acto impugnado, condenado a la restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses.": SAP Jaén (Sección 1) 19.11.2011 (Sentencia 8/2011; Rollo 410/2010)

AP La Coruña

"SEGUNDO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato." : SAP La Coruña (Sección 4) 20.10.2011 (Sentencia 442/2011; Rollo 331/2011)

"TERCERO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.": SAP La Coruña (Sección 4) 14.12.2012 (Sentencia 531/2012; Rollo 538/2012)

"SEGUNDO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos

perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.": SAP La Coruña (Sección 4) 25.09.2013 (Sentencia 331/2013; Rollo 308/2013)

AP León

"SEGUNDO.-Acción de Reintegración
Suele ser frecuente en la práctica mercantil que no haya una coincidencia en el tiempo entre la insolvencia del deudor y la declaración del concurso. Es habitual que antes de que se declare el concurso, exista un periodo más o menos largo, en el que el deudor se encuentre ya en estado de insolvencia o, si se quiere, de concurso de hecho, pero intente por todos los medios eludir la quiebra declarada judicialmente en evitación de sus efectos.
En ese periodo anterior a la declaración del concurso, es posible que el deudor, en previsión de su ruina, proceda a desprenderse de parte de sus bienes, colocándolos en manos de personas de su entorno familiar o personal, favorezca a acreedores determinados de forma anticipada a la que resultaría del vencimiento de sus obligaciones, para apartarlos así de la ejecución colectiva inminente, en perjuicio de todos sus acreedores o intente retrasar las consecuencias legales derivadas de la crisis económica.
Con la reintegración de la masa pugnan dos intereses en conflicto, el de la masa pasiva a una reintegración máxima, y el interés de la seguridad del tráfico, favorecedor de una alteración mínima de los actos realizados por el deudor.
Ante la situación descrita, tradicionalmente, nuestro derecho ha pretendido reaccionar a través de la articulación de un sistema de reintegración a la masa de los bienes que verdaderamente estaban en manos del deudor cuando se produjo su real insolvencia, con el fin de hacer coincidir la quiebra de hecho con la quiebra de derecho y evitar el perjuicio injusto ocasionado a los acreedores amparados por el principio de la "para conditio creditorum".
La nueva regulación de la Ley concursal pone el acento para operar la rescisión, en la circunstancia de que los actos en cuestión sean perjudiciales para la masa activa, con independencia de la intención fraudulenta perseguida. Se acoge así un sistema de acciones específicas de reintegración, destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso.
De este modo, queda claro que deben concurrir dos requisitos para rescindir los actos realizados por el deudor con carácter previo a la declaración del concurso:
a) que los actos sean perjudiciales para la masa
b) que se realice tal acto en los dos años anteriores a la declaración.
El perjuicio es claro en los actos gratuitos, ante la natural falta de contraprestación al desplazamiento patrimonial realizado por el deudor. En los actos o negocios a título oneroso, el perjuicio para la masa derivara de la falta de equivalencia de la prestación realizada por quien contrata con el deudor, respecto la que éste efectúo.
No es preciso que exista una relación de causalidad entre el acto del deudor y la situación de insolvencia, siendo suficiente que el acto haya provocado una reducción del patrimonio del deudor o haya impedido un incremento del mismo.
La Ley concursal articula un sistema de reintegración que se caracteriza, entre otras cosas, por establecer junto a un principio general de prueba del perjuicio patrimonial a cargo de quien ejercita la acción de reintegración, la concesión a los impugnantes de facilidades en materia probatoria en otros supuestos, a través del juego de presunciones, algunas "iuris et de iure" y otras que admiten prueba en contrario, y para cerrar, se establece una cláusula de exclusión del sistema de reintegración para otros actos que se detallan en la Ley.
TERCERO.-Valoración de la prueba.
Los actores fundan su pretensión en los art. 71 a 73 LEC cuyos elementos esenciales son: a) la existencia de perjuicio para la masa y b) su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración de concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Completa la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso "iuris et iure" (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, ex art. 71.2), y en otro "iuris tantum" (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, ex art. 71.3)
Sin perjuicio de especialidades en su régimen, las notas definitorias de la acción de rescisión pueden predicarse, con carácter general, de las acciones de reintegración, y por tanto calificarlas como rescisorias especiales o concursales por cuanto: a) tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el

deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva; b) el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato, y por último, c) la ineficacia del negocio ha de ser provocada a través de su ejercicio por parte de la administración judicial, y, subsidiariamente, por los acreedores, pues sólo si se ejercita y prospera, una vez declarada judicialmente, comenzará a producir sus efectos.“: SAP León (Sección 1) 22.02.2013 (Sentencia 80/2013; Rollo 575/2012)

“La regulación actual de las acciones de reintegración en nuestra Ley Concursal instaura un sistema basado en el ejercicio de acciones impugnatorias relativas a actos realizados por el deudor dentro del plazo que se señala la Ley, cuya duración es de dos años y en el abandono de la presunción de fraude o "animus fraudendi", como sustrato de aquellas acciones, sustituyéndolo por el criterio más objetivo de "perjuicio a la masa"; así lo vemos, concretamente, en el art. 71 de la L.C., donde ya no se habla de nulidad (que el T.S. venía considerando, bajo la legislación anterior, de radical y absoluta) de los actos realizados por el deudor, sino de mera rescindibilidad, lo que implica el abandono del sistema de ineficacia automática: los negocios realizados por el deudor antes de la declaración del concurso dejan de ser nulos y pasan a ser rescindibles.
En definitiva, la ley Concursal actual opta en estos supuestos por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.”: SAP León (Sección 1) 24.07.2012 (Sentencia 364/2012; Rollo 328/2012)

“TERCERO.-Requisitos de la Acción Rescisoria.
Nos encontramos ante el ejercicio de una acción de rescisión que tiene su fundamento en el contenido del artículo 71 de la Ley Concursal. Se trata de acciones cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.”: SAP León (Sección 1) 29.07.2014 (Sentencia 163/2014; Rollo 212/2014)

“TERCERO: Las situaciones de crisis empresarial habitualmente suelen ir precedidas de un periodo de tiempo, más o menos largo, en el que ya se producen situaciones de insolvencia, que en la mayor parte de los casos no es conocida por los terceros que contratan con el deudor. Contempla la ley que en ese supuesto se puedan realizar por el deudor actos que beneficien a unos determinados acreedores en perjuicio del resto, para ello se ha previsto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal el reintegro de aquellos actos perjudiciales de la masa activa realizados durante los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin perjuicio de las demás acciones de reintegración que procedan conforme a derecho.
En los casos de rescisión de actos perjudiciales existen determinados supuestos de hecho en los que la Ley presume la concurrencia de perjuicio patrimonial para la masa, admitiendo, no obstante, en algunos de aquellos la posibilidad de desvirtuar la presunción acudiendo a la prueba en contrario, mientras que en otros no acepta tal posibilidad. El art. 71.3. establece la presunción "iuris tantum " del perjuicio patrimonial del concurso en los casos en él contemplados, correspondiendo la carga de la prueba a la demandada.
El legislador presume su naturaleza ilegítima por cuanto, salvo que exista alguna causa demostrada que los justifique, tales operaciones determinan un perjuicio económico del patrimonio del concurso. Es lógica tal previsión, pues, en otro caso fácil seria para el deudor privilegiar la posición de sus acreedores afines desde el momento que atisbase la posibilidad de entrar en situación de concursal, ofreciendo, sin ninguna causa justificada, garantías a obligaciones que no las tenían, con evidente perjuicio del resto de acreedores.”: SAP León (Sección 1) 24.09.2014 (Sentencia 211/2014; Rollo 216/2014)

AP Lugo

“La acción interpuesta lo es de reintegración concursal -art. 71 de la Ley concursal (LC)- cuya naturaleza rescisoria, se dirige a impugnar los actos perjudiciales para la masa activa -el patrimonio del deudor común- realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso a fin de lograr, en síntesis, que se declare la ineficacia del acto, condenando a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC), siendo su base absolutamente objetiva, separándose así de la clásica pauliana -arts. 1111 y 1291 del CC - al no atender a la presencia de intención fraudulenta, sin perjuicio en caso positivo, de las ulteriores consecuencias previstas en el art. 73 LC, en relación a la rescisión del acto atacado

-calificación del crédito de la contraparte como subordinado y obligación de indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa- pues, aquélla se asienta en la existencia de un simple perjuicio patrimonial, que al margen de los supuestos presumidos por la norma- art. 71.2 y 3 LC - exige del actor su prueba -art. 71.4 LC- ofreciendo el apartado 5 un elemento interpretativo autentico y excluyente, imperativo del interés de los demandados, en su prueba, al declarar no rescindibles, entre otros, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. ":SAP Lugo (Sección 1) 30.09.2011 (Sentencia 524/2011; Rollo 379/2011)

"SEGUNDO.- Acción interpuesta.
Lo es de reintegración concursal [arts. 71 - 73 de la Ley concursal (LC), en la versión anterior a su modificación por la ley 38/2011, de 10 de octubre, examinadas sus disposiciones transitoria primera y tercera y final tercera].
Como ya dijimos en nuestra sentencia 534/2011, de 30 de septiembre su "naturaleza rescisoria, se dirige a impugnar los actos perjudiciales para la masa activa -el patrimonio del deudor común- realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso a fin de lograr, en síntesis, que se declare la ineficacia del acto, condenando a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC), siendo su base absolutamente objetiva, separándose así de la clásica pauliana - arts. 1111 y 1291 del CC - al no atender a la presencia de intención fraudulenta, sin perjuicio en caso positivo, de las ulteriores consecuencias previstas en el art. 73 LC, en relación a la rescisión del acto atacado -calificación del crédito de la contraparte como subordinado y obligación de indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa- pues, aquélla se asienta en la existencia de un simple perjuicio patrimonial, que al margen de los supuestos presumidos por la norma- art. 71.2 y 3 LC - exige del actor su prueba - art. 71.4 LC - ofreciendo el apartado 5 un elemento interpretativo autentico y excluyente, imperativo del interés de los demandados, en su prueba, al declarar no rescindibles, entre otros, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales." ":SAP Lugo (Sección 1) 16.04.2012 (Sentencia 252/2012; Rollo 137/2012)

AP Lleida

"TERCERO.-Entrando ya en el análisis del fondo del asunto, y para poder situar el objeto de discusión hay que hacer previamente una serie de precisiones. Así recordar que la solución legislativa al problema de la retroacción bajo el amparo de la caótica normativa concursal previgente es bien conocida. La Ley Concursal reformó la situación del modo que explica su Exposición de Motivos:
" *La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro* ".
La regulación positiva de la acción de reintegración típicamente concursal se contiene actualmente en los arts. 71 a 73 LC, que han sido objeto de sucesivas reformas, siendo que el art. 71 describe el sistema legal de las acciones de reintegración a partir de una cláusula general que declara "rescindibles" todos los actos realizados por el deudor siempre que tales actos sean "perjudiciales para la masa activa", hubiera o no habido "intención fraudulenta". Para dotar de seguridad a los efectos de la rescisión, la Ley Concursal determina un concreto período temporal: los dos años anteriores a la fecha del auto de declaración del concurso.
Nótese, como aprecia la sentencia TS de 28 de marzo de 2012, que la ley utiliza el término genérico de "actos del deudor", permitiendo impugnar determinados comportamientos aislados del contexto en que se desarrollan (la sentencia incluye, sin mayor precisión, que cabe al amparo de tal concepto la rescisión de "actos debidos"). Así, es llano cómo cabe rescindir pagos anticipados, amortizaciones o disposiciones de crédito, sin que resulte ineficaz el negocio principal.
La intención de fraude no es pues, requisito necesario para la rescisión (al margen de lo que pueda suceder en regímenes especiales), pero su presencia influirá en forma decisiva en los efectos del pronunciamiento estimatorio de la acción.
Sentado lo anterior, para la resolución del presente recurso hay que tener en cuenta, en primer lugar, que mediante el ejercicio de la acción de reintegración, se pretende garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso, preservando la integridad del patrimonio que debe servir para la satisfacción ordenada de los créditos, mediante la rescisión de los actos realizados por el deudor que representan un perjuicio para los acreedores concursales, para que su derecho al cobro de los créditos no se vea burlado por la reducción del patrimonio que comportan tales actos del concursado, de forma que la posibilidad de ejercicio de la acción alcance no sólo a los actos anteriores a la declaración de concurso sino también a los posteriores, en caso de que tras dicha declaración el deudor distraiga bienes o derechos que deberían formar parte de la masa activa.
Invoca en primer lugar la recurrente infracción del Art. 71 LC por falta de perjuicio para la masa. Pues bien, establece el artículo 71 de la LC " *1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta* ".
Si analizamos la actual regulación de la LC, advertimos que la misma huye de los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previa, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años

anteriores a la fecha de la declaración del concurso y basados, como ya apuntábamos *ut supra,* en la existencia de un perjuicio para la masa con independencia, en principio, del elemento objetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del "perjuicio para la masa activa" se facilita con presunciones de carácter *iuris et de iure* i *iuris tantum*.": SAP Lleida (Sección 2) 27.11.2014 (Sentencia 512/2014; Rollo 548/2014)

AP Málaga

"SEGUNDO Losartículos 71, 72 y 73 de la Ley Concursalregulan los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa, proclamando el primer apartado del primero de estos artículos: "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta"; por lo que al caso de litis es de interés, en los dos siguientesapartados del mismo articulo 71 se establecen los actos que presumen perjuicio patrimonial, y el cuartohace recaer la carga de la prueba del perjuicio patrimonial en quien ejercite la acción rescisoria cuando se trate de actos en los que dicho perjuicio no se presume. Elartículo 72.2establece: "Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente, o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral." Esta norma, en consecuencia, distingue entre quien haya sido parte en el acto impugnado, que siempre deberá ser demandado, y el tercero al que hubiera podido transmitirse el bien que se pretende reintegrar, esto es, el subadquirente, el cual solo será demandado si se pretende, entre otros extremos, destruir la presunción de buena fe en su adquisición. Finalmente, elartículo 73regula los efectos de la rescisión estableciendo en su primer apartado como norma general que los mismos consistirán en declarar la ineficacia del acto impugnado y condenar a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses; en su segundo apartado este articulo dispone: "Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa." Así, esta norma, continuando con la distinción entre aquel que fue parte del acto impugnado por haber sido el que contrató con el concursado y aquel posible tercero de buena fe, distingue a su vez respecto del primero (obligadamente demandado) dos supuestos: a) que haya actuado de buena fe, en cuyo caso se le condenará a entregar el valor de los bienes y derechos que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal, o, b) que haya actuado de mala fe, en cuyo caso se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa. Por ultimo, elarticulo 73.3vuelve a prever el supuesto de haber actuado con mala fe el que contrató con el concursado para determinar que, en este caso, su crédito se considerara subordinado. Estas normas tienen un doble efecto en el caso de litis que no se recoge lo suficientemente claro en la sentencia y que provoca una profunda confusión argumental en el recurso pues, no existiendo dudas sobre la concurrencia del elemento temporal delarticulo 71.1, para que la acción rescisoria ejercitada prospere solo se exige que la actora pruebe que el acto que pretende rescindirse es perjudicial para la masa activa, siendo indiferente a estos efectos que la parte que contrató con la concursada haya actuado o no con buena fe, pues esta circunstancia solo será relevante respecto de lo que haya de devolver (art. 73.2) o a la calificación de su crédito (art. 73.3). Esta regulación tiene su antecedente inmediato en el derogadoarticulo artículo 878 Ccom, en el que después de establecer que declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes, en el párrafo segundo dispone : «todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos», señalando al respecto la doctrina del Tribunal Supremo que la finalidad primordial de la quiebra es la de garantizar la «par condictio creditorum», que unas veces de mala fe o con simple aprovechamiento desigual de los acreedores se produce y cuyo efecto principal es la devolución a la masa, siendo la declaración de invalidez que en términos tan contundentes expresa esta regla, en todo caso, una técnica de reintegración de la masa que se justifica, como han advertido de consuno jurisprudencia y doctrina, por la normal falta de coincidencia entre el momento en que se abre el procedimiento concursal y aquel otro en que se produjo, en realidad, la situación económica que implica su apertura, tratando de evitar las consecuencias de una actuación del deudor en beneficio de uno o varios acreedores y/o en perjuicio de la masa con anterioridad al pronunciamiento del órgano jurisdiccional (entre otras,Sentencias de 25 de mayo de 1944, de 25 de mayo de 1961, de 22 de febrero de 1963, de 28 de enero de 1985, de 17 de marzo de 1988, de 23 de febrero de 1990, de 20 de septiembre de 1993), señalando laSentencia de 13 Diciembre 2005, que es preciso, pues, tener en cuenta, de una parte, que la razón de la invalidez de los actos se encuentra en la inhabilitación o desapoderamiento del quebrado; y de otra parte que la norma persigue la reintegración, lo que exige y presupone una disminución patrimonial, de modo que si no hubiere disminución patrimonial carece de sentido que se utilicen las acciones que se dirigen a la reintegración, excluyéndose de la nulidad aquellos actos que, por corresponder al giro y tráfico ordinario del quebrado, el buen sentido tiene por válidos (pago de cuotas de la seguridad social, de recibos de suministros, de arrendamientos...Sentencias de 15 de octubre de 1976, de 12 de noviembre de 1977, de 8 de febrero de 1988, etc.), o, como indica laSTS 15 Marzo 2000, la institución de la retroacción de la quiebra pretende la reintegración a la masa de bienes del deudor afecto a la satisfacción de sus acreedores de todos los bienes que han salido por diversos actos o contratos.": SAP Málaga (Sección 6) 26.03.2009 (JUR 2009/274183) y en los mismos términos, SAP Málaga (sección 6) 12.03.2009 (JUR 2009/275004) y SAP Málaga (Sección 6) 17.06.2009 (JUR 2010/14184; Sentencia 372/2009; Rollo 494/2008)

AP Murcia

“En este sentido hemos de tener en cuenta reiterando lo ya manifestado por la Juzgadora de instancia, que el fundamento de la acción rescisoria concursal radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo, por tanto, del elemento subjetivo, ya que la misma procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta ", como así lo expresa el propioartº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso "iuris et de iure ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas delartº. 71.2 de la L.C., y en otro caso "iuris tantum " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas delartº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en elartº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.”: SAP Murcia 18.03.2011 (Sentencia 131/2011; Rollo 131/2011)

“Hemos reiterado en precedentes sentencias de esta Sección Cuarta, así en la de 18 de marzo de 2011, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " *del negocio jurídico rescindido* ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " *animus* " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " *iuris et de iure* ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " *iuris tantum* " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.“: SAP Murcia (Sección 4) 27.09.2012 (Sentencia 606/2012; Rollo 601/2012)

“TERCERO.-Idéntica suerte desestimatoria cabe atribuir al siguiente motivo de recurso relativo a la alegada inexistencia de perjuicio patrimonial derivado de la operación efectuada (constitución de garantía hipotecaria).
En este sentido hemos de tener en cuenta, como ya este Tribunal se ha pronunciado en sentencias entre otras de 18 de marzo de 2011 y 27 de septiembre de 2012, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " *del negocio jurídico rescindido* ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " *animus* " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " *iuris et de iure* ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " *iuris tantum* " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato. “:SAP Murcia (Sección 4) 30.01.2014 (Sentencia 59/2014; Rollo 12/2014)

“SEGUNDO.-Concretada en los indicados términos la cuestión impugnatoria suscitada en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que no asiste razón a la parte recurrente en la pretensión que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.
Hemos señalado en precedentes sentencias, entre otras, e las de 18 de marzo de 2011, 27 de septiembre de 2012 y en la más reciente de 30 de enero de 2014, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " del negocio jurídico rescindido ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " animus " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " iuris et de iure ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " iuris tantum " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.

La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Por tanto, las presunciones que establece el artículo 71, en sus apartados 2 y 3, facilitan, al instante de la acción rescisoria, la acreditación del perjuicio para la masa activa del concurso derivado de las operaciones o negocios jurídicos que enumera, bien eximiéndole de la prueba del perjuicio o bien trasladando dicha carga probatoria al demandado que lo niega. En consecuencia, y al margen de los supuestos antes descritos, cabe afirmar, que correspondería a la parte que ejercita dicha acción, acreditar en los demás casos, el perjuicio a la masa activa generado directa o indirectamente por el acto o negocio jurídico cuya rescisión se pretende. ":SAP Murcia (Sección 4) 13.02.2014 (Sentencia 91/2014; Rollo 51/2014)

"En este sentido hemos de tener en cuenta, como ya este Tribunal se ha pronunciado en sentencias entre otras de 18 de marzo de 2011, 27 de septiembre de 2012 y 30 de enero de 2014, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " del negocio jurídico rescindido ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " animus " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " iuris et de iure ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " iuris tantum " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.": SAP Murcia (Sección 4) 20.03.2014 (Sentencia 180/2014; Rollo 810/2013)

"TERCERO.-Que la cuestión a resolver en esta alzada es la relativa a determinar si procede o no la acción de reintegración ejercitada respecto de la dación en pago formalizada en la escritura pública de fecha 7 de octubre de 2011, subsanada por la escritura de 14 de noviembre de 2011. En relación con la acción de reintegración, teniendo en cuenta lo razonado en instancia así como lo alegado en el recurso, resulta conveniente referir lo que se expone a continuación. En el artículo 71 LC se establece. *"1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
1º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".
La acción de reintegración de la Ley concursal es una acción de rescisión por lesión, que no requiere una intención fraudulenta del deudor, ni consilium fraudis entre éste y el tercero que sea parte del contrato, mientras que en la acción pauliana se caracteriza por su naturaleza rescisoria por la intención fraudulenta de la acción.
La acción del citado art. 71,1 de la Ley Concursal no tiene carácter subsidiario, a diferencia de la pauliana, que conforme a lo dispuesto en el art. 1294 CC no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio sufrido.
Los perjudicados por el negocio jurídico, cuya ineficacia se intenta mediante el ejercicio de las acciones rescisorias, previstas en el art. 72 LC, son los acreedores del deudor declarado en concurso, pues al sufrir el patrimonio del concursado una reducción injustificada del activo, provocada por un determinado acto de disposición realizado por el deudor (luego declarado en concurso) que no se ve patrimonialmente correspondido por la entrada de un contravalor equivalente, se reduce la masa de bienes y derechos del concursado, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores, quienes tendrán así menos bienes realizables del deudor para hacerse pago con ellos.
Cuando el acto impugnado lo es con base en el art. 72 LC, el demandante no tiene que probar la existencia de un acuerdo defraudatorio entre el deudor, luego declarado en concurso, y la persona que con él celebra el acto impugnado, sino que debe limitarse a probar que dicho acto es perjudicial para la masa activa, perjuicio que, además, se presume en los supuestos previstos en el art. 71 LC.*":* SAP Murcia (Sección 4) 27.03.2014 (Sentencia 201/2014; Rollo 990/2013)

"En este sentido hemos de tener en cuenta, como ya este Tribunal se ha pronunciado en sentencias entre otras de 18 de marzo de 2011, 27 de septiembre de 2012 y 30 de enero de 2014, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " del negocio jurídico rescindido ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " animus " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez, el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " iuris et de iure ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso "

iuris tantum " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.": SAP Murcia (Sección 4) 11.04.2014 (Sentencia 231/2014; Rollo 231/2014)

"En este sentido y en aras a la solución de la controversia generada en esta apelación, hemos de tener en cuenta, como ya este Tribunal se ha pronunciado en sentencias entre otras de 18 de marzo de 2011, 27 de septiembre de 2012 y 30 de enero de 2014, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " del negocio jurídico rescindido ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " animus " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " iuris et de iure ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " iuris tantum " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.": SAP Murcia (Sección 4) 24.04.2014 (Sentencia 252/2014; Rollo 219/2014)

"En este sentido y en aras a la solución de la controversia generada en esta apelación, hemos de tener en cuenta, como ya este Tribunal se ha pronunciado en sentencias entre otras de 18 de marzo de 2011, 27 de septiembre de 2012 y 30 de enero de 2014, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " *del negocio jurídico rescindido* ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " *animus* " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " *iuris et de iure* ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " *iuris tantum* " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.": SAP Murcia (Sección 4) 08.05.2014 (Sentencia 275/2014; Rollo 221/2014)

"En este sentido y en aras a la solución de la controversia generada en esta apelación, hemos de tener en cuenta, como ya este Tribunal se ha pronunciado en sentencias entre otras de 18 de marzo de 2011, 27 de septiembre de 2012 y 30 de enero de 2014, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " *del negocio jurídico rescindido* ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " *animus* " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " *iuris et de iure* ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " *iuris tantum* " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.": SAP Murcia (Sección 4) 08.05.2014 (Sentencia 274/2014; Rollo 220/2014)

"En este sentido y en aras a la solución de la controversia generada en esta apelación, hemos de tener en cuenta, como ya este Tribunal se ha pronunciado en sentencias entre otras de 18 de marzo de 2011, 27 de septiembre de 2012 y 30 de enero de 2014, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " *del negocio jurídico rescindido* ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " *animus* " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.

A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " *iuris et de iure* ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " *iuris tantum* " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.": SAP Murcia (Sección 4) 20.05.2014 (Sentencia 275/2014; Rollo 221/2014)

AP Pontevedra

"El art. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de "acciones de reintegración". Como afirma la Exposición de Motivos de la LC, "La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro".
En consecuencia, la ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previgente, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del "perjuicio para la masa activa" se facilita con presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.": SAP Pontevedra 22.07.2009 (Rollo 406/2009; Sentencia 369/2009)

"PRIMERO.- El art. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de "acciones de reintegración". Como es de sobra sabido, la ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción, característicos de la legislación de quiebras (cfr. ant. Art. 878 párrafo segundo y jurisprudencia que lo interpreta), para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del " perjuicio para la masa activa " se facilita con un juego de presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.": SAP Pontevedra (Sección 1) 13.06.2012 (Sentencia 330/2012; Rollo 158/2012)

"TERCERO.- Como venimos repitiendo desde este órgano jurisdiccional, el art. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de "acciones de reintegración". Como es de sobra sabido, la ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción, característicos de la legislación de quiebras (cfr. ant. Art. 878 párrafo segundo y jurisprudencia que lo interpreta), para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un *perjuicio para la masa,* con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del " *perjuicio para la masa activa* " se facilita con un juego de presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.": SAP Pontevedra (Sección 1) 10.07.2012 (Sentencia 390/2012; Rollo 205/2012)

AP Salamanca

"En cuanto a la infracción de los artículos 73.3 Y 71 LC hemos de indicar que el sistema de reintegración a la masa activa que instaura la vigente Ley Concursal en sus arts. 71 a 73, modificando de forma sustancial el sistema anterior contenido en los arts. 878 a 882 CCom., se configura en base a una acción de rescisión por lesión, que no requiere una intención fraudulenta del deudor, ni consilium fraudis entre éste y el tercero que sea parte del contrato, bastando que un acto sea perjudicial para la masa activa, tal como explícitamente señala el art. 71,1 de dicha Ley, lo que la diferencia de la acción revocatoria o pauliana de los arts. 1111 y 1291,3º CC, con la que tiene, como elemento común, su naturaleza rescisoria del acto o negocio dispositivo objeto de la misma.
Asimismo, dicha acción rescisoria por lesión se encuentra limitada temporalmente, en cuanto que sólo puede afectar a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, limitación que no afecta a las acciones rescisorias por fraude de acreedores, ejercitables también en el procedimiento concursal, conforme a la previsión contenida en el apartado nº 6 del citado art. 71, respecto de actos rescindibles celebrados con anterioridad a dichos dos años, siempre que no hayan transcurrido todavía los cuatro años desde su celebración, plazo de caducidad de tal clase de acciones (art. 1299 CC).
Pues bien, de acuerdo con la vigente regulación concursal, para la prosperabilidad de la acción de reintegración por la vía de la rescisión del art. 71 y ss de la L.Co., es necesario: 1.- Que se trate de un acto del

deudor, entendido en sentido amplio y comprensivo tanto de acciones u omisiones, sean contratos, disposiciones, actos extintivos de obligaciones, atribuciones solvendi/donandi/credendi causa, comportamientos expresos o tácitos, etc; 2.- Que dicho acto -no sus efectos- se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso; y 3.- Que haya supuesto tal acto un perjuicio para la masa activa, bastando para la concurrencia de este presupuesto que el acto haya disminuido el patrimonio de la concursada o haya impedido su razonable incremento, debiendo valorarse tal perjuicio desde la perspectiva de la pars conditio y de la pluralidad de acreedores, lo que supone incluir no solo aquellos actos que supongan una minoración del activo patrimonial, sino aquellos actos o disposiciones de la concursada que sin alterar el neto patrimonial supongan una alteración de la necesaria paridad de trato en el periodo temporal señalado -donde se incluirían los pagos realizados por el deudor a alguno de sus acreedores, en el periodo temporal señalado y en perjuicio de los demás-.": SAP Salamanca (Sección 1) 01.07.2011 (Sentencia 297/2011; Rollo 739/2010)

"Segundo.- La sentencia de esta Audiencia Provincial de Salamanca de 23 de enero de 2012 analiza detenidamente el tema de las acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa en el siguiente sentido: " *La vigente Ley Concursal (LC), huye de los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previa, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, salidos de la misma mediante actos realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del "perjuicio para la masa activa " se facilita con presunciones de carácter "iuris et de iure", o "iuris tantum".*
De otra parte, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Sin embargo, la jurisprudencia mercantil se está decantando por un concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la " par conditio" (por todas, Sentencia de la AP Madrid, sección 28ª, de 19 de diciembre de 2008, y Sentencia de la AP Barcelona, sección 15ª, de 8 de enero de 2008).": SAP Salamanca (Sección 1) 22.01.2015 (Sentencia 18/2015; Rollo 456/2014)

AP Sevilla

"CUARTO.-Entrando en el fondo del asunto, la parte actora ejercita la acción rescisoria a que se refiere el artículo 71 de la Ley Concursal, con el fin de reintegrar el patrimonio de la concursada. Como recoge la Exposición de Motivos de la Ley Concursal: "da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro". A diferencia del sistema anterior de la retroacción, que tanta inseguridad e inconvenientes provocó, la nueva legislación acude a un sistema de rescisión respectos de aquellos negocios jurídicos que se entiende que han perjudicado a la masa, pero no de un modo genérico e indiscriminado, atendiendo a un criterio temporal, sino respecto de negocios concretos, pero siempre fundado en la concurrencia de un real y evidente perjuicio para la masa, tendiéndose a incluir no solo aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum. En este mismo sentido, no es necesario probar la intención de perjudicar, sino que basta con adverar la realidad del perjuicio. No se trata tanto de indagar en las intenciones del concursado, sino de reintegrar la masa activa. En cualquier caso, el fin es el mismo, como nos dice la Sentencia de 24 de noviembre de 2.011 : "no es otro que el de proteger la masa de la quiebra, impidiendo que determinados actos realizados por el quebrado en período inmediatamente anterior al sobreseimiento de sus pagos, puedan llegar a perjudicar a sus acreedores, frustrando, de ese modo, sus legítimas expectativas sobre el patrimonio de aquel".
Se pretende, en resumen, evitar que un acreedor determinado y singular resulte beneficiado en relación al conjunto de acreedores. Sin que sea necesario que estemos ante un perjuicio directo, que tiene lugar cuando se produce una disminución del patrimonio, ya que alcanza, también, cuado este es indirecto, como ocurre cuando se da un trato privilegiado a un acreedor, sin causa justificada.
En el actual sistema se establecen una serie de presunciones iure et de iure y otras iuris tantum. En el primer supuesto, se incluyen aquellos que son contrarios a la buena fe, sin que admitan prueba en contrario, como ocurre cuando estamos ante un acto de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fueran posterior a la declaración de concurso. En ambos, es evidente que se produce un supuesto de retroacción, ya que no admiten prueba en contrario, y alcanza a todos estos negocios jurídicos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
Luego se establecen una serie de supuesto iuris tantum, es decir, que admiten prueba en contrario, referidos a los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de

las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Fuera de estos supuestos, se torna indispensable acreditar el perjuicio patrimonial por quien ejercita la acción rescisoria": SAP Sevilla (Sección 5) 28.05.2012 (Sentencia 277/2012; Rollo 2964/2012)

"SEGUNDO.- La parte actora ejercita la acción rescisoria a que se refiere el artículo 71 de la Ley Concursal, con el fin de reintegrar el patrimonio de la concursada. Como recoge la Exposición de Motivos de la Ley Concursal: "da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro". A diferencia del sistema anterior de la retroacción, que tanta inseguridad e inconvenientes provocó, la nueva legislación acude a un sistema de rescisión respectos de aquellos negocios jurídicos que se entiende que han perjudicado a la masa, pero no de un modo genérico e indiscriminado, atendiendo a un criterio temporal, sino respecto de negocios concretos, pero siempre fundado en la concurrencia de un real y evidente perjuicio para la masa, tendiéndose a incluir no solo aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum. En este mismo sentido, no es necesario probar la intención de perjudicar, sino que basta con adverar la realidad del perjuicio. No se trata tanto de indagar en las intenciones del concursado, sino de reintegrar la masa activa. En cualquier caso, el fin es el mismo, como nos dice la Sentencia de 24 de noviembre de 2.011 : "no es otro que el de proteger la masa de la quiebra, impidiendo que determinados actos realizados por el quebrado en período inmediatamente anterior al sobreseimiento de sus pagos, puedan llegar a perjudicar a sus acreedores, frustrando, de ese modo, sus legítimas expectativas sobre el patrimonio de aquel".
Se pretende, en resumen, evitar que un acreedor determinado y singular resulte beneficiado en relación al conjunto de acreedores. Sin que sea necesario que estemos ante un perjuicio directo, que tiene lugar cuando se produce una disminución del patrimonio, ya que alcanza, también, cuando este es indirecto, como ocurre cuando se da un trato privilegiado a un acreedor, sin causa justificada.
En el actual sistema se establecen una serie de presunciones iure et de iure y otras iuris tantum. En el primer supuesto, se incluye aquellos que son contrarios a la buena fe, sin que admitan prueba en contrario, como ocurre cuando estamos ante un acto de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fueran posterior a la declaración de concurso. En ambos, es evidente que se produce un supuesto de retroacción, ya que no admiten prueba en contrario, y alcanza a todos estos negocios jurídicos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
Luego se establecen una serie de supuesto iuris tantum, es decir, que admiten prueba en contrario, referidos a los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Fuera de estos supuestos, se torna indispensable acreditar el perjuicio patrimonial por quien se ejercite la acción rescisoria. ":SAP Sevilla (Sección 5) 10.09.2012 (Sentencia 422/2012; Rollo 4393/2012)
SEGUNDO.-La Administración Concursal ejercita la acción rescisoria a que se refiere el artículo 71 de la Ley Concursal, con el fin de reintegrar el patrimonio de la concursada. Como recoge la Exposición de Motivos de la Ley Concursal: *"da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en periodo sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas especiJcas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursa1 o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro". A* diferencia del sistema anterior de la retroacción, que tantas inseguridades e inconvenientes provocó, la nueva legislación acude a un sistema de rescisión respectos de aquellos negocios jurídicos que se entiende que han perjudicado a la masa, pero no de un modo genérico e indiscriminado, desde luego sí atendiendo a un criterio temporal, pero respecto de negocios concretos, y siempre fundado en la concurrencia de un real y evidente perjuicio para la masa, tendiéndose a incluir no solo aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum. En este mismo sentido, no es necesario probar la intención de perjudicar, sino que basta con adverar la realidad del perjuicio. No se trata tanto de indagar en las intenciones del concursado, sino de reintegrar la masa activa. En cualquier caso, el fin es el mismo, como nos dice la Sentencia de 24 de noviembre de 2.01 1: "no es otro que el de proteger la masa de la quiebra, impidiendo que determinados actos realizados por el quebrado en período inmediatamente anterior al sobreseimiento de sus pagos, puedan llegar a perjudicar a sus acreedores, frustrando, de ese modo, sus legítimas expectativas sobre el patrimonio de aquel".
Se pretende, en resumen, evitar que un acreedor determinado y singular resulte beneficiado en relación al conjunto de acreedores. Sin que sea necesario que estemos ante un perjuicio directo, que tiene lugar cuando se produce una disminución del patrimonio, ya que alcanza, también, cuado este es indirecto, como ocurre cuando se da un trato privilegiado a un acreedor, sin causa justificada.
En el actual sistema se establecen una serie de presunciones iure et de iure y otras iuris tantum. En el primer supuesto, se incluye aquellos que son contrarios a la buena fe, sin que admitan prueba en contrario, como

ocurre cuando estamos ante un acto de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. En ambos, es evidente que se produce un supuesto de retroacción, ya que no admiten prueba en contrario, y alcanza a todos estos negocios jurídicos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
Luego se establecen una serie de supuesto iuris tantum, es decir, que admiten prueba en contrario, referidos a los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Fuera de estos supuestos, se toma indispensable acreditar el perjuicio patrimonial por quien se ejercite la acción rescisoria. ":SAP Sevilla (Sección 5) 29.04.2013 (Rollo 2236//2013)

"SEGUNDO.- El Administrador concursal ejercita la acción rescisoria a que se refiere el artículo 71 de la Ley Concursal, con el fin de reintegrar el patrimonio de la concursada. Como recoge la Exposición de Motivos de la Ley Concursal: "da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro". A diferencia del sistema anterior de la retroacción, que tanta inseguridad e inconvenientes provocó, la nueva legislación acude a un sistema de rescisión respectos de aquellos negocios jurídicos que se entiende que han perjudicado a la masa, pero no de un modo genérico e indiscriminado, atendiendo a un criterio temporal, sino respecto de negocios concretos, pero siempre fundado en la concurrencia de un real y evidente perjuicio para la masa, tendiéndose a incluir no solo aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum. En este mismo sentido, no es necesario probar la intención de perjudicar, sino que basta con adverar la realidad del perjuicio. No se trata tanto de indagar en las intenciones del concursado, sino de reintegrar la masa activa. En cualquier caso, el fin es el mismo, como nos dice la Sentencia de 24 de noviembre de 2.011 : "no es otro que el de proteger la masa de la quiebra, impidiendo que determinados actos realizados por el quebrado en período inmediatamente anterior al sobreseimiento de sus pagos, puedan llegar a perjudicar a sus acreedores, frustrando, de ese modo, sus legítimas expectativas sobre el patrimonio de aquel".
Se pretende, en resumen, evitar que un acreedor determinado y singular resulte beneficiado en relación al conjunto de acreedores. Sin que sea necesario que estemos ante un perjuicio directo, que tiene lugar cuando se produce una disminución del patrimonio, ya que alcanza, también, cuado este es indirecto, como ocurre cuando se da un trato privilegiado a un acreedor, sin causa justificada.
En este sentido, como resumen de la jurisprudencia, merece destacarse la reciente Sentencia de 20 de mayo de 2.013 cuando nos dice que: "la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en la interpretación del citado precepto excluye de la sanción de nulidad radical aquellos casos en que quede acreditada la concurrencia de dos elementos: que se trate de un acto de giro ordinario de la actividad del quebrado y que no resulte perjudicial para la masa de acreedores.
En efecto, siguiendo la línea expositiva de la STS 740/2012, durante muchos años, desde la Sentencia de 7 de marzo de 1931 la jurisprudencia de esta Sala interpretó literalmente el art. 878.2 del Código de Comercio, proclamando la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados. Esta interpretación jurisprudencial aparece en numerosas resoluciones, entre las más recientes las SSTS 608/2000, de 12 de junio; 91/2001, de 8 de febrero; 286/2002, de 3 de abril; 874/2002, de 30 de septiembre; 194/2003, de 28 de febrero, 21/2004, de 29 de enero, 214/2004 de 26 de marzo, incluso, en alguna ocasión, llegó a dejar sin efecto la eficacia protectora para el tercero hipotecario de la fe pública registral (Sentencias de 17 de marzo de 1958 y 15 de noviembre de 1991). Ello no obstante, ciertamente, durante esta época en la que se predicaba la nulidad absoluta, esta Sala había desestimado la pretensión de ineficacia del acto impugnado por advertir, en unas ocasiones, una clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (en operaciones de descuento bancario, porque se trata de sustituir un activo financiero por otro líquido del quebrado, STS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977) y, en otras ocasiones, porque una aplicación rigorista del art. 878 del Código de Comercio sobre operaciones propias del tráfico y giro comercial de la quebrada supondría una inseguridad jurídica para la economía y unas perniciosas consecuencias sociales. Otras sentencias, dentro de esta misma época, relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo la necesidad del fraude (STS 2005/1993, de 12 de marzo) o del perjuicio (STS 870/1993, de 20 de setiembre) que vendría representado por un detrimento patrimonial.
Es cierto que la nulidad a que se refiere el art. 878.2 del Código de Comercio no supone una nulidad radical, más propia de la ineficacia estructural en origen derivada de una irregularidad en la formación del contrato que se produce " ipso iure " y " erga omnes ", de forma definitiva e insubsanable, sin posibilidad de confirmación. Así lo ha entendido la doctrina que ya, desde antiguo, señaló que la ineficacia del art. 878.2 del Código de Comercio no responde a ninguno de los caracteres propios de la nulidad: ni es originaria ni es estructural, sino funcional y sobrevenida. Y así, finalmente, ha sido admitida por la Jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS 951/2005, de 13 de diciembre, y, en la actualidad, unánime e incontrovertida, entre las más recientes las STS de 8 de marzo, 29 de julio, 29 de septiembre, 10 de noviembre y 14 de diciembre de 2010, 23 de marzo de 2011, 1 de octubre de 2012 y, la invocada, 740/2012 de 12 de diciembre, y las que en ella se citan).
Una ineficacia de estas características responde a la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último

se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en el perjuicio para la masa activa, lo que se acomoda a lo que preceptuaba el art. 1366 de la LEC de 1998 que legitimaba a los síndicos "para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo hábil", lo que presuponía que la ineficacia debía predicarse de los actos realizados por el deudor que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra realizados dentro del periodo de retroacción.
Esta interpretación es la que contempla la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que abandona el sistema "perturbador" de la retroacción y, en su lugar, contempla otro integrado por las acciones de reintegración de naturaleza rescisoria, como antes se contempló en el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras, en relación con la disposición denegatoria de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores EDL2005/179839, reformada por la citada Ley 25/2005. Pues, en efecto, el art. 71 establece que serán rescindibles los actos realizados por el deudor que hayan ocasionado un perjuicio a la masa activa; excluye de la rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales (art. 71, apartado 5. 1 º) y reconoce la restitución de las prestaciones a quien contrató con el deudor como crédito contra la masa (art. 73.3), salvo que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado (último inciso del art. 73.3).
El actual régimen rescisorio que contempla la vigente Ley Concursal obliga a los tribunales a interpretar y aplicar las normas legales que "hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad" (Disposición Adicional Primera de la Ley Concursal)".
En el actual sistema se establecen una serie de presunciones iure et de iure y otras iuris tantum. En el primer supuesto se incluye aquellos que son contrarios a la buena fe, sin que admitan prueba en contrario, como ocurre cuando estamos ante un acto de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. En ambos, es evidente que se produce un supuesto de retroacción, ya que no admiten prueba en contrario, y alcanza a todos estos negocios jurídicos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
Luego se establecen una serie de supuesto iuris tantum, es decir, que admiten prueba en contrario, referidos a los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Fuera de estos supuestos, se torna indispensable acreditar el perjuicio patrimonial por quien se ejercite la acción rescisoria.”: SAP Sevilla (Sección 5) 20.06.2013 (Sentencia 316/2013; Rollo 2862/2013)

“SEGUNDO.-La Administración concursal ejercita la acción rescisoria a que se refiere el artículo 71 de la Ley Concursal, con el fin de reintegrar el patrimonio de la concursada. Tiene declarado esta Sala, que como recoge la Exposición de Motivos de la Ley Concursal: *"da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro".* A diferencia del sistema anterior de la retroacción, que tanta inseguridad e inconvenientes provocó, la nueva legislación acude a un sistema de rescisión respectos de aquellos negocios jurídicos que se entienden que han perjudicado a la masa, pero no de un modo genérico e indiscriminado, atendiendo a un criterio temporal, sino respecto de negocios concretos, pero siempre fundado en la concurrencia de un real y evidente perjuicio para la masa. Se tiende a incluir no solo aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa, sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa, al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum. En este mismo sentido, no es necesario probar la intención de perjudicar, sino que basta con adverar la realidad del perjuicio. No se trata tanto de indagar en las intenciones del concursado, sino de reintegrar la masa activa. En cualquier caso, el fin es el mismo, como nos dice la Sentencia de 24 de noviembre de 2.011 : "no es otro que el de proteger la masa de la quiebra, impidiendo que determinados actos realizados por el quebrado en período inmediatamente anterior al sobreseimiento de sus pagos, puedan llegar a perjudicar a sus acreedores, frustrando, de ese modo, sus legítimas expectativas sobre el patrimonio de aquel".
Se pretende, en resumen, evitar que un acreedor determinado y singular resulte beneficiado en relación al conjunto de acreedores. Sin que sea necesario que estemos ante un perjuicio directo, que tiene lugar cuando se produce una disminución del patrimonio, ya que alcanza, también, cuado este es indirecto, como ocurre cuando se da un trato privilegiado a un acreedor, sin causa justificada.
En este sentido, como resumen de la jurisprudencia, merece destacarse la reciente Sentencia de 20 de mayo de 2.013 cuando nos dice que: "la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en la interpretación del citado precepto excluye de la sanción de nulidad radical aquellos casos en que quede acreditada la concurrencia de dos elementos: que se trate de un acto de giro ordinario de la actividad del quebrado y que no resulte perjudicial para la masa de acreedores.
En efecto, siguiendo la línea expositiva de la STS 740/2012, durante muchos años, desde la Sentencia de 7 de marzo de 1931 la jurisprudencia de esta Sala interpretó literalmente el art. 878.2 del Código de Comercio, proclamando la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados. Esta interpretación jurisprudencial

aparece en numerosas resoluciones, entre las más recientes las SSTS 608/2000, de 12 de junio; 91/2001, de 8 de febrero; 286/2002, de 3 de abril; 874/2002, de 30 de septiembre; 194/2003, de 28 de febrero, 21/2004, de 29 de enero, 214/2004 de 26 de marzo, incluso, en alguna ocasión, llegó a dejar sin efecto la eficacia protectora para el tercero hipotecario de la fe pública registral (Sentencias de 17 de marzo de 1958 y 15 de noviembre de 1991). Ello no obstante, ciertamente, durante esta época en la que se predicaba la nulidad absoluta, esta Sala había desestimado la pretensión de ineficacia del acto impugnado por advertir, en unas ocasiones, una clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (en operaciones de descuento bancario, porque se trata de sustituir un activo financiero por otro líquido del quebrado, STS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977) y, en otras ocasiones, porque una aplicación rigorista del art. 878 del Código de Comercio sobre operaciones propias del tráfico y giro comercial de la quebrada supondría una inseguridad jurídica para la economía y unas perniciosas consecuencias sociales. Otras sentencias, dentro de esta misma época, relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo la necesidad del fraude (STS 2005/1993, de 12 de marzo) o del perjuicio (STS 870/1993, de 20 de setiembre) que vendría representado por un detrimento patrimonial.
Es cierto que la nulidad a que se refiere el art. 878.2 del Código de Comercio no supone una nulidad radical, más propia de la ineficacia estructural en origen derivada de una irregularidad en la formación del contrato que se produce " ipso iure " y " erga omnes ", de forma definitiva e insubsanable, sin posibilidad de confirmación. Así lo ha entendido la doctrina que ya, desde antiguo, señaló que la ineficacia del art. 878.2 del Código de Comercio no responde a ninguno de los caracteres propios de la nulidad: ni es originaria ni es estructural, sino funcional y sobrevenida. Y así, finalmente, ha sido admitida por la Jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS 951/2005, de 13 de diciembre, y, en la actualidad, unánime e incontrovertida, entre las más recientes las STS de 8 de marzo, 29 de julio, 29 de septiembre, 10 de noviembre y 14 de diciembre de 2010, 23 de marzo de 2011, 1 de octubre de 2012 y, la invocada, 740/2012 de 12 de diciembre, y las que en ella se citan).
Una ineficacia de estas características responde a la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en el perjuicio para la masa activa, lo que se acomoda a lo que preceptuaba el art. 1366 de la LEC de 1998 que legitimaba a los síndicos "para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo hábil", lo que presuponía que la ineficacia debía predicarse de los actos realizados por el deudor que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra realizados dentro del periodo de retroacción.
Esta interpretación es la que contempla la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que abandona el sistema "perturbador" de la retroacción y, en su lugar, contempla otro integrado por las acciones de reintegración de naturaleza rescisoria, como antes se contempló en el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras, en relación con la disposición denegatoria de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores EDL2005/179839, reformada por la citada Ley 25/2005. Pues, en efecto, el art. 71 establece que serán rescindibles los actos realizados por el deudor que hayan ocasionado un perjuicio a la masa activa; excluye de la rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales (art. 71, apartado 5. 1 º) y reconoce la restitución de las prestaciones a quien contrató con el deudor como crédito contra la masa (art. 73.3), salvo que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado (último inciso del art. 73.3).
El actual régimen rescisorio que contempla la vigente Ley Concursal obliga a los tribunales a interpretar y aplicar las normas legales que "hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad" (Disposición Adicional Primera de la Ley Concursal)".
En el actual sistema se establecen una serie de presunciones iure et de iure y otras iuris tantum. En el primer supuesto, se incluye aquellos que son contrarios a la buena fe, sin que admitan prueba en contrario, como ocurre cuando estamos ante un acto de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. En ambos, es evidente que se produce un supuesto de retroacción, ya que no admiten prueba en contrario, y alcanza a todos estos negocios jurídicos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
Luego se establecen una serie de supuesto iuris tantum, es decir, que admiten prueba en contrario, referidos a los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Fuera de estos supuestos, se torna indispensable acreditar el perjuicio patrimonial por quien se ejercite la acción rescisoria.”: SAP Sevilla (Sección 5) 27.09.2013 (Sentencia 433/2013; Rollo 4104/2013)

“El Administrador Concursal ejercita la acción rescisoria a que se refiere el artículo 71 de la Ley Concursal, con el fin de reintegrar el patrimonio de la concursada. Como recoge la Exposición de Motivos de la Ley Concursal: *"da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro".* A diferencia del sistema anterior de la retroacción, que tanta inseguridad e inconvenientes provocó, la nueva legislación acude a un sistema de rescisión respectos de aquellos negocios jurídicos que se entiende que han perjudicado a la masa, pero no de un modo genérico e indiscriminado, atendiendo a un criterio temporal, sino

respecto de negocios concretos, pero siempre fundado en la concurrencia de un real y evidente perjuicio para la masa, tendiéndose a incluir no solo aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum. En este mismo sentido, no es necesario probar la intención de perjudicar, sino que basta con adverar la realidad del perjuicio. No se trata tanto de indagar en las intenciones del concursado, sino de reintegrar la masa activa. En cualquier caso, el fin es el mismo, como nos dice la Sentencia de 24 de noviembre de 2.011 : "no es otro que el de proteger la masa de la quiebra, impidiendo que determinados actos realizados por el quebrado en período inmediatamente anterior al sobreseimiento de sus pagos, puedan llegar a perjudicar a sus acreedores, frustrando, de ese modo, sus legítimas expectativas sobre el patrimonio de aquel".
Se pretende, en resumen, evitar que un acreedor determinado y singular resulte beneficiado en relación al conjunto de acreedores. Sin que sea necesario que estemos ante un perjuicio directo, que tiene lugar cuando se produce una disminución del patrimonio, ya que alcanza, también, cuado este es indirecto, como ocurre cuando se da un trato privilegiado a un acreedor, sin causa justificada.
En este sentido, como resumen de la jurisprudencia, merece destacarse la Sentencia de 20 de mayo de 2.013 cuando nos dice que: "la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en la interpretación del citado precepto excluye de la sanción de nulidad radical aquellos casos en que quede acreditada la concurrencia de dos elementos: que se trate de un acto de giro ordinario de la actividad del quebrado y que no resulte perjudicial para la masa de acreedores.
En efecto, siguiendo la línea expositiva de la STS 740/2012, durante muchos años, desde la Sentencia de 7 de marzo de 1931 la jurisprudencia de esta Sala interpretó literalmente el art. 878.2 del Código de Comercio, proclamando la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados. Esta interpretación jurisprudencial aparece en numerosas resoluciones, entre las más recientes las SSTS 608/2000, de 12 de junio; 91/2001, de 8 de febrero; 286/2002, de 3 de abril; 874/2002, de 30 de septiembre; 194/2003, de 28 de febrero, 21/2004, de 29 de enero, 214/2004 de 26 de marzo, incluso, en alguna ocasión, llegó a dejar sin efecto la eficacia protectora para el tercero hipotecario de la fe pública registral (Sentencias de 17 de marzo de 1958 y 15 de noviembre de 1991). Ello no obstante, ciertamente, durante esta época en la que se predicaba la nulidad absoluta, esta Sala había desestimado la pretensión de ineficacia del acto impugnado por advertir, en unas ocasiones, una clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (en operaciones de descuento bancario, porque se trata de sustituir un activo financiero por otro líquido del quebrado, STS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977) y, en otras ocasiones, porque una aplicación rigorista del art. 878 del Código de Comercio sobre operaciones propias del tráfico y giro comercial de la quebrada supondría una inseguridad jurídica para la economía y unas perniciosas consecuencias sociales. Otras sentencias, dentro de esta misma época, relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo la necesidad del fraude (STS 2005/1993, de 12 de marzo) o del perjuicio (STS 870/1993, de 20 de setiembre) que vendría representado por un detrimento patrimonial.
Es cierto que la nulidad a que se refiere el art. 878.2 del Código de Comercio no supone una nulidad radical, más propia de la ineficacia estructural en origen derivada de una irregularidad en la formación del contrato que se produce " ipso iure " y " erga omnes ", de forma definitiva e insubsanable, sin posibilidad de confirmación. Así lo ha entendido la doctrina que ya, desde antiguo, señaló que la ineficacia del art. 878.2 del Código de Comercio no responde a ninguno de los caracteres propios de la nulidad: ni es originaria ni es estructural, sino funcional y sobrevenida. Y así, finalmente, ha sido admitida por la Jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS 951/2005, de 13 de diciembre, y, en la actualidad, unánime e incontrovertida, entre las más recientes las STS de 8 de marzo, 29 de julio, 29 de septiembre, 10 de noviembre y 14 de diciembre de 2010, 23 de marzo de 2011, 1 de octubre de 2012 y, la invocada, 740/2012 de 12 de diciembre, y las que en ella se citan).
Una ineficacia de estas características responde a la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en el perjuicio para la masa activa, lo que se acomoda a lo que preceptuaba el art. 1366 de la LEC de 1998 que legitimaba a los síndicos "para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo hábil", lo que presuponía que la ineficacia debía predicarse de los actos realizados por el deudor que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra realizados dentro del periodo de retroacción.
Esta interpretación es la que contempla la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que abandona el sistema "perturbador" de la retroacción y, en su lugar, contempla otro integrado por las acciones de reintegración de naturaleza rescisoria, como antes se contempló en el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras, en relación con la disposición denegatoria de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores, reformada por la citada Ley 25/2005. Pues, en efecto, el art. 71 establece que serán rescindibles los actos realizados por el deudor que hayan ocasionado un perjuicio a la masa activa; excluye de la rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales (art. 71, apartado 5. 1 º) y reconoce la restitución de las prestaciones a quien contrató con el deudor como crédito contra la masa (art. 73.3), salvo que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado (último inciso del art. 73.3).
El actual régimen rescisorio que contempla la vigente Ley Concursal obliga a los tribunales a interpretar y aplicar las normas legales que "hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad" (Disposición Adicional Primera de la Ley Concursal)".
En el actual sistema se establecen una serie de presunciones iure et de iure y otras iuris tantum. En el primer supuesto se incluye aquellos que son contrarios a la buena fe, sin que admitan prueba en contrario, como

ocurre cuando estamos ante un acto de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. En ambos, es evidente que se produce un supuesto de retroacción, ya que no admiten prueba en contrario, y alcanza a todos estos negocios jurídicos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
Luego se establecen una serie de supuesto iuris tantum, es decir, que admiten prueba en contrario, referidos a los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Fuera de estos supuestos, se torna indispensable acreditar el perjuicio patrimonial por quien se ejercite la acción rescisoria.": SAP Sevilla (Sección 5) 17.01.2014 (Sentencia 36/2014; Rollo 5568/2013)

"En los supuestos en los que se ha ejercitado la acción de reintegración, al amparo del artículo 71 de la Ley Concursal por parte de la Administración Concursal, esta Sala ha declarado que la Exposición de Motivos de la Ley Concursal: "da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad
o del registro".
A diferencia del sistema anterior de la retroacción, que tanta inseguridad e inconveniente provocó, la nueva legislación acude a un sistema de rescisión respectos de aquellos negocios jurídicos que se entienden que han perjudicado a la masa, pero no de un modo genérico e indiscriminado, atendiendo a un criterio temporal, sino respecto de negocios concretos, pero siempre fundado en la concurrencia de un real y evidente perjuicio para la masa. Se tiende a incluir no solo aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa, sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa, al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum. En este mismo sentido, no es necesario probar la intención de perjudicar, sino que basta con adverar la realidad del perjuicio. No se trata tanto de indagar en las intenciones del concursado, sino de reintegrar la masa activa. En cualquier caso, el fin es el mismo, como nos dice la Sentencia de 24 de noviembre de 2.011 : "no es otro que el de proteger la masa de la quiebra, impidiendo que determinados actos realizados por el quebrado en período inmediatamente anterior al sobreseimiento de sus pagos, puedan llegar a perjudicar a sus acreedores, frustrando, de ese modo, sus legítimas expectativas sobre el patrimonio de aquel".
Se pretende, en resumen, evitar que un acreedor determinado y singular resulte beneficiado en relación al conjunto de acreedores. Sin que sea necesario que estemos ante un perjuicio directo, que tiene lugar cuando se produce una disminución del patrimonio, ya que alcanza, también, cuado este es indirecto, como ocurre cuando se da un trato privilegiado a un acreedor, sin causa justificada.
En este sentido, como resumen de la jurisprudencia, merece destacarse la Sentencia de 20 de mayo de 2.013 cuando nos dice que: "la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en la interpretación del citado precepto excluye de la sanción de nulidad radical aquellos casos en que quede acreditada la concurrencia de dos elementos: que se trate de un acto de giro ordinario de la actividad del quebrado y que no resulte perjudicial para la masa de acreedores.
En efecto, siguiendo la línea expositiva de la STS 740/2012, durante muchos años, desde la Sentencia de 7 de marzo de 1931 la jurisprudencia de esta Sala interpretó literalmente el art. 878.2 del Código de Comercio, proclamando la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados. Esta interpretación jurisprudencial aparece en numerosas resoluciones, entre las más recientes las SSTS 608/2000, de 12 de junio; 91/2001, de 8 de febrero; 286/2002, de 3 de abril; 874/2002, de 30 de septiembre; 194/2003, de 28 de febrero, 21/2004, de 29 de enero, 214/2004 de 26 de marzo, incluso, en alguna ocasión, llegó a dejar sin efecto la eficacia protectora para el tercero hipotecario de la fe pública registral (Sentencias de 17 de marzo de 1958 y 15 de noviembre de 1991). Ello no obstante, ciertamente, durante esta época en la que se predicaba la nulidad absoluta, esta Sala había desestimado la pretensión de ineficacia del acto impugnado por advertir, en unas ocasiones, una clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (en operaciones de descuento bancario, porque se trata de sustituir un activo financiero por otro líquido del quebrado, STS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977) y, en otras ocasiones, porque una aplicación rigorista del art. 878 del Código de Comercio sobre operaciones propias del tráfico y giro comercial de la quebrada supondría una inseguridad jurídica para la economía y unas perniciosas consecuencias sociales. Otras sentencias, dentro de esta misma época, relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo la necesidad del fraude (STS 2005/1993, de 12 de marzo) o del perjuicio (STS 870/1993, de 20 de setiembre) que vendría representado por un detrimento patrimonial.
Es cierto que la nulidad a que se refiere el art. 878.2 del Código de Comercio no supone una nulidad radical, más propia de la ineficacia estructural en origen derivada de una irregularidad en la formación del contrato que se produce " ipso iure " y " erga omnes ", de forma definitiva e insubsanable, sin posibilidad de confirmación. Así lo ha entendido la doctrina que ya, desde antiguo, señaló que la ineficacia del art. 878.2 del Código de Comercio no responde a ninguno de los caracteres propios de la nulidad: ni es originaria ni es estructural, sino funcional y sobrevenida. Y así, finalmente, ha sido admitida por la Jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS 951/2005, de 13 de diciembre, y, en la actualidad, unánime e incontrovertida, entre las más recientes las STS de 8 de marzo, 29 de julio, 29 de septiembre, 10 de noviembre y 14 de diciembre de 2010, 23 de marzo de 2011, 1 de octubre de 2012 y, la invocada, 740/2012 de 12 de diciembre, y las que en ella se citan).

Una ineficacia de estas características responde a la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en el perjuicio para la masa activa, lo que se acomoda a lo que preceptuaba el art. 1366 de la LEC de 1998 que legitimaba a los síndicos "para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo hábil", lo que presuponía que la ineficacia debía predicarse de los actos realizados por el deudor que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra realizados dentro del periodo de retroacción.
Esta interpretación es la que contempla la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que abandona el sistema "perturbador" de la retroacción y, en su lugar, contempla otro integrado por las acciones de reintegración de naturaleza rescisoria, como antes se contempló en el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras, en relación con la disposición denegatoria de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores EDL2005/179839, reformada por la citada Ley 25/2005. Pues, en efecto, el art. 71 establece que serán rescindibles los actos realizados por el deudor que hayan ocasionado un perjuicio a la masa activa; excluye de la rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales (art. 71, apartado 5. 1 º) y reconoce la restitución de las prestaciones a quien contrató con el deudor como crédito contra la masa (art. 73.3), salvo que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado (último inciso del art. 73.3).
El actual régimen rescisorio que contempla la vigente Ley Concursal obliga a los tribunales a interpretar y aplicar las normas legales que "hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad" (Disposición Adicional Primera de la Ley Concursal)".
En el actual sistema se establecen una serie de presunciones iure et de iure y otras iuris tantum. En el primer supuesto, se incluye aquellos que son contrarios a la buena fe, sin que admitan prueba en contrario, como ocurre cuando estamos ante un acto de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. En ambos, es evidente que se produce un supuesto de retroacción, ya que no admiten prueba en contrario, y alcanza a todos estos negocios jurídicos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
Luego se establecen una serie de supuesto iuris tantum, es decir, que admiten prueba en contrario, referidos a los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Fuera de estos supuestos, se torna indispensable acreditar el perjuicio patrimonial por quien se ejercite la acción rescisoria.”: SAP Sevilla (Sección 5) 03.02.2015 (Sentencia 44/2015; Rollo 6110/2014)

AP Tarragona

“TERCERO.-En el 71 de la L.C. se instaura una acción de naturaleza rescisoria que da lugar a lo que se designó como un rescisión concursal, la que nace con el concurso y únicamente cabe ejercitar durante su vigencia, pretendiendo ser una garantía para los derechos de los acreedores del concurso al pretender preservar la integridad del patrimonio que debe satisfacer sus créditos y salvaguardando la par condicio creditorum, para evitar una discriminación arbitraria de los acreedores a los que se debe pagar.
Con la referida acción es posible impugnar actos de disposición realizados por el deudor concursal dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, debiendo entender tales actos en un sentido amplio de contratos o negocios, como pagos y declaraciones unilaterales de voluntad que comporten un sacrificio patrimonio, sin excluir las conductas pasivas del deudor concursal que representen una pérdida de activo patrimonial, situándose el fundamento de su ineficacia en el mero perjuicio causado a la masa activa del concurso, sin precisar de la concurrencia de fraude o de consilium fraudis entre los contratantes, perjuicio cuya acreditación se favorece por el establecimiento de presunciones, y que concurre cuando la masa activa sufre a través del acto dispositivo un "sacrificio patrimonial injustificado", lo que supone una aminoración del valor del activo y que ello no se encuentre justificado.
Ha de precisarse que la valoración del perjuicio ha de referirse al momento de la realización del acto impugnado.”: SAP Tarragona (Sección 1) 03.09.2012 (Sentencia 329/2012; Rollo 212/2012)

AP Valladolid

“SEGUNDO.-La naturaleza de la reintegración concursal.
La ley concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo) sino que opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales
o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Se habla de ineficacia funcional (SAP de Barcelona de 8 de enero de 2009) sobrevenida, pues se priva de eficacia a un acto de disposición patrimonial que en la época en que se realiza es válido por reunir los

requisitos legales y no estar afectado de vicio de nulidad o anulabilidad, que, después, una vez declarado el concurso de quien lo realiza, deviene perjudicial para los acreedores ya por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de los créditos (art. 1911 CC), ya al principio de paridad de trato de los acreedores, atendido el sentido amplio de perjuicio que se desprende de la LC, según tesis consagrada por las Audiencia Provinciales, entre ellas la SAP de Madrid de 19/12/2008, SAP de Barcelona de 1 de febrero de 2007 y de 8 de enero de 2009, SAP de Vizcaya de 12 de junio de 2008 y SAP de Alicante, Sección 8ª de 22/10/2008.": SAP Valladolid (Sección 3) 29.07.2014 (Sentencia 161/2014; Rollo 37/2014)

AP Tenerife

"PRIMERO.- El artículo 71.1 de la LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos anos anteriores a la declaración del concurso. Con ello, la LC establece un novedoso sistema rescisorio amparado en los actos, sin necesidad de intención fraudulenta, que fueran realizados por el concursado en un marco temporal de dos anos anteriores a la fecha de declaración del concurso, que en el presente caso se produce el 31 de Julio de 2.007. Así pues, se crea una nueva acción de naturaleza rescisoria que nace como consecuencia de la declaración del concurso y que se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes con la aprobación del convenio y la cesación a todos los efectos de la declaración del concurso (art.133.2 LC), pudiendo ejercitarse mientras tanto sin estar sujeta a otro plazo especifico, como pueden estarlo las acciones de reintegración extraconcursales. Esa acción tiene su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso; en concreto, pretende preservar la integridad del patrimonio, que debe garantizar la efectividad de los créditos, así como salvaguardar la "par conditio creditorum", para evitar una discriminación arbitraria de los creedores a quienes se deba pagar. Esta acción tiene autonomía propia, aunque con caracteres comunes a la rescisoria del artículo 1291 del Código Civil, por ello, debido a su naturaleza concursal, no está sujeta a plazo específico de caducidad o prescripción, ya que la seguridad jurídica está garantizada por el periodo sospechoso de dos anos fijado por la Ley, y porque sólo podrá hacerse valer dentro del concurso.": SAP Tenerife (Sección 4) 09.10.2012 (Sentencia 386/2012; Rollo 249/2012) y, en idénticos términos,:SAP Tenerife (Sección 4) 10.10.2012 (Sentencia 389/2012; Rollo 249/2012)

AP Vizcaya

"II.- La acción de reintegración concursal, está regulada en los arts. 71 a 73 de la Ley Concursal, y se dirige a impugnar los actos perjudiciales para la masa activa -el patrimonio del deudor común- realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso a fin de lograr, en síntesis, que se declare la ineficacia del acto, condenando a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC), siendo su base absolutamente objetiva, separándose así de la clásica pauliana - arts. 1111 y 1291 del CC - al no atender a la presencia de intención fraudulenta, sin perjuicio en caso positivo, de las ulteriores consecuencias previstas en el art. 73 LC, en relación a la rescisión del acto atacado -calificación del crédito de la contraparte como subordinado y obligación de indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa- pues, aquélla se asienta en la existencia de un simple perjuicio patrimonial, que al margen de los supuestos presumidos por la norma - art. 71.2 y 3 LC -exige del actor su prueba - art. 71.4 LC -ofreciendo el apartado 5 un elemento interpretativo autentico y excluyente, imperativo del interés de los demandados, en su prueba, al declarar no rescindibles, entre otros, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2015 recoge que " Es cierto que, como se afirma en el recurso, la jurisprudencia ha concebido el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado «en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación» (Sentencias 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio; 100/2014, de 30 de abril; y 428/2014, de 24 de julio).
La falta de justificación subyace a los supuestos en que el art. 71.2 LC presume iuris et de iure el perjuicio. En el caso de las donaciones y, en general, de las transmisiones a título gratuito, se considera que la liberalidad deja de estar justificada cuando con ella se impide el pago de las deudas. Y en el caso de los pagos anticipados, cuyo perjuicio para la masa activa también se presume iuris et de iure, la falta de justificación radica en la inexigibilidad del crédito satisfecho y el efecto que ello ocasiona: distraer de la masa activa el importe abonado en beneficio de un acreedor, cuyo crédito debería formar parte de la masa pasiva del concurso (art. 49 LC).
Como se explica en la Sentencia 629/2012, de 26 de octubre, «fuera de estos supuestos -de presunción iuris et de iure -, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa». ": SAP Vizcaya (Sección 4) 15.04.2015 (Sentencia 227/2015; Rollo 580/2014)

AP Zaragoza

"QUINTO.-Por lo que respecta al fondo del asunto, los hechos a enjuiciar no son objeto de discusión, por lo que habrá que valorarlos jurídicamente.

Como ha reiterado la jurisprudencia, las acciones de reintegración concursal se enmarcan dentro de un sistema de "ineficacia funcional" del negocio jurídico rescindido. No hay propiamente nulidad. Su finalidad es la de preservar las "pars conditio creditorum" y la integridad de la masa activa del concursado, por lo que el presupuesto objetivo -además del temporal (2 años antes de la declaración del concurso)- es la existencia de perjuicio para la masa activa, aunque no exista finalidad fraudulenta. (SAP Zaragoza, secc. 5ª, 8 de noviembre de 2010 y Barcelona secc. 15, de 27 de enero de 2011).
A tal fin la ley concursal establece una serie de presunciones de "perjuicio para la masa activa". Entre las presunciones "iuris tantum" están las disposiciones a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. A cuyo efecto, el art. 93-2-3º L.C. habla de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.
Es fundamentalmente la sospecha de perjuicio sobre los traspasos patrimoniales a favor de personas afines a la futura concursada y en ese periodo sospechoso de 2 años, lo que obliga al beneficiario del negocio o al interesado en su mantenimiento a acreditar que del mismo no se deriva perjuicio para la masa activa de la concursada.”:
SAP Zaragoza (Sección 5) 02.07.2012 (Sentencia 405/2012; Rollo 354/2012)

“TERCERO.-Como ha reiterado esta Sala, las acciones de reintegración concursales han optado por un sistema de "ineficacia funcional" del negocio jurídico rescindido. No hay propiamente nulidad; su finalidad es la de preservar la "pars conditio creditorum" y la integridad de la masa activa del concursado, por lo que el presupuesto objetivo - además del temporal (2 años antes de la declaración del concurso)- es la existencia de perjuicio para la masa activa, aunque no exista finalidad fraudulenta (SAP Zaragoza, secc 5ª, 8, noviembre-2010 y Barcelona, secc 15, 27 enero- 2011).
A tal fin, la ley concursal establece una serie de presunciones de "perjuicio para la masa activa" a los que es preciso atender para calificar o decretar la reintegración solicitada.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 13.07.2012 (Sentencia 431/2012; Rollo 365/2012)

“TERCERO.- Como señalamos en nuestra SAP nº 707/2010, la acción de rescisión regulada en el art. 71 L 22/2003 se haya caracterizada por las siguientes notas o requisitos de esta acción: a) No tiene carácter subsidiario, no es preciso para su ejercicio la existencia de un déficit patrimonial en la masa activa del concurso. b) Es necesario un elemento temporal, que los actos perjudiciales se hayan realizado dentro de los dos a os anteriores a la fecha de la declaración de concurso. c) Se exige un elemento objetivo, el perjuicio para la masa activa. Por último, d) un elemento negativo, que no se trate de actos excluidos por la norma de la posibilidad de ser rescindidos entre los que son de destacar "los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", de tal forma que únicamente se exige para acordar tal rescisión que el acto atacado sea "perjudicial para la masa activa", aunque no exista finalidad fraudulenta y que se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso (SAP de esta Sala nº 660/2010). “: SAP Zaragoza (Sección 5) 11.09.2012 (Sentencia 456/2012; Rollo 398/2012)

JM-1 Alicante

“Esclarecido lo anterior, hay que tener en cuenta que a la hora de determinar si los actos realizados por la concursada atacados en la demanda son ineficaces, la LC actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo), cuyos efectos han sido objeto de profunda crítica doctrinal, de la que se hace eco la última jurisprudencia recaía al efecto (STS de 5 y 13 de diciembre de 2005) sino que opta por acciones especiales reguladas en los art 71 a 73 cuyos elementos esenciales son: i) la existencia de perjuicio para la masa y ii) su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede " aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC). Completa la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3).
Sin perjuicio de especialidades en su régimen, las notas definitorias de la acción de rescisión pueden predicarse, con carácter general, de las acciones de reintegración, y por tanto calificarlas como rescisorias especiales o concursales por cuanto: a) tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva; b) el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y por último, c) la ineficacia del negocio ha de ser provocada a través de su ejercicio por parte de la administración judicial y, subsidiariamente, por los acreedores, pues sólo si se ejercita y prospera, una vez declarada judicialmente, comenzará a producir sus efectos.
Ahora bien, frente a la acción rescisoria pauliana del art 1111 y 1290 CC no precisan acreditar la existencia del consilium fraudis ni el requisito de la subsidiariedad, es decir, "que no pueda de otro modo cobrar lo que se les deba". La acción de reintegración concursal no obstante su naturaleza de acción rescisoria, tiene una base absolutamente objetiva: probado el perjuicio, tiene lugar la rescisión, con la debida reintegración de las prestaciones de las partes, más sus frutos e intereses. La presencia de esa intención de fraude no es requisito para su estimación sino que solo genera únicamente unas ulteriores consecuencias frente a la rescisión del acto atacado, como son, según el art. 73 LC, el nacimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios generados a la masa activa del concurso derivados causalmente del acto rescindido, y la calificación del crédito de la contraparte como subordinado. ”: SJM-1 Alicante 10.10.2007 (Incidente Concursal 235/2007)

“8. Procede analizar si el acto realizado por la concursada atacado en la demanda en los términos definidos es

ineficaz; ineficacia que la Ley concursal actual no anuda a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo), cuyos efectos han sido objeto de profunda crítica doctrinal, de la que se hace eco la última jurisprudencia recaía al efecto (STS de 5 y 13 de diciembre de 2005 [RJ 2006, 328]) sino que opta por una acción especial (que es la aquí entablada, según se desprende de la demanda) cuyos elementos esenciales son: a) la existencia de perjuicio para la masa (elemento objetivo) y b) su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (elemento temporal), prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC)
9. Se completa la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3).
10. Sin perjuicio de especialidades en su régimen, las notas definitorias de la acción de rescisión pueden predicarse, con carácter general, de las acciones de reintegración concursal, y por tanto calificarlas como rescisorias especiales o concursales por cuanto: a) tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva; b) el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y por último, c) la ineficacia del negocio ha de ser provocada a través de su ejercicio por parte de la administración judicial y, subsidiariamente, por los acreedores, pues sólo si se ejercita y prospera, una vez declarada judicialmente, comenzará a producir sus efectos. ":SJM-1 Alicante SJM-1 Alicante 05.05.2008 (AC 2008\1086; Sentencia 59/2008; Incidente Concursal 637/2007)

"Como se ha dicho en otras ocasiones, la ley concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo) sino que opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede " aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Se habla de ineficacia funcional (SAP de Barcelona de 8 de enero de 2009) sobrevenida, pues se priva de eficacia a un acto de disposición patrimonial que en la época en que se realiza es válido por reunir los requisitos legales y no estar afectado de vicio de nulidad o anulabilidad, que, después, una vez declarado el concurso de quien lo realiza, deviene perjudicial para los acreedores ya por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de los créditos (art 1911CC), ya al principio de paridad de trato de los acreedores, atendido el sentido amplio de perjuicio que se desprende de la LC, según tesis consagrada por las Audiencia Provinciales, entre ellas la SAP de Madrid de 19/12/2008, SAP de Barcelona de 1 de febrero de 2007 y de 8 de enero de 2009, SAP de Vizcaya de 12 de junio de 2008 y SAP de Alicante, Sección 8ª de 22/10/2008.": SJM-1 Alicante 15.04.2012 (Sentencia 109/2012; Incidente 574/2011)

JM-2 Bilbao

"Pues bien, abandonando el sistema de retroacción de la quiebra, las llamadas acciones de reintegración del art. 71 LECO, también se fijan en ese periodo de sospecha anterior a la declaración de concurso, en que la insolvencia de hecho puede ya estar instalada, aunque todavía no se haya convertido en insolvencia de derecho por la declaración de concurso, y cuando el concursado suele caer en la tentación de desviar parte de su patrimonio de responsabilidad, o favorecer a una serie de acreedores en perjuicio del colectivo, ya por propia iniciativa, ya presionado a fin del logro, al final inalcanzado, de salir de su crisis.
Ahora bien, en el nuevo sistema se utiliza el expediente de la rescisión especial, y no esa extravagante nulidad absoluta de actos y negocios en el periodo de retroacción que se fijaba *ex officio iudicis* con notable inseguridad jurídica, y tampoco se toma en consideración la existencia de fraude, sino basta un elemento objetivo, el perjuicio patrimonial causado a la masa, ya que no hay una finalidad represiva, sino indemnizatoria.
No habrá lugar, así, a pesar de alguna mención en tal sentido del suplico de la demanda incidental, a que estudiemos la invalidez del acuerdo combatido, sino que, válidamente celebrado, se analizará su ineficacia como consecuencia de la lesión que produce a la masa del concurso. ": Sentencia JM-2 Bilbao 13.10.2006 (Incidente Concursal 131/2006)

JM-2 Barcelona

"B) La acción básicamente articulada en la demanda se puede calificar como de reintegración concursal, de art. 71 LC, con naturaleza jurídica rescisoria, que tiene por objeto atacar los actos perjudiciales para el patrimonio del deudor concursado, ejecutados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. No obstante su naturaleza de acción rescisoria, esta acción de reintegración concursal se separa en su fundamento de la clásica acción pauliana, igualmente rescisoria, del Derecho civil, art. 1.111 y 1.291 CC, en tener una base absolutamente objetiva. Es decir, la acción prevista en el art. 71 LC, para lograr la rescisión del acto atacado, se asienta en la simple existencia de un perjuicio patrimonial, sin atender a la presencia o no de intención fraudulenta alguna. Una vez probado el perjuicio, tiene lugar la rescisión, con la debida reintegración

de las prestaciones de las partes, más sus frutos e intereses. De estar presente esta intención de fraude se generan únicamente unas ulteriores consecuencias frente a la rescisión del acto atacado, como son, según el art. 73 LC, el nacimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios generados a la masa activa del concurso derivados causalmente del acto rescindido, y la calificación del crédito de la contraparte como subordinado.
Por ello, el art. 71 LC establece una serie de presunciones de existencia del perjuicio patrimonial, con los efectos del art. 385 LECiv, tanto iuris et iure, para actos a título gratuito o pagos por obligaciones que vencerían tras la declaración de concurso, como iuris tantum, para otros actos, dejando finalmente la posibilidad, fuera de tal juego de presunciones, de probar mediante prueba directa la existencia del perjuicio.": SJM-2 Barcelona 13.10.2006 (AC 2007/670)

JM-1 Granada

"CUARTO.- Existencia de perjuicio a la masa activa.
En ese contexto general, por tanto, surge la cuestión de la existencia o no de perjuicio para la masa activa. En este sentido, dejando a un lado disquisiciones doctrinales sobre su carácter rescisorio, revocatorio, anulatorio o estrictamente de reintegración, debe recordarse que la acción de reintegración concursal es una acción que nada más nace y se desarrolla en el seno de los procedimientos concursales, y que tiene por objeto conseguir que se dejen sin efecto aquellos actos de disposición o gravamen de bienes realizados por el concursado dentro del plazo de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de declaración del concurso que han resultado perjudiciales para la masa activa, retrotrayendo la situación al momento anterior a aquél en el que se ejecutó el acto de disposición o gravamen, con independencia de que el deudor tuviere o no intención de perjudicar y estuviese o no en situación de insolvencia, y de que existan a disposición de los acreedores otros recursos legales para obtener el cobro.
A este efecto, el artículo 71.1 de la Ley Concursal dispone: "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". De esta forma, al identificarse la tipología de los hechos susceptibles de "rescisión" mediante un término tan amplio como el de los actos jurídicos perjudiciales, cabe incluir cualquier comportamiento voluntario al que Ley anude unas consecuencias jurídicas perjudiciales para la masa activa, sea cual sea su naturaleza. En todo caso, es precisa la concurrencia de dos requisitos: 1) Que exista una actuación perjudicial para la masa activa del concurso. 2) Que la actuación lesiva se haya ejecutado dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de declaración del concurso.
En la reintegración concursal la intención fraudulenta se tiene en cuenta al tratar de las consecuencias de su estimación, pero no para la procedencia de la acción, ya que el artículo 71.1 de la LC no exige que los actos se hayan realizado "en fraude" de los derechos de los acreedores ni "con ánimo" de defraudar o de perjudicar. La norma prescinde de cualquier matiz subjetivo y tan solo exige el eventus damni o concurrencia objetiva de un perjuicio para la masa activa del concurso (STS 29 de octubre de 2010). Tampoco es necesario que el deudor, aunque sea jurídicamente insolvente en el momento de la declaración de concurso, ya que en otro caso la declaración de concurso hubiera sido denegada, se halle en estado de insolvencia en el momento de la ejecución del acto perjudicial o que se coloque en tal estado como consecuencia del mismo (entre otras muchas, SAP Barcelona Secc. 15ª 22 de mayo de 2008).": SJM-1 Granada 11.01.2011 (Incidente Concursal 132/2009)

JM-1 Málaga

"**SEGUNDO.** El artículo 71 de la Ley Concursal permite el ejercicio de acciones de reintegración partiendo de supuestos de presunción iuris et de iure (71.1 LC) y supuestos iuris tantum (71.3 LC). La administración concursal considera que nos encontramos ante los supuestos del artículo 71.2 LC y 73.3 del mismo cuerpo. La ley concursal establece un novedoso sistema rescisorio amparado en los actos, sin necesidad de intención fraudulenta, que fueran realizados por el concursado en un marco temporal de dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. Entre las diferentes acciones con presunciones iuris et de iure e iuris tamtum el apartado sexto de dicho precepto permite la posibilidad, con competencia del juez del concurso y por los trámites también del incidente concursal de "otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho". Se deja abierta, por tanto, la posibilidad de otras acciones no enumeradas en el artículo, sin identificar y que pueden ser todas aquellas que quepan "conforme a derecho" lo que nos sitúa en supuestos tales como la acción derivadas de simulación, nulidad o revocatorias.
Los artículos 71 a 73 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal (en adelante LC) vienen a establecer un régimen diferente al marco de la nulidad radical que a tenor del artículo 878.2 del Código de Comercio de 1885 (en adelante Cco) la doctrina jurisprudencial insistía en determinar respecto de los actos de disposición y administración realizados por el quebrado o con cargo al mismo computados desde la declaración de la quiebra y hasta el momento al que se retrotraían los efectos de la misma de conformidad a lo ordenado en el artículo 1024 Cco de 1829, conforme al cual, el juez, en el auto declarativo de la quiebra, debía fijar " con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, la época a la que deban retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultase haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones".
Al respecto del citado precepto (878.2 Cco- hoy derogado) se han venido manteniendo dos posiciones, una que podemos llamar "rigorista" y otra " más flexible " que esencialmente atendía al perjuicio patrimonial para la masa activa a la hora de determinar dicha nulidad: La primera de ellas o rigorista ha sido la tradicionalmente aplicada en los últimos diez años de aplicación del precepto y en este sentido destacamos, entre las muchas existentes, la STS de 22 de mayo de 2000 que la identifica y define señalando que "si la atención se centra en las de los diez últimos años, se comprobará en seguida el dominio casi absoluto del criterio denominado

estricto o rigorista, es decir, el que considera afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra." El origen de dicha interpretación parte del mismo artículo 878.1 Cco: "declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes y en la agravación de los efectos contenidos, en su momento, en los artículos 1.035 y 1.036 del Código de comercio de 1829" (TS Sala 1ª, S 28-2-2003, nº 195/2003, rec. 2180/1997. Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier). La citada nulidad fue recogida en la jurisprudencia como nulidad de pleno derecho (STS 19 de diciembre de 1991), nulidad radical (STS de 11 de noviembre de 1993), vicio de origen que afecta a los adquirentes (STS de 20 de octubre de 1994) o nulidad intrínseca y absoluta que opera ope legis (STS de 28 de octubre de 1996). Dicha nulidad alcanzaba a la no necesidad de declaración judicial salvo que, como dice, entre otras, la STS de 20 de junio de 1996, fuera necesario ejercitarla a través del 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por los síndicos ante la negativa de entrega del adquirente.
La posición "más flexible" en la concepción del 878.2 Cco también fue mantenida por la jurisprudencia y especialmente por la doctrina científica que veían en el criterio rigorista un atentado a la seguridad del tráfico jurídico. Así en un primer grupo de sentencias se venía exigiendo para la declaración de nulidad la demostración del consilium fraudis en la persona que contrata con el quebrado a quien debe serle acreditado el animus fraudandi para declarar nulo el que se halle dentro del período de retroacción absoluta (en este sentido STS de de 10 de julio de 1928, 12 de julio de 1940, 10 de octubre de 1957, 7 de enero de 1958 y 28 de enero de 1966). Un segundo grupo de sentencias señalaba como excepción a dicha nulidad el que los actos de transmisión o administración no afecten o no sean contrarios a los intereses de los acreedores (STS de 11 de diciembre de 1965, 20 de marzo de 1970, 10 de marzo de 1976 y 12 de noviembre de 1977, 4 de julio de 1990 o 20 de septiembre de 1993).
A los anteriores criterios le han acompañado, como señala la sentencia citada de 20 de septiembre, otro "indiscriminatorio" con múltiples resultados del que la citada sentencia cita como ejemplo la declaración de nulidad de los actos verificados respecto del bien que fue del quebrado por quien lo adquirió de éste y celebrado con un tercero subadquirente. (Ejemplos de ello son las de 7 de enero de 1931, 29 de octubre de 1962, 22 de febrero de 1963, 21 de mayo de 1960 y 27 de febrero de 1965).
A su vez, el legislador ha querido corregir el criterio rigorista en múltiples ocasiones, generando excepciones legales a la nulidad radical que venía interpretando el Tribunal Supremo del artículo 878.2 Cco. En este sentido el art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario, de 25 de marzo de 1981, la disp. adic. 3ª de la Ley de Entidades de Capital Riesgo y de sus Entidades Gestoras, de 5 de enero de 1999 o el art. 11.1 de la Ley sobre Sistemas de Pagos y Compensación y Liquidación de Valores, de 12 de noviembre de 1999, exigiendo que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél.
La presente norma concursal (Ley 22/2003) ha venido a aclarar, respecto de los dos criterios principales que hemos señalado, un aspecto concreto y de importancia esencial al respecto del consilium fraudis o animus fraudandi en el que se fundamentaban, con carácter flexible, sentencias como la de 28 de enero de 1966. A partir de la nueva norma concursal se distingue la figura del "cómplice" (artículo 166 de la Ley Concursal) exigiendo dolo o culpa grave en quienes hubieran cooperado a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable y que no integrará una acción de las recogidas en el artículo 71 LC sino que se encaminará por la sentencia de calificación a través del 172.1.3º LC en la que se habrá de condenar a dichas personas -además de la pérdida de los derechos que tuvieran como acreedores- a la devolución de los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.
Otro de los importantes elementos innovadores de la presente Ley Concursal es la drástica atenuación del criterio "mixto" que habían venido siguiendo tanto el código de 1829 como el código de comercio de 1885 estableciendo al efecto una conformación de la masa activa fundada en, por un lado, la nulidad de todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra que sería fijada por el Juez vía artículo 1024 Cco de 1829, con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, partiendo del día que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones; y, por otro lado, una serie de periodos sospechosos atendiendo al tiempo en que se hubiesen celebrado (artículos 879 a 882 Cco) repuntando su devolución, nulidad, anulabilidad o revocación.
Con este panorama se desarrollan los artículos 71 y siguientes de la LC partiendo de un título que ya de por sí deja evidente lo que la jurisprudencia ha venido negando durante tanto tiempo: " De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa" y que recoge no sólo " el criterio flexible" que sentencias recientes vienen negando atendiendo a un consolidado criterio que el Tribunal Supremo ha venido manteniendo y que sirve de fundamento a muchas de sus resoluciones, sino que, además, impone una carga probatoria (con presunciones iuris tamtum) diferente a la que también había venido interpretando el Tribunal Supremo pues el perjuicio para la masa se presumía siempre en los supuestos de insolvencia o al menos se partía de un aprovechamiento patrimonial desigual de los acreedores, que compromete el interés común de todos ellos (en este sentido y como ejemplo STS de 1 de febrero de 1974, 24 de octubre de 1989 o 11 de noviembre de 1993). Y todo ello con el fin de obtener la reintegración de aquellos bienes y derechos que han salido del patrimonio del deudor y que suponen un perjuicio para la masa activa conciliándolo con el principio de seguridad jurídica. Pero la ley llega más lejos permitiendo que fuera de estos supuestos de "rescisión" sea posible, cuando se localicen al margen de los periodos que el artículo 71 señala, impugnar los actos del deudor que procedan conforme a derecho vía artículo 1.111 del Código Civil (artículo 71.6 LC) o que se complete la masa activa con el patrimonio (total o parcial) de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (artículo 172.3 LC).
Los preceptos del Capitulo IV del Título III de la Ley Concursal (artículos 71 a 73 LC) ya no hablan de "nulidad"

sino de “rescisión” y ello, a pesar de la dificultad de su integración en este tipo de acciones, pone de manifiesto que el legislador ha querido apartar la idea jurisprudencial de la nulidad “ ipse legis potestate et auctoritate" de los actos de dominio y administración tal y como se predicaba del derogado 878.2 LC (a partir de 1 de septiembre de 2004).

Procede hacer, previo al análisis del objeto en cuestión, una determinación de los elementos fijados por la norma:

a) Reintegración por rescisión.

El artículo 879 del Cco establecía la posibilidad de rescisión de determinadas operaciones que conllevaban el perjuicio para los acreedores. A partir de este precepto los siguientes del Cco recogen también otras posibilidades cuyo tratamiento, como hemos señalado, se ha atenuado especialmente con la actual norma.

Las ideas básicas de las que parte el artículo 71 LC son un requisito temporal y un perjuicio patrimonial. Sobre el requisito temporal ya se han mostrado posiciones contrarias y a favor de la determinación de un plazo de dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Quienes se mostraban en contra justificaban dicha posición atendiendo a las distintas peculiaridades de cada operación individualmente considerada que habría de someterse a la decisión judicial en cada caso. El legislador opta por un periodo común atendiendo a la seguridad jurídica de las operaciones sin perjuicio de que las realizadas fuera de ese plazo hábil podrán ejercitarse a través de lo dispuesto en el artículo 71.6 LC cuyo conocimiento también corresponderá al Juez del concurso.

El segundo de los requisitos para dicha rescisión es el del perjuicio para la masa activa (y para los acreedores) a cuyos efectos deberemos remitirnos a cada caso en concreto para poder determinar la existencia o no del mismo. Como ya hemos señalado anteriormente la rescisión de dichos actos se produce sin que exista una “intención fraudulenta” pues dicha intención se podrá encaminar por la vía de la complicidad.

El perjuicio patrimonial se estructura en la norma a través de dos presunciones, una de ellas dirigida a entender que existe dicho perjuicio sin prueba en contrario (iuris et de iure) –71.2 LC- y otra en una presunción iuris tantum de presunción de perjuicio patrimonial sin perjuicio de la prueba que pueda desvirtuar la misma. Fuera de estos supuestos la regla general es una carga probatoria en quien alegue el perjuicio patrimonial por el que pretende la rescisión de los actos concretos. Al mismo tiempo el artículo 71.5 LC recoge un supuesto excepcional a la rescisión que establece respecto de dichos actos. Conforme a lo anterior podemos clasificar las acciones de reintegración por rescisión que recoge el artículo 71 LC atendiendo a los siguientes criterios:

1º. La regla general es la posibilidad de impugnación de todos los actos del deudor que procedan conforme a derecho si bien de entre estas distinguiremos aquellas que suponen una reintegración de la masa activa por rescisión a tenor del perjuicio patrimonial que se producen en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso de aquellas otras que se encuentren fuera de este periodo. (71.6 LC).

2º. La regla particular es la posibilidad de rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso aunque no hubiere existido intención fraudulenta. (artículo 71.1 LC).

3º. A lo anterior hemos de recoger dos excepciones, una prevista en el artículo 71.5 LC y otra en el artículo 172.1.3º:

3.1. Según el primero de los citados artículos “en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

3.2. Según el segundo de los artículos la consideración de cómplices en la sentencia de calificación conlleva una intención defraudatoria y la obligación de devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados y por lo tanto no podrá ser objeto de dichas acciones sino que deberemos estar a lo que decida la referida sentencia.

A partir de aquí podemos establecer como premisas tres supuestos en los que no se dará la reintegración de los bienes: Por un lado en todos aquellos supuestos en los que no exista un perjuicio para la masa activa; por otro lado, aquellos supuestos comprendidos dentro del tráfico ordinario de la actividad profesional o empresarial; y, en tercer lugar, los que estén comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados en protección de la seguridad jurídica de dichos sistemas. A ello hemos de añadir los supuestos de irreivindicabilidad de que gocen determinados bienes (vía artículo 34 de la Ley Hipotecaria) atendiendo a la buena fe del tercero subadquirente (cuando así se declare) o la protección derivada de la publicidad registral. (72.2 LC) tal y como lo señala la jurisprudencia en numerosas sentencias al decir que “la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado sino el adquirente de éste, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria al que se le aplica el principio de fe pública registral”. (En este sentido las sentencias de 12 de marzo de 1993, 20 de septiembre de 1993 y 28 de octubre de 1996 o TS Sala 1ª, S 14-6-2000, nº 610/2000, rec. 2646/1995).

b) El perjuicio patrimonial y la carga probatoria.

Ya advertimos que la “nulidad radical” que había venido interpretando el Tribunal Supremo en la aplicación del 878.2 Cco (con las excepciones señaladas) llevó también a apreciar una carga probatoria invertida respecto de la presunción de nulidad de dichos actos fundamentada en el mismo perjuicio patrimonial o de un aprovechamiento patrimonial desigual de los acreedores, que compromete el interés común de todos ellos (STS de 24 de octubre de 1989 o 11 de noviembre de 1993). El perjuicio patrimonial se presumía en todos los supuestos y por lo tanto el que lo negaba (prueba diabólica) debía acreditar que dicho perjuicio no se había producido. Prueba que en muchas ocasiones atentaba contra el principio de “facilidad probatoria” en cuanto a la obtención de los medios de prueba que definitivamente se recogió en el apartado sexto del artículo 217 LEC 1/2000 y que la mayoría de las veces se encontraba en poder de los propios síndicos, pues –citando un

ejemplo- la posible demostración de no existir refinanciación de deuda obtenida mediante una compraventa a quien es proveedor (acreedor en la quiebra) para solventar sus deudas cuando se está en el primer periodo de cesación de pagos, vendrá de los propios libros del concursado en cuanto a la condición de proveedor del comprador, de los propios libros del concursado en cuanto al precio pagado, los propios libros del deudor en cuanto al destino de dicho pago, etc. La doctrina "radical" (rigorista) que hacía conllevar a dichos actos realizados en el periodo de retroacción la nulidad absoluta de los mismos venía sistemáticamente aplicando una inversión de la carga de la prueba presumiendo el perjuicio patrimonial. Con la nueva norma concursal podemos distinguir dos supuestos:

1º. La presunción sin prueba en contrario de existencia de perjuicio patrimonial cuando se trate de dos supuestos (71.2 LC):

1.1. Actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso. En este mismo supuesto el Código civil presume además el "fraude de los acreedores" en el artículo 1297 Cc.

1.2. Pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. También este supuesto se recoge en el 1292 C civil como acto rescindible y conlleva además los supuestos de refinanciación, reinversión, etc.

2º. La presunción, salvo prueba en contrario, de que existe perjuicio patrimonial, en dos supuestos (artículo 71.3 LC):

2.1. Los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (artículo 93 LC).

2.2. La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, por la lógica razón de la posible alteración de la "par conditio creditorum" e, incluso, de la posibilidad de una "separatio ex iure crediti".

Si en el primer supuesto partimos de una presunción iuris et de iure y por tanto no se admite prueba en contrario de ningún tipo, en el segundo la prueba se invierte en virtud de dicha presunción y corresponderá al que lo niegue (que existe un perjuicio patrimonial) probar que dicho perjuicio no se ha producido (artículo 71.4 LC). En todos los demás supuestos la carga probatoria corresponderá a los administradores concursales (u otros legitimados para el ejercicio de la acción) pero es evidente que en el primero de los supuestos (personas especialmente relacionadas) ya existe una previa declaración judicial y, en el segundo, la fundamentación del derecho del que ejercita la acción ya introduce los elementos probatorios necesarios en su demanda para justificar la existencia de obligaciones pendientes y de aquellas otras posteriormente constituidas, lo que modera la apreciación de una prueba "diabólica" en el sentido antes expuesto.

c) Legitimación y procedimiento de rescisión.

La legitimación para el ejercicio de las acciones rescisorias es dada, principalmente, a la administración concursal quien a tenor de lo previsto en el artículo 71.6 y 72.1 LC podrá ejercitar dichas acciones de rescisión o de impugnación dirigiéndolas contra el deudor, contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado y contra el subadquirente del bien o derecho cuando este haya sido transmitido. Pero además de esta legitimación principal otorga una legitimación subsidiaria condicionada al no ejercicio de la misma por la administración concursal. Este caso, igual que lo previsto en el artículo 54.4 LC, cualquier acreedor podrá instar de la administración concursal, por escrito, el ejercicio de alguna acción de rescisión o de impugnación; si la administración concursal no la ejercita en el plazo de dos meses, quedará el citado acreedor legitimado para ejercitarla. Para ello el artículo 72 LC exige diferentes requisitos:

1º. Que se formule la solicitud a la administración concursal por escrito.

2º. Que dicho escrito señale el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello.

3º. Que transcurran dos meses desde la solicitud sin que la administración concursal la haya ejercitado.

La Ley opta en este caso también por su tramitación a través de los incidentes y por lo tanto aplicando lo previsto en los artículos 192 y siguientes de la LC. La tramitación del mismo no suspende el procedimiento sin perjuicio de la posibilidad, vía 192.2 LC, de suspender aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por la resolución que se dicte.

En el lado pasivo nos encontramos con los que ya hemos señalado (el deudor, quienes hayan sido parte en el acto impugnado y contra el subadquirente del bien o derecho cuando este haya sido transmitido y se pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral. Pero dicha demanda deberá notificarse a la administración concursal (artículo 72.3 LC) y nada impide que pudiera ser aplicable el 193.2 en cuanto a "cualquier persona comparecida en forma en el concurso coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria" que mantenga posiciones contrarias a lo pedido por la actora.

d) Efectos de la rescisión.

La declaración de ineficacia del acto impugnado o cuya rescisión se pretendía conlleva la restitución de las prestaciones objeto de dicho acto con sus frutos e intereses (artículo 73 LC) tal y como ya se recogía en el 1295 Cc. La excepción que señala este último precepto se recoge más detalladamente en el apartado segundo del artículo 73 LC. En este precepto se recogen diferentes apartados:

a) Si los bienes y derechos no pudieran reintegrarse por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, la condena conlleva que el que hubiera sido parte en el acto rescindido o impugnado a entregar el valor que tuviera cuando salió del patrimonio del deudor concursado dicho bien o derecho más el interés legal.

b) Tanto en el supuesto anterior como en los demás supuestos de condena de devolución, la apreciación de mala fe en quien contrató con el concursado conllevará la obligación de indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa. La conciliación entre este supuesto y lo previsto en los artículos 209 y 219 de la LEC nos lleva bien a una sentencia declarativa que posteriormente se liquidará o al establecimiento claro y concreto que supongan meras operaciones aritméticas para el cálculo de dichos daños y perjuicios.

La rescisión supone también que el que contrató con el deudor concursado aparece como acreedor de la masa

(crédito contra la masa) y para ello considera el artículo 73.2 LC que deberá satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido salvo que se aprecie y declare la mala fe del acreedor conforme a lo anterior, en cuyo caso la ley sanciona el crédito con la consideración de subordinado. Nada impedirá, desde el primer momento, que pueda ser aplicable para estos acreedores lo previsto en el 87.3 LC sobre la consideración de créditos litigiosos una vez superada la morosidad a la que hacían referencia los artículos 1278 y siguientes de la LEC de 1881.": SJM-1 Málaga 21.04.2008 (Incidente Concursal 63.3.1/2007); y, en términos prácticamente idénticos, SJM-1 Málaga 12.10.2007 (JUR 2008/148575)

0.1.1 Irrelevancia de la existencia o no de insolvencia en el momento de la concertación del acto rescindible

AP Barcelona

"I V. La razón por la que se oponen F.D.G. y M.G.R. a la rescisión del negocio por el que la sociedad Construcciones Deportivas de Viladecans SL les transmitió el local sito en la Carretera del Prat nº 52 de Viladecans, por un precio escriturado de 60.111 euros más 10.577 euros de IVA, el día 29 de enero de 2004, es que al tiempo de realizarse la enajenación la sociedad no se encontraba en situación de insolvencia, por lo que no resulta de aplicación el art. 71 LC.
El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Con ello, la Ley crea una nueva acción, de naturaleza rescisoria, que nace con el concurso y tiene su justificación en atención al mismo, de ahí que pueda llevar este nombre de "rescisión concursal". La acción rescisoria concursal nace, pues, con el concurso, como uno de los efectos de su declaración, sólo puede ejercitarse durante su vigencia y tiene su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso. En concreto, pretende preservar la integridad del patrimonio, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par condicio creditorum, para evitar una discriminación arbitraria de los acreedores a quienes se debe pagar. El carácter concursal se manifiesta también en que estas acciones deben ejercitarse ante el juez del concurso, por un órgano concursal —la administración concursal—, y por un procedimiento propio —el incidente concursal— que se tramita como pieza separada dentro del concurso (art. 72 LC).
Según los apelantes, del mismo modo que bajo el régimen anterior de la retroacción, también ahora la justificación de la impugnación del acto de disposición se halla en que cuando se realiza el deudor ya se encontraba en situación de insolvencia. Es por ello que, a su juicio, el perjuicio debe valorarse al tiempo de la enajenación y vendrá condicionado porque ineludiblemente el deudor transmitente, que más tarde será declarado en concurso, ya entonces —al tiempo de la transmisión— se encontraba en situación de insolvencia. Al mismo tiempo, el recurso de apelación sugiere la improcedencia de aplicar retroactivamente esta acción sobre actos de disposición realizados antes de que entrara en vigor la Ley Concursal, el 1 de septiembre de 2004. (…)
VI. Una vez aclarado que la acción rescisoria concursal puede proyectarse sobre actos de disposición realizados antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, procede analizar cuáles son sus presupuestos legales, para atender a las objeciones formuladas por los apelantes.
Como ya hemos apuntado antes, el art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La ineficacia propugnada con esta acción es la propia de la rescisión, aunque su fundamento radica exclusivamente en el perjuicio. La rescisión responde mejor a la naturaleza jurídica de los actos o negocios realizados por el deudor un tiempo antes de la declaración de concurso (dos años), que en el momento de realizarse son válidos, por reunir los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (arts. 1300 y ss CC). No adolecen de ineficacia estructural alguna. En todo caso, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que una vez declarado el concurso verán disminuidas la garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquel acto. Se trata, pues, de una ineficacia funcional.
La naturaleza rescisoria se plasma no sólo en el fundamento de la ineficacia, sino también, y de forma consiguiente, en sus efectos, que serán los propios de las acciones rescisorias: la recíproca restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses, y la no afectación a los terceros de buena fe. Y esta naturaleza común a la acción rescisoria por fraude de acreedores permite integrar las lagunas de la regulación concursal con la prevista en los arts. 1291 y ss CC.
Por otra parte, el fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. De este modo puede revocarse cualquier acto que se acredite perjudicial para la masa activa, aunque en ocasiones la prueba del perjuicio se favorezca a través de presunciones, que en unos casos admitirán prueba en contrario y en otros no.
Para la acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, como ocurre con las donaciones y en general con las transmisiones a título gratuito; también en los negocios bilaterales con reciprocidad de prestaciones, si se da una ausencia de equivalencia; y podría ocurrir también en los actos unilaterales del deudor, como es el pago, que por la proximidad en el tiempo de la apertura del concurso, y por estar ya en estado de insolvencia, suponen una vulneración de la par condicio creditorum, siempre que no se trate de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, expresamente excluidos por el art. 71.5 LC.

El legislador ha querido excluir expresamente la exigencia de un elemento subjetivo para el ejercicio de esta acción. No es necesario ni la intención fraudulenta del deudor al realizar el acto ni el consilium fraudis con quienes negocian con él. Su consecuencia práctica es que se facilita el ejercicio de la acción y, en concreto, la prueba de sus presupuestos, pues es más fácil de acreditar un elemento objetivo como es el perjuicio, que la intención subjetiva.
VII. La acción rescisoria concursal, así configurada, presenta diferencias con respecto a la acción de retroacción, aunque consideremos que ambas tienen naturaleza rescisoria y que se funda en el perjuicio. Estas diferencias conceptuales tienen sus consecuencias prácticas, que guardan relación con la objeción formulada por los apelantes, de si es preciso que al tiempo de realizarse el acto de disposición el deudor se encontrara en situación de insolvencia.
La acción de ineficacia ex art. 878.II CCom sólo podía ejercitarse sobre los actos de disposición realizados por el quebrado durante el periodo de retroacción. Este "periodo sospechoso", denominado así por algún sector de la doctrina, era fijado por el juez al tiempo de declararse la quiebra (art. 1024 CCom1829), sin perjuicio de que pudiera solicitarse su modificación en un incidente dentro de la quiebra, atendiendo al momento en que comenzó el sobreseimiento general en los pagos, presupuesto de la quiebra. Como ya hemos expuesto antes, para la jurisprudencia más tradicional, que configuraba esta ineficacia como una nulidad absoluta, bastaba que el acto fuera realizado dentro de este periodo de retroacción para que pudiera solicitarse y acordar su nulidad; mientras que para la jurisprudencia más actual, y la mayoría de la doctrina, no basta con que el acto hubiera sido realizado dentro del periodo de retroacción, se precisaba además que fuera perjudicial para la masa. En cualquier caso, en los concretos juicios sobre reintegración por retroacción no podía discutirse si al tiempo de realizarse el acto el deudor quebrado estaba ya en situación de insolvencia, pues ello se presuponía como consecuencia de la fijación de la fecha de retroacción en un momento anterior [SSTS 13 de febrero de 1960 (RJ 1960/478) y 4 de julio 1989]. Esta cuestión debía discutirse con carácter general al fijarse o modificarse la fecha de retroacción. De este modo, no les falta razón a los demandados cuando argumentan que bajo el régimen de la retroacción la ineficacia del acto impugnado presuponía que había sido realizado antes de la apertura de la quiebra, pero cuando ya estaba el deudor quebrado en situación de insolvencia.
Por el contrario, el periodo sospechoso sobre el que puede operar la acción rescisoria concursal no lo fija el juez en atención al momento en que presumiblemente comenzó la situación de insolvencia, sino que viene determinado por el legislador con carácter general y común para todos los casos: dos años antes de la declaración de concurso (art. 71 LC). Este plazo no presupone necesariamente que el deudor concursado estuviera ya en situación de insolvencia, por lo que ello constituye una razón necesaria, junto con otras, para que pueda apreciarse el perjuicio. El legislador ha realizado un opción distinta, al predeterminar un plazo de tiempo de dos años, anteriores a la declaración de concurso, que permite impugnar los actos de disposición comprendidos dentro del mismo, caso de apreciarse su carácter perjudicial para la masa. Este perjuicio, que ya hemos explicado en qué puede consistir, debe apreciarse en función de la posterior apertura del concurso, y al margen de si cuando fuera realizado se hallaba o no en situación de insolvencia. No se juzga si al tiempo de realizarse el acto había algún acreedor que pudiera verse perjudicado, al ver disminuida la garantía patrimonial del cobro de su crédito, como sí ocurre en la acción pauliana, sino si objetivamente constituye una merma o disminución del valor del patrimonio de quien más tarde —en menos de dos años— es declarado en concurso, siendo lo relevante el perjuicio que ello ocasionará para la posterior masa concursal, en la medida en que la garantía patrimonial del cobro de sus créditos será menor.
En el concurso, al amparo del art. 71.6 LC también podría haberse ejercitado una acción rescisoria por fraude de acreedores, regulada en los arts. 1291.3 CC y concordantes. Para su enjuiciamiento sería irrelevante el periodo sospechoso de dos años, y sin embargo sería necesario que se justificara la existencia de créditos pendientes de pago o que presumiblemente iban a concertarse al tiempo de la realización del acto de disposición, concurriendo además el consilium fraudis, la intención o cuando menos la consciencia de que dicho acto de disposición impediría o limitaría la satisfacción de aquellos créditos. En este caso sí que hubiera sido relevante la objeción formulada por los apelantes.
Un acto de disposición como el ahora enjuiciado, que probablemente quedaría fuera de la acción pauliana, porque no existían acreedores defraudados al tiempo de realizarse, sin embargo sí que se ve afectado por la rescisión concursal, ya que los intereses protegidos son ahora los de la masa del concurso, facilitándose la impugnación de los actos realizados dentro del periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración de concurso, en atención al perjuicio que aquel acto ha ocasionado para la posterior masa concursal. La ineficacia del acto de disposición se justifica ahora no porque se realizó en situación de insolvencia y para defraudar a sus acreedores de entonces, sino porque ha ocasionado una aminoración del patrimonio de quien más tarde es declarado en concurso, perjudicando la garantía patrimonial del pago de los créditos concurrentes.": SAP Barcelona (Sección 15) 22.05.2008 (Rollo 646/2007)

0.1.2 No subsidiariedad

AP Murcia

"La acción de reintegración de la Ley concursal es una acción de rescisión por lesión, que no requiere una intención fraudulenta del deudor, ni consilium fraudis entre éste y el tercero que sea parte del contrato, mientras que en la acción pauliana se caracteriza por su naturaleza rescisoria por la intención fraudulenta de la acción.
La acción del citado art. 71, 1 de la Ley Concursal no tiene carácter subsidiario, a diferencia de la pauliana, que conforme a lo dispuesto en el art. 1294 CC no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio sufrido.
Los perjudicados por el negocio jurídico, cuya ineficacia se intenta mediante el ejercicio de las acciones

rescisorias, previstas en el art. 72 LC, son los acreedores del deudor declarado en concurso, pues al sufrir el patrimonio del concursado una reducción injustificada del activo, provocada por un determinado acto de disposición realizado por el deudor (luego declarado en concurso) que no se ve patrimonialmente correspondido por la entrada de un contravalor equivalente, se reduce la masa de bienes y derechos del concursado, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores, quienes tendrán así menos bienes realizables del deudor para hacerse pago con ellos.
Cuando el acto impugnado lo es con base en el art. 72 LC, el demandante no tiene que probar la existencia de un acuerdo defraudatorio entre el deudor, luego declarado en concurso, y la persona que con él celebra el acto impugnado, sino que debe limitarse a probar que dicho acto es perjudicial para la masa activa, perjuicio que, además, se presume en los supuestos previstos en el art. 71 LC. ": SAP Murcia (sección 4) 23.05.2008 (JUR 2008; Sentencia 181/2008; Rollo 354/2006)

JM-1 Murcia

"Por otra parte la parte demandada ha cuestionado la procedencia del ejercicio de la acción rescisoria en el presente caso en el que según informe de la administración concursal, a su folio 58, la situación patrimonial real, una vez corregidos los valores contables por los valores de mercado, podemos resumirla en que el activo es superior al pasivo exigible por lo que en principio y de acuerdo con el posible valor de realización de sus bienes y derechos, estos seran suficientes para liquidar el pasivo exigible.
Pero ello no puede ser aceptado habida cuenta de que las acciones de reintegración concursal no tienen el carácter subsidiario propio de la acción rescisoria por fraude de acreedores del art. 1.111 y 1.291 y siguientes del Código Civil y, en consecuencia, el ejercicio de aquellas no se subordina a la circunstancia de que en el momento de la declaración el pasivo exigible fuera superior que el activo real.": Sentencia JM-1 Murcia 12.07.2005 (Incidente Concursal 127/2005)

0.1.2.1 Destimación de la rescisoria por existir superavit en la masa

AP Valladolid

"SEGUNDO.-Antes de entrar en el examen y estudio de la acción de reintegración de la masa contra la concursada CAD y FER asociados, S.L. y contra los socios-administradores de dicha entidad procede hacer un análisis pormenorizado de las relaciones entre URBANIZADORA COMÓN, S.A. y CAD y FER.
Hay que remontarse al 7/11/2006 cuando URBANIZADORA COMON propietaria de una serie de parcelas en el Polígono Industrial de "Tecnobrizo" de Aldeamayor de Sanmartín se las vende a CAD y FER y a PROMOCIONES ACUAPI, S.L. por el precio de 2.370.552,80 euros, IVA incluido. Después de realizar un pago inicial decide no pagar el resto.
Ante la crisis financiera del país y del sector inmobiliario en particular y ante la falta de financiación CAD y FER y PROMOCIONES ACUAPI deciden presentar demanda en 24/10/2008 de resolución del contrato, siendo seguida de demanda reconvencional por parte de URBANIZADORA COMÓN que termina por sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Valladolid por la que se desestima la demanda y se estima la reconvención. Se condenaba a CAD y FER y a ACUAPI al pago de todas las costas procesales tanto de la demanda como de la reconvención de la primera instancia como de la apelación.
La ejecución de esta sentencia suponía un desembolso para la hoy demandada de 1.659.386,96 euros porque la condena era solidaria a lo que había que añadir las costas procesales.
Ante tal situación el 31 de julio de 2011 CAD y FER decide presentar concurso voluntario, declarándose el mismo por AUTO judicial el 5/4/2011.
Teniendo en cuenta que las dos compradoras CAD y FER y ACUAPI se encuentran en concurso deciden al amparo de las normas concursales que en el supuesto de la imposibilidad de cumplir sus obligaciones y en interés del concurso conforme al Art. 61 LC solicitar nuevamente, y esta vez ante el Juzgado de lo Mercantil, la resolución del contrato de compraventa de las parcelas que habían comprado en 2006 a URBANIZACIÓN COMON. Esta vez la demanda prospera y el Juzgado en virtud de sentencia de 17 de julio de 2012 declara la resolución del contrato de compraventa imponiendo como sanción a las compradoras las cantidades que habían sido entregadas inicialmente.
Con ésta nueva resolución el panorama para CAD y FER cambia radicalmente. La única cantidad que adeuda a la hoy actora asciende al resultado de las costas judiciales.
La propia actora nos manifiesta en su escrito de alegaciones que en la demanda de concurso voluntario se presentan como acreedores de CAD y FER: la AEAT por 1.550,62 euros, la Asesoría contable AYALA Asociados por 5.000,00 euros y el Procurador Rivas y DIRECCION000 CB por 2.810,62 euros. El otro acreedor era inicialmente Promociones COMON por 1.659.386,96 euros junto con las costas. Después de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil la deuda ha quedado reducida a las costas. Incluso éstas después de la impugnación realizada parece que han quedado rebajadas en 200.000 euros. En definitiva los acreedores ascienden a un montante de no más de 210.000 euros.
Cuando se realiza el informe del Administrador Concursal, D. Aquilino y a pesar de ser de fecha 16 de febrero de 2012, se indica que no se tenía noticia de la presentación de la demanda de resolución del contrato de compraventa. Pues bien, partiendo de la base de que CAD y FER había sido condenado por el juzgado al pago de mas de un millón y medio de euros decía que la situación patrimonial era deficitaria en 1.088.806,79 euros. Pero como decíamos la situación hoy día es otra muy diferente.
La demandada es propietaria de dos pisos y dos trasteros en la CALLE000 de Valladolid, fincas NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003 del Registro de la Propiedad nº 5 de Valladolid y de un solar sito en Boecillo, Sector 21, con un valor último de 456.345 euros según la última valoración de 2010.

TERCERO.-Estamos de acuerdo en que con lo dispuesto en el Art. 71 LC son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. Y que ese perjuicio patrimonial hay que referirlo al momento en que se produjo.
Pero la situación que rodea al caso que enjuiciamos hoy presenta unas características diferentes.
En un principio la Ley establece un sistema objetivo para la prosperabilidad de la acción de reintegración, exigiendo la concurrencia de una serie de elementos esenciales: a) Que sea un acto del deudor; b) Que el acto objeto de impugnación se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso; c) Que el acto objeto de impugnación sea perjudicial para la masa activa, es decir, que suponga una pérdida patrimonial que disminuya los activos del concursado; d) Que no sea un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor, realizado en condiciones normales; y e) Que no sea uno de los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pago y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.
Si analizamos los actos realizados por la concursada, al menos los referidos al reparto de dividendos acordados en Junta Extraordinaria de 1 octubre 2009 deberían ser declarados reintegrables.
Y decimos esto porque no entendemos cómo estando pendientes de una sentencia que podía dar un cambio total en su situación económica, tal y como ocurrió en veintiocho días más tarde, la sociedad procedió al reparto de dividendos. Al menos ese reparto de dividendos debería ser tenido como reintegrable si no concurrieran circunstancias posteriores.
No estamos de acuerdo ni con los demandados ni con la sentencia de instancia de la alegación que efectúan, diciendo que la sentencia no cambiaba la situación patrimonial de CAD y FER. La cambiaba y lo hacía de forma radical.
Si CAD había pedido la resolución del contrato de compraventa era por aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus": depreciación de su objeto, imposibilidad de financiación y estancamiento del mercado (tal y como reza su escrito de demanda). Luego si ésta es una de las causas por las que se pide la resolución del contrato no se puede alegar en la contestación a la demanda "que la resolución judicial es indiferente o neutra a efectos contables, toda vez que obliga al pago de una cantidad o precio contra la entrega de unos bienes, es decir que existe un pasivo y un activo, iguales, que entran en la sociedad.....los fondos propios de la sociedad permanecen inalterables al ser una operación neutra, que impide que se produzca un desbalance patrimonial".
Y la prueba de ello es que al obtener una sentencia desfavorable tuvo que presentar concurso voluntario. Y sin embargo la situación ha dado un giro total al obtener una segunda sentencia que acuerda la resolución del contrato. Y otra prueba igual de evidente es la alusión que en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil se hace referencia al Perito Sr. Franco que valora la finca en esos momentos en 1.143.569,39 euros, es decir la mitad por lo que fue adquirida por CAD cinco años antes.
CUARTO.-La finalidad de la acción de reintegración es la protección de la masa activa. Esto es, tratar de garantizar, dentro de lo posible, la mayor satisfacción de los acreedores en el cobro de sus créditos, objetivo último perseguido por la LC.
El fundamento para la prosperabilidad de dicha acción es, por ello, la constatación de que el acto del deudor haya ocasionado un perjuicio a la masa activa, remitiéndonos a lo ya expuesto anteriormente sobre el particular, que cabría resumir en que el concepto de perjuicio debe ser objeto de una interpretación amplia, entendiendo que existirá siempre que de no haberse producido el acto que se pretende impugnar la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general.
La cuestión que hemos de plantearnos es si cabe entender la posibilidad de perjuicio cuando el patrimonio del concursado es suficiente para la satisfacción íntegra de todos sus acreedores.
En principio los parámetros para la determinación de superávit o déficit patrimonial parecerían sencillos. Si el valor de mercado del activo supera al importe del pasivo nos encontraríamos ante una situación de superávit y viceversa. Parece, igualmente razonable que por razones de pura seguridad jurídica el momento para la determinación de la existencia de déficit o superávit patrimonial debería de ser el informe definitivo de la Administración Concursal, pues en él se plasman las valoraciones definitivas tanto de activo como de pasivo.
No obstante, la práctica viene demostrando que, pese a la correcta elaboración de dichos informes, dichas valoraciones pueden, finalmente, no ajustarse a la realidad y lo que en principio era una clara situación de superávit se convierte en una de indiscutible déficit.
No sólo por el hecho de que, con independencia de la corrección de las valoraciones efectuadas por los peritos y expertos, una cosa es el valor teórico y otro, el de realización, pudiendo aparecer sustanciales discrepancias, sino porque al momento de la emisión del informe es muy probable que la empresa se encuentre en funcionamiento, lo que sin ningún género de dudas influirá en la valoración de sus activos. Una instalación industrial tiene una determinado valor en funcionamiento, el cual puede verse reducido de forma muy significativa si se apertura la liquidación. Por otro lado, no puede obviarse que, aun manteniéndose la actividad y aprobándose un convenio, el concurso no finaliza hasta el íntegro cumplimiento del aquél, siendo frecuentes los supuestos de aperturas de liquidación a consecuencia de incumplimientos de convenio.
Ello nos lleva a tratar de responder a la pregunta de si la LC considera que el perjuicio patrimonial haya de ser puesto en relación al conjunto de la masa activa o, por el contrario, ha de ser analizada de manera individualizada en cada supuesto.
Ante la falta de precisión del texto legal y la literalidad de la norma -"Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración"-, parece que el legislador no se planteó la posibilidad de un enjuiciamiento global de cada posible acto reintegrable, sino que el enjuiciamiento de cada uno de ellos habrá de realizarse de manera individualizada y en atención al saldo resultante concreto en cada caso.
Decíamos inicialmente que la finalidad de la reintegración era la protección de la masa activa y al propio tiempo admitíamos en el fundamento anterior que concurren las circunstancias exigidas legalmente para declarar la

reintegración, si no de todos los solicitados al menos en parte.
Pero a pesar de todo ello entendemos que en el caso concreto que estamos analizando los intereses de la masa y de todos y cada uno de los acreedores, no sólo de COMON quedan garantizados con el activo de CAD, sin que obtengan ventaja alguna por la declaración de no reintegración de la masa, lo que nos conduce a confirmar la sentencia de instancia.
Ya en el momento de presentación de la demanda de reintegración se había dictado, y era firme la sentencia de resolución del contrato de compraventa dictada por el Juzgado de lo Mercantil.
No era necesaria la presentación de la demanda de reintegración. Carecían de importancia los movimientos de carácter económico realizados por CAD. Esta sociedad podía disponer de sus derechos, y la acción de reintegración solo se podrá ejercitar cuando el que lo hace no pueda de otra forma satisfacer sus créditos.”: SAP Valladolid (Sección 3) 08.07.2014 (Sentencia 143/2014; Rollo 45/2014)

02. Ambito temporal

0.2.0 Cómputo desde la fecha del auto, no desde la solicitud del concurso u otra fecha anterior a aquélla

Tribunal Supremo

“TERCERO.-*Cuestión preliminar: momento a partir del cual se producen los efectos de la declaración de concurso.*
Cuestión preliminar que resulta necesario resolver, pese a no tener influencia en la resolución del presente motivo, es la invocación por la sentencia recurrida del art. 410 LEC, respecto del momento a partir del cual deba entenderse producidos los efectos procesales de la litispendencia. La sentencia de la Audiencia Provincial lo fija al momento de la solicitud de Concurso necesario (fundamento de Derecho segundo), invocando como supletoria la norma rituaria antes invocada.
Como acertadamente señala el recurrente no cabe acudir a la LEC como norma supletoria cuando la Ley Concursal hace referencia expresa del momento en que deben entenderse y extenderse los efectos del concurso, que no es otro que el previsto en el art. 21.2, cuando establece: " *el auto (de declaración de concurso) producirá sus efectos inmediatos, abrirá la fase común de tramitación del concursoque comprenderá las actuaciones previstas, en los cuatro primeros títulos de esta Ley, y será ejecutivo aunque no sea firme".*
Por tanto, el requerimiento extrajudicial del recurrente de 18 de octubre de 2008, recibido por su destinatario el día 22 del mismo mes y año, es anterior al auto de declaración de concurso necesario, que lleva fecha 23 de octubre de 2008.
Sin embargo, esta precisión es irrelevante al supuesto planteado en la presente litis, como examinaremos seguidamente.”: STS 11.12.2013 (Sentencia 756/2013; Recurso 2356/2011)

AP La Coruña

“SEGUNDO.-La acción de reintegración concursal: delimitación temporal de los actos dispositivos susceptibles de reintegración.
1.- Dispone el artículo 71. 1 de la Ley concursal que declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
2.- No existe contienda entre las partes acerca de los siguientes hitos del proceso concursal de IRPR, que resultan de la documentación aportada en soporte digital con la demanda:
a. El 1 de septiembre de 2009 la acreedora HIERROS AÑÓN S.A. solicitó la declaración de concurso necesario de IRPR y de CONSERVERA CELTA S.A. (en adelante, CCSA) La solicitud, repartida al Juzgado de lo Mercantil Número Dos de A Coruña, fue admitida a trámite por auto de fecha 3 de septiembre de 2009, que ordenó el emplazamiento de las deudoras.
b. En virtud de la oposición formulada por las deudoras a la declaración de concurso necesario y tras la celebración en dos sesiones de la vista del incidente de oposición el Juzgado dictó el 22 de enero de 2010 auto desestimatorio de la solicitud. El auto del Juzgado fue apelado por la acreedora instante.
c. El 1 de febrero de 2010 IRPR y CCSA comunicaron al Juzgado en escrito conjunto su situación de insolvencia actual con arreglo a lo establecido en el artículo 5 bis de la LC.
d. El 28 de mayo del mismo año presentaron las deudoras, por separado, sus respectivas solicitudes de concurso voluntario que fueron declarados por autos del Juzgado Número Dos de A Coruña de fecha 29 de julio de 2010. La resolución del Juzgado relativa a IRPR (autos de concurso Nº. 226/2010) ordenó la tramitación del concurso como voluntario ordinario, designó a tres administradores concursales (uno de ellos, la acreedora HIERROS AÑÓN SA, que a su vez designó a un economista para representarla y desempeñar el cargo) y estableció el régimen de mera intervención en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial. En similares términos resolvió el auto relativo a CCSA (autos de concurso Nº. 227/2010).
e. El 21 de enero de 2011 la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña revocó el auto del Juzgado de 22 de enero de 2010. En su lugar acordó desestimar la oposición de las deudoras y la conversión y continuación en concurso necesario del concurso voluntario de CCSA e IRPR instado y declarado con posterioridad a la solicitud de HASA (HIERROS AÑON SA), con las adaptaciones necesarias, adoptando el Juzgado las medidas precisas para ello.
f. En ejecución de lo acordado por la Audiencia Provincial el auto del Juzgado de 1 de marzo de 2011 dispuso la transformación del proceso concursal de IRPR ya declarado y dio audiencia a las partes acerca del régimen

de intervención o suspensión en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial.
3.- De lo expuesto resulta que ni la Audiencia Provincial ni el Juzgado de lo mercantil precisaron o alteraron expresamente la fecha de la declaración del concurso de IRPR, que simplemente pasó a ser considerado concurso necesario. No consta tampoco que se haya ordenado abrir un nuevo plazo de comunicación de créditos, ni referir la lista de acreedores a la fecha de la solicitud de concurso necesario. Tampoco existe constancia de que la administración concursal o alguna de las partes personadas hayan solicitado del Juzgado un pronunciamiento expreso que situase la fecha de la declaración del concurso en un momento anterior a la de declaración del concurso voluntario (29 de julio de 2010).
4.- Cabría ciertamente sostener que, puesto que la Audiencia Provincial revocó el auto del Juzgado de fecha 22 de enero de 2010 y, en su lugar, desestimó la oposición de las deudoras, debiera tenerse por fecha de la declaración del concurso para determinar la proyección de sus efectos la misma del auto revocado. Pero esta determinación temporal, vistos los términos del auto de la Audiencia (que ordena "la conversión y continuación en concurso necesario del concurso voluntario de CCSA e IRPR instado y declarado con posterioridad a la solicitud de HASA, con las adaptaciones necesarias, adoptando el Juzgado las medidas precisas para ello"), exigía una solicitud de aclaración de dicha resolución, o una petición o recurso frente a la resolución del Juzgado, que se limitó a ordenar la conversión y sólo analizó como efecto de la misma el cambio del régimen de intervención al de suspensión.
5.- En todo caso, y pese al precedente que la administración concursal reseña (asunto NOZAR, auto del Juzgado de lo Mercantil Nº. Dos de Madrid de fecha 17 de septiembre de 2010) no podemos admitir que pueda tomarse como fecha de la declaración del concurso la de la solicitud de concurso necesario (1 de septiembre de 2009) sin violentar los términos de la Ley, que establece como fecha de referencia la del auto de declaración del concurso, sea éste voluntario o necesario y aunque en este segundo caso haya transcurrido, en virtud de la oposición del deudor, un periodo de tiempo de varios meses entre la solicitud y la declaración.
6.- Así las cosas, aunque fuera posible tomar como fecha de la declaración del concurso la del auto de desestimación de la solicitud de concurso necesario que la Audiencia Provincial revocó (22 de enero de 2010), el acto de constitución de la garantía prendaria simultánea a la firma del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente (14 de noviembre de 2007) quedaría igualmente fuera del plazo de los dos años anteriores y es, por ello, inmune a la acción rescisoria concursal que, en todo caso, sólo cabría con demostración de fraude de acreedores en su constitución conforme a lo prevenido para las garantías financieras en el nº. 5 del artículo 15 del RD-Ley 5/2005, de 11 de marzo.": SAP La Coruña (Sección 4) 20.05.2015 (Sentencia 169/2015; Rollo 409/2013)

AP Valencia

"2.2. La Sentencia apelada no incurre en ningún error de cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reintegración a que se refiere el artículo 71.1 de la Ley Concursal, de manera que siendo el contrato (afianzamiento a la mercantil FUSTERIA SANCHO SL) cuya rescisión se pretende de fecha 1 de octubre de 2008 (documento aportado por las codemandadas al folio 33 y siguientes del proceso) es de ver que al tiempo de la declaración del concurso de las mismas el 29 de julio de 2013, había transcurrido en exceso el plazo para el ejercicio de la acción, sin que podamos acoger las alegaciones de la administración concursal en orden a que la fecha inicial del cómputo deba situarse en el momento en que se ejecutó la garantía y se generó la insolvencia (con arreglo a la documentación que aporta en soporte informático). La acción es extemporánea y ello es suficiente para sus desestimación, no siendo procedente, por tanto, examinar la concurrencia del resto de los requisitos de prosperabilidad de la misma.": SAP Valencia (Sección 9) 13.11.2014 (Sentencia 315/2014; Rollo 549/2014)

"SEGUNDO.- La Sala acepta la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.
En resolución muy reciente de esta Sala, recaída en rollo de apelación 549/14, de fecha 13-11-14, decíamos que:
<< (...) *2.2. La Sentencia apelada no incurre en ningún error de cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reintegración a que se refiere el artículo 71.1 de la Ley Concursal, de manera que siendo el contrato (afianzamiento a la mercantil FUSTERIA SANCHO SL) cuya rescisión se pretende de fecha 1 de octubre de 2008 (documento aportado por las codemandadas al folio 33 y siguientes del proceso) es de ver que al tiempo de la declaración del concurso de las mismas el 29 de julio de 2013, había transcurrido en exceso el plazo para el ejercicio de la acción, sin que podamos acoger las alegaciones de la administración concursal en orden a que la fecha inicial del cómputo deba situarse en el momento en que se ejecutó la garantía y se generó la insolvencia (con arreglo a la documentación que aporta en soporte informático). La acción es extemporánea y ello es suficiente para sus desestimación, no siendo procedente, por tanto, examinar la concurrencia del resto de los requisitos de prosperabilidad de la misma.* (...) >>.": SAP Valencia (Sección 9) 19.11.2014 (Sentencia 322/2014; Rollo 551/2014)

"La parte apelante no discute los hechos, el plazo de caducidad, los preceptos aplicados y el tratamiento que de cada acción se efectúa por el Juzgador y en el único punto que discrepa es el del inicio d el cómputo (dies a quo) entendiendo que debe ser desde el día 9/4/2013 (la actual demanda incidental se presenta en fecha de 14/1/2014) que es el de publicación de la liquidación de la entidad prestamista (Fusteria Sancho SL).
Esta posición del apelante resulta inadmisible, no solo por carecer de cualquier apoyo normativo, sino porque es, además, plenamente contraria a las disposiciones legales mentadas, dada la claridad de los artículos fijados por el Juzgado de lo Mercantil. El artículo 71-1 de la Ley Concursal es de una claridad meridana y no admite interpretación diversa a la de su propia dicción, el plazo de dos años se limita a los anteriores a la

declaración del concurso (no a momento ulterior del mismo tal como pretende el recurrente). No establece el precepto la tesis del recurrente y el artículo 71.2 y 3 de la misma Ley, lo que viene a fijar es el concepto de perjuicio necesario como elemento indispensable para la acción.”: SAP Valencia (Sección 9) 22.12.2014 (Sentencia 374/2014; Rollo 596/2014)

“SEGUNDO.- La Sala hace suyos los razonamientos jurídicos de la resolución apelada.
Ya en resolución de 13 de noviembre de 2014 (R.A 549/14), - cuyos razonamientos fueron reiterados en sentencias de 19 de noviembre de 2014 (R.A 551/14) y 22 de diciembre de 2014 (R.A 596/14)- tenemos indicado respecto de las cuestiones planteadas en el presente recurso de apelación lo siguiente: << (...) 2.2. La Sentencia apelada no incurre en ningún error de cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reintegración a que se refiere el artículo 71.1 de la Ley Concursal, de manera que siendo el contrato (afianzamiento a la mercantil FUSTERIA SANCHO SL) cuya rescisión se pretende de fecha 1 de octubre de 2008 (documento aportado por las codemandadas al folio 33 y siguientes del proceso) - [en el presente caso el contrato cuya rescisión se pretende es de 30 de octubre de 2008]- es de ver que al tiempo de la declaración del concurso de las mismas el 29 de julio de 2013, había transcurrido en exceso el plazo para el ejercicio de la acción, sin que podamos acoger las alegaciones de la administración concursal en orden a que la fecha inicial del cómputo deba situarse en el momento en que se ejecutó la garantía y se generó la insolvencia (con arreglo a la documentación que aporta en soporte informático). La acción es extemporánea y ello es suficiente para sus desestimación, no siendo procedente, por tanto, examinar la concurrencia del resto de los requisitos de prosperabilidad de la misma. (...) >> “:SAP Valencia (Sección 9) 26.01.2015 (Sentencia 18/2015; Rollo 617/2014)

“2.2. La Sentencia apelada no incurre en ningún error de cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reintegración a que se refiere el artículo 71.1 de la Ley Concursal, de manera que siendo los contratos cuya rescisión se pretende de fechas 31 de julio de 2007, 17 de marzo de 2008, 29 de abril de 2008 y 30 de abril de 2009 es de ver que al tiempo de la declaración del concurso de las mismas el 29 de julio de 2013, había transcurrido en exceso el plazo para el ejercicio de la acción, sin que podamos acoger las alegaciones de la administración concursal en orden a que la fecha inicial del cómputo deba situarse en el momento en que se ejecutó la garantía y se generó la insolvencia. La acción es extemporánea y ello es suficiente para su desestimación, no siendo procedente, por tanto, examinar la concurrencia del resto de los requisitos de prosperabilidad de la misma. Así lo hemos declarado recientemente, entre otras en Sentencia de 13 de noviembre de 2014 (Rollo de apelación 549/14), 19 de noviembre de 2014 (Rollo de apelación 551/2014), y 22 de diciembre de 2014 (Rollo 596/14).”: SAP Valencia (Sección 9) 05.02.2015 (Sentencia 37/2015; Rollo 772/2014)

“SEGUNDO.- La Sala hace suyos los razonamientos jurídicos de la resolución apelada.
Ya en resolución de 13 de noviembre de 2014 (R.A 549/14), - cuyos razonamientos fueron reiterados en sentencias de 19 de noviembre de 2014 (R.A 551/14) 22 de diciembre de 2014 (R.A 596/14), 26 de enero de 2015 (R.A 617/14) y 05/02/2015 (R.A 772/14)- tenemos indicado respecto de las cuestiones planteadas en el presente recurso de apelación lo siguiente: << (...) 2.2. La Sentencia apelada no incurre en ningún error de cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reintegración a que se refiere el artículo 71.1 de la Ley Concursal, de manera que siendo el contrato (afianzamiento a la mercantil FUSTERIA SANCHO SL) cuya rescisión se pretende de fecha 1 de octubre de 2008 (documento aportado por las codemandadas al folio 33 y siguientes del proceso) - [en el presente caso los contratos cuya rescisión se pretende son el préstamo hipotecario de 31 de julio de 2007, el afianzamiento de 29 de septiembre de 2008 y el prestamo hipotecario de 30 de abril de 2009]- es de ver que al tiempo de la declaración del concurso de las mismas el 29 de julio de 2013 [realmente la fecha es de 10 de octubre de 2013], había transcurrido en exceso el plazo para el ejercicio de la acción, sin que podamos acoger las alegaciones de la administración concursal en orden a que la fecha inicial del cómputo deba situarse en el momento en que se ejecutó la garantía y se generó la insolvencia (con arreglo a la documentación que aporta en soporte informático). La acción es extemporánea y ello es suficiente para sus desestimación, no siendo procedente, por tanto, examinar la concurrencia del resto de los requisitos de prosperabilidad de la misma.(...) >>.”: SAP Valencia (Sección 9) 23.02.2015 (Sentencia 61/2015; Rollo 771/2014)

JM-1 Burgos

“TERCERO: Con carácter previo a la resolución de la cuestión planteada por las representaciones procesal de diversas Mercantiles codemandadas, se alegaba, en sus escritos de contestación al Incidente Concursal, el ejercicio extemporáneo de la acción de reintegración al haber transcurrido con creces el plazo de dos años estipulado en el art.71.1 de la LC.
En este sentido el art. 71. de la Ley Concursal, dispone lo siguiente:
"1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
6. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el Juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente".
La Administración Concursal en su Demanda de Reintegración alegaba lo siguiente, para fundamentar que su acción se había ejercitado dentro de plazo: la comunicación de la insolvencia y solicitud de preconcurso de la

Sociedad ahora Concursada se presentó en fecha 9 de julio de 2.011, comunicando el estado de insolvencia real y actual, con el fin de intentar una negociación con los acreedores que le permitiera lograr un convenio (es decir, 21 días antes de la conclusión del plazo de reintegración concursal del art.71). En esta misma fecha se comunica, asimismo, la insolvencia real de todas las demás empresas del Grupo INTERBON. Solicitud de Concurso ante el Juzgado de lo Mercantil nº8 de Madrid, data del 18 de noviembre de 2.011. Por Auto de fecha 14 de mayo de 2.012, este Juzgado de lo Mercantil declaraba su falta de competencia territorial por corresponder la misma a este Juzgado de lo Mercantil de Burgos que, con fecha 31 de mayo de 2.012m, dictó Providencia aceptando su competencia. Por Auto de fecha 25 de junio de 2.012 se declaró en Concurso a la Sociedad "CORPORACION FINANCIERA URBION, S.A.".
La operación que es objeto de reintegración se realizó el día 30 de julio de 2.009, sin embargo, el momento en el que la Mercantil Concursada manifestó su estado de insolvencia es en el mes de julio de 2.011, es decir, dentro del plazo de dos años de reintegración concursal. Asimismo se señalaba que la declaración de Concurso de esta Sociedad, con posterioridad al resto de empresas del Grupo INTERBON, se debió a cuestiones de competencia territorial, no obstante, resulta evidente que la insolvencia de la Concursada se comunica y evidencia junto con el resto de Entidades, en el mes de julio de 2.011.
Una reiterada Jurisprudencia señala que el art 71 de la LC estable un límite temporal claro, los dos años anteriores a la declaración de concurso. Lo que en términos de mera interpretación gramatical y lógica obliga excluir de esta acción impugnatoria a los actos posteriores a la declaración y a aquellos anteriores en más de dos años a la misma. En el caso concreto, la declaración de Concurso de Acreedores tiene lugar tiene lugar el 25 de junio de 2.012, como señala la Administración Concursal, los actos cuya rescisión se pretende tienen lugar con fecha 30 de julio de 2.009. Partiendo de dichas fechas, resulta claro y meridiano que dichos actos se realizan antes de los dos años anteriores a la declaración de concurso, con lo cual sale fuera del plazo señalado en el artículo 71.1 LC para el ejercicio de la acción de reintegración. En consecuencia, procede apreciar la existencia de caducidad de la acción ejercitada por la actora, y por tanto desestimar la demanda en cuanto a esa concreta acción.": SJM-1 Burgos 02.06.2015 (Sentencia 151/2015; Incidente 108/2012)

0.2.0.1 Tesis contraria

AP Murcia

"Entrando en la cuestión debatida (si el acto cuya rescisión se pretende tuvo o no lugar en el periodo de sospecha de los dos años anteriores a la declaración del concurso), hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la demanda solicitando la declaración de concurso fue planteada por un acreedor el 15 de octubre de 2009, aunque la declaración de concurso no tuvo lugar, por diversos problemas de tramitación, hasta el 14 de junio de 2009. Ciertamente el artículo 71.1 establece que los dos años previos lo son respecto de la declaración de concurso, y no se ha planteado en el presente caso el posible efecto de litispendencia previsto en el artículo 410 LEC, pues todos los efectos procesales de la litispendencia se producen desde la presentación de la demanda, si luego es admitida, lo que permite tener en cuenta la fecha de presentación de la demanda (1510-2009) a efectos de fijar el periodo de sospecha.": SAP Murcia (Sección 4) 27.03.2014 (Sentencia 198/2014; Rollo 35/2014)

AP Zaragoza

"SEGUNDO.- Cómputo del plazo de sospecha
Resulta acreditado que en el presente caso la solicitud de concurso fue presentada en fecha 10 de abril de 2013, siendo declarado el concurso voluntario de D. Roque y de Dña. Julia en fecha 3 de mayo de 2013, cuando algunas de las operaciones cuya rescisión se solicita habían sido celebradas en fecha 19 de abril de 2011, préstamo nº NUM000, y contrato de cuenta corriente nº NUM003.
En este sentido la sentencia de fecha de 2 de marzo de 2015 mantuvo la ampliación del plazo de sospecha que ha de ser computado desde la solicitud de la declaración de concurso en base a los siguientes argumentos:
"TERCERO.- El siguiente tema que debe ser considerado es el del posible efecto subsiguiente al de haberse formulado la demanda fuera del plazo establecido en aquel articulo, cuando ordena que la transmisión se haya operado en los dos años inmediatos anteriores a la declaración del concurso, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada fue presentada en aquel tiempo reglado, pero fue admitida a trámite por resolución algunos días posterior, que ha sido en efecto promovido por las partes, si bien no con el carácter principal que estima debería haberlo sido, pues su acogimiento podría provocar la desestimación de la demanda, con más razón en cuanto que afecta, ya no sólo a las partes, sino a los terceros posibles adquirentes. Ya el profesor Sr. García Cruces, en trabajo ciertamente antiguo --"La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal", Actualidad Jurídica Aranzadi numero 591-- señalaba sobre ese plazo que "Termina por reinstaurarse una peligrosa forma de criptoretroacción, ahora del concurso, de carácter necesario, por derivar directamente de la Ley, y de duración fija -nada desdeñable, por cierto- al extenderse a los dos años anteriores a la declaración de concurso. A nadie se le oculta lo que esto puede suponer para la seguridad del tráfico» (Gordillo Cañas)...".
El tema no es de fácil solución. Podría intentar hacerse acudiendo al instituto de la prescripción, cuando muchas Sentencias han establecido que su plazo debe quedar interrumpido con la simple presentación de la demanda, si luego es admitida a trámite, aplicando dicha doctrina al caso, salvando las circunstancias que diferencian los supuestos.
...
Si se entendiera que estas reflexiones no son íntegramente aplicables al caso, por ser el plazo que el artículo 71 establece de diferente naturaleza que el que acaba de señalarse, de caducidad o más bien simple requisito

legal de procedibilidad, siempre sería obligado deducir que la parte ejercitó la acción en el tiempo debido, y no puede serle imputado, por ser hecho que trasciende ya de su voluntad, que la demanda fuera admitida a trámite por resolución de fecha posterior. Aboga esta interpretación la teoría "pro actione", continuamente defendida por la Jurisprudencia, constante y reiterada, y ejemplo de ello es lo que se dicen en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, numero 241/2013, de 9 de mayo, RJ 2013/3088, al expresar que "Conforme al principio pro actione [a favor de la acción], entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican, los cánones del control de constitucionalidad de las decisiones judiciales son más estrictos cuando se trata de acceso a la jurisdicción, a diferencia de aquellos supuestos en los que el recurrente ha obtenido ya una primera respuesta judicial (en este sentido, STC 38/2010, de 19 de julio), ya que el derecho a la jurisdicción "no consiente interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales caracterizadas por el rigorismo, el formalismo o la desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia del cierre del proceso que conllevan, con eliminación u obstaculización injustificada del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida" (STC 231/2012, de 10 de diciembre, RTC 2012/231)....".
Por todas estas razones, es preciso concluir diciendo que la acción se promovió con la presentación de la demanda, y no puede perjudicar a la parte que fuera posteriormente admitida a trámite, hecho que le es ajeno, y de tal modo se cumplió con el requisito temporal que el citado artículo establece. Entenderlo de otra forma, resultaría atentatorio al principio de tutela judicial efectiva, plasmado en el artículo 24 CE, cuando por hecho ajeno, independiente de la voluntad del accionante, se impide el acceso de una contienda a su resolución por los órganos judiciales".
Estima la Sala que los mismos también han de ser mantenidos en el presente supuesto.": SAP Zaragoza (Sección 5) 29.05.2015 (Sentencia 288/2015; Rollo 257/2015)

0.2.1 Aplicabilidad a hechos anteriores a 01.09.2004 en cuanto norma más beneficiosa que la retroacción de la quiebra

Tribunal Supremo

"SEXTO.- En el quinto motivo se aduce infracción del art. 2.3 CC y del principio "tempus regit actum" por hacer aplicación retroactiva de los artículos 71 y 73 de la Ley Concursal. Se alega que las operaciones que son objeto del incidente concursal se realizaron en fecha 30 de abril de 2.003, esto es, un año y cuatro meses antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal (1 de septiembre de 2.004), e incluso antes de su promulgación (6 de julio de 2.003); que la LC en su Disposición final trigésima establece que "La presente Ley entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2.004...." (con algunas excepciones que no afectan al incidente); y que ninguno de los artículos, ni en sus disposiciones finales, adicionales o transitorias, ni en ninguna otra ley, se ha establecido la retroactividad de los arts. 71 y 73 LC a los negocios y actos nacidos con anterioridad a su promulgación. Y, en consecuencia, -resume-, la regulación establecida en la ley sobre las acciones de reintegración no puede ser aplicada para rescindir, en perjuicio de terceros, negocios concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la repetida ley, puesto que tales negocios no eran rescindibles según el ordenamiento jurídico vigente en el momento de su concertación.
El motivo se desestima.
La disposición Transitoria Primera de la Ley Concursal, bajo la rúbrica de "Procedimientos concursales en tramitación", dispone que "los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el Derecho anterior, sin más excepciones" que las que expresa, que aquí carecen de interés. La LC entró en vigor el 1 de septiembre de 2.004(Disposición Final 35ª) salvo la modificación de los artículos de la LEC relativa a los emplazamientos en los recursos de apelación y extraordinarios que entró en vigor al día siguiente de la publicación en el BOE.
De lo anteriormente expuesto se deduce que la Ley Concursal es aplicable a todos los concursos instados a partir del 1 de septiembre de 2.004, si bien debe resaltarse la importancia de la disposición Adicional Primera, que, bajo el título de "Referencias legales a los procedimientos concursales anteriormente vigentes", dispone que "los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley, poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad". Sin embargo, como la LC tiene normas procesales y sustantivas, la aplicabilidad de éstas -especialmente- puede suscitar dificultades de derecho intertemporal, tal y como sucede en el caso, dado que, siendo aplicable la LC, la operación se produjo con anterioridad a la misma, pero se halla dentro del periodo de dos años anteriores a la declaración del concurso establecido para las acciones de reintegración en el art. 71.1.
Examinadas las alegaciones de las partes en relación con los arts. 2.3 CC, 9.3CE y Disposiciones transitorias del CC, singularmente las de los números segundo y tercero, el criterio de la Sala es el de aplicación íntegra de la normativa de la nueva Ley Concursal, tal y como se hizo por la resolución recurrida.
Se acuerda así por las razones siguientes:
El supuesto de que se trata exige la aplicación en bloque de la normativa de la LC. Las circunstancias concurrentes impiden individualizar las distintas actuaciones, y darles un tratamiento separado. Nos encontramos, como ya se ha dicho, ante una operación compleja, de modo que las diversas operaciones que la integran se hallan íntimamente interrelacionadas y responden a una finalidad única; y es por ello que se impone un trato jurídico unitario.

Por otro lado, la aplicación de la nueva normativa es más favorable, o cuando menos no más rigurosa -dura o estricta-, que la anterior, sin que sea preciso discurrir acerca de los efectos o consecuencias de la retroacción judicial del sistema jurídico actualmente derogado(arts. 1024 del Código de Comercio de 1.829 y 878, párrafo segundo, del código de Comercio de 1.885).
Además, de aceptarse la tesis de la irretroactividad se daría lugar a lo que se denomina "resultado paradójico", que incluso podría incurrir en un fraude de ley. Habida cuenta que la retroacción judicial que establecía la normativa anterior fue sustituida por la retroacción legal de la acción de reintegración delart. 71 LC, de estimarse que no es aplicable este precepto por razones de derecho transitorio sucedería que quedarían indemnes conductas ilícitas, en cuanto reprobables con arreglo al mismo, como las del caso enjuiciado, dado que conforme al régimen procesal aplicable de la nueva Ley no habría posibilidad de acordar aquella retroacción judicial. De ahí que la norma nueva esté impregnada de una naturaleza intertemporal y opere con efecto retroactivo.
Finalmente, con carácter de refuerzo argumentativo, debe tenerse en cuenta también el contenido de la disposición Adicional 1ªLC antes expresado, sin olvidar que nos hallamos ante una operación compleja que no agotó sus efectos y que la nueva normativa concursal en la materia ha tenido en cuenta para separarse de la derogada sólidas razones de seguridad jurídica.”: STS 16.09.2010 (Sentencia 548/2010; Recurso 1924/2006)

“SEGUNDO.-En el motivo primero se alega infracción del artículo 2.3 CC y del principio "tempus regit actum" por hacer aplicación retroactiva de los artículos 71 y 73 de la Ley Concursal y, en consecuencia, infracción, por indebida aplicación, de estos preceptos.
En el cuerpo del motivo se vierten de forma asistemática una pluralidad de alegaciones entre las que, haciendo abstracción de las que inciden en cuestiones ajenas al presente proceso como la relativa a la calificación del crédito como subordinado, o incurren en defectos de técnica casacional, como la relativa al carácter de no comerciante de las codemandadas que incurren en el vicio de hacer supuesto de la cuestión, procede recoger las siguientes: (a) Los negocios que son objeto del incidente concursal se realizaron en fecha 13 de febrero de 2.004, esto es, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal (1-92.004); (b) En ninguno de los artículos de la Ley Concursal, ni en sus disposiciones finales, adicionales o transitorias, ni en ninguna otra ley, se ha establecido la retroactividad de los arts. 71 y 73 de la LC a los negocios y actos nacidos con anterioridad a su promulgación; (c) Los indicados negocios no eran rescindibles según el ordenamiento jurídico vigente en el momento de su concertación; y (d) La Disposición Transitoria Primera de la LC da salida a situaciones transitorias procesales y el principio de no retroactividad es un principio sustantivo que no se ve afectado por dicha Disposición.
El motivo se desestima por aplicación de la doctrina sentada por esta Sala en la Sentencia de 16 de septiembre de 2.010, número 548, cuyo contenido es aplicable plenamente al presente caso, tanto más que aquí no concurre un supuesto del art. 73.3, inciso final, de la LC.
Las razones que fundamentan la desestimación se pueden resumir en tres puntos: (a) La aplicación de la normativa de la LC en la materia debe hacerse de modo unitario, sin que sea factible diferenciar aspectos favorables o desfavorables respecto de la anterior, (b) El nuevo régimen legal de la LC en la materia es en términos generales menos riguroso que el anterior, debiendo observante que precisamente la consolidación del criterio jurisprudencial "flexible", frente al "estricto", en la interpretación de la nulidad del art. 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1.885, se produjo por influencia de la nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio; y, (c) La apreciación razonable de que la regulación de la LC en cuanto a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración está impregnada de naturaleza intertemporal y opera con efecto retroactivo. Ello se revela singularmente en que, de no aceptarse así, los actos del deudor dañosos injustificadamente para su patrimonio, y con detrimento de los acreedores quedarían indemnes, pues, al ser de aplicación a los concursos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley el régimen de ésta (Disposición Transitoria Primera), no resultaría posible acordar la retroacción judicial de los artículos 1024 del Código de Comercio de 1829 y 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1.885, con lo que se produciría un resultado "paradójico", e incluso posiblemente fraudulento. “:STS 13.12.2010 (Sentencia 791/2010; Recurso 824/2007)

AP Barcelona

“V. Principio general de irretroactividad de las leyes en relación con los arts. 71 y ss. LC. La acción ejercitada, la rescisoria concursal, viene regulada en el art. 71 LC. Esta Ley entró en vigor el 1 de septiembre de 2004 (disp. adic. 35ª LC), regulando a partir de entonces los nuevos procedimientos de insolvencia que se instaran. Los iniciados con anterioridad (quiebras, suspensiones de pagos, concursos de acreedores y quitas y esperas) continuarían rigiéndose por las normas legales por las que se regían dichos procedimientos, con las excepciones previstas en la disp. trans. 1ª LC, ninguna de las cuales se refiere a las acciones de reintegración. Y ello, sin perjuicio de que, a tenor de la disp. adic. 1ª LC, la normativa anterior deba interpretarse de acuerdo con el espíritu y la finalidad que emanan de las normas contenidas en la Ley Concursal.
Solicitado y declarado el concurso con posterioridad al 1 de septiembre de 2004, en principio, se aplican todas las normas de la Ley Concursal, también las que afectan a la reintegración de la masa. Estas normas se hallan ubicadas dentro de los efectos que la declaración de concurso produce para los actos de disposición realizados por el deudor concursado con anterioridad a la declaración de concurso, y en concreto dos años antes (arts. 71 y ss. LC). Este periodo sospechoso, en los concursos declarados dentro de los dos primeros años de entrada en vigor de la Ley Concursal, necesariamente afectará a hechos anteriores al 1 de septiembre de 2004, pero no por ello debe dejar de aplicarse en aras del principio invocado de irretroactividad de las leyes.
Es cierto que según el art. 2 CC las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no se dispusiere lo contrario, y que a tenor del art. 9.3 CE, no cabe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas

de derechos individuales. Este principio general, tiene especificaciones en las disposiciones transitorias del Código Civil, y aunque ninguna de ellas se corresponde exactamente con el presente caso, en que se juzga sobre la aplicación de un régimen de reintegración o ineficacia de actos o negocios jurídicos, puede aplicarse la disp. trans. 13ª CC, y resolver el presente caso conforme a los principios que sirven de fundamento a dichas disposiciones transitorias. A ellas subyace, sobre todo la que regula la cuestión más afín a la presente, relativa a las disposiciones que sancionan con penalidad civil o privación de derecho acciones u omisiones (disp. trans. 3ª CC), el principio general de irretroactividad de la norma más desfavorable. La referida disp. trans. 3ª CC, previene expresamente que cuando la falta esté penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna.
Podemos aplicar este mismo principio en el presente caso, en el que la normativa anterior, en este caso la de la quiebra, preveía un sistema mixto de reintegración, que combinaba la institución de la retroacción absoluta por la que podía instarse la ineficacia de los actos de administración y disposición realizados por el deudor dentro del periodo de retroacción (art. 878.II CCom) fijado por el juez en el auto de quiebra (art. 1024 CCom1829) o en otra resolución posterior que resolviera un incidente abierto a tal efecto, con las acciones impugnatorias, que permitían revocar actos concretos anteriores a la quiebra, que la ley presumía fraudulentos por haberse realizado en determinados periodos de tiempo (arts. 879 y 880 CCom), o que exigía la prueba del mismo, ya sólo en el quebrado disponente (art. 881 CCom), ya también en los otros contratantes (art. 882 CCom). Este sistema, que la propia exposición de motivos califica de “perturbador”, era indudablemente más estricto o “duro” para las partes afectadas por el negocio o acto impugnado, sobre todo por la interpretación jurisprudencial de la sanción de ineficacia prevista en el art. 878.II CCom, que se calificaba como nulidad absoluta “ipse legis potestate et auctoritate” [que arranca de la interpretación legal realizada por la célebre STS 7 de marzo de 1931 (RJ 1931/1963), y que adquirió su punto más álgido con las SSTS 17 de marzo de 1957 (RJ 1958/1436) y 11 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8960), que no sólo extendían los efectos de la nulidad a los terceros, con independencia de si lo son de buena fe, sino que hacía ineficaz la protección del art. 34 LH]. Aun la interpretación más racional, y por lo tanto benigna, de la retroacción, que aisladamente se recogía en alguna sentencia del Tribunal Supremo [SSTS 28 mayo 1960 (RJ 1960/2062); 12 marzo 1993 (RJ 1993/1793); 20 septiembre 1993 (RJ 1993/6647); 7 julio 1998 (RJ 1998/6271)] y que recientemente ha sido ratificada por la STS de 13 de diciembre de 2005 (LL228), fundaría la ineficacia en la rescisión por perjuicio, que es el mismo régimen previsto en la nueva Ley Concursal, con la diferencia de que en el sistema de la quiebra el periodo retroacción era fijado por el juez y en el actual régimen de la rescisoria concursal el periodo sospechoso es determinado por la Ley (dos años desde la declaración de concurso).
De ahí que siendo el régimen de reintegración actual, cuya aplicación se pretende con la demanda, más beneficioso para las partes intervinientes en el negocio objeto de impugnación que el sistema anterior de la retroacción de la quiebra, en aplicación de los principios que subyacen a las disposiciones transitorias del Código Civil procede declararlo aplicable respecto de actos del concursado anteriores al 1 de septiembre de 2004.”: SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006

“V. Acerca de la aplicación retroactiva de la acción rescisoria concursal ya nos pronunciamos en nuestra anterior sentencia de 2 de mayo de 2006 (RA 47/06), cuya argumentación volvemos a reiterar.
Como es sabido, la acción ejercitada, la rescisoria concursal, viene regulada en el art. 71 LC. Esta Ley entró en vigor el 1 de septiembre de 2004 (disp. adic. 35ª LC), regulando a partir de entonces los nuevos procedimientos de insolvencia que se instaran. Los iniciados con anterioridad (quiebras, suspensiones de pagos, concursos de acreedores y quitas y esperas) continuarían rigiéndose por las normas legales por las que se regían dichos procedimientos, con las excepciones previstas en la disp. trans. 1ª LC, ninguna de las cuales se refiere a las acciones de reintegración. Y ello, sin perjuicio de que, a tenor de la disp. adic. 1ª LC, la normativa anterior deba interpretarse de acuerdo con el espíritu y la finalidad que emanan de las normas contenidas en la Ley Concursal.
Solicitado y declarado el concurso con posterioridad al 1 de septiembre de 2004, en principio, se aplican todas las normas de la Ley Concursal, también las que afectan a la reintegración de la masa. Estas normas se hallan ubicadas dentro de los efectos que la declaración de concurso produce para los actos de disposición realizados por el deudor concursado con anterioridad a la declaración de concurso, y en concreto dos años antes (arts. 71 y ss. LC). Este periodo sospechoso, en los concursos declarados dentro de los dos primeros años de entrada en vigor de la Ley Concursal, necesariamente afectará a hechos anteriores al 1 de septiembre de 2004, pero no por ello debe dejar de aplicarse en aras del principio invocado de irretroactividad de las leyes.
Es cierto que según el art. 2 CC las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no se dispusiere lo contrario, y que a tenor del art. 9.3 CE, no cabe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Este principio general tiene especificaciones en las disposiciones transitorias del Código Civil, y aunque ninguna de ellas se corresponde exactamente con el presente caso, en que se juzga sobre la aplicación de un régimen de reintegración o ineficacia de actos o negocios jurídicos, puede aplicarse la disp. trans. 13ª CC, y resolver el presente caso conforme a los principios que sirven de fundamento a dichas disposiciones transitorias. A ellas subyace, sobre todo la que regula la cuestión más afín a la presente, relativa a las disposiciones que sancionan con penalidad civil o privación de derechos acciones u omisiones (disp. trans. 3.ª CC), el principio general de irretroactividad de la norma más desfavorable. La referida disp. trans. 3.ª CC, previene expresamente que, cuando la falta esté penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna.
Podemos aplicar este mismo principio en el presente caso, en el que la normativa anterior, en este caso la de la quiebra, preveía un sistema mixto de reintegración, que combinaba la institución de la retroacción absoluta por la que podía instarse la ineficacia de los actos de administración y disposición realizados por el deudor dentro del periodo de retroacción (art. 878.II CCom) fijado por el juez en el auto de quiebra (art. 1024 CCom1829) o en otra resolución posterior que resolviera un incidente abierto a tal efecto, con las acciones

impugnatorias, que permitían revocar actos concretos anteriores a la quiebra, que la ley presumía fraudulentos por haberse realizado en determinados periodos de tiempo (arts. 879 y 880 CCom), o que exigía la prueba del mismo, ya sólo en el quebrado disponente (art. 881 CCom), ya también en los otros contratantes (art. 882 CCom). Este sistema, que la propia exposición de motivos califica de "perturbador", era indudablemente más estricto o "duro" para las partes afectadas por el negocio o acto impugnado, sobre todo por la interpretación jurisprudencial de la sanción de ineficacia prevista en el art. 878.II CCom, que se calificaba como nulidad absoluta "ipse legis potestate et auctoritate" [que arranca de la interpretación legal realizada por la célebre STS 7 de marzo de 1931 (RJ 1931/1963), y que adquirió su punto más álgido con las SSTS 17 de marzo de 1957 (RJ 1958/1436) y 11 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8960), que no sólo extendían los efectos de la nulidad a los terceros, con independencia de si lo son de buena fe, sino que hacía ineficaz la protección del art. 34 LH]. Aun la interpretación más racional, y por lo tanto benigna, de la retroacción, que aisladamente se recogía en alguna sentencia del Tribunal Supremo [SSTS 28 mayo 1960 (RJ 1960/2062); 12 marzo 1993 (RJ 1993/1793); 20 septiembre 1993 (RJ 1993/6647); 7 julio 1998 (RJ 1998/6271)] y que recientemente parece haber sido asumida plenamente por la jurisprudencia [SSTS de 13 de diciembre de 2005 (LL228), 30 de marzo de 2006 (RJ 2006/4684), 12 de mayo de 2006 (RJ 2006/3936), 19 de junio de 2006 (RJ 2006/3736) y 15 de febrero de 2007 (RJ 2007/938)], fundaría la ineficacia en la rescisión por perjuicio, que es el mismo régimen previsto en la nueva Ley Concursal, con la diferencia de que en el sistema de la quiebra el periodo de retroacción era fijado por el juez y en el actual régimen de la rescisoria concursal el periodo sospechoso es determinado por la Ley (dos años desde la declaración de concurso).
De ahí que siendo el régimen de reintegración actual, cuya aplicación se pretende con la demanda, más beneficioso para las partes intervinientes en el negocio objeto de impugnación que el sistema anterior de la retroacción de la quiebra, en aplicación de los principios que subyacen a las disposiciones transitorias del Código Civil procede declararlo aplicable respecto de actos del concursado anteriores al 1 de septiembre de 2004.": SAP Barcelona (Sección 15) 22.05.2008 (Rollo 646/2007)

0.2.2 Inaplicabilidad a actos posteriores a la declaración de concurso

AP Barcelona

"TERCERO: En realidad, los motivos de ineficacia de estos seis pagos no son exactamente iguales, ya que los cinco primeros se corresponden con actos de disposición del deudor realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, y por ello son susceptibles de rescisión concursal en la medida en que hayan ocasionado un perjuicio para la masa activa. Mientras que el sexto pago, al haberse realizado después de la declaración de concurso, es anulable, ya que, operando la limitación de facultades patrimoniales del deudor del art. 40 LC, se realizó sin la intervención de la administración concursal. Por esta razón este sexto pago, realizado a través de una transferencia, no puede ser objeto de rescisión concursal, pues no se trata de un acto de disposición realizado dos años antes del concurso, sino después. Se trata de un acto anulable, que debía haberse impugnado a través de otra acción distinta, que responde a otros presupuestos diferentes, porque si para la rescisión concusal del art. 71 LC es necesario que se trate de actos de disposición realizados dos años antes a la declaración de concurso y que sean perjudiciales para la masa activa, para la anulación del art. 40.7 LC se aprecia que los actos de disposición hayan sido realizados con posterioridad a la declaración de concurso y que lo hayan sido sin la autorización de la administración concursal (en un caso como el presente en que tan sólo existía una intervención de las facultades patrimoniales del deudor concursado). La disparidad de presupuestos para el ejercicio de cada acción da lugar a que la causa petendi para obtener la condena a la restitución de estas cantidades sea distinta, sin que pueda ser aplicada una no invocada en vez de otra sí aducida, al amparo del aforismo iura novit curia, ya que es algo más que aplicar la norma jurídica correcta, se trata de considerar ejercitada una acción diferente a la realmente ejercitada por la administración concursal": SAP Barcelona (sección 15) 13.01.2010 (Sentencia 2/2010; Rollo 365/2009) y, en términos prácticamente idénticos, SAP Barcelona (sección 15) 26.01.2010 (Sentencia 13/2010; Rollo 276/2009).

"4. En el primer motivo de recurso, BANCO MARE NOSTRUM comienza por transcribir el artículo 71.1 LC y observar que establece de manera inequívoca el presupuesto temporal de que el acto se encuadre dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. Añade que no entiende que el juzgado, tras considerar acreditado que el cargo se hizo después de la declaración de concurso, rescinda el acto con fundamento en el artículo 71 LC.
Tampoco este tribunal acierta a entender el razonamiento por el que se estima la rescisión de la segunda operación -ni aquel por el que se desestima la rescisión de la primera-. Efectivamente, el artículo 71.1 LC establece: " Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. " Se trata, como dice la Exposición de motivos de la LC (III) del tratamiento que da la ley " al difícil tema de los efectos de la declaración del concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta ".
Cuando nos hallamos en supuestos como el de autos, en que lo que se cuestiona es un acto de fecha posterior a la declaración de concurso (más de dos meses posterior), no resulta de aplicación el artículo 71 LC, sino las normas de los artículos 40 y ss. LC, que regulan los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, y de los artículos 49 y ss. de la LC, reguladoras de los efectos sobre los acreedores. Cabe citar el artículo 40.1, conforme al cual, "[e] n caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad " y el artículo 40.7: " Los actos del

deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. "
De acuerdo con los preceptos citados, la entidad bancaria debería haber atendido el requerimiento que le dirigió la AC para que reintegrara el importe cargado en la cuenta. Sin embargo, la acción de reintegración del artículo 71 LC no es la vía adecuada para lo pretendido por la AC. Por ello, debe acogerse la primera de las alegaciones del recurso y estimar éste, sin examinar los restantes motivos, atinentes al fondo.": SAP Barcelona (Sección 15) 26.06.2013 (Sentencia 267/2013; Rollo 148/2013)

AP Castellón

"A mayor abundamiento, varios de los cargos discutidos se ubican con posterioridad a la declaración de concurso, lo que determina igualmente la inaplicabilidad del régimen de la rescisión concursal, dado que no tienen lugar durante el periodo contemplado legalmente como sospechoso, debiendo combatirse conforme a la normativa común o, en su caso, la específica reguladora de las actuaciones de todos los implicados en el concurso tras su declaración, sin que desde luego haya lugar a plantearse cuestiones en torno al art. 58 de la Ley Concursal e inadmisibilidad de compensaciones posibles sobre su base en tanto en cuanto se trata de un punto que queda al margen del objeto litigioso tal como quedó configurado mediante la elección de la vía de la rescisión concursal en relación con la normativa reguladora de la misma.": SAP Castellón (Sección 3) 07.03.2012 (Sentencia 112/2012; Rollo 601/2011)

AP Valencia

"2.- Tampoco podemos acoger el recurso deducido por la Administración Concursal por cuanto (…) en lo que constituyó originariamente su posición procesal - ejercicio de la acción de reintegración delartículo 71.1 en relación con elartículo 72.2 -, compartimos con el magistrado "a quo" la razón que se expresa en la Sentencia apelada de no cumplirse en el supuesto enjuiciado el presupuesto que resulta de la norma, esto es, que se trate de actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta, por cuanto es de ver que el acto que se discute tiene lugar precisamente con posterioridad a la declaración del concurso.": SAP Valencia (Sección 9) 03.02.2011 (Sentencia 52/2011; Rollo 691/2010)

AP Zaragoza

"Las acciones de reintegración, reguladas en los arts. 71 a 73 de la LC, son una de las grandes novedades de la LC, y constituyen lo que algún autor -Alcover Garau-ha definido como un giro radical en relación al anterior Derecho concursal al abandonar el tradicional régimen patrio de la retroacción por considerarlo, en palabras del texto de la Exposición de Motivos citada, "perturbador". Así, el artículo 71.1 establece con carácter general la pieza básica de su sistema de reintegración al establecer que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta. Siguiendo a un reputado sector de la doctrina -Francisco J. León, en "Comentario de la Ley Concursal", coordinado por los Profesores Rojo y Beltrán"- pueden destacarse las siguientes notas o requisitos de esta acción: a) No tiene carácter subsidiario, no es preciso para su ejercicio la existencia de un déficit patrimonial en la masa activa del concurso. b) Es necesario un elemento temporal, que los actos perjudiciales se hayan realizado dentro de los dos a os anteriores a la fecha de la declaración de concurso. c) Se exige un elemento objetivo, el perjuicio para la masa activa. Por último, d) un elemento negativo, que no se trate de actos excluidos por la norma de la posibilidad de ser rescindidos entre los que son de destacar "los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".
Sin embargo, con base en las mismas, la actora pretende la declaración de rescisión de unos pagos por compensación entre cuentas acaecidos una vez declarado el concurso. Parece más bien, dado que se trata de rescindir pagos posteriores a la declaración del concurso que, más que una acción de reintegración, se trata de declarar la nulidad de una compensación de pagos llevada a cabo al margen del art. 58 LC. ":SAP Zaragoza (Sección 5) 18.11.2010 (Sentencia 707/2010; Rollo 593/2010)

"PRIMERO.- Motivos de recurso
Entablada acción dirigida a la impugnación de la calificación de los créditos de la actora en el concurso de la entidad CAZUMER S.L. y la exclusión del inventario de la concursada de determinados créditos contra la actora en cuanto se instaba la calificación y declaración de los créditos surgidos tras la aprobación del convenio y hasta a la apertura de la fase del liquidación como créditos contra la masa y, en segundo lugar, a que se declarara válida la compensación realizada entre dichos créditos y los surgidos a favor de la concursada por entrega a la actora de existencias y algunos elementos integrantes del inmovilizado de CAZUMER S.L.
La AC demandada negó el carácter de créditos contra la masa predicado, negó la validez de la compensación realizada y formuló reconvención entablando acción rescisoria concursal frente a la actora tendente a dejar sin efecto el acto de compensación de créditos realizado entre ella y la concursada.
La sentencia mantuvo la calificación de créditos concursales respecto a los surgidos a favor de la actora durante el cumplimiento del convenio y estimó válida aunque rescindida la compensación realizada.
Contra la indicada sentencia la actora formula recurso de apelación manteniendo que existe infracción normativa en cuanto los actos realizados no perjudicaban a la masa ni alteraban el principio de igualdad de

trato, amén de ser actos ordinarios del tráfico jurídico de la concursada y amparados por la presunción de legitimidad de que gozan los pagos en fase de convenio con arreglo al art. 162 del LC.
La demandada-reconviniente mantiene los argumentos de la instancia.
SEGUNDO.- Objeto del recurso
La cuestión litigiosa se limita a la concurrencia de los requisitos del art. 71 de la LC en el acto que se pretendió rescindir el acto de compensación de créditos documentado el 15 de diciembre de 2012 entre la concursada y la actora, en virtud del cual se extinguieron recíprocamente créditos por importe de 251.760,39 euros.
Lo anterior implica que consienten las partes, por no haber sido objeto de su recurso, tanto la calificación de los créditos generados durante el periodo de cumplimiento del convenio como créditos concursales y la validez del acto de compensación de créditos pendiente solo de la prosperabilidad o no de la acción rescisoria, así como que, esto también parece ser aceptado por todas las partes, se formula exclusivamente contra el acto de compensación con extinción mutua de los créditos entre las partes, cuya validez, vencimiento y exigibilidad no parece se cuestionen.
TERCERO.- Rescindibilidad de los actos realizados durante la fase de convenio.
El examen de los arts. 71 y ss. lleva a la Sala a plantear el problema de los límite temporales de la acción rescisoria.
El art 71 de la LC estable un límite temporal claro, los dos años anteriores a la declaración de concurso. Lo que en términos de mera interpretación gramatical y lógica excluir de esta acción impugnatoria a los actos posteriores a la declaración y a aquellos anteriores en más de dos años a la misma.
Sí es posible, con arreglo al art. 72 de la LC, el ejercicio durante la fase de cumplimento del convenio de otras acciones impugnatorias como la revocatoria, la anulatoria por vicios del consentimiento y las que procedan contra actos realizados durante la tramitación del concurso, pero no, a la vista del los límites temporales descritos en la ley, de la acción rescisoria concursal que la norma describe y regula en cuanto a sus requisitos en el art. 71 de la LC.
A este respecto, en la jurisprudencia recientemente se han pronunciado algunas resoluciones admitiendo el ejercicio de la acción rescisoria concursal en algunos supuestos.
Así, han de citarse:
-La SAP de Burgos (Sección Tercera) de 11 de junio de 2013 ha declarado que "la acción rescisoria se ejercita una vez abierta la fase de liquidación. En materia de reintegración resulta perfectamente posible el ejercicio de las acciones rescisorias en trámite de liquidación porque el artículo 147 LC no las excluye cuando hace una remisión general a las disposiciones del título III de la ley en tanto no sean incompatibles. En segundo lugar la reintegración se pide de unos pagos realizados a uno de los acreedores en la fase de convenio; es decir, la reintegración se refiere a actos realizados después de la declaración del concurso. Tampoco debe ser obstáculo para el ejercicio de la acción rescisoria el elemento temporal definido en el artículo 71.1 de la Ley Concursal, que se refiere a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Con ello se quiere decir que el plazo de la rescisión opera desde la declaración del concurso hasta dos años para atrás; pero ello es porque el legislador se sitúa para la fijación de este plazo en el momento de la declaración. Situados en un momento posterior, por ejemplo en el de la liquidación, serán actos rescindibles los no fraudulentos realizados como dice el artículo 71.1 desde los dos años anteriores a la declaración del concurso, pero también todos los actos realizados después de la declaración del concurso, y mientras no haya transcurrido el plazo de caducidad de la acción rescisoria".
-De otra parte, la sentencia de 15 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil Nº 8 de Barcelona declara que: "hablar de que la operación era una financiación no exime del análisis y apreciación del perjuicio puesto que no reúne los requisitos que le servirían de escudo protector, pero además ningún beneficio para la masa produjo la citada operación cuando un mes después se procedió a la apertura de la liquidación por falta de cumplimiento del convenio".
En este dilema, la sala estima que la acción configurada en el art. 71 es una acción que solo se puede entablar contra los actos previos a la declaración de concurso, sin perjuicio de que los posteriores puedan ser impugnadas por el resto de acciones que el ordenamiento jurídico establece y cuya legitimación en todo caso parece se atribuye a la AC.
Existen supuestos más dudosos de posibilidad de ejercicio de la acción rescisoria tras la declaración de concurso, por ejemplo, los de reinsolvencia ex art. 142.2 pár 2º de la LC, esto es, aquellos supuestos en los que tras la aprobación del convenio se alega y prueba que el deudor durante el cumplimento del convenio ha devenido insolvente y evidencia dicha situación a través de alguno de los hechos que el art. 2.4 de la LC establece.
No es este el supuesto de hecho previsto por la norma, pues la apertura de la fase de liquidación se ha realizado a petición del deudor el 5 de noviembre de 2012 por imposibilidad de cumplir el convenio por la situación de crisis y la disminución de la actividad social.
En consecuencia, estima la Sala que no procedía el ejercicio de la acción rescisoria contra el acto cuestionado por no realizarse el mismo dentro de los límites temporales fijados en la norma.
CUARTO.- Examen de la cuestión litigiosa: Ausencia de perjuicio
Pese a lo anterior y a los solos efectos de agotar el debate estima la Sala que tampoco se daba el requisito del perjuicio en el acto impugnado.
El único motivo citado para estimar el acto perjudicial por contrario a la par condictio creditorum era que la compensación se produjo cuanto ya se había interesado por el deudor la apertura de la fase de liquidación.
En este sentido, la resolución recurrida parte de que se trataba de compensación por créditos vencidos, líquidos y exigibles y que, pese a ser en principio válidos, en determinadas circunstancias pueden ser perjudiciales para la masa. En este sentido ciertamente pueden citarse las STS de fechas 26 de octubre de 2012 y 10 de julio de 2013. En la primera de ellas se alega que además del sacrificio patrimonial injustificado,

existe perjuicio cuando concurren "circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum", concretamente en el caso de autos "el pago del crédito se hizo después de que la acreedora hubiera solicitado su concurso de acreedores, para conseguir el desistimiento, y sin que ello evitara que al cabo de pocas semanas se volviera a pedir el concurso, esta vez a instancia de la propia deudora"; en la segunda de ellas, se abonó un crédito vencido, líquido y exigible a una persona especialmente relacionada con el deudor días antes de la solicitud de concurso.
Sin embargo, estima la Sala que esta doctrina no es aplicable al presente caso y ello por lo siguiente:
a) Se trata de una actuación postconcursal y durante la fase de cumplimiento del convenio. En esta fase el deudor no se ve vinculado por los efectos del concurso (art. 133 de la LC), puede desempeñar su actividad profesional en principio sin limitación alguna de su capacidad (art. 137 LC) y puede contraer obligaciones y realizar pagos que se presumen lícitos y eficaces.
b) El actor ya figuraba reconocido como acreedor concursal en la lista de acreedores y por un crédito relevante.
c) El actor realizó suministros a la concursada, gracias a los cuales pudo continuar con su actividad industrial, generar ingresos y durante menos de dos años hacer frente tanto a los gastos de la actividad como a los pagos exigidos por el convenio. Según la declaración del legal representante de la concursada que depuso en autos fue el único proveedor que suministró género, ferralla, para continuar con el desempeño del objeto social.
d) La actora no exigió el pago al contado, lo que hubiera sido una actitud prudente a la vista de que ya era deudor concursal a raíz de las deudas previas. Por el contrario, suministró género y acordó compensarlo con las existencias y parte del inmovilizado que la concursada le entregó.
e) Todas estas operaciones se realizaron durante la fase de cumplimiento del convenio y, por tanto, fueron válidas y eficaces.
f) El pago a los proveedores es una operación que ha de englobarse dentro del tráfico ordinario de la empresa.
g) El único reproche que se realiza a la compensación convencional, no fue realizada en condiciones normales, es que fue realizada -15-12-2012- cuando se había comunicado al juzgado por la concursada la imposibilidad de cumplir el convenio -5-11- 2012-. Sin embargo, lo cierto es que la actora había concedido crédito a la concursada, lo que en sí mismo supone un riesgo, que al parecer nadie más asumió, incluso algunas de las facturas de otros proveedores aportadas por la AC parecen reflejar que están pagadas, lo que hace suponer que la concursada en su situación solo obtenía entregas de bienes y servicios mediante el pago de contado, lo que comúnmente se denomina "contado rabioso", o con muy poco lapso temporal de margen. Por ello, la actora en un contexto de desenvolvimiento de la actividad empresarial de la concursada asumía al parecer más riesgo financiero que los demás suministradores pese a ser el principal, a la vista de las facturas aportadas. Además, a la vista de las prestaciones de uno y otro, materia prima frente a existencias e inmovilizado, parece lógico suponer que las partes habían pactado siquiera de forma sobreentendida la compensación de saldos y que esto se materializara después de la presentación de la solicitud de liquidación no descalifica ni la existencia de tales deudas ni que estas se saldaran en un contexto de desenvolvimiento de la actividad de la empresa, incluso parte de los suministros -documentos 53 a 56 de la demanda- son realizados en fecha posterior a la solicitud de liquidación en los que pese a constar como forma de pago contado no fueron abonados a su vencimiento, sino mediante ulterior compensación. Por tanto, la presentación de la solicitud de liquidación, ni pone fin a la actividad de la empresa, ni impide el pago pactado y que este se realice en condiciones "normales", esto es, ante el único acreedor que parece concedió crédito comercial y permitió de alguna manera el desarrollo de la actividad de la empresa al menos durante un tiempo. Por tanto, no se aprecian circunstancias excepcionales que permitan estimar que se infringió la par condicio creditorum.
h) Por último, de lege data, a raíz de la promulgación de la Ley 38/2011, en la actual redacción del art. 84.2.5 de la LC parece entender la doctrina y la jurisprudencia que los créditos generados en supuestos similares al examinado son créditos contra la masa, han de ser abonados a su vencimiento y parece, en consecuencia, estimar que a los créditos surgidos durante la fase de cumplimiento del convenio no le es de aplicación el mismo régimen que los que surgen previamente a la declaración de concurso.
Por todo ello, el recurso ha de ser estimado en el sentido de considerar válida y eficaz la compensación realizada, fijando el importe del crédito concursal pendiente en la suma de 87.784,45 euros": SAP Zaragoza (Sección 5) 09.04.2014 (Sentencia 109/2014; Rollo 63/2014)

JM-1 Bilbao

" (...) procede analizar si concurren los requisitos para instar la rescisión. El art. 71.1 LC permite el ejercicio de estas acciones cuando se trate de actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.
Ese requisito temporal no se cumple en ningún caso, porque la compensación prohibida en el art. 58 LC se efectúa después de la declaración de concurso. La rescisión lo que pretende es dejar sin efecto los actos perjudiciales para la masa anteriores a la declaración de concurso. Los ulteriores pueden, sin duda alguna, ser perseguidos, pero no a través del incidente que se ha promovido, sino mediante la reclamación oportuna, extrajudicial y si es preciso, judicial. ":SJM-1 Bilbao 18.10.2007 (Incidente Concursal 150/2007, Sentencia 477/2007)

0.2.2.1 Ni siquiera en caso de apertura de la liquidación tras convenio incumplido

*** Tribunal Supremo ***

"TERCERO.- Decisión de la sala. La impugnación de los actos perjudiciales realizados en fase de

cumplimiento del convenio

1.- El art. 142.2 de la Ley Concursal impone al deudor concursado la obligación de pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez debe dictar auto abriendo la fase de liquidación.

En tal caso, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del art. 145.1 de la Ley Concursal, el juez del concurso repondrá en su cargo a los administradores que cesaron por la aprobación del convenio o nombrará otros.

Asimismo, el art. 147 de la Ley Concursal prevé que durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo. Entre estas normas están las del capítulo IV, «de los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», arts. 71 a 73, que regulan las acciones de reintegración.

Estas acciones son tanto la acción rescisoria concursal de los cinco primeros apartados del art. 71 como «otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho», esto es, las que proceden con carácter general en una situación no concursal, tal como prevé el vigente apartado 6 de dicho artículo. Para el ejercicio de todas estas acciones, la legitimación viene regulada en el art. 72, y corresponde a los administradores concursales, con carácter principal, y a los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, con carácter subsidiario para el caso de que la administración concursal no la ejercite.

Por último, los efectos de la rescisión concursal son los previstos en el art. 73 de la Ley Concursal (resumidamente, la ineficacia del acto, la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses, y la consideración como crédito contra la masa de la prestación que resulte a favor de un demandado, salvo que se aprecie su mala fe, en cuyo caso tendrá la consideración de crédito subordinado).

2.- No puede considerarse que exista una laguna legal en cuanto a la posibilidad de impugnación de los actos perjudiciales para la masa realizados en el periodo comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento. La remisión que el art. 147 de la Ley Concursal hace al título en que se regulan los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa permite que una vez abierta la fase de liquidación, los administradores concursales ejerciten algunas de las acciones previstas en el art. 71 de la Ley Concursal, esto es, la acción rescisoria concursal, la acción rescisoria ordinaria (acción pauliana) o alguna otra acción dirigida a declarar la ineficacia del acto. Pero el ejercicio de estas acciones debe acomodarse a sus respectivos presupuestos y requisitos. En el caso de la acción rescisoria concursal, conforme al art. 71.1 LC, solo puede instarse respecto de actos de disposición anteriores a la declaración del concurso. Mientras que el resto de las acciones no tienen esta limitación temporal, aunque sí otras derivadas de los plazos de caducidad y prescripción para su ejercicio.

3. Teniendo en cuenta lo anterior, la administración concursal pudo ejercitar la acción rescisoria ordinaria si consideró que el reconocimiento de deuda con constitución de garantía real mobiliaria, en favor de un concreto acreedor concursal y en perjuicio del resto de los acreedores concursales, constituía un acto perjudicial para la masa realizado en fraude de acreedores. O pudo ejercitar una acción de nulidad por ilicitud de la causa si consideró que ambas partes habían realizado el negocio de disposición con el común propósito de defraudar a los acreedores y sustraer del alcance de estos una parte sustancial de los bienes con los que debía cumplirse el convenio o, de abrirse la fase de liquidación, servir para satisfacer sus créditos.

Pero no puede estimarse una acción rescisoria concursal como la ejercitada en este caso, que requiere que el acto impugnado haya sido realizado en los dos años anteriores a la declaración del concurso, porque no se cumple dicho requisito, puesto que el acto impugnado se realizó con posterioridad a la declaración de concurso, una vez aprobado el convenio y antes de la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio.

4. Que la Ley Concursal no prevea el ejercicio de la acción rescisoria concursal para los actos realizados en la fase de cumplimiento de convenio en caso de posterior apertura de la fase de liquidación (a solicitud del propio deudor que no puede cumplir el convenio, art. 142.2 de la Ley Concursal, o porque algún acreedor solicite la declaración de incumplimiento y así se declare por el juez del concurso, art. 140 de la Ley Concursal) se explica porque los medios ordinarios previstos en la legislación con carácter general, a los que hace referencia el art. 71.6 de la Ley Concursal, son suficientes para proteger la integridad de la masa activa y la par condicio creditorum en esta situación y obtener la ineficacia de los actos de disposición realizados en fraude de los acreedores y que, además, pueden impedir el cumplimiento del propio convenio y la satisfacción de los créditos de los acreedores en la fase de liquidación que se abra.

5. En efecto, la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión ha puesto de relieve que los pagos anticipados realizados en fase de cumplimiento de convenio pueden ser impugnados al amparo del art. 1292 del Código Civil. En los negocios a título gratuito realizados en esta situación, el fraude se presumiría por aplicación de lo dispuesto en el art. 1297 del Código Civil.

Respecto de otros actos de disposición, la insolvencia del deudor que resulta de la existencia de un concurso justifica el cumplimiento del requisito del carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1294 del Código Civil) y permite tener en consideración la alteración injustificada de la par condicio creditorum como justificación de la rescisión, por aplicación de la doctrina de la sentencia de esta sala 855/2007, de 24 de julio, aplicada a sensu contrario.

Por último, en los casos más graves, cuando el acto de disposición haya respondido al propósito común de defraudar a los acreedores, puede fundar un acción de nulidad contractual por ilicitud de la

causa (sentencia 575/2015, de 3 de noviembre). Y si el negocio de disposición por el que el bien ha salido de la masa activa es en realidad una simulación para impedir que con ese bien pueda cumplirse el convenio o satisfacer los créditos cuando se abra la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, también puede ejercitarse la correspondiente acción de nulidad absoluta (sentencia 265/2013, de 24 de abril).
6. En estos casos, cuando se abre la fase de liquidación, es lógico que la legitimación para el ejercicio de estas acciones se rija por lo previsto en el art. 72 de la Ley Concursal, puesto que lo obtenido debe servir para integrar la masa activa, en beneficio de todos los acreedores, y porque los acreedores defraudados con los actos de disposición impugnados son todos los acreedores concursales afectados por el convenio finalmente incumplido y, en su caso, los titulares de créditos surgidos durante la vigencia del convenio, que tienen la consideración de créditos contra la masa tras la reforma del art. 84 de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.
7.- En conclusión, ni por vía interpretativa ni por vía analógica puede aceptarse que quepa ejercitar la acción rescisoria concursal frente a actos realizados en un momento temporal distinto del expresamente previsto en el art. 71.1 de la Ley Concursal y, en concreto, que pueda ejercitarse cuando se abre la fase de liquidación por incumplimiento del convenio.": STS 23.03.2017 (Sentencia 198/2017; Recurso 2435/2014)

AP Barcelona

"SEGUNDO. 7. El presupuesto de la acción de reintegración que configura el art. 71.1 LC es que se trate de un acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, no a la fecha de la apertura de la liquidación. Así resulta con claridad del texto legal (art. 3.1 CC), que se ha mantenido tras las sucesivas reformas legislativas de la LC, y no hay razón para alterarlo mediante la extensión o modificación de los parámetros temporales de cómputo.
La apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio no es jurídica o técnicamente una "nueva declaración de concurso", sino un supuesto de apertura de la liquidación, de un concurso que ya fue declarado y que no concluyó con la aprobación del convenio, por más que desde ese momento cesen -temporalmente- los efectos del concurso y el deudor pueda desenvolverse sin limitaciones, a salvo las que le imponga el convenio.
Con respecto a los actos realizados por el deudor en el período comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación, no hay propiamente una laguna legal que deba ser integrada mediante la aplicación analógica (art. 4.1 CC) del art. 71.1 LC. Tales actos podrán ser objeto de las acciones de impugnación previstas en el régimen general o común, a las que expresamente alude el apartado 7 del art. 71, o en su caso del tratamiento y efectos que resulten procedentes en la sección de calificación.
En consecuencia, el acto impugnado, conformado por las dos escrituras mencionadas, ha de quedar excluido del ámbito de la acción de reintegración que configura el art. 71.1 LC.
8. Ello implica la desestimación de la demanda, sin que haya lugar a resolver, con independencia de la acción de reintegración, la exclusión parcial del crédito reconocido en la lista de acreedores, pues no se plantea en la demanda con sustantividad propia sino como efecto de la estimación de la acción de reintegración concursal (otro fundamento jurídico no se ofrece en la demanda para habilitar la revisión de la lista de acreedores en el actual estado del procedimiento).": SAP Barcelona (Sección 15) 02.07.2014 (Sentencia 235/2014; Rollo 427/2013)

0.2.2.2 Tesis contraria. Rescindibilidad de los actos realizados vigente el convenio tras la apertura de la liquidaciòn

AP Burgos

"Segundo.- La acción rescisoria se ejercita una vez abierta la fase de liquidación. En materia de reintegración resulta perfectamente posible el ejercicio de las acciones rescisorias en trámite de liquidación porque el artículo 147 LC no las excluye cuando hace una remisión general a las disposiciones del título III de la ley en tanto no sean incompatibles. En segundo lugar la reintegración se pide de unos pagos realizados a uno de los acreedores en la fase de convenio; es decir, la reintegración se refiere a actos realizados después de la declaración del concurso. Tampoco debe ser obstáculo para el ejercicio de la acción rescisoria el elemento temporal definido en el artículo 71.1 de la Ley Concursal, que se refiere a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Con ello se quiere decir que el plazo de la rescisión opera desde la declaración del concurso hasta dos años para atrás; pero ello es porque el legislador se sitúa para la fijación de este plazo en el momento de la declaración. Situados en un momento posterior, por ejemplo en el de la liquidación, serán actos rescindibles los no fraudulentos realizados como dice el artículo 71.1 desde los dos años anteriores a la declaración del concurso, pero también todos los actos realizados después de la declaración del concurso, y mientras no haya transcurrido el plazo de caducidad de la acción rescisoria.": SAP Burgos (Sección 3) 11.06.2013 (Sentencia 168/2013; Rollo 108/2013)

AP Lleida

"PRIMERO.-La sentencia de primera instancia estima la demanda en la que se ejercita la acción de

rescisión-reintegración concursal planteada al amparo del art. 71 de la Ley Concursal por los administradores de la concursada PALLARS INDUSTRIAL S.A. (en liquidación), respecto de determinados contratos de compraventa de inmuebles y pago de servicios efectuados por la concursada en el periodo intermedio entre la aprobación del convenio y la resolución firme que declara incumplido el convenio y decreta la apertura de la fase de liquidación, la disolución de la sociedad y el cese de los administradores societarios, siendo sustituidos por los antiguos administradores concursales, que pasan a ejercer funciones de liquidación.

Contra esta resolución interponen recurso los demandados alegando en primer término la indebida interpretación y aplicación de los arts. 71 y 137 LC en que incurre la sentencia de primera instancia, porque este segundo precepto establece un régimen propio sobre la posible revocación de los actos realizados durante la fase de convenio, régimen éste muy diferente al previsto en el art. 71 porque en éste es la declaración del concurso la que habilita para la rescisión de los actos realizados en los dos años anteriores, mientras que en el art. 137 es el acto contrario a las limitaciones y prohibiciones el que determina la posibilidad de revocar el acto en cuestión, y el que legitima a los acreedores para solicitar la declaración de incumplimiento del convenio, sin que esta declaración abra el cómputo retroactivo de dos años, como erróneamente considera el juzgador de instancia. Añaden que la función que cumple cada uno de estos preceptos es distinta, porque el art. 71 LC contiene un régimen excepcional, declarando nulos actos que en otras condiciones serían plenamente válidos, y su finalidad es amparar la desprotección en que se encuentran los acreedores en el tiempo inmediatamente anterior al concurso, mientras que los actos a que se refiere el art. 137 nacen nulos, sin que el paso del tiempo les convalide ni impida su revocación, regulando este precepto los efectos del convenio, como acto conjunto del deudor y sus acreedores, que no necesitan especial protección, porque durante la negociación del convenio pueden valorar la capacidad de cumplimiento del deudor y decidir sobre la necesidad de adoptar medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor. Por todo ello concluyen los apelantes que el art. 71 de la LC no es aplicable al caso que nos ocupa, por lo que no procede revocar ni rescindir por esta causa los actos que son objeto de esta litis.

SEGUNDO.-Con razón aduce la parte apelada que en ningún momento a lo largo del procedimiento han cuestionado los demandados la aplicación al caso del art. 71 LC y su viabilidad en supuestos como el que nos ocupa, discutiendo únicamente en primera instancia la existencia del perjuicio patrimonial, como requisito ineludible para que prospere la acción de reintegración prevista en el mismo precepto. No sólo es que la cuestión se plantee "ex novo" en esta alzada, de forma extemporánea (art. 405, 412 y 456 de la LEC) sino que, además, al contestar a la demanda y durante la sustanciación del procedimiento en primera instancia la parte demandada ha admitido implícitamente la posibilidad de que los administradores concursales entablen esta acción, en base al art. 71 LC y en las concretas circunstancias concurrentes al tiempo de interposición de la demanda, incluidas las temporales, es decir, incumplido el convenio y en fase de liquidación, pues así se deriva claramente de sus manifestaciones en el escrito de contestación, en el que: 1) consideran que la reintegración es innecesaria, por resultar el valor de los bienes y derechos de la sociedad muy superior al total de las deudas pendientes de pago; 2) admiten la legitimación de los administradores concursales para ejercitar la acción de rescisión, y 3) descartan la procedencia de la misma porque no se ha producido ningún perjuicio para la sociedad concursada ni para los acreedores que autorice la rescisión de los contratos cuestionados.

Por otro lado, la errónea interpretación de los arts. 71 y 137 LC que denuncian los apelantes no se ajusta debidamente al razonamiento seguido en la sentencia de primera instancia, pues en ésta no se está aplicando el régimen previsto en el art. 137 LC sino que simplemente se está analizando la posibilidad o no de ejercitar acciones de reintegración cuando la liquidación se abre como consecuencia del incumplimiento del convenio y, además, concurren las circunstancias previstas en el art. 71 LC, respaldando el juzgador de instancia su conclusión afirmativa en el tenor del art. 137, que permite ejercitar estas acciones de reintegración después de aprobado el convenio y de que se dicte resolución declarando el incumplimiento del mismo. No se está aplicando dicho precepto -nótese que en este caso el convenio no estableció ninguna medida prohibitiva o limitativa del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor- sino que se busca cobertura legal que pueda amparar el ejercicio de esta acción contra actos ejecutados por la concursada en el concreto periodo de que se trata, y se refuerza el argumento acudiendo a la finalidad de esta acción rescisoria concursal, tendente a proteger a los acreedores frente a las maniobras que los administradores de la concursada puedan realizar en perjuicio de aquéllos, cuando ya no existe la intervención y supervisión de la Administración Concursal, para finalmente incumplir el convenio.

Se trata, en definitiva, de garantizar mediante el ejercicio de esta acción los derechos de los acreedores afectados por el concurso, tanto desde el momento mismo en que se declara como en el periodo intermedio que ahora nos ocupa, preservando la integridad del patrimonio que debe servir para la satisfacción ordenada de los créditos, mediante la rescisión de los actos realizados por el deudor que representan un perjuicio para los acreedores concursales, para que su derecho al cobro de los créditos no se vea burlado por la reducción del patrimonio que comportan tales actos del concursado, de forma que la posibilidad de ejercicio de la acción alcance no sólo a los actos anteriores a la declaración de concurso sino también a los posteriores, en caso de que tras dicha declaración el deudor distraiga bienes o derechos que deberían formar parte de la masa activa.

A la justificación que se ofrece en la resolución recurrida respecto a la viabilidad de esta acción coadyuvan otros preceptos, pues no hay que olvidar que en los supuestos de incumplimiento del convenio el art. 145-1 LC establece que la situación del concursado durante la fase de liquidación será

la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el Título III de la presente Ley (art. 40 a 73), y más en concreto, el art. 147 bajo la rúbrica "Efectos generales. Remisión" dispone que durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo, y entre dichas normas se encuentran las relativas a los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa, lo que abunda en la idea de que la posibilidad de ejercitar acciones de reintegración no se reduce a los supuestos previstos en el art. 137-2, relativos a los actos contrarios a las normas prohibitivas o limitativas previstas en el convenio (como sostienen los apelantes) y además, en contra de lo que se aduce en el recurso, no puede entenderse que tales actos son nulos pues no es eso lo que indica el tenor del precepto, no sólo porque la infracción de dichas medidas limitativas o prohibitivas no determina "per se" la rescisión del convenio ("la infracción constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada al juez por cualquier acreedor") sino, fundamentalmente, porque a reglón seguido se establece que "tales medidas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas, si bien, la inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite". Por tanto, el precepto parece orientarse principalmente hacia la protección de los terceros que durante la fase de convenio contratan con el concursado, quedando enervada la protección inherente a la publicidad registral mediante la inscripción en los registros públicos de las prohibiciones o limitaciones establecidas en el convenio, pero si no se ejercita la acción de reintegración los actos en cuestión seguirán desplegando todos sus efectos, al igual que sucede con los actos a que se refiere el art.71 LC.

En la misma idea se asienta el art. 162-1 LC al referirse a los pagos efectuados durante la fase de convenio, disponiendo que si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores. En consecuencia hay que entender que salvo prueba del fraude se consideran legítimos los pagos realizados en cumplimiento del convenio, pero ni siquiera éstos pagos están a salvo de la posibilidad de que ser revocados. De lo que se trata, en definitiva, cuando la liquidación trae causa del incumplimiento del convenio (art. 143-1-5º LC) es de salvaguardar los derechos de los acreedores, y el principio de la "par conditio creditorum", de modo que como establece el art. 162-2 en los casos de pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resulte desvirtuada por sentencia firme de revocación, quienes los hubieran recibido los retendrán en su poder pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente.

Esto es así porque la aprobación judicial del convenio le dota de plena eficacia, pero no asegura su posterior cumplimiento, de modo que el concurso no finaliza con la aprobación del convenio sino que a partir de ese momento el procedimiento concursal se encuentra en una situación de interinidad, que comprende el periodo intermedio entre la aprobación judicial del convenio y el auto firme que declara la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones (art. 176-1-2º LC), por la declaración de cumplimiento del convenio o, en su caso, la caducidad o rechazo por sentencia firme de las acciones de declaración de incumplimiento, o que declara finalizada la fase de liquidación. La aprobación del convenio no comporta la finalización del concurso sino que los bienes continúan afectos al cumplimiento del convenio, y cuando éste se declara incumplido el procedimiento concursal no se reabre sino que continúa, con todos sus efectos (art. 147) incluidos los relativos a la reintegración a la masa, hasta que de declare su conclusión por alguna de las causas previstas en el art. 176 LC.

TERCERO.-No cabe compartir el interesado alegado de la parte recurrente cuando aduce que la reintegración es innecesaria, por existir suficiente activo para hacer frente al pasivo, y que con los actos cuestionados no se ha causado ningún perjuicio a la sociedad ni a sus acreedores.

En cuanto al primer argumento, la afirmación de que según el plan de liquidación fijado por los administradores el valor total de los bienes y derechos de la sociedad es de 3.116.511,52 # mientras que el total de las deudas pendientes de pago de acuerdo con el convenio es de 1.978.638,78 # (excedente de más de un millón de euros, según los demandados), cae por su base si se analiza en su conjunto lo que realmente consta en el plan de liquidación pues aún siendo cierto que los bienes y derechos que componen la masa activa se valoran en un total de 3.116.511,52 #, la mayor parte de esta suma corresponden a la valoración del 60% de las participaciones de la mercantil RESIDENCIAL BAÜRSOS 2001 S.L. que ostenta la concursada, y que según consta en el mismo plan de realización fueron valoradas por los administradores concursales en 3.194137,80 #, conforme a la tasación de las fincas propiedad de dicha sociedad efectuada, en fecha 7-10-2005, Por el perito Sr. Jacobo, añadiendo la Administración Concursal que "...ya en dicho informe pericial (de 2005) se determinaban una serie de incertidumbres relativas a la problemática urbanística, que con el tiempo se ha acentuado. A ello hay que sumar la gran crisis inmobiliaria que se ha cebado de manera importante en la segunda residencia. Hay que pensar que en la zona del Pallars, consultados diversos agentes inmobiliarios se nos ha informado de que no se ha hecho prácticamente ninguna transacción de suelo en los dos últimos años. Y concluye el plan de realización, de fecha 11-1-2011, que: "En consecuencia esta AC se ve imposibilitada de formular una valoración ni siquiera aproximada, dadas estas enormes incertidumbres tanto de tipo urbanístico como de tipo sectorial sobre el valor de Baursus" (la cursiva es nuestra).

En cuanto a las deudas pendientes de pago de acuerdo con el convenio, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que en dicho convenio se acordó el pago del 70% del total del crédito, al cumplirse el

tercer año desde la aprobación (que data del 7-12- 2006). Quedaba así extinguida la parte del crédito a la que alcanza la quita, respecto de los acreedores a los que afecta el convenio, por la eficacia novatoria del mismo (art. 136 LC), pero una vez producido el incumplimiento del convenio los acreedores recobran su derecho a percibir en su integridad el importe de los créditos que tuvieran reconocidos, tal como se deriva del art. 140-4 LC, porque la declaración de incumplimiento supone la rescisión del convenio y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el art. 136. Y si a ello se añade que según se indica en el plan de liquidación, y expresamente en la propia demanda, la AC indica que la concursada "según manifiesta" ha pagado y cancelado los créditos concursales privilegiados y ha hecho frente a los gastos de gestión de la entidad, y " a la fecha de esta demanda se está comprobando la realidad de los pagos que la sociedad manifiesta haber efectuado", la única conclusión que cabe obtener es que no pueden admitirse los cálculos que quieren hacer valer los recurrentes, y no está de más recordar que lo único cierto es que el convenio ha sido incumplido, con el correspondiente perjuicio para todos los acreedores concursales que no han visto satisfechos sus derechos, mientras que la concursada, vigente el convenio, ha dispuesto de 646.834 # que bien podrían haber revertido en beneficio de aquéllos y en cumplimiento de lo pactado, sin que como se seguidamente se verá se haya ofrecido explicación razonable y convincente que permita amparar los actos de que se trata, que resultan claramente perjudiciales para la masa activa.
CUARTO.-Al margen de lo anterior, también hay que tener en cuenta que en la demanda se ejercita la acción de reintegración concursal y, subsidiariamente, la acción rescisoria prevista en el art. 1.111
C.C., en relación con el art. 1.291-3 del mismo texto sustantivo, por tratarse de actos realizados en fraude de acreedores, reiterando la parte actora, en su escrito de oposición al recurso planteado de adverso, la concurrencia de los requisitos para la viabilidad de esta acción.
En la sentencia de primera instancia se analiza cada uno de los cuatro actos dispositivos realizadas por la concursada (compraventas de inmuebles y pagos de servicios) y se concluye que no se trata de actos ordinarios de gestión, que existe perjuicio para la masa activa -por reducción del activo, con disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores- y que los únicos que se han beneficiado de estas operaciones son los administradores de la concursada, a través de sociedades interpuestas.
Los recurrentes reiteran en esta alzada las alegaciones vertidas en primera instancia para justificar la bondad de los actos que se cuestionan, alegando que la compraventa de las fincas no produce ningún perjuicio a la sociedad, y en cuanto a los pagos de servicios, que era necesario el trabajo de una administrativa y también el de un gerente, efectuando ambos actividades ordinarias y necesarias para la sociedad, para intentar cumplir el convenio y para conservar el patrimonio de la concursada a disposición de los acreedores.
Cada una de estas alegaciones ha sido examinada y rebatida por el juzgador de instancia, con argumentos que la Sala considera correctos a la luz del resultado que arrojan las pruebas practicadas, y que no resultan desvirtuados por las interesadas alegaciones de los apelantes.
En cuanto a la compra de dos fincas rústicas, aducen los recurrentes que lo determinante no es la relación entre las partes contratantes ni el interés en estas compraventas a que se alude en la resolución recurrida, sino que lo más importante es el precio de la compraventa, sin que quepa acudir al juego de las presunciones "iuris tantum" cuando consta acreditado, por pruebas directas, que las fincas se compraron por un precio de un 10% inferior al real en ese momento. El argumento resulta inadmisible desde el momento en que en la resolución recurrida no sólo se alude a las presunciones "iuris tantum" previstas en el art. 71-3 LC -en especial la que establece el apartado primero, en relación con la presunción de perjuicio patrimonial cuando se trata de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, en relación con el art.93-2 LC - sino que también se hace expresa referencia a la incomprensible justificación que ofrece la concursada en relación con la compra de los dos inmuebles rústicos, porque según se dice dicha compra se enmarcaría en el desarrollo del proyecto inmobiliario de la sociedad RESIDENCIAL BAÜRSOS 2001 S.L. (en la sentencia se alude por error a la Inmobiliaria Vall d'Assua S.L. que, en realidad, es la vendedora de una de estas dos fincas rústicas) y lo cierto es que se trata de una persona jurídica distinta de la concursada, aunque ésta ostente una participación mayoritaria, y por tanto, si tan interesante resultaba la compra de dichos inmuebles lo lógico y procedente sería que la adquisición la hubiera efectuado, con sus propios fondos, la referida sociedad que pretende desarrollar el proyecto urbanístico, y no la concursada. A ello se añade que respecto a la finca registral nº NUM002 quien interviene en el contrato de compraventa como administrador solidario de la sociedad vendedora Vall'Assua S.A es el Sr. Ramón, quien a su vez es socio fundador y administrador en la sociedad adquirente, la concursada, del mismo modo que quien interviene en representación de la compradora, el Sr. Rosendo (hijo del anterior) también ostenta el cargo de administrador solidario en la mercantil vendedora. Similar situación se produce respecto de la otra finca rústica adquirida por la concursada, la registral nº NUM000, siendo el Sr. Ramón quien la vende actuando en nombre propio, resultando más que patente en ambos negocios la estrecha vinculación entre unos y otros, y el particular interés del legal representante de la concursada, y del transmitente, que subyace en estas dos compraventas, y ello al margen de que el precio de adquisición se ajustara al de mercado pues nuevamente nos encontramos con que las fincas en cuestión no estaban destinadas al desarrollo de la actividad propia de la concursada sino de otra sociedad.
Tampoco se puede compartir el argumento de que la adquisición de las fincas representa un beneficio para la sociedad adquirente y que no existe perjuicio porque forman parte del activo y en el plan de liquidación se valoran conjuntamente en 369.182,75 #. Además de que dicha valoración es inferior al precio de adquisición que abonó la concursada, y de que la AC expone en el plan de liquidación la

enorme incertidumbre de este sector y la intención de ejercitar acciones rescisorias, lo que en modo alguno puede soslayarse es el hecho de que la compra se produce durante la vigencia del convenio y la decisión de adquirir las fincas comporta una clara y significativa reducción del activo, incidiendo negativamente en el cumplimiento del convenio y, en definitiva, en la obligación de pago contraída frente a los acreedores concursales que habían aceptado una quita del 30% del importe de sus créditos, sin que sus legítimas expectativas de satisfacción de sus derechos puedan considerarse incólumes por el hecho de que, como contrapartida, en el activo de la concursada se integren ahora los dos inmuebles que antes no existían, por ser evidente que el abono de sus créditos (ahora al 100%) sería mucho más factible con las sumas que la concursada destinó a estas compras, sin que quepa decir lo mismo de las dos fincas rústicas, máxime en la situación de crisis en la que ya se encontraba el mercado inmobiliario cuando se declaró incumplido el convenio (y también, en forma más que incipiente, cuando se efectuaron las compras) siendo suficientemente ilustrativas las apreciaciones de la AC en el plan de liquidación cuando indica, en fecha 11-1-2011, que en la zona del Pallars no se ha hecho prácticamente ninguna transacción de suelo en los dos últimos años.
Por tanto, no se trata simplemente del juego de las presunciones previstas en el art. 71 LC a efectos de presunción del perjuicio para la masa activa, porque la efectiva concurrencia del perjuicio resulta acreditada por las pruebas practicadas, y lo mismo cabe decir de la intención fraudulenta que subyace en ambos negocios jurídicos, porque como también se dice en la resolución recurrida la concursada no tenía ninguna necesidad de efectuarlos, debía cumplir el convenio porque de lo contrario entraría en fase de liquidación, y los únicos beneficiados con estas operaciones son los administradores de la concursada, a través de sociedades interpuestas, con el correlativo perjuicio para los acreedores que de forma injustificada ha de sufrir la disminución del patrimonio afecto al pago de los créditos..
QUINTO.-Los mismos argumentos pueden extrapolarse a los actos relativos al pago de servicios, en los que igualmente se advierte el fraudulento propósito de generar de forma artificiosa unos gastos innecesarios para la concursada, en tanto que no responden a una necesidad real de gestión, se efectúan a través de sociedades cuyo objeto social nada tiene que ver con los servicios que se están facturando y en las que, además, de nuevo resplandece la estrecha vinculación de sus socios con el administrador de la concursada, Don. Rosendo.
La contradicción en que, según los apelantes, incurre el juzgador de instancia, obedece a su particular y sesgada lectura de lo que se razona en la sentencia, y no puede considerarse como tal si se repara en que lo que se está argumentando en ella es que podría aceptarse que era necesario que alguien se encargara de concluir las actividades propias del convenio o las de gestoría que, como sociedad en activo, debía cumplir la concursada, pero a continuación se dice que lo que no es razonable ni aceptable es que dicha gestión se encomiende a una sociedad interpuesta, administrada por los mismos administradores que la concursada, siendo que dicha gestión es innata los propios administradores. A ello se añade que la concursada no tenía ninguna actividad -según consta en el acta de inspección de la Agencia Tributaria la sociedad de dio de baja el 30-9-2007 en todos los epígrafes de IAE en los que figuraba de alta-, que el alquiler de una oficina en Rialp tenía su sentido cuando aún tenía la explotación del dominio esquiable en Port Ainé -y por eso fue autorizado por la AC-, pero una vez que la sociedad ya no desarrolla dicha actividad no existe justificación para ese gasto, de modo que no se ha acreditado cual es la efectiva necesidad de gestión a la que responde al alquiler de dos oficinas (así se dice en la contestación a la demanda) en Rialp y la contratación de una administrativa a jornada completa, siendo que ésta, la Sra. Esmeralda, manifestó en el juicio que el único cliente de la sociedad VALLESA 2006 S.L. era la concursada (recordemos, además, que el objeto social de esta sociedad es la explotación de establecimientos musicales y de restauración, y la promoción, edificación y compraventa de terrenos y toda clase de fincas), que la única actividad que tenía esta sociedad era la de gestión de la concursada PALLARS INDUSTRIAL S.A., y que ella no se dedicaba por completo a la gestión de la concursada ya que también se encargaba de la contabilidad de otra empresa, que no era cliente de VALLESA 2006 S.L. sino que se encargaba ella particularmente. Si a todo ello se suma que el administrador único de VALLESA 2006 S.L. es el propio Don. Rosendo, que ostenta un 66,66% de las participaciones, que esta sociedad se constituyó en el año 2006 -el mismo en que se aprobó el convenio-, que su objeto social es totalmente ajena a la prestación de este tipo de servicios de personal administrativo, y que según consta en el expediente relativo a la inspección realizada por la Agencia Tributaria durante el ejercicios 2008 y 2009 la concursada pagó a una tercera sociedad, CYGE ASSESSORS ASSOCIATS S.L. la sumas de 53.824 y 17.400 # en concepto de asesoramiento fiscal y contable, hay que concluir manteniendo también en este extremo la decisión adoptada por el juzgador de instancia.
Lo mismo cabe decir en cuanto a la prestación de servicios por parte de la mercantil MAJOMI VIATGES S.L., domiciliada en Barcelona, de la que también es socio y administrador solidario Don. Rosendo (junto a hermana) y cuyo objeto social es el ejercicio de las actividades propias de las agencia de viajes, que obviamente tampoco guarda relación con los servicios que se dicen prestados a la concursada, consistentes en prestación de gerencia y material necesario para el desarrollo de la actividad, vehículo de empresa y cesión de la oficina en Barcelona para gestiones puntuales, por un precio medio de 7.000 # al mes, lo que hace un total de 168.000 # abonados por la concursada en dos años, y todo ello teniendo en cuenta que la sociedad no tenía ninguna actividad puesto que no tenía la explotación del dominio esquiable. En esta situación resulta un tanto insólito que se continúe insistiendo en la imperiosa necesidad de utilizar un coche de empresa y una oficina en Barcelona, y en la realización de funciones de gerencia necesarias para el cumplimiento del convenio. La venta de los bienes muebles y derechos de explotación de la estación de esquí al Institut Catalá de Finances se realizó en el año 2007, y en este mismo año finalizó la actividad y se llegó a un acuerdo con los

trabajadores para la extinción de sus contratos, pero resulta que los servicios que se están facturando corresponden a los ejercicios 2008 y 2009. No se ha acreditado cuales son las concretas tareas, reuniones y efectivas gestiones efectuadas durante este periodo, y lo que resulta incomprensible es que además se diga en la contestación a la demanda que la retribución del gerente era de 4.000 euros netos, similar a la que había percibido anteriormente Don. Rosendo entre Majomi Viatges y Pallars Industrial. También en estos extremos en suficientemente ilustrativo lo que consta en el acta de inspección de la Agencia Tributaria. Por último, en lo que a las gestiones se refiere, si de lo que se trataba era de impulsar y desarrollar el proyecto urbanístico de Residencial Baürsus 2001 S.L. habría de ser esta sociedad quien tendría que asumir los costes de gestión, y no la concursada.

SEXTO.-En el último motivo de recurso alegan los apelantes que no concurren los presupuestos para el ejercicio de la acción rescisoria, motivo éste al que también se opone la parte apelada remitiéndose a la propia fundamentación de la sentencia de instancia, por el nexo común existente entre la acción de reintegración y la acción pauliana, y porque ha quedado acreditada tanto la existencia del perjuicio patrimonial como la intencionalidad de los demandados en las operaciones realizadas, como parte de un plan elaborado para dejar la sociedad vacía de cualquier activo dinerario.

Tampoco este motivo de apelación puede ser atendido, por las razones expuestas en los fundamentos precedentes, de los que resulta la efectiva concurrencia del perjuicio y la finalidad defraudatoria de los actos que se cuestionan, debiendo destacar, en cuanto a este segundo requisito que, como apunta la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2011, siguiendo el criterio de la de 25 de junio de 2010, el requisito relativo al propósito de defraudar -"consilium fraudis"- ha sido flexibilizado por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora (sentencias de 12 de marzo, 21 de abril y 13 de mayo de 2004; 19 de julio y 25 de noviembre de 2005; y 25 de marzo de 2009, entre las más recientes). El "consilium fraudis" -continúa dicha sentencia- se entiende de manera amplia como "conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor" (sentencias de 31 de diciembre de 2002; 12 de marzo y 21 de junio de 2004; 25 de noviembre de 2005; 19 de noviembre 2007). Basta que el deudor -enajenante- haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio (sentencias de 31 de diciembre de 2002, 30 de octubre de 2006, 19 de noviembre de 2007, entre otras), pero se requiere también la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata (sentencia de 20 de octubre de 2005), resultando suficiente para este conocimiento la conciencia de causar daño o perjuicio -"scientia fraudis"-(sentencias de 15 de marzo de 2002; 17 de julio de 2006; 30 de abril y 19 de noviembre de 2007; 19 de mayo y 20 de junio de 2008; y 28 de mayo de 2009).

La situación por la que atravesaba la sociedad PALLARS INDUSTRIAL S.A. al tiempo en que se realizaron las operaciones de continua referencia y los compromisos adquiridos frente a los acreedores no podían ser ignorados por la concursada ni por quienes contrataron con ella -habida cuenta de la estrecha vinculación existente entre todos ellos-, porque la aprobación del convenio no pone fin al concurso y los bienes de la concursada continúan afectos al cumplimiento del mismo, siendo perfectamente conscientes los contratantes de la considerable disminución del activo que comportaban tales operaciones y de la reducción de las posibilidades de cobro de los acreedores concursales, que finalmente han de soportar el incumplimiento de aquellas obligaciones contraídas por el deudor al suscribir el convenio, que además ahora se ven incrementadas como consecuencia del incumplimiento, al retrotraerse a la situación existente antes de la aprobación del convenio (art. 140 - y 136 LC).

En cuanto al tercer requisito que se deriva de los arts. 1.111 y 1.291-3 y 1.294 C.C. relativo al carácter subsidiario de la acción, de modo que la acción rescisoria en fraude de acreedores -revocatoria o paulianaresulta procedente "después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe" (art. 1.111), ó según el art. 1.291-3 "cuando los acreedores no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba", cabe recordar el consolidado criterio del Tribunal Supremo en relación con este requisito, en el sentido que no es preciso realizar una previa persecución de los bienes del deudor para acreditar su insolvencia, que resulta probada por la imposibilidad de hacer frente a los créditos pendientes. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008 recoge los criterios sentados, entre otras muchas, en sentencia de 30 de enero de 2004,señalando que "...La Jurisprudencia ha examinado la doble faceta de carencia de bienes y de otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio económico, configurándola en torno a la imposibilidad de obtener la satisfacción del crédito (S. 28 junio 2.002) -imposibilidad, real y efectiva, de cobrar, como señalan las Sentencias de 5 noviembre 1.995 y 19 junio 2.001 -. Sin embargo, la propia doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de la exigencia declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso (SS. 17 julio 2.000 y 17 julio 2.002), ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia (SS. 29 marzo 2.001, 2 abril 2.002), como tampoco es preciso que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores (SS. 31 octubre 1.994, 20 febrero y 19 septiembre 2.001, 27 junio 2.002), por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas (S. 9 mayo 2.001) o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso (SS. 31 diciembre 1.998, 23 septiembre 2.002)".

De acuerdo con estos criterios no puede prosperar el alegato de los apelantes cuando sostienen que antes de ejercitar esta acción se debía de proceder a la liquidación de los bienes. Otro tanto sucede con la afirmación de que según el plan de liquidación hay bienes suficientes para satisfacer a los acreedores, bastando con remitirnos a lo antes expuesto sobre las apreciaciones efectuadas por la AC

en el referido plan de liquidación, y al hecho incuestionable de que la concursada no ha cumplido el convenio.
En consecuencia, el recurso se desestima, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. “:SAP Lleida (Sección 2) 14.02.2013 (Sentencia 74/2013; Rollo 525/2012)

“Sentado lo anterior, para la resolución del presente recurso hay que tener en cuenta, en primer lugar, que mediante el ejercicio de la acción de reintegración, se pretende garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso, preservando la integridad del patrimonio que debe servir para la satisfacción ordenada de los créditos, mediante la rescisión de los actos realizados por el deudor que representan un perjuicio para los acreedores concursales, para que su derecho al cobro de los créditos no se vea burlado por la reducción del patrimonio que comportan tales actos del concursado, de forma que la posibilidad de ejercicio de la acción alcance no sólo a los actos anteriores a la declaración de concurso sino también a los posteriores, en caso de que tras dicha declaración el deudor distraiga bienes o derechos que deberían formar parte de la masa activa.”: SAP Lleida (Sección 2) 27.11.2014 (Sentencia 512/2014; Rollo 548/2014)

0.2.3 Cómputo en caso de concursos acumulados y acciones que afecten a todos los concursados

AP Córdoba

“ En todo caso, este tribunal comparte el criterio del Juzgado de instancia, ya que como hemos dicho en Sentencia de 5 de noviembre de 2012, en caso de acumulación de concursos habrá que estarse, respecto del ejercicio de acciones de reintegración que afecten a todos los concursados, a la fecha de declaración de concurso del primer procedimiento acumulado. Y ello porque la "litis contestatio" (que en el concurso, ciertamente, no la determina la solicitud, sino la declaración) se constituye desde la primera declaración de concurso de entre los posteriormente acumulados. “:SAP Córdoba (Sección 3) 17.06.2013 (Sentencia 112/2013; Rollo 124/2013)

0.2.4 Caso de alegación de que el acto anterior se integra con un contrato conexo o coligado posterior

AP Madrid

“Asiste la razón a la apelante cuando repara en una cuestión que no ha sido abordada por la sentencia apelada, a saber, la circunstancia de que el referido contrato de compraventa se celebró antes del término de dos años previo a la declaración de concurso y que, como consecuencia de ello, se encuentra fuera del ámbito temporal definido por el Art. 71-1 de la Ley Concursal con arreglo al cual "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta...".
Lo que en la demanda se razonó, aparentemente con la finalidad de sortear este obstáculo, fue que a los dos contratos objeto de litigio les resultaría de aplicación la doctrina jurisprudencial relativa a los contratos conexos o coligados.
Siguiendo la doctrina contenida, entre otras, en la S.T.S. de 10 de julio de 2012, no debe confundirse la figura del denominado "contrato complejo", que es un solo contrato en el que confluyen, con mayor o menor atipicidad, elementos que pertenecen a diversos tipos contractuales, con la figura de los "contratos conexos o coligados", donde se da una pluralidad de contratos que son queridos globalmente por las partes en una relación de mutua dependencia y que por ello dan lugar a un conjunto que "...debe ser considerado como una unidad jurídicamente orgánica y, por lo tanto, interrelacionada..." (S.T.S. de 18 de mayo de 2012).
Aunque en su demanda la administración concursal invocaba doctrina jurisprudencial referida en varios casos a supuestos de contratos complejos, parece que su idea básica gira en torno a la figura de los contratos conexos o coligados, pues no en vano nos encontramos en presencia no de un solo contrato de contenido múltiple y heterogéneo sino de dos contratos distintos y distanciados en el tiempo.
Lo que la sentencia apelada nos indica a este respecto es que, atendiendo a la circunstancia de que en el segundo de los contratos se efectúan algunas referencias al primero, puede apreciarse la existencia entre ellos de una "relación directa". Pero obvio es decir que la amplitud conceptual que alberga esta expresión ("relación directa") no permite aquella deducción con arreglo a la cual su aplicación a esos dos contratos lleve consigo la inevitable conclusión de que se trata de contratos conexos.
Como señala la S.T.S. de 7 de mayo de 2012, lo verdaderamente característico de los "contratos conexos o coligados", esto es, de los supuestos conocidos como de "unidad contractual", es la existencia entre los diferentes contratos "...de un vínculo de dependencia jurídicamente relevante, en cuanto determinante de que las vicisitudes que afectan a uno de ellos (vigencia, cumplimiento, incumplimiento, interpretación) repercutan en el otro y viceversa...".
Pues bien, nada de eso apreciamos en el supuesto que ahora nos ocupa. Que entre dos contratos que se suceden en el tiempo y que han sido celebrados entre las mismas partes y sobre el mismo objeto existe relación constituye una afirmación certera pero tal vez prescindible. Más difícil es afirmar, en cambio, que entre ellos concurra el vínculo de interdependencia que la jurisprudencia exige. En el caso, concertado entre las partes un primer contrato de compraventa con pago aplazado sobre un terreno con nave industrial en construcción, le surgieron al comprador dificultades para la atención de sus obligaciones, circunstancia que determinó a ambas partes a declarar extinguido dicho contrato y a concertar una nueva fórmula contractual (arrendamiento con opción de compra) que, garantizando también el disfrute y la posibilidad de acceso a la propiedad, aliviase las dificultades por las que el comprador atravesaba. Existe, pues, qué duda cabe, relación

entre los contratos, pero no vemos que concurra entre ellos el menor vínculo de interdependencia. Lo que hay es una simple sucesión temporal o histórica merced a la cual la celebración del segundo contrato supuso la extinción, por mutuo disenso, del primero, pero, precisamente por ello, difícilmente podría afirmarse que las vicisitudes por las que atravesase uno de ellos fueran a repercutir en el otro. Además, dada esa característica sucesión temporal, tampoco podría hablarse de relación sinérgica alguna entre los contratos merced a la cual cada uno de ellos cumpliera una función diferente pero coordinada con la función del otro en aras a la consecución de una finalidad superior y distinta de la funcionalidad propia y genuina de cada uno.
Excluida, pues, la presencia de unidad o de conexidad contractual, la consecuencia de que el contrato de compraventa fuera anterior al periodo de dos años marcado por el Art. 71-1 de la Ley Concursal no es ni puede ser otra que su exclusión del ámbito de las acciones de reintegración. En todo caso, debemos indicar, a mayor abundamiento, que caso de apreciarse la existencia de unidad o conexidad, lo lógico habría sido datar esa unidad en la fecha del primer contrato y no en la del segundo pues solo entonces se habría producido la confluencia de voluntades y la ideación de las partes en relación con el régimen de interdependencia y con las sinergias que la coordinación de ambos contratos estaría llamada a desempeñar, lo que nos abocaría a la obligada consecuencia de que lo situado fuera del ámbito temporal del Art. 71-1 serían ambos contratos y no solo el primero de ellos.”: SAP Madrid (Sección 28) 17.10.2014 (Sentencia 291/2014; Rollo 57/2013)

0.2.5 Caso de póliza de afianzamiento indefinida que se “renueva” anualmente

AP Barcelona

“PRIMERO.1. La administración concursal designada en los concursos de las Sras. Flora, Irene, Leticia y Margarita, ejercitó la acción de reintegración concursal que prevé el art. 71 LC a fin de que fuera declarada la ineficacia de los afianzamientos prestados por las concursadas a favor de la sociedad en concurso- DIPAC S.L. en los contratos financieros que reseñamos a continuación, señalando previamente que el concurso voluntario de las citadas deudoras fue declarado por auto de fecha 18 de mayo de 2011 (dos mil once).
1º) Préstamo acogido a la "Línea ICO Liquidez 2010" otorgado a DIPAC S.L. por Banco de Santander, por importe de 150.000 #, suscrito en fecha 9 de marzo de 2010.
La sentencia del juzgado mercantil estimó la acción de rescisión con respecto a este afianzamiento o garantía, por estimar que concurren los requisitos exigidos por el art. 71 LC. La parte perjudicada, Banco de Santander, no ha impugnado este pronunciamiento, ni ninguna otra parte, así que no haremos más referencia a él.
2º) Afianzamiento otorgado a DIPAC S.L. por las personas físicas concursadas, frente a Bancaja, en "contrato de garantía de operaciones de comercio exterior", formalizado en fecha 17 de mayo de 2004 (dos mil cuatro), con un límite de 120.000 #.
3) Afianzamiento a DIPAC S.L., por las concursadas, frente a Bancaja, en "póliza de garantía para operaciones de anticipo de créditos", hasta un límite de 60.000 #, formalizado en fecha 17 de mayo de 2004 (dos mil cuatro).
4º) Afianzamiento a DIPAC S.L. por las concursadas, frente a Banco de Sabadell en "póliza de apertura de línea de riesgo global multiuso para la realización de operaciones bancarias con crédito en cuenta corriente", suscrita el 9 de junio de 2005 (dos mil cinco), ampliada el 26 de marzo de 2009 hasta la cantidad de 475.000 #.
2. Las concursadas no son socias ni administradoras de la sociedad DIPAC S.L., sino esposas de sus socios (Sres. Cipriano, David, Edmundo y Enrique), y su situación de concurso ha devenido por razón de tales afianzamientos. La AC alegaba, para fundar la acción de rescisión del art. 71 LC, el carácter gratuito de los afianzamientos y la consiguiente causación de un perjuicio a las respectivas masas, pues no hay constancia de que las garantías prestadas hayan comportado beneficio alguno para las concursadas.
3. La sentencia desestimó la rescisión de los afianzamientos prestados en las tres últimas operaciones mencionadas por no concurrir el requisito temporal, exigido por el art. 71.1 LC, de la realización del acto dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.
4. Contra esta decisión apelan las concursadas a fin de que sea estimada la acción de rescisión. Alegan que el requisito temporal concurre en cada caso pues las respectivas operaciones crediticias fueron concertadas con duración indefinida, pero el banco revisaba anualmente las condiciones de solvencia del acreditado y renovaba la relación de financiación año tras año, por lo que se trata de contratos de tracto sucesivo, con vencimientos temporales; de este modo, los contratos se renovaron hasta el año anterior a la declaración de concurso, y eso es lo relevante a estos efectos.
SEGUNDO. 5. Uno de los requisitos estructurales de la acción de reintegración que diseña el art. 71 LC es que el "acto" del deudor cuya rescisión se pretende por causar un perjuicio a la masa activa haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Fuera de ese límite temporal no cabe la acción de rescisión, sino, en su caso, las acciones de impugnación previstas en el régimen común (apartado 7 del art. 71 LC).
A estos efectos lo relevante es la fecha de realización del "acto", que en este caso es una relación jurídica obligacional de afianzamiento, por el que las concursadas comprometen su patrimonio para responder solidariamente con la parte deudora principal (afianzada) en caso de incumplimiento por ésta de las obligaciones adquiridas en varias operaciones de financiación que otorga una entidad financiera. Debe atenderse, por tanto, a la fecha de suscripción de la obligación, que es la fecha de las respectivas pólizas, siendo irrelevante a estos efectos que la relación jurídica crediticia se concierte con el deudor principal con un plazo determinado de duración (generalmente será un préstamo) o bien con duración indefinida (explicable en el caso de crédito en cuenta corriente, operativas de descuento, financiación de operaciones con crédito, etc).
6. Sin perjuicio de ello, que las operaciones de financiación a que se refiere la demanda de la AC fueran pactadas con duración indefinida no implica que anual o regularmente la entidad financiera las renovara, o se operase una "renovación", con efecto novatorio objetivo total o parcial. La "renovación" alegada no es tal, sino

en su caso una actuación revisora del banco sobre la situación patrimonial del acreditado a fin de valorar el riesgo y la conveniencia de dar por vencido el contrato, facultad inherente a los contratos de duración indefinida.": SAP Barcelona (Sección 15) 26.11.2014 (Rollo 307/2014)

0.2 No rescindibilidad de actos de terceros

Tribunal Supremo

"5. Por último, resta tratar la operación de reducción del capital disponible del préstamo hipotecario correspondiente al local, pasando de tener un capital disponible de 519.501,18.-# a 219.501,18.- #.
Esta operación no puede ser objeto de rescisión pues no es una operación llevada a cabo por el deudor, sino unilateralmente por el Banco. Las acciones de reintegración tratan de rescindir actos de disposición, acciones y omisiones, realizados por el deudor en el periodo sospechoso y con perjuicio para la masa.
La operación, en su caso, debe impugnarse, si procede, a través de la correspondiente acción resolutoria en materia de incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato con obligaciones recíprocas que, de forma unilateral, según parece, ha resuelto una de las partes (art. 1124 y concordantes del CC).
Pero en ningún caso puede ser objeto de rescisión al amparo del art. 71 LC.":.": STS 24.06.2015 (Sentencia 340/2015; Recurso 1608/2013)

AP Barcelona

"3 Por lo que respecta a la primera de las acciones ejercitadas, la relativa a la nulidad de las ampliaciones y reducciones de capital, el Sr. magistrado expone claramente las razones de su inviabilidad en este litigio. Señala que elartículo 71.6 LC prevé expresamente la posibilidad de que el juez del concurso resuelva las acciones de impugnación de actos del deudor. En la medida que los actos impugnados en la demanda de autos no fueron realizados por la deudora concursada, AGRUPACIÓN MACSA SL, en liquidación, falta el presupuesto para revisar aquellas actuaciones.
El recurso, contra la dialéctica del proceso, obvia por completo el razonamiento expuesto y, sin contradecirlo ni referirse a él en ninguna otra forma, pretende de nuevo entrar directamente en el examen de los acuerdos societarios cuya nulidad o, subsidiariamente, rescisión, reclama.
Sin embargo, asiste la razón al juez cuando niega la posibilidad de examinar esa impugnación. Para apreciarlo, basta con la sola lectura delsuplico de la demanda que solicita, como se ha expuesto,la nulidad de una ampliación de capital y posterior reducción a cero acordada en la compañía MANUFACTURAS DEL CAUCHO SA (MACSA), hoy ROSSINI SPAIN PRINTING ROLLERS SA. La concursada es una sociedad distinta: AGRUPACIÓN MACSA SL, en liquidación. Son los actos de la concursada, y no los de otros sujetos de derecho los que el juez concursal puede rescindir, conforme al artículo 71.1 LC (actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor) y el artículo 71.6 (otras acciones de impugnación de actos del deudor).
Que la concursada, AGRUPACIÓN MACSA SL, en liquidación, era y es una sociedad distinta de MANUFACTURAS DEL CAUCHO SA (en anagrama, MACSA, ahora ROSSINI SPAIN PRINTING ROLLERS SA) lo afirma la propia demanda y no es objeto de discusión en el juicio.
En consecuencia, la desestimación de la acción relativa a los acuerdos de MANUFACTURAS DEL CAUCHO SA (MACSA) debe confirmarse, sin entrar en su fondo, por los mismos fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la sentencia del Juzgado": SAP Barcelona (Sección 15) 22.02.2011 (JUR 2011/181704; Sentencia 68/2011; Rollo 468/2010)

AP Badajoz

"PRIMERO. El recurso, únicamente referido a la hipoteca de la finca nº NUM000, ha de estimarse por los mismos argumentos expuestos por el recurrente, a los que se allana expresamente el actor. Es evidente que la rescisión a la que se refiere el art. 71.1 LC sólo puede alcanzar a los actos realizados por el deudor concursado y no a los efectuados por terceros no concursados. Falta en este caso, pues, un requisito esencial para la aplicación del art. 71 LC, cual es el sujeto activo de los actos. Por lo demás, las alegaciones efectuadas por la entidad concursada (relativos a un posible engaño) son, por completo, ajenas a la acción ejercitada en este incidente. ":SAP Badajoz (Sección 3) 29.10.2013 (Sentencia 213/2013; Rollo 353/2013)

AP Castellón

"PRIMERO.-Ejercitada por la administración concursal acción de reintegración concursal en relación con varios cargos verificados a su favor por una entidad bancaria en la cuenta abierta en la misma a la concursada y a propósito fundamentalmente de la cancelación anticipada de una póliza de crédito, la sentencia impugnada estima la misma en su integridad, calificando además el crédito resultante a favor de aquella como subordinado por apreciar mala fe.
Se basa, esencialmente, el Juez de primer grado en que el acto de la entidad bancaria es subsumible en el apartado 2 del art. 71 cuando contempla los pagos de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración de concurso por cuanto la póliza de crédito vencía tras la declaración de concurso y cobró la misma una cantidad que no le correspondía, no pudiéndose tampoco realizar los cargos posteriores ni aplicar una compensación.
Frente a dicha resolución se alza la entidad bancaria (única codemandada que ha comparecido en autos al no haberlo verificado la otra codemandada, esto es, la concursada), con la oposición expresa de la administración concursal, sobre la base, fundamentalmente, de estimar inaplicable el art. 71 de la Ley Concursal; no

corresponderse con la realidad la causa de vencimiento de la póliza indicada en la demanda; falta de exhaustividad y motivación de la sentencia; incongruencia de la misma e inexistencia de mala fe.
SEGUNDO.-Dice el art. 71.1 de la Ley Concursal que " Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta."
Se extraen de esta disposición los requisitos que deben reunir los actos para poder ser rescindidos conforme a la normativa específica reguladora de la reintegración concursal, basada, como antaño acontecía con el sistema de retroacción de la quiebra del art. 878 del C. de Comercio, en que existe previamente a la declaración de concurso o a la exteriorización en toda su plenitud de la situación de insolvencia un periodo previo denominado generalmente sospechoso que el deudor, conocedor de su situación, puede aprovechar para distraer en su beneficio parte de su patrimonio o para privilegiar a determinados acreedores dándoles un trato preferente a sus créditos, todo ello dentro de un abanico más amplio de posibles comportamientos concretos que pueden afectar negativamente a la masa activa del concurso desde la óptica de sus elementos integrantes o al principio de igualdad de trato de los acreedores.
Precisamente por este fundamento y tal como expresa el artículo acabado de transcribir, requisito básico para el éxito de toda acción rescisoria concursal como la que nos ocupa es que se trate de un acto del deudor. Esta condición esencial, que queda al margen de que interpretemos más o menos ampliamente el término acto que recoge la definición legal desde la óptica de su contenido, motivación o voluntariedad, exige por tanto que de manera directa e inmediata la actuación de que se trate provenga de la concursada y, de ahí, que la demanda de rescisión deba dirigirse obligatoriamente contra el deudor y los demás que hayan sido parte en el acto impugnado (art. 72.3).
Esta circunstancia, oportunamente aducida en el recurso de apelación y en la que puede entrarse perfectamente aunque no haya sido alegada expresamente en la instancia, en tanto en cuanto no puede catalogarse como cuestión nueva que no pueda tomarse ahora en consideración (que es lo defendido en el escrito de oposición) dado que es uno de los presupuestos legales para que pueda accederse a lo instado en la demanda conforme al precepto legal reseñado y, por tanto, en todo caso debe examinarse en orden a determinar si concurre el supuesto rescindible concretamente alegado o acogido en la resolución impugnada (en este caso, el pago de obligaciones de vencimiento posterior al concurso), consideramos que determina que deba acogerse ya de partida el recurso de apelación y revocar la sentencia no dando lugar a lo peticionado en la demanda en la medida en que los actos que se pretenden rescindir, por mucho que en último término se ubiquen en el ámbito de relaciones contractuales en las que ha tenido intervención la concursada, provienen única y exclusivamente de la entidad bancaria, por lo que no quedan sujetos al régimen especial de ineficacia a los que se ha pretendido someter, sin perjuicio de que puedan ser combatidos por otros cauces y sobre la base de otro régimen de responsabilidad o de ineficacia.
Téngase en cuenta que no estamos en presencia de pagos de obligaciones realizados voluntariamente por el deudor sino de cargos en una cuenta corriente del mismo verificados por decisión exclusiva de la entidad bancaria en que está abierta y en su beneficio, con amparo esencial en una cancelación de una póliza de crédito decidida únicamente por dicha entidad, esto es, sin intervención alguna en cualquiera de dichos casos de la concursada. De hecho, la propia resolución impugnada habla en el Fundamento de Derecho Tercero de "acto unilateral de la entidad financiera" y de "sin la intervención ni consentimiento de la concursada".
A mayor abundamiento, varios de los cargos discutidos se ubican con posterioridad a la declaración de concurso, lo que determina igualmente la inaplicabilidad del régimen de la rescisión concursal, dado que no tienen lugar durante el periodo contemplado legalmente como sospechoso, debiendo combatirse conforme a la normativa común o, en su caso, la específica reguladora de las actuaciones de todos los implicados en el concurso tras su declaración, sin que desde luego haya lugar a plantearse cuestiones en torno al art. 58 de la Ley Concursal e inadmisibilidad de compensaciones posibles sobre su base en tanto en cuanto se trata de un punto que queda al margen del objeto litigioso tal como quedó configurado mediante la elección de la vía de la rescisión concursal en relación con la normativa reguladora de la misma.”: SAP Castellón (Sección 3) 07.03.2012 (Sentencia 112/2012; Rollo 601/2011)

AP Córdoba

“PRIMERO. -Dentro de los distintos supuestos de reintegración concursal previstos en el artículo 71 de la Ley Concursal, se individualiza específicamente en el apartado 3.2º de dicho precepto lo que se suele conocer con el nombre de "superposición de garantías", que parte de la consideración de que existe un perjuicio patrimonial para la masa activa ante la constitución de una garantía real " a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas ". Y en el caso de que el acto "sospechoso" conlleve la constitución de garantías reales, debe partirse de la base de que las mismas tienen un carácter accesorio, instituyéndose para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1.857 del Código Civil); desde este punto de vista, la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia (en este sentido, Sentencias de esta misma Sección de 3 de diciembre de 2010 y 13 de enero de 2011).
SEGUNDO.- Desde esta óptica, es evidente que únicamente son rescindibles los actos que supongan superposición de garantías respecto de deudas preexistentes del concursado realizados por el concursado y el acreedor que se beneficia de la garantía superpuesta, por lo que otros negocios jurídicos u otras constituciones de garantías reales realizadas por terceros no entran dentro del ámbito del artículo 71 de la Ley Concursal. Por esta razón, el artículo 72.2 de la propia Ley circunscribe la legitimación pasiva en las acciones de rescisión al deudor y a quienes hayan sido parte en el acto impugnado, salvo que el bien objeto de reintegración haya sido transmitido a un tercero, en cuyo caso también la tendrá éste si se pretende desvirtuar su presunción de buena

fe o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral.”: SAP Córdoba (Sección 3) 08.07.2011 (Sentencia 163/2011; Rollo 207/2011)

AP Girona

“TERCERO.-Actos rescindibles por medio de la acción de reintegración.
La apelante no discute la realidad de las operaciones contables realizadas, ni sus importes, sino la posibilidad de rescindir, al amparo de lo dispuesto en el art. 71.1 de la LC, los actos realizados por persona distinta al deudor, concretamente en este caso, el contrato de asunción de deuda y préstamo que vincula al Sr. Andrés con las codemandadas.
El artículo 71.1. LC establece que declarado el concurso serán "rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.".
Se trata de una acción de naturaleza rescisoria que nace con el concurso y tiene en él su razón de ser. En aplicación del precepto es posible rescindir actos o negocios realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso que, si bien en el momento de realizarse eran válidos, una vez declarado el concurso son declarados ineficaces en razón al perjuicio que causan a los acreedores, ya disminuyendo el patrimonio del deudor, ya afectando a la garantía de cobro. La acción se funda en la lesión a la masa y aparece totalmente desvinculada del fraude de acreedores.
Dos son los elementos estructurales de la acción de reintegración: el temporal, en virtud del cual sólo se ven afectados los actos realizados en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, y el objetivo: son reintegrables los actos de disposición realizados por el deudor concursado que hayan producido un perjuicio a la masa. En orden a la acreditación del elemento objetivo establece la ley una serie de presunciones de perjuicio (artículo 71.2 y 3).
El en presente supuesto la AC solicita y la sentencia acuerda la rescisión de un acto - el reconocimiento de deuda y formalización documental del préstamo - que vincula al administrador de la concursada con tres acreedores de ésta. Funda tal pretensión, en principio ajena al ámbito de la acción que ejercita, en el hecho de que el contrato de asunción de deuda suscrito entre el administrador social y los acreedores de la concursada forma parte de un negocio jurídico complejo del que finalmente resulta, por medio de la compensación de diversas partidas contables, un perjuicio para la masa por alteración de la par conditio creditorum.
Aun cuando este Tribunal no puede dejar de coincidir con la valoración contenida en la sentencia de primer grado en el sentido de que la asunción de deuda y la compensación aparecen estrechamente vinculadas, siendo la primera el medio imprescindible para llegar a la segunda, formando sin duda un negocio jurídico complejo, sin perjuicio de lo que luego se dirá respecto de la compensación, de ello no es posible derivar las consecuencias jurídicas que solicita la AC y acoge la sentencia recurrida.
En primer lugar porque la Ley Concursal es clara cuando establece el alcance de la acción de reintegración limitándolo a los actos de disposición patrimonial realizados por el deudor, sin que quepa en modo alguno la aplicación extensiva del precepto.
En segundo lugar porque, aun acogiendo la más que fundada argumentación de la sentencia de primer grado, la rescisión del negocio jurídico que vincula a las acreedoras de la concursada con el administrador social - asunción de deuda y préstamo-, no puede producir las consecuencias jurídicas que solicita la AC y acuerda la sentencia recurrida. Si se rescinde la asunción de deuda el acreedor recupera dicha condición frente a la concursada, pero no es posible subordinar ese crédito que debe incluirse en la lista de acreedores como ordinario.
El art. 72 regula los efectos de la rescisión estableciendo, para el caso de que se rescinda un acto bilateral del deudor, que "El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa", para a continuación señalar que si la sentencia apreciare mala fe en el demandado, el crédito reconocido a su favor "se considerará concursal subordinado". En este caso la sentencia de primer grado rescinde un acto que no es del deudor, de tal forma que, como consecuencia de la rescisión no surge crédito alguno con cargo a la masa y a favor de los acreedores cuya mala fe declara la sentencia. No es posible por lo tanto subordinar el crédito de las sociedades demandadas, aun constando que actuaron de mala fe.
No se escapa a este Tribunal que, tal como sostuvo la AC en la demanda y acoge la sentencia de primer grado, la asunción de deuda es un negocio jurídico torticero que sirve como instrumento para a los fines espurios de los contratantes, concretamente, en cuanto al administrador societario constituye el medio que le permite posteriormente compensar los créditos así adquiridos con aquellos otros que la sociedad tiene contra él y hacerse pago mediante la adjudicación de unas existencias, hurtando con ello a los acreedores la posibilidad de recuperar su crédito mediante la realización de esos activos. Pese a ello, por las razones expuestas, no cabe la rescisión de un acto de disposición realizado por persona distinta al deudor.
Debe por lo tanto estimarse el primer motivo de recurso de donde resulta la validez del contrato suscrito entre Andrés y los acreedores de la concursada, lo que comportará el reconocimiento a favor de éste de un crédito frente a la concursada que, siendo anterior a la declaración de concurso, si de acuerdo con lo que luego se dirá debe subsistir, merece la calificación de subordinado (art. 90.5 en relación con el 93.2.2º).”: SAP Girona (Sección 1) 29.05.2014

“CUARTO.- Impugnación de la lista de acreedores.
Las apelantes, Petromiralles, Petromiralles 3 y Petersun se alzan contra la inclusión en la lista de acreedores de un crédito a su favor, con la clasificación de contingente, por los importes que señalan.
Fundan el recurso en los mismos argumentos que expusieron en la contestación a la demanda, coincidentes con las que hubieran debido ser causa de oposición en la acción de reintegración en la que, pese a haber sido

emplazados, no contestaron.
La AC incluyó en la lista de acreedores, a favor de los hoy apelantes un crédito contingente por importe respectivamente de 19.881.751 euros, 1.076.000 euros y 280.000 euros. La contingencia resultaba de que, aunque aún no lo había hecho al tiempo de presentar el informe, la AC tenía intención de presentar demanda incidental en ejercicio de acción de reintegración respecto del contrato de asunción de deuda suscrito entre las hoy apelantes y el administrador único de la concursada, Esteban, asunción de deuda que habría tenido lugar antes de la declaración de concurso.
Las apelantes sostienen la validez de la asunción de deuda realizada, en virtud de la cual habrían dejado de ser acreedoras de la concursada para serlo del Sr. Esteban.
Aunque no es objeto de estos autos, tal como hemos declarado en la sentencia de esta misma sección de 29 de mayo de 2014, la asunción por parte del Sr. Esteban antes de la declaración de concurso de una deuda de la concursada como propia, haciéndose responsable personalmente frente a quien era acreedora de Info Cobro de las cantidades debidas por ésta, no puede ser declarada ineficaz al amparo de lo dispuesto en el art. 71 de la LC, puesto que, si bien es un acto de disposición, no es un acto del deudor, sino de su administrador único a título personal. La asunción de deuda, por sí sola no perjudica a la masa activa, pues no le afecta, desplegando sus efectos únicamente sobre el pasivo del deudor en el que, en lugar de las sociedades del grupo Petromiralles, aparecerá el Sr. Esteban.
Sentado lo anterior, resulta evidente que la validez que ya ha sido declarada del negocio de asunción de deuda ha de comportar el no reconocimiento de crédito alguno a favor de las sociedades del grupo Petromiralles en el pasivo de la concursada": SAP Girona (Sección 1) 03.06.2014 (Sentencia 173/2014; Rollo 25/2014)

AP Murcia

"CUARTO.-De conformidad con tal planteamiento, cabe afirmar, que en el caso objeto de revisión en esta alzada, no nos hallamos en el supuesto previsto legalmente en el artº. 71.3.2º de la L.C., al que alude la Administración Concursal, referido a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, en cuyo caso el propio precepto establece una presunción " *iuris tantum* " de existencia de perjuicio patrimonial derivado de dicha operación, incumbiendo por tanto ahora a la recurrente la destrucción de tal presunción y en consecuencia la prueba y acreditación de ese perjuicio patrimonial para la masa activa de la concursada.
Téngase en cuenta que la operación con garantía real suscrita con fecha 9 de septiembre de 2008, no sería determinante de la concurrencia del supuesto legal previsto en el artº. 71.3.2º de la L.C., que menciona la Administración Concursal, el cuál establece la presunción " *iuris tantum* " de perjuicio en los supuestos de " *constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas* ".
Y ello se afirma así por el Tribunal por cuanto la citada garantía real no se ha prestado sobre bienes inmuebles titularidad de la mercantil concursada, sino sobre otras fincas propiedad de "Cristalerías Corbalán" S.L., y "Cataferco", en los términos expuestos con anterioridad. La citada garantía hipotecaria no conllevó la afección de bienes que integraran la masa activa de la concursada, al tiempo que tampoco implicaba alteración alguna de las reglas de paridad existentes con respecto a los demás acreedores concursales.
Téngase en cuenta que "Unicaja Banco" concedió un préstamo con garantía hipotecaria en favor de "Cristalerías San Luis" S.L., por importe de 345.000 #, que se constituyó sobre fincas de titularidad de aquéllas dos entidades ("Cristalerías Corbalán" y "Cataferco"), las cuáles a su vez se obligaban con carácter solidario a la devolución del capital prestado a "Cristalerías San Luis" S.L., al tiempo que también el administrador y apoderado de las mismas, Sr. Feliciano y Sr. Maximino, garantizaban su pago prestando también fianza solidaria.
Nos encontramos, en consecuencia, ante una operación que no reúne la nota de acto perjudicial para la concursada, ya que la misma y en función de lo expuesto, no es posible afirmar que comportara una merma o disminución de la masa activa de "Cristalerías San Luis" y tampoco un desequilibrio en las recíprocas prestaciones, pues permitía a dicha mercantil, como antes hemos señalado, la satisfacción parcial de las deudas contraídas con "Unicaja Banco" y también otras diferentes, al tiempo que difería a largo plazo la devolución del préstamo concedido.
QUINTO.-Pero es que tampoco cabría residenciar el fundamento de la acción de reintegración ejercitada en el marco legal del artº. 71.2 referido a actos de disposición a título gratuito, que conlleva la existencia de presunción *"iuris et de iure* " de perjuicio patrimonial.
Y ello porque a través de la operación financiera realizada, la concursada ("Cristalerías San Luis") no garantizaba con su patrimonio deudas preexistentes de terceros ni de las otras sociedades del Grupo empresarial del que forma parte, lo que en su caso, sí hubiese determinado la existencia de un acto dispositivo que carecería, sin duda, de contraprestación para dicha concursada, al tratarse de un gravamen constituido gratuitamente en garantía de una deuda ajena. En ese caso, la garante de esas deudas ajenas no habría recibido ninguna contraprestación que pudiera operar a modo de equilibrio o equivalente por el sacrificio que asumía. Cabe afirmar por lo expuesto, que tampoco cabría otorgar éxito, en el marco legal citado (artº. 71.2 de la L.C.) a la acción de reintegración objeto de esta " *litis* ".
Entendemos finalmente que en este caso que examinamos, en el que la concursada es "Cristalerías San Luis", la referencia a la existencia de un "Grupo de empresas o sociedades", interpretada como antes decíamos, como sinónimo de unidad económica y unidad de dirección y decisión, no permitiría considerar o valorar la gratuidad o no gratuidad del acto realizado. Y ello porque "Cristalerías San Luis", como hemos expuesto, no ha garantizado con sus bienes, deudas de otras sociedades del Grupo y tampoco ha efectuado acto alguno de disposición sin recibir contraprestación. En todo caso, sería en el marco del concurso de la empresa matriz "Cristalerías Corbalán" S.L., que ostenta la condición de garante de las deudas de su filial, donde cabría valorar

la doctrina jurídico-interpretativa de nuestros Tribunales, todavía poco desarrollada, sobre esa relación " *intra-grupos* ": SAP Murcia (Sección 4) 27.09.2012 (Sentencia 606/2012; Rollo 601/2012)

"Segundo.-Mediante el recurso de apelación interpuesto, pretende la representación de Banco de Valencia, S.A., que se revoque la sentencia apelada y se dicte otra dejando sin efecto las reintegraciones acordadas.
Sostiene la apelante que los supuestos actos perjudiciales para la masa activa a que se refiere el artículo 71-1 de la Ley Concursal, no fueron realizados por la deudora Cristalerías Corbalán, S.L., sino por los fiadores e hipotecantes de la misma, ya que la finca registral sobre la que se constituyó garantía hipotecaria no era propiedad de Cristalerías Corbalán, S.L., sino de D. Adolfo y Dª. Leonor, como expresamente reconocieron los actores en su demanda (folio 3).
Tal como recoge la representación de Banco de Valencia en su escrito de formalización del recurso de apelación, el auto declarando el concurso de acreedores de Cristalerías Corbalán, S.L., se dictó el 12 de febrero de 2010, y aunque el inmueble nº 7.709 del Registro de la Propiedad nº 2 de Murcia se aportó a Cristalerías Corbalán, S.L., como prestación no dineraria el 8 de octubre de 2009, dicha finca no pertenecía en esa fecha a Cristalerías Corbalán, S.L., sino a D. Adolfo y a Dª. Leonor.
Por eso, tiene razón la entidad apelante cuando dice que no se puede acordar la reintegración porque los supuestos actos perjudiciales para la masa activa no fueron realizados por la deudora, Cristalerías Corbalán, S.L. Por ello procede estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada, dictando otra en su lugar desestimando la demanda.": SAP Murcia (Sección 4) 03.10.2013 (Sentencia 582/2013; Rollo 768/2012)

"SEGUNDO.- Se limita el litigio en esta segunda instancia a la cuestión de la eficacia del aval presado por el Banco Popular Español, S. A., para garantizar la operación de compromiso irrevocable de compra de acciones de Arascón Vías y Obras, S. A., que llevó a cabo la actual concursada (INTERSA), siendo vendedores D. Fabio y Dª. Francisca. Se abandona pues la pretensión de ineficacia de ese negocio jurídico de compromiso irrevocable de compraventa de acciones, así como la de que el crédito de los vendedores contra la concursada sea calificado como de subordinado, de ahí que no deban ser tenidas en cuenta las referencias que a esas cuestiones, que ya no son litigiosas, se hacen en el propio recurso y en la contestación de la concursada (que se adhiere al mismo).
La sentencia de primera instancia ha desestimado la pretensión al considerar que el aval no es un acto de la concursada, sino de un tercero (la entidad bancaria avalista), por lo que no puede ser objeto de rescisión dentro del litigio planteado, el previsto en el art. 71 L C, donde sólo los actos propios del concursado pueden ser rescindidos. El aval es un negocio jurídico completamente autónomo del compromiso de venta y ha sido objeto de otro procedimiento (un juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Zaragoza, planteado por D. Fabio y Dª. Francisca contra el Banco Popular Español, S. A., donde se ha dictado sentencia obligando al Banco a cumplir con el aval, sentencia que se ha confirmado por la Audiencia Provincial de Zaragoza).
Frente a tan claros y concluyentes argumentos, la apelante sostiene que, aunque es un negocio autónomo, el aval es un acto del deudor porque fue suscrito entre la concursada y el Banco Popular Español, S. A., para garantizar el cumplimiento de una obligación de la concursada, y que por ello, en contragantía, se constituyó ex novo en 2010 (no existía en el inicial aval de 2008) una garantía real sobre un depósito dinerario de INTERSA por importe de 2.000.000 #, garantía que, tras haber hecho frente la entidad financiera al aval, ha sido ejecutada por el Banco Popular Español, S. A. Considera la apelante que esa garantía real ex novo a favor de obligaciones preexistentes es un supuesto comprendido dentro del art. 71.3 que presume iuris et de iure el carácter perjudicial de la operación, por lo que debe darse lugar a su rescisión.
La parte apelante está aceptando que el aval y el compromiso irrevocable de comprar acciones son negocios jurídicos autónomos, pero considera que, pese a ello, el aval del Banco no es un acto ajeno a INTERSA, porque la misma ha constituido una garantía pignoraticia a favor del avalista para que el mismo tenga cubierto el riesgo que asume en esa operación, lo que determina que se trate de una operación rescindible.
En realidad, lo que la Administración Concursal está pretendiendo no es la rescisión del aval (que claramente es un acto del banco y no de la concursada, como claramente evidencia que lo que se pide en la demanda es la ineficacia del aval bancario "prestado por el Banco"), sino de la garantía pignoraticia que la concursada constituyó a favor del Banco Popular, este sí un acto propio de la concursada.
Ahora bien, como con acierto señala la entidad financiera y los particulares demandados, esta cuestión no fue planteada en la demanda que inicia el procedimiento, y se trae a colación por la apelante (y por la concursada cuando se adhiere al recurso) con carácter novedoso en esta segunda instancia.
En la segunda instancia no es posible variar el objeto del procedimiento (pendente apellatione nihil innovetur), pues el recurso de apelación no es un nuevo juicio, sino una revisión del llevado a cabo en la primera instancia, donde las partes no pueden plantear cuestiones nuevas o diferentes de las que sostuvieron ante el Juez a quo, tal y como resulta de los arts. 412 y 456 LEC.
El primero de los preceptos comentados en su propio título recoge la prohibición de cambio de la demanda y en su apartado 1 dice: "Establecido lo que sea objeto del procedimiento en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente". Es cierto que en su apartado 2 prevé alguna excepción a dicho principio, pero sólo para alegaciones complementarias y en los casos concretos que lo permiten procesalmente.
Por su parte el art. 456, cuando señala el ámbito del recurso de apelación, en su apartado 1 establece que dicho recurso se ha de perfilar "con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia", lo que impide el planteamiento de nuevos motivos o argumentos diferentes de los sostenidos ante el Tribunal a quo.
En consecuencia, no puede ahora la apelante introducir hechos ni fundamentos jurídicos nuevos que no suscitó ante el Juzgado de la primera instancia, por lo que su recurso, que se basa exclusivamente en ellos, no

puede prosperar.
TERCERO.- Pero es que, incluso si tal cuestión se hubiera sustentado en su momento procesal oportuno, tampoco habría tenido acogida, porque, tal y como resulta de la documentación obrante en las actuaciones, no es cierto que la garantía pignoraticia se constituyera por primera vez en marzo de 2010, cuando se prorroga el plazo para el cumplimiento del compromiso irrevocable de adquisición de acciones, pues ya en enero de 2008, cuando se suscribe inicialmente ese compromiso, se constituyó la misma garantía, que se prorrogó en el año 2010 (folios 756 a 759 de las actuaciones). No se ha cuestionado por la apelante la conclusión alcanzada en la sentencia de primera instancia de que el negocio jurídico realizado en 2010 fuera una novación modificativa y no extintiva del celebrado en 2008, por lo que la fecha a tener en cuenta para la garantía pignoraticia también ha de ser la de 2008, lo que determina que no se cumpla el requisito temporal para el ejercicio de la acción rescisoria, al haber transcurrido más de dos años de la operación combatida, y que no se trata de una garantía ex novo, por lo que no es incardinable en el art. 71.3.2º LC.": SAP Murcia (Sección 4) 09.01.2014 (Sentencia 20/2014; Rollo 386/2013)

"El préstamo que se quería rescindir era el nº 2017.0091.55. 5204208031, formalizado ante el Notario de Burgos D. Julián Martínez Pantoja, bajo el nº 2527 de su protocolo, por un importe de 264.060,78 euros, en el que los hipotecantes obligados con carácter real eran Cristalerías Corbalán, S.L., y Glassmur, S.L., pero no lo era Cristalerías El Cid, S.L. En consecuencia, debe concluirse que la concesión del contrato de préstamo no ha supuesto privilegiar crédito alguno a favor de Banco Grupo Cajatres, S.A., en la lista de acreedores y en el pasivo de la concursada Cristalerías El Cid, S.L., que aunque fuera titular personal del préstamo, no era titular de la garantía real, ni propietaria de las fincas hipotecadas, como resulta de los folios 34 y siguientes.
Por ello, resultaba improcedente acordar la reintegración, al no haber ejecutado la deudora Cristalerías El Cid, S.L., actos perjudiciales para la masa activa del concurso, faltando en consecuencia el requisito fundamental de la acción rescisoria. ":SAP Murcia (Sección 4) 27.02.2014 (Sentencia 136/2014; Rollo 1028/2012)

AP Valencia

"Para garantizar la devolución del préstamo se constituyó hipoteca sobre tres fincas, una de ellas -la NUM000 de Cullera-, que respondía, exclusivamente, de la devolución de 28.180'90 Euros, de titularidad de PROMOCIONES CARRER ALAQUÀS SL (hipotecante, no deudor, no concursado) que la transmitió a terceros poco tiempo después de la declaración en concurso de AMPARO MARI SL. De este modo con el precio obtenido por la venta, la finca se transmitió libre de cargas, cancelándose las que gravaban este concreto inmueble -con la CAIXA y con BBVA, aquí demandado- por la suma cuya reintegración insta la administración concursal en su recurso respecto de la última entidad.
Tal petición no puede ser acogida. El bien en cuestión -hablamos, exclusivamente, de la finca de Cullerano forma [no] parte de la masa activa de la concursada, sino que es un bien de otra persona jurídica afecto al pago de una deuda. Nada se ha alegado en relación a la concurrencia de un grupo de empresas o de relaciones filial/ matriz o de alzamiento del velo que justificaran otra conclusión. Con la venta del bien inmueble a terceros -que no son parte en este incidente concursal- se cancelaron los gravámenes que pesaban sobre el mismo, con lo que si el bien no formaba parte de la masa activa del concurso, tampoco puede pretenderse el reintegro del fruto obtenido por su venta, con lo que el pago de la suma garantizada con hipoteca obedece a la transmisión ya efectuada, operación que es posterior a aquella en que se constituye el préstamo objeto de rescisión, con la garantía hipotecaria aludida, entre otras.
Hemos de partir, mutatis mutandi, de las afirmaciones contenidas en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero del 2012 (ROJ : STS 1316/2012) Recurso: 459/2008, Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL, si bien en aplicación de la regulación anterior y en relación con actos de transmisión efectuados por quien adquirió, en aquel caso, de la quebrada:

"Como indicamos en lasentencia 572/2011, de 5 de septiembre, no es aplicable directamente elartículo 878, párrafo segundo, del Código de Comercio a la transmisión dominical efectuada por P..., SA a favor de la ahora recurrente, ya que no se trató de un acto de dominio de la quebrada, I..., SA, sino de quien había adquirido de ella.

...Por lo tanto, no se trata de examinar si la dación en pago reúne o no los requisitos precisos para merecer directamente la sanción que aquella norma establece -sobre ello, sentencia 572/2011, de 5 de septiembre -, sino de examinar si la ineficacia del contrato de compraventa que celebró la quebrada con P, SA dentro del periodo de retroacción de la quiebra - que nadie discute -, ha de repercutir, extenderse o propagarse a la dación en pago realizada por la compradora a favor de ACS, SA."

En el supuesto presente se trataría de valorar si el acto de disposición dominical efectuado por el hipotecante no deudor, tampoco concursado, y que determina la cancelación anticipada de parte del préstamo concedido por BBVA -los 28.180'90 Euros cuyo reintegro solicita la administración concursal-al hallarse garantizada su devolución con la finca que se transmite a terceros, sería rescindible al amparo del precepto invocado por la administración concursal demandante y hoy recurrente, que es exclusivamente, el artículo 71, y la referencia a la presunción iuris tantum contenida en el propio precepto 71,3,2º ha de tener los efectos prevenidos en el artículo 73,2 LC. La respuesta a tal cuestión entendemos que ha de ser negativa, por las siguientes razones:
El artículo 73 LC, al referirse a los efectos de la rescisión, claramente establece se producen "ex tunc", partiendo, como principio general, de la restitución de las prestaciones y, en segundo lugar, como excepción, establece las consecuencias de que los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que conforme a la sentencia hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, en cuyo caso se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal, estableciendo, seguidamente, las consecuencias en el supuesto

de que la sentencia apreciara mala fe. Tal y como afirma la sentencia arriba citada, de 20-2-12 :

" por un lado, el artículo 1295 del Código Civil deja fuera de las consecuencias restitutorias derivadas de la estimación de una acción rescisoria a las " terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe " - sentencias 261/2005, de 18 de abril, y 166/2006, de 2 de marzo, y las que en ellas se citan - y, por otro lado, la irreivindicabilidad de los bienes puede traducirse en una adquisición a " non domino ", que deja a salvo los negocios de adquisición de la propagación de la ineficacia del que hubiera sido su precedente -artículos 34 de la Ley hipotecaria, 464 del Código Civil (sentencia 36/2002, de 22 de enero) y 85 del Código de Comercio -.

II. Un requisito necesario para la protección, registral y extraregistral, del tercer adquirente es, en estos casos, su buena fe, en el sentido de estado psicológico de desconocimiento de los defectos de que adolece el derecho del transmitente....

...Pero además, ha de recordarse -con las sentencias 1264/2001, de 28 de diciembre, 1211/2002, de 16 de diciembre, 827/2003, de 17 de septiembre, 409/2006, de 6 de abril, 462/2009, de 30 de junio, 414/2011, de 22 de junio, 988/2011, de 13 de enero de 2012, entre otras muchas - que la afirmación o negación de la buena fe constituye, a los efectos del extraordinario recurso de casación, una cuestión de hecho cuya determinación compete a los juzgadores de las instancias.

Es cierto - como señala la citada sentencia 988/2011 - que, a partir de los siempre respetables hechos probados, la buena fe constituye un concepto jurídico indeterminado en el que ha de quedar subsumida la conducta de que se trate, mediante una operación que puede ser sometida a la revisión casacional. Y, consecuentemente, que la apreciación de mala fe, en la perspectiva de la fijación de los datos de hecho, corresponde a la valoración de la prueba, pero la significación jurídica de dichos datos, una vez demostrados, forma parte de un juicio técnico jurídico que la casación permite valorar de nuevo -sentencia 278/2010, de 13 de mayo -.

En el presente supuesto, y en relación con la venta posterior del inmueble, por el hipotecante no deudor (no concursado) que comporta la satisfacción, en segundo lugar, del crédito garantizado a la entidad bancaria BBVA por la hipoteca sobre la nombrada finca de Cullera, no puede ser acordado el reintegro, como persigue el recurso planteado por la administración concursal de la suma percibida por la demandada, ya que deriva de una venta posterior al préstamo y a la constitución de la hipoteca en escritura pública de 1 de Abril de 2009, cuya rescisión se pretende, exclusivamente. Y, sobre todo ello, y como elemento esencial, porque entendemos, conforme afirma la propia entidad bancaria, que sobre este negocio en concreto -la venta de la finca de Cullera- que determina, a su vez, la cancelación de la carga hipotecaria que ostentaba a su favor, entre otros, la entidad BBVA, ni se ha instado la rescisión en debida forma, separando en forma pertinente los efectos de ambas operaciones, ni se ha dirigido contra los eventuales adquirentes (o se ha manifestado no hacerlo, conforme resulta del artículo 72,2 LC) ni concurre el requisito esencial, sobre tal venta, que resulta del apartado segundo del artículo 73 LC, cual es que los bienes y derechos hayan salido del *patrimonio del deudor*.

La sentencia recurrida declara que "el importe de 28.180'90 Euros, préstamo con garantía hipotecaria concedido por BBVA y que fue cancelado anticipadamente para liberar cargas del local hipotecado como consecuencia de la venta" se trata de un pago anticipado de deuda no vencida y por ende rescindible". No acuerda, sin embargo, el reintegro de tal cantidad, como se pedía en la demanda -y reitera el recurso de la administración concursal- provocando, al tiempo, el recurso de la demandada, que considera que tal actuación no entra en los actos rescindibles del artículo 71 LC.

La Sala considera que esta es la tesis que debe prosperar. La venta del bien hipotecado es un negocio jurídico que la sentencia declara "rescindible" pero tal pronunciamiento no había sido postulado, en tal forma, ya que la demanda interesaba directamente el reintegro de la suma percibida por el BBVA, sin petición de rescisión de la venta, sino como una consecuencia (conforme el artículo 73,2 LC) de la rescisión del préstamo y de las hipotecas constituidas por escritura de 1 de Abril de 2009.

La consecuencia pretendida en la demanda -la entrega del valor percibido por el BBVA- no encuentra acomodo en el texto legal, pues no nos hallamos ante bienes "salidos" de patrimonio del deudor, no se habla de su irreivindicabilidad o de su protección registral, y ni siquiera se alude a las consecuencias conforme a la buena o mala fe, ya que las referencias a tal extremo efectuadas, no están vinculadas a la norma a la que ahora nos referimos (artículo 73,2 LC).

Por todo ello, entiende la Sala que el recurso en tal aspecto planteado por BBVA ha de prosperar, dejando sin efecto la referencia efectuada en la sentencia recurrida a la posibilidad de rescisión de tal actuación, al considerar, por el contrario, que el supuesto examinado no se halla incurso en el invocado por la parte demandante, ya que el bien en cuestión no formaba parte del patrimonio de la concursada y, en consecuencia, tampoco el fruto obtenido, y que, por la venta del inmueble se canceló, exclusivamente, la parte de préstamo garantizada con el citado bien. Ello no es un acto perjudicial para la masa activa del concurso, porque no afecta a bienes de la concursada, y, por el contrario, se cancelan deudas de ésta con el producto de bienes de un tercero. Nada se ha alegado sobre levantamiento de velo, ni sobre relación entre empresas que pudiera llevar a otra solución, que tampoco procede, en consecuencia examinar.

Se acoge, por tanto, el motivo de recurso vinculado a tal cuestión que planteó la representación de BBVA, lo que determina, por ser antitético, que decaiga, sin mayor razonamiento, el recurso promovido por la administración concursal para el reintegro de la suma percibida anticipadamente por la entidad bancaria demandada.": SAP Valencia (Sección 9) 19.04.2012 (Sentencia 141/2012; Rollo 923/2011)

JM-2 La Coruña

"PRIMERO.- Con fundamento en el artículo 71 LC la administración concursal ejercita una acción de reintegración en orden a que se declare la rescisión de la transferencia efectuada por la entidad "BBVA" a la entidad "CAIXBANK, S.A." en fecha de 21 de junio de 2013 y se condene a ésta a reintegrar la cantidad de 99.589, 15 euros al patrimonio de la concursada. Si bien ésta y la entidad "BBVA" se han allanado, la entidad

"CAIXBANK, S.A." ("La Caixa") se ha opuesto a la reintegración interesada.
La acción de reintegración en los términos en que ha sido planteada por la administración concursal no puede ser acogida favorablemente. El artículo 71.1 de la Ley Concursal constriñe el objeto de la acción de reintegración a los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Como nos enseñan nuestros Tribunales (véase por todas, SAP Castellón, Secc. 3ª, nº 112/2012, de 7 de marzo, FJ 2, ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Giménez Ramón), la pretensión de la administración concursal debe ser desestimada a limine pues pretende someter al especial régimen de ineficacia del artículo 71 LC un acto, como es una transferencia bancaria, realizado por un tercero distinto de la concursada, como es la entidad bancaria "BBVA". Como acertadamente indica la entidad codemandada "CAIXABANK, S.A.", dicha transferencia, aun cuando resulte ubicable en el contexto de las relaciones contractuales de la concursada, ha sido realizada por la entidad bancaria "BBVA" y ninguna participación ha tenido en ella la deudora, que no sólo no ha realizado dicha transferencia voluntariamente sino que precisamente, por su impago, dio lugar al proceso de ejecución de títulos no judiciales nº 103/2013 del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de A Coruña, a instancia de "CAIXABANK, S.A.". Siendo este el motivo nuclear para desestimar la demanda incidental deviene inútil el examen del carácter perjudicial de la transferencia controvertida para la masa activa. Todo ello debe entenderse sin perjuicio de la impugnación que en su caso pueda realizarse, por quien corresponda, tanto de aquella transferencia cuanto del contrato de cesión de créditos sin recurso celebrado en fecha de 10 de julio de 2012 (documento nº 12 de la demanda incidental), a través de los cauces procesales apropiados. Asimismo, la desestimación de la demanda incidental conlleva rechazar los allanamientos formulados por la concursada y por la entidad "BBVA", por ministerio del artículo 21.1 LEC. ": SJM-2 La Coruña 01.04.2014 (Concurso 194/2013; Incidente 194/2013)

0.2.1 No rescindibilidad de los pagos efectuados por los fiadores o terceros

AP Córdoba

"SEGUNDO.- Pues bien, sobre estas bases, la administración concursal formuló demanda de reintegración de la masa alegando resumidamente que, estando la concursada en fase preconcursal, al amparo del antiguo artículo 5.3 de la Ley Concursal, canceló una póliza de préstamo suscrita con la entidad apelante, privilégiandola respecto a otros acreedores; por lo que solicitó que se declarase la ineficacia de dicha cancelación y se condenara a "BBVA, S.A." a reintegrar a la masa 32.999,29 #. Mientras que en su escrito de resumen de pruebas concretó que la cancelación se había efectuado previo ingreso en la cuenta de 104.000 # por parte de un tercero, pero sin variar su pretensión. Consecuentemente, los hechos base de ambas alegaciones son los mismos: que el banco dispuso de los fondos existentes en la cuenta de la concursada para aplicarlos a la cancelación de una póliza de préstamo, adelantándose al resto de acreedores. Por lo que ni cabe apreciar cambio de demanda, ni que se haya producido indefensión a la entidad apelante, que en todo momento ha podido defenderse de la pretensión actora. Procediendo el análisis de la cuestión de fondo, que es si la operación es rescindible o no.
TERCERO.- Examinando la documentación obrante en autos, no consta que se realizara la operación que se describe en la demanda con la intención de cancelar la póliza en perjuicio de otros acreedores, sino que lo que se deduce de dicha documental es que el 27 de octubre de 2011 la entidad BBVA ingresó en una cuenta de la concursada la cantidad de 65.000 # como importe del descuento de una certificación de obra por valor de 76.689,84 #, librada a cargo del Instituto de Empleo y Desarrollo Socio-Económico y Tecnológico de la Diputación de Cádiz; y el 27 de enero de 2012 se compensaron en la misma cuenta 65.000 # transferidos por el mencionado librado a otra entidad crediticia, que a su vez la transfirió a dicha cuenta. Y la cancelación de la póliza no se hace con dicha suma, sino con un pago de 104.000 # realizado por un tercero, "Prefabricados del Genil, S.A.", que ni siquiera aparece como demandado. De donde se deduce: 1) Que la primera operación, la de 65.000 #, no es sino un acto ordinario de administración del deudor que está excluido de la posibilidad de reintegración, conforme al artículo 71.5.1º de la Ley Concursal; y 2) Que la cancelación de la póliza se produce por el pago por un tercero, acto en principio legítimo conforme al artículo 1.158 del Código Civil y del que no consta su ilicitud, pues ni se combate el acto en el que pudiera tener su fundamento dicho pago (la administración concursal presume que fue un préstamo, pero no consta qué relación jurídica dio lugar a dicha disposición de fondos), ni consta que el pagador pudiera ser persona especialmente relacionada con la deudora, en los términos del artículo 93 de la propia Ley Concursal, ni el mismo ha sido traído al procedimiento, lo que seguramente hubiera sido procedente conforme al artículo 72.3 de la Ley, puesto que al impugnarse la cancelación de la póliza indirectamente se estaba impugnando el pago realizado por el tercero que se aplicó a dicha cancelación. Y resultando que se trata del pago efectuado por un tercero, no puede inferirse el perjucio para la masa, salvo que dicho tercero hubiera comunicado en el concurso un crédito por el mismo importe, lo que tampoco consta. Razones por las que no concurre ningún supuesto de aplicación de la acción rescisoria, porque ni se ha probado el perjuicio patrimonial, ni el pago por un tercero es de los supuestos que, según el artículo 71 de la Ley Concursal, hacen presumirlo, ni se ha acreditado que la operación en concreto lo suponga. Como consecuencia de lo expuesto, debe revocarse la sentencia apelada, desestimando la demanda de reintegración.": SAP Córdoba (Sección 3) 09.04.2013 (Sentencia 68/2013; Rollo 99/2013)

0.2.1.1 Aunque los fondos pasen instrumentalmente por la cuenta bancaria del deudor

[Véanse en el art. 40.7 las resoluciones sobre la cuestión análoga que se plantea en caso de pagos posteriores a la declaración de concurso que pasan instrumentalmente por la cuenta del deudor concursado]

AP Córdoba

"TERCERO.- Pues bien, sobre dicha base y como el concreto acto aquí impugnado goza de una presunción de perjudicialidad que admite prueba en contrario; no cabe duda, de que la cuestión se traduce en revisar el juicio de valoración probatoria contenido en la sentencia apelada a fin de determinar si efectivamente existe el error denunciado en el recurso.
La respuesta ya hemos anticipado que es parcialmente afirmativa, y ello por cuanto amen de los propios hechos reconocidos en la demanda incidental -viene a indicarse que parte sustancial de la cancelación del préstamo se produce merced a 158.000 euros procedentes de "prefabricados del Genil, S.L."- resulta documentalmente acreditado -extractos de la cuenta asociada al préstamo unidos al folio 20 en relación con el extracto de cuenta obrante al folio 21 y a la orden de traspaso unida al fol. 91-, que los referidos 158.000 euros no formaron parte de la masa activa de la concursada hasta que no fueron ingresados por orden de un tercero (que es, en definitiva, quien sufre la correspondiente merma patrimonial) en la cuenta asociada antes indicada para atender la cancelación del préstamo en cuestión.
Es cierto, que dicho tercero que mediatamente propició el referido ingreso es uno de los fiadores de la concursada, pero ello no es aquí lo relevante, sino que lo sustancial es que se trata de dinero que no había salido del acervo patrimonial de la concursada pese a la apariencia meramente formal de ello en la que exclusivamente pone el acento la sentencia apelada y, por ende, sea cual sea la forma en que dicho tercero recabo los referidos 158.000 euros para destinarlos a la cancelación del préstamo por vía de su traspaso a la cuenta asociada al mismo, mal puede hablarse de la existencia del "sacrificio patrimonial injustificado" de la masa activa de la concursada en lo que al montante del referido traspaso se refiere.
Téngase presente, según resulta de los arts 1158, 1.838 y 1.839 del C.c., que nada empece que un tercero, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación ni un fiador efectúe el pago de la obligación que pesa sobre el deudor principal, y nada empece, en ninguno de los dos casos, a que quien efectivamente pago por el deudor, pueda reclamar de este lo que hubiere pagado, lo cual se traduce en esta tesitura concursal en la posibilidad de insinuar su crédito y obtener el reconocimiento del mismo con la calificación que legalmente le corresponda.
Nótese, no obstante lo anterior, que tan sólo hemos considerado como excluidos del perjuicio patrimonial injustificado, base de la acción de reintegración aquí deducida, la cancelación del préstamo hasta el importe de 158.000 euros; razón por la cual ello nos conduce a afirmar a sensu contrario, que no se ha desvirtuado la presunción de perjuicio patrimonial en lo que se refiere al montante de la cancelación que excede de dicha suma, de forma que si en la demanda (y ello exclusivamente debe de estarse) exclusivamente se refieren cuatro pagos y los mismos ascienden a un total de 172.822,18 euros, la consecuencia práctica es que esta acción de reintegración solo puede ser estimada en el importe de la diferencia, esto es, 14.822,18euros.": SAP Córdoba (Sección 1) 19.03.2015 (Sentencia 138/2015; Rollo 100/2015)

JM-3 Barcelona

"2. Partiendo de los documentos aportados por el demandante - póliza y relación de pagos respecto de la póliza - y de los aportados por la propia concursada se puede configurar la relación de hechos probados a partir de los que se consideran no discutidos por las partes. Esos hechos son que la concursada firmó un contrato de préstamo, contrato avalado por tres de los socios de la compañía; a partir de abril de 2009, es decir, diez meses antes de la declaración de concurso, la compañía deja de atender regularmente los pagos, que pasan a ser atendidos por los socios que realizan pagos por medio de la cuenta de la concursada. En las semanas anteriores a la declaración de concurso los avalistas de dicho contrato satisfacen por medio de ingresos en la cuenta corriente de la concursada.
3. En la medida en la que los hechos probados no resultan discutidos no tenía mucho sentido ni procesal ni material abrir el incidente a prueba y celebrar vista, sobre todo cuando la administración concursal no solicitaba prueba en los términos previstos por el artículo 194.4 LC.
4. Es evidente que la demanda tanto en la exposición de hechos, como en su fundamentación jurídica y en su suplico es parca y poco clara puesto que da por hecho que el pago efectuado por terceros es perjudicial para la masa activa del concurso y reclama tanto de la sociedad en concurso como de la entidad financiera la reintegración, es decir, la devolución de una cifra - 675.000 euros - que no coincide ni con el saldo pendiente ni con las cantidades pagadas por terceros. Esas inconveniencias procesales no tiene una entidad tal que determinen que los demandados hayan quedado en situación de indefensión ya que resulta claro qué se pide - que la entidad financiera devuelva los pagos recibidos antes de la declaración de concurso y que la deuda vinculada a esa póliza quede en los términos en los que estaba en la fecha de la declaración de concurso. También queda clara la causa de pedir, se entiende que esos pagos son perjudiciales para la masa activa del concurso. Por lo tanto deben rechazarse las cuestiones de índole procesal y entrarse a analizar el fondo del asunto.
5. En el relato de hechos y en su fundamentación se apunta que la póliza vencía en febrero de 2012 pero nada se dice del pago regular de los plazos pactados - identificados con claridad mes a mes en función de la cantidad prestada y los intereses -. No hay referencia a la presunción legal de perjuicio por pago anticipado de deuda no vencida que habilita el artículo 71.2 LC, sino una mención genérica a un perjuicio definido no tanto porque la deuda se pagara por recursos de la compañía sino por la situación contable de que el préstamo no se hubiera reflejado en la masa pasiva del concurso y la entidad financiera no hubiera insinuado créditos.

6. La prueba practicada permite tener como probado que el pago de la práctica totalidad de la deuda se realiza por los avalistas, primero atendiendo a pagos puntuales mes a mes y finalmente realizando ingresos en cuenta para su cancelación definitiva antes de la declaración de concurso. Es un pago por tercero con un interés legítimo evidente, eran avalistas y el incumplimiento determinaba su responsabilidad directa y personal.
7. Siendo pago por tercero - válido conforme al artículo 1158 del Código civil - no entiendo acreditado que haya perjuicio para la masa activa ya que la concursada, la sociedad concursada, no aplicó recursos propios al pago de una deuda no vencida, ni hay prueba alguna que permita considerar que las aportaciones de los socios personalmente o por medio de sociedades se hiciera como un préstamo a la compañía, como una ampliación de capital o como cualquier otra figura jurídica que permitiera afirmar que los fondos ingresados en la cuenta de la concursada pasaban a ser parte de su patrimonio y que con ellos se canceló la deuda de la entidad financiera.
8. Acreditado el pago por terceros no se puede afirmar que hubiera perjuicio para la masa activa del concurso - exigencia principal de la acción de reintegración conforme al artículo 71.1 de la LC - y, por lo tanto, debe desestimarse la demanda.": SJM-3 Barcelona 19.09.2012 (Sentencia 281/2012; Incidente 421/2012)

JM-7 Barcelona

"FUNDAMENTOS JURIDICOS
PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, la Administración Concursal promueve acción de reintegración contra la concursada y contra D. Jaume Nualart Casadevall, al entender que el pago de la cantidad de 240.000 euros hecho por la concursada a CAIXABANK es perjudicial para la masa activa.
Se considera que los siguientes hechos han sido no controvertidos o han quedado debidamente acreditados sobre la base de la documental aportada y no contradicha:
La entidad INVERSIONES CUSPILART S.L. fue constituida en fecha 6 de julio de 2005 para la promoción inmobiliaria, siendo sus dos socios la entidad WHOLESCUPI S.L. y D. Jaume Nualart Reberté, hijo del demandado y sus administradores solidarios D. Antonio Cuspinera Ruiz y el citado Sr.
Nualart Reberté.
En fecha 10 de octubre de 2006 INVERSIONES CUSPILART adquirió dos fincas en la localidad de Camprodón por las que abonaron 234.394,71 euros.
Para abonar dicho precio, la concursada concertó con La Caixa un crédito bancario en fecha 6 de octubre de 2006 por importe de 240.000 euros, crédito que tenía como fecha de vencimiento 6 de octubre de 2007. Llegada la fecha de vencimiento, el crédito fue novado, fijándose como nueva fecha de vencimiento el día 31 de octubre de 2008. Llegada dicha fecha, el contrato fue nuevamente aplazado en su vencimiento al día 31 de octubre de 2010.
D. Jaume Nualart Casadevall constaba como avalista de la citada operación de crédito.
INVERSIONES CUSPILART fue declarada en concurso en fecha 13 de mayo de 2010. En el informe de la administración concursal consta una masa activa de 2.703,83 euros y una masa pasiva de 95.164,15 euros, en su mayoría créditos ordinarios.
En fecha 10 de noviembre de 2009 D. Jaume Nualart Casadevall realizó transferencia bancaria por valor de 240.000 euros a la cuenta de la concursada, quedando cancelada la deuda con la entidad bancaria citada.
En la misma fecha el Sr. Nualart Reberté, como administrador solidario de la concursada firmó escritura de dación en pago de las fincas antes dichas a favor del Sr. Nualart Casadevall, por la deuda que había surgido como consecuencia del pago del crédito realizado por el demandado.
Para la administración concursal, los anteriores hechos resultan perjudiciales por resultar aplicable, en primer término, la presunción del art. 71.2 de la LC, por tratarse de un acto de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración de concurso.
CAIXABANK alega, en síntesis, que no fue la concursada quien realizó el acto que se pretende rescindir, sino que fue el Sr. Nualart Casadevall quien realizó la amortización anticipada de la póliza de crédito.
SEGUNDO.- El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, "serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, "cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). En cuanto a los efectos de la rescisión, el artículo 73 establece que "la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del actor impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses". La posición del tercero afectado por la rescisión varía según se considere de buena o mala fe; en el primer caso, la prestación que le corresponda tendrá la consideración de crédito contra la masa, que "habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido", en tanto que si se aprecia mala fe en el acreedor, su crédito será considerado como concursal subordinado.
TERCERO.- El presente incidente concursal guarda estrecha relación con el seguido en este mismo Juzgado con el número 197/12 en el que se dictó sentencia en primera instancia en fecha 21 de mayo de 2012 en que se acordaba rescindir la dación en pago de las finca más arriba referidas en aplicación el art. 71.2. La seco. 15%a de la AP de Barcelona revocó la anterior resolución y dictó sentencia en fecha 9 de octubre de 2013 en que desestimaba la acción rescisoria por entender que no resultaba de aplicación la presunción del art. 71.2

porque había de estarse al acto objeto de rescisión, que fue la dación en pago y no a los que podía constituir su causa económica.
Aquí la administración concursa' pretende, acudiendo a la interpretación de los razonamientos de la sentencia de la AP (fundamento de derecho tercero, parágrafo 7 in fine) la rescisión no de la dación en pago hecha al Sr. Nualart Casadevall, sino del pago que hizo la concursada de 240.000 euros a la entidad CAIXABANK en fecha 10 de noviembre de 2009, con fondos que procedían del Sr. Nualart Casadevall.
Sin embargo, tiene razón la entidad bancaria demandada cuando afirma que el pago de la cantidad de 240.000 euros no lo hizo la concursada a CAIXABANK, sino que lo hizo el Sr. Nualart Casadevall a la citada entidad bancaria. Esta conclusión se puede inferir de dos indicios claros. Por una parte de la propia escritura de dación en pago de la deuda aportada como documento número 10 en que se indica que la concursada reconoce adeudar al Sr. Nualart Casadevall la cifra de 240.000 euros en virtud del crédito existente a favor de CAIXABANK "el cual ha sido pagado por D. Jaime Nualart Casadevall en una transferencia interna de la cuenta número XXX a la cuenta número 2100 3257 2200069450 de INVERSIONES CUSPILART, el día 10 de noviembre de 2009". Por otro lado, del documento número 10 de la demanda que es la transferencia hecha por el Sr. Nualart Casadevall a la cuenta de la concursada número 2100 3257 2200069450, número de cuenta que de conformidad con la póliza de crédito aportada por la parte demandada es la cuenta que se encuentra asociada a dicho crédito.
Lo anterior supone que, ciertamente, se pueda apreciar que no hubo pago de la concursada a CAIXABANK sino pago por un tercero, el Sr. Nualart Casadevall, ciertamente con interés en el pago de la obligación, con ánimo de extinguir la obligación o animus solvendi. Si bien resulta clara la concurrencia de este especial ánimo, hecho expreso en la escritura de dación y como presupuesto de toda la operación de pago, cancelación de deuda y dación en pago, es cierto, sin embargo, que existen dudas sobre la condición de tercero del Sr. Nualart Casadevall en tanto que fiador de la operación y a los efectos de dar aplicación al art. 1.158 del C.C..
Tales dudas, no obstante, vendrían más referidas a las relaciones entre solvens y deudor y la acción de reembolso. Pero a los efectos de aplicar la presunción del art. 71.2 LC, las dudas no pueden ser favorables a entender aplicable la presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial, dada la clara intención extintiva de la obligación que tuvo con CAIXABANK la transferencia del Sr. Casadevall y que, en relación con toda la operación y el perjuicio indirecto que podía suponer para los acreedores del concurso, la AP de Barcelona ya se ha pronunciado en sentido negativo en la sentencia aludida.
Se desestima, por tanto, la petición rescisoria.": SJM-7 Barcelona 17.11.2014 (Incidente 416/2014)

0.2.1.2 Rescisión : préstamo al fiador para cancelar la deuda pasando por la cuenta del concursado

[aunque siendo los hechos posteriorses a la declaración no debería ser materia de rescisión]

AP Baleares

"PRIMERO.- Contra la resolución de instancia que estimando parcialmente la demanda de reintegración a la masa activa formulada por la administración concursal de XURRIMA DE LLEVANT S.A., condena a la codemandada CAIXABANK S.A., a reintegrar la suma de 66.226,32.- euros, a que asciende el importe percibido por cancelación de dos prestamos y en concepto de pagos efectuados respecto de cuotas vencidas con posterioridad a la declaración del concurso, se alza ésta insistiendo en lo alegado en su escrito de contestación, a saber, que el pago denunciado no fue realizado por la concursada, ni con fondos pertenecientes a la misma, sino por orden de un tercero, D. Olegario, administrador único de la concursada, tras haber obtenido un préstamo hipotecario con la finalidad de refinanciar la deuda de la concursada, parte de la cual afianzaba solidariamente.
SEGUNDO.- Dado que en puridad el motivo de impugnación esgrimido por la parte recurrente, se centra en denunciar una errónea valoración de la prueba practicada sobre quien efectuó el pago, si la concursada, como sostiene la administración concursal y la resolución recurrida, o un tercero interesado en la cancelación de la deuda y con dinero ajeno a los propios fondos de la concursada, como sostiene la recurrente, este Tribunal revisado nuevamente el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas, no puede sino compartir, por acertada, la totalidad de los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida y que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, le han llevado a la estimación parcial de la demanda, de modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar la totalidad de los motivos de impugnación alegados por la parte recurrente y con ello a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada, pues es sabido que, como entre otras ha indicado la STS de 9 de junio de 2000, es compatible la fundamentación por remisión con el mandato del artículo 120.3 según reiteradamente ha sido declarado por el Tribunal Constitucional (SSTC 174/1987, 24/1996, 115/1996, 184/1998, 206/1999, 13/2001, entre otras), siendo que, además, la recurrente, no desvirtúa a través de las alegaciones que expone en su escrito de recurso, aquellos argumentos, sino que mas bien efectúa una interpretación sesgada y parcial del resultado de la prueba practicada, para adecuarla a sus intereses.
Simplemente incidir en que aún siendo cierto que la prueba documental permite dar por acreditado, como asimismo recoge la resolución recurrida, que en fecha 30 de mayo de 2012, la codemandada concedió al administrador único de la concursada, junto con su esposa, un préstamo por importe de 70.000,- euros, con garantía hipotecaria sobre un inmueble propiedad de los prestatarios, también lo es, que dicho importe no se destinó directamente a cancelar los prestamos que la recurrente tenía concertados con la concursada, sino que como igualmente se reconoce, se transfirió por el administrador de su cuenta a la de la concursada, siendo ésta la que destinó el importe así percibido a la cancelación anticipada de los préstamos; de ser cierto el pago por tercero que se alega por la recurrente y siendo que todas las operaciones referenciadas se llevaron a cabo

por el mismo prestamista, no se acierta a comprender porque concedido el préstamo hipotecario no se instrumentaliza el pago directamente contra la cuenta de los nuevos prestarios donde se efectuó el ingreso; al contrario y, se insiste, el importe percibido a través de la escritura de préstamo hipotecario (folios 32 y ss), se abona directamente en la cuenta de los prestamistas (Sres. Olegario -Eulalio) (folios 160 y ss) y estos lo transfieren a la cuenta titularidad de la concursada, contra la que se efectúan los cargos de cancelación anticipada de los prestamos denunciados, y sobre los que juega la presunción de perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario, conforme determina el artículo 71. 2 de la Ley de Concursal.": SAP Baleares (Sección 5) 16.12.2013 (Sentencia 469/2013; Rollo 473/2013)

0.2.1.3 Rescisión: pago anticipado con fondos de tercero pero que pasan por la cuenta del deudor

AP Ciudad Real

"PRIMERO. Se articula por la representación procesal de la entidad mercantil Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U., recurso de apelación contra la sentencia dictada con fecha 13 de Marzo de 2.013, por el Juzgado de lo Mercantil de Ciudad Real, en los autos de juicio incidental relativo a acción rescisoria para el reintegro de la masa activa, seguidos ante dicho juzgado bajo el número 734/2.010, viniendo a suplicar su revocación, con desestimación de los pedimentos contenidos en el escrito rector de demanda.
SEGUNDO. Para una adecuada resolución del presente recurso de apelación ha de partirse del análisis de la prueba documental aportada por la administración concursal demandante y la propia entidad crediticia demandada, especialmente de orden bancario, de la que se desprende naturalmente que el concreto pago de amortización anticipada del crédito personal suscrito por Proinmex 2.000, S.L. efectuado el día 21 de Abril de 2.010 y por importe global con intereses de 68.333, 07 Euros (68.213,62 Euros de principal), y que fue objeto de declaración rescisoria en la sentencia combatida para la reintegración de la masa activa del concurso de dicha prestataria, fue llevado a cabo por la propia entidad concursada Proinmex 2000, S.L. y no por la también mercantil Su Vivienda Financiada, S.A., y por más que originariamente el metálico empleado en dicha amortización anticipada proviniese de la operación crediticia con garantía real concertada entre esta última mercantil y la entidad crediticia apelante, lo que también aparece acreditado por meritada documental (ver documentos nº 1 y 2 de la contestación de la entidad crediticia demandada). Tal pago aparece en su condición activa claramente identificado en el documento nº 3 del escrito de demanda en el que de modo palmario se evidencia que la cantidad satisfecha a la entidad crediticia lo fue por Proinmex 2.000, S.L:, y ello con independencia de que dicha suma hubiera sido previamente recibida de la otra mercantil SVF, tal y como se desprende de dicho documento y se corrobora por el documento nº 2 del escrito de contestación a la demanda de la apelante. (folio 99 de las actuaciones), desconociéndose el título jurídico justificativo de dicho trasvase patrimonial previo, es decir, si obedece a un préstamo otorgado por SVF a Proinmex 2.000, S.L. o de una donación de aquélla entidad a esta, etc, lo que en su caso deberá tener análisis y tratamiento, en su caso, en las acciones de reintegración de la masa que se pudieran articular en el concurso de SVF, S.A., tanto por la AC de dicho concurso como por dicha entidad crediticia u otros acreedores conforme al artículo 72/1 LC; pero no en el presente supuesto y por más que ambos concursos se encuentren en tramitación coordinada, por cuanto conforme al artículo 25/1 Ter de la LC "Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas", y sin que por ello la situación concursal de ambas masas tenga que ofrecer un idéntico devenir concursal, tal y como acertadamente se vino a fundamentar en la sentencia combatida, de ahí que, en definitiva, no pueda hablarse de ausencia de litisconsorcio pasivo necesario ni de falta de legitimación activa en el presente procedimiento, ni de ausencia de legitimación pasiva de Proinmex 2.000, S.L.
El recurso, pues, ha de ser desestimado por cuanto la sentencia combatida hizo una adecuada consideración aplicativa del artículo 71/2 de la LC al rescindir el pago anticipado de tal operación crediticia con vencimiento posterior a la declaración de concurso, y realizado dicho pago dentro del plazo de dos años anterior a dicha declaración concursal, todo ello en atención al perjuicio y afectación con el mismo provocado a la generalidad de acreedores y al principio de la pars conditio creditorum (" El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso....").": SAP Ciudad Real (Sección 2) 06.05.2014 (Sentencia 103/2014; Rollo 279/2013)

AP Salamanca

"SEGUNDO.- Sin que sea necesario repetir en esta sentencia de apelación la doctrina general relativa a la retroacción del concurso, expuesta con suma claridad en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia, procede analizar tan sólo si realmente nos encontramos ante un pago del préstamo realizado por un tercero o por un fiador.
Es cierto que en la sentencia de instancia, fundamento de derecho tercero, el Juez afirma que "cancelándose dicho préstamo, con el pago de la cantidad de 365.000 # que efectuó la entidad Majefrisa S.A., tal y como consta en el documento 16 de la demanda". En principio, de tener en cuenta tan sólo esta afirmación, parece evidente que estaríamos en presencia de un pago realizado por un tercero distinto, en principio, de la mercantil concursada. Sin embargo, a continuación el mismo Juez aclara "y cantidad que fue traspasada previamente de la entidad Majefrisa S.A a la entidad Cárnicas Majefrisa S.A". Es decir, el Juez parece entrar en una cierta contradicción cuando afirma que el pago lo realizó la fiadora, si bien a continuación afirma que la fiadora traspasó previamente esa cantidad a la concursada. El documento 16 aportado con la demanda incidental (folio 28) deja bien claro que se trata de una amortización de préstamo por parte de Cárnicas Majefrisa. El

documento 15 (folio 27), de la misma fecha, 9 de julio de 2009, documenta un abono en cuenta por importe de 365.000 # con el siguiente concepto: "operación a su favor. Importe de Majefrisa para cancelar leasing y préstamo", aviso para Cárnicas Majefrisa.
Es decir, de dichos documentos resulta evidente que Majefrisa traspasó la citada cantidad a Cárnicas Majefrisa, siendo ésta quien procedió a la cancelación anticipada del préstamo.
Pero si ello no fuera bastante, y aunque el Juez de Instancia no se refiere expresamente a esta prueba en su sentencia, basta con ver la grabación del acto del juicio y la declaración de la representante legal de Majefrisa y de Cárnicas Majefrisa, que con toda claridad manifestó que ambas entidades mercantiles habían proyectado con el Banco Popular la refinanciación de las deudas para seguir trabajando y, siguiendo las instrucciones del propio banco, y dado que Majefrisa disponía de un plazo fijo, se procedió a su cancelación, y la cantidad obtenida se traspasó a Cárnicas Majefrisa para que ésta procediera a la cancelación anticipada del préstamo, como un requisito previo exigido por el banco para proceder a la refinanciación de las sociedades citadas. En consideración a todo ello, es evidente que no nos encontramos ante un pago afectado por tercero mediante el pago efectuado por el fiador, tal y como se invoca en el recurso.
TERCERO.- Ciertamente el artículo 71 de la Ley Concursal establece que sólo pueden ser objeto de la acción rescisoria los actos realizados por el deudor, pero, en base a lo anteriormente expuesto, dicho precepto es aplicable al caso que nos ocupa, ya que ha quedado claro que el vencimiento anticipado del préstamo fue realizado por Cárnicas Majefrisa, la entidad concursada, y no la fiadora como tal, o como entidad ajena al concurso, sin que sea admisible el razonamiento efectuado en el recurso de apelación de que todo se debe a la documentación contable de la orden dada por la Consejera Delegada de Majefrisa, procediendo al traspaso de la cantidad de 365.000 # para cancelar préstamo y leasing y a continuación la forma de adeudar el préstamo en la última cuenta, según resulta del documento 16.": SAP Salamanca (Sección 1) 03.11.2011 (Sentencia 457/2011; Rollo 211/2011)

0.2.2 Caso de gananciales y concurso sólo de uno de los cónyuges

AP Albacete

"CUARTO.-También argumenta la entidad financiera recurrente que se infringe el artículo 71 de la ley concursal, por las acciones de reintegración solamente proceden contra el deudor concursal, pero en este caso el concursado se encontraba casado en régimen de gananciales y su esposa, que no se encuentre en situación de concurso, constituyó también las hipotecas discutidas sobre sus bienes gananciales. Esta argumentación tampoco ha de tener éxito, el artículo citado por el recurrente no se aplica aisladamente, sino con el artículo 77.2, también de la ley concursal, que dice "Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso". El caso presente es el previsto en el artículo 77.2, se ha traído a la esposa del recurrente mediante el emplazamiento al proceso y no ha solicitado por el momento la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, por lo que no hay inconveniente para la inclusión de los tienes en la masa y hay que rechazar también en este punto el recurso.": SAP Albacete (Sección 1) 10.03.2014 (Sentencia 42/2014; Rollo 123/2013)

0.4 Sobre los "actos" rescindibles

AP Barcelona

"En puridad, el art. 71 LC permite rescindir actos de disposición realizados por el deudor dos años antes de que fuera declarado en concurso, siempre que hayan ocasionado perjuicio para la masa activa. En nuestro caso, no cabe duda de que el acto impugnado entra dentro del periodo sospechoso. Por otra parte, el término "acto de disposición" debe entenderse en un sentido amplio: abarca tanto los contratos y negocios (unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos), como los pagos (también por compensación) y las declaraciones unilaterales de voluntad que comportan un sacrificio patrimonial, como es el reconocimiento de derechos a favor de terceros, la renuncia de derechos propios e, incluso, el afianzamiento de una deuda ajena. Por lo que un acuerdo transaccional, en principio, puede ser objeto de rescisión, pero siempre que la renuncia, entrega o reconocimiento de derechos realizada por el deudor concursado haya generado un perjuicio para la masa activa.": SAP Barcelona (Sección 15) 15.12.2011 (Sentencia 493/2011; Rollo 320/2011)

"4. La alegación segunda del recurso desarrolla (en términos que nos parecen confusos) un argumento esbozado en el escrito de contestación. Manifiesta la apelante que la acción de rescisión concursal del art. 71 LC tiene por presupuesto la preexistencia de un negocio válidamente celebrado por el deudor, y no es tal *"la apropiación por el administrador de la compañía, en una o varias veces, de la referida cantidad sin contraprestación o causa que pudiera justificarlo",* como indica la sentencia. Con la argumentación que sigue parece que la apelante quiere decir, en definitiva, que esos actos dispositivos no constituyen el *"negocio jurídico válidamente celebrado"* que puede ser objeto de la acción de rescisión, la cual no puede tener por objeto un contrato nulo, en el que no concurren los requisitos esenciales para su validez.
Pues bien, nos remitimos aquí a la respuesta que de manera clara y eficaz ofrece la sentencia apelada.

La acción de rescisión del art. 71 LC puede tener por objeto no sólo contratos bilaterales sino cualesquiera "actos" realizados por el deudor concursado, como puede ser un pago o un desplazamiento patrimonial. Lo que en tal supuesto sería rescindido es precisamente el acto de pago o entrega dineraria, con independencia del negocio o contrato en cuya virtud se haya realizado.
En este caso el acto objeto de la acción de rescisión está perfectamente identificado: la apropiación por el administrador y socio único del saldo de la caja social por el importe determinado en la demanda; o, lo que es lo mismo, los pagos hechos por la sociedad al administrador y socio único por dicho importe.
No es que *"la apropiación por el administrador, en una o varias veces, de la referida cantidad"* pueda "asimilarse" a un *"negocio jurídico válidamente celebrado"* a los efectos de la acción de rescisión concursal, como señala la apelante, sino que se identifica plenamente con él: es un acto concreto válidamente realizado (la demandada no afirma que sea nulo) por la sociedad a favor del socio único, y es evidente que puede ser objeto de rescisión, en abstracto y en este caso particular, porque al no haberse acreditado una contraprestación a favor de la sociedad ha de entenderse que responde a una causa gratuita, y en tal supuesto el perjuicio patrimonial a la masa activa se presume sin admitir prueba en contrario (art. 71.2 LC). ":SAP Barcelona (Sección 15) 15.06.2012 (Sentencia 240/2012; Rollo 89/2012)

AP Murcia

"Se comparte con el recurrente que el término "acto de disposición" del art 71 LC debe entenderse en un sentido amplio comprensivo tanto de los contratos y negocios (unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos), como de los pagos (también por compensación) y las declaraciones unilaterales de voluntad que comportan un sacrificio patrimonial, como es el reconocimiento de derechos a favor de terceros, la renuncia de derechos propios e, incluso, el afianzamiento de una deuda ajena. Y no solo los que implican una conducta activa sino también los comportamientos pasivos que conlleven la pérdida de un activo patrimonial o la expectativa legítima de adquirirlo, citándose como ejemplos la falta de aceptación de una herencia o de una donación. Por ello el Tribunal Supremo ha dicho (STS de 15 de diciembre de 2011) que un acuerdo transaccional, en principio, puede ser objeto de rescisión, pero siempre que la renuncia, entrega o reconocimiento de derechos realizada por el deudor concursado haya generado un perjuicio para la masa activa.": SAP Murcia (Sección 4) 21.05.2015 (Sentencia 273/2015; Rollo 257/2014)

0.4.1 Actos resolutorios

JM-1 Bilbao

"Desde la constatación de la peculiaridad del contrato que disciplinaba las recíprocas obligaciones de las partes se ha de analizar la pretensión rescisoria de la administración concursal, a la que se ha opuesto con carácter previo por el banco su improcedencia por no acomodarse a las previsiones de la Ley Concursal, en tanto se pretende la rescisión de un acto resolutorio, en lugar de un contrato o acto de disposición de la sociedad realizado antes de la declaración de concurso.
Sobre la rescisión concursal ha dicho la SAP Barcelona (Secc. 15ª) de 1 de febrero 2007, La Ley 15002/2007 que "*responde mejor a la naturaleza jurídica de los actos o negocios realizados por el deudor un tiempo antes de la declaración de concurso (dos años), que en el momento de realizarse son válidos, por reunir los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (arts. 1300 y ss CC). No adolecen de ninguna ineficacia estructural. En todo caso, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que una vez declarado el concurso verán disminuidas la garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquél acto. Se trata, pues, de una ineficacia funcional*".
Pues bien, el art. 71 LC se refiere a actos perjudiciales para la masa que suponen una disminución de sus recursos o una ventaja para un acreedor en perjuicio de los demás. La propia norma enumera en su apartado 2 actos de disposición a título gratuito y en el número 3 los actos dispositivos a título oneroso que se realizan a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales, de modo que las define en positivo.
Sin embargo no se aprecia qué impedimento pueda haber para que un acto resolutorio que perjudique a la masa pueda ser rescindido. No es una disposición de activos, ni supone la constitución de garantías, pero si constituyera un *acto perjudicial* podría quedar amparado en las previsiones de la norma. La definición del art. 71.1 LC no tiene porqué restringirse a actos o disposiciones que supongan traslación de elementos del activo o su gravamen, aunque habitualmente estos serán los actos que se impugnen. Puede haber también actos que objetivamente perjudiquen la masa y que no se encuadren en las previsiones específicas de la norma, que se enumeran porque se ha querido establecer un régimen probatorio ciertamente beneficioso para quien pretenda la rescisión.
La enumeración de actos perjudiciales no excluye, vistos los genéricos términos del art. 71.1 LC, la eventual rescisión de otros actos perjudiciales para la masa. En este caso la administración concursal sostiene que perjudica a la masa la resolución de la operación de permuta financiera de tipos de interés consecuencia del contrato marco de operaciones financieras, porque hasta que se produjo los saldos siempre fueron favorables a la hoy concursada y tras efectuarse supuso un cargo de más de 30.000 euros, sin contrapartida alguna.
Al margen de que haya que analizar si efectivamente concurren los requisitos que dispone la ley o la excepción que se esgrime por el demandado en cuanto al régimen del art. 71.5 LC, puede aceptarse que la resolución de un contrato del concursado tenga cabida entre los actos perjudiciales a los que alude el art. 71.1 LC, de modo que pese a los reparos que se oponen ha de entrarse a dilucidar si efectivamente es o no rescindible la

actuación del concursado y el banco que se han puesto en cuestión por la administración concursal. ":SJM-1 Bilbao 31.10.2007 (Incidente Concursal 272/2007, Sentencia 505/2007)

0.4.2 Transacción

AP Barcelona

"II. Acción ejercitada y competencia de jurisdicción. Centrada la controversia en esta alzada sobre la pretensión de ineficacia de la transacción realizada entre Tracoinsa y L.V., el día 30 de septiembre de 2003 (más tarde ratificada en el acto de conciliación de 3 de octubre de 2003), por la que se le reconocía a la Sra. L. V. una indemnización por despido de 298.677,01 euros, más 6.485,35 euros de salarios devengados hasta el día del despido, y 6.522,88 euros por la liquidación de la parte proporcional de las pagas extras y vacaciones, lo que sumaba un total de 311.685,24 euros, analizaremos en primer lugar qué acción se ejercita en relación con esta pretensión.
Para justificar esta pretensión, se acumulan distintas razones jurídicas, como se desprende de la narración de hechos y fundamentos jurídicos, no muy bien deslindadas, pues la demanda y las alegaciones orales del letrado de la administración concursal en el acto de la vista confunden con frecuencia la rescisión concursal con la nulidad y, en puridad, esta distinción debiera haber tenido su reflejo más explícito en el suplico de la demanda. Pero ello no impide que sobre la base de la petición de nulidad contenida en el fallo, que interpretamos genéricamente como ineficacia (que engloba distintas instituciones jurídicas, como la nulidad y la rescisión), y a la luz de los referidos hechos y fundamentos jurídicos de la demanda, entendamos que la acción ejercitada es la rescisoria concursal.
Y ello porque se funda la ineficacia en el perjuicio que dicho acto de disposición realizado dentro de los dos años antes de la declaración de concurso ha ocasionado para la masa, máxime cuando la transacción encubre un acto a título gratuito, al llevar a cabo un reconocimiento de un crédito carente de causa onerosa (pues se simuló un despido inexistente), que luego fue abonado íntegramente. El acto de disposición, pues, sería del reconocimiento del crédito de 311.685,24 euros a favor de L.V., merced a la transacción a la que llegó esta última con el administrador de Tracoinsa el 30 de septiembre de 2003, ratificado después en el acto de conciliación de 3 de octubre de 2003, y el consiguiente pago en cumplimiento de la deuda contraída. Como el concurso de Tracoinsa fue declarado el día 30 de septiembre de 2004, el acto de disposición impugnado estaría dentro del periodo legal sospechoso de dos años.
El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Con ello, la Ley crea una nueva acción, de naturaleza rescisoria, que nace con el concurso y tiene su justificación en atención al mismo, de ahí que pueda llevar este nombre de "rescisión concursal".
La acción rescisoria concursal nace, pues, con el concurso, como uno de los efectos de su declaración, sólo puede ejercitarse durante su vigencia y tiene su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso. En concreto, pretende preservar la integridad del patrimonio, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par condicio creditorum, para evitar una discriminación arbitraria de los acreedores a quienes se debe pagar.
El carácter concursal se manifiesta también en que estas acciones deben ejercitarse ante el juez del concurso, por un órgano concursal —la administración concursal—, y por un procedimiento propio —el incidente concursal— que se tramita como pieza separada dentro del concurso (art. 72 LC).
En realidad, el sistema de reintegración ideado por el legislador es plural, pues conservando la vigencia dentro del concurso de las acciones impugnatorias extraconcursales —pauliana, nulidad absoluta o relativa…—, idea una propia, la rescisión concursal, compatible y por lo tanto acumulable a las anteriores (art. 71.6 LC). Sin perjuicio de que en alguna ocasión la rescisión concursal requerirá del previo ejercicio de otra acción, dentro del mismo procedimiento, para obtener un pronunciamiento meramente declarativo que constituya el presupuesto de la rescisión concursal —declaración del negocio simulado, que bajo la apariencia de una compraventa o negocio oneroso encierra un acto de mera liberalidad—. Esto último es lo que en realidad ocurre en este procedimiento, en que se denuncia la simulación de una transacción que encierra un pago injustificado por falta de causa onerosa, para que sobre la base de tal declaración pueda operar la acción rescisoria concursal, al facilitar la prueba del perjuicio.
La acción ejercitada, como apuntábamos al principio, pretende la ineficacia de un acto de disposición del deudor concursado, que se llevó a cabo a través de una transacción privada ratificada, más tarde, en un acto de conciliación ante el Servei de Conciliacions Individuals del Departament de Treball, Indústria, Comerç i Turisme de la Generalitat de Catalunya. La transacción en la medida que supuso en este caso el reconocimiento de un crédito a favor de la otra parte (la Sra. L.V.) constituye un acto de disposición patrimonial, y como tal es susceptible de ser impugnada por vía de la rescisión concursal, para lo que sólo goza de competencia el juez del concurso, de conformidad con los arts. 71.6 LC y 86ter LOPJ, sin que la misma pueda corresponder a los tribunales de otra jurisdicción, aunque para su resolución el juez del concurso extienda su jurisdicción a cuestiones prejudiciales sociales directamente relacionadas con la rescisoria ejercitada (art. 9 LC), como es en este caso la apreciación de que se simulaba una situación de despido improcedente.": SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006)

"En puridad, el art. 71 LC permite rescindir actos de disposición realizados por el deudor dos años antes de que fuera declarado en concurso, siempre que hayan ocasionado perjuicio para la masa activa. En nuestro caso, no cabe duda de que el acto impugnado entra dentro del periodo sospechoso. Por otra parte, el término "acto de disposición" debe entenderse en un sentido amplio: abarca tanto los contratos y negocios (unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos), como los pagos (también por compensación) y las declaraciones unilaterales

de voluntad que comportan un sacrificio patrimonial, como es el reconocimiento de derechos a favor de terceros, la renuncia de derechos propios e, incluso, el afianzamiento de una deuda ajena. Por lo que un acuerdo transaccional, en principio, puede ser objeto de rescisión, pero siempre que la renuncia, entrega o reconocimiento de derechos realizada por el deudor concursado haya generado un perjuicio para la masa activa.": SAP Barcelona (Sección 15) 15.12.2011 (Sentencia 493/2011; Rollo 320/2011)

0.4.2.1 Improcedencia: el concursado no realizó ningún acto de disposiciòn

AP Barcelona

"1. Para poder comprender la controversia suscitada en esta apelación, conviene partir de una serie de hechos no controvertidos, que ayudan a entender las pretensiones de las partes y lo resuelto por el juzgado mercantil. La sentencia de primera instancia contiene una magnifica exposición de hechos probados, en el fundamento jurídico 7. En este momento no es necesario reproducirlos, sino que basta hacer una breve reseña de los que se refieren directamente a los actos impugnados.
i) Con ocasión de su separación, el concursado (Luis Pablo) firmó una escritura de compraventa con su suegra (la hoy demandada Adolfina), de un inmueble sito en Barcelona, en la CALLE000 nº NUM000, NUM001 (por entonces gravado con un derecho de uso y con un embargo) y de una casa en Cadaqués, en la URBANIZACIÓN000 NUM002. Esta escritura está fechada el día 29 de junio de 2001.
ii) El banco español de crédito (banesto), que por entonces era acreedor de Luis Pablo y había instado la ejecución judicial de su crédito, ejercitó una acción de nulidad por simulación de la escritura de compraventa y del convenio de separación, y otra, subsidiaria, de rescisión de la compraventa por fraude de acreedores. De la demanda de rescisión conoció el Juzgado de Primera Instancia nº 58 de Barcelona, que dictó sentencia el 11 de abril de 2003, que desestimó la acción de nulidad y acordó la rescisión de la compraventa por haber sido realizada para defraudar el crédito de banesto. La sentencia fue recurrida en apelación por todas las partes, y el conocimiento de esta apelación correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.
iii) Antes de que fuera resuelto este recurso de apelación, el día 9 de noviembre de 2004, banesto y Adolfina llegaron a un acuerdo que plasmaron en una escritura pública. En ella, Adolfina, que manifestaba conocer la situación de insolvencia de Luis Pablo, adquiría el crédito que banesto tenía frente al Sr. Luis Pablo, por un importe de 550.000 euros y se subrogaba en la posición procesal de banesto en el procedimiento de ejecución.
iv) banesto, conforme a lo pactado en dicho acuerdo, solicitó y obtuvo de la sección 1ª de la Audiencia de Barcelona, en fecha 13 de diciembre de 2004, que se le tuviera por renunciado a los derechos ejercitados en la acción pauliana, de tal forma que se modificó la sentencia, absolviéndose a Luis Pablo y Adolfina, sin condena en costas.
v) Adolfina pagó el crédito que la caixa tenía frente Luis Pablo (90.421 euros) y obtuvo el levantamiento del embargo trabado por esta acreedora sobre el piso de la CALLE000 nº NUM000, NUM001, de Barcelona.
vi) Valentín (Sr. Valentín), que había sido el abogado de Luis Pablo en el procedimiento de ejecución y en el de rescisión por fraude de acreedores, dejó de serlo al presentar un escrito de renuncia el 22 de octubre de 2004 en el primer procedimiento y el 12 de noviembre de 2004 en el segundo.
vii) El concurso voluntario de acreedores de Luis Pablo fue declarado el día 31 de mayo de 2005.
El Sr. Valentín, que comparece como acreedor del concursado y esgrime un crédito de 56.692,50 euros de honorarios por los servicios prestados, ante la inactividad de la administración concursal que fue previamente requerida, ejercita una pluralidad de acciones de reintegración para que quede sin efecto la transacción de 9 de noviembre de 2004 a la que llegaron los demandados (el concursado Sr. Luis Pablo, banesto y la Sra. Adolfina). La acción principal es la rescisoria concursal y se funda en que este acuerdo era perjudicial para la masa por dos razones: i) porque el acuerdo, y en especial el consentimiento del concursado, fue necesario para dejar sin efecto la sentencia judicial que decretaba la rescisión de la compraventa; ii) y porque este acuerdo no va a beneficiar al concursado ya que, como consecuencia de él, su patrimonio disminuyó drásticamente. Subsidiariamente, el Sr. Valentín pide la rescisión de este acuerdo por fraude de acreedores. Y, también subsidiariamente, se solicita que la renuncia realizada por el concursado descrita en el hecho segundo de la demanda se declare ineficaz de conformidad con el art. 532-4.2 CCCat. y se condene a los demandados a restablecer el estado de las cosas al momento inmediatamente anterior a la renuncia.
3. La sentencia de primera instancia, después de analizar con detalle los hechos y las pretensiones ejercitadas en la demanda, concluye que "constituye un claro abuso de derecho que quien ha asesorado profesionalmente a su cliente en la celebración de un negocio jurídico pueda posteriormente tratar de obtener la rescisión del mismo alegando, en un caso, que con ello se perjudica a sus acreedores y, en los otros dos, que se ha defraudado su derecho como acreedor". El juez mercantil entiende que "no puede pretenderse que quien en su día conoció, asesoró y toleró su otorgamiento pueda con posterioridad pretender su ineficacia". Por otra parte, con gran agudeza, advierte que las fincas habían sido adquiridas por la Sra. Adolfina y, mientras no fuera firme la sentencia de rescisión, dichas fincas pertenecían a su patrimonio y no al del concursado, motivo por el cual si se estimara alguna de las acciones ejercitadas en la demanda, los inmuebles seguirían en el patrimonio de la Sra. Adolfina.
La sentencia, en un primer momento, fijó en el fundamento jurídico 11 que la cuantía era indeterminada, a los efectos de las costas, y más tarde, a través de un auto aclaratorio, suprime cualquier referencia a la cuantía del procedimiento.
4. La sentencia es recurrida por el actor, quien en primer lugar impugna la aclaración, porque excede del ámbito de una aclaración de sentencia. Después impugna la sentencia por incongruencia, pues se desestiman las acciones ejercitadas por una razón, el abuso de derecho, que no había sido invocada por los demandados. Luego argumenta por qué no concurre el abuso de derecho y por qué se ha valorado indebidamente la prueba. Finalmente, vuelve a reiterar la pertinencia de las acciones ejercitadas.

El actor, ahora apelante, en su demanda pretende la impugnación de una transacción o acuerdo que, según su parecer, permitiría la reintegración de dos inmuebles al patrimonio del concursado Luis Pablo. Para ello ejercita la acción rescisoria concursal regulada en los arts. 71 a 73 LC. De forma subsidiaria, ejercita primero la acción pauliana e invoca después la ineficacia derivada del art. 532-4.2 CCCat.
El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. La rescisión concursal nace con el concurso, como uno de los efectos de su declaración, sólo puede ejercitarse durante su vigencia y tiene su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso. En concreto, pretende preservar la integridad del patrimonio, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par condicio creditorum, para evitar una discriminación arbitraria de los acreedores a quienes se debe pagar.

Conviene no perder de vista que se trata de una acción rescisoria, como es también la acción pauliana. Esta naturaleza rescisoria presupone que los actos impugnados, en el momento de realizarse, eran válidos, no adolecían de ninguna ineficacia estructural. En todo caso, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que -una vez declarado el concurso- verán disminuida su garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquel acto. Es por tanto una ineficacia funcional. Esta naturaleza rescisoria se plasma no sólo en el fundamento de la ineficacia, sino también, y de forma consiguiente, en sus efectos, que son los propios de las acciones rescisorias: la recíproca restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses, y la no afectación a los terceros de buena fe (art. 73 LC).
Hemos realizado las anteriores consideraciones, que podrían parecer generales, para mostrar que en este caso resulta improcedente la acción rescisoria concursal, pues ni existe un acto de disposición que haya ocasionado un perjuicio a la masa ni la posible rescisión del acto que se impugna hubiera podido permitir la reintegración de las fincas a la masa activa del concurso.
7. En primer lugar, es necesario identificar el acto de disposición que la demanda pretende sea rescindido. El hecho segundo de la demanda lo identifica como un acuerdo alcanzado el día 9 de noviembre de 2004, entre el Sr. Luis Pablo, banesto y la Sra. Adolfina, por el que: banesto cedía a la Sra. Adolfina el crédito que tenía frente al Sr. Luis Pablo por un precio de 550.000 euros; a cambio, banesto se obligaba a renunciar a las pretensiones ejercitadas en el pleito de rescisión que en aquel momento estaba pendiente de apelación, provocando la sentencia absolutoria; y el concursado se obligaba a desistir de los recursos de apelación que había interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 58 de Barcelona, que había estimado la acción rescisoria por fraude de acreedores, y frente al auto del Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona dictado en el curso de una ejecución instada por banesto para cobrar su crédito.
En puridad, el art. 71 LC permite rescindir actos de disposición realizados por el deudor dos años antes de que fuera declarado en concurso, siempre que hayan ocasionado perjuicio para la masa activa. En nuestro caso, no cabe duda de que el acto impugnado entra dentro del periodo sospechoso. Por otra parte, el término "acto de disposición" debe entenderse en un sentido amplio: abarca tanto los contratos y negocios (unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos), como los pagos (también por compensación) y las declaraciones unilaterales de voluntad que comportan un sacrificio patrimonial, como es el reconocimiento de derechos a favor de terceros, la renuncia de derechos propios e, incluso, el afianzamiento de una deuda ajena. Por lo que un acuerdo transaccional, en principio, puede ser objeto de rescisión, pero siempre que la renuncia, entrega o reconocimiento de derechos realizada por el deudor concursado haya generado un perjuicio para la masa activa.
8. Si pasamos a analizar con más detalle el acto impugnado, la transacción, advertiremos que documentado, en escritura pública del día 9 de noviembre de 2004, tan sólo está el acuerdo alcanzado entre banesto y la Sra. Adolfina, por el que el banco cedía a esta última el crédito que ostentaba frente al Sr. Luis Pablo (aquél que motivó la ejecución tramitada en el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona y la acción de nulidad por simulación y, subsidiariamente, de rescisión por fraude de acreedores tramitada ante el Juzgado de Primera Instancia nº 58 de Barcelona) y el banco se comprometía a renunciar a la pretensión ejercitada con la acción de nulidad por simulación y de rescisión por fraude (ff. 69 y ss.). El perjuicio denunciado por el actor, que es la frustración de la reintegración de las fincas al patrimonio del concursado, es una
consecuencia de la renuncia del Banco al ejercicio de sus acciones, con la consiguiente sentencia absolutoria, y esta renuncia halla su causa en la cesión del crédito a la Sra. Adolfina a cambio de 550.000 euros, y no en ningún acto de disposición del concursado
9. Por otra parte, parece como si el actor equiparara la estimación de la acción pauliana con la restitución de las dos fincas al patrimonio del deudor, cuando ello no es así, a pesar de lo que a primera vista pueda parecer de la lectura del art. 1295 CC. La jurisprudencia ha entendido que estamos ante una ineficacia relativa y parcial, pues la privación de eficacia del acto impugnado lo es sólo respecto del acreedor que acciona (banesto) y en la medida estrictamente necesaria para subsanar el perjuicio sufrido (el impago del crédito defraudado) [SSTS (1ª) 28-XI-1997 (RJ 1997\ 8430), 24-VII-1998 (RJ 1998\ 6139) y 30-I-2004 (RJ 2004\ 440)]. Es relativa porque los efectos del ejercicio de la acción pauliana en caso de estimarse tan sólo benefician al acreedor que ejercita la acción, quien lo hace en su nombre e individualmente; esto es, no se produce propiamente una reintegración de los bienes afectados al patrimonio del deudor, restaurando así la garantía patrimonial a favor de todos los acreedores, sino que sólo se consideran los actos impugnados como no ocurridos en relación con el acreedor actor, para posibilitar la ejecución de su crédito en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse concluido el acto de disposición impugnado. Y es parcial en la medida en que el valor de los bienes sea superior al perjuicio sufrido, pues sólo afecta a algunos efectos del acto impugnado, de tal modo que el acreedor instante sólo se beneficia dentro de los límites del perjuicio

sufrido: en lo estrictamente necesario para satisfacer sus derechos perjudicados y, en su caso, los gastos y perjuicios derivados del ejercicio de la acción.
En este contexto, un acuerdo transaccional que suponga el pago del crédito del acreedor que ejercitó la acción rescisoria deja sin sentido la acción pauliana, lo que justifica el pacto de la renuncia a esta pretensión. Con ello no se ocasiona perjuicio al resto de los acreedores porque la expectativa generada por la estimación de la acción pauliana no necesariamente llevaba consigo la reintegración de los bienes al patrimonio del deudor con la consiguiente afectación al pago de los restantes créditos del deudor.
Además, como ya concluíamos al final del fundamento nº 8, quien tenía la facultad de disposición sobre la pretensión de rescisión por fraude de la compraventa de aquellos dos inmuebles, que en primera instancia había sido estimada y que estaba pendiente de apelación, era banesto y lo hizo a través de la renuncia, como consecuencia de haber cobrado su crédito de la Sra. Adolfina. Si la Audiencia de Barcelona dictó sentencia absolutoria y dejó sin efecto la rescisión fue como consecuencia de la renuncia de banesto y ésta, insistimos, tenía su causa en la cesión de su crédito a la Sra. Adolfina.

Es muy significativo que el Sr. Luis Pablo no aparezca en este acuerdo, sin perjuicio de que se hubiera alcanzado con su connivencia, pues no existía por su parte ningún acto de disposición o renuncia que sirviera de causa a la renuncia de banesto. El único sacrificio patrimonial realizado por el Sr. Luis Pablo, derivado de su connivencia con el anterior acuerdo transaccional, fue el desistimiento de los recursos que tenía planteados frente a la sentencia que había estimado la acción pauliana y frente al auto que había desestimado su oposición a la ejecución instada por banesto. El desistimiento del recurso de apelación frente a la sentencia que acordó la rescisión es irrelevante en la frustración de la reintegración de aquellas dos fincas al patrimonio del Sr. Luis Pablo, pues ya se había producido la renuncia de banesto, y, lo que es más importante, el desistimiento, de no haber existido la previa renuncia de banesto, hubiera provocado la confirmación de la rescisión. Luego su actuación en ningún caso supuso un sacrificio patrimonial para la posterior masa activa ni fue la causa de la renuncia de banesto que sí provocó la pérdida de la expectativa de reintegración del patrimonio del concursado.
La ausencia de un acto de disposición patrimonial por parte del deudor concursado que haya podido causar el perjuicio de impedir la reintegración de dos fincas a la masa activa (pues ello derivó del acuerdo entre banesto y la Sra. Adolfina, sin perjuicio de que se hubiera alcanzado con la connivencia del Sr. Luis Pablo), impide que pueda prosperar la acción rescisoria concursal.": SAP Barcelona (Sección 15) 15.12.2011 (Sentencia 493/2011; Rollo 320/2011)
.

0.4.3 Sobre la rescindibilidad de las omisiones y la no rescindibilidad del voto favorable a una ampliación de capital

AP Sevilla

"SEXTO.-Y, efectivamente, concurren en este caso esos otros presupuestos de la acción ejercitada, comenzando por el relativo al hecho de que el acto a rescindir haya sido realizado por el propio deudor. Aparte de que es, únicamente, ahora, en el recurso de apelación, cuando se discute acerca de este requisito, con infracción, por lo tanto, del principio jurídico procesal " pendente apellatione nihil innovetur ", lo que sería motivo bastante para no entrar en esta cuestión, debe interpretarse de una manera amplia y flexible, como, acertadamente, vienen haciendo las resoluciones de los juzgados de lo mercantil y ha hecho, en este caso, el juzgador de instancia, en el sentido de entender que comprende, no solo los actos del deudor propiamente dichos, sino también sus omisiones, con tal que determinen, de acuerdo con la finalidad de la acción ejercitada, una disminución de su patrimonio, en perjuicio de la masa activa.
Esto es, precisamente, lo ocurrido en este caso, donde se ha producido esa disminución del patrimonio de la concursada, con el consiguiente perjuicio para la masa activa, aunque sea tan solo, como hemos expuesto, en el reducido importe de los créditos salariales preferentes del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, y ello por el hecho de no formular RBB recurso, ni reclamación alguna frente al acto administrativo irregular que supone el embargo efectuado por la AEAT, que no respetó el límite que en su día convinieron, beneficiándose con ello, injustificadamente, en perjuicio del resto de los acreedores. De lo expuesto, resulta claro que concurre también el presupuesto objetivo del perjuicio. ":SAP Sevilla (Sección 5) 11.06.2012 (Sentencia 298/2012; Rollo 3543/2012)

JM-1 Madrid

"TERCERO En el presente caso, impugna la Administración concursal con fundamento en el art. 71 y concordantes de la LC el voto emitido por la concursada en la Junta GeneralExtraordinaria y Universal de Ecoedi 2002, SA celebrada en fecha 4 de julio de 2008, gracias al cual se aprobó una ampliación de capital en dicha mercantil llevada a efecto mediante la emisión de 36.000 nuevas acciones con un valor nominal de CIEN EUROS (en total, 3.600.000 euros). Dichas acciones fueron suscritas en su integridad por Europea de Desarrollos Urbanos, SA, la cual pasó a ostentar una participación en el capital de Ecoedi 2002, SA del 56,22%; en tanto que la participación de Construcciones Edisan, SA en dicha compañía se vio reducida al 43,78% en lugar del 70% que venía ostentando con anterioridad.
En los términos en que la demanda ha sido planteada, hemos de interpretar que no se articula la presente impugnación contra la actitud omisiva por parte de Construcciones Edisan, SA consistente en no concurrir a la referida ampliación de capital; ni tampoco se impugna la renuncia por parte de Construcciones Edisan, SA a su derecho de suscripción preferente sobre las acciones objeto de la ampliación. El deslinde que acaba de efectuarse resulta del propio tenor del suplico de la demanda y hace innecesario pronunciarse sobre la

espinosa cuestión de si en el Derecho español las omisiones perjudiciales para la masa activa pueden o no ser objeto de impugnación a través de las acciones concursales de reintegración. No siendo ésa la pretensión que la Administración concursal (auténtico dominus litis para este procedimiento) hace valer aquí, no hace falta decir que el Juzgador debe ceñirse a resolver en congruencia con los pedimentos oportunamente deducidos por las partes (art. 218 LECiv), sin que en ningún caso pueda concederse cosa distinta a lo peticionado.
En todo caso y en aras de la complitud, si pudiera interpretarse que en realidad lo que la demandante impugna es la omisión en la concurrencia a la ampliación de capital aprobada en Ecoedi 2002, SA, no consideramos que exista precepto legal alguno que impida a limine litis sustanciar la acción ejercitada. Siendo la rescisión concursal de las omisiones una cuestión dudosa en Derecho español (negando su aceptación en la doctrina E. Aznar Giner, La acción rescisoria concursal, Madrid: Tirant lo Blanch, 2009, p. 16 y especialmente n. 16 y E. Rodríguez Achútegui en VV.AA. La Reintegración en el Concurso de Acreedores, Madrid: Aranzadi-Thomson, 2009, p. 67), hemos de advertir que dicha posibilidad no aparece expresamente excluida en el texto de la Ley 22/2003. Tal silencio no puede considerarse que obedezca a un simple olvido o ignorancia de la posibilidad de que una actitud omisiva del deudor pueda ocasionar un perjuicio para la masa activa, pues ya en el art. 92 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 se había aludido expresamente a la posibilidad de impugnación no sólo de los actos sino también de las omisiones a través de las acciones rescisorias concursales.
En tal sentido debemos advertir, frente a cualquier argumentación que pudiera sostener la imposibilidad lógica de la rescisión de una actitud meramente omisiva atribuible al concursado y causante de un perjuicio para la masa activa, que la normativa concursal de algunos de los modelos que en Derecho comparado fueron considerados por el Legislador español expresamente contempla la posibilidad de impugnar tales omisiones (así, el § 129 de la InsO alemana de 5 de octubre de 1994 y § 1.2 de la AnfG); mientras que en otros países, a falta de un expreso reconocimiento (como acontece en España) han sido la jurisprudencia y la doctrina las que han colmado la laguna, interpretando el concepto de «acto rescindible» en el sentido de incluir también las omisiones (así, por referencia a la Ley suiza, véase W.AA. Kommentar zum Bundesgesetz ubre Schuldbetreibung und Konkurs, T. III, Basilea: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2005, art. 285 marg. 11).
Por consiguiente, no habiendo mencionado expresamente el Legislador español las omisiones perjudiciales entre los supuestos excluidos de la posibilidad de rescisión que se enumeran en el art. 71.5 LC, debemos entender que se ha remitido a la interpretación que la doctrina y jurisprudencia puedan atribuir al concepto de acto rescindible, a la luz de la propia evolución del tráfico jurídico en este ámbito y de los desarrollos que en Derecho comparado puedan darse.
CUARTO Centrada como queda la cuestión, se hace ocioso examinar una gran parte de los hechos accesorios y periféricos profusamente expuestos por las partes y acreditados con ingente documentación. Sucintamente expuesta, la única cuestión controvertida consistiría en determinar si el voto favorable por parte de la sociedad Construcciones Edisan, SA a una ampliación de capital en la sociedad Ecoedi 2002, SA puede interpretarse como un acto dispositivo perjudicial para la masa activa de la concursada. Y la respuesta a esta cuestión debe ser necesariamente negativa, como seguidamente vamos a ver.
A título introductorio conviene recordar que las acciones concursales de reintegración encuentran su justificación en la concreta recuperación para la masa activa de bienes o derechos salidos del patrimonio del concursado en perjuicio de los acreedores. El acto u omisión (si es que las omisiones pueden ser objeto de rescisión) debe ser de naturaleza dispositiva o bien equivaler a una disminución patrimonial sin correlativa contraprestación.
Allí donde no se ha producido por acción u omisión la salida de bienes o derechos del patrimonio del concursado, la acción rescisoria concursal carece de razón de ser. Por los mismos motivos no es dable rescindir el no aprovechamiento de una mera oportunidad de negocio (E. Aznar Giner, op. cit. p. 17) ni la omisión de adquirir bienes o derechos de cualquier naturaleza (dicha posibilidad ni siquiera se contempla en los ordenamientos que permiten la rescisión de las omisiones: véase, para el Derecho alemán W. Gerhardt, «Die Anfechtung im Konkurs», ZZP 1986, T. 99, p. 415).
En el presente caso, difícilmente puede decirse que el voto favorable a una ampliación de capital supusiera un menoscabo patrimonial para la concursada. Al adoptar dicha decisión de voto, lo único acaecido fue que la concursada no utilizó su mayoría en la sociedad Ecoedi 2002, SA para oponer trabas al otro socio (Europea de Desarrollos Urbanos, SA) en su voluntad de acceder al control de la compañía, que Construcciones Edisan, SA, debido a su situación de debilidad financiera, no podía continuar manteniendo ante la inaplazable inyección de liquidez que se precisaba en la empresa participada.
En consecuencia no concurre el primer requisito de la acción de reintegración, que es la existencia de un acto perjudicial de naturaleza dispositiva: la concursada adquirió en el año 2004 una participación en el capital de Ecoedi 2002, SA y sigue siendo titular de la misma. Dicha participación le confería una situación dominante en la sociedad, pero dicha situación se vio truncada precisamente por las necesidades financieras de la mercantil participada que, no siendo atendidas por Construcciones Edisan, SA, tuvieron que ser asumidas por el otro socio de la entidad, significando todo ello el lógico traspaso de poder a este último derivado de su mayor participación en el negocio.
Ni siquiera el patrimonio de Ecoedi 2002, SA se ha visto mermado a resultas de ningún acto de naturaleza dispositiva, toda vez que los valiosos inmuebles de los que es propietaria dicha sociedad no han hecho salida de su patrimonio. Dado que la enajenación de dichos inmuebles se plantea a día de hoy en términos puramente conjeturales, ignoramos por completo qué efecto podrá tener dicha operación sobre la valoración económica de la inversión de la concursada en su conjunto. De ahí que ni siquiera sea procedente entrar a enjuiciar (punto clave del debate entre las partes) cuál de las valoraciones de tales terrenos se ajusta a su valor de mercado, pues ninguno de ellos pertenece ni ha pertenecido en ningún momento al patrimonio de la concursada, siendo por ende imposible que pueda predicarse, respecto de cualquier acto de disposición de los mismos, la existencia de perjuicio para la masa activa. Pues aunque en términos puramente especulativos sería posible el ejercicio de una acción de reintegración para rescindir la disposición de un inmueble por parte de una sociedad

distinta de la concursada, combinando dicha rescisión con la doctrina del levantamiento del velo social, lo cierto es que en el presente caso dicho análisis se revelaría infructífero: la concursada no era ni inmediata ni mediatamente propietaria de los inmuebles en cuestión (existía otro socio, que desde luego no era un mero testaferro), por lo que ni siquiera su transmisión a valor inferior al de mercado podría juzgarse un acto perjudicial para la masa activa de este concurso.
Descartada la identificación entre el voto favorable a la ampliación de Ecoedi 2002, SA y un acto de carácter dispositivo, tampoco podemos aceptar que el mismo suponga un perjuicio para la masa activa de Construcciones Edisan, SA en los términos exigidos por la norma del art. 71 LC.
Mientras que, en términos teóricos, podría plantearse sin lugar a dudas la rescisión de aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio de una sociedad por parte de un deudor en concurso, incluyendo la compensación de créditos existentes contra dicha sociedad; debemos considerar que el mero voto favorable a una ampliación de capital en una sociedad de la que es accionista la concursada, no concurriendo esta última a la ampliación, resulta absolutamente inocuo para el patrimonio de la deudora.
En efecto, es un hecho pacífico entre las partes que la ampliación de capital aprobada en la Junta General Extraordinaria y Universal de Ecoedi 2002, SA en fecha de 4 de julio de 2008, vino motivada por la necesidad de hacer frente a cuantiosos gastos financieros según se refleja en la documentación obrante en autos, relacionados con la no renovación por diversas entidades financieras de los préstamos que habían sido concedidos a dicha compañía para la adquisición de los terrenos propiedad de esta última que han quedado reseñados en la relación de hechos probados.
Teniendo en cuenta que Construcciones Edisan, SA en dichas fechas se hallaba próxima a la declaración de concurso, es de presumir que atravesaba ya dificultades financieras que, desde su posición mayoritaria en Ecoedi 2002, SA le impidieron siquiera plantearse la posibilidad de efectuar nuevas aportaciones dinerarias, incrementando su endeudamiento o bien cercenando su maltrecha tesorería. Fuere cual fuere la motivación que le inspiró a votar favorablemente a la ampliación de capital, debe señalarse que dicho acto en sí ni entrañó ni ha supuesto hasta la fecha ningún perjuicio económico para los acreedores de la deudora. Al contrario, la ampliación vino a impedir que la sociedad Ecoedi 2002, SA de cuyo capital era titular la concursada en un 70%, entrase también en una situación de insolvencia, sin que existan motivos para afirmar que el incremento de la participación del socio financiero (Europea de Desarrollos Urbanos, SA) en la entidad haya podido suponer la pérdida de ningún bien o derecho para la masa activa de Construcciones Edisan, SA.
Tampoco cabe calificar como perjuicio patrimonial el efecto de dilución que ha supuesto para la participación de Construcciones Edisan, SA en Ecoedi 2002, SA la ampliación de capital aprobada sobre esta última sociedad, ni tampoco la pérdida de los derechos políticos inherentes a dicha dilución. Dicho efecto no deriva en términos causales de la aprobación de la ampliación de capital en sí, sino de la no concurrencia de Construcciones Edisan, SA a la misma, lo que no sólo ya hemos visto no constituye propiamente el objeto de la presente impugnación, sino que además constituiría una decisión económica perfectamente justificada ante la situación preconcursal de debilidad financiera de Construcciones Edisan, SA y por tanto subsumible en el concepto de actos (u omisiones) ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, en los términos expresados por el art. 71.5.1 LC. Téngase en cuenta, además, que la opción de mantenerse al margen de la ampliación de capital era la única alternativa que permitía a la concursada no asumir nuevas obligaciones económicas (en caso de concurrencia a la ampliación con aportación de efectivo) ni perder derechos de crédito de los que era titular (de haberse procedido al canje de los préstamos por capital), lo cual no sólo no habría mejorado su situación financiera y patrimonial sino que la habría empeorado considerablemente, sin ninguna ventaja apreciable para sus acreedores.
Señalar por último que aunque parece difícil especular con la posibilidad que a continuación enunciamos, en las condiciones de crisis económica actual y dadas las limitaciones urbanísticas presentes en la operación inmobiliaria que aparece asociada a la titularidad de los terrenos, no puede negarse categóricamente que una enajenación de los terrenos propiedad de Ecoedi 2002, SA en condiciones ventajosas no pueda suponer una inyección de efectivo para el patrimonio de la concursada que pueda servir para atender siquiera parcialmente a sus obligaciones con sus deudores. Tampoco cabe descartar que el socio mayoritario pueda intentar aprovechar su situación de dominio en Ecoedi 2002, SA para intentar transferir la titularidad de los inmuebles hacia sociedades vinculadas a cambio de un precio inferior al medio de mercado y en perjuicio del socio minoritario. Frente a tal eventualidad, es evidente que tendrá la concursada expedita la posibilidad de hacer valer los remedios impugnatorios previstos por el Derecho de sociedades, si es que puede acreditarse que el acuerdo que finalmente se adopte perjudica el interés social en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros (art. 115 TRLSA). Resulta claro también que si finalmente Ecoedi 2002, SA no pudiera hacer frente a las obligaciones asumidas frente a Construcciones Edisan, SA tras haber vendido los inmuebles por debajo de su valor de mercado, dicha situación de insolvencia habrá de determinar su propia declaración de concurso, en la que evidentemente la transmisión podrá ser rescindida de estimarse perjudicial para su propia masa activa”: SJM-1 Madrid 30.11.2009 (AC 2010/80; Incidente Concursal 660/2009)

0.4.4 No rescindibilidad de ejecución judicial

JM-1 Alicante

“Primero.- Se formula demanda incidental por la administración concursal de las personas físicas FELIPE y CARMEN varias acciones encaminadas a declarar la rescisión del procedimiento de ejecución de títulos no judiciales nº …, hoy en concurso, bien con carácter principal bien alguna de sus actuaciones por las que se fijan 3.856,40 € por intereses y 5.434,34 € por costas, con reintegro de 1427,37 € percibidos a cuenta de intereses
Todo ello, en esencia, por considerar que ante el impago del préstamo concertado por las citadas personas que ascendía a 33.572,63€, el BSCH debía haber ejecutado la prenda de valores que tenida para asegurar su pago,

que era bastante (35.000€) y no presentado la demanda ejecutiva que dio lugar a ese procedimiento en el que se han liquidado 3.856,40 € por intereses y 5.434,34 € por costas, tras haberse cobrado 35.000 € al realizarse los valores pignorados, aplicado su importe a principal (33.572,63€) y parte de intereses (1.427,37€). Y dado que los deudores (después concursados) no formularon oposición, se considera tal actuación omisiva perjudicial para la masa e incursa en el art 71 LC, que se invoca junto con el art 72 y 73LC, art 7 CC, arts 320 y 322 CCo y el RDL 1/2007 que aprueba el Texto refundido de la LGDC
A ello se allanan los demandados y se opone el BSCH
Segundo: Con carácter previo deben realizarse algunas consideraciones para centrar la cuestión debatida, ya que aunque se cita el art 71 y ss LC lo que se viene a solicitar en el fondo es la ineficacia de un procedimiento judicial de ejecución seguido ante un Juzgado de Primera Instancia, en todo, o en algunas de sus partes
Aunque no se invoca la falta de competencia objetiva de este Juzgado nos encontramos ante un presupuesto procesal de derecho necesario, y por tanto, merece respuesta judicial al no poder predicarse en este caso sumisión (art 238 LOPJ)
Si bien se reconoce que no existen pautas jurisprudenciales pacíficas en la materia, por lo novedoso del sistema concursal instaurado por la vigente LC, que no limita la competencia objetiva a las acciones propiamente de reintegración concursal sino que la amplia para todas aquellas de impugnación de actos de deudor que procedan conforme a Derecho (art 71.6LC) hay que afirmar:
a) si lo que se pretendiese es la denuncia de una nulidad por defectos procesales, que da lugar al incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ, en ese supuesto carecería de competencia este órgano para revisar la actuación de otro órgano judicial y
b) si lo que se pretende es que el BSCH devuelva las sumas percibidas parcialmente por intereses y su condición de acreedor fijada por resoluciones judiciales, la vía de ataque podrá ser su revisión a través del sistema de recursos, ya ordinarios (apelación) ya extraordinarios (revisión), pero no el incidente concursal. No puede este órgano revisar las resoluciones judiciales de otros órganos que fijan costas o liquidación de intereses: éstas son de obligado acatamiento (art 53LC) y los créditos en ellas recogidas de preceptivo reconocimiento (art 86LC). La seguridad jurídica (art 9CE) así lo impone, sin que pueda la declaración de concurso dejar en el vacío la actuación de otros órganos que en sus asuntos están revestidos de la misma autoridad como el que después conoce del concurso
Tercero.-En otro orden de cosas apuntar que tampoco puede servir la vía incidental concursal para evitar los efectos de la preclusión procesal: el deudor fue emplazado en el procedimiento de ejecución y si en ese momento no se opuso, no cabe ahora "resucitar" esa posibilidad al amparo de lo dispuesto en el Art. 71 y ss LC con invocación de que esa falta de actuación en el previo proceso ejecutivo es perjudicial para la masa.
Como ya se ha dicho en otras ocasiones, la ineficacia del art 73 LC no se anuda a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo), cuyos efectos han sido objeto de profunda crítica doctrinal, de la que se hace eco la última jurisprudencia recaía al efecto (STS de 5 y 13 de diciembre de 2005), sino que opta por acciones que se califican como rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, sin que la declaración de ineficacia del acto del concursado sea la afectación a los procesos judiciales ya sentenciados.
Ello podría tener lugar en su caso con el régimen de nulidad radical del antiguo 878 CCo, pero ahora la LC concreta tal eficacia: restitución de las prestaciones, con reintegración de los bienes/derechos salidos del patrimonio del deudor, y si ello no es posible (porque han pasado a un tercero distinto de aquel con el que contrató el deudor concursado que no es demandado o es de buena fe o goza de irrevindicabilidad (vgra adquisición en subasta judicial), o de protección registral) la recuperación del valor de los bienes transmitidos (art 72 LC)
Pero ni aun así la pretensión interesada puede ser estimada, ya que los si el ejecutado (aquí concursado) considerase que tiene motivos relevantes respecto de la actuación a su entender abusiva del ejecutante BSCH, la eficacia de esos actos deberá hacerla valer en el proceso que corresponda (art 564LEC) ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente (art 54LC) y no residenciarse en una "rescisoria "concursal
Finalmente, y a mayor abundamiento, si consta en el propio clausulado de la póliza concertada que el BSCH podía (facultad) hacer valer los derechos derivados de la pignoración u otro, que no es otra cosa que una plasmación de principio de responsabilidad patrimonial universal que consagra el art 1911CC, no se aprecia razón de fondo para estimar la demanda":SJM-1 Alicante 26.03.2009 (Sentencia 86/2009; Incidente Concursal 240/2009)

0.4.5 Rescisión parcial de actos parcialmente perjudiciales

Tribunal Supremo

"ANTECEDENTES DE HECHO (...) QUINTO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA
6. En el expresado incidente recayó sentencia el día cuatro de septiembre de dos mil siete cuya parte dispositiva es como sigue:
Que estimando parcialmente la demanda incidental presentada por la Administración concursal debo declarar la ineficacia de la cláusula indemnizatoria del acuerdo resolutorio de 27 de abril de 2005, por ser aquella superior a la realmente debida a HIDREL, reduciéndose la acordada por las partes a la cantidad de
750.000 euros y debiendo restituirse a la masa, por parte de HIDREL la cifra percibida en exceso, es decir la cantidad de 150.000 euros más los intereses legales desde el pago; absolviendo a FINE ACCES de cualquier pretensión deducida en su contra. Y ello sin expresa imposición de costas.
SEXTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN
7. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de HIDREL, S.L y

seguidos los trámites ante la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª) con el número de recurso de apelación 164/2008, el día veintiséis de diciembre de dos mil ocho recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:
FALLAMOS
Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los Tribunales Sra. Dufol Pallarés, en nombre y representación de la mercantil HIDREL S.L., contra la sentencia de fecha 4 de septiembre de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroño, que se revoca parcialmente, en el sentido de determinar que no procede la imposición de intereses de la cantidad de 150.000 # desde la fecha de pago, sino que procede imposición de los intereses a que se refiere el artículo 576 LEC, desde la fecha de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y en el sentido de no hacer imposición de costas causadas en primera instancia a ninguna de las partes.
Todo ello sin hacer imposición de costas causadas en este recurso apelación a ninguna de las partes (...)
FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES
1. Hechos
13. Los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida, integrados en lo menester, en lo que interesa a efectos de esta sentencia, en síntesis, son los siguientes:
1) El 24 de octubre de 2001 FINE PRODUCTS suscribió con HIDREL un contrato de distribución en España y Portugal de rampas y plataformas para vehículos especiales, así como otras prestaciones complementarias, entre ellas la asistencia técnica post-venta.
2) En el contrato se establecía una indemnización a favor de HIDREL para el caso de que el mismo no se prorrogase por voluntad de FINE PRODUCTS o falta de acuerdo en el precio de los productos u objetivos de venta.
3) El 6 de junio de 2002 ambas contratantes suscribieron una "adenda" en la que se incluyó una cláusula penal para el supuesto de resolución unilateral, manteniéndose la indemnización por no prorrogar el contrato.
4) El mismo día 6 de junio de 2002 FINE PRODUCTS y GESCOTEC IMPORT, S.L. (sociedad vinculada a HIDREL) suscribieron un contrato de distribución para el resto de la Unión Europea.
5) En abril de 2005 FINE ACCES ofertó a FINE PRODUCTS la adquisición de la actividad de transporte terrestre condicionada a la resolución de los contratos entre FINE PRODUCTS e HIDREL.
6) El 27 de abril de 2005 FINE ACCES, FINE PRODUCTS e HIDREL, suscribieron un contrato por el que, además de otros pactos que carecen de interés a efectos de esta sentencia, resolvían el contrato de distribución, fijándose una indemnización a favor de esta última de 850.000 euros por resolución, pese a que en el ejercicio 2004 no había alcanzado los objetivos fijados en el contrato.
7) HIDREL mantendría la garantía y asistencia técnica a los clientes a los que hubiere vendido rampas y plataformas elevadoras, percibiendo como contraprestación 50.000 euros.
8) Seguidamente FINE PRODUCTS vendió la rama de actividad a FINE ACCES por 1.700.000 euros.
9) El 6 de junio de 2005, un mes después del acuerdo, FINE PRODUCTS fue declarada en concurso.
2. Posición de la demandante
14. La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL impugnó el acuerdo indemnizatorio a favor de HIDREL por entenderlo improcedente o, cuando menos, por haberse fijado una indemnización muy superior a la procedente. (...)
TERCERO: LA RESCISIÓN DEL ACUERDO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE EXCLUSIVA
20. Como hemos indicado, el recurso adolece de insuperables defectos formales, pese a lo cual identificamos tres argumentos susceptibles de integrar otros tantos motivos de casación, a los que seguidamente daremos respuesta.
1. La rescisión de "actos" perjudiciales
1.1. Posición de la recurrente.
La recurrente sostiene en los "fundamentos" quinto, séptimo y noveno, que en el caso enjuiciado existe un negocio complejo consistente: 1) Por un lado, en la transmisión por la concursada a un tercero, de una rama de actividad vinculada a la resolución de una concesión exclusiva, ya que en otro caso la adquirente no tenía interés en su adquisición; 2) Por otro, la resolución que tuvo lugar mediante el desistimiento de mutuo acuerdo entre la concedente y después concursada y la concesionaria; y 3) Finalmente, un pacto de mantenimiento de garantías y servicio postventa respecto de las instalaciones anteriores al desistimiento de la concesión.
22. Partiendo de la anterior premisa afirma que, enmarcada la resolución del contrato de concesión en exclusiva en el marco de un negocio complejo, no es posible declarar la rescisión total o parcial de uno de los elementos que lo integran y, en consecuencia, o se rescinde la totalidad del negocio -que no es perjudicial para la concursada- o, por el contrario, no se anula ninguno.
1.2. La rescisión de actos perjudiciales.
Para que haya lugar a la reintegración concursal en el régimen vigente es precisa la existencia de perjuicio para la masa activa del concurso, al disponer el artículo 71.1 de la Ley Concursal que declarado el concurso, serán rescindibles " los actos perjudiciales para la masa activa...".
No concreta la norma que debe entenderse por "perjuicio para la masa activa", pese a lo cual, no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado.
Claro está que, para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas.
Ahora bien, aunque como regla la rescisión afecta a la totalidad del complejo negocial querido por las partes

como un todo, la propia norma autoriza -y en ocasiones regula de forma expresa- la disección de los distintos elementos que pueden integrar un contrato o negocio jurídico y, permite, por un lado, mantener su validez y, por otro, declarar la procedencia de la reintegración de concretos actos de ejecución, como lo demuestra de forma contundente la posibilidad de rescisión de pagos -actos debidos- y otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior al concurso.
Con mayor razón no existe obstáculo para la rescisión de un concreto contrato aunque esté económicamente conexo con otro y, en consecuencia, nada impide la del contrato de contrario consenso o acuerdo de voluntades de dejar sin efecto el de concesión exclusiva, o parte de él, manteniendo el de compraventa de la rama de actividad.
1.3. La rescisión parcial de actos parcialmente perjudiciales.
28. Aunque la norma no lo precisa de forma expresa, la regulación de los efectos de la estimación de la acción rescisoria permite deducir que está pensada para contratos bilaterales con prestaciones recíprocas susceptibles de restitución y que, como regla, tiene como punto de partida la nulidad de la totalidad del acto o negocio objeto de rescisión.
Pero: 1) No existe norma que prohíba expresamente la rescisión parcial en los casos en que resulte materialmente posible (en este sentido con referencia a la rescisión por fraude, sentencia 1182/2006, de 21 de noviembre); 2) La reparación del perjuicio permita modular los efectos de la rescisión.
Precisamente la rescisión parcial, en lo que es útil a los acreedores, es la posición que adopta la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en 2009, de innegable valor doctrinal, que en el artículo 1314 propone que "[e]n los contratos en fraude de acreedores la rescisión hará ineficaz el contrato sólo a favor del acreedor que lo haya impugnado y en la medida necesaria para que éste pueda cobrar, pudiendo ejecutar los bienes transmitidos en el patrimonio del adquirente", y es la que procede en aquellos supuestos en los que, existiendo perjuicio para la masa, no resulte posible la restitución de prestaciones por el concursado -ad ex. arrendamiento con renta perjudicial, retribución desorbitada de servicios ya prestados por terceros, etc.-, en cuyo caso, la indemnización procedente como prestación por equivalencia a la restitución, en modo alguno puede suponer, burlando la finalidad de la norma, el mantenimiento del perjuicio para la masa.”: STS 12.04.2012 (Sentencia 210/2012; Rollo 482/2009)

AP Madrid

“CUARTO. Se refiere el segundo de los motivos del recurso al fraude de ley e infracción del principio de legalidad procesal.
Entiende la recurrente que la acción de reintegración necesariamente debería referirse a la ineficacia del contrato de 1 de septiembre de 2009 y que no se pueden rescindir los pagos realizados a una de las partes en cumplimiento del contrato.
El motivo parte de un presupuesto inaceptable, en cuanto el Tribunal Supremo ha reiterado la posibilidad de que la acción de reintegración se refiera exclusivamente a determinados pagos efectuados en virtud de una relación negocial o a la parte de dicha relación de la que resulte el perjuicio para la masa del concurso. Así lo ha expresado, entre otras, en su sentencia de 12 de abril de 2012, incluyendo expresamente el supuesto que nos ocupa relativo a las retribuciones de servicios prestados:
"La rescisión parcial de actos parcialmente perjudiciales.
28. Aunque la norma no lo precisa de forma expresa, la regulación de los efectos de la estimación de la acción rescisoria permite deducir que está pensada para contratos bilaterales con prestaciones recíprocas susceptibles de restitución y que, como regla, tiene como punto de partida la nulidad de la totalidad del acto o negocio objeto de rescisión.
29. Pero: 1) No existe norma que prohíba expresamente la rescisión parcial en los casos en que resulte materialmente posible (en este sentido con referencia a la rescisión por fraude, sentencia 1182/2006, de 21 de noviembre); 2) La reparación del perjuicio permita modular los efectos de la rescisión.
30. Precisamente la rescisión parcial, en lo que es útil a los acreedores, es la posición que adopta la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en 2009, de innegable valor doctrinal, que en el artículo 1314 propone que "[e]n los contratos en fraude de acreedores la rescisión hará ineficaz el contrato sólo a favor del acreedor que lo haya impugnado y en la medida necesaria para que éste pueda cobrar, pudiendo ejecutar los bienes transmitidos en el patrimonio del adquirente", y es la que procede en aquellos supuestos en los que, existiendo perjuicio para la masa, no resulte posible la restitución de prestaciones por el concursado -ad ex. arrendamiento con renta perjudicial, retribución desorbitada de servicios ya prestados por terceros, etc.-, en cuyo caso, la indemnización procedente como prestación por equivalencia a la restitución, en modo alguno puede suponer, burlando la finalidad de la norma, el mantenimiento del perjuicio para la masa."
Y en el mismo sentido se pronuncia la STS de 28 de marzo de 2012.”: SAP Madrid (Sección 28) 27.10.2014 (Sentencia 303/2014; Rollo 77/2013)

“TERCERO.- El artículo 71.1 de la Ley Concursal permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de su declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
No cabe duda de que entre los actos susceptibles de rescisión están los pagos sin que la norma impida la rescisión de los pagos que pueda efectuar el deudor derivados de obligaciones nacidas de contratos sinalagmáticos, cuestión distinta es que concurran o no los requisitos precisos para apreciar su ineficacia, como se analizará a continuación.
Tampoco es necesario impugnar el contrato pudiendo impugnarse el pago por ser éste el que cause perjuicio

para la masa activa, lo que, incluso, puede estar amparado por una presunción iure et de iure de perjuicio, como cuando el pago está aplazado y se abona antes de la declaración de concurso cuando aún no está vencido (artículo 71.2 de la Ley Concursal).
Por lo demás, como indican las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 y 9 de abril de 2014 : "... la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado.", de lo que se deduce, primero, que es posible impugnar el pago efectuado en cumplimiento de una obligación y, segundo, que la rescisión del pago no afecta al negocio del que surge dicha obligación.
En el supuesto de autos no se pretende la ineficacia de la compraventa, que no se tacha de perjudicial ni podría ser objeto de la acción rescisoria concursal a la vista de la fecha de su celebración, sino solo el pago, lo que, en principio es posible, otra cosa es que se aprecie o no la existencia de perjuicio o que se pueda calificar como acto ordinario efectuado en condiciones normales y como tal inmune a la rescisión concursal.
No resultan de aplicación las sentencias del Tribunal Supremo invocadas por los apelantes para justificar la no rescindibilidad de los pagos efectuados en cumplimiento de la obligación nacida de un contrato sinalagmático pues al margen de que se dictan con relación a los viejos procesos de quiebra, lo que analizan son los efectos de la nulidad derivada de la retroacción cuando el acto impugnado era un contrato con obligaciones recíprocas, mientras que lo que ahora se está resolviendo es si puede o no rescindirse el pago como acto de disposición unilateral efectuado por la concursada aun cuando se haga en virtud de una obligación nacida de un contrato sinalagmático, cuando éste no ha sido impugnado.": SAP Madrid (Sección 28) 22.05.2015 (Sentencia 144/2015; Rollo 389/2013)

0.4.6 Rescisión de actos aislados vs. operativa negocial compleja inescindible

Tribunal Supremo

"Los términos de la norma -"serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa..."-permiten la impugnación de concretos comportamientos aislados del contexto en el que se desarrollan, incluso cuando se trata de actos debidos -como lo demuestra la posibilidad de atacar pagos anticipados-, por lo que desde la perspectiva teórica podría mantenerse por un lado la eficacia de la compraventa y, por otro, la reintegración de los pagos realizados de forma discriminada con el precio percibido, por entender que la primera no es lesiva para la masa y si lo es el pago, ya que incluso tratándose de deudas vencidas pueden constituir un comportamiento discriminatorio injustificado, pero también cabe vincular ambos cuando responden a una operativa negocial compleja que las partes han querido de forma inescindible.
Esta es la posición que ha apreciado la Audiencia al concluir que el comportamiento negocial complejo, no susceptible de fragmentación en distintos actos a efectos de la acción de reintegración, es lesivo para la masa activa, lo que constituye una valoración que, en cuanto supone un juicio de hecho no es susceptible de control en casación, a salvo supuestos *excepcionales, lo que no es el caso. ": STS 28.03.2012 (Sentencia 185/2012; Rollo 550/2009)*

"SEGUNDO (…) 2. Naturaleza jurídica de la rescisión concursal y su incidencia en el presente caso. Es claro, en atención a la propia terminología empleada por el legislador, que la acción de reintegración propiamente concursal introducida en el art. 71.1 LC, la rescisión concursal, tiene naturaleza rescisoria. Se trata de una acción de ineficacia funcional, en cuanto que presupone que el acto impugnado es válido, pero puede impugnarse en atención a los efectos perjudiciales para terceros, en este caso los acreedores en el posterior concurso de acreedores del disponente.
En atención a la previsión contenida en el art. 71.1 LC, que permite la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor (concursado) dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (de concurso), es importante identificar el acto de disposición que es objeto de impugnación a través de esta acción rescisoria concursal. De tal forma que, como advertimos en la sentencia 629/2012, de 26 de octubre, cabe impugnar un contrato sinalagmático, cuya estimación traerá consigo la restitución recíproca de las prestaciones realizadas, o puede también impugnarse sólo el pago o cumplimiento de una de las obligaciones generadas por ese contrato. En este segundo caso, mientras no se impugne el contrato, debemos partir de su validez y eficacia, y del carácter debido de la obligación satisfecha con el pago impugnado, por lo que las razones de la rescisión concursal del pago deberán ser las propias de este acto de disposición, tal y como expusimos con detalle en la reseñada sentencia 629/2012, de 26 de octubre. Lógicamente, si prosperara la rescisión de un pago o acto de cumplimiento de una obligación sus consecuencias no afectan a la eficacia del contrato, por lo que se acuerda la restitución del importe objeto de pago y el crédito satisfecho vuelve a renacer como crédito concursal.
Esta posibilidad de impugnar un negocio o un acto de cumplimiento de una de las obligaciones nacidas de ese contrato, con sus efectos propios en cada caso, puede darse, obviamente, cuando sea posible diferenciar entre estos dos actos. Este no es el caso de la escisión parcial y la transmisión de los activos que dicha escisión conlleva desde la sociedad escindida a la beneficiaria.
En una escisión parcial, como la realizada por la sociedad concursada, se traspasa en bloque por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de la sociedad escindida, cada una de las cuales forma una unidad económica, y los socios de la sociedad que se escinde reciben un número de acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde, cuyo capital social se reduce en la cuantía correspondiente.
La transmisión de los activos y pasivos de la rama de actividad escindida a favor de la sociedad beneficiaria es un efecto propio de la escisión, sin que sea un acto posterior o distinto de la propia escisión.
Conforme al régimen jurídico de la escisión previsto en el art. 73 LME, que se remite a las normas de la fusión,

con las salvedades que se exponen en los artículos siguientes, la eficacia de la escisión se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil (art. 46 LME).
En consecuencia, dejando a un lado la cuestión de la resistencia de las modificaciones estructurales traslativas a la rescisión concursal, no cabría ejercitar, en un caso como el presente, una acción rescisoria concursal que afectara sólo a la transmisión de los inmuebles y dejara incólume la escisión. La transmisión de los inmuebles incluidos en los activos de la rama de actividad escindida forma parte del propio negocio traslativo que supone la escisión, de la que no puede disociarse para su impugnación.
En contra de lo razonado por el recurrente, a este respecto, no afecta para nada el carácter funcional de la ineficacia propugnada por la rescisión concursal. Lo que impide ejercitar la rescisión concursal únicamente respecto de la aportación de los inmuebles es que este traslado de activos no es un acto distinto de la propia escisión. Por lo que, en todo caso, ha de pedirse la rescisión concursal de la escisión.": STS 21.11.2016 (Sentencia 682/2016; Recurso 570/2015)

0.4.6.1 Caso de compra de inmuebles a promotor por parte del banco para reducir deuda bancaria

Tribunal Supremo

"FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- Antecedentes del caso.
La administración concursal de la sociedad Mediterráneo Hispa Group, S.A. (en adelante, MHG) interpuso demanda contra MHG, contra Banco Español de Crédito, S.A. (en lo sucesivo, Banesto, que actualmente es Banco Santander) y contra la sociedad Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A. (en lo sucesivo, Mesena), cuya pretensión principal consistía en que se rescindieran los pagos realizados a favor de Banesto, por un importe total de 2.045.599,70 €, para cancelar una póliza de crédito, un préstamo hipotecario y un aval bancario, contratos concertados por MHG con Banesto. Dicho importe había sido obtenido mediante la venta de diversas fincas por MHG y por otra sociedad de su grupo, Tricenter Albamur, S.L., a sociedades inmobiliarias participadas, directa o indirectamente, por Banesto en un 100%, que actualmente se hallan fusionadas en la sociedad Mesena.
Dichas compraventas se celebraron el 28 de noviembre de 2008. El importe obtenido por las vendedoras fue ingresado en la cuenta que MHG tenía abierta en Banesto y aplicado sin solución de continuidad a cancelar los saldos deudores de las referidas pólizas bancarias de crédito, préstamo hipotecario y aval.
MHG fue declarada en concurso en junio de 2010. (...)
Recurso de casación.
OCTAVO.- Formulación del segundo motivo del recurso de casación.
1. Por razones sistemáticas, procede abordar en primer lugar el segundo motivo del recurso de casación.
En el primer párrafo del motivo se denuncia «la indebida aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal, ordinales 1 y 4, que requieren la producción de perjuicio para que un acto pueda ser objeto de la acción rescisoria concursal, y de la jurisprudencia que interpreta la noción de perjuicio en el sentido de admitirlo cuando el efecto negativo del acto recae sobre la masa pasiva del concurso ("concepto amplio" de perjuicio), si bien exigiendo que en tal caso es necesario que el perjuicio resulte injustificado al alterar expectativas de cobro legítimas».
2. Para fundamentar este motivo, Banesto alega, resumidamente, que al haberse cancelado la mayor parte de la deuda que MHG tenía con Banesto con la dación en pago, simulada bajo una compraventa, de una finca que no era propiedad de la deudora, sino de una tercera sociedad, Tricenter Albamur, perteneciente al mismo grupo que MHG, la operación no solo no fue perjudicial para la masa, sino que fue beneficiosa, puesto que se sustituyó el crédito de más de dos millones de euros que MHG mantenía con Banesto por otro crédito de un millón cien mil euros que al ser de una sociedad del grupo, tiene carácter subordinado. El pago rescindido habría producido efectos verdaderamente positivos porque la mayor parte de su importe proviene de una tercera entidad del grupo.
NOVENO.- Decisión de la sala. Carácter objetivo del perjuicio.
1. La Audiencia Provincial, en respuesta a este argumento, que fue ya esgrimido en la instancia, lo considera inaceptable porque «la operación realizada no tenía como finalidad procurar un beneficio a la concursada, sino por el contrario, propiciar la rápida liquidación de las deudas que la misma tenía contraídas con Banesto, al advertir claramente dicha entidad bancaria la situación de insolvencia de "Mediterráneo Hispa Group" S.A.».
2. En la acción rescisoria por fraude de acreedores del art. 1291.3 del Código Civil es preciso, además del perjuicio, el elemento subjetivo del consilium fraudis, como complicidad del transmitente con el destinatario de la transmisión patrimonial o, al menos, como conocimiento del perjuicio por parte de esta persona, para lo que resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio, scientia fraudis (sentencias de esta sala de 17 de julio de 2006, 406/2010, de 25 de junio, y 575/2015, de 3 de noviembre).
Sin embargo, para que proceda la acción rescisoria concursal, basta con que concurra el elemento objetivo del perjuicio. El perjuicio relevante para la estimación de las acciones de rescisión concursal es el que supone un sacrificio patrimonial injustificado.
Por tanto, lo relevante para apreciar la concurrencia de ese elemento no es la intención que moviera a Banesto al realizar la operación, sino si la misma causó un sacrificio patrimonial injustificado.
3. Los hechos fijados en la instancia muestran que la mayor parte del pago cuya rescisión se pretende con el ejercicio de la acción rescisoria concursal se hizo con el precio obtenido por una finca de una tercera sociedad, Tricenter Albamur, de la que la única circunstancia fáctica que se fija en la instancia es que pertenece al mismo grupo que la concursada.
Estas circunstancias determinan que, tal como afirma la recurrente, con la salida del patrimonio de la concursada de un activo cuyo valor apenas superaba los 900.000 euros, se canceló un crédito cuyo importe

superaba los dos millones de euros, pues el otro activo utilizado para tal cancelación provenía del patrimonio de un tercero. En caso de que Tricenter Albamur hubiera ejercitado la acción de reembolso frente a MHG por la dación de pago hecha en su beneficio, su crédito no habría tenido la consideración de ordinario, como lo era el crédito de Banesto, sino de subordinado, en virtud de lo previsto en el art. 92.5º de la Ley Concursal.
No han sido fijados en la instancia otros datos que permitan afirmar que la dación en pago hecha por Tricenter Albamur para cancelar la mayor parte de la deuda que MHG mantenía con Banesto haya supuesto un perjuicio para MHG. La Audiencia Provincial solo menciona que son sociedades del mismo grupo, no que MHG sea propietaria de la totalidad o la mayor parte del capital social de Tricenter Albamur. En su escrito de oposición al recurso, la propia MHG se refiere a Tricenter Albamur como una «tercera empresa».
4. Lo expuesto determina que este motivo del recurso deba estimarse, porque la intervención de una tercera persona en la cancelación de la deuda que MHG mantenía con Banesto, tercera persona que enajenó una finca cuyo precio sirvió para cancelar la mayor parte de dicha deuda, determina que no concurra el requisito del perjuicio, pues excluye la existencia de un sacrificio patrimonial injustificado en MHG, ya sea directo, porque su patrimonio sufriera una merma considerable, ya sea indirecto, porque se perjudicara la condición de otros acreedores estando la deudora en una situación de clara insolvencia.
5. Tampoco puede estimarse la pretensión formulada subsidiariamente por la parte demandante, consistente en que se rescinda exclusivamente el pago de las cantidades obtenidas con la dación en pago, encubierta mediante sendas compraventas, de las fincas propiedad de MHG.
La operación realizada tenía un carácter unitario, pues respondía a una misma causa y a una misma función económica, por lo que no puede desmembrarse para rescindir una parte, la que era menos beneficiosa para MHG, y dejar subsistente otra, la que benefició al patrimonio de MHG.
Lo expuesto lleva a que el recurso de casación deba estimarse, la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser revocada, y deba desestimarse la pretensión formulada en la demanda con carácter principal.”: ”:
STS 04.11.2016 (Sentencia 653/2016; Recurso 637/2014)

AP Barcelona

“PRIMERO.- La administración concursal de PROBAIX 2005 S.L., sociedad declarada en concurso por auto de 1 de septiembre de 2009, al amparo de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal, interpuso demanda de reintegración del acto de cancelación parcial de una póliza de crédito con garantía hipotecaria con vencimiento de 16 de junio de 2011. La acción se sustenta en los siguientes hechos que no son controvertidos:
1º) El 30 de septiembre de 2008, en un contexto de agudización de la crisis inmobiliaria y ante la imposibilidad, por parte de la concursada, de comercializar distintas promociones financiadas por CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES, ambas partes alcanzaron un acuerdo por el que la entidad de crédito adquiría determinados inmuebles de PROBAIX 2005 S.L., destinándose el precio a atender los préstamos hipotecarios que gravaban los inmuebles y otras posiciones deudoras de la concursada y de empresas de su grupo. De este modo, en sendas escrituras públicas otorgadas en la fecha indicada ante la notario Doña Eva María Fernández Medina (documentos dos y tres de la demanda), se realizaron los siguientes actos:
A) La sociedad TERRES Y PROYECTES S.L., participada íntegramente por CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES, adquirió la finca registral NUM000, consistente en un solar por edificar de 16.970 m2 en el municipio de Sabadell denominado "CAN GAMBUS", por un precio de 29.000.00 de euros.
B) CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES adquirió nueve viviendas unifamiliares prácticamente terminadas en Sant Antoni de Vilamajor, denominadas "LES PUNGOLES", por un precio de 5.500.000 euros.
La concursada, por tanto, percibió por ambas transacciones 34.500.000 euros y una cantidad adicional de 4.125.000 euros en concepto de IVA (en total, 39.525.000 euros).
2º) Como se ha expuesto, la cantidad obtenida se destinó a cancelar determinadas posiciones deudoras, en su mayor parte, de la concursada PROBAIX 2005 S.L., y en menor medida de una empresa del grupo. Así existe conformidad en que el precio se repartió de la siguiente manera:
A) 23.807.600 euros se destinó a cancelar la hipoteca que gravaba el solar de CAN GAMBUS.
B) 3.307.998,61 euros, a cancelar la hipoteca sobre las fincas de LES PUNGOLAS.
C) 5.200.000 euros a cancelar una póliza de crédito de la concursada y 188.749 euros al pago de intereses de demora del referido crédito.
D) 4.800.000 euros a cancelar una segunda póliza de crédito y 166.024,98 euros de intereses de demora del referido crédito.
E) 1.180.000 euros a cancelar una póliza de crédito de UGISA 4 HOLDING S.L. y 32.625,70 euros de intereses de demora de esa póliza.
F) 513.265,71 euros, que se destinaron a pagar recibos pendientes y descubiertos en cuenta.
G) 328.736,00 euros a atender una póliza de crédito con garantía hipotecaria de 2.700.000 euros, que quedó reducida a un nuevo límite de 2.371.264 euros.
3º) Este último acto de cancelación parcial es objeto de la acción de reintegración. No se discute que el 16 de junio de 2008 la concursada y CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES suscribieron una póliza de cuenta corriente por un importe máximo de 2.700.000 euros y con vencimiento el 16 de junio de 2011. Para garantizar su devolución, los demandados Sres. Purificacion y Teodoro constituyeron hipoteca sobre una vivienda unifamiliar de su propiedad y la entidad ALBIGUEL S.L., propiedad de éstos, constituyó hipoteca de máximo hasta 800.000 euros sobre un edificio de oficinas situado en El Prat de Llobregat. Asimismo los Sres. Purificacion y Teodoro prestaron su aval personal (documento cinco de la demanda).
Como hemos expuesto, el mismo 30 de septiembre de 2008 se destinó 328.736 euros a cancelar parcialmente esa póliza de crédito, que vio limitado su importe hasta un máximo de 2.371.264 euros. Al mismo tiempo se cancelaron las garantías personales y reales prestadas por los Sres. Teodoro y Purificacion, ampliándose, por el contrario, la garantía hipotecaria de máximo constituida por ALBIGUEL S.L., que pasó a responder de la

totalidad del crédito (documentos seis y siete de la demanda).
SEGUNDO.-La Administración Concursal sostuvo en su demanda que ese pago de 328.736 euros se trató de un acto de extinción parcial de una obligación con vencimiento posterior a la declaración de concurso y, en consecuencia, que se trataba de un acto que ha de presumirse perjudicial para la masa activa sin admitir prueba en contrario (artículo 71.2º de la Ley Concursal). Además la cancelación parcial de la póliza se habría realizado sin obtener una contraprestación equivalente, a diferencia de los avalistas, que modificaron las garantías prestadas. El único beneficiado por la operación, al entender de la administración concursal, lo fue CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES, que pudo reducir el crédito con la concursada. Por todo ello solicitó se acordara la rescisión del acto de cancelación parcial de la póliza de crédito y se condenara a la entidad demandada al pago de 328.736 euros, con sus intereses.
La sentencia de instancia acoge, en lo sustancial, los argumentos de las demandadas y desestima íntegramente la demanda. Según razona el juez a quo, la operación fue diseñada de forma conjunta, incluyendo la compraventa y todos los pagos relacionados, por lo que no puede pretenderse la rescisión de uno de los negocios o pagos que los integran, prescindiendo del resto. Y, sobretodo, porque el perjuicio que constituye el presupuesto de la rescisión debe predicarse no de uno de los pagos o negocios, sino del conjunto de todos ellos. La sentencia sostiene que existe una única operación y que la entidad demandada nunca hubiera adquirido los inmuebles ni por ese precio si con su producto la concursada no se hubiera obligado a cancelar posiciones deudoras propias y ajenas.
La sentencia es recurrida por la administración concursal. Considera que ha de distinguirse entre las operaciones de compraventa, de un lado, y el destino dado al precio, de otro. El acto aquí impugnado se integra en esta segunda parte de la operación llevada a cabo el 30 de septiembre de 2008 y puede ser rescindido por sí solo. La recurrente reitera, por otro lado, los argumentos de la demanda sobre el carácter perjudicial del acto.
Los demandados, por el contrario, se oponen al recurso y solicitan se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.
TERCERO.-Planteados los términos del debate, no podemos sino compartir los acertados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada. La administración concursal impugna un acto aislado -la cancelación parcial de una póliza de crédito con garantía hipotecaria-, cuando dicho acto se enmarca dentro de una operación más amplia integrada por distintos negocios jurídicos vinculados entre sí. El acuerdo entre las partes -la concursada, de un lado, titular de los inmuebles, y CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES, de otro- tuvo por objeto un negocio complejo que comprendía, a su vez, varios negocios y actos jurídicos, de tal suerte que la aceptación de unos venía condicionada por la conformidad con los otros. El consentimiento se proyectó sobre todo el negocio en su conjunto; fundamentalmente, la adquisición por CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES de determinados inmuebles que la concursada no estaba en condiciones de comercializar, por un precio cierto que necesariamente debía destinarse a atender posiciones deudoras de la concursada. Esto es, CAIXA D'ESTALVIS DEL PENDESES ofertó comprar inmuebles con la condición de que el precio se aplicara a cancelar operaciones de crédito que ya habían sido incumplidas. Y la aceptación de la concursada fue congruente con esa oferta, alcanzando, como un todo indivisible, a las condiciones de la venta y al destino que debía dársele al precio.
Como afirma la sentencia de instancia, la entidad demandada jamás hubiera adquirido los inmuebles referidos y mucho menos por el precio pactado si previamente la concursada no se hubiera obligado a cancelar las posiciones deudoras. Y si no es posible deslindar, en el terreno del concurso de la oferta y la aceptación, y en definitiva, en el ámbito del consentimiento contractual (artículos 1.262 del Código Civil), las compraventas, por un lado, y el destino dado al precio, por otro, entendemos que el perjuicio patrimonial, a los efectos establecidos en el artículo 71 de la Ley Concursal, también ha de valorarse tomando en consideración el negocio en su conjunto. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2008 (ROJ 2577/2008), en una rescisión de una operación de préstamo enmarcada en otra más compleja, avala la necesidad de valorar el perjuicio patrimonial atendiendo a la totalidad del negocio. En el mismo sentido se pronuncia la más reciente sentencia de 28 de marzo de 2012 (ROJ 2995/2012), que en un supuesto similar al enjuiciado (compraventa y destino del precio) considera que debe analizarse si unos actos están vinculados con otros, descartando la rescisión cuando todos ellos "respondan a una operativa negocial compleja que las partes han querido de forma inescindible."
CUARTO.-La administración concursal no cuestionó en la demanda que el acuerdo fuera único y que alcanzara tanto a las compraventas como al destino que debía darse al precio. Sólo a efectos de la rescisión considera que pueden deslindarse los pagos de las ventas. Y son muchos los hechos y las circunstancias que corroboran que nos hallamos ante un negocio complejo. De este modo, las ventas y los pagos se realizaron en la misma fecha (el 30 de septiembre de 2008). En la misma escritura de compraventa de las fincas de "LES PUNGOLES" se recoge la obligación de la vendedora de "liquidar" en ese mismo día las sumas adeudadas por los préstamos formalizados con CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES (folio 106). El extracto de la cuenta (documento cuatro de la demanda, al folio 114) refleja en aquella fecha el pago impugnado. Es más, la concursada afirma -y no se ha refutado- que el precio no se entregó a la compradora -"los representantes de CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES trajeron y se llevaron los talones de la Notaría", se dice en la contestación-.
Por otro lado y como señala el juez a quo, no es habitual ni se corresponde con el objeto social de CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES adquirir inmuebles todavía en construcción y solares. El acuerdo, por tanto, trató de dar respuesta a una situación patrimonial y financiera muy difícil por la que atravesaba la concursada, con créditos vencidos o de inminente vencimiento.
En definitiva, dado que no se ha cuestionado que el negocio en su conjunto fuera perjudicial para la masa, la acción de reintegración no puede prosperar. No se puede desligar el pago de 328.736,00 euros de los contratos de compraventa, del precio aceptado por la demandada o de los demás actos jurídicos que

integraron el negocio complejo formalizado en unidad de acto el 30 de septiembre de 2008. No estamos, como pretende la recurrente, ante un simple acto de cancelación parcial de una obligación con vencimiento posterior a la declaración del concurso. Ese pago tiene por causa y se justifica por las obligaciones asumidas por CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES en ese negocio más amplio y complejo al que nos venimos refiriendo.": SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2013 (Sentencia 179/2013; Rollo 716/2012)

"PRIMERO. 1. contra la concursada y contra Caixa D'Estalvis del Penedés (hoy Banco Mare Nostrum, S.A.) y Ugisa 4 Holding, S.L. en solicitud de que se condenara a las demandadas a restituir a la concursada la cantidad de 1.212.625,70 euros que ésta pagó el día 30 de septiembre de 2008 por cuenta de su matriz Ugisa.
La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda al considerar que no concurría perjuicio para la concursada ya que el pago de la deuda de la matriz se hizo en el contexto de una operación compleja que comportó la dación en pago por parte de la concursada de inmuebles por valor de 39.525.000 euros (IVA incluido) en contraprestación por la cancelación de diversas posiciones deudoras que la concursada tenía con Caixa Penedés, entre ellas la cancelación de la póliza de crédito de Ugisa de 1.180.000 euros. La razón por la que se apreció que no existía perjuicio es porque la operación se diseñó de forma conjunta y no puede pretenderse la rescisión de uno concreto de los pagos de forma separada.
El recurso de. Y tampoco ha tenido en cuenta que la concursada tenía a la fecha de la operación otras posiciones deudoras en Caixa Penedés por un importe total de 9.047.149,31 euros, lo que hace aún más injustificado el destino concedido al pago de la deuda de un tercero (la matriz), deuda que se encontraba garantizada con una hipoteca constituida sobre una vivienda unifamiliar propiedad de los Sres. Alejandro y Daniel (el administrador de la concursada y su esposa).
SEGUNDO. 4. No podemos compartir con ese análisis. Lo que la resolución recurrida afirma es que la concreta operación impugnada, el pago de una deuda de la matriz, hecho en el marco de una operación mucho más amplia, no puede ser analizada de forma aislada, como propone de la rescisión a la matriz sino que ha extendido tanto la acción como su petición de efectos a la entidad financiera. Por consiguiente, no estamos analizando simplemente el pago de una deuda de la matriz hecho por una sociedad filial, pago que no cabe duda que benefició a la matriz y al administrador de la concursada, pues permitió liberar al inmueble que constituye su vivienda familiar de una carga hipotecaria. Y, en lógica consecuencia, se tradujo en un perjuicio para la concursada.
Al haber incluido, que de paso beneficia al administrador de la concursada, sino que debe analizarse la íntegra operación dentro de la cual se enmarca, para juzgar adecuadamente si existe perjuicio para la masa activa de la concursada, como con acierto ha hecho la resolución recurrida.
Como afirma la sentencia de instancia, la entidad demandada jamás hubiera adquirido los inmuebles referidos, y mucho menos por el precio pactado, si previamente la concursada no se hubiera obligado a cancelar las posiciones deudoras. Y si no es posible deslindar, en el terreno del concurso de la oferta y la aceptación, y en definitiva, en el ámbito del consentimiento contractual (artículos 1.262 del Código Civil), las compraventas, por un lado, y el destino dado al precio, por otro, entendemos que el perjuicio patrimonial, a los efectos establecidos en el artículo 71 de el negocio en su conjunto. entencia a una operativa negocial compleja que las partes han querido de forma inescindible".
No se discute por las partes que esa operación compleja, que se materializó tras arduas negociaciones, se llevó a cabo el 30 de septiembre de 2008 y en sustancia consistió en que la concursada Promobaix 2005 dio en pago a Caixa Penedés diversos inmuebles a cambio de amortizar posiciones deudoras. Concretamente, los inmuebles dados en pago fueron los siguientes:
a) Un terreno en Can Gambus (Sabadell), que la concursada había adquirido el 26 de abril de 2006 por 28,564.100 euros y que vendió a Terres i Projectes, S.L. (una sociedad del grupo Caixa Penedés) por
29.000.000 + 4.640.000 de IVA. b) 9 casas unifamiliares sitas en URBANIZACIÓN000, que vendió a Caixa Penedés por 5.500.000
+ 385.000 de IVA.
El importe total de esas ventas se fijó en la cantidad de 39.525.000 euros (IVA incluido). Con ese importe se acordó que Caixa Penedés procedería a cancelar posiciones deudoras en su mayor parte de la concursada, y en una pequeña parte de Ugisa (la parte que es objeto de la acción de reintegración) por igual importe de 39.525.000 euros. Concretamente, el desglose de las posiciones deudoras que sirvieron como contraprestación de las fincas entregadas en pago es el siguiente:
a) 23.807.600 euros se destinó a cancelar la hipoteca que gravaba el solar de Can Gambus.
b) 3.307.998,61 euros, a cancelar la hipoteca sobre las fincas URBANIZACIÓN000.
c) 5.200.000 euros a cancelar una póliza de crédito de la concursada y 188.749 euros al pago de intereses de demora del referido crédito.
d) 4.800.000 euros a cancelar una segunda póliza de crédito y 166.024,98 euros de intereses de demora del referido crédito.
e) 1.180.000 euros a cancelar una póliza de crédito de Ugisa 4 Holding S.L. y 32.625,70 euros de intereses de demora de esa póliza. Estas son las cantidades objeto de la rescisión en este procedimiento.
f) 513.265,71 euros, que se destinaron a pagar recibos pendientes y descubiertos en cuenta.
g) 328.736,00 euros a atender una póliza de crédito con garantía hipotecaria de 2.700.000 euros, que quedó reducida a un nuevo límite de 2.371.264 euros.
7. Los términos de la operación, vista desde la perspectiva del patrimonio de la concursada, evidencian que fue muy favorable a sus intereses. En un entorno de incapacidad para afrontar el pago de las obligaciones corrientes y de crisis inmobiliaria completamente desatada, en la que no resultaba posible vender en el mercado los inmuebles, consigue desprenderse de un solar por un valor similar al de adquisición en el momento más álgido del boom inmobiliario, incluso algo superior; y también consigue desprenderse de 9 inmuebles ya construidos que la concursada no conseguía vender en el mercado, por un precio que tampoco

tenemos razones para pensar que fuera inferior al de tasación de esos inmuebles a efectos de constitución de las hipotecas, esto es, por un valor muy superior al valor real o de mercado de esos inmuebles, tanto en aquel momento como a fecha actual.
Ya desde la perspectiva de septiembre de 2008 es fácil deducir que la operación no era perjudicial para la concursada sino todo lo contrario, muy beneficiosa. Y si se la contempla desde la perspectiva de un año más tarde, esto es, desde la perspectiva del momento de la declaración del concurso, aún es más favorable el juicio: para la concursada fue un buen negocio porque le permitió desprenderse de parte de sus activos a un valor muy superior al que en ese momento hubieran tenido y reducir de forma sustancial su carga financiera. Quien con toda probabilidad no hizo tan buen negocio fue la entidad financiera quien, si bien no se vio forzada a llevar a su cuenta de resultados de forma inmediata pérdidas derivadas de los impagos de los créditos por parte de Probaix, esto es, a provisionarlos, lo cierto es que adquirió, en pago de sus créditos, activos tasados con un valor muy superior al de mercado, como el transcurso del tiempo ha evidenciado.
Aún es más favorable el juicio a la inexistencia de perjuicio para la masa concursal si se considera que los activos transferidos se encontraban hipotecados a favor de Caixa Penedés y que la concursada había dejado de atender los pagos de las mensualidades de amortización pactadas, de forma que la entidad financiera estaba en disposición de poder realizar los inmuebles por la vía de la ejecución hipotecaria, lo que sin duda hubiera comportado un mayor perjuicio para su patrimonio.
9. Ante ello, el hecho de que en la operación se incluyera el pago de una deuda ajena, esto es, de una deuda de una sociedad distinta, aunque vinculada con la concursada, se estima que no modifica el juicio favorable a la inexistencia de perjuicio, tal y como ha considerado la resolución recurrida.
El hecho de que ese pago haya podido redundar en beneficio de terceras personas (la sociedad matriz y el administrador de la concursada) no constituye tampoco un argumento que permita modificar el juicio sobre la inexistencia de perjuicio desde la perspectiva en la que es posible hacerlo en el ámbito de la concreta acción ejercitada, ni siquiera por el hecho de que la propia concursada tuviera con la entidad financiera otras posiciones deudoras que también pudieran haber sido objeto de amortización. La elección de esa concreta posición, y que la misma pudiera obedecer a un imperativo de Caixa Penedés, tampoco la podemos descartar y puede tener justificación en la confianza de la entidad financiera de que ofreciera mayor solvencia la concursada que su matriz, una sociedad que se afirma que no generaba recursos y no podía atender al pago de sus obligaciones corrientes, entre ellas la cancelada.
En suma, compartimos el punto de vista que expresa la resolución recurrida y consideramos que no concurre el perjuicio que pueda justificar la reintegración concursal solicitada.": SAP Barcelona (Sección 15) 22.05.2013 (Sentencia 218/2013; Rollo 137/2013)

"PRIMERO.- La administración concursal de PROMEVOL S.A., sociedad declarada en concurso por auto de 15 de junio de 2011, ejercitó acción rescisoria, al amparo de lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, contra los demandados SERVIHABITAT XXI S.A., GABINETE JUAN J. GÓMEZ & ASOCIADOS S.L., GESTIO I SERVEIS MC QUATRE S.L. y Don Narciso, con la finalidad de que éstos reintegraran a la masa activa determinadas cantidades percibidas pocos días antes de la declaración de concurso. Para la resolución del recurso, dado que sólo impugna la sentencia SERVIHABITAT XXI S.A. (en adelante, SERVIHABITAT), hemos de partir de los siguientes hechos no controvertidos:
1º) El 20 de enero de 2011 PROMEVOL S.A. presentó ante el Juzgado de lo Mercantil 10 de Barcelona escrito comunicando su situación de insolvencia y que había iniciado negociaciones para alcanzar un convenio anticipado, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3º de la Ley Concursal.
2º) El 7 de junio de 2011 PROMEVOL otorgó escritura pública de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario a favor de SERVIHABITAT, filial de CAIXABANK, adquiriendo 13 viviendas, 13 trasteros y 29 plazas de parking de un edificio sito en la calle Rafael de Casanova 30-32 de Palafrugell (documento uno de la demanda). El precio se fijó en 1.820.000 euros, más el IVA correspondiente (147.560 euros).
Dado que el importe del préstamo hipotecario que gravaba los inmuebles ascendía a 2.292.214,41 euros, el precio fue retenido por la entidad compradora para atender la deuda pendiente.
3º) El mismo día 7 de junio de 2011 CAIXABANK firmó el documento privado que se acompaña a la demanda como documento dos, por el que condonaba a PROMEVOL 472.214,41 euros, esto es, la cantidad que resultaba de deducir del total de la deuda hipotecaria el precio pactado por la venta.
4º) También el 7 de junio de 2011 SERVIHABITAT y PROMEVOL firmaron el contrato privado que se aporta como documento diez (folio 113), por el que la concursada entregó a SERVIHABITAT 45.000 euros procedentes del IVA de la operación, suma que debía destinar la compradora a atender gastos que PROMEVOL había asumido con ocasión de la venta -fundamentalmente, la liquidación de tasas e impuestos sobre los inmuebles, que habían dado lugar a un embargo ejecutivo ordenado por el Ayuntamiento de Palafrugell (30.234,42 euros), reparaciones y trabajos pendientes (7.650 euros) y facturas de ENDESA (4.115,58 euros).
No se discute que, declarado el concurso, SERVIHABITAT devolvió a la concursada 5.315,58 euros de los 45.000 euros percibidos.
5º) El 15 de junio de 2011 PROMEVOL solicitó la declaración de concurso voluntario, que fue declarado finalmente por auto de la misma fecha.
SEGUNDO.-La Administración Concursal sostuvo en su demanda que ese pago de 45.000 euros a SERVIHABITAT, al igual que otros pagos también impugnados a favor del resto de los demandados, fue perjudicial para la masa activa, dado que se privilegió a un acreedor en detrimento del resto, quebrándose con ello el principio de la paridad.
A tal pretensión se opuso la demandada, que manifestó en su escrito de contestación que consintió comprar las fincas libres de cargas y gravámenes, a excepción de la hipoteca constituida a favor de CAIXABANK, y al corriente en el pago de impuestos y gastos de toda índole. El depósito de 45.000 euros se destinó a atender

dichos gastos e impuestos. No concurren, a su entender, los requisitos exigidos por los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, dado que no habría prestado su consentimiento a la venta y condonación parcial de la deuda sin disponer del depósito constituido por la concursada para atender aquellos gastos e impuestos.
La sentencia de instancia, tras fijar con precisión los hechos probados y delimitar adecuadamente los términos de la controversia, estima íntegramente la demanda. Según señala el juez a quo en el hecho tercero de la sentencia, lo relevante no es si el precio de la compraventa fue inferior o superior al del mercado y si CAIXABANK accedió a condenar parte de la deuda. A su entender lo importante es la vulneración de la par condicio creditorum. Rechaza que el depósito se constituyera para cumplir con obligaciones derivadas de la escritura pública, sino que se destinó a pagar a acreedores de la concursada, alterándose el principio de la paridad. Por los mismos motivos también acordó la rescisión de los otros pagos objeto de la demanda.
La sentencia es recurrida únicamente por SERVIHABITAT, que insiste en los mismos argumentos esgrimidos en su escrito de contestación. La administración concursal, por su parte, se opone al recurso y solicita se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.
TERCERO.-Planteados los términos del debate, no podemos sino compartir los argumentos de la recurrente. La administración concursal impugna un acto aislado -el pago de 45.000 euros a SERVIHABITAT con la cantidad procedente del IVA-, cuando dicho acto se enmarca dentro de una operación más amplia integrada por la escritura pública de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario, el documento de condonación de parte de la deuda y el contrato privado de constitución de un depósito en cumplimiento de las obligaciones asumidas por la concursada en la escritura pública y en el propio contrato. El acuerdo entre las partes -la concursada, de un lado, titular de los inmuebles, y SERVIHABITAT, de otro- tuvo por objeto un negocio complejo que comprendía, a su vez, varios negocios y actos jurídicos, de tal suerte que la aceptación de unos venía condicionada por la conformidad con los otros. Como dijimos en nuestra anterior sentencia de 2 de mayo de 2013 (Rollo 716/2012), en un supuesto similar al enjuiciado, el consentimiento se proyectó sobre todo el negocio en su conjunto - compraventa, condonación de deuda y destino que había que dar a parte del precio-. Esto es, SERVIHABITAT aceptó comprar los inmuebles y condonar una parte sustancial de la deuda por cuanto PROMEVOL había aceptado que se cancelarían determinadas cargas y obligaciones que pesaban sobre aquellos inmuebles, que se transmitieron libres de cualquier gravamen. Y la aceptación de la concursada fue congruente con esa oferta, alcanzando, como un todo indivisible, a las condiciones de la venta y al destino que debía dársele al precio.
Tal y como hemos expuesto, la mayor parte de la cantidad entregada a SERVIHABITAT se destinó a cancelar una anotación de embargo a favor del Ayuntamiento de Palafrugell que gravaba tres de las fincas registrales transmitidas. En la escritura se menciona esa carga y la obligación del transmitente de sufragar su importe (estipulación séptima, apartado o/, al folio 83). Esa obligación se concretó en la misma fecha, mediante la entrega en concepto de depósito de los 45.000 euros.
Como afirma la recurrente, SERVIHABITAT no hubiera aceptado adquirir los inmuebles por 2.292.214,41 euros y condonar 472.214,41 euros, si PROMEVOL no hubiera asumido en la propia escritura cancelar los embargos que pesaban sobre los inmuebles y si no hubiera constituido el depósito por 45.000 euros. Los tres contratos se firmaron en unidad de acto y forman parte del mismo negocio. Y si no es posible deslindar, en el terreno del concurso de la oferta y la aceptación, y en definitiva, en el ámbito del consentimiento contractual (artículos 1.262 del Código Civil), la compraventa y la condonación, por un lado, y el destino dado al precio, por otro, entendemos que el perjuicio patrimonial, a los efectos establecidos en el artículo 71 de la Ley Concursal, también ha de valorarse tomando en consideración el negocio en su conjunto. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2008 (ROJ 2577/2008), en una rescisión de una operación de préstamo enmarcada en otra más compleja, avala la necesidad de valorar el perjuicio patrimonial atendiendo a la totalidad del negocio. En el mismo sentido se pronuncia la más reciente sentencia de 28 de marzo de 2012 (ROJ 2995/2012), que en un supuesto similar al enjuiciado (compraventa y destino del precio) considera que debe analizarse si unos actos están vinculados con otros, descartando la rescisión cuando todos ellos "respondan a una operativa negocial compleja que las partes han querido de forma inescindible."
En definitiva, el acuerdo fue único y alcanzó a la venta, la condonación de la deuda y la constitución de un depósito para cancelar obligaciones que pesaban o guardaban relación con los inmuebles. No se cuestiona, por otro lado, que el negocio en su conjunto fuera beneficioso para la masa, por lo que la acción de reintegración no puede prosperar.
Por todo ello debemos estimar el recurso y dejar sin efecto la condena a SERVIHABITAT a reintegrar la cantidad de 39.684,42 euros.”: SAP Barcelona (Sección 15) 24.07.2013 (Sentencia 315/2013; Rollo 792/2012)

0.4.7 Fianza

Vid. las resoluciones incluidas en el art 71.2, apartado 1.5.0

0.4.8 Garantías ya ejecutadas

AP Madrid

“A fin de pronunciarnos de forma exhaustiva sobre la totalidad de las cuestiones planteadas examinaremos el resto de motivos alegados por la parte apelada por los que, según su entender, no podría prosperar la demanda, aunque ya no alteren el resultado del recurso.
SEXTO. Sostiene BANCO PASTOR, S.A. en cuarto lugar que el contrato de prenda que la demanda pretende impugnar se extinguió en su día, una vez ejecutada la prenda, por lo que no cabe ejercitar acciones de impugnación. Añade que se siguió ejecución hipotecaria del garaje, despachándose ejecución en los autos

núm. 416/2007.
La alegación viene a confundir la constitución de la garantía con su ejecución. El hecho de que la garantía se hubiera ejecutado no sustrae el acuerdo de constitución de la posibilidad de ser rescindido, con las consecuencias restitutorias a que hubiera lugar, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 LC. Hay que recordar que la propia Ley Concursal incluye dentro de los actos que pueden ser objeto de rescisión a aquellos que resulten extintivos de obligaciones - artículo 71.2 LC -, lo que en ningún caso impide el ejercicio de las acciones de reintegración, dada su naturaleza. Este régimen se extiende tanto a los negocios bilaterales, se hubieran cumplido o no las obligaciones derivadas de los mismos, como a los actos unilaterales extintivos de obligaciones, sin perjuicio de los distintos efectos que conlleve la rescisión de unos u otros (STS de 26 de octubre de 2012).
La ejecución no supone otra cosa que el ejercicio del derecho del acreedor derivado de la constitución de la prenda. Lo que extingue la prenda es el cumplimiento de la obligación garantizada. Sin embargo, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de negocios bilaterales no impide el ejercicio de las acciones de reintegración, sin perjuicio de las consecuencias restitutorias. ":SAP Madrid (Sección 28) 05.04.2013 (Sentencia 97/2013; Rollo 66/2012)

0.4.9 ¿Es rescindible una escisión societaria?

0.4.9.1 No cabe rescisoria concursal

*** Tribunal Supremo ***

"FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO. ***Resumen de antecedentes***
1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.
Recobesa, S.L., sociedad unipersonal cuyo único socio era Rolaelsa, S.L., fue declarada en concurso de acreedores el día 8 de enero de 2013.
Propertyxest, S.L. es una sociedad unipersonal, cuyo socio único es Pedro Jesús.
El administrador único de estas tres sociedades, Recobesa, S.L., Rolaelsa, S.L. y Propertyxest, S.L., era Groupxest, S.L., que en los tres casos había designado para desarrollar las funciones de administrador a Casimiro.
Las juntas universales, celebradas el 6 de agosto de 2010, de Recobesa, S.L. y Propertyxest, S.L. aprobaron la escisión parcial de la rama de actividad de arrendamiento inmobiliario de Recobesa, S.L. a favor de la sociedad beneficiaria Propertyxest, S.L. Ambos acuerdos se instrumentaron en escritura pública de 31 de diciembre de 2010, y la inscripción registral data del 10 de marzo de 2011.
El valor contable de los activos de la rama de actividad escindida ascendía a 1.729.225,66 euros y el de los pasivos asociados a esta rama de actividad era de 1.529.625,66 euros. El patrimonio neto contable de la rama de actividad escindida era de 149.600 euros. Como el patrimonio neto contable de la sociedad escindida era de 889.912,11 euros, el traspaso de la rama de actividad representaba el 16,81%, porcentaje en el que se redujo el capital social de Recobesa, S.L.
Consecuencia de la escisión, la sociedad beneficiaria (Propertyxest, S.L.) aumentó su capital social de 3.100 euros a 152.700 euros, mediante la emisión de nuevas participaciones, suscritas íntegramente por Rolaelsa, S.L.
En la sección de calificación, tanto la administración concursal como el ministerio fiscal interesaron la calificación de concurso fortuito, lo que fue declarado por el juez.
2. La administración concursal de Recobesa, S.L. interpuso un incidente concursal de reintegración, en el que ejercitaba la acción rescisoria concursal frente a la transmisión de activos que conllevó la escisión.
En su demanda, razona que la única finalidad pretendida con la escisión parcial era sustraer del ámbito de la responsabilidad patrimonial de Recobesa, S.L. el patrimonio neto escindido, pues se transmitieron los inmuebles menos gravados y que generaban rentas, lo que contribuyó a abocar a Recobesa, S.L. a la situación de insolvencia y al concurso de acreedores. Para la administración concursal**,** el perjuicio patrimonial se concretaba en la salida del patrimonio escindido de la concursada a título gratuito, pues en una escisión parcial la contraprestación por el patrimonio escindido no la percibe la sociedad escindida sino los socios de ésta. Existiría, por ello, una presunción *iuris et de iure* de perjuicio patrimonial.
La demanda contenía una petición principal: la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles, con las cargas que los gravaban, operada por medio de la escisión parcial de Recobesa, S.L. a favor de Propertyxest, S.L., y la condena de esta última a la reintegración de aquellos inmuebles a la masa, o su equivalente pecuniario en caso de que hubieran sido transmitidos a un tercero. Y también una petición subsidiaria: la declaración de la ineficacia de la escisión parcial, alegando que los actos de rescisión pretendidos encajan en las presunciones de perjuicio patrimonial para la masa del artículo 71.2 LC -actos de disposición a título gratuito-, o del artículo 72.3.1º. LC -actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con la concursada-.
3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En cuanto a la petición principal, entendió que no procedía aislar la transmisión de la propiedad de los inmuebles, que situó temporalmente en el día 31 de diciembre de 2010, fecha del otorgamiento de la escritura pública de escisión, de la modificación estructural societaria que la justifica. Si se pretendía la ineficacia de la transmisión de la propiedad sobre aquellos inmuebles, era preciso rescindir el negocio que la justificaba, es decir, impugnar la escisión parcial, cuya eficacia se produce con su inscripción en el Registro Mercantil**,** que en este caso tuvo lugar el 10 de marzo de 2011, dentro de los dos años anteriores al auto de declaración de concurso.

El juzgado mercantil pasó a continuación a interpretar el art. 47.1 LME y concluyó a favor de la resistencia de la escisión parcial a la acción rescisoria concursal**.** Entendió que el art. 47.1 LME veda, por razones de seguridad jurídica, cualquier acción impugnatoria posterior a la inscripción registral, por lo que la escisión quedaría a salvo de las rescisorias comunes del Código Civil y de la reintegradora concursal**.**
Por otra parte, aun en el caso en que se entendiera que cabía ejercitar la rescisión concursal**,** argumentó que ni operaría la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del art. 71.2 LC, pues la causa de la escisión no es la mera liberalidad, ni tampoco la presunción *iuris tantum* del art. 71.3.1º LC, porque no existe un acto dispositivo a título oneroso de la sociedad escindida a favor de la beneficiaria. Finalmente, rechazó que pudiera apreciarse perjuicio para la masa ligado a la denunciada defectuosa valoración de un conjunto patrimonial cuyo contra-valor eran las participaciones sociales que recibían los socios en la sociedad beneficiaria, ni al hipotético daño que pudiera concretarse en la determinación de nuevos créditos concursales de naturaleza fiscal por un posible rechazo de la aplicación de los beneficios del régimen especial de escisiones regulado en la Ley del Impuesto de Sociedades aprobada por Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, al haber quedado los inmuebles arrendados fuera del bloque patrimonial traspasado.
4. Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por la administración concursal**,** la Audiencia Provincial desestimó el recurso.
La Audiencia ratifica el criterio del juzgado mercantil de que las modificaciones estructurales traslativas inscritas en el Registro Mercantil antes de la declaración de concurso no pueden ser objeto de las acciones de reintegración previstas en el artículo 71 LC, como consecuencia de la eficacia convalidante de la inscripción, por evidentes razones de seguridad jurídica. En este sentido, entiende que la utilización del término impugnación cubre todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a un negocio jurídico, entre ellas las rescisorias. En atención a los mecanismos de protección de los acreedores a través del derecho de oposición, su no ejercicio en el momento oportuno impide al acreedor impugnar la escisión tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de la LME. Esto alcanza a la acción de rescisión concursal**,** pues su fundamento es el perjuicio para la masa activa, una vez que los acreedores anteriores consintieron en su momento la modificación estructural traslativa. Por su parte, los acreedores de créditos nacidos con posterioridad a la publicación del proyecto conocían o pudieron haber conocido la real situación patrimonial de la sociedad con la que pretendían contratar, por lo que no parece que por dicha razón anterior pudiera proceder la rescisión concursal con la consiguiente ineficacia de la escisión.
La Audiencia advierte que quedan a salvo los derechos de los socios y de terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados, y la responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas a las que quedan sujetas las sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido.
Además, considera que no ha resultado acreditado el perjuicio para la masa activa, sin que quepa sostener que se trató de un acto a título gratuito por el canje operado con la escisión parcial no solo de los activos sino también de los pasivos, y sin que pueda apreciarse la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial del artículo 71.3.1º. LC, por cuanto no se trata de un acto dispositivo a título oneroso que la sociedad escindida haya realizado a favor de la beneficiaria, al haberse producido un canje de acciones.
La sentencia de apelación alude también al auto de archivo de la sección sexta, al coincidir el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal en la calificación del concurso como fortuito; y a que la Ley Concursal admite como propuesta de convenio la fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo de la persona jurídica concursada.
5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por la administración concursal**,** sobre la base de un único motivo.
SEGUNDO. ***Recurso de casación***
1. ***Formulación del motivo.*** El motivo denuncia la infracción de los apartados 1, 2 y 3.1º del art. 71, así como los arts. 73.1 y 3, y 93.2.1 º y 2º LC, en relación con los arts. 25, 46.1, 47.1. 2. 3 y 4, 70.1, 73 y 80 LME, los arts. 1.1, 3.1, 6.4 y 609 CC, y el art. 33 LSC.
El recurso de casación reitera las razones aducidas en el recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia.
Frente a la tesis seguida por la sentencia recurrida de la resistencia de la escisión a la rescisión concursal**,** sostiene que el art. 47.1 LME no prohíbe el ejercicio de las acciones de reintegración concursal del art. 71 LC, sino únicamente las de anulabilidad de la escisión parcial.
La prohibición del artículo 47 LME -de interpretación restrictiva por ser norma prohibitiva- solo alcanza a las acciones que persiguen la declaración de nulidad de la fusión, y por ello se limita al ejercicio de la acción prevista en el art. 1300 CC, cuyo resultado será una declaración de nulidad con efectos *ex nunc;* sin que pueda extenderse a la acción de reintegración al no ser una acción dirigida a que se declare la nulidad del negocio jurídico, sino a privarle de alguno de sus efectos - considerando los bienes objeto de rescisión como si nunca hubieran salido del patrimonio del deudor-, pero dejando subsistentes otros -por ejemplo, el nacimiento del crédito contra la masa del tercero *in bonis* que se ve obligado a restituir el bien previsto por el art. 73.3 LC -.En este sentido, advierte que la demanda solicitaba, como petición principal, la rescisión concursal de la transmisión de los inmuebles, y no la ineficacia de la escisión. Frente a lo sostenido por los tribunales de instancia, el recurrente entiende que es posible esta rescisión de los efectos de la escisión, sin necesidad de dejar sin efecto la modificación estructural, en atención a la naturaleza funcional de la ineficacia que conlleva la rescisión concursal**,** que afectaría al negocio sólo en la medida necesaria para evitar el perjuicio a los acreedores que pudiera derivarse de la disminución de la masa activa patrimonial sobre la que pueden hacer efectivos sus créditos.
Frente al argumento de la salvaguarda de la seguridad jurídica, advierte que existen en nuestro sistema jurídico numerosas instituciones que priorizan la protección de los derechos de crédito por encima de la seguridad jurídica, como son la acción pauliana y la institución del levantamiento del velo de las personas jurídicas-. E invoca jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala de 27 de enero de 2006 y 9 de octubre de 2008 en las que, bajo un marco normativo esencialmente igual al vigente y con apoyo en el art. 6.4 CC, se declaró la ineficacia

parcial de las escisiones parciales inscritas en el Registro Mercantil**,** lo que a juicio del recurrente chocaría frontalmente con la tesis de la resistencia a la reintegración de las modificaciones estructurales inscritas que sigue la sentencia recurrida.
Luego aclara que para juzgar si el acto de disposición está incluido en el periodo sospechoso de dos años, hay que tomar como fecha del acto de disposición la inscripción registral de la escisión (10 de marzo de 2011), y no la escritura de escisión (31 de diciembre de 2010).
El recurso insiste en que el perjuicio para la masa activa proviene de que la contrapartida económica al valor del patrimonio neto escindido ha sido percibida por los socios de la concursada y no por la masa activa. Por ello entiende que se trata de un acto a título gratuito para la sociedad escindida, al no recibir contraprestación económica alguna por el patrimonio escindido: ni de forma directa -ya que la contraprestación la recibe el socio en forma de participaciones de la sociedad beneficiaria de la escisión-, ni de forma indirecta -al no verse liberada de la responsabilidad universal por las deudas que se integraban en el patrimonio escindido (art. 80 LME)-. Por lo que entraría en juego la presunción *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC.
Además, el patrimonio escindido se habría transmitido a una persona especialmente relacionada con la concursada, al formar parte la sociedad escindida y la beneficiaria de un mismo grupo de empresas, por lo que sería de aplicación la presunción *iuris tantum* prevista en el artículo 72.3.1º LC.
Finalmente, aduce que, aunque no operaran las presunciones citadas, el perjuicio para la masa activa derivado de la escisión parcial es claro, por la falta de contraprestación directa para Recobesa, S.L., y porque el valor real del patrimonio escindido era muy superior a su valor contable.
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
2. Naturaleza jurídica de la rescisión concursal y su incidencia en el presente caso. Es claro, en atención a la propia terminología empleada por el legislador, que la acción de reintegración propiamente concursal introducida en el art. 71.1 LC, la rescisión concursal**,** tiene naturaleza rescisoria. Se trata de una acción de ineficacia funcional, en cuanto que presupone que el acto impugnado es válido, pero puede impugnarse en atención a los efectos perjudiciales para terceros, en este caso los acreedores en el posterior concurso de acreedores del disponente.
En atención a la previsión contenida en el art. 71.1 LC, que permite la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor (concursado) dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (de concurso), es importante identificar el acto de disposición que es objeto de impugnación a través de esta acción rescisoria concursal**.** De tal forma que, como advertimos en la sentencia 629/2012, de 26 de octubre, cabe impugnar un contrato sinalagmático, cuya estimación traerá consigo la restitución recíproca de las prestaciones realizadas, o puede también impugnarse sólo el pago o cumplimiento de una de las obligaciones generadas por ese contrato. En este segundo caso, mientras no se impugne el contrato, debemos partir de su validez y eficacia, y del carácter debido de la obligación satisfecha con el pago impugnado, por lo que las razones de la rescisión concursal del pago deberán ser las propias de este acto de disposición, tal y como expusimos con detalle en la reseñada sentencia 629/2012, de 26 de octubre. Lógicamente, si prosperara la rescisión de un pago o acto de cumplimiento de una obligación sus consecuencias no afectan a la eficacia del contrato, por lo que se acuerda la restitución del importe objeto de pago y el crédito satisfecho vuelve a renacer como crédito concursal**.**
Esta posibilidad de impugnar un negocio o un acto de cumplimiento de una de las obligaciones nacidas de ese contrato, con sus efectos propios en cada caso, puede darse, obviamente, cuando sea posible diferenciar entre estos dos actos. Este no es el caso de la escisión parcial y la transmisión de los activos que dicha escisión conlleva desde la sociedad escindida a la beneficiaria.
En una escisión parcial, como la realizada por la sociedad concursada, se traspasa en bloque por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de la sociedad escindida, cada una de las cuales forma una unidad económica, y los socios de la sociedad que se escinde reciben un número de acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde, cuyo capital social se reduce en la cuantía correspondiente.
La transmisión de los activos y pasivos de la rama de actividad escindida a favor de la sociedad beneficiaria es un efecto propio de la escisión, sin que sea un acto posterior o distinto de la propia escisión.
Conforme al régimen jurídico de la escisión previsto en el art. 73 LME, que se remite a las normas de la fusión, con las salvedades que se exponen en los artículos siguientes, la eficacia de la escisión se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil (art. 46 LME).
En consecuencia, dejando a un lado la cuestión de la resistencia de las modificaciones estructurales traslativas a la rescisión concursal**,** no cabría ejercitar, en un caso como el presente, una acción rescisoria concursal que afectara sólo a la transmisión de los inmuebles y dejara incólume la escisión. La transmisión de los inmuebles incluidos en los activos de la rama de actividad escindida forma parte del propio negocio traslativo que supone la escisión, de la que no puede disociarse para su impugnación.
En contra de lo razonado por el recurrente, a este respecto, no afecta para nada el carácter funcional de la ineficacia propugnada por la rescisión concursal**.** Lo que impide ejercitar la rescisión concursal únicamente respecto de la aportación de los inmuebles es que este traslado de activos no es un acto distinto de la propia escisión. Por lo que, en todo caso, ha de pedirse la rescisión concursal de la escisión.
3. Efectos de la rescisión concursal. Aunque ambas acciones, la pauliana y la rescisión concursal**,** tienen naturaleza rescisoria, sus efectos no son los mismos.
El art. 73.1 LC expresamente prevé como efecto consiguiente a la estimación de la rescisión concursal la ineficacia del acto de disposición impugnado, así como la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.
Sin embargo, la estimación de la acción pauliana conlleva una ineficacia relativa y parcial del acto de disposición, tal y como razonamos en la sentencia 245/2013, de 18 de abril (con cita de las anteriores sentencias de 28 de noviembre de 1997, de 24 de julio de 1998 y 25/2004, de 30 de enero):

«(l)os efectos del ejercicio de la acción pauliana en caso de estimarse tan sólo benefician al acreedor que hubiera ejercitado la acción, quien lo hace en su nombre e individualmente; esto es, no se produce propiamente una reintegración de los bienes afectados al patrimonio del deudor, restaurando así la garantía patrimonial a favor de todos los acreedores, sino que sólo se consideran los actos impugnados como no ocurridos en relación con el acreedor actor, para posibilitar la ejecución de su crédito en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse concluido el acto de disposición impugnado.
»(E)ste carácter personal de la acción determina por una parte que, en principio, la legitimación para su ejercicio corresponda al acreedor perjudicado, y por otra que la ineficacia del acto impugnado sea relativa y parcial, pues la privación de eficacia del acto impugnado lo es sólo respecto del acreedor que acciona y en la medida estrictamente necesaria para subsanar el perjuicio sufrido».
Esta distinción tiene gran relevancia, pues la rescisión concursal no determina una ineficacia relativa del acto impugnado, sino total, con el consiguiente efecto de restitución a la masa de los bienes o derechos objeto del acto de disposición impugnado. Sólo si los bienes no pueden restituirse, el art. 73.2 LC impone a la contraparte, destinatario de los bienes objeto de disposición, la restitución por equivalente: el pago del valor de los bienes cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; y, en caso de mala fe en quien contrató con el concursado, también deberá indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa.
De tal forma que no cabe instar la rescisión concursal de la escisión sin dejar de pretender con ello su ineficacia.
Por el contrario, como veremos con mayor detalle, sí cabría que, caso de que la escisión se hubiera realizado para defraudar ilícitamente el derecho de crédito de algunos concretos acreedores existentes entonces, estos pudieran ejercitar una acción para pretender la satisfacción de sus créditos con los bienes transmitidos con la escisión, sin necesidad de dejar sin efecto la escisión.
***4. Resistencia de las modificaciones estructurales traslativas a la rescisión concursal*.** El art. 47 LME regula el régimen de impugnaciones de la fusión, y por extensión de todas las modificaciones estructurales traslativas, también de la escisión parcial.
Los dos primeros apartados del art. 47.1 prevén lo siguiente:
«1. Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados.
»2. El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad».
No hay duda de que el precepto pretende restringir al máximo la posibilidad de que, una vez inscrita la fusión, o en este caso la escisión, pueda instarse su ineficacia.
En este sentido, nuestra ley sigue la estela del art. 17 de la Décima Directiva de sociedades, relativa a fusiones transfronterizas de sociedades de capital (Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre 2005), cuando dispone que «no podrá declararse la nulidad de una fusión transfronteriza que se realice de conformidad con lo dispuesto en el art. 12», que presupone el previo control de legalidad de la fusión que cada Estado miembro debe realizar de conformidad con el art. 11. En ausencia de un control previo como éste para las fusiones no transfronterizas, este control de la legalidad de la fusión puede realizarse dentro de un breve lapso de tiempo (tres meses), desde que la fusión fuera oponible a quien la impugna.
De este modo, si integramos los dos primeros apartados del art. 47 LME, es posible concluir que el efecto sanatorio de la inscripción registral de la fusión (y por extensión de cualquier modificación estructural traslativa) no es total, ya que no alcanza a la infracción del procedimiento previsto en la propia LME para su validez. La nulidad sólo podrá fundarse en la infracción de las normas legales para la realización de cada concreta modificación estructural, y además debe ejercitarse en un breve lapso de tiempo, pues está sujeta a un plazo de caducidad de tres meses, contados desde que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad, que cuando menos coincidirá con la publicidad registral derivada de la inscripción.
Evidentes razones de seguridad jurídica son las que justifican este restrictivo régimen legal de impugnaciones, que deja a salvo el derecho de los socios y de los terceros al resarcimiento de daños y prejuicios. Se trata de garantizar que tras los tres meses de su inscripción, no pueda instarse la ineficacia de una modificación estructural traslativa.
Esta previsión afecta a cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural, no sólo la nulidad, sino también la rescisión concursal**,** que, como hemos expuesto, legalmente conlleva la nulidad del acto objeto de rescisión (art. 73.1 LC). De hecho, el art. 47.1 LME emplea el término «impugnación», que es más amplio que el de nulidad, para abarcar cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural una vez inscrita en el Registro Mercantil**.**
5. En la propia Ley Concursal conocemos casos que, por distintas razones, se excluyen de la rescisión concursal**.** Por ejemplo los previstos en el apartado 5 del art. 71, así como los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis, siempre que reúnan los requisitos previstos en este precepto (art. 72.2 LC), y los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente de la DA4ª LC.
Es cierto que en estos casos hay una expresa mención a la rescisión concursal**,** pero ello tiene sentido que sea así, pues en todos esos supuestos se excluye sólo la acción rescisoria concursal**,** y no el resto de acciones de impugnación, como la nulidad.
La justificación de que baste la mención contenida en el art. 47.1 LME a la inimpugnabilidad de la fusión inscrita en el Registro Mercantil**,** y por ende de cualquier modificación estructural, radica en que en este caso la exclusión legal afecta a «todas» las acciones de impugnación que conlleven la ineficacia de la operación, salvo la nulidad basada en el incumplimiento de los requisitos legales, que además deberá ejercitarse en un breve plazo de tiempo, tres meses. Por esta razón, el art. 47.1 LME no menciona expresamente la rescisión concursal**,** como tampoco otras acciones de ineficacia, que deben entenderse igualmente excluidas.

En este sentido, la Ley de Modificaciones Estructurales es una norma especial, respecto de la normativa general o sectorial que regula la ineficacia de los negocios jurídicos, tanto fuera como dentro del concurso de acreedores.
En consecuencia, debemos concluir que no yerra el tribunal de instancia al afirmar que la escisión parcial está excluida de los actos de disposición susceptibles de rescisión concursal**.**
6. Salvaguarda de los derechos de terceros frente a la escisión. El propio art. 47.1 LM, después de declarar la inimpugnabilidad de la fusión o de cualquier otra modificación estructural traslativa, una vez inscrita en el registro mercantil**,** deja a salvo «los derechos de los socios y de los terceros, al resarcimiento de los daños y perjuicios causados».
Es dentro de este apartado, que preserva la eficacia de la escisión, en el que se ha de enmarcar la pretensión amparada por las sentencias de esta sala invocadas en el recurso de casación (las sentencias 12/2006, de 27 de enero, y 873/2008, de 9 de octubre).
Tanto en esas sentencias, como en otras que conocieron de casos muy similares y aplicaron la misma doctrina (entre otras, sentencias 1062/2005, de 12 de enero de 2006, 25/2006, de 30 de enero y 748/2006, de 5 de julio), se estima la pretensión de unos acreedores de efectos cambiarios, cuyo deudor, obligado cambiario, había llevado a cabo una segregación de la rama de actividad en el curso de la cual se habían emitidos las cambiales, sin incluir esas obligaciones cambiales. En aquel momento, anterior a la actual Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales, la segregación (transmisión en bloque de una rama de actividad de una sociedad de capital a otra, a cambio de acciones de la beneficiaria, que adquiere la segregante y no sus socios), que ahora se regula como una forma de escisión (arts. 68.1 y 71 LME), carecía de regulación. Esta Sala entendió que la exclusión de unos determinados pasivos ligados a la rama de actividad objeto de la segregación, que no habían sido incluidos en la segregación y se habían visto afectados después por los efectos de la suspensión de pagos de la sociedad segregada, constituía un fraude de los derechos de estos acreedores cambiarios. Las sentencias 12/2006, de 27 de enero, y 873/2008, de 9 de octubre, razonan en el siguiente sentido:
«Como resultado de esa operación la acreedora demandante, que había adquirido su crédito atraída precisamente por la apariencia de solvencia de la deudora cambiaria que emanaba de la importancia económica de su rama de actividad relacionada con el petróleo y petroquímica, al margen de su valor cambiario expresamente mencionada en la letra de cambio, vio como dicha unidad patrimonial era cedida a otra sociedad, sin inclusión del pasivo por aquella generado, quedando de ese modo sometida a los rigores de una consecuente suspensión de pagos, en la que, a mayor abundamiento, ni siquiera aparecía señalada como acreedora.
»Este elemento del fraude se refleja claramente en la sentencia recurrida, ya que el Tribunal de apelación declaró que Ercros, S.A. -la escindida- aportó a Ertoil S.A. -la beneficiaria- "un patrimonio afecto a la rama de actividad (negocio del petróleo) como unidad capaz de funcionar por sí misma"; que, con esa aportación, no resultaron garantizados los créditos de quienes, como la demandante, eran legítimos tenedores de las letras de cambio (...) aceptadas por Unión Explosivos Río Tinto, S.A., puesto que vieron "reducidas sus garantías patrimoniales con la salida de activos", sin constancia alguna, más bien lo contrario, de que la sustitución de los mismos por acciones se hubiera regido por reglas de equivalencia en valores reales; y que Ercros, S.A. quedó "sin patrimonio con que responder, en fraude de unos concretos acreedores (los legítimos tenedores de las letras), como luego resultó acreditado por la suspensión de pagos de Ercros, S.A., sólo dos años y medio después de la salida de activos".
»En conclusión, ambas sociedades produjeron con tales actuaciones un resultado prohibido por el ordenamiento, claramente preocupado por evitar los efectos perjudiciales de las insolvencias provocados por los mismos deudores (artículos 1111 y 1291.3 del Código Civil), así como el daño que al crédito puede resultar de operaciones societarias distintas, pero con alguna similitud con la ejecutada (preocupación expresada, por ejemplo, en los considerandos octavo y noveno de la Directiva 82/891/CEE).
»Que la aportación a otra sociedad de la parte del patrimonio de Ercros, S.A. vinculado a la rama de actividad del petróleo implicara la sucesión en las deudas asumidas por aquella como "negocio petrolero", entre ellas la correspondiente al crédito de la actora, no venía voluntariamente decidido en la fundación de Ertoil S.A., como la misma ha manifestado de modo reiterado, ni imperativamente impuesto por norma alguna. Sin embargo, esa imperatividad, en forma de vinculación, surgió desde el momento en que los beneficios fiscales solicitados fueron concedidos a Ercros, S.A., precisamente por cumplirse de modo fiel el modelo amplio de escisión que establecía, como supuesto de hecho de su previsión, la Ley que los regulaba y conforme al cual, según se ha dicho varias veces, la transmisión patrimonial se producía en bloque. La norma defraudada que cumple aplicar es, por tanto, la reiteradamente señalada por la jurisprudencia que excluye la admisibilidad de los comportamientos contradictorios con otros significativos anteriores, conforme a la regla " adversus factum suum quis venire non potest ", la cual nacida del principio de buena fe, en su proyección ética y objetiva, imponía a las dos sociedades demandadas un deber de coherencia con una conducta anterior exteriorizada en acuerdos sociales, en su ejecución y en la solicitud y obtención de los beneficios fiscales y, por tanto, en un conjunto de comportamiento apto para generar confianza en los demás que, por su significado objetivo, operaba como una limitación al libre ejercicio del derecho subjetivo de realizar la aportación de modo distinto al que generó aquella apariencia de sucesión en el pasivo vinculado a la rama de actividad cedida. Regla cuya extralimitación se traduce en los mismos términos que los del fallo de la sentencia recurrida».
Del mismo modo, en otras ocasiones también hemos amparado el derecho de algunos acreedores concretos cuyos créditos eran anteriores a la escisión, constituían deudas asociadas a la rama de actividad objeto deescisión, y no habían sido incluidos en la escisión. Así lo hicimos en la sentencia 796/2012, de 3 de enero de 2013, en un caso en que regía la normativa anterior y podría ser resuelto en el mismo sentido bajo la actual:

«(C)onforme al art. 253.1 TRLSA, la parte del patrimonio social que se divida o segregue con la escisión parcial debe formar una unidad económica, respecto de la que se produce el mencionado efecto de la sucesión universal.
»A priori, y con carácter general, resulta difícil precisar qué debe entenderse por "unidad económica", pues no necesariamente tendría que tener, previamente, vida propia, ni tiene porque coincidir con una empresa, unidad productiva, establecimiento o negocio, de modo que podría ser meramente funcional.
»En nuestro caso, tal y como quedó acreditado en la instancia, es muy significativo que el proyecto de escisión hiciera mención a que afectaba a la actividad internacional de la compañía escindida, que constituía una unidad económica empresarial que se desarrollaba de forma autónoma. El hecho de que una supuesta deuda generada por la actividad internacional de la compañía (...) antes de la fusión, no se incluyera luego en el proyecto de escisión, en concreto en la designación y reparto de los elementos del activo y del pasivo que iban a transmitirse a la sociedad beneficiaria, no significa necesariamente que quedara fuera del referido efecto de la sucesión universal, máxime cuando esta supuesta deuda no estaba tampoco contabilizada en la sociedad escindida. Por eso, debe entenderse que esta deuda estaba afectada al negocio internacional de la sociedad escindida, en que consiste la unidad económica transmitida a la sociedad beneficiaria, razón por la cual fue también transmitida a ésta última, formando parte de las relaciones jurídicas traspasadas en bloque, conforme al art. 252.1.b) TRLSA, y es en virtud de esta sucesión que la sociedad beneficiaria resulta responsable de su cumplimiento».
7. De este modo, la inimpugnabilidad de las modificaciones estructurales traslativas prevista en el art. 47.1 LME afecta a las acciones por las que se pretende su ineficacia, pero no impide otros remedios que permiten salvaguardar los derechos de los socios o, en su caso, de determinados acreedores, que hubieran sido ilícitamente soslayados, como ocurrió en los precedentes expuestos.
No sería inconveniente para ello que se hubiera declarado el concurso de la sociedad escindida, pero la acción a ejercitar, que no sería la rescisión concursal**,** por lo ya expuesto, pretendería una compensación equivalente sólo a los créditos que hubieran sido, en su caso, ilícitamente defraudados con la escisión. Esto es, sin perjuicio de que se tratara de una acción colectiva ejercitada por la administración concursal (arts. 71.6 y 72.1 LC) y que lo obtenido fuera a parar a la masa, el importe reclamado guardaría relación con los créditos que realmente hubieran sido ilícitamente defraudados, que necesariamente deberían ser anteriores a la escisión.
Es claro que en nuestro caso, la administración concursal no ha fundado su reclamación en que determinados créditos anteriores a la escisión hubieran sido ilícitamente defraudados, como ocurrió en supuestos de las sentencias invocadas (sentencias 12/2006, de 27 de enero, y 873/2008, de 9 de octubre). Ni menciona tales créditos, ni justifica por qué esos concretos créditos habrían sido ilícitamente defraudados por la escisión.
La administración concursal ha pretendido, mediante la reintegración a la masa como consecuencia de la rescisión concursal**,** que todos los créditos de la sociedad escindida, anteriores o posteriores a la escisión, pudieran quedar satisfechos con los inmuebles que fueron transmitidos a la beneficiaria con dicha escisión. Como ya hemos adelantado: no cabe disociar la aportación de los inmuebles de la propia escisión, en atención a que las transmisión es un efecto propio de la escisión, que se produce con la inscripción registral (art. 46 LME); y el art. 47.1 LME impide el ejercicio de acciones, como la rescisión concursal**,** que conllevan la ineficacia de la modificación estructural traslativa (sin perjuicio de la nulidad basada en la infracción de las normas reguladoras de la escisión, sujeta a un plazo de caducidad de tres meses).”: STS 21.11.2016 (Sentencia 682/2016; Recurso 570/2015)

AP La Coruña

“PRIMERO.-Se interpone recurso de apelación por la administración concursal de la entidad RECOBESA S.L., al amparo de lo normado en los arts. 71 y ss. de la LC, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña en autos de incidente concursal nº 4/13, desestimatoria de su demanda presentada a los efectos de obtener un pronunciamiento judicial, que proclamase como petición principal la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles, con las cargas que en su caso los gravaban, pertenecientes a RECOBESA S.L. en favor de PROPERTYXEST S.L., operada por medio de la escisión parcial de la primera a favor de la segunda otorgada en las escrituras públicas autorizadas por el notario de A Coruña don Jacobo Pérez Rama el día 31 de diciembre de 2010 y 23 de febrero de 2011 que se acompañan como documentos uno y dos, debiendo reintegrarse la propiedad de los inmuebles transmitidos en virtud de dicho negocio jurídico societario a la concursada RECOBESA S.L., reintegración que habrá de hacerse con las cargas reales que los graven, y debiendo reintegrarse igualmente los frutos (rentas) producidos por dichos inmuebles desde la fecha en que tuvo eficacia la escisión parcial y hasta que se deje ineficaz, verificándose la reintegración en su equivalente pecuniario al valor real que tenía el inmueble en el momento de salir del patrimonio de la concursada en el caso de que alguno de los inmuebles que han de reintegrarse hubiese sido transmitido por PROPERTYXEST S.L. a tercero de buena fe, Y estableciendo expresamente el carácter de créditos subordinados de las cantidades que a resultas de declaración de ineficacia de la transmisión hubiesen de ser restituidas por RECOBESA S.L. a PROPERTYXEST S.L., con arreglo al artículo 73. 3 de la LC; y como petición subsidiaria y a mayores de la principal, declarando la ineficacia de la escisión parcial de RECOBESA S.L. a favor de PROPERTYXEST S.L. otorgada en las meritadas escrituras de 31 de diciembre de 2010 y 23 de febrero de 2011, y las operaciones societarias acordadas en la junta de ambas sociedades de 6 de agosto de 2010, y ello condenando a las demandadas a estar y pasar por tales declaraciones y disponiendo la cancelación de los asientos registrales pertinentes del Registro de la Propiedad y, en su caso y para la petición subsidiaria, del Registro Mercantil, que fueran afectados por la declaración de ineficacia.
SEGUNDO.- La administración concursal de la entidad RECOBESA S.L. en definitiva ejercita acción de reintegración del patrimonio neto escindido, sus activos y pasivos o su equivalente pecuniario, al amparo del artículo 71 de la LC, derivado de la modificación estructural de escisión parcial del patrimonio de RECOBESA

S.L., declarada en concurso por auto de 8 de enero de 2013, y su traspaso en bloque por sucesión universal a PROPERTYXEST S.L., concretado en la rama de actividad de arrendamiento inmobiliario, con los inmuebles y pasivos afectos, acordada en juntas universales de las dos sociedades celebradas el día 6 de agosto de 2010, que se instrumentó en escritura de elevación a público de acuerdos sociales de 31 de diciembre de 2010, Nº. 2442 del protocolo del Notario de A Coruña don Jacobo-Esteban Pérez Rama, subsanada y completada por otra de 23 de febrero de 2011 autorizada por el mismo Notario (Nº. 310 de su protocolo), e inscrita en el Registro Mercantil el 10 de marzo de 2011, alegando, en síntesis, que los actos de rescisión pretendidos encajan en las presunciones de perjuicio patrimonial para la masa del artículo 71.2 LC, actos de disposición a título gratuito, ó del artículo 72.3.1º LC, actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
Por el contrario, las codemandadas afirman que la escisión parcial del patrimonio de RECOBESA S.L. a PROPERTYXEST S.L., concretado en la rama de actividad de arrendamiento inmobiliario, con un patrimonio neto objeto del traspaso de 149.600 euros, con reducción del capital social de RECOBESA S.L. y aumento de capital de PROPERTYXEST S.L., mediante la emisión de 149.600 participaciones sociales de 1 euro cada una que fueron suscritas íntegramente por el socio unipersonal ROLAELSA,S.L., se encontraba justificada, así resultan sus finalidades recogidas en el informe mismo de la operación.
Nos encontramos pues ante una modificación estructural traslativa, escisión parcial, contemplada en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LME), y lo que realmente se cuestiona, y nos corresponde resolver, es la resistencia de la escisión parcial a la acción de reintegración concursal.
Podemos adelantar ya, que estamos conformes con la decisión sentenciada, no sin reconocer la polémica existente sobre la cuestión, y los fundamentados argumentos jurídicos, tanto de los que mantienen una postura a favor, como de los que la manifiestan en contra.
TERCERO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Las acciones rescisorias concursales tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Sobre lo que debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", nos indica el Tribunal Supremo, no sin antes aceptar que la casuística sobre esta materia es muy amplia (STS 8/11/2012), no se puede equiparar el perjuicio a una disminución del patrimonio del concursado, y además hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. En definitiva, como se indica en la referida sentencia, el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).
La STS de 26 de octubre de 2012 matiza que: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles".
Por otra parte, el art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».
Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción (STS 30-4-2014).
CUARTO.- La administración concursal insiste en que la salida de parte del patrimonio neto de la entidad concursada, operada por medio de la escisión parcial, se trata de un acto gravemente perjudicial para la masa activa del concurso, y por otra parte no cabe aceptar la tesis de la resistencia al concurso de las modificaciones estructurales traslativas (fusión, escisión total y parcial, y cesión global de activos y pasivos) a la acción de reintegración concursal.

Respecto a esto último, se mantiene en la sentencia apelada para admitir la postura de la resistencia al concurso de las modificaciones estructurales traslativas, la eficacia convalidante de la inscripción registral de la reestructuración societaria (art. 47 LME).
Dispone el apartado 1 del referido artículo 47 de la LME, "Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados". Y el apartado 2 del mismo precepto legal "El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad".
De tal modo que con la inscripción, transcurrido el plazo de caducidad de tres meses, actúa con eficacia convalidante por evidentes razones de seguridad jurídica.
Además la utilización del término impugnación, que se introduce en la LME, a diferencia de la regulación anterior, cubre todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a un negocio jurídico (acciones de nulidad, anulabilidad, resolutorias, y rescisorias).
Ello tiene su sentido en los mecanismos de protección de los acreedores, que puedan quedar afectados por las referidas modificaciones estructurales traslativas. El derecho de oposición de los acreedores hasta que se les garanticen sus créditos no vencidos pero nacidos antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión, cuando no estuviesen suficientemente garantizados (art. 44 LME). Introducido en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la trasposición de la Tercera Directiva 78/855 del Consejo, sobre fusiones, y Sexta Directiva del Consejo 82/891.
Así en los casos en los que los acreedores tengan derecho de oposición, el artículo 41 LME en su apartado 3 establece que la fusión "no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento", no la hubiesen ejercitado en su momento no pueden impugnarla tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de la LME (art. 47). Lo que alcanza a la acción de rescisión concursal, dado que su fundamento es el perjuicio para la masa activa, una vez que los acreedores consintieron en su momento la modificación estructural traslativa, en el caso la escisión parcial, cuando pudieron formular su oposición. Por lo que se refiere a los créditos nacidos con posterioridad de la publicación del proyecto de fusión o escisión, total o parcial, conocían o pudieron haber conocido la real situación# patrimonial de la sociedad, en el caso escindida parcialmente, con la que pretendían contratar, por lo que no nos parece que por dicha razón anterior pudiera proceder la rescisión concursal con la finalidad de ineficacia de la modificación estructural traslativa anterior.
Por otra parte, quedan a salvo los derechos de los socios y de terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados (art. 47 LME) y la responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas a las que quedan sujetas las sociedades o cesionarios beneficiarios hasta el importe del activo neto atribuido (art. 80 y 91 LME).
Por todo lo antes expuesto, consideramos, con el juez a quo en su sentencia, a la que nos remitimos por sus acertados fundamentación jurídica, evitando inútiles repeticiones, que las modificaciones estructurales traslativas inscritas en el registro mercantil antes de la declaración de concurso no pueden ser objeto de las acciones de reintegración previstas en el artículo 71 LC. En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de abril de 2013. Cierto que en el contrario se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Las Palmas en su sentencia de 29 de octubre de 2013.
Además consideramos que no se estima de la prueba practicada acreditado el requisito necesario para la estimación de la acción ejercitada rescisoria concursal de perjuicio para la masa activa, en el sentido de sacrificio patrimonial injustificado, y no se trata de un acto a título gratuito, dado que el socio unipersonal era titular de parte del capital social de RECOBESA S.L., y los es ahora de PROPERTYXEST S.L. por el canje operado con la escisión parcial de una rama de actividad productiva, la de arrendamiento inmobiliario, no sólo de los activos, también de los pasivos afectos a los mismos. Aceptamos las razones aducidas para que no sea apreciable la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial del artículo 71 3 1º LC, por cuanto propiamente no se trata de un acto dispositivo a título oneroso que la sociedad escindida haya realizado a favor de la beneficiaria, por cuanto se trata en el caso entre la sociedad escindida y su socio unipersonal por el canje de las acciones o participaciones en la sociedad beneficiaria.
Finalmente destacar que por auto de 29 de abril de 2014, el Juzgado de lo Mercantil acordó el archivo de la sección sexta del presente concurso, al coincidir el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal en la calificación del concurso, como de fortuito.
Por último sólo indicar, que la Ley Concursal admite como propuesta de convenio proposiciones de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo de la persona jurídica concursada (art. 100.3 LC), sin olvidar que su finalidad es la de dar satisfacción a los acreedores y el mantenimiento de la actividad empresarial de la entidad concursada.": SAP La Coruña (Sección 4) 30.12.2014 (Sentencia 414/2014; Rollo 236/2014)

JM-9 Barcelona

"TERCERO. ***La acción rescisoria concursal respecto de una operación de modificación estructural.***
La ley 3/2009, de 2 de abril, de modificaciones estructurales, supuso un hito histórico pues vino a regular, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, todas las modificaciones estructurales conocidas en las legislaciones europeas (fusión, absorción, escisión, etc.). Hasta ese momento, la normativa española en esta materia estaba bastante dispersa, la encontrábamos en los arts. 223 y ss del TRLSA y art. 94 LSRL, preceptos que fueron objeto de importante críticas por parte de la doctrina pues solo blindaba a las modificaciones

estructurales de las acciones de "nulidad o anulabilidad", con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y el mercado por las consecuencias tan desbastadoras que podía suponer la estimación de demandas frente a este tipo de operaciones.
Lo que hizo la Ley 3/2009 fue trasponer al ordenamiento jurídico español, diversas directivas comunitarias tales como las Directivas Tercera y Sexta, sobre simplificación del régimen de la fusión y escisión, la Décima Directiva, 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas comunitarias y la Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre de 2006, que modificó la Segunda Directiva (77/91/CEE) en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. Otra de las novedades importantes de esta ley es que simplificó extraordinariamente el régimen de publicidad, tanto del proyecto como del propio acuerdo de fusión, bastando una sola vez en el BORME y en un diario de mayor circulación de la provincia. Por último, y en lo que ahora nos interesa, la Ley 3/2009 acogió el criterio alemán y el italiano y el previsto en el reglamento europeo de operaciones transfronterizas de blindar las modificaciones estructurales una vez inscritas en el Registro Mercantil.
En concreto, a tenor del art. 47.1 de la Ley 3/2009, " *ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados* ". El apartado segundo del art. 47 LME prevé que " *el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad".*
Es decir, el art. 47 LME otorgó a la inscripción de la operación en el Registro Mercantil, un efecto sanador no pudiendo a partir de ese momento ser atacada mediante la interposición de ninguna acción impugnatoria (entendiendo por tal tanto la acción de nulidad, de anulabilidad, resolutorias o rescisorias) por la acción indemnizatoria de daños y perjuicios. A cambio, la Ley 3/2009 reforzó los derechos de los acreedores al prever en el art. 44 LME, aplicable también a la escisión por la remisión que realiza el art. 73 LME a aquel precepto, concediéndoles la posibilidad de oponerse a este tipo de operaciones si su derecho de crédito no quedaba suficientemente garantizado, derecho de oposición que no estaba previsto en la antigua LSA.
El problema jurídico que se suscita es: ¿Qué sucede cuando la sociedad escindida entra en concurso? ¿Puede el administrador concursal ejercitar la acción de reintegración de la modificación estructural por no haber prohibición expresa por el art. 71.5 LC ?
Se trata de una cuestión jurídica francamente discutible, de la que apenas hay resoluciones judiciales, estando la doctrina dividida, con argumentos jurídicos muy sólidos a favor de cualquiera de las tesis.
Están en contra de que una modificación estructural pueda ser objeto de impugnación por la vía del art. 71 LC por prohibición legal del art. 47 LME: la SJM nº 1 de Barcelona de 31/7/2012, la SAP de Zaragoza de 19/4/2013, la SJM nº 1 de A Coruña de 7/3/2014 y la SJM de Pamplona, de 5/3/2014.
A favor, la SAP de Las Palmas de 29/10/2013, que revoca la SJM de 12/12/2011 sobre la base de que la ley concursal es ley especial y que la misma tiene justamente por objeto rescindir un acto que en origen es válido pero que deviene ineficaz por circunstancias posteriores. Con todo, he decir que dicha sentencia fue dictada al amparo del antiguo texto de la LSA el cual solo blindaba a las modificaciones estructurales respecto de las acciones de nulidad y de anulabilidad, no así frente a las resolutorias o rescisorias.
En mi opinión, la primera de las tesis se ajusta más al espíritu del art. 47 LME, a la tendencia seguida por otros países de nuestro entorno y al derecho europeo por los siguientes motivos:
Por todos es sabido que la ley concursal y la ley de modificaciones estructurales son dos normas que están absolutamente descoordinadas, hasta el punto, que la única referencia que hace la LME a la situación de concurso es en su art. 93 LME al prohibir a la concursada cambiar su domicilio al extranjero. Por su parte, la ley concursal prevé en sus arts. 100 y 190.2 LC la posibilidad de que el deudor presente una propuesta de convenio (ordinario o anticipado) con una operación de modificación estructural, sin especificar cómo se debe llevar cabo lo que genera importantes dudas interpretativas tales como: ¿Debe realizarse la modificación estructural conforme a la Ley 3/2009? ¿Debe llevarse a cabo antes de aprobarse el convenio o después? ¿Tienen los acreedores el derecho a oponerse a la operación conforme al art. 44 LME o tendrían que haberlo manifestado en el trámite de oposición por la vía del art. 128 LC ?
Lo que trato de poner de manifiesto es que son dos cuerpos normativos entre los que surgen importantes "tensiones" (en palabras de la SJM nº 1 de Barcelona, de 31/7/2012) que deberán ser resueltas en cada caso, por la vía interpretativa, en función de los intereses que están en juego y la realidad social del momento (art. 3 CC).
No desconoce este juzgador que la ley concursal es ley especial y que en su art. 71.5 LC no excluye expresamente del ejercicio de la acción rescisoria concursal las modificaciones estructurales, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis o de la DA 4ª. Ahora bien, ello no significa que la operación de modificación estructural pueda ser rescindida pues existe otra norma, el art. 47 LME, que la prohíbe expresamente. Retomando lo que dije al principio, tal precepto blinda a este tipo de operaciones, una vez inscritas en el Registro Mercantil, frente a cualquier acción impugnatoria, entre ellas, las de naturaleza rescisoria como la concursal.
¿Significa eso que si esa operación supuso un perjuicio para el concurso o se realizó en fraude de ley, el administrador concursal no tiene ningún medio o mecanismo para atacarla? No, solo que la acción correcta a entablar no sería la acción de reintegración del 71.1 LC sino la acción de daños y perjuicios conforme al art. 71.6 LC y 47 LME, estando para ello perfectamente legitimada por el art. 72 LC.
Es más, si analizamos el petitum de la demanda, se observa claramente que la administración concursal no ejercita propiamente una acción de reintegración, pues no pide efecto impugnatorio alguno como sería, por ejemplo, que se deje sin efecto el acuerdo de escisión y que se acuerde la devolución del activo y pasivo transmitidos sino que pide unos efectos claramente indemnizatorios sin justificar por qué, conforme al art. 73 LC, no serían reintegrables esos bienes, máxime cuando la sociedad SANSIPALMA ha sido demandada en este procedimiento.

Por último, los acreedores que tenía la concursada antes de la escisión, conocían perfectamente de la operación que se iba a llevar a cabo y, pudiendo oponerse, no lo hicieron. Y los nuevos acreedores, cuando contrataron con la concursada tras la escisión, ya sabían con qué patrimonio contaba por lo que, como bien dice la SJM nº 1 de Barcelona, de 31 de julio de 2012, no resulta admisible ahora otorgarles, por la vía de la rescisión concursal, una "garantía adicional" para el cobro de su crédito, no estando la misma justificada.
En conclusión, aun cuando el art. 71.5 LC no excluya expresamente las operaciones de modificación estructural de la acción de reintegración, debemos entender que ello tampoco es posible por imperativo legal, pues el art. 47 LME protege este tipo de operaciones frente a "cualquier acción impugnatoria", entre ellas, las de naturaleza rescisoria, como la concursal, lo que lleva a la íntegra desestimación de la demanda.
CUARTO. ***Acción de daños y perjuicios***
A mayor abundamiento, a fin de despejar las dudas que la interposición de esta demanda haya podido generar en los acreedores acerca de sus efectos y del cumplimiento del convenio, el cual, no olvidemos fue aprobado por el 77,43% del pasivo ordinario y aceptando que la actora ejercita una acción de indemnización de daños y perjuicios al amparo del art. 47 LME, la demanda debe ser igualmente desestimada al no constatarse que la operación objeto de análisis, causara ningún perjuicio o daño a la masa activa del concurso, todo ello, en base a los siguientes argumentos:
Acto a título gratuito:
Considera la administración concursal que la escisión parcial fue una operación a título gratuito pues la concursada transmitió unos bienes a la compañía SANSIPALMA sin obtener nada a cambio.
Este juzgador no comparte tal conclusión. La operación de modificación estructural es una decisión que se adopta por la junta general de socios de la sociedad escindida, socios que en su día realizaron una inversión de capital que pretenden rentabilizar, bien participando en el reparto de dividendos, bien mediante el reparto del haber social en caso de disolución bien, acordando una reestructuración del patrimonio social para hacer a la empresa económicamente más rentable o viable. Es decir, son decisiones que se adoptan por los socios promovidas por un claro interés económico que no lucrativo, máxime cuando esos socios siguen participando en la sociedad que recibe esos activos y pasivos procedentes de la escisión, mediante el correspondiente canje de acciones o participaciones. En este sentido, STS 19/3/1997 y 30/1/2002 o la SAP de Zaragoza, sección 5ª, de 19 de abril de 2013. Según ésta última: " *En todo caso, esta no era una operación gratuita, los socios eran reales titulares de parte del capital social de la escindida y lo son ahora, por canje, cuyas reglas y valoraciones no han sido objeto de impugnación, por lo que en modo alguno el acto ha de tildarse de gratuito (...)".*
Acto oneroso a favor de una empresa del mismo grupo :
La administración concursal también argumenta, de forma alternativa a la anterior, que la operación fue un acto oneroso pero a favor de una empresa del mismo grupo, al compartir los mismos socios y órgano de administración.
Nuevamente, procede su desestimación pues ya hemos dicho que no son aplicables las presunciones legales del art. 71.3.1 LC. Es más, aunque lo fuera, tal como dispuso la SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2013, para determinar si hay o no grupo de empresas y por tanto, si estamos ante personas vinculadas a los efectos del art. 93.2.3 LC, no basta con que las empresas compartan unos mismos socios y un mismo órgano de administración sino que, con arreglo al art. 42 Coco al que se remite la DT 6ª, es necesario que una de ellas ejerza el control directo o indirecto sobre la otra, es decir, que estemos ante sociedad dominante (o matriz) y dominada (o filial), circunstancias que no concurren en este caso pues la sociedad ESTATECNIC ni participa del capital social de SANSIPALMA ni forma parte de su órgano de administración.
Reproduzco los argumentos expuestos en la citada sentencia por la importancia de los mismos:
" *En el presente caso, como señala la sentencia apelada, la relación entre las sociedades en litigio es horizontal. Las dos sociedades están participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso.*
No es posible, a nuestro entender, la interpretación extensiva que realiza la sentencia de instancia, máxime atendido el carácter sancionador de las normas sobre subordinación de créditos. Ciertamente, los artículos 25, 25 bis, 71.3º y 93.2.3º, cuando aluden a grupos de sociedades por distintos motivos, no excluyen las relaciones horizontales. Sí lo hace, sin embargo, la disposición adicional sexta, que es aplicable a todos ellos.
Tampoco aceptamos recurrir a criterios teleológicos o finalistas de interpretación, cuando estimamos que la interpretación literal no ofrece dudas. Se sostiene, en este sentido, y será objeto de un voto particular discrepante, una interpretación de grupo societario, compatible con el tenor literal del artículo 42 del Código de Comercio y más acorde con el espíritu y la finalidad de la norma, que gravita sobre el concepto de control directo o indirecto ejercido por un tercero. Debemos recordar, a estos efectos, que la situación de control la ejerce en el presente caso una persona física, Teodulfo, por lo que no consta que ninguna de las personas o sociedades integrantes de ese grupo en sentido más amplio haya consolidado cuentas. Tampoco, lógicamente, las dos sociedades enfrentadas en este procedimiento".
Acto dañoso o perjudicial para la masa activa :
Las modificaciones estructurales son negocios jurídicos complejos que pueden obedecer a una multitud de variables y factores como intereses económicos, fiscales, externalización de recursos, aislamiento de "activos tóxicos", etc. todo ello, para obtener la máxima rentabilidad de un negocio. Por tanto, una modificación estructural, per se, no tiene por qué ser interpretada como un acto perjudicial para la empresa que se fusiona o escinde ni que su finalidad sea la de defraudar a los acreedores. Al contrario, puede tener por objetivo salvar la empresa o, al menos, aislar aquellas ramas de negocio que no resultan económicamente viables de la que sí son rentables para seguir generando beneficios y pagar las deudas contraídas. Por tanto, como la buena fe se

presume, quien sostenga que tal operación obedeció a un ánimo defraudatorio y que causó un perjuicio para la masa, le corresponde la carga de probar el daño, la actuación negligente y el nexo causal.
Aplicando cuanto antecede al caso que ahora nos ocupa, tras valorar la prueba practicada conforme a las reglas de la sana crítica, concluyo que la administración concursal no ha conseguido probar en este procedimiento los hechos que sirvieron de base y fundamento a su demanda ni que la escisión parcial en su día aprobada supusiera un daño o perjuicio para la masa activa del concurso entendido éste como "sacrificio patrimonial injustificado".
Es innegable que la simple salida de los terrenos de ESTATECNIC a SANSIPALMA supuso una aminoración patrimonial. Ahora bien, fue un detrimento patrimonial justificado. Cuando la concursada ESTATECNIC compró los terrenos del sector ZSR 2.1 y 2.2 en el municipio de Tazacorte, lo hizo en la creencia de que esos suelos eran urbanizables pues así figuraba en el plan parcial de ordenación urbanística. Sin embargo, esa expectativa de negocio se frustró tras derogar el Tribunal Supremo ese plan parcial, en sus sentencias de 23 y 27 de febrero de 2012, por lo que esos terrenos solo podían ser destinados a la explotación agraria, actividad a la cual la concursada nunca se había dedicado. Es más, a fecha actual, siguen todavía sin poder construirse ni hay la previsión de que ello pueda ser así a corto y medio plazo (testifical Don. Juan Antonio). Por tanto, lo que hizo la concursada fue escindir esas dos ramas de negocio, la inmobiliaria y la explotación agraria.
A mayor abundamiento, del interrogatorio del Sr. José, cuya declaración fue creíble, primero porque fue muy detallada y no incurrió en contradicciones y porque además, viene respaldada por los documentos 5 a 9 de la contestación a la demanda, se infiere cuál fue el motivo empresarial que llevó a la concursada a escindir la rama de negocio de explotación agraria de la inmobiliaria, fue por motivos financieros. Así, la sociedad ESTATECNIC compró Don. Lucio esos terrenos en Tazacorte, pagando parte del precio en aquel momento (años 2006 y 2008) y otra parte, quedó aplazado, con vencimiento en febrero de 2012. Llegada esa fecha, ESTATECNIC no pudo hacer frente a su pago. Firmó entonces un contrato con Don. Lucio por el cual, éste les concedía una prórroga para el pago hasta el mes de septiembre de 2012. Durante ese periodo de tiempo, ESTATECNIC buscó financiación en CAJA 7 para pagar Don. Lucio la parte del precio aplazado y salvar las fincas. Si bien, el banco les puso como condición (doc. 5), " *constituir una nueva sociedad dedicada al sector agrario y debe ser la propietaria de las fincas de plátanos".* Realizada la escisión, CAJA 7 le concedió a ESTATECNIC la financiación pactada con la que saldó sus deudas con el Sr. José y mantuvo la propiedad de los terrenos que de otra manera, habría perdido al estar legitimado Don. Lucio a resolver el contrato de compraventa por el art. 1124 CC por falta del pago del precio, hecho que sí habría sido muy perjudicial para el concurso.
Tampoco ha acreditado la administración concursal que las fincas transmitidas se hubieran valorado por debajo del valor real de mercado pues en mayo de 2012, cuando se aprobó la escisión, la concursada ya conocía las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en fecha 23 y 27 de febrero de 2012 y de sus efectos. Por tanto, cuando esas fincas se transmitieron a valor de terreno de cultivo y no como urbanizables, se ajustaban a la realidad urbanística del momento y al sentido de las propias resoluciones judiciales. Es más, así lo recogía también la tasación pericial efectuada por la compañía TINSA a 31 de diciembre de 2011, tasación mucho más ajustada a la imagen fiel de la época en cuanto al valor de los terrenos que la practicada por TECNICASA a instancias de la administración concursal, la cual, sigue valorando los terrenos como si fueran aptos para urbanizar.
En cuanto a la depreciación contable del valor de las fincas en las cuentas anuales del año 2011, el testigo perito Sr. Tomás, asesor contable de ambas compañías demandadas, manifestó que el plan general contable le obliga a recoger esa depreciación en las cuentas anuales del 2011 al haberse producido las sentencias en los primeros meses del 2012 y por el informe de TINSA a 31 de diciembre de 2011. De lo contrario, esas cuentas anuales no recogerían la imagen fiel de la compañía al contabilizarse unos terrenos por un importe superior a su valor real no habiendo la parte demandada desvirtuado tal manifestaciones del citado testigo perito.
En otro orden de cosas, cierto es que el valor del activo transmitido fue superior al pasivo si bien, ello tampoco justifica que estemos ante daño para la concursada o perjuicio injustificado pues lo único que se hizo fue transmitir a SANSIPALMA unos terrenos de cultivo y todos los derechos y obligaciones que acompañaban a los mismos, como sucesora universal. Es más, cuando se constituye una sociedad, es lógico que el activo supere al pasivo pues no tiene sentido alguno que la sociedad nazca ya incursa en causa legal de disolución.
Por último, en cuanto a las declaraciones del Alcalde de Tazacorte aparecidas en los medios de comunicación en julio de 2014 y su voluntad de urbanizar esa zona, no dejan de ser más que eso, meras promesas o deseos en clave electoral por lo que no tienen la fuerza ni consistencia suficiente para justificar, por si mismas, que la operación de escisión obedeciera a ánimos fraudulentos.
En suma, al no haber acreditado la administración concursal que la escisión parcial tuviera un origen fraudulento, ni que causara un daño o perjuicio patrimonial injustificado para la masa activa del concurso, comporta la íntegra desestimación de la demanda.": SJM-9 Barcelona 13.02.2015 (Incidente 562/2014; Concurso 849/2013)

JM-2 La Coruña

PRIMERO.- ***La demanda de la administración concursal. Hechos relevantes relativos a la escisión parcial de RECOBESA S.L.-***
1.- La administración concursal pretende, al amparo del artículo 71 de la LC, la reintegración a la masa de los inmuebles que salieron del patrimonio de la deudora en concurso RECOBESA S.L. con ocasión de la escisión parcial de su rama de actividad de arrendamiento de inmuebles de la que fue beneficiaria otra sociedad preexistente, PROPERTYXEST S.L.. La escisión se instrumentó en escritura de elevación a público de acuerdos sociales de 31 de diciembre de 2010, Nº. 2442 del protocolo del Notario de A Coruña don Jacobo-

Esteban Pérez Rama, subsanada y completada por otra de 23 de febrero de 2011 autorizada por el mismo Notario (Nº. 310 de su protocolo), e inscrita en el Registro Mercantil el 10 de marzo de 2011.
2.- Interesa destacar los siguientes datos fácticos de partida acerca de los cuales no ha habido discrepancia entre las partes:
- Al tiempo de la escisión, la ahora concursada RECOBESA S.L. era una sociedad unipersonal; su socio único era la sociedad ROLAELSA S.L.; la administradora única de RECOBESA S.L. era la compañía GROUPXEST S.L., y el representante de ésta don Roberto-Domingo Lado Puente.
- La administradora única de ROLAELSA S.L. era también la mercantil GROUXEST S.L., con el mismo representante.
- PROPERTYXEST S.L. también era una sociedad unipersonal, en este caso de don Constantino Lado González. La administradora única era también GROUPXEST S.L., con el mismo representante en la sociedad don Roberto-Domingo Lado Puente (hijo del Sr. Lado González).
- Las juntas universales de las dos sociedades, RECOBESA S.L. y PROPERTYXEST S.L., fechadas el 6 de agosto de 2010, acordaron la escisión parcial del patrimonio de RECOBESA S.L.U. y su traspaso en bloque por sucesión universal a PROPERTYXEST S.L., concretado en la rama de actividad de arrendamiento inmobiliario, con los inmuebles y pasivos afectos.
- El informe justificativo de la operación, aprobado en la misma junta, reseña las finalidades siguientes: a) Separar jurídicamente la actividad de promoción inmobiliaria de la de arrendamiento; disponer de una cuenta de explotación diferenciada para cada rama de actividad; separar el patrimonio que se desea mantener a largo plazo, afecto a la rama de actividad de arrendamiento, del destinado a la comercialización, propio de la actividad de promoción; b) Disponer de una política de riesgos diferenciada que permita desvincularse a los activos afectos a la actividad de arrendamiento del riesgo inherente a la actividad promotora, dotando de una mayor seguridad jurídica y económica tanto a la nueva sociedad poseedora de dichos activos (PROPERTYXEST S.L., beneficiaria de la escisión parcial) como a los arrendatarios de dichos inmuebles; c) Posibilitar a la sociedad beneficiaria de la escisión parcial una mayor facilidad de acceso al mercado crediticio, dado que estará en mejor disposición de optar a la concesión de financiación al no realizar actividad de promoción inmobiliaria alguna, tan expuesta al riesgo empresarial en el entorno económico actual.
- El valor contable de las existencias de la rama de actividad de arrendamiento, objeto de la escisión, ascendía a 1.729.225,66 € y el de los pasivos asociados a 1.529.625,66 €, resultando así un patrimonio neto objeto de traspaso de 149.600,00 €. Como el patrimonio neto de la sociedad escindida ascendía en la misma fecha a 889.912,11 €, el traspasado correspondiente a la rama de actividad de arrendamiento representaba el 16,81 % del total. En ese porcentaje se redujo el capital social de RECOBESA S.L. (concretamente en 10.305,47 €) mediante reducción del nominal de las participaciones, pasando de un capital de 61.303,23 € dividido en 1.020 participaciones de 60,10 € de valor nominal, a un capital de 50.997,76 € dividido en 1.020 participaciones de 49,99 € de nominal. Paralelamente se produjo una reducción de las reservas de RECOBESA S.L. en 139.294,52 € (+ 10.305,47 = 149.600,00 €).
- Como consecuencia de la modificación estructural, PROPERTYXEST S.L. aumentó su capital de 3.100,00 € divididos en otras tantas participaciones sociales de 1 euro cada una, hasta 152.700,00 €, mediante la emisión de 149.600 nuevas participaciones sociales de 1 euro cada una que fueron suscritas íntegramente por ROLAELSA S.L.
- Las cuatro sociedades - RECOBESA S.L., ROLAELSA S.L., GROUPXEST S.L., y PROPERTYXEST S.L.- tienen su domicilio social en A Coruña, Ronda de Nelle 121, 1º, si bien en distintos locales de la misma planta.

SEGUNDO.- ***Inviabilidad de la petición principal de la demanda.-***

La petición principal de la demanda aísla la transmisión de la propiedad de los inmuebles del marco de la modificación estructural societaria que la justifica, y se dirige así a obtener la reintegración a la masa de RECOBESA S.L. de los inmuebles que salieron de su patrimonio con ocasión de la escisión, con las cargas reales que los graven y los frutos (rentas) producidos por dichos inmuebles desde la fecha en que tuvo eficacia la escisión parcial y hasta que se deje ineficaz, pero preservando o sin atacar directamente la eficacia jurídica de la escisión misma.
Este planteamiento no tiene cabida en un sistema causal de transmisión de la propiedad. Prescinde la actora del hecho evidente de que no existe un título justificativo de la transmisión de los inmuebles a la sociedad beneficiaria de la escisión que no sea, precisamente, el traspaso en bloque por sucesión universal de una parte del patrimonio de RECOBESA S.L. a favor de PROPERTYXEST S.L. en que la escisión parcial ha consistido. Luego, si se pretende que se declare la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles -y la propiedad se transmite en nuestro derecho por la conjunción de título y modo, artículo 609 del CC- será preciso atacar y rescindir el negocio que la justifica, es decir, impugnar la modificación estructural –escisión parcial en este caso- por ser perjudicial para la masa activa del concurso (art. 71 de la LC).
Por eso sólo es coherente el planteamiento de la petición subsidiaria de la demanda que, para lograr la finalidad reintegradora, ataca la modificación estructural misma, identificándola como el acto dispositivo perjudicial para la masa activa del concurso (Art. 71 LC). Este segundo planteamiento permite, además, salvar el inconveniente del anterior que situaba la transmisión de los inmuebles en la escritura pública de 31 de diciembre de 2010 (la subsanación posterior no afecta a la *traditio ficta* que mediante la escritura se llevó a cabo), es decir, fuera del límite temporal de los dos años (la declaración de concurso de RECOBESA S.L. es de fecha 8 de enero de 2013); si lo que se ataca mediante la acción de reintegración es la modificación estructural, es decir, si lo que se pretende es que se declare ineficaz un negocio jurídico válido por considerar perjudiciales para la masa activa del concurso las transmisiones de bienes operadas en el marco de dicho negocio, la remisión del artículo 73 de la LME a las normas de la fusión permite entender, conforme al artículo 46 LME, que la eficacia de la escisión se produce con la inscripción de la escisión en el Registro Mercantil, que en este caso tuvo lugar el 10 de marzo de 2011, dentro de los dos años anteriores al auto de declaración del concurso.

TERCERO.- ***La resistencia de la escisión parcial a la acción de reintegración concursal.-***

1.- Dispone el artículo 47. 1 de la LME (Ley 3/2009, de 3 de abril) que ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Añade el nº. 2 del mismo artículo 47 que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad.

El precepto es aplicable a la escisión en virtud de la remisión del artículo 73 de la LME, y a la escisión parcial se han de entender referidas las consideraciones que, a propósito del alcance del precepto, se harán a continuación.

2.- Entre los variados problemas interpretativos que suscita el artículo 47. 1 LME, el que atañe al litigio es el del alcance del veto legal a las acciones de impugnación. El artículo 47. 1 puede entenderse como norma que asigna eficacia convalidante a la inscripción registral, esto es, sanadora de posibles defectos que pudieran afectar a la validez de la modificación estructural o a la de alguno de los acuerdos, negocios o instrumentos que culminaron en la inscripción, y así entendida es claro que no podrá impedir el ejercicio de acciones de reintegración concursal que, por ser rescisorias, presuponen precisamente la validez del negocio atacado, y por basarse en la idea de perjuicio objetivo a la masa activa de un concurso imponen un análisis del todo ajeno a la regularidad formal de la operación y, por supuesto, a la intención fraudulenta. Pero si el precepto se entiende con más amplio alcance, es decir, si se interpreta que lo que la norma hace es vedar, por razones de seguridad jurídica, cualquier acción impugnatoria posterior a la inscripción registral (salvo la de nulidad que regula en nº. 2 del artículo 47 y para la que establece un plazo de caducidad de tres meses), la escisión quedaría a salvo de las rescisorias comunes del Código civil y de la reintegradora concursal.

Esta segunda interpretación cuenta, sin duda, con mejor apoyo en la literalidad del precepto, que con el término impugnación cubre todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a un negocio (acciones de nulidad, anulabilidad, resolutorias, y rescisorias). Y no deja de ser significativo que la LME se haya apartado con esa expresión de los precedentes de la norma – en particular, el art. 246 de la LSA, y menos claramente el artículo 22 de la tercera directiva sobre fusiones, Directiva 78/855, del Consejo, de 9 de octubre de 1978 y el artículo 16 de la sexta directiva, Directiva 82/891, del Consejo, de 17 de diciembre de 1982-, que se referían sólo a la acción de nulidad o anulabilidad (aunque es seguro que la referencia a la nulidad en las directivas abarca todas las categorías de ineficacia). Las consideraciones de seguridad jurídica que la abonan son, además, particularmente relevantes en estos casos, y están asentadas -a partir del respeto a las formalidades y plazos de la operación, y como ha demostrado el profesor CERDÁ ALBERO-, en las normas que reconocen la efectividad del derecho de oposición de los acreedores anteriores cuyos créditos, no vencidos, no estén suficientemente garantizados (Art. 44 de la LME) y en la indiferencia de los efectos de la modificación estructural para los acreedores posteriores, que al relacionarse con la sociedad escindida ya cuentan con la garantía patrimonial resultante de aquélla. Cierto es que la garantía de los créditos anteriores, incluso hipotecaria, pudiera finalmente no ser suficiente, como de hecho revela la práctica constantemente, y cierto es también que la acción de reintegración concursal siempre acaba por reforzar la garantía patrimonial con que inicialmente contaban los créditos contraídos con posterioridad al acto rescindido; pero no son éstas razones que permitan eludir los claros términos del artículo 47 de la LME ni prescindir de las motivaciones de seguridad jurídica en que la norma se funda, a su vez basadas, como explica el propio CERDÁ ALBERO (*Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas*, a propósito de la ST de 12/12/2011 del Juzgado de lo Mercantil Nº. 2 de las Palmas de Gran Canaria) en la trascendencia de los efectos de las modificaciones estructurales en el ámbito patrimonial (mediante la transmisión a título universal), y en la integración de los socios de la/s sociedad/es transmitente/s en la/s adquirente/s (salvo en la segregación y cesión global), razones que –dados los términos de los artículos 73 y 90 de la LME- sirven al mencionado autor para defender el principio de inatacabilidad respecto de todas las modificaciones estructurales traslativas inscritas, incluida la segregación (artículo 71) y la cesión global de activo y pasivo (Art. 81).

3.- No se trata de fundar la resistencia de la modificación estructural sobre el vértigo que genera la complejidad y trascendencia de las consecuencias que su rescisión acarrearía (consideraciones que, en todo caso, no deberían tampoco desdeñarse, como explican los profesores SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y FERNÁNDEZ TORRES en el trabajo, "Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del artículo 35 LME)", Revista de derecho concursal y paraconcursal Nº. 14/2011), sino de interpretar la norma según su verdadero sentido y finalidad. En este sentido, aunque se pueda compartir la tajante afirmación de CABANAS TREJO Y BONARDELL LENZANO ("Modificaciones Estructurales en el Concurso de Acreedores", en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal nº. 18/2013, Edit. La Ley 2013) según la cual la acción de reintegración concursal es por completo ajena a las previsiones de la LME, y aunque sin duda alguna el perjuicio relevante desde la perspectiva del concurso es diferente del que debe tratar de evitar la normativa reguladora de las modificaciones estructurales de compañías mercantiles (y esta es la idea rectora de la ST de la A.P. de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Cuarta, de 29 de octubre de 2013), no tiene sentido ignorar no ya los términos del artículo 47 LME, sino también el hecho de que algunas de las modificaciones estructurales traslativas, como la escisión, ni siquiera admiten desde el concurso de la sociedad escindida una valoración como la que impone el artículo 71 de la LC, como no sea forzando la naturaleza de la operación y con consecuencias gravemente dañosas para la seguridad jurídica.

4.- Pues incluso autores contrarios a la tesis de la resistencia al concurso de las modificaciones estructurales traslativas, como E. Beltrán, reconocían la dificultad e inutilidad de las acciones rescisorias cuando se trata del concurso de una sociedad absorbente o de un cesionario, frente a los casos "en que la contraprestación fuera recibida por la propia sociedad concursada, y siempre, claro está, que careciera del necesario equilibrio en las prestaciones". Y acotado así el campo de juego de la rescisoria concursal, en ese esquema encajan la segregación (artículo 71 LME) o la cesión global de activo y pasivo (art. 81 LME), pero de ninguna manera la escisión, ni la total (art. 69 LME) ni la parcial (Art. 70 LME), en la que son los socios, no la sociedad, los que

reciben participaciones sociales, cuotas o acciones de las sociedades beneficiarias en proporción a su respectiva participación en la sociedad que se escinde. Desde la perspectiva del concurso de la sociedad escindida, el "equilibrio de prestaciones", es decir, el contravalor de la parte del patrimonio social que se traspasa en acciones, cuotas o participaciones sociales en la sociedad beneficiaria, es irrelevante. No es aquí posible un análisis del perjuicio como el que impone la acción de reintegración concursal –en la práctica judicial se suele hablar de "sacrificio patrimonial injustificado"-, pues no tiene sentido apreciarlo contraponiendo el valor real de la parte del patrimonio social traspasado con el del nominal de las participaciones, cuotas sociales o acciones que los socios reciben en la sociedad beneficiaria. Que el valor real de los activos traspasados sea superior al que en la operación se les ha asignado (en este caso, el contable) es de todo punto irrelevante para la sociedad escindida; lo es incluso –por la misma razón- desde el punto de vista fiscal dado el principio de neutralidad que rige el tratamiento de las modificaciones estructurales según el artículo 4. 1 de la Directiva 2009/133/CE, del Consejo, de 19 de octubre de 2009 ("la fusión, escisión o escisión parcial no implicará gravamen alguno sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal") y el artículo 85 de la Ley del Impuesto de sociedades, RD-Leg 4/2004, de 5 de marzo.

CUARTO.- ***Escisión parcial y perjuicio para la masa activa.-***

1.- Aun si no se compartiera la conclusión anterior acerca del alcance del artículo 47 LME, el análisis de la escisión parcial desde la perspectiva del concurso de la sociedad escindida y de la que impone el artículo 71 de la LC resulta muy forzado. Supuesto, en primer lugar, que el traspaso en bloque por sucesión universal de una parte del patrimonio social a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, pudiera ser considerado un acto (dispositivo) realizado por el deudor, y no una reorganización del patrimonio social decidida por los socios al amparo de las posibilidades que, por su condición de propietarios de la compañía, les ofrece la LME, la Ley exige que el acto haya ocasionado un perjuicio para la masa activa, entendido como un sacrificio patrimonial no justificado y valorado ex ante, al tiempo de la realización del acto impugnado.

2.- Pues bien, sin olvidar que lo traspasado no son meramente activos -sino un conjunto patrimonial que, junto con los inmuebles que conforman la rama de actividad productiva, está también integrado por las obligaciones con entidades financieras garantizadas con dichos inmuebles, los costes de mantenimiento, personal y administración, y los inherentes a la responsabilidad de un arrendador, los gastos de comunidad, impuesto de bienes inmuebles, etc., y con él los socios que pasan a serlo de la entidad beneficiaria-, esa idea de perjuicio patrimonial no sirve para valorar la situación de la compañía escindida y después declarada en concurso; porque si se entiende que la justificación del acto dispositivo radica en la existencia de una contraprestación de valor económico equivalente al del neto patrimonial traspasado, a lo sumo podríamos identificarla con la reducción del pasivo no exigible de la compañía escindida, incluida, en la medida necesaria, la cifra del capital social. Por la propia naturaleza de la escisión, en ningún caso podrá recibir la escindida de la sociedad beneficiaria contraprestación alguna por el traspaso en bloque de parte de su patrimonio.

3.- No por ello, desde luego, puede afirmarse que el traspaso patrimonial sea gratuito: son los socios los que, asumiendo las razones organizativas y económicas que en el parecer de los administradores justificaban la operación, deciden llevarla a cabo, reubican en otra sociedad la porción patrimonial escindida (que conforma un unidad económica), sin oposición de los acreedores, y reciben las acciones, cuotas sociales o participaciones sociales que les corresponden en la sociedad beneficiaria, reduciendo simultáneamente la sociedad escindida su capital en la cuantía necesaria. La operación tiene causa onerosa propia del negocio o contrato social, pues en cierto modo anticipa o concreta virtualmente los derechos de los socios sobre el patrimonio neto. Es, en todo caso, distinta de la propia de los contratos bilaterales y no consiste tampoco en la mera liberalidad de la sociedad escindida.

4.- Como es lógico, por otra parte, cuando la beneficiaria de la escisión parcial sea una sociedad ya existente, la operación generará vínculos –si es que ya no existían con anterioridad- entre las dos compañías que en muchos casos convertirán a la beneficiaria en sociedad del mismo grupo y, por ello, en persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica (artículo 92 2 3º LC); pero, dejando al margen el hecho de que lo relevante a efectos del artículo 71 3 1º es que el beneficiario tenga la condición de persona especialmente relacionado con el concursado al tiempo de realizarse el acto dispositivo y no como consecuencia de él, la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial no puede operar porque tampoco existe en puridad un acto dispositivo a título oneroso que la sociedad escindida haya realizado a favor de la beneficiaria. La onerosidad debemos encontrarla en las relaciones entre la sociedad escindida y sus socios, y entre la sociedad beneficiaria y los nuevos socios.

5.- Inaplicables las presunciones legales de perjuicio, la administración concursal mantiene que en la escisión parcial de RECOBESA S.L. los inmuebles salieron de su patrimonio, como existencias, por valor en libros notoriamente inferior al de mercado, "con el consiguiente perjuicio para la masa activa, y (permitiendo que) quedaran ocultas y sin aflorar las plusvalías generadas por dichos inmuebles" (hecho quinto, párrafo sexto, de la demanda). La argumentación enlaza con la infracción, a juicio de la administración concursal, del artículo 25 de la LME con arreglo al cual "en las operaciones de fusión el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que participan en la misma debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio". En la escisión de RECOBESA S.L. la operación se llevó a cabo manteniendo el valor contable de los activos inmobiliarios traspasados, justificándolo el informe de los administradores de la compañía en la obediencia a la norma de valoración 21ª del Plan General de Contabilidad.

Debemos reiterar que no existe perjuicio que sea posible enlazar con la defectuosa valoración de un conjunto patrimonial cuyo contravalor son las participaciones sociales que reciben los socios en la sociedad beneficiaria. Por otra parte, la norma del artículo 25 de la LME, admitiendo a estos efectos que sea de aplicación también a la escisión parcial realizada a favor de una sociedad vinculada, no permite que se valoren de forma distinta los activos integrados en el conjunto patrimonial traspasado y los que permanecen en la sociedad escindida, que es lo que en realidad propone la demandante. Si los activos inmobiliarios integrados en la rama de actividad de

arrendamiento debieron ser valorados según su valor real o de mercado, se convendrá en que el mismo criterio habría de seguirse respecto del resto de los activos para no dar una imagen distorsionada del patrimonio neto de la compañía y a los efectos de calcular sobre él el porcentaje de disminución del capital social en la sociedad escindida y la medida del aumento en la sociedad beneficiaria. Nada permite deducir, en todo caso, que realizada la valoración real o de mercado de todos los activos, sólo los ligados a la rama de actividad de arrendamiento hayan experimentado plusvalías que los demás inmuebles –unos y otros, existencias en RECOBESA S.L.- no hubiesen tenido.
6.- Apunta también la administración concursal el riesgo -todavía vivo- de que, por haber dejado fuera del bloque patrimonial traspasado a PROPERTYXEST S.L. al menos dos inmuebles arrendados, que permanecieron en poder de RECOBESA S.L., la Hacienda Pública rechace la aplicación de los beneficios del régimen especial de escisiones regulado en los artículos 83 y ss de la Ley del Impuesto de sociedades y que de ello se siga un daño para el concurso al aflorar un crédito público por la cuota que se determine. Es evidente, sin embargo, que sin entrar en consideraciones de naturaleza fiscal –salvo para recordar que el artículo 83. 3 de la Ley del impuesto dice que se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios- la posible infracción de normas fiscales de la que se derive un daño para la sociedad podrá motivar, en su caso, el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra la administradora única de la compañía o/y contra quien tenga la condición de administrador de hecho, e incluso podrá –en su caso- fundar una calificación del concurso como culpable si se tratara de una conducta dolosa o gravemente culposa con la que se haya generado o agravado la insolvencia. Es obvio, sin embargo, que no cabe fundar una acción de reintegración en el daño, de momento hipotético, que pueda concretarse en la determinación de nuevos créditos concursales de naturaleza fiscal.
7.- Tampoco es la operación perjudicial para la masa activa por el hecho de quedar responsable la sociedad escindida de las obligaciones asumidas por la sociedad beneficiaria que resulten incumplidas, en los términos del artículo 80 de la LME. De producirse el evento legalmente previsto –el incumplimiento de la obligación asumida por la beneficiaria de la escisión- se concretará la responsabilidad solidaria de la escindida, con lo que quedará en su caso afectada la masa pasiva del concurso, que no la masa activa. Ello basta para rechazar el argumento, sin que deba esta sentencia entrar a valorar la decisión de la administración concursal de reconocer como acreedor concursal, con plenitud de derechos concursales, a un banco titular de un préstamo con garantía hipotecaria que fue traspasado a la sociedad beneficiaria junto con el inmueble a que se refería, como tampoco nos corresponde valorar la contradictoria postura de la deudora en concurso que no ha impugnado la lista de acreedores con relación al reconocimiento de ese crédito.”: SJM-1 La Coruña 06.03.2014 (Concurso 4/2013; Incidente 172/2013)

JM-2 Las Palmas

“PRIMERO.- La parte actora reclama mediante la interposición de la presente demanda que se dicte sentencia por la que:
Declare la rescisión, y por consiguiente ineficacia, por ser perjudicial para la masa activa, de las valoraciones acordadas y por ende mal atribuidas a CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L. en perjuicio de ésta y en exclusivo beneficio de JUCAZAM, S.L.U.
Se declare el derecho de CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L. y paralela obligación de JUCAZAM, S.L.U. a que se reintegre por parte de ésta última a favor de la concursada CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L., para formar parte de la masa activa del concurso de acreedores, como consecuencia de la rescisión acordada, la suma de CUATRO MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO DIEZ EUROS CON OCHENTA y SIETE CÉNTIMOS (4.039.110,87 Eur.), más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la escisión y consecuente deficiente adjudicación o atribución patrimonial a CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L.
Subsidiariamente a la petición anterior, se condene a JUCAZAM, S.L.U. a que se reintegre por parte de ésta última a favor de la concursada CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L., para formar parte de la masa activa del concurso de acreedores, como consecuencia de la rescisión de las valoraciones acordada, bienes atribuidos a la misma por valor de esos CUATRO MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO DIEZ EUROS CON OCHENTA y SIETE CÉNTIMOS (4.039.110,87 E), más sus frutos y/o intereses legales desde la fecha de la escisión y consecuente deficiente adjudicación o atribución patrimonial a CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L.
Se ordene la realización de cuantos actos y formalidades fueren precisas a efectos de que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos y también los que fueren consecuencia de tal rescisión.
Se condene en costas a los demandados, si se opusieran a la demanda, de conformidad con el principio del vencimiento en juicio.
La citada pretensión deriva del siguiente relato fáctico:
Los hechos relevantes para enjuiciar esta litis encuentran su nudo gordiano como consecuencia de la escisión de la entidad CONSTRUCCIONES y PROMOCIONES ROP y CAZORLA, S.L. que, mediante su disolución y división de su patrimonio en dos partes -presuntamente iguales-, traspasaba su patrimonio a las entidades ya preexistentes CRO y JUCA. Así, la cuestión de fondo pivota, básicamente, en primer lugar, en describir la existencia y contenido de dicho acto jurídico de escisión total de la entidad ROP, en segundo lugar de los aspectos fácticos y jurídicos directamente relacionados con ella y la postura adoptada por sendas partes en relación con aquellos y, por último, en tercer lugar, de la acreditación que de la misma se derivan actos perjudiciales para la masa acreedora fruto de una equitativa distribución y posterior adjudicación patrimonial a la una y a la otra. Que se hace del todo necesario delimitar con la máxima precisión, no solo el escenario general de la controversia planteado, es decir, la defectuosa valoración y atribución del patrimonio dimanante

de la famosa escritura de escisión total de ROP, sino -y especialmente- lo que podríamos denominar nodos de intersección argumental, esos núcleos del debate que en definitiva condensan el contenido del proceso y que, por tanto, se marcan en el escenario del mismo, pues ya veremos que lo realmente reprochable es la incoherente valoración de inmuebles adjudicados a una y otra de las sociedades ya existentes CRO y IUCA, incluida en aquella.
A estos efectos la mera narración cronológica, salvada la acreditación de hallarse dentro del periodo de 2 años, fácticamente no es suficiente. Resulta indispensable la introducción de un criterio sistemático que permita la ordenación del material conceptual de manera tal que identifique las cuestiones suscitadas y reprochadas por la Administración Concursal y posibilite una adecuada respuesta dialógica en sede jurisdiccional. Así pues, los hitos que comprenden este análisis pueden rotularse de diversas formas, pero más allá de florituras literarias deben ajustarse al inderogable contenido que emerge de la reiterada escisión. Así, en este orden de cosas un guión razonable, y que considera respetuoso con la metodología enunciada, podría resultar del siguiente tenor:
De la mercantil ROP: Quien era y por quien estaba formada.
Escritura de escisión de ROP mediante su disolución y división de su patrimonio en dos partes, cada una de las cuales se traspasaba en bloque a las entidades ya preexistentes CRO y IUCA, según el proyecto presentado por sus administradores sociales.
Consecuencias de tal escisión, es decir, adjudicación del patrimonio de la entidad escindida ROP a las adjudicadoras CRO y IUCA: ¿Es correcta y equitativa la valoración efectuada en cada uno de los grupos o paquetes correspondientes a cada una de las sociedades beneficiarias o adjudicatarias? ¿Es posible que permanezca ante la existencia de este concurso?
Acto merecedor de severo reproche al perjudicar notablemente a los acreedores de la concursada y, por tanto, susceptible de poder ser total o parcialmente rescindido.
La propia dinámica de los acontecimientos es el mejor antídoto frente a cualquier tentación de estanqueidad de unos hechos y unas conductas que se desenvuelven en el marco de un acto jurídico como lo es la escisión que ahora, sin duda, resulta afectado directamente por el presente concurso. Por ello, entiende que resultan pertinentes, con este modelo, todas la remisiones, referencias, descripciones o digresiones entre los distintos bloques temáticos compatibles con la idea rectora que inspiran los mismos pues, una cosa es ordenar los conceptos que describen la realidad y otra muy distinta sustituir los acontecimientos por su narración. En tal sentido, interesa la rescisión parcial de la escisión, más concretamente, la ineficacia de las valoraciones utilizadas en la misma (reflejadas en los diferentes LOTES del inventario incluido en la escritura) y, fruto de ello, se compense y reintegre a la concursada, en beneficio de la masa acreedora, con la diferencia de valor dimanante de la incorrecta y poco proporcional atribución patrimonial efectuada. Pues, desde el punto de vista jurídico, la puesta en relación de dichas ramas patrimoniales, que a la postre debieron haber sido atribuidas al 50% a cada una de las sociedades CRO y JUCA, sin embargo, se ha articulado por medio de sendas atribuciones, totalmente desiguales y que, aunque encadenadas y dependientes entre sí por su confluencia en un mismo acto jurídico, debieron haber resultado totalmente paritarias-, Así, la conjugación de dichos aspectos y, como no, el incumplimiento de un reparto justo y equilibrado es lo que da sustantividad a esta acción. Por ello la dependencia funcional y equitativa de ambas ramas o troncos patrimoniales adjudicados, a través de las cuales ambas partes dibujaron la operación para conferirle válida apariencia jurídica, es tal que la rescisión parcial del acto jurídico fruto de una incorrecta y desigual valoración difícilmente dejaría inalterado el contenido obligacional e inmunes los derechos que para con respecto de ello se derivan en la otra parte.
1.DE LA ENTIDAD CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES ROP & CAZORLA, SOCIEDAD LIMITADA (ROP).
La entidad ROP, era una entidad de nacionalidad española, dedicada a la actividad de promoción inmobiliaria, de la que eran administradores mancomunados los Sres. D. Pelayo y D. Raúl, a la sazón, dueños de CRO y JUCA, respectivamente. Se hallaba domiciliada en el término municipal de Santa Lucía, en Vecindario, Avenida de Canarias, 264, planta segunda, Local 1, Oficina 2, fue constituida por tiempo indefinido, mediante escritura otorgada en Vecindario, el 31 de mayo de 1.994, ante el Notario D. Francisco de Asís Triana Álvarez, bajo el número 839 de su protocolo, aclarada por otra otorgada en el mismo lugar, y ante el mismo fedatario, el 1 de julio de1.994, bajo el número 1.015 de protocolo, oportunamente inscrita en el Registro Mercantil de la Provincia de Las Palmas en el folio 167del Tomo 1170 General, hoja número GC. 10.543, e inscripción 1a; y que por último, constaba provista del CIF núm. B- 35.365.147.Y, por lo que aquí respecta, el capital social de tal entidad mercantil se encontraba repartido en la proporción indicada: ROP100% CAPITAL SOCIAL: CRO (50%), D. Raúl (49,620/0), DOÑA Penélope (0,19%), D. Jesús Luis (0,19%). Es decir, el 50% del capital social de ROP pertenecía a la hoy concursada CRO, su otro 49,62% a D. Raúl, a su vez dueño y administrador único de la co-demandada JUCAZAM, S.L., y su otro 0,38% constaba, a partes iguales, a favor de los hijos del Sr. Raúl, Dª Penélope y D. Jesús Luis, lo que es lo mismo, los socios de esta entidad eran al tiempo de la escisión los siguientes: Construc, Raimundo Ortega SL (265 participaciones), D. Raúl (263 participaciones), Dª Penélope (1 participación) y Dª Jesús Luis (1 participación). Y, a la fecha de la presente demanda el programa de informes financieros INFORMA nos proporciona al respecto de ROP una evolución financiera del tenor siguiente (años 2004 2006 y 2007:
Patrimonio neto 9.381.841,32,11.615.303,50, 11.204.229,97
Endeudamiento 9.522.512,08, 14.967.617,00, 14.404.780,96
Inmovilizado 5.526.130,60,8.563.143,05, 11.290.207,69
Total activo 18.904.353,40, 26.582.920,50, 25.609.010,93
Ventas 11.473.403,77, 9.905.929,26, 6.995.404,14
Beneficio explotación 2.137.708,88, 2.350.809,19 -164.077,56
Evolución financiera que con respecto a CRO era del tenor siguiente:
Patrimonio neto 4.085.250,56 3.832.777,38
Endeudamiento 6.342.603,62 10.571.108,47
Inmovilizado 4.758.414,50, 4.814.713,89

Total activo 10.427.854,18, 14.403.885,85
Ventas 9.534.074,00, 4.132.260,11 4.751.257,17
Resultado neto 457.063,20, -374.539,76 -2.615.134,92
Y, por último, para con respecto a JUCA resultaba de la forma siguiente:
Patrimonio neto 1.826.481,72, 3.466.804,79, 3.587.652,61
Endeudamiento 940.223,49, 1.253.466,72, 3.954.136,41
Inmovilizado 2.126.003,55, 2.500.385,66, 4.110.265,04
Total activo 2.766.705,21, 4.720.271,51, 7.541.789,02
Ventas 224.485,37, 1.835.604,91, 104.745,79
Beneficio explotación 115.115,14, 1.639.710,05, 120.847,82
Observándose pues, nítidamente y del análisis conjunto de los precitados cuadros de dichas sociedades, que la sociedad ROP (posteriormente escindida) presentaba una estructura económica y financiera netamente superior a las beneficiarias de esa escisión CRO y JUCA, con un patrimonio neto a 31 de diciembre de 2007 de 11.204.229,97Eur., apreciándose no obstante un sensible descenso en las ventas y resultados que, igualmente, se aprecia en dichas sociedades a la postre beneficiarias.
2. DE LA ESCISIÓN TOTAL DE ROP MEDIANTE SU DISOLUCIÓN Y DIVISIÓN DE SU PATRIMONIO TRASPASADO EN BLOQUE A FAVOR DE CRO y JUCAZAM
Siguiendo con los lazos descriptivos anteriormente expresados, con fecha 11 de septiembre de 2008, se firma la escritura de escisión de la compañía mercantil ROP, mediante su disolución y división de su patrimonio en dos partes, cada una de las cuales se traspasaba en bloque a las entidades ya existentes CRO y JUCA, según el Proyecto presentado por sus administradores. Escritura autorizada por el Sr. fedatario público de Santa Lucía-Vecindario D. José Luis Zaragoza Tafalla, bajo su número 1296 de protocolo. Así y sobre el particular, ya antes los administradores de ROP habían procedido a formular con fecha 30 de abril de 2008 el balance de escisión, (no existiendo informe de auditoria al no estar obligada la sociedad a ello), para posteriormente con data 3 de julio de 2008 presentar el proyecto de escisión y oportuno depósito ante el Registro Mercantil, así como la publicación del mismo. Elaborando, igualmente, un Informe de fecha 4 de julio de 2008 en el que se explicaba la escisión para posteriormente celebrar con fecha 11 de septiembre de 2008 la ineludible Junta General, adoptando los acuerdos siguientes:
Aprobar la escisión de ROP, mediante su disolución y división de su patrimonio en dos partes, cada una de las cuales se traspasaba en bloque a las entidades ya existentes CRO y JUCA.
Aprobar el balance de escisión.
Encomendar el órgano de administración, indistintamente, la publicación de los acuerdos y otorgamiento de la correspondiente escritura;
Someter la operación de escisión al régimen de neutralidad fiscal que se establecía en el Capítulo VIII, del Título VII (art. 83 y s.) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, según redacción dada por el Real Decreto Legislativo 4/2004 EDL 2004/3271.
Y, en su mérito, como anunciáramos anteriormente y por lo que aquí, conforme veremos interesa, traspasándose en bloque a las dos citadas entidades CRO y JUCA, los respectivos patrimonios inventariados de ROP, y que a la postre suponían: (1) Asignar a CRO la rama de promoción inmobiliaria, y (2) a JUCA, las ramas de hotel, guarda y custodia de vehículos, y arrendamiento de inmuebles. Considerándose realizadas las operaciones de sendas sociedades a efectos contables, desde el 11 de mayo de 2008, como independientes; y, por último, asignándose las participaciones de la siguiente forma:
Las participaciones de JUCA se asignan a los socios de la misma de la forma siguiente:
Al socio D. Raúl, socio titular de 263 participaciones del capital social de la sociedad escindida ROP le correspondían 526 participaciones de la sociedad JUCA quien era beneficiaria de la escisión, y sin ninguna compensación en metálico.
A la socia Dª Penélope, socia titular de 1 participación del capital social de la sociedad escindida ROP le correspondían 2 participaciones de la sociedad JUCA, sin ninguna compensación en metálico.
Al socio D. Jesús Luis, socio titular de 1 participación del capital social de la sociedad escindida ROP, igualmente, le correspondían 2 participaciones de JUCA, sin ninguna compensación.
2. Y, CRO no recibía participaciones ni ampliaba su capital ya que procedía a integrar los activos y pasivos que se le adjudicaban anulando el valor contable de su participación en ROP.
Descritos pues, aunque solo sea de forma sucinta, los pasos seguidos para tal menester escisorio de ROP, se tercia subrayar que tal escisión de ROP, coloquialmente hablando, suponía -o mejor dicho, debería de haber supuesto- su división en 2 partes completamente iguales atribuibles a CRO y JUCA, respectivamente.
Sin embargo, ambas partes hoy demandadas dibujaron la operación por medio del traspaso del 100% de ROP en bloque y por ramas de actividad (presumiblemente a partes completamente iguales), a favor de CRO y JUCA, respectivamente. Así, el proyecto de escisión, conforme recogía el ordinal 255.1.a) de la LSA, en su previa redacción, y por remisión del artículo 94.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, igualmente en su antigua redacción (hoy no vigente), establecía la designación y el reparto precisos de los elementos del activo y del pasivo que se transmitían a cada una de las sociedades beneficiarias, esto es, CRO y JUCA. En su merito, se recogía en el expositivo IX de la repetida escritura, como inventario general, el LOTE 1 correspondiente a la parte del patrimonio de ROP que se traspasaba a JUCA, y como LOTE II el imputado a CRO. Y, si bien el presente particular no necesitaría llenar más líneas de negro sobre blanco, lo cierto es que el asombroso y desconcertante actuar de las partes en y ex post de la mencionada escisión, con respecto a la desigual y muy poco paritaria distribución de ese patrimonio de ROP y su consecuente adjudicación a cada una de ellas, es el que da razón de ser a la presente demanda objeto de litis. Los bienes atribuidos a CRO para, a raíz de ello, comenzar a alumbrar la diferencia de valores ampliamente denunciada», es decir:

RÚSTICA.- NAVE destinada a empaquetado de tomates y hortalizas, que en la actualidad se encuentra deteriorada y en mal estado, sita en el lugar conocido por "Casa Segura", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía, construida sobre parte del cercado. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 1.765,,Libro 256 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 63, finca número1.522.
RÚSTICA.- TERRENO montuoso en los sitios de ROSA DE TARAJALITO, LLANO DE TOSCÓN, LLANO DE CAIMA, PEÑA ERGUIDA, JABLITO, CABADERO Y PAGO DEVILLAVERDE, en el término municipal de La Oliva, en la Isla de Fuerteventura. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario UNO, Tomo 536, Libro 145 de La Oliva, folio 71, finca número 5.855.
EDIFICIO de cinco plantas, (Sótano, Baja, Primera, Segunda y Tercera), sin número de gobierno de la calle "GRACILIANO ALONSO", que da también a las calles "ROQUE AGUAYRO" Y "VENEZUELA", en el punto denominado LOS LLANOS, en EL VECINDARIO, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 2.849, Libro 795 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 60, finca número 40.436.
VIVIENDA NÚMERO UNO, (primera a la derecha 306 según se accede al Conjunto, pareada con la número DOS), de dos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCE VIVIENDAS UNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CON SEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del-12-Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 80, finca número 51.308, e inscripción 1a.
VIVIENDA NÚMERO DOS, (segunda a la derecha según se accede al Conjunto, pareada con la número UNO), de dos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCE VIVIENDAS UNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CON SEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 83, finca número 51.309, e inscripción 1a.
VIVIENDA NÚMERO TRES, (tercera a la derecha según se accede al Conjunto, pareada con la número CUATRO), de dos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCE VIVIENDAS UNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CON SEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa LUCÍA. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 86, finca número 51.310, e inscripción la.
VIVIENDA NÚMERO CUATRO, (cuarta a la derecha según se accede al Conjunto, pareada con la número TRES), de dos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCE VIVIENDAS UNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CON SEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del Ayuntamiento de Santa Lucia, folio 89, finca número 51.311, e inscripción 1a.
VIVIENDA NÚMERO CINCO, (quinta a la derecha según se accede al Conjunto, pareada con la número SEIS), de dos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCE VIVIENDASUNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CON SEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 92, finca número 51.312, e inscripción P.
VIVIENDA NÚMERO SEIS, (sexta a la derecha según se accede al Conjunto, pareada con la número CINCO), de dos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCE VIVIENDAS UNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CON SEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 95, finca número 51.313, e inscripción la.
VIVIENDA NÚMERO SIETE, (última al fondo derecha), de dos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCE VIVIENDAS UNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CON SEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 98, finca número 51.314, e inscripción la.
VIVIENDA NÚMERO OCHO, (última al fondo izquierda), de dos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCE VIVIENDAS UNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CON SEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 101, finca número 51.315, e inscripción Ia.,
VIVIENDA NÚMERO NUEVE, (cuarta a la izquierda según se accede al Conjunto, pareada con la número DIEZ), de dos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCE VIVIENDAS UNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CON SEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 104, finca número 51.316, e inscripción la.
VIVIENDA NÚMERO DIEZ, (tercera a la izquierda según se accede al Conjunto, pareada con la número NUEVE), dedos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCEVIVIENDAS UNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CONSEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa

Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 107, finca número 51.317, e inscripción la.
VIVIENDA NÚMERO ONCE, (segunda a la izquierda según se accede al Conjunto, pareada con la número DOCE), de dos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCE VIVIENDAS UNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CON SEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 110, finca número 51.318, e inscripción P.
VIVIENDA NÚMERO DOCE, (primera a la izquierda según se accede al Conjunto, pareada con la número ONCE), de dos Plantas y Semisótano, integrada en el Grupo de DOCE VIVIENDAS UNIFAMILIARES DE DOS PLANTAS CON SEMISÓTANO, número ciento sesenta y uno de gobierno de la calle "LEON y CASTILLO", en SARDINA DEL SUR, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 3.187, Libro 980 del Ayuntamiento de Santa Lucía, folio 113, finca número 51.319, e inscripción 1a.
VIVIENDA "BAJO-A", con acceso por el PORTAL NÚMERO TRES, a la izquierda según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Baja del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajocubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DAMASO", en la Ciudad de Telde.INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 52, finca número 85.939, e inscripción la.
17. VIVIENDA "PRIMERO-A", con acceso por el PORTAL NÚMERO DOS, a la izquierda según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Primera del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo-cubierta
"Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 57, finca número 85.949, e inscripción r.
VIVIENDA "PRIMERO-B", con acceso por el PORTAL NÚMERO CUATRO, a la derecha según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Primera del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo-cubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y Telde. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 62, finca número 85.959, e inscripción r.
VIVIENDA "SEGUNDO-A", con acceso por el PORTAL NÚMERO UNO, a la izquierda según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Segunda del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo-cubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 63, finca número 85.961, e inscripción r.
VIVIENDA "5EGUNDO-B", con acceso por el PORTAL NÚMERO UNO, a la derecha según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Segunda del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo-cubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 64, finca número 85.963, e inscripción r.
VIVIENDA "SEGUNDO-A", con acceso por el PORTAL NÚMERO DOS, a la izquierda según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Segunda del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo-cubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 65, finca número 85.965, e inscripción P.
VIVIENDA "SEGUNDO-B", con acceso por el PORTAL NÚMERO DOS, a la derecha según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Segunda del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo cubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 66, finca número 85.967, e inscripción la.
VIVIENDA "SEGUNDO-A", con acceso por el PORTAL NÚMERO TRES, a la izquierda según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Segunda del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajocubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 67, finca número 85.969, e inscripción la.
VIVIENDA IISEGUNDO-B", con acceso por el PORTAL NÚMERO TRES, a la derecha según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Segunda del Edificio de siete 369 Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajocubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 68, finca número 85.971, e inscripción la.
VIVIENDA "SEGUNDO-A", con acceso por 371 el PORTAL NÚMERO CUATRO a la izquierda según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Segunda del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajocubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 69, finca número 85.973, e inscripción P.
VIVIENDA "TERCERO-B", con acceso por el PORTAL NÚMERO UNO, a la derecha según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Tercera del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo-cubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 72, finca número 85.979, e inscripción la.

VIVIENDA "TERCERO-A", con acceso por el PORTAL NÚMERO DOS, a la izquierda según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Tercera del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo-cubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de 376 Telde. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 73, finca número 85.981, e inscripción la.
VIVIENDA "TERCERO-A", con acceso por el PORTAL NÚMERO TRES, a la izquierda según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Tercera del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo-cubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y 379 nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 75, finca número 85.985, e inscripción la.
29. VIVIENDA "TERCERO-B", con acceso por el PORTAL NÚMERO TRES, a la derecha según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta Tercera del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y 382 Bajocubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO,
Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 76, finca número 85.987, e inscripción la.
30. VIVIENDA "BAJO-CUBIERTA BUHARDILLA-B", con acceso por el PORTAL NÚMERO DOS, a la derecha según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta BAJOCUBIERTA- BUHARDILLA del Edificio de siete Plantas Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo-cubierta Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE
DÁMASO", en la Ciudad de Telde INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 82, finca número 85.999, e inscripción la.
VIVIENDA "BAJO-CUBIERTA BUHARDILLA- B", con acceso por el PORTAL NÚMERO CUATRO, a la derecha según se accede a esta Planta por dicho Portal, en la Planta BAJOCUBIERTA- BUHARDILLA del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo 387 cubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 85, finca número 86.005, e inscripción la.
CUARTO TRASTERO NÚMERO VEINTE, situado en la Planta Semisótano del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo 389 cubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 86, finca número 86.007, e inscripción la.
CUARTO TRASTERO NÚMERO VEINTIDÓS, situado en la Planta Semisótano del Edificio de siete Plantas (Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo cubierta "Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 87, finca número 86.009, e inscripción la.
CUARTO DESTINADO A ESTACIÓN TRANSFORMADORA, situado en la Planta Baja del Edificio de siete Plantas Sótano, Semisótano, Baja, Primera, Segunda, Tercera, y Bajo-cubierta Buhardilla"), señalado con los números siete, ocho y nueve de gobierno de la calle "PEPE DÁMASO", en la Ciudad de Telde. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Telde-UNO, Tomo 2.109, Libro 1.183, folio 88, finca número 6.011, e inscripción la.
PLAZA DE GARAJE-APARCAMIENTO número DIEZ situada en la Planta Sótano del Edificio situado en la calle "PRIMERO DE MAYO", esquina a la calle "GINÉS DE LOS RÍOS", en EL VECINDARIO, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 1.722, Libro 238, folio 42, finca número 19.765.
PLAZA DE GARAJE-APARCAMIENTO número TRECE situada en la Planta Sótano del Edificio situado en la calle "PRIMERO DE MAYO", esquina a la calle "GINÉS DE LOS RÍOS", en EL VECINDARIO, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 1.722, Libro 238, folio 51, finca número 19.768.
PLAZA DE GARAJE-APARCAMIENTO NÚMERO ONCE, situada en la Planta Semisótano del Edificio de cinco plantas (Semisótano, Planta Baja, Planta Primera, Planta Segunda y Ático), señalado con el número ocho de gobierno de la calle "ABONA", esquina a la calle "TARA", por donde está señalado con el número seis de gobierno, en EL VECINDARIO, del término municipal de Santa Lucía. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 1.792, Libro 271, folio 218, finca número 21.460.
CUARTO TRASTERO NUMERO VEINTICINCO, en la Planta Semisótano del Edificio de cuatro plantas (Semisótano, Baja, Primera y Segunda), señalado con el número treinta y cuatro de gobierno de la calle "PASCUAL RICHART", en el término municipal de Ingenio. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 2.093, Libro 247 del Ayuntamiento de Ingenio, folio 80, finca número 19.344.
CUARTO TRASTERO NUMERO VEINTITRÉS J en la Planta Semisótano del Edificio de cuatro plantas (Semisótano, Baja, Primera y Segunda), señalado con el número treinta y cuatro de gobierno de la calle "PASCUAL RICHART", en el término municipal de Ingenio. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 2.093, Libro 247 del Ayuntamiento de Ingenio, folio 82, finca número 19.345.
CUARTO TRASTERO NUMERO VEINTICUATRO, en la Planta Semisótano del Edificio de cuatro plantas (Semisótano, Baja, Primera y Segunda), señalado con el número treinta y cuatro de gobierno de la calle l/PASCUAL RICHART", en el término municipal de Ingenio. INSCRIPCIÓN: Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana y su Partido, Tomo 2.093, Libro 247 del Ayuntamiento de Ingenio, folio 85, finca número 19.346.

En resumen, en la escisión que nos ocupa, tenemos que a CRO, propietaria ya de un 50% de ROP, se le atribuyen los bienes de la rama de promoción inmobiliaria, y a JUCA los activos de las ramas de alquiler de inmuebles, explotación hotelera y guarda y custodia de vehículos.
En particular, a CRO se le asignan : Única rama de promoción inmobiliaria: Un edificio de siete plantas en construcción en Telde. Un edificio de cinco plantas en Vecindario. Doce viviendas unifamiliares de dos plantas en Sardina del Sur. Una nave destinada a empaquetado de tomates y hortalizas. Una parcela de terreno en Fuerteventura. Dos plazas de garaje en la Avda. de mayo, Vecindario. Una plaza de garaje en Mercacentro.
Y a JUCA se le asignan :
En cuanto a la rama de alquiler de inmuebles: Dos plazas de garaje en Avenida mayo de Vecindario. Trastero en calle Pascual Richart de Ingenio. Plaza de garaje en Tenor Mendoza. 8 viviendas, 8 plazas de garaje y 7 trasteros en Juan de Cardona 23. 8 garajes adicionales no vinculados a viviendas y 5 trasteros en Edificio Langostero l.14 viviendas y 10 plazas de garaje en calle Churruca 28.7 viviendas y 6 garajes en calle Azuaje de Vecindario. 9 locales comerciales en el Centro Comercial Avda. de Canarias. Local comercial en la calle Los Sabandeños. 99 Plazas de garaje en la calle Salvador Cuyás 118.
En cuanto a la rama hotelera se le asigna un hotel de dos estrellas en Vecindario.
En cuanto a la rama de guarda y custodia de vehículos
se le asigna un parking para 303 plazas de garaje en el Centro Comercial Avenida de Canarias de Vecindario.
Es de resaltar que el propio proyecto de escisión recoge como valor de los activos y pasivos asignados a CRO el importe de 1.379.837,20 E, mientras que los asignados a JUCA ascienden a 9.458.058,95 Eur.. Esto es, CRO se le asignan bienes 6,5 veces inferiores contablemente a los asignados a JUCA. Sin embargo, el desfase se corrige en la relación de bienes obrante en el informe de los administradores, redactado el 4 de julio de 2008 donde ficticiamente se eleva el valor de los terrenos y construcciones en curso que se le adjudicaban a CRO en 8.078.221 Eur. para simplemente igualar el patrimonio atribuido a cada una de ellas en los referidos 9.458.058Eur., sin que estos Administradores Concursales acierten a ver en ninguno de los documentos obrantes en la escritura justificación alguna para ello, máxime cuando en 2008 la crisis financiera global estaba en su apogeo y el sector inmobiliario sufría una fuerte depreciación. Así, ha de resultar pacífico, porque la literalidad de los preceptos no admite ninguna hermenéutica disgregadora, que el iter secuencial del asunto sea pues, admitir y reconocer que las valoraciones atribuidas en la repetida escritura de escisión para con respecto a tales precitados bienes inmuebles, o más concretamente, la desigual atribución del patrimonio de ROP es absolutamente inadmisible por las circunstancias siguientes:
Porque si ya de por si causa alarmante sorpresa que no exista una valoración y/o tasación oficial al respecto», el que además se valoren y engorden cosas o bienes que no existen -como lo eran viviendas que se pretendían construir o edificar- roza los límites de la incredulidad.
Porque tales valoraciones se limitaban a valores arbitrarios y pintorescos que contradicen los elementos o parámetros (valor contable) utilizados para todos los demás supuestos de JUCA.
Porque, si ello fuera poco, además, en relación al "paquete" atribuido o correspondiente a JUCA, sus valores son los contables, cosa que contradictoriamente no sucede para con respecto a la hoy concursa CRO que, además de ver muy perjudicada su parte adjudicada, por si ello fuera poco, en ocasiones se valoran bienes inexistentes (atribuyendo a un terreno en el que se pretendía o estaba promoviendo una expectativa de ganancia afecta al mismo absolutamente indefendible).
Todo ello nos sitúa en el caballo de batalla, piedra angular del asunto o, si se prefiere y más coloquialmente, en el meollo del cogollo sobre el que versa la presente litis, pues tal valoración aplicada a los bienes, o paquete de bienes atribuidos a un 50% para cada parte es absoluta y descaradamente desigual y, en especial, infinitamente más favorable para JUCA que para CRO, quien a la postre ha visto francamente mermado su patrimonio u y con ello, ahora, sus acreedores en muy menguada la masa activa con la que hacer posible sus créditos frente a la concursada. En esta tesitura sucintamente relatada, como decimos, se encuentra el epicentro de esta acción y, por tanto, la polémica planteada desde luego sirve para darnos una imagen fiel y muy gráfica de la finalidad defraudadora -o cuando menos perjudicial para los acreedores- que subyace en tal inaudito reparto de ROP, y más concretamente por parte de JUCA, que es quien, dicho sea en 11roman paladino", se aprovecha inflando posteriormente en el informe de los administradores el valor de los bienes adjudicados a CRO para simplemente igualarlos y simular una equidad en la distribución de la adjudicación del patrimonio de ROP a la que venían obligadas pero que, sinceramente, se incumplió de lleno, lo que de entrada nos da una idea de la falta de formalismo de tal reparto; y, por esa razón está de entrada abocada al fracaso, debiendo desatarse los efectos previstos en el ordinal 71 Le, conforme podremos analizar en fase de Fundamentos de Derecho.
Surge pues aquí la primera y casi única premisa sobre la que podría articularse la acción de reintegración del repetido arto 71 LC, a saber: Una disposición patrimonial -directa o indirectamente- efectuada a título gratuito y en beneficio exclusivo de JUCA, cual lo es la desigual e incorrecta atribución de valoraciones a los bienes imputados a cada una de las sociedades ya existentes, CRO y JUCA. Puesto que tal actuación al atribuirse por ramas de actividad, si bien podría no ser incorrecta mercantilmente hablando, no obstante, estando la compañía actualmente en concurso supone un acto de disposición gratuito, expreso y en perjuicio de los acreedores de CRO, lo cual bien pudiera situar dicha actuación en el concepto de las presunciones "iuris et de iure" del arto 71.2 LC no admitiéndose en consecuencia prueba en contrario, conforme examinaremos en Fase de Fundamentos de Derecho. No obstante y aunque ello suponga pecar en el uso de la fase jurídica cuando de relatar la fáctica se refiere, es necesario referir aquí, como antecedente de hecho necesario para la comprensión de lo ocurrido, por multitud de razones de orden jurídico y fáctico, que la disposición encubierta de dicho patrimonio discurriría en todo caso por el cauce de la regla general del arto 71.1 LC, con o sin la concurrencia de tal presunción, y así se nos antoja como incuestionable que dicha rescisión:
no encuentra su correcto encaje en la presunción iuris tantum del arto 71.3.2° LC y, por el contrario

sí lo encontraría en la presunción iuris et de iure del arto 71.2 LC, puesto que tanto las defectuosas y desiguales valoraciones como su poco paritaria atribución constituyen "actos de disposición a título gratuito". En este sentido se pronuncia la muy ilustrativa Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número Nueve de Córdoba de 31 de octubre de 2006 que veremos en fase de Fundamentos de Derecho.
Saltan pues a la vista las críticas "potenciales" de tan desatinado actuar, entendiendo esta Administración Concursal que los precitados hitos son motivos suficientes para que alguien que ha incumplido no pueda seguir haciendo valer aquello, en especial y más ahora que se encuentra en situación concursal, debiendo sin duda anular aquella incorrecta valoración y, por lo tanto, de reintegrar la diferencia entregada de menos en contra de CRO y, paralelamente, de más a favor de JUCA.
TERCERO.- DE LAS CONSECUENCIAS DE TAL ESCISIÓN: ADIUDICACIÓN DEL PATRIMONIO DE LA ENTIDAD ESCINDIDA ROP A LAS BENEFICIARIAS CRO y JIUCA. ¿ES CORRECTA Y EQUITATIVA LA VALORACIÓN EFECTUADA A CADA UNO DE LOS PAQUETES PATRIMONIALES ATRIBUIDOS, RESPECTIVAMENTE, A CRO y JUCA? ¿SE PUEDE MANTENER ANTE LA PRESENTE SITUACIÓN CONCURSAL?
El análisis de esta cuestión exige, para despejar cualquier posible sombra de duda en las consideraciones anteriores, volver a atender al iter del curso negocial entre las partes, y con ello justificar y alumbrar al respecto de la denuncia ampliamente relatada para con respecto a la diferencia de valoración entre una y otra sociedad beneficiarias de la escisión. Como decimos, en el proyecto de escisión de ROP suscrito por los administradores de las entidades intervinientes el 3 de julio de 2008, protocolizado posteriormente en la escritura pública de 11 de septiembre de 2008, recoge en sus Anexos 1 y 11 el detalle de los bienes que en la escisión se le atribuían a las entidades beneficiarias, resultando de manera agrupada en el cuadro enumerado en la página 28 de demanda.
Fácilmente se observa que, conforme hemos relatado anteriormente, a CRO se le asignan bienes 6,5 veces inferiores contablemente a los asignados a JUCA. No obstante, en el tantas veces repetido informe de los administradores que se incorpora en la escritura de escisión, redactado el 4 de julio de 2008 (día siguiente al del proyecto), sin embargo, se incorporan los mismos cuadros pero alterados en el valor de los terrenos"' y construcciones en curso" que se le adjudicaban a CRO, a fin de que ambas sociedades presentaran un idéntico patrimonio de9.458.058 Eur.. Por ello, si el valor patrimonial de ROP a fecha de la escisión ascendía a 10.837.896,15 Eur. (suma de 1.379.837,20 Eur. de bienes adjudicados a CRO y 9.458.058,95 Eur. atribuidos a IUCA), el valor proporcional que debía adjudicarse a las beneficiarias era del 50% para cada una, esto es, de 5.418.948,07 Eur., por lo que a CRO se le produjo simple y llanamente un perjuicio de 4.039.110,87 Eur. que, sin duda, debería restituir o reintegrar JUCA.
En definitiva y como corolario final al respecto, lógicamente y ante el palmario desajuste patrimonial reflejado, solo cabe lo siguiente: Rescindir y anular tal desatinada valoración; Atribuir su correcto y más ajustado valor a Derecho; Reponer -vía indemnización- por parte de IUCA tal diferencia atribuida de más a su favor o de menos a CRO, acompañada obviamente de sus intereses legales desde la fecha de la escisión.
Así tales sociedades beneficiarias de la escisión terminan una deriva que las conduce a un pozo hermenéutico carente de todo soporte probatorio en donde solo ungiendo su sorprendente valoración patrimonial de ROP con pretendidas y furtivas intenciones que se residencian en su incomprensible actitud totalmente desemparejada en cuanto a atribuciones patrimoniales se refiere, aquellas pretenden presentar el argumento con visos de credibilidad. Ahora bien, llegados a este extremo sus actos deben ser repuestos sino se quiere cercenar los derechos de los acreedores.
CUARTO.- DE LA CALIFICACIÓN DEL ACTO COMO MERECEDOR DE SEVERO REPROCHE AL PERJUDICAR NOTABLEMENTE A LOS ACREEDORES DE LA CONCURSADA CRO Y, POR ENDE, SUSCEPTIBLE DE PODER SER RESCINDIDO.
Los elementos en los que se ampara la Administración Concursal para reprochar tal acto son en gran medida reiterativos de los alegados en los precitados hechos por lo que serán objeto de sucinta exposición, teniéndose por reproducidos íntegramente los ampliamente relatados con anterioridad.
Así, es obvio que siendo palmario en este caso el perjuicio producido a los acreedores, la rescisión abraza, desde el punto de vista objetivo, a aquellos actos (en general) realizados por el deudor -directamente o en su nombre-, perjudiciales patrimonialmente para los acreedores y dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Cuestiones todas ellas que aquí se ilustran con paladina nitidez, y que en cualquier caso analizaremos en fase de Fundamentos de Derecho.Por lo tanto, el centro de gravedad de la normativa concursal sobre rescisión de actos perjudiciales del deudor lo constituye la existencia de un perjuicio patrimonial como lo es sin duda el que aquí nos atañe pues la distribución del patrimonio de la sociedad escindida ROP no ha sido ecuánime beneficiando impúdicamente a JUCA en perjuicio claro de CRO lo que consecuentemente ahora recae en perjuicio de los acreedores razón por la que debe ser indefectiblemente corregido.
La demandada se opone, señalando que considera necesario centrar brevemente el objeto de la demanda incidental, para después enumerar, aunque sea de forma sucinta, los motivos por los que dicha demanda habrá de ser desestimada en su integridad. Todo ello sin perjuicio de cuantas alegaciones se recogerán.
Pone de manifiesto la temeridad con la que la Administración Concursal ha formulado la demanda incidental de la que dimana el presente incidente, con la que, sin ningún tipo de fundamento, pretende de su representada el desembolso y correspondiente "reintegración" a la masa activa de la entidad concursada, de una cantidad superior a cuatro millones de euros (4.000.000 Eur.). Que según sostiene la actora en el apartado "Previo" de su escrito rector, el hecho que motiva el ejercicio de la acción rescisoria es la escisión, en el año 2008, de la mercantil CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES ROP Y CAZORLA, SL y consiguiente transferencia de su patrimonio y obligaciones por partes iguales, a las mercantiles JUCAZAM, y a la concursada CRO. Que la contraparte alega que la transmisión del patrimonio de la sociedad escindida a las beneficiarias se habría efectuado de forma no equitativa, y en perjuicio de los derechos de CRO (titular del 50% del capital de la sociedad escindida ROP), lo que, en su opinión, constituiría un acto perjudicial para la masa activa susceptible

de acción rescisoria del artículo 71 de la Ley Concursal. Para fundamentar su demanda, la Administración Concursal ha tenido en cuenta, como único elemento de juicio, los valores contenidos en el proyecto de escisión de fecha 3 de julio de 2008 (que figura como documento Anexo a la escritura de escisión, aportada de contrario como documento 3 de la demanda, a la que nos remitimos).
Según afirma, de acuerdo con el citado proyecto, el valor contable del patrimonio de ROP ascendía a la cantidad de 10.837.896,15 euros, de los cuales se habría asignado a CRO la suma de 1.379.837,20 euros y a JUCAZAM el importe de 9.458.058,95 euros.
Haciendo una simple operación aritmética, la demandante sostiene que esta división es incorrecta, debiendo corresponder a cada una de las entidades, la cantidad de 5.418.948 euros (50% del patrimonio a cada una de ellas). De ahí que la Administración Concursal entienda que, en definitiva, JUCAZAM esté obligada a pagara CRO la cantidad de 4.039.110,87 euros (cantidad que habría recibido de más, en perjuicio de CRO y sus acreedores, y que ahora debiera abonar y reintegrar a la masa activa de ésta). Para sostener su postura, la actora califica de "falso" o "pintoresco" el informe elaborado por los administradores de la sociedad escindida, de fecha 4 de julio de2008 (que, por cierto, es uno de los documentos exigidos por la Ley para la formalización de la escisión, junto con el proyecto), y sostiene que en dicho informe se habría incrementado artificialmente el valor del patrimonio adjudicado a CRO, para equipararlo falsamente al que se adjudicó a JUCAZAM, y según el cual ambas entidades recibieron un patrimonio por valor de nueve millones de euros. Por tanto, y sin ningún soporte probatorio, la contraparte niega todo valor al informe de los administradores y, según su opinión, habría que estar al valor contable del patrimonio recogido en el proyecto que, como hemos dicho, asciende a unos diez millones de euros, a repartir a partes iguales. A partir de estos datos, la demandante, de forma claramente interesada, determina que estamos nada menos que ante un acto "gratuito", a los efectos previstos por el artículo 71 de la LC, y por tanto, goza de la presunción iuris el de iure de constituir un acto rescindible y perjudicial para la masa activa, sin que quepa prueba en contra y, por supuesto, sin que la actora tenga que molestarse en acreditar absolutamente nada. Ver para creer. Muy poca fe ha de tener la Administración Concursal en que la acción ejercitada pueda prosperar cuando intenta privar a mi poderdante de cualquier posibilidad de defensa. Pues bien, frente al "rocambolesco" posicionamiento de la demandante, esta representación, a lo largo del presente escrito, va a argumentar -y probar documentalmente:
a) Que la acción ejercitada por la Administración Concursal a través de la demanda rectora del presente incidente es errónea. Esto es así porque, bajo la apariencia de una acción rescisoria, la demandante está buscando una tutela jurídica que nada tiene que ver con el objeto y alcance que los artículos 71 a 73 de la LC prevén para dicha institución.
b) Que la demanda incidental carece de rigor técnico; no es sino un compendio de alegaciones infundadas contrarias a la realidad de los hechos acontecidos; y, lo que es más grave, carece del más mínimo soporte probatorio. Para muestra, un botón: ¿cómo es posible que la Administración Concursal sostenga que la valoración contenida en el informe de los administradores adjunto a la escritura de escisión es "falso" o "pintoresco" sin aportar una sola prueba que acredite que las valoraciones en él contenidas son erróneas ?
c) Que la escisión de ROP no fue hecha "a la carrera", o sin que sus socios y administradores tuvieran en cuenta las consecuencias económico-jurídicas que podrían desprenderse de la misma, sino, todo lo contrario: la escritura de escisión de 11 de septiembre de 2008 no es sino la culminación de un largo proceso que se inició en julio de 2007 con la firma de un contrato privado entre los socios de dicha compañía.
d) Que en lo referente a la valoración de los bienes adjudicados a los socios a raíz de la escisión de ROP, la Administración Concursal parte de una premisa errónea, ya que la valoración de los bienes contenida en el informe de los administradores adjunto a la escritura de escisión -que tan duras "criticas" ha merecido de la demandante es correcta, corresponde a los valores reales de mercado de los bienes y derechos adjudicados a cada una de las beneficiadas por la escisión) y fue calculada teniendo en cuentas las tasaciones emitidas por sociedades especializadas de contrastadas solvencia.
e) Que el acuerdo de escisión de la mercantil ROP se hizo con un estricto cumplimiento de las previsiones legales necesarias; fue debidamente publicitado en el BORME; el proyecto de escisión fue depositado en el Registro Mercantil; y no fue impugnado por persona alguna.
Por último, esta representación no quiere dejar pasar la ocasión de cerrar la presente introducción a nuestro escrito de contestación a la demanda, sin mostrar su sorpresa ante el allanamiento de la codemandada-concursada ante la acción ejercitada por la Administración Concursa!. En efecto, es incomprensible que una entidad que conoce perfectamente las vicisitudes que dieron lugar a la escisión de ROP; sabe que las valoraciones en virtud de las cuales se produjo el reparto de bienes derivado de la escisión se hicieron a valor real de mercado, referenciado con tasaciones actualizadas de los mismos; y mostró en su momento su conformidad absoluta con los términos en que se realizó dicha operación societaria, vaya ahora contra sus propios actos y muestre su conformidad con una acción que, en cierta manera, sanciona su propio comportamiento en el pasado. Desgraciadamente, la actitud de la concursada ante la demanda nos hace tener la sospecha de que ha sido precisamente ella la verdadera "instigadora" de la reclamación planteada por la Administración Concursa!.
Efectivamente, mucho nos tememos que CRO, a través de una versión de los hechos absolutamente falsa, manipulada y ocultando a los administradores concursales datos esenciales -por ejemplo: la existencia de tasaciones de bienes por valores que se ajustan al contenido en el informe de los administradores-, ha conseguido hacer creer a la demandante que la escisión de ROP produjo un perjuicio en su masa activa y que, en consecuencia, debían interponer la acción que hoy nos ocupa. Si bien esta representación era perfectamente consciente de que las relaciones entre los administradores de CRO y JUCAZAM no han sido precisamente buenas en los últimos años principal motivo por el cual se produjo la escisión de ROP-, jamás llegó a pensar que CRO sería capaz de llegar al extremo de allanarse a la presente demanda, ir contra sus propios actos y, encima, no aclarar en su escrito de allanamiento las verdaderas motivaciones que le han

llevado a adoptar esta decisión. Por ello, este allanamiento, a juicio de esta parte, constituye un verdadero ejercicio de mala fe.
No cabe duda que la codemandada es parte interesada en que prospere la acción rescisoria formulada por la Administración Concursal, por los cuantiosos beneficios que esto le supondría. De ahí que, a la hora de resolver la presente litis, habrá de ponerse en entredicho cualquier actuación de la concursada tendente a la estimación de la demanda, y todo lo anterior, sin que exista el más mínimo riesgo para CRO ya que, en el más que probable supuesto en que la demanda sea desestimada, dada su actual situación patrimonial, mucho nos tememos que mi mandante nunca pueda resarcirse de los importantes gastos que está teniendo que afrontar para defenderse de la demanda instada de contrario.
A lo largo de toda la demanda la Administración Concursal manifiesta reiteradamente que se interesa una rescisión parcial, no del negocio jurídico de la escisión de la mercantil ROP, sino tan sólo de las "valoraciones" tenidas en cuenta para dicha escisión. En consecuencia, la acción rescisoria, según afirma la propia actora, se refiere únicamente a fa "valoración" del patrimonio de la sociedad escindida y su posterior división. Y, paradójicamente, no se plantea por la administración actora una nueva valoración del patrimonio, ni la restitución a ROP de bienes concretos por parte de JUCAZAM -que supuestamente habría percibido en perjuicio de la concursada CRO, sino que se interesa directamente una indemnización por valor de cuatro millones de euros, según la valoración que la actora ha tenido a bien en determinar, según sus propios cálculos y sin más datos que el proyecto de escisión.
La intención de la Administración Concursal es clara: dado que no consideran que la escisión de ROP en sí misma deba de ser rescindida, quieren que la misma produzca plenos efectos y "atacar" sólo aquellas consecuencias de ésta que no les interesa. En efecto, si analizamos detenidamente el suplico de la demanda -y las consecuencias que se desprenderían de una hipotética estimación de la misma por este Juzgado- podemos comprobar que lo que verdaderamente pretende la Administración Concursal no es rescindir -con todas sus consecuencias- un acto perjudicial para la masa activa, sino algo muy distinto, a saber:
a) Mantener completamente vigente el negocio jurídico -escisión- que, según la versión de la demandante, ha causado un perjuicio patrimonial a la concursada.
b) Que CRO mantenga en su patrimonio todos los bienes que se le adjudicaron como consecuencia de la escisión de ROP.
c) Por el contrario, que JUCAZAM sea condenada a "reintegrar" a CRO en más de cuatro millones de euros.
d) Que, a ser posible -petición principal del suplico de la demanda- y pese a lo establecido en el artículo 73.1 LC, dicha "reintegración" se haga en efectivo y no mediante la devolución a la masa activa de aquellos bienes que -siempre según la tesis de la adversa- han sido ilícitamente sustraídos del patrimonio de la deudora.
e) Por último, que, una vez "reintegrada" la citada cantidad y pese a lo establecido en el artículo 73.3 LC, se prive a mi mandante de cualquier clase de crédito contra la masa como consecuencia de dicha operación.
A la vista de lo anterior, la acción ejercitada por la Administración Concursal es claramente contraria al contenido propio de la acción de rescisión de los artículos 71 a 73 LC, cuyo objeto no es otro que dejar sin efecto determinados negocios jurídicos celebrados válidamente, con el fin de obtener la correspondiente restitución de las prestaciones por las partes, más sus frutos e intereses, una vez se haya acreditado cumplidamente el perjuicio que dicho acto supone para la masa activa del concursado. Obviamente, a la Administración Concursal no le interesa perseguir la rescisión de la operación de escisión, puesto que ello supondría que, tanto CRO como JUCAZAM,tendrían que restituir los bienes percibidos a raíz de la misma y, en su caso, efectuar una nueva operación de escisión sobre unos valores que permitieran una distribución patrimonial supuestamente más equitativa.
Es más, en el hipotético supuesto en que prosperase la acción rescisoria, la Ley prevé que, simultáneamente a la reintegración de bienes a la masa de la concursada por el demandado, se ha de reconocer y satisfacer a éste, con cargo a la masa, la correspondiente contraprestación (puesto que, como hemos dicho, ambas partes deben restituirse las prestaciones). Sin embargo, nada se dice al respecto en el escrito de demanda. Por otro lado, es especialmente llamativo que, como petición principal de la demanda, la Administración Concursal pretenda que JUCAZAM sea condenada al pago de más de cuatro millones de euros en efectivo y no a la restitución al patrimonio de la concursada de aquellos bienes cuya salida, supuestamente, le ha causado un perjuicio, como ordena el artículo 73.2 LC. Dicho precepto establece, como regla general, que, una vez estimada la acción rescisoria, la parte demandada habría de "reintegrar" los bienes objeto de contrato. Sólo en el caso en que esto no fuera posible, habría de abonarse el equivalente dinerario. Pues bien, como se desprende de la simple lectura de la demanda incidental, la actora pide directamente una indemnización multimillonaria alegando -que no probando- que la restitución de los bienes ilícitamente sustraídos del patrimonio de la concursada es imposible, pero sin hacer la más mínima referencia a éstos, ni a su concreta situación. Da por hecho -sin una sola prueba que fundamente su petición- que su restitución no es viable y pide directamente una indemnización pecuniaria.
En virtud de lo expuesto hasta el momento, resulta evidente que el contenido y los efectos legales de la acción de rescisión no le interesan en absoluto a la Administración Concursal, quien hace su particular "interpretación" de los artículos71 a 73 LC, solicitando la aplicación de aquella parte de los mismos que le interesa y desechando aquellas partes que perjudican a sus intereses; buscando-una "vía rápida" para obtener de su mandante una indemnización a cuenta de un supuesto perjuicio patrimonial que no acredita. Y todo ello, por supuesto, sin que la concursada tenga que restituir nada a mi mandante, ni devolver bienes, ni las contraprestaciones recibidas.
Por desgracia para la Administración Concursal, su "innovadora" estrategia procesal tiene un inconveniente: la claridad del contenido de los artículos 71 a 73 de la LC, en los que se establece, sin género de dudas, la naturaleza jurídica, requisitos y efectos de la acción rescisoria, impiden la posibilidad de aplicar aquellas partes de los referidos preceptos que puedan beneficiar a uno de los litigantes e ignorar aquellas otras que le puedan

perjudicar. Por ello es evidente que la pretensión de la Administración Concursal está incorrectamente planteada y que la acción a través de la cual se ha ejercitado no es la adecuada.
Si de verdad la Administración Concursa! considera que la operación de escisión de ROP causó un perjuicio a la masa activa de CRO, lo que tendría que haber hecho es optar por una de las siguientes alternativas: (1) haber solicitado la rescisión del propio negocio jurídico supuestamente perjudicial -con todas las consecuencias inherentes a dicha rescisión- o; (2) en el caso en que no le interesase rescindir la referida escisión, ejercitar -tal y como establece el artículo 71.6 LC - cualquier otra acción que en Derecho le pudiese corresponder, para subsanar el perjuicio patrimonial que supuestamente se le ha ocasionado (por ejemplo: acción de indemnización por daños, acción de enriquecimiento injusto, etc.). Lo que es inaceptable es que la Administración Concursal, lejos de optar por cualquiera de las dos vías expuestas, haya decidido buscar una especie de "atajo" que, bajo la apariencia formal de una acción expresamente prevista en la LC, no tiene otra finalidad que: (a) inducir a la confusión para tratar de obtener una resolución contraria a Derecho; y (b) buscar un enriquecimiento injusto de la concursada, quien, de estimarse la demanda, obtendría, no sólo la aportación de unos bienes -vía escisión- equivalentes en valor a los de adjudicados en su día a JUCAZAM, sino además, un reintegro en metálico que desequilibraría cualquier atisbo de equidad derivado de la propia escisión. Lo grave de todo ello es que la Administración Concursal es perfectamente consciente de que la vía utilizada para ejercitar sus pretensiones no es la correcta y por eso intenta "enmarañar" su pretensión a través de una farragosa argumentación jurídica que, mediante interpretaciones forzadas de los preceptos de la LC y citando jurisprudencia que nada tiene que ver con el caso que nos ocupa", de una apariencia de legalidad a una pretensión que es del todo improcedente. La parte actora, por tanto, ha decidido "saltarse" la norma general que hemos citado y, sin señalar bienes concretos que habrían de reintegrarse y sin acreditar la imposibilidad de su restitución, ha optado directamente por pedir una mal llamada "indemnización". El importe reclamado, además, no responde a unos bienes concretos, valorados de forma objetiva, sino que se desprende, sin más, de los propios cálculos que hace la demandante teniendo en cuenta únicamente los valores contables del proyecto de escisión, en contraposición a lo dispuesto en las entonces vigentes LSA y LSRL EDL 1995/13459 (artículo 235 LSA). Es más, incluso la petición subsidiaria del suplico - restitución de bienes por importe demás de cuatro millones de euros- busca la misma finalidad: conseguir ser indemnizada en el supuesto perjuicio patrimonial que se le ha ocasionado, sin necesidad de rescindir el negocio jurídico -escisión de ROP- del que teóricamente trae causa el daño.
A la vista de cuanto se ha expuesto, resultan superficiales todas las disquisiciones teóricas que se contienen en los fundamentos de derecho del escrito de demanda, sobre la naturaleza de las acciones de reintegración y los efectos de la acción rescisoria cuando, de forma contradictoria, la propia Administración Concursal reconoce, por un lado, cuáles deben ser sus efectos legales y por otro, formula una demanda que nada tiene que ver con naturaleza jurídica de las acciones de reintegración de la Ley Concursal. En consecuencia, y habiéndose ejercitado de forma inadecuada la acción rescisoria por la actora, habrá de desestimarse íntegramente la demanda.
SEGUNDO.- Sobre el proceso de escisión de la mercantil CONSTRUCCIONES YPROMOCIONES ROP & CAZORLA,
La operación de escisión de ROP, materializada el 11 de septiembre de 2008, no fue sino el resultado de un largo proceso negociador entre los socios de la misma, a raíz de un deterioro de las relaciones personales existentes entre ellos. Concretamente, dicho proceso que se inició más de un año antes, cuando los socios de ROP suscribieron un contrato privado en virtud del cual se comprometieron a dividir el patrimonio de la compañía en dos ramas de actividad independientes, como paso previo a la completa escisión de ésta. Desde la firma de dicho acuerdo en julio de 2007, hasta la formalización de la escisión en el año 2008, la sociedad continuó con su actividad, actuando ambas ramas deforma independiente y diferenciada. Por tanto, lejos de tratarse de una división "improvisada", el otorgamiento de la escritura de escisión en el año 2008 supuso materializar el acuerdo alcanzado por los socios en el año 2007. Dicho lo anterior, para que se pueda tener una visión completa de los motivos que dieron lugar a la referida operación societaria, entendemos que no está de más hacer un resumen cronológico de los distintos hitos que dieron lugar a la misma:
1.- ACUERDO PREVIO DE JULIO DE 2007, PARA FORMALIZAR LA ESCISIÓNDE LA MERCANTIL ROP.
La decisión de escindir ROP tuvo lugar en el año 2007, a raíz del deterioro de las relaciones entre los principales socios de la misma. En concreto, el día 6 de julio de 2007, los socios de ROP firman un acuerdo elevado a público mediante escritura de 9 de julio de 2007 que es el antecedente inmediato de la escisión formalizada en el año 2008. Tal y como se puede observar en dicho documento, los administradores mancomunados de la compañía ROP (don Pelayo y don Raúl) ponen de manifiesto las "graves discrepancias irreconciliables" habidas entre ambos que, entre otras cuestiones, habían incidido negativamente en el funcionamiento de la sociedad, toma de acuerdos y desarrollo normal de su actividad. Como consecuencia de esta situación, los citados administradores, así como el resto de socios de ROP, JUCAZAM y CRO, se comprometieron desde ese momento a llevar a cabo la escisión total de la sociedad, mediante la división de todo su patrimonio en función de las dos ramas de actividad diferenciadas.
Según se recoge en la estipulación segunda del acuerdo referido, las ramas en cuestión se refieren (i) a la actividad de venta y explotación de inmuebles, plazas de garaje, por un lado, y (ii) a la de construcción y promoción inmobiliaria por otro (esta última adjudicada a la concursada CRO), habiéndose acordado que ambas serían gestionadas de manera independiente desde ese momento.
En lo que interesa a los efectos de la presente litis, debemos destacar que en la misma estipulación se relacionan los bienes de ROP que quedaban afectos a cada una de estas actividades. Desde la firma del acuerdo, cada uno de los adjudicatarios de los bienes se hacía responsable de todas las cargas préstamos hipotecarios y demás obligaciones que pesaran sobre los bienes en cuestión. Asimismo, las partes pactaron que el patrimonio debía ser gestionado de forma autónoma por cada una de estas dos secciones, comprometiéndose cada una de ellas a "permitir a la otra actuar como si la rama fuera de su propiedad,

tomando las medidas necesarias con relación a la misma", según puede leerse en la estipulación cuarta del documento.
Por consiguiente, desde el mes de julio de 2007, se produjo una verdadera división patrimonial, económica y estructural de la mercantil ROP, si bien esta separación no se materializó con plenos efectos jurídicos, sino hasta el otorgamiento de la escritura de escisión en el año 2008. Esto nos lleva a la conclusión de que ambas partes habían acordado más de un año antes del otorgamiento de la escritura, qué patrimonio debía corresponder a cada una de ellas, cuál era su valor y lo que es más trascendente, los bienes ya estaban siendo administrados desde entonces por ambas partes de forma autónoma e independiente, como si de bienes propios se tratase, asumiendo igualmente las cargas que pesaban sobre los mismos.
2.- JUNTA GENERAL DE 11 SEPTIEMBRE DE 2008, EN LA QUE SE ADOPTA EL ACUERDO DE ESCISIÓN DE ROP. En cumplimiento de lo acordado por los socios y administradores de ROP en el acuerdo de julio de 2007, el día 11 de septiembre de 2008 se celebra la junta general de la compañía con el siguiente orden del día:
Primero.- Aprobación de la escisión total de la entidad Construcciones y Promociones ROP y CAZORLA, SL, a favor de las entidades beneficiarias Construcciones Raimundo Ortega, SL y JUCAZAM, SL
Segundo.-Aprobación del balance de escisión
Tercero.- Concesión de facultades para la ejecución y protocolización de acuerdos.
Cuarto.- Sometimiento de la escisión al régimen de neutralidad fiscal previsto en la Ley del Impuesto sobre Sociedades.
Quinto.- Aprobación del acta de la reunión (...)"
En la citada Junta, los socios acordaron por unanimidad aprobar la escisión total de la mercantil ROP, con la consiguiente extinción de la sociedad y el traspaso de la totalidad de su patrimonio a las entidades beneficiarias, CRO y JUCAZAM. Lo anterior se acredita mediante la certificación de los acuerdos adoptados en Junta General extraordinaria y universal de los socios de Construcciones y Promociones ROP y Cazorla, SL, que obra unida a la escritura de escisión aportada por la actora como Documento 3 de su demanda, a la que nos remitimos.
3.- PROYECTO DE ESCISIÓN E INFORME DE LOS ADMINISTRADORES.
Así las cosas, la escisión de ROP se materializó con el otorgamiento de la correspondiente escritura en el mes de septiembre de 2008. Para ello, y cumpliendo con los artículos 94 de la LSRL EDL 1995/13459 y 252 Y siguientes de la LSA (ambas actualmente derogadas), los administradores prepararon los documentos exigidos, entre los que se encuentran el proyecto de escisión y el informe explicativo de los administradores. Ambos documentos fueron debidamente depositados en el Registro Mercantil de Las Palmas, conforme se acredita mediante la "escritura de cumplimiento de condición suspensiva" de noviembre de 2008.Estos dos documentos obran incorporados igualmente a la escritura de escisión que se aporta por la actora como Documento Tres de su demanda. Por lo que se refiere al proyecto de escisión, se ha de llamar la atención sobre los aspectos económicos recogidos en el mismo, por ser precisamente el objeto de este procedimiento.
Pues bien, tal y como se dice expresamente en el apartado "A.2.B", que lleva por título "Tipo de canje de las participaciones sociales", se establece expresamente que:
"(...) El tipo de canje ha sido calculado en función de la estimación de losvalores de mercado del patrimonio de la sociedad que se segrega,teniendo en cuenta el valor de los activos y pasivos que se traspasan acada una de las dos sociedades beneficiarias, en las circunstanciasespecíficas en que se encuentran".
En el apartado "L" del proyecto, titulado "Designación y reparto de los elementos del patrimonio activo y pasivo que se transmiten a las sociedades beneficiarias", se remite a la distribución de bienes y obligaciones que se recogen en los Anexos I y 11. El patrimonio asignado a la concursada CRO, por tanto, es el que se describe en el primero de los citados Anexos: En su punto A), titulado "Detalle General' se indica que:
"(...) Seguidamente se relacionan los activos y pasivos asignados a Construcciones Raimundo Ortega, SL, identificados con las partidas contables, valoración y denominaciones que figuran en los estados financieros de Construcciones v Promociones ROP v Cazorla, SL. (...)"
Ello implica que en este apartado, se viene a identificar el patrimonio adjudicado a CRO, con unas concretas partidas contables y con la valoración que se le atribuyen en los estados financieros de la sociedad escindida ROP. Por tanto, estos valores, que son los únicos considerados válidos por la Administración Concursal, se identifican exclusivamente con los valores a efectos contables y no responden, por tanto, a una valoración real o de mercado de los mismos. En el apartado B) del citado Anexo 1, se detallan los bienes inmuebles registrables "que se incluyen entre los activos de la rama de promoción inmobiliaria que se asigna a CRO"
Finalmente, en el apartado C) del Anexo, se desglosa la deuda bancaria asignada a CRO que asciende a algo más de siete millones quinientos mil euros. El contenido del proyecto de escisión al que hemos hecho referencia hay que ponerlo en relación con el informe de los administradores, de fecha 4 de julio de2008, que igualmente obra incorporado a la escritura de escisión. En este informe los administradores justifican el proyecto de escisión y abordan los principales aspectos jurídicos y económicos. Concretamente, en el punto tercero de dicho informe, los administradores manifiestan textualmente que:
"(...) Desde el punto de vista económico, LA ESCISIÓN SE HA REALIZADOSOBRE LA BASE DEL VALOR REAL DE LOS ACTIVOS YPASIVOS DE LAENTIDAD ESCINDIDA Y de las entidades adquirentes de dichos activos y pasivos, que ha sido estimado por los administradores. El tipo de canje ha sido calculado en función de los valores reales de la compañía escindida, teniendo en cuenta el valor de sus activos y pasivos en las circunstancias específicas en que se encuentran. Conforme a los criterios anteriores, el valor patrimonial de Construcciones y Promociones ROP y Cazarla, SL" a 30 de abril de 2008 asciende a DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS DIECISEI/S MIL CIENTO VEINTISIETE CON OCHENTA EUROS (18.916.117,80 Eur.) de lo cual activos y pasivos por importe de 9.458.058,90 Eur. son atribuidos a "Construcciones Raimundo Ortega, SRL y activos y pasivos por importe de 9.458.058,90Eur. a JUCAZAM, SRL (...)

Los activos y pasivos atribuidos a cada una de las sociedades, son desglosados en el informe en los apartados sucesivos. La primera consecuencia que se extrae de la lectura conjunta del proyecto de escisión y del informe de los administradores, es que la operación se llevó acabo sobre la base del valor real de los activos y pasivos que se adjudicó a CRO y a JUCAZAM. Por tanto, es sencillamente falso que los administradores hubieran "elevado ficticiamente el valor de los terrenos adjudicados a CRO" para igualarlo al patrimonio atribuido a JUCAZAM". Más grave nos parece que la Administración Concursal manifieste que no existe una tasación o valoración oficial al respecto (cuando acto seguido afirma que efectivamente no se estaba obligado a ello por imperativo legal), y que se acuse a los administradores de aportar "valores arbitrarios y pintorescos" a los bienes, que se diga que "se engorden cosas o bienes que no existen" o que se valoren bienes inexistentes. Todo lo contrario: tal y como tendremos oportunidad de exponer pormenorizadamente en el siguiente hecho, los valores contenidos en el informe de los administradores se calcularon teniendo en cuenta tasaciones oficiales de las que disponía la compañía escindida, suscritas por entidades especializadas de reconocida solvencia técnica.

4.- ESCRITURA DE ESCISIÓN DE ROP DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2008.

CUMPLIMIENTO DE TODOS LOS REQUISITOS LEGALES PARA LA PERFECCiÓN DE LA ESCISiÓN.

El día 11 de septiembre de 2008, los socios de ROP firman la escritura pública en virtud de la cual se materializa la escisión de la compañía. En el hecho segundo de la demanda, la actora analiza la operación de escisión de la mercantil ROP y reconoce expresamente que se han cumplido todos los trámites exigidos legalmente para ello. En efecto, la operación de escisión se llevó a cabo en estricto cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 94 de la L8RL, que se remite a su vez a la regulación contenida en la LSA respecto de las operaciones de fusión (artículos 233 y siguientes) y de escisión (artículos 252 259), con la especialidad de exonerar de la obligación de someter el proyecto de escisión al informe de expertos independientes.

Como bien se describe en la escritura, la escisión acordada supuso la división del patrimonio de la sociedad ROP en dos partes y su traspaso en bloque a las sociedades beneficiarias, con la consiguiente extinción total de la mercantil escindida. Este reparto patrimonial responde, a su vez, a la división de la mercantil ROP en dos ramas de actividad diferenciadas: por un lado, la promoción inmobiliaria y la construcción, atribuidas a CRO, y por otro, la de alquiler, custodia de vehículos y hotel, que corresponden a JUCAZAM. Conforme hemos apuntado en apartados anteriores, la escisión de la mercantil ROP cumple todos y cada uno de los requisitos establecidos en la legislación aplicable.

5.- PUBLICACIÓN DEL ACUERDO DE ESCISIÓN EN EL BORME. AUSENCIA DE OPOSICIÓN POR PARTE DE LOS ACREEDORES.

Es un hecho no cuestionado en modo alguno por la Administración Concursal, quien recoge expresamente en su escrito de demanda (hecho segundo), que los pasos seguidos para la formalización de la operación de escisión de ROP fueron los establecidos en la Ley y que, entre ellos, se incluyó, la publicación del acuerdo de escisión en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, y en dos periódicos de gran difusión de esta provincia. Así se acredita mediante la escritura de "cumplimiento de condición suspensiva", de fecha 19 de noviembre de 200811 a la que hemos hecho referencia, en la que consta la publicación del anuncio de escisión en el BORME, los días 2, 3 Y 6 de octubre de 2008 y en los periódicos "Canarias 7" y "La Provincia/Diario de Las Palmas".

La primera consecuencia que podemos extraer de dicha publicación es que, como no podía ser de otra manera, la operación de escisión tuvo un carácter eminentemente público y de fácil acceso a cualquiera de los acreedores de la entidad escindida ROP y de las sociedades beneficiarías (quienes desde la escisión ostentan la titularidad también de las deudas de la primera).

La LSA entonces vigente regulaba en su artículo 243 el derecho de oposición, de los acreedores de la sociedad escindida en el plazo de un mes a contar desde la publicación del último anuncio del acuerdo de la Junta General. Dentro de dicho plazo, los acreedores tenían el derecho de oponerse a la escisión, en los términos contemplados en el artículo 166 de la LSA. Por tanto, los acreedores, en caso de entender que la escisión podía perjudicar su derecho de crédito, contaron con el derecho antes citado, para oponerse y obtener las correspondientes garantías del pago. Sin embargo, ninguno de los acreedores de ROP, ni de la hoy concursada CRO, ejercitó este derecho, ni se opuso a la operación de escisión, consintiendo, por tanto, en la formalización de la operación. Prueba de ello es que, en la escritura de "cumplimiento de condición suspensiva" a la que nos hemos referido, se hace constar expresamente que:" Durante el plazo de un mes desde la fecha del último de los anuncios, ningún acreedor de la Sociedad se opuso a la escisión" -

Cuanto hemos dicho entra en profunda contradicción con la interposición de la presente demanda incidental por parte de la Administración Concursal. Esta demanda supuestamente persigue, o debería perseguir, que se dejen sin efecto determinados actos llevados a cabo por la entidad concursada, con el propósito de reintegrar bienes a la masa activa y así proteger los derechos de crédito de los acreedores del concurso. Sin embargo, los propios acreedores nunca formularon oposición al proyecto de escisión y consintieron en su formalización, por lo que resulta cuando menos contradictorio que, dos años después, sea la Administración Concursal quien impugne este acuerdo, sin tener el más mínimo fundamento para ello.

En definitiva: como se desprende de la relación de hechos descrita, el proceso de escisión de ROP fue consecuencia de un intenso proceso negociador entre los socios, el cual se inició mediante la suscripción del contrato privado de 6 de julio de 2007 y culminó con el otorgamiento de la escritura pública de 11 de septiembre de 2008.

TERCERO.- Criterios de valoración utilizados en la escisión de ROP. Utilización del valor real de mercado y no del valor contable en cumplimiento de lo exigido por la entonces vigente LSA -por remisión de la LSRL EDL 1995/13459 -.

Para centrar esta cuestión, debemos recordar que las acciones de reintegración tienen como fundamento previo la existencia de un acto perjudicial para la masa activa del deudor concursado, derivado de actos realizados por éste dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Por ello, entendemos que

será cuestión pacífica el hecho de que, corresponde a la Administración Concursal la carga de probar la existencia de un perjuicio para la masa activa de CRO derivada de la operación de escisión de la mercantil ROP. Sorprendentemente, como tendremos oportunidad de analizar en profundidad a lo largo del presente apartado, la Administración Concursal ha hecho una dejación absoluta de su obligación de probar el hipotético perjuicio patrimonial causado a CRO, interponiendo una demanda carente de soporte documental que acredite las afirmaciones en ella contenidas. La escisión de ROP no ha causado ningún perjuicio patrimonial a CRO y que, al contrario de lo que sostiene la demandante, las valoraciones que se utilizaron en dicha operación societaria son las correspondientes al valor real o de mercado de cada uno de los bienes adjudicados a los socios.

En lo referente a este punto, debemos comenzar manifestando que no existe discusión entre las partes sobre el valor de los bienes adjudicados a JUCAZAM, que según el proyecto y el informe de escisión, ascendía a 9.458.058,95 euros. Efectivamente, atendiendo al contenido de la demanda incidental, la única cuestión que pone en duda la Administración Concursal y que constituye el núcleo de su escrito, se centraría en la valoración atribuida al conjunto de bienes adjudicado a CRO, afirmando la actora que ésta era sustancialmente inferior al de los bienes atribuidos a JUCAZAM. Para fundamentar su pretensión, en el hecho primero de la demanda, la actora recoge los datos identificativos de la mercantil escindida ROP, la composición de su capital social, y elabora unas tablas comparativas de la evolución financiera de ROP y de las sociedades beneficiarias de la escisión, CRO y JUCAZAM, a partir de los datos obtenidos de los informes financieros de "INFORMA", que aporta como documento dos de su demanda. Estos datos nada tienen que ver con el objeto de este procedimiento, además de referirse a la situación patrimonial de ROP en el año 2007, que, como hemos visto, no guarda ninguna relación con los motivos que dieron lugar a la escisión, por lo que su aportación es absolutamente irrelevante a los efectos de resolver la presente litis. Consciente de ello, la Administración Concursal, para sostener esta supuesta división desigual del patrimonio de ROP, se basa única y exclusivamente en los valores que se recogen en el proyecto de escisión, de fecha 3 de mayo de 2008, que tienen un carácter meramente contable. De esta forma, la actora toma como punto de partida que el patrimonio contable de ROP ascendía a la suma de 10.837.896,15 euros, y concluye que, de acuerdo con los datos del proyecto de escisión, se habría adjudicado a CRO la cifra de 1.379.837,20 euros y a JUCAZAM el importe de 9.458.058,95 euros. La conclusión a la que llega la actora no puede ser más simple: la división de un patrimonio de diez millones de euros habría de hacerse a partes iguales, por lo que cada una de las sociedades beneficiarias debía haber obtenido un patrimonio por valor de 5.418.948 euros. Si, según dice, CRO sólo recibió algo más de un millón de euros (1.379.837,20 Eur.), JUCAZAM estaría obligada a pagar a CRO la cantidad de 4.039.110,87 euros que habría percibido de más, en perjuicio de la concursada y sus acreedores. De ahí que esta sea la cantidad que, en opinión de la actora, habría de "reintegrarse" a la masa activa. Por si lo anterior no fuera suficiente, la contraparte resta toda validez al informe de los administradores, de fecha 4 de mayo de 2008, que igualmente obra unido a la escritura de escisión. Según afirma la adversa, los administradores de ROP habrían "engordado" falsamente en su informe los valores contenidos en el proyecto de escisión con el fin de incrementar de manera artificial el valor de los terrenos adjudicados a CRO y así equiparar los patrimonios adjudicados a ambas beneficiarias, dando la apariencia de ser iguales.

Además, se acusa a los administradores incluso de atribuir valores a bienes inexistentes, que, por cierto, ni tan siquiera se identifican en la demanda. Sin embargo, lo cierto es que la actora no aporta ningún elemento de prueba que permita determinar de manera objetiva qué valor tenían los bienes adjudicados a cada una de las beneficiarias, ni acredita la existencia de un reparto desigual del patrimonio. Y mucho menos se acredita la existencia de un perjuicio patrimonial para la concursada y la cuantificación de dicho perjuicio. Como consecuencia de cuanto se ha dicho, nos encontramos con que la Administración Concursal se basa únicamente en los datos del proyecto de escisión para determinar, sin ningún otro medio de prueba, que existe una división no paritaria del patrimonio de ROP, con el consiguiente perjuicio patrimonial para la masa activa de CRO que cifra, según sus propias teorías, en más de cuatro millones de euros, a cuyo pago tendría que venir obligada su representada JUCAZAM. En efecto, como hemos adelantado en los párrafos anteriores, la parte actora de este incidente fundamenta toda su demanda en una premisa errónea, puesto que se basa en los valores contables recogidos en el proyecto de escisión, para establecer cuál era (a su entender) el valor del patrimonio de ROP, y el valor de los lotes que debía corresponder a cada una de las sociedades beneficiarias de la escisión. Y concluye, de forma igualmente errónea, que la división no se hizo de forma equitativa.

Desde este momento debemos incidir en que los valores contables no tienen por qué ajustarse al valor real o de mercado de los bienes que componen el patrimonio de una sociedad. Sin necesidad de entrar en profundas disquisiciones teóricas, por todos es sabido que la valoración de los bienes a efectos contables se rige por unos parámetros distintos de los que se tienen en cuenta para determinar el valor que los mismos bienes pueden tener en el mercado. Descendiendo al caso que nos ocupa, si lo que se pretendía con la escisión de la mercantil ROP era la división lo más equitativa posible de su patrimonio a partes iguales entre las dos sociedades beneficiarias, había que estar, no al valor contable de dicho patrimonio, sino a su valor real. De esta forma, los bienes concretos que se adjudicasen a cada una de ellas, vendrían a representar de la forma más ajustada posible, el 50% del valor de la sociedad escindida. Por ello, como bien se explica en el proyecto de escisión y en el informe de los administradores anexo a la propia escritura de 11 de septiembre de 2008, la división del patrimonio de CRO se llevó a cabo atendiendo, precisamente, a la existencia de las dos ramas de actividad en las que había quedado dividida la compañía a raíz del pacto entre socios de julio de 200714 y se repartió su patrimonio de forma equitativa, tomando los valores reales o de mercado de los bienes atribuidos a cada una de las sociedades beneficiarias, adjudicándose a la concursada CRO unos bienes cuyo valor cubre sobradamente los más de nueve millones de euros que se recogen en la escritura de escisión.

En consecuencia, resulta completamente artificial la discusión que plantea la Administración Concursal en torno al hecho de haberse ajustado -o no- la división del patrimonio a los valores contables recogidos en el proyecto de escisión. Y ello porque, como ya hemos tenido oportunidad de adelantar, los valores contables no tienen por

qué ajustarse al valor real de los bienes en cuestión. y es que es un hecho indubitado que, para realizar una operación societaria como laque nos ocupa, la Ley obliga, precisamente, a estar al valor real del patrimonio dela sociedad y no al valor contable de ésta".
Por tanto, lejos de ser cierto que, como sostiene la demandante, los administradores de ROP incrementaron "artificialmente" el valor del patrimonio adjudicado a la concursada, lo que ocurrió realmente fue que dichos administradores se ajustaron con acierto al valor real del patrimonio de CRO, así como al hecho de que la sociedad se encontraba dividida en dos ramas de actividad independientes. En efecto, de la simple lectura del proyecto y de la escritura de escisión se advierte que existen, por un lado, una serie de promociones inmobiliarias en construcción, adjudicadas a CRO (quien dirigía la actividad de promoción y construcción), y por otro lado, encontramos plazas de garaje y locales comerciales en explotación, así como un hotel de dos estrellas, adjudicado a JUCAZAM. Por ello, los administradores sociales fijaron el valor de los bienes atribuidos a cada uno de la forma más exacta posible y teniendo en cuenta la coyuntura económica de ese momento.
Se debe añadir, además, que en todo caso la Ley vigente en aquel momento, no exigía el dictamen de expertos independientes para formalizar la escisión societaria; pero ello no implica que la escisión no se haya concluido conforme a unos parámetros objetivos y equitativos.
Llegados a este punto, se hace imprescindible que acreditemos que la argumentación desarrollada hasta este punto coincide con la realidad de los hechos acontecidos y para ello no hay mejor formar que relacionar de forma sistemática los bienes adjudicados a CRO, poniendo de manifiesto que la valoración atribuida a cada uno de ellos se hizo teniendo en cuenta parámetros objetivos -tasaciones de entidades especializadas-, de acuerdo con la documental que igualmente se detalla:
a) Promoción de "Los Llanos":
Se trata de un edificio de 5 plantas, que consta de 39 viviendas, locales comerciales y garajes, en Los Llanos, Vecindario. Respecto de esta promoción, aporta como Documento número cuatro un certificado de tasación de fecha 5 de junio de 2008, elaborado por la entidad "Gestión de Valoraciones y Tasaciones, SA" (GESVALT), en la que consta que la obra se encuentra ejecutada a dicha fecha en un 75%. Entre la documentación que se adjunta al informe, se encuentra un certificado del director de ejecución, quien corrobora igualmente la ejecución de un 75,06% de la totalidad de la obra. La promoción se tasa en el estado en que se encuentra, por un valor de 5.285.328,49 euros, y se estima el valor de edificio terminado en 7.421.610 euros.
b) Promoción 12 dúplex en Sardina del Sur:
Esta promoción consta de 12 viviendas unifamiliares de dos plantas y semisótano, situada en Sardina del Sur. Aporta como Documento número Cinco, un informe de tasación elaborado por Tasaciones Inmobiliarias, SA de fecha 9 de junio de 2008, en el que consta que la obra se encuentra totalmente terminada. El valor de esta promoción, según el citado informe, asciende a 4.240.693,35 euros.
c) Promoción en Telde ("Pepe Dámaso")
Esta promoción, ubicada en Telde, consta de 38 viviendas y garajes y se encontraba totalmente terminada al tiempo de otorgarse la escritura de escisión. Así se acredita mediante el certificado de final de obra de fecha 30 de abril de 2008, que aportamos como Documento número Seis,
En cuanto a la valoración económica de esta promoción y su atribución a CRO, se ha de tener en cuenta que el 11 de septiembre de 2008, esto es, el mismo día en que se otorgó la escritura de escisión, se formalizó la venta de 12 viviendas y sus anexos (garajes y trasteros) por un precio de 2.470.000 euros, mediante la escritura de "compraventa con subrogación de hipoteca", que aporta como Documento número Siete.
La existencia de esta operación se recoge expresamente en la escritura de escisión, en la que especifica que CRO es beneficiaria de la venta efectuada por valor de 2.470.000 euros, con la que se ha reducido la deuda con el Banco Santander en 2.118.326,97euros, quedando un remanente a favor de CRO. Por tanto, se ha adjudicado a CRO un patrimonio por valor de 2.470.000 euros, fruto de la venta de las 12 viviendas antes referidas. Además de ello, en la escritura de escisión se adjudican a CRO otras 16 viviendas y sus anexos de esta misma promoción. Como hemos dicho, esta obra se encuentra totalmente terminada, según el certificado de final de esta obra de fecha 30 de abril de 2008. El precio medio por vivienda y anexos inseparables, según la operación de venta cerrada el mismo día de la escritura de escisión, ascendería a la cantidad de 205.833,33 euros. Por tanto, el valor de las 16 viviendas adjudicadas nunca podrá ser inferior a 3.299.333,3 euros. A ello se suman otros tres trasteros que igualmente se le adjudican en la misma promoción.
d) Nave industrial en Sardina del Sur :
Se trata de una nave industrial destinada al empaquetado de tomates y hortalizas en Sardina del Sur, que ocupa una superficie de
1.050 metros cuadrados y el terreno ocupa 1.306 metros cuadrados. Se ha de tomar como dato significativo que, en la descripción de este inmueble la escritura de escisión, se hace referencia en el apartado de cargas a la existencia de una hipoteca constituida en 2005, y modificada posteriormente mediante escritura de 28 de abril de 2008, según la cual la finca está tasada para la subasta en 720.000 euros. No obstante ello, aporta como Documento número Ocho, un certificado de tasación suscrito por la entidad "Ibertasa, Sociedad de Tasaclón"', que, si bien data del año 2004, atribuye a este inmueble un valor de 2.605.164 euros.
e) Parcela de terreno en La Oliva (Fuerteventura):
Según se describe en el proyecto de escisión, esta parcela ocupa una superficie de 87.790 metros cuadrados. Aporta como Documento número Nueve la ficha -resumen de tasación, de fecha 16 de mayo de 2008, suscrita por "ALIA TASACIONES", valorando este
inmueble a los efectos de constituir hipoteca con el Banco Popular. Según dicha tasación, la parcela tiene un valor de 446.478,85 euros.
f) Además de los bienes descritos. se adjudicó a GRO los siguientes inmuebles
2 plazas de garaje en la calle Primero de mayo - Ginés de Los Ríos (Vecindario)
1 plaza de garaje en edificio en la calle Abona y Tara (Vecindario)
3 cuartos trasteros en la calle Pascual Richart, en Ingenio.

3 cuatros trasteros en la promoción "Pepe Dámaso", (Telde) no unidos a viviendas.
Si bien no puede aportar un informe de tasación relativo a estos inmuebles, sí puede apuntar, aunque sea a título orientativo, un valor
aproximado y prudencial de mercado, conforme a los criterios siguientes: - Plazas de aparcamiento: se podría valorar en un mínimo de
9.000 euros cada una, haciendo un valor total de las tres plazas de garaje, de 27.000 euros.- En cuanto a los cuartos trasteros, se podría estimar un valor aproximado de 2.000 euros cada uno, por lo que los seis trasteros adjudicados alcanzarían un valor de 12.000 euros.
Sumados ambos importes, obtenemos de forma estimativa que los inmuebles descritos tendrían un valor de 39.000 euros. De acuerdo con la documentación aportada, resulta que los bienes adjudicados tienen, como mínimo, un valor de 16.500.834,02 euros. En todo caso, la anterior cifra se ha obtenido según un cálculo muy conservador, utilizando el valor de tasación de las promociones sin terminar y, en el caso de la nave industrial en Sardina del Sur utilizando el valor más bajo (720.000 euros) de las dos tasaciones disponibles.
No obstante, como hemos visto, las promociones adjudicadas a CRO se encontraban entonces completamente terminadas o en muy avanzado estado de ejecución. Concretamente, hemos aportado un informe de tasación, relativo a la promoción de "Los Llanos," según el cual el valor de dicha promoción en junio de 2008 ascendía a 5.285.328,49 euros, con un 75% de obra ejecutada. El valor que se atribuye a la obra terminada ascendería, según la misma tasación, a 7.421.610 euros. Ello implica que una vez terminada esta promoción, su valor se vería incrementado en 2.136.281,51 euros. Estimando prudencialmente que a dicho importe se habría de descontar un 70% en concepto de coste de ejecución de las obras, se obtiene que esta promoción fácilmente pudiera ver incrementado su valor en 640.884,45 euros. Sumados todos los importes, y salvo error u omisión involuntaria por nuestra parte, el valor del patrimonio adjudicado a CRO asciende, como mínimo, a 17.141.718,47euros.
Según el proyecto de escisión, la concursada asumió una deuda por valor de 7.561.823,87 euros que, descontados del valor de los bienes adjudicados, nos da un valor neto atribuido a CRO de 9.579.894.6 euros.
Como hemos dicho, esta valoración es lo más ajustada posible a la realidad, y es a todas luces evidente que los bienes adjudicados a la entidad concursada cubren sobradamente los nueve millones cuatrocientos mil euros que debía corresponder a cada una de las beneficiarias, según se establece en el informe de los administradores sociales de 4 de julio de 2008
Por ello, debe insistir en que, a la vista de la documental aportada, resulta insostenible que la Administración Concursal afirme que el patrimonio atribuido a CRO asciende solamente a 1.379.837,20 euros. Lo grave de todo ello es que la concursada y, por tanto, la Administración Concursal, tenían acceso a las antedichas peritaciones y, aún así, bien directamente -en el caso de la Administración Concursal-, bien indirectamente -a través del allanamiento de CRO-, han iniciado una reclamación que desde el inicio estaba abocada al fracaso. Si a ello le sumamos el hecho de que el escrito rector oculta cualquier referencia a la existencia de las referidas valoraciones podemos concluir que, además de infundada, la demanda tenía como objeto "confundir" para que dictase una resolución no ajustada a Derecho. Por lo expuesto hasta el momento entiende esta representación que ha quedado plenamente desvirtuada la tesis de la Administración Concursal, quien no ha aportado ningún elemento de prueba que acredite la existencia de un perjuicio para la concursada, sino tan sólo sus afirmaciones y las conclusiones a las que ha llegado a la vista de unos valores contables -que ni tan siquiera han de ser tenidos en consideración a efectos de llevar a cabo la escisión social- que están completamente alejados del valor real o de mercado de los bienes adjudicados a la concursada. En definitiva: mientras que la Administración Concursal no ha acreditado el hecho fundamental que motiva su demanda -división no equitativa del patrimonio de ROP-,esta representación ha acreditado que el valor real de los bienes adjudicados a CRO supera con creces los nueve millones de euros, circunstancia que implica que la división derivada de la escisión de ROP ha sido paritaria, que no ha existido perjuicio patrimonial para la concursada y que la demanda ha de ser completamente desestimada.
CUARTO.- Inexistencia de acto rescindible. Ausencia de gratuidad V mala fe.Improcedencia de las presunciones del artículo 71LC.
La primera cuestión que debemos apuntar es que, para que pueda prosperar la acción de reintegración, se requiere que exista un acto perjudicial para la masa activa del deudor. Este perjuicio patrimonial, fuera de los casos en que sean aplicables las presunciones legales del artículo 71 LC, ha de probarse por quien ejercita la acción de reintegración; en nuestro caso, por la Administración Concursa. En su escrito de demanda, la actora sostiene que estaríamos ante un acto de disposición a título gratuito, y acusa en reiteradas ocasiones a las partes, en especial a JUCAZAM, de haber actuado de mala fe y con afán defraudatorio en el reparto de bienes de la entidad escindida". En defensa de su postura, la actora dedica páginas enteras de sus fundamentos de Derecho a desarrollar una suerte de teoría general de las acciones rescisorias y del sistema de presunciones establecidos en el artículo 71 de la Ley que, además de no venir al caso, en nada ayuda a esclarecer la presente litis. A ello se suma el hecho de que la Jurisprudencia que cita no guarda ninguna relación con nuestro caso y no sirve para defender de ninguna manera que estemos ante un acto de disposición a título gratuito.
Sosteniendo la gratuidad del acto, en definitiva, la actora pretende hacer valer de forma maliciosa la presunción regulada en el artículo 71.2 LC, según la cual el perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario (presunción "iuris et deiure'). A esto se añaden las acusaciones infundadas sobre la mala fe de JUCAZAM, con las que pretende reforzar la existencia de dicho perjuicio. De esta forma, la contraparte pretende: (i) anular el derecho de defensa de esta parte, quien, según la actora, no podría aportar prueba en contra del perjuicio patrimonial para la masa activa, y (ii) que la Administración Concursal no tenga que molestarse en acreditar la existencia del perjuicio patrimonial, puesto que éste ya se presume por la Ley.
Sin embargo, es un hecho indiscutible que en ningún caso se puede hablar de un negocio gratuito, habida cuenta que CRO efectivamente percibió, como consecuencia de la escisión de ROP, un patrimonio superior a los nueve millones de euros. Es más, la propia actora sostiene que CRO habría recibido bienes por valor de

más de un millón de euros, en contraprestación por su participación en la sociedad escindida. Por tanto, resulta cuando menos contradictorio que afirme que la operación se realizó de forma gratuita, cuando sí existió contraprestación y así lo reconoce la demandante.
En nuestro caso, el perjuicio patrimonial, en caso de existir, consistiría en que la concursada no habría recibido bienes conforme a su participación en el capital de ROP, pero de ninguna manera se puede sostener que, como dice la actora, los bienes adjudicados a JUCAZAM, en perjuicio de CRO, se hayan transmitido de forma gratuita. Por tanto, es evidente que, al no tratarse de un acto de disposición a título gratuito, no puede entrar en juego la presunción del artículo 71.2, en que se ampara la actora. Tampoco pueden prosperar las acusaciones que vierte la demandante, sobre una actuación dolosa de mi representada.
Todo ello nos lleva a la conclusión de que correspondía a la actora acreditar la existencia del perjuicio patrimonial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71.4 LC. A la vista de la prueba aportada por las partes, podemos concluir claramente que:
Esta parte ha acreditado con los medios que obran a su alcance, que la división patrimonial de ROP se llevó a cabo de forma equitativa y que concretamente se adjudicó a la entidad concursada, un patrimonio neto de más de nueve millones de euros, conforme se había establecido en el proyecto de escisión
En consecuencia, no estamos en ningún caso, ante un acto de disposición a título gratuito. Por tanto, no entran en juego en nuestro caso las presunciones del artículo 71 de la LC, que invoca la actora
La Administración Concursal, en contra de sus obligaciones, no ha acreditado de ninguna manera, ni la gratuidad del acto, ni la existencia del perjuicio patrimonial que alega. Su único argumento para defender el supuesto reparto no equitativo de bienes de ROP, se basa en sus propias conclusiones, extraídas del proyecto de escisión, del que toma en consideración unos valores meramente contables.
En consecuencia, al quedar plenamente acreditado que no ha existido perjuicio patrimonial para la masa activa de la entidad concursada, habrá de desestimarse íntegramente la acción de reintegración ejercitada contra mi mandante.
SEXTO.- Conclusiones.
A la vista de cuanto se ha expuesto, podemos extraer brevemente las siguientes conclusiones:
1. La acción ejercitada por la Administración Concursal, si bien reviste la apariencia externa de una acción rescisoria, es claramente contraria a la naturaleza, objeto y efectos regulados en los artículos 71 a 73 LC; y ello porque:
La acción ejercitada por la actora no persigue la rescisión del acto supuestamente perjudicial para la masa activa de la concursada, (la escisión de ROP), sino que impugna exclusivamente las "valoraciones" contenidas en dicha operación.
En contra de lo dispuesto por el artículo 73 LC, no se interesa la restitución de bienes por las partes beneficiarias de la escisión. Según la tesis de la actora, CRO no estaría obligada a restituir bienes de ningún tipo. En cambio, sí se interesa que JUCAZAM, en exclusiva, venga obligada a "reintegrar" a la concursada un importe superior a los cuatro millones de euros.
Como petición principal y en contra del artículo 73.1 LC, se solicita el pago de una "indemnización" en efectivo, y no la devolución de bienes que JUCAZAM, a juicio de la actora, habría percibido en perjuicio de la concursada.
Una vez efectuado el pago de la referida cantidad, se niega a esta parte el derecho a obtener el reconocimiento del correspondiente crédito contra la masa una vez efectuada la "reintegración", contraviniendo de esta forma el artículo73.3 LC
2.- Esta parte ha acreditado que la escisión de ROP se llevó a cabo cumpliendo todos y cada uno de los requisitos establecidos en entonces vigente LSRL EDL 1995/13459 y LSA.En especial, los administradores de ROP tuvieron en cuenta el valor real de los bienes que a cada una de las beneficiarias se debía adjudicar, conforme se dispone en las referidas normas.
Concretamente, hemos demostrado que se adjudicó a la entidad concursada un patrimonio neto por valor de más de nueve millones de euros, según se establecía en el informe de que los administradores redactaron a tal efecto (y por tanto equivalente al adjudicado a JUCAZAM). En consecuencia, el reparto de bienes se hizo de forma equitativa y paritaria.
- La parte actora, en cambio, no ha acreditado en modo alguno la existencia de un perjuicio patrimonial para la masa activa, que permita la rescisión de la operación de escisión de ROP y mucho menos se acredita el importe al que debe ascender dicho perjuicio. No estamos en este caso ante un acto jurídico gratuito, por lo que el supuesto perjuicio patrimonial no se presume. Más bien al contrario, correspondía a la actora acreditar cumplidamente su existencia. Sin embargo, la Administración Concursal no ha aportado ni un solo elemento de prueba del que se desprenda la existencia de un reparto no equitativo de bienes de la entidad escindida (aparte de las propias conclusiones que extrae del proyecto de escisión, sobre los valores contables contenidos en el mismo).En consecuencia, al no existir el perjuicio patrimonial alegado por la actora, habrá de desestimarse íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la actora de este incidente.
SEGUNDO.- Son múltiples y variadas las cuestiones que se plantean en la presente resolución, a las cuales daré debida respuesta de la forma más clara posible en aras del buen entendimiento de lo que a renglón seguido expongo, dado que analizaré tanto cuestiones de contenido procesal como las propias de la cuestión de fondo planteadas por las partes. A priori, no puedo sino partir de que la acción ejercitada por la actora, con el allanamiento de la concursada reviste una connotación compleja o especial, si se quiere, en tanto en cuanto pretende la rescisión parcial de una modificación estructural de escisión anterior a la declaración de concurso con el matiz de que el demandante solicita en suplico que se reintegre a la masa del concurso (4.039.110,87 Eur.), más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la escisión, no la atribución en especie en inmuebles por parte de la demandada.

Siendo estos los antecedentes del presente obiter dicta se me hace necesario con carácter previo acudir a la prueba practicada en autos a los solos efectos de establecer unos puntos de partida de l que posteriormente se dirá. Al respecto, la prueba practicada en autos arroja el siguiente resultado:
Interrogatorio de la representante legal de la Pelayo, DOÑA Catalina, actual administradora de RO y de CRO, desde 2006, manifestó que no se utilizaron tasaciones para las valoraciones de los lotes, sino el que fijaron las partes respecto del valor contable. Que en su momento estaban de acuerdo con la escisión y la valoración. Que todo empezó con un papel de D. Raúl, que la presión la tenían ellos por pagos a trabajadores. Que la subida en a valoración solo tuvo por objeto igualar a Jucazam; que la diferencia de valores era de 1.379 a 9.458, 6,5 veces más de lo ella y sin tocar todo el resto de valores, tocaron terrenos naturales y construcciones en curso. Que cuando realizaron la escisión el primer apunte contable de la cuenta 330 fue por importe de 7 millones, que se hicieron con posterioridad en los Llanos Telde y sardina sur ajustes contables. Que la nave de sardina del sur es rústica, que le consta que la tasación actual del mismo es de 400.000 euros, no cuatro millones; respecto de esos 12 duplex solo es titular de 6 no de 12. Que el mismo día de la escisión firmaron una subrogación por D. Raúl y los adquiere él, no formando parte de Pelayo. Que Pelayo se quedó con promociones en curso, pensado que se venderían y que ahora están paradas (85% de ejecución las 3) y vendidas una media de 5 o 6 viviendas. Que no hablaba con D. Raúl, que las relaciones entre los socios eran muy malas; que el 6 de julio de 2007 se distribuye la rama de actividad y preparó los dos lotes y ellos eligieron quedarse la rama de promoción y construcción, y cada uno se haría cargo de cada parte. Que f las negociaciones durante un año y estuvieron asesorados por abogados. Que durante ese periodo estaban de acuerdo en la escisión y que estaban bajo presión y deseando firmar la escisión. Que respecto a tasaciones de mayo, abril y mayo de 2008 no era conocedora. Que tasaciones para la escisión nunca hubo. Que reconoce los documentos 4 de la contestación. Que el día de la escisión vende 12 inmuebles en la calle Pepe Dámaso por 205.000 euros aprox. unidad y se la adjudica en la escritura de escisión. Que esa operación importaba más de 2 millones adjudicadas a CRO y se adjudica también otras 16 viviendas de esa misma promoción, importando un total de 3.299.333 euros respondiendo la misma que no estaban libres de cargas. Que el proyecto se publicó en diarios de circulación y que ningún acreedor se mostró en contra (sobretodo los acreedores financieros de ROC y de Pelayo que suponen un 90%). Que no informaron a las entidades financieras, que pudo ser Raúl que tenía más relación con ellas. Que CRO adquirió después solares en Guía por permuta, que no recuerda el precio. Que no pagaron nada al principio por la permuta.
DON Victorio (TESTIGO), señaló que es abogado y asesor fiscal, que intervino como asesor de Pelayo. Que la misma empezó por un manuscrito de Raúl para dividir la sociedad entre socios. Que no hubo tasaciones ningunas se partió del documento y se ajustó el valor contable de una de las ramas a la de mayor valor, elevando en más de 6 millones de euros para igualarlos a Jucazam, para igualar ambos balances. Que desde el punto de vista contable se adjudicaba mucho menos Pelayo. Que ese documento manuscrito no fue una imposición pero casi así fue porque los empleados de una dependían de Pelayo. Raúl tenía una gestoría y cobraba tanto por ciento sobre valor sobre plano y no tenía gastos, sólo ingresos y Pelayo sí tenía muchos gastos, siendo así que la única solución era la división. Que como el canje debe hacerse a valor de mercado la solución tuvo que ser aumentar el valor contable. Que los asesores de Jucazam fueron DON Alfonso (Garrigues) y Arcadio (Auren). Que el documento manuscrito del que parte la escisión está en miles de pesetas. Que ese documento era la propuesta de lotes. Que la relación entre los socios era muy mala. Que el no mostró su disconformidad en la negociación por las circunstancias del caso por el poder coactivo sobre el otro socio. Que tasaciones actualizadas pudieron ver a instancias de entidades financieras (llanos, Sardina) de antigüedad de 3 meses, que no se utilizaron. Se hizo de la forma comentada. Que se vendieron al Santander determinados inmuebles. Que tras la firma no hubo oposición de acreedores de ROC y Cazorla y que el gran número de acreedores eran entidades financieras y que la mayoría conocían ese extremo, no recordando ninguna oposición.
DON Alfonso (TESTIGO), trabajaba para Llorens y luego para Garrigues a la fecha del proyecto. Que la relación entre socios era horrorosa muy deteriorada. Que a partir del momento desde el punto de vista financiero se separan con cuentas bancarias separadas, pero como eran administradores mancomunados firmaban juntos pero estaban de facto separados. Que las negociaciones entre las partes fue imposible, sólo a través de abogados y técnica. Que había presiones de las partes, que ellos ejecutaron el acuerdo de las partes. Que cuando dividen Raúl se queda con la parte estable, y RO se quedó con las promociones y requería las firmas y eso era el único problema. Que las partes eran muy conscientes de lo que se quedaban y lo que acordaron. Que los flecos eran elevaciones a público, pagos de 80 IBI, etc, fricción anecdótica. Que nunca se quejó D. Pelayo de la escisión. Que los balances tienen valor de compra y que como el valor de escisión es de mercado se elevaron. Que existían tasaciones recientes de 3 o 4 meses y se basó en eso, que habían operaciones simultáneas de la rama de RO muy parecidos a los tomados en cuenta con la escisión, por ejemplo los de Altamira. Que no se inflaron valores, que recuerda redactar conjuntamente sobre el proyecto y que se dio por obvio. Que fue algo muy pacífico entre las partes y que las descoordinaciones eran por elevaciones a público por fecha de venta a clientes. Que el acuerdo estaba maduro y claro. Que el mismo día de la escisión vio precios idénticos con Altamira. Que nadie se opuso a la escisión, incluidos los bancarios puso la menor pega. Que incluso las garantías fueron removidas por los bancos para que no se cruzaran avales, las reales y las personales, que hubo incluso subrogaciones hipotecarias. Que no se encargaron tasaciones ad hoc para la escisión pero si que existían unas muy recientes y operaciones simultáneas que arrojaban valores y se tuvieron en cuenta. Que los bienes que se quedó Jucazam fue de autopromoción y que el valor era ese. Que en la escisión el balance de escisión no le queda más remedio que valorarlo al 50% y no tiene nada que ver con el contable. Que las tasaciones de RO llegaban a ese valor, que se utilizaron de referencia.
De lo anteriormente expuesto me llaman poderosamente la atención los siguientes extremos: el primero de ellos y no rebatido por la prueba practicada es que la escisión societaria objeto de litis se fraguó durante un largo período de tiempo entre los socios, entre los cuales no había forma de entendimiento alguno, dado que

tanto las partes como los testigos advirtieron que las conversaciones ente los mismos eran escasas y que la negociación de la modificación estructural la llevaron a cabo los asesores de ambos, DON Alfonso, DON Victorio Y DON Arcadio, cuya valía profesional ensalzaron los letrados de la concursada y de la propia administración concursal, no sin falta de sugerencia alguna por la administración concursal en el interés directo del primero de los citados en la solución del caso a favor de la demandada. Lo cierto es que ninguno de los presentes puso de manifiesto lo contrario, esto es, la impericia de los mismos para llevar a efecto la escisión de las sociedades ente los socios, por cuanto partiendo de esa base debe considerarse de que el procedimiento den negociación transcurrió conforme a los preceptos societarios vigentes bajo la anterior ley (actual Ley de sociedades de capitales). Lo anteriormente expuesto es muy importante por cuanto se dirá posteriormente, si lo que se pretende es atacar el negocio jurídico estructural sobre los pilares de los elementos esenciales del contrato, objeto y causa, pues no cabe olvidar que la propia representante de la concursada DOÑA Catalina poco menos que sugirió que esta operación fue una imposición de la otra parte o que se vio irremediablemente en la necesidad de llevarla a cabo, aún cuando lo paradójico del caso son los extremos accidentales a dicha operación: Parte la misma de un documento privado donde las partes acuerdan los lotes a repartir (documento elaborado al parecer por DON Raúl en una servilleta o similar de fecha 6 de julio de 2007 en donde los valores se hacen constar en miles de pesetas, siendo lo más curioso, según manifestó la misma representante de la demandante que de los 2 lotes realizados quien elige primero es "precisamente ella, la demandante", quedándose con la rama de la promoción y construcción y D. Raúl la contraria. Que la firma de la escritura de escisión se llevó a cabo el mismo día en que también se hizo una venta a la mercantil Altamira de unos inmuebles (en la que constaban unas tasaciones de los inmuebles realizada no más allá de los 6 meses de dicha fecha) y que la operación de escisión la llevaron a cabo los citados asesores de las partes mediante continuas negociaciones entre ambos.

TERCERO.- Siendo este el sustrato fáctico que fijo como punto de partida las cuestiones primordiales a resolver son de dos tipos, las de índole procesal y las de índole material, haciendo expresa referencia a las primeras en tanto es necesario contestar a dos interrogantes, la viabilidad procesal de solicitar la rescisión parcial de una operación de escisión societaria, seguidamente abordar la cuestión de si la acción ejercitada por la administración concursal es la adecuada, conforme sugiere la demandada sobre la improcedencia de la misma y que en su caso debería haberse ejercitado cualquiera de las previstas en el artículo 71.6 de la LC, y que el suplico de la misma es erróneo por cuanto no contempla las consecuencias legales derivadas del artículo 71 LC para concluir sobre las cuestiones materiales consecuencia de las procesales.

Sobre la primera de ellas, sobre si es posible el ejercicio de una acción de rescisión parcial, parto de la consideración del principio de conservación de los elementos esenciales del contrato si los mismos no se ven afectados por el ejercicio de la acción en ciernes; en este sentido no es ajeno a nuestro derecho, como ya lo manifestaba el TS en numerosas sentencias muy alejadas en el tiempo, entre otras, 5/06/1945 y 31/03/1959 que sólo pueden rescindirse los contratos válidamente celebrados dado que las acciones de nulidad y rescisión son inconfundibles, pues las primeras parten de la carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto o contrato, y las segundas presuponen que la relación jurídica ha sido válidamente constituida, siendo determinante que la nulidad es acción principal y la rescisión subsidiaria, encuadrándose ambas en los supuestos de ineficacia, aún cuando en puridad de conceptos entiendo que la primera es ineficacia originaria y la segunda sobrevenida. Dicho lo anterior y como señala DON FERNANDO CERDÁ ALBERO, en un artículo publicado en el libro homenaje a D. Santos, Madrid Editorial Marcial Pons 2010, pp 713-729 " MODIFICACIONES ESTRUCTURALES SOCIETARIAS Y CONCURSO DE ACREEDORES: ACCIONES DE IMPUGNACIÓN Y CONVENIO CONCURSAL"

En la práctica son cada vez más frecuentes las controversias jurídicas que suscitan las importantes conexiones existentes entre las modificaciones estructurales societarias y el concurso de acreedores. y ello a pesar de que la Ley 3/2009, 3-IV, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME), solamente contiene una aislada referencia que permita relacionar las reestructuraciones societarias con el concurso de acreedores: el art. 93.2 LME, que prohíbe a las sociedades concursadas (como también a las que estén en liquidación) trasladar su domicilio social al extranjero. Las vinculaciones entre las modificaciones estructurales societarias y el ordenamiento concursal giran fundamentalmente en tomo a dos instituciones clave: las acciones de impugnación y el convenio concursa!. y a partir de estas conexiones se plantean tres situaciones problemáticas. La primera se refiere a la rescindibilidad de las reestructuraciones societarias anteriores a la declaración de concurso. El segundo problema se suscita a partir de la posibilidad legal de que una o varias sociedades concursadas participen en una operación de modificación estructural (muy especialmente, por la vía del convenio concursal), porque quedan pendientes de resolver las condiciones e implicaciones que esta reestructuración conlleva. Y la tercera cuestión tiene que ver con las consecuencias de que, durante la vigencia de un convenio judicialmente aprobado,,la sociedad concursada lleve a cabo una reestructuración societaria, sobretodo si después se incumple aquel convenio concursa!..

Naturalmente, las reflexiones referidas a ellas han de hacerse extensivas a la cesión global de activo y pasivo, según la afinidad funcional que presente la concreta modalidad de cesión global realizada, por la amplitud con que esta reestructuración se ha configurado legalmente (arts. 81, 82, 85.1.3.", 4.", 91 LME). Por cuanto se refiere a la transformación, no ofrece particulares problemas en este ámbito, y ha de partirse de un principio de compatibilidad entre la transformación y el concurso de acreedores (salvo que en el caso concreto los efectos de aquélla se opongan abiertamente ala finalidad o al estado en que se encuentre el procedimiento concursal, como señala la muy atinada previsión contenida en el arto 2499 del Codice civile italiano). Esta compatibilidad se justifica por las ventajas que para el concurso pueden derivarse de una modificación del tipo societario (v, gr. por la reducción de gastos de funcionamiento, la flexibilidad para determinadas operaciones de capital).

También se hacía eco de esta problemática DOÑA JUANA PULGAR EZQUERRA, en un artículo publicado en la editorial Aranzadi, 2009 "modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles tomo II, bajo el título "Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación"

Admitida la posibilidad de que una sociedad en concurso participe en un proceso de modificación estructural son, sin embargo, distintas las cuestiones que se su suscitan en torno a la necesidad de coordinar normas de Derecho societario y de Derecho concursal para adecuar el procedimiento orgánico legalmente tipificado de modificación estructural al que hay que ajustarse necesariamente para que la modificación estructural despliegue sus efectos típicos', en particular, la su cesión universal en el patrimonio a las necesidades y a los principios de un procedimiento concursal. En es te marco, de un lado se suscita en un plano temporal un problema de adecuación entre el momento de apertura del concurso y la opción por la reestructuración convenida como solución a éste en conexión, en su puestos de fusión, con el canje de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades participantes como elemento esencial en toda modificación estructural. Así mismo y como una cuestión esencial, se suscita la relación entre los órganos concursales y los societarios en relación al iter temporal en que debería articularse la necesaria adopción por los socios del acuerdo de transformación o fusión, la aceptación por los acreedores y la aprobación judicial del convenio concursal, planteándose la particular problemática que con llevaría un eventual incumplimiento de un convenio con modificación estructural en particular cuando el objeto de la modificación estructural será la fusión por absorción de la sociedad concursada. Todo ello, además, en el marco de la necesaria protección de la posición de los socios, que puede ser objeto de una modificación sustancial por efecto de la modificación estructural (p.ej., cuando la absorbente ya es previamente titular de todas las acciones de la absorbida), así como de los derechos de los acreedores pues el nuevo patrimonio garante de todos los créditos ya sea el de la sociedad absorbente o el de nueva creación, puede ser más o menos solvente, rentable y líquido, pudiendo dichos a creedores ver, en virtud de ello, empeorada o mejorada suposición en relación a la que tenían previamente en cada una de las sociedades que se fusionan. Todos estos temas son comunes a las distintas modificaciones estructurales que participan de la necesidad de adopción a través de un procedimiento orgánico en el que la decisión de participar en una modificación estructurales corporativa,, no apoyándose en el consentimiento individual de las partes arbitrándose,, además, en todas ellas con excepciones procedimientos paralelos de protección de socios y acreedores, lo que justificaría un tratamiento unitario de los referidos temas planteados.
En este punto recobra importancia las alegaciones de la defensa de la demandada, sobre la existencia de mecanismos de tutela de los acreedores en las reestructuraciones societarias conforme al actual artículo 44 de la LME (ley de modificaciones estructurales) y el derecho de oposición del artículo 243 LSA en referencia clara a los antiguos artículos 254 LSA, por remisión y referencia a los artículos 235 a 242 LSA EDL 1989/15265, (relativos a proyecto de fusión, informe de expertos, informe de administradores sociales, información a accionistas, balance de fusión, acuerdo de fusión y publicación de acuerdo de fusión).
Señala DON FERNANDO CERDÁ ALBERO, en el citado artículo reseñado anteriormente
No resulta extraño en la práctica concursal (singularmente en el ámbito de empresas inmobiliarias), que la sociedad concursada haya intervenido en un proceso de fusión o escisión. Los ejemplos son muy variados. Por citar algunos, la compra de una sociedad (con una concreta promoción inmobiliaria, o la división inmobiliaria de un grupo), seguida de la posterior absorción por la compañía que más tarde entra en concurso. O la escisión parcial de la unidad económica más saneada de la sociedad, que después es declarada en concurso
o incluso la escisión total de la sociedad, separando en diferentes sociedades beneficiarias los activos o negocios prósperos y viables, respecto de los más expuestos al riesgo o inviables.
Si esto se ha producido en los dos años anteriores a la declaración de concurso, y de esta operación conjuntamente considerada (la compra con la posterior fusión, la escisión de la unidad económica próspera) resulta un perjuicio para la masa activa, la primera cuestión que se plantea es si cabe atacar esta reestructuración a través de la acción rescisoria concursa) del arto 71 LC, pues difícilmente puede considerarse que se trata de un «acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales» (art. 71.5 LC).
De entrada, resulta sorprendente que esta primera cuestión no haya sido aún advertida por nuestra reciente literatura societaria y concursalista. En mi opinión, dos son los principales argumentos que se pueden aducir en contra de que pudiera prosperar esta acción rescisoria concursal con respecto a la fusión (o escisión). Uno es de carácter material: el derecho de oposición de acreedores (art. 44 LME). El otro tiene una vertiente más sistemática o formal: la eficacia convalidante de la inscripción registral de la reestructuración societaria (art. 47 LME).
En primer lugar, los acreedores cuyos créditos hubieran nacido antes de la
fecha de publicación del proyecto de fusión (o escisión), no hubieran aún vencido en ese momento, y no se encontraran ya suficientemente garantizados, gozaron de un mecanismo específicamente establecido por el ordenamiento societario para la protección de sus créditos: el derecho de oponerse a la fusión o escisión, en los términos del art. 44 LME. Si entonces, cuando pudieron obtener garantía suficiente de sus créditos, no ejercitaron este instrumento jurídico-societario, no parece razonable ofrecer ahora (en el lapso de dos años) la vía jurídico-concursal de la acción rescisoria para impugnar aquella fusión o escisión. Aquellos acreedores ya tuvieron su oportunidad de obtener garantías para sus créditos.
Del mismo modo, si en el marco de la fusión (o escisión) antecedente algún acreedor debidamente legitimado se opuso a la reestructuración y consiguió una garantía real a favor de su crédito, tampoco parece consistente pretender (sobre la base del arto 71.3.2. ° LC) que se rescinda la constitución de dicha garantía en el posterior concurso de la sociedad fusionada o escindida que la otorgó, salvo que la garantía resulte desproporcionada o agote los bienes de la compañía.
Yen relación con los créditos nacidos después de la publicación de! Proyecto de fusión (o escisión), sus titulares han podido conocer cuál es la situación jurídica y patrimonial de la sociedad absorbente, resultante de la fusión o escindida parcialmente, por lo que tampoco resulta apropiado acudir a la rescisión concursal para que la reestructuración anterior devenga ineficaz y se desmonte.
Es cierto que, frente a este argumento se podrá oponer que al distribuir el resultado de la reintegración de la masa activa no se hace distinción entre actos perjudiciales realizados antes o después de! nacimiento de!

crédito que se paga con la liquidación del activo reintegrado (o liberado del gravamen rescindido), sino que se aplican las reglas generales concursales del pago a los acreedores (arts. 154-158 Le). Incluso se podrá alegar que la rescisión concursal afecta también a actos que gozan de publicidad registral (necesariamente las hipotecas rescindibles, pero asimismo pueden tenerla las transmisiones de inmuebles u otros bienes o derechos inscribibles en registros publicas).
Sin embargo, se convendrá en que e! calado de la publicidad registral mercantil con respecto a la reestructuración societaria (su impacto en la estructura financiera y patrimonial de la sociedad transmitente) es mucho mayor que el correspondiente a la publicidad registral de los aislados actos rescindibles realizados al margen de una modificación estructural.
Como segundo argumento y abundando en el aspecto registral al que acabo de referirme, el art. 47 LME refuerza sobremanera el efecto convalidante o sanatorio de la inscripción de la fusión (o de la escisión, por la genérica remisión del arto 73.1 LME). El art.
47.1 LME establece:
«Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados».
Con ello se altera el régimen de impugnación de la fusión (o escisión) anteriormente contenido en el art. 246.1 LSA, de modo que e! arto 47.1 LME hace suyo el criterio que ya habían introducido los ordenamientos alemán (§ 20.2 Umwandlungsgeset; de 28 de octubre de 1994, que mantiene el conocido Bestandschutrprinzip,ya recogido en la norma de! anterior § 352a Aktiengesetz) e italiano (art. 2504 quater Codice civile), y que también ha sido seguido para la sociedad anónima europea (art. 30.1 del Reglamento comunitario 2157/2001,de 8 de octubre de 2001) y para la fusión transfronteriza (art. 17 de la Directiva comunitaria 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005). Por loables motivos de seguridad jurídica, la regla del art. 47.1 LME persigue garantizar que una fusión o escisión que haya seguido las prescripciones legales no podrá declararse ineficaz después de su inscripción registral; e incluso si hubo defectos que no quedaron purgados por la sola inscripción registral, la inatacabilidad judicial se produce una vez se ha dejado caducar la acción por e! transcurso de! brevísimo plazo de tres meses (art. 47.2 LME). Por tanto, ahora ya no cabe siquiera el resquicio de la nulidad o anulabilidad de los acuerdos de la junta de socios, como en cambio ofrecía el anterior arto 246.1 LSA, si bien dicha norma limitaba en seis meses (contados desde la fecha en que la reestructuración fuera oponible a quien la impugnase) el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad o anulabilidad'. Y conviene subrayar el cambio terminológico utilizado con respecto a la norma precedente: ahora el arto 47.1 LME se refiere a la imposibilidad de impugnación (término amplio que engloba cualquier modalidad de ineficacia: nulidad, anulabilidad, rescisión), a diferencia del anterior art. 246.1 LSA, que aludía exclusivamente a «la acción de nulidad contra una fusión ya inscrita».
En otro reciente estudio, publicado en la revista concursal y paraconcursal num. 14 del año 2011, editorial la ley de DON JUAN SANCHEZ-CALERO GUIARTE Y DOÑA ISABEL FERNANDEZ TORRES bajo el título "fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del artículo 35 LME), página 109 y ss analizan el artículo 35 de la LME y señalan que:
La posibilidad de concurso exige atención hacia el marco normativo que contiene una pluralidad de previsiones que pueden alterar sustancialmente el modelo económico que está detrás de un LBO o incluso, poner en riesgo la operación misma. Aparecen dos grandes problemas: por un lado, la posibilidad de considerar la fusión como un acto perjudicial para la masa y, en consecuencia, la de plantear su rescisión y, por otro lado, el problema de los acuerdos o contratos de financiación acordados para la realización de la operación, con las preferencias pactadas y el sistema de prelación establecido en la LC..En relación con la primera de las cuestiones planteadas, de conformidad con lo establecido en el art 71.1 Le, no hay motivos aparentes para entender que la operación de fusión apalancada no pueda ser rescindida si fuera considerada perjudicial para la masa (siempre que hubiera sido realizada en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso y aunque no hubiera existido intención fraudulenta).El arto 47 LME -que trae causa de la III Directiva sobre fusiones, concretamente del art.22 sobre nulidad de la fusión inscrita por razones de seguridad jurídica, protege la fusión inscrita admitiendo su regularización ex post o reconociendo la eficacia «sanatoria» o convalidante de lo inscrito en el Registro Mercantil (párrafo 1. art.47 LME), sin perjuicio de los derechos de los socios y terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios. Pero este art. 47 LME dista mucho de ser claro y suscita numerosas duda s. El primer inciso del art. 47 LME después de sentar el principio de regularización añade «ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley».Esto induce a pensar que, a pesar de la regla general, existen ciertos vicios o causas de impugnación que no quedan sanados y que, por tanto, pueden dar lugar a la sentencia judicial declarativa de la nulidad de la fusión inscrita. Se ha apuntado autorizadamente una interpretación correctora del precepto, señalando que el ámbito del efecto sanatorio o convalidante se refiere a los vicios susceptibles de ser detectados por el Registrador en su calificación. Por tanto, sólo serán susceptibles de impugnación los acuerdos que adolecieran de vicios o defectos no susceptibles del controlo filtro de los Registradores : por ejemplo, acuerdos abusivos, presupuesto de la propia fusión apalancada (endeudamiento en los tres años anteriores).¿Sería susceptible de impugnación la fusión por el socio como consecuencia de la lesión patrimonial sufrida derivada de la fijación inadecuada de la relación de canje? Más concretamente, y analizando la jurisprudencia recaída sobre este punto, parece que sería posible sostener la impugnación de la fusión cuando en la fijación de la relación de canje se hayan infringido las reglas imperativas: cuando la relación de canje no está justificada (34.3 LME) por estar indebida o insuficientemente basada en el valor real (art. 25 LME). Sin embargo, el tenor del art. 47 LME parece sugerir la solución contraria. De su literalidad se infiere que la intención --en términos generales- del legislador ha sido la de mantener en aras de la seguridad jurídica y del tráfico la fusión, dejando abierta la vía de la compensación económica por los daños sufridos. El ejercicio de la acción tiene como presupuesto objetivo que el acto suponga un perjuicio para la masa activa. La cuestión

radica en delimitar la noción de «perjuicio para la masa», en cuanto principio jurídico indeterminado. Bajo el término «acto perjudicial» han de entenderse comprendidos cualesquiera actos realizados por el deudor que impliquen una disminución del patrimonio (asimilable a la noción de daño o pérdida de valor) o que hayan impedido un incremento de ese patrimonio. El perjuicio ha de apreciarse teniendo en cuenta la finalidad de las acciones de reintegración concursal de tal manera que existirá perjuicio cuando el «acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales». Desde esta perspectiva, y centrándonos en el supuesto que ahora nos ocupa -LBO-, parece evidente que desde un punto de vista objetivo, como quiera que la sociedad target en virtud del principio de sucesión universal, asume las obligaciones de la adquirente viendo así incrementado su pasivo, habrá de analizarse para determinar la existencia o no de un perjuicio, el activo de la adquirente y valorar si ese activo justificaba o no el nivel de endeudamiento. Para un sector de la doctrina, el perjuicio para el patrimonio del deudor queda acreditado cuando la administración concursal prueba que la masa activa hubiera tenido mayor valor si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar. Se trata, por tanto, de un perjuicio concreto a la masa activa, no de un perjuicio difuso, de un agravio jurídico económico. Sin embargo, la posibilidad y viabilidad del ejercicio de una acción rescisoria exige en todo caso un análisis del por qué de los problemas de solvencia. Es decir, aún cuando entienda que no es necesaria la existencia de un nexo causal entre el acto del deudor y la situación de insolvencia, sino que basta con que la operación haya dado lugar a una reducción del patrimonio o haya impedido su incremento, parece que, dada la complejidad de la operación, sería conveniente analizar las circunstancias concretas que concurran en cada caso particular. No es lo mismo que la adquisición apalancada y posterior fusión fueran las únicas alternativas posibles para la viabilidad de la empresa (finalmente fracasadas), que el sobreendeudamiento excesivo causante claro de la insolvencia. Este análisis serviría también para dilucidar la eventual responsabilidad concursal de los administradores. Por otra parte, y como quiera que esta operación consiste en la fusión de sociedades participadas, ésta sería subsumible en la presunción iuris tantum del arto 71.2.1.° LC, al considerar el arto 93 LC persona especialmente relacionada a quienes sean titulares, al menos, del 10% del capital social de la concursada si ésta no tiene valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial. El carácter iuris tantum de esta presunción permite que el concursado o la 'persona especialmente relacionada con él justifiquen que el acto o negocio realizado no resultó perjudicial para la masa activa.

Ahora bien, aún siendo este razonamiento jurídico defendible lo cierto es que algunos preceptos de la LME nos hacen poner en tela de juicio la posibilidad de impugnar una fusión tras su inscripción. Por otra parte, el resultado a que llevaría la aplicación del art. 71 LC parece, cuando menos, desafortunado, no sólo por lo difícil que puede resultar su materialización sino por la inseguridad jurídica que puede generar. Las consecuencias que derivarían del éxito de una eventual impugnación de la fusión apalancada resultarían graves.En efecto, del análisis del art. 73 LC se deduce que podrían declararse ineficaces alguno o varios de los pagos recibidos en concepto de precio, que deberían ser reintegrados por los vendedores a la masa activa (con sus; frutos e intereses). Especialmente complejas resultarían las consecuencias de una declaración de nulidad de toda la operación de LBO: por un lado, los vendedores, recuperarían la titularidad de la target; por otro,la fusión de ésta con la sociedad «vehículo» (newco) habría de deshacerse por formar parte de una operación ilegal y nula lo que supondría la reactivación o reaparición en el tráfico jurídico de una sociedad extinguida, además de tener que proceder a la reintegración o reasignación del patrimonio transmitido por la extinta a la sociedad absorbente. Es más, los vendedores como socios de la sociedad target, además de restituir el precio percibido con base sobre la LBO, pasarían a ser acreedores subordinados de la target concursada, de concurrir en ellos las circunstancias legalmente establecidas ex art. 73 LC. Lo expuesto permite reclamar soluciones legales a los problemas que pueden plantear los LBO..

Aún cuando la literalidad del art. 71 LC permite la rescisión de las fusiones apalancadas en tanto fueran perjudiciales para la masa, lo cierto es que las consecuencias que podrían derivar de una impugnación exitosa (y la imposibilidad del restablecimiento del status quo anterior), así como las garantías con que previamente se ha desarrollado un proceso de fusión (en cuanto a información y posibilidad de oponerse los propios acreedores a la operación) hacen difícil, si no imposible, que pueda ejercitarse una acción de rescisión sobre la base de un perjuicio que inicialmente no se aprecia (al no mediar oposición).

La viabilidad de esta acción se compadece mal con lo dispuesto en algún apartado del art. 47 LME, en relación con la impugnación de la fusión. El segundo problema importante detectado en relación con las implicaciones de la Ley Concursal y los LBO se refiere a los efectos sobre los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en la operación. La realización de estas operaciones implica la existencia previa de una pluralidad de relaciones contractuales que incluyen previsiones que diseñan las preferencias pactadas de unos financiadores sobre otros en función, generalmente, de las mayores o menores rentabilidades fijadas. En definitiva, en los contratos han de buscarse fórmulas que concilien los efectos previstos en la LC con la jerarquía existente entre los financiadores y que, en consecuencia, el acreedor senior (generalmente entidades financieras) va a poder recuperar las cantidades con preferencia al resto de los financiadores. Para ello habrá que intentar que el orden previsto en los contratos sea consistente con el orden imperativo de pago que resulte de lo dispuesto en la Ley..El art. 91.6 LC considera como crédito privilegiado el del acreedor que solicita la declaración de concurso, en una cuarta parte del importe total del crédito. Si solicita el concurso un acreedor mezzanineo junior, se convertirá en privilegiado y adquirirá un rango superior al que le atribuían los contratos de financiación. Los contratos contemplan la solicitud de concurso, facultando en último término al senior para que sea él quien la presente. Se plantea algún problema con los créditos subordinados considerando como tales los de los acreedores especialmente relacionados con el deudor (v. arto 92.5.° LC), que afectará en los supuestos de LBO. Será por tanto necesario que en los acuerdos de financiación se incluyan las previsiones necesarias para evitar por esta vía convertirse en acreedor subordinado. Alguna alteración adicional podría venir de la mano del régimen previsto en relación con los créditos frente a la masa, susceptibles de ser considerados los créditos de los escalones inferiores como tales..

Sobre el particular quedó plenamente probado que en un porcentaje superior al 90%, los acreedores de la demandante eran de carácter financiero, esto es, entidades bancarias, que las mismas estuvieron informadas del proyecto de escisión, según declaraciones de los asesores legales y fiscales intervinientes en las operaciones legales de escisión, DON Alfonso Y DON Victorio y que ninguno de ellos ejercitó el derecho de oposición previsto en el artículo 243 LSA, ni tampoco el resto de acreedores ni más aún la propia concursada ejercitando acción alguna de nulidad frente a dicho negocio jurídico. Cabría preguntarse ¿el asesor fiscal y legal de DON Pelayo, era conocedor de la forma en que se valoraron los inmuebles de los 2 lotes objeto de escisión? La respuesta no solo es afirmativa, sino que también era conocimiento de la propia administradora social de CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA y del resto de acreedores, dado que se incorporaron al proyecto de escisión y se publicó conforme artículo 242 LSA en el RM y ninguno de ellos ejercitó su derecho de oposición.
Pero abundando más en la cuestión, y situándome en el plano relatado en la posibilidad anunciada en anterior artículo citado no podría considerarse un perjuicio para la masa cuando el 90% de los acreedores de la concursada (entidades bancarias) con conocimiento de la citada escisión no ejercitaron el derecho de oposición o interpusieron alguna acción declarativa de nulidad de la misma, por cuanto en el hipotético caso de admitir el ejercicio de la rescisoria concursal de la modificación estructural previa a la declaración de concurso los acreedores perjudicados no serían sino aquellos cuyo crédito nació en un momento posterior a la fecha de inscripción de la modificación estructural, escisión en nuestro caso, dado que a contra sensu entiendo que no se les puede privilegiar con el beneficio de una acción rescisoria cuando lo que debieron era ejercitar su derecho de oposición a la vista del efecto convalidante de la inscripción en el RM de dicha operación consentida por la concursada y por la amplia mayoría de los acreedores concursales.
Por todo ello entiendo, como bien señala la defensa de la demandada que la acción entablada por la AC debió discurrir, quizás por los trámites de las otras acciones previstas por el artículo 71.6 LC, es decir ajena a la rescisoria concursal o bien por el derecho de oposición ex artículo 243 LSA (actual 44 LME).": SJM-2 Las Palmas 12.12.2011 (Sentencia 234/2011; Incidente 155/2010)

0.4.9.2 Sí cabe rescisoria concursal

AP Las Palmas

"PRIMERO.- Se alza la demandante administración concursal de CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L. contra lasentencia que desestimó la acción rescisoria concursal por la que se pretendía se declarara la rescisión y por consiguiente ineficacia,por ser perjudicial para la masa activa, de las valoraciones acordadas y por ende mal atribuidas (en la operación de escisión deCONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES ROP Y CAZORLA, S.L..por disolución y cesión de su patrimonio en dos partes igualesa sociedades preexistentes) a CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L. en perjuicio de ésta y en exclusivo beneficio deJUCAZAM, S.L.U., y en consecuencia se declare el derecho de CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L. y paralelaobligación de JUCAZAM, S.L.U. a que se reintegre por parte de ésta última a favor de la concursada CONSTRUCCIONES RAIMUNDOORTEGA, SL, para formar parte de la masa activa del concurso de acreedores, como consecuencia de la rescisión acordada, la suma deCUATRO MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO DIEZ EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS (4.039.1110,87eur.), más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la escisión y consecuente deficiente adjudicación o atribuciónpatrimonial a CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L.
La sentencia recurrida funda la desestimación, tras amplias citas de doctrina que ha examinado la cuestión, en que a entender deljuez a quo no resulta posible ejercitar acciones rescisorias concúrsales en impugnación de operaciones de reestructuración de capital(que la doctrina que cita funda en la limitación a la impugnación de operaciones de reestructuración de capital establecida en el artículo47 de la Ley de Modificaciones Estructurales de Capital y en el reconocimiento del derecho de oposición a la modificación estructurala los acreedores del art. 44 de la misma ley) ya que "aun cuando la literalidad del artículo 71 LC permite la rescisiónde las fusiones apalancadas en tanto fueran perjudiciales para la masa, lo cierto es que las consecuencias que podrían derivar de unaimpugnación exitosa (y la Imposibilidad del restablecimiento del status quo anterior), así como las garantías con que previamente seha desarrollado un proceso de fusión (en cuanto a información y posibilidad de ponerse los propios acreedores a la operación) hacendifícil, si no imposible, que pueda ejercitarse una acción de rescisión sobre la base de un perjuicio que inicialmente no se aprecia (alno mediar oposición)" y que "la viabilidad de esta acción se compadece mal con lo dispuesto en algún apartado del artículo 47 LME,en relación con la impugnación de la fusión".
Entiende el juez a quo que ello tiene su fundamento en "la existencia de mecanismos de tutela de los acreedores en lasreestructuraciones societarias conforme al actual artículo 44 de la LME (ley de modificaciones estructurales) y el derecho de oposicióndel artículo 243 LSA en referencia clara a los antiguos artículos 254 LSA y por remisión y referenciaa los artículos 235 a 242 LSA (relativos al proyecto de fusión, informe de expertos, informe de administradoressociales, información a accionistas, balance de fusión, acuerdo de fusión y publicación de acuerdo de fusión)".
Confiriendo pues especial relevancia a que no constó oposición de quienes eran acreedores en el momento de la escisión a lamodificación estructural, razonó el juzgado a quo que
"Sobre el particular quedó plenamente probado que en un porcentaje superior al 90%, los acreedores de la demandante eran decarácter financiero, esto es, entidades bancadas, que las mismas estuvieron informadas del proyecto de escisión, según declaracionesde los asesores legales y fiscales intervinientes en las operaciones legales de escisión, D. Alfonso y D. Victorio, y que ninguno de ellosejercitó el derecho de oposición previsto en el artículo 243 LSA, ni tampoco el resto de acreedores, ni más aún lapropia concursada ejercitando acción alguna de nulidad frente a dicho negocio jurídico. Cabría preguntarse ¿el asesor fiscal y

legal de D.Pelayo, era conocedor de la forma en que se valoraron los inmuebles de los 2 lotes objeto de escisión? La respuesta no es sólo afirmativa,sino que también era conocimiento de la propia administradora social de CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA y del resto deacreedores, dado que se incorporaron al proyecto de escisión y se publicó conforme al artículo 242 LSA en el RMy ninguno de ellos ejercitó su derecho de oposición".
Pese a entender el juez a quo que no cabe el ejercicio de la acción de rescisión del art. 71 LC contra las operacionesde reestructuración de capital, entró a razonar el porqué no existía, a su entender, perjuicio para la concursada como consecuencia dela escisión al decir que:
"Pero abundando más en la cuestión, y situándome en el plano relatado en la posibilidad anunciada en anterior artículo citado nopodría considerarse un perjuicio para la masa cuando el 90% de los acreedores de la concursada (entidades bancarias) con conocimientode la citada escisión no ejercitaron el derecho de oposición o interpusieron alguna acción declarativa de nulidad de la misma, porcuanto en el hipotético caso de admitir el ejercicio de la rescisoria concursal de la modificación estructural previa a la declaración delconcurso los acreedores perjudicados no serían sino aquéllos cuyo crédito nació en un momento posterior a la fecha de inscripción dela modificación estructural, escisión en nuestro caso, dado que a contra sensu entiendo que no se les puede privilegiar con el beneficiode una acción rescisoria cuando lo que debieron era ejercitar su derecho de oposición a la vista del efecto convalidante de la inscripciónen el Registro Mercantil de dicha operación consentida por la concursada y por la amplia mayoría de tos acreedores concursales.
Por todo ello entiendo, como bien señala la defensa de la demandada que la acción entablada por la AC debió discurrir, quizás porlos trámites de las otras acciones previstas por el artículo 71,6 LC, es decir, ajena a la rescisoria concursal o bien porel derecho de oposición ex art. 243 LSA (actual 44 LME).".
En lo sucesivo, y tal como se hace en la demanda y recurso de apelación se utilizarán los acrónimos ROP para la sociedad objeto deescisión y disolución y CRO y JUCA para las beneficiarías de la cesión global de activos y pasivos como consecuencia de la escisión.
SEGUNDO.- Así pues, contra la sentencia que desestimó la acción rescisoria concursal por entender que: 1) No es admisible elejercicio de la acción rescisoria concursal contra los actos derivados de una operación de reestructuración de capital; 2) No existióperjuicio porque no lo apreciaron en aquél momento ni la concursada ni los acreedores informados de la operación, que no ejercitarontemporáneamente el derecho de oposición ni la impugnaron, se alza la administración concursal alegando, en resumen;
1) Que la acción ejercitada pivota sobre la denuncia de las desiguales y desproporcionadas valoraciones utilizadas en la operación deescisión que a la postre determinaron una desigual adjudicación a las sociedades beneficiarlas ya existentes y vinculadas a la sociedadescindida ROP -CRO y JUCA-, resultando perjudicada la masa activa de CRO, por lo que se solicitaba en la demanda el reintegro dela diferencia de menos entregada a la sociedad CRO.
2) Que ni siquiera se trataba o pretendía atacar el acto jurídico de la escisión sino el efecto patrimonial de la misma en cuantoafirmándose en la escisión que se dividía todo el patrimonio de ROP al 50% entre las dos sociedades preexistentes. CRO y JUCA nosiendo cierto al recibir CRO menos del 50% del patrimonio de ROP, cuando CRO finalmente es declarada en concurso de acreedoresmenos de 2 años después de realizada la operación de escisión.
3) Que los administradores sociales eran perfectamente conscientes del desfase en la relación de bienes obrante en su informe» por loque al día siguiente del proyecto de escisión ficticiamente elevaron en 8.078.221 euros, sólo, el valor de los terrenos y bienes naturales,como el de las construcciones en curso, que se le adjudicaban a CRO para simplemente "conseguir" igualar formalmente el valor de loque recibía CRO con lo que efectivamente recibía JUCA.
4) Que la acción de reintegración o rescisoria concursal precisamente se reconoce por el ordenamiento con la finalidad de que seaposible revisar todas las actuaciones del concursado en la etapa anterior a la declaración del concurso a fin de reparar el perjuicio quecomo consecuencia de ellas haya podido recibir la masa activa del concurso, sin más excepciones que las expresamente previstas en lapropia Ley Concursal, sin que pueda equipararse a otras acciones de impugnación, ni siquiera a las recisorias generales.
5) Que la sentencia aplica una normativa que no estaba vigente en el momento de la escisión, que data del 3 de julio de 2008 -aunque protocolizada el 11 de septiembre de 2008- y la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedadesmercantiles entró en vigor un año más tarde EDL 2009/25042, concretamente el 4 de julio de 2009.
6) Que el derecho de oposición no es posible traerlo a colación para utilizarlo como excusa en cuanto a que la ausencia de oposiciónde los acreedores impide apreciar el perjuicio pues: 1) la sociedad no estaba en concurso, lo está ahora; 2) lógicamente, la administraciónconcursa! nunca pudo oponerse y es ahora, por medio de la acción de! artículo 71 LC cuando puede hacerlo; 3)ni siquiera se pretende con la demanda la oposición a la escisión sino la corrección de sus efectos perjudiciales sobro la masa activacorrigiendo el desigual reparto del patrimonio de ROP entre CRO y JUCA; y 4) la existencia de tal posible acción no ejercitada poracreedor alguno en el plazo de un mes ex artículos 166 y 243 de la LSA nunca podría ser causa de exterminio de laacción expresamente prevista, en el ordinal 71 LC para la AC, más aún cuando se beneficia a todos los acreedores, noa uno en concreto; 5) como señala José Ramón cabe la posibilidad de ejercitar una acción rescisoria concursal frente a la modificaciónestructural realizada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 71 LC) que precisamentetiene pleno sentido en los casos de concurso de la sociedad que se escindió parcialmente, hizo una segregación o llevó a cabo una cesiónglobal con contraprestación para ella misma, es decir, en todos aquellos casos en que la contraprestación fuera recibida por la propiasociedad preexistente y concursada, que exige, claro está, el perjuicio, es decir, la falta de equilibrio en las prestaciones".
7) Que es fácilmente observable en el proyecto de escisión suscrito el 3 de julio de 2008 y protocolizado el 3 de julio de 2008 quela valoración tomada en consideración para los bienes, incluidos los inmuebles que se

adjudicaban a CRO y a JUCA, era la contable, yque según ella los bienes a recibir por CRO tenían un valor de 1.379.837,20 euros y a JUCA un valor de 9.458.058,95 euros, por lo quehabla una diferencia de adjudicación a favor de JUCA de nada menos que 8.078.221,75 euros.
8) Que sin embargo, y sin justificación alguna, en el informe de los administradores que se incorpora en la escritura de escisión(redactado el 4 de julio de 2008, al día siguiente del proyecto) se incorporan los mismos bienes pero alterando el valor de los terrenos,bienes naturales y construcciones en curso que se le adjudicaban a CRO y manteniendo sin embargo el valor contable de los bienes dela misma naturaleza que se adjudicaban a JUCA con la finalidad de lograr "artificialmente" igualar el valor patrimonial que se decíaadjudicar a cada una de las entidades mercantiles (de modo que se utiliza el valor contable para los bienes que se transmiten a JUCA -toda escisión comporta por definición una transmisión patrimonial-), causando con ello un perjuicio de 4.039.110,87 euros a CRO (lamitad de la diferencia de adjudicación que se hacía a favor de JUCA), valor que la administración concursal entiende que JUCA deberíarestituir o reintegrar a CRO, sea como fuera.
9) Que la escisión se produjo entrado ya el año 2008, con una crisis que propiciaba que la rama de promoción inmobiliaria tuvieraun, deterioro considerable de su valor (rama de actividad adjudicada a CRO), lo que sucedía en bastante menor medida con la hotelera,de alquileres de inmuebles y parking (las ramas atribuidas a JUCA).
10) Que la escisión fue formalmente correcta y efectivamente consentida por la concursada y por JUCA y por quienes entonces eranaccionistas de CRO, y sin que se formulara oposición por los acreedores, por lo que el ejercicio de la acción rescisoria no pretende quequede sin efecto (con una previsible imposibilidad de restitución de la situación a la preexistente en el momento de la escisión) sinotan sólo que se repare el perjuicio, desde que "simplemente se ha quedado con más JUCA y eso debe compensarlo con su diferencia",entendiendo que siendo la ineficacia del acto objeto de ataque por el ejercicio de las acciones rescisorias en general excepcional, lamisma ha de limitarse a satisfacer los derechos del perjudicado, siendo por tanto posible que se produzca una rescisión parcial, teniendoen cuanta que además el acto rescindido es válido y perfecto pero perjudicial para los titulares de la acción rescisoria.
11) Que no es necesaria la concurrencia de elemento intencional de causación del perjuicio o de fraude, para el éxito de las accionesde reintegración, exigiéndose tan solo el perjuicio para la masa activa, con la finalidad de tutelar a todos los acreedores, siendo unaconcretación del principio de paridad de trato de todos los acreedores cuando se llega a la situación de concurso de acreedores, destacandoque el perjuicio no equivale a estado de insolvencia del deudor en el momento en que realizó el acto impugnable y que el acto puede serperjudicial aunque no exista relación causal entre acto y estado de insolvencia determinante del concurso, como señala Avelino.
12) Que la desigual atribución del patrimonio de ROP: "chirría de plano y resulta a todas luces inadmisible porque: 1) no se utilizaronvaloraciones o tasaciones oficiales al respecto; 2) para con respecto a los bienes patrimoniales de ROP atribuidos a JUCA se utilizaron,sus valores contables y, sin embargo, no sucedió lo mismo con respecto a los atribuidos a CRO que se limitaban a valores arbitrarios ysin sentido", comportando finalmente esa atribución desigual "un acto de disposición gratuito, expreso y en perjuicio de la masa activay de los acreedores de CRO" lo, que a su entender sitúa dicha actuación en el concepto de las presunciones "iuris et de iure" del artículo71,2 LC no admitiéndose en consecuencia prueba en contrarío", citando a D. Eusebio en cuanto éste recuerda quela presunción del art. 71,2 LC no se circunscribe sólo a las donaciones "sino a cualquier acto de disposición a títulogratuito, lo que permite incluir negocios jurídicos en los que aunque no haya una disposición directa sí pueden determinar que quedecomprometido el patrimonio del concursado" como "renuncias de derechos, condonaciones de deuda, opciones de compra, fianza oavales no justificados...".
13) Que el juez a quo ha incurrido en error en la apreciación de la prueba en cuanto se valora la prueba practicada y se concluyetácticamente sólo respecto a extremos irrelevantes para el éxito de la acción rescisoria: 1.- que la escisión se fraguó durante un largoperiodo de tiempo entre los socios; 2.- que los profesionales asesores de las partes JUCA y CRO eran de intachable valía profesional;3.- que la negociación se llevó conforme a los preceptos societarios vigentes en aquél entonces; 4.- que la administradora única de CRO,Dª Gracia, poco menos que había sugerido que la escisión era una operación impuesta por la otra parte ante la falta de sintonía entrelos socios; 5.-que, paradójicamente, para tai escisión se parte de un acuerdo plasmado en una servilleta con fecha 6 de julio de 2007,estableciendo sendas partes los valores en miles de pesias; y 6.- que curiosamente, fue la Sra. Gracia quien de las 2 ramas separadaseligió la primera. Y en cuanto se omite toda valoración de la prueba y conclusión fáctica sobre si existió o no perjuicio, si efectivamentese habían valorado mai las adjudicaciones que recibió JUCA y que recibió CRO causándosele un perjuicio a la segunda. Cuando dela testifical (especialmente D. Marino, Dª Gracia y D. Sebastián) resultó claro que nunca se utilizaron valores reales, de mercado, nitasación alguna encomendada de forma expresa y precisa para tal escisión, lo que no queda desvirtuado por los documentos 4 a 9 de lacontestación a la demanda de JUCA, quedando, claro que tampoco se estableció tipo de canje alguno según el proyecto dado que CROya era dueña del 50% de ROP y en consecuencia, si no procedía determinar el tipo de canje dado que CRO ya era dueña del 50% deROP que se decía valer (con valor contable, único utilizado) 10.837.896,45 euros, el valor proporcional que debía adjudicarse era del50% para cada una, 5.418.948,07 euros, produciéndosele un perjuicio de 4.039.110,87 euros. Señala además, que las tasaciones unidaspor JUCA a su contestación a la demanda no cuadran con el importe de la artificiosa elevación del valor contable en la participaciónque correspondía a CRO y que fueron tasaciones hechas para otro objeto, no consideradas ni mencionadas en la escisión.
14) Alega también la recurrente falta de motivación de la sentencia e incongruencia omisiva ex art. 218 de la LEC EDL 2000/77463en cuanto a su entender la sentencia dictada "no da respuesta a los pedimientos de esta AC", sin que ofrezca motivación suficiente delporqué, incluso si se admitiera el ejercicio de la acción rescisoria, no ha existido perjuicio para CRO.
TERCERO.- La primera cuestión que ha de abordarse para la resolución del recurso es la relativa a si es posible o no ejercitarla acción rescisoria prevista en el art. 71 de la LC para impugnar actos o acuerdos que

comporten modificacionesestructurales de capital y, en concreto y en e! supuesto que nos ocupa, si cabe ejercitar dicha acción contra una modificación estructuralde capital consistente en una escisión total de la sociedad, CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES ROP Y CARZORLA, S.L. condisolución y cesión global de su patrimonio a dos sociedades preexistentes.
El punto de partida para resolver la cuestión no ha de buscarse en la Ley de Modificaciones Estructurales de Capital o en lalegislación societaria (como se hace por la mayoría de la doctrina que se cita en la sentencia de instancia) sino en la propia ley concursal, desde que ninguna de las normas citadas por esa doctrina y por la sentencia excluye la aplicación del art. 71 dela Ley Concursa ! a las modificaciones estructurales de capital, Lo relevante no es la naturaleza del acto objeto de impugnación, nicuáles sean las acciones que en el régimen general que no contempla el escenario concursal, se establezcan para su impugnación (nien su número, ni en su clase, ni, mucho menos, en su plazo) sino si en el acto objeto de impugnación concurren o no los requisitosexigidos por el art 71 de la LC (con consideración del juego de las presunciones de perjuicio establecidas en el mismoprecepto) cuando, como es el caso, ninguna norma excluye el ejercicio de las específicas acciones de reintegración concursal contra elconcreto acto que es objeto de impugnación. Lo relevante es si el acuerdo de escisión (o los concretos actos impugnados realizados parala realización de la escisión, que comportó la transmisión de dos partes del patrimonio de la sociedad escindida supuestamente de igualvalor) puede considerarse o no un acto perjudicial para la masa activa realizado por el deudor dentro de los dos, años anteriores a la fechade la declaración (haya existido o no intención fraudulenta), puesto que no habiéndose excluido el ejercicio de dicha acción, no puede sostenerse su exclusión por la solas previsiones en la legislación societaria de limitación de acciones de impugnación -y plazo para suejercicio- establecida por el actual art. 47 de la LME (que en la escisión que nos ocupa no era de aplicación, sino el art. 246 de la LSApor remisión del art. 94 de la LSRL EDL 1995/13459) y de la posibilidad de oposición de acreedores a la escisión enun escenario no concursa! prevista en el actual art. 44 de la LME (derecho de oposición que ni siquiera se contemplaba expresamente enla legislación de aplicación a las escisiones, ya que el art. 243 de la LSA es de aplicación sólo a las fusiones, no a lasescisiones, siendo el precepto de aplicación en la escisiones el art. 259 LSA que establece en garantía de los acreedoresde la sociedad objeto de escisión la responsabilidad solidiaria de las restantes sociedades beneficiadas por la escisión hasta el importedel activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas, además de la responsabilidad por la totalidad de la obligación de la propiasociedad escindida si no dejó de existir como consecuencia de la escisión, y se contemplaba la cesión global de activos únicamente comoforma de liquidación en el art. 117 LSRL EDL 1995/13459). Como se verá la argumentación sobre la "convalidación" del acuerdo por lainscripción en el Registro Mercantil o sobre la imposibilidad de restitución de la situación a la anterior a la existente antes de dictarse elacuerdo impugnado tendrá relevancia, en efecto, en cuanto a los efectos que hayan de derivarse de la estimación de la acción rescisoriapero no permite excluir su posible ejercicio. De! mismo modo que el art. 34 de la LH no impide que se declare nulo el contrato que lo era(aunque no resultara del Registro la causa de nulidad), o que se resuelva o rescinda, y que la nulidad, rescisión o resolución desplieguesus efectos, aunque la restitución del bien que se haya hecho irreivindicable por consecuencia de la protección al adquirente a títulooneroso y de buena fe se sustituya por su valor económico dada la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de restitución.
Comparte la Sala la brillante exposición que D. RAFAEL GIMENO BAYÓN hizo en el reciente Congreso de Derecho Concursalde Canarias en julio de este mismo año 2013 en el que dejó bien sentado que los únicos requisitos exigidos para el éxito de la acciónrescisoria contra actos societarios (incluidas modificaciones estructurales de capital) son que se cause perjuicio a la masa y que se hayarealizado el acto en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin que sea exigible ni intención de fraude, ni insolvencia dela sociedad o sociedades en el momento de realizarse el acto (puso como ejemplo a estos efectos el supuesto de reparto de dividendosa cuenta, respecto cuya rescindibilidad hay autores que pretenden exigir una situación de insolvencia de la sociedad que no se exigepor el art. 71 LC).
Es indudable que acto objeto de impugnación ha tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración del concurso, desde queel proyecto de escisión se suscribió el 3 de julio de 2008, el informe de los administradores -en el que se varían las valoracionescomprendidas en el inicial proyecto de escisión- se redactó el 4 de julio de 2008, y el 11 de septiembre de 2008 se firma la escriturade escisión de ROP, siendo declarado el concurso de CRO (número 64/2009) el día 22 de enero de 2010 (publicado en el BOE de 2de febrero de 2010). Es decir, que todos los actos relevantes en la escisión de adoptaron en los dos años anteriores a la declaración deconcurso, y por supuesto, todos los relativos a su ejecución también.
Por ello sólo ha de examinarse si el acto o acuerdo objeto de impugnación puede o no considerarse perjudicial para la masa activade la sociedad concursada CRO, cuyos acreedores, debe tenerse presente, lo son tanto los que la concursada tenía antes de la escisióncomo los que adquirieron esa condición después de la escisión como lo que lo eran inicialmente de ROP y por consecuencia de la cesiónglobal de activos y pasivos pasaron a serlo de CRO -concursada que era accionista al 50% de ROP, la sociedad escindida y disuelta, yque en ese concepto recibió sin fijación de canje lo que se afirmaba ser activos y pasivos cuyo valor equivalía al 50% del patrimoniode dicha sociedad-.
Perjuicio patrimonial que ha de examinarse desde la perspectiva de CRO, en cuanto dicha sociedad aceptó una transmisión de partedel patrimonio de ROP -que no en otra cosa consistió la escisión de ROP- que en la demanda se afirma suponía un valor muy inferioral que correspondía a su participación accionarial del 50% del capital social de ROP, y perdía el valor económico que de más recibíasimultáneamente y de modo gratuito, sin contraprestación alguna, la sociedad JUCA, también demandada en este procedimiento comoparte en el acto o negocio cuya rescisión se pretende-.
El Tribunal Supremo ha cuidado de precisar cuál es el concepto de perjuicio que ha de comportar el éxito del ejercicio de las accionesde reintegración concursal en varias sentencias. En la STS de 26 de octubre de 2012 razonó que:
"El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los

dosaños anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.
El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración delconcurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que nopuedo equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico:ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, mes omenos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume elperjuicio, sin admitir prueba en contrarío, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluacióndel patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaraciónde concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursa! tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho decrédito en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por unacto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro desus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principia de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activacon la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposiciónpatrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva,como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entendersecomo un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde,una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, elperjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse lascircunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económicopatrimonial que explica su realización, En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal(art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas enel art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel actoimpugnado no perjudica a la masa activa".
Y en la sentencia de 8 de noviembre de 2013, en un supuesto de rescisión de garantías contextuales, se razonaba también sobre elconcepto de perjuicio diciendo que:
1. El perjuicio o sacrificio patrimonial injustificado
Nuestro vigente sistema concursal ha superado el perturbador mixto de retroacción de los actos de administración y disposiciónrealizados por el quebrado desde la fecha a determinar por el juzgador que -sin perjuicio de la evolución que este extremo haexperimentado en la moderna jurisprudencia- en su interpretación clásica y mayoritaria era determinante de la nulidad ipso iure sinnecesidad de ánimo fraudulento ni lesión para la masa activa del concurso, y se combina con acciones rescisorias cuyo éxito con lareintegración concursal, exigía que los actos del concursado fueran lesivos para la masa activa. Así lo dispone hoy, de forma contundente,el artículo 7.1 de la Ley Concursal (a partir de ahora, también LC), a cuyo tenor serán rescindibles"los actos perjudiciales para la masa activa".
Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "actoperjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación deinsolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivopara la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.
La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, quepermiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contextoen el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activaen las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminuciónninjustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 deabril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los queprovocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidosotros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteranla par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).
En definitiva el texto da la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permitedistanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no disponela rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masaactiva. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre,662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).
Por otra parte, como ya señalamos, el derecho de oposición de los acreedores a la escisión, al que tanta relevancia otorga el juez aquo, no impide el ejercicio de la acción concursal, y no lo impide desde que:
1) No se prevé su ejercicio en el mismo escenario. El escenario que se contempla para el ejercicio de acciones

de reintegración esel de insolvencia, que impedirá el cumplimiento de sus obligaciones a la concursada, y que justifica que actos válidos y normalmenteno impugnables sean objeto de esta específica acción cuando su ejecución haya comportado perjuicio a la masa activa del concurso,El escenario del que se parte en una operación de modificación estructural de capital (la escisión total con cesión del patrimonio de laescindida que se extingue a 2 sociedades preexistentes, en nuestro caso) es el de sociedades solventes que se encuentran en condicionesde cumplir sus obligaciones y no están incursas en causa de disolución. Y aún así, como razona el Catedrático ALONSO ESPINOSA en"Fusión y escisión de sociedades" (en el número 17 del Anuario de Derecho de 1999 al examinar la función económica de la escisión),no puede olvidarse que la escisión es un instituto "con función polivalente al servir a otros fines aglutinables en torno a la adecuaciónde la dimensión y estructura organizativa de las sociedades a las cambiantes circunstancia y visicitudes económicas y empresariales"señalando que "la escisión puede utilizarse espúreamente con la sola pretensión de ahorrar costes fiscales en el reparto de beneficios
o en la asignación de activos, así como puede ser utilizada fraudulentamente en perjuicio, de acreedores, trabajadores u otros sectoresde interesados".
2) En las escisiones, al menos hasta el vigente artículo 44 de la LME, no se prevé siquiera expresamente el derecho de oposiciónde los acreedores, Tan sólo se prevé la garantía del cumplimiento de las obligaciones de la sociedad que se extingue en el art. 259 LSAy actualmente en el art. 80 LME (pero ninguna garantía similar se contempla para los acreedores de las sociedadesbeneficiarías de la escisión), pero esta protección no alcanza a los acreedores de las sociedades "beneficiarías" de la escisión que no lofueran previamente de la escindida (en nuestro caso no alcanza a los acreedores de CRO que no lo fueran por consecuencia de la cesiónglobal de activos y pasivos como consecuencia de la escisión).
3) El perjuicio que se contempla por el art. 71 de la LC es el perjuicio para la masa activa, incluyendo el conceptode perjuicio indirecto o reflejo consistente en la alteración de la pars conditio creditorum. Ese perjuicio se proyecta sobre todos losacreedores y no sólo sobre los que lo fueran en el momento de la escisión de la sociedad escindida y de tas sociedades "beneficiarías" dela escisión, desde que lo que se evalúa es la imposibilidad de cobro de todas las obligaciones de la concursada a la que ha contribuido elacto objeto de impugnación. Es decir: el acto es impugnable en tanto en cuanto se causa perjuicio a la masa activa del concurso, sin quenecesariamente cause perjuicio quienes eran acreedores de la escindida o las sociedades beneficiarías en el momento de la escisión (quepueden no sufrir perjuicio alguno, como cuando -como parece en nuestro caso en que la concursada adquiere solares y promocionesinmobiliarias en curso- eran titulares de créditos especialmente privilegiados en el momento de la escisión) sino a cualesquiera acreedoresintegrados en la masa pasiva del concurso (por ejemplo, a los posibles compradores de pisos o locales correspondientes a las promocionesen curso cuya venta no se hubiera concertado siquiera a la fecha de la escisión.
4) En suma, las diferencias de finalidad, objeto, razón de reconocimiento de las acciones y legitimados para su ejercicio (para el delas acciones de reintegración sólo está legitimada la administración concursal, no los acreedores en particular, como para el ejerciciodel derecho de oposición) hacen totalmente imposible, a nuestro juicio, pretender que la protección a los acreedores en que el derechode oposición consiste pueda "sustituir" a la protección conferida por el reconocimiento de las acciones de reintegración concursal, nisea argumento para excluir su ejercicio.
En resolución, que unido al elemento temporal (respecto del que ha de tenerse además muy en cuenta que, como destaca la STS de 8de noviembre de 2012, debe considerarse el momento de la ejecución del acto objeto de rescisión -en el que normalmente se consuma elperjuicio- para considerar el acto impugnado dentro del periodo de dos años anteriores a la declaración del concurso) sólo es exigible elperjuicio, perjuicio que indudablemente puede concurrir en el supuesto objeto del presente proceso, en el que la sociedad CRO, que eratitular del 50% de la sociedad ROP y debía recibir como consecuencia de la escisión el valor real o de mercado de ese 50% del patrimoniode la sociedad ROP, ha recibido un valor patrimonial que se dice en la demanda muy inferior al de ese 50% de su participación.
Resulta indiferente a estos efectos que existiera intención o no de defraudar en la realización del acto o cuales fueron las razonesque motivaron la escisión o las negociaciones para llegar a ella. Lo relevante es si como consecuencia de la escisión la masa activa deROP ha resultado perjudicada.
Si se concluye que el valor que recibió CRO "a cambio" de su participación accionarial en ROP era más de 4 millones de euros inferioral que debía haber recibido como consecuencia de la escisión indudablemente encontraremos cumplido el único requisito exigible parael éxito de la acción, al haberse producido un perjuicio patrimonial directo para CRO del que habría resultado, además, claramentebeneficiada la otra sociedad, JUCA, resultando también totalmente irrelevante que se hayan cumplido todos los requisitos formales dela escisión y que la misma haya sido efectivamente inscrita en el Registro Mercantil y que hayan transcurrido los plazos previstos en elart. 47 LME (o los del anterior art. 246 LSA). Porque como es sobradamente conocido y se ha reiterado en múltiplespronunciamientos de la jurisprudencia, la acción rescisoria -y en particular la acción de reintegración concursa!- puede tener por objetoun acto formalmente válido, lícito y eficaz, desde que se le priva de eficacia exclusivamente por razón del perjuicio que dicho actocomporte para la masa activa de la concursada.
Perjuicio además ocasionado por un acto que, como veremos, habrá de calificarse como gratuito, con la aplicación de la presunciónіuris et de iure de perjuicio que el art. 71.2 LC establece.
CUARTO.- Antes de entrar a valorar la modificación estructural objeto de este procedimiento conviene examinar algunas cuestionesreferentes a las operaciones de escisión total con cesión global de activos y pasivos a sociedades preexistentes o que se constituyan yen particular sobre los sistemas de garantía que se ofrece a los socios y terceros (especialmente acreedores) de que efectivamente se hatransmitido el valor equivalente a la participación accionarial de la sociedad beneficiarla de la escisión (en nuestro caso a CRO).
El art. 252,2 de la LSA, de aplicación a esta escisión, establece que "las acciones o participaciones sociales de lassociedades beneficiarías de la escisión deberán ser atribuidas en contraprestación a los accionistas de la

sociedad que se escinde, los cualesrecibirán un número de aquéllas proporcional a sus respectivas participaciones, reduciendo la sociedad, en su caso y simultáneamente,el capital social en la cuantía necesaria". Rige pues el principio de equivalencia, reiterado en el art. 247,1 LSA,equivalencia que debe reflejarse en los documentos de la escisión (muy especialmente en el proyecto de escisión -que es el que la rige,siendo la norma a la que han de ajustarse los administradores en la fase de ejecución de la escisión-), equivalencia que ha de serloen el valor real de su participación en la sociedad fusionada o escindida (pudiendo los socios de la escindida recibir compensacionescomplementaria para ajustar ese valor real, en dinero y siempre que no exceda del 10% del valor nominal de las acciones atribuidasa cada socio). Que el valor ha de ser el regí y no el contable resulta indiscutible en cuanto la intervención de expertos independientesclaramente se dirige a evaluar el tipo de canje, el patrimonio (activo y pasivo) aportado por las sociedades que se extinguen (arts.236 y 256 LSA EDL 1989/15265), alcanzando específicamente la evaluación del patrimonio no dinerario atribuido a cada una de lassociedades beneficiarías,
Señala el profesor ALONSO ESPINOSA en el estudio citado que "el balance de escisión, sea ordinario o extraordinario, debeprocurar la valoración real del patrominio social a efectos, sobre todo, del correcto establecimiento del tipo de canje de las acciones.El art. 239° pf 3º LSA transcrito debe ser interpretado, no como excepción, sino como regla general e imperativa.Los expertos independientes podrán contar así con un elemento mejor que el simple balance anual a fin de verificar el valor de lasaportaciones y paridades establecidas. En los caso en que, dadas las circunstancias previstas por la ley, se utilice el balance de ejerciciocomo balance de escisión, surge el problema de posible falta de valoración real por él del patrimonio de las sociedades participantes.Ante ello, los expertos encargados de informar sobre las aportaciones no dinerarias y sobre el proyecto deberán procurar fijar tos valoresreales; a tal fin podrán ejercitar su derecho de información (art. 236,3) para obtener de las sociedades la información precisa para quesus respectivos informes cumplan su objetivo).
También debe destacarse que los acuerdos de fusión o escisión por cada una de las juntas de socios de las sociedades participantes sehacen ajustándose al proyecto de escisión (art. 240,1 LSA), sin que puedan alterar el contenido del mismo. El informede los administradores sociales (que es en el que se "corrige" el valor contable por un pretendido "valor real" sólo de los inmueblesy terrenos que cedían a CRO pero no de los que se cedían a JUCA) no es aprobado por las Juntas de accionistas, sino el Proyecto deescisión, en el que no aparecen otros valores que los contables tanto para el patrimonio que se atribuye a JUCA como para el patrimonioque se atribuye a CRO (folios 427 a 432 de las actuaciones), y del que resulta claramente la diferencia de valor de adjudicación quese indica en la demanda objeto del presente procedimiento. No es el informe de los administradores el que se somete a aprobación dela Junta, sino el Proyecto de Escisión.
Desde que los valores patrimoniales que se ceden como consecuencia de la escisión han de ser los valores reales o razonables demercado, resulta indudable que ni el balance de escisión ni el proyecto de escisión cumplía lo exigido por la LSA entonces (ni cumplirlalo exigido actualmente por la LME) ya que ambos documentos se elaboraron partiendo únicamente de los valores contables de todos loselementos patrimoniales que se incluían en el lote correspondiente (y muy particularmente, de los terrenos, inmuebles y construcciones)sin corrección alguna. En cuanto al informe de los administradores sociales, en él tampoco se justifica ni realiza una valoración realde mercado de los bienes integrados en ambos lotes sino que se pretende -al día siguiente de formalizado el proyecto de escisión- una"corrección" de valoración sólo de determinados bienes (que por su naturaleza y dadas las variaciones de valor de los bienes inmueblesen las últimas 3 décadas indudablemente requerían esa valoración actual a precios de mercado al tiempo de la escisión) pero ni siquierade los bienes de esa naturaleza que se atribuirían a ambas sociedades beneficiarlas de la escisión sino tan sólo de los bienes que seatribuían a CRO, manteniendo el mero valor contable para los bienes que se atribuían a JUCA.
JUCA pretendió en su contestación a la demanda que había de atribuirse a las promociones en curso que se adjudicaban a CROel valor de las tasaciones realizadas en su momento no con la finalidad de fijar el valor real a efectos de la escisión de los bienes oderechos sino de las hipotecas obtenidas o a obtener para la financiación de la construcción de dichas promociones. Pero tiene razón laAdministración Concursal cuando rechaza totalmente tales valoraciones, valoraciones que además de carecer totalmente de congruenciacon la "corrección" de valores realizada en el informe de los administradores sociales de 4 de julio de 2008, no se refieren a bienesrealmente existentes sino hipotéticos, puesto que es sobradamente conocido que la práctica en el sector inmobiliario es de obtención depréstamos con garantía hipotecaria sobre el valor de las edificaciones aún inexistentes que incorporarían los terrenos sobre los que seconstruye, sin que el préstamo se entregue inicialmente sino que mediante un sistema de controles por las entidades financieras se vaentregando conforme vayan existiendo realmente las edificaciones, por haber sido construidas en las sucesivas fases de construcción,Son pues valores hipotéticos de unas edificaciones no existentes en el momento en que se otorga la hipoteca (y en el momento en quese realiza la operación de escisión), que no respetan el principio de equivalencia.
JUCA por otra parte insiste en que la corrección efectuada en el lote de CRO se debía a la fijación del valor real de los inmueblesadjudicados en el lote de CRO, pero omite toda mención a la total inexistencia de corrección del valor contable de los inmuebles quea ella se le adjudicaron. Sin embargo lo cierto es que resulta evidente que ese valor contable, tanto para los inmuebles Incluidos en ellote de JUCA como para los incluidos en el lote de CRO no respondía al valor real sino que era muy inferior al real. Resulta evidenterespecto a los inmuebles incluidos en el lote de JUCA y ello no sólo por tratarse todos ellos de viviendas, locales comerciales, plazasde garaje y trasteros totalmente terminados entre 1996 y 2002 (correspondientes a varios edificios en Vecindario y uno en Playa deArinaga) cuyo valor indudablemente se había incrementado desde esas fechas hasta que en 2008 se hace el proyecto de fusión (yaque se trataba precisamente del periodo de mayor empuje y crecimiento de la burbuja inmobiliaria), sino porque si se aceptara comohipótesis como valor (que tampoco, puesto que no se trata de valores a la fecha de la escisión -ni contemplan el "activo intangible" que laempresa

en funcionamiento por sí misma comporta, tanto en la actividad hotelera y de alquiler de viviendas como en la de explotación deaparcamientos, que supone un mayor valor sobre el contable-) el valor de tasación a efectos de subasta que aparece sólo en los inmueblesque aún estaban garantizados con hipoteca (es decir las viviendas del edificio de la Playa de Arinaga -números 31 al 38 del lote ynúmeros 62 a 75 del lote-, las viviendas del edificio de la C/Azuaje de Vecindario -números 45 al 51 del lote- y los locales comercialesdel edificio de Avenida de Canarias 266 de Vecindario -números 175 y 178 a 184 del lote-) resultaría un valor total de 10.534.746,1euros, aproximadamente el valor total adjudicado en la escisión a JUCA (8.559892,33 de construcciones y 2.138.916,75 de terrenos). Yello sin computar valor alguno para aquellos inmuebles que también se le adjudican de los que en la escritura no consta valor de tasacióna efectos de subasta (nada menos que 411 plazas de garaje en el edificio de la C/Brasil de Vecindario -números 76 al 173 y números185 al 197 de su lote, las plantas sótano 4, sótano 3 y sótano 2 del edificio de Avenida de Canarias 266 de Vecindario -número 174 desu lote, que comprende 303 plazas de garaje más-, 6 plazas de garaje en el edificio de C/Azuaje de Vecindario -números 39 al 44 desu lote-, 26 plazas de garaje en el edificio de la Playa de Arinaga -números 3 al 18 y 52 al 61 de su lote-, 12 trasteros en el edificio dela Playa de Arinaga -números 19 al 30 de su lote- y otro local comercial en el edificio de Avenida de Canarias 266 de Vecindario, elnúmero 176 de su lote, de 185,70 metros cuadrados que se encuentra hipotecado en garantía de una deuda de más de 182000 euros de principal, más de 35000 para intereses ordinarios, más de 50.000 para intereses de demora y más de 27.000 para costas, pero del queno consta el valor de tasación a efectos de subasta).

Atendido todo lo anterior resulta indudable que los administradores sociales de ROP incumplieron su obligación legal de realizar lasvaloraciones de los elementos patrimoniales objeto de cesión en el proyecto de escisión conforme al valor real, que además la denominada"corrección" al valor real sólo de la parte que correspondía a CRO era arbitraria y artificiosa y únicamente pretendía lograr una ficticiaequiparación de las adjudicaciones en un valor igual del 50% para cada una y que la escisión realizada, en la que se omitió totalmentela valoración real de los activos consistentes en bienes inmuebles -en realidad de todos los elementos patrimoniales, pero acreditaday sobradamente justificada de los inmuebles- y en la que el mantenimiento del valor contable para los activos que se adjudicaron aJUCA y la "corrección" injustificada para los activos que se adjudicaron a CRO indudablemente supuso un grave perjuicio para losacreedores de CRO, actualmente declarada en concurso, que recibió bienes con un valor "corregido" sobre el contable no justificado ybasado en tasaciones de bienes aún no existentes en todo o en parte por tratarse de edificaciones en construcción (y sin que, además,se hiciera "corrección" alguna sobre el valor contable de los bienes inmuebles, éstos sí completamente terminados y en explotación,que se atribuían a JUCA).

Para cuantificar el valor económico del perjuicio (desde que se pretende su indemnización por la administración concursal) debióacudirse a la justificación de los valores reales de todos los elementos patrimoniales (o al menos de los bienes inmuebles, en los quese aprecia con claridad la ficticia valoración), a fin de cuantificar el valor total de lo que se atribuía a CRO y de lo que se atribuía aJUCA. Sin embargo el hecho Indudable de que la tasación de los centenares de inmuebles que se incluían en el proyecto de escisiónresultaría enormemente costoso para la Administración Concursal -con un coste que disminuiría aún más las posibilidades de cobro delos acreedores concúrsales, al considerarse créditos contra la masa-, por lo que no ha intentado dicha prueba, unido al de que JUCAacepta para sí la valoración contable de los Inmuebles que a ella se le atribuyen, por lo que cuanto menos habría de aplicarse el mismocriterio contable a la valoración de los que se atribuyeron a CRO, obliga a la Sala, a falta de otra valoración que la contable, a aceptarcuando menos esa valoración de todos los bienes incluidos en el patrimonio de ROP en el momento de la escisión y a declarar que elvalor del perjuicio que habrá de indemnizarse es precisamente el reclamado en la demanda de la administración concursal (es decir, lamitad de la diferencia de valores de adjudicación conforme al proyecto de escisión de 3 de julio de 2008 que resultaba a favor de JUCA,mitad que habría de corresponder a CRO de haberse utilizado idéntico criterio de valoración para ambos lotes).

Debe tenerse en cuenta, a mayor abundamiento, que una tasación a valor actual en 2008 de las promociones en curso que en esemomento tuvieran existencia real (en algunos casos ni siquiera iniciadas, siendo indudable que el valor de la construcción en cursosiempre será inferior al de la edificación terminada) que se adjudicaban a CRO habría arrojado probablemente un incremento de valorsobre el contable muy inferior al que habría supuesto la tasación a valor actual en 2008 de las viviendas, locales, plazas de garaje ytrastero totalmente terminadas y en explotación desde hacía varios años que se adjudicaban a JUCA, Por ello entendemos que de habersepracticado prueba por las partes dirigida a acreditar los valores reales de los inmuebles a la fecha de la escisión (que ninguna de las dospartes la propuso), o del valor real de las ramas de producción teniendo en cuenta su valor en explotación, su resultado habría ofrecidoprevisiblemente una diferencia de valor bastante superior a la solicitada por la Administración Concursal en su demanda formuladasobre la diferencia de valor contable.

QUINTO.- Con independencia de que ha quedado acreditado el perjuicio sufrido por la masa activa de CRO, como se ha expuesto,comparte la Sala la calificación que hace la administración concursal de que ese perjuicio se ha producido mediante un acto que por sunaturaleza comporta la gratuidad del exceso de atribución patrimonial que recibió JUCA.

De! mismo modo que la adjudicación de un valor superior al 50% del patrimonio a dividir en una liquidación de gananciales suponeuna donación encubierta (- cuando fue querida por las partes, en particular por la disponente de parte de lo que le correspondía a otrosbeneficiarios de la escisión-) o un enriquecimiento injusto, sin causa de atribución patrimonial y que por tanto ha de equipararse a estosefectos a los actos de liberalidad, entendiendo como "gratuito" todo aquello que carece de causa onerosa -(cuando no fue querida porla parte empobrecida, que pudo haber incurrido en error en el consentimiento), la adjudicación a JUCA de un valor superior al 50% delvalor del patrimonio de la sociedad ROP de la que CRO, era accionista titular de un 50% del capital social supone indudablemente unaatribución gratuita o sin causa de ese valor patrimonial por encima del que debía haber recibido JUCA (y por debajo del que debía haberrecibido CRO), siendo en consecuencia

de aplicación el art. 71.2 LC.
SEXTO.- En cuanto a los efectos de la estimación de la acción rescisoria, debe tenerse en cuenta en primer lugar que resultaimposible jurídicamente en este momento la reintegración de la situación al momento en que se encontraba antes de la escisión,cuando múltiples terceros han continuado concertando contratos con las dos sociedades beneficiarías de la escisión sobre los elementoscomprendidos en las ramas de actividad adjudicadas a ambas sociedades beneficiarlas, y consciente además de que carece de justificaciónla rescisión o reintegración total, "resucitando" la sociedad ya extinguida y reintegrando los bienes recibidos por una y otra sociedadcomo consecuencia de la escisión (ya que con independencia de que puede aceptarse que el art. 246 de la LSA yactualmente el art. 47 de la LME comporte la imposibilidad de restituir los bloques patrimoniales y, sobre todo, de "resucitar" a lasociedad extinguida, lo cierto es que la misma naturaleza de la rama de actividad atribuida a CRO, la promoción inmobiliaria, comportaríaque respecto a todas la unidades promovidas sobre los terrenos transmitidos en su lote que hubieran sido vendidas e inscrita la venta enel Registro de la Propiedad fuera de aplicación el art. 34 LH impidiéndose con ello también la restitución íntegra e in natura).
La Administración Concursal de CRO, consciente de ello y conocedora de que tampoco existe interés para la masa activa en lareintegración total sino sólo en la corrección de las valoraciones y atribuciones patrimoniales para los elementos comprendidos en cadauna de las ramas de actividad transmitidas a las sociedades beneficiarías, valoraciones incluidas en el proyecto de escisión, el informe de los administradores sociales y, en definitiva, en la escritura de escisión, ha limitado su pretensión desde el inicio del proceso a lareparación del perjuicio causado por la diferencia de valor de la atribución patrimonial, reclamando que JUCA reintegre a CRO lacantidad que precisamente, sumada al valor de lo que en su día recibió por su participación social en ROP, haría que ambas partes enla escisión se igualaran y fueran equivalentes, conforme a lo dispuesto en el art. 252,2 de la LSA, a la participaciónsocial que los accionistas tenían de ROP, pretensión que sin duda debe estimarse y que, además, entendemos congruente y conformecon el espíritu de los preceptos que rigen la escisión, tanto en la LSA (arts. 252,2, 253, 255,1 a), 255 apartados 2 y 3, 256 y 259 -encuanto se establece la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarías de la escisión frente a los acreedores de la escindida),como en la vigente LME.
Lo anterior comporta la estimación total de la demanda formulada.”: SAP Las Palmas (Sección 4) 29.10.2013 (Sentencia 389/2013; Rollo 579/2012)

0.4.9.3 No cabe rescisoria pauliana

AP Zaragoza

“PRIMERO.- Motivos de recurso
Entabló la Administración Concursal (en lo sucesivo AC) de la entidad concursada acción revocatoria o pauliana ex art. 71.7 LC y 1290 y ss. del Cc contra la propia concursada, en concepto de sociedad escindida, la entidad UD2 Inmobiliaria 2008 S.L., como sociedad beneficiaria, y dos de los socios de ambas, para instar la rescisión de la operación de escisión parcial realizada en marzo de 2009. A su juicio se trataba de un acto gratuito y, por tanto, por su propia naturaleza realizado en fraude de acreedores. Uno de los acreedores Caixabank se adhirió a dicha demanda.
Las demandadas comparecieron todas ellas con una sola defensa y representación y alegaron que no existió en modo alguno deseo de descapitalizar la sociedad, que en la actualidad esta tiene un importante patrimonio y prácticamente todas sus deudas garantizadas por hipoteca, que si no se hubiera producido la actual situación de crisis económico-financiera las deudas de la concursada estarían suficientemente garantizadas. Alegó que trata de eludir la aplicación del periodo de sospecha propio de la acción de rescisión concursal aplicando una norma de teoría general, una norma genérica que contradice la norma especial. Que en modo alguno la operación de escisión parcial puede ser tachada de fraudulenta en cuanto se ha hecho con estricto cumplimiento de la normativa legal aplicable, pudiendo los perjudicados por ella haber entablado las acciones que hubieran considerado pertinentes. Cuestiona también que todos los acreedores puedan beneficiarse de las acciones entabladas pues la revocatoria solo se atribuye al titular de un crédito que no puede cobrar lo que ya se le debe. Por último, alega que es requisito de tal acción su subsidiariedad, esto es, que el acreedor no tenga otro modo de cobrar lo que se le debe después de perseguir los bienes del deudor y en este caso los deudores tienen su crédito garantizado por hipoteca.
La sentencia estimó íntegramente la demanda.
La concursada formula recurso de apelación reiterando las razones expuestas en la instancia.
El actor y la parte coadyuvante también reiteran los argumentos de la demanda.
SEGUNDO.- Acción ejercitada
Del examen de las actuaciones resulta meridianamente clara que la acción ejercitada en el presente supuesto. Es la acción revocatoria o pauliana de los arts. 1111 y 1291.3 del Cc, ejercitada por la AC, lo que expresamente parece autorizar del art. 71.7 de LC. A través de ella, cuyo plazo de ejercicio es de cuatro años (art. 1299 Cc), plazo más amplio que el previsto en para la rescisoria concursal, se trata de conseguir substancialmente los mismos efectos que con esta última acción.
El objeto de la acción rescisoria, esto es, el acto o contrato cuya rescisión o ineficacia se pretende, es una modificación estructural de las sociedades implicadas, concretamente una escisión parcial en la que la sociedad ahora concursada actuó como sociedad escindida y la entidad UD2 Inmobiliaria 2008 S.L. actuó como sociedad beneficiaria; la misma se concretó en la atribución de un patrimonio neto de 930.484 euros a la sociedad beneficiaria, la totalidad del neto existente en la sociedad escindida, con canje de participaciones de las mismas entre los dos socios también codemandados. Esta modificación estructural se plasmó en la transmisión de los inmuebles de la escindenda libres de cargas a la beneficiaria. Tal actuación se realizó en

virtud de proyecto de escisión parcial de 17 de marzo de 2009, presentado en el Registro Mercantil el 27 de marzo de 2009, los correspondientes acuerdos de las sociedades afectadas lo fueron de 31 de marzo de 2009 elevados a escritura pública de 9 de junio del mismo año e inscrita esta en el Registro Mercantil el 24 de junio de 2009. Todos estos actos fueron acompañados de las oportunas publicaciones en el BORNE.

Respecto a la acción, no cabe duda que su competencia, procedimiento y legitimación en el ámbito concursal aparecen regulados en los arts. 71 y 72 de la LC al atribuir ante el Juzgado de lo Mercantil la posibilidad de ejercitar no solo la acción rescisoria concursal sino también "otras acciones de impugnación contra los actos del deudor que procedan con arreglo a derecho" y cuya legitimación se atribuye expresamente a la AC (art. 72 de la LC).

Ciertamente, la legitimación propia de la acción revocatoria o pauliana exige respecto a quien la ejercite la existencia de un crédito actual o inminente al tiempo del acto rescindible (STS 12 de julio de 2011). En este caso, existen tales créditos previos a la operación societaria cuestionada, baste la afirmación no contestada de adverso de Caixabank S.A. de que varios de los créditos con garantía hipotecaria fueron constituidos antes de la modificación estructural, para determinar que el presupuesto de la acción se da y, por tanto, surge la legitimación de la AC en los términos en que la ley se la atribuye (arts. 72 LC y 10 pár 2º de la LEC).

Desde este punto de vista puede concluirse que la actora y las demandadas están legitimadas activamente para integrar la relación jurídica procesal, por lo que ha de entrarse en el examen de los presupuestos de la acción.

Según reiterada jurisprudencia la acción paulina exige los siguientes requisitos (STS de *19 junio 2007, 12 noviembre 2008 y 26 de octubre de 2012*):

a) La existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa;

b) La realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena;

c) El propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor, que goza de la presunción legal establecida en los *arts. 643.2* º y *1297, primer párrafo, del Código Civil*; y

d) La ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor. En consecuencia la salida del bien del patrimonio del demandado ha de producir como resultado el perjuicio del "crédito" del actor en cuanto a la posibilidad de ejecución sobre dicho bien.

A la vista de los mismos, parece que tanto a la existencia de un crédito anterior a la operación societaria como la existencia de esta misma que determinó una salida de bienes o derechos de la esfera de la concursada han de darse como acreditados, sin mayores razonamientos añadidos.

La duda sobre la concurrencia de los requisitos reside en el *consilium fraudis* y en la subsidiariedad de la acción, que habrán de ser objeto de examen separado.

TERCERO.- Regulación de las modificaciones estructurales

Las modificaciones estructurales de la sociedades de capital habían venido regulándose hasta el entrada en vigor de la Ley 3/2009 de tres de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, por los art. 94 de la LSRL y los arts. 223 y ss. de la LSA -Cap. VIII-.

En el presente caso, estima la Sala que conforme a la Disposición Transitoria única de la LME que establece su r *égimen transitorio -l* a presente Ley se aplicará a las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles cuyos proyectos no hubieren sido aún aprobados por la sociedad o sociedades implicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley- y a la Disposición Derogatoria -que preveía su entrada en vigor a los tres meses desde su publicación en el BOE -4-de abril de 2009-, la operación societaria cuestionada se rige por la normativa anterior, esto es el Capítulo VIII de la LSA y el art 94 de la LSRL.

Desde esta perspectiva legal ha de examinarse, previamente a determinar si se dan los presupuestos para estimar la acción pauliana, los concretos mecanismos que para la protección a los acreedores de las entidades sujetas a una modificación estructural establece la ley.

Así, la Ley de Modificaciones Estructurales (LME) establece, en primer lugar, en su art. 44 el derecho de oposición de los acreedores a la modificación estructural si no se presta garantía de las obligaciones contraídas, el art 47 de la misma establece la imposibilidad de impugnar las fusiones realizadas con arreglo a la ley e inscritas en el Registro Mercantil (RM) si no se impugnan en el plazo legal de tres meses, estableciendo como remedio a los perjuicios sufridos por acreedores y terceros el indemnizatorio y, por último, el art. 80 de la misma norma establece la responsabilidad solidaria de las obligaciones incumplidas por las demás sociedades beneficiaras.

La LSA también establecía sustancialmente los mismos mecanismos; el derecho de oposición a la escisión, arts. 243.1 por remisión genérica del art. 254 de la dicha norma. El primero de ellos, a su vez, remitía al art. 166 de la LSA; en segundo lugar, el art. 259 establecía la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias, limitada eso sí al patrimonio neto percibido, y la ilimitada de la sociedad escindida parcialmente, y el art. 246 permitía la impugnación de la operación societaria por nulidad o anulabilidad de los acuerdos sociales de transformación durante el plazo de seis meses.

Estos remedios aparecían configurados con carácter general en la Tercera y la Sexta directiva del Consejo de 9 de octubre de 1978 y de 17 de diciembre de 1982, respectivamente.

Así, respecto a la LME la doctrina más reputada consideraba que el art. 47 venía a establecer la inimpugnabilidad de la fusión o la escisión inscrita en el Registro, lo que, a su juicio, vetaba la posibilidad de ejercitar no solo la acción rescisoria concursal, sino aquellas otras acciones de impugnación previstas en el art. 71.7 y 72 de la LC, entre ellas la pauliana.

Estos argumentos se justificaban en el tenor literal de las directivas comunitarias referidas, la tercera (art. 22 de la 78/855 CEE) y la sexta (art. 19 de la 82/891/CEE) y recogida idéntica solución también para la Sociedad Anónima Europea en el art. 30.1 del Reglamento 2157/2001 y en el art. 17 la Directiva 2005/56/ CEE relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital. Sobre la base de estos precedentes comunitarios y otros propios del derecho alemán e italiano concluía la doctrina la inoponibilidad a la fusión de las acciones rescisorias, bien concursal o meramente pauliana.

Sin embargo, esta regla de la oponibilidad no aparecía expresamente recogidas en el derecho vigente aplicable al supuesto de hecho, la LSA, la misma únicamente preveía la impugnación por nulidad o anulabilidad de los acuerdos de las juntas generales de accionistas en el plazo de seis meses contados desde la fecha en que la fusión fue oponible a quien invoca la nulidad. En esta norma y con los precedentes comunitarios citados ya la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) quiso ver en su sentencia de 5 de mayo de 2008 que "la nulidad de la fusión, por tanto, se diseñó dotándola de un carácter de excepcionalidad y bajo un principio de conservación, lo que en principio significa que la protección de los socios minoritarios al amparo de su derecho de información y el deber social de justificar la fusión deben modularse, en caso de una intervención judicial ex post, con el propósito legal de preservar sus efectos" y que el propio preámbulo de la tercera directiva establecía que se pretendía con ello "garantizar la seguridad jurídica en las relaciones tanto entre las sociedades interesadas como entre éstas y los terceros, así como entre los accionistas, limitar los casos de nulidad, y establecer, por una parte, el principio de regularización cada vez que sea posible, y por otra, un plazo breve para invocar la nulidad."

Por tanto, la finalidad pretendida, aun sin establecer expresamente la LSA la regla de la inoponibilidad, era la de conservación de la operación societaria impugnada, acudiendo a otras vías para la indemnización del perjuicio sufrido -lo que la doctrina ha denominado la sustitución de la vía impugnatoria por la vía resarcitoria-.

Estas otras vías eran en ambas legislaciones, la vigente y al derogada, que es la de aplicación al caso, tanto el derecho de oposición a la modificación estructural en tanto no se garantice la obligación contraída, como la responsabilidad de las sociedades beneficiarias de forma solidaria y hasta el límite del patrimonio neto recibido, y la ilimitada de las sociedad escindida en caso de escisión parcial. Esta responsabilidad era configurada por la más solvente doctrina como subsidiaria, solidaria e ilimitada. El factor más destacado, la subsidiaridad, venía configurada a juicio de esta doctrina por tres notas: No se atiende en modo alguno la solvencia de la sociedad que incumple la obligación; tampoco se ha de probar la causa de ese incumplimiento, ni asiste a las sociedades subsidiariamente responsables el beneficio de excusión.

Sobre estas medidas de protección del crédito expuestas, la genérica ejercitada y las específicas expuestas, ha de pronunciarse la Sala sobre dos extremos:

Ambas, las reflejadas en la legislación sobre modificaciones estructurales expuestas (LSA), casi totalmente coincidente con la de la LME, y la genérica protección del crédito constituidas por la acción pauliana, son compatibles? ¿Por qué motivos pudieran serlo o no?

Un primer examen, muestra que las normas dirigidas a la protección el crédito en las modificaciones estructurales son de mayor amplitud, concreción y detalle que las genéricas previstas para todo tipo de créditos, con lo que de alguna manera, pudiera entenderse que ha de prevalecer la normativa especial sobre la general.

Desde otro punto de vista, parece que faltaría en estos casos el presupuesto de la subsidiariedad propio de la acción pauliana para que esta prosperase y que si bien se ha entendido en ocasiones que " *la nota de subsidiariedad no responde a una previa y rígida ordenación de los diferentes medios o acciones* que, en abstracto, el acreedor deba interponer antes del ejercicio de la acción rescisoria *sino, más bien, a que el acreedor deba acreditar su situación de indefensión o de riesgo patrimonial en la que se encuentra al tiempo de producirse el acto rescindible o fraudulento;* de forma que se estime, en dicho momento, la falta de utilidad de otros posibles remedios preventivos o ejecutivos en orden a la defensa de su derecho de crédito. De ahí, entre otros extremos, que no sea necesario la acreditación de la insolvencia del deudor en un juicio previo y se permita su prueba en el mismo proceso en donde se pretende la rescisión del acto o negocio fraudulento (*STS de 18 de julio de 1991)*" (STS de 7 de septiembre de 2009) y si bien en ocasiones ha sido entendido que "el principio de la subsidiariedad puede enfocarse como ausencia de bienes disponibles para el acreedor para cobrar lo que se le debe; por tanto la mera insolvencia no es requisito suficiente, sino que además para la eficacia de la acción se requiere que no existan otras vías de defensa del derecho de crédito, pero ello siempre con relación a los bienes del deudor, no a posibles negocios jurídicos a celebrar por el propio acreedor con terceros. De este modo, debe aplicarse la doctrina de esta Sala en el sentido de que para el ejercicio efectivo de dicha acción no deben existir otros mecanismos de defensa del derecho de crédito" (STS 25 de junio de 2008). En el presente caso, la Sala entiende que el ejercicio previo del derecho a oponerse, que no fue realizado, o la ulterior exigencia de la responsabilidad derivada del art. 259 de la LSA, no suponen un negocio con terceros, sino el ejercicio en dos momentos distintos, previo y posterior, de una responsabilidad civil especial de origen legal que ese establece precisamente para salvaguardar los derechos de los acreedores en las modificaciones estructurales de toda sociedad, en definitiva ante las vicisitudes que el contrato de sociedad tiene entre los socios y para proteger a los terceros.

La consecuencia de todo lo anterior será la siguiente:

Conforme a la LSA, habían ya trascurrido todos los plazos señalados para la impugnación de la modificación estructural a través de la nulidad o anulabilidad de los acuerdos de las sociedades. Todos los acreedores anteriores en virtud de las publicaciones del RM conocían el proyecto de escisión parcial, su aprobación y la inscripción de la escisión en el RM y no se había ejercitado el derecho a oponerse a la escisión. En este concreto supuesto, no existía responsabilidad alguna de la sociedad beneficiaria respecto al incumplimiento de la obligaciones previas a la escisión de la concursada, pues este supuesto de responsabilidad no está previsto por la norma (art. 259 de la LSA), tampoco por el art. 80 de la LME.

Estos mecanismos específicos, derecho de oposición y restricción a las acciones de nulidad, estimamos que privan del requisito de subsidiariedad a la acción pauliana, pues el acreedor tiene específicos remedios para la protección del crédito.

De otra parte, la existencia de una normativa específica para proteger al acreedor en estos supuestos, parece que prima sobre la aplicación de los arts. 1111 y 1290 y ss. del Cc.

A mayor abundamiento, parece que el principio de conservación de la operación societaria inscrita es la regla general a tenor de lo razonado y solo excepcionalmente se produce la ineficacia pero no por los supuestos de

rescisión por fraude a los acreedores. Tal es la solución postulada por el Derecho comunitario citado, conforme al cual ha de interpretarse la norma nacional, los antecedentes de derecho comparado y la doctrina más reputada.
Por lo anterior, ha de procederse a la total estimación del recurso y a la desestimación de la acción pauliana ejercitada.
CUARTO.- Remedios resarcitorios
Interesa la actora con carácter subsidiario la condena al pago del importe en que se valora el perjuicio, el total patrimonio neto trasferido a la sociedad beneficiaria, 930.484,8 euros, frente a los socios de las entidades intervinientes en la operación de modificación estructural.
La doctrina anterior a la LME y está norma en la actualidad (art. 47.1) se orientan a los remedios resarcitorios, no impugnatorios, para proteger a los terceros y a los socios.
Sin embargo en el presente supuesto no se dirige la acción contra la sociedad beneficiaria, sino contra los socios que realizaron el canje de sus participaciones de una sociedad, la escindida, por las de la otra, la beneficiada, tal vez sobre la base argumental esgrimida en la demanda de que la operación fue un acto a título gratuito. En todo caso, esta no era una operación gratuita, los socios eran reales titulares de parte del capital social de la escindida y lo son ahora, por canje, cuyas reglas y valoraciones no han sido objeto de impugnación, por lo que en modo alguno el acto ha de tildarse de gratuito y, por ello, no procede la estimación de la pretensión ejercitada con carácter subsidiario.". SAP Zaragoza (Sección 5) 19.04.2013 (Sentencia 217/2013; Rollo 61/2013)

0.4.10 Rescindibilidad de un contrato previamente resuelto con efectos ex nunc

AP Madrid

"TERCERO. Frente a la anterior sentencia se alza el recurso de apelación interpuesto por GESTIÓN LEGAL BALEAR, S.L.
El primero de los motivos del recurso se refiere a la imposibilidad de rescindir un contrato previamente resuelto. Considera la recurrente que no es posible la rescisión cuando el nuevo administrador de la concursada notificó la resolución del contrato, que quedó resuelto. (...)
"1. Los contratos de arrendamiento de servicios y el desistimiento unilateral.
No resulta controvertido que el administrador de FERRIS HILLS, S.L. procedió por escrito de fecha 29 de enero de 2010, recibido en fecha 3 de febrero de 2010 a revocar el encargo profesional y los poderes de representación (ff. 28 a 30).
Nos encontramos ante el ejercicio de una facultad de desistimiento por la cual se da lugar a la extinción de la relación obligatoria como acto libre y voluntario que no está sometido a la alegación de ninguna causa especial.
El Tribunal Supremo ha reconocido la facultad de desistimiento unilateral en los contratos de arrendamiento de servicios como manifiesta de forma explícita la sentencia de 9 de febrero de 1996, reiterando lo mantenido por Sentencias anteriores, como la de 30 de marzo de 1992, que señala: "el contrato de arrendamiento de servicios se encuadra en el grupo de contratos en el que las relaciones tienen en cuenta el principio -- intuitu personae-- como ha declarado repetidamente esta Sala pueden resolverse a voluntad unilateral de cualquiera de las partes".
Y lo reitera su sentencia 12 de mayo de 1997, según la cual "nos encontramos ante un contrato civil de arrendamiento de servicios, que se rige por lo pactado entre los interesados y, en su defecto, por la normativa que contienen los arts. 1544 y 1583 y siguientes del Código Civil, predominando en la relación contractual el principio intuitus personae, sin determinación del tiempo de vigencia, configurándose como un negocio consensual, oneroso, bilateral y conmutativo, cuyo objeto viene determinado por la específica actividad de peritación, remunerada en tanto y en cuanto se preste efectivamente el servicio, pues puede resolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, al igual que ocurre con el mandato, la comisión mercantil y tantos otros análogos (arts. 1.594, 1.732, 1700 del CC)".
El desistimiento produce efectos ex nunc y no determina una eficacia retroactiva, de modo que las prestaciones ya realizadas quedan consolidadas.
Lo expuesto permite entender que determinados efectos derivados del contrato no quedaron afectados por el desistimiento.
2. La finalidad de la reintegración.
Como señala la STS de 30 de abril de 2014 : "Las acciones de reintegración son instrumentos esenciales para la satisfacción de los intereses de los acreedores, que constituye la finalidad primordial del concurso. Mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par condicio creditorum."
Atendiendo a dicha finalidad, podemos concluir que la acción de reintegración resulta perfectamente compatible con el hecho de que con posterioridad se hubiera extinguido el contrato, en cuanto determinados efectos no quedaron afectados por el desistimiento y son dichos efectos los que se consideran perjudiciales para la masa del concurso.
De otro modo carecería de sentido el ejercicio de una acción de reintegración, puesto que los intervinientes se encontrarían en la misma posición en que se hallarían si el contrato no se hubiera celebrado. Sin embargo no es éste el caso.
En definitiva, la acción de reintegración se proyecta sobre efectos que no resultaron afectados por el desistimiento y que permanecen incólumes y, singularmente, sobre el precio satisfecho por la prestación de determinados servicios.
El motivo, en consecuencia, debe ser rechazado.": SAP Madrid (Sección 28) 27.10.2014 (Sentencia 303/2014; Rollo 77/2013)

0.4.11 Los asientos contable como tales no pueden ser objeto de rescisión

AP Barcelona

"SEGUNDO. Sobre el objeto de la rescisión concursal
5. Antes de entrar en las concretas cuestiones que plantea el recurso creemos que hemos de hacer unas reflexiones previas sobre lo que puede constituir el objeto de la reintegración concursal y lo que no puede constituir tal objeto. El artículo 71.1 LC se refiere a ese objeto con la expresión "actos perjudiciales" para la masa activa realizados por el deudor. Ese concepto solo puede estar referido a actos jurídicos de disposición patrimonial, entendida la misma en sentido amplio, esto es, actos unilaterales y bilaterales.
6. Los asientos contables no creemos que tengan ese carácter de actos perjudiciales para la masa que puedan ser objeto de reintegración concursal. La contabilidad, y los diversos asientos que la integran, no crean la realidad sino que se limitan a contarla, esto es, a dejar reflejo de ella en los libros del comerciante. Por esa razón, no son los asientos contables los que determinan que se hayan podido producir salidas injustificadas del patrimonio de la concursada sino que los asientos contables no son otra cosa que un mero reflejo de su posible existencia. Por esa razón no tiene sentido alguno dirigir la acción de reintegración frente a los asientos contables, como tampoco tendría sentido pretender dañar una cosa golpeando su reflejo en un espejo.
7. Por consiguiente, se deriva de ello la imposibilidad de que la acción de reintegración pueda prosperar, salvo que no podamos considerar que en realidad su verdadero objeto no son los asientos contables sino los actos de disposición patrimonial a los que los mismos se refieren. La demanda no nos lo pone fácil porque no concreta cuáles son esos actos concretos; no obstante, no resulta imposible deducir de ella que a lo que el AC se está refiriendo es a actos de compensación entre diversas relaciones jurídicas de las que las codemandadas eran recíprocamente acreedora y deudora. La demanda no se limita a solicitar la cancelación de los asientos, pretensión inadmisible en una acción de reintegración porque no tiene contenido jurídico alguno, ya que los asientos no crean ni extinguen derechos, sino que también solicita la condena a Retineo a reintegrar a la masa concursal la cantidad de 77.102,52 euros, parte del importe de una factura de la concursada contra Retineo que la contabilidad refleja que ha sido parcialmente compensada con otros conceptos.
En conclusión, estimamos que, en realidad el objeto de la reintegración está constituido por la extinción del crédito que Alten ostentaba frente a Retineo mediante compensación con otros créditos en contra de Alten y de los que presuntamente sería acreedora Retineo.": SAP Barcelona (Sección 15) 01.12.2014 (Sentencia 388/2014; Rollo 380/2014)

0.5 La mera acumulación de concursos no implica necesariamente confusión de patrimonios y personalidades a efectos de acciones de reintegración

AP Barcelona

"QUINTO. La Sala comparte las principales objeciones que en su recurso de apelación formula la entidad financiera frente al razonamiento judicial.
1) Se han acumulado, para su tramitación en un solo procedimiento; diez concursos, correspondientes a otras tantas personas físicas y jurídicas distintas, pero no se ha ofrecido razón legal alguna para hacer responsables a las nueve personas concursadas restantes del pasivo de la sociedad JFC.S.A. (a salvo la responsabilidad. derivada de los avales solidarios en las concretas operaciones) Tampoco ha sido. declarada, previa la correspondiente discusión contradictoria, una confusión total de personalidades y de patrimonios entre los diez concursados, de tal modo que resulte adecuada la formación de una sola masa activa y pasiva; por el contrario, existen tantas masas activas y pasivas como concursos declarados, independientes entre sí sus respectivas listas de acreedores y los correspondiente inventarios. que. integran los bienes propiedad de cada uno de los concursados, que no coinciden entre si
La simple afirmación, en la demanda incidental, de que existe una única realidad económica en los diez concursos acumulados, por el hecho de que los socios de la sociedad JFC S.A., o sociedades vinculadas, hayan observado la práctica de avalar personalmente las obligaciones financieras de esta sociedad (lo que, aparte de ser frecuente en la tesitura. de obtener financiación para la empresa social, o para la cabecera del grupo, no parece en absoluto reprochable, ni una operación guiada por el. ánimo de causar un perjuicio a los acreedores), no sienta una premisa de la que haya de partirse, sin cuestionamiento, para enjuiciar las acciones rescisorias ejercitadas, cuando no se ofrece una razón legal o basada en doctrina jurisprudencial que, además de estimular un debate sobre esta cuestión y de suscitar sin equívocos la defensa apropiada, explique por qué razón debe prescindirse de la personalidad jurídica diferenciada de la sociedad deudora principal, JFC y de sus socios o personas vinculadas con la consecuencia de estimar que, en realidad., pese a que los hipotecantes son los socios y no la sociedad, debe considerarse que lo es esta última y que, por ello, el perjuicio patrimonial por la constitución de las hipotecas debe trasladarse a la masa activa de la referida sociedad., y no ubicarse en la masa activa diferenciada de cada uno de los hipotecantes concursados.
Se trata, formal y sustantivamente, de diez concursos de deudores distintos, por responder cada uno de ellos a la insolvencia de sujetos jurídicos diferentes, con personalidad jurídica propia y diferenciada, aunque se tramiten en un solo procedimiento concursal
En tal situación, a los efectos de las acciones rescisorias ejercitadas, el perjuicio patrimonial debe ser apreciado no respecto de la masa activa de JFC S.A, que no hipotecó bienes de su propiedad, sino en cuento afecte a las respectivas masas activas de cada una de las personas hipotecantes concursadas quedando a salvo en. todo caso las garantías reales otorgadas por las personas no concursadas (Gloria Inmaculada

Morgades Artis y Luís Tarrés Turón).": SAP Barcelona (Sección 15) 26.09.2007 (Rollo 296/2007)

"26. Por otra parte, nada hubiera cambiado por el hecho de que los concursos se hubieran sustanciado de forma acumulada, al contrario de lo que entiende la concursada. La acumulación de concursos no supone, al menos como regla, la consolidación de las masas activas y pasivas de cada una de las concursadas para conformar una masa activa y pasiva únicas, sino que constituye un mero instrumento al servicio de la coordinación de los diversos concursos. Por esa razón, la suerte de la acción de reintegración ejercitada no hubiera sido distinta en el caso de que el concurso de todo el grupo CRC se hubiera sustanciado de forma acumulada.": SAP Barcelona (Sección 15) 03.04.2014 (Sentencia 113/2014; Rollo 403/2013)

0.6 Uso abusivo de la condición de acreedor para defender intereses como socio

AP Vizcaya

"SÉPTIMO.- Por último, la parte apelante denuncia infracción de la doctrina del abuso del derecho, cuando el Magistrado de lo Mercantil concluye que el actor actúa con franco abuso de derecho, pues está utilizando el procedimiento concursal, en un excepcional caso en el que todos los acreedores han sido satisfechos, para recurrir cuantas decisiones adopta la Administración Concursal y el Juzgado, lo que no beneficia a la Sociedad sino a sus legítimos pero particulares intereses, haciendo referencia a que el actor socio de la concursada ha impugnado el plan de liquidación, ha discutido las autorizaciones concedidas al Administrador Concursal a través del correspondiente incidente y recurrida la sentencia que desestimaba su pretensión, no obstante haber sido satisfechos los acreedores. Denuncia que lo único que ha hecho es ejercitar normalmente un derecho que le corresponde según la LECO, con la lícita finalidad de poner término a una transgresión jurídica.
Aun cuando nadie puede discutir que el actor puede ejercitar las acciones que estime convenientes en defensa de sus derechos e intereses, dichas alegaciones no conllevan la alteración de las manifestaciones vertidas por el Magistrado de lo Mercantil en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida, que se ratifican, en el sentido de que el demandante emplea este subterfugio legal de oposición radical al normal desenvolvimiento del procedimiento concursal, al socaire de una deuda, para defenser sus intereses como socio, por entender que los mismos se han vistos mermados con la venta, y no como acreedor, que ha visto satisfecho su crédito": SAP Vizcaya (Sección 4) 07.07.2009 (Rollo 179/2008; Sentencia 525/2009)

0.7 ¿Análisis ex ante o ex post ?

0.7.1 Ex ante

Tribunal Supremo

"23. Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. ": STS 08.11.2012 (Sentencia 652/2012; Recurso 836/2010)

AP Alicante

"De otra parte, el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, siempre sería apreciable el perjuicio, pues, como sucede en el caso que nos ocupa, aparece en el concurso un bien con una garantía pudiendo haber llegado sin ella, porque el crédito que se aseguraba resultó inútil para evitar o quizás contribuyó a la situación de insolvencia.": SAP Alicante (Sección 5) 08.11.2012 (Sentencia 454/2012; Rollo 359/2012)

"De otra parte, el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, siempre sería apreciable el perjuicio, pues, como sucede en el caso que nos ocupa, aparecen en el concurso unos bienes con unas garantías pudiendo haber llegado sin ellas, porque el crédito que se aseguraba resultó inútil para evitar o quizás contribuyó a la situación de insolvencia.": SAP Alicante (Sección 5) 21.12.2012 (Sentencia 545/2012; Rollo 257/2012)

"De otra parte, el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, siempre sería apreciable el perjuicio.": SAP Alicante (Sección 5) 06.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 490/2012)

AP Baleares

"Sigue diciendo la SAP de Cáceres antes citada [SAP de Cáceres de 19 de septiembre de 2012], que el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar

una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso." SAP Baleares (Sección 5) 02.11.2012 (Sentencia 465/2012; Rollo 317/2012)

"Puede suscitar controversia la perspectiva temporal a tener en cuenta para apreciar la gratuidad u onerosidad, y sobre el particular compartimos el criterio seguido por la SAP de Asturias antes indicada *[SAP de Asturias de 14 de marzo de 2.012]*, que la concurrencia del perjuicio, y, del mismo modo, una posible gratuidad, " *debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata"* El afianzamiento ha deparado al fiador un beneficio en su patrimonio personal, con la financiación de la entidad de la que es socio único, siquiera fuera un provecho indirecto con una esperada buena marcha económica de la sociedad, y más en cuento al préstamo concedido un año y once meses antes de la declaración del concurso. Por tanto, de algún modo, se espera exista una prestación recíproca futura, cual es la consecución de beneficios con la financiación obtenida, y debemos presumir, como indica la recurrente, que, a cambio de la prestación de la fianza, sus acciones o intereses económicos en la sociedad deudora aumentan o recuperan valor económico en función de la financiación que se obtiene, del pasivo que desaparece (frente a los proveedores) y de la consiguiente expectativa de viabilidad de la empresa. El hecho de que entre 23 y once meses después de la concesión de los préstamos no se haya obtenido el resultado esperado y no haya podido evitarse el concurso de la sociedad, en nada altera la anterior conclusión. En cuanto al hecho de si la fianza no había sido pedida por la entidad bancaria en los últimos cuarenta años, tal dato no se reputa relevante.
En consecuencia, se estima el motivo de apelación, y el acto se considera oneroso y no gratuito.": SAP Baleares (Sección 5) 15.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 38/2013)

"Puede suscitar controversia la perspectiva temporal a tener en cuenta para apreciar la gratuidad u onerosidad, y sobre el particular compartimos el criterio seguido por la SAP de Asturias antes indicada *[SAP de Asturias de 14 de marzo de 2.012]*, que la concurrencia del perjuicio, y, del mismo modo, una posible gratuidad, " *debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata"* El afianzamiento podía deparar a ambos fiadores un beneficio en su patrimonio personal, con la financiación de la entidad de la que son socios mayoritarios, siquiera fuera un provecho indirecto con una esperada buena marcha económica de las sociedades de su titularidad, y más en lo que pueden calificarse de empresas familiares. Por tanto, de algún modo, se espera exista una prestación recíproca futura, cual es la consecución de beneficios con la financiación obtenida, y debemos presumir, como indica la recurrente, que a cambio de la prestación de la fianza, sus acciones o intereses económicos en la sociedad deudora aumentan o recuperan valor económico en función de la financiación que se obtiene, del pasivo que desaparece (frente a los proveedores) y de la consiguiente expectativa de viabilidad de la empresa. El hecho de que entre ocho y catorce meses después no se haya obtenido el resultado esperado y no haya podido evitarse el concurso de las tres sociedades, en nada altera la anterior conclusión.
En consecuencia, se estima el motivo de apelación, y el acto se considera oneroso y no gratuito. ":SAP Baleares (Sección 5) 18.03.2013 (Sentencia 102/2013; Rollo 786/2012)

AP Barcelona

"9. El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).": SAP Barcelona (Sección 15) 16.11.2012 (Sentencia 376/2012; Rollo 207/2012)

14. El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explique en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso.
Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).": SAP Barcelona (Sección 15) 03.04.2014 (Sentencia 113/2014; Rollo 403/2013)

"8. El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante

concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).
Debe atenderse, por ello, en un acto de disposición a título oneroso, al equilibrio económico en el intercambio de prestaciones de acuerdo con el sinalagma o esquema negocial, tal como las partes pudieron representarse que sería cumplido, prescindiendo de las vicisitudes o incidencias ulteriores en la fase de ejecución o cumplimiento.": SAP Barcelona (Sección 15) 07.04.2014 (Sentencia 156/2014; Rollo 492/2013)

"11 El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).
Debe atenderse, por ello, en un acto de disposición a título oneroso, al equilibrio económico en el intercambio de prestaciones de acuerdo con el sinalagma o esquema negocial, tal como las partes pudieron representarse que sería cumplido. ": SAP Barcelona (Sección 15) 27.05.2014 (Sentencia 182/2014; Rollo 503/2013)

"El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).
Desde esta perspectiva, debe considerarse la coyuntura económica, financiera y patrimonial de la sociedad para determinar si el pago suponía o no, entonces, un favorecimiento injustificado a esos acreedores, satisfaciendo su derecho a participar en las ganancias, en detrimento de otros acreedores con créditos vencidos y exigibles que, con posterioridad, por razón de esos mismos créditos, han de quedar sometidos a las reglas concursales para su cobro.": SAP Barcelona (Sección 15) 04.06.2014 (Sentencia 200/2014; Rollo 422/2013)

10. El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).
Debe atenderse, por ello, en un acto de disposición a título oneroso, al equilibrio económico en el intercambio de prestaciones de acuerdo con el sinalagma o esquema negocial, tal como las partes pudieron representarse que sería cumplido.": SAP Barcelona (Sección 15) 11.06.2014 (Sentencia 210/2014; Rollo 497/2013)

El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).
Desde esta perspectiva, debe considerarse la coyuntura económica, financiera y patrimonial de la sociedad para determinar si el pago suponía o no, entonces, un favorecimiento injustificado a ese acreedor, satisfaciendo su crédito en detrimento de otros acreedores con créditos vencidos y exigibles, los cuales, con posterioridad, por razón de esos mismos créditos, han de quedar sometidos a las reglas concursales para su cobro.": SAP Barcelona (Sección 15) 02.07.2014 (Sentencia 234/2014; Rollo 99/2014)

AP Cáceres

"En lo que sí se está de acuerdo es que el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción de reintegración o se declara el concurso, pues en este último caso siempre se apreciaría el

perjuicio pues en el caso de autos, de no haberse celebrado el contrato, la masa activa del concurso estaría formada por más bienes y tendría un valor mayor con el que podría satisfacerse en mejor y mayor medida a los acreedores. (...)
SEXTO.-Para determinar si el acuerdo ha sido o no perjudicial para la masa, como ya se ha expuesto, debe ser examinado teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que se firmó, cuando la sociedad todavía no había presentado su solicitud de concurso voluntario, ni había sido declarada en concurso. Todas las consecuencias que se producen después de su declaración como son la posibilidad de lograr un convenio o de aplicar la facultad prevista en el artículo 155.2 LC no pueden tenerse en consideración al resolver la acción de reintegración." SAP Cáceres (Sección 1) 19.09.2012 (Sentencia 403/2012; Rollo 395/2012)

AP Granada

"Por otra parte, la valoración del sacrificio patrimonial injustificado debe hacerse no ahora, tras declararse el concurso, sino en el momento en que se llevo a cabo el acto rescindido, y resulta en ese momento errónea la interpretación llevada a cabo del contenido del artículo 1230 CC, pues como establece la jurisprudencia STS 7 de diciembre de 2006 y 31 de mayo de 1997, " interpretando a contrario sensu el art. 1230 del C.C conforme al cual "los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero", se puede considerar que entre contratantes si pueden alterar, aclarar y precisar el contenido de una escritura pública sea anterior o posterior al otorgamiento de aquellos ". Por tanto al resultar eficaz, al tiempo de realizarse el pago, el negocio de fijación del que surgía las cantidades reconocidas como adeudadas por la ahora concursada, plasmado en documento privado, resultaba evidente que entre las concursadas y las recurrentes, el pago entonces realizado no puede considerarse indebido, y sin contraprestación equivalente, máxime cuando no se cuestiona en esta instancia que resultaría procedente, en virtud de lo plasmado en los documentos privados aportados como documentos tres y ocho de la demanda, el reconocimiento, como contrapartida a la rescisión y devolución de lo pagado por las apelantes de un crédito a su favor, en justa reciprocidad por su importe equivalente.": SAP Granada (Sección 3) 20.04.2012 (Sentencia 177/2012; Rollo 793/2011)

AP Madrid

"La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial. Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha". SAP Madrid (Sección 28) 11.01.2013 (Sentencia 4/2013; Rollo 640/2011)

"La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial. Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha". ":SAP Madrid (Sección 28) 22.03.2013 (Sentencia 91/2013; Rollo 730/2011)

AP Oviedo

"QUINTO.-Para dar respuesta a la apelación planteada por la Administración concursal deviene relevante primeramente recordar la premisa que debe presidir el análisis de la concurrencia del requisito del perjuicio para la masa activa exigido por el art. 71-1 L.C. para el éxito de la acción de reintegración, cual es que tal enjuiciamiento debe efectuarse desde la perspectiva temporal que proporciona el escenario en que se concertó el negocio jurídico ahora impugnado, esto es, habrá que examinar si situados en aquel preciso momento y en aquel concreto contexto económico el negocio podía ser tenido o no como perjudicial para un empresario mínimamente diligente. Lo anterior debe completarse con otra consideración aplicable a cualquier proyecto de

inversión económica con proyección hacia el futuro, como es que tales operaciones, como resulta obvio, encierran un margen de incertidumbre derivado del componente de aleatoriedad más o menos acusado que toda inversión conlleva, lo que se traduce en que el empresario asume el riesgo que supone que la coyuntura económica bajo la que concertó aquel negocio pueda experimentar cualquier alteración con el paso del tiempo, y con ello que las ganancias puedan ser inferiores a las esperadas o que se puedan tornar en pérdidas.
Sentado lo anterior encontramos que la tesis sostenida por la demandante acerca del carácter ruinoso de la operación suscrita por Excarpri se fundamenta en el contenido del informe pericial elaborado por el Sr. Maximino en el que se cifra en 16.557.507,65 euros el importe de las obligaciones asumidas en su día por la concursada, olvidando no obstante que ese dato no puede ser contemplado de manera aislada. Así tenemos de primeramente que Excarpri obtuvo un correspectivo inmediato por importe de 2.404048 euros que fue le abonado a la fecha de la firma del contrato, a todo lo cual debe añadirse que el informe del Sr. Gabriel únicamente contempla los gastos y no así los ingresos que puede generar su explotación, extremo en el que insiste el perito Sr. Maximino, quien en su informe señala también que el riesgo asumido por Excarpri era muy limitado porque recibía los bienes de DCUS de inmediato y ella se limitaba tan solo a aportar recursos hacia el futuro. Pero es que además si aceptamos una revalorización progresiva en el tiempo respecto de los gastos - como hace el Sr. Gabriel - habremos de aplicar una solución simétrica respecto de los ingresos o rendimientos, y en este sentido el cálculo revalorizado para los ingresos llegaría a ascender a los 63 millones euros frente a los 16 millones euros para la renta perpetua. Por otra parte tampoco podemos aceptar que el informe del Sr. Maximino carezca de toda fuerza probatoria por la circunstancia de que utilice para sus cálculos los datos que le fueron proporcionados por la empresa ARQ -propiedad del Sr. Florencio, apoderado de DCUS- pues el perito admite que sometió tales datos a un "test de robustez", procediendo además a introducir los ajustes o correcciones a que arriba hacíamos referencia, debiendo destacar en cualquier caso que la apelante se limita a combatir las conclusiones del perito de DCUS mediante una serie de alegaciones genéricas e inespecíficas, sin aportar en cambio los datos precisos y concretos que pudieran permitir constatar cualquier de tipo de error y contrarrestar de esta manera sus afirmaciones. En definitiva, el dictamen del Sr. Maximino se muestra razonable y por ello mismo debe ser aceptado en la medida que permite refutar las conclusiones del perito de la actora, debiendo tener en cuenta que la operación negocial impugnada fue concertada en el año 2006 y por tanto en un contexto económico que no permitía presagiar ninguna alteración en aquella coyuntura alcista, lo que excluye cualquier análisis que podamos realizar ex post en el que se trate de aplicar retroactivamente unas perspectivas económicas negativas.”: SAP Oviedo (Sección 1) 18.09.2013 (Sentencia 267/2013; Rollo 587/2012)

AP Las Palmas

“En lo que sí se está de acuerdo es que el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción de reintegración o se declara el concurso”: SAP Las Palmas (Sección 4) 24.10.2013 (Sentencia 388/2013; Rollo 569/2011)

AP Pontevedra

“Debe tenerse en cuenta que la valoración del perjuicio que se ha realizado se corresponde con una valoración de las circunstancias que se daban en el momento de la realización de los actos cuestionados, que es al que debe atenderse. A una distancia de más de un año desde la operación examinada hasta la declaración del concurso, y valorando las circunstancias que se daban en relación con los intervinientes, la operación llevada a cabo aparece como razonable y no perjudicial para el patrimonio (ahora masa activa del concurso) de la ahora concursada, sino que se le permitió una beneficiosa refinanciación que consistió esencialmente en una aplazamiento de su deuda, y permitiéndole subsistir en el mercado con lo que ello conlleva, por más que un año después las condiciones siguieran desfavorables y llevaran a la inevitable declaración de concurso. Pero no puede examinarse desde la perspectiva actual y considerar que, ya en aquél momento, debió tenerse en cuenta el privilegio que se atribuida mediante garantía prendaria frente a los futuros acreedores concursales concurrentes. Sin perjuicio de que el principio de igualdad de trato puede tener su influencia en el concepto de perjuicio a que se refiere el art. 71 LC, sin embargo su interpretación debe ser restrictiva cuando no goza de una declaración legal expresa e implicaría establecer un concepto especialmente amplio de perjuicio a la masa, al patrimonio, que pudiera llegar a convertir cualquier acto o pago en rescindible.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 21.06.2012 (Sentencia 349/2012; Rollo 348/2012)

“Por lo demás resulta generalmente admitido en la comunidad jurídica que el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, -se dice-, siempre podrá apreciarse el perjuicio, pues, como sucede en nuestro caso, aparece en el concurso un bien con una garantía que pudo llegar sin ella, porque el crédito que se aseguraba resultó inútil para evitar o quizás contribuyó a la situación de insolvencia. En el deficiente entendimiento de esta valoración nos parece que radica en buena medida la tesis del recurrente.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 10.07.2012 (Sentencia 390/2012; Rollo 205/2012)

AP Tarragona

“Ha de precisarse que la valoración del perjuicio ha de referirse al momento de la realización del acto impugnado.”: SAP Tarragona (Sección 1) 03.09.2012 (Sentencia 329/2012; Rollo 212/2012)

JM-3 Pontevedra

“TERCERO La acción rescisoria concursal afecta a negocios en principio válidamente celebrados, sobre los que después se realiza una estimación de perjuicio, existiendo cierta discrepancia doctrinal sobre si tal estimación ha de ser realizada con un análisis ex ante al tiempo de su celebración o, por el contrario, resulta más conveniente un análisis ex post. Diversas resoluciones han considerado que debe valorarse atendiendo al momento en que se realiza el acto (p. ej., Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante de 5 de mayo de 2008 y del Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Málaga de 6 de febrero de 2009), si bien resoluciones más recientes han abogado por un análisis "ex post" (Sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 2012). Otro sector doctrinal sustenta una posición intermedia y aboga por analizar el acto en el momento de su ejecución, pero proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva a tal momento- tesis que ya venía sustentando D. Rafael Gimeno-Bayón y que ha plasmado, recientemente, en la STS 8-11-12, " es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta-se refiere a la insolvencia- hubiese existido en aquella fecha"-. ”: SJM-3 Pontevedra 10.12.2012 (Concurso 260/2012)

0.7.3 Ex post

AP Madrid 2012

“SEXTO.- Cuanto acaba de razonarse constituye el fruto de un análisis aséptico y objetivo que se realiza en razón a una mera medición de tiempos y a una ponderación razonable de las posibilidades reales de actuación sobre el patrimonio del deudor con que contaban las entidades crediticias en la época en la que se llevó a cabo la operación de refinanciación controvertida. Se trata, por lo tanto, de un examen desprovisto de connotaciones subjetivas que, en principio, resulta consistente con una disciplina tan singular como lo es la reguladora de las acciones concursales de reintegración, que han de fundarse en la simple idea de perjuicio patrimonial y que no precisan para obtener éxito, como indica el artículo 71.1 de la Ley Concursal, de la presencia de intención fraudulenta. Precisamente la jurisprudencia sobre rescisión concursal ha remarcado, a propósito de la previsión del artículo 71.1 de la LC, que la acción de reintegración requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, pero no precisa que medie el propósito de defraudar (sentencia de la Sala 1ª del TS de 27 de octubre de 2010). Pues bien, consideramos en tal sentido, al margen de lo que a continuación se razonará, que el análisis del perjuicio patrimonial que es propio de la reintegración concursal habrá de ser forzosamente un análisis "ex post" en el que no tienen cabida consideraciones sobre el mayor o menor grado de justificación, "ex ante", de la operación que se cuestiona en función de las expectativas de evolución de la concursada concurrentes en el momento en que fue llevada a cabo. Y es que la categoría de lo justificado integra un juicio de valor al que se contrapone de modo natural el concepto de lo injustificado, lo que nos llevaría a desenfocar el análisis que aquí se debe efectuar al proyectarse esa clase de apreciaciones no tanto sobre la real onerosidad del negocio (sobre la base de la existencia o ausencia de sacrificios perceptibles y evaluables) sino sobre la rectitud de sus otorgantes; en cambio, la disciplina de la reintegración concursal contenida en los apartados números 1 a 5 del artículo 71 de la Ley Concursal no está llamada a sancionar lo injusto o antijurídico sino a hacer ineficaces, en provecho de la masa pasiva, actos que, de no ser porque finalmente se declara el concurso (de ahí la necesidad de que el examen se realice "ex post"), serían -o podrían perfectamente ser- jurídicamente irreprochables.”: SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 120/2012; Rollo 376/2011) y, en términos idénticos, SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 122/2012; Rollo 377/2011)

08. Cuestiones generales sobre la rescisión de garantías

0.8.1 Sobre la fecha de la operación objeto de rescisión

0.8.1.1 La fecha relevante es la de inscripción de la hipoteca, no la de la escritura

AP Castellón

“Resta por examinar la última cuestión que se plantea y que se refiere a la rescisión de la hipoteca que fue acordada porSentencia de 23 de mayo de 2005.
Dicha hipoteca fue constituida por escritura pública de fecha 4 de mayo de 2001, en la que se acordó la compraventa de las participaciones sociales que el ahora apelante, D.Jose Francisco, tenía en la sociedad concursada Niquelados Mape S.L.
Esta última actuaba representada por su administrador D.Bartolomé, quien compareció también en nombre propio, adquiriendo en esta última condición las 149 participaciones de las que el primero era titular por la cantidad de 50.000.000 pts. (300.506'05 ?). Y para garantizar esa operación se constituyó una hipoteca mobiliaria sobre una instalación automática de níquel cromo para válvulas y una hipoteca inmobiliaria sobre la finca registral nº NUM000 en la que se hallaba ubicada la nave industrial, perteneciendo todos estos bienes a la concursada.
Nos encontramos por tanto ante una hipoteca voluntaria que, a tenor de lo establecido en el artículo 145 de la Ley Hipotecaria para que quede validamente establecida requiere no sólo que se haya constituido en escritura pública, sino que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. Y aunque es cierto que, como alega el recurrente, de acuerdo con lo establecido en elartículo 24 de la citada Ley Hipotecaria, se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de

presentación que deberá constar en la inscripción misma, en este supuesto se cumple el requisito de la temporalidad exigido por la norma.
Como hemos expuesto con anterioridad, la declaración de la ineficacia de esta hipoteca se acordó al estimar la demanda que formuló la Administración Concursal, en ejercicio de la acción de rescisión de conformidad con lo previsto en elartículo 71 de la Ley Concursal.
Dicho precepto dispone que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizadas por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta y lo único que se discute ahora el recurrente no es que sea un acto perjudicial para la masa activa del concurso, sino el requisito de la temporalidad que establece dicho precepto y que ya hemos adelantado que consideramos cumplido.
El concurso fue declarado porauto de fecha 23 de septiembre de 2004, por lo que desde dicha fecha debe entenderse esa retroacción de dos años que nos indica elartículo mencionado, por lo que ese plazo se extendería hasta el 23 de septiembre de 2002, y si bien la escritura pública se otorgó con anterioridad, lo cierto es que no fue presentada de forma definitiva para su inscripción hasta el día 1 de octubre de 2002, habiéndose procedido a la inscripción registral el 14 de octubre de 2002, de forma que cuando dicha escritura adquirió validez ya se encontraba vigente el plazo de retroacción indicado, aun cuando la fecha de publicación del concurso fuera otra, toda vez que la norma no exige el conocimiento que se pueda tener del concurso declarado, teniendo en cuenta únicamente la fecha de la declaración.
Procede por tanto desestimar igualmente el último motivo del recurso de apelación alegado y con ello también el propio recurso de apelación, confirmando las resoluciones recurridas.": SAP Castellón (sección 3) 04.05.2009 (JUR 2009/332199; Sentencia 146/2009; Rollo 425/2008)

AP Valencia

"Ejercitándose por la Administración Concursal la acción de reintegración del artículo 71 de la LC, la primera cuestión a dilucidar es si concurre el requisito temporal de los dos años a que se refiere dicho precepto, que no ofrece duda alguna en relación con las garantías hipotecarias constituidas por la mercantil TERRATEIG, si bien concurre la particularidad de que en el caso de la garantía otorgada por la Sra. Mercedes entre la fecha de otorgamiento de la escritura pública -26 de junio de 2008- y la fecha del Auto declarando su situación concursal -29 de septiembre de 2010- transcurrió más de dos años, plazo señalado en la citada disposición legal. Alegaban los Administradores Concursales a este respecto que en relación con la hipoteca constituida por la Sra. Mercedes había de tenerse en cuenta no la fecha de la escritura pública, sino aquellas otras en que se produjo la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que aconteció el 1 de octubre de 2008 respecto de la finca nº NUM000 y el 5 de noviembre de 2008 respecto de la finca registral nº NUM001, tesis ésta que la Sala necesariamente ha de compartir.
Ciertamente, y a diferencia de lo que ocurre en relación con la transmisión de la propiedad de los inmuebles, para la que la inscripción en el Registro de la Propiedad no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de conformidad con lo establecido en artículos 1278, 1279 y 1280 del Código Civil, para que la hipoteca quede válidamente constituida es necesario que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 1875 del Código Civil), sin que al caso pueda ser de aplicación la STS de 13 de julio de 1984 -citada por la parte recurrente- en relación al ejercicio de una acción de reintegración de la quiebra, por cuanto aquélla viene referida a supuesto en la que la inscripción en el Registro se verifica por la entidad bancaria prestamista, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la LH, siendo que la resolución se viene a referir a los efectos de tal inscripción entre las partes otorgantes de la escritura. Por tanto, necesario es concluir que respecto de la garantía hipotecaria constituida por la Sra. Mercedes por escritura pública de fecha 26 de junio de 2008, y dada las fechas de sus respectivas inscripciones en el Registro de la Propiedad de Valencia y de Madrid, así como la correspondiente a su declaración judicial concurso, la acción de reintegración ejercitada por la Administración Concursal cumple, también en el caso de la Sra. Mercedes, el requisito de ámbito temporal del artículo 71 de la LC ":SAP Valencia (Sección 9) 23.07.2012 (Sentencia 304/2012; Rollo 168/2012)

0.8.1.1.1 La fecha del asiento de presentación, no la de la escritura

AP Sevilla

"TERCERO.-En el supuesto analizado en la presente litis, se interesa la anulación de una hipoteca que, como es sabido, con carácter general supone la creación de un derecho real en garantía de una obligación. Para su valida constitución se requiere, como todo negocio jurídico, de una declaración de voluntad, objeto y causa, estableciendo el artículo 1.857 del Código Civil que son requisitos esenciales: a) que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, b) que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad a quien la hipoteca y c) que la persona que la constituyan tenga la libre disposición de sus bienes o, en su caso, se halle legalmente autorizado. Estos requisitos se complementan con lo establecido en el artículo 1875 del Código Civil que exige que para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Esta normas ha de ser puesta en relación con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, más concretamente con el artículo 145 que establece que las hipotecas voluntarias quedan válidamente establecidas, cuando se constituyen en escritura pública, y ésta es inscrita en el Registro de la Propiedad. Como declara la jurisprudencia es un supuesto en el que la inscripción tiene naturaleza constitutiva SSTS 6-4-96, 29-6-89, 4-7-89, entre otras. Como nos dice la Sentencia de 31 de julio de 2.002: "el derecho real surge de la conjunción de la escritura y de la inscripción, y no sólo de la formalización de aquella".

Esta cuestión será trascendente a efecto de determinar si estamos ante un hecho al que pueda aplicarse lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal, es decir, que debamos acoger la acción de reintegración ejercitada que exige, como requisito sine qua non, que se trate de un acto realizado en el periodo anterior de dos años desde la declaración de concurso. Por tanto, será preciso y determinante aclarar en qué fecha hemos de entender constituida dicha garantía real, a los efectos de dilucidar la prosperabilidad de la acción ejercitada por la Administración Concursal. Si tenemos en cuenta que la declaración de concurso tuvo lugar el día 31 de octubre de 2.011, será admisible dicha acción a todo acto realizado desde el mencionado día y mes del año 2.009. Del tenor de la certificación registra1 se desprende que la hipoteca se inscribió el día 10 de noviembre de 2.009, en principio parecería que está dentro del citado ámbito temporal. Pero la fecha de la válida constitución de la hipoteca no la debemos entender referida a aquella en la que realmente se haya efectuado la inscripción, sino a la de presentación en el Registro de la Propiedad, es decir, a cuando se extendió el asiento de presentación, que es la que se considera como fecha de inscripción a todos los efectos, como expresamente dispone el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, de ahí que sea uno de los datos que han de hacerse constar en la inscripción misma. De los presentes autos resulta que la presentación tuvo lugar el día 19 de agosto de 2.009, folio 67 de los autos. Es esta fecha la que debemos tener en cuenta para computar el citado periodo bianual, que es evidente que lo excede.
Además, no podemos dejar de resaltar que trascendente a efecto de la presente litis, no es tanto la válida constitución de la garantía real, sino más bien cuando la parte ha realizado el acto de disposición patrimonial, que hemos de entender que se produce al formalizar la escritura, que es el que ha de reunir los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, que es cuando se produce ese acto de afectación a la masa, que pretende corregir la acción de reintegración.
CUARTO.-Atendamos a uno u otro momento, es patente que en ambos casos se excede del citado periodo, de modo que no puede prosperar la acción de reintegración, que es la única que se ha ejercitado por la Administración concursal, al no concurrir uno de los requisitos necesarios e indispensables.": SAP Sevilla (Sección 5) 29.04.2013 (Rollo 2236//2013)

"TERCERO. En relación a la hipoteca constituida en garantía del crédito aperturado el 18 de agosto de 2009, la sentencia emitió pronunciamiento desestimatorio en razón a lo reglado en el artículo 71.1 de la Ley Concursal, según el cual sólo resultarán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, que tuvo lugar en este caso el 22 de septiembre de 2011. La Administración Concursal alega que debe estarse a la fecha en que la hipoteca causó inscripción, día 18 de diciembre de 2009, tras ser presentada la escritura pública para inscripción del derecho real de hipoteca en el Registro de la Propiedad nº 6 de Granada el 19 de agosto de 2009.
El motivo de impugnación debe ser desestimado, en razón a los ya expuesto al mismo letrado designado para el desempeño de la Administración Concursal en la sentencia de esta Sala de 29 de abril de 2013 (rollo de apelación 2236/2013), en la que se resolvió sobre acción ejercitada en el concurso de acreedores de la administradora mancomunada de Syratos Arys S.L. Dª Encarna, que pretendía alzar hipoteca también constituida al 18 de agosto de 2009 sobre inmueble de su propiedad sito en Valdelagrana, Puerto de Santa María (Cádiz), en garantía de los 200.000 # restantes del crédito aperturado en esa fecha por Cajasol a Inve Ingeniería e Instalaciones S.L.
Tal como se razona en esa sentencia, "la fecha de la válida constitución de la hipoteca no la debemos entender referida a aquella en la que realmente se haya efectuado la inscripción, sino a la de presentación en el Registro de la Propiedad, es decir, a cuando se extendió el asiento de presentación, que es la que se considera como fecha de inscripción a todos los efectos, como expresamente dispone el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, de ahí que sea uno de los datos que han de hacerse constar en la inscripción misma."; Para a continuación indicar "Es esta fecha la que debemos tener en cuenta para computar el citado periodo bianual, que es evidente que lo excede. Además, no podemos dejar de resaltar que trascendente a efecto de la presente litis, no es tanto la válida constitución de la garantía real, sino más bien cuando la parte ha realizado el acto de disposición patrimonial, que hemos de entender que se produce al formalizar la escritura, que es el que ha de reunir los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, que es cuando se produce ese acto de afectación a la masa, que pretende corregir la acción de reintegración." ":SAP Sevilla (Sección 5) 09.04.2014 (Sentencia 235/2014; Rollo 6446/2013)

0.8.1.3 Irrelevancia de la preexistencia de promesa de hipoteca

AP Barcelona

"5. En los recursos de apelación no se discute que en las escrituras objeto de rescisión se cumple el supuesto del artículo 71.3.2º, sino que se aduce, como se hizo en la primera instancia que, pese a ello, no hubo perjuicio para la masa activa del concurso.
CTI GRINDING MEDIA y CERCO LLC afirman que en el caso de autos no se ha pretendido detraer activos de la masa, que es la situación que pretende evitar el artículo 71.3, sino que se trata de operaciones fruto de un interés legítimo, en que las fuerzas del mercado han llevado a que los financiadores, en este caso, CERCO LLC, hayan aceptado sustituir una serie de derechos reales de garantía por promesas de constitución de los mismos en supuestos de aumento de riesgo de crédito con el consiguiente ahorro de costes para el prestatario. Según las demandadas, no existe el perjuicio para la concursada, pues al otorgar garantías a favor de CERCO LLC, únicamente se materializaban pactos previos relativos a la financiación de la concursada en los últimos ocho años y existía el pacto consistente en que, si CTI GRINDING MEDIA entraba en situación de crisis, ésta se vería obligada a otorgar mayores garantías. Añaden que la mencionada promesa de garantía es una operación habitual en el mercado como financiación empresarial y permite constituir y materializar nuevas

garantías en el supuesto que la empresa que recibe la financiación entre en una situación económica precaria, como ha sucedido en el caso de CTI GRINDING MEDIA.
No podemos compartir la tesis de las apelantes. Aunque no negamos que la operativa entre las partes viniera guiada por un interés legítimo, ello no excluye que la constitución de las hipotecas de autos, por esas obligaciones anteriores, hayan causado perjuicio a la masa. Han gravado, como señala la AC, el bien de mayor valor de mercado y posiblemente de más rápida realización de la empresa en concurso y han mejorado la posición de CERCO LLC respecto de los restantes acreedores, alterando, por tanto, la par condicio creditorum. Los créditos de CERCO LLC pasarían a ser, tras la constitución de la hipoteca, créditos con privilegio especial del artículo 90.1.1º LC; cuyo pago se haría con cargo a los bienes afectos, objeto de ejecución separada o colectiva (artículos 155.1 y 55 LC).
En el caso de autos se da la situación prevista en el artículo 71.3.2º, primer inciso, LC, de garantías creadas después de la deuda. La constitución de las hipotecas no es simultánea a la concesión del crédito y, según los datos alegados y acreditados en las actuaciones, se lleva a cabo sin contraprestación, mejora o ventaja alguna para la deudora.
El hecho de que las demandadas, según alegan, previeran -y pactaran-, al tiempo de otorgarse créditos a la deudora -se refieren a los ocho años anteriores-, que si CTI GRINDING MEDIA entraba en situación de crisis, vendría obligada a constituir las hipotecas, no modifica las anteriores conclusiones, sino que subrayaría, en su caso, la voluntad de asegurar a CERCO LLC una posición privilegiada en el inminente concurso.
Y decimos que en su caso, porque ni siquiera se ha acreditado en estos autos la existencia de la promesa de garantía alegada. Aunque las contestaciones de las demandadas hacen referencia a diferentes documentos suscritos por las partes y, en especial, a documentos del año 2004, lo cierto es que no indican cuál de ellos contuviera tal pacto y cuáles fueran sus términos, que no han podido verificarse. Al respecto, se cuenta solamente con la manifestación del abogado don Miguel Torres Blánquez que, como apoderado de la sociedad concursada, contesta -por escrito- las preguntas que le dirige CERCO LLC y, en concreto, a la pregunta de si le consta la existencia de una promesa de constitución de derechos reales de garantía para el caso de que la situación financiera de CTI GRINDING MEDIA empeorase o se deteriorase, responde que la garantía de devolución que CERCO se reservó fue la de que en el supuesto (como el actual) de crisis, CTI GRINDING MEDIA realizaría a favor de CERCO una garantía hipotecaria, como así se hizo. El Sr. letrado no concreta tampoco cuál fue el documento -o los documentos- de promesa, si fue acaso un pacto verbal, ni su fecha y contenido exacto.
En cualquier caso, en el momento de otorgar las escrituras de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca, la primera un mes antes de la declaración de concurso voluntario, y la segunda, quince días antes, CTI GRINDING MEDIA no tenía necesidad de establecer la garantía real, que favoreció exclusivamente a la acreedora CERCO LLC, puesto que la concursada no recibió nada a cambio. El crédito garantizado era anterior.”: SAP Barcelona (Sección 15) 24.02.2011 (Sentencia 84/2011; Rollo 543/2010)

AP Navarra

“SEGUNDO.-Incide el apelante en la alegación hecha valer en la primera instancia relativa a que su derecho al otorgamiento de la cuestionada garantía hipotecaria nació más allá de los dos años previstos en el primer párrafo del art. 71.1 de la Ley Concursal (LC) como periodo de rescindibilidad concursal.
El motivo se desestima toda vez que el momento de realización del acto al que hay que atender para comprobar si se llevó a cabo dentro del "periodo sospechoso" previsto en la citada norma es el de la efectiva constitución de la garantía real, conforme expresamente señala el ordinal 2º del apartado 2 del propio art.71 LC. Por eso es intrascendente a tales efectos el hecho de que previamente existiera o no un compromiso o promesa por parte del administrador de la sociedad deudora de constituir tales garantías.”: SAP Navarra (Sección 3) 04.10.2012 (Sentencia 148/2012; Rollo 151/2012)

0.8.1.3.1 Solución contraria en un caso de promesa de venta

AP Madrid

“PRIMERO.-En el concurso de la mercantil CENTRO DE INESTIGACIÓN Y TRATAMIENTO ONCOLÓGICO S.A. declarado el 4 de septiembre de 2006, la administración concursal interpuso demanda incidental contra dicha concursada y contra VENTERO MUÑOZ S.A. en el ejercicio de acción de reintegración de una determinada finca (finca registral 884-N, denominada "La Cerrada" en el término de Villaviciosa de Odón) que la primera vendió a la segunda por escritura pública de 21 de diciembre de 2005.
La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda acordando la rescisión de dicha compraventa, condenando a VENTERO MUÑOZ S.A. a reintegrar la finca adquirida a la masa activa del concurso y subordinando el crédito - coincidente con el precio satisfecho- que por razón de dicha restitución correspondía a la referida compradora al apreciar en ella la concurrencia de mala fe en la realización del mencionado acto adquisitivo.
Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza VENTERO MUÑOZ S.A. a través del presente recurso de apelación.
SEGUNDO.- Conviene dejar sentado que, pese a disponer el apartado 7 del Art. 71 de la Ley Concursal que "El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho.", lo cierto es que la simple lectura de la demanda rectora del presente incidente deja bien patente que lo único ejercitado a través de ella por la administración concursal es la acción de reintegración especialmente prevista en dicho precepto legal, y que en modo alguno se pretendió ejercitar, ni siquiera con carácter subsidiario o alternativo, ninguna otra acción que, con base en el Código Civil (vgr.,

acciones rescisorias de los Arts. 1.290 y ss.) o en cualquier otra disposición legal, pudiera conducir a la declaración de ineficacia del negocio jurídico de compraventa objeto de litigio. Efectuada tal precisión, consideramos también de suma importancia recordar que el ámbito de la acción de reintegración que regula el mencionado Art. 71 L.C. se encuentra legalmente circunscrito a aquellos actos perjudiciales para la masa activa que hayan tenido lugar dentro del periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso, de manera que, por muy nocivo o desventajoso que haya podido ser un acto o negocio llevado a cabo por el concursado, este resulta inatacable por la vía de la acción de reintegración del Art. 71 de la Ley Concursal si tuvo lugar con anterioridad al indicado plazo de dos años, y ello por más que dicho acto o negocio pueda ser rescindido, anulado, resuelto, o en definitiva declarado ineficaz, mediante el ejercicio de acciones diferentes a la que en el presente proceso se ha hecho valer.

Las precedentes consideraciones no hacen otra cosa que poner de manifiesto el extraordinario protagonismo que en el seno del presente recurso reviste la controversia surgida entre las partes en torno a la época en la que se habría producido el acto que se reputa perjudicial, pues no cabe la menor duda de que, en función de cuál sea el desenlace de dicho debate, las demás cuestiones objeto de litigio (carácter de persona especialmente vinculada de VENTERO MUÑOZ S.A., carácter objetivamente desventajoso de la compraventa, presencia de mala fe en la compradora) podrían no revestir el menor interés.

No resulta discutido el hecho de que el día 21 de marzo de 2001 (mucho antes, por tanto, del 4 de septiembre de 2004 en que hemos de fijar el término de los dos años anteriores a la declaración de concurso) la concursada CITO y la codemandada VENTERO MUÑOZ S.A. celebraron un denominado "acuerdo marco" por el que, entre otros pactos, CITO contrajo la promesa de vender -o enajenar por cualquier otro medio de análoga significación económica- a VENTERO MUÑOZ S.A. la finca objeto del presente incidente precisamente en el precio de 310.840,46 # por el que se ha producido más tarde la venta concretada en la escritura de 21 de diciembre de 2005. Tampoco es objeto de controversia el hecho de que el otorgamiento de tal escritura respondió al cumplimiento voluntario por parte de la concursada del compromiso que contrajo en el referido acuerdo marco de 21 de marzo de 2001. Consta, en efecto, en autos que, habiéndose resistido inicialmente a dicho cumplimiento, VENTERO MUÑOZ S.A. interpuso demanda contra CITO con el objeto, entre otros, de compeler a esta última a transmitirle la finca litigiosa por el referido precio, y consta también que dicha pretensión obtuvo éxito tanto en primera como en segunda instancia, desistiendo finalmente CITO del recurso de casación que había preparado al alcanzar un acuerdo con la contraparte por el que se avenía a dicho cumplimiento voluntario.

Podría en teoría plantearse si no fue el desistimiento por parte de CITO del aludido recurso de casación lo que pudiera configurar un acto virtualmente lesivo para la masa activa en función de que existieran mayores o menores probabilidades de que dicho recurso prosperase. Sin embargo, esa problemática no tiene cabida en el presente incidente en vista de la definición de la controversia que deriva del entrecruce de alegaciones procesales. Y ello en base a una simplísima consideración: aun cuando la administración concursal no efectuó en su demanda la menor alusión al acuerdo marco de 21 de marzo de 2001 (pese a tener forzosamente que conocerlo, ya que en la escritura de compraventa que acompañó se hacía referencia a él como origen del negocio que se estaba celebrando), lo cierto es que, con ocasión del escrito que presentó el 20 de febrero de 2008 para dar respuesta a la declinatoria planteada, dicha administración demandante (folio 220 "in fine") reconoció que ".efectivamente, las partes suscribieron el contrato de 2001, y en su virtud se acordó llevar a cabo la compraventa.", asumiendo expresamente la administración concursal que ".en virtud de dicho contrato VEMUSA (VENTERO MUÑOZ S.A.) adquirió el derecho de comprar la finca.". Por lo tanto, a los efectos que ahora nos ocupan, y, aun cuando la fuerza de obligar de la promesa de venta parece deducirse, sin más, del contenido del Art. 1451 del Código Civil ("La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato."), lo cierto es que este tribunal ni siquiera precisa desarrollar esa labor interpretativa mínima desde el momento en que, afirmada por ambas demandadas, es también la demandante quien ha reconocido explícitamente que el acuerdo marco de 21 de marzo de 2001 desplegaba para concursada la fuerza vinculante propia de una promesa de venta.

Pues bien, si no es discutida esa fuerza vinculante, la conclusión obligada de todo ello, incluso prescindiendo idealmente del hecho de haberse seguido pleito entre las partes y del resultado obtenido en las sucesivas instancias, no es ni puede ser otra que la de que la escritura de compraventa de 21 de diciembre de 2005 constituyó un acto neutro incapaz de causar a la masa activa daño alguno que no hubiera originado ya el acuerdo marco del año 2001. La sentencia apelada pone de relieve la diferente naturaleza de dichos actos, y, si bien es cierto que la simple promesa de venta no produce los mismos efectos que la venta (singularmente, carece de aptitud para transmitir, en unión de otros presupuestos, el dominio de la cosa vendida), no nos parece que esa diferenciación resulte relevante dentro del tipo de controversia que ahora nos ocupa. Pese a que la promesa de venta contraída por CITO el 1 de marzo de 2001 no determinó la salida de su patrimonio de la finca que constituía su objeto, sí puede afirmarse -desde el momento en que no se discute la fuerza de obligar del pacto- que desde ese mismo momento la promitente perdió toda libertad o capacidad de decisión sobre el destino de la misma. La sentencia razona que el acuerdo por el que, entre otros extremos, CITO se avino a desistir del recurso de casación y a otorgar la escritura de compraventa fue un acto voluntario. Ciertamente, ello es así, pero consideramos que el binomio "voluntario/forzoso" no tiene especial protagonismo en el debate que nos ocupa. Si partimos de la existencia de la obligación de vender a un persona por un determinado precio, el obligado es libre para adoptar una de estas dos actitudes: cumplir por sí mismo y con relativa espontaneidad esa obligación o esperar a ser compelido a su cumplimiento, siendo el resultado de una y otra el mismo, a saber, la satisfacción del derecho de aquel que goza del poder jurídico de exigir la prestación. Dicho binomio se enmarca en realidad dentro de otro de orden superior: el binomio libertad/imperatividad. En otras palabras, el cumplimiento espontáneo de una obligación vinculante es un acto

"voluntario" pero no es un acto "libre" desde el momento en que quien lo lleva a cabo carece de la posibilidad de optar por otra alternativa.
TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos conducen a la conclusión que el único acto dotado de aptitud abstracta para ocasionar perjuicio a la masa activa sería, no el contrato de compraventa de 21 de diciembre de 2005, sino el acuerdo marco de 21 de marzo de 2001. Ahora bien, este no solo resulta inatacable por razones temporales sino que, además, es la propia administración concursal demandante quien expresamente se abstiene de formular tesis alguna sobre su virtual carácter perjudicial al indicarnos de manera ciertamente elocuente, atendiendo al momento en que se celebró, que ".el contrato de fecha 2001, del que trae causa el contrato firmado en 2005, ni se puede reintegrar, por haberse realizado en tiempo anterior a los dos años previos a la declaración de concurso, tal y como marca la ley, ni se quiere reintegrar, porque en esa fecha, lógicamente, no podemos asegurar que estuviera dañando una masa activa." (folio 220, el énfasis es nuestro).
Así las cosas, podemos, desde luego, estudiar el problema desde la perspectiva, sin duda objetiva, de que lo atacado en la demanda incidental es la compraventa de 21 de diciembre de 2005 y atendiendo al hecho, desde luego incontestable, de que esa fecha sí se encuentra incluida dentro del periodo de dos años previos a la declaración de concurso. Lo que sucede es que, atendidas cuantas consideraciones hemos venido efectuando, esa perspectiva nos aboca de modo directo a la negación de todo perjuicio para la masa activa, y, aun cuando admitiésemos que concurre una "presunción iuris tantum" de las previstas en el Art. 71-3 de la Ley Concursal (la presunción "iuris et de iure" invocada en la demanda fue rechazada por la sentencia sin que esta cuestión se haya replanteado en la segunda instancia), lo cierto es que tales consideraciones nos obligarían también a considerarla plenamente desvirtuada.
En efecto, para apreciar la existencia de perjuicio, la sentencia razona que el precio de la venta (310.840 #) se encontraba alejado del precio de mercado de la finca, tomando a estos efectos como elemento referencial el precio que habría comprometido para la adquisición de aquella una tercera entidad, INMOBILIARIA PIMAR (1.442.429,05 #). Ahora bien, con independencia del hecho de que VENTERO MUÑOZ S.A. acredita haber afrontado gastos de liberación de la finca de ciertos compromisos contraídos por CITO que, sumados al precio de venta, acercarían sobremanera la contraprestación real a la referencia que se toma como valor de mercado, lo verdaderamente relevante no es esto. Lo importante es que la aludida comparación -precio real/pecio de mercado- es una comparación que, dentro de la situación creada por el acuerdo marco de 21 de marzo de 20021, se nos antoja completamente ficticia. Y es que, como ya hemos razonado, a partir de dicho acuerdo, cuya fuerza de obligar -se insiste- no resulta controvertida en el presente proceso, el valor patrimonial concretado en la finca litigiosa dejó de estar representado para CITO por su valor de mercado por la sencilla razón de que dicha concursada perdió su libertad para salir a ese mismo mercado y ofrecerla en venta a cualquier potencial comprador optimizando el precio: dicho valor patrimonial quedó petrificado para ella en la indicada suma de 310.840 #, que fue el precio consensuado en la promesa de venta y el precio al que, efectivamente, se vendió.
Se ha de estimar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.”: SAP Madrid (Sección 28) 12.04.2013 (Sentencia 112/2013; Rollo 91/2012)

0.8.1.4 Rescisión de prenda sin desplazamiento inicialmente en documento privado no inscrito -para evitar gastos- que se eleva a público inscribe dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso

JM-1 Bilbao

“HECHOS PROBADOS
1.- El veinticuatro de mayo de dos mil dos BANCO URQUIJO S.A. concedió a ENERGIA VIVA S.A. (ENERVISA) un crédito en cuenta corriente hasta un límite de diez millones quinientos mil euros, en póliza número 89/2006/202 intervenida por el Notario de Vitoria D. Luis Pérez Lazarraga.
2.- El mismo día firmaron las partes un contrato privado en el que se constituía a favor de BANCO URQUIJO S.A. por ENERVISA una prenda sin desplazamiento de la posesión, sobre cabezas de ganado de su propiedad, que no fue formalizado en escritura pública ni se inscribe en el Registro de Bienes Muebles, y que garantiza once millones quinientos cincuenta mil euros, saldo deudor máximo de la cuenta que se garantiza, y dos millones de euros que se presupuestan para costas y gastos.
3.- El día veinticuatro de mayo de dos mil cuatro se otorgó escritura pública ante el notario de Bilbao D. Carlos Ramos Villanueva, en el que se elevaba a tal el documento privado antes mencionado, se extendía la garantía pignoraticia a cualquier otra cantidad que por cualquier concepto se adeudara a BANCO URQUIJO S.A., y participaban en tal operación otras empresas del grupo acreditado, CAMPO NOBLE S.A., COMPLEJO CARNICO PICOS DE EUROPA S.A. y GRUPO CAMPONOBLE S.L., aunque tampoco se inscribió en el Registro de Bienes Muebles.
4.- Como la razón de que no se inscribiera la garantía pignoraticia fue la falta de abono del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que correspondía atender a ENERVISA y las demás empresas del grupo, el doce de julio de dos mil cuatro se otorgó nueva escritura pública en la que se anulaba y resolvía la escritura de veinticuatro de mayo, sustituyéndose por nueva póliza de crédito nº 124-2006-2004 en la que se recogía expresamente la prenda sin remisión a otros documentos respecto a 6.250 vacas diferentes de las recogidas en el contrato privado de dos mil dos, que garantizaban once millones quinientos mil euros de principal, tres millones cuatrocientos sesenta y cinco mil de intereses y otros dos millones para costas y gastos, inscribiéndose el veintitrés de julio de dos mil cuatro en el Registro de Bienes Muebles de León.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (…) SEGUNDO.- Los requisitos para constituir el derecho real de garantía.- Esgrimiendo el art. 71.1 de la LC la administración concursal, que en su informe calificó el crédito del Banco Urquijo S.A. como privilegiado, pretende que se rescinda la póliza de doce de julio de dos mil cuatro suscrita entre aquél y algunas de las empresas concursadas, por considerar que la constitución de la garantía pignoraticia no se produjo en mayo de dos mil dos, de manera que aunque no haya habido fraude de acreedores, se ha constituido una garantía en perjuicio del resto de aquellos dentro del periodo al que se refiere el mencionado precepto, es decir, en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Opina por el contrario la entidad crediticia que la prenda estaba ya constituida en mayo de dos mil dos, y en cuanto el concurso se declaró en septiembre de dos mil cuatro, no puede ser rescindida y su crédito debe mantenerse como indicaba la administración concursal en su informe.

Tiene razón el banco cuando indica que el art. 1.865, del Código Civil (CCv) al regular la prenda no exige forma especial, máxime si lo relacionamos con el art. 1.280 que dispone cuando los contratos deben constar en escritura pública, omisión que ni siquiera afecta a su validez si reúnen las condiciones esenciales para su validez.

Pero hay que destacar que sin embargo el art. 1.865 establece que no surte efecto la prenda frente a tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha, y en un procedimiento concursal el resto de acreedores tienen tal cualidad respecto a quienes constituyeron la garantía. Hay que añadir, que el art. 3 de la Ley de 16 de diciembre de 1.954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión (LHMPSDP), dice que la prenda sin desplazamiento se constituirá en escritura pública o póliza intervenida, y que habrá de inscribirse en el Registro de Prenda sin desplazamiento para que los efectos de la ley aparezcan. Más tarde el art. 57 de la misma ley dispone el contenido de la escritura o póliza.

Como nos hallamos en ese caso será bueno recordar que la jurisprudencia ha indicado en relación a la prenda sin desplazamiento de la posesión que es "requisito básico y fundamental en coherencia con el carácter constitutivo de la prenda mobiliaria -exigencia claramente establecida por el art. 3 de su Ley específica de 16-12-1954-, la inscripción en el Registro de su escritura constitutiva, es evidente, pues, que no es posible entender en esa fecha, la preferencia emanada de lo dispuesto en el art. 1922 párr. 2.º del CC, porque -se repite- entonces, no existía tal crédito pignoraticio al no haberse producido el nacimiento de la prenda en cuestión" (STS 3 de febrero 1993, RJ 1993/800).

Esas previsiones legales y doctrina legal lo que suponen, pese a los argumentos del demandado, es que las partes podían compelerse recíprocamente a otorgar la escritura correspondiente, pero que la prenda no estaba válidamente constituida, no "había nacido" como dice el Tribunal Supremo, porque aunque fuera por conveniencia de la entidad hoy concursada, que no quería o podía abonar las obligaciones fiscales procedentes, conveniencia que toleró el acreedor, no se había constituido con la solemnidad exigida legalmente la garantía.

No puede discutirse la existencia del crédito, que nadie ha puesto en cuestión. Lo que es discutible es que pueda ser más que ordinario, al faltar la forma contractual que exigía la LHMPSDP, pues en casos semejantes se ha discutido el carácter privilegiado del crédito (SAP Córdoba 21 de diciembre 1.994, RF AC 1994/2222).

TERCERO.- Procedencia de la rescisión

Desde tal perspectiva debe analizarse la pretensión de la administración concursal. En dos mil dos tan solo ENERVISA se beneficia del crédito y recoge en un documento privado la constitución de una prenda sobre un importante número de reses de su propiedad, documento que ni es elevado a escritura pública ni intervenido por fedatario público ni inscrito en el Registro de la Propiedad Mobiliaria.

Sin embargo dos años después varias empresas del grupo, y no sólo ENERVISA, elevan a escritura pública tal previsión, dejan luego sin efecto aquélla y otorgan una nueva póliza de crédito en la que se incorpora la previsión de garantía pignoraticia sobre unas vacas distintas, ya que los crotales son diferentes, por unas cantidades diversas, en tanto que el primer contrato de crédito es por diez millones y medio de euros y el que ahora se pretende rescindir es de once millones y medio.

Ello permite aplicar la previsión del art. 71.3.2º de la Ley Concursal, pues se han constituido garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, o nuevas contraídas en sustitución de aquellas. El perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario (art. 71.3), puesto que lo que ha sucedido es que pocos meses antes de la declaración de concurso, cuando una de las empresas del grupo entra en suspensión de pagos, el Banco Urquijo S.A. logra situarse en una situación ventajosa respecto del resto de acreedores de ENERVISA.

Lo consigue puesto que hasta el año dos mil cuatro no tenía una garantía de prenda sin desplazamiento constituida conforme a la ley, y a partir de entonces sí. Logra además ampliar el objeto de garantía, por un lado porque el crédito que se cubre como principal pasa de diez millones y medio de euros a once millones y medio, y por otro porque aunque inicialmente se limitaba a dicho crédito ahora se extienden a cualquier otra que se adeude a la mencionada entidad bancaria. Y por último, porque extiende la responsabilidad personal que en principio se refería exclusivamente a ENERVISA a otras empresas del grupo.

Es decir, se ha otorgado una garantía real a un crédito existente con anterioridad a la concesión de la garantía, pues aunque ciertamente el banco podía compeler a ENERVISA a elevar a público el contrato en que se constituye la prenda, no lo hizo, cualquiera fuera la razón y aunque fuese por conveniencia de la hoy concursada. Lo que se ha conseguido, a partir de julio de dos mil cuatro, es cambiar la naturaleza del crédito de la entidad bancaria, que ha pasado de ser exclusivamente ordinario a ser privilegiado, en evidente perjuicio del resto de los acreedores.

Por otro lado no ha habido prueba en contrario de que no haya perjuicio de acreedores. Sin duda no es necesario demostrar fraude, pues en tal sentido la nueva Ley Concursal ha moderado y racionalizado las previsiones de la normativa anterior. Pero sí ha existido perjuicio y las pruebas presentadas por el Banco no desvirtúan tal presunción, pues se sostienen exclusivamente en que convino a la acreditada que no se constituyera la garantía, conveniencia que seguro fue cierta, pero fue admitida y consentida por la hoy

demandada, que pudo exigir que se cumplieran las previsiones de la LHMPSDP, solicitando la elevación a pública de la póliza o su intervención por fedatario, y no lo hizo.
Ha sucedido, en consecuencia, lo que el legislador previene el art. 71 de la Ley Concursal, esto es, que un acreedor obtiene, dentro del periodo sospechoso, una garantía añadida sobre una deuda aparentemente nueva, pero que en realidad es anterior, mejorando de forma obvia su condición y posición frente a los demás acreedores de la concursada.
Todas esas razones justifican la procedencia de lo reclamado por la administración concursal y, en consecuencia, la rescisión de la garantía y la modificación de la calificación del crédito del BANCO URQUIJO S.A. ": Sentencia JM-1 Bilbao 9.09.2005 (Incidente Concursal 63/2005)

0.8.1.5 No es rescindible una hipoteca con antiguedad superior a dos años, aunque la operación garantizada se haya prorrogado dentro de este plazo

AP Baleares

"PRIMERO.- Con la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones se ejercita por la Administración concursal de Indalecio y Inés, acción de reintegración, por actos perjudiciales para la masa, alegando a tal fin que en fecha 26 de noviembre de 2004, la entidad BANCO DE CRÉDITO BALEAR, como acreedor, y MILLORCONS S.L., como deudor, concertaron una póliza de crédito y en el mismo día y con el fin de garantizar las obligaciones dimanantes de la referida póliza, los concursados como hipotecantes no deudores, constituyeron hipoteca sobre la finca de su propiedad; que llegada la fecha de vencimiento se fue renovando la misma con nuevas operaciones crediticias, hasta que finalmente en fecha 9 de enero de 2008, se concede nueva póliza, en la que expresamente se hace constar que el crédito está garantizado con la hipoteca constituida el 26 de noviembre de 2004; con base a ello, sostiene que tomando como referencia la fecha de la última póliza, debe rescindirse la garantía hipotecaria, por constituir un acto de disposición a título gratuito (art. 71.2 LC) o subsidiariamente, por tratarse de un acto dispositivo a título oneroso realizados a favor de alguna persona especialmente relacionadas con el concursado (art. 71.3.1) y con ello suplica se declare la rescisión del acto por el que se constituyó la garantía hipotecaria y se condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración.
A dicha pretensión se allanaron los codemandados Indalecio y Inés, formulándose oposición por la entidad bancaria demandada, al entender que la garantía hipotecaria constituida el 26 de noviembre 2004, garantizaba todas las renovaciones de la póliza de crédito hasta el 31 de diciembre de 2014 y con ello, que el acto que se pretende rescindir no se llevó a cabo dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, por lo que no concurre ninguno de lo supuestos del artículo 71 de la Ley Concursal; y que en cualquier caso, ni puede considerarse como acto gratuito, ni tampoco cabe presumir el perjuicio para la masa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.3.1, dado que se constituye la hipoteca para su propia beneficio indirecto.
(...)
Y al respecto, se ha de concluir como ya hiciera el juez a quo, que toda vez que en la propia escritura de constitución de la garantía hipotecaria impugnada, se hace expresa mención a que "esta cuenta de crédito con garantía hipotecaria constituida en la presente escritura se concierta para todo el tiempo que medie hasta el 31 de diciembre de 2014. En el caso que el Banco acuerde voluntaria y expresamente, a petición del deudor, renovar la póliza de crédito, estará ésta garantizada por la presente hipoteca hasta la fecha anteriormente indicada", debe entenderse que el acto denunciado se constituyó no al momento de formalizarse la póliza, sino al momento de otorgarse aquella escritura, y por tanto fuera del período temporal al que se refiere el artículo 71 de la Ley Concursal.
Añadir por último, que basta una simple lectura del contenido de las distintas pólizas suscritas entre BANCO POPULAR ESPAÑOL y MILLORCONS S.L., que han sido traídas al proceso, para refrendar lo argumentos expuestos en la resolución recurrida, en orden a que no se trata de nuevas operaciones crediticias y/o operaciones independientes, sino de simples renovaciones de la inicialmente concertada el mismo día que se constituyó la garantía hipotecaria; y así, en la póliza de crédito de 26 de noviembre de 2004 expresamente se estipula, como fecha de vencimiento el 26 de noviembre de 2005, pero que no obstante "las partes pactan expresamente que el crédito se irá prorrogando tácitamente por períodos iguales a un año hasta un máximo de 2 prórrogas, sin que sea necesario documentar dichas/s prorroga/s"; en la póliza de 5 de enero de 2007 se estipula como cláusula adicional que "la presente póliza es renovación de la formalizada entre las mismas partes por límite de 300.000 euros, vencida el 26-11-2006" (lo que debe entenderse como referencia a la prórroga tácita a que antes se hizo mención) y prueba de se concierta como mera renovación, lo avala igualmente el hecho de que se deje constancia en la misma, de que se cancela la anterior, tras efectuar el traspaso del "saldo de la primitiva a la actual", fijando su concreto importe. Y en igual sentido se expresa la póliza de 9 de enero de 2008, añadiendo como anexo "se hace constar que este crédito ésta garantizado con hipoteca en virtud de escritura de crédito de máximo con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario Don Francisco Garcia de la Rosa Homar, bajo su nº de Protocolo 2406, en fecha veintiséis de Noviembre de 2004". ":SAP Baleares (Sección 5) 18.03.2013 (Sentencia 108/2013; Rollo 189/2012)

0.8.2 Improcedencia de la rescisión si el bien gravado ya no forma parte de la masa

AP Barcelona

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

participaciones, que las compró en régimen de autocartera por un valor muy superior al que hubo de pagar la concursada.
En esto tiene razón la recurrente. No se acaba de entender el interés que puede tener para el concurso la reintegración de la garantía respecto de las participaciones de la sociedad Espectáculos Padró y Cabot cuando esas participaciones ya no se encuentran incluidas entre los activos del mismo, tal y como resulta de la acreditación de su venta en fecha 23 de octubre de 2008, aproximadamente tres meses después de pignoración. En realidad, con esta acción no se persigue la reintegración de ningún activo a la masa, razón por la que carece de interés para el concurso.
Por consiguiente, el éxito de la acción de reintegración debe quedar limitado a las participaciones que aún se mantienen en la masa activa del concurso, esto es, las correspondientes a la sociedad Multiplex Gran Vía, S.L.": SAP Barcelona (Sección 15) 04.07.2011 (Sentencia 289/2011; Rollo 91/2011)

0.8.2.1 Carencia sobrevenida de objeto al enajenarse la finca por ejecución de carga posterior

JM-1 Bilbao

"PRIMERO.- La polémica sobre objeto del incidente de rescisión.- ARYT HOLDING S.A., que constituyó hipoteca sobre el único bien de la concursada, EARCANAL S.A., mantiene que al haberse realizado el bien por la Tesorería General de la Seguridad Social, adquirido por un tercero, carece de objeto la demanda rescisoria que ha instado la administración concursal, porque el bien hipotecado ya no pertenece a la masa del concurso.
La administración concursal ha negado tal acrecencia sobrevenida puesto que, a su juicio, tal hipoteca es determinante para la calificación del crédito de ARYT HOLDING S.A. y para que surta efecto, en su caso, la previsión delart. 73.2 LC, que permite reintegrar la masa el bien.
Las discrepancias se han mantenido en la audiencia prevista en elart. 22.2 LEC, puesto que sigue afirmando el acreedor cuya garantía hipotecaria se discute que se ha pretendido modificar el objeto del proceso, cambiando la pretensión inicial, que sólo planteaba la nulidad de la hipoteca, pero no reclamaba la reintegración del bien a la masa y si no era posible, su equivalente.
Ciertamente laLey 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (LC), permite en sus arts. 71y ss rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiera intención fraudulenta (art. 71.1), pero también impugnar otros actos del deudor que procedan conforme a derecho (art. 71.6).
La cuestión que ahora se plantea deriva de los términos en los que la administración concursal ha planteado su demanda, que se concreta, exclusivamente, a la declaración de nulidad de la garantía hipotecaria constituida para asegurar la financiación de operaciones en el exterior de la concursada. Como se dice en el antecedente de hecho primero de esta resolución, lo que la administración concursal solicita, literalmente, es que se "declare rescindida la garantía hipotecaria constituida por las demandadas sobre la finca reseñada en el hecho primero de la demanda por considerarla perjudicial para la masa activa...".
No pretende, por lo tanto, restituir ningún bien que se haya transmitido por el concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, sino rescindir una garantía hipotecaria, que afecta a un bien que ha subastado extraconcursalmente la Seguridad Social y que ha adquirido un tercero que acudió al procedimiento administrativo de ejecución.
SEGUNDO.- Sobre la carencia sobrevenida de objeto.- Sentados los términos de lo que se dilucida en este incidente habrá que atender a la petición que se hace en la solicitud de la demandada para valorar si, efectivamente, concurre o no la alegada carencia sobrevenida de objeto señalada en elart. 22 LEC.
Lo que la administración solicita es la rescisión de la garantía hipotecaria, no la reintegración de algún elemento patrimonial, como el pabellón gravado con la hipoteca, al patrimonio del deudor concursado. Podría haberlo hecho, si el bien hubiera salido del patrimonio del deudor, pero esto acontece prácticamente al mismo tiempo que se interpone la demanda rescisoria, según la certificación aportada con la solicitud de que se declarara terminado el proceso por apreciarse la circunstancia que señala elart. 22 LC.
En consecuencia en la actualidad la realidad de hecho es que ARYT HOLDING S.A. dispone de garantía hipotecaria (inscripción 9ª), que recae sobre un bien que fue de la concursada, pero en la actualidad no lo es, ya que por una deuda posterior (letra G) de la que era titular la TGSS, fue subastada el trece de junio de dos mil seis y ahora se ha transmitido al mejor postor de dicha subasta.
Ante tal situación el concurso nada puede obtener con este incidente que pretende la rescisión de una hipoteca que afecta a un bien extraño a la masa activa del concurso conforme alart. 76 LC. No se pretende su reintegración a la masa activa del concursado, y por eso tampoco es posible pretender que supla al tercero conforme alart. 72.2 LC, porque no se ha demandado la reintegración, sino la nulidad de la garantía. Tampoco puede tener relevancia una hipoteca sobre un bien de un tercero, ya que no afectará a la calificación del crédito que ARYT HOLDING S.A. tiene frente a la concursada, en tanto que elart. 90.1.1º LCse refiere a bienes hipotecados o pignorados que pertenezcan al concursado. La calificación que el crédito merezca será la que proceda al margen de la existencia de la hipoteca, que ahora sólo puede hacerse efectiva, en su caso, frente al tercer adquirente, no frente al concursado.
Tiene por ello razón la parte demandada cuando alega que la demanda padece carencia sobrevenida de objeto, que la administración concursal no podía conocer porque cuando presenta la demanda desconocía que se había transmitido a un tercero. Ha sido después cuando se constata esa acrecencia sobrevenida, de modo que debe estimarse la pretensión y declararse finalizado el litigio en los términos que señala elart. 22.1 LEC.": Auto JM-1 Bilbao 30.04.2007 (JUR 2007/210876)

0.8.3 Caso de las hipotecas del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario

Véanse las resoluciones incluidas en la Disposición Adicional segunda, apartado 2.a), respecto del art 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

0.8.3 Caso de las garantías a las que sea aplicable el RDL 5/2005

Véanse las resoluciones incluidas en la Disposición Adicional segunda, apartado 3, respecto del Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública

0.9 Caso de simulación de contrato

0.9.1 Rescisión del contrato disimulado

Tribunal Supremo

"QUINTO. Desestimación de los demás motivos.
I.- Caracteriza la simulación relativa la existencia de dos negocios: el manifiesto o fingido y el serio u oculto.
El primero sólo sirve para disimular el segundo, razón por la que, en la valoración jurídica del conjunto, aquel no se toma en consideración, más que en su papel instrumental. En conocida expresión de un autor, cuando se desgarra el velo engañoso no queda huella de su existencia y, una vez descubierto el negocio oculto, la ilusión creada se disipa como la niebla en el aire.
Por ello, para decidir sobre la rescisión del acto o negocio realmente ejecutado, cuando se haya intentado ocultarlo bajo la apariencia de otro, será necesario, previamente, afirmar la simulación y hacerlo entraba en el ámbito de la cognición atribuida al Juez del concurso, en contra de lo que afirman las recurrentes en el motivo segundo.
II.- El derecho a una resolución jurídicamente fundada constituye, efectivamente, uno de los aspectos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24, apartado 1, de la Constitución Española e implica que contenga una motivación adecuada y suficiente en función de la naturaleza del caso y de las circunstancias concurrentes - sentencia 791/2011, de 11 de noviembre -.
Ello sentado, el defecto de argumentación que, respecto de la realidad del perjuicio causado a la masa activa por el acto de la deudora, imputan las recurrentes a la sentencia de segundo grado, no existe, salvo que se prescinda de que hubo una dación oculta y se fije la atención, exclusivamente, en la aparente compraventa, convenida, eso sí, por el precio de mercado.
En conclusión, la argumentación del Tribunal de apelación sobre el perjuicio causado a la masa activa con el intento de satisfacer a una acreedora mediante la dación en pago, es completa a los efectos del artículo 24 de la Constitución Española.": STS 26.12.2014 (Sentencia 715/2014; Recurso 802/2013)

0.9.2 Desestimación de la rescisión por ser nulo el contrato simulado y no existir ningún contrato disimulado

AP Madrid

"QUINTO.-Al margen de que la acción de reintegración nunca podría tener como efecto la condena a la demandada a pagar la renta de mercado calculada por la administración concursal, tal y como ya expusimos en el primer fundamento de derecho de esta resolución, lo cierto es que la acción ejercitada debe ser desestimada en tanto que, en realidad, como manifiesta la demandada apelante, el contrato cuya rescisión se pretende no existe al ser un contrato simulado.
Tal y como admite la administración concursal, la renta pactada nunca fue abonada por la arrendataria ni por el hijo del administrador social. Simplemente no se ha pagado renta alguna por la tolerada ocupación de la vivienda.
Los contratos se celebran en la misma fecha con la esposa del administrador de la concursada sobre la vivienda que constituye el domicilio familiar y con la pareja del hijo del administrador sobre la vivienda que constituye el domicilio de éste y su entonces pareja sentimental, sin que hubiera intención alguna de arrendarlos, por el contrario, de lo que se trataba era de aparentar un título que justificara la ocupación ante la situación de insolvencia de la sociedad en época inmediatamente anterior a la solicitud de concurso.
En consecuencia, se trata de un contrato simulado que encubre una situación de mero precario, sin que pueda ser objeto de rescisión un contrato nulo, el simulado, en tanto que la acción rescisoria se dirige contra actos válidos en el momento de su realización que, por tanto, no adolecen de ineficacia estructural. En definitiva, con la rescisión lo que se combaten son actos válidamente celebrados cuya ineficacia puede declararse, una vez declarado el concurso, por ser perjudiciales para la masa activa.
Por lo expuesto procede la estimación del recurso de apelación interpuesto por Josefina y la desestimación de la demanda en tanto que dirigida contra dicha demandada.": SAP Madrid (Sección 28) 07.03.2014 (Sentencia 74/2014; Rollo 523/2012)

0.10 Desestimación de la acción rescisoria por abuso de derecho o ejercicio ajeno a su ratio

Tribunal Supremo

“FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- Resumen de antecedentes.
Son hechos acreditados en la instancia, los siguientes:
1. La administración concursal de Dª Sabina interpuso una demanda incidental en ejercicio de la acción de reintegración del art. 71 LC contra la concursada, su hermano D. Dimas y la entidad mercantil Comercial Rafael Ribas, S.L., que fundó en los siguientes hechos:
- Comercial Rafael Ribas, S.L. formalizó con la entidad Caja Madrid un préstamo personal por importe de 233.000.-€ el día 23 de febrero de 2010.
- El préstamo fue avalado por Isba, S.G.R. (en adelante, Isba) el mismo día de la concesión del préstamo.
- Isba, como contragarantía del aval prestado, obtuvo el aval de D. Dimas y de las sociedades Utesma, S.L. y S.P.M. C., S.L., así como dos hipotecas sobre dos inmuebles, constituidas el mismo 23 de febrero de 2010. Uno de los inmuebles pertenecía a Dª Sabina y el otro a su hermano D. Dimas.
- Dª Sabina, religiosa, miembro de la congregación de las Misioneras Combonianas, fue declarada en concurso voluntario por Auto de 17 de enero de 2012.
Se argumenta que la hipoteca otorgada a favor de Comercial Rafael Ribas, S.L. es un acto gratuito, perjudicial para la masa; y, de forma subsidiaria, de ser oneroso, es perjudicial por haberse realizado a favor de personas especialmente relacionadas con la concursada.
2. Isba se opuso a la petición de rescisión de la hipoteca, alegando que Dª Sabina no es deudora de Isba; que el acto no fue gratuito porque merced al aval prestado se pudo obtener crédito; y que hubo beneficio para la concursada pues el préstamo fue destinado a una sociedad de su hermano. Finalmente, planteó una reconvención por existir abuso de derecho en el ejercicio de la acción de reintegración, pues los acreedores de Dª Sabina ascienden a 3.551,44.-€ y derivan de un piso propiedad de la concursada que ocupa en precario un hermano.
3. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca estimó íntegramente la demanda, desestimó la reconvención e impuso las costas a la demandada Isba. Entendió que el préstamo concedido a una sociedad de su hermano y la concursada "no recibió ningún euro del préstamo concedido y por el que Isba, S.G.R. condicionó el aval a la constitución de la hipoteca". Siendo la concursada una religiosa y no disponiendo de ingresos, "no se entiende la existencia de una hipoteca para garantizar deudas ajenas". Respecto de la alegación del demandado en la reconvención de que el ejercicio de la acción de reintegración es un abuso de derecho, entendió el Juzgador que la acción de reintegración pretende preservar el estado del patrimonio del concursado frente a determinadas conductas realizadas por el concursado. Por ello, concluyó, no se puede hablar de abuso de derecho.
4. Frente al recurso de apelación interpuesto por Isba, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca confirmó la sentencia de primer grado e impuso las costas al apelante. Estimó acertada la motivación de la sentencia del Juzgado Mercantil y "por remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar la totalidad de los motivos de impugnación", conforme al art. 120.3 LEC. Citó sentencias de la propia Audiencia Provincial y las SSTS de 8 de noviembre de 2012 y 27 de octubre de 2010, para destacar que lo relevante son las características de la operación que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la misma, y si ha habido o no una real reciprocidad de intereses en que consiste la onerosidad o, por el contrario, un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución del acervo patrimonial. En el presente caso, señaló, "no se desprende qué beneficio haya podido reportar a la concursada la constitución de la garantía impugnada, quien con la hipoteca constituida grava su patrimonio a favor de la recurrente y en garantía de un préstamo que se solicita para hacer frente a las dificultades económicas de su hermano y/o de sus empresas.
>> Tampoco cabe sostener que el ejercicio de la acción de reintegración [...] implique abuso de derecho, pues [...] la finalidad de la acción no es otra que preservar el estado del patrimonio del concursado...; [c]uestión distinta es si, con la petición de la declaración de concurso, no se pretendía otra cosa que forzar el ejercicio de la acción de reintegración para dejar sin efecto la garantía hipotecaria, pero tal extremo no puede ser objeto de análisis en el presente incidente, sino a lo sumo, en sede de impugnación de la propia declaración de concurso. (…)
II. RECURSO DE CASACIÓN
CUARTO.- Formulación del único motivo que funda el recurso.
El motivo de casación que se interpone al amparo del art. 477.2, apartado 3º LEC denuncia "la infracción del art. 7.2 CC y 11.2 LOPJ, por inaplicación de los mismos en relación con la doctrina del abuso del derecho, y presenta interés casacional al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".
Alega la recurrente que el importe de los créditos concursales reconocidos en el concurso abreviado de Dª Sabina es de 3.551,44.-€, de entre los que figuran, 112,10.-€ en concepto de "honorarios Consulta Tributaria", y otro, a nombre de su hermano Feliciano, de importe 2.620,64.-€ en concepto de Ibi, tasas de basura, derivados de un piso propiedad de la concursada, en el que habita en régimen de precario un hermano de la misma (que supone más del 73 % del total pasivo ordinario).
Ante tal contexto, sorprende que se interponga, dice, la acción de reintegración por unas deudas que sólo el alquiler del inmueble podría sufragarlos. La administración concursal no ha hecho el más mínimo intento de rentabilizar el piso. Todo ello, concluye, supone la existencia de un abuso de derecho, al perseguirse exclusivamente en este concurso la rescisión de una hipoteca otorgada por D. Dimas en nombre de su hermana haciendo uso de un poder general. Invoca y reproduce las SSTS núms. 942/1998, de 17 de octubre, y la núm. 974/2007, de 21 de septiembre.
La recurrente alega que su actividad es la prestación de avales ante entidades de crédito para facilitar a pequeñas y medianas empresas la obtención de financiación, a cambio de contragarantizar el aval.
Ante todo, señala, habría que determinarse si el acto de obtener esta contragarantía es un acto gratuito o es un

supuesto que admite prueba en contrario respecto del perjuicio que se predica. QUINTO.- Estimación del motivo. El abuso del derecho en el ejercicio de la acción rescisoria
1. Establece el art. 7.2 CC : "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso ".
Como criterio general, quien ejercita un derecho subjetivo, sea de la naturaleza que fuere, no ocasiona daño, según el principio "sui iure suo utitur nominen taedit" (el que ejercita su derecho no daña a nadie), o, en otras palabras, no causa un daño injusto, sino tolerado por el orden jurídico. La construcción del concepto "abuso de derecho" fue obra principalmente de la jurisprudencia, en la que debe destacarse la fundamental STS de 14 de febrero de 1944. Como principio de carácter general, el concepto de abuso del derecho, tuvo entrada en nuestro ordenamiento con ocasión de la reforma del Título Preliminar del Código Civil operado por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, y su texto articulado aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974. En el Preámbulo de la primera Ley alude al "expreso reconocimiento de algunos "principios generales" como el de la buena fe, el de la prohibición del abuso del derecho y el de la sanción del fraude de ley".
La Jurisprudencia posterior a la reforma de 1974 del Código Civil, ha conformado un cuerpo doctrinal al exigir para su apreciación la concurrencia de determinados requisitos. Unos, de "carácter objetivo", el exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (SSTS de 28 de enero de 2005, 7 de junio de 2011 y las más antiguas de 5 de abril de 1986 y 9 de febrero y 25 de junio de 1983) y otros, de "carácter subjetivo", la intención de perjudicar o la falta de finalidad sería, la inmoralidad y la antisocialidad del daño. Es decir, el daño es antisocial, abusivo el acto que lo ocasiona y anormal el ejercicio del derecho. La antisocialidad, como señala la doctrina, justifica que se declare la nulidad del acto y se le prive de efectos.
2. En el presente caso, sin excesivo esfuerzo, puede colegirse que la solicitud voluntaria de la declaración de concurso y el ejercicio de la acción rescisoria ejercitada (ex art. 71 LC) iban dirigidas exclusivamente a la rescisión de la hipoteca que la hermana otorgó a favor de la recurrente, como contragarantía del aval prestado por ésta con ocasión de un crédito concedido a la sociedad de su hermano, Comercial Rafael Ribas, S.L.
Varios son los elementos que concurren en el presente supuesto: (i) el exiguo pasivo concursal de 3.551,44.€ obedece a una serie de gastos e impuestos que ocasiona el piso propiedad de la concursada, que si bien aparecen a nombre de las entidades suministradoras, no por ello se imputan al referido piso; (ii) el piso aparece ocupado, en régimen de precario, por un hermano (Feliciano), que, conforme queda acreditado en autos, se comprometió a atender aquellos gastos; (iii) la administración concursal no hizo gestión alguna para cobrar del precarista los gastos del piso, que constituye prácticamente todo el pasivo ordinario; (iv) tampoco la administración concursal intentó resolver la situación de precario del ocupante del piso, para, posteriormente, arrendarlo a tercero, lo que hubiera supuesto que el arrendatario se hiciera cargo de los gastos, y obtener unas rentas que acaso podrían permitir atender las cuotas del préstamo; (v) siendo debidos los gastos que integran el pasivo ordinario por el ocupante, propiamente la concursada, Dª Sabina, no se hallaba en situación de insolvencia (art. 2 LC), faltando el requisito objetivo para que fuera declarada en declaración del concurso; (vi) el recurrente no pudo oponerse a la declaración de concurso, al desconocer que posteriormente iba a dirigirse la administración concursal contra él, con el fin de obtener la rescisión de la garantía hipotecaria que gozaba como consecuencia del aval prestado en la operación de crédito concedido a una sociedad de su hermano Dimas; y (vii) Isba no recibió de la administración concursal un requerimiento extrajudicial para tratar de alcanzar un acuerdo amistoso; (viii) la hipoteca fue constituida por Dimas usando un poder muy ámplio concedido por la hermana monja, consursada; (ix) la hipoteca se concedió al banco como contragarantía del aval prestado por la hermana, ahora concursada, con ocasión de un crédito concedido a la sociedad de su hermano, comercial Rafael Ribas, S.L.
Ciertamente, las acciones rescisorias que contempla el art. 71 LC tratan de proteger la masa activa del concursado en beneficio de la masa pasiva. Pero en el presente caso, tanto la presentación del concurso de acreedores como, posteriormente, el ejercicio de la acción rescisoria, supone una anormalidad e inmoralidad en el ejercicio del derecho y una antisocialidad del daño a tercero que se hubiera evitado, empleando una mínima diligencia por parte del hermano de la concursada, D. Dimas, primero y, posteriormente, por parte de la administración concursal, en la gestión de la masa pasiva. Sencillamente reclamando el importe de las deudas del piso a su ocupante o resolviendo el precario.
Por ello, el motivo se estima y declaramos la nulidad por abuso de derecho del ejercicio de la acción rescisoria, privándole de los efectos perseguidos. La aplicación restrictiva, excepcional y extraordinaria de la institución (SSTS de 22 de junio de 2010), en el presente caso, queda sobradamente justificada.": STS 15.09.2015 (Sentencia 490/2015; Recurso 2207/2013)

0.10.1 La acción rescisoria carece de fundamento cuando el patrimonio del deudor es suficiente para la satisfacción de todos los créditos concursales

AP Barcelona

"SEGUNDO.-6. Los siguientes hechos incontrovertidos o que resultan acreditados en autos son relevantes para la resolución del presente recurso de apelación:
1º.- Mediante auto de fecha 31 de marzo de 2011 fue declarado el concurso voluntario de CACAOLAT, S.A.
2º.- Con fecha 17.2.2011, la concursada presentó la comunicación del artículo 5.3 LC y, con fecha 15.3.2011, la solicitud de concurso.
3º.- Con fecha 1 de febrero de 2011, la compañía CASA ALEGRE GRUPO DE INVERSIONES, S.L. vendió a la

sociedad holandesa DHUL HOLDING, B.V. participaciones sociales, en concreto 3.063, de la compañía española GRUPO DHUL, S.L., por el precio de 4.391.562,42 euros. El pago del indicado precio de venta se aplazó conforme a un calendario de 104 pagos, fijando como primera fecha de pago, el 1 de febrero de 2011, y la última, el 22 de enero de 2013.
La estipulación quinta del referido contrato establece que CACAOLAT, S.A. (así como, CLESA, S.L., NUEVA HOTASA, S.L., GRUPO DHUL, S.L., ZOILO RUIZ-MATEOS, S.L., y Don. Íñigo, Lucio, Oscar, Sabino, Vidal, Luis Andrés y Pedro Miguel) garantizaban el pago del precio de la compraventa de forma solidaria con la compradora y, también, entre sí. Los referidos fiadores solidarios actuaron en ese acto de constitución de la garantía personal representados por el mandatario verbal Sr. Juan Alberto, que fue ratificado por todos y cada uno de los representados mediante escritura de ratificación de fecha 3 de marzo 2011 (todo ello conforme resulta de la escritura pública de compraventa y de la escritura pública de ratificación, acompañadas como documentos nº. 2 y 3 de la demanda).
El referido aval no consta inscrito en el registro de avales de la concursada CACAOLAT, S.A. ni, tampoco, en el de CLESA, S.L.
4º) La compradora, tras haber realizado los dos primeros pagos, incumplió su obligación de pago del precio de la compraventa, dejando una cantidad impagada de importe 4.385.702,93 euros.
5º) La sociedad GRUPO DHUL, S.L., fue declarada en concurso de acreedores mediante auto dictado por el Juzgado Mercantil nº 1 de Granada con fecha 15 de marzo de 2011. El informe provisional de la Administración Concursal de esa sociedad refleja un déficit patrimonial de 618 millones de euros.
6º) La sociedad CLESA, S.L., que ostenta la titularidad del 95% del capital social de la concursada, fue declarada en concurso de acreedores por auto dictado por el Juzgado Mercantil nº 6 de Madrid con fecha 30 de mayo de 2011.
7º) La concursada y las restantes entidades codemandadas mantienen vínculos comunes integrando el denominado "Grupo Nueva Rumasa". La Administración concursal de CACAOLAT, S.A. se refiere a ese "grupo" en los siguientes términos: " *aunque NUEVA RUMASA no es un Grupo mercantil de sociedades porque carece de sociedad dominante, sin embargo, a nuestro juicio, NUEVA RUMASA constituye un Grupo de Empresas* ", señalando que " *existe unidad en la toma de decisiones de las sociedades, sometidas a unidad de control y unidad de dirección"* (páginas 46 del informe de la AC, acompañado como documento nº 15 de la contestación a la demanda).
8º) Con fecha 28 de abril de 2011, CASA ALEGRE INVERSIONES, S.L., parte vendedora del contrato de compraventa de participaciones sociales, comunicó a la Administración Concursal de CACAOLAT, S.A. su derecho de crédito ordinario de 4.385.702,93 euros dimanante de la fianza solidaria del pago del precio de la compraventa (así resulta de la comunicación acompañada como documento nº 4 de la demanda). En la lista de acreedores concursales de CACAOLAT, S.A. consta reconocido ese derecho de crédito ordinario.
9º) Mediante auto de fecha 7 de noviembre de 2011 se adjudican los activos que integran la unidad productiva de CACAOLAT, S.A. por el precio total de 75.000.000 euros (documento nº 1 de la contestación a la demanda). Mediante auto de fecha 21 de diciembre de 2011 se decreta la conclusión de la fase común del concurso, sin procederse a la apertura de la fase de convenio ni de liquidación por hallarse pendiente el pago del precio de la unidad productiva por el adjudicatario para proceder a la satisfacción de los créditos concursales (documento nº 2 de la contestación a la demanda).
Es un hecho incontrovertido que, con la referida adjudicación de la unidad productiva, CACAOLAT,
S.A. ha dejado de estar incursa en una situación de insolvencia económica, para situarse en una situación de superávit patrimonial, se han conseguido los fondos necesarios para cubrir todo el pasivo de la concursada y todos los acreedores concursales ven satisfechos sus créditos.
10º) La demanda rectora del presente incidente concursal se formuló con fecha 1 de febrero de 2012.
TERCERO.- 7. El artículo 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.
8. Es una acción que nace con el concurso y tiene su justificación en atención al mismo. Se justifica para asegurar dos principios esenciales a la solución del concurso: de un lado, preservar la integridad del patrimonio, garantía de la satisfacción de los créditos; pues, la integridad del patrimonio del concursado constituye la principal garantía de cobro de los créditos de los acreedores concursales. Y, de otro, salvaguardar la *par condicio creditorum.* Así lo afirma el Tribunal Supremo, entre otras, en su reciente Sentencia de 30 de abril de 2014 (ROJ: 954/2014): " *Las acciones de reintegración son instrumentos esenciales para la satisfacción de los intereses de los acreedores, que constituye la finalidad primordial del concurso. Mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par condicio creditorum".*
9. La estimación de la acción rescisoria concursal lleva consigo la ineficacia del acto impugnado. Se trata de una ineficacia *ex nunc,* que opera desde la declaración, por lo que hasta entonces el negocio es válido. *El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración de concurso originan en la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude* (STS de 26 de octubre de 2012, ROJ: STS 7265/2012). Pues, como ha explicado la doctrina más autorizada, un negocio rescindible es aquél válidamente celebrado, por reunir los elementos esenciales del contrato (art. 1.261 CC), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (arts. 1.300 y ss. CC). Son negocios que no adolecen de ninguna ineficacia estructural, sino, en su caso, de ineficacia funcional. Pues, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que una vez declarado el concurso verán reducidas las garantías de cobro por la disminución del patrimonio del deudor como consecuencia de aquél acto.
Así, el artículo 71.1 LC sitúa el fundamento objetivo de la ineficacia en un concepto jurídico indeterminado: *el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios*

justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico. Pero, que tiene en común con el perjuicio de la acción pauliana *que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso* (STS de 26 de octubre de 2012).
10. De tal suerte, cabe afirmar respecto de la acción rescisoria, lo sostenido por el Tribunal Supremo en relación con la acción pauliana, que es una acción que se articula *en torno a la protección institucional del derecho de crédito, bajo el fundamento primario que otorga la responsabilidad patrimonial de nuestro artículo 1911 del Código Civil* (STS de 7 de septiembre de 2012, ROJ: STS 7508/2012).
La acción rescisoria concursal, como la pauliana, pretende evitar el perjuicio que para terceros acreedores puede derivarse de la aminoración del patrimonio del deudor como última garantía para el cobro de sus créditos, si bien en la rescisoria concursal es necesario, además, garantizar la *par condicio creditorum* en cuanto regla general de los procedimientos concursales. En ese sentido, como ha afirmado la mejor doctrina, el fundamento de la acción rescisoria concursal y, también, de la acción pauliana, es la recomposición del patrimonio del deudor, afecto a la satisfacción del crédito conforme al artículo 1911 CC y hoy al art. 76 LC [*Principio de universalidad.-1. Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del patrimonio].*
11. De lo expuesto se colige que la acción rescisoria carece de fundamento, y deja de tener razón de ser, cuando el patrimonio del deudor es suficiente para la satisfacción de todos los créditos concursales. Pues, como ya hemos afirmado, en la acción rescisoria el fundamento de la ineficacia no es estructural, sino funcional, esto es, en atención al perjuicio para los acreedores que una vez declarado el concurso verán reducidas las garantías de cobro por la disminución del patrimonio del deudor como consecuencia de aquél acto. En definitiva, la insolvencia patrimonial del deudor justifica la ineficacia del acto válido rescindido para recomponer el patrimonio del deudor y, de ese modo, poder satisfacer el crédito concursal, con respeto a la *par condicio creditorum.* La acción rescisoria carece de fundamento cuando todos los créditos anteriores al concurso están satisfechos; es la insolvencia del deudor, que impide su satisfacción, lo que justifica la declaración de ineficacia de un acto válido que comporta un sacrificio patrimonial injustificado para el deudor con la finalidad de recomponer el patrimonio y, de ese modo, evitar el perjuicio para la masa activa. En una situación de solvencia económica no tiene cabida la acción rescisoria concursal, por ser innecesaria para garantizar la satisfacción de los créditos concursales.
En un supuesto excepcional, pero que puede llegar a ocurrir como sucede en el supuesto de autos, en que todos los acreedores concursales ven sus derechos de crédito satisfechos o garantizados, carece de sentido recomponer el patrimonio del concursado mediante la ineficacia del acto válido impugnado con base en el art. 71.1 LC. Ha desaparecido el fundamento que justifica la acción rescisoria *ex* art. 71.1 LC, esto es, la lesión patrimonial del derecho de crédito de la masa pasiva que se produce en el concurso por la insolvencia del patrimonio del deudor.
12. Por todo ello, procede estimar el recurso de apelación y desestimar la acción de rescisión concursal *ex* artículo 71 LC ejercitada por la Administración Concursal de CACAOLAT, S.A." ": SAP Barcelona (Sección 15) 11.03.2015 (Sentencia 61/2015; Rollo 241/2014)

AP Madrid

"En el recurso de apelación se introduce el hecho de que la realización de la masa activa integrada por una vivienda valorada en 930.000 euros permite atender los créditos reconocidos en la lista de acreedores que según la demandada apelada ascienden a 312.278,60 euros, por lo que la garantía no ha supuesto perjuicio alguno para los acreedores (masa pasiva).
Dicha alegación, en realidad, integra una cuestión nueva y debe rechazarse por imperativo del artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que la administración concursal haya tenido siquiera la oportunidad de contradecirla.
En todo caso, tal hecho no supondría la exclusión del perjuicio para la masa activa aun cuando podría tener incidencia de haberse alegado oportunamente esa circunstancia en la medida en que el ejercicio de la acción no respondiera a su verdadera finalidad cual es la de proteger a los acreedores, si aquéllos podían cobrar íntegramente sus créditos aun cuando no se rescindiera la operación, lo que podría tener encaje en un ejercicio de la acción contrario a las exigencias de la buena fe o con abuso de derecho (artículo 7 del Código Civil).": SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 229/2014; Rollo 769/2012)

AP Oviedo

"QUINTO : Se alega por la apelante que el valor de la masa activa de "Sierra y Dorado, S.L." inventariada por la Administración concursal asciende a 5.127.924,97 euros, mientras que el pasivo aparece cuantificado en 2.213.951,98 euros, con lo que aún restando el inmueble hipotecado para asegurar un préstamo de 700.000 euros -inmueble que aparece valorado 2.359.656,95 euros- seguiría quedando un remanente por valor de 2.768.268,02 euros suficiente para afrontar el total de la masa pasiva pendiente de pago. Estas cifras se mantienen en el Plan de Liquidación de 20 enero 2012 en que la Administración concursal no solo parte de las mismas valoraciones tomadas en cuenta en su informe anterior sino que se reserva la posibilidad de solicitar la venta de los bienes afectos a créditos con privilegio especial toda vez que es posible que puedan ser satisfechos la mayor parte de los créditos con el producto obtenido por la venta de otros bienes sin cargas.
Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de esta cuestión, con ocasión de otra reintegración

que afectaba también a la concursada "Sierra y Dorado, S.L.", rechazando la posibilidad enervatoria de tales alegaciones. Así en la S.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 7-2-2013 se decía que "El planteamiento de este motivo del recurso nos remite a la cuestión de la suficiencia de bienes en el concurso y de la instrumentalidad en tales casos de la vía reintegradora como fuente de acrecimiento de la masa activa. Efectivamente, sabido es que las acciones de reintegración del art. 71 L.C. constituyen uno de los remedios para devolver a la masa activa los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor fallido en el período de dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso mediante actuaciones que hubieran resultado perjudiciales para aquella masa, lo que se obtiene mediante la declaración de ineficacia del acto impugnado con los consiguientes efectos de restitución in natura de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (art. 73-1 L.C.). Sentado lo anterior cabe reparar, no obstante, en que tanto los textos definitivos como el plan de liquidación señalan que la masa activa de la concursada "Sierra y Dorado, S.L." viene integrada por 7 bienes inmuebles libres de cargas así como otras 2 fincas sujetas a garantía hipotecaria (una de ellas pendiente del ejercicio de otra acción de reintegración), a lo que cabe añadir, en una proporción muy inferior, la existencia de inversiones financieras y otros derechos de crédito pendientes de cobro, siendo buena parte de ellos derechos litigiosos. Llegados a este punto y aún admitiendo que uno de los presupuestos de la acción de reintegración viene dado por su subsidiariedad respecto de la suficiencia patrimonial -que no subsidiariedad jurídica- de la concursada, lo bien cierto es que no resulta posible realizar tal pronóstico en el momento actual con un mínimo de certeza cuando nos encontramos con que el plan de liquidación aprobado mediante Auto de 30 mayo 2012 contempla la enajenación de la masa activa de una sociedad patrimonial integrada prácticamente en su totalidad por bienes de naturaleza inmobiliaria y con unas expectativas de realización que resultan obviamente dudosas habida cuenta del progresivo desplome del mercado en este sector, siendo así que un eventual fracaso en la obtención del avalúo asignado a cada uno de tales activos podría suponer en la práctica la imposibilidad de retomar con éxito en un momento ulterior la presente reintegración ante los más que probables obstáculos que habrían de surgir para conseguir la restitución de prestaciones en los casos en que, por el tiempo transcurrido, los bienes de que se trata hubieran desaparecido, devenido irreivindicables, depreciado (pues también el objeto de esta reintegración son bienes inmuebles), etc., todo ello en detrimento del interés del concurso, consideraciones todas ellas que conducen a entender que las alegaciones examinadas no pueden entorpecer la viabilidad de la acción de reintegración que nos ocupa".
Por otra parte no obsta a lo anterior el hecho de que la Administración concursal de "Sierra y Dorado, S.L." hubiera evaluado favorablemente la propuesta de convenio presentada en su día por la concursada en la que se asumía el pago, incluso, de las deudas de las otras sociedades del grupo -"Ferrallas La Carrera, S.L." y "La Carrera Metal 2010, S.L."- pues el procedimiento se vio abocado finalmente a la vía liquidativa, siendo de aplicación las consideraciones arriba expuestas a tal propósito.": SAP Oviedo (Sección 1) 24.07.2013 (Sentencia 252/2013; Rollo 546/2012)

0.11 Sobre la concurrencia del examen de los mismos hechos en sede de rescisiòn y de calificación

AP Barcelona

“PRIMERO.-La parte actora, tras haber requerido a la administración concursal a los efectos establecidos en el artículo 72 de la Ley Concursal y, en consecuencia, como legitimada subsidiaria, ejercita acción de reintegración de la compraventa realizada el 6 de abril de 2009, por la que la concursada CONSTRUCCIONES ISAU TORDERA S.L. vendió a SAUMET ELEMENTS S.L. la finca sita en el término municipal de Tordera, Polígono Industrial "Can Verdalet", parcela 92 (finca registral 20247 del Registro de la Propiedad de Pineda), por el precio de 48.384,11 euros. Según alegó la demandante, la venta se realizó a favor de una persona jurídica vinculada y por un precio inferior al del mercado. Por todo ello interesó se declarara la rescisión de la venta y la recíproca restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses.
La administración concursal y la concursada se opusieron a la demanda alegando, de un lado, la falta de legitimación activa de uno de los demandantes - STEAL PARK S.L.-, por no figurar como acreedor. En cuanto al fondo del asunto, aunque admiten que la venta se realizó por un valor muy inferior al de mercado, en el informe de calificación se incluyó esa operación y en la sentencia que puso término al incidente de oposición, además de calificar el concurso como culpable, se condenó a los administradores a que indemnizaran a la masa el perjuicio causado -la diferencia entre el precio pactado y el valor real del inmueble-.
SEGUNDO.-La sentencia de instancia acoge la excepción de cosa juzgada. En el fundamento de derecho segundo recuerda que la sentencia de calificación, de fecha 9 de septiembre de 2011, declaró el concurso como culpable, entre otros motivos, por la operación de compraventa objeto de la demanda. Por tal motivo los administradores de la concursada fueron condenados al pago de 88.415,89 euros, esto es, la diferencia entre el precio de la venta (48.384,11 euros) y el valor del bien (136.800 euros). A partir de lo dispuesto en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la juez a quo concluye que la cuestión planteada ya fue resuelta en la sentencia de calificación, que es firme, por lo que desestima la demanda de reintegración.
La parte actora recurre en apelación la sentencia, pues considera que no se dan los presupuestos de la cosa juzgada. La acción de reintegración, afirma la recurrente, es autónoma e independiente del resultado de la pieza de calificación. Por lo demás, en cuanto al fondo del asunto, se remite, en esencia, a lo alegado en la demanda.
La administración concursal y la concursada se oponen al recurso y solicitan se confirme la sentencia de instancia por sus propios fundamentos.
TERCERO.-El artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo".
La STS de 26 de junio de 2012 (ROJ 4559/2012), resume la jurisprudencia sobre esa institución, señalando

que "la cosa juzgada material es la situación jurídica en que se encuentra una determinada controversia cuando se ha dictado por el organismo jurisdiccional competente una resolución "con fuerza
o autoridad de cosa juzgada material". Su finalidad es impedir que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente y que sobre una misma cuestión que afecta a unas mismas partes, recaigan sentencias contradictorias, o bien que se reiteren sin razón sentencias en el mismo sentido.
La sentencia del Tribunal Supremo de 19 abril de 2006 señala que "la anterior conclusión resulta acorde con nuestra jurisprudencia, según la cual la cosa juzgada material crea una situación de plena estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que trasciende con eficacia al futuro, impidiendo reproducir la misma cuestión y volver sobre lo que inconmoviblemente estatuyeron los organismos jurisdiccionales, de tal manera que no sea posible hacer efectivo en procedimientos diversos los mismos derechos anteriormente declarados, es decir, que con un nuevo litigio se sustraiga a los medios propios de cumplimiento y ejecución del proceso en que se declaró un derecho, su modo de hacerlo efectivo, vedando con ello al juez del nuevo proceso toda actividad jurisdiccional sobre el asunto, incluso para dictar una declaración idéntica sobre él, porque en el supuesto de que el fallo sea contrario a la cosa juzgada, no se limita a que contenga disposiciones opuestas a ella, sino que basta que no las respete y sea contraria a su esencia al hacer declaraciones contrarias a ella de haber dejado la cuestión completamente resuelta, con posibilidad únicamente de actividad jurisdiccional posterior de aspectos que afecten a su efectividad (SSTS de 17 diciembre 1977 y 29 septiembre 2005, 553/2008, de 18 junio)".
La STS 164/2011, de 21 marzo, añade que "la cosa juzgada se extiende también: a) a la subsanación de aquellos errores ocurridos en el pleito anterior, ya que como afirma la sentencia de 10 junio 2002, no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30-7-96, 3-5-00 y 27-10-00)»"; y, b) además, según esta misma sentencia, alcanza a cuestiones que se han deducido de manera implícita en la demanda: la cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, [...] siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS 28-2-91 y 30-7- 96), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC.".
CUARTO.-En el presente caso, entendemos que no se da la necesaria identidad entre los objetos de uno y otro proceso. Es cierto que el Tribunal Supremo tiene dicho que los efectos de las sentencias firmes pueden proyectarse más allá de la triple identidad clásica -sujetos, petitum y causa de pedir-. Ahora bien, en el presente caso no coinciden las partes ni el petitum. Tampoco es idéntica, en términos jurídicos, la causa de pedir. En efecto, en la pieza de calificación la administración concursal invocó la venta de la finca " DIRECCION000 " como un supuesto incardinable en el artículo 164.2º-5º de la Ley Concursal -salida fraudulenta de bienes-, dirigiendo su pretensión de culpabilidad contra la concursada y sus administradores. En concreto y por lo que aquí se refiere, la administración concursal solicitó se condenara a los administradores de la concursada al pago de los perjuicios ocasionados con la venta, esto es, la diferencia entre el precio pactado y el valor real.
En la demanda que nos ocupa, por el contrario, la acción se dirige contra la concursada y la entidad compradora, postulando, además de la rescisión del negocio, la recíproca restitución de las prestaciones. La acción, además, se sustenta en el perjuicio para la masa activa del contrato impugnado.
Ciertamente, si se llegaran a ejecutar las dos sentencias, de ser condenatorias, podría producirse una situación de enriquecimiento injusto, dado que la masa activa obtendría, de un lado, la finca, como consecuencia de la rescisión y, de otro lado, el precio justo, como consecuencia de la condena a la reparación de daño. La administración concursal, de un lado, y el propio Juzgado, que conoce de los dos procedimientos, deberían adoptar en tal caso las medidas necesarias para evitar que esa situación se produzca.
QUINTO.-Descartada la excepción, en cuanto al fondo del asunto hemos de recordar que el artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, "serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, "cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). En concreto y por lo que se refiere al supuesto enjuiciado, el apartado primero del artículo 71.3º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, que son aquellas relacionadas en el artículo 93. De no existir dicha vinculación, el perjuicio debe ser probado (artículo 71.4º).
SEXTO.-Nadie ha discutido en el supuesto enjuiciado que el precio de la compraventa -48.384,11 euros- fuera inferior al valor real del inmueble transmitido (136.800 euros) y que, por tal motivo, la masa activa resultó perjudicada en 88.415,89 euros. En definitiva, dado que no se ha puesto en duda que el patrimonio de la concursada se vio menoscabado con el acto impugnado, debemos estimar la acción y declarar rescindida la venta.
En consecuencia, además de declarar la ineficacia de la compraventa, debemos ordenar la recíproca

restitución de las prestaciones. Esto es SAUMET ELEMENTS S.L. deberá restituir la finca denominada DIRECCION000 y, de forma simultánea, la masa activa deberá reintegrar al comprador el precio -48.384,11 euros-. El crédito lo será contra la masa por cuanto no se ha alegado ni probado la mala fe del comprador.”: SAP Barcelona (Sección 15) 17.07.2013 (Sentencia 301/2013; Rollo 202/2013)

“PRIMERO. 1. Las demandantes, Doña. María Rosario y STEAL PARK S.L., invocando la legitimación subsidiaria que a los acreedores reconoce el art. 72.1 LC, ejercitaron por la vía del incidente concursal la acción de reintegración que prevé el art. 71 LC, a fin de que fuera declarada la ineficacia de un negocio de compraventa de inmueble celebrado por la concursada, CONSTRUCCIONES ISAU TORDERA S.L., con una tercera sociedad, LASTOAR CONSULTING S.L., y se condenara a la adquirente a reintegrar a la masa las fincas vendidas.
2. La sentencia desestimó la pretensión por dos razones cumulativas:
En primer lugar, por el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, producida por la sentencia dictada en la sección de calificación del concurso, de fecha 9 de septiembre de 2011, que ganó firmeza. Relata la juzgadora que la administración concursal (AC) analizó en su informe de calificación las ventas de inmuebles realizadas por la concursada el 6 de abril de 2009 (una de ellas es objeto de la presente acción) para determinar si resultaba aplicable la presunción de culpabilidad consistente en la "salida fraudulenta de bienes" del patrimonio del deudor (art. 164.2.5º LC). Estas operaciones -indica la sentencia- fueron analizadas en sede de calificación y se concluyó que fueron hechas a precio de mercado y las fincas no salieron fraudulentamente del patrimonio de la concursada, "por lo que lo resuelto en la sentencia de calificación produce efectos de cosa juzgada sobre el presente procedimiento (art. 222 LEC) no pudiendo nadie ser condenado dos veces por los mismos hechos".
En segundo lugar, y en todo caso, la sentencia razona que no ha sido probado el perjuicio para la masa activa, al no haberse acreditado que el precio fuera inferior al valor de mercado, ya que la actora no aportó ningún dictamen pericial de tasación.
3. La parte demandante rebate en su recurso tales argumentos y reproduce sustancialmente sus iniciales alegaciones que (hay que decirlo) la demanda exponía de manera confusa y omitiendo una ordenada exposición de los hechos y del concreto contenido de los negocios jurídicos atacados.
SEGUNDO. 4. Damos la razón al apelante en lo que respecta a la improcedencia de apreciar el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, que proyectaría la sentencia de calificación del concurso, ya que, aun en el supuesto de que en el correspondiente incidente de la sección de calificación se haya analizado la causa de culpabilidad prevista en el art. 164.2.5º LC ("cuando en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos"), con referencia concreta a las mismas enajenaciones que aquí se cuestionan, no por ello opera la cosa juzgada respecto de la acción de reintegración que prevé el art. 71 LC, cuyos requisitos son distintos. Cabe por ello, como decisiones compatibles, la conclusión de que el negocio transmisivo de que se trate no supone una "salida fraudulenta de bienes" en el sentido del art. 164.2.5º LC y que, sin embargo, esa misma transmisión caiga bajo el ámbito de aplicación del art. 71 LC, por apreciarse que ha supuesto un perjuicio para la masa, "aunque no hubiere existido intención fraudulenta", como aclara el mismo precepto.”: SAP Barcelona (Sección 15) 23.10.2013 (Sentencia 373/2013; Rollo 203/2013)

“PRIMERO. 1. Las demandantes, Doña. Celsa y STEAL PARK S.L., invocando la legitimación subsidiaria que a los acreedores reconoce el art. 72.1 LC, ejercitaron por la vía del incidente concursal la acción de reintegración que prevé el art. 71 LC, a fin de que fuera declarada la ineficacia de dos negocios de compraventa de inmuebles celebrados por la concursada, CONSTRUCCIONES ISAU TORDERA S.L., con una tercera sociedad, NABINERS BUSINESS S.L., y se condenara a la adquirente a reintegrar a la masa las fincas vendidas.
2. La sentencia desestimó la pretensión por dos razones cumulativas:
En primer lugar, por el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, producida por la sentencia dictada en la sección de calificación del concurso, de fecha 9 de septiembre de 2011, que ganó firmeza. Relata la juzgadora que la administración concursal (AC) analizó en su informe de calificación las ventas de inmuebles realizadas por la concursada el 6 de abril de 2009 (de las que dos de ellas son objeto de la presente acción) para determinar si resultaba aplicable la presunción de culpabilidad consistente en la "salida fraudulenta de bienes" del patrimonio del deudor (art. 164.2.5º LC). Estas operaciones -indica la sentenciafueron analizadas en sede de calificación y se concluyó que fueron hechas a precio de mercado y las fincas no salieron fraudulentamente del patrimonio de la concursada, "por lo que lo resuelto en la sentencia de calificación produce efectos de cosa juzgada sobre el presente procedimiento (art. 222 LEC) no pudiendo nadie ser condenado dos veces por los mismos hechos".
En segundo lugar, y en todo caso, la sentencia razona que no ha sido probado el perjuicio para la masa activa, al no haberse acreditado que el precio fuera inferior al valor de mercado, ya que la actora no aportó ningún dictamen pericial de tasación.
3. La parte demandante rebate en su recurso tales argumentos y reproduce sustancialmente sus iniciales alegaciones que (hay que decirlo) la demanda exponía de manera confusa y omitiendo una ordenada exposición de los hechos y del concreto contenido de los negocios jurídicos atacados.
SEGUNDO. 4. Damos la razón al apelante en lo que respecta a la improcedencia de apreciar el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, que proyectaría la sentencia de calificación del concurso, ya que, aun en el supuesto de que en el correspondiente incidente de la sección de calificación se haya analizado la causa de culpabilidad prevista en el art. 164.2.5º LC ("cuando en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos"), con referencia concreta a las mismas enajenaciones que aquí se cuestionan, no por ello opera la cosa juzgada respecto de la

acción de reintegración que prevé el art. 71 LC, cuyos requisitos son distintos. Cabe por ello, como decisiones compatibles, la conclusión de que el negocio transmisivo de que se trate no supone una "salida fraudulenta de bienes" en el sentido del art. 164.2.5º LC y que, sin embargo, esa misma transmisión caiga bajo el ámbito de aplicación del art. 71 LC, por apreciarse que ha supuesto un perjuicio para la masa, "aunque no hubiere existido intención fraudulenta", como aclara el mismo precepto. ": SAP Barcelona (Sección 15) 23.10.2013 (Sentencia 377/2013; Rollo 198/2013)

0.12 Improcedencia de debate sobre la legitimidad y realidad del volumen cuantitativo de los créditos

AP Madrid

"OCTAVO.- La estrategia de la recurrente de intentar traer a este cauce procesal un debate sobre la legitimidad y realidad del volumen cuantitativo de los acreedores de PULPI SL, con la excusa de que ello pudiera servirle, de algún modo, para tratar de rebatir la producción de un perjuicio para la masa activa de aquélla, entraña una maniobra de distracción con la que se pretende llevar el objeto del incidente rescisorio a un ámbito que no es propio de él. Ya existen en el proceso concursal otros enclaves procesales que son los adecuados para debatir sobre la procedencia de la inclusión y por qué cuantía de créditos para así delimitar la masa pasiva del concurso (artículos 21.1.5 º, 75.2, 94 y 96 de la LC), que es a la que se estaría refiriendo la apelante, sin que puedan extrapolarse de ese marco las discusiones que puedan tener relación con ello.
Fijado allí donde corresponde hacerlo cuál sea el volumen real de los acreedores de PULPI SL, lo que en el presente marco procesal resulta de interés es que ésta se encuentra declarada en concurso, con lo que se halla sumida en una situación insolvencia (no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles - artículo 2.2 de la LC), y que ante tal circunstancia la administración concursal debe ejercitar las iniciativas pertinentes pare reintegrar al patrimonio de la concursada todo aquello que salió del mismo en un determinado momento previo a su declaración y que pueda ser objeto de una acción rescisoria (artículo 71 de la LC). Las aminoraciones de carácter patrimonial que interesan a la rescisión concursal, por su carácter erosivo para la masa activa, no son sólo las cuantitativas sino también las cualitativas, lo que da cabida entre ellas a la constitución de gravámenes. La constitución de garantías reales sobre bienes inmuebles implica, como señala la sentencia de la Sala 1ª del TS de 30 de abril de 2014, una disminución del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma aquél en la medida en que se afecta directamente al cumplimiento de una obligación por parte de un tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el incumplimiento por el deudor principal que es objeto de la garantía. Hay perjuicio, por lo tanto, sobre la masa activa, que es lo relevante en el seno del incidente rescisorio y es ese el objeto que aquí nos ha de ocupar.
Resulta improcedente, por lo tanto, intentar trasladar aquí, como propone la recurrente, un debate paralelo a propósito de otro asunto diferente, como lo es el de cuál debiera ser la real composición del pasivo de la concursada, lo que ha de fijarse allí donde corresponde hacerlo. No es el cauce rescisorio el adecuado para debatir sobre la verosimilitud de los créditos que la administración concursal de PULPI SL hubiera podido considerar oportuno reconocer al elaborar el listado de acreedores, puesto que el mismo es susceptible de ser impugnado por el procedimiento que está previsto al efecto, lo cual es suficiente para solventar, con las pertinentes garantías, cualquier polémica que se desease suscitar al respecto.": SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 232/2014; Rollo 859/2012)

00. Convenio y acciones de reintegración

00.1 No cabe inciciarlas tras el dictado de la resolución judicial aprobando el convenio, vigente éste

AP Castellón

"PRIMERO.- La mercantil Tot Pantalles S.L. presentó en fecha 19 de noviembre de 2009 demanda de incidente concursal por la que promovía la acción rescisoria concursal del artículo 71.1 de la LC contra la concursada Gres de Luna S.A. y las entidades con las ésta había suscrito diferentes prestamos con garantía hipotecaria elevados a públicos mediante escrituras otorgadas en fecha 24 de abril de 2008 ante el Notario de Castellón Don José Vicente Malo Concepción con nº de protocolo 1250 y 1258, Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Banco Popular S.A., Caixa D´Estalvis de Cataluña, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Banco Guipuzcoano S.A., Bankinter S.A. y Azuliber 1 S.L., así como contra la entidad que afianzó solidariamente el préstamo con garantía hipotecaria que constaba documentado en la primera escritura antes referida, la Sociedad de Garantía Reciproca de la Comunidad Valenciana.
En la demanda se afirmaba que en el informe emitido por la administración concursal de fecha 15 de diciembre de 2008 en el apartado de acciones a iniciar en beneficio de la masa activa se establecía al efecto la retroacción de préstamo con garantía hipotecaria de igual rango con afianzamiento de la SGR, con las entidades Bancaja, Banco Popular, Caixa de Cataluña, CAM, Banco Guipuzcoano, Bankinter y Azuliber suscrito en fecha 24 de abril de 2008 y se justificaba la legitimación activa en base a que la actora había requerido a la administración concursal mediante escrito de fecha 1 de junio de 2009 notificado el 2 de junio de 2009, que se aportaba como Bloque documental nº 2, a efecto de que ejercitara la correspondiente acción rescisoria concursal, habiendo trascurrido mas de dos meses sin que se hubiera ejercitado la expresada acción y que la actora era acreedora de la concursada, siendo titular de un crédito reconocido en el concurso, figurando en la lista de acreedores que incluía el inventario formulado el día 15 de diciembre de 2008 por la administración concursal.
Se fundaba la acción de rescisión de las hipotecas en su carácter de actos perjudiciales para la masa activa

realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, que se decía fue acordado por Auto de fecha 15 de septiembre de 2008, aportando copia de dicha resolución judicial como Bloque documental nº 1, manifestando que el destino de parte de los diversos prestamos hipotecarios dado por las diferentes entidades demandadas había sido cancelar, incluso anticipadamente, otras deudas que la concursada tenia con las mismas que no gozaban de garantía real, invocando como amparo legal de la pretensión deducida las presunciones de los apartados 2 y 3.2 el referido articulo 71 de la LC

El Juzgador de instancia incoó procedimiento de Incidente Concursal y acordó la inadmisión a trámite de la demanda conforme a lo dispuesto en el artículo 194 de la L.C por considerar impertinente la cuestión planteada. Se hace constar en la resolución de instancia que el motivo es que la parte actora solicita la acción rescisoria de contratos financieros obviando que actualmente el concurso de la mercantil Gres de Luna S.A se encuentra con un convenio aprobado mediante sentencia de fecha 10 de noviembre de 2009, que no ha sido recurrido, añadiendo que por ello se estima que el Juzgado mercantil no es el competente y que la pretensión de la actora debería ser interpuesta, en todo caso, ante la jurisdicción civil declarativa que procediera.

Recurre la parte actora dicha resolución judicial pretendiendo su revocación y que se admita a tramite su demanda, argumentando que no es acertado el criterio del juzgador de instancia que entiende que la aprobación del convenio comporta preclusión para la presentación de demandas incidentales en ejercicio de acciones rescisorias concursales, considerando la parte que lo correcto es entender que puede presentarse la demanda con anterioridad a la firmeza de la resolución que acuerde la conclusión del concurso, por lo que se dice que en este caso, al haberse dictado Sentencia aprobando el convenio en fecha 10 de noviembre de 2009 que por lo menos hasta el día 19 de noviembre no alcanzó firmeza, siendo esta la fecha en que se presentó la demanda origen de este procedimiento, y que no consta resolución por la que se haya declarado concluso el concurso de creedores, debe concluirse que la acción rescisoria esta presentada dentro de plazo.

SEGUNDO.- No procede la estimación del recurso. No puede admitirse el criterio de la parte recurrente que entiende que el límite temporal de la presentación de su demanda en ejercicio de la acción rescisoria concursal seria la firmeza de la resolución que acuerda la conclusión del concurso por cualquiera de las causas previstas en el articulo 176 de la LC, puesto que estimamos que no cabe ejercitar dicha acción cuando existe ya un convenio judicialmente aprobado, lo que comporta que han cesado todos los efectos de la declaración del concurso quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y que cesan en su cargo los administradores concursales (articulo 133.2 LC).

La perfección y eficacia inmediata del convenio provoca la extinción de los efectos del concurso que regula el titulo III de la L.C. y dentro de este titulo se regulan las acciones rescisorias y de reintegración que no parece lógico que se puedan ejercitar desconociendo las bases negociales de un convenio que prevé la satisfacción de los créditos con las quitas y esperas establecidas conforme a la masa activa existente y los frutos del ejercicio de la actividad empresarial de la concursada. En este sentido cabe citar la Sentencia de fecha 2 de mayo de 2006 de la A.P. de Barcelona, Sección 15, en la que se señala que "En atención a que la acción rescisoria concursal nace con el concurso y se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes con la aprobación del convenio y la cesación de todos los efectos de la declaración del concurso (Art.133.2 LC), podrá ejercitarse mientras tanto sin estar sujeta a otro plazo especifico, como puede estarlo las acciones de reintegración extraconcursales"

Por tanto, entendemos que es correcta la decisión de inadmitir a tramite la demanda cuando se ha presentado con posterioridad al momento en que se ha aprobado judicialmente el convenio, mediante sentencia de fecha 10 de noviembre de 2009, no siendo necesario tampoco que la sentencia de aprobación sea firme ya que la eficacia del convenio se produce con su aprobación conforme a lo dispuesto en el articulo 133.1 de la LC, que establece:"El convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que recurrida esta, quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, adopte el juez conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del articulo 197".

Este es el limite temporal para el ejercicio de la acción rescisoria concursal, el dictado de la resolución judicial, sin necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia, como parece sugerir la parte recurrente, siendo irrelevante el que aun pudiera ser recurrida al tiempo de presentación de la demanda como se dice en el recurso, debiendo señalar que en todo caso las alegaciones que efectúa la parte sobre la fecha en que la Sentencia de aprobación del convenio fue notificada a las partes no pueden ser tenidas en consideración dado que se hacen por primera vez en el recurso y no tenemos constancia alguna de este dato en la pieza del incidente concursal.

Por ultimo, debemos señalar que si tiene razón la parte apelante en cuanto discrepa de lo expuesto en la resolución de instancia referido a que la pretensión de la actora debería ser interpuesta, en todo caso, ante la jurisdicción civil declarativa que procediera, porque en la demanda no se promueven las acciones de rescisión ordinaria por fraude de acreedores de los artículos 1.290 y 1.291.3 del Código Civil sino la especifica acción rescisoria concursal del articulo 71 de la LC, que es la que se pretendía ejercitar a través de su demanda de rescisión y que solo cabe ejercitar dentro de un procedimiento de concurso siendo competencia del Juez del concurso, pero lo expuesto no tiene relevancia en orden a la estimación del recurso, siendo el motivo de la inadmisión a tramite de la demanda que funda el criterio del juzgador de instancia y que se ratifica, como hemos dicho, el que no cabe promover la acción cuando han cesado todos los efectos del concurso por la aprobación judicial del convenio.": AAP Castellón (Sección 3) 26.07.2010 (Auto 156/2010; Rollo 254/2010)

AP Guipúzcoa

"PRIMERO.-La representación de D. Jeronimo recurre en apelación la sentencia del Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián que desestima por falta de legitimación activa de su representado la demanda de incidente concursal dirigida por él frente a Inmobiliaria Adarra,
S.A. y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián (KUTXA) en ejercicio de acciones de

reintegración interesando, con carácter principal, que se declare la rescisión y consiguiente ineficacia del contrato de préstamo con apertura de crédito e hipoteca constituida sobre la finca nº NUM000 de San Sebastián, num. NUM001 de la CALLE000, con cuenta nº NUM002, formalizado e escritura de fecha 30 de diciembre de 2008, con efectos retroactivos al momento de su constitución, y con todos los efectos legales que se deriven de ello.
La parte apelante interesa que se decrete la nulidad parcial de la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones para que el Juzgado "a quo" dicte una nueva sentencia resolviendo las cuestiones de fondo que fueron objeto del proceso, o subsidiariamente, con los efectos procesales que según el criterio del Tribunal resulten procedentes.
Dicha parte alega como motivo del recurso la incorrecta interpretación de los arts. 71, 72.1 y concordantes de la Ley Concursal e indebida apreciación de falta de legitimación activa de su representado. La cuestión de si es posible o no ejercitar acciones de reintegración concursal una vez dictada la sentencia que aprueba el convenio en el procedimiento concursal ya ha sido discutida y resuelta en sentido favorable en los autos por auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 4 de mayo de 2012, lo que ignora la resolución recurrida. Y aun cuando se compartiese con la sentencia recurrida que los administradores concursales dejan de tener legitimación activa con la aprobación del convenio, no puede concluirse que también pierdan dicha legitimación los acreedores que pueden sustituirlo ex art. 72.1 LEC. Por otra parte, la resolución por parte de la Audiencia Provincial de las cuestiones objeto del proceso, privaría a las partes de la segunda instancia sobre ese fondo, lo que resulta inadmisible, y justifica que se declare la nulidad parcial de la sentencia y su reposición al momento de su dictado a fin del que el Juzgador de instancia dicte nueva sentencia resolviendo sobre el fondo.
La representación de KUTXABANK, S.A. se opone al recurso de apelación formulado y solicita su desestimación, con expresa imposición de costas al recurrente.
SEGUNDO.-A los efectos de la resolución del presente recurso de apelación, se estima de interés precisar cuál fue el objeto del pronunciamiento del auto de esta Sección de fecha 4 de mayo 2012 citado por la parte apelante como fundamento de su pretensión. El citado auto resolvió el recurso de apelación interpuesto por la representación del Sr. Jeronimo contra el auto del Juzgado de lo Mercantil de 5 de enero de 2012 que acordó inadmitir a trámite su demanda por entender, en síntesis, que habiéndose dictado sentencia aprobando el convenio propuesto por la mercantil concursada INMOBILIARIA ADARRA, ello vedaba el ejercicio de acciones de reintegración como las articuladas por el demandante. Por consiguiente, la Sala se pronunció única y exclusivamente respecto a si era o no factible el ejercicio de acciones de reintegración en dicha fase del concurso, pero no se pronunció sobre la legitimación activa del demandante, puesto que una cosa es que sea posible el ejercicio "en abstracto" de una determinada acción y otra distinta que quien la ejercite tenga legitimación activa para ello.
Tal y como tiene declarado la doctrina jurisprudencial, en este sentido la STS de 20 de mayo de 2005, "la legitimación es una figura jurídica de derecho material y formal cuyos límites ofrecen hoy, merced a la labor de la doctrina tanto científica como jurisprudencial, la suficiente claridad para no dar lugar en términos generales a dudas, ya que se trata de un "instituto" que tanto en sus manifestaciones de derecho sustantivo ("legitimatio ad causam") como adjetivo ("legitimatio ad processum") constituyen una especie de concepto puente en cuanto sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar (capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en el derecho adjetivo) y la claramente real y efectiva de "disposición" o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primerasque son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar o desarrollar, lo que da lugar a que mientras que en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción
o a su falta".
La legitimación activa, en cuanto capacidad para ser parte en el procedimiento concursal ejercitando acciones de reintegración, corresponde a la administración concursal, si bien la ley prevé que puedan estar legitimados subsidiariamente los acreedores que habiendo instado de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto de que se trata de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, ésta no hubiere formulado la demanda en el plazo de los dos meses siguientes al requerimiento.
En el caso de autos, el demandante-apelante sostiene que goza de legitimación activa con fundamento en lo dispuesto en el art. 72.1 LC porque, efectuado el requerimiento a la administración concursal para el ejercicio de la acción en el término legal, ésta no la ha ejercitado.
Ahora bien, da la casualidad de que el demandante-apelante dirigió a la administración concursal el requerimiento el día en que se dictó sentencia que aprobaba el convenio (19 de septiembre de 2011), fecha en la que el convenio había adquirido plena eficacia (art. 133.1 LC), lo que determinaba el cese en su cargo de los administradores concursales (art. 133.2 LC), sin que conste que se hubiera previsto su continuación en el cargo a los efectos del ejercicio de acciones de reintegración. La parte demandante -apelante pretende fundamentar su legitimación en la falta de ejercicio de las acciones por parte de la administración concursal cuando dicho ejercicio ya no era posible por parte de la misma por el cese de dicho órgano, lo que no resulta admisible, por lo que no cabe sino compartir el pronunciamiento de la sentencia de instancia en el sentido de que el Sr. Jeronimo carece de legitimación activa para plantear la demanda interpuesta.
Por otra parte, consideramos de interés señalar que, con posterioridad al dictado por esta Sala del auto de fecha 4 de mayo 2012, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en autos de fecha 14 de mayo y 10 de julio de 2012, por lo que podemos hablar de una doctrina jurisprudencial del mismo en el sentido de que "si bien ciertamente la aprobación del convenio no supone la conclusión del concurso, que queda condicionada a la declaración firme de su cumplimiento (art. 176.1.2º en relación con art. 141 LC), y no obstante determinar el art. 8 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio que "...La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan

contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil... " y establecer respecto de nuevos juicios declarativos el art. 50 del mismo texto concursal que " 1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso ", una interpretación sistemática de los preceptos de dicha Ley Concursal, poniendo en coherente conexión la ubicación del art. 50 dentro del título III "De los efectos de la declaración de concurso " con lo dispuesto en el art. 133.2, conforme al cual desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, lo establecido en el art. 143.2 en relación con el art. 141.3 y 4, que determinan la apertura de la fase de liquidación del concurso en caso de incumplimiento del convenio, y la aplicabilidad durante esa fase de liquidación de las normas contenidas en el título III de la Ley que dispone el art. 147, permite concluir que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio". Si es esto es así es porque se entiende, tal y como declara expresamente el auto de 14 de mayo de 2012 que: "En principio, y salvo que la ley especifique otra cosa, la referencia que el art. 133.2, de la Ley 22/2003 hace a que "desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio", alcanza a los efectos de la declaración del concurso regulados en el título III", lo que supone que desde la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, decae la posibilidad de ejercitar las acciones nacidas del art. 71 LC, salvo que se trate de acciones ya entabladas (el apartado 3 del art. 133 LC actualmente en vigor contempla expresamente que los administradores concursales conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso), sin perjuicio del derecho que asiste a la parte para ejercitar fuera del concurso las acciones impugnatorias que le correspondan.
En consecuencia, y por todo lo anteriormente expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la resolución impugnada.”: SAP Guipúzcoa (Sección 2) 31.05.2013 (Sentencia 167/2013; Rollo 2118/2013)

AP Pontevedra

“PRIMERO.-En virtud del precedente Recurso por Alanjama SL se pretende la revocación del Auto de 21 de marzo de 2012 dictado en el procedimiento de Incidente Concursal nº 72/12 sobre ejercicio de acciones de reintegración, por el que se declaró la falta de competencia del Juzgado Mercantil para el conocimiento de la acción rescisoria, al haberse aprobado el convenio se imposibilita de manera automática el ejercicio de tales acciones nacidas al amparo del art. 71 de la LC puesto que su aprobación lleva consigo el cese de todos los efecto del concurso sobre la base de lo estipulado en el art. 133 de la LC.
Argumenta el apelante a su favor que si bien es cierto que el convenio de la Concursada Viuconsa está aprobado y vigente, no por ello está concluido el concurso ni impide que se pueda instar la acción de rescisión ante el juzgado de lo mercantil, único competente para el conocimiento del asunto y de no ser así el juzgado contravendría su propia sentencia de 1 de abril de 2009 así como de 22 de julio de 2009 de esta misma Sección de la AP.
El primer motivo de recurso debe rechazarse a limine litis porque lo que la SS de esta AP estableció el 22 de julio de 2009 fue literalmente que:
"La acción rescisoria concursal nace con la declaración de concurso y finaliza con su conclusión, por lo que, cabalmente, ni siquiera habría de quedar sujeta al plazo de caducidad cuatrienal de las acciones rescisorias comunes. Es cierto que la ley dicta normas tendentes a asegurar que los administradores concursales, -legitimados primarios para el ejercicio de la acción rescisoria-, cumplan fielmente con su obligación de rescindir los actos perjudiciales para la masa realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, estableciendo, entre otras cosas, la obligación de incluir en el inventario, -art. 82.4 -, una previsión de las posibles acciones de reintegración de la masa, pero en ningún lugar establece que tales acciones deban ser ejercitadas en el plazo de diez días señalado para las pretensiones de impugnación del inventario y de la lista. La cuestión, por su claridad, no merece mayor razonamiento."
Que las acciones rescisorias nazcan con la declaración del concurso y finalicen con la conclusión del mismo no empece sino que apoya la tesis de la resolución a quo en el sentido de que la firma del convenio lleva consigo la imposibilidad del ejercicio de acciones rescisorias, lo que implica *de facto* la conclusión del concurso a tales efectos, con ello termina la competencia del juez del concurso para el conocimiento de la acción, sin perjuicio de las que civilmente puedan ejercitarse por la acreedora recurrente si se cree asistida de razón.
SEGUNDO.-En segundo lugar sostiene la recurrente -en una formulación negativa del motivo de recurso- que el art. 133 de la LC *no prevé la imposibilidad* de ejercitar las acciones rescisorias por parte de cualquier acreedor siempre y cuando esté legitimado al haber cumplido con el requisito previo establecido por el art.72 de la LC de haber solicitado en primera instancia a la Administración concursal que ejercite la acción de rescisión, lo cual efectivamente ha probado a través de los documentos 2 y 3 de la demanda de incidente concursal. Asimismo tampoco comparte el Letrado de la recurrente que solo cabría que la administración concursal interpusiera la acción si es que se hubiera previsto en el convenio.
Pues bien, el art. 133 de la LC es del siguiente tenor, y aclara cualesquiera dudas que sobre la competencia del juez del concurso en el caso de ejercicio de acciones rescisorias una vez aprobado el convenio:
"1. El convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón

del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza.
Al pronunciarse sobre el retraso de la eficacia del convenio, el juez podrá acordarlo con carácter parcial.
2. Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el art. 42, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento.
Los administradores concursales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale.
3. No obstante su cese, los administradores concursales conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme.
4. Con el previo consentimiento de los interesados, en el convenio se podrá encomendar a todos o a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, fijando la remuneración que se considere oportuna Véanse arts. 1313 LEC y 8, 26, 37, 40,47, 50 y 54 art.8 art.26 art.37 art.40 art.47 art.50 art.54 de la presente Ley."
Pues bien, la Sala discrepa de lo argumentos de la apelante y comparte plenamente los de la resolución a quo. No podemos perder de vista que la acción que se ejercita por la acreedora se fundamenta en el artículo 71 de la LC, la acción rescisoria concursal - que tiene por objeto rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso con la finalidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso -, y al respecto la SAP de 2 de mayo de 2006 de la Sección 15 ª de la Audiencia Provincial de Barcelona tiene declarado que tal acción *" nace con el concurso y se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes con la aprobación del convenio y la cesación de todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC), podrá ejercitarse mientras tanto sin estar sujeta a otro plazo específico, como pueden estarlo las acciones de reintegración extraconcursales. Aunque, en principio, la acción nace como consecuencia de la declaración de concurso, y, en concreto, por los efectos que produce para los actos comprendidos en el periodo sospechoso (arts. 71 y ss. LC), en la práctica habrá que esperar al nombramiento de los administradores concursales, legitimados originariamente para ejercitarla, y más en concreto a que este órgano concursal quede válidamente constituido, (...). Dentro del concurso, puede ejercitarse en cualquier fase, antes de su conclusión y no necesariamente durante la fase común." (Pte. Sr. Sancho Gargallo).*
En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Oviedo en Sentencias de 2 de julio de 2010 Pte. Sr. Antón Guijarro) cuando dice *: "Hemos de tener presente asimismo que el ejercicio de las acciones de reintegración resulta viable cualquiera que sea la fase en que el proceso concursal se encuentre, desde el momento de la declaración judicial del concurso hasta el de su conclusión, (...). En cualquier caso, lo relevante a los fines que aquí se debaten es que no existe ningún condicionante de orden temporal ni supeditación a ninguna fase procesal para su planteamiento."*
Más explícita si cabe la AAP de Castellón de 26 de julio de 2010 que a su vez cita la de la AP Bcna:
"La perfección y eficacia inmediata del convenio provoca la extinción de los efectos del concurso que regula el titulo III de la L.C y dentro de este titulo se regulan las acciones rescisorias y de reintegración que no parece lógico que se puedan ejercitar desconociendo las bases negociales de un convenio que prevé la satisfacción de los créditos con las quitas y esperas establecidas conforme a la masa activa existente y los frutos del ejercicio de la actividad empresarial de la concursada. En este sentido cabe citar la Sentencia de fecha 2 de mayo de 2006 de la A.P de Barcelona, Sección 15, en la que se señala que "En atención a que la acción rescisoria concursal nace con el concurso y se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes con la aprobación del convenio y la cesación de todos los efectos de la declaración del concurso (art.133.2 LC), podrá ejercitarse mientras tanto sin estar sujeta a otro plazo especifico, como puede estarlo las acciones de reintegración extraconcursales"
Por tanto, entendemos que es correcta la decisión de inadmitir a tramite la demanda cuando se ha presentado con posterioridad al momento en que se ha aprobado judicialmente el convenio, mediante sentencia de fecha 10 de noviembre de 2009, no siendo necesario tampoco que la sentencia de aprobación sea firme ya que la eficacia del convenio se produce con su aprobación conforme a lo dispuesto en el artículo
133.1 de la LC, que establece: "El convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que recurrida esta, quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, adopte el juez conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 197.
Este es el limite temporal para el ejercicio de la acción rescisoria concursal el dictado de la resolución judicial, sin necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia, como parece sugerir la parte recurrente, siendo irrelevante el que aun pudiera ser recurrida al tiempo de presentación de la demanda (...)"
En consecuencia y con una reposada lectura del párrafo 2 º y del 3º del art. 133 se colige que no se trata ya de que la LC no prohíba o imposibilite el ejercicio de acciones concursales, sino que al contrario declara concluido el concurso por el convenio y cesando todos los efectos de la declaración de concurso, y los administradores concursales SOLO conservan su legitimación para continuar los *"incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, y para actuar en la Sección Sexta hasta que recaiga sentencia firme".*
Fuera de estos casos señalados en la LC los Administradores concursales no podrán actuar una vez que el concurso haya concluido por la firma del convenio, y por ende menos aún los acreedores concursales por más que los hayan requerido para actuar en tal sentido y no lo hubieran hecho dentro de los plazos que marca el art. 72.1 de la LC.
No obsta a lo anterior que el convenio no sea un fin en sí mismo, como dice la recurrente, es un medio que tiende a regularizar las relaciones jurídicas de contenido patrimonial entre deudor y sus acreedores pero lo que no puede negarse es que con él concluye el concurso dentro de los límites que el propio art. 133 de la LC fija, y

que no pueden extenderse más allá haciendo "revivir" acciones de reintegración que sólo podrían continuarse si es que estuvieran en curso o bien el mismo convenio previera su ejercicio cual hace notar la juzgadora a quo. Tampoco es óbice a este razonamiento que el art. 176.1.2 establezca como causa de conclusión del concurso el de "cumplimiento del convenio" en la medida que ello es compatible con el art. 133 que fija el margen de actuación de los administradores concursales y las acciones que ellos pueden ejercitar, estableciendo la preclusión para todas excepto para la permitidas dentro del concurso.
TERCERO.-Por último, el apelante considera que el espíritu de las acciones de reintegración es mejorar la masa activa de la concursada al reintegrar a la sociedad activos que nunca debieron haber salido de ella lo que no puede sino redundar en su beneficio y de cada uno de los acreedores, lo que fundamente la estimación de su recurso.
No obstante tal alegación, lo único que se debate en este Incidente es la competencia del juez del concurso que no el ejercicio de las acciones rescisorias civiles ordinarias al amparo de los art. 1290 y ss del C.Civil, es más, la propia cita que el Recurrente hace del autor Sr. Aznar Giner, no viene a darle la razón cuando en relación a la cuestión suscitada dice que *"la respuesta...nos la dan los artículos 176 de la LC y 133 de la LC; la demanda puede presentarse hasta la conclusión del concurso o la sentencia que apruebe el convenio, con el consiguiente cese de la administración concursal ",* luego es precisamente la aprobación del convenio la que cierra el incidente concursal que nos ocupa *con el consiguiente cese de la administración concursal.*
En este sentido tiene razón absolutamente la juzgadora a quo cuando argumenta que una vez que se aprueba el convenio (el de Viuconsa se aprobó por Sentencia de 1 de septiembre de 2010) los acreedores están vinculados por él y si se cumple el éxito de la acción de reintegración no tiene ninguna influencia en el estadio del concurso porque quedarían extinguidos definitivamente los créditos de los acreedores afectados por aquel que no podrán reclamar la satisfacción de su crédito sino en los términos acordados, y por ello *solo en el caso de que éste se incumpla y así se declare por el Juez del Concurso cobra relevancia que éste asuma la competencia sobre las acciones de reintegración distintas de las amparadas en el artículo 71 de la LC*
Concluyente es también el Auto de 24 de enero de 2012 dictado por el TS sobre cuestión de competencia entre un Juzgado de primera instancia y el mercantil, que cita la apelada Viuconsa en la oposición al recurso:
"La presente cuestión de competencia, suscitada entre el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona y el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, a iniciativa del primero, y que se centra en determinar cuál de dichos órganos jurisdiccionales es el competente para el conocimiento de la causa, ante la existencia de un procedimiento concursal anterior en que ha recaído sentencia firme de aprobación del convenio, debe resolverse, conforme dictamina el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar competente al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid pues, si bien ciertamente la aprobación del convenio no supone la conclusión del concurso, que queda condicionada a la declaración firme de su cumplimiento (art. 176.1.2º en relación con art. 141 LC), y no obstante determinar el art. 8 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio que "...La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil... " y establecer respecto de nuevos juicios declarativos el art. 50 del mismo texto concursal que " 1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso ", una interpretación sistemática de los preceptos de dicha Ley Concursal, poniendo en coherente conexión la ubicación del art. 50 dentro del título III "De los efectos de la declaración de concurso" con lo dispuesto en el art. 133.2, conforme al cual desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, lo establecido en el art. 143.2 en relación con el art. 141.3 y 4, que determinan la apertura de la fase de liquidación del concurso en caso de incumplimiento del convenio, y la aplicabilidad durante esa fase de liquidación de las normas contenidas en el título III de la Ley que dispone el art. 147, permite concluir que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio. "
Mucho más aún, si se trata de acciones de no tienen trascendencia para el patrimonio del deudor en sentido negativo.
En suma, el recurso debe desestimarse y mantenerse la falta de competencia del juez mercantil para el conocimiento de la acción que nace el art. 71 que solo tiene sentido mientras el Concurso perdura, de tal manera, que como acontece en estos autos, habiendo cesado en sus efectos el concurso por la aprobación del convenio como también los administradores (resultado subsidiaria la legitimación del acreedor) el ejercicio de la acción deviene imposible salvo que el propio convenido lo hubiese previsto expresamente - por ejemplo a instancia de los administraciones concursales que así lo hubiesen considerado necesario-, pero no impide que puedan ejercitarse las otras acciones impugnatorias extraconcursales, renaciendo la legitimación activa prevista legalmente fuera del concurso. Ello con independencia de que para la completa terminación de concurso se requiera del cumplimiento del convenio, lo que no significa que deban perdurar los efectos del mismo y que por ello el Juez que conoce del mismo siga ostentado la ante dicha "vis atractiva" sobre los procedimientos que contra el deudor se entablen, efecto que -se reitera- cesó con la sentencia que aprobó el convenio alcanzado. “:SAP Pontevedra (Sección 1) 28.09.2012 (Sentencia 149/2012; Rollo 608/2012)

00.1.1 Tras el transcurso del plazo sin que medie oposición a la aprobación del convenio, aunque aún no se haya formalmente aprobado

AP Barcelona

“Per remissió, dons, al·lega, en síntesi: que l'acció de reintegració es va instar abans que finalitzés el termini per a l'aprovació judicial dels convenis i molt abans que es dictessin les sentències aprovatòries dels convenis; que la sentència no es basa pròpiament en la falta de legitimació activa, sinó en l'extemporaneïtat de l'exercici; que l'AC està legitimada per exercir l'acció de reintegració i que no hi ha hagut falta sobrevinguda de legitimació activa per conseqüència de l'aprovació dels convenis dels concursats.
5. L' article 128 LC estableix que es podrà formular oposició a l'aprovació judicial del conveni en el termini de deu dies, comptat des de la data de conclusió de la junta, en el cas que en aquesta s'accepti una proposta de conveni. Conformement a l' article 130 LC, transcorregut el termini d'oposició sense que se n'hagi formulat cap, el jutge dictarà sentència tot aprovant el conveni acceptat per la junta, tret del que estableix l'article següent - que tracta del rebuig d'ofici del conveni acceptat.
Les dades cronològiques que tenen interès per resoldre el recurs d'apel·lació, exposades a la sentència del jutjat i no qüestionades en la segona instància, són les següents:
-Els concursos dels Srs. Marcial, María Teresa, Ramón i Belinda es van declarar el mes de maig de 2009. Es van tramitar de manera paral·lela o acumulada, en termes que no consten exactament en aquest procediment de reintegració.
-Per interlocutòria de 13 de juliol de 2010, es va convocar la junta de creditors.
-La junta va tenir lloc el dia 12 de novembre de 2010 i va aprovar la proposta de conveni presentada pels concursats.
-El 29 de novembre de 2010 es va presentar la demanda d'acció de reintegració.
-El 16 de febrer de 2011 es va dictar la sentència que aprovava judicialment el conveni aprovat per la junta.
6. És cert, com ja anticipa la sentència del jutjat mercantil, que al moment que l'AC va presentar l'acció de reintegració, el 29 de novembre de 2010, no s'havia dictat encara la sentència prevista en l' article 130 LC, d 'aprovació judicial del conveni de la junta, la qual es va dictar més tard.
Aquest retard, però, tal com exposa la sentència impugnada -sense que s'hagi desvirtuat-, no obeeix a cap de les dues úniques raons que l' article 130 LC, en relació amb l' article 131 LC, preveu com a obstatives d'aquella sentència: que s'hagi formulat oposició al conveni o que el jutge aprecïi, d'ofici, alguns dels defectes previstos en l' article 131 LC. La demora, per tant, no té més explicació que l'elevat volum d'assumptes que pesa sobre uns jutjats mercantils que, malgrat els esforços personals, tenen uns recursos limitats.
De no existir aquestes circumstàncies anòmales, transcorregut el termini de 10 dies de l' article 128 LC, el jutjat hagués dictat la sentència -les sentències- d'aprovació dels convenis i, per tant, la providència de 13 de gener de 2011 no hagués pogut admetre l'acció de reintegració instada per l'AC, atesa la conjugació de les dues causes que rauen en la sentència impugnada: la falta de legitimació de l'AC i l'extemporaneïtat de l'acció exercitada. Considerem, com ha considerat la jutgessa i com va donar a entendre Unnim en contestar la demanda, que la dilació de l'aprovació del conveni no pot capgirar les previsions de la LC tot permetent que, en el seu curs, s'introdueixin per una via artificiosa obstacles a l'eficàcia del conveni.
7. La Sra. jutgessa raona que la LC no ha regulat què succeeix amb les accions de reintegració en tràmit quan s'aprova judicialment el conveni i cita la doctrina segons la qual, si el conveni no ha previst la continuació de l'AC, encara que sigui als efectes limitats de continuar les accions de reintegració en tràmit, la desaparició de la legitimació activa n'impedeix la prossecució. En el cas que ens ocupa, el conveni, proposat pels concursats ara apel·lants, no conté absolutament cap previsió en aquest sentit.
La sentència del jutjat no afirma, amb caràcter general, la finalització de les accions de reintegració quan s'hagi dictat sentència d'aprovació del conveni, sinó que examina concretament l'acció de reintegració exercida i els fets en presència en el cas, per concloure que cal desestimar la demanda sense entrar en el fons. Compartim la valoració.
No ens trobem realment davant una acció de reintegració en tràmit quan s'aprova judicialment el conveni. L'escrit dels concursats en la segona instància subratlla que el termini d'oposició al conveni finalitzava el dia 29 de novembre de 2010, a les 15 hores, i que la demanda de reintegració va ser presentada precisament el mateix dia de finalització d'aquell termini. Cal no oblidar però que el que va presentar L'AC no va ser una oposició al conveni i per tant, no afectava l'aprovació.
La demanda de reintegració interposada per l'AC omet qualsevol explicació de la tardança en l'exercici de l'acció, interposada un any i mig després de la declaració de concurs i dues setmanes després de l'aprovació del conveni per la junta de creditors. Guarda silenci també sobre el fet de l'aprovació del conveni i sobre la raó de presentar la demanda precisament a la fi del termini d'oposició a aquell conveni. Tampoc en la segona instància fa la més mínima referència a aquestes qüestions que han estat objecte de valoració en la sentència.
No ens trobem davant d'una operació -el fiançament amb constitució d'hipoteca objecte de la pretensió de reintegració- que hagi estat coneguda per l'AC poc abans de l'exercici de l'acció. Al paper central que aquell fiançament a favor de Comercial Epsam -i l'ulterior concurs de la companyia- va jugar en el desencadenament del concurs voluntari dels avui apel·lants, segons la tesi d'aquests, cal afegir, com posa en relleu la Sra. magistrada, que l'AC va tenir ocasió d'analitzar aquell negoci jurídic molt abans de l'actual procediment, ja que, en seu d'impugnació de l'informe de l'AC, durant el primer trimestre de l'any 2010, Caixa de Sabadell va interposar demandes relatives a la conceptuació com a crèdit privilegiat del derivat de l'operació ara controvertida, amb la intervenció efectiva de l'AC en el procediment.
En conclusió, la demanda de reintegració es va presentar -sense cap explicació plausible- a la finalització del termini d'oposició al conveni aprovat per la junta, per una AC a la qual aquell conveni no reconeixia continuïtat per seguir les accions de reintegració en curs ni, lògicament, tampoc per instar-ne de noves -com la del cas que ens ocupa. En el context descrit, considerem que la decisió de la jutgessa s'ajusta a la LC i a la LEC, l'article 247 de la qual imposa el principi de bona fe en tot tipus de processos i proscriu l'abús de dret i el frau de llei i processal. En conseqüència, la resolució ha de ser confirmada.”: SAP Barcelona (Sección 15) 28.06.2012

(Sentencia 248/2012; Rollo 6600/2011)

00.2 Acciones en curso antes de aprobarse el convenio

00.2.1 Irrelevancia de la apertura de la fase de convenio: procede tramitar la acción rescisoria

AP Oviedo

“TERCERO : El siguiente motivo del recurso hace referencia a la fase en que se encuentra el proceso concursal cuando se presenta la demanda de reintegración, pues se alega que la deudora "Cedur, S.L." ha presentado en el procedimiento concursal del que este incidente de reintegración dimana una propuesta de convenio con previsión de pago del 80% de los créditos, una espera de tres años y con adhesiones de acreedores por un importe que asciende a 1.143.861,40 euros, lo que hace factible su aprobación, situación que es reconducida por la apelante a la de una prejudicialidad civil por cuanto la aprobación judicial del convenio supondría dotarle de la eficacia de cosa juzgada. Se añade en el recurso que el planteamiento de este motivo nos remite a la cuestión de la suficiencia de bienes en el concurso y de la instrumentalidad en tales casos de la vía reintegradora como fuente de acrecimiento de la masa activa. Efectivamente, sabido es que las acciones de reintegración del art. 71 L.C. constituyen uno de los remedios para devolver a la masa activa los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor fallido en el período de dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso mediante actuaciones que hubieran resultado perjudiciales para aquella masa, lo que se obtiene mediante la declaración de ineficacia del acto impugnado con los consiguientes efectos de restitución in natura de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (art. 73-1 L.C.). Hemos de tener presente asimismo que el ejercicio de las acciones de reintegración resulta viable cualquiera que sea la fase en que el proceso concursal se encuentre, desde el momento de la declaración judicial del concurso hasta el de su conclusión, y en este sentido el art. 82-4 L.C. señala que el inventario de la masa activa elaborado por la Administración concursal con ocasión de la presentación de su informe deberá venir acompañado de una relación comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse para la reintegración de la masa activa, previsión que encuentra su explicación simplemente en que de ordinario será éste el momento en que la Administración concursal disponga de una mayor información a la hora de evaluar la procedencia y viabilidad del ejercicio de tales acciones. En cualquier caso, lo relevante a los fines que aquí se debaten es que no existe ningún condicionante de orden temporal ni supeditación a ninguna fase procesal para su planteamiento.
En el supuesto aquí examinado bastaría para rechazar el motivo de apelación planteado en los términos arriba señalados la sola circunstancia de que la propuesta de convenio está contemplando un pago que no resulta ni íntegro ni inmediato, pues solo alcanza al 80% de los créditos con una espera de tres años, expresión suficientemente reveladora de que la masa activa no resulta suficiente para satisfacer la totalidad de los créditos concursales a sus respectivos vencimientos. Pero es que cabe añadir a lo anterior que la eventual aprobación judicial de un convenio que contemplara un pago total tampoco podría interferir con el carácter prejudicial que establece el art. 43 LEC en el curso del incidente de reintegración concursal, pues la sanción judicial que dota de plena eficacia al convenio no asegura su posterior cumplimiento, siendo así que extender temporalmente aquel condicionante hasta una ulterior declaración judicial de cumplimiento (art. 139 L.C.) o incumplimiento del convenio con su consiguiente rescisión (art. 140 L.C.) supondría aplicar la institución de la prejudicialidad civil más allá de los términos permitidos conforme a la regulación contenida en el art. 43 LEC, a lo que se unirían los más que probables obstáculos que habrían de surgir para el debido éxito de la restitución de prestaciones en los casos en que, por el tiempo transcurrido, la cosa hubiera desaparecido, devenido irreivindicable, depreciado, etc., todo ello en detrimento del interés del concurso.”: SAP Oviedo (Sección 1) 02.07.2010 (Sentencia 252/2010; Rollo 172/2010) y. en términos prácticamente idénticos, SAP Oviedo (Sección 1) 02.07.2010 (Sentencia 250/2010; Rollo 166/2010); SAP Oviedo (Sección 1) 15.07.2010 (Sentencia 267/2010; Rollo 218/2010); SAP Oviedo (Sección 1) 14.10.2010 (Sentencia 334/2010; Rollo 229/2010) y SAP Oviedo (Sección 1) 03.03.2011; (Sentencia 116/2011; Rollo 223/2010)

00.2.2 Irrelevancia de la aprobación del convenio hallándose en curso la acción rescisoria

AP Murcia

“PRIMERO En el recurso de apelación formulado en nombre de EGEA Y VILLAESCUSA PROMOCIONES, SL, y POLÍGONO PILAR, SL, se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra por la que se desestime la demanda presentada por la administración concursal de la entidad ESPAÑOLA DEL ZINC, SA por entender que la aprobación del convenio hace inviable la continuación de este procedimiento al haber cesado los efectos del concurso y satisfechos los acreedores. Como fundamento de esta pretensión se refiere la propuesta de convenio de fecha 29 de noviembre de 2005 presentada por Española del Zinc, SA finalidad, ámbito de aplicación, propuesta de pago, financiación del convenio, efectos de la aprobación del convenio-. Se dice que la propuesta de convenio no contempla la venta de otros terrenos distintos a los que pertenecen a la entidad Española del Zinc, SA, quedando excluidos con ello los terrenos vendidos a las entidades apelantes. Se refiere la aprobación del convenio, las impugnaciones formuladas y la desestimación de las mismas por sentencias de fechas 9 y 10 de mayo de 2006Se refieren las obligaciones de pago pendientes a cargo de las entidades apelantes, concretamente las señaladas los días 6 de mayo de 2006 y 2007, por importe de 328.667 ?. Se alude a las ofertas de compra y, concretamente, a la efectuada por QUORUM CAPITAL PARTNERS, SL, y que en relación con los terrenos que adquirió se incluyen aquellos que son objeto de este procedimiento y sobre los que se manifiesta erróneamente que existe sentencia firme. Se

hace alusión a ofertas de compra en contradicción con la situación real, a las modificaciones de las ofertas de compra, al cese de los administradores concursales a día siguiente a la fecha de la sentencia que aprueba el convenio, a la junta general de accionistas de fecha 23 de junio de 2006 de Española del Zinc, SL, a las noticias aparecidas en relación con esta entidad, a la inejecutabilidad de la sentencia, y se pregunta quién es parte en el procedimiento una vez cesados los administradores.
SEGUNDO Que procede desestimar el anterior motivo, ya que la desestimación de la demanda formulada por la administración concursal, y la consiguiente validez que se pretende de la compra de segregación y venta formalizada en escritura pública de fecha 6 de febrero de 2004, objeto de la acción de reintegración, prevista en el art. 71 de la Ley Concursal, no puede sostenerse al amparo de las alegaciones en que se basa el motivo, referidas de manera sucinta en el anterior fundamento, y ello en base a las siguientes consideraciones: a) que la demanda ejercitando la acción de reintegración, prevista en el art. 71 de la Ley Concursal, fue presentada en fecha 9-5-05, formulándose por las partes recurrentes escrito de contestación en fecha 31-5-05; b) que en fecha de 12 de julio de 2005 se dicta la sentencia, objeto del recurso de apelación, estimando la demanda ejercitada, declarando la ineficacia de la segregación y venta realizada por Española del Zinc, SA y las partes demandadas y recurrentes, por lo que resulta evidente que esta sentencia reconocía un derecho a la mercantil Española de Zinc, SA, a la sazón declarada en concurso necesario por auto de fecha 2 de febrero de 2005, c) la existencia del derecho referido en el anterior apartado se reflejó en la escritura de compraventa de terrenos, otorgada en fecha 18 de agosto de 2006, por parte de Española del Zinc, SA, a favor de QUORUM CAPITAL INVERTMETS, SL, haciéndose mención a la sentencia de fecha 12 de julio de 2005, dictada en el procedimiento concursal núm. 127/2005 y al recurso de apelación pendiente contra la misma. La escritura de compraventa fue admitida como prueba en segunda instancia. Consta, asimismo, que la junta general ordinaria de Española del Zinc, SA, en fecha 23 de junio de 2006, aprobó la venta de los terrenos y, finalmente, d) la aprobación judicial del convenio propuesto, por sentencia de fecha 10 de mayo de 2006, una vez desestimadas las impugnaciones formuladas, con los efectos que se derivan de la aprobación y el cese de los administradores concursales, no obsta al ejercicio de la acción de reintegración, prevista en el art. 71 de la Ley Concursal, y estimada en la demanda, dictada con anterioridad a la aprobación del convenio, debiéndose indicar que el recurso de apelación sólo revisa la sentencia de instancia en cuanto a las cuestiones objeto de impugnación, con base a las alegaciones formuladas oportunamente en el procedimiento, siendo alegaciones ex novo las formuladas en el presente recurso de apelación, amén de que carecen de interés y trascendencia a los efectos de fundamentar la validez de la compraventa, objeto de la acción ejercitada. El convenio aprobado judicialmente no priva de eficacia a la acción de reintegración ejercitada ni a la sentencia estimatoria de dicha acción, ello sin perjuicio de lo que se declare al enjuiciar la cuestión planteada en el recurso, en cuanto a la inexistencia de perjuicio acreditado a la masa activa de la concursada por la venta realizada en fecha 6 de febrero de 2006.”: SAP Murcia (sección 4) 23.05.2008 (JUR 2008; Sentencia 181/2008; Rollo 354/2006)

AP Valencia

“5.2. Sobre la falta de legitimación de la Administración concursal para accionar y para sostener el recurso, y sobre la alegación de actuación contraria los propios actos.
Tampoco podemos acoger este motivo de apelación. Al tiempo de la presentación de la demanda la Administración concursal se hallaba legitimada para promover la acción conforme al contenido del artículo 72 de la Ley Concursal y dicha legitimación queda perpetuada por razón de lo dispuesto en los artículos 411 y 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria. Dice Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) en Sentencia de 14 de diciembre de 2011 (Roj: SAP SE 3511/2011; Pte. Sr. Herrera Tagua) que entre los efectos de la litispendencia se encuentra "la perpetuatio legitimacionis, que supone que quienes estaban legitimados al momento inicial de proceso, la mantienen a lo largo del mismo" [...] la perpetuatio iurisdictionis (perpetuación de la jurisdicción) significa la permanencia de las condiciones objetivas y subjetivas existentes al inicio del proceso hasta su resolución, de forma tal que una variación en las mismas no permite la revisión de los presupuestos que determinaron la jurisdicción y competencia del tribunal, con arreglo a los que inició su tramitación (SSTS de 21 de mayo de 2004, y 3 de octubre de 2008 ". Aplicar otro criterio, supondría, como señala la Sentencia de 15 de marzo de 1.991 : "dejar al arbitrio de las partes la regulación del proceso que, como de orden público, no puede ser alterada al arbitrio de los que litigan, ni pueden según sus conveniencias, una vez comenzada la litis y antes de que concluya por sentencia firme, alterar la legitimación procesal activa, lo mismo que tampoco pueden modificar la competencia judicial aceptada al presentar la demanda."
La demanda formulada por la Administración Concursal fue presentada en fecha 5 de marzo de 2010 y como resulta de la descripción de antecedentes realizada en el Fundamento Jurídico Segundo, la Sentencia por la que se aprueba el Convenio de Promociones Nou Temple SLU es de fecha 21 de mayo de 2010, resultando de lo actuado que la Junta de Acreedores tuvo lugar en fecha 9 de marzo de 2010, de manera que al tiempo de presentarse la demanda la Administración Concursal se hallaba legitimada para promoverla, en los términos indicados en el apartado precedente.
(...)
5.3. Sobre el momento en que puede ejercitarse la acción.
La entidad apelante sostiene que no cabe la modificación de la calificación del crédito una vez se ha producido la aprobación del Convenio de Acreedores, razón por la que -con base a los argumentos que expresa en su extenso escrito de apelación -considera que no debió prosperar la acción ejercitada por la Administración concursal ni cabía privar a su representada del privilegio resultante de la pignoración de créditos convenida con la concursada con ocasión de la suscripción del préstamo suscrito en fecha 30 de enero de 2008.
No podemos perder de vista - como ya se ha expuesto a lo largo de esta resolución - que la acción que se ejercita por la administración concursal se fundamenta en el artículo 71 de la Ley Concursal, y en relación con la acción rescisoria concursal - que tiene por objeto rescindir los actos perjudiciales para la masa activa,

realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso con la finalidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso -, la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona tiene declarado que tal acción " nace con el concurso y se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes con la aprobación del convenio y la cesación de todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC), podrá ejercitarse mientras tanto sin estar sujeta a otro plazo específico, como pueden estarlo las acciones de reintegración extraconcursales." (SAP Barcelona 2 de mayo de 2006, Roj: SAP B 15007/2006; Pte. Sr. Sancho Gargallo). Dice la Audiencia (en la resolución citada):
"Aunque, en principio, la acción nace como consecuencia de la declaración de concurso, y, en concreto, por los efectos que produce para los actos comprendidos en el periodo sospechoso (arts. 71 y ss. LC), en la práctica habrá que esperar al nombramiento de los administradores concursales, legitimados originariamente para ejercitarla, y más en concreto a que este órgano concursal quede válidamente constituido, [...]. Dentro del concurso, puede ejercitarse en cualquier fase, antes de su conclusión y no necesariamente durante la fase común."
En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Oviedo en Sentencias de 2 de julio de 2010 (Roj: SAP O 1725/2010 y Roj: SAP O 1724/2010; Pte. Sr. Antón Guijarro) cuando dice: "Hemos de tener presente asimismo que el ejercicio de las acciones de reintegración resulta viable cualquiera que sea la fase en que el proceso concursal se encuentre, desde el momento de la declaración judicial del concurso hasta el de su conclusión, [...]. En cualquier caso, lo relevante a los fines que aquí se debaten es que no existe ningún condicionante de orden temporal ni supeditación a ninguna fase procesal para su planteamiento."": SAP Valencia (Sección 9) 10.04.2012 (Sentencia 132/2012; Rollo 941/2011)

0.0.2.3 Legitimación de la AC para continuar las acciones de reintegración en curso tras su cese por aprobación del convenio

JM-1 Sevilla

“PRIMERO.- En primer lugar plantean las demandadas la falta de legitimación de la administración concursal para continuar este procedimiento [acción de reintegración y la de responsabilided social del administrador por los daños y perjuicios causados a la entidad concursada], al haberse dictado sentencia en la sección quinta del concurso, de fecha 13 de marzo de 2007, aprobando el convenio y acordando el cese de dicha administración concursal. Debe señalarse en primer lugar, que el incidente concursal es un procedimiento especial, a través del cual se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan señalada en la ley otra tramitación especial, según se expone en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, en consecuencia, tendrá por objeto aquéllas cuestiones que vinculadas al proceso concursal, no tengan prevista una tramitación especial y puedan ser objeto de un pronunciamiento separado.
La litispendencia, con su conjunto de efectos jurídicos procesales, se genera con la presentación de la demanda cuando ésta es admitida (articulo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), momento en que se constituye la relación jurídico-procesal, y desde el que operan los principios de la perpetuatio, iurisdictionis, legitimationis y actionis, vedándose con posterioridad la mutatio libelli (lite pendente innovetur), salvo en los supuestos expresamente previstos en ia ley. Por ello, el cese de la administración concursal, declarado en la sentencia que aprueba el convenio, lo es para sus funciones en el proceso concursal, con el alcance y límites establecidos en la ley, pero no afecta a este proceso especial, que versa sobre una cuestión autónoma aunque vinculada con el objeto del principal. Las partes de este procedimiento quedaron determinadas al admitirse la demanda a trámite, sin que pueda modificarse ahora la relación litigiosa que quedó debidamente configurada en la tase de alegaciones, y en consecuencia la administración concursal puede continuar este procedimiento, pues tiene plena capacidad y legitimación para hacerlo.”: SJM-1 Sevilla 27.04.2007 (Incidente Concursal 342/2006; Sentencia 54/2007)

00.2.4 Legitimación para instar la ejecución provisional de la sentencia recaída tras la aprobación convenio

AP Barcelona

“SEGUNDO Conviene advertir que el titulo judicial objeto de condena es una sentencia de reintegración, dictada en un incidente concursal, que contiene un claro pronunciamiento de condena dineraria: condena a BOLSAPLAST a pagar a la masa del concurso la suma de 250.000 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda. La parte legitimada para instar la ejecución es la masa del concurso, que durante su tramitación viene a concebirse como una suerte de patrimonio separado, cuyos intereses propios son representados por la administración concursal. De ahí que elart. 72.1 LC atribuya a la administración concursal la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones de reintegración.
En principio, la aprobación del convenio provoca el cese de los administradores concursales en el ejercicio de sus funciones, como consecuencia del cese de los efectos de la declaración de concurso, sin perjuicio de que pueda acordarse su continuación respecto de algunas de estas funciones de representación(art. 133.2 LC). Si no se acuerda nada, en principio, la representación de los intereses de aquel patrimonio que es la "masa activa del concurso" vuelve al concursado, pues con cargo de dicha masa y con lo obtenido por la continuación de la actividad económica y empresarial deberá atender al cumplimiento del convenio.
Aunque la sentencia que aprueba el convenio, de 13 de enero de 2009, no contiene ningún pronunciamiento específico al respecto, la providencia posterior de 25 de febrero de 2009 dispuso que los administradores de LITOFAN, S.A. debían cesar en el cargo conforme a lo previsto en el art. 133.2 LC, al haberse aprobado el

convenio, aunque conservaban su legitimación para los juicios de incidentes pendientes y hasta que la sentencia fuera firme. Y, expresamente, apostilló que, en su caso, la ejecución de estas sentencias corresponderá a los que tengan algún interés legítimo. Con todo ello, el juez mercantil mantuvo a la administración concursal en la representación de los intereses de la masa del concurso únicamente durante la vigencia de los juicios declarativos de reintegración pendientes y mientras no sea firme la sentencia. Pero respecto de la ejecución, el juez mercantil no mantiene la legitimación de la administración concursal, reconociendo dicha legitimación, lógicamente, a quien tenga interés legítimo.
Si lo anterior lo integramos con la consideración de que el concursado, al aprobarse el convenio sin ninguna disposición al respecto, recupera la administración y disposición de los bienes que componen la masa activa, debemos concluir que la representación de los intereses económicos de dicha masa activa del concurso en la ejecución de un crédito reconocido por sentencia frente a un tercero le corresponderá a la propia concursada. Ella podrá instar la ejecución y hacerla efectiva.
Así se entiende que el juzgado haya decidido continuar la ejecución, reconociendo la representación de los intereses de la masa concursal a la propia concursada, LITOFAN, S.A.
En cualquier caso, como muy bien apuntó el juez mercantil, lo que no cabe es ajustarse a una interpretación literal del precepto (art. 133.2 LC) para lograr un resultado absurdo, cual es dejar sin efecto una sentencia de reintegración por el mero hecho de haberse aprobado el convenio, al negar legitimación a la administración concursal y a la concursada para ejecutar dicha sentencia.”: AAP Barcelona (Sección 15) 20.10.2010; (JUR 2011\82569; Auto 116/173/2010; Rollo 56/2010).

00.3 Sobre las claúsulas del convenio que disponen de las acciones de reintegraciòn

JM-9 Madrid

“Existen sin embargo dos cláusulas del convenio sobre las que se hace necesario realizar entrar en una serie de consideraciones acerca de su validez y el efecto que ello ha de producir en relación a la propia legalidad del convenio y por ende en un resultado negativo de ese control de oficio auspiciado por el art. 131 de la LC.
TERCERO En este sentido dentro de la cláusula octava relativa a los efectos de la aprobación del convenio se prevé en el punto segundo «las acciones rescisorias que eventualmente estuviesen en tramitación quedarán en suspenso en cuanto se refieran a créditos que hayan sido objeto de capitalización total o parcial. Con la aprobación del convenio y capitalización de los créditos de que se trate, se entenderán definitivamente concluidas las acciones por carencia sobrevenida de objeto». Duda la AC concursal de la legalidad de dicha cláusula, aunque no exterioriza los razonamientos que laten en esas dudas, ello por cuanto entiende que a la vista de la cláusula 10 del convenio, la ineficacia de la cláusula no impediría la aprobación del convenio, cuestión que abordaremos también en su momento pues la propia cláusula 10ª ha de ser objeto también de la debida revisión. La razón esencial por la que las dudas que sobre la legalidad de esta cláusula no han de afectar a la aprobación del convenio, radica en que no se da el supuesto de hecho para que la cláusula produzca el efecto jurídico pretendido, y con ello por tanto la cláusula en sí misma, aunque en su redacción pudiera considerarse ilegal, en ningún caso es viable que produzca ese efectos que quieren evitar, aunque sobre este particular volveremos más tarde, pues primero ha de examinar el contenido de la citada cláusula.
CUARTO Ciertamente y como señala la sentencia del juzgado mercantil núm. 8 de Madrid de 7 de julio de 2010. Ni existe una línea jurisprudencial fijada para tal cuestión, más allá de la referida resolución, que aborda brillantemente el problema, pero con otro enfoque porque también era diferente el contenido de la cláusula, no encontrándose precedentes, ni por la doctrina se ha elaborado una teoría general sobre el problema de la interrelación entre aprobación del convenio y vigencia de acciones de reintegración, no obstante si podemos encontrar alguna opinión favorable a la cláusula del convenio por la que establece la continuación de la posibilidad de ejercitar las acciones rescisorias una vez aprobado el convenio (León Sanz en «Comentarios de la Ley Concursal», Directores profesores A. Rojo Y E. Beltrán, o Felio Vilarubias «la eficacia del convenio concursal en Homenaje al Manuel Olivencia).
A la hora de analizar el problema podemos distinguir entre acciones de reintegración ya ejercitadas y que se encuentran en trámite al momento de aprobar el convenio y las acciones de reintegración que a ese momento no se hayan ejercitado, situación ésta plenamente factible, desde el momento en que la LC no establece un momento preclusivo para el ejercicio de dichas acciones, que desde el momento en que se declare el concurso puede ejercitarse como efecto derivado del mismo respecto de los actos perjudiciales para la masa posibilidad ésta que se mantiene en tanto esté abierto el procedimiento concursal, sin que en modo alguno la aprobación del inventario, constituya el límite temporal en su ejercicio, tal como lo demuestra el tenor del art. 82.4 de la LC y sin que la no inclusión en ese listado impida a la AC ejercitar a posteriori otro acción de reintegración, inicialmente no prevista.
Sentado cuanto antecede y comenzando por la acciones de reintegración no ejercitadas al momento de aprobación del convenio, no se plantea especial problema, pues de un lado la cláusula litigiosa no se refiere a ella, sino que se limita a «las acciones rescisorias que eventualmente estuvieran en tramitación» y por otro lado, salvo que se pacte otra cosa en el convenio hemos de entender que por la aprobación del convenio cesan los efectos derivados de la declaración de concurso («ex» art. 133 LC), entre los que se incluyen los efectos relativos a los actos perjudiciales para la masa activa y se acuerda el cese de los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que se les pueda encomendar en el propio convenio, sin que existe una norma semejante al art. 169 en relación con el art. 133, permita una actuación de la AC, para el ejercicio de las acciones de reintegración, única legitimada directa para su ejercicio. Ahora bien, esta imposibilidad de ejercitar con posterioridad a la aprobación del convenio las acciones de reintegración, lo es únicamente durante la fase de cumplimiento, de modo que si declara el incumplimiento, se rescinde el convenio y nada impide que a posteriori en fase de liquidación se puedan ejercitar tales acciones (decir que la SAP de Murcia de 23 de

mayo de 2008 [JUR 2008, 330493], parece defender una tesis distinta al señalar que la aprobación judicial del convenio no obsta el ejercicio de acciones de reintegración ni el convenio judicialmente aprobado priva de eficacia a la acción de reintegración ejercitada, a favor de lo aquí expuesto la SAP Sevilla 2 de junio de 2008 [JUR 2009, 18834])

El problema se suscita sin embargo en relación a las acciones que se encuentran en tramitación al momento de aprobación del convenio. En un principio la mera aprobación del convenio, no puede suponer el archivo de dichas acciones ni la terminación anormal de las mismas, atendidos los efectos propios de la litispendencia en materia de legitimación y sin que pueda estimarse la carencia sobrevenida de objeto, atendida la finalidad que es propia a las acciones de reintegración. Dicho lo anterior sin embargo cabe que en el convenio se puedan establecer cláusulas que impidan la continuación de dichas acciones en el período de cumplimiento del convenio, bien acudiendo al supuesto de desistimiento, al que se refiere la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, o bien la suspensión como ocurre en este caso. Efectivamente la continuación de la acción rescisoria y estimación de la misma puede provocar importantes problemas prácticos en un hipotético panorama de cumplimiento del convenio, e incluso puede ser un elemento desestabilizador en la obtención de mayorías para la aprobación del convenio. Por otro lado bien es cierto, que como ya se dijo las acciones de rescisión no tienen por objeto la satisfacción del derecho del acreedor sino la correcta formación de la masa activa, integrando la misma por todos los activos que debieran integrarla al momento de declaración de concurso, ahora bien no se puede olvidar que la masa activa, se protege en la medida que constituye el medio de satisfacción del derecho de los acreedores, satisfacción que también se puede lograr mediante la fórmula convencional que integra el convenio, de modo que una vez cumplido el mismo, el proceso concursal cumple su finalidad y se ha de proceder a su conclusión y archivo (art. 176.2º). De modo tal que nada obsta a que la mayoría de esa masa pasiva en cuyo beneficio final se articula la reintegración a la masa activa, pacte con el deudor mantener en suspenso el ejercicio de las acciones de reintegración a resultas del resultado del convenio, y con vista a la satisfacción de su interés mediante esa solución convencional. Mera suspensión del curso de la acción que ningún perjuicio causa, pues si finalmente el convenio no se cumple y con ello no se satisface el derecho de todos los acreedores afectados por el mismo, se alzaría la suspensión y continuaría la acción de reintegración por sus trámites ya en fase de liquidación.

A dicha conclusión se le puede obstar que la masa activa, constituye un medio de satisfacción del derecho no sólo del acreedor integrado en la masa pasiva y afectado por el contenido del convenio «ex» art. 134, sino que también existen otros acreedores cuyos derechos son igualmente tutelables y que pueden tener interés en la reintegración a la masa activa de los bienes indebidamente transmitidos para así hacerse pago con los mismos de su crédito, ello con clara referencia a los acreedores contra la masa. Ciertamente los titulares de créditos contra la masa no integran la masa pasiva, ni lógicamente se ven afectados por el convenio, razón por la cual siquiera podrían instar su incumplimiento («ex» art. 140 LC), de otro lado no se puede considerar que la satisfacción de los créditos contra la masa durante la tramitación del concurso sea requisito necesario para iniciar la fase de cumplimiento del convenio, es más la propia LC, contempla la posibilidad de que aprobado el convenio existan créditos contra la masa no satisfechos, autorizando para que, a partir de ese momento se puedan iniciar ejecuciones para hacerlos efectivos si no se hubieran satisfecho voluntariamente (art. 154 LC).

Ahora bien dicho lo anterior en primer lugar se comparten los argumentos expuestos por la Sentencia de 7 de julio de 2010, ya citada que sobre este particular señala:

«Pese a las dudas que tal cuestión ofrece, lo cierto es que de un lado, estos acreedores que ostentarían un interés diferenciado del resto del pasivo concursal en la acción de reintegración, para articular su interés propio de forma desvinculada a la voluntad mayoritaria del pasivo concursal debieran haber empleado el medio previsto en el art. 73 LC para obtener para sí la legitimación subsidiaria allí prevista, de forma que pudieran ellos ejercitar formalmente la acción como titulares de un interés propio no sometido al convenio. Pese a que esta fórmula entrañe la dificultad de su práctica en los casos en los que la AC ya se ha adelantado en el ejercicio de las acciones de reintegración, lo que en todo caso restaría a aquellos acreedores, aún con convenio aprobado, serían las acciones rescisorias generales del Derecho común, art. 1111 en relación con el art. 1291 CC (LEG 1889, 27). Es cierto que el presupuesto objetivo de estas acciones, fraude de acreedores, no es igual al de la reintegración concursal, perjudicialidad para la masa, pero ello no justifica por sí solo la existencia de un derecho subjetivo del acreedor contra la masa al acceso a tal vía de reintegración más allá de la pendencia del propio concurso. Dicho de otro modo, lo que se encuentra en la esfera patrimonial propia de todo acreedor es la posibilidad de ejercitar acciones rescisorias por fraude de acreedores, art. 1291 CC, pero no las acciones de reintegración concursal, las que sólo tendrán lugar concurso pendiente, sin que el acreedor posea derecho alguno a la pervivencia de tales acciones más allá de la suerte del concurso, independiente de su voluntad».

Pero a mayor abundamiento la falta de satisfacción de los créditos contra la masa devengados va a determinar no en el orden jurídico, sino en el plano fáctico la imposibilidad de cumplir el convenio. En este sentido efectivamente el pago de los créditos contra la masa no constituye una condición para entender cumplido el convenio, sin embargo es igualmente cierto que de un lado los créditos contra la masa son prededucibles respecto del pago de los créditos concursales, tal como establece el art. 154 de la LC, lo que supone que antes de proceder al pago de los créditos concursales, entendiendo en este sentido el pago como satisfacción del derecho de crédito, por lo tanto incluyendo todas las fórmulas incluidas en el convenio, se ha de satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa, a tal efecto legitima a los acreedores contra la masa a ejercitar las acciones exigiendo su pago y las ejecuciones tendentes a obtener forzosamente el pago de sus créditos, llegados a este punto, y por razón de la propia prelación crediticia sería sumamente difícil que se cumpliera el convenio, aunque la mayoría de los acreedores optasen por la capitalización y no se satisficiera los créditos contra la masa. La propia LC parece descartar esta posibilidad al regular en el art. 176 la conclusión del concurso, que operaría por la mera firmeza del auto de declaración de cumplimiento del convenio, ello en cuanto lógicamente se parte de que han sido satisfechos la totalidad de los créditos contra la masa. Por ello no

se puede defender la existencia de un interés diferenciado de los acreedores contra la masa en el mantenimiento de esas acciones de reintegración, que como se ha dicho podrían ser ejercitadas una vez acordada la liquidación ante el incumplimiento del convenio.

QUINTO Sentado cuanto antecede y afirmada por tanto la validez en abstracto de una cláusula que acuerde la suspensión de las acciones de reintegración durante el período de cumplimiento del convenio, sin embargo en el presente caso el convenio da un paso más en su cláusula octava, pues de un lado sólo prevé la suspensión respecto de los créditos que opten por la capitalización total o parcial de su deuda, en un claro y potente incentivo para optar por la capitalización, como bien señala la AC en su informe de valoración y por otro lado acuerda el archivo por falta de causa una producida la capitalización de la deuda. Dicha suspensión selectiva y condicionada a la posterior opción, supone cuando menos un trato privilegiado a ciertos acreedores, que verían como las acciones de reintegración dirigidas contra los mismos se ven en suspenso, en detrimento de otro acreedor que situación en la misma tesitura procesal, optase por la solución de pago de su crédito, trato singular que en los términos del art. 125 de la LC requeriría la mayoría cualificada a la que se refiere el precepto. Pero sin embargo lo que afecta a la legalidad de la cláusula en la segunda mención de la misma a cuyo tenor «Con la aprobación del convenio y capitalización de los créditos de que se trate, se entenderán definitivamente concluidas las acciones por carencia sobrevenida de objeto». Dicha mención en realidad sustituye a la primera previsión de suspensión, por cuanto impone los mismos requisitos establecidos en el inciso primero, lo que no se acaba de comprender si se trata de un mero error material o una forma de encubrir la finalidad verdadera perseguida por la cláusula. En este sentido observamos como inicialmente se establece la suspensión de las acciones rescisorias que se refieran a créditos que hubieran sido objeto de capitalización total o parcial, para a continuación establecer el archivo definitivo de las mismas por carencia sobrevenida de objeto, archivo definitivo que hace depender de los mismos requisitos, esto es aprobación del convenio, sólo desde la aprobación se producen los efectos del convenio, y capitalización del crédito, que ya se exigía para la suspensión del procedimiento. Por tanto la mencionada cláusula lo que establece es la terminación anormal de los incidentes concursales que tuvieran por objeto el ejercicio de las acciones prevenidas en los arts. 71 y siguientes de la LC, respecto de los créditos cuyos titulares capitalicen su crédito, todo ello por carencia sobrevenida de objeto, supuesto de finalización anormal del procedimiento que a diferencia del desistimiento impide la iniciación a posterior de un procedimiento con el mismo objeto. Llegados a este punto debe operar el control de oficio prevenido en el art. 134 de la LC, toda vez que además de ser contrario al orden público procesal el archivo de tales procedimientos, pues en modo alguno se produce la carencia sobrevenida de objeto, esto es reintegrar a la masa activa aquellos bienes o derechos indebidamente transmitidos, en beneficio no de un acreedor determinado sino la totalidad de ellos, se confunde aprobación con cumplimiento del convenio, la aprobación no supone la satisfacción de los intereses de los acreedores, que sólo produce el cumplimiento del convenio, por lo que de admitir el archivo por desaparición sobrevenida del objeto con los efectos procesales de el derivados, se estaría excluyendo del ámbito de la reintegración concursal que aún se puede producir, determinados actos o negocios jurídicos, en perjuicio del resto del acreedores que concurren a ese mismo patrimonio en el que satisfacer su derecho, con lo que no sólo están excluyendo los efectos que por ministerio de la Ley se derivan de la declaración de concurso, sino alterando la par condictio creditorum y frustrando una de las finalidades de la institución concursal.

"Llegados a este punto el rechazo de la validez de esta cláusula habría de suponer no la aprobación parcial del convenio, sino el rechazo del mismo, pues observamos que el art. 131 de la LC, no concede al juez del concurso la posibilidad de rechazar sólo alguna de las cláusulas del convenio, sino de aprobar el mismo o rechazarlo si entiende que infringe las normas relativas a su contenido, lo cual es lógica si tenemos en cuenta que el acreedor se adhiere o vota el convenio en su conjunto, teniendo en cuenta cada una de sus cláusulas, de modo tal que de modificarse en parte su contenido, ese acreedor no habría a favor del convenio o se hubiera adherido al mismo, máxime en este caso en el que como ha dicho la citada cláusula operaba a modo de incentivo para no sólo suscribir el convenio, sino además optar por una de las fórmulas de cumplimiento del mismo, sin que se pueda considerar la posibilidad de aplicación analógica del art. 129.4 relativa a la eficacia parcial del convenio, en cuanto la misma tiene una finalidad meramente cautelar, en tanto se sustancia la oposición, de modo que estimada la misma por infracción legal, no se mantiene esa parte del convenio no impugnada, sino que el mismo se rechaza en su integridad. No se puede amparar esa aprobación parcial en la cláusula 10ª del convenio, que prevé la posibilidad de aprobación parcial, es más incluso se puede entender que dicha cláusula violenta el contenido y tenor del art. 131 de la LC, sustrayendo la competencia de rechazo del convenio por el juez del concurso, y sustituyéndola por la posibilidad de exclusión de una o varias cláusulas.

SEXTO Ahora bien hemos de tener en cuenta que no obstante el tenor de la citada cláusula es lo cierto que no existen acciones de reintegración en tramitación al momento de dictar esta resolución y toda vez que la cláusula se refiere a las acciones que estuviesen en tramitación, lo cierto es que la misma no produce efecto jurídico alguno, ni por ende conlleva las infracciones antes dichas, más allá de las que en este plano meramente formal se pueden realizar ante su enunciación. Llegados a este punto una interpretación favor convenio y un mínimo sentido común imponen la aceptación del convenio y aprobación de este instrumento solutorio, que por otro lado ha obtenido un notable respaldo de los acreedores, que excede del 60% del pasivo computable, pues flaco favor se haría al concurso a la masa pasiva y al propio deudor, si se rechaza el convenio por el enunciado de una cláusula que no ha de producir efecto jurídico alguno.": SJM-9 Madrid 03.09.2010 (AC 2010/1448; Concurso 508/2009)

1. Concepto de perjuicio para la masa activa. Incluye la infracción injustificada de la par conditio creditorum

Tribunal Supremo

“1.2. La rescisión de actos perjudiciales.
Para que haya lugar a la reintegración concursal en el régimen vigente es precisa la existencia de perjuicio para la masa activa del concurso, al disponer el artículo 71.1 de la Ley Concursal que declarado el concurso, serán rescindibles " los actos perjudiciales para la masa activa...".
No concreta la norma que debe entenderse por "perjuicio para la masa activa", pese a lo cual, no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado.
Claro está que, para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas.
Ahora bien, aunque como regla la rescisión afecta a la totalidad del complejo negocial querido por las partes como un todo, la propia norma autoriza -y en ocasiones regula de forma expresa- la disección de los distintos elementos que pueden integrar un contrato o negocio jurídico y, permite, por un lado, mantener su validez y, por otro, declarar la procedencia de la reintegración de concretos actos de ejecución, como lo demuestra de forma contundente la posibilidad de rescisión de pagos -actos debidos- y otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior al concurso.
Con mayor razón no existe obstáculo para la rescisión de un concreto contrato aunque esté económicamente conexo con otro y, en consecuencia, nada impide la del contrato de contrario consenso o acuerdo de voluntades de dejar sin efecto el de concesión exclusiva, o parte de él, manteniendo el de compraventa de la rama de actividad.”: STS 12.04.2012 (Sentencia 210/2012; Rollo 482/2009)

“1. El perjuicio o sacrificio patrimonial injustificado
22. Nuestro vigente sistema concursal ha superado el perturbador mixto de retroacción de los actos de administración y disposición realizados por el quebrado desde la fecha a determinar por el juzgador que -sin perjuicio de la evolución que este extremo ha experimentado en la moderna jurisprudencia- en su interpretación clásica y mayoritaria era determinante de la nulidad ipso iure sin necesidad de ánimo fraudulento ni lesión para la masa activa del concurso, y se combina con acciones rescisorias cuyo éxito con la reintegración concursal, exigía que los actos del concursado fueran lesivos para la masa activa. Así lo dispone hoy, de forma contundente, el artículo 7.1 de la Ley Concursal (a partir de ahora, también LC), a cuyo tenor serán rescindibles "los actos perjudiciales para la masa activa".
23. Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.
24. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).
25. En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)”: STS 08.11.2012 (Sentencia 652/2012; Recurso 836/2010)

“Otro argumento de los recurrentes para fundar la alegación de infracción del art. 71 de la Ley Concursal es que la sentencia recurrida acepta que el perjuicio patrimonial pueda consistir en el pago de deudas realmente existentes que supongan una alteración del orden de preferencia propio del concurso, lo que los recurrentes denominan como perjuicio "indirecto" o constitutivo de peligro "abstracto". Afirman que el perjuicio que el art. 71 de la Ley Concursal exige para que los actos del concursado sean rescindibles solo puede ser "directo", por suponer tales actos una disminución injustificada de la masa activa sin compensación con una disminución correlativa de la masa pasiva, que denominan como constitutiva de un "peligro concreto".
El razonamiento tampoco se admite. El art. 71.3.1º de la Ley Concursal presume el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración. No se exige que tales actos supongan necesariamente una disminución injustificada de la masa activa. El carácter oneroso de los actos

dispositivos supone, en principio, que la salida de un bien del patrimonio se ve compensada por la entrada de otros bienes o derechos.
La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado.
Tal criterio ha sido seguido por la jurisprudencia al aplicar el régimen de retroacción de la quiebra, en que se ha afirmado el carácter perjudicial de una dación en pago de una deuda de entre las diversas que mantenía la quebrada con sus acreedores, en un momento en que ya se encontraba en estado de insolvencia y debía haber instado un proceso concursal para el pago ordenado de sus deudas conforme al principio de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores], con lo que privó a la generalidad de sus acreedores de un activo con el que debían satisfacerse sus créditos con arreglo a criterios concursales, favoreciendo a uno solo de sus acreedores, que se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos extinguidos con la dación en pago, en perjuicio del resto (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 70/2013, de 25 de febrero, recurso núm. 486/2008; 75/2013, de 28 de febrero, recurso núm. 547/2008; 90/2013, de 1 de marzo, recurso núm. 549/2008;102/2013, de 4 de marzo, recurso núm. 586/2008; 122/2013, de 5 de marzo, recurso núm. 572/2008; 131/2013, de 6 de marzo, recurso núm. 608/2008; 150/2013, de 7 de marzo, recurso núm. 610/2008; 154/2013, de 8 de marzo, recurso núm. 665/2008; 181/2013, de 11 de marzo, recurso núm. 673/2008 y 190/2013, de 12 de marzo, recurso núm. 730/2008).
También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa. “:STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011

“8. *Estimación del motivo segundo.* Conforme al *art. 71.1 LC,* precepto que se *d* enuncia infringido, «(d) *eclarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta* ».
Para poder juzgar si la sentencia recurrida ha infringido este precepto, tal y como es interpretado por la jurisprudencia, es necesario partir de esta jurisprudencia y tener en cuenta los concretos actos de disposición que son objeto de impugnación.
La jurisprudencia concibe "el perjuicio para la masa activa" como un sacrificio patrimonial injustificado «en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (*art. 76 LC)*, y, además, debe carecer de justificación» (*Sentencias 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio; 100/2014, de 30 de abril;* y *428/2014, de 24 de julio)*. Fuera de los supuestos regulados en el *apartado 2 del art. 71 LC* en los que se presume *iuris et de iure* el perjuicio (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), «en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (*art. 71.4 LC)*, salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el *art. 71.3 LC,* que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa» (*Sentencia 629/2012, de 26 de octubre)*.”: STS 10.03.2015 (Sentencia 105/2015; Recurso 1502/2013)

“1. El art. 71.1 LC establece la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La norma concursal, de este modo, se asienta en un sistema de ineficacia funcional, sustituyendo el criterio del acto fraudulento por el de acto perjudicial para la masa activa, en relación a un negocio válido y eficaz.
El perjuicio, que salvo los supuestos presuntivos que se establecen en el art. 71.2 LC (iuris et de iure) y art. 71.3 LC (iuris tantum), debe quedar adecuadamente probado, es un concepto jurídico indeterminado. Esta Sala, en numerosas resoluciones judiciales (SSTS, la más reciente la STS núm. 58/2015, de 23 de febrero, y, entre otras, la núm. 428/2014, de 24 de julio; núm. 100/2014, de 30 de abril; y la núm. 487/2013, de 10 de julio), ha configurado el perjuicio como un "sacrificio patrimonial injustificado". En este supuesto puede suponer no solo una minoración del activo del concurso sino también una alteración injustificada de la "par conditio creditorum", al situar al acreedor en una posición más ventajosa que al resto de los acreedores que conforman la masa pasiva del concurso.”:
STS 17.03.2015 (Sentencia 124/2015; Recurso 1245/2013)

“1. El perjuicio para la masa activa como presupuesto de la ineficacia del acto o contrato.
Las SSTS de 26 de octubre de 2012 y 27 de octubre de 2010 señalan que el perjuicio para la masa puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en tanto supone una minoración del valor del activo sobre lo que más tarde constituirá la masa activa del concurso (art. 76 LC) y, además, carece de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.”: STS 24.06.2015 (Sentencia 340/2015; Recurso 1608/2013)

“SEXTO.- Concepto de perjuicio en la acción rescisoria concursal. Jurisprudencia.
1. Son distintos los casos en que un negocio jurídico puede resultar rescindible, a partir de la cláusula general del art. 71.1 LC y las presunciones establecidas en los apartados 2 y 3 del mismo precepto. Cuando no operan tales presunciones, como es el caso, para que el negocio se estime como un acto perjudicial para la masa activa, ha de probarse el perjuicio (art. 71.4 LC).
Existirá perjuicio cuando, de forma injustificada, haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal. En el caso de la constitución de garantías reales, debe partirse de la base de que las mismas tienen un carácter accesorio, se instituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1.857 CC) y, desde este punto de vista, la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia.
La sentencia de esta Sala núm. 629/2012, de 26 de octubre, declaró que:
«El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación».
2. La jurisprudencia, pues, concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado (sentencias núm. 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio; 100/2014, de 30 de abril; 428/2014, de 24 de julio; y 105/2015, de 10 de marzo). Fuera de los supuestos regulados en el apartado 2 del art. 71 LC, en los que se presume iuris et de iure el perjuicio (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio iuris tantum previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, trasladan a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
Cuando el acto impugnado consiste en la constitución de garantías sobre bienes del deudor, la jurisprudencia ha concretado más el concepto de perjuicio, por ejemplo, en las sentencias núm. 58/2015, de 23 de febrero, y 143/2015, de 26 de marzo, al decir:
«La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva una sacrificio patrimonial para la masa activa porque "implica una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito" (Sentencia 100/2014, de 30 de abril)».” STS 26.10.2016 (Sentencia 642/2016; Recurso 966/2014)

AP Alava

“TERCERO.- Sobre el perjuicio. El problema esencial que plantea el artº 71 LC. está en definir qué se entiende por perjuicio, cuestión que no resulta fácil de determinar. Parte de la doctrina considera que existe perjuicio

cuando el activo patrimonial se ve reducido, sin que, como contraprestación, disminuya de igual manera el pasivo, situación en la que queda clara la existencia del daño. Ahora bien, en un sentido más amplio, el perjuicio se produce cuando existe una disminución del conjunto de bienes y derechos sobre los que está llamada a obtener satisfacción la colectividad de acreedores, provocando que su cuota de satisfacción sea menor.
Como recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 6 de febrero de 2009, entre otras: "El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso o la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación."
O como también refiere la Sentencia de la misma Sala de fecha 8 de enero de 2009 "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro."
El legislador, consciente de la realidad social, empresarial y concursal, dentro del sistema de reintegración, ha fijado unos parámetros absolutos y otros relativos en cuanto a la fijación del perjuicio en el art. 71 LC. De esta manera, considera que hay determinados actos del deudor que no necesitan de prueba alguna acerca del perjuicio, sino simplemente de la acreditación del hecho mismo y del momento en que tuvo lugar, se trata de los actos a título gratuito, y ocurriendo esto se fija una máxima conforme a la cual, y sin que quepa prueba en contrario, se declara rescindible el acto. En nuestro caso, los actos gratuitos que han perjudicado a la masa son los que la sentencia concreta en el apartado tercero del fundamento jurídico cuarto, fondos que el Deportivo transfirió desde una cuenta en Caja Vital hasta otra también del Deportivo en el Banco Sabadell.
Por el contrario, y por las mismas razones, ha fijado otro tipo de actos en los que, si bien es necesario solo acreditar su existencia y el momento en que tuvieron lugar, permiten que el deudor, mediante la oportuna prueba en contrario, acredite que no medió perjuicio para la masa activa, se trata de presunciones iuris tantum, y se refiere a los actos realizados a título oneroso a favor de personas relacionadas directamente con el deudor. En el caso que nos ocupa son los descritos en los apartados primero y segundo del fundamento cuarto de la sentencia, facturas abonadas a Management por el Deportivo Alavés, actos que se consideran perjudiciales para la masa, viendo los acreedores disminuido el patrimonio disponible en el Club para abonar las deudas. Se trata de actos de disposición realizados a favor de personas relacionadas con el Presidente del Club que era quien tomaba las decisiones dentro del Consejo de Administración, giró estas facturas y las abonó a Management, cuyo Administrador Único era el propio Sr. Ezequiel.
El recurrente no ha acreditado que los servicios prestados mereciesen la remuneración facturada, el Club tenía entrenadores a los que se les abonaba un salario, el asesoramiento realizado, incluido en las facturas, no respondía a una gestión real.
Partiendo de estas premisas, y en relación con los actos analizados en el presente procedimiento, podemos concluir que concurren los presupuestos que la ley exige para acceder a la rescisión promovida y previamente analizados en la sentencia de instancia. No es necesario acreditar la intención de perjudicar a la masa, basta con la existencia del perjuicio para que sea legítima e íntegramente aceptada la rescisión interesada, presunción que conlleva la nulidad de las operaciones realizadas y su correspondiente reintegración en la masa activa. El perjuicio en este caso consiste en transferir dinero desde el Club Deportivo a Mangement sin causa, por unos servicios que no se prestaron de la forma que pretende justificar el recurrente el Sr. Ezequiel ni era el entrenador, ni había sido autorizado para realizar trabajos como Director Deportivo.": SAP Alava (Sección 1) 09.02.2012 (Sentencia 41/2012; Rollo 508/2011)

AP Albacete

"TERCERO.-En cuanto al fondo de la cuestión, la Sra. Juez de lo Mercantil parte de la idea de que la rescindibilidad de los actos del concursado en la nueva ley se apoya de un lado en la fecha de realización de los mismos, en los dos años anteriores a la declaración del concurso, y de otro en la existencia o generación de un perjuicio, entendiendo además que el perjuicio puede que se produzca no solo cuando hay una minoración del activo sin que se produzca la correlativa del pasivo, y de hecho así lo ha entendido el propio legislador, cuando a través de alguno de los supuestos de los apartados 2 y 3 del art.71, pese a existir una correlación entre la reducción del activo y del pasivo, establece unas presunciones de perjuicio para la masa activa, como sucede con la alteración de la par conditio creditorum, a favor de uno o varios acreedores en detrimento del resto.": SAP Albacete (Sección 1) 05.07.2013 (Sentencia 131/2013; Rollo 362/2012)

AP Alicante

"Existe por tanto perjuicio desde la perspectiva que interesa al Concurso, esto es, en cuanto el acto de dación en pago supone a la postre una restricción de los derechos de créditos de los terceros acreedores de la concursada, pues es evidente que el mecanismo ya extraordinario de la dación en pago (no constando su previsión en el caso del crédito particular) y el privilegio que se hace con su uso a un concreto acreedor, reduce los derechos de aquellos otros acreedores, primero por la alteración de la pars y, en segundo lugar, por la reducción de la masa pasiva desde el momento en que no existe además equivalencia económica entre el bien

y el fin que constituye causa del negocio de la dación en pago. En suma, en el caso hay perjuicio porque hay objetiva disminución, con el negocio de dación en pago, del patrimonio del deudor y además, se produce con el pago del crédito, una alteración injustificada de la preferencia de cobro entre los acreedores concursales.”: SAP Alicante (Sección 8) 22.10.2008 (JUR 2009/25857; Sentencia 367/2008; Rollo 92/2008)

“La cuestión nuclear del asunto se encuentra en la determinación del concepto de perjuicio patrimonial, pues ciertamente un criterio de interpretación excesivamente amplio del mismo convertiría en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, y, particularmente, para operaciones bancarias como ante la que nos encontramos.
La jurisprudencia mercantil ha venido considerando que son actos perjudiciales para la masa tanto aquéllos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), cuanto los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto). Más modernamente, se ha avanzado más en la precisión del concepto, con la finalidad de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial por el de "sacrificio patrimonial injustificado", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71.
De otra parte, el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, siempre sería apreciable el perjuicio, pues, como sucede en el caso que nos ocupa, aparece en el concurso un bien con una garantía pudiendo haber llegado sin ella, porque el crédito que se aseguraba resultó inútil para evitar o quizás contribuyó a la situación de insolvencia. “: SAP Alicante (Sección 5) 08.11.2012 (Sentencia 454/2012; Rollo 359/2012)

“Antes de seguir adelante, conviene efectuar algunas disquisiciones sobre lo que pueda ser considerado perjuicio, a los fines del art. 71 LC.
Conviene recalcar, de inmediato, que la rescisión que nos ocupa no trae su origen de fraude, sino del dato objetivo del perjuicio para la masa, razón por la que nos encontramos en el ámbito del art. 71.1 LC. Por ello, son inanes a los fines de la resolución las veladas alegaciones que se efectúan por la apelante sobre la circunstancia de que un particular, no dedicado profesionalmente a la concesión de préstamos, realizara el contrato que ahora nos ocupa. La rescisión por perjuicio contra la masa puede producirse incluso en el caso de que el prestamista hubiera actuado con absoluta buena fe, pues es independiente del ánimo fraudulento que pudieran albergar una o ambas partes, de consuno.
La cuestión nuclear del asunto se encuentra en la determinación del concepto de perjuicio patrimonial, pues ciertamente un criterio de interpretación excesivamente amplio del mismo convertiría en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, y, particularmente, para operaciones de préstamo con las que se pretende obtener liquidez, como ante la que nos encontramos.
La jurisprudencia mercantil ha venido considerando que son actos perjudiciales para la masa tanto aquéllos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), cuanto los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto). Más modernamente, se ha avanzado más en la precisión del concepto, con la finalidad de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial por el de "sacrificio patrimonial injustificado", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71.
De otra parte, el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, siempre sería apreciable el perjuicio, pues, como sucede en el caso que nos ocupa, aparecen en el concurso unos bienes con unas garantías pudiendo haber llegado sin ellas, porque el crédito que se aseguraba resultó inútil para evitar o quizás contribuyó a la situación de insolvencia. “: SAP Alicante (Sección 5) 21.12.2012 (Sentencia 545/2012; Rollo 257/2012)

“La cuestión nuclear del asunto se encuentra en la determinación del concepto de perjuicio patrimonial, pues ciertamente un criterio de interpretación excesivamente amplio del mismo convertiría en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, y, particularmente, para operaciones bancarias como ante la que nos encontramos.
La jurisprudencia mercantil ha venido considerando que son actos perjudiciales para la masa tanto aquéllos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), cuanto los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto). Más modernamente, se ha avanzado más en la precisión del concepto, con la finalidad de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial por el de "sacrificio patrimonial injustificado", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71.

De otra parte, el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, siempre sería apreciable el perjuicio.“: SAP Alicante (Sección 5) 06.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 490/2012)

“Dice la STS de 8 de noviembre de 2012, trayendo a colación la de 12 de abril, que: "... *no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado", pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).* ".
Por tanto, los actos que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del deudor como aquellos que sin implicar tal detrimento perjudican a la masa activa por alterar el principio de paridad de trato de los acreedores, son susceptibles de rescisión y, siendo así, en el caso, podría discutirse si hay perjuicio para la masa activa dado que el acreedor no podría invocar privilegio alguno, pero en absoluto que la operación, objetivamente, supuso un detrimento en el patrimonio del deudor.
*Téngase en cuenta además que como recuerda la Sentencia indicada, el perjuicio hay que analizarlo "...en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha". “:*SAP Alicante (Sección 8) 09.05.2013 (Sentencia 193/2013; Rollo 12/2013)

AP Almería

“SEGUNDO.-La Ley Concursal, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso excepto si contasen con garantía real en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente. Salvo prueba en contrario el perjuicio se presumen en los siguientes actos (...) y entre otros, al nº3, los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cque contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso, esto es, actos en los que se presume "iuris tantum" ese perjuicio.
Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.
El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.”: SAP Almería (Sección 2) 28.07.2014 (Sentencia 195/2014; Rollo 246/2012)

“SEGUNDO.-La Ley Concursal, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa

activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso excepto si contasen con garantía real en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente. Salvo prueba en contrario el perjuicio se presumen en determinados actos fijados por la ley, esto es, actos que se presume "iuris tantum" ese perjuicio.
Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.
El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa”: SAP Almería (Sección 2) 11.09.2014 (Sentencia 203/2014; Rollo 221/2013)

“TERCERO.-Como ha indicado esta Sala en otras ocasiones (p. ej., S. 11 de septiembre de 2014), la Ley Concursal, bajo el epígrafe " De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos iuris et iure, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso excepto si contasen con garantía real en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente. Salvo prueba en contrario el perjuicio se presumen en determinados actos fijados por la ley, esto es, actos que se presume iuris tantum ese perjuicio.
Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.
El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio

patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par conditio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa. ":SAP Almería (Sección 2) 15.01.2015 (Sentencia 1/2015; Rollo 102/2013)

"TERCERO.-La acción de reintegración de la Ley concursal es una acción de rescisión por lesión, que no requiere una intención fraudulenta del deudor, ni consilium fraudis entre éste y el tercero que sea parte del contrato, mientras que en la acción pauliana se caracteriza por su naturaleza rescisoria por la intención fraudulenta de la acción.
La acción del citado art. 71,1 de la Ley Concursal no tiene carácter subsidiario, a diferencia de la pauliana, que conforme a lo dispuesto en el art. 1294 CC no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio sufrido. Los perjudicados por el negocio jurídico, cuya ineficacia se intenta mediante el ejercicio de las acciones rescisorias, previstas en el art. 72 LC, son los acreedores del deudor declarado en concurso, pues al sufrir el patrimonio del concursado una reducción injustificada del activo, provocada por un determinado acto de disposición realizado por el deudor, posteriormente declarado en concurso, que no se ve patrimonialmente correspondido por la entrada de un contravalor equivalente, se reduce la masa de bienes y derechos del concursado, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores, quienes tendrán así menos bienes realizables del deudor para hacerse pago con ellos. Cuando el acto impugnado lo es con base en el art. 72 LC, el demandante no tiene que probar la existencia de un acuerdo defraudatorio entre el deudor, luego declarado en concurso, y la persona que con él celebra el acto impugnado, sino que debe limitarse a probar que dicho acto es perjudicial para la masa activa, perjuicio que, además, se presume en los supuestos previstos en el art. 71 LC.
La STS de 8 de noviembre de 2012 declara: "Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores). En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)".": SAP Almería (Sección 2) 16.03.2015 (Sentencia 8/2015; Rollo 176/2013)

AP Baleares

"La ley concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo) sino que opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso "iuris et de iure" (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro "iuris tantum" (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Se habla de ineficacia funcional (SAP de Barcelona de 8 de enero de 2009) sobrevenida, pues se priva de

eficacia a un acto de disposición patrimonial que en la época en que se realiza es válido por reunir los requisitos legales y no estar afectado de vicio de nulidad o anulabilidad, que, después, una vez declarado el concurso de quien lo realiza, deviene perjudicial para los acreedores ya por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de los créditos (art 1.911CC), ya al principio de paridad de trato de los acreedores, atendido el sentido amplio de perjuicio que se desprende de la LC, según tesis consagrada por las Audiencia Provinciales, entre ellas la SAP de Madrid de 19/12/2008, SAP de Barcelona de 1 de febrero de 2007 y de 8 de enero de 2009, SAP de Vizcaya de 12 de junio de 2008 y SAP de Alicante, Sección 8ª de 22/10/2008.
En cualquier caso, como razona la sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona (sección quince) de 6 de febrero de 2009 antes citada:
"para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio.
El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación".": SAP Baleares (Sección 5) 12.06.2012 (Sentencia 276/2012; Rollo 44/2012)

"Sigue diciendo la SAP de Cáceres antes citada *[SAP de Cáceres de 19 de septiembre de 2012],* que el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso." SAP Baleares (Sección 5) 02.11.2012 (Sentencia 465/2012; Rollo 317/2012)
F) El aspecto esencial es determinar si se produce el requisito del perjuicio para la masa activa. A tal efecto, la STS de 12 de abril de 2.012, indica que " *No concreta la norma que debe entenderse por "perjuicio para la masa activa", pese a lo cual, no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado."* Según se indica en la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2.012, " *La ley concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo) sino que opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso "iuriset de iure" (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro "iuris tantum" (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.*
Se habla de ineficacia funcional (SAP de Barcelona de 8 de enero de 2009) sobrevenida, pues se priva de eficacia a un acto de disposición patrimonial que en la época en que se realiza es válido por reunir los requisitos legales y no estar afectado de vicio de nulidad o anulabilidad, que, después, una vez declarado el concurso de quien lo realiza, deviene perjudicial para los acreedores ya por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de los créditos (art 1.911CC), ya al principio de paridad de trato de los acreedores, atendido el sentido amplio de perjuicio que se desprende de la LC, según tesis consagrada por las Audiencia Provinciales, entre ellas la SAP de Madrid de 19/12/2008, SAP de Barcelona de 1 de febrero de 2007 y de 8 de enero de 2009, SAP de Vizcaya de 12 de junio de 2008 y SAP de Alicante, Sección 8ª de 22/10/2008.
En cualquier caso, como razona la sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona (sección quince) de 6 de febrero de 2009 antes citada:
"para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio.
El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación". ": SAP Baleares (Sección 5) 29.01.2013 (Sentencia 32/2013; Rollo 686/2012) y,en términos prácticamente idénticos, SAP Baleares (Sección 5) 25.03.2013 (Sentencia 117/2013; Rollo 683/2012)

“NOVENO.-Cuestión esencial es determinar el concepto tan relativo de perjuicio. A tal respecto, en la sentencia de esta Sala de 10.11.2.012, se indica que en relación con esta concreta acción ejercitada, " *para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil EDL1889/1) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores..... el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso".*

-La STS 26 de octubre de 2.012 establece que " *El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude".*

El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.

El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.

Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.

La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

En el mismo sentido, la STS 8 de noviembre de 2.012, "23. *Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.*

1 *La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).*

2 *En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27*

de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)."
De tal doctrina jurisprudencial se infiere: A) Que debe estarse a la situación existente en la fecha en que se concedieron las garantías. B) Lo esencial es determinar si existe un "sacrificio patrimonial injustificado" en el caso concreto. ": SAP Baleares (Sección 5) 15.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 38/2013)

"QUINTO.-Conforme al artículo 71.4 LC, debemos entrar en el examen de si apreciamos perjuicio patrimonial, sin ninguna presunción a favor de los demandantes, lo que comporta que la carga de su prueba incumbe a la parte actora.
Cuestión esencial es determinar el concepto tan relativo de perjuicio. A tal respecto, en la sentencia de esta Sala de 10.11.2.012, se indica que en relación con esta concreta acción ejercitada, " *para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores..... el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso.*
La STS 26 de octubre de 2.012 establece que " *El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.*
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
En el mismo sentido, la STS 8 de noviembre de 2.012, "23. *Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.*
1 *La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del*

patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).

2 *En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)." ":*

SAP Baleares (Sección 5) 18.03.2013 (Sentencia 102/2013; Rollo 786/2012)

"SÉPTIMO.- Cuestión esencial es determinar el concepto tan relativo de perjuicio. A tal respecto, en la sentencia de esta Sala de 10.11.2.012, se indica que en relación con esta concreta acción ejercitada, "para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil 1) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores..... el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso".

-La STS 26 de octubre de 2.012 establece que "El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude".

El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.

El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.

Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.

La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.

71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

En el mismo sentido, la STS 8 de noviembre de 2.012, "23. Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.

24. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución

injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).

2 En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)."

De tal doctrina jurisprudencial se infiere: A) Que debe estarse a la situación existente en la fecha en que se concedieron las garantías. B) Lo esencial es determinar si existe un "sacrificio patrimonial injustificado" en el caso concreto. ".SAP Baleares (Sección 5) 23.04.2013 (Sentencia 168/2013; Rollo 10/2013) y,en idénticos términos, SAP Baleares (Sección 5) 06.06.2013 (Sentencia 253/2013; Rollo 42/2013)

"QUINTO.- Y, " Cuestión esencial es determinar el concepto tan relativo de perjuicio. A tal respecto, en la sentencia de esta Sala de 10.11.2.012, se indica que en relación con esta concreta acción ejercitada, " *para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil 1) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores..... el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso".*

-La STS 26 de octubre de 2.012 establece que " *El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude".*

El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.

El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.

Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.

La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.

71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

En el mismo sentido, la STS 8 de noviembre de 2.012, "23. *Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se*

habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.
1 *La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).*
2 *En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)."*
De tal doctrina jurisprudencial se infiere: A) Que debe estarse a la situación existente en la fecha en que se concedieron las garantías. B) Lo esencial es determinar si existe un "sacrificio patrimonial injustificado" en el caso concreto. “:SAP Baleares (Sección 5) 24.06.2013 (Sentencia 271/2013; Rollo 179/2013)

“SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos de la presente alzada, comenzar señalando, como ya lo hiciera la resolución recurrida, que la ley concursal, al regular las acciones de integración, parte o exige de dos presupuestos esenciales, a saber la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el período de dos años anteriores a la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et de iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a titulo oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas; y que para casos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores.
Los actos realizados en el período sospecho (requisito temporal que no se discute concurre en el caso), son rescindibles, en tanto que resulten perjudiciales para la masa activa, y frente a la inicial polémica doctrinal en torno a la interpretación del concepto del "perjuicio patrimonial", en la actualidad se viene admitiendo como tal el concepto amplio de perjuicio, entendido como "sacrificio patrimonial injustificado" para la comunidad de acreedores, como destacan las STS de 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012, o como afirma la STS de 26 de octubre de 2012 "el perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia de 27 de octubre de 2010, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC) y además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el artículo 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el artículo 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica la masa activa". : SAP Baleares (Sección 5) 29.04.2014 (Sentencia 131/2014; Rollo 73/2014)

“SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos de la presente alzada, comenzar señalando, como ha hecho esta sección en el rollo 73/2014, que la ley concursal, al regular las acciones de integración, exige o parte de dos presupuestos esenciales, a saber la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el período de dos años anteriores a la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et de iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a titulo oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas; y que para casos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.

Los actos realizados en el período sospechoso (requisito temporal que no se discute concurre en el caso) son rescindibles, en tanto que resulten perjudiciales para la masa activa, y frente a la inicial polémica doctrinal en torno a la interpretación del concepto del "perjuicio patrimonial", en la actualidad se viene admitiendo como tal el concepto amplio de perjuicio, entendido como "sacrificio patrimonial injustificado" para la comunidad de acreedores, como destacan las STS de 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012, o como afirma la STS de 26 de octubre de 2012 " *el perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia de 27 de octubre de 2010, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC) y además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el artículo 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el artículo 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica la masa activa".":* SAP Baleares (Sección 5) 08.05.2014 (Sentencia 140/2014; Rollo 72/2014)

AP Barcelona

"Por otra parte, el fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. De este modo puede revocarse cualquier acto que se acredite perjudicial para la masa activa, aunque en ocasiones la prueba del perjuicio se favorezca a través de presunciones, que en unos casos admitirán prueba en contrario y en otros no. Para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, como ocurre con las donaciones y en general con las transmisiones a título gratuito; también en los negocios bilaterales con reciprocidad de prestaciones, si se da una ausencia de equivalencia; y podría ocurrir también en los actos unilaterales del deudor, como es el pago, que por la proximidad en el tiempo de la apertura del concurso, y por estar ya en estado de insolvencia, suponen una vulneración de la par condicio creditorum, siempre que no se trate de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, expresamente excluidos por el art. 71.5 LC.": SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006)

"**CUARTO** El nuevo ordenamiento concursal ha optado por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, sustituyendo el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial para la masa activa, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz. De este modo, elart. 71.1 LC establece que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta", estableciendo a continuación una serie de supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario, y seguidamente otros en los que la presunción de perjuicio admite prueba en contrario.
El presupuesto objetivo es, por tanto, la existencia de un acto perjudicial para la masa activa, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, momento éste en el que, ex post, se determinará si el acto en cuestión ha supuesto una disminución o quebranto del patrimonio del deudor que, una vez declarado el concurso, integra dicha masa activa, y que sirve de garantía para el cobro de los créditos concursales en el seno del procedimiento.
La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro. En este sentido el perjuicio es presumido por laLey en el apartado 2 (con carácter iuris et de iure) y en el apartado 3 (aquí iuris tantum) delart. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes (además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado).
Fuera de esos supuestos que describen losapartados 2 y 3 del art. 71 LC, el perjuicio a la masa activa, generado de forma indirecta por quebrantamiento del principio de la paridad de trato, se habrá de probar por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC), y no deriva, simplemente, de que el deudor haya atendido, en el período de antelación legal, algunas obligaciones y otras no.":SAP Barcelona (Sección 15) 08.01.2009 (AC 2009/1180; Sentencia 3/2009; Rollo 497/2008) y, en términos prácticamente idénticos, SAP Barcelona (sección 15) 22.09.2010 (Sentencia 280/2010; Rollo 260/2010) y SAP Barcelona (sección 15) 27.01.2011 (JUR 2011\182591) (Sentencia 34/2011; Rollo 369/2010).

"El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La ineficacia propugnada con esta acción es la propia de la rescisión, aunque su fundamento radica exclusivamente en el perjuicio. El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la

administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan –actos de disposición a titulo gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC). La administración concursal invocó uno de estos dos supuestos, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de otras que las sustituyan, para justificar la concurrencia del perjuicio.
En cualquier caso, para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.
En este caso, debemos valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de una garantía real, pues contrariamente a lo argumentado por el Banco, constituye una merma del valor del bien en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien. El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par condicio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores. Ahora bien, en el presente caso concurren una serie de circunstancias que deben ser valoradas: primero, que la hipoteca no se constituye enteramente para garantizar una obligación preexistente –en este caso una nueva que sustituye a otra anterior-, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con la hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior, vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación de crédito; y, segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto. Ambas circunstancias, en el contexto en que se renegoció la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio. “. SAP Barcelona (Sección 15) 06.02.2009 (Rollo 607/2008)

“A la vista de lo anterior, debemos analizar si esta dación en pago se hizo en perjuicio de la masa activa. En nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 partíamos de la consideración de que existe perjuicio para la masa activa cuando el acto de disposición conlleva un "sacrificio patrimonial injustificado", que exige un doble requisito: una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado. Criterio recogido recientemente por la STS (1ª) de 27 de octubre de 2010 (Roj: STS 5329/2010), cuando invoca este concepto de sacrifico patrimonial injustificado en un caso en que el acto de disposición objeto de rescisión era un negocio con reciprocidad de prestaciones, en que no existió una equivalencia de prestaciones (una venta de dos inmuebles por un precio muy inferior al de mercado), y este desequilibrio no se justificaba por las circunstancias concurrentes. “: SAP Barcelona (Sección 15) 15.06.2011 (Sentencia 260/2011; Rollo 593/2010)

“2. En cuanto al concepto de "perjuicio para la masa activa", hemos considerado en anteriores sentencias que el art. 71 LC admite una noción de perjuicio que no se reduce a los actos que de modo directo o estricto produzcan una disminución del patrimonio neto del deudor (es decir, minoración del activo sin correlativa minoración de su pasivo), como sucedería en los actos de disposición a título gratuito y, tratándose de negocios onerosos sinalagmáticos, cuando no exista equivalencia entre las prestaciones (en la medida de la descompensación o desequilibrio).
El concepto de perjuicio para la masa activa admite, también, una acepción amplia o indirecta, comprendiendo aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores (par conditio creditorum), cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la masa de acreedores, que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada.
En este sentido el perjuicio es presumido por la LC en el apartado 2, con carácter iuris et de iure, y en el apartado 3, aquí iuris tantum, del art. 71, al establecer como presunciones legales ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores, así mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o por la constitución de garantías reales a favor de deudas preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.”: SAP Barcelona (Sección 15) 13.12.2011 (Sentencia 489/2011; Rollo 406/2011)

“2. El presupuesto objetivo de la acción de reintegración concursal que diseña el art. 71 LC es la existencia de un acto perjudicial para la masa activa, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, momento éste en el que, ex post, se determinará si el acto en cuestión ha supuesto una disminución

o quebranto del patrimonio del deudor que, una vez declarado el concurso, integra dicha masa activa, y que sirve de garantía para el cobro de los créditos concursales en el seno del procedimiento.
La norma, sin embargo, como hemos señalado en resoluciones anteriores, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto (o en sentido más amplio) por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores, cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal para el cobro. En este sentido el perjuicio es presumido por la Ley en el apartado 2 (con carácter iuris et de iure) y en el apartado 3 (aquí iuris tantum) del art. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes, además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado.
Fuera de esos supuestos que describen los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, el perjuicio a la masa activa, generado de forma indirecta por quebrantamiento del principio de la paridad de trato, se habrá de probar por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC), y no deriva, simplemente, de que el deudor haya atendido, en el período de antelación legal, algunas obligaciones y otras no.
En tales supuestos, de pago de deudas vencidas en dicho período, no puede aceptarse en puridad un perjuicio patrimonial directo o en sentido estricto, ya que la disminución del activo que supone el pago total o parcial de la deuda va acompañada, correlativamente, de la disminución del pasivo en la misma proporción, por lo que el patrimonio neto no se resiente. El perjuicio se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (y de ahí la apreciación del perjuicio, indirecto, a la masa activa).”: SAP Barcelona (Sección 15) 01.03.2012 (Sentencia 84/2012; Rollo 532/2011)

“El artículo 71.1 LC establece que, una vez declarado el concurso, son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa efectuados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no haya habido intención fraudulenta. No se ha cuestionado que en el caso se cumpla el requisito temporal. El acto data de 22 de octubre de 2007 y la declaración de concurso de 14 de septiembre de 2009.
Por lo que respecta al perjuicio, como alega la parte demandada, el artículo 71 incluye unas presunciones que no admiten prueba en contra (artículo 71.2) y otras que sí la admiten (artículo 71.3). El artículo 71.4 LC, en la redacción aplicable al caso por razones temporales, dispone que, cuando se trate de actos no comprendidos en las presunciones del apartado anterior, el perjuicio patrimonial ha de ser probado por quien ejercita la acción rescisoria.
Como sostiene la parte apelante, con cita de sentencias de esta Sección 15ª, el de perjuicio es, efectivamente, un concepto jurídico que se ha de dotar de contenido en cada caso concreto, partiendo de la percepción general de perjuicio como sacrificio o detrimento patrimonial. Hemos expuesto en resoluciones anteriores (entre otras, las de 23 de abril de 2008 y 8 de enero de 2009 o más recientemente, de 29 de septiembre de 2011) que la norma admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que producen, de manera directa, una disminución del patrimonio del deudor -en general, por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito-, sino que alcanza también aquellos actos que supongan un perjuicio indirecto, por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores (*par condicio creditorum)* cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro.
En estos supuestos, el perjuicio derivaría del trato beneficioso injustificado, teniendo en cuenta las circunstancias concretas, que determinaría un resultado de favorecimiento de quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que el resto de acreedores, los cuales, de no haber existido aquel pago, encontrarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (y, por esto, el perjuicio, indirecto, a la masa activa). “: SAP Barcelona (Sección 15) 09.02.2012 (Sentencia 50/2012; Rollo 647/2011)

“En este sentido, en cuanto al concepto de perjuicio, venimos sosteniendo un concepto amplio, que englobe tanto aquellos actos que lesionan o menoscaban directamente la masa activa, como aquellos otros en los que, manteniéndose la equivalencia de las prestaciones, se altera el principio de la paridad o la igualdad de trato entre los acreedores (sentencias de 8 de enero de 2009 y 13 de enero de 2010). La alteración de la *par condicio creditorum* puede determinar el carácter perjudicial del acto pues, como señala esta última sentencia, "en estos casos el perjuicio se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada". SAP Barcelona (Sección 15) 15.10.2012 (Sentencia 332/2012; Rollo 137/2012)

“TERCERO. 8. Hemos considerado en anteriores sentencias que el art. 71 LC admite una noción de perjuicio que no se reduce a los actos que de modo directo o estricto produzcan una disminución del patrimonio neto del deudor (es decir, minoración del activo sin correlativa minoración de su pasivo), como sucedería en los actos de disposición a título gratuito y, tratándose de negocios onerosos, cuando no exista equivalencia económica entre las prestaciones.
El concepto de perjuicio para la masa activa admite, también, una acepción amplia o indirecta, comprendiendo aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores

(*par condicio creditorum)*, cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la *masa de acreedores,* que se podrá apreciar si el acto, contrato
o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso *injustificado* para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada.
En este sentido el perjuicio es presumido por la LC en el apartado 2, con carácter *iuris et de iure,* y en el apartado 3, *iuris tantum,* del art. 71, al establecer como presunciones legales ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores, así mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de la declaracioón de concurso": SAP Barcelona (Sección 15) 16.11.2012 (Sentencia 376/2012; Rollo 207/2012)

"En aquest punt, mantenim un criteri diferent al del Sr. magistrat. Considerem, com ho hem fet en sentències anteriors (per totes, la de 8 de gener de 2009), que la noció de perjudici per a la massa, al voltant de la qual s'articulen les previsions de l' article 71 LC, no només es redueix al perjudici patrimonial directe o en sentit estricte, que inclouria els actes que de manera directa produeixen una disminució del patrimoni del deutor (generalment per falta d' equivalència de les prestacions o per tractar-se d'actes a títol gratuït), sinó que també abasta aquells actes que suposin un perjudici indirecte perquè trenquen el principi de paritat de tracte dels creditors quan es provoca una alteració de l'ordre concursal de cobrament.": SAP Barcelona (Sección 15) 15.01.2013 (Sentencia 10/2013; Rollo 374/2012)

"SEXTO. 10. Como hemos mantenido en anteriores sentencias y declara la STS de 8 de noviembre de 2012, será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el *acto* realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una *disminución injustificada de su patrimonio,* o un *sacrificio patrimonial injustificado,* por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial. Es el llamado perjuicio directo, particular o estricto, junto al cual tiene acogida en el mismo precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de *par condicio creditorum* (en este sentido así mismo, STS de 8 de noviembre de 2012).
Al margen de los actos de disposición a título gratuito, que conforme al art. 71.2 LC se consideran perjudiciales sin admitir prueba en contrario, el perjuicio directo por minoración injustificada del patrimonio del concursado puede ser reconocido en los negocios onerosos y bilaterales cuando exista un claro desequilibrio entre las prestaciones, es decir, cuando la prestación del deudor no tiene como contrapartida una contraprestación del mismo valor. ": SAP Barcelona (Sección 28) 15.05.2013 (Sentencia 204/2013; Rollo 358/2012)

"QUINTO. Sobre la existencia de perjuicio
11.Como hemos mantenido en anteriores sentencias y declara u patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial. Es el llamado perjuicio directo, particular o estricto, junto al cual tiene acogida en el mismo precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de par condicio creditorum (en este sentido asimismo, STS de 8 de noviembre de 2012).
12. El perjuicio para la masa activa, que constituye el requisito fundamental para que proceda la reintegración concursal, exige que se produzca un "sacrificio patrimonial injustificado", lo que implica un doble elemento:
(i) una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa;
y (ii) que ello no se encuentre justificado (SAP Barcelona de 6 de febrero de 2009 -Roj: SAP B 1485/2009 -).
En el mismo sentido se ha pronunciado el TS en su Sentencia de 27 de octubre de 2010 (Roj: STS 5329/2010).
13. Al margen de los actos de disposición a título gratuito, que conforme al art. 71.2 LC se consideran perjudiciales sin admitir prueba en contrario, el perjuicio directo por minoración injustificada del patrimonio del concursado puede ser reconocido en los negocios onerosos y bilaterales cuando exista un claro desequilibrio entre las prestaciones, es decir, cuando la prestación del deudor no tiene como contrapartida una contraprestación del mismo valor.
14. El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explique en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso.
Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).
15. Por otra parte, como afirma STS«... para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias...». (...)
SEXTO. Sobre el perjuicio indirecto
23. El perjuicio indirecto consiste en la violación del principio de la par condicio creditorum, es decir, en la ruptura del principio de igualdad de trato de los acreedores por medio del favorecimiento de uno de ellos en perjuicio de los demás, ya sea mediante cobro de su crédito o la constitución de garantías que favorezcan su condición en el concurso.
24. Para que pueda existir ese perjuicio indirecto es preciso que resulte acreditado que el pago se hizo en un momento en el que aún no se había solicitado el concurso pero concurría el presupuesto objetivo que hubiera justificado que la solicitud se hubiera hecho, esto es, en un momento en el que la concursada se encontraba en

insolvencia (así lo decíamos en nuestra Sentencia nº 355/2013, de 9 de Octubre de 2013, entre otras muchas). Por consiguiente, si el AC pretendía que había existido este tipo de perjuicio, debiera haber alegado que la insolvencia concurría en el momento en el que los actos impugnados se llevaron a cabo, lo que no ha ocurrido, particularmente en el caso de los actos de 31 de marzo de 2011, únicos a los que debe entenderse referida esta argumentación, ya que, según hemos anticipado, respecto de los de 31 de mayo de 2012, hemos concluido que existe perjuicio directo ": SAP Barcelona (Sección 15) 03.04.2014 (Sentencia 113/2014; Rollo 403/2013)

"CUARTO. 7. Como hemos mantenido en anteriores sentencias y declara la STS de 8 de noviembre de 2012, será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una *disminución injustificada de su patrimonio,* o un *sacrificio patrimonial injustificado,* por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial. Es el llamado perjuicio directo, particular o estricto, junto al cual tiene acogida en el mismo precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de *par condicio creditorum* (en este sentido así mismo, STS de 8 de noviembre de 2012).
Al margen de los actos de disposición a título gratuito, que conforme al art. 71.2 LC se consideran perjudiciales sin admitir prueba en contrario, el perjuicio directo por minoración injustificada del patrimonio del concursado puede ser reconocido en los negocios onerosos y bilaterales cuando exista un claro desequilibrio entre las prestaciones, es decir, cuando la prestación del deudor no tiene como contrapartida una contraprestación del mismo valor.": SAP Barcelona (Sección 15) 07.04.2014 (Sentencia 156/2014; Rollo 492/2013)

"TERCERO.- 7. El perjuicio a la masa activa, sin necesidad de intención fraudulenta, constituye el requisito fundamental de la acción rescisoria concursal *ex* artículo 71 LC ["1. *Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta].*
Respecto a qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", esta Sala ha mantenido en anteriores sentencias (por ejemplo, en la sentencia de 18 de septiembre de 2013 -ROJ SAP B 9624/2013-), y así lo declara la STS de 8 de noviembre de 2012 -ROJ STS 7746/2012 -, que será apreciable un perjuicio para la masa cuando el acto realizado por el deudor, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto), pero así mismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de *par condicio creditorum.*
Así, como afirma la STS de 26 de octubre de 2012 (ROJ: STS 7265/2012) el perjuicio para la masa activa del concurso *puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (artículo 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.* También, y en relación con la alteración de la *par condicio creditorum,* podrá apreciarse el perjuicio si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso *injustificado* para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones. De lo que se infiere que no cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con toda aminoración del valor del activo ni con la alteración de la *par condicio creditorum,* siendo preciso que tanto uno como otro carezcan de justificación. Además, en todo caso, debe tenerse presente el límite del acto ordinario que estipula el artículo 71.5 LC (*"En ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1º. Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales")* dentro de los cuales se comprenden, en principio, siempre que se realicen en *condiciones normales,* los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.
La falta de justificación subyace en los supuestos previstos en el artículo 71.2 LC, en los que se presume con carácter *iuris et de iure* el perjuicio. Fuera de esos supuestos, afirma la citada STS de 26 de octubre de 2012, *en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. (...). En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad.":* SAP Barcelona (Sección 15) 19.05.2014 (Sentencia 172/2014; Rollo 439/2013)

"CUARTO. 10. Como hemos mantenido en anteriores sentencias y declaran la STS de 12 de abril, 26 de octubre y 8 de noviembre de 2012 (entre otras), será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso suponga una *disminución injustificada de su patrimonio,* o un *sacrificio patrimonial injustificado,* por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial. Es el llamado perjuicio directo, particular o estricto, junto al cual tiene acogida en el mismo precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de *par condicio creditorum* (en este sentido, STS de 8 de noviembre de 2012).
Al margen de los actos de disposición a título gratuito, que conforme al art. 71.2 LC se consideran perjudiciales sin admitir prueba en contrario, el perjuicio directo por minoración injustificada del patrimonio del concursado puede ser reconocido en los negocios onerosos y bilaterales cuando exista un claro desequilibrio entre las

prestaciones, es decir, cuando la prestación del deudor no tiene como contrapartida una contraprestación del mismo valor.
11 El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).
Debe atenderse, por ello, en un acto de disposición a título oneroso, al equilibrio económico en el intercambio de prestaciones de acuerdo con el sinalagma o esquema negocial, tal como las partes pudieron representarse que sería cumplido.
La STS 210/2012, de 12 de abril, advierte que para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado *deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias.* Así mismo, la STS 629/2012, de 26 de octubre, precisa que, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse *las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización*. “: SAP Barcelona (Sección 15) 27.05.2014 (Sentencia 182/2014; Rollo 503/2013)

“21. El concepto de perjuicio para la masa activa que acoge el art. 71 LC admite una acepción amplia o indirecta, comprendiendo aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores (par condicio creditorum), cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la masa de acreedores, que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (en este sentido, STS de 8 de noviembre de 2012).
El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).
Desde esta perspectiva, debe considerarse la coyuntura económica, financiera y patrimonial de la sociedad para determinar si el pago suponía o no, entonces, un favorecimiento injustificado a esos acreedores, satisfaciendo su derecho a participar en las ganancias, en detrimento de otros acreedores con créditos vencidos y exigibles que, con posterioridad, por razón de esos mismos créditos, han de quedar sometidos a las reglas concursales para su cobro.”: SAP Barcelona (Sección 15) 04.06.2014 (Sentencia 200/2014; Rollo 422/2013)

“CUARTO. 8. Como hemos mantenido en anteriores sentencias y declaran las Sentencias del TS de 12 de abril, 26 de octubre y 8 de noviembre de 2012 (entre otras), será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una *disminución injustificada de su patrimonio*, o un *sacrificio patrimonial injustificado,* por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial. Es el llamado perjuicio directo, particular o estricto, junto al cual tiene acogida en el mismo precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de *par condicio creditorum* (en este sentido, STS de 8 de noviembre de 2012).
9. Al margen de los actos de disposición a título gratuito, que conforme al art. 71.2 LC se consideran perjudiciales sin admitir prueba en contrario, el perjuicio directo por minoración injustificada del patrimonio del concursado puede ser reconocido en los negocios onerosos y bilaterales cuando exista un claro desequilibrio entre las prestaciones, es decir, cuando la prestación del deudor no tiene como contrapartida una contraprestación del mismo valor.
10. El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).
Debe atenderse, por ello, en un acto de disposición a título oneroso, al equilibrio económico en el intercambio de prestaciones de acuerdo con el sinalagma o esquema negocial, tal como las partes pudieron representarse que sería cumplido.
11. La STS 210/2012, de 12 de abril, advierte que para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y

si está justificado *deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias.* Así mismo, la STS 629/2012, de 26 de octubre, precisa que, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse *las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización*.
12. De otro lado, el concepto de perjuicio para la masa activa que acoge el art. 71 LC admite una acepción amplia o indirecta, comprendiendo aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores (*par condicio creditorum)*, cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la *masa de acreedores,* que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso *injustificado* para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (en este sentido, STS de 8 de noviembre de 2012).
Desde esta perspectiva, debe considerarse la coyuntura económica, financiera y patrimonial de la sociedad para determinar si el pago suponía o no, entonces, un favorecimiento *injustificado* a esos acreedores, satisfaciendo su derecho de crédito en detrimento de otros acreedores con créditos vencidos y exigibles que, con posterioridad, por razón de esos mismos créditos, han de quedar sometidos a las reglas concursales para su cobro.": SAP Barcelona (Sección 15) 11.06.2014 (Sentencia 210/2014; Rollo 497/2013)

"SEPTIMO.-En cuanto al concepto de perjuicio patrimonial, hemos mantenido en anteriores sentencias que será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso suponga una disminución injustificada de su patrimonio o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto). Asimismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de la *par condicio creditorum.*
También el Tribunal Supremo, en doctrina consolidada, configura el perjuicio patrimonial en parecidos términos. Dice al respecto la sentencia de 26 de octubre de 2012 (ROJ 7265/2012) lo siguiente:
"El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación."
La misma sentencia analiza la posible reintegración de pagos de cantidades exigibles:
"En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum." ": SAP Barcelona (Sección 15) 16.06.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 249/2013)

"CUARTO.-El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, "serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, "cuando se

trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). En concreto y por lo que se refiere al supuesto enjuiciado, el apartado segundo del artículo 71.3º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial en "la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas". En los demás casos, esto es, de no concurrir alguna de las circunstancias reseñadas, el perjuicio debe ser probado (artículo 71.4º).
En cuanto al concepto de perjuicio, en nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 (RJ 1485/2009) señalamos que se trata un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto). Asimismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de la par condicio creditorum": SAP Barcelona (Sección 15) 30.06.2014 (Sentencia 233/2014; Rollo 496/2013)

"TERCERO. 7. El concepto de perjuicio para la masa activa que acoge el art. 71 LC admite una acepción amplia o indirecta, comprendiendo aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores (par condicio creditorum), cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la masa de acreedores, que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (en este sentido, STS de 8 de noviembre de 2012).
El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).
Desde esta perspectiva, debe considerarse la coyuntura económica, financiera y patrimonial de la sociedad para determinar si el pago suponía o no, entonces, un favorecimiento injustificado a ese acreedor, satisfaciendo su crédito en detrimento de otros acreedores con créditos vencidos y exigibles, los cuales, con posterioridad, por razón de esos mismos créditos, han de quedar sometidos a las reglas concursales para su cobro.": SAP Barcelona (Sección 15) 02.07.2014 (Sentencia 234/2014; Rollo 99/2014)

"TERCERO.-La rescisión concursal puede tener por objeto contratos o simples actos unilaterales del deudor, que no cuestionan la validez del negocio del que traen causa, como pueden ser los pagos o los actos de adjudicación. En cualquier caso, el requisito fundamental de la acción rescisoria concursal es el perjuicio a la masa activa, sin necesidad de intención fraudulenta (art. 71 LC). Hemos mantenido en anteriores sentencias que será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto). Asimismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de la *par condicio creditorum.*
También el Tribunal Supremo, en doctrina consolidada, configura el perjuicio patrimonial en parecidos términos. Dice al respecto la sentencia de 26 de octubre de 2012 (ROJ 7265/2012) lo siguiente:
"El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación".
La misma sentencia analiza la posible reintegración de pagos de cantidades exigibles:
"En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum.".": SAP Barcelona (Sección 15) 21.07.2014 (Sentencia 256/2014; Rollo 181/2014)

"18. Como hemos mantenido en anteriores sentencias y declaran la STS de 12 de abril, 26 de octubre y 8 de noviembre de 2012 (entre otras), será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial. Es el llamado perjuicio directo, particular o estricto, junto al cual tiene acogida en el mismo precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de par condicio creditorum (en este sentido, STS de 8 de noviembre de 2012).
19. En la citada Sentencia de esta Sala de 18 de septiembre de 2013 -ROJ SAP B 9624/2013 afirmábamos que "esta noción de perjuicio comprende aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores, cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la masa de acreedores, que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada.
20. La STS 210/2012, de 12 de abril, advierte que para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias. Asimismo, la STS 629/2012, de 26 de octubre, precisa que, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización.": SAP Barcelona (Sección 15) 01.12.2014 (Sentencia 388/2014; Rollo 380/2014)

AP Badajoz

Resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial (exigido por el art. 71.1 LC), al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Y ello aunque la jurisprudencia mercantil se está decantando por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio. En tal sentido, la SAP Barcelona de 6 de febrero de 2.009 afirma que el juicio sobre el perjuicio exige que haya existido un autentico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación. En esa última resolución se analizan posibles causas de justificación en el otorgamiento de una hipoteca constituida para garantizar, siquiera en parte, una obligación preexistente y concretamente se valora el hecho de que se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo (en nuestro caso, 20 años a un interés menor que el propio del descubierto)": SAP Badajoz (Sección 3) 24.11.2011 (Sentencia 268/2011; Rollo 242/2011)

AP Burgos

"A criterio de la parte apelante el perjuicio debe sufrirlo la masa activa, el conjunto de bienes y derechos integrantes del patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso, se reintegren o adquieran hasta la conclusión del procedimiento, como afirma la sentencia de instancia, si no se carece de justificación -sacrificio patrimonial injustificado-, pues, en principio, alcanzaría a todo acto de disposición patrimonial dentro de los dos años anteriores a la declaración concursal, y a los derechos de cobro de los acreedores, con alteración del principio de la par conditio creditorum, con favorecimiento del acreedor que ha cobrado. La parte apelante añade que no concurre alguno de los supuestos de presunción del perjuicio que establece el artículo

71 de la Ley Concursal, por lo que el perjuicio ha de probarse.
La cuestión, entonces, que se suscita es si, esa disminución patrimonial que se produce al ceder en pago unos bienes, está o no justificada, en razón a las circunstancias concurrentes en el caso.
Para delimitar el concepto de perjuicio, como concepto jurídico indeterminado, procede subrayar que, el concepto de acto perjudicial para la masa activa, siendo un concepto más amplio que el estricto de perjuicio patrimonial, no constituye una noción única, debiendo integrarse por las circunstancias concurrentes en cada caso, sin desconocer el principio de paridad de trato, porque el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores.
El perjuicio no es solo un detrimento patrimonial, sino más bien un sacrificio patrimonial injustificado -disminución del valor del activo, careciendo de justificación- y por afectar al principio de la par conditio creditorum (nótese que el artículo 71-2 de la Ley Concursal presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en donde lo realmente afectado es el principio mencionado, sin que exista propiamente una lesión económica; o en la constitución de garantías reales, en los casos del artículo 71-3.2º de la Ley Concursal).
Desde este criterio jurídico, el pago de una deuda vencida y exigible, realizado en el período sospechoso, en principio, está justificado, salvo que concurran circunstancias singulares que patenticen y demuestren la falta de justificación (por su privación) al hecho del pago, lo que supone un perjuicio por vulneración del principio de igualdad de trato para el común de los acreedores. Y es una circunstancia de relevancia singular que, al tiempo de satisfacer el crédito, pagar, el deudor estuviera en un estado claro de insolvencia, eludiendo una concurrencia ordenada de los créditos.": SAP Burgos (Sección 3) 05.09.2013 (Sentencia 216/2013; Rollo 148/2013)

"QUINTO.-Por último, se alega la improcedencia de la acción de reintegración ejercitada en la demanda, por no encajar en alguno de los supuestos del art. 71 L.C.
Procede, por ello, en primer término, determinar el concepto de perjuicio para la masa activa, a que se refiere el precepto mencionado.
Para delimitar el concepto de perjuicio, como concepto jurídico indeterminado, procede subrayar que, el concepto de acto perjudicial para la masa activa, siendo un concepto más amplio que el estricto de perjuicio patrimonial, no constituye una noción única, debiendo integrarse por las circunstancias concurrentes en cada caso, sin desconocer el principio de paridad de trato, porque el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores.
El perjuicio no es solo un detrimento patrimonial, sino más bien un sacrificio patrimonial injustificado -disminución del valor del activo, careciendo de justificación- y por afectar al principio de la par conditio creditorum (nótese que el artículo 71-2 de la Ley Concursal presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en donde lo realmente afectado es el principio mencionado, sin que exista propiamente una lesión económica; o en la constitución de garantías reales, en los casos del artículo 71-3.2º de la Ley Concursal).
Desde este criterio jurídico, el pago de una deuda vencida y exigible, realizado en el período sospechoso, en principio, está justificado, salvo que concurran circunstancias singulares que patenticen y demuestren la falta de justificación (por su privación) al hecho del pago, lo que supone un perjuicio por vulneración del principio de igualdad de trato para el común de los acreedores. Y es una circunstancia de relevancia singular que, al tiempo de satisfacer el crédito, pagar, el deudor estuviera en un estado claro de insolvencia, eludiendo una concurrencia ordenada de los créditos.": SAP Burgos (Sección 3) 13.09.2013 (Sentencia 222/2013; Rollo 168/2013)

"Para delimitar el concepto de perjuicio, como concepto jurídico indeterminado, procede subrayar que, el concepto de acto perjudicial para la masa activa, siendo un concepto mas amplio que el estricto de perjuicio patrimonial, no constituye una noción única, debiendo integrase por las circunstancias concurrentes en cada caso, sin desconocer el principio de paridad de trato, porque el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores.
El perjuicio no es solo un detrimento patrimonial, sino mas bien un sacrificio patrimonial injustificado -disminución del valor del activo, careciendo de justificación- y por afectar al principio de la par conditio creditorun (nótese que el art. 71-2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en donde lo realmente afectado es el principio mencionado, sin que exista propiamente una lesión económica; o en la constitución de garantías reales, en los casos del art. 71-3-2º LC).
Desde este criterio jurídico, el pago de una deuda vencida y exigible, realizado en el periodo sospechoso, en principio, está justificado, salvo que concurran circunstancias singulares que patenticen y demuestren la falta de justificación (por su privación) al hecho del principio de igualdad de trato para el común los acreedores. Y es una circunstancia de relevancia singular que, al tiempo de satisfacer el crédito, pagar, el deudor estuviera en un estado claro de insolvencia, eludiendo una concurrencia ordenada de los créditos.": SAP Burgos (Sección 3) 20.09.2013 (Sentencia 227/2013; Rollo 155/2013)

"Séptimo.-En cuanto a la existencia de perjuicio para la masa activa, su prueba, así como la eventual justificación de las entregas de bienes, cabe hacer las consideraciones jurídicas siguientes:
A) En cuando a la determinación del concepto de perjuicio para la masa activa -ex artículo 71-1 de la Ley Concursal -, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, en el sentido que, este concepto, siendo más amplio que el estricto de perjuicio patrimonial, no constituye una noción única, debiendo integrarse por las circunstancias concurrentes en cada caso, sin desconocer el principio de paridad de trato, porque el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores.
El perjuicio no es solo un detrimento patrimonial, sino más bien un sacrificio patrimonial injustificado -

disminución del valor del activo, careciendo de justificación- y por afectar al principio de la par conditio creditorum (nótese que el artículo 71-2 de la Ley Concursal presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en donde lo realmente afectado es el principio mencionado, sin que exista propiamente una lesión económica; o en la constitución de garantías reales, en los casos del artículo 71-3.2° de la Ley Concursal).
Desde este criterio jurídico, el pago de una deuda vencida y exigible, realizado en el período sospechoso, en principio, está justificado, salvo que concurran circunstancias singulares que patenticen y demuestren la falta de justificación (por su privación) al hecho del pago, lo que supone un perjuicio por vulneración del principio de igualdad de trato para el común de los acreedores. Y es una circunstancia de relevancia singular que, al tiempo de satisfacer el crédito, pagar, el deudor estuviera en un estado claro de insolvencia, eludiendo una concurrencia ordenada de los créditos.": SAP Burgos (Sección 3) 30.10.2013 (Sentencia 265/2013; Rollo 196/2013)

"En primer lugar, en cuanto a la determinación del concepto de perjuicio para la masa activa -ex art. 71-1 LC -, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, recientemente, en varias sentencias, en el sentido que, "como concepto jurídico indeterminado, procede subrayar que, el concepto de acto perjudicial para la masa activa, siendo un concepto mas amplio que el estricto de perjuicio patrimonial, no constituye una noción única, debiendo integrase por las circunstancias concurrentes en cada caso, sin desconocer el principio de paridad de trato, porque el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores.
El perjuicio no es solo un detrimento patrimonial, sino mas bien un sacrificio patrimonial injustificado - disminución del valor del activo, careciendo de justificación- y por afectar al principio de la par conditio creditorun (nótese que el art. 71-2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en donde lo realmente afectado es el principio mencionado, sin que exista propiamente una lesión económica; o en la constitución de garantías reales, en los casos del art. 71-3-2° LC).
Desde este criterio jurídico, el pago de una deuda vencida y exigible, realizado en el periodo sospechoso, en principio, está justificado, salvo que concurran circunstancias singulares que patenticen y demuestren la falta de justificación (por su privación) al hecho del principio de igualdad de trato para el común los acreedores. Y es una circunstancia de relevancia singular que, al tiempo de satisfacer el crédito, pagar, el deudor estuviera en un estado claro de insolvencia, eludiendo una concurrencia ordenada de los créditos".
Este criterio, se mantiene por otras Audiencias Provinciales. Sirvan de ejemplo, la S.A.P de Valencia, de fecha 23 de marzo de 2.009, indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona, de 8 de enero de 2.009, dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursa l de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concúrsales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el n° 4 del artículo 71 de la LC en relación con el n ° 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, qué el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal".": SAP Burgos (Sección 3) 20.11.2013 (Sentencia 284/2013; Rollo 284/2013)

AP Cáceres

“Por otro lado, debemos significar que Ley concursal pone el acento para operar la reintegración a la masa activa, en la circunstancia de que los actos en cuestión sean perjudiciales para la misma, con independencia de la intención fraudulenta perseguida. Se acoge así un sistema de acciones específicas de reintegración, destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

De este modo, queda claro que deben concurrir dos requisitos para rescindir los actos realizados por el deudor con carácter previo a la declaración del concurso: a) que los actos sean perjudiciales para la masa; b) que se realice tal acto en los dos años anteriores a la declaración.

En cuanto al primero de los requisitos, supone conectar claramente el sistema de reintegración con la finalidad que le es propia. Si la misma es un instrumento que tiene como función evitar que en el periodo previo a la declaración judicial de concurso, el deudor realice actos que puedan perjudicar a la masa activa, debilitando su patrimonio, que es la garantía de los acreedores, solo podrá anularse el acto que haya provocado ese perjuicio para la masa. La clave, por tanto, es el perjuicio para la masa, que se deriva de haberse realizado un acto o negocio jurídico que ha producido una disminución en el patrimonio del deudor
o una pérdida de valor del mismo.

El perjuicio no debe entenderse en sentido estricto, como disminución del activo. También se delimita el perjuicio por referencia al conjunto de los acreedores, a la masa pasiva, no solo a la masa activa, entendiéndose que existe perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013 establece, siguiendo los dictados de la sentencia anterior de 26 de octubre de 2012, que *como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores]. "* Añade esta sentencia que: " *La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado.*

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

También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa".

En el caso de autos se constata acreditado que en fecha 21 de julio de 2011 la entidad hoy concursada entregó el inmueble en el que realizaba su actividad a su arrendadora, dando por extinguido el contrato de arrendamiento de industria existente entre las partes.

A partir de aquí, comenzó a realizar una serie de pagos a sus acreedores que supusieron una satisfacción, según recoge la sentencia de primera instancia, de entre el 55 al 63 % del pasivo, dejando insatisfecho el resto. En concreto, y por lo que se refiere a la entidad EDIPACK GRÁFICO SL, se hicieron a la misma pagos desde el 1 de agosto de 2011 al 2 de septiembre del 2011, por importe de 16.329#85 #.

En fecha 22 de febrero de 2012 se declaró el concurso de la entidad ROTATIVAS DE EXTREMADURA SA.

Pues bien a nuestro juicio la circunstancia de que la entidad hoy concursada se desprendiera de las instalaciones en las que realizaba su objeto empresarial pone de manifiesto, como bien lo señaló el juez a quo, un claro cese de actividad producido desde el día 21 de julio de 2011. La realización de algunos trabajos pendientes por empresas cercanas o vinculadas no pone de manifiesto la existencia de la continuación de la actividad.
Por otro lado, es claro que la entidad concursada tenía una masa pasiva imposible de atender lo que al menos revelaba una clara insolvencia inminente, como también manifiesta el juzgador de la primera instancia. Esto es evidente desde la perspectiva de que tras los pagos realizados sólo pudo cubrirse una parte de ese pasivo desembocando en el concurso.
En esas circunstancias, se ha asistido en este caso una suerte de concurso anticipado extrajudicial o liquidación anticipada absolutamente inapropiada por las circunstancias antes expuestas que debieron avocar a la entidad ROTATIVAS DE EXTREMADURA S.A. a instar de inmediato concurso siendo en esa sede, bajo la intervención judicial y con la esencial participación de la administración concursal, en la que era adecuado y legalmente procedente la práctica de la liquidación, con pleno respeto a las normas establecidas en la Ley Concursal y que están presididas por el principio del trato igual a los acreedores o "pars conditio creditorum", que debe determinar la clasificación de créditos requerida como presupuesto previo para acometer la liquidación. Pero no; en este caso, la entidad hoy concursada decidió a erigirse juez de su propio concurso y comenzar una liquidación claramente imposible tanto por la carencia de actividad y por tanto imposibilidad de generar unos ingresos, como por la existencia de una masa pasiva inasumible con los activos existentes en la sociedad, generando un claro perjuicio para los acreedores que se vieron sometidos a una liquidación extraconcursal, carente en absoluto de las garantías propias del reconocimiento y graduación de los créditos por la administración concursal, con ulterior sujeción a la decisión judicial de discreparse de su opinión. Se ha producido así una clara vulneración del principio de la "pars conditio creditorum" con pago selectivos acreedores que, no perteneciendo jurídicamente a un grupo de empresas con la concursada sí tenían una clara vinculación o relación económica, mientras se dejaba de atender una parte importante del pasivo. No sólo se trata de realizar el pago con respeto, en su caso, a los vencimientos de los créditos sino también a su prelación en la clasificación de créditos establecida en la Ley Concursal.”: SAP Cáceres (Sección 1) 30.04.2014 (Sentencia 106/2014; Rollo 152/2014)

“De este modo, queda claro que deben concurrir dos requisitos para rescindir los actos realizados por el deudor con carácter previo a la declaración del concurso: a) que los actos sean perjudiciales para la masa, y b) que se realice tal acto en los dos años anteriores a la declaración.
En cuanto al primero de los requisitos, supone conectar claramente el sistema de reintegración con la finalidad que le es propia. Si la misma es un instrumento que tiene como función evitar que en el periodo previo a la declaración judicial de concurso, el deudor realice actos que puedan perjudicar a la masa activa, debilitando su patrimonio, que es la garantía de los acreedores, solo podrá anularse el acto que haya provocado ese perjuicio para la masa. La clave, por tanto, es el perjuicio para la masa, que se deriva de haberse realizado un acto o negocio jurídico que ha producido una disminución en el patrimonio del deudor
o una pérdida de valor del mismo.
El perjuicio no debe entenderse en sentido estricto, como disminución del activo. También se delimita el perjuicio por referencia al conjunto de los acreedores, a la masa pasiva, no solo a la masa activa, entendiéndose que existe perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales.
La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013 establece, siguiendo el criterio de la sentencia de 26 de octubre de 2012, que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido
o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores]. " Añade esta sentencia que: "La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas
o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado.
Tal criterio ha sido seguido por la jurisprudencia al aplicar el régimen de retroacción de la quiebra, en que se ha afirmado el carácter perjudicial de una dación en pago de una deuda de entre las diversas que mantenía la quebrada con sus acreedores, en un momento en que ya se encontraba en estado de insolvencia y debía haber instado un proceso concursal para el pago ordenado de sus deudas conforme al principio de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores], con lo que privó a la generalidad de sus acreedores de un activo con el que debían satisfacerse sus créditos con arreglo a criterios concursales, favoreciendo a uno solo de sus acreedores, que se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de

preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos extinguidos con la dación en pago, en perjuicio del resto (SSTS de la Sala 1ª 70/2013, de 25 de febrero, recurso núm. 486/2008; 75/2013, de 28 de febrero, recurso núm. 547/2008; 90/2013, de 1 de marzo, recurso núm. 549/2008;102/2013, de 4 de marzo, recurso núm. 586/2008; 122/2013, de 5 de marzo, recurso núm. 572/2008; 131/2013, de 6 de marzo, recurso núm. 608/2008; 150/2013, de 7 de marzo, recurso núm. 610/2008; 154/2013, de 8 de marzo, recurso núm. 665/2008; 181/2013, de 11 de marzo, recurso núm. 673/2008 y 190/2013, de 12 de marzo, recurso núm. 730/2008).
También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010).
La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa".
En el supuesto examinado se constata acreditado que en fecha 21 de julio de 2011 la entidad hoy concursada entregó el inmueble en el que realizaba su actividad a su arrendadora, dando por extinguido el contrato de arrendamiento de industria existente entre las partes.
A partir de aquí, comenzó a realizar una serie de pagos a sus acreedores que supusieron una satisfacción, según recoge la sentencia de primera instancia, de entre el 55 al 63 % del pasivo, dejando insatisfecho el resto. En concreto, y por lo que se refiere a la entidad LUFERCOMP S.L. se hicieron a la misma pagos en el mes de septiembre de 2011, por importe de 63.000 #.
En fecha 22 de febrero de 2012 se declaró el concurso de la entidad ROTATIVAS DE EXTREMADURA SA.
Pues bien a juicio de esta Sala, la circunstancia de que la entidad concursada se desprendiera de las instalaciones en las que realizaba su objeto empresarial pone de manifiesto, como bien lo señaló el juez de instancia, un claro cese de actividad producido desde el día 21 de julio de 2011. La realización de algunos trabajos pendientes por empresas cercanas o vinculadas no pone de manifiesto la existencia de la continuación de la actividad.
Por otro lado, es claro que la entidad concursada tenía una masa pasiva imposible de atender lo que al menos revelaba una clara insolvencia inminente, como también se dice en la sentencia de instancia. Esto es evidente desde la perspectiva de que tras los pagos realizados sólo pudo cubrirse una parte de ese pasivo desembocando en el concurso.
En esas circunstancias, se ha asistido en este caso una suerte de concurso anticipado extrajudicial
o liquidación anticipada absolutamente inapropiada por las circunstancias antes expuestas, que debieron avocar a la entidad ROTATIVAS DE EXTREMADURA S.A. a instar de inmediato concurso siendo en esa sede, bajo la intervención judicial y con la esencial participación de la administración concursal, en la que era adecuado y legalmente procedente la práctica de la liquidación, con pleno respeto a las normas establecidas en la Ley Concursal, y que están presididas por el principio del trato igual a los acreedores o "pars conditio creditorum", que debe determinar la clasificación de créditos requerida como presupuesto previo para acometer la liquidación. Pero no; en este caso, la entidad hoy concursada decidió erigirse juez de su propio concurso y comenzar una liquidación claramente imposible tanto por la carencia de actividad y por tanto imposibilidad de generar unos ingresos, como por la existencia de una masa pasiva inasumible con los activos existentes en la sociedad, generando un claro perjuicio para los acreedores que se vieron sometidos a una liquidación extraconcursal, carente en absoluto de las garantías propias del reconocimiento y graduación de los créditos por la administración concursal, con ulterior sujeción a la decisión judicial de discreparse de su opinión. Se ha producido así una clara vulneración del principio de la "pars conditio creditorum", con pago selectivos acreedores que, no perteneciendo jurídicamente a un grupo de empresas con la concursada sí tenían una clara vinculación o relación económica, mientras se dejaba de atender una parte importante del pasivo. No sólo se trata de realizar el pago con respeto, en su caso, a los vencimientos de los créditos sino también a su prelación en la clasificación de créditos establecida en la Ley Concursal.": SAP Cáceres (Sección 1) 06.05.2014 (Sentencia 113/2014; Rollo 166/2014)

"SEXTO. El ejercicio de la acción de reintegración implica que, fuera de los supuestos de presunción de perjuicio, la parte demandante deberá demostrar que el acto cuya rescisión se pretende supuso un perjuicio para la masa activa del concurso y, respecto a la noción de perjuicio y las circunstancias en que debe valorarse, debemos destacar que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 8 de noviembre de 2012, indica respecto al concepto de perjuicio del artículo 71 LC y al momento al que ha de venir referida la valoración expresa que " la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.
Es decir, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración, pues como dice la STS de 12 de abril de 2012, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).
El texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya

que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor, sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado. SSTS de 16 de septiembre 2010, de 27 de octubre 2010, de 14 de diciembre y 12 de abril de 2012.
Aplicando la anterior doctrina al caso concreto, debemos concluir que el impago de los dos préstamos concedido por AKEK a la empresa del mismo grupo URVICASA, un mes antes de presentar ambas el preconcurso, es rescindible por haberse demostrado que supuso un perjuicio patrimonial para la masa activa, como sostiene la administración concursal, al haberse detraído del patrimonio de la primera concursada dicha suma, con independencia de que los contratos de préstamo referidos fueran reales o simulados, pues, aún en el supuesto de que se hubiese celebrado en los términos que sostiene las apelantes, resulta claro que supondría un sacrificio patrimonial injustificado para los acreedores de AKEK, aún cuando unos y otros sean acreedores en los dos concursos.": SAP Cáceres (Sección 1) 09.03.2015 (Sentencia 59/2015; Rollo 19/2015)

"La jurisprudencia ha entendido que el concepto de perjuicio descansa en un menoscabo de la masa injustificado (sacrificio patrimonial injustificado, señala la STS 631/2014 de 1 de noviembre, la STS 629/2012 de 26 de octubre y la STS 428/2014 de 24 de julio), pues existen menoscabos, reducciones del patrimonio, que están justificados y que, por seguridad jurídica, no pueden ser objeto de rescisión, como los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial, realizados en condiciones normales.
Tal perjuicio debe haberse producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso para que se aplique el régimen especial regulado en los Arts. 71 y ss, plazo que se establece como periodo de sospecha pero que no se aplica de forma automática, de suerte que cualquier acto realizado en ese periodo sea ya perjudicial y rescindible, como resulta del tenor literal de los preceptos mencionados; ni tampoco permite este plazo que se le equipare automáticamente con un periodo de insolvencia o de gestación de la misma a los efectos de determinar el perjuicio, pues ni se precisa la prueba de la insolvencia en el momento del acto perjudicial, pero la inexistencia de insolvencia puede justificar o amparar el acto impugnado.
El objeto de las acciones de reintegración es lograr la incolumidad del activo (no del patrimonio neto). Por ello a veces se sostiene que un pago puede ser un acto neutro, pues a cambio de una disminución del activo (dinero) se disminuye el pasivo (crédito pagado), pero perjudicial: el proceso concursal trata de que los acreedores logren la máxima satisfacción de sus créditos en la medida de lo posible, bien mediante un convenio, bien mediante la liquidación.
Para ello es preciso maximizar la masa activa que sostenga el cumplimiento de un eventual convenio
o que logre una satisfactoria liquidación. Si se permiten disminuciones injustificadas de la masa activa, se perjudica al colectivo de los acreedores, pese a que el patrimonio neto sea el mismo o no haya disminuido. Por ello, está asentado en la jurisprudencia claramente que el perjuicio no sólo existe cuando el patrimonio de la sociedad ha resultado perjudicado, sino también en los casos en los que pese a que este patrimonio no resulta quebrantado se ha alterado la par conditio creditorum
Por tanto, una vez que el objeto de la rescisión es un perjuicio injustificado debe señalarse que el legislador es generoso con la prueba o determinación de tal perjuicio, porque lo declara directamente, como sucede con los actos gratuitos dentro del periodo de reintegración, o los actos extintivos de obligaciones que vencen después de la declaración del concurso (presunciones iuris et de iure). O facilita su prueba con presunciones salvo prueba en contrario, como los actos onerosos a favor de personas especialmente relacionadas, entre otros. En este último caso será el que sostenga la inexistencia de perjuicio el que debe acreditarlo, señalando la STS antes mencionada que ha de probarse la ausencia de circunstancias que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada. Fuera de los supuestos de presunciones, el que alegue el perjuicio debe acreditarlo, permitiéndose igualmente presentar contrapruebas.
Una de las excepciones que permite excluir el perjuicio, salvo que concurran supuestos de presunciones iuris et de iure, es que el acto impugnado sea un acto ordinario de la actividad del empresario, realizado en condiciones normales. Pero ello no impide que se pruebe la inexistencia de perjuicio injustificado según otras circunstancias. Pues no hay que descartar casos de actos extraordinarios o que no se corresponden con el giro propio del tráfico mercantil, pero que sí pueden tener justificación.
En definitiva como dice la STS 629/ 2012 "la falta de justificación subyace en los casos en que el art.
71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa" ": SAP Cáceres (Sección 1) 06.07.2015 (Sentencia 207/2015; Rollo 308/2015)

AP Cádiz

"La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro. En este sentido el perjuicio es presumido por la Ley en el apartado 2 (con carácter iuris et de iure) y en el apartado 3 (aquí iuris tantum) del art. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para

garantizar deudas preexistentes (además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado).”: SAP Cádiz (Sección 5) 06.06.2011 (Sentencia 325/201; Rollo 61/2011)

“Además, ha de decirse que la sentencia impugnada, valora adecuadamente la prueba practicada, aplica e interpreta correctamente las normas concursales y las reglas que sobre distribución de carga de la prueba se establecen en ellas, especialmente en el art. 71.3.2ª, sin que se haya practicado prueba alguna por la parte demandada que permita destruir tal presunción *iuris tantum* o que pueda justificar la aplicación de los párrafos 5 o 6 del art. 71 ni el criterio jurisprudencial del sacrificio patrimonial justificado que hubiera comportado la concesión de una garantía real (a la vista de las condiciones contenidas en la escritura pública de 21 de febrero de 2011, inscrita el 31 de marzo de 2011) y que ahora se rescinde; y así, hemos de plantearnos si el acto de constitución de hipoteca litigiosa tiene una justificación jurídica y económica, pues si el legislador hubiera querido aplicar automáticamente las consecuencias de la reintegración a dicha constitución de garantía real, habría previsto una presunción *iuris et de iure* y no una presunción *iuris tantum,* como ocurre en este caso (artículo 71.3.2º LC). Es claro que la hipoteca constituida no lo fue con la finalidad de reconversión de deudas ni se destinó principalmente a la cancelación de una deuda o de un préstamo que ya estuviera vencido y fuera exigible o que generara importantes intereses de demora. Resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial (exigido por el art. 71.1 LC), al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Y ello aunque la jurisprudencia mercantil se está decantando por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio. En tal sentido, la SAP Barcelona de 6 de febrero de 2.009 afirma que el juicio sobre el perjuicio exige que haya existido un autentico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación. En esa última resolución se analizan posibles causas de justificación en el otorgamiento de una hipoteca constituida para garantizar, siquiera en parte, una obligación preexistente y concretamente se valora el hecho de que se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo. A la vista del objeto de la hipoteca, garantizar deudas preexistentes y futuras y sus intereses, consideramos que la operación no obedeció, en ningún caso, a un justo equilibrio de contraprestaciones y resultaba económicamente injustificada. Existió perjuicio en el sentido a que se refiere el artículo 71.1 LC y, en consecuencia, la operación ha de ser rescindida.”: SAP Badajoz (Sección 3) 07.11.2012 (Sentencia 361/2012; Rollo 376/2012)
“Determinados los motivos del recurso debemos tener en cuanta que la vigente Ley Concursal se aparta sensiblemente de los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previa, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado, facilitando la prueba del requisito esencial del perjuicio para la masa activa a través de una serie de presunciones de carácter iuris et do iure y iuris tantum. Por otro lado, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Sin embargo, es bien conocido cómo la jurisprudencia mercantil se está decantando, en abierta oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo en aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum.”. SAP Cádiz (Sección 5) 12.09.2012 (Sentencia 413/2012; Rollo 223/2012)

AP Castellón

“Igual suerte desestimatoria debe correr el segundo de estos motivos en el que se alega la infracción del artículo 71 de la Ley concursal por la falta de presupuesto material para la acción de reintegración que es la existencia de un perjuicio patrimonial para la masa.
Resulta conveniente recordar en este sentido, abundando en lo que se expone el propio Juez Mercantil, el contenido de laSentencia nº 229 de 26 de abril de 2007, de la Sección 15ª, de la Audiencia Provincial de Barcelona cuando en su fundamento de derecho quinto expone: "La necesidad de salvaguardar la eficacia y función del tratamiento legal de la insolvencia mediante el proceso concursal, protegiendo a los acreedores de las actuaciones del deudor común en período próximo al concurso (en el que ya concurría o era inminente, por lo menos previsible, su presupuesto objetivo), tendentes a disminuir la garantía patrimonial de los créditos o a favorecer a algún acreedor vulnerando el trato paritario, justifica el régimen legal de reintegración, orientado a preservar la integridad del patrimonio que constituye la garantía de satisfacción de los acreedores. A tales efectos, el nuevo ordenamiento concursal, alejándose del ambiguo y problemático esquema normativo de la retroacción absoluta, opta por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, en la que se sustituye el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz. El remedio,

por tanto, no es otro que el de la rescisión por perjuicio a la masa, y así elart. 71 declara que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (del concurso), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo a continuación presunciones iuris e de iure de la lesividad patrimonial de determinados actos que enumera".
El caso enjuiciado lo entendemos incluible en lo que viene a ser la propia finalidad de la norma mediante el ejercicio de la acción de reintegración, cuando se hayan producido actuaciones tendentes a disminuir la garantía patrimonial de los créditos, pero también cuando se favorece a algún acreedor vulnerando el trato paritario, que es lo que acertadamente ha valorado en este caso el Juez Mercantil.": SAP Castellón (Sección 3) 27.04.2009 (JUR 2009/304131; Sentencia 134/2009; Rollo 586/2008)

"De los supuestos contemplados en el artículo transcrito que regula las acciones rescisorias concursales se desprende que el perjuicio para la masa activa puede venir dado tanto por aquellos actos que suponen su disminución (en cuanto implican que los acreedores vean reducidas sus posibilidades de cobro de los créditos) como aquellos que conllevan un trato privilegiado para determinados acreedores con alteración de las preferencias legalmente dispuestas e inobservancia del principio de igualdad de trato que gobierna el concurso (uno de los casos más paradigmáticos es el contemplado expresamente en la Ley de extinción de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración de concurso). Se trata del concepto amplio de perjuicio rechazado por los apelados y por parte de la doctrina que, sin embargo, es el acogido por nuestros Tribunales, pudiendo citarse al respecto la SAP Barcelona, S.15, de 11 de junio de 2007, cuando señala que acoge también aquellos casos en los que "el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro". En el mismo sentido,Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, S.28, de 19 de diciembre de 2008.
Normalmente, cuando se trata de actos de extinción de obligaciones vencidas con anterioridad a la declaración de concurso durante el periodo sospechoso de dos años que marca el precepto legal transcrito, el perjuicio patrimonial no viene dado por un empobrecimiento de la masa activa (pues éste tiene su correlato en la contraprestación recibida, salvo aquellos casos relevantes de desequilibrio de las prestaciones) sino que debe reconducirse a la infracción de la par conditio creditorum. Ahora bien, desde este punto de vista, siempre podría aducirse sin más dicha infracción en cualquier acto extintivo de obligaciones vencidas producido a partir del primer incumplimiento que se mantuviera al tiempo de la declaración del estado concursal y que hubiese dado inicio, con mayor o menor progresión, al sobreseimiento general en los pagos determinante de aquel, lo que pudiere producir consecuencias perturbadoras de no atender a las circunstancias en cada caso concurrentes, inmediata y directamente relacionadas con las características de la actividad desarrollada por la concursada y su propia naturaleza. Es más, incluso en un último extremo quedaría propiamente en estos casos ausente de su debida virtualidad elart. 71.4 previamente transcrito, en tanto en cuanto exige la prueba del perjuicio patrimonial por quien ejercite la acción rescisoria, habida cuenta que en la práctica el mismo quedaría fácilmente fijado en el sentido antes expuesto en relación a todos los actos extintivos que se produjeren tras el primer vencimiento no atendido.
Las consecuencias perturbadoras referidas, que incluso pudieren llegar a ser perniciosas en algunos casos dada la extensión del periodo sospechoso antes reseñado, debe considerarse que vienen enervadas por la disposición delart. 71.5 antes transcrito, que supone propiamente tomar en cuenta las circunstancias concurrentes a que precedentemente se hacía mención, en tanto en cuanto establece que no pueden ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. De la citada disposición cabe desprender que son aceptables los actos extintivos de obligaciones vencidas al tiempo de la declaración de concurso realizados durante el periodo sospechoso siempre que reúnan las dos condiciones que marca: actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor por un lado y, por otro, que se hayan verificado en condiciones normales.
De esta forma y por mandato legal se confiere justificación a una serie de actos que, en otro caso, deberían estimarse injustificados por alterar la igualdad de trato al privilegiar a determinados acreedores en relación a otros, permitiendo además que se valoren todas las circunstancias concurrentes, como puede ser la proximidad a la declaración de concurso, las características de la prestación del acreedor e, incluso, si de ésta se ha derivado algún beneficio para la concursada, en tanto en cuanto en este caso pudiere no concurrir el perjuicio patrimonial exigido legalmente en función del rendimiento obtenido e incidencia efectiva en la paridad de trato.
Además, de lo expuesto puede colegirse la necesidad de que conste, para rescindir un acto extintivo de una obligación vencida en las condiciones reseñadas, no solo el perjuicio patrimonial en el sentido definitivamente establecido sino la anormalidad que determine la ausencia de justificación conforme alart. 71.5, bien por la naturaleza de la operación, bien por las condiciones o medios en que se ha verificado, sin perder de vista que aun concurriendo un perjuicio al principio de la paridad de trato, si la operación se ajusta a los términos del precepto legal referido la misma no será rescindible, debiendo en tales casos acudirse, en su caso y de estimarse que ha existido una intención fraudulenta en relación con aquel principio, a la acción rescisoria común con arreglo a las previsiones delart. 71.6.
En definitiva, con carácter general, el acto extintivo de obligaciones vencidas al tiempo de la declaración de concurso y producido durante los dos años anteriores a la misma que se considera rescindible en el marco estricto de la Ley Concursal por causar un perjuicio patrimonial a la masa activa es aquel que, alterando la par conditio creditorum, carece de justificación por no comprenderse dentro de la actividad ordinaria del deudor o haberse realizado en condiciones anormales.
QUINTO Sobre dicha base, se considera que es rescindible la operación litigiosa por ser perjudicial para la masa activa, al haberse realizado en el periodo legalmente previsto (aspecto no controvertido) y no tratarse de un acto ordinario del deudor realizado en condiciones normales, aun excluyendo la aplicación de las presunciones de perjuicio.

Es perjudicial desde la óptica de la paridad de trato de los acreedores, en tanto en cuanto supone privilegiar a un acreedor respecto el resto, permitiendo la satisfacción de su crédito sin sujetarlo a la comunidad de pérdidas propia de la ejecución colectiva, privilegiándolo en la práctica cuando, en otro caso, no hubiera podido anteponerse su pago o cumplimiento en modo alguno al tratarse de un crédito ordinario por su naturaleza (tampoco ha sido aducido privilegio alguno de la Ley Concursal), reduciendo así las posibilidades del resto de acreedores de ver satisfechos sus créditos, aunque fuere en una parte reducida, sin que haya lugar a plantearse cuestión alguna acerca de que la operación fue ventajosa para la concursada por extinguirse créditos de importe global superior al valor que ostentaban los inmuebles (excluyendo pese a lo dicho por el perito en el acto de la vista que sea nulo, ya que de otro modo no se comprendería la litigiosidad aquí reinante, amen además de lo que dictaminó aquel por escrito con anterioridad y consta en autos), habida cuenta de los caracteres del perjuicio apreciado, naturaleza y significado propio de una dación en pago y situación de la concursada en el momento de realizarse la operación (a punto de presentarse en concurso).”: SAP Castellón (Sección 3) 29.10.2010 (JUR 2011/65135; Sentencia 337/2010; Rollo 332/2010)

“8.- Ello es así, en inmediata y directa relación con lo previamente reseñado, porque el art. 71 de la Ley Concursal permite, en principio, rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, presumiéndose, salvo prueba en contrario, la existencia de dicho perjuicio en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas (art. 71.3.2 º). Asimismo, debe tenerse presente que, como dijo esta Sala en Sentencia de 29 de octubre de 2010 en relación con el contenido del precepto legal reseñado que regula esta materia, " *se desprende que el perjuicio para la masa activa puede venir dado tanto por aquellos actos que suponen su disminución (en cuanto implican que los acreedores vean reducidas sus posibilidades de cobro de los créditos) como aquellos que conllevan un trato privilegiado para determinados acreedores con alteración de las preferencias legalmente dispuestas e inobservancia del principio de igualdad de trato que gobierna el concurso (uno de los casos más paradigmáticos es el contemplado expresamente en la Ley de extinción de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración de concurso). Se trata del concepto amplio de perjuicio rechazado por los apelados y por parte de la doctrina que, sin embargo, es el acogido por nuestros Tribunales, pudiendo citarse al respecto la SAP Barcelona, S.15, de 11 de junio de 2007, cuando señala que acoge también aquellos casos en los que "el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro". En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, S.28, de 19 de diciembre de 2008." “:*SAP Castellón (Sección 3) 12.07.2012 (Sentencia 368/2012; Rollo 371/2012)
Dice la STS de 12 de abril de 2012 (ROJ: STS 4181/2012) que para que haya lugar a la reintegración concursal es precisa la existencia de perjuicio para la masa activa del concurso y que, si bien no concreta la norma qué debe entenderse por "perjuicio para la masa activa", no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado. Aunque para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas. “: SAP Castellón (Sección 3) 23.11.2012 (Sentencia 560/2012; Rollo 470/2012)

“El artículo 71 de la Ley Concursal, lo que se establece en el primero de sus apartados es que "
1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta."
En el caso enjuiciado ninguna duda concurre en cuanto al elemento temporal, al haber tenido lugar en todos los casos la suscripción de las pólizas mencionadas dentro de ese plazo de dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, que recordamos de nuevo tuvo lugar por Auto dictado el día 6 de junio de 2011, mientras que la fecha de la primera póliza lo es del día 28 de agosto de 2009, por lo que reside la dificultad en determinar si nos encontramos ante un acto perjudicial para la masa activa.
Continúa el precepto aplicado estableciendo, según antes ya hemos expuesto, en su apartado segundo una presunción iuris et iure, al establecer que *" 2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente."*
Dice al respecto la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm 652, de fecha 8 de noviembre de 2012, ROJ: STS 7746/2012, Recurso: 836/2010, en cuanto a qué debe entenderse por *"acto perjudicial para la masa activa",* que son " *los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).*
En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la

masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)." ": SAP Castellón (Sección 3) 19.12.2014 (Sentencia 363/2014; Rollo 516/2014)

AP Córdoba

"El problema reside en determinar qué se entiende por perjuicio, a cuyo efecto el propio artículo 71 de la Ley Concursal establece una serie de presunciones, iuris et de iure en los casos de disposición a título gratuito, e iuris tantum respecto de determinados actos de disposición a título oneroso; y en los supuestos no incardinables en tales presunciones, habrá de probarse el perjuicio patrimonial por los medios ordinarios. Respecto del perjucio, hemos dicho en resoluciones precedentes (por ejemplo, Sentencia de esta misma Sección de 21 de noviembre de 2007 (AC 2008, 143)) que existirá el mismo cuando haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal (en igual sentido, Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2007 (AC 2007, 1535)). Y en el caso de que el acto "sospechoso" conlleve la constitución de garantías reales, debe partirse de la base de que las mismas tienen un carácter accesorio, instituyéndose para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1.857 del Código Civil (LEG 1889, 27)); desde este punto de vista, la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia.": SAP Córdoba (Sección 3) 03.12.2010 (Sentencia 232/2010; Rollo 303/2010)

"CUARTO.-Entrando ya a analizar el fondo del asunto, la sentencia de instancia se basa en pronunciamientos previos de esta misma Sección, como las Sentencias de 21 de noviembre de 2007, 3 de diciembre de 2010 o 13 de enero de 2011, en las que decíamos que existirá perjuicio cuando haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal; aclarando que en el caso de que el acto "sospechoso" conlleve la constitución de garantías reales, debe partirse de la base de que las mismas tienen un carácter accesorio, instituyéndose para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1.857 del Código Civil) y que, desde este punto de vista, la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia. Más recientemente, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 ha declarado que "*El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación"* (en similar sentido, Sentencia del mismo Alto Tribunal de 8 de noviembre de 2012).":SAP Córdoba (Sección 3) 17.06.2013 (Sentencia 112/2013; Rollo 124/2013)

"Consecuencia de ello, es que la exacta determinación del concepto " perjuicio patrimonial" se convierte en la piedra angular del sistema. En este sentido, y aunque estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, se puede señalar que, entre otros elementos y centrándonos en lo que aquí interesa, dicho concepto puede ser delimitado por los siguientes extremos:
a) El perjuicio que la ley exige se adjetiva de "patrimonial"; quiere ello decir que debe afectar al patrimonio del deudor, bien disminuyéndolo directamente, bien impidiendo que aumente de valor.
b) Existe una severa polémica en torno a si el perjuicio exige siempre una disminución del patrimonio del deudor, de suerte que, llegado el concurso, su valor sería otro de no haberse realizado el acto rescindible, o si por perjuicio se entiende también aquellos actos realizados por el deudor perjudiciales para el trato igualitario de los acreedores.
Señala en este sentido la S.T.S. de 26 de octubre de 2012, que aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par conditio creditorun, sino que, tal y como indicó la S.T.S. de 27 de octubre de 2010, el perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un " sacrificio patrimonial injustificado" en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que mas tarde, una vez declarado el concurso, se

constituirá la masa activa, y, además, debe carecer de justificación.": SAP Córdoba (Sección 1) 19.03.2015 (Sentencia 138/2015; Rollo 100/2015)

AP Girona

"Por ello, elart. 71 LC establece una serie de presunciones de existencia del perjuicio patrimonial, con los efectos delart. 385 LEC, tanto "iuris et iure", para actos a titulo gratuito o pagos por obligaciones que vencerían tras la declaración de concurso, como "iuris tantum", para otros actos, dejando finalmente la posibilidad, fuera de tal juego de presunciones, de probar mediante prueba directa la existencia del perjuicio.
No obstante, como regla general, hay que entender que habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general. Habrá un perjuicio particular si el acto en concreto implica una disminución en el patrimonio del deudor, lo que básicamente puede suceder si el acto es gratuito o si la prestación del deudor tiene un mayor valor que la contraprestación que recibe la contraparte. Mientras que habrá perjuicio general si el bien que sale del patrimonio del deudor impide el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor, o impide o dificulta que se pueda alcanzar un convenio, o determina que los bienes que quedan por liquidar tengan un valor menor. Debe tenerse en cuenta que el principio rector de todas las actuaciones del concurso, al que la Ley Concursal se refiere en múltiples ocasiones, es el "interés del concurso", entendido como maximización de los activos con que hacer pago a los acreedores. Por tanto, habrá perjuicio determinante de la reintegración cuando el acto o negocio cuestionado atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa": SAP Girona 20.03.2009 (AC 2009/1603; Sentencia 137/2009; Rollo 33/2009)

"De otra parte, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Sin embargo, es bien conocido cómo la jurisprudencia mercantil se está decantando, en abierta oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 y sentencia de 8 de enero de 2008,AP Barcelona, secc. 15ª y S AP Pontevedra, sección 1 del 22 de Julio del 2009).":.SAP Girona 28.10.2009 (Sentencia 384/2009; Rollo 392/2009)

"SEGUNDO.-Perjuicio patrimonial para la concursada.
La acción rescisoria concursal es definida por la doctrina (J.J. Pintó Ruiz) como "aquella acción especial de tipo rescisorio tendente a la declaración de ineficacia de aquellos actos del deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha del auto de declaración de concurso (aunque no hubiese existido intención fraudulenta), que causen perjuicio a la masa activa, ordenada al consecuente restablecimiento del grado de solvencia existente con anterioridad al acto impugnado". El fundamento de la acción se encuentra exclusivamente en la lesión a la masa activa y aparece totalmente desvinculado del fraude de acreedores. Dos son los elementos estructurales de la acción rescisoria: el temporal, se refiere a actos realizados en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, y el elemento objetivo: que el acto haya producido un perjuicio a la masa activa. En orden a la acreditación del elemento objetivo establece la ley una serie de presunciones de perjuicio (artículo 71.2 y 3).
La LC no concreta qué debe entenderse por perjuicio patrimonial, se trata pues de un concepto jurídico indeterminado cuya concreción corresponde al juez. La jurisprudencia, que acertadamente recoge el juez a quo, se ha ocupado del concepto concluyendo que por perjuicio patrimonial debe entenderse el sacrificio patrimonial injustificado teniendo en cuenta el principio de la par conditio creditorum, de tal modo que el perjuicio se ha de producir para los acreedores entendidos como una colectividad, atendiendo a la masa pasiva y no a los acreedores aisladamente considerados. Así se entiende perjudicial un acto u omisión que comporte una significativa disminución de la solvencia, entendida como la disminución de la posibilidad de que los acreedores lleguen a percibir el importe de sus créditos. Por ello se incluyen entre los actos perjudiciales los pagos de créditos no vencidos, pues, aunque a primera vista tienen un efecto neutro sobre el patrimonio del deudor, en tanto a la disminución del activo corresponde una disminución en igual medida del pasivo exigible, sin embargo afectan a los restantes acreedores que ven perjudicado su derecho a cobrar a favor de un determinado acreedor. en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) en sentencia de 6 Febrero de 2009 (rec. 607/2008) señala que "En cualquier caso, para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un autentico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.". Y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) en sentencia de 28 del 3 de Febrero del 2012 (ROJ: SAP M 2719/2012) "Hemos de tener en cuenta que la idea que subyace en sede concursal al carácter reintegrable de los pagos anticipados no está constituida por una noción estricta del perjuicio (disminución del valor neto del patrimonio) sino por una conceptuación amplia donde, además, tienen

cabida aquellos supuestos en los que, sin merma patrimonial, se produce un atentado al principio de comunidad de pérdidas ("par conditio creditorum") en provecho de determinados acreedores y en perjuicio de los demás. Un pago anticipado no comporta disminución patrimonial desde el momento en que la disminución del activo se encuentra compensada por una disminución correlativa del pasivo, pero, en cambio, sí entraña una disminución del activo susceptible de reparto entre los acreedores, lo que solamente aprovecha al acreedor intempestivamente satisfecho, quien se sustrae de ese modo a la gravosa ley del dividendo." ": SAP Girona (Sección 1) 24.09.2012 (Sentencia 342/2012; Rollo 236/2012)

"El artículo 71.1. de la LC establece que declarado el concurso serán "rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.". La ley crea una nueva acción, de naturaleza rescisoria, que nace con el concurso y tienen en él su razón de ser. En aplicación del precepto es posible rescindir actos
o negocios realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso que, si bien en el momento de realizarse eran válidos, una vez declarado el concurso, causan perjuicio a los acreedores, ya disminuyendo el patrimonio del deudor, ya afectando a la garantía de cobro. La acción se funda en la lesión a la masa y aparece totalmente desvinculada del fraude de acreedores. Dos son los elementos estructurales de la acción de reintegración: el temporal, en virtud del cual sólo los actos realizados en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso se ven afectados por la acción de reintegración, y el objetivo: son reintegrables los actos de disposición realizados por el deudor concursado que hayan producido un perjuicio a la masa. En orden a la acreditación del elemento objetivo establece la ley una serie de presunciones de perjuicio (artículo 71.2 y 3).
La LC no especifica qué debe entenderse por perjuicio patrimonial, se trata pues de un concepto jurídico indeterminado cuya concreción corresponde al juez. La jurisprudencia se ha inclinado por un concepto amplio en virtud del cual constituye perjuicio todo acto que implique un sacrificio patrimonial injustificado para el concursado, teniendo en cuenta el principio de la par conditio creditorum, de tal modo que el perjuicio se ha de producir para los acreedores entendidos como una colectividad, atendiendo a la masa pasiva y no a los acreedores aisladamente considerados. Así se entiende perjudicial un acto u omisión que comporte una significativa disminución de la solvencia, entendida como la disminución de la posibilidad de que los acreedores lleguen a percibir el importe de sus créditos, aunque no dé lugar a una disminución del patrimonio. Por ello se incluyen entre los actos perjudiciales los pagos de créditos no vencidos, pues, aunque a primera vista tienen un efecto neutro sobre el patrimonio del deudor, en tanto a la disminución del activo corresponde una disminución en igual medida del pasivo exigible, afectan a los restantes acreedores que ven perjudicado su derecho a cobrar en beneficio de uno sólo de ellos. Así perfilado el concepto de perjuicio, será predicable también del pago de créditos vencidos o de obligaciones ordinarias del deudor cuando se produzca en fechas próximas al concurso y en condiciones que puedan ser calificadas como anormales.
El Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de octubre de 2012, con reiteración de la doctrina sentada en la de 27 de octubre de 2010, define el perjuicio como la "lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso". ":SAP Girona (Sección 1) 14.05.2013 (Sentencia 201/2013; Rollo 81/2013)

"La LC no especifica qué debe entenderse por perjuicio patrimonial, se trata pues de un concepto jurídico indeterminado cuya concreción corresponde al juez. La jurisprudencia se ha inclinado por un concepto amplio entendiendo que un acto es perjudicial cuando implica un sacrificio patrimonial injustificado para el deudor, teniendo en cuenta el principio de la par conditio creditorum, de tal modo que el perjuicio se ha de producir para los acreedores entendidos como una colectividad, atendiendo a la masa pasiva y no a los acreedores aisladamente considerados. Es perjudicial todo acto u omisión del deudor que comporte una significativa disminución de la solvencia, entendida como la disminución de la posibilidad de que los acreedores lleguen a percibir el importe de sus créditos, aunque no dé lugar a una disminución del patrimonio. Esa es la razón por la que se incluyen entre los actos perjudiciales los pagos de créditos no vencidos, pues, aunque a primera vista tienen un efecto neutro sobre el patrimonio del deudor, en tanto a la disminución del activo corresponde en igual medida la del pasivo exigible, afectan a los restantes acreedores que ven perjudicado su derecho a cobrar en beneficio de uno sólo de ellos. Así perfilado el concepto de perjuicio, será predicable también del pago de créditos vencidos o de obligaciones ordinarias del deudor cuando se produzca en fechas próximas al concurso y en condiciones que puedan ser calificadas como anormales.
El Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de octubre de 2012, con reiteración de la doctrina sentada en la de 27 de octubre de 2010, define el perjuicio como la "lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso": SAP Girona (Sección 1) 29.05.2014 (Sentencia 164/2014; Rollo 554/2013)

AP Granada

"Debemos reiterar, en orden al concepto de perjuicio patrimonial, aplicable en este caso, con la mayoría de las Audiencias Provinciales, que hay perjuicio, cuando se produce una alteración injustificada de la preferencia de cobro entre los acreedores concursales, así la SAP de Madrid, sección 28, de 19 de diciembre de 2008, señala que, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71de la LC, cuando se da una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la

misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, cuando el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, expresándose en términos similares la SAP, sección 15, Barcelona de 8 de enero de 2.009, y 13 de enero de 2010, al admitir que junto al perjuicio directo que ocasiona una disminución de patrimonio, (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), existe un perjuicio indirecto derivado de un trato de favor injustificado. Este criterio, también mantenido por las SAP Castellón, sección 3ª 29 de octubre de 2010 y Asturias sección 1 ª 15 de julio 2010, entre otras, determina que aunque, supuestamente nos enfrentásemos ante una obligación ya vencida y exigible, a favor de la esposa de quien actúo en nombre de la concursada, debe tenerse como perjudicial la salida del bien, cuando supone un sacrificio patrimonial injustificado, por alteración, sin motivo suficiente, solo por vinculación familiar, de la par conditio creditorum, en tanto que se da un trato de favor injustificado a ese acreedor, que ve satisfecho su crédito de manera preferente, disminuyendo las expectativas de cobro de los acreedores que acuden al concurso, ante una masa activa menguada precisamente por dicho acto de disposición patrimonial.”: SAP Granada (Sección 3) 04.04.2011 (Sentencia 145/2011; Rollo 33/2011)

AP Guipúzcoa

“SEGUNDO. - Antes no obstante de proceder al análisis del asunto concreto que nos ocupa, se hace necesario precisar, tal y como esta Sala ya ha mencionado en resoluciones de anterior fecha que bajo la denominación de "acciones de reintegración" el art.71 LC regula unas específicas acciones destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa. La Exposición de Motivos de la Ley Concursal señala: "La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración del concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente".
El citado precepto señala, en su primer apartado, que "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta", establece, en su segundo apartado, que "El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso", determina, a continuación y en el tercero, los supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, precisa, en el cuarto apartado, que "Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria", y reseña, en su quinto apartado, aquellos actos que ningún caso podrán ser objeto de rescisión, con lo que es evidente que se establece una presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial en el caso de actos de disposición a título gratuito y de anticipación de pagos u otros actos de extinción de obligaciones realizados por el deudor y una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial respecto de los actos dispositivos a título oneroso llevados a cabo por el mismo.
Por tanto, constituyen requisitos para el éxito de la acción que:
1.- El acto que se pretende rescindir se haya verificado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.
2.- El acto sea perjudicial para la masa activa.
Desde luego, el legislador ha querido excluir expresamente la exigencia de un elemento subjetivo para el ejercicio de esta acción. No es necesario ni la intención fraudulenta del deudor, al realizar el acto, ni el consilium fraudis con quienes negocian con él. Por otra parte, la norma no establece qué se entiende por perjuicio patrimonial, si bien, en ocasiones el mismo se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure), en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC): o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC), a saber: actos a título oneroso realizados por las personas especialmente relacionadas con el deudor (nº 1) y constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (nº 2), constituyendo en este último caso presupuesto para su aplicación la existencia de una deuda preexistente del deudor concursado hipotecante, en cuya garantía se constituye la hipoteca, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa. Fuera de estos supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (art.71.4 LC). La jurisprudencia mercantil, frente a una interpretación estricta que limita el perjuicio atendiendo al activo patrimonial, se está decantando por una interpretación amplia de dicho concepto, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum (en este sentido, SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008, SAP Barcelona de 8 de enero de 2009, SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009 y SAP de Girona de 28 de octubre de 2009). Así, la primera de las resoluciones citadas declara: "Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del art. 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 de dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial,

sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores", como son la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes. ":SAP Guipúzcoa (Sección 2) 28.12.2012 (Sentencia 373/2012; Rollo 2134/2012)

"SEGUNDO.- Bajo la denominación de "acciones de reintegración" el art. 71 LC regula unas específicas acciones destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa. La Exposición de Motivos de la Ley Concursal señala: "La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración del concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente".
El citado precepto en su primer apartado dispone: "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta".
Por tanto, constituyen requisitos para el éxito de la acción:
1.- El acto que se pretende rescindir se ha verificado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.
2.- El acto debe ser perjudicial para la masa activa. La norma no establece qué se entiende por perjuicio patrimonial. A estos efectos, el Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 8 de noviembre de 2012 que "la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)". Por consiguiente, será apreciable un perjuicio determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial. Es el llamado perjuicio directo, particular o estricto, junto al cual tiene acogida en el mismo precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de par conditio creditorum.
Por otra parte, la norma en determinadas ocasiones lo presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos en que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan - actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC): o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC), a saber: actos a título oneroso realizados por las personas especialmente relacionadas con el deudor (nº 1), constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (nº 2) y pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (nº 3). Fuera de estos supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC).
Para determinar si existe o no perjuicio deberán analizarse todas las circunstancias concurrentes en el negocio (expectativas razonables y beneficios que el negocio reportaba al deudor, situación económicafinanciera del deudor, cercanía de la realización del acto a la declaración del concurso, etc).": SAP Guipúzcoa (Sección 2) 11.11.2013 (Sentencia 272/2013; Rollo 2272/2013)

"Por otra parte, la norma no establece qué se entiende por perjuicio patrimonial, si bien, en ocasiones el mismo se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure), en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC): o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC), a saber: actos a título oneroso realizados por las personas especialmente relacionadas con el deudor (nº 1) y constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (nº 2), constituyendo en este último caso presupuesto para su aplicación la existencia de una deuda preexistente del deudor concursado hipotecante, en cuya garantía se constituye la hipoteca, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa. Fuera de estos supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (art.71.4 LC). La jurisprudencia mercantil, frente a una interpretación estricta que limita el perjuicio atendiendo al activo patrimonial, se está decantando por una interpretación amplia de dicho concepto, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum (en este sentido, SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008, SAP Barcelona de 8 de enero de 2009, SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009 y SAP de Girona de 28 de octubre de 2009). Así, la primera de las resoluciones citadas declara: "Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del art. 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 de dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad

de trato a los acreedores", como son la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes.". “: SAP Guipúzcoa (Sección 2) 30.07.2014 (Sentencia 133/2014; Rollo 2155/2014)

“Por otra parte, la norma no establece qué se entiende por perjuicio patrimonial, si bien, en ocasiones el mismo se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure), en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC): o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC), a saber: actos a título oneroso realizados por las personas especialmente relacionadas con el deudor (nº 1) y constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (nº 2), constituyendo en este último caso presupuesto para su aplicación la existencia de una deuda preexistente del deudor concursado hipotecante, en cuya garantía se constituye la hipoteca, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa. Fuera de estos supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (art.71.4 LC). La jurisprudencia mercantil, frente a una interpretación estricta que limita el perjuicio atendiendo al activo patrimonial, se está decantando por una interpretación amplia de dicho concepto, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum (en este sentido, SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008, SAP Barcelona de 8 de enero de 2009, SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009 y SAP de Girona de 28 de octubre de 2009). Así, la primera de las resoluciones citadas declara: "Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del art. 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 de dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores", como son la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes".”: SAP Guipúzcoa (Sección 2) 30.07.2014 (Sentencia 134/2014; Rollo 2168/2014)

AP Jaén

“Así pues en fecha 22 de noviembre de 2007 se concedió un préstamo hipotecario, otorgándose escritura pública, Banco Popular Español y construcciones Aunova, de préstamo hipotecario y justamente un día después, el 23 de noviembre de 2007, se efectuaron las reseñadas transferencias por importe de 107.312,57 euros, mediante los que se cancelaron las deudas mantenidas en el indicado Banco por los Srs.Efrain yAntonia, consistentes en saldos deudores procedentes de una línea de descuento y de tarjetas Visas, y el resto de dicho préstamo se empleo para cancelar otros riesgos mantenidos por construcciones Aunova, con lo que ésta realmente no recibió en su cuenta cantidad alguna, siendo además la entidad bancaria conocedora de los impagos que estaban produciendo el Sr.Efrain y la Sra.Antonia y la concursada entrega a éstos una cantidad de dinero sin contraprestación alguna y por otra parte, el banco se beneficia de las citadas operaciones pues el dinero que presta lo aplica directamente a satisfacer deudas que existen a su favor y que no estaban garantizadas; y en consecuencia, conforme concluya el juzgador de instancia debe procederse a su reintegro por cuanto que está dentro de los casos establecidos en elartículo 71 de la Ley Concursal, pues no hay duda alguna de que las referidas transferencias produce un perjuicio real para la causa del concurso, pues aunque la acompañe una minoración del pasivo, lo cierto es que conlleva una disminución de su activo, en beneficio de un acreedor determinado y en detrimento de los derechos del resto y en definitiva incide por tanto de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales y vulnera la regla de paridad de trato, "por canditio creditorum", que subyace en la redacción delartículo 71 citado y que es la que debe orientar su interpretación como lo demuestra el tenor de las varías presunciones que se contienen en los números 2 y 3 de dicho precepto legal, en las que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial sino también de pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, precisamente porque entrañan una infracción de ese principio general de paridad de trato al conjunto de los acreedores afectados por el concurso que como tales tienen derecho a que se reintegre todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal.
Pues bien, losartículos 71, 72 y 73 de la Ley Concursal, regulan los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa, proclamando el primer apartado del primero de estos preceptos: "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulento", por lo que al caso de litis es de interés, en los dos siguientes apartados del mismo artículo 71 se establecen los actos que presumen perjuicio patrimonial, lo cual es aplicado correctamente por el juzgador de instancia, analizando exhaustivamente, que en este caso se presume dicho perjuicio, al tratarse de un acto gratuito.
En efecto, la prueba del requisito esencial del perjuicio para la masa activa, se facilite con presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum, dicho de otro modo, losartículos 71 y 73 de la citada Ley, contemplan como única modalidad de acciones de reintegración las acciones rescisorias, con el subsiguiente requisito del perjuicio patrimonial, presumido o acreditado; estas acciones tienen por misión remedios reintegradores esto es, asegurar los para canditio creditorum y preservar la integridad del patrimonio del concursado.

De otra parte, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Sin embargo, es bien conocido como la jurisprudencia mercantil se está decantando, por el concepto amplio de perjuicios comprensivo no solo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio.
Por tanto, procede rechazar el primer motivo de impugnación alegado por la entidad bancaria.": SAP Jaén 24.09.2010 (JUR 2011/66584; Sentencia 192/2010; Rollo 227/2010)

"Así pues, por la Administración concursal, se ejercita en su demanda la acción de rescisión o reintegración y en efecto, el artículo 71 de la Ley Concursal, declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, y al respecto, en sede de la doctrina general de revocación o rescisión de los actos realizados en fraude de acreedores, se considera que es fraudulento, ahí esta el perjuicio, todo acto que entraña disminución de las posibilidades económicas del deudor de hacer efectivas sus deudas, o lo que es lo mismo, las posibilidades del acreedor de ver satisfecho su crédito, y por tanto puede considerarse fraudulento cualquier acto que lleve consigo disminución del patrimonio del deudor (...) precepto que permita rescindir los "actos perjudiciales para la masa activa", concepto mas amplio que el de "perjuicio patrimonial, es decir, aún cuando el acto considerado de forma individual o aislado, no se considerase perjudicial, por mantener la equivalencia de las prestaciones lo que no sucede en este caso, si no respeta aquel principio que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjunto de acreedores el mismo trato, dicho acto debe ser rescindido, con los efectos patrimoniales conforme a lo establecido en el artículo 73 de la citada Ley Concursal, esto es con la condena a la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, con sus frutos o intereses.": SAP Jaén (Sección 1) 25.10.2011 (Sentencia 248/2011; Rollo 294/2011)

"Así pues, por la Administración concursal se ejercita en su demanda la acción de rescisión y en efecto, el artículo 71 de la Ley Concursal, declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, y al respecto en sede de la doctrina general de revocación o rescisión de los actos realizados en fraude de acreedores, se considera que es fraudulento, ahí esta el perjuicio, todo acto que entraña disminución de las posibilidades económicas del deudor de hacer efectivas sus deudas, o lo que es lo mismo, las posibilidades del acreedor de vez satisfecho su crédito, y por tanto puede considerarse fraudulento cualquier acto que lleve consigo disminución del patrimonio, y en este sentido el citado artículo 71, establece que declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.
Por otra parte debe precisarse que por el principio de la paridad o la llamada par conditio creditorum debe rescindirse conforme a lo previsto en dicho artículo 71 de la Ley Concursal; precepto que permite rescindir los "actos perjudiciales para la masa activa", concepto mas amplio que el de perjuicio patrimonial, es decir, aun cuando el acto considerado de forma individual o aislado, no se considerase perjudicial, por mantener la equivalencia de las prestaciones, lo que no sucede en este caso, si no se respeta aquel principio que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjunto de acreedores el mismo trato, dicho acto debe ser rescindido, tanto mas cuando en el caso que nos ocupa se sustrae del patrimonio de la concursada, si bien de mayor valor, gravándolo con una hipoteca en garantía de una deuda ajena y por lo que no recibe contraprestación alguna. ":SAP Jaén (Sección 1) 13.01.2012 (Sentencia 7/2012; Rollo 400/2011)

AP Huelva

"SEGUNDO.- A diferencia del sistema anterior de la retroacción, la nueva legislación acude a un sistema de rescisión respecto de aquellos negocios jurídicos que se entiende que han perjudicado a la masa, pero no de un modo genérico e indiscriminado atendiendo a un criterio temporal, sino respecto de negocios concretos, pero siempre fundado en la concurrencia de un real y evidente perjuicio para la masa, tendiéndose a incluir no solo aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum.
En el actual sistema se establecen una serie de presunciones iure et de iure y otras iuris tantum. En el primer supuesto se incluye aquellos que son contrarios a la buena fe, sin que admitan prueba en contrario, como ocurre cuando estamos ante un acto de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. En ambos, es evidente que se produce un supuesto de retroacción, ya que no admiten prueba en contrario, y alcanza a todos estos negocios jurídicos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Luego se establecen una serie de supuesto iuris tantum, es decir, que admiten prueba en contrario, referidos a los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Fuera de estos supuestos, se torna indispensable acreditar el perjuicio patrimonial por quien se ejercite la acción rescisoria.": SAP Huelva (Sección 3) 30.10.2013 (Sentencia 103/2013; Rollo 97/2013)

AP La Coruña

“QUINTO. Descartado, pues, que nos hallemos ante un caso del juego de la presunción de perjuicio del art. 71.2 de la LC, es necesario determinar si concurre el supuesto igualmente invocado del apartado cuarto del mentado precepto, que exige que la administración concursal justifique el perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso.
Ahora bien, ello exige efectuar con carácter previo una serie de consideraciones generales sobre la clase de acción ejercitada y su interpretación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien llamando previamente la atención a que la casuística en esta materia es muy amplia y ella hemos de atenernos.
Y así se ha declarado que los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración. Manifestación de lo expuesto la encontramos en la STS 210/2012, de 12 de abril, que proclama "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado".
En definitiva, como precisa la STS de 8 de noviembre de 2012, el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).
El perjuicio para la masa activa del concurso, como apunta la STS 622/2010, de 27 de octubre, cuya doctrina ratifica la precedentemente citada de 26 de octubre de 2012, ha de entenderse "como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación".
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio, que ya hemos señalado no concurre en el presente supuesto.
Fuera de estos casos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. La carga de la prueba del perjuicio le corresponde en este caso a la administración concursal que es la que ejercita la acción rescisoria (art. 71.4 LC), sin que se invoquen, ni concurran alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que trasladaría a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
Sin embargo, ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).
Ahora bien, en esa casuística reinante en la materia, que dificulta establecer criterios generales y fijos, la STS de 26 de octubre de 2012 advierte que: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
En el caso de los pagos enseña de nuevo STS de 26 de octubre de 2012 que, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa.”: SAP La Coruña (Sección 4) 01.02.2013 (Sentencia 36/2013; Rollo 587/2012)

“CUARTO: De los actos perjudiciales para la masa activa del concurso.-
La actual legislación concursal ha superado el sistema de retroacción de la quiebra, con la nulidad ipso iure de los actos de disposición o administración realizados por el quebrado dentro del plazo fijado a tales efectos por el Juez que conocía de dicho procedimiento universal, sistema que, por sus graves e injustificadas consecuencias, tuvo que ser objeto de una interpretación correctora por la moderna jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, sustituyéndolo actualmente por un sistema distinto, que condiciona la rescisión al ejercicio de acciones judiciales fundadas en la existencia de "actos perjudiciales para la masa activa".
La existencia del perjuicio se configura pues como elemento decisivo para la viabilidad de la acción rescisoria, junto con el requisito temporal de que tal acto jurídico, en detrimento de los acreedores concursales, se llevara a efecto en el plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin la necesidad, expresamente dispensada por el Legislador, de la existencia de una intención fraudulenta. No cabe duda tampoco de que son concordes doctrina y jurisprudencia en considerar que, en todo caso, son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado; ahora bien, no sólo esos concretos actos jurídicos constituyen los supuestos susceptibles de rescisión. En definitiva, son las específicas circunstancias concurrentes, el contexto en que tales actos se llevaron a cabo, los determinantes a los efectos de apreciar el necesario perjuicio para la masa activa del concurso. Nos encontramos, por consiguiente, ante decisiones necesariamente casuísticas, que no se concilian con proclamaciones generales.
En efecto, nos enseña la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal al respecto que:
A) Para decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", hay que analizarlo en el

momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha (STS de 8 de noviembre de 2012).
B) Que los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración. En este sentido, las SSTS de 12 de abril y 8 de noviembre de 2012 proclaman que: "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado".
C) Ahora bien, ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la "par condicio creditorum" (paridad de trato de los acreedores), véase en este sentido las SSTS de 26 de octubre y 8 de noviembre de 2012.
D) En definitiva, el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (SSTS 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, 210/2012, de 12 de abril, y 8 de noviembre de dicho año entre otras).
E) El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso (STS 26 de octubre de 2012).
F) Ahora bien, en esa casuística reinante en la materia, que dificulta fijar criterios generales y fijos, la STS de 26 de octubre de 2012 matiza que: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles".
G) En el caso de los pagos, la STS de 26 de octubre de 2012, señala que, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa.
H) Ahora bien, es necesario tener igualmente en cuenta que, cuando un pago es consecuencia de una deuda líquida, vencida y exigible, ello no significa que la rescisión devenga inviable, pues puede suponer un sacrificio injustificado para la masa activa del concurso, en atención a las concretas circunstancias concurrentes, como aconteció en el caso contemplado en la STS de 26 de octubre de 2012, con respecto al cual existe identidad de razón con el que enjuiciamos en el presente proceso, al señalar dicha resolución que: "Detrás de esta consideración legal, aplicada al caso por el magistrado de lo mercantil que declaró el concurso de acreedores, se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió. Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto".": SAP La Coruña (Sección 4) 09.12.2013 (Sentencia 418/2013; Rollo 342/2013)

“Por lo que debemos entrar a resolver sobre que debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto, como nos indica el Tribunal Supremo, no sin antes aceptar que la casuística sobre esta materia es muy amplia (STS 8/11/2012), no se puede equiparar el perjuicio a una disminución del patrimonio del concursado, y además hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. En definitiva, como se indica en la referida sentencia, el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).
La STS de 26 de octubre de 2012 matiza que: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles". “:SAP La Coruña (Sección 4) 03.02.2014 (Sentencia 25/2014; Rollo 427/2013)

“SEGUNDO.- Como señalábamos en nuestra sentencia de 14 de abril de 2011, la Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales

para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes
o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Pues bien, ciertamente como alega la entidad apelante no nos encontramos ante ninguna de las presunciones de perjuicio patrimonial a las que se refieren los números 2 y 3 del precitado artículo 71, con lo que es de aplicación el 4 que dispone: "Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria", en este caso no ofrece pues duda que a la Administración Concursal le corresponde acreditar que el pago efectuado por la entidad concursada a la entidad "J&A Garrigues, S.L.P." generó un perjuicio a la masa activa del concurso, al margen de si existió o no intención fraudulenta.
Por lo que debemos entrar a resolver sobre que debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto, como nos indica el Tribunal Supremo (STS 8/11/2012), hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio
o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).
En definitiva, como se indica en la referida sentencia, el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).
En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010, se declaró que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum".
La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado (STS 10/7/2013).
Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (STS 26/10/2012).
Su motivo es evidente si el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", por ello en tales circunstancias debe estimarse como un perjuicio para la masa activa. “: SAP La Coruña (Sección 4) 13.02.2014 (Sentencia 38/2014; Rollo 10/2014)

“CUARTO.- Previamente se hace necesario recordar la siguiente normativa y jurisprudencia:
1- De acuerdo con el régimen de las acciones de reintegración de la Ley Concursal, y como resume la STS de 30 de abril de 2014 : "las garantías reales sobre bienes inmuebles, como es el caso de la hipoteca, prestadas por el deudor concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, pueden ser objeto de rescisión cuando constituyan un acto de disposición a título gratuito pues en tal caso el perjuicio para la masa se presume sin que sea admisible prueba en contrario (art. 71.2 de la Ley Concursal); cuando constituyan un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado o se hayan constituido a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, y no se pruebe la falta de perjuicio patrimonial (art. 71.3.1º y 2º); y, en general, cuando se pruebe que han causado un perjuicio para la masa activa. Para el ejercicio de estas acciones no es preciso probar la existencia de fraude".
2- El artículo 71 LC se refiere a las acciones de reintegración, disponiendo su apartado 1 que, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
Toda acción rescisoria concursal presupone la aplicación del artículo 71.1 LC, sin perjuicio de que la causa petendi venga condicionada por los hechos narrados para justificar el carácter perjudicial o la aplicación de alguna de las presunciones de perjuicio previstas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC (STS de 26/10/2012).
El artículo 71.2 presume tal perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario (presunciones iuris et de iure), cuando se trate de actos de disposición gratuitos (salvo liberalidades de uso), y pagos o extinción de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración del concurso.
Su apartado 3 establece dos presunciones iuris tantum de perjuicio patrimonial: la primera se refiere a los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, y la segunda por actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Tradicionalmente se ha considerado perjudicial para la masa al originarse durante un periodo sospechoso por su cercanía temporal a la declaración del estado de insolvencia concursal. Aunque sin olvidar eso, en la actualidad el fundamento rescisorio último se encuentra en el perjuicio para la masa activa. Se trata de presunciones legales destruibles mediante prueba en contra, lo que supone atribuir la carga material de la prueba de la ausencia del perjuicio a quien sostenga la eficacia del acto o negocio jurídico (art. 385 LEC). Y la presunción de perjuicio segunda no es a las nuevas obligaciones sino a la constitución de la garantía real. Su concesión para garantizar una obligación preexistente
o una nueva que sustituya la anterior se considera en principio perjudicial porque además de minusvalorar y comprometer esa parte del patrimonio de la concursada, lo reserva para la satisfacción del crédito de un solo acreedor (hipotecario), incluso separadamente, hasta el límite de la garantía, no obstante el estado de insolvencia y la pluralidad de acreedores respecto de un mismo deudor común, afectando también a la masa pasiva al suponer un trato desigual, preferente y privilegiado, respecto de los restantes acreedores (alteración de la regla de paridad de trato en el concurso ("pars condictio creditorum").
Fuera de las presunciones, el artículo 71.4 indica que el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
Los apartados 5 y 6, al margen de la época de su redacción, se refieren a ciertos casos no rescindibles, entre ellos los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales; no son aplicables al pleito que nos ocupa.
El artículo 73 señala los efectos de la rescisión, ante todo la ineficacia del acto impugnado.
3- El perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso ha de entenderse "como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación" (STS de 27/10/2010, y 26/10/2012).
La STS de 12 de abril de 2012 abunda en ello: "Para que haya lugar a la reintegración concursal en el régimen vigente es precisa la existencia de perjuicio para la masa activa del concurso, al disponer el artículo
71.1 de la Ley Concursal que declarado el concurso, serán rescindibles "los actos perjudiciales para la masa activa...". No concreta la norma que debe entenderse por "perjuicio para la masa activa", pese a lo cual, no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado. Claro está que, para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas".
4- Por lo que se refiere al Real Decreto Ley 30/2009 de 27-3 de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, decir que, para facilitar la refinanciación de las empresas con dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, introdujo una disposición adicional cuarta en la Ley Concursal bajo el título de "acuerdos de refinanciación", entendiendo por tales, los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, debiendo responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo. De esta manera, en caso de concurso, tales acuerdos quedan excluidos de las acciones de reintegración del artículo 71 LC, precisando los requisitos de que hayan sido suscritos por una determinada mayoría del pasivo de acreedores, informe de un experto independiente con juicio técnico sobre la suficiencia

de la información, carácter razonable y realizable del plan y proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado, además de la formalización del acuerdo en instrumento público. Esta disposición es aplicable a los acuerdos de refinanciación celebrados antes de su entrada en vigor, así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, siempre que, sin haberse solicitado el concurso del deudor, se cumplimenten los requisitos. En otro caso, a tales acuerdos así como a los negocios, actos y pagos realizados y a las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos les resultará de aplicación la regulación anterior a dicho Real Decreto-Ley, en especial el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.
El citado artículo 10 LMH, refiere que los créditos hipotecarios concedidos por las entidades financieras sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo del artículo 71 LC, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución del gravamen, quedando en todo caso a salvo los derechos del tercero de buena fe.": SAP La Coruña (Sección 4) 19.03.2015 (Sentencia 91/2015; Rollo 397/2014)

AP León

"El artículo 71 de la Ley Concursal establece que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo, a continuación, una presunción iuris et de iure en el caso de los actos de disposición a título gratuito y una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial respecto de los actos dispositivos a titulo oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y de los supuestos de refinanciación. Añade que fuera de los dos supuestos anteriores de presunción susceptible de prueba en contrario, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria. Concluye estableciendo que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del concursado realizados en condiciones normales ni los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.
El concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par condicio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales. Esto ocurre, por ejemplo, en la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes. Este es el criterio que también sostiene la SAP Barcelona de 8 de enero de 2.009, al admitir que junto al perjuicio directo que ocasiona una disminución de patrimonio, (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), existe un perjuicio indirecto derivado de un trato de favor injustificado. En el mismo sentido podemos citar la SAP Madrid, de 19 de diciembre de 2.008.
La primera de ellas declara que la acción regulada en el artículo 71 LC, persigue el respeto de la regla del trato paritario de los acreedores en el contexto preconcursal. La segunda de las resoluciones indicadas señala que "esta acción supone una interferencia del derecho concursal en el principio de seguridad del tráfico. Sin embargo, esta afectación es de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso, con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal".
En este supuesto, podría resultar el perjuicio para el resto de acreedores y para la masa porque si uno se los acreedores cobra siempre es en perjuicio de todos los demás. Sin embargo, se trata del pago de una deuda vencida y exigible que ya había sido reclamada judicialmente y por tanto, no es un pago indebido. Así resulta controvertido apreciar el perjuicio cuando los pagos han sido de obligaciones debidas, vencidas y exigibles, antes de la declaración de concurso, pues aunque, en principio, todos estos pagos constituyen lógicamente una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se puede considerar "injustificado" este sacrificio patrimonial, presupuesto necesario para que exista perjuicio para la masa. La injustificación de estos pagos podría derivar de que supusieran al mismo tiempo una alteración de la par condicio creditorum, y en estos casos el perjuicio se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada.
Para que tales pagos constituyan una vulneración de la par condicio creditorum será necesario que, al tiempo de ser realizados, el deudor ya esté en estado de insolvencia, y por lo tanto obligado a presentar el concurso (arts. 5 y 2.2 LC), y que los pagos no puedan considerarse "acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias", en la medida en que están excluidos expresamente por el art. 71.5 LC.": SAP León 12.11.2010 (Sentencia 449/2010; Rollo 343/2010)

"Elartículo 71 de la Ley Concursal establece que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo, a continuación, una presunción iuris et de iure en el caso de los actos de disposición a título gratuito y una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial respecto de los actos dispositivos a titulo oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y de los supuestos de refinanciación. Añade que fuera de los dos supuestos anteriores de

presunción susceptible de prueba en contrario, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria. Concluye estableciendo que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del concursado realizados en condiciones normales ni los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.
El concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par condicio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene elartículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales. Esto ocurre, por ejemplo, en la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes. Este es el criterio que también sostiene laSAP Barcelona de 8 de enero de 2.009, al admitir que junto al perjuicio directo que ocasiona una disminución de patrimonio, (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), existe un perjuicio indirecto derivado de un trato de favor injustificado. En el mismo sentido podemos citar laSAP Madrid, de 19 de diciembre de 2.008.
En este supuesto, no se acredita la realización de un acto de disposición a título oneroso y tampoco se puede aplicar la presunción de perjuicio por la realización entre personas especialmente relacionadas con la concursada ya que el administrador único de la misma, según el Registro Mercantil, no tiene ningún poder decisorio en la empresa vendedora y al contrario el administrador de la misma no es más que socio de la entidad en concurso.": SAP León 10.03.2011 (Sentencia 90/2011; Rollo 79/2011)

Se ejercita por la administración concursal una acción rescisoria con base en lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal. Para delimitar los requisitos de tal acción acudiremos, principalmente, a lo expuesto en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 (recurso nº 672/2010) que desarrolla el significado y alcance del concepto de " *acto perjudicial para la masa activa* " al que alude el artículo 71 de la Ley Concursal. Resumimos sus criterios en los siguientes apartados:
a) *No es necesario el carácter fraudulento del acto para su rescisión* : " *El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude* " (STS 26/10/2012).
b) *El perjuicio para la masa activa no se puede derivar de la alteración del principio de la "par conditio creditorum" como un mero automatismo* : " *Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva* " (STS 26/10/2012).
c) *El perjuicio para la masa activa supone una disminución del activo que ha de integrar la masa pasiva y debe carecer de justificación* : " *como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación* " (STS 26/10/2012)".
d) *Este criterio ha sido matizadopor otras resoluciones del Tribunal Supremo, que vienen a admitir la posibilidad de un perjuicio indirecto sin necesidad de disminución patrimonial,* como la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que se cita en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 22 de abril de 2014 que se transcribe parcialmente en la sentencia recurrida: " *Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)* " (STS, Sala 1ª, de 8 de noviembre de 2012, recurso nº 836/2012).
Nos encontramos con dos supuestos de específico perjuicio "patrimonial" (apartados 2 y 3 del artículo 71 de la LC) y una genérica referencia a "actos perjudiciales para la masa activa" (apartado 1 del artículo 71) que abarca la posibilidad de perjuicio indirecto aunque no implique una efectiva disminución patrimonial (en este sentido también se pronuncia la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2014 (recurso nº 745/2012), como ocurre, por ejemplo, en el caso de actos de pago o dación en pago que supongan alteración de la "par conditio creditorum", pero no siempre y en todo caso (STS, Sala 1ª, de 24 de julio de 2014). *Para matizar la extensión del concepto de "acto perjudicial para la masa activa" a posibles perjuicios "indirectos" hemos de retornar a los criterios establecidos en la sentencia que nos sirve como punto de partida* (la STS 26/10/2012) en la que se dice:
-Cuando hay un pago (o dación en pago) " *la justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible* ". En el caso que nos ocupa la deuda extinguida con el pacto de dación en pago era cierta y exigible pero, como se indica en la sentencia recurrida, y reitera este tribunal, entraría en el ámbito de falta de justificación a la que aludiremos en el siguiente apartado.
-Pero la regla general de justificación de pago de deuda vencida y exigible " *no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum* ".

En definitiva, aunque el principio de la "par conditio creditorum" no es un parámetro imperativo para delimitar cuando un acto es o no es perjudicial para la masa activa, sí lo puede ser si opera una justificación fundada en las circunstancias concretas consideradas, *como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso que nos ocupa* : pago (dación en pago, en este caso) muy próximo a la declaración de concurso (tres meses y 20 días median entre el acto a rescindir y la declaración de concurso), cuando Restauraciones Toral, SA, ya se encontraba en evidente situación de insolvencia que, como se indica en la sentencia recurrida, era un hecho conocido por la demandante al informarle de ello el administrador de la concursada antes de verificar la dación en pago. La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Suprema tomada como principal referencia (STS 26/10/2012) llega la misma conclusión en un supuesto en el que entre el acto rescindido y la solicitud de la declaración de concurso mediaban un tres meses aproximadamente: " *7. En el presente supuesto no se cuestiona que el crédito satisfecho por la concursada a Postventa fuera un crédito real, vencido y exigible. El problema radica en que las circunstancias que rodean al pago ponen en evidencia su injustificación[...] pagó el crédito de 272.272,50 euros (el 12 de enero de 2007). Este pago que, en principio, sería válido, al ser debido y exigible, se ve afectado por que, no mucho más tarde (el 5 de marzo de 2007), la propia deudora (Vitelcom) solicitó su propio concurso de acreedores, que fue declarado el 16 de marzo de 2007, pero con la consideración de necesario, pues el art. 22.2 LC prevé que " el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiere presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque este hubiere desistido..." Detrás de esta consideración legal, aplicada al caso por el magistrado de lo mercantil que declaró el concurso de acreedores, se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió. Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto* ".
Por todo lo expuesto, procede confirmar la sentencia en relación con la procedencia de la acción rescisoria.": SAP León (Sección 1) 05.11.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 296/2014)

AP La Rioja

"Tal como se recoge en la sentencia recurrida el artículo 71.1 de la Ley Concursal, cuando regula el ejercicio de acciones para la reintegración de la masa activa, establece dos requisitos: que el acto sea perjudicial para la masa y que se haya realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
El requisito temporal no plantea cuestión alguna y no es objeto de discusión (escritura pública 20-12-2008, declaración de concurso)
El requisito de ser perjudicial para la masa es objeto de controversia puesto que se cuestiona por la parte apelante que los actos impugnados fueran perjudiciales para la masa activa.
Con carácter previo cabe señalar que la jurisprudencia mercantil se está decantando por un concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la " par conditio" (por todas, SAP Madrid, Secc. 28ª, de 19-12-2008, y SAP Barcelona, Secc 15ª, de 8-1- 2008) y como señala la Sentencia de la AP de Palencia de 12-6-2012 (Rec. 154/12) "... *por eso se hace constar que el perjuicio, en un concepto amplio, debe de entenderse concurrente cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales; y en un concepto más restringido, que es aquel que dé lugar a un auténtico sacrificio patrimonial para la masa activa, esto es, cuando el negocio fuera oneroso y la prestación realizada por el deudor no tuviera su justificación en una contraprestación patrimonial equivalente para dicha masa*..." ":SAP La Rioja (Sección 1) 24.09.2012 (Sentencia 310/2012; Rollo 154/2012)

AP Las Palmas

"SEGUNDO.- El artículo 71 de la Ley Concursal establece que "declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta", estableciendo a continuación determinados supuestos en los que se deduce iuris et de iure o iuris tantum el perjuicio patrimonial. La finalidad de las acciones de reintegración es rescindir, dejar sin efecto los actos realizados por el deudor, en el periodo de tiempo establecido en la ley, que hayan supuesto un perjuicio para su patrimonio, una disminución del mismo, o de su valor, se trata de aumentar la masa activa del concurso con aquellos bienes y derechos que salieron indebidamente del patrimonio del concursado antes de la declaración del concurso.
Dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción de reintegración debe probar que los actos realizados por el deudor en el periodo de sospecha son perjudiciales para la masa activa. La Ley Concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones del perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de iure que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida y no requieren que se valoren sus efectos perjudiciales. No admiten prueba en contrario. Entre ellas se encuentran los actos de disposición del deudor realizados a título gratuito en el periodo sospechoso, salvo las liberalidades de uso. El fundamento está en que existiendo acreedores no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
Por otro lado las presunciones iuris tantum del perjuicio patrimonial está recogida en el párrafo 3 del art. 71 de

LEC donde se establece:
1º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
3º Los pagos u otros actos de extincón de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
En estos supuestos necesitan la prueba de la ausencia del perjuicio para la masa de acreedores para que no se proceda a su rescisión
El perjuicio para la masa activa, es el requisito para declarar la recisión de las demás operaciones realizadas en los dos últimos años, probar este perjuicio o la ausencia del mismo, es el que mayor problema plantea el conocimiento de las acciones de reintegración, y como señala la sentencia de 10 de julio de 2012 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y la jurisprudencia, que han avanzado en la precisión del concepto con la intención de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial. Se considera que valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010).”: SAP Las Palmas (Sección 4) 24.10.2013 (Sentencia 388/2013; Rollo 569/2011)

AP Lugo

“SEGUNDO.-Procede confirmar íntegramente la Sentencia atacada, tanto en cuanto a su decisión de estimar dicha operación perjudicial para la masa activa, como en relación a la calificación del crédito a favor de Onemons como ordinario.
Se hace la primera afirmación pensando, no tanto, como claramente indica la propia sentencia analizada, en la diferencia de valor entre las deudas pendientes entre Promociones Baldomero Cabadas, S.L., y Onemons, S.A. y el bien adjudicado para pago, como por atentar con ella contra el principio de la par conditio creditorum que inspira todo el proceso concursal, en razón de que, con esta adjudicación, disminuye, sí, el Pasivo, pero el acreedor adjudicatario ha cobrado con preferencia a los demás asegurándose la satisfacción plena de su interés sin tener que someterse a lo decidido por el posible convenio de quita y/o espera o a las resultas de la liquidación.
De este modo, cobra toda la deuda pendiente sin tener que soportar las desventajas de este proceso excepcional, perjudicando el interés colectivo a favor de su singular interés. En definitiva, con dicho negocio logra la demandada apelante conjurar los sacrificios que todo proceso concursal comporta para la mayoría de los acreedores concursales.
Tampoco puede ser rebatido el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia cuestionada cuando considera que la dación en pago no forma parte de la actividad ordinaria de la codemandada por las razones expuestas en el mismo.
Igualmente, estima esta Sala que no cabe salvar el acto tomando por base que gracias a la dación pudo Promociones Baldomero finalizar y entregar un conjunto de viviendas y locales a sus clientes, pues es este un extremo que no ha sido convenientemente acreditado.”: SAP Lugo 23.09.2010 (Sentencia 481/2010; Rollo 261/2010)

AP Lleida

“SEGON. Fa l' article 71 de la LC "1. *Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta".*
Si analitzem l'actual regulació de la LC ens en adonarem de que aquesta fuig dels rígids esquemes de la retroacció característics de la legislació prèvia, per instaurar un marc general d'accions de reintegració de bens i drets a la massa, realitzats en el concret període temporal dels dos anys anteriors a la data de la declaració del concurs, i fonamentats en l'existència d'un perjudici per a la massa amb independència, en principi, de tot tipus d'element objectiu relatiu al caràcter fraudulent de l'acte impugnatori. La prova del requisit essencial del "perjuicio para la masa activa" es facilita amb presumpcions de caràcter *iuris et de iure* i *iuris tantum*.
D'altra banda, resulta difícil donar un concepte de perjudici patrimonial, a l'existir el risc de que un criteri d'interpretació excessivament lax converteixi en rescindibles tots els actes realitzats pel deutor en els dos anys anteriors a la declaració del concurs, amb el consegüent risc pel valor essencial de la seguretat jurídica. Malgrat tot, és ben conegut com la jurisprudència mercantil s'està decantant, en oberta oposició a sòlides interpretacions doctrinals, pel concepte ampli de perjudici, comprensiu no solament d'aquells actes que suposen una minva o disminució de la massa activa sense contraprestació de cap mena, sinó també dels actes que perjudiquen la massa activa al temps que minven el passiu si això suposa una alteració del principi general de la *par conditio creditorum* (per totes, sentència AP Madrid, secció 28ª, de 19 de desembre de 2008 i sentència de 8 de gener de 2008, AP Barcelona, secció 15ª). “:SAP Lleida (Sección 2) 27.09.2012 (Sentencia 353/2012; Rollo 261/2012), y en idénticos términos, :SAP Lleida (Sección 2) 05.01.2013 (Sentencia 39/2013; Rollo 583/2012) y SAP Lleida (Sección 2) 14.02.2013 (Sentencia 73/2013; Rollo 414/2012)

“SEGUNDO.-Para la resolución del presente recurso hay que tener en cuenta en primer lugar que mediante el ejercicio de la acción de reintegración, se pretende garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso, preservando la integridad del patrimonio que debe servir para la satisfacción ordenada de los créditos, mediante la rescisión de los actos realizados por el deudor que representan un perjuicio para los

acreedores concursales, para que su derecho al cobro de los créditos no se vea burlado por la reducción del patrimonio que comportan tales actos del concursado, de forma que la posibilidad de ejercicio de la acción alcance no sólo a los actos anteriores a la declaración de concurso sino también a los posteriores, en caso de que tras dicha declaración el deudor distraiga bienes o derechos que deberían formar parte de la masa activa.
Invoca en primer lugar la recurrente infracción del Art. 71.3 LC y error la valoración de la prueba, refiriendo que habiendo resultado acreditado que la constitución de la prenda tenía como objeto obtener el préstamo necesario para cubrir el saldo deudor del crédito vencido, hay que concluir que la obtención de refinanciación excluye la existencia de perjuicio, ya que resultaría contradictorio que la concesión de refinanciación al deudor como medio de ayuda a la superación de sus dificultades económicas, acabe considerándose un acto perjudicial para la masa.
Establece el artículo 71 de la LC " 1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta".
Si analizamos la actual regulación de la LC, advertimos que la misma huye de los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previa, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y basados en la existencia de un perjuicio para la masa con independencia, en principio, del elemento objetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del "perjuicio para la masa activa" se facilita con presunciones de carácter iuris et de iure i iuris tantum.
Por otro lado, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los 2 años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica. Pese a ello, resulta patente que la jurisprudencia mercantil se ha decantado, en clara oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una disminución de la masa activa sin contraprestación de ningún tipo, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que reducen el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum.
En tal sentido se ha pronunciado ya este Tribunal en sentencias 238/2011, de 13 de julio de 2011 y 39/2013, de 25 de enero 2013, resultando también ilustrativas la SAP Madrid, sección 28ª, de 19 de diciembre de 2008, SAP Barcelona, sec.15, de 8 de enero de 2008 y SAP de Madrid, sec. 28, de 15-1-10.
Dispone ésta última: "Hemos de señalar que el perjuicio para la masa activa también puede provenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, según la regla de paridad de trato. Porque la regla de la "par conditio creditorum" subyace en el proceso concursal, de manera que también operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino además del pasivo, no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de igualdad de trato a los acreedores según las reglas predeterminadas legalmente. Lo que ocurre cuando dentro del período patrimonialmente deficitario se satisface tan solo el derecho de algunos elegidos en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban que mientras se sobreseía el pago de sus créditos se disminuía, en cambio, el activo que a todos interesaba a costa de atender los intereses particulares de algunos de ellos. Se justifica en tal caso la retroacción a favor de un trato más justo e igualitario del colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. Así lo ha considerado también la jurisprudencia cuando, para salvar al acto de la nulidad por la retroacción, ha atendido a la falta de connivencia de ningún tipo entre la quebrada y la acreedora demandada para dar preferencia a ésta y discriminar a los demás acreedores, en perjuicio, por tanto, de la masa de la quiebra, y con lesión de la "par conditio creditorum" (sentencia del TS de 13-9-07)".
Igualmente la sentencia de la misma sección de la AP de Madrid, de 28-9-10 reitera: "Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores. Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos. Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal". ": SAP Lleida (Sección 2) 14.11.2014 (Sentencia 488/2014; Rollo 383/2014)

“Por otro lado, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los 2 años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica. Pese a ello, resulta patente que la jurisprudencia mercantil se ha decantado, en clara oposición a sólidas interpretaciones

doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una disminución de la masa activa sin contraprestación de ningún tipo, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que reducen el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la *par conditio creditorum*.
En tal sentido se ha pronunciado ya este Tribunal en sentencias 238/2011, de 13 de julio de 2011, 39/2013 de 25 de enero 2013 y últimamente en la sentencia 488/14 de 14 de noviembre de este año, resultando también ilustrativas la SAP Madrid, sección 28ª, de 19 de diciembre de 2008, SAP Barcelona, sec.15, de 8 de enero de 2008 y SAP de Madrid, sec. 28, de 15-1-10.
Dispone ésta última: " *Hemos de señalar que el perjuicio para la masa activa también puede provenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, según la regla de paridad de trato. Porque la regla de la "par conditio creditorum" subyace en el proceso concursal, de manera que también operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino además del pasivo, no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de igualdad de trato a los acreedores según las reglas predeterminadas legalmente. Lo que ocurre cuando dentro del período patrimonialmente deficitario se satisface tan solo el derecho de algunos elegidos en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban que mientras se sobreseía el pago de sus créditos se disminuía, en cambio, el activo que a todos interesaba a costa de atender los intereses particulares de algunos de ellos. Se justifica en tal caso la retroacción a favor de un trato más justo e igualitario del colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. Así lo ha considerado también la jurisprudencia cuando, para salvar al acto de la nulidad por la retroacción, ha atendido a la falta de connivencia de ningún tipo entre la quebrada y la acreedora demandada para dar preferencia a ésta y discriminar a los demás acreedores, en perjuicio, por tanto, de la masa de la quiebra, y con lesión de la "par conditio creditorum" (sentencia del TS de 13-9-07)"*.
Igualmente la sentencia de la misma sección de la AP de Madrid, de 28-9-10 reitera: *" Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores. Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos. Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal* ". ": SAP Lleida (Sección 2) 27.11.2014 (Sentencia 512/2014; Rollo 548/2014)

"TERCERO.-La sentencia de primera instancia recoge debidamente la doctrina jurisprudencial sobre lo que debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", siendo esta una cuestión sobre la que esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones, indicando al respecto en la reciente sentencia de 14 de noviembre de 2014 (nº488/2014) que "...resulta patente que la jurisprudencia mercantil se ha decantado, en clara oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una disminución de la masa activa sin contraprestación de ningún tipo, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que reducen el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum.
En tal sentido se ha pronunciado ya este Tribunal en sentencias 238/2011, de 13 de julio de 2011 y 39/2013, de 25 de enero 2013, resultando también ilustrativas la SAP Madrid, sección 28ª, de 19 de diciembre de 2008, SAP Barcelona, sec.15, de 8 de enero de 2008 y SAP de Madrid, sec. 28, de 15-1-10.
Dispone ésta última: "Hemos de señalar que el perjuicio para la masa activa también puede provenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, según la regla de paridad de trato. Porque la regla de la "par conditio creditorum" subyace en el proceso concursal, de manera que también operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino además del pasivo, no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de igualdad de trato a los acreedores según las reglas predeterminadas legalmente. Lo que ocurre cuando dentro del período patrimonialmente deficitario se satisface tan solo el derecho de algunos elegidos en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban que mientras se sobreseía el pago de sus créditos se disminuía, en cambio, el activo que a todos interesaba a costa de atender los intereses particulares de algunos de ellos. Se justifica en tal caso la retroacción a favor de un trato más justo e igualitario del colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. Así lo ha considerado también la jurisprudencia cuando, para salvar al acto de la nulidad por la retroacción, ha atendido a la falta de connivencia de ningún tipo entre la quebrada y la acreedora demandada para dar preferencia a ésta y discriminar a los demás acreedores, en perjuicio, por tanto, de la masa de la quiebra, y con lesión de la "par conditio creditorum" (sentencia del TS de 13-9-07)".

Igualmente la sentencia de la misma sección de la AP de Madrid, de 28-9-10 reitera: "Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores. Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos. Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal".
La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2014 incide en la misma idea recogiendo los criterios sentados en la STS de 26 de octubre de 2012 (nº 629/2012) sobre la interpretación jurisprudencial del perjuicio para la masa activa, indicando ésta última sentencia que "... *El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.*
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa".": SAP Lleida (Sección 2) 19.12.2014 (Sentencia 546/2014; Rollo 471/2014)

AP Madrid

"TERCERO.- Consideramos, no obstante, que en la demanda subyacía también un segundo planteamiento como soporte de la acción rescisoria que merece un análisis más detenido. Nos referimos al alegato de la administración concursal por el que tachaba de perjudicial a la operación objeto de la demanda de rescisión porque parte del precio de la compra no fue pagado por la compradora al destinarse a satisfacer la deuda de un tercero, que era un acreedor de la vendedora, CANZANAL 95 SA, denominado TRADESA.
El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71de la LC en relación con el nº 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de

mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal": SAP Madrid (Sección 28) 19.12.2008 (Rollo 36/2008)

"Hemos de tener en cuenta que la idea que subyace en sede concursal al carácter reintegrable de los pagos anticipados no está constituida por una noción estricta del perjuicio (disminución del valor neto del patrimonio) sino por una conceptuación amplia donde, además, tienen cabida aquellos supuestos en los que, sin merma patrimonial, se produce un atentado al principio de comunidad de pérdidas ("par conditio creditorum") en provecho de determinados acreedores y en perjuicio de los demás: un pago anticipado no comporta disminución patrimonial desde el momento en que la disminución del activo se encuentra compensada por una disminución correlativa del pasivo, pero, en cambio, sí entraña una disminución del activo susceptible de reparto entre los acreedores, disminución que solamente aprovecha al acreedor intempestivamente satisfecho, quien se sustrae de ese modo a la gravosa ley del dividendo.": SAP Madrid (Sección 28) 10.10.2011 (Sentencia 293/2011; Rollo 106/2011)

"Hemos de tener en cuenta que la idea que subyace en sede concursal al carácter reintegrable de los pagos anticipados no está constituida por una noción estricta del perjuicio (disminución del valor neto del patrimonio) sino por una conceptuación amplia donde, además, tienen cabida aquellos supuestos en los que, sin merma patrimonial, se produce un atentado al principio de comunidad de pérdidas ("par conditio creditorum") en provecho de determinados acreedores y en perjuicio de los demás. Un pago anticipado no comporta disminución patrimonial desde el momento en que la disminución del activo se encuentra compensada por una disminución correlativa del pasivo, pero, en cambio, sí entraña una disminución del activo susceptible de reparto entre los acreedores, lo que solamente aprovecha al acreedor intempestivamente satisfecho, quien se sustrae de ese modo a la gravosa ley del dividendo.": SAP Madrid (Sección 28) 03.02.2012 (Sentencia 41/2012; Rollo 228/2011)

"El artículo 71.1 de la Ley Concursal permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial. Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha".
SAP Madrid (Sección 28) 11.01.2013 (Sentencia 4/2013; Rollo 640/2011)
SEGUNDO.- El artículo 71.1 de la Ley Concursal permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial. Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha". ": SAP Madrid (Sección 28) 22.03.2013 (Sentencia 91/2013; Rollo 730/2011)

“TERCERO.- El artículo 71.1 de la Ley Concursal permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de su declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.”: SAP Madrid (Sección 28) 20.09.2013 (Sentencia 257/2013; Rollo 201/2012)

“14.- Sucede, además, que las recurrentes pretenden hacer valer un concepto reduccionista de "perjuicio para la masa", el cual no corresponde al criterio consagrado en la doctrina de nuestro Alto Tribunal. En sentencia de 20 de septiembre de 2013 reflejamos tal criterio en los siguientes términos:
"La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual:
"Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LCpresume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum.".
15.- De cuanto antecede se desprende que, aun cuando hubiera podido darse por probado (quod non) que los inmuebles no fueron infravalorados, no por ello la operación impugnada hubiese dejado de considerarse perjudicial para la masa del concurso. Las propias apelantes reconocen que con dicha operativa se rompió la igualdad de trato entre los acreedores del concurso.”: SAP Madrid (Sección 28) 31.01.2014 (Sentencia 35/2014; Rollo 529/2012)

“SEGUNDO.- Recurso de apelación interpuesto por la demandada "DE MIGUEL Y ABOGADOS ASOCIADOS, S.L."
El artículo 71.1 de la Ley Concursal permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de su declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum.". ": SAP Madrid (Sección 28) 04.04.2014 (Sentencia 108/2015; Rollo 603/2012)

“15.- La rescisión concursal pivota sobre la existencia de un perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que se presume por imperativo legal, sea iuris et de iure (artículo 71.2 LC), sea iuris tantum (artículo 71.3 LC), exige cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4 LC). La Ley Concursal no determina qué debe entenderse por perjuicio para la masa activa. Nos encontramos, por lo tanto, ante un concepto jurídico indeterminado, que, a estas alturas, se encuentra ya suficientemente perfilado por la jurisprudencia. Resulta ilustrativa a estos efectos la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012, que, en línea con precedentes significativos (sentencias del Alto Tribunal de 16 de septiembre y 27 de octubre de 2010, 12 de abril y 8 de noviembre de 2012), caracteriza este elemento en los siguientes términos (apartado 5 de los fundamentos jurídicos):
"El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa".
Y concretamente respecto de los pagos, establece (apartado 6):
"En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum [...]".
16.- A modo de conclusión, la sentencia del Alto Tribunal remacha más adelante:
[...] De esta forma, un corolario moderno de este principio (se está haciendo referencia al principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere -quien cobra lo que es suyo no defrauda), proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de

insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido".
En términos similares se pronuncia la sentencia de 10 de julio de 2013 ya citada en anteriores líneas. ": SAP Madrid (Sección 28) 21.04.2014 (Sentencia 126/2014; Rollo 609/2012)

"La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.".
Más concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014, antes citada, con relación a las garantías por deuda ajena indica que: "Para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, constituirá la masa activa de dicho concurso, ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía.
No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima
o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto".": SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 229/2014; Rollo 769/2012)

"La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.".
Tratándose de pagos el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 26 de octubre de 2012, reiterada por la de 24 de julio de 2014 que: «En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan

concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum».”: SAP Madrid (Sección 28) 17.10.2014 (Sentencia 285/2014; Rollo 826/2012)

“SEXTO.- También rechaza el apelante que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa y, en consecuencia, que proceda la rescisión parcial del contrato acordada en la sentencia.
La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.".”: SAP Madrid (Sección 28) 16.01.2015 (Sentencia 11/2015; Rollo 60/2013)

“QUINTO.- La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.".
Tratándose de pagos el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 26 de octubre de 2012, reiterada por la de 24 de julio de 2014 que: «En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no

sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la
En el supuesto de autos el pago se efectúa el día 17 de octubre de 2008 cuando la concursada estaba en estado de insolvencia actual, como afirma la sentencia apelada y no se cuestiona en apelación, tal y como se deduce de la propia solicitud de concurso, en la que la deudora reconocía estar en estado de insolvencia actual.
El pago efectuado en dicho estado, pocos días antes de solicitar el concurso, resulta perjudicial para la masa activa por carecer de justificación, precisamente, al hacerse en estado de insolvencia y en fechas inmediatamente anteriores a la solicitud de concurso, cobrando un acreedor íntegramente su crédito en detrimento de otros que no han percibido importe alguno del suyo, con vulneración de la par condicio creditorum.”: “:SAP Madrid (Sección 28) 22.05.2015 (Sentencia 144/2015; Rollo 389/2013)

AP Murcia

“En este sentido hemos de tener en cuenta reiterando lo ya manifestado por la Juzgadora de instancia, que el fundamento de la acción rescisoria concursal radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo, por tanto, del elemento subjetivo, ya que la misma procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta ", como así lo expresa el propioartº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso "iuris et de iure ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas delartº. 71.2 de la L.C., y en otro caso "iuris tantum " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas delartº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en elartº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Como señala laSentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón de 29 de Octubre de 2010, el perjuicio para la masa activa puede venir dado, conforme a los supuestos señalados en elartº. 71 de la L.C.,..."tanto por aquellos actos que suponen su disminución, en cuanto implican que los acreedores vean reducidas sus posibilidades de cobro de los créditos, como aquéllos que conllevan un trato privilegiado para determinados acreedores con alteración de las preferencias legalmente dispuestas e inobservancia del principio de igualdad de trato que gobierna el concurso, uno de los casos más paradigmáticos es el contemplado expresamente en la Ley de extinción de obligaciones de vencimiento, posterior a la declaración de concurso. Se trata del concepto amplio de perjuicio acogido por nuestros Tribunales, pudiendo citarse al respecto la Sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de Junio de 2007, cuando señala que acoge también aquellos casos en los que "el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro". En el mismo sentido la Sentencia de la Sección Vigesimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de Diciembre de 2008 ".”: SAP Murcia 18.03.2011 (Sentencia 131/2011; Rollo 131/2011)

“Hemos reiterado en precedentes sentencias de esta Sección Cuarta, así en la de 18 de marzo de 2011, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " *del negocio jurídico rescindido* ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " *animus* " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " *iuris et de iure* ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " *iuris tantum* " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Como señala la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón de 29 de Octubre de 2010, el perjuicio para la masa activa puede venir dado, conforme a los supuestos señalados en el artº. 71 de la L.C.,*..."tanto por aquellos actos que suponen su disminución, en cuanto implican que los acreedores vean reducidas sus posibilidades de cobro de los créditos, como aquéllos que conllevan un trato privilegiado para determinados acreedores con alteración de las preferencias legalmente dispuestas e inobservancia del principio de igualdad de trato que gobierna el concurso, uno de los casos más paradigmáticos es el contemplado expresamente en la Ley de extinción de obligaciones de vencimiento, posterior a la declaración de concurso. Se trata del concepto amplio de perjuicio acogido por nuestros Tribunales, pudiendo citarse al respecto la Sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de Junio de 2007, cuando señala que acoge también aquellos casos en los que "el acto impugnado impide, disminuye o*

dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro". En el mismo sentido la Sentencia de la Sección Vigesimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de Diciembre de 2008 ".
De igual manera cabe traer a colación la definición de perjuicio que proclama la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de enero de 2009, como " *sacrificio patrimonial injustificado* " que implica, de un lado, una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (artº. 76 de la LC), y de otra parte, que ello no se encuentre justificado; concurrencia que corresponde a la parte actora a menos que concurran algunas de las presunciones del artº. 71 antes mencionadas. ": SAP Murcia (Sección 4) 27.09.2012 (Sentencia 606/2012; Rollo 601/2012)

"TERCERO.-Idéntica suerte desestimatoria cabe atribuir al siguiente motivo de recurso relativo a la alegada inexistencia de perjuicio patrimonial derivado de la operación efectuada (constitución de garantía hipotecaria).
En este sentido hemos de tener en cuenta, como ya este Tribunal se ha pronunciado en sentencias entre otras de 18 de marzo de 2011 y 27 de septiembre de 2012, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " *del negocio jurídico rescindido* ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " *animus* " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " *iuris et de iure* ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " *iuris tantum* " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Con respecto al concepto de *"perjuicio para la masa activa",* conviene precisar que el concepto de perjuicio no se reduce sólo a aquellos actos que de modo directo conlleven una disminución del patrimonio neto del deudor, como acontece en los casos de los actos de disposición a título gratuito, o cuando no exista equivalencia entre las prestaciones, como sucede en los supuestos de negocios onerosos sinalagmáticos. Existe también un concepto más amplio de perjuicio que comprende aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores, cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la masa de acreedores.
El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en la sentencia de 26 de octubre de 2012, al afirmar que el perjuicio de la rescisión concursal comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito de la totalidad de los acreedores englobada en la masa pasiva *"...y esa lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado el concurso"*.
Es el concepto de perjuicio como *"sacrificio patrimonial injustificado"* que proclama la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de enero de 2009 y que implica, de un lado, una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (artº. 76 de la L.C.), y de otra parte, que ello no se encuentre justificado; concurrencia que corresponde a la parte actora a menos que concurran algunas de las presunciones del artº. 71 antes mencionadas. ":SAP Murcia (Sección 4) 30.01.2014 (Sentencia 59/2014; Rollo 12/2014)

"TERCERO.-Que la cuestión a resolver en esta alzada es la relativa a determinar si procede o no la acción de reintegración ejercitada respecto de la dación en pago formalizada en la escritura pública de fecha 7 de octubre de 2011, subsanada por la escritura de 14 de noviembre de 2011. En relación con la acción de reintegración, teniendo en cuenta lo razonado en instancia así como lo alegado en el recurso, resulta conveniente referir lo que se expone a continuación. En el artículo 71 LC se establece. *"1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
1º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".
La acción de reintegración de la Ley concursal es una acción de rescisión por lesión, que no requiere una intención fraudulenta del deudor, ni consilium fraudis entre éste y el tercero que sea parte del contrato, mientras que en la acción pauliana se caracteriza por su naturaleza rescisoria por la intención fraudulenta de la acción.
La acción del citado art. 71,1 de la Ley Concursal no tiene carácter subsidiario, a diferencia de la pauliana, que conforme a lo dispuesto en el art. 1294 CC no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio sufrido.
Los perjudicados por el negocio jurídico, cuya ineficacia se intenta mediante el ejercicio de las acciones

rescisorias, previstas en el art. 72 LC, son los acreedores del deudor declarado en concurso, pues al sufrir el patrimonio del concursado una reducción injustificada del activo, provocada por un determinado acto de disposición realizado por el deudor (luego declarado en concurso) que no se ve patrimonialmente correspondido por la entrada de un contravalor equivalente, se reduce la masa de bienes y derechos del concursado, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores, quienes tendrán así menos bienes realizables del deudor para hacerse pago con ellos.
Cuando el acto impugnado lo es con base en el art. 72 LC, el demandante no tiene que probar la existencia de un acuerdo defraudatorio entre el deudor, luego declarado en concurso, y la persona que con él celebra el acto impugnado, sino que debe limitarse a probar que dicho acto es perjudicial para la masa activa, perjuicio que, además, se presume en los supuestos previstos en el art. 71 LC.
La STS de 8 de noviembre de 2012 declara *<<Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores). En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa.*
Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)>>. ":
SAP Murcia (Sección 4) 27.03.2014 (Sentencia 201/2014; Rollo 990/2013)

"TERCERO.-Cuestiona la parte recurrente la inviabilidad de la acción ejercitada, por considerar que el acto impugnado, consistente en la referida operación de dación en pago, no ocasionó perjuicio patrimonial alguno.
Este Tribunal ha manifestado de manera reiterada, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo contenido, entre otras, en las sentencias de 16 de septiembre y 20 de octubre de 2010 y 12 de abril y 8 de noviembre de 2012, que constituyen actos perjudiciales, aquellos que comportan un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa. Se añade por la jurisprudencia, que éste se produce, tanto cuando se trata de actos que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado, como cuando se trata de aquellos actos que sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen sin embargo a la masa activa, como acontece con los que alteran el principio de paridad de trato o *"par conditio creditorum".* La citada sentencia de 8 de noviembre de 2012 añade que para valorar si un acto es perjudicial para la masa debe analizarse el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiese existido en aquella fecha. ":SAP Murcia (Sección 4) 08.05.2014 (Sentencia 275/2014; Rollo 221/2014)

"TERCERO.-Cuestiona la parte recurrente la inviabilidad de la acción ejercitada, por considerar que el acto impugnado, consistente en la referida operación de dación en pago, no ocasionó perjuicio patrimonial alguno.
Este Tribunal ha manifestado de manera reiterada, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo contenido, entre otras, en las sentencias de 16 de septiembre y 20 de octubre de 2010 y 12 de abril y 8 de noviembre de 2012, que constituyen actos perjudiciales, aquellos que comportan un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa. Se añade por la jurisprudencia, que éste se produce, tanto cuando se trata de actos que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado, como cuando se trata de aquellos actos que sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen sin embargo a la masa activa, como acontece con los que alteran el principio de paridad de trato o *"par conditio creditorum".* La citada sentencia de 8 de noviembre de 2012 añade que para valorar si un acto es perjudicial para la masa debe analizarse el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiese existido en aquella fecha. ": SAP Murcia (Sección 4) 08.05.2014 (Sentencia 274/2014; Rollo 220/2014)

"TERCERO.-Cuestiona la parte recurrente la inviabilidad de la acción ejercitada, por considerar que el acto impugnado, consistente en la referida operación de dación en pago, no ocasionó perjuicio patrimonial alguno.
Este Tribunal ha manifestado de manera reiterada, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo contenido, entre otras, en las sentencias de 16 de septiembre y 20 de octubre de 2010 y 12 de abril y 8 de noviembre de 2012, que constituyen actos perjudiciales, aquellos que comportan un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa. Se añade por la jurisprudencia, que éste se produce, tanto cuando se trata de actos que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado, como cuando se trata de aquellos actos

que sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen sin embargo a la masa activa, como acontece con los que alteran el principio de paridad de trato o *"par conditio creditorum".* La citada sentencia de 8 de noviembre de 2012 añade que para valorar si un acto es perjudicial para la masa debe analizarse el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiese existido en aquella fecha.": SAP Murcia (Sección 4) 20.05.2014 (Sentencia 275/2014; Rollo 221/2014)

AP Navarra

"Aquellas transferencias de dinero por aquel montante tanto por el momento en que tuvo lugar -tres meses antes de la declaración del concurso-, como, fundamentalmente, por alterar, en perjuicio del resto de los acreedores, el principio de la paridad o la llamada par conditio creditorum debe rescindirse conforme a lo dispuesto en elartículo 71 de la Ley Concursal. Elartículo 71 de la Ley Concursal permite rescindir los "actos perjudiciales para la masa activa", concepto más amplio que el de "perjuicio patrimonial"; es decir, aun cuando el acto, considerado de forma aislada, no se considerara perjudicial, por mantener la equivalencia de las prestaciones, si no respeta aquel principio, que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjunto de acreedores un mismo trato, dicho acto debe ser rescindido. La transferencia de aquellas cantidades a favor de Telekomunikazio Berriak Reyko S.L. para que esta, según dice el Sr.Benigno, pagara deudas de la concursada no integra la actividad ordinaria de la concursada, que se dedica a la construcción metálica, ni son actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. No es normal realizar unos pagos a través de transferencias a una sociedad no deudora, para que esta los haga, dada la proximidad al concurso, cuando la concursada se encontraba ya en situación de insolvencia, y para favorecer a unos acreedores, en perjuicio de la masa, por lo que no es de aplicación elnº 5.1ª del artículo 71 de la Ley Concursal.": SAP Navarra (Sección 3) 10.11.2009 (JUR 2010/187862; Sentencia 167/2009; Rollo 179/2008)

AP Orense

"Quinto.- Como tercer motivo de recurso lo que la recurrente viene a cuestionar es la realidad del perjuicio como elemento a valorar para que prospere la acción rescisoria.
Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012, el sistema acogido por la LC para proyectar la declaración de concurso sobre los actos del concursado previos a tal declaración es sustancialmente diferente del que se contemplaba en la regulación de la quiebra. En este sistema se producía la declaración de nulidad radical de aquellas operaciones realizadas por el concursado que se incluyeran dentro del lapso temporal que abarcaba la retroacción de la quiebra, al margen del ánimo fraudulento y del perjuicio que causaran a la masa de la quiebra. Criterio perturbador el anterior, tal y como lo califica la sentencia citada y la Exposición de Motivos de la LC, que ha sido sustituido por otro en el que se articulan las llamadas acciones rescisorias cuyo éxito depende de dos requisitos, que se ejerciten sobre actos que resulten perjudiciales para la masa, en primer lugar, y en segundo lugar que estos actos hayan tenido lugar en el plazo de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Efectivamente el artículo 71.1 de la LC indica que " *Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta* ". Se prescinde del ánimo fraudulento para que los actos en cuestión sean rescindidos y se articula la idea del perjuicio sobre la base de una triple distinción de estos actos. En primer lugar se encontrarían aquellos respecto de los cuales existe una presunción iuris et de iure de su condición de perjudiciales y serían aquellos a los que hace referencia el ordinal segundo del citado artículo 71, cuando se señala que " *El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente* ". En segundo lugar aparecen aquellos actos que la ley considera perjudiciales en orden a su naturaleza, pero respecto de los que es posible la prueba de que los mismos no tienen tal condición y así se indica expresamente en el ordinal tercero del precepto que " *Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; 2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas; y 3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*." Respecto de los restantes actos realizados por el deudor concursado, la acción rescisoria que cuestione su eficacia deberá proveerse de prueba que advere el perjuicio patrimonial que han causado y así se indica en el ordinal cuarto del precepto que " *Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria* ". De esta disposición se desprende que no todos los actos realizados por el deudor han de ser dejados sin efecto, en primer lugar, y en segundo que hay actos del deudor que no son perjudiciales para la masa.
Surge en este punto una cuestión esencial para poder estimar la acción rescisoria correspondiente en los casos en los que los actos en cuestión no sean ninguno de los recogidos en los números 2 y 3 del artículo 71. Se trata del concepto de perjuicio para la masa, la condición de actos perjudiciales y aún en este caso que no se esté ante ninguna de las excepciones a que se refiere el número 5 (actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos

derivados y garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.).

La cuestión presenta complejidad al no contemplar la LC una previsión expresa de qué se entiende por acto perjudicial o perjuicio patrimonial más allá de atribuir tal condición a algunos actos por la vía del establecimiento de las presunciones a las que se hizo referencia. Se han puesto de manifiesto dos posiciones a la hora de clarificar la idea del perjuicio patrimonial, posiciones que en modo alguno deben obviar la finalidad de las acciones rescisorias que no es otra que la protección de los acreedores para la satisfacción colectiva de sus créditos.

La primera posición entiende que son actos perjudiciales aquellos que producen una disminución del patrimonio del concursado o bien su no incremento cuando éste pudiera haber tenido lugar. Pero también entran dentro de esa categoría aquellos que producen el efecto de disminuir o dificultar la satisfacción colectiva de los acreedores. Se trata de una posición fundamentalmente económica en cuanto el acto en cuestión produce una minoración patrimonial y los supuestos pueden ir desde negocios en los que el desequilibrio económico de las prestaciones se pone de manifiesto a aquellos otros en los que no hay siquiera prestación por parte del contratante contrario al deudor concursado. La idea del perjuicio, por consiguiente, aparece plenamente objetivada desde un punto de vista económico. La segunda de las posiciones, más amplia en cuanto a la consideración del perjuicio, llega a considerar que existe aun cuando el patrimonio del deudor no haya disminuido como consecuencia del acto cuestionado. Así, si la disminución del activo se acompaña con una minoración del pasivo no habrá propiamente un perjuicio patrimonial, pero si habrá un perjuicio a la acción colectiva de los acreedores por ver estos limitado el patrimonio sobre el que hacer efectivos sus créditos. Esto es lo que sucedería, por ejemplo, con la satisfacción de un crédito al margen de los demás, situación en la que no hay una disminución patrimonial, por haberse extinguido la deuda, pero el activo disminuye y por tanto la garantía de los restantes acreedores para ver satisfechos sus créditos también. Es por ello que la idea del perjuicio aparece matizada por el concepto paridad. Hay que analizar si como consecuencia del acto los acreedores concursales van a ver impedida o dificultada la satisfacción de sus créditos. Obsérvese que la propia Ley anuda el perjuicio a actos que no suponen una disminución del patrimonio del deudor sino una simple disminución del activo. Así sucede con los actos que consisten en pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, negocios sobre los que la LC presume su carácter fraudulento y que, sin embargo, no suponen disminución patrimonial del concursado.

Pues bien, esta última posición es la acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en la citada sentencia de 8 de noviembre de 2012 señala "24. *La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores). 25. En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).* "

Sobre la base anterior hemos de partir de la parca relación de hechos que aparecen en la demanda de los que no cabe inferir que el precio del vehículo enajenado por la concursada fuera inferior al de mercado. No hay dato alguno que avale tal posición. Desde luego la anotación contable de que la operación causó a la concursada una pérdida de más de 30.000 # resulta de todo punto artificiosa sin que sea posible comprobar cuál es el origen de tal cálculo. Por otra parte y como hecho notorio debe valorarse la notable depreciación que con el tiempo alcanzan los automóviles y que con arreglo a las tablas de valoración de los vehículos para el Ministerio de Economía y Hacienda, el precio del automóvil litigioso se encuentra dentro de lo que pudiera considerarse razonable y, finalmente, que se ha aportado contrato de compraventa del mismo vehículo días después de la enajenación en favor del apelante donde se plasma un precio de 21.000 #, prácticamente coincidente con aquél por el que se vendió por la concursada (20.000 #). En síntesis, no hay datos de los que pueda desprenderse que la venta haya sido por precio inferior al de mercado y, por tanto, que la misma haya entrañado una disminución patrimonial del concursado. Hubiera sido deseable, para justificar la posición de la administración concursal, la aportación de un informe de valoración del automóvil que permitiera alcanzar tal conclusión y deducir, de ser así posible, un pretendido daño a la masa con la enajenación cuya rescisión se pretende. La ausencia de esa prueba, cuya carga recae sobre la demandante, impide considerar un elemento esencial de su pretensión, conforme se dispone en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Queda por analizar si se ha producido o no una alteración de la pars condictio creditorum y desde luego analizada la operación en su totalidad, integrando un pago al contado seguido de la entrega de un vehículo, no puede ser considerada como afectante a la paridad de acreedores pues en la masa se integró el equivalente al automóvil, de mayor precio en aquel momento que el que tendría en la actualidad conforme al orden natural de las cosas. Señala la sentencia que con la operación se excluyó del patrimonio de la concursada un bien susceptible de realización, pero se olvida que se ingresó en caja el precio del mismo, sin que por ello quepa

sostener el perjuicio económico y sin que de ningún modo se haya ponderado en la sentencia la afectación al principio de paridad. La paridad, en contra de lo sostenido por la sentencia no queda afectada por el hecho de que no se trate de un acto propio ni ordinario de la actividad de la concursada o lo que es lo mismo, los actos que no son propios de la actividad ordinaria de la concursada no tienen necesariamente que afectar a la paridad de trato de los acreedores. La idea del perjuicio patrimonial es esencial y, se reitera, las excepciones del artículo 71.5 no integran los únicos supuestos de actos no rescindibles pues no lo serán los que no puedan ser calificados de perjudiciales para la masa. Finalmente indicar que la conclusión final de la sentencia apelada, que aparece subrayada, no se acepta porque elude un factor determinante cual es que por el vehículo se abonó un precio y por tanto si se aportó efectiva liquidez a la concursada lo que permite preservar el principio de paridad de trato.
A la vista de lo expuesto, no es posible considerar el perjuicio patrimonial derivado del negocio rescindido y por tanto es procedente la estimación del recurso de apelación planteado con la derivada desestimación de la demanda incidental que da lugar al proceso, sin que sea preciso entrar en los restantes motivos de impugnación.”: SAP Orense (Sección 1) 30.12.2013 (Sentencia 444/2013; Rollo 317/2013)

“CUARTO.-Llegados a este punto resta por analizar si concurren los requisitos exigidos para el éxito de la acción de reintegración tal y como entendió el órgano "a quo".
Según el artículo 71.1 LC serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Los apartados 2 y 3 del precepto incluyen presunciones con el carácter de "iuris tantum" para determinado actos dispositivos a título gratuito y oneroso, respectivamente, fuera de las cuales se impone la carga de la prueba del perjuicio patrimonial a la parte que ejercite la acción rescisoria (artículo 71.4 LC y 217.2 LEC).
Esencial resulta determinar lo que debe entenderse como "actos perjudiciales para la masa activa". Ante el silencio del legislador, la jurisprudencia viene entendiendo que el concepto no es equiparable al de disminución del patrimonio. La, invocada por la apelada, STS 629/2012 de 26 de octubre, cuya doctrina reproducen las SSTS de 10 de julio de 2013 y 10 de marzo de 2015, mantiene que si bien los pagos conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar perjudiciales para la masa. Conforme a ella, los pagos debidos, por deudas vencidas y exigibles, gozan de justificación y no constituyen perjuicio para la masa, lo cual no excluye que concurran circunstancias excepcionales que puedan privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" (igual condición de acreedores).
La jurisprudencia admite que el perjuicio exigido para la rescisión provenga de la realización de pagos en el momento en que el concursado se halla en situación de insolvencia o hubiera sobreseído pagos de obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propio del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas y esperas propias del concurso o directamente a la pérdida de su crédito por insuficiencia de la masa activa (STS antes citada de 10 de julio de 2013).”: SAP Orense (Sección 1) 24.04.2015 (Sentencia 140/2015; Rollo 270/2015)

AP Oviedo

“Segundo: (…) En este punto, y siguiendo el criterio apuntado por las SSAP Barcelona, Secc. 15ª de 8-2009 y 13-1-2010, cabe admitir que el pago de una obligación ya vencida y exigible realizado por el deudor fallido a uno de sus acreedores con anterioridad a la declaración de concurso puede tenerse como perjudicial cuando suponga un sacrificio patrimonial injustificado, lo que así ocurriría cuando se traduzca en una indebida alteración de la par conditio creditorum (repárese en que el art. 71-2 in fine L.C. permite aplicar un concepto amplio del concepto de "perjuicio", comprensivo también de la lesión en la masa pasiva donde residencia la par conditio creditorum) en tanto que trato de favor injustificado a ese acreedor que ve satisfecho su crédito de manera preferente frente al resto de acreedores concurrentes que acuden al concurso y cuya expectativa de cobro se ve disminuida ante una masa activa menguada precisamente por dicho acto de disposición patrimonial. Ahora bien, y como salvaguarda para evitar que cualquier pago realizado en el plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso pueda verse sujeto al régimen de reintegración y consiguiente ineficacia cabe precisar que tales pagos estarán en condiciones de alterar la par conditio creditorum cuando al tiempo de llevarse a cabo el deudor se encontrara ya en situación de insolvencia y por tanto obligado a solicitar la declaración de concurso (art. 5 y 2-2 L.C.), a lo que habremos de añadir que deberá tratarse de pagos distintos a "los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales" de que trata el art. 71-5 L.C. para situarlos fuera del ámbito de la reintegración. En el caso presente, visto que el pago de que tratamos fue llevado a cabo el 28 octubre 2008 y que la concursada solicitó su declaración de concurso el 17 noviembre siguiente, es decir 20 días después de aquella operación, habremos de admitir que fue realizado en clara situación de insolvencia, circunstancia que puede inferirse además a la vista de tratarse de un pago realizado a una empresa del grupo, como así resulta de la propia contabilidad de la concursada, lo que parece evidenciar un beneficio a dicho acreedor en detrimento del resto de acreedores concurrentes, consideraciones todas ellas que conducen al rechazo del recurso en el extremo examinado”: SAP Oviedo (Sección 1) 02.07.2010 (Sentencia 252/2010; Rollo 172/2010) y, en términos prácticamente idénticos, SAP Oviedo (Sección 1) 02.07.2010; (Sentencia 250/2010; Rollo 166/2010) y SAP Oviedo (Sección 1) 15.07.2010 (Sentencia 267/2010; Rollo 218/2010)

AP Palencia

“Con carácter previo, acaso no resulte ocioso traer a colación con carácter general que, en los casos de insolvencia, el patrimonio del deudor se destina a los acreedores para la satisfacción colectiva de los créditos, bajo el principio de igualdad de trato. Por ello, al objeto de reintegrar a la masa activa (constituida esta tanto a partir del inventario de bienes y derechos que debe presentar el deudor con la solicitud de concurso<arts. 6 y 21 LC >; como el que debe realizar la AC, al amparo del art. 82 LC), se prevé, a partir de lo establecido en elart. 71 LC, la posibilidad de declarar la ineficacia de algunos actos efectuados por el deudor en el período sospechoso, cifrado este en los dos años anteriores a la declaración de concurso, cumpliéndose los demás presupuestos que referido precepto establece y todo ello en la medida que dichos actos pudieran haber perjudicado a los acreedores, sin necesidad de concurrencia del elemento subjetivo consistente en la presencia de intención fraudulenta.
Pese a la claridad inicial de lo establecido en este precepto, las dificultades interpretativas surgen a partir de qué debe entenderse por"actos perjudiciales" (o perjuicio) para la masa activa, así como su probanza (aunque para ello se ha instituido el juego de presunciones contenidas en referidoart. 71 LC), auténtico concepto jurídico indeterminado aquel y requisito objetivo para la prosperabilidad de este tipo de acciones de reintegración. A tal efecto, una primera interpretación literal de perjuicio patrimonial consistiría en cualquier acto que sirviera para disminuir el patrimonio del deudor. No obstante lo anterior, se abrió poco después de la entrada en vigor de dicha LC un camino doctrinal que interpretó la significación de "perjuicio" en un sentido más amplio, sustentado (de entre otros) por los profesores León y Gil Rodríguez al comentarse en algún caso la LC, que posteriormente se extrapoló a la jurisprudencia básicamente menor (a partir de la paradigmáticaSAP de Madrid de 19-3[sic]-2.008 (AC 2009, 201)), considerándose su existencia no sólo cuando se hubiera producido una disminución del activo, también en lo referente a la naturaleza de algunos créditos de algunos acreedores, esto al objeto de reconocer una satisfacción colectiva de los créditos concursales bajo el principio de igualdad de trato. Compendiándose doctrinalmente la significación jurídica de "perjuicio", por parte de los seguidores de esta concepción amplia, en el sentido que existirá"... cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales... ", llegándose a significar a partir de esta interpretación amplia, a la que parece adscribirse la AC recurrente y por remisión la concursada al que se adhirió o impugnó, que quebrará la paridad de trato entre los acreedores cuando se disminuya el activo y correlativamente el pasivo, de modo y manera que algún acreedor vea completamente satisfecho o garantizado su crédito en detrimento de los demás acreedores, que correlativamente verían disminuidas sus expectativas de cobro.
No obstante la anterior postura amplia, muy recientemente se ha abierto una nueva interpretación un tanto más restringida sobre qué debe entenderse por "perjuicio" (sustentada por la AP de Barcelona, en su SAP de 6-2-2.010 yseguida por León, de 12-11-2.010 (AC 2010, 2133);Zaragoza, de 25-11-2.010 (AC 2010, 2231) y al que se adscribe esta Audiencia en hipótesis ordinaria), manifestándose por esta nueva corriente, se reitera que muy reciente, que para considerar su existencia se precisará de un auténtico sacrificio patrimonial para la masa activa, esto es, cuando el negocio (acto) fuera oneroso y la prestación realizada por el deudor no tuviera su justificación en una contraposición patrimonial equivalente para dicha masa, que no constituye el caso sometido a actual consideración por lo que a continuación se razonará, tal como así incluso se reconoció por la propia AC (acto propio) en un concreto informe. Criterio este que también cuenta con respaldo doctrinal reciente (de entre otros, García Cruces), al considerar que el perjuicio constituye un menoscabo de la masa activa económicamente injustificado.”: SAP Palencia 24.03.2011 (Sentencia 79/2011; Rollo 87/2011)

“En efecto, acaso no resulte ocioso traer a colación con carácter general que, en los casos de insolvencia, el patrimonio del deudor se destina a los acreedores para la satisfacción colectiva de los créditos, bajo el principio de igualdad de trato. Por ello, al objeto de reintegrar a la masa activa (constituida esta tanto a partir del inventario de bienes y derechos que debe presentar el deudor con la solicitud de concurso<arts. 6 y 21 LC >; como el que debe realizar la AC, al amparo del art. 82 LC), se prevé, a partir de lo establecido en elart. 71 LC, la posibilidad de declarar la ineficacia de algunos actos efectuados por el deudor en el período sospechoso, cifrado este en los dos años anteriores a la declaración de concurso, cumpliéndose los demás presupuestos que referido precepto establece y todo ello en la medida que dichos actos pudieran haber perjudicado a los demás acreedores, sin necesidad de concurrencia de elemento subjetivo alguno (intención fraudulenta).
Pese a la claridad inicial de lo establecido en este precepto, las dificultades interpretativas surgen a partir de qué debe entenderse por”actos perjudiciales” (o perjuicio) para la masa activa, así como su probanza (aunque para ello se ha instituido el juego de presunciones contenidas en referidoart. 71 LC), auténtico concepto jurídico indeterminado aquel y requisito objetivo para la prosperabilidad de este tipo de acciones de reintegración. A tal efecto, una primera interpretación literal de perjuicio patrimonial consistiría en cualquier acto que sirviera para disminuir el patrimonio del deudor. No obstante lo anterior, se abrió poco después de la entrada en vigor de dicha LC un camino doctrinal que interpretó la significación de “perjuicio” en un sentido más amplio, sustentado (entre otros) por los profesores León y Gil Rodríguez al comentarse en algún caso la LC, que posteriormente se extrapoló a la jurisprudencia básicamente menor (a partir de laSAP de Madrid de 19-3-2.008), considerándose su existencia no sólo cuando se hubiera producido una disminución del activo, también en lo referente a la naturaleza de algunos créditos de algunos acreedores, al objeto de reconocer una satisfacción colectiva de los créditos concursales bajo el principio de igualdad de trato. Compendiándose doctrinalmente la significación jurídica de “perjuicio”, por parte de los seguidores de esta concepción amplia, en el sentido que existirá”... cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales... “, llegándose a significar, a partir de esta interpretación amplia, que quebrará la paridad de trato entre los acreedores cuando se disminuya el activo y correlativamente el pasivo, de modo y manera que algún acreedor vea completamente satisfecho o garantizado su crédito en detrimento de los demás acreedores, que correlativamente verían disminuidas sus expectativas de cobro.

No obstante la anterior postura amplia, muy recientemente se ha abierto una nueva interpretación un tanto más restringida sobre qué debe entenderse por “perjuicio” (sustentada, entre otras, por la AP de Barcelona, en su SAP de 6-2-2.010;León, de 12-11-2.010;Zaragoza, de 25-11-2.010 y a la que se adscribió esta Audiencia en hipótesis ordinaria, en su reciente recurso 87/11), manifestándose por esta nueva corriente que para considerar su existencia se precisará de un auténtico sacrificio patrimonial para la masa activa, esto es, cuando el negocio (acto) fuera oneroso y la prestación realizada por el deudor no tuviera su justificación en una contraprestación patrimonial equivalente para dicha masa, como así parece reconocerse por la propia AC (acto propio) en el informe a que se refiere el primer párrafo de la Alegación Cuarta, del escrito de oposición al presente recurso por parte de BCE. Criterio este que también cuenta con respaldo doctrinal reciente (entre otros, García Cruces), al considerar que el perjuicio constituye un menoscabo de la masa activa económicamente injustificado.”: SAP Palencia 23.05.2011 (Sentencia 144/2011; Rollo 92/2011)

“El artículo 71 de la citada Ley Concursal dice, en su apartado primero, que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera habido intención fraudulenta", y en su apartado tercero que "salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos... 2º la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes
o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas".
La cuestión que surge de la dicción del artículo parcialmente transcrito, es la de si podemos entender que la sucesión de actos mercantiles a que nos hemos venido refiriendo y en la forma en que se hizo, teniendo en cuenta cuál es la cantidad demostrada que sirvió para sustituir por otro un préstamo ya realizado, y también la que potencialmente pudiera haber servido para cancelación de otro, perjudicó o no a la entidad ahora concursada, pues éste es requisito imprescindible para la aplicación del artículo en cuestión como pasamos a estudiar.
El artículo 71.1 de la Ley Concursal declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La ineficacia propugnada con esta acción es la propia de la rescisión, aunque su fundamento radica exclusivamente en el perjuicio. El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la Administración Concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (artículo 71.2 de la citada ley); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia del perjuicio (artículo 71.3), todo ello sin perjuicio de que a tales efectos, e independientemente de a quién corresponde la carga de la prueba y las consecuencias que de ello derivan, se valore la totalidad de la prueba prácticada. En el caso se invoca por la Administración Concursal para justificar el perjuicio uno de estos dos últimos supuestos, en concreto la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de otras que las sustituyan, en concreto la constitución de dicha garantía en favor de una obligación sustitutiva de otra/otras anteriores.
El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido, y se advierte de forma indudable cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa, y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, y además es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación (en tal sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2012). Esta Sala en sentencia de la que se hace cita en la que ahora revisamos, de fecha 23 de mayo de 2011, decía en síntesis al respecto, y en concordancia con lo que aquí se afirma y con la jurisprudencia que hemos aludido, que "las dificultades interpretativas del concepto perjuicio, surgen a partir de la pregunta de qué debe de entenderse por "actos perjudiciales" para la masa activa, así como su probanza (aunque para ello se haya instituido el juego de presunciones contenido en el artículo 71 de la Ley Concursal), auténtico concepto jurídico indeterminado aquel, y requisito objetivo para la próspera habilidad de este tipo de acciones de reintegración.
A tal efecto, una primera interpretación literal de perjuicio patrimonial consistiría en cualquier acto que sirviera para disminuir el patrimonio del deudor. No obstante lo anterior, se abrió poco después de la entrada en vigor de dicha Ley Concursal, un camino doctrinal que interpretó la significación del "perjuicio" en un sentido más amplio, sustentado (de entre otros por los profesores León y Gil Rodríguez...) considerándose su existencia no sólo cuando se hubiere producido una disminución del activo, también en lo referente a la naturaleza de algunos créditos de algunos acreedores, esto al objeto de reconocer una satisfacción colectiva de los créditos concursales bajo el principio de igualdad de trato. Comprendiéndose doctrinalmente la significación jurídica de "perjuicio", por parte de los seguidores de esta concepción amplia, en el sentido de que existiera "cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales...", llegándose a significar a partir de esta interpretación amplia a la que parece adscribirse la Administración Concursal recurrente y por remisión la concursada..., que quebrará la paridad de trato entre los acreedores cuando se disminuya el activo y correlativamente pasivo, de modo y manera que algún acreedor vea completamente satisfecho o garantizado su crédito en detrimento de los demás acreedores, que correlativamente verían disminuidas sus expectativas de cobro.
No obstante la anterior postura amplia, muy recientemente se ha abierto una nueva interpretación un tanto más restringida sobre qué debe entenderse por " perjuicio", a la que se adscribe esta Audiencia en hipótesis ordinaria, manifestándose por esta nueva corriente... que para considerar su existencia se precisará de un auténtico sacrificio patrimonial para la masa activa, esto es, cuando el negocio (acto) fuera oneroso y la prestación realizada por el deudor no tuviera su justificación en una contraprestación patrimonial equivalente

para dicha masa... criterio este que también cuenta con respaldo doctrinal reciente..., al considerar que el perjuicio constituye un menoscabo de la masa activa económicamente injustificado".
Esta Sala no va a modificar el criterio que hemos expuesto, y en consecuencia sólo debemos de responder a la pregunta de si la forma en que operó la entidad financiera ahora apelada la benefició y de forma recíproca ha causado a la masa activa un quebranto injustificado, y lo debemos de hacer teniendo en cuenta que conforme a jurisprudencia del Tribunal Supremo nos encontramos ante una situación de hecho, situación por otra parte ya valorada en la instancia. ": SAP Palencia (Sección 1) 17.03.2014 (Sentencia 46/2014; Rollo 28/2014)

AP Pontevedra

"De otra parte, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Sin embargo, es bien conocido cómo la jurisprudencia mercantil se está decantando, en abierta oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 y sentencia de 8 de enero de 2008, AP Barcelona, secc. 15ª)."": SAP Pontevedra 22.07.2009 (Rollo 406/2009; Sentencia 369/2009)

"No ha cuestionado la parte apelante que la constitución de una garantía hipotecaria puede integrar un acto perjudicial para la masa, si bien, como señala la sentencia de instancia, a pesar de que resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial y que viene consolidándose una visión amplia (frente a una sólida visión estricta que se limita al perjuicio atendiendo al activo patrimonial) de dicho concepto, dando entrada al principio de paridad de trato en la doctrina jurisprudencial, no se discute que tal constitución de garantía hipotecaria pueda ser perjudicial para la masa activa, lo que debe hacerse con criterios económicos o patrimoniales, atendiendo a la existencia, o no, de equilibrio entre el riesgo patrimonial (que nace de la mera constitución de la garantía que disminuye el valor del bien gravado), y de otro la ventaja obtenida por el activo patrimonial.
A pesar de que no ha sido motivo directo de apelación cumple señalar que en la constitución de una garantía hipotecaria por un "no deudor" a favor de un tercero, no se aprecia, a priori y salvo que se acredite lo contrario, un equilibrio entre la salida que significa la constitución de una garantía y la entrada correlativa de un elemento del activo. El equilibrio sólo puede entenderse producido si se recibe una remuneración suficiente. No es el caso.": SAP Pontevedra 18.11.2009 (AC 2010/34; Sentencia 570/2009; Rollo 632/2009)

"De otra parte, resulta difícil dar un concepto concreto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Sin embargo, es bien conocido cómo la jurisprudencia mercantil se está decantando, en abierta oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (por todas,sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 ysentencia de 8 de enero de 2008, AP Barcelona, secc. 15 ª. El concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par condicio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene elartículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales.
No obstante es claro que la disminución patrimonial, ya sea en sentido cuantitativo o cualitativo, es un requisito necesario pero no suficiente para considerar producido el perjuicio. Es necesario, además, que se trate de un acto no justificado en términos jurídicos y económicos. Por eso, cualquier pago que se realice en período sospechoso no tiene por qué serautomáticamente rescindible. Ese automatismo únicamente podría predicarse de los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento sea posterior a la declaración del concurso. Sin embargo, en el resto de los casos no ocurre así, pues en éstos, es necesario apreciar la concurrencia de un detrimento patrimonial no justificado. El propioartículo 71 LC, en su apartado 5 contempla un supuesto de justificación al establecer que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional del deudor realizados en condiciones normales.
Pues bien, por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica laSAP Barcelona de 8 de enero de 2.008. Para determinar la existencia de "condiciones normales", debemos examinar la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio. Teniendo ello en cuenta es lo cierto que se cumplen tales parámetros toda vez que no existe constancia de otras operaciones simultáneas del mismo tipo, lo cual implica su singularidad o carácter extraordinario ante el concurso inminente, en relación a una

discriminación con el resto de los acreedores, lo cual constaba al concursado que presentó acto seguido el concurso voluntario. Todas ellas son circunstancias tan evidentes en el caso que no justifican la revocación de la sentencia en los términos interesados.”: SAP Pontevedra 21.03.2011 (JUR 2011/155064; Sentencia 145/2011; Rollo 865/2010)

“SEXTO.- A partir de la alegación cuarta la parte apelante se centra en argumentar la inexistencia de perjuicio alguno que justifique la rescisión de las hipotecas, considerando que, al contrario, permitió la continuidad de la actividad y el pago a proveedores. En esta tesis atribuye también relevancia al valor de los bienes hipotecados en relación al importe de la deuda garantizada.
Hemos de convenir con la parte apelante la discusión que existe en la doctrina y la jurisprudencia acerca del concepto de perjuicio que introduce el art. 71 LC. Ahora bien, sobre lo que no hay discusión es que es presupuesto determinante que el acto o negocio que se cuestiona haya producido un menoscabo en la masa activa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, a lo que nos referiremos después. Además, hasta ahora ha venido siendo criterio mayoritario en la jurisprudencia menor, existiendo en contra posturas sólidamente argumentadas, la adopción de un criterio amplio de perjuicio en el sentido que este también se dará cuando se produce una lesión de la igualdad que debe mediar entre los acreedores concursales, un daño en realidad a la masa pasiva, anticipando una vulneración del principio par condictio creditorum que presidirá un eventual proceso concursal.
Precisamente el supuesto que examinamos previsto en el art. 71.3.2º LC en que se presume, salvo prueba en contrario, que la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, apunta, al menos aparentemente, a favor de esa tesis, pues precisamente establece una presunción iuris tantum de perjuicio cuando se gravan con garantías reales bienes del deudor para garantizar obligaciones preexistentes lo que implica considerar perjudicial los actos que perjudiquen la salvaguarda del principio de la par conditio creditorum ya que la constitución de aquéllas puede conllevar, conforme al art. 90 LC, un privilegio especial para el acreedor, garantizado frente a todos con los bienes sobre los que recae y, por lo tanto, sustrayéndolos a la satisfacción de otros acreedores.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 23.01.2012 (Sentencia 19/2012; Rollo 806/2011)

“SEGUNDO.- Como adelantamos más arriba, el fundamento de la rescisión concursal, tal como se sigue de la cita del art. 71 LC, se encuentra en la existencia del perjuicio patrimonial para la masa. Como en otras ocasiones hemos afirmado, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial del tráfico mercantil de la seguridad jurídica. Precisamente, la nueva regulación pretende, -como justifica la Exposición de Motivos de la LC-, apartarse del régimen de la nulidad absoluta, caracterizadora del régimen previgente.
Es sabido que el concepto de perjuicio " para la masa activa " viene siendo objeto de diversas interpretaciones. Desde el inicio de la vigencia de la ley concursal puede decirse que en la jurisprudencia mercantil se impuso la tesis amplia del perjuicio, seguida por este mismo órgano de apelación en diversas resoluciones, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto); por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 y AP Barcelona, secc. 15ª, de 8 de enero de 2009), así como las dictadas por este órgano de 22.7.2009 o 10.11.2011, entre otras, aunque en la más reciente de 8.3.2012 tuvimos ocasión de matizar el concepto, en atención a las concretas circunstancias del caso.
En esta línea, no cabe desconocer que la doctrina y que algunas resoluciones judiciales han avanzado más en la precisión del concepto, con la evidente intención de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial en el de " sacrificio patrimonial injustificado ", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 13.06.2012 (Sentencia 330/2012; Rollo 158/2012)

“SEGUNDO.- Hemos de reiterar nuevamente, como ya hemos señalado en resoluciones anteriores que, existe discusión en la doctrina y la jurisprudencia acerca del concepto de perjuicio que introduce el art. 71 LC. Ahora bien, sobre lo que no hay discusión es que es presupuesto determinante es que el acto o negocio que se cuestiona haya producido un menoscabo en la masa activa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Hasta ahora ha venido siendo criterio mayoritario en la jurisprudencia menor, existiendo en contra posturas sólidamente argumentadas, la adopción de un criterio amplio de perjuicio en el sentido que este también se dará cuando se produce una lesión de la igualdad que debe mediar entre los acreedores concursales, un daño en realidad a la masa pasiva, anticipando una vulneración del principio par condictio creditorum que presidirá un eventual proceso concursal.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 21.06.2012 (Sentencia 358/2012; Rollo 915/2011)

“TERCERO.- Como venimos repitiendo desde este órgano jurisdiccional, el art. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de "acciones de reintegración". Como es de sobra sabido, la ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción, característicos de la legislación de quiebras (cfr. ant. Art. 878 párrafo segundo y jurisprudencia que lo interpreta), para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa realizados en el concreto período temporal de los dos años

anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un *perjuicio para la masa,* con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del " *perjuicio para la masa activa* " se facilita con un juego de presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.
Resulta harto difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial del tráfico mercantil de la seguridad jurídica. Precisamente, la nueva regulación pretende, -como justifica la Exposición de Motivos de la LC-, apartarse del régimen de la nulidad absoluta, caracterizadora del régimen previgente.
Es sabido que el concepto de perjuicio " *para la masa activa* " viene siendo objeto de diversas interpretaciones, como acierta a reflejar la sentencia recurrida. Desde el inicio de la vigencia de la ley concursal puede decirse que en la jurisprudencia mercantil se impuso la tesis amplia del perjuicio, seguida por este mismo órgano de apelación en diversas resoluciones, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto); por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 y AP Barcelona, secc. 15ª, de 8 de enero de 2009), así como las dictadas por este órgano de 22.7.2009 o 10.11.2011, entre otras, aunque en la más reciente de 8.3.2012 tuvimos ocasión de matizar el concepto, en atención a las concretas circunstancias del caso.
En esta línea, no cabe desconocer que la doctrina y que algunas resoluciones judiciales, -también las de esta Sala-, han avanzado más en la precisión del concepto, con la evidente intención de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial en el de " *sacrificio patrimonial injustificado* ", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71.": SAP Pontevedra (Sección 1) 10.07.2012 (Sentencia 390/2012; Rollo 205/2012)

"CUARTO.- Como es de sobra sabido, la LC reformuló, como uno de sus aspectos más novedosos, el ejercicio de las acciones de reintegración concursal, configurando un marco general para la reintegración de las operaciones que supusieran la salida de bienes y derechos de la masa realizadas en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, sobre la base del criterio general de la existencia de un *perjuicio para la masa activa,* con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del " *perjuicio para la masa activa* " se facilita con un juego de presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.
Para apreciar la existencia del perjuicio para la masa activa hemos dicho que resulta imprescindible proceder al análisis de las concretas circunstancias de cada caso, con la mayor variedad y precisión, para poder integrar la hipótesis normativa, afirmación tanto más cierta cuando se trata de analizar pretensiones de rescisión de acuerdos de refinanciación, como sucede en el presente proceso. Por tanto, cuando se trata de enjuiciar un acto concreto inmerso en una operación de refinanciación, la perspectiva de análisis exige contemplar la operación en su globalidad, situando el objeto del proceso en su contexto económico-jurídico y atendiendo al momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. En el caso, la pretensión se concreta en la rescisión de los negocios accesorios de constitución de garantías reales, pero la resolución del litigio nos obliga, claro está, a examinar la operación en su conjunto.
Los actos realizados en el período sospechoso por el deudor son rescindibles porque son perjudiciales para la masa activa. La ley desliga la rescindibilidad del acto de la causa determinante de la insolvencia, por lo que el argumento de que la operación fuera o no la causa de que Maderas Iglesias entrara en concurso no se convierte en el elemento esencial del análisis.
Es sabido, -y así lo hemos subrayado en anteriores ocasiones, en la misma línea de razonamiento que sigue la sentencia recurrida-, que una las mayores polémicas surgidas en torno a la interpretación del concepto del " *perjuicio patrimonial* " pasa por dilucidar si dicho perjuicio exige siempre una disminución del patrimonio del deudor, de suerte que, llegado el concurso, su valor sería otro de no haberse realizado el acto rescindible, o si por perjuicio se entienden también aquellos actos realizados por el deudor perjudiciales para el trato igualitario de sus acreedores, como defiende la demanda presentada por la administración del concurso. Así, solemos recordar, en conclusión que la reciente jurisprudencia del TS permite entender confirmada, que el concepto inicial y amplio de perjuicio con que se interpretaron las normas en los albores de la entrada en funcionamiento de la justicia mercantil especializada, está siendo reformulado, especialmente cuando se trata de enjuiciar operaciones de refinanciación realizadas por acreedores profesionales, como la que constituye el objeto del presente proceso.
La sentencia da cuenta del hecho notorio de que la jurisprudencia viene realizando llamativos esfuerzos argumentales para restringir el concepto amplio de perjuicio, introduciendo matizaciones, incluso con criterios de no fácil identificación en el propio sistema legal, como sucede cuando se introduce el elemento adicional de buscar un sacrificio paralelo en el acreedor demandado como síntoma de su actuación de buena fe (cfr. sentencia AP Madrid 2.4.2012) o cuando se acuña el concepto de " *sacrificio patrimonial injustificado* ", como exigencia adicional para la apreciación del perjuicio, hallazgo de la muy citada SAP de Barcelona, sección 15ª, de 6.2.2009, sobre la base anteriores pronunciamientos del TS, seguido en numerosas resoluciones provinciales, confirmados por las sentencias del TS de 12.4.2012 y 8.11.2012, y que, para el particular supuesto de los acuerdos de refinanciación homologables, la Ley reformadora 38/2011 utiliza para condicionar la propia viabilidad de los acuerdos judicialmente homologables.
Por lo demás resulta generalmente admitido en la comunidad jurídica que el perjuicio se ha de determinar en el

momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. Esta perspectiva de análisis viene en el caso favorecida por la aportación del informe de la consultora KPMG (informe independiente de negocio, IBR, de 9.7.2010), cuyas apreciaciones de hecho no han sido discutidas, al menos en los aspectos más esenciales.
Finalmente, en lo que hace a estas consideraciones preliminares, debemos hacer notar que la presunción del art. 71.3.2º, en la que se basa la pretensión demandante, contempla como hipótesis de hecho la renegociación con garantía de deuda previa no garantizada permitiendo la prueba en contrario, de suerte que los demandados, -en el caso las entidades financieras que refinanciaron su deuda con la concursada-, puede probar que la garantía no resultó perjudicial en el contexto en el que las cosas se encontraban al ser constituida. “: SAP Pontevedra (Sección 1) 31.05.2013 (Sentencia 251/2013; Rollo 141/2013)

“TERCERO.-La Ley Concursal permite obtener la reintegración de las operaciones del deudor que supongan la salida de bienes y derechos de la masa activa realizadas en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. La rescisión concursal se construye sobre la base del criterio general de la existencia de un perjuicio para la masa activa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del perjuicio se facilita con un juego de presunciones de carácter *iuris et de iure* y *iuris tantum*.
Para apreciar la existencia del perjuicio para la masa activa hemos dicho que resulta imprescindible proceder al análisis de las concretas circunstancias de cada caso, con la mayor variedad y precisión, para poder integrar la hipótesis normativa. Esta inicial afirmación supone un punto de apoyo para la tesis del recurso, pues ciertamente la sentencia omite esta indagación de circunstancias, acogiendo la tesis de la AC, que ofrecía un relato de hechos desnudo del contexto en el que éstos se desarrollaban.
Los actos realizados en el período sospechoso por el deudor son rescindibles, por tanto, porque son perjudiciales para la masa activa. Es sabido, -y así lo hemos subrayado en numerosas ocasiones anteriores-, que una las mayores polémicas surgidas en torno a la interpretación del concepto del "perjuicio patrimonial" pasa por dilucidar si dicho perjuicio exige siempre una disminución del patrimonio del deudor, de suerte que, llegado el concurso, su valor sería otro de no haberse realizado el acto rescindible, o si por perjuicio se entienden también aquellos actos realizados por el deudor perjudiciales para el trato igualitario de sus acreedores. Admitido que el concepto amplio de perjuicio también puede subsumirse en la rescisoria concursal, el concepto ha sido matizado por la jurisprudencia, a partir de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 6.2.2009, exigiéndose la presencia, como requisito para el éxito de la demanda rescisoria, de un " *sacrifico patrimonial injustificado* " para la comunidad de acreedores, criterio seguido después en numerosas resoluciones provinciales y consagrado en las sentencias del Tribunal Supremo de 12.4.2012 y 8.11.2012.
Más precisamente, la sentencia del TS de 26.10.2012 afirmó:
"El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa. 6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par conditio creditorum". “:SAP Pontevedra (Sección 1) 16.01.2014 (Sentencia 10/2014; Rollo 576/2013)

“SEGUNDO. -En relación con el concepto de acto perjudicial para la masa activa que es fundamento de las acciones de reintegración conforme al art. 71.1 LC, debe destacarse la irrelevancia del elemento intencional, así como que tiene un significado material de lesión o menoscabo patrimonial, afectando directamente a la masa activa. Ciertamente la Jurisprudencia ha acogido una noción amplia que viene a incluir la ruptura de la "par condicio creditorum" pues también se ha considerado que la finalidad de la reintegración es la protección de los acreedores, pero en realidad no se trata de una exigencia propia del art. 71 LC sino que es una interpretación para incluir en su ámbito supuestos que sin afectar claramente a la masa activa pueden vulnerar otros principios o finalidades que se consideran amparados por la normativa concursal. Sin embargo tal perjuicio a los acreedores no es un elemento o presupuesto para el éxito de la acción de reintegración sino que esta se sustenta en una afectación de la masa activa en un sentido dañoso o lesivo que ha de contemplarse desde una perspectiva objetiva.

La STS 26 octubre 2012, insiste en la doctrina sobre el concepto de actos perjudiciales a la masa activa del art. 71.1 LC que, si bien guarda relación con el principio de paridad de trato de los acreedores, sin embargo no puede identificarse con el mismo so pena de provocar una extensión desmedida del concepto y, por otro lado, dicha resolución orienta sobre la interpretación de los actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor. Así señala la meritada sentencia respecto del concepto de actos perjudiciales contra la masa que:
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
Y concreta dicha sentencia que, en el caso de los pagos, supuesto que es el que nos ocupa: *aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.":* SAP Pontevedra (Sección 1) 09.04.2014 (Sentencia 134/2014; Rollo 78/2014)

"CUARTO.- Consideraciones preliminares.
La LC reformuló, como uno de sus aspectos más relevantes, el ejercicio de las acciones de reintegración concursal, configurando un nuevo marco general para la reintegración de las operaciones que supusieran la salida de bienes y derechos de la masa realizadas en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, sobre la base del criterio general de la existencia de un perjuicio para la masa activa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del " perjuicio para la masa activa " se facilita con un juego de presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.
Para apreciar la existencia del perjuicio para la masa activa hemos dicho, en línea con la doctrina y jurisprudencia mercantiles mayoritarias, que resulta imprescindible proceder al análisis de las concretas circunstancias de cada caso, con la mayor variedad y precisión, para poder integrar la hipótesis normativa. Resulta, pues, pertinente, traer a colación la afirmación de que cuando se trata de enjuiciar un concreto acto bajo la perspectiva de la reintegración concursal ha de situarse el objeto del proceso en su contexto económico-jurídico, atendiendo al momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso.
Es también de sobra sabido, tras diez años de intensa aplicación de la normativa concursal, -y de sus sucesivas reformas-, que una las mayores polémicas surgidas en torno a la interpretación del concepto del " perjuicio patrimonial " pasa por dilucidar si dicho perjuicio exige siempre una disminución del patrimonio del deudor, de suerte que, llegado el concurso, su valor sería otro de no haberse realizado el acto rescindible, o si por perjuicio se entienden también aquellos actos realizados por el deudor perjudiciales para el trato igualitario de sus acreedores, como defiende la demanda presentada por la administración del concurso. Así, solemos recordar, en conclusión que la reciente jurisprudencia del TS permite entender confirmada, que el concepto inicial y amplio de perjuicio con que se interpretaron las normas en los comienzos de la entrada en funcionamiento de la justicia mercantil especializada, se ha visto reformulado, dando entrada a conceptos como el del sacrificio patrimonial injustificado (SAP de Barcelona, sección 15ª, de 6.2.2009, sobre la base anteriores pronunciamientos del TS, seguido en numerosas resoluciones provinciales, confirmados por las sentencias del TS de 12.4.2012 y 8.11.2012, entre otras), al tiempo que las sucesivas reformas legales han ido

introduciendo y perfilando los escudos protectores de ciertos actos de refinanciación.
También hemos afirmado en numerosas resoluciones, en sintonía con un criterio generalmente admitido en la comunidad jurídica, que el perjuicio patrimonial se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso.": SAP Pontevedra (Sección 1) 29.07.2014 (Sentencia 293/2014; Rollo 249/2014)

"SEGUNDO.- La acción de reintegración de la masa y la necesidad de perjuicio.
El art. 71 de la Ley Concursal regula la denominada acción de reintegración, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada en relación con la aplicación del antiguo art. 878.II del Código de Comercio, en los siguientes términos:
" *1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*
2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.
3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:
1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.(...) "
Como se desprende de la redacción transcrita, el art. 71 LC distingue entre los actos de disposición a título gratuito, en los que presume en todo caso la existencia de perjuicio, los actos de disposición a título oneroso que cita y en los que presume el perjuicio salvo prueba en contrario, y el resto de operaciones o actuaciones del deudor concursado, con relación a las cuales atribuye la prueba del perjuicio a quien ejercite la acción rescisoria. Pero en todo caso es consustancial al éxito de la acción de rescisión la idea de perjuicio para la masa del concurso, según resulta del párrafo 1º, que declara rescindibles " *los actos perjudiciales para la masa...* ".
Nótese que, aunque la jurisprudencia se inclinó inicialmente por una interpretación literal del art. 878 CdC (" *todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos* ") y llegó a afirmar la nulidad absoluta de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados (cfr. SSTS de 17 de marzo de 1958; 22 de febrero de 1963; 26 de marzo de 1974; 17 de marzo de 1977; 13 de julio de 1984; 24 de octubre de 1989; 15 de noviembre de 1991; 19 de diciembre de 1991; 11 de noviembre de 1993; 28 de octubre de 1996; 26 de marzo de 1997; 2 de diciembre de 1999; 22 de mayo y 12 de junio de 2000; 8 de febrero de 2001; 3 de abril y 30 de septiembre de 2002; 28 de febrero de 2003; 29 de enero y 26 de marzo de 2004), la propia jurisprudencia ya había reconocido como excepción de la ineficacia del acto impugnado los casos de clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (SSTS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977).
Así, en el ámbito de las operaciones inmobiliarias, entremezcladas con la mayoría de sentencias que seguían manteniendo la tesis de la nulidad absoluta, aparecieron otras que relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo la existencia de un fraude (STS de 12 de marzo de 1993) o de un perjuicio (STS de 20 de septiembre de 1993), hasta llegar a declarar expresamente que el art. 878.II no podía interpretarse literalmente, sino que la ineficacia debía supeditarse a la concurrencia del perjuicio, que vendría representado por un detrimento patrimonial o disminución del haber de la masa.
Este criterio jurisprudencial ha sido recogido en el actual art. 71 de la Ley Concursal, que distingue entre actos de disposición a título gratuito, en los que siempre se presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario (salvo liberalidades de uso), y actos a título oneroso, en los que se presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario en el caso de que consistan en pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, y admitiendo prueba en contrario, cuando se realicen a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
En definitiva, las acciones que contempla el art. 71 LC bajo la denominación de "acciones de reintegración" se integran en la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en la existencia o causación de un perjuicio.
Sobre lo que halla de entenderse por "perjuicio", la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado igualmente desde una posición más estricta, conforme a la cual el perjuicio se equiparaba o exigía una disminución injustificada de la masa activa sin una correlativa disminución de la masa pasiva, a un concepto más amplio de "perjuicio", entendido como "sacrificio patrimonial injustificado" no ya para la masa activa, sino para la comunidad de acreedores (cfr. SSTS 12 de abril y 8 de noviembre de 2012)
En esta línea, la STS de 26 de octubre de 2012, con cita de la STS de 27 de octubre de 2010, declara que el perjuicio para la masa activa del concurso " *puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en*

cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC) y además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el artículo 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el artículo 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica la masa activa ".

Más recientemente y relación con la presunción de perjuicio patrimonial de los pagos realizados por la concursada, la STS de 13 de julio de 2013 recuerda la doctrina ya apuntada en la STS de 26 de octubre de 2012 y en la que se afirmaba que " *como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores]* ".

Abundando en esta última idea, la jurisprudencia ha admitido con carácter general que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado, en el régimen de las acciones concursales de reintegración, puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles, de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o, directamente, a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa.

Este criterio ha sido seguido por la jurisprudencia al aplicar el régimen de retroacción de la quiebra, en que se ha afirmado el carácter perjudicial de una dación en pago de una deuda de entre las diversas que mantenía la quebrada con sus acreedores, en un momento en que ya se encontraba en estado de insolvencia y debía haber instado un proceso concursal para el pago ordenado de sus deudas conforme al principio de la "par condicio creditorum", con lo que privó a la generalidad de sus acreedores de un activo con el que debían satisfacerse sus créditos con arreglo a criterios concursales, favoreciendo a uno solo de sus acreedores, que se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos extinguidos con la dación en pago, en perjuicio del resto (SSTS de 25 y 28 de febrero de 2013, de 1, 4, 5, 6, 7, 8, 11 y 12 de marzo de 2013).

Y también se ha seguido esta doctrina en la aplicación del art. 71 de la vigente Ley Concursal, afirmando la STS de 13 de julio de 2013 que " *existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa* ".

Al amparo de las consideraciones que se dejan expuestas, procede entrar a examinar los concretos motivos de impugnación alegados por las respectivas recurrentes.": SAP Pontevedra (Sección 1) 13.10.2014 (Sentencia 330/2014; Rollo 283/2014)

"SEGUNDO.- La acción de reintegración de la masa y la necesidad de perjuicio.

El art. 71 de la Ley Concursal regula la denominada acción de reintegración, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada en relación con la aplicación del antiguo art. 878.II del Código de Comercio, en los siguientes términos:

" *1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*

2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.

3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.(...) "
Como se desprende de la redacción transcrita, el art. 71 LC distingue entre los actos de disposición a título gratuito, en los que presume en todo caso la existencia de perjuicio, los actos de disposición a título oneroso que cita y en los que presume el perjuicio salvo prueba en contrario, y el resto de operaciones o actuaciones del deudor concursado, con relación a las cuales atribuye la prueba del perjuicio a quien ejercite la acción rescisoria. Pero en todo caso es consustancial al éxito de la acción de rescisión la idea de perjuicio para la masa del concurso, según resulta del párrafo 1º, que declara rescindibles " *los actos perjudiciales para la masa...* ".
Nótese que, aunque la jurisprudencia se inclinó inicialmente por una interpretación literal del art. 878 CdC (" *todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos* ") y llegó a afirmar la nulidad absoluta de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados (cfr. SSTS de 17 de marzo de 1958; 22 de febrero de 1963; 26 de marzo de 1974; 17 de marzo de 1977; 13 de julio de 1984; 24 de octubre de 1989; 15 de noviembre de 1991; 19 de diciembre de 1991; 11 de noviembre de 1993; 28 de octubre de 1996; 26 de marzo de 1997; 2 de diciembre de 1999; 22 de mayo y 12 de junio de 2000; 8 de febrero de 2001; 3 de abril y 30 de septiembre de 2002; 28 de febrero de 2003; 29 de enero y 26 de marzo de 2004), la propia jurisprudencia ya había reconocido como excepción de la ineficacia del acto impugnado los casos de clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (SSTS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977).
Así, en el ámbito de las operaciones inmobiliarias, entremezcladas con la mayoría de sentencias que seguían manteniendo la tesis de la nulidad absoluta, aparecieron otras que relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo la existencia de un fraude (STS de 12 de marzo de 1993) o de un perjuicio (STS de 20 de septiembre de 1993), hasta llegar a declarar expresamente que el art. 878.II no podía interpretarse literalmente, sino que la ineficacia debía supeditarse a la concurrencia del perjuicio, que vendría representado por un detrimento patrimonial o disminución del haber de la masa.
Este criterio jurisprudencial ha sido recogido en el actual art. 71 de la Ley Concursal, que distingue entre actos de disposición a título gratuito, en los que siempre se presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario (salvo liberalidades de uso), y actos a título oneroso, en los que se presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario en el caso de que consistan en pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, y admitiendo prueba en contrario, cuando se realicen a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
En definitiva, las acciones que contempla el art. 71 LC bajo la denominación de "acciones de reintegración" se integran en la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en la existencia o causación de un perjuicio.
Sobre lo que halla de entenderse por "perjuicio", la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado igualmente desde una posición más estricta, conforme a la cual el perjuicio se equiparaba o exigía una disminución injustificada de la masa activa sin una correlativa disminución de la masa pasiva, a un concepto más amplio de "perjuicio", entendido como "sacrificio patrimonial injustificado" no ya para la masa activa, sino para la comunidad de acreedores (cfr. SSTS 12 de abril y 8 de noviembre de 2012)
En esta línea, la STS de 26 de octubre de 2012, con cita de la STS de 27 de octubre de 2010, declara que el perjuicio para la masa activa del concurso " *puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC) y además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el artículo 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el artículo 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica la masa activa* ".
Más recientemente y relación con la presunción de perjuicio patrimonial de los pagos realizados por la concursada, la STS de 13 de julio de 2013 recuerda la doctrina ya apuntada en la STS de 26 de octubre de 2012 y en la que se afirmaba que " *como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores]* ".
En la misma línea se enmarcan las SSTS 100/2014, de 30 de abril, 363/2014, de 9 de julio, 428/2014, de 24 de julio, 631/2014, de 1 de noviembre, 58/2015, de 23 de febrero, y 105/2015, de 10 de marzo. ": SAP Pontevedra

(Sección 1) 27.04.2015 (Sentencia 148/2015; Rollo 180/2015)

AP Salamanca

“Pues bien, de acuerdo con la vigente regulación concursal, para la prosperabilidad de la acción de reintegración por la vía de la rescisión del art. 71 y ss de la L.Co., es necesario: 1.- Que se trate de un acto del deudor, entendido en sentido amplio y comprensivo tanto de acciones u omisiones, sean contratos, disposiciones, actos extintivos de obligaciones, atribuciones solvendi/donandi/credendi causa, comportamientos expresos o tácitos, etc; 2.- Que dicho acto -no sus efectos- se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso; y 3.- Que haya supuesto tal acto un perjuicio para la masa activa, bastando para la concurrencia de este presupuesto que el acto haya disminuido el patrimonio de la concursada o haya impedido su razonable incremento, debiendo valorarse tal perjuicio desde la perspectiva de la pars conditio y de la pluralidad de acreedores, lo que supone incluir no solo aquellos actos que supongan una minoración del activo patrimonial, sino aquellos actos o disposiciones de la concursada que sin alterar el neto patrimonial supongan una alteración de la necesaria paridad de trato en el periodo temporal señalado -donde se incluirían los pagos realizados por el deudor a alguno de sus acreedores, en el periodo temporal señalado y en perjuicio de los demás-.
En tal sentido debe señalarse que es doctrina reiterada, (cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 15.1.2010) que el perjuicio para la masa activa también puede provenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, según la regla de paridad de trato. Porque la regla de la "par conditio creditorum" subyace en el proceso concursal, de manera que también operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino además del pasivo, no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de igualdad de trato a los acreedores según las reglas predeterminadas legalmente. Lo que ocurre cuando dentro del período patrimonialmente deficitario se satisface tan solo el derecho de algunos elegidos en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban que mientras se sobreseía el pago de sus créditos se disminuía, en cambio, el activo que a todos interesaba a costa de atender los intereses particulares de algunos de ellos. Se justifica en tal caso la retroacción a favor de un trato más justo e igualitario del colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. Así lo ha considerado también la jurisprudencia cuando, para salvar al acto de la nulidad por la retroacción, ha atendido a la falta de connivencia de ningún tipo entre la quebrada y la acreedora demandada para dar preferencia a ésta y discriminar a los demás acreedores, en perjuicio, por tanto, de la masa de la quiebra, y con lesión de la "par conditio creditorum" (sentencia del TS de 13 de septiembre de 2007).”: SAP Salamanca (Sección 1) 01.07.2011 (Sentencia 297/2011; Rollo 739/2010)

“Segundo.- La sentencia de esta Audiencia Provincial de Salamanca de 23 de enero de 2012 analiza detenidamente el tema de las acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa en el siguiente sentido: " *La vigente Ley Concursal (LC), huye de los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previa, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, salidos de la misma mediante actos realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del "perjuicio para la masa activa " se facilita con presunciones de carácter "iuris et de iure", o "iuris tantum".*
De otra parte, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Sin embargo, la jurisprudencia mercantil se está decantando por un concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la " par conditio" (por todas, Sentencia de la AP Madrid, sección 28ª, de 19 de diciembre de 2008, y Sentencia de la AP Barcelona, sección 15ª, de 8 de enero de 2008).”: SAP Salamanca (Sección 1) 22.01.2015 (Sentencia 18/2015; Rollo 456/2014)

AP Tarragona

“SEGUNDO.-Para el correcto enjuiciamiento del presente recurso debe tenerse en cuenta que el concepto de perjuicio patrimonial no se define en la Ley Concursal, si bien ya los supuestos que recoge dan una pista sobre lo que por ello ha entendido el legislador. Así, viene admitiéndose con carácter general que es acto perjudicial para la masa aquél que disminuya las expectativas de cobro de los acreedores, incluyendo los que atenten al principio de paridad de trato, atendiendo al supuesto recogido en el artículo 71.2 inciso y final y 71.3.2º LC. Para valorar la concurrencia de un acto perjudicial, esta teoría atiende al conjunto de los acreedores, examinando si impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores, tomando como fecha de referencia el momento en que se produjo el acto. Esta segunda es la seguida por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 17 de enero de 2008 que establece que "Sin embargo entendemos y debemos entender que el "perjuicio" a que se refiere el precepto con la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" no es sólo el perjuicio patrimonial que se desarrolla en los siguientes apartados, sino que es más amplio que esto. Y que por ello el régimen de presunciones que recoge el supuesto lo es exclusivamente en relación

al perjuicio patrimonial rigiéndose el resto de los perjuicios que pudieran darse y la intención fraudulenta o fraude que pudiera probarse, por el régimen común de la carga probatoria de la LEC (217 LEC en relación a la disposición final quinta LC). Dicho perjuicio se puede motivar a partir del artículo 76 LC en tanto al principio de universalidad de los bienes y derechos integrados o que deban integrarse en la masa activa, pero también en tanto a la infracción de los principios concursales o la actuación de buena fe en las relaciones comerciales preconcursales que motiven actuaciones contrarias a dichos principios y buena fe en las citadas relaciones dada la situación societaria en la que se encuentre una de las partes y que motive, posteriormente, la declaración de insolvencia de la misma. Es evidente, en términos generales, que no puede existir animus nocendi en supuestos en los que un acreedor pretende garantizarse el pago de sus créditos frente a un deudor que no paga. Sin embargo también lo es que ello no puede motivar el adelantamiento de pagos frente a otros acreedores y que por ello si debe partirse de dicho animus en cuanto el acreedor es consciente de que con ello se pueden perjudicar pagos de vencimientos anteriores a los suyos, de otros acreedores, frente a los que se coloca de forma artificial y anticipada. Ello conlleva una scientia fraudis, esto es, un conocimiento de que tal situación futura era muy probable y con tal garantía se perjudicaría a los terceros acreedores, y se eludiría el principio concursal de la "par conditio creditorum (SAP de Baleares de 28 de septiembre de 2000)". Igualmente debe tenerse en cuenta que para apreciar el perjuicio para la masa activa hay que decir que también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71 de la LC en relación con el n º 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. Así, incide en la maximación de la masa activa del concurso la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª), de 21 de noviembre de 2007 (AC\2008\143) al señalar que "la reintegración de la masa activa es una de las operaciones que se realizan en "interés del concurso", entendido como maximización de los activos con que hacer pago a los acreedores. Como consecuencia de lo cual, habrá perjuicio determinante de la reintegración cuando el acto o negocio cuestionado atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa.
Debiendo tenerse en cuenta que la onerosidad de la operación objeto de reintegración no implica por sí misma que el acto no sea perjudicial, pues si bien es cierto que la aminoración del activo por la salida del inmueble se compensa con el ingreso del precio, también lo es que en la apreciación de si ha habido o no perjuicio tiene que atenderse no sólo al interés de las partes en el contrato, sino también al sacrificio patrimonial que deben soportar los acreedores concursales como consecuencia de la insolvencia del deudor".
Toda esta doctrina ha sido ratificada en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 al decir que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha". “:SAP Tarragona (Sección 1) 05.07.2013 (Sentencia 247/2013; Rollo 213/2012)

“CUARTO.-El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La ineficacia propugnada con esta acción es la propia de la rescisión, aunque su fundamento radica exclusivamente en el perjuicio. El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos

casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a titulo gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC). La administración concursal invocó uno de estos dos supuestos, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de otras que las sustituyan, para justificar la concurrencia del perjuicio.
En cualquier caso, para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.
En este caso, debemos valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de una garantía real, que constituye una merma del valor del bien en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien. El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par condicio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores.
Partiendo de ello hemos de señalar que está ya admitido por la doctrina el que la renovación de un contrato de financiación y la constitución de nuevas garantías son negocios que deben analizarse en la perspectiva de una actividad empresarial ordinaria pues la renovación de un crédito y la constitución de garantías son actos de plena normalidad en la relación de un deudor con sus acreedores que aparecen como excepcionales sólo si con posterioridad se produce una situación de insolvencia. La refinanciación bancaria más habitual entronca de manera especial con la previsión del artículo 71.3.2º de la Ley Concursal, que parte de la consideración de que existe un perjuicio patrimonial para la masa activa ante la constitución de una garantía real...a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas...; pero tratándose de una presunción que admite prueba en contra de ese carácter perjudicial, abriendo así la posibilidad de una valoración por el juez del concurso de la operación en todos sus términos y condiciones; lo que incluso entronca con la posibilidad de que el acto de refinanciación en concreto se pueda considerar como un acto común de la actividad del deudor, en cuyo caso operaría la regla establecida por el art. 71.5 de la misma Ley, que establece que...en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios realizados dentro de la actividad empresarial.
Es por ello que la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia (en este sentido, véanse Sentencias AP Córdoba de 3 de diciembre de 2010 y 13 de enero y 8 de julio de 2011).”: SAP Tarragona (Sección 1) 24.09.2013 (Sentencia 329/2013; Rollo 293/2012)

AP Tenerife

“La acción de reintegración concursal, no obstante su naturaleza rescisoria, tiene una base absolutamente objetiva: probado el perjuicio, tiene lugar la rescisión. Y el perjuicio, apreciada esta noción en sentido estricto (atendiendo al activo patrimonial), tal y como se viene haciendo por la jurisprudencia mercantil menor, se produce cuando el activo patrimonial del deudor se ve disminuido por la realización del acto, o no se incrementa como consecuencia de su omisión; así, habrá perjuicio para la masa siempre que si no se hubiese producido el acto que se pretende impugnar la composición de la masa activa tendría mayor valor. Debe tenerse en cuenta al respecto que el principio rector de todas las actuaciones, al que la LC se refiere en múltiples ocasiones, es el "interés del concurso", entendido como maximización de los activos con que hacer pago a los acreedores; por tanto, habrá perjuicio determinante de la reintegración por rescisión cuando el acto o negocio cuestionado atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa (criterio mantenido por el juzgado de lo mercantil de esta provincia en la sentencia dictada en el incidente 95/05, dimanante del concurso 3/04, y las dictadas en los incidentes 19/06 y 20/06, correspondiente al concurso 2/04, confirmadas por esta misma Sala. En un sentido amplio (atendiendo al conjunto de los acreedores), se entiende que el acto impugnado causa un perjuicio a la masa, cuando impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, alterándose injustificadamente las preferencia de cobro previstas en la Ley, contraviniendo el principio de paridad de trato. Es en razón de esto, que el artículo 71 establece una serie de presunciones: "iuris et de iure", en los casos de disposición a título gratuito (salvo las liberalidades de uso) y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; "iuris tantum", respecto de determinados actos de disposición a título oneroso efectuados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes; y en los supuestos no incardinables en tales presunciones habrá de probarse el perjuicio patrimonial en forma ordinaria por quien ejercite la acción rescisoria, en este caso la Administración Concursal”: SAP Tenerife (Sección 4) 09.10.2012 (Sentencia

386/2012; Rollo 249/2012) y, en idénticos términos,:SAP Tenerife (Sección 4) 10.10.2012 (Sentencia 389/2012; Rollo 249/2012)

AP Valencia

“En reciente Sentencia de esta misma Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de noviembre de 2011 (Pte. Sra. Gaitón Redondo) decíamos en interpretación de la norma que encabeza este apartado y en referencia a un supuesto en que se había producido una mejora de la posición del acreedor por el cambio de titularidad de una deuda ordinaria por una privilegiada, - con cita de las Sentencias de SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), la AP de Barcelona de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), AP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2009), de 15 de octubre de 2009, AP de Vizcaya (Cendoj: 1972/2010), de 14 de octubre de 2010 y AP de La Coruña (Cendoj: 1298/2011), de 14 de abril de 2011 - que la noción de perjuicio para la masa activa no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, resultando de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid primeramente citada que:
"Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal". ”: SAP Valencia (Sección 9) 19.01.2012 (Sentencia 4/2012; Rollo 662/2011)

“En este estado de cosas, cabe traer a colación lo que ya dijera esta Sala a propósito de la acción de reintegración de la masa que regula el artículo 71 LC en sentencia de fecha 14/11/2011 (R.A 477/11), con cita de la Sentencia de la AP de Vizcaya de fecha 14 de octubre de 2010 : "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro"; también la SAP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2009), de 15 de octubre de 2009, indica "Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2009) en demandas que la Administración Concursal ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En la sentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009, se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona - citada por la anterior- de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71de la LC en relación con el n º 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la

insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal". ":SAP Valencia (Sección 9) 12.03.2012 (Sentencia 89/2012; Rollo 814/2011)

"... (según) la SAP de Vizcaya (Cendoj: 1972/2010), de 14 de octubre de 2010 : "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro"; también la SAP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2009), de 15 de octubre de 2009, indica "Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2009) en demandas que la Administración Concursal ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En la sentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009, se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la " par conditio creditorum ". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona -citada por la anterior- de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71de la LC en relación con el n º 1 del mismo precepto legal. Que la regla de la " par conditio creditorum " subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos": SAP Valencia (Sección 9) 19.04.2012 [cita tomada de la SAP Valencia (Sección 9) 13.10.2014 (Sentencia 280/2014; Rollo 326/2014)]

AP Valladolid

"El concepto de perjuicio, no tiene el sentido limitado y estricto que propugna la recurrente, es decir, como detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, sino el sentido general y amplio que señala la sentencia apelada, es decir como simple disminución de la garantía de cobro producida por una minoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de un acto realizado por el mismo con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro u otros que asi se ven injustificadamente excluidos o incluidos por un importe menor al que en paridad de trato les correspondería, siendo este criterio el que viene siendo seguido esta Audiencia en sintonía con la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia.
No procede por lo demás entrar en otras consideraciones de orden intencional o subjetivo ya que la cuestionada operación se rescinde en razón a que concurren los requisitos exigidos por elart. 71.1 y 4 de la Ley Concursal, es decir, el elemento temporal (el acto esté comprendido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), y el componente objetivo de la producción de un perjuicio, para la masa activa, interpretado este de modo coherente con el principio antes dicho de la "par conditio creditorum", mas no, porque se haya estimado que se trata de una operación orquestada de mala fe o con intención fraudulenta.":

SAP Valladolid (Sección 3) 23.03.2009 (JUR 2009/207224)

“TERCERO El siguiente motivo del recurso se sustenta en la inexistencia de perjuicio para la masa activa, que constituye un presupuesto básico para que la acción rescisoria pueda prosperar.
En lasentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009 (JUR 2009, 207224), se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene elartículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales. Esto ocurre, v.gr., en la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes.
Este es el criterio que también sostiene laSAP Barcelona de 8 de enero de 2.009, al admitir que junto al perjuicio directo que ocasiona una disminución de patrimonio, (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), existe un perjuicio indirecto derivado de un trato de favor injustificado.
En el mismo sentido podemos citar laSAP Madrid, de 19 de diciembre de 2.008 (AC 2009, 201).
Frente a estos argumentos, el recurrente mantiene que este perjuicio a la "par conditio creditorum" no está contemplado en ninguna de las presunciones iuris et de iure o iuris tamtum que se incluyen en elartículo 71 LC.
Este argumento no puede acogerse, puesto que la existencia de presunciones legales no son óbice para la concurrencia de otros supuestos de perjuicio. La única diferencia consistirá en que esos otros supuestos no podrán beneficiarse de ninguna de indicadas presunciones legalmente establecidas, pero nada impide que pueda acreditarse el perjuicio en cada caso concreto, como ocurre en el de autos.
Por otro lado, el recurrente mantiene que la "par conditio creditorum" únicamente rige una vez declarado el concurso, pero no antes.
Cierto es que este principio es uno de los pilares del concurso, pero sus efectos se extienden a la fase preconcursal a través precisamente de esta acción de rescisión.
En este mismo sentido se pronuncian lassentencias, ya citadas, de la Audiencia de Barcelona de 8 de enero de 2.009 y la de Madrid de 19 de diciembre de 2.008 (AC 2009, 201).
La primera de ellas declara que la acción regulada en elartículo 71 LC, persigue el respeto de la regla del trato paritario de los acreedores en el contexto preconcursal.
La segunda de las resoluciones indicadas señala que esta acción supone una interferencia del derecho concursal en el principio de seguridad del tráfico. Sin embargo, esta afectación es de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso, con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal.”: SAP Valladolid (Sección 3) 07.05.2009 (AC 2009/1161; Sentencia 124/2009; Rollo 52/2009)

“El abogado del Estado formula recurso de apelación, discrepando, en primer lugar, del criterio sostenido en la sentencia de instancia relativo a que el perjuicio patrimonial a que se refiere el artículo 71.1 LC abarque los supuestos en que no se respete la "pars conditio creditorum".
Esta Sala ha sostenido en anteriores ocasiones que la vulneración del principio paritario sí puede implicar perjuicio, en el sentido a que se refiere el artículo 71.1 LC, entendiendo el mismo no solo como perjuicio cuantitativo sino como perjuicio cualitativo.
El patrimonio constituye la garantía personal ilimitada del deudor, ex art. 1.911 del Código Civil, por lo que cualquier acto que incida negativamente en esa garantía personal ilimitada incide negativamente en su patrimonio, por más que este no haya variado en términos puramente cuantitativos.
Así lo hemos dicho en la Sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2.009, citada por el apelado, en la que hacíamos referencia a otra de 23 de marzo de 2.009.
En esas sentencias decíamos que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum".
Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales. Esto ocurre, v.gr., en la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes.
Este es el criterio que también sostiene la SAP Barcelona de 8 de enero de 2.009, al admitir que junto al perjuicio directo que ocasiona una disminución de patrimonio, (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), existe un perjuicio indirecto derivado de un trato de favor injustificado.
En el mismo sentido podemos citar la SAP Madrid, de 19 de diciembre de 2.008.
TERCERO: Sentado lo anterior, sí hemos de convenir con el Abogado del Estado, que cualquier afectación patrimonial negativa no basta para integrar el concepto de perjuicio, sino que ha de tratarse de una afectación no justificada.
Es decir, la disminución patrimonial, ya sea en sentido cuantitativo o cualitativo, es un requisito necesario pero no suficiente para considerar producido el perjuicio. Es necesario además que se trate de un acto no justificado en términos jurídicos y económicos.
Por eso, cualquier pago que se realice o cualquier garantía que se otorgue en periodo sospechoso no tiene por qué ser automáticamente rescindible.

Ese automatismo únicamente podría predicarse de los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento sea posterior a la declaración del concurso.
Ello es así porque el artículo 71.2 LC presume "iuris et de iure" el perjuicio en estos casos sin admitir prueba en contrario.
Sin embargo, en el resto de los casos no ocurre así, pues en éstos, es necesario apreciar la concurrencia de un detrimento patrimonial no justificado.
El propio artículo 71 LC, en su apartado 5 (en la redacción anterior al RD 3/2009) contempla un supuesto de justificación al establecer que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional del deudor realizados en condiciones normales.
Por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica la SAP Barcelona de 8 de enero de 2.009.
Para determinar la existencia de "condiciones normales", tal y como dijimos en la Sentencia de 7 de mayo de 2.009, ya citada, debemos examinar la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio.: SAP Valladolid (Sección 3) 28.10.2010 (Sentencia 301/2010; Rollo 234/2010)

“Mas aun dando por buena dicha tesis de los apelantes su recurso tampoco podría prosperar, ya que como bien se afirma en la sentencia impugnada el perjuicio para la masa activa que justifica la rescisión del negocio jurídico al amparo de lo dispuesto en el art. 71 de la Ley Concursal consiste no solo en la disminución del patrimonio de la concursada en sentido estricto sino también en la postergación de unos acreedores en beneficio de otros desconociendo el principio de la par conditio creditorum. Aún dando por supuesto que el precio confesado recibido se hubiere realmente pagado y que existieren créditos contra la concursada a favor de la hija de su administrador por un importe que añadido a aquel podría aproximarse al valor fiscal del bien transmitido, lo cierto es que con la venta de este se estarían satisfaciendo los créditos en cuestión al margen y con postergación del resto de acreedores, quedando sustraído dicho bien a la acción de los mismos cara a ver satisfecho su derecho. Se desestima por lo tanto el recurso y se confirma la sentencia apelada.”: SAP Valladolid (Sección 3) 28.06.2011 (Sentencia 230/2011; Rollo 10/2011)

“TERCERO.- La fundamentación jurídica de la acción rescisoria ha quedado perfectamente reflejada en la sentencia de instancia. Fundamento de la que se hace partícipe plenamente éste Tribunal, queriendo traer como recuerdo nuestro criterio sobre la acción rescisoria que quedó reflejado en nuestras sentencias de 23 marzo y 7 mayo de 2.009.
El concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales. Esto ocurre, v.gr., en la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes.
Este es el criterio que también sostiene la SAP Barcelona de 8 de enero de 2.009, al admitir que junto al perjuicio directo que ocasiona una disminución de patrimonio, (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), existe un perjuicio indirecto derivado de un trato de favor injustificado.
En el mismo sentido podemos citar la SAP Madrid, de 19 de diciembre de 2.008.
Frente a estos argumentos, el recurrente mantiene que este perjuicio a la "par conditio creditorum" no está contemplado en ninguna de las presunciones iuris et de iure o iuris tamtum que se incluyen en el artículo 71 LC.
Este argumento no puede acogerse, puesto que la existencia de presunciones legales no son óbice para la concurrencia de otros supuestos de perjuicio. La única diferencia consistirá en que esos otros supuestos no podrán beneficiarse de ninguna de indicadas presunciones legalmente establecidas, pero nada impide que pueda acreditarse el perjuicio en cada caso concreto, como ocurre en el de autos.
Por otro lado, el recurrente mantiene que la "par conditio creditorum" únicamente rige una vez declarado el concurso, pero no antes.
Cierto es que este principio es uno de los pilares del concurso, pero sus efectos se extienden a la fase preconcursal a través precisamente de esta acción de rescisión.
En este mismo sentido se pronuncian las sentencias, ya citadas, de la Audiencia de Barcelona de 8 de enero de 2.009 y la de Madrid de 19 de diciembre de 2.008.
La primera de ellas declara que la acción regulada en el artículo 71 LC, persigue el respeto de la regla del trato paritario de los acreedores en el contexto preconcursal.
La segunda de las resoluciones indicadas señala que esta acción supone una interferencia del derecho concursal en el principio de seguridad del tráfico. Sin embargo, esta afectación es de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso, con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo

de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal.”: SAP Valladolid (Sección 3) 13.03.2012 (Sentencia 100/2012; Rollo 445/2011)

“TERCERO.- La fundamentación jurídica de la acción rescisoria ha quedado perfectamente reflejada en la sentencia de instancia. Fundamentos de la que se hace partícipe plenamente éste Tribunal, queriendo traer como recuerdo nuestro criterio sobre la acción rescisoria que quedó reflejado en nuestras sentencias de 23 marzo y 7 mayo de 2.009.
El concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales. Esto ocurre, v.gr., en la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes.
Este es el criterio que también sostiene la SAP Barcelona de 8 de enero de 2.009, al admitir que junto al perjuicio directo que ocasiona una disminución de patrimonio, (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), existe un perjuicio indirecto derivado de un trato de favor injustificado.
En el mismo sentido podemos citar la SAP Madrid, de 19 de diciembre de 2.008.
Frente a estos argumentos, el recurrente mantiene que este perjuicio a la "par conditio creditorum" no está contemplado en ninguna de las presunciones iuris et de iure o iuris tamtum que se incluyen en el artículo 71 LC.
Este argumento no puede acogerse, puesto que la existencia de presunciones legales no son óbice para la concurrencia de otros supuestos de perjuicio. La única diferencia consistirá en que esos otros supuestos no podrán beneficiarse de ninguna de indicadas presunciones legalmente establecidas, pero nada impide que pueda acreditarse el perjuicio en cada caso concreto, como ocurre en el de autos.
Por otro lado, el recurrente mantiene que la "par conditio creditorum" únicamente rige una vez declarado el concurso, pero no antes.
Cierto es que este principio es uno de los pilares del concurso, pero sus efectos se extienden a la fase preconcursal a través precisamente de esta acción de rescisión.
En este mismo sentido se pronuncian las sentencias, ya citadas, de la Audiencia de Barcelona de 8 de enero de 2.009 y la de Madrid de 19 de diciembre de 2.008.
La primera de ellas declara que la acción regulada en el artículo 71 LC, persigue el respeto de la regla del trato paritario de los acreedores en el contexto preconcursal.
La segunda de las resoluciones indicadas señala que esta acción supone una interferencia del derecho concursal en el principio de seguridad del tráfico. Sin embargo, esta afectación es de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso, con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. “:SAP Valladolid (Sección 3) 14.03.2012 (Sentencia 102/2012; Rollo 586/2011)

“SEGUNDO.- Planteada en tales términos esta segunda instancia, el *art. 71.1 LC* declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, se presume salvo prueba en contrario en el aptdo) 3 de dicho precepto, invirtiéndose la carga de la prueba de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio, *en el supuesto de que se* constituyan garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de otras que las sustituyan.
Ese perjuicio es un concepto jurídico indeterminado difícil de integrar con precisión, si bien desde la entrada en vigor de la ley concursal en la jurisprudencia mercantil de las Audiencias Provinciales se impuso una tesis amplia del perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto). Sin embargo de seguirse un criterio demasiado laxo habrían de rescindirse prácticamente todos los actos realizados por el deudor en el periodo sospechoso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial del tráfico mercantil que no es otro sino la seguridad jurídica. La propia Exposición de Motivos de la LC exterioriza el deseo del legislador de apartarse del régimen de la nulidad absoluta que caracterizaba el régimen anterior. Pues bien, en la progresiva precisión de dicho concepto y para evitar su ampliación excesiva, conviene no perder de vista cual es el fundamento de dicha presunción de perjuicio. Y este no es otro sino la sospecha que proporciona el otorgamiento a posteriori y en un contexto próximo a la declaración de concurso de garantías no exigidas al contraer la primitiva obligación, sin sacrificio, contraprestación añadida u onerosidad alguna para el acreedor, que así ve favorecida su posición al transformarse el simple derecho personal de crédito que ostentaba en otro con garantía real privilegiada, lo que le llevaría a eludir el sometimiento a la "par condicio creditorum". Por ello los Tribunales entienden han de tomarse en consideración todas las circunstancias concurrentes en cada caso y cada negocio jurídico en concreto, refiriendo el concepto de perjuicio patrimonial al de "sacrificio patrimonial injustificado", aludido por el el *TS en su sentencia de 27 de octubre 2010.* Tal reformulación o progresiva revisión del concepto de perjuicio indirecto al que nos venimos refiriendo viene también abonada por la reforma operada en las presunciones del art. 71 LC por la *ley 38/2011.”:* SAP

Valladolid (Sección 3) 08.10.2012 (Sentencia 294/2012; Rollo 56/2012)

“En torno al concepto de perjuicio para la masa activa esta Sala en su sentencia de 23 de marzo de 2009 señala que "la regla de paridad de trato, "par conditio creditorum" que subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y que es la que debe orientar su interpretación como lo demuestra el tenor de las varias presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en las que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, precisamente porque entrañan una infracción de ese principio general de paridad de trato al conjunto de los acreedores afectados por el concurso que como tales tienen derecho a que se reintegre todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. El concepto de perjuicio, no tiene el sentido limitado y estricto que propugna la recurrente, es decir, como detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, sino el sentido general y amplio que señala la sentencia apelada, es decir como simple disminución de la garantía de cobro producida por una minoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de un acto realizado por el mismo con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro u otros que así se ven injustificadamente excluidos o incluidos por un importe menor al que en paridad de trato les correspondería, siendo este criterio el que viene siendo seguido por esta Audiencia en sintonía con la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia." Criterio que reiteramos en nuestra sentencia de 7 de mayo de 2009, añadiendo en referencia al principio de la "par conditio creditorum" que "es uno de los pilares del concurso, pero sus efectos se extienden a la fase preconcursal a través precisamente de esta acción de rescisión. En este mismo sentido se pronuncian las sentencias, ya citadas, de la Audiencia de Barcelona de 8 de enero de 2.009 y la de Madrid de 19 de diciembre de 2.008. La primera de ellas declara que la acción regulada en el artículo 71 LC, persigue el respeto de la regla del trato paritario de los acreedores en el contexto preconcursal. La segunda de las resoluciones indicadas señala que esta acción supone una interferencia del derecho concursal en el principio de seguridad del tráfico. Sin embargo, esta afectación es de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso, con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal.". SAP Valladolid (Sección 3) 02.09.2013 (Sentencia 209/2013; Rollo 24/2013)

“SEGUNDO.-Respecto del concepto de perjuicio para la masa activa que el art. 71 LC contempla como presupuesto para rescindir determinados actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de su declaración en concurso, el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2013 declara que "La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa.
Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado. Tal criterio ha sido seguido por la jurisprudencia al aplicar el régimen de retroacción de la quiebra, en que se ha afirmado el carácter perjudicial de una dación en pago de una deuda de entre las diversas que mantenía la quebrada con sus acreedores, en un momento en que ya se encontraba en estado de insolvencia y debía haber instado un proceso concursal para el pago ordenado de sus deudas conforme al principio de la "par condicio creditorum" (igual condición de los acreedores), con lo que privó a la generalidad de sus acreedores de un activo con el que debían satisfacerse sus créditos con arreglo a criterios concursales, favoreciendo a uno solo de sus acreedores, que se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos extinguidos con la dación en pago, en perjuicio del resto (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 70/2013, de 25 de febrero, recurso núm. 486/2008; 75/2013, de 28 de febrero, recurso núm. 547/2008; 90/2013, de 1 de marzo, recurso núm. 549/2008; 102/2013, de 4 de marzo, recurso núm. 586/2008; 122/2013, de 5 de marzo, recurso núm. 572/2008; 131/2013, de 6 de marzo, recurso núm. 608/2008; 150/2013, de 7 de marzo, recurso núm. 610/2008; 154/2013, de 8 de marzo, recurso núm. 665/2008; 181/2013, de 11 de marzo, recurso núm. 673/2008 y 190/2013, de 12 de marzo, recurso núm. 730/2008).
También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa."
Esta propia Sala, en la sentencia de 2 de septiembre de 2013, ha precisado que "En torno al concepto de perjuicio para la masa activa esta Sala en su sentencia de 23 de marzo de 2009 señala que "la regla de

paridad de trato, "par conditio creditorum" que subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y que es la que debe orientar su interpretación como lo demuestra el tenor de las varias presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en las que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, precisamente porque entrañan una infracción de ese principio general de paridad de trato al conjunto de los acreedores afectados por el concurso que como tales tienen derecho a que se reintegre todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. El concepto de perjuicio, no tiene el sentido limitado y estricto que propugna la recurrente, es decir, como detrimento
o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, sino el sentido general y amplio que señala la sentencia apelada, es decir como simple disminución de la garantía de cobro producida por una minoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de un acto realizado por el mismo con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro u otros que así se ven injustificadamente excluidos o incluidos por un importe menor al que en paridad de trato les correspondería, siendo este criterio el que viene siendo seguido por esta Audiencia en sintonía con la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia." Criterio que reiteramos en nuestra sentencia de 7 de mayo de 2009, añadiendo en referencia al principio de la "par conditio creditorum" que "es uno de los pilares del concurso, pero sus efectos se extienden a la fase preconcursal a través precisamente de esta acción de rescisión. "": SAP Valladolid (Sección 3) 02.06.2014 (Sentencia 116/2014; Rollo 34/2014)

“TERCERO.- Sobre la existencia de perjuicio patrimonial en el patrimonio de la concursada
Sobre la definición de perjuicio del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia de 26 de octubre de 2012 que: *"el art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.*
El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa"”: SAP Valladolid (Sección 3) 08.05.2015 (Sentencia 91/2015; Rollo 324/2014)

AP Vizcaya

“En el supuesto enjuiciado el perjuicio para la masa activa del concurso es alterar la par conditio creditorum de modo y manera que los bienes de las concursadas queden en definitiva sustraídos de la posibilidad de ejecución universal, viendo el resto de los acreedores burladas toda posibilidad de reintegrar sus créditos.
Como afirma en la doctrina Fernando Gómez (Tratado Práctico Concursal, T. II, pagina 777) es "sospechosa" esa época... por que puede caer el deudor... en la tentación de favorecer, sin causa jurídica que lo justifique, a alguno o algunos de sus acreedores. O puede ocurrir que sucumba ¿ incluso con el bienintencionado propósito de salir de la situación en que se halla a las presiones, también jurídicamente carentes de fundamento, de algún acreedor que busca sustraerse a los riesgos de una ejecución universal de quien le debe"; este segundo supuesto podría ser el aplicable al caso enjuiciado. El acreedor recurrente, burlado por la operación, pretende garantizarse la restitución del precio no sólo vinculando a otras sociedades al mismo contrato y sus resultas,

sino también eludiendo los eventuales riesgos de una ejecución universal y garantizándose las ejecuciones singulares.
Que el crédito del recurrente es legítimo nadie lo discute; pero que por los visos fraudulentos que presenta no puede obtener un tratamiento privilegiado sustrayéndose a la ejecución universal y acudiendo a singulares ejecuciones hipotecarias también, pues todos los demás acreedores ostentan unos derechos a reintegrar sus créditos, tan legítimos como los que ostenta el acreedor recurrente.
Como señala la Sentencia de la AP de Barcelona de 25 de febrero de 2005 (Aranzadi Civil 534/2005) "el art. 71 de la LC permite rescindir "los actos perjudiciales para la masa activa"; es decir, aun cuando el acto, considerado de forma aislada, no se considerara perjudicial por mantener la equivalencia de las prestaciones, si no respeta aquel principio (par conditio creditorum), que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjunto de los acreedores un mismo trato, dicho acto debe ser rescindido"
En nuestra sentencia de 12 de junio de 2008, nº 408 establecíamos el criterio de esta Sala en punto a la rescisión; de dicha sentencia vamos a recoger unos apartados que entendemos son de aplicación al caso enjuiciado:
"La ineficacia a que se refiere este precepto es la propia de la rescisión, aunque su fundamento no radica en el "consilium fraudis" sino exclusivamente en el perjuicio. En cuanto al concepto de perjuicio, es polémico, en principio, si debe entenderse en sentido estricto, en el sentido de que haya detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, o si, por el contrario, el perjuicio viene dado por la disminución de la garantía de cobro producida por una aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de dicho, con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro. Esta última postura es la acogida por esta Sala, mantenida, asimismo, por un sector autorizado de la doctrina y jurisprudencia, como declara, entre las más recientes, la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 1 de febrero de 2007 (rec. 524/2006).”: SAP Vizcaya (Sección 4) 13.10.2011 (Sentencia 342/2011; Rollo 732/2010)

“SEGUNDO.-La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual:
"Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no

constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum."":SAP Vizcaya (Sección 4) 09.04.2014 (Sentencia 250/2014; Rollo 707/2013)

"II.- La acción de reintegración concursal, está regulada en los arts. 71 a 73 de la Ley Concursal, y se dirige a impugnar los actos perjudiciales para la masa activa -el patrimonio del deudor común- realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso a fin de lograr, en síntesis, que se declare la ineficacia del acto, condenando a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC), siendo su base absolutamente objetiva, separándose así de la clásica pauliana - arts. 1111 y 1291 del CC - al no atender a la presencia de intención fraudulenta, sin perjuicio en caso positivo, de las ulteriores consecuencias previstas en el art. 73 LC, en relación a la rescisión del acto atacado -calificación del crédito de la contraparte como subordinado y obligación de indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa- pues, aquélla se asienta en la existencia de un simple perjuicio patrimonial, que al margen de los supuestos presumidos por la norma - art. 71.2 y 3 LC -exige del actor su prueba - art. 71.4 LC -ofreciendo el apartado 5 un elemento interpretativo autentico y excluyente, imperativo del interés de los demandados, en su prueba, al declarar no rescindibles, entre otros, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2015 recoge que " Es cierto que, como se afirma en el recurso, la jurisprudencia ha concebido el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado «en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación» (Sentencias 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio; 100/2014, de 30 de abril; y 428/2014, de 24 de julio).
La falta de justificación subyace a los supuestos en que el art. 71.2 LC presume iuris et de iure el perjuicio. En el caso de las donaciones y, en general, de las transmisiones a título gratuito, se considera que la liberalidad deja de estar justificada cuando con ella se impide el pago de las deudas. Y en el caso de los pagos anticipados, cuyo perjuicio para la masa activa también se presume iuris et de iure, la falta de justificación radica en la inexigibilidad del crédito satisfecho y el efecto que ello ocasiona: distraer de la masa activa el importe abonado en beneficio de un acreedor, cuyo crédito debería formar parte de la masa pasiva del concurso (art. 49 LC).
Como se explica en la Sentencia 629/2012, de 26 de octubre, «fuera de estos supuestos -de presunción iuris et de iure -, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa». ": SAP Vizcaya (Sección 4) 15.04.2015 (Sentencia 227/2015; Rollo 580/2014)

AP Zamora

"Pues bien, existe una discusión en la doctrina y la jurisprudencia acerca del concepto de perjuicio que introduce el art. 71 LC. Ahora bien, sobre lo que no hay discusión es que es presupuesto determinante que el acto o negocio que se cuestiona haya producido un menoscabo en la masa activa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Además, hasta ahora ha venido siendo criterio mayoritario en la jurisprudencia menor, existiendo en contra posturas sólidamente argumentadas, la adopción de un criterio amplio de perjuicio en el sentido que este también se dará cuando se produce una lesión de la igualdad que debe mediar entre los acreedores concursales, un daño en realidad a la masa pasiva, anticipando una vulneración del principio "pars condictio creditorum" que presidirá un eventual proceso concursal.
Precisamente el supuesto que examinamos previsto en el art. 71.3.2º de la Ley Concursal que se presume, salvo prueba en contrario, que la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, apunta, al menos aparentemente, o debe considerarse en principio injustificado a favor de esa tesis, pues precisamente establece una presunción "iuris tantum" de perjuicio cuando se gravan con garantías reales bienes del deudor para garantizar obligaciones preexistentes lo que implica considerar perjudicial los actos que perjudiquen la salvaguarda del principio de la "pars conditio creditorum" ya que la constitución de aquéllas puede conllevar, conforme al art. 90 LC., un privilegio especial para el acreedor, garantizado frente a todos con los bienes sobre los que recae y, por lo tanto, sustrayéndolos a la satisfacción de otros acreedores.": SAP Zamora (Sección 1) 22.06.2012 (Sentencia 115/2012; Rollo 125/2012)

AP Zaragoza

"En los primeros momentos, en la interpretación del contenido del perjuicio ha predominado en la interpretación jurisprudencial una tesis amplia, de tal manera que no solo era perjuicio el detrimento patrimonial de la masa activa, aquellos casos en que la salida de bienes o derechos de la misma no iba seguida de la entrada de bienes o derechos en el patrimonio por valor equivalente, sino también aquellos supuestos en los que pese a que se mantenía la identidad de valor en la masa activa, los actos favorecían a alguno o algunos de los

acreedores en perjuicio de la pars conditio creditorum. Valga como expresión de esta postura lo razonado por la sentencia de la Sección Vigesimoctava AP de Madrid de 19 de marzo de 2008 que concluye que al declarar que "se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal".
En este sentido, no cabe duda que en el presente caso desde esta perspectiva existe un perjuicio para la masa pasiva y, por tanto, debería ser estimada la demanda.
No obstante, parte de la jurisprudencia ha venido corrigiendo este criterio postulando una cierta limitación del perjuicio, reducido principalmente a un menoscabo de la masa activa, valga lo declarado a este respecto por la sentencia de fecha 6 de febrero de 2010 de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, respecto a que "el perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una a minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación". Por tanto, esta postura aborda la cuestión desde la perspectiva de perjuicio como mero menoscabo de la masa activa económicamente injustificado, así parece predicarlo la más reciente doctrina (García-Cruces).
Sobre este criterio, resulta también claro que el pago a uno de los acreedores del deudor, apenas diez días antes de la solicitud de concurso, de todas las obligaciones financieras que con él tenía, ni es un acto ordinario de la actividad de empresa, ni parece realizado en condiciones normales, pues la cancelación de todas las obligaciones financieras con una entidad está lejos de ser un acto de gestión ordinaria y sí, por el contrario, es un acto de gestión extraordinaria; y de otra parte, que se realice solo con una de las entidades dista de la normalidad, y, por tanto, ha de estimase que perjudica a la masa activa, disminuyendo su entidad sin una justificación material o económicamente aparente.": SAP Zaragoza (Sección 5) 25.11.2010 (Sentencia 727/2010; Rollo 629/2010)

"QUINTO.-Por lo que respecta al fondo del asunto, los hechos a enjuiciar no son objeto de discusión, por lo que habrá que valorarlos jurídicamente.
Como ha reiterado la jurisprudencia, las acciones de reintegración concursal se enmarcan dentro de un sistema de "ineficacia funcional" del negocio jurídico rescindido. No hay propiamente nulidad. Su finalidad es la de preservar las "pars conditio creditorum" y la integridad de la masa activa del concursado, por lo que el presupuesto objetivo -además del temporal (2 años antes de la declaración del concurso)- es la existencia de perjuicio para la masa activa, aunque no exista finalidad fraudulenta. (SAP Zaragoza, secc. 5ª, 8 de noviembre de 2010 y Barcelona secc. 15, de 27 de enero de 2011).
A tal fin la ley concursal establece una serie de presunciones de "perjuicio para la masa activa". Entre las presunciones "iuris tantum" están las disposiciones a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. A cuyo efecto, el art. 93-2-3º L.C. habla de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.
Es fundamentalmente la sospecha de perjuicio sobre los traspasos patrimoniales a favor de personas afines a la futura concursada y en ese periodo sospechoso de 2 años, lo que obliga al beneficiario del negocio o al interesado en su mantenimiento a acreditar que del mismo no se deriva perjuicio para la masa activa de la concursada.": SAP Zaragoza (Sección 5) 10.07.2012 (Sentencia 405/2012; Rollo 354/2012)

"El TS ha ido ya aquilatando el concepto de perjuicio que el art. 71 de la LC establece. Así declara la sentencia del TS de fecha 26 de octubre de 2012 que "el perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la *Sentencia 622/2010, de 27 de octubre,* puede entenderse como *un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa* (*art. 76 LC)*, y, además, debe *carecer de justificación.* La falta de justificación subyace en los casos en que el *art. 71.2 LC* presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (*art. 71.4 LC)*, salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el *art. 71.3 LC,* que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa". ": SAP Zaragoza (Sección 5) 17.01.2013 (Sentencia 9/2013; Rollo 645/2012) y, en

términos prácticamente idénticos, SAP Zaragoza (Sección 5) 12.03.2013 (Sentencia 93/2013; Rollo 35/2013) y SAP Zaragoza (Sección 5) 01.04.2013 (Sentencia 179/2013; Rollo 44/2013)

"PRIMERO.-El artículo 71 de la Ley Concursal, conforme a cuyo precepto se actúa en este pleito, establece que declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los daños anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiese intención fraudulenta, estableciendo a continuación determinados supuestos en los que se deduce iuris et de iure o iuris tantum el perjuicio patrimonial. Dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración (rescisión) es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de irue, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad. Para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (Artículo 1911 del Código Civil), ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores. El concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso. Como refiere la Sentencia del mismo Tribunal de 13 de diciembre de 2010 lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto, si ha habido o no una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones, o por el contrario, solamente un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de su acervo patrimonial sin compensación económica. El acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro. Existe perjuicio para la concursada cuando el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro.": SAP Zaragoza (Sección 5) 24.06.2013 (Sentencia 331/2013; Rollo 272/2013) y, en idénticos términos, SAP Zaragoza (Sección 5) 25.09.2013 (Sentencia 398/2013; Rollo 316/2013)

JM-1 Alicante

"El presupuesto objetivo de la acción de reintegración concursal es la existencia de un perjuicio para la masa activa producido por el acto se pretende rescindir, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración del concurso hay una relación causal.
No hay duda alguna en considerar que hay perjuicio cuando el activo patrimonial del deudor se ve disminuido por la realización del acto o no se incrementa como consecuencia de su omisión, apuntándose también por un importante sector doctrinal que también lo habrá cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, ya que aquel perjuicio se aprecia no solamente atendiendo al activo patrimonial (visión estricta) sino también atendiendo al conjunto de los acreedores, como se deduce del art 71.2.2º y 71.3. 2º), dando entrada al principio de paridad de trato (visión amplia)": SJM-1 Alicante 10.10.2007 (Incidente Concursal 235/2007)

"15. En cuanto al requisito objetivo se aprecia cierta falta de claridad a la hora de indicar la existencia del perjuicio, aunque parece que son dos los fundamentos invocados: a) que se trata de un acto que provoca que la garantía patrimonial de cobro de los créditos por los acreedores va ser mucho menos y b) por la desproporción entre el valor del solar pagado en 2007 (210.000 €) y el importe obtenido,o mejor dicho aplicado a deuda, en 2008 (211.500 €) transmitiéndose solar más nave, con invocación solo del art 71.1 LC, por lo que al no alegarse presunción alguna, conforme al art 71.4 LC corresponde a la actora probar el perjuicio a la masa activa producido por el acto que se pretende rescindir, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración del concurso hay una relación causal.
16. No hay duda alguna en considerar que hay perjuicio cuando el activo patrimonial del deudor se ve disminuido por la realización del acto o no se incrementa como consecuencia de su omisión, apuntándose también por un importante sector doctrinal que también lo habrá cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, ya que aquel perjuicio se aprecia no solamente atendiendo al activo patrimonial (visión estricta) sino también atendiendo al conjunto de los acreedores, como se deduce del art 71.2.2º y 71.3. 2º), dando entrada al principio de paridad de trato (visión amplia).
17. Tesis ésta última que se asume y es la seguida por las Audiencia Provinciales, entre ellas la SAP de Madrid

de 19/12/2008 que dice " El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71de la LC en relación con el nº 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal". De igual modo la SAP de Barcelona de 1 de febrero de 2007 y la mas reciente de 8 de enero de 2009 que enseña que " La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro. En este sentido el perjuicio es presumido por la Ley en el apartado 2 (con carácter iuris et de iure) y en el apartado 3 (aquí iuris tantum) del art. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes (además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado) ". Con iguales argumentos SAP de Vizcaya de 12 de junio de 2008 ". SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 598/2007; Concurso 811/2008)

"Mayor enjundia tiene la otra fundamentación. El art. 73.3. 2 LC dice que "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas". Como se ha dicho en otras ocasiones por este Juzgado se establece por el legislador una presunción iuris tantum (modificando iniciales proyectos legislativos) de perjuicio, que libera al impugnante de su prueba, en los supuestos conocidos como "superposición de garantías" (garantías creadas después de la deuda) y "renegociación de deuda previa" (creación de garantías para nuevas obligaciones contraídas en sustitución de anteriores, que no gozaban de dicha protección). Estas operaciones realizadas en el periodo sospechoso vulneran el principio de la par condictio creditorum, buscando la ley evitar el favorecimiento por el concursado de uno o varios acreedores en detrimento de los restantes mediante la constitución de derechos reales de garantía que garanticen el cumplimiento de una obligación contraída con anterioridad, ya que tal constitución lleva aparejada que los bienes o derechos sobre los que recae la misma quedan afectos a un derecho de ejecución separada por parte del beneficiario (en su caso con las limitaciones del art. 56 y 57) y tendrá la consideración de crédito con privilegio especial (art. 90 y 155). Por ello se mantienen por la mayoría de la doctrina que el concepto de perjuicio para la masa activa no ha de ser interpretado en sentido estricto como disminución del activo patrimonial por la realización del acto (o no incremento como consecuencia de la omisión) sino en sentido amplio, atendiendo al carácter colectivo del procedimiento y a la finalidad del mismo de que se respete el principio de paridad del trato, de manera que el perjuicio sea referencia al conjunto de los acreedores y no al interés individual de un acreedor particular. Así se dice que existe perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales. Los supuestos del artículo 71. 2 y 3 patrocinan esta interpretación dado que los mismos contemplan actos que no necesariamente implican disminución del patrimonio del deudor sino que llevan aparejada simultánea disminución de activo y pasivo, y por tanto, mantenimiento de neto patrimonial.": SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 1275/2009; Concurso 591/2009)

JM-2 Bilbao

"Cuarto. En cuanto al perjuicio de los actos rescindibles para la masa, es polémico igualmente si debe entenderse en sentido estricto, es decir, el detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, porque previamente a constituirse, hayan salido mediante negocios desequilibrados, se les haya gravado con cargas inmoderadas, o se hayan producido actos limitativos del poder de disposición del deudor que los minusvalore, o

más bien su inteligencia en art. 71 LECO permanece en la versión amplia tradicional y abarca los actos que aventajan por adelantado en la graduación los créditos, con quiebra de la real *par condicio creditorum*.
El supuesto paradigmático del máximo grado de la ventaja del acreedor frente a la colectivización en la masa es el puro y simple cobro dinerario en cuenta bancaria el mismo día de la declaración del concurso voluntario, cuando quien cobra es, sin remisión, acreedor subordinado. Contemplando este supuesto en otro incidente del procedimiento se ha rescindido por el Juzgado dicho pago, en sintonía con resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil en tal sentido de considerar el perjuicio patrimonial inclusivo de la *par condicio*, aunque se ha cuidado de remarcar que la perspectiva era entonces de rechazar la contraprueba del equilibrio prestacional, por adecuado a un mecanismo legal de despido, respecto de la presunción legal de art. 71.3.1.º LECO, apoyados además en la lesión de los principios de *vis attractiva* del juez concursal, y de universalidad de la masa activa, y en que en dicho caso se produjo una discriminación negativa para el patrimonio del concursado al haberse despedido a varios directivos y haber utilizado expedientes diversos, de modo que sólo unos cobraron y otros quedaban en la masa.
Porque no se comparte una visión clásica para fijar el concepto de perjuicio, sino que debe excluirse de rescisión el acto o negocio llevado a cabo en periodo de sospecha cuando desde el punto de vista económico ha resultado indiferente o beneficioso para el patrimonio del concursado.
El cambio de filosofía respecto a la retroacción de la quiebra hace inadecuado arropar en el concepto de perjuicio patrimonial, sin otro socaire, lo que económicamente no es perjudicial, por cuanto beneficie a un acreedor respecto de otros, ya que la reintegración de la masa se produce ahora siempre *ope actionis*, por ejercicio de una acción rescisoria especial que deben valorar los administradores concursales o legitimados por sustitución de art. 72.1 LECO en beneficio de la masa, y no por una declaración judicial *ex officio* del periodo de inhabilidad contractual del concursado (1), y sólo proyectándose sobre los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin libérrimas facultades judiciales para fijar desde cuándo arrancaba la «quiebra de hecho» (2), sintomático ello de que no se trata de invalidar los actos de quien estaba realmente en estado de quiebra, lo cual tiene presente la masa pasiva o conjunto de acreedores, sino de la relativa ineficacia de lo que, próximo a la insolvencia, disminuyó la masa activa, lo cual tiene presente sólo ésta.
Y en un caso, como el presente, sin beneficio de presunciones legales, debe acreditarse el perjuicio objetivado para el patrimonio de Matrinor, sin que, desde luego, sea menester acreditar un ánimo de lesionar el crédito concurrente a través de la consciencia del perjuicio procurado. ":
Sentencia JM-2 Bilbao 13.10.2006 (Incidente Concursal 131/2006)

JM-1 Córdoba

"La cuestión estriba en determinar qué se entiende por perjudicial, a cuyo efecto el propio artículo 71 establece una serie de presunciones, «iuris et de iure» en los casos de disposición a título gratuito, e «iuris tantum» respecto de determinados actos de disposición a título oneroso; y en los supuestos no incardinables en tales presunciones, habrá de probarse el perjuicio patrimonial en forma ordinaria. No obstante, como regla general, antes de entrar al análisis de la posible aplicabilidad de tales presunciones, hay que entender que habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general. Habrá un perjuicio particular si el acto en concreto implica una disminución en el patrimonio del deudor, lo que básicamente puede suceder si el acto es gratuito o si la prestación del deudor tiene un mayor valor que la contraprestación que recibe la contraparte. Mientras que habrá perjuicio general si el bien que sale del patrimonio del deudor impide el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor, o impide o dificulta que se pueda alcanzar un convenio, o determina que los bienes que quedan por liquidar tengan un valor menor. Debe tenerse en cuenta que el principio rector de todas las actuaciones del concurso, al que la Ley Concursal se refiere en múltiples ocasiones, es el «interés del concurso», entendido como maximización de los activos con que hacer pago a los acreedores. Por tanto, habrá perjuicio determinante de la reintegración cuando el acto o negocio cuestionado atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa. " **Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)**

JM-1 Granada

"La pieza nuclear de este sistema de rescisión concursal, por tanto, es la existencia de un perjuicio para la masa activa. La LC, en efecto, se refiere a los actos perjudiciales para "la masa activa" y no para "los acreedores" por lo que, aunque no faltan sentencias (por ejemplo, SSAP Murcia 23 de mayo de 2008 o Alicante 9 de abril de 2008) que mencionan el perjuicio "a los acreedores" para referirse al perjuicio para la "masa activa", creo que es necesario diferenciar ambos conceptos y seguir la tesis de aquellos autores que ponen de relieve que acreedores hay antes y después de la declaración de concurso, pero masa activa nada más después: para que proceda la acción de reintegración concursal es necesario un perjuicio para una masa activa futura, inexistente en el momento de ejecutar el acto perjudicial; el perjuicio para los acreedores ya existentes en el momento de ejecutar el acto lesivo es lo que exige el Código Civil para que proceda la acción revocatoria extraconcursal, jurídicamente distinta y perfectamente diferenciada por el legislador en el artículo 71.6. En el primer caso, no es precisa la insolvencia del deudor; en el segundo caso, el acto lesivo sí aparece vinculado a la insolvencia del deudor en el momento de ejecutar el acto perjudicial.
Teniendo en cuenta lo anterior, que muestra cómo el objeto del perjuicio no es meramente el patrimonio, sino la masa activa posterior, el perjuicio no puede ser entendido de modo particular, es decir, tomando en consideración exclusivamente si el concreto acto que se analiza implica una disminución en el patrimonio del deudor o por el contrario el patrimonio ha permanecido incólume y el acto contemplado fue neutro, sino que debe concebirse en términos más amplios, atendiendo a si el acto repercutió de tal forma en el patrimonio que

impide o dificulta un convenio de continuación o determina que los bienes que restan por liquidar tengan un valor menor, y sobre todo, si la desaparición de bienes y derechos sobre los que está llamada a obtener satisfacción la colectividad de acreedores conlleva la infracción del principio de paridad de trato, en cuyo caso el perjuicio para la masa derivaría de la alteración de la "par conditio creditorum" (por ejemplo, SAP Barcelona Secc. 15ª 11 de junio de 2007 u 8 de enero de 2009, Madrid Secc. 28ª 19 de diciembre de 2008).
Este concepto de perjuicio es fácilmente detectable en lo que la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15ª, ha llamado el sacrificio patrimonial injustificado, que pivota, no tanto sobre la existencia de un sacrificio del patrimonio sobre el que luego se constituirá la masa activa, sino en la injustificación de dicho sacrificio (SS. 2 de mayo de 2006 o 6 de febrero de 2009).
Para ello, el momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial o no ha de ser el de la realización del acto en cuestión, y no el de la apertura del concurso o el de ejercicio de la acción rescisoria: la determinación de la existencia de un perjuicio para la masa ha de prescindir de las circunstancias producidas con posterioridad a la realización del acto que hubieran podido incrementar el valor del bien o derecho que abandonó el patrimonio del concursado o que hubieran podido alterar la posición del acreedor que fue modificada. Debe tenerse en cuenta que, según el artículo 73 de la LC, se atiende al momento del acto para determinar cuando hay mala fe, por lo que será en ese momento cuando haya que ver si el acto es o no perjudicial. Hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva al momento de ejecución del acto, y analizar con esta nueva perspectiva si en dicho momento el acto se habría considerado perjudicial para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiese existido. ":SJM-1 Granada 11.01.2011 (Incidente Concursal 132/2009)

JM-1 Lugo

"TERCERO.- El fundamento de la acción rescisoria se encuentra en el derecho de los acreedores de Conservas Burela S.A. al mantenimiento de la integridad del patrimonio de ésta su deudora, si bien el artículo 71.1 de la Ley Concursal habla de actos perjudiciales para la masa activa es decir, que el acto haya dado lugar a una reducción del activo patrimonial. En la delimitación del concepto de perjuicio hay que tener en cuenta la finalidad de la regulación de las acciones de reintegración concursal. Estas acciones se dirigen a la protección de los acreedores concursales para la protección de sus créditos. El principio de paridad de trato informa también la consideración del daño como presupuesto para el ejercicio de las acciones de reintegración concursal. El perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores, esto es, a la masa pasiva. Se entiende que ha habido perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales. A este respecto no es suficiente para excluir el daño que la operación del deudor concursado se haya efectuado conforme a criterios de mercado. En la apreciación de si ha habido o no daño, se debe atender al sacrificio patrimonial que deben soportar los acreedores concursales como consecuencia de la insolvencia del deudor. El mero hecho de que el deudor cumpla con lo que debe frente a tercero ya implica un trato de favor y una reducción de la masa activa que se destina a la satisfacción del conjunto de los acreedores concursales.
Como ya se ha interpretado en alguna resolución, en concreto en la sentencia de de 25 de febrero de 2005 del Juzgado de lo mercantil nº 2 de Barcelona, el artículo 71 de la Ley Concursal permite rescindir actos perjudiciales para la masa activa, concepto más amplio que el de perjuicio patrimonial; es decir, aun cuando el acto, considerado de forma aislada, no se considerara perjudicial, por mantener la equivalencia de prestaciones, si no se respeta el principio de la "pars conditio creditorum", que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de de dar al conjunto de acreedores un mismo trato, dicho acto debe ser rescindido. Por consiguiente el sacrificio patrimonial que deben soportar los acreedores concursales como consecuencia de la insolvencia del deudor es un dato a tener en cuenta para valorar si un acto es perjudicial para la masa en cuanto reduce la destinada a la satisfacción del conjunto de dichos acreedores.": SJM-1 Lugo 14.06.2006 (Incidente Concursal 215/2006)

JM-1 Murcia

"SEGUNDO.- Antes de entrar a la valoración de la actividad probatoria desplegada por la parte impugnante, y dado que no ofrece duda alguna que el acto en cuestión se materializó dentro del periodo de sospecha que invariablemente determina la ley, conviene hacer hincapié en el concepto de perjuicio que condiciona la rescisión y que se constituye en fundamento funcional de la acción rescisoria en su razón de ser. Y ese requisito esencial, el eventus damni, supone conectar claramente el sistema de reintegración con la finalidad que le es propia, pues si la misma es un instrumento que tiene como función evitar que el periodo previo a la declaración judicial de concurso, el deudor realice actos que pueden perjudicar a la masa activa, debilitando su patrimonio, que es la garantía de los acreedores, solo podrá anularse el acto que haya provocado ese perjuicio para la masa, que se deriva de haberse realizado un acto o negocio jurídico que ha producido una disminución en el patrimonio del deudor o una pérdida de valor del mismo.
Pues bien, así como ese perjuicio es claro en los actos gratuitos, ante la falta de contraprestación al desplazamiento patrimonial realizado por el deudor. En los actos o negocios a título oneroso, como el de autos *[compraventa]*, el perjuicio para la masa derivará de la falta de equivalencia de la prestación realizada por quien contrata con el deudor, respecto a lo que éste efectuó.
En este sentido, y a falta de jurisprudencia al respecto, se pronuncia la doctrina más autorizada. Así ALCOVER GARAV, en la obra Derecho Concursal pag. 334 hay que entender que habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se prende impugnar, la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general. Continúa señalando dicho autor que habrá un perjuicio de tipo particular si el concreto acto que se analiza

implica una disminución en el patrimonio del deudor, lo que, en lo básico, puede acontecer por ser el acto gratuito o, tratándose de un negocio oneroso, por tener la contraprestación del deudor un mayor valor que la contraprestación que recibe de la contraparte, mayor valor que también puede provenir por ser aquella de cumplimiento inmediato y éste estar aplazado
TERCERO.- Conceptuándose de ese modo el perjuicio patrimonial, como un requisito puramente objetivo, procede entrar a efectuar una valoración crítica de las pruebas practicadas en las actuaciones a fin de determinar su concurrencia en el caso, para lo que bastará con poder catalogar el cuestionado acto como económicamente negativo (como determinante de una disminución del patrimonio realizable del deudor o de una alteración injustificada de las preferencias de cobro que pudiera corresponder a los acreedores) al margen de las consideraciones que el tan repetido acto pudiera merecer al Consejo de Administración y a la Junta General de la Concursada, ampliamente aludidas en los escritos alegatorios de las partes, que analizan pormenorizadamente el contenido de las actas de aquellas fechas y que lo único que ponen de relieve es que la venta se efectuó en la época de desarreglo económico que suele proceder a toda declaración de concurso y en la que al deudor procura retrasarla con operaciones que suelen más bien precipitarla.": Sentencia JM-1 Murcia 12.07.2005 (Incidente Concursal 127/2005)

JM-1 Oviedo

"Por otra parte tampoco podemos acudir al argumento de que mediante esta práctica se estaban haciendo pagos a un acreedor -que en el concurso será acreedor subordinado- con preferencia a otros acreedores con la consiguiente alteración de la regla de la paridad en el trato o par conditio creditorum, pues, aún cuando es cierto que la aplicación de este argumento para fundamentar la procedencia de la reintegración concursal es dudoso y ha suscitado controversia en la doctrina y en los Tribunales, entendemos que la nueva regulación contenida en el art. 71 L.C. viene a focalizar la presencia del perjuicio en la masa activa con relegación de la masa pasiva, frente a lo que suponía el régimen derogado que atendía en su retroacción a una nulidad absoluta en cualquiera de los casos. ": SJM-1 Oviedo 21.11.2006 (Incidente Concursal 156/2006)

JM-2 Pontevedra

"SEGUNDO.- Viene afirmando este juzgado que resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Es bien conocido cómo la jurisprudencia mercantil se está decantando, en abierta oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008).". SJM-2 Pontevedra 01.04.2009 (Incidente Concursal 50/2009)

2. Perjuicio en sentido estricto: disminución de la masa

2.1 Compraventa en condiciones desfavorables

AP Alicante

"PRIMERO.- La demanda de la administración concursal directora del concurso de los cónyugesPlácidoyDaniela, se sustenta en la consideración de lesiva para la masa activa, de las operaciones de venta llevadas a cabo por la Sra.Danielaen fecha 14 de julio de 2005 a favor de la mercantil Exclusivas de Sanidad y Consumo S.L. en el entendimiento de que la venta, a consecuencia de la premura con que se efectúa, se hace por menor valor de mercado que el verdaderamente correspondía a los inmuebles objeto de venta, al punto que si la venta, que se hace en globo, se cifra en 35.000 euros, la tasación que obtiene la administración concursal eleva dicho valor hasta 62.991,01 euros.
La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, tras concretar la naturaleza de la acción ejercitada como rescisoria concursal, alcanza la conclusión, a partir de la valoración de la prueba de autos, de que la venta de los inmuebles de que se trata es perjudicial porque se lleva a cabo por un precio inferior al valor objetivo de las fincas al tiempo de la operación, planteamiento sobre el que veremos, no hay cuestión, admitiéndose dialécticamente que el menor valor puede suponer desde la perspectiva que nos ocupa, el perjuicio que sustenta la pretensión final.
SEGUNDO.- Frente a la decisión de la instancia se articulan sendos recursos por los demandados, coincidentes en el punto relativo a la valoración de la prueba, que es a la postre, lo relativo a la valoración del valor de los inmuebles transmitidos. (…)
TERCERO.- Coinciden, tal y como avanzábamos, en la impugnación sustantiva ambos demandados en sus recursos.
El alegato es de error de valoración de la prueba documento-pericial que lleva al Juzgador a considerar que hay perjuicio en la masa activa del concurso. El conflicto valorativo se encuentra en el contraste entre los documentos número 2, 3 y 4 de la demanda, documentos privados relativos a tasaciones de los inmuebles trasmitidos, y la pericial practicada a instancia de la mercantil Exclusivas de Sanidad y Consumo S.L. sobre el mismo objeto, la valoración de los inmuebles.
En dichos medios, las diferencias valorativas son notables. Así, la finca num.NUM002 (local con trastero anejo) está valorada por la actora en 37.379,01 euros y por la demandada en 23.916,36 euros; la fincaNUM001 (plaza

de aparcamiento) está tasada por la actora en 18.659,15 euros y por la demandada en 7.741,08; y la finca num.NUM003 (trastero vinculado a plaza de garaje) está tasada por la actora en 6.953,04 euros y por la demandada en 5.074,06 euros.
El elemento crítico frente a la decisión judicial de asumir la valoración de la actora se centra en la consideración de que las tasaciones en que se sustenta -doc nº 2, 3 y 4-, se efectúan sin inspección directa de cada inmueble a diferencia de lo ocurrido respecto de la pericial de la sociedad demandada que, además, se somete a la contradicción de las partes en el juicio oral. Se abunda dicha crítica aduciendo que el argumento judicial de que en el dictamen de la demandada se incluyan los costes de oportunidad y depreciación funcional es equívoco dado que el segundo de los criterios también se utiliza en las tasaciones de la actora aunque con menor fundamento dada la falta de inspección directa de los bienes y, porque el coste de oportunidad, es un concepto fundamental para establecer el valor de mercado. Además se aduce que el precio no puede obtenerse mediante un método comparativo -como se hace en los casos de los documentos nº 3 y 4- cuando no se identifican las fincas objeto de comparación y que, en todo caso, la presunción del Juzgador sobre que se debió vender a precio inferior al de mercado porque la transmisión se realizó en situación de liquidación de los activos inmobiliarios de la demandada carece de prueba que la sustente.
Las críticas que se efectúan a la valoración judicial contienen varios fundamentos perfectamente asumibles. Desde el punto de vista de este Tribunal, el hecho de la contradicción en lo que hace a la pericial del Sr.Matíasresulta relevante. Sin embargo, no es suficiente para desvirtuar el valor de los documentos que contienen la tasación de los inmuebles de que se trata cuando se ponen en relación con tres datos esenciales, a saber, el valor catastral de los bienes, el propio valor que a la fecha de la venta -14 de julio de 2007- su titular confiere a dos plazas de garaje del mismo edificio en el que se encuentra la fincaNUM001, y la forma de la venta.
En cuanto lo primero. El valor catastral de conjunto de las fincas vendidas asciende a la fecha de la transmisión a 26.136,55 euros, y ello constituye una cifra próxima al valor de venta, siendo así que es notorio que no son los valores catastrales los que marcan el valor de mercado. Así, la finca num.NUM002 (local con trastero anejo), que está valorada por la actora en 37.379,01 euros y por la demandada en 23.916,36 euros, tiene asignado un valor catastral de 15.356,10 euros; la fincaNUM001 (plaza de aparcamiento), que está tasada por la actora en 18.659,15 euros y por la demandada en 7.741,08, tiene un valor catastral de 6.700,49 euros; y la finca num.NUM003 (trastero vinculado a plaza de garaje), que está tasada por la actora en 6.953,04 euros y por la demandada en 5.074,06 euros, tiene asignado un valor catastral de 4.099,96 euros. Si se observan estos valores se constatará que la diferencia se encuentra sólo en relación con el local, y aunque es cierto que el precio de la venta se estableció en forma de precio unitario de los tres inmuebles, 35.000 euros, fácilmente puede entenderse que el porcentaje determinante del mayor valor debió conferirse al local con trastero.
Esta forma misma de fijación del precio es despreciativa, por otro lado, de valores de mercado. En efecto, una venta inmobiliaria en globo supone un menor valor de cada parte que la compone ya que los elementos se combinan para compensar valores, haciendo el precio atractivo a la venta. Es además característica de ventas apresuradas, destinadas a la obtención de una inmediata liquidez, lo que en el caso se constata con evidencia, tanto a partir de la realidad del inmediato concurso, como el reconocimiento de la búsqueda de tal fin, por otro lado, puesto de manifiesto a través de la aportación de bienes y dinero por parte de la demandada Sra.Daniela, a las sociedades implicadas en actos de la misma fecha que aquella transmisión donde, en lo que constituye el último indicio relevante de la insuficiencia del precio señalado, la atribución del valor a otros elementos idénticos a los vendidos, a la plaza de garaje en particular, deviene valorada por la propietaria en modo muy superior al precio de la venta a la Sociedad co-demandada, en concreto en 24.000 euros por plaza es decir, en más de tres veces el valor catastral que ya vimos.
Todos estos datos, dan veracidad a las tasaciones criticadas, al tiempo que minimizan los defectos apuntados sobre falta de observación directa de los locales ya que ponen de relieve que, frente a la pericial practicada, aquellas se aproximan con mejor criterio al valor de mercado a la fecha del acto impugnando. El valor catastral, la forma y momento de la venta y los valores otorgados por la propia vendedora a la misma fecha a bienes equivalentes, demuestran que la venta se efectuó apresuradamente con el objeto, en el marco del plan que expone la Sra.Danielaen su contestación, de obtener fondos con los que evitar la situación de crisis que padecían las sociedades en las que estaba implicada. Así se explica que la venta se hiciera en conjunto, sin valoraciones individuales, y sumados los elementos, por debajo de su verdadero valor de mercado, produciéndose con tal diferencia, como está reconocida en la dialéctica del proceso, el perjuicio que persigue elartículo 71-1 de la Ley Concursala los efectos de obtener la constatación del elemento objetivo de la reintegración concursal en los términos propuestos por el Juez en la Sentencia de instancia que no cabe sino confirmar.": SAP Alicante (Sección 8) 14.02.2008 (JUR 2008/166951) (Rollo 31/2008)

"SEGUNDO.-En el caso que nos ocupa no se cuestiona que el negocio jurídico impugnado se produjo (julio-agosto de 2009) dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (mediante auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Alicante de fecha 14 de octubre de 2009) y que el mismo no se corresponde con un acto ordinario de la actividad empresarial o profesional del deudor.
Por tanto, y como se deduce el tenor de la demanda y, a la vista del resultado del litigio en la instancia, del contenido de los recursos la polémica jurídica se centra en el presente caso, a la hora de aplicar el artículo 71 de la LC, en la comprobación de que la operación impugnada sea estimada como perjudicial para la masa, lo que debe acreditar la parte demandante (según el nº 4 de dicha norma) por cuanto no concurren ninguno de los supuestos de presunción legal que a ese respecto se contemplan en los números 2 y 3 del citado precepto.
La cuestión es si la venta del vehículo a D. Modesto se realizó a un precio inferior al de mercado.
El Juzgado así lo afirma con los argumentos que hemos, resumidamente, referido en el anterior fundamento.
Ante todo hemos de señalar que conforme al contenido probatorio del proceso, lo que se acredita es que por la operación de venta del vehículo Audi Q7, se expide por Plastigis S.L. una factura en fecha 3 de agosto de 2009

por importe de 15.080 euros, IVA incluido.
Ello conduce a una primera cuestión a determinar que tiene que ver con el precio de venta.
Y es que afirman los demandados que el precio no fue el de la factura sino el de 23.080 euros ya que, en fecha 15 de julio, se abonó por el comprador, a cuenta del precio, 8.000 euros de lo que se expidió recibo que se aporta por ambos demandados.
Ciertamente no es hecho que podamos dar por acreditado.
No existe razón lógica para obviar en el importe de la factura, la entrega de la parte del precio que se dice, tanto más cuando la factura se emite después de aquella entrega parcial, el día 3 de agosto. Sin embargo, y a pesar de eso, la factura se expide no por 23.080 euros sino por 15.080 euros, de donde se deduce que el precio es éste y no la adición entre éste importe y aquella cantidad, tanto más cuando en el recibí se hace constar que el abono se recibe como parte del precio y la factura es finiquito de la venta, es decir, que incorpora el precio final y no una parte a adicionar.
Por tanto el precio de venta es, IVA incluido, de 15.080 euros.
En consecuencia, y aun en la hipótesis de aceptar como valoración aceptable del vehículo la pretendida por las partes de 23.000 euros, y tomando en consideración que el día 30 de julio de 2009 había abonado Plastigis S.L. para cancelar el leasing y adquirir la propiedad del vehículo, 26.817,62 euros, la conclusión que alcanzamos es que al venderse el día 3 de agosto por 15.080 euros, el requisito del perjuicio patrimonial que exige el artículo 71 de la LC para que se tratase, por ese motivo, de un negocio rescindible, se produce de manera objetiva al resultar evidenciada la venta perjudicial de un bien que ya integrada la masa patrimonial activa del luego concursado.
Como dice la SAP Barcelona, Secc 15, de 2 de mayo de 2006
" el fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. De este modo puede revocarse cualquier acto que se acredite perjudicial para la masa activa, aunque en ocasiones la prueba del perjuicio se favorezca a través de presunciones, que en unos casos admitirán prueba en contrario y en otros no. Para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, como ocurre con las donaciones y en general con las transmisiones a título gratuito; también en los negocios bilaterales con reciprocidad de prestaciones, si se da una ausencia de equivalencia ".
TERCERO.-En el caso, Plastigis S.L. afirma que la venta vino motivada por la necesidad de abonar las cuotas adeudadas a BBVA Leasing y que se vendió para pagar el leasing.
Este argumento plantea si en efecto hubo perjuicio que haga rescindible la venta cuando con lo recibido se redujo la masa pasiva, satisfaciendo además, un crédito con privilegio especial.
Pues bien, entendemos que en el caso, el que con la venta se pretendiera minorar el pasivo, no evita la existencia del perjuicio pues a la postre, la hipotética liquidación de la deuda que derivaba del leasing hecha con el efectivo obtenido de la venta, se habría hecho malabaratando el bien, es decir, vendiéndolo muy por debajo de su valor de mercado, de modo que aun aceptando -pues no hay prueba objetiva de ello- de que el dinero obtenido de la venta se destinara al pago del leasing, cuyo crédito es en efecto preferencial, lo que es evidente es que, en todo caso, se tuvo que abonar con el aporte no solo de la venta, claramente insuficiente, sino con otros fondos patrimoniales de la entidad deudora, de modo tal que la venta para pago -según la tesis de la deudora- generó a su vez una necesidad de tesorería a disposición del acreedor que, de haberse hecho la venta en condiciones regulares, no se hubiera tenido que disponer de él.
De este modo lo cierto es que hubo perjuicio para la masa activa aunque hubiera una minoración del pasivo pues al producirse en aquellas condiciones, se redujo la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla del paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC y debe orientar su interpretación, ha dicho la jurisprudencia (SAP Madrid, Secc. Nº 28), lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Podemos por tanto afirmar que la venta del vehículo bajo precio, incidió de modo desfavorable en la posibilidad de dar mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales pues se redujo la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, sin una contraprestación equivalente, lo que debe considerarse como perjuicio patrimonial en el sentido del artículo 71-4º de la Ley Concursal en relación al párrafo primero del mismo precepto.": SAP Alicante (Sección 8) 01.03.2012 (Sentencia 104/2012; Rollo 795/2011)

AP Almería

"Pues bien, en el presente caso, el juez tras considerar que no concurre la presunción invocada por cuanto la compradora no puede ser cónyuge de la entidad concursada, aunque lo sea del administrador, esto es, no es persona especialmente relacionada con el concurso ex 71.3.1 de la LC- pronunciamiento por nadie impugnado- y partiendo de que la compraventa se otorga dentro de los límites temporales de dos años, realizando un exhaustivo análisis de los requisitos de la acción y de la singular relevancia de la prueba de presunciones esencial en estos casos,considera plenamente acreditado ese perjuicio en un exquisito análisis de la documental aportada en el fundamento 7 a 11, comparando el precio escriturado de venta de 64.430,02, mas iva, del que ninguna cantidad consta pagada a la concursada con el valor real de la finca que fija en atención a las tasaciones, no de la parte actora que el propio juez califica de excesiva, sino de las que en su día tomaron

los propios litigantes. Además del indicio personal de que la venta se otorga a favor de la esposa de un administrador de la entidad por nadie combatido, el apelante en lo único que concreta el hipotético error valorativo, es en que la obra no está terminada y que por tanto, el valor de la finca no es tan alto como para estimar que existe un precio irrisorio; como señala el juez de instancia, que la obra esté acabada o no, es irrelevante ante las propias valoraciones económicas ofrecidas por los demandados y de cara a la acción ejercitada, pero es que ciertamente existe documentación oficial que corrobora que el local en cuestión- que no el edificio completo- estaba acabado, siendo así que junto a los documentos adjuntos a la demanda(folio 23 de los autos), el Ayuntamiento a solicitud de la hoy apelante, concede licencia parcial de primera ocupación del edificio en cuanto a los garajes, locales y trasteros en base a un certificado final parcial de esa parte de la edificación en la que indiscutiblemente esta nuestro local. Ningún error se aprecia, pero es que es absolutamente irrelevante este extremo de cara a la prueba del perjuicio- de ahí la absoluta inutilidad e inidoneidad de la única prueba propuesta de reconocimiento judicial-, pues se insiste, frente a las tasaciones aportadas por los propios demandados y al margen de la aportada en la demanda de 170.575 euros que el propio juez califica de "exagerada", frente a un precio pactado de 64.430 euros mas iva- que no consta pagado- en el 2007 se fijó un valor de subasta de la finca de 124.548,80 euros para la finca y el 17 de julio de 2009(4 meses mas tarde de la operación de venta) de 114.263,52 euros, resultando aquel precio pactado absolutamente irrisorio. Finalmente, la consecuencia de la operación es que en perjuicio de la masa, sale la finca del patrimonio de la concursada sin percibir ni un solo euro, pues el precio lo fue de la carga hipotecaria pendiente y subsistente a favor de la acreedora hipotecaria y ni siquiera consta el pago del iva a la concursada para su ingreso en la Hacienda Pública, sin que como se exponía en fundamento anterior, se propusiese prueba alguna sobre este extremo (solo se propuso el reconocimiento judicial).": SAP Almería (Sección 2) 11.09.2014 (Sentencia 203/2014; Rollo 221/2013)

"CUARTO.-En el presente caso, como ya hemos indicado, la controversia en la segunda instancia queda ceñida a la base de la estimación de la demanda, esto es, a la existencia de perjuicio patrimonial por haberse realizado la enajenación de las participaciones sociales de "Altos de Aguadulce, S.L." con un precio sensiblemente inferior al factible de mercado. En este sentido, el examen de la prueba practicada lleva a concluir que, según los datos que la misma proporciona, se aprecia en efecto una notable distancia entre el precio total de 40.000 euros pagado por las participaciones sociales y el valor de la sociedad en sí. "Aruka-Sur, S.L." adquirió las participaciones en 2007 por un valor de más de 1.500.000 euros, a lo cual ha de sumarse el patrimonio inmobiliario de la sociedad, representado por dos fincas cuya millonaria carga hipotecaria, como indica el Juzgado, pone de manifiesto su importante valor, que es claramente muy superior al fijado en el contrato por más que haya sido afectado por la crisis económica sufrida; además, en las cuentas anuales del ejercicio 2010 figuran unos fondos propios de 423.217,55 euros, y a ello ha de añadirse la existencia de la sentencia dictada el día 12 de abril de 2011, pocas semanas antes de la venta objeto de la litis, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de El Ejido en autos 1008/2009, sentencia que condenaba a una determinada sociedad a abonar a "Altos de Aguadulce, S.L." más de 3.000.000 euros, a cuyo respecto consta documentalmente (f. 356) que, con posterioridad, el 8 de marzo de 2012, dichas partes formalizaron un acuerdo transaccional computando definitivamente el crédito a favor de "Altos de Aguadulce, S.L." en 1.650.000 euros más IVA. Todo ello lleva a considerar el precio de 40.000 euros muy inferior a los márgenes que hubieran correspondido al negocio jurídico controvertido, infravaloración ésta que evidentemente redunda en perjuicio de la masa activa del concurso y que, por tanto, lleva a confirmar la rescisión acordada conforme al art. 71.1 de la Ley Concursal. Por todo ello y por el resto de los argumentos que expone el Juzgado, que la Sala comparte en esencia y a los que nos remitimos, el motivo debe ser desestimado.":SAP Almería (Sección 2) 15.01.2015 (Sentencia 1/2015; Rollo 102/2013)

AP Barcelona

"VIII. Los apelantes también argumentan en su recurso que la sentencia no ubica el acto impugnado en ninguno de los supuestos tipificados en los apartados 2º y 3º del art. 71 LC. Ya hemos apuntado antes, y ahora aclaramos con mayor detalle, que lo relevante es que el acto haya sido realizado en perjuicio de la masa del concurso (art. 71.1 LC), debiendo con carácter general probar el perjuicio la administración concursal que pretende la rescisión concursal de dicho acto. Los supuestos tipificados en los apartados 2º y 3º del art. 71 LC facilitan la acreditación del perjuicio, estableciendo presunciones de perjuicio iuris et de iure y iuris tantum, respectivamente, que eximen a la administración concursal de la prueba del perjuicio o trasladan la carga de la prueba a los demandados que niegan la falta de perjuicio. En este caso, la administración concursal no invocó la aplicación de ninguna de estas presunciones y sí acreditó el perjuicio mediante la prueba de las circunstancias que acompañaron a la enajenación: se vendió por un precio escriturado (60.111 euros más 10.577 euros de IVA) muy inferior al de mercado (160.000 euros), dando lugar a un claro desequilibrio de prestaciones, sin que además conste fuera abonado el precio pactado, sin perjuicio de que los adquirentes se hubieran hecho cargo del coste de la cancelación del leasing que pesaba sobre el inmueble (32.847'44 euros). Estas circunstancias de la transmisión, acreditadas y no discutidas en el recurso de apelación, ponen en evidencia el perjuicio que este acto de disposición ha supuesto para la masa del concurso pues, de no haberse realizado, el patrimonio de la sociedad concursada, que conforma la masa activa del concurso (art. 76 LC) y que constituye la garantía del cobro de los créditos de sus acreedores, hubiera sido mayor.": SAP Barcelona (Sección 15) 22.05.2008 (Rollo 646/2007)

"SEXTO. 1. El art. 71.1 LC determina que son rescindibles los actos perjudiciales para la masa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. Y el art. 71.4 LC establece que el perjuicio patrimonial debe ser probado por quien ejercita la

acción rescisoria. La resolución recurrida ha considerado que existe perjuicio patrimonial para la masa al considerar acreditado que el precio pagado por Mares del Sur (1.019.112 euros) fue muy inferior al precio de mercado que ha resultado acreditado a partir de la pericial acordada y practicada en el proceso, esto es, 1.667.392,13 euros.
2. La recurrente discrepa de la valoración de la prueba pericial que se ha hecho en la resolución recurrida e imputa al informe tres importantes contradicciones:
1ª) Inconcreción de la valoración pericial.
2ª) Falta de justificación de los parámetros usados en la pericia.
3ª) Que el informe pericial afirma que analiza otras ventas de inmuebles próximos aunque no las toma en consideración, como debiera haber realizado, pues en tal caso habría llegado a conclusiones diferentes a las alcanzadas.
3. La primera de las imputaciones guarda relación con la carga que pesa sobre la finca. La contradicción que se imputa a la pericial consiste en que el Sr. perito manifestara no haber valorado la carga aunque sí haberla tenido en cuenta al fijar el precio final.
La Sala no puede compartir que exista la contradicción que la recurrente imputa a la pericial. Lo afirmado por el perito es bien claro: que, al realizar su valoración había tomado en consideración la existencia de la carga, aunque no hubiera podido contabilizar su importe de manera concreta, dada la propia naturaleza de la carga y el escaso tiempo de que dispuso desde que tuvo a disposición todos los datos relativos a ella. Como bien afirma el recurso, esa carga obliga al titular del inmueble, esto es, antes a Lovipro y desde su adquisición a la propia Mares del Sur, a restituir al dominio público una franja de entre 3 y 6 metros a contar desde la ribera del canal (que no necesariamente desde el linde de la finca transmitida) que la construcción invadió de forma improcedente y que corresponde, al menos de forma esencial, a zona ajardinada de uso exclusivo de la finca adquirida. De manera que la razón que justifica la respuesta del perito es bien evidente: que aún no está bien determinada la porción de la finca que deberá ser objeto de la restitución, al no haberse llevado a cabo ésta.
Esa incerteza no la crea el informe pericial sino que existe por consecuencia de no haberse cumplido aún lo que determinan las resoluciones administrativas firmes (y conocidas por la propia compradora en el momento de la adquisición) y contribuye a ella la propia conducta de la adquirente Mares del Sur que, habiendo tenido ocasión de cumplirlas, no lo ha hecho.
En suma, la valoración pericial es todo lo precisa que podía ser, dadas las circunstancias, de manera que en ella debe considerarse deducido el importe de la carga en los términos en los que prima facie el perito ha entendido que tendrá incidencia efectiva sobre la finca. De manera que la reserva que el informe escrito expresa debe entenderse referida a las propias dudas que el perito pueda tener sobre el particular.
4. También se cuestionan los parámetros usados en la pericia, particularmente que: (i) se hayan utilizado los metros construidos (315,42 mts) y no los útiles (275,18); (ii) que no se justifique el importe de 2.350 #/m2 que el perito aplica; (iii) que tampoco se justifique el coste de construcción de 1.470 #/m2 de obra de techo;
(iv) así como otros aspectos del informe.
No es preciso dar cumplida respuesta a cada una de las cuestiones planteadas en el recurso para combatir las conclusiones a las que el informe llega, que el Sr. juez mercantil acoge. La razón de ello se encuentra en que del proceso resultan datos que permiten juzgar el acierto del resultado final sin necesidad de entrar en el examen del método seguido por el perito. El fundamental de esos datos resulta del folio 266 (y también del propio informe pericial): las viviendas 2 y 3 de la promoción, con una superficie construida notablemente inferior a la adquirida por Mares del Sur (244 m2, en aquellos casos, por 315 m2 en éste), con una ubicación también más desfavorable (están en el interior de la promoción y la que es objeto de este proceso está en un extremo y junto al Canal), y probablemente con unos acabados de inferior categoría, según lo que resulta del informe pericial, se revendieron en el mes de abril de 2008 por parte de la adquirente originaria (Arzak, S.L.) por el precio de 1.250.000 euros.
Debe tomarse en consideración, para valorar correctamente ese dato: (i) que los compradores conocían perfectamente en el momento de la compra la afectación urbanística que las afectaba y (ii) que esa compra se hizo casi un año más tarde, esto es, ya en plena crisis en el sector inmobiliario y, por consiguiente, en un momento en el que el mercado se había restringido de forma muy considerable y los precios de los inmuebles habían descendido de manera notable.
Por consiguiente, ése es un dato más significativo incluso que el propio informe pericial de que la valoración efectuada por el perito es muy razonable.
5. El informe pericial evidencia una diferencia entre el precio que efectivamente se considera que tenía la finca en el momento de la venta (1.667.392,13 euros), que es mucho mayor que el que resulta de su comparación con el precio fijado en el contrato atacado (1.019.112 euros), por cuanto ese precio resultaba distorsionado por la inclusión en el contrato de una cláusula que permitió a la compradora retener una cantidad de trescientos mil euros que aún no ha pagado, al considerar que aún no se ha cumplido la condición pactada. De manera que el precio efectivamente pagado debe considerarse que en realidad es de 719.112 euros, esto es, menos de la mitad del valor real, y casi un millón de euros por debajo del mismo.
Ante ello debemos compartir el parecer expresado en la resolución recurrida y considerar que efectivamente existe perjuicio para la masa, lo que justifica la estimación de la acción de restitución a la masa. Por consiguiente, el recurso no puede prosperar.
Por otra parte, no justifica esa diferencia de precio tan notable el hecho de que Lovipro hubiera tenido dificultades para vender la vivienda durante un largo período de tiempo, al no haberse acreditado siquiera que la misma hubiera estado en el mercado de manera efectiva durante el mismo. Se conoce que la vivienda no se vendió hasta el 2007 pero no las concretas razones de esa demora, que no tienen por qué obedecer, necesariamente, a la imposibilidad de encontrar un comprador.
Ni siquiera la justifica la existencia de la carga, que no impidió la venta de las demás viviendas de la promoción, así como tampoco las posteriores reventas durante el año 2008, cuando no existe duda alguna de

que resultaba conocida para los compradores. ": SAP Barcelona (Sección 15) 17.03.2011 (Sentencia 121/2011; Rollo 481/2010)

"PRIMERO.1. La administración concursal designada en el concurso de GRUPO INVERSOR MC2 S.L. ejercitó mediante demanda incidental la acción de rescisión prevista en el art. 71 LC, afirmando la existencia de un perjuicio a la masa activa por razón de la venta de dos locales realizada por la concursada a favor de la codemandada MINBAL TRADE S.L. seis días antes de ser presentada la solicitud de concurso voluntario.
2. El negocio atacado y los hechos básicos incontrovertidos a considerar son los siguientes:
A) La solicitud de concurso voluntario se presentó el 29 de mayo de 2012, y fue declarado por auto de 7 de junio de ese año.
B) Por escritura pública otorgada el 23 de mayo de 2012 la concursada vendió a MINBAL TRADE S.L. dos locales de su propiedad, en la Avenida Francesc Macià nº 30 del Eix Macià, de Sabadell, anexos al centro comercial Paddock Bulevard, que explota la concursada:
(i) El local A, con una superficie de 2.196 m2, que está arrendado a Hennes & Mauritz S.L. (H&M) por contrato de 20 de abril de 2006 y con un período obligatorio de duración hasta el año 2017.
(ii) El local B, con una superficie de 204 m2, arrendado a Bestseller Wholesale Spain S.L. (Jack & Jones) por virtud de contrato de fecha 18 de enero de 2007, con vencimiento en 2018.
Ambos locales están gravados con una hipoteca a favor del Banco de Santander en garantía de dos préstamos hipotecarios, con un capital pendiente de amortizar, según hacen constar las partes en la escritura, por importe total de 6.720.545,39 #, respondiendo el local A de 6.033.346,19 # por capital más intereses devengados hasta esa fecha, y el local B de 687.199,20 #.
Se conviene un precio global de 7 (siete) millones de euros más el IVA por importe de 1.260.000 # (en total, 8.260.000 #), correspondiendo 6.056.164,36 # al local A y 943.835,64 # al local B. La adquirente MINBAL TRADE S.L. se subroga en las obligaciones dimanantes de los préstamos hipotecarios.
La forma de pago del precio es la siguiente:
-Se entregan en el acto 300.000 # mediante un cheque.
-La cantidad de 6.720.545,39 # es retenida por la compradora para hacer frente al pago del préstamo hipotecario pendiente de amortizar, en el cual se subroga.
El Notario advierte que la subrogación con la consiguiente liberación de la vendedora deberá ser consentida por la entidad acreedora.
-El resto, 1.239.454,61 #, que incluye el importe correspondiente de la parte proporcional del impuesto, queda aplazado sin devengo de interés y será abonado en cuatro pagos: los tres primeros por importe de
300.000 #, con vencimientos sucesivos el 31 de enero de 2013, el 31 de enero de 2014 y el 31 de enero de 2015. Y el cuarto pago, por importe de 339.454,61 #, el 31 de enero de 2016.
En la estipulación tercera las partes hacen constar que -estando la operación exenta de IVA- la vendedora GRUPO INVERSOR MC2 renuncia a la exención del IVA de acuerdo con lo dispuesto en el art.
20.2 de la Ley del IVA, y la adquirente afirma que es sujeto pasivo del IVA al actuar en el ejercicio de su actividad empresarial, con derecho a la deducción total del impuesto soportado por esta adquisición. Por, ello, la vendedora declara con relación al IVA que grava esta operación, al tipo del 18 %, es decir, 1.260.000 #, que ingresará dicha suma en el Tesoro Público en la forma legalmente prevista. Y en consecuencia, las partes solicitan la declaración de que la operación no está sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.
Añaden que los gastos e impuestos derivados de la escritura serán abonados por la compradora, excepto el impuesto de plusvalía, que será satisfecho por la vendedora.
C) MINBAL TRADE S.L. es una sociedad inactiva (no se discute y así lo evidencia las cuentas anuales aportadas con la demanda), con unos fondos propios de 3.006 #, coincidente con la cifra de capital social. El administrador único de la sociedad concursada, Sr. Juan Pablo, es socio minoritario de MINBAL TRADE, y su administradora única es una trabajadora de la sociedad concursada (no se han aportado más datos de la sociedad adquirente por quien estaba en disposición de hacerlo).
D) Banco de Santander comunicó a la administración concursal que no aceptaría la subrogación sin el previo consentimiento de la administración concursal, la cual respondió al banco manifestando su rechazo de la operación, que se materializa mediante el ejercicio de la acción de reintegración concursal en noviembre de 2012.
TERCERO. 3. La administración concursal (AC) considera en su demanda que la operación de enajenación descrita produce una importante disminución de la masa activa y supone un sacrificio patrimonial injustificado.
La argumentación de la AC, para justificar el requisito del perjuicio a la masa activa se construye sobre los siguientes datos:
Los dos locales proporcionaban unas rentas arrendaticias superiores al importe de las cuotas del préstamo hipotecario, de modo que generaban a la concursada un excedente de caja, producto de la diferencia positiva resultante entre los ingresos y gastos asociados a los locales.
Aporta un cuadro de flujo de caja del que se va a beneficiar la adquirente, mostrando como ingresos las rentas que percibirá tras la adquisición y los gastos vinculados, en los que incluye los pagos aplazados del precio y las cuotas del préstamo hipotecario, y tiene en cuenta la devolución del IVA en 2013 (1.260.000 #), dando como resultado un excedente negativo el primer año (2012) y positivo por importes entre 800.000 y
1.000.000 # en los años sucesivos, hasta el 2017, año de cumplimiento obligatorio para los arrendatarios.
Sigue alegando que la compradora no ha tenido que realizar ningún desembolso con recursos propios; los rendimientos de las fincas asumen el precio incluido el IVA.
Incide en que la compradora MINBAL TRADE tiene la facultad de recuperar el IVA (1.260.000 #) en 2013, y la vendedora GRUPO INVERSOR MC2 S.L. (MC2), que no percibe esa suma, pues de acuerdo con el contrato la recibirá de la compradora al cabo de cuatro años de forma fraccionada, se obliga frente a la Hacienda Pública a ingresarla inmediatamente, sin exigir ninguna garantía a la compradora, que es una sociedad vinculada e

inactiva.
A raíz de la operación se genera, por tanto, un pasivo de 1.260.000 # a cargo de la concursada, y otros, como el impuesto de plusvalía, que MC2 se obliga pagar, por importe de 94.611 # (documento 7 de la demanda).
De este modo: a) la concursada renuncia a los excedentes que le proporcionaría la propiedad de las fincas; b) el diferencial respecto de la deuda hipotecaria es básicamente el IVA, que la concursada no cobra y sin embargo se obliga a pagarlo a la Hacienda Pública, lo que resulta imposible al estar en situación de insolvencia; c) la compradora no ha de realizar ningún desembolso con recursos propios, ya que las rentas que proporcionan las fincas asumen el precio incluido el IVA; d) a raíz de la operación la concursada asume nuevos pasivos (el IVA y el impuesto de plusvalía). En definitiva, pierde sus activos más rentables a cambio de unos créditos a cobrar sin garantías, adquiriendo unos pasivos cuantiosos a corto plazo, y lo hace seis días antes de presentar la solicitud de concurso voluntario.
Además, el precio convenido es inferior al del valor real de mercado en 1.500.000 #, según resulta de diversas valoraciones realizadas por firmas independientes.
Alega la presunción de perjuicio que establece el subapartado 3º del art. 71.3 LC, por tratarse de un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada, y en todo caso afirma la causación de un perjuicio a la masa activa al amparo del art. 71.4 LC.
4. La concursada justificó la operación por la necesidad de superar una situación de colapso financiero y de urgencia de liquidez, cuando ya se había tomado la decisión de solicitar el concurso. Alega que en septiembre de 2011 el banco ING dio por vencido anticipadamente un préstamo hipotecario e inició la ejecución de la prenda sobre las rentas arrendaticias, y posteriormente de la hipoteca sobre el complejo comercial, estando señalada la subasta para el 13 de junio de 2011, cuya paralización se lograría con la solicitud de concurso. Al mismo tiempo se mantenían negociaciones con esa entidad y el Banco de Santander para obtener una refinanciación, dificultada por el exceso de endeudamiento. Por ello se decidió la venta de los locales, a fin de obtener una liquidez inmediata de 300.000 # para atender gastos urgentes de mantenimiento del centro comercial y los gastos concurso, eliminando del pasivo la deuda hipotecaria frente al BS.
En su contestación, a la que sin mayor fundamentación se adhirió MINBAL TRADE, la concursada negó que el precio fuera inferior al real de mercado con base en un dictamen de valoración de Aguirre Newman S.A.U., que valora los dos locales en 5.249.000 #.
Negó también el perjuicio a la masa activa por razón del afirmado excedente de caja, al haber incurrido en un error la AC al cuantificar las rentas y las cuotas arrendaticias. Ofrecía, en contraste, un cuadro de ingresos y gastos a soportar por la compradora, del que resultan pérdidas acumuladas desde el 2012 hasta el 2017, al no cubrir las rentas arrendaticias las cuotas hipotecarias y los demás gastos asociados a los locales.
5. La sentencia apelada aprecia la existencia de un perjuicio a la masa activa porque se produce una salida de activos sin contraprestación real alguna, ya que MC2 no obtiene ningún importe por la compraventa, continúa teniendo en su pasivo un crédito con privilegio especial al no haberse producido el consentimiento del banco acreedor a la subrogación, que no sería imaginable dada la situación patrimonial de MINBAL TRADE; se incrementan los pasivos de MC2 con el IVA y la plusvalía; se pierden las rentas arrendaticias y se excluyen unos activos de importante valor. Como dato añadido considera que el precio de venta es inferior al de mercado, tal como acredita la AC, y además estima que la venta se realiza a una persona especialmente vinculada, por lo que rige la presunción de perjuicio (art. 71.3.1º LC).
Ha apelado únicamente la sociedad concursada.
En su recurso, MC2 reitera argumentos para contrarrestar la apreciación de que el precio es inferior al real de mercado y de que la operación ha significado un perjuicio a la masa activa, lo cual -alega- no se ha producido, porque el resultado correcto de los cálculos muestra que en MC2 entra una liquidez inmediata de 300.000 # y, una vez satisfechas las cuotas hipotecarias, el propietario únicamente goza de un excedente anual de 11.000 #, conforme al cuadro de ingresos y gastos que expuso en su contestación.
En relación con el flujo de ingresos y gastos la discrepancia entre las partes radica en el importe de las cuotas hipotecarias a satisfacer en los años siguientes a la venta, y -observamos- en otros gastos asociados a los locales, que la concursada ha incluido en su esquema de flujos de caja.
CUARTO. 7. Como hemos mantenido en anteriores sentencias y declara la STS de 8 de noviembre de 2012, será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial. Es el llamado perjuicio directo, particular o estricto, junto al cual tiene acogida en el mismo precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de par condicio creditorum (en este sentido así mismo, STS de 8 de noviembre de 2012).
Al margen de los actos de disposición a título gratuito, que conforme al art. 71.2 LC se consideran perjudiciales sin admitir prueba en contrario, el perjuicio directo por minoración injustificada del patrimonio del concursado puede ser reconocido en los negocios onerosos y bilaterales cuando exista un claro desequilibrio entre las prestaciones, es decir, cuando la prestación del deudor no tiene como contrapartida una contraprestación del mismo valor.
8. El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).

Debe atenderse, por ello, en un acto de disposición a título oneroso, al equilibrio económico en el intercambio de prestaciones de acuerdo con el sinalagma o esquema negocial, tal como las partes pudieron representarse que sería cumplido, prescindiendo de las vicisitudes o incidencias ulteriores en la fase de ejecución o cumplimiento.

QUINTO. 9. El análisis de la operación, a estos efectos, no puede eludir una inicial percepción de sospecha, que conlleva una valoración negativa, en atención al contexto en el que se realiza.

En una situación de colapso financiero y apremiante iliquidez -según se alega-, y seis días antes de ser solicitado el concurso, cuando obviamente ya se ha tomado la decisión de presentar la solicitud y se está preparando la documentación pertinente, la concursada enajena dos activos de relevante valor que generan unas rentas actuales con expectativa de prolongarse por lo menos hasta el año 2017. Los locales no se venden a un inversor ajeno implantado en el sector que haya realizado previos estudios de rentabilidad y con un reflexionado proyecto de desarrollo y expansión (no consta que lo haya hecho MINBAL TRADE S.L.), sino a una sociedad en alguna o buena medida vinculada a la concursada (la administradora de MINBAL TRADE es una empleada de la concursada y un socio de ella es el administrador único de la concursada), sin trayectoria conocida ni implantación en el mercado, e inactiva (con unos fondos propios de 3.006 #, coincidente con la cifra de capital social), que, en principio, podrá pagar los 300.000 # iniciales con las rentas que generan los inmuebles. Resulta extraño que MINBAL TRADE, sin patrimonio ni tesorería (a tenor de las cuentas anuales aportadas con la demanda) no haya explicado de dónde provienen los 300.000 # iniciales que pagó a la vendedora; no ha alegado que recurriera a la financiación externa para efectuar este pago inicial ni a cualesquiera otras fuentes de financiación.

Sorprende que en ese escenario, si ya estaba tomada la decisión de solicitar el concurso, la concursada decidiera por su cuenta y riesgo acometer esta enajenación a favor de una sociedad como la descrita, cuando lo lógico y prudente era esperar pocas semanas más y en su caso someter la decisión a la AC, que como órgano concursal fiscalizador y en su caso administrador es el que debe orientar y adoptar las decisiones convenientes para el concurso, incluida la venta de activos, aun cuando estén gravados, o mantenerlos en el patrimonio de la concursada atendiendo el pago del crédito (art. 155 LC).

Sorprende así mismo la gestión del IVA, impuesto del que, en principio, según expresan las partes, está exenta la operación. La vendedora renuncia a la exención, de modo que la venta queda sujeta al IVA, y la compradora puede deducirlo en el ejercicio siguiente (art. 20.dos de la Ley del IVA), por lo que lo recuperará, aunque no lo haya pagado; probablemente la AEAT denegaría la devolución al no haberse ingresado previamente, pero no se han proporcionado datos para concluir que así sea. La concursada, que prácticamente ha asumido la defensa de la adquirente MINBAL TRADE, afirma que existía un pacto por el cual la compradora, al solicitar la devolución del IVA soportado, manifestaría ante la AEAT su renuncia a favor de MC2, pero no se prueba ningún pacto en este sentido y nada de esto dice la escritura, y a sus pactos hemos de atender para determinar el carácter perjudicial de la operación para la masa activa.

Se ha dicho también que la AEAT compensaría el IVA (la deuda por IVA a cargo de la vendedora MC2 contra el crédito a la devolución), pero de ello no hay constancia alguna, y aunque esta posibilidad se contemple por una posterior reforma de la Ley del IVA, lo cierto es que no estaba vigente al tiempo del devengo del impuesto. El resultado es que la concursada, a raíz de la operación debe incluir en su pasivo la deuda por el IVA, 1.260.000 #, que debe ingresar a la Hacienda Pública, y no lo ha cobrado de la compradora, y asume así mismo el impuesto de plusvalía.

Los 300.000 # que recibe en el acto de la escritura se destinan, según la concursada, a atender pagos urgentes (no a la Hacienda Pública) que no especifica ni justifica. La AC, en su escrito de oposición al recurso, acredita con documentos que la mitad de esa cantidad no se destinó a atender gastos propios y urgentes de la concursada derivados de su actividad, sino otros diversos.

Extraña también que la operación no se hiciera con el consentimiento simultáneo del banco acreedor hipotecario, sino que se admitiera la inseguridad de su consentimiento en orden a autorizar la subrogación, que se antoja difícil habida cuenta de que los locales se venden a una sociedad inactiva y con un patrimonio de 3.006 #. Parece que la única razón del banco acreedor para consentir la subrogación sería la comprobación de que la propiedad de los locales genera unas rentas superiores a las cuotas hipotecarias, y si es así constituye un dato que sustentaría el perjuicio a la masa activa, por sacrificio patrimonial injustificado, que se alega en la demanda.

Existe además cierto grado de incógnita en la cuantía de la subrogación en el préstamo hipotecario, que pudiera no ser total, como afirma la AC. En la escritura de compraventa se hace constar que el capital pendiente e intereses de los dos préstamos hipotecarios que gravan las fincas asciende en total (capital e intereses devengados) a 6.720.545,39 #. Pero dos meses más tarde, en julio de 2012, el Banco de Santander comunica en el concurso un crédito derivado de tales préstamos hipotecarios por importe total de 7.754.503,79 # (f. 187). Según la contabilidad de la concursada, aportada por la AC con el escrito de oposición al recurso, dos días antes de otorgar la escritura de venta se produjo una amortización parcial del primer préstamo hipotecario, por importe de 1.081.160 #, pagados por una tercera sociedad, MONPEBA S.A., por cuenta de la concursada, y en el segundo préstamo la adquirente se habría subrogado sólo en parte, permaneciendo el resto como deuda en el pasivo de la concursada.

Estas consideraciones no son meramente circunstanciales, sino que influyen decisivamente en el enjuiciamiento del carácter perjudicial de la operación.

10. La posible diferencia respecto del valor real o razonable de mercado adquiere en este contexto una importancia secundaria, en primer lugar porque no es el fundamento primordial de la demanda para justificar el perjuicio a la masa activa y no es tampoco la razón principal que estima la sentencia para apreciar este resultado. Además, es cierto que la prueba practicada no proporciona la necesaria certeza sobre un precio inferior al valor de mercado, concepto relativo cuya concreción y cuantificación es compleja por estar sometida a múltiples variables y factores, temporales y de coyuntura, y más en la época actual, que arrastra una

depresión desde hace varios años en el sector inmobiliario con la consiguiente inhibición de inversores o compradores.
La tasación aportada por la concursada, realizada por la agencia Aguirre-Newman, específicamente referida a la valoración de los dos locales vendidos, propone una valoración en conjunto de 5.249.000 #, conjugando los métodos de comparación de valor de mercado y de descuento de flujos de caja, con profundidad suficiente para contrarrestar las tasaciones que invoca la AC (un cuadro valorativo de Aguirre-Newman sobre el centro comercial anexo a los locales; una tasación a instancia de la concursada, realizada por SIVASA, que no alcanza el precio de la venta, y la tasación a instancia del BS a efectos hipotecarios).
SEXTO. 11. El perjuicio a la masa activa es apreciable, a nuestro juicio, a partir de la rentabilidad que proporcionan los locales en atención a los gastos asociados (las cuotas hipotecarias) y a la contraprestación con recursos propios que el contrato pone a cargo de la compradora, teniendo en cuenta las circunstancias y datos que hemos comentado en el anterior fundamento 9.
12. A la hora de analizar la rentabilidad que asegura la propiedad de los locales existe discrepancia, primordialmente, en cuanto a la cuantía de las cuotas hipotecarias. La concursada ha aportado documentación acreditativa de que las cuotas mensuales que se venían pagando un mes antes de la escritura de venta ascendían a 46.807,74 # (local A) más otros 8.961,35 # (local B) (documentos 13 y 14 de la contestación; y no hay discrepancia en este punto).
La concursada, sin embargo, no ha acreditado la cuantía de las cuotas del préstamo a devengar tras el mes de mayo de 2012, ni tampoco MINBAL TRADE.
Respecto de las rentas arrendaticias partimos de las cuantías que afirma la concursada en el cuadro que incorpora a su contestación (f. 453) y que la AC admite.
Una simple operación aritmética, de determinación de la diferencia entre ingresos (rentas) y gastos (cuotas del préstamo), da como resultado desde el año 2013 y hasta el 2017 un excedente de caja, es decir, un beneficio, entre 30.000 y 40.000 # cada año (en 2013, + 38.343 #; en 2014, + 29.247 #...).
La concursada computa en el cuadro de ingresos y gastos (corriente de flujos de caja a favor de la compradora) unos gastos en 2012 asociados a los locales, de origen distinto de las cuotas del préstamo hipotecario, por importe de 161.861 #. Pero estos gastos no se especifican, justifican ni se acreditan. En años sucesivos apunta gastos por importe entre 16.000 y 18.000 #, que tampoco justifica.
En cualquier caso, lo que no se afirma ni se acredita es que es que esos gastos de mayor cuantía imputados al año 2012 los haya asumido la adquirente MINBAL TRADE. Más bien parece que los habría asumido la concursada con parte del primer pago de los 300.000 # que abonó MINBAL TRADE.
Hay que apuntar así mismo la devolución del IVA (1.260.000 #) en 2013 a que tendría derecho la adquirente, sin haberlo satisfecho a la vendedora, la cual ha de cargarlo en su pasivo. Pese a que sea improbable, aunque no imposible, que MINBAL TRADE pudiera recuperarlo de la Hacienda Pública, por no haber sido ingresado previamente (pues es claro que MC2 no lo ha hecho, ni estaba previsto que lo hiciera al tiempo de otorgarse la escritura de venta), es una expectativa a favor de la compradora, que obtendría ese importe para luego reintegrarlo a la vendedora en cuatro años, sin garantías. Se añade el cargo de un nuevo pasivo para MC2 representado por el impuesto de plusvalía (94.611 #, documento 7 de la demanda).
En el contexto descrito hay indicios suficientes para concluir que el pago de los 300.000 # iniciales, y de los plazos posteriores, no procede sino de las rentas que generan los locales, de modo que para la compradora la propia adquisición financia la contraprestación a su cargo, incluido el pago de las cuotas hipotecarias.
Se añade la incertidumbre, justificada, del consentimiento a la subrogación en el préstamo hipotecario por parte de la entidad financiera, la cual, es lógico suponer, pondría reparos al ser la adquirente una sociedad sin actividad y sin patrimonio, cuya fuente de ingresos se desconoce, a menos que sea la propia rentabilidad de los locales por razón de las rentas arrendaticias que generan. Si esta es la garantía que puede ofrecer la adquirente, no queda justificada la ventaja patrimonial que puede proporcionar la enajenación a la masa activa de la concursada; por el contrario, tal como puede pagar las cuotas hipotecarias la adquirente podría hacerlo la propia concursada de haber retenido la propiedad de los locales, que generan un excedente de caja.
Y por último está la cuestión de la falta de acreditación de una subrogación total en el capital e intereses pendientes del préstamo hipotecario, tal como se ha dicho en el fundamento 9 y desarrolla la AC en su escrito de oposición al recurso.
Los datos expuestos llevan a confirmar la decisión de la sentencia apelada.”: SAP Barcelona (Sección 15) 07.04.2014 (Sentencia 156/2014; Rollo 492/2013)

AP Córdoba

“1.- Respecto de la determinación de qué se entiende por perjuicio a efectos de aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal, este tribunal da por reproducido íntegramente el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida, que ratifica y hace suyo, a fin de evitar inútiles reiteraciones. Debiendo insistirse en que la reintegración de la masa activa es una de las operaciones que se realizan en “interés del concurso”, entendido como maximización de los activos con que hacer pago a los acreedores. Como consecuencia de lo cual, habrá perjuicio determinante de la reintegración cuando el acto o negocio cuestionado atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa. Debiendo tenerse en cuenta que la onerosidad de la operación objeto de reintegración no implica por sí misma que el acto no sea perjudicial, pues si bien es cierto que la aminoración del activo por la salida del inmueble se compensa con el ingreso del precio, también lo es que en la apreciación de si ha habido o no perjuicio tiene que atenderse no sólo al interés de las partes en el contrato (los concursados y “Construcciones Remesur, S.L.”), sino también al sacrificio patrimonial que deben soportar los acreedores concursales como consecuencia de la insolvencia del deudor.
2.- Sobre esta base, el fundamento de la sentencia de instancia para considerar que la compraventa del inmueble fue perjudicial para la masa activa es considerar probado que el precio recibido por los concursados

fue notablemente inferior al de mercado, a lo que se une que los propios deudores habían ofertado el mismo inmueble un año antes por un 40% más de precio y que la transmisión se produjo cuando ya tenía que estar en la mente de los deudores la solicitud de concurso, habida cuenta la proximidad de fechas entre la venta y dicha solicitud. La parte apelante impugna dicho pronunciamiento de la sentencia alegando que se han vulnerado las reglas de carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que la administración concursal no puede acreditar que el precio es inferior al de mercado basándose únicamente en el informe de un perito que ni siquiera tiene una titulación específica en la materia. A tal efecto, debe tenerse presente que la sentencia no se basa únicamente en el mencionado informe pericial, sino en la apreciación conjunta de la prueba, que incluye el contraste con el dictamen pericial aportado por la parte demandada-apelante, la declaración de los demandados, la prueba testifical y la documental. El artículo 71.4 de la Ley Concursal establece que cuando no sean aplicables las presunciones de perjuicio patrimonial "iuris et de iure" y "iuris tantum" previstas en los párrafos precedentes, dicho perjuicio habrá de ser acreditado por los medios probatorios admitidos en derecho, es decir, de forma ordinaria y sin el beneficio de la presunción; ahora bien, ello no implica que el juez del concurso sólo pueda tener en cuenta la prueba practicada a instancia de quien ejercita la acción rescisoria, sino que el perjuicio debe ser cumplidamente probado, por cualquier medio admisible en derecho. En relación con lo cual, no aprecia esta Sala que la valoración de la prueba efectuada en la sentencia apelada sea arbitraria, irrazonable o no tenga sustento en el material probatorio obrante en las actuaciones; sino que, antes al contrario, coincide con dicha valoración en el sentido de considerar que todos los factores concurrentes, como la disminución de precio de un año para otro, la proximidad de la operación a la fecha del concurso, la necesidad de los deudores (repárese en que no es precisa la intención fraudulenta, ex artículo 71.1 de la Ley Concursal, basta con el hecho objetivo de que se necesite vender y se haga por precio inferior) y las serias dudas que sobre la corrección del precio se desprenden de las pruebas periciales, abonan la tesis de que hubo un desequilibrio en las prestaciones, a favor de la empresa compradora y en detrimento del patrimonio de los concursados, que determina el perjuicio exigible para la prosperabilidad de la reintegración.": SAP Córdoba (Sección 3) 21.11.2007 (Rollo 252/2007)

AP La Rioja

"CUARTO.- Respecto de la alegación de la improcedencia de la rescisión del contrato de 10-12-2008.
Tal como se recoge en la sentencia recurrida el artículo 71.1 de la Ley Concursal, cuando regula el ejercicio de acciones para la reintegración de la masa activa, establece dos requisitos: que el acto sea perjudicial para la masa y que se haya realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso.
El requisito temporal no plantea cuestión alguna y no es objeto de discusión (escritura pública 20-12-2008, declaración de concurso)
El requisito de ser perjudicial para la masa es objeto de controversia puesto que se cuestiona por la parte apelante que los actos impugnados fueran perjudiciales para la masa activa.
Con carácter previo cabe señalar que la jurisprudencia mercantil se está decantando por un concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la " par conditio" (por todas, SAP Madrid, Secc. 28ª, de 19-12-2008, y SAP Barcelona, Secc 15ª, de 8-1- 2008) y como señala la Sentencia de la AP de Palencia de 12-6-2012 (Rec. 154/12) "... por eso se hace constar que el perjuicio, en un concepto amplio, debe de entenderse concurrente cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales; y en un concepto más restringido, que es aquel que dé lugar a un auténtico sacrificio patrimonial para la masa activa, esto es, cuando el negocio fuera oneroso y la prestación realizada por el deudor no tuviera su justificación en una contraprestación patrimonial equivalente para dicha masa..."
Es sobre la base de estas consideraciones sobre las que debe procederse a la valoración de la operación realizada en la escritura pública de 20-12-2008, respecto de la cual, se adelanta, se comparte el criterio de la sentencia recurrida, en su consideración como perjudicial para los acreedores concúrsales.
Tal como se ha indicado en el contrato recogido en la escritura pública de fecha 10-12-2008 (f.-58-72) ante el Notario D. Juan García-Jalón de la Lama, se recoge la participación de Urbano, en representación de la mercantil Miguel Ángel Corral S.L y la de D. Cayetano en representación de "Carvallo Estructuras S.L" y en el mismo se procedía a la disposición de tres elementos, por un precio único que englobaba los tres..
Por un lado se procedía a la venta de la finca sita en la localidad de Entrena (La Rioja) en el paraje de Rivera, polígono 16, parcela 64, y dentro de la finca también se incluía la nave construida y que se describía, finca que aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Logroño, tomo 1467, libro 45, folio 118 vt, finca número 1480-N-dpdº, inscripción 7ª (Registro de la Propiedad f.-77-92).
Por otro lado junto a tal finca y en el mismo acto también se procedía a la subrogación en una serie de contratos de arrendamiento financiero (leasing) y que eran los siguientes:
1.- contrato de 23-6-2005 con Caja Rural de Navarra nº 3008 0175 41 1402955957.
2.- contrato de 23-6-2005 con Caja rural de Navarra nº 3008 0175 41 1406971455.
3.- contrato de 23-6-2005 con Caja Rural de Navarra nº 3008 0175 41 1402957953.
4.- contrato de 15-3-2006 con Lico Leasing S.A nº L106003112.
5.- contrato de 15-3-2006 con Lico Leasing S.A nº L106003150.
6.- contrato de 15-3-2006 con Lico Leasing S.A nº L106003097.
7.- contrato de 2-11-2006 con BBVA S.A nº 0101822398066901.
8.- contrato de 2-11-2006 con BBVA S.A nº 0101822398066902.
9.- contrato de 2-11-2006 con BBVA S.A nº 01018223908030017.
Finalmente y en el mismo contrato y como objeto de la venta se incluía igualmente:

" Y toda la maquinaria y utillaje existente en el edificio distinta de la que están comprendida en los contratos de arrendamiento relacionados ", sin llegarse a realizar y desde luego no se ha aportado que se llegara a realizar una relación de aquello que integraba tal concepto de "maquinaria y utillaje".
El precio que por todo ello se fijaba era de 2.026.415,17.-euros.
Pues bien el valor de mercado de los indicados bienes cabe considerar que excedía notablemente del pactado en la escritura pública.
En cuanto a la finca cabe señalar que fue adquirida por la mercantil Miguel Ángel Corral S.L en escritura pública de fecha 16- 10-2000 por 180.303,63.-euros. Y l Arquitecto señala que el valor catastral del inmueble ascendía a 975.113,38.-euros señalando que aparece debidamente documentado en las actuaciones.
Ahora bien y tras considerar plenamente válida la prueba pericial realizada en el dictamen pericial de valoración (f.-92-113) se fija a la fecha del informe 13-4-2009 un valor de 3.838.742,36.-euros.
Se describía en la escritura pública de compraventa la existencia de diversas cargas sobre la finca y así se recogía (f.-62-63) :
Hipoteca a favor del Banco de Santander S.A, constituida en Logroño en escritura pública de fecha 1-12-2003 en garantía de préstamo de 925.000.-euros de principal, más intereses de demora, fastos, y duración hasta el 1-12-2005.
Hipoteca en favor del banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A constituida en Logroño en escritura pública de 1-12-2003 en garantía de préstamo de 925.000.-euros de principal, mas intereses de demora,, y duración hasta el 1-12-2015, siendo esta hipoteca y la anterior de igual rango.
Anotación a favor de la Agencia de Desarrollo de La Rioja por subvención de 796.919,61.-euros.
Ahora bien en la Diligencia de Liquidación de Cargas realizada en el procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales nº 531/2008 el 7-5-2009 y tras la adecuada consideración de las dos cargas hipotecarías señaladas del Banco Santander y del BBVA por importe que se dijo de 675.756,00 y de 701.225,36.-euros respectivamente y que ascendían en conjunto a la cantidad de 1.376.981,36.-euros se fijó el valor de la finca a efectos de subasta en 2.461.761.-euros (f.-129).
Anotación preventiva de embargo letra A a favor de Primarco France S.A dimanante de Ejecución de títulos Judiciales nº 1350/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño por 120.143,64.-euros de principal mas costas, intereses y gastos, acordado en virtud de Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Logroño de 4-7-2008 presentándose el mandamiento el 17- 7-2008
Anotación preventiva de embargo presentada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Logroño a instancia de Hortofrades Comercio de Productos Hortogruticuls Importanca/exportacao S.A, sobre esta finca y otras tres por reclamación de 21.768,83 de principal mas costas y gastos en virtud de Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño por Auto de 1-12-2008, con mandamiento presentado el 9-12-2008.
Por lo tanto y atendiendo al valor de la finca en el momento de su enajenación se desprende de manera clara la existencia de un valor inferior al del mercado y el consiguiente perjuicio para los acreedores.
Por otra parte también debe tenerse presente que junto con la finca se vendía la totalidad del utillaje y maquinaria, excluidos los referidos en los arrendamientos financieros.
El valor de tales bienes, según la documental aportada, (f.-385-390) ascendía según la contabilidad del año 2005, que fue el último ejercicio en el que el Sr. Juan Pedro verificó las cuentas anuales ascendía a 2.377.538,98.-euros, y en relación con tal valor debe atenderse la declaración del Sr. Urbano sobre la realización de sustitución de aquello elementos que quedaban obsoletos por lo que la conclusión a la que cabe llegar (la manifestación de haber sufridos robos en varias ocasiones no ha sido en modo alguno acreditado ni se ha llegado tan siquiera a justificar la interposición de enuncia alguna) no es otra que el valor de la maquinaria y utillaje ascendía a tal cantidad, sin que el representante de Carvallo S.L pudiera indicar que es lo que compró, el destino de las mismas y sin aportación de la relación de bienes al procedimiento.
Y a tales cantidades debe añadirse el valor que ciertamente cabe deducirse que concurre en aquellos bienes sujetos a arrendamiento financiero por las posibilidades ya señaladas en la sentencia recurrida, atendiendo a su grado de amortización y posibilidades de adquisición.
La mera constatación de la diferencia entre la cantidad en la que se fijó la venta y aquella a la que se alcanza por la valoración indicada de los bienes no ofrece mayor margen de duda": SAP La Rioja (Sección 1) 24.09.2012 (Sentencia 310/2012; Rollo 154/2012)

AP Lleida

"SEGON. Fa l' article 71 de la LC "1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta".
Si analitzem l'actual regulació de la LC ens en adonarem de que aquesta fuig dels rígids esquemes de la retroacció característics de la legislació prèvia, per instaurar un marc general d'accions de reintegració de bens i drets a la massa, realitzats en el concret període temporal dels dos anys anteriors a la data de la declaració del concurs, i fonamentats en l'existència d'un perjudici per a la massa amb independència, en principi, de tot tipus d'element objectiu relatiu al caràcter fraudulent de l'acte impugnatori. La prova del requisit essencial del "perjuicio para la masa activa" es facilita amb presumpcions de caràcter iuris et de iure i iuris tantum.
D'altra banda, resulta difícil donar un concepte de perjudici patrimonial, a l'existir el risc de que un criteri d'interpretació excessivament lax converteixi en rescindibles tots els actes realitzats pel deutor en els dos anys anteriors a la declaració del concurs, amb el consegüent risc pel valor essencial de la seguretat jurídica. Malgrat tot, és ben conegut com la jurisprudència mercantil s'està decantant, en oberta oposició a sòlides interpretacions doctrinals, pel concepte ampli de perjudici, comprensiu no solament d'aquells actes que suposen una minva o disminució de la massa activa sense contraprestació de cap mena, sinó també dels actes que perjudiquen la massa activa al temps que minven el passiu si això suposa una alteració del principi general

de la par conditio creditorum (per totes, sentència AP Madrid, secció 28ª, de 19 de desembre de 2008 i sentència de 8 de gener de 2008, AP Barcelona, secció 15ª).
En el cas present totes les apel·lants sostenen que el jutge a quo ha valorat incorrectament la prova i que no existeix perjudici patrimonial per a la concursada amb l'operació de venda de la nau, cosa que el jutge considera que no és així i que ja avancem que aquesta sala ha de ratificar. Efectivament la nau va ser venuda al Banc de Sabadell per 1.650.000 # sent que la taxació demanada pel propi Banc de Sabadell a la Sociedad de Tasaciones SA la valorava, un parell de mesos abans, en 2.571.502 #, és a dir en un 40% més. De fet aquesta taxació no deu ser gaire desajustada (malgrat les explicacions d'alguns apel·lants) quan ja dos anys abans (al mes de febrer de 2003) el Col·lectiu d'arquitectes taxadors SA ja la va valorar en 2.296.052 #, o a l'any 2000 (5 anys abans) ja la va taxar a efectes de subhasta, la hipotecant Caixa d'Estalvis de Catalunya, en 1.595.461 # i és sabut per ser del domini públic que els preus dels immobles fins al mes de setembre de 2007 van anar pujant de forma ostensible. Per tant, és un fet acreditat que la venda es va produït molt per davall del preu de mercat i, en conseqüència, ocasionant un clar perjudici patrimonial a la concursada atès que la venda va suposar una minva o disminució de la massa activa sense contraprestació suficient.
TERCER. Pel que fa a la correcció de les operacions financeres realitzades, motiu aquest també de recurs, no hi ha dubte que totes elles es varen desenvolupar dins de la legalitat vigent, tant la compravenda com el posterior contracte de leasing i el contracte d'arrendament. Ara bé això no vol dir que tot plegat configuri una operativa, si més no, poc favorable als interessos de la concursada i sí força favorables als interessos dels demandats. Efectivament, hi ha una sèrie de dades que cal prendre en consideració, algunes força transcendents. Una primera és que l'administrador de la concursada, el Sr Miguel Ángel, atorga el contracte de compravenda sense tenir poders actuals per fer-ho (malgrat els intents d'última hora fets pel Don Miguel Ángel per aconseguir l'aquiescència del consell d'administració i en aquest sentit vegis la declaració del Secretari del Consell, el Sr Elias). D'aquest fet n'havia d'estar al corrent el Banc de Sabadell (als seus arxius constava registrats i validats els poders de Ferrolleida) a no ser que aquest darrer actués amb una clara negligència mercantil, altrament no s'entén que hom autoritzi una operació d'aquest import, per després de comprar, fer un leasing amb un tercer i tot sense ni tan sols assegurar-se de que el venedor disposa de poders per fer-ho, com de fet, també el BS havia de ser sabedor de la situació econòmica força precària que en aquell moment estava travessant Ferrolleida (client i deutor del Banc de Sabadell) i que hagués posat en alerta a qualsevol comprador mínimament avesat en el tràfic mercantil, com de fet ho és el Banc de Sabadell.
Una segona dada a considerar és l'operativa posterior a la compra per part del Banc, ja que aquest immediatament després de comprar, subscriu un contracte de leasing amb Naus de Ponent SL (societat constituïda ex proces per aquesta operació amb un capital social de 3000 #) i per un preu total de 2.404.030 # dels que 431.730 # en són la càrrega financera (benefici del Banc), sent pel demés que l'operació queda assegurada amb les garanties personals dels socis de Naus de Ponent, socis que val a dir tenen una evident relació amb el propi Don Miguel Ángel en un entramat societari en que, amb el Sr Nazario (administrador de Naus de Ponent SL i de Companyia Inversora M1 que és soci de la primera), conflueixen tots en la societat PROGEBAR SL mitjançant les companyies NESTRA XXI i OPERA ORBIS.
Un cop fet el contracte de leasing, curiosament NDP atorga contracte d'arrendament de la nau amb Ferrolleida que es compromet a tenir llogada la mateixa per un període mínim de 5 anys (termini pactat com obligatori) pagant una renda de 10.000 # al mes (IVA apart) renta que resulta àdhuc superior a la que NDP paga pel seu leasing al Banc de Sabadell, tot obtenint de forma afegida una fiança de 20.000 # pels dos primers mesos, i el que és més sorprenent, amb una garantia suplementària de 300.000 # que obté NDP mitjançant el lliurament que fa Ferrolleida de 120.000 # en efectiu en concepte de dipòsit amb més un pagaré amb venciment a 6 mesos per import d'uns altres 180.000 #. Amb aquestes quantitats es garanteix gens menys que el pagament dels propers 36 mesos de renda, sent que només es retornarà aquella quantitat a partir del mes 36 i a raó de 10.000 # al mes, prèvia acreditació del pagament de la renda de la mensualitat en curs. Tot plegat un negoci rodó per NDP i on resulta difícil per no dir impossible trobar-li algun avantatge per Ferrolleida que ha passat de ser propietari a arrendatari, havent dipositat com a fiança 320.000 # que suposen la meitat del que devia d'hipoteca i pagant un arrendament de més de 10.000 # al mes enlloc de les quotes hipotecàries arriscant-se a que si deixa de pagar alguna quota de renda sigui desnonada, com de fet ha intentat ja NDP. Al dit cal afegir-hi que quan es porta a terme l'operació l'empresa està ja sense producció i amb els treballadors amb vacances indefinides. Aleshores cal preguntar-se, quina es la finalitat de la venda de la nau, principal actiu de Ferrolleida, per a acabar tenint-la arrendada pagant una renda superior a l'hipoteca.“: SAP Lleida (Sección 2) 27.09.2012 (Sentencia 353/2012; Rollo 261/2012)

”SEGON. Fa l' article 71 de la LC " 1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta ".
Si analitzem l'actual regulació de la LC ens en adonarem de que aquesta fuig dels rígids esquemes de la retroacció característics de la legislació prèvia, per instaurar un marc general d'accions de reintegració de bens i drets a la massa, realitzats en el concret període temporal dels dos anys anteriors a la data de la declaració del concurs, i fonamentats en l'existència d'un perjudici per a la massa amb independència, en principi, de tot tipus d'element objectiu relatiu al caràcter fraudulent de l'acte impugnatori. La prova del requisit essencial del " perjuicio para la masa activa " es facilita amb presumpcions de caràcter iuris et de iure i iuris tantum.
D'altra banda, resulta difícil donar un concepte de perjudici patrimonial, a l'existir el risc de que un criteri d'interpretació excessivament lax converteixi en rescindibles tots els actes realitzats pel deutor en els dos anys anteriors a la declaració del concurs, amb el consegüent risc pel valor essencial de la seguretat jurídica. Malgrat tot, és ben conegut com la jurisprudència mercantil s'està decantant, en oberta oposició a sòlides interpretacions doctrinals, pel concepte ampli de perjudici, comprensiu no solament d'aquells actes que suposen una minva o disminució de la massa activa sense contraprestació de cap mena, sinó també dels actes

que perjudiquen la massa activa al temps que minven el passiu si això suposa una alteració del principi general de la par conditio creditorum (per totes, Sentència AP Madrid, secció 28ª, de 19 de desembre de 2008 i Sentència de 8 de gener de 2008, AP Barcelona, secció 15ª).
En el cas present la part apel·lant empra com a motiu de recurs l'error en la valoració de la prova i més concretament l'error en la valoració de l'operació de venda del local social als codemandats Sres Ambrosio Nieves, sent que l'apel·lant sosté que aquella operació no és rescindible, està perfectament justificada i no perjudica a la massa. Entén així mateix que els diners que es varen pagar pel local no són solament els 25.625 # de la subrogació hipotecaria amb més els 9.347 # que haurien abonat abans de l'escriptura sinó que caldria afegir-hi 1200 # de quotes endarrerides d'hipoteca i 9.000 # d'amortització anticipada d'hipoteca, fent- se càrrec a partir del moment de l'atorgament de l'escriptura també del pagament de totes les despeses i subministres com ara els rebuts d'Endesa o de les assegurances del local. Per últim no cal oblidar -afegeix l'apel·lant- els 46.000 # que els apel·lants van prestar a la societat mitjançant quatre talons de 8000, 15000, 16000 i 7000 # respectivament, talons que varen ser cobrats per la societat per ventanilla.
Doncs bé, no poden donar per acreditada tota l'operativa en la que la part apel·lant fonamenta el seu recurs. Així i pel que fa als 9.347 # no existeix cap prova de que fossen pagats amb anterioritat a la signatura de l'escriptura, com ara podria ser un apunt comptable, un moviment bancari o quelcom semblant. De fet en el Fet Segon de l'escrit de contestació a la demanda s'afirma que es varen pagar abans d'aquella signatura mentre que en el Fet Vuitè s'afirma que es van pagar en l'acte de l'atorgament i ara en el motiu Quart del recurs d'apel·lació es diu que van compensar un deute amb la concursada, però sense especificar quin deute i per quin concepte. Per acabar d'adobar-ho en la seva declaració el Sr Faustino (fill dels apel·lants i apoderat general de la societat) afirma que de fet els seus pares no van entregar cap quantitat de diners sinó que el pagament es va fer per compensació de deutes de la societat envers aquells. Semblantment succeeix amb la presumpta amortització de 9.000 # ja que el document en que es fonamenta (Doc24 de la contestació) no consta el número de préstec al que es refereix, tot i que sí consta que la data de l'amortització anticipada és el 19 de novembre de 2009, per tant, uns mesos després de l'escriptura de compravenda (juliol 2009) el que fa que de ser cert que es refereix a aquella hipoteca, no es tracta d'una amortització avançada sinó del pagament de la part d'hipoteca a la que es va subrogar amb la compravenda, i per tant, dins dels 25.625 # de la subrogació i que formaven part del preu declarat en escriptura. Afegir solament que pel que fa als 1200 #, de ser certa la quantitat resulta minsa i no justifica l'operació, com tampoc ho fan els rebuts de llum o assegurances (en que per cert, en la documentació que s'acompanya ni tan sols consta qui se'n va fer càrrec).
Tampoc podem donar per vàlids com a part del preu els 4 talons que es diu que es van cobrar per ventanilla ja que no existeix cap rastre comptable a la societat i ni tan sols consta que aquells fossin lliurats a nom de la societat concursada sinó que en un apareix com a beneficiaria "Image 4" i els de 15.000 # i 16.000 # varen ser lliurats al portador. La societat que era qui tenia la facilitat probatòria per acreditar aquests extrems ni tan sols es va oposar a la demanda sinó que es va aplanar a l'acció de reintegració. De fet els apel·lants no apareixen a la llista de creditors que va elaborar la concursada ni a la que va elaborar l'AC, la qual cosa coincideix a més amb les manifestacions de l'administradora social Sra. Milagros que sosté que els apel·lants no van lliurar cap diner a la concursada, sent que els manifestacions del Sr Ismael són imprecises i arriba a afirmar que no té constància documental de que les quantitats que la mare del Sr Ambrosio li hagués lliurat al seu fill anessin a parar a algun compte de la societat concursada.
Per últim, encara que fos cert el que els apel·lants manifesten (cosa que ja hem dit que no està en absolut acreditada), procediria igualment l'acció de reintegració atès que aquella operació alteraria la pars condició al fer de millor condició als pares del Sr. Ambrosio respecte de la resta de creditors amb crèdits més preferents als d'aquells.
TERCER. Pel que fa al motiu de recurs relatiu a quin fos el preu real del local, és evident que a les actuacions les úniques proves practicades al respecte són la pericial que considera que el valor és al voltant dels 100.000 # i la valoració que se li va donar a efectes d'hipoteca i que ultrapassa els 88.000 #, preus tots ells molts superiors al que n'haurien pagat els apel·lants.": SAP Lleida (Sección 2) 14.02.2013 (Sentencia 73/2013; Rollo 414/2012)

AP Madrid

"PRIMERO. La Administración concursal del concurso de D. Teofilo interpuso demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción rescisoria prevista en el artículo 71 LC. El objeto de la rescisión era la venta de las 630.640 participaciones sociales de la mercantil PARIHOL INVERSIONES, S.L. de las que era titular el concursado. La transmisión se efectuó por medio de escritura otorgada en fecha 28 de julio de 2010 por precio de 3.000.000 de euros, quedando aplazado el pago del precio hasta 2015 y fraccionándose el pago a partir de esa fecha en tres años a razón de 500.000 euros a abonar en los meses de enero y julio sucesivamente hasta completar el pago del precio.
Considera la Administración concursal que la citada compraventa constituye un acto perjudicial rescindible por dos motivos.
El primero es el precio de la compraventa, fijado en 3.000.000 de euros, cuando el valor neto contable de las participaciones enajenadas es de 103.624.435,19 euros. Añade la demandante que se adjuntaba a la escritura de venta un balance de situación a fecha 30/06/2010 del que se desprende el referido valor neto contable.
El segundo son las señaladas condiciones establecidas para el pago.
La oposición formulada por el concursado y la sociedad adquirente rechazaba que el precio pudiera considerarse perjudicial atendiendo fundamentalmente al valor real de las participaciones que se desprende de un balance aportado con la contestación elaborado por GIMENO AUDITORES, S.L.P. (...)
Por otra parte entienden los demandados que el aplazamiento en el pago es una práctica habitual en el tráfico mercantil, justificado en este caso por las características de la operación y la finalidad de lograr la

reestructuración económica de la sociedad.
Por último considera la contestación que, de estimarse la reintegración, debería resarcirse a POSIBILITUM BUSINESS, S.L. las aportaciones e inversiones de tesorería efectuadas, que ascienden a la suma de 1.063.571,10 euros.
La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil considera que la diferencia entre el precio abonado respecto de los activos enajenados representa un desequilibrio que exterioriza un perjuicio a los efectos del artículo 71 LC.
Igualmente destaca que las condiciones pactadas no pueden considerarse habituales en el tráfico mercantil.
Atendiendo a ambos aspectos declara la rescisión pretendida por la Administración concursal. En cuanto a los efectos de la rescisión, rechaza el reconocimiento de un derecho de crédito por importe de 1.063.571,10 euros pretendido por POSIBILITUM BUSINESS, S.L. en cuanto no se acredita la realidad de las aportaciones al tratarse de recibos unilateralmente redactados por la codemandada.
SEGUNDO. Frente a la citada sentencia se alza el recurso de apelación interpuesto por POSIBILITUM BUSINESS, S.L. que en lo sustancial viene a reiterar los argumentos expuestos en la contestación a la demanda, formalizándose oposición a dicho recurso por la Administración concursal, que se remite a los argumentos expuestos en la sentencia recurrida.
Se refiere en primer lugar el recurso al balance cerrado a 30 de junio de 2010 en el que se sustenta la tesis de la actora. Señala que dicho balance (el protocolizado junto con la escritura de compraventa de participaciones) no se aportó por la demandante y que la actora habría incumplido su deber de acreditar los hechos que fundamentan su pretensión.
El recurso se aparta de los fundamentos de la sentencia para concluir en una carencia probatoria inexistente.
La propia sentencia destaca que el balance de situación a fecha 30/06/2010 protocolizado con la escritura de compraventa no se aportó, pero añade que la existencia de tal documento y los parámetros económicos que arroja el mismo no son debatidos por los demandados.
En consecuencia, difícilmente puede concurrir falta de actividad probatoria respecto de hechos que no resultan controvertidos, como así fue y se desprende de las contestaciones a la demanda, y tal y como fue apreciado en la sentencia.
Por cuanto respecta al precio pactado para la venta de las participaciones de PARIHOL INVERSIONES,
S.L. destaca la apelante una serie de circunstancias que se pusieron de manifiesto en el informe pericial elaborado por GIMENO AUDITORES, S.L.P. y en un balance de situación de dicha sociedad cerrado al momento de la venta y que le fue facilitado a la apelante en el transcurso de las negociaciones que concluyeron en la adquisición de las participaciones sociales.
Sobre esta base se refiere a la existencia de un préstamo participativo concedido por PARIHOL INVERSIONES, S.L. a su filial TEINVER, S.L. por importe de 29.327.301,52 euros y la difícil situación financiera de ésta que desembocó en concurso declarado por auto de 23 de diciembre de 2011.
Se refiere también a las garantías constituidas por PARIHOL INVERSIONES, S.L. sobre créditos de otras empresas filiales o pertenecientes a su grupo que pasaban por una situación crítica, lo que dio lugar a la declaración de concurso de la citada TEINVER, de LIMPIEZAS RODA, S.L. (auto de 20 de diciembre de 2010), de PLURIBUS, S.L. (auto de 11 de mayo de 2011). Añade que las participaciones de PARIHOL INVERSIONES, S.L. en otras sociedades se encontraban pignoradas a favor de entidades de crédito, como se hizo constar en la escritura de compraventa objeto de las actuaciones.
Concluye el motivo señalando que las partidas del balance aportado como doc. 7 del escrito de oposición a la demanda (situación de las sociedades participadas, deudas de difícil cobro, pérdidas, endeudamiento) muestran que el precio fijado es una cifra muy superior el valor de las participaciones que se desprende de este balance, por lo que se anticipó el patrimonio neto que se desprende del mismo (163.692,21 euros).
Valoración del Tribunal.
Debemos rechazar los presupuestos sobre los que se asienta el motivo del recurso.
En primer lugar, no se ha aportado ningún informe que fije una valoración de las participaciones a fecha de la venta. Frente al valor neto contable que se desprende del balance a fecha 30/06/2010 que se adjuntó a la escritura de compraventa, lo que se aporta es un informe por el que se elabora un nuevo balance a esa fecha, en el que el patrimonio neto, atendiendo a una serie de correcciones, se fija en 163.692,21 euros.
En la contestación formulada por POSIBILITUM BUSINESS, S.L. frente a la demanda interpuesta por la Administración concursal se dice lo siguiente (pg. 7 f. 131):
"Como es usual en el tráfico mercantil, mi Mandante realizó un estudio previo a la adquisición, de la situación financiera de estas empresas y elaboró un informe valorando dicha situación para poder determinar tanto el precio como la forma de pago del mismo que se iba a abonar a los vendedores.
Como resultado de ese análisis, mi Mandante negoció con los vendedores un precio razonable de adquisición de dichas participaciones, muy superior a su valor real".
Y así lo reitera más adelante (pg. 9, f. 133) cuando se refiere a dicho informe como el elaborado por GIMENO AUDITORES, S.L.P. "valorando la situación financiera de PARIHOL INVERSIONES, S.L. y de sus sociedades participadas, a fin de determinar el precio de adquisición de dichas participaciones y su forma de pago" y se remite al informe aportado como doc. 6 del escrito de oposición.
Y añade que se facilitó por los representantes de la parte vendedora, durante las negociaciones previas a la adquisición, "copia de un nuevo balance de situación", que se había elaborado para realizar una corrección de los elementos del activo y pasivo de la Sociedad" y se remite a su doc. núm. 7.
Esto viene a reproducirse en el recurso.
Pues bien, el documento aportado como núm. 6 por POSIBILITUM BUSINESS, S.L. es una copia del informe que reconoce fue realizado a su instancia. Se aporta el original como doc. núm. 11 del escrito de oposición del concursado Sr. Teofilo.
El nuevo balance elaborado es una parte de dicho informe (f. 564) no un balance entregado por la parte

vendedora. Es más, resultaría contradictorio que ambas partes, en el momento de la negociación tomaran como base ese balance "corregido" y acompañaran otro distinto a la escritura, ambos cerrados el 30/06/2010.
Lo que se presenta por la apelante en su contestación como doc. núm. 7 (f. 203) es una reproducción parcial del informe (f. 564).
No solo resultaría contradictorio e inexplicable que las partes negociaran sobre un balance y acompañaran otro distinto a la escritura de compraventa de las participaciones, es que además dicho informe y el balance que contiene no fue elaborado en el momento de la compraventa o en momento anterior.
El informe se cuida de no indicar la fecha de su elaboración, solo se titula "Informe de valoración patrimonial terminado el 30 de junio de 2010", ni hace referencia a ningún encargo, ni su objeto.
Sin embargo, su contenido revela que, en cualquier caso, su elaboración es muy posterior. Así, se refiere el informe al auto de concurso voluntario de TEINVER de fecha 23 de diciembre de 2010 (anexo como documento nº 1 al informe). Es imposible que el informe fuera utilizado en la negociación de una venta de participaciones celebrada en fecha 28 de julio de 2010 cuando hace referencia a hechos muy posteriores. En otro de los apartados se justifica la corrección valorativa en el hecho de que la mayoría de las sociedades participadas "se encuentran en Concurso de acreedores o en proceso de liquidación como la propia Teinver,
S.L. en el momento actual". Se trata pues de correcciones que se han efectuado en un momento muy posterior a la venta de participaciones de PARIHOL INVERSIONES. El propio informe añade que el concurso de Teinver (se refiere al auto de declaración de concurso voluntario de 23 de diciembre de 2010) "será un factor determinante a la hora de evaluar la posible recuperación del crédito". Y en el apartado de provisiones y contingencias (2.2) el informe se refiere de nuevo a la condición de PARIHOL INVERSIONES como fiadora de Teinver así como a la cantidad que ésta adeuda "que en la actualidad se encuentra impagada, como hemos visto anteriormente por la situación de insolvencia total por parte de la sociedad Teinver, por lo que podemos afirmar que dicho importe será exigido a Parihol [.]"
Es imposible que el balance de situación a fecha 30 de junio de 2010 que contiene el informe fuera facilitado durante la negociación, cuando se trata de un informe elaborado posteriormente, al margen de lo contradictorio que sería tener en cuenta un balance y acompañar otro distinto, cerrado a la misma fecha, junto con la escritura de compraventa de participaciones.
Desde luego no es posible admitir que situaciones de insolvencia de empresas participadas declaradas en diciembre de 2010 o en mayo de 2011 ya concurrieran en junio de 2010 y que estas situaciones den lugar a modificaciones del balance cerrado a 30/06/2010.
En suma, lo que aporta la apelante, es un nuevo balance corregido elaborado ad hoc posteriormente para intentar justificar el precio de adquisición de las participaciones y sobre acontecimientos muy posteriores a la fecha de cierre.
Sobre lo expuesto, difícilmente puede atribuirse crédito alguno a dicha actuación. Como además señala la sentencia recurrida, tiene en cuenta situaciones ocurridas con posterioridad al objeto de modificar el anterior balance, es decir, el elaborado con anterioridad a la compraventa y que fue unido a la escritura.
La apelante no efectuó objeción alguna al balance que se adjuntó a la escritura y reconoce que estudió detenidamente la situación patrimonial de la sociedad. Es sobre dicho balance y atendiendo a sus extremos sobre el que se efectuó la compraventa y a dicha situación patrimonial debe atenderse, no a la que interesadamente se pretende hacer valer a través de unas modificaciones elaboradas con posterioridad.
La apelante efectúa correcciones ex post, de manera que se pretende modificar el balance cerrado a 30 de junio de 2010 sobre hechos muy posteriores, como la declaración de concurso de determinadas sociedades participadas por PARIHOL INVERSIONES entre finales de diciembre de 2010 y mayo de 2011.
Si la apelante no puso objeción alguna al balance cerrado a 30 de junio de 2010 que fue el considerado en la compraventa de participaciones y se adjuntó a la escritura, no pude pretender su modificación con posterioridad de la manera que mejor se acomode a sus intereses. Pero aún surgen nuevas contradicciones a consecuencia del nuevo balance "corregido" y de las alegaciones de la apelante sobre el precio fijado en la compraventa de participaciones. Según la apelante, el valor real de las participaciones se corresponde con el patrimonio neto que aparece en el nuevo balance rectificado, lo que, como hemos observado ya supone una alteración "pro domo sua" de lo que previamente había aceptado como situación patrimonial de la sociedad PARIHOL INVERSIONES, situación radicalmente distinta a la que refleja el nuevo balance.
Es más la apelante llegó incluso a señalar en la contestación a la demanda que el valor de las participaciones es prácticamente cero y así lo reitera en su recurso (pg 8) al referirse al precio de la compraventa: "Es más, se trata de una cifra muy superior respecto al valor de dichas participaciones que se desprende de dicho balance, claramente negativa".
La apelante aceptó un patrimonio neto que según el balance acompañado a la escritura de compraventa asciende a fecha 30/06/2010 a 103.624.435,19 euros, como se manifestaba en la demanda (hecho no controvertido).
Posteriormente se elabora un nuevo balance ad hoc, en el que la cifra de patrimonio neto se reduce a 163.692,21 euros, lo que supone una evidente contradicción para quien conocía como reconoce perfectamente la situación patrimonial de la sociedad cuyas participaciones adquiere y para quien en ningún momento reprochó que dicho balance no correspondiera a la verdadera situación patrimonial de la sociedad.
Después se llega incluso a afirmar el nulo valor de las participaciones o el valor real negativo (pg. 13 del recurso). Y hasta califica las participaciones como un elemento "tóxico" (pg. 13 del recurso).
Y sobre tales alegaciones efectuadas a conveniencia de la apelante, no se llega a explicar tampoco que por unas participaciones con nulo o escaso valor -quod non, según hemos razonado- se llegue a satisfacer un precio que asciende a 3.000.000 de euros, y así sostiene que estaba pagando un precio muy superior al real.
Las contradicciones en que incurre la apelante son continuas. Y para justificar este nuevo razonamiento, que no se corresponde con el balance de situación que aceptó como válido al otorgar la escritura de compraventa, se nos dice que por este motivo se establecieron las particulares condiciones sobre la forma de pago que

fueron pactadas.
Realmente no se alcanza a comprender que algo que no tiene valor súbitamente lo adquiera por un inmejorable aplazamiento en el pago. Si el valor de las participaciones era ínfimo o nulo es imposible que alcance un precio de 3.000.000 de euros en virtud de las condiciones de pago. Dicho de otro modo, la forma de pago del precio no hace que algo que no tiene valor lo adquiera hasta alcanzar la cifra de 3.000.000 de euros.
Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010, la venta por un precio notablemente inferior al del mercado supone una disminución del valor del patrimonio del vendedor constituyendo un sacrificio patrimonial injustificado. (...)
CUARTO. Por último, interesa el recurso que a consecuencia de la restitución derivada de la reintegración acordada se reconozca a la apelante el derecho a percibir el importe de 1.063.571 euros en concepto de aportaciones en efectivo realizadas a la sociedad PARIHOL INVERSIONES, S.L. tras la adquisición de las participaciones sociales (docs. 12 a 20 de la contestación a la demanda), como daño emergente que debe ser reembolsado al restituir las participaciones.
En los supuestos de nulidad o anulabilidad de compraventa de acciones (aquí se trata de participaciones) se reconoce la posibilidad de que se hubieran causado daños y perjuicios derivados de la adquisición (STS de 10 de junio de 2010) en cuanto la transmisión inevitablemente comporta determinados efectos, si bien las indemnizaciones derivadas de la nulidad o anulabilidad de un contrato, a diferencia de los supuestos de incumplimiento contractual, alcanzan exclusivamente al interés negativo o interés de confianza que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no se hubiese celebrado el contrato
o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual, sin que alcance el llamado interés positivo, que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez con la que existiría si hubiese habido validez y cumplido los efectos del contrato (STS de 5 de marzo de 2010).
El Tribunal Supremo ha reconocido también la aplicación a las consecuencias restitutorias derivadas de la nulidad de los artículos 1.101 y ss. CC o de las normas de liquidación de estados posesorios a fin de completar el régimen específico de los arts. 1303 a 1308 CC (STS de 26 de julio de 2000).
Y no descartamos que, al igual que en la nulidad, la restauración de la situación primitiva que comporta la reintegración permita completar con las citadas normas el régimen previsto en el art. 73 LC. Los efectos que produce el éxito de la acción nacen de dicho régimen legal y no necesitan de petición expresa de las partes, en razón del principio iura novit curia (STS 28 de marzo de 2012).
Sin embargo, la valoración efectuada por el Ilmo. Sr. Magistrado a quo en la sentencia recurrida resulta plenamente correcta. La única justificación de tales aportaciones son los recibos de aportaciones (ff. 220 y ss.) firmados por PARIHOL INVERSIONES, S.L. sociedad controlada por la propia apelante POSIBILITUM BUSINESS, S.L. que efectúa las aportaciones. Ni existe rastro alguno de la efectividad de dichas aportaciones, ni se constatan mediante informe pericial, ni se corroboran con los respectivos asientos contables.
Solo disponemos de unos recibos con el concepto "aportación de efectivo" con la firma de PARIHOL INVERSIONES. Tampoco es posible determinar el objeto y finalidad de dichas aportaciones, que pueden tener un alcance muy diverso.
Es preciso ponderar el grado de credibilidad que pueden merecer los documentos en las circunstancias del debate y no hay otros elementos de prueba que permitan tener por acreditadas las aportaciones y conocer su objeto. Como señala la STS de 15 de noviembre de 2010, "la valoración de los documentos privados debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (STS 30 de junio de 2009, RC nº 1889/2006). Una cosa es el valor probatorio de los documentos privados en cuanto a la autenticidad, fecha
o personas que intervinieron, y otra distinta la interpretación efectuada por la sentencia recurrida acerca del contenido de los documentos, puesto que la expresión «prueba plena» del artículo 326.1 LEC no significa que el tribunal no deba valorar el contenido de los mismos de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el conjunto de las pruebas aportadas (STS de 15 de junio de 2009, RC nº 2317/2004)."
Por ello consideramos insuficientes tales documentos para constatar la debida acreditación de cantidades que hubieran sido satisfechas por la apelante y su pertinencia, ello antes de determinar si, con arreglo a lo expuesto, procedería o no su restitución.": SAP Madrid (Sección 28) 01.07.2013 (Sentencia 212/2013; Rollo 247/2012)

AP Murcia

"De las alegaciones esgrimidas en el recurso de apelación por la defensa de las partes apelantes se desprende la disconformidad con la valoración fáctica efectuada en instancia, pretendiéndose efectuar una nueva valoración favorable a sus intereses, consistentes en mantener la validez y eficacia de la compraventa de fecha 6 de febrero de 2004 en base a los informes periciales aportados por las entidades demandadas.
Tras el examen de las pruebas obrantes en autos procede desestimar el motivo articulado, pues lo argumentado por la defensa de las partes apelantes no ha desvirtuado los razonamientos que se exponen en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia, en el que se refieren las circunstancias en que se basa el carácter perjudicial que revistió la compraventa de fecha 6 de febrero de 2004 para la masa activa de la entidad Española del Zinc, SA, aceptándose por la Sala la conclusión valorativa de instancia, pues la misma se desprende de la tasación realizada por ARQUITASA, en fecha 21-10-2004, a instancia de la C.A. del Mediterráneo, obrante a los folios 137 a 203, y por ARCO, en fecha 8 de octubre de 2003, a instancia de Española del Zinc, SA, aportados ambos informes con la demanda interpuesta, pues el precio de valoración por metro cuadrado es casi un 50% superior al precio fijado de 29,97 ? en la escritura de venta de fecha 6 de febrero de 2006. A los informes periciales aludidos se les concede valor probatorio al amparo de la facultad que confiere el artículo 348 de la LECiv, en cuanto ofrecen más garantías de objetividad e imparcialidad, por las fechas en que fueron realizados y a instancia de quienes fueron, que a los informes periciales aportados por las partes demandadas y recurrentes, de fechas 21 de noviembre de 2005, mayo de 2005 y 24 de mayo de

2005, obrantes a los folios 295 a 344. De la escritura de venta de fecha 18 de agosto de 2006, aportada en fase de apelación y admitida, obrante a los folios 553 a 577, también se desprende que el precio que resulta por metro cuadrado de terreno es muy superior al fijado en la escritura de fecha 6 de febrero de 2006. El carácter perjudicial de esta compraventa para la masa activa de la entidad vendedora, y luego declarada en concurso antes del transcurso de dos años, también se pone de manifiesto por la forma en que se pactó el pago del precio de la compraventa, fijado en 2.700.000 ?, en cuanto que en el momento de la firma de la escritura se entregaron 728.000 ? y el pago del resto del precio en seis pagarés con vencimientos en fechas 6 de mayor de 2004, 6 de mayo de 2006 y 6 de mayo 2007, aceptándose lo razonado en la sentencia de instancia, con mención de lo reseñado en el informe de la administración concursal.
En atención a lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación, confirmándose íntegramente la sentencia de instancia, pues en el acto dispositivo impugnado concurren los requisitos exigidos por el art. 71.1 y 4 de la Ley Concursal, ya que el mismo tuvo lugar dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso y al haberse acreditado que fue perjudicial para la masa activa de la vendedora y luego declarada en concurso.”: SAP Murcia (sección 4) 23.05.2008 (JUR 2008; Sentencia 181/2008; Rollo 354/2006)

AP Orense

“PRIMERO.-La sentencia apelada estimando la acción de reintegración ejercitada por la Administración Concursal, en aplicación de lo dispuesto en el art. 71 de la Ley Concursal en sus apartados 1, 4 y 6, declaró la ineficacia de los contratos de compraventa celebrados por la concursada en 24 de marzo de 2008 y 4 de abril del mismo año, escasos meses antes de que hubiese solicitado la declaración de concurso voluntario, lo que tuvo lugar en el mes de junio de 2008. Mediante tales contratos, la concursada transmitió a la codemandada "Autos Lory SL", un vehículo Mercedes Benz CLS -320-CDI, (por un importe de 34.800 #), un vehículo Audi A8 3.3 TDI (por 13.920 #) y el vehículo Saangyong Rexton (por 13.920 #). Así como una embarcación de recreo a motor, modelo 40 Fisher, con dos motores volvo TAMD 63.P de 37008 HP cada uno, por el precio de 69.600 # (en total 132.240 #) cuando en realidad, el valor de mercado del conjunto de los bienes vendidos, según el informe emitido por el perito judicialmente designado a instancia de la Administración Concursal, ascendía a 524.649 #
En tales circunstancias la conclusión, obtenida por la juzgadora de instancia de que tales actos transmisivos realizados durante el periodo "sospechoso", indicado en el citado precepto legal, lo fueron en detrimento patrimonial de la masa, se estima plenamente lógica, si tenemos en cuenta, además, que según afirmó la Administración Concursal, eran los únicos activos de la sociedad libres de cargas.
La Juzgadora de instancia apoya tal conclusión en el informe emitido por el perito judicialmente designado, por lo que el principal motivo de recurso formulado por la concursada, toda vez que la entidad compradora de los bienes se aquietó con tal pronunciamiento, estriba en cuestionar el contenido de dicho informe, tildando su valoración de excesiva y errónea. Puesto que, según su alegato, le atribuye a los bines vendidos un valor incluso superior al de compra, lo que pretende justificar mediante la prueba documental aportada en periodo probatorio.
En cuanto al valor de la embarcación de recreo, el perito tuvo en cuenta en su tasación, el modelo y sus características según la ficha técnica, y según un estado de uso adecuado. Y aun cuando tiene en cuenta una fecha matriculación más reciente que la real, puesto que la fija en el año 2007, cuando del documento obrante al folio 318 de los autos se deduce que su fecha de construcción data de finales del año 2003. Ello no priva de eficacia probatoria a tal informe ni en nada desvirtúa su contenido, corroborado por distintos anuncios de venta de embarcaciones similares, aportados a los autos, donde se le asigna un precio similar al fijado pericialmente para embarcaciones de su misma antigüedad. No se aporta pericial de signo contrario que contradiga lo afirmado, careciendo de eficacia probatoria la factura de compra aportada por la demandada, no adverada en periodo de prueba, y con escaso alcance probatorio conforme a lo dispuesto en el art. 326 Ley de Enjuiciamiento Civil.
Lo mismo sucede con la valoración del vehículo Mercedes Benz CLS 320 cdi, para lo cual tuvo en cuenta el perito las características técnicas del vehículo, así como su fecha de matriculación, corroborada por los demás documentos oficiales obrantes en autos, y no desvirtuada mediante ningún otro medio de prueba. Si semeja excesiva la valoración pericial del vehículo Audi A-8, en tanto que la fecha de su primera matriculación es bastante anterior a la que toma en cuenta el perito judicial, dado que la factura de compra del vehículo aportada por la concursada (por importe de 30.000 #) ha de tenerse por cierta, al haberse adquirido mediante contrato de leasing intervenido por fedatario público, donde se hizo constar el precio de adquisición en el año 2004. En cualquier caso, esta circunstancia no supone variación sustancial del valor final de la tasación pericial sobre el conjunto de los bienes vendidos, ni impide tener por probado el perjuicio patrimonial para la masa, tal como lo estimó la juzgadora de instancia, cuya apreciación de la prueba se estima plenamente lógica y acorde con los parámetros del recto criterio. Con fundamento en un informe pericial adecuadamente argumentado, salvo el error apuntado, emitido por perito cualificado y con la imparcialidad que le confiere su designación judicial, y lo que es más importante, sin que la parte demandada se haya cuidado de aportar otra prueba pericial de singo contrario que hubiese desvirtuado sus conclusiones.”: SAP Orense (Sección 1) 12.03.2013 (Sentencia 98/2013; Rollo 667/2011)

AP Oviedo

“TERCERO En cuanto al valor del inmueble, objeto principal de discrepancia en el presente recurso y a pesar de los esfuerzos de la parte apelante, esta Sala entiende que es acertada la valoración de la prueba efectuada por el juzgador de instancia. Se parte para ello de reconocer que, descartado el supuesto de presunción de

perjuicio patrimonial iuris et de iure del primerinciso del art. 71. 2 de la ley Concursal, así como el supuesto de la primera de las presunciones iuris tantum delart. 71. 3, nos encontramos ante un supuesto delart. 71. 4de impugnación de un acto rescindible regido por las reglas generales de la carga de la prueba contempladas en elart. 217 de la LEC y en consecuencia corresponde a la Administración concursal probar el perjuicio patrimonial causado a la masa.
El juez de instancia entiende que ha quedado probado que el precio de venta (42.000 euros) del inmueble es netamente inferior al valor que considera real de 81.800 euros, y por tanto es perjudicial para la masa activa, basándose en el informe efectuado por la sociedad de tasación Krata y que obra a los folios 113 y ss de los autos, informe que hay que considerar imparcial y que además no ha sido efectuado para aportar al presente procedimiento sino para la obtención de una hipoteca por lo que es de suponer que al ser aceptado por la entidad que otorga el préstamo y teniendo en cuenta que el inmueble constituye la garantía para la entidad bancaria, la valoración será lo más cercana a la realidad posible.
La parte apelante dedica gran parte de sus argumentos a tratar de desvirtuar el citado informe de tasación, atacando por un lado el método utilizado en cuanto a los locales objeto de comparación, al encontrarse ubicados en zonas diferentes y con características distintas del inmueble litigioso, hecho que incluso reconoce el juez de instancia en la sentencia cuando admite que ciertamente los locales objeto de comparación en el informe no son los más acertados dado su valor comercial y su ubicación, sin embargo a pesar de ese hecho reconocido, el juzgador sigue dándole valor a esa tasación y ello porque no solo se basa en esta prueba que por las razones antes expuestas considera imparcial, sino porque además la realidad de la valoración se confirma con otras pruebas.
Así, el citado inmueble fue valorado a efectos de subasta en el año 2001 en 61.339,30 euros según consta en escritura pública de préstamo hipotecario, aportada en el acto de la vista, y si tenemos en cuenta que es un hecho notorio que el valor de los inmuebles tenían un constante incremento en esos años es fácil deducir que la valoración efectuada en el 2001 por el importe señalado con los incrementos anuales que se producían todavía en esa época, coincidiría muy probablemente con la tasación efectuada cuatro años después en el informe de Krata.
Pero aún existe otro dato que valora la sentencia y que forma parte de los actos propios de la parte apelante, y es que el mismo inmueble se puso a la venta poco después de su adquisición por HUEVOS LEÓN-ASTURIAS S.L. por 60.000 euros como se reconoce en el acto de la vista, sin que pueda servir de argumento favorable a la tesis de la apelante, el hecho de que no se haya vendido en los dos últimos años, pues también es un hecho aún más notorio la crisis inmobiliaria de los últimos tiempos.
CUARTO Frente a la prueba señalada, consistente en dos informes imparciales realizados para obtener sendos préstamos hipotecarios en los que el inmueble servía de garantía, reforzada por el acto propio de la aquí apelante, ésta entidad, en vez de realizar una prueba pericial que pudiera desvirtuar la actividad probatoria de la Administración concursal, se limita o bien a aportar la valoración a efectos del IBI que no es habitualmente una referencia para tener en cuenta como valor real de un inmueble; o bien a tratar de poner en duda el método realizado para la elaboración del primero de los informes mencionados, con amplia argumentación en cuanto a lo que debe entenderse por inmuebles comparables ya la, a su juicio, incorrecta aplicación de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, incluso con aportación de jurisprudencia contencioso-administrativa al respecto, esfuerzo encomiable pero que no contradice el verdadero motivo por el que dicha tasación es tenida en cuenta tanto por el juzgador de instancia como por esta Sala y que no es otro que su fiabilidad al tratarse de una tasación aceptada por una entidad bancaria para garantizar un préstamo.
Incluso partiendo de la tasación de 81.800 euros que acepta lasentencia y esta Sala y de la diferencia en cuanto al precio pagado de 42.000, tampoco favorecería a la parte apelante la tesis que también incluye entre su argumentación, de aplicación analógica delart. 1291 del código civil relativo a la rescisión por lesión "en más de la cuarta parte del valor de las cosas".": SAP Oviedo 04.03.2009 (JUR 2009/187097)

AP Pontevedra

""PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión.
En el presente procedimiento se ejercita por la Administración concursal de la empresa "Belypa Construcciones, S.L." una acción de reintegración de la masa contra la citada sociedad y contra D. Maximiliano, con base en los siguientes hechos:
1º El 18 de enero de 2008, la sociedad "Belypa Construcciones, S.L." compró a D. Remigio, por un precio de 91.954,85 #, el inmueble que se describe como:
"CASA compuesta de planta baja a bodega y piso a vivienda, que mide cinco metros con veinte centímetros de frente, por nueve metros con doce centímetros de fondo, que hacen cuarenta y siete metros cuadrados cuarenta y dos decímetros cuadrados (47,42 m2) en planta. Sita en la CALLE000 número NUM004, de la ciudad de Tui, Linda: Norte, cada de Benedicto; Sur, casa de Don Cipriano; Fondo u Oeste, patio de Don Cipriano; y Frente o Este, CALLE000 ".
2º Entre los años 2010 y 2011, la entidad "Belypa Construcciones, S.L." realizó obras de reforma en el citado inmueble.
3º Mediante escritura pública de 2 de septiembre de 2011, la entidad "Belypa Construcciones, S.L." vendió el inmueble a D. Maximiliano, hijo del administrador de hecho de aquella sociedad, D. Fausto, por un importe de 60.000 #, a pesar de que, según tasación realizada tres meses después, su valor ascendía a 100.438,80 #.
4º En la escritura de venta se estipuló que la vendedora retenía del precio la suma de 25.000,02 # para hacer frente al préstamo hipotecario que gravaba la finca, y el resto se reconoció como pagado con anterioridad, 13.939,98 # en metálico y 21.060,00 # mediante ingreso bancario en la cuenta de "Belypa Construcciones, S.L.".
5º La cantidad que se dice abonada en efectivo fue satisfecha con fondos procedentes de la contabilidad "B" de

"Belypa Construcciones, S.L.", mientras que el ingreso bancario se hizo por cuenta de la misma entidad, que poco más tarde, en virtud de auto de 28 de diciembre de 2011, fue declarada en concurso voluntario de acreedores.
Con base en estos hechos y al amparo del art. 71 de la Ley Concursal, la Administración concursal postula la rescisión de la compraventa celebrada argumentando que "Belypa Construcciones, S.L." procedió a vender un inmueble de su propiedad al hijo del administrador de hecho, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y por un precio equivalente a la cuarta parte de su valor, con el consiguiente perjuicio para la entidad concursada.
Los demandados D. Maximiliano y la entidad "Belypa Construcciones, S.L." niegan tanto la existencia de personas especialmente vinculadas con la empresa al ser el padre de aquél un simple cargo intermedio, como la existencia de perjuicio alguno para la entidad dado que la tasación que se aporta no responde a las concretas circunstancias del inmueble y el precio fue satisfecho en su totalidad en la forma estipulada.
Tras examinar la finalidad y requisitos de la acción de reintegración prevista en el art. 71 LC, el Juzgado "a quo" analiza la prueba practicada y concluye, primero, que el inmueble se vendió por un precio muy inferior al de mercado, puesto que, estando valorado en 100.438,80 # según la tasación aportada por la parte demandante -y que considera más ajustada al ser más próxima en el tiempo a la fecha de la compra-, y, segundo, que no se ha probado que el comprador haya abonado la totalidad del precio pactado de 60.000 # y, más concretamente, las partidas de 13.939,98 # y 21.060,00 #, por lo que entiende que nos hallamos ante un acto dispositivo realizado a favor de persona especialmente vinculada a la sociedad concursada, y, por ende, los hechos deben subsumirse en el art. 71.3.1º LC, lo que comporta la estimación íntegra de la demanda.
Frente a esta resolución se alza la parte demandada (en realidad, el codemandado D. Maximiliano, ya que "Belypa Construcciones, S.L. no llegó a personarse en esta alzada), reiterando por vía de recurso los motivos alegados al contestar a la demanda; en particular, la adecuación del precio estipulado y el completo pago del mismo en la forma contemplada en la escritura de compra, lo que determinaría la ausencia de perjuicio alguno y, en consecuencia, de ilicitud de ninguna clase en la operación realizada.
SEGUNDO.- La acción de reintegración de la masa y la necesidad de perjuicio.
El art. 71 de la Ley Concursal regula la denominada acción de reintegración, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada en relación con la aplicación del antiguo art. 878.II del Código de Comercio, en los siguientes términos:
"1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.
3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:
1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.(...)"
Como se desprende de la redacción transcrita, el art. 71 LC distingue entre los actos de disposición a título gratuito, en los que presume en todo caso la existencia de perjuicio, los actos de disposición a título oneroso, en los que presume el perjuicio salvo prueba en contrario, y el resto de operaciones o actuaciones del deudor concursado, con relación a las cuales atribuye la prueba del perjuicio a quien ejercite la acción rescisoria. Pero en todo caso es consustancial al éxito de la acción de rescisión la idea de perjuicio para la masa del concurso, según resulta del párrafo 1º, que declara rescindibles *"los actos perjudiciales para la masa..."*.
En este sentido ya se había venido pronunciando reiteradamente la jurisprudencia que, aunque inicialmente se inclinó por una interpretación literal del art. 878 CdC *("todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos")* y llegó a afirmar la nulidad absoluta de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados (cfr. SSTS de 17 de marzo de 1958; 22 de febrero de 1963; 26 de marzo de 1974; 17 de marzo de 1977; 13 de julio de 1984; 24 de octubre de 1989; 15 de noviembre de 1991; 19 de diciembre de 1991; 11 de noviembre de 1993; 28 de octubre de 1996; 26 de marzo de 1997; 2 de diciembre de 1999; 22 de mayo y 12 de junio de 2000; 8 de febrero de 2001; 3 de abril y 30 de septiembre de 2002; 28 de febrero de 2003; 29 de enero y 26 de marzo de 2004), ya había reconocido como excepción de la ineficacia del acto impugnado los casos de clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (SSTS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977).
En el ámbito de las operaciones inmobiliarias, entremezcladas con la mayoría de sentencias que seguían manteniendo la tesis de la nulidad absoluta, aparecieron otras que relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo la existencia de un fraude (STS de 12 de marzo de 1993) o de un perjuicio (STS de 20 de septiembre de 1993), hasta llegar a declarar expresamente que el art. 878.II no podía interpretarse literalmente, sino que la ineficacia debía supeditarse a la concurrencia del perjuicio, que vendría representado por un detrimento

patrimonial o disminución del haber de la masa.
En definitiva, las acciones que contempla el art. 71 LC bajo la denominación de "acciones de reintegración" se integran en la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en el perjuicio que, tratándose actos de disposición a título oneroso, realizados dentro de los daños anteriores a la fecha de declaración del concurso, se presume salvo prueba en contrario siempre que se hayan realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, entre las que el art. 93.2 LC incluye, además de los socios, a los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
TERCERO.- El perjuicio en la compraventa celebrada en el supuesto de autos.
Como se ha anticipado al inicio, el debate se centra en determinar si la operación supuso o no un perjuicio para la sociedad concursada; perjuicio que la Administración concursal, en postura asumida por el Juzgado "a quo", sitúa en el hecho de que la vivienda se hubiera vendido por un valor notoriamente inferior al de mercado y que ni siquiera se llegó pagar, al menos en gran medida.
El valor del inmueble propiedad de "Belypa Construcciones, S.L.".
La sociedad concursada adquirió la finca sita en la CALLE000 núm. NUM004 de Tui por un precio de 91.954,85 #, en virtud de contrato celebrado en fecha 18 de enero de 2008 (cfr. el documento privado de compraventa -folio 26-).
El citado inmueble había sido pericialmente tasado con fecha 14 de diciembre de 2007 en la cantidad de 87.900 # (véase el certificado de tasación emitido por "Alia Tasaciones, S.A." y no impugnado por ninguna de las partes -folios 27 y 28-).
Para valorar la adecuación del precio estipulado en el contrato de compraventa cuya rescisión se pretende por la Administración concursal (60.000 #), con el verdadero valor del edificio, se han aportado dos certificaciones del mismo órgano, la Consellería de Facenda de la Xunta de Galicia: en la primera, presentada por la demandante y datada en fecha 28 de diciembre de 2011, se valora en 100.438,80 # (folio 25), mientras que en la segunda, acompañada con el escrito de contestación a la demanda y fechada el 31 de diciembre de 2013, se tasa en 43.375,06 # (folio 74).
La diferencia obedece a que la primera toma como referencia una superficie destinada a vivienda de 88 m2, es decir, la suma de la planta baja y el piso, en tanto que la segunda tasación distingue entre la planta baja, destinada a almacén, y la primera planta, destinada a vivienda.
La Sala no puede aceptar ninguna de las valoraciones puesto que, por una parte, si el inmueble se describe como compuesto de planta baja a bodega y piso a vivienda, la tasación del todo como destinado a vivienda no responde a la realidad, y, por otra parte, es inverosímil que, tasado pericialmente el bien en 87.900,00 # en fecha 14 de diciembre de 2007 y habiéndose abonado por el mismo un precio de 91.954,85 # en fecha 18 de enero de 2008, ahora, cinco años después, se valore en menos de la mitad.
En estas condiciones y como referente más próximo, la Sala considera que debe estarse al precio que las partes fijaron libremente en el contrato de compraventa de 18 de enero de 2008, esto es, 91.954,85 #, por representar el valor de mercado real en dicho momento. Si se aplica a esta cifra el factor de corrección que supone la variación del Índice de Precios de la Vivienda entre 2008 y 2011, publicado por el Instituto Nacional de Estadística (cfr. folio 75), esto es, un (-) 12,8%, obtenemos un resultado de 80.184,63 # que, si bien es genérico en la medida que no consta con exactitud el impacto de la crisis económica en la localidad en que se hallaba situado el inmueble, sí que parece más ajustado para dilucidar el verdadero precio de mercado.
Si el inmueble tenía un valor de 80.184,63 # y se vendió en 60.000 #, es evidente que la operación, aun cuando pudiera explicarse por la necesidad de inyectar capital debido a la difícil situación económica de la vendedora, implicaba un perjuicio claro para esta última al entrañar un desvalor del 25%.
El pago del precio pactado.
En la escritura pública de compraventa de 2 de septiembre de 2011 se estipuló que el pago del precio sería abonado de la siguiente forma: 13.939,98 # se reconocieron abonados en metálico el 17 de agosto anterior, 21.060,00 # mediante ingreso bancario en la cuenta 0500105987 efectuado el 19 de agosto de 2011, y los restantes 25.000,02 # que correspondían al saldo pendiente de amortizar del préstamo hipotecario que gravaba la finca y que se retuvieron por la vendedora (folios 31 y ss.).
La Administración concursal afirma que el comprador únicamente abonó la cantidad de 25.000,02 #, mediante subrogación en la hipoteca, ya que la partida de 13.939,98 # salió de la contabilidad "B" de "Belypa Construcciones, S.L." y la partida de 21.060,00 # fue ingresada por el administrador de dicha sociedad, D. Artemio, y no por el comprador.
El examen de la documentación aportada no permite estimar acreditada tal afirmación.
En efecto, de las libretas de ahorro presentadas por la parte demandada se desprende que, primero, con fecha 19 de agosto de 2011, se produjo un traspaso de 28.000 # desde la cuenta nº NUM005 (titularidad de la menor Ángeles y en la que estaba autorizado su padre D. Fausto), a la cuenta NUM006 (titularidad de la menor Ángeles y de su hermano D. Maximiliano, y en la que estaban autorizados sus padres D. Fausto y Dña. Diana), ambas abiertas en la oficina del Banco Popular en Tui. Y, segundo, que en la misma fecha, 19 de agosto de 2011, se produjo un reintegro de 21.060,00 # en esta última cuenta.
Si estas operaciones se ponen relación con el resguardo de ingreso de efectivo por importe de 21.060,00 #, efectuado el mismo día 19 de agosto de 2011 a favor de "Belypa Construcciones, S.L." (folio 62), cabe fundadamente suponer que, con independencia de que el dinero proviniera de D. Maximiliano o de su padre
D. Fausto, salió de una cuenta de ahorro ajena a la sociedad concursada y fue ingresado en la cuenta que esta última tenía abierta en el Banco Popular.
Se alega que en el mencionado resguardo de ingreso no se indica el concepto en que se realiza y que en todo caso se hace por cuenta de "Belypa Construcciones, S.L" y no del comprador. Sin embargo, la revisión del documento evidencia que el ingreso no se hace "por cuenta" sino "a favor de "Belypa Construcciones, S.L.", y,

aun cuando la mención "concepto" no aparece cubierta, ese documento se aportó y quedó unido a la escritura de compraventa, por lo que no hay motivo para dudar ni sobre la autoría ni sobre el concepto en que se hizo el ingreso.
Por lo que se refiere a la partida de 13.939,98 #, se aporta un recibí fechado el 17 de agosto de 2011 y firmado por D. Artemio, administrador de "Belypa Construcciones, S.L.", en virtud del cual se reconoce que *"BELYPA CONSTRUCCIONES, S.L." ha recibido de D. Maximiliano D.N.I. NUM007 la cantidad de TRECE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS CON DOS CENTIMOS (13.939,98) EUROS en concepto de Entrega en efectivo y a cuenta por compra de vivienda de planta baja y piso vivienda en CALLE000, NUM004 - TUI (Pontevedra)"* (cfr. folio 61).
Y junto con este documento se acompaña un resguardo de entrega de efectivo por importe de 13.939,98 #, a favor de "Belypa Construcciones, S.L." en la cuenta 050/****1-23, en fecha 12 de septiembre de 2011. Entrega que en el documento se dice realizada por D. Maximiliano, si bien quien materialmente hizo la entrega fue D. Artemio (cfr. folio 61), lo cual, por otra parte, resulta lógico, ya que si el dinero se pagó el 17 de agosto, quien lo tenía en su poder, y, por tanto, llevó a cabo el ingreso, sería el administrador de la sociedad que lo había recibido. Que la operación se ejecutara de la forma expuesta obedece probablemente a un intento de elusión fiscal o a la existencia de la contabilidad "B" que se afirma por la Administración concursal, pero no al hecho de que no se abonase el importe pactado.
Si a lo expuesto se las referidas operaciones fueron contabilizadas en las indicadas fechas en la contabilidad de la sociedad (cfr. las copias aportadas a los folios 83 y ss.), forzoso es concluir que no se ha demostrado en absoluto el pretendido fraude que denuncia la Administración concursal.
CUARTO.- Los efectos de la rescisión.
Una vez acreditada que la actuación descrita ocasionó a la sociedad concursada un perjuicio, materializado en la venta del inmueble por un precio inferior al valor de mercado, a una persona especialmente vinculada con aquélla, y, por ende, la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para acordar la rescisión de la operación, la discusión se reconduce a determinar las consecuencias que se derivan. (...) ": SAP Pontevedra (Sección 1) 19.06.2014 (Sentencia 227/2014; Rollo 253/2014)

AP Tarragona

"SEGUNDO.-El art. 71.1 LC señala que "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Y en su apartado 4º se indica que "Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria". Es, por lo tanto, esencial para apreciar la rescisión de la venta de las participaciones en las sociedad NCTE por parte de la sociedad concursada a la hoy sociedad apelante, que dicha venta causase un perjuicio para la masa activa del concurso y ello debe ser probado por la demandante, lo que se verificará si dichas participaciones se vendieron por un precio (fue el de euro por participación) inferior de lo que valían las participaciones en sí, tal y como lo indica la STS 27-10-2010.
Y es precisamente en ello en lo que se centra la apelante. Tiene a su favor que la propia concursada como reconoce en su propio escrito de oposición a la apelación- compró dichas participaciones a euro un año antes de la venta a la apelante y que la empresa NCTE está concursada. Pero olvida la apelante que el valor de las participaciones, en tanto que valores negociables, puede fluctuar en dicho período, especialmente en el caso de ser participaciones de una empresa relacionada con la construcción; debemos centrarnos, además, en que la demanda se planta casi un año antes del respectivo concurso de la sociedad que es participada (NCTE) y que, en cualquier caso, el perjuicio debe verificarse en el momento en que se efectúa la venta de la concursada a la hoy apelante y las pruebas sobre la cuantificación de las mismas deben centrarse en ese momento, independientemente de cómo esté ahora la situación de NCTE, que no es objeto de este proceso, como tampoco lo es si la Administración Concursal de AGB está actuando o no en favor de los acreedores de la concursada -como es su deber- al reclamar esta rescisión (más cuando, reiteramos, al momento en que lo solicitaron, y sin haber desistido, NCTE no estaba concursada). Que la apelante cuestione este extremo, señalando que valen más los 1.202 euros que las participaciones en NCTE, se contradice con sus propios actos al mostrar reticencia en devolverlas, independientemente de si la posición crediticia de la concursada respecto a NCTE se ve empeorada al pasar a crédito subordinado que, reiteramos, tampoco es objeto de este proceso.
En cualquier caso, de lo obrante en autos se desprende que efectivamente las participaciones en cuestión valían, en el momento de la compraventa, que debe recordarse que fue pocos días antes de la declaración en concurso de AGB, más que los 1.202 euros que se pagaron por ellas, lo que es probado por la actora, como requiere el art. 71 LC. Así, una prueba indiciaria es la oferta que el 5-12-2008, es decir, algo menos de 6 meses después de la compra de las participaciones por la hoy apelante, le hizo a la apelante la empresa Galarraga 2005 SL una oferta de compra de las participaciones en cuestión por valor de 360.000 euros, como la propia demandada (hoy apelante) reconoce en su escrito de contestación a la demanda (folio 120 autos); y aunque sobre ello diga que la oferta la hizo dicha empresa sin conocer la situación de NCTE, ello no resulta creíble, no sólo porque difícilmente un empresario del sector haría tal oferta sobre unas participaciones que 6 meses antes valían sólo 1.202 euros, sino porque en la propia carta de renuncia de tal oferta que la demandada misma aporta como doc. 3 en su escrito de contestación, señala como "causa d de mi renuncia" a "la actitud obstruccionista del otro partícipe de la sociedad" a lo que sólo añade conflictos dentro de la sociedad con profesionales y empresas que colaboran en una urbanización, pero no resalta que lo haga por la pérdida sustancial de valor de la sociedad desde el 5-12-2008 al 8-1-2009, día en que está fechada tal misiva. Parece, pues, que sí que hubo oscilaciones sustanciales en el valor de las participaciones. Y, en segundo lugar, la completa pericial de la actora (folios 194 y ss autos) señala una desviación muy sustancial entre el valor que se

pagó por las participaciones y lo que realmente valían (señala que lo que realmente valían las participaciones eran 682.929,38 euros). El perito se reafirma en la vista del juicio (DVD 3:20) y despeja las dudas de la contraparte, como que las cuentas de 2008 de la concursada no estaban en el Registro mercantil y por eso utilizó las de 2007 y que a pesar de que en 2007 y en 2008 el patrimonio neto de NCTE era negativo en algunos miles de euros, su valoración final tan grande proviene del valor actualizado de los inmuebles que tiene en su haber (DVD 8:26) y que ya tuvo en cuenta, reduciendo el valor de los mismos en un 30%, la reducción de las tasaciones de inmuebles debido a la crisis, siendo incluso más estricto que la administración concursal (DVD 10:00). En cuanto a si el segundo activo estaba acabado (folio 201), el informe de la administración concursal señala que la declaración de obra nueva y división horizontal fue de septiembre de 2007, lo que conforme al art. 20 Ley del Suelo de 2008 o el art. 19 de la derogada Ley del Suelo de 2007, si bien pueden emitirse la declaración de obra nueva si aún se está construyendo con determinados requisitos, también se puede hacer cuando la obra está finalizada; lo mismo sucede con la división horizontal, conforme al art. 553-7 CCC; en cualquier caso, generada esta duda, nada probó la hoy apelante que se otorgó sin finalizar, lo que no puede correr más que en su contra (art. 217 LEC).
Ninguna prueba se aporta, en cambio, de contrario, demostrando que las participaciones valían realmente los 1.202 euros que se pagaron por ellas y no más.
Por lo tanto, y coincidiendo con el juzgador de instancia, de lo obrante en autos se concluye que la compraventa de participaciones de 10-6-2008 fue un acto perjudicial para la masa, de manera que debe confirmarse la rescisión del acto impugnado conforme a los arts. 71 y ss LC.
Finalmente, en cuanto a la última petición de la apelante al solicitar la recuperación de los gastos que le ha generado la defensa de sus participaciones en otros procedimientos judiciales frente al otro socio de NCTE (Edil Marina SL), indicar que ello nada tiene que ver con este proceso (arts. 71 y ss LC), dado que dichos gastos, en su caso, sólo por ella efectuados y de los que sólo ella es responsable, no siendo encabibles en el concepto de "prestaciones objeto [del acto impugnado], con sus frutos e intereses". En su caso, se trataría de una liquidación posesoria (art. 522-2 CCC) que en relación a los gastos tiene un tratamiento particular, como el tenerse que discutir la consideración de poseedor de buena o de mala fe de la hoy apelante, el tipo de gastos que ha hecho (necesarios, útiles, etc.), cuándo y cómo se verificaron, etc., lo que escapa del alcance de este procedimiento, más cuando no se ha formulado reconvención (arts. 522-3 a 5 CCC). “: SAP Tarragona (Sección 1) 02.01.2012 (Sentencia 7/2012; Rollo 442/2011)

JM-1 Murcia

“Pues bien del resultado probatorio obrante en las actuaciones ha de concluirse la procedencia del acogimiento de pretensión de rescisión por desequilibrio que se deduce en la demanda rectora del presente pleito. Efectivamente la falta de equivalente en la transacción del inmueble se infiere:
1º.- Del precio de venta pactado, a razón de 30Â´00 euros/m2, casi un 50% inferior al fijado en los informes de tasación de Arquitasa y de Arco Valoraciones S.A., acompañados a la demanda como documentos nº 12 y 13. Y si bien es cierto que las entidades demandadas presentan otros informes que valoran la finca a un precio muy similar a aquel por el que se efectuó la venta no puede desconocerse la parcialidad de que adolecen estas otras periciales emitidas a solicitud de la parte codemandada expresamente para el presente pleito, a diferencia de la tasación aportadas a instancia de la administración concursal, una (la de Arquitasa) lo fue para garantía hipotecaria de prestamos sujetos a la ley 2/1981 antes de la declaración concursal y, la otra, por encargo de la Compañía ahora en concurso, antes también de su declaración, al plantearse la venta de los terrenos, punto VII del orden del día del Acta de Reunión de su Consejo de Administración celebrada el día 23 de diciembre de 2003, y en la que todos los consejeros asistentes a la reunión llegaron a la conclusión de proceder a la venta de los terrenos al mejor precio posible y nunca inferior al de la tasación disponible.
2º.- De la forma de pago, pues la mayor parte del precio, 1.972.000 euros, se difiere mediante entrega de pagares a 2 y 3 años, además de que son asumidos por la vendedora la mayor parte de los gastos financieros. En este sentido es el informe de la administración concursal, en el apartado 1.1 Historia económica de Española del Zinc S.A., al folio 2, reseña que la venta se efectuó en unas muy desfavorables condiciones de cobro, generando una plusvalía contable de 2.680.000 euros que es provisionada en el mismo ejercicio por cuanto que los propios Consejeros de la Sociedad consideran que tal operación debería deshacerse”: Sentencia JM-1 Murcia 12.07.2005 (Incidente Concursal 127/2005)

JM-2 Barcelona

“A) Pese a haberse acreditado el hecho indicio, art. 385.1 LECiv, de la presunción del art. 71.3.2º LC, al admitir esta prueba en contrario, ha de examinarse igualmente la existencia de perjudicialidad para la masa activa del contrato de compraventa celebrado el 29 de marzo de 2004.
Según consta en el documento núm. 3 de la demanda, copia de la escritura de compraventa, el precio de venta ascendió a 210.354,24?. Frente a dicho precio, en fecha de 2 de febrero de 2004, es decir, menos de dos meses antes de la compraventa, la finca objeto del contrato fue tasada en la cantidad de 563.041,21?, según documento núm. 4 de la demanda, tasación realizada en fecha muy anterior a cualquier litigio, por un experto inmobiliario, y a instancia de un tercero, entidad bancaria, lo que dota de especial objetividad la tasación realizada. Es decir, la tasación supera en casi 2, 5 veces el precio pagado. La certeza de que el valor del inmueble vendido por la concursada era mucho mayor que el precio pagado por él, es que en la misma fecha de la compraventa, Eco Pelmar hipotecó dicha finca en garantía de un préstamo, por suma de 300.000?, es decir, más de un tercio superior al precio pagado.
Es por tanto palmario que la entidad concursada enajenó de su patrimonio su principal activo inmobiliario por un precio muy inferior de su valor real, menos de la mitad del mismo, lo que implica un perjuicio patrimonial

directo y grave para la concursada, el cual ha tenido lugar precisamente dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, en los términos previstos en el art. 71 LC.
B) Se alega por la parte demandada dos defensiones al respecto de la perjudicialidad. La primera afirma que a su vez la entidad concursada había adquirido en el año 2002 la finca también por un precio sensiblemente inferior a su valor de mercado. No puede prosperar esta alegación, ya que de una parte, la forma de adquisición por la concursada de la finca en el año 2002 no pertenece al objeto del litigio, y en segundo lugar, por que ello en ningún caso haría desaparecer la perjudicialidad para el patrimonio de la concursada, único elemento contemplado en la norma del art. 71 LC.
En segundo término, la demandada sostiene que el menor precio pagado se debe al estado del local, que debido a su deterioro precisó de una reforma por valor de 163.781?. Sobre tal alegación han de realizarse dos presiones. La primera es que sorprende que tanto el presupuesto inicial, como la mayor parte de las cantidades pagadas a cuenta por la obra son de fecha anterior a la compraventa, la cual es de fecha de 29 de marzo de 2004, mientras que el presupuesto es de fecha 14 de agosto de 2003, documento núm. 2 de la contestación, y la mayoría de las sumas entregadas a cuenta de la obra, son previas al día de la venta, según estado de cuentas emitido por Arco Integral SL, empresa de reformas, con fecha 29 de octubre de 2004. De ello se concluye que el local en cuestión ya estaba siendo reformado al momento de la venta. La segunda de las precisiones es que aún adicionando al precio de compra, 210.354?, la cantidad pagada para la reforma de la finca, 163.781?, se arroja una suma aún muy inferior al precio de tasación, unos 374.000? frente a 563.000?, es decir, un tercio menos. Debe pues rechazarse la alegación.": SJM-2 Barcelona 13.10.2006 (AC 2007/670)

2.1.2 Compraventa cuyo importe se destina a pagar supuesta deuda no justificada suficientemente

AP Almería

"CUARTO.-En el presente supuesto, el negocio jurídico, objeto de la escritura de compraventa, que se pretende corresponde con pago como consecuencia de la existencia de pretendidas deudas anteriores procedentes de determinados prestamos existentes entre la empresa concursada y la codemandada, cuya acción de reintegración se ejercita, tuvo lugar dentro del período de los dos años anteriores a la declaración de concurso de la mercantil, periodo de fundada sospecha en orden a la situación de insolvencia que se manifestaba en la vendedora como consecuencia de la caída del mercado de la construcción, que se concretaba en años anteriores. Así se pone de relieve por la Administración Concursal en la Memoria presentada en el Juzgado.
Mantienen las recurrentes que se trataba, pues, de una deuda preexistente contraída por CONSTRUCCIONES COSTA LAGUNA, S.L. respecto de la entidad "ESTACIÓN DE SERVICIO LA CAMPANA S.L. de quien recibió determinadas cantidades en concepto de préstamo, representadas por los efectos bancarios, pagarés, que al no ser abonados por parte de CONSTRUCCIONES COSTA LAGUNA, S.L. dieron lugar a su pago a través de la indicada compraventa. Dicho contrato en sí mismo considerado, y al margen del origen dudoso de la presunta deuda, habida cuenta que no consta debidamente acreditada y suficientemente documentada la relación entre sociedades que justificara tales préstamos, mostrándose tales efectos mercantiles, tal como los califica la Administración Concursal de "peloteo" al no estar respaldados por un acto ordinario de la actividad empresarial de la entidad deudora, actuación que no se considera amparada en lo dispuesto en el artículo 71.5.1º LC, pues la escritura referida de compraventa, como tal operación, aunque redujera el pasivo de la sociedad, luego declarada en concurso, resultaba perjudicial para la mercantil vendedora y para el resto de los acreedores, en cuanto suponía una disminución del activo patrimonial de la concursada, ya que la compraventa, estrictamente consideraba, no consta acreditado que reportara algún beneficio para la actividad empresarial de la indicada sociedad, con la circunstancia además de que el acto dispositivo se produjo en una fecha en la que ya existían datos significativos en orden a la crisis financiera de la entidad, CONSTRUCCIONES COSTA LAGUNA, S.L., pues que en el año 2010 era notoria la situación de crisis por la que atravesaba el sector inmobiliario, así como por el impago y los incumplimientos que venía arrastrando la mercantil referida.
No se acepta, pues, lo argumentado en el recurso, pues, como se ha dicho, la compraventa, de fecha 29 de octubre de 2.010, sobre la finca registrada al Tomo NUM002, libro NUM001, folio NUM003, finca NUM000, inscripción NUM004, del Registro de la Propiedad de Mojácar, Almería, fue perjudicial para la masa activa y para el resto de los acreedores, al salir del patrimonio de la concursada sin justificación demostrada, habida cuenta la no justificada realidad de la operación crediticia sobre la que se hacía descansar la finalidad del contrato.": SAP Almería (Sección 2) 16.03.2015 (Sentencia 8/2015; Rollo 176/2013)

2.2 Aportación de fincas

2.2.1 A sociedad Insolvente

AP Alicante

"TERCERO.- En el siguiente motivo del recurso se denuncia la falta de prueba del perjuicio para la masa activa por lo que no concurre el presupuesto de la acción rescisoria prevista en elartículo 71.1 de la Ley Concursal.
Para comprobar la concurrencia del presupuesto objetivo del perjuicio para la masa activa deberá compararse, como realiza el Magistrado de instancia, el valor de los bienes dispuestos por la concursada (cinco fincas aportadas como contravalor de las participaciones sociales suscritas) y el valor de la contraprestación recibida

(105.000 participaciones, números 601 a 105.600 de la mercantil "Calzados Blay, S.L."), de tal manera que existirá perjuicio si el valor de lo recibido es inferior al valor de las cinco fincas aportadas por la concursada.
El valor neto que se atribuye a los cinco inmuebles en la escritura de 14 de julio de 2005 por el que se eleva a público el acuerdo de aumento de capital social es de 630.000.- ?.
Como contraprestación por la aportación de esas cinco fincas, la concursada recibió 105.000 participaciones de "Calzados Blay, S.L." La Administración Concursal de esa mercantil (Concurso Voluntario número 689/05 seguido en el Juzgado de lo Mercantil de Alicante) en su informe, aportado como documento número 17 de la demanda, afirma que la situación patrimonial de la sociedad concursada a 31 de mayo de 2006 es de -1.602.761,02.- ? y que los objetivos que exponía la sociedad deudora para conseguir una viabilidad económica y patrimonial eran inalcanzables en ese momento.
Evidentemente, la contraprestación recibida es de un valor muy inferior al de los bienes que se aportaron a aquella sociedad, por lo que habiéndose producido el acto dispositivo en el plazo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, se ha causado un evidente perjuicio a la masa activa, siendo irrelevante que la finalidad de la aportación de esos inmuebles fuese la de dotar de activos patrimoniales a la mercantil para que así ésta pudiera obtener recursos financieros de las entidades de crédito.": SAP Alicante (Sección 8) 14.02.2008 (JUR 2008/166965) (Rollo 33/2008)

JM-1 Alicante

"Octavo.- Ha de examinarse, finalmente, la existencia o no de perjuicio para la masa activa de la deudora Remedios de la suscripción de participaciones de CALZADOS BLAY SL celebrada el 8 de julio de 2005, que en todo caso también procedería comprobar aunque se entendiese que la mercantil es persona especialmente relacionada, al admitir el art 71.3 prueba en contrario
El presupuesto objetivo de la acción de reintegración concursal es la existencia de un perjuicio para la masa activa producido por el acto se pretende rescindir, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración del concurso hay una relación causal.
No hay duda alguna en considerar que hay perjuicio cuando el activo patrimonial del deudor se ve disminuido por la realización del acto o no se incrementa como consecuencia de su omisión, apuntándose también por un importante sector doctrinal que también lo habrá cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, ya que aquel perjuicio se aprecia no solamente atendiendo al activo patrimonial (visión estricta) sino también atendiendo al conjunto de los acreedores, como se deduce del art 71.2.2º y 71.3. 2º), dando entrada al principio de paridad de trato (visión amplia)
En el caso nos ocupa, sin necesidad de plantearnos esta última acepción, se trata de comprobar si el acto de suscripción de participaciones ha implicado una minusvaloración del patrimonio de la deudora. Es decir, si no se hubiese producido esa suscripción de participaciones en julio de 2005 la composición de su masa activa tendría un mayor valor porque la prestación que llevó a cabo la deudora tuvo un mayor valor que la contraprestación recibida a cambio. Hay, pues, que cotejar el valor patrimonial del activo que sale de su patrimonio con el valor patrimonial de la contrapartida recibida, teniendo en cuenta que al ser una persona física que no queda adverado que desarrolle ningún tipo de labor profesional o empresarial, no entra en juego el límite del artículo 71.5 según el cual no puede ser objeto de rescisión "los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales" porque como ya se dijo en otro asunto en este mismo concurso, el acto impugnado no se engloba en la actividad normal de la deudora al no desarrollar actividad profesional o empresarial que no cabe confundir con ostentar la titularidad de acciones o participaciones de una mercantil. Una persona física parece que podría invocar este precepto respecto aquellos gastos imprescindibles y ordinarios para su propio sostenimiento y el de su familia, como los de alimentos, ropa, educación... pero que es totalmente distinto al supuesto que aquí se plantea.
Son hechos relevantes al efecto:
i) en fecha 8/7/2005 elevado a público el 14/7/2005 salen del patrimonio de Remedios bienes inmobiliarios que se valoran en 630.000 euros en la escritura de suscripción del ampliación de capital de CALZADOS BLAY SL (documento número uno) en tanto que se aportan tasaciones extrajudiciales por la impugnante que arrojan una cifra global de 765.824,66€ (doc num 4 a 6) y figuran valorados en el inventario de la admón. concursal de la mercantil fechado a 2/6/2006 en 958.531 € (doc num 17)
ii) la contrapartida a esa salida son 105.000 participaciones de la mercantil CALZADOS BLAY SL con un valor nominal de 6 € por acción (doc num 1) de la que era socia Remedios
iii) la mercantil CALZADOS BLAY SL, administrada por Esteban, esposo de Remedios (doc num 7), solicita la declaración de concurso el 28/7/2005 que da lugar a su declaración de concurso (el num 689/2005 seguido ante este juzgado) (doc num 11)
iv) en el informe del art 74 LC de la admón. concursal de Calzados Blay SL se refleja que en el año 2004 se produjo un descenso del 40%, lo que provocó unas pérdidas de 913.575 €, convirtiendo el patrimonio de la mercantil en negativo, estando incursa en causa de disolución del artículo 104. Uno e) LSRL, con una estructura financiera inadecuada, ya que en el ejercicio 2003 de cada 100 € de activo se financiaban con fondos ajenos 90,60 y los restantes con fondos propios; coeficientes que empeoran en los años siguientes como consecuencia de los resultados negativos. Además se apunta que la verificación de activos permite dudar de la certeza de los reflejados en contabilidad (doc num 17)
v) en el informe del art 74 LC de la admón. concursal de Calzados Blay SL se refleja a 31/05/2006 que el activo asciende a 1.783.659,66 € (de los cuales 958.531 € corresponden a los bienes inmuebles objeto de reintegración) en tanto que el pasivo, incluyendo crédito concursal y contra la masa, asciende a 3.389.420,68€ (doc num 17)
Es, por tanto, palmario que la persona física concursada transmitió de su patrimonio alguno de sus principales activos inmobiliarios por un precio muy inferior de su valor real, pues no solo parece que la valoración otorgada

en la ampliación era inadecuada sino que el valor real de las participaciones es con mucho manifiestamente inferior al nominal, pues se trataba de unas participaciones de una sociedad en abierta crisis económica con un desequilibrio patrimonial justificativo de disolución ya en 2004, lo que implica un perjuicio patrimonial directo y grave para la concursada, el cual ha tenido lugar precisamente dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, en los términos previstos en el art. 71 LC.
Que tales participaciones carecen en realidad de valor lo corrobora las propias manifestaciones obrantes en los escritos forenses aportados como doc num 7, 8, 9 y 10
Noveno.-Se trata, pues, de actos perjudiciales y por todo ello, debe acordarse la rescisión e ineficacia del acto impugnado (artículo 73 de la Ley Concursal) con la restitución recíproca de las prestaciones que supone que la concursada Remedios reintegre a CALZADOS BLAY SL las participaciones num. 601 a 105.600 y que esta última devuelva a la primera las fincas registrales num 41.350, 28.237, 33.656, 33.658 y 5.829, con sus frutos": SJM-1 Alicante 10.10.2007 (Incidente Concursal 235/2007)

2.2.2 En condiciones económicamente perjudiciales

AP Zaragoza

"PRIMERO.-La administración concursal (A.C.) presenta demanda en ejercicio de la acción de reintegración del Art. 71 L.C., con la finalidad de que "Promociones El Pilar S.L." devuelva a la masa activa del concurso la nave que constituye el elemento material fundamental de la concursada. Allí donde se desarrolla su objeto social.
SEGUNDO.-" Como ha reiterado esta Sala, las acciones de reintegración concursales han optado por un sistema de "ineficacia funcional" del negocio jurídico rescindido. No hay propiamente nulidad; su finalidad es la de preservar la "pars conditio creditorum" y la integridad de la masa activa del concursado, por lo que el presupuesto objetivo - además del temporal (2 años antes de la declaración del concurso)- es la existencia de perjuicio para la masa activa, aunque no exista finalidad fraudulenta (SAP Zaragoza, secc 5ª, 8, noviembre-2010 y Barcelona, secc 15, 27 enero- 2011). : S. 431/12, de 13 de julio de esta sección 5ª.
TERCERO.-Por tanto, el elemento nuclear de este incidente estará contemplado por la determinación de si existe o no perjuicio para la masa activa por la desaparición de dicho inmueble del activo de la concursada.
El factum no es objeto de discusión entre las partes. En 1980 la concursada la compra. En 2007 se hipoteca dicha finca a favor de "BANCANTABRIA INVERSIONES S.A." en garantía de 526.000 euros de principal. El 4 de abril de 2013, "Panificadora Luisa S.L." (ahora en concurso) aporta dicha nave a "Promociones El Pilar S.L." en concepto de aumento de capital. Esa aportación se valora en 118.500 euros (118.500 participaciones sociales de 1 euro cada una).
Ese valor se obtiene valorando la nave en 500.009 euros y restándole la deuda hipotecaria (381.509 euros).
El 1 de julio de 2013, 3 meses después, la concursada vende esas participaciones sociales por su valor nominal (118.500 #) a una tercera empresa, "Daroca 3ZGZ2012 S.L.". En la escritura notarial de compraventa se hace constar que ese precio ya ha sido satisfecho en metálico. Manifestación atribuible al administrador social de "Panificadora Luisa S.L.", D. Victorio.
Sin embargo, tal contraprestación no aparece en el patrimonio de la concursada. No hay constancia alguna de tal ingreso.
CUARTO.-La sentencia de primera instancia estima la demanda, condena a la interesada reintegración.
Apela la tenedora de la nave, "Promociones El Pilar", como parte de su capital social. Considera que se ha producido nulidad de actuaciones al haber admitido el juzgado documentos a partir de la providencia de 13-mayo-2014. Y, en segundo lugar, ha habido errónea valoración de la prueba, puesto que no se ha acreditado el perjuicio para la masa activa del concurso.
QUINTO.-Respecto a la nulidad de actuaciones, como se desprende de los arts. 238 a 240 L.O.P.J., requiere la infracción de norma esencial de procedimiento y que ello haya producido efectiva y real indefensión.
En el caso presente los documentos presentados con el escrito de 6 de mayo de 2014 (presentado el 7-5-14) no son sino reiteración de los que ya habían sido presentados anteriormente y que, en todo caso, recogen datos objetivos que la propia parte apelante no discute.
Por lo que no se dan las condiciones para anular actuaciones.
SEXTO.-En cuanto al fondo de la cuestión existen dos circunstancias relevantes. Una primera, relativa al precio que "Promociones El Pilar" satisfizo para ampliar su capital social. Si concede a la transmitente de la nave en participaciones sociales el valor neto de la nave (valor de tasación menos deuda hipotecaria), no parece lógico, ni entra dentro del exigible equilibrio prestacional (ex. Art. 1274 C.c.) que, además, la aportante del inmueble (la concursada) se quede como deudora de la carga hipotecaria, cuyo valor ya se le había deducido al valorar su bien aportado. Con lo que el activo del concurso se ve minorado y, por ende, perjudicado. Antes de la operación discutida tenía en su patrimonio un valor de 118.500 euros (nave menos carga hipotecaria) y ahora tiene un valor de "-263009" euros (118.500 euros en participaciones sociales menos 381.509 euros de la carga hipotecaria).
Amén de las dudas que puedan surgir respecto al valor real de las participaciones sociales de "Promociones El Pilar", sobre lo que -ciertamente- nada se ha planteado.
SEPTIMO.-En segundo lugar, el dinero de la venta de las participaciones sociales de la concursada no ha accedido al patrimonio de ésta. Reiterada la cuestión a lo largo del incidente, los interesados en acreditar que el precio de la venta de aquélla ha llegado a su destinataria no han realizado ningún esfuerzo en tal sentido.
Si bien es cierto que este segundo negocio jurídico no es el que pretende rescindirse, sino el que le precede.
Ahora bien, no puede dejar de valorarse que Dª Penélope es administradora social de "Promociones El Pilar" (f. 19 y 112 de los autos) y a su vez, de "Daroca 3ZGZ" (de la que es titular real -f.243-). D. Victorio es, a su vez, titular real de la concursada (f. 245).
El lapso de tiempo entre la aportación de la nave industrial de "Panificadora Luisa" a "Promociones El Pilar" y la

venta de esas participaciones a "Daroca 3ZGZ" es escaso (menos de tres meses).
La consecuencia de esta rápida operación ha sido:
1.- Pérdida de la concursada de un activo trascendental bien para su funcionamiento, bien para su transmisión -en su caso- como unidad productiva.
2.- Sin contraprestación alguna. Pues el precio recibido, 118.500 participaciones sociales, no llegaron -tras su rápida venta- a contrarrestar ese desprendimiento de un activo inmobiliario.
3.- Perdido el bien sin contraprestación real, mantiene su condición de deudora del préstamo hipotecario.
4.- "Promociones El Pilar" obtiene una nave (si bien con la carga hipotecaria), a cambio de unas participaciones sociales que acaban en poder de "Daroca ZGZ" (de Dª Penélope), sin que conste real y efectivo pago del precio. Siendo la propia Dª Penélope administradora única de la beneficiaria de esta operación ("Promociones El Pilar").
OCTAVO.-Por tanto, este tribunal mantiene la existencia de "perjuicio para la masa". Confirmando la sentencia apelada. Con condena en costas a la parte apelante (art. 398 LEC).": SAP Zaragoza (Sección 5) 06.02.2015 (Sentencia 66/2015; Rollo 332/2014)

2.3 Dación en pago

2.3.1 En pago de deuda muy inferior al valor de la finca en ese momento

AP Alicante

"PRIMERO Se promueve por la administración concursal de la mercantil Inmodatil S.L., rebelde en este incidente, demanda de rescisión concursal del negocio jurídico de pago de deuda hecho por la concursada como fiadora solidaria de la deuda que la mercantil Calzados Calahorra S.L. mantenía por importe de 64.000 euros con la demandada, Salvador Sapena S.L.. Se insta en concreto la rescisión de la dación de inmueble de su propiedad, instando la reintegración a la masa no del inmueble, dado que está adisposición de tercerosde buena fe, sino del valor que la finca tenía al tiempo de la cesión.
En la instancia, el Juez de lo mercantil, tras rechazar el carácter gratuito de la dación en pago y negar que exista otro tipo de presunción por inexistencia de prueba sobre relaciones entre Inmodatil y Salvador Sapena S.L. (cuestiones sobre las que se aquieta la parte actora que no formula recurso), llega a la conclusión, a partir del examen de la pericial valorativa practicada con relación a los datos económicos que obran con ocasión del gravamen constituido sobre la finca por los terceros, que el valor de la fina al tiempo de la dación -noviembre de 2003- era de 133.750 euros, valor superior en el doble a la deuda satisfecha con su transmisión haciendo de la dación un acto objetivamente perjudicial aun incluso a pesar de que la dación implique subrogación del fiador frente al afianzado por el importe satisfecho con la dación -60.000 euros- y ello dadas las dificultades económicas de Calzados Calahorra S.L. y la naturaleza especial y privilegiada que en todo caso supone el uso de una modalidad de pago de deuda vencida distinta a la pactada frente a otros acreedores que no han gozado de idéntico privilegio, condenándose en consecuencia a Salvador Sapena S.L. a reintegrar a la masa activa el importe de valoración del bien, recuperando aquél la posición crediticia que le correspondía conforme al título pre-concusal.
SEGUNDO Frente a esta sentencia, diversos son los argumentos que se despliegan por la parte recurrente.
Analizaremos individualizadamente, cada uno de ellos.
Plantea en primer término el recurrente, tras examinar someramente el contenido de la sentencia y afirmar que ninguna prueba hubo en realidad sobre la existencia de perjuicio, la posible incongruencia y falta de motivación de la sentencia de instancia por no ser la tesis de la onerosidad de la transmisión, fundamento de la pretensión de la administración concursal actora, ni existir prueba sobre la existencia de perjuicio ni pronunciarse dicha resolución sobre la variable que implicaría, respecto del perjuicio que concluye, la falta de ejercicio por parte de Inmodatil S.L. o la Administración Concursal.
El motivo se desestima.
En efecto, y aunque parece desprenderse del alegato del recurrente que la sentencia del Juez de lo Mercantil puede haber alterado la causa de pedir por ampliar los criterios planteados en la demanda -y que el Juez desestima- de la gratuidad del acto o la onerosidad del mismo en relación con personas especialmente relacionadas con el transmitente, al del perjuicio general delartículo 71-4 de la Ley Concursal, es lo cierto que tal alegato carece de sentido ya que la causa de pedir en el caso presente viene constituida por el hecho de la acreditada entrega de un inmueble por la concursada por razón de la responsabilidad asumida como fiadora solidaria frente a una deuda vencida, habiéndose abonado con aquella entrega un importe de 60.000 euros cuando, como consta en la propia demanda y en la documental que se acompaña -doc nº 9-, los terceros adquirentes de la finca constituyen una garantía con dicha vivienda por razón de un préstamo por importe de 143.892 euros tras ser tasada por 179.865 euros, especificándose por tanto que el valor de mercado del inmueble dado en pago de deuda, es muy superior a la cifra que justificó la dación en pago y, siendo así, ninguna indefensión sufre el demandado en razón a los términos en que se formula la demanda, frente a la que se ha podido defender alegando lo que ha estimado oportuno sobre el valor del inmueble, siendo en definitiva, dice literalmente laSTS de 21 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1701), la evitación de toda indefensión para la parte demandada uno de los aspectos que impone el requisito de congruencia que hoy refiere elartículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
LaSTS mentada trae a colación la de 17 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7194)que conviene también aquí reproducir porque delimita con corrección el contenido y significado de la congruencia. Dice esta resolución que «la congruencia se caracteriza por exigir una concordancia o armonía entre lo solicitado en la demanda -delimitado por la respuesta de la contestación- y lo concedido en la sentencia, y si bien se vulnera tal principio cuando se altera la "causa petendi", ésta solo resulta contradicha cuando el fundamento determinante de la

decisión judicial toma en cuenta hechos distintos de los que conforman el objeto del proceso, en cuyo ámbito no se comprenden todos los de la narración histórica, ni siquiera siempre todos los constitutivos, sino sólo aquellos con relevancia jurídica para individualizar e identificar la pretensión procesal (SS. entre otras 19 junio (RJ 2000, 5290), 24 julio (RJ 2000, 6193) y 16 noviembre 2000 (RJ 2000, 9915), 3 diciembre 2002 (RJ 2003, 2198), 18 septiembre 2003 (RJ 2003, 6778))», siendo así que en el caso presente no se ha producido alteración alguna de los hechos por el órgano "a quo" respecto de los que se fijaron en la demanda como relevantes para la resolución de la "litis".

TERCERO No hay por tanto incongruencia. Ni desde luego tampoco porque no haya pronunciamiento expreso sobre la falta de ejercicio de acción de reembolso por parte del fiador subrogado, ya que los perjuicios para la masa se examinan desde la perspectiva del presumible fracaso de dicha acción a la vista de la situación económica de la deudora principal, la mercantil Calzados Calahorra S.L., y atendida la diferencia económica de valor del bien dado en pago en relación al crédito que extingue y de la masa pasiva que no se solventa aún con la recuperación del crédito. Dicho de otro modo. Ni es factible la ejecución del crédito en relación a Calahorra ni en todo caso, se solventa la diferencia económica que grava la transmisión el patrimonio de la concursada, que queda reducido en todo caso, dada la diferencia de valor, en perjuicio de la masa pasiva.

CUARTO Rechazando todo efecto al contenido de la alegación tercera del recurso sobre la oportunidad del ejercicio de la acción rescisoria, sometida a plazo que constituye en todo caso, el límite de la seguridad jurídica no constando, como no consta, ni abusividad ni ejercicio antisocial de dicha acción, descendemos a examinar lo que constituye sin duda la más relevante de las alegaciones del recurso de apelación, esto es, la prueba del perjuicio que sustenta la estimación de la demanda.

Se aduce por el recurrente que la administración concursal no aporta prueba alguna sobre el perjuicio, una vez rechazadas las presunciones a que alude en la demanda. Que la única prueba de la administración sobre el perjuicio es un informe pericial cuyo contenido se rechaza por el Juez, no habiendo ninguna otra prueba razón por la que debió desestimarse la demanda, siendo ilógico e injustificado el proceso probatorio deducido por el Magistrado a quo para determinar la diferencia valorativa, tanto más cuando no fue objeto de disputa procesal el que el recurrente transmitió el inmueble dado en pago a terceros por importe de 100.000 euros.

El motivo se desestima.

No tiene este Tribunal intención de analizar el mercado en general ni el mercado inmobiliario en particular. Lo notorio es obvio y por tanto, carente de prueba-art 281-4 LEC -, afirmación que hacemos en relación a dos contenidos del recurso, primero, al que el precio se fija por el mercado y, por tanto, no es un factor objetivo y matemáticamente determinable y, segundo, que el mercado inmobiliario es fluctuante. En efecto, en el sistema de libre mercado y economía de mercado, es éste quien fija, por concurrencia de oferta y demanda, el precio. No existe por tanto precio legal ni, desde luego, precio justo, fuera de los supuestos legalmente predeterminados, lo que sin embargo no es excluyente de fijación de criterios de valoración media en atención a factores como tamaño, calidades, ubicación, antigüedad, etc., necesarios para fijar valores a diversos fines, incluso los de tasación.

Dicho lo cual, resulta evidente que el mercado inmobiliario, hasta el año 2007, ha sido creciente en demanda, lo que ha determinado que durante más de una década, la fluctuación de precios siempre haya sido al alza, en particular en las grandes ciudades y desde luego, en toda la zona marítima y sus adyacentes.

Con tales antecedentes, sí podemos extraer consecuencias a partir de los datos de que disponemos, indubitadamente contrastados en autos. Nos referimos a los siguientes.

La vivienda se trasmite en noviembre de 2003 al recurrente para satisfacer parte de una deuda, en concreto, 60.000 euros. En febrero de 2007 el recurrente trasmite a terceros dicho inmueble, constituyéndose a la misma fecha una hipoteca por los adquirentes sobre dicho bien, a cuyos efectos es tasado en 179.865,75 euros, concediéndose la garantía por un préstamo de 143.892 euros.

No consta en autos el precio de transmisión del recurrente a los terceros adquirentes, aunque se afirma en la contestación a la demanda que lo es por 100.000 euros. La falta de contraste de tal dato permite sin embargo evaluarlo como de débil o escasa credibilidad. La simplicidad de su prueba hace que el principio de facilidad probatoria-art 217-6 LEC - permita exigir al demandado la prueba de tal alegación y que sobre él recaiga la falta de verosimilitud del mismo como factor para desvirtuar lo que resulta de aquellos que sí están contrastados y que nos permiten afirmar que, más allá de la concreción que el Juez, en un detallado y fundado análisis que de la cuestión hace, resulta evidenciada la desproporción entre el valor del bien entregado en satisfacción de la deuda pendiente y el valor de mercado de dicho bien en función de la relación existente entre el tiempo transcurrido entre una y otra operación (veintisiete meses) y la diferencia de valor otorgado a efectos de pago de deuda y del otorgado a los efectos de garantía de un préstamo hipotecario (que lo triplica).

Existe por tanto perjuicio desde la perspectiva que interesa al Concurso, esto es, en cuanto el acto de dación en pago supone a la postre una restricción de los derechos de créditos de los terceros acreedores de la concursada, pues es evidente que el mecanismo ya extraordinario de la dación en pago (no constando su previsión en el caso del crédito particular) y el privilegio que se hace con su uso a un concreto acreedor, reduce los derechos de aquellos otros acreedores, primero por la alteración de la pars y, en segundo lugar, por la reducción de la masa pasiva desde el momento en que no existe además equivalencia económica entre el bien y el fin que constituye causa del negocio de la dación en pago. En suma, en el caso hay perjuicio porque hay objetiva disminución, con el negocio de dación en pago, del patrimonio del deudor y además, se produce con el pago del crédito, una alteración injustificada de la preferencia de cobro entre los acreedores concursales.”: SAP Alicante (Sección 8) 22.10.2008 (JUR 2009/25857; Sentencia 367/2008; Rollo 92/2008)

AP Pontevedra

“PRIMERO. -La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda presentada por la administración concursal ejercitando acción de reintegración respecto de la dación en pago formalizada en escritura pública de

fecha 27 septiembre 2012 por la que la concursada ALCOHOGAR PROMOCIONES S.L. cede y transmite el ático B) en la Planta Bajo Cubierta del edificio sito en Plaza de Nuestra Señora de Lourdes s/n, en Mondariz Balneario, y la plaza de garaje nº 9, en planta de sótano en el mismo edificio, a la mercantil RIAZÓN S.L., en pago de una deuda por importe de 65.675,76 euros, IVA e intereses de demora.
Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la concursada al considerar que no existe perjuicio para los acreedores pues los únicos acreedores que han comparecido en el proceso concursal están conformes con la dación en pago. Considera además que está acreditada la existencia de la deuda que sirve de sustento a la dación en pago. Finalmente alega que se trata de un acto ordinario, y no es más que una compensación de deuda permitida por el art. 58 LC.
SEGUNDO. -En relación con el concepto de acto perjudicial para la masa activa que es fundamento de las acciones de reintegración conforme al art. 71.1 LC, debe destacarse la irrelevancia del elemento intencional, así como que tiene un significado material de lesión o menoscabo patrimonial, afectando directamente a la masa activa. Ciertamente la Jurisprudencia ha acogido una noción amplia que viene a incluir la ruptura de la "par condicio creditorum" pues también se ha considerado que la finalidad de la reintegración es la protección de los acreedores, pero en realidad no se trata de una exigencia propia del art. 71 LC sino que es una interpretación para incluir en su ámbito supuestos que sin afectar claramente a la masa activa pueden vulnerar otros principios o finalidades que se consideran amparados por la normativa concursal. Sin embargo tal perjuicio a los acreedores no es un elemento o presupuesto para el éxito de la acción de reintegración sino que esta se sustenta en una afectación de la masa activa en un sentido dañoso o lesivo que ha de contemplarse desde una perspectiva objetiva.
La STS 26 octubre 2012, insiste en la doctrina sobre el concepto de actos perjudiciales a la masa activa del art. 71.1 LC que, si bien guarda relación con el principio de paridad de trato de los acreedores, sin embargo no puede identificarse con el mismo so pena de provocar una extensión desmedida del concepto y, por otro lado, dicha resolución orienta sobre la interpretación de los actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor. Así señala la meritada sentencia respecto del concepto de actos perjudiciales contra la masa que:
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
Y concreta dicha sentencia que, en el caso de los pagos, supuesto que es el que nos ocupa: *aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.*
En el supuesto que nos ocupa existen otros acreedores cuya conformidad con el acto no consta, así señala la administración concursal la personación efectiva del acreedor privilegiado y mayoritario, SAREB, según providencia de 24 septiembre 2013. Lo que sería suficiente para rechazar el motivo del recurso.
Pero además, a pesar de las explicaciones que trata de dar la parte apelante sobre el origen de la deuda, sin embargo en modo alguno puede entenderse acreditada por la emisión de una factura por actos realizados cinco años antes sin ningún reflejo en la contabilidad de las sociedades supuestamente intervinientes, entre las que además existe una intensa relación cuando comparten domicilio social, administradores, socios y asesor contable y fiscal. En el informe de la administración concursal, sin que nada en contrario se haya acreditado, el saldo de la cuenta de RIAZÓN S.L. con la concursada al declararse el concurso era de 5.286,57 euros favorable a la concursada. Las alegaciones de la parte apelante respecto del motivo impositivo relacionado con

el IVA para justificar la emisión tan tardía de una factura no dejan de ser meras alegaciones de parte que en modo alguno sirven para acreditar la existencia de la deuda.
Si a ello se añade que la dación en pago se realiza por un valor notablemente inferior al de mercado, pues así se acredita cuando se aporta como doc. 5 con la demanda escritura de venta de otro Ático en el mismo edificio por importe de 98.440 euros, por lo que la dación en pago se hizo por un 34% de menor valor en comparación con la venta de otro ático en el mismo edificio, es claro el perjuicio que se causa a la masa activa cuando se transmite un bien de la misma por un valor inferior al real y en pago de una deuda no acreditada.": SAP Pontevedra (Sección 1) 09.04.2014 (Sentencia 134/2014; Rollo 78/2014)

JM-1 Alicante

"12. Se aprecia cierta falta de claridad a la hora de indicar la existencia del perjuicio, aunque parece que son tres los fundamentos invocados: a) que se trata de un acto gratuito y por ende perjudicial per se sin admitir prueba en contrario (art. 71.2 LC); b) que de entenderse oneroso, se trataría de un acto realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionada con el concursado, que se presume perjudicial, salvo prueba en contrario (art. 71.3.1º) y c) que en todo caso es perjudicial (art. 71.4), por la desproporción entre el valor del inmueble dado en pago (sobre 179.000 €) y la deuda a la que se aplica (60.000 €, pues 4.000 € se atienden con un vehículo de SHARON MODA)
13. Para resolver las dos primeras alegaciones no hay que perder de vista qué acto es el impugnado en este incidente de reintegración: la dación en pago instrumentalizada en fecha 13/11/2003 entre INMODATIL SL y SALVADOR SAPENA SL y no el contrato de fianza. De ello se desprende:
a) que no resulta de aplicación el art. 71.2 LC, ya que la relevancia de la gratuidad a efectos de apreciar el perjuicio sería respecto del negocio por el que INMODATIL se compromete a afianzar a SALVADOR SAPENA SL (no impugnado), pero carece de sentido respecto de los concretos actos por los que el fiador atiende su deuda frente al afianzado, asumida como consecuencia del compromiso de afianzar, ya que como dice Diez Picazo, el fiador (INMODATIL) no solo responde sino debe, en cuanto que por la fianza se ha constituido en deudor de una obligación a favor del acreedor (SALVADOR SAPENA SL) que tiende a satisfacer el mismo interés que le reporta éste la obligación principal (la de CALZADOS LA CALAHORRA).
b) tampoco resulta de aplicación del art. 71.3.1 LC, ya que entre los sujetos de acto impugnado como perjudicial (la concursada y SALVADOR SAPENA SL) ni se invoca ni se prueba relación alguna que permite su subsunción en el art. 93 LC
14.- Al no contar a su favor con presunción alguna, conforme al art. 71.4 LC corresponde a la actora probar el perjuicio a la masa activa producido por el acto que se pretende rescindir, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración del concurso hay una relación causal.
15. No hay duda alguna en considerar que hay perjuicio cuando el activo patrimonial del deudor se ve disminuido por la realización del acto o no se incrementa como consecuencia de su omisión, apuntándose también por un importante sector doctrinal que también lo habrá cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, ya que aquel perjuicio se aprecia no solamente atendiendo al activo patrimonial (visión estricta) sino también atendiendo al conjunto de los acreedores, como se deduce del art. 71.2.2º y 71.3. 2º), dando entrada al principio de paridad de trato (visión amplia)
16. En el caso nos ocupa, sin necesidad de plantearnos esta última acepción, lo que hay que comprobar es si la entrega por INMODATIL SL de la finca núm. 6086 el día 13/11/2003 a SALVADOR SAPENA SL para satisfacer la deuda afianzada ha sido perjudicial por cuanto el valor de la finca era sensiblemente superior, implicando ello una minusvaloración del patrimonio de la concursada
17. Hay, pues, que cotejar el valor patrimonial del activo que sale de su patrimonio con el valor patrimonial de la contrapartida recibida. Valoración según las circunstancias concurrentes en el momento en que se realiza el acto, al margen de acontecimientos posteriores. No cabe determinar el perjuicio tomando como perspectiva temporal el momento de apertura del concurso o el ejercicio de acción de rescisión y ello por los siguientes motivos: i) se infiere de art. 71.2 y del art. 71.3.2º: el momento relevante para apreciar el hecho considerado como presunción de perjuicio es el de la realización del acto; ii) el art. 73 LC atiende al momento del acto para determinar cuando hay mala fe; consecuentemente será en ese momento cuando haya que ver si el acto es o no perjudicial y iii) hay sectores en los que por la simple concurrencia de elementos especulativos ajenos a las partes todo acto anterior, plenamente justificado y con su correspondiente equivalente patrimonial, acabaría siendo necesariamente perjudicial, con la quiebra de la propia seguridad del tráfico, implicando tal exégesis infracción de la seguridad jurídica consagrada en el art. 9 CE. Entre otros, en la doctrina se pronuncia a favor de esta tesis F. León Sanz
17. Son datos relevantes al efecto:
i) en fecha 13/11/2003 sale del patrimonio de INMODATIL SL un bien inmobiliario (la citada finca registral) y consecuentemente (art. 1838 y 1839 CC) adquiere un derecho de crédito frente al deudor afianzado (CALZADOS LA CALAHORRA SL) por importe de 60.000€, ya que los otros 4.000 € que éste debía a SALVADOR SAPENA SL se atienden con un vehículo de otra mercantil ajeno a la litis (doc núm. 6)
ii) en ningún momento consta que INMODATIL SL, cuyas socias son la administradora Andrea y Lidia (doc 3 y 8) haya recibido de CALZADOS LA CALAHORRA SL suma alguna por ese pago
iii) CALZADOS LA CALAHORRA SL se trata de una mercantil administrada por Romeo, padre de la administradora única de INMODATIL SL (doc núm. 3 y 4) y esposo de la otras socia, cuyas últimas cuentas depositada son del ejercicio 2001 (doc núm. 4). Además de esta vinculación familiar, consta que INMODATIL SL no solo afianzó la deuda que da lugar a la dación de pago impugnada, sino que hipotecó en 2003 otra finca de su propiedad para garantizar unos préstamos que se destinaron a pagar créditos de CALZADOS LA CALAHORRA (doc núm. 8), tal y como se ha establecido por este Juzgado en sentencia de 22 de julio de 2006

recaída en otro incidente de reintegración, confirmada por la A.P. en sentencia de 30 de enero de 2007)
iv) La finca dada en pago se trata de una vivienda sita en la C/Capitán Gaspar Ortiz, de Elche de 104 metros cuadrados, titularidad actual de dos matrimonios, que la adquirieron el 16 de febrero de 2007 (doc núm. 9) a SALVADOR SAPENA SL (dato éste reconocido por SALVADOR SAPENA SL) sin que haya prueba del importe abonado, al no aportarse prueba laguna la respecto (como la escritura de venta, cheques, pagares o transferencias percibidas o recibidas), siendo una mera manifestación de parte que el precio de esa venta fuese de 100.000€, constando gravada con una hipoteca otorgada el 16/2/2007 para garantizar un principal de 143.892 € y con un valor de subasta de 179.865,75 €
v) el único informe pericial practicado a instancia del admón. concursal indica que el valor a fecha 2003 es de 185.000€
18. No obstante, esta último prueba, y de la relevancia que ella representa por su carácter técnico, hay que recordar que no es vinculante conforme a reiterada jurisprudencia cuya cita es ociosa. En el caso presente, el informe presentado, salvo afirmaciones genéricas, abstractas y de orden formulario, válidas para cualquier dictamen, no aporta dato alguno que permita dar por buena, sin más, la conclusión a la que llega la perito, pues la situación regitral y cargas ya era conocida por otros medios. Tampoco las explicaciones dadas en juicio aparecen como convincentes sobre las fuentes de información (no se identifican de manera alguna) y proceso de depuración seguido, llamando la atención a este juzgador que si en febrero de 2007 se fija como valor de subasta la finca en 180.000€ (por redondear la cifra) en noviembre de 2003 el valor fuese 185.000€. Es un hecho notorio y por ende innecesario de prueba (art. 281.4 LECiv), que el mercado inmobiliario en ese intervalo (4º trimestre de 2003 al 1º de 2007) estaba en expansión y que los precios de los inmuebles se revalorizaban por encima (con mucho) del índice de los precios al consumo. Si tomamos como fiable la valoración que figura en la hipoteca (al proceder en tercero imparcial y sujeto a una estricta normativa en materia de tasación, como así lo viene a entender la propia actora en su demanda), lo lógico es que en noviembre de 2003 el precio fuese inferior. Ninguna aclaración razonable y verosímil da la perito al respecto, por lo no se comparte la conclusión que contiene, que al no argumentarse ad casu no puede asumirse. Ante tal tesitura, sin que haya aportado prueba alguna tampoco la demandada (que ni siquiera acredita que cobró cuando la vendió), tomando como valor de partida a febrero de 2007 el valor de 180.000 € y apreciando un factor de corrección del 25% (que se estima prudente), habrá que considerar que el precio de la finca en noviembre de 2003 era de 133.750 €
19. Con los datos desgranados, resulta evidente el perjuicio puesto que la concursada atendió una deuda de 60.000 € con un activo de 133.750 €; es decir, mediante una fórmula (dación en pago) que no es la habitual en el tráfico normal y que supera el doble de la deuda. Aun teniendo en cuenta el importe de la deuda en la que se subroga, no desaparece el perjuicio, sin perjuicio de apuntar que ese crédito en el que se subroga, no parece que su valor real fuese efectivamente de 60.000€, a la vista las posibilidades de recobro atendiendo la situación económica de CALZADOS LA CALAHORRA SL que en noviembre de 2003 ya tenia importantes deudas, atendidas en parte con el patrimonio inmobiliario de INMODATIL, directa o indirectamente. Por tanto, sin dejar de ser cierto que la operación supone aminoración de activo, al salir del patrimonio el inmueble, y también aminoración de pasivo, al enjugarse deudas por el importe de la dación en pago, ello no hace desaparecer el perjuicio, en las circunstancias expuestas, sin olvidar que, además el mero hecho que la INMODATIL cediera a la demandada un valioso activo ya implicó un trato de favor respecto de este acreedor en relación con los demás, que no han visto satisfecho su crédito ni por ese ni por ningún otro procedimiento, apuntando precisamente la doctrina que la dación en pago como uno de los máximos exponentes del perjuicio: aquellos en que se cumple una deuda vencida y exigible por un medio de pago que no sea el inicialmente pactado y que no se haga en dinero o de la manera normal en el tráfico, porque supone al tiempo privilegiar a unos acreedores frente a otros y extraer bienes de la masa En definitiva, se produjo una salida de activo por un valor sensiblemente inferior al valor objetivo que tenía en ese momento, por lo que se ha producido un perjuicio para la masa de los acreedores". SJM-1 Alicante 05.05.2008 (AC 2008\1086; Sentencia 59/2008; Incidente Concursal 637/2007)

2.3.2 Derechos derivados de leasing inmobiliario

AP Málaga

"TERCERO Sentado lo anterior, procede en primer lugar analizar si constituye un perjuicio a la masa activa la cesión de los derechos y obligaciones dimanantes de la escritura de leasing inmobiliario efectuado tres meses y medio antes de la declaración de concurso de la mercantil cedente, leasing que tenía por objeto precisamente el local y plazas de aparcamiento donde la cedente ejercía su actividad, y respecto de esta cuestión ha de resaltarse que correspondiendo a la demandante probar el perjuicio patrimonial, en su demanda aporta esta prueba con el solo relato de la operación, la documental que lo acredita, y la afirmación que con ello se ha primado el derecho de cobro de un determinado acreedor frente al resto y se ha detraído de la masa uno de los bienes que figuraban en el inventario y que constituye uno de los pocos activos de la sociedad, correspondiéndole entonces a las demandadas alegar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos aportados por la actora (art. 217.3 LEC), sin embargo la codemandada ahora recurrente en su contestación a la demanda (momento procesal donde han de alegarse esos hechos) afirma la inexistencia de perjuicio patrimonial pero obvia los argumentos en que pueda basar dicha afirmación refiriéndose en sus alegaciones a cuestiones colaterales que no afectan al núcleo de la cuestión debatida, siendo por primera vez en esta alzada donde aporta datos numéricos en los que pretende basar esa afirmación. Aclarado esto, como es sabido, el contrato de arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero, conocido como leasing, se considera como un contrato atípico por el que una empresa especializada cede el uso de un producto -que ella no ha producido sino que ha sido adquirida de un tercero- en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio,

normalmente muy bajo (en este sentido, y por todas,Sentencia de 14 de diciembre de 2004), contrato que además nada tiene que ver ni con la compraventa a plazos, ni con el préstamo de financiación a comprador (STS 14 de diciembre de 2004, 4 de abril de 2002 y 19 de julio de 1999), figuras con las que a veces ha sido confundido, ya que la finalidad del leasing, es decir, su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde laLey 26/1988 de 29 de julio, de Disciplinae Intervención de las Entidades de Crédito, en su Disposición Adicional séptima, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas -calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes-, incluyéndose necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota (Sentencias de 4 de junio y 21 de diciembre de 2001). Siendo esta la esencia del contrato de leasing, con ello decaen la mayor parte de las alegaciones efectuadas por el recurrente por cuanto si bien es obvio que la propiedad de los bienes corresponde al arrendador (BBVA), también lo es que integra el patrimonio de la arrendataria financiera los derechos y obligaciones que le otorga el contrato, de ahí que para analizar si la masa activa se ha visto perjudicada por la cesión de esos derechos y obligaciones haya de examinarse si el activo y el pasivo han mermado en igual medida o bien ha sido el activo el mas perjudicado, conclusión ésta última la que ha de estimarse pues con esa operación se excluyó del patrimonio de la concursada el derecho actual a usar unos inmuebles y el derecho a adquirir su propiedad con el ejercicio de la opción de compra, y si bien es cierto, como insiste la recurrente, en que con la cesión la concursada lo que hizo fue traspasar deudas, como el impago de las cuotas futuras, éstas se devengarían mensualmente en el transcurso de menos de ocho años, y comparando el activo y el pasivo del que se deshizo la concursada sin duda alguna es mayor la pérdida que la ganancia para la masa activa, debiendo rechazarse el resto de argumentos aportados por la recurrente pues en definitiva viene a plantear que llevó a cabo una operación con la concursada de la que resultaba la cesionaria muy perjudicada económicamente, lo que ni tiene lógica ni es creíble tratándose de una entidad inserta en el mundo mercantil que, al igual que el BBVA, si llevaron la cesión es porque sin duda alguna les era rentable tanto a la cesionaria como a la cedida, viniendo realmente con esa argumentación a plantear los nulos beneficios que pueda tener todo contrato de leasing, olvidando que se trata de una institución del derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial (entre otras,STS 20 de julio de 2000, con cita de la de 28 de noviembre de 1997), y si esto es así, es porque reporta beneficios a ambas partes.”: SAP Málaga (Sección 6) 26.03.2009 (JUR 2009/274183)

2.3.3. Dación de vehículo de valor muy superior a la deuda

AP Barcelona

“3. El acto de disposición del deudor concursado objeto de rescisión es una dación en pago que fingescredit hizo a favor de agemont, el 31 de julio de 2008. No se discute que el bien entregado en pago fuera el vehículo Porsche 991 Turbo matrícula 9374-FKN, que la concursada había adquirido hacía unos meses por un importe de 148.325,69 euros. Consta en los autos que este vehículo, antes de la transmisión, había sido tasado por un valor de 90.00 euros por la entidad c.m. motor, s.l. (f. 9). También se han aportado a los autos la factura de la dación en pago de este vehículo, por un precio de 104.400 euros, que se corresponderían con el valor de tasación de 90.000 euros, más 14.400 euros de IVA (f. 11). Esta factura esta contabilizada en el libro diario (f. 10).
La controversia surge en torno a la deuda en pago de la cual se entregó este vehículo. La administración concursal y la sentencia de primera instancia entienden que tan sólo ascendía a 58.100 euros, mientras que las dos apelantes argumentan que era de 104.400 euros. Los comprobantes de las transferencias realizadas por agemont, aportadas a los autos como documentos 8 y 9 del informe de las administración concursal, muestran que las destinatarias de dichas transferencias fueron fingescredit (hasta un importe de 58.100 euros) y otra entidad vinculada a ella por sus socios, sin que conste que lleguen a formar parte de un mismo grupo, denominada gescom gestoría integral de crédito, S.A. (ff. 27 y ss.). Los apelantes sostienen que la totalidad de las transferencias se hicieron a fingescredit, quien lo distribuyó entre las entidades del grupo, y para evitar duplicar movimientos se incluyó en algunas de las transferencias como destinataria a gescom. Pero la única justificación es la propia contabilidad de gescom y fingescredit: en la de fingescredit aparece la deuda con agemont por el importe total (104.400 euros). Estos apuntes contables no logran desvirtuar la realidad: las destinatarias de estas transferencias fueron ambas sociedades gescom y fingescredit, y esta última sólo lo fue en la suma de 58.100 euros.
A la vista de lo anterior, debemos analizar si esta dación en pago se hizo en perjuicio de la masa activa. En nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 partíamos de la consideración de que existe perjuicio para la masa activa cuando el acto de disposición conlleva un "sacrificio patrimonial injustificado", que exige un doble requisito: una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado. Criterio recogido recientemente por la STS (1ª) de 27 de octubre de 2010 (Roj: STS 5329/2010), cuando invoca este concepto de sacrifico patrimonial injustificado en un caso en que el acto de disposición objeto de rescisión era un negocio con reciprocidad de prestaciones, en que no existió una equivalencia de prestaciones (una venta de dos inmuebles por un precio muy inferior al de mercado), y este desequilibrio no se justificaba por las circunstancias

concurrentes.
En nuestro caso el acto objeto de rescisión no es propiamente una venta, sino una dación en pago, que presupone la existencia de un previo crédito que se pretende extinguir con la entrega del bien. A través de la dación en pago el deudor conviene con su acreedor en la entrega de un bien distinto de aquél en que la prestación consistía. Este convenio o acuerdo de voluntades no sustituye la obligación antigua por la nueva, ni supone un cambio de objeto de la originaria relación obligatoria, sino que origina un nuevo modo de extinción de la misma. De tal forma que lo que puede ser objeto de rescisión concursal es el acuerdo de dación en pago más que la entrega del bien en cumplimiento del mismo, siempre y cuando se acredite que dicho acuerdo era perjudicial para el deudor concursado, en la medida en que exista un significativo detrimento patrimonial injustificado. Esto es, será necesario demostrar que el valor de lo entregado en pago es muy superior al valor de la prestación debida, ordinariamente dineraria, y que además no concurren circunstancias que justifiquen esta falta de equivalencia.
En nuestro caso, el perjuicio vendría determinado por el exagerado desequilibrio de prestaciones: el bien estaba valorado en 104.400 euros y la deuda con la adjudicataria del bien era de 58.100 euros, poco más de la mitad del valor del bien. Sin que, por otra parte, las circunstancias concurrentes puedan justificar los términos de la dación en pago. No sólo eso, sino que la vinculación personal y familiar entre los socios de ambas entidades contribuye a explicar la operación como un medio de beneficiarse el socio único y administrador de fingescredit: el Sr. Gonzalo era socio único de fingescredit, mientras que su esposa (Marina) lo era de gescom, y ambos cónyuges eran administradores solidarios de esta última entidad.”: : SAP Barcelona (Sección 15) 15.06.2011 (Sentencia 260/2011; Rollo 593/2010)

2.4 Venta perjudicial pese a que pagó precio justo. Descapitalización y pérdida de fondo de comercio a favor de sociedad vinculada

AP Málaga

“TERCERO Partiendo de la doctrina expuesta en el fundamento de derecho anterior, no cabe duda de la existencia de relación empresarial entre ambas mercantiles, pues independientemente de que así haya sido reconocido en el interrogatorio de parte realizado a B Plus Estetic en la persona que representaba, que era su propio Letrado, y de que no haya probado ser negada tal reclamación por la otra recurrente, B Plus Villas, al admitir en el escrito de interposición de su aprobación, que el SrLuis Pabloes a la vez accionista, aunque sea muy minoritario, de B Plus Estetic y administrador de "crisis" de B Plus Villas, se dan otras semejanzas que apuntan en el mismo sentido, como bien dice la demanda incidental, como son la identidad en las denominaciones sociales B Plus, la coincidencia de los apellidos de los mismos ciudadanos belgas en una y otra compañía, informando la administración concursal sobre la figura de DonAureliocomo auténtica "alma mater" de este conglomerado social, bien directamente, bien a través de su hijo DonLuis Pablo, bien por mediación de las demás sociedades que controla y que forman un auténtico fenómeno social de empresas vinculadas, y aunque la compañía belga tenga formalmente su domicilio en aquel país, no es menos cierto que su actuación en España se realiza a través de la compañía española como filial de la primera, pues no de otra forma puede entenderse la expresión de la propia apelante en su escrito de recurso de que era lógico que B Plus Villas acudiese a una persona de confianza nombrando administrador al hijo del representante legal y principal valedor de B Plus Estetic.
CUARTO Por otra parte, el hecho de que ambas sociedades tengan como objeto social la compra, venta y alquiler de terrenos, viviendas, locales, apartamentos y chalets, y la promoción y construcción de toda clase de obras y construcciones, no justifica la transmisión de la finca objeto de este incidente como una operación perteneciente al tráfico a que la concursada se dedica, pues su actividad es especulativa y su lucro la venta o transformación de un inmueble destinado a su beneficiario final, pero no a otra sociedad que se dedica al mismo género de negocio, pues entonces está transmitiéndole su fondo de comercio para que la otra obtenga el beneficio mediante su tráfico final, privándose de la plusvalía que le proporcionaría su actividad societaria, aunque haya transmitido el bien por un precio adecuado a su valor en sí y lo haya efectivamente cobrado, si obrara de otro modo no estaríamos tratándolo en el ámbito del Derecho Privado, sino en el del Derecho Penal como una acción criminal, lo que no obsta para que esta conducta que se considera realizada produzca descapitalización de la concursada, cuya consecuencia evidente ha de ser la declarada por la sentencia apelada, la reintegración a la masa activa del concurso, para atender, con arreglo a las normas del mismo, a los derechos de todos los acreedores atendiendo al principio que rige este procedimiento de la "par conditio creditorum", y no es necesario "jugar a profetas", como dice la parte demandada, para saber que la venta de la parcela no serviría para enjugar el enorme déficit, ni mucho menos para corregir la negativa deriva de su contabilidad societaria y sólo serviría para favorecer a ciertos acreedores en detrimento del conjunto de todos ellos, que se ven seriamente perjudicados por la pérdida de un activo muy sólido.”: SAP Málaga (sección 6) 12.03.2009 (JUR 2009/275004)

2.5 Endoso de cheque en pago de deudas de otras sociedades del grupo

AP Lleida

“TERCER. Pel que fa a les dos excepcions processals plantejades de manca de legitimació passiva i manca de litisconsorci passiu necessari, ambdues ja van ser posades de manifest en la primera instància i han estat resoltes correctament en sentència i sense que en el recurs res s'afegeixi al que ja es va dir en el seu moment en l'escrit de contestació a l'incident, ni de fet res s'afegeix tampoc en l'escrit de recurs, ni es diu en que s'equivoca la sentència, sinó que la part es limita a reiterar les argumentacions sobre les que ja es va resoldre.

En tot cas recordarem novament que l'article 72.2 de la LCdiu que "Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente...",. Ara bé no cal perdre de vista que el que s'impugna i del que es demana la rescissió, no és de l'emissió mateixa del xec o del negoci jurídic previ que hagi donat lloc a aquell lliurament o endós (qüestió aquesta de fons a la que després ens referirem), sinó de l'acte de l'endós realitzat per la concursada a favor del demandat, qui va ingressar el xec (barrat per ingrés obligat en compte) en un compte de la seva titularitat, per tant és clar que ell és part en l'acte impugnatori, raó per la que escau desestimar aquest motiu de recurs.
La mateixa sort ha de corre l'altra excepció processal proposada, això és la manca de litisconsorci passiu necessari atès que el que antecedentment hem assenyalat val també per aquesta excepció processal. És clar que ni el lletrat senyor Lluís Serra, ni Alejandro Pedros y asociados SL ni Ingenieria y peritaciones SL niDonatoel procurador senyor Jose Maria Guarro Callizo varen participar en l'acte de l'endós que aquí s'impugna, amb independència de que sigui cert o no que amb aquell endós es pretenia pagar a tots ells, qüestió aquesta a la que a continuació ens referirem al referir-se a aquest extrem l'últim del motius de recurs.
QUART. Resta per resoldre l'al·legació relativa a que no és cert que no s'haguessin realitzat els informes que es diuen pagats amb l'import d'aquell xec, i en definitiva que hagués existit perjudici per la massa del concurs. En aquest apartat es fan novament una sèrie de al·legacions totes elles fetes ja en l'escrit de contestació a la demanda i que el jutge a quo ha contestat de forma prou solvent en la seva sentència. Així la sentència ja recull com la tasca del demandat no va ser solament la que va fer per la societat aquí en concurs, sinó també per altres tres (dos societats i un particular) i el que no escau de cap manera és que es pretengui cobrar de la aquí concursada, tasques fetes pel mateix demandat o àdhuc per altres professionals i a favor d'altres societats, siguin aquelles o no part d'un mateix grup societari, atès que tenen masses diferenciades. De fet no s'esgrimeix cap tipus de raó per la que aquesta massa hagi de suportar aquelles despeses, afirmació aquesta que ens mena a considerar aquell endós com un acte perjudicial per a la massa, en la forma descrita en la sentència apel·lada i per tant confirmar-la en tots els seus extrems.": SAP Lleida (Sección 2) 29.10.2008 (JUR 2009/78109)

2.6 Pacto de interés moratorio del 29%, perjudicial para la masa

AP Vizcaya

"CUARTO Como hemos dicho ya anteriormente elart. 71.4º de la Ley Consursal admite la rescisión de actos que produzcan un perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso, pero, en tal caso, a diferencia de los anteriores que establecen presunsiones "iuris et de iure" y "iuris tantum", deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria. Siendo que, por daño a la masa debe entenderse el menoscabo o la desaparición de bienes del patrimonio del concursado, es ínsito y consustancial el menoscabo que sufre la masa activa del pacto, en estas operaciones "extrañas" al objeto de obtener liquidar y evitar o demorar la solicitud del concurso, de un interés de demora del tipo del 29%.
Ahora bien no es de aplicación elart. 1 de la Ley de Azcárate de Represión de la Usuray la doctrina jurisprudencial que ha sido seguida por el Tribunal Supremo, reflejada en laSTS de 2 de octubre de 2.001 (RJ 2001, 7141), al señalar que los intereses de demora no tiene naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción pecuniaria con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinerio, ni cabe configurarlos como leoninos, ni se encuadran en laLey de 23 de julio de 1.908.
Esta exclusión de la aplicación del régimen legal de los intereses usuarios supone que el carácter abusivo de tales intereses moratorios no conduce a su nulidad. Ahora bien, la rescisión del interés moratorio pactado viene dada por ser altamente perjudicial para la masa activa, atendiendo alart. 71.4 de la Ley Consursal. Consecuencia de ello es que hasta la declaración del concurso, puesto que se ha rescincido la garantía real de los créditos, en virtud elart. 59 de la LECO, como intereses moratorios que son, pueden quedar a la facultad moderadora del Tribunal, como cualquier cláusula penal, atendiendo alart. 1.154 del Código Civil. Y así se acuerda que la cantidad máxima que en concepto de intereses moratorios podrán recibir las demandadas hasta la declaración de concurso, en que quedan suspendido el devengo de los intereses por el incumplimiento en el pago de las deudas reconocidas, será el interés legal del dinero. Cabe pensar que pocos efectos jurídicos tendrá este pronunciamiento en el caso examinado, atendiendo a la fecha del vencimiento de los pagos y a la declaración del concurso de D.Vicente.": SAP Vizcaya (Sección 4) 30.12.2008 (JUR 2009/200211)

2.7 Asunción de deuda ajena

AP Barcelona

"En realidad, el reconocimiento de deuda contenido en la escritura pública de 24 de enero de 2008 no es propiamente abstracto, ya que manifiesta la causa: el préstamo realizado por transferencia bancaria el 21 de septiembre de 2007, por la cantidad referida, efectuado por LOVIPRO FYNBOS, S.A. a favor de LOVIPRO RESIDENCIAL, S.A., con el objeto de que dicha sociedad perteneciente a SETBEZ S.L. afrontara las deudas contraidas (ff. 24 y ss.). Lo anterior, junto con el hecho no controvertido de que la transferencia bancaria existiera, esto es, fuera real, prueba que la causa del reconocimiento de deuda existía, y era la propia de una asunción de deuda ajena sin sustitución del anterior deudor, teniendo en cuenta los intereses económicos que SETBEZ tenía en la deudora originaria del crédito.

Por lo tanto el crédito existe y no puede ser denegado en esta sede, donde sólo se juzga la existencia y vigencia del crédito, sin perjuicio de que la administración concursal ejercite la acción rescisoria concursal sobre el acto de disposición que supone la asunción de una deuda ajena (de una sociedad del grupo), posterior al nacimiento de dicha deuda, y en un momento muy próximo a que se declarara el concurso. Ello es lógico, pues lo que estamos argumentando es que el crédito existe en cuanto que existió un acto de asunción de una deuda ajena, válido, aunque respondiera a una causa distinta del reconocimiento de una deuda propia, y por lo tanto mientras no se rescinda por el perjuicio que dicho acto genera en el concurso de acreedores, debe ser reconocido en la lista de acreedores.": SAP Barcelona (Sección 15) 05.02.2010 (JUR 2010/179705; Sentencia 25/2010; Rollo 466/2009)

2.8 Pago de deuda ajena

AP Barcelona

"Ya hemos argumentado en otras ocasiones [por ejemplo, Sentencia de 23 de abril de 2008 (RJC 2008/IV, pp. 1114 y ss.)], que los actos de disposición dineraria "son susceptibles de rescisión concursal, siempre que se hayan realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, por ser perjudiciales para la masa en la medida en que suponen una aminoración del patrimonio del concursado sin justificación alguna. En última instancia el perjuicio viene determinado en este caso porque esas entregas o transferencias de dinero no responden al pago de ninguna deuda ni contraprestación alguna". Por lo que si no se acredita la existencia de la deuda y, además, que era exigible antes de la declaración de concurso, pues de otro modo incurriría en la presunción iuris et de iure del art. 71.2 LC, habría que considerar tales pagos como perjudiciales.
Por lo que se refiere a la primera transferencia a favor de PRATLICA, S.A., los demandados argumentan que la orden de pago responde a la satisfacción de una deuda que CARRA, S.A. tenía con el gabinete Betulo, S.L., en su condición de asesoría laboral, y que había sido pagada por PRATLICA, S.A. Dicho de otro modo, se trataría de un pago por tercero, realizado por PRATLICA, que al amparo del art. 1158 CC le legitimaría para repetir del deudor principal, en este caso CARRA, S.A. Los demandados aportaron una factura girada por este mismo importe de 661,20 euros contra CARRA, S.A., que por hallarse el sello del acreedor, se puede presuponer abonada (f. 51). Este documento, si bien sirve para acreditar que existía este crédito de Gabinete Betulo frente a CARRA, S.A., y que fue abonado, no justifica que quien realizara este pago fuera PRATLICA, S.A., pues para ello tendría que haber abonado un recibí o documento que justificara no sólo que la factura había sido satisfecha, sino quién la había pagado, pues ello justificaría la legitimación de dicho pagador para repetir frente al deudor principal. Razón por la cual hemos de considerar que no estaba acreditado que el pago fuera debido y en su consecuencia tal pago era perjudicial para la masa activa del concurso": SAP Barcelona (sección 15) 26.01.2010 (Sentencia 13/2010; Rollo 276/2009)

2.9 Negocio fiduciario en virtud del cual terceros detentan participaciones sociales sufragadas por la concursada

AP Alicante

"CUARTO.-La primera de las llamadas infracciones procesales que debe examinarse es la relativa a la falta de congruencia donde se ataca la argumentación ofrecida en la Sentencia de instancia sobre la delimitación del objeto procesal porque su resolución facilita el examen de las otras llamadas infracciones procesales.
La pretensión deducida en la demanda parte del hecho básico siguiente: RIVIERA INVEST es la mercantil que ha facilitado todos los fondos para realizar las aportaciones en el momento de la constitución y en el momento de la posterior ampliación de capital de RIVIERA INVEST MAROC, S.A.; sin embargo, aquélla ha titulado una participación en el capital que no supera el 50%, mientras que RIVIERA PATRIMONIO y tres personas físicas (Administrador y dos apoderados de esta última), sin haber realizado ninguna aportación de su propio patrimonio, han obtenido una titulación formal o aparente de una participación en el capital social que excede del 50%. El medio a través del cual los socios demandados han podido disponer de fondos para realizar las aportaciones, según la documentación contable de la concursada, RIVIERA INVEST, es mediante unos préstamos por cantidades coincidentes con las aportadas. Estos préstamos carecen de cualquier soporte documental y se desconocen cuáles son sus pactos (plazo de duración, cuadro de amortizaciones, intereses, etc.).
De esta premisa fáctica se desprende la existencia de un negocio fiduciario en virtud del cual, el fiduciante, RIVIERA INVEST, concursada y cuyas participaciones sociales pertenecen a RIVIERA PATRIMONIO, acuerda con personas de su confianza (sociedad dominante del grupo, administrador y dos apoderados de esta última) que figuren como socios aparentes y formales con una participación en el capital social de RIVIERA COAST MARROC, S.A. que supera el cincuenta por cien, facilitándole los fondos mediante unos préstamos simulados.
La pretensión ejercitada tiene por objeto que los titulares formales o aparentes en virtud del contrato fiduciario reintegren las participaciones al titular real de las mismas y ello se produce mediante la petición de su condena a la reintegración de las acciones suscritas de forma aparente por los demandados con fondos de la titular real y, a su vez, se interesa la ineficacia del negocio jurídico instrumental que permitió el negocio fiduciario como son los préstamos simulados.
Así, sobre el modo de operar el negocio jurídico fiduciario, podemos traer a colación la STS de 25 de marzo de 2011 : "A partir de estos términos de la demanda y su correspondiente aclaración parece que la calificación que mejor conviene a las operaciones atribuidas en ella a los demandados es la de negocios fiduciarios consistentes en poner a nombre de las hijas bienes pertenecientes a sus padres con el pacto interno entre estos y aquellas de reconocer a los padres como verdaderos propietarios, pactos a su vez indiferentes para el

vendedor de los bienes. De aquí que no fueran extravagantes las constantes alusiones del demandante a la simulación, pues como declara la STS 15-6-99 con cita de otras anteriores la doctrina tiende a asimilar el llamado negocio fiduciario al simulado. Por su parte la STS 27-2-07 declara que en estos casos la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que este la conservará hasta el momento en que se reclame por el fiduciante la propiedad de lo transmitido; y la STS 23-6-06, que en los casos de fiducia cum amico, la cual"implica la creación de una apariencia", el fiduciario "e compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza"."

En consecuencia, si éstos son los hechos reflejados en la demanda y la fundamentación jurídica se encuentra en los artículos 71, 72 y 73 de la Ley Concursal y, en la contestación los demandados se opusieron a la existencia del acuerdo fiduciario, bien estemos antes una estricta acción rescisoria concursal o bien ante una acción de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho (artículo 71.6 de la Ley Concursal), no se observa la infracción de la exigencia de congruencia entre lo solicitado en la demanda y lo acordado en la Sentencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que se recoge en la Sentencia recurrida.

QUINTO.-Pasamos a continuación a analizar las restantes alegaciones calificadas como infracciones procesales, iniciando con la relativa a la falta de competencia internacional y territorial del Juzgado de instancia.

Esta alegación está relacionada con la petición b) del suplico de la demanda que tiene por objeto la rescisión de la suscripción fiduciaria, en nombre propio y por cuenta de la concursada, realizada por los demandados conforme a las escrituras de constitución y aumento de capital. Al afectar a determinados actos de una sociedad de nacionalidad marroquí carecería de competencia internacional el Juzgado de lo Mercantil.

Una vez delimitado el objeto del proceso al rechazar el defecto de falta de congruencia, como acertadamente declara la Sentencia recurrida, lo que se cuestiona en la demanda no es la regularidad del acto de constitución y de ampliación de capital de la sociedad de nacionalidad marroquí, no demandada en este proceso, sino el carácter perjudicial para la masa activa del negocio fiduciario y del préstamo instrumental celebrado por la concursada con unos terceros, sí demandados en este proceso, en el período de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Si éste es el objeto del proceso, la competencia internacional corresponde al Juzgado de instancia de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Concursal.

SEXTO.-Seguidamente, se vuelve a reproducir la excepción de falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la demanda pues la misma encierra una acción declarativa de dominio del resto de las acciones de RIVIERA INVEST MAROC, S.A. tituladas formal y aparentemente a nombre de los demandados, acción que es ajena completamente a la acción de reintegro prevista en la Ley Concursal y cuyo conocimiento entra dentro de la competencia del Juzgado de Primera Instancia (artículo 54 de la Ley Concursal).

Al haberse delimitado ya la pretensión deducida en la demanda queda claro que, ante la negativa de los demandados a reconocer la naturaleza fiduciaria de la titularidad de sus acciones en RIVIERA INVEST MARROC, S.A. y el carácter simulado de los préstamos celebrados instrumentalmente para conseguir aquel fin, se interesa la ineficacia de estos contratos porque son perjudiciales para la masa activa de la concursada porque habiendo realizado todas las aportaciones dinerarias para la constitución y posterior ampliación de capital de la sociedad marroquí sólo titula una participación del capital social inferior al cincuenta por cien. Los efectos de la ineficacia son, de un lado, la condena a la reintegración de las acciones a la titular real y, de otro lado, la ineficacia de los préstamos instrumentales.

Como concurren los elementos estructurales de la acción rescisoria concursal o de las acciones de impugnación del artículo 71.6 de la Ley Concursal no podemos confundirla con una acción declarativa de dominio y, consiguientemente, de conformidad con lo establecido en los artículos 86-ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8 y 72 de la Ley Concursal, su conocimiento corresponde al Juez del concurso.

Por iguales razones se rechaza la excepción de inadecuación de procedimiento al mantener la apelante que los efectos pretendidos en la demanda son distintos de los previstos en el artículo 73.1 de la Ley Concursal : la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, con sus frutos e intereses, de manera que el cauce procesal adecuado hubiera sido el Juicio Ordinario.

Si ya hemos dicho que la pretensión deducida en la demanda reúne los elementos estructurales de una acción rescisoria concursal o de una acción de impugnación, el cauce procesal no puede ser otro que el incidente concursal previsto en el artículo 72.3 de la Ley Concursal. De otro lado, el efecto de las acciones de reintegración en el ámbito del concurso es el de la ineficacia del acto rescindido y, a continuación, ha de procederse a la liquidación del negocio jurídico aparente para volver a la situación inmediatamente anterior al momento de su celebración. Si el negocio jurídico rescindido es un contrato bilateral sinalagmático (compraventa), procederá la recíproca restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses pero si es en un contrato gratuito como la donación tan sólo procede que el donatario restituya el bien al donante sin recibir ninguna contraprestación. En nuestro caso, la liquidación de los actos rescindidos - negocio fiduciario y préstamos instrumentales- se concreta en la condena de la restitución de las acciones a la titular real y en la ineficacia pura y simple de los préstamos registrados en los estados contables de la concursada.

SÉPTIMO.-La última de las llamadas infracciones procesales es la relativa a la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido llamada al proceso la sociedad de nacionalidad marroquí, RIVIERA INVEST MAROC, S.A. al afectarle la resolución de este litigio sobre la ineficacia de la suscripción de acciones en el momento de la constitución y de la posterior ampliación de capital.

No podemos más que reiterar lo dicho hasta ahora porque, delimitada la pretensión deducida en la demanda, no se cuestiona la regularidad de la constitución ni de la ampliación de capital de la sociedad marroquí. Lo que se pretende es la ineficacia de la titularidad fiduciaria de los demandados respecto de las acciones que titulan en esa sociedad y, para liquidar esa situación de aparente titularidad se les condena a transmitir las acciones a la titular real que facilitó materialmente los fondos para su aportación a la sociedad marroquí y, a su vez, se acuerda la ineficacia de los préstamos instrumentales. Como se ve, el ámbito de la pretensión deducida en la demanda no alcanza a ningún derecho ni interés de la sociedad marroquí cuyos actos de constitución y de posterior ampliación quedan incólumes; sólo afecta a sus socios.
En conclusión, se confirma la desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.
OCTAVO.-Abordamos a continuación lo que en el recurso se denominan motivos y se refieren a cuestiones de fondo. El primero de ellos alude a que los actos impugnados no han causado un perjuicio a la masa activa de la concursada porque no se ha acreditado que los préstamos sean incobrables, porque el activo de la concursada es superior a su pasivo y porque debe enmarcarse el préstamo en una operación más compleja que permite inferir que el préstamo no es gratuito desde el momento en que RIVIERA PATRIMONIO ha prestado avales ante un banco marroquí para garantizar el préstamo para la compra de un inmueble en Marruecos por parte de RIVIERA INVEST MAROC, S.A.
Si partimos de los hechos relevantes que de modo extenso se describen en el ordinal séptimo de la Sentencia recurrida que damos por reproducidos en esta alzada, la conclusión no puede ser otra que la de entender que se ha causado un perjuicio a la concursada, la cual aportó materialmente todos los fondos para la constitución y ampliación de capital de la sociedad marroquí y, sin embargo, sólo titula una participación en el capital que no excede del cincuenta por cien. La masa activa de la concursada se ha visto privada de la participación que detentan los otros socios demandados en este proceso. Este perjuicio se funda en la presunción iuris et de iure prevista en el artículo 71.2 de la Ley Concursal porque la transferencia de fondos a favor de los demandados se realiza sin ninguna contraprestación, o bien, en todo caso, en la presunción iuris tantum de perjuicio prevista en el artículo 71.3.1º de la Ley Concursal al tratarse de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de persona especialmente relacionada con el deudor.
Decir que los préstamos no son incobrables carece de consistencia porque no se ha hecho ningún ofrecimiento de devolución y porque se desconocen las condiciones de esos préstamos al no existir ningún documento que los soporte.
Decir que no se ha causado ningún perjuicio porque el activo de la concursada es superior al pasivo significa adelantarse a la aprobación de un convenio o al resultado de la apertura de una eventual fase de liquidación toda vez que no es extraño que el valor fijado en el inventario resulte después muy disminuido cuando se procede a su venta sin que permita atender todo el pasivo.
Decir que el perjuicio debe analizarse en una valoración conjunta de toda la operación en la medida en que RIVIERA PATRIMONIO ha prestado avales para garantizar el préstamo concedido por un banco marroquí para la compraventa de un inmueble por parte de la sociedad marroquí no guarda relación con el perjuicio que aquí estamos examinando porque la prestación de esos avales no opera como aportación no dineraria al capital de RIVIERA INVEST MAROC, S.A.
NOVENO.-La siguiente alegación sobre el fondo del asunto se centra en la concurrencia de la excepción prevista en el artículo 71.5.1º de la Ley Concursal : actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
Se rechaza esta alegación porque no puede considerarse un acto ordinario de la actividad empresarial de la concursada otorgar un préstamo a la sociedad dominante del grupo sin documentar y sin especificar las condiciones sobre su carácter retribuido o gratuito, plazo de amortización y pago de intereses. Tampoco es un acto ordinario que ese capital supuestamente prestado se destine por la sociedad dominante para titular a su nombre más de la mitad de las acciones de la sociedad marroquí, privando a los acreedores de la concursada de parte su activo.
DÉCIMO.-El siguiente motivo sobre el fondo impugna el carácter fiduciario de la titularidad de los socios demandados.
Hemos de reiterar que, según la doctrina jurisprudencial arriba citada, el negocio fiduciario se caracteriza por la existencia de una relación de confianza entre el fiduciante y el fiduciario en virtud de la cual se atribuye materialmente la titularidad formal de un bien al fiduciario cuando realmente corresponde al fiduciante valiéndose de un contrato instrumental que permite la transmisión aparente de esa titularidad.
En nuestro caso, la fiduciante es la concursada, los fiduciarios son los socios demandados (sociedad dominante del grupo, administrador y apoderados de ésta) y entre ellos existe una evidente relación de confianza al existir unidad de decisión en el grupo y, a través de unos préstamos instrumentales se consigue que los socios demandados adquieran la titularidad formal de unas acciones que corresponden realmente a la concursada.
Respecto de los demandados-persona físicas también les alcanza el carácter fiduciario de la titularidad de las acciones de la sociedad marroquí porque en la documentación contable de la concursada consta un préstamo sin que se haya justificado en ningún caso la realización de su aportación dineraria procedente de su patrimonio. Todo ello sin perjuicio de que la presencia de los mismos en esa operación obedecía a la necesidad de cumplir con la exigencia de la legislación societaria marroquí sobre un número mínimo de socios.
UNDÉCIMO.-El último motivo sobre el fondo se refiere al error al determinar las consecuencias de la rescisión de la suscripción de acciones porque debería obligarse a la concursada a asumir los avales prestados por RIVIERA PATRIMONIO para garantizar el préstamo concedido por un banco marroquí para el pago de parte del precio del solar de Marruecos so pena de causar un enriquecimiento injusto a la avalista.
Se rechaza esta alegación por las acertadas razones expuestas por el Juzgador de instancia: 1.-) la prestación de garantías o avales es una operación distinta a la suscripción de acciones porque no se valoró nunca como una aportación no dineraria a la sociedad marroquí; 2.-) el préstamo otorgado por el banco marroquí para

pagar parte del precio del inmueble, garantizado mediante avales de RIVIERA PATRIMONIO, también está garantizado con una hipoteca sobre el mismo inmueble, cuyo valor actual todas las partes reconocen que es muy elevado; 3.-) RIVIERA PATRIMONIO tiene como parte sustancial de su patrimonio las participaciones de la sociedad concursada, RIVIERA INVEST, por lo que quien sufrirá las consecuencias en el caso de impago del crédito garantizado con el aval es la propia concursada; 4.-) ningún perjuicio se causa a la sociedad dominante del grupo cuando salvaguarda el patrimonio de una de las sociedades del grupo.": SAP Alicante (Sección 8) 26.05.2011 (Sentencia 229/2011; Rollo 242/2011)

2.10 Empeoramiento de las condiciones de una opción de venta concedida por la concursada a tercero

AP Valencia

"4.2.- El contrato de opción de venta de 2006 cuya rescisión se pretende por la Administración concursal, el artículo 71 de la Ley Concursal y su aplicación al supuesto enjuiciado.
En reciente Sentencia de esta misma Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de noviembre de 2011 (Pte. Sra. Gaitón Redondo) decíamos en interpretación de la norma que encabeza este apartado y en referencia a un supuesto en que se había producido una mejora de la posición del acreedor por el cambio de titularidad de una deuda ordinaria por una privilegiada, - con cita de las Sentencias de SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), la AP de Barcelona de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), AP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2009), de 15 de octubre de 2009, AP de Vizcaya (Cendoj: 1972/2010), de 14 de octubre de 2010 y AP de La Coruña (Cendoj: 1298/2011), de 14 de abril de 2011 - que la noción de perjuicio para la masa activa no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, resultando de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid primeramente citada que:
"Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal".
Teniendo presente cuanto se ha expuesto, procede que la Sala examine si en el supuesto que se somete a nuestra consideración puede prosperar o no la acción de reintegración ejercitada por la Administración concursal de LLUEI al amparo de lo establecido en el articulo 71 de la Ley Concursal, en virtud del cual "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no haya existido intención fraudulenta", lo que exige la constatación de los siguientes elementos: a) la existencia de un acto del deudor, objeto de impugnación, b) que el mismo se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, c) que sea perjudicial para la masa activa (pérdida patrimonial que disminuya los activos del concurso), d) que no sea un acto ordinario de la actividad empresarial o profesional del deudor realizado en condiciones normales, e) que no sea uno de los actos comprendidos en el ámbito de la legislación especial reguladora de los sistemas de pago, compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.
Y como consecuencia de la función revisora que nos atribuye la apelación llegamos a la conclusión de que procede acoger el recurso de apelación por cuanto que en el supuesto que se somete a nuestro examen se cumplen los presupuestos anteriormente descritos.
Si bien es cierto que los dos contratos de opción de venta suscritos por LLUEI eran gratuitos - por cuanto que en ninguno de los dos se contiene pacto accesorio de pago de prima - no es menos cierto que el segundo de los otorgados a favor de CINO DE PISTOIA en febrero de 2006 - que constituye el objeto de la acción de impugnación -, agravó sensiblemente la posición de la concursada respecto de lo pactado en diciembre de 2005. Tal gravamen se produjo sin contraprestación alguna, alterando el sistema de equilibrio resultante del primero a favor de uno solo de los partícipes en la relación negocial primigenia y como consecuencia de la eliminación de una de las condiciones pactadas inicialmente. Lo explicaremos a continuación.
Tanto en el primero como en el segundo de los contratos de opción de venta, no se compromete el patrimonio de la parte eventualmente vendedora dado que la opción era facultativa para dicha parte. En cada uno de los dos casos la parte eventualmente vendedora podía, o no, transmitir sus derechos -sobre los terrenos en el primer caso, o las participaciones sociales en el segundo -pues dependía de su exclusiva voluntad la decisión de vender o no vender a la mercantil LLUEI sin ningún tipo de consecuencia para el caso de no optar a la venta o de transmitir la cosa a un tercero, de manera que la operación - lejos de lo que afirma la dirección letrada de CINO DE PISTOIA SL - no garantizaba el acceso a la propiedad de terrenos de la entidad concursada para el cumplimiento de su objeto social de promoción y construcción, pues la parte eventualmente vendedora era libre para decidir si quería o no transmitirle los terrenos afectados.
Por el contrario, la opción de venta, en cuanto obligatoria para LLUEI, si que comprometía su patrimonio, pues ejercitada la misma viene obligada a la adquisición del objeto de la compraventa y al pago del precio; y en caso

de incumplimiento al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del mismo conforme al contenido del artículo 1124 del C. Civil.
El contrato de 20 de febrero de 2006 - en contra de lo que se afirma por la parte demandada - supone una agravación de la posición de LLUEI respecto de los compromisos asumidos en el contrato de 23 de diciembre de 2005, a favor de un concreto acreedor - CINO DE PISTOIA SL - sin contraprestación alguna, por las razones que seguidamente se expondrán:
Aún cuando la entidad demandada razona que con el segundo contrato únicamente se trataba de concretar la fecha para que pudiera ejercitarse la opción de venta, no es exactamente así, pues no sólo se delimita la fecha - el mes siguiente al 15 de julio de 2007 - sino que se elimina la condición para que la opción pudiera ejercitarse, esto es, la inscripción en el Registro de la Propiedad del Proyecto de Reparcelación sobre las fincas afectadas (en el documento de 23 de diciembre de 2005, estipulación sexta se decía literalmente " *Llanera Urbanismo e Inmobiliaria SL siempre y cuando se haya cumplido la totalidad de los términos del presente contrato e inscrito el correspondiente proyecto de reparcelación sobre las fincas reseñadas en el presente contrato, acuerda constituir una opción de venta a favor de PRIMERA LÍNEA...* ").
El acuerdo se adopta con respecto a uno sólo de los socios de PRIMERA LINEA y en beneficio exclusivo del mismo: la entidad CINO DE PISTOIA SL, única que tiene la facultad de ejercitar la opción de venta - ahora de participaciones sociales pero con equivalencia a la parte proporcional del precio que le correspondería por la transmisión de los terrenos a que se refiere el documento de 23 de diciembre - sin que se haya cumplido con la condición de inscripción registral del Proyecto de Reparcelación. El resto de los socios de PRIMERA LÍNEA están vinculados en los términos del documento de 23 de diciembre de 2005 - al no ser parte en el de 20 de febrero de 2006 - y por tanto, si no se cumple con el presupuesto de la inscripción del Proyecto no nace su derecho al ejercicio de la acción.
Se produce una tercera alteración de las condiciones inicialmente pactadas. El precio de la cosa objeto de la compraventa en el primer contrato se fija respecto de las " *fincas urbanas resultantes de la reparcelación reseñada...*" a razón de 850 euros metro cuadrado de edificabilidad de los terrenos, más IVA. Como consecuencia del contrato cuya rescisión se pretende, la fijación del precio de las participaciones objeto de la opción de venta, se verifica en términos más gravosos para LLUEI en la medida en se toma en consideración el valor que tendría el suelo una vez aprobado e inscrito el Proyecto de Reparcelación cuando tal circunstancia no se habría producido, y por tanto el valor tomado como referencia no se correspondería con el valor real de los terrenos.
El perjuicio existe pues llegada la fecha cierta a partir de la cual CINO DE PISTOIA SL podía ejercitar la opción y ejercitada la misma -como realmente se hizo -la concursada venía obligada al cumplimiento de lo pactado, resultando del propio requerimiento practicado el valor económico de la cosa objeto de la compraventa que viene compelida a celebrar - 1.902.572 euros -, lo que redunda en detrimento de los intereses del resto de los acreedores, al quedar obligada la actora a realizar un desembolso que no tendría lugar de mantenerse lo pactado en el contrato precedente de diciembre de 2005, con la consecuencia de que los activos que recibiría en contraprestación por la adquisición de las participaciones no responden al valor pretendido en el primero de los contratos, por encontrarse el suelo que sirve de referencia al precio de las participaciones, pendiente del desarrollo que constituía presupuesto de la relación negocial. Y en caso de incumplimiento, a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del mismo ex artículo 1.124 del C. Civil, como expresamente anunció la entidad CINO DE PISTOIA SL al comunicar a LLUEI el ejercicio de la opción.
Consideramos por tanto, que debemos acoger la pretensión deducida por la Administración Concursal pues habiéndose celebrado el contrato de opción de venta sin prima en fecha 20 de febrero de 2006 la misma se sitúa dentro del período legal de los dos años anteriores a la declaración del concurso - que tuvo lugar el 2 de octubre de 2007 -, resultando que de la expresada actuación novatoria respecto de la pactada el 23 de diciembre anterior, se deriva un perjuicio para la masa del concurso determinante de la rescisión que se postula al amparo del artículo 71 de la ley Concursal, con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento al concurrir los presupuestos legalmente exigibles para la estimación de la acción.": SAP Valencia (Sección 9) 19.01.2012 (Sentencia 4/2012; Rollo 662/2011)

2.11 Honorarios de letrado excesivos o injustificados

2.11.1 Acuerdo fijando los honorarios por el concurso voluntario en un importe excesivo

AP Madrid

"PRIMERO. La Administración Concursal de FERRIS HILLS, S.L. interpuso demanda de incidente concursal contra GESTIÓN LEGAL BALEAR, S.L., emplazándose también a la concursada, solicitando la restitución de 2.034.400 euros que resulta de la diferencia entre lo efectivamente cobrado (2.134.400 euros) y la suma que se considera adecuada y proporcionada a los servicios prestados (100.000 euros), interesando la imposición de costas a las demandadas que formalizasen oposición.
Se refiere la demanda a la denominada "Hoja de encargo profesional" acompañada a la demanda como doc. 1 (ff. 17 y ss.), de fecha 1 de septiembre de 2009. A través de la misma, el entonces representante legal de FERRIS HILLS, S.L., D. Arcadio, encarga a GESTIÓN LEGAL BALEAR, S.L. la dirección jurídica del procedimiento de concurso voluntario de FERRIS HILLS, S.L. y de cualquier otra sociedad del grupo, incluyendo la preparación y presentación de la solicitud de concurso, y todos los trabajos que se deriven del mismo en su tramitación e incidentes, a excepción de labores de índole económica, tributaria y empresarial, "sin perjuicio de prestar asesoramiento jurídico para la preparación de las preceptivas memorias y documentos que deben acompañarse con la solicitud". Se añade que la ejecución de dichos trabajos se efectuará en régimen de arrendamiento de servicios.

Para fijar la retribución de los servicios se remiten las partes a los Criterios de Honorarios del Colegio de Abogados de Baleares, en cantidad que no superará la cifra global conjunta de 3.700.000 euros. Los honorarios se refieren exclusivamente a la retribución del abogado, no incluyendo los correspondientes a Procurador, peritos u otros profesionales ni los gastos o suplidos que puedan ocasionarse. Un 30% de los honorarios se percibirá a la firma del encargo y otro 20% a la presentación de la demanda, añadiéndose el IVA correspondiente. Otro 30% se percibiría a la presentación de propuesta de convenio y el 20% restante con la aprobación del convenio.
FERRIS HILLS, S.L. fue declarada en concurso mediante auto de fecha 28 de enero de 2010. Al día siguiente, por medio de burofax, fue revocado el encargo por el nuevo administrador de la sociedad, D. Cosme. De este modo, la actuación realizada fue la correspondiente a la presentación de la solicitud de concurso voluntario de FERRIS HILLS, S.L.
La sociedad abonó a GESTIÓN LEGAL BALEAR, S.L. la cantidad total de 2.134.400 euros que corresponden a dos facturas: Factura NUM000, de 1 de octubre por importe de 1.276.000 euros y Factura NUM001, de 4 de enero, por importe de 858.400 euros (que incluye un importe de 400.000 euros que corresponde a gastos suplidos).
Señala la demanda que se considera más adecuado y proporcional el importe de 100.000 euros que resulta de aplicar 666 horas de trabajo (8 horas diarias durante 83 días, en cuanto la solicitud se presentó en fecha 30 de diciembre de 2009).
Añade que el importe fijado es perjudicial para la masa.
SEGUNDO. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó estimatoria de la demanda, declarando el perjuicio para la masa activa derivado de la suma percibida y rescindiendo parcialmente el importe en la cuantía de 2.034.000 euros, según lo solicitado, con imposición de las costas del incidente. Destaca la sentencia que cabe que la concursada, como cliente, decida la terminación de la relación de prestación de servicios.
Añade que solo se preparó la solicitud de concurso y la relación terminó en un plazo de 5 meses. GESTIÓN LEGAL BALEAR, S.L. dedicó a ello principalmente dos letrados, con colaboración accesoria de otros dos. Como factor de complejidad contempla el activo y pasivo del concurso (908.086.825,75 euros y 349.557.826,80 euros respectivamente), y el número de sociedades que integran el grupo (80 sociedades). Como factores que disminuyen la complejidad enumera el carácter meramente patrimonial de la mayoría de las sociedades, sin actividad ni trabajadores, pasivo formado por un conjunto reducido de entidades bancarias, no hay acreedores extranjeros, no fue necesario tramitar EREs, no se abordaron operaciones de refinanciación, la preparación de la documentación económica fue realizada directamente por personal de FERRIS HILLS, S.L. y se elaboró un estudio económico por un auditor, con cargo a FERRIS HILLS, S.L., el escaso número de socios (5 socios integrantes de una misma familia) y concluye señalando que la sociedad se dedica a la promoción inmobiliaria.
La sentencia estima que la cantidad máxima fijada en el encargo supondría una retribución de 5.700 euros la hora, lo que resulta desproporcionado. La cantidad aceptada por la Administración concursal supone una percepción para una persona a tiempo completo (40 horas semanales) de 25.000 euros mensuales, lo que representa un total por cuatro meses hasta la fecha de solicitud de 100.000 euros. Añade la sentencia que incluso esa cantidad parece excesiva, si bien se está a los términos de la controversia.

(...)
Se sustenta el recurso en que el acto objeto de rescisión no es perjudicial para la masa activa y se remite al informe elaborado por D. Celestino que considera que los honorarios percibidos hasta la declaración de concurso son ajustados a Derecho y en el dictamen del Colegio de Abogados de Baleares sobre la pertinencia y adecuación de los honorarios devengados que considera ascienden a la suma de 1.351.439,86 euros más IVA. Añade el recurso que la minuta por el concepto de servicios profesionales ascendía a 1.495.172,41 euros, más IVA, y el resto eran otros 400.000 euros, más IVA, en concepto de gastos suplidos, por lo que se fija un importe muy cercano a lo facturado.
En su escrito de oposición al recurso señala la concursada que el perjuicio reside en el importe de los honorarios comprometidos y abonados. Respecto al informe de D. Celestino señala que los informes se someten a las reglas de la sana crítica, que se han aportado dos versiones del informe distintas, en la segunda alterando la redacción de un párrafo de la pg. 12 y la del apartado segundo de las conclusiones. Por lo que se refiere al dictamen del Colegio de Abogados de Baleares hace aplicación aritmética de la tabla básica de sus normas de honorarios sobre el valor total de las partidas del pasivo y se pretende otorgar un valor cuasi normativo a los criterios profesionales. Se remite a las valoraciones efectuadas en la sentencia sobre el trabajo efectivamente realizado.
Con carácter previo hemos de señalar que las conclusiones que se recogen en el informe elaborado por el Sr. Celestino (nos referimos a la versión acompañada a la contestación a la demanda por GESTIÓN LEGAL BALEAR, S.L.) no pueden ser aceptadas en cuanto su análisis no va más allá de remitirse a lo pactado por las partes, que considera válido, desenfocando por completo el objeto de la controversia en el caso de una acción de reintegración. Las conclusiones se extraen a partir de generalidades como la siguiente (pg. 24):
"Obtener sin reproche ni subsanación alguna como se ha conseguido en este caso, el Auto de declaración de concurso por parte del Juzgado de lo Mercantil requiere un extraordinario esfuerzo profesional realizado en un clima de responsabilidad, no exento de tensiones y dificultades".
Lo cierto es que aquí no se discute lo que fue pactado, por eso precisamente se ejercita la acción de reintegración, ni los presupuestos a analizar pueden prescindir del concepto de perjuicio patrimonial, ni se discute que la labor efectuada fuera la correcta, ni puede prescindirse de la concreta labor realizada y su complejidad, según aspectos precisos analizados en la sentencia, para acabar fundando la valoración en tales vaguedades.

Por cuanto se refiere al dictamen emitido por el Colegio de Abogados de Baleares, el mismo se limita a aplicar los Criterios de Honorarios cerrados en 2007 sobre una regla aritmética previamente establecida.
Como destacamos en nuestra sentencia de 12 de marzo de 2012 : "La jurisprudencia ha remarcado, sin embargo, el valor meramente orientativo de las normas colegiales sobre honorarios profesionales y ha señalado expresamente que no vinculan a los tribunales (sentencia del TS, Sala 1ª, de 31 de Octubre del 2008). Es más, ha venido reconociendo precisamente en esta materia que el juez puede ejercitar una facultad moderadora en armonía con un criterio de equidad para la fijación de los honorarios profesionales de los abogados (sentencias de la Sala 1ª del TS de 28 de Septiembre del 2007, 29 de Noviembre del 2007, 31 de Octubre del 2008 y 28 de Abril del 2009), hasta el punto de admitir que el órgano judicial pueda asumir funciones de arbitrador por ministerio legal (artículo 1.544 del Código Civil en relación con el artículo 1.447 de igual texto legal".
La reseñada sentencia añade a continuación: "No se sostiene, por tanto, la censura de arbitrariedad, pues precisamente el juez, al no plegarse al resultado desmedido arrojado por la aplicación de tales normas colegiales, propiciado por el interesado manejo de datos meramente cuantitativos, se ha esforzado en tratar de objetivar el porqué de la concreta limitación en el quantum que impone ante la desorbitada pretensión del despacho abogados minutante."
Frente a la falta de un adecuado análisis de la actuación realizada y la aplicación de criterios meramente aritméticos que se desprende de los informes referidos a los que alude la recurrente, la sentencia efectúa un examen preciso de la complejidad y alcance de las actuaciones realizadas, atendiendo a diversos aspectos, que resulta plenamente acertada y a la que nos remitimos, efectuando una estimación cuantitativa que considera suficiente para determinar el importe que debe satisfacerse por la prestación de servicios.
Es evidente la desproporción existente entre dicha suma y la efectivamente percibida, lo que redunda en perjuicio de la masa activa, resultando injustificada una sobrevaloración tal de los servicios.
Como señala la citada STS de 28 de marzo de 2012, los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de si han sido realizados de buena fe.": SAP Madrid (Sección 28) 27.10.2014 (Sentencia 303/2014; Rollo 77/2013)

2.11.2 Provisión al letrado de la concursada por servicios que en parte no llegó a prestar, por ser sustituido

AP Barcelona

"Fundamentos de derecho.—I. La sentencia recurrida estima parcialmente la de-manda y acuerda la rescisión parcial del pago realizado por la concursada, «U., S.A.», unos meses antes de la presentación de la solicitud de concurso, a favor del letrado Jo-sé María M. para la preparación y presentación del concurso, y para la fase común del concurso. El señor M. percibió dos transferencias, de 15.000 euros y 35.000 euros, y el juez del concurso estima que este pago es excesivo en relación con los servicios prestados que se limitan a la presentación del concurso ya que, una vez declarado, este letrado fue sustituido por otra letrada. La sentencia de primera instancia valora los trabajos realizados en 17.139,36 euros, que es una cuarta parte de los honorarios que corresponderían al letrado por la presentación del concurso y la tramitación de la fa-se común, según las normas orientadoras del Colegio de Abogados de Barcelona, y es-tima que lo que excede hasta los 50.000 euros percibidos constituye un perjuicio para la masa activa, por lo que acuerda su rescisión.
La sentencia es recurrida por el señor M., para quien no ha sido acreditado el perjuicio. En primer lugar distingue entre uno y otro pago, de 15.000 y 35.000 euros respectivamente, para argumentar a continuación cómo el primer pago responde a la liquidación parcial de servicios profesionales extrajudiciales prestados durante los años anteriores (2006 y 2007). A este respecto, impugna la valoración de la prueba realizada por el juez mercantil, que le lleva a vincular dicho pago a la presentación del concurso. En relación con la transferencia de 35.000 euros, impugna la valoración realizada por el juez de los servicios prestados y la aplicación que hace de las normas orientadoras del Colegio de Abogados de Barcelona.
II. No se cuestiona que el demandado, señor M., recibió de la sociedad «U., S.A.» dos transferencias bancarias el mismo día 9 de julio de 2007, que se corresponden con las copias de los extractos bancarios correspondientes a las dos operaciones, aportadas con la demanda (folio 17). Tampoco se discute que esta sociedad fuera declarada en concurso de acreedores por auto de fecha 20 de septiembre de 2007.
Estas dos transferencias bancarias constituyen actos de disposición realizadas por la concursada dentro del periodo sospechoso, de los dos años anteriores a la declara-ción de concurso. En consecuencia, conforme al art. 71.1 LC, pueden ser objeto de una acción rescisoria concursal si la administración concursal acredita que dichos actos de disposición fueron perjudiciales para la masa activa.
Los actos de disposición son pagos, por lo tanto actos unilaterales, realizados por la concursada a favor de un letrado, que fue quien preparó y presentó el concurso de acreedores. El argumento desarrollado por el juez mercantil de considerar que estos pagos son parcialmente perjudiciales, en la medida en que exceden de lo que confor-me a la aplicación de las normas orientadoras del Colegio de Abogados procedería abonar por tales servicios, nos parece correcto, con algunas matizaciones.
Nos parece correcto, pues la apreciación del perjuicio se ha ligado, como primer criterio, a que dichos pagos no respondían enteramente a deudas debidas, incluyendo en ellas los servicios prestados para la preparación y presentación del concurso de acre-edores. El juez aprecia que los servicios que eran objeto de retribución no fueron en-teramente realizados, pues se limitaron a la preparación y presentación del concurso de acreedores, porque con posterioridad los nuevos administradores de la sociedad cambiaron de abogado.
Tal y como venimos haciéndolo desde nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 [ver …], partimos de la

consideración de que existe perjuicio para la masa activa cuan-do el acto de disposición conlleva un «sacrificio patrimonial injustificado», que re-quiere un doble elemento: una aminoración del valor del activo sobre el que más tar-de, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado. Los pagos constituyen actos unilaterales del deudor con-cursado que en sí mismos suponen una aminoración de su activo patrimonial, sin perjuicio de que atendiendo a si eran debidos y exigibles, pudieran considerarse jus-tificados, siempre y cuando por las circunstancias en que se hubieran realizado (su pro-ximidad a la declaración de concurso, en un momento en que ya concurría el estado de insolvencia, la entidad del pago y la naturaleza de la obligación satisfecha...) no se ad-vierta una vulneración de la par condicio creditorum.
En nuestro caso, en primer lugar, tenemos que analizar si los pagos eran debidos o no y, en su caso, cuáles eran las obligaciones que se pretendía satisfacer con ellos.
La administración concursal llama la atención de que en los extractos del banco correspondientes a estas dos transferencias, en el apartado correspondiente al moti-vo o justificación de la transferencia, se indica expresamente: «provisión por ges-tiones preliminares concurso» (en la de 15.000 euros) y «provisión por presentación fase común concurso» (en la de 35.000 euros). Tanto la administración concursal como el juez mercantil interpretan que con ambas transferencias se estaba abo-nando una provisión por la preparación del concurso, por su presentación y por la fase común.
El apelante, destinatario de los pagos, argumenta en contra de esta interpretación que la primera transferencia se refería a servicios prestados desde el año 2006 y durante los primeros meses de 2007. Para acreditarlo, aporta justificantes de algunos de estos servicios, así como una hoja de encargo de quien por entonces era administrador de la compañía, José T. (doc. n.º 15 de la contestación). A pesar de la insistencia del recurso en torno a esta cuestión, debemos confirmar la apreciación del juez mercantil, quien, dicho sea de paso, no adolece de ninguna miopía por no haber tenido en cuen-ta ese documento y los relativos a los supuestos servicios correspondientes al año 2006 y 2007, previos a la presentación del concurso.
Como muy bien argumenta el juez mercantil, la hoja de encargo fue emitida por quien había sido administrador y dejó de serlo después de la declaración de concur-so. Se trata de un documento privado que no hace prueba de su fecha sino desde que fue aportado a un organismo público o registro, en este caso, desde que se aportó a es-tos autos. El juez duda de que realmente existiera en su momento este documento, y la duda se convierte en certeza cuando, como aduce la oposición al recurso de apelación, se advierte que en octubre de 2007, en su correspondencia por e-mail con la señora B., con ocasión del requerimiento que esta última le hacía para que presentara una liqui-dación de la provisión de fondos recibida, el propio señor M. reconoció que cuando se hizo cargo del asunto no formalizó ningún contrato de arrendamiento de servicios, dan-do a continuación dos razones que lo justificaban: a) en el primer estado del asunto na-die era consciente de la gravedad de la crisis y b) su relación con los socios del grupo
U. se remontaba a más de veinte años atrás (doc. n.º 9 de la demanda). Si verdaderamente para entonces el señor M. hubiera dispuesto de aquella hoja de encargo, no hubiera afirmado lo anterior. Es razonable que el juez mercantil llegara a la conclusión de que esa hoja de encargo fue confeccionada «apresuradamente para dar cobertura a la reclamación del demandado», sin que de hecho hubiera existido en la fecha en que está datada.
Por otra parte, el demandado insiste mucho en los trabajos o servicios prestados con anterioridad, que por otra parte, como advierte la oposición al recurso, tampoco es cierto que hayan sido enteramente reconocidos, pues dicho reconocimiento se limitó a: 1.º la convocatoria, asistencia y redacción del acta de la junta general extraordina-ria de «U.» de 24 de mayo de 2007; 2.º la redacción del informe de ampliación de ca-pital; y 3.º la convocatoria, asistencia y redacción del acta de la junta general extraor-dinaria de junio de 2007. En realidad, no son tan relevantes los posibles servicios prestados a la concursada y/o a otras sociedades del grupo, como la imputación de pa-gos que realizó el deudor concursado al ordenar las transferencias bancarias. Y esta imputación de pagos es muy clara: en ambos casos se emplea el término «provisión», junto a, en un caso, «gestiones preliminares concurso» y, en otro «presentación fase común concurso». Por provisión se entiende habitualmente, cuando se está entregan-do una determinada cantidad de dinero a un letrado, pago por adelantado de un ser-vicio. Y este servicio en cada caso viene expresamente especificado: por gestiones preliminares al concurso y por la presentación y fase común del concurso. Esta inter-pretación viene corroborada por las fechas en que fueron realizados ambos pagos, el día 9 de julio de 2007, días después de que la junta de socios hubiera acordado pre-sentar el concurso de acreedores (30 de junio de 2007), y semanas antes de que se presentara el concurso voluntario, declarado por auto de 20 de septiembre de 2007.
Insistimos, dejando a un lado si la sociedad concursada tiene alguna deuda distinta con el letrado por otros servicios, nos queda claro que estas dos transferencias se hicie-ron como provisión de fondos por los honorarios que se iban a generar con ocasión de la preparación y presentación del concurso de acreedores y por la fase común. Si el le-trado cesó nada más declararse el concurso de acreedores, sin que hubiera realizado to-dos los servicios para los cuales recibió esa provisión, es lógico que se proceda a valo-rar estimativamente cuál sería el costo razonable de los servicios prestados, para ver si es inferior a la retribución pagada. Es allí cuando entra en juego la aplicación de los cri-terios orientadores del Colegio de Abogados de Barcelona, que efectivamente no son vinculantes, pero nos sirven de parámetro para evaluar la justificación del pago desde la perspectiva del concurso de acreedores, sin que por otra parte sea necesario recabar el informe del Colegio de Abogados, pues no estamos juzgando la impugnación de una ta-sación de costas por excesivas. Es por ello que, sin necesidad de reiterar el razonamiento seguido por la sentencia recurrida en la aplicación de estos criterios orientadores, que hacemos propio, coincidimos en considerar como precio justificado el de 17.310,76 eu-ros [debe significarse que el pasivo concursal de la solicitud ascendía a 1.715.448 euros, si bien, en el Informe se incrementó hasta 4.109.513 euros, la nota es nuestra].
Conviene no perder de vista que sobrevuela sobre estos pagos otra consideración a favor del perjuicio, cual es que se trata de un pago que en ese momento no era exigible, pues la obligación de abono nacería con la

realización del servicio (art. 1599 CC), má-xime cuando estos gastos tendrían por ese motivo, por ser posteriores a la declaración de concurso, la consideración de créditos contra la masa, y para su satisfacción debían ser objeto de reconocimiento por la administración concursal y, en la medida o cuantía que se admitan, serían satisfechos con arreglo a lo previsto en el art. 154 LC.
De este modo, la diferencia entre las cantidades recibidas como provisión de fondos y la suma que hemos entendido justificada en atención a los servicios realmente prestados (con motivo de la preparación y presentación del concurso de acreedores), que asciende a 32.310,76 euros, constituye el perjuicio que para la masa activa han supuesto las transfe-rencias bancarias realizadas por la concursada el 9 de julio de 2007 a favor del señor M., quien viene obligado a reintegrar estas cantidades con los intereses devengados.”: SAP Barcelona (Sección 15) 10.05.2010 (Rollo 473/2009; RJC 151)

2.11.3 Servicios cuya efectiva prestaciòn no se acredita

AP Pontevedra

“CUARTO.- Examen del pago realizado por la sociedad concursada a la entidad "Eruditissimus Disciplina Iuris, S.L.". La realidad de los servicios que se dicen prestados.
Como se ha apuntado, el debate se centra en determinar si el pago efectuado supuso o no un perjuicio para la sociedad concursada; perjuicio que la Administración concursal, en postura asumida por el Juzgado "a quo", sitúa tanto en el hecho de que no respondía a servicio alguno (las dos primeras facturas), como en que el importe reclamado era excesivo y, en todo caso, obedecía a servicios cuyo devengo se habría producido con posterioridad a la declaración del concurso, y, por tanto, constituirían créditos contra la masa.
La entidad recurrente no cuestiona el hecho de la percepción del dinero, sino que insiste en la procedencia del pago como contraprestación a la realización de los trabajos profesionales que se consignan en las tres facturas aportadas.
De entrada, conviene recordar que la simple emisión de una factura en absoluto demuestra la realidad y circunstancias de los servicios a que se refieren, máxime si tenemos en cuenta, primero, que todas están fechadas el mismo día, 10 de septiembre de 2012; segundo, su numeración sucesiva, es decir, 1/12/, 2/12 y 3/12, algo que resulta anómalo porque, aun aceptando la explicación de que se hacía un bloque por cada cliente, ni se contiene referencia alguna indica un número general ni parece lógico que no se devengara ninguna factura en todo el año a cargo de un cliente habitual como "Pescatech Vigo, S.L." y, sin embargo, en un solo día se emitiesen tres facturas; tercero, porque causalmente el importe global de las tres facturas coincide con la cantidad ingresada el mismo día en las cuentas de "Pescatech Vigo, S.L." a raíz de un pago realizado por otra sociedad; cuarto, porque curiosamente tampoco aparecen recogidas en la contabilidad de la sociedad supuestamente pagadora; y, quinto, porque coinciden con la fecha en que se promovió la declaración de concurso de la entidad pagadora.
Como acertadamente destaca el Juzgador "a quo", la codemandada "E.D.I., S.L." pudo haber aportado el libro de facturas emitidas, o la contabilidad o documentación relativa a las declaraciones de IVA en la que constase el IVA que figura en las facturas, a fin de acreditar que las mismas figuraban debidamente contabilizadas por el importe, los servicios y en la fecha en que se dicen emitidas, pero no lo hizo y, por ende, debe asumir las consecuencias en relación con la carga de la prueba (art. 217. 1 y 7 LEC).
En cualquier caso, la existencia de las facturas no acredita la prestación de los servicios, por lo que corresponde a quien afirma que dichos servicios se realizaron la prueba de su realidad, y, por tanto, que nos hallamos ante un acto de disposición a título oneroso. Téngase en cuenta que, aunque se aceptara que incumbe al actor que ejercita la acción de rescisión la cumplida demostración de los requisitos de dicha acción, entre los que se encuentra la disposición fraudulenta, lo cierto es que, en la medida que la no prestación de los servicios constituye un hecho negativo, el art. 217.7 LEC derivaría la carga de probar la realización de los mismos a quien alega su desempeño.
Pues bien, nada ha probado la recurrente al respecto. En efecto, la revisión de la prueba practicada nos permite constatar:
1º Respecto de la factura nº 1/12, por importe de 13.688,16 #, que se afirma corresponden al concepto de "gestión de cobro del impagado en Portugal (Doca Marinha) a través de abogados portugueses (coste letrados 20% nominal)".
Efectivamente, en los autos figura un correo electrónico remitido por la oficina del Banco Popular en la localidad de Valença do Minho y en el que se indica que el cheque nº NUM000 ha sido devuelto por "falta ou insuficiencia de provisáo" (folio 99). Asimismo, con el escrito de contestación a la demanda se aportó un presupuesto de honorarios suscrito por el abogado D. Ricardo Reis Oliveira y dirigido a la propia recurrente (folio 99).
Ahora bien, la lectura del mencionado correo y de la comunicación/detalle de la operación bancaria revela, primero, que el cheque se presentó a compensación el 18 de septiembre de 2012, la liquidación de los gastos bancarios por la devolución se efectuó el 19 de diciembre, fecha en que se remitió el correo electrónico a la asesoría jurídica, participando el adeudo de los gastos de devolución (cfr. el folio 100).
Si el cheque no fue presentado al cobro, y en consecuencia devuelto, hasta el 18 de septiembre y la comunicación del resultado negativo de la operación no se participó hasta el día siguiente, a esta Sala le resulta imposible de entender cómo es que varios días antes, el 10 de septiembre de 2012, la codemandada "E.D.I., S.L." ya había percibido de "Pescatech Vigo, S.L." el importe de los honorarios a devengar por un abogado portugués como consecuencia de su gestión para el cobro de un efecto que todavía no se había presentado al cobro ni, por ende, había sido devuelto por impago. Es más, el presupuesto de honorarios suscrito por el abogado portugués aparece fechado el 20 de septiembre de 2012, es decir, diez días más tarde de la emisión de la factura por el pago de tales honorarios que, en aquella fecha, todavía no podían haberse

devengado al no haberse producido el hecho desencadenante de la intervención del abogado.
En estas condiciones no cabe sino concluir que la factura se hizo a posteriori y con la intención de obtener una justificación documental de un servicio cuya realidad no se ha demostrado.
2º Respecto de la factura nº 2/12, por importe de 12.705 #, que se dice corresponden al concepto de "servicios de asesoramiento financiero acompañamiento a reuniones de reestructuración con entidades financieras julio + agosto + septiembre".
La codemandada "E.D.I., S.L." afirma que realizó estudios económicos y mantuvo diversas entrevistas con representantes de las entidades de crédito con las que operaba "Pescatech Vigo, S.L." a fin de buscar una refinanciación de las deudas.
No obstante, ni se ha acreditado la realidad de tales estudios (la recurrente podía haber aportado la documentación o propuestas que resultaron de su pretendido análisis y no lo ha hecho), ni la celebración, contenido y circunstancias de las mencionadas reuniones, puesto que, de un lado, no propuso el interrogatorio de D. Mauricio ni la testifical de los directores, responsables o empleados de las entidades financieras con los que se dice que se entrevistaron y que hubiera permitido aclarar el papel que jugó la asesoría jurídica y que servicios efectivos prestó, antes al contrario, se limitó a interesar que libraran oficios a las distintas entidades, con el resultado negativo que obra en autos (incluso en único caso en que se reconocieron conversaciones personales con el Sr. Pelayo, lo fue para refinanciar la operación sobre la base de garantías con otra empresa distinta, "Hermanos Rodríguez Gómez, S.A." -cfr. la contestación de La Caixa obrante en el rollo de apelación-, mientras que en otros se negó lisa y llanamente la existencia de las conversaciones que se indican -cfr. la respuesta del "Banco de Santander, S.A."-) y que, en última instancia, tampoco habría demostrado sino que tales entrevistas existieron, sin aportar lo suficiente para valorar la realidad y trascendencia del servicio que se dice prestado; y, de otro lado, según reconoció la propia codemandada en el correo electrónico dirigido al Administrador concursal, la mayoría de las entidades crediticias no contestaron o se limitaron a rechazar cualquier fórmula de refinanciación, sin que tampoco se haya aportado a las actuaciones las concretas propuestas o contrapropuestas que la codemandada alega haber realizado y que hubiera podido dar una idea del pretendido trabajo desarrollado.
3º Respecto a la factura nº 3/12, por importe de 30.129 #, que se afirma corresponden al concepto de "prov fondos honorarios abogado + procurador preconcurso + concurso".
La recurrente argumenta que la factura incluye honorarios de abogado y procurador tanto de concurso como de pre concurso, con el siguiente desglose:
-8.068,49 # son honorarios del procurador Sr. Barral.
-16.831,51 # por honorarios de letrado, de los cuales 3.500 # corresponden al pre concurso y 13.331,51 # al concurso.
El motivo no puede ser acogido. En primer lugar, porque la diferenciación o separación entre los honorarios o derechos de pre concurso y de concurso, o, dicho de otra manera, entre los honorarios para preparar el concurso y para presentar la declaración de concurso, es ficticia o meramente formal, al menos en los casos en que se decide presentar la solicitud, puesto que esa presentación responde necesariamente a un estudio o preparación previa que tiene como resultado la petición de declaración del concurso, en cumplimiento de lo establecido en el art. 5, en relación con el art. 2.3 y el art. 3.1 y 3, todos de la Ley Concursal.
Si el deudor debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente, es evidente que la solicitud requerirá un análisis de la situación económica y la preparación de la documentación a la que se refiere el art. 6 de la Ley Concursal, en un proceso que terminará con la solicitud de declaración de concurso, que a su vez dará paso al trámite previsto en el art. 14 del mismo texto.
En este sentido, el art. 84.1.2º LC atribuye la consideración de créditos contra la masa "[L]os de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso ", lo que por supuesto incluye el pago de tasas judiciales, pero también los gastos generados para preparar la solicitud en cuanto que necesarios a tal efecto.
Sentado el principio de unidad del gasto, el problema se traslada al momento del devengo, con relación al cual, al tratarse de créditos contra la masa, la regla general viene dada en el art. 154 LC, sin perjuicio de los pagos que puedan hacerse al amparo de los arts. 43 y 44 LC, bien para atender a la conservación y administración de la masa activa, bien al ejercicio de la actividad de la empresa, bien a las necesidades del propio concurso.
Lo que no es dable es considerar que el devengo se produce antes de haberse prestado el servicio, a modo de cobro por anticipado que, en su caso, podría tener efectos inter partes, pero no frente a terceros ni a partir del momento en que se produce la declaración de concurso.
En segundo lugar, el análisis de la minuta del Procurador evidencia, por una parte, que se trata de una "minuta proforma", y, por otra parte, que incluye unas cantidades que no se compadecen con la factura ni con las fechas:
-Se afirma recibida una provisión de fondos de 1.000 # para gastos y suplidos, así como 7.589,49 # en concepto de derechos, lo que supone un total de 8.589,49 # y no los 8.068,49 # que se mencionan. Para tratar de casar ambas cifras, se indica que solo se han gastado 479,37 # del total de la provisión de fondos, pero lo cierto es que la factura, supuestamente, se extendería por el total ya que eso es lo que significa "provisión de fondos".
-Se incluyen como gastos la póliza, la anotación en el registro mercantil y la publicación en el BOE, cuando el concurso fue declarado por Auto de 19 de diciembre de 2012 (tres meses después del pago) y se publicó en el BOE de 15 de enero de 2013, tratándose en uno y otro caso de créditos contra la masa activa.
Finalmente, aun admitiendo el desglose que hace la recurrente entre gastos del pre concurso y gastos del concurso, tampoco se alcanza a atender como, si así fuere, no se limitó a percibir los primeros, posponiendo el cobro de los segundo al momento procesal oportuno, en vez de percibirlos en su totalidad.
En suma, la prueba practicada lleva a la Sala a compartir en sus propios términos la conclusión del Juzgador "a quo" acerca de la confección "ex post" de las facturas como medio para justificar el cobro de una cantidad que

no consta que respondiese a ningún servicio o actividad profesional o que, en todo caso, debían haberse percibido con sujeción a la normativa reguladora del concurso.
QUINTO.- El pago como acto de disposición a título oneroso contrario al principio de igualdad de los acreedores.
No obstante, incluso aceptando a efectos dialécticos la tesis de la codemandada, esto es, que el pago obedece a servicios efectivamente prestados en la forma y circunstancias descritas en las facturas, no por ello dejaría de entrañar un perjuicio, si bien no directamente para la masa activa, sí al menos respecto de la masa pasiva, en la que se engloba el conjunto de acreedores y que se rige por el principio "pars conditio creditorum".
En efecto, como se expuso con anterioridad, a los efectos del art. 71 LC, el perjuicio consiste en un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado en cuanto que supone una disminución de la masa activa sin compensación alguna o en tanto que afecta de manera relevante las legítimas expectativas de los acreedores.
En el presente caso, si tenemos en cuenta que la entidad "Pescatech Vigo, S.L." se encontraba en un estado de manifiesta insolvencia al principio del verano de 2012, al extremo de que la propia codemandada manifiesta que resultaron infructuosas todas las gestiones encaminadas a refinanciar la deuda, parece claro que, cuando se realiza el pago a "E.D.I., S.L.", lo que pretende es burlar las normas que rigen el concurso y, en particular, el principio de igualdad de los acreedores, anteponiendo los intereses de la asesoría jurídica a los del conjunto de los que integran la masa pasiva de la concursada y a quienes, con el mencionado acto de disposición, se privó por completo de cualquier posibilidad de cobro, siquiera parcial, de sus respectivos derechos o créditos, lo que determina el éxito de la acción entablada por la Administración concursal y, correlativamente, la desestimación del recurso interpuesto. “: SAP Pontevedra (Sección 1) 13.10.2014 (Sentencia 330/2014; Rollo 283/2014)

“SEGUNDO.- La acción de reintegración de la masa y la necesidad de perjuicio.
El art. 71 de la Ley Concursal regula la denominada acción de reintegración, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada en relación con la aplicación del antiguo art. 878.II del Código de Comercio, en los siguientes términos:
" *1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*
2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.
3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:
1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.(...) "
Como se desprende de la redacción transcrita, el art. 71 LC distingue entre los actos de disposición a título gratuito, en los que presume en todo caso la existencia de perjuicio, los actos de disposición a título oneroso que cita y en los que presume el perjuicio salvo prueba en contrario, y el resto de operaciones o actuaciones del deudor concursado, con relación a las cuales atribuye la prueba del perjuicio a quien ejercite la acción rescisoria. Pero en todo caso es consustancial al éxito de la acción de rescisión la idea de perjuicio para la masa del concurso, según resulta del párrafo 1º, que declara rescindibles " *los actos perjudiciales para la masa...* ".
Nótese que, aunque la jurisprudencia se inclinó inicialmente por una interpretación literal del art. 878 CdC (" *todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos* ") y llegó a afirmar la nulidad absoluta de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados (cfr. SSTS de 17 de marzo de 1958; 22 de febrero de 1963; 26 de marzo de 1974; 17 de marzo de 1977; 13 de julio de 1984; 24 de octubre de 1989; 15 de noviembre de 1991; 19 de diciembre de 1991; 11 de noviembre de 1993; 28 de octubre de 1996; 26 de marzo de 1997; 2 de diciembre de 1999; 22 de mayo y 12 de junio de 2000; 8 de febrero de 2001; 3 de abril y 30 de septiembre de 2002; 28 de febrero de 2003; 29 de enero y 26 de marzo de 2004), la propia jurisprudencia ya había reconocido como excepción de la ineficacia del acto impugnado los casos de clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (SSTS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977).
Así, en el ámbito de las operaciones inmobiliarias, entremezcladas con la mayoría de sentencias que seguían manteniendo la tesis de la nulidad absoluta, aparecieron otras que relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo la existencia de un fraude (STS de 12 de marzo de 1993) o de un perjuicio (STS de 20 de septiembre de 1993), hasta llegar a declarar expresamente que el art. 878.II no podía interpretarse literalmente, sino que la ineficacia debía supeditarse a la concurrencia del perjuicio, que vendría representado por un detrimento patrimonial o disminución del haber de la masa.
Este criterio jurisprudencial ha sido recogido en el actual art. 71 de la Ley Concursal, que distingue entre actos de disposición a título gratuito, en los que siempre se presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario

(salvo liberalidades de uso), y actos a título oneroso, en los que se presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario en el caso de que consistan en pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, y admitiendo prueba en contrario, cuando se realicen a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
En definitiva, las acciones que contempla el art. 71 LC bajo la denominación de "acciones de reintegración" se integran en la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en la existencia o causación de un perjuicio.
Sobre lo que halla de entenderse por "perjuicio", la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado igualmente desde una posición más estricta, conforme a la cual el perjuicio se equiparaba o exigía una disminución injustificada de la masa activa sin una correlativa disminución de la masa pasiva, a un concepto más amplio de "perjuicio", entendido como "sacrificio patrimonial injustificado" no ya para la masa activa, sino para la comunidad de acreedores (cfr. SSTS 12 de abril y 8 de noviembre de 2012)
En esta línea, la STS de 26 de octubre de 2012, con cita de la STS de 27 de octubre de 2010, declara que el perjuicio para la masa activa del concurso " *puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC) y además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el artículo 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el artículo 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica la masa activa* ".
Más recientemente y relación con la presunción de perjuicio patrimonial de los pagos realizados por la concursada, la STS de 13 de julio de 2013 recuerda la doctrina ya apuntada en la STS de 26 de octubre de 2012 y en la que se afirmaba que " *como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores]* ".
En la misma línea se enmarcan las SSTS 100/2014, de 30 de abril, 363/2014, de 9 de julio, 428/2014, de 24 de julio, 631/2014, de 1 de noviembre, 58/2015, de 23 de febrero, y 105/2015, de 10 de marzo.
Por su parte, la STS 735/2014, de 29 de diciembre, aborda la cuestión de los pagos a terceros por supuestos servicios jurídicos en relación con la idea de "perjuicio", poniendo el acento en la realidad o no de tales servicios con cita del art. 1163 del Código Civil :
" *Tales actuaciones fueron efectivamente realizadas (salvo la percibida anticipadamente por importe de 35.100.-#) en interés de la concursada y, se corresponden con las facturas libradas irregularmente por el Sr. Horacio. Pero, como se ha señalado, una cuestión es que la titularidad formal de las facturas esté a nombre de una persona que jurídicamente no le correspondía percibir, lo que tiene unas consecuencias deontológicas, administrativas y fiscales, y otra, muy distinta, es si el hecho de haber satisfecho tales facturas a persona que no debía percibirlas a título personal, supone un perjuicio para la masa activa, y por ello, los pagos efectuados sean susceptibles de rescisión y reintegración.*
En el presente caso, salvo el pago anticipado a que se refiere la sentencia de primer grado, por importe de 35.100.-#, percibido anticipadamente, según el presupuesto de honorarios por la presentación del concurso voluntario de acreedores, -cuyo cobro debe mantenerse rescindido-, las restantes facturas giradas por reclamaciones de cantidad, corresponden a conceptos devengados que fueron satisfechos a su vencimiento.
El pago es válido aún hecho a un tercero cuando se hubiera convertido en utilidad del acreedor, según dispone el art. 1163 CC, párrafo segundo, pues el abogado responsable de los escritos forenses, inclusive los del presente incidente, es empleado Don. Horacio a quien defiende."
Al amparo de las consideraciones que se dejan expuestas, procede entrar a examinar los concretos motivos de impugnación alegados por la recurrente

TERCERO.- Examen de los pagos realizados por la sociedad concursada a la entidad "Vigoce Consultores Profesionales, S.L.". La realidad de los servicios que se dicen prestados.
Como se ha apuntado, el debate se centra en determinar si el pago efectuado supuso o no un perjuicio para la sociedad concursada; perjuicio que la Administración concursal, en postura asumida por el Juzgado "a quo", sitúa tanto en el hecho de que dichos pagos no respondían a servicio alguno.
La entidad recurrente no cuestiona el hecho de la percepción del dinero, sino que insiste en la procedencia del pago como contraprestación a la realización de los trabajos profesionales que se consignan en las dos facturas controvertidas.
De entrada, conviene recordar que la simple emisión de una factura en absoluto demuestra la realidad y circunstancias de los servicios a que se refiere, máxime si tenemos en cuenta que, tratándose de una obligación de actividad, como es la prestación o arrendamiento de servicios profesionales, los mismos se

describen en términos más que imprecisos y no existe una hoja de encargo, presupuesto o albarán firmado que les confiera un mínimo soporte, aparte de recoger conceptos que, temporalmente, no se han podido devengar.
En cualquier caso, la existencia de las facturas no acredita la prestación de los servicios, por lo que corresponde a quien afirma que dichos servicios se realizaron la prueba de su realidad, y, por tanto, que nos hallamos ante un acto de disposición a título oneroso. Téngase en cuenta que, aunque se aceptara que incumbe al actor que ejercita la acción de rescisión la cumplida demostración de los requisitos de dicha acción, entre los que se encuentra la disposición fraudulenta, lo cierto es que, en la medida que la no prestación de los servicios constituye un hecho negativo, el art. 217.7 LEC derivaría la carga de probar la realización de los mismos a quien alega su desempeño.
Pues bien, nada ha probado la recurrente al respecto. En efecto, la revisión de la prueba practicada nos permite constatar:
1º Respecto de la factura nº 10.175, por importe de 7.865,00 euros (6.500,00 # de honorarios y 1.365,00 # de IVA), en el referido documento se indica que corresponden al concepto de
"TRANSACCIONES JUDICIALES"
1 Estudio del expediente y asesoramiento
2 Negociaciones con las partes
3 Redacción Acuerdo
4 Seguimiento del expediente hasta su resolución

Alega la recurrente que la citada factura se corresponde con diversos trabajados realizados, comunicaciones con el cliente, reuniones y demás especificadas en el listado de tareas aportado por la Administración concursal y que, a pesar de no recoger todas las horas, reuniones y desplazamientos efectivamente ejecutados, ya arroja más de 52 horas del letrado firmante en el citado expediente y resumen del resto, de forma que, si se tarificase la hora empleada con el importe que "Vigoce, S.L." prevé para clientes externos, daría una minuta de unos 9.500 euros, a los que habría que sumar las horas invertidas por la fiscalista y directora de delegación para con la concursada y que no han sido facturadas en ningún otro concepto.
Efectivamente, la Administración concursal aportó copia de un listado informático rotulado "Control Gestión Expedientes en el que figuran la cita/tarea, la situación y la fecha/hora, en número de 32 a lo largo de siete meses, con una duración total de 52,35 horas (cfr. folios 23 y ss.). Por su parte, la codemandada "Vigoce, S.L." adjuntó el mismo listado, pero en el que aparecen 6 citas/tareas más, por un total de 73,25 horas.
De entrada, el que uno y otro listados no coincidan cuando el aportado por la Administración concursal le fue proporcionado por "Vigoce, S.L." apunta a que, a posteriori, esta última incluyó a mayores otras tareas
o servicios que inicialmente no figuraban, lo que despierta serias sospechas sobre su fiabilidad.
En cualquier caso, la lectura de ambos listados permite constatar, primero, que en el presentado por la Administración concursal se incluyen 6 reuniones con el cliente, de las cuales una tiene por objeto " preparar convenio anticipado " (17/08/13) y otra " reunión cliente y asesor: trasladan concurso " (30/09/13), cuando lo cierto es que la codemandada ha negado desde el primer momento que recibiese encargo alguno en orden a la preparación y presentación del concurso, sin que se aclare el contenido de las demás reuniones; segundo, que otras 5 actuaciones consistieron en " llamada cliente ", sin mayor precisión; tercero, que 10 de las tareas se refieren al envío de otros tantos "mails", dos de los cuales se refiere a " procedimiento cambiario " y " JC 46/2013 " (cuando por el mencionado juicio cambiario ya se emitió otra factura independiente), seis a "estudio documentación", "documentación empresa", "análisis financiero", "cliente" (2), "estudio documentación", "bancos"..., sin más datos; cuarto, una tarea se titula "documentación cliente.- Deuda Seg. Social", de 03/06/13, pero no se concreta a qué alude, qué se hizo o con qué resultado; quinto, otra actuación se rotula " Juzgado.- Grupo Cuñado ", de 03/06/13, sin que conste a qué se refiere, máxime si tenemos en cuenta que ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vigo se seguía el juicio cambiario núm. 311/13, en virtud de demanda presentada por el "Grupo Cuñado, S.L." y admitida a trámite por Auto de 6 de mayo de 2013, no figurando ninguna actuación de oposición al cambiario; sexto, con fecha 19/09/13 aparece una actuación denominada " Monitorio Impulso ", de la que tampoco hay constancia; séptimo, aparecen tres registros, uno relativo a " estudio escritos procedimientos trabajadores ", otro a " procedimientos trabajadores " y el último a " Juicio Amador ", que al parecer dieron lugar a otra factura distinta; octavo, se alude a una actuación con el nombre "informe cliente y asesor procedimientos abiertos", que obviamente solo puede referirse al juicio ordinario instado por el Banco de Santander y al juicio cambiario seguido contra Quesviar, que fueron objeto de minutación separada; noveno, se incluye como actuación un " escrito Juzgado, procedimiento preconcursal ", del que no hay rastro, y la " reunión con el administrador concursal ", que éste solicitó para que la codemandada explicara y desglosara los servicios prestados y a los que se refería la factura; y, décimo, finalmente, el listado aportado por la codemandada añade otros 10 registros, de los cuales dos están duplicados (reuniones el mismo día y a la misma hora), otras dos de días sucesivos se incorporan como " estudio documentación contable " y " resolver dudas asientos contables ", dos relativas a " reunión Verónica) " y "consultas Verónica)", y las tres últimas rotuladas " informe administrador concursal ", " llamada cliente " y " recibida de la acción de rescisión. Estudio asunto ".
Por otra parte, el análisis de los correos electrónicos aportados tanto por el Administrador concursal como por la codemandada pone de manifiesto que se trata de comunicaciones entre abogado y cliente en relación con los procedimientos judiciales en marcha. Más concretamente, la mayoría son correos cruzados entre Higinio (abogado), de un lado, y D. Jose Augusto y Dña. Verónica (administrador y empleada de la concursada), y referidos al juicio cambiario sustanciado en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cazalla de la Sierra (folios 25 a 34, 37, 39, 40, 53 a 56, 68 a 71, 72, 74, 78, 85 a 91) y al monitorio y posterior juicio ordinario tramitado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Vigo (35, 36, 38, 56, 59, 60, 79 a 84), que fueron objeto de facturación independiente, mientras que tres correos aluden a una deuda que no llegó a reclamarse (35, 41, 42), dos a la demanda de un trabajador (76 y 77) y otros a la documentación para una solicitud de

concurso que no llegó a presentarse (43 a 49, 56 y 58).
Pero es más, la factura nº 10.175 fue emitida el 26 de septiembre de 2012 y abonada mediante transferencias de 10 de octubre y de 13 de noviembre de 2013 (véanse los resguardos bancarios -folios 15 y 16-), es decir, cuando únicamente se habían realizado tres actuaciones o tareas, correspondientes a tres reuniones con el cliente.
En conclusión, la factura cuestionada se refiere a unos servicios que no solo no consta que hubieran sido prestados en la fecha en que se emitió, sino que, aun cuando se interpretara que el importe constituía en realidad una especie de provisión de fondos para atender servicios futuros, tampoco se ha acreditado que se llevasen a efecto, sobre todo si se pondera que los que obran identificados responden a conceptos que dieron lugar a otras facturas distintas.
2º Respecto de la factura nº 10.217, por importe de 907,50 euros (750 # más 157,50 # de IVA), que se dice corresponden al concepto de
" JUICIO ORDINARIO (POR RAZÓN DE CUANTÍA)"
1 Estudio de expediente y asesoramiento
2 Interposición de contestación
3 Asistencia a audiencia previa
4 Asistencia al acto del juicio
5 Seguimiento y asistencia hasta sentencia
La codemandada "Vigoce, S.L." afirma que se trata del monitorio y posterior juicio ordinario tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Vigo, a instancia del Banco de Santander, S.A." y contra "Talleres Cameselle, S.L.U." y contra D. Jose Augusto como avalista, habiendo intervenido el letrado Sr. Domínguez mediante la formulación de los escritos de oposición al monitorio por cuenta de ambos demandados, si bien, al presentarse la demanda de juicio ordinario, solo contestó y se opuso en nombre de
D. Jose Augusto por razones de estrategia procesal.
El razonamiento no se comparte. Si el letrado entendió, en una decisión por lo demás plenamente legítima, que estratégicamente era mejor para sus clientes centrar la defensa en el administrador, cabe pensar que tendría sus razones, pero lo que no puede es imputar el importe de sus honorarios al cliente al que no defendió y que, como bien dice el Juzgador "a quo", goza de personalidad jurídica y económica propia.
En suma, la prueba practicada lleva a la Sala a compartir en sus propios términos la conclusión del Juzgador "a quo" acerca de la falta de prueba de que las facturas, y correlativos pagos, respondiesen a ningún servicio o actividad profesional, por lo que el recurso ha de ser rechazado.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 27.04.2015 (Sentencia 148/2015; Rollo 180/2015)

2.11.4 Desestimación por falta de concreción

AP Barcelona

“SÉPTIMO. 23. Esta pretensión de rescisión debe ser desestimada por los razonamientos que expone la sentencia apelada.
No se discute que el abogado Sr. Jose Pedro fue director jurídico en interés de GRANDIGNAN en el recurso administrativo y contencioso-administrativo que llegó al TS, y en otros cinco recursos contencioso-administrativos derivados o conexos.
La AC, sin embargo, se limita a alegar en su demanda que la cantidad total percibida en concepto de honorarios profesionales (812.000 #) es excesiva, y a pedir que sea el juez del concurso el que fije el importe justo de honorarios. Pero en ningún momento razona y menos justifica en qué medida es excesiva y por qué razón, ni proporciona parámetros para valorar perjuicio alguno a la masa por razón del pago de unos honorarios debidos por resultar desproporcionados, lo que a lo largo del litigio no se ha acreditado por ningún medio de prueba. No acreditado, por tanto, el perjuicio, ni reclamada una cantidad concreta por este concepto, la acción debe ser desestimada.”: SAP Barcelona (Sección 15) 04.06.2014 (Sentencia 200/2014; Rollo 422/2013)

2.12 Pagos injustificados a sociedades vinculadas al administrador

AP Pontevedra

“TERCERO. -Hemos de reiterar nuevamente que existe discusión en la doctrina y la jurisprudencia acerca del concepto de perjuicio que introduce el art. 71 LC. Como señalamos en nuestra sentencia de 10 julio 2012 :
Resulta harto difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial del tráfico mercantil de la seguridad jurídica. Precisamente, la nueva regulación pretende, -como justifica la Exposición de Motivos de la LC-, apartarse del régimen de la nulidad absoluta, caracterizadora del régimen previgente.
Es sabido que el concepto de perjuicio "para la masa activa" viene siendo objeto de diversas interpretaciones, como acierta a reflejar la sentencia recurrida. Desde el inicio de la vigencia de la ley concursal puede decirse que en la jurisprudencia mercantil se impuso la tesis amplia del perjuicio, seguida por este mismo órgano de apelación en diversas resoluciones, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto); por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 y AP

Barcelona, secc. 15ª, de 8 de enero de 2009), así como las dictadas por este órgano de 22.7.2009 o 10.11.2011, entre otras, aunque en la más reciente de 8.3.2012 tuvimos ocasión de matizar el concepto, en atención a las concretas circunstancias del caso.
En esta línea, no cabe desconocer que la doctrina y que algunas resoluciones judiciales, -también las de esta Sala-, han avanzado más en la precisión del concepto, con la evidente intención de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial en el de "sacrificio patrimonial injustificado", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71.
Por lo demás resulta generalmente admitido en la comunidad jurídica que el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso.
Hechas estas consideraciones generales es lo cierto que el caso que nos ocupa no plantea mayores problemas en orden a considerar la existencia del perjuicio para la masa activa dado que la salida de fondos que no obedecen a una concreta relación jurídica y aparece como mero manejo entre administradores de dos sociedades que tienen la misma composición social y organizativa, no puede tener otra consideración ya que implican una reducción no justificada de dicha masa.
Siendo así, tampoco tienen los hechos entidad suficiente para plantear si estamos o no ante actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional realizados por el deudor en condiciones normales, a fin de aplicar la excepción del art. 71.5.1º LC. Los hechos consistentes en traspaso de fondos que no obedecen a ninguna causa, no pueden tener tal consideración. “:SAP Pontevedra (Sección 1) 14.11.2012 (Sentencia 568/2012; Rollo 585/2012)

2.13 Aparente transacción, con injustificada renuncia de la concursada a un pago pendiente

AP Pontevedra

“PRIMERO.-En virtud del precedente Recurso por la apelante Louropark Inversiones SL se pretende la revocación de la Sentencia dictada en los autos de Incidente Consursal nº 179/10 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad, que estimó la acción rescisoria formulada al amparo del art. 71.2 y 4 de la LC por la administración concursal contra Pima Buildin SL y Louropark Inversiones SL, respecto de la transacción que ambas habían suscrito en el año 2010, exactamente un día antes de la solicitud del concurso en relación a un contrato de compraventa previo de inmuebles.
Los hechos a los que se contrae el presente pleito los recoge con fidelidad la resolución de instancia:
a) El día 11 de diciembre de 2007 se realizaron dos operaciones de compraventa de fincas instrumentadas mediante las escrituras públicas números 2201 y 2202 del protocolo del Notario O. Joaquín López Doval. En virtud de la escritura número 2201, Pima Buildin SL vendió a la entidad Louropark Inversiones dos fincas, denominadas "Coutada de Don Salvador o Fernacho" y "Coutada de Arriba o Fernacho" sitas en el municipio y parroquia de Porriño, de las que era titular la concursada, por un precio alzado de 790.000 euros, de los cuales corresponden 120.000 euros a la primera y 660.000 a la segunda por precio alzado.
En virtud de la escritura numero 2202 Pima Buildin SL vendió a la entidad Louropark Inversiones dos fincas, una denominada "Campo da Carrola", "Carrola o Carrola Grande" sita en el municipio y parroquia de Porriño y otra denominada "Coutada de Arriba" sita en el municipio de Mos y parroquia de Sanguiñeda, de las que era titular la concursada, por un precio alzado de 1.926.000 euros, de los cuales corresponden a la primera 1.806.000 euros y 120.000 euros a la segunda.
En la estipulación cuarta y quinta, respectivamente, de las escrituras n° 2201 y 2201 se indica "La parte transmitente faculta expresamente a la parte adquirente para que pueda aclarar, complementar y subsanar la presente escritura, en cuanto fuere preciso, pudiendo modificar superficies, linderos, y además, solicitar y obtener los documentos necesarios. Tales modificaciones no alteraran en modo alguno el precio de la venta de los bienes transmitidos consignado en esta escritura"
b) El día 8 de mayo de 2010, se celebra acuerdo privado de Transacción para corregir una disminución de cabida (merma en metros superior a los 11.990 metros) de las fincas vendidas el día 11 de diciembre de 2007, en virtud de la cual Pima Buildin SL *se obliga a reintegrar a la compradora Louropark Inversiones la cantidad de 325.160 euros* mediante la recuperación y devolución a la compradora de efectos pendientes de vencimiento, obligándose la concursada a reintegrar dicha cantidad mediante la recuperación y devolución a la compradora de tres pagarés.
c) El día 8 de julio de 2010 se eleva a escritura pública acuerdo de 8 de mayo de 2010, otorgado ante la Notaria Porriño Doña Mónica Alba Castro con el número 1233 de Protocolo.
d) El día 9 de julio de 2010, se presenta la solicitud de concurso voluntario de la entidad mercantil Pima Buildin SL S.L., que fue declarado por auto del Juzgado de lo Mercantil de fecha 6 de septiembre de 2010.
Es de destacar como *hecho alegado* por las demandadas en la transacción que:
Las fincas, denominadas "Coutada de Don salvador o Fernacho" y "Coutada de Arriba o Fernacho" sitas en el municipio y parroquia de Porriño y la finca denominada "Coutada de Arriba" sita en el municipio de Mos y parroquia de Sanguiñeda, tienen una merma en metros superior a los 11.990 metros y la situación de los terrenos no coincide con la expresada en la escritura de compraventa.
La juzgadora a quo entendió que <<No consta acreditado una merma en metros superior a los 11.990 metros, ni que la situación de los terrenos no coincide con la expresada en la escritura de compraventa, la única prueba que se ha aportado para acreditar este hecho es la aportación de un informe sobre la situación de las parcelas que incluye un plano con una superficie, aportado también por la concursada, que entiendo que no es suficiente para acreditar la disminución de cabida y en cuanto a la situación de los terrenos, el informe indica

suficientemente clara la ubicación de las parcelas objeto del informe, debiendo estarse a la ubicación que consta en la escritura y no a otra no expresada por el comprador en el momento de la compra.
La renuncia a parte del precio, concretada en unos derechos de cobro pendientes por importe de
325.160 euros, hecho por la concursada el día anterior a la presentación de la solitud de concurso, a favor de la entidad Louropark Inversiones S.L., es manifiestamente perjudicial para la masa activa y cae de lleno bajo la presunción iuris et de jure del articulo 71 2 de la LO.
La concursada realiza una renuncia a unos derechos de cobro por un importe de 325.160 euros, supuestamente a cuenta de corregir una disminución de cabida (merme en metros superior a los 11.990 metros) de las fincas vendidas, sin embargo no consta la necesidad de transacción, que sirve de causa a la reducción del precio, cuya rescisión se pretende en este incidente.
En primer lugar no consta esa disminución de cabida que motiva la transacción y en segundo lugar, en la compraventa de bienes inmuebles, hecha por precio alzado, como es el caso, no tiene lugar el aumento o disminución del precio aunque resulte de mayor o menor cabida del expresado en el contrato, y en cualquier caso, la acción para reclamar el saneamiento por defecto de la cosa vendida de conformidad con el artículo 1472 del código civil, tiene un plazo de prescripción de 6 meses desde la entrega de la cosa vendida, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1462 del código civil se produjo mediante el otorgamiento de la escritura pública en fecha 11de diciembre de 2007.
Es perjudicial para la masa activa porque, consistiendo ésta en los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso (artículo 76 de la LO), el acto dispositivo a título gratuito que la concursada llevó a cabo con el reintegro a la compradora Louropark Inversiones de la cantidad de 325.160 euros mediante la recuperación y devolución a la compradora de efectos pendientes de vencimiento, sin contraprestación alguna, disminuye en la misma medida el valor de la masa.
SEGUNDO.-El primer motivo de recurso, prácticamente todo él, versa sobre el reproche que el recurrente efectúa a la calificación que la resolución de instancia realiza de la transacción como contrato gratuito en vez de contrato oneroso, en cuyo caso debe probar la administración concursal el perjuicio patrimonial, de tal manera que, si eso lo sustenta la parte actora en que en que la finca vendida no contaba con menos metros, también deberá probarlo ex art. 217 de la LEC.
La juzgadora a quo rescinde el contrato privado de transacción de 8 de mayo de 2010 fundándose en que se da el presupuesto del art. 71.2 de la LC, como también por el art. 72.4 puesto que considera que la acción que permitiría reclamar a la compradora debido al exceso de cabida o bien era inexistente o bien estaba "prescrita", y a cuyo tenor:
1 Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
2 El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria."
Así pues, o nos hallamos ante un acto gratuito el subsumido en el contrato de 8 de mayo de 2010 o bien se demuestra el perjuicio patrimonial al amparo del art. 72.4. de la LC.
Vaya por delante que no compartimos la tesis del apelante cuando sostiene que la transacción es un contrato oneroso per se, o naturalmente sin matizaciones, mucho menos que la cuestión no haya sido objeto de un amplio debate doctrinal. En efecto, es un contrato consensual y bilateral por la reciprocidad de prestaciones, pero si aquellas concesiones han tenido por objeto exclusivamente las pretensiones formuladas en la controversia, parece obvio que no hay desprendimiento de valores actuales que estuviesen en el patrimonio de los transigentes. No ocurrirá lo mismo si, como dice Gullón Ballesteros, para transigir se han sacrificado los mismos, la onerosidad sería la común y corriente de los contratos onerosos.
Podríamos incluso considerar que el contrato de transacción litigioso carece de causa si es que la concursada devolviese parte del precio a la compradora aun cuando no existiera la merma de metros, -esto es algo que se considera probado en la instancia: se reprocha por dicha sentencia que la compradora apelante no haya acreditado que se compró menos extensión de la indicada en la escritura de venta- ya que en otro caso se presume que la causa existe y es lícita ex art. 1277 del Código sustantivo. Pero, sin embargo, creemos que la solución al debate planteado en el litigio debe correr por otros derroteros menos abstractos.
En efecto, aún partiendo que nos hallamos ante un contrato oneroso, habrá de acreditarse si existe un perjuicio contra la masa, que por otra parte es evidente que concurrirá, si es que se devuelve una cantidad de dinero a cargo de la concursada aún cuando no debiera hacerlo porque no estaba obligada a ello, porque de ser así indudablemente disminuiría su solvencia. Es en este aspecto donde la resolución a quo pone el punto de mira en los art. 1472 y ss del C.Civil o bien en los vicios ocultos del contrato de compraventa mercantil que regula el art. 349 del C.de comercio.
En el año 2007 se venden las fincas objeto de transacción por la hoy concursada a Louropark SL a cambio de un precio alzado, señalando uno diferente ello no obstante, para cada una de ellas. Resulta de este modo que dos años y medio después, en 2010, cuando se suscribe el contrato de transacción la vendedora no estaría obligada a responder en el caso de una hipotética merma de metros en la extensión superficial vendida porque " en la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resuelta mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato" (art. 1471 C.Civil), y cualquier discusión que al respecto pudiera plantearse aún así, por ejemplo considerarse la venta por unidad de medida del art. 1469, es lo cierto que la acción estaría caducada porque el art. 1472 establece el plazo de seis meses para el ejercicio de la acción,

que en opinión de las Audiencia provinciales de manera mayoritaria, pese a la dicción del Código no es de prescripción sino de caducidad. De ser así no sería - como se sostiene en el escrito de recurso- precisa su alegación, sino que sería incluso apreciable de oficio y tiene la razón de ser de su brevedad en la finalidad de salvar en lo posible la eficacia y validez del contrato, y en la necesidad de acortar los plazos en que se pueda atacar al mismo, a fin de consolidar la seguridad jurídica, así como en la simplicidad de semejantes acciones, en las que la investigación de los hechos en que se basan (si la cabida de la cosa vendida coincide o no con la real) no precisa un considerable espacio de tiempo al poder efectuarse con facilidad en los momentos precedentes a la entrega, lo cual, hace innecesario un largo plazo de tiempo para salvar la divergencia. En este sentido la STS de 30 de enero de 1998 dice que "Las normas, que se pueden calificar de especiales, constituidas por los artículos 1469 a 1472 del Código Civil son aplicables a los casos en que existen unas posibles diferencias entre la extensión efectiva de la finca al perfeccionarse el contrato y la que es objeto en el momento de la entrega, por ello el legislador en dichos preceptos, con base a la teoría de conservación del contrato, ha reducido el plazo de impugnación acortando el plazo para el ejercicio de la acción, o sea de la caducidad para la vigencia de la misma." Aún sin desconocer que otras STS como la de 10 de julio de 1999, 30 de enero de 1998 y 24 de octubre de 2000 parece sostener lo contrario: "Aparte lo acabado de exponer, resulta evidente que el plazo figurado en el artículo 1.472, es de prescripción y no, de caducidad, y así se viene entendiendo en la doctrina y en la jurisprudencia, la que ha interpretado en sentido literal el verbo "prescribir" empleado, lo que supone, por tanto, la posibilidad de su interrupción y la necesidad de alegación de parte, siendo evidente, igualmente, que a los requerimientos descritos entre los hechos estimados acreditados hay que asignarles la función interruptora a que se alude en la sentencia recurrida, y esto así, sin necesidad de mayores razonamientos..."

Sea como fuere sobre la apreciación de la venta a tanto alzado, la STS de 5 de mayo de 2008 aborda un supuesto de hecho similar al que es objeto del presente procedimiento, señalándose en ella que "Es por ello que cuando como aquí acontece, se pretende lograr una revisión del precio ante la existencia de diferencias entre la extensión efectiva de la finca al perfeccionarse el contrato y la que es objeto en el momento de la entrega, la respuesta no puede hallarse fuera de la regulación específica contenida en los artículos 1469 a 1472 del Código Civil art.1469 EDL 1889/1 art.1470 EDL 1889/1 art.1471 EDL 1889/1 art.1472 EDL 1889/1 - Sentencias de 30 de enero de 1998 y 24 de octubre de 2000 -, donde se incluye un plazo de prescripción más breve -es de seis meses- que el de quince años de las acciones personales, el cual ha sido correctamente aplicado, sin que haya sido objeto de discusión que ha transcurrido de sobra atendiendo a la fecha de la traditio ficta y la de la demanda. En segundo lugar, hay que decir que incluso de haberse ejercitado la acción en plazo, procedería rechazar las pretensiones de los demandantes". Se cita en ella la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1956, mencionada en la de 29 de mayo de 2000, entre otras muchas, en la que se expresa que "la venta a cuerpo cierto indudablemente se verifica cuando en el contrato no sólo no es precisado el precio singular por unidad de medidas, sino que tampoco son indicadas las dimensiones globales del inmueble, pero también se verifica cuando aún no habiendo sido indicado un precio singular por unidad de medida, sin embargo, es especificada la dimensión total del inmueble, situación esta última que es la que acontece en el caso analizado, como se expuso con anterioridad, toda vez que el inmueble se vendió a tanto alzado, por un precio único que no se calculó en razón de la concreta superficie de la finca, y ello aunque se indicara en la escritura de compraventa la dimensión total de la misma, señalándose al respecto que entre los dos índices en contraste, constituido uno por la falta de un precio singular por unidad de medida, y el otro por la concreción de las dimensiones globales del inmueble, la Ley da prevalencia al primero y presume que aquella individualización no había tenido para las partes valor esencial, que sólo constituía una superabundancia, y no significa que las partes hayan convenido aquel precio global sólo en cuanto el inmueble tuviese efectivamente aquellas dimensiones totales, siendo de estimar que ésta es una presunción absoluta, contra la cual ni el comprador ni el vendedor pueden articular prueba contraria". Sentado que nos encontramos ante una venta de cuerpo cierto, la doctrina ha dicho de esta modalidad - Sentencia de 29 de mayo de 2000, y las que en esta se citan- "que la compraventa de "cuerpos ciertos" presenta ciertos aspectos de aleatoriedad (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1984 y 18 de mayo de 1982) en cuanto que el precio se determina a razón de un tanto por unidad de medida o número. Tal circunstancia conduce a la ineludible conclusión de que las diferencias posibles de metros en las cabidas no afecten a la complitud del contrato, ni modifiquen las condiciones de adquisición en el precio, que tiene carácter de precio alzado...".

En conclusión, el artículo 1471 del Código Civil no ampara la rebaja de precio solicitada, sin que existan razones para tratar de eludir ni el plazo prescriptivo, ni los requisitos impuestos por la normativa que rige la materia, buscando satisfacer la misma pretensión de rebajar el precio como legítima, pero indudablemente, además de improcedente, es extemporánea.

En conclusión: Pima Buildin SL firma innecesariamente un contrato de transacción en el que reconoce a la compradora que le vendió menos extensión de la prevista en el contrato, y le devuelve 325.160#, cuando es así que en las ventas por precio alzado y no por unidad de medida no tiene lugar una reducción del precio y aun cuando fuese la venta por unidad de medida, que no lo fue, pero que pudiera discutírsele, la acción estaría caducada-prescrita desde hacía casi dos años. Es claro que la firma del contrato de 8 de mayo de 2010 y posterior elevación a público implicó pues un perjuicio para la masa del concurso.

Por último, no podemos dejar de hacer referencia a la alegación que se sostiene en el escrito de recurso cuando se afirma que debe tenerse en cuenta las circunstancias que las partes consideraron en particular para suscribir la transacción a pesar de que se trate de una venta a precio alzado, y es que:

"III- De forma reciente se ha procedido a comprobar que, en realidad, no se alcanza el volumen de metros expresado en la compraventa, ni la situación de los terrenos coincide exactamente con ¡a ubicación pretendida y buscada a la hora de comprar, por lo que las partes aprecian una mermo en metros superior a los once mil novecientos noventa metros, y por supuesto significando tal reducción de volumen de terreno la imposibilidad para la compradora LOUROPARK INVERSIONES de desarrollar por sí misma y de forma independiente la

unidad de actuación urbanística, pactan corregir tal situación.
IV.- A la vista de tal comprobación las dos partes, vendedora y compradora, han llegado al acuerdo de no resolver el contrato de compraventa, por asumir la compradora la adquisición de los bienes, pero fijando una reducción en el precio de la compraventa que la vendedora se obliga a asumir por no poder cumplir los términos esenciales de la compraventa celebrada en su día."
Esto es, a través de una novación modificativa del contrato anterior de venta, vienen a constituir en elemento esencial la extensión de los predios vendidos, y ello no puede tener la relevancia que se pretende en cuanto a la acción ejercitada porque como acción de reintegración para la que está legitimada la administración concursal, habrá de examinarse si es perjudicial para la masa ex art. 71.4 LC, luego, si esa novación convierte el contrato inicial de venta del año 2007 en otro, el de 2010 novado para conseguir la devolución de parte del dinero abonado con la compra, nos hallamos exactamente en la misma situación que en el caso anterior si es que provoca una reducción de la solvencia de la concursada dentro del período de retroacción.
En atención a lo expuesto, no habiéndose aceptado por la Sala los argumentos de la parte apelante se impone la confirmación de la sentencia de instancia. ":SAP Pontevedra (Sección 1) 29.11.2012 (Sentencia 616/2012; Rollo 801/2012)

2.14 Arrendamiento con renta del 300% de la de mercado

AP Zaragoza

"PRIMERO.- Motivos de recurso
Entablada acción de reintegración por la Administración
Concursal (AC) de la concursada contra la concursada y un tercero tendente a la reintegración del exceso del precio abonado en concepto de renta en un contrato de arrendamiento durante los años 2009 a 2011, se opusieron tanto la concursada como la arrendadora, una comunidad de bienes (CB) formada por el administrador y socio quasi-único de la concursada y su esposa.
La sentencia estimó íntegramente la demanda.
Las partes condenadas formulan recurso de apelación: a) De una parte, estiman que no se ha acreditado el exceso o lo abusivo de la renta pactada y, por lo tanto, el perjuicio para la masa. b) De otra parte, consideran que no existe perjuicio para la masa, que no se trata de un acto gratuito, que en todo caso ha de ser considerado un acto ordinario del tráfico realizado en condiciones normales y, por ello, que no era rescindible (art. 71.5.1º de la LC) y, c) por último, que no se da el supuesto de persona especialmente relacionada con el deudor invocado por la AC, art. 71.3 y 92.2.3 de la LC, y que convierte el acto en rescindible per se salvo prueba en contrario.
La actora insiste en que se ha acreditado de la documental practicada el perjuicio del acto, en que su naturaleza es gratuita, que no es realizado en condiciones normales dentro del tráfico jurídico de la empresa y mantiene que no es aplicable el art. 92.2.3 de la LC.
SEGUNDO.- Calificación del acto que se pretende rescindir
El examen de la documental practicada muestra que la concursada abonó una renta, en virtud de contrato celebrado en el año 2009, por el uso de la nave a la comunidad de bienes demandada de 7.500 euros al mes, impuestos aparte, aunque realmente se abonaban 8.000 euros mensuales, frente a una renta anterior a tal fecha de 2.252 euros. Junto a ello, se denuncia que se originó un saldo por entregas de la concursada a la comunidad de bienes de 17.925,96 euros que fue cancelado en la contabilidad de la concursada sin causa
o fundamento. Tales negocios jurídicos y contratos exigen una correcta calificación. Así, los pagos de la renta aunque sean excesivos para el precio de mercado, son actos onerosos, en
cuanto responden a la entrega por la contraria de la posesión de la cosa. Por tanto, han de ser considerados los pagos que se pretenden rescindir como realizados a título oneroso. Respecto a las entregas dispuestas por la concursada a la CB se trata, en tanto no se acredite una causa de entrega han de considerarse que lo fueron a título gratuito y sin una adecuada contraprestación. Sobre estas bases fácticas habrá de examinarse el recurso interpuesto.
TERCERO.- Perjuicio para la masa
Por razones de lógica jurídica, procede examinar en primer lugar los motivos de rescisión invocados para después examinar si se han acreditado los mismos, y, por tanto, procede acoger o rechazar el recurso.
El TS ha ido ya aquilatando el concepto de perjuicio que el art. 71 de la LC establece. Así declara la sentencia del TS de fecha 26 de octubre de 2012 que "el perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los

motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa".

En el presente supuesto, no cabe duda que sí se prueba la existencia de un sobreprecio, esto es, que el señalado era superior al de mercado en el contrato de 1 de enero de 2009, ha de estimarse que tales pagos, en lo que excedan del precio de mercado, son rescindibles por causar un perjuicio a la masa, un sacrificio injustificado, precisamente en los momentos -ejercicio 2008- en que comenzaba a disminuir el volumen de actividad de la misma en forma relevante y a la vista de que las causas del ulterior concurso fueron, a tenor de la propia concursada en su memoria y de la AC en su informe, un margen de beneficios muy bajo y que la bajada de ventas no lleva aparejada una bajada de costes en la misma proporción. Por ello, ha de estimarse que en este contexto de crisis empresarial una fijación del precio por encima del ordinario de mercado es en sí misma perjudicial para la masa del concurso, al aumentar de forma irreal los costes de la empresa y contribuir a la creación o aumento de su insolvencia.

Respecto a las transferencias recibidas, estas no son negadas por la demandada, sino que las funda en contraprestación por la prestación del afianzamiento del propietario de la nave arrendada, administrador de la concursada y socio mayoritario de la misma (posee el 98% del capital a tenor del informe de la AC) a las operaciones financieras de la concursada. Esta alegación es nueva y aparece en sede de recurso, en la instancia guardo silencio sobre las mismas. No consta acreditado -así parece reconocerlo los recurrentes- ningún tipo de pacto para que el afianzamiento fuese remunerado, conforme al art 1.823 del Cc la fianza puede ser onerosa y gratuita, y conforme al art. 441 del C de C el afianzamiento mercantil será gratuito salvo pacto en contrario; en el presente caso, no consta ese pacto, esto es que sea oneroso, ni el importe de la prestación, por lo que ha de considerarse que la cancelación del saldo deudor generado entre la concursada y la CB demandada, no es sino una operación a título gratuito, sin respaldo legal o contractual como contraprestación de la prestación de la fianza y, por ello, perfectamente rescindible. Correspondía a los demandados la prueba, ellos realizaron las entregas de dinero y correspondía a ellos su correcta documentación. No pueden alegar ahora el principio de proximidad y facilidad probatoria cuando la actora está actuando precisamente sobre la realidad contable que ellos -como administrador de la concursada y como miembro de la CB-elaboraron.

Respecto a la alegación de que se trata de un acto del tráfico ordinario realizado en condiciones normales la fijación de una renta superior en tres veces a la usual del mercado, lo cierto es que en primer lugar, se trata de un hecho nuevo nunca alegado antes, por lo que, parece contradice el Principio General de Derecho " pendente appellatione nihil innovetur " (SSTS 2 de diciembre de 2003 y 5 de febrero de 2001, entre otras muchas), pues la Sala solo puede resolver cuestiones de hecho o de derecho previamente planteadas ante el Juzgado, absteniéndose de realizar un nuevo juicio y de conocer de problemas que no fueron planteados en la instancia. Por ello, la Sala estima que ha de ser rechazada esta alegación. En segundo lugar, que la fijación de un precio superior al de mercado, sea una operación del tráfico ordinario realizada en condiciones normales, es en sí mismo una contradicción en los términos, pues precisamente la normalidad en el trafico es lo que justifica la falta de perjuicio, que en el presente caso, de acreditarse la tesis de la actora no se da.

Por tanto, resulta meridiano el perjuicio para la masa que los actos rescindibles habrían ocasionado de acreditarse que la cantidad fijada como renta era superior al precio de mercado y en la cuantía fijada.

CUARTO.- Error en la valoración de la prueba

En cuanto se invoca la existencia del art. 71.1 de la LC corresponde al actor acreditar a la existencia de perjuicio para la masa. Este funda el mismo en la exigencia de un precio más de tres veces superior al de mercado.

Resulta acreditado que en el año 2008 la renta sobre la nave arrendada ascendía a 2.252 euros que fue elevada a partir del 1 de enero de 2009 en virtud de un nuevo contrato a la suma de 7.500 euros. No constan los motivos de la elevación de la renta. Parece evidente para el juez a quo a la vista de la prueba documental aportada, dos artículos técnicos sobre el precio del alquiler en general y también referido a Zaragoza en particular -informes de expertos en temas inmobiliarios de abril de 2009 y octubre de 2010-, así como una oferta de alquiler realizada on line en 2011. Los precios en ellos mencionados en concepto de alquiler no rebasan en ningún caso los 3,5 euros el metro cuadrado por mes.

El Juzgado de lo Mercantil entendió que con tales documentos se probaba el precio superior al mercado que la concursada y la CB habían fijado, que era superior en más de tres veces al referido.

La demandada alega como razones que justifican la falta de prueba, en general, la dificultad de señalar si un precio es de mercado en una determinada fecha con criterios correspondientes a dos años después, así como que, en particular, la nave arrendada tenía una característica que la hacía única, incomparable e inestimable, estaba pegada y con un portón de comunicación a otra nave propiedad de la concursada.

Estas razones han de ser rechazadas por lo siguiente: a) La existencia de un aumento en más de un 300% del precio, no lo es respecto al precio medio del polígono en una fecha determinada, sino respecto al alquiler pagado por la concursada a lo largo del año 2008, produciéndose el aumento a partir de enero del año 2009. En 2010 parece se produjo también algún tipo de alza de renta hasta los 8.000 euros. En sí mismo existe un precio superior al de mercado sin que se justifique el por qué. Tampoco que la nave de la concursada y la nave arrendada estuviesen comunicadas justifica un alza de estas características, pues esta circunstancia databa ya del año 2008 -al parecer la nave en propiedad de la concursada fue adquirida en enero de 2008- y, pese a ello, el precio inicial era mucho más bajo. b) Los informes señalados son ciertamente generalizaciones, pero en todos ellos, son de abril de 2009 y octubre de 2010, se señala en el mejor de los casos un precio de 3,5 euros el metro cuadrado por mes de alquiler. Por tanto, ante tal diferencia, debía ser la demandada la que explicase el origen de esa renta. c) La explicación sobre la contigüidad de las naves no es de recibo, pues en el año 2008 también lo estaban y la renta era más de tres veces inferior; d)la existencia de una financiación por parte de la

CB y la fijación de un precio que cubriese la misma y un pequeño margen de beneficio tampoco, pues se trataba de un negocio jurídico entre personas formalmente distintas, por lo que cualquier fijación de un precio superior al de mercado perjudicaría a la concursada y beneficiaria correlativamente a la CB, lo que supone en definitiva la concurrencia de los requisitos de la acción rescisoria.
Por tanto, el recurso ha de ser integrante desestimado en todos sus extremos, sin necesidad de que la Sala entre en el examen de si nos encontramos ante el supuesto de los arts. 73.3 y 92.2.3º de la LC. De otra parte, la participación de uno de los miembros de la comunidad de bienes en la concursada es del 98% del capital social, por lo que parece no existe duda se da el supuesto del art. 93.2.1ª de la LC, con la inversión de la carga probatoria que ello conlleva ex art. 71.3.1 de la misma norma, si bien en el presente caso es irrelevante al haberse acreditado el perjuicio para la masa ex art. 71.1 de la LC. ":SAP Zaragoza (Sección 5) 12.02.2013 (Sentencia 93/2013; Rollo 35/2013)

2.15 Préstamo hipotecario meramente aparente simulado, destinándose su importe a una sociedad participada por el deudor hipotecante

AP Madrid

"SEGUNDO.- Pese a haberse generado en el proceso cierto grado de confusión a la hora de identificar el verdadero fundamento de la acción ejercitada, de una atenta lectura de la demanda se desprende que la pretensión rescisoria se cimenta sobre el perjuicio patrimonial sufrido a consecuencia del concreto destino que se dio a la suma prestada, destino para el que fue concebida la operación de préstamo en su conjunto.
La sentencia apelada, considerando que la única finalidad del préstamo otorgado al Sr. Nicolas era la de disminuir la deuda que MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. tenía con el BANCO POPULAR, conceptúa la operación en su conjunto como un acto de disposición llevado a cabo por dicho concursado a título gratuito y, en consecuencia, hace aplicación del Art. 71-2 de la Ley Concursal que presume, "iuris et de iure", su carácter perjudicial para, en definitiva, estimar la demanda y dar lugar a la rescisión.
En su recurso, BANCO POPULAR S.A. pone de relieve que no es eso -el destino final de la suma prestada a reducir el débito que con ella mantenía la mercantil del concursado- lo que se desprende de la documentación que obra en autos y que acabamos de comentar, documentación de la que, desde su punto de vista, se deduciría que una parte sustancial de la suma prestada al Sr. Nicolas -291.000 Ñ- fue exclusivamente utilizada para satisfacer débitos que MULTIRRFORMAS MERCHÁN S.L.U. mantenía con otros y muy diversos acreedores. Indica al propio tiempo el hecho en el que se basa la sentencia es distinto de la tesis que se hizo valer en la demanda en la que lo relatado fue que BANCO POPULAR concedió el préstamo al Sr. Nicolas ".para que el importe lo ingresara en la cuenta de la mercantil, cuenta también del Banco Popular, antes Banco de Castilla, para cubrir descubiertos, acreedores etc.".
Ahora bien, si se examina la demanda con detenimiento, se comprueba que su fundamento lo constituye la noción genérica de perjuicio patrimonial a que se refiere el apartado 1 del Art. 71 de la Ley Concursal, único precepto que realmente menciona e invoca. A partir de dicha invocación, las distintas presunciones absolutas y relativas que contemplan los apartados 2 y 3 del mismo precepto legal no constituirían tanto fundamentos de la acción rescisoria -aun cuando puedan enriquecer el fundamento de la misma- como instrumentos legales que se encuentran en manos de las partes y del tribunal para aplicar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba. Cuestión distinta será la de ponderar si ha sido correcta o incorrecta la aplicación que de dichas reglas ha efectuado el juzgado al resolver la cuestión con base en la presunción absoluta de perjuicio que el apartado 2 asigna a las liberalidades, examen que exige adentrarse en las particularidades y vicisitudes de la operación financiera que se enjuicia, todo ello sin olvidar que el éxito de una acción de reintegración concursal no se encuentra condicionado o constreñido a las hipótesis de apreciabilidad de alguna de las presunciones legales de perjuicio, pues no en vano dispone el apartado 4 del mismo Art. 71 que "Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria..".
TERCERO.- No ha resultado controvertido en el proceso que, tan pronto como se firmó la escritura de préstamo con garantía hipotecaria el 25 de junio de 2008, se abonó en una cuenta corriente que Don Nicolas mantenía a título personal en el BANCO POPULAR el capital prestado de 330.000 Ñ. También es pacífico -y así resulta de la documental aportada por ambas partes- que en fechas sucesivas pero en todo caso cercanas en el tiempo a dicho ingreso (a lo largo del resto del mes de junio y durante el mes de julio) el Sr. Nicolas llevó a cabo diversas transferencias, por importe acumulado de 291.000 Ñ, a una cuenta mantenida en la misma entidad bancaria por parte de la mercantil MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U., entidad de la que aquel es único socio y que en la actualidad se encuentra también declarada en situación de concurso. Mediante la aludida cuenta se instrumentaba el crédito que BANCO POPULAR tenía concedido a dicha mercantil unipersonal hasta un límite que, según resulta pacífico, ascendería a 600.000 euros.
De los extractos de la indicada cuenta acompañados a la demanda se infiere que en el momento inmediatamente anterior a la primera transferencia de 65.000 euros que el concursado efectúa en favor de su sociedad, esta habría dispuesto de 508.875,99 euros (443.475,99 euros + 65.000 euros, primer apunte del Documento 6), por lo que en ese momento la acreditada gozaría aún de disponibilidad sobre 91.124,01 euros (600.000 euros -508.875,99 euros). Se desprende también de dichos extractos que, a medida que el concursado iba realizando transferencias dinerarias, MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. iba efectuando distintos pagos en favor de una gran diversidad de acreedores (ENDESA. SEGURIDAD SOCIAL, TELEFÓNICA, SOLRED, ULSA, HACIENDA, etc..).
Tras la última transferencia efectuada por importe de 5.000 Ñ el día 21 de julio de 2008, quedó un saldo de crédito dispuesto por la acreditada MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. de 445.504,35 euros.
Durante el periodo comprendido entre la primera y la última transferencia la cuenta solamente experimentó

operaciones de cargo con excepción de las propias trasferencias y con excepción también de un abono por importe de 20.000 euros de origen diferente efectuado el 18 de julio de 2008.
Del estudio de los precedentes datos extraemos las siguientes conclusiones:
1.- Dentro del total de la suma prestada de 330.000 Ñ existe una cantidad de 39.000 euros que el concursado Sr. Nicolas nunca transfirió a su empresa MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. y que destinó a sus propias atenciones. Siendo ello así, no vemos que la propia operación de préstamo o que la hipoteca constituida, en tanto que gravamen llamado a garantizar la devolución de esa concreta suma de 39.000 Ñ, intereses y costas correspondientes, constituya una operación perjudicial para la masa activa del concurso del Sr. Nicolas : ni cabe incardinar tal operación en las presunciones previstas en los apartados 2 y 3 del Art. 71 de la Ley Concursal ni, al margen de tales presunciones, cabe considerar acreditado por parte de la Administración Concursal demandante, a quien correspondía la carga de hacerlo por aplicación del apartado 4 del mismo precepto legal, que tal operación haya provocado un perjuicio patrimonial.
2.- Dentro de la cantidad total transferida a la mercantil de 291.000 euros, la suma de 43.371,64 euros (correspondiente a la diferencia de saldos deudores existentes entre el momento inmediatamente anterior a la primera transferencia -508.875,99 euros- y el momento inmediatamente posterior a la última -445.504,35 euros-, una vez deducida la cantidad de 20.000 euros, único ingreso de origen distinto habido durante el periodo contemplado) representa la magnitud exacta en la que la deuda mantenida por MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. quedó reducida como consecuencia directa de las transferencias efectuadas en su favor por el Sr. Nicolas.
3.- Existe otra cantidad en la que la deuda de la mercantil resultó igualmente reducida, aunque de manera indirecta o refleja, como consecuencia de las transferencias. Se trata de la cantidad de 91.124,01 euros de la que MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. estaba autorizada a disponer en virtud de la relación contractual de carácter crediticio que mantenía con BANCO POPULAR (diferencia entre 600.000 euros, límite máximo del crédito concedido, y 508.875,99 euros, suma efectivamente dispuesta por la acreditada en la fecha en que comienza a recibir las transferencias objeto de litigio) y de la que no dispuso efectivamente. En efecto, si la mercantil no dispuso de dicha suma para realizar los pagos a terceros que efectivamente realizó, ello fue debido únicamente a que para atender tales pagos ya se encontraban disponibles en la misma cuenta las sumas que su socio único le iba transfiriendo. Se trata, en consecuencia, en sentido económico o funcional, de una rebaja virtual -o mejor, evitación de incremento real- del saldo deudor que MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. habría alcanzado en caso de no haber dispuesto de las cantidades transferidas.
4.- Por lo tanto, solo la cantidad residual de 156.504,35 euros (291.000 - 91.124,01 -43.371,64) puede conceptuarse como préstamo destinado a proporcionar liquidez -"dinero nuevo" en la terminología de la apelante- a la sociedad MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. El resto, esto es, la suma de 134.495,65 euros se destinó a reducir el importe del saldo deudor que dicha mercantil mantenía -o habría en otro caso mantenido- con la apelante BANCO POPULAR.
CUARTO.- Vemos, por tanto, que no es exacta la afirmación reiterada por BANCO POPULAR con arreglo a la cual la totalidad de lo transferido habría constituido para MULTIREFORMAS MERCCHAN S.L.U. "dinero nuevo" o dinero llamado a brindar liquidez y no a cancelar deuda ya contraída. Ahora bien, con independencia de dicha cuestión, lo que consideramos verdaderamente relevante es destacar que el destino de dicha suma a la mercantil MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. y no al prestatario aparente o formal (Sr. Nicolas) era algo no solo perfectamente conocido para la entidad bancaria con carácter previo a la suscripción del préstamo sino, además, algo que se configuraba como causa de la operación misma, pues no en vano afirma BANCO POPULAR en la página 9 de su recurso que ".la principal causa de la operación (era) aportar liquidez a la social.".
A partir de ese elocuente reconocimiento, lo que BANCO POPULAR nos propone para negar la existencia de perjuicio es un escenario donde la condición de Don Nicolas de miembro único de la referida social MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. haría que cualquier iniciativa económicamente provechosa para dicha mercantil redundase -en igual medida- en provecho del propio socio. Ahora bien, el argumento del interés común socio/sociedad, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para el propio socio, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que no se encuentra diluida la personalidad jurídica independiente del socio respecto de la de la sociedad, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica independiente cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de sujetos jurídicamente independientes, su actividad en el tráfico es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de su respectivo deudor.
Buena prueba de que no debemos perder esa perspectiva la encontramos en el hecho de que la eventual tramitación conjunta de concursos en dichas situaciones no ha rebasado la trascendencia estrictamente procesal (se prevé la posibilidad de instar conjuntamente la declaración de concurso de sociedad y socios o de acumular sus concursos ya declarados - Art. 25 de la LC, que pasa al Art. 25 bis con la modificación operada por Ley 38/2011), sin que ello pueda dar lugar a la consolidación de los tratamientos concursales concernientes a las respectivas masas activas y pasivas de los concursados (socio y sociedad), lo que sólo excepcionalmente, y ello tras la reforma por Ley 38/2011, se prevé expresamente para el caso específico de confusión patrimonial que contempla el párrafo segundo del nuevo Art. 25 ter, frente a la previsión de su párrafo primero que postula como regla general precisamente la no consolidación de tales masas. Y lo cierto es que, además de no resultar de aplicación al caso dicha previsión legal en razón a la época de su entrada en vigor, ni siquiera existe en autos la menor constancia de que entre el Sr. Nicolas y MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. concurra esa situación de "confusión patrimonial" (de hecho, ni siquiera consta que, habiendo sito también declarada en concurso la mercantil, los procesos concursales hayan sido objeto de acumulación).

Así las cosas, lo que debería indagarse es en qué concreta medida la suma de 291.000 euros materialmente prestada por la entidad bancaria a MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U., redundó en provecho de Don Nicolas, o más exactamente, en provecho del específico círculo de acreedores de este último, propósito que no se logra mediante apreciaciones de tipo abstracto, como lo es la consideración genérica de que aquello que es bueno para la sociedad lo ha de ser también para el socio, consideración que en modo alguno puede estimarse obvia ni susceptible de ser acogida acríticamente y sin reservas. Es más, precisamente en el ámbito de lo concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (Art. 93.2 de la LC), lo que incluso ha llevado al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos de actos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en ese tipo de vinculaciones (Art. 71.3.1º); es por ello que lo anteriormente argumentado cobra, si cabe, en el aspecto conceptual, mayor justificación.
QUINTO.- Nos encontramos, por lo tanto, en presencia de una operación financiera que, con plena conciencia de la entidad bancaria desde el inicio (ella misma lo concibe como "causa" del negocio), consiste en prestar a MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. la cantidad de 291.000 euros pero haciendo figurar como deudor formal a Don Nicolas, y, además, constituyendo este sobre una finca de su propiedad derecho real de hipoteca en favor de la prestamista y en garantía de la devolución del capital prestado.
Pues bien, no se precisa de un meticuloso desarrollo argumental para alcanzar la conclusión de que, sin necesidad de encontrar encaje en ninguna de las presunciones legales de perjuicio, tal operación resultó objetivamente perjudicial para la masa activa del concurso de Don Nicolas. Y ello en relación con ambos aspectos -obligacional y real- de la operación: a) En el aspecto obligacional, porque el préstamo como tal vino a incrementar el pasivo del Sr. Nicolas en 291.000 euros y sus intereses correspondientes, incremento del pasivo que nunca se vio compensado por un correlativo aumento del activo, ya que no se ha demostrado mediante adecuada pericia técnica que las participaciones de dicho señor en MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. experimentasen un incremento de valor de 291.000 euros como consecuencia del préstamo (de hecho, no parece probable que haya existido incremento alguno si se tiene en cuenta que la referida mercantil también ha concursado); b) En el aspecto real, la carga hipotecaria, en cuanto proyectada a brindar garantía a la suma de 291.000 euros, supuso un gravamen que disminuyó el valor de la finca hipotecada en esa exacta medida sin que, por las razones ya apuntadas, resultase de ese sacrificio patrimonial provecho alguno para Don Nicolas ni, consiguientemente, para el específico círculo de acreedores de este último.
Es por lo tanto plausible el pronunciamiento de la sentencia apelada por el que acuerda la rescisión de ambos negocios - préstamo e hipoteca- y no solamente, como propone la apelante de modo subsidiario, el negocio de constitución del gravamen hipotecario, pues no nos encontramos ante una mera hipoteca de complacencia a las que se refiere la presunción relativa de perjuicio contemplada por el Art. 71-3-2º de la Ley Concursal constituida en garantía de deudas que previamente hubieran aprovechado al concursado, sino que a lo que nos enfrentamos es a una hipoteca constituida en garantía de una deuda que nunca aprovechó -ni hay razones para suponer que aprovechará en el futuro- al ese mismo concursado. ":SAP Madrid (Sección 28) 07.05.2012 (Sentencia 140/2012; Rollo 331/2011)

"PRIMERO.- La sentencia apelada estima parcialmente la demanda formulada por la administración concursal de doña Coro contra la citada concursada; su esposo, don Silvio; la entidad "EUROPEA DE SOPORTES MAGNÉTICOS ESOMAG, S.L." y CAJA GENERAL DE AHORROS DE CANARIAS con el objeto de que se rescindiera el préstamo concedido por esta última entidad a favor de la concursada y su cónyuge por importe de 200.000 euros, así como la hipoteca constituida en garantía de la devolución del préstamo sobre un bien de la exclusiva propiedad de doña Coro, apreciando mala fe en la entidad prestamista por lo que la condena, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, a abonar a la masa activa la suma de 7.669,32 euros (comisión de apertura de préstamo y gastos de gestión) y acuerda la subordinación del crédito derivado de la restitución de la cantidad prestada.
En esencia, la sentencia dictada en primera instancia considera que el préstamo y la garantía hipotecaria constituida sobre un bien privativo de doña Coro es un acto perjudicial para la masa activa, realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, al estar destinado a la cancelación de deudas de la entidad "EUROPEA DE SOPORTES MAGNÉTICOS ESOMAG, S.L.", de la que es socio y administrador su esposo, de modo que la concursada asume con carácter personal una deuda por importe de 200.000 euros y constituye una hipoteca en garantía de esa deuda sobre un bien de su propiedad sin beneficio patrimonial alguno en tanto que el mismo día en que se otorga el préstamo su importe se transfiere a la entidad "EUROPEA DE SOPORTES MAGNÉTICOS ESOMAG, S.L." que era realmente la beneficiaria de la operación, todo ello con puntual conocimiento de la entidad prestamista.
Además, la sentencia aprecia mala fe en la entidad financiera, con las consecuencias antes señaladas, que deduce de las siguientes circunstancias: a) la prestamista conocía que el préstamo era una operación de refinanciación de la deuda de la mercantil "EUROPEA DE SOPORTES MAGNÉTICOS ESOMAG, S.L." y que ésta era la destinataria de la suma objeto del préstamo; b) en lugar de articular la operación mediante un préstamo a dicha entidad, se hace la operación con dos personas físicas, soslayando así la relación de dicha operación con las vicisitudes económicas de la actividad desarrollada por la sociedad, lo que implica una verdadera simulación jurídica, en donde la relación obligacional da cobertura a un interés extramuros del contrato, interés que debía estar sujeto a la suerte o ventura del riesgo empresarial; y c) obtiene una garantía hipotecaria otorgada no ya por un tercero aparentemente ajeno sino, precisamente, por uno de los prestatarios.
Frente a la sentencia se alza la entidad prestamista que pretende su revocación con la consiguiente desestimación de la demanda, rechazando la concurrencia tanto del perjuicio como de la mala fe.
La administración concursal ha consentido el pronunciamiento por el que se desestimó la demanda en el particular por el que se pretendía que se declarase que la deuda derivada de la restitución del préstamo

correspondía a la entidad "EUROPEA DE SOPORTES MAGNÉTICOS ESOMAG, S.L."
SEGUNDO.- Desde este momento conviene indicar que el tribunal comparte y da por reproducida la declaración de hechos probados, la valoración de la prueba y los razonamientos jurídicos desarrollados en la sentencia apelada que han determinado la desestimación de la demanda, por lo que a la vista de su acertada motivación podría la sala limitarse a confirmar la sentencia por remisión. (...)
Pese a que lo hasta ahora señalado motivaría la desestimación del recurso de apelación, efectuaremos a continuación algunas puntualizaciones al hilo de los distintos motivos del recurso de apelación interpuesto por CAJA GENERAL DE AHORROS DE CANARIAS.
TERCERO.- La recurrente, de forma un tanto asistemática, combate en su recurso de apelación tanto la existencia del perjuicio como la mala fe que se imputa en la sentencia a la entidad prestamista.
El artículo 71.1 de la Ley Concursal permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial. Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha".
Delimitado así el concepto de perjuicio, su concurrencia en el supuesto enjuiciado no ofrece ninguna duda si tenemos en cuenta que el préstamo se solicita y concede, tal y como se admite expresamente en la contestación a la demanda, para atender las necesidades de refinanciación de la entidad "EUROPEA DE SOPORTES MAGNÉTICOS ESOMAG, S.L." y, concretamente, para que pudiera seguir operando con la denominada "Línea de garantías para operaciones de comercio exterior" otorgada a favor de ésta por la entidad financiera.
La concursada -que ni es socia ni administradora de dicha entidad- contrae una deuda por importe de
200.000 euros que, además, garantiza con una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, con el único objeto, conocido y asumido por la prestamista, de destinar sin solución de continuidad el importe del préstamo, concretamente 192.000 euros, a cancelar deudas de la entidad "EUROPEA DE SOPORTES MAGNÉTICOS ESOMAG, S.L.". Así, el mismo día en que se concede el préstamo, el 15 de de diciembre de 2008, se traspasa dicho importe a la cuenta de la sociedad (documentos nº 5 y 6 de la demanda) y ese mismo día la prestamista carga unos pagarés librados por terceros a favor de dicha sociedad -que en su día habían sido descontados y que resultaron impagados por los correspondientes libradores (documentos nº 7 a 10 de la demanda)-, cargándose también operaciones de comercio exterior que habían sido financiadas por la entidad prestamista al amparo de la póliza de cobertura de riesgos para operaciones de comercio exterior suscrita por la entidad financiera y la sociedad (documentos nº 7, 11, 12 y 17 de la demanda), de modo que, en definitiva, con el importe del préstamo concedido a la concursada y a su cónyuge se cancelan inmediatamente deudas que la sociedad mantenía con la prestamista, consumiéndose la práctica totalidad del importe prestado.
La operación resulta perjudicial para la masa activa de la concursada al efectuarse el préstamo para satisfacer las deudas que la entidad "EUROPEA DE SOPORTES MAGNÉTICOS ESOMAG, S.L." mantenía con la prestamista de modo que el pasivo de la concursada se ve incrementado con una deuda por importe de 200.000 euros que además se garantiza con una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, sin que por ello sea relevante a estos efectos que la prestataria fuera fiadora en determinados contratos suscritos entre aquella sociedad y la entidad financiera.
El recurrente reprocha a la sentencia que afirme que el importe del préstamo nunca entró en el patrimonio personal de la prestataria hipotecante cuando se ingresó en una cuenta de titularidad de la concursada y su esposo. Sin embargo, este hecho está expresamente reconocido en la sentencia que lo que mantiene es que formalmente el préstamo se concedió a la concursada y su esposo pero que materialmente estaba destinado a la sociedad, todo ello con pleno conocimiento de la entidad financiera indicando que: ". en el supuesto de autos, se está formalmente ante la concesión de un préstamo por el banco a favor de dos personas físicas, préstamo que se garantiza hipotecariamente sobre los bienes de uno de esos dos prestatarios. Pero materialmente, la suma prestada nunca entra en el patrimonio personal de la prestataria hipotecante, Coro, sino que la toda esa suma, en su integridad, se destina a una tercera entidad EUROPEA DE SOPORTES MAGNÉTICOS ESOMAG, SL, la que no aparece siquiera como prestataria formalmente, en la relación contractual.".
Basta la lectura íntegra del anterior pasaje, sin mutilar, para comprender que lo que mantiene la sentencia es que la suma prestada nunca entró materialmente en el patrimonio de la concursada porque aun cuando pudiera ingresarse en su cuenta corriente, dicho importe -deducida la comisión de apertura y gastos gestión- se traspasa sin solución de continuidad y por así estar diseñada la operación, a la cuenta de la sociedad a la que

materialmente estaba destinado el préstamo para aplicarlo a deudas que la prestamista mantenía con dicha sociedad. ”: SAP Madrid (Sección 28) 11.01.2013 (Sentencia 4/2013; Rollo 640/2011)

2.16 Falta de justificación del destino de los fondos recibidos y/o de las instrucciones del mandante

AP Barcelona

“PRIMERO. 1. El administrador concursal (AC) de Construcciones Marina 52, S.L. ejercita contra la concursada y contra Luis Manuel una acción de reintegración concursal en solicitud de que se reintegren a la masa del concurso los pagos efectuados por la concursada al Sr. Luis Manuel entre el 22 de enero de 2007 y el 15 de octubre de 2007 por un importe total de 48.400 euros. (...)
4. El recurso del Sr. Luis Manuel se funda en los siguientes motivos: (...)
c) Recibió las cantidades en concepto de provisión de fondos y las aplicó siguiendo las concretas indicaciones del administrador de la sociedad. Ha acreditado que, además de los pagos que la sentencia ha estimado acreditados, ha hecho otros correspondientes a deudas del administrador Sr. Blas o de sociedades del grupo (...)
CUARTO. 10. El tercero de los motivos del recurso alega que existe una vinculación entre la concursada y otras sociedades del grupo, tales como Lajirs, S.L., Llars i Contractres, S.L., Irisyola Construcciones, S.L. y Altela Construcciones, S.L. y que el administrador común de todas ellas y de la concursada le ordenó que pagara deudas tributarias y de seguridad social de algunas de esas sociedades con cargo a provisiones de fondos hechas por la concursada, única empresa que conservaba actividad en aquel momento. Como gestor al que se le encargaba atender esas obligaciones se limitó a hacer lo que los administradores le indicaron. Algunos de esos pagos (por importe de 19.510,94 euros) ya han sido reconocidos en la resolución recurrida, que los ha deducido del importe de la condena; otros, en cambio, no, si bien sostiene el recurrente que todos los fondos recibidos fueron aplicados siguiendo las indicaciones Don. Blas, administrador de la concursada, si bien únicamente ha podido encontrar justificantes de los correspondientes a 44.393,06 euros, razón por la que únicamente le restan justificar 4.006,94 euros.
11. Efectivamente, la resolución recurrida ha considerado hechos pagos de deudas de sociedades distintas de la concursada, particularmente de Lajirs, S.L., o bien pagos hechos por cuenta Don. Blas, si bien no los ha reputado hechos con cargo a las cantidades provisionadas al gestor Sr. Luis Manuel por parte del administrador de la concursada, Don. Blas. Únicamente ha imputado los pagos hechos por cuenta de la concursada, concretamente, tres pagos: (i) 5.845,62 euros el día 26/1/07; (ii) 265,32 euros el día 31/1/07; y (iii) 13.400 euros el día 14/6/07.
No obstante, no ha considerado que otros pagos que el Sr. Luis Manuel también afirma realizados con cargo a esos fondos lo hayan sido realmente. El juzgado mercantil razona que el demandado no ha aportado medios probatorios que le hubieran permitido acreditar esos hechos, razón por la que debe soportar la carga de su falta de acreditación. El recurso combate esa apreciación probatoria y afirma que existe una pluralidad de pagos adicionales que también deben imputarse a esa provisión de fondos.
No podemos negar que tendría razón el recurrente en el caso de que efectivamente hubiera acreditado que siguió indicaciones del administrador de la concursada e hizo pagos con fondos de ésta correspondientes a deudas de terceros. En tal caso, esto es, si pudiéramos tener por acreditada la veracidad de esos hechos, no habría nada que imputar al gestor, pues es obvio que el mismo no es más que un mero mandatario que debe seguir las indicaciones de su mandante. Por consiguiente, caso de haberse hecho pagos de forma indebida, no sería el mandatario sino el mandante el responsable. Pero, no acreditado que se atuviera a los estrictos términos del mandato, no podemos presumir que esos pagos se hicieron siguiendo las indicaciones del mandante cuando no son pagos hechos en beneficio del propio mandante, esto es, la concursada, sino de su administrador o bien de otras sociedades que, aunque relacionadas con la concursada por razón de tratarse de sociedades en las que participa el administrador de la concursada, son sociedades distintas. Que exista probabilidad de que al hacer esos pagos el gestor siguiera las indicaciones de la sociedad concursada no es suficiente, en un contexto como el descrito, porque el principio de la normalidad no nos permite presumir que los pagos fueran efectivamente ordenados con cargo a una provisión de fondos realizados por una sociedad distinta a la beneficiaria directa de los pagos. Lo normal es lo más acorde a la norma y el pago de deudas de terceros, sin ser contrario a la norma, no es lo más acorde a ella, razón por la que requiere prueba cumplida.
Por consiguiente, debemos compartir el punto de vista que expresa la resolución recurrida desestimando el recurso.”: SAP Barcelona (Sección 15) 18.12.2012 (Sentencia 428/2012; Rollo 510/2012)

2.17 Préstamo gratuito a una tercera sociedad

AP Zaragoza

“PRIMERO.-El artículo 71 de la Ley Concursal establece que declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los daños anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiese intención fraudulenta, estableciendo a continuación determinados supuestos en los que se deduce iuris et de iure o iuris tantum el perjuicio patrimonial. Dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración (rescisión) es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de irue, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que

admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2006 sostiene que, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (Artículo 1911 del Código Civil), ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores. El concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso. Como refiere la STS de 13 de diciembre de 2010 lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto, si ha habido o no una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones, o por el contrario, solamente un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de su acervo patrimonial sin compensación económica. el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro. Existe perjuicio para la concursada cuando el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro.
SEGUNDO.-En el presente caso, la concursada celebra contrato de préstamo por tiempo de diez años con la otra demandada, por el que le transfiere ciento veinte mil euros, y ello a título gratuito sin estipular pago alguno de interés, en tiempo sospechoso para el concurso, esto es, en tiempo de los dos años inmediatos anteriores a su declaración. Dicha operación, en cuanto que transmisión real del dominio de carácter gratuito
-Artículo 1740 del Código Civil en relación con el artículo 1753 siguiente: "Adquiere su propiedad"-- supone una importante salida de metálico de la empresa, sustrayéndola de la masa de acreedores, en burla de sus derechos a una ordenada distribución del caudal conforme al principio de "La pars condictio creditorum", por tiempo excesivamente largo, en una operación que ha de calificarse como ciertamente anómala y fuera del giro propio de la sociedad, extraña desde luego del ámbito en que actúa y se recoge en el artículo 71.5 de dicha Ley -- "En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional
o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (...)"--, en beneficio claro e indiscutido de una tercera empresa, la prestataria, a la que sin razón alguna, al menos que haya sido con rigor justificada, se le concede tan importante suma sin recargo alguno, con detrimento claro e indiscutible de los legítimos derechos de los acreedores en atención al contrato celebrado, existiendo pues el concepto de perjuicio con el contenido jurisprudencial que ha sido señalado en relación al artículo citado, que impone la rescisión contractual en aras a la defensa de los bienes del concurso. El interés de la concursada en transferir capital a la otra sociedad al fin de permitir la construcción de una obra, con la que --se dice-- obtendría beneficio a largo tiempo, no permite su despatrimonialización en daño de unos acreedores cuando en fecha muy próxima habría de iniciarse el procedimiento concursal, en un momento ya perfectamente previsible de la carencia de bienes, cuando además el precepto no exige una intencionalidad claramente fraudulenta, siendo suficiente con una conciencia posible del perjuicio que se puede causar, a diferencia del ánimo de perjudicar que se exige concretamente en el artículo 164, 5 para calificar el concurso como culpable, no siendo tampoco de aplicar los artículos 61 y 62 de la Ley, que se refieren a otros supuestos, como son los contratos con obligaciones recíprocas, en orden a las facultades de calificación de los créditos o de posible resolución por incumplimiento, sin relación alguna pues con el caso presente, que se refiere a una dación en metálico o préstamo exento de interés a tercero. El defecto en la constitución del proceso del que inicialmente adolecía, por no haberse demandado a la concursada, con la que se celebró el préstamo, debiendo llamarse al juicio a las dos partes afectadas por su posible resolución, entre las que tuvo lugar el contrato, quedó subsanado por la providencia de admisión de la demanda ordenando el emplazamiento del ausente. La Sentencia ha de confirmarse por sus propios y certeros razonamientos jurídicos, no desvirtuados por los razonamientos que se incluyen en el recurso.”; SAP Zaragoza (Sección 5) 25.09.2013 (Sentencia 398/2013; Rollo 316/2013)

2.18 Condiciones de pago perjudiciales para el vendedor

AP Madrid

“TERCERO. Si bien no sería necesario analizar el segundo de los factores determinantes de la rescisión pasaremos a analizarlo con ánimo de ser exhaustivos, puesto que aquí el perjuicio se manifiesta de manera más evidente -si cabe-.
Se trata de la forma de pago pactada en la escritura de compraventa de participaciones.
Del precio fijado (precio conjunto de 3.000.000 de euros), no se abonaría cantidad alguna en casi cinco años. A partir del 30 de enero de 2015 el precio se abonaría en seis plazos a lo largo de otros tres años, en pagos semestrales de 500.000 euros.
El precio aplazado no devenga intereses ni se garantiza en forma real, según dispone la escritura (estipulación primera in fine, f. 47).

Considera la apelante que ésta es una "forma común de proceder en el tráfico mercantil en este tipo de operaciones" y que se fijó un precio muy superior a su valor real como contrapartida atendiendo al tiempo en que tardaría en rentabilizar su inversión.
Ya nos hemos referido a este particular razonamiento, según el cual el aplazamiento hace que adquiera valor lo que no lo tiene.
Lo que carece de justificación y por supuesto de prueba, es que tales condiciones resulten comunes. No solo no lo son, sino que resultan un claro perjuicio para los acreedores del concurso, en cuanto durante casi cinco años no se abona absolutamente nada, y tampoco se abonan intereses, ni se garantiza el pago tras un periodo tan prolongado de tiempo. Desde luego son condiciones óptimas para el adquirente, pero ello no obsta al perjuicio que se deriva de tales condiciones para los acreedores.
El Tribunal Supremo ha establecido el modo en que debe valorarse la concurrencia de un acto perjudicial para la masa activa. Así en su sentencia de 8 de noviembre de 2012 destaca que "hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha". Y mantiene una concepción amplia del perjuicio al señalar que la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor, sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado. A tal efecto cita sus sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril.
Los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de si han sido realizados de buena fe. Por el contrario, no lo son los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe (STS de 28 de marzo de 2012).
La apelante señala que se efectuó un pago parcial según recibo de fecha 7 de octubre de 2010, por importe de 163.692,21 euros (doc. 5 de la contestación, f. 192). Al margen de que resulten aceptables las objeciones a dicho documento que se expresan en la sentencia recurrida, ya que no hay rastro alguno de la efectividad de dicho pago, la cuestión resulta irrelevante, en cuanto lo que es objeto de rescisión es la compraventa de participaciones, y lo es en las condiciones pactadas, según se examinó en la sentencia recurrida y en la presente. Por otra parte el pago citado carece de trascendencia alguna para convertir en no perjudicial lo que lo es de modo palmario para los acreedores.
Visto lo expuesto el motivo debe ser desestimado.": SAP Madrid (Sección 28) 01.07.2013 (Sentencia 212/2013; Rollo 247/2012)

2.19 Pacto de cláusula penal en condiciones perjudiciales

AP Segovia

"TERCERO.- Respecto de la acción de reintegración del art. 71 de la Ley 22/2003, ejercitada por la recurrente frente al contrato de 4 de enero de 2010, parte la sentencia de la instancia de que tal pacto supuso una novación de alguna de las obligaciones nacidas en el anterior de compraventa, planteamiento que es asumido por quien apela. El desencuentro se produce porque, mientras que el tribunal de la instancia no considera perjudicial para la masa activa tal modificación obligacional, la administración **concursal** opina lo contrario, por lo que serían de aplicación las previsiones del apartado 1 del art. 71 citado.
Argumenta la sentencia en contra de la existencia de perjuicio patrimonial de algún tipo, que la situación de la **mercantil** *EL MIRADOR DE VALVERDE, S.L.,* en el momento de suscribir el contrato novatorio era tan comprometida desde el punto de vista obligacional (en relación con la vendedora), que en nada empeoró (le perjudicó y, consecuentemente, tampoco a la futura masa activa) con la firma de aquél. Como compradora, había pagado ya más de dos millones de euros y había vencido el plazo para abonar el resto del precio, sin que por entonces tuviera disponibilidad económica para hacer frente a la deuda, circunstancias que, por otro lado, han sido reconocidas por la propia concursada al contestar a la demanda.
O sea, se había constituido en posición de parte *incumplidora,* a los efectos de lo previsto en el art. 1124 CC, que en absoluto le permitía resolver la compraventa y recuperar el precio ya pagado. Bien al contrario, estaba sometida a los designios de la parte cumplidora, que podía elegir entre resolver o exigir el cumplimiento completo (pago del resto del precio), con abono de intereses y de daños y perjuicios causados en ambos casos.
En consecuencia, según la resolución de la instancia, la firma del contrato en 2010, que otorgaba a la compradora un nuevo plazo para el cumplimiento (el 30 de junio de 2011), lejos de perjudicarla, le daba una nueva oportunidad para atender sus obligaciones contractuales. Además, a pesar de la literalidad de la cláusula primera - *la pérdida en todo caso de todas las cantidades entregadas hasta la fecha por parte de la compradora, y a favor de la vendedora, en concepto de indemnización de daños y perjuicios* -, los más de dos millones de euros entregados a la firma del contrato de compraventa, seguirían aplicándose al precio inicialmente pactado, sin que éste se viera, en absoluto, incrementado caso de cumplimiento. Y para el caso de que la compradora finalmente no cumpliera en el nuevo plazo y la vendedora optara por resolver el contrato, aquélla suma sería la indemnización que por los perjuicios causados, el Legislador permite percibir a la parte cumplidora de los contratos sinalagmáticos (art. 1124 CC), concretada a través de una cláusula penal en virtud de lo previsto en el art. 1152 CC.
Frente a esta argumentación, la administración **concursal** recurrente entiende que *"la nueva cláusula pactada en 2010 supone un perjuicio en la masa activa de la concursada en el supuesto de incumplimiento contractual,*

*creando así un perjuicio en los derechos de los acreedores de la concursada, y en especial, la vulneración de la "par conditio creditoris" establecida en la Ley **Concursal**"* (página 13 del escrito de recurso).
En este sentido, arguye que la novación no contempló ningún tipo de penalización para AVIGASE por el hecho de no haber sido posible escriturar la compraventa hasta más de dos años después de celebrado el contrato, lo que supuso un profundo cambio en la coyuntura del mercado inmobiliario que provocó notables perjuicios a la concursada.
También que se siguiera manteniendo la estipulación que preveía la subrogación de la compradora en las obligaciones de la vendedora frente al Ayuntamiento de Valverde del Majano, plasmada en el compromiso de abono de 360.000 euros a favor del Consistorio.
CUARTO.- El concepto de *acto perjudicial,* recogido en el art. 71 de la Ley **Concursal,** ha sido profusamente desarrollado por los órganos de la Jurisdicción **Mercantil**, como bien expone la apelante.
Así la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 210/2012, de 12 de abril, expresa al respecto lo siguiente:
"24....No concreta la norma qué debe entenderse por "perjuicio para la masa activa", pese a lo cual, no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son actos perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado.
25. Claro está que, para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas".
O como de forma más extensa explica el mismo Tribunal en Sentencia nº 629/2012, de 26 de octubre,
*"El perjuicio de la rescisión **concursal** tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.*
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización".
Partiendo de la anterior doctrina, necesariamente hemos de concluir que la cláusula novatoria incluida en el contrato de 4 de enero de 2010 con el ordinal primero, es perjudicial para la masa activa de la concursada, porque sin duda alguna, las legítimas expectativas de cobro del resto de acreedores de la concursada se verían defraudadas caso de resolverse el contrato de compraventa, una vez declarado el concurso, si la concursada tuviera que asumir tan alta cuantía indemnizatoria. Y todo ello injustificadamente.
Y es que, contrariamente a lo interpretado por el tribunal de la instancia, se trata de una cláusula penal claramente abusiva o, utilizando las palabras del Legislador, que provoca un detrimento o disminución injustificada del patrimonio de la concursada, en caso de no cumplimiento del pago de la totalidad del precio pactado (incumplimiento contractual).
Es injustificada porque a la hora de determinar los daños y perjuicios en caso de que a la postre se produjera el incumplimiento por parte de la compradora, no se tuvieron en cuenta determinadas circunstancias concurrentes, que, sin duda, deberían haber provocado una moderación en la cuantificación de la indemnización, a favor de la constructora.
Así, no podemos olvidar que la vendedora no convocó a la compradora a la firma de la escritura pública -momento en que según el contrato de compraventa, se habría ya consumado ésta con el abono del precio restante y el traspaso del dominio sobre la finca-, hasta casi dos años y medio después de la celebración del contrato privado (folio 79), momento en que el mercado inmobiliario ya había iniciado su caída libre.
Tampoco se toma en consideración que el Ayuntamiento de Valverde del Majano tuvo, así mismo, su parte de culpa en el retraso al que se acaba de aludir, por cuanto tardó más de dos años en aprobar el Plan General de Ordenación Urbana, necesario para el otorgamiento del instrumento público de compraventa. Lo razonable habría sido que tal circunstancia hubiera servido para moderar la indemnización por incumplimiento, habida cuenta que fue la vendedora la que en origen negoció con el Consistorio, quedando incluso vinculada obligacionalmente con el mismo (documento 6 de la demanda) y que la **mercantil** EL MIRADOR DE VALVERDE, S.L. se había subrogado en obligación de pago de 360.000 euros a favor del Ayuntamiento, inicialmente adquirida por AVIGASE, SCL.
Por último, ha de reputarse injustificada la indemnización que se fija como cláusula penal desde la óptica de las mejoras que había introducido la compradora en la finca, por un importe superior a los 600.000 euros (documento 3 de la demanda). Mejoras que, de producirse la resolución del contrato, quedarían en el inmueble a beneficio exclusivo de la vendedora.

En resumen, consideramos que el importe fijado como indemnización por los daños y perjuicios causados en caso de incumplimiento, nunca habría alcanzado la suma pactada, de haberse negociado en igualdad de condiciones entre las partes contratantes, resultando la vendedora favorecida por la situación angustiosa por la que atravesaba la **mercantil** y que provocó su declaración en concurso pocos meses después. En otras circunstancias, el cálculo de la indemnización habría exigido una mayor precisión de los concretos daños y perjuicios que la resolución de la compraventa provocaba a la vendedora. Daños y perjuicios que no nos resulta fácil imaginar, dadas las características de la finca (folios 89 a 93) y las condiciones de mejora en que la recuperaría la vendedora. Probablemente sólo en el caso de acreditarse que el contrato con la concursada le habría privado de una venta con otro posible comprador, existiría motivo *cuantificable* para fijar el importe indemnizatorio.
Es por ello que contrariamente a lo que se afirma en la sentencia recurrida, la cláusula penal fijada por los contratantes en el pacto celebrado el 4 de enero de 2010, en cuanto injustificada en su cuantía, sí ha de reputarse perjudicial a los efectos de la acción reintegradora ejercitada por la administración **concursal**, lo que implica que habrá de ser estimada, con los matices que a continuación se reflejan, habida cuenta que lo que la actora apelante solicita es que se deje sin efecto dicha cláusula, que se rescinda por completo, y que sean devueltos a la masa activa de la concursada los más de dos millones de euros entregados en 2007 como parte del precio de la compraventa. “:SAP Segovia (Sección 1) 18.02.2014 (Sentencia 20/2014; Rollo 9/2014)

2.20 Adquisición de participaciones de sociedad relacionada con el administrador sociales por precio superior a su valor

2.20.1 Compraventa

AP Burgos

“SEPTIMO. En el siguiente motivo de apelación se denuncia la inexistencia de perjuicio que ampare la rescisión de la compra por HIERROS GARCÍA SANCHEZ S.L de participaciones sociales de la mercantil CARCIA GARCÍA DEL ACERO S.L., el 31 de diciembre de 2012.
Se impugna el negocio incluido en la escritura de 31 de diciembre de 2012, con el número de protocolo 1476 y por el que la concursada, Hierros García Sánchez SL, adquiere participaciones sociales de la sociedad García García del Acero SL, a las esposas de los hermanos Herminio Fausto, sustrato personal de las sociedades, Canalejas Lojoga, Corchuela de Jupeal, Hierros García Sánchez, etc.
El juzgador, considera perjudicial la operaciónón por constituir una obligación nueva de naturaleza onerosa (el precio de la adquisición), sin justificación económica, como no fuese las compensaciones unilaterales de saldos, que no pueden ser realizadas, como se razonó antes, en consideración a la especial situación de la concursada, en la que era muy próxima la solicitud de insolvencia y habiéndose realizado una vez presentada la comunicación previa del art. 5 bis de la Ley concursal.
Y dice que dicho negocio carece de justificación "por el extraordinario valor otorgado a las participaciones que no se corresponde con la realidad de una sociedad limitada, de ámbito cerrado y familiar, con una reducida capacidad de beneficios y con un balance no abultado. Como se dijo antes, en el mejor de los casos y acudiendo a una burda valoración que dé un máximo hipotético, el precio de las participaciones ni siquiera es aproximado al valor liquidatorio (sino muy superior), y es palmario y manifiesto que su valor de mercado sería notoriamente inferior a aquél ". Considera dicha operación perjudicial para la masa a partir del precio que fue establecido para las compensaciones de los saldos contables.
Con independencia de que este negocio jurídico de adquisición sea rescindible o no por la vía del art. 71.3.1º de la LC (en consideración a la titularidad del capital social, porque las partes del contrato son la concursada y terceras personas no socias de la concursada), entiende que sí puede considerarse perjudicial por la cláusula general del art. 71.1 LC.
Se entiende que el contrato impugnado es un contrato sinalagmático y oneroso. Debe considerarse que este tipo de contratos no son por sí mismos perjudiciales, siempre que se valore la existencia de equilibrio entre las prestaciones y las circunstancias en cuyo caldo de cultivo se celebró tal negocio. Una de estas circunstancias específicas que deben considerarse, entre otras, es la existencia de insolvencia, como en este caso demuestra el hecho de que el contrato fue celebrado con posterioridad a la presentación de la solicitud del art. 5 bis de la LC y poco tiempo antes de la solicitud de concurso voluntario. A partir de aquí si el contrato es equilibrado, tanto en el sentido jurídico como económico, no existirá perjuicio. Le corresponde a la AC la prueba de dicho perjuicio y se considera que lo ha logrado, conforme el art. 217 de la LEC.
Pues bien, en estas circunstancias considera al juez el perjuicio de la existencia de insolvencia, la celebración de una compraventa de participaciones sociales con precio manifiestamente irreal, y que el precio estipulado lo es con el fin de realizar el cash pooling; este es realizado para que antes del concurso las sociedades más o menos vinculadas con la concursada no resulten deudoras y acreedores con peor situación en cuanto al cobro de sus créditos, respecto de otras sociedades. También se tiene en cuenta la circunstancia de que el negocio se celebra con las esposas de los hermanos Herminio Fausto, substrato personal y último de las sociedades que hasta el momento se han mencionado. Y es notorio el desequilibrio porque a cambio de participaciones que tienen un valor muy reducido (y de difícil realización, por no decir imposible) se pacta el pago de un precio elevadísimo para las circunstancias y se extingue con créditos de la concursada.”: SAP Cáceres (Sección 1) 02.10.2014 (Sentencia 219/2014; Rollo 295/2014)

2.20.1 Suscripción de ampliación de capital

AP Burgos

"OCTAVO.-En el siguiente motivo de apelación se denuncia la inexistencia de perjuicio que ampare la rescisión la suscripción de la ampliación de capital de EXTREMEÑA DE PROMOCIONES GARCÍA.
Se está refiriendo al que fue tercer negocio jurídico objeto de impugnación por rescisión, es decir, al acuerdo de ampliación de capital y la asunción de nuevas participaciones con prima de emisión de la sociedad Extremeña de Promociones SL.
Siguiendo al juez de la primera instancia el acuerdo fue elevado a público mediante escritura de fecha de 31 de diciembre de 2012 (número de protocolo 1475). El acuerdo es de 28 de julio de 2012, pero se entiende que el desembolso por compensación se lleva a cabo con la ejecución del acuerdo, mediante la firma de la escritura.
Según el documento siete, la sociedad Extremeña de Promociones García SL, está administrada por Herminio, persona física integrante y/o administrador de las sociedades que se han mencionado: la concursada, Canalejas Lojoga, etc. El acuerdo social adjunto a la escritura hace constar que los socios son la concursada y García García del Acero SL. Y se certifica en el informe de ampliación de capital que la entidad Extremeña de Promociones adeuda una serie de cantidades a la socia Hierros García Sánchez, la concursada.
Se acuerda que las aportaciones nuevas por suscripción de nuevas participaciones con prima se realicen con compensación de dichos créditos. Por tanto, la ampliación de capital fue realizada para extinguir por compensación tales créditos a favor de Extremeña de Promociones.
Pues bien, el juez entiende que en situaciones normales u ordinarias es una operación corriente y permitida legalmente, incluso con prima de emisión. Pero no en este caso, al considerar que la suscripción de participaciones y la compensación, son perjudiciales para la concursada.
Debe partirse del resultado de este acuerdo: la extinción de créditos dinerarios, vencidos y exigibles contra o en detrimento del patrimonio de la concursada, a cambio de participaciones con prima de una sociedad del grupo, sobre la que no existe prueba sobre su justificación económica.
Añade que como se dijo antes, nada obsta a que las compensaciones realizadas antes del concurso puedan producir efectos, sin que contra ellas quepa reintegración; pero no en las compensaciones de obligaciones creadas ad hoc. La asunción de nuevas participaciones como negocio oneroso con el único fin de extinguir un crédito de la concursada contra una sociedad del grupo es perjudicial, porque resta un activo líquido a los acreedores y no recibe un activo equivalente, fácilmente realizable al igual que dicho crédito y con un valor notoriamente inferior.
Este valor es notoriamente inferior al crédito. Como se dijo antes respecto del negocio de compraventa de participaciones, no existe prueba que justifique un valor tan alto para dichas nuevas participaciones, a la que se suma la prima de emisión.
En opinión del juzgador se aprobó en la junta universal de ampliación para hacerla coincidir con las cifras del cash pooling, es decir, para poder compensar las deudas que se dice reconocer a favor de la concursada contra la sociedad cuyo capital se amplía, administrada por uno de los hermanos Herminio Fausto. Si la prima tiene como principal misión evitar la pérdida de valor efectivo de las anteriores participaciones en aquéllas sociedades con un patrimonio neto superior al capital social, respecto de las nuevas participaciones, se considera que tendrá mayor justificación cuanto mayor sea el patrimonio social. Y la prima establecida es mayor a los 500. 000 euros, sin que exista constancia de la situación de la sociedad Extremeña de Promociones, constando que a cierre del ejercicio de 2011 esta sociedad tenía unos fondos propios exiguos de 93.900 euros y una cifra de ventas de 54. 761, 33 euros.
La suscripción de dicho capital con compensación de créditos es un contrato sinalagmático de naturaleza onerosa y dispositiva y se realiza a favor de una sociedad que no es socia de la concursada, pero que podría integrar grupo de sociedades (a los efectos del art. 93. 3 y 71.3 de la LC), a la luz de lo que señalan las cuentas anuales aportadas con la demanda (Memoria).
No obstante, se entiende que no es necesario entrar a valorar si a los efectos concursales se trata de sociedades en grupo o no - al menos en este incidente-. Se considera que está probado el perjuicio por la cláusula general del art. 71.1 de la LC, sin que se considere ninguna incongruencia, como se razonó en el anterior fundamento.
Se recurre en apelación esta decisión porque la ampliación de capital se realizó por compensación de créditos que la concursada ostentaba frente a la otra entidad y sin que por tanto saliera ni un solo euro de la misma hacia los socios, ni ningún otro activo generador de flujo de caja continuado. Lo único que se consiguió con esta operación fue materializar un derecho de crédito a través de la adquisición por la concursada de participaciones sociales, sustituyendo un activo por otro. Se sostiene que no hay perjuicio pues la eliminación del derecho de crédito ha resultado compensada por una reducción del pasivo. Por otro lado, alega la probabilidad que la rescisión de la suscripción de la ampliación de capital tendría la declaración del concurso de Extremeña de Promociones Garcia S.L. y la correspondiente subordinación del crédito a favor de la concursada.
Pues bien, una vez más debe refrendar esta Sala la opinión del juzgador de la primera instancia, que parte de las pruebas practicadas, de las que se deduce que no existe prueba que justifique un valor tan alto para dichas nuevas participaciones, a la que se suma la prima de emisión, también injustificadamente elevada. Por otro lado, la reducción del pasivo que pretende compensar el acto no tiene justificación pues los derechos de crédito a favor de la concursada tendrían consideración relevante en el activo, en beneficio otros acreedores, mientras que el crédito de las empresas del grupo tenía carácter subordinado y no perjudicaría al derecho de cobro de los acreedores que tuviere mejor condición.
En cuanto al segundo argumento de la apelación se funda en una hipótesis alejada del objeto de este litigio como es la probabilidad que la rescisión de la suscripción de la ampliación de capital tendría la declaración del concurso de Extremeña de Promociones Garcia S.L. y la correspondiente subordinación del crédito a favor de la concursada.

Por ello, también debemos confirmar la sentencia en este punto desestimando el recurso de apelación.”: SAP Cáceres (Sección 1) 02.10.2014 (Sentencia 219/2014; Rollo 295/2014)

2.21 Pago de indemnización injustificada por extinción de relación contractual

AP Barcelona

“OCTAVO. 19. MM dirige su impugnación al pronunciamiento judicial que estima la acción de rescisión con respecto al pago de 240.000 #, en concepto de indemnización convenida en el acuerdo de finalización de la relación de mantenimiento (de fecha 15 de julio de 2006) por razón de la extinción del contrato por parte de PM.
20. PM y MM justificaron la procedencia de la indemnización por razón de los daños y perjuicios que la extinción del contrato de mantenimiento originaba para MM, en atención a las siguientes circunstancias:
-MM había venido prestando el servicio de forma casi exclusiva para PM, su principal o único cliente, que generaba el 80 % de su facturación, y durante más de treinta años;
-a estos efectos hizo grandes inversiones;
-ello suponía una gran limitación para que MM pudiera ofertar sus servicios a otras empresas competencia directa de PM, para preservar la confidencialidad de la tecnología;
-MM debía reestructurarse y comenzar a desarrollar su labor comercial desde cero;
-es aplicable por analogía el art. 29 y art. 28.3 de la Ley de Agencia;
-PM no soportó el coste del despido de los trabajadores de MM;
-la cantidad fijada como indemnización es insignificante en comparación con la facturación media de MM a PM durante los últimos cinco años;
-no debe olvidarse que en julio de 2006 PM acordó un aumento de capital por importe de 345.000 # mediante la emisión de nuevas acciones que fueron suscritas y efectivamente desembolsadas por sus socios (e inscrito el aumento en el Registro Mercantil).
Era justo, en fin, que PM se aviniera a paliar los perjuicios que la extinción del contrato causaba a MM, y cualquier juzgado hubiera reconocido esa indemnización, alegaban las demandadas. En estos argumentos incide el recurso de MM.
La sentencia considera que tal indemnización no está justificada en modo alguno porque no estaba pactada en el contrato de mantenimiento y no existe causa alguna para su pago. Aprecia la sentencia en este punto una connivencia entre ambas sociedades, entre las que existe identidad de socios y sometimiento a una unidad de decisión, y apunta el dato de la aproximación o similitud entre la indemnización abonada y el coste de los despidos del personal de MM, sin que pueda apreciarse analogía con el contrato de agencia para que puedan aplicarse los arts. 28 y 29 de la Ley de Contrato de Agencia.
La rescisión de este acto de disposición (el pago de la indemnización, por virtud del acuerdo de finalización del contrato), que efectivamente minora el patrimonio de la concursada, pasa por enjuiciar su carácter injustificado o "gratuito", en su concepto y cuantía, o por si el contrario si se trata de un pago debido o legalmente procedente por razón de la extinción unilateral del contrato de mantenimiento.
23. Con relación a los contratos de colaboración comercial de duración indefinida, la jurisprudencia ha insistido reiteradamente en el reconocimiento de la facultad de revocación ad nutum, sin necesidad de justa causa, por el mero arbitrio de una de las partes (consecuencia de la base de confianza contractual y del principio de orden público que impide que alguien se pueda obligar para toda la vida), sin que la denuncia unilateral pueda dar lugar, per se, a una indemnización de daños y perjuicios, sino tan sólo cuando resulte procedente por razón de una ruptura negocial sorpresiva por no mediar preaviso, y con independencia, en su caso, de que pueda reconocerse una indemnización a favor de la parte que ha aportado clientela de la que va a seguir beneficiándose la parte que decide la resolución unilateral.
La doctrina jurisprudencial referida a los contratos de distribución de duración indefinida es aplicable de igual manera a un contrato de colaboración comercial como el que representa el de mantenimiento entre MM y PM.
La STS de 22 de marzo de 2007 declara en este sentido que:
"En las relaciones de distribución de duración indefinida, como la que se contempla en el caso, asiste a los contratantes la facultad de producir la extinción mediante denuncia o resolución unilateral, a lo que apuntan en nuestro Derecho diversos preceptos que tienen como común denominador la fiducia o confianza que caracteriza determinadas relaciones (...).
El ejercicio de esta facultad de provocar la extinción, que asiste a ambas partes, no requiere la invocación ni menos la prueba de una justa causa, pero ha de ajustarse, por imperativo de lo dispuesto en preceptos como los artículos 7.1 y 1258 del Código civil, a la buena fe en sentido objetivo, que, consistente en el deber de observar un comportamiento honesto y leal, ajustado a los cánones éticos imperantes, integra las relaciones contractuales y se requiere en el ejercicio de los derechos. Sólo una resolución o un desistimiento que implique un ejercicio abusivo o constituya una conducta desleal puede ser tenido en cuenta para, en tales casos, fundar una indemnización por los daños que este comportamiento pueda haber generado (Sentencias de 17 de mayo de 1999, 13 de junio y 31 de octubre de 2001, 28 de enero y 3 de octubre de 2002, 26 de junio de 2004, 3 de mayo y 22 de diciembre de 2006, entre otras)".
La STS de 21 de marzo de 2007 reitera que "en los contratos de distribución por tiempo indefinido cualquiera de las partes está facultada para dar por extinguido el contrato, aunque puede nacer una obligación de indemnizar si la denuncia unilateral del contrato resulta abusiva o contraria a la buena fe, de una forma tan sorpresiva o inopinada que no deje margen de reacción a la otra parte (SSTS 28-1-02, 10-7-04 y 31-5-06)".
La STS de 21 de noviembre de 2005, tras recordar que la jurisprudencia admite la validez de la resolución unilateral en los contratos de distribución con duración indefinida, siendo "incongruente entonces hablar de causas justificadas o injustificadas de resolución, que únicamente operan cuando las partes están obligadas

durante un tiempo determinado", señala que:
"Resuelto unilateralmente un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida, en principio el concesionario no tiene derecho a ninguna indemnización por el ejercicio correcto por el concedente de su facultad de resolución. Sin embargo, sí la tiene cuando la usa con mala fe o con abuso de derecho. La resolución sin respetar un plazo de preaviso es un ejercicio abusivo, en tanto impide al concesionario tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue. En tal caso, la indemnización debida por el concedente en modo alguno puede abarcar el propio daño de resolución, pues el concesionario debió prever la precariedad de su situación jurídica por la indefinición del plazo de duración. El daño por falta de preaviso es el indemnizable, que es completamente distinto del daño de resolución (Sentencia de 16 de diciembre de 2003)".
En conclusión: no cabe una indemnización por el mero hecho de la resolución unilateral de un contrato, como el que examinamos, de duración indefinida o sin plazo determinado de duración, sino tan sólo cuando la resolución es abusiva o sorpresiva, en particular cuando no ha mediado preaviso.
24. De otro lado, la indemnización o compensación por clientela se ha justificado por la doctrina jurisprudencial por combinación de la prohibición de enriquecimiento injusto con el art. 1258 CC, o bien por aplicación analógica de la Ley de Contrato de Agencia (art. 28), si el empresario puede seguir aprovechándose de la cartera de clientes proporcionada por el distribuidor o colaborador.
Sobre la aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia a otras relaciones de colaboración comercial es relevante la STS, del Pleno, de 15 de enero de 2008. Indica que "la aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia no puede obedecer a criterios miméticos o de automatismo". Lejos de ello -prosigue- como la jurisprudencia viene reiterando, el demandante que pretenda aquella compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, del mismo modo que corresponderá a los tribunales ponderar todas las circunstancias del caso, como en especial sería la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente.
La STS 10 de marzo de 2010 recuerda la improcedencia de aplicar de un modo automático los artículos de la Ley del Contrato de Agencia a la liquidación de la relación contractual de distribución, cual si fuera cierta una igualdad jurídica esencial, "la cual, como regla, no existe" (SSTS 21 de marzo de 2007 y 28 de abril de 2008). Con cita de la STS de 4 de marzo de 2009 y otras reitera que la jurisprudencia no ha negado la posibilidad de la aplicación analógica de dicho precepto, pero ha rechazado su aplicación de forma automática, porque debe probarse la concurrencia de la identidad de razón necesaria para la aplicación analógica. En todo caso, aunque fueran aplicables analógicamente las normas de la Ley del Contrato de Agencia, el distribuidor sólo tendría derecho a la indemnización por clientela si se hubiera probado la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 28 de aquella Ley.
25. Volviendo al ámbito de la rescisión concursal, será necesario determinar si la indemnización pactada y abonada por PM a MM está justificada, es decir, si era legalmente procedente, de acuerdo con la ley y doctrina jurisprudencial expuesta.
Las demandadas han sostenido su justificación legal sobre la base de los perjuicios que la resolución unilateral del contrato es susceptible de causar a MM.
Es cierto que la decisión de PM de extinguir el contrato de mantenimiento es susceptible de causar daños y perjuicios a MM, en principio: MM se ve obligada a rescindir 13 contratos de trabajo, especialmente dispuestos para el mantenimiento de los moldes vendidos a PM, y debe reorientar y adaptar su actividad a las nuevas necesidades surgidas tras la ruptura del contrato de mantenimiento con PM, ya que no cuenta con una red comercial propia.
Ahora bien; una cosa es que la ruptura uniltaral origine unos daños y perjuicios y otra, distinta, es que exista una obligación legal de reparar esos daños y perjuicios. No la hay, como se ha visto, por el mero hecho del desistimiento unilateral del contrato de colaboración, sino únicamente si la ruptura es, por las circunstancias en que tiene lugar, abusiva o sorpresiva, o por no mediar un plazo de preaviso.
En este caso no se ha alegado ni justificado el carácter abusivo del desistimiento, y las partes convinieron un plazo de preaviso de dos meses, que no se ha denunciado como insuficiente, al margen de que, dada la identidad de socios y el sometimiento a una unidad de decisión, no cabe apreciar que la extinción del contrato sorprendiera a MM, que tampoco ha justificado la imposibilidad de amortizar sus inversiones a lo largo del tiempo que ha durado la relación.
Por otro lado, no cabe invocar la procedencia de una indemnización por clientela, ya que la labor de MM no era la de procurar nuevos clientes para PM.
La indemnización abonada, en fin, implica un sacrificio patrimonial injustificado que aminoró el patrimonio de la concursada, y ello con independencia de que en julio de 2006 los socios de PM aportaran al capital 345.000 #, pues esta inyección de capital no justifica la indemnización ni le otorga legitimidad; el perjuicio a la masa existe de igual manera por el pago de la indemnización que, sin causa legítima, disminuyó el patrimonio neto de la concursada.": SAP Barcelona (Sección 15) 15.05.2013 (Sentencia 204/2013; Rollo 358/2012)

2.22 Consignación en procedimiento penal para cubrir responsabilidad civil de los administradores

AP Sevilla

"Tercero.- Finalmente, en cuanto al fondo del asunto, sostiene la apelante, en esencia, que no existe perjuicio para la masa y que tenía obligación de consignar al existir una deuda tributaria vencida y exigible que tiene la condición de crédito privilegiado. La consignación va dirigida a extinguir una obligación de la concursada y la misma será devuelta en caso de archivo de las diligencias penales, por lo que, según la apelante, se realiza en beneficio de la concursada y no es un sacrificio patrimonial injustificado.

El argumento debe ser desestimado. La concursada tiene la misma obligación de pagar la deuda tributaria que las demás deudas que tenía cuando efectúa la consignación. En caso de insuficiencia de bienes, tales pagos deben hacerse en un procedimiento concursal, bajo en principio de par conditio creditorum, sin otras excepciones que las previstas en la Ley.
Es decir, la sociedad que se encuentra en insolvencia patrimonial no puede elegir a a que deudores paga u ofrece el pago y a cuales no paga, en función de sus intereses o de los de sus administradores, ni aplicar las reglas sobre créditos privilegiados por su cuenta. Al consignar una cantidad en unas diligencias penales para pagar deudas tributarias está dando preferencia a un acreedor sobre otros, sin que exista ninguna resolución judicial que se lo imponga, lo que encaja perfectamente en el concepto de acto perjudicial para la masa activa del artículo 74.1 de la Ley Concursal. Por tal ha de entenderse una disminución de la masa activa en perjuicio del conjunto de los acreedores de la concursada, sin causa justificada y aunque dicho acto beneficie a uno de esos acreedores.
En el caso de autos no existe causa justificada, puesto que no había ninguna resolución judicial que obligara a la concursada a depositar una cantidad en el Juzgado para cubrir las posibles responsabilidades civiles de los administradores, que eran los realmente denunciados, y la consignación supone detraer la cantidad consignada de la masa activa, impidiendo al resto de los acreedores cobrar su deuda de dicha cantidad conforme a las reglas del concurso.
Procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada cuando rescinde la citada consignación por haberse acreditado su condición de acto perjudicial para la masa activa": SAP Sevilla (Sección 5) 28.05.2014 (Sentencia 330/2014; Rollo 9368/2013)

2.23 Cesión de posición en contrato de leasing por precio irrisorio

AP Valladolid

"PRIMERO.- (...) 2º) Desde un punto de vista jurídico, los argumentos utilizados por el recurrente para interesar la revocación de la sentencia dictada son los siguientes:
2.1. La actuación del recurrente tiene justificación en la necesidad de ayuda por un tercero que presentaba la concursada para hacer frente a los compromisos de pago de las cuotas de arrendamiento financiero que tenía con la entidad LA CAIXA. Ante esta imposibilidad, sostiene el recurrente que la intención de los contratantes era "vender el leasing", esto es, subrogarse el Sr. Germán en el contrato para evitar el incumplimiento del contrato y las consecuencias de tal incumplimiento recogidas en la estipulación 9ª del contrato de leasing.
2.2. Se insiste por el recurrente en que no hubo compraventa, sino solo cesión de la posición contractual de la concursada en el contrato de leasing, por lo que el bien nunca fue propiedad de NUEVA TORCASA GENERACION, S.L., pues no se había ejercitado todavía la opción de compra prevista en el contrato. El recurrente concluye, partiendo de esta consideración, que no puede existir perjuicio alguno por la cesión puesto que el bien nunca formó parte del activo de la concursada, no existiendo una verdadera disminución de valor de la masa, apoyándose para ello en la redacción del art. 82.5 LC, o en el apartado 5º de la DA 1ª de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles. (...)
TERCERO.- Sobre la existencia de perjuicio patrimonial en el patrimonio de la concursada
Sobre la definición de perjuicio del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia de 26 de octubre de 2012 que:
"el art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.
El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento

patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa".

Sobre esta cuestión -la existencia de perjuicio- el recurrente plantea un doble motivo de oposición: argumenta que la concursada no podía hacer frente a las cuotas del leasing, por lo que la operación fue beneficiosa para la sociedad, en la medida en que no se llegó a aplicar la cláusula penal incluida en la estipulación 9ª del contrato, y que no existió perjuicio por la propia lógica del contrato de cesión y la subrogación del recurrente en la posición jurídica de la concursada.

-Respecto de la primera cuestión, la documental aportada por la AC en su escrito de oposición al recurso de apelación es lo suficientemente explícita como para rechazar el motivo de oposición: según la propia documentación aportada por la concursada en su escrito de solicitud de concurso figura en el balance a 31 de diciembre de 2009 la existencia de una cantidad de 193.306,38.-# en concepto de tesorería, por lo que tenía liquidez más que suficiente como para abonar los 2.261,75.-# que le restaban para la adquirir la propiedad del vehículo y, en concreto, en "CAJA" se hacía constar la suma de 11.638,29.-#, y en la cuenta en LA CAIXA LA SUMA DE 181.495,84.-#. Estas cifras son lo suficientemente reveladoras de las posibilidades financieras de la sociedad, más allá de los problemas de liquidez que pudiera presentar.

A mayor abundamiento, no consta que la concursada hubiera desatendido alguna de las cuotas vencidas del leasing, por lo que no hay indicios de incumplimiento, de la misma manera que tampoco sería aplicable una resolución anticipada del contrato por la vía de la cláusula 9ª, pues no sería ya posible el impago de dos de las cuotas, al restar únicamente una pendiente de pago.

-Por otra parte, y en relación con el segundo argumento esgrimido por el recurrente, no es cierto que la operación no supusiera un perjuicio económico para la sociedad por el simple hecho que por la subrogación se abonaran las cantidades pendientes pues, si bien es cierto que en el patrimonio de la sociedad no se había integrado todavía el vehículo al no haberse ejercitado la opción de compra, también lo es que en su activo existía un derecho de uso y una ex pectativa de adquisición del vehículo por su valor residual evaluable económicamente (art. 82.5 LC).

No parece dudoso que dicho valor será superior a medida que el arrendatario va abonando las cuotas del leasing, pues la posibilidad de adquirir el bien en propiedad es mucho mayor, y el precio financiado para su adquisición, en consecuencia, se encuentra prácticamente desembolsado.

En el caso de autos resulta especialmente llamativo que un vehículo de alta gama (BMW X3), con poco más de dos años y medio de antigüedad, y por el que la concursada ha desembolsado una cantidad cercana a los 36.000 #, fuera finalmente adquirido por un tercero por la exigua suma de 2.261,75 #. Y es precisamente esta circunstancia la que justifica la apreciación del perjuicio patrimonial, pues el valor del derecho de uso, junto con la expectativa del arrendatario de adquirir el bien por su valor residual, una vez satisfecho el 98% del contrato, en ningún caso puede identificarse con el pago de la última de las cuotas pendientes y el valor residual, sino que deberá aproximarse al valor real o de mercado del bien arrendado. Así las cosas, no se discute por la parte recurrente que el valor del bien objeto del contrato ascendía a la suma de 32.428 #, valor aportado por la AC en su escrito de demanda tomando como referencia los precios fijados por el Ministerio de Economía y Hacienda para vehículos de turismo (BOE de 19 de diciembre de 2008). Estimamos que dicho importe, al que habrá lógicamente que deducir la última cuota pendiente y el valor residual, se ajusta más al valor real del derecho de la concursada que el pretendido y abonado por el Sr. Germán.

En definitiva, resulta acreditado que no existió una equivalencia de prestaciones en el negocio jurídico impugnado por la AC, pues valoramos el derecho de la concursada en la cantidad de 30.166,25 # (frente a los 2.261,75 # efectivamente desembolsados por el Sr. Germán), lo que supone una sacrificio patrimonial para la concursada absolutamente carente de justificación, pues la alegación de imposibilidad de la concursada para hacer efectiva la opción de compra en modo alguno ha resultado acreditada.": SAP Valladolid (Sección 3) 08.05.2015 (Sentencia 91/2015; Rollo 324/2014)

3. Perjuicio en sentido amplio: alteración (injustificada) de la par conditio creditorum:

3.1 Dación en pago perjudicial para la masa

Trbunal Supremo

"OCTAVO.- La cesión de créditos y el perjuicio para la masa.

1. En cuanto a la cesión de créditos, es cierto que su mera realización en los dos años anteriores no conlleva per se que sea rescindible. Pero aparte de que el elemento temporal en este caso sí es muy significativo, puesto que la operación se realizó tres días antes de la solicitud de concurso, no es la razón decisiva por la que la Audiencia confirmó su rescisión, sino que lo determinante es que la deudora se desprendió de unos activos (los créditos) sin contrapartida suficiente, lo que redunda en el sacrificio patrimonial injustificado que constituye el perjuicio.

Conforme a lo expuesto anteriormente, fuera de las presunciones legales (art. 71.4 LC), habrá perjuicio para la masa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto impugnado, la composición de la masa activa tendría un mayor valor.

2. Según estos parámetros, en este caso la cesión de créditos en pago de deudas ya vencidas resulta perjudicial para la masa, porque el deudor cumplió una obligación vencida y exigible por un medio de pago que no fue el inicialmente pactado e inhabitual en su tráfico ordinario, lo que supuso a un tiempo privilegiar a unos

acreedores frente a otros y extraer bienes de la masa. Además, cuando se realizó la operación la deudora ya estaba en situación de insolvencia y la cesión puso de manifiesto su intención de realizar una discriminación de pagos a favor de un concreto acreedor en detrimento de otros.
En consecuencia, este segundo submotivo de casación debe ser desestimado.”: STS 26.10.2016 (Sentencia 642/2016; Recurso 966/2014)

AP Baleares

“CUARTO. La sentencia recurrida declara con acierto que la administración concursal hizo una referencia genérica al art. 71 Lc, la sentencia analiza *tanto* la diferencia de valor entre lo entregado y lo debido, la *gratuidad o no* de la dación en pago de la deuda de otra sociedades así *como* la primera invocación de la codemandada que considera acto ordinario del tráfico dicho negocio jurídico.
La Sala comparte el análisis de la Juez a quo al desestimar que este negocio jurídico sea un acto ordinario;
De los hechos alegados y probados no se comparte la valoración de acto oneroso como ya se ha analizado y ello implica la rescisión de la dación en pago.
Como quiera que la misma respondía también a una deuda de la concursada que no ha sido negada procede analizar la concurrencia de la presunción iuris tantum en cuanto al resto. La representación letrada de la coadyuvante señala, en apoyo de la pretensión ejercitada por la administración concursal," *si se llegara a probar la existencia de la deuda respecto a la concursada sería igualmente procedente la rescisión por el evidente perjuicio que la dación en pago discutida produce a la masa."*
La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 15 de junio de 2011, analizando si una dación en pago suponía un "sacrificio patrimonial injustificado", recordaba que ello exige un doble requisito: una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado. Criterio recogido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010, cuando invoca este concepto de sacrifico patrimonial injustificado en un caso en que el acto de disposición objeto de rescisión era un negocio con reciprocidad de prestaciones, en que no existió una equivalencia de prestaciones (una venta de dos inmuebles por un precio muy inferior al de mercado), y este desequilibrio no se justificaba por las circunstancias concurrentes.
En la jurisprudencia reciente la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 razona : *"El recurso sostiene que el pago no ocasionó ningún sacrificio patrimonial injustificado, pues era debido, vencido y exigible; y, en todo caso, este pago debe ser considerado un acto ordinario de la actividad económica de la deudora concursada, que fue realizado en condiciones normales, a los efectos previstos en el apartado 5 del art. 71 LC, que excluye estos actos de la rescisión concursal. El recurso debe desestimarse por las razones que analizaremos a continuación. 5. El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.*
El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.
El art. 71.1 LCacude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de lapar condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de lapar condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su

exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. "
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum.
Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en la sentencia 855/2007, de 24 de julio, donde negamos la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principioqui suum recepit nullum videre fraudem facere(quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido."
En el presente supuesto no se cuestiona que el crédito satisfecho por la concursada a la codemandada era un crédito real, vencido y exigible. Se discutió la cantidad pero no en esta alzada.
Una parte de la cuantía a la que se extendió la deuda según la escritura pública del negocio jurídico que analizamos, era para financiar la obra que no estaba terminada pero la cantidad adeudada y su extinción mediante la entrega de un inmueble sin duda significó un perjuicio, una minoración del activo y atendido a la fecha de la dación en pago y que la declaración de concurso necesario fue a instancia de un acreedor (solicitud registrada al número 131/2008.) El problema radica en que las circunstancias que rodean al pago ponen en evidencia su injustificación.
Este pago que, en principio, sería válido, al ser debido y exigible, se ve afectado por que, no mucho más tarde se solicitó el concurso necesario que fue finalmente declarado por lo que el pago se encuentra en la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue realizado el acto jurídico rescindible.
Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, queen esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto.”: SAP Baleares (Sección 5) 29.11.2012 (Sentencia 510/2012; Rollo 320/2012)

AP Barcelona

“SEGUNDO: El acto impugnado es una cesión de créditos que la concursada tenía frente a terceros, por un importe total de 1.059.519 euros. Esta cesión de créditos se realizó el día 14 de mayo de 2008, nueve días antes de que fuera declarado el concurso necesario, el día 23 de mayo de 2008. Por lo tanto, se trata de un acto de disposición realizado dentro del periodo sospechoso de dos años, previsto en el art. 71.1 LC.
La cesión de créditos se hizo a favor de la entidad GERALAVA y en pago de la deuda que la concursada tenía contra otra sociedad denominada VAL CORAL, S.L. por un importe de 854.704,60 euros. Aunque, en puridad, lo que existió fue una asunción de la deuda por parte de GERALAVA, siendo parte en este juicio de reintegración VAL CORAL, S.L., no se ha discutido que esta última consintiera en tal asunción de deuda ni que con ello quedara liberada CONSTRUCCIONES JUANES.
De este modo, en puridad, el acto impugnado es una dación en pago por la cual, para satisfacer una deuda de 854.704,60 euros, la concursada cede créditos frente a terceros por un importe total de 1.059.519 euros. De esta forma, se acuerda liberar a la concursada de una deuda mediante la cesión de los derechos de crédito frente a terceros. A la hora de juzgar si dicho acto de disposición conlleva un perjuicio para la masa, hemos de valorar dos cuestiones: 1ª la cesión de créditos se hizo para satisfacer una deuda, esto es, tenía un efecto solutorio de dicha deuda, razón por la cual hemos de analizar las circunstancias en que se realizó para advertir si puede ser perjudicial; 2ª en pago de dicha deuda se cedieron derechos de crédito, por un importe superior al de la deuda, lo que nos obligaría también a valorar si existía una equivalencia de prestaciones, en atención a la naturaleza de los créditos cedidos, y sobre todo a las posibilidades de cobro.
TERCERO: Desde la primera perspectiva, la del pago de una obligación que la concursada tenía, hemos de atender al criterio de esta Sala sobre tales actos de disposición.
En nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 partíamos de la consideración de que existe perjuicio para la masa activa cuando el acto de disposición conlleva un "sacrificio patrimonial injustificado", que exige un doble requisito: una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado.
En nuestro caso, el sacrificio patrimonial supuso la cesión de unos derechos de crédito, en pago de una deuda de 854.704,60 euros, que la concursada (CONSTRUCCIONES JUANES) tenía con VAL CORAL. No se discute que esta deuda fuera una obligación debida, vencida y exigible antes de la declaración de concurso. Como ya hemos declarado otras veces, el pago de tal obligación, aunque no deja de constituir una disminución del haber

del deudor que reduce la garantía patrimonial de sus acreedores, no por ello debe considerarse siempre perjudicial para la masa, pues para ello es necesario, además, que este sacrificio patrimonial sea injustificado.
La injustificación de estos pagos podría derivar de que supusieran al mismo tiempo una alteración de la par condicio creditorum, tal y como recordamos en la Sentencia de 8 de enero de 2009 (Roj SAP B 1810/2009), donde argumentábamos que en estos casos el perjuicio "se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada". De este modo, será en atención a que este pago supuso el favorecimiento del acreedor satisfecho que, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto, se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar su crédito, por lo que dicho pago se podría considerar perjudicial.
Cuando la deuda satisfecha es una obligación líquida, vencida y exigible al tiempo de declararse el concurso de acreedores, su pago solo podría considerarse que altera la par condicio creditorum, a los efectos de considerarlo injustificado, si al tiempo de ser realizado el deudor ya estaba en estado de insolvencia, y por lo tanto obligado a presentar el concurso (arts. 5 y 2.2 LC). En nuestro caso, es muy significativa la secuencia de fechas, pues el concurso fue declarado el 23 de mayo de 2008, nueve días después de que el deudor hubiera realizado la cesión de crédito, el 14 de mayo de 2008. La solicitud de concurso corrió a cargo de un acreedor, de forma que el deudor concursado, que se allanó a la declaración, por lo que reconoció que se encontraba en estado de insolvencia, había sido emplazado antes del día 14 de mayo de 2008, en concreto el día 17 de abril. Luego, el deudor cedente hizo entrega de los créditos en pago de una deuda en un momento en que no sólo sabía que estaba en estado de insolvencia, sino que había sido solicitado su concurso por uno de sus acreedores. En esas circunstancias, estando en situación de insolvencia y siendo inminente la declaración de concurso, pues a continuación de realizar el acto de disposición se allanó a la petición de concurso (23 de mayo de 2010), la satisfacción de un crédito de 854.704,60 euros a favor de uno de sus acreedores (VAL CORAL) supone una clara alteración de la par condicio creditorum, que priva de justificación a la cesión de créditos entregados en pago de aquella deuda. Por otra parte, estas mismas circunstancias en que se lleva a cabo el pago de la deuda, a través de una dación en pago, realizada después de que se supiera que había sido pedido el concurso de la sociedad deudora, son anormales, y por ello en ningún caso podría ampararse este pago en la excepción de actos ordinarios realizados en condiciones normales (art. 71.5 LC).
Sólo en el caso en que hubiéramos entendido que el pago de la deuda no estaba injustificado, hubiera tenido sentido entrar a valorar si al realizarse a través de una dación en pago, existía equivalencia de prestaciones entre los derechos de crédito cedidos en pago y la propia deuda que se pretendía satisfacer.
CUARTO: Una vez estimada la rescisión de la compraventa, de conformidad con el art. 73.1 LC, la sentencia debía ordenar la recíproca restitución de las prestaciones objeto de aquella compraventa, con sus frutos e intereses. Esto es, la cesionaria (GERALAVA, S.L.) debía restituir los créditos cedidos y, al mismo tiempo, la deuda debía reconocerse como crédito concursal. Lo que GERALAVA debe restituir son los créditos cedidos, sin perjuicio de que si alguno lo ha cobrado, deberá devolver su importe a la masa del concurso.
Es cierto que, siendo un hecho negativo la falta de cobro de un crédito, no puede imponerse su acreditación al acreedor, razón por la cual GERALAVA no está obligada a ello. Será la administración concursal quien deberá reclamar los créditos y, sólo en el caso en que los deudores manifiesten que ya hicieron el pago, podrá dirigirse contra GERALAVA para que reintegre a la masa el importe de dicho crédito, dentro de la ejecución de esta sentencia y sin necesidad de un nuevo juicio declarativo. Además, y sin que sea preciso un pronunciamiento expreso, sino como consecuencia de la previsión legal del art. 73.2 LC, si alguno de los créditos se hubiere perjudicado, GERALAVA vendrá obligada a pagar su importe a la masa del concurso, esto es, a entregar el valor del crédito al tiempo en que fue cedido.”: SAP Barcelona (Sección 15) 20.01.2011 (Sentencia 7/2011; Rollo 502/2010)

AP Burgos

“Tercero.-El siguiente motivo de impugnación concierne al carácter esencial del perjuicio que el artículo 71 de la Ley Concursal exige para la rescindibilidad.
A criterio de la parte apelante el perjuicio debe sufrirlo la masa activa, el conjunto de bienes y derechos integrantes del patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso, se reintegren o adquieran hasta la conclusión del procedimiento, como afirma la sentencia de instancia, si no se carece de justificación -sacrificio patrimonial injustificado-, pues, en principio, alcanzaría a todo acto de disposición patrimonial dentro de los dos años anteriores a la declaración concursal, y a los derechos de cobro de los acreedores, con alteración del principio de la par conditio creditorum, con favorecimiento del acreedor que ha cobrado. La parte apelante añade que no concurre alguno de los supuestos de presunción del perjuicio que establece el artículo 71 de la Ley Concursal, por lo que el perjuicio ha de probarse.
La cuestión, entonces, que se suscita es si, esa disminución patrimonial que se produce al ceder en pago unos bienes, está o no justificada, en razón a las circunstancias concurrentes en el caso.
Para delimitar el concepto de perjuicio, como concepto jurídico indeterminado, procede subrayar que, el concepto de acto perjudicial para la masa activa, siendo un concepto más amplio que el estricto de perjuicio patrimonial, no constituye una noción única, debiendo integrarse por las circunstancias concurrentes en cada caso, sin desconocer el principio de paridad de trato, porque el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores.
El perjuicio no es solo un detrimento patrimonial, sino más bien un sacrificio patrimonial injustificado -disminución del valor del activo, careciendo de justificación- y por afectar al principio de la par conditio creditorum (nótese que el artículo 71-2 de la Ley Concursal presume el perjuicio, sin admitir prueba en

contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en donde lo realmente afectado es el principio mencionado, sin que exista propiamente una lesión económica; o en la constitución de garantías reales, en los casos del artículo 71-3.2º de la Ley Concursal).
Desde este criterio jurídico, el pago de una deuda vencida y exigible, realizado en el período sospechoso, en principio, está justificado, salvo que concurran circunstancias singulares que patenticen y demuestren la falta de justificación (por su privación) al hecho del pago, lo que supone un perjuicio por vulneración del principio de igualdad de trato para el común de los acreedores. Y es una circunstancia de relevancia singular que, al tiempo de satisfacer el crédito, pagar, el deudor estuviera en un estado claro de insolvencia, eludiendo una concurrencia ordenada de los créditos.
Pues bien, la dación en pago no es, en sí o por sí misma, un acto rescindible, respecto de una deuda líquida, vencida y exigible.
Para lo que sea, ha de concurrir alguna de esas circunstancias singulares y relevantes, que priven de justificación el pago realizado, no bastando la mera o sola disminución patrimonial.
En el convenio litigioso, no toda la deuda que se trata de saldar es líquida y vencida, sino que hay, también, una cantidad, no determinada "pendiente de vencimiento", que no se sabe si coincide con la que queda residualmente, 24.805#82 euros, lo que no se comprende que así sea, cuando los bienes cedidos tienen un valor superior y la parte adquirente se subroga en un leasing por un importe de 67.473#76 euros, lo que puede explicar esa deuda residual (160.404#90 + 67.473#76 - 203.072#84), saldándose una eventual deuda pendiente de vencimiento a la fecha del convenio, y cuando vencía realmente -no consta que lo fuera antes de la solicitud de concurso-.
La Administración Concursal pone de relieve dos circunstancias relevantes: una, la presentación ante el Juzgado de lo Mercantil de la comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal, entonces vigente, de una situación de insolvencia actual, en 30 de mayo de 2.010, y solicitándose la declaración de concurso en octubre de 2.010 - el 6 de septiembre anterior se suscribe el convenio de dación en pago-.
De estos datos temporales, tan próximos, es lógico inferir que las partes eran conscientes de la insolvencia de Tebycon y de su comunicación al Juzgado. Y siendo esto así, es lógico presumir que se pretendía evitar un perjuicio singular a Asebal, que comportaría a la misma la declaración del concurso.
Y la falta de liquidez de la deudora (dato significativo de la insolvencia) se suplía con la dación en pago de los bienes litigiosos, y no sobre cualquier bien, sino sobre bienes que forman parte del inmovilizado de la sociedad, que sirven, además, para desarrollar la actividad social, que, de esta manera, se limita o elimina en la parte a la que sirve -se trata de camiones quitanieves-, propiciando su cese (que se produjo en el año 2.012).
No ofrece duda que hay una disminución patrimonial del activo, en la medida valorada, o algo menor, en situación de insolvencia actual, y en tiempo próximo a la solicitud de concurso, que, objetivamente, beneficia a un acreedor en perjuicio del común de los acreedores, por lo que supone de alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, disminuyendo la garantía de cobro -hay un perjuicio patrimonial indirecto e injustificado-. Nótese que hay supuestos presuntivos del artículo 71-2 y 3 de la Ley Concursal que afectan al pasivo y se consideran perjudiciales porque infringen el principio de paridad de trato a los acreedores.
Y esto referido a la dación en pago -criterio que mantienen la generalidad de Audiencias Provinciales-, aunque las prestaciones de las partes sean proporcionales, porque, en definitiva, es un negocio jurídico que entraña disminución de las posibilidades económicas del deudor de hacer efectivas sus deudas, respecto del común de los acreedores, o lo que es lo mismo, la posibilidad de los acreedores de ver satisfechos sus créditos en igualdad de condiciones, a causa de favorecer particularmente a uno de ellos y de forma no justificada, según las circunstancias concurrentes, que se han dejado expuestas, disimulando una acción general de los pagos, como eludiendo una liquidación ordenada de los bienes.
Cuarto.-La parte apelante alega que la prueba del perjuicio es necesaria, y recae sobre la administración concursal actora, pues no estamos en alguno de los casos del artículo 71, apartados 2 y 3, de la Ley Concursal, siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado 4 del propio artículo, "cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quién ejercitó la acción rescisoria".
Esta parte considera que el conocimiento de la situación económica de la sociedad deudora carece de prueba - y no sirve para ello la comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal, porque no se deriva publicidad a terceros de la insolvencia; siendo meras conjeturas-.
La parte apelante alude, como supuesto para la constatación del perjuicio, que se produzca una situación clara de insolvencia y sobre elementos objetivos.
No se cuestiona que, a fecha de 30 de mayo de 2.010 presenta la comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal, lo cual implica un estado de insolvencia actual, que el deudor da por supuesta esta situación. Es un acto que tiene una significación inequívoca de que el deudor se encuentra en esa situación de insolvencia. Esta petición o comunicación, con las consecuencias jurídicas que la Ley Concursal establece, es un elemento objetivo y de una situación clara de insolvencia, lógicamente, obtenida por el propio deudor, que dispone de todos los datos de su situación económica -facilidad y disponibilidad de los mismos-; que, la posterior solicitud y declaración concursal vino a corroborar. Los datos y la situación eran, por tanto, claros y terminantes; todo ello, anterior a la suscripción del convenio litigioso, de 6 de septiembre de 2.010 (otro dato objetivo).
La solicitud concursal se presenta en octubre de 2.010, en proximidad temporal con el convenio mencionado, y sobre estados financieros para fundar la insolvencia, de fecha 30 de agosto de 2.010 (que alega la Administración Concursal, folio 138, y no aparece contradicho), es decir, seis días antes de la firma del contrato de dación en pago -la situación de insolvencia ya existía en mayo, como se ha argumentado, y se mantenía en agosto-.
Y ese estado de insolvencia es admitido por la recurrente, en cuanto que no impugnó la admisión del concurso, como argumenta la Administración Concursal -dictándose Auto admitiendo la declaración voluntaria de Concurso de Acreedores el 27 de octubre de 2.010-.

Por tanto, hay prueba suficiente de que la sociedad deudora, objetivamente, se encontraba en una clara situación de insolvencia antes de convenir el contrato litigioso de dación en pago, que suponía un perjuicio económico para la masa activa y el común de los acreedores.
(...)
Por último, señalar que, el criterio general de las Audiencias Provinciales sobre el perjuicio por medio de la dación en pago, es el señalado, conforme a las Sentencias que expresa el escrito de la Administración Concursal. Por todas, la S.A.P. de Valencia, Sección 9, nº 89/2.012, que, a su vez, cita otras, en la que se dice lo siguiente: "En este estado de cosas, cabe traer a colación lo que ya diera esta Sala a propósito de la acción de reintegración de la masa que regula el artículo 71 LC en Sentencia de fecha 14/11/2011 (R.A. 477/11), con cita en la Sentencia de la AP de Vizcaya de fecha 14 de octubre de 2.010 : "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masas activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursa l de cobro"; también la SAP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2009), de 15 de octubre de 2009, indica "Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2009) en demandas que la Administración Concursa! ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En la sentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009, se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona -citada por la anterior- de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursa l de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concúrsales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el n° 4 del artículo 71 de la LC en relación con el n ° 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, qué el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal": SAP Burgos (Sección 3) 05.09.2013 (Sentencia 216/2013; Rollo 148/2013)

"QUINTO.-Por último, se alega la improcedencia de la acción de reintegración ejercitada en la demanda, por no encajar en alguno de los supuestos del art. 71 L.C.
Procede, por ello, en primer término, determinar el concepto de perjuicio para la masa activa, a que se refiere el precepto mencionado.
Para delimitar el concepto de perjuicio, como concepto jurídico indeterminado, procede subrayar que, el concepto de acto perjudicial para la masa activa, siendo un concepto más amplio que el estricto de perjuicio patrimonial, no constituye una noción única, debiendo integrarse por las circunstancias concurrentes en cada caso, sin desconocer el principio de paridad de trato, porque el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores.
El perjuicio no es solo un detrimento patrimonial, sino más bien un sacrificio patrimonial injustificado -disminución del valor del activo, careciendo de justificación- y por afectar al principio de la par conditio creditorum (nótese que el artículo 71-2 de la Ley Concursal presume el perjuicio, sin admitir prueba en

contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en donde lo realmente afectado es el principio mencionado, sin que exista propiamente una lesión económica; o en la constitución de garantías reales, en los casos del artículo 71-3.2º de la Ley Concursal).
Desde este criterio jurídico, el pago de una deuda vencida y exigible, realizado en el período sospechoso, en principio, está justificado, salvo que concurran circunstancias singulares que patenticen y demuestren la falta de justificación (por su privación) al hecho del pago, lo que supone un perjuicio por vulneración del principio de igualdad de trato para el común de los acreedores. Y es una circunstancia de relevancia singular que, al tiempo de satisfacer el crédito, pagar, el deudor estuviera en un estado claro de insolvencia, eludiendo una concurrencia ordenada de los créditos.
Pues bien, la dación en pago no es, en sí o por sí misma, un acto rescindible, respecto de una deuda líquida, vencida y exigible.
Para que lo sea, ha de concurrir alguna de esas circunstancias singulares y relevantes, que priven de justificación el pago realizado, no bastando la mera o sola disminución patrimonial.
En el presente caso, sucede que, la sociedad deudora, presenta ante el Juzgado de lo Mercantil, a fecha de 30 de mayo de 2010, de la comunicación del art. 5.3 LC, entonces vigente, de una situación de insolvencia actual; solicitándose la declaración de concurso en octubre de 2010, sobre estados financieros para fundar la insolvencia de fecha 30 de agosto de 2010, la que se produce por Auto de 27 de octubre de 2010 - el convenio litigioso de dación en pago es de fecha 15 de julio de 2010-.
De estos datos temporales, tan próximos, es lógico inferir que las partes eran conscientes de la insolvencia de Tebycon y de su comunicación al Juzgado. Y siendo esto así, puede entenderse, que, con el convenio, se pretendía evitar un perjuicio singular a la Sociedad codemandada, que, a la misma, comportaría la declaración concursal. Y la falta de liquidez de la deudora dato significativo de la insolvencia, se suplía con la dación en pago de los bienes litigiosos, y no sobre cualquier bien, sino sobre bienes que forman parte del inmovilizado de la sociedad, que sirven para desarrollar la actividad empresarial, lo que, de alguna manera, propiciaba su cese -que se produjo en el año 2012-.
No ofrece duda que se produce una disminución patrimonial del activo, en la medida valorada por las partes, o incluso, menor, de acuerdo con la tesis de la recurrente, pero en unas circunstancias concretas, expresadas antecedentemente -de insolvencia actual, en tiempo próximo a la solicitud concursal y su declaración- que, objetivamente, beneficia a un acreedor en perjuicio del común de ellos, por lo que supone una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, disminuyendo la garantía de cobro, eludiéndose una liquidación ordenada de los bienes, con el resultado de un perjuicio patrimonial indirecto e injustificado recordar que hay supuestos presuntivos del art. 71-2 y 3 LC que afectan al pasivo y se consideran perjudiciales porque infringen el principio de paridad de trato de los acreedores-.
Consideraciones jurídicas predicables a la dación en pago -criterio que mantienen la generalidad de las Audiencias Provinciales- aunque las prestaciones de las partes sean proporcionales (SSAAPP que cita la Administración Concursal).
Por todas sirva de ejemplo, la S.A.P. Valencia, Sección 9, nº 89/2012, de 12 marzo 2012, que cita, a su vez, otras. Argumenta de la siguiente manera:
"En este estado de cosas, cabe traer a colación lo que ya diera esta Sala a propósito de la acción de reintegración de la masa que regula el artículo 71 LC en Sentencia de fecha 14/11/2011 (R.A. 477/11), con cita en la Sentencia de la AP de Vizcaya de fecha 14 de octubre de 2.010 : "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masas activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursa l de cobro"; también la SAP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2009), de 15 de octubre de 2009, indica "Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2009) en demandas que la Administración Concursa! ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En la sentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009, se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona -citada por la anterior- de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursa l de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concúrsales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el n° 4 del artículo 71 de la LC en relación con el n ° 1 del mismo precepto legal.

Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, qué el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal".
SEXTO.-Sobre la carga de la prueba del perjuicio que corresponde a la Administración Concursal, al no verse afectado la operación litigiosa por alguna de las presunciones de perjuicio que el art. 71 LC establece, operando la carga probatoria expresada en el apartado 4, cabe señalar que, a la existencia del perjuicio, no se opone el estado de los bienes o que pudieran ser rendidos y satisfacerse la deuda en moneda porque, el hecho dado,, es que tenían un valor económico significativo, faltaba liquidez, y fueron objeto de una dación en pago convenida.
Como se ha argumentado se ha producido un perjuicio patrimonial para el común de los acreedores y de forma injustificada, todo lo cual, ha sido probado cumplidamente, ex art. 71-4 LC.
Existe un a situación clara de insolvencia, y sobre elementos objetivos, al tiempo del convenio litigioso.
No se cuestiona que, a fecha de 30 de mayo de 2010, se presenta la comunicación del art. 5.3. LC, lo cual implica un estado de insolvencia actual, de modo que, el deudor, da por supuesta esta situación.
Es un acto que tiene una significación inequívoca de que el deudor se encuentra en esa situación de insolvencia. Esta petición o comunicación, con las consecuencias jurídicas que la Ley Concursal establece, es un elemento objetivo y de una situación clara de insolvencia, lógicamente, obtenida por el propio deudor, que dispone de todos los datos de su situación económica, -facilidad y disponibilidad de los mismos-, que, la posterior solicitud y declaración concursal vino a corroborar. Los datos y la situación era, por tanto, claros y terminantes; todo ello anterior a la suscripción del convenio litigioso, 15 de julio de 2010, (otro dato objetivo).
La solicitud concursal se presenta en octubre de 2010, en proximidad temporal con el convenio mencionado, y sobre estados financieros para fundar la insolvencia, de fecha 30 de agosto de 2010, (que alega la administración concursal, y no aparece contradicho), es decir, quince días después de la firma del contrato de dación en pago -la situación de insolvencia ya existía en mayo, como se ha argumentado, y se mantenía en agosto-; dictándose Auto admitiendo la declaración voluntaria de Concurso de Acreedores el 27 de Octubre de 2010.”: SAP Burgos (Sección 3) 13.09.2013 (Sentencia 222/2013; Rollo 168/2013)

“TERCERO.- La parte apelante plantea la inexistencia de perjuicio, así como de presunción alguna de perjuicio en caso de extinción de obligaciones vencidas, líquidas y exigibles.
Para delimitar el concepto de perjuicio, como concepto jurídico indeterminado, procede subrayar que, el concepto de acto perjudicial para la masa activa, siendo un concepto mas amplio que el estricto de perjuicio patrimonial, no constituye una noción única, debiendo integrase por las circunstancias concurrentes en cada caso, sin desconocer el principio de paridad de trato, porque el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores.
El perjuicio no es solo un detrimento patrimonial, sino mas bien un sacrificio patrimonial injustificado -disminución del valor del activo, careciendo de justificación- y por afectar al principio de la par conditio creditorun (nótese que el art. 71-2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en donde lo realmente afectado es el principio mencionado, sin que exista propiamente una lesión económica; o en la constitución de garantías reales, en los casos del art. 71-3-2º LC).
Desde este criterio jurídico, el pago de una deuda vencida y exigible, realizado en el periodo sospechoso, en principio, está justificado, salvo que concurran circunstancias singulares que patenticen y demuestren la falta de justificación (por su privación) al hecho del principio de igualdad de trato para el común los acreedores. Y es una circunstancia de relevancia singular que, al tiempo de satisfacer el crédito, pagar, el deudor estuviera en un estado claro de insolvencia, eludiendo una concurrencia ordenada de los créditos.
Pues bien, la dación en pago no es, en sí o por sí misma, un acto rescindible, respecto de una deuda líquida, vencida y exigible.
Para que lo sea, ha de concurrir alguna de esas circunstancias singulares y relevantes, que priven de justificación el pago realizado, no bastando la mera o sola disminución patrimonial.
En el presente caso, sucede que, la sociedad deudora, presenta ante el Juzgado de lo Mercantil, a fecha de 30 de mayo de 2010 (mes de junio se dice en el escrito de oposición al recurso), de la comunicación del art. 5.3 LC, entonces vigente, de una situación de insolvencia actual; solicitándose la declaración del concurso en octubre de 2010, sobre estados financieros para fundar la insolvencia de fecha 30 de agosto de 2010, la que se produce por Auto de 27 de octubre de 2010 -los convenios litigiosos de dación en pago son de fecha 31 de mayo y 31 de julio de 2010-.
De estos datos temporales, tan próximos, es lógico inferir que las partes eran conscientes de la insolvencia de Tebycón y de su comunicación al Juzgado. Y siendo esto así, puede entenderse, que, con los convenios, se

pretendía evitar un perjuicio singular a Hormigones La Bureba, que, a la misma, comportaría la declaración concursal. Y a la falta de liquidez de la deudora, dato significativo de la insolvencia, se suplía con la dación en pago de los bienes litigiosos, y no sobre cualquier bien, sino sobre bienes que forman parte del inmovilizado de la sociedad, que sirven para desarrollar su actividad empresarial, lo que, de alguna manera, propiciaba su cese -que se produjo en el año 2012-.
No ofrece duda que se produce una disminución patrimonial del activo, en la medida valorada por las partes, o incluso, menor, de acuerdo con la tesis de la recurrente, pero en unas circunstancias concretas, expresadas antecedentemente -de insolvencia actual, en tiempo próximo a la solicitud concursal y su declaración- que, objetivamente, beneficia a un acreedor en perjuicio del común de ellos, por lo que supone una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, disminuyendo la garantía de cobro, eludiéndose una liquidación ordenada de los bienes, con el resultado de un perjuicio patrimonial, indirecto e injustificado recordar que hay supuestos presuntivos del art. 71-2 y 3 LC que afectan al pasivo y se consideran perjudiciales porque infringen el principio de paridad de trato de los acreedores-.
Consideraciones jurídicas predicables a la dación en pago -criterio que mantienen la generalidad de las Audiencias Provinciales -aunque las prestaciones de las partes sean proporcionales (SSAAPP que cita la Administración Concursal).
Por todas, sirva de ejemplo, la S.A.P. Valencia, Sección 9, nº 89/2012, de 12 marzo 2012, que cita, a su vez, otras. Argumenta de la siguiente manera:
En este estado de cosas, cabe traer a colación lo que ya diera esta Sala a propósito de la acción de reintegración de la masa que regula el artículo 71 LC en Sentencia de fecha 14/11/2011 (R.A. 477/11), con cita en la Sentencia de la AP de Vizcaya de fecha 14 de octubre de 2.010 : "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masas activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursa I de cobro"; también la SAP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2009), de 15 de octubre de 2009, indica "Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2009) en demandas que la Administración Concursa! ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En la sentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009, se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona -citada por la anterior- de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursa I de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concúrsales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el n° 4 del artículo 71 de la LC en relación con el n ° 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, qué el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal.
CUARTO.-El siguiente motivo de impugnación concierne sobre la carga de la prueba del perjuicio que corresponde a la Administración Concursal, al no verse afectadas las operaciones litigiosas por alguna de las presunciones de perjuicio que el art. 71 LC establece, operando la carga probatoria expresada en el apartado

4.
A la existencia del perjuicio no se opone el estado de los bienes o que pudieran ser vendidos y satisfacerse la deuda en moneda, porque, el hecho dado, es que tenían un valor económico significativo, faltaba liquidez, y fueron objeto de una dación en pago convenida.
Como se ha argumentado se ha producido un perjuicio patrimonial para el común de los acreedores y de forma injustificada, todo lo cual, ha sido probado cumplidamente, ex art. 71-4 LC.
Existe una situación clara de insolvencia, y sobre elementos objetivos, al tiempo de los convenios litigiosos.
No se cuestiona que, a fecha de 30 de mayo de 2010, se presenta la comunicación del art. 5.3. LC, lo cual implica un estado de insolvencia actual, de modo que, el deudor, da por supuesta esta situación.
Es un acto que tiene una significación inequívoca de que el deudor se encuentra en esa situación de insolvencia. Esta petición o comunicación, con las consecuencias jurídicas que la Ley Concursal establece, es un elemento objetivo y de una situación clara de insolvencia, lógicamente, obtenida por el propio deudor, que dispone de todos los datos de su situación económica -facilidad y disponibilidad de los mismos-; que, la posterior solicitud y declaración concursal vino a corroborar. Los datos y la situación eran, por tanto, claros y terminantes; todo ello, anterior a la suscripción de los convenios litigiosos, 31 de mayo y 31 de Julio de 2010 (otro dato objetivo).
La solicitud concursal se presenta en octubre de 2010, en proximidad temporal con los convenios mencionados, y sobre estados financieros para fundar la insolvencia, de fecha 30 de agosto de 2010, (que alega la Administración Concursal, y no aparece contradicho), es decir, uno y dos meses después de la firma de los contratos de dación en pago -la situación de insolvencia ya existía en mayo, como se ha argumentado, y se mantenía en agosto-.
Y ese estado de insolvencia es admitido por al recurrente, en cuanto que no impugnó la admisión del concurso, como argumenta la Administración Concursal- dictándose Auto admitiendo la declaración voluntaria de Concurso de Acreedores el 27 de octubre de 2010-.": SAP Burgos (Sección 3) 20.09.2013 (Sentencia 227/2013; Rollo 155/2013)

"SEGUNDO.- La parte apelante hace unas consideraciones jurídicas generales, sobre la carga de la prueba y el concepto de perjuicio para la masa, en este motivo de impugnación, pero, realmente, no desvirtúa la argumentación de la sentencia de instancia.
En primer lugar, en cuanto a la determinación del concepto de perjuicio para la masa activa -ex art. 71-1 LC -, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, recientemente, en varias sentencias, en el sentido que, *"como concepto jurídico indeterminado, procede subrayar que, el concepto de acto perjudicial para la masa activa, siendo un concepto mas amplio que el estricto de perjuicio patrimonial, no constituye una noción única, debiendo integrase por las circunstancias concurrentes en cada caso, sin desconocer el principio de paridad de trato, porque el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores.*
El perjuicio no es solo un detrimento patrimonial, sino mas bien un sacrificio patrimonial injustificado - disminución del valor del activo, careciendo de justificación- y por afectar al principio de la par conditio creditorun (nótese que el art. 71-2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en donde lo realmente afectado es el principio mencionado, sin que exista propiamente una lesión económica; o en la constitución de garantías reales, en los casos del art. 71-3-2° LC).
Desde este criterio jurídico, el pago de una deuda vencida y exigible, realizado en el periodo sospechoso, en principio, está justificado, salvo que concurran circunstancias singulares que patenticen y demuestren la falta de justificación (por su privación) al hecho del principio de igualdad de trato para el común los acreedores. Y es una circunstancia de relevancia singular que, al tiempo de satisfacer el crédito, pagar, el deudor estuviera en un estado claro de insolvencia, eludiendo una concurrencia ordenada de los créditos".
Este criterio, se mantiene por otras Audiencias Provinciales. Sirvan de ejemplo, la S.A.P de Valencia, de fecha 23 de marzo de 2.009, indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona, de 8 de enero de 2.009, dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursa I de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concúrsales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el n° 4 del artículo 71 de la LC en relación con el n ° 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.

Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, qué el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal".
TERCERO.- En el presente caso, hay una serie de datos muy significativos, que la propia sentencia recurrida pone de relieve: a) La concursada, a fecha 24 de junio de 2011, presenta la comunicación prevista en el anterior art. 5.3 LC -actual art. 5 bis LC - ante ese Juzgado de lo Mercantil, dictándose Providencia, de fecha 28 de junio de 2011 teniendo por presentada la misma, lo que supone el reconocimiento de una situación de insolvencia actual; b) se presenta solicitud de Concurso Voluntario de Acreedores, el día 21 de octubre de 2011, lo que corrobora el reconocimiento del estado de insolvencia con la correspondiente cesación general de pagos, acompañándose propuesta de plan de liquidación; c) en esa misma fecha, se presenta expediente de regulación de empleo, afectando a toda la plantilla de trabajadores; d) también, ese mismo día, se resuelve el contrato de arrendamiento suscrito de la nave donde ejercía su actividad empresarial -de donde se desprende, de estos tres últimos datos, el cese de la actividad empresarial y negocial de la concursada deudora-; e) por Auto de 28 de diciembre de 2011, se acuerda la declaración de Concurso de Acreedores de la deudora; f) finalmente, entre el 21 de octubre de 2011 y el 26 de diciembre de ese mismo año, la Concursada realiza una serie de endosos de pagarés, que había recibido como pago de las obras realizadas, siendo deudas vencidas, líquidas y exigibles en el momento de la cesión.
No ofrece duda que existe un perjuicio para la masa activa, comportando un perjuicio patrimonial injustificado, al mismo tiempo que una alteración de la par conditio creditorum; efectuándose en estado de insolvencia, que las partes conocían, sucediendo en fechas próximas a la declaración concursal, y tratándose de operaciones que, objetivamente, benefician a un acreedor en perjuicio del común de ellos, suponen una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, disminuyendo su garantía y eludiéndose una liquidación ordenada de los bienes y derechos, con el resultado de un perjuicio patrimonial indirecto e injustificado, añadido al directo de disminución del activo. ":SAP Burgos (Sección 3) 20.11.2013 (Sentencia 284/2013; Rollo 284/2013)

AP Cantabria

"PRIMERO Se alega en el recurso que no concurre el perjuicio exigido para que prospere la acción de reintegración regulada en elart. 71 de la Ley Concursal, ya que "la dación en pago" rescindida se aplicó a la extinción de la deuda correspondiente a los trabajos necesarios para la conclusión de una promoción inmobiliaria que había de ser entregada a los compradores de la concursada, por lo que nos encontramos ante un acto ordinario de la actividad empresarial del deudor que posibilita la continuidad de la actividad comercial de la concursada.
Este motivo decae desde el momento en que elart. 71 de la Ley Concursal se refiere a la existencia de un perjuicio para la masa concursal y este perjuicio resulta apreciable desde el momento en que la dación en pago comporta la arbitraria anteposición de uno de los créditos al margen de los demás, por lo que resulta claramente beneficiosa para uno sólo de los acreedores en detrimento del resto.
Por otra parte, a través del negocio rescindido no se obtuvo ninguna ventaja que no fuese la ejecución de una prestación concertada a cambio del pago de un precio, como ocurre en cualquier otro contrato de arrendamiento de obra, en el que se devenga,de ordinario,un derecho de crédito sin ningún tipo de garantía real o complementaria;
En consecuencia, la argumentación expuesta en el propio recurso evidencia que, en un momento en el que ya se detectaba la deficitaria posición patrimonial de la empresa y el inminente peligro de insolvencia, se accede a la presiones negociales de uno de los acreedores que logra, de este modo, a cambio del cumplimiento de su prestación, eludir los riesgos de la ejecución universal de quien le debe, por lo que en ningún caso existe beneficio apreciable para el activo patrimonial,ni nos encontramos ante la actividad ordinaria de la empresa.": SAP Cantabria (Sección 2) 20.05.2010 (JUR 2010/356899; Sentencia 42/2010; Rollo 122/2009)

AP Castellón

PRIMERO La administración concursal de la mercantil Vasari Hispania S.L. planteó demanda de reintegración, solicitando se declare la ineficacia de la dación en pago de deuda realizada por Vasari Hispania S.L. a favor de Unisan XXI S.A., de la finca registral nº 14.025, reintegrándola al patrimonio de la primera y que como contraprestación nazca el derecho de crédito ordinario de Unisan XXI S.A. frente a Hispania S.L. y por el valor dado en su día a la finca, 285.294'70 ?, ordenando su debida anotación en el Registro de la Propiedad.
Por su parte la representación de Unisan XXI S.A. se opuso a la demanda y formuló demanda reconvencional de forma que solicitaba que si no se desestimaba la demanda, con carácter subsidiario, se le reconociera como créditos subsistentes contra la masa de la entidad concursada el de 474.484'69 ? por la deuda origen de la dación en pago, 60.000 ? por el pago efectuado al Banco Popular y 20.000 ?, por el pago efectuado a la empresa Estructuras y Placas S.L.
El Juez Mercantil estimó parcialmente la demanda y declaró la ineficacia de la cesión de la finca, ordenando su

restitución a la masa activa de la concursada y que Unisan XXI S.A. figurara en la lista de acreedores con un crédito ordinario por importe de 447.484'69 ?.
Interpone recurso de apelación la mercantil Unisan XXI, S.A. en el que alega que ha sido incongruente la Sentencia dictada, con infracción delartículo 218 de la LEC porque la causa de pedir que se ha estimado en la Sentencia no es la existencia de un perjuicio patrimonial, sino la vulneración de la "par conditio creditorum" que no es presupuesto material de la acción prevista en elartículo 71 de la Ley Concursal, alejándose de la causa de pedir invocada en la demanda, motivo por el que solicita la desestimación de la misma.
En segundo lugar se alega la infracción delartículo 71 de la Ley Concursal ya que falta el presupuesto material para la prosperabilidad de la acción de reintegración, el perjuicio atrimonial para la masa, refiriéndose al informe pericial y a que la operación de dación en pago produjo un beneficio o ventaja patrimonial por importe de 189.189'99 ?, por la quita de Unisan, más 100.862'87 ? de la deuda cancelada del Banco Popular, más 150.000 ? de la deuda cancelada de Estructuras y Placas, consiguiéndose la cancelación de un pasivo superior al triple del valor de la finca, por importe de 724.000 ?.
Solicita por este motivo también la desestimación de la demanda y alega igualmente la infracción delartículo 73 de la Ley Concursal, de forma que si se mantuviera la estimación de la demanda, se añadan como créditos contra la masa, además del admitido por el Juez de instancia, el de 60.000 ? pagados al Banco Popular por el alzamiento del embargo que pesaba sobre la finca registral y la de 20.000 ? pagados por el levantamiento de la hipoteca constituída sobre esa finca.
SEGUNDO Una vez examinado el contenido de la resolución dictada y el de la demanda no podemos entender que la Sentencia sea incongruente por haber alterado la causa de pedir, al basar su fallo no en el perjuicio patrimonial sino en la vulneración de la "par condicio creditoris".
El Juez "a quo" al examinar la acción ejercitada se refirió a la necesidad de que se produzca un perjuicio para la masa activa que puede venir dado tanto de los actos que producen su disminución, como por aquellos que conlleven un trato privilegiado para determinados acreedores con alteración de las preferencias legalmente establecidas e inobservancia del principio de igualdad de trato que gobierna el concurso. Y una vez examinadas las circunstancias concurrentes entendió que se había alterado la "par conditio creditorum", por carecer de justificación y por no comprenderse dentro de la actividad ordinaria del deudor o haberse realizado en condiciones anormales.
En el hecho octavo de la demanda se indicaba en cuanto al perjuicio patrimonial que con la dación de pago se dejó salir uno de los principales activos de la empresa y se destacó el beneficio de Unisan XXI S.A. frente al resto de acreedores, al haber percibido una finca, en pago de unas deudas por relaciones comerciales que no dejan de ser conforme a la Ley Concursal créditos ordinarios.
Se podrá o no compartir este argumento pero no decir que la Sentencia es incongruente por haber alterado la causa de pedir, ya que en iguales términos que se solicitaba se estimó la existencia del perjuicio patrimonial, por lo que rechazamos el primero de los motivos del recurso.
Igual suerte desestimatoria debe correr el segundo de estos motivos en el que se alega la infracción del artículo 71 de la Ley concursal por la falta de presupuesto material para la acción de reintegración que es la existencia de un perjuicio patrimonial para la masa.
Resulta conveniente recordar en este sentido, abundando en lo que se expone el propio Juez Mercantil, el contenido de laSentencia nº 229 de 26 de abril de 2007, de la Sección 15ª, de la Audiencia Provincial de Barcelona cuando en su fundamento de derecho quinto expone: "La necesidad de salvaguardar la eficacia y función del tratamiento legal de la insolvencia mediante el proceso concursal, protegiendo a los acreedores de las actuaciones del deudor común en período próximo al concurso (en el que ya concurría o era inminente, por lo menos previsible, su presupuesto objetivo), tendentes a disminuir la garantía patrimonial de los créditos o a favorecer a algún acreedor vulnerando el trato paritario, justifica el régimen legal de reintegración, orientado a preservar la integridad del patrimonio que constituye la garantía de satisfacción de los acreedores. A tales efectos, el nuevo ordenamiento concursal, alejándose del ambiguo y problemático esquema normativo de la retroacción absoluta, opta por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, en la que se sustituye el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz. El remedio, por tanto, no es otro que el de la rescisión por perjuicio a la masa, y así elart. 71 declara que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (del concurso), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo a continuación presunciones iuris e de iure de la lesividad patrimonial de determinados actos que enumera".
El caso enjuiciado lo entendemos incluible en lo que viene a ser la propia finalidad de la norma mediante el ejercicio de la acción de reintegración, cuando se hayan producido actuaciones tendentes a disminuir la garantía patrimonial de los créditos, pero también cuando se favorece a algún acreedor vulnerando el trato paritario, que es lo que acertadamente ha valorado en este caso el Juez Mercantil.
Nos encontramos ante una dación en pago de deudas de una finca, que constituía el principal activo de la entidad concursada Vasari Hispania S.L., según reconoció su legal representante en el acto del juicio, quedando para resarcirse el resto de acreedores con maquinaria que también según expuso, gran parte de esta se encontraba embargada por la TGSS.
Teniendo lugar este acto tan solo dos días antes de presentarse la solicitud de concurso voluntario, que además ya llevaba un tiempo, varios meses, pensando presentarla, según manifestó.
Entendemos que en estas circunstancias aún cuando la cantidad de deuda saldada con la entrega de esa finca, teniendo en cuenta su valoración, sea importante, lo cierto es que con esa actuación se ha impedido un ordenado pago de todos los acreedores, primando el beneficio de quien ostentaba únicamente un crédito ordinario, que es lo que la norma trata de impedir.”: SAP Castellón (Sección 3) 27.04.2009 (JUR 2009/304131; Sentencia 134/2009; Rollo 586/2008)

“PRIMERO.-La Administración Concursal de Promocions Urbanistiques Proursant S.L. promovió incidente concursal contra la mercantil citada y contra Juan Alberto Garrido S.L. Era su objeto la rescisión del contrato de dación en pago que el día 26 de marzo de 2.009 había otorgado en escritura pública la concursada y Juan Alberto Garrido S.L., por el que la primera entregaba a la segunda las ocho plazas de garaje descritas en dicho instrumento, en pago de una deuda pendiente de 120.000 euros. Se allanó a la demanda Promocions Urbanistiques Proursant S.L. y se opuso Juan Alberto Garrido S.L.
La sentencia dictada en la instancia ha estimado la demanda. Ha rescindido la dación en pago impugnada y ha ordenado a la acreedora demandada la reintegración a la masa activa de las plazas de aparcamiento entregadas, declarando que su crédito ha de figurar como ordinario en la relación de acreedores; asimismo, ha ordenado la cancelación de los asientos registrales practicados como consecuencia de la transmisión dominical, declarando que la decisión se transformará en una obligación de pago de 120.000 euros a favor de la masa y a cargo de Juan Alberto Garrido SL, mandando que a cargo de esta mercantil han de correr los gastos, a la vez que le ha impuesto las costas.
Contra esta sentencia recurre en apelación Juan Alberto Garrido, que pide una sentencia que desestime la demanda y, en su defecto, declare que la recurrente ostenta un crédito ordinario por el importe de los gastos que le supuso la transmisión, que ascendieron a 1.654,90 euros. Las restantes partes piden la confirmación de la sentencia.
SEGUNDO.-Se denuncia en el recurso aplicación indebida de los tres primeros apartado del articulo 73 de la Ley Concursal y vulneración del 4 del mismo articulo.
Como bien recuerda la sentencia de instancia, establece el art. 71 LC (con arreglo a la redacción vigente al llevarse a cabo el acto impugnado e interponerse la demanda) que, una vez declarado el concurso, son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, presumiéndose el perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario, cuando los actos sean de disposición a título gratuito (salvo las liberalidades al uso) y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. El apartado 3 establece unos supuestos, que no vienen al caso, en los que se presume el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario. Y en los demás casos, dicho perjuicio para la masa activa deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado 4).
1. 1. El concurso fue declarado el día 5 de mayo de 2010 y la transmisión por dación en pago impugnada había tenido lugar el día 26 de marzo de 2.009, por lo tanto, dentro del precedente período de dos años considerado legalmente como sospechoso.
Dice la STS de 12 de abril de 2012 (ROJ: STS 4181/2012) que para que haya lugar a la reintegración concursal es precisa la existencia de perjuicio para la masa activa del concurso y que, si bien no concreta la norma qué debe entenderse por "perjuicio para la masa activa", no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado. Aunque para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas.
En el presente caso, en que el acto impugnado no tiene amparo en ninguno de los supuestos de presunción legalmente previstos, el perjuicio para la masa debe ser acreditado.
Coincidimos con la valoración del juez de instancia de que el perjuicio prueba si se tiene en cuenta que mediante la dación en pago por valor contractualmente estimado de 120.000 euros se minoró el patrimonio de la mercantil luego concursada. Ha de tenerse en cuenta que la masa del concurso sirve para atender el pago de las deudas con arreglo a los criterios establecidos en la Ley Concursal y sobre todo atendiendo al principio de igualdad de trato a los acreedores (par conditio creditorum), que la Ley erige en regla general del concurso (Exposición de Motivos, V).
El elemento fáctico expuesto debe ponerse en relación, a fin de valorar el perjuicio para la masa, con el hecho de que mediante la dación se pagaron a un acreedor deudas vencidas, al tiempo que, a la vista de las facturas traídos por copia al proceso y acompañadas a los escritos de insinuación de créditos obrantes en el procedimiento (folios 15 al 98) tenía la mercantil múltiples deudas pendientes de pago, en número que excede de veinte, lo que pone de manifiesto que, mediante la satisfacción de su crédito, se otorgó a Juan Alberto Garrido SL una ventaja injustificada sobre los demás acreedores y se ocasionó un perjuicio a la masa, que debe servir para atender al pago de deudas con arreglo al ya expresado criterio de igualdad.
Por lo tanto, debe confirmarse el principal pronunciamiento de la sentencia apelada, sin que sea relevante para adoptar decisión distinta la pretendida comparación con el que la parte apelante considera criterio distinto mantenido por el juzgado en otro supuesto que considera similar, pues función de este tribunal es valorar si ha sido correcto el contenido en la sentencia apelada que, como ya se ha dicho, compartimos.
2. Pide también la recurrente, como ya hizo en el primer grado de la jurisdicción, que se considere crédito ordinario a su favor el importe de los gastos que le supuso la transmisión, que ascendieron a 1.654,90 euros (Registro de la Propiedad y pago de impuestos), cuantía ésta que no se discute.
Tampoco se estima este motivo del recurso. Los gastos cuyo reintegro pretende la demandada no se comprenden en el concepto de "frutos e intereses" a que se refiere el art. 73.1 LC, por lo que el precepto invocado no sirve al fin de la parte apelante. A ello cabe añadir que no sólo no se comprenden en la letra de la ley, sino que tampoco se integran en la que podría ser una interpretación amplia de la misma, puesto que se trata de una suma de dinero de la que ningún beneficio ha obtenido la concursada por lo que no se advierte la analogía que en otro caso podría dar lugar a la restitución que pretende la parte apelante.
Procede, por lo dicho, la confirmación de la sentencia apelada.”: SAP Castellón (Sección 3) 23.11.2012

(Sentencia 560/2012; Rollo 470/2012)

“Se cuestiona también el acierto en la rescisión de la cesión de créditos por importe de 219.049,29 euros, que para el pago de deudas y a favor de Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L hizo Dipolack SL el día 4 de enero de 2011.
En primer lugar, la cesión por parte de Dipolack SL a favor de Pinturas y Derivados EQ, S.L de créditos que la primera ostentaba frente a sus deudores, mediante escritura pública que desvaneciera dudas sobre la realidad y fecha del acto, sustrae los mismos a la masa activa de la que al poco tiempo fue declarada en concurso y por ello resulta perjudicial.
En segundo término, no puede desconocerse lo sospechoso de que fuera llevada a cabo la operación tres días antes de presentar la solicitud de concurso, lo que evidencia -como bien destaca el juez de instanciael favorecimiento de un acreedor respecto de los restantes cuando era evidente para la cedente la difícil situación que atravesaba, pues llevó a cabo la operación de forma simultánea a la preparación de la solicitud de concurso que formuló escasos días más tarde.
Señalemos, para terminar, que el hecho de que la recurrente favorecida por los actos impugnados fuera la principal proveedora de la concursada y su mayor acreedora no justifica el trato de favor dispensado, pues el criterio legal de pago a los acreedores en proporción al monto de su crédito (art. 157.2 LC) garantiza que percibirá de la masa mayor cantidad que otros proveedores de menor entidad.”: SAP Castellón (Sección 3) 17.01.2014 (Sentencia 18/2014; Rollo 508/2013)

AP La Coruña

“TERCERO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.

Pues bien, los actos cuya rescisión se declara en la sentencia apelada consistieron en que frente a las cantidades que se reconocen adeudadas en escritura pública por la entidad "CONSTRUCCIONES CANOSA, S.L." a "PERI, S.A.U.", unas justificadas, otras no, que ascendió a un total de 537.442,77 euros, en pago parcial de la misma, aquélla cede a la segunda los derechos de cobro que ostentaba frente a determinados clientes, se detallan las distintas mercantiles y facturas pendientes de cobro por un importe total de 404.833,87 euros. Comprometiéndose "CONSTRUCCIONES CANOSA, S.L." al pago en metálico de la cantidad de 132.608,90 euros. Todo ello, dentro del periodo temporal sospechoso que se estima en la Ley, dada la fecha posterior de declaración de concurso. En definitiva, tal modo de actuar, lleva implícito un claro perjuicio para la masa activa, y una vulneración de la par conditio creditorum, el principio de trato igualitario de los acreedores en el concurso, tal como se razona en la sentencia apelada, que aceptamos íntegramente su argumentación, sin que haya quedado desvirtuada de los alegatos contenidos en el recurso de apelación. Que con su actuar obtiene una serie de créditos que le cede "CONSTRUCCIONES CANOSA, S.L.", pretendiendo de tal modo "PERI, S.A.U." apartarlos de un posible concurso de acreedores de la mercantil cedente, conociendo en tal momento la difícil situación económica en que se encontraba, que es lo que motiva que lo aceptase la mercantil "CONSTRUCCIONES CANOSA, S.L.", tal como reconoce, allanándose a la demanda, y así asegurar el cobro de su crédito dicho acreedor, frente a otros de la entidad concursada, alterándose las preferencias de cobro, lo que supone de claro perjuicio para los demás, al obtenerse con aquellos actos un privilegio a favor de un acreedor en el concurso frente a los demás acreedores con clara alteración de la "par condictio creditorum". E insistimos resulta en el caso difícil admitir que la acreedora, aquí parte apelante, desconociese la situación económica de la entidad concursada en ese momento, dada la necesidad de otorgar escritura pública de reconocimiento de deuda por mayor importe de la justificada documentalmente, y con la cesión de créditos operada lo que pretende es asegurarse el cobro del suyo, en perjuicio sobre los demás acreedores. “:SAP La Coruña (Sección 4) 14.12.2012 (Sentencia 531/2012; Rollo 538/2012)

AP Málaga

“PRIMERO.- La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Málaga, en los autos incidentales N.º 355.3.24/06, seguidos en dicho juzgado, estima esencialmente la demanda de rescisión y reintegración deducida por la Administración Concursal de Incoasa, contra Euroclima Málaga, S.L. y, en virtud de ello, declara, en primer lugar, la rescisión e ineficacia, por ser perjudicial para la masa activa, de la cesión de derechos de crédito que en pago de deudas se realizó por contrato privado de fecha 14 de julio de 2006, entre la concursada y la demandada; en segundo lugar, que el derecho a la prestación que resulta a favor de la

demandada, 44.831,59 euros, como consecuencia de la rescisión, tiene la consideración de crédito ordinario; condenándose, por último, a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a reintegrar el crédito cedido a la concursada, mediante la entrega de los títulos habilitantes, siendo que, si el mismo ya hubiese sido cobrado, se deberá restituir el importe de dicho cobro a la concursada, con los intereses legales desde el día en que efectivamente se haya recibido el dinero por parte de la demandada; ello con imposición de costas a la parte demandada que, a través de su representación procesal se ha alzado en apelación frente a la expresada resolución.
SEGUNDO.- En la alegación primera del recurso, la parte apelante, en esencia, viene a alegar que la Sentencia infringe el contenido del artículo 71.4 de la LC, ya que la solicitud de reintegración requería que la actora, esto es la Administración Concursal, probase el perjuicio patrimonial, y dicha parte no ha desplegado actividad probatoria alguna en tal sentido, ni interrogatorio, ni pericial, ni testifical, y en consecuencia no está probado el daño. Pues bien, con independencia de que el argumento opuesto por la apelante relativo a que la cesión del crédito en dación en pago a su favor era un mal menor para evitar la paralización de la obra, no puede ser acogida, por cuanto que la propia parte apelante viene a reconocer que el supuesto desbloqueo de la obra no fue útil, como resulta además del dato objetivo de haber sido solicitado el concurso pocos días después, es lo cierto que con el acto en cuestión, cuya rescisión ha sido declarada en la Sentencia, el daño o perjuicio existe, cuando es evidente que la concursada queda en una situación de evidente falta de medios para atender y hacer frente al pago de sus créditos, siendo claro que la cesión de crédito en dación en pago no buscó el permitir la continuación de la obra o beneficiar a la concursada, sino ciertamente, como bien mantiene el juzgador a quo, satisfacer a un acreedor su crédito o parte de él, en perjuicio de otros, lo cual, a mayor abundamiento, se evidencia del hecho de que, en un período de tiempo muy corto y cercano o próximo a la solicitud de concurso, la concursada realizó una serie de actos de disposición en favor de otros acreedores y, en consecuencia, en perjuicio de otros, rompiendo de esta forma la pars conditio creditorum, es decir, el principio de igualdad de trato de los créditos.”: SAP Málaga (Sección 6) 12.11.2013 (Sentencia 636/2013; Rollo 414/2012)

AP Murcia

“TERCERO.-Que la cuestión a resolver en esta alzada es la relativa a determinar si procede o no la acción de reintegración ejercitada respecto de la dación en pago formalizada en la escritura pública de fecha 7 de octubre de 2011, subsanada por la escritura de 14 de noviembre de 2011. En relación con la acción de reintegración, teniendo en cuenta lo razonado en instancia así como lo alegado en el recurso, resulta conveniente referir lo que se expone a continuación. En el artículo 71 LC se establece. *"1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
1º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".
La acción de reintegración de la Ley concursal es una acción de rescisión por lesión, que no requiere una intención fraudulenta del deudor, ni consilium fraudis entre éste y el tercero que sea parte del contrato, mientras que en la acción pauliana se caracteriza por su naturaleza rescisoria por la intención fraudulenta de la acción.
La acción del citado art. 71,1 de la Ley Concursal no tiene carácter subsidiario, a diferencia de la pauliana, que conforme a lo dispuesto en el art. 1294 CC no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio sufrido.
Los perjudicados por el negocio jurídico, cuya ineficacia se intenta mediante el ejercicio de las acciones rescisorias, previstas en el art. 72 LC, son los acreedores del deudor declarado en concurso, pues al sufrir el patrimonio del concursado una reducción injustificada del activo, provocada por un determinado acto de disposición realizado por el deudor (luego declarado en concurso) que no se ve patrimonialmente correspondido por la entrada de un contravalor equivalente, se reduce la masa de bienes y derechos del concursado, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores, quienes tendrán así menos bienes realizables del deudor para hacerse pago con ellos.
Cuando el acto impugnado lo es con base en el art. 72 LC, el demandante no tiene que probar la existencia de un acuerdo defraudatorio entre el deudor, luego declarado en concurso, y la persona que con él celebra el acto impugnado, sino que debe limitarse a probar que dicho acto es perjudicial para la masa activa, perjuicio que, además, se presume en los supuestos previstos en el art. 71 LC.
La STS de 8 de noviembre de 2012 declara <<*Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son*

perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores). En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa.
Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)>>.
Sentado la anterior, hay que indicar que el negocio jurídico, objeto de la acción de reintegración, tuvo lugar dentro del período de los dos años anteriores a la declaración de concurso de la mercantil Promociones y Edificaciones Fortun, S.L., en fecha 20 de julio de 2012, y asimismo está acreditado que la cesión en pago de la finca registral NUM003, en la proporción de la que era propietaria la entidad antes referida, tenía como finalidad saldar el impago de una deuda nacida con motivo del contrato de compraventa de fecha 28 de julio de 2005, como se desprende de lo relatado en la propia escritura de dación en pago de fecha 7 de octubre de 2011, reconociéndose en el propio escrito de interposición del recurso que la dación en pago fue a raíz de un acuerdo extrajudicial y que lo fue para saldar una deuda existente por importe de 1.476.000 #.
Se trataba, pues, de una deuda preexistente contraída por la entidad Promociones y Edificaciones Fortun, S.L., para cuyo pago se formalizó la dación en pago del bien inmueble, operación esta que en sí misma considerada, y al margen del origen remoto de la deuda, no se considera amparada en lo dispuesto en el articulo 71.5.1º LC, pues dicho acto de dación en pago no es un acto ordinario de la actividad empresarial de la entidad deudora, y además, dicha operación, aunque redujera el pasivo de la sociedad, luego declarada en concurso, resultaba perjudicial para la mercantil cedente y para el resto de los acreedores, en cuanto suponía una disminución del activo patrimonial, ya que la dación en pago, estrictamente consideraba, y aunque hubiera tenido lugar a raíz de acuerdo surgido con motivo de un procedimiento judicial, no consta acreditado que reportara algún beneficio para la actividad empresarial de la cedente, con la circunstancia además de que el acto dispositivo se produjo en una fecha en la que ya existían datos significativos en orden a la crisis financiera de la entidad, Promociones y Edificaciones Fortun, S.L., pues que en el año 2011 era notoria la situación de crisis por la que atravesaba el sector inmobiliario, así como por el impago y los incumplimientos que venía arrastrando la mercantil referida.”: SAP Murcia (Sección 4) 27.03.2014 (Sentencia 201/2014; Rollo 990/2013)

“TERCERO.-Cuestiona la parte recurrente la inviabilidad de la acción ejercitada, por considerar que el acto impugnado, consistente en la referida operación de dación en pago, no ocasionó perjuicio patrimonial alguno.
Este Tribunal ha manifestado de manera reiterada, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo contenido, entre otras, en las sentencias de 16 de septiembre y 20 de octubre de 2010 y 12 de abril y 8 de noviembre de 2012, que constituyen actos perjudiciales, aquellos que comportan un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa. Se añade por la jurisprudencia, que éste se produce, tanto cuando se trata de actos que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado, como cuando se trata de aquellos actos que sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen sin embargo a la masa activa, como acontece con los que alteran el principio de paridad de trato o "par conditio creditorum". La citada sentencia de 8 de noviembre de 2012 añade que para valorar si un acto es perjudicial para la masa debe analizarse el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiese existido en aquella fecha.
Y es lo cierto, que en este caso la existencia de ese perjuicio en los términos que hemos señalado, aparece debidamente acreditado.
Se alude por la parte recurrente que la dación en pago respondía a un acuerdo extrajudicial por el que se dejaba sin efecto la demanda interpuesta por Dña. Concepción contra la mercantil "Mundo Gestión Inmobiliaria" S.L., en reclamación de la deuda que por importe de 1.476.000 #, había contraído dicha sociedad. Se añade además que la finca objeto de dicha dación en pago no formaba parte del patrimonio preexistente de la mercantil, sino que había sido adquirida directamente por los socios con la finalidad ya mencionada de transaccionar el procedimiento civil instado por la acreedora Sra. Concepción.
Sin embargo no compartimos tal pretensión.
Y ello se afirma así porque, no obstante dichas alegaciones, es lo cierto que atendidas las circunstancias concurrentes en la sociedad deudora en el momento temporal en que la citada operación se realizó, la acreedora apelante resultó beneficiaria en perjuicio de los demás acreedores. Nótese que el acto impugnado tiene lugar siete meses antes de la declaración de concurso de la sociedad deudora. Y además en un momento temporal en el que dicha sociedad se encontraba en situación de insolvencia, como acertadamente se razona en la sentencia apelada. Esta deficitaria situación económica se corrobora aún en mayor medida, por el hecho de que la finca objeto de dación en pago no formase parte del patrimonio de la mercantil deudora, ya que la misma fue adquirida para tal fin mediante la aportación de los socios de la UTE, incorporándose así al activo de la concursada. En efecto, este dato confirma dicha insolvencia y en definitiva las dificultades económicas de la sociedad para atender el pago regular de sus obligaciones. Estaríamos, por tanto, en presencia de una operación de ampliación de capital por parte de los socios de la que únicamente resultó beneficiada la acreedora Sra. Concepción, dado el evidente trato de favor recibido, en perjuicio de los demás acreedores, para la satisfacción de su crédito. El acto impugnado resultaba perjudicial para la masa, analizado, como indica la jurisprudencia antes mencionada, en el momento temporal de su ejecución proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva.
Téngase en cuenta que esa dación en pago de la deuda contraída por la Sra. Concepción, vencida y exigible al tiempo de declararse el concurso, se realiza cuando la mercantil deudora se hallaba en estado de insolvencia y

por tanto cuando tenía la obligación de presentar la correspondiente solicitud de concurso.
En consecuencia y en atención a todas las circunstancias expuestas, entendemos, que en este caso el perjuicio se produce porque el acto impugnado, si bien no afecta negativamente al patrimonio de la concursada, sí perjudica en cambio al principio "par conditio creditorum", dado el referido trato de favor recibido por uno de ellos para la satisfacción de su crédito en perjuicio de los demás.
Finalmente y como se indica en la sentencia apelada, la calificación final del concurso como fortuito, incluso a instancia de la Administración Concursal, no constituye obstáculo alguno para el éxito de la acción ejercitada. Se trata de cuestiones diferentes, ya que el análisis de las circunstancias o hechos que permitan la calificación del concurso como fortuito, no resultaría contradictorio con el hecho de que la dación en pago, en atención a las circunstancias examinadas, resulte infractora del principio de paridad e igualdad de trato entre los acreedores.
En consecuencia procede la desestimación de este motivo de recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 24.04.2014 (Sentencia 252/2014; Rollo 219/2014)

"TERCERO.-Cuestiona la parte recurrente la inviabilidad de la acción ejercitada, por considerar que el acto impugnado, consistente en la referida operación de dación en pago, no ocasionó perjuicio patrimonial alguno.
Este Tribunal ha manifestado de manera reiterada, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo contenido, entre otras, en las sentencias de 16 de septiembre y 20 de octubre de 2010 y 12 de abril y 8 de noviembre de 2012, que constituyen actos perjudiciales, aquellos que comportan un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa. Se añade por la jurisprudencia, que éste se produce, tanto cuando se trata de actos que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado, como cuando se trata de aquellos actos que sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen sin embargo a la masa activa, como acontece con los que alteran el principio de paridad de trato o *"par conditio creditorum".* La citada sentencia de 8 de noviembre de 2012 añade que para valorar si un acto es perjudicial para la masa debe analizarse el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiese existido en aquella fecha.
Y es lo cierto, que en este caso la existencia de ese perjuicio en los términos que hemos señalado, aparece debidamente acreditado.
Se alude por la parte recurrente que la dación en pago respondía a un acuerdo extrajudicial por el que se dejaba sin efecto la demanda interpuesta por Dña. Filomena contra la mercantil "Urbanilor" S.L., en reclamación de la deuda que por importe de 1.476.000 #, había contraído dicha sociedad. Se añade además que la finca objeto de dicha dación en pago no formaba parte del patrimonio preexistente de la mercantil, sino que había sido adquirida directamente por los socios con la finalidad ya mencionada de transaccionar el procedimiento civil instado por la acreedora Sra. Filomena.
Sin embargo no compartimos tal pretensión.
Y ello se afirma así porque, no obstante dichas alegaciones, es lo cierto que atendidas las circunstancias concurrentes en la sociedad deudora en el momento temporal en que la citada operación se realizó, la acreedora apelante resultó beneficiaria en perjuicio de los demás acreedores. Nótese que el acto impugnado tiene lugar siete meses antes de la declaración de concurso de la sociedad deudora. Y además en un momento temporal en el que dicha sociedad se encontraba en situación de insolvencia, como acertadamente se razona en la sentencia apelada. Esta deficitaria situación económica se corrobora aún en mayor medida, por el hecho de que la finca objeto de dación en pago no formase parte del patrimonio de la mercantil deudora, ya que la misma fue adquirida para tal fin mediante la aportación de los socios de la UTE, incorporándose así al activo de la concursada. En efecto, este dato confirma dicha insolvencia y en definitiva las dificultades económicas de la sociedad para atender el pago regular de sus obligaciones. Estaríamos, por tanto, en presencia de una operación de ampliación de capital por parte de los socios de la que únicamente resultó beneficiada la acreedora Sra. Filomena, dado el evidente trato de favor recibido, en perjuicio de los demás acreedores, para la satisfacción de su crédito. El acto impugnado resultaba perjudicial para la masa, analizado, como indica la jurisprudencia antes mencionada, en el momento temporal de su ejecución proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva.
Téngase en cuenta que esa dación en pago de la deuda contraída por la Sra. Filomena, vencida y exigible al tiempo de declararse el concurso, se realiza cuando la mercantil deudora se hallaba en estado de insolvencia y por tanto cuando tenía la obligación de presentar la correspondiente solicitud de concurso.
En consecuencia y en atención a todas las circunstancias expuestas, entendemos, que en este caso el perjuicio se produce porque el acto impugnado, si bien no afecta negativamente al patrimonio de la concursada, sí perjudica en cambio al principio *"par conditio creditorum",* dado el referido trato de favor recibido por uno de ellos para la satisfacción de su crédito en perjuicio de los demás.
Finalmente y como se indica en la sentencia apelada, la calificación final del concurso como fortuito, incluso a instancia de la Administración Concursal, no constituye obstáculo alguno para el éxito de la acción ejercitada. Se trata de cuestiones diferentes, ya que el análisis de las circunstancias o hechos que permitan la calificación del concurso como fortuito, no resultaría contradictorio con el hecho de que la dación en pago, en atención a las circunstancias examinadas, resulte infractora del principio de paridad e igualdad de trato entre los acreedores. ":SAP Murcia (Sección 4) 08.05.2014 (Sentencia 275/2014; Rollo 221/2014)

"TERCERO.-Cuestiona la parte recurrente la inviabilidad de la acción ejercitada, por considerar que el acto impugnado, consistente en la referida operación de dación en pago, no ocasionó perjuicio patrimonial alguno.
Este Tribunal ha manifestado de manera reiterada, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo contenido, entre otras, en las sentencias de 16 de septiembre y 20 de octubre de 2010 y 12 de abril y 8 de noviembre de 2012, que constituyen actos perjudiciales, aquellos que comportan un sacrificio patrimonial injustificado para la masa

activa. Se añade por la jurisprudencia, que éste se produce, tanto cuando se trata de actos que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado, como cuando se trata de aquellos actos que sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen sin embargo a la masa activa, como acontece con los que alteran el principio de paridad de trato o *"par conditio creditorum".* La citada sentencia de 8 de noviembre de 2012 añade que para valorar si un acto es perjudicial para la masa debe analizarse el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiese existido en aquella fecha.
Y es lo cierto, que en este caso la existencia de ese perjuicio en los términos que hemos señalado, aparece debidamente acreditado.
Se alude por la parte recurrente que la dación en pago respondía a un acuerdo extrajudicial por el que se dejaba sin efecto la demanda interpuesta por Dña. Mónica contra la mercantil "Inversiones Ricamar" S.L., en reclamación de la deuda que por importe de 1.476.000 #, había contraído dicha sociedad. Se añade además que la finca objeto de dicha dación en pago no formaba parte del patrimonio preexistente de la mercantil, sino que había sido adquirida directamente por los socios con la finalidad ya mencionada de transaccionar el procedimiento civil instado por la acreedora Sra. Mónica.
Sin embargo no compartimos tal pretensión.
Y ello se afirma así porque, no obstante dichas alegaciones, es lo cierto que atendidas las circunstancias concurrentes en la sociedad deudora en el momento temporal en que la citada operación se realizó, la acreedora apelante resultó beneficiaria en perjuicio de los demás acreedores. Nótese que el acto impugnado tiene lugar siete meses antes de la declaración de concurso de la sociedad deudora. Y además en un momento temporal en el que dicha sociedad se encontraba en situación de insolvencia, como acertadamente se razona en la sentencia apelada. Esta deficitaria situación económica se corrobora aún en mayor medida, por el hecho de que la finca objeto de dación en pago no formase parte del patrimonio de la mercantil deudora, ya que la misma fue adquirida para tal fin mediante la aportación de los socios de la UTE, incorporándose así al activo de la concursada. En efecto, este dato confirma dicha insolvencia y en definitiva las dificultades económicas de la sociedad para atender el pago regular de sus obligaciones. Estaríamos, por tanto, en presencia de una operación de ampliación de capital por parte de los socios de la que únicamente resultó beneficiada la acreedora Sra. Mónica, dado el evidente trato de favor recibido, en perjuicio de los demás acreedores, para la satisfacción de su crédito. El acto impugnado resultaba perjudicial para la masa, analizado, como indica la jurisprudencia antes mencionada, en el momento temporal de su ejecución proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva.
Téngase en cuenta que esa dación en pago de la deuda contraída por la Sra. Mónica, vencida y exigible al tiempo de declararse el concurso, se realiza cuando la mercantil deudora se hallaba en estado de insolvencia y por tanto cuando tenía la obligación de presentar la correspondiente solicitud de concurso.
En consecuencia y en atención a todas las circunstancias expuestas, entendemos, que en este caso el perjuicio se produce porque el acto impugnado, si bien no afecta negativamente al patrimonio de la concursada, sí perjudica en cambio al principio *"par conditio creditorum",* dado el referido trato de favor recibido por uno de ellos para la satisfacción de su crédito en perjuicio de los demás.
Finalmente y como se indica en la sentencia apelada, la calificación final del concurso como fortuito, incluso a instancia de la Administración Concursal, no constituye obstáculo alguno para el éxito de la acción ejercitada. Se trata de cuestiones diferentes, ya que el análisis de las circunstancias o hechos que permitan la calificación del concurso como fortuito, no resultaría contradictorio con el hecho de que la dación en pago, en atención a las circunstancias examinadas, resulte infractora del principio de paridad e igualdad de trato entre los acreedores.
En consecuencia procede la desestimación de este motivo de recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 08.05.2014 (Sentencia 274/2014; Rollo 220/2014)

"TERCERO.-Cuestiona la parte recurrente la inviabilidad de la acción ejercitada, por considerar que el acto impugnado, consistente en la referida operación de dación en pago, no ocasionó perjuicio patrimonial alguno.
Este Tribunal ha manifestado de manera reiterada, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo contenido, entre otras, en las sentencias de 16 de septiembre y 20 de octubre de 2010 y 12 de abril y 8 de noviembre de 2012, que constituyen actos perjudiciales, aquellos que comportan un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa. Se añade por la jurisprudencia, que éste se produce, tanto cuando se trata de actos que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado, como cuando se trata de aquellos actos que sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen sin embargo a la masa activa, como acontece con los que alteran el principio de paridad de trato o *"par conditio creditorum".* La citada sentencia de 8 de noviembre de 2012 añade que para valorar si un acto es perjudicial para la masa debe analizarse el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiese existido en aquella fecha.
Y es lo cierto, que en este caso la existencia de ese perjuicio en los términos que hemos señalado, aparece debidamente acreditado.
Se alude por la parte recurrente que la dación en pago respondía a un acuerdo extrajudicial por el que se dejaba sin efecto la demanda interpuesta por Dña. Filomena contra la mercantil "Urbanilor" S.L., en reclamación de la deuda que por importe de 1.476.000 #, había contraído dicha sociedad. Se añade además que la finca objeto de dicha dación en pago no formaba parte del patrimonio preexistente de la mercantil, sino que había sido adquirida directamente por los socios con la finalidad ya mencionada de transaccionar el procedimiento civil instado por la acreedora Sra. Filomena.
Sin embargo no compartimos tal pretensión.

Y ello se afirma así porque, no obstante dichas alegaciones, es lo cierto que atendidas las circunstancias concurrentes en la sociedad deudora en el momento temporal en que la citada operación se realizó, la acreedora apelante resultó beneficiaria en perjuicio de los demás acreedores. Nótese que el acto impugnado tiene lugar siete meses antes de la declaración de concurso de la sociedad deudora. Y además en un momento temporal en el que dicha sociedad se encontraba en situación de insolvencia, como acertadamente se razona en la sentencia apelada. Esta deficitaria situación económica se corrobora aún en mayor medida, por el hecho de que la finca objeto de dación en pago no formase parte del patrimonio de la mercantil deudora, ya que la misma fue adquirida para tal fin mediante la aportación de los socios de la UTE, incorporándose así al activo de la concursada. En efecto, este dato confirma dicha insolvencia y en definitiva las dificultades económicas de la sociedad para atender el pago regular de sus obligaciones. Estaríamos, por tanto, en presencia de una operación de ampliación de capital por parte de los socios de la que únicamente resultó beneficiada la acreedora Sra. Filomena, dado el evidente trato de favor recibido, en perjuicio de los demás acreedores, para la satisfacción de su crédito. El acto impugnado resultaba perjudicial para la masa, analizado, como indica la jurisprudencia antes mencionada, en el momento temporal de su ejecución proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva.
Téngase en cuenta que esa dación en pago de la deuda contraída por la Sra. Filomena, vencida y exigible al tiempo de declararse el concurso, se realiza cuando la mercantil deudora se hallaba en estado de insolvencia y por tanto cuando tenía la obligación de presentar la correspondiente solicitud de concurso.
En consecuencia y en atención a todas las circunstancias expuestas, entendemos, que en este caso el perjuicio se produce porque el acto impugnado, si bien no afecta negativamente al patrimonio de la concursada, sí perjudica en cambio al principio *"par conditio creditorum",* dado el referido trato de favor recibido por uno de ellos para la satisfacción de su crédito en perjuicio de los demás.
Finalmente y como se indica en la sentencia apelada, la calificación final del concurso como fortuito, incluso a instancia de la Administración Concursal, no constituye obstáculo alguno para el éxito de la acción ejercitada. Se trata de cuestiones diferentes, ya que el análisis de las circunstancias o hechos que permitan la calificación del concurso como fortuito, no resultaría contradictorio con el hecho de que la dación en pago, en atención a las circunstancias examinadas, resulte infractora del principio de paridad e igualdad de trato entre los acreedores.
En consecuencia procede la desestimación de este motivo de recurso.”: SAP Murcia (Sección 4) 20.05.2014 (Sentencia 275/2014; Rollo 221/2014)

“PRIMERO.- La Administración Concursal de la mercantil Pura Fruta, S. L, plantea una acción de reintegración, que se registra como incidente concursal ante el Juzgado de lo Mercantil que está tramitando el concurso, para que se declare la rescisión e ineficacia de una dación en pago realizada por la concursada a favor de D. Santos (se entrega la maquinaria de la empresa para satisfacer una deuda), operación que se hizo dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.
La concursada se allana, alegando que se hizo esa operación "con el fin de garantizar... que los bienes no se los llevaran otros acreedores".
D. Santos se opone a la demanda alegando que ha mantenido diversas relaciones comerciales con la concursada, con un quebranto patrimonial que la propia Administración Concursal ha valorado en 210.000 # (él ha impugnado la lista provisional), existiendo una causa penal contra los administradores sociales por estafa porque la maquinaria que se le entregó en pago de su deuda no toda ella era de Pura Fruta, S. L., y estaba gravada, lo que se le ocultó. Además, tras la dación en pago, él alquiló la maquinaria a Pura Fruta, quien a su vez la ha arrendado, sin su consentimiento, a un tercero. Por otro lado, no está probado el valor de la maquinaria, no existe perjuicio patrimonial injustificado y él no ha actuado de mala fe, por lo que interesa que no haya lugar a la rescisión o, subsidiariamente, que la deuda que se pretendía cancelar con la dación en pago se califique como crédito contra la masa y sea satisfecha como tal.
Tras la celebración del juicio, con la práctica de las pruebas admitidas, se dictó sentencia por la que se estima la demanda, sin costas, declarando que la dación en pago se hizo a título gratuito (gran diferencia entre la deuda que se pretendía saldar y el valor de la maquinaria), por lo que procede rescindir ese negocio jurídico, debiendo reintegrarse la maquinaria (salvo la extractora por no ser propiedad de la concursada) para incluirla en la masa activa. Como el Sr. Santos es un socio o administrador de hecho, se declara persona especialmente relacionada, por lo que su crédito de 49.001 # tiene la calificación de subordinado.
Se plantea recurso de apelación por D. Santos, que sostiene que no se ha valorado correctamente la prueba practicada, pues él no es socio ni administrador de hecho, sino un inversor, que ha prestado dinero o avalado deudas de la mercantil ahora concursada, asumiendo sus deudas, y que pretendía resarcirse de sus créditos con la operación que se rescinde, la cual no es un acto gratuito, porque se le deben más de 200.000 # y el valor real de la maquinaria es muy inferior a dicha deuda (la única prueba practicada es el informe pericial de la parte demandada que así lo acredita). No existe fraude de acreedores, sino un intento de abonar la deuda preexistente a un acreedor. En todo caso, si procediese la rescisión, su crédito sería contra la masa, nunca un crédito subordinado, porque es un inversor y no un administrador o socio de hecho. Por todo ello interesa la revocación de la sentencia declarando no haber lugar a la rescisión del contrato o, subsidiariamente, que la rescisión lleve consigo la calificación de su crédito como contra la masa.
Del recurso se dio traslado a las restantes partes, y tanto la concursada como su administración concursal se han opuesto al mismo, defendiendo el acierto de la sentencia de primera instancia, cuya íntegra confirmación interesan.
SEGUNDO.- Tras una exposición sobre los distintos actos procesales (demanda, contestaciones, pruebas y sentencia), el apelante pasa a exponer los motivos del recurso, comenzando por cuestionar los pronunciamientos de la sentencia al considerar que no se han valorado correctamente las pruebas practicadas. Así, entiende que no procede la rescisión del contrato de dación en pago de fecha 28 de noviembre de 2011

porque no se trata de un acto gratuito en fraude de los restantes acreedores (que no era lo interesado por la Administración Concursal), pues ha quedado acreditado que frente a la concursada tiene créditos superiores a los 200.000 # y que la finalidad de la dación en pago era la de resarcirle, parcialmente, de los mismos (así lo expresa la concursada al contestar a la demanda). Por otro lado el valor de la maquinaria no era el de compra (350.000 #), sino el residual evidenciado por el informe pericial practicado a su instancia, única prueba llevada a cabo en este procedimiento sobre esta cuestión, que fija un valor de 17.802#75 #.
No es cierto, como afirma el apelante, que la demanda inicial de la Administración Concursal no invocara la gratuidad del acto de disposición que combate, pues en los Hechos (quinto párrafo del Hecho Segundo) relata que se han dado en pago bienes por valor de más de 350.000 # por una deuda de 49.000 #, y en los Fundamentos de Derecho (IV.3) se invoca expresamente el artículo 71.2 sobre la presunción iuris et de iure de perjuicio para los actos del deudor a título gratuito. La referencia que la sentencia de primera instancia hace a que tal actuación se ha realizado en fraude de acreedores no tiene relevancia jurídica a efectos de si procede o no la rescisión, pues, como la propia sentencia indica, la acción de rescisión tiene "una base absolutamente objetiva..., para lograr la rescisión del acto atacado, se asienta en la simple existencia de un perjuicio patrimonial, sin atender a la presencia o no de intención fraudulenta alguna".
Pero, incluso si se aceptara la tesis del apelante, en el sentido de que se trataba de una dación en pago por créditos preexistentes (en aquél momento serían los de 88.500 y 49.001 #, según los documentos 1 y 2 de la demanda), la rescisión del mimo procedería bien por aplicación del art. 71.3 LC (presunción iuris tantum de perjuicio por haberse realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado) o, si se entiende que no concurre este supuesto, como luego se examinará, porque no se cuestiona que había en dicho momento otros acreedores (el propio apelante reconoce que parte de la maquinaria estaba sin pagar) y porque tampoco se ha discutido que sea cierto que los únicos bienes que integran el activo de la concursada son esas máquinas. Ello implica, como ponen de relieve la concursada y sus administradores sociales, que la finalidad de tal reconocimiento de deuda fue la de evitar que el resto de acreedores pudieran llevarse esos bienes, por lo que se ha dado un trato privilegiado al Sr. Santos, lo que claramente implica una quiebra del principio par conditio creditorum, que determina, por sí solo, la rescisión del contrato ahora objeto de este incidente.
Y ello, con independencia de la valoración de los bienes que, por otra parte, la Sala coincide con la que hace la sentencia de primera instancia de la prueba pericial realizada a instancia del demandado-apelante, pues ni consta la titulación del perito (la concursada al oponerse al recurso refiere que es la de arquitecto técnico), ni en el acto del juicio dio razón de los criterios utilizados para esa valoración, siendo muy dispar el valor de adquisición (284.660#20 #) y el residual (17.802#75 #).
Incluso si se parte de que se trata del pago de una deuda vencida, líquida y exigible, la dación en pago debe ser rescindida porque, además de existir un perjuicio directo (no hay masa activa en la que hacer efectivo el concurso para dar una satisfacción equitativa al conjunto de los acreedores), concurre el requisito de que estamos ante un sacrificio patrimonial injustificado, al que se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 6 de febrero de 2009, que es recogido por la STS de 27 de octubre de 2010, y reiterado por la SAP Barcelona de 15 de junio de 2011 que viene a decir que "...en nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 partíamos de la consideración de que existe perjuicio para la masa activa cuando el acto de disposición conlleva un "sacrificio patrimonial injustificado", que exige un doble requisito: una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado. Criterio recogido recientemente por la STS (1ª) de 27 de octubre de 2010 (Roj: STS 5329/2010), cuando invoca este concepto de sacrifico patrimonial injustificado en un caso en que el acto de disposición objeto de rescisión era un negocio con reciprocidad de prestaciones, en que no existió una equivalencia de prestaciones (una venta de dos inmuebles por un precio muy inferior al de mercado), y este desequilibrio no se justificaba por las circunstancias concurrentes." En el presente caso estaríamos ante una dación en pago de todo el patrimonio de la deudora para satisfacer una deuda bastante inferior a su valor.
Señala la sentencia de la AP de Barcelona, sección 15ª, de 27 de enero de 2011, al concretar el concepto de perjuicio indirecto, que en los "...supuestos, de pago de deudas preexistentes, vencidas a la fecha de declaración de concurso (ya sea mediante dación de bienes), no puede aceptarse en puridad un perjuicio patrimonial directo o en sentido estricto, ya que la disminución del activo que supone el pago total o parcial de la deuda va acompañada, correlativamente, de la disminución del pasivo en la misma proporción, por lo que el patrimonio neto no se resiente. El perjuicio se derivaría propiamente, ya lo hemos dicho, de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar el favorecimiento injustificado a un acreedor que hubiera debido someterse, en cuanto titular de un crédito concursal sin privilegio, a la regla de par conditio creditorum y a la consiguiente comunidad de pérdidas, y al que, por razón de ese pago, se evita concurrir, aunque sea en cierta medida, al procedimiento concursal, con el consiguiente perjuicio de los demás acreedores, que hallarán una masa improcedentemente disminuida".
Por todo lo expuesto, debe confirmarse la rescisión del contrato celebrado entre las partes en 28 de noviembre de 2011 denominado "de extinción de obligación económica por pago en especie".": SAP Murcia (Sección 4) 26.06.2014 (Sentencia 398/2014; Rollo 305/2014)

“SEGUNDO.-En el segundo motivo se alega que la acción ejercitada en la demanda es la prevista en artículo 71.1 LC, no la genérica que se refiere en el artículo 71.4 LC. Que la dación del bien fue para el pago de una deuda, estando reconocida ésta en la lista de acreedores; que el pago puede hacerse en la forma convenida o por cualquier otra modalidad, entre ellas, la cesión de bienes, prevista en el artículo 1.175 del Código Civil; que en el caso contemplado en la presente litis se trata de una minoración del activo justificada, pues fue para atender el pago de una deuda, que minoró del mismo modo el pasivo. Se hace mención al valor del objeto de la dación en pago; que no se ha acreditado el perjuicio patrimonial para la concursada; que el crédito era

privilegiado al tener naturaleza de refaccionario, por derivar de construcciones efectuadas a la concursada y que ante créditos de distinta naturaleza no cabe hablar de la aplicación del principio "pars conditio creditorum".
La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda, declarando la rescisión de la dación en pago de deudas de la finca 45.459, del Registro de la Propiedad de Cuevas del Almazora, efectuada a favor de la mercantil Cubiertas y Fomento de Obras, S.L., en escritura pública de fecha 30 de agosto de 2012. Se indica que el acto perjudicial para la masa activa realizado en los dos años anteriores se puede incluir en el artículo 71.4 LC; que se trata de un acto realizado por la concursada con un claro perjuicio patrimonial de la masa activa; que de manera injustificada se cedió la finca registral 45.459 a la codemandada en un período sospechoso, un año y tres meses antes de la declaración del concurso, cuando existían otros créditos pendientes, por lo que se trata de un acto que vulnera la pars conditio creditorum, ya que existían otros acreedores.
En el artículo 71 LC se establece: "1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria".
En cuanto al perjuicio patrimonial para la masa, cuestionado en el recurso, hay que referir la doctrina jurisprudencial que se refiere a continuación. Y así la STS de 26 de octubre de 2012 declara:*"El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta. El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso. El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa. 6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum. Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en lasentencia 855/2007, de 24 de julio, donde negamos la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un corolario moderno de este*

principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido. 7. En el presente supuesto no se cuestiona que el crédito satisfecho por la concursada a Postventa fuera un crédito real, vencido y exigible. El problema radica en que las circunstancias que rodean al pago ponen en evidencia su injustificación. (..). Este pago que, en principio, sería válido, al ser debido y exigible, se ve afectado por que, no mucho más tarde (el 5 de marzo de 2007), la propia deudora (Vitelcom) solicitó su propio concurso de acreedores, que fue declarado el 16 de marzo de 2007, pero con la consideración de necesario, pues el art. 22.2 LC prevé que "el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiere presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque este hubiere desistido. "Detrás de esta consideración legal, aplicada al caso por el magistrado de lo mercantil que declaró el concurso de acreedores, se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió. Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto".
La cita del artículo 71.4 LC por la sentencia recurrida no supone incongruencia alguna ni vulnera del derecho de tutela judicial efectiva, ya que en dicho apartado se establece la obligación de acreditar el perjuicio por parte del que ejercita la acción de reintegración, perjuicio que en el presente caso se considera acreditado por la dación en pago efectuada en el escritura pública de fecha 30 de agosto de 2012 por la concursada a favor de la mercantil apelante, pues supuso un sacrificio injustificado para la masa activa, con alteración del pars conditio creditorum, ya que existían otros acreedores, como afirma la AC. Tampoco se ha acreditado que la cesión de bienes efectuada en la escritura de 30 de agosto de 2012 fuera beneficiosa para la concursada por haber influido en la posibilidad de continuar desarrollando su actividad. También se considera acreditado que la cesión de bienes tuvo lugar en una fecha en que ya se habían manifestado las dificultades económicas de la concursada y su falta de liquidez acreditada, pues en el propio recurso se refiere el conocimiento de las gestiones realizadas por los administradores de la concursada ante Cajamurcia para obtener financiación. La naturaleza de crédito refaccionario no constituye un argumento en que se pueda fundamentar la validez de la constitución de la hipoteca, objeto de la acción de reintegración, y descartar la existencia de perjuicio patrimonial, ya que la cuestión, de la calificación de los créditos en función de su naturaleza, es ajena a este procedimiento de reintegración, y por otro lado tampoco se considera acreditado que el supuesto crédito refaccionario se hubiera constituido con las formalidades y garantías a las que alude el artículo 90.2 LC. Se considera, pues, que se ha acreditado el perjuicio exigido por el artículo 71.4 LC, al tiempo que concurren, además, los requisitos exigidos por el artículo 71.1 LC.": SAP Murcia (Sección 4) 15.01.2015 (Sentencia 27/2015; Rollo 749/2014)

AP Oviedo

"SEGUNDO.-Versa la presente litis acerca de la reintegración concursal del acto de disposición contenido en la escritura pública otorgada el 12 enero 2010 por cuya estipulación segunda "reconoce la Sociedad " Sierra y Dorado, S.L. " que consecuencia de préstamos concedidos por doña María Inés y don Alfredo, la sociedad adeuda a estos entre otras cantidades, la suma de cuatrocientos veintiún mil cuatrocientos veintiséis euros con cuarenta y nueve céntimos", estableciendo seguidamente su estipulación tercera "que han convenido entre ambas partes la cesión a parte acreedora, por la deudora, para pagao de parte de lal deuda existente, de las fincas descritas en le expositivo Primero de esta escritura".
Para centrar el objeto del debate habremos de hacer una consideración preliminar, cual es que la reintegración ejercitada aparece dirigida frente a una transmisión de bienes con efectos solutorios de una deuda anterior, esto es, se dirige a atacar una dación en pago en cuanto que medio extintivo de las obligaciones, tratándose por lo tanto de un acto unilateral solvendi causa que es llevado a cabo por quien se dice deudor en esa relación obligatoria. Lo anterior deviene relevante por cuanto la reintegración de un acto solutorio como el que nos ocupa, consistente en una prestación unilateral a cargo tan solo de la parte concursada, no puede comportar por su misma naturaleza ningún tipo de efecto restitutorio de prestaciones -al contrario de lo que sucedería con la rescisión de un negocio bilateral con contraprestaciones a cargo de una y otra parte intervinienteslo que conlleva a su vez la inaplicación al caso de lo dispuesto en el art. 73-3 L.C. (como señala la ST 26 octubre 2012) y por lo tanto la irrelevancia de la discusión planteada en esta alzada acerca de si existió o no buena o mala fe en la contraparte del concursado. El único elemento que se erige como decisivo para el éxito de la reintegración viene dado por la determinación del perjuicio exigido por el art. 71 L.C., concepto indeterminado pero que debe ser interpretado como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76.LC.), y, además, debe carecer de justificación (así STS 27 octubre 2010 y 26 octubre 2012).
Por lo que respecta al examen de la concreta operación que es objeto de la presente acción de reintegración, habemos de partir del dato que viene dado por el pronunciamiento contenido en la Sentencia de primera instancia en el que se viene a reconocer a los codemandados Don Alfredo y Doña María Inés como titulares de un crédito subordinado por importe de 421.426,49 euros y que se corresponde con el crédito a cuya extinción se dirigía la dación en pago que ahora trata de ser rescindida, siendo éste un pronunciamiento que ha devenido firme al haber sido consentido por todos los litigantes y que por tanto no puede ser revisado en esta alzada, circunstancia que, consecuentemente, excluye del debate cualquier análisis acerca de si la deuda que

mantenía la sociedad concursada con sus socios era una deuda cierta y real o no lo era. De ello se deriva asimismo que el examen de la litis no podrá llevarse a cabo bajo la presunción iuris et e iure de existencia de perjuicio prevista en el art. 71-2 L.C. para los actos de disposición a título gratuito sino, como acertadamente señala el Ilmo. Juez de lo Mercantil, bajo la presunción iuris tantum de perjuicio en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, tal y como dispone el art. 71-3-1º L.C., toda vez que tanto Don Alfredo como Doña María Inés eran titulares, respectivamente, en el momento del nacimiento del crédito de un capital social en "Sierra y Dorado, S.L." que superaba el umbral del 10% exigido por el art. 93-2-1º L.C. para ser tenidos como personas especialmente relacionadas con la concursada.
A partir de aquí habremos de tener en cuenta las circunstancias que rodearon el otorgamiento de la escritura de dación en pago, y así encontramos que dicho acto de disposición se instrumentó en documento público el 12 enero 2010, siendo así que el 10 junio siguiente la sociedad "Sierra y Dorado, S.L." presentó ante el Juzgado escrito en el que, de conformidad con lo previsto en el art. 5-3 L.C. (según la redacción otorgada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal), venía a comunicar que había iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, viéndose abocada finalmente a presentar escrito de fecha 1 septiembre solicitando su declaración de concurso voluntario que fue así declarada mediante Auto de de 21 octubre 2010. De la anterior secuencia de acontecimientos cabe inferir que en el momento en que se llevó a cabo la dación en pago la sociedad "Sierra y Dorado, S.L." se encontraba ya en situación de insolvencia si tenemos presente para ello la proximidad temporal con el escrito presentado por ella ante el Juzgado 5 meses después en el que reconoce su situación de insolvencia actual (el art. 5-3 L.C. contempla como presupuesto de la "comunicación previa" que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual), lo que se traduce en una indebida alteración de la par conditio creditorum (repárese en que el art. 71-2 in fine L.C. permite aplicar un concepto amplio del concepto de "perjuicio", comprensivo también de la lesión en la masa pasiva donde residencia la par conditio creditorum) en tanto que trato de favor injustificado a ese acreedor que ve satisfecho su crédito de manera preferente frente al resto de acreedores concurrentes que acuden al concurso y cuya expectativa de cobro se ve disminuida ante una masa activa menguada precisamente por dicho acto de disposición patrimonial. En este punto hemos de recordar que nuestro Alto Tribunal ha venido a declarar que un acto dispositivo como es el pago llevado a cabo en un momento muy cercano en el tiempo a la declaración de concurso -en el que, por ello mismo, cabe presumir que ya concurría entonces una situación de insolvencia actual- será un pago injustificado, por mas que se pueda corresponder con el pago de un crédito real, vencido y exigible, en la medida que suponga una vulneración de la par conditio creditorum "porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto" (STS 26 octubre 2012). Si a ello le añadimos el dato muy cualificado de la especialísima vinculación que tienen aquellos acreedores con la sociedad, al ser Don Alfredo y Doña María Inés sus únicos socios y esta última además su administradora única, queda patente que la operación se ha instrumentado como un medio en su exclusivo beneficio y en detrimento del resto de acreedores, llevado a cabo en un momento muy próximo en el tiempo a su declaración de concurso, de todo lo cual se deriva que los demandados no han conseguido destruir la presunción iuris tantum de existencia de perjuicio prevista en el art. 71-3-1º L.C. No resulta obstáculo a la anterior conclusión el hecho de que exista un adecuado equilibrio entre las prestaciones, por resultar equivalente el avalúo de las fincas contenido en el informe elaborado por la Administración concursal con el importe de la deuda a satisfacer, pues el perjuicio para la masa no aparece cifrado en tal circunstancia sino en la arriba expuesta referida a una concepción amplia del concepto de perjuicio en cuanto que comprensivo también, siempre que concurran para ello determinadas condiciones, de la alteración de la par conditio creditorum. Y deberá decaer asimismo por su inconsistencia la alegación referida a un pretendido abuso de derecho al corresponder los bienes objeto de la reintegración con las viviendas familiares del matrimonio codemandado, pues lo determinante sigue siendo que se trataba de bienes que formaban parte integrante del patrimonio de la sociedad concursada y que salieron de él en un momento comprendido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponiendo dicho acto dispositivo un sacrificio patrimonial injustificado para la masa.
TERCERO.-Trata seguidamente la parte apelante de justificar la ausencia de aquel perjuicio por existir superávit en la masa del concurso. Se dice a tal respecto que el informe elaborado por la Administración concursal arroja un neto patrimonial de 3.019.007,78 euros (el activo representa por tanto el 243,15% del pasivo), superávit que se ve asimismo confirmado en el plan de liquidación. Se añade igualmente que el principal crédito en el concurso se corresponde con el que resulta de la titularidad de la Caja Rural de Asturias por importe de 1.138.370,59 euros (la mitad del pasivo), siendo así que se trata de un crédito con privilegio especial por estar garantizado con hipoteca inmobiliaria, garantía que asegura su satisfacción pues aún en el supuesto de subasta judicial de los bienes hipotecados el 60% de su valor sería suficiente para cubrir el crédito. El planteamiento de este motivo del recurso nos remite a la cuestión de la suficiencia de bienes en el concurso y de la instrumentalidad en tales casos de la vía reintegradora como fuente de acrecimiento de la masa activa. Efectivamente, sabido es que las acciones de reintegración del art. 71 L.C. constituyen uno de los remedios para devolver a la masa activa los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor fallido en el período de dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso mediante actuaciones que hubieran resultado perjudiciales para aquella masa, lo que se obtiene mediante la declaración de ineficacia del acto impugnado con los consiguientes efectos de restitución in natura de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (art. 73-1 L.C.). Sentado lo anterior cabe reparar, no obstante, en que tanto los textos definitivos como el plan de liquidación señalan que la masa activa de la concursada "Sierra y Dorado, S.L." viene integrada por 7 bienes inmuebles libres de cargas así como otras 2 fincas sujetas a garantía hipotecaria (una de ellas pendiente del ejercicio de otra acción de reintegración), a lo que cabe añadir, en una proporción muy inferior, la existencia de inversiones financieras y otros derechos de crédito pendientes de cobro, siendo

buena parte de ellos derechos litigiosos. Llegados a este punto y aún admitiendo que uno de los presupuestos de la acción de reintegración viene dado por su subsidiariedad respecto de la suficiencia patrimonial -que no subsidiariedad jurídica- de la concursada, lo bien cierto es que no resulta posible realizar tal pronóstico en el momento actual con un mínimo de certeza cuando nos encontramos con que el plan de liquidación aprobado mediante Auto de 30 mayo 2012 contempla la enajenación de la masa activa de una sociedad patrimonial integrada prácticamente en su totalidad por bienes de naturaleza inmobiliaria y con unas expectativas de realización que resultan obviamente dudosas habida cuenta del progresivo desplome del mercado en este sector, siendo así que un eventual fracaso en la obtención del avalúo asignado a cada uno de tales activos podría suponer en la práctica la imposibilidad de retomar con éxito en un momento ulterior la presente reintegración ante los más que probables obstáculos que habrían de surgir para conseguir la restitución de prestaciones en los casos en que, por el tiempo transcurrido, los bienes de que se trata hubieran desaparecido, devenido irreivindicables, depreciado (pues también el objeto de esta reintegración son bienes inmuebles), etc., todo ello en detrimento del interés del concurso, consideraciones todas ellas que conducen a entender que las alegaciones examinadas no pueden entorpecer la viabilidad de la acción de reintegración que nos ocupa.”: SAP Oviedo (Sección 1) 07.02.2013 (Sentencia 39/2013; Rollo 547/2012)

AP Salamanca

“Segundo.-Ciertamente, los hechos probados de los que debe partirse para la solución del presente conflicto, hechos cuya realidad y verdad ni siquiera ha discutido la parte apelante son los siguientes:
-que el día 7 de abril de 2008 se otorgó por Horpresa a favor de Horpecasa una escritura pública de "reconocimiento de deuda y cesión de crédito, en la cual la primera reconocía adeudar a la segunda la cantidad de 1.046.015,58 euros, como consecuencia de efectos comerciales devueltos, y como pago le cedía todos los derechos de cobro de clientes por importe de 2.435.339,21 euros:
-que el día 23 de septiembre 2008 se declaró el concurso de acreedores de Horpresa, la cual como consecuencia de la cesión de créditos antes mencionada, vio reducido el total de su activo de 2.858.480,21 # a 423.141 #. (...)
Pues bien, de acuerdo con la vigente regulación concursal, para la prosperabilidad de la acción de reintegración por la vía de la rescisión del art. 71 y ss de la L.Co., es necesario: 1.- Que se trate de un acto del deudor, entendido en sentido amplio y comprensivo tanto de acciones u omisiones, sean contratos, disposiciones, actos extintivos de obligaciones, atribuciones solvendi/donandi/credendi causa, comportamientos expresos o tácitos, etc; 2.- Que dicho acto -no sus efectos- se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso; y 3.- Que haya supuesto tal acto un perjuicio para la masa activa, bastando para la concurrencia de este presupuesto que el acto haya disminuido el patrimonio de la concursada o haya impedido su razonable incremento, debiendo valorarse tal perjuicio desde la perspectiva de la pars conditio y de la pluralidad de acreedores, lo que supone incluir no solo aquellos actos que supongan una minoración del activo patrimonial, sino aquellos actos o disposiciones de la concursada que sin alterar el neto patrimonial supongan una alteración de la necesaria paridad de trato en el periodo temporal señalado -donde se incluirían los pagos realizados por el deudor a alguno de sus acreedores, en el periodo temporal señalado y en perjuicio de los demás-.
En tal sentido debe señalarse que es doctrina reiterada, (cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 15.1.2010) que el perjuicio para la masa activa también puede provenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, según la regla de paridad de trato. Porque la regla de la "par conditio creditorum" subyace en el proceso concursal, de manera que también operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino además del pasivo, no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de igualdad de trato a los acreedores según las reglas predeterminadas legalmente. Lo que ocurre cuando dentro del período patrimonialmente deficitario se satisface tan solo el derecho de algunos elegidos en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban que mientras se sobreseía el pago de sus créditos se disminuía, en cambio, el activo que a todos interesaba a costa de atender los intereses particulares de algunos de ellos. Se justifica en tal caso la retroacción a favor de un trato más justo e igualitario del colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. Así lo ha considerado también la jurisprudencia cuando, para salvar al acto de la nulidad por la retroacción, ha atendido a la falta de connivencia de ningún tipo entre la quebrada y la acreedora demandada para dar preferencia a ésta y discriminar a los demás acreedores, en perjuicio, por tanto, de la masa de la quiebra, y con lesión de la "par conditio creditorum"(sentencia del TS de 13 de septiembre de 2007).
En igual sentido y respecto al concreto acto de la dación en pago, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª de 22.10.2008 que"... Existe por tanto perjuicio desde la perspectiva que interesa al concurso, esto es, en cuanto el acto de dación en pago supone a la postre una restricción de los derechos de créditos de los terceros acreedores de la concursada, pues es evidente que el mecanismo ya extraordinario de la dación en pago (no constando su previsión en el caso del crédito particular) y el privilegio que se hace con su uso a un concreto acreedor, reduce los derechos de aquellos otros acreedores, primero por la alteración de la pars y, en segundo lugar, por la reducción de la masa pasiva desde el momento en que no existe además equivalencia económica entre el bien y el fin que constituye causa del negocio de la dación en pago. En suma, en el caso hay perjuicio porque hay objetiva disminución, con el negocio de dación en pago, del patrimonio del deudor y además, se produce con el pago del crédito, una alteración injustificada de la preferencia de cobro entre los acreedores concursales.."; añadiendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 6.2.2009 y para evitar que el automatismo genere resultados injustos, que se trate

de un" sacrificio patrimonial no justificado" atendidas las circunstancias concurrentes como pueden ser que el acto implique una ampliación de crédito o transformación de deuda enmarcado en un contexto de renegociación para continuación de la actividad y salvamento de la empresa. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 16-9-2010, nº 548/2010, rec. 1924/2006. Pte: Corbal Fernández, Jesús señala que: "La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico".
En el presente caso, como con total acierto se señala en la sentencia impugnada, es claro que la operación de reconocimiento de deuda y cesión de crédito objeto de juicio es indudablemente perjudicial para la masa activa porque supone que la entidad concursada se desprendió de un bien esencial de su activo, como es toda la cartera de clientes pendientes de cobro a esa fecha y por importe de 2.435.339, 21 #, cantidad que es más de cinco veces superior al valor del activo que ha quedado en la empresa por importe de 423.141#, para atender a un pasivo de casi 12. 000.000 de Euros. Operación que se realizó para favorecer a un acreedor concreto, Horpecasa, al que no sólo se le ceden los créditos para saldar su deuda por importe de 1.046.015,58 euros, sino que además recibe un exceso de posibilidad de cobro de casi 1.400.000 #, que correlativamente, supone para el resto de la comunidad de acreedores, una disminución de sus expectativas para el cobro de sus créditos.
Por tanto, el perjuicio es evidente, ya que se ha desposeído la concursada, en momentos previos al concurso, tan sólo unos meses antes, del bien más importante de su activo, y ello para favorecer injustificadamente a un acreedor con una cesión de créditos muy superior al crédito que éste ostentaba frente a la concursada. De manera que concurre claramente el requisito del perjuicio de la masa activa y de la falta de respeto a la igual condición de los acreedores, junto con el requisito temporal, sin necesidad de que se acredite, como hemos visto, ningún ánimo de dañar o defraudar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente a los demás acreedores, a quienes se causó un perjuicio, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Todo ello complementado, como exige la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada, con el aspecto objetivo valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico, como sucede en el presente caso, donde a la postre, y tan sólo unos meses antes de declararse en concurso, el deudor entregó a uno de los acreedores prácticamente todo su activo para que éste llevase a cabo las labores propias de la Administración Concursal, bajo la supervisión judicial, y no para la protección de toda la masa de acreedores, sino para la protección primordial y precedente únicamente de su crédito, y al parecer también en un principio, del crédito de un tercer acreedor, el cual, en todo caso, como hemos visto, renunció a ese beneficio. Sin que, en fin, conste ningún acuerdo con la Administración Concursal para dar satisfacción al resto de los créditos con el sobrante de lo recobrado por la demandada, acuerdo que en todo caso sería también perjudicial para la igualdad de trato de los acreedores, verdadera razón de ser legal de dicha Administración Concursal.
Del mismo modo, en el plano de los efectos de la acción de reintegración la sentencia impugnada tan sólo ha aplicado las consecuencias legalmente establecidas al efecto en el artículo 73 LC, conforme al cual debe reintegrarse a la masa activa el importe total de todos los créditos cedidos- 2.435.339,21 # -, importe que estará compuesto por el importe de aquellos deudores pendientes de cobro y por el importe de aquellos deudores que hayan pagado y cuyos créditos haya cobrado Horpecasa, si los hubiere, cuyo dinerario habrá de ingresarse en la cuenta de la concursada.”: SAP Salamanca (Sección 1) 01.07.2011 (Sentencia 297/2011; Rollo 739/2010)

AP Zaragoza

“PRIMERO.-La entidad demandada dió en pago a la otra demandada determinado bien inmueble el día diez de marzo de dos mil once y fue declarada en concurso voluntario de acreedores el día trece de septiembre del mismo año, cuyo acto de transmisión debe ser rescindido a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal al disponer que "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta", cuya noción de perjuicio para la masa activa comprende no sólo los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad, supuestos que deben estimarse concurrentes en el presente caso, en el que con la transmisión patrimonial operada por el deudor se disminuyó su patrimonio en detrimento de la garantía dispuesta por el artículo 1911 del Código Civil, y también de la masa activa del concurso, favoreciendo al demandado exento de privilegio especial pero perjudicando a los restantes acreedores, contrariando el principio "Pars conditio creditorum", con lo que se vulnera el trato paritario que debe otorgarse a los créditos, cuya prueba debe considerarse ha realizado la parte actora con la aportación de la correspondiente escritura de dación en pago, justificativa de la traslación del bien, con lo que la consecuencia a extraer es de todo punto lógica, ese beneficio de un acreedor en perjuicio injustificado de los restantes, sin que se pueda atender las razones expuestas por la recurrente sobre la hipoteca constituida sobre bienes de una entidad relacionada con la demandada, dado la separación de sociedades e independencia de sus bienes, por lo que cada una de ellas debe responder de sus deudas con su propio patrimonio, atendiéndose al pago de las deudas únicamente en atención al sistema de prelación establecido en el procedimiento concursal conforme a lo dispuesto en la Ley, sin permitir pagos anticipados exentos de la debida justificación, que la recurrente no ha acreditado.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 01.06.2012 (Sentencia 343/2012; Rollo 343/2012)

“SEGUNDO.-En primer lugar, y para aclarar conceptos, es preciso señalar que no cabe hablar en modo alguno de compensación de créditos entre MERCAZARAGOZA y BIMARCA, por la sencilla razón de que conforme al art. 1195 CC la compensación exige que dos personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra de una cantidad de dinero vencida, líquida y exigible, y no existía al tiempo del contrato deuda alguna de la primera para con la segunda con tales características, lo que excluye ya cualquier alusión al art. 58 LC. El término compensación empleado en las escritura de subsanación no es empleado en su sentido jurídico, sino en el económico

Se trata, pues, de una auténtica dación en pago, por la que la concursa paga a su acreedora los créditos vencidos por razón de canon del derecho de superficie -224.491'87 #- mediante la entrega de la nave de mención, y en lo que el valor atribuido a la nave -413.064'00 #- excede de la deuda pendiente, no cabe sino entender que la subrogación en el crédito hipotecario por la suma de 224.91'87 # supone una contraprestación onerosa por la nave que le es transmitida, si bien es de señalar que la subrogación no ha sido aprobada por la prestamista, por lo no que ha extinguido la deuda que la concursada mantiene con ella., y ello aunque no es objeto de disputa que desde la subrogación las cuotas del crédito han venido siendo pagadas por MECAZARAGOZA.

En segundo lugar, la extinción del derecho de superficie que resulta de la resolución contrato por el que fue constituida por tiempo de 63 años no puede ser reconducida al supuesto contemplado en el art. 71.2 L 22/2003, pues el derecho de superficie es un derecho real limitado, que esta regulado en los arts 48 y ss del texto refundido aprobado por RDLeg 2/2088 como un derecho real de carácter temporal cuya concesión puede ser retribuida por una suma alzada o por un canon periódico, y no puede ser tenido como una obligación que no se encontrare vencida antes del concurso, como pretende la administración concursal.

TERCERO.- Como señalamos en nuestra SAP nº 707/2010, la acción de rescisión regulada en el art. 71 L 22/2003 se haya caracterizada por las siguientes notas o requisitos de esta acción: a) No tiene carácter subsidiario, no es preciso para su ejercicio la existencia de un déficit patrimonial en la masa activa del concurso. b) Es necesario un elemento temporal, que los actos perjudiciales se hayan realizado dentro de los dos a os anteriores a la fecha de la declaración de concurso. c) Se exige un elemento objetivo, el perjuicio para la masa activa. Por último, d) un elemento negativo, que no se trate de actos excluidos por la norma de la posibilidad de ser rescindidos entre los que son de destacar "los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", de tal forma que únicamente se exige para acordar tal rescisión que el acto atacado sea "perjudicial para la masa activa", aunque no exista finalidad fraudulenta y que se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso (SAP de esta Sala nº 660/2010).

En el presente caso, de lo que ha sido expuesto resulta que la concursa, una semana antes de la declaración del concurso, y tras haberlo solicitado concierta una contrato en virtud del cual transmite su derecho se superficie así como la nave construida sobre él, valorada en 413.064'00 #, como dación en pago del total de la deuda de 249.699'00 # que mantenía con uno de sus acreedores, y en retribución por una subrogación de un crédido hipotecario del que no se libera por no haber sido consentido por la acreedora, por lo que ciertamente es de apreciar el perjuicio patrimonial que se indica, en tanto que la salida del activo no se ve compensada por una disminución del pasivo en el mismo importe, y una quiebra del principio de la par conditio, pues uno de sus acreedores, MERCAZARAGOZA -que se allanó a la demanda-, una vez solicitado ya el concurso, y tan sólo unos días antes de la declaración del mismo, ve satisfecho la totalidad del crédito que para con él tenía la concursada, en perjuicio de los demás, que tienen sus créditos sujetos al concurso. “:SAP Zaragoza (Sección 5) 11.09.2012 (Sentencia 456/2012; Rollo 398/2012)

AP Valencia

“En este estado de cosas, cabe traer a colación lo que ya dijera esta Sala a propósito de la acción de reintegración de la masa que regula el artículo 71 LC en sentencia de fecha 14/11/2011 (R.A 477/11), con cita de la Sentencia de la AP de Vizcaya de fecha 14 de octubre de 2010 : "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro"; también la SAP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2009), de 15 de octubre de 2009, indica "Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2009) en demandas que la Administración Concursal ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En la sentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009, se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona -citada por la anterior- de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de

2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71de la LC en relación con el n º 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal".
En el caso de autos, la dación en pago a favor de la entidad PIMK SPEDICION SL se produce apenas seis meses antes del Auto declarando en situación de concurso a la mercantil TRALACANT, reconociéndose por esta mercantil en la propia escritura pública que carece de liquidez para pagar la cantidad que reconoce deber y que asciende a 180.000 Euros, sin que, por otra parte y en atención a cuanto se ha indicado en relación con la datación de las facturas, resulte de los autos la efectiva fecha del vencimiento de la obligación de pago que deriva de las relaciones comerciales que se manifiesta haber existido entre las partes otorgantes de tal documento público -o en su caso entre la concursada y la mercantil PIMK ODD SL-, circunstancias todas ellas que permiten la consideración de existencia de fraude en el sentido que se ha venido indicando y que determina la prosperabilidad de la acción rescisoria ejercitada por la Administración Concursal.”: SAP Valencia (Sección 9) 12.03.2012 (Sentencia 89/2012; Rollo 814/2011)

AP Vizcaya

“PRIMERO.-La Administración Concursal de Perforados y Sondeos SL impugna la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación, interesando se decrete la rescisión de la cesión otorgada ante el Notario de Bilbao D. Carlos Tamos Villanueva el 20 de septiembre de 2012 por Perforados y Sondeos SL a favor de once trabajadores de dicha empresa (D. Eloy, D. Pedro Miguel, D. Ángel, D. Santos, D. Luis Manuel, D. Juan Ignacio, D. Aurelio, D. Indalecio, Dña. Ángeles, D. Teodulfo y D. Alejandro) para pago de deudas salariales, salarios atrasados principalmente pagas extras, de dos certificaciones de las obras del mes de Agosto correspondiente a las obras realizadas para el Metro (factura nº NUM000) y para la Tabacalera (factura nº NUM001) por los importes de 19.827,99 euros y de 56.939,45 euros, respectivamente, en total 76.767,48 euros, al amparo de los arts. 71 y ss de la LC y toda vez que Perforados y Sondeos SL fue declarada en concurso el 6 de noviembre de 2012.
La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta puesto que la AC no ha acreditado "perjuicio para la masa activa" del acto jurídico cuya rescisión se pretende, entendido como "sacrificio patrimonial injustificado", puesto que los trabajadores demandados han justificado suficientemente la cesión en base a la exigencia de las empresas contratistas, para las que estaban trabajando, de acreditar el pago de salarios de los trabajadores a los efectos de evitar la responsabilidades del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, evitando la paralización de las obras encargadas, con las perjudiciales consecuencias económicas para la masa activa que dicha paralización hubiese supuesto.
La apelante Administración Concursal de Perforaciones y Sondeos SL denuncia infracción del art. 71 y ss de la LC al incurrir en error del concepto de "perjuicio patrimonial" puesto que puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de la paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que había de responder ante ellos. La regla de la "par conditio creditorum" subyace en el art. 71 de la LC. En el caso de autos, la cesión de créditos a once trabajadores no solo es lesiva a los intereses de otros acreedores comunes, sino a los demás trabajadores de la empresa en concurso, porque beneficia y satisface a unos y deja al margen a los demás (prácticamente la mitad de la plantilla) lo que acontece en fechas inmediatas a la declaración el concurso. Hace hincapié en que ni la concursada ni este grupo de trabajadores minoritarios de la plantilla comunicó esta cesión de créditos a las deudoras-contratistas, siendo que éstas han hecho entrega a la concursada de los pagarés emitidos para el pago de sus créditos, como si no mediara cesión de créditos.
SEGUNDO.-La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal)

o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual:
"Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum."
TERCERO.-En base a lo anterior y al análisis de las concretas circunstancias del caso examinado, acogemos el recurso de apelación.
Como hemos apuntado, el pago de una deuda vencida y exigible, realizado en el período sospechoso, en principio, está justificado, salvo que concurran circunstancias singulares que patenticen y demuestren la falta de justificación (por su privación) al hecho del pago, lo que supone un perjuicio por vulneración del principio de igualdad de trato para el común de los acreedores. Y es una circunstancia de relevancia singular que, al tiempo de satisfacer el crédito, pagar, el deudor estuviera en un estado claro de insolvencia, eludiendo una concurrencia ordenada de los créditos.
En la cesión de créditos examinada no se cuestiona que el crédito satisfecho por la concursada fuera un crédito real vencido y exigible, pero las circunstancias que rodean el pago ponen en evidencia su injustificación.
No consta ninguna reclamación de pago de trabajadores sobre los créditos salariales adeudados que lo eran de cinco mensualidades y dos pagas extraordinarias, ni de las empresas contratistas por el impago de créditos salariales de la concursada, sino que se procede a hacer cesión de créditos reflejados en certificaciones de obra en pago de sus deudas salariales a once de los veinte trabajadores de la empresa en fecha 20 de septiembre de 2012 (inmediatamente a la solicitud del concurso), y sin que opere comunicación de la cesión de créditos operada a las deudoras contratistas. Este pago que, en principio, sería válido, al ser debido y exigible, se ve afectado por que seguidamente la concursada solicito el concurso voluntaria, siendo que fue declarada en concurso el 6 de noviembre de 2012. Hay prueba suficiente de que la sociedad Perforados y Sondeos SL, objetivamente, se encontraba en una clara situación de insolvencia antes de convenir la cesión de créditos para pago de parte de la plantilla de trabajadores, puesto que se reconoce que se adeuda al menos cinco mensualidades ordinarias y dos pagas extras, que suponía un perjuicio económico para la masa activa y para el resto de los trabajadores de su plantilla y de los demás acreedores.
La parte apelada argumenta que el pago constituye un acto ordinario, realizado en condiciones normales, para

eludir los efectos de la rescisión concursal, tal y como prevé el art. 71.5 LC.
El art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales. En este caso, podemos entender que para una sociedad como la deudora concursada, el pago de los trabajadores es un acto normal ligado a su actividad empresarial. Pero no cabe concluir que fuera realizado en condiciones normales, pues dicha dación en pago se efectuó por cesión de certificaciones de obra expedidas por la concursada, y ello en relación con la STS de 10 de mayo de 2013 " es obvio que la dación en pago, ni es una operación propia del trafico ordinario, ni la que es objeto de examen estuvo realizada en condiciones de mercado " ": SAP Vizcaya (Sección 4) 09.04.2014 (Sentencia 250/2014; Rollo 707/2013)

JM-2 Barcelona

"El acto que se analiza -la adjudicación de dos parcelas en pago de una deuda preexistente-, tanto por el momento en que tuvo lugar -apenas dos meses antes de la declaración del concurso-, como, fundamentalmente, por alterar, en perjuicio del resto de los acreedores, el principio de la paridad o la llamada par conditio creditorum debe rescindirse conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal. En efecto, si bien no puede tenerse por acreditado que el precio convenido fuera inferior al de mercado, dado que obran en autos dos informes que llegan a conclusiones dispares, lo relevante, en el presente caso, es la vulneración de la pars conditio creditorum, que permite, por sí sola, la rescisión del acto. El artículo 71 de la Ley Concursal permite rescindir los «actos perjudiciales para la masa activa», concepto más amplio que el de «perjuicio patrimonial»; es decir, aun cuando el acto, considerado de forma aislada, no se considerara perjudicial, por mantener la equivalencia de las prestaciones, si no respeta aquel principio, que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjunto de acreedores un mismo trato, dicho acto debe ser rescindido. La adjudicación de parcelas en pago de deudas no integra la actividad ordinaria de la demandada, que se dedica a la promoción de viviendas, de tal manera que, por su proximidad al concurso, cuando la concursada se encontraba en situación de insolvencia, y por favorecer a uno sólo de los acreedores, en perjuicio de la masa, debe acordarse su rescisión. Por todo ello, debe estimarse la demanda.
CUARTO La rescisión, como se ha indicado, determina, además de la ineficacia del acto impugnado, la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses. Por tanto, la demandada deberá restituir las fincas adjudicadas, sin prestación alguna con cargo a la masa, dado que la transmisión lo fue en pago de deudas. Debe descartarse que los gastos de la adjudicación deban ser soportados por la masa, dado que dicho efecto no está contemplado en
el artículo 73 de la LC como propio de la rescisión dicho precepto solo habla de «frutos e intereses». Ahora bien, la entidad demandada deberá figurar en la relación de acreedores, incluyéndose su crédito como ordinario, dado que no se aprecia mala fe. La administración concursal no ha logrado acreditar connivencia del deudor con la demandada ni justifica porqué el crédito debe ser calificado como subordinado. No consta que la adjudicataria tuviera conocimiento de la situación de insolvencia y de la inminencia del concurso. La operación que se impugna, en situaciones extraconcursales, no merecería reproche alguno; se trataría, en definitiva, de un recurso lícito al que acude quien quiere percibir su crédito. ": Sentencia JM-2 Barcelona de 25.02.2005 (AC 2005/534)

JM-1 Córdoba

"Pues bien, «Nanta, SA» no ha logrado acreditar que la dación en pago, realizada en escritura pública de 30 de junio de 2003 y cuya rescisión se pretende, no fue perjudicial para la masa activa. Antes al contrario, lo que consta en autos es que mediante dicha operación salieron del patrimonio del patrimonio de «Pavosol» dos de sus tres inmuebles, valorados en el propio documento en 1.727.270 euros; lo que no puede ser calificado sino como un evidente perjuicio objetivo para la masa activa, que quedó privada de dos de sus bienes más valiosos. Es cierto, como se dice en la contestación a la demanda, que si por un lado se aminoró el activo, al salir del patrimonio los inmuebles, por otro también se aminoró el pasivo, al enjugarse deudas por el importe de la dación en pago, por lo que, según la parte, no habría tal perjuicio al contrarrestarse una cosa con la otra. No obstante, esta realidad que podríamos denominar como «de balance de situación» no obsta a que se causara el perjuicio en el sentido que venimos preconizando, de acto atentatorio contra la maximización patrimonial que requiere el interés del concurso, pues en la apreciación de si ha habido o no perjuicio tiene que atenderse no sólo al interés de las partes en el contrato («Pavosol» y «Nanta»), sino también al sacrificio patrimonial que deben soportar los acreedores concursales como consecuencia de la insolvencia del deudor. En este orden de cosas, el mero hecho que «Pavosol» cediera a «Nanta» dos de sus más valiosos activos ya implicó un trato de favor respecto de este acreedor en relación con los demás, que no vieron satisfecho su crédito ni por ese ni por ningún otro procedimiento, e implicó una reducción de la masa destinada a la satisfacción del conjunto de los acreedores concursales. Es más, la dación en pago encaja en los supuestos que la doctrina considera como máximos exponentes del perjuicio: aquéllos en que se cumple una deuda vencida y exigible por un medio de pago que no sea el inicialmente pactado y que no se haga en dinero o de la manera normal en el tráfico, porque, como ha quedado dicho, supone al tiempo privilegiar a unos acreedores frente a otros y extraer bienes de la masa.": **Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)**

3.1.1 Incluso homologada mediante transacción judicial

AP Alava

“PRIMERO.- El 16 de diciembre de 2011 la mercantil Amatrisa Servicios Inmobiliarios, S.L. presentó petición inicial de procedimiento monitorio frente a Calefacciones Beitia, S.A. en reclamación de 733.243'97 euros, más intereses. Fundaba la reclamación en la existencia de un contrato de préstamo de 15 de julio de 2009, en virtud del cual las partes porcedían a la reunificación y refinanciación de dos préstamos anteriores, de fecha 24 de junio de 2007 (400.000 euros) y 5 de febrero de 2008 (500.000 euros), que en autos no constan documentados.
Las partes pusieron fin al procedimiento monitorio al haber alcanzado un acuerdo extrajudicial el 20 de enero de 2012, conforme al cual Calefacciones Beitia, S.A. en pago de la deuda derivada de los préstamos, 733.243'97 euros, transmitía a Amatrisa Servicios Inmobiliarios S.L. la propiedad de una vivienda y un garaje, sitos en Marbella, cuya valoración se cifró en 321.502'67 euros, renunciando ésta al cobro del resto de la deuda, intereses y costas. Asimismo renunciaba a la fianza solidaria prestada por el administrador de la deudora y su esposa.
El acuerdo extrajudicial se trasladó al procedimiento judicial, aprobándose la transación por auto de 8 de febrero de 2012.
El 27 de febrero de 2012, ante el notario de Madrid Sr. Rueda Esteban, se otorgaronlas correspondientes escrituras de transmisión de las referidas fincas por título de dación en pago.
El 10 de febrero de 2012 Valvulería del Norte S.A. había presentado ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz solicitud de concurso necesario frente a Calefacciones Beitia S.A.U. (...)
El informe de la administración concursal incluyó en la lista de acreedores el crédito de Amatrisa Servicios Inmobiliarios, S.A. por importe de 727.587'58 euros, tal y como constaba en la contabilidad de la concursada.
La administración concursal promovió el 2 de octubre de 2012 la demanda que dió inicio al presente incidente en la cual interesó la reintegración a la masa activa de los referidos inmuebles frente a Amatrisa Servicios Inmobiliarios, S.A. y Calefacciones Beitia S.A., en concurso, al entender que la dación en pago es perjudicial para la masa activa y se produjo dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Alega que no consta justificación documental de los dos préstamos iniciales, la prestamista es una sociedad que no desarrolla actividad de promoción o construcción, su objeto social no comprende otorgar préstamos, por lo cual consider que el acto puede calificarse de gratuito entre empresas especialmente vinculadas por relaciones personales.
Por su parte Amatrisa Servicios Inmobiliarios, S.L. presentó demanda promoviendo incidente de impugnación de la lista de acreedores y masa pasiva. Interesó que se incrementara en 5.656'39 euros el importe del crédito contingente que figura a su favor en la lista de acreedores, que se corresponde con la diferencia de lo reconocido en el procedimiento monitorio, y se disminuya el valor de los bienes que figuran en el epígrafe nº 10 del inventario de la masa activa, fijándolo por el contable o por el valor real de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas que influyan en su valor, así como la garantías reales que aseguren créditos no incluidos en la masa activa, como el crédito financiero que Amatrisa Servicios Inmobiliarios, S.L. mantiene con Banco Popular por importe de 197.531 euros.
La sentencia de instancia estima la demanda promovida por la administración concursal al considerar acreditadas las circunstancias que determinan la reintegración de los inmuebles a la masa activa. Asimismo, en relación con Amatrisa Servicios Inmibiliarios S.L., estima procedente "la inclusión dentro del listado de acreedores de un crédito a su favor por el importe reclamado judicialmente, con la calificación que corresponda conforme al artículo 93 de la LC ". (...)
No obstante esta última precisión, analizaremos la naturaleza del negocio objeto de la rescisión en el siguiente motivo, donde se cuestiona si es rescindible en el marco jurídico del art. 71 LC. Todo ello sin perjuicio de que en tanto se resuelva sobre la procedencia de la acción de reintegración el crédito en favor de la recurrente se debe considerar contingente, ordinario y sin cuantía propia (art. 87.3 LC.
Cuestión distinta es la referida al contenido de ésa relación negocial y la naturaleza de la vinculación entre la concursada y la "prestamista", en orden a resolver las cuestiones que afectan a la rescisión del contrato de dación en pago, y a la reintegración de la masa activa de los inmuebles, en relación con su efecto perjudicial para la masa pasiva del concurso.
“Conforme al art. 71 LC :
" 1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente".
En el apartado 3 establece una serie de presunciones de actos perjudiciales, que admiten prueba en contrario.
Cumplido el requisito del plazo de dos años cualquiera que sea la fecha de referencia de la dación en pago, bien la homologación procesal de la transación o el otorgamiento de la escritura pública de transmisión de los inmuebles cuya reintegración al inventario del activo se pretende, la concurrencia del requisito del perjuicio para el concurso no ofrece duda tanto desde el punto de vista objetivo, como desde el subjetivo. Así, la acción de reclamación de las cantidades liquidatorias del contrato con motivo de su resolución unilateral, por incumplimiento, promovida por Amatrisa Servicios Inmobiliarios S.L. y la transación admitida por la deudora, supone convenir y aceptar la cancelación anticipada del contrato, de fecha 15 de julio de 2009, cuya vigencia,

en principio era de ocho años, con obligación de pago de las correspondientes cuotas mensuales, con lo cual podemos admitir que realmente la acción resolutoria tiene lugar bajo una aceptación de la deudora que equivale a admitir la existencia de un acto de extinción de obligaciones sin garantía real cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso. Lo cual permite deducir la presunción legal de que el acto es perjudicial
Es más, la propia existencia de obligaciones con carga hipotecaria que gravaba los inmuebles (en favor del Banco Popular Hipotecarioa, S.A.) y que ahora pretende la recurrente sea reconocidas como crédito privilegiado a su favor, dado que pagó dicha deuda al Banco Popular Hipotecario, S.A. y liberó la carga, puede entenderse asimismo, a los efectos del concurso, como un acto de extinción anticipada de una obligación que consta con garantía real y cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso. Lo cual no constituye una presunción legal pero, conforme al art. 71.3.3º LC, constituye una presunción iuris tantum, que no ha sido destruida con la prueba practicada.
A las precedentes razones se unen las relacionadas con la necesidad de respetar el principio concursal de la "par condictio creditorum" o paridad de tratamiento en igualdad de condiciones para los acreedores, que con el cobro del crédito mediante la transmisión de los bienes inmuebles se ve realmente afectada, pues el producto de los mismos debe en su caso cubrir a prorrata y no en exclusiva los créditos de la misma clase. Frente a ello los alegatos que pretenden descubrir un beneficio en la operación de dación en pago no pueden acogerse, pues la aparente liberación de la carga del pago periódico de las cuotas no representan una ventaja, frente a la pérdida de solvencia que representa la transmisión de los inmuebles. De otra parte no se puede descuidar que la dación se produce en un momento que no podía pasar desapercibida la situación de sobreseimiento en los pagos de la mercantil, pues ya el 10 de febrero de 2012 Valvulería del Norte S.A. había presentado ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz solicitud de concurso necesario frente a Calefacciones Beitia S.A.U., concurso que si bien inicialmente no fue admitido ni se señaló vista, por lo que la concursada no tuvo conocimiento formal de la solicitud, sin embargo a la postre fue admitido y, pese a la solicitud de concurso voluntario, se ordenó continuar la tramitación del mismo como necesario a instancias de Valvulería del Norte, S.A., con los consecuencias que ello implica, incluida la clasificación con privilegio general de que pueden disfrutar hasta el cincuenta por ciento de los créditos de ésta como acreedor promotor del concurso, art. 91.7º LC..
La referida justificación se revela suficiente en orden a confirmar la procedencia de la rescisión y la reintegración a la masa activa de los referidos inmuebles, pues con independencia de la equivalencia de las contraprestaciones o el aparente beneficio que representa la condonación de parte de la deuda, sin embargo en el ámbito de una situación legal de concurso de acreedores, previsible a todas luces por la propia concursada que solicitó el concurso voluntario el día siguiente de consumar el contrato mediante la " traditio " de los bienes inmuebles con el otorgamiento de las escrituras públicas, el efecto de dicho acto de disposición no puede valorarse en los exclusivos términos del ambito dle contrato. Más si al tiempo de la dación se admite, junto con la condonación parcial de la deuda, la liberación de la garantía personal que el administrador de la concursada y su esposa habían prestado en relación con ése crédito, liquidado anticipadamente en claro beneficio del acreedor y perjuicio para el conjunto de acreedores del concurso y la ordenada liquidación de las deudas.
La mención que la recurrente hace al crédito hipotecario que gravaba los inmuebles de autos y que la propia recurrente al adquirir éstos canceló mediante el correspondiente pago a la entidad titular del crédito Banco Popular Hipotecario, S.A., folio 252, como consta en la escritura nº trescientos seis de 27 de febrero de 2012, otorgada ante el Notario de Madrid D. Luis Esteban Rueda, debe mantener su propia configuración tal y debia constar en la masa pasiva. Por ello deberá figurar en esa condición como crédito con priviligio especial, art. 90.1.1º LC, en favor del la demandada Amatrisa Servicios Inmobiliarios, S.A., subrogada en el lugar de Banco Popular Hipotecario, S.A., y por el importe que consta en las escrituras referidas, folio 252 vto., es decir: 2.550'08 euros respecto al garaje y 40.424'25 euros respecto a la vivienda. Total 42.974'23 euros.
La restitución de los bienes debe realizarse libre de cargas y, en su caso, con sus frutos e intereses, como resulta del art. 73 LC., por tanto cualquier carga o gravamen impuesto sobre los inmuebles, en el momento de la transmisión o después, será de cargo de quien adquirió, sin que ello deba afectar al concurso, salvo que se produzca la imposibilidad de la restitución, lo que no consta en autos, en cuyo casa deberá asumir la reintegración de su valor en el momento de la transmisión con los intereses correspondientes. Por tanto salvo la precedente observación, nada cabe resolver sobre el préstamo hipotecario que Amatrisa Servicios Inmobiliarios S.A. obtuvo mediante garantía hipotecaria de los inmuebles de autos.
El valor que en el inventario se debe atribuir a los inmuebles será, conforme a lo establecido en el art. 82.3 LC, el valor de mercado. La recurrente pretende que en el inventario consten el valor de los inmuebles de autos con la corrección derivada de la carga hipotecaria antes referida y que no forma parte de la masa pasiva. Alternativamente interesa que sea el valor contable. Pretensiones no admisibles, pues sin perjuicio de que la recurrente no acredita que el valor asignado por la administración concursal no se ajuste a los precios de mercado, la referencia a la carga hipotecaria que no tiene reflejo en la masa pasiva ha quedado suficientemente explicada en el párrafo precedente en cuanto a su relevancia en el concurso, cual es la necesidad de restituir los inmuebles libres de cargas que no fueran anteriores a la dacción en pago.
CUARTO.- Por lo expuesto y razonado el recurso se debe estimar en parte, siendo procedente reconocer en favor de la recurrente Amatrisa Servicios Inmobiliarios, S.A., un crédito por importe de 733.243'97 euros, clasificado como ordinario, y otro crédito por importe de 42.974'23 euros, con priviligio especial hipotecario en relación con los inmuebles de autos. Al mismo tiempo ésta deberá restituir los inmuebles libres de cargas que no sean anteriores a la fecha de su transmisión en dación de pago, que ha quedado rescindida.”: SAP Alava (Sección 1) 26.03.2014 (Sentencia 80/2014; Rollo 501/2013)

AP Castellón

“SEGUNDO Partiendo de dichos términos en relación con otras alegaciones concretas de las partes y naturaleza de las acciones deducidas es preciso realizar de antemano las siguientes determinaciones:
1- No puede concurrir la excepción previamente reseñada por mucho que la operación que se pretende rescindir se haya producido en el marco de una transacción judicial y que la misma tenga para las partes la autoridad de la cosa juzgada(art. 1816 del C. Civil). Prescindiendo de polémicas doctrinales acerca de si cabe hablar propiamente en estos casos de cosa juzgada con los efectos que son propios de este instituto, de la misma forma que la transacción está sujeta a la acción de nulidad(art. 1817 del C. Civil, dejando igualmente al margen las discusiones acerca de cómo afectaría dicho supuesto de ineficacia en caso de transacción judicial al pleito en que se hubiera producido aunque poniendo de manifiesto que, precisamente por esta circunstancia, no suele defenderse la equiparación entre transacción judicial y sentencia firme que se realiza en el escrito de oposición de la apelada que insiste en esta excepción) está sujeta a las acciones rescisorias (que no deja de ser otro supuesto de ineficacia). A mayor abundamiento, no es que no puedan darse las identidades precisas para que pudiere concurrir dicha excepción sino que, teniendo presente que su finalidad es impedir un nuevo debate del asunto paccionado, en el presente caso no se está debatiendo acerca de la realidad del crédito que era objeto de reclamación en el juicio ordinario anteriormente reseñado (reclamación del precio de un contrato de industria); es más, viene a aceptarse como consecuencia de dicha transacción y se postula en la propia demanda su reconocimiento en la lista de acreedores para el caso de accederse a la rescisión. En otras palabras, no cabe extender los efectos de una homologación judicial de una transacción más allá de lo que era objeto del proceso en el que se inserta, que parece que es lo que aquí se pretende.
2- El fundamento de la acción rescisoria concursal radica en el perjuicio del acto atacado, de ahí la posibilidad de rescisión "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" según reza elart. 71 de la Concursal que regula la misma. En consecuencia no se puede esgrimir como fundamento para rechazar la misma la ausencia de propósito fraudulento, cuya exigencia debe circunscribirse a la acción rescisoria en fraude de acreedores. De igual modo, tampoco compartimos el otro argumento esencial plasmado en la resolución impugnada para desestimar la acción de reintegración o rescisoria concursal atinente a sus efectos perjudiciales para el interés del concurso por ser de inferior valor los bienes dados en pago que el importe de la deuda saldada mediante su entrega, habida cuenta que supone defender un concepto estricto de perjuicio no mantenido por nuestros Tribunales (punto sobre el que luego volveremos) y se parte de la consideración o premisa errónea de que en caso de rescisión de una dación en pago debe satisfacerse el crédito dinerario satisfecho a la par que se recibe la devolución de los bienes de naturaleza diversa cuya entrega ha sustituido a la prestación pecuniaria cuando la única prestación integrante de dicha operación es dicha entrega y, por tanto, es la única que es susceptible de retorno, sin perjuicio de la subsistencia del crédito que, lógicamente, en una situación concursal, se sujeta al principio de paridad de trato en los términos legales. De ahí que la petición subsidiaria verificada por la mercantil Actia Iniciativas SL para el caso de rescisión no pueda ser acogida desde un principio, suponiendo además, en la medida en que se incrementa el crédito objeto de la dación en pago a efectos de reclamar su abono inmediato desconocer la naturaleza de las acciones rescisorias y la eficacia propia de las mismas, así como el contenido propio de aquella, en la medida en que, aun cuando exige la aceptación del acreedor, desde la óptica de las prestaciones a las que da lugar es unilateral, circunstancia que determina las consecuencias descritas, sin que a ello sea óbice el tenor literal del art. 73.1 de la Ley Concursal por cuanto, como la doctrina se ha encargado de remarcar, está contemplando los negocios bilaterales, mientras que en el caso de los unilaterales la reintegración no puede quedar más que limitada a la única prestación verificada.
3- Aunque ciertamente en el recurso de apelación se pone el énfasis en la existencia de una vulneración del trato igualitario debido a todos los acreedores para demostrar la concurrencia del requisito imprescindible del perjuicio que es preciso para el éxito de las acciones deducidas en lugar de en el punto relativo a la comparación entre el importe de la deuda extinguida mediante la dación en pago y el valor de los bienes que fueron cedidos como consecuencia de la misma, aspecto en el que esencialmente se centró la demanda a estos efectos, no se está en presencia de nuevos argumentos o cuestiones novedosas cuyo análisis y acogimiento esté vedado en esta segunda instancia, habida cuenta que ya se introdujeron en la instancia, tanto en la demanda como, de manera más extensa, en las alegaciones complementarias realizadas en el acto de la vista. Sirva de ejemplo al respecto como en la demanda ya se dice en su primera página que con la dación en pago se está privando a los restantes acreedores de la posibilidad de cobrar la parte que les pudiera corresponder con cargo a los bienes y derechos objeto de aquella en beneficio de un acreedor, que es lo mismo que denunciar una alteración de la paridad de trato, señalándose en la página tercera que otros acreedores se han visto postergados por la operación y en la página siguiente que ha existido la voluntad de privilegiar a un acreedor frente a los restantes, lo que reviste el mismo significado. Por si no fuera esto suficiente, en la propia contestación de Actia Iniciativas SL (apelada que ha suscitado este punto litigioso en esta alzada) se reconoce que se ha referido por el demandante, aunque sea tangencialmente, la afectación de la par conditio creditorum. Sirva igualmente de referencia al respecto que esta cuestión ya se planteó anteesta Sala (Sentencia de 27 de abril de 2009, que resolvió un supuesto muy similar: rescisión de una dación en pago realizada dos días antes de presentarse la solicitud de concurso voluntario) aunque en forma de denuncia de incongruencia de la sentencia por alteración de la causa petendi, lo que fue rechazado por haberse indicado en uno de los hechos de la demanda que con la dación en pago se había dejado salir uno de los principales activos de la empresa y haberse igualmente destacado el beneficio del acreedor que lo había recibido frente al resto de acreedores.
4- Carece de toda relevancia a los efectos de enjuiciar si es rescindible la dación en pago objeto de este pleito el que se haya atacado o no de la misma forma la operación similar formalizada con el Banco de Santander que aparece documentada en autos. Como es fácilmente comprensible podrá tenerla a otros efectos pero, estando desligada de la que aquí nos ocupa, ninguna influencia cabe atisbar, máxime cuando examinándola se aprecia ya de partida una notable diferencia: el carácter de privilegiado especial del crédito titularidad de la entidad bancaria por mor de las hipotecas que lo garantizan sobre los bienes cedidos en pago y que por ello

están afectos especialmente a su satisfacción con preferencia al resto de acreedores, aspecto éste que, precisamente y en atención a la situación actual del sector inmobiliario, está conduciendo a autorizar jurisdiccionalmente incluso operaciones de este tipo durante la fase común del concurso en el ámbito del art. 155 de la Ley Concursal

TERCERO Sentado lo anterior y empezando por la acción rescisoria concursal, que es propiamente la que se contempla de manera esencial tanto en la demanda como en el recurso, su adecuado análisis exige partir, por un lado, de una mayor ilustración de los hechos que conforman la operación rescindible y antes han sido referidos sintéticamente y, de otro, de lo prescrito en elart. 71 de la Ley Concursal.

En cuanto a los aspectos fácticos, acerca de los que no ha existido realmente controversia y aparecen reflejados en la documentación obrante en autos y alegaciones de las partes, se concretan en los siguientes:

a) En fecha 31 de enero de 2008 deduce demanda la mercantil Iniciativas Actia SL en reclamación de 434.084,40 euros frente a Promociones Gerjorja SL sobre la base de un contrato de ejecución de obra suscrito entre las mismas en fecha 13 de diciembre de 2006.

b) La citada demanda dio lugar al juicio ordinario 208/08 del Juzgado de 1ª Instancia n. 6 de Castellón.

c) A su vez, por parte de Promociones Gerjorja SL se interpuso querella por un delito de falsedad en documento privado y un delito de estafa contra los legales representantes de las mercantiles administradoras solidarias de Actia Iniciativas SL, siendo la misma admitida.

d) En fecha 30 de marzo de 2009 suscribieron las partes referidas un contrato de transacción que presentaron para su homologación en el reseñado juicio ordinario 208/08, en el que recayó Auto homologando dicha transacción judicial.

e) En fecha 6 de abril de 2009 se presentó por Promociones Gerjorja SL solicitud de concurso voluntario.

f) En virtud de dicho acuerdo transaccional Promociones Gerjorja SL reconoció adeudar a Actia Iniciativas SL la cantidad de 434.084,40 euros en virtud del contrato antes referido, siendo satisfecho en su integridad mediante la cesión a la misma de cinco inmuebles propiedad de la primera: finca registrales n. 1204, 1208, 1209 (inscritas todas ellas en el Registro de la Propiedad n.3 de Castellón al tomo 1192, libro 16 de la Pobla de Tornesa y folios 64,76 y 79 respectivamente), 1588 (inscrita en el mismo Registro al tomo 1359, libro 23 de la Pobla de Tornesa, folio 152) y 1049 (inscrita también en dicho Registro al tomo 1076, libro 13, folio 93).

g) Esta última finca había sido adquirida el mismo día por Promociones Gerjorja SL de la mercantil Azulejera Manual y Antigua SL, habiéndosele cedido su dominio en pago de un crédito de 320.084,40 euros que ostentaba contra la misma.

CUARTO En cuanto alart. 71 de la Ley Concursal, dispone lo siguiente:

"1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

1º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

3º Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

6. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el Juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente."

De los supuestos contemplados en el artículo transcrito que regula las acciones rescisorias concursales se desprende que el perjuicio para la masa activa puede venir dado tanto por aquellos actos que suponen su disminución (en cuanto implican que los acreedores vean reducidas sus posibilidades de cobro de los créditos) como aquellos que conllevan un trato privilegiado para determinados acreedores con alteración de las preferencias legalmente dispuestas e inobservancia del principio de igualdad de trato que gobierna el concurso (uno de los casos más paradigmáticos es el contemplado expresamente en la Ley de extinción de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración de concurso). Se trata del concepto amplio de perjuicio rechazado por los apelados y por parte de la doctrina que, sin embargo, es el acogido por nuestros Tribunales, pudiendo citarse al respecto la SAP Barcelona, S.15, de 11 de junio de 2007, cuando señala que acoge también aquellos casos en los que "el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro". En el mismo sentido,Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, S.28, de 19 de diciembre de 2008.

Normalmente, cuando se trata de actos de extinción de obligaciones vencidas con anterioridad a la declaración de concurso durante el periodo sospechoso de dos años que marca el precepto legal transcrito, el perjuicio patrimonial no viene dado por un empobrecimiento de la masa activa (pues éste tiene su correlato en la contraprestación recibida, salvo aquellos casos relevantes de desequilibrio de las prestaciones) sino que debe reconducirse a la infracción de la par conditio creditorum. Ahora bien, desde este punto de vista, siempre podría aducirse sin más dicha infracción en cualquier acto extintivo de obligaciones vencidas producido a partir

del primer incumplimiento que se mantuviera al tiempo de la declaración del estado concursal y que hubiese dado inicio, con mayor o menor progresión, al sobreseimiento general en los pagos determinante de aquel, lo que pudiere producir consecuencias perturbadoras de no atender a las circunstancias en cada caso concurrentes, inmediata y directamente relacionadas con las características de la actividad desarrollada por la concursada y su propia naturaleza. Es más, incluso en un último extremo quedaría propiamente en estos casos ausente de su debida virtualidad elart. 71.4 previamente transcrito, en tanto en cuanto exige la prueba del perjuicio patrimonial por quien ejercite la acción rescisoria, habida cuenta que en la práctica el mismo quedaría fácilmente fijado en el sentido antes expuesto en relación a todos los actos extintivos que se produjeren tras el primer vencimiento no atendido.

Las consecuencias perturbadoras referidas, que incluso pudieren llegar a ser perniciosas en algunos casos dada la extensión del periodo sospechoso antes reseñado, debe considerarse que vienen enervadas por la disposición delart. 71.5 antes transcrito, que supone propiamente tomar en cuenta las circunstancias concurrentes a que precedentemente se hacía mención, en tanto en cuanto establece que no pueden ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. De la citada disposición cabe desprender que son aceptables los actos extintivos de obligaciones vencidas al tiempo de la declaración de concurso realizados durante el periodo sospechoso siempre que reúnan las dos condiciones que marca: actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor por un lado y, por otro, que se hayan verificado en condiciones normales.

De esta forma y por mandato legal se confiere justificación a una serie de actos que, en otro caso, deberían estimarse injustificados por alterar la igualdad de trato al privilegiar a determinados acreedores en relación a otros, permitiendo además que se valoren todas las circunstancias concurrentes, como puede ser la proximidad a la declaración de concurso, las características de la prestación del acreedor e, incluso, si de ésta se ha derivado algún beneficio para la concursada, en tanto en cuanto en este caso pudiere no concurrir el perjuicio patrimonial exigido legalmente en función del rendimiento obtenido e incidencia efectiva en la paridad de trato.

Además, de lo expuesto puede colegirse la necesidad de que conste, para rescindir un acto extintivo de una obligación vencida en las condiciones reseñadas, no solo el perjuicio patrimonial en el sentido definitivamente establecido sino la anormalidad que determine la ausencia de justificación conforme alart. 71.5, bien por la naturaleza de la operación, bien por las condiciones o medios en que se ha verificado, sin perder de vista que aun concurriendo un perjuicio al principio de la paridad de trato, si la operación se ajusta a los términos del precepto legal referido la misma no será rescindible, debiendo en tales casos acudirse, en su caso y de estimarse que ha existido una intención fraudulenta en relación con aquel principio, a la acción rescisoria común con arreglo a las previsiones delart. 71.6.

En definitiva, con carácter general, el acto extintivo de obligaciones vencidas al tiempo de la declaración de concurso y producido durante los dos años anteriores a la misma que se considera rescindible en el marco estricto de la Ley Concursal por causar un perjuicio patrimonial a la masa activa es aquel que, alterando la par conditio creditorum, carece de justificación por no comprenderse dentro de la actividad ordinaria del deudor o haberse realizado en condiciones anormales.

QUINTO Sobre dicha base, se considera que es rescindible la operación litigiosa por ser perjudicial para la masa activa, al haberse realizado en el periodo legalmente previsto (aspecto no controvertido) y no tratarse de un acto ordinario del deudor realizado en condiciones normales, aun excluyendo la aplicación de las presunciones de perjuicio.

Es perjudicial desde la óptica de la paridad de trato de los acreedores, en tanto en cuanto supone privilegiar a un acreedor respecto el resto, permitiendo la satisfacción de su crédito sin sujetarlo a la comunidad de pérdidas propia de la ejecución colectiva, privilegiándolo en la práctica cuando, en otro caso, no hubiera podido anteponerse su pago o cumplimiento en modo alguno al tratarse de un crédito ordinario por su naturaleza (tampoco ha sido aducido privilegio alguno de la Ley Concursal), reduciendo así las posibilidades del resto de acreedores de ver satisfechos sus créditos, aunque fuere en una parte reducida, sin que haya lugar a plantearse cuestión alguna acerca de que la operación fue ventajosa para la concursada por extinguirse créditos de importe global superior al valor que ostentaban los inmuebles (excluyendo pese a lo dicho por el perito en el acto de la vista que sea nulo, ya que de otro modo no se comprendería la litigiosidad aquí reinante, amen además de lo que dictaminó aquel por escrito con anterioridad y consta en autos), habida cuenta de los caracteres del perjuicio apreciado, naturaleza y significado propio de una dación en pago y situación de la concursada en el momento de realizarse la operación (a punto de presentarse en concurso).

En inmediata y directa relación con lo acabado de exponer no concurre la excepción de tratarse un acto ordinario del deudor realizado en condiciones normales, aspecto éste que propiamente tampoco ha sido defendido por los apelados, por el propio significado y naturaleza de la dación en pago en relación con el objeto social de la concursada (por mucho que se ubique en el ámbito inmobiliario, dado que no permite estimar que la adjudicación de inmuebles en pago de deudas integre su actividad ordinaria, máxime de atenernos a la situación de la mayoría que se integraron en la operación combatida a tenor de las manifestaciones del perito que los tasó), producida en el marco de una transacción judicial por el conflicto suscitado entre las partes a propósito de la ejecución de un contrato de arrendamiento de obra sometido a conocimiento jurisdiccional, con sustitución de la prestación propia derivada del mismo (de naturaleza pecuniaria) por otra, implicando además a una tercera empresa (Azulejera Manual y Antigua SL) con una dación en pago previa con la concursada para el traspaso del bien cedido definitivamente a Actia Iniciativas en la operación litigiosa, sin explicación atendible alguna cuando se iba a presentar pocos días después la solicitud de concurso y, por ello, aun estando pendiente un pleito, nada justificaba el trato privilegiado otorgado al acreedor afectado, por mucho que se pretendiera desde la concursada ir saldando todas sus deudas o hasta donde se llegara (manifestaciones de su representante legal en el acto de la vista), dado que, a la postre, por no extinguirse todas (lo que no debía desconocerse por aquella proximidad de la solicitud de concurso) se traduce, en definitiva, la operación, en una

forma de alejar a un acreedor de toda comunidad de pérdidas y de la probabilidad de no ver satisfecho su interés en su mayor parte.
En este sentido puede citarse laSentencia de esta Sala de fecha 27 de abril de 2009, ya citada anteriormente, en la que se declaró válidamente rescindida una adjudicación de un inmueble en pago de una deuda de la concursada verificada dos días antes de la presentación de la solicitud de concurso voluntario sobre la base de acoger el concepto amplio de perjuicio antes reseñado. Igualmente, en el ámbito doctrinal, suficientemente elocuente es F.J. LEON (Revista Poder Judicial, n. especial XVIII- 2004, pag.261) cuando, asumiendo el concepto amplio de perjuicio, dice que "no ofrece dificultad entender que hay perjuicio en todos aquellos actos que no cuenten con una contrapartida equivalente, sean directamente perjudiciales para los acreedores concursales o impliquen un trato de favor al tercero, y no se encuentren comprendidos en alguna de las presunciones fijadas de manera expresa por el legislador. En concreto, hay que considerar que existe daño cuando se cumple una deuda vencida y exigible por un medio de pago que no sea el pactado y no se haya hecho en dinero o de la manera normal en el tráfico. El supuesto que puede implicar un mayor perjuicio consiste en la dación en pago mediante la entrega de un bien o de un crédito." SAP Castellón (Sección 3) 29.10.2010 (JUR 2011/65135; Sentencia 337/2010; Rollo 332/2010)

3.1.2 Dación en pago encubierta

AP Barcelona

“6. La segona al·legació del recurs es refereix al "fonament de dret vuitè" de la sentència. Contra l'apreciació de falta de prova del perjudici patrimonial, l'AC diu que una venda d'actius pròxima a la declaració de concurs, quan l'activitat de la concursada pràcticament és inexistent, quan l'import del preu no s'ingressa en la caixa de la venedora i serveix per atendre un dels múltiples creditors -mentre d'altres tenen un deute vençut més antic- i el comprador és, a la vegada, creditor, constitueix una dació en pagament en perjudici de tercers. El motiu, àmpliament desenvolupat en el recurs, s'ha d'examinar conjuntament amb l'al·legació tercera, que tracta de la par condicio creditorum. Constitueixen el nucli de l'apel·lació.
7. Si examinéssim de manera aïllada el negoci de pagament (mitjançant pagaré) de Properties a la demandada Climat Nova, fins i tot deixant de banda aquella part de crèdit de Climat Nova que encara no havia vençut a la data del pagament (52.066,39 euros, segons admet la mateixa Climat Nova en la contestació a la demanda), el consideraríem un negoci perjudicial per a la massa activa.
En aquest punt, mantenim un criteri diferent al del Sr. magistrat. Considerem, com ho hem fet en sentències anteriors (per totes, la de 8 de gener de 2009), que la noció de perjudici per a la massa, al voltant de la qual s'articulen les previsions de l' article 71 LC, no només es redueix al perjudici patrimonial directe o en sentit estricte, que inclouria els actes que de manera directa produeixen una disminució del patrimoni del deutor (generalment per falta d' equivalència de les prestacions o per tractar-se d'actes a títol gratuït), sinó que també abasta aquells actes que suposin un perjudici indirecte perquè trenquen el principi de paritat de tracte dels creditors quan es provoca una alteració de l'ordre concursal de cobrament.
En el cas examinat, es tracta d'un pagament efectuat per la concursada el novembre de 2008, dues setmanes abans de sol· licitar el concurs voluntari (1 de desembre de 2008) i dues setmanes després d'atorgar els poders als professionals que la assisteixen en el concurs (23 d'octubre de 2008), és a dir, amb plena consciència de la situació d'insolvència de Properties i amb la voluntat de submissió al procediment concursal. Va causar perjudici a la massa activa, si més no indirecte, en la mesura que va reduir-la, amb la conseqüència de reduir també la quota de satisfacció dels crèdits de la resta de creditors, amb alteració del principi d'igualtat de pèrdues.
Ara bé, com s'ha exposat, l'AC no aïlla aquest negoci entre Properties i Climat Nova per impugnar-lo autònomament, sinó que impugna, per la via de la rescissió, allò que presenta com una operació complexa, integrada per: 1) la compravenda de les places de pàrking entre Properties i Los Tres Monos i 2) el pagament per Properties a Climat Nova, mitjançant l'entrega del pagaré emès per Los Tres Monos.
8. No s'ha qüestionat que, en la compravenda, les places de pàrking es van valorar segons el preu de mercat. Però aquest preu la concursada no el va percebre en diners, sinó mitjançant un pagaré. I si aquesta dada, per si mateixa, tampoc seria indicativa de perjudici, màxim si es té en compte que el pagaré tenia com a venciment el mateix dia 13 de novembre de 2008, data de l'escriptura de compravenda (document número sis de la contestació a la demanda), sí considerem rellevant, com l'AC, que aquest pagaré mai l'arribés a cobrar la concursada. Al mateix temps que Properties va entregar les 40 places de pàrking a Los Tres Monos, va entregar el pagaré a Climat Nova.
Climat Nova i Los Tres Monos, tal com s'ha admès expressament en contestar la demanda, són -i eren aleshores- societats amb el mateix soci únic, Ayats & Salmer, S.L., que té el domicili social al carrer de Solicrup, número 19, de Vilanova i la Geltrú, on també tenen el domicili social Climat Nova i Los Tres Monos. Els administradors de Los Tres Monos són els Srs. Eutimio, Imanol i Mauricio, que són administradors també de les altres dues societats.
El pagaré que Los Tres Monos va entregar a la venedora de les places de pàrking, Properties, era no a l'ordre, és a dir, no era endossable, només admetia transmissió per la via de la cessió ordinària de crèdits. Així consta en el testimoni de l'escriptura de venda aportada per la part demandada. Properties ni va cobrar el pagaré (a la data del venciment, el compte bancari de Los Tres Monos designat com a lloc de pagament mancava de fons, que no es van ingressar fins al 5 de gener de 2009, segons l'extracte bancari aportat per la part demandada com a document número 7 de la contestació) ni el podia endossar a un tercer com a títol canviari. No s'ha discutit que, en rebre'l, el va entregar a Climat Nova amb la finalitat de pagar el deute amb aquesta entitat. Mitjançant els documents 7 u 8 de la contestació s'acredita el càrrec de 440.800 euros contra el compte de Los Tres Monos el dia 8 de gener de 2009 i l'ingrés d'aquest import el mateix dia al compte de Climat Nova (com a

remesa d'efectes).
Com va posar en relleu l'AC i no s'ha desvirtuat en cap de les dues instàncies, en els llibres de comptabilitat de la concursada es va reflectir la venda de les places de pàrking el 13 de novembre de 2008 i es va crear un compte a càrrec de Los Tres Monos, en el qual aquesta societat figurava com a deutora de Properties per 440.800 euros. El compte es va cancel·lar el mateix dia 13 de novembre de 2008, mitjançant la compensació dels saldos dels comptes oberts a nom de Climat Nova (sempre en la comptabilitat de Properties), tot i que, com que l'import no abastava, va quedar pendent de pagament la suma de 2.661,84 euros. L'AC precisa -i no s'ha qüestionat- que en la comptabilitat de la concursada es reflecteix un traspàs de saldos des dels comptes 401.00991 i 410.00991 (dos comptes de Climat Nova) al compte (també de Climat Nova) 400.00991, des del qual es va realitzar la compensació amb el compte de client obert a nom de Los Tres Monos.
En definitiva, el cobrament de les places de pàrking venudes es va fer mitjançant la compensació del deute de Properties amb Climat Nova.
Als efectes que interessen en aquesta controvèrsia, la confusió d'esferes i de patrimonis entre Los Tres Monos i Climat Nova, en el marc de les dades abans exposades (identitat de domicilis, soci i administradors), es fa palesa en l'operació complexa descrita, realitzada amb la concursada. No som davant un cas de simulació, sinó de voluntat conscient i exterioritzada per part de la creditora Climat Nova de donar-se per pagada amb les places d'aparcament entregades a la societat Los Tres Monos, encara que dos mesos més tard, a manera de regularització interna, es dugui a terme un traspàs per import de 440.800 euros de Los Tres Monos a Climat Nova.
Hem d'acollir, per tant, la tesi de l'AC sobre l'existència d'una dació en pagament del crèdit de Climat Nova, el 13 de novembre de 2008.
9. L' article 71.1 LC exigeix dos requisits per rescindir l'acte de la concursada: a) el temporal (acte efectuat dins dels dos anys anteriors a la data de la declaració del concurs), que no es discuteix en el cas que ens ocupa i b) el de perjudici per a la massa activa, que sí es qüestiona.
L'AC no va invocar cap presumpció de perjudici de les previstes en l'article 71.2 (presumpció que no admet prova en contra relativa a actes de disposició a títol gratuït i pagaments per extingir obligacions de venciment posterior a la declaració de concurs) ni en l' article 71.3 (presumpció que admet prova en contra, referida a actes dispositius a títol onerós a favor de persones especialment relacionades amb el concursat i de constitució de garanties reals a favor d'obligacions preexistents). Per tant, s'ha d'estar al que estableix l' article 71.4 LC, invocat als fonaments de dret de la demanda i correspon a qui exercita l'acció rescissòria provar el perjudici patrimonial per a la massa activa.
A la vista dels fets acreditats, considerem que la dació en pagament (integrada pel doble negoci de venda i entrega de pagaré) va resultar perjudicial per a la massa activa de la concursada, perquè va alterar la par condicio creditorum, en benefici de Climat Nova, en els termes que hem exposat a l'anterior fonament de dret 7.
10. D'altra banda, no podem acceptar que ens trobem en un supòsit emparat en l' article 71.5.1 LC, que invoca la part demandada, segons el qual, en cap cas podran ser objecte de rescissió els actes ordinaris de l'activitat professional o empresarial del deutor realitzats en condicions normals.
En aquest punt, hem de considerar les característiques especials del conjunt de l'operació de venda de les places de pàrking i de pagament al creditor. L'AC es refereix al fet que es venguessin pràcticament totes les places d'aparcament del complex edificat; que es venguessin separadament dels habitatges, quan l'actuació normal és vendre els habitatges juntament amb la plaça de pàrking corresponent per no menyscabar les expectatives i els valors de venda en edificacions noves. L'AC invoca també la conjuntura econòmica d'insolvència per la qual travessava la venedora: a la data del negoci, Properties es trobava pràcticament immersa en un procediment concursal i ja no tenia gir i tràfic. La part demandada afegeix que els aparcaments ni tan sols estaven acabats quan es va produir la venda. Tampoc s'ajusta a la normalitat el pacte de l'escriptura (clàusula setena) que posa a càrrec de la venedora, Properties, totes les despeses (notaria, inscripció registral, plusvàlua).
Però, per sobre d'aquest conjunt de dades, el que realment impedeix considerar l'operació com a acte ordinari de l'activitat empresarial realitzat en condicions normals és el fet que la concursada no va percebre cap preu per la compravenda. Va compensar el deute del comprador amb el crèdit de l'altra societat del grup. Per tant, hem de descartar que l'operació s'emmarqui en l' article 71.5.1 LC.
En conseqüència, s'estimarà la demanda i es declararà la ineficàcia de la compravenda de 13 de novembre de 2008 entre Properties i Los Tres Monos. Aquesta última societat haurà de retornar al patrimoni de la concursada les 40 places d'aparcament, amb els fruits i interessos, i, en cas d'impossibilitat, haurà de restituir-ne l'import de 440.800 euros. “:SAP Barcelona (Sección 15) 15.01.2013 (Sentencia 10/2013; Rollo 374/2012)

AP Burgos

“Séptimo.-En cuanto a la existencia de perjuicio para la masa activa, su prueba, así como la eventual justificación de las entregas de bienes, cabe hacer las consideraciones jurídicas siguientes:
A) En cuando a la determinación del concepto de perjuicio para la masa activa -ex artículo 71-1 de la Ley Concursal -, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, en el sentido que, este concepto, siendo más amplio que el estricto de perjuicio patrimonial, no constituye una noción única, debiendo integrarse por las circunstancias concurrentes en cada caso, sin desconocer el principio de paridad de trato, porque el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores.
El perjuicio no es solo un detrimento patrimonial, sino más bien un sacrificio patrimonial injustificado -disminución del valor del activo, careciendo de justificación- y por afectar al principio de la par conditio creditorum (nótese que el artículo 71-2 de la Ley Concursal presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en donde lo realmente afectado es el principio mencionado, sin que exista propiamente una lesión económica; o en la constitución de garantías reales, en los

casos del artículo 71-3.2° de la Ley Concursal).
Desde este criterio jurídico, el pago de una deuda vencida y exigible, realizado en el período sospechoso, en principio, está justificado, salvo que concurran circunstancias singulares que patenticen y demuestren la falta de justificación (por su privación) al hecho del pago, lo que supone un perjuicio por vulneración del principio de igualdad de trato para el común de los acreedores. Y es una circunstancia de relevancia singular que, al tiempo de satisfacer el crédito, pagar, el deudor estuviera en un estado claro de insolvencia, eludiendo una concurrencia ordenada de los créditos.
Pues bien, la dación en pago no es, en sí o por sí misma, un acto rescindible, respecto de una deuda líquida, vencida y exigible.
Para que lo sea, ha de concurrir alguna de esas circunstancias singulares y relevantes, que priven de justificación el pago realizado, no bastando la mera o sola disminución patrimonial.
Consideraciones jurídicas predicables a la dación en pago -criterio que mantienen la generalidad de las Audiencias Provinciales- aunque las prestaciones de las partes sean proporcionales (SSAAPP que cita la Administración Concursal).
Por todas sirva de ejemplo, la S.A.P. Valencia, Sección 9, n° 89/2.012, de 12 marzo 2.012, que cita, a su vez, otras. Argumenta de la siguiente manera:
"En este estado de cosas, cabe traer a colación lo que ya diera esta Sala a propósito de la acción de reintegración de la masa que regula el artículo 71 de la Ley Concursal en Sentencia de fecha 14/11/2.011 (RA 477/11), con cita en la Sentencia de la AP de Vizcaya de fecha 14 de octubre de 2.010 : "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masas activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursa I de cobro"; también la SAP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2.009), de 15 de octubre de 2.009, indica "Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2.009) en demandas que la Administración Concursa! ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En la sentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009, se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 de la Ley Concursal, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona - citada por la anterior- de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursa I de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concúrsales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el n° 4 del artículo 71 de la LC en relación con el n ° 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la Ley Concursal, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, qué el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal".
B) Las operaciones litigiosas no están amparadas por algunas de las presunciones que el artículo 71 de la Ley Concursal establece, de manera que opera la carga probatoria del apartado 4 con toda su virtualidad jurídica.
A esta finalidad sirve el conocimiento de la situación económica en la que se encontraba la deudora-concursada, que está reconocida: sus dificultades económicas en el año 2008, su falta de liquidez e impagos a la recurrente, hasta el punto que la entrega de barreras y otros elementos accesorios que Tebycon suministra,

a su costa, a Herbiplast, lo hace para compensar (pagar) los importes de otras facturas (deudas vencidas, líquidas y exigibles), y evitar que se incremente la deuda de Tebycon con Herbiplast.
Este método de pago, como se ha argumentado, es inhabitual, originándose una deuda con Asebal y sin el activo de los bienes.
Y respecto del contrato de reconocimiento de deuda y compensación, de fecha 2 de agosto de 2.010, se conviene, cuando ya se ha presentado la comunicación del art. 5 de la Ley Concursal, en su redacción anterior, que implicaba una situación de insolvencia actual, lo que corrobora la finalidad de los actos de dación en pago realizados antes, favorecer a un acreedor concreto frente al común de los acreedores, alterando la par conditio creditorum.
Aunque, en estas operaciones, no haya carácter fraudulento ni mala fe, e incluso un favorecimiento a la ejecución de una obra -desconociéndose si, finalmente, resultó beneficiosa, si se terminó y cobró-, objetivamente se produce un perjuicio directo, por la deuda contraída con Herbiplast, e indirecto, por la afectación de la par conditio creditorum, a favor de un acreedor singular y en perjuicio del común de los acreedores, en un contexto de insolvencia e impagos, eludiéndose una liquidación ordenada con todos los acreedores, que no se justifica, ni el caso del art. 71-5-1º de la Ley Concursal, como se ha argumentado antecedentemente.": SAP Burgos (Sección 3) 30.10.2013 (Sentencia 265/2013; Rollo 196/2013)

JM-1 Lugo

"TERCERO.- El fundamento de la acción rescisoria se encuentra en el derecho de los acreedores de Conservas Burela S.A. al mantenimiento de la integridad del patrimonio de ésta su deudora, si bien el artículo 71.1 de la Ley Concursal habla de actos perjudiciales para la masa activa es decir, que el acto haya dado lugar a una reducción del activo patrimonial. En la delimitación del concepto de perjuicio hay que tener en cuenta la finalidad de la regulación de las acciones de reintegración concursal. Estas acciones se dirigen a la protección de los acreedores concursales para la protección de sus créditos. El principio de paridad de trato informa también la consideración del daño como presupuesto para el ejercicio de las acciones de reintegración concursal. El perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores, esto es, a la masa pasiva. Se entiende que ha habido perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales. A este respecto no es suficiente para excluir el daño que la operación del deudor concursado se haya efectuado conforme a criterios de mercado. En la apreciación de si ha habido o no daño, se debe atender al sacrificio patrimonial que deben soportar los acreedores concursales como consecuencia de la insolvencia del deudor. El mero hecho de que el deudor cumpla con lo que debe frente a tercero ya implica un trato de favor y una reducción de la masa activa que se destina a la satisfacción del conjunto de los acreedores concursales.
Como ya se ha interpretado en alguna resolución, en concreto en la sentencia de de 25 de febrero de 2005 del Juzgado de lo mercantil nº 2 de Barcelona, el artículo 71 de la Ley Concursal permite rescindir actos perjudiciales para la masa activa, concepto más amplio que el de perjuicio patrimonial; es decir, aun cuando el acto, considerado de forma aislada, no se considerara perjudicial, por mantener la equivalencia de prestaciones, si no se respeta el principio de la "pars conditio creditorum", que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de de dar al conjunto de acreedores un mismo trato, dicho acto debe ser rescindido. Por consiguiente el sacrificio patrimonial que deben soportar los acreedores concursales como consecuencia de la insolvencia del deudor es un dato a tener en cuenta para valorar si un acto es perjudicial para la masa en cuanto reduce la destinada a la satisfacción del conjunto de dichos acreedores.
CUARTO.- En el caso de autos, tenemos dos tipos de actos:
1º) Dos compraventas de mercancías celebradas el 29 de octubre de 2004 entre Conservas Burela S.A y la mercantil Pescados Rubén S.L. acreedor, en virtud de la cual la compradora Pescados Rubén S.L. recibió mercancía por valor de 208.932,48 € y 22.129,74 €, así como abonos en concepto de descuentos en el precio de dichas ventas, por importe de 21.696 € y 33.384 €. Se trata de actos realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, entre Conservas Burela S.A, y uno de sus acreedores proveedor de la misma, Pescados Rubén S.L. La fecha en la que se celebraron dichas compraventas apenas un mes antes de la solictud del concurso
cuando la concursada se encontraba en situación de insolvencia, la importancia económica de la mercancía retirada, el hecho de que no se abonara
dinero alguna por ella, a pesar de que se pactó como circunstancia del pago, el pago al contado, la realidad de que Pescados Rubén no se dedique a la distribución de la mercancía retirada sino que sea un mero proveedor de la concursada, la excepcionalidad de unos descuentos que no se muestran como habituales en las operaciones de Conservas Bureal S.A. acreditan un perjuicio para la masa activa y para la masa pasiva en cuanto, con dicha operación se pretendió pagar en especie a uno de los acreedores con preferencia y en evidente perjuicio del resto de acreedores que ven reducidas sus posibilidades de cobro respecto de una entidad insolvente. Por tanto, no se trató de compensar sino de dar en pago, modo excepcional de cumplimiento de las obligaciones que se contrapone al argumento esgrimido por la demandada Pescados Rubén S.L. que alega que fue un acto ordinario de la actividad o profesional del deudor realizado en condiciones normales; ¿condiciones normales?, ninguna de las circunstancias ni temporales, ni formales (facturas tipo B recogen la entrega de
mercancías ¿con qué objeto?) ni materiales de las compraventas aparentan normalidad alguna, sino todo lo contrario. La apariencia de una compraventa normal, esconde una dación en pago que encaja, como se pone de manifiesto en la sentencia de25 de julio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, en los supuestos que la doctrina considera como máximos exponentes del perjuicio: aquellos en que se cumple una deuda vencida y exigible por medio de un pago que no sea el inicialmente pactado y que no se haga en dinero o de la manera normal en el tráfico, porque supone al tiempo privilegiar a unos acreedores frente a otros y extraer

bienes de la masa. No puede apreciarse, por tanto, lo excepcionado por la demandada Pescados Rubén S.L.y considerar que las mercaderías que recibió de Conservas Burela S.A responde es un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial realizado en condiciones normales, pues dicha entrega no se hace para recibir dinero a cambio, sino para pagar una deuda de naturaleza completamente distinta (dineraria). Es decir no se trata de una simple venta de mercancía al un cliente, (Pescados Rubén S.L. es un proveedor de Conservas Burela S.A no un distribuidor) a cambio de precio, sino una manera extraordinaria de satisfacer un crédito entregando una prestación distinta mercaderías- a la debida (dinero).
2º) Los pagos realizados el 11 y 12 de noviembre de 2004, por importe de 54.560,59 y 50.268,47 respectivamente, dichos pagos en atención a la fecha en que se hicieron apenas 20 días antes de que Conservas Burela solicitara la declaración de concurso voluntario y a la forma en que se realizaron a través del endoso por parte de Conservas Burela S.A. a Pescados Rubén S.L. de
dos pagarés con vencimientos el 22 de diciembre de 2004 y de 8 de febrero de 2005, es decir no se pagó con dinero de caja sino a través de cesión de unos créditos, circunstancias que ponen de manifiesto un trato privilegiado hacia Pescados Rubén S.L. y un evidente perjuicio del resto de los acreedores concursales. No puede en este caso tampoco, apreciarse que dichos endosos en pago de deudas que Conservas Burela S.A. tuviera especto de Pescados Rubén S.L. fueran actos ordinarios de la actividad profesional realizados en condiciones normales, atendiendo a las circunstancias en que se produjeron antes expuestas, más bien al contrario, revelan la conciencia por parte de
Pescados Rubén S.L. de las dificultades presentes de cobro. Normales? aceptando como pago unos títulos valores de vencimiento futuro.": SJM-1 Lugo 14.06.2006 (Incidente Concursal 215/2006)

JM-1 Alicante

"18. Aunque la Administración Concursal no alega la presunción legal del art 71.2. LC ni se afirma que la deuda de AKRA LUZ con AZNAR OBRAS Y CONSTRUCCIONES no estaba vencida, sino que se limitaba a manifestar que estaba contabilizada y disminuye con esa operación (doc num 5 y 6) debemos con esos parámetros interpretativos analizar los hechos acaecidos resultando que un activo de AKRA LUZ de especial trascendencia como es la nave y solar pasa a manos de un acreedor - AZNAR OBRAS Y CONSTRUCCIONES – con la lógica disminución de pasivo en marzo de 2006, sin que en ese año suministrase nada la acreedora a AKRA LUZ; operación enmarcada en una serie de pagos en ese año a ese concreto acreedor (dos num 5 a 7, extractos contables no impugnados) que dan como resultado colocar en una mejor posición a ese acreedor frente al resto de acreedores, ya que en diciembre de 2008 solicita el concurso, por lo que no se trata de una actuación dirigida a refinanciar la sociedad en dificultades económicas sino de privilegiar a un acreedor respecto de los demás, con ruptura del principio de la pars condictio, causando, en definitiva, un perjuicio entendido como la disminución de la garantía de cobro producida por una aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de dicho acto, con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro, apuntando precisamente la doctrina que la dación en pago como uno de los máximos exponentes del perjuicio, pues como dice la SAP de Alicante, Sección 8ª de 22/10/2008 "Existe por tanto perjuicio desde la perspectiva que interesa al Concurso, esto es, en cuanto el acto de dación en pago supone a la postre una restricción de los derechos de créditos de los terceros acreedores de la concursada, pues es evidente que el mecanismo ya extraordinario de la dación en pago (no constando su previsión en el caso del crédito particular) y el privilegio que se hace con su uso a un concreto acreedor, reduce los derechos de aquellos otros acreedores, primero por la alteración de la pars y, en segundo lugar, por la reducción de la masa pasiva desde el momento en que no existe además equivalencia económica entre el bien y el fin que constituye causa del negocio de la dación en pago. En suma, en el caso hay perjuicio porque hay objetiva disminución, con el negocio de dación en pago, del patrimonio del deudor y además, se produce con el pago del crédito, una alteración injustificada de la preferencia de cobro entre los acreedores concursales": SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 598/2007; Concurso 811/2008)

3.1.3
3.2 Traspaso de cuenta de crédito hipotecaria para cobrar deudas con garantía personal

AP Lugo

"ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.- Con fecha 28 de junio de 2006, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 3 de Lugo, Mercantil, dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: ESTIMAR la demanda incidental interpuesta por la Administración Concursal de Conservas Burela SA., contra la entidad Conservas Burela SA. y la mercantil Banco Gallego SA., con los siguientes pronunciamientos: 1ª) Acordar rescindir y dejar sin efecto los pagos realizados a banco Gallego SA. por transferencia desde la cuenta n° 82730 a la cuenta de crédito n° 82480 por importe de 200.000 ? y a la cuenta de impagados de cartera por importe de 5.200?. 2ª Condenar a la entidad Banco Gallego SA.. a reintegrar a la cuenta n° 82480 la cuantía de de 205.200?. 3ª Calificar como crédito subordinado el crédito de 205.200? a favor del Banco Gallego SA. generados por la reintegración a la masa de dicha cantidad. 4ª Denegar los intereses moratorios derivados del impago del préstamo hipotecario n° de cuenta 82345 por el importe de 205.200? Con imposición de las costas causadas en este incidente a la parte demandada". (…)
SEGUNDO.- La segunda alegación tampoco puede ser acogida. Ya el propio apelante reconoce que el traspaso de 5.200 euros fue incorrecto y existe un evidente perjuicio para la masa activa desde el momento en que el Banco apelante intentó disminuir el importe de lo que se le debía asegurando primeramente el cobro de los créditos que no estaban garantizados, es decir, de los personales y con ello obtenía la satisfacción de éstos quedando a salvo los garantizados como los créditos hipotecarios con garantía real y con dicha actuación el

Banco apelante por una parte incrementa los créditos privilegiados y disminuye en cantidad igual los créditos ordinarios con el consiguiente y evidente perjuicio para el resto de los acreedores, no entendiendo tampoco como se reconoce lo incorrecto de la aplicación del crédito anteriormente citado y no se estima igualmente lo incorrecto del traspaso y aplicación del crédito mayor. El ofrecimiento del Banco recurrente en el acto de la vista de rectificar la aplicación demuestra lo equivocado de su postura y es extemporáneo al haberse producido ya parte del daño y posibilitar la ejecución de la hipoteca al no hacer frente a los vencimientos y la obtención en subasta de uno de los mejores activos de la entidad Conservas de Burela SA. Finalmente señalar que la actuación del Banco apelado puede ser considerada de mala fé al no desconocer la incorrección de los traspasos efectuados y el estado de insolvencia de la entidad Conservas de Burela SA., dado su condición de acreedor principal, lo que lleva a que la calificación del crédito como subordinado y la denegación de los intereses moratorios a que se refieren los puntos 3º y 4º del fallo de la sentencia recurrida deban mantenerse como lo restante de lo establecido en la misma.": SAP Lugo 19.12.2006 (JUR 2007/128096)

3.3 Pago de crédito vencido, ya en estado de insolvencia, con infracción de la par conditio creditorum

Tribunal Supremo

"Rescisión concursal de pagos realizados por el concursado antes de la declaración de concurso
4. El primer motivo del recurso de casación versa sobre la interpretación del art. 71 LC, en relación con los pagos realizados por el deudor concursado en un tiempo relativamente próximo a la declaración de concurso. El recurso cuestiona la interpretación que de los apartados 1, 4 y 5 ha realizado el tribunal de instancia, al haber apreciado que el pago realizado por la concursada a la codemandada Postventa era perjudicial para la masa, por una genérica vulneración de la par condicio creditorum. El recurso sostiene que el pago no ocasionó ningún sacrificio patrimonial injustificado, pues era debido, vencido y exigible; y, en todo caso, este pago debe ser considerado un acto ordinario de la actividad económica de la deudora concursada, que fue realizado en condiciones normales, a los efectos previstos en el apartado 5 del art. 71 LC, que excluye estos actos de la rescisión concursal.
El recurso debe desestimarse por las razones que analizaremos a continuación.
5. El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.
El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no

constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum.
Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en la sentencia 855/2007, de 24 de julio, donde negamos la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido.
7. En el presente supuesto no se cuestiona que el crédito satisfecho por la concursada a Postventa fuera un crédito real, vencido y exigible. El problema radica en que las circunstancias que rodean al pago ponen en evidencia su injustificación.
El acreedor (Postventa) había pedido el concurso de su deudora (Vitelcom), el 4 de diciembre de 2006, y Vitelcom, para lograr el desistimiento del instante antes de que se llegara a declarar el concurso, pagó el crédito de 272.272,50 euros (el 12 de enero de 2007).
Este pago que, en principio, sería válido, al ser debido y exigible, se ve afectado por que, no mucho más tarde (el 5 de marzo de 2007), la propia deudora (Vitelcom) solicitó su propio concurso de acreedores, que fue declarado el 16 de marzo de 2007, pero con la consideración de necesario, pues el art. 22.2 LC prevé que " el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiere presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque este hubiere desistido..." Detrás de esta consideración legal, aplicada al caso por el magistrado de lo mercantil que declaró el concurso de acreedores, se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió.
Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto.
8. El recurrente también argumenta que el pago constituye un acto ordinario, realizado en condiciones normales, para eludir los efectos de la rescisión concursal, tal y como prevé el art. 71.5 LC.
El art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.
En este caso, podemos entender que para una sociedad como la deudora concursada, que explota un negocio de fabricación de aparatos de telefonía móvil, el pago de los servicios de reparación y asistencia técnica, como son los prestados por Postventa, es un acto normal ligado a su actividad empresarial. Pero no cabe concluir que fuera realizado en condiciones normales, pues está reconocido que el pago del crédito se hizo después de que la acreedora hubiera solicitado su concurso de acreedores, para conseguir el desistimiento, y sin que ello evitara que al cabo de pocas semanas se volviera a pedir el concurso, esta vez a instancia de la propia deudora. “:STS 26.10.2012 (Sentencia 629/2012; recurso 672/2010)

"En la sentencia de 629/2012, de 26 de octubre, después de reiterar la concepción del perjuicio para la masa como "sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación", expusimos cuándo y en qué medida los pagos pueden tener esta consideración de perjudiciales para la masa:
«En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
»Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la

condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum ». (...)

16. Desestimación de todos los motivos de los recursos de casación formulados por Ñabe, S.L., Menuce, S.A. y Margara, S.A. En atención a la relación que guardan todos estos motivos, que requieren de un tratamiento conjunto, los resolveremos también conjuntamente.

Como hace la sentencia recurrida, conviene distinguir entre la rescisión del acuerdo de reparto de dividendos, en concreto 300.000 euros, adoptado por la junta de accionistas de la sociedad concursada, el día 24 de junio de 2003; y la rescisión del pago realizado a favor de los socios, dentro del periodo sospechoso, de los dividendos acordados en una junta celebrada fuera este plazo de rescisión. En el primer caso, se rescindió el acuerdo de reparto de dividendos y en consecuencia dejaron de gozar de justificación los pagos realizados en cumplimiento de tal acuerdo de reparto o las compensaciones acordadas. En el segundo caso, en que no cabía rescindir el acuerdo de reparto de dividendos, lo que se rescindió fue el concreto pago realizado a favor de dos socios, partiendo de la consideración de que el pago era debido. (...)

21. En cuanto al reparto de dividendos acordado en la junta de accionistas de 28 de junio de 2002, como este acto está fuera del periodo sospechoso de dos años previsto en el art. 71 LC, no fue objeto de rescisión y, al no haberse ejercitado ninguna otra acción de impugnación, el tribunal de instancia parte, con buen criterio, de su validez. Lo que se rescinde son los pagos de estos dividendos percibidos por Ñabe, S.L., por un importe total de 240.050,61 euros, y por Menuce, S.A., por un importe total de 206.409,48 euros.

Todos estos pagos, que ha quedado acreditado fueron realizados dentro del periodo sospechoso de los dos años, eran debidos, por lo que resulta de aplicación la doctrina reiterada en el fundamento jurídico 8, con cita de la sentencia de 629/2012, de 26 de octubre, según la cual: en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum".

Estos pagos constituyen actos jurídicos distintos del acuerdo adoptado por la junta que generó el derecho al cobro, razón por la cual pueden ser considerados de forma independiente. En contra de lo argumentado en su recurso por Menuce, S.A., los pagos son actos jurídicos de disposición, que pueden ser objeto de una acción rescisoria concursal, aunque no lo sea aquel previo acuerdo de la junta que reconoció el derecho a un concreto dividendo. Sin perjuicio de que, caso de dirigirse la acción rescisoria únicamente contra los pagos y no contra el acuerdo que generó el derecho a su cobro, la justificación del perjuicio no pueda recaer en la "irregularidad" del acuerdo de reparto de dividendos, sino en las razones propias aplicables a los pagos debidos, como acabamos de exponer.

La sentencia de primera instancia, ratificada por la de apelación, justifica la rescisión de estos pagos en que las dos socias destinatarias eran personas especialmente relacionadas con el deudor y se realizaron en un momento en que la sociedad arrastraba importantes pérdidas, como se deduce del informe pericial, que la condujeron a la insolvencia.

Los dos entidades socias destinatarias de los pagos, Ñabe, S.L. y Menuce, S.A., tenían cada una de ellas más del 10% del capital social, al tiempo de realizarse tales pagos, razón por la que conforme al art. 93.2.1º LC tienen la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor, y por ello resultaba de aplicación la presunción de perjuicio iuris tantum del art. 71.3.1º LC. En este mismo sentido nos pronunciamos en la Sentencia 487/2013, de 10 de julio, con ocasión de un caso en el que se juzgaba la rescisión concursal de los pagos efectuados a favor del administrador de la sociedad concursada: "Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal, el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario". Y concluíamos entonces, como podemos hacer ahora, que "en consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada".

Ha quedado acreditado en la instancia, y no puede ser discutido en casación, que cuando la sociedad llevó a cabo estos pagos, se encontraba en una situación de graves pérdidas, que fueron incrementando con el paso del tiempo, de forma que pasaron de 956.277,39 euros en enero de 2003, a 2.170.757,11 euros en abril de ese mismo año. Los pagos realizados a Ñabe, S.L. fueron: el 29 de enero de 2003, 90.000 euros; el 5 de febrero de 2003, 120.000 euros; y el 6 de febrero de 2003, 30.050,61 euros. Y los pagos recibidos por Menuce, S.A. fueron: el 7 de marzo de 2003, 100.000 euros, y el día 2 de abril de 2004, 106.409,48 euros.

En este contexto, resulta de aplicación la consideración que hacíamos en la reseñada Sentencia 487/2013, de 10 de julio, para explicar por qué los pagos se realizaron en unas circunstancias que ponían en evidencia la falta de justificación del sacrificio patrimonial que entrañaban: "(n)o es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores".

En nuestro caso, la condición de accionistas de los destinatarios de los pagos, la naturaleza de los créditos (dividendos) y la circunstancia de que cuando fueron satisfechos la sociedad tenía encubiertas importantes pérdidas, que ponían en evidencia el contrasentido que suponía el pago de los dividendos acordados y la necesidad de capitalización de la sociedad como consecuencia de las pérdidas, convierten en este caso

concreto en injustificado el pago, por muy debido que fuera.”: STS 24.07.2014 (Sentencia 428/2014; Recurso 2912/2012)

“CUARTO.- (…) A) El motivo primero incurre en Inexistencia del interés casacional alegado por jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales (art. 483.2.3°, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC), por existir jurisprudencia de la Sala sobre el concepto de perjuicio; esta sala, en sentencia de 26 de octubre de 2012 (núm. 629/2012) en el caso de los pagos, aunque comporten una disminución del haber del deudor y reduzcan la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como su exigibilidad. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración del concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. En esta línea, esta Sala también ha precisado que pese a la anterior regla o criterio general, en algunas ocasiones, puedan concurrir circunstancias excepcionales que priven de justificación al pago realizado en la medida que suponga una vulneración de la "par condicio creditorum"; supuesto de que el pago, debido y exigible, se realice por el deudor en un momento temporal en el que estuviera en un claro estado de insolvencia y se hubiera solicitado el concurso, o debiera haberlo sido (STS de 10 de septiembre de 2013, núm. 487/2013).”: ATS 11.02.2017 (Recurso 2946/2014)

AP Albacete

“PRIMERO.-Frente a la sentencia dictada en instancia, que desestima la demanda interpuesta por la Administración Concursal frente a AMBULANCIAS TRANSALTOZANO S.L. y JOSE MARIA SAN ROMAN GOMEZ-MENOR S.L., recurre en apelación dicha demandante reiterando las alegaciones utilizadas como fundamento de su pretensión, esto es, que la cesión de crédito frente al SESCAM que por importe de 817.275 euros realizó AMBULANCIAS a favor de JOSE MARIA SAN ROMAN en fecha 25 de marzo de 2.013 supone un perjuicio para las masas activa y pasiva de la mercantil concursada y es contrario al principio de la par conditio creditorum habida cuenta que se realizó apenas dos meses antes de comunicar al Juzgado de lo Mercantil el inicio de las negociaciones con sus acreedores al amparo de lo dispuesto en el art. 5 bis de la Ley Concursal -que se produjo en mayo de 2.013- y del posterior concurso solicitado en septiembre de ese mismo año, cesión de crédito que además se realizó cuando la mercantil concursada había cesado en sus operaciones ordinarias y se encontraba en situación de insolvencia.
Se opuso al recurso la mercantil JOSE MARIA SAN ROMAN GOMEZ-MENOR S.L. -AMBULANCIAS TRANSALTOZANO S.L. se había allanado en instancia- interesando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado.
SEGUNDO.-En el análisis de la controversia reproducida en esta alzada debe partirse de la doctrina jurisprudencial que tanto la sentencia como la apelada invocan como reguladora de la materia, que se resume en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2.012, a cuyo tenor *"En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible".* Ciertamente, el art. 71.1 de la Ley Concursal acude un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso. El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 de la Ley), y, además, debe carecer de justificación.
TERCERO.-La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 de la Ley presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 invocado en demanda), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 que, por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa. Por otro lado, es constante la doctrina jurisprudencial que admite que la noción de perjuicio no se reduce estrictamente a los actos que de modo

directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor, sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia en el cobro (SAP Valencia 23-03- 2009, Madrid 19-12-2008, Burgos 20-11-13).
Es decir, que la doctrina que con carácter general legítima los pagos realizados de obligaciones líquidas, vencidas y exigibles no otorga una suerte de bendición universal a todos esos pagos, pues esta regla general también tiene excepciones. Precisamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2.012, invocada por la apelada para oponerse a la pretensión de la Administración Concursal, sigue señalando a continuación del párrafo que transcribimos más arriba que *"Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum (...)"*.
Pues bien, de acuerdo con dicha doctrina jurisprudencial, creemos que el pago o cesión de crédito realizado por AMBULANCIAS TRANSALTOZANO S.L. a JOSE MARIA SAN ROMAN GOMEZ-MENOR S.L. se enmarca precisamente en uno de esos supuestos excepcionales de falta de justificación a que se refiere la sentencia citada que, por tanto, ha de motivar su rescisión. En efecto, en marzo de 2.013 AMBULANCIAS TRANSALTOZANO S.L. no tenía actividad ordinaria alguna como revelan las declaraciones de IVA mensuales de enero, febrero y marzo de 2.013, acompañadas como documento nº 1 del escrito de apelación, es decir, se encontraba en estado de insolvencia hasta el punto de que, de facto, comunica el inicio de negociaciones con sus acreedores dos meses después, en mayo de 2.013, y solicita finalmente el concurso en septiembre del mismo año. No se trató, por tanto, de un pago realizado a un acreedor en el marco de la actividad o giro ordinario de la empresa, en un periodo de plena actividad sino, más al contrario, de un pago realizado cuando ya se había sobreseído de modo general en el pago de las obligaciones frente a todos los acreedores y cuando se sabía igualmente que no se iba a reanudar la actividad. Es evidente entonces que el pago privilegiado realizado a favor de JOSE MARIA SAN ROMAN GOMEZ-MENOR S.L. supone un perjuicio para los restantes acreedores a través de la alteración de la par conditio creditorum. De nuevo hacemos uso de otra Sentencia del Tribunal Supremo, también invocada por la apelada, la de 10 de julio de 2.013, que afirma tajantemente que *"... La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa ".*
Se impone, por todo ello, la estimación del recurso de apelación y la revocación de la resolución recurrida.": SAP Albacete (Sección 1) 03.11.2014 (Sentencia 228/2014; Rollo 153/2014)

"D) Por último, mantiene la recurrente que el pago efectuado era "ordinario de la actividad" de la concursada, e hizo frente a una deuda vencida, líquida y exigible. Y, por ello, entiende que no era rescindible.
La alegación es curiosa, pues supone el reconocimiento de que el pago lo llevó a cabo la concursada, en contra de lo que se sostiene en otras partes del recurso.
En cualquier caso, en la sentencia apelada sí que se trata esta cuestión. En su Fundamento Segundo puede leerse lo siguiente:
"Asimismo se argumenta que la deuda que ostentaba Teleinformática constituye una venta del tráfico mercantil ordinario, al ser una deuda líquida, vencida y exigible. Tal interpretación no puede ser acogida. A dos meses de la declaración del concurso de acreedores, con la concursada en situación precaria, no puede considerarse que estemos ante una venta del tráfico ordinario, que deja a la concursada sin posibilidad de un plan de viabilidad por la cuantía de la operación y que se salde la deuda de un solo acreedor en perjuicio del resto de acreedores. Tal venta cabe considerarla un acto perjudicial para la masa activa "aquel que conlleva un sacrificio patrimonial injustificado, sacrificio que puede provenir tanto de una aminoración de la masa activa para el concurso como de una alteración injustificada de la par conditio creditorum" tesis recogida por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 8 de noviembre de 2012, 12 de abril de 2012, 16 de septiembre de 2010, entre otras; así el art. 71.1 establece que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa, la solicitud de rescisión del pago realizado a Telyco, supone la reintegración a la masa del pago realizado de forma discriminada e injustificada a dos meses de la declaración del concurso. No se trata de rescindir los contratos firmados, si no el pago efectuado a Telyco, que se considera un comportamiento discriminatorio injustificado."
Esas conclusiones se comparten. El contrato de cesión de la actividad de la concursada, que incluía el compromiso de su representante legal de no competir en el sector, y la situación patrimonial de la empresa dejaban pocas dudas de su inviabilidad y de la necesidad de acudir al concurso de acreedores, y en ese contexto no puede decirse que el pago fuera una acción encuadrable en la gestión ordinaria de la empresa. Era un acto propio de la liquidación de la misma.
La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2.012, establece:
"los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible".

Y añade:
"Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum (...)".
En el caso de autos es claro que concurrían esas circunstancias excepcionales: el pago se hizo con el producto obtenido por la liquidación de la base negocial de la concursada, lo que determinaba su inviabilidad, se hizo por una cantidad muy importante en relación a su activo, y en fechas muy próximas a la solicitud de concurso.": SAP Albacete (Sección 1) 04.11.2014 (Sentencia 230/2014; Rollo 62/2014)

AP Alicante

"Cuarto. La rescisión de la cesión para pago
Nos encontramos, pues ante una cesión para pago de créditos litigiosos efectuada el 10 enero de 2012 siendo el concurso declarado el 18 junio de ese año, tras previa comunicación de negociaciones el 10 de enero de 2012
No discutidoel elemento temporal, en cuanto al requisito objetivo cuestionado ha tenido éxito su definición como "sacrificio patrimonial injustificado " (STS de 27 de octubre de 2010, haciéndose eco de la SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2009). Enseña la sentencia del TS de 8 noviembre de 2012 que para "determinar qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa",... hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha" y añade que "los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condiciocreditorum (paridad de trato de los acreedores)" de manera "...la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)".
En la sentencia de 629/2012, de 26 de octubre expone el TS cuándo y en qué medida los pagos pueden tener esta consideración de perjudiciales para la masa, doctrina reiterada en la reciente sentencia de 24 julio 2014.
Tras sentar que el perjuicio " puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación" en el caso de los pagos recuerda que " aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condiciocreditorum".
Por todo ello, y a partir del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda) proyectado sobre la rescisión concursal, sienta el principio de que "cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido".
Aquí, y según lo antes expuesto, y tomando como hipótesis más favorable al demandado reconvenido, que lo que se pretende satisfacer mediante la cesión para pago del crédito litigioso fuera un crédito real, vencido y exigible del letrado Sr. Vázquez, vemos como simultáneamente se comunica por el deudor CASTELLO la situación de insolvencia y que ha iniciado negociaciones para obtener una propuesta anticipada de convenio
No cuestionada esa insolvencia en ese momento del deudor, la conclusión no puede ser otra, como dice el TS en la mentada sentencia que "...apreciar la vulneración de la par condiciocreditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto " Cesión de activo, que aunque litigioso, lo que busca es evitar que quede integrado en la masa activa, de manera que una vez consolidado, se aplique íntegramente a un acreedor determinado, a modo de garantía de ese crédito previo, pues no olvidemos la proximidad que tiene la cesión de créditos con la prenda de créditos, por lo que la ratio del art 71.3.2LC refuerza la apreciación de perjuicio Si ello ya fuera bastante, dado que el

perjuicio se aprecia de manera objetiva, reseñar que no es creíble que la situación de insolvencia fuera desconocida para el acreedor. Aunque el reconvencido no es el letrado director de la solicitud de concurso, a nadie se le escapa que, tratándose de un letrado de confianza de la deudora, con más de un lustro de relación profesional, lo habitual es que fuera informado de una cuestión tan trascendental como la preparación de un concurso, con su fase previa de negociación para obtención de un convenio anticipado. Pero no solo eso sino que la ausencia de liquidez que impedía a CASTELLO atender regularmente sus obligaciones de pago las sufría ya el letrado en enero de 2012, que como proveedor de servicios jurídicos de manera estable ya había dejado de cobrar las igualas desde mayo 2011 Afirmado el sacrificio patrimonial, procede ahora verificar si estaba justificado Se alega que esa cesión de créditos litigiosos estaba justificada ya que permitió la continuación de la actividad profesional del Sr. Sebastian Valentin; mantenimiento de servicios profesionales que se reveló sumamente beneficiosa para la concursada al concluir de manera satisfactoria algunos de los procedimientos pendientes. Lo que se viene a decir -empleando la terminología del TS- es que es ese sacrificio patrimonial estaba por ello justificado.
El argumento no es atendible, pues no concuerda con los principios concursales en materia contractual: la vigencia el contrato de prestación de servicios no se ve afectado por la declaración de concurso, sirviendo de contrapartida a ese sacrificio del prestador de servicios postconcurso la retribución de esas prestaciones con cargo a la masa (art 61.2) Si los honorarios a percibir por el letrado por esos servicios postconcursales se calificaron, o no, como créditos contra la masa es ajeno a esta litis, ni una incorrecta calificación crediticia, en su caso, permite alterar la naturaleza del sacrificio patrimonial producido el 10 enero 2012”: SAP Alicante (Sección 1) 23.12.2014 (Sentencia 223/2014; Rollo 339/2014)

“TERCERO.-La segunda alegación del recurso tiene por objeto la infracción del artículo 71 de la Ley Concursal al no haberse producido ningún perjuicio para la masa activa toda vez que la concursada ha cobrado directamente de la Generalitat el importe de los créditos que fueron objeto de la cesión.
En primer lugar, para determinar el perjuicio para la masa activa hay que estar al momento de la celebración de los negocios jurídicos cuya rescisión se pretende y, no a las vicisitudes posteriores. Es decir, habrá que estar a si las cesiones de créditos que tuvieron lugar los días 12 de marzo y 4 de abril de 2011 causaron un perjuicio para la masa activa.
En segundo lugar, el concepto de perjuicio para la masa activa, elemento nuclear de la acción rescisoria concursal prevista en el artículo 71.1 de la Ley Concursal, viene determinado por la doctrina jurisprudencial (STS 24 de julio de 2014)) en los siguientes términos: " *En la sentencia de 629/2012, de 26 de octubre, después de reiterar la concepción del perjuicio para la masa como "sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación", expusimos cuándo y en qué medida los pagos pueden tener esta consideración de perjudiciales para la masa :*
«En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
»Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum». "
En nuestro caso, mediante las cesiones de crédito controvertidas se pagaban a JAINSER, S.L. sus créditos en un momento en el que la deudora ILIDEXSA reconocía su situación de insolvencia al haber comunicado el día 25 de enero de 2011 al Juzgado de lo Mercantil no poder hacer frente a los pagos pendientes con sus acreedores y que iba a iniciar las negociaciones con sus acreedores con el fin de obtener su adhesión a una propuesta anticipada de convenio, esto es, había solicitado el llamado "preconcurso" previsto en el entonces vigente artículo 5.3 de la Ley Concursal, que no pudo evitar al ser declarada en situación de concurso mediante Auto de fecha 23 de junio de 2011. Indudablemente, constituye un perjuicio para la masa activa los pagos realizados a un específico acreedor en un período en el que la misma deudora reconoce encontrarse en situación de insolvencia que se materializó pocos meses después cuando se declaró en situación de concurso al vulnerar con ello el principio de la *par conditio creditorum*.
En conclusión, confirmamos que las cesiones de crédito litigiosas causaron un perjuicio para la masa activa.”: SAP Alicante (Sección 8) 14.05.2015 (Sentencia 101/2015; Rollo 131/2015)

AP Baleares

“PRIMERO.-La demanda instauradora de la presente Litis trae causa de la acción rescisoria instada por la administración concursal tendente a obtener un pronunciamiento por el que se declare la ineficacia del pago realizado el 13 de marzo de 2012 por importe de 6.186,26 euros por la ahora concursada a la codemandada, ahora apelante con obligación de estos de restituirlo a la masa activa del concurso.
El citado pago se produjo después de la tramitación de un procedimiento judicial, el juicio monitorio nº 984/2011 en el que no hubo oposición y dio lugar a la ejecución en la que al principal se añadieron 1.580 euros para atender las costas de la ejecución.
Refiere la demanda que el pago se hizo tras un acuerdo verbal y aporta original de la transferencia efectuada.

En apoyo de su pretensión la administración concursal fija que el pago se hizo dos semanas antes de ser dictado el auto que declaró el concurso necesario.
El concurso necesario fue admitido a trámite el 29 de noviembre de 2011, se declarado por auto de fecha 3 de abril de 2012 que acompaña.
En dicha resolución (cfr doc 1) detalla que la concursada presentó escrito al amparo del art 5.3LC entonces vigente afirmando que se hallaba en estado de insolvencia actual y que venía siendo objeto de diversas ejecuciones judiciales a instancias de acreedores manifestando su propósito de alcanzar con ellos un convenio. Transcurrido el plazo y sin que constara manifestación al respecto se procedió al archivo de aquellas actuaciones en fecha 28 de julio de 2011.
En la tramitación del concurso necesario la demandada fue emplazada el 13 de diciembre se celebró la vista de oposición al concurso necesario en los días 14 de febrero y 22 de marzo de 2012.
En el presente procedimiento la concursada no contestó a la demanda por lo que emplazada fue oportunamente declarada en rebeldía.
La codemandada compareció y se opuso alegando que el pago fue debido y respondía a la deuda devengada por servicios profesionales ya reclamados en el procedimiento monitorio. Razona que no hay discriminación y que el pago fue justificado. Afirma que se trata de un acto ordinario de la actividad profesional
o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. Y que no hay discriminación en un pago que obedece a una resolución judicial, es posterior al despacho de una ejecución judicial que acordó embargos por lo que siendo un pago justificado y además una tasación inmobiliaria paso previo preceptivo para la consecución de avales o garantías inmobiliarias a menudo necesarias para continuar la actividad profesional.
Acompaña tanto el pliego de tasaciones realizadas a fecha 25 de marzo de 2010 como las notas registrales de inmuebles de la concursada en las que se comprueba la incorporación los embargos de la ATIB todos ellos en 20 de mayo de 2010.
La sentencia estimó la demanda y contra ella se alza la codemandada reiterando los argumentos esgrimidos en la instancia.
La administración concursal se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia.
SEGUNDO.-Centrados los términos objeto del debate nos encontramos ante un recurso que reclama el reconocimiento de que se trata de un pago debido y por lo tanto, en principio,la satisfacción de una obligación vencida no es rescindible; en el presente supuesto la recurrente matiza que además se realizó como parte de la actividad ordinaria y en condiciones de normalidad.
Es cierto, como se reitera por las Audiencias Provinciales, por ejemplo la sentencia de la AP de Pontevedra, Sección Primera en sentencia de 31 mayo de 2013, " *que la jurisprudencia viene realizando llamativos esfuerzos argumentales para restringir el concepto amplio de perjuicio, introduciendo matizaciones, incluso con criterios de no fácil identificación en el propio sistema legal, como sucede cuando se introduce el elemento adicional de buscar un sacrificio paralelo en el acreedor demandado como síntoma de su actuación de buena fe (cfr. Sentencia AP Madrid 2.4.2012) o cuando se acuña el concepto de "sacrificio patrimonial injustificado ", como exigencia adicional para la apreciación del perjuicio, hallazgo de la muy citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, de 6 de febrero de 2009, sobre la base a anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, seguido en numerosas resoluciones provinciales, confirmados por las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012, y que, para el particular supuesto de los acuerdos de refinanciación homologables, la Ley reformadora 38/2011 utiliza para condicionar la propia viabilidad de los acuerdos judicialmente homologables.*
Por lo demás resulta generalmente admitido en la comunidad jurídica que el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración del concurso".
Así y con respecto a las operaciones relativas al pago de obligaciones vencidas y exigibles antes del concurso, la existencia de perjuicio, *goza de carácter excepcional,* por cuanto en principio, esos pagos, aún realizados en el período sospechoso, estarían justificados y no ocasionarían perjuicio alguno para la masa activa y aún en mayor medida cuando se tratasen de los denominados actos ordinarios de la actividad profesional de la mercantil deudora.
Por ello para la aplicación en estos casos del citado concepto amplio de perjuicio, *se exigiría la acreditación de la situación de insolvencia de la deudora en el momento de la realización de la operación o acto impugnado*.
Revisada la actividad probatoria la Sala confirma la acertada valoración de la juez "a quo" por cuanto el clamoroso estado de insolvencia obliga rescindir los pagos realizados, pese a que no se discute que sean debidos, por vulneración de la par condicio creditorum y carecer de justificación.
La justificación del pago en este escenario de interpretación restrictiva no puede ponerse en relación con el origen de la deuda (la apelante menciona el decreto de embargo de fecha 24 de febrero de 2012 por servicios prestados en 2010) si no con las circunstancia concurrentes en el momento del pago.(el13 de marzo de 2012).
Las circunstancia de pago concurrentes se resumen en que el momento del mismo -marzo 2012-hacía más de un año que la concursada había reconocido su insolvencia actual,(vid referencia concretas del 5.3.LC); no presentó concurso voluntario en el plazo previsto en el 5.3 LC y realizó los pagos habiendo sido emplazada para ser declarada en concurso a instancia de otro de los acreedores en el periodo entre el inicio de la vista y su continuación.
Bastaría la remisión de la sentencia al motivado auto de declaración de concurso (aportado por la administración concursal)en el que a lo largo de los fundamentos segundo a quinto detalla deudas por varios conceptos así como la sucesión de pagos realizados o impagados para sostener la decisión por su minucioso estudio de las circunstancias concurrentes.
Abundando en la precisión de los requisitos para la rescisión de un pago debido ya fijada por numerosas sentencias,al respecto sobre la alteración de la par condicio razona la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia 285/2010 de 28 de septiembre razona: " *FUNDAMENTO JURIDICO NOVENO*

Si el pago era debido, y también vencido en el momento en el que se efectuó, carácter este último que no se discute, no puede ser considerado perjudicial para la masa, en la medida en que supuso una simultánea disminución de las obligaciones asumidas por la sociedad. La única posibilidad de que pueda ser considerado como perjudicial, en tal caso, se encontraría en que implicara una alteración del principio de la pars conditio creditorum, lo que a su vez exigiría que, al tiempo de ser realizados los pagos, el deudor se encontrara en estado de insolvencia, y por lo tanto obligado a presentar el concurso (Arts. 5 y 2.2LC). Todos los datos que se han aportado a las actuaciones permiten sostener la idea de que en el momento en el que los pagos se realizaron la sociedad no se encontraba aún en situación de insolvencia"

Respecto a la valoración de los pagos irrescindibles por ser propios de la actividad ordinaria la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de octubre de 2013 (ROJ: SAP PO 2858/2013):" *Partiendo por lo tanto de que se trata de operaciones comerciales de compraventa, ordinarias, propias del tráfico jurídico que era propio entre la concursada y su matriz, podría devenir en aplicación el art. 71.5.1º LC según el cual no podrán ser objeto de rescisión, en ningún caso, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.*

TERCERO. La *STS 26 octubre 2012, insiste en la doctrina sobre el concepto de actos perjudiciales a la masa activa del art. 71.1 LC que, si bien guarda relación con el principio de paridad de trato de los acreedores, sin embargo no puede identificarse con el mismo so pena de provocar una extensión desmedida del concepto y, por otro lado, oriente sobre la interpretación de los actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor. Así señala la meritada sentencia respecto del concepto de actos perjudiciales contra la masa que:*

El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.

El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.

La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.

71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

Y concreta dicha sentencia que, en el caso de los pagos, supuesto que es el que nos ocupa: aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.

Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum.

Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en la sentencia 855/2007, de 24 de julio, donde el Tribunal Supremo niega la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un

corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido.
En el presente supuesto, por lo ya dicho, no puede cuestionarse que los pagos realizados lo fueran para hacer frente a créditos reales, vencidos y exigibles con fundamento en operaciones comerciales de compraventa habituales entre las partes. El problema radica en que las circunstancias que rodean al pago puedan poner en evidencia su falta de justificación.
La sentencia considera que la condición de subordinados de los créditos del acreedor, si se declarara el concurso, dada la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor (art. 93.2.1º LC)al ser titular del 86/60% del capital social de la concursada, coincidiendo además en la misma persona física la administración única de ambas sociedades, y la cercanía a la fecha de solicitud de concurso, unido a que se observa ya una infracapitalización desde el año 2007, lleva a considerar injustificados los pagos, al considerarse a todas luces perjudicial.
Sin embargo la consideración de que los pagos se realizaran en favor de un acreedor que, en caso de concurso, tendría la consideración de subordinado, no es un elemento por sí mismo sospechoso de fraude o perjuicio, pues lo contrario llevaría a hacer a estos acreedores también de peor condición antes de declararse el concurso si los pagos que se les pudieran realizar cayeran también bajo la sospecha del perjuicio a la futura masa activa, lo que no está desde luego expresamente regulado y debe ser interpretado restrictivamente. La cercanía a la solicitud del concurso en el presente caso unos seis meses, es más bien relativa, pues es un periodo de tiempo suficientemente laxo sobre todo si se tiene en cuenta que en años anteriores la dinámica de operaciones de pago entre las mismas partes era similar, por lo que se mantiene en parámetros de normalidad.
Y, finalmente, el dato de la supuesta infracapitalización desde el año 2007,que debería ser fundamental a la luz de la doctrina jurisprudencial sentada por el TS, si bien puede ser un indicio sobre una posible situación de insolvencia, no pasa de ahí, hasta tal punto que en la sentencia que pone fin a la sección de calificación, ese mero indicio no se ha considerado suficiente para poder fundamentar una situación de insolvencia anterior a la solicitud de concurso voluntario que pudiera justificar la aplicación de la presunción iuris tantum de dolo o culpa grave en orden a la calificación como culpable con fundamento en el art. 165.1 LC, concluyendo la meritada sentencia que no se identifica cual es el momento concreto, siquiera por aproximación, en que el concursado comienza a desatender regularmente sus obligaciones ordinarias.....Deben darse por repetidas las consideraciones hechas respecto de la coherencia interna de las resoluciones concursales.
Siendo así, la sola condición del deudor que recibe unos pagos habituales entre las partes, que responden a operaciones comerciales ordinarias, más allá de seis meses antes de que se solicite el concurso, es insuficiente para enervar la prohibición de rescisión de los actos ordinarios de la actividad empresarial. No debe olvidarse que con tal prohibición, como señala la STS 26 octubre 2012, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. La seguridad jurídica es vital para el funcionamiento del mercado y el tráfico jurídico mercantil."
Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013, ROJ STS 4178/2013 que: la finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las *condiciones habituales del mercado,* pues *no presentaban*
ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.
La comunicación de la insolvencia realizada por la demandada (en el auto se precisa incluso los acreedores con los que decía estar negociando) y las condiciones en las que se hizo el pago impiden valorar el mismo como realizado en condiciones de normalidad.
Por lo demás, el pretendido beneficio para la concursada consistente en la evitación de los embargos no es tal pues como efecto automático de la declaración de los mismos se produce la suspensión ex art 55.2 LC.
TERCERO.-Como corolario de lo anterior delimitados los conceptos y los hechos acreditados en el presente incidente.
Nadie discute que el pago es debido así pues desde este punto de vista no procedería la rescisión. La cuestión estriba si en el presente supuesto puede aceptarse como pago en condiciones normales pese a que hubiera una ejecución judicial en trámite.
Como se ha expuesto la concursada fue emplazada el 13 de diciembre de 2011, la vista tuvo lugar el 14 de febrero y la reanudación el 22 de marzo: los pagos son de marzo de 2012.
El auto que la declara en concurso necesario analiza la existencia de hechos reveladores "ex lege" de la insolvencia tales como la deuda con la agencia tributaria o la tesorería general de la seguridad social (si bien esta última fue pagada en el periodo entre la oposición y la declaración del necesario).
Del mismo Auto de declaración de concurso resulta que no han sido satisfechos, ni siquiera parcialmente, los créditos de otros acreedores, como de la AGENCIA TRIBUTARIA DE LES ILLES BALEARS, en importe de más de 2.000.000 euros por distintas conceptos que arrancan desde el año 2005, COOPERATIVA APOTECARIS, más de 500.000 euros reconocidos adeudar en octubre del año 2008.
El pago efectuado por la deudora -ya en estado de insolvencia- a la demandada apelante, determina que ésta se ha visto favorecida sin justificación y en perjuicio de otros acreedores. Por lo que el pago incurre en la vulneración de la par conditio que pese, pese a la interpretación restrictiva de la rescisión del pago debido, justifica la desestimación del recurso al no apreciarse las condiciones de normalidad que exige expresamente el art 71.5 LC.:
" 5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional

o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".
En este sentido la sentencia del 29 de Noviembre del 2012 (ROJ: SAP IB 2837/2012) Recurso: 320/2012 fundamento jurídico cuarto, y en referencia más general la sentencia del 17 de Enero del 2012 (ROJ: SAP IB 143/2012) Recurso: 420/2011 fundamento jurídico cuarto.“:SAP Baleares (Sección 5) 22.01.2014 (Sentencia 16/2014; Rollo 532/2013)

AP Barcelona

“Aunque los pagos hechos con anterioridad a la declaración de concurso constituyen lógicamente una disminución del haber del deudor, y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello podremos considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Por supuesto que los pagos indebidos, o que no pueda justificarse la obligación vencida y exigible a que se imputan, son por si mismos perjudiciales, porque conllevan un sacrificio patrimonial injustificado. Si no se demuestra la concurrencia de otra causa, habría que concluir que es la mera liberalidad, propia de los negocios gratuitos. Por su parte, los pagos anticipados por su propia naturaleza resultan injustificados, cuando existen otros créditos vencidos y exigibles, razón por la cual el legislador presume el perjuicio sin prueba en contrario (art. 71.2 LC).
Fuera de estos caso, para que pueda rescindirse un pago debido, vencido y exigible, será preciso que suponga al mismo tiempo una alteración de la par condicio creditorum. Es en atención a que suponen el favorecimiento de uno o varios acreedores que, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto, se verán libres de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar sus créditos, por lo que se pueden llegar a considerar perjudiciales. Pero para que constituyan una vulneración de la par condicio creditorum será necesario que, al tiempo de ser realizados, el deudor ya esté en estado de insolvencia, y por lo tanto obligado a presentar el concurso (arts. 5 y 2.2 LC), y que el pago no pueda considerarse "acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias", en la medida en que está excluido expresamente por elart. 71.5 LC.”: SAP Barcelona (Sección 15) 30.03.2009 (JUR 2009/411292; Sentencia 106/2009; Rollo 696/2008)

“Más controvertido resulta apreciar el perjuicio en el caso de que los pagos hubieran sido de obligaciones debidas, vencidas y exigibles, antes de la declaración de concurso, pues aunque, en principio, todos estos pagos constituyen lógicamente una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se puede considerar "injustificado" este sacrificio patrimonial, presupuesto necesario para que exista perjuicio para la masa. La injustificación de estos pagos podría derivar de que supusieran al mismo tiempo una alteración de la par condicio creditorum, tal y como recordamos en la Sentencia de 8 de enero de 2009 (Roj SAP B 1810/2009), donde argumentábamos que en estos casos el perjuicio "se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada".
De este modo, es en atención a que estos pagos suponen el favorecimiento de uno o varios acreedores que, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto, se verán libres de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar sus créditos, por lo que estos pagos se podrían llegar a considerar perjudiciales. Pero para que tales pagos constituyan una vulneración de la par condicio creditorum será necesario que, al tiempo de ser realizados, el deudor ya esté en estado de insolvencia, y por lo tanto obligado a presentar el concurso (arts. 5 y 2.2 LC), y que los pagos no puedan considerarse "acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias", en la medida en que están excluidos expresamente por el art. 71.5 LC.”: SAP Barcelona (sección 15) 13.01.2010 (Sentencia 2/2010; Rollo 365/2009)

“SEXTO.-Las apelantes niegan la existencia de perjuicio para la masa activa, en los términos exigidos por el artículo 71 de la Ley Concursal, con los siguientes argumentos -que se reiteran en parecidos términos en todos los recursos-:
-COPERFIL no se encontraba en situación de insolvencia, en la medida que se efectuaron pagos en el ejercicio 2010 por más de noventa millones de euros a muchos proveedores.
-No se ha reducido la masa activa del concurso, sino que se ha sustituido pasivo comercial por pasivo bancario.
-No se ha alterado la par condicio creditorum, por cuanto los pagos se realizaron en el marco de un proceso de refinanciación y cuando no existía una situación de insolvencia, beneficiándose otros muchos acreedores.
-El sacrificio patrimonial no es injustificado, al ir acompañado de quitas y aplazamientos.
Pues bien, aunque se ponga en duda en alguno de los recursos, la situación de insolvencia de COPERFIL en octubre y noviembre de 2010 era evidente, además de conocida por las demandadas, que previamente habían instado la declaración de concurso necesario. El representante de la concursada admitió en la vista que por entonces tenían más de 500 litigios pendientes en los que se les reclamaba una cantidad superior a los 30 millones de euros (minuto 38:55). También reconoció que en el año 2009 dejaron de atender de forma sistemática sus obligaciones con la TGSS y la Agencia Tributaria (minuto 37:40), que habían embargado cuentas y derechos de crédito de la concursada. Concurrían, por tanto, los hechos reveladores de la insolvencia del apartado primero (sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones) y cuarto (incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social) del artículo 2.4º de la Ley Concursal.
SEPTIMO.-En cuanto al concepto de perjuicio patrimonial, hemos mantenido en anteriores sentencias que será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto

realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso suponga una disminución injustificada de su patrimonio o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto). Asimismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de la *par condicio creditorum.*

También el Tribunal Supremo, en doctrina consolidada, configura el perjuicio patrimonial en parecidos términos. Dice al respecto la sentencia de 26 de octubre de 2012 (ROJ 7265/2012) lo siguiente:

"El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.

El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.

Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación."

La misma sentencia analiza la posible reintegración de pagos de cantidades exigibles:

"En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.

Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum."

OCTAVO.-En el presente caso, tal y como sostiene la sentencia apelada, las circunstancias concurrentes en el momento en que se suscribieron los acuerdos y se realizaron los pagos, nos llevan a apreciar un trato de favor injustificado a las demandadas en demérito del resto de acreedores. COPERFIL se encontraba en ese momento en situación de insolvencia, con multitud de acreedores, centenares de litigios en su contra e incumpliendo de forma sistemática sus obligaciones exigibles. El concurso, de facto, se declaró apenas tres meses después a instancia de otro acreedor. En ese contexto antepuso el pago a unos acreedores, relegando al resto, con lo que se alteró el principio de la paridad de trato.

Aunque las demandadas renunciaron a una parte del crédito, resulta obvio que el total de lo percibido (960.648,38 euros) en ningún caso lo habrían obtenido en el concurso. De ahí el trato de favor y, por ende, el sacrificio patrimonial injustificado.

No nos parece relevante, por otro lado, el que pudieran existir otros acreedores beneficiados, extremo que no nos consta. La suma abonada a las demandadas, en un momento en que concurrían con otros muchos acreedores y en fecha muy próxima a la declaración de concurso, perjudica la masa activa del concurso en la medida que se privilegia a unos acreedores, agraviando al resto.": SAP Barcelona (Sección 15) 16.06.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 249/2013)

"SEGUNDO. 4. Como se ha dicho, BLANCH CRISTAL S.L. presentó la solicitud de concurso voluntario el 11 de junio de 2009. Dos meses antes, el 15 de abril, efectuó un pago a CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA (ahora CATALUNYA BANC S.A.) por importe de 118.000 #, mediante un cheque bancario del Banco de Sabadell. La entidad demandada, beneficiaria del pago, emitió un documento de recibo en esa fecha en el que indica que esa cantidad se aplica "en concepto de cancelación total" de una línea de crédito, del saldo deudor de una cuenta corriente, de una póliza de financiación de extranjero y de otra de anticipo de facturas vencidas y por vencer. Añadía que con la recepción de dicha cantidad se declaraba reembolsada del total de la deuda derivada de tales operaciones crediticias y de cuantas obligaciones mantenía BLANCH CRISTAL con dicha entidad, comprometiéndose a nada más reclamar contra la titular o sus avalistas.

5. La AC sometió este pago a la acción de reintegración afirmando la causación de un perjuicio indirecto a la masa activa por vulneración del principio par conditio creditorum, al favorecer sin justificación alguna a un acreedor en perjuicio de los demás, en época muy próxima a la solicitud de concurso y cuando la sociedad deudora ya se encontraba en estado de insolvencia, que debe situarse en marzo de 2009 (tras quedar

impagadas tres cuotas de la Seguridad Social), situación que debía conocer CATALUNYA BANC. Y así lo estimó la sentencia con amplia fundamentación, si bien entiende que parte de la deuda pagada no estaba vencida todavía.
(...)
TERCERO. 7. El concepto de perjuicio para la masa activa que acoge el art. 71 LC admite una acepción amplia o indirecta, comprendiendo aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores (par condicio creditorum), cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la masa de acreedores, que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (en este sentido, STS de 8 de noviembre de 2012).
El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la realización del acto en cuestión, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).
Desde esta perspectiva, debe considerarse la coyuntura económica, financiera y patrimonial de la sociedad para determinar si el pago suponía o no, entonces, un favorecimiento injustificado a ese acreedor, satisfaciendo su crédito en detrimento de otros acreedores con créditos vencidos y exigibles, los cuales, con posterioridad, por razón de esos mismos créditos, han de quedar sometidos a las reglas concursales para su cobro.
8. Ese trato de favor injustificado es lo que evidencia lo actuado, en atención a las circunstancias en que se produjo pues, al extinguir las deudas frente a la entidad demandada, dos meses antes de ser solicitado el concurso, se permite a este acreedor eludir el tratamiento concursal de sus créditos, en perjuicio de otros acreedores con créditos vencidos y exigibles entonces, que han de concurrir al concurso.
No es necesario acudir a la presunción de perjuicio del art. 71.3.3º, no invocada en la demanda y cuyos requisitos de hecho (el hecho base) no han quedado acreditados. Basta con constatar el perjuicio producido en el ámbito de actuación del apartado 4 del art. 71 LC :
a) El pago se realiza dos meses antes de ser solicitado el concurso, época en la que ya se había manifestado el estado de insolvencia (no se ha alegado ni acreditado lo contrario), y no es dudoso que ya entonces la sociedad deudora había decidido solicitar el concurso.
b) El pago cubre todas las posiciones deudoras de la concursada frente a la entidad demandada, quedando canceladas las líneas de crédito y demás instrumentos crediticios para la financiación de la actividad de la concursada.
c) No se ha alegado por la entidad demandada, ni está probado, que ese pago integral posibilitara la continuidad de la actividad de la sociedad concursada. Debe concluirse en sentido contrario, ya que los intrumentos o títulos de crédito y financiación se cancelaron con el pago de los saldos deudores, y no hay constancia alguna de que la concursdada haya continuado su actividad tras la declaración de concurso, desde luego no merced a una financiación otorgada por la entidad demandada.
En tal contexto, el perjuicio por trato de favor injustificado a un acreedor que debía concurrir al concurso, en igualdad de condiciones que los demás, queda acreditado.": SAP Barcelona (Sección 15) 02.07.2014 (Sentencia 234/2014; Rollo 99/2014)

"TERCERO.-La rescisión concursal puede tener por objeto contratos o simples actos unilaterales del deudor, que no cuestionan la validez del negocio del que traen causa, como pueden ser los pagos o los actos de adjudicación. En cualquier caso, el requisito fundamental de la acción rescisoria concursal es el perjuicio a la masa activa, sin necesidad de intención fraudulenta (art. 71 LC). Hemos mantenido en anteriores sentencias que será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto). Asimismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de la *par condicio creditorum.*
También el Tribunal Supremo, en doctrina consolidada, configura el perjuicio patrimonial en parecidos términos. Dice al respecto la sentencia de 26 de octubre de 2012 (ROJ 7265/2012) lo siguiente:
"El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad

englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación".
La misma sentencia analiza la posible reintegración de pagos de cantidades exigibles:
"En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum."
TERCERO.-En el presente caso, la administración concursal no cuestiona que el Sr. Gonzalo ostentara un crédito frente a la concursada por las aportaciones realizadas a título de préstamo y que ese crédito estuviera vencido o pudiera ser restituido en una situación de normalidad económica. El carácter perjudicial para la masa se sustenta en el trato de favor al demandado (acreedor subordinado en el concurso), en demérito del resto de acreedores, cuando FORMTUBE S.L. pasaba por dificultades económicas o se encontraba en situación de insolvencia.
La apelante rechaza que los pagos se realizaran en situación de insolvencia, alegando que la sentencia ha valorado erróneamente la prueba. Es cierto, como afirma la recurrente, que el primer impago con la Agencia Tributaria se produce el 5 de septiembre de 2011. Así resulta del certificado aportado como documento catorce (folio 33). De ese mismo certificado también resulta que a 5 de diciembre de ese mismo año la concursada había incumplido obligaciones tributarias -cuotas del IVA y retenciones salariales- de los tres primeros trimestres de 2011 (que habían sido fraccionadas y aplazadas), concurriendo entonces el hecho revelador de la insolvencia establecido en el artículo 2.4º, apartado cuarto.
Entendemos, en definitiva, que hemos de distinguir entre los pagos anteriores a 5 de diciembre de 2011 y los posteriores. Los primeros, de menor cuantía, sí responden a un mismo o similar patrón: los abonados contra la cuenta 17100003 son pagos mensuales entre 478,56 euros y 518,14 euros, y los atendidos contra la cuenta 17100001 son pagos mensuales de aproximadamente 1.000 euros. Se producen, además, cuando FORMTUBE no se encontraba en situación de insolvencia y cuando el crédito de Don Gonzalo no concurría con el de otros acreedores. Según relata la propia administración concursal en la demanda (hecho tercero), la primera cuota impagada de la TGSS venció el 19 de enero de 2012 y los primeros impagos con proveedores se remontan al mes de marzo de 2012. En consecuencia, no se daban entonces las circunstancias expuestas en el fundamento anterior que justificarían la rescisión por perjuicio indirecto o trato de favor (proximidad a la declaración de concurso, situación de insolvencia y concurrencia con otros acreedores que son postergados).
Por el contrario, los pagos a partir del 5 de diciembre de 2011 (54.423,89 euros), amén de ser más próximos a la declaración de concurso, se producen cuando ya la insolvencia se había evidenciado y cuando el crédito del demandado concurría, cuando menos, con el de la Agencia Tributaria, que es de mejor derecho dentro del concurso. Los pagos, además, se incrementan sustancialmente y pierden su periodicidad mensual (se producen varios abonos en cada mes y por cantidades muy diversas). Así, contra la cuenta 17100001 se produce el 31 de diciembre de 2012 un primer pago de 6.500 euros (frente a los 1.000 euros mensuales que se iban abonando hasta entonces) y, a partir ese momento, se anotan 26 apuntes en apenas un año que oscilan entre los 160 euros y los 7.400 euros.
CUARTO.-Los recurrentes también argumentan, para eludir los efectos de la rescisión concursal, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.5º de la LC, que los pagos constituyen actos ordinarios de la actividad realizados en condiciones normales. En sentencia de 27 de enero de 2011 (ROJ 1765/2011) dijimos que entre ellos *"se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.*
Hemos señalado en anteriores sentencias que si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos."
Es evidente, por tanto, que los pagos al administrador en el año 2012, en cuantía muy superior a los realizados en el ejercicio precedente y cuando la concursada se encontraba en situación de insolvencia, no forman parte

del giro o tráfico del deudor y, por tal motivo, pueden ser objeto de rescisión concursal.
No ha quedado acreditado, por último, el supuesto pacto del Sr. Gonzalo con los socios sobre la reducción de su salario para garantizar la devolución del préstamo. Hemos de centrarnos, en cualquier caso, en las circunstancias de su restitución y concluimos, al igual que la sentencia apelada, que los pagos al administrador a partir del 5 de diciembre de 2011 implicaron un trato de favor y una alteración de la *pars condicio creditorum.* Por tal motivo procede la rescisión con los efectos que determina la sentencia apelada.": SAP Barcelona (Sección 15) 21.07.2014 (Sentencia 256/2014; Rollo 181/2014)

AP Cáceres

"Por otro lado, debemos significar que Ley concursal pone el acento para operar la reintegración a la masa activa, en la circunstancia de que los actos en cuestión sean perjudiciales para la misma, con independencia de la intención fraudulenta perseguida. Se acoge así un sistema de acciones específicas de reintegración, destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso.
De este modo, queda claro que deben concurrir dos requisitos para rescindir los actos realizados por el deudor con carácter previo a la declaración del concurso: a) que los actos sean perjudiciales para la masa; b) que se realice tal acto en los dos años anteriores a la declaración.
En cuanto al primero de los requisitos, supone conectar claramente el sistema de reintegración con la finalidad que le es propia. Si la misma es un instrumento que tiene como función evitar que en el periodo previo a la declaración judicial de concurso, el deudor realice actos que puedan perjudicar a la masa activa, debilitando su patrimonio, que es la garantía de los acreedores, solo podrá anularse el acto que haya provocado ese perjuicio para la masa. La clave, por tanto, es el perjuicio para la masa, que se deriva de haberse realizado un acto o negocio jurídico que ha producido una disminución en el patrimonio del deudor
o una pérdida de valor del mismo.
El perjuicio no debe entenderse en sentido estricto, como disminución del activo. También se delimita el perjuicio por referencia al conjunto de los acreedores, a la masa pasiva, no solo a la masa activa, entendiéndose que existe perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales.
La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013 establece, siguiendo los dictados de la sentencia anterior de 26 de octubre de 2012, que *como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores].* " Añade esta sentencia que: " *La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado.*
Tal criterio ha sido seguido por la jurisprudencia al aplicar el régimen de retroacción de la quiebra, en que se ha afirmado el carácter perjudicial de una dación en pago de una deuda de entre las diversas que mantenía la quebrada con sus acreedores, en un momento en que ya se encontraba en estado de insolvencia y debía haber instado un proceso concursal para el pago ordenado de sus deudas conforme al principio de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores], con lo que privó a la generalidad de sus acreedores de un activo con el que debían satisfacerse sus créditos con arreglo a criterios concursales, favoreciendo a uno solo de sus acreedores, que se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos extinguidos con la dación en pago, en perjuicio del resto (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 70/2013, de 25 de febrero, recurso núm. 486/2008; 75/2013, de 28 de febrero, recurso núm. 547/2008;90/2013, de 1 de marzo,recurso núm. 549/2008;102/2013, de 4 de marzo, recurso núm. 586/2008; 122/2013, de 5 de marzo, recurso núm. 572/2008; 131/2013, de 6 de marzo, recurso núm. 608/2008; 150/2013, de 7 de marzo, recurso núm. 610/2008; 154/2013, de 8 de marzo, recurso núm. 665/2008; 181/2013, de 11 de marzo, recurso núm. 673/2008 y 190/2013, de 12 de marzo, recurso núm. 730/2008).
También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de

la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa".
En el caso de autos se constata acreditado que en fecha 21 de julio de 2011 la entidad hoy concursada entregó el inmueble en el que realizaba su actividad a su arrendadora, dando por extinguido el contrato de arrendamiento de industria existente entre las partes.
A partir de aquí, comenzó a realizar una serie de pagos a sus acreedores que supusieron una satisfacción, según recoge la sentencia de primera instancia, de entre el 55 al 63 % del pasivo, dejando insatisfecho el resto. En concreto, y por lo que se refiere a la entidad EDIPACK GRÁFICO SL, se hicieron a la misma pagos desde el 1 de agosto de 2011 al 2 de septiembre del 2011, por importe de 16.329#85 #.
En fecha 22 de febrero de 2012 se declaró el concurso de la entidad ROTATIVAS DE EXTREMADURA SA.
Pues bien a nuestro juicio la circunstancia de que la entidad hoy concursada se desprendiera de las instalaciones en las que realizaba su objeto empresarial pone de manifiesto, como bien lo señaló el juez a quo, un claro cese de actividad producido desde el día 21 de julio de 2011. La realización de algunos trabajos pendientes por empresas cercanas o vinculadas no pone de manifiesto la existencia de la continuación de la actividad.
Por otro lado, es claro que la entidad concursada tenía una masa pasiva imposible de atender lo que al menos revelaba una clara insolvencia inminente, como también manifiesta el juzgador de la primera instancia. Esto es evidente desde la perspectiva de que tras los pagos realizados sólo pudo cubrirse una parte de ese pasivo desembocando en el concurso.
En esas circunstancias, se ha asistido en este caso una suerte de concurso anticipado extrajudicial o liquidación anticipada absolutamente inapropiada por las circunstancias antes expuestas que debieron avocar a la entidad ROTATIVAS DE EXTREMADURA S.A. a instar de inmediato concurso siendo en esa sede, bajo la intervención judicial y con la esencial participación de la administración concursal, en la que era adecuado y legalmente procedente la práctica de la liquidación, con pleno respeto a las normas establecidas en la Ley Concursal y que están presididas por el principio del trato igual a los acreedores o "pars conditio creditorum", que debe determinar la clasificación de créditos requerida como presupuesto previo para acometer la liquidación. Pero no; en este caso, la entidad hoy concursada decidió a erigirse juez de su propio concurso y comenzar una liquidación claramente imposible tanto por la carencia de actividad y por tanto imposibilidad de generar unos ingresos, como por la existencia de una masa pasiva inasumible con los activos existentes en la sociedad, generando un claro perjuicio para los acreedores que se vieron sometidos a una liquidación extraconcursal, carente en absoluto de las garantías propias del reconocimiento y graduación de los créditos por la administración concursal, con ulterior sujeción a la decisión judicial de discreparse de su opinión. Se ha producido así una clara vulneración del principio de la "pars conditio creditorum" con pago selectivos acreedores que, no perteneciendo jurídicamente a un grupo de empresas con la concursada sí tenían una clara vinculación o relación económica, mientras se dejaba de atender una parte importante del pasivo. No sólo se trata de realizar el pago con respeto, en su caso, a los vencimientos de los créditos sino también a su prelación en la clasificación de créditos establecida en la Ley Concursal.”: SAP Cáceres (Sección 1) 30.04.2014 (Sentencia 106/2014; Rollo 152/2014)

“De este modo, queda claro que deben concurrir dos requisitos para rescindir los actos realizados por el deudor con carácter previo a la declaración del concurso: a) que los actos sean perjudiciales para la masa, y b) que se realice tal acto en los dos años anteriores a la declaración.
En cuanto al primero de los requisitos, supone conectar claramente el sistema de reintegración con la finalidad que le es propia. Si la misma es un instrumento que tiene como función evitar que en el periodo previo a la declaración judicial de concurso, el deudor realice actos que puedan perjudicar a la masa activa, debilitando su patrimonio, que es la garantía de los acreedores, solo podrá anularse el acto que haya provocado ese perjuicio para la masa. La clave, por tanto, es el perjuicio para la masa, que se deriva de haberse realizado un acto o negocio jurídico que ha producido una disminución en el patrimonio del deudor
o una pérdida de valor del mismo.
El perjuicio no debe entenderse en sentido estricto, como disminución del activo. También se delimita el perjuicio por referencia al conjunto de los acreedores, a la masa pasiva, no solo a la masa activa, entendiéndose que existe perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales.
La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013 establece, siguiendo el criterio de la sentencia de 26 de octubre de 2012, que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido
o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores]. " Añade esta sentencia que: "La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas

o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado.
Tal criterio ha sido seguido por la jurisprudencia al aplicar el régimen de retroacción de la quiebra, en que se ha afirmado el carácter perjudicial de una dación en pago de una deuda de entre las diversas que mantenía la quebrada con sus acreedores, en un momento en que ya se encontraba en estado de insolvencia y debía haber instado un proceso concursal para el pago ordenado de sus deudas conforme al principio de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores], con lo que privó a la generalidad de sus acreedores de un activo con el que debían satisfacerse sus créditos con arreglo a criterios concursales, favoreciendo a uno solo de sus acreedores, que se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos extinguidos con la dación en pago, en perjuicio del resto (SSTS de la Sala 1ª 70/2013, de 25 de febrero, recurso núm. 486/2008; 75/2013, de 28 de febrero, recurso núm. 547/2008; 90/2013, de 1 de marzo, recurso núm. 549/2008;102/2013, de 4 de marzo, recurso núm. 586/2008; 122/2013, de 5 de marzo, recurso núm. 572/2008; 131/2013, de 6 de marzo, recurso núm. 608/2008; 150/2013, de 7 de marzo, recurso núm. 610/2008; 154/2013, de 8 de marzo, recurso núm. 665/2008; 181/2013, de 11 de marzo, recurso núm. 673/2008 y 190/2013, de 12 de marzo, recurso núm. 730/2008).
También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa".
En el supuesto examinado se constata acreditado que en fecha 21 de julio de 2011 la entidad hoy concursada entregó el inmueble en el que realizaba su actividad a su arrendadora, dando por extinguido el contrato de arrendamiento de industria existente entre las partes.
A partir de aquí, comenzó a realizar una serie de pagos a sus acreedores que supusieron una satisfacción, según recoge la sentencia de primera instancia, de entre el 55 al 63 % del pasivo, dejando insatisfecho el resto. En concreto, y por lo que se refiere a la entidad LUFERCOMP S.L. se hicieron a la misma pagos en el mes de septiembre de 2011, por importe de 63.000 #.
En fecha 22 de febrero de 2012 se declaró el concurso de la entidad ROTATIVAS DE EXTREMADURA SA.
Pues bien a juicio de esta Sala, la circunstancia de que la entidad concursada se desprendiera de las instalaciones en las que realizaba su objeto empresarial pone de manifiesto, como bien lo señaló el juez de instancia, un claro cese de actividad producido desde el día 21 de julio de 2011. La realización de algunos trabajos pendientes por empresas cercanas o vinculadas no pone de manifiesto la existencia de la continuación de la actividad.
Por otro lado, es claro que la entidad concursada tenía una masa pasiva imposible de atender lo que al menos revelaba una clara insolvencia inminente, como también se dice en la sentencia de instancia. Esto es evidente desde la perspectiva de que tras los pagos realizados sólo pudo cubrirse una parte de ese pasivo desembocando en el concurso.
En esas circunstancias, se ha asistido en este caso una suerte de concurso anticipado extrajudicial
o liquidación anticipada absolutamente inapropiada por las circunstancias antes expuestas, que debieron avocar a la entidad ROTATIVAS DE EXTREMADURA S.A. a instar de inmediato concurso siendo en esa sede, bajo la intervención judicial y con la esencial participación de la administración concursal, en la que era adecuado y legalmente procedente la práctica de la liquidación, con pleno respeto a las normas establecidas en la Ley Concursal, y que están presididas por el principio del trato igual a los acreedores o "pars conditio creditorum", que debe determinar la clasificación de créditos requerida como presupuesto previo para acometer la liquidación. Pero no; en este caso, la entidad hoy concursada decidió erigirse juez de su propio concurso y comenzar una liquidación claramente imposible tanto por la carencia de actividad y por tanto imposibilidad de generar unos ingresos, como por la existencia de una masa pasiva inasumible con los activos existentes en la sociedad, generando un claro perjuicio para los acreedores que se vieron sometidos a una liquidación extraconcursal, carente en absoluto de las garantías propias del reconocimiento y graduación de los créditos por la administración concursal, con ulterior sujeción a la decisión judicial de discreparse de su opinión. Se ha producido así una clara vulneración del principio de la "pars conditio creditorum", con pago selectivos acreedores que, no perteneciendo jurídicamente a un grupo de empresas con la concursada sí tenían una clara vinculación o relación económica, mientras se dejaba de atender una parte importante del pasivo. No sólo se trata de realizar el pago con respeto, en su caso, a los vencimientos de los créditos sino también a su prelación en la clasificación de créditos establecida en la Ley Concursal.”: SAP Cáceres (Sección 1) 06.05.2014 (Sentencia 113/2014; Rollo 166/2014)

“CUARTO.-La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración en los Arts. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso

realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.
Las acciones rescisorias concursales tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Como dice la STS de 1 de abril de 2014, el Art. 71.1 LC regula una acción de reintegración propiamente concursal, que nace y se extingue con el concurso de acreedores, de naturaleza rescisoria, que funda la ineficacia de los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, en el perjuicio para la masa activa.
Nos enseña la sentencia del TS de 8 noviembre de 2012 que para "determinar qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha" y añade que "los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)" de manera "...la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado.
En la sentencia de 629/2012, de 26 de octubre expone el TS cuándo y en qué medida los pagos pueden tener esta consideración de perjudiciales para la masa, doctrina reiterada en la reciente sentencia de 24 julio 2014.
Tras sentar que el perjuicio " puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (Art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación" en el caso de los pagos recuerda que " aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum".
Por todo ello, sienta el principio de que "cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido".": SAP Cáceres (Sección 1) 09.03.2015 (Sentencia 59/2015; Rollo 19/2015)

"Y, finalmente, el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en Sentencia de fecha 24 de Julio de 2.014, ha declarado que: "En la Sentencia de 629/2.012, de 26 de Octubre, después de reiterar la concepción del perjuicio para la masa como "sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (artículo 76 de la Ley Concursal), y, además, debe carecer de justificación", expusimos cuándo y en qué medida los pagos pueden tener esta consideración de perjudiciales para la masa:
«En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par conditio creditorum »".
Consiguientemente, el segundo motivo, en todas sus vertientes, al igual que el primero y, por tanto, el Recurso, no pueden tener en ningún caso favorable acogida.": SAP Cáceres (Sección 1) 08.05.2015 (Sentencia 130/2015; Rollo 169/2015)

AP Cádiz

"PRIMERO.-Como ya señalara la AP Barcelona, el nuevo ordenamiento concursal ha optado por un sistema de

ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, sustituyendo el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial para la masa activa, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz. De este modo, el art. 71.1 LC establece que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta", estableciendo a continuación una serie de supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario, y seguidamente otros en los que la presunción de perjuicio admite prueba en contrario.
El presupuesto objetivo es, por tanto, la existencia de un acto perjudicial para la masa activa, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, momento éste en el que, ex post, se determinará si el acto en cuestión ha supuesto una disminución o quebranto del patrimonio del deudor que, una vez declarado el concurso, integra dicha masa activa, y que sirve de garantía para el cobro de los créditos concúrsales en el seno del procedimiento.
La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro. En este sentido el perjuicio es presumido por la Ley en el apartado 2 (con carácter iuris et de iure) y en el apartado 3 (aquí iuris tantum) del art. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes (además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado
Fuera de esos supuestos que describen los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, el perjuicio a la masa activa, generado de forma indirecta por quebrantamiento del principio de la paridad de trato, se habrá de probar por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC), y no deriva, simplemente, de que el deudor haya atendido, en el período de antelación legal, algunas obligaciones y otras no.
En tales supuestos, de pago de deudas vencidas en dicho período, no puede aceptarse en puridad un perjuicio patrimonial directo o en sentido estricto, ya que la disminución del activo que supone el pago total o parcial de la deuda va acompañada, correlativamente, de la disminución del pasivo en la misma proporción, por lo que el patrimonio neto no se resiente. El perjuicio se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (y de ahí la apreciación del perjuicio, indirecto, a la masa activa).
En todo caso debe tenerse presente el límite del acto ordinario, que recoge el art. 71.5 :"En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (...)", dentro de los cuales se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.
SEGUNDO.-Como señala el administrador concursal, en este supuesto no se entra a valorar si la finalidad que guiaba a los administradores de la empresa en concurso era salvar su situación o si el reembolso se hizo con intención fraudulenta o no. Lo que es evidente es que si no se hubieran reintegrado con la referida cantidad la concursada no estaría en situación concursal. Se vuelven a reiterar en esta alzada los supuestos de hecho que se invocaron en la contestación a la demanda para fundar su propuesta de error en la apreciación de la prueba, por lo que habiendo sido analizados debidamente en la sentencia recurrida las circunstancias relativas al crédito en cuestión, solo basta con traer a colación aquí, dándolos por reproducidos, los argumentos expuestos por la Juez de lo Mercantil en su resolución para estimar la acción rescisoria formulada por el administrador ya que el acto llevado a cabo por los demandados dejó sin liquidez a la concursada dos meses antes de la presentación del concurso, cuando lo cierto es que al ser calificado de subordinado dicho crédito las dificultades de cobro, una vez presentado el concurso, eran obvias.": SAP Cádiz (Sección 5) 06.06.2011 (Sentencia 325/201; Rollo 61/2011)

AP La Coruña

"SEGUNDO: Los hechos declarados probados.-
A los efectos decisorios del presente debate judicializado hemos de partir de los siguientes hechos, que expresamente declaramos probados:
1) Que el DEPORTIVO y la entidad MONDO IBÉRICA S.A. celebraron un contrato de 19 de noviembre de 2002, concerniente a suministro e instalación de césped artificial para el Complejo Deportivo de Abegondo (A Coruña).
2) Efectuada tal instalación sin que la entidad concursada satisficiera el importe de los trabajos ejecutados motivó que la demandada MONDO IBÉRICA presentara demanda, que dio lugar a los autos de juicio ordinario 1486/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de A Coruña, que finalizaron por mor de sentencia de 30 de noviembre de 2009, que estimó la acción ejercitada condenando al DEPORTIVO a abonar la cantidad de 148.437,16 euros, intereses y costas.
Se desconoce, al no existir prueba al respecto, ni ser aportado al proceso, la realidad y el destino del que se afirma un tercer pagaré por valor de 74.218,58 euros, que afirma la demandada estaría comprendido en el

acuerdo transaccional al que se hizo referencia.
3) Contra la precitada sentencia se interpuso recurso de apelación que fue resuelto por sentencia de 18 de enero de 2011 de esta Audiencia Provincial, en el rollo de apelación 132/2010, que confirmó la sentencia recurrida con costas, la cual fue declarada firme por diligencia de ordenación de 16 de febrero de 2011.
4) Con fecha 6 de abril de 2011 por la entidad apelada se presenta demanda ejecutiva para la efectividad de su derecho, que da lugar a los autos de ejecución de títulos judiciales 185/2011, despachándose ejecución, por auto de 2 de mayo de 2011, por la cantidad de 226.307,22 euros, más otros 75.000 euros presupuestados para gastos y costas, que se reduce por auto de 6 de junio de 2011 a la cantidad de 67.892,16 euros.
5) En el mentado procedimiento de ejecución es requerido el DEPORTIVO para la designación de bienes, presentando escrito, de fecha 13 de abril de 2012, en el que se señala: "no se designan bienes objeto de embargo por no existir bienes actualmente para hacer frente a la cuantía reclamada por la ejecutante".
6) El 31 de julio de 2012, por la entidad MONDO IBÉRICA S.A. se presenta concurso necesario de acreedores, alegando en su solicitud que las actuaciones de búsqueda de bienes con que hacer frente a su crédito fueron totalmente infructuosas.
7) Con data 3 de septiembre de 2012 recae diligencia de ordenación en los autos de concurso necesario de acreedores nº 291/2012 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña para que, en el plazo de 10 días, se subsanase el defecto de la ausencia de tasa para el ejerció de acciones jurisdiccionales.
8) Así las cosas, y a los efectos de evitar las consecuencias jurídicas que derivan del concurso necesario de acreedores, por parte del DEPORTIVO se alcanzó un acuerdo con la apelada, formalizado en documento privado de 11 de septiembre de 2012, a consecuencia del cual se le abonaba por la cantidad de 365.000
euros, mediante entrega de dos cheques bancarios de 82.000 euros de BARCLAYS y 283.000 euros de BBVA, importe en el que quedaban incluidos los intereses, gastos y costas, y MONDO IBÉRICA S.A. desistía del concurso de acreedores promovido, al mismo tiempo renunciaban a cualquier acción que les pudiera corresponder a la una contra la otra y asumían un compromiso de confidencialidad respecto a los acuerdos alcanzados a salvo de cualquier procedimiento judicial o de cualquier otra autoridad.
En el antecedente III del mentado acuerdo se hacía constar expresamente que MONDO había intentado la ejecución de la sentencia de condena a su favor sin éxito alguno.
9) Cobrados los 365.000 euros la entidad MONDO IBÉRICA comunica al Juzgado de lo Mercantil que no va a pagar la tasa y que desistía del procedimiento judicial, así como hacía lo propio en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales 185/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de esta ciudad, solicitando la terminación y archivo del procedimiento por satisfacción extraprocesal, al amparo del art. 22.2 LEC.
10) A la fecha de efectuar el pago a la entidad MONDO IBÉRICA eran plurales los procedimientos judiciales en los que se encontraba inmerso el DEPORTIVO, muchos de ellos en fase de ejecución de títulos judiciales. Y así en la relación presentada por la Administración concursal, en su informe remitido al Juzgado con fecha 15 de marzo de 2013, admitido como prueba en segunda instancia figuran:
Pablo, Juzgado Social 2 Coruña, ETJ 135/2010, importe: 680.836,09 euros, situación procesal:
Recurso casación pte. Tribunal Supremo.
Asepeto, Mutua Accidentes y Enf. Profesionales, Juzgado Social 5 Coruña, SS 246/11, 11.953,03 euros, Juicio 2/09/2013.
FC Atlas, Asociación Civil, 1ª Instancia 9 Coruña, ETJ 89/2011, 2.508.750,00 euros, Suspensión por concurso.
Bufediar, S.L., 1ª Instancia 7 Coruña, P.O. 415/10, 871.556,22 euros, en trámite.
Buttonpath Limited, 1ª Instancia 9 Coruña, ETJ 82/12, 52.250,00 euros, Suspensión por concurso.
Luis Pablo, 1ª Instancia 6 Coruña, ETJ 170/2012, 112.500,00 euros, Suspensión por concurso.
Defensor Sporting Club, 1ª Instancia 6 Coruña, ETJ 76/2011, 383.125,00 euros, Suspensión por concurso.
U.D. Las Palmas, S.A.D., 1ª Instancia 14 Las Palmas, ETJ 799/2011, 94.179,99 euros, Suspensión por concurso. Estudiantes de La Plata de Argentina F.I.F.A., 120512-PST-ESP-ZH, 111.450,00, Trámite. Ibersport SARL, 1ª Instancia 9 Coruña, ETJ 98/12, 150.000,00 euros, Suspensión por concurso. Intermediarios ILLC, 1ª Instancia 7 Coruña, P.O. 625/12 40.000,00 euros, Trámite. Casimiro, 1ª Instancia 2 Coruña, Cambiario 884/2012, 41.800,36 euros, Suspensión por concurso. Casimiro, Juzgado Social Coruña, 396.000,00 euros, Pendiente emplazamiento. Majucar & Huelin, S.L., 1ª Instancia 4 Coruña, P.O.113/12, 361.650,00 euros, Sentencia de instancia recurrida en apelación ante A.P. Coruña. Real Mallorca, S.A.D., 1ª Instancia 12 Coruña, ETJ 733/10, 31.443,52 euros, Suspensión por concurso. Real Mallorca, S.A.D. 1ª Instancia 2 Coruña, ETJ 584/10, 36.203,12 euros, Suspensión por concurso. Real Mallorca, S.A.D. 1ª Instancia 2 Coruña, ETJ 9.083/10, 19.161,99 euros, Suspensión por concurso. Real Mallorca, S.A.D. 1ª Instancia 5 Coruña, ETJ 9.191/10, 19.126,59 euros, Suspensión por concurso. Real Mallorca, S.A.D., 1ª Instancia 13 Coruña, ETJ 49/11 181.074,17 euros, Suspensión por concurso. Club Nacional de Football de Montevideo F.I.F.A. 110550 JRA, 959.596,00, Trámite. Horacio, 1ª Instancia 2 Coruña, ETJ 587/11, 133.157,00 euros, Suspensión por concurso.
Publicidad Aloga, S.L., 1ª Instancia 9 Coruña, Cambiario 1.152/2011, 211.500,00 euros, Suspensión
por concurso. Spartak de Nalchik F.I.F.A. 120767 THU, 67.500,00, Trámite.
Siete & Bussiness Sport, S.L., 1ª Instancia 11 Coruña, P.O. 426/12, 59.000,00 euros, Trámite.
W.S.M. Soccer Magnegement, 1ª Instancia 2 Coruña, ETJ 546/2011, 140.000,00 euros, Trámite.
Igualmente Hacienda había practicado embargos, con fecha 27 de abril de 2012, para cubrir 18.952.428,59 euros, y el 27 de junio de 2012 por importe de 19.091.093,60 euros, así como otras diligencias de embargo de 14 de octubre de 2011, 12 de abril, 24 de agosto y 22 de octubre de 2012.
En el referido informe elaborado por la Administración concursal consta un importe neto de la masa activa de la entidad concursada de 73.742.841,29 euros y unos créditos concursales reconocidos de 156.341.893,29 euros.
11) En el mes de noviembre de 2012, por el Deportivo se comunica la apertura de negociaciones a los efectos del art. 5 bis de la LC.
12) Se presenta concurso voluntario, que es declarado por auto de 11 de enero de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, autos 16/2013.

TERCERO: la fundamentación jurídica de la demanda.-
La acción ejercitada es la rescisoria prevista en el art. 71 de la LC, según el cual: "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta".
En el caso presente no nos encontramos ante ninguna de las presunciones de perjuicio patrimonial a las que se refieren los numerales 2 y 3 del mentado artículo 71, con lo que es de aplicación su apartado 4 que norma: "Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria", en este caso no ofrece pues duda que a la administración concursal le corresponde acreditar que el pago efectuado por el DEPORTIVO a la entidad MONDO IBÉRICA generó un perjuicio a la masa activa del concurso (art. 217 LEC).
Tal exigencia derivada del onus probandi nos exige con carácter previo entrar en el análisis de lo que se debe entender por tal perjuicio, lo que abordaremos en el apartado siguiente de esta resolución, siguiendo para ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su función nomofiláctica o unificadora en la interpretación de los textos legales.
CUARTO: De los actos perjudiciales para la masa activa del concurso.-
La actual legislación concursal ha superado el sistema de retroacción de la quiebra, con la nulidad ipso iure de los actos de disposición o administración realizados por el quebrado dentro del plazo fijado a tales efectos por el Juez que conocía de dicho procedimiento universal, sistema que, por sus graves e injustificadas consecuencias, tuvo que ser objeto de una interpretación correctora por la moderna jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, sustituyéndolo actualmente por un sistema distinto, que condiciona la rescisión al ejercicio de acciones judiciales fundadas en la existencia de "actos perjudiciales para la masa activa".
La existencia del perjuicio se configura pues como elemento decisivo para la viabilidad de la acción rescisoria, junto con el requisito temporal de que tal acto jurídico, en detrimento de los acreedores concursales, se llevara a efecto en el plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin la necesidad, expresamente dispensada por el Legislador, de la existencia de una intención fraudulenta. No cabe duda tampoco de que son concordes doctrina y jurisprudencia en considerar que, en todo caso, son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado; ahora bien, no sólo esos concretos actos jurídicos constituyen los supuestos susceptibles de rescisión. En definitiva, son las específicas circunstancias concurrentes, el contexto en que tales actos se llevaron a cabo, los determinantes a los efectos de apreciar el necesario perjuicio para la masa activa del concurso. Nos encontramos, por consiguiente, ante decisiones necesariamente casuísticas, que no se concilian con proclamaciones generales.
En efecto, nos enseña la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal al respecto que:
A) Para decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", hay que analizarlo en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha (STS de 8 de noviembre de 2012).
B) Que los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración. En este sentido, las SSTS de 12 de abril y 8 de noviembre de 2012 proclaman que: "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado".
C) Ahora bien, ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la "par condicio creditorum" (paridad de trato de los acreedores), véase en este sentido las SSTS de 26 de octubre y 8 de noviembre de 2012.
D) En definitiva, el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (SSTS 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, 210/2012, de 12 de abril, y 8 de noviembre de dicho año entre otras).
E) El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso (STS 26 de octubre de 2012).
F) Ahora bien, en esa casuística reinante en la materia, que dificulta fijar criterios generales y fijos, la STS de 26 de octubre de 2012 matiza que: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles".
G) En el caso de los pagos, la STS de 26 de octubre de 2012, señala que, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa.
H) Ahora bien, es necesario tener igualmente en cuenta que, cuando un pago es consecuencia de una deuda líquida, vencida y exigible, ello no significa que la rescisión devenga inviable, pues puede suponer un sacrificio

injustificado para la masa activa del concurso, en atención a las concretas circunstancias concurrentes, como aconteció en el caso contemplado en la STS de 26 de octubre de 2012, con respecto al cual existe identidad de razón con el que enjuiciamos en el presente proceso, al señalar dicha resolución que: "Detrás de esta consideración legal, aplicada al caso por el magistrado de lo mercantil que declaró el concurso de acreedores, se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió. Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto"

QUINTO: De la aplicación de la doctrina expuesta al caso presente.-

Como resulta de la prueba practicada, el DEPORTIVO ya se encontraba en una situación de manifiesta insolvencia (art. 2 de la LC), al tiempo de efectuar el pago litigioso a favor de la entidad demandada, en el mes de septiembre de 2012, y buena muestra de ello resulta, ya no sólo de que, en el procedimiento de ejecución seguido contra su patrimonio por la entidad demandada, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de A Coruña -que además no era el único que sufría la concursada, sino que se habían promovido otros varios, a los que antes hicimos referencia en la declaración del hechos probados- el propio DEPORTIVO expresó, el 13 de abril de 2012, que "no se designan bienes objeto de embargo por no existir bienes actualmente para hacer frente a la cuantía reclamada por la ejecutante", sino que también se deduce del acto propio de MONDO IBÉRICA que, el 31 de julio de 2012, promueve la declaración del concurso necesario del Deportivo -lo que implica conocimiento de que la precitada sociedad se encontraba en situación de insolvencia-, y lo hace sin abonar la tasa correspondiente, sin duda como elemento de presión por las graves consecuencias que de tal declaración se derivaban (art. 40.2 LC), y de cómo, el propio club de fútbol, en el mes de noviembre de dicho año, inicia conversaciones a los efectos del art. 5 bis de la LC, presentado concurso voluntario el 9 de enero de 2013, y siendo declarado en tal estado, el 11 de enero siguiente, es decir cuatro meses después del pago cuya rescisión se pretende. Por otra parte, del informe de la administración concursal resulta un importe neto de la masa activa de la entidad concursada de 73.742.841,29 euros y unos créditos concursales reconocidos de 156.341.893,29 euros, que difícilmente se pueden generar entre la fecha del pago a MONDO IBÉRICO y la presentación del concurso. Por lo que llegamos a la conclusión de que, cuando se efectuó el pago litigioso, el DEPORTIVO se encontraba en situación de insolvencia concursal con una pluralidad de acreedores incluso con créditos preferentes.

Son las circunstancias expuestas las que conducen a este Tribunal a considerar que el referido pago que, por otra parte, comprendía no sólo el principal de 148.487,16 euros, sino también una suma adicional, que duplica al estricto importe de la deuda judicialmente reconocida, en concepto de intereses y costas, hasta alcanzar los 365.000 euros pagados, perjudica a la masa activa del concurso por las razones expuestas, que son sustancialmente similares a las contempladas en la STS de 26 de octubre de 2012, sin que apreciamos las razones de discrepancia, que no reputamos decisivas, para obviar su aplicación por parte del juez a quo, pues la ratio decidendi de la misma deriva, no de la naturaleza del concurso, sino de la situación de insolvencia manifiesta al tiempo de efectuar el pago, fruto o consecuencia de la previa presentación de un procedimiento de concurso necesario -como sucede en el presente caso-, y del que se desiste -como también acontece en el supuesto que enjuiciamos- para obviar las consecuencias que del mismo se derivan, y como se promueve poco tiempo después -casi dos meses en el caso contemplado en dicha resolución y unos cuatro meses después concurso voluntario por parte de la entidad deudora, que en nuestro caso comunica además al juez la apertura de negociaciones dos meses después del pago controvertido-.

No es la condición del concurso como necesario o voluntario la decisiva, sino todo el conjunto argumental expuesto el que conduce a la conclusión, a la que llegó la mentada resolución de nuestro más Alto Tribunal, de que cabe: "apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto"..".:.": SAP La Coruña (Sección 4) 09.12.2013 (Sentencia 418/2013; Rollo 342/2013)

"PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la representación de la entidad "J&A Garrigues, S.L.P.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña en autos de Incidente Concursal nº 215/12, que estimando la acción de reintegración ejercitada por la Administración Concursal contra "J&A Garrigues, S.L.P." y la entidad concursada "Talleres Carral, S.L. En Liquidación", declara la rescisión e ineficacia del pago realizado por la deudora en fecha 10 de mayo de 2012 a favor de la codemandada "J&A Garrigues, S.L.P." para la extinción del crédito a que se refieren las facturas aportadas con la demanda, condenando a las codemandadas a estar y pasar por tal declaración, y a "J&A Garrigues, S.L.P." a que restituya a la masa la suma de 11.800 #, más intereses legales. Declara igualmente, el crédito de "J&A Garrigues, S.L.P." (por mero error de transcripción en el fallo de la sentencia apelada se hace constar su importe en 18.800 #, iva incluido, cuando el mismo, no se discute, es de 11.800 #, lo que podrá ser rectificado por el Juzgado en cualquier momento), forma parte de la masa pasiva del concurso con la clasificación de crédito ordinario, alegando en el recurso, en síntesis, que el acto de reintegración pretendido no encaja en ninguna de las presunciones de perjuicio patrimonial del artículo 71 LC, por lo tanto para que la acción rescisoria del artículo 71 prospere es necesario que la Administración Concursal pruebe que el acto es claramente perjudicial para la masa activa del concurso, y estima la recurrente que el pago estaba completamente justificado por el carácter debido de la deuda satisfecha, no siendo vulnerado el principio par conditio creditorum. Además son actos de giro ordinario encuadrables en el art. 71.5 LC.

SEGUNDO.- Como señalábamos en nuestra sentencia de 14 de abril de 2011, la Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales

para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes
o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Pues bien, ciertamente como alega la entidad apelante no nos encontramos ante ninguna de las presunciones de perjuicio patrimonial a las que se refieren los números 2 y 3 del precitado artículo 71, con lo que es de aplicación el 4 que dispone: "Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria", en este caso no ofrece pues duda que a la Administración Concursal le corresponde acreditar que el pago efectuado por la entidad concursada a la entidad "J&A Garrigues, S.L.P." generó un perjuicio a la masa activa del concurso, al margen de si existió o no intención fraudulenta.
Por lo que debemos entrar a resolver sobre que debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto, como nos indica el Tribunal Supremo (STS 8/11/2012), hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio
o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).
En definitiva, como se indica en la referida sentencia, el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).
En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010, se declaró que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum".
La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado (STS 10/7/2013).
Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (STS 26/10/2012).
Su motivo es evidente si el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", por ello en tales circunstancias debe estimarse como un perjuicio para la masa activa.
Lo que se acepta en la sentencia apelada, y tal decisión y valoración de la prueba practicada por el Juzgador a

quo la estimamos acertada, dadas las circunstancias concurrentes del caso. Así, partiendo, por evidentes razones, que la aquí entidad apelante por su condición de la asesoría que prestaba, conocía la deficiente situación económica y financiera de la entidad deudora, al menos desde principios del año 2011, que es la razón invocada del acuerdo que refiere llegaron las partes para aplazar el pago de las distintas facturas por la prestación de sus servicios jurídicos que se iban emitiendo desde aquel momento, hasta el punto que el pago de la mayor parte de la deuda vencida y exigible correspondiente a lo facturado en el año 2011 se lleva a cabo unos quince días antes de la presentación de la solicitud de concurso voluntario. Lo que es de todo punto un trato de favor no justificado, cuando con la presentación del concurso no se pretende o espera la viabilidad de la empresa para continuar con su actividad, desde el momento en que transcurridos los tres meses desde la comunicación al Juzgado a que se refiere el art. 5 bis LC, ante su situación de insolvencia actual, "Talleres Carral, S.L." decidió su disolución y la apertura de la liquidación de la sociedad, promoviendo expediente de extinción colectiva de contratos de trabajo el 11 de mayo de 2012, presentando la solicitud de declaración de liquidación concursal en fecha 25 de mayo de 2012, que así fue admitida y declarada en auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil en fecha 29 de junio siguiente. Por lo que, de tal modo existe perjuicio para la masa, cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estaba ya en un claro estado de insolvencia, de la que el acreedor era pleno conocedor de tal situación, beneficiándose de forma injustificada por el pago efectuado en tal momento de la mayor parte del importe de su crédito pendiente de abono, invocando una proporcionalidad de créditos con el resto de los acreedores de la concursada no acreditada. Y evidentemente si bien se trata de acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor, no se realiza en condiciones normales, por lo que no puede ser de aplicación el numeral 5 del art 71 LC.
La finalidad de esta excepción, como se indica en sentencia del Tribunal Supremo de 10/7/13, es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.
Teniendo en cuenta lo expuesto, la decisión sentenciada de no considerar aplicable al presente caso la excepción del primer inciso del art. 71.5 de la Ley Concursal es acertada, al no haber sido realizado el pago en condiciones normales, tal como antes hemos visto el acreedor era pleno conocedor al momento del pago de la situación de insolvencia de la deudora, asegurando de tal modo el cobro de la mayor parte del importe de su crédito, salvo 2.750 #, frente a otros de la entidad concursada, alterándose las preferencias de cobro, lo que supone de claro perjuicio para los demás, al obtenerse con aquellos actos un privilegio a favor de un acreedor en el concurso frente a los demás acreedores con clara alteración de la "par condictio creditorum".: SAP La Coruña (Sección 4) 13.02.2014 (Sentencia 38/2014; Rollo 10/2014)

“2.- En cuando a los pagos realizados en mayo y junio de 2012 -mediante dación de la finca previamente hipotecada y cesión de créditos que HERCULINA HOGAR S.L. mantenía frente a su vinculada HERCULINA CALIDAD VIVIENDA S.L.- no es dudoso que se trata de actos de cumplimiento irregular verificados en estado de insolvencia -ya comunicada al juzgado vía artículo 5 bis el 9 de mayo de 2012- y a las puertas del concurso, que fue solicitado el 16 de junio de 2012, sólo tres días después del segundo de los negocios atacados.
Entiende el Tribunal Supremo que el perjuicio a que se refiere el artículo 71 de la LC debe entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art.76), y, además, debe carecer de justificación (STS 27 de octubre de 2010). Por eso, en principio, los pagos de obligaciones vencidas y exigibles no son rescindibles, puesto que están justificados; y así resulta también de la regulación de la acción pauliana en el Código civil (artículo 1292 del Cc).
El propio Tribunal Supremo admite, sin embargo, que en alguna ocasión "puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum" (STS 26 de octubre de 2012, fundamento jurídico nº. 6, párrafo segundo). Ciertamente, la defensa del trato paritario de los acreedores no es ajena a la configuración legal de la acción de reintegración concursal, como lo demuestra el análisis de las presunciones que el artículo 71 proporciona, y no es desde luego admisible que el Derecho pueda amparar decisiones selectivas de un deudor a las puertas de un concurso para favorecer a unos acreedores y perjudicar a otros cuando unos y otros lo son por obligaciones ya vencidas y exigibles.
No hay en nuestro Derecho una norma similar a la del parágrafo 130 de la Insolvenzordnung alemana, que considera rescindibles los pagos (actos jurídicos de satisfacción de un acreedor) cuando se lleven a cabo en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura del proceso de insolvencia, cuando al tiempo del acto el deudor fuese insolvente y cuando el acreedor en ese momento fuese conocedor de la insolvencia. Pero la doctrina del Tribunal Supremo y la regulación de la Ley concursal permiten llegar a conclusiones prácticas llamativamente similares especialmente cuando, como es el caso, la deudora ha hecho uso de la facultad que le confiere el artículo 5 bis de la LC. La comunicación previa del estado de insolvencia (artículo 5 bis) razonablemente impone al deudor una conducta activa dirigida a contactar con sus acreedores y ofrecerles la posibilidad de adherirse a una propuesta anticipada de convenio o un acuerdo de refinanciación; si el deudor actúa correctamente durante el periodo de tres meses que el artículo 5 bis le concede, todos o la mayor parte de los acreedores conocerán por él su estado de insolvencia, y todos los que la conozcan deberán representarse la eventualidad de una inminente solicitud de concurso; luego cualquier pago de créditos que el deudor realice en ese periodo previo a la solicitud de concurso por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles anteriores a la comunicación reunirá normalmente todas las circunstancias que el Tribunal Supremo apunta: ya

hay insolvencia -que acreedor y deudor conocen-, la solicitud del concurso está próxima y, además, el crédito no contaba con garantía resistente al concurso y no había sido judicialmente reclamado.”: SAP La Coruña (Sección 4) 03.06.2015 (Sentencia 185/2015; Rollo 244/2015)

AP León

“En el caso presente la parte recurrente no ofrece datos que muestren la equivocación del Juez Mercantil al acordar la rescisión de la cesión de créditos, ni argumentos que deban ser nuevamente analizados en esta alzada. Lo cierto es que se limita a indicar que al no haber cobrado los créditos cedidos no existe perjuicio para la masa. No podemos estar más de acuerdo con los razonamientos de la sentencia recurrida pues obviamente no es lo mismo que se declare la existencia de los créditos cedidos y se integren en la masa activa del concurso que rechazar esta pretensión.
Y citamos el criterio que sobre pago de un crédito (aplicable igualmente a la cesión) mantiene el TS en la Sentencia de fecha 10 de julio de 2013 : *" En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010, se declaró que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores]". Y añade: "La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado".*
Así pues, los razonamientos expuestos en la Sentencia de Instancia cumplen con la doctrina jurisprudencial expuesta. La cercanía de la cesión de créditos con la declaración de concurso y la vinculación del recurrente con la administradora de la concursada, aunque sea indirecta, permiten concluir con la procedencia de estimar la acción de reintegración ejercitada. A todo ello, se añade la falta de constancia de la regularidad y exigibilidad de los créditos de la entidad cesionaria, por lo que claramente concurre el perjuicio que exige la ley concursal.”: SAP León (Sección 1) 29.07.2014 (Sentencia 163/2014; Rollo 212/2014)

“CUARTO: Se comparte la decisión adoptada en la sentencia apelada que analiza y valora de forma certera las circunstancias de hecho que concurren en el caso: fecha de otorgamiento de la escritura de cesión de crédito a favor de la ahora recurrente (el día 23 de octubre de 2012) y solicitud de concurso de Temane S.L. (el día 31 de octubre de 2012), sin que se aprecie un lapso de tiempo que desvirtúe el conocimiento que ya se podía tener de la situación de la empresa posteriormente abocada al concurso, sin olvidar también el montante económico de la cesión del crédito (67.600 euros) en relación con las cuantías de la masa y de los créditos ordinarios que recoge la demanda inicial (hecho cuarto) presentada por la administración concursal.
Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo para apreciar la mala fe contemplada en el caso, basta la conciencia de que se actúa en perjuicio de los demás acreedores, no siendo necesaria la intención de dañar. Al respecto es oportuno citar, como ya hacíamos en nuestra anterior sentencia de 29 de julio de 2104, dictada en el Rollo de Apelación nº 212/2014, el criterio que sobre pago de un crédito (aplicable igualmente a la cesión) mantiene el TS en la Sentencia de fecha 10 de julio de 2013 :
" En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010, se declaró que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores]". Y añade: "La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con

carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado".
La sentencia recurrida se apoya en jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita en el fundamento segundo, corroborado ello por la doctrina jurisprudencial que se ha expuesto también anteriormente y que lleva a resolver, en el caso, dada la cercanía entre la escritura de cesión del crédito a favor de Ferrobierzo S.L. y la solicitud de concurso, dadas las relaciones comerciales existentes entre ambas empresas (ya la Administración Concursal alude a vinculaciones entre la concursada, la recurrente y otras empresas), lleva a compartir la conclusión que alcanza el Juzgador "a quo" sobre el conocimiento de la situación de insolvencia de la concursada por parte de la ahora recurrente. Desestimándose los motivos de recurso relativos a que el pago de la deuda se debió a la actividad empresarial ordinaria de la concursada, confirmando la sentencia apelada.”: SAP León (Sección 1) 24.09.2014 (Sentencia 211/2014; Rollo 216/2014)

“Se ejercita por la administración concursal una acción rescisoria con base en lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal. Para delimitar los requisitos de tal acción acudiremos, principalmente, a lo expuesto en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 (recurso nº 672/2010) que desarrolla el significado y alcance del concepto de " *acto perjudicial para la masa activa* " al que alude el artículo 71 de la Ley Concursal. Resumimos sus criterios en los siguientes apartados:
a) *No es necesario el carácter fraudulento del acto para su rescisión* : " *El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude* " (STS 26/10/2012).
b) *El perjuicio para la masa activa no se puede derivar de la alteración del principio de la "par conditio creditorum" como un mero automatismo* : " *Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva* " (STS 26/10/2012).
c) *El perjuicio para la masa activa supone una disminución del activo que ha de integrar la masa pasiva y debe carecer de justificación* : " *como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación* " (STS 26/10/2012)".
d) *Este criterio ha sido matizadopor otras resoluciones del Tribunal Supremo, que vienen a admitir la posibilidad de un perjuicio indirecto sin necesidad de disminución patrimonial,* como la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que se cita en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 22 de abril de 2014 que se transcribe parcialmente en la sentencia recurrida: " *Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)* " (STS, Sala 1ª, de 8 de noviembre de 2012, recurso nº 836/2012).
Nos encontramos con dos supuestos de específico perjuicio "patrimonial" (apartados 2 y 3 del artículo 71 de la LC) y una genérica referencia a "actos perjudiciales para la masa activa" (apartado 1 del artículo 71) que abarca la posibilidad de perjuicio indirecto aunque no implique una efectiva disminución patrimonial (en este sentido también se pronuncia la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2014 (recurso nº 745/2012), como ocurre, por ejemplo, en el caso de actos de pago o dación en pago que supongan alteración de la "par conditio creditorum", pero no siempre y en todo caso (STS, Sala 1ª, de 24 de julio de 2014). *Para matizar la extensión del concepto de "acto perjudicial para la masa activa" a posibles perjuicios "indirectos" hemos de retornar a los criterios establecidos en la sentencia que nos sirve como punto de partida* (la STS 26/10/2012) en la que se dice:
-Cuando hay un pago (o dación en pago) " *la justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible* ". En el caso que nos ocupa la deuda extinguida con el pacto de dación en pago era cierta y exigible pero, como se indica en la sentencia recurrida, y reitera este tribunal, entraría en el ámbito de falta de justificación a la que aludiremos en el siguiente apartado.
-Pero la regla general de justificación de pago de deuda vencida y exigible " *no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum* ".
En definitiva, aunque el principio de la "par conditio creditorum" no es un parámetro imperativo para delimitar cuando un acto es o no es perjudicial para la masa activa, sí lo puede ser si opera una justificación fundada en las circunstancias concretas consideradas, como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso que nos ocupa : pago (dación en pago, en este caso) muy próximo a la declaración de concurso (tres meses y 20 días median entre el acto a rescindir y la declaración de concurso), cuando Restauraciones Toral, SA, ya se encontraba en evidente situación de insolvencia que, como se indica en la sentencia recurrida, era un hecho conocido por la demandante al informarle de ello el administrador de la concursada antes de verificar la dación en pago. La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Suprema tomada como principal referencia (STS 26/10/2012) llega la misma conclusión en un supuesto en el que entre el acto rescindido y la solicitud de la declaración de concurso

mediaban un tres meses aproximadamente: " *7. En el presente supuesto no se cuestiona que el crédito satisfecho por la concursada a Postventa fuera un crédito real, vencido y exigible. El problema radica en que las circunstancias que rodean al pago ponen en evidencia su injustificación[...] pagó el crédito de 272.272,50 euros (el 12 de enero de 2007). Este pago que, en principio, sería válido, al ser debido y exigible, se ve afectado por que, no mucho más tarde (el 5 de marzo de 2007), la propia deudora (Vitelcom) solicitó su propio concurso de acreedores, que fue declarado el 16 de marzo de 2007, pero con la consideración de necesario, pues el art. 22.2 LC prevé que " el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiere presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque este hubiere desistido..." Detrás de esta consideración legal, aplicada al caso por el magistrado de lo mercantil que declaró el concurso de acreedores, se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió. Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto* ".
Por todo lo expuesto, procede confirmar la sentencia en relación con la procedencia de la acción rescisoria.": SAP León (Sección 1) 05.11.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 296/2014)

AP Lleida

"En este caso, la apelante se limita a reproducir los argumentos que expuso en el escrito de oposición a la demanda de reintegración, y lo hace de modo sesgado e interesado, y considerando que la admisión de la demanda supone deshacer una operación mayor que, de ser llevada a cabo, provocaría incluso un perjuicio mayor a la masa, pero sin que fundamente su recurso en pruebas no tenidas en cuenta o no valoradas correctamente o en una fundamentación jurídica inadecuada, pretendiendo simplemente sustituir el criterio objetivo del juzgador por el suyo propio, y sin distinguir jurídicamente una operación (la de compraventa) de la otra (el pago de los intereses debidos). Efectivamente se dice que hay que contemplar aquella operación en su conjunto, pero es lo cierto que lo que aquí se pretende reintegrar no es la operación de compraventa sino el destino dado a parte del dinero percibido por aquella, y mas concretamente el dinero que se pago por IVA y que se ingreso en la cuenta que la concursada tiene en BMN. Hay que recordar que ello se realiza pocos días antes de que sea declarado el concurso y cuando la insolvencia de la concursada es ya evidente. De hecho cuando se efectúa la operación de venta el saldo de las cuentas de la concursada es inexistente.
Compendio de lo dicho hasta ahora lo constituye la STS de 26 de octubre de 2012 que por su evidente interés transcribimos en la parte que interesa, ya que realiza una interpretación muy clara de que hay que entender por perjuicio para la masa activa. Dice el TS que:
" *El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.*
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la

declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum.
Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en la sentencia 855/2007, de 24 de julio, donde negamos la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido."
Entendemos que en este caso, como muy bien recoge el juez a quo en su sentencia, la operación consistente en hacer pago con parte del precio pagado por la venta, concretamente la cantidad percibida por el concepto de IVA, de intereses que en ese momento si se hubiera declarado el concurso tendrían la consideración de crédito subordinado (había desaparecido la garantía que los amparaba), es claramente perjudicial para la masa activa al colocar en una situación de practica imposibilidad de cobro a los acreedores que no gozan de privilegio especial, lo que es un sacrificio patrimonial injustificado. Véase que con esa operación la AEAT a quien debía destinarse el pago del IVA, genera un nuevo derecho de crédito que gozará de privilegio especial, al menos por la mitad de su importe, con claro perjuicio para la preferencia de cobro de los restantes acreedores ordinarios. De hecho la SAP de Barcelona que se cita y que se dice que contempla un supuesto similar, no es tal ya que allí con el IVA se liquida un préstamo garantizado con hipoteca que en el momento de efectuar el pago tendría la calificación de privilegio especial, mientras que en nuestro caso lo que se liquida son intereses vencidos que tendrían la calificación de crédito subordinado. Es claro pues que este primer motivo de recurso ha de ser desestimado.”: SAP Lleida (Sección 2) 27.11.2014 (Sentencia 512/2014; Rollo 548/2014)

AP Madrid

“QUINTO.- La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.".
Tratándose de pagos el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 26 de octubre de 2012, reiterada por la de 24 de julio de 2014 que: «En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no

sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la
En el supuesto de autos el pago se efectúa el día 17 de octubre de 2008 cuando la concursada estaba en estado de insolvencia actual, como afirma la sentencia apelada y no se cuestiona en apelación, tal y como se deduce de la propia solicitud de concurso, en la que la deudora reconocía estar en estado de insolvencia actual.
El pago efectuado en dicho estado, pocos días antes de solicitar el concurso, resulta perjudicial para la masa activa por carecer de justificación, precisamente, al hacerse en estado de insolvencia y en fechas inmediatamente anteriores a la solicitud de concurso, cobrando un acreedor íntegramente su crédito en detrimento de otros que no han percibido importe alguno del suyo, con vulneración de la par condicio creditorum.“:SAP Madrid (Sección 28) 22.05.2015 (Sentencia 144/2015; Rollo 389/2013)

AP Orense

“CUARTO.-Llegados a este punto resta por analizar si concurren los requisitos exigidos para el éxito de la acción de reintegración tal y como entendió el órgano "a quo".
Según el artículo 71.1 LC serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Los apartados 2 y 3 del precepto incluyen presunciones con el carácter de "iuris tantum" para determinado actos dispositivos a título gratuito y oneroso, respectivamente, fuera de las cuales se impone la carga de la prueba del perjuicio patrimonial a la parte que ejercite la acción rescisoria (artículo 71.4 LC y 217.2 LEC).
Esencial resulta determinar lo que debe entenderse como "actos perjudiciales para la masa activa". Ante el silencio del legislador, la jurisprudencia viene entendiendo que el concepto no es equiparable al de disminución del patrimonio. La, invocada por la apelada, STS 629/2012 de 26 de octubre, cuya doctrina reproducen las SSTS de 10 de julio de 2013 y 10 de marzo de 2015, mantiene que si bien los pagos conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar perjudiciales para la masa. Conforme a ella, los pagos debidos, por deudas vencidas y exigibles, gozan de justificación y no constituyen perjuicio para la masa, lo cual no excluye que concurran circunstancias excepcionales que puedan privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" (igual condición de acreedores).
La jurisprudencia admite que el perjuicio exigido para la rescisión provenga de la realización de pagos en el momento en que el concursado se halla en situación de insolvencia o hubiera sobreseído pagos de obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propio del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas y esperas propias del concurso o directamente a la pérdida de su crédito por insuficiencia de la masa activa (STS antes citada de 10 de julio de 2013).
La sentencia apelada se hace eco de la expuesta doctrina jurisprudencial que certeramente aplica al caso enjuiciado basándose en las circunstancias concurrentes. La asesoría apelante tenía conocimiento de la situación de insolvencia de la concursada, dato resultante tanto de la relación entre ambas, la primera presta a la segunda sus servicios al menos desde el año 2006, como de la manifestación del representante legal de la asesoría respecto a la mecánica utilizada para el pago a terceros mediante ingresos en una cuenta de la asesoría debido a la falta de liquidez de la concursada. Pese a ese conocimiento, Asesoría y gestión Castaño se hizo cobro de sus servicios, en perjuicio de los restantes acreedores, con la consiguiente alteración de la "par condicio creditorum".
No es de aplicación la, invocada en el recurso, prohibición contenida en el artículo 71.5.1º LC a cuyo tenor "en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional
o empresarial del deudor realizados en condiciones normales". La finalidad de la excepción, cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia recaída en torno al artículo 878.II del código de comercio, es proteger a los terceros que contrataron con el deudor, posteriormente declarado en concurso, confiados en la plena eficacia de los negocios jurídicos realizados en la actividad normal del deudor y en las condiciones habituales de mercado (STS 17 de febrero de 2015 y las en ella citadas de 26 de octubre de 2012 y 10 de julio de 2013), condiciones que obviamente no se dan en el supuesto ahora enjuiciado. Basta señalar que el incremento de los servicios prestados por la apelante vino dado por la situación de insolvencia de la concursada, lo cual excluye la subsunción en el precepto de que se trata.”: SAP Orense (Sección 1) 24.04.2015 (Sentencia 140/2015; Rollo 270/2015)

AP Oviedo

“Es cierto que el art. 71-5 L.C. declara en su ordinal 1º como operaciones excluidas del ámbito de la acción de reintegración a "Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", habiendo señalado la STS 26 octubre 2012 que "con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor". Lo cierto no obstante es que la norma no solo requiere que nos hallemos ante un acto

ordinario de la actividad de que se trate, sino además que se trate de un acto realizado en condiciones normales, debiendo recordar aquí que la señalada STS 26 octubre 2012 ha venido a declarar que el acto impugnado no puede ser tenido como realizado en condiciones normales en aquellos casos en que, por el momento en que aconteció, cabe presumir que ya concurría en el deudor la situación de insolvencia que después le llevó a ser declarado judicialmente en concurso de acreedores "pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto".
En el caso presente encontramos que el pago por parte de "Hotel Longoria Avenida, S.L." de la suma de 177.819,92 euros se acuerda en el documento llamado contrato de regularización de deuda y forma de pago de 29 abril 2010 y se articula mediante la entrega y endoso de diversos pagarés a "Elige Tu Viaje, S.L.", siendo así que, como señala la Sentencia recurrida, el Hotel presentaba ya en el ejercicio 2008 unas pérdidas superiores a los 250.000 euros, pasando a tener en el ejercicio 2009 una deuda pendiente frente a la Hacienda Pública de 60.000 euros y con la Seguridad Social de 86.513,92 euros, cantidades que se elevaron en el ejercicio 2010 a 176.565,60 euros. Pero es que incluso el informe pericial aportado por la propia parte codemandada de "Elige Tu Viaje, S.L." expone que durante gran parte del ejercicio 2009 la sociedad "Hotel Longoria Avenida, S.L." estuvo incursa en causa de disolución y que la causa principal de la insolvencia fueron las pérdidas de la actividad ejecutada durante los ejercicios 2007 a 2010 que suponen 8222.422 euros derivadas de unos costes de explotación muy superiores a la actividad realizada en esos ejercicios. De lo anterior se desprende por tanto y sin lugar a dudas que el pago que aquí se impugna fue realizado en un momento en que el solvens se encontraba ya en situación de insolvencia y que consecuentemente dicho acto supuso un acto perjudicial para la masa conforme la interpretación extensiva que de dicho concepto ha elaborado nuestro Alto Tribunal, como comprensivo no solo de un perjuicio para la masa activa sino también como una vulneración de las reglas de la par conditio creditorum en tanto que supuso el pago a un acreedor de una suma dineraria que debió haber servido para aprovechar al conjunto de acreedores que componen la masa pasiva.”: SAP Oviedo (Sección 1) 10.06.2013 (Sentencia 195/2013; Rollo 449/2012)

AP Pontevedra

“SEGUNDO El supuesto de hecho sobre el que el administrador concursal fundaba su demanda residía en que el día 20 de mayo de 2009, esto es el día anterior a que la concursada Nafta Sport, S.L. fuera declarada en concurso, procedió a efectuar un pago de Lectra Sistemas Española, S.A.U mediante transferencia bancaria de 25.000 euros en concepto de abono parcial de la factura OM 46, eso es cuando la situación de insolvencia ya era evidente. La razón de pago fue que para el funcionamiento de la máquina de corte son necesarios una serie de códigos que facilita la demandada cada seis meses y que se negaba a facilitar si antes no se procedía al abono de esta cantidad.
El juzgador a quo estimó la demanda, y ordenó la reintegración del pago, sin que se hubiera opuesto en la instancia la parte demandada que ahora apela, la cual no contestó a la demanda.
(…)
TERCERO Ya expusimos en nuestraSs de 22 de septiembre de 2009, Pnte. Ilmo. Sr. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ, que elart. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de "acciones de reintegración". Como afirma la Exposición de Motivos de la LC,"La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro".
En consecuencia, la ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previgente, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del "perjuicio para la masa activa" se facilita con presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.
De otra parte, resulta difícil dar un concepto concreto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Sin embargo, es bien conocido cómo la jurisprudencia mercantil se está decantando, en abierta oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (por todas,sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 ysentencia de 8 de enero de 2008, AP Barcelona, secc. 15 ª. El concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par condicio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene elartículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales.
No obstante es claro que la disminución patrimonial, ya sea en sentido cuantitativo o cualitativo, es un requisito necesario pero no suficiente para considerar producido el perjuicio. Es necesario, además, que se trate de un

acto no justificado en términos jurídicos y económicos. Por eso, cualquier pago que se realice en período sospechoso no tiene por qué serautomáticamente rescindible. Ese automatismo únicamente podría predicarse de los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento sea posterior a la declaración del concurso. Sin embargo, en el resto de los casos no ocurre así, pues en éstos, es necesario apreciar la concurrencia de un detrimento patrimonial no justificado. El propioartículo 71 LC, en su apartado 5 contempla un supuesto de justificación al establecer que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional del deudor realizados en condiciones normales.
Pues bien, por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica laSAP Barcelona de 8 de enero de 2.008. Para determinar la existencia de "condiciones normales", debemos examinar la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio. Teniendo ello en cuenta es lo cierto que se cumplen tales parámetros toda vez que no existe constancia de otras operaciones simultáneas del mismo tipo, lo cual implica su singularidad o carácter extraordinario ante el concurso inminente, en relación a una discriminación con el resto de los acreedores, lo cual constaba al concursado que presentó acto seguido el concurso voluntario. Todas ellas son circunstancias tan evidentes en el caso que no justifican la revocación de la sentencia en los términos interesados.”: SAP Pontevedra 21.03.2011 (JUR 2011/155064; Sentencia 145/2011; Rollo 865/2010)

“Asimismo las singulares características de los actos dispositivos en cuestión permiten la apreciación de una situación de perjuicio patrimonial para el colectivo de acreedores de la deudora concursada.
No ya solo con apoyo en una interpretación amplia del concepto de perjuicio patrimonial, de la que es exponente la SAP Madrid, de fecha 19/12/2008, en cuanto señala que "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de la paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por la vía de la rescisión concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender al pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el núm. 4 del art. 71 de la LC en relación con el núm. 1 del mismo precepto legal", cual ocurre en el supuesto de satisfacción del derecho de crédito de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Sino también con base en la interpretación más restringida que requiere que el menoscabo del activo de la deudora concursada como consecuencia de los actos dispositivos realizados tenga un carácter injustificado, y que, en el supuesto examinado, cabe desprender de la realización de aquellos en un momento de serias dificultades económicas en que era necesario conseguir financiación para superar la situación de insolvencia en que se encontraba la sociedad, a lo que cabe añadir la estrecha vinculación, siquiera familiar, existente entre el administrador único de "Promalar S.L." (don Hermenegildo) y el administrador único (don Prudencio, hijo del anterior) así como los socios de las entidades mercantiles componentes del accionariado de BASA, que evidencian claramente la dispensación de un trato de favor en beneficio de la acreedora demandada, quién debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido los pagos cuya reintegración ahora se pretende, se encontrarían con una mayor masa activa que les permitiría la percepción de una cuota de satisfacción más elevada.
De ahí que, realizados los actos dispositivos (transferencias dinerarias en devolución de cantidades percibidas en virtud de un contrato de crédito en cuenta corriente) dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración en concurso de BASA (16/4/2010), y acreditado el perjuicio patrimonial que ello viene a comportar para el colectivo de acreedores del concurso, procede la estimación de la acción rescisoria ejercitada.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 08.03.2012 (Sentencia 103/2012; Rollo 717/2011)

AP Tenerife

“SEGUNDO.- En el presente caso, la AC de Jenmeri S.L. alega que la concursada, con fechas 3, 10 y 12 de Junio de 2.008, pagó a la codemandada, Ferretería La Luz S.L. la suma de 26.198,78 euros, que correspondían a la factura 646; 26.700,92, que corresponden a la factura 710, y la cantidad de 11.081,36 euros, que correspondía a la factura 724, pagos realizados en efectivo, contra lo que venía siendo habitual, sin que conste la entrega de la mercancía, y realizados cuando ya se había adoptado el acuerdo social de solicitar el concurso, lo que, finalmente, se produjo el día 26 del mismo mes.
Las cuestiones debatidas se circunscriben a si el pago cuyo reintegro se pretende se trata de una operación ordinaria realizada en condiciones normales, y si ha producido un perjuicio patrimonial a la masa activa.
En este sentido, las codemandadas manifiestan que ese pago se correspondía con la entrega de mercancía (material para asfaltado, cemento, arena, mallazo y bloques) por parte de Ferretería La Luz a la concursada a fin de que ésta pudiera finalizar una determinada obra y así poder pagar a los subcontratistas.
Si esto fuera así, efectivamente, se trataría de una operación ordinaria que entraría dentro del giro o tráfico de

la actividad de la concursada, pero no existe en su contabilidad albarán alguno de entrega de la mercancía, sino un apunte contable en el que se hace referencia a una determinada factura. Si se hubiese entregado la mercancía lo lógico, la forma normal de prueba de ese dato, máxime cuando se trataba de cantidades importantes, es que el albarán figurase en la documentación contable entregada a la AC, o que lo conservara la propia concursada, que teniendo la mayor facilidad probatoria en este caso, tampoco lo aportó, y no basta para tener por acredita esa entrega la mera manifestación verbal de los administradores de ambas entidades, que actúan bajo la misma dirección jurídica, en beneficio propio y contra los intereses de los acreedores concursales, que defiende la actora.
Por otra parte, tampoco puede considerarse que la operación entre dentro del concepto de circunstancias normales atendiendo a los parámetros a los que antes nos hemos referido, pues si bien en la contabilidad de la concursada constan pagos efectuados en efectivo, no era usual que se hicieran por esas cantidades, y, sobre todo, porque se realizaron cuando ya se había tomado por el órgano social la decisión de solicitar el concurso.
Por consiguiente, se ha de concluir que se trataba de pagos efectuados en el periodo sospechoso, en perjuicio de la masa activa y en detrimento de ésta, mediante los que se favorecía arbitriamente a uno de los acreedores, por lo que procede su rescisión y reintegración a la masa, y para llegar a esta conclusión no obsta la manifestación realizada por la AC en su informe de 31 de Diciembre de 2.008 (apenas dos meses después de haberse constituido el órgano de administración concursal), en el sentido de que no le constaba la existencia de actos que no se hallen dentro del giro ordinario de la concursada, manifestación que no puede ser valorada con carácter absoluto y vincular de forma permanente, ya que es una manifestación circunscrita al momento de realizar el informe, y condicionada a las averiguaciones posteriores correspondientes, opinión que ha cambiado rotundamente al ponerse de manifiesto que aparte del pago de nóminas y la minuta de su abogado, no se desprende de la contabilidad de la concursada otros pagos en efectivo por esas cantidades en operaciones similares a las que aquí se trata (pago de suministro de materiales), sino que la mayoría de esos pagos inusuales se concentraron en los meses de Junio y Julio de 2.008, no siendo normal que se realicen pagos en efectivo por más de 300.000 euros a cuatro proveedores, cuando ya se había tomado la decisión de solicitar el concurso, debiendo ponerse de relieve, además, que en la cuenta de caja de la entidad aparecen a partir del 2 de Julio saldos negativos.”: SAP Tenerife (Sección 4) 09.10.2012 (Sentencia 386/2012; Rollo 249/2012)

AP Valencia

“Ciertamente el Juzgador de la instancia determina que la cancelación del préstamo objeto de autos, que se llevó a cabo con ocasión del otorgamiento de la escritura pública de fecha 26 de noviembre de 2008, era consecuencia de lo que debía entenderse como vencimiento anticipado de la operación, a tenor del contenido del acta de documento fehaciente de liquidación obrante al folio 721 de autos, que quedó fechado el 11 de agosto de 2008; por tanto, el vencimiento de la obligación se produjo con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso de P. Armiñana Promociones Inmobiliaras SL (Auto de 7 de enero de 2009).
Se trata, por ello, de supuesto en el que el perjuicio patrimonial ha de quedar determinado, lo que permite traer a colación lo dicho al respecto por esta Sala en sentencia de fecha 19 de abril de 2012 (Pte. Sra. Andrés), "... (según) *la SAP de Vizcaya (Cendoj: 1972/2010), de 14 de octubre de 2010 : "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro"; también la SAP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2009), de 15 de octubre de 2009, indica "Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2009) en demandas que la Administración Concursal ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En la sentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009, se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la " par conditio creditorum ". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona - citada por la anterior- de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71de la LC en relación con el n º 1 del mismo precepto legal. Que la regla de la " par conditio creditorum " subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los*

números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos".
Como viene a indicarse en la resolución apelada, en el caso de autos el acto se infiere como perjudicial para la masa activa en atención a la proximidad de las fechas de vencimiento anticipado, del acta de liquidación, del pago, de la fecha de solicitud del concurso (esta última de 19 de diciembre de 2008) y, por último, de la fecha de declaración del concurso, todo ello en relación con la incuestionable circunstancia de que la entidad bancaria solo era titular de un préstamo mercantil sin garantía alguna, lo que al caso determinaría su condición de acreedor ordinario en el concurso; en este sentido, resulta ajeno a dichas consideraciones la alegación de la apelante relativa al hecho de que no se había realizado pago alguno del préstamo desde marzo de 2008 -lo que, por otra parte, no resulta de la certificación de la liquidación de la deuda obrante en autos-, ya que ni el número de impagos de cuotas del préstamo, ni la naturaleza de tal tipo de crédito cambia la valoración que, por razón de lo expuesto, la operación de cancelación del préstamo merece.": SAP Valencia (Sección 9) 13.10.2014 (Sentencia 280/2014; Rollo 326/2014)

AP Valladolid

"Pues bien, en el supuesto presente, el pago efectuado por la concursada a la recurrente y cuya rescisión se pretende, aunque pudiera ser considerado un acto ordinario de la actividad empresaria de la mercantil deudora, pues trataba de satisfacer a un proveedor un crédito vencido y líquido, sin embargo, no reúne las condiciones de normalidad exigidas como segundo de los requisitos, por el mentadoapartado quinto del artículo 71 de la ley Concursal.
Como datos determinantes de la citada anormalidad, destacamos; el hecho ciertamente de excepcional, de que se hubiera beneficiado a un acreedor concreto con evidente discriminación y perjuicio de todos los demás. Se desprende así de la contabilidad de la concursada (Libros mayor y Diario) que a la fecha del pago esta tenia numerosos proveedores (75) con créditos a su favor y sin embargo solo se satisface la deuda a tres de ellos, entre ellos a la recurrente, aunque fuera de forma parcial (68,12%) habiendo reintegrado los demás de forma voluntariamente a la masa, las cantidades percibidas en las mismas condiciones; el hecho, también excepcional, de que este pago se hubiera realizado a tan solo 20 días antes de que el deudor solicitara la declaración del concurso y 23 antes de que se dictara Auto declarándolo; e igualmente el hecho, altamente significativo de que dicho pago se hiciera cuando los administradores de la concursada que lo efectuaron, como el de la propia recurrente, eran plenamente conscientes y conocedores (así lo reconoce en el hecho cuarto de su demanda interpuesta frente a la concursada) de la grave situación insolvencia que en ese momento y dos meses antes se hallaba la concursada pues su situación era de paralización total de su actividad productiva,con huelga de sus trabajadores por impago de salarios, iniciación de un expediente de regularon de empleo, incluso ofrecimiento en venta de sus propias naves industriales, y así lo viene a reconocer la propia recurrente en el hecho cuarto de la demanda interpuesta en reclamación de la deuda. Ambas partes eran pues plenamente conscientes al momento de acordar extraprocesalmente el pago parcial de la deuda, de la situación de crisis e insolvencia que atravesaba la empresa deudora y de que con dicho pago, aunque fuera parcial, provocaba discriminación y agravio comparativo para los demás acreedores.
TERCERO Y tampoco hay duda alguna de de que este pago produce un perjuicio real para la masa del concurso, pues, aunque le acompañe una minoración del pasivo, lo cierto es que conlleva una disminución del su activo en beneficio de un acreedor determinado y en detrimento de los derechos del resto Incide, por tanto de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, y vulnera la regla de paridad de trato, "par conditio creditorum" que subyace en la redacción delartículo 71 de la LC, y que es la que debe orientar su interpretación como lo demuestra el tenor de las varias presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en las que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, precisamente porque entrañan una infracción de ese principio general de paridad de trato al conjunto de los acreedores afectados por el concurso que como tales tienen derecho a que se reintegre todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal.
El concepto de perjuicio, no tiene el sentido limitado y estricto que propugna la recurrente, es decir, como detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, sino el sentido general y amplio que señala la sentencia apelada, es decir como simple disminución de la garantía de cobro producida por una minoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de un acto realizado por el mismo con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro u otros que asi se ven injustificadamente excluidos o incluidos por un importe menor al que en paridad de trato les correspondería, siendo este criterio el que viene siendo seguido esta Audiencia en sintonía con la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia.
No procede por lo demás entrar en otras consideraciones de orden intencional o subjetivo ya que la cuestionada operación se rescinde en razón a que concurren los requisitos exigidos por elart. 71.1 y 4 de la Ley Concursal, es decir, el elemento temporal (el acto esté comprendido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), y el componente objetivo de la producción de un perjuicio, para la masa activa,

interpretado este de modo coherente con el principio antes dicho de la "par conditio creditorum", mas no, porque se haya estimado que se trata de una operación orquestada de mala fe o con intención fraudulenta.": SAP Valladolid (Sección 3) 23.03.2009 (JUR 2009/207224)

"PRIMERO La administración concursal de CALDERERÍA VALLISOLETANA S.A. promovió incidente concursal contra la concursada y contra CIPRIANO HEREDERO MONGIL (MONTAJES INDUSTRIALES), al amparo de lo dispuesto en elartículo 71 de la Ley Concursal (LC), con el objeto de que se declarara la rescisión del pago que la concursada efectuó a favor de la codemandada en fecha 4 de enero de 2.007, por importe de 12.180 euros.
El pago en cuestión hace mérito a una parte del precio de la prestación de determinados servicios que fueron facturados en fecha 30 de noviembre de 2.006.
La demanda se sustenta en el trato discriminatorio que la concursada dispensó a la codemandada en perjuicio de sus acreedores, días antes de que fuera declarada en concurso el día 15 de febrero de 2.007.
Concretamente se indica que, del análisis de la contabilidad de la concursada se desprende que de un total de 75 proveedores con crédito a su favor el 1 de enero de 2.007, sólo se satisfizo a partir de dicha fecha la deuda íntegra de dos de ellos (2,67% del total) y la parcial de otro (1,33%). De una cantidad adeudada a los proveedores a fecha 1 de enero de 2.007, de 904.973,12 euros, se satisfacen a partir de esa fecha créditos por importe de 23.601,59 euros.
Con estos antecedentes, la sentencia de instancia estimó la demanda, pues se consideró acreditado que se había producido un perjuicio a la masa, al disminuir la solvencia o garantía universal de su patrimonio. (…)
TERCERO El siguiente motivo del recurso se sustenta en la inexistencia de perjuicio para la masa activa, que constituye un presupuesto básico para que la acción rescisoria pueda prosperar.
En lasentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009 (JUR 2009, 207224), se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene elartículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales. Esto ocurre, v.gr., en la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes.
Este es el criterio que también sostiene laSAP Barcelona de 8 de enero de 2.009, al admitir que junto al perjuicio directo que ocasiona una disminución de patrimonio, (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), existe un perjuicio indirecto derivado de un trato de favor injustificado.
En el mismo sentido podemos citar laSAP Madrid, de 19 de diciembre de 2.008 (AC 2009, 201).
Frente a estos argumentos, el recurrente mantiene que este perjuicio a la "par conditio creditorum" no está contemplado en ninguna de las presunciones iuris et de iure o iuris tamtum que se incluyen en elartículo 71 LC.
Este argumento no puede acogerse, puesto que la existencia de presunciones legales no son óbice para la concurrencia de otros supuestos de perjuicio. La única diferencia consistirá en que esos otros supuestos no podrán beneficiarse de ninguna de indicadas presunciones legalmente establecidas, pero nada impide que pueda acreditarse el perjuicio en cada caso concreto, como ocurre en el de autos.
Por otro lado, el recurrente mantiene que la "par conditio creditorum" únicamente rige una vez declarado el concurso, pero no antes.
Cierto es que este principio es uno de los pilares del concurso, pero sus efectos se extienden a la fase preconcursal a través precisamente de esta acción de rescisión.
En este mismo sentido se pronuncian lassentencias, ya citadas, de la Audiencia de Barcelona de 8 de enero de 2.009 y la de Madrid de 19 de diciembre de 2.008 (AC 2009, 201).
La primera de ellas declara que la acción regulada en elartículo 71 LC, persigue el respeto de la regla del trato paritario de los acreedores en el contexto preconcursal.
La segunda de las resoluciones indicadas señala que esta acción supone una interferencia del derecho concursal en el principio de seguridad del tráfico. Sin embargo, esta afectación es de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso, con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal.": SAP Valladolid (Sección 3) 07.05.2009 (AC 2009/1161; Sentencia 124/2009; Rollo 52/2009)

"CUARTO Los administradores de CAVASA, procedieron a la venta de la maquinaria de la empresa y la nave en la que estaba instalada, y ese dinero procedieron a ingresarlo en la cuenta que mantenían abierta en Bancaza, de la que ellos eran avalistas, realizándose el ingreso siete días antes del vencimiento de la póliza. Es indudable que ese ingreso tenía como única finalidad la de que la entidad bancaria cobrara lo que la debía antes de que se procediera a la declaración del concurso, que se llevó a cabo una semana después, porAuto de 15 de febrero de 2007. Cuando se ingresó el dinero en la cuenta de crédito ya sabían los administradores que la empresa iba a cesar en su actividad, porque con el hecho objetivo de la venta de la maquinaria y la nave donde radicaba la empresa es imposible la producción.
Los perjuicios para el resto de los acreedores y para la masa es evidente. Si se paga a uno de los acreedores siempre es en perjuicio de todos los demás.
Pretende hacernos ver la apelante que no es lo mismo una cuenta de crédito que un prétamo, pero lo cierto es que con independencia de los matices que separan a una y otra, lo cierto es que para los efectos que estamos estudiando es lo mismo. Será lo mismo que se pague un préstamo que el que se ingrese en una cuenta el

dinero que se adeuda en el momento de cancelación. Ambos son pagos,. Si Cavesa no hubiera ingresado en cuenta el dinero que ingresó en éstos momentos Bancaza sería un acreedor mas y la empresa su deudora.
QUINTO Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2009) en demandas que la Administración Concursal ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En lasentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009, se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene elartículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales. Esto ocurre, v.gr., en la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes.
Este es el criterio que también sostiene laSAP Barcelona de 8 de enero de 2.009, al admitir que junto al perjuicio directo que ocasiona una disminución de patrimonio, (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), existe un perjuicio indirecto derivado de un trato de favor injustificado.
En el mismo sentido podemos citar laSAP Madrid, de 19 de diciembre de 2.008.
Frente a estos argumentos, el recurrente mantiene que este perjuicio a la "par conditio creditorum" no está contemplado en ninguna de las presunciones iuris et de iure o iuris tamtum que se incluyen en elartículo 71 LC.
Este argumento no puede acogerse, puesto que la existencia de presunciones legales no son óbice para la concurrencia de otros supuestos de perjuicio. La única diferencia consistirá en que esos otros supuestos no podrán beneficiarse de ninguna de indicadas presunciones legalmente establecidas, pero nada impide que pueda acreditarse el perjuicio en cada caso concreto, como ocurre en el de autos.
Por otro lado, el recurrente mantiene que la "par conditio creditorum" únicamente rige una vez declarado el concurso, pero no antes.
Cierto es que este principio es uno de los pilares del concurso, pero sus efectos se extienden a la fase preconcursal a través precisamente de esta acción de rescisión.
En este mismo sentido se pronuncian lassentencias, ya citadas, de la Audiencia de Barcelona de 8 de enero de 2.009 y la de Madrid de 19 de diciembre de 2.008.
La primera de ellas declara que la acción regulada en elartículo 71 LC, persigue el respeto de la regla del trato paritario de los acreedores en el contexto preconcursal.
La segunda de las resoluciones indicadas señala que esta acción supone una interferencia del derecho concursal en el principio de seguridad del tráfico. Sin embargo, esta afectación es de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso, con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal".": SAP Valladolid (Sección 3) 15.10.2009 (JUR 2009\468431; Sentencia 272/2009; Rollo 252/2009)

"CUARTO. Insiste la recurrente en la inexistencia de perjuicio alguno para el resto de los acreedores. Pero también este alegato es inconsistente, pues, aunque es verdad que al pago rescindido le acompaña una minoración del pasivo, también lo es que igualmente conlleva una disminución del activo en beneficio de un acreedor determinado y en detrimento de los derechos del resto Incide, por tanto de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, según la regla de paridad de trato, "par conditio creditorum" que subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y que es la que debe orientar su interpretación como lo demuestra el tenor de las varias presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en las que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, precisamente porque entrañan una infracción de ese principio general de paridad de trato al conjunto de los acreedores afectados por el concurso que como tales tienen derecho a que se reintegre todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. El concepto de perjuicio, no tiene el sentido limitado y estricto que propugna la recurrente, es decir, como detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, sino un sentido mas general y amplio, es decir, como disminución de la garantía de cobro producida por una minoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización por el mismo de un acto, con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro u otros que así se ven injustificadamente excluidos o incluidos por un importe menor al que en paridad de trato les correspondería, siendo este criterio el que viene siendo aplicado por esta Audiencia en su Sección 3º especializada en materia mercantil (p.e Sentencias de 23 de marzo y 17 de mayo de 2009)": "QUINTO. El artículo 71.5 de la Ley Concursal, que también invoca el recurrente en su favor, ciertamente establece una excepción al principio general que proclama en su apartado primero y por el que considera rescindibles "los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración aunque no hubiese existido intención fraudulenta " ahora bien, como tal excepción, debe ser objeto de una interpretación restrictiva y no extensiva, atendiendo como es lógico al caso concreto y a las particularidades concurrentes. Así y por lo que se refiere a la expresión "actos realizados en condiciones normales" o al concepto de "normalidad", no ha de atenderse exclusivamente a si se da o no un equilibrio en las prestaciones de las partes o se hace en condiciones de mercado, sino si además se corresponde con una manera lógica, razonable y constante de llevar a cabo estos actos en el momento y contexto en que se producen, de modo que, deben valorarse una serie de circunstancias, tales como, la

singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos, su excepcionalidad respecto de otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa, la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación, la incompatibilidad de la forma del acto con las usuales en el tráfico de la empresa, la inmediatez de la realización del acto con la solicitud del deudor de ser declarado en concurso, y en fin el propio conocimiento que este pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras. Pues bien, en el supuesto presente, si bien el pago hecho por la concursada al Banco recurrente, lo fue para satisfacer unos créditos vencidos y líquidos, sin embargo no puede decirse que reuniera las condiciones de normalidad exigidas, por el mentado precepto, dada la excepcionalidad que representa tanto el hecho de que se hubiera efectuado con el importe obtenido como precio de venta de la nave en que la concursada sus actividades como el hecho de que se hubiera beneficiado a un acreedor concreto con evidente agravio y discriminación de todos los demás.": SAP Valladolid (Sección 3) 12.12.2011 (Sentencia 424/2011; Rollo 405/2011)

"CUATRO.-Rescisión del pago de 970.855,86 euros.
Resulta al menos llamativo cómo después de llevar operando Ovoibérica tantos años y con grandes cantidades de dinero hasta el momento mismo del concurso voluntario de la entidad mercantil, las operaciones comerciales entre ellos queden reducidas a una deuda de 623,89 euros que es el crédito ordinario insinuado por el BBVA en el concurso, cuando tres meses antes la deuda de la concursada ascendía a 975.857,18 euros. No tiene otra explicación que el pago de esa deuda se ha realizado en perjuicio del resto de los acreedores y cuando la entidad mercantil se encontraba en estado de notoria insolvencia, de tal manera que la entidad bancaria llegó a un acuerdo con su deudora para proceder a la venta de determinados productos con objeto de ésta forma ver satisfechos sus créditos dejando reducido la cuenta de crédito al mínimo posible. Ovoibérica con el pago de la deuda, cuando ya estaba preparando el concurso (no podemos olvidar que fue voluntario) al satisfacer el crédito que no estaba garantizado perjudicó al resto de los acreedores que ostentaban créditos ya vencidos y exigibles, y lejos de satisfacer las deudas que mantenía con los productos que había vendido y de forma proporcional a todos los acreedores satisfizo sólo al BBVA con la deuda que mantenía con él y que carecía de cobertura de garantía real, (con lo que seguimos manteniendo la línea trazada en nuestra sentencia de 2 de septiembre de 2013). Se ha alterado el régimen de preferencias propias del proceso concursal y se ha beneficiado a uno de los acreedores, respecto de los otros, que se verán inmersos en el proceso concursal y sometidos a las quitas o esperas propios del concurso, o incluso directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa (TS 10 julio 2013).": SAP Valladolid (Sección 3) 16.12.2014 (Sentencia 233/2014; Rollo 216/2014)

3.3a Pago de préstamo no vencido

AP Madrid

"SEGUNDO.- El artículo 71.1 de la Ley Concursal permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
Conviene aclarar, dada la confusión que sufre la apelante, que el acto impugnado cuya rescisión se pide por la administración concursal por ser perjudicial para la masa activa no es el contrato de préstamo sino el pago parcial del mismo, esto es, la devolución al prestamista de la suma de 180.000 euros cuando no estaba vencido el préstamo.
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa

activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.".
Tratándose de pagos el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 26 de octubre de 2012, reiterada por la de 24 de julio de 2014 que: «En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum».
Delimitado así el concepto de perjuicio, el tribunal participa de la valoración del juzgado cuando tacha de perjudicial el acto impugnado, esto es, el pago o devolución parcial del préstamo en la cuantía de 180.000 euros.
No se discute la realidad del préstamo sin interés concedido el día 18 de julio de 2008 por la entidad COMARSA a BROSSE por importe de 200.000 euros, concertado verbalmente entre las partes, ni que la deudora procedió a devolver al prestamista la cantidad de 180.000 euros el día 2 de marzo de 2009. Tampoco se discute que BROSSE fue declarada en concurso el día 8 de junio de 2009.
Sí discrepan las partes sobre el origen del préstamo y el plazo de devolución.
La administración concursal y la concursada mantienen que el préstamo se concedió para financiar la obra de construcción de un hotel que estaba ejecutando BROSSE como contratista para la entidad "BALCÓN DEL TAJO, S.L." en Villarubia de Santiago (Toledo), conviniendo que el préstamo se devolvería al terminar las obras y que se pagaría con su liquidación, siendo prestado el dinero por COMARSA, como anticipo de las retenciones, por así haberse convenido con el dueño de la obra dada su vinculación con la prestamista hasta el punto de que tienen el mismo domicilio social, siendo el apoderado de "BALCÓN DEL TAJO, S.L." (don Jesús) el administrador único de COMARSA y administrador único de "BALCÓN DEL TAJO, S.L." (don Claudio) apoderado de COMARSA.
La prestamista mantiene, por el contrario, que el préstamo se concedió para la adquisición de unos terrenos en La Muela (Zaragoza) y que verbalmente se convino su devolución en el plazo de un mes, esto es, el día 18 de agosto de 2008.
Dada la ausencia de cualquier tipo de relación entre la prestamista COMARSA y la prestataria y que el objeto social y actividad de aquélla (en esencia, la compraventa de inmuebles y arrendamiento, tal y como preciso el letrado de dicha parte en el acto de la vista) nada tiene que ver con la concesión de préstamos
o créditos, el préstamo sólo puede entenderse concedido para la financiación de la obra que la deudora estaba ejecutando para "BALCÓN DEL TAJO, S.L." y como consecuencia de la estrecha vinculación existente entre ésta y la prestamista, reconociendo el representante legal de la prestamista (y apoderado de la dueña de la obra) que ambas sociedades estaban integradas en un grupo de empresas y que tenían el mismo domicilio social (00:27:26 y ss de la grabación del acto de la vista), dato este último que además resulta de los documentos nº 5 y 6 de la demanda en los que también consta que el apoderado de una es el administrador único de la otra.
De la prueba practicada en autos no ha resultado acreditado que al concertarse el contrato verbal de préstamo se fijara plazo para su devolución en tanto que las versiones de las partes se sustentan exclusivamente en sus propias y contradictorias manifestaciones.
Desde luego, no consta en modo alguno que se conviniera la devolución en el plazo de un mes como se mantiene en la contestación a la demanda e incluso el propio representante legal de la prestamista indicó en el interrogatorio de parte que el prestatario se comprometió a la devolución en el plazo de uno o dos meses, lo que no coincide exactamente con la tesis mantenida en la contestación a la demanda.
Tampoco ha resultado acreditado que se conviniera la devolución a la terminación de la obra para su abono junto con la liquidación de aquélla ni que el pagaré de 220.000 aceptado por la dueña de la obra cuya existencia no se cuestiona y resulta del documento nº 12 de la demanda- fuera de favor para que la deudora lo descontara y con su producto procediera a la devolución parcial del préstamo, lo que, de nuevo, sólo descansa en manifestaciones de parte.
Al no haberse pactado plazo para la devolución del préstamo o, al menos, no haberse acreditado el mismo, cuando el prestatario reintegró a la prestamista la suma de 180.000 euros, el plazo no estaba vencido y, en consecuencia, no era exigible su devolución.
La falta de fijación de plazo para el cumplimiento de la obligación determina que sean los tribunales los que deben fijar la duración de aquél (artículo 1.128 del Código Civil) por lo que no era exigible al prestatario el cumplimiento de su obligación cuando procedió al pago de 180.000 euros.
Carece de justificación abonar un crédito que no era exigible al tiempo en que se efectuó el pago y ello determina su carácter perjudicial para la masa activa conforme a la doctrina jurisprudencial antes expuesta.”: SAP Madrid (Sección 28) 17.10.2014 (Sentencia 285/2014; Rollo 826/2012)

3.4 Venta con destino de parte importante del precio al pago de acreedor ordinario

AP Madrid

“PRIMERO.- La Administración Concursal de CANZANAL 95 SA reitera en su recurso los argumentos que

empleó en la primera instancia para ejercitar una acción de rescisión de índole concursal contra la operación de compraventa pactada entre la entidad CANZANAL 95 SA, como vendedora, y DESARROLLO DE ACTIVOS INMOBILIARIOS SA (DETINSA), como compradora, formalizada en escritura pública de fecha 2 de diciembre de 2004, relativa a la nave industrial nº 2 sita en la calle Herreros nº 12 de Getafe (Madrid). Tanto del escrito de recurso, como de la propia demanda, extraemos las dos causas por las que se ejercitaba tal acción: 1º) porque la parte actora considera que se trataba de una operación que se realizó a precio inferior al de mercado, lo que entrañaba un perjuicio para la masa activa; y 2º) porque se pactó, y así se hizo, que se dejase de pagar una parte del precio de la compra para atender el crédito de un determinado acreedor (TRATAMIENTOS DE RESIDUOS SA - TRARESA), que fue el beneficiario de esa operativa a costa de la "par conditio creditorum". A ello adiciona ahora la recurrente el alegato de que, en cualquier caso, no estaría justificado que se le impusieran las costas del recurso, ante la inexistencia de criterio jurisprudencial que oriente el ejercicio de la nueva acción rescisoria que prevé la Ley Concursal (en adelante, LC).
Constatamos que el primero de dichos argumentos ha sido tratado con amplitud en la resolución recurrida, pero no así el segundo, ya que se interpretó en ella que el análisis debía centrarse en la operación de compraventa, y en si ésta era perjudicial, atendiendo a la constatación de equivalencia entre las recíprocas prestaciones, y no a los pagos realizados, que consideraba actos concretos respecto de los cuáles se debía haber planteado, en su caso, una acción rescisoria ceñida a ellos si es que se estimaban perjudiciales para la masa activa.
Debemos dejar constancia de que no existe discusión respecto a que el negocio jurídico impugnado se produjo (el 2 de diciembre de 2004) dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (mediante auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de fecha 10 de octubre de 2005) y que el mismo no se corresponde con un acto ordinario de la actividad empresarial o profesional del deudor. Por lo que la polémica jurídica se centra en el presente caso, a la hora de aplicar el artículo 71 de la LC, en la comprobación de que la operación impugnada sea estimada como perjudicial para la masa, lo que debe acreditar la parte demandante (según el nº 4 de dicha norma) por cuanto no concurren ninguno de los supuestos de presunción legal que a ese respecto se contemplan en los números 2 y 3 del citado precepto.
SEGUNDO.- La impugnación de la venta con el reproche, por parte de la Administración Concursal de CANZANAL 95 SA, de que se realizó a un precio inferior al de mercado ha sido correctamente rechazada por el Juzgado de lo Mercantil, con argumentos contundentes que este tribunal no puede sino asumir para respaldar tal decisión. Habiéndose acreditado mediante las correspondientes peritaciones que el valor de mercado del bien no superaba el precio pactado por la operación de compraventa de la nave industrial, faltaría, contemplado desde ese punto de vista, el requisito del perjuicio patrimonial que exige el artículo 71 de la LC para que se tratase, por ese motivo, de un negocio rescindible.
TERCERO.- Consideramos, no obstante, que en la demanda subyacía también un segundo planteamiento como soporte de la acción rescisoria que merece un análisis más detenido. Nos referimos al alegato de la administración concursal por el que tachaba de perjudicial a la operación objeto de la demanda de rescisión porque parte del precio de la compra no fue pagado por la compradora al destinarse a satisfacer la deuda de un tercero, que era un acreedor de la vendedora, CANZANAL 95 SA, denominado TRADESA.
El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71de la LC en relación con el nº 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal
CUARTO.- Pues bien, retomando el alegato de la parte demandante-recurrente, el diseño de la operación de compra que queda constatado a través del documento privado obrante al folio nº 37 de autos y de la subsiguiente escritura de 2 de diciembre de 2004 (folio n º 16 a 31 de las actuaciones), evidencia que en esa época salió del patrimonio de la vendedora un bien inmueble por valor de 1.500.006,29 euros, pero no medió, como contraprestación, una entrada de dinero por ese importe, sino de 252.000 euros (96.000 al momento de la escritura pública y tres pagarés de 52.000 euros del importe aplazado, es decir, otros 156.000 euros); además se realizó una deducción en el pago de 900.000 euros por la subrogación de DETINSA en el préstamo

con garantía hipotecaria, que gravaba la finca con garantía real a favor del Banco de Vasconia SA, sobre lo que nada hay que decir; y, por último, lo que es más relevante, hubo una retención de precio por importe total de 348.000 euros (342.600 por deuda ya vencida y 5.400 por la futura, correspondientes ambas a alquiler de maquinaria) del que se benefició la acreedora TRARESA, entidad perteneciente al mismo grupo empresarial de la compradora DETINSA.
Al analizar la operación para comprobar si se detecta en ella la producción de un perjuicio patrimonial que justifique el éxito de la acción rescisoria concursal constatamos lo siguiente: 1º) la salida de un bien muy significativo del patrimonio de la ulteriormente concursada, CANZANAL 95 SA, por un valor asignado en el propio negocio que ronda 1.500.000 euros; 2º) la entrada en el patrimonio de CANZANAL 95 SA de fondos por importe de tan solo 252.000 euros; 3º) la reducción de un pasivo de la concursada por 900.000 euros, que al gravar la finca puede considerarse que no conlleva efecto perjudicial desde el punto de vista patrimonial ni del interés de los acreedores; 4º) la falta de percepción, en concepto de precio, de un significativo importe total de 348.000 euros, que no ingresa en el activo de CANZANAL 95 SA y, del que solo se beneficia un acreedor determinado de la misma, TRARESA, quedando preteridos el resto de los acreedores de la ulteriormente concursada; y 5º) todo ello, en el contexto de la delicada situación económica de CANZANAL 95 SA, pues según consta en sus cuentas anuales, al cierre del ejercicio 2004 (folio nº 105 de autos), es decir, prácticamente en la época en la que se realiza la operación, dicha entidad presentaba unos fondos propios negativos por importe de -3.233.412,64 euros, como consecuencia de las pérdidas sufridas por 3.871.382,94 euros; en ellas también se refleja que el montante de los acreedores a corto plazo que tenía CANZANAL 95 SA a final de 2004 ascendía a 4.083.786,08 euros. Con lo que puede afirmarse que, aunque no sólo en el activo sino también en el pasivo de la deudora se operó una disminución, ello lo sería a costa del interés del conjunto de los acreedores en que ese importe de 348.000 euros, que debería haber accedido, y no fue así, al activo, se hubiera empleado en atender, en la cuota que les correspondiera, al derecho de todos, según la regla de trato paritario que subyace en el derecho concursal, y no destinarse en su integridad a la satisfacción particular de un determinado acreedor.
Por lo tanto, la acción rescisoria ejercitada contra la operación de compraventa debe prosperar, pues ésta conllevó una disminución de la masa activa en beneficio de un acreedor determinado y en detrimento de los derechos del resto. No podemos justificar el rechazo la demanda con el argumento de que el problema afectaba tan solo a un pago en concreto derivado de la misma, pues cabe la impugnación del negocio jurídico en su conjunto, puesto que aquél formaba parte del diseño y concepción del mismo y de su ulterior consumación. La exigencia de que se rescinda la totalidad de la operación supone una actuación de la administración concursal en el seguimiento de una estrategia lícita y mediante el empleo de una herramienta que la LC pone a su disposición, siendo de la incumbencia de dicho órgano el acometer, bajo su responsabilidad, las iniciativas que, con arreglo a derecho, entienda más adecuadas al interés del concurso.
(…)SÉPTIMO.- Mención aparte merece la situación del acreedor TRATAMIENTOS DE RESIDUOS SA (TRARESA), que sin ser parte directa en el negocio rescindido resultaba el beneficiario de la extinción de su crédito merced a la retención acordada en el contrato, lo que evitó que se pagara la cantidad de 348.000 euros que completaba el precio de compra. Dicho acreedor no se convierte en beneficiario de prestación alguna (nada hay que restituirle porque nada pagó) como resultas de la sentencia rescisoria (que es lo que prevé el nº 3 del artículo 73 de la LC), sino que simplemente debe situarse en su condición originaria, teniendo derecho a ser tratado, a efectos del principio de paridad de trato, como titular de un crédito ordinario en el concurso de CANZANAL 95 SA por el mencionado importe.”: SAP Madrid (Sección 28) 19.12.2008 (Rollo 36/2008)

“TERCERO.-Con mayores probabilidades de éxito cuenta, en cambio, el segundo de los fundamentos de la acción de reintegración ejercitada y sobre el que la sentencia apelada no se pronunció, a saber, aquél argumento conforme al cual la forma de pago del precio de la finca, que se produjo mediante retención íntegra del mismo por parte de la compradora, constituiría "per se" una acto perjudicial por atentar contra el principio de la "par conditio creditorum" en la medida en que los acreedores de la concursada en cuyo provecho se efectuó aquella retención habrían percibido el importe de sus créditos íntegramente y sin sujeción al expresado principio de comunidad de pérdidas. En efecto, según se desprende de la escritura de compraventa, el precio pactado de 541.332, 91 euros fue íntegramente retenido por la compradora GESTORA MANCOMUNADA DE PARKING S.L. para satisfacer no solo el saldo vigente de dos hipotecas preexistentes (217.832,91 euros a favor de BBVA y 100.000 euros a favor de CCP GESTION PUBLICIDAD E IMAGEN), lo cual tendría escasa relevancia desde el punto de vista de la "par conditio creditorum" en vista de la naturaleza de los créditos así satisfechos, sino también para abonar otros dos créditos de 91.500 euros y 132.000 euros a acreedores aparentemente ordinarios que solamente contaban con anotaciones preventivas de embargo (CAJA LABORAL y BSCH, respectivamente). Pues bien, esta Sala tuvo la oportunidad de abordar un problema prácticamente idéntico -incluso muy similar en cuanto a la proporción de la retención relevante del precio-en su sentencia de 19 de diciembre de 2008 y en ella se indicó lo siguiente:
"..El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71de la LC en relación con el nº 1 del mismo precepto legal.
Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del

activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal..".
Particularizando en los detalles de la operación que dicha sentencia rescindió, observamos también un significativo paralelismo con la situación examinada en el presente recurso. En tal sentido, se señaló lo siguiente:
"..Al analizar la operación para comprobar si se detecta en ella la producción de un perjuicio patrimonial que justifique el éxito de la acción rescisoria concursal constatamos lo siguiente: 1º) la salida de un bien muy significativo del patrimonio de la ulteriormente concursada, CANZANAL 95 SA, por un valor asignado en el propio negocio que ronda 1.500.000 euros; 2º) la entrada en el patrimonio de CANZANAL 95 SA de fondos por importe de tan solo 252.000 euros; 3º) la reducción de un pasivo de la concursada por
900.000 euros, que al gravar la finca puede considerarse que no conlleva efecto perjudicial desde el punto de vista patrimonial ni del interés de los acreedores; 4º) la falta de percepción, en concepto de precio, de un significativo importe total de 348.000 euros, que no ingresa en el activo de CANZANAL 95 SA y, del que solo se beneficia un acreedor determinado de la misma, TRARESA, quedando preteridos el resto de los acreedores de la ulteriormente concursada; y 5º) todo ello, en el contexto de la delicada situación económica de CANZANAL 95 SA, pues según consta en sus cuentas anuales, al cierre del ejercicio 2004 (folio nº 105 de autos), es decir, prácticamente en la época en la que se realiza la operación, dicha entidad presentaba unos fondos propios negativos por importe de -3.233.412,64 euros, como consecuencia de las pérdidas sufridas por 3.871.382,94 euros; en ellas también se refleja que el montante de los acreedores a corto plazo que tenía CANZANAL 95 SA a final de 2004 ascendía a 4.083.786,08 euros. Con lo que puede afirmarse que, aunque no sólo en el activo sino también en el pasivo de la deudora se operó una disminución, ello lo sería a costa del interés del conjunto de los acreedores en que ese importe de 348.000 euros, que debería haber accedido, y no fue así, al activo, se hubiera empleado en atender, en la cuota que les correspondiera, al derecho de todos, según la regla de trato paritario que subyace en el derecho concursal, y no destinarse en su integridad a la satisfacción particular de un determinado acreedor..". ":SAP Madrid (Sección 28) 28.09.2010 (Sentencia 214/2010; Rollo 2/2010)

3.5 Cancelación de operación crediticia, hallándose el deudor ya en estado de insolvencia

AP Barcelona

"Fundamentos de derecho.— I. La sentencia de primera instancia, con fundamentación clara y precisa, estimó la acción de rescisión que planteó la administración concursal al amparo del art. 71 LC y declaró la ineficacia, por apreciar un perjuicio a la masa activa, del pago de 27.964,66 euros efectuado por la concursada Construcciones Migasa SL a favor del Banco Popular Español S.A. y de la consiguiente cancelación anticipada de la póliza de crédito formalizada el día 26 de mayo de 2005, pago que se efectuó, con finalidad y efecto extintivo de la relación crediticia, mediante el ingreso de dicha suma en la cuenta corriente de crédito vinculada a dicha póliza, menos de un mes antes de ser solicitado el concurso voluntario.
Los hechos incontrovertidos, que conforman el contexto antecedente de la acción de rescisión concursal, fueron fijados por el Sr. magistrado en el fundamento 1.º: a) el 26 de mayo de 2005 la concursada y el Banco Popular suscribieron una póliza de crédito por límite máximo de 30.000 euros y vencimiento el día 26 de mayo de 2006, firmando como avalistas solidarios los Sres. G.G. y C.F., cuyo cese como administradores mancomunados de la sociedad concursada fue inscrito el 5 de mayo de 2005 y publicado en el BORME el 24 de mayo siguiente, dando paso a un administrador único; b) mediante transferencias efectuadas los días 19, 20 y 21 de septiembre de 2005 a la cuenta corriente de crédito vinculada a la póliza, la concursada ingresó la suma de 27.964,66 euros, siendo cancelada la póliza acto seguido (docs. 3 y 4); c) Construcciones Migasa presentó solicitud de concurso voluntario el día 17 de octubre del mismo año 2005, que fue declarado por auto de 16 de noviembre siguiente.
II. La sentencia, sin llegar a aplicar la presunción *iuris et de iure* que recoge el art. 71.2 LC (*"El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de... pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso"*), ofreció una fundamentación adecuada para justificar el perjuicio que para la masa activa había supuesto el acto dispositivo de pago, realizado con vocación y efecto liberatorio y extintivo de la póliza, valorando las circunstancias concurrentes: a) la concursada había dispuesto desde un inicio de la práctica totalidad del límite del crédito (como resulta del extracto de la cuenta corriente de crédito); b) el saldo negativo de la cuenta siempre estuvo próximo al límite de 30.000 euros; c) el ingreso de la cantidad cercana al límite crediticio se produce en época muy próxima a la solicitud de concurso, menos de un mes antes; d) la póliza se cancela tras los ingresos, cuando su vencimiento

era posterior a la declaración de concurso, debiendo considerarse un acto dispositivo extraordinario o anormal; y e) el resultado es que al tiempo de privilegiar a un acreedor, en perjuicio de los demás, se procura un beneficio a los avalistas, que eran administradores mancomunados de la concursada al tiempo de suscribirse la póliza, o hasta pocos días antes.

III. Pese a que también el Banco Popular se opuso a la pretensión, tan sólo la sociedad concursada apela la decisión judicial, reiterando los argumentos que hizo valer en su contestación: los mencionados ingresos no determinaron la cancelación de la póliza, sino tan sólo el incremento del saldo crediticio disponible, constituyendo actos de disposición ordinarios en la operativa de la póliza de crédito, con insistencia en que en un contrato de este tipo (de diferente operativa que una póliza de préstamo, en la que existen plazos y cuotas de amortización), los ingresos en la cuenta de crédito que realiza el acreditado no implican una cancelación anticipada, y por ello no es aplicable el art. 71.2 LC.

Añade la incongruencia *extra petitum* de la sentencia porque en la súplica de la demanda se interesaba la rescisión de los mencionados actos de pago y, sin embargo, el fallo acuerda no sólo eso sino también la rescisión del acto de cancelación anticipada de la póliza, que no fue pedido.

I V. Comenzando por esta última cuestión, como indica la STS de 30 de enero de 2003 respecto del vicio de incongruencia, *no resulta exigible una conformidad rígida de la sentencia con las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda en su expresión literal, sino que han de conectarse con la fundamentación expuesta en ésta y, en definitiva, atender a la esencia de lo solicitado (SSTS de 1 abril 1987, 22 octubre y 26 noviembre 2002)*. Y es que ese vicio, en cuanto resultado de la inadecuación de la decisión judicial en relación con las peticiones de las partes (STC 191/1995, de 18 de diciembre), no se produce aunque no haya una coincidencia literal entre los dos términos de la comparación (SSTS de 15 de junio de 1978, 1 de marzo de 1979, 20 de junio de 1981, 3 de noviembre de 1982, 29 de noviembre de 1985, 8 de junio de 1986), con tal de que exista entre ellos una racional adecuación (STS de 9 de julio de 1986), lo que permite efectuar, dentro de ciertos límites, pronunciamientos no pretendidos, pero complementarios, sobre cuestiones accesorias (STS de 25 de septiembre de 1978) o necesarias para facilitar la ejecución (STS de 10 de mayo de 1986).

Teniendo en cuenta lo anterior, si la póliza de crédito se canceló de forma anticipada (porque, en efecto, la relación crediticia quedó extinguida por pago con anterioridad a la fecha de vencimiento pactado), la rescisión de los pagos efectuados para cubrir el crédito dispuesto hasta el límite convenido lleva consigo, necesariamente, la rescisión del acto o negocio de cancelación o extinción de la póliza de crédito, efecto que, aunque no se dijera en el fallo de la sentencia, quedaría sobreentendido, pues si se rescinden los ingresos liberatorios de la obligación del acreditado, que extinguen la deuda, no puede subsistir la cancelación del contrato de crédito por pago anticipado, y de ahí, asimismo, que el banco pase a ser acreedor concursal por la suma que ha de reintegrar a la masa.

V. La necesidad de salvaguardar la eficacia y función del tratamiento legal de la insolvencia mediante el proceso concursal, protegiendo a los acreedores de las actuaciones del deudor común en período próximo al concurso (en el que ya concurría o era inminente, por lo menos previsible, su presupuesto objetivo), tendentes a disminuir la garantía patrimonial de los créditos o a favorecer a algún acreedor vulnerando el trato paritario, justifica el régimen legal de reintegración, orientado a preservar la integridad del patrimonio que constituye la garantía de satisfacción de los acreedores. A tales efectos, el nuevo ordenamiento concursal, alejándose del ambiguo y problemático esquema normativo de la retroacción absoluta, opta por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la *rescisión*, en la que se sustituye el criterio técnico del acto fraudulento por el de *acto perjudicial*, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz. El remedio, por tanto, no es otro que el de la rescisión por perjuicio a la masa, y así el art. 71 LC declara que *serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración* (del concurso), *aunque no hubiere existido intención fraudulenta*, estableciendo a continuación presunciones *iuris et de iure* de la lesividad patrimonial de determinados actos que enumera.

VI. El Sr. magistrado *a quo* no acudió a la referida presunción legal para lograr la consecuencia pretendida, porque en realidad ese expediente resulta innecesario en el caso ante la evidencia del perjuicio que supone el reintegro del crédito dispuesto, preordenado a la cancelación de la póliza, con anterioridad a su vencimiento y cuando ya se ha manifestado la situación de insolvencia (tres semanas antes del concurso), para el resto de los acreedores, que han de someterse a la regla de la *par condicio creditorum* en el marco del procedimiento concursal, con la masa patrimonial minorada en beneficio de un acreedor, que de esta forma ha eludido la ordenación y prelación de cobro en el contexto concursal.

Los argumentos impugnatorios parten de una premisa que la realidad de lo acontecido desmiente, cual es que la póliza no se canceló o no quedó cancelada (en el sentido jurídico de extinción de la obligación por pago, anterior al vencimiento), por tratarse de simples ingresos en la cuenta corriente vinculada, normales o habituales en la dinámica de la línea de crédito. Pero la conducta contractual de las partes evidencia lo contrario: los ingresos, en época inmediatamente anterior a la solicitud de concurso (que presupone la confesión de insolvencia por parte de la acreditada, manifestada tres semanas después de los pagos), no respondían al interés y efecto de incrementar, con proyección futura, el saldo de crédito disponible, como si se tratara de reintegros ordinarios en la cuenta corriente permitidos por la disponibilidad de tesorería o liquidez a consecuencia de la actividad empresarial. Por el contrario, se trata de dos ingresos en dos días consecutivos que cubren el crédito dispuesto, en cuantía cercana al límite concedido, y a los que sigue la liquidación final de intereses por el banco y la cancelación de la póliza el mismo día 20 de septiembre de 2005, como resulta de la contabilidad de la propia concursada (doc. 3) y de la comunicación de créditos del Banco Popular (doc. 4), en la que éste hace constar que la referida póliza de crédito fue cancelada con fecha 20 de septiembre de 2005, nada más efectuarse los ingresos.

La realidad muestra, por tanto, que los ingresos se hacen en cumplimiento de la obligación de reintegro para extinguir o cancelar la póliza de crédito de vencimiento posterior a la declaración de concurso, con lo que al

tiempo de favorecer al acreedor bancario, en perjuicio de los demás, se libera a los avalistas, que fueron administradores mancomunados de la concursada hasta cinco meses antes de la solicitud de concurso.
VII. En un supuesto similar, pero en el contexto de la legislación concursal derogada (art. 878.II CCom), la STS 14 octubre de 2005 (RJ 2005/7229) hizo las siguientes valoraciones acerca del perjuicio causado a la masa por la cancelación anticipada de una póliza de crédito (fundamentos 7º y 8º): *"No puede ser aceptada la tesis de la recurrente* (de que el ingreso que hizo la quebrada en la cuenta de crédito debía ser calificado como un simple movimiento o asiento en la cuenta corriente a la que estaba vinculado el crédito, ya que ni la cuenta fue cancelada ni el crédito se declaró vencido), *pues aunque sin duda cualquier ingreso en una cuenta bancaria constituye un asiento contable, en el caso que nos ocupa el efecto liberatorio del que es objeto de controversia y, por tanto, su especial trascendencia en orden al éxito de la acción ejercitada resulta indudable. Así se deduce tanto de la «carta de abono» emitida el 23 de mayo de 1992 por el Banco de..., en la que (...) se inserta la frase «cancelación límite cuenta corriente de crédito», como de la contestación dada el 22 de junio de 1994 por el citado banco a la petición de datos que había formulado la sindicatura de la quiebra, en la que se indicaba la fecha de cancelación de la póliza de crédito 91/31 suscrita con « P...M... SA», el saldo dispuesto hasta el momento y la cantidad ingresada para la citada cancelación"*.
"En el segundo motivo —prosigue— *se alega la infracción del párrafo segundo del art. 878 CCom, al haberse entendido —indebidamente— que el ingreso realizado el 23 de mayo de 1992 suponía un acto de dominio y administración que había significado un perjuicio para los demás acreedores, por cuanto se trató únicamente de una simple aportación de efectivo a una de las cuentas de que «P... M...» era titular que no produjo ninguna alteración patrimonial dado que su importe era disponible inmediatamente y la cuenta siguió operativa. El motivo ha de ser desestimado, pues la propia entidad financiera recurrente atribuyó al mencionado ingreso— como se ha visto en el anterior fundamento de Derecho— un efecto cancelatorio respecto a la póliza de crédito formalizada con « P... M...» y, por ende, al crédito concedido, lo que determinó la percepción e incorporación al patrimonio del banco de la suma correspondiente, con independencia de que la cuenta vinculada pudiese seguir o no operativa, lo que no tiene la menor relevancia respecto a la significación de dicho ingreso y a la disminución del patrimonio de la quebrada que el mismo ha determinado, que, como anteriormente se ha razonado, impidió a otros acreedores preferentes percibir el importe de sus créditos"*.
VIII. Han de imponerse las costas a la parte apelante, de acuerdo con la regla general del vencimiento.": *SAP Barcelona (Sección 15) 26.04.2007 (Rollo 16/2007)*

AP Sevilla

"TERCERO.-Dado el delimitado ámbito del recurso de apelación, en cuanto que supone un renovado examen de los hechos enjuiciados, pero limitado y constreñido a aquellas cuestiones sobre las que la parte recurrente muestra su disconformidad. Por tanto, esta alzada ha de referirse a la suma de 821.413,18 euros, que se destinó a los contratos de cobertura de vencimiento.
Por un lado nos encontramos con un contrato de cobertura de tipo de interés formalizado el día 28 de julio de 2.006, con vencimiento el día 28 de enero de 2.010, y otro formalizado el día 1 de noviembre de 2.007, con vencimiento el día 1 de agosto de 2.010.
A consecuencia de dos escrituras públicas de compraventas formalizadas el día 16 de febrero de 2.009, números de protocolo 388/09 y 388/09, la concursada recibió de la entidad recurrente dos cheques por importes de 523.592,46 euros, y 1.212.427,7 euros, respectivamente, en concepto de I.V.A., y lejos de aplicarlo a dicho tributo, ambos cheques se ingresaron en una cuenta que la concursada mantenía abierta en una sucursal de la recurrente, y en ese fecha, es decir, 16 de febrero de 2.009, sirvieron para cancelar el primero de los contratos, -531.413,13 euros-, y a reducir el principal del segundo, -290.000 euros-.
Con estos datos, analizados aisladamente, es obvio que se ha producido un perjuicio para los restantes acreedores, dado que estamos ante cantidades que se han distraído de la masa activa, con el consiguiente perjuicio para los demás acreedores. Bien es cierto que la declaración de concurso no tiene lugar con fecha 19 de enero de 2.010, sino que se dictó con fecha 19 de abril de 2.010, pero ya con anterioridad había comunicado su situación de insolvencia, al realizar en el mes de diciembre de 2.009, la correspondiente comunicación de preconcurso. Por tanto, es cierto que uno de esos contratos, el que se canceló anticipadamente tenía una fecha de vencimiento anterior a la declaración de concurso, pero cuando ya se había comunicado por la concursada al Juzgado su dificultosa situación económica.
Son tan perjudiciales como que supone adelantar las resoluciones contractuales, en relación a las fechas pactadas, en un caso pleno, en cuanto que se liquida totalmente y en otro se reduce el principal. Evidentemente supone una selección aleatoria, una anticipación de un acreedor respecto de los demás, quebrantándose la igualdad de los acreedores, ya que esa liquidación no obedece, como ocurre con la otra cantidad abonada, pretensión actora que se ha desestimado, a una deuda que a esa fecha ya estaba vencida, sino que se trata de una cancelación anticipada, que no obedecía más que reducir o minorar el crédito de uno de los acreedores.
No estamos ante un pago ordinario, corriente y acorde con los términos pactados, como se trató con la otra suma, cuya reintegración se interesaba, que correspondía a intereses de un préstamo hipotecario, ya vencidos, sino que se anticipó el pago de cantidades por deudas que aún no reunían los tres requisitos básicos, liquida, vencida y exigible, porque se abonan el día 16 de febrero de 2.009, cuando vencían los días 28 de enero de 2.010 y 1 de agosto de 2.010.
En definitiva, se ha acreditado ese perjuicio respecto de los demás acreedores, quebranto de la "par condicio creditorum",es decir, de la igualdad de condición de los acreedores, ya que se trata de una privación a la generalidad de acreedores de un activo para poder satisfacer sus créditos, ya que no se atiene a las reglas concursales, de modo que se le favoreció, ya que se le evitó tener que concurrir al concurso, por la citada cantidad, y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos, cuando al

momento de satisfacerse aún no había obligación de hacerlo. En condiciones normales no se tenía que haber desembolsado, sino hasta fecha muy posterior, uno de ellos con vencimiento posterior a la fecha de declaración de concurso y el otro con anterioridad, pero cuando ya era patente la situación de insolvencia de la concursada. Este claro favorecimiento de la recurrente, en su condición de acreedora, no puede tener amparo legal, ya que no se sustenta en un motivo legítimo y claramente perjudica el derecho de los demás acreedores.": SAP Sevilla (Sección 5) 27.09.2013 (Sentencia 433/2013; Rollo 4104/2013)

AP Valencia

"PRIMERO.- La administración concursal de LLANERA CONSTRUCCIONES OBRAS Y PROYECTOS SLU ejercita acción de reintegración al amparo del artículo 71,1 LC contra BANCO PASTOR SA, LLANERA CONSTRUCIONES OBRAS Y PROYECTOS SL y LLANERA URBANISMO E INMOBILIARIA SL con fundamento en los hechos que, seguidamente se exponen. Alega que las dos demandadas suscribieron pólizas de crédito con el BANCO codemandado, en concreto:
a) 1-3-05 (importe 500.000 Euros). Ampliada en 1-6-06, a 1.500.000, se acordaba que vencía el 1-3-06, pero que el plazo de amortización sería el 1-3-07 (si hubiera habido una prórroga por falta de denuncia de las partes) o el 1-3-08 (si hubiera habido dos prórrogas, que es el caso que nos ocupa).
b) 1-3-05 (1.500.000 Euros). Se acordó devolver saldo el 1-3-06, con prórrogas anuales y, con fechas de devolución a 1-3- 07 (en caso de una prórroga) o 1-3-08 (en caso de dos)
c) 21-12-05 (1.000.000 Euros): Por idéntico mecanismo a las anteriores, vencía el 21-12-08.
Que las tres pólizas se cancelaron el 13-6-07, por D. Nicanor, en representación de las codemandadas, lo que comporta su cancelación anticipada, y que las sociedades fueron, con otras pertenecientes al grupo, declaradas en situación de concurso voluntario por AUTO de 2.10.07. Considera la administración concursal que hubo cancelación de pólizas de crédito, con vencimiento posterior a la fecha de declaración de concurso, que tal acto está incurso en el plazo de las acciones de reintegración que señala el artículo 71,1 LC, que tales actos son rescindibles, y que el perjuicio para la masa es evidente con independencia de que exista o no intención fraudulenta, pues se vulnera el principio de paridad en el trato de los acreedores, y, en el presente caso, el efecto del pago no es el beneficio de los fiadores, que se declararon en concurso por medio del mismo auto, sino el beneficio directo del banco Pastor, en perjuicio del resto de acreedores, y conociendo la situación patrimonial de las concursadas; el ingreso de cantidades prácticamente al límite del crédito se produce en época muy próxima a la declaración del concurso.
Las entidades concursadas codemandadas se allanaron y la entidad bancaria contestó a la demanda, alegando, en esencia, sin negar los hechos relatados en la demanda, que el mismo día en que se produjo el pago (13-6-07) una sociedad del grupo Pastor compró a Llanera 50% de participaciones de Residencial Valdemar SL y que el precio se destinó (4.500.000 Euros) a cancelar las pólizas. Hubo un ingreso extraordinario, y no cabe apreciar perjuicio a la masa activa del concurso por cuanto se siguieron instrucciones recibidas, considerando que no procede efectuar una interpretación estricta del 71,2 LC, sino analizar las circunstancias concretas, no siendo pertinente declarar, en forma automática la rescisión de los actos de venta de activos efectuados con la única finalidad de permitir la continuidad de la empresa ni los pagos efectuados con el producto obtenido. Finalmente, alega la demandada que si se considerara acreditada la existencia de un perjuicio para la masa activa del concurso, declarando la rescisión de los pagos efectuados a Banco Pastor SA, la demanda no podría acogerse tal y como solicita la administración concursal:
a) Por una parte, porque del importe total cancelado hay un pagaré que califica Banco Pastor como acto ordinario de la actividad de la concursada, conforme el artículo 71,5 LC (importe 13.948'34 Euros) que debería detraerse del total supuestamente cancelado (1.497.885'23 -13.948'34 = 1.483.936'89 Euros) por lo que sólo esta última cantidad podría ser objeto de reintegro.
b) Por otra parte, porque si se acuerda así, debe valorarse, también, que existían fianzas solidarias en las pólizas. Por tanto, si se declara la ineficacia de la cancelación de dicha póliza y la restitución del importe solicitado, también deberá reconocerse al Banco Pastor un crédito ordinario en las listas de acreedores de las mercantiles fiadoras, que detalla -folios 65 y 66-
Solicita, por los fundamentos jurídicos que expuso, la desestimación de la demanda.
SEGUNDO.- El Juzgado de lo Mercantil 2 dictó sentencia el 15-12-08 desestimando íntegramente la demanda, pues los reintegros que haga el acreditado en la cuenta de crédito suelen estar previstos en el propio contrato, y por tanto deben reputarse actos ordinarios del artículo 71,5 LC.
Considera que hay un error porque la acción de reintegración no se dirige contra un acto en concreto de extinción de obligaciones, sino contra la cancelación de póliza de crédito (no incluida como tal acto de extinción en el artículo 1156 CC) por lo que cuando el articulo 71,2 habla de " *pagos o extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso* " no se refiere a las cancelaciones de pólizas de crédito.
Frente a dicha resolución la administración concursal formuló protesta, formalizando recurso de apelación tras la notificación del auto de finalización de la fase común del concurso de acreedores -auto de 23-7-09- como apelación más próxima a los efectos de interposición de aquel (resolución vehículo). También formuló protesta la representación de LLANERA SL, LLANERA URBANISMO E INMOBILIARIA SLU, ALDALONDO SLU, DESCANS LES MARINES SLU, PATRIMONIAL ARENALL SLU, formalizando el correspondiente recurso (folios 421-427 y LLANERA CONSTRUCCIONES OBRAS Y PROYECTOS SLU, folios 546 y ss Tomo X)
Alegan, como motivo de recurso fundamental, la errónea apreciación por parte del Juzgador de los actos llevados a cabo y sometidos a su consideración, puesto que las pólizas de crédito canceladas, lo fueron anticipadamente por las propias acreditadas, mediante un notable desembolso para estas, ya que prácticamente se había dispuesto del límite máximo establecido para cada una de las tres de que se trata. Fueron actos realizados en el período sospechoso del artículo 71 LC y en contra de la previsión de la propia

póliza, que era la prórroga tácita por períodos anuales hasta un máximo de de dos, debiendo mantener su vigencia si las prórrogas ya se hubieran producido. Citó distintas resoluciones tanto de conformidad con la regulación vigente como con la precedente, en supuestos similares en que sí se acogió la pretensión deducida. Precisa la representación de las concursadas que lo que reclama la Administración concursal no es solamente la ineficacia de la cancelación de las pólizas de crédito, sino la causa inmediata de la citada cancelación pago- y la restitución de las cantidades percibidas por BANCO PASTOR S.A. correspondientes a obligaciones no vencidas.
Combate la administración concursal, en segundo lugar, la consideración de "actos ordinarios" del artículo 71,5 LC que recoge la sentencia, porque los pagos fueron efectuados con una finalidad liquidatoria de las recíprocas prestaciones, procediendo, con ello, a la cancelación de las pólizas suscritas de modo anticipado, por lo que se deduce -se efectuaron pocos meses antes de la declaración de concurso- que obedecían a criterios de oportunidad, que fueron pagos perjudiciales para la masa activa del concurso y que se vulneró la *pars conditio creditorum* : No es un acto necesario, no se efectúa en condiciones normales, sino con conocimiento de su grave situación económica y su inminente insolvencia, y es por esta razón que el pago supone un notable perjuicio para la masa activa de los distintos concursos, lo que igualmente reitera la representación de las concursadas.
Finalmente, en cuanto a la extinción de las obligaciones por pago, la sentencia considera que la cancelación de las pólizas no participa de la condición de acto idóneo para alcanzar dicha situación, sino que realmente se trata de una modalidad de "resolución" de los contratos, lo que combate la administración recurrente argumentando que previamente ha de haber una liquidación de las obligaciones contraídas entre las partes y esto, a su vez, determina la cantidad exigible que debió pasar a integrar la masa pasiva del concurso, por lo que, con el pago, se extinguieron aquellas obligaciones, disminuyendo correlativamente el patrimonio de las mercantiles, en beneficio de un único acreedor. Por ello, y por similares argumentos de las concursadas, se solicitó la revocación de sentencia, y la estimación de la demanda incidental en su día planteada.
Tras la declaración de nulidad actuaciones por sentencia dictada por el Tribunal Supremo, estimando el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación de BANCO PASTOR SA, apreciando que no se había dado traslado, a los efectos de oposición al recurso de apelación planteado de adverso, por sentencia de 11-12-12, se confirió traslado a dicha parte apelada, a los efectos expuestos, presentando el correspondiente escrito de oposición al recurso, en que se argumentaba, en lo esencial, que la representación de las concursadas no podría apelar, ya que en su momento se limitó a allanarse, que los reintegros realizados a la cuenta de crédito constituyen un acto ordinario de la actividad empresarial del deudor, pues son consustanciales con la naturaleza del contrato, y que la cancelación de las pólizas es acto ordinario de la actividad del deudor acreditado, que la actora ha omitido en su demanda hechos esenciales, refiriéndose a la compra de participaciones de VALDEMAR por una sociedad del grupo BANCO PASTOR, en beneficio de las concursadas, reduciendo su riesgo crediticio con mejora de su solvencia y liquidez, vendiendo unos activos gravosos, por precio excepcionalmente favorable, por voluntad de Llanera, exclusivamente. El efecto de la rescisión sería la recuperación de la disponibilidad de las pólizas, hasta el límite crédito y el plazo pactado, pero no la restitución de los ingresos (actos ordinarios amparados por el artículo 61,2 LC), que se han cambiado las premisas de la demanda, y que la causa del reintegro fue la venta de las parcipaciones, dirigiendo la acción de rescisión no contra un acto de extinción de obligaciones, sino contra la cancelación de la póliza de crédito.
TERCERO.- La Sala no comparte la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, en cuanto se oponga a lo que seguidamente se indicará y por las razones que pasamos a exponer.
Tal y como expresamente alega la representación de la recurrente, la Sentencia de la Sección 15 de la A.Provincial de Barcelona, de 23-4-07 en supuesto análogo al aquí examinado, resolvió lo que seguidamente se indica, valorando, asimismo, la cancelación anticipada de póliza de crédito, cuando ya se ha manifestado la situación de insolvencia dada la proximidad a la declaración del concurso. La resolución indicada expresaba, al respecto que:
". *El Sr. Magistrado a quo no acudió a la referida presunción legal para lograr la consecuencia pretendida, porque en realidad ese expediente resulta innecesario en el caso ante la evidencia del perjuicio que supone el reintegro del crédito dispuesto, preordenado a la cancelación de la póliza, con anterioridad a su vencimiento y cuando ya se ha manifestado la situación de insolvencia (tres semanas antes del concurso), para el resto de los acreedores, que han de someterse a la regla de la par contitio creditorum en el marco del procedimiento concursal, con la masa patrimonial minorada en beneficio de un acreedor, que de esta forma ha eludido la ordenación y prelación de cobro en el contexto concursal".(el subrayado es nuestro)*
Los argumentos impugnatorios parten de una premisa que la realidad de lo acontecido desmiente, cual es que la póliza no se canceló o no quedó cancelada (en el sentido jurídico de extinción de la obligación por pago, anterior al vencimiento), por tratarse de simples ingresos en la cuenta corriente vinculada, normales
o habituales en la dinámica de la línea de crédito. Pero la conducta contractual de las partes evidencia lo contrario: los ingresos, en época inmediatamente anterior a la solicitud de concurso (que presupone la confesión de insolvencia por parte de la acreditada, manifestada tres semanas después de los pagos), no respondían al interés y efecto de incrementar, con proyección futura, el saldo de crédito disponible, como si se tratara de reintegros ordinarios en la cuenta corriente permitidos por la disponibilidad de tesorería o liquidez a consecuencia de la actividad empresarial. Por el contrario, se trata de dos ingresos en dos días consecutivos que cubren el crédito dispuesto, en cuantía cercana al límite concedido, y a los que sigue la liquidación final de intereses por el Banco y la cancelación de la póliza el mismo día 20 de septiembre de 2005, como resulta de la contabilidad de la propia concursada (documento 3) y de la comunicación de créditos del Banco Popular (documento 4), en la que éste hace constar que la referida póliza de crédito fue cancelada con fecha 20 de septiembre de 2005, nada más efectuarse los ingresos.
La realidad muestra, por tanto, que los ingresos se hacen en cumplimiento de la obligación de reintegro para

extinguir o cancelar la póliza de crédito de vencimiento posterior a la declaración de concurso, con lo que al tiempo de favorecer al acreedor bancario, en perjuicio de los demás, se libera a los avalistas, que fueron administradores mancomunados de la concursada hasta cinco meses antes de la solicitud de concurso".
Y añadía que :
" *En un supuesto similar, pero en el contexto de la legislación concursal derogada (art. 878.2º del Código de Comercio), la STS 14 octubre de 2005 (RJ 2005/7229) hizo las siguientes valoraciones acerca del perjuicio causado a la masa por la cancelación anticipada de una póliza de crédito (fundamentos séptimo y octavo): "No puede ser aceptada la tesis de la recurrente (de que el ingreso que hizo la quebrada en la cuenta de crédito debía ser calificado como un simple movimiento o asiento en la cuenta corriente a la que estaba vinculado el crédito, ya que ni la cuenta fue cancelada ni el crédito se declaró vencido), pues aunque sin duda cualquier ingreso en una cuenta bancaria constituye un asiento contable, en el caso que nos ocupa el efecto liberatorio del que es objeto de controversia y por tanto su especial trascendencia en orden al éxito de la acción ejercitada resulta indudable. Así se deduce tanto de la «carta de abono» emitida el 23 de mayo de 1992 por el Banco de..., en la que (...) se inserta la frase «cancelación limite cuenta corriente de crédito», como de la contestación dada el 22 de junio de 1994 por el citado Banco a la petición de datos que había formulado la Sindicatura de la Quiebra, en la que se indicaba la fecha de cancelación de la póliza de crédito 91/31 suscrita con «P...M... SA», el saldo dispuesto hasta el momento y la cantidad ingresada para la citada cancelación".*
"En el segundo motivo -prosigue- se alega la infracción del párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, al haberse entendido -indebidamente- que el ingreso realizado el 23 de mayo de 1992 suponía un acto de dominio y administración que había significado un perjuicio para los demás acreedores, por cuanto se trató únicamente de una simple aportación de efectivo a una de las cuentas de que «P... M...» era titular que no produjo ninguna alteración patrimonial dado que su importe era disponible inmediatamente y la cuenta siguió operativa. El motivo ha de ser desestimado, pues la propia entidad financiera recurrente atribuyó al mencionado ingreso -como se ha visto en el anterior Fundamento de Derecho- un efecto cancelatorio respecto a la póliza de crédito formalizada con «P... M...» y, por ende, al crédito concedido, lo que determinó la percepción e incorporación al patrimonio del Banco de la suma correspondiente, con independencia de que la cuenta vinculada pudiese seguir o no operativa, lo que no tiene la menor relevancia respecto a la significación de dicho ingreso y a la disminución del patrimonio de la quebrada que el mismo ha determinado, que, como anteriormente se ha razonado, impidió a otros acreedores preferentes percibir el importe de sus créditos".
Pues bien, aplicando lo que resulta de las citadas resoluciones, cuyas conclusiones compartimos, al supuesto aquí analizado, la Sala obtiene una conclusión totalmente divergente de la alcanzada por el Juzgado. Nos hallamos aquí ante un ingreso extraordinario, derivado de la venta de ciertos activos que determinó, en lugar de la incorporación de aquel al *activo* de la sociedad, para paliar las dificultades de liquidez y los problemas económicos que ya se venían manifestando en las posteriormente concursadas, la cancelación anticipada, antes de alcanzarse el límite crediticio a que se contraían las mismas, de las tres pólizas afectadas por los actos aquí valorados, lo que comporta, necesariamente, los actos previos de liquidación, cuantificación y, especialmente, de posterior cancelación que impiden que tales actuaciones puedan calificarse, como considera el Juzgado, como actos ordinarios del artículo 71,5 LC, al hallarse, tales ingresos en las cuentas de crédito, usualmente previstos en los contratos correspondientes. La diferencia de valoración estriba, precisamente, en la consecuencia ulterior, que igualmente concurría en el supuesto de hecho valorado en la sentencia parcialmente transcrita con anterioridad, y en dos circunstancias esenciales a valorar, pues, por una parte, las sumas ingresadas, fruto de una operación no usual que ya se ha detallado, respondían, casi íntegramente al límite crediticio de cada póliza, de modo que lo ingresado en cada caso prácticamente venía a corresponderse con el límite concedido. De hecho, la entidad bancaria, que no negó los hechos tal y como venían afirmados en la demanda, aunque los valoró en forma diversa, vino a admitir que se limitó a cumplir las instrucciones y que aquellas obedecían a la voluntad de no continuar con las relaciones contractuales, de suerte que la mera referencia a la *resolución* contractual, efectivamente producida, no anula que, para que aquella se produzca, necesariamente viene precedida de una serie de operaciones liquidatorias y de pago, por lo que el planteamiento del Juzgador que entiende que tal acto no sería encuadrable en los modos de extinción de las obligaciones del artículo 1156 CC resulta forzado y no se considera aceptable. Lo cierto, sin necesidad de valoraciones extremas de la situación, es que las tres pólizas se cancelaron, que se hallaban en situación de prórroga, que no se había alcanzado el límite crediticio, ni se habían liquidado, o efectuado reclamación, ni se había denunciado por alguno de los contratantes su prórroga, por lo que, en el curso normal del contrato, su vencimiento se hubiera producido, en los tres casos, después de la declaración del concurso, lo que, entendemos, supone la acreditación del primero de los presupuestos para que la acción ejercitada pudiera prosperar.
En cuanto a los demás, su estimación es evidente. La cercanía temporal es notoria, y, claramente, tal acto está enmarcado en el período "sospechoso", aunque, indudablemente, no automático, que permite valorar los actos efectuados en el mismo. Y finalmente, el perjuicio para la masa activa es igualmente evidente, pues se han abonado, íntegramente, los saldos existentes en las pólizas de crédito liquidadas a la entidad bancaria, previamente a su vencimiento, lo que vulnera la par conditio creditorum en cuanto se ha detraído un activo relevante que puede permitir la mejor satisfacción de créditos que pudieran ser preferentes, razones todas ellas que han de determinar la estimación del recurso.
Hemos de añadir a lo ya expresado, a la vista del escrito de oposición al recurso interpuesto, que el mismo se mueve en línea argumental distinta y mucho más amplia de la que planteó, en su momento, frente a la demanda interpuesta, por lo que, aunque la sentencia impugnada introdujo ciertas cuestiones no propiamente planteadas en los escritos rectores, no cabría, en este momento, efectuar una ampliación de los argumentos de oposición, ni interesar la adición de determinados aspectos que no se solicitaron en su momento por la vía de la impugnación directa de la sentencia -no tampoco ahora se efectúa-, al interesar, exclusivamente la confirmación de aquella.

En la resolución precedente, cuya nulidad declaró la dictada por el Tribunal Supremo indicábamos que " *No cabe, sin embargo, efectuar las puntualizaciones que interesa la representación de la entidad bancaria por cuanto:*
a) No procede detraer el importe correspondiente al pagaré que Banco Pastor considera acto ordinario de la actividad de la concursada, conforme el artículo 71,5 LC, aunque su importe nominal forme parte del total incluido en la liquidación anticipada de la póliza de crédito, puesto que dicho importe, como se ha dicho, se halla incurso en el total liquidado, y no existen elementos suficientes que puedan llevar a su detracción.
b) El pronunciamiento a que se da lugar es aquel al que expresamente se refiere el artículo 73 de la LC "La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses", lo que tendrá su reflejo en la restitución de las prestaciones, con sus intereses e ineficacia del acto impugnado, en la situación previa a la realización del acto impugnado, lo que conllevará que la administración concursal efectúe las operaciones pertinentes al efecto, que se extenderán, igualmente, si procediere, a los afianzamientos preexistentes, como consecuencia general de la ineficacia del acto impugnado, que es el pronunciamiento que procede efectuar, por imperativo de la norma indicada.
Por razones de coherencia, cabe dar por íntegramente reproducido lo ya expresado en su momento, como así realizamos.": SAP Valencia (Sección 9) 25.07.2013 (Sentencia 216/2013; Rollo 320/2013)

3.6 Compensación legal: inaplicabilidad de la rescisión

AP Barcelona

"Antes de entrar a analizar estas circunstancias, en el presente caso concurre otra que condiciona la rescindibilidad del acto de disposición, cual es que el pago se hizo por compensación, como puede verse del propio extracto de la cuenta en que se ingresaron esas cantidades. En realidad, al margen de la causa por la queCalixto y la sociedad PRO RUCAST, S.L. hicieran esos ingresos en la cuenta de HERGAR, que podría ser la propia de las aportaciones del primero, socio de HERGAR, a la sociedad, lo verdaderamente relevante es que al ingresarse en la cuenta corriente de crédito que dicha sociedad tiene abierta en el BANCO POPULAR, por virtud del contrato de apertura de crédito, dichas cantidades se compensaron automáticamente con el saldo deudor.
El juicio sobre el perjuicio que pueda entrañar la satisfacción de un crédito por medio de la compensación no coincide con el realizado para el caso del pago, pues aunque no deja de ser una forma de extinción de una obligación de pago -a costa de un crédito a favor de la concursada (arts. 1195, 1196 y 1202 CC)-, tiene un tratamiento concursal especifico. Dentro del concurso, el tratamiento de estos dos modos de satisfacción de un crédito concursal no es idéntico: mientras que no cabe el pago del crédito concursal, sino es de acuerdo con las soluciones concursales (en el convenio o en la liquidación y pago) y de acuerdo con la par condicio creditorum, la prohibición de compensación no es absoluta. Elart. 58 LC admite la compensación practicada con posterioridad a la declaración de concurso siempre que sus requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración. Por lo que, para no hacer de peor condición la compensación realizada antes del concurso, que la posterior, el juicio sobre el perjuicio debe quedar reducido en principio a la concurrencia de los requisitos de la compensación. Esto es el pago por compensación realizado durante el periodo sospechoso estará justificado, y por lo tanto no cabra apreciar perjuicio, siempre que para entonces se cumplieran los requisitos exigidos para su validez.
En nuestro caso, la compensación practicada por el Banco Popular con el ingreso de aquellas seis cantidades en la cuenta de crédito abierta a nombre de la sociedad concursada no fue legal sino convencional, y se practicó al amparo del acuerdo de compensación automática contenido en la propia póliza de crédito, de forma que al tiempo que minoraban el saldo deudor del acreditado, se incrementaba el saldo crediticio disponible. En un caso muy similar al presente, en que los ingresos y la compensación se practicaron una vez declarado el concurso, como consecuencia de ingresos en la cuenta de crédito y, en concreto, de la gestión de cobro de efectos comerciales y otras operaciones, concluimos que no estaba afectada por la prohibición delart. 58 LC [sentencia de 21 de mayo de 2007 (RA 54/2007)]. Vale la pena traer a colación lo que entonces argumentábamos al respecto: "No cabe comprender en la prohibición delart. 58 LC la compensación que tiene lugar por el tracto sucesivo de una relación contractual que sigue en vigor tras la declaración del concurso y cuya operativa técnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática por acuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la dinámica contractual, como es el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan las disposiciones e ingresos del acreditado. El tal supuesto, como es el presente, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda sustraída de la prohibición legal, porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto...". Si a este régimen hubieran quedado afectados los ingresos posteriores a la declaración de concurso, que se compensaban automáticamente con el saldo deudor de una póliza de crédito instrumentada en la cuenta corriente en que se practicaron los ingresos, con mayor motivo y, como un efecto reflejo delart. 58 LC, hemos de considerar que la compensación automática realizada antes de la declaración de concurso, cumpliendo con todos los requisitos de validez, no puede ser objeto de una rescisión concursal aduciendo la posible vulneración de la par condicio creditorum.": SAP Barcelona (Sección 15) 30.03.2009 (JUR 2009/411292; Sentencia 106/2009; Rollo 696/2008)

"Fundamentos de derecho.—I. La sentencia recurrida acuerda la rescisión de unos pagos por compensación que la sociedad concursada realizó a favor de su admi-nistrador (Manuel V.B.) y de la mujer de este (María del Carmen F.M.) en los meses anteriores a la declaración de concurso, por un importe total de 242.664,07 euros, así como de una disposición dineraria de 60.150,07 euros a favor de los demandados.

En su recurso de apelación, los demandados argumentan en contra de la rescisión que la deuda que Manuel V.B. y María del Carmen F.M. tenían con la sociedad está perfectamente acreditada documentalmente (docs. 1 a 16 de la contestación), y que era procedente la compensación, sin que esta pueda ser objeto de rescisión concursal por no entrañar ningún perjuicio. Además, y en relación a una partida de 33.000 euros, niegan que los destinatarios de este acto de disposición fueran los demandados.

II. Las partes no discuten que la sociedad «C., S.L.» fue declarada en concurso voluntario el día 5 de junio de 2008, ni que el demandado Manuel V.B. fuera su administrador.

Por otra parte, aunque la sentencia de primera instancia lo cuestiona, la adminis-tración concursal en su demanda de reintegración admitió y la demandada acreditó do-cumentalmente al contestar a la demanda (folios 85 y ss.) que Manuel V.B. y su mu-jer María del Carmen F.M. llevaron a cabo una serie de aportaciones dinerarias a favor de la sociedad «C., S.L.», que a partir del 31 de diciembre de 2006 se contabilizaron en la cuenta del mayor 171003, titulada préstamo Manuel V./Carmen F. Como refie-re la demanda y no fue contradicho, en esta cuenta se iban produciendo también rein-tegros, y así en el año 2007 las nuevas aportaciones ascendieron a 211.143,54 euros y los reintegros a 220.543,42 euros, resultando a finales de 2007 un saldo final a favor de Manuel V. y Carmen F. de 193.414,16 euros. Así puede verse reflejado en la co-pia de la cuenta aportada con la demanda (folio 14).

Tampoco se discute que, como refiere la demanda, en el ejercicio 2008 Manuel V. y Carmen F., con cargo a dicha cuenta 171003, llevaron a cabo aportaciones por un importe total de 71.849,91 euros y reintegros por 265.264,07, quedando la cuenta con saldo cero el día 7 de mayo de 2008. Queda constancia de ello en la copia correspondiente a esa cuenta aportada con la demanda (folio 15).

Existe otra cuenta, abierta el 31 de diciembre de 2006, la n.º 171010, denominada Préstec socis, en la que no constan identificados los socios prestamistas. Esta cuenta se canceló también en el año 2008, antes de la declaración de concurso, abonándose el saldo deudor que era de 33.000 euros.

Paralelamente, señala la demanda, en el ejercicio 2008 la sociedad abrió otra cuenta de clientes (n.º 430129), denominada M. Carmen F.M./Manuel V., en la que aparecen tres créditos frente a Manuel V. y Carmen F. por un importe total de 234.455,29 euros (folios 17 y ss.). Estos créditos se compensaron hasta la suma de 226.205,69 euros con las deudas de la cuenta 171003, y el resto, 8.250 euros, con la deuda de la cuenta 171010.

III. La administración concursal, al amparo del art. 71 LC, solicita en primer lu-gar la rescisión del pago por compensación realizado por la sociedad, en los meses an-teriores al concurso, dentro del ejercicio 2008, a favor de Manuel V. y Carmen F., por un importe total de 234.455,29 euros. Los créditos a favor de la sociedad com-pensados habían nacido durante el propio año 2008, en atención a las tres facturas emi-tidas por Manuel V. y Carmen F., cuyas copias constan aportadas como documentos 7, 8 y 9 de la demanda. Se trata de un pago por compensación, pues la administra-ción concursal admite la existencia de las deudas que la propia sociedad tenía con Ma-nuel V. y Carmen F., derivadas de aportaciones por préstamos a favor de la sociedad y contabilizados en las reseñadas cuentas 171003 y 171010.

La administración concursal reconoce que estos pagos son de deudas debidas y, a pesar de la mención contable de que se trata de créditos a largo plazo, no existe nin-guna acreditación de que no fueran exigibles cuando fueron satisfechas. De ahí que pa-ra justificar el requisito objetivo del perjuicio, la administración concursal se apoya en primer lugar en la presunción iuris tantum de perjuicio prevista en el art. 71.3.1.º LC para los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las per-sonas especialmente relacionadas con el concursado. Al respecto hemos de advertir que los destinatarios del pago son dos acreedores y deudores de la sociedad, que en ambos casos no se indica si son solidarios o mancomunados, y por ello se presume la mancomunidad; y la condición de persona especialmente relacionada con el deudor tan sólo recae en uno de ellos, Manuel V., administrador de la compañía, pero no en su mujer. Sin embargo, al margen de esta disquisición, el efecto de la presunción tan sólo supone una inversión de la carga de la prueba del perjuicio.

En nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 partíamos de la consideración de que existe perjuicio para la masa activa cuando el acto de disposición conlleva un «sacri-ficio patrimonial injustificado», que requiere un doble elemento: una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se consti-tuirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado.

Aunque, en principio, los pagos de obligaciones debidas, vencidas y exigibles, antes de la declaración de concurso constituyen una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa, pues es necesario además que sean injustificados.

La injustificación de estos pagos podría derivar de que supusieran al mismo tiem-po una alteración de la par condicio creditorum, tal y como recordamos en la Senten-cia de 8 de enero de 2009 (Roj SAP B 1810/2009), donde argumentábamos que en es-tos casos el perjuicio «se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada».

Correspondería pues entrar a analizar las circunstancias en que se realizó el pago, si no fuera porque en este caso el pago se hizo por compensación, el cual está sujeto a un régimen concursal distinto del pago. Como ya advertíamos en nuestra sentencia de 30 de marzo de 2009 (RA 696/08), «dentro del concurso, el tratamiento de estos dos modos de satisfacción de un crédito concursal no es idéntico: mientras que no cabe el pago del crédito concursal, si no es de acuerdo con las soluciones concursales (en el convenio o en la liquidación y pago) y de acuerdo con la par condicio creditorum, la prohibición de compensación no es absoluta. El art. 58 LC admite la compensación practicada con posterioridad a la declaración de concurso siempre que sus requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración. Por lo que, para no hacer de peor condición la

compensación realizada antes del concurso, que la posterior, el juicio so-bre el perjuicio debe quedar reducido en principio a la concurrencia de los requisitos de la compensación. Esto es: el pago por compensación realizado durante el periodo sospechoso estará justificado, y por lo tanto no cabría apreciar perjuicio, siempre que para entonces se cumplieran los requisitos exigidos para su validez».
En nuestro caso, los créditos compensados son: de una parte, los que la concursa-da tiene frente a Manuel V. y Carmen F., que como hemos visto se corresponden con las tres facturas emitidas en el año 2008 (folios 17 y ss.), y que asciende a un total de 234.455,29 euros; y de otra, los que Manuel V. y Carmen F. tenían con la sociedad, como consecuencia de aportaciones dinerarias, que ellos califican de pagos a cuenta, pero que, a la vista de la evolución de las cuentas del mayor abiertas para dejar cons-tancia contable de ellas, pueden calificarse de préstamos a la sociedad. Aunque res-pecto de estos últimos créditos, en su oposición al recurso de apelación, la adminis-tración concursal alega que no estaban vencidas, por aparecer incluidas en una cuenta contable a largo plazo, ello no condiciona entre las partes la naturaleza del crédito. Es-te crédito deriva de un contrato de préstamo mercantil, de acuerdo con lo prescrito en el art. 311 Ccom, pues la prestataria es una sociedad mercantil por su propia natura-leza y el dinero va destinado a realizar actos de comercio, los propios de la actividad económica de la compañía. Como las partes no pactaron ningún plazo concreto y de-terminado para la restitución de las sumas prestadas, según el art. 313 CCom no serían exigibles al deudor sino pasados 30 días a contar desde la fecha en que el prestatario hubiera sido requerido notarialmente. Debemos entender que la exigencia del requeri-miento notarial es a los efectos de que quede constancia fehaciente que el deudor fue requerido de pago.
No se ha acreditado que la sociedad hubiera sido requerida de pago de forma fe-haciente antes de ser restituidos los prestamistas de las sumas que habían ido apor-tando a la sociedad como préstamos a la compañía. Ello significa que en el momento en que se hizo el pago por compensación, esa deuda de la sociedad no era exigible, y por lo tanto no se cumplían los requisitos de la compensación legal del art. 1196 CC, aplicable al caso pues no consta que las partes hubieran pactado previamente un régi-men convencional de compensación. No obstante, atendiendo a la finalidad de la norma (art. 313 CCom) que es, en los supuestos de préstamos por tiempo indetermi-nado (como lo eran las aportaciones realizadas a la sociedad por Manuel V. y Car-men F.), garantizar al deudor prestatario un mínimo de tiempo de 30 días para devol-ver el préstamo, a contar desde el momento en que conozca la intención de los prestamistas de reclamar su crédito, en los casos en que la sociedad no hace uso de es-ta facultad, sin perjuicio de que el pago sea válido, a los efectos de una rescisión con-cursal en interés de los acreedores concursales, el referido vicio de que al tiempo de la compensación uno de los créditos no era exigible, se subsanaría transcurrido el plazo de 30 días desde que se hubiera realizado el pago, siempre y cuando en el ínterin no se hubiera declarado el concurso de la sociedad, pues, en este último caso, conforme al art. 58 LC, no cabría la posterior compensación.
Como la sociedad prestataria, «C., S.L.», fue declarada en concurso el día 5 de junio de 2008, los créditos satisfechos por compensación dentro de los 30 días ante-riores, debemos considerarlos no exigibles, y por consiguiente, respecto de los impor-tes correspondientes, estimar la rescisión. Así, en la cuenta del mayor 171003, los úl-timos pagos exigibles se habrían realizado el 30 de abril de 2008, pues los posteriores (hasta 54.138,37 euros) datan del día 7 de mayo de 2008, sin que se hubiera cumpli-do el plazo de 30 días para su exigibilidad antes de la declaración de concurso (5 de junio de 2008). Por lo que respecta a la cuenta del mayor 171010, el último pago exi-gible se habría realizado el 15 de abril de 2008, ya que el posterior (por un importe de 8.250 euros) data del día 7 de mayo de 2008.
En consecuencia, procede rescindir parcialmente los pagos por compensación realizados por la sociedad concursada durante el periodo de reintegración, en restitución de los préstamos recibidos por Manuel V. y Carmen F., en concreto en la suma de 62.388,37 euros, porque no eran exigibles sino después de la declaración de concurso, conforme al régimen previsto en el art. 313 CCom.
El resto de los pagos o actos de disposición dineraria realizados a favor de Manuel V. y Carmen F., y que aparecen reflejados en las dos subcuentas del mayor 171003 y 171010, aunque habrían servido también para compensar el saldo deudor para la com-pañía derivado de las aportaciones realizadas hasta entonces por Manuel V. y Carmen F., en la medida en que son anteriores al reseñado plazo de 30 días, aunque entendié-ramos que constituían la devolución de un préstamo a la sociedad, se habría subsana-do el defecto de inexigibilidad antes de la declaración de concurso, y por lo tanto no cabría considerarlos perjudiciales para la masa.
IV. La rescisión acordada supone dejar sin efecto el pago por compensación realizada hasta la suma de 62.388,37 euros, razón por la cual, junto a la condena a Manuel V. y Carmen F. de restituir a la masa dicha suma, debemos reconocer a Manuel V. y Carmen F. un crédito concursal por el mismo importe.”: SAP Barcelona (Sección 15) 29.07.2010 (Rollo 177/2010; RJC 153)

AP Burgos (2012)

“El problema sin embargo para rescindir la compensación, y no el contrato, es que en principio lo que es rescindible es el acto realizado en perjuicio de la masa activa del concurso, pero la compensación de créditos con deudas que están vencidas no es causa de perjuicio alguno. La administración concursal dice que la compensación es un acto perjudicial porque, de no haberse producido, el crédito derivado de la venta de las fincas hubiera entrado en la tesorería de la concursada, o tras la declaración del concurso, en la masa activa, beneficiando de esa forma al resto de los acreedores, y no solo al autor de la compensación. Sin embargo, la compensación no puede ser un acto perjudicial, en primer lugar porque la propia ley concursal la admite como forma ordinaria de extinción de las obligaciones cuando se produce antes de la declaración de concurso. La compensación no sería por lo tanto un acto rescindible por darse en perjuicio de los demás acreedores, sino por no reunir los requisitos del artículo 58 de la Ley Concursal. En otro caso cualquier compensación, incluso la realizada al amparo del artículo 58, sería rescindible, pues siempre podría decirse que la deuda del acreedor

con el concursado se hubiera incluido en otro caso en el activo del concurso. ":SAP Burgos (Sección 3) 10.10.2012 (Sentencia 357/2012; Rollo 259/2012)

AP León

"Y antes de analizar dichas circunstancias, en el presente caso, concurre otra ya mencionada en la Sentencia de Primera Instancia que condicionaría la acción ejercitada y la posibilidad de rescindir el acto de disposición y que consiste en que el mismo se hizo por compensación entre el saldo deudor de la cuenta de crédito y el saldo a favor de la concursada existente en otra cuenta corriente. Coincidiendo con los argumentos expuestos en la SAP Barcelona de 30 de marzo de 2009 resulta que el juicio sobre el perjuicio que pueda entrañar la satisfacción de un crédito por medio de la compensación no coincide con el realizado para el caso del pago, pues aunque no deja de ser una forma de extinción de una obligación de pago -a costa de un crédito a favor de la concursada (arts. 1195, 1196 y 1202 CC)-, tiene un tratamiento concursal especifico. Dentro del concurso, el tratamiento de estos dos modos de satisfacción de un crédito concursal no es idéntico: mientras que no cabe el pago del crédito concursal, sino es de acuerdo con las soluciones concursales (en el convenio o en la liquidación y pago) y de acuerdo con la par condicio creditorum, la prohibición de compensación no es absoluta. El art. 58 LC admite la compensación practicada con posterioridad a la declaración de concurso siempre que sus requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración. Por lo que, para no hacer de peor condición la compensación realizada antes del concurso, que la posterior, el juicio sobre el perjuicio debe quedar reducido en principio a la concurrencia de los requisitos de la compensación. Esto es el pago por compensación realizado durante el periodo sospechoso estará justificado, y por lo tanto no cabe apreciar perjuicio, siempre que para entonces se cumplieran los requisitos exigidos para su validez.
Resulta entonces que se considera válida la compensación practicada por el Banco, operación para la que se encontraba expresamente facultado por pacto contractual que consta en la escritura de crédito y frente a lo cual no se puede mantener la imposibilidad de compensación por estar ya la póliza de crédito resuelta y liquidado el saldo ya que no existe ningún inconveniente jurídico para dicha compensación entre deudas líquidas y vencidas. Así, por aplicación del art. 58 LC, consideramos que la compensación realizada antes de la declaración de concurso, cumpliendo con todos los requisitos de validez, no puede ser objeto de una rescisión concursal aduciendo la posible vulneración de la par condicio creditorum.
Tampoco existe constancia de que la entidad bancaria conociera las dificultades económicas de la concursada pues las actuaciones realizadas por dicha mercantil tienen por finalidad cobrar los importantes créditos existentes entre las partes, no pudiendo deducirse de las actuaciones llevadas a cabo para ello un conocimiento de la situación financiera de la deudora.
Pero, además, este acto que jurídicamente estamos valorando podría considerarse que está excluido de la rescisión concursal por virtud del art. 71.5 LC, por tratarse de "acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias". El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente concertado servía para la actividad mercantil propia de la entidad deudora pues se trata de crédito dirigido a la financiación de dicha actividad estando la compensación expresamente pactada en dicho contrato.
En definitiva, coincidimos con los argumentos expuestos en la Resolución recurrida pues las condiciones en que se efectúa la compensación entre los saldos acreedor y deudor vienen determinadas por el sentido de los pactos que vinculaban a los contratantes y puede considerarse un acto ordinario de la actividad profesional. Así la empresa deudora firmó el contrato de crédito para el ejercicio ordinario de su actividad empresarial y en el marco de dicho contrato estipuló la posibilidad de compensación de saldos, operación a la que no afecta la acción de reintegración ejercitada. La operación afectada consiste en un crédito en cuenta corriente de naturaleza mercantil instrumentado en fecha 30 de abril de 2008, cuya liquidación se practicó en fecha 14 de agosto de 2008, conforme a lo pactado por las partes, existiendo entonces un crédito vencido antes de la declaración de concurso, habiendo ejercitado la entidad bancaria una de las facultades previstas en la póliza de disponer de los saldos de otras cuentas corrientes haciendo imputación de pagos con las obligaciones resultantes de la póliza de crédito por lo que la Sentencia de Instancia debe ser íntegramente confirmada.": SAP León 12.11.2010 (Sentencia 449/2010; Rollo 343/2010)

"QUINTO Operación de Compensación cuya rescisión se pretende.
En la recienteSentencia dictada por esta Sección Primera de la AP de León de fecha 12 de Noviembre del 2010 (AC 2010, 2133) ya apuntábamos el criterio a seguir en materia de compensación y ejercicio de acciones de reintegración. Y al respecto señalábamos la coincidencia con los argumentos expuestos en laSentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 30 de marzo de 2009 (JUR 2009, 411292) que es igualmente citada por la Sentencia del Juzgado Mercantil ahora recurrida y que señala: "Esto es el pago por compensación realizado durante el periodo sospechoso estará justificado, y por lo tanto no cabra apreciar perjuicio, siempre que para entonces se cumplieran los requisitos exigidos para su validez".
Así, al resto de argumentos ya expuestos anteriormente se añade el hecho de que nos encontramos ante una compensación válida cuyos requisitos no son cuestionados en la demanda incidental formulada. No puede mantenerse la posición de la administración concursal sobre la imposibilidad de compensación por la situación de insolvencia en que se encontraba la entidad concursada pues, por aplicación delart. 58 LC, consideramos que la compensación realizada antes de la declaración de concurso, cumpliendo con todos los requisitos de validez, no puede ser objeto de una rescisión concursal aduciendo la posible vulneración de la par condicio creditorum y sin justificar de alguna forma el perjuicio patrimonial.
Ciertamente la anterior postura no implica que no deban ponerse en relación los términos delartículo 58 con las previsiones establecidas en la Ley Concursal respecto de las acciones de reintegración,arts. 71 a 73, pues del concurso se derivan efectos relativos al período anterior a la declaración del mismo y constituye una pieza tradicional de los procedimientos concursales el establecimiento de un período previo a su declaración en el

cual determinados actos del deudor se consideran ineficaces respecto del concurso. Así pues, sin duda podrán ejercitarse acciones rescisorias para la reintegración a la masa de las cantidades indebidamente compensadas, en el modo que dispone el Capítulo IV del Título III de la Ley Concursal. Pero la declaración de concurso no perjudica, per se, las compensaciones que se hubieran producido antes de la declaración de concurso, que tendrán plena eficacia si no se discuten, y de ser atacadas, podrán ser rescindidas si se comprueba que los requisitos legales no concurrían en ese momento, y han operado con posterioridad a la declaración de concurso.
Debemos mantener entonces que la presunción de validez derivada delartículo 58 implica que no se pueda producir ningún efecto directo de revocación de la compensación legal verificada dentro de los dos años anteriores a la apertura del concurso que exige para su realización que las obligaciones a compensar estén vencidas, además de ser líquidas y exigibles, pues nos encontramos ante un acto de extinción de obligaciones del deudor vencidas y exigibles con anterioridad a la declaración del concurso. Por tanto, ninguna contradicción se establece entre la compensación que se verifica antes de la declaración del concurso y las acciones de reintegración cuando ésta se ha llevado a cabo en función del cumplimiento de los requisitos legales derivados de las condiciones establecidas en ambos créditos,artículo 1.195 a 1202 del CC (LEG 1889, 27).
Y observando el contenido de la demanda incidental no se plantea la acción de rescisión al margen de la consideración de la propia operación de compensación que en principio es válida ni se acredita en el procedimiento el perjuicio para la masa activa ya que no concurren las presunciones cuya alegación resulta del escrito de la administración concursal, en el sentido antes analizado y finalmente la justificación no desvirtuada de que la operación supone un acto ordinario de la actividad empresarial, por lo que es preciso la desestimación del recurso interpuesto.”: SAP León 10.03.2011 (Sentencia 91/2011; Rollo 81/2011)

AP Pontevedra

“CUARTO. La segunda operación que es objeto de rescisión es una compensación por importe de 293.818,31 euros. Como ya hemos señalado anteriormente, parte la sentencia de que en la compensación realizada concurren todos y cada uno de los requisitos propios de dicha institución extintiva de las obligaciones, así como que los mismos concurrían antes de declararse el concurso, por lo que, en principio, podría resultar de aplicación el art. 58 LC para validar la misma. Sin embargo considera que ello no hace inmune la operación si se prueba el perjuicio al amparo del art. 71.4 LC. A tal efecto distingue la sentencia si la compensación convencional el acuerdo tiene lugar antes o después del nacimiento de las obligaciones compensadas. En el segundo caso considera que es rescindible si causa perjuicio a la masa activa cuando el crédito, de otro modo, se vería ya afectado por las soluciones concursales. Y así lo considera en el presente caso, al haberse realizado la última de las compensaciones apenas un mes antes de solicitar el concurso, el 30 noviembre 2010, por importe de 103.670,87 euros. Entendiendo que estos pagos por compensación también están en la dinámica de reforzar la posición acreedora de su socio mayoritario en detrimento de otros acreedores.
No puede compartirse el criterio del juzgado de instancia en supuestos como el presente. Se ha reconocido que se trata de créditos que estaban vencidos y eran líquidos y exigibles con anterioridad a la declaración del concurso de acreedores (caso diferente es que todos o alguno devinieran exigibles por algún acuerdo que, de no existir, solo resultarían exigibles una vez declarado el concurso). En tales supuestos no existe la distinción a que alude la sentencia impugnada. La interpretación abrumadoramente mayoritaria en nuestra doctrina del art. 1202 CC ("El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores"), es que la compensación en nuestro ordenamiento opera automáticamente, ipso iure, una vez que concurren los requisitos. De forma que, para apreciar la concurrencia de los mismos debe estarse al momento en que confluyen los créditos y deudas a compensar con los requisitos precisos. Si, como el supuesto que nos ocupa, concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, la compensación no puede ser atacada en sede de rescisión concursal por efecto reflejo del art. 58 LC.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 09.10.2013 (Sentencia 371/2013; Rollo 396/2013)

AP Tarragona

“En relación a la compensación, debemos partir de que en la compensación realizada concurren todos y cada uno de los requisitos propios de dicha institución extintiva de las obligaciones, así como que los mismos concurrían antes de declararse el concurso, por lo que, en principio, podría resultar de aplicación el art. 58 LC para validar la misma, y si bien ello no la hace inmune a la rescisión concursal, dado que en este caso se ha reconocido que se trata de créditos que estaban vencidos y eran líquidos y exigibles con anterioridad a la declaración del concurso de acreedores, y por ello, dado que la interpretación abrumadoramente mayoritaria en nuestra doctrina del art. 1202 CC ("El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores"), es que la compensación en nuestro ordenamiento opera automáticamente, ipso iure, una vez que concurren los requisitos. De forma que, para apreciar la concurrencia de los mismos debe estarse al momento en que confluyen los créditos y deudas a compensar con los requisitos precisos. Si, como el supuesto que nos ocupa, concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, la compensación no puede ser atacada en sede de rescisión concursal por efecto reflejo del art. 58 LC.
Tal y como resulta reiteradamente expresado por la doctrina jurisprudencial en la materia y así lo recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, de 12.11.2010 [Roj: SAP LE 1349/2010] que "... Coincidiendo con los argumentos expuestos en la SAP Barcelona de 30 de marzo de 2009 resulta que el juicio sobre el perjuicio que pueda entrañar la satisfacción de un crédito por medio de la compensación no coincide con el realizado para el caso del pago, pues aunque no deja de ser una forma de extinción de una obligación de pago -a costa de un crédito a favor de la concursada (arts. 1195, 1196 y 1202 CC)-, tiene un tratamiento

concursal especifico. Dentro del concurso, el tratamiento de estos dos modos de satisfacción de un crédito concursal no es idéntico: mientras que no cabe el pago del crédito concursal, sino es de acuerdo con las soluciones concursales (en el convenio o en la liquidación y pago) y de acuerdo con la par condicio creditorum, la prohibición de compensación no es absoluta. El art. 58 LC admite la compensación practicada con posterioridad a la declaración de concurso siempre que sus requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración. Por lo que, para no hacer de peor condición la compensación realizada antes del concurso, que la posterior, el juicio sobre el perjuicio debe quedar reducido en principio a la concurrencia de los requisitos de la compensación..."; puntualizando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 30.9.2008 [Roj: SAP B 11294/2008] que "... El art. 58 LC únicamente admite como compensación eficaz con proyección sobre el concurso la que ha tenido lugar entre créditos que ya fueran compensables, conforme al régimen legal, en el momento de ser declarado el concurso, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles) se daban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago, y contemplando la situación desde la perspectiva de un concurso ya declarado...".
En consecuencia, dado que la compensación operada resulta una operación que no supone perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso, en la medida en que se produce mediante la concurrencia de los requisitos legales exigibles para ello, debe revocarse la rescisión declarada sobre la misma.": SAP Tarragona (Sección 1) 14.10.2013 (Sentencia 427/2013; Rollo 356/2012)

3.6.1 Tesis contraria

AP Burgos (2014)

"SEGUNDO.-El pago, por compensación, se realizó, efectivamente, antes de la declaración de concurso, 5 de febrero de 2014, y de su solicitud, 2 de enero de 2014, concurriendo los requisitos legales para su procedencia.
Ahora bien, esto, "se entiende sin perjuicio de las acciones de reintegración que en su caso procedan", como establece el art. 205-2 LC.
La sentencia de instancia considera que concurre el supuesto del art. 71.3.1º LC.
Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración -apartado 1 del precepto mencionado-. En el presente caso, el acto perjudicial litigioso, se realizó menos de dos meses antes (16 de diciembre a 5 febrero siguiente).
El perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en los actos de disposición a titulo oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
Tal presunción, no solo no ha sido desvirtuada, sino que se aprecia como acreditado el perjuicio, del común de los acreedores, por desconocer e inaplicar el principio de la "par conditio creditorum", pues la entidad apelante se beneficia para cobrar su crédito eludiendo la preferencia de los créditos privilegiados.
La cuestión, entonces, es si, de tal acto dispositivo, resultan favorecidos alguna persona especialmente relacionada con el concursado; lo que es motivo de impugnación en la Alegación Segunda.
TERCERO. -La parte apelante alega, en efecto, que Cajaviva no es una persona especialmente relacionada con el concurso del art. 93 LC.
Ciertamente, no se corresponde con alguna de las personas relacionadas en el apartado 2 -socios, administradores, sociedades del grupo-.
Como señala la Administración Concursal, la compraventa no es objeto de rescisión, sino el pago por compensación de deuda con la entidad bancaria, derivada de las pólizas de préstamo. Y las personadas beneficiadas por este pago eran los socios, como fiadores solidarios, folios 10 y 14 vto.
CUARTO.-El siguiente motivo de impugnación se funda en que la compensación no genera perjuicio patrimonial.
Desde luego, toda compensación genera una minoración del activo, en cuanto no se integra en el mismo el crédito compensado -en el supuesto procesal, el efectivo obtenido con parte del precio del bien vendido por la sociedad concursada-.
Ese dinero ha servido para satisfacer parcialmente una deuda de un acreedor ordinario en lugar de un crédito privilegiado - acreedor que cuenta con la garantía adicional de los socios administradores de Mypa como fiadores solidarios-.
De esta manera se produce una elusión en el orden legal de satisfacer los créditos, obteniéndose un trato diferenciado, no justificado, en perjuicio de un conjunto de acreedores, que ven disminuida su satisfacción de cobro, lo cual supone un modo de vulneración de la par conditio creditorum (el trato paritario o igualitario implica tratar igual a lo igual, como desigual lo desigual, conforme a la naturaleza de su diferencia).
El acreedor así favorecido no precisa concurrir al concurso por el crédito abonado de esta manera, ni someterse al orden de preferencias legalmente establecido (cuando la situación de insolvencia existía al hacerse el pago y próximo a la declaración del concurso). ":SAP Burgos (Sección 3) 03.12.2014 (Sentencia 283/2014; Rollo 277/2014)

AP Málaga

“PRIMERO Solicita la parte recurrente la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra que desestime la acción de rescisión del acto impugnado y de reintegración a la masa del concurso de la cantidad percibida por Caja de Madrid que, desde un planteamiento de reconocimiento de los hechos que ella misma narra en su escrito de recurso, tacha de incongruente a la sentencia apelada pues la demanda parte de un inexistente pago a la Caja por parte de la concursada Vitelcom, lo que es rebatido por la recurrente en base a que lo que se produjo fue una compensación de créditos de un ingreso de la Agencia Tributaria en la deuda resultante de la liquidación de la póliza de crédito suscrita por la concursada con la Caja de Madrid, por lo que no es de aplicación elartículo 71 de la Ley Concursal, ya que no existe acto del deudor, ni la Caja es persona especialmente relacionada con el concursado, ni existe fraude alguno en la compensación de créditos efectuada. (…)
TERCERO El vicio de incongruencia tiene una relación directa con el principio dispositivo de la parte, y consiste en que el tribunal tiene limitada su facultad de conocer a las cosas que son objeto del proceso, entre las personas en que la relación jurídica procesal ha quedado constituida y por la causa que constituye la pretensión, no pudiendo dar más de lo que se le pide ni por una causa distinta ni frente a persona que no es parte en el proceso, no existiendo vulneración del principio de congruencia delartículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el presente caso, en el que la sentencia se limita a resolver la cuestión litigiosa estimando exactamente lo que se le pedía por la Administración Concursal en el suplico de la demanda incidental, la declaración de nulidad del acto impugnado, como es el pago a cuenta que la recurrente hace de la póliza de crédito que ésta había concedido a la concursada, condenando a la restitución de la cantidad con sus frutos e intereses. De los hechos que la propia apelante no cuestiona se desprende la procedencia de lo acordado, y que según la alegación primera del escrito de interposición del recurso han sido los siguientes: 1º.- Caja Madrid es acreedora de la mercantil concursada, adeudando ésta a mi mandante la cantidad de ONCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIÚN MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS (11.421.245,30.-) A LA FECHA DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO, ES DECIR, A DÍA 16 DE MARZO DE 2007. 2º.- La referida deuda tiene su origen en diversas pólizas mercantiles de crédito y préstamo suscritas entre partes, entre las que debemos destacar la Póliza de Crédito de Línea de Comercio Exterior nº 97849000010681 hasta un límite de quince millones de euros (15.000.000.-) suscrita el día 30 de marzo de 2005. 3º.- ante el incumplimiento de las obligaciones de pago que le incumbían a la mercantil acreditada, Caja Madrid procedió a la resolución anticipada de la referida póliza en el mes de noviembre de 2006 así como a su liquidación en la forma pactada ante fedatario público que certificó que las operaciones se habían efectuado con arreglo a lo pactado en la Póliza (consta en autos la referida documentación). 4º.- El día 14 de febrero de 2007, la Agencia Tributaria ingresó en la cuenta de Vitelcom en Caja Madrid, por ser la designada a tal efecto por la concursada, la cantidad de 1.558.948,55 euros en concepto de devoluciones tributarias. 5º.- En virtud de lo establecido en la estipulación 8ª de la póliza (obrante en autos) Caja Madrid procedió a compensar débitos, más exactamente la cantidad de 813.261,59 euros a cuenta de la deuda resultante de la liquidación de la Póliza de Crédito de Línea de Comercio Exterior nº 97849000010681. 6º.- El día 11 de abril de 2007 le comunican a Caja Madrid que el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga ha dictadoAuto de 16 de marzo de 2007 declarando la situación de concurso necesario de Vitelcom. 7º.- El 23 de abril siguiente la Administración Concursal interpone demanda incidental contra Caja Madrid y Vitelcom al entender que se ha producido un pago a cuenta de Vitelcom a Caja Madrid por el antedicho importe de 813.261,59 euros, solicitando por ello la reintegración a la masa de la referida cantidad por los siguientes motivos: a) Alegando incumplimiento de la póliza, más exactamente, por resolución anticipada de la póliza no ajustada a derecho por no constar la decisión expresa de resolver la operación por ninguna de las partes. b) Alegando elartículo 71.2, 71.3 y 71.4 de la Ley Concursal, por entender que se trata de un pago a cuenta efectuado maliciosamente por Vitelcom a Caja Madrid a sabiendas de su situación de insolvencia y la existencia del procedimiento concursal en su contra, debiendo procederse a su reintegro por cuanto que está dentro de los casos establecidos en elartículo 71.2 LC [se ha pagado una obligación no vencida todavía pues la resolución efectuada por Caja Madrid no era procedente (relación especial de mi mandante con la concursada) o, subsidiariamente, por haberse acreditado perjuicio patrimonial (71.3 y 71.4 LC) al haber procedido Caja Madrid a la resolución anticipada de la póliza percibiendo cantidades a cuenta sustrayendo su crédito a las incidencias del resto de acreedores (véase Fundamento de derecho VIII de la demanda)]. 8º.- Tras la celebración de la vista el Juzgado de lo Mercantil dictó la Sentencia aquí recurrida por la que estimaba la demanda interpuesta con base en elartículo 71.1 de la Ley Concursal declarando la ineficacia del pago a cuenta efectuado por parte de la concursada (Vitelcom) a favor de Caja Madrid condenando a esta última a devolver la cantidad de 813.261,59 euros". El error fundamental en el que incurre la entidad recurrente es entender que no se ha producido un pago a la misma por parte de la concursada, sino que "se trató de una compensación de créditos efectuada por Caja Madrid", y decimos que es un error porque para que tenga lugar la compensación es necesario, según elartículo 1195 del Código Civil, que dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, y en el presente caso la compensación la produce por medio de la cuenta que Vitelcom tiene abierta en la Caja de Ahorros, entre dos créditos, uno a favor de la concursada frente a la Agencia Tributaria por una devolución tributaria que ingresaba en la cuenta designada por Vitelcom en la Caja de Madrid, y el otro de esta entidad financiera frente a la concursada por el vencimiento de un plazo de devolución de un préstamo, por lo que ya no hay dos personas sino tres, la Agencia Tributaria, Caja Madrid y Vitelcom, y las dos primeras, que son la que paga y la que cobra, no son recíprocamente acreedoras la una de la otra, sino la Agencia Tributaria deudora de Vitelcom, que a su vez lo era de la Caja, que aprovecha con evidente mala fe el pago que se hace a la

concursada en la cuenta abierta en la sucursal de la Caja, para cobrarse una deuda burlando la prohibición delartículo 55 de la Ley Concursal, lo que lo hace nulo de pleno derecho, por producir descapitalización de la concursada, cuya consecuencia evidente es la reintegración de lo cobrado por la apelante a la masa activa del concurso, para atender, con arreglo a las normas del mismo, a los derechos de todos los acreedores atendiendo al principio que rige en este procedimiento de la par conditio creditorum, evitando el favorecimiento de la acreedora demandada, ahora recurrente, en detrimento del conjunto de los acreedores que se verían perjudicados por la pérdida de ese activo absolutamente sólido, como es la devolución realizada por la Agencia Tributaria.": SAP Málaga (Sección 6) 17.06.2009 (JUR 2010/14184; Sentencia 372/2009; Rollo 494/2008)

AP Lugo

"Por lo que toca, ya, al fondo del asunto, los razonamientos de la Juez "a qua" se antojan impecables. A tenor del art. 71 de la Ley Concursal, son rescindibles los "actos perjudiciales para la masa activa", en cuanto contrarios a la "pars conditio creditorum", y no otra cosa que netamente perjudicial ha de reputarse la compensación que, por su propia mano y decisión y amparándose formalmente en las cláusulas de adhesión integrantes de la contratación de cuentas a nombre de la luego concursada "Nupel", se permitió llevar a cabo la entidad bancaria aquí recurrente, por importe, a su favor y para saldar débitos de aquélla, de unos 868.000 euros, que le habían de constar constituían parte del préstamo concedido, con finalidad determinada y exclusiva, por el "Instituto Galego de Promoción Económica", ello menos de un mes antes de la declaración del concurso, y arrogándose de tal manera un privilegio, lesivo para la generalidad de los acreedores y, a la par, para la posible viabilidad de la concursada, del que carecía, amén de no haberse, de todos modos, justificado por "Bankia" la certeza y exigibilidad de los supuestos adeudos compensados.": SAP Lugo (Sección 1) 02.05.2012 (Sentencia 302/2012; Rollo 237/2012)

3.6.2 Rescisión de compensación previa cesión de créditos entre personas especialmente relacionadas

AP Albacete

"PRIMERO.-Se interpone recurso de apelación en nombre y representación de "Hormigones Cebrián, SL" contra la sentencia de la Juez de lo Mercantil de Albacete de 13 de enero de 2012, dictada en un incidente concursal promovido por los Administradores Concursales de las entidades "Horpreyma, SL, en liquidación" y "Horpreyma Comercial, SL, en liquidación".
La sentencia aludida fue estimatoria de la demanda, declarando la ineficacia de las compensaciones efectuadas entre las codemandadas "Horpreyma SL", "Horpreyma Comercial SL", "Horpreyma Toledo SL" y "Hormigones Cebrián SL", con los efectos inherentes y los que detalló.
La apelante debía a "Horpreyma SL" la cantidad de 497.994,26 # y a "Horpreyma Toledo SL" 33.691,03 #, y era acreedora de "Horpreyma Comercial SL" por importe de 888.635,90 #. "Horpreyma SL" y "Horpreyma Toledo SL" cedieron a "Horpreyma Comercial SL" sus créditos y ésta compensó su deuda con "Hormigones Cebrián, SL" por importe de 531.685 #, quedando pendiente por ello una deuda frente a la apelante de sólo 356.950,61 #.
Los Administradores Concursales promovieron la acción de rescisión contra las operaciones descritas, que la sentencia apelada declaró ineficaces. (...)
TERCERO.-En cuanto al fondo de la cuestión, la Sra. Juez de lo Mercantil parte de la idea de que la rescindibilidad de los actos del concursado en la nueva ley se apoya de un lado en la fecha de realización de los mismos, en los dos años anteriores a la declaración del concurso, y de otro en la existencia o generación de un perjuicio, entendiendo además que el perjuicio puede que se produzca no solo cuando hay una minoración del activo sin que se produzca la correlativa del pasivo, y de hecho así lo ha entendido el propio legislador, cuando a través de alguno de los supuestos de los apartados 2 y 3 del art.71, pese a existir una correlación entre la reducción del activo y del pasivo, establece unas presunciones de perjuicio para la masa activa, como sucede con la alteración de la par conditio creditorum, a favor de uno o varios acreedores en detrimento del resto.
A continuación expone las razones por las que debe accederse a la rescisión:
a) Las operaciones perjudican a "Horpreyma, SL", toda vez era acreedora de una entidad solvente, "Hormigones Cebrián, SL", y pasa a serlo de "Horpreyma Comercial, SL", que atravesaba dificultades económicas que derivaron en la solicitud de concurso el 4 de febrero de 2010, siendo declarada en concurso, junto con la propia "Horpreyma, SL", el día 19 de febrero de 2010. Frente a ello, "Hormigones Cebrián, SL" no ha sido declarada en concurso ni consta en relación con la misma situación de insolvencia alguna.
b) La fecha de las operaciones. La "regularización" se hizo el 4 de noviembre de 2009 y las solicitudes de concurso el día 4 de febrero de 2010, de modo que aquélla se llevó a cabo estando ya las concursadas en situación de insolvencia, suponiendo el pago realizado una vulneración de la norma de la "par conditio creditorum".
c) De la prueba documental aportada se desprende que "Horpreyma Comercial, SL" y "Horpreyma SL" son administradas por un Consejo de Administración formado por los Sres. Jesús Ángel, Marcial y Eloy, siendo que el referido Sr. Marcial es también administrador de "Hormigones Cebrián, SL", y la propia Ley Concursal presume perjudiciales los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado en el art. 71.3.1 °,

existiendo la relación antes señalada, y además "Hormigones Cebrián, SL" es propietaria en un 19% de "Horpreyma, SL" y en un 15,20% de "Horpreyma Comercial, SL".
CUARTO.-Frente a ello la recurrente insiste en la validez de la compensación por concurrir sus requisitos con anterioridad a la declaración del concurso, de acuerdo con el contenido del art. 58 de la Ley.
Pero no profundiza la apelante en el detalle fundamental de que para conseguir la concurrencia de los requisitos de la compensación fue necesario que previamente "Horpreyma, SL" y "Horpreyma Toledo, SL" cedieran los créditos que tenían frente a ella a "Horpreyma Comercial, SL", que era su deudora.
Y debe tenerse en cuenta:
1) "Horpreyma, SL" y "Horpreyma Comercial, SL" son empresas relacionadas, y de hecho los Concursos de ambas se han acumulado de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 bis de la Ley Concursal, que prevé tal posibilidad, entre otros casos, para quienes formen parte de un grupo de sociedades.
2) Además, la cesión de créditos se hizo en beneficio de "Hormigones Cebrián, SL", cuyo administrador, Marcial, es miembro de los Consejos de Administración de "Horpreyma Comercial, SL", "Horpreyma, SL" y "Horpreyma Toledo, SL".
3) El art. 71 de la Ley Concursal establece, en su apartado 3, 1º, que, a los efectos de la rescisión, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
4) Viene entendiéndose que son sociedades "especialmente relacionadas" las que se mencionan en el art. 42 del Código de Comercio, al que se remiten a su vez el art. 4 de la Ley del Mercado de Valores, el artículo 87 del TRLSA y el artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital.
5) Establece el art. 42 del Código de Comercio que existe un grupo de sociedades cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras; que se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la otra, que se calificará como dependiente; y que se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante, cosa que sucede, como se ve, en el caso de la apelante.
Procede, por ello, la desestimación del recurso también en este punto.": SAP Albacete (Sección 1) 05.07.2013 (Sentencia 131/2013; Rollo 362/2012)

AP Girona

"CUARTO.-La compensación como forma de pago y el perjuicio para la masa activa.
Sentada la validez del contrato de asunción de deuda y préstamo suscrito entre el Sr. Andrés y los acreedores demandados, resta por determinar si procede la acción de reintegración respecto de la compensaciones contables operadas el 4 y 10 de mayo de 2011 entre las cuentas de pasivo y activo a que se hace referencia en los hechos 2º y 3º del fundamento Segundo de esta sentencia. Debe anticiparse que la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa en plena coincidencia con lo resuelto en la sentencia de primer grado.
El art. 58 LC regula la compensación y establece que no procede la que se produzca con posterioridad a la declaración del concurso, siendo por lo tanto válida la realizada antes de dicha fecha, salvo que, como se plantea en este caso, sea declarada ineficaz al amparo de lo dispuesto en el art. 71 de la LC.
Procede analizar, por lo tanto, si las operaciones realizadas el 4 y 10 de mayo de 2011, a través de las cuales el deudor pagó al Sr. Andrés los créditos que éste acababa de adquirir pocos días antes, son perjudiciales para la masa activa. La recurrente sostiene que no hay perjuicio alguno en la medida en que, aunque es cierto que consecuencia de las operaciones mencionadas desaparecen del activo determinados bienes o derechos, no lo es menos que se reduce el pasivo por importe idéntico al valor de los activos.
La compensación es una forma de pago (art. 1.156 y 1.195 CC) y la forma de extinguir las obligaciones entre personas recíprocamente acreedoras y deudoras. Puede ser legal, voluntaria o judicial. El artículo 1196 del CC establece los requisitos de la compensación legal: cada uno de los obligados debe serlo con carácter principal, así como acreedor principal, ambas deudas deben ser en dinero, vencidas líquidas y exigibles. La compensación voluntaria opera entre personas recíprocamente acreedora y deudora en aquellos supuestos en que no concurren los requisitos para la compensación legal.
En este caso el Sr. Andrés debía a la concursada 12.967.112,00 euros y, tras la asunción de deuda realizada el 4 de mayo de 2011, la concursada debe al Sr. Andrés, 21.674.600,38 euros, en virtud de un préstamo participativo.
Conviene destacar aquí nuevamente que el contrato de asunción de deuda que no es más que un medio para facilitar el pago y la compensación que ahora se analiza. Con anterioridad a la misma el Sr. Andrés era deudor de la concursada, pero no acreedor, por lo que no existían créditos compensables.
También es preciso destacar que la operación de asunción de deuda a través de la cual el Sr. Andrés pasa a ser acreedor de INFO COBRO fue reflejada en la contabilidad de la concursada como un "préstamo participativo" lo que permite presumir que se trata de un préstamo a largo plazo. Aunque es cierto que la contabilidad no crea la realidad, sino que se limita a reflejar los hechos económicos acaecidos de manera ordenada y comprensible, no lo es menos que, tratándose de documentos

elaborados por la propia concursada, la información que de la misma resulta ha de tener un singular valor probatorio, más aun cuando no ha sido contradicha por otros medios de prueba.
Aunque en el presente supuesto la AC y la sentencia de primer grado se refieren siempre a la compensación como el acto del deudor que debe ser declarado ineficaz, tal como resulta de los hechos probados, en realidad la extinción de la obligación que el deudor tenía con el Sr. Andrés se produce en dos fases y de dos formas distintas. El cuatro de mayo, el mismo día que el Sr. Andrés presta a la sociedad 21.647.600,38 euros, INFO COBRO le paga 8.948.324,55 euros entregándole unas existencias, gestions en curs, que aparecen en el balance por dicho importe. El diez de mayo se produce la extinción del resto del crédito por compensación entre lo debido por el Sr. Andrés a INFO COBRO y lo debido por esta sociedad al Sr. Andrés.
Como se ha señalado ya, la contabilidad del deudor recoge en el mismo día -4 de mayo de 2011- dos hechos económicos muy importantes para la compañía: el préstamo que el Sr. Andrés hace a la sociedad y el pago parcial de la cantidad prestada. El pago no se hace en metálico, sino mediante la entrega de unas existencias, identificadas contablemente como "gestions en curs" por valor de 8.948.324,55 euros, pero como consecuencia de esta operación desaparecen del activo de INFO COBRO esas existencias o gestiones en curso y, simultáneamente, se rebaja el importe del préstamo participativo. A partir de ese momento INFO COBRO debe al Sr. Andrés 12.289.426,45 de euros y éste a aquella 12.967.112,00 euros, son por lo tanto recíprocamente acreedor y deudor por cantidades casi idénticas. No se trata de una compensación, por más que contablemente así se recoja, y ello porque no existen en realidad dos créditos compensables, limitándose la sociedad a hacer pago al Sr. Andrés de parte del importe del préstamo recibido ese mismo día mediante la entrega de existencias.
El 10 de mayo de 2011 INFO COBRO y el Sr. Andrés acuerdan compensar dichas cantidades junto con otras extinguiendo con ello las obligaciones que les vinculan recíprocamente y así lo reflejan en la contabilidad en dicha fecha.
Es cierto que las operaciones realizadas parecen en principio neutras para INFO COBRO puesto que, como afirma la recurrente, correlativamente a la reducción del activo se produce una reducción del pasivo por idéntico importe. Pese a esa aparente neutralidad, la proximidad entre las operaciones realizadas y la fecha de solicitud del concurso -menos de un mes- obliga a revisarlas a la luz de lo dispuesto en el art. 71 LC a fin de valorar si causan perjuicio a la masa activa.
La LC no especifica qué debe entenderse por perjuicio patrimonial, se trata pues de un concepto jurídico indeterminado cuya concreción corresponde al juez. La jurisprudencia se ha inclinado por un concepto amplio entendiendo que un acto es perjudicial cuando implica un sacrificio patrimonial injustificado para el deudor, teniendo en cuenta el principio de la par conditio creditorum, de tal modo que el perjuicio se ha de producir para los acreedores entendidos como una colectividad, atendiendo a la masa pasiva y no a los acreedores aisladamente considerados. Es perjudicial todo acto u omisión del deudor que comporte una significativa disminución de la solvencia, entendida como la disminución de la posibilidad de que los acreedores lleguen a percibir el importe de sus créditos, aunque no dé lugar a una disminución del patrimonio. Esa es la razón por la que se incluyen entre los actos perjudiciales los pagos de créditos no vencidos, pues, aunque a primera vista tienen un efecto neutro sobre el patrimonio del deudor, en tanto a la disminución del activo corresponde en igual medida la del pasivo exigible, afectan a los restantes acreedores que ven perjudicado su derecho a cobrar en beneficio de uno sólo de ellos. Así perfilado el concepto de perjuicio, será predicable también del pago de créditos vencidos o de obligaciones ordinarias del deudor cuando se produzca en fechas próximas al concurso y en condiciones que puedan ser calificadas como anormales.
El Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de octubre de 2012, con reiteración de la doctrina sentada en la de 27 de octubre de 2010, define el perjuicio como la "lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso".
Varias son las cuestiones que es preciso tener en cuenta para valorar las operaciones (compensación y pago) cuestionadas en este caso:
a) la coincidencia en la fecha del préstamo y la del pago, así como el origen del crédito del Sr. Andrés a que se hace mención en el fundamento anterior,
b) nada sabemos en cuanto al plazo de devolución del préstamo participativo realizado por el Sr. Andrés a INFO COBRO el 4 de mayo de 2011.
Lo apuntado permite a este Tribunal alcanzar la convicción de que cuando el 4 de mayo de 2011 la deudora INFO COBRO paga al el Sr. Andrés parte de su crédito por importe de más de 8 millones de euros mediante la entrega de unas existencias identificadas como "gestions en curs" el crédito que titula el Sr. Andrés no había vencido. Esa es la única interpretación racional de los hechos descritos, pues no tiene sentido que un socio dé crédito en forma de préstamo participativo a la sociedad para que, a continuación, el mismo día, la sociedad le pague parte de la cantidad prestada, no en dinero, sino en bienes.
Por otra parte, habida cuenta que no consta cuál es el plazo de devolución del préstamo participativo, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 313 del Código de Comercio que establece para los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo que "no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho". No consta que el Sr. Andrés requiriera notarialmente de pago a INFO COBRO. En consecuencia resulta evidente que tanto el pago realizado mediante la entrega de existencias identificadas el 4 de mayo de 2011, como el pago realizado por compensación de créditos el 10 de mayo lo fueron para extinguir

una obligación no vencida en ese tiempo.
A mayor abundamiento, aunque considerásemos, a efectos meramente dialécticos, que el Sr. Andrés era titular al tiempo de realizarse los actos objeto de la acción de reintegración de un crédito vencido, líquido y exigible, éstos serían rescindibles. Se trata de un pago, por dación de existencias o compensación, realizado a persona especialmente relacionada con el deudor, respecto del que el art. 71.3.1º establece la presunción de perjuicio para el deudor salvo prueba en contrario, que aquí no se ha producido. No hay que perder de vista además que el crédito del que es titular el Sr. Andrés frente a INFO COBRO trae causa de una operación concebida como el instrumento para que el Sr. Andrés pudiera ser titular de un crédito frente a la sociedad con la única finalidad de poder obtener el pago y la compensación aquí analizadas. Lo anterior nos lleva necesariamente a concluir que el pago, sea por entrega de existencias o por compensación, a persona especialmente relacionada con el deudor no se produjo en condiciones normales, sino más bien extraordinarias e incluso fraudulentas, puesto que de no mediar la asunción de deuda, nuca hubiera sido posible. Tal como acertadamente concluye la sentencia de primer grado, el administrador de la sociedad y algunos de los acreedores de INFO COBRO idearon un negocio jurídico complejo que sólo a ellos beneficiaba a la vez que perjudicaba gravemente a la masa activa.
Atendiendo al concepto amplio de perjuicio antes enunciado, es claro que el pago de una deuda no vencida, cuyo vencimiento era posterior a la solicitud de concurso, a persona especialmente relacionada con el deudor ha sido perjudicial para el concurso y ha afectado a la par conditio, por lo que, concurriendo los requisitos establecidos en el artículo 71 de la LC, es procedente confirmar la sentencia recurrida en cuanto estima la acción de reintegración respecto de los pagos realizados por el deudor al Sr. Andrés los días 4 y 10 de mayo de 2011.”: SAP Girona (Sección 1) 29.05.2014 (Sentencia 164/2014; Rollo 554/2013)

3.6.2.1 No rescisión –que no se argumenta ni explica- de la previa cesión del crédito

AP Tarragona

“PRIMERO.-Los hechos que son objeto de enjuiciamiento en este recurso y que la sentencia de instancia declara probados son los siguientes: La mercantil ahora en concurso Carlos Iniciativas, S.L. cedió a Promociones Torbotor, S.L. en escritura pública autorizada en fecha 14 de octubre de 2008 la mitad del importe de un crédito que tenía frente a la AEAT en concepto de devolución de IVA ejercicio 2007 por un importe de 289.455,31 Euros, estando representadas ambas sociedades por el administrador de las mismas D. Adriano, cantidad que la cesionaria procedió a compensar con deudas de la misma frente a la citada AEAT mediante acuerdo de compensación aprobado por este Organismo Público el día 16 de octubre de 2008. Carlos Iniciativas S.L. y Promociones Torbotor, S.L. fueron declaradas en concurso mediante Auto de fecha 9 de marzo de 2009.
La sentencia recurrida entiende que estos hechos tienen cabida dentro del ámbito de la rescisión concursal por ser perjudiciales para la masa al reducir el activo de la masa de la mercantil Carlos Iniciativas,
S.L. seis meses antes de la declaración de concurso con el consiguiente perjuicio patrimonial para la globalidad de acreedores y considera que ambas sociedades concursadas actuaron con mala fe pero no así la AEAT.
SEGUNDO.-La sentencia es recurrida por la AEAT que basa su recurso en los siguientes motivos:
En primer lugar sostiene la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de la acción entablada, invocando determinadas resoluciones del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, hecho que no se planteó en la primera instancia por haber sido declarada la AEAT en situación procesal de rebeldía, si bien, como dice la SAP de Córdoba de 4 de junio de 2013 : "Respecto de la incompetencia de jurisdicción, aunque en su día no se formuló declinatoria, dicho defecto procesal puede ser apreciable de oficio, conforme al artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que puede ser planteado por la parte apelante en esta alzada. En relación con lo cual, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en Sentencia de 14 de diciembre de 2011, declaró que "corresponde a la Administración tributaria liquidar las cuotas tributarias del IVA de la entidad concursada...., siendo ajena a la competencia de este Tribunal la determinación del orden jurisdiccional ante el que deba dilucidarse la eventual impugnación del acto administrativo dictado al efecto". Es decir, se afirma la competencia exclusiva de la administración para la liquidación del tributo, pero no se priva al órgano jurisdiccional mercantil de su competencia para resolver sobre las repercusiones de orden estrictamente concursal que tales liquidaciones tienen. En este caso, en el suplico de la demanda incidental no se cuestiona la procedencia o cuantía de las liquidaciones efectuadas por la Agencia Tributaria, sino únicamente si las mismas pueden ser compensables en el concurso, al amparo del artículo 58 de la Ley Concursal; y bajo este prisma, ha de afirmarse la jurisdicción del juez del concurso para conocer de dicha pretensión, porque determinar si una compensación realizada con posterioridad a la declaración de concurso infringe lo previsto en el citado artículo 58 de la Ley Concursal es competencia exclusiva del juez, en su función de salvaguarda de la "par conditio creditorum", de acuerdo con el artículo 49 de la misma Ley ".
TERCERO.-La AEAT defiende en esta alzada la legalidad del convenio de compensación citado en su momento (16 de octubre de 2008) si bien sostiene que ella no fue parte en el negocio de cesión de créditos operada entre Promociones Torbotor S.L. y Carlos Iniciativas, S.L.. El motivo no puede compartirse pues la acción de rescisión entablada por la administración judicial lo es respecto de la

mencionada cesión, negocio jurídico entre las dos concursadas, y también de la compensación en la que participan, de manera incuestionable, la mercantil Carlos Iniciativas, S.L., (ahora en concurso) y la AEAT.
“En relación a la compensación, debemos partir de que en la compensación realizada concurren todos y cada uno de los requisitos propios de dicha institución extintiva de las obligaciones, así como que los mismos concurrían antes de declararse el concurso, por lo que, en principio, podría resultar de aplicación el art. 58 LC para validar la misma, y si bien ello no la hace inmune a la rescisión concursal, dado que en este caso se ha reconocido que se trata de créditos que estaban vencidos y eran líquidos y exigibles con anterioridad a la declaración del concurso de acreedores, y por ello, dado que la interpretación abrumadoramente mayoritaria en nuestra doctrina del art. 1202 CC ("El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores"), es que la compensación en nuestro ordenamiento opera automáticamente, ipso iure, una vez que concurren los requisitos. De forma que, para apreciar la concurrencia de los mismos debe estarse al momento en que confluyen los créditos y deudas a compensar con los requisitos precisos. Si, como el supuesto que nos ocupa, concurrían con anterioridad a la declaración del concurso, la compensación no puede ser atacada en sede de rescisión concursal por efecto reflejo del art. 58 LC.
Tal y como resulta reiteradamente expresado por la doctrina jurisprudencial en la materia y así lo recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, de 12.11.2010 [Roj: SAP LE 1349/2010] que "... Coincidiendo con los argumentos expuestos en la SAP Barcelona de 30 de marzo de 2009 resulta que el juicio sobre el perjuicio que pueda entrañar la satisfacción de un crédito por medio de la compensación no coincide con el realizado para el caso del pago, pues aunque no deja de ser una forma de extinción de una obligación de pago -a costa de un crédito a favor de la concursada (arts. 1195, 1196 y 1202 CC)-, tiene un tratamiento concursal especifico. Dentro del concurso, el tratamiento de estos dos modos de satisfacción de un crédito concursal no es idéntico: mientras que no cabe el pago del crédito concursal, sino es de acuerdo con las soluciones concursales (en el convenio o en la liquidación y pago) y de acuerdo con la par condicio creditorum, la prohibición de compensación no es absoluta. El art. 58 LC admite la compensación practicada con posterioridad a la declaración de concurso siempre que sus requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración. Por lo que, para no hacer de peor condición la compensación realizada antes del concurso, que la posterior, el juicio sobre el perjuicio debe quedar reducido en principio a la concurrencia de los requisitos de la compensación..."; puntualizando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 30.9.2008 [Roj: SAP B 11294/2008] que "... El art. 58 LC únicamente admite como compensación eficaz con proyección sobre el concurso la que ha tenido lugar entre créditos que ya fueran compensables, conforme al régimen legal, en el momento de ser declarado el concurso, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles) se daban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago, y contemplando la situación desde la perspectiva de un concurso ya declarado...".
En consecuencia, dado que la compensación operada resulta una operación que no supone perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso, en la medida en que se produce mediante la concurrencia de los requisitos legales exigibles para ello, debe revocarse la rescisión declarada sobre la misma.”: SAP Tarragona (Sección 1) 14.10.2013 (Sentencia 427/2013; Rollo 356/2012)

3.6.3 No rescisión pese a que la entidad bancaria ejercitó la facultad contractual de cancelar anticipadamente un depósito

AP Barcelona

“PRIMERO.-1. La administración concursal de Construcciones Metálicas MVS, S.L. ejercita contra la concursada y contra Catalunya Banc, S.A. una acción de reintegración concursal, con base en los artículos
71.1, 71.2 y 73 LC, pretendiendo la reintegración a la masa del concurso de la cantidad de 9.400 euros por el pago anticipado de una deuda de la concursada con la entidad de crédito demandada.
Sostiene la actora que Construcciones Metálicas MVS, S.L, debido a unos efectos impagados de importe total 14.113,05 euros, adeudaba a Catalunya Banc, S.A. el saldo negativo generado en una cuenta corriente bancaria y que la citada entidad de crédito procedió a saldar la deuda mediante la cancelación anticipada de un contrato de depósito indexado titularidad de la concursada, traspasando los fondos del depósito bancario (la cantidad de 9.400 euros) a aquélla cuenta corriente bancaria con saldo negativo.
2. Los siguientes hechos incontrovertidos o acreditados en autos son relevantes para la resolución del presente recurso:
1º) Con fecha 22 de enero de 2009, Construcciones Metálicas MVS, S.L. constituyó un depósito indexado con la entidad Catalunya Caixa (hoy, Catalunya Banc, S.A.), vinculado a una libreta de ahorro a la vista (conforme acredita el contrato de depósito, acompañado como doc. 3, al folio 10 y el extracto de Catalunya Banc, S.A. sobre la posición de los productos de la concursada, acompañado como documento 4 de la demanda). Las condiciones generales del contrato de depósito suscrito entre las partes contiene la siguiente cláusula:
" *Compensación de saldos y de cuentas. Los saldos acreedores de esta cuenta y de las cuentas de*

cualquier otro tipo que los titulares mantengan con Caixa Catalunya serán considerados como garantía de los saldos deudores y, en general, de toda clase de operaciones que los clientes puedan tener con Caixa Catalunya, a las que estarán sujetas.
En consecuencia, y sin carácter limitativo, Caixa Catalunya queda expresamente facultada para cargar o abonar en cuenta, respectivamente, los saldos deudores o acreedores de otras cuentas u operaciones, incluidas las cuentas extranjeras, una vez realizada la conversión, así como a cargar el importe nominal y los gastos de las letras de cambio libradas o endosadas por el titular, hayan vencido o no, así como los importes que resulten a su favor de las operaciones avaladas por el titular o titulares o que Caixa Catalunya realice por orden de éstos, y los gastos, intereses, comisiones o conceptos similares ocasionados por aquéllas".
2º) La concursada realizó imposiciones periódicas en efectivo a plazo fijo en el depósito bancario. El 18 de abril del 2012, la cantidad total de las imposiciones efectuadas a plazo y pendientes de vencimiento, las fechas de vencimiento eran posteriores a la fecha de declaración del concurso -en concreto, entre el 26.9.12 y el 12.5.14-, ascendía a un importe total de 9.400 euros (según resulta del extracto de Catalunya Banc, S.A. sobre la posición de los productos de la concursada, acompañado como documento 4 de la demanda).
3º) Con fecha 22 de octubre de 2009 Caixa Catalunya y la hoy concursada suscribieron un *contrato de anticipo de créditos en soporte magnético* (documento nº 1 de la contestación a la demanda). En el contrato las partes convinieron la apertura de una línea para el anticipo de créditos comunicados en soporte magnético que el acreditado tuviera frente a sus deudores por transacciones derivadas de la actividad comercial hasta el límite de 70.000 euros. En virtud del referido contrato la entidad de crédito anticipaba el importe de los créditos legítimos que Construcciones Metálicas MVS, S.L ostentaba frente a sus clientes, asumiendo ésta la obligación de reintegro de los anticipos de los créditos si resultaban impagados por sus deudores. En concreto, sus cláusulas 6 y 12 tienen el siguiente tenor literal:
"6.Caixa Catalunya ha de aplicar las cantidades percibidas a la cancelación del pago anticipado hecho al acreditado, quien, en su caso, ha de reintegrar a Caixa Catalunya las cantidades que ésta no reciba de los deudores de aquél, reseñados en las relaciones y los soportes magnéticos, por sus importes íntegros. El acreditado también ha de responder de las comisiones, los impuestos y los gastos de correo que sean aplicables por las devoluciones producidas.
12. Caixa Catalunya se reserva la facultad de cobrar cualquier saldo vencido a su favor como consecuencia de este contrato, con cargo a las cuentas corrientes, libretas de ahorro o depósitos de efectivo que figuren a nombre del acreditado en cualquier oficina de Caixa Catalunya, que, así mismo, queda facultada irrevocablemente para cancelar los saldos deudores con el producto de otros saldos existentes en Caixa Catalunya acreedora a favor del acreditado, independientemente de su clase, y para imputar las cantidades que reciba, si existen varias deudas u obligaciones del acreditado, a cualquiera de ellas, del modo que estime conveniente, a menos que el acreditado declare, en el momento de realizar el pago, a cuál de ellos ha de aplicarse. Todos los saldos en efectivo a que se refiere esta estipulación se consideran afectos en todo momento a la total cancelación de la deuda por razón de lo estipulado en el presente contrato. El acreditado autoriza expresamente a Caixa Catalunya para abonar en la cuenta corriente especial los saldos, tato deudores como acreedores, que figuren en cualquier otra cuenta que Caixa Catalunya tenga a su nombre".
4º) Con fecha 18 de abril de 2012 Catalunya Banc, S.A. cargó en una cuenta corriente titularidad de la concursada la cantidad de 14.113,05 euros en concepto de impago de dos efectos de comercio y, en la misma fecha, se realizó a favor de dicha cuenta bancaria un traspaso por importe de 14.114 euros desde la libreta de ahorro vinculada al depósito. En concreto, la cantidad de 9.400 euros se abonó en dicha cuenta a cargo de la libreta de ahorro vinculada al depósito indexado, lo que requirió el vencimiento anticipado de las imposiciones a plazo del depósito, y la cantidad restante procedía del saldo ya existente antes de esa fecha en la libreta de ahorro vinculada al depósito.
5º) Los dos efectos de comercio impagados por los deudores de Construcciones Metálicas MVS, S.L. habían sido anticipados por la entidad de crédito en virtud del *contrato de anticipo de créditos en soporte magnético.* La fecha de vencimiento de esos dos efectos impagados, librados por terceros a favor de la concursada, era el 30 de marzo de 2012.
6º) Mediante auto de fecha 14 de mayo de 2012 fue declarada en concurso voluntario la entidad Construcciones Metálicas MVS, S.L.
3. La entidad de crédito demandada se opone a la pretensión actora aduciendo la aplicación del artículo
71.5 LC. Sostiene que el pago realizado está incluido en las operaciones realizadas en condiciones normales con acreedores financieros, conforme a lo pactado entre las partes y en el marco de las oportunas operaciones de financiación que permiten el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial.
4. La sentencia recurrida estima la demanda, con base en el artículo 71.2 LC, por concluir que el traspaso de 9.400 euros, con cancelación anticipada del depósito, se realizó para extinguir obligaciones de la concursada a favor de la entidad de crédito cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso, vulnerando la regla de la *par conditio creditorum* y suponiendo un sacrificio patrimonial injustificado a la concursada.
SEGUNDO.- 5. El perjuicio a la masa activa, sin necesidad de intención fraudulenta, constituye el requisito fundamental de la acción rescisoria concursal *ex* artículo 71 LC ["1. *Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta].*

Respecto a qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", este Sala ha mantenido en anteriores sentencias (por ejemplo, en la sentencia de 18 de septiembre de 2013 -ROJ SAP B 9624/2013-), y así lo declara la STS de 8 de noviembre de 2012 -ROJ STS 7746/2012 -, que será apreciable un perjuicio para la masa cuando el acto realizado por el deudor, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto), pero así mismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de *par condicio creditorum.*
En la citada sentencia de esta Sala afirmábamos que "esta noción de perjuicio comprende aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores, cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la *masa de acreedores,* que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso *injustificado* para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada.
En este sentido el perjuicio es presumido por la LC en el apartado 2, con carácter *iuris et de iure,* y en el apartado 3, *iuris tantum,* del art. 71, al establecer como presunciones legales ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores, así mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de la declaración del concurso, o por la constitución de garantías reales a favor de deudas preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
Ahora bien, la presunción legal de perjuicio cuando se trata de *actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso* se fundamenta en que el crédito, que vencía con posterioridad a la declaración de concurso y cuyo pago se anticipa, no podría ser cobrado por el acreedor una vez declarado el concurso, pues ese crédito quedaría integrado en la masa pasiva y el acreedor sometido al tratamiento concursal paritario con los demás acreedores concurrentes. Al adelantarse el pago, se privilegia injustificadamente al acreedor que lo percibe, que elude el tratamiento concursal de su crédito, alterándose así el principio de igualdad de trato."
6. La presunción legal de perjuicio *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC no es aplicable al presente supuesto. Dos son las razones que excluyen su aplicación: primera, la entidad de crédito demandada estaba facultada por virtud del contrato de *anticipo de créditos en soporte magnético* para efectuar los cargos en la cuenta corriente de crédito de la concursada cuando resultaren impagados por los terceros-deudores de ésta los créditos anticipados por la entidad de crédito y, en el supuesto de que en esa cuenta no existieran fondos suficientes, estaba facultada, en virtud del mismo contrato y del contrato de depósito indexado, para compensar el saldo deudor con el saldo positivo de la cuenta corriente de crédito y de la libreta de ahorro, dentro de la operativa financiera vigente entre las partes en virtud de los referidos contratos, de obligaciones recíprocas entre las partes, vigentes al tiempo de realizarse el traspaso de los fondos. No es apreciable por ello un perjuicio por alteración de la *par conditio creditorum,* ni por disminución injustificada del patrimonio del deudor (ya que los cargos por los importes previamente anticipados por la entidad de crédito suponen al mismo tiempo una disminución del activo como del pasivo de la concursada, por idéntico importe, con lo que el patrimonio neto permanece igual), y responden a la operativa financiera vigente por virtud de los contratos suscritos.
Segunda, el vencimiento de las obligaciones satisfechas por Catalunya Banc, S.A. era anterior a la declaración de concurso. La deuda dimana del anticipo por Catalunya Banc, S.A. a la concursada, en virtud del contrato de *anticipo de créditos en soporte magnético,* del importe de dos derechos de crédito que ésta ostentaba contra clientes suyos. La fecha de vencimiento de esos derechos de crédito era el 30 de marzo de 2012 y, por tanto, anterior a la declaración de concurso, 14 de mayo de 2012. El pago de esa deuda exigible con anterioridad a la declaración de concurso se realizó, también con anterioridad a la declaración del concurso, con arreglo al modo habitual de la operativa financiera vigente y convenida en los contratos suscritos entre Catalunya Banc, S.A. y la hoy concursada. No cabe apreciar en el traspaso de los fondos desde la libreta de ahorros vinculada al depósito de imposiciones a plazo, con anterioridad al vencimiento del plazo de las imposiciones, un pago anticipado, sino la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito convenido y ajustado a lo pactado en el contrato de depósito que faculta la disposición anticipada de los fondos.”: SAP Barcelona (Sección 15) 22.04.2014 (Sentencia 135/2014; Rollo 479/2013)

3.6.4 De créditos procedentes de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, en condiciones normales

AP La Coruña

“PRIMERO.-Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, estimatoria de la demanda de incidente concursal planteada por la Administración Concursal de la entidad en concurso de acreedores PESCADOS MUIÑOS, S.L., que declara la rescisión e ineficacia de la compensación de deudas acordada con la entidad LAGE PICO MARIA LUZ, S.L.N.E., suscrito documento en fecha 3 de diciembre de 2009, dejándola sin efecto, declarando subsistente el derecho de crédito de la sociedad concursada frente la sociedad LAGE PICO MARIA LUZ, S.L.N.E. por importe de 3.597.679,67 euro, que habrá que ser reintegrado a la masa activa del concurso bajo la supervisión

de la administración concursal, condenándola a que abone a la concursada la referida cantidad, que se reintegrará a la masa del concurso, interpone recurso de apelación la representación de la mercantil LAGE PICO MARIA LUZ, S.L.N.E., y de impugnación a la sentencia apelada la entidad concursada PESCADOS MUIÑOS, S.L., suplicando, en definitiva, con su recurso la desestimación integra de la demanda, alegando que con el acuerdo de compensación no se ha causado un perjuicio para la masa activa para que pudiera prosperar la acción de rescisión ejercitada por la Administración Concursal, cuando no hubo pago ni desplazamiento patrimonial alguno, sólo un mero apunte contable para regularizar las cuentas de las operaciones comerciales ordinarias entre las mercantiles de los años 2008 y 2009, y que las mismas significaron poder continuar su actividad económica propia ordinaria PESCADOS MUIÑOS, S.L, que requería necesariamente continuar con el suministro de material, máxime cuando no tenía conocimiento en ese momento de la solicitud de concurso necesario presentada ante el Juzgado.

SEGUNDO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.

Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.

Y efectivamente de la prueba practicada constan acreditadas, con el soporte documental aportado, las relaciones comerciales existentes entre las mercantiles recurrentes, desde principios del año 2008 hasta noviembre de 2009, lo que no se había acreditado en la pieza de calificación, tratándose de actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor realizados en condiciones normales, por cuanto la entidad LAGE PICO MARIA LUZ, S.L.N.E. es la empresa que suministra mercancía a PESCADOS MUIÑOS, S.L., que a su vez le compra, una vez manufacturada y lista para su venta en el mercado.

Así constan aportadas las facturas emitidas por las mercantiles, y modelo 347 de la Agencia Tributaria de la declaración anual de operaciones con terceras personas de los ejercicios 2008, 2009 y 2010 presentadas por LAGE PICO MARIA LUZ, S.L.N.E.

Por otra parte, el parentesco existente entre los administradores de las mercantiles, en el caso cuñados, es precisamente lo determinante para que PESCADOS MUIÑOS, S.L. pudiese continuar con su actividad, con dieciocho trabajadores en plantilla, dadas sus dificultades para adquirir materia prima de otros proveedores para poder manufacturar, que después le compraba LAGE PICO MARIA LUZ, S.L.N.E. para su posterior venta en el mercado

El acto cuya rescisión se declara en la sentencia apelada no es más que el acuerdo de compensación de los créditos y las deudas reciprocas, ante el requerimiento practicado a ésta última entidad del Juzgado de Primera Instancia de Ortigueira para que ingresara cualquier cantidad pendiente de pago a favor de PESCADOS MUIÑOS, S.L., motivo por el cual decide romper las relaciones comerciales, y previa comprobación de contabilidad, con ayuda del asesor Sr. Carreira Castro, que además fue quien redactó el documento, suscriben el acuerdo que denominan de compensación de deudas de fecha 3 de diciembre de 2009, resultando un saldo a favor de LAGE PICO MARIA LUZ, S.L.N.E. de 461.686,61 euros, quedando pendiente de pago la deuda por parte de PESCADOS MUIÑOS, S.L..

De tal modo no hubo desplazamiento patrimonial injustificado del deudor, que posteriormente es declarado en concurso, sino un mero apunte contable, por lo que no cabe concluir la existencia de perjuicio para la masa activa, con la mera suscripción del acuerdo.

Sin que pueda afectar en el presente caso la prohibición de compensación de los créditos y de las deudas del concursado, establecida en el artículo 58 de la Ley Concursal, cuando los requisitos exigidos legalmente en el art. 1196 del Código Civil para operar la compensación de obligaciones, existían con anterioridad a la declaración del concurso, del que desconocían las partes, al momento de la suscripción del documento como medio de extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente (art. 1202 CC), la presentación de solicitud de concurso necesario por otro acreedor ante el Juzgado de lo Mercantil, ya que fue emplazada PESCADOS MUIÑOS, S.L. con posterioridad.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, reiterado en la de 18 de febrero de 2013, los efectos de la compensación se producen de forma automática o "ipso iure", con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia "ex tunc", pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o

no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.
La compensación que prohíbe el art. 58 LC es la realizada con posterioridad al concurso, cuando los requisitos del art. 1196 CC no hubieran existido con anterioridad a la declaración del concurso. Aunque no resulte aplicable al caso, por no estar vigente al tiempo de realizarse la compensación, como refiere el Tribunal Supremo en su sentencia antes referida de 18 de febrero de 2013, ".. conviene advertir que la Ley 38/2011 ha completado el art. 58 LC, y apostilla ahora que será válida la compensación de los créditos y deudas del concursado cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, "aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella".
Y evidentemente, devienen los créditos y deudas recíprocos que se compensan de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, es decir los propios o característicos del giro o tráfico jurídico al que se dedica, y ejecutados en condiciones normales de mercado, que no se impugnan, precisamente al ser de aplicación el numeral 5.1º del art 71 LC.
La finalidad de esta excepción, como se indica en sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013, es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.
En definitiva, no ha resultado acreditado perjuicio alguno a la masa activa, pues no existiría sacrificio patrimonial por el acuerdo de compensación, por lo que la demanda debería de haberse desestimado. “:SAP La Coruña (Sección 4) 09.03.2015 (Sentencia 71/2015; Rollo 444/2014)

3.7 Compensación convencional: aplicabilidad de la rescisión

AP Oviedo

“Para resolver el recurso conforme el planteamiento antedicho habremos de tener en cuenta primeramente la protección de que goza la compensación en el ámbito concursal, disponiendo en este sentido el art. 58 L.C. que "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". Ocurre no obstante que lo que el precepto está contemplando es exclusivamente la compensación legal, con exclusión por tanto de la compensación voluntaria o convencional en cuanto que acuerdo de voluntades acerca de la forma de extinguir las obligaciones anteriores, habiendo declarado la STS 30 abril 2008 que la compensación voluntaria "tendrá lugar cuando las partes acuerden de modo convencional dicho pago recíproco, regulándose ésta por los pactos que libremente hubieran convenido". Y en el caso ahora enjuiciado es claro que nos hallamos en presencia de una compensación convencional entendida como una declaración negocial que busca la extinción de una y otra deuda en la cantidad concurrente -señala la STS 21 diciembre 2006 "el juego de la compensación exige una declaración de voluntad de los interesados"- siendo así que en cuanto tal negocio jurídico su eficacia no estará sujeta a los límites del art. 58 L.C., sino, en su caso, a los efectos derivados de una posible reintegración concursal prevista en el art. 71 L.C. si fuera un acto perjudicial para la masa. Esta conclusión viene confirmada por el hecho relevante de que cuando se concertó el acuerdo compensatorio no estaba todavía vencido el crédito de la concursada frente a Horlacasa (como así reconoce esta última en su escrito de recurso) por lo que el repetido acuerdo cumplía además la finalidad añadida de integrar la ausencia de uno de los requisitos exigidos legalmente en el art. 1196 C.Civil para que pueda operar la compensación de obligaciones, como es que las dos deudas estén vencidas.
Sentado lo anterior la siguiente consideración pasa por recordar que la compensación convencional no es sino un medio de extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente (art. 1202 C.Civil), que es además lo que la constructora y Horlacasa buscaban en el caso aquí enjuiciado, teniendo por tanto unos efectos semejantes a los del pago de una deuda. Es cierto que el art. 71-5 L.C. declara en su ordinal 1º como operaciones excluidas del ámbito de la acción de reintegración a "Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", habiendo señalado la STS 26 octubre 2012 que "con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor". Lo cierto no obstante es que la norma no solo requiere que nos hallemos ante un acto ordinario de la actividad de que se trate, sino además que se trate de un acto realizado en condiciones normales, debiendo recordar aquí que la señalada STS 26 octubre 2012 ha venido a declarar que el acto impugnado no puede ser tenido como realizado en condiciones normales en aquellos casos en que, por el momento en que aconteció, cabe presumir que ya concurría en el deudor la situación de insolvencia que después le llevó a ser declarado judicialmente en concurso de acreedores "pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto". Pues bien, en el caso presente encontramos que el acuerdo compensatorio por el cual el crédito que mantenía Horlacasa quedaba extinguido en la cantidad de 190.165,94 euros fue concertado -tal y como señala la Sentencia apelada, sin que la apelante impugne este dato- tan solo nueve días antes de la que la constructora presentara ante el Juzgado la comunicación del art. 5 bis L.C., lo que evidencia por si solo que la deudora se encontraba ya en aquel momento tratando de superar la situación de insolvencia que le aquejaba, intentos que no dieron resultado y

que condujeron finalmente a que dos meses después se viera obligada a presentar ante el Juzgado la solicitud de concurso voluntario, todo lo cual viene a confirmar que el acuerdo compensatorio por el que se abonaba el crédito que titulaba Horlacasa se llevó a cabo en unas condiciones que vulneraban la par conditio creditorum.”: SAP Oviedo (Sección 1) 09.10.2014 (Sentencia 267/2014; Rollo 81/2014)

“SEGUNDO.-Frente al anterior pronunciamiento se alza en apelación "Hormigones de Valdés, S.A." alegando en su recurso primeramente que lo que estaba pendiente de vencimiento el 30 enero 2013 y 2 marzo 2013, con posterioridad por tanto a la declaración de concurso, era el crédito que mantenía la concursada frente a la recurrente Horvalsa; se continúa alegando que la operación ahora impugnada no puede suponer ningún perjuicio patrimonial, pues conforme aparece en el contrato de obra concertado entre la concursada e Iberinco (doc. nº 1 demanda, pág. 3) el incumplimiento del plazo de ejecución de la obra implicaba la aplicación de una serie de penalizaciones de hasta el 15% del precio de la obra, lo que se traduciría en una cantidad de 406.313,92 euros; asimismo se alega que el pacto alcanzado con Iberinco suponía simplemente el reconocimiento de la procedencia de ejercitar por parte de la subcontratista la acción directa prevista en el art. 1597 C.Civil.
Para resolver el recurso conforme el planteamiento antedicho habremos de tener en cuenta primeramente la protección de que goza la compensación en el ámbito concursal, disponiendo en este sentido el art. 58 L.C. que "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración". Ocurre no obstante que lo que el precepto está contemplando es exclusivamente la compensación legal, con exclusión por tanto de la compensación voluntaria o convencional en cuanto que acuerdo de voluntades acerca de la forma de extinguir las obligaciones anteriores, habiendo declarado la STS 30 abril 2008 que la compensación voluntaria "tendrá lugar cuando las partes acuerden de modo convencional dicho pago recíproco, regulándose ésta por los pactos que libremente hubieran convenido". Y en el caso ahora enjuiciado es claro que nos hallamos en presencia de una compensación convencional entendida como una declaración negocial que busca la extinción de una y otra deuda en la cantidad concurrente -señala la STS 21 diciembre 2006 "el juego de la compensación exige una declaración de voluntad de los interesados"- siendo así que en cuanto tal negocio jurídico su eficacia no estará sujeta a los límites del art. 58 L.C., sino, en su caso, a los efectos derivados de una posible reintegración concursal prevista en el art. 71 L.C. si fuera un acto perjudicial para la masa. Esta conclusión viene confirmada por el hecho relevante de que cuando se concertó el acuerdo compensatorio no estaba todavía vencido el crédito de la concursada frente a Horlacasa (como así reconoce esta última en su escrito de recurso) por lo que el repetido acuerdo cumplía además la finalidad añadida de integrar la ausencia de uno de los requisitos exigidos legalmente en el art. 1196 C. Civil para que pueda operar la compensación de obligaciones, como es que las dos deudas estén vencidas.
Sentado lo anterior la siguiente consideración pasa por recordar que la compensación no es sino un medio de extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente (art. 1202 C. Civil), que es además lo que la constructora y Horvalsa buscaban en el caso aquí enjuiciado, teniendo por tanto unos efectos semejantes a los del pago de una deuda. Es cierto que el art. 71-5 L.C. declara en su ordinal 1º como operaciones excluidas del ámbito de la acción de reintegración a "Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", habiendo señalado la STS 26 octubre 2012 que "con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor". Lo cierto no obstante es que la norma no solo requiere que nos hallemos ante un acto ordinario de la actividad de que se trate, sino además que se trate de un acto realizado en condiciones normales, debiendo recordar aquí que la señalada STS 26 octubre 2012 ha venido a declarar que el acto impugnado no puede ser tenido como realizado en condiciones normales en aquellos casos en que, por el momento en que aconteció, cabe presumir que ya concurría en el deudor la situación de insolvencia que después le llevó a ser declarado judicialmente en concurso de acreedores "pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto". Pues bien, en el caso presente encontramos que el acuerdo compensatorio por el cual el crédito que mantenía Horvalsa quedaba extinguido en la cantidad de 81.100,99 euros fue concertado -tal y como señala la Sentencia apelada, sin que la apelante impugne este dato- tan solo nueve días antes de la que la constructora presentara ante el Juzgado la comunicación del art. 5 bis L.C., lo que evidencia por si solo que la deudora se encontraba ya en aquel momento tratando de superar la situación de insolvencia que le aquejaba, intentos que no dieron resultado y que condujeron finalmente a que dos meses después se viera obligada a presentar ante el Juzgado la solicitud de concurso voluntario, todo lo cual viene a confirmar que el acuerdo compensatorio por el que se abonaba el crédito que titulaba Horlacasa se llevó a cabo en unas condiciones que vulneraban la par conditio creditorum.”: SAP Oviedo (Sección 1) 10.10.2014 (Sentencia 268/2014; Rollo 82/2014)

3.8 Inaplicabilidad de la rescisión por infracción de la par conditio cuando ha operado la acción directa del art. 1597 CC antes de la declaración de concurso

AP Barcelona

“IV. Como no concurre ninguno de los supuestos de hecho de los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, lo único que queda es la imputación de la causación de un perjui-cio a la masa activa, que la demandante debe demostrar, según exige el artículo 71.4 LC, sin que opere ya presunción alguna. Es aquí donde la sentencia recurrida cen-tra su atención, y lo hace entendiendo que este perjuicio existe porque las cesiones efectuadas han alterado la

par condicio creditorum, dándose a Ben Fet un trato pri-vilegiado, muy distinto al del resto de los acreedores, que se han sujetado a las exi-gencias del concurso luego declarado.
Pero ello no es así en el caso que nos ocupa. En nuestro supuesto ha operado en el concurso el art. 1597 CC, al que ya dedicamos nuestra anterior sentencia de fecha 2 de marzo de 2006 (RA 682/2005), mostrándose el enfrentamiento de dos realida-des diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa del art. 1597 CC contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de pri-vilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del pro-ceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 LC), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva. Si en el caso antes mencionado la cuestión era la exclusión del crédito del subcontratista de la masa activa, en este caso la cuestión se presenta con motivo de una cesión de crédito anterior a la declaración, efectuada a favor del subcontratista, a quien paga el dueño de la obra, todo lo cual se consi-dera rescindible por perjudicial.
El art. 1597 CC, en efecto, establece que *"Los que ponen su trabajo y materia-les en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra eldueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace lareclamación"*. Es decir, que aunque quien ha realizado la obra puede reclamar el pago correspondiente al contratista que se obligó a ello, actuando contra el otro con-tratante y respetando así el principio de relatividad de los contratos, el Código Civil permite el ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra, entendiéndose que ambas obligaciones son solidarias, de suerte que el subcontratista puede diri-girse indistintamente contra uno u otro, aunque el comitente o dueño de la obra solamente responderá hasta el límite que el precepto señala (SSTS de 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997, 22 de diciembre de 1999, 6 de junio y 27 de julio de 2000).
La doctrina del Tribunal Supremo arranca con sentencias como las de 11 de junio de 1928, 15 de octubre de 1915 ó 29 de junio de 1936, y se reitera posterior-mente, refiriendo la eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena, formado por quienes al fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materia-les, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquél o aquéllos que directamente les hubiera contratado. Compendio de esa juris-prudencia del art. 1597 CC es la STS de 2 de julio de 1997, en la que, tras destacar los caracteres de la acción directa contemplada en dicho artículo como una excep-ción al principio de relatividad del contrato, se atiende a la realidad social de nues-tros días, con la frecuente aparición de subcontratos encadenados, para justificar la aplicación de la acción directa del art. 1597 CC con planteamientos distintos a los que se enfrentó el Código Civil del año 1889. La razón de ser de esta norma y el tratamiento privilegiado que supone se ha encontrado en criterios de equidad, en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, en la protección de un derecho a manera de refacción, o una especie de subrogación general derivada del principio de que "el deudor de mi deudor es también deudor mío."
A la vista de la doctrina y jurisprudencia recaída sobre la materia, que las partes conocen, podemos sentar los siguientes requisitos para el ejercicio de la acción directa prevista en el art. 1597 CC:
Están legitimados para reclamar los que ponen su trabajo y materiales en la obra. Los primeros son todos aquellos que llevan a cabo prestaciones de hacer, entendi-das en sentido amplio, destinadas a la obra; no sólo los que están unidos al contra-tista por una relación laboral, sino también los que lo están por una relación civil de servicios, o incluso de gestión, por lo que han de entenderse incluidos los subcon-tratistas (SSTS de 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997).
Pasivamente legitimado está el dueño de la obra, y en determinados casos, cuando existen varias subcontratas, el subcontratante. En el caso de existir una plu-ralidad de personas pasivamente legitimadas, pluralidad de comitentes, comitentes y promotores o subcomitentes, la acción podrá dirigirse contra cualquiera de ellos (STS de 11 de octubre de 1994 y 2 de julio de 1997).
Al tratarse de una acción directa, el subcontratista se hace inmune a las excepciones que el titular de la obra pudiera tener frente al contratista (vicios o defectos que le fueran imputables, por ejemplo, o los pactos entre el contratista y el promotor de exclusión del art. 1597 CC), toda vez que se ejercita contra quien se aprovecha o beneficia del trabajo y materiales puestos en ella.
El dueño o el contratista principal sólo podrá alegar, y demostrar (pues, por una inversión derivada de la facilidad probatoria, a él le corresponde la carga de dicha prueba, según doctrina establecida en la STS de 19 de abril de 2004) el pago, ya que así lo dice el precepto, de modo que, acreditada la inexistencia de deuda a su cargo, la acción directa queda sin sustento. Resulta por tanto imprescindible, como presu-puesto necesario para el ejercicio de esta acción, la existencia de un crédito del con-tratista contra el comitente o dueño de la obra, crédito que ha de existir y ser exigi-ble en el momento de procederse a la reclamación judicial o extrajudicial. Así lo viene entendiendo el Tribunal Supremo en sentencias de 29 de abril de 1991, 28 de enero de 1998, 28 de mayo de 1999, ó 31 de enero de 2002, que concluyó al res-pecto que, si hay una cadena de contrato de obra y subcontratos de la misma, desa-parece la acción directa cuando uno de los contratantes o subcontratantes no debe nada al siguiente, rompiéndose así la cadena.
Aun siendo cierto que el art. 1597 CC sólo se refiere a los contratos de obra por ajuste alzado, la razón de ser de esta limitación, explicitada en la ya mencionada STS de 11 de junio de 1928 y recordada por las SSAP Asturias de 8 de noviembre de 2004 y 18 de septiembre de 2000, que no es otra que la dotar de certeza y segu-ridad jurídica al límite cuantitativo de la responsabilidad que consagra, concurre igualmente en las obras contratadas por precio fijo por unidad de obra, aunque en estos supuestos deba limitarse la garantía del dueño de la obra o comitente a cada una de las partes o fases de la obra objeto de contratación.
Una vez ejercitada esta acción contra el dueño de la obra o el subcontratante, éste a quien debe abonar su importe es al reclamante que intervino en el proceso constructivo y no a la contratista principal. Ello no es más que una consecuencia de la naturaleza solidaria de la responsabilidad del dueño de la obra y contratista para con los subcontratistas de este último que intervienen en la misma (STS de 14 de marzo de 2004).
Aunque se emplee el término acción, de carácter procesal, el precepto no exige como requisito ineludible la interposición de una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial que cumpla con los

requisitos ya expuestos. La juris-prudencia es constante en este sentido (STS 17 de julio de 1998, SSAP Guipúzcoa 12 de abril de 2005, Girona 11 de febrero de 2005, Zaragoza 21 de septiembre de 2004, Barcelona, sec. 14ª, 12 de diciembre de 2002, entre otras).
La operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en las SSTS de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000, señalando ésta: *"La situa-ción concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene inciden-cia alguna en el proceso declarativo* — o el requerimiento extrajudicial, cabría aña-dir — *en el que se ventila la acción del artículo 1597."* Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan las SSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2005 ó 2 de noviembre de 2004, Asturias de 2 de junio de 2005 y 26 de octubre de 2004, o la de 1 de octubre de 2001 de la Audiencia Provincial de Navarra, el derecho establecido en el art. 1597 CC no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.
Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentan que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía del art. 1597 CC, mientras que los demás quedarían sujetos al pro-cedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que la ley otorga, uniéndose el art. 1597 CC a otros muchos preceptos de leyes especiales que han conferido tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la *par condicio creditorum*. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.
La situación no ha variado tras la entrada en vigor de la LC, que es la que veni-mos aplicando. No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibili-dades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El art. 1597 CC, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal, lo que, en consecuencia, conduciría a la necesidad de que el importe cedido a Ben Fet no salga de la masa activa, resultando improcedente la entrega a la demandada para su satisfacción autónoma.
Sin embargo, las fechas muestran que, en nuestro caso, la demandada ejerció su acción directa meses antes de la declaración del concurso, concretando la cesión del crédito con Easa S.A. y Easa S.L. en julio y agosto de 2005, en presencia y con par-ticipación de Construcciones Exisa S.A., Comercial Udra S.A. y Copcisa S.A., que liquidaron con ella deudas que antes tenían con las luego concursadas. De hecho, y con arreglo al funcionamiento ya expuesto de la acción directa, ni siquiera era nece-sario efectuar previamente una cesión formal del crédito de la contratista en favor de la subcontratista, pues bastaba con que, requerida de pago la dueña de la obra, ésta pagara, directamente y sin más mediación, a quien había ejecutado material-mente la obra certificada. En nuestro caso, pues, la acción directa se formalizó con las tres partes y mediando una cesión anterior, que dio la titularidad del crédito a quien lo cobraba.
En consecuencia, al producirse el fogonazo jurídico que supone la declaración del concurso, que fija una imagen — dinámica — de los créditos en ese momento concurrentes, la obligación jurídica de pago que incumbía a Construcciones Exisa S.A., Comercial Udra S.A. y Copcisa S.A. ya no era la que las ligaba con Easa, sino con Ben Fet. El crédito había operado contra el patrimonio de las contratistas prin-cipales, dueñas de la obra, pero se había desplazado en beneficio de la subcontra-tista antes de que el concurso fuera declarado por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó. El perjuicio para la masa activa de las concursadas, en consecuencia, es inexistente, y la operación realizada es perfectamente legal y no rescindible, por lo que el recurso debe ser estimado.": SAP Barcelona (Sección 15) 19.12.2007 (Rollo 592/2007)

3.9 Préstamo hipotecario no bancario en circunstancias sui generis: rescisión del préstamo y de la hipoteca

Tribunal Supremo

"UNDÉCIMO.- Decisión de la Sala.
1. Con carácter previo debemos advertir que en el recurso de casación no pueden impugnarse cuestiones de naturaleza fáctica como es la relativa al valor de los bienes sobre los que se constituyó la hipoteca y, por tanto, la desproporción existente entre el importe del préstamo y el valor de los bienes hipotecados para garantizarlo. Se trata de un presupuesto fijado en la instancia del que hay que partir para resolver el recurso de casación.
2. Las menciones que la recurrente hace a las reformas de la Ley Concursal sobre protección de la

refinanciación frente a las acciones de reintegración no pueden tener eficacia alguna por cuanto que no se llega a afirmar siquiera que la operación cuya rescisión se solicita cumpliera los requisitos previstos en la normativa entonces vigente para quedar inmune a las acciones de reintegración. Tampoco se afirma que cumpliera los requisitos que con posterioridad se establecieron en las sucesivas reformas de la Ley Concursal.
3. Por otra parte, el motivo del recurso contradice la conclusión, de naturaleza fundamentalmente fáctica, alcanzada por los órganos de instancia, que en lo sustancial aceptan la tesis de la demanda, en la que se afirma que no se trató de una operación de refinanciación sino de una estratagema orquestada entre la sociedad suiza CIB y los dos consejeros delegados de Socotherm España para obligar a la matriz italiana, en concurso, a vender la filial española a una sociedad de la que tales consejeros delegados eran únicos socios, al haber hipotecado todos los bienes de esta para garantizar un préstamo que, por la situación económica de la sociedad y la brevedad del plazo de devolución, no podía ser satisfecho.
Con lo cual, al partir de una base fáctica distinta a la aceptada en la instancia, el motivo del recurso incurre en petición de principio.
4. La cuestión a decidir es si la obtención de un préstamo en el plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso previsto en el art. 71.1 de la Ley Concursal, insuficiente para atender las necesidades de financiación de la deudora, para cuya garantía se constituyó una hipoteca sobre todos sus bienes inmuebles e instalaciones industriales cuyo valor era desproporcionado, por lo elevado, respecto del importe del préstamo, en unas condiciones (insolvencia de la matriz, brevísimo plazo de devolución) que hacían en la práctica imposible la devolución de la cantidad prestada y que a su vez impedían la obtención de financiación a largo plazo por gravar todo el patrimonio inmobiliario y las instalaciones de la deudora, constituye un acto perjudicial para la masa.
Los órganos de instancia declaran que se trata de una operación a la que no son aplicables las presunciones de los apartados 2 y 3 del art. 71 de la Ley Concursal. Pero que la misma es perjudicial para la masa activa.
5. La apreciación de la existencia de perjuicio, en aquellos casos en que la ley no establece una presunción, debe realizarse valorando las características del negocio o acto impugnado, su significación en el contexto en que se encuentra incursa la deudora, y sus consecuencias, para decidir si constituye un sacrificio patrimonial injustificado, en tanto supone una minoración del valor del activo sobre lo que más tarde constituirá la masa activa del concurso y, además, carece de justificación.
En el presente caso, las circunstancias concurrentes (insuficiencia del préstamo para atender las necesidades de financiación de la deudora, fijación de un plazo de devolución inusualmente corto que, habida cuenta de la situación económica de la sociedad y de su matriz, hacía imposible su devolución, constitución de una hipoteca sobre la totalidad de los inmuebles e instalaciones de la deudora que no solo suponían una sobregarantía sino que además imposibilitaba la obtención de financiación bancaria a más largo plazo, imposibilidad de devolución que determinó la ejecución de la totalidad del activo inmobiliario, suspendida como consecuencia del proceso concursal, etc.) dibujan un panorama en el cual la operación carece de justificación razonable y supone un serio sacrificio patrimonial por cuanto que la imposibilidad práctica de devolver el préstamo en el breve plazo concertado suponía casi inexorablemente la ejecución forzosa de la totalidad del patrimonio inmobiliario y de las instalaciones de la deudora.”: STS 05.04.2016 (Sentencia 211/2016; Recurso 2799/2013)

AP Albacete

“PRIMERO.-En la sentencia recurrida se estimó la petición de la administración concursal de rescisión del préstamo con garantía hipotecaria suscrito en escritura de 19 de enero de 2010, entre la concursada Socotherm España SAU y CIB SA, formalizado mediante documento público y se declaró que la apelante CIB SA había incurrido en mala fe en el contrato y, en consecuencia, que es un crédito subordinado el reconocido a favor de CIB SA, por importe de 1.200.000 euros. La apelante comienza impugnando los juicios valorativos de los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia y vuelve a mantener la utilidad empresarial del préstamo con garantía hipotecaria concertado y la buena fe de las partes que lo convinieron; sigue sosteniendo que el importe del préstamo lo dedicó la concursada al pago de sus gastos corrientes, por lo que pudo mantener su actividad empresarial y que el breve plazo de amortización pactado se debe a que constituía un préstamo puente, que sólo debía mantenerse hasta que la sociedad matriz lograse aportar liquidez, pues en aquel momento estaba cerrada la financiación para la concursada; también pretende que se distingue entre calificación del préstamo y de su garantía hipotecaria, añadiendo su opinión de que el préstamo no estaba sobregarantizado; también sostiene que no hubo mala fe de la sociedad prestamista ahora recurrente. De lo expuesto resulta que no impugna el razonamiento jurídico de la sentencia, que, si fuera cierto el hecho que considera aprobado la señora juez, habría que rescindir el crédito con garantía hipotecaria discutido y calificar como subordinada la deuda frente a la demandada que es consecuencia de aquel crédito.
SEGUNDO.-El artículo 71 de la Ley Concursal regula las acciones de reintegración, mediante la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta y, después de establecer actos en los que se presume el perjuicio patrimonial, dispone, en el punto 4, que "cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria". En este caso dicho perjuicio se ha probado plenamente, la juez considera insuficiente para atender las deudas a corto plazo, la cantidad prestada de 1.200.000 euros y anormalmente corto el plazo de nueve meses del préstamo y sobre todo cree desproporcionada la constitución de la garantía hipotecaria sobre la totalidad de los activos de la concursada, que tenían un valor en balance de 11 millones de euros. Es cierto que la cantidad objeto de préstamo o la duración del mismo, por sí solos, no puede ser objeto de reproche, pues no eliminan la entrada de 1.200.000 euros de los que antes no se disponía.
El plazo es breve si se compara con lo habitual en el mercado. Un préstamo por importe de 1.200.000 euros, a devolver en 9 meses, es sumamente inusual, la recurrente lo pretende justificar alegando que lo que se

pretendía no era sino un "préstamo puente", a la espera de que la matriz saliera de su situación de insolvencia e inyectara la financiación precisa, pero no existe constancia alguna de que se estudiase o intentase el nuevo crédito o aportación de capital, ni con la matriz ni de otra forma. Esto es especialmente grave si se tiene en cuenta que no es cierta la afirmación de que se encontraba cerrada la financiación bancaria, poco tiempo antes había obtenido un crédito de uno de los bancos nacionales y existía la oferta de la mayor caja de ahorros del centro de España para concertar financiación a largo plazo, por ello hay que creer las afirmaciones de los administradores concursales sobre las intenciones con las que se realizó el contrato, por un lado, evitar que los restantes acreedores pudieran obtener el pago de sus créditos con el producto de la venta de los activos, que quedaban fuera de su alcance al estar hipotecados y, por otro, lograr la continuidad de la empresa mediante la transferencia de todos sus activos a otra persona jurídica, lesionando los intereses económicos no sólo de los acreedores, sino también de los socios de la concursada.
Es patente a la vista de los bienes hipotecados que el préstamo se halla sobregarantizado, aunque no se aporta una tasación sobre el valor de mercado de los bienes objeto de hipoteca, que no tiene por qué coincidir con el valor contable, este ascendía en la fecha de la operación a 11 millones de euros, resultando obvia la diferencia ostensible entre tal cantidad y la que fue objeto del préstamo, además sustancialmente coincide con el del inventario del informe de la administración concursal, que no fue impugnado, el momento al que hay que referir la valoración es el de la constitución de la garantía, por lo que no hay que tener en cuenta las ofertas posteriores en fase de liquidación, por importe respectivamente de 2.200.000 euros y 2.100.000 euros, aunque incluso en estas se ofrece aproximadamente el doble de la cantidad objeto de préstamo. Es notorio que los activos de una empresa en funcionamiento (sobre todo cuando como en este caso se traba la totalidad de estos) tiene un valor muy superior a los de una inactiva, además es evidente que la situación de crisis económica ha depreciado los activos, por lo que es patente el exceso de la garantía cuando incluso tras la crisis el precio ofrecido, prácticamente dobla el importe del préstamo obtenido.
Con el total de la prueba practicada, incluyendo las comunicaciones entre los representantes y administradores sociales, resulta clara la doble finalidad antes expuesta, tal como razona extensa y acertadamente la juez en la sentencia, lo que se da por reproducido, por tanto, también acertadamente, consideró acreditados los requisitos para rescindir el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que se discute.
TERCERO.-En la sentencia también se califica como subordinado el crédito de 1.200.000 #, como consecuencia de la constatación de la mala fe de la sociedad apelante acreedora, ya que el artículo 73 de la Ley Concursal establece que "la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses" y prevé que se considere como crédito concursal subordinado, cuando la sentencia apreciare mala fe en el acreedor. Para calificar el crédito como subordinado basta que se declare la mala fe del acreedor del concursado, no es preciso analizar la conducta del deudor, por lo que es irrelevante comportamiento de Socotherm España SAU, aunque la juez instancia sospeche fundadamente una connivencia entre los contratantes. La mala fe de la sociedad acreedora resulta de su perfecto conocimiento de la situación comprometida de la concursada e incluso el conocimiento de la situación de la matriz italiana; también del hecho de que la apelante CIB no sea una entidad financiera, a pesar de que el objeto consignado en sus estatutos le permita esta operación de préstamo. La juez llega a la conclusión de que la recurrente entendió que las condiciones le resultaban claramente beneficiosas, pasando a ostentar la propiedad en un brevísimo plazo de nueve meses de la unidad productiva y de los inmuebles. Conocía que la concursada estaba en situación económica comprometida y que la hipoteca supondría un grave quebranto para los acreedores al constituirse sobre los principales activos de que disponía la concursada (la hipoteca se extendió en especial a las instalaciones industriales existentes en las fincas hipotecadas a la fecha del otorgamiento y a las nuevas construcciones que puedan llevarse a cabo o realizarse en lo sucesivo sobre las fincas gravadas), por ello es acertada la declaración de mala fe de la sociedad acreedora conforme al artículo 73 de la Ley Concursal, con la consecuencia de la declaración de que su crédito tenga la calificación de subordinado.”: SAP Albacete (Sección 1) 05.11.2013 (Sentencia 189/2013; Rollo 393/2012)

AP Alicante

[Aunque, en cuanto al préstamo como tal, no parece que realmente en sí mismo fuese perjudicial para la masa sino que lo habrían sido los posteriores actos de disposición por el deudor de los fondos prestados, lo cual es cuestión muy distinta]

“SEGUNDO.- La administración concursal ejercitó en la demanda una acción de reintegración amparada en el art. 71.1 LC al entender que el contrato de préstamo garantizado con hipoteca (escritura de préstamo hipotecario otorgada el día 26 de junio del 2008, veinticinco días antes de la declaración del concurso de RIVIERA), ha de ser rescindido por ser un acto perjudicial para la masa, tanto en su vertiente obligacional como real; pues, de un lado, y con relación al préstamo, la sociedad posteriormente concursada (veintiséis días más tarde fue presentada la solicitud de declaración de concurso voluntario) conocía que no podría atender a su devolución y el capital prestado se aplicó a una serie de pagos (a intermediarios financieros, sociedades vinculadas a los administradores, a la cuenta de socios) que no contribuyeron, en modo alguno, a paliar la crisis empresarial que aquélla padecía. Y, con relación a la carga hipotecaria que se constituyó como garantía, porque, recibiéndose por dicha sociedad, en virtud del contrato, la suma de 192.746,11 #, se constituyó, en garantía de su devolución, hipoteca sobre ochenta plazas de garaje y veintiún locales comerciales, a los que se atribuyó un valor, a efectos de subasta, muy inferior al real, conforme fueron tasadas en el concurso; es decir, se constituyó una garantía desproporcionada con relación al importe de la deuda que se pretendía garantizar, calculada, además, de modo tal que permitiría, caso de no devolución de la cantidad prestada, y en recta aplicación de las normas procesales sobre subastas contenidas en la LEC, la adjudicación de la totalidad de

las fincas al prestamista, como así finalmente ha sucedido.
La resolución desestima la demanda, como se ha anticipado, y efectúa, entre otros, varios razonamientos de interés:
Que el perjuicio para la masa no puede venir de la aplicación que la sociedad prestataria haya hecho de la suma prestada.
Que no ha constituido objeto de debate (" no se hace cuestión ", es la frase empleada en la sentencia) la infravaloración de los inmuebles dados en garantía.
Que, a pesar de ello, no existe perjuicio porque: se obtuvo financiación en una suma importante en una " época de absoluta iliquidez "; porque, a la fecha de constitución de la hipoteca, la adjudicación en pago al acreedor hipotecario tan solo estaba condicionada al impago (el pago estaba previsto seis meses después del préstamo, en diciembre del 2008) y porque la adjudicación tan solo tendría lugar en el hipotético caso de que no hubiera postores en la subasta (art. 671 LEC).
TERCERO.- La administración concursal estima que el acto perjudicial para la masa es, en su integridad, el contrato de préstamo garantizado con la hipoteca, abarcando, pues, la doble vertiente obligacional y real.
La mayoría de los Tribunales de lo Mercantil vienen admitiendo la escindibilidad de operaciones como la que ahora nos ocupa (préstamos con garantía hipotecaria), entendiendo que es jurídicamente posible tanto el ejercicio de la acción rescisoria contra uno solo de los elementos (la hipoteca o el préstamo) cuanto el acumulado contra ambas. Estas operaciones presentan un evidente carácter mixto, en que al componente estrictamente obligacional (préstamo) se superpone, a modo de derecho accesorio de garantía, un componente real (hipoteca). La idea de perjuicio patrimonial, por tanto, puede referirse a ambos componentes y deberá ser acreditada respecto de cada uno de ellos. Obviamente, las consecuencias serán distintas según se acceda a la rescisión para ambos componentes o para uno solo de ellos; en el primero de los casos, habrá de acordarse la rescisión de ambos negocios - préstamo e hipoteca-.
El acto perjudicial para la masa, como se ha dicho, habría sido el contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado (y elevado a escritura pública, escritura de préstamo y reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria entre particulares, ese mismo día) entre el Sr. Abilio y RIVIERA el día 26 de junio del 2008, del cual merece ser destacado lo siguiente:
RIVIERA recibió como préstamo la cantidad de 192.746,11 #.
La prestataria se obligaba a devolver el principal del préstamo más los intereses convenidos antes del 26 de diciembre del 2008.
En garantía del pago de esa cantidad, se constituyó hipoteca sobre ochenta plazas de garaje y veintiún locales comerciales propiedad de RIVIERA, libres de cargas y gravámenes.
Se estableció como responsabilidad hipotecaria afectante al total de los bienes hipotecados la cantidad de 244.787,56 #.
Se fijó a efectos de subasta como valor total de las fincas la cantidad de 489.575,12 #.
El importe del capital prestado correspondiente a cada una de las fincas y, por ello, sus respectivas responsabilidades hipotecarias por ese concepto, figuraban en un cuadro entregado y firmado al Notario por los otorgantes. En ese cuadro de distribución de responsabilidad hipotecaria se comprueba que a cada uno de los ochenta garajes (fincas registrales distintas cada uno de ellos) se les atribuye una responsabilidad hipotecaria por principal de 900 #, una responsabilidad hipotecaria por intereses, gastos y costas de 243 # y una responsabilidad hipotecaria total de 1.143 #. Los veintiún locales comerciales tienen fijada una responsabilidad hipotecaria variable, que oscila entre los mil y pico euros (en el caso menor) y los poco más de veintitrés mil, en el mayor.
CUARTO.- Antes de seguir adelante, conviene efectuar algunas disquisiciones sobre lo que pueda ser considerado perjuicio, a los fines del art. 71 LC.
Conviene recalcar, de inmediato, que la rescisión que nos ocupa no trae su origen de fraude, sino del dato objetivo del perjuicio para la masa, razón por la que nos encontramos en el ámbito del art. 71.1 LC. Por ello, son inanes a los fines de la resolución las veladas alegaciones que se efectúan por la apelante sobre la circunstancia de que un particular, no dedicado profesionalmente a la concesión de préstamos, realizara el contrato que ahora nos ocupa. La rescisión por perjuicio contra la masa puede producirse incluso en el caso de que el prestamista hubiera actuado con absoluta buena fe, pues es independiente del ánimo fraudulento que pudieran albergar una o ambas partes, de consuno.
La cuestión nuclear del asunto se encuentra en la determinación del concepto de perjuicio patrimonial, pues ciertamente un criterio de interpretación excesivamente amplio del mismo convertiría en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, y, particularmente, para operaciones de préstamo con las que se pretende obtener liquidez, como ante la que nos encontramos.
La jurisprudencia mercantil ha venido considerando que son actos perjudiciales para la masa tanto aquéllos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), cuanto los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto). Más modernamente, se ha avanzado más en la precisión del concepto, con la finalidad de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial por el de "sacrificio patrimonial injustificado", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71.
De otra parte, el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, siempre sería apreciable el perjuicio, pues, como sucede en el caso que nos ocupa, aparecen en el concurso unos bienes con unas garantías pudiendo haber llegado sin

ellas, porque el crédito que se aseguraba resultó inútil para evitar o quizás contribuyó a la situación de insolvencia.
Por último, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
QUINTO.- En el caso que nos ocupa, entendemos que el acto en su conjunto (préstamo e hipoteca) fue perjudicial para la masa activa, en atención a una serie de circunstancias que se exponen a continuación.
Con relación al contrato de préstamo (aspecto obligacional de la operación), porque este negocio simplemente vino a incrementar el pasivo de la sociedad en una cifra nada desdeñable, sin que se haya acreditado que ello se viera compensado por un correlativo aumento del activo. Ya se ha dicho que el importe prestado se destinó a pagar intermediarios financieros, a ingresarlo en una cuenta de una sociedad relacionada, a la cuenta de socios y a la cuenta de una sociedad al parecer vinculada con los administradores sociales. La sociedad demandada ha ofrecido, en el hecho segundo de su contestación a la demanda, una serie de explicaciones sobre el destino del dinero, pero sin sustento probatorio alguno. A título de ejemplo, se dice que los setenta y cinco mil euros entregados a una tercera sociedad, LES ARRENES, SL, lo fueron porque era acreedora de aquélla, para reducir la deuda con ella, y que es mismo día, parte del dinero fue transferido a otra sociedad, RIVIERA COAST GESTION, SL. Desde luego, este tipo de alegaciones, a falta de cualquier sustento o apoyo probatorio que pudiera haber arrojado otra valoración, solo reflejan una serie de actuaciones poco claras, complejas, opacas, en fecha inmediatas a la declaración de concurso, que no se ha justificado que tuvieran por finalidad asegurar o permitir la viabilidad empresarial.
De otra parte, porque con la inminencia en la presentación de solicitud de concurso voluntario (veintiséis días más tarde del préstamo) se pone de manifiesto que, en el momento de su concertación, era más que previsible la posibilidad de no poder cumplir con la obligación de devolución del importe recibido.
Por fin, porque la sociedad concursada no ha dado justificación alguna de qué finalidad tenía, desde la perspectiva de la evitación del cauce concursal (por contribuir a la salida de la crisis empresarial que aquélla padecía), la celebración del contrato de préstamo. Desde otra perspectiva, no se ha acreditado la utilidad del mismo, más allá de haber sido destinado a finalidades diversas, huérfanas de coherencia interna, pues de otro modo, y a falta de otras explicaciones, no cabe sino calificar, por ejemplo, el hecho de que se entregaran setenta y cinco mil euros a LES ARRENES, SL y, según se dice, ese mismo día esta sociedad transfiera parte a otra, RIVERA COAST GESTION, SL, a la que, al mismo tiempo, también se entregaron otros setenta y cinco mil euros.
SEXTO.- En lo que se refiere al perjuicio ocasionado por la constitución de la hipoteca, haremos las siguientes precisiones:
a) Consideramos de suma relevancia el nimio importe que las partes atribuyeron a cada una de las ciento y una fincas hipotecadas. Ya se ha indicado con anterioridad que las partes no discuten que existió una infravaloración de los bienes dados en garantía: el propio demandado (contestación a la demanda, folio 98 del procedimiento) muestra su conformidad con que el valor de tasación de las fincas "puede entenderse bajo", si bien lo justifica con que de ese modo se facilitaría la concurrencia de postores a la subasta.
La infravaloración deriva, de modo demoledor, del informe de tasación que se incorporó a los textos definitivos del concurso, acompañado como documento número doce de la demanda: el valor total que las partes atribuyeron a las ciento una fincas hipotecadas, a los efectos de subasta, fue de 489.575,12 #, mientras que el valor que el informe atribuye a las mismas asciende a 2.349.574 #.
El cuadro comparativo acompañado como documento número trece de la demanda, que se apoya en los datos que resultan de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, resulta demoledor. Acudiendo, a mero título ejemplificativo, a los ochenta garajes hipotecados, ya se ha dicho que la responsabilidad hipotecaria que se asignó a cada uno de ellos fue de 1.143 #. El valor que se les dio a efectos de subasta fue el doble, 2.286 #. La tasación que consta en el informe para el garaje de menor valor es de 8.618 # (solo dos garajes) y la mayor, 24.141,25 #, si bien la generalidad ronda entre los diez mil y los trece mil euros. Se ve, pues, que no se hizo distingo alguno entre los garajes, dándoles a todos ellos idéntico valor, cuando obviamente no lo tenían.
Con relación a los locales comerciales, el porcentaje también es muy similar, como se puede apreciar en el cuadro.
b) Pero no solo es trascendente ese ínfimo valor que se atribuyó a las fincas hipotecadas: también lo es, en grado sumo, que no se ha ofrecido explicación alguna del porqué se les dio ese valor y no otro; es decir, la vinculación hipotecaria de las fincas, mediante la atribución de un importe de responsabilidad hipotecaria a cada una de ellas, se encontró absolutamente huérfana de sustento o base objetiva alguna, más allá del simple parecer o voluntad de las partes del contrato en el momento del otorgamiento de la escritura pública.
c) La ausencia, por tanto, de cualquier tipo de valoración que pudiera haber servido de orientación a las partes para la atribución de la responsabilidad hipotecaria, y el escaso importe que se asignó en tal concepto a cada una de las fincas, permitió un efecto perverso: que la hipoteca alcanzara, nada más y nada menos, que a ciento una fincas. Es decir, una mayor prudencia o rigor en la tasación de las fincas podría haber permitido que la responsabilidad hipotecaria no hubiera alcanzado a tantas. La atribución de un valor más cercano al de mercado hubiera conllevado la innecesariedad de hipotecar las ciento una fincas registrales.
Lleva razón el demandado, ahora apelado, en que si se le hubiera ofrecido una " garantía aún mayor, la operación se hubiera aceptado igualmente, pues no consideramos que esto contravenga ningún precepto legal ". Ciertamente, el prestamista estará siempre conforme con que se le garantice, incluso de forma exorbitada, la devolución del importe prestado. Ahora bien, nos encontramos en un procedimiento que tiene por objeto, simplemente, decidir si el préstamo concertado, en atención a las concretas circunstancias en que lo fue, supone o no un perjuicio para la masa activa, una vez declarado el concurso con posterioridad. Y para esta decisión sí que son relevantes los datos antes referidos, sobre el valor de las fincas hipotecadas y sobre el mínimo que se les atribuyó, a los efectos de subasta, en la escritura de préstamo hipotecario, pues precisamente la enorme desproporción entre el valor de lo que se ofrece en garantía y el importe que se recibe es el germen del perjuicio, en el caso en que nos encontramos.

Para la apreciación del perjuicio también son importantes los siguientes razonamientos.
a) Es cierto que el perjuicio para la masa es independiente del ánimo fraudulento que pudiera estar presente en la operación y del destino que se dio a la cantidad prestada. Pero tampoco puede ser absolutamente impermeable a consideraciones relacionadas con estos aspectos, que pueden corroborar su existencia.
Se ha justificado la ausencia de perjuicio en que se obtuvo dinero nuevo en una situación de iliquidez en el mercado.
Ahora bien, el perjuicio también existe cuando no hay intención de dedicar el dinero fresco, aún parcialmente, a subvenir a las necesidades empresariales, sino a finalidades diversas, no suficientemente explicitadas. Consta, en el caso que nos ocupa, como se ha visto en un anterior fundamento, que, de los fondos prestados, y según resulta del informe de la administración concursal, tan solo 6.746,11 # quedaron a disposición de los socios en la cuenta de socios: 75.000 # se ingresaron en la cuenta una sociedad vinculada con la concursada, RIVIERA COAST GESTION, SL; otros 75.000, en la cuenta de una sociedad al parecer vinculada a administradores de la concursada; quince mil euros se abonaron, al parecer, a intermediarios financieros y ventitantos mil euros, a gastos de notarias, registro e impuestos, 75.000 #. La concursada ha efectuado diferentes alegaciones sobre el destino que se dio a la cantidad recibida, pero no ha efectuado ni una sola que convenza al Tribunal del porqué fue preciso concertar esa operación veinticinco días antes de la presentación por su parte de la solicitud de declaración de concurso. Ello se compadece bien poco con el argumento ofrecido de que se trataba de un préstamo puente pendiente de concluirse otra operación de refinanciación con cierta entidad bancaria, pues ya se ha dicho: veinticinco días después de vincular hipotecariamente una ingente cantidad de fincas, a cambio de la percepción de un importe ridículo con relación a su valor, ya se presentó la solicitud de declaración de concurso voluntario.
b) Los hechos revelan, adicionalmente, una absoluta indiferencia por parte de la prestataria, RIVIERA, sobre la suerte de los bienes hipotecados, pues las valoración dada a los mismos y la distribución de responsabilidad hipotecaria permitía, con la recta aplicación de la legislación procesal civil, que el prestamista, acreedor hipotecario, se los adjudicara plenamente por el 50 % del valor de tasación.
La cantidad prestada fue 192.746,11 #, coincidente con la responsabilidad hipotecaria por principal fijada en la escritura de préstamo hipotecario.
La responsabilidad hipotecaria total quedó fijada en 244.787,56 # y el valor total de las fincas, a efectos de subasta, en el doble, es decir, en la cantidad de 489.575,12 #.
Ya se ha dicho que el valor de los bienes, según informe de tasación del concurso, excede de dos millones de euros.
Pues bien, el incumplimiento de la obligación de la prestataria (incumplimiento que, ciertamente, debió de plantearse RIVIERA ante la situación de crisis en la que se encontraba y que motivó que veinticinco días más tarde presentara la solicitud de declaración de concurso voluntario) llevaría consigo la posible pérdida de los bienes hipotecados, por un valor muy inferior al importe que con ellos se garantizaba.
El devenir de los acontecimientos ha confirmado que el lógico efecto de la responsabilidad hipotecaria ha culminado, ante la falta de cumplimiento de las obligaciones de la prestataria: promovido procedimiento de ejecución hipotecaria por el Sr. Abilio contra la concursada, se celebró subasta el día 23 de noviembre del 2011, a la que no compareció ningún licitador y en la que la parte ejecutante solicitó la adjudicación de todas las fincas por el 50 % del valor de la subasta.
SÉPTIMO.- Por lo dicho, se accederá a la pretensión de rescisión del préstamo con garantía hipotecaria.
Pretende la administración concursal que el prestamista actuó de mala fe, con lo que, en aplicación del art. 73.3 LC, su crédito debería ser calificado como concursal subordinado. Su mala fe se residencia (folio 11 de la demanda) en que se aprovechó de la situación de crisis empresarial, planteando una operación financiera que no guardaba relación alguna con el plan de viabilidad de la empresa y pactando un valor de subasta de los bienes ridículo.
En primer lugar, no entendemos que la mala fe del prestamista haya quedado acreditada.
Como ha dicho la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre del 2012, " el art. 73.3 LC, cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores (...) la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre) ".
Ello ya lo había dicho este Tribunal en sentencia de 9 de abril del 2008, en la que razonábamos "...que hay mala fe solo cuando la intervención en el negocio rescindido se ha producido conociendo que se está participando en un acto destinado a causar perjuicio a los acreedores de la contraparte en el negocio. Dicho de otro modo, resulta insuficiente para apreciar mala fe que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza aquél con intención de perjudicar a sus acreedores, esto es, de que lo que se quiere es sustraer bienes en perjuicio de acreedores. Hay pues mala fe en el tercero partícipe en el acto que se declara ineficaz en virtud de una acción rescisoria concursal cuando la parte -de ordinario, el adquirente-, conoce y, conociendo, colabora con el deudor, en la finalidad defraudatoria seguida por éste. Hay mala fe cuando existe un consilium fraudes ".
El simple conocimiento de la situación de crisis de la sociedad prestataria, y el hecho de que se concertaran garantías exageradas, no constituyen, al entender del Tribunal, datos que permitan colegir la mala fe del prestamista.

De cualquier modo, la cuestión de la buena o mala fe es irrelevante a los fines de la calificación del crédito del prestamista. La rescisión del préstamo garantizado genera la obligación a cargo de la concursada de devolver el capital prestado, sin que sea de aplicación el art. 73.3 LC (" El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado "). Esta norma está concebida para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco, de manera que no puede aplicarse al propio capital del préstamo garantizado con la hipoteca también rescindida como no fuera contrariando frontalmente el sentido y la lógica de las acciones de reintegración, pues, de aceptarse esa solución, el éxito de la acción rescisoria haría al acreedor frente al que la misma ha prosperado de mejor condición (crédito contra la masa) que la que tenía antes de su ejercicio (crédito dotado de privilegio especial). Téngase en cuenta que el contrato de préstamo está configurado en nuestra legislación civil como un contrato unilateral, que solo produce obligaciones para el prestatario (mutuario, la de devolver otro tanto igual a la cosa prestada, a la extinción del préstamo, y, en caso de que se haya estipulado, la de pagar el interés previsto) pero no para el prestamista (mutuante), que no tiene obligación alguna en reciprocidad o contraprestación de aquélla.
No se entendería, por fin, que ejercitada la acción por la administración concursal (y que, obviamente, se encuentra presidida por el favorecimiento del interés del concurso) el crédito del prestamista pudiera verse, por mor de la rescisión, catalogado con el tratamiento de crédito contra la masa (dicho sea de paso, esta cuestión no ha sido objeto de debate alguno, pues tampoco fue suscitada por el codemandado).
En definitiva, y en lo que ahora interesa, no se accederá a la petición de que el crédito sea calificado como subordinado.": SAP Alicante (Sección 5) 21.12.2012 (Sentencia 545/2012; Rollo 257/2012)

3.10 Negocio transaccional complejo con venta en garantía

AP Lugo

"Dicho esto, procede analizar si la transacción, realizada por la concursada en los dos años anteriores a la declaración del concurso, es un acto perjudicial para la masa activa.
Y para ello debemos de partir, como ya se ha dicho, que la transacción celebrada por Cinur y Soconga no es un acto a título gratuito y, por tanto, carece de la presunción de perjuicio pretendida por la administración concursal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 71.2 LC. Por ello la parte demandante deberá demostrar que el acto cuya rescisión se pretende supuso un perjuicio patrimonial para la ahora concursada y, respecto a la noción de perjuicio y las circunstancias en que debe valorarse, debemos resaltar las siguientes consideraciones:
Resulta relevante señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 8 de noviembre de 2012 indica respecto al concepto de perjuicio del artículo 71 y al momento al que ha de venir referida la valoración expresa que *" la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.*
La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).
En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)."
TERCERO.- Partiendo de dichas premisas no cabe sino concluir que los actos contenidos en la transacción judicial de fecha 30 de diciembre de 2011 son rescindibles por haberse demostrado que supusieron un perjuicio patrimonial para la masa activa, como sostiene la administración concursal, pero no en su interpretación relativa a que la venta con pacto de recompra supone el establecimiento de una garantía real a favor de obligaciones preexistentes, por lo que debería presumirse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.3.2 LC el perjuicio patrimonial para la masa, porque dicha interpretación no puede ser admitida puesto que, si bien las partes de la transacción pudieron querer establecer un efecto similar a un derecho real de garantía sobre el inmueble propiedad de la concursada objeto de la compraventa con pacto de retroventa, las circunstancias en las que dicha obligación se pactó solo eliminarían el concepto de perjuicio para la masa activa si no se hubiese añadido una cláusula penal, esto es, dado que SOCONGA había obtenido a su favor un

pronunciamiento de condena por importe de 176.240,11 euros frente a CINUR en virtud de sentencia dictada en el procedimiento núm 527/2011 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia num. 4 de Lugo, en el que tenía embargados tres inmuebles que pertenecían a la deudora, hubiera podido ejecutar todos o algunos de los bienes embargados para hacerse pago de la cantidad reconocida judicialmente. Sin embargo y pese a ello, ambas partes consistieron en aplazar el pago de dicha obligación sustituyendo la garantía que los embargos otorgaban a SOCONGA por una venta del inmueble correspondiente a la finca registral 11865 del Registro de la Propiedad núm. 6 de A Coruña con pacto de retroventa una vez que la deuda principal hubiese sido satisfecha en su totalidad, con subrogación en una hipoteca de 70000 euros. Pero, además, las partes añadieron a dicho acuerdo transaccional una cláusula penal en la que literalmente se expresa que " si CINUR Consultores Urbanísticos e Inmobiliarios SL no hace frente a dos plazos del calendario de pagos establecidos en la cláusula tercera se establece como cláusula penal que además de adjudicarse SOCONGA SL la finca registral núm. 11865 del Registro de la Propiedad de A Coruña, la totalidad de la deuda pendiente se convertirá en líquida, vencida y exigible." Y dicha cláusula hace que el acuerdo transaccional se torne perjudicial para la masa activa del concurso porque introduce un riesgo de que la deuda venza anticipadamente por no atenderse dos plazos de pago y, de que SOCONGA podría reclamar la cantidad adeudada y a la vez incorporaría a su patrimonio la finca registral núm. 11865 del Registro de la Propiedad de A Coruña, valorada en 173000 euros, con la mera subrogación en la hipoteca que la grava por importe de 70000 euros.
De las manifestaciones realizadas por SOCONGA en el escrito de oposición al recurso de apelación pudiera inferirse que la causa del aplazamiento de pago de la deuda vencida y exigible que ostentaba frente a CINUR se encontraba en la necesidad que esta tenía de levantar los embargos sobre dos de los tres inmuebles de su propiedad que se habían vendido en documento privado a terceros, los cuales habían anticipado cantidades correspondientes al precio de la compraventa y alguno había pactado cláusulas penales en caso de que no fuese entregado el inmueble, por lo que ningún perjuicio le supondría en aquel momento aplazar el pago de la deuda estableciendo una garantía a través de la compraventa con pacto de retroventa de la finca 11865 mencionada, sino que, por el contrario, podría suponer un beneficio al evitar que no pudiesen ser entregadas determinadas viviendas embargadas por SOCONGA a los respectivos compradores. Si bien, en tanto en cuanto la venta con pacto de retroventa no sería más que una sustitución de una garantía por otra, es decir la sustitución de la garantía de cobro que ofrece el embargo, que se levantaría, por la garantía de cobro que supone la venta con pacto de retroventa, no podría apreciarse un verdadero perjuicio para la masa activa del concurso. Pero sí que se revela el perjuicio al establecerse una cláusula penal en los términos en que fue redactada, y es esta cláusula la que pone en evidencia la existencia de un perjuicio en el sentido que establece el artículo 71 LC y en el que es interpretado por la jurisprudencia, pues existe un sacrificio patrimonial injustificado para la ahora concursada desde el momento en que la sustitución de una garantía de embargo por otra de venta con pacto de retroventa pierde su equivalencia al introducir una cláusula penal que implica que el impago de dos plazos de la deuda la hace líquida, vencida y exigible por el importe de los pagos no satisfechos además de mantener la adquisición de un inmueble valorado en 173000 euros por el importe de 70000 euros que supuso la subrogación de SOCONGA en la hipoteca que lo gravaba.
El momento en que se celebró la transacción, después de la condena judicial al pago de una deuda de 176000 euros, seis meses antes de que fuese declarada en concurso de acreedores permiten evidenciar la posible insolvencia de la deudora, actual o inminente, con dificultades evidentes en el pago de sus deudas, y pese a ello, sin que resulte indispensable para continuar su actividad, pacta un aplazamiento de dicha deuda en unas condiciones que ya en ese momento se pueden prever como perjudiciales puesto que si no pudiese cumplir con dos de los plazos pactados, perdería un inmueble de su propiedad al establecer la cláusula penal que "si Cinur no hace frente a dos plazos del calendario de pagos, se establece como cláusula penal, que además de adjudicarse Soconga SL la finca 11865 del Registro de la Propiedad núm. 6 de A Coruña, la totalidad de la deuda pendiente se convertirá en líquida, vencida y exigible".
Así, en el caso enjuiciado, la administración concursal ha reconocido a favor de SOCONGA una crédito ordinario por importe de 150000 euros, la cual ha comprado el inmueble de la concursada, valorado en 173000 euros, por el importe de 70000 a que asciende la hipoteca en la que se ha subrogado, de forma que se ha causado un perjuicio en la masa activa superior a 100000 euros, que podría haber sido mayor o menor en función del momento en que la deudora dejase de satisfacer los pagos del precio aplazado, perjuicio que no se estima que estuviese justificado por el mero levantamiento de los embargos sobre pisos que habían sido vendidos en documento privado, porque la ejecución de alguno de ellos bastaría para levantar los demás o la venta de estos permitiría la cancelación de los embargos.
Por otro lado no puede admitirse el reproche que la codemandada SOCONGA dirige frente a la administración concursal en el sentido de que bastaría con que esta no desatendiese los pagos aplazados para que no entrase en juego la cláusula penal, pues dichos plazos no tienen el carácter de créditos contra la masa.
En puridad, es el establecimiento de una cláusula penal en la transacción cuya rescisión se pretende la que causa un perjuicio a la masa activa y, en tanto que forma parte de un acto complejo, obliga a rescindir la totalidad porque, debe repetirse, a ello no es óbice que las partes en el ejercicio de su libertad de contratación lo hubieran querido de este modo, sino que posteriormente, al hallarse la empresa en concurso, es obligatoria la revisión de aquellos actos que, celebrados en los dos años anteriores a su declaración, puedan suponer un perjuicio patrimonial para la masa activa, como sucede en el presente caso, en el que el establecimiento válido de una cláusula penal en la transacción negociada por las partes deviene ineficaz por rescindible al constatarse un perjuicio patrimonial en la masa activa que no corresponde sufrir a los acreedores de la concursada por no existir justificación en su establecimiento.
Por lo tanto, la acción rescisoria ejercitada contra la operación de compraventa con pacto de retro incluida en la transacción debe prosperar, pues ésta conllevó una disminución de la masa activa en beneficio de un acreedor determinado y en detrimento de los derechos del resto.”: SAP Lugo (Sección 1) 04.02.2014 (Sentencia 46/2014; Rollo 584/2013)

3.11 Hipoteca de máximo en garantía de suministros futuros (?)

AP Castellón

"Ciñéndonos a los aspectos sustantivos del debate, en el escrito de apelación alega la recurrente inadecuada aplicación del art. 71.4 de la Ley Concursal sobre la necesidad de probar el perjuicio patrimonial, como también la del art. 71.5 LC relativo a que no pueden ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, todo ello en relación con el error en la interpretación de la prueba en que dice ha incurrido el juez de primer grado.
Como destaca la STS de 8 de Noviembre del 2012 (ROJ: STS 7746/2012), nuestro vigente sistema concursal ha superado el perturbador mixto de retroacción de los actos de administración y disposición realizados por el quebrado desde fecha que -sin perjuicio de la evolución que este extremo ha experimentado en la moderna jurisprudencia- en su interpretación clásica y mayoritaria era determinante de la nulidad ipso iure sin necesidad de ánimo fraudulento ni lesión para la masa activa del concurso, y se combina con acciones rescisorias cuyo éxito con la reintegración concursa, exigía que los actos del concursado fueran lesivos para la masa activa. Así lo dispone hoy, de forma contundente, el art. 71.1 LC, a cuyo tenor serán rescindibles " los actos perjudiciales para la masa activa ".
En efecto, tras disponer el citado art. 71.1 LC que una vez declarado el concurso, son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, presume el perjuicio patrimonial, sin admisión de prueba en contra, en los actos de disposición a título gratuito y en los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (ap. 2). Presume el perjuicio, admitiendo ahora prueba en contra, en los actos de disposición onerosos a favor de los especialmente relacionados con el concursado, constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (ap. 3), debiendo probarse el perjuicio en los demás casos (ap. 4). No obstante, no pueden ser objeto de rescisión, en cuanto ahora interesa, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (ap. 5.1º).
No se discute que los actos litigiosos fueron otorgados dentro del período de los dos años previos a la declaración de concurso, que tuvo lugar el día 8 de marzo de 2011.
Tal como consta en los folios 8 y siguientes, el día 20 de marzo de 2010 la concursada constituyó hipoteca sobre una finca de su propiedad " en seguridad y garantía del buen fin y completo pago " a la recurrente del precio de las ventas de barnices y similares que desde el mismo día y durante siete años efectuara Barnices, Pinturas y Derivados EQ SL a Dipolack S.L., hasta un máximo de 500.000 euros (pacto Quinto, folio 16 vto).
Siendo tres las clases de hipotecas de máximo o en garantía de obligación futura (la de los art. 142 y 143 LH, la en garantía de apertura de saldo de cuenta corriente del artículo 153 y las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis LH), la litigiosa es la de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, que prevén la constitución de hipoteca en garantía de obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1861 del Código Civil que dice que « los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria », de modo similar a lo que con carácter general establece el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, al permitir que la hipoteca pueda constituirse en garantía de toda clase de obligaciones. A su vez, el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, también prevé que se pueda constituir hipoteca en garantía de obligaciones cualquiera que sea la naturaleza de éstas, siempre que se identifiquen debidamente y se exprese su plazo de duración (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de junio de 2012).
Esta es la hipoteca que se constituye en el presente caso, para garantizar el pago por la concursada del precio de las pinturas y barnices que la recurrente le sirviera en los siete años siguientes y hasta 500.000 euros.
No es un acto de disposición a título gratuito, sino la constitución de una garantía del pago de obligaciones derivadas del suministro de productos, por lo que no es aplicable la presunción legal sobre el carácter perjudicial del acto impugnado. Tampoco la que, admitiendo prueba en contra, se contempla en el art. 71.3 LC.
Por lo tanto debe probarse el perjuicio (art. 71.4 LC) y ha de tenerse en cuenta que no pueden ser rescindibles los actos ordinarios de la actividad del concursado (art. 71.5 LC).
En términos generales, puede decirse que la hipoteca, mediante la que se constituye una garantía inmobiliaria para el pago de obligaciones, es perjudicial para la masa activa del concurso. Da lugar a la directa sujeción del bien hipotecado al pago del crédito (art. 155 de la LC) y otorga al acreedor hipotecario un derecho de ejecución separada (arts 55 y 56 LC) de suerte que, además de privilegiar a un acreedor sobre la masa, tiene la consecuencia de minorar ésta en el valor del bien hipotecado.
En el presente caso se constituyó la garantía inmobiliaria a fin de garantizar el pago de los suministros a efectuar por la ahora recurrente a la concursada y, por lo dicho, puede afirmarse su carácter perjudicial.": SAP Castellón (Sección 3) 17.01.2014 (Sentencia 18/2014; Rollo 508/2013)

3.12 Compra por filial del banco acreedor con privilegio especial y destino de todo el precio a cancelar deuda con garantía real y la personal cuando ya existía insolvencia.

3.12.1 Se rescinde el pago, no la compra.

AP Murcia

“PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia estima en su integridad la acción principal ejercitada por la Administración Concursal de la mercantil concursada "Mediterráneo Hispa Group" S.A., contra dicha sociedad en concurso, así como contra "Banco Español de Crédito" (BANESTO) y "Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria" S.A., tendente a que se declare la rescisión de los pagos efectuados a favor de dicha entidad bancaria por importe de 2.045.599,70 #, con la finalidad de cancelar los contratos de póliza de crédito, préstamo hipotecario y de aval bancario, de los que 984.264,53 # proceden de las compraventas otorgadas ante notario el día 28 de noviembre de 2008, convenidas entre la concursada y las mercantiles, filiales de Banesto, "Intursa" S.A., y "Programa Hogar Montigala" S.A., hoy "Mesena Servicios de Gestión Inmobiliarios" S.A., tras la fusión por absorción de las mismas, y el resto, 1.061.335,17 #, procede de la venta de un inmueble realizado por "Tricenter Albamur" S.L., empresa del grupo de la concursada a la citada filial de la entidad bancaria, y que se condene a "Banco Español de Crédito" a devolver a la concursada la citada cantidad de 2.045.599,70 #, e intereses calculados desde la fecha de la demanda en 220.896,13 #, más los moratorios y procesales que se devenguen, con declaración de la mala fe de la referida entidad bancaria y ordenando restituir a la misma en los créditos que ostentaba con fecha 28 de noviembre de 2008 por importe de 2.045.599,70 #, con la calificación de subordinados.
La parte recurrente, las entidades "Banco Español de Crédito" S.A. y "Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria" S.A., muestra su disconformidad con el mencionado pronunciamiento judicial alegando, como motivos de recurso, de un lado, la infracción del concepto amplio de perjuicio acuñado por la doctrina y la jurisprudencia en relación con los actos de pago; de otro, la existencia de una defectuosa valoración de la prueba en relación con la insolvencia de la deudora, con el carácter ordinario de la operación y con el carácter beneficioso de la misma; en tercer lugar, la existencia también de defectuosa valoración de la prueba con respecto a la intervención esencial de un tercero en la operación rescindida; y, finalmente, se alude a la injustificada atribución de mala fe a la entidad bancaria.
SEGUNDO.-Concretadas en los indicados términos las cuestiones impugnatorias suscitadas en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que no asiste razón a las partes recurrentes en las pretensiones que se plantean, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.
Así y con respecto al primer motivo de recurso, la parte recurrente fundamenta el mismo en que la sentencia apelada omite todo pronunciamiento acerca de un elemento esencial para la operatividad del concepto amplio de perjuicio, en los casos de los pagos de obligaciones vencidas, que se concreta en la existencia de una situación de insolvencia en el momento de realizarse el acto objeto de rescisión.
Es cierto, como se dice por la parte recurrente, que la sentencia de instancia, siguiendo el concepto amplio de perjuicio patrimonial iniciado por las Sentencias de 8 de enero de 2009 de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona y la de 19 de diciembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigesimoctava, concreta la cuestión en el análisis del perjuicio, cuya noción se identificaría con la existencia de un sacrificio patrimonial y en la justificación que pueda tener desde una perspectiva empresarial y a su vez en si ese sacrificio patrimonial injustificado puede causar perjuicio a los acreedores, bien porque reduzca sus posibilidades de cobro o bien porque altere el orden de prelación establecido legalmente. En función de dicho criterio jurídico-interpretativo, la sentencia de instancia declara que el acto impugnado, consistente en los pagos a Banesto con importes procedentes de compraventas de la propia concursada y de otra empresa del grupo, causa un perjuicio a los demás acreedores que vieron reducidas sus posibilidades de satisfacción de sus créditos. Y ello porque el precio de esas ventas no se ingresó en el activo de la concursada, sino que se entregó directamente a Banesto con la finalidad de cancelar los contratos de póliza de crédito, hipotecario y de aval bancario suscritos con la concursada, por lo que tales operaciones simulaban realmente verdaderas daciones en pago, que determinaron que la entidad bancaria fuese la única beneficiada y resultase finalmente ajena al concurso.
La citada sentencia, con dicha decisión, no infringe, como alega la recurrente, esa concepción amplia de perjuicio que hemos mencionado, por el hecho de haber omitido el requisito relativo a que la deudora, en el momento de la operación, se encontraba en estado de insolvencia, dado que tal insolvencia se menciona en la citada sentencia, al tiempo, como después analizaremos, que la misma aparece debidamente acreditada en los autos.
Es cierto, como se reitera por las Audiencias Provinciales de Pontevedra, Sección Primera en sentencia de 31 mayo de 2013, que la jurisprudencia "viene realizando llamativos esfuerzos argumentales para restringir el concepto amplio de perjuicio, introduciendo matizaciones, incluso con criterios de no fácil identificación en el propio sistema legal, como sucede cuando se introduce el elemento adicional de buscar un sacrificio paralelo en el acreedor demandado como síntoma de su actuación de buena fe (cfr. Sentencia AP Madrid 2.4.2012) o cuando se acuña el concepto de "sacrificio patrimonial injustificado", como exigencia adicional para la apreciación del perjuicio, hallazgo de la muy citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, de 6 de febrero de 2009, sobre la base a anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, seguido en numerosas resoluciones provinciales, confirmados por las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012, y que, para el particular supuesto de los acuerdos de refinanciación homologables, la Ley reformadora 38/2011 utiliza para condicionar la propia viabilidad de los acuerdos judicialmente homologables.
Por lo demás resulta generalmente admitido en la comunidad jurídica que el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración del concurso".
Así y con respecto a las operaciones relativas al pago de obligaciones vencidas y exigibles antes del concurso, la existencia de perjuicio, goza de carácter excepcional, por cuanto en principio, esos pagos, aún realizados en

el período sospechoso, estarían justificados y no ocasionarían perjuicio alguno para la masa activa y aún en mayor medida cuando se tratasen de los denominados actos ordinarios de la actividad profesional de la mercantil deudora. Por ello para la aplicación en estos casos del citado concepto amplio de perjuicio, se exigiría la acreditación de la situación de insolvencia de la deudora en el momento de la realización de la operación o acto impugnado. Sin embargo, como decimos y contrariamente a lo afirmado en su recurso por la parte recurrente, consta acreditado, de un lado, que no nos encontraríamos necesariamente, con respecto a la póliza de crédito, ante una deuda vencida, líquida y exigible. En este sentido el contenido del documento nº 7 de la demanda así lo pone de manifiesto, dado que el vencimiento del crédito, por importe de 1.900.000 #, se localizaba el día 21 de noviembre de 2009, es decir, un año aproximadamente después de la operación objeto de rescisión. Pero es que además y conforme al calendario de amortización parcial del crédito, se acredita que en la fecha de realización de la citada operación únicamente habían vencido 400.000 #, correspondientes a la primera amortización de fecha 21 de noviembre de 2008, mientras que los posteriores vencimientos parciales se situaban en los meses de mayo y noviembre de 2009. Obsérvese, por otro lado, que precisamente en el contrato suscrito se preveía y se regulaba en la condición 4ª, las correspondientes amortizaciones parciales, que como acertadamente se dice por la Administración Concursal no autorizó Banesto, sino que por el contrario obligó a la concursada, tras el vencimiento de la primera de ellas, a cancelar todos los contratos financieros que habían suscrito, en lugar de proceder conforme a la citada condición 4ª. Pero es que, por otro lado, y aún aceptando que esos pagos respondan a deudas debidas, vencidas y exigibles, es lo cierto que, en la fecha de realización de tal operación, la situación de insolvencia de la concursada resultaba evidente, existiendo, como se dice por la propia mercantil "Mediterráneo Hispa Group" S.A. en su escrito de oposición al recurso de adverso, "dificultades extremas de liquidez ". Pero sobre todo, el contenido del Informe emitido por la Administración Concursal justifica de manera indubitada la cuestionada insolvencia. El citado informe ratifica las causas y el momento temporal de la insolvencia que menciona la concursada, entre ellas, la crisis generalizada del sector inmobiliario y la paralización absoluta de las ventas, así como la pérdida de activos en condiciones abusivas impuestas por las entidades financieras en sus acuerdos de refinanciación. De otro lado, el contenido del canje de activos por deuda, al que se hace referencia en el citado informe, asimismo la evolución de la cuenta de pérdida y ganancias y el balance, acreditan la paralización de las ventas en el año 2008, y que al cierre del ejercicio 2007 el pasivo exigible a corto plazo era de 59.130.143,90 # y a largo plazo de 30.728.565 # y que en el año 2008 los ingresos netos de la cifra de negocio fue de 728.106,72 #, siendo la tesorería al cierre del ejercicio 2007 de 991.932,05 #.
Finalmente la propia mecánica y la rapidez de la operación, en los términos que con acierto se describen en la sentencia de instancia, vendrían a reforzar el conocimiento por Banesto de la delicada situación económica de la concursada y por tanto la finalidad perseguida tendente a la cancelación de los contratos de póliza de crédito, hipotecario y de aval bancario suscritos con la concursada. Banesto con su actuación resultaba el único beneficiado, cancelaba sus créditos y se situaba al margen de una futura declaración de concurso, como en efecto así aconteció.
De ahí, por tanto, la debida acreditación del cuestionado perjuicio patrimonial, pues, en definitiva, y como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012, "...en principio un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum".
Y ello, en efecto, es lo que ha acontecido en la operación de referencia. Por tanto, la sentencia de instancia no infringe el concepto amplio de perjuicio acuñado por la doctrina y la jurisprudencia en relación con los actos de pago y tampoco incurre en error en la valoración de la prueba con respecto a la situación de insolvencia de la deudora en el momento temporal de realización de tan cuestionada operación.
Procede, por lo expuesto, la desestimación de estos dos primeros motivos de recurso.”: SAP Murcia (Sección 4) 25.07.2013 (Sentencia 479/2013; Rollo 412/2013)

“SEGUNDO.- La sentencia recurrida estima la demanda formulada por la Administración Concursal, declarando la rescisión e ineficacia de la estipulación en favor de tercero (Bankinter) contenida en el contrato de compraventa de fecha 20 de febrero de 2009. Se indica que la Administración Concursal ejercita una acción de reintegración al amparo del articulo 71.2 LC, solicitando la rescisión parcial de la escritura pública de compraventa de 20 de febrero de 2009, realizada entre la concursada (Mediterráneo Hispa Group, S.A) e Intermobiliaria, S.A., en virtud de la cual se transmitían las fincas registrales 76.173, 76.175 y 77.406, del Registro de la Propiedad de núm. 1 de San Javier. Que la rescisión se refiere a la estipulación sexta del referido documento, que consiste en una estipulación a favor de tercero, con el siguiente tenor literal: " SEXTO: *Por este contrato, la entidad vendedora "Mediterráneo Hispa Group, S.A." se obliga, a favor de Bankiner, S.A., aquí compareciente, según está representada, a destinar la totalidad del importe del precio recibido por esta compraventa a pagar a la entidad bancaria referida parte de la deuda que por principal, intereses, gastos y comisiones deriva de la póliza de crédito firmada entre la vendedora y Bankinter, S.A., el 7 de noviembre de 2000, núm. de póliza 0661329843381, núm. de cuenta 0128-0661-19-0500504077. Por su parte Bankinter, S.A., conforme al artículo 1257 del Código Civil, expresa su aceptación de esta estipulación a su favor, y así se lo comunica a la entidad obligada, haciendo constar que procederá a la cancelación parcial de la deuda referida una vez cumplida esta obligación. Para el cumplimiento de esta estipulación, la entidad vendedora autoriza con carácter irrevocable a la compradora para que directamente ingrese el importe del precio pactado en la cuenta 0128-0661-19-0500504077* ".
Se afirma que de las manifestaciones de las partes y de la prueba documental aportada, resulta acreditado que

en fecha 20 de febrero de 2009 la concursa adeudaba a Bankinter, S.A., 2.461.504,19 #, que dicha deuda estaba vencida; que Intermobiliaria, S.A., es una sociedad participada por Bankinter, S.A., que es su socio único y ejerce control y decisión sobre el grupo, y que no ha sido controvertido el valor de venta de las fincas por 607.500 #. Que Bankinter, S.A., utiliza a Intermobiliaria, S.A., para fingir una compraventa de forma, que los bienes los adquiere la entidad participada y paga el precio a la segunda, que simula un negocio traslativo del domino -causa del contrato de compraventa- cuando en realidad hay una dación en pago, siendo distinta la causa de este negocio, aunque en ambos casos se trasmite la propiedad de los bienes; que Bankinter, S.A., recibía tres fincas registrales por valor de 607.500 # como pago parcial de su deuda a través de una sociedad interpuesta.

Se afirma que la operación referida no produjo perjuicio en sentido estricto, porque la compraventa supone una reducción paralela del activo y del pasivo, sin embargo sí existe un perjuicio en sentido amplio, indicándose que la enajenación de tres bienes inmuebles a cambio de reducir el pasivo, ninguna contraprestación, directa ni indirecta, produjo a la concursada -no se transforma deuda en largo plazo, no se rebajan los intereses ni se exime de su pago, no se amplía el crédito- que justifique el sacrificio patrimonial; que el precio nunca entró en el patrimonio de la concursada, sino que se destinó íntegramente a la sociedad dominante de la entidad adquirente, que ello perjudica el principio par conditio creditorum, pues los acreedores han visto reducidas sus posibilidades de cobro y que la concursada podía haber destinado el precio de la compraventa, en todo o en parte, al pago de otras deudas vencidas.

Se considera acreditado que la entidad Bankinter, S.A., actuó con mala fe, imponiendo a la deudora la operación en su propio favor, como forma de asegurarse el pago de su deuda. Se indica que una vez vencida la deuda, Bankinter, S.A., conociendo la situación de iliquidez de la concursada, propuso distintas fórmulas para cancelar su deuda; que la operación concertada en la escritura de 20 de febrero de 2009 sólo tenía como finalidad asegurar la cancelación parcial de la deuda; que la entidad Intermobiliaria, S.A., no tenía ningún interés en adquirir las viviendas, ni ha acreditado que las esté explotando y que sólo participó en la operación, dirigida por Bankinter, S.A., para que el precio se destinara íntegramente al pago de la deuda de la concursada.

Se declara la rescisión de la estipulación en favor de tercero, contenida en la estipulación sexta del contrato de 20 de febrero de 2009, declarando la rescisión de la totalidad de los actos de ejecución de dicho acuerdo, especialmente el del ingreso de 607.500 #, teniendo Bankinter, S.A., que devolver un principal de 607.500 #, más los intereses. Se indica, en relación con lo afirmado, que la cláusula contractual no afecta a los elementos esenciales del contrato, que se puede mantener su nulidad porque el principio general es mantener siempre la vigencia de los contratos y que el perjuicio procede de la estipulación en favor de tercero, en virtud de la cual el precio de la compraventa no se ingresa en el patrimonio de la concursada y que la rescisión parcial en las acciones de reintegración es sostenida en las resoluciones judiciales que se citan.

TERCERO.- Para dar respuesta a los motivos planteados en el recurso de apelación y referidos en el anterior fundamento, resulta conveniente referir la sentencia de 25 de julio de 2013, de esta Sección IV, de la Audiencia Provincial de Murcia, que en un caso sustancialmente idéntico, confirma la sentencia de 22 de enero de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia, que estima en su integridad la acción principal ejercitada por la Administración Concursal de la mercantil concursada "Mediterráneo Hispa Group" S.A., contra dicha sociedad en concurso, así como contra "Banco Español de Crédito" (BANESTO) y "Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria" S.A., tendente a que se declare la rescisión de los pagos efectuados a favor de dicha entidad bancaria (...) con la finalidad de cancelar los contratos de póliza de crédito, préstamo hipotecario y de aval bancario, de los que 984.264,53 # proceden de las compraventas otorgadas ante notario el día 28 de noviembre de 2008, convenidas entre la concursada y las mercantiles, filiales de Banesto, "Intursa" S.A., y "Programa Hogar Montigala" S.A., hoy "Mesena Servicios de Gestión Inmobiliarios" S.A., tras la fusión por absorción de las mismas y el resto, 1.061.335,17 #, procede de la venta de un inmueble realizado por "Tricenter Albamur" S.L., empresa del grupo de la concursada a la citada filial de la entidad bancaria, y que se condene a "Banco Español de Crédito" a devolver a la concursada la citada cantidad de 2.045.599,70 #, e intereses calculados desde la fecha de la demanda en 220.896,13 #, más los moratorios y procesales que se devenguen, con declaración de la mala fe de la referida entidad bancaria y ordenando restituir a la misma en los créditos que ostentaba con fecha 28 de noviembre de 2008 por importe de 2.045.599,70 #, con la calificación de subordinados.

En la sentencia dictada en grado de apelación en fundamento de derecho segundo afirma *<<(...)"De ahí, por tanto, la debida acreditación del cuestionado perjuicio patrimonial, pues, en definitiva, y como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 "...en principio un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum". Y ello, en efecto, es lo que ha acontecido en la operación de referencia. Por tanto, la sentencia de instancia no infringe el concepto amplio de perjuicio acuñado por la doctrina y la jurisprudencia en relación con los actos de pago y tampoco incurre en error en la valoración de la prueba con respecto a la situación de insolvencia de la deudora en el momento temporal de realización de tan cuestionada operación".*

En el fundamento de derecho tercero *"(...) Y es lo cierto, que en este caso y como se indica en la sentencia apelada, la operación de referencia se lleva a cabo en un período temporal (noviembre de 2008), en el que la deudora, después concursada, atravesaba, como hemos señalado en el precedente Fundamento de Derecho, serias y fundadas dificultades económicas determinantes de su insolvencia, que meses después, en el año 2010, le es reconocida al ser declarada en concurso. Por otro lado, se trata de una operación que no podría*

incluirse entre las propias de la actividad ordinaria de la deudora, la promoción inmobiliaria, y además, porque no gozaría de la exigencia de "habitualidad" que hemos mencionado. Obsérvese, en efecto, que a través de la misma no se efectúa una compraventa real de inmuebles, sino la de proceder a la liquidación de determinados créditos titularidad de Banesto, que es quién promueve e impulsa la operación.(....)Se trataría en definitiva, como se indica por la propia concursada en su escrito de oposición al recurso de adverso, de una operación que no deja liquidez (...) y a través de una operación previa claramente fiduciaria y simulada que oculta una dación en pago, que como decíamos en la sentencia antes citada de 23 de marzo de 2009, excluye que la operación pueda gozar del carácter ordinario que la recurrente le atribuye y aún en mayor medida cuando la singularidad de la misma excluye asimismo el requisito de " habitualidad" que también se exige al respecto".

En el fundamento de derecho cuarto *"(...) Sin embargo, tal planteamiento de la entidad bancaria recurrente resulta inaceptable. Y ello porque la operación realizada no tenía como finalidad procurar un beneficio a la concursada, sino por el contrario, propiciar la rápida liquidación de las deudas que la misma tenía contraídas con Banesto, al advertir claramente dicha entidad bancaria la situación de insolvencia de "Mediterráneo Hispa Group" S.A. La propia dinámica de la operación, su inmediatez, la preordenada voluntad de dotarle de una aparente y usual compraventa, cuando en realidad ocultaba una evidente dación en pago y la indisponibilidad por la concursada del dinero percibido por esas ventas, constituyen datos y hechos objetivos, debidamente justificados en los autos que excluyen por sí mismos esas alegaciones de la parte recurrente acerca de lo beneficioso de la operación para "Mediterráneo Hispa Group" S.A".*

En el fundamento de derecho quinto *"(...) La recurrente discrepa de tal declaración alegando la ausencia de prueba que permita sustentar con éxito el conocimiento por ella de la citada situación de insolvencia, máxime teniendo en cuenta que la mala fe no se presume. En este sentido, hemos de partir del contenido de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 16 de septiembre de 2010 en la que se aborda, en el ámbito de lo concursal, el concepto de mala fe del artº. 73 de la Ley Concursal. Se afirma en dicha resolución que para la apreciación de esa mala fe se requiere además del conocimiento de la situación de insolvencia del deudor, la conciencia de que con la operación a realizar se afecta negativamente, es decir, se causa perjuicio, a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica de la entidad deudora, se está debilitando al mismo tiempo de manera notoria la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Y es lo cierto, que en este caso concurren los citados presupuestos. La situación de insolvencia ya ha quedado analizada en los precedentes Fundamentos de Derecho, y en modo alguno una entidad bancaria como Banesto podría alegar su desconocimiento. Además las propias características de la operación en los términos que se mencionan con acierto en la sentencia de instancia, su sutileza y extrema rapidez, sin solución de continuidad en su ejecución, y en definitiva la operación de dación en pago que la misma encubría, constituyen datos determinantes que vendrían a reforzar el conocimiento por Banesto de la insolvencia de "Mediterráneo Hispa Group" S.A., al tiempo que también justificarían esa conciencia de la entidad bancaria de que con dicha operación se estaría afectando negativamente a los demás acreedores" >>.*

CUARTO.- En relación con los motivos articulados en el recurso, y referidos en el fundamento primero, hay que indicar que no se aprecia infracción de los artículos 71.4 LC, 218.2 LEC y 24 CE, pues en el presente caso se considera acreditado el perjuicio patrimonial causado a la masa activa de la entidad concursada, Mediterráneo Hispa Group, S.A., ocasionado con motivo de la compraventa de 20 de febrero de 2009, y en especial por lo establecido en la estipulación sexta, ya que tal negocio jurídico era simulado, pues encubría una dación en pago de bienes para cancelar parte de la deuda que la concursada tenía contraída con la entidad Bankinter, S.A., siendo instrumentada dicha operación, con el ánimo de ocultar un dación en pago, con la intervención de una entidad compradora, Intermobiliaria, S.A., perteneciente a la entidad Bankinter, S.A., por su condición de socio único, siendo la finalidad única, exclusiva de la aparente compraventa, la cancelación de la deuda contraída por la concursada con la entidad bancaria, no reportando beneficio alguno dicha transmisión a la concursada, en tanto que no se ingresó a su favor cantidad de dinero alguno ni tampoco obtuvo otros beneficios en operaciones financieras. El perjuicio en sentido amplio, tenido en cuenta por la sentencia de instancia y coincidente con el criterio sostenido por esta Sala, se produjo, como se ha dicho, por el contrato de compraventa de 20 de febrero de 2009, y en particular por lo establecido en la cláusula sexta, cuyos términos han sido transcritos en el fundamento de derecho segundo de la presente, ya que la transmisión de las tres fincas, en realidad, venía a cancelar en parte una deuda existente, con vulneración del principio par conditio creditorum, ya que el resto de los acreedores resultaban perjudicados por la disposición de las fincas realizada en favor de un único acreedor, en tanto que disminuían las posibilidades de cobro, sin aportar ningún beneficio la operación de compra a la mercantil ni al desarrollo de su actividad. Se considera, pues, acreditado el perjuicio patrimonial en los términos que exige el artículo 71.4 LC, y ello al margen de que en la demanda se hubiera invocado el párrafo segundo del artículo 71 LC y de hecho de que la deuda se considera vencida por la entidad bancaria en la fecha de otorgamiento de la escritura de compraventa, ya que el perjuicio patrimonial no queda necesariamente excluido por el hecho de que la deuda estuviera vencida en el momento en que tiene lugar el acto o negocio jurídico objeto de la acción de reintegración, prevista en el artículo 71 LC, como se desprende también de lo razonado en la sentencia del T.S. de 26 de octubre de 2012, ya que en función de las circunstancias concurrentes puede no estar justificado el acto o negocio jurídico por el que se liquida la deuda contraída.

Tampoco se aprecia infracción de los artículos 1274, 1257, 1258 y 1303 del Código Civil y 73.1 LC, ya que no existe impedimento legal para declarar la rescisión de la estipulación en favor de un tercero establecida en contrato, en el presente caso la cláusula sexta del contrato de 20 de febrero de 2009, ello de acuerdo con el criterio sostenido también por el Tribunal Supremo, habiendo declarado en sentencia de 28 de marzo de 2012 *<<Los términos de la norma -"serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa"- permiten la impugnación de concretos comportamientos aislados del contexto en el que se desarrollan, incluso cuando se trata de actos debidos -como lo demuestra la posibilidad de atacar pagos anticipados-, por lo que desde la perspectiva teórica podría mantenerse por un lado la eficacia de la compraventa y, por otro, la reintegración de los pagos*

realizados de forma discriminada con el precio percibido, por entender que la primera no es lesiva para la masa y si lo es el pago, ya que incluso tratándose de deudas vencidas pueden constituir un comportamiento discriminatorio injustificado, pero también cabe vincular ambos cuando responden a una operativa negocial compleja que las partes han querido de forma inescindible>>. La acción de reintegración ejercitada por los Administradores Concursales, según el suplico del escrito de demanda, pretendía con carácter principal la rescisión de la estipulación sexta establecida en el contrato de compraventa de 20 de febrero de 2009, por lo que es ajustado a derecho el pronunciamiento de instancia, pues se ha considerado acreditado que esta negocio jurídico, y en especial la cláusula sexta, produjo un perjuicio patrimonial para la concursada, pues sólo tuvo por finalidad liquidar parte de la deuda que tenía contraída la concursada con la entidad Bankinter, S. A.
Igual suerte adversa debe correr la infracción alegada del artículo 73.3 LC, pues se considera acreditado que la entidad Bankinter, S.A., actuó con mala fe al proponer y materializar la compraventa de 20 de febrero de 2009 como modo de la cancelación parcial de la deuda que tenía contraída con la misma la entidad concursada y vendedora, aceptándose en este sentido lo razonado en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia, ya que la mala fe se pone de manifiesto por la propia naturaleza de la operación de compraventa, de evidente carácter ficticio y simulado, pues como se ha dicho, lo único perseguido, a través de una sociedad controlada por la misma, Intermobiliaria, S.A., fue la cancelación parcial de la deuda, con la intención de poner a salvo de un eventual procedimiento concursal parte del crédito de que era titular, y ello a sabiendas de la propia situación de iliquidez en que se encontraba la concursada, quien ya tenía contraía una elevada deuda con la entidad bancaria, por lo que es razonable sostener que fue ésta la causa de que optara por el vencimiento de la póliza que había generado la deuda.
En atención a lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación, de acuerdo con lo sostenido en los escritos de impugnación presentados por la representación de la entidad Mediterráneo Hispa Group, S.A., y los Administradores Concursales.": SAP Murcia (Sección 4) 27.12.2013 (Sentencia 769/2013; Rollo 803/2013)

3.12.2 Impugnada sólo la compra y no el pago, se desestima la rescisión

AP Barcelona

"PRIMERO. Términos en los que aparece formulado el conflicto que enfrenta a las partes
(Servihabitat). El acto impugnado cuya rescisión se interesa consiste en la venta efectuada por la concursada a favor de Servihabitat XXI S.A.U. el día 2 de marzo de 2010 de 15 fincas por el precio conjunto de 367.000 euros.
La concursada se allanó a la demanda y Enmapi no la contestó. Caixabank se opuso alegando su falta de legitimación pasiva, por no haber tenido participación alguna en el acto impugnado. Y, en cuanto al fondo, se opusieron Servihabitat y la propia Caixabank alegando que:
a) No resulta de aplicación el art. 71. 3.º LC por cuanto la adquirente no tiene la condición de persona vinculada con la concursada.
b) El precio pagado por las fincas fue un precio de mercado, razón por la que la masa no ha sufrido perjuicio alguno.
c) Caixabank condonó más de 200.000 euros de la total deuda que Enmapi tenía con ella.
d) La deuda de Enmapi, a la que se destinó el dinero obtenido, estaba vencida y era exigible, por lo que la concursada, en su calidad de fiadora, debía responder de ella.
e) Desconocían la situación de insolvencia en la que se encontraba la concursada en el momento de llevar a cabo la operación.
La resolución recurrida estimó que Caixabank carecía de legitimación pasiva, por no haber tenido participación alguna en el único acto impugnado. Y, en cuanto al fondo, descarta que resulte de aplicación la presunción de perjuicio del art. 71.3 LC y considera que la operación resultaba perjudicial para la masa porque la deuda que la concursada afianzaba no podía considerarse vencida en el momento de la venta, razón por la que no existía un crédito exigible contra el fiador y porque la venta de los 15 inmuebles se realizó por la cantidad total de 367.000 euros y la finca hipotecada por Enmapi por la cantidad de 835.000 euros, lo que significa que se excedió la cantidad que la propia Caixabank reconocía que se le estaba adeudando por el préstamo que se liquidó como consecuencia de esas ventas, que ascendía a la cantidad de 1.035.419,67 euros. A ello añade que cuando la operación se llevó a cabo la concursada ya había instado las diligencias preconcursales del art. 5.3 LC y expone que la operación era perjudicial, a pesar de que no se discuta que la venta se realizó a precio de mercado, porque con ella se produjo una alteración de la pars condicio creditorum. También estima, respecto de los efectos de la rescisión, que la actuación de Servihabitat entraña una clara y evidente actuación de mala fe, lo que le llevó a subordinar su crédito, ya que tanto ella como Caixabank eran conocedoras de que la concursada había instado el procedimiento del art. 5.3 LC.
Caixabank recurre impugnando exclusivamente el pronunciamiento sobre costas y solicitando su imposición a
5. Servihabitat funda su recurso en las siguientes alegaciones:
a) El fundamento de la acción ejercitada se encuentra en el hecho de que la compraventa se realizó a favor de persona relacionada con el concursado, esto es, al amparo de la presunción del art. 71.3 LC, razón por la que la demanda debió haber sido desestimada al constatarse que no existía vinculación alguna entre la concursada vendedora y la compradora Servihabitat.
b) La compraventa no produjo perjuicio alguno para la concursada que pueda ser imputable a Servihabitat.
c) La concursada era deudora, aunque meramente afianzara el préstamo, ya que el fiador también debe ser considerado como deudor. Y el préstamo se encontraba vencido desde el 31 de febrero de 2009, un año antes de llevarse a cabo la operación cuestionada.
d) No se acierta a comprender qué perjuicio puede existir en que, tras la compraventa, arrendara una de las fincas a la propia vendedora, ya que en ella venía desarrollando su objeto social.

e) La compraventa, si no se realiza por un precio vil no puede haber agravado la insolvencia.
f) El préstamo era exigible porque estaba vencido y el mero hecho de que se hubieran pagado algunas cantidades en concepto de intereses no cambia esa circunstancia ni determina que pueda considerarse que exista una prórroga tácita.
g) El crédito al que se destinó el precio de la compraventa no era de Servihabitat sino de Caixabank y no puede considerarse contingente una vez vencido.
h) No es cierto que la deuda que la concursada tenía con Caixabank fuera de poco más de un millón de euros sino que el propio administrador de la concursada reconoció que no se pagó nada del capital (1.400.000 euros) y tampoco se pagaron todos los intereses, razón por la que no es cierto que se adeudara menos de los percibido con el valor de las fincas. La suma adeudada era de 1.402.419,67 euros, no los 1.035.419, 67 euros a que se refiere la resolución recurrida.
i) No existe mala fe en su proceder, ignorando la resolución recurrida que Caixabank y Servihabitat son dos entidades distintas.
j) La resolución recurrida ha incurrido en incongruencia al establecer la subordinación del crédito cuando ninguna petición en ese sentido se hizo en la demanda incidental.
6. El AC, al contestar a los recursos, impugnó la resolución recurrida insistiendo en la solicitud de condena a Caixabank, a quien considera como la urdidora de toda la trama y que ha utilizado a Servihabitat como mero instrumento para proceder al despojo y darle una apariencia de legitimidad. Por ello estima que no puede considerarse que carezca de legitimación pasiva y solicita su condena, con revocación en este punto de la resolución recurrida.
SEGUNDO. Hechos probados
7. La resolución recurrida declaró probados los siguientes hechos, que en lo sustancial las partes no cuestionan:
a) La concursada y Enmapi son dos sociedades pertenecientes a la misma familia Juan Miguel, coincidiendo sus socios y su administrador social único, el Sr. Nemesio.
b) La concursada es una empresa dedicada a la actividad de albañilería y Enmapi se dedica de forma esencial a la promoción de inmuebles.
c) El 30 de noviembre de 2006 Enmapi adquirió varias fincas en Sabadell, fincas que fueron agrupadas con el fin de realizar en ellas una promoción inmobiliaria. Caixabank financió la compra a través de un crédito con garantía hipotecaria de 1.400.000 euros que afianzó solidariamente Tabiquería. El vencimiento del crédito era inicialmente el 31 de diciembre de 2007. El 19 de marzo de 2008 las partes modificaron las condiciones fijando el plazo de vencimiento el 31 de marzo de 2009.
d) El 2 de marzo de 2010 la concursada y Enmapi suscribieron dos escrituras de compraventa con Servihabitat. Por la primera de ellas la concursada vendió a Servihabitat 15 fincas por el importe de 367.000 euros. Por la segunda, Enmapi transmitió la finca hipotecada a Servihabitat por el precio de 835.000 euros, subrogándose la adquirente en el crédito de Caixabank. Ambas cantidades se había acordado previamente que se destinaran al pago del crédito que Enmapi tenía con Caixabank, por lo que ninguna de las vendedoras ingresó realmente cantidad alguna.
e) A la fecha de esas operaciones la deuda de Enmapi con Caixabank era de 1.033.000 euros de capital y de 2.419,67 de intereses (en total, 1.035.419,67 euros -doc. 7 de la demanda-).
f) Tras la compraventa, la entidad Servihabitat arrendó el local que acaba de adquirir de la concursada a la misma entidad pactándose una renta de 700 euros/mes. El local constituía la sede social de la concursada Tabiquería.
g) Enmapi tenía otras fincas de su propiedad distintas a las que fueron objeto de la compraventa antes referida.
h) El 3 de noviembre de 2009 Tabiquería había presentado ante los juzgados mercantiles la comunicación del art. 5.3 LC, poniendo de manifiesto su situación de insolvencia. El 8 de marzo se dictó auto de archivo y el 1 de febrero de 2011 fue declarada en concurso.
TERCERO. Sobre el acto objeto de la acción de reintegración
8. La lectura de la demanda invita a la idea de que el propósito del AC pudiera haber sido impugnar no sólo la venta de las 15 fincas de las que la concursada era propietaria, venta que se efectuó a favor de Servihabitat, la inmobiliaria filiar de Caixabank, sino que también se proponía atacar, y habría que decir que de forma esencial, el destino dado al precio obtenido con ella, 367.000 euros, que se afirma que fueron ingresados en la cuenta de Tabiquería, inmediatamente traspasados a la cuenta de Enmapi y acto seguido aplicados al pago del préstamo con garantía hipotecaria que esta sociedad había suscrito con Caixabank. Por consiguiente, en realidad, y aunque con un fin común, fueron tres las operaciones jurídicas que se produjeron:
(i) la compraventa; (ii) el pago del precio obtenido con ella por la concursada a favor de su sociedad vinculada, Enmapi; y (iii) el pago realizado por Enmapi a favor de Caixabank en liquidación del préstamo con garantía hipotecaria que la concursada Tabiquería tenía avalado. Puede ser dudoso si esas dos últimas operaciones son distinguibles, dado que la concursada también podría considerarse deudora de Caixabank, en su calidad de fiadora, pero lo que resulta indiscutible es que es preciso distinguir entre la compraventa y el posterior pago hecho por la concursada (sea a Enmapi o bien a Caixabank).
No obstante, y pese a todo ello, el suplico de la demanda se limitó a solicitar la rescisión de la compraventa de las 15 viviendas transmitidas, señalando como únicos efectos la condena a la restitución de la propiedad y a la resolución de los contratos de arrendamiento que se hubieran suscrito con posterioridad sobre dichas fincas. Subsidiariamente se solicitó la condena al pago del precio de la venta que se hubiera podido obtener con la venta de las fincas a terceros.
9. Ante ello, creemos que la resolución recurrida acertó cuando optó por considerar que el único acto objeto de la reintegración estaba constituido por el acto de venta realizado el día 2 de marzo de 2010, por el que la concursada Tabiquería dispuso de la propiedad que ostentaba sobre 15 fincas a favor de Servihabitat, por un precio en junto de 367.000 euros. Esa apreciación creemos que es razonable a la vista de los pedimentos que

se hacían en el suplico de la demanda y nadie la ha discutido, razón por la que ha de servir como indispensable contexto al que deben referirse todas las cuestiones que los recursos plantean.
Ya hemos adelantado que es dudoso si el AC quiso limitar su acción a ese único acto o bien extenderla a otros, particularmente al pago del préstamo que la concursada había avalado y del que era deudora principal una sociedad vinculada con ella, Enmapi. La argumentación expuesta en la demanda y el hecho de que decidiera demandar a la prestamista, Caixabank y a Enmapi parecen indicar que podría haber tenido la intención de impugnar no solo la compraventa sino también la simultánea aplicación o pago de la cantidad obtenida con ella, cantidad que no llegó a entrar en el patrimonio de la concursada, sino que fue directamente destinada al patrimonio de Caixabank, para liquidar el préstamo hipotecario que la concursada había avalado, tras un fugaz paso por la cuenta de Enmapi, siempre bajo el directo control de Caixabank. Y no podemos negar, a la vista de los argumentos que se exponen en la demanda y en la sentencia de primera instancia, que pudieran existir buenos argumentos para fundar la impugnación del pago hecho a Caixabank. No obstante, no creemos que el AC haya llegado a impugnar ese pago. Si su propósito era hacerlo, como parece, no creemos que haya acertado en el planteamiento que hace la demanda en su suplico.
La invocación del art. 71.3,1.º LC como fundamento de la impugnación también parece indicar que su propósito fuera impugnar el pago hecho entre la concursada y Enmapi. No obstante, también creemos que tampoco lo ha logrado, al no realizar petición alguna que sustente ese propósito.
En suma, y como conclusión, el único acto jurídico objeto de la acción de reintegración está constituido por la venta de 15 inmuebles propiedad de la concursada y a favor de Servihabitat por el precio de 367.000 euros, tal como ha considerado la propia resolución recurrida.
Y la cuestión es muy relevante porque, si bien el objeto del proceso ha quedado bien delimitado, no ha ocurrido lo mismo con el objeto de la discusión y con el de la argumentación que la resolución recurrida toma en consideración para justificar la existencia de perjuicio y las consecuencias que está llamada a producir la reintegración concursal que acuerda, en la que creemos que se mezclan argumentos que únicamente se podrían entender desde una perspectiva mucho más amplia que la que es posible concederle a la acción ejercitada.
11. Sea como fuera, lo cierto es que la resolución recurrida descartó con claridad que el objeto de la impugnación se hubiera extendido a ese pago y lo limitó, de forma exclusiva, a la venta de las 15 fincas propiedad de la concursada a Servihabitat. Por esa razón concluyó que no existía legitimación pasiva de Caixabank, entidad ajena a esa operación, aunque la impugnación del AC no lo considere así incidiendo en la idea de que Servihabitat es una mera patrimonial de Caixabank, un mero instrumento. Coincidimos en que, desde una perspectiva económica, puede tener razón el AC; no obstante, no basta con ello, sino que la perspectiva jurídica no puede ser dejada de lado ya que es la preponderante para la resolución del conflicto que enfrenta a las partes, que es un conflicto jurídico, aunque con un innegable transfondo económico.
Lo que por ahora nos interesa de forma esencial es que el recurso del AC, aunque cuestiona la absolución de Caixabank por falta de legitimación pasiva, en cambio no ha cuestionado la apreciación que la resolución recurrida ha hecho sobre que el objeto de la acción de reintegración concursal está limitado a la operación de compraventa de los quince inmuebles y no alcanza a las operaciones posteriores, a las que únicamente se hace referencia como causa determinante de la primera.
La consecuencia que de ello se deriva es bien clara: al examinar el perjuicio no puede tenerse en consideración otro acto que la compraventa referida. El pago de lo obtenido con ella, esto es, el posterior destino del precio obtenido con la compraventa, aunque esté relacionado con ese primer acto, constituye una actuación netamente diferenciada del primero y no ha sido objeto de impugnación alguna, lo que nos impide poderlo tomar en consideración tanto de forma directa como indirecta, esto es, para analizar si el acto impugnado era o no perjudicial para la masa. El examen del perjuicio debe ser puesto en relación exclusivamente con el acto impugnado, sin que también se puedan tomar en consideración, como ha hecho la resolución recurrida, otros que previamente consideró que no eran objeto de la acción de reintegración concursal.
Que el propósito al que aparecía preordenada esa primera operación fuera el hacer pago de la deuda de Enmapi con Caixabank no es razón suficiente que permita ampliar el foco a la hora de proceder al examen del perjuicio para incluir en el mismo el pago posterior realizado con la cantidad obtenida con la compraventa.
CUARTO. Sobre el fundamento de la reintegración
15. También resulta algo dudoso cuál es el fundamento de la reintegración pretendida. La demanda, en sus fundamentos de derecho, se refiere a la presunción del art. 71.3-1.º LC, es decir, los actos onerosos realizados a favor de personas especialmente relacionadas, al considerar que con lo obtenido por la venta se hizo pago de deudas ajenas, esto es, de la deuda de Enmapi, una empresa vinculada con la concursada. Debemos compartir con la resolución recurrida que no resulta de aplicación esa presunción cuando la demanda no impugna otro acto que la venta de las 15 fincas que la concursada hizo a Servihabitat.
También a estos efectos cada uno de los actos jurídicos a los que hemos hecho referencia en el fundamento anterior tiene un encaje distinto dentro de los diversos párrafos del art. 71 LC. Por ello resulta tan importante, para construir adecuadamente la acción que se ejercita, comenzar haciendo una referencia precisa a cuáles son los actos jurídicos que se pretende que sean objeto de la reintegración.
16. No obstante, de ello no podemos deducir que exista incongruencia, por el mero hecho de que la resolución recurrida haya acudido a una norma distinta de la invocada por la parte. El art. 218.1, 2.º LEC sanciona el principio iura novit curia, que autoriza al juez a corregir los errores de calificación jurídica en que hubieran podido incurrir las partes, con el único límite de que no puede modificar la causa de pedir. Creemos que lo determinante, en el supuesto enjuiciado, no es que haya calificado la acción ejercitada de acuerdo con una norma distinta a la que la demanda invoca, sino que con ello estimamos que no se ha apartado de las peticiones y las ha integrado adecuadamente con la justificación que de las mismas se ha incorporado a la demanda, justificación que resulta, de forma esencial, del relato fáctico que se realiza en la demanda, no de la

valoración o calificación jurídica.
En ese sentido, no creemos que la invocación del art. 71.3.1.º LC resulte determinante para conocer cuál ha sido la verdadera voluntad del demandante al ejercitar la acción de reintegración sino que creemos que es mucho más indicativa de esa voluntad el petitum y la justificación que hace la demanda, que es esencialmente ajena a lo establecido en ese precepto.
Por consiguiente, debemos compartir con la resolución recurrida que hay que estar a lo que resulta del art. 71.4 LC, en relación con el art. 71.1 LC, de manera que el perjuicio del acto para la masa debe resultar acreditado para que la reintegración pueda prosperar. De ello se deriva que el acto impugnado no está afectado de ninguna presunción de perjuicio, de forma que debe analizarse si el mismo resulta perjudicial para la masa a partir de la regla general del art. 71.4 LC y de la prueba que se haya practicado en las actuaciones.
QUINTO. Análisis del perjuicio
18. La resolución recurrida, siguiendo el expositivo de la demanda, consideró que existía perjuicio para la masa con una argumentación en la que se mezclan consideraciones relativas a la venta de las 15 fincas a Servihabitat con otras relativas al préstamo que la concursada había afianzado y a cuyo pago se destinó el precio de la venta. Concretamente, los argumentos que se exponen para fundar la existencia de perjuicio son los siguientes:
a) Cuando se llevó a cabo la operación impugnada, el 2 de marzo de 2010, el crédito hipotecario de Enmapi se encontraba vencido pero no era exigible porque se seguían pagando intereses, por lo que existía una prórroga tácita del contrato.
b) El precio pactado por la venta de los 15 inmuebles (367.000 euros), unido al obtenido por el inmueble hipotecado (835.000 euros), era superior a la cantidad que la propia Caixabank reconocía que se le estaba adeudando (1.035.419,67 euros). Por consiguiente, no es cierto que hubiera condonado la cantidad que afirma, esto es, de 200.000 euros.
c) Caixabank debía conocer que en aquel momento la concursada se encontraba en insolvencia porque previamente había efectuado la comunicación del art. 5.3 LC, razón por la que la operación de venta se tradujo en perjuicio para el resto de los acreedores que integraban la masa.
d) El perjuicio es doble porque si bien la venta supuso la salida del patrimonio del deudor de 15 fincas, luego fue preciso pactar un arrendamiento sobre una de ellas, en la que la concursada llevaba a cabo su propia actividad social.
e) Como consecuencia de la operación se alteró la prelación concursal, puesto que el titular del crédito hipotecario, que ostentaría un crédito contingente, al no haberse exigido todavía el pago al deudor principal, obtuvo plena satisfacción de su crédito.
19. Servihabitat discrepa de esas consideraciones y alega, en sustancia, que es una simple adquirente de los bienes de la concursada, no una acreedora, razón por la que no se puede apreciar el perjuicio frente a ella con argumentos que únicamente le podrían ser opuestos a Caixabank.
Opinión del tribunal
Tiene razón la recurrente. El hecho de que Servihabitat sea una sociedad vinculada a Caixabank no puede justificar que se ignore que ambas son sociedades distintas y que se desconozca la personificación sin justificar si concurren razones que pueden permitir la aplicación de una técnica tan extraordinaria como es la del levantamiento del velo social, que supone dejar de lado todo el derecho societario para penetrar en el substrato y derivar responsabilidades a los socios, que aparecen protegidos por el principio de la limitación de la responsabilidad y que tienen una personalidad jurídica separada de la sociedad constituida, aunque ostenten el carácter de socio único. La única acreedora de la concursada era Caixabank, a quien la propia resolución ha absuelto por considerar que la acción ejercitada le resultaba ajena. Por consiguiente, es preciso ser consecuente con ello y dejar fuera de la justificación del perjuicio todos aquellos argumentos que están referidos a Caixabank y a las relaciones entre la misma y la concursada.
La impugnación del AC insiste en la legitimación pasiva de Caixabank, si bien la funda exclusivamente en su condición de sociedad matriz e ideóloga de la operación cuestionada, así como en el hecho de haber resultado beneficiaria de la compraventa. No creemos que ésos sean argumentos suficientes para justificar la condena de Caixabank cuando la propia parte ha sido quien ha decidido limitar el objeto de la impugnación a la operación de compraventa. Con ello, lo haya pretendido o no la demanda (y parece evidente lo segundo), ha impedido que podamos tomar en consideración otros datos que los directamente relacionados con la compraventa.
Lo que podemos deducir de la argumentación realizada por la resolución recurrida es que lo que considera perjudicial para la masa no es propiamente la venta sino más bien el destino dado al precio obtenido con la misma, esto es, el pago del crédito que la concursada afianzaba. Como ya hemos anticipado, a pesar de que puedan existir buenas razones para impugnar ese pago, la propia resolución recurrida llegó a la conclusión, de que su impugnación no fue objeto de la demanda que inició este incidente concursal. Ello nos impide poder entrar a examinar si el mismo es o no perjudicial para la masa.
Como consecuencia de lo anterior, no podemos compartir que exista perjuicio por vulneración del principio de la par condicio creditorum, esto es, perjuicio indirecto, porque ese tipo de perjuicio únicamente lo podemos referir a los pagos hechos a acreedores antes de la declaración del concurso y aquí únicamente podemos analizar si fue perjudicial para la masa la venta de unos inmuebles, no lo que se hizo con el precio obtenido por la venta.
La propia resolución recurrida, en valoración que ninguna de las partes cuestiona, aprecia que la venta de los inmuebles se hizo por la concursada a Servihabitat por el valor de mercado de los inmuebles. Ese dato, que es el único que es posible tomar en consideración para analizar si la operación cuestionada resultaba perjudicial para la masa, nos lleva a la conclusión de que no existe el perjuicio que podría justificar el éxito de la acción de reintegración ejercitada.
Y tampoco podemos compartir que el carácter perjudicial de la venta pueda ser puesto en relación con los

motivos que impulsaron a la concursada a llevarla a cabo cuando la única acción ejercitada ha sido la de reintegración concursal. El carácter perjudicial de la venta debe ser analizado desde una perspectiva objetiva, desde la cual los datos a tomar en consideración únicamente pueden ser dos: (i) el valor de lo que sale del patrimonio de la concursada; y (ii) el valor de lo que entra. En suma, en el caso de una compraventa, el carácter perjudicial de la misma debe resultar de la comparación entre el valor de lo vendido y el precio percibido como contraprestación.
En ese sentido debe concluirse que, no habiéndose acreditado (ni siquiera se alegó) que el precio fijado como contraprestación no fuera un precio de mercado, no puede considerarse acreditado que exista perjuicio para la masa.
El perjuicio no lo origina la venta sino que la suma pactada como contraprestación no permaneciera en el patrimonio de la concursada y fuera entregada a terceros. Este segundo acto es distinto a la venta y no puede ser tomado en consideración para analizar el perjuicio de la misma, aunque pueda tratarse de un acto impuesto por Caixabank, como se afirma en la demanda. Para que lo hubiéramos podido tomar en consideración hubiera sido preciso que también se hubiera impugnado incorporando a la demanda peticiones concretas que concernieran a ese acto y a Caixabank.
26. Tampoco podemos considerar que exista perjuicio en el hecho de que, después de la compraventa, o de forma simultánea en el tiempo con la misma, las partes pactaran un arrendamiento que permitiera a la concursada seguir utilizando una de las fincas transmitidas. La alegación de la parte no se justifica en la idea de que este arrendamiento pudiera resultar gravoso por ser su precio excesivo o poco acorde con las condiciones de mercado sino que la única justificación que sobre su carácter perjudicial se ofrece consiste en que supuso la creación de un nuevo gravamen sobre el patrimonio de la concursada. En suma, su carácter perjudicial se pone en relación con el carácter injustificado de la venta, cuestión en la que creemos que no podemos entrar, como ya hemos adelantado.
27. Por consiguiente, no pudiéndose apreciar la existencia de perjuicio, la demanda debe ser íntegramente desestimada. Ello nos exonera de entrar en las demás cuestiones a las que se refiere el recurso de Servihabitat que guardan relación con los efectos de la reintegración.”: SAP Barcelona (Sección 15) 30.09.2013 (Sentencia 344/2013; Rollo 814/2012)

3.13 Pignoración de parte de los fondos de la operación de crédito en garantía de la propia operación

Tribunal Supremo

“ SEXTO.- Estimación parcial del primer motivo del recurso.
1. El *art. 71.1 LC* declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta. Como señala la *STS 629/2012, de 26 de octubre,* siguiendo la *STS núm. 622/2010, de 27 de octubre,* el perjuicio para la masa activa, como concepto indeterminado, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo y, además, carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el *art. 71.2 LC* presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio; los supuestos del apartado 3 del propio artículo, presume el perjuicio, admitiendo prueba en contrario, a cargo del demandado; fuera de los supuestos presuntivos, el siguiente apartado 4 establece que el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
En el presente caso, con ocasión de una operación de financiación concertada por el banco con la concursada, la administración concursal estimó que la operación estaba *"sobregarantizada",* porque con la garantía de los pagarés *"parece innegable que no es dable a la codemandada la facultad unilateral de renunciar a la ejecución de su propio aval",* pues si no se anula la prenda, dice, el Banco *"ostentaría un crédito en este concurso sin duda artificial y forzado".* Señala también el exceso de pignoración que supone la cantidad de 1.800.000.-€ en garantía de todos los intereses que devenga la operación.
La sentencia recurrida entiende que la operación subyacente (concertada por Grupo Nicolás con Torrevisa para la adquisición por parte de esta última, de unas participaciones de una sociedad brasileña, en la que se libraron unos pagarés como forma de pago del precio, que fueron posteriormente avalados por el propio Banco, y más tarde anticipados en una póliza de crédito), es una operación diseñada por el banco, en la que casi la totalidad del importe del préstamo no llegó a la prestataria y las cantidades siguen siendo administradas y controladas por el propio banco. De lo que colige que las garantías pignoraticias fueron perjudiciales, cuestionándose en el procedimiento la validez de las mismas.
2. El motivo, en parte, se estima por las razones que a continuación se expresan, pues no todas las garantías ocasionaron un perjuicio para la masa activa.
A) Los pagarés, como las partes admiten, y la sentencia recurrida acepta, provienen de una operación de compraventa de participaciones sociales celebrada el 26 de septiembre de 2007, con vencimientos semestrales entre febrero de 2011 y noviembre de 2013. No es hasta el 20 de diciembre de 2007 que Grupo Nicolás Mateos trata de buscar financiación para hacer líquidos los pagarés recibidos. El Banco Popular, considerando que el descuento de los mismos suponía un coste excesivo porque los intereses se perciben de una sola vez, propone abrir una póliza de crédito, por el nominal de los mismos -6.000.000.-€-, haciendo coincidir los vencimientos de los pagarés con la amortización de la póliza.
Naturalmente este anticipo de los pagarés, pese a su entrega al banco, no supone un endoso pleno, sino una cesión de crédito cambiario en garantía que, al no transferir la propiedad de los mismos (ex *arts. 14, 17* y *22 LCch)*, podían ser embargados por terceros, por lo que el Banco prestó su aval y seguidamente los pignoró al buen fin de la operación. Con la cesión en garantía de los pagarés el banco obtiene una garantía adicional, la de Torrevisa, pues ya tenía la del acreditado. Estas son las garantías propias de toda operación de descuento:

la del cedente (la concursada) y la del deudor cedido (la libradora de los mismos, Torrevisa). Pero en lugar de una operación de descuento, con vencimiento prácticamente a seis años, resultó más beneficiosa para el Grupo Nicolás una operación de anticipo de los títulos merced a una póliza de crédito que al vencimiento de los pagarés, amortizaría la póliza hasta su extinción. El Banco Popular que, como se ha indicado, no adquirió la propiedad de los mismos, sí tuvo la posesión de los mismos, a través de la cesión en garantía. Con la pignoración, evitó ser perturbado por tercero. A su vencimiento, al no ser atendidos por el obligado principal, Torrevisa -como así fue-, debieron ser satisfechos por su avalista, el propio Banco Popular, pero como este ya anticipó su importe al beneficiario -el acreditado-, por compensación, se extinguieron las cantidades recíprocamente debidas (*art. 1.196.3º CC)*, la del aval del banco, y la de la amortización del crédito a cargo de la acreditada por la cantidad concurrente (*art. 1202 CC)*. En otras palabras, la concursada tenía en su patrimonio activo solo unos pagarés que, aún estando avalados, fueron anticipados por el propio banco avalista merced a una póliza de crédito. Si el Banco Popular entregara los pagarés según la sentencia recurrida, de acuerdo con la proposición de la administración concursal, la concursada habría obtenido un doble cobro, el de los pagarés avalados y el anticipo de los mismos mediante una póliza de crédito.
Por cuanto antecede, es obvio que la pignoración de los títulos cambiarios se justifica plenamente, y no supuso un perjuicio para la masa. Del mismo modo, no puede pretender el banco que se le reconozca en el concurso el principal anticipado, es decir, el importe del crédito del que ya se ha resarcido o debe resarcirse con la compensación a que se ha hecho referencia.
B) Seguidamente debemos considerar las garantías complementarias tomadas con ocasión de la financiación descrita. En concreto, la pignoración de 1.800.000.- € en garantía de los intereses que debía devengar la operación. En tal supuesto, una garantía prendaria de gran parte (30%) del saldo de una cuenta a nombre de la acreditada en la que se le ha abonado el importe de la operación, supone una sobregarantía, y, en definitiva, un acto perjudicial para la masa. No decimos que no sea posible tomar garantías adicionales a una operación de financiación, pero no las que, en su integridad, se nutren del importe líquido de una operación de anticipo -que no de descuento-. Tenía sentido que no se realizara la operación de descuento porque los intereses serían muy elevados y que se optara por una operación de anticipo. Pero el resultado final fue que se impidió al acreditado la disponibilidad de una parte importante (30%) del principal, como si de una operación de descuento se tratara.
En las operaciones de descuento comercial es habitual que los bancos descontantes retengan un porcentaje en función de la solvencia de los deudores cedidos. Pero en el presente caso, tratándose de una operación estrictamente financiera, en la que la solvencia del librador debía ser conocida por el banco financiador -cliente, se dice, de otra oficina-, la garantía sobre el total de los intereses tomada exclusivamente del principal de la operación es contraria al *art. 1258 CC,* pues las partes se obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que *"según su naturaleza"* sean conformes a la buena fe. Es contrario a la naturaleza de la operación de crédito que gran parte de su importe sirva para garantizar los intereses que pueda devengar la operación, alterando esencialmente el esquema de distribución de riesgos previsto en esta clase de operaciones.
Por ello, debe mantenerse el pronunciamiento de la sentencia recurrida en cuanto considera abusiva la pignoración de 1.800.000.-€ en concepto de intereses de la operación, lo que supone: 1º la plena disponibilidad de los activos pignorados en cuanto sean líquidos; 2º la entrega de los rendimientos íntegros, devengados por tales inversiones.
C) Por último, aparece una partida sustraída también de la disponibilidad del crédito concedido, cuyo importe oscila, según escritos de las partes, de entre 70.000 a 100.000.-€. No son perjudiciales para la masa los devengados exclusivamente por la formalización del crédito y la pignoración de los pagarés anticipados, pero sí lo son los ocasionados en razón de la formalización del aval en los pagarés que deben correr a cargo de Torrevisa, S.A., que entregó unos títulos a su cargo en pago del precio convenido en la operación de compraventa de participaciones sociales, así como el coste de la intervención notarial en las pólizas correspondientes a la pignoración de 1.800.000.-€ a la que nos hemos referido anteriormente.
3. Consecuencia de cuanto se razona en los apartados 3 y 4 anteriores, el Banco Popular, que hará suyos los pagarés por él avalados, sólo puede insinuar en el concurso de la acreditada, como crédito subordinado, el importe correspondiente a los intereses por importe de 1.800.000.-€, así como los gastos ocasionados por la instrumentación de la operación de crédito.": STS 17.02.2015 (Sentencia 41/2015; Recurso 1893/2012)

"4. Cuestión distinta es la operación que simultáneamente se llevó a cabo, tras la novación, es decir, las prendas de créditos futuros representados por las disponibilidades de los préstamos novados, como consecuencia de las ventas futuras de una promoción que se había terminado.
Las prendas, según reconoce la recurrente fueron la contraprestación de las novaciones. Y así, en la cláusula financiera primera se establece: "La parte prestataria autoriza expresa e irrevocablemente a la Caja para realizar disposiciones de las cantidades disponibles en la cuenta especial número 2099.0173.93.0070006726 de la propia Caja, y por ende limitar dicha disposición, si la Caja considera incumplida cualquier obligación líquida o exigible que tengan contraída con ésta como consecuencia de esta operación. A tal efecto, quedarán retenidos de forma expresa, pignorados y cedidos en prenda a la Caja, con las condiciones que se plasman en el anexo número 1 firmado con fecha veintiséis de noviembre de dos mil diez, el importe pendiente de disponer del préstamo, anteriormente indicado, así como el saldo de la mencionada cuenta especial del que la parte prestataria reitera la autorización irrevocable a la Caja para que disponga en cada momento, con el fin de que dicho importes se destinen al pago de cada una de las liquidaciones del presente préstamo".
De su literalidad resulta que los créditos disponibles, a consecuencia de las futuras ventas, debían servir, en primer lugar, con carácter expreso y prioritario, para satisfacer las obligaciones dimanantes del préstamo novado, esto es, al pago de cada una de las liquidaciones del presente préstamo.
En la STS 41/2015, de 17 de febrero, declaramos la procedencia de la rescisión de la prenda de gran parte (30

%) del saldo de una cuenta en la que se abonó el importe de la operación financiera concertada con el Banco, en garantía de todos los intereses que devengaba la propia operación, impidiéndose al acreditado (el concursado) la disponibilidad de este importante porcentaje del principal de la operación. La prenda, señalábamos, configurada de este modo, era contraria al art. 1258 CC, pues las partes se obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que "según su naturaleza" sean conformes a la buena fe. Es contrario a la naturaleza de la operación de crédito, que gran parte de su importe sirva para garantizar los intereses de la propia operación, alterando esencialmente el esquema de distribución de riesgos previsto en esta clase de operaciones. Cuestión distinta es que parte o toda la operación de que se trate, pueda estar asegurada con otras garantías, sean personales o reales de cualquier clase.
Los créditos futuros disponibles representados por el importe obtenido de las proyectadas ventas son un activo de la masa, que en méritos de la pignoración ha sido sustraído al resto de los acreedores que tenían o podían tener créditos vencidos, líquidos y exigibles, y, por tanto, las pignoraciones en la medida que suponen un trato de favor y altera, en beneficio del Banco, la par conditio creditorum, sí debemos declarar su rescisión y con ella todos los cargos o adeudos efectuados a favor del Banco, bien derivados de los préstamos hipotecarios novados, bien cualquier otra deuda contraída por la concursada con la demandada, por cualesquiera otras obligaciones, caso de haberse producido tales cargos o abonos con posterioridad a las pignoraciones.”: STS 24.06.2015 (Sentencia 340/2015; Recurso 1608/2013)

AP Jaén

“CUARTO En el presente caso, como estableció el Juzgador de instancia en el Fundamento de Derecho Segundo de su sentencia, párrafo primero, el supuesto de autos no podía incluirse en ninguna de las presunciones de perjuicio contenidas en elartículo 71 L. C., y como indicaba la demandada, debía acreditarse la existencia del mismo para poderse rescindir el acto; esto es, se trataba del supuesto previsto en elapartado 4 del citado artículo 71 de la L. C..
En este sentido, considera la parte apelante que teniendo en cuenta el concepto de perjuicio, no procedía la acción de reintegración planteada, porque no estamos ante un acto perjudicial para la masa activa, sino al contrario, dice, ante un acto beneficioso para la concursada, que le permitió continuar con su actividad empresarial, aunque no pudo evitar finalmente su situación de insolvencia patrimonial. Y añade que no hay duda de que cualquier operación bancaria de activo va a estar necesaria e indisolublemente acompañada de la constitución de una garantía (en su mayoría de carácter real), a favor de la entidad de crédito y del devengo de unos intereses también a favor de ésta, puesto que, señala, no estamos ante instituciones altruistas o sin ánimo de lucro, sino de empresas que desarrollan su actividad, pretendiendo no sólo generar unas ganancias, sino también asegurar la restitución de las cantidades prestadas.
De igual modo entiende la apelante que no podemos hablar de perjuicio alguno para la entidad concursada, y que estamos ante una operación en la que la contraprestación de ambas partes es equitativa, sin que exista descompensación entre las mismas y sin ruptura de la "par conditio creditorum"..
Y de igual modo alega la apelante que no puede rescindirse la garantía constituida sin rescindir, de manera simultánea, la obligación principal garantizada y de la que trae causa, al ser ambas indisolubles, de tal forma, indica, que sin la prestación de la primera, no se hubiera concedido el préstamo.
Pues bien, este Tribunal considera que la cuestión aquí alegada está perfectamente analizada y resuelta en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de instancia, en el que el Juzgador a quo comienza exponiendo que el perjuicio existe para pasar a continuación a explicar la causa de tal conclusión.
En efecto, significativo resulta obtener un préstamo por una cantidad de dinero, de la que sólo se puede disponer en parte, quedando el resto retenido como garantía pignoraticia, y no obstante lo cual, se devengarán intereses por el total, a pesar de que una parte del dinero es entregada al prestatario y la otra no; de tal suerte que el Banco obtiene doble beneficio, por un lado, percibe intereses de la cantidad que él mismo retiene como garantía o prenda, y por otro lado, tiene garantizada la devolución de toda la deuda. Correlativamente a ello el deudor prestatario resulta perjudicado en una doble vertiente, por no disponer del total del préstamo al quedar parte del mismo como garantía, y por pagar los intereses de tal suma aunque nunca la ha recibido.
En definitiva, el perjuicio quedó suficientemente acreditado en autos, aceptando esta Sala los argumentos jurídicos expuestos por el Juzgador de instancia, sin necesidad de otras consideraciones al respecto.
Y en cuanto a la rescisión de la garantía sin rescindir la obligación principal, también quedó resuelta en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia apelada.
Al respecto entiende la recurrente que no puede procederse a resolver la garantía sin resolver igualmente el contrato de préstamo principal, porque el acreedor consintió el mismo por existir dicha prenda, y sin ésta, se anula el consentimiento del acreedor.
Teniendo en cuenta que el perjuicio acreditado recae sobre la garantía, ningún inconveniente existe para mantener el contrato principal y rescindir el que causa dicho perjuicio, máxime teniendo en cuenta que el efecto que se produce con la rescisión es la reintegración de lo entregado por el consursado y la aparición de un crédito contra la masa a favor del tercero.
Ambas (la garantía y la obligación principal) no son indisolubles en contra de lo que alega la apelante, aceptando esta Sala los razonamientos jurídicos que al respecto expone el Juzgador a quo.
Así, la rescisión supone que el que contrató con el deudor concursado aparece como acreedor de la masa (crédito contra la masa), y para ello elartículo 73.2 L.C. dispone que deberá satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido salvo que se aprecie y declare la mala fe del acreedor en cuyo caso la ley sanciona el crédito con la consideración de subordinado.
Debe entenderse que la pignoración era una obligación independiente, aunque evidentemente subordinada a la obligación principal, el préstamo. Y en este sentido podemos citar la Resolución de la Dirección General de

Registros y Notariado de 30 de Septiembre de 2009 (RJ 2009, 5939) en relación al contrato de fianza, en la que se indica que: "A la hora de precisar la naturaleza de la fianza debe distinguirse entre la obligación del fiador y la obligación principal garantizada. Frente a posiciones ya abandonadas que defendían la existencia de un vínculo obligatorio único con dos deudores, uno principal y otro subordinado, es indudable que la fianza constituye una obligación independiente, como lo evidencia su función económico social que, centrada en el aseguramiento del interés del acreedor para el caso de que la obligación principal no sea cumplida en los términos pactados, determina una causa peculiar de garantía, en todo caso diferente de la propia de la obligación principal asegurada. Consecuencia necesaria de lo anterior es la alteralidad del régimen de la obligación del fiador respecto de la obligación del deudor principal, que se traduce no sólo en la posibilidad de que su contenido sea distinto, sino también en que su existencia, y su posibilidad de modificación y extinción sean independiente, aunque siempre esté subordinada a la obligación principal como consecuencia de su naturaleza accesoria".
Por tanto, siendo independientes la garantía por pignoración y el préstamo constituido, ningún inconveniente existía para declarar la rescisión de aquélla por perjuicio.
De ahí la cita que al respecto efectúa el Juzgador de instancia de losartículos 1155, 1190 y 1193 del Código.
En base a lo expuesto, y considerando que la sentencia de instancia es ajustada a derecho, procede su íntegra confirmación, previa la desestimación del recurso de apelación promovido.": SAP Jaén 23.11.2010 (AC 2011/702; Sentencia 273/2010; Rollo 389/2010)

3.14 Otros supuestos

AP Lleida

"PRIMER. La representació del Banc de Sabadell recorre contra la sentència de primera instància i ho fa al·legant error en la valoració de la prova atès que no hi ha cap constància a les actuacions de les factures de les que parla la sentència que LEDECO tindria contra Europromociones Bali, S.L per treballs efectuats. Es limita la sentència a parlar de la comptabilitat i del CD però sense especificar on està l'apunt comptable o la factura. Per tant, no existint aquelles estaríem enfront d'un pagament efectuat per tercer. Es tractaria d'un negoci complex en que es concedeix un préstec per pagar deutes del grup empresarial i intentar reeixir-lo i al no haver estat possible, el que no cap és la reintegració parcial del negoci. Per últim afegeix que la condemna subsidiària al Banc de Sabadell és incorrecta i no té empara legal, el que fa que s'hagi de deixar sense efecte. En definitiva demana que s'estimi el recurs i es desestimi la demanda dirigida contra Banc de Sabadell.
L'AC s'oposa la recurs i demana la íntegra confirmació de la sentència de primera instància.
SEGON. Fa l' article 71 de la LC " 1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
Si analitzem l'actual regulació de la LC ens en adonarem de que aquesta fuig dels rígids esquemes de la retroacció característics de la legislació prèvia, per instaurar un marc general d'accions de reintegració de bens i drets a la massa, realitzats en el concret període temporal dels dos anys anteriors a la data de la declaració del concurs, i fonamentats en l'existència d'un perjudici per a la massa amb independència, en principi, de tot tipus d'element objectiu relatiu al caràcter fraudulent de l'acte impugnatori. La prova del requisit essencial del "perjuicio para la masa activa" es facilita amb presumpcions de caràcter iuris et de iure i iuris tantum.
D'altra banda, resulta difícil donar un concepte de perjudici patrimonial, a l'existir el risc de que un criteri d'interpretació excessivament lax converteixi en rescindibles tots els actes realitzats pel deutor en els dos anys anteriors a la declaració del concurs, amb el consegüent risc pel valor essencial de la seguretat jurídica. Malgrat tot, és ben conegut com la jurisprudència mercantil s'està decantant, en oberta oposició a sòlides interpretacions doctrinals, pel concepte ampli de perjudici, comprensiu no solament d'aquells actes que suposen una minva o disminució de la massa activa sense contraprestació de cap mena, sinó també dels actes que perjudiquen la massa activa al temps que minven el passiu si això suposa una alteració del principi general de la par conditio creditorum (per totes, Sentència AP Madrid, secció 28ª, de 19 de desembre de 2008 i Sentència de 8 de gener de 2008, AP Barcelona, secció 15ª).
En el cas present la part apel·lant empra com a motiu de recurs l'error en la valoració de la prova i més concretament l'error en la valoració del presumpte deute que Europromociones Bali, S.L. tindria amb LEDECO S.L. atès que la referència que el jutge a quo en fa en la seva sentència és general i referida a la comptabilitat i al CD acompanyat però sense especificar en quina part d'aquella documentació s'estableix o es dedueix l'existència d'aquelles factures o en resulta l'existència d'aquell deute. I el cert és que efectivament no es fa cita concreta, però gens menys ho és que, segons l'administració concursal, a la Memòria que la concursada acompanya al concurs (aquí no en tenim copia però no és negat per l'apel·lant) es diu que ja es fa avinent a les pàgines 7 i 8 com Europromociones Bali, S.L. " le debia facturas por mas importe como consecuencias de las obras ejecutadas por LEDECO," informe al que caldria donar credibilitat si partim de la base de que a la reunió de data 7 de maig de 2009 celebrada entre l'AC i la concursada i els seus administradors (aquesta sí consta com a Doc 15 acompanyat a la demanda incidental), aquells reconeixen, davant de l'explicació demanada per l'AC de l'operació amb el Banc de Sabadell, que la transferència de 2.173.000 # que Europromociones Bali, S.L. efectua a favor de LEDECO SL és en pagament del deute que mantenia per la construcció de l'edifici que promovia la primera a la Seu d'Urgell i pel qual la concursada l'hi havia emès les corresponents factures. De fet aquell pagament només podia obeir a un deute, com s'afirma, o a un préstec i és evident que no estem enfront d'aquesta segona possibilitat.
Ara bé, malgrat pugui donar-se per cert l'existència d'aquell deute, el que cal preguntar-se és si l'operativa de LEDECO ajudada pel Banc de Sabadell pot donar lloc o no a l'acció de reintegrament atès que qui n'ha sortit perjudicada no és solament LEDECO SL, que és a la fi la concursada, sinó sobre tot, Europromociones Bali,

S.L. que de tenir un deute ordinari amb LEDECO SL ha passat a tenir-ne un d'hipotecari amb el Banc de Sabadell. Es sosté per part de l'administració concursal que els administradors de Europromociones Bali, S.L. són els mateixos que els de LEDECO i que a la fi aquestes dos societats juntament amb d'altres implicades també en l'operació de finançament, com ara Dreter Invest, Ambito Inmobiliario Urbano, Poliedric Forms SL o Promoruf 111, formarien un grup empresarial, la qual cosa àdhuc el Banc de Sabadell ho reconeix. I això és així malgrat no s'ha presentat un concurs del grup sencer acumulant a aquell els diferents concursos particulars sinó que s'ha fet per separat, i per tant l'operativa de cadascuna d'elles haurà d'examinar-se també en cadascun dels concursos.
Efectivament no consta que jurídicament estiguem enfront d'un grup d'empreses amb caixa única sinó que es tracta d'empreses diferents amb manca de comptabilitat consolidada. De fet fins a l'adaptació a les Directives Comunitàries, la nostra legislació mercantil ignorava l'existència dels grups de societats que solament estava regulat a la normativa fiscal. La nova redacció del CdCom (art. 42 a 49) estableix l'obligatorietat de presentar comptes consolidats als grups de societats, per bé que és cert que aquella obligació no és general i té una sèrie d'excepcions que no obligarien a la consolidació i que vindrien fonamentades, entre altres possibles causes, en ultrapassar o no uns límits quantitatius. Segurament i per les raons que siguin i que aquí no escau analitzar, en el seu dia no es va considerar la necessitat d'acumular els diferents concursos de les societats del " grup", que pel que sembla presenten comptes individuals, possiblement paguen impostos de forma individual, i pel que s'ha vist operen mitjançant comptes bancaris propis, malgrat la qual cosa no sembla que sigui obstacle per a que hi hagi de facto, pràctiques evidents pròpies d'un grup empresarial.
Dèiem doncs, que sent així, podria semblar que no procediria l'acció de reintegració ja que l'actiu de LEDECO ha minvat en la mateixa proporció que el passiu a l'haver-se destinat els diners cobrats al pagament de deutors, però el cas és que alguns d'ells no són deutors directes de LEDECO sinó que s'ha pagat deutes del "grup" i dels seus administradors i que mantenien amb el Banc de Sabadell i és pla que, com més amunt explicitàvem, tot aquest moviment comptable ha alterat de manera clara la par conditio creditorum en la massa passiva de LEDECO i en benefici evident del Banc de Sabadell que ha aconseguit cobrar el seu crèdit ordinari per davant d'altres creditors de LEDECO cobrant també altres deutes que tenien empreses del grup amb el Banc i substituint una garantia ordinària en tots aquells deutes per una garantia hipotecaria. La transferència de diners que Europromociones Bali, S.L va fer a favor de LEDECO després d'hipotecar un bé immoble, va ser a la vegada compensada en part amb el deute que LEDECO tenia amb el Banc de Sabadell i transferida la resta immediatament altres empreses del grup i a socis que a la vegada mantenien deutes ordinaris amb el Banc de Sabadell, procedint aquell a la compensació novament de les transferències rebudes amb els crèdits pendents.
Ítem més, encara que fos cert que es tractés d'un pagament fet per tercer (argument que empra la part apel·lant), continuaria alterant-se la par conditio ja que el pagament no es fa per part de Europromociones Bali, S.L a favor del Banc de Sabadell sinó a LEDECO per uns deutes d'aquella a favor d'aquesta, i un cop sent propietari aquest del saldo es compensa en part i es compensen les transferències a favor del Banc de Sabadell per saldar deutes de socis i d'empreses del grup, alterant la par conditio dels creditors de LEDECO.
Es diu per part de l'apel·lant que no és possible la reintegració quan es tracta d'operacions de compensació o sistemes de pagament per compensació, a lo que no hi podem estar d'acord. Certament que quan l' article 71.5 de la LC (en la redacció vigent en aquell moment) es refereix a la compensació ho fa en l'àmbit de l'operativa empresarial ordinària i en condicions normals o en l'àmbit de lleis especials reguladores dels sistemes de pagament compensació i liquidació de valors o instruments derivats (com ara la Ley 41/99, de 12 de novembre sobre sistemes de pagament i liquidació de valors i el RD Ley 5/2005, de 11 de març, de reformes urgents per a l'impuls de la productivitat i millora de la contractació pública, modificats per la Ley 7/2011 de 11 d'abril) sense que pugui considerar-se com a tal l'operació tramada entre els administradors de LEDECO i el Banc de Sabadell. Solució diferent col·locaria en una situació de privilegi a les entitats bancàries que en tindrien prou amb al·legar compensació bancària per qualsevol ingrés als seus comptes procedís de l'operativa que fos i malgrat l'excepcionalitat de l'operació.
Per últim i en relació a la declaració de responsabilitat subsidiària del Banc de Sabadell, tampoc podem donar la raó a la part apel·lant. Efectivament l' article 73.2 de la LC sí és aplicable al cas present. Fa l'esmentat precepte " Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa". Sosté la part apel·lant que a l'haver estat el Banc de Sabadell part demandada no li és aplicable el precepte ja que aquest es refereix a "... no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado". Resulta però que el Banc de Sabadell en aquest procediment té una doble posició, la de demandat, però també la de hom que va contractar amb el concursat ja que LEDECO va percebre de Europromociones Bali, S.L els diners que aquell li devia i que varen passar a integrar el seu patrimoni, després varen sortir d'aquell en favor de societats del grup i d'aquestes novament a favor de Banc de Sabadell, autèntic beneficiat de l'operació i que, com la pròpia l'entitat clarament sosté, no s'hagués concedit el crèdit hipotecari si no s'hagués assegurat prèviament el Banc de que els diners obtinguts anirien destinats a cobrir descoberts de LEDECO i empreses del grup que mantenien amb el propi Banc el que fa que pugui apreciar-se mala fe en el Banc, o com diu el precepte esmentat. si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa".": SAP Lleida (Sección 2) 05.01.2013 (Sentencia 39/2013; Rollo 583/2012)

4. Inexistencia de perjuicio

4.1 Pago/Dación en pago de crédito vencido, sin infracción de la par conditio

Tribunal Supremo

"En realidad, los actos en los que se basa la sentencia apelada para apreciar el perjuicio para la masa activa de la ampliación de la garantía hipotecaria, son posteriores, y se refieren al empleo de una parte de la ampliación del crédito concedido (4.500.000 euros), con la que se constituyó un depósito al que, directa o indirectamente (mediante la constitución de una imposición a plazo fijo pignorada al pago de las deudas derivadas de tres pólizas de descuento de la concursada), se acabaron cargando, durante los meses siguientes, deudas de la concursada con la entidad de crédito.
En puridad, se hubiera tenido que impugnar este acto de disposición (el destino de 4.500.000 euros), y no la ampliación del préstamo hipotecario. Y aunque se hubiera impugnado, bajo la jurisprudencia sobre la rescisión de los pagos contenida en la reseñada *Sentencia 629/2012, de 26 de octubre,* tampoco hubiera prosperado, pues los pagos lo fueron de deudas debidas, vencidas y exigibles.
Según la reseñada *Sentencia 629/2012, de 26 de octubre* :
«En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
»Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum».*
Ni la demanda, ni la sentencia recurrida justifican qué circunstancias son las que concurren que privan de justificación unos pagos debidos, vencidos y exigibles. Es cierto que alguno de ellos fue muy próximo a la declaración de concurso, pero no basta la mera proximidad, ha de concurrir alguna otra razón que ponga en evidencia la alteración de la *par condicio creditorum.*": STS 10.03.2015 (Sentencia 105/2015; Recurso 1502/2013)

"PRIMERO.-1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la valoración del alcance perjudicial del acto realizado por el deudor como presupuesto de la rescisión que la ley concursal contempla en el marco de la reintegración de la masa activa (artículo 71.1 LEC).
2. De los antecedentes del caso, debe destacarse que resultan indiscutidos tanto el carácter real, vencido y exigible, del crédito satisfecho por la concursada, como su realización temporal dentro del periodo de los dos años anteriores a la declaración del concurso.
3. En síntesis, por la parte actora, ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE ARAGONESA DE MAQUINARIA Y OBRAS PÚBLICAS, S.A., se interpuso demanda de reintegración con base en el art. 71.1 de la Ley Concursal, contra la concursada, CNH MAQUINARIA SPAIN, S.A., por la que se pretendía la condena de la demandada a devolver la maquinaria entregada por la concursada en agosto de 2010 como dación en pago o, en su defecto, su valor económico al momento de su transmisión.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte actora, dictándose. sentencia por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 24 de junio de 2013, la cual desestima la demanda, confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia. En ambos casos no resulta discutido que el acto de dación en pago se realizó en los dos años anteriores a la declaración del concurso centrándose todo el problema en si dicho acto fue perjudicial para la masa. Ambas resoluciones consideran que la operación no fue perjudicial para la masa. Mas en concreto, la sentencia de la Audiencia Provincial como fundamento de esa afirmación de que la operación no fue perjudicial para la masa señala que no existe disminución de los bienes ni alteraciones del principio de la par conditio creditorum por cuanto la máquina que fue objeto de dación en pago tenía una depreciación notable de su valor, no inferior al 29% del precio de compra, siendo aquella depreciación mayor si se hubiera dilatado la entrega, por lo que los restantes acreedores no resultaron perjudicados, antes al contrario, resultaron beneficiados con dicha operación al contar con un patrimonio del deudor superior al que tendría de no haberse producido la dación, a cuyo razonamiento habrá de añadirse la condonación de intereses, que también redujo el crédito en su parte necesaria.
Recurso de casación.
Derecho concursal. Acción de reintegración (artículo 71.1 LC). Dación en pago. Idoneidad del acto sujeto a rescisión: naturaleza y alcance del perjuicio patrimonial. Doctrina jurisprudencial aplicable.
SEGUNDO.- 1. Frente a la anterior resolución la parte actora interpone recurso de casación que articula en un único motivo. En el mismo se alega el acceso por el ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC, haciendo referencia al interés casacional del recurso, aduciendo la existencia de jurisprudencia de las Audiencias Provinciales opuesta a la recurrida, citando al efecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 11 de septiembre de 2012, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha 14 de octubre de 2010, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de octubre de 2009, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 8 de enero de 2009, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 19 de diciembre de 2008 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia,

Sección Novena, de fecha 12 de marzo de 2012. Argumenta la parte recurrente que, en contra de lo concluido por las sentencias de primera instancia y apelación, en el presente caso sí existe un perjuicio para la masa por la dación en pago de la maquinaria a la vendedora de la misma al suponer una vulneración del principio de la par condicio creditorum. Apoya tal afirmación la recurrente en que entregadas las maquinas para cancelar su deuda se está beneficiando a un solo acreedor, el vendedor de la misma, que al menos, recibe maquinaria mientras que los demás acreedores no van a recibir ni bienes ni dinero. Sí tales bienes hubieran seguido en el concurso se hubieran vendido o salido a subasta pública y el precio conseguido repartido por igual entre todos los acreedores. Asimismo señala que la depreciación del valor de la maquinaria no es un factor determinante para determinar la inexistencia de perjuicio para la masa.
En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.
2. Idoneidad del acto sujeto a rescisión. Naturaleza y alcance del perjuicio patrimonial.
Con carácter general debe señalarse que esta Sala, en su sentencia de 7 de septiembre de 2012 (núm. 510/2012), acerca de la idoneidad requerida para que el acto o negocio jurídico pueda determinar una injustificada lesión patrimonial del derecho de crédito y, por tanto, su posible rescisión por fraude de acreedores (1111 y 1291, núm. 3º del Código Civil), ha destacado tanto la naturaleza abierta y flexible que puede presentar la variada tipología de actos y negocios susceptibles de ser impugnados por medio de esta acción rescisoria, como la necesaria valoración jurídica, no sólo económica, que debe informar el fundamento de impugnación de los actos o negocios jurídicos que determinan una significativa e injustificada merma o disminución patrimonial de la garantía patrimonial del deudor.
Estas consideraciones resultan perfectamente aplicables al ámbito de las acciones rescisorias en el concurso que la Ley concursal contempla en su artículo 71 bajo la rúbrica genérica de "acciones de reintegración", destacándose, más bien, el plano de la función y finalidad que estas acciones cumplen en el proceso concursal. En esta línea, debe señalarse que aunque la naturaleza y alcance de la dación en pago, objeto de la cuestión litigiosa, no presente, en principio, inconveniente alguno en orden a su posible idoneidad, como negocio de disposición patrimonial, para operar la lesión del derecho de crédito (STS de 9 de abril de 2014, núm. 175/2014). No obstante, no por ello, conforme a lo indicado, se infiere automáticamente el carácter perjudicial, bien desde la perspectiva patrimonial propiamente dicha que proyecte la dación en pago realizada, o bien desde su posible incidencia en el principio de paridad de trato que informa el proceso concursal. En efecto, como ha señalado esta Sala, sentencia de 26 de octubre de 2012 (núm. 629/2012) en el caso de los pagos, aunque comporten una disminución del haber del deudor y reduzcan la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como su exigibilidad. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración del concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa.
En esta línea, esta Sala también ha precisado que pese a la anterior regla o criterio general, en algunas ocasiones, puedan concurrir circunstancias excepcionales que priven de justificación al pago realizado en la medida que suponga una vulneración de la "par condicio creditorum"; supuesto de que el pago, debido y exigible, se realice por el deudor en un momento temporal en el que estuviera en un claro estado de insolvencia y se hubiera solicitado el concurso, o debiera haberlo sido (STS de 10 de septiembre de 2013, núm. 487/2013).
Pues bien, en el presente caso debe señalarse que tanto la sentencia de primera instancia, como la de la Audiencia que la confirma, tienen en cuenta las anteriores consideraciones a la hora de concluir la desestimación de la acción ejercitada por la parte actora, destacándose los siguientes hechos en orden a la práctica de la prueba realizada. Así, respecto de la realidad del pretendido perjuicio irrogado a la masa activa del concurso se puntualiza, en primer término, que el precio de recompra por la demandada fue el mismo que el que tuvo en el momento de la venta, y ello a pesar de haber transcurrido dos años de la misma, por lo que, tanto desde el punto de vista tecnológico, como de mercado, con dicha recompra la concursada se benefició patrimonialmente al no sufrir las consecuencias de la depreciación del bien adquirido (cifrada en un 29%, según el informe pericial). A ello hay que añadir el hecho de que dicha recompra fue acompañada de una condonación de pago de intereses y que el precio actual del valor de la maquinaria, de acuerdo con la pericial de la parte demandada, no desvirtuada por la parte actora, apenas llegaría al 20% del precio de su adquisición.
En relación a la justificación de la operación realizada se precisa que el crédito satisfecho por la concursada a la codemandada era un crédito real, vencido y exigible, y no concurren las circunstancias extraordinarias antes indicadas que muestren la existencia de un perjuicio. “:STS 19.05.2015 (Sentencia 183/2015; Recurso 1892/2013)

“1. *El perjuicio para la masa activa como presupuesto de la ineficacia del acto o contrato.*
Las SSTS de 26 de octubre de 2012 y 27 de octubre de 2010 señalan que el perjuicio para la masa puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en tanto supone una minoración del valor del activo sobre lo que más tarde constituirá la masa activa del concurso (art. 76 LC) y, además, carece de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum*.
En la STS 855/2007, de 24 de julio, se argumentó que *"el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)".* De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido.
2. *La proyección al caso concreto*
En el presente caso, los pagos realizados por el deudor un año antes de la declaración de concurso, -dos pagarés y la cancelación de una póliza de crédito, deudas ciertas, vencidas y exigibles- fueron efectuados con un cheque y con cantidades disponibles del capital de los créditos hipotecarios, y en ningún caso supusieron la *"transformación de las deudas personales en hipotecarias",* como erróneamente se afirma en el apartado 2 del suplico de la demanda de la administración concursal (*"declare la rescisión de las operaciones de transformación de créditos personales en hipotecarios")*. El escrito de demanda menciona la trascripción de saldos, arrastrados por operaciones que califica de *"correctas",* unas, y de *"rescindibles"* otras, con tal profusión y confusión de datos que, pese a tratar de razonarlo la sentencia de primera instancia, que aclara que una parte de las deudas personales se pagaron con unos capitales disponibles que resultaban de los préstamos hipotecarios, finalmente declara la *"rescisión de las operaciones de transformación de los créditos personales en hipotecarios"*, que la sentencia del Tribunal de apelación, confirma.
En realidad, las deudas personales -pagarés y póliza- son satisfechas con cargo a cantidades disponibles de los originarios préstamos hipotecarios. Son cargos que se realizan mediante compensación, que tienen el efecto de extinguir las obligaciones en la cantidad concurrente (art. 1156 CC), siempre que reúna las condiciones que prevé el art. 1196 CC. Por otra parte, es lógico que los capitales disponibles se utilicen para atender las obligaciones derivadas de la promoción financiada, y nada impide, en este caso, que tanto los pagarés como la póliza de crédito sirvieran para satisfacer necesidades del negocio de la concursada, de la misma u otra promoción.
Por último, los pagos efectuados de las deudas vencidas, líquidas y exigibles reunían los requisitos que para la compensación exige el art. 58 LC, un año antes de declararse el concurso de acreedores de la deudora.
La circunstancia invocada por la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, según la cual la Caja *"debió conocer la situación cuando menos problemática atravesaba la concursada, sino su estado de insolvencia inminente...* " (énfasis añadido), no es suficiente, pues, a falta de otras circunstancias no descritas por la administración concursal, en la insolvencia inminente (art. 2.3 LC) el concursado, único legitimado para solicitar la declaración del concurso, es el que en mejores condiciones puede formular un juicio de previsibilidad sobre el futuro cumplimiento de las obligaciones.
Por tanto, tales pagos se consideran válidos, legítimos y eficaces, y no entrañarían perjuicio para la masa activa del concurso.": STS 24.06.2015 (Sentencia 340/2015; Recurso 1608/2013)

AP Barcelona

"CUARTO El nuevo ordenamiento concursal ha optado por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, sustituyendo el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial para la masa activa, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz. De este modo, elart. 71.1 LC establece que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta", estableciendo a continuación una serie de supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario, y seguidamente otros en los que la presunción de perjuicio admite prueba en contrario.
El presupuesto objetivo es, por tanto, la existencia de un acto perjudicial para la masa activa, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, momento éste en el que, ex post, se determinará si el acto en cuestión ha supuesto una disminución o quebranto del patrimonio del deudor que, una vez declarado el concurso, integra dicha masa activa, y que sirve de garantía para el cobro de los créditos concursales en el seno del procedimiento.
La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de

equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro. En este sentido el perjuicio es presumido por laLey en el apartado 2 (con carácter iuris et de iure) y en el apartado 3 (aquí iuris tantum) delart. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes (además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado).
Fuera de esos supuestos que describen losapartados 2 y 3 del art. 71 LC, el perjuicio a la masa activa, generado de forma indirecta por quebrantamiento del principio de la paridad de trato, se habrá de probar por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC), y no deriva, simplemente, de que el deudor haya atendido, en el período de antelación legal, algunas obligaciones y otras no.
En tales supuestos, de pago de deudas vencidas en dicho período, no puede aceptarse en puridad un perjuicio patrimonial directo o en sentido estricto, ya que la disminución del activo que supone el pago total o parcial de la deuda va acompañada, correlativamente, de la disminución del pasivo en la misma proporción, por lo que el patrimonio neto no se resiente. El perjuicio se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (y de ahí la apreciación del perjuicio, indirecto, a la masa activa).
En todo caso debe tenerse presente el límite del acto ordinario, que recoge elart. 71.5: "En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (...)", dentro de los cuales se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria. **(...)**
SÉPTIMO Dicho lo anterior, disentimos de la sentencia apelada pues no apreciamos un perjuicio a la masa activa por vía indirecta o en interpretación amplia, generado por un favorecimiento injustificado a un acreedor con vulneración del principio del trato paritario.
Puede ser discutible la incardinación de los pagos al acreedor financiero en el concepto de actos ordinarios a que se refiere elart. 71.5 LC, ya que la norma contrae tal calificación, literalmente, a los actos propios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, sin alusión a los pagos o actos de amortización regular de la financiación externa. Si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos.
En cualquier caso, sin necesidad de entrar en el ámbito objetivo del límite, podemos descartar en este caso el presupuesto objetivo de perjuicio para la masa activa por alteración del principio de trato paritario.
Contemplamos aquí una serie de pagos mensuales a lo largo de 2006 para amortizar la financiación externa que ha venido prestando un tercero no vinculado especialmente a la persona jurídica deudora en el sentido legal. Se trataba de una deuda vencida y exigible al tiempo en que comienzan a efectuarse las devoluciones cuya rescisión se pretende (enero de 2006). Si bien, como pone de manifiesto la Administración Concursal (f. 168), también existen acreedores (proveedores y transportistas) con facturas que vencen en el año 2005, éstos no representan un porcentaje significativo en el pasivo total declarado (suman aproximadamente unos 19.000 euros, a tenor de lo que manifestó la Administración Concursal en el acto de la vista, con aportación de las facturas, cuando el pasivo declarado asciende a 203.448 euros; f. 169). Del año 2006 datan, como es lógico, la gran mayoría de los acreedores concursales, resultando impagadas deudas con proveedores por importe de 30.075 euros de enero a octubre (f. 169), pero en ese mismo año se justifica por la concursada que también ha efectuado pagos a proveedores por importe total de 457.176 euros desde enero a diciembre (f. 86 y anexos contables), además de haber satisfecho, ese año, las nóminas a los trabajadores y las indemnizaciones por despido, los seguros sociales y las rentas de alquiler de la nave en que desarrollaba su actividad.
Es decir, durante el año 2006 no sólo se ha pagado, parcialmente, la deuda con el acreedor financiero, sino también a otros acreedores (proveedores y prestadores de servicios) y atendido otras obligaciones generadas por la actividad empresarial que vencían ese mismo año, y en una cantidad, en conjunto, muy superior. Respecto de esos pagos (proveedores, transportistas, prestadores de otros servicios, nóminas, rentas, etc.) bien podría apreciarse el carácter de actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor realizados en condiciones normales, y por ello excluidos del ámbito de la reintegración concursal, pero no apreciamos aquí una razón jurídica diversa que justifique otro tratamiento a los pagos regulares, fraccionados mensualmente, durante el año anterior a la declaración de concurso, para la devolución de los préstamos otorgados por el acreedor financiero que ha venido contribuyendo a la viabilidad de la sociedad, valorando así mismo a estos efectos que no se ha pagado la totalidad de la deuda financiera, ni se ha realizado un único pago o varios pagos en amortización de la deuda de forma precipitada ante el advenimiento de la insolvencia (no tenemos constancia aquí de un retraso en la solicitud del concurso en atención al plazo que establece elart. 5 LC) o en fechas inmediatamente próximas a la solicitud del concurso, y que se ha condonado el resto de la deuda financiera, por 115.332 euros.

En suma, no es apreciable en este caso un perjuicio a la masa activa en sentido directo ni indirecto, por quebrantamiento del principio de paridad de trato, y por ello procede desestimar la demanda, no sin reconocer las dudas de derecho que suscita elprecepto aplicable, lo que determina que no impongamos las costas en ninguna de las dosinstancias.”: SAP Barcelona (Sección 15) 08.01.2009 (AC 2009/1180; Sentencia 3/2009; Rollo 497/2008)

“QUINTO. Examen del perjuicio
La demanda sostiene que, en cualquier caso, esto es, aunque no resultaran de aplicación las presunciones de perjuicio antes referidas, la operación impugnada resulta perjudicial para la masa, ya que las fincas cedidas en pago constituían el único activo de la concursada y se realizó con la finalidad de favorecer a un acreedor de la sociedad en perjuicio de los demás, vulnerando el principio de paridad que debe presidir el concurso.
Como hemos venido entendiendo de forma reiterada en resoluciones anteriores, el perjuicio para la masa activa, que constituye el requisito fundamental para que proceda la reintegración concursal, exige que se produzca un "sacrificio patrimonial injustificado", lo que implica un doble elemento: (i) una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa; y (ii) que ello no se encuentre justificado (SAP Barcelona de 6 de febrero de 2009 - Roj: SAP B 1485/2009 -). En el mismo sentido se ha pronunciado el TS en su Sentencia de 27 de octubre de 2010 (Roj: STS 5329/2010).
Esa valoración debe hacerse ex ante y no ex post, esto es, en el momento de la realización del acto impugnado.
Desde esa perspectiva, no podemos considerar que el acto impugnado, la dación de unos inmuebles en pago de un crédito pueda considerarse perjudicial para la masa, salvo en el caso de que el valor de los inmuebles fuera superior al del crédito que les servía de contraprestación. En el supuesto enjuiciado no se ha acreditado que sea esto lo que ocurriera. Más bien parece razonable que fuera justamente lo contrario: que el valor de los inmuebles fuera en el momento del acto impugnado muy inferior al importe del crédito que con la dación se extinguía. Los inmuebles fueron adquiridos por la sociedad en el año 2006, en el momento de mayor expansión de la denominada "burbuja inmobiliaria" por un precio cercano a los 240.000 euros, y no nos puede extrañar que su valor real fuera en noviembre de 2009 de unos 90.000 euros, como alega el demandado Sr. Romulo. Por consiguiente, desde esa perspectiva, no creemos que el acto pueda ser considerado perjudicial para la masa sino más bien lo contrario, muy beneficioso.
No obstante lo anterior, también hemos considerado que el perjuicio para la masa no tiene por qué traducirse en todo caso en la falta de la equivalencia de las prestaciones (el llamado perjuicio directo) sino que también alcanza a aquellos actos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores, lo que se produciría cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro (perjuicio indirecto). En tal sentido puede verse nuestra Sentencia de 8 de enero de 2009 (Roj: SAP B 1810/2009).
Para que pueda existir ese perjuicio indirecto es preciso que resulte acreditado que el pago se hizo en un momento en el que aún no se había solicitado el concurso pero concurría el presupuesto objetivo que hubiera justificado que la solicitud se hubiera hecho, esto es, en un momento en el que la concursada se encontraba en insolvencia. En el supuesto que enjuiciamos no podemos deducir de la demanda del AC que se hiciera invocación alguna de que la sociedad se encontrara en insolvencia en el momento en el que se firmó la dación en pago impugnada. Y, por lo que podemos deducir de lo que se afirma en el escrito de oposición al recurso formulado por Promocions Pont i Purgimon, S.L., un acreedor que se adhirió a la postura del AC, el informe del AC descarta que la concursada se encontrara en situación de insolvencia en noviembre de 2009. Ello permite descartar que exista perjuicio indirecto.
En suma, la inexistencia de prueba del perjuicio, unida a la imposibilidad de aplicar las presunciones del mismo, conducen a que debamos desestimar la demanda. “:SAP Barcelona (Sección 15) 09.10.2013 (Sentencia 355/2013; Rollo 218/2013)

AP Granada

“SEGUNDO: Tras la precisión anterior, y partiendo de la existencia de la deuda en la cuantía especificada en la dación de pago, hemos de constatar que el Juzgador de Instancia, nada dice sobre la existencia o no de perjuicio por la vulneración de la pars conditio creditorum, limitándose a rechazar la sentencia de instancia la existencia de perjuicio, por la realización de la venta a precio inferior del mercado, pese a que también se alegaba en la demanda, hecho segundo, y fundamento jurídico VI del escrito iniciador del procedimiento, el perjuicio para la masa derivado de la alteración del orden de pagos establecido en la normativa concursal..
Comenzando por la única cuestión resuelta en la sentencia apelada, debemos señalar que aun partiendo de la tasación establecida en la demanda, e incluso de la superior fijada para el inmueble en la escritura de 2 de julio de 2009 de constitución de hipoteca con Banco Pastor, 491.255,68 euros, no poniéndose en cuestión la realidad de la deuda reconocida, 383.264,13 euros, adeudándose por la hipoteca que gravaba el inmueble 117.006,12 euros, al menos en la fecha de la transmisión, descontando, evidentemente, del valor del inmueble tal carga, soportada por la parte apelada, que procedió a su cancelación, tal y como se desprende de la certificación emitida por la entidad entonces hipotecante BBVA, no reclamando tal pago a la concursada, ni solicitado el reconocimiento como crédito en el concurso, que el propio administrador concursal reconoce que ha salido del pasivo de la deudora, resulta evidente que, no cuestionado el importe de la deuda, el pasivo reducido por la transmisión no solo es el del importe de la hipoteca cancelada, sino también el de la deuda con la acreedora, que recibió el inmueble en pago para saldarla. Por tanto, siendo superior el pasivo extinguido, 500.270,25 euros (383.264,13 euros, más el importe del préstamo pendiente garantizado con hipoteca 117.006,12 euros), respecto del valor más alto de enajenación, que en la fecha de la transmisión podemos manejar respecto del inmueble, 491.255,68 euros, solo cabe confirmar la desestimación de la acción por la

existencia de perjuicio, no probado, a tenor del valor de la enajenación, debiendo desestimar los motivos esgrimidos por la apelante en este apartado.
TERCERO: En cuanto al perjuicio alegado tanto en la demanda como en el recurso, por la vulneración de la pars conditio creditorum, sobre el que ninguna respuesta da el Juzgador de instancia, debemos precisar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, desarrollada en las Sentencias de 12 de abril, 26 de octubre, 8 de noviembre de 2012, y 10 de julio de 2013, en primer lugar que la " *jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado*."
Sin embargo la misma doctrina jurisprudencial ha precisado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible cuando al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia. *"La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa."* (STS 10 de julio de 2013). Por ello ha matizado que " *Para determinar qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha."* (STS 8/11/12). Por ello, *"Cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido."* (STS 26/10/12), ya que en otro caso se extendería " *excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva* " (STS 26/10/12).
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, no cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, haciendo así ineficaz cualquier acto de disposición realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, ya que como *"regla general para determinar si existe esa disminución injustificada deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas."* (STS 12/4/12).
Por tanto, dado que en este caso, no se ha probado, como ocurría en nuestra Sentencia, alegada por la apelante, de 4 de abril de 2011, que los pagos se hubiesen realizado en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles, alterando así el régimen de preferencias propios del proceso concursal, beneficiando así de modo injustificado al acreedor a quien se hizo la dación en pago, diecinueve meses antes de la declaración de concurso, no puede estimarse concurrente el perjuicio examinado, en los términos exigidos por la jurisprudencia, para que la rescisión proceda en este caso, alterando en definitiva el régimen de preferencias propios del proceso concursal.
Por tanto, y en definitiva, rechazados todos los motivos del recurso, debemos concluir confirmando el fallo de la sentencia apelada, desestimando la acción rescisoria.": SAP Granada (Sección 3) 18.09.2013 (Sentencia 296/2013; Rollo 359/2013)

AP La Coruña

"PRIMERO.- Interpone la Administración Concursal recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que desestimó su demanda de reintegración a la masa de las 14 cantidades a que se refiere la misma, abonadas dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso por devolución de préstamos familiares o cargos de empresa relacionada. La sentencia concluyó haberse acreditado la inexistencia de perjuicio en las operaciones realizadas.
SEGUNDO.- Se alega en el recurso, en síntesis, que los movimientos efectuados entre la concursada y el resto de demandados causarían perjuicio indirecto, aun cuando no fueran perjudiciales para la masa activa aisladamente, al infringir el principio básico de paridad de trato de los acreedores ("par conditio creditorum"), dadas las vinculaciones existentes, la confusión de patrimonios entre las dos empresas, y el pago de créditos que serían subordinados en el concurso, produciéndose un "vaciado de cuentas" en el año anterior a la presentación del concurso. Incluso los préstamos de familiares deberían considerarse de vencimiento posterior a su declaración al no tener un vencimiento definido, siéndole de aplicación la presunción de perjuicio del artículo 71.2 LC. Se pide en definitiva otra sentencia que declare la ineficacia de los actos impugnados y condene a las demandadas a restituir las cantidades en cuestión con sus intereses.
Por los demandados se alegó en contra del recurso y en apoyo de la sentencia apelada.
TERCERO.- El artículo 71 LC se refiere a las acciones de reintegración, disponiendo su apartado 1 que, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

Toda acción rescisoria concursal presupone la aplicación del artículo 71.1 LC, sin perjuicio de que la causa petendi venga condicionada por los hechos narrados para justificar el carácter perjudicial o la aplicación de alguna de las presunciones de perjuicio previstas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC (STS de 26/10/2012).
El artículo 71. 2 presume el perjuicio patrimonial al fin en cuestión, sin admitir prueba en contrario (presunciones iuris et de iure), cuando se trate de actos de disposición gratuitos (salvo liberalidades de uso), y pagos o extinción de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración del concurso.
Su apartado 3 establece dos presunciones iuris tantum de perjuicio patrimonial: la primera se refiere a los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, y la segunda por actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Se trata de presunciones legales destruibles mediante prueba en contra, lo que a su vez supone atribuir la carga material de la prueba de la ausencia del perjuicio a quien sostenga la eficacia de tal acto o negocio jurídico (art. 385 LEC).
Advierte el artículo 71.4 que, fuera de esos dos supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria. Lo que a su vez significa que será aquí la parte demandante la que habrá de pechar con la carga material de la prueba de este hecho (art. 317 LEC). Exige que la Administración Concursal justifique el perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso, el cual ha de entenderse "como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación" (STS de 27/10/2010, y 26/10/2012).
Los apartados 5 y 6, al margen de la época de su redacción en relación a la fecha de las operaciones litigiosas, se refieren a ciertos casos no rescindibles, entre ellos los actos ordinarios de la actividad profesional
o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. no son aplicables al pleito que nos ocupa.
El artículo 73 señala los efectos de la rescisión: 1- La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses. 2- Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o bajo protección legal, se condenará a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal, y si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa. 3- El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado.
Precisamente por los efectos de una eventual estimación de la acción de reintegración rescisoria, en especial la restitución de las prestaciones objeto de acto declarado ineficaz (73.1), y el tratamiento en el proceso concursal del derecho a la prestación correspondiente a los correspondientes demandados a consecuencia de la rescisión como crédito contra la masa, a satisfacer simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos (excepto si la sentencia apreciase mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considera crédito concursal subordinado: 73.4), es por ello que muchas veces en la práctica no vale la pena ejercitar este tipo de acciones cuando va a resultar imposible o muy difícil restituir las prestaciones recibidas por el concursado.
Por lo demás, está claro que quien recibe dinero en préstamo está obligado a su devolución al acreedor según lo pactado (arts. 1753ss Código Civil y 311ss Código Comercio), y de no haberse señalado término
o plazo de vencimiento a los 30 días del requerimiento, si se trata de préstamo mercantil (art 313 Código Comercio), o si es civil cuando el acreedor se lo reclame si no fue su voluntad conceder al deudor un plazo mayor que el transcurrido hasta entonces (disposiciones generales a las obligaciones y contratos).
TERCERO.- En el presente caso, coincidimos con la sentencia de primera instancia en no darse el necesario perjuicio para la masa a los efectos pretendidos en la demanda y ahora recurso, pues no se trata de ninguna salida fraudulenta de dinero de la sociedad que posteriormente ha entrado en situación concursal sino de obligaciones exigibles reales a las que había que hacer frente, habiéndose acreditado el destino y reintegro de una parte de las partidas, así como la aplicación de las restantes al abono de los salarios de los trabajadores hasta la declaración del concurso y a pagar a la procuradora los servicios que estaba prestando en una serie de pleitos en reclamación de cuantías a los propios deudores. Y aunque no disponemos del informe del Administrador Concursal en que también apoya la juzgadora de instancia sus conclusiones sobre lo segundo, no se discute exactamente esto en la apelación sino lo otro ya apuntado más arriba.
Añadir que se trata de actos o negocios jurídicos realizados cuando la sociedad mercantil no estaba en concurso, en principio válidos y eficaces, cuyas obligaciones eran exigibles y la deudora había de cumplir, sin tener que guardar la preferencia o rango crediticio de una situación concursal entonces inexistente por no haberse declarado judicialmente el concurso. Es verdad que puede darse su ineficacia sobrevenida por las causas y requisitos a que se refieren los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal sobre las acciones rescisorias o de reintegración y a este objeto suele también tenerse en cuenta la alteración de la par conditio creditorum, pero no en sí misma sino cuando afecte perjudicialmente a la masa activa.
No se puede decir que los actos en cuestión fueran simulados ni un vaciado de cuentas fraudulento, al haberse acreditado en el proceso su realidad y exigibilidad (igualmente los préstamos por lo considerado jurídicamente más arriba), aparte de que en caso de rescisión habrían de devolverse las prestaciones, siendo las de la concursada a cargo de la masa, según lo ya explicado, con lo que el resultado seguramente vendría a ser económicamente equivalente.”: SAP La Coruña (Sección 4) 30.07.2013 (Sentencia 306/2013; Rollo 295/2013)

AP Murcia

“QUINTO.-En los motivos formulados en los recursos de apelación, referidos en el anterior fundamento de derecho segundo, se alega infracción, por inaplicación, del artículo 71 LC, y de la doctrina jurisprudencial, al

considerarse que las operaciones efectuadas el 31 de octubre y 18 de noviembre de 2008, relativas a los endosos de cheques efectuados por la concursada en favor de Banco Santander para cancelar la deuda existente, y las compraventas por escrituras públicas de las mismas fechas, causaron perjuicio a la concursada, resultando conveniente para dar respuesta a estas alegaciones referir lo dispuesto en el artículo 71 LC y en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en cuanto a la interpretación de dicho precepto.
Y así en el artículo 71 LC se establece: *"1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*
2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.
3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".
La STS de 26 de octubre de 2012 declara: *"El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta. El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso. El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa. 6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum. Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en la sentencia 855/2007, de 24 de julio, donde negamos la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos*

perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que elCC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido. 7. En el presente supuesto no se cuestiona que el crédito satisfecho por la concursada a Postventa fuera un crédito real, vencido y exigible. El problema radica en que las circunstancias que rodean al pago ponen en evidencia su injustificación. (..). Este pago que, en principio, sería válido, al ser debido y exigible, se ve afectado por que, no mucho más tarde (el 5 de marzo de 2007), la propia deudora (Vitelcom) solicitó su propio concurso de acreedores, que fue declarado el 16 de marzo de 2007, pero con la consideración de necesario, pues el art. 22.2 LC prevé que " el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiere presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque este hubiere desistido. " Detrás de esta consideración legal, aplicada al caso por el magistrado de lo mercantil que declaró el concurso de acreedores, se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió. Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto"

La STS de 10 de julio de 2013 declara: *"El art. 71.3.1º de la Ley Concursal presume el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración. No se exige que tales actos supongan necesariamente una disminución injustificada de la masa activa. El carácter oneroso de los actos dispositivos supone, en principio, que la salida de un bien del patrimonio se ve compensada por la entrada de otros bienes o derechos. La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado. Tal criterio ha sido seguido por la jurisprudencia al aplicar el régimen de retroacción de la quiebra, en que se ha afirmado el carácter perjudicial de una dación en pago de una deuda de entre las diversas que mantenía la quebrada con sus acreedores, en un momento en que ya se encontraba en estado de insolvencia y debía haber instado un proceso concursal para el pago ordenado de sus deudas conforme al principio de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores], con lo que privó a la generalidad de sus acreedores de un activo con el que debían satisfacerse sus créditos con arreglo a criterios concursales, favoreciendo a uno solo de sus acreedores, que se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos extinguidos con la dación en pago, en perjuicio del resto (...). También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa. El último argumento impugnatorio es que la sentencia recurrida infringe el art. 71.5 de la Ley Concursal pues se trata de actos de giro ordinario de la concursada. El citado precepto establece en su primer inciso que «en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales [...]». Como ha recordado lasentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 740/2012, de 12 de diciembre, recurso núm. 1336/2010, el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993). Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere. La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la*

determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial. Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales. La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse".
SEXTO.-A la vista de los hechos acreditados y referidos en el fundamento de derecho cuarto de la presente, y de la doctrina jurisprudencial citada, deben desestimarse los motivos de infracción por inaplicación del artículo 71 LC, no habiendo lugar a declarar la rescisión de los acuerdos o compromisos de fechas 31 de octubre y 18 de noviembre de 2008 formalizados en documentos privados, en los que se acordó el endoso de cheques bancarios en favor de Banco Santander, S.A. por los importes de 23.300.000 # y 8.404.000 #, objeto de la acción principal ejercitada, ni la rescisión de los contratos de compraventa de bienes inmuebles de las mismas fechas, ya que no se ha acreditado por la AC ni por la mercantil concursada que dichas operaciones fueran perjudiciales para la masa activa de Mediterráneo Hispagroup, S.A., en los términos que exige el artículo 71.4 LC, y en tanto que no concurre ninguno de los supuestos en que se presume el perjuicio, previstos en el artículo 71.2 y 3 LC. Se considera que no se ha producido perjuicio en sentido estricto, ya que la reducción de la masa activa tuvo su correspondencia por el mismo importe en la masa pasiva de la concursada, ni tampoco el perjuicio en sentido amplio, entendido como un perjuicio patrimonial injustificado y con consecuencias en la alteración de la par condicio creditorum, pues como ha declarado el Tribunal Supremo en las sentencias referida, la alteración de dicho principio no puede equiparse, en todo caso, como un perjuicio para la masa activa.
El pago efectuado a Banco Santander, S.A, por medio de endosos de cheques bancarios, emitido con motivo de las compraventas de bienes inmuebles, aunque tuvieran lugar en el período sospechoso de los dos años anteriores a la declaración del concurso, se considera justificado, en coincidencia con el criterio sostenido en instancia, en tanto que se canceló deuda vencida y exigible, carácter este que revestía la deuda contraída con Banco Santander, S.A., por las razones expuestas en el fundamento de derecho cuarto de la presente, por lo que en principio dichos pagos se deben considerar justificados, de acuerdo con el criterio sostenido por el Tribunal Supremo en las resoluciones citadas, no concurriendo circunstancias excepcionales para privar de justificación a las operaciones de endoso y compraventa por las siguientes razones: a) Las operaciones de endoso de cheques bancarios, derivados de los contratos de compraventa, tuvieron lugar en fechas muy alejadas de la declaración de concurso de la mercantil Mediterráneo Hispagroup, S.A., pues esta declaración se hizo por auto de 30 de junio de 2010, mientras que las operaciones endosos y compraventas fueron el 31 de octubre y 18 de noviembre de 2008; b) En las fechas en que se efectuaron los endosos para cancelar la deuda contraída con Banco Santander, S.A., no se ha acreditado que la concursada se encontraran en una situación de insolvencia, entendida esta como sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones exigibles, por las razones expuestas en el fundamento de derecho cuarto de la presente, ya que las dificultades económicas y de liquidez que pudiera atravesar la entidad Mediterráneo Hispagroup, S.A., a finales de 2008, no tiene porqué equiparase de manera necesaria a una situación de insolvencia, manifestada de manera evidente y notoria, con entidad suficiente para entender que en aquellas fechas concurrían los presupuestos necesarios para solicitar la declaración de concurso; c) Tampoco puede hacerse reproche alguno a la entidad bancaria por concertar las operaciones, objeto de la acción de reintegración, pues es legítimo y razonable que intentara saldar la elevada deuda contraída por la entidad Mediterráneo Hispagroup, S.A., con motivo de los diversos productos financieros concertados con ésta, en unas circunstancias en las que ya existían indicadores económicos de la crisis que se estaba gestando en el sector inmobiliario, por una menor demanda y por razones crediticias, y ello teniendo en cuenta que el importe de la deuda, en su mayor parte estaba vencida y exigible, y en menor proporción la exigibilidad de los créditos dependía de su voluntad, de acuerdo con lo establecido en las condiciones generales de las pólizas.”: SAP Murcia (Sección 4) 10.07.2014 (Sentencia 439/2014; Rollo 233/2014)

4.1.1 Incluso si el acreedor es persona especialmente relacionada

AP Barcelona

“Fundamentos de derecho.—I. La sentencia recurrida acuerda la rescisión concursal de unos pagos realizados por la sociedad concursada «I., S.L.», dentro de los meses anteriores a que se declarara el concurso, en concreto la devolución del crédito que la compañía tenía con quien había sido su administrador y continuaba siendo socio con el 20% de capital social (Juan Antonio M.), que ascendía a 65.534,18 euros. La sentencia argumenta que al término del ejercicio 2007, la sociedad adeudaba a Juan Antonio M. la suma de 65.534,18 euros como consecuencia de la mecánica de aportaciones y posteriores reembolsos que el señor M. hacía a la sociedad, y que durante los meses anteriores a la declaración de concurso, el señor M., aprovechándose de su condición de socio y padre de la administradora, obtuvo un trato de favor al pagársele la totalidad de su crédito, alterándose con ello la par condicio creditorum. Además de acordar la rescisión de tales pagos, la sentencia declara subordinado el crédito de 65.534,18 euros para con la sociedad concursada, en atención a su condición de persona especialmente relacionada con el deudor, por haber sido administrador de la compañía en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

La sentencia es recurrida en apelación por el señor M. porque, a su juicio, incurre en un error a la hora de valorar la prueba, la cual muestra que las operaciones de aportación de dinero y posterior reembolso eran una forma ordinaria de otorgar crédito a la compañía cuando necesitaba liquidez, de tal forma que incluso durante el año 2008, el señor M. continuó realizando aportaciones de dinero y pagos a acreedores de la sociedad en interés de esta. También imputa a la sentencia un error en la valoración de las normas sobre la reintegración (art. 71 LC) y la compensación (art. 58 LC).
II. Aunque en los autos no consta el testimonio del auto de declaración de concurso voluntario de la sociedad «I., S.L.», de lo argumentado por ambas partes y por la sentencia de primera instancia, parece que el concurso se declaró a principio del año 2009.
La acción ejercitada por la administración concursal, de acuerdo con la legitimación que le reconoce el art. 72 LC, es la rescisoria concursal, regulada en el art. 71 LC.
El aptdo. 1 de este último precepto, permite rescindir «los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración».
El acto, o mejor dicho, los actos de disposición que la sentencia de primera instancia acuerda rescindir, son los reembolsos que la sociedad «I., S.L.» hizo a favor del señor M., durante el año 2008, y hasta la cuantía de 65.534,18 euros, a que ascendía el crédito del señor M. frente a la compañía por préstamos y pagos por cuenta de aquella. Propiamente estos actos de disposición, que claramente están comprendidos en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, serían pagos realizados por la concursada a favor del señor M. en devolución de las cantidades adeudadas.
La administración concursal reconoce que estos pagos son de deudas debidas y, a pesar de la mención contable de que se trata de crédito a largo plazo, no existe ninguna acreditación de que no fueran exigibles cuando fueron satisfechas. De ahí que para justificar el requisito objetivo del perjuicio, la administración concursal se apoya en primer lugar en la presunción iuris tantum de perjuicio prevista en el art. 71.3.1.º LC para los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. En este sentido conviene advertir que la aplicación de la presunción es correcta, pues el señor M. no discute que además de ser socio de la sociedad concursada con un 20% del capital social (art. 93.2.1.º LC) hubiera sido administrador de la compañía dentro de los dos años anteriores (art. 93.2.2.º LC). Pero la aplicación de esta presunción de perjuicio tan sólo conlleva una inversión de la carga de acreditar que no hay perjuicio para la masa activa, de tal forma que corresponde a la concursada y al destinatario de los pagos, el señor M., justificar que dichos pagos no son perjudiciales para la masa activa.
Para juzgar sobre la concurrencia del perjuicio en los actos de disposición objeto de rescisión, es preciso partir de un concepto de perjuicio. En nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 partíamos de la consideración de que existe perjuicio para la masa activa cuando el acto de disposición conlleva un «sacrificio patrimonial injustificado», que requiere un doble elemento: una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado.
Aunque, en principio, los pagos de obligaciones debidas, vencidas y exigibles, antes de la declaración de concurso constituyen una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa, pues es necesario además que sean injustificados.
La injustificación de estos pagos podría derivar de que supusieran al mismo tiempo una alteración de la par condicio creditorum, tal y como recordamos en la Sentencia de 8 de enero de 2009 (Roj S AP B 1810/2009) […], donde argumentábamos que en estos casos el perjuicio «se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada».
Pero el problema radica en determinar cuándo un pago debido y exigible altera la par condicio creditorum. No parece razonable que nos guiemos únicamente por la inclusión de dicho pago dentro del periodo sospechoso de dos años, pues por esa razón podríamos impugnar cualquier pago, incluidos los realizados en momentos muy anteriores a la declaración de concurso, por ejemplo 18 meses antes, cuando no había ningún rastro de que el deudor estuviera en situación de insolvencia. En alguna ocasión se ha aducido que el límite sería el previsto en el aptdo. 5.1.º del art. 71 LC, según el cual quedarían excluidos de la rescisión concursal los pagos que constituyeran un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias. Este límite es claro, pero es insuficiente, pues sigue habiendo pagos debidos de obligaciones que no guardan relación con la actividad ordinaria del deudor y que no por ello necesariamente estarían injustificados por alterar la par condicio creditorum. El argumento de que el pago realizado antes del concurso altera la par condicio creditorum sirve en la medida en que dicho pago haya sido realizado en un tiempo tan próximo a la declaración de concurso que ya concurriera entonces el estado de insolvencia y que por ello ya debiera haberse acogido al concurso. Esta circunstancia aporta un elemento objetivo y evita tener que acudir a elementos subjetivos para discriminar qué pagos de deudas vencidas y exigibles son perjudiciales y cuales no, más allá del art. 71.5.1.º LC.
Como recuerda la S TS (1.ª) 24 de julio de 2007 (RJ 2007\4707), que negó la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores, mientras el deudor no se encuentre en estado de insolvencia debe regir el principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda), que permite entender justificados los pagos debidos y exigibles, en un momento anterior a la declaración de concurso siempre y cuando en ese momento no estuviera en estado de insolvencia y por lo tanto obligado a presentar el concurso (arts. 5 y 2.2 LC).
De este modo, para que pueda considerarse perjudicial el abono de una deuda vencida y exigible, que además no tenga la consideración de acto ordinario, es preciso que ya concurriera en ese momento el presupuesto

objetivo del concurso, esto es, que el deudor se encontrara en estado de insolvencia, imposibilitado para hacer frente al pago de todas sus obligaciones. En esas condiciones, satisfacer el crédito de unos y no de otros, y a continuación (en un breve lapso de tiempo) declararse en concurso, vulnera los fines perseguidos con este procedimiento y, consiguientemente, la afectación del patrimonio del deudor a la satisfacción de los créditos de acuerdo con la regla de la par condicio creditorum, a través de cualquiera de las dos soluciones concursales (el convenio o la liquidación).
En el caso de autos, ha quedado acreditado con el extracto de los movimientos de la cuenta del Libro Mayor 16200000 (folios 72 y ss.), de la sociedad concursada con el señor M., que este último con frecuencia realizaba préstamos a la sociedad que luego se reintegraban, total o parcialmente, conforme la sociedad obtenía liquidez. Es cierto que al término del ejercicio 2007 el saldo a favor del señor M. era de 65.534,18 euros. Pero también lo es que a lo largo del año 2008, durante los meses de enero a agosto, se aprecia la misma dinámica de aportaciones del socio y de reintegros parciales, de tal forma que el saldo va fluctuando en ese tiempo, en el que además el socio realiza nuevos préstamos (10.200 euros el 4 de enero, 6.000 euros el 4 de febrero, 6.000 euros el 19 de febrero, 5.500 euros el 20 de febrero, 6.000 euros el 9 de abril, 5.300 el 29 de abril, 6.000 euros el 26 de mayo, 1.538,25 euros el 1 de junio,
8.500 euros el 9 de junio, 20.000 euros el 11 de julio). Por otra parte, los reintegros que se realizan a favor del señor M. son más numerosos todavía (9 en enero, 12 en febrero, 5 en marzo, 6 en abril, 6 en mayo, 6 en junio, 2 en julio, 5 en agosto), y la mayoría de ellos de escasa cuantía, salvo uno de 45.000 euros, que data del día 3 de marzo, y otro de 20.000 euros, que data del 21 de julio y se corresponde con la previa aportación que el día 11 de julio el señor M. había hecho a favor de la sociedad. Entre septiembre y diciembre, tan sólo hay cuatro reintegros, de muy escasa cuantía, pues apenas suman 2.000 euros en total, y que no son muy significativos.
El análisis de la cuenta muestra que durante los siete primeros meses de 2008 el señor M. continuó con la misma práctica habitual hasta entonces de aportar liquidez a la compañía, ingresando pequeñas cantidades (ordinariamente, de 6.000 euros cada una, y la más alta es de 20.000 euros) que se iba reembolsando directamente, mediante reintegros o pagos a terceros por cuenta e interés suyo. Esta realidad, unida a que en ese momento, antes de agosto de 2008, no consta que la sociedad estuviera en estado de insolvencia, y a juzgar por el balance abreviado del ejercicio anterior, que se cerró con unos fondos propios positivos de 71.121,16 euros y unas pérdidas del ejercicio anterior de 8.491,09 euros, nos permite concluir que los reintegros realizados por la sociedad, que son objeto de reintegración, además de corresponderse con deudas debidas de la sociedad con el señor M., fueron realizados de forma ordinaria y antes de que aflorara la situación de insolvencia. De este modo los reintegros a favor del señor M., aunque suponían un sacrificio patrimonial para la compañía, pues lógicamente aminoraban el activo, estaban justificados pues suponían el pago de una deuda debida y exigible, realizado además poco a poco y en un momento en que no había aparecido la situación de insolvencia.": SAP Barcelona (Sección 15) 30.03.2010 (Rollo 507/2009; RJC 150)

"TERCERO.-La rescisión concursal puede tener por objeto contratos o simples actos unilaterales del deudor, que no cuestionan la validez del negocio del que traen causa, como pueden ser los pagos o los actos de adjudicación. En cualquier caso, el requisito fundamental de la acción rescisoria concursal es el perjuicio a la masa activa, sin necesidad de intención fraudulenta (art. 71 LC). Hemos mantenido en anteriores sentencias que será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto). Asimismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de la *par condicio creditorum.*
También el Tribunal Supremo, en doctrina consolidada, configura el perjuicio patrimonial en parecidos términos. Dice al respecto la sentencia de 26 de octubre de 2012 (ROJ 7265/2012) lo siguiente:
"El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación".
La misma sentencia analiza la posible reintegración de pagos de cantidades exigibles:

"En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum."
TERCERO.-En el presente caso, la administración concursal no cuestiona que el Sr. Gonzalo ostentara un crédito frente a la concursada por las aportaciones realizadas a título de préstamo y que ese crédito estuviera vencido o pudiera ser restituido en una situación de normalidad económica. El carácter perjudicial para la masa se sustenta en el trato de favor al demandado (acreedor subordinado en el concurso), en demérito del resto de acreedores, cuando FORMTUBE S.L. pasaba por dificultades económicas o se encontraba en situación de insolvencia.
La apelante rechaza que los pagos se realizaran en situación de insolvencia, alegando que la sentencia ha valorado erróneamente la prueba. Es cierto, como afirma la recurrente, que el primer impago con la Agencia Tributaria se produce el 5 de septiembre de 2011. Así resulta del certificado aportado como documento catorce (folio 33). De ese mismo certificado también resulta que a 5 de diciembre de ese mismo año la concursada había incumplido obligaciones tributarias -cuotas del IVA y retenciones salariales- de los tres primeros trimestres de 2011 (que habían sido fraccionadas y aplazadas), concurriendo entonces el hecho revelador de la insolvencia establecido en el artículo 2.4º, apartado cuarto.
Entendemos, en definitiva, que hemos de distinguir entre los pagos anteriores a 5 de diciembre de 2011 y los posteriores. Los primeros, de menor cuantía, sí responden a un mismo o similar patrón: los abonados contra la cuenta 17100003 son pagos mensuales entre 478,56 euros y 518,14 euros, y los atendidos contra la cuenta 17100001 son pagos mensuales de aproximadamente 1.000 euros. Se producen, además, cuando FORMTUBE no se encontraba en situación de insolvencia y cuando el crédito de Don Gonzalo no concurría con el de otros acreedores. Según relata la propia administración concursal en la demanda (hecho tercero), la primera cuota impagada de la TGSS venció el 19 de enero de 2012 y los primeros impagos con proveedores se remontan al mes de marzo de 2012. En consecuencia, no se daban entonces las circunstancias expuestas en el fundamento anterior que justificarían la rescisión por perjuicio indirecto o trato de favor (proximidad a la declaración de concurso, situación de insolvencia y concurrencia con otros acreedores que son postergados).
Por el contrario, los pagos a partir del 5 de diciembre de 2011 (54.423,89 euros), amén de ser más próximos a la declaración de concurso, se producen cuando ya la insolvencia se había evidenciado y cuando el crédito del demandado concurría, cuando menos, con el de la Agencia Tributaria, que es de mejor derecho dentro del concurso. Los pagos, además, se incrementan sustancialmente y pierden su periodicidad mensual (se producen varios abonos en cada mes y por cantidades muy diversas). Así, contra la cuenta 17100001 se produce el 31 de diciembre de 2012 un primer pago de 6.500 euros (frente a los 1.000 euros mensuales que se iban abonando hasta entonces) y, a partir ese momento, se anotan 26 apuntes en apenas un año que oscilan entre los 160 euros y los 7.400 euros.
CUARTO.-Los recurrentes también argumentan, para eludir los efectos de la rescisión concursal, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.5º de la LC, que los pagos constituyen actos ordinarios de la actividad realizados en condiciones normales. En sentencia de 27 de enero de 2011 (ROJ 1765/2011) dijimos que entre ellos *"se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.*
Hemos señalado en anteriores sentencias que si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos."
Es evidente, por tanto, que los pagos al administrador en el año 2012, en cuantía muy superior a los realizados en el ejercicio precedente y cuando la concursada se encontraba en situación de insolvencia, no forman parte del giro o tráfico del deudor y, por tal motivo, pueden ser objeto de rescisión concursal.
No ha quedado acreditado, por último, el supuesto pacto del Sr. Gonzalo con los socios sobre la reducción de su salario para garantizar la devolución del préstamo. Hemos de centrarnos, en cualquier caso, en las circunstancias de su restitución y concluimos, al igual que la sentencia apelada, que los pagos al administrador a partir del 5 de diciembre de 2011 implicaron un trato de favor y una alteración de la *pars condicio creditorum.* Por tal motivo procede la rescisión con los efectos que determina la sentencia apelada.": SAP Barcelona (Sección 15) 21.07.2014 (Sentencia 256/2014; Rollo 181/2014)

4.1.2 Incluso efectuado a tercero, si se hubiera convertido en utilidad del acreedor, según dispone el art. 1163 CC, y pese a concurrir infracciones deontológicas, administrativas y fiscales,

Tribunal Supremo

TERCERO.-Razones de la Sala para la estimación el recurso
1. Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el significado y alcance del perjuicio patrimonial a que se refiere el art 71 LC (SSTS 428/2014, de 24 de julio, 363/2014, de 9 de julio, 629/2013, de 26 de octubre, 662/2010, de 27 de octubre, entre las más recientes y las citadas en las mismas como antecedentes).
La posible vulneración denunciada en el motivo está relacionada con los apartados 1 y 2 del art. 71 LC, en el sentido de determinar si el pago de unas facturas por unos servicios prestados por persona que no podía profesionalmente girarlas, ha causado un perjuicio a la masa activa del concurso y deben ser objeto de reintegración.
Es un hecho reconocido por las partes que las facturas giradas contra la concursada iban a nombre individual del recurrente, titular de un despacho que figura bajo la denominación "Grupo Chaer". El demandado-recurrente no es abogado, ni procurador, ni podía ejercer la abogacía colectivamente, mediante agrupación, conforme preveía el art. 28 del RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprobó el Estatuto General de la Abogacía (vigente en aquel momento), que exigía que la agrupación tuviera como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio.
El recurrente sí podía contratar abogados que prestaran sus servicios profesionales, en régimen de relación laboral de carácter especial, en concepto de trabajadores por cuenta ajena, que regula el RD 1331/2006, de 17 de noviembre. Pero el recurrente tampoco estableció las condiciones exigidas por dicha norma, pues el art. 4.2, párrafo segundo, impone que los empleadores sean titulares de despachos de abogados, individuales o colectivos, teniendo carácter colectivo aquel "cuya titularidad corresponda conjuntamente a dos o más abogados agrupados, en régimen societario o bajo cualquier otra forma administrativa en derecho"; por otra parte, el ejercicio de la abogacía por cuenta ajena debe pactarse expresamente por escrito, lo que exige el art. 7 del RD 1331/2006, requisito que, pese su facilidad probatoria, no ha resultado acreditado por el recurrente.
2. El incumplimiento de la normativa colegial en materia de contratación de abogados por cuenta ajena así como el giro de facturas por conceptos que no se corresponden con la actividad de su titular, supone una clara manifestación de un ejercicio irregular y anómalo de la abogacía, que es merecedor de un reproche ético, deontológico y social. Pero es lo cierto que todas las actuaciones procesales llevadas a cabo en interés de la concursada, incluida la presentación de la solicitud de concurso, fueron suscritas por abogado en ejercicio, el Sr. Camilo, que trabaja por cuenta del demandado.
En el caso enjuiciado nos hallamos ante el ejercicio de una acción de reintegración por unos actos -el cobro de unas facturas que corresponden a unos honorarios de abogados- que, a juicio de la administración concursal ocasionaron un perjuicio para la masa activa. Y con este alcance deben ser examinados tales actos, desde un punto de vista estrictamente concursal.
Tales actuaciones fueron efectivamente realizadas (salvo la percibida anticipadamente por importe de 35.100.-#) en interés de la concursada y, se corresponden con las facturas libradas irregularmente por el Sr. Camilo. Pero, como se ha señalado, una cuestión es que la titularidad formal de las facturas esté a nombre de una persona que jurídicamente no le correspondía percibir, lo que tiene unas consecuencias deontológicas, administrativas y fiscales, y otra, muy distinta, es si el hecho de haber satisfecho tales facturas a persona que no debía percibirlas a título personal, supone un perjuicio para la masa activa, y por ello, los pagos efectuados sean susceptibles de rescisión y reintegración.
En el presente caso, salvo el pago anticipado a que se refiere la sentencia de primer grado, por importe de 35.100.-#, percibido anticipadamente, según el presupuesto de honorarios por la presentación del concurso voluntario de acreedores, -cuyo cobro debe mantenerse rescindido-, las restantes facturas giradas por reclamaciones de cantidad, corresponden a conceptos devengados que fueron satisfechos a su vencimiento.
El pago es válido aún hecho a un tercero cuando se hubiera convertido en utilidad del acreedor, según dispone el art. 1163 CC, párrafo segundo, pues el abogado responsable de los escritos forenses, inclusives los del presente incidente, es empleado del Sr. Camilo a quien defiende.": STS 29.12.2014 (Sentencia 735/2014; Recurso 766/2013)

4.1.3 Venta de valores y aplicación de su importe a deuda vencida, en aplicación de cláusula contractual. Inexistencia de perjuicio para la masa al estar vencido el crédito.

JM-3 Barcelona

"PRIMERO La administración concursal de la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA (Tracoinsa) solicitaba que se condenara a la mercantil Caja de Ahorros de Santander y Cantabria a reintegrar a la masa activa del concurso la suma de 299.601,85, intereses y costas, cantidad derivada de la venta entre el 5 y el 11 de octubre de 2004 de títulos valores titularidad de Tracoinsa por parte de la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria para aplicarlos a los descubiertos en las cuentas bancarias que la concursada tenía abiertas en la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria. Dicha pretensión la amparaba en el artículo 71 y siguientes de la Ley Concursal, en los que se regulan las acciones de reintegración.
SEGUNDO Las acciones de reintegración previstas en los mencionados preceptos de la Ley concursal vienen a sustituir el «viejo» sistema de retroacciones de las quiebras, sustitución que determina que deban ser rescindidos de modo individual aquellos actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta, siempre y cuando se haya causado un perjuicio patrimonial a la masa y se puedan haber quebrado los principios de «par conditio creditorum». Conforme al párrafo sexto del mencionado artículo 71 establece que el ejercicio de las acciones rescisorias no impide que puedan plantearse otras acciones de impugnación frente a actos del deudor que procedan conforme a derecho.

TERCERO Sobre el anterior marco legal deben examinarse las pretensiones de las partes, pretensiones que deben partir de la determinación de unos hechos que deben considerarse probados a la vista de la documental aportada por la parte demandada:
1) El 5 de septiembre de 2002 la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria (Caja Cantabria) concede un crédito en cuenta corriente a la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA (Tracoinsa) por la suma de 1.200.000 €. El crédito vencía el 5 de septiembre de 2003.
2) El 7 de julio de 2003 se firma nueva póliza de crédito por la suma de 1.500.000 € en las mismas condiciones que la póliza anterior con vencimiento el 7 de julio de 2004.
3) El día 14 de julio de 2004 se firma nueva póliza de crédito por la suma de 1.200.000 €, con vencimiento el 14 de enero de 2005. Esta nueva póliza tiene la particularidad de que aunque se encabeza con la fecha 14 de julio el apunte bancario se produce el día 7 de octubre de 2004. Los extractos bancarios aportados por la demandada evidencian que la firma de esta última póliza cancelaba la anterior.
4) En todas y cada una de las pólizas examinadas aparecía en la cláusula 7ª, párrafo 2 que «la parte acreditada y los fiadores establecen a favor de la Caja el derecho de compensación de créditos y deudas en el sentido más amplio, a cuyo fin autorizan y ordenan de forma expresa e irrevocable a la referida Caja para que dicha Entidad pueda efectuar los cargos citados en el párrafo anterior, en cualquier otra cuenta o posición que exista en la Caja a favor del acreditado y de los fiadores. El derecho de compensación establecido comprende también la facultad de la Caja para vender los valores representados por títulos o anotaciones en cuenta, propiedad del acreditado o de los fiadores, que estén depositados en la Caja, y aplicar el importe de la venta a la cancelación total o parcial del crédito».
5) Tracoinsa en diciembre de 2002 y en marzo de 2004 adquirió títulos valores que quedaron depositados en las cuentas que tenía abiertas en Caja Cantabria y que fueron enajenados entre el 5 y el 11 de octubre de 2004 por la suma total de 299.601,85 €, no consta una autorización expresa de la hoy concursada, esas cantidades se aplicaron al descubierto existente en la cuenta en la que operaba el crédito, concretamente a la diferencia entre la póliza que vencía el 7 de julio de 2004, que arrojaba en la fecha de su vencimiento un saldo favorable a la Caja por la suma de 1.510.536,12 € y la póliza fechada el 14 de julio anotada en octubre de 2004 por un total de 1.200.000 €.
6) El 27 de octubre de 2005 se declara el concurso de la mercantil Tracoinsa.
CUARTO Sobre estos hechos pueden hacerse algunas consideraciones jurídicas de interés para resolver el conflicto:
1) Realmente no se puede hablar de un acto de disposición del concursado, sino de la aplicación automática de una cláusula suscrita en un contrato bancario.
2) Tampoco se puede hablar verdaderamente de una compensación, sino de un sistema de garantías previsto en la propia póliza, sistema de garantía que habilita a la Caja de un modo automático o, cuando menos, sin autorización expresa del firmante de la póliza, a realizar los títulos valores que el deudor pueda tener en el momento en el que venza la póliza para aplicar el precio obtenido por esa venta al pago total o parcial de la deuda. Una vez se han enajenado los títulos si operaría una compensación convencional.
3) Esa compensación pactada en la póliza debe ponerse en relación con el apartado 2 de la cláusula sexta de todas las pólizas, en la que se prevé la posibilidad de que el banco autorice incluso tácitamente descubiertos o cargos que excedan del crédito, excesos de crédito que tienen la consideración a todos los efectos de operaciones de crédito y, por lo tanto, reclamables ejecutivamente, tal y como expresa literalmente la póliza.
En este supuesto lo sucedido responde a la siguiente concatenación de hechos:
- Tracoinsa disponía hasta julio de 2004 de una póliza de crédito por un límite máximo de 1.500.000 €.
- Cuando vence esa póliza la cantidad dispuesta excedía incluso de ese 1.500.000 € inicialmente previsto y dispuesto.
- Tracoinsa y Caja Cantabria renegocian la póliza -renegociación que sin duda hay que localizar en el contexto de una empresa en crisis con una importantísima deuda financiera- y fruto de esa renegociación se firma una nueva póliza por un límite inferior, el límite de 1.200.000 €.
- Si se considera la fecha valor de la operación, 14 de julio de 2004, respecto de esa última póliza el límite se habría excedido en más de 300.000 €.
- Si se considera la fecha de apunte de la póliza -7 de octubre de 2004- desde el 7 de julio hasta el 7 de octubre existía una deuda vencida y exigible de más de 1.500.000 € a favor de Caja Cantabria, deuda que, cuando se renegocia la póliza, no cubre toda la deuda existente.
- En este contexto a principios de octubre de 2005 Caja Cantabria hace efectiva la cláusula séptima y realiza las garantías de las que dispone compensando, una vez se han vendido los títulos, los saldos acreedores y deudores que Tracoinsa tenía en la entidad financiera.
QUINTO El artículo 58 de la Ley Concursal, encabezado con el título de: Prohibición de compensación, recoge, sin embargo una norma no tan radical como la de su epigrafiado en la medida en la que permita que produzcan sus efectos las compensaciones cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración del concurso, en otras palabras «cuando la situación objetiva de compensación se haya materializado con anterioridad» [Nuria Bermejo, Comentario de la Ley Concursal, Civitas, 2004, en la obra colectiva coordinada por los profesores Rojo y Beltrán].
En este caso la compensación se produce y opera con anterioridad a la declaración del concurso, concretamente las operaciones de venta de valores termina el 11 de octubre y hasta 16 días más tarde no se declara el concurso. La compensación se produce cuando o bien la póliza de crédito ya había vencido -la que tenía su vencimiento en julio de 2004- o, cuando menos, cuando la nueva póliza antedatada no cubría la totalidad del descubierto existente en la cuenta dado que la renegociación de la póliza reducía la línea de crédito en 300.000 € al pasar de 1.500.000 € a 1.200.000 €.
El RDL 5/2005 de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE núm. 62, 14 de marzo de 2005, páginas 8832 y siguientes) abunda en esta tesis al normalizar las

operaciones de compensación y permitir que se recoja en el concurso el saldo neto, una vez realizada la compensación en los términos contractualmente pactados.
En definitiva no hay un verdadero acto de disposición del concursado, sino la aplicación de una cláusula contractual en una póliza de crédito, no hay un verdadero perjuicio contra la masa en la medida en la que la Caja de Cantabria tenía un crédito a su favor que en el momento de la operación bajo sospecha estaba vencido y era exigible, cuestión distinta es que se hubiera anticipado el vencimiento de la póliza a fechas inmediatamente anteriores a la declaración de concurso o bien que se hubiera articulado la operación de compensación antes de que venciera la póliza, sólo de ese modo se podría considerar quebrada la par conditio creditorum y sólo de ese modo se podría rescindir la operación obligando a la Caja de Cantabria a devolver ese cobro anticipado.
Como los documentos obrantes en autos no permiten considerar que haya existido un vencimiento anticipado de la póliza ni permiten considerar acreditado que la compensación se realice antes del normal vencimiento de la póliza y dentro de los límites de ésta, debe rechazarse la demanda.": Sentencia JM-3 Barcelona 28.09.2005 (AC 2006\270)

4.1.4 Dación al propio acreedor con privilegio especial sobre el bien (o compra por sociedad del grupo)

AP Cáceres

"SEXTO.-Para determinar si el acuerdo ha sido o no perjudicial para la masa, como ya se ha expuesto, debe ser examinado teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que se firmó, cuando la sociedad todavía no había presentado su solicitud de concurso voluntario, ni había sido declarada en concurso. Todas las consecuencias que se producen después de su declaración como son la posibilidad de lograr un convenio o de aplicar la facultad prevista en el artículo 155.2 LC no pueden tenerse en consideración al resolver la acción de reintegración.
El hecho de que la concursada pueda o no continuar su actividad después de la entrega de los bienes tampoco es determinante para apreciar el perjuicio, dado que la situación de insolvencia en que se encuentra CAR 88 se debe a muchas circunstancias como expone la administración concursal en su informe, y la recuperación de los vehículos y recambios entregados con la firma del acuerdo no supondría la posibilidad de continuar su actividad si previamente no se resuelve y aclara el estado de los contratos de concesión, cuestión que ninguna de las partes ha planteado. No se puede decir que la actividad se haya interrumpido por la entrega de los vehículos y recambios, las dificultades venían ya de antes y no es ahora el momento de entrar a analizarlas, pero sí debe tenerse en cuenta que la actividad empresarial no podría continuar de cualquier forma, sino que habría de hacerlo cumpliendo las obligaciones que incumbían a la concursada como consecuencia de la misma y habría que ver si estaba en condiciones de hacerlo o no.
No se niega que con la firma del acuerdo impugnado salieron bienes del patrimonio de la concursada, pero lo relevante es determinar si el sacrificio patrimonial que ello supuso estaba justificado o no, y le incumbía a la administración concursal probar que no lo estaba y que únicamente se firmó el acuerdo para favorecer a unos acreedores en perjuicio de los restantes, pues no resulta de aplicación presunción alguna de perjuicio, y por lo tanto no puede como pretende la parte actora, deducirse su existencia sin más de la firma del acuerdo.
De lo actuado en autos se desprende que los bienes se entregaron en pago parcial de una deuda vencida y exigible. No se entregaron como dicen las apelantes como consecuencia de la resolución de los contratos, pues esto no se deduce del acuerdo en el que claramente consta que la concursada se opone a la resolución y que lo firma para intentar solucionar o mejorar su situación:
" X.- Que sin perjuicio de lo anterior y con el fin de avanzar en una solución negociada de las discrepancias existentes entre las partes, y con el propósito de proceder, por parte de CAR 88, al pago de los saldos que adeuda a FORD CREDIT, las partes convienen en suscribir el presente documento que se regirá por las siguientes ESTIPULACIONES".
Resulta relevante a la hora de resolver la cuestión litigiosa, tener en cuenta que sobre los bienes entregados por CAR 88 en virtud del acuerdo impugnado, existía una reserva de dominio a favor de FORD ESPAÑA que, además, retenía la documentación de los mismos hasta tanto no se pagara enteramente su precio, subrogándose en estas garantías FORD CREDIT como consecuencia de los contratos de financiación suscritos por la concursada. Por lo tanto los bienes entregados cuya restitución se pretende, eran bienes que estaban afectos al pago de la deuda pendiente con ambas entidades.
En conclusión, la administración concursal no ha aportado prueba alguna para acreditar el perjuicio, considerando que debe presuponerse de la sola firma del acuerdo y entrega de los bienes en pago, con lo que la acción por esta sóla razón debe ser desestimada. Además, el resto de argumentos y planteamientos que realizan las partes a fin de justificar el perjuicio que supone el acuerdo y que se acogen en la sentencia, como se ha visto y razonado anteriormente, no son suficientes para apreciar el perjuicio para la masa activa pues no dejan de ser circunstancias que ponen de manifiesto la complejidad de las relaciones entre las partes, la posición de mayor conocimiento que sobre la situación de la concursada tenían las apelantes y la importancia económica del acuerdo suscrito, pero en ningún momento el perjuicio tal y como ha sido interpretado por la doctrina y la jurisprudencia, ya que la entrega de bienes está justificada por la existencia de una deuda vencida y exigible que se ve reducida en virtud del acuerdo, y se trata de bienes sobre los que existe una reserva de dominio a favor de las entidades con las que la concursada firma el acuerdo. Tampoco puede decirse que como consecuencia de la firma del mismo se vaciara el patrimonio de la concursada, pues este se valora en el inventario del informe de la administración concursal en 3.416.398,72 euros, si bien está gravado en su mayor parte por hipotecas en garantía del pago de los préstamos concedidos para la adquisición de los inmuebles, siendo esta situación consecuencia de las decisiones empresariales adoptadas por la concursada.

En consecuencia, por todo lo expuesto, debe concluirse que la acción de reintegración no puede prosperar al no haberse justificado por la administración concursal el carácter perjudicial del acuerdo que se pretende rescindir, sin que pueda presumirse ni deducirse dicho perjuicio de las circunstancias concurrentes, que han expuesto las partes en el procedimiento. “:SAP Cáceres (Sección 1) 19.09.2012 (Sentencia 403/2012; Rollo 395/2012)

AP Lleida

“CUARTO.-Es desde esta perspectiva y en base a estos criterios desde la que se ha resuelto la controversia en la resolución recurrida, partiendo en primer lugar de la salida de los vehículos del patrimonio de la concursada -que era la propietaria de los mismos y que no tenia ninguna deuda con BMW sino con BMW BANK-, retirada que en principio, y conforme a los términos en que la actora planteó la demanda sí perjudica a la masa pasiva, porque los vehículos formaban parte del activo, y la póliza de crédito con que fueron adquiridos tenía vigencia hasta el año 2018, en caso de haberse ido prorrogando hasta dicha fecha, que representa el máximo pactado.
Ahora bien, a continuación se aprecia que no estamos ante una simple retirada de vehículos, porque los documentos obrantes en las actuaciones acreditan la existencia del pacto de recompra en el sentido expuesto por la parte demandada (operación a tres bandas, en sentido inverso al de la venta originaria), pacto o contrato que la sentencia de instancia considera válido -con consentimiento y con causa, extremos ambos que no se cuestionan en esta alzada-, acreditando igualmente el número e identificación de los vehículos a que se contrae, las facturas rectificabas emitidas en las mismas fechas, y el pago de los vehículos por parte de BMW, constando descontado el mismo por la entidad que los financiaba y, consecuentemente, reduciendo en la misma cantidad el débito que tenia la concursada con BMW BANK, tratándose en este caso de un crédito privilegiado, por lo que concluye el juzgador de instancia que en esta situación es muy difícil apreciar que esta recompra comporte un perjuicio para la masa, tratándose en su caso de uno de los supuestos previstos en el art. 71-4 LC, sin que se haya acreditado el perjuicio para la masa pasiva a que se subordina el éxito de la acción rescisoria.
Las alegaciones de la recurrente no se dirigen propiamente a rebatir el razonamiento seguido en la sentencia de instancia sino que tratan de descartar los argumentos de BMW sobre la inexistencia de perjuicio, sosteniendo la apelante que se está vulnerando el principio de la pars conditio creditorum, porque al cancelar el crédito de BMW BANK contra lo concursada lo que se está haciendo es el pago un crédito debido pero no vencido ni exigible en el momento de efectuarse el pago; y porque no puede entenderse que estemos ante un crédito privilegiado, extremo éste que niega rotundamente la Administración Concursal.
Comenzando por esta última cuestión, es evidente que no es éste el cauce procedimental adecuado para discutir sobre la clasificación del referido crédito, máxime teniendo en cuenta que BMW BANK no es parte en este procedimiento. No obstante, a los efectos que nos ocupan los documentos obrantes en las actuaciones acreditan que la póliza de crédito de continua referencia estaban garantizada con una prenda sin desplazamiento otorgada por la concursada sobre los vehículos adquiridos a BMW y financiados con dicha póliza, todo ello ellos según consta claramente especificado en la certificación del Registro de Bienes Muebles aportada como documento nº2 de la contestación, (y también documento nº135 de la demanda), en especial en la estipulación Tercera referida a "Extensión de la prenda",...constituida sobre vehículos de motor automóviles nuevos sin matricular de la marca BMW que el concesionario adquiera de BMW Ibérica
S.A como consecuencia de la financiación concedida, de modo que la prenda responderá de la restitución a la financiera de las cantidades adeudadas hasta el nuevo límite concedido y recaerá sobre todos los vehículos que el concesionario adquiera en las condiciones antedichas. La prenda constituida y extendida en cuanto a los bienes pignorados y en cuanto a la obligación garantizada, se regirá por lo dispuesto en la "Condición Particular Octava. Constitución de Prenda sin desplazamiento" sobre los vehículos financiados mediante la póliza objeto de la presente, de la póliza de crédito stock, en todo lo que no resulte modificado en la presente estipulación. Los vehículos que constituyen el stock objeto de pignoración...".
Según consta en la misma certificación-documento nº2 se trata de una prenda sin desplazamiento inscrita en el Registro de Bienes Muebles y, por tanto, a tenor de lo dispuesto en el art. 90-1-1º LC estamos ante un crédito con privilegio especial, debiendo entender que la garantía está constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros (como exige el art. 90-2) desde el momento en que está inscrita como tal en el Registro, tratándose además de uno de aquellos créditos que la Administración concursal estaría obligada a incluir en la lista de acreedores, porque así lo impone específicamente el art. 86-2 LC, con independencia de que reciba o no solicitud al efecto del acreedor, pues a tenor de dicho precepto "necesariamente se incluirán en la lista de acreedores los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público", siendo precisamente la propia Administración concursal la que deberá accionar contra tales créditos, impugnándolos en juicio ordinario, en el caso de que cuestione su existencia y validez, porque así lo dispone el mismo art. 86-2 LC.
Por lo que se refiere a la primera cuestión -crédito no vencido ni exigible- la recurrente funda sus argumentos únicamente en las sucesivas prórrogas tácitas de la póliza de crédito suscrita entre la concursada y BMW BANK, siendo máxima la fecha de vencimiento el 30 de marzo de 2018. Sin embargo, omite interesadamente que según la Condición Particular Quinta de la denominada póliza de crédito stock para la financiación de vehículos (certificación del Registro de Bienes Muebles aportada como documento nº2 de la contestación) la reventa en firme de cada uno de los vehículos por parte del concesionario determina la inmediata exigibilidad de la disposición efectuada, indicando dicha cláusula: "fecha de amortización de las disposiciones", el importe abonado por al financiera para el rescate de las documentaciones correspondientes a cada uno de los vehículos financiados deberá ser amortizado por el concesionario, en la primera fecha en que se produzca uno de los hechos siguientes: a) reventa en firme del vehículo por el concesionario; b) en todo caso, una vez hayan transcurrido 360 días a partir de la fecha de la disposición efectuada para la financiación de la adquisición el

vehículo...". Por tanto, la venta de cada vehículo determina el inmediato vencimiento y exigibilidad del importe financiado para la adquisición de cada uno de ellos, produciéndose esta situación con la recompra efectuada por BMW, de la misma manera que se habría producido en caso de que los vehículos hubieran permanecido en el activo de la concursada, pues la venta de cada uno de ellos comporta el inmediato abono a la financiera, que además tiene garantizado su crédito con derecho real de prenda sobre cada uno de los vehículos financiados.
Si a todo ello se añade que algunos de los vehículos llevaban más de un año en el concesionario, que se trata de bienes que se deprecian con el paso del tiempo, que el precio pagado por BMW a BMW BANK en las mismas fechas en que se materializó la operación se corresponde estrictamente con el mismo precio por el que la concursada había adquirido en su día esos vehículos a BMW, y que la operación no comportó ningún coste ni gasto para la concursada que, por contra, redujo su pasivo frente a un acreedor privilegiado, la consecuencia de todo ello, decimos, es que no cabe acoger las alegaciones de la recurrente, porque vistos los concretos términos en que se ha llevado a cabo la operación de recompra no puede concluirse que estemos ante uno de aquellos supuestos de sacrificio patrimonial injustificado, habiendo obtenido la concursada el correlativo beneficio, y sin que por otro lado pueda entenderse que la operación de recompra implique un trato favorecedor o beneficioso para uno de los acreedores, en detrimento de los demás y con vulneración del principio de paridad de trato de los acreedores, tratándose como ya se ha dicho de un acreedor con privilegio especial, con garantía real inscrita, sobre los mismos vehículos, no existiendo por tanto dato alguno que permita concluir que se atendió el interés particular de un sólo acreedor en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores.
Finalmente hay que indicar que no resulta extrapolable al presente caso el criterio seguido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 5 de abril de 2011 que cita la parte apelante, porque allí se analizaba un upuesto en el que el acreedor impugnaba la inclusión de su crédito en la lista de acreedores como crédito ordinario, pretendiendo que fuera calificado como crédito con privilegio especial, al amparo del art. 90-1-6º LC, es decir, crédito garantizado con prenda constituida en documento publico sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Por tanto, no la analizaba un crédito garantizado con prenda sin desplazamiento de la posesión, como es aquí el caso, y por el mismo motivo tampoco existía la inscripción en el Registro.
Por el contario puede traerse a colación otra sentencia, de la misma Audiencia Provincial de Palencia, de 24 de marzo de 2011, que ante un supuesto de acción de reintegración frente a una operación muy similar a la que ahora nos ocupa, referido a otras conocidas marcas de vehículos, desestima el recurso de la Administración concursal al considerar que no existió perjuicio para la masa activa, concluyendo en su Fundamento de Derecho Cuarto que*: "...En base a cuanto antecede, teniendo esta Sala presente la interpretación más moderna y ajustada acerca de qué debe entenderse por "perjuicio" patrimonial para la masa activa, auténtico nudo gordiano de la presente litis, cabe colegir que en el caso presente, respecto a dicho grueso de vehículos nuevos OPEL y CHEVROLET, no existió el perjuicio para la masa activa preconizado por la AC y al que se adhirió (o impugnó) la representación de la concursada AGUIR SA, por cuanto, con la ejecución del acuerdo alcanzado y la consiguiente documentada nueva venta efectuada por parte de GMAC a CM y CH, se consiguió reducir con su total e idéntico importe las deudas que ostentaba la concursada para con GMAC, tal como así vino incluso a reconocerse por parte de la propia AC al cifrar la deuda existente por parte de la concursada (y ya reducida por este concepto) para con ella en 610.207,87 Eur. (documento 87 y ss de los de la demanda incidental, folios 111 y ss obrantes al T-I), por lo que, en aras al concepto de perjuicio sustentado por esta Sala y como precedentemente se expresó, con la operación efectuada no se infiere un efectivo sacrificio patrimonial para la masa activa, pues estuvo justificada a través de una contraprestación patrimonial idéntica. Ni tampoco es factible afirmarse que con dicho acuerdo se conculcara el principio de trato paritario respecto a los demás acreedores, pues referidos vehículos, adquiridos bajo las fórmulas precedentemente descritas, estarían al amparo de lo preceptuado en el art. 90 LC relativo a los créditos con privilegio especial".":* SAP Lleida (Sección 2) 19.12.2014 (Sentencia 546/2014; Rollo 471/2014)

AP Madrid

"PRIMERO.- La sentencia apelada estima sustancialmente la demanda formulada por la administración concursal contra la concursada doña Aida, doña Josefa, don Higinio y la entidad "CATALUNYA BANC, S.A.", acordando la rescisión de la integridad del contrato de dación en pago, otorgado en fecha 30 de diciembre de 2008 entre, de un lado, la concursada y doña Josefa y, de otro, Caja de Ahorros de Cataluña, respecto a la vivienda sita en nº NUM000 de la CALLE000, propiedad por mitades indivisas de la concursada y su hija, y que estaba grabada con una hipoteca a favor de la entidad bancaria en garantía de un crédito por importe máximo de 240.000 euros concedido a la concursada y a otro de sus hijos, don Higinio.
Como consecuencia de lo anterior, la sentencia condena a la entidad financiera a la reintegración a la masa activa del concurso de la mitad indivisa de dicha vivienda; ordena que se libren los oportunos mandamientos al Registro de la Propiedad para la inscripción registral de la ineficacia absoluta de la dación en pago y la subsistencia de la anterior inscripción de titularidad y de la garantía hipotecaria a favor de la demandada, así como para la inscripción de la declaración concursal respecto a la indicada parte indivisa titularidad de la concursada; y ordena a la administración concursal la inclusión del crédito que por principal, intereses moratorios y remuneratorios corresponda a la entidad financiera codemandada en virtud del préstamo hipotecario sobre la indicada vivienda, en virtud de certificación de liquidación por vencimiento anticipado, hasta el importe de la garantía.
La sentencia considera que la dación en pago efectuada por la concursada y su hija por mitades indivisas de la vivienda, realizada tras la presentación de la solicitud de concurso y antes de su declaración, resulta perjudicial para la masa activa al otorgar por la vía de hecho un trato preferente en el cobro a uno de los acreedores, al

tiempo que infringe los principios de unidad legal y de universalidad que informan y sustentan el proceso concursal, pues, aun cuando el precio fijado para la dación se ajustó a los reales de mercado, siendo incluso levemente inferior al saldo adeudado, la entrega de bienes a un acreedor en pago de su crédito supone, por sí, una infracción de la igualdad de trato.
Frente a la sentencia se alza la entidad "CATALUNYA BANC, S.A." que rechaza que el acto impugnado, en atención a las circunstancias concurrentes, resulte perjudicial para la masa activa, alegando también que responde a una apremiante causa de necesidad de la concursada que como consecuencia de la dación y posterior arrendamiento de la vivienda sigue disfrutando de la misma.
La administración concursal se opone al recurso de apelación e interesa la confirmación de la sentencia apelada, insistiendo en la rescisión de la dación en aplicación de la presunción iuris et de iure del artículo
71.2 de la Ley Concursal al tratarse de un pago u otro acto de extinción de una obligación de vencimiento posterior a la declaración de concurso y, en todo caso, como razona la sentencia, por resultar perjudicial para la masa activa.
SEGUNDO.- Para la adecuada resolución del presente recurso de apelación deben tenerse en cuenta los siguientes hechos que se declaran probados:
1.- Doña Aida y doña Josefa eran propietarias por mitades indivisas de la vivienda nº NUM000, situada en las plantas NUM006 y NUM007, de la casa nº NUM000 y NUM001, de la CALLE000, bloque nº NUM000 del Grupo DIRECCION000, término municipal de Madrid, Vicálvaro. Dicha vivienda la adquirieron en virtud de escritura pública otorgada el día 13 de mayo de 2002 y así resulta del contenido de la propia escritura de dación en pago acompañada a su contestación a la demanda por la entidad "CATALUNYA BANC, S.A.".
2.- Sobre dicha finca, doña Aida y doña Josefa constituyeron en virtud de escritura pública otorgada el día 3 de marzo de 2006 hipoteca en favor de "CAIXA D#ESTALVIS DE CATALUNYA (en la actualidad, "CATALUNYA BANC, S.A.") en garantía de un crédito con el límite de 240.000 euros, concedido por dicha entidad bancaria a doña Aida y a don Higinio que se comprometían a devolverlo mediante determinadas amortizaciones y así resulta también del contenido de la propia escritura de dación en pago acompañada a su contestación a la demanda por la entidad "CATALUNYA BANC, S.A.".
3.- Doña Aida y don Higinio impagaron las cuotas correspondientes a los meses de agosto a noviembre de 2008, lo que dio lugar a que la entidad financiera diera por vencida anticipadamente la deuda que ascendía a la suma de 234.281,50 euros (documentos nº 1, 2 y 6 de la contestación a la demanda formulada por la entidad "CATALUNYA BANC, S.A.").
4.- Tras la solicitud de concurso efectuada por la deudora doña Aida -cuya exacta fecha no consta en este incidente, aludiendo la sentencia apelada a que se presentó a primeros de diciembre de 2008- y antes de su declaración -lo que tuvo lugar por auto de fecha 30 de marzo de 2009-, doña Aida y doña Josefa dieron la vivienda a la entidad financiera en pago de la deuda fijada en 234.281,50 euros, mediante escritura de dación en pago de deuda otorgada el día 30 de diciembre de 2008 (documento nº 2 de la contestación a la demanda formulada por la entidad "CATALUNYA BANC, S.A.").
5.- La vivienda dada en pago había sido tasada con fecha 11 de noviembre de 2008 por la entidad "SOCIEDAD DE TASACIÓN, S.A." en la cantidad de 230.374,80 euros (documento nº 4 de la contestación a la demanda formulada por la entidad "CATALUNYA BANC, S.A.")
TERCERO.- El artículo 71.1 de la Ley Concursal permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de su declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.

La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum.".
Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2009, la dación en pago es una forma especial de pago, llamada también forma subrogada del cumplimiento y consiste en el acuerdo, como negocio jurídico bilateral, de que se cumpla la obligación mediante una prestación distinta de la que era objeto de la misma. La reseñada sentencia cita la de 23 de septiembre de 2002 que define la dación en pago en los siguientes términos: "Esta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerda llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (Sentencias de 19-10-1992, 26-6-1993, 2-12-1994, 8-2-1996, entre otras)."
En el supuesto de autos no cabe duda de la reciprocidad de las prestaciones en la dación en pago al ser equivalente el valor del inmueble dado en pago con la deuda que se extingue derivada del contrato de crédito, por lo que la cuestión queda reducida a valorar si el perjuicio para la masa activa deriva de la vulneración del principio de la igualdad de trato.
No cabe duda de que la dación se efectúa estando ya la deudora en estado de insolvencia hasta el punto de que se realiza tras la solicitud de concurso pero antes de que éste se declarase por el juzgado. Sin embargo, en atención a las circunstancias concurrentes, el tribunal no considera que el acto impugnado haya causado perjuicio alguno para la masa, por el contrario, lo que sería perjudicial es su rescisión.
Mediante la dación en pago salió de la masa activa una mitad indivisa de una finca valorada en 115.187,40 euros (50% del valor de tasación de la totalidad de la finca que ascendía a 230.374,80 euros) y con ella -junto con la otra mitad indivisa propiedad de la hija de la concursada- se hizo pagó de un crédito del que respondía por entero la deudora por importe de 234.281,50 euros, que dejaron de incluirse en la masa pasiva que, además, tendría la consideración de crédito con privilegio especial (artículo 90.1.1º de la Ley Concursal).
De no haberse efectuado la dación, figuraría en la masa activa una mitad indivisa de la vivienda por valor de 115.187,40 euros y en la masa pasiva un crédito con privilegio especial por importe de de 234.281,50 euros (artículo 90.1.1º de la Ley Concursal).
Nada impedía al acreedor hipotecario, al no concurrir el supuesto del artículo 56 de la Ley Concursal, ejecutar la garantía y con su producto cobrar su crédito y, tampoco parece dudoso que, de haberse subastado la finca no se habría alcanzado el valor de tasación, con la consecuencia de que el inmueble se adjudicaría, perdiéndolo la masa activa, sin que ni siquiera se cubriera el importe de la deuda, por lo que nada podrían percibir los demás acreedores al no existir sobrante alguno y, por el contrario, se incrementaría la masa pasiva con un crédito ordinario por el importe no cubierto con la ejecución de la garantía.
De prosperar la demanda, la consecuencia sería, precisamente, que se reintegraría a la masa activa una mitad indivisa de la finca, cuyo valor actual sería claramente inferior al tasado en el año 2008, dada la negativa evolución del mercado hipotecario -lo que es un hecho notorio-, aflorando en el pasivo una deuda por importe, al menos, de 234.281,50 euros con la clasificación de crédito con privilegio especial. Enajenada la mitad indivisa de la vivienda o, en su caso, la totalidad, se integraría en la masa activa el valor de realización de la mitad indivisa o, en su caso, el 50% del precio por el que se enajenase la vivienda, que en la actualidad, como indicamos, sería claramente inferior a la suma de 115.187,40 euros, que se aplicaría al pago del crédito del acreedor privilegiado (artículo 90.1.1 º, 155.1 y 156 de la Ley Concursal), sin que nada quedara para la masa activa, resultando gravada la masa pasiva con un crédito ordinario por la diferencia no cubierta con la ejecución de la garantía.
No cabe, pues, afirmar que la dación en pago resultase perjudicial para la masa activa en los términos del artículo 71.1 de la Ley Concursal. “:SAP Madrid (Sección 28) 20.09.2013 (Sentencia 257/2013; Rollo 201/2012)

AP Palencia

“TERCERO.- Sentado lo anterior y extrapolado al caso presente, acreditadas suficientemente están las dificultades económicas por las que atravesaba la a la postre concursada AGUIR SA, derivadas (de entre otras) de las cargas financieras que para con LA CAIXA debía soportar a causa de unas obras acometidas en sus instalaciones, que importaron 3.000.000 €; como las dificultades añadidas que pasaba AGUIR SA, concesionaria oficial para la venta y reparación en esta ciudad de vehículos de las marcas OPEL y

CHEVROLET, dada la coyuntura económica general como la particular del concreto sector. En suma, múltiples factores contribuyeron a que dicha mercantil tuviera acopiados en sus dependencias gran número de vehículos, que no había conseguido vender y había adquirido previamente vía GMAC de sus fabricantes (GM y CH), concretamente 32 habían sido adquiridos entre el 21-12-2.007 y el 25-7-2.008, a través de la póliza nº 183/V/CP de crédito y préstamo con garantía sin desplazamiento de la posesión; otro, un OPEL Antara con nº de bastidor terminado en "53997", fue adquirido por AGUIRSA el 8-7-2.008 y financiándose la operación a través de una póliza de préstamo de financiación a comprador de bienes muebles, suscrita en el impreso nº 19304; otro, un CH Matiz, fue adquirido en virtud de póliza nº 183/VCH/CP semejante a los anteriores, por un precio de 7.033,19 € más IVA.
Para tratar de paliar la situación económica a que había llegado AGUIR SA, con objeto de reducir su deuda para con GMAC y reducir así su presión económica, se presume(art. 386 LEC) de lo obrante una serie de conversaciones entre el representante de aquella, de GM, GMAC y CH, llevando al primero de ellos a hipotecar su casa (a junio de 2.008) por importe de 246.000 € ; llegándose entre las partes, de entre otros acuerdos, al de reducir el número de vehículos que AGUIR SA tenía acopiados en sus instalaciones, adquiridos vía GMAC a través de los contratos precedentemente referidos; vehículos acopiados y sin salida que se estaban depreciando sensiblemente, por alcanzarles tanto lo dispuesto en la Directiva 2.004/104/CEE (LCEur 2004, 3215 y LCEur 2005, 390) (folios 471 y ss, obrantes al T-I), como que la obsolescencia era aún más evidente respecto a los adquiridos en fechas más "lejanas" (desde el 21-12-2.007); debiendo soportar aún AGUIR SA las cargas financieras sobre estos vehículos que tenía acopiados y no vendidos, como consecuencia de los contratos suscritos a través de las correspondientes pólizas precedentemente descritas, aún cuando fueron resueltas por GMAC.
Referidas conversaciones fructificaron definitivamente con el acuerdo a que llegaron las partes el 26-8-2.008 (folios 554-555, obrantes al T-I), por medio del cual, a través de un jurídicamente hábil acuerdo de cesión ("datio pro solvendo" de naturaleza dispositiva, al amparo de la autonomía de la voluntad), conseguir de la forma más rápida y menos onerosa para las partes la satisfacción de créditos pendientes, en supuestos de insolvencia (que en el caso fue declarada escasamente un mes después, a través de auto de 25-9-2.008 del Juzgado de procedencia) o de falta de liquidez del deudor, a través de la venta por parte de AGUIR SA a GMAC de aquellos vehículos acopiados y nuevos comprados entre el 21-12-2.007 y el 25-7-2.008 a GMAC, a través de la póliza nº 183/V/CP de crédito y préstamo con garantía sin desplazamiento de la posesión; o a través de una póliza de préstamo de financiación a comprador de bienes muebles, suscrita en el impreso nº 19304; o a través de póliza nº 183/VCH/CP.
Todo ello con el fin de venderlos posteriormente a sus respectivos fabricantes GM y CH, por un precioidéntico a aquel por el que fueron adquiridos por AGUIRSA, algunos de ellos (3) en 2.007. A través de referido acuerdo no sólo se conseguiría por AGUIR SA un acopio más reducido de vehículos (13), con la consiguiente reducción de los costes financieros; también que por parte de GM y CH se mantuviera a AGUIR SA como concesionaria oficial para la venta de los vehículos que estos fabricaban, e igualmente en lo que respecta al aspecto no baladí precisamente de la venta oficial de recambios; posibilitando con ello y en suma reducir la carga económica que pesaba sobre AGUIR SA, así como dándola posibilidades de seguir en su concreto tráfico mercantil.
En ejecución de referido acuerdo próximo, por parte de GMAC los días 20 (40 coches) y 23 (uno) de septiembre de 2.008 se procedió a retirar no los 34 coches a que se estaba refiriendo el acuerdo, pero sí 41 vehículos (34 nuevos de OPEL y CH; otros 3 ya vendidos a terceros; 3 de los denominados "demos" y otro más), excediéndose así materialmente GMAC del acuerdo definitivo (constatado a través de actos anteriores, coetáneos y posteriores) al que llegarían días después, para posteriormente proceder a vender GMAC a GM y CH respectivamente 32 y 1 vehículo respectivamente, se reitera, por idéntico precio al de su adquisición y como así consta acreditado de las correspondientes notas de abono. De dicha manera se consiguió disminuir en 535.472,82 € más IVA la deuda de AGUIR SA para con GM, así como en 7.033,10 € más IVA respecto a CH, así acreditado de los documentos 13 y ss del escrito de demanda incidental (folios 40 y ss, obrantes al T-I) en que se hace referencia a las facturas de los vehículos adquiridos por la a la postre concursada, con las correspondientes notas de abono (que vienen a documentar la identidad en el precio obtenido por AGUIR SA), una vez que GMAC vendió dichos vehículos a GM y CH.
CUARTO En base a cuanto antecede, teniendo esta Sala presente la interpretación más moderna y ajustada acerca de qué debe entenderse por "perjuicio" patrimonial para la masa activa, auténtico nudo gordiano de la presente litis, cabe colegir que en el caso presente, respecto a dicho grueso de vehículos nuevos OPEL y CHEVROLET, no existió el perjuicio para la masa activa preconizado por la AC y al que se adhirió (o impugnó) la representación de la concursada AGUIR SA, por cuanto, con la ejecución del acuerdo alcanzado y la consiguiente documentada nueva venta efectuada por parte de GMAC a CM y CH, se consiguió reducir con su total e idéntico importe las deudas que ostentaba la concursada para con GMAC, tal como así vino incluso a reconocerse por parte de la propia AC al cifrar la deuda existente por parte de la concursada (y ya reducida por este concepto) para con ella en 610.207,87 € (documento 87 y ss de los de la demanda incidental, folios 111 y ss obrantes al T-I), por lo que, en aras al concepto de perjuicio sustentado por esta Sala y como precedentemente se expresó, con la operación efectuada no se infiere un efectivo sacrificio patrimonial para la masa activa, pues estuvo justificada a través de una contraprestación patrimonial idéntica. Ni tampoco es factible afirmarse que con dicho acuerdo se conculcara el principio de trato paritario respecto a los demás acreedores, pues referidos vehículos, adquiridos bajo las fórmulas precedentemente descritas, estarían al amparo de lo preceptuado en elart. 90 LC relativo a los créditos con privilegio especial.
Y sin que a cuanto precede pueda obstar el submotivo ahora novedoso relativo al IVA, al no resultar factible plantear en apelación hechos nuevos en aplicación de los principios de defensa, audiencia bilateral y congruencia; también pues esta cuestión debió ponerse de manifiesto en el momento procesal oportuno, conforme a los principios de eventualidad y preclusión, por lo que la pretensión ahora esgrimida debe ser

rechazada. Incluso, a mayor abundamiento, por ir en contra del principio de igualdad de armas, pues caso de ser admitida provocaría en las ahora apeladas una indefensión inaceptable, que vulneraría el principio de tutela judicial efectiva (en el mismo sentido y más recientes,STS de 30-10-2.008 ó 30-1-2.007). Por cuanto antecede debe DESESTIMARSE el recurso de apelación instado por la AC, al que se adhirió AGUIR SA.": SAP Palencia 24.03.2011 (Sentencia 79/2011; Rollo 87/2011)

JM-1 Málaga

"PRIMERO Derivado de las relaciones comerciales entre las codemandadas, en fecha de 25 de noviembre de 2004 se protocolizó una escritura de reconocimiento de deuda y garantía hipotecaria respecto de un pagaré emitido (con vencimiento a 25 de mayo de 2005) a favor de FBA. La deuda reconocida era de 350.000 euros; la finca fue tasada en 400.000 euros; la hipoteca respondería de dichas cantidades más intereses hasta un máximo de 52.500 euros y una cantidad estipulada de 70.000 euros para costas y gastos en caso de ejecución. En fecha de 16 de enero de 2006 se presentó al cobro en Banco de Valencia el citado pagaré garantizado con hipoteca resultando el mismo devuelto por incorriente. En fecha de 1 de febrero de 2006 se realiza una escritura de dación en pago de deuda entre ambas por las que la concursada entregaba a la codemandada la citada finca (Dación en Pago de deuda) en pago de dicha cantidad. Mediante dicha dación en pago la cesionaria asumía los gastos de escritura excepto el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los terrenos.
SEGUNDO La administración concursal considera que dicha operación es rescindible entendiendo perjuicio patrimonial y amparándose en lo previsto en el primerapartado del artículo 71 LC en cuanto recoge que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Precepto que suscita numerosas críticas y comentarios pero que parte, en realidad de un criterio nuevo y actual respecto de las operaciones que realiza el deudor concursado en dicho plazo para intentar evitar que mediante determinadas operaciones se pueda afectar a los intereses concurrentes de los acreedores anteponiendo o pagando a unos respecto de otros. Esta cuestión tiene notoria importancia por cuanto la existencia de la deuda (no negada) se pone de manifiesto desde el principio de todas las referidas operaciones hasta tal punto que sobre el pagaré emitido inicialmente se constituye, al día siguiente de su emisión, una hipoteca sobre dicha finca en garantía real y por ello asegurando la operación por parte de la citada sociedad vendedora y hoy codemandada. En caso de concurso el régimen previsto en la ley concursal le otorgaría una situación privilegiada en tanto su crédito estaría garantizado con hipoteca y por ello se consideraría como "privilegio especial" por lo que la citada finca (domicilio social y centro de principales intereses de la concursada) respondería del pago del mismo mediante el juego de losartículos 56, 57, 90.1.1º y 155LC. En ese sistema el bien concreto sería considerado como necesario y afecto a la actividad empresarial lo que motivaría una espera en la ejecución de un año desde la declaración en los términos previstos en los dos primeros preceptos; para el caso de venta deberíamos estar a lo previsto en el último de ello y por tanto mediante un régimen en el que el que cobraría antes y sujeto a dicho bien es el acreedor hoy demandado.
La dación en pago tiene, para la mejor doctrina, efectos reales y no consensuales y constituye, conforme a laSTS de 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8832)un acto oneroso. Ciertamente también la dación en pago para la extinción de garantías reales conlleva la extinción de la garantía hipotecaria. Lo es en pago y no para pago, pro soluto y no pro solvendo. La afectación rescisoria concursal se producirá en supuestos de anticipos de pagos, extinción de deudas no vencidas, alteración del patrimonio causando perjuicio o realizando una afectación fraudulenta o no de la par conditio creditorum. (En y para pago resultan limitados conforme a lo previsto en elartículo 100.2.5 LC).
Debemos tomar en consideración varios apartados puestos de manifiesto en las documentales y alegaciones aportadas y realizadas:
a)Por un lado el hecho de que la operación se produce respecto de un inmueble que constituye el domicilio social y el centro de principales intereses y actividad de la hoy concursada y por ello que la entrega supone la paralización de dicha actividad. Cuestión esta que no ha sido negada y que otorga scientia fraudis a quienes operan, a sabiendas de que dicho pago mediante dación supone abstraerse de un procedo hipotecario que podría haber motivado una reacción de otros acreedores para intentar evitar, mediante la solicitud de concurso necesario, que el principal bien de la deudora fuera entregado a un acreedor sin discusión sobre preferencias. Con dicha entrega la deudora sabía que la actividad cesaba y conocía perfectamente la situación de insolvencia que en el momento se determinaba. Pero este conocimiento también lo es respecto de la acreedora; de sus propios documentos se deriva que puso en conocimiento de la entidad Crédito y Caución dicha circunstancia. El documento aportado como número 8, fechado el 21 de febrero de 2006, contesta a otra carta recibida por la citada entidad y remitida por la adjudicataria: "nos referimos al aviso de insolvencia provisional que sobre la firma deudora nos enviaron..." Por ello la acreedora era plenamente consciente de que existía dicha posición de insolvencia de la concursada en dicho momento. Cuestión esta que sin duda debe obedecer a una carta remitida con anterioridad a la adjudicación en pago pues en ese momento quedaron saldadas las deudas entre una y otra y no era útil acudir a una entidad aseguradora en caución. Al momento de la adjudicación en pago, por tanto, la hoy codemandada también conocía la posición de insolvencia de la concursada. Dicho argumento pesa incluso sobre las circunstancias del tiempo. Quien ve como resulta impagada una cantidad importante y finalmente, tras bastante tiempo, de pronto ve resueltas sus posiciones acreedoras no puede desconocer - máxime cuando del domicilio social y centro de actividad se refiere- esa situación de la deudora.
b)Ahora bien. La posición de la acreedora era ciertamente privilegiada en función de la hipoteca constituida y cuya garantía aseguraba, incluso en el riesgo concursal, el pago de su deuda. Pero la situación concreta hubiera avocado a una ejecución hipotecaria por la que se garantiza un pagaré que podría ser cuestionado en cuanto a su preferencia respecto de deudas anteriores impagadas. Ciertamente el concurso de acreedores es

un instrumento útil de canalización de dichos privilegios y preferencias, públicos y privados. No se trata de un acuerdo de aplazamiento y garantía sino de un pago y de un pago realizado con el principal bien de la sociedad que la avocaba al cierre de la actividad.
TERCERO Existe, por tanto, un perjuicio para la masa activa realizado mediante una operación cerrada en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso puesto que sale del patrimonio de la concursada el principal bien y el inmueble donde realiza su actividad en un momento en que se pone de manifiesto- a los efectos de este incidente- en que ya debió solicitarse el concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa no sólo patrimonial sino también para la continuidad de la actividad o para la conservación de la misma en función de la pars conditio creditorum. Este es un perjuicio real pero abstracto. Sin embargo no se ha acreditado en el concurso que exista un perjuicio concreto respecto de otros acreedores; es decir, si la adjudicación en pago ha motivado perjuicios concretos a otros acreedores en razón a dicha adjudicación (este sería el peligro concreto y no abstracto).
Que partamos de una distinción entre perjuicio "abstracto" y "concreto" para delimitar el ámbito de actuación y la operatividad delartículo 71 LC no es baladí puesto que las circunstancias concretas en las que nos movemos (según las partes) son en la paralización de la actividad y en el cierre anterior a la declaración del concurso. Si esa adjudicación en pago tiene efectos reales y extingue la deuda y la garantía hipotecaria pero no afecta a ningún acreedor en situaciones normales nada resultaría a efectos rescisorios. De otra forma dicho: con la rescisión la eficacia de la misma sólo podría obedecer a que además se califique de mala fe la operación puesto que de otro lado y tal y como dice la administración concursal la misma no sería operativa por cuanto no podrían satisfacerse las recíprocas contraprestaciones. Entendiendo que además se pudiera realizar esa contraprestación y devolución de las contraprestaciones la situación no cambiaría (o al menos no se ha acreditado) puesto que, pedida la liquidación como es el caso, sólo si existieran deudas con preferencia se afectaría el interés de los acreedores. De otro lado no porque la garantía cubriría la deuda en los términos de los preceptos ya reseñados. La propia administración concursal señala que la práctica totalidad del pasivo concursal se genera entre octubre de 2005 y febrero de 2006, pero lo cierto es que la deuda de la que deriva esta situación es anterior puesto que el vencimiento del mismo era con fecha de 25 de 2005 y por tanto anterior a dichas deudas que constituyen la mayor parte del pasivo.
Todo ello conlleva además que analicemos las valoraciones y cuantías que refieren una y otra parte. Señala la administración concursal que la adjudicación fue por un valor inferior al de mercado dado que se adjudicó por un crédito de 350.000 euros un afinca valorada en 473.280 euros, IVA incluido tras y como se deriva de la venta posterior que realiza la acreedora a un tercero no demandado. La Tasación aportada por la demandada fechada en 18 de mayo de 2006 lo fija en un valor de mercado de 347.900 euros y la cobertura en garantía lo era por esos 350.000 euros más las cantidades ya reseñadas por intereses y costas y gastos. El precio sin IVA, por tanto, se sitúa en 442.317,76 ?. Señala la demandada que a la cantidad habría que restarle tanto el IVA como el interés de demora al 20% pactado, la comisión bancaria cargada por la devolución del pagaré y 30.346,21 euros por IVA y otros gastos. Aporta al efecto gastos (documentos 11, 12 y 13) de 4.725 euros por transmisiones, 25.621,21 euros por gastos de notaría y 245,67 euros por gastos de registro y otros de 24.500 por transmisiones. En la prístina garantía se pactó una tasación de 400.000 euros, superior a la que se realiza en 2006 para responder de cantidades superiores a dicha cuantía. Ningún documento acredita que existiera una valoración superior en tasación en el momento en que se realiza y a la vista del precio de adquisición por la concursada lo cierto es que el incremento del valor fue importante.
CUARTO Todo lo anterior nos lleva a entender que la operación (que no está sujeta a ninguna presunción iuris et de iure o iuris tamtum de las previstas en elartículo 71 LC) debe ser entendida bajo la carga probatoria de la actora y que por ello a esta correspondía haber aportado documental que acreditara al menos los elementos necesarios para dicha rescisión: (1) qué afectaciones concretas, peligro concreto, se genera en la operación a raíz de la existencia de la hipoteca anterior y de los acreedores existentes y preferentes. (2) que valoración de tasación tenía a la fecha de su constitución en garantía hipotecaria o diferente en cuando a la dación en pago. (3) Qué perjuicio para la masa activa se produce en la situación concreta de la sociedad de cierre al momento en que todo ello se ha realizado cuando la propia administración reconoce que se paraliza la actividad en el mes de diciembre de 2005.
El perjuicio debe valorarse en el momento en que se produce la operación y por ello este será el criterio temporal que debe acreditarse con la documental necesaria en función de la distribución de la carga de la prueba. Ese perjuicio (objetivo o subjetivo) se encuadra en criterios amplios, tal y como hemos señalado, no restrictivos al patrimonio o a la masa activa sino a todo lo que afecta a la misma. Pero también en perjuicios concretos tal y como hemos referido.
La afectación del crédito por dicha operación conllevaría incluso que, dejado sin efecto, la extinción hipotecaria que el mismo produce deja de operar y en virtud de ello que el crédito estuviese garantizado nuevamente con dicha hipoteca aunque afectado por una subordinación que sin embargo se realiza al margen del primer negocio jurídico. Cuestión ciertamente incomprensible en virtud de que el efecto se extendería a algo no atacado. Ello nos indica que el perjuicio genérico debe concretarse además en otro concreto, en el presente supuesto, y por ello la desestimación.": SJM-1 Málaga 06.02.2009 (JUR 2009/87930; Incidente Concursal 552.3.1/2006)

4.1.5 Dación que permite que el acreedor continúe suministrando (?)

AP La Coruña

"PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la Administración Concursal contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña en autos de Incidente Concursal nº 125/10, que desestima la acción rescisoria ejercitada por la recurrente contra "Gallega de Mallas, S.L." y la entidad mercantil concursada

"Ferralla Lois, S.L.", en la que se pretende la rescisión de la dación en pago otorgada en escritura pública de fecha 13 de octubre de 2008 por "Ferralla Lois, S.L." en beneficio de "Gallega de Mallas, S.L.", ordenando la cancelación de las inscripciones regístrales, y la declaración de mala fe de "Gallega de Mallas, S.L.", consecuente con ello que el crédito de dicha entidad anterior al 13 de octubre de 2008 por importe de 316.535,83 euros tenga la calificación de subordinado; de forma subsidiaria, sea clasificado como crédito concursal ordinario, alegando en el recurso que concurren todos los requisitos exigidos en la Ley Concursal para que prospere la acción de rescisión ejercitada por la Administración Concursal, máxime cuando tenía conocimiento en ese momento de la situación económica de "Ferralla Lois, S.L.", habiendo un trato favorable a dicho acreedor que atenta a la pars conditio creditorum, perjudicando en definitiva a los demás acreedores.
SEGUNDO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato
Pues bien, el acto cuya rescisión se pretende su declaración con la demanda formulada es la escritura pública otorgada en fecha 13 de octubre de 2008 de dación en pago, y ello derivado de las importantes cantidades adeudadas por la entidad "Ferralla Lois, S.L." a "Gallega de Mallas, S.L." a consecuencia de sus relaciones ordinarias comerciales, en su calidad ésta última de proveedora de material para la actividad ordinaria de la empresa, deudas que se encontraban vencidas, ascendiendo su importe a la suma de 316.535,83 euros, entregando en pago dos parcelas de su propiedad, ubicadas en polígono industrial sito a unos tres kilómetros de la localidad de Ordes, libres de cargas, y con la finalidad de siguiese la acreedora suministrando más material a la entidad "Ferralla Lois, S.L.", que necesitaba necesariamente adquirir para poder continuar con su normal actividad empresarial, la que cierto fue declarada con posterioridad, dentro del periodo sospechoso, en situación de concurso necesario, concretamente por auto dictado el día 21 de julio de 2009. Donde se reconoce a la acreedora "Gallega de Mallas, S.L.", crédito ordinario por importe de 957.545,82 euros.
Se alega por la entidad recurrente que no estaba justificado tal actuar, recibiendo "Gallega de Mallas, S.L." dos fincas libres para el pago de su crédito, no habiéndose dado oportunidad a otros acreedores para el cobro de sus créditos pendientes de pago, lo que considera perjudica a la masa activa y se vulnera de tal modo la pars conditio creditorum, que es lo que estima es la clave de la acción ejercitada.
Lo que no se acepta en la sentencia apelada, pese a la argumentado en contrario en el recurso, y tal decisión y valoración de la prueba practicada por el Juzgador de Primera Instancia la estimamos acertada y por tanto correcta, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso. Así, consta acreditado la importante cuantía de la deuda que tenía en tal momento la entidad después declarada en concurso, encontrándose vencidas cuando se otorga la escritura de fecha 13 de octubre de 2008, de dación en pago de dos facturas por importe de 316.535,83 euros, cuando de la tasación pericial practicada, resulta acreditado que los inmuebles que se entregan en concepto de pago de tal cantidad adeudada tienen un valor a fecha de la dación mucho menor a la deuda, así se tasan en la suma de 270.926,62 euros, de tal modo se cancela deuda de mayor importe, con lo que ello supone de no ser un acto perjudicial. Máxime cuando debido a la situación de grave crisis que nos encontramos, de tasarse a precio actual, su importe presumiblemente sería mucho menor. Lo cierto es que a diferencia de la gran mayoría de proveedores, "Gallega de Mallas, S.L." continúo suministrando materia prima a "Ferralla Lois, S.L.", quedando pendiente de abono el precio, y gracias a dicho acto, cuya rescisión se pretende con la demanda, que se estima justificado en atención a la difícil situación económica de la entidad deudora en que se encontraba en aquel momento, que no se niega su conocimiento, si bien no se admite que lo fuese hasta el punto de ser conocedora la acreedora de la situación inminente de concurso de la deudora, para que pudiera estimarse que obrase con mala fe, el fraude, a los efectos que aquí nos interesan, radica en utilizar una forma jurídica lícita para obtener un resultado no querido por el ordenamiento jurídico. Pero lo cierto es que la deudora con tal acto de disposición pudo continuar su actividad ordinaria, al conseguir con ello que le siguiese la mercantil proveedora suministrando material, cuando además las parcelas entregadas como dación en pago no se trataban de bienes afectos a la producción en su actividad económica empresarial propia ordinaria. Por otra parte, consta acreditado que con posterioridad al acto que se pretende su rescisión, vino abonando "Ferralla Lois, S.L." facturas de otros proveedores, algunas de importe elevado, lo que de admitirse la tesis de la apelante también atentaría a la pars conditio creditorum. Lo que en principio no puede estimarse así, salvo prueba en contrario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del art. 71 de la Ley Concursal, que no admite la rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.": SAP La Coruña (Sección 4) 20.10.2011 (Sentencia 442/2011; Rollo 331/2011)

4.1.6 Dación en pago. Alteración justificada de la par conditio, como solución menos perjudicial.

AP Barcelona

“III) A la hora de definir el objeto de la rescisión la LC utiliza el término "acto", cuya amplia significación permite comprender tanto los negocios o contratos bilaterales con prestaciones recíprocas como los negocios unilaterales y actos de cumplimiento o de ejecución de una obligación, como sucede en este caso, en que la rescisión se proyecta sobre negocios unilaterales de pago mediante dación de bienes, cuyo valor se compensa con deudas preexistentes.
En tales supuestos, de pago de deudas preexistentes, vencidas a la fecha de declaración de concurso (ya sea mediante dación de bienes), no puede aceptarse en puridad un perjuicio patrimonial directo o en sentido estricto, ya que la disminución del activo que supone el pago total o parcial de la deuda va acompañada, correlativamente, de la disminución del pasivo en la misma proporción, por lo que el patrimonio neto no se resiente. El perjuicio se derivaría propiamente, ya lo hemos dicho, de un trato de favor injustificado, teniendo en cu condicio creditorum y a la consiguiente comunidad de pérdidas, y al que, por razón de ese pago, se evita concurrir, aunque sea en cierta medida, al procedimiento concursal, con el consiguiente perjuicio de los demás acreedores, que hallarán una masa improcedentemente disminuida.
En este sentido hemos apreciado en ciertos casos el perjuicio patrimonial a la masa activa que produce el pago de deudas vencidas y exigibles al tiempo de ser declarado el concurso cuando en la época en que se realiza el pago el deudor estaba ya en situación de insolvencia y, por tanto, obligado a presentar la solicitud de concurso, siempre que ese pago no encuentre una justificación razonable que permita excluir el perjuicio a la masa o a los demás acreedores.
IV) En todo caso debe tenerse presente el límite del acto ordinario, que recoge elart. 71.5 :"En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (...)", dentro de los cuales se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.
Hemos señalado en anteriores sentencias que si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos.
QUINTO I) Los actos objeto de rescisión en este litigio fueron articulados por las partes a modo de una compraventa: la concursada entrega género en crudo y factura su valor a la parte que la recibe. Pero la parte receptora no abona efectivamente su precio sino que, por acuerdo de las partes, el precio del género entregado se compensa en todos los casos, en la cuantía concurrente, con una deuda preexistente, que se extingue en esa medida. Cumple este negocio, por tanto, la función causal de una dación en pago(art. 1.175 del Código Civil), excluyendo la configuración de contrato sinalagmático con obligaciones o prestaciones recíprocas, pues lo que tiene lugar es un acto de cumplimiento (pago) parcial, en mayor o menor medida, de unas obligaciones preexistentes, líquidas, vencidas antes de la declaración de concurso, y exigibles.
II) La AC no basó el perjuicio en la falta de equivalencia entre el valor real o de mercado del género cedido en pago y la parte de deuda dineraria que, por compensación, quedó extinguida, y esa falta de equivalencia es expresamente rechazada por la sentencia, por no haberse acreditado. Ante el silencio que sobre este extremo guarda la demanda, hemos de partir de que la concursada facturó a las cesionarias el valor real o razonable de mercado del género que entregó, incluyendo su propio margen comercial (la demanda no dice que se cediera el género a precio de coste, o por debajo del coste de adquisición o fabricación).
De este modo, si la transferencia de activos responde al concepto de pagos en el sentido jurídico de acto extintivo, total o parcial, de deudas ciertas preexistentes, generadas por anteriores relaciones comerciales de producción o trabajo textil, no cabe derivar un perjuicio directo a la masa activa ya que si bien el activo disminuye, correlativamente y en la misma medida disminuye también el pasivo, por lo que el patrimonio neto permanece igual.
El perjuicio, y así lo denunciaba la AC en su demanda, sería, en su caso, indirecto, por quebrantamiento de la par condicio creditorum, que sería apreciable de estimarse que por razón de esos pagos se ha favorecido injustificadamente a unos acreedores en detrimento de otros.
Lo que debe acreditar en este contexto la AC es un perjuicio a los demás acreedores derivado de una dación de activos efectuada a algunos de ellos en época de insolvencia, que no encuentra justificación porque esos bienes debían quedar integrados en la masa activa para atender los créditos del conjunto de los acreedores concursales y no de varios de ellos, a los que en determinada medida se ha excluido de la comunidad de pérdidas.
III) El perjuicio a la masa no puede derivar de un lucro cesante originado a la concursada por razón de las cesiones de bienes, como pretende la AC en sus escritos de oposición a los recursos (y que, además, motiva la petición de indemnización al amparo delart. 73.2 LC.
Este lucro cesante, a juicio de la AC, se ha producido porque, de no haber tenido lugar las cesiones de género, CHABIRTEX hubiera obtenido un beneficio por la venta de dicho género en el tráfico habitual de su actividad (así se explicaba en la demanda), o bien porque (según se dice en los escritos de oposición a los recursos) al facturar directamente los acreedores cesionarios al cliente final (se entiende que por el producto acabado), la masa activa de CHABIRTEX ha dejado de obtener la ganancia que habría obtenido de facturar la concursada al citado cliente final.
Esta construcción argumental, sin embargo, no determina, con un criterio lógico y de previsibilidad razonable,

la existencia de un lucro cesante. En primer lugar, CHABIRTEX no cedió los bienes a título gratuito, renunciando a una contraprestación, sino que obtuvo, por la vía de la compensación, el correspondiente valor económico de los activos (y podemos presumir que aplicando su margen comercial), operando una correlativa disminución de su pasivo por el valor del género cedido.
Así mismo, de no haber tenido lugar las cesiones, CHABIRTEX no habría obtenido, sin más, una ganancia por la venta de ese género al cliente final, ya que se trataba de género en crudo (y el resultado esperado por el cliente era el producto acabado), sobre el cual era necesario aplicar trabajos de confección y acabado (tejeduría, tintado y estampado), con el correspondiente coste a cargo de CHABIRTEX, que no soportó. Para obtener la ganancia del cliente final, CHABIRTEX debía asumir el coste de tejeduría, tintado, estampado y acabado, coste que habrían debido facturar a CHABIRTEX los proveedores-cesionarios, pero la concursada no afrontó ese coste necesario para finalmente poder vender el producto acabado al cliente, sino que se retiró de la cadena productiva obteniendo, en ese momento, el valor de mercado del género cedido, con independencia de que no fuera pagado efectivamente (porque se compensó).
No hubo propiamente una cesión a los proveedores del derecho a facturar al cliente final (ORGANTEX-ORGAP), porque CHABIRTEX carecía de ese derecho frente al cliente al no disponer del producto acabado. Lo que hubo fue una cesión de activos en pago de deudas preexistentes, para que los proveedores, ya propietarios de ese género, trabajaran sobre él y, una vez acabado, poder venderlo al cliente final, lógicamente facturando el material y su propio trabajo.
IV) De otro lado, la consideración de acto unilateral de pago o acto de cumplimiento de una obligación preexistente priva de relevancia a la declaración de mala fe del acreedor-cesionario a los efectos del art. 73.3 LC, ya que ningún crédito surge a favor del acreedor-cesionario como consecuencia de la rescisión de la dación en pago. Los efectos de la rescisión, de ser declarada, se resolverían mediante la restitución a la masa por parte de las sociedades cesionarias del género recibido en pago o de su valor, con sus intereses, pero sin contraprestación simultánea alguna a cargo de la concursada, porque contra la recepción de ese género nada entregaron a su vez los acreedores-cesionarios (y por ello nada debe ser restituido por la concursada), sin perjuicio de que la integridad de sus créditos, por la cuantía originaria (sin tener en cuenta la compensación), revivan como concursales y sean reconocidos en la lista de acreedores con la cuantía que proceda.
SEXTO No cabe duda de que las cesiones de género fueron realizadas en la época en que se manifestó la situación de insolvencia y, precisamente, por razón de esta situación. A mediados de octubre de 2007 CHABIRTEX adeudaba a sus proveedores numerosas facturas vencidas que no podía pagar, como tampoco, y así lo previó, aquellas otras facturas ya emitidas pero con vencimiento posterior, y de ahí que en algunos casos el valor del género cedido superara las cantidades vencidas y alcanzara a facturas todavía no vencidas entonces. La situación, según admite la propia concursada y así puede reconocerse sin reservas, era de colapso económico y financiero, y también de actividad, ya que, estando en curso el pedido de NIKE, dos proveedores que debían confeccionarlo retuvieron el género entregado a tal efecto y paralizaron sus trabajos si no se les pagaba la deuda preexistente, existiendo otros que también tenían en su poder el género que debía ser confeccionado para el principal cliente y a los que también se adeudaban varias facturas. Podemos admitir así mismo que en esa época CHABIRTEX se representaba el próximo cese de su actividad por razón de las graves dificultades que atravesaba, como revela el hecho de que dos meses más tarde solicitó el concurso con petición inicial de liquidación.
En ese contexto, el pago de deudas preexistentes a los proveedores mediante cesión de activos no puede considerarse un acto ordinario de su actividad empresarial realizado en condiciones normales (art. 71.5 LC). En primer lugar, no se ha alegado ni probado que la actividad ordinaria efectiva de CHABIRTEX fuera la venta de género en crudo a otros operadores de la cadena productiva, sino la comercialización de prendas acabadas al cliente final; lo que tiene lugar no es un pago en metálico, sino por cesión de bienes (lo que ya aleja el supuesto de la normalidad), y se lleva a cabo en una situación excepcional en la vida de la empresa: con el género en poder de los proveedores, que exigen el pago de sus créditos para llevar a cabo la confección de pedidos en curso, y bajo la presión del cliente final (NIKE) que intenta asegurar la entrega de sus pedidos en el plazo convenido.
En este escenario y atendida la naturaleza de los actos, no pueden reconocerse los requisitos y circunstancias que exige el citado precepto (art. 71.5 LC), si bien no por ello debe concluirse sin más el perjuicio para la masa pues puede que la valoración de las circunstancias concurrentes y la consideración de otra conducta alternativa excluyan la existencia del perjuicio exigido por el art. 71.1 LC.
SÉPTIMO Es cierto que como consecuencia de los negocios descritos, realizados en época de insolvencia, los acreedores beneficiarios han podido eludir en buena medida el tratamiento concursal de sus créditos, que en otro caso hubieran quedado sometidos, como los créditos de los restantes acreedores concursales, a la comunidad de pérdidas, de acuerdo con el principiopar condicio creditorum, dentro de la categoría de créditos concursales ordinarios.
Sin embargo, apreciamos en este caso ciertas circunstancias extraordinarias o de excepción que impiden apreciar el perjuicio a la masa activa o a la masa de acreedores. En atención al contexto y antecedentes que se han expuesto, estimamos que la cesión de bienes a los referidos acreedores, en el momento en que tuvieron lugar, están justificadas como solución más viable o menos perjudicial para la masa activa y la masa de acreedores que se integran, por la totalidad de sus créditos, en la masa pasiva.
No puede obviarse que la situación concurrente al tiempo de las cesiones reclamaba una solución urgente que posibilitara el desbloqueo del género y la prosecución del proceso productivo para satisfacer al cliente final y salvar así una más que probable devaluación o pérdida de valor del género y un incremento de la masa pasiva por indemnizaciones generadas por el incumplimiento.
El género cedido formaba parte de un pedido en curso para un cliente final, que esperaba su entrega en los plazos convenidos, y estaba en poder de los proveedores que debían trabajar sobre él para confeccionar el producto acabado. Es discutible que asistiera a tales proveedores un derecho de retención de conformidad con

losarts. 569-3, 569-4.c) y siguientes del Código Civil de Cataluña (Libro Cinco, relativo a los derechos reales, de acuerdo con la Llei 5/2006), ya que todavía no habían realizado su trabajo sobre ese género, pero en cualquier caso ostentaban su posesión y en este sentido gozaban de una retención material, con más que probable resistencia a la restitución si no se les pagaba lo adeudado. No nos parece dudoso que esta circunstancia hubiera dificultado o incluso imposibilitado la venta de ese mismo género a un tercero que pagara por él un precio efectivo, ante las previsibles dificultades de obtener su inmediata entrega; aparte de ello, se trataba de un género específico para servir el pedido de NIKE, por lo que la opción de intentar venderlo a un tercero desvinculado del proceso productivo para NIKE no se presentaba como la solución más adecuada y viable en orden a desbloquear el material y obtener el valor más acorde con su calidad y destino. De no haberse instrumentado las cesiones a los proveedores para que éstos confeccionaran el producto final, las dificultades de realización por el máximo o más adecuado valor se hubieran reproducido en el seno del procedimiento concursal, de haber sido solicitado a finales de octubre: en todo caso hubiera sido necesaria la recuperación material del género y luego, lo antes posible, proceder a su venta, a buen seguro en la fase común, para eludir costes de almacenamiento y su depreciación; prueba de ello es que la AC solicitó en la fase común la venta urgente de varios lotes de género en crudo, algunos de los cuales quedaron sin comprador, procediéndose a su destrucción (f. 316). Aún en el seno del concurso, si el género cedido se hubiera integrado en la masa activa, es previsible que ya se hubiera perdido al cliente final para el cual estaba destinado, y no tenemos constancia (más bien cabe presumir lo contrario) de la facilidad de su colocación en el mercado por un precio adecuado. Según se ha afirmado por el legal representante de CHABIRTEX, y no se ha contradicho por la AC, el género era específico para NIKE, "no se podía vender a nadie másy en quince días hubiera quedado para nada...".
En definitiva, no sin cierto grado de duda de hecho, estimamos que las cesiones de género se mostraban a la sazón como la solución menos perjudicial a fin de evitar la devaluación y la probable pérdida del género ante la cancelación del encargo por el cliente final, siendo previsible la dificultad de su ulterior venta en el mercado por un precio acorde con su valor.”: SAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2011 (JUR 2011/182591; Sentencia 34/2011; Rollo 369/2010)

AP Burgos

“Primero. Se formula recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que declara la ineficacia de una dación en pago realizada por la concursada el 16 de junio de 2010 mediante la cual se cancelaba una deuda con el cesionario de 170.897,92 #, acordando la reintegración al activo del concurso de la maquinaria objeto de la dación e incluyendo como crédito concursal el importe de la deuda.
Segundo. Mediante el ejercicio de la acción de reintegración se pretende la declaración de ineficacia de aquellos actos realizados en perjuicio de los acreedores del concursado. Supone en primer lugar la realización de un acto que conlleva una disminución del patrimonio del concursado, dentro de los cuales se incluyen los pagos en su más amplia acepción, no solo salidas de dinero, sino todas las demás formas de extinción de las obligaciones, constitución de garantías, novación de obligaciones con fijación de nuevos plazos, etc... En segundo lugar se exige que el acto haya sido realizado en perjuicio de los acreedores; de ahí el juego de presunciones del artículo 71 de la Ley Concursal. Sin embargo, que el acto no esté comprendido en alguna de las presunciones legales, iuris tantum o iuris et de iure, ni significa que el acto no pueda calificarse de perjudicial si por las características del mismo, o por la forma en la que se realiza, se rompe el principio de la pars conditio creditorum, que exige un trato igual o parecido para todos los acreedores cuando el deudor se encuentra en una situación comprometida para hacer frente a todas sus obligaciones económicas.
La cuestión principal es determinar cuando se produce este perjuicio para la masa o lesión a los acreedores del concurso, que ha venido a ser calificado como perjuicio de carácter injustificado. El artículo 71 no da reglas concretas, solo para aquellos actos que son rescindibles por si mismos, por afectarles alguna de las presunciones ipso iure (numero 2), y otros que no lo son en ningún caso (número 5). Pero entre unos y otros hay una gran variedad de actos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, y de los cuales se podría predicar la existencia de un perjuicio para la masa. Entre estos actos está la dación en pago, que no es sino un medio de pago o cumplimiento de las obligaciones. Que sea un medio normal de pago no quiere decir que sea un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor, aunque se realice en condiciones normales, por lo que no está excluida de la posibilidad de su rescisión. Más bien, en este caso no puede decirse que forme parte de los actos ordinarios de una empresa constructora la enajenación de maquinaria. Ahora bien, que no se trate de un acto de la actividad ordinaria del deudor, no quiere decir que a sensu contrario sea un acto rescindible, sobre todo porque la ley concursal podía haber incluido a título de presunción de perjuicio a los actos extraordinarios, y no lo ha hecho. Son más bien, tal y como ha declarado la jurisprudencia las circunstancias en las que el acto se ha realzado las que determinan la causación de ese perjuicio injustificado que conlleva la rescisión.
Como dice la AP Toledo en sentencia de 3 de mayo de 2013 (Roj SAP TO 392/2013) "existen dos diferentes corrientes doctrinales y jurisprudenciales que sirven para sustentar las posturas que respectivamente mantienen ambas partes: en primer lugar la que mantiene que toda dación en pago efectuada por el deudor concursado a uno de los acreedores durante el periodo de retroacción del concurso es rescindible porque causa perjuicio a todos los demás en el sentido de que el acreedor adjudicatario consigue cobrar toda su deuda con preferencia, sin someterse ni al orden de preferencia y prelación de créditos ni a posibles quitas o esperas del suyo o a otros inconvenientes derivados del proceso de concurso de acreedores, reduciendo con su cobro total y preferente las posibilidades de cobro de los restantes acreedores, postura esta que evidentemente es la que sostiene e invoca la administración del concurso demandante; en segundo lugar la postura contraria que es la que la Sala acepta como veremos, que parte del principio de normalidad del tráfico de la concursada, declarando rescindibles no todos sus actos de disposición sino solo los que excedan de esa

actuación normal. Al respecto se pronuncia la STS de 14 de diciembre de 2010 declarando que "la jurisprudencia actual, que es la que debe aplicarse al caso en el momento en que se enjuicia, superando oscilaciones anteriores se ha inclinado de modo definitivo por el criterio denominado "flexible", con arreglo al cual "la ineficacia establecida en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio no alcanza a los actos que correspondan al giro y tráfico ordinario del quebrado, ni tampoco a aquellos actos que resulten beneficioso para el quebrado y los acreedores o al menos no causen lesión o perjuicio a éstos" (SS., entre la de los último años, de 13 de diciembre de 2.005, 12 de mayo, 8 y 19 de junio de 2.006; 15, 19 y 28 de marzo, 23 de mayo, 1 de junio, 13 y 27 de septiembre, 6 y 29 de noviembre de 2.007; 7 de mayo de 2.008; 16 de junio de 2.009; 8 de marzo, 10 de octubre, 10 de noviembre de 2.010)".
Tercero. Sobre la dación en pago como acto concreto de reintegración existen múltiples resoluciones que desestiman la acción de reintegración simplemente porque el valor de los bienes objeto de la dación es notablemente inferior al importe de la deuda que se cancela. La SAP Barcelona sección 15 de 9 de octubre de 2013 (Roj: SAP B 11249/2013) dice que "no podemos considerar que el acto impugnado, la dación de unos inmuebles en pago de un crédito pueda considerarse perjudicial para la masa, salvo en el caso de que el valor de los inmuebles fuera superior al del crédito que les servía de contraprestación. En el supuesto enjuiciado no se ha acreditado que sea esto lo que ocurriera. Más bien parece razonable que fuera justamente lo contrario: que el valor de los inmuebles fuera en el momento del acto impugnado muy inferior al importe del crédito que con la dación se extinguía". Y la misma sección en sentencia de 22 de mayo de 2013 (Roj: SAP B 9481/2013) examina un supuesto de enajenación en el año 2008 de fincas hipotecadas a favor de la Caja que hubieran entrado en el concurso como acreedor privilegiado y dice que "ya desde la perspectiva de septiembre de 2008 es fácil deducir que la operación no era perjudicial para la concursada sino todo lo contrario, muy beneficiosa. Y si se la contempla desde la perspectiva de un año más tarde, esto es, desde la perspectiva del momento de la declaración del concurso, aún es más favorable el juicio: para la concursada fue un buen negocio porque le permitió desprenderse de parte de sus activos a un valor muy superior al que en ese momento hubieran tenido y reducir de forma sustancial su carga financiera".
La SAP Madrid sección 28 de 20 de septiembre de 2013 (Roj: SAP M 13462/2013) también examina un supuesto de enajenación de la mitad indivisa de una finca urbana en favor del Banco que la hipotecó, y desestima la acción de reintegración con el argumento de que "mediante la dación en pago salió de la masa activa una mitad indivisa de una finca valorada en 115.187,40 euros (50% del valor de tasación de la totalidad de la finca que ascendía a 230.374,80 euros) y con ella -junto con la otra mitad indivisa propiedad de la hija de la concursada- se hizo pagó de un crédito del que respondía por entero la deudora por importe de 234.281,50 euros, que dejaron de incluirse en la masa pasiva que, además, tendría la consideración de crédito con privilegio especial (artículo 90.1.1º de la Ley Concursal). De no haberse efectuado la dación, figuraría en la masa activa una mitad indivisa de la vivienda por valor de 115.187,40 euros y en la masa pasiva un crédito con privilegio especial por importe de de 234.281,50 euros (artículo 90.1.1º de la Ley Concursal)"
La AP Zaragoza sección 5º contempla un supuesto de enajenación de maquinaria similar al que nos ocupa en sentencia de 24 de junio de 2013 (Roj: SAP Z 1642/2013) y dice "en el presente caso, de sencilla mecánica y comprensión, dación en pago por la concursada de una máquina a la entidad vendedora por el mismo precio de compra, no obstante haber realizado ésta bastante tiempo, con condonación de los intereses vencidos, en ningún modo supone perjuicio para la masa concursal (...) teniendo en cuenta la depreciación notable de la máquina en cuestión, no inferior al 29% del precio de compra, por la pérdida natural de valor y los avances tecnológicos experimentados en ese periodo de tiempo, conforme al informe pericial emitido, no contradicho por ninguna otra prueba, siendo aquella depreciación aún mayor si se hubiera dilatado la entrega, por lo que los restantes acreedores no resultaron perjudicados".
Cuarto. En el presente caso se cancela un crédito que nadie ha discutido, vencido y exigible al tiempo de la entrega, por importe de 170.897,92 #, y a cambio se entrega maquinaria con un valor en la fecha en que se hizo la dación de 78.581 #, pero que aun sería inferior a fecha de hoy, todo ello acreditado con un informe pericial que, como en el caso de la SAP Zaragoza, nadie ha contradicho. Mediante la dación en pago se canceló por lo tanto una deuda importante, de mucho mayor valor que la maquinaria entregada a cambio. Por el contrario la reintegración de la maquinaria, aún más depreciada, y la inclusión del crédito en el pasivo del concurso sería un acto a todas luces más perjudicial que la conservación del mismo.”: SAP Burgos (Sección 3) 20.12.2013 (Sentencia 310/2013; Rollo 249/2013)

AP Zaragoza

“PRIMERO.-El artículo 71 de la Ley Concursal, conforme a cuyo precepto se actúa en este pleito, establece que declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los daños anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiese intención fraudulenta, estableciendo a continuación determinados supuestos en los que se deduce iuris et de iure o iuris tantum el perjuicio patrimonial. Dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración (rescisión) es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de irue, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad. Para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera

existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (Artículo 1911 del Código Civil), ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores. El concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso. Como refiere la Sentencia del mismo Tribunal de 13 de diciembre de 2010 lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto, si ha habido o no una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones, o por el contrario, solamente un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de su acervo patrimonial sin compensación económica. El acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro. Existe perjuicio para la concursada cuando el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro.
SEGUNDO. -En el presente caso, de sencilla mecánica y comprensión, dación en pago por la concursada de una máquina a la entidad vendedora por el mismo precio de compra, no obstante haber realizado ésta bastante tiempo, con condonación de los intereses vencidos, en ningún modo supone perjuicio para la masa concursal, ni aún en el más amplio sentido en que pueda éste conceptuarse, pues no existe disminución de los bienes ni alteración del principio "Pars conditio creditorum" en posterior trámite de distribución del patrimonio entre los acreedores en proporción a la cuantía de sus créditos, teniendo en cuenta la de depreciación notable de la máquina en cuestión, no inferior al 29% del precio de compra, por la pérdida natural de valor y los avances tecnológicos experimentados en ese periodo de tiempo, conforme al informe pericial emitido, no contradicho por ninguna otra prueba, siendo aquella depreciación aún mayor si se hubiera dilatado la entrega, por lo que los restantes acreedores no resultaron perjudicados, no existiendo prueba concreta sobre ello, antes por el contrario fueron beneficiados con esta operación al contar con un patrimonio del deudor superior al que tendría de no haberse producido la dación, a cuyo razonamiento habrá de añadirse la condonación de intereses, que también redujo el crédito en su parte necesaria, no siendo cierta por tanto la afirmación que se contiene en el recurso, que inspira toda su argumentación, sobre que el perjuicio es evidente al haberse desposeído a la concursada en momentos previos al concurso de maquinaria que componía un importante activo para vender, no siendo por lo demás de aplicar al caso ninguna presunción que la Ley establece, y la Jurisprudencia que cita el apelante es conforme a los razonamientos que se han vertido en el primer considerando de esta resolución sobre la inexistencia de detrimento en la masa concursal, conservando los acreedores los derechos existentes para una ordenada distribución de sus bienes”: SAP Zaragoza (Sección 5) 24.06.2013 (Sentencia 331/2013; Rollo 272/2013)

4.1.7 Pagos en estado de insolvencia que, excepcionalmente, no se rescinden porque

4.1.7.1 Permitieron retrasar la resolución de los contratos de arrendamiento de las aeronaves y el mantenimiento de la actividad de la concursada

AP Madrid

“TERCERO.- SOBRE LA CONCEPTUACIÓN DE LOS PAGOS CONTROVERTIDOS COMO ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA
13.- Para el supuesto de que se considerara que los pagos controvertidos no encuentran amparo en el artículo 71.5 LC (cual ha acontecido), HSH propugna que aquellos no podrían ser rescindidos por cuanto, contrariamente a lo afirmado en la sentencia dictada en la anterior instancia, no entrañaron perjuicio para la masa. En este punto, la apelante critica que la valoración del juez a quo se fundamente en la existencia de un perjuicio patrimonial indirecto, derivado de la infracción de la regla de paridad de trato entre los acreedores. Como sustento de tal crítica señala HSH que el perjuicio patrimonial, en el estado actual de la normativa, no puede inferirse de la infracción de esa regla, que evoca la idea de perjuicio para la masa pasiva. También aduce, en relación con el caso concreto, que no procede traer a colación la regla señalada cuando el acto controvertido consiste en un pago que opera como contraprestación por el uso de los aviones con los que la concursada desarrolla su actividad, realizado al tiempo en que se está en el uso los mismos, no como mero acto extintivo de una deuda pendiente una vez se cesó en el referido uso. Desde otra perspectiva, sostiene que, habiéndose posibilitado con los pagos en cuestión la continuidad en el uso de los aparatos por parte de AIR COMET, en ningún caso cabría hablar de perjuicio para la masa activa. En esta línea, censura que en la sentencia se ponga a su cargo la prueba de la ausencia de perjuicio, mediante la acreditación de que el beneficio generado por el uso de los aviones durante el tiempo subsiguiente a los pagos que continuaron en la tenencia de AIR COMET (hasta el mes de diciembre de 2009) superó la depreciación del activo de esta última entidad ocasionada por la salida de dinerario. Lo que la recurrente mantiene en este punto es que, no resultando de aplicación ninguna de las presunciones establecidas en la norma, el perjuicio ha de ser acreditado por quien lo alega, pues así lo impone el artículo 71.4 LC.

14.- Por su parte, la apelada hace suyos los argumentos de la sentencia. En suma, sostiene que el perjuicio, como requisito de la acción rescisoria concursal, puede venir determinado por la concurrencia de un perjuicio indirecto, a través de la vulneración de la par condicio creditorum; que esta situación es la que se generó con los pagos discutidos; que la administración concursal satisfizo la carga de probar el perjuicio, mediante la acreditación de que los pagos de continua referencia se hicieron encontrándose ya AIR COMET en situación de insolvencia y en perjuicio del resto de acreedores; y que, en todo caso, se produjo también un perjuicio para la masa activa, derivado de la salida de dinerario para pago no de una renta arrendaticia a su vencimiento, sino de una deuda antigua, vencida meses atrás, sin conseguir a cambio de ello más que demorar el cese de actividad por un breve periodo de tiempo.
15.- La rescisión concursal pivota sobre la existencia de un perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que se presume por imperativo legal, sea iuris et de iure (artículo 71.2 LC), sea iuris tantum (artículo 71.3 LC), exige cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4 LC). La Ley Concursal no determina qué debe entenderse por perjuicio para la masa activa. Nos encontramos, por lo tanto, ante un concepto jurídico indeterminado, que, a estas alturas, se encuentra ya suficientemente perfilado por la jurisprudencia. Resulta ilustrativa a estos efectos la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012, que, en línea con precedentes significativos (sentencias del Alto Tribunal de 16 de septiembre y 27 de octubre de 2010, 12 de abril y 8 de noviembre de 2012), caracteriza este elemento en los siguientes términos (apartado 5 de los fundamentos jurídicos):
"El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa".
Y concretamente respecto de los pagos, establece (apartado 6):
"En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum [...]".
16.- A modo de conclusión, la sentencia del Alto Tribunal remacha más adelante:
[...] De esta forma, un corolario moderno de este principio (se está haciendo referencia al principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere -quien cobra lo que es suyo no defrauda), proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido".
En términos similares se pronuncia la sentencia de 10 de julio de 2013 ya citada en anteriores líneas.
17.- La pauta que se acaba de apuntar vendría en principio a abonar las tesis sustentadas por la administración concursal y acogidas en la sentencia impugnada. Ello no obstante, tornando a la idea de justificación en

sentido objetivo, esto es, en función el interés económico subyacente al acto, que, como ya se indicó, opera como patrón, resulta imprescindible tomar en cuenta otras circunstancias concretas del caso.
18.- En tal sentido, es de observar que, según el propio relato de la demanda, los pagos en liza se sitúan en un contexto de renegociación de la deuda acumulada frente a HSH, tras la iniciativa de esta última entidad de remitir las "unconditional grounding notices" (las cuales debían suponer, conforme al régimen contractual pactado, la paralización de las aeronaves), y ello con la finalidad de poder seguir operando AIR COMET dichos aparatos, como efectivamente ocurrió. En tal escenario, consideramos que el hecho de que el pago se hubiese realizado cuando el deudor se encontraba en un claro estado de insolvencia no constituye un factor que por sí solo deba conducir ineludiblemente a acoger las pretensiones de la administración concursal. Los pagos cuestionados permitieron retrasar la resolución de los contratos de arrendamiento de las aeronaves y, por ende, que la concursada continuase con su negocio. Instalados en una perspectiva puramente objetiva, dicha situación es difícilmente compatible con la idea de perjuicio para el patrimonio de la concursada, pues sirvió para mantener abierta su vía de generación de recursos y, probablemente, para eludir significativos pasivos añadidos, derivados de la imposibilidad de prestar el servicio comprometido a los clientes que ya hubiesen reservado billete en los vuelos que habrían dejado de operar como consecuencia de la inmovillización de las aeronaves. En todo caso, a la administración concursal incumbía acreditar con datos que pese a tales consideraciones los pagos cuestionados no estaban justificados, porque las previsiones de ingresos derivadas de la continuación de la empresa o los pasivos evitados no compensaban el desembolso efectuado. En este sentido, que los pagos controvertidos no evitasen la postrera resolución de los contratos no puede ser señalado como indicador unidireccional de su carácter perjudicial para la masa, pues desvirtuaría el análisis, que ha de contextualizarse en el momento en que tales pagos se efectuaron. Debe tenerse en cuenta, por otra parte que, tal como se desprende del relato histórico tanto de la demanda como de la contestación, con posterioridad a los pagos que nos ocupan se produjeron hechos con significación causal determinante respecto de la resolución de los contratos, significadamente el incumplimiento del calendario de pagos que la propia AIR COMET había establecido.": SAP Madrid (Sección 28) 21.04.2014 (Sentencia 126/2014; Rollo 609/2012)

4.1.7.2 Forman parte de una transacción o pacto de quita que no se impugna

AP Valencia

"PRIMERO.-El Juzgado Mercantil 3 de Valencia dictó sentencia, con fecha 13 de Febrero de 2013 que desestimaba la demanda rescisoria conforme el artículo 71 LC planteada por la administración concursal de SATINDER SL contra BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA al no haberse acreditado el perjuicio ni solicitarse por la demandante, en forma congruente con la rescisión, el reconocimiento del crédito condonado en el ámbito de una transacción. Entiende que no puede darse lugar a la rescisión de un solo acto, sin que lleve aparejada aquella la reposición del estado de las cosas a la situación previa a la negociación en conjunto.
Frente a dicha resolución planteó recurso de apelación la administración concursal, que alegó los siguientes motivos:
Errónea valoración de la prueba, pues no existe una transacción que culmine en la escritura pública, sino que se trata de una adjudicación en una subasta fruto de ejecución notarial, promovida por BANESTO, que, a renglón seguido, recupera el importe del IVA repercutido, comprometiéndose a no reclamar determinadas cantidades adeudadas. Podría entenderse que hay transacción extrajudicial, pero no cabe identificar con la escritura pública a que se hace referencia en la sentencia, y no por eso cabe rechazar la acción de reintegración. La transacción está sujeta a la acción de nulidad y por tanto a las acciones rescisorias. Sólo se combate el acto dispositivo por el que la concursada dispone del único importe de tesorería en su haber, beneficiando a un solo acreedor en perjuicio del resto, y encontrándose en situación de insolvencia.
Error en cuanto a la valoración de la pars condictio creditorum. En ese momento ya había deudas líquidas, vencidas, exigibles por más de 10.000.000 Euros. No es un acto ordinario de la actividad, ya que no hay otro pago a acreedores en los días anteriores, ya se había solicitado el concurso, y conocedores los administradores de la grave situación de insolvencia. Poco creíble que el banco no lo supiera, cuando ya se había producido la subasta de determinados bienes. Más grave es la forma de pago. No se comparte la afirmación del juzgador de que no se disminuye la masa activa, cuando hay una reducción de la deuda. La condonación, que se admite, ascendió al 30% del valor de la deuda, pero es imposible que los acreedores restantes perciban cantidad alguna. El 77% iba destinado a pago de créditos con la condición de subordinados. Entiende que tal interpretación errónea, pues aunque si la disminución del activo va acompañada de disminución del pasivo no existe, propiamente, disminución de patrimonio, sí existirá disminución del conjunto de bienes y derechos sobre los que está llamada a obtener satisfacción la colectividad de acreedores. Invoca distintas resoluciones y, entre otras, sentencia de esta Sala sobre la interpretación que debe darse a la vulneración de tal principio.
Incide finalmente, en cuanto a la reconvención, en que el Juzgador afirma que no cabe valorarla, para, seguidamente, criticar la contestación a la misma, efectuada por esta parte. No se trata de que se ignore por la administración concursal que la ineficacia del acto de disposición puede conllevar el reconocimiento del crédito, pero insiste en que de la documental aportada sólo resulta el pago de la suma recogida en el cheque, no la existencia de un crédito previo a favor de Banesto, y la administración concursal debe velar por los intereses de todos los acreedores, y por tanto verificar la realidad del crédito y su cuantía.
Solicita finalmente la estimación del recurso de apelación, y, si fuera de su interés, BANESTO deberá interesar en el seno del concurso el reconocimiento de su crédito por vía de modificación de la lista de acreedores adjunta al informe de la administración concursal.
Se opuso al recurso interpuesto la representación de la entidad bancaria, quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.

SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.
Afirma la reciente STS de 24 de Junio del 2013 (ROJ: STS 3355/2013) en orden a la interpretación de la rescisión en el ámbito concursal, con carácter general, que:
En efecto, siguiendo la línea expositiva de la STS 740/2012, durante muchos años, desde la Sentencia de 7 de marzo de 1931 la jurisprudencia de esta Sala interpretó literalmente el art. 878.2 del Código de Comercio, proclamando la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados. Esta interpretación jurisprudencial aparece en numerosas resoluciones, entre las más recientes las SSTS 608/2000, de 12 de junio; 91/2001, de 8 de febrero; 286/2002, de 3 de abril; 874/2002, de 30 de septiembre; 194/2003, de 28 de febrero, 21/2004, de 29 de enero, 214/2004 de 26 de marzo, incluso, en alguna ocasión, llegó a dejar sin efecto la eficacia protectora para el tercero hipotecario de la fe pública registral (Sentencias de 17 de marzo de 1958 y 15 de noviembre de 1991). Ello no obstante, ciertamente, durante esta época en la que se predicaba la nulidad absoluta, esta Sala había desestimado la pretensión de ineficacia del acto impugnado por advertir, en unas ocasiones, una clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (en operaciones de descuento bancario, porque se trata de sustituir un activo financiero por otro líquido del quebrado, STS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977) y, en otras ocasiones, porque una aplicación rigorista del art. 878 del Código de Comercio sobre operaciones propias del tráfico y giro comercial de la quebrada supondría una inseguridad jurídica para la economía y unas perniciosas consecuencias sociales. Otras sentencias, dentro de esta misma época, relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo la necesidad del fraude (STS 2005/1993, de 12 de marzo) o del perjuicio (STS 870/1993, de 20 de setiembre) que vendría representado por un detrimento patrimonial.
Es cierto que la nulidad a que se refiere el art. 878.2 del Código de Comercio no supone una nulidad radical, más propia de la ineficacia estructural en origen derivada de una irregularidad en la formación del contrato que se produce " ipso iure " y " erga omnes ", de forma definitiva e insubsanable, sin posibilidad de confirmación. Así lo ha entendido la doctrina que ya, desde antiguo, señaló que la ineficacia del art. 878.2 del Código de Comercio no responde a ninguno de los caracteres propios de la nulidad: ni es originaria ni es estructural, sino funcional y sobrevenida. Y así, finalmente, ha sido admitida por la Jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS 951/2005, de 13 de diciembre, y, en la actualidad, unánime e incontrovertida, entre las más recientes las STS de 8 de marzo, 29 de julio, 29 de septiembre, 10 de noviembre y 14 de diciembre de 2010, 23 de marzo de 2011, 1 de octubre de 2012 y, la invocada, 740/2012 de 12 de diciembre, y las que en ella se citan).
Una ineficacia de estas características responde a la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en el perjuicio para la masa activa, lo que se acomoda a lo que preceptuaba el art. 1366 de la LEC de 1998 que legitimaba a los síndicos "para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo hábil", lo que presuponía que la ineficacia debía predicarse de los actos realizados por el deudor que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra realizados dentro del periodo de retroacción.
Esta interpretación es la que contempla la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que abandona el sistema " perturbador " de la retroacción y, en su lugar, contempla otro integrado por las acciones de reintegración de naturaleza rescisoria, como antes se contempló en el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras, en relación con la disposición denegatoria de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores, reformada por la citada Ley 25/2005. Pues, en efecto, el art. 71 establece que serán rescindibles los actos realizados por el deudor que hayan ocasionado un perjuicio a la masa activa; excluye de la rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales (art. 71, apartado
5. 1 º) y reconoce la restitución de las prestaciones a quien contrató con el deudor como crédito contra la masa (art. 73.3), salvo que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado (último inciso del art. 73.3).
La resolución recurrida ha de ser íntegramente confirmada, dando por reproducidos, en primer lugar, los argumentos desplegados en la misma, sin que nada se argumente que desvirtúe aquellos, por lo que bastaría para su confirmación su mera reproducción, por cuanto es conocida y reiterada la doctrina jurisprudencial que afirma que si una resolución se halla suficientemente fundamentada es admisible la motivación por remisión, siempre que con ello no se conculque el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que ello comporte, indudablemente, la exigencia de determinada extensión en la resolución ni una respuesta pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes (SSTC 174/87, 184/88, 146/90, 27/92, 11/95, 115/96 y 116/98). Por su parte el Tribunal Supremo, como recuerda, entre otras la Sentencia de 16 de Diciembre 2010 (ROJ: STS 6694/2010) también admite la motivaciónpor remisióne incluso que determinadas pretensiones puedan considerarse implícitamente rechazadas a la vista del conjunto de los fundamentos de la sentencia de que se trate (p. ej. STS 16-3-10 en rec. 2044/05).
TERCERO.-Ahora bien, centrándonos en cuanto constituyen los concretos motivos del recurso planteado, hemos de precisar lo siguiente:
a) Alega la administración concursal que siete días antes de declaración del concurso, y ya presentada la demanda de este, SATINDER SL realizó un acto de disposición, entregando un cheque a BANESTO, para cancelar una deuda, con quiebra y alteración de la pars condictio creditorum, al beneficiar a dicha acreedor en perjuicio de otros, y, existiendo un perjuicio para la masa activa, la operación es rescindible, sin que pueda ser considerada tal actuación encuadrable entre los actos "ordinarios de administración" pues se beneficia a un acreedor en concreto, ya se había solicitado el concurso y eran conscientes de la grave situación de insolvencia, produciéndose el pago con el propiocheque entregado por la entidad bancaria para pago del IVA. El crédito subyacente era en parte subsidiario, y existe total falta de liquidez en la masa activa del concurso. Tal acto, aisladamente considerado, entraría plenamente en el ámbito del precepto invocado, pero, en el

presente supuesto, no puede valorarse al margen del acuerdo privado alcanzado, en la misma fecha, en virtud del cual la entidad bancaria condonaba deuda de 148.430 Euros - del propio préstamo hipotecario ejecutado-, más otros 123.610 Euros debidos por un préstamo y otros 33.005 Euros por descubiertos en cuenta con la entrega de 132.195'96 Euros en total, lo que implica una relevante reducción del pasivo y por ello no comportaría, en principio, perjuicio para la masa activa del concurso, al ser muy superior el pasivo que la entidad bancaria se compromete a no reclamar que la suma reintegrada por la deudora.
b) El compromiso de no reclamación, contenido en documento privado, viene vinculado a la entrega del cheque, extremo que la administración concursal no puede desconocer, argumentando que la entidad bancaria no ha solicitado la inclusión de dicho crédito -lo que sería coherente con el pacto alcanzado en su día- y pretendiendo, sin embargo, el reintegro del importe del cheque a la masa activa, sin el correlativo reconocimiento de créditos, para situar el estado de la cosas en la misma situación en que se hallaban al tiempo de la celebración del acto cuya rescisión se pretende.
c) La administración concursal interesa, exclusivamente, la rescisión del acto en cuanto beneficia, sin tener en cuenta que el acuerdo se adoptó sobre la base de una importante condonación de deuda, por lo que el perjuicio a la masa activa del concurso tampoco resulta evidente.
d) No se puede deducir la mala fe de la entidad bancaria, al presumirse siempre, salvo prueba, la buena fe en las actuaciones. No cabe inferir del conocimiento de los problemas económicos que la entidad bancaria supiera que el concurso estaba solicitado, como pretende la administración concursal recurrente. Los créditos a cuyo pago iba destinado el importe del impuesto no consta que tuvieran, en su mayor parte, la condición de subordinados, derivando en gran medida de cuotas del préstamo hipotecario ya objeto de ejecución.
e) No puede aceptarse la argumentación de que la ineficacia sólo puede declararse respecto de la operación conocida -entrega del cheque-, obviando, como hemos reiterado, que en documento privado, suscrito en la misma fecha, se vincula el mismo al pago de las deudas indicadas por el propio Banco y admitidas explícitamente por la entidad, que nada opuso al efecto en su momento. La administración concursal no puede verificar la existencia del crédito subyacente a la controvertida entrega del cheque, en sede concursal, en cuanto su satisfacción -en la forma documentalmente pactada- es previa al concurso y en consecuencia no puede valorarse en forma aislada.
Procede, por lo expuesto, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.”: SAP Valencia (Sección 9) 20.12.2013 (Sentencia 299/2013; Rollo 392/2013)

4.1.8 Dación en pago no constando que el valor de los bienes sea superior a la deuda ni alegada infracción de la par conditio

AP Burgos

“TERCERO. Hay que tener en cuenta que sobre la dación en pago como acto concreto de reintegración existen múltiples resoluciones que desestiman la acción de reintegración simplemente porque el valor de los bienes objeto de la dación es notablemente inferior al importe de la deuda que se cancela. En este caso se cancela deuda por importe de 63.800 + 63.800 euros, y se entregan en pago las dos parcelas, pero no se acredita si el precio de mercado de cada una de las dos parcelas era de 63.800 euros o si era superior. Solo si su precio fuera superior podría decirse que la dación en pago es un acto perjudicial para la masa porque la concursada se desprende de bienes que podrían haber alcanzado en el mercado un precio superior.
La SAP Barcelona sección 15 de 9 de octubre de 2013 (Roj: SAP B 11249/2013) dice que "no podemos considerar que el acto impugnado, la dación de unos inmuebles en pago de un crédito pueda considerarse perjudicial para la masa, salvo en el caso de que el valor de los inmuebles fuera superior al del crédito que les servía de contraprestación. En el supuesto enjuiciado no se ha acreditado que sea esto lo que ocurriera. Más bien parece razonable que fuera justamente lo contrario: que el valor de los inmuebles fuera en el momento del acto impugnado muy inferior al importe del crédito que con la dación se extinguía". Y la misma sección en sentencia de 22 de mayo de 2013 (Roj: SAP B 9481/2013) examina un supuesto de enajenación en el año 2008 de fincas hipotecadas a favor de la Caja que hubieran entrado en el concurso como acreedor privilegiado y dice que "ya desde la perspectiva de septiembre de 2008 es fácil deducir que la operación no era perjudicial para la concursada sino todo lo contrario, muy beneficiosa. Y si se la contempla desde la perspectiva de un año más tarde, esto es, desde la perspectiva del momento de la declaración del concurso, aún es más favorable el juicio: para la concursada fue un buen negocio porque le permitió desprenderse de parte de sus activos a un valor muy superior al que en ese momento hubieran tenido y reducir de forma sustancial su carga financiera".
La SAP Madrid sección 28 de 20 de septiembre de 2013 (Roj: SAP M 13462/2013) también examina un supuesto de enajenación de la mitad indivisa de una finca urbana en favor del Banco que la hipotecó, y desestima la acción de reintegración con el argumento de que "mediante la dación en pago salió de la masa activa una mitad indivisa de una finca valorada en 115.187,40 euros (50% del valor de tasación de la totalidad de la finca que ascendía a 230.374,80 euros) y con ella -junto con la otra mitad indivisa propiedad de la hija de la concursada- se hizo pagó de un crédito del que respondía por entero la deudora por importe de 234.281,50 euros, que dejaron de incluirse en la masa pasiva que, además, tendría la consideración de crédito con privilegio especial (artículo 90.1.1º de la Ley Concursal). De no haberse efectuado la dación, figuraría en la masa activa una mitad indivisa de la vivienda por valor de 115.187,40 euros y en la masa pasiva un crédito con privilegio especial por importe de de 234.281,50 euros (artículo 90.1.1º de la Ley Concursal)"
La AP Zaragoza sección 5º contempla un supuesto de enajenación de maquinaria similar al que nos ocupa en sentencia de 24 de junio de 2013 (Roj: SAP Z 1642/2013) y dice "en el presente caso, de sencilla mecánica y comprensión, dación en pago por la concursada de una máquina a la entidad vendedora por el mismo precio de compra, no obstante haber realizado ésta bastante tiempo, con condonación de los intereses vencidos, en ningún modo supone perjuicio para la masa concursal (...) teniendo en cuenta la depreciación notable de la

máquina en cuestión, no inferior al 29% del precio de compra, por la pérdida natural de valor y los avances tecnológicos experimentados en ese periodo de tiempo, conforme al informe pericial emitido, no contradicho por ninguna otra prueba, siendo aquella depreciación aún mayor si se hubiera dilatado la entrega, por lo que los restantes acreedores no resultaron perjudicados".
Hubiera correspondido a la administración concursal, que es la que alega la existencia de perjuicio, la prueba del valor de mercado de las dos parcelas que se entregan como dación en pago. Al no haberlo hecho, y al no figurar la dación en pago entre los actos presuntamente perjudiciales, la consecuencia debe ser la desestimación de la demanda.": SAP Burgos (Sección 3) 13.02.2015 (Sentencia 44/2015; Rollo 334/2014)

AP Madrid

"ANTECEDENTES RELEVANTES
1.- La presente litis trae causa de la demanda promovida por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE GRUPO INMOBILIARIO TREMÓN, S.A. (a la entidad concursada nos referiremos en adelante como "TREMÓN") con el fin de que se rescindiese la dación en pago instrumentalizada en escritura pública de fecha 30 de abril de 2008 otorgada por la concursada y CAJAMAR CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO ("CAJAMAR", en lo sucesivo).
2.- En virtud de la operación mencionada, TREMÓN transmitió a CAJAMAR una finca de su titularidad sita en Valencia, calle Cádiz números 12, 14 y 16, en pago de la deuda por importe de 9.591.363,22 euros que a la fecha indicada la primera mantenía frente a la segunda. Dicha deuda derivaba del impago del préstamo con garantía hipotecaria sobre el inmueble de referencia por importe de 9.500.000 euros formaiizado en escritura pública de 4 de julio de 2006, interviniendo CAJAMAR como prestamista y TREMÓN como prestatario. El préstamo en cuestión tenía por objeto la adquisición por parte de TREMÓN del susodicho inmueble.
3.- La demanda se sustenta en que el valor del inmueble resultaba muy superior a la suma en que se verificó la dación en pago. Con tal base, se solicita la rescisión de la operación, con fundamento en los apartados 4 y 2 del artículo 71 de la Ley Concursal ("LC "). Se mantiene, además, que CAJAMAR procedió de mala fe, aduciéndose a tal efecto que, habiéndose alcanzado un acuerdo global para refinanciar la deuda que frente a CAJAMAR mantenían la concursada y otras sociedades del grupo de sociedades TREMÓN, aquella se desentendió del mismo iniciando operaciones singulares como la que dio lugar a la demanda iniciadora del presente expediente. Por ello, además de los efectos restitutorios inherentes a la declaración de ineficacia del acto, se solicita que el crédito que debiera ser reconocido a CAJAMAR en el seno del concurso sea considerado como subordinado.
4.- Al cabo del trámite, el juzgado del concurso dictó sentencia asumiendo todos los pedimentos la demanda, en los términos que quedaron reflejados en los antecedentes de hecho de la presente resolución.
5.- Disconforme con lo así decidido, CAJAS RURALES, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO (como subrogada en la posición que originariamente ostentó CAJAMAR; nos referirmos a la apelante como "CAJAS RURALES") recurrió en apelación para solicitar la íntegra revocación de la sentencia dictada por el tribunal de la primera instancia y la consiguiente desestimación de las pretensiones formuladas en la demanda iniciadora de la litis.
SOBRE EL VALOR DEL INMUEBLE TRANSMITIDO EN PAGO DE LA DEUDA QUE LA CONCURSADA MANTENÍA CON CAJAMAR
6.- La primera y nuclear cuestión que debe ser abordada es la relativa a si, como se afirma en la demanda y asume el juzgador de la anterior instancia, el valor del inmueble que fue objeto de la operación cuestionada era, a la fecha de la misma, muy superior al importe de la deuda que por mediio de aquella quedó extinguida.
7.-Las posiciones de los contendientes aparecen claramente definidas. Por una parte, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y la concursada estiman que el valor real de la finca excedía en más de 8.000.000 euros del importe de la deuda que se dio por saldada. Para ello se apoyan en el informe de valoración fechado el 31 de julio de 2007 que se adjuntó al folleto presentado en su día ante la CNMV para la salida a bolsa de TREMÓN (finalmente frustrada). Por su parte, CAJAS RURALES pretende desvirtuar lo afirmado de contrario a medio del informe de tasación de fecha 16 de abril de 2008, suplementado por un documento de análisis del anterior informe fechado el 19 de junio de 2008 y otro documento intitulado "resumen de tasación" datado el 1 de octubre del mismo año, todos ellos aportados con su escrito de contestación.
8.- El discurso de ambas partes descansa en gran medida sobre el pretendido mayor valor probativo que atribuyen a los elementos de prueba que presentan como sustento de su posición, a partir de una determinada catalogación de los mismos. De esta forma, la administración concursal y la concursada ponen el acento en el carácter de documento público del informe de valoración que esgrimen, atributo que derivaría de hallarse el mismo incorporado al folleto aprobado y registrado por la CNMV con ocasión de la proyectada salida a bolsa de TREMÓN. Por su parte, CAJAS RURALES insisten en hablar de dictámentes periciales cuando aluden a la tasación y los otros documentos complementarios que quedaron indicados. Es necesario desmontar tal discurso.
9.- El solo hecho de que el folleto con el que pretendió en su día darse cauce a la salida a bolsa de TREMÓN fuese aprobado y consiguientemente registrado por la CNMV no atribuye al informe de valoración que formaba parte del mismo la condición de documento público que las aquí apeladas y la sentencia recurrida le asignan. Señala el artículo 1216 del Código Civil que son documentos públicos los autorizados por notario
o funcionario público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. El término "autorizar" remite aquí a la idea de autoría. Un documento solo podrá ser reputado público cuando su autor sea un notario o un funcionario público en el ejercicio de sus competencias y de acuerdo con las normas que rigen su función. No es este el caso.
10.- Por otro lado, la aprobación y registro del folleto no atribuirían ningún plus de eficacia probatoria al informe de valoración, pues no entrañan actuación verificadora o comprobatoria alguna respecto de la adecuación del

contenido del mismo, tal como parecen propugnar las apeladas. El artículo 24 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, permite aquilatar cuál es el significado que debe atribuirse a la aprobación por parte de la CNMV, al pronunciarse en los siguientes términos: "1. La aprobación del folleto es un acto expreso de la CNMV resultante del análisis realizado, por el que esta concluye que el folleto es completo, comprensible y que contiene información coherente. En ningún caso, la aprobación implicará un juicio sobre la calidad del emisor que solicita la admisión a negociación de sus valores o sobre estos últimos". Amén de ello, la aprobación del folleto sirve para determinar el periodo de validez del folleto, en los términos específicos que marca el artículo 27 del citado Real Decreto, a tenor del cual el folleto informativo tiene un periodo de validez, a efectos de realizar ofertas públicas o admisiones a negociación en un mercado secundario oficial español o mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, de doce meses desde su aprobación. Por su parte, el registro se presenta como un efecto anudado a la aprobación del folleto, con efectos meramente informativos al público (artículo 25 del Real Decreto).
11.- En cuanto a los alegatos de CAJAS RURALES, resulta diáfano que los informes que aportó no reúnen las condiciones precisas para ser reputados dictámenes periciales, siquiera porque no se satisfacen las exigencias establecidas en el artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El dato de que la parte los señalase como prueba pericial y que con tal carácter fueran admitidos por el juzgador de la anterior instancia no determina que haya de atribuírseles tal condición.
12.- Nos encontramos, pues, en el caso de una y otra parte, ante meros informes escritos.
13.- El hecho de que la diferencia alcance no solo al guarismo que se presenta como resultado final, sino también al método seguido (el de descuento de flujos de caja en contemplación de la destinación del inmueble a negocio hotelero, en el caso del informe utilizado por la administración concursal, y el del valor residual dinámico, en el caso de los esgrimidos por CAJAS RURALES), obstaculiza cualquier ejercicio comparativo entre los informes enfrentados. En este escenario, las diferencias subrayadas por CAJAS RURALES en cuanto a la información y cálculos que sirven de soporte a los informes de una y otra parte, ciertamente apreciables, como elementos objetivos para resolver la discrepancia, han de pasar necesariamente a un segundo plano, pues únicamente adquirirían significación en un contexto de homogeneidad que aquí no concurre.
14.- Dicho lo anterior, carecemos de elementos para apreciar la adecuación al caso del método de valoración seguido en el informe sobre el que se sustenta el ejercicio de la acción rescisoria, la eventual razón de su prevalencia frente al utilizado en los informes esgrimidos por la aquí apelante (el cual, dicho sea de paso, constituye uno de los habitualmente utilizados en la valoración inmobiliaria) e, incluso, la propia corrección del resultado que en dicho informe se ofrece según la metodología que se dice haber seguido, habida cuenta que ninguna explicación se brinda acerca de la forma en que se llega al mismo.
15.- Todo ello alcanza particular relieve para la resolución del caso, habida cuenta que a tenor de lo establecido en el artículo 71.4 LC el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria, lo que ha conducir a inclinar la balanza a favor de la entidad recurrente, toda vez que, como se desprende de lo hasta aquí expuesto, no ha quedado acreditado el perjuicio patrimonial que debiera fundamentar la interposición de la demanda.
16.- La administración concursal pretende la entrada en juego de la presunción iuris et de iure que el artículo 71.2 LC establece para los actos de disposición a título gratuito. El acto cuestionado no responde, sin embargo, a dicha caracterización, haciéndose derivar la nota de gratuidad "parcial" que se le atribuye de la diferencia existente entre el importe por el que se cerró la operación y el valor real del inmueble objeto de la misma, lo que, además de las dudas irresolutas expuestas que hacen quebrar el argumento por su base, no constituye un planteamiento de recibo.
17.- A la vista de cuanto antecede, estimamos que el recurso debe prosperar.”: SAP Madrid (Sección 28) 08.05.2015 (Sentencia 132/2015; Rollo 550/2014)

4.1.9 Eficacia de la dación en pago que se dice encubierta bajo compraventa simulada a filial inmobiliaria del banco acreedor

[Aunque es harto discutible que exista tal simulación, porque lo querido es precisamente que las fincas no las adquiera el acreedor –como es propio de la dación en pago- sino su filial inmobiliaria, sin que quepa confundir ambas personas jurídicas al no existir abuso de personalidad]

AP Murcia

“Finalmente, el hecho de que las transmisiones de los inmuebles se hubieran formalizado en contrato de compraventa, negocio simulado, ya que en realidad lo que tuvo lugar fue una dación de bienes en pago de deuda, negocio este disimulado, y a través de una mercantil interpuesta y perteneciente a la entidad bancaria, carece de relevancia a los efectos de tener por acreditado el perjuicio, ya que es notorio que las entidades bancarias han creado sociedades con el objeto de gestionar el patrimonio inmobiliario adquirido y con la finalidad de separar dicho negocio del estrictamente bancario, y el hecho de que se hubiera utilizado la forma jurídica de compraventa, pudo responder a criterios de operatividad y funcionamiento interno de la entidad bancaria en función de las directrices y exigencias de la entidad supervisora del sector bancario, no entrañando perjuicio para la masa activa de Mediterráneo Hispagroup, S.A., el hecho de que las compraventas fueran simuladas, ya que el negocio jurídico disimulado tenía causa cierta y verdadera.
SÉPTIMO.-En la demanda, con carácter subsidiario, se solicitó que se declarase la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre Mediterráneo Hispagroup, S.A., y Altamira Santander Real Estate, S.A., el 31 de octubre de 2008, en cuanto a las fincas registrales 13.049, 13.164, 17.860 y 42.287, y del contrato de

compraventa celebrado entre las mismas partes, el 18 de noviembre de 2008, en cuanto a las fincas registrales 9.633, 38.641, 49.797, 11.387, 11386 y 60.438. También se solicita que se declare la nulidad de las daciones en pago que disimuladamente se encubrieron bajo la apariencia simulada de las compraventas. En el recurso de apelación formulado por la AC se discrepa de lo razonado en instancia, en el sentido de que se trata de operación válidas; que se finge una compraventa, ya que si se hubiera acordado una dación en pago con la concursada habría tenido la entidad bancaria que provisionar/dotar el 100% del importe de las operaciones debido a las fuertes restricciones del Banco de España; que el fin perseguido por estas operaciones es totalmente ilícito y que en los informes de valoración consta que el solicitante fue Banco de Santander.
La sentencia recurrida refiere que las operaciones antes referidas se llevaron a través de una sociedad interpuesta, Altamira Santander Real Estate, S.A., entidad esta participada mayoritariamente por la entidad bancaria, teniendo un interés directo ésta, ya que el montante de la operación era superior a 31.000.000 euros; que la operación se articuló mediante una dación en pago de bienes inmuebles, que de acuerdo con la estructura del negocio del grupo tenía que adquirir la entidad Altamira Santander Real Estate, S.A., que el concepto de sociedad interpuesta ha sido utilizado en sede concursal, que Banco de Santander recibió diez fincas registrales, por valor de 31.704.000 euros, a través de una sociedad interpuesta, fingiéndose una compraventa, cuando en realidad se formalizó una dación en pago; que la dación en pago disimulada tenía una causa cierta, real y lícita; que el crédito satisfecho venía a tener la misma función contractual que el precio; que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo concurren los requisitos exigidos para la dación en pago, en cuanto existía un crédito determinado, vencido y exigible, que se satisfizo mediante la entrega de bienes; que esta forma de pago es perfectamente válida en derecho y no encierra intrínsecamente ningún engaño o perjuicio para las partes, habiendo sido expresamente reconocido en el artículo 155.4 LC; que la simulación relativa existente en el presente caso tiene como efecto que se declare la nulidad de las compraventas de 31 de octubre y 18 de noviembre de 2008 y se declare la validez de las daciones en pago simuladas realizadas en las mismas fechas y escrituras públicas. Que la concursada a raíz de dichas operaciones reducía su activo en la misma cuantía que su pasivo, teniendo en cuenta que no se ha acreditado que el valor dado a las fincas no fuera su valor de mercado.
La Sala acepta lo razonado en la sentencia de instancia, pues, en efecto, los contratos de compraventa fueron simulados, y por tanto nulos, sin embargo dicha nulidad carece de relevancia, en tanto que se considera válido y eficaz las daciones de bienes en pago de deudas, formalizadas éstas en escritura pública, negocio disimulado, al existir causa cierta y verdadera, representada ésta por la existencia de un crédito en favor de la entidad bancaria, que operó como contraprestación a la transmisión de los bienes inmuebles realizada en favor de una sociedad instrumental y perteneciente a Banco Santander, S.A. La STS de 29 de noviembre de 1989 refiere <<en Sentencia de 22 de diciembre de 1987 se decía que "la simulación relativa se caracteriza en materia contractual por "encubrir un convenio, con inexistencia real, por otro con realidad causal"», lo que permite declarar la nulidad del negocio simulado o ficticio y mantener la validez del negocio disimulado cuando éste obedece a una causa verdadera y lícita>>.
En relación con la rescisión civil ejercitada en cuanto a las compraventas y daciones en pago, la sentencia de instancia desestima la misma al no haberse celebrado las operaciones en fraude de acreedores ni haberse causado perjuicio a los acreedores por las razones referidas en cuanto a las otras acciones ejercitadas. También desestima la rescisión por causa gratia al haber tenido lugar una dación en pago, ya que con la transmisión de las fincas se cancelaron deudas por más de 31 millones de euros. La Sala acepta lo antes razonado por ser ajustado a derecho, y ello teniendo en consideración también lo expuesto en los anteriores fundamentos.”: SAP Murcia (Sección 4) 10.07.2014 (Sentencia 439/2014; Rollo 233/2014)

“PRIMERO.-La Administración Concursal (en adelante AC) de la mercantil Mediterráneo Hispagroup, S. A., declarada en situación de concurso por auto de 30 de junio de 2010, interpuso el 27 de junio de 2011 demanda de incidente concursal de reintegración para que, con carácter principal, se rescindiera el pago de 6.300.000 # hecho el 17 de noviembre de 2008 por la concursada a Caja Murcia, con el producto de la venta el mismo día de bienes de la concursada a C-EME (entidad patrimonial de Caja Murcia), para con el dinero obtenido satisfacer la deuda financiera que tenía con dicha entidad, condenando a Caja Murcia a devolver ese importe, apreciando mala fe en la misma, pidiendo también que se repongan a Caja Murcia los créditos que tenía entonces contra la concursada, calificándolos de subordinados. Subsidiariamente pide la nulidad de los contratos de compraventa referidos (o en su caso daciones en pago) y, subsidiariamente, su rescisión, con devolución de los bienes y cancelación de inscripciones registrales, reconociendo a Caja Murcia su crédito como subordinado por haber actuado con mala fe.
La concursada se allanó a la demanda, aunque haciendo protesta de que su actuación le fue impuesta por la entidad financiera.
Caja Murcia y C-EME se opusieron a la demanda, defendiendo la validez de la operación, negando que la misma causara perjuicio alguno a la mercantil ni al resto de acreedores y defendiendo que se trataba de actos ordinarios propios del tráfico económico normal, por lo que interesaron su desestimación.
Como las fincas vendidas fueron traspasadas al SAREB, por providencia del Juzgado de 14 de mayo de 2013 se acordó darle traslado de la demanda, a la que contestó oponiéndose en términos similares a los de las demandadas contrarias al éxito de la acción ejercitada.
Tras la celebración de la vista, se dicta sentencia por la que se desestima la demanda, sin costas, porque, ejercitándose una acción genérica de rescisión (art. 71.4 LC), no existe perjuicio por aplicar el precio obtenido en la venta de bienes propios para el pago de unas deudas vencidas y exigibles, tratándose de una operación normal, con un precio ajustado a su valor real (las fincas tenían gravámenes), sin que se haya probado por la actora perjuicios para el resto de acreedores.
Contra la sentencia plantea recurso de apelación la AC, que le reprocha apartarse de lo ya resuelto por varias sentencias dictadas anteriormente en el mismo concurso sobre idénticos hechos, defendiendo además que en

el caso examinado también existe perjuicio, en sentido amplio, según las circunstancias concurrentes, que evidencian que no se trataba de una operación normal.
Del recurso se dio traslado al resto de las partes. La concursada sólo se opone en cuanto a que no se reconoce que su actuación fue forzada por la entidad financiera, adhiriéndose al resto del recurso. El resto de apeladas se han opuesto frontalmente al recurso, poniendo de relieve que las sentencias dictadas en este mismo concurso sobre casos similares no son todas en igual sentido, y defendiendo que, conforme a la jurisprudencia del TS, no existe perjuicio directo ni indirecto, que la actora no ha aportado prueba alguna de ello y que estamos ante una actuación normal de pago de una deuda cuando la deudora no estaba en situación de insolvencia y disponía de un patrimonio considerable para atender todas sus deudas.
SEGUNDO.-Como primera cuestión se critica la sentencia recurrida por apartarse del criterio seguido por el Juzgado y la Audiencia en otros incidentes de reintegración planteados en este mismo concurso, donde concurrían las mismas circunstancias, esto es, ventas simuladas de bienes inmuebles de Mediterráneo Hispagroup, S. A., a favor de empresas instrumentales de entidades financieras con las que la mercantil mantenía deudas. Con motivo de la crisis inmobiliaria los bancos dejaron de prestarle financiación y le obligaron a aparentar ventas de bienes a esas mercantiles participadas por las entidades de crédito, aplicándose sin solución de continuidad el precio obtenido (que coincidía exactamente con el importe de lo debido a los bancos), al pago de esas deudas.
Ciertamente en el concurso de la mercantil Mediterráneo Hispagroup, S. A., tramitado con el número 180/10 ante el Juzgado de lo Mercantil Número Dos de Murcia, se han tramitado al menos seis incidentes concursales de rescisión, de los que cinco son idénticos en las cuestiones que plantean, que es la que ahora se sigue en el presente caso, donde la AC pretende la rescisión de los pagos realizados en las supuestas ventas (realmente daciones de pago) de bienes de la concursada a entidades financieras, con devolución de las cantidades obtenidas en dichas operaciones:
En el incidente concursal 03, que se siguió contra Bankinter, se dictó sentencia por el Juzgado el 7 de octubre de 2011 estimando la demanda, obligándole a devolver 607.500 #, que fue confirmada por sentencia de esta Audiencia de 27 de diciembre de 2013.
En el incidente concursal 04, que se siguió contra Banesto, se dictó sentencia estimando la demanda el 2 de noviembre de 2012, obligándole a devolver 2.045.599#70 #, siendo confirmada por sentencia de esta Audiencia de 25 de julio de 2013 (que está recurrida ante el TS).
En el incidente 06, seguido contra Bankia, se dictó sentencia estimando la demanda en fecha 28 de abril de 2014, obligándole a devolver 19.400.000 #, que no fue recurrida.
En el incidente 02, seguido contra Banco Santander, se dictó sentencia desestimando la demanda, en la que se reclamaba la rescisión del pago de 31.704.000 #, de fecha 13 de noviembre de 2013, que fue confirmada por esta Audiencia en resolución de 10 de julio de 2014, resoluciones éstas que son omitidas por la apelante en su recurso tras relacionar las restantes.
En el incidente concursal 05 contra Caja Murcia (ahora BMN) se ha dictado sentencia en el Juzgado el 30 de diciembre de 2014, que desestima la demanda y es la que ahora es objeto de este recurso.
El sexto incidente concursal, el número 01, tenía por objeto la rescisión de garantías hipotecas de préstamos por importe de 9.000.000 #, concertadas con el Banco de Santander, y se dictó sentencia en el Juzgado de fecha 25 de octubre de 2013 estimando su ineficacia, que fue confirmada por esta Sala con fecha 24 de julio de 2014.
De lo expuesto resulta que no puede sostenerse, como hace la apelante, que exista una doctrina unánime en esta materia, ni en las resoluciones de esta Sala ni en las del Juzgado, aparte de que, de existir, la nueva resolución no supondría una quiebra lógica, pues, aunque el objeto del procedimiento pueda ser idéntico, no impide a los Tribunales cambiar de criterio, siempre que se fundamente debidamente, ante las variaciones de la doctrina y la jurisprudencia, aparte de que en cada procedimiento el planteamiento de las partes puede condicionar la resolución que el Tribunal pronuncia, por la exigencia de los principios rectores del procedimiento (principio dispositivo, de carga de la prueba o necesidad de congruencia), donde tanto las fundamentaciones jurídicas como las pretensiones de las partes y el despliegue probatorio realizado, determinan el objeto del procedimiento y la fijación de los hechos y fundamentos jurídicos a valorar por el Tribunal.
Como ya señaló esta misma Sala en una de las sentencias antes mencionadas (la de 10 de julio de 2014, FJ Primero, penúltimo párrafo): "...tampoco se aprecia infracción de los artículos 9.3, 14 y 24 CE ya que el objeto del presente recurso de apelación no es enjuiciar otras resoluciones distintas dictadas por el mismo Juzgado de lo Mercantil, debiéndose indicar, no obstante, que aunque hayan formalizado transmisiones de bienes también mediante compraventas que simulaban daciones de bienes en pago a favor de otras entidades bancarias, ello no impide que se pueda cambiar de criterio en función de la interpretación de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y de los hechos que puedan resultar acreditados en los procedimientos a la vista de las pruebas practicadas".
TERCERO.-Entiende la apelante que en el presente caso existe un perjuicio en sentido amplio para la masa, porque se produce un trato no paritario de los demás acreedores, y que la sentencia de primera instancia no ha tenido en cuenta la jurisprudencia existente sobre la materia, conforme a la cual no es necesario acreditar la insolvencia del deudor, sino que basta probar que no es una situación normal, que se da un sacrificio patrimonial injustificado. También reprocha a la sentencia de primera instancia haber omitido toda referencia a la doctrina y jurisprudencia sobre el perjuicio.
En primer lugar, debe señalarse que respecto al tema del perjuicio para la masa activa, la demanda planteaba tanto el directo (las fincas vendidas aparecen con un precio inferior al de mercado) como el indirecto (quiebra de la *par conditio creditorum* o perjuicio para el resto de acreedores por beneficiar a uno sólo), aunque en el recurso no se insiste en la primera modalidad del perjuicio, centrando sus alegaciones en la segunda.
Es cierto que la sentencia de primera instancia es excesivamente parca, e incluso infundada, respecto a esta

cuestión, pues, tras negar que haya perjuicio directo, motivando que, según las pruebas que refiere, el precio de las fincas está por encima de la valoración efectuada, se limita a decir, en el penúltimo párrafo del FJ Sexto: "Tampoco se acredita el perjuicio del resto de acreedores", sin motivación alguna ni referencia a las pruebas que permitan esa conclusión.
Ello no obstante la Sala entiende que la conclusión es acertada, aunque debe completarse con un examen más detallado del tema, tanto desde el punto de vista doctrinal como de la valoración de las pruebas practicadas en el presente caso.
CUARTO.-La apelante y una de las apeladas (la SAREB) mencionan como *jurisprudencia* la Sentencia *del Tribunal Supremo* 629/12, de 26 de octubre, que señala (apartado 5) que para declarar rescindibles los actos de disposición realizados por el concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, por ser perjudiciales para la masa activa "*...el art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso* ", que implica "*...una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso* ". Ese sacrificio patrimonial injustificado "*...tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación* ".
La acreditación del perjuicio corresponde al actor de la acción de rescisión, como establece el artículo
71.4 LC, fuera de los casos en que el precepto la presume *iris tantum* o *iuris et de iure,* y ello obliga a examinar las circunstancias que concurren para apreciar si el acto de disposición está o no justificado.
Tratándose de las daciones en pago, la comentada sentencia establece en su apartado 6:
" *6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.*
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum.
Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en la sentencia 855/2007, de 24 de julio, donde negamos la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido. "
Esta doctrina ha sido posteriormente reiterada por otras sentencias, como la STS 652/12, de 8 de noviembre, que establece:
" *24. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la "par condicio creditorum" (paridad de trato de los acreedores).*
25. En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril). "
Igualmente la sentencia del TS 487/13, de 10 de julio, en su Fundamento Jurídico Quinto, recoge la anterior doctrina en los siguientes términos:
" *También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor*

estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa. "

Conforme a lo expuesto, habrá de estarse como principio general a la validez de los pagos de deudas vencidas y exigibles realizados por la luego concursada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, siendo la excepción que puedan rescindirse (la sentencia de 26/10/13 habla de "regla general" para justificar que no es perjudicial ese pago y le opone que pueda haber perjuicio "en alguna ocasión"), y como tal excepción ha de ser interpretado el supuesto restrictivamente (art. 4.2 CC).

Deberá para ello examinarse si el actor, que es quien tiene la carga de la prueba, ha acreditado que, en el momento del pago, el deudor estaba en estado de insolvencia actual o inminente, que le debería haber llevado a solicitar el concurso y destinar su activo a satisfacer ordenadamente los créditos de todos sus acreedores, no dando un trato preferente a uno de ellos.

No es por tanto el carácter ordinario y normal de la operación lo que determina si hay o no perjuicio, sino el estado real de insolvencia o inminencia del mismo que obligaba al deudor a no discriminar entre los acreedores, abonando su deuda sólo a alguno de ellos.

QUINTO.-En el caso ahora enjuiciado, la AC, como actora, se limita a referir como perjuicio indirecto la minoración de la masa activa de la concursada, sin generar liquidez que permita satisfacer otras deudas, lo que implicaría, en su opinión una violación del principio de igualdad de trato (Hecho Décimo), pero no hace referencia alguna a la situación de insolvencia ni a la inminencia de la misma, y no propone ni practica prueba alguna sobre tal extremo.

Han sido las demandadas (C-EME a los folios 635 a 710, BMN a los folios 465 a 540 y SAREB a los folios 1198 a 1349) las que, pese no tener la carga de la prueba de este extremo, han traído a las actuaciones datos que permiten excluir la situación de insolvencia exigible para apreciar perjuicio en el pago de una deuda vencida y exigible como el que ahora se pretende rescindir, aportando todas ellas el informe emitido en el concurso por la AC, donde se reflejan antecedentes de su situación financiera en el momento de dicho pago y la existencia entonces, e incluso en la fase concursal, de masa activa suficiente para atender los créditos de los restantes acreedores.

Así consta en dicho informe (folio 646 vuelto) que las cuentas anuales referidas a 2008 (después de haber entregado a las entidades financieras bienes por importe de 85.000.000 #), arrojaban un activo circulante de más de 106.000.000 # frente a un pasivo exigible a corto plazo de poco más de 32.000.000 #, resultando una ratio de solvencia de 3#29, lo que implica que tenía capacidad sobrada (más del triple) para hacer frente a sus deudas corrientes, por lo que el pago del resto de los acreedores no quedaba comprometido con esa operación. Además, no consta quiénes eran los acreedores que en tal momento existían, pues el informe de la AC no precisa la fecha de los créditos que se reconocen (folios 703 a 705) e incluso, una vez declarado el concurso, la diferencia entre el activo (más de 133.000.000 #) y el pasivo (casi 87.000.000 #), arrojaba un superavit de casi 45.000.000 # (folio 653), aparte de que la mayor parte de los créditos ordinarios (por importe de 10.000.000 #) correspondían a entidades financieras y los restantes acreedores eran titulares de créditos por 1.600.000 #, lo que evidencia que los pagos realizados diecinueve meses antes de la declaración del concurso, no han conllevado una disminución de la masa activa que pudiera perjudicarles.": SAP Murcia (Sección 4) 18.06.2015 (Sentencia 335/2015; Rollo 326/2015)

4.2 Venta

4.2.1 A precio de mercado. Destino del precio: irrelevante, al no haberse ejercitado rescisoria al respecto

AP Alicante

"SEGUNDO.- En segundo término, y entrando ya en lo que constituye, realmente, el núcleo litigioso, hemos de abordar si la compraventa ha supuesto o no un perjuicio para la masa activa, lo que conecta, indisolublemente, con la cuestión de si el precio por el que se vendió la finca era o no el que se podría llamar "de mercado", o si tal precio fue, como se razonó en la sentencia apelada, sensiblemente inferior, ya que, en este caso, habríamos de coincidir en la existencia del perjuicio aludido. Y ello, con total abstracción del destino que se diera al dinero obtenido como consecuencia de la venta, pues de lo que se trata es de discernir si el acto de la compraventa puede ser rescindido o no, por ser o no perjudicial, y para dar solución a esta cuestión es indiferente lo que la vendedora hiciera con el dinero recibido, ya que ello constituiría un acto jurídico distinto al de la venta (llámese aportación social, donación...), respecto del que nada se ha pedido. Lo relevante es determinar si la venta del inmueble ha implicado una minusvaloración del patrimonio de la deudora, lo que habría sucedido si la venta se hubiera realizado por un precio inferior al valor de la finca, pues se habría producido un desequilibrio en la composición de aquél, determinante del perjuicio que lleva aparejada la rescisión del acto, según elart. 71.1 LC.

Ello nos conduce a un plano de valoración probatoria. Con la demanda se presentó un informe de valoración de la finca emitido por Euroval, confeccionado a instancia de una entidad bancaria. Este informe no ha sido ratificado en el acto del juicio y no puede ser catalogado como informe pericial, a la vista de su contenido y forma, lo que no quita que pueda ser valorado como documento privado, en la forma prevista en elartículo 326 LEC. Frente a esta valoración, en el acto de la vista se practicó, finalmente como pericial, la del agente de la

propiedad inmobiliaria cuya valoración de la finca se acompañó a la contestación a la demanda. El agente, cuya experiencia viene, según comentó, de ejercer su función desde 1982, manifestó que la calidad y estado de conservación de la viviendas eran malos, que no tiene pilares ni muros de carga, que hay mucho para vender por esa zona y que desde el año 2004 la demanda ha bajado, hasta el punto de ser ahora prácticamente inexistente, que no la ha conseguido vender a pesar de tenerla en venta, que el valor que indicó era el de venta de la finca, y que incluso por debajo de lo tasado la operación de venta sería interesante.
A la vista de estos datos, y teniendo en cuenta que la venta se verificó en 160.000 ?, ha de colegirse que, a la vista de la prueba practicada, no estaba ni mucho menos alejado el precio de la valoración dada en el citado informe (de 165.000 a 177.000 ?). No queda, pues, suficientemente acreditado, a criterio de este Tribunal, que la finca se vendiera por un precio sensiblemente inferior al de mercado, que es el alegado esgrimido en la demanda para propugnar la rescisión de dicho contrato. En la medida en que la vivienda se vendió, por tanto, por un precio ajustado al valor que tenía, hemos de concluir que esa operación no supuso una minusvaloración del patrimonio de la vendedora, que se limitó a sustituir un inmueble por su equivalente monetario. Ningún perjuicio se puede derivar de esa operación. Cosa distinta será si el destino que se dio al dinero obtenido (que se aportó, según se dice, para saldar deudas de una sociedad limitada de la que ella es, junto con otras personas, titular de su capital social) pudiera haber ocasionado el perjuicio a la masa de la quiebra, pero, como ya se ha anticipado, este segundo acto jurídico, absolutamente distinto y desvinculado jurídicamente del primero, no ha sido objeto de petición alguna en la demanda, ni se ha dado intervención a la sociedad a la que, según se ha dicho, fue aportado.
Todo lo razonado debe conducir a la estimación del recurso, con las declaraciones inherentes a ello.": SAP Alicante (Sección 8) 15.02.2008 (JUR 2008/166801) (Rollo 32/2008)

4.2.2 Perjuicio no probado: falta de prueba bastante del valor real del bien enajenado

AP Pontevedra

"El perjuicio patrimonial esgrimido como fundamento de la pretensión no se basa en ninguna de las hipótesis de presunción que la norma contempla. En consecuencia, el demandante soporta la carga de probar que la enajenación de la cantera resultó perjudicial para la masa activa. Es evidente que, tratándose de un negocio oneroso, la medida esencial del perjuicio partirá de la comparación entre el precio de la enajenación y el valor del bien enajenado. La demandante habrá de acreditar que con la operación cuya rescisión se pretende se produjo un quebranto o desequilibrio patrimonial para la masa activa. A ello se añade el argumento de que la operación descapitalizó a la sociedad concursada, pero el análisis de las actuaciones y la valoración del material probatorio ponen de manifiesto que no fueron así las cosas.
En efecto, la propia administración concursal en su informe (folios 42 y ss) parte de la contundente afirmación de que AGLONOR resultaba ya entonces una empresa inviable, no sólo por la venta de la cantera, sino por encontrarse desde el ejercicio 2002 "en quiebra técnica". Según la referencia contenida en el informe a las cuentas anuales, en el ejercicio 2002 los fondos propios eran negativos, y en la exposición final del mismo documento, la administración concursal insiste en el carácter deficitario de la situación patrimonial y financiera, la inviabilidad de la continuidad de la explotación y la conveniencia de la apertura del proceso de liquidación.
Claramente, tales afirmaciones son contradictorias con las tesis mantenidas en la demanda y en el recurso. No es cierto que la venta de la concesión minera hubiera impedido el mantenimiento de la actividad empresarial o hubiera forzado la solución liquidatoria en el concurso.
El material probatorio no convence sobre que la principal actividad de AGLONOR hubiera sido, al menos en la etapa en la que los hechos enjuiciados tuvieron lugar, la venta de áridos producidos en la cantera "VENTOXO". El que fuera administrador de la concursada, D. Manuel Morillo, afirmó que las instalaciones de la cantera estaban obsoletas; es cierto que el testigo no afirmó de forma contundente que la cantera apenas se explotara, como proponían las demandadas, pero sus respuestas permiten intuir que el testigo no admitía como cierto que en el momento de la venta la cantera estuviera "a pleno rendimiento". El propio Sr. Morillo afirmó que en aquel momento la única obra en activo era la que se llevaba a cabo en Teruel, donde se ubicaba una planta asfáltica móvil y para la que no se suministraban áridos procedentes de la cantera VENTOXO. Cuando el testigo fue preguntado con mayor detalle sobre el grado de productividad, sus respuestas fueron evasivas, contestando que no era técnico y que no podía saberlo con precisión, respuesta que contrastaba con otras ofrecidas por el testigo en las que sí se mostró conocedor de los pormenores de la empresa. También afirmó que AGLONOR, por aquel entonces, estaba en una situación "insostenible" y "muy apurada".
Si bien se miran las cosas, el argumento de la demanda resulta especialmente débil si se considera que fue la propia administración concursal la que solicitó autorización del juzgado para la enajenación de otro inmovilizado de gran valor perteneciente a la empresa en concurso (la planta asfáltica ubicada en Teruel), como la documentación acompañada con la demanda revela. La autorización fue concedida por auto de 7 de diciembre de 2005.
El tema del rendimiento obtenido y el grado de productividad de la instalación ha sido recurrente a lo largo del litigio. Las manifestaciones de los testigos dan soporte a la tesis demandada. El número de trabajadores en la cantera había descendido en los últimos años. Los dos testigos aportados por la actora para convencer de la bondad de su tesis no resultaron concluyentes, ni por su calidad ni por sus respuestas. El Sr. Arroyo trabajaba de soldador y sólo acudía a la cantera puntualmente, cuando había averías, por lo que desconocía su nivel de funcionamiento. Otro tanto sucede con el Sr. Cascallar, trabajador de mantenimiento que iba a la cantera "de vez en cuando". Se comprenderá que a partir de este soporte probatorio no pueda inferirse que la cantera constituía el principal bien con que AGLONOR contaba para el mantenimiento de su actividad. Los sucesivos administradores de AGLONOR oídos en declaración ofrecieron la impresión de desconocer aspectos

esenciales de las negociaciones, manejadas desde atrás por quien, inexplicablemente, no fue traída al proceso.
El informe aportado por SERCOYSA, -documento 8 de la contestación- pone de manifiesto que la cantera, en marzo de 2005, precisaba de una “rehabilitación total”. Así resulta también de las fotografías unidas al acta notarial de presencia extendida por la notario Sra. Calaza.
La explicación ofrecida por la concursada, tal como se plasmaba en el preámbulo de los contratos de opción y compraventa, resultaba puesta en razón. En una situación de desbalance, -como reconoce la administración concursal-, enajenar un bien del inmovilizado para obtener numerario resultaba razonable y si se añade que de esta forma se liberaba pasivo, -ya se verá más adelante con qué consecuencias-, la decisión aparecía como incuestionable en términos empresariales.
De otra parte, la presencia de un inmovilizado como la cantera no resultaba esencial en la empresa, pese a lo sostenido en la demanda. La explicación ofrecida por el perito Sr. Lamo, a la vista de las magnitudes contables declaradas por la empresa, así lo sugiere. Además de contar con otra planta de extracción en la localidad de Barro, la posibilidad de adquirir el material de otros proveedores y la distancia de la única obra que ocupaba a la empresa, -que, además, contaba con su propia planta asfáltica-, hacen que la tesis demandante pierda convicción. El informe de la administración concursal revela que la facturación durante el año 2005, producto de la explotación ordinaria, era muy reducida en comparación con los ejercicios precedentes.
Algo semejante ocurre con respecto al análisis de la corrección del precio fijado en el contrato. Es cierto que la demanda cuenta con un inicial punto de apoyo, cual es la inexplicable diferencia entre el precio fijado en el contrato de opción (1.440.000 euros) y el determinado quince días después (901.519 euros). Es también hecho probado (así se sigue de las contundentes manifestaciones del testigo Sr. Morillo y de la documentación aportada) que esa diferencia de precio y la consiguiente negativa de quien entonces desempeñaba el cargo de administrador para firmar la venta, fueron el motivo determinante de su fulminante y llamativo cese. Ambos hechos arrojan un manto de incertidumbre y de desconfianza sobre la operación que justifica el celo de la administración concursal, sin lugar para la duda. Sucede que para el éxito de la acción afirmada no bastan sospechas o conjeturas, sino que la administración accionante debe probar que el negocio cuya rescisión se pretende es perjudicial para la masa, en el caso, convenciendo sobre el hecho de que el precio finalmente pactado era muy inferior al valor de mercado.
Sobre tal cuestión existen dos dictámenes periciales contradictorios. De un lado, el elaborado por el Sr. Rodríguez Otero, fechado el día 27 de abril de 2001, que según se expresa en el correspondiente documento, fue el que se tomó como referencia para fijar el precio en el contrato de opción. De otro, el elaborado por el Sr. Ucha Calvo, aportado con la contestación presentada por SERCOYSA. El primero fija un valor global para la cantera de 485.550.000 pts (2.918.214 euros). El segundo de 868.489,47 euros.
La sustancial diferencia se justifica por los distintos parámetros utilizados por cada uno de los técnicos. El Sr. Ucha admitió como cierto el hecho de su actual condición de trabajador de SERCOYSA, lo que no aparenta resultar suficiente para descartar la bondad de sus conclusiones o cuestionar su imparcialidad, tanto más cuanto que en la fecha en que el informe fue emitido no desempeñaba funciones para la demandada.
La necesidad de corregir a la baja la valoración obtenida por el Sr. Rodríguez fue asumida desde el inicio por éste y resulta del análisis de los datos contenidos en su dictamen. Por de pronto, el técnico estimó una superficie de explotación de cuatro cuadrículas mineras, -tal como figuraba en la concesión administrativa-, cuando en realidad la superficie de explotación era muy inferior. A ello cabe añadir que el tiempo de explotación del recurso tomado como referencia por el técnico (quince años como vida productiva de la cantera) era muy superior al que restaba para la finalización del arrendamiento con el titular de las parcelas donde la cantera se ubica, por lo que una de las bases esenciales del dictamen resultaba incorrecta. Otro dato claramente inadecuado para fundamentar la valoración es la propia fecha del dictamen, cuatro años antes de la venta. En dicha fecha, además, el objeto de la concesión era materiales de la clasificación A, siendo que en 2001 la autorización lo fue para recursos de la sección C.
Ello así, lo que no resulta justificado no es el precio de la venta, sino la determinación del precio pactado en el momento de firmar la opción. Carece de justificación que sobre tales premisas se acordara vender la explotación sobre la base del informe del Sr. Rodríguez, tal como reflejaba la clausula octava del contrato de opción.
El perito Sr. Ucha toma como duración, de forma más convincente, un período de siete años como vida útil y toma cuatro años como período de estimación; el técnico realiza su valoración sobre la base de considerar la efectiva superficie de la explotación, en lugar de las cuatro cuadrículas de la concesión administrativa.
Es cierto que el dictamen del perito resulta sorprendente desde el momento en que reduce diferentes importes cuya procedencia resulta dudosa. Así sucede con los gastos de personal –sueldos y salarios y Seguridad Social-, y con los gastos financieros. Especialmente llamativo es el capítulo de “gastos diversos”, en el que se incluyen partidas para las que el perito no encontró explicación al ser preguntado en el acto de la vista (“publicidad, propaganda, relaciones públicas”, o “servicios auxiliares”). Pero es lo cierto que, aún deducidas esas partidas, -cuyo importe asciende a la cantidad de 147.976 euros-, la valoración estaría muy lejos de la ofrecida por el Sr. Rodríguez.
La peculiaridad del dictamen del Sr. Ucha reside en que no valora el objeto de la compraventa, la concesión minera, desde un punto de vista estático, sino que lo tomado en consideración aparenta ser la rentabilidad de la explotación, convirtiéndose en un dictamen de tipo económico, que cobraría más sentido de haberse tratado no de la compraventa de un objeto, -la concesión minera y la maquinaria allí instalada-, sino una unidad productiva autónoma, que se transmitiera con todos sus componentes. Con todo, la valoración de la rentabilidad que pudiera obtenerse con la adquisición de la concesión minera no resultaba un tema de segundo orden. Probablemente, el precio real de la concesión se moviera en alguna cifra entre las dos magnitudes ofrecidas por los técnicos, lo que ciertamente no es decir mucho.

La conclusión que se obtiene de cuanto se viene afirmando es que la Sala no puede considerar probado que el precio al que finalmente se vendió la cantera estuviera muy lejos del valor de mercado.
En la comparación entre el valor patrimonial del activo que sale del patrimonio del deudor con el valor patrimonial recibido como contraprestación, el litigio no ofrece elementos de hecho suficientes. Era carga de la parte actora convencer del desequilibrio patrimonial con magnitudes propias del momento en el que el acto de enajenación fue realizado. Tal función no se consigue con la aportación de un dictamen fechado cuatro años antes, que además toma como base premisas que se han demostrado erróneas, y aunque tampoco pueda tomarse como cierto el dictamen aportado por la codemandada, lo que sucede es que llegados a este punto se desconoce el precio de mercado o el valor real del objeto transmitido. En consecuencia, en atención al elemento del precio en su comparación con el valor real del bien, no cabe afirmar que la compraventa de la cantera fuera un acto perjudicial para la masa activa. Puede añadirse por último que, a juzgar por la documentación aportada, atendiendo a las inversiones realizadas por la compradora en el bien adquirido, la procedencia, en términos económicos, de la rescisión intentada resulta más que cuestionable.
La sentencia, por tanto, ha de ser confirmada en este concreto aspecto.": SAP Pontevedra 22.07.2009 (Rollo 406/2009; Sentencia 369/2009)

4.2.3 Inexistencia de perjuicio, pese a asi resultar aparentemente de una tasación

AP Vizcaya

"QUINTO.- A continuación procede entrar a analizar la pretensión ejercitada, que es el perjuicio para la masa activa de la deudora concursada, basada en que la venta del inmueble fue por precio inferior a la mitad del precio de mercado, que implica una disminución del patrimonio de la deudora, salida del inmueble transmitido que impidió el matenimiento de su actividad empresarial, colocándola en situación de liquidación de hecho con la venta de los locales donde tenía domicilio social y desarrollada su actividad empresarial, y siendo que quedan por abonar dos créditos concursales por la suma de 61.327,80 euros, faltando por determinar los créditos contra la masa que son predudicibles, sin que los fondos existentes de 41.000 euros y el inmovilizado de la concursada por valor de 8.935 euros alcance para cubrir el importe de los citados créditos. Alega la parte apelante que se ha incurrido en una errónea valoración del resultado de la prueba practicada y obrante en autos, al concluir el Magistrado de lo Mercantil que no existe perjuicio de la masa, puesto que no se ha acreditado que la compraventa fuera irregular porque el propio demandante ofreció un precio inferior, ni tampoco que el comprador Sr. Villar Galende actuase con mala fe. Reitera que existe dictamen pericial de un Perito Judicial designado en las actuaciones penales, del que resulta uan tasación del inmueble, en octubre de 2.005, de 639.456 euros, siendo el precio por el que se vendió es notablemente inferior, 300.506,05 euros, resultando un perjuicio para la masa activa de la concursada vendedora, con una disminución en su patrimonio.
En cuanto al valor del inmueble, objeto principal de discrepancia en el presente recurso y a pesar de los esfuerzos de la parte apelante y de la práctica de la prueba de interrogatorio del codemandado y de testificales, con especial indicación del API Sr. Cornejo, esta Sala entiende que es acertada la valoración de la prueba efectuada por el Magistrado de lo Mercantil, que entiende que no hay prueba de que la compraventa fuera irregular, porque el precio por el que se vendió de 300.506,05 euros (550,37 euros el metro cuadrado), es superior al presentado anteriormente de 450 euros el metro cuadrado para comprar el local por el propio apelante, oferta rechazada por la Sociedad, y sin que la especulación sobre la existencia de un tercer comprador se aconcretase ante los órganos sociales. Además todos los acreedores han sido satisfechos, restando sólo dos créditos subordinados, el primero, por importe de 27.010,80 euros que es perfectamente atendible por los fondos existentes y el segundo por importe de 34.317 euros, que es del cesado Administrador social.
De la prueba practicada resulta debidamente acreditado que la venta se otorgó en escritura pública el día 27 de octubre de 2.005, sin que conste relación alguna entre el comprador y la sociedad vendedora o sus administradores, conviniendo un precio de 300.506,05 euros (550,37 euros el metro cuadrado), que el comprador demandado ha acreditado el efectivo abono de la suma, de la que se destinó en parte a la cancelación de la hipoteca que gravaba la finca y a la cancelación de deudas bancarias.
Es cierto que existe un informe pericial emitido por el API D. Pablo Javier Cornejo en que tasa el inmueble transmitido en 624.816,50 euros <folios 58 y 59 y ss de autos>, informe que hay que considerar imparcial en cuanto a que su nombramiento se efectuó en el procedimiento penal, pero cabe dudar de su fiabilidad y su plena eficacia probatoria. Se pone en duda el método para la elaboración del informe en cuanto no constan los parámetros comparados, remitiendo a una supuesta consulta de bases de datos, y, además, tiene en cuenta el hecho de que se halla en fase de calificación urbanística en que si existe la voluntad de todos los copropietarios para el uso residencial, pero no consta su concurrencia, por lo que se valoran también meras expectativas de un supuesta recalificación urbanística y no se centra únicamente el valor real del local a la fecha de la compraventa.
Pero esta valoración no es confirmada con otras pruebas.
Por un lado, consta el Acta de Irudi Fotomecánica SA, de 17 de marzo de 2.005, en que abordando la difícil situación económica y las desavenencias entre los socios, el actor Sr. Llano Basabe y el socio D. Francisco Javier Santiago Cornejo proponen la venta de sus acciones a cambio de 220 metros cuadrados, de los 546 metros cuadrados que tiene de superficie el local "cuantificando la propuesta y teniendo en cuenta el precio por metro cuadrado (450 euros) establecido en el informe pericial solicitado por los proponentes <doc. nº 1 de la contestación a los folios 186 y ss>. Dictamen pericial datado el 8 de noviembre de 2.004 por B.D.P. Consultores, <doc. nº 2 de la contestación al folio 289>. El precio de 450 euros por metro cuadrado fue ratificado en la informe de auditoría de cuentas del 2.004, de fecha 6 de octubre de 2.005, añadiendo que si se

produjese la puesta en marcha de la recalificación la oferta ascendería a 600/700 euros el metro cuadrado <doc. nº 3 de la contestación al folio 294 de autos>
Por otro lado, ni siquiera se identificó en su momento la persona que dice que ofertó por la adquisición del inmueble el precio 510.860,29 euros, que fue designado en la Acta de la Junta de la Mercancil demandada el 16 de noviembre de 2.005 (con posterioridad a la venta) en la persona de D. Javier Irizar, ni ha sido traído a este pleito civil a prestar declaración sobre la firmeza de la alegada oferta ni los contactos o negociaciones previas con la Sociedad demandada, a pesar de que el actor conocía la situación económica y apremiante de la concursada, y de que medió tiempo suficiente desde finales de septiembre de 2.005 y que la deuda de BBV empezaría a devengar intereses de mora al 31-10-2005.
No se ha acreditado ninguna relación especial entre el comprador y el Administrador de la concursada, a que se refiere el art. 93 de la LECO, salvo la de vecindad y la que el Sr. Villar es propietario del pabellón colindante, y, por tanto, tenía interés en ampliar su negocio. Y, por contra, se ha demostrado la premura de la compraventa, ya que, según el informe del Administrador Concursal, la Sociedad se encontraba a la fecha de la transmisión en situación de insolvencia frente a terceros con deudas totales del BBVA de 106.835,86 euros y entraba en poco tiempo en mora (31 de octubre de 2.005), siendo necesaria la urgente entrada de fondos <doc. nº 3 de la contestación a los folios 446 y ss>. Así como que únicamente quedan pendientes de abonarse dos créditos subordinados que son precisamente de los socios que han defendido y propiciado la venta que es controvertida.
En resumen, se confirma la valoración que el Magistrado de lo Mercantil realiza en la sentencia recurrida, considerándose lógica, racional y fundada, y, siendo que era al actor, en virtud del art. 71.4 de la LECO, el que le correspondía haber probado, y no ha logrado, el perjuicio patrimonial y la simulación del contrato que se pretende rescindir.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 07.07.2009 (Rollo 179/2008; Sentencia 525/2009)

4.2.4 Venta a precio de mercado a quien no es acreedor ni persona especialmente relacionada

AP Alicante

“PRIMERO.-En la demanda incidental se interesa la ineficacia del contrato de compraventa celebrado el día 17 de junio de 2008 entre la concursada, MARTÍNEZ NOVELDA, S.A., en calidad de vendedora y, Doña Ruth, en calidad de compradora, de la mitad indivisa de la finca número NUM000 del Registro de la Propiedad de Novelda, de naturaleza no urbanizable, sita en la referida localidad, en la que figura como precio abonado el de 32.000.- #.
Las concretas pretensiones deducidas en la demanda incidental para la declaración de la ineficacia de la compraventa son las siguientes:
En primer lugar, con carácter principal, la declaración de nulidad por simulación absoluta ante la falta de precio o por causa ilícita al perseguir sustraer la finca del patrimonio de la concursada evitando su posterior integración en la masa activa, por lo que interesa la condena de Doña Ruth a la restitución de la posesión del inmueble transmitido a la masa activa del concurso y se ordene la cancelación de la inscripción registral causada en virtud de la escritura de compraventa a cuyos gastos deberá ser condenada Doña Ruth y; de no ser posible, ante el hipotético supuesto de su transmisión a un tercero hipotecario de buena fe se sustituya la condena in natura por la correspondiente prestación equivalente que consistirá en el valor que tenía el inmueble al tiempo de la transmisión (32.000.- #), más los intereses legales que se devenguen desde el día 17 de junio de 2008 hasta su cumplido pago.
En segundo lugar, con carácter subsidiario, el ejercicio de la acción rescisoria concursal, por lo que deberá rescindirse la compraventa, con declaración expresa de mala fe de Doña Ruth, sin derecho a ninguna prestación al encubrir la compraventa un acto de disposición a título gratuito, salvo que se declare la existencia de una precio real y efectivo, en cuyo caso procederá la declaración de su derecho a la prestación derivada de la rescisión consistente en la devolución del precio como un crédito concursal subordinado y, se ordene la cancelación de la inscripción registral causada en virtud de la escritura de compraventa a cuyos gastos deberá ser condenada Doña Ruth y; de no ser posible, ante el hipotético supuesto de su transmisión a un tercero hipotecario de buena fe se sustituya la condena in natura por la correspondiente prestación equivalente que consistirá en el valor que tenía el inmueble al tiempo de la transmisión (32.000.- #), más los intereses legales que se devenguen desde el día 17 de junio de 2008 hasta su cumplido pago.
La Sentencia de instancia estimó la pretensión subsidiaria al acordar la rescisión de la compraventa al operar la presunción iuris et de iure prevista en el artículo 71.2 de la Ley de Concursal por encontrarnos ante un acto de disposición a título gratuito.
Frente a la misma se alzan los demandados quienes oponen idénticas alegaciones dirigidas a mantener que la compraventa litigiosa es un negocio jurídico válido y real basándose en la prueba documental aportada en sus respectivos escritos de contestación, a saber:
1.-) Tasación realizada el día 11 de abril de 2008 por VALMESA, sociedad tasadora homologada en el registro especial del Banco de España, en la que fija el precio de la totalidad de la finca en 69.000.- #. Si tenemos en cuenta que el objeto de la venta fue la mitad indivisa de la finca, lo cual siempre reduce aún más su valor, hemos de concluir que el precio fijado en la escritura de compraventa de 32.000.- # se corresponde con el valor de mercado.
2.-) Se aportan los justificantes documentales de un ingreso efectivo de Doña Ruth en la cuenta de la concursada y dos transferencias ordenadas desde una cuenta de Doña Ruth a la cuenta de la concursada por un importe conjunto de 32.000.- #, todos ellos realizados el día 18 de junio de 2008, suma coincidente con el precio pagado en la escritura de compraventa.
SEGUNDO.-Si partimos de los documentos anteriores hemos de rechazar:

1.-) la nulidad por simulación absoluta de la compraventa al carecer de precio porque los justificantes documentales aportados permiten concluir que Doña Ruth ingresó en la cuenta de la concursada tres sumas cuyo importe conjunto coincide con el precio fijado en la escritura.
2.-) la nulidad por causa ilícita al pretender sustraer la finca de la masa activa cuando fuera declarada en situación de concurso pues si bien es cierto que la finca de la concursada sale del patrimonio de la concursada, también lo es que consta la justificación documental del pago a la concursada del precio según el valor de mercado.
3.-) la aplicación de la presunción iuris et de iure para fundamentar la acción rescisoria concursal consistente en un acto de disposición a título gratuito (artículo 71.2 de la Ley Concursal) porque la realidad del precio pagado por Doña Ruth excluye la falta de pago que presume la Sentencia de instancia.
4.-) la existencia de una dación en pago que también estaría fundada en la presunción iuris et de iure consistente en el pago anticipado de un crédito con vencimiento posterior a la declaración del concurso (artículo 71.2 de la Ley Concursal) porque Doña Ruth nunca ha sido acreedora de la concursada y, además, consta que, en contraprestación a la entrega del bien, ha pagado su precio.
5.-) la aplicación de la presunción iuris tantum consistente en un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de alguna persona especialmente relacionada con el concursado (artículo 71.3.1º de la Ley Concursal) porque si bien Doña Ruth es hermana de la esposa del administrador social de la concursada no puede calificarse como persona especialmente relacionada con la concursada pues su relación de parentesco no está comprendida en el artículo 93.2 de la Ley Concursal.
6.-) no puede alegarse que Doña Ruth es una persona interpuesta de otra familiar, Doña Maribel, prima hermana de la esposa del administrador social, que sí prestó a la sociedad concursada una suma de dinero y que con la venta de ese inmueble se estaba amortizando el préstamo porque: a) debió llamarse a este proceso a la supuesta prestamista; b) no se entiende que la entrega del inmueble sea para cancelar un préstamo anterior a la celebración de la compraventa y, después, conste que se paga el precio del inmueble como acreditan los justificantes documentales aportados en los respectivos escritos de contestación.
7.-) tampoco se ha acreditado el perjuicio para la masa activa con independencia de las presunciones contenidas en el artículo 71.2 y 3 de la Ley Concursal porque consta que la concursada recibió, en contraprestación, el precio del inmueble transmitido según el valor de mercado.
En todo caso, deberá el administrador social justificar el destino aplicado a la suma recibida en concepto de pago del precio, lo cual es completamente ajeno a las acciones ejercitadas en la demanda.": SAP Alicante (Sección 8) 03.03.2011 (Sentencia 104/2011; Rollo 74/2011)

"CUARTO.-Tampoco se ha acreditado la existencia de perjuicio para la masa activa derivado de la operación, lo que vinculamos a la calificación que de negocio simulado hace el apelante.
Hemos de tener en cuenta que, no acreditada la operación entre personas vinculadas, la constatación del perjuicio constituye carga que le viene impuesta a quien promueve la rescisión -art 71-4 LC -como, además, ya pusimos de relieve trayendo a colación la doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión.
Pues bien, en el caso tenemos la prueba, primero, de que se trata de una compraventa propiamente dicha, segundo, que se fija en consecuencia un precio a modo de contraprestación de la trasmisión del bien por el vendedor, tercero, que el precio no difiere de que se considera como adecuado a efectos hipotecarios por una empresa especializada del sector y, cuarto que el precio se abona casi en su totalidad con las particularidades que señalaremos.
En cualquier caso, y aun con las matizaciones que hemos de hacer, afirmar en estas condiciones, y en especial porque la posesión aparece todavía atribuida a la vendedora, hay simulación, resulta insostenible cuando hay precio y pago y es legítimo, en tanto derecho del adquirente, que el comprador opte por ceder el uso, incluso gratuito, al vendedor. Puede haber fraude de acreedores, pero el instrumento no es en el caso la simulación, ni siquiera la fiducia.
Ante todo hemos de partir del hecho de que la rescisión, cuando procede, lo ha de ser porque con la venta se haya causado un detrimento patrimonial que no está justificado, lo que, sin necesidad de la concurrencia de fraude -STS 26 de octubre de 2012 -, puede tener lugar, bien porque se venda bajo precio de mercado -desequilibrio de prestaciones- o en condiciones que hagan pensar que no será posible el cobro del precio.
Sin embargo en el caso no podemos afirmar que haya sido así a pesar de las críticas que hace el apelante de la operación y que concreta en que se haya tomado en consideración el informe valorativo de Tinsa por el Juez de instancia para negar que el precio fijado lo fuera al margen del mercado, en tanto no toma en consideración que dicho informe, de las diecisiete fincas vendidas, solo valora siete.
Critica igualmente no se haya percibido que la valoración hecha lo es a efectos financieros o hipotecario, no de mercado. Critica también que no se haya tenido en cuenta que de la tasación sumado el IVA, se obtiene un valor total muy superior al precio de venta. Y critica finamente que el precio no está totalmente abonado.
Analicemos estas cuestiones.
QUINTO.-Para la adquisición de las fincas se fijó como precio el de 525.000 euros que, con el IVA del 16% suponía un precio final de 609.000 euros.
Para el pago se libraron por Indesur siete pagarés con fechas de vencimiento comprendidas entre el día 19 de junio y 30 de diciembre de 2009.
Se acordó además una retención del precio de importe de 259.764,44 euros para hacer frente a la carga hipotecaria pendiente al tiempo de la operación sobre las fincas a favor de la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Valencia -Bancaja-.
Pues bien, en cuanto a la categorización como de mercado del precio.
Afirma el apelante que no es precio de mercado. Sin embargo tal afirmación no se hace sobre la base de un informe pericial fijando el precio de mercado a fin de contrastarlo con el que obra en autos. Ninguno aporta el demandante. En realidad, se conforma para su argumento con señalar, primero, que la valoración de Tinsa es

parcial y, segunda, que se hizo a efectos hipotecarios y no de mercado, entendiendo ratificada tal deficiencia en el hecho de que la posesión del inmueble no haya variado.
Sin embargo, aun siendo cierto que la valoración no es del total de la finca, lo que se excluye de aquella es la planta sótano destinada a garajes y trasteros y por tanto la valoración que se haga de la limitación de la tasación no puede hacerse en términos de sumandos de fincas cuando no hay equiparación entre el valor de lo que se deja de tasar respecto de lo tasado.
En efecto, consta en la escritura de la operación -doc nº 2 contestación concursada-, la descripción de las fincas objeto de la venta y de ella se desprende que las fincas 23.363-1, 23.363-2, 23.363-3, 23.363-4, 23.363-5, 23.363-6, 23.363-7, 23.363-8 y 23.363-9 son plazas de garaje y trasteros que conforman la planta sótano, de una superficie total de 495,95 m2 con un valor asignado de 5,77 % del total del inmueble y que está registrada como finca urbana uno nº 23-363.
El resto de fincas -urbanas 2 a 8, fincas nº 26.365, 26.367, 26.369, 26.375, 26.377, 26.371 y 26.373que completa el inmueble, son las oficinas y se corresponden con las siete valoradas por TINSA.
Por tanto, en la valoración de Tinsa, la repercusión que resulta de la falta de valoración de la planta sótano, por su naturaleza y ubicación, es menor, como por otra parte resulta objetivamente de la cuota atribuida en la división del 5,77%. De todo lo cual se desprende que el mayor valor que puede atribuirse a la finca en su conjunto, no puede diferir en exceso del dado a las fincas urbanas dos a ocho que son las valoradas.
SEXTO.-En cuanto a que la valoración es a efectos financieros o hipotecarios.
Es cierto que así consta en el informe. Pero también que los métodos de valoración -residual para el solar y el comparativo- no son extraños a la valoración de mercado. Ni desde luego se explica por el apelante la diferencia sustancial que entre una valoración financiera respecto de la de valor ev venta y su repercusión en el caso.
Es decir, no podemos afirmar que el valor financiero sea inferior al de nercado, tanto menos cuando aquél está destinado a la garantía del acreedor hipotecario que consiste, precisamente, en garantizarse con la venta del inmueble la recuperación del crédito, de modo que también aquella valoración ha de ser de mercado en tanto es la plataforma de transformación de la garantía en el crédito dinerario.
En cuanto a si en todo caso, el precio fijado en la operación es inferior al de la tasación, es lo cierto que en tasación el precio fue de 547.641,50 euros, sin IVA ni la planta sótano y que el precio de venta sin IVA fue de 525.000 euros. Dado que el valor de la planta sótano no parece excesivamente relevante, no podemos concluir que exista precio vil pues la diferencia de precio en el mercado inmobiliario, carente de referencias objetivas, tiene la suficiente flexibilidad como para entender que aquella diferencia es perfectamente asumible en un mercado como el de referencia.
Respecto al pago del precio.
El precio está casi en su integridad abonado. Así lo manifiesta la Administración concursal que refiere que en la lista de clientes y acreedores de la concursada, parte del informe definitivo, aparece Indesur como deudor de 139.694,22 euros, si bien luego se abonó 93.129,48 euros, de modo tal que sólo está pendiente de pago, tras el abono del de noviembre en periodo de vigencia del Convenio de Acreedores, el pagaré correspondiente el mes de diciembre por importe de 46.564,74 euros.
Siendo así, y ningún dato aporta el apelante para desvirtuar lo que constituye contenido formal del concurso, debemos afirmar que el precio está abonado en casi su totalidad y, por tanto, que la prestación del comprador, se ha cumplido aunque sea de forma irregular.
Es evidente por tanto, que la venta se hizo por un precio admisible en el mercado inmobiliario por lo que en consecuencia debemos concluir que no hubo una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora ni por tanto pudo constituir dicha venta un sacrificio patrimonial injustificado, tanto menos, en las circunstancias concurrentes de liberación de una deuda hipotecaria con las consecuencias respecto del total de la finca que su impago podía tener y que por sí sola, casi justificaba la venta, sin perjuicio de que finalmente concluya la operación subrogatoria.
Entendemos por tanto que la operación ha sido beneficiosa no sólo para la sociedad vendedora sino para su masa activa porque ha liberado por precio de mercado de una deuda que podía haber perjudicado a los bienes afectos de forma directa y de manera indirecta a otros bienes si el producto de aquellos no hubiera sido suficiente para el crédito hipotecario.
Hubo precio, precio que en absoluto se ha acreditado sea notablemente inferior al de mercado, y éste se a abonado en su práctica totalidad. En tales condiciones, ni simulación ni fraude pueden apreciarse al ausentarse los motivos legítimos que justifican una actuación ilícita, que es la del aprovechamiento patrimonial respecto de la que, vista la operación, ninguna incidencia ha tenido la relación entre componentes personales en las sociedades operativas.
Procede en consecuencia desestimar el recurso de apelación y confirmar la Sentencia de instancia.”:.”: SAP Alicante (Sección 8) 17.10.2013 (Sentencia 395/2013; Rollo 315/2013)

AP Barcelona

“PRIMERO. 1. Las demandantes, Doña. María Rosario y STEAL PARK S.L., invocando la legitimación subsidiaria que a los acreedores reconoce el art. 72.1 LC, ejercitaron por la vía del incidente concursal la acción de reintegración que prevé el art. 71 LC, a fin de que fuera declarada la ineficacia de un negocio de compraventa de inmueble celebrado por la concursada, CONSTRUCCIONES ISAU TORDERA S.L., con una tercera sociedad, LASTOAR CONSULTING S.L., y se condenara a la adquirente a reintegrar a la masa las fincas vendidas.
2. La sentencia desestimó la pretensión por dos razones cumulativas:
En primer lugar, por el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, producida por la sentencia dictada en la sección de calificación del concurso, de fecha 9 de septiembre de 2011, que ganó firmeza. Relata la

juzgadora que la administración concursal (AC) analizó en su informe de calificación las ventas de inmuebles realizadas por la concursada el 6 de abril de 2009 (una de ellas es objeto de la presente acción) para determinar si resultaba aplicable la presunción de culpabilidad consistente en la "salida fraudulenta de bienes" del patrimonio del deudor (art. 164.2.5º LC). Estas operaciones -indica la sentencia- fueron analizadas en sede de calificación y se concluyó que fueron hechas a precio de mercado y las fincas no salieron fraudulentamente del patrimonio de la concursada, "por lo que lo resuelto en la sentencia de calificación produce efectos de cosa juzgada sobre el presente procedimiento (art. 222 LEC) no pudiendo nadie ser condenado dos veces por los mismos hechos".
En segundo lugar, y en todo caso, la sentencia razona que no ha sido probado el perjuicio para la masa activa, al no haberse acreditado que el precio fuera inferior al valor de mercado, ya que la actora no aportó ningún dictamen pericial de tasación.
3. La parte demandante rebate en su recurso tales argumentos y reproduce sustancialmente sus iniciales alegaciones que (hay que decirlo) la demanda exponía de manera confusa y omitiendo una ordenada exposición de los hechos y del concreto contenido de los negocios jurídicos atacados.
SEGUNDO. 4. Damos la razón al apelante en lo que respecta a la improcedencia de apreciar el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, que proyectaría la sentencia de calificación del concurso, ya que, aun en el supuesto de que en el correspondiente incidente de la sección de calificación se haya analizado la causa de culpabilidad prevista en el art. 164.2.5º LC ("cuando en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos"), con referencia concreta a las mismas enajenaciones que aquí se cuestionan, no por ello opera la cosa juzgada respecto de la acción de reintegración que prevé el art. 71 LC, cuyos requisitos son distintos. Cabe por ello, como decisiones compatibles, la conclusión de que el negocio transmisivo de que se trate no supone una "salida fraudulenta de bienes" en el sentido del art. 164.2.5º LC y que, sin embargo, esa misma transmisión caiga bajo el ámbito de aplicación del art. 71 LC, por apreciarse que ha supuesto un perjuicio para la masa, "aunque no hubiere existido intención fraudulenta", como aclara el mismo precepto.
TERCERO. 5. A partir de las explicaciones ofrecidas por la concursada, la AC y la sociedad adquirente, y de la documentación aportada, exponemos el contenido del negocio transmisivo cuya rescisión se pretende.
Se trata de un contrato de compraventa otorgado en escritura pública de fecha 6 de abril de 2009, que tiene por objeto la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Pineda de Mar, descrita como una pieza de tierra de cultivo y parte boscosa en la que existe una casa de campo de cabida 46 áreas y 20 centiáreas, ocupando la parte edificada 145 m2, sita en el término de Fogars de la Selva CALLE000 nº NUM001.
Estaba gravada con hipoteca a favor de Caixa D'Estalvis Laietana en garantía de un principal de 201.500 #, constituida mediante escritura pública de fecha 14 de julio de 2003, con un saldo pendiente de amortizar por 184.613,42 #.
La concursada vende esta finca a LASTOAR CONSULTING S.L por el precio de 185.000 #, a abonar de la siguiente forma:
-184.613,42 # los retiene la compradora para hacer frente al pago de las cargas a favor de Caixa Laietana, subrogándose la compradora en las condiciones y pactos del préstamo hipotecario;
-el resto, 386,58 # fue satisfecho con anterioridad a la escritura mediante pago en metálico, otorgando la vendedora carta de pago.
En la escritura interviene Caixa Laietana y seguidamente se convienen las condiciones de novación del préstamo hipotecario.
La vendedora solicitó la declaración de concurso voluntario en junio de 2009 y fue declarado por auto de 6 de octubre de ese año.
6. Para justificar el perjuicio a la masa activa los demandantes ofrecen un conjunto asistemático de alegaciones, que intentamos sintetizar (prescindiendo de otras consideraciones que no estimamos pertinentes o útiles para fundamentar la pretensión).
La demanda alega que la venta no ha generado ningún beneficio para la concursada, que no ha percibido cantidad alguna; el precio es inferior al de mercado ya que el valor de tasación del inmueble a efectos de la ejecución hipotecaria es de 252.410 #; las venta se celebra cuando la vendedora ya se encontraba en estado de insolvencia y acuciada por los embargos de los acreedores; la sociedad adquirente es constituida en diciembre de 2008, con exclusiva finalidad de ser beneficiaria de la finca, defraudando a los acreedores; la venta vulnera la par condicio creditorum (por razones que no explica). A modo de conclusión, no existe una equivalencia patrimonial en la venta; es un sacrificio patrimonial injustificado, y en todo caso se beneficia a acreedores en contra de otros con vulneración del principio del principio de igualdad de trato.
Estos argumentos son reiterados en el recurso, en el que se insiste en que se ha vendido la finca por cero euros o por valor inferior al de mercado.
7. La AC (al igual que la adquirente) se opuso a la pretensión. Advertía que en su informe mencionaba que el valor contable de la finca vendida, que figura como "existencias", ascendía a 302.599,65 #, pero no está en condiciones de afirmar que, dada la situación coyuntural del sector, el precio de venta pactado esté por debajo del valor de mercado.
Apuntaba así mismo la falta de medios en la masa para hacer frente a un posible pago dinerario a la adquirente como consecuencia (ex art. 73 LC) de la rescisión de la venta.
Alegó así mismo la AC la falta de legitimación activa de STEAL PARK S.L., ya que el acreedor que figura en la lista es ESTEAL PARK 77 S.L., y consta que cedió su crédito a la Sra. María Rosario mediante escritura de 20 de noviembre de 2010, que obra en autos, siendo notificada a la AC por diligencia de 26 de enero de 2011.
En todo caso, la falta de legitimación activa de STEAL PARK S.L. debe ser apreciada por las razones que indica la AC, que dicha parte no ha rebatido.

CUARTO. 9. El requisito fundamental de la acción rescisoria concursal es el perjuicio a la masa activa, sin necesidad de intención fraudulenta (art. 71 LC).
Hemos mantenido en anteriores sentencias, y así lo declara la STS de 8 de noviembre de 2012, que será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto), pero así mismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio par condicio creditorum (en este sentido así mismo, STS de 8 de noviembre de 2012).
Esta última modalidad de perjuicio no ha quedado justificada en las actuaciones. Se trata de una operación de venta de inmuebles a cambio de un precio cierto (por más que la actora diga que el precio fue de cero euros) y no se ha explicado por qué razón se habría producido una alteración del principio de igualdad de trato de los acreedores.
El perjuicio, en su caso, habría sido directo, por falta de equivalencia entre las contraprestaciones, si la actora hubiera logrado demostrar una disminución injustificada del patrimonio de la concursada por haber enajenado la finca por un precio inferior al podría considerarse su "valor de mercado". Pero esta prueba está ausente en las actuaciones; ni se ha aportado un dictamen pericial de tasación ni la acreditación de ese desequilibrio puede hacerse derivar, sin más, del valor de tasación de la finca establecido (en el año 2003) a los efectos de ejecución hipotecaria, máxime en un mercado tan deteriorado a consecuencia de la crisis del sector inmobiliario y de la construcción desde el año 2008.”: SAP Barcelona (Sección 15) 23.10.2013 (Sentencia 373/2013; Rollo 203/2013)

“PRIMERO. 1. Las demandantes, Doña. Celsa y STEAL PARK S.L., invocando la legitimación subsidiaria que a los acreedores reconoce el art. 72.1 LC, ejercitaron por la vía del incidente concursal la acción de reintegración que prevé el art. 71 LC, a fin de que fuera declarada la ineficacia de dos negocios de compraventa de inmuebles celebrados por la concursada, CONSTRUCCIONES ISAU TORDERA S.L., con una tercera sociedad, NABINERS BUSINESS S.L., y se condenara a la adquirente a reintegrar a la masa las fincas vendidas.
2. La sentencia desestimó la pretensión por dos razones cumulativas:
En primer lugar, por el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, producida por la sentencia dictada en la sección de calificación del concurso, de fecha 9 de septiembre de 2011, que ganó firmeza. Relata la juzgadora que la administración concursal (AC) analizó en su informe de calificación las ventas de inmuebles realizadas por la concursada el 6 de abril de 2009 (de las que dos de ellas son objeto de la presente acción) para determinar si resultaba aplicable la presunción de culpabilidad consistente en la "salida fraudulenta de bienes" del patrimonio del deudor (art. 164.2.5º LC). Estas operaciones -indica la sentenciafueron analizadas en sede de calificación y se concluyó que fueron hechas a precio de mercado y las fincas no salieron fraudulentamente del patrimonio de la concursada, "por lo que lo resuelto en la sentencia de calificación produce efectos de cosa juzgada sobre el presente procedimiento (art. 222 LEC) no pudiendo nadie ser condenado dos veces por los mismos hechos".
En segundo lugar, y en todo caso, la sentencia razona que no ha sido probado el perjuicio para la masa activa, al no haberse acreditado que el precio fuera inferior al valor de mercado, ya que la actora no aportó ningún dictamen pericial de tasación.
3. La parte demandante rebate en su recurso tales argumentos y reproduce sustancialmente sus iniciales alegaciones que (hay que decirlo) la demanda exponía de manera confusa y omitiendo una ordenada exposición de los hechos y del concreto contenido de los negocios jurídicos atacados.
SEGUNDO. 4. Damos la razón al apelante en lo que respecta a la improcedencia de apreciar el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, que proyectaría la sentencia de calificación del concurso, ya que, aun en el supuesto de que en el correspondiente incidente de la sección de calificación se haya analizado la causa de culpabilidad prevista en el art. 164.2.5º LC ("cuando en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos"), con referencia concreta a las mismas enajenaciones que aquí se cuestionan, no por ello opera la cosa juzgada respecto de la acción de reintegración que prevé el art. 71 LC, cuyos requisitos son distintos. Cabe por ello, como decisiones compatibles, la conclusión de que el negocio transmisivo de que se trate no supone una "salida fraudulenta de bienes" en el sentido del art. 164.2.5º LC y que, sin embargo, esa misma transmisión caiga bajo el ámbito de aplicación del art. 71 LC, por apreciarse que ha supuesto un perjuicio para la masa, "aunque no hubiere existido intención fraudulenta", como aclara el mismo precepto.
TERCERO. 5. A partir de las explicaciones ofrecidas por la concursada, la AC y la sociedad adquirente, y de la documentación aportada, exponemos el contenido de los negocios cuya rescisión se pretende:
A) Contrato de compraventa otorgado en escritura pública de fecha 6 de abril de 2009 (nº de protocolo 428), que tiene por objeto la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Pineda de Mar, descrita como una porción de terreno para edificar, de superficie 2.280 m2, con frente a la CALLE000 nº NUM001 -NUM002, esquina con CALLE001 nº NUM003, de la localidad de Tordera.
Estaba gravada con hipoteca a favor de Caixa D'Estalvis Laietana en garantía de un principal de
2.400.000 #, constituida mediante escritura pública de fecha 14 de junio de 2007; y con otra hipoteca a favor de la misma entidad en garantía de un principal de 100.000 #, constituida por escritura de 31 de octubre de 2008.
La concursada vende esta finca a NABINERS BUSINESS S.L. por el precio de 2.500.000 #, a abonar de la siguiente forma:
-2.499.624,29 #, los retiene la compradora para hacer frente al pago de las cargas a favor de Caixa Laietana, subrogándose la compradora en las condiciones y pactos de los préstamos hipotecarios;

-el resto, 375,71 # fue satisfecho con anterioridad a la escritura mediante pago en metálico, otorgando la vendedora carta de pago.
En la escritura interviene Caixa Laietana y seguidamente se convienen las condiciones de novación del préstamo hipotecario, indicándose que el saldo dispuesto del crédito concedido asciende a 2.400.000 # en el primer préstamo o crédito, y a 99.624,29 # respecto del segundo.
B) Contrato de compraventa otorgado en la misma fecha y ante el mismo Notario (nº de protocolo 429), que tiene por objeto la finca registral nº 21.490, descrita como local comercial en planta baja del edificio sito en la calle Camí Ral esquina con Folch i Torres, de Tordera, con entrada desde la calle Camí Ral 68, local 4-B, de 47 m2 de superficie.
La concursada vende esta finca a la misma adquirente, por un precio de 114.000 #, a abonar de la siguiente forma:
-18.603,40 # son recibidos por la vendedora mediante compensación por dación en pago de la deuda relacionada en el expositivo I de la escritura; (correspondiente a honorarios de Rodríguez Cara Arquitectura S.L. por los conceptos de proyecto de derribo, proyecto básico y ejecutivo más dirección de obra de urbanización y estudio de reparcelación);
-95.000 # se retienen por la compradora para hacer frente al pago del saldo deudor, gastos e impuestos generados por la cancelación registral del embargo relacionado en el apartado de cargas; y
-396,60 # se abonan el día de la escritura en efectivo metálico.
La vendedora solicitó la declaración de concurso voluntario en junio de 2009 y fue declarado por auto de 6 de octubre de ese año.
6. Para justificar el perjuicio a la masa activa los demandantes ofrecen un conjunto asistemático de alegaciones, que intentamos sintetizar (prescindiendo de otras consideraciones que no estimamos pertinentes o útiles para fundamentar la pretensión).
La demanda alega que las ventas no han generado ningún beneficio para la concursada, que no ha percibido cantidad alguna, pues "no hubo contraprestación"; el precio es inferior al de mercado ya que no contempla el mayor valor del inmueble por razón de las obras realizadas, que podría fijarse en 3.300.000 # por ambos inmuebles; Caixa Laietana financiaba las obras y tasó el edificio a efectos de ejecución hipotecaria en 3.459.208 #; las ventas se celebran cuando la vendedora ya se encontraba en estado de insolvencia y acuciada por los embargos de los acreedores; la sociedad adquirente es constituida en febrero de 2009, con exclusiva finalidad de ser beneficiaria de las fincas, defraudando a los acreedores; las ventas vulneran la par condicio creditorum (por razones que no explica). A modo de conclusión, no existe una equivalencia patrimonial en la venta; es un sacrificio patrimonial injustificado, y en todo caso se beneficia a acreedores en contra de otros con vulneración del principio del principio de igualdad de trato.
Estos argumentos son reiterados en el recurso, en el que se insiste en que se han vendido las fincas por cero euros.
7. La AC (al igual que la concursada y la adquirente) se opuso a la pretensión. Advertía que en su informe mencionaba que el valor contable del solar vendido ascendía a 1.524.174,32 #, al que hay que sumar los gastos aplicados por obras, resultando un valor contable de 2.494.717 #, y se vendió por 2.500.000 #. La AC, indica, no está en condiciones de afirmar que, dada la situación coyuntural del sector, este precio esté por debajo del valor de mercado.
Respecto del local comercial, señalaba que estaba valorado en la contabilidad por 23.269,41 # y que, de igual manera, no estimaba que el precio de venta de 114.000 # fuese inferior al valor de mercado, en la actual coyuntura del mercado inmobiliario y del sector de la construcción.
Apuntaba así mismo la falta de medios en la masa para hacer frente a un posible pago dinerario a la adquirente como consecuencia (ex art. 73 LC) de la rescisión de las ventas.
8. Alegó así mismo la AC la falta de legitimación activa de STEAL PARK S.L., ya que el acreedor que figura en la lista es ESTEAL PARK 77 S.L., y consta que cedió su crédito a la Sra. Celsa mediante escritura de 20 de noviembre de 2010, que obra en autos, siendo notificada a la AC por diligencia de 26 de enero de 2011.
En todo caso, la falta de legitimación activa de STEAL PARK S.L. debe ser apreciada por las razones que indica la AC, que dicha parte no ha rebatido.
CUARTO. 9. El requisito fundamental de la acción rescisoria concursal es el perjuicio a la masa activa, sin necesidad de intención fraudulenta (art. 71 LC).
Hemos mantenido en anteriores sentencias, y así lo declara la STS de 8 de noviembre de 2012, que será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto), pero así mismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio par condicio creditorum (en este sentido así mismo, STS de 8 de noviembre de 2012).
Esta última modalidad de perjuicio no ha quedado justificada en las actuaciones. Se trata de una operación de venta de inmuebles a cambio de un precio cierto (por más que la actora diga que el precio fue de cero euros) y no se ha explicado por qué razón se habría producido una alteración del principio de igualdad de trato de los acreedores.
El perjuicio, en su caso, habría sido directo, por falta de equivalencia entre las contraprestaciones, si la actora hubiera logrado demostrar una disminución injustificada del patrimonio de la concursada por haber enajenado las fincas por un precio inferior al podría considerarse su "valor de mercado". Pero esta prueba está ausente en las actuaciones; ni se ha aportado un dictamen pericial de tasación ni la acreditación de ese desequilibrio puede hacerse derivar, sin más, del valor de tasación de la finca establecido (en junio de 2007 y octubre de 2008) a los efectos de ejecución hipotecaria, máxime en un mercado tan deteriorado a consecuencia de la

crisis del sector inmobiliario y de la construcción desde el año 2008.”: SAP Barcelona (Sección 15) 23.10.2013 (Sentencia 377/2013; Rollo 198/2013)

AP Tarragona

“QUINTO.-Por lo que se refiere al pretendido prejuicio irrogado por la venta de la finca y de la nave, la parte actora lo concretaba en un desvalor de la venta a tenor de la tasación pericial de la que disponía la actora desde el año 2005 (folio 258 y ss), que cuantificó en la demanda en 380.930 #, dado que la referida tasación fijó el precio de la finca y nave en 2.589.930 #, IVA incluido, y el precio pactado, IVA incluido, fue de 2.204.000 #, según la demandante.
Sin embargo, si nos atenemos a las cifras fijadas en la escritura pública de compraventa de 18/1/2007 (folios 197 y ss), resulta que la compradora, sobre el precio pactado de 1.900.000#, pagó:
-190.000 # como arras, cantidad que no se corresponde con la realmente entregada en el documento privado de 18/5/2006, en el que se reducen a 120.000 #.
-Un cheque, entregado en el momento de la formalización de la escritura pública, de 42.879,62 #.
-Por cancelación de deudas comerciales existentes entre las dos sociedades, 586.592,12 #.
-1.384.528,26 como saldo pendiente de amortizar como parte de las hipotecas que grababan la finca en las que se subrogó la compradora.
Total 2.133.999,9 # ateniéndonos a unas arras de 120.000 #.
Ahora bien, del precio referido en la tasación, era preciso, como la propia tasación señala, deducirá el importe de las cargas existentes sobre la finca tasada, y no cabe ignorar que sobre la nave existía un arrendamiento por doce años (folio 405) contratado entre la concursada e Incoplast en enero de 2004, hecho probado por el documento correspondiente y por los pagos acreditados en tal concepto por la parte apelante, por lo que era preciso para acreditar el perjuicio real que la deducción se hubiera efectuado antes de fijar el pretendido desvalor.
A lo anterior debemos agregar que la parte apelante se comprometió expresamente en el contrato privado a pagar el IVA, y en la escritura pública consta que entregó a la vendedora la suma de 304.000 en concepto del 16% IVA (folio 225), por lo que agregado ese concepto a la cantidad que constituyó el pago del precio resulta la suma de 2.437.999,9, lo que reduciría el desvalor a 151.930.1 #, pero ello sin deducir la carga arrendaticia y sin tener en consideración que la compradora también se hizo cargo del pago de la cuota de urbanización de 105.022,07, notificada a Incoplast el 15/2/2006 (folio 556), que en otro caso habría de pagar la concursada, y sin ignorar que en el folio 558 obra una tasación de la finca y nave que fija su valor en 1.440.000 #, de lo que derivamos que la compraventa de la nave no resultó perjudicial para la concursada al tiempo de su realización y de las circunstancias concurrentes.”: SAP Tarragona (Sección 1) 03.09.2012 (Sentencia 329/2012; Rollo 212/2012)

4.3 Constitución de garantías

4.3.1 Hipoteca en garantía de nueva financiación o sumistros futuros

Tribunal Supremo

“SEXTO.- Concepto de perjuicio en la acción rescisoria concursal. Jurisprudencia.
1. Son distintos los casos en que un negocio jurídico puede resultar rescindible, a partir de la cláusula general del art. 71.1 LC y las presunciones establecidas en los apartados 2 y 3 del mismo precepto. Cuando no operan tales presunciones, como es el caso, para que el negocio se estime como un acto perjudicial para la masa activa, ha de probarse el perjuicio (art. 71.4 LC).
Existirá perjuicio cuando, de forma injustificada, haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal. En el caso de la constitución de garantías reales, debe partirse de la base de que las mismas tienen un carácter accesorio, se instituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1.857 CC) y, desde este punto de vista, la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia.
La sentencia de esta Sala núm. 629/2012, de 26 de octubre, declaró que:
«El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación».

2. La jurisprudencia, pues, concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado (sentencias núm. 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio; 100/2014, de 30 de abril; 428/2014, de 24 de julio; y 105/2015, de 10 de marzo). Fuera de los supuestos regulados en el apartado 2 del art. 71 LC, en los que se presume iuris et de iure el perjuicio (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio iuris tantum previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, trasladan a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
Cuando el acto impugnado consiste en la constitución de garantías sobre bienes del deudor, la jurisprudencia ha concretado más el concepto de perjuicio, por ejemplo, en las sentencias núm. 58/2015, de 23 de febrero, y 143/2015, de 26 de marzo, al decir:
«La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva una sacrificio patrimonial para la masa activa porque "implica una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito" (Sentencia 100/2014, de 30 de abril)».
SÉPTIMO.- La constitución de la hipoteca en garantía de deudas futuras no supuso perjuicio para la masa.
1. Si aplicamos los criterios expuestos a la constitución de la hipoteca litigiosa, no podemos considerar que perjudicara a la masa, porque no supuso perjuicio patrimonial injustificado. Al contrario, al no garantizar el pago de deudas preexistentes, sino el de deudas futuras contraídas por la recepción de suministros imprescindibles para el mantenimiento de la actividad empresarial de Dipolack, lo que hacía era contribuir a la subsistencia de la empresa y a que siguiera funcionando, lo que supondría la generación de nuevos activos con los que cumplir con el resto de sus acreedores. Es decir, el sacrificio patrimonial que podría suponer la constitución del gravamen tenía como contrapartida el aseguramiento del suministro durante un largo periodo de tiempo -siete años- y, desde ese punto de vista, estaba justificado.
2. La sentencia recurrida no toma en consideración dicha consecuencia económica, sino que desde un planteamiento formal llega a una conclusión que, llevada a sus últimas consecuencias, supondría que cualquier constitución de un gravamen debería ser considerado perjudicial para la masa. Es cierto que, en términos generales, la hipoteca desvaloriza el activo de la deudora, puesto que dificulta la enajenación del bien afectado o incluso su ofrecimiento en garantía si hiciese falta la obtención de crédito; pero ello es consustancial a cualquier gravamen de semejante naturaleza y no por ello es necesariamente perjudicial para la masa, sino que habrá que comprobar si ese sacrificio (la desvalorización) es justificado o no.
Del mismo modo, es también correcta la afirmación de que cualquier constitución de hipoteca, tras la declaración de concurso del deudor hipotecado, sujeta directamente el bien hipotecado al pago del crédito (art. 155 LC) y privilegia al acreedor mediante un derecho de ejecución separada (arts. 55 y 56 LC). Pero son consecuencias comunes a cualquier gravamen hipotecario y no implican, per se, que sea perjudicial para la masa, en los términos que ya hemos expuesto.
3. Por ello, se opone a la jurisprudencia de esta Sala la conclusión de la sentencia recurrida de que la constitución de la hipoteca fue perjudicial para la masa activa del concurso, porque la minoración de la masa en el valor de la carga hipotecaria tuvo como contrapartida razonable el aseguramiento de la continuidad de los suministros necesarios para el mantenimiento de la actividad empresarial de Dipolack, lo que no puede considerarse un sacrificio patrimonial injustificado.
Razones por las que este primer submotivo de casación debe ser estimado, con las consecuencias que luego se dirán.”: STS 26.10.2016 (Sentencia
642/2016; Recurso 966/2014)

AP Alicante

“Punto de partida de la presente resolución ha de ser la concreción del acto que se ataca y de la pretensión que se dedujo en la demanda.
A pesar de la gran confusión que ha provocado la parte actora, por la falta de sintonía entre las alegaciones contenidas en la demanda y la redacción de su suplico, podemos convenir, pues en definitiva ello es lo que ha constituido objeto de debate y se ha resuelto en la resolución ahora recurrida, que lo ejercitado ha sido una acción de rescisión, incardinable en el art. 71.1 LC (" Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta ").
El acto perjudicial para la masa habría sido el contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre las partes el día 2 de febrero del 2009, por un importe de 150.000 # y con un plazo de siete años para su devolución, puesto que el concurso se declaró en abril del 2009. La garantía hipotecaria recayó sobre una finca propiedad de la sociedad prestataria, cuyo valor a efectos de subasta se fijó en poco más de trescientos sesenta mil euros.
Son hechos probados de gran relevancia para la resolución del pleito, los siguientes:
a) Ambas partes venían manteniendo relaciones contractuales con anterioridad al préstamo, originadas por una Póliza de crédito con motivo de descuentos y otras operaciones mercantiles, generalmente consistentes en

operaciones de descuento de efectos que la CAM anticipaba a la descontataria.
b) Los ciento cincuenta mil euros importe del préstamo fueron íntegramente entregados a la sociedad prestataria, sin que se destinara cantidad alguna a abonar, aún parcialmente, la deuda vencida que ya existía en dicha póliza de crédito. La CAM siguió cumpliendo las obligaciones contractualmente establecidas y, una vez declarado el concurso, comunicó un crédito por tal motivo de importe superior a los ciento cincuenta y siete mil euros.
De igual modo, y como con anterioridad se ha anticipado, conviene recalcar que la rescisión que nos ocupa no trae su origen de fraude (ni la más mínima disquisición se ha efectuado por la actora sobre la posible existencia de intención fraudulenta alguna por las partes del contrato de préstamo) sino del dato objetivo del perjuicio para la masa, razón por la que nos encontramos en el ámbito del art. 71.1 LC. Tampoco tiene cabida en el supuesto ante el que nos encontramos (igualmente, tampoco se ha hecho valer) la presunción de perjuicio contenida en el art. 71.2.2º LC (la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas).
SEGUNDO.-
La resolución recurrida expresamente razona la ausencia de fraude, a partir de datos indicados en el anterior fundamento: el abono inmediato que se hizo a la prestataria de la cantidad total objeto del préstamo, su utilización para atender deudas con terceros y la ausencia de cualquier refinanciación de deudas preexistentes con la entidad crediticia. Ahora bien, la sentencia estima la existencia de un perjuicio para la masa, pues los acreedores van a ver "pospuestos sus créditos contra una de las dos naves industriales de la concursada". Entiende el juzgador, en definitiva, que la operación de préstamo obedeció a la intención de posicionarse la CAM en mejor condición ante el inminente concurso, en detrimento del resto de los acreedores.
No compartimos el criterio de la resolución recurrida.
La cuestión nuclear del asunto se encuentra en la determinación del concepto de perjuicio patrimonial, pues ciertamente un criterio de interpretación excesivamente amplio del mismo convertiría en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, y, particularmente, para operaciones bancarias como ante la que nos encontramos.
La jurisprudencia mercantil ha venido considerando que son actos perjudiciales para la masa tanto aquéllos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), cuanto los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto). Más modernamente, se ha avanzado más en la precisión del concepto, con la finalidad de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial por el de "sacrificio patrimonial injustificado", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71.
De otra parte, el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, siempre sería apreciable el perjuicio, pues, como sucede en el caso que nos ocupa, aparece en el concurso un bien con una garantía pudiendo haber llegado sin ella, porque el crédito que se aseguraba resultó inútil para evitar o quizás contribuyó a la situación de insolvencia.
Por último, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
En el supuesto que nos ocupa, y atendiendo a las circunstancias concurrentes ya referidas, nos encontramos con un préstamo destinado por la prestataria a finalidades ajenas a hacer frente al incremento del volumen de impagos de efectos cambiarios descontados o anticipados por la prestamista: era dinero "nuevo
o fresco" que ingresaba en las arcas de la sociedad, a disposición de la misma en su plenitud. Por tanto, nos encontramos en un marco diferente al de la póliza de crédito: nos encontramos ante una entrega de dinero que hace la CAM (préstamo) y la constitución de una garantía real para asegurar su devolución. Quiere decirse con ello que la constitución de la garantía hipotecaria se antojaba como imprescindible para que el banco entregara (prestara) los ciento cincuenta mil euros en cuestión; es decir, la práctica habitual bancaria, en materia de préstamos de importes elevados, exige la constitución de garantías reales, por lo que, en el supuesto ante el que nos hallamos, dicha operación no puede catalogarse sino de absolutamente normal. Téngase en cuenta, además, que atendido el valor de la finca hipotecada, hubiera sido admisible un préstamo de cuantía superior, y dado el valor de tasación pactado, incluso en caso de ejecución hipotecaria, resultaría un hipotético remanente a favor de la masa nada despreciable. En definitiva, el bien gravado con la hipoteca resultaba suficiente y proporcionado a la entidad de las obligaciones asumidas en virtud del préstamo. De otra parte, las condiciones del préstamo hipotecario no consta que fueran onerosas.
Debemos entonces analizar si la mera constitución de la garantía supuso el otorgamiento de un privilegio a la entidad bancaria en perjuicio del resto de la colectividad de acreedores, que verían luego reducida la masa activa con la afección de los bienes del deudor.
Y esto es lo que nos parece que no resulta acreditado en el presente supuesto, por los motivos que venimos exponiendo. La sociedad obtuvo tesorería en una situación coyuntural, obtuvo unas condiciones de financiación que no se han demostrado fuera de mercado, la garantía constituida es proporcionada a las obligaciones contraídas, valorada la operación ex ante no se aprecia una intención fraudulenta ni tampoco puede hablarse de una falta de justificación de una operación común en el tráfico que supuso la entrada de una importante suma de numerario.
Por tales motivos se estimará el recurso, con los pronunciamientos a ello inherentes.”: SAP Alicante (Sección 5) 08.11.2012 (Sentencia 454/2012; Rollo 359/2012)

“PRIMERO. -La Administración concursal del concurso abreviado voluntario de la mercantil Novomolde S.L.,

interpuso demanda incidental contra este último y contra la entidad BANCO POPULAR S.A. en el ejercicio de la acción rescisoria del Art. 71 de la Ley Concursal en relación con un préstamo otorgado por dicha entidad bancaria en favor del concursado mediante escritura de 16 de febrero de 2009 por importe de 150.000 euros, préstamo en cuya garantía constituyó hipoteca sobre una nave industrial, sita en Onil, titularidad de la concursada, aduciéndose que entre ambas mercantiles mediaba una póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles de fecha 18 de junio de 1990, por importe de diez millones de pesetas, siendo la razón de la concesión del préstamo hipotecario que con conocimiento por la entidad financiera de las dificultades económicas de Novomolde y tras dejar aquella de descontar efectos cambiarios y comerciales a la concursada, se pretendía sustituir el riesgo comercial por riesgo hipotecario, situándose la entidad en una situación privilegiada frente a otros acreedores, habiéndose concedido el préstamo por importe muy inferior al valor de la finca hipotecada, no aportando el préstamo solución financiera y de tesorería a la deudora.
La sentencia de primera instancia estimado íntegramente la demanda, declara rescindida la hipoteca constituida en garantía del préstamo argumentando que el préstamo con garantía hipotecaria impugnado por la Administración concursal ha sido perjudicial al resto de acreedores.
Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza BANCO POPULAR S.A. a través del presente recurso de apelación.
SEGUNDO.-Es lo cierto que la pretensión rescisoria ejercitada por la Administración concursal se sustenta sobre el supuesto perjuicio patrimonial sufrido a consecuencia de la operación de préstamo con garantía real sobre inmueble que subrepticiamente, habría venido a constituir una garantía hipotecaria en garantía e operaciones de descuento. Su fundamento, como resulta del tenor de la demanda, lo constituye, no la noción genérica de perjuicio patrimonial a que se refiere el apartado 1 del Art. 71 de la Ley, sino en realidad, sin que se mencione o invoque las distintas presunciones absolutas y relativas que contemplan los apartados 2 y 3 del mismo precepto legal, la presunción *iuris tantum* contenida en el apartado 3-2º del citado precepto.
Lo procedente será entrar en el examen de las particularidades y vicisitudes de la operación financiera que se enjuicia.
La sentencia apelada, niega la existencia de fraude en la operación crediticia así como que se de el supuesto de la presunción invocada -art 71-3-2º-, pero ello no obstante considera que la operación ha sido perjudicial para los terceros acreedores por razón de una garantía otorgada para la concesión de un préstamo por importe muy inferior al valor de la garantía, y estima la pretensión rescisoria.
En su recurso, BANCO POPULAR S.A. pone de relieve que no es cierto que hubiera una posición de la entidad en contra del descuento de efectos de Novomolde S.L. y que ello fuera la causa de la concesión del préstamo, transformando el riesgo como afirma la Administración concursal y acoge, sin fundamento probatorio, el Juez. Lo cierto es que la operación financiera impugnada fue independiente de operaciones preexistentes, en concreto para atender capital circulante, habiéndose hecho uso del préstamo por la concursada sin aplicarlo en momento alguno al pago de operaciones preexistentes incumplidas con el Banco Popular porque no las había. Según consta en el extracto de movimientos de la cuenta de Novomolde, la mercantil hizo uso del préstamo para el pago de cheques y pagarés compensados en otras entidades por terceros, constando adeudado en la citada cuenta el importe de 153.077,37 euros, constando además en la citada cuenta el abono de 32.191,81 euros por descuento de efectos realizado por la entidad apelante. El préstamo fue operación de dinero nuevo que, como reconoce el Juzgador, no fue fraudulento y que debería enmarcarse como acto ordinario -art 71-5 LC -de la actividad de la hoy concursada, que no puede ser rescindida. Y no habiendo fraude, requisito para la rescisión de la hipoteca exigido por la Ley 2/81 -Ley 41/07, no procedería la rescisión hipotecaria pretendida.
TERCERO.-En la Sentencia de instancia se contienen una serie de afirmaciones que, no obstante el pronunciamiento final de la misma, articulan parte de los argumentos que expone en su recurso el Banco Popular.
Así, la Sentencia de instancia 1) niega que se den los presupuestos de la presunción del 3-2º del artículo 71 -constitución de garantías sobre deudas preexistentes-, 2) reconoce que el dinero del préstamo fue ingresado en la cuenta de Novomolde, 3) afirma taxativamente que dicho importe fue destinado por la deudora a la atención de deudas con terceros y 4) no identifica ánimo fraudulento en la operación.
No resultado controvertido en el proceso que, tan pronto como se firmó la escritura de préstamo con garantía hipotecaria el 16 de febrero de 2009, se abonó en una cuenta corriente de Novomolde S.L. en el BANCO POPULAR, el capital prestado de 150.000 # -folio 112-. También se constata en dicho documento que en dicha cuenta se cargaron cheques, recibos varios y pagarés y se abonaron remesas de documentos para descuento.
Del citado extracto se infiere que el préstamo se destinó por la prestataria a sus propias atenciones. Siendo ello así, no vemos que la propia operación de préstamo o que la hipoteca constituida, en tanto que gravamen llamado a garantizar la devolución de esa concreta suma de 150.000 euros, constituya una operación perjudicial para la masa activa del concurso de la mercantil Novolmolde, ni desde luego cabe incardinar tal operación en las presunciones previstas en los apartados 2 y 3 del Art. 71 de la Ley Concursal ni, al margen de tales presunciones, cabe considerar acreditado por parte de la Administración Concursal demandante, a quien correspondía la carga de hacerlo por aplicación del apartado 4 del mismo precepto legal, que tal operación haya provocado un perjuicio patrimonial pues como es evidente, se obtuvo dinero nuevo por la mercantil prestataria que destinó al pago de sus acreedores. Como resulta lógico, la operación crediticia se garantizó en lo que constituía una operación ordinaria del tráfico financiero tanto más dada la relevancia del importe del préstamo, sin que el hecho de que la garantía tuviera más valor sea relevante por cuanto que no constituye sino una garantía y no una contraprestación. Estamos en presencia de lo que la doctrina jurisprudencial denomina "sacrificio patrimonial justificado". Como señala la SAP Barcelona -secc 15- de fecha 6 de febrero de 2009... *el perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio*

patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.
En el caso, la operación puede conceptuarse como préstamo destinado a proporcionar liquidez -"dinero nuevo" en la terminología de la apelante- a la sociedad, sin que cantidad alguna se destinara al pago de deudas que pudiera tener -y no consta - con la apelante BANCO POPULAR. El dinero se destinó, como hemos señalado, al pago de terceros acreedores y por tanto, atendidas ambas circunstancias, el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca estaba justificada, lo que excluye el perjuicio.
Procede en consecuencia estimar el recurso de apelación y revocar la Sentencia de instancia, desestimando la demanda formulada por la Administración Concursal.": SAP Alicante (Sección 5) 22.11.2012 (Sentencia 474/2012; Rollo 378/2012)

AP Castellón

"Por el contrario, sí que procede estimar este recurso en el punto relativo a la hipoteca de máximo constituida en garantía de diversas pólizas de descuento o de crédito en la escritura notarial n. 236, dado que, diversamente a lo afirmado en la demanda (garantizar obligaciones preexistentes), se trata de garantizar obligaciones futuras, tal como viene a expresarse en la propia escritura en relación con el hecho de haberse suscrito simultáneamente aquellas, por lo que al no operar la presunción iuris tantum que si que resultaba aplicable en relación con los créditos y préstamos contemplados en la escritura n. 235, debía haber acreditado la concurrencia del correspondiente perjuicio la parte demandante (71.4 de la Ley Concursal), lo que no puede decirse que haya verificado por no haberse desplegado como tal prueba sobre el particular y no poder desprenderse sin más de la operación desde el momento en que aquellas pólizas supusieron otorgar una financiación apta para el desarrollo de su objeto social en pro de una viabilidad que no podía más que operar en beneficio del al resto de acreedores, quedando excluida la constitución de la garantía de un atentado a la paridad de trato y ubicándose propiamente en el ámbito de la correspondiente contraprestación. Ciertamente, aunque ello suponga alterar en cierto modo los términos en que fue planteado como tal el debate, pudiere plantearse si estas pólizas no venían a ser una sustitución de las precedentes dada la existencia de líneas de descuento con anterioridad a tenor de la documental adjuntada a la demanda (en una línea próxima a la defendida por la concursada en su escrito de oposición a los recursos), con lo que operaría la presunción de perjuicio del art. 71.3.2º de la Ley Concursal, con la imposible destrucción en el presente caso antes fijada. Sin embargo, el desconocimiento de su suerte, pues nada consta sobre el particular y la nula presencia de todo indicio de fenómeno novatorio, sin que por mera razón de fechas quepan conclusiones alternativas, no permiten otra determinación que la verificada.": SAP Castellón (Sección 3) 12.07.2012 (Sentencia 368/2012; Rollo 371/2012)

AP Madrid

"1.- Dentro del total de la suma prestada de 330.000 Ñ existe una cantidad de 39.000 euros que el concursado Sr. Nicolas nunca transfirió a su empresa MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. y que destinó a sus propias atenciones. Siendo ello así, no vemos que la propia operación de préstamo o que la hipoteca constituida, en tanto que gravamen llamado a garantizar la devolución de esa concreta suma de 39.000 Ñ, intereses y costas correspondientes, constituya una operación perjudicial para la masa activa del concurso del Sr. Nicolas : ni cabe incardinar tal operación en las presunciones previstas en los apartados 2 y 3 del Art. 71 de la Ley Concursal ni, al margen de tales presunciones, cabe considerar acreditado por parte de la Administración Concursal demandante, a quien correspondía la carga de hacerlo por aplicación del apartado 4 del mismo precepto legal, que tal operación haya provocado un perjuicio patrimonial.": SAP Madrid (Sección 28) 07.05.2012 (Sentencia 140/2012; Rollo 331/2011)

AP Sevilla

"QUINTO.-En el supuesto analizado en la presente litis, no estamos ni en un supuesto de presunción iure et de iure, ni iuris tantum, de modo, que la Administración Concursal viene obligada a demostrar que ciertamente ha tenido lugar ese perjuicio patrimonial. No es posible encuadrarla en la segunda de las presunciones iuris tantum, referida a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas en sustitución de aquellas. Para ello sería necesario que estuviésemos ante supuestos idénticos, es decir, que la concursada fuera la única obligada principal, cuando en la póliza de crédito, deudora principal era la entidad Nefilin, S.L., y la concursada mera fiadora, desde luego solidaria, cláusula decimotercera, folio 16 de los autos, pero ello no desvirtúa que estamos ante una obligación caracterizada por la accesoriedad, frente a la deudora principal, aunque se haya renunciado al beneficio de excusión. Por tanto, se trata de obligaciones diferentes y no se trata de sustituir una por otra. Bien podemos estar ante la necesidad de tesorería, para la que se acude a un préstamo, pero respecto del que la entidad prestamista exige garantías adicionales, como es una garantía real.
Estamos ante un préstamo, cuya realidad no se discute por la parte actora, de modo que entiende que ha de incluirse dicho crédito de la entidad demandada, aunque se pretende rescindir la garantía real, en orden a que no tenga esa consideración de crédito privilegiado. Qué ha existido la oportuna prestación por parte del prestamista, es decir, la entrega una cantidad de dinero concreta y determinada y que el prestatario ha de devolver no se discute. Obligación de restituir que nace desde la perfección del contrato de préstamo, bien en su integridad, bien en la cuantía y plazos que se hayan pactado en cumplimiento de la obligación que establece

el artículo 1753 del Código Civil. No se pone en duda tampoco la obligación de restituir la suma recibida más los interese pactados.
Es cierto que tanto el préstamo como la garantía real se formalizaron en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, porque se formalizó el préstamo y se constituyó la garantía real en escritura pública otorgada el día 8 de abril de 2.008, y éste se declaró el día 25 de mayo de 2.009. La entrega del importe del préstamo, como hemos señalado, no se pone en duda y se acredita mediante la oportuna documental, de la que se deduce que la suma de 1.260.000 euros se ingresó en una cuenta bancaria de la concursada, que dispuso de la mayor parte ese mismo día, transfiriendo 1.187.581,97 euros a una cuenta de la entidad Nefilin, S.L., al parecer controlada, al igual que la concursada, por Don Hugo. Esta última entidad había formalizado con la entidad demandada una póliza de crédito, por importe máximo de 2.750.000 euros, con fecha 30 de marzo de 2.007, con vencimiento a un año, siendo fiadora la concursada. A la fecha del vencimiento no se permitió la renovación.
De estos hechos deduce la parte actora que hubo un pacto para conceder garantías adicionales al importe adeudado, de ahí que se otorgue la garantía real, cuya rescisión se pretende en los presentes autos. Sin embargo, no se ha realizado el menor esfuerzo para acreditar este concierto de voluntades, esa intención de beneficiar a la entidad bancaria, en su condición de acreedora de la concursada. No existe una prueba que así lo permita deducir inequívocamente, porque del importe del préstamo quien dispuso, quien realizó el acto de voluntariedad, fue la concursada que transfirió la mayor parte del importe del préstamo a favor de aquella entidad, pero que ha dispuesto de 69.268,02 euros, sin que exista el menor indicio de que hubo un previo concierto de voluntades entre prestataria y prestamista. Se ignora en los presentes autos si realmente la entidad Nefilin, S.L., no iba a poder hacer frente al importe que adeudaba, de modo que la acreedora se iba a dirigir contra la concursada.
No se aporta prueba que indique que, al momento de constituirse esa garantía real, la concursada estaba en una situación en la que fundadamente era presumible que se vería abocada a un concurso, y de este modo, se trataba de favorecer a un acreedor frente a los demás, cuando, insistimos, se ignora si la entidad bancaria iba a ejercitar la acción contra la concursada, dada su condición de fiadora en esa póliza de descuento, ya que se desconoce la situación patrimonial de la deudora principal.
A estos efectos, no puede considerarse suficiente el allanamiento de la concursada, dado su evidente interés, en cuanto a que se trata de salvar el que parece ser domicilio familiar del Sr. Hugo, lo cual, que no sería tan fácil ante un crédito privilegiado, con los beneficios que le reconoce el artículo 155 de la Ley Concursal, frente uno ordinario a valorar dentro del convenio.
No se puede compartir la afirmación que se realiza por la parte actora, en el sentido de que mediante esta operación de préstamo con garantía real no podría repetir la concursada contra aquella entidad, porque la concursada gozaría de idéntica protección. A efectos legales, la facultad de repetición frente al deudor es igual, en términos generales, salvo matizaciones innecesarias de resaltar en la presente litis. Da lo mismo el pago de un fiador como de un tercero, frente al deudor principal.
En consecuencia, la acción ha de decaer": SAP Sevilla (Sección 5) 28.05.2012 (Sentencia 277/2012; Rollo 2964/2012)

"PRIMERO.- Por Don Adrian, Don Elias y Don Justo, Administradores Concursales en el Concurso voluntario de la entidad Gestiones y Edificaciones, S.L., se ejercitó acción rescisoria contra la propia concursada y Banco Pastor, S.A., interesando la rescisión de la póliza de préstamo y de la garantía prendaría sobre los derechos de arrendamientos de los inmuebles propiedad de la concursada, sito en CALLE000 núm. NUM000, NUM001 planta, letras NUM002 y NUM003, de Sevilla, fincas registrales NUM004 y NUM005 del Registro de la Propiedad núm. 12, que se formalizó el día 15 de enero de 2.009. La entidad Banco Pastor, S.A., única que compareció, se opuso. Entre otras razones, alegaba que no concurrían los requisitos legales. Por parte del Juzgado, tras la oportuna tramitación, se dictó Sentencia que desestimó la demanda, interponiéndose recurso de apelación por parte de los Administradores Concursales que reiteraron sus pretensiones. (...)
TERCERO.- En el supuesto analizado en la presente litis, no estamos ni en un supuesto de presunción iure et de iure, ni iuris tantum, de modo, que la Administración Concursal viene obligada a demostrar que ciertamente ha tenido lugar ese perjuicio patrimonial. No es posible encuadrarla en la segunda de las presunciones iuris tantum, referida a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas en sustitución de aquellas. Para ello sería necesario que estuviésemos ante supuestos idénticos, que no es el caso, ya que la póliza anterior se había cancelado con fecha 28 de diciembre de 2.008, momento a partir del cual, podía haber instado la acreedora, ante la falta de satisfacción voluntaria por parte de la deudora, el oportuno amparo judicial en satisfacción de su derecho, incluidas medidas preventivas que lo garantizasen, y, sin embargo, decide formalizar un nuevo préstamo en el que obviamente exige mayores garantías, que no solo se limita a la prenda, sino a la constitución de una fianza. Estaríamos más bien, como acertadamente razona el Juez a quo, ante actos ordinarias de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, que el párrafo quinto del artículo 71 de la Ley Concursal excluye expresamente de que puedan ser objeto de rescisión. Claramente se trata de necesidad de tesorería, para la que se acude a un préstamo, pero respecto del que la entidad prestamista exige garantías adicionales, como es una garantía real.
Es evidente que ha existido la oportuna prestación por parte del prestamista, es decir, la entrega una cantidad de dinero concreta y determinada, que el prestatario ha de devolver. Obligación de restituir que nace desde la perfección del contrato de préstamo, bien en su integridad, bien en la cuantía y plazos que se hayan pactado en cumplimiento de la obligación que establece el artículo 1753 del Código Civil. No se pone en duda tampoco la obligación de restituir la suma recibida más los interese pactados.
Es cierto que tanto el préstamo como la garantía real se formalizaron en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, porque se formalizó el préstamo y se constituyó la garantía real, con intervención Notarial el día 15 de enero de 2.009, y aquel se declaró el día 14 de septiembre de 2.009.

De estos hechos deduce la parte actora que hubo un pacto para conceder garantías adicionales al importe adeudado, de ahí que se otorgue la garantía real, cuya rescisión se pretende en los presentes autos. Sin embargo, no se ha realizado el menor esfuerzo para acreditar este concierto de voluntades, esa intención de beneficiar a la demandada, en su condición de acreedora de la concursada. No existe una prueba que así lo permita deducir inequívocamente, máxime cuando podía haber sorteado todos estos inconvenientes no accediendo a formalizar el nuevo préstamo, sino exigir el cumplimiento del ya vencido.
No se aporta prueba que al momento de constituirse esa garantía real, la concursada estaba en una situación en la que fundadamente era presumible que se vería abocada a un concurso, y de este modo, se trataba de favorecer a un acreedor frente a los demás.
Por todas estas consideraciones, no procede acoger la pretensión de los recurrentes.": SAP Sevilla (Sección 5) 10.09.2012 (Sentencia 422/2012; Rollo 4393/2012)

4.3.1.1 Pero rescisión de las garantías constituidas con los fondos del propio préstamo

AP Murcia

"En el presente caso, aunque la sentencia de primera instancia no hace referencia expresa al tema del carácter ordinario de la operación realizada en condiciones de normalidad, no es menos cierto que sí se descarta dicha posibilidad porque concluye en su Fundamento Jurídico Sexto que dicha operación es perjudicial para la masa de acreedores, relatando las distintas disposiciones que derivaron de la misma y poniendo de relieve que sólo 400.000 # de los 6.000.000 # prestados acabaron aplicados al fin para el que se había realizado dicha operación, existiendo un "exceso garantizado", y asunción de costes que debían ser de Torrevisa, S. A., por lo que claramente se está reseñando el carácter anormal de la operación. Hay, por lo tanto, una respuesta negativa tácita a la cuestión planteada por la demandada sobre la no aplicabilidad del art. 71.5.1º LC, por lo que se ha de rechazar este primer motivo del recurso.
A lo dicho en la sentencia podría añadirse que la asunción por la prestataria de los costes de la operación, ab initio, por un importe superior al 50 % de lo prestado (el 1.8000.000 # de los depósitos pignorados para atender el pago de intereses y el 1.500.000 # de los gastos financieros de los avales prestados por el propio Banco Popular respecto de los pagarés emitidos por Torrevisa, S. A), es un dato más del carácter anormal de la operación financiera llevada a cabo, pues realmente no se prestaba el nominal referido, sino menos de la mitad, quedando el resto, desde el primer momento, bajo la esfera de poder del prestamista, con garantía reales sobre dichos importes. El informe pericial aportado por la demandada para acreditar la normalidad de la operación no tiene en cuenta estos datos, e incluso los desconoce, asumiendo que el banco entregó inicialmente los seis millones de euros a la prestataria, y que ésta dispuso libremente de ellos, lo que se evidencia que no ha sido así, por lo que dicho informe no puede ser tenido en cuenta para justificar que se trataba de un acto ordinario de la actividad empresarial de la deudora, realizado en condiciones normales.
TERCERO.- Denuncia en segundo lugar el recurrente error en la valoración de las pruebas cuando circunscribe la operación a un préstamo de Torrevisa al Grupo Nicolás Mateos para la promoción urbanística en Brasil, sin tener en cuenta que entre dichas entidades existían otros acuerdos, a los que era ajeno el banco, por lo que determinadas sumas fueron transferidas por orden del representante del Grupo Nicolás Mateos a favor de Torrevisa.
Las pruebas practicadas, sobre todo las declaraciones tanto del representante legal de la concursada, como de Torrevisa, cuyo enfrentamiento actual es evidente con acusaciones recíprocas en el ámbito penal, y la sentencia dictada por el propio Juzgado el 13 de marzo de 2012 (folios 211 a 213) en el incidente seguido en este mismo concurso a instancia de Torrevisa, evidencian que la operación tenía como finalidad obtener liquidez para la operación urbanística en Brasil, aunque el Banco Popular no era ajeno a la misma, pues avala los pagarés emitidos por Torrevisa para facilitar el capital (6.000.000 #) y ofrece un préstamo por dicho importe a Grupo Nicolás Mateos, S. L. U., con pignoración de los pagarés. En las condiciones en las que se realiza la operación se evidencia que la misma está diseñada y dirigida por dicho banco, ya que determinó el destino de la mayor parte de su importe; así, 1.800.000 # se destinaron a constituir depósitos e imposiciones que quedaron también pignorados en poder del banco, para garantizar el pago de intereses, y 1.500.000 # fueron inmediatamente transferidos a Torrevisa que los entrega igualmente al banco como importe del coste de la operación de aval de los pagarés de Torrevisa, tal y como reconocen todas las partes durante sus declaraciones en el acto del juicio. Todo ello tiene lugar el mismo día (20 de diciembre de 2007) de la firma de la póliza de crédito. Igualmente, otros 100.000 # quedan en poder del banco para gastos de dicha póliza y 400.000 # se envían a la mercantil creada en Brasil para la promoción urbanística (Lagoa do Coelho Emprendimientos Turísticos Ltda.) de la que ambas sociedades eran socias (el 41#75 % de participaciones era de Torrevisa y el resto del Grupo Nicolás Mateos), aunque en dichas fechas estaba administrada exclusivamente por la primera, según reconoció el representante legal de Torrevisa en su declaración testifical. También el mismo día se ordena por el representante legal del Grupo Nicolás Mateos que el resto, 2.200.000 #, sea transferido a la empresa brasileña, como consta al folio 148, si bien no se realiza dicha transferencia, según el ordenante porque el banco exigía determinada documentación internacional, y cuando el prestatario, al cabo de varios meses le dirige un requerimiento para que le permita la disposición de ese importe, se ve sorprendido por una denuncia penal por estafa interpuesta por Torrevisa, que da lugar a que el Juzgado de Instrucción de Torrevieja ordene la retención de dicha cantidad a las resultas del procedimiento, procedimiento en el que también figura imputado el propio denunciante.

Por todo ello, no puede aceptarse la tesis del recurrente de que el banco era ajeno a las operaciones que se realizaron, pues el hecho de que casi la totalidad del importe del préstamo no haya llegado al prestatario y sigue siendo administrado y controlado por el propio banco, evidencia que tiene una participación clara y directiva en el negocio celebrado y en sus vicisitudes.
CUARTO.- También se recurre la sentencia invocando infracción del art. 73.1º LC que señala como efecto de la rescisión de las operaciones la restitución de las prestaciones que se hayan realizado. Considera el apelante que la sentencia le obliga a la entrega de los pagarés pignorados, así como el activo que queda en la cuenta (2.200.000 #) y demás valores dados en garantía, cuando ya entregó en su día los 6.000.000 #, lo que supone un doble pago, cuando la rescisión debía ser total y no parcial, tanto de las garantías como del préstamo.
El motivo no puede prosperar, pues la sentencia de primera instancia no declara rescindible la operación de crédito concertada, sino determinados aspectos de la misma, en concreto las garantías pignoraticias constituidas a favor de la entidad de crédito. La operación base sigue vigente, de ahí que se reconozca al banco un crédito ordinario en el concurso de la mercantil prestataria de 6.000.000 #.
Es cierto que la sentencia impone al banco la entrega a la Administración Concursal de los efectos pignorados (tanto los pagarés como las imposiciones existentes en el banco), pero ello es la consecuencia necesaria del carácter perjudicial de las garantías impuestas, y nada tiene que ver con el resultado de la operación ficticia que se ideó para dar apariencia a los pagarés que se creaban para sustentar dicha operación. No se trata aquí de determinar la efectividad de los pagarés o del aval, pues lo cuestionado en este procedimiento es la validez de las garantías pignoraticias constituidas a favor del banco.
QUINTO.- También se denuncia aplicación indebida del art. 73.3.1º LC, porque no existe perjuicio para la masa activa, ya que estamos ante un actor normal, con entrega del capital y garantías simultáneas, siendo una operación válida la de compraventa de participaciones realizada por Torrevisa al Grupo Nicolás Mateo, como ha proclamado la sentencia del propio Juzgado en el incidente concursal nº 2 y teniendo carácter ordinario las garantía concertada y habiendo dispuesto el prestatario de la totalidad del crédito que se le concedió.
La Sala coincide plenamente con la valoración que hace la sentencia de primera instancia sobre el perjuicio para la masa de las garantías concertadas, que disminuyen desde el primer momento el importe del crédito concedido, con un pago anticipado de los intereses que va a generar (se obliga a constituir depósitos que quedan desde el inicio en poder del banco para cobrarse la totalidad de los intereses que se van a generar a lo largo de siete años), y se le resta también los costes de constitución de los avales que el banco concede a la empresa que libra los pagarés, como antes se ha señalado, existiendo una clara disminución injustificada del activo, y una posición privilegiada del acreedor, no por la existencia de una garantía, sino por el exceso de la misma en función de la operación concertada.
La sentencia comentada del propio Juzgado en otro incidente concursal declara la validez de la compra de participaciones sociales entre las mercantiles, pero niega la existencia de un préstamo entre Torrevisa y el Grupo Nicolás Mateos, señalando que se trata de una operación simulada, para conseguir financiación, y tal y como se viene afirmando a lo largo de la presente resolución, el banco no es ajeno a tal simulación, dirigiendo el entramado negocial que se lleva a cabo.
En cuanto al carácter ordinario o no de la operación, la Sala se remite a lo ya dicho en el Fundamento Jurídico Segundo.
SAP Murcia (Sección 4) 06.06.2013 (Sentencia 372/2013; Rollo 1236/2012)

4.3.2 Cesión de créditos en garantía sin que se haya acreditado perjuicio (?)

AP Valencia

PRIMERO.- En autos de incidente concursal se dictó sentencia por el Juzgado de lo Mercantil por la que se desestimaba la demanda que, en ejercicio de la acción de reintegración, formuló Braulio, Administrador Concursal del concurso abreviado nº 1486/2009 de la mercantil CIBO SL, contra la mercantil CESAREO MUNERA SL.
Interpone recurso de apelación el Administrador Concursal alegando al efecto la infracción del artículo 71 de la LC por cuanto había quedado acreditado que, en fechas previas a la admisión del concurso voluntario, la entidad concursada y la demandada habían protocolizado notarialmente dos cesiones de crédito (retenciones) por importe conjunto de 256.314'83 Euros, sin que en dicho documento se mencione el origen de la deuda que las cesiones vienen a saldar, ni el importe de la deuda viva tras esa cesión, de lo que resultaba el perjuicio evidente para la masa activa del concurso. Añade que sostiene la infracción del citado artículo 71 LC porque la cesión se realizó únicamente a favor de un acreedor, supuso una merma del activo, se protocolizó en fechas previas a la solicitud del concurso, se ha producido un perjuicio evidente del par conditio creditorum, no se recoge en el documento las facturas a las que se imputa el reconocimiento ni que el saldo de deuda está vivo a fecha de la cesión y no ser la cesión de crédito actos normales de la actividad empresarial. Tras la cita de resoluciones que estimaba de interés al caso terminaba solicitando sentencia por la que se estimara su demanda inicial.
La representación procesal de la mercantil CESAREO MUNERA SL solicitó la confirmación de la sentencia dictada en la instancia en base a las alegaciones contenidas en su escrito de oposición al recurso de apelación, que consta unido a los autos.
La representación procesal de la entidad concursada, CIBO SL, se adhirió al recurso de apelación formulado por el Administrador concursal.

SEGUNDO.- La Sala, examinado que ha sido el contenido de las actuaciones y visionado el acto de la vista que por soporte de grabación audiovisual consta en las mismas, ha de confirmar la sentencia dictada en la instancia de conformidad con las consideraciones jurídicas que a continuación se exponen y por las que se da contestación al recurso de apelación (art. 465.5 de la LEC).
Según resulta de los autos, las entidades CIBO SL y CESAREO MUNERA SL otorgaron escritura pública en fecha 29 de octubre de 2009 en la que aparecen incorporados sendos documentos privados, de fechas 1 de septiembre de 2008 y 1 de abril de 2009, en los que se afirmaba que CIBO en fecha 16 de marzo de 2009 había firmado en garantía de pago de las relaciones comerciales y crediticias existentes entre las partes la cesión de una serie de retenciones de naturaleza económica de empresas que a continuación aparecían relacionadas en cada uno de tales documentos y que ascendían, en el primer caso, a 121.050'84 Euros y a 135.263'99 Euros en el segundo. En el documento publico se acuerda llevar a cabo la notificación a las empresas relacionadas a fin de que en el momento del nacimiento de la obligación de pago éste lo efectúen a la mercantil CESAREO MUNERA SL. Igualmente resulta de las alegaciones contenidas en los autos que la solicitud de declaración de concurso voluntario de la mercantil CIBO SL se produjo el 19 de noviembre de 2011.
Ahora bien, y no obstante la proximidad de las fechas en que se otorgó la escritura pública y aquella otra en que se solicitó el concurso voluntario, -dentro del plazo de dos años a que se refiere el artículo 71 de la LC -, no es de apreciar que el referido acto de cesión de créditos sea rescindible a los efectos del citado precepto. A este respecto ha de tenerse en cuenta que la cesión de créditos a que se viene haciendo referencia no es de posible inclusión en ninguno de los supuestos en que el prejuicio patrimonial se presume conforme a lo establecido en los apartado 2 y 3 del citado precepto -sin admitir prueba en contrario o salvo prueba en contrario, según el apartado-, por lo que la valoración del acto, y su perjuicio patrimonial para la masa activa, ha de ser objeto de correspondiente prueba por quien ejercita la acción rescisoria, en este caso el Administrador Concursal. Desconoce la Sala, por no constar incorporado a los autos como prueba documental, el importe total del activo y pasivo de la entidad concursada a la fecha de la solicitud del concurso, lo que a su vez impide realizar la oportuna comparación de las cuantías a los efectos de determinar la representación que tiene el importe que se discute en autos en el patrimonio del concurso, constando por el contrario en los autos la sentencia dictada por el Juez del concurso (f. 55), de fecha 14 de mayo de 2010, por la que se reconoce a la mercantil CESAREO MUNERA SL un crédito en la lista de acreedores de CIBO SL por importe de 429.688 euros, con la clasificación de crédito ordinario, de lo que resulta que el importe de la cesión de créditos realizado en la escritura pública no supone la eliminación de la entidad hoy apelada de la lista de acreedores de la concursada. Igualmente es de señalar la circunstancia de que la cesión de créditos viene representada por retensiones de obra practicadas por las distintas entidades que aparecen reflejadas en el documento público de 29 de octubre, por lo que se trata de meras expectativas de cobro sometidas tanto a la fecha de sus respectivos vencimientos (que tampoco constan en autos) como al correcto cumplimiento de las obras ejecutadas por CIBO SL.
En definitiva, no habiendo quedado acreditado el carácter perjudicial del acto de cesión de créditos, pues no resulta de la prueba practicada que el mismo incida negativamente en la masa activa del concursado, ha de mantenerse la sentencia dictada en la instancia.”: SAP Valencia (Sección 9) 14.05.2012 (Sentencia 178/2012; Rollo 88/2012)

4.3.3 Hipoteca y cesión de derechos del promotor al constructor que posibilitaron la continuación de las obras (incluso tras el concurso) y su finalizaciòn

AP Valencia

“SEGUNDO.- La Sala, examinado que ha sido el contenido de las actuaciones en uso de la función revisora que le es propia, no acepta los razonamientos jurídicos de la sentencia apelada en atención a las consideraciones jurídicas que a continuación se exponen y por las que se da contestación a los distintos motivos del recurso de apelación (art. 465.5 LEC).
Resulta del contenido de los autos el siguiente devenir de hechos cronológicos:
1) El 19 de octubre de 2007 GETURSA, en calidad de promotora del conjunto urbanísimo residencial AGUA MARINA MONCOFA, suscribió con la mercantil FCC contrato para la construcción por ésta última de las obras de 114 apartamentos, 125 plazas de aparcamiento y 37 trasteros en plantas de sótanos, así como zonas comunes con jardines, piscina, padel y juegos infantiles, según proyecto del arquitecto Sr. Jose Carlos y con precio total inicial según contrato de 7.850.000 Euros más IVA (8.399.500 Euros).
2) Iniciadas las obras empezaron los retrasos en el pago de las certificaciones por parte de GETURSA, resultando al mes de noviembre de 2008 que del total ejecutado por FCC, 3.650.000 Euros, solo se había abonado por la promotora 1.672.634 Euros, procediéndose por la hoy apelante, de conformidad con la cláusula décimo primera del contrato de adjudicación de obras suscrito entre ambas partes, a la paralización de las obras. Igualmente, FCC instó procedimiento cambiario por los pagarés entregados por GETURSA y que habían resultado impagados, que fue turnado al Juzgado de Primera Instancia nº 6, -autos 872/09-, en reclamación de 1.092.390'81 Euros de principal, y en sede del cual se embargaron a GETURSA 40 viviendas, 40 garajes y 13 trasteros de la promoción a que se ha hecho referencia, así como un solar en Alboraya y una parcela en Almenara.
3) Al momento de la paralización de las obras, y según informe confeccionado por el arquitecto Sr. Casimiro, los trabajos realizados por la constructora suponían un 44'289% de la obra total. En junio de 2009, y dada la situación, se llega a un acuerdo por las partes contratantes por el que GETURSA otorga garantía hipotecaria sobre los garajes y trasteros, que cubría lo debido hasta ese momento, así como las cantidades necesaria para

finalizar la obra, y, a un tiempo, cesión de cobro directo del préstamo hipotecario que para la ejecución de la promoción inmobiliaria la entidad BANKIA había concedido a la mercantil hoy concursada.
4) En consonancia con tal acuerdo, GETURSA y FCC otorgan en fecha 29 de julio de 2009 escritura pública de "reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca", por el que reconociendo el importe adeudado (incluyendo los costes derivados del procedimiento judicial cambiario) más el que quedaría pendiente de certificar hasta la finalización de las obras, las partes acuerdan la continuación de las obras paralizadas y el abono de las mismas así como poner fin al procedimiento judicial, garantizando el pago con la constitución de hipoteca sobre las fincas que se expresan en la escritura y que correspondían a la promoción "Aguamarina Moncofa". Igualmente, con la misma fecha, de 29 de julio de 2009, se otorga escritura pública por las mercantiles GETURSA, FCC y BANKIA, en la que se hace constar que dicha entidad bancaria concedió por escritura de 17 de enero de 2007 a la mercantil GETURSA un préstamo por importe de 18.684.600 Euros, garantizado con hipoteca; que GETURSA había contratado con FCC el 19 de octubre de 2007 la construcción de las obras de la promoción a que se viene haciendo referencia; y que para atender al pago de dicho contrato se había convenido la cesión de los derechos de cobro del préstamo hipotecario concedido por BANKIA hasta la suma de 6.500.000 Euros. Con arreglo a tal expositivo, GETURSA cede irrevocablemente a FCC, que acepta, el derecho a disponer del referido importe de seis millones y medio de euros, aceptando en dicho acto BANKIA el mandato para que las cantidades así cedidas fueran abonadas en la cuenta designada en la escritura de préstamo e inmediatamente transferidas a la cuenta abierta a nombre de FCC en la misma entidad bancaria. Se fija en dicho documento público los pagos que deberían efectuarse a medida que se realizaran los porcentajes de edificación que se determinan, quedando un restante (1.460.000 Euros) a pagar una vez concluida la construcción del edificio y acreditada que sea la venta en os términos y condiciones que en dicha escritura se determinan.
5) Otorgados ambos documentos públicos, la entidad FCC reanuda la construcción del complejo inmobiliario. Apenas dos meses y medio después, el 19 de octubre de 2009, la entidad GETURSA es declarada en concurso voluntario por Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia; no obstante ello, la construcción del complejo inmobiliario sigue adelante según lo convenido en aquellas escrituras, prestando para ello su consentimiento la administración concursal quien, según la documentación incorporada a los autos por la entidad BANKIA, autoriza con su firma los diferentes documentos de cobro a cuenta del préstamo, de modo que las obras quedan terminadas el 31 de agosto de 2010 según acta de recepción obrante al folio 425 de autos.
Con arreglo al anterior relato de hechos no es posible estimar las acciones de reintegración que respecto de las escrituras públicas de 29 de julio de 2009 ejercita la administración concursal, -ni aún con el carácter parcial que ulteriormente se predicó en el acto de la vista del incidente en relación con la correspondiente a la escritura de cesión de cobro-, pues es lo cierto que en lo que se refiere a ésta última las partes se limitaron a establecer una forma de pago para cubrir las certificaciones de obra ejecutadas y pendientes de ejecutar con cargo al préstamo que para la ejecución de la promoción inmobiliaria "Aguamarina Moncofa" BANKIA había concedido a la mercantil GETURSA, pagos que han de ser calificados de actos ordinarios de la actividad empresarial de la deudora en los términos que establece el artículo 71.5.1º LC y que fueron realizados en condiciones normales, al punto de que todos ellos fueron conocidos, consentidos y autorizados por la Administración Concursal y que la propia entidad hipotecante, BANKIA, también consiente, acepta y paga, resultando especialmente relevante a estos efectos que la inicial postura de dicha entidad bancaria en este procedimiento fuera de oposición a la acción de rescisión respecto de la escritura pública de cesión de derechos de cobro.
Como se ha señalado, la Administración Concursal solicitó en su escrito de demanda la rescisión de la escritura de "cesión de cobro" formalizada entre FCC, GETURSA y BANKIA, si bien posteriormente, en el acto de la vista, manifestó realizar una aclaración del suplico de su demanda -lo que realmente era una modificación o alteración de su petitum- a fin de que sólo se rescindiera dicha escritura pública en la parte correspondiente al pago final de 1.460.000 Euros, petición ésta que igualmente ha de ser denegada pues dicho pago, que responde a parte del precio convenido para la ejecución de la obra, no puede ser considerado aisladamente sino en relación con el contexto y circunstancias en que fue otorgada la escritura pública y que respondía a un acuerdo global para llevar a cabo la total ejecución de las obras. En definitiva, y debiendo ser considerado el otorgamiento de la escritura de cesión de los derechos de cobro de fecha 29 de julio de 2009 de acto ordinario de la actividad empresarial del deudor realizados en condiciones normales, y conforme a lo previsto en el apartado 5.1º del artículo 71 de la Ley Concursal, no puede ser el mismo objeto de rescisión.
E igualmente ha de ser desestimada la acción de rescisión respecto de la escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca otorgada por GETURSA y FCC, de conformidad con lo establecido en el apartado 3.2º del artículo 71 de la Ley Concursal, por cuanto de los autos resulta acreditado que la constitución de tal garantía real no causó perjuicio patrimonial alguno a la entidad GETURSA sino que, muy al contrario, y dadas las difíciles circunstancias que concurrían en el proceso constructivo de la promoción Aguamarina Moncofa, determinó un beneficio para su masa activa al permitir la conversión de una edificación al 44% de su ejecución -de evidente imposible realización en el mercado- en un proyecto constructivo totalmente realizado al 100% que habilita a la entidad concursada a poner en el mercado los correspondientes inmuebles con el consiguiente incremento de su activo, circunstancia ésta última a la que ineludiblemente debieron atender los administradores concursales al aceptar y autorizar los sucesivos pagos de las certificaciones de obra en los términos acordados en la escritura pública de cesión de los derechos de cobro; es decir, ambas escrituras, aún debiendo ser examinadas a la luz de distintos preceptos - apartado 3 y apartado 5 del artículo 71 LC - obedecían a un acuerdo global adoptado con la finalidad de conseguir la total ejecución de las obras a las que reiteradamente se han hecho referencia, sin que por cuanto se ha expuesto sea de apreciar motivo legal para su rescisión. Procede, por tanto, estimar el recurso de apelación con la consiguiente desestimación de la demanda inicial de las actuaciones.”: SAP Valencia (Sección 9) 16.07.2012 (Sentencia 283/2012; Rollo 279/2012)

4.4 La mera concesión, renovación o ampliación de una operación crediticia (incluso cancelación anticipada + nueva operaciòn) en sí misma considerada no es perjudicial

AP Madrid

“PRIMERO.- Constituyen precedentes de conveniente mención para la adecuada comprensión de las claves del litigio, y en definitiva del presente recurso, los siguientes:
1.- Tal y como había venido sucediendo anual o bianualmente desde el año 2002, el 13 de junio de 2008 CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO y la concursada OBRAS Y ESTRUCTURAS S.A. suscribieron una póliza de crédito (identificada con el número 5571-2440090-61) con el límite de 1.000.000 Ñ en renovación de otra suscrita en el año 2006, obteniendo así la acreditada un nuevo plazo que habría de vencer el 13 de junio de 2009.
2.- Antes de que expirara dicho plazo, concretamente el día 12 de noviembre de 2008, OBRAS Y ESTRUCTURAS S.A. procedió a cancelar íntegramente el saldo deudor derivado de la antedicha póliza de crédito (1.007.437,11 Ñ) para lo cual utilizó los fondos de los que disponía en la cuenta corriente número 2090.5571.50.0040002640 que mantenía en la mencionada entidad crediticia CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO.
3.- En la misma fecha, es decir, el 12 de noviembre de 2008, la mencionada cuenta corriente número 2090.5571.50.0040002640 acababa de ser nutrida mediante el otorgamiento de un préstamo con garantía hipotecaria otorgado por CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO en favor de OBRAS Y ESTRUCTURAS S.A. y de otra sociedad de su grupo por importe de 2.350.000 Ñ, suma que, en parte, se utilizó precisamente para la cancelación del aludido saldo deudor derivado de la póliza de crédito número 5571-2440090-61.
4.- En el mes de octubre de 2009 se declaró a OBRAS Y ESTRUCTURAS S.A. en situación de concurso de acreedores.
5.- La Administración Concursal de dicha entidad ejercitó, con base en el Art. 71 de la Ley Concursal, acción de reintegración contra la concursada y contra CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO con el fin de compeler a esta entidad a la devolución a la masa de la suma de 1.007.437,11 Ñ por representar, en el sentir de la demandante, una censurable hipótesis de pago anticipado de deuda no vencida.
6.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO a través del presente recurso de apelación.
SEGUNDO.- Dispone el Art. 71-1 de la Ley Concursal con carácter general que "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.". Importa destacar que, pese a que su apartado 2 dispensa al demandante de manera absoluta de la prueba del perjuicio en el caso de que lo impugnado sean ".pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso." (presunción "iuris et de iure"), sin embargo, en el presente caso la Administración Concursal demandante, consciente probablemente de que no concurre el requisito temporal que dicho precepto exige (el vencimiento de la deuda anticipadamente satisfecha se produciría en julio de 2009 en tanto que la declaración de concurso no tiene lugar hasta el mes de octubre del mismo año), se ha abstenido de invocar en su favor la mencionada presunción legal. En su lugar, ha argumentado que el simple pago anticipado del crédito constituye un acto de perjudicial al privilegiar injustificadamente a un acreedor (CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO) en perjuicio de los demás y con inobservancia del principio de la "par conditio creditorum", con lo que, aun sin invocarlo explícitamente, ha situado su pretensión en el ámbito del apartado 4 del mismo Art. 71 a cuyo tenor "Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria..", precepto que, según se desprende de su propia literalidad, priva a quien ejercita la acción de reintegración de cualquier alivio de base presuntiva capaz de mitigar el rigor representado por el régimen general de la carga probatoria previsto en el Art. 217 L.E.C.
Debemos anticipar que, a juicio de este tribunal, el planteamiento de la Administración Concursal relativo al carácter perjudicial del pago anticipado solamente resulta acertado si se juzga en coherencia con el escueto e incompleto relato de lo acontecido que nos proporciona en su demanda: lo único que se nos refiere en ella (página 2) es que OBRAS Y ESTRUCTURAS S.A. utilizó fondos de los que disponía en la cuenta corriente número 2090.5571.50.0040002640 de CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO para cancelar anticipadamente el saldo deudor que mantenía con dicha entidad por virtud del crédito sucesivamente renovado, abonando por tal concepto la cantidad de 1.007.437,11 Ñ; nada se nos refiere acerca de un dato tan esencial como lo es el relativo al origen de dichos fondos. En otras palabras, la demandante no menciona siquiera en el escrito rector el hecho de que en la misma fecha en que se produce la cancelación del expresado saldo deudor CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO concedía a la concursada otro crédito por importe superior con la expresa condición de que parte de ese importe sirviera, precisamente, para llevar a cabo aquella cancelación.
Pues bien, es precisamente a la luz de esa importante circunstancia cuando llegamos a la conclusión de que, pese a la formal existencia de un asiento de cancelación del saldo pretérito de 1.007.437,11 Ñ, no puede decirse en puridad, en términos económicos, que las operaciones realizadas, cuyo carácter vinculado resulta más que evidente, hayan comportado un verdadero pago determinante de la extinción de la obligación que la concursada mantenía con la entidad crediticia. Hemos de tener en cuenta que la idea que subyace en sede concursal al carácter reintegrable de los pagos anticipados no está constituida por una noción estricta del perjuicio (disminución del valor neto del patrimonio) sino por una conceptuación amplia donde, además, tienen

cabida aquellos supuestos en los que, sin merma patrimonial, se produce un atentado al principio de comunidad de pérdidas ("par conditio creditorum") en provecho de determinados acreedores y en perjuicio de los demás: un pago anticipado no comporta disminución patrimonial desde el momento en que la disminución del activo se encuentra compensada por una disminución correlativa del pasivo, pero, en cambio, sí entraña una disminución del activo susceptible de reparto entre los acreedores, disminución que solamente aprovecha al acreedor intempestivamente satisfecho, quien se sustrae de ese modo a la gravosa ley del dividendo.
Pues bien, **en una operación conjunta como la que ahora examinamos ni la cancelación del préstamo pretérito tuvo para OBRAS Y ESTRUCTURAS S.A. la menor eficacia liberatoria, dado que la deuda cancelada era simultáneamente sustituida por la deuda derivada del nuevo préstamo, ni implicó en modo alguno para CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO satisfacción de su posición acreedora desde el momento en que, lejos de ver inmediatamente satisfecho su crédito, continuó manteniendo esa misma posición asumiendo, además, un discreto aplazamiento respeto del vencimiento inicialmente fijado. Y, si ello es así, la idea de perjuicio se encuentra por completo ausente en cualquiera de las dos versiones -estricta y amplia- a las que acabamos de hacer alusión: ni se produjo merma en el patrimonio de OBRAS Y ESTRUCTURAS S.A. ni CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO obtuvo la menor satisfacción particular, al menos por virtud de la renovación del crédito, que resultase contraria al principio de la "par conditio creditorum".**
Que las operaciones financieras de renovación -por lo demás harto frecuentes- no son "per se" equiparadas por la Ley Concursal a las operaciones de extinción intempestiva de deudas es algo que se pone de relieve con claridad cuando el apartado 3 del Art. 71 configura una presunción "iuris tantum" de perjuicio indicando que "..Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:.. 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas...". Porque si algo evidencia la literalidad del precepto es que la presunción de perjuicio se encuentra referida exclusivamente a la constitución de la garantía real, sin que se proyecte - por obvias razones- sobre las obligaciones resultantes de la renovación de las preexistentes ni sobre la cancelación de estas que se produce merced a la sustitución de la que son objeto por parte de las nuevas.
En suma, pues, podemos decir que, aunque haya sido instrumentada mediante operaciones cancelación de saldo deudor- formalmente denotativas de extinción crediticia, una operación de simultánea renovación y sustitución como la que ahora analizamos no comporta en absoluto, en sentido económico, extinción alguna - ni, por tanto, extinción anticipada- de la posición deudora que la concursada mantenía con la entidad demandada, con lo que ningún agravio podrían padecer, a consecuencia de tal operación, los restantes acreedores más tarde integrados en la masa pasiva del concurso.
TERCERO.- Al entrar en el examen del eventual carácter perjudicial de la operación (Fundamento de Derecho Tercero, apartados 4 y 5), la sentencia apelada pondera diversas circunstancias (exiguo aplazamiento ganado - tan solo un mes- respecto del vencimiento inicialmente previsto; escasa disponibilidad efectiva sobre el nuevo crédito originada por los pagos que mediante él fueron afrontados) que le llevan a considerar que fueron ciertamente escasas las ventajas que obtuvo la concursada OBRAS Y ESTRUCTURAS S.A. de la renovación, deduciendo de todo ello que esta no se encontraba justificada. Ahora bien, entiende este tribunal que la discreta envergadura de una ventaja no es circunstancia capaz de convertirla en desventaja y que, aun suprimiendo idealmente la presencia de toda ventaja, el acto no podría conceptuarse por ello como perjudicial, pudiendo, a lo sumo, merecer la catalogación de acto neutro. El carácter perjudicial asociado a la escasa entidad de una ventaja solamente sería posible extraerlo de la comparación de esta con la importancia de algún eventual sacrificio patrimonial que la entidad acreditada hubiera debido de realizar como requisito para obtener la renovación crediticia. De ahí que, al final de la indicada exposición, la sentencia concluya aludiendo a la obtención por parte de CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO de garantías hipotecarias hasta entonces inexistentes, es decir, garantías con las que no se encontraba favorecido el crédito cuyo saldo deudor fue objeto de renovación mediante el otorgamiento del nuevo préstamo.
La apelante CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO se ha esforzado en razonar que, en vista de la existencia de dos hipotecas precedentes que absorbían la práctica totalidad del valor de las fincas gravadas, la constitución de tercera hipoteca en aseguramiento del nuevo préstamo no comportaría para ella un verdadero provecho en términos de garantía real. Sin embargo, consideramos que esta Sala no debe entrar en un análisis de esa naturaleza. En efecto, al articular su demanda, la Administración Concursal definió cual debía ser, en su sentir, el objeto del litigio. En tal sentido, ya hemos razonado anteriormente cómo dicha demandante nos había ofrecido un relato incompleto de los hechos refiriéndonos la existencia de un pago con cargo a una cuenta propia pero sin revelar algo tan esencial como que el origen de los fondos de los que esa cuenta pagadora se había nutrido estaba constituido por el simultáneo otorgamiento de un nuevo préstamo por parte de la misma entidad crediticia. O, lo que es igual, no se juzgó oportuno poner de relieve que nos encontrábamos ante una operación de renovación o sustitución crediticia. Obvio resulta, pues, que, al no hacerse alusión al nuevo préstamo, tampoco se efectuó la menor mención ni se ofreció en la demanda noticia alguna en relación con la constitución de garantías reales de las que no disfrutaba el crédito sustituido. Y, si no se aludió a dichas garantías, huelga indicar que tampoco fue impugnado ni constituyó objeto de la acción de reintegración ejercitada el acto mismo de constitución de las hipotecas.
Es pues, una cuestión de delimitación del objeto de la litis lo que nos impide entrar en un debate que la parte demandante no ha considerado oportuno introducir y que la demandada solamente ha introducido en concepto de defensa virtual, es decir, en concepto de defensa frente a un argumento que nunca se ha esgrimido en su contra: el del carácter perjudicial de la constitución del gravamen hipotecario. Porque innecesario resulta reiterar aquí la necesidad de discernir los aspectos reales de los obligacionales: lo único que el Art. 71-3,2ª considera perjudicial, siempre salvo prueba en contrario, es la constitución de garantías reales para aseguramiento de obligaciones que anteriormente carecían de ellas o para aseguramiento de las obligaciones nuevas que vengan a sustituir a las antiguas en las operaciones de renovación. Y es que solo esas garantías

reales, en tanto en cuanto convierten en privilegiado al acreedor que sin ellas sería ordinario, son capaces de alterar la "par conditio creditorum". En cambio, ya hemos señalado anteriormente que el simple préstamo renovador del preexistente, siempre que no comporte condiciones más gravosas y abstracción hecha del gravamen real superpuesto, nunca podría representar otra cosa, en el mejor de los casos para la tesis de la parte demandante, que un acto de carácter neutro que no comporta para la entidad prestamista la menor ventaja o preeminencia con respecto al resto de los acreedores concursales.": SAP Madrid (Sección 28) 10.10.2011 (Sentencia 293/2011; Rollo 106/2011)

"PRIMERO.-Los Administradores Concursales de EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. ejercitaron, fundándose en el artículo 71 de la Ley Concursal, acción de reintegración contra la concursada y contra CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO con el fin de compeler a esta entidad a la devolución a la masa de la suma de 1.006.500,09 Ñ, mediante la que se había procedido a la cancelación en noviembre de 2008, antes de que se produjera su vencimiento (en junio de 2009), del saldo deudor derivado de la póliza de crédito NUM000. Entendía el órgano concursal anteriormente citado que se trataba de una censurable hipótesis de pago anticipado de deuda no vencida.
La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, al considerar el juzgador que saldar con más de siete meses de antelación a su fecha ordinaria de vencimiento una deuda bancaria es una actuación anómala respecto del tracto contractual ordinario y que ello no respondió a una refinanciación que tuviera una justificación suficiente, porque no derivó una fuente de liquidez relevante para la entidad EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. y en cambio conllevó para CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO la obtención de garantías hipotecarias antes inexistentes.
Disconforme con tal decisión la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO ha apelado tal resolución judicial, al entender que se ha cedido a la estrategia de la parte demandante, que habría obrado con abuso de derecho en sus planteamientos y tratado de sesgar la relevancia de otros hechos fundamentales, pues debería haberse tomado en consideración el conjunto de operaciones que ocurrieron precisamente con fecha 12 de noviembre de 2008 para comprender la inexistencia de perjuicio para la masa activa del concurso, ya que todo ello responde a una operación de reestructuración de deuda tanto de EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. como de otra sociedad llamada OBRAS Y ESTRUCTURAS S.A., siendo el importe del préstamo otorgado por el banco notablemente superior al de la deuda cancelada, lo que demostraría una inyección de capital para ésta, y habiéndose obtenido una garantía real sobre un inmueble que no estaba libre sino ya gravado con hipotecas.
Debemos señalar que por sentencia dictada por esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2011 ya tuvimos ocasión de resolver una controversia muy similar a la que aquí se suscita, que se planteaba en el seno del concurso de otra sociedad (OBRAS Y ESTRUCTURAS S.A.) que pertenece al mismo grupo de la aquí concursada (EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A.). La semejanza del debate en ambos casos es enorme, lo cual no es extrañar, porque ambas sociedades intervinieron en la misma operación de refinanciación a la que luego aludiremos. Debe comprenderse, por lo tanto, que lo que se diga en la presente resolución no sea sino prácticamente mero trasunto de lo expuesto en aquella otra en la que ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos en relación con una operación de esta índole.
SEGUNDO.- Los antecedentes fácticos que resultan relevantes para enjuiciar sobre la acción planteada son los siguientes:
1º.- Como había venido sucediendo con periodicidad (anual o bianual) desde el año 2002, el 13 de junio de 2008 CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO y la ulteriormente concursada EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. suscribieron una póliza de crédito (identificada con el número NUM000) con el límite de 1.000.000 Ñ en renovación de otra suscrita en el año 2006, obteniendo así la acreditada un nuevo plazo que habría de vencer el 13 de junio de 2009.
2º.-Antes de que expirara dicho plazo, concretamente el día 12 de noviembre de 2008, EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. procedió a cancelar íntegramente el saldo deudor derivado de la antedicha póliza de crédito (1.006.500,09 E) para lo cual utilizó los fondos de los que disponía en la cuenta corriente número NUM001 que mantenía en la mencionada entidad crediticia CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO.
3.- En la misma fecha, es decir, el 12 de noviembre de 2008, la mencionada cuenta corriente número NUM001 acababa de ser nutrida mediante el otorgamiento de un préstamo con garantía hipotecaria otorgado por CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO en favor de EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. y de otra sociedad de su grupo (OBRAS Y ESTRUCTURAS S.A.) por importe de 2.350.000 Ñ, suma que, en parte, se utilizó precisamente para la cancelación del aludido saldo deudor derivado de la póliza de crédito número NUM000.
4.- En fecha 26 de marzo de 2009 CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO convino una ampliación del crédito a EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. en 250.000 Ñ, con la misma cobertura de garantía hipotecaria.
5.- El 9 de octubre de 2009 se declaró a EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. en situación de concurso de acreedores.
TERCERO.- El artículo 71 de la Ley Concursal prevé, con carácter general, en su nº 1 que "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.". Importa destacar que, pese a que su apartado nº 2 el citado artículo 71 dispensa al demandante de manera absoluta de la prueba del perjuicio en el caso de que lo impugnado sean ".pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso." (presunción "iuris et de iure"), sin embargo, en el presente caso la Administración Concursal demandante, consciente probablemente de que no concurría el requisito temporal que dicho precepto exige (el vencimiento de la deuda anticipadamente satisfecha se produciría en julio de 2009 en tanto que la declaración de concurso no tiene lugar hasta el mes de octubre del

mismo año), se ha abstenido de invocar en su favor la mencionada presunción legal. En su lugar, ha argumentado que el simple pago anticipado del crédito constituiría un acto perjudicial al privilegiar injustificadamente a un acreedor (CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO) en perjuicio de los demás y con inobservancia del principio de la "par conditio creditorum", con lo que, aun sin invocarlo explícitamente, ha situado su pretensión en el ámbito del apartado 4 del mismo artículo 71 a cuyo tenor "Cuando se trate de actos no comprendidos en los... supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria..", precepto que, según se desprende de su propia literalidad, priva a quien ejercita la acción de reintegración de cualquier alivio de base presuntiva capaz de mitigar el rigor representado por el régimen general de la carga probatoria previsto en el artículo 217 de la L.E.C..

Debemos anticipar que, a juicio de este tribunal, el planteamiento de la Administración Concursal relativo al carácter perjudicial del pago anticipado solamente resultaría acertado si se juzgase en consonancia con el escueto e incompleto relato de lo acontecido que proporcionaba en su demanda, que sólo se refiere a la utilización por EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. de fondos de los que disponía en su cuenta corriente en la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO para cancelar anticipadamente el saldo deudor que mantenía con dicha entidad por virtud del crédito sucesivamente renovado, abonando por tal concepto la cantidad de 1.006.500,09 Ñ, obviando, sin embargo, cualquier referencia acerca de un dato tan esencial como lo era el relativo al origen de dicha cantidad dineraria. Lo que suponía tratar de ignorar que en la misma fecha en que se produjo la cancelación del expresado saldo deudor la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO había concedido a EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. otro crédito por importe superior con la expresa condición de que parte del mismo sirviera, precisamente, para llevar a cabo aquella cancelación.

Pues bien, es precisamente a la luz de esa importante circunstancia cuando llegamos a la conclusión de que, pese a la formal existencia de un asiento de cancelación del saldo de 1.006.500,09 Ñ, no puede decirse en puridad, en términos económicos, que las operaciones realizadas, cuyo carácter vinculado resulta más que evidente, hayan comportado un verdadero pago determinante de la extinción de la obligación que la concursada mantenía con la entidad crediticia. Hemos de tener en cuenta que la idea que subyace en sede concursal al carácter reintegrable de los pagos anticipados no está constituida por una noción estricta del perjuicio (disminución del valor neto del patrimonio) sino por una conceptuación amplia donde, además, tienen cabida aquellos supuestos en los que, sin merma patrimonial, se produce un atentado al principio de comunidad de pérdidas ("par conditio creditorum") en provecho de determinados acreedores y en perjuicio de los demás. Un pago anticipado no comporta disminución patrimonial desde el momento en que la disminución del activo se encuentra compensada por una disminución correlativa del pasivo, pero, en cambio, sí entraña una disminución del activo susceptible de reparto entre los acreedores, lo que solamente aprovecha al acreedor intempestivamente satisfecho, quien se sustrae de ese modo a la gravosa ley del dividendo.

Sin embargo, en una operación conjunta, como la que ahora examinamos, ni la cancelación del préstamo pretérito tuvo para EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. la menor eficacia liberatoria, dado que la deuda cancelada era simultáneamente sustituida por la derivada del nuevo préstamo, ni implicó en modo alguno para CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO satisfacción de su posición acreedora desde el momento en que, lejos de ver inmediatamente satisfecho su crédito, continuó manteniendo esa misma posición asumiendo, además, un discreto aplazamiento respeto del vencimiento inicialmente fijado. Siendo ello así, la idea de perjuicio se encuentra por completo ausente en cualquiera de las dos versiones

-estricta y amplia- a las que acabamos de hacer alusión, pues ni se produjo merma en el patrimonio de EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. ni tampoco CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO obtuvo la menor satisfacción particular, al menos por virtud de la renovación del crédito, que resultase contraria al principio de la "par conditio creditorum".

Que las operaciones financieras de renovación -por lo demás harto frecuentes- no son "per se" equiparadas por la Ley Concursal a las operaciones de extinción intempestiva de deudas es algo que se pone de relieve con claridad cuando el apartado 3 del artículo 71 configura una presunción "iuris tantum" de perjuicio indicando que "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:.. 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas...". Porque si algo evidencia la literalidad del precepto es que la presunción de perjuicio se encuentra referida a la constitución de la garantía real, sin que se proyecte, con carácter general, sobre las obligaciones resultantes de la renovación de las preexistentes ni sobre la cancelación de estas que se produce merced a la sustitución de la que son objeto por parte de las nuevas.

Por otro lado, la preocupación del legislador por reconocer la trascendencia económica de las operaciones de refinanciación bancaria de deudas, que no es extraño que suelan resultar precisas cuando se atraviesan dificultades económicas, le ha llevado a tratar de protegerlas, si cumplen determinadas cautelas, en la Ley Concursal a partir de su reforma por Real Decreto 3/2009, de 27 de marzo, disposiciones adicional cuarta y transitoria cuarta (Boletín Oficial del Estado de 31 de marzo de 2009), lo que se ha reafirmado en la reforma del artículo 71 de dicho cuerpo legal por Ley 38/2011, de 10 de octubre (que fue publicada en el BOE el 11 de octubre de 2011). **Si efectuamos esta cita es con la única vocación de que pueda comprenderse que el hablar de refinanciación supone aludir a comportamientos realizados en el seno del tráfico mercantil que pueden tener en muchos supuestos adecuada justificación y responder a una lógica económica que puede merecer su defensa.**

Como conclusión, podemos decir que, aunque haya sido instrumentada mediante actuaciones formalmente denotativas de extinción crediticia (como la cancelación de un saldo deudor), una operación de simultánea renovación y sustitución como la que ahora analizamos no comporta, en sentido económico, una auténtica extinción (ni, por lo tanto, merecería añadirle el calificativo de anticipada) de la posición deudora que la concursada mantenía con la entidad demandada, con lo que ningún agravio podrían padecer, a consecuencia de tal operación, los restantes acreedores más tarde integrados en la masa pasiva del concurso.

CUARTO.- Al abordar el examen del eventual carácter perjudicial de la operación, se ponderan en la sentencia apelada diversas circunstancias (el exiguo aplazamiento ganado respecto del vencimiento inicialmente previsto y la reducida disponibilidad efectiva sobre el nuevo crédito originada por los pagos que mediante él fueron afrontados) que le llevan a considerar que fueron ciertamente escasas las ventajas que obtuvo la entidad EDIFICACIONES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. de la renovación, deduciendo de todo ello que ésta no se encontraba justificada. Ahora bien, entiende este tribunal que la discreta envergadura de una ventaja no es circunstancia capaz de convertirla en desventaja y que, aun suprimiendo idealmente la presencia de toda ventaja, el acto no podría conceptuarse por ello como perjudicial, pudiendo, a lo sumo, merecer la catalogación de acto neutro. El carácter perjudicial asociado a la escasa entidad de una ventaja solamente sería posible extraerlo de la comparación de ésta con la importancia de algún eventual sacrificio patrimonial que la entidad acreditada hubiera debido de realizar como requisito para obtener la renovación crediticia. De ahí que, al final de la indicada exposición, se concluya aludiendo en la sentencia a la obtención por parte de CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO de garantías hipotecarias hasta entonces inexistentes, con las que no se encontraba favorecido el crédito cuyo saldo deudor fue objeto de renovación mediante el otorgamiento del nuevo préstamo.
La apelante CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO se ha esforzado en razonar que, en vista de la existencia de dos hipotecas precedentes que absorbían la práctica totalidad del valor de las fincas gravadas, la constitución de tercera hipoteca en aseguramiento del nuevo préstamo no comportaría para ella un verdadero provecho en términos de garantía real. Sin embargo, consideramos que este tribunal no debe entrar en un análisis de esa naturaleza. En efecto, al articular su demanda la Administración Concursal definió cual debía ser el objeto del litigio. En tal sentido, ya hemos razonado anteriormente cómo dicha demandante había ofrecido un relato incompleto de los hechos refiriendo la existencia de un pago con cargo a una cuenta propia, pero sin revelar algo tan esencial como era que el origen de los fondos de los que esa cuenta pagadora se había nutrido estaba constituido por el simultáneo otorgamiento de un nuevo préstamo por parte de la misma entidad crediticia. O, lo que es igual, no se juzgó oportuno poner de relieve que nos encontrábamos ante una operación de renovación o sustitución crediticia. Obvio resulta, pues, que, al no hacerse alusión al nuevo préstamo, tampoco se efectuó la menor mención ni se ofreció en la demanda noticia alguna en relación con la constitución de garantías reales de las que no disfrutaba el crédito sustituido. Y, si no se aludió a dichas garantías, huelga indicar que tampoco fue impugnado ni constituyó objeto de la acción de reintegración ejercitada el acto mismo de constitución de las hipotecas.
Es pues, una cuestión de delimitación del objeto de la litis lo que nos impide entrar en un debate que la parte demandante no ha considerado oportuno introducir y al que la demandada solamente ha aludido en concepto de defensa virtual, es decir, frente a un argumento que no se ha llegado a esgrimir en su contra, cual sería el del carácter perjudicial de la constitución del gravamen hipotecario. No resulta preciso reiterar aquí la necesidad de discernir los aspectos reales de los obligacionales, pues lo que el artículo 71, nº 3,2ª, considera perjudicial, siempre salvo prueba en contrario, es la constitución de garantías reales para aseguramiento de obligaciones que anteriormente carecían de ellas o para aseguramiento de las obligaciones nuevas que vengan a sustituir a las antiguas en las operaciones de renovación, porque sólo esas garantías reales, en tanto en cuanto convierten en privilegiado al acreedor que sin ellas sería ordinario, serían capaces de alterar la "par conditio creditorum". En cambio, ya hemos señalado anteriormente que el simple préstamo renovador del preexistente, siempre que no comporte condiciones más gravosas y abstracción hecha del gravamen real superpuesto, nunca podría representar otra cosa, en el mejor de los casos para la tesis de la parte demandante, que un acto de carácter neutro que no comporta para la entidad prestamista la menor ventaja o preeminencia con respecto al resto de los acreedores concursales. ": SAP Madrid (Sección 28) 03.02.2012 (Sentencia 41/2012; Rollo 228/2011)

4.4.1 Ampliación de préstamo hipotecario que se destina a pagar deudas vencidas con el mismo acreedor. Improcedencia de la rescisión del préstamo, que en sí mismo no es perjudicial. En su caso, deberían impugnarse las posteriores disposiciones de fondos

Tribunal Supremo

"**7.** *Formulación del motivo segundo.* El motivo denuncia la infracción del *art. 71.1 LC,* pues la ampliación del préstamo hipotecario y que una parte de los primeros fondos puestos a disposición de la sociedad concursada fueran empleados para el pago de obligaciones vencidas y exigibles no podía reputarse un acto perjudicial para la masa activa.
En el desarrollo del motivo se razona que «la sentencia recurrida vulnera la correcta interpretación del *art. 71.1 LC* toda vez que sostiene una interpretación ilógica y arbitraria del concepto de perjuicio para la masa activa, sobre la base del hecho probado y no discutido de que las obligaciones pagadas estaban vencidas y eran exigibles», «por lo que -prosigue más adelante el recurrente- su pago no era perjudicial para la masa activa al tener un resultado neutro, dado que el incremento del pasivo como consecuencia de la ampliación hipotecaria quedó compensado por la reducción del pasivo mediante el pago de estas obligaciones».
Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
8. *Estimación del motivo segundo.* Conforme al *art. 71.1 LC,* precepto que se *d* enuncia infringido, «(d) *eclarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta* ».
Para poder juzgar si la sentencia recurrida ha infringido este precepto, tal y como es interpretado por la jurisprudencia, es necesario partir de esta jurisprudencia y tener en cuenta los concretos actos de disposición que son objeto de impugnación.

La jurisprudencia concibe "el perjuicio para la masa activa" como un sacrificio patrimonial injustificado «en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (*art. 76 LC)*, y, además, debe carecer de justificación» (*Sentencias 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio; 100/2014, de 30 de abril;* y *428/2014, de 24 de julio)*. Fuera de los supuestos regulados en el *apartado 2 del art. 71 LC* en los que se presume *iuris et de iure* el perjuicio (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), «en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (*art. 71.4 LC)*, salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el *art. 71.3 LC,* que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa» (*Sentencia 629/2012, de 26 de octubre)*.
La sentencia recurrida acuerda la rescisión de la ampliación del préstamo hipotecario de 11 de octubre de 2007, por la cantidad dispuesta de 4.500.000 euros, y el pago/extinción de la obligación de la concursada a favor de Caixanova, realizado con la subrogación del comprador, en virtud de la escritura de 4 de abril de 2008, en la cuantía de 4.264.428,97 euros; y condena a pagar esta última cantidad, más 204.830,61 euros, por los gastos de formalización de los actos rescindibles, y 93.000 euros por la comisión cobrada.
9. La propia *sentencia recurrida razona que la ampliación del préstamo hipotecario, de 11 de octubre de 2007,* no se veía afectada por la presunción del *art. 71.3.2º LC,* porque no se había constituido la garantía «a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas». En realidad se trata de una garantía contextual, que amplía la garantía hipotecaria ya existente al importe de la ampliación del préstamo.
Sin embargo, la Audiencia rescinde la ampliación del préstamo hipotecario, se supone que de forma parcial, en atención al destino que se da a una parte del crédito concedido, en concreto, 4.500.000 euros, pues con ellos se acaban pagando, en los meses siguientes, deudas de la concursada con la entidad bancaria derivadas de tres pólizas de descuento y una póliza de crédito. Es aquí donde radica el error de la Audiencia, pues en sí mismo el acto de disposición que supone la ampliación del préstamo hipotecario no sería perjudicial, máxime cuando la ampliación de la garantía es contextual a la ampliación del crédito (18.600.000 euros) y se ha descartado que esta nueva obligación garantizada hubiera sustituido a otra anterior, mediante su amortización.
En realidad, los actos en los que se basa la sentencia apelada para apreciar el perjuicio para la masa activa de la ampliación de la garantía hipotecaria, son posteriores, y se refieren al empleo de una parte de la ampliación del crédito concedido (4.500.000 euros), con la que se constituyó un depósito al que, directa o indirectamente (mediante la constitución de una imposición a plazo fijo pignorada al pago de las deudas derivadas de tres pólizas de descuento de la concursada), se acabaron cargando, durante los meses siguientes, deudas de la concursada con la entidad de crédito.
En puridad, se hubiera tenido que impugnar este acto de disposición (el destino de 4.500.000 euros), y no la ampliación del préstamo hipotecario. Y aunque se hubiera impugnado, bajo la jurisprudencia sobre la rescisión de los pagos contenida en la reseñada *Sentencia 629/2012, de 26 de octubre,* tampoco hubiera prosperado, pues los pagos lo fueron de deudas debidas, vencidas y exigibles.
Según la reseñada *Sentencia 629/2012, de 26 de octubre* :
«En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
»Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum».*
Ni la demanda, ni la sentencia recurrida justifican qué circunstancias son las que concurren que privan de justificación unos pagos debidos, vencidos y exigibles. Es cierto que alguno de ellos fue muy próximo a la declaración de concurso, pero no basta la mera proximidad, ha de concurrir alguna otra razón que ponga en evidencia la alteración de la *par condicio creditorum.*": STS 10.03.2015 (Sentencia 105/2015; Recurso 1502/2013)

4.4.2 Nueva operación que cancela la anterior vencida

AP Almería

"SEGUNDO.-Con arreglo a lo previsto en el art. 71.1 de la Ley Concursal, son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. No es preciso acreditar intención fraudulenta, ni siquiera lo es que ésta exista, pero sí ha de probarse el perjuicio (salvo en los supuestos en los apartados 2 y 3 del art. 71, aquí inaplicables), prueba cuya carga corresponde a quien ejercita la acción, es decir, a la administración concursal, como expresamente indica el apartado 4 de dicha norma, concordante con la regla general en materia de onus probandi establecida en el art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido, el examen revisor de la prueba documental practicada lleva a la Sala a conclusiones contrarias a las obtenidas por el órgano a quo, entendiendo este Tribunal que no se aprecia merma o vulneración de la par conditio creditorum :
1. No puede compartirse que la póliza de garantía de operaciones careciera de fuerza ejecutiva en contraposición a la de préstamo por no constar que aquella hubiera sido intervenida por Notario, como dice la sentencia apelada. De entrada, la intervención de la póliza de 2007 por fedatario público es un dato admitido desde un principio por la parte demandante (hecho primero del escrito de demanda) y, por tanto, incluso estaría dispensado de prueba conforme a lo establecido en el art. 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero es que, además, consta en la póliza la intervención del Notario, circunstancia que refleja asimismo la escritura de constitución de hipoteca en garantía de los débitos derivados de ese garantía de operaciones. Por tanto, la póliza otorgada en 2007 sí tenía fuerza ejecutiva, pudiendo haber sido reclamada la deuda mediante el procedimiento pactado en ella conforme al art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluido el previo requerimiento al titular y a los fiadores.
2. El hecho de que el préstamo no conlleve traspaso de dinero efectivo a favor del prestatario no supone en sí un perjuicio. Lo cierto es que fue otorgado para cubrir y refinanciar la deuda derivada de la anterior póliza de garantía de operaciones, deuda obviamente preexistente y entonces vigente y exigible, de modo que no se perjudica el patrimonio de la concursada ni los derechos del resto de acreedores.
3. Es verdad que, en el contrato de préstamo, figura como fiadora una sociedad que no había intervenido en la póliza de 2007, "Gruinver Fuente Abad, S.L.", pero también lo es que esta garantía constituida por dicha sociedad no puede ser reputada como acto del concursado y, por tanto, no es rescincible conforme al art. 71 de la Ley Concursal. El efecto producido es similar al que habría ocurrido si, manteniéndose la vigencia de la póliza de garantía de operaciones, posteriormente a su otorgamiento "Gruinver Fuente Abad, S. L." se hubiera constituido voluntariamente en fiadora de "Gruinver-6, S.L.", acto que, insistimos, no hallaría encaje en el citado art. 71, aparte de la pertenencia a la masa activa de los derechos de "Gruinver-6, S.L." sobre "Gruinver Fuente Abad, S.L." (art. 76 de la Ley Concursal).": SAP Almería (Sección 2) 22.01.2014 (Sentencia 8/2014; Rollo 336/2012)

AP La Coruña

"6- Que no hay perjuicio en el préstamo a que nos referimos resulta tanto por no serle de aplicación la presunción invocada del artículo 71.3-2º LC, según lo más arriba explicado, como por no haberse demostrado, y porque en el momento de concederse el préstamo PROCORSA ya era deudora de CAM por el impago de la deuda vencida y exigible derivada del contrato de crédito de 2006, no cuestionable, y el objeto del préstamo era su abono, la cual efectivamente se canceló casi en su totalidad. No hace falta abundar más en este punto": SAP La Coruña (Sección 4) 24.05.2013 (Sentencia 207/2013; Rollo 744/2011)

4.4.2.1 Tesis contraria : considera perjudicial la cancelación de deuda con nueva financiación del propio banco acreedor

AP Valladolid

"CUARTO. - El segundo acto de la concursada cuya rescisión se pretende en la demanda y se acuerda por la sentencia de primera instancia es el pago efectuado el día 30 de mayo de 2011, es decir 24 días antes de la declaración en concurso de la prestataria, del resto del préstamo antes citado por un importe de 1.743.599,13 euros. Dicho pago se efectuó por la prestataria empleando al efecto el líquido conseguido mediante otro préstamo concertado ese mismo día con la propia entidad prestamista, concretamente un préstamo de mediación con el Instituto de Crédito Oficial, Línea Liquidez 2011, suscrito al amparo del Contrato de Financiación concertado entre la CAM y dicho Instituto. A esa fecha la entidad prestamista ya había enviado a la prestataria el burofax de 13 de abril de 2011 obrante al f. 80, a través del cual le reclamaba el pago del resto del crédito por importe de 1.808.073,15 euros a efectuar en el plazo de ocho días, con apercibimiento caso de ser desatendido de formular la subsiguiente reclamación en vía judicial. En dicho burofax no se expresa por la prestamista que procediere a ejercitar la facultad que el contrato le confería para su vencimiento o resolución anticipados caso de incumplimiento por la prestataria de sus obligaciones, particularmente la de pago, más de su contenido se infiere sin género de duda que dicha facultad se ejercitaba. Ello por cuanto solo en su virtud era factible reclamar a la prestataria la totalidad del resto del préstamo, cuando conforme al contrato aún restaban por aquel entonces cuatro años y cuatro meses para su completo vencimiento.
En principio por tanto esa obligación se hallaba ya vencida y era exigible cuando se aplica para extinguirla en su mayor parte el líquido recibido por la prestataria como consecuencia del préstamo de mediación con el ICO que ese mismo día, el 30 de mayo de 2011, concierta con la prestamista, por lo que dicho pago no cabe pueda fundar la presunción iuris et de iure contemplada en el art. 71.2 de la LC que se invocaba por la Administración Concursal en su demanda. Al margen por tanto de dicha presunción iuris et de iure y también de las presunciones iuris tantum contempladas en el nº 3 del propio precepto, no aplicables al caso, habrá de analizarse conforme a lo dispuesto en el nº 4 del mismo si se ha acreditado por la Administración Concursal que dicho acto resulta perjudicial para la masa activa a efectos de la rescisión que pretende en su demanda.
En torno al concepto de perjuicio para la masa activa esta Sala en su sentencia de 23 de marzo de 2009 señala que "la regla de paridad de trato, "par conditio creditorum" que subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y que es la que debe orientar su interpretación como lo demuestra el tenor de las varias presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en las que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, precisamente porque entrañan una infracción de ese principio general de

paridad de trato al conjunto de los acreedores afectados por el concurso que como tales tienen derecho a que se reintegre todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. El concepto de perjuicio, no tiene el sentido limitado y estricto que propugna la recurrente, es decir, como detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, sino el sentido general y amplio que señala la sentencia apelada, es decir como simple disminución de la garantía de cobro producida por una minoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de un acto realizado por el mismo con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro u otros que así se ven injustificadamente excluidos o incluidos por un importe menor al que en paridad de trato les correspondería, siendo este criterio el que viene siendo seguido por esta Audiencia en sintonía con la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia." Criterio que reiteramos en nuestra sentencia de 7 de mayo de 2009, añadiendo en referencia al principio de la "par conditio creditorum" que "es uno de los pilares del concurso, pero sus efectos se extienden a la fase preconcursal a través precisamente de esta acción de rescisión. En este mismo sentido se pronuncian las sentencias, ya citadas, de la Audiencia de Barcelona de 8 de enero de 2.009 y la de Madrid de 19 de diciembre de 2.008. La primera de ellas declara que la acción regulada en el artículo 71 LC, persigue el respeto de la regla del trato paritario de los acreedores en el contexto preconcursal. La segunda de las resoluciones indicadas señala que esta acción supone una interferencia del derecho concursal en el principio de seguridad del tráfico. Sin embargo, esta afectación es de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso, con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal."

QUINTO.-Trasladando tales consideraciones al caso que nos ocupa, nos hallamos ante la satisfacción de un crédito vencido a un acreedor determinado, de una muy elevada cuantía, a pocos días de declararse al deudor en concurso, lo que ya en principio supone un perjuicio al resto de acreedores que también ostentaban créditos ya vencidos y exigibles, pues lejos de destinarse esa suma obtenida mediante un nuevo préstamo a pagar proporcionalmente a todos ellos se empleó en cancelar prácticamente la totalidad del débito resultante del préstamo que venimos comentando con ese determinado acreedor, que ya no ostentaba garantía real ni privilegio alguno cara a su cobro, pues como ha quedado expuesto ya había enajenado los valores propiedad de la prestataria y aplicado el importe obtenido con su venta al pago de la primera parte vencida y no vencida del préstamo en cuestión.

Dado que el líquido para el abono del resto ya vencido de ese primer préstamo se obtuvo por el deudor mediante un nuevo préstamo concedido por el propio Banco, pudiera pensarse se trata de una operación neutra, no perjudicial para la masa activa o incluso beneficiosa para el deudor, que vería así aplazado nuevamente el pago de una deuda ya vencida. Ahora bien, este segundo préstamo de fecha 30 de mayo de 2011 no participa de la naturaleza del primero, sino que se trata de un préstamo de mediación en el que figura como prestamista el Banco y con este se obliga el prestatario, mas el metálico o los fondos que constituyen su objeto los aporta el Instituto de Crédito Oficial, frente al cual caso de no atenderse a su vencimiento queda responsable el propio Banco prestamista. Con dicha operación quedó saldado el débito pendiente derivado del primitivo préstamo de fecha 30-8-2007, a menos de un mes de ser declarado en concurso el prestatario y con fondos no aportados por el Banco prestamista sino por el ICO, quedando como deudor frente al mismo el propio Banco que ya por entonces, como es público y notorio, atravesaba una delicadísima situación financiera que determinó su intervención, sin que haya acreditado haber restituido un solo euro del mismo al Instituto de Crédito Oficial. Por tanto la operación en cuestión ciertamente aplazaba el débito que ya por entonces mantenía con el Banco el prestatario, cuyo concurso era inminente, mas no en beneficio de este, pues ambas partes sabían perfectamente que no iba a poder abonar su importe y las condiciones del nuevo préstamo eran mas onerosas que las del primitivo que venía a saldar prácticamente en su totalidad. En efecto, comparando ambos contratos se deduce que, al margen de cargarse al prestatario una nueva comisión de apertura, los intereses remuneratorios eran sensiblemente superiores (6,40% inicial frente a un 5,85, y tipo de referencia ICO mas dos puntos en sucesivas revisiones frente a Euribor mas 0,90) y también los moratorios (29% frente a un 25%). En definitiva, el claro beneficiario de esta operación fue el Banco prestamista, pues con ella ingresó prácticamente la totalidad pendiente de pago del primer préstamo con fondos no propios sino provenientes del ICO, fondos que no acredita haber restituido ante el impago de este segundo préstamo por el prestatario y su declaración en concurso. Compartimos por tanto el criterio del juzgador de instancia cuando reputa este acto como perjudicial para la masa activa y accede a su rescisión.

SEXTO.-Resta por último analizar el tercer acto cuya recisión se ha interesado en la demanda, un nuevo préstamo realizado el mismo día 30 de mayo de 2011 a favor de la concursada por la CAM por importe de 192.000 euros, con vencimiento a fecha 30 de noviembre de 2012. Su importe fue empleado en enjugar el saldo negativo que presentaba una póliza de crédito de descuento de efectos y otras operaciones mercantiles previamente suscrita inter partes el 23 de junio de 2007, saldo negativo vencido que ascendía a 132.000 euros, empleándose los 70.012,64 euros restantes en amortizar anticipadamente ese mismo día el propio préstamo. Respecto de la restitución al Banco el mismo día de la concesión del préstamo de esos 70.012,64 euros sobrantes después de haber saldado el saldo de la póliza de crédito por descuento de efectos comerciales, no se trata sino de una amortización anticipada, de la extinción de una obligación que no vencía sino hasta después de la declaración del concurso de la prestataria. Esta se hallaba facultada por la cláusula 4ª de este contrato de préstamo para realizar amortizaciones anticipadas, mas ello en nada empece a que dicho acto resulte plenamente incardinable en la presunción de perjuicio patrimonial para la masa activa contemplada en el art. 71.2 de la LC, siendo por tanto obligada su rescisión.

Al margen de las consideraciones que el resto de dicha operación pudiere merecer desde la óptica financiera y contable, lo cierto que con ella un nuevo préstamo, esta vez si con fondos propios del Banco, venía a saldar

por completo una deuda, vencida y reclamada, que el prestatario ya mantenía anteriormente con la propia entidad financiera, dimanante de la póliza de crédito de descuento de efectos comerciales. Como antes dijimos el líquido así obtenido con ese préstamo no se distribuyó entre todos los numerosos acreedores de la prestataria para con quienes esta mantenía débitos también vencidos, sino que se empleó exclusivamente en beneficio de uno de ellos, el propio Banco prestamista. Y tal especie de refinanciación si bien suponía un aplazamiento durante año y medio de dicha deuda dimanante de las operaciones de descuento de pagarés fallidos, se hizo conociendo perfectamente ambas partes que no iba a poder atenderse este nuevo préstamo dada la insolvencia de la prestataria que abocaría a su concurso antes de un mes, e imponiendo una comisión de apertura del 1%, un interés remuneratorio el primer año del 7,92% y durante el resto de Euribor + 5,75 y un interés de demora del 29%, condiciones mas onerosas que las de la póliza de descuento. Compartimos el criterio del juzgador en el sentido de reputar perjudicial para la masa activa dicha operación y confirmamos su rescisión, con total desestimación del recurso articulado por el Banco demandado.”: SAP Valladolid (Sección 3) 02.09.2013 (Sentencia 209/2013; Rollo 24/2013)

4.5 Cesión/anticipo de créditos con asunción del riesgo de insolvencia

AP Alava

“PRIMERO.- El acto rescindido y sus antecedentes
La sentencia recurrida estima lesiva la operación de cesión de créditos realizada el 2 de octubre de 2008 y la rescinde, ordenando reintegrar a la masa activa las cantidades percibidas en base a dicha operación y los intereses legales que se hubieran ocasionado, subordinando el crédito que pudiera corresponder a CAJARIOJA como consecuencia de tal declaración. Lo hace fundando la rescisión en el art. 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que permite tal declaración si el acto perjudicial se realiza en un término de dos años antes de la declaración de concurso.
El contrato rescindido tiene su antecedente en la póliza suscrita por la concursada, cuando no estaba en tal situación y se denominaba MAQUINARIA DE CONSTRUCCIÓN RIOJA S.L., el 21 de julio de 2002. Tal póliza permitía descontar, negociar o anticipar documentos de todo tipo, habituales en el tráfico mercantil. Fruto de tal póliza se anticipaban por la caja el importe de los mismos, percibiendo una comisión. Tal operativa se mantuvo durante años, incluso tras el cambio de denominación social a ENCOFRADOS MADECO S.L. En las previsiones de tal póliza se dispone que la Caja gestiona por cuenta del cliente el cobro de los créditos a los respectivos deudores, sin que ello signifique la cesión de los créditos.
El 15 de septiembre de 2008 se presenta la solicitud de declaración de concurso. El 2 de octubre de 2008, antes de que se dictara auto de declaración de concurso, se realiza ante notario una denominada "Cesión de derechos de crédito" en la que ambas partes reconocen que la Caja había anticipado a ENCOFRADOS MADECO S.L. como consecuencia de créditos que ésta mantenía frente a terceros, 345.152,22 #, y que se cedían los mismos a la Caja todos ellos, asumiendo ésta los riesgos de la insolvencia de los deudores cedidos.
El concurso se declara en auto de 15 de octubre de 2008. El Boletín Oficial del Estado publica la declaración de concurso el 22 de diciembre siguiente.
La operación de 2 de octubre es la discutida y la que, tras el incidente correspondiente, ha sido rescindida en la sentencia apelada.
SEGUNDO.- Sobre la rescindibilidad del acto
La recurrente se alza contra la sentencia manteniendo diversas razones para justificar su pretensión de que se revoque la rescisión que se ha decidido por el Juzgado. Algunas de sus afirmaciones carecen de prueba, pues no la hay sobre el conocimiento que pudiera tener la Caja de la solicitud de concurso o el momento en que se declaró, bastante anterior a la publicación en el Boletín Oficial del Estado. De hecho los indicios apuntan a lo contrario, pues si el concursado presentó su solicitud el 15 de septiembre y la operación es de 2 de octubre, parece no sólo creíble la versión del representante legal de la sociedad de que se había puesto en conocimiento de la Caja, sino más que probable que así fuera porque la operación de 2 de octubre es la primera que se realiza ante fedatario público, pese a lo dilatado de la relación anterior.
Respecto a la naturaleza del negocio rescindido, discute la consideración de "documentación de créditos" que contiene la resolución recurrida, pues estima que se trata de una verdadera cesión de créditos. Ahí las partes se enzarzan en debatir si realmente era tal, como sostiene la recurrente, o en realidad se trata sólo de una operación derivada de la póliza de 21 de julio de 2002, que no permitía tal cesión, sino sólo la gestión de cobro, sin que la Caja viera cedidos los créditos.
La cuestión alcanza menos trascendencia que la pretendida por las partes, puesto que no hay discusión sobre otro dato esencial: que la Caja anticipó el importe de los créditos que luego se dicen cedidos el 2 de octubre. La propia concursada lo reconoce, la administración concursal no lo niega y el documento recoge expresamente la cuantía, origen e importe de cada uno de los documentos que justifica el anticipo que se reconoce realizado.
El dato señalado es esencial para resolver, porque el art. 71.1 LC dispone como actos rescindibles los "perjudiciales para la masa activa". Es precisamente su naturaleza perjudicial para el conjunto de bienes y derechos que integran la masa activa conforme al art. 76.1 LC, la que justifica su rescindibilidad. El procedimiento concursal pretende preservar dicha masa, garantía del cobro de los acreedores, y permite completarla por diversos expedientes, de los que las acciones de reintegración que contempla el art. 71 son un exponente esencial.
Situados en tal tesitura, que es la reconocida por las partes, y cualquiera que sea la naturaleza que pretendan dar los litigantes a lo acordado, lo cierto es que la Caja anticipó a la deudora luego declarada en concurso el

importe de los créditos que se decían cedidos. No los recibe para gestionar su cobro y lucrarse con una comisión, ni para hacerse pago de un crédito insatisfecho por la concursada. Por el contrario, anticipa el importe de los documentos que representan los créditos frente a terceros, y además expresamente hace constar que asume el riesgo de la eventual insolvencia de los deudores cedidos, de los que la concursada era acreedor.
Ante tal circunstancia, no hay perjuicio para la masa activa de la concursada. Esta recibe el importe y la Caja asume el riesgo de la insolvencia de los deudores de la concursada que fueron cedidos en la operación de 2 de octubre, de modo que ni siquiera puede reclamar frente a la concursada por los impagos que por dicha causa se produzca. Tampoco queda afectada la prelación de abono de créditos de los acreedores concursales, tesis extensiva ampliamente admitida por la doctrina de las Audiencias (SAP Alicante 22 octubre 2008, JUR 2009\\ 25857, SAP Madrid, Secc. 28ª, 19 diciembre 2008, SAP Barcelona, Secc. 15 ª, 8 enero 2009, AC 2009\ \ 1180, SAP Castellón 27 abril 2009, JUR 2009\\ 304313, SAP Pontevedra 18 noviembre 2009, AC 2010\\ 34, entre otras), aunque cuestionada por una parte de la doctrina, puesto que el importe de los créditos del deudor concursado contra sus deudores fue anticipado por la Caja.
Desde luego el perjuicio no puede presumirse conforme al art. 71.2 LC, porque el acto no fue a título gratuito. En cuanto a los onerosos del art. 71.3 LC, ninguna de sus previsiones es de aplicación. Luego habrá de probarse el perjuicio patrimonial como dispone el art. 71.4 LC, y no hay prueba de aquél porque se cedieron créditos que habían sido previamente abonados por la recurrente. Esta asume el riesgo de su cobro, y por lo tanto, la masa activa del deudor concursado no se ha visto afectada negativamente, porque incorporó a la misma, antes de la declaración de concurso, el importe de los créditos que disponía frente a terceros.
Qué uso se haya hecho por quien fuera responsable de la sociedad concursada de dichos fondos anticipados por la Caja no es cuestión que corresponda dilucidar aquí. En cambio sí puede apreciarse la falta de un requisito legal para que pueda estimarse la acción ejercitada, el carácter perjudicial, razón por la que procede estimar el recurso, sin entrar a los demás motivos esgrimidos al haberse estimado el señalado, sin que proceda imposición en costas conforme a los arts. 196.2 LC y 394.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), puesto que por las fechas en que toda esta operación se realiza aparecen suficientes dudas de hecho que lo justifican.": SAP Alava (Sección 1) 15.07.2011 (Sentencia 397/2011; Rollo 603/2010)

4.6 Contrato de descuento y pagos percibidos de los deudores cedidos

AP La Coruña

"PRIMERO: El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en la alzada, en virtud de los recursos de apelación interpuestos, radica en la demanda formulada por la administración concursal de la entidad TALLERES Y APLICACIONES EUME SLU (TAE) a los efectos de obtener un pronunciamiento judicial que acuerde la devolución a la masa activa del concurso de 100.433,44 euros indebidamente percibidos se afirma- por la entidad CAJA ESPAÑA, con expreso reconocimiento del derecho de la mentada entidad bancaria como ordinario. De la fundamentación jurídica de la demanda con cita expresa de los arts. 71 y 72 de la LC se deduce que la administración de la concursada ejercita la acción rescisoria, la cual fue estimada parcialmente por la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, condenando a la CAJA ESPAÑA a la devolución a la masa activa del concurso de los 33.674,80 euros indebidamente percibidos incrementados en el interés legal que corresponda con expreso reconocimiento del derecho de crédito que le asiste por anticipo de las facturas realizado como crédito ordinario. Contra la mentada resolución judicial interpuso recurso de apelación CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORRO Y MONTE DE PIEDAD, interesando que se declare que los 33.674,80 euros han sido debidamente percibidos. La entidad concursada solicitó la desestimación del recurso interpuesto y, por su parte, la administración concursal se opuso al mismo y por vía de impugnación instó se condenase a la entidad CAJA ESPAÑA a la devolución a la masa activa de 100.433,44 euros que consideraba habían sido indebidamente cobrados por la Caja demandada.
SEGUNDO: En cuanto a los defectos procesales indicados relativos a la falta de personalidad reseñada, la nueva CAJA queda subrogada en todas las obligaciones de las Cajas fusionadas, actuando procesalmente bajo la denominación de CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD, asumiendo en consecuencia una posición pasiva en el proceso, que no puede ahora desconocer, máxime cuando no ha sufrido ninguna indefensión. Por otra parte con respecto a la excepción de litispendencia como razona el juez a quo, no existe identidad de acciones, tratándose las ejercitadas de pretensiones distintas, que determinan la inexistencia de tal óbice procesal, aceptándose los argumentos de la sentencia apelada.
TERCERO: A los efectos resolutorios de la presente controversia judicializada hemos de partir de los siguientes hechos probados:
A) Que entre las entidades TALLERES Y APLICACIONES DEL EUME S.L.U. (T.A.E.) y CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD (CAJA ESPAÑA) se celebró, con fecha 5 de marzo de 2008, un contrato de Línea Global de Riesgo, intervenido por notario, que amparaba, entre otras operaciones, el descuento o negociación de letras de cambio, pagarés, cheques, recibos, certificaciones de obra, facturas, albaranes y otros documentos o efectos mercantiles, con un límite global de 550.000 euros.
B) Con base en dicha relación contractual, la entidad bancaria demandada descontó, durante los meses de noviembre y diciembre de 2009, las facturas, de fecha 26 de noviembre, 10 de diciembre, 22 de diciembre y otra también de 22 de diciembre de 2009, de vencimientos respectivos 26 de marzo, 10 de abril, 22 de abril y 22 de abril de 2010, por importe cada una de ellas de 11.644,94 euros, 33.674,80 euros, 53.189,42 euros y 1795,22 euros, las cuales fueron presentadas al cobro y abonadas todas ellas por la entidad NAVANTIA

deudora de las mismas.
C) En el reverso de las facturas, que la entidad CAJA ESPAÑA abonó a la concursada, consta literalmente transcrito: "TALLERES Y APLICACIONES DEL EUME S.L.U. cede y transmite a CAJA ESPAÑA, formal y plenamente el crédito causal que la presente factura comporta frente a NAVANTIA S.A., al mismo tiempo que autoriza y apodera irrevocablemente a CAJA ESPAÑA para comunicar la cesión cuando lo juzguen oportuno, al obligado, con indicación expresa de que el reintegro debe realizarse en la cuenta de CAJA ESPAÑA nº NUM000 ".
D) TALLERES fue declarada en concurso de acreedores en fecha 26 de marzo de 2010, es decir con posterioridad al descuento de las mentadas letras de cambio.
CUARTO: Sobre la cuestión discutida en los presentes autos es de obligada cita la STS de 19 de diciembre de 2011, en un caso sustancialmente parecido al presente, si bien en el que no se había ejercitado una acción rescisoria, sino de impugnación de lista de acreedores elaborada por la administración concursal.
En dicho proceso la entidad CAJA ESPAÑA tenía frente a la concursada, M. S.L., un crédito de 348.248,33 euros a la fecha del concurso; dicho crédito derivaba del descuento de efectos (fundamentalmente facturas), y a la fecha de cierre del concurso éstos aun no habían vencido; con posterioridad algunos de los efectos cedidos a la Caja en virtud del descuento fueron abonados a ésta por los deudores (por importe de 107.362,09), y otros fueron pagados directamente a la concursada, mediante ingresos o transferencias en sus cuentas bancarias (por importe de 122.740,97), siendo impagados créditos o efectos por importe de 118.145,27.
Las pretensiones ejercitadas en el incidente por CAJA ESPAÑA eran: de un lado, la reducción del crédito en el concurso de los 348.248,33 euros que tenía reconocido la actora, a la cantidad de 118.145,27 euros, que ha resultado definitivamente impagada, y de otro lado, la pretensión de que se le abonen las cantidades cobradas por la concursada indebidamente a pesar de haberle transmitido previamente los créditos en virtud del descuento; interesando también, implícitamente, que se declare que puede quedarse otras cantidades que le fueron abonadas por los deudores en pago de los créditos que le fueron cedidos en descuento.
Desestimada la pretensión de la CAJA, se interpuso por ésta recurso de apelación, que fue resuelto por sentencia de 24 de julio de 2008, de la sección 1ª, de la Audiencia Provincial de Albacete, que estimando el recurso de apelación interpuesto declaró: a) el derecho de la Caja a hacer suyos los 107.362,09 euros cobrados por ella de clientes de la concursada cuyos créditos adquirió de la misma. b) el derecho de la Caja a cobrar de la masa, conforme al art. 154 de la Ley Concursal, la cantidad de 122.740,97 euros que los deudores de otros créditos, que también adquirió de la concursada, abonaron directamente a ésta y c) el derecho de Caja a su inclusión en la lista de acreedores del concurso con un crédito ordinario no contingente de 118.145,27 euros".
Interpuesto recurso de casación fue resuelto por sentencia de 19 de diciembre de 2011 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, con la argumentación siguiente:
"En el motivo se impugnan las dos primeras declaraciones con base en entender que por el contrato de descuento no se transmite la titularidad del crédito, porque en virtud de que la cesión se produce "pro solvendo" y no "pro soluto" el crédito se mantiene en el patrimonio del cedente el cual conserva la titularidad dominical del crédito, y que, por consiguiente, al no haber transmisión al tiempo de la declaración del concurso, debe calificarse como crédito ordinario la cuantía total anticipada por Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha a la empresa MEZLAN, S.L. y que las cantidades correspondientes a abonos realizados con posterioridad a la declaración de Concurso de acreedores deben integrarse en el concurso, dando cumplimiento en rigor al principio "par conditio creditorum".
El motivo se desestima por las siguientes razones.
1º. Porque no se comparte el criterio de la parte recurrente y sí, en cambio, el de la sentencia recurrida. Por el contrato de descuento se produce la transmisibilidad de los créditos representados por los efectos o títulos descontados, de modo que la titularidad es adquirida por la entidad descontante (SSTS 24 de junio y 19 de diciembre de 1986; 12 de diciembre de 1987; 11 de junio de 1993; 28 de junio de 2001, núm. 655; 2 de junio de 2004, 450; 10 de febrero de 2006, 73; 5 de octubre de 2006, 970; 10 de diciembre de 2007, 1292; 15 de abril de 2008, 260), siendo de correcta aplicación los arts. 347 y 348 del Código de Comercio y 1526 del Código Civil. No obsta que el cesionario -entidad descontante- no se convierta en titular definitivo de los efectos habida cuenta que, al hacerse la cesión "salvo buen fin", el riesgo del pago -mejor, del impagocorre a cargo del cedente (SS. 21 de diciembre de 2006 y 4 de julio de 2007, núm. 762).
2º La cláusula "salvo buen fin", implícita en el descuento, supone que si el descontante no puede cobrar los créditos representados por los efectos descontados, es decir, resultan impagados, puede exigir el reintegro de la entidad descontataria. Este es, precisamente, el significado de la consideración de la transmisión como una "cessio pro solvendo", cuyo efecto desaparece, y se transforma en "cessio pro soluto", cuando se produce alguna de las circunstancias determinantes al respecto (pacto, prescripción de la acción de reintegro, no devolución al descontatario de los títulos o efectos descontados, o cuando se deja a éstos perjudicarse - SSTS, entre otras, 21 de septiembre de 2006, 4 de julio de 2007 -).
3º Las Sentencias citadas en el recurso como fundamento del motivo de 27 de junio de 2003 y 4 de diciembre de 2007 no se refieren a contrato de descuento, sino a otras operaciones jurídicas diferentes (cesión de crédito en garantía de un préstamo y cesión de efectos mercantiles sin carácter solutorio, únicamente con finalidad de gestión de cobro o con carácter meramente fiduciario que impide reconocer la transmisión de la titularidad sobre el derecho de crédito incorporado a los efectos cedidos).
Por todo ello el motivo decae.
En el motivo segundo del recurso se alega infracción, por interpretación errónea del art. 84.2 en relación con el art. 154, de la Ley Concursal 22/2003.
Según la parte recurrente la consideración de crédito contra la masa, atribuido por la sentencia recurrida a las sumas cobradas por la empresa MEZLAN, S.L. directamente de sus clientes correspondientes a cantidades

representadas por efectos descontados, no tiene encaje en ninguno de los subapartados del art. 84.2 LC porque los contratos celebrados por dicha empresa con la Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha no transmite la titularidad de los créditos anticipados con anterioridad a la declaración del concurso, es decir, -añade la recurrente- "fueron abonados por los obligados al pago en fechas posteriores a la declaración del concurso sin que con anterioridad la Caja hubiese adquirido la titularidad de dichos créditos, debiendo ser calificado como crédito ordinario en virtud de lo establecido en el art. 89 de la Ley 22/2003.
El motivo se desestima porque incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, al negar que el contrato de descuento transmita la titularidad de los créditos. Habida cuenta que la entidad MEZLAN S.L. ya había percibido de la entidad descontante el importe de los efectos descontados, el titular de los créditos por éstos representados era la entidad descontante, única legitimada para cobrarlos, por lo que, al percibirlos la entidad descontataria, debe reintegrar su importe por cobro de lo indebido a la titular de los mismos, sin que en el caso se susciten otros aspectos diversos que pueden plantearse en situaciones similares y que, por ello, son ajenos al tema de debate en casación y no resulta oportuno examinar".
QUINTO: Siendo así las cosas como así son, no podemos compartir el criterio del Juzgado. En el reverso de las facturas consta expresamente como se transmitió a CAJA ESPAÑA, formal y plenamente, el crédito causal que representaban las facturas frente a NAVANTIA. Tal cesión se produjo con antelación a la declaración del concurso y con ella la transmisión de la titularidad de los efectos descontados a CAJA ESPAÑA, con lo que no estamos ante un acto de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior al auto en que se declaró a la entidad TALLERES Y APLICACIONES EUME S.L.U. en concurso de acreedores, que generaría una presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial en aplicación de lo normado en el art. 71.2 de la LC, según el cual dicho perjuicio se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado tercero de dicho precepto. La entidad concursada había percibido previamente el importe de las facturas descontadas adquiriendo Caja España, en recíproca contraprestación, la titularidad de las mismas, sin que tal transmisión de los efectos se hiciese en concepto de comisión de cobranza, incompatible con la cesión instrumentalizada en el reverso de las precitadas facturas.
No vemos el perjuicio para la masa de acreedores, en tanto en cuanto las operaciones llevadas a efecto permitían la financiación de la entidad concursada, obteniendo anticipadamente el importe de los trabajos facturados, que revertieron en la caja de la entidad y posibilitaron el funcionamiento de la misma. No consta ninguna clase de connivencia dolosa o mala fe entre concursada y la entidad financiera demandada, aunque la Ley Concursal no exija el ánimo fraudulento.
Como señala la reciente STS de 12 de abril de 2012 : "Para que haya lugar a la reintegración concursal en el régimen vigente es precisa la existencia de perjuicio para la masa activa del concurso, al disponer el artículo 71.1 de la Ley Concursal que declarado el concurso, serán rescindibles " los actos perjudiciales para la masa activa...". No concreta la norma que debe entenderse por "perjuicio para la masa activa", pese a lo cual, no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado. Claro está que, para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas".
Si realmente nos fijamos en la relación fáctica de la demanda promovida por la administración concursal no consta en qué consiste el perjuicio patrimonial de la entidad concursada, máxime además cuando la sentencia que estimara la acción declararía la ineficacia del acto impugnado y condenaría a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses, de manera tal que el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado, lo que desde luego no es el caso (art. 73.1 y 3 LC). En la mentada restitución se tendría que devolver a CAJA ESPAÑA las cantidades anticipadas a la entidad concursada, con intereses, y ésta a cambio percibiría el importe de las facturas cobradas, con lo que la devolución a favor de la concursada realmente comprendería de forma exclusiva los gastos de descuento, que de ninguna manera constan fueran desproporcionados o fuera de mercado.
Por otra parte, bajo la vigencia del procedimiento de quiebra se consideraron inmunes a la acción de retroacción del art. 878.2 del C de Com., los contratos de descuento cambiario llevados a efecto de buena fe por las entidades bancarias, así resultaba de una consolidada línea jurisprudencial que rompiendo con anteriores antecedentes (SSTS de 17 de febrero de 1909, 17 de marzo de 1958, 27 de mayo de 1973), se orientó por la solución consistente en que el párrafo segundo del art. 878 C. Comercio no alcanza al descuento bancario (SSTS de 28 de mayo de 1960, 21 de junio de 1963, 20 de mayo de 1975, 10 de marzo y 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977), y ello con independencia de que el quebrado sea el descontatario (cedente de los efectos) o lo sea la entidad descontante, porque el criterio que fundamenta la respuesta jurídica toma como pauta si se ha producido, o no, una disminución en el patrimonio del quebrado, dado que la aplicación del párrafo segundo del art. 878 C. Com. se conecta con los actos de dominio o administración realizados por el quebrado durante el periodo de retroacción en detrimento de la "pars condicio creditorum" o principio de igualdad entre los acreedores. Más recientemente en idéntico sentido las SSTS de 1 de junio y 15 de febrero de 2007.
Es por ello, por lo que la acción rescisoria sobre la suma de 100.433,44 euros cobrada por la entidad CAJA

ESPAÑA, no debe ser reintegrada a la masa del concurso, al no darse los requisitos exigidos para la prosperabilidad de la acción rescisoria ejercitada al amparo de lo normado en los arts. 71 y ss. de la LC.“: SAP La Coruña (Sección 4) 02.10.2012 (Sentencia 392/2012; Rollo 175/2012)

4.7 Pago para ejercicio de opción de compra con reserva de dominio, no acreditado perjuicio

AP Navarra

“PRIMERO.- a) La Administración Concursal de Castillejo Pascual, S.L.U. interpuso demanda incidental de reintegración frente a la concursada y la entidad mercantil Biurrarena Maquinaria Soc. Coop, al amparo del art. 71 de la Ley Concursal, alegando en apoyo de su pretensión que la cesión de créditos llevada a cabo tras la interposición de la demanda preconcursal y sólo un mes antes de la solicitud de concurso supuso un perjuicio para el resto de los acreedores.
Se opuso la sociedad Biurrarena Maquinaria alegando que la operación entraba dentro del tráfico mercantil ordinario de la concursada, siendo inexistente el perjuicio pues con el endoso de los pagarés ésta había pagado el precio de una máquina que, de otra manera, no hubiera ingresado en su activo, siendo aplicable al apartado 5.1 del art. 71 LC.
En el mismo sentido se opuso la concursada, aludiendo también a que el precio abonado es de mercado
o inferior al mismo, y pudo obtener mucho mayor importe con su venta, por lo que ningún perjuicio se causó a los acreedores.
b) La sentencia del Juzgado estima la demanda, en la forma recogida por el antecedente de hecho 2º de nuestra sentencia.
b.1 Por un lado, la juez de lo mercantil parte de una serie de hechos probados en base a los documentos núm. 5, 6 y 7 de la demanda.
-La sociedad Castillejo Pascual ejercitó el derecho de opción de compra sobre una máquina Criba, marca Terex-Finlay, modelo 683, núm. de serie FTP 593 562), ascendiendo el precio de la opción a 79.950 euros.
-Para su pago endosó en favor de Biurrarena Maquinaria tres pagarés por importe de 9.766,44 euros y fechas de vencimiento 30 de mayo, 30 de junio y 30 de julio, respectivamente.
-En documento privado de 26 de junio de 2010 acordaron que a fin de satisfacer la cantidad restante la sociedad Castillejo Pascual endosara otros tres pagarés por un importe total de 51.039 euros,
b.2 Por otro lado, la juez de lo mercantil concluye que debía declarar rescindido el contrato de 26 de junio de 2010 en base una serie de razones:
-La cesión de créditos tuvo lugar en fechas muy próximas a la declaración de concurso, por lo que entra en el plazo de retroacción de 2 años que impone la Ley Concursal.
-Atendiendo exclusivamente a la cesión de créditos el perjuicio es manifiesto " *pues muy poco antes de la solicitud de concurso se abonan unos 80.000 euros a uno de los acreedores".*
-Las demandadas no han acreditado el hecho obstativo alegado, cual era que no había existido perjuicio al haber ingresado la máquina en la masa activa de la concursada y vendido a mejor precio, y "ni tan siquiera se aporta pericial u otro tipo de prueba de cuál fuere el valor de la máquina adquirida en el momento de ejercitar la opción de compra", no habiendo ofrecido ningún detalle sobre la venta de la máquina el Sr. Castillejo en su declaración.
c) Recurre la sociedad Biurrarena Maquinaria.
En apoyo del recurso articula cuatro motivos.
El primer motivo se intitula " *error de la juzgadora alconstatar las alegaciones efectuadas por Biurrarena Sociedad Cooperativa* ".
c.1 Argumenta la apelante, en síntesis, que no es cierto que al contestar la demanda hiciera alusión a una cesión de créditos, sino que alegó la existencia de un contrato de arrendamiento de maquinaria con derecho de opción de compra que fue ejercitado por la concursada *"en condiciones de mercado y dentro de lo que es la actividad habitual y ordinaria* ", no estando de acuerdo con la " *tipificación* " como cesión de crédito del pago de un derecho de opción de compra mediante el endoso de pagarés, " *cuya regulación como medio de pago expreso viene recogida en la Ley Cambiaria y del Cheque, de manera singular, precisamenteal tratarse de un medio de pago".*
c.2 El motivo no puede estimarse al ser evidente que el endoso lleva consigo la cesión de un crédito del tomador del título cambiario al endosatario, y a la misma alude de forma reiterada la jurisprudencia [STS 3 enero 1981 (1981, 30)].
Cuestión distinta es que deban valorarse las circunstancias concurrentes y, en concreto, que los pagarés fueron endosados por la concursada para hacer frente a la parte del precio pactado por el ejercicio de la opción de compra que restaba por pagar, con lo que la máquina adquirida ingresaba en su patrimonio.
SEGUNDO.-a) El segundo motivo se intitula " *porinversión ilícita de la carga de la prueba* ".
En apoyo del mismo argumenta la apelante que es obvio que el ejercicio por parte de la concursada de la opción de compra, adquiriendo la propiedad de la máquina objeto de arrendamiento, no entra en ninguna de los supuestos regulados por los tres primeros apartados del artículo 71 LC, siendo de aplicación lo dispuesto por el apartado 4º que expresamente impone al que ejercite la acción la carga de probar el perjuicio económico, habiendo invertido la carga de la prueba la juez de lo mercantil al declarar que no se había acreditado el beneficio para la masa por la compra de la máquina.
Añade la apelante que si la concursada no entregaba tres pagarés avalados por entidad financiera o no efectuaba el pago, quedaba automáticamente anulada la opción de compra, estableciendo de manera expresa el contrato de arrendamiento suscrito por las partes el día 8 de mayo de 2009 que *"el arrendatario tendrá la reserva de dominio de la máquina hasta el total pago del precio final"* (documento núm. 1 contestación), por lo que a la fecha en que efectuó el pago mediante los respectivos endosos la concursada no era propietaria de la

máquina y si la administración concursal quiere resolver el contrato debe devolverla.
b) El motivo se estima.
b.1 El art. 71 LC regula la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
Establece dos tipos de presunciones dirigidas a declarar el perjuicio patrimonial: la primera " *iuris el de iure* ", sin admitir prueba en contrario, y la segunda " *iuris tantum* ", destruible mediante prueba en contrario, respecto de una serie de actos.
Por el contrario su apartado tercero impone a quien solicita la rescisión de un acto no contemplado en los apartados anteriores la carga de probar el perjuicio patrimonial.
En el caso enjuiciado esa carga no ha sido lograda por la administración concursal.
Se limitó a alegar que el endoso de los pagarés suponían un *"manifiesto perjuicio para los acreedores de la concursada pues al desaparecer su importe del activo de la concursada aquéllos se ven privados del importe que debe obtenerse de su venta ordenada y en liquidación* ", siendo *"evidente que para el resto de los acreedores constituye un perjuicio el que la concursada disponga de los créditos que se detraen de la masa activa quebrándose así el principio de la pars conditio creditorum* ", sin tener en cuenta que la cesión de crédito, el endoso de los pagarés, tenía por objeto hacer frente a la parte del precio pendiente de pago de la opción de compra que había ejercitado la concursada para que la máquina objeto de la misma ingresara en su patrimonio.
b.2 Es cierto que el concepto de " *perjuicio* " no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la " *par conditiocreditorum",* lo que se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales, como ocurre, v.gr., en la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes, por lo que se admite que junto al perjuicio directo que ocasiona una disminución de patrimonio (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), existe un perjuicio indirecto derivado de un trato de favor injustificado [SSAP de Madrid de 19 de diciembre de 2.008 (AC 2009, 201) y Valladolid de 7 de mayo de 2009 (AC 2009, 161)].
Sin embargo, en el caso enjuiciado no se ha demostrado el perjuicio al desconocerse el valor de la máquina objeto de la opción de compra, que ingresó en el patrimonio de la concursada tras ser abonado a la sociedad Castillejo Pascual el importe de los pagarés endosados, y el destino dado a la misma, extremos éstos cuya alegación y prueba recaía sobre la administración concursal.
En virtud del principio de aportación de parte que rige en el proceso civil la administración concursal tenía la carga de ofrecer en la demanda el relato de todos los hechos necesarios para que su pretensión prosperara [SSTS 27 mayo 1983 (RJ 1983, 2914), 15 octubre 1984 (RJ 1984, 4865), 14 abril 1986 (RJ 1986, 1851), 10 junio 1988 (RJ 1988, 4816), 10 mayo 1989 (RJ 1989, 3678), 28 enero 1992 (RJ 1992, 273), 23 octubre 1998 (RJ 1998, 7553)], así como acreditarlos (apartado 4º del art. 71 LC).
b.3 En su escrito de oposición al recurso la administración concursal alega que es intrascendente que el endoso de los pagarés estuviera ligado al pago del precio de la opción de compra, aludiendo a la doctrina jurisprudencial que establece que ejercitada la opción de compra se perfecciona la compraventa con la comunicación por el optante al concedente, aunque no medie entrega de la cosa o el pago del precio, al pertenecer a la fase de consumación de la compraventa, salvo que se haya pactado expresamente la necesidad del pago del precio simultáneamente al ejercicio de la opción [SSTS 12 mayo 2009 (RJ 2009, 4741), 14 mayo 2010 (2010, 3697)].
Pero siendo esto así, no puede obviarse que al terminar la concursada de pagar el precio de la opción de compra mediante el endoso de los pagarés a que hace referencia el documento privado de 26 de junio de 2010, la máquina ingresó en su patrimonio y no se ha probado que su valor fuera inferior a la cantidad abonada, ni otra circunstancia de la que se infiera un perjuicio para los demás acreedores.
Como se alega en el recurso, en caso de que no se hubieran endosado los pagarés la máquina no habría ingresado en el patrimonio de la concursada.
La reserva de dominio no deja de ser, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1794) una derogación convencional del art. 1 609 CC, en relación con los arts. 1461 y concordantes, en tanto en cuanto, aunque se entrega la cosa y existe convenio entre objeto y precio incorporado a un soporte documental, no se transmite la propiedad " *viniendo a constituir como cualquier otra cláusula que se establezca con tal fin, una garantía para el cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada* ", de manera que " *verificado tal completo pago" se produce "ipso jure" la transferencia dominical".*
Por ello, en caso de que se hubiera acogido la acción rescisoria, como los efectos que produce su éxito nacen de la ley y están perfectamente acotadas (art. 73 LC) y no necesitan de petición expresa de las partes, en razón del principio " *iura novit curia* ", tal como señalaba el Tribunal Supremo a propósito de las consecuencias derivadas de la nulidad en la retroacción absoluta de los antiguos procesos de quiebra [SSTS 24 febrero 1992 (RJ 1992, 1513), 11 febrero 2003 (RJ 2003, 1574), 13 diciembre 2005 (RJ 2006, 328)], la concursada habría sido condenada a devolver la máquina objeto de la opción de compra.
TERCERO.-Por las mismas razones procede acoger el tercero de los motivos del recurso, intitulado *"error en la calificación del negocio jurídico celebrado entre Biurrarena y Castillejo Pascual SLU",* donde se alega, entre otras cosas, que no nos encontramos ante un contrato de cesión de créditos para pago de deuda preexistente, sino ante el endoso de algunos pagarés para el ejercicio efectivo de una opción de compra, sin cuyo pago no se hubiera efectuado, tal y como dispone el contrato en su cláusula 18ª, siendo obvio que si la concursada no satisface el precio de la opción no adquiere la propiedad de la máquina.": SAP Navarra (Sección 3) 27.06.2014

(Sentencia 163/2014; Rollo 28/2013)

4.8 Alteración justificada de la par conditio

AP Granada

“PRIMERO.-Resumen y valoración de hechos relevantes.
La administración concursal ejercita acción rescisoria frente a las inmobiliarias apelantes, pidiendo con carácter principal que se declaren rescindidos e ineficaces los pagos realizados por endosos de pagarés y cheques, sustentados en sendos contratos privados de 24 de septiembre de 2007, descritos en los hechos tercero y sexto de los de la demanda, considerando realizados tales pagos a título gratuito, sin que proceda reconocer crédito alguno a las demandadas, solicitando a su vez que se declare su mala fe.
Parte la demanda de la ineficacia de los pactos alcanzados en los citados documentos privados, alterando lo reflejado en contrario en escritura pública de la misma fecha, principalmente en cuanto a que en el documento público se estipulaba que las compradoras soportarían todos los gastos e impuestos de la operación, y la liberación de las obligaciones que como comunero correspondía a la sociedad en concurso.
En los acuerdos reflejados en escritura pública de 24 de septiembre de 2007, debemos nosotros precisar desde ahora, que no se incluía ningún anticipo percibido por la concursada o su liberación por la liquidación de otras promociones en las que coparticipaban con las codemandadas, sobre la que tampoco constaba excluida la concursada del pago de impuestos.
Subsidiariamente la administración concursal solicitaba la rescisión de los pagos realizados, estimando el perjuicio, al producirse una alteración de la preferencia de cobro entre los acreedores concursales, que parece entender injustificada, solicitando también la misma declaración de mala fe anterior y la declaración del crédito como subordinado. (...)
CUARTO.-No existe sacrificio patrimonial injustificado en los endosos realizados. Estimación del recurso y desestimación de la acción rescisoria.
La acción rescisoria mantenida en esta instancia, no puede prosperar, con la consecuencia de la total desestimación de los pedimentos de la demanda y consiguiente estimación del recurso, ya que para que pudiera prosperar la acción rescisoria subsidiaria estimada en la instancia, el perjuicio debería mostrarse por una alteración injustificada de la preferencia de cobro entre los acreedores concursales, pero esta alteración injustificada, cuando, como hemos anticipado, no hay en este caso falta de equivalencia de las prestaciones, y los pagos resultaban necesarios para la liquidación de la participación de la concursada en los distintos negocios inmobiliarios mantenidos con las demandadas, cuyos costes y riesgo empresarial no podía afrontar entonces la sociedad ahora concursada, evitando así soportar pagos que, como los sufridos por la demandadas ha logrado eludir, en modo alguno puede estimarse justificado.
No es cierto que la concursada recibiera nada o muy poco a cambio de la transmisión de su participación en las actividades inmobiliarias de la demanda, cuando la operación, por la que entrego bienes inmuebles hipotecados, de perdida previsible ante la imposibilidad de soportar la carga financiera que ellos garantizaban, permitió, extinguir la deuda de la que respondía la concursada con la garantía constituida sobre los inmuebles transmitidos, saldar las cantidades que anticipadamente había percibido por su intervención en el negocio inmobiliario, 515.611,25 euros, que como beneficio real debe entenderse percibido por la concursada, sin que conste que cifra equivalente haya sido alcanzada por las apelantes, y saldar también sus deudas por la liquidación en los negocios inmobiliarios compartidos con las recurrentes, como realmente solo cabe entender que establece la sentencia apelada, cuando en definitiva reconoce, a consecuencia de la rescisión, un crédito ordinario por el mismo importe a favor de las apelantes, entonces por tanto debidamente saldado en su momento, como en el fundamento anterior hemos explicado.
Como destaca la reciente sentencia de la AP Madrid, sección 28ª, de 27 de febrero de 2012, el sacrificio patrimonial injustificado no se da en todos los casos de disposición patrimonial, no concurriendo, como es el caso, en contratos con prestaciones recíprocas cuando la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente.
Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 15 de junio de 2011, analizando si una dación en pago suponía un "sacrificio patrimonial injustificado", recordaba que ello exige un doble requisito: una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado. Criterio recogido recientemente por la STS (1ª) de 27 de octubre de 2010, cuando invoca este concepto de sacrifico patrimonial injustificado en un caso en que el acto de disposición objeto de rescisión era un negocio con reciprocidad de prestaciones, en que no existió una equivalencia de prestaciones (una venta de dos inmuebles por un precio muy inferior al de mercado), y este desequilibrio no se justificaba por las circunstancias concurrentes.
Por ello, cuando aquí la reciprocidad de las prestaciones resulta innegable, pudiendo incluso estimar concurrentes los presupuestos exigidos por el artículo 58 de la Ley Concursal para estimar válidamente realizada la compensación, llevada a cabo, concurriendo todos sus requisitos, cuando antes de la declaración de concurso, se extinguieron las deudas reciprocas en la cantidad concurrente existentes entre la sociedad ahora en concurso y las apelantes con el endoso realizado, destacando a su vez los beneficios obtenidos por la liquidación y la liberación de la fuerte deuda hipotecaria contraída para la concursada, que además no podía tampoco afrontar el riesgo empresarial de las operaciones inmobiliarias en marcha, resulta evidente que en esta situación no existe, por el pago realizado en el periodo señalado en el articulo 71.1 LC un "sacrificio patrimonial injustificado", que provoque su rescisión, aunque no exista intención fraudulenta, aquí en todo caso también descartada por la sentencia recurrida, firme, en cuanto a la no apreciación de mala fe.”: SAP Granada (Sección 3) 20.04.2012 (Sentencia 177/2012; Rollo 793/2011)

AP La Coruña

“TERCERO: A los efectos resolutorios de la presente demanda hemos de partir de los siguientes hechos, que expresamente declaramos probados:
A) Con fecha 15 de julio de 2009, autorizada por el notario de A Coruña Sr. Ordóñez Armán, nº 1855 de su protocolo, se firmó una escritura pública de compraventa y subrogación hipotecaria, conforme a la cual los hoy concursados D. Bernardino y Dª Fidela vendieron a ADAPA CONDUCTO S.L.U., cuarenta parcelas con vivienda de su propiedad, sitas en la DIRECCION000, en el lugar de DIRECCION001, parroquia de DIRECCION002 en A Coruña, hallándose la finca matriz gravada con una hipoteca para responder de un principal de 13.058.827 euros (1.965.000 euros en origen y 11.093.327 euros de una posterior ampliación), por razón del préstamo hipotecario concertado entre los vendedores con IBERCAJA de 23 de diciembre de 2004, ampliado por escritura de 22 de junio de 2006, el cual fue subrogado a favor de CAJA DE AHORROS DE GALICIA por virtud de escritura de 1 de diciembre de 2006, y posteriormente objeto de sendas novaciones otorgadas el 4 de julio y 8 de octubre de 2008.
En la referida escritura igualmente se hizo constar que la vendedora manifiesta que las fincas objeto de la compraventa, que forman parte del Conjunto Residencial conocido como " DIRECCION003 ", sito en las parcelas NUM000 a NUM001 de la URBANIZACIÓN000, DIRECCION001, A CORUÑA, se están actualmente construyendo, según proyecto de Don Pablo y conforme licencia que se incorpora a la escritura, haciéndose constar expresamente que su grado de realización es del 96,6% de la totalidad de obra proyectada, acompañándose certificación del mentado arquitecto, en su condición de director de la obra.
De igual manera, se hizo constar que los vendedores resolvieron el contrato de ejecución de obra y comercialización, de fecha 29 de mayo de 2007, con promociones PASCUA Y NIETO S.L., asumiendo ellos mismos los costes derivados de la construcción y comercialización, haciéndose una expresa referencia a los proveedores y subcontratistas a los que se debía dinero en número de 61 por un total de 1.921.548,87 euros, tras la quita que negoció la demandada ADAPA.
En el expositivo de la mentada escritura se manifiesta por los vendedores que suscribieron 13 contratos privados de compraventa sobre las viviendas transmitidas, con respecto a los cuales se indica que los compradores han consentido la cesión de su posición contractual a ADAPA CONDUCTO S.L. y por los que han pagado a cuenta y recibido los concursados la suma total de 1.457.019 euros.
Pues bien, en la precitada escritura pública, el matrimonio Bernardino Fidela vendió a ADAPA CONDUCTO S.L. las referidas viviendas por el precio de 13.808.446,05 euros, incrementado por el IVA correspondiente.
El precio pactado se satisfizo de la forma siguiente:
La cantidad de 10.429.878,98 euros mediante subrogación en el préstamo hipotecario concertado, adeudado por los vendedores a la CAJA DE AHORROS DE GALICIA, y que grava las fincas objeto de venta, subrogación que acepta expresamente la referida entidad financiera.
La suma de 1.921.548,87 euros, correspondientes a la suma de cantidades debidas a proveedores y subcontratistas, que retiene la parte compradora para su entrega por cuenta de la vendedora a los precitados acreedores y por los importes indicados.
Otra suma de 1.457.019 euros, correspondientes a las cantidades entregadas a cuenta por los distintos adquirentes de las viviendas, que igualmente retiene la compradora, quien se subroga en los derechos y obligaciones de los contratos privados de compraventa suscritos por la parte vendedora.
Por último, la compradora abonó a la vendedora el IVA correspondiente al tipo del 16%, mediante cheque nominativo por importe de 2.209.351,50 euros a nombre de los vendedores.
B) Previamente a la realización de tal contrato por sendas entidades tasadoras se procedió a la valoración de la promoción de los concursados y así por parte de ARCO VALORACIONES fue tasada, en el estado en que se encontraba, y con data 18 de junio de 2009, en la suma de 13.662.958,22 euros y una vez acabada en 17.917.660,02 euros (doc. 9 de la contestación de ADAPA y Caixanova) y la entidad EUROVAL a fecha 25 de noviembre de 2008 la valoró en 12.917.795,20 euros y valor terminado 16.726.029,49 euros (doc. 9 bis).
C) El importe del IVA fue ingresado en una cuenta a nombre de los vendedores en la CAJA DE AHORROS DE GALICIA, y de ella, mediante escrito de 15 de julio de 2009, los concursados ordenaron y autorizaron, de forma irrevocable, efectuar pagos mediante cheques nominativos a distintas personas por importe de 1.313.858,92 euros, entre los que figuraban el letrado que asistió a los concursados en la negociación con la CAJA con un pago de 20.000 euros, figurando también los hijos de aquéllos Pedro Enrique y Aurelio con pagos de 55.642,63 euros y 49.261,50 euros respectivamente, así como transferencias para pagar facturas a otros acreedores por valor de 244.504,71 euros, todo ello hace un total de pagos por importe de 1.558.363,63 euros (doc. 15 de dichos demandados).
D) De igual forma, el 15 de julio de 2009, el concursado D. Bernardino compró un cheque bancario nº NUM002 a CAJA DE AHORROS DE GALICIA por importe de 650.987,87 euros, que fue pagado en la CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA en la oficina de Carballiño(Ourense) dos días más tarde (documento 16).
E) En la negociación del contrato de compraventa objeto de reintegro en este incidente concursal la CAJA DE AHORROS condonó de la deuda hipotecaria existente 2.888.941,50 euros, que quedaba condicionada suspensivamente a la firma por los prestatarios de la escritura pública de compraventa a favor de ADAPA, de manera tal que, tras la quita, la subrogación en el préstamo hipotecario sería por la suma de 10.429.878,98 euros (ver documento privado documento 13 del mismo ramo de prueba).
F) ADAPA negoció y obtuvo una importante quita con respecto a las deudas existentes con proveedores y subcontratistas de la promoción, que supuso que el importe de lo adeudado de 2.401.936 euros se rebajase a la suma de 1.921.548,87 euros.
G) Las previsiones del arquitecto sobre el grado de ejecución de la obra se quedaron cortas y su conclusión, que abordó la compradora ADAPA, a través de la constructora PROYCOGA, supuso un desembolso por

aquélla de 2.689.018,97 euros (documento 10), aunque la finalización total de la obra elevó el coste final de la misma en la cantidad de 3.455.853,14 euros o 3.242.656,52 euros, si descontamos 5440 euros de una factura correspondiente a otra urbanización que por error se computó como gatos en la promoción litigiosa e incluso 207.756,62 euros de comercialización, pese a darse cumplida respuesta en el acto del juicio de la procedencia de dicha partida derivada de un contrato marco de comercialización de inmuebles para la apelada ADAPA.
No es de extrañar y no se puede cuestionar, que el coste real de la terminación de la obra fue el abonado a PROYCOGA y, en modo alguno, el indicado en el recurso de apelación, pues amén de que se justificó la realidad del mismo documental y testificalmente, ya en escrito dirigido por los concursados a CAIXA GALICIA se hablaba de una inversión para concluir la obra de 4.126.506,47 euros y de unos trabajos pendientes de 1.605.000 euros aproximadamente, que la realidad determinó fuera una previsión más que optimista, máxime cuando se explicó, por el legal representante de ADAPA, que las obras de urbanización del complejo no se habían prácticamente iniciado (ver carta de los concursados de 23 de octubre de 2008, doc 8).
H) ADAPA CONDUCTO S.L.U. era una sociedad cuyo socio único es la CAJA DE AHORROS DE GALICIA, circunstancia que nunca se ocultó en el procedimiento, ni en las negociaciones de las partes, siendo su objeto social la promoción, gestión y desarrollo de operaciones inmobiliarias y urbanísticas.
I) La intervención de ADAPA permitió la conclusión de la promoción, al hallarse los concursados imposibilitados para llevarla a efecto, al carecer de financiación en el mercado.
J) El préstamo hipotecario, cuando se llevó a efecto el mentado contrato, se encontraba en periodo de carencia, con pago sólo de los intereses hasta el 31 de diciembre de 2009, y a partir de ahí el último pago sería en el año 2039.
K) Por auto de 29 de septiembre de 2010 D. Bernardino y Dª Fidela fueron declarados en situación de concurso voluntario, en los autos 294/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad de A Coruña.
(...)
QUINTO. Descartado, pues, que nos hallemos ante un caso del juego de la presunción de perjuicio del art. 71.2 de la LC, es necesario determinar si concurre el supuesto igualmente invocado del apartado cuarto del mentado precepto, que exige que la administración concursal justifique el perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso.
Ahora bien, ello exige efectuar con carácter previo una serie de consideraciones generales sobre la clase de acción ejercitada y su interpretación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien llamando previamente la atención a que la casuística en esta materia es muy amplia y ella hemos de atenernos.
Y así se ha declarado que los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración. Manifestación de lo expuesto la encontramos en la STS 210/2012, de 12 de abril, que proclama "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado".
En definitiva, como precisa la STS de 8 de noviembre de 2012, el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).
El perjuicio para la masa activa del concurso, como apunta la STS 622/2010, de 27 de octubre, cuya doctrina ratifica la precedentemente citada de 26 de octubre de 2012, ha de entenderse "como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación".
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio, que ya hemos señalado no concurre en el presente supuesto.
Fuera de estos casos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. La carga de la prueba del perjuicio le corresponde en este caso a la administración concursal que es la que ejercita la acción rescisoria (art. 71.4 LC), sin que se invoquen, ni concurran alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que trasladaría a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
Sin embargo, ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).
Ahora bien, en esa casuística reinante en la materia, que dificulta establecer criterios generales y fijos, la STS de 26 de octubre de 2012 advierte que: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
En el caso de los pagos enseña de nuevo STS de 26 de octubre de 2012 que, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de

los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa.
Y ello sería predicable del pago a los subcontratistas y proveedores de la obra litigiosa, cuyos créditos estaban vencidos y eran exigibles, y además posibilitaban la conclusión de la obra.
Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en la sentencia 855/2007, de 24 de julio, donde se negó por la Sala 1ª del Tribunal Supremo la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores, igualmente citada por la STS de 26 de octubre de 2012, en la que se argumentó que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido.
Insistiendo en tales ideas la STS de 12 de abril de 2012 proclama que "para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas".
Y, por último, con respecto a la mala fe, la STS de 7 de diciembre de 2012 nos advierte de que el art.
73.3 LC, cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado "ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores. Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre).
SEXTO: Pues bien, en este caso, no consideramos que el acto jurídico impugnado, cuya rescisión se pretende por la Administración concursal, sea perjudicial para la masa pasiva del concurso, ni de los cálculos y razonamientos del recurso de apelación se deduce que concurra tan esencial requisito, y ello en función de las consideraciones siguientes.
En primer término, dado que posibilitó la terminación de la promoción, y con ello también que se vieran satisfechos los treces compradores, que adquirieron las viviendas y habían efectuado pagos a cuenta del precio final, por la suma nada desdeñable de 1.457.019 euros, que habían percibido los concursados, cantidades con respecto a las cuales tampoco habían afianzado su devolución como era legalmente exigible.
Por otro lado, la operación llevada a efecto supuso una disminución del pasivo de los concursados de 3.369.328,63 euros, derivados de la quita del préstamo hipotecario, que hizo la CAJA DE AHORROS, así como de la procedente de los subcontratistas y proveedores acreedores, que conformaban deudas perfectamente justificadas y propias de la actividad profesional a la que se dedicaban los concursados como promotores.
La finalización de la obra requirió una inversión por parte de la compradora que, en el mejor de los casos, y dejando al margen los gastos de comercialización, supuso un montante económico de 3.242.853,14 euros, que, en otro caso, debería haber asumido la masa del concurso para poder patrimonializar el activo de los concursados, constituido por las 40 viviendas, que se devaluaban además con el transcurso del tiempo.
Por último, señalar que de esta forma el pasivo de los concursados no sería el reseñado por la administración concursal, sino si prescindimos del negocio jurídico celebrado, el mismo ascendería a las partidas siguientes:
13.318.819,98 euros del préstamo hipotecario, computando intereses adeudados.
2.401.936 euros de deudas con proveedores y subcontratistas.
2500 euros Ayuntamiento de A Coruña
619.772,94 euros Banesto
1.181.261,70 euros CAIXA GALICIA
1311,11 euros Diputación A Coruña
7960 euros TGSS
130.233 euros IBERCAJA
1.558.363,63 euros deudas varias abonadas con el IVA.
650.987,87 euros del cheque comprado, que lógicamente hay que pensar se destina a satisfacer deudas y no como beneficio de los concursados.
3.242.656,52 de la conclusión de las obras ya prescindiendo de gatos de comercialización.
Todo ello hace un pasivo de 23.115.800,37 euros y no de 18.962.163 euros, como se indica por la administración concursal en su escrito de demanda, con un patrimonio neto negativo de 4.153.637,37 euros, pasivo muy superior, en consecuencia, al calculado por la administración concursal tras las realización del mentado negocio jurídico, que arroja la suma negativa de 2.464.514 euros, con lo que el contrato celebrado no fue perjudicial para la masa activa del concurso, y máxime además cuando permitió la terminación de las

obras, que conformaría una tarea de suma dificultad si la debiera asumir la masa activa del concurso, amén de la necesidad de satisfacer el préstamo hipotecario, que gravaba la urbanización y que gozaba de derecho de ejecución separada para hacerlo efectivo en los términos del art. 56 LC, de no ser atendidas puntualmente las amortizaciones correspondientes.
La documental aportada es concluyente en el sentido de que fueron los concursados quienes destinaron la cantidad correspondiente al IVA a otros fines. Podría ser objeto de estudio la rescisión de los pagos efectuados con el dinero reservado para la liquidación del IVA, suma de dinero que fue incluso destinada a familiares de los concursados y un cheque nominativo de destino desconocido por la suma realmente importante de 650.987,87 euros, pero no el mentado contrato de 15 de julio de 2009, que por los razonamientos expuestos no lo podemos considerar desfavorable o negativo para los acreedores, y cuya rescisión, considera el Tribunal, perjudicaría aún más el interés económico de la masa activa. ":SAP La Coruña (Sección 4) 01.02.2013 (Sentencia 36/2013; Rollo 587/2012)

AP Pontevedra

"TERCERO.-La Ley Concursal permite obtener la reintegración de las operaciones del deudor que supongan la salida de bienes y derechos de la masa activa realizadas en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. La rescisión concursal se construye sobre la base del criterio general de la existencia de un perjuicio para la masa activa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del perjuicio se facilita con un juego de presunciones de carácter *iuris et de iure* y *iuris tantum*.
Para apreciar la existencia del perjuicio para la masa activa hemos dicho que resulta imprescindible proceder al análisis de las concretas circunstancias de cada caso, con la mayor variedad y precisión, para poder integrar la hipótesis normativa. Esta inicial afirmación supone un punto de apoyo para la tesis del recurso, pues ciertamente la sentencia omite esta indagación de circunstancias, acogiendo la tesis de la AC, que ofrecía un relato de hechos desnudo del contexto en el que éstos se desarrollaban.
Los actos realizados en el período sospechoso por el deudor son rescindibles, por tanto, porque son perjudiciales para la masa activa. Es sabido, -y así lo hemos subrayado en numerosas ocasiones anteriores-, que una las mayores polémicas surgidas en torno a la interpretación del concepto del "perjuicio patrimonial" pasa por dilucidar si dicho perjuicio exige siempre una disminución del patrimonio del deudor, de suerte que, llegado el concurso, su valor sería otro de no haberse realizado el acto rescindible, o si por perjuicio se entienden también aquellos actos realizados por el deudor perjudiciales para el trato igualitario de sus acreedores. Admitido que el concepto amplio de perjuicio también puede subsumirse en la rescisoria concursal, el concepto ha sido matizado por la jurisprudencia, a partir de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 6.2.2009, exigiéndose la presencia, como requisito para el éxito de la demanda rescisoria, de un " *sacrifico patrimonial injustificado* " para la comunidad de acreedores, criterio seguido después en numerosas resoluciones provinciales y consagrado en las sentencias del Tribunal Supremo de 12.4.2012 y 8.11.2012.
Más precisamente, la sentencia del TS de 26.10.2012 afirmó:
"El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa. 6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par conditio creditorum".
CUARTO.-Es precisamente el análisis de las concretas circunstancias en las que los actos objeto de la demanda de rescisión se realizaron, lo que constituye uno de los puntos clave del presente litigio. Para su determinación se ha contado con la aportación de diversos documentos y con la declaración de un testigo respecto del que puede anticiparse que admitió prácticamente sin matices la tesis de la mercantil apelante.
En este contexto, la tesis del recurso de apelación sostiene la existencia de un grupo de empresas declarado por la jurisdicción laboral, entre INPESA y COMETAL y, con carácter subsidiario, invoca la doctrina del levantamiento del velo, para poner de manifiesto la existencia de un único centro de imputación frente a Araia de las relaciones concertadas con las dos empresas. La cuestión tiene trascendencia, pues si se analizan las operaciones desde una perspectiva más general, -no localizada en las relaciones bilaterales entre las partes de las operaciones atacadas-, se encuentran explicaciones adicionales que justificarían, por ejemplo, la afirmación

de que la insolvencia de INPESA no constituyó obstáculo para que Araia siguiera facturando al grupo, contradiciéndose así el argumento central de la sentencia, relativo a que los pagos y negocios atacados se realizaron cuando INPESA estaba ya en situación de insolvencia.
En la delimitación del concepto concursal de grupo de sociedades deberá acudirse al art. 42 del Código de Comercio, por la remisión expresa que efectúa la Disposición Adicional Sexta de la LC, introducida por la Ley 38/2011, por tanto sin que resulten relevantes a estos efectos las concepciones del grupo de sociedades elaboradas en el marco del Derecho Laboral o Tributario o por la jurisprudencia que los interpreta (por todas, puede verse la reciente sentencia de la secc. 15ª de la AP de Barcelona de 5.12.2013, que ejemplifica las dificultades en la delimitación del concepto concursal de grupo).
Desde esta inicial consideración, comprobamos cómo la propia AC, en su informe provisional, afirmó la existencia de un grupo de empresas al que pertenecía la concursada, dirigido por la matriz COMETAL LARO, S.L. (vid. folios 195 y ss.), por lo que resulta llamativa su argumentación contraria a la aceptación del grupo de empresas en el marco del litigio sobre rescisión.
Pero en el caso no se trata tanto de determinar la existencia formal del grupo de empresas, con las implicaciones que en el concurso se derivarían de tal calificación, cuanto de apreciar o no la existencia de una actuación conjunta, coordinada, con distribución de funciones, en la contratación con Aceros de Araia y con terceros.
En efecto, tanto la documentación aportada (sentencias dictadas por la jurisdicción social e informe de la administración concursal) como, con toda claridad, las declaraciones del testigo, -especialmente cualificado, pues era director financiero de la concursada-, ponen de manifiesto que entre INPESA, COMETAL y Transformados Metálicos de Galicia (esta última se califica en el informe de la AC como " *empresa vinculada* "), existía una actuación coordinada en la contratación de obras, de suerte que en la práctica operaban como una sola empresa:
a) el capital de INPESA estaba participado en más de un 99% por COMETAL; compartían también parcialmente su denominación (COMETAL INPESA y COMETAL LARO) y tenían el mismo objeto social;
b) el administrador de las tres sociedades era D. Segundo;
c) los trabajadores prestaban servicios indistintamente para ambas empresas; con fecha de 1.12.2011 INPESA cedió a todos sus trabajadores a Transformados Metálicos de Galicia (vid. folio 51 de las actuaciones; la sociedad fue constituida en octubre de 2011; las sentencias de la jurisdicción social justifican este hecho);
d) la propia AC manifiesta en su informe (folio 197) que las cuentas entre la concursada INPESA y el resto de empresas del grupo " *funcionaban como una verdadera cuenta corriente, con numerosos cobros y pagos efectuados unas por cuenta de otras* ". El propio informe describe que en 2011 en la cuenta de COMETAL LARO refleja numerosos anticipos a INPESA por los trabajos que COMETAL iba realizando en determinadas obras " *que van siendo cancelados por la emisión posterior de facturas emitidas por INPESA*…";
e) las relaciones entre las empresas se ponen, en el caso concreto que ahora ocupa, singularmente de manifiesto en la operativa contractual seguida frente a la UTE Aeropuerto de Valencia (folios 214 y ss.), en la que el suministro del acero era concertado entre INPESA y Araia para las obras que ejecutaba COMETAL, facturándose a la primera que era quien quedaba obligada al pago. Las comunicaciones habidas entre las partes (copias de correos electrónicos obrantes a los folios 222 y ss.) confirman esta forma de ver las cosas.
En consecuencia, en el análisis de las operaciones enjuiciadas deben tomarse en consideración el conjunto de relaciones existentes entre las tres empresas, lo que resultará esencial a la hora de determinar, por ejemplo, la relevancia del cese de actividad de INPESA, que de hecho continuaba a través de la COMETAL y de Transformados Metálicos de Galicia, haya o no grupo a efectos mercantiles o concursales. En este sentido habrán de entenderse las sucesivas referencias al "grupo".
Paralelamente, la prueba ha convencido de la existencia de una prolongada relación comercial entre Araia y COMETAL e INPESA, como se ha dicho más arriba, por virtud de la cual la primera actuaba como principal suministrador de acero, esencial para la ejecución de los contratos de obra que constituían el objeto de actividad del grupo. El testigo afirmó como cierto que en función de la entidad de las obras, las dos empresas actuaban de diversa forma; en general se trataba de que COMETAL ejecutaba materialmente los contratos de obra, mientras que la adquisición de la materia prima y su facturación se asignaban a INPESA. Existen documentos aportados a autos que demuestran una operativa descrita con detalle por el testigo. En el desarrollo de esta actuación comercial, INPESA era financiada por el proveedor, que le reconocía crédito por un importe aproximado de cien mil euros. Cuando el crédito se excedía, había de ponerse la cuenta a cero para que pudiera seguir suministrándose el material, necesario, se insiste, para la ejecución de las obras. Con el escrito de contestación se aportaron documentos que confirman esta descripción de los hechos, que demanda y sentencia silencian. Junto a ello en los contratos se solía incluir una estipulación conforme a la cual bien INPESA bien COMETAL debían presentar certificaciones de que no existían deudas pendientes de pago con el proveedor Araia, como requisito necesario para el pago de las certificaciones de obra (folios 215, 217, 219, 221, 225, 227).
Dentro de este contexto general pasamos a analizar separadamente cada una de las operaciones rescindidas por la sentencia objeto de recurso.
QUINTO.-El contrato de compraventa.
El primer negocio objeto de rescisión, estimado en el primer dispositivo de la sentencia, fue la compraventa formalizada el día 16.2.2012, con objeto en diversa maquinaria, parte de la cual resultaba necesaria, -es hecho probado por las manifestaciones del perito-, para la continuidad de la actividad de INPESA. También ha quedado dicho que tras la cesión de todos los trabajadores, la actividad de INPESA, en la misma nave y con la misma maquinaria, fue continuada por la sociedad de reciente creación Transformados Metálicos de Galicia.
El precio fijado coincidió con el valor contable de la maquinaria, -con el IVA, 456.807,25 euros-, pese a que, -también es hecho probado-, su valor en la fecha de celebración del contrato era muy inferior (180.000 euros, según manifestó el perito, vid. folio 421 de las actuaciones).

Por virtud de este contrato, Araia se convertía en propietario de la mercancía y el precio se abonaba mediante la reducción de la deuda pendiente, que pasaba de 1.939.828,27 euros.
Como pone de manifiesto la sentencia de instancia, se trataba de una dación en pago. Para reducir deuda, -y a la vez liberar crédito-, se cedía el dominio. No hubo pago del precio, pese a lo que se manifestó en la escritura. En lugar de pagar la cantidad debida, se pactó que el *solvens* entregara en pago diversa maquinaria, reduciendo el saldo de la cuenta con el *accipiens.* Es indiferente que las partes denominaran al contrato compraventa o que el apelante argumente sobre la existencia de una venta con pago del precio por compensación de créditos, pues tal es precisamente la estructura de la dación en pago.
Es cierto que este negocio vino seguido del peculiar "comodato", que no era otra cosa que un arrendamiento de la maquinaria, - asimilándose como propone el apelante a la figura del *lease-back,* tanto en su operativa como en su finalidad financiera, pues se trataba de obtener o recuperar el crédito frente al proveedor-, pero ello no constituye un obstáculo para esta forma de ver las cosas. Como manifestó el testigo, la compleja operación fue fruto de un proceso negociador tendente a permitir la continuación de la actividad de construcción del grupo, pues recuérdese que el proveedor había de certificar el corriente de pago para que los comitentes abonaran las obras. No se tiene noticia, -nada se dice en la demanda ni en la contestación-, de que efectivamente se hubiera pagado el precio mensual de la renta. Sí, en cambio, es hecho admitido que INPESA, o su sucesora en el grupo, continuó utilizando la maquinaria.
Es precisamente esta finalidad de financiación a que respondía la estructura del negocio la que permite afirmar la inexistencia del sacrificio patrimonial injustificado. Es llano cómo con la entrega de maquinaria se estaba pagando a un acreedor con preferencia al resto, y que esto se hizo meses antes del concurso, pero ello permitía, -así lo afirmó el testigo-, continuar con la actividad y liberar pagos de los comitentes, al tiempo que se reducía deuda por un importe muy superior al valor de la maquinaria en el momento de la celebración del contrato.
El recurso ofrece una explicación adicional de la operación puesta en conexión con las cantidades pendientes de pago por Terminal Valencia UTE que cuenta con el soporte probatorio de la declaración del testigo y del contrato de cesión de créditos de 5.3.2012 (folios 228 y ss., por importe de 95.421,91 euros); en virtud del pacto, CONTEGAL cedía los créditos a Araia (llamativamente esta operación no ha sido objeto de la demanda rescisoria, cuando aparentemente así debía haber sido de seguirse la tesis de la AC) y ésta emitía el certificado requerido por la comitente. Ello habría permitido a COMETAL percibir el resto de las certificaciones de la obra (vid. correo electrónico, ratificado por el testigo, obrante al folio 227).
Por tanto, aunque con la dación en pago de la maquinaria se redujo deuda frente a Araia, esto supuso un sacrifico para el resto de acreedores justificado por los acuerdos adoptados con la matriz del grupo con el objetivo de la continuación del suministro y de la percepción de cantidades procedentes de los contratos de ejecución de obra que, sin dicha operación, no se hubieran percibido (por importe de 88.990 euros percibidos por COMETAL, según se reconoce por la AC), a la vez que se continuaba en la posesión de la maquinaria por INPESA, con la posibilidad de su recuperación a través de la operación complementaria de arrendamiento.
En consecuencia, se estima el motivo.
SEXTO.-La estimación del motivo referido a los pagos realizados el día 1.2.2012, por importe de 83.162,39 euro y el realizado en nombre de INPESA por la UTE Aeropuerto de Valencia, el 28.5.2012, por 28.240,94 euros, nos parece igualmente procedente.
Como sostiene la recurrente, tales pagos, -actos jurídicos dirigidos a extinguir una deuda preexistente-, no fueron realizados por la concursada a Araia, sino por terceros no demandados en el procedimiento (ETABLISSEMENTS CANCE y la UTE, respectivamente; el documento obrante al folio 253, ratificado por el testigo prueba la realidad del hecho). Por tanto, la retroacción de los pagos exigía su llamamiento al proceso, pues la rescisión lo es de los actos realizados por el deudor.
Se trata, por tanto, de pagos realizados por terceros directamente para extinguir deuda de INPESA frente a Araia, pero la demanda debía haberse dirigido frente a aquéllos, y su efecto sería la retroacción del pago y la orden al tercero de que lo ingrasara, en su caso, en la masa activa de la concursada. Tal efecto no puede producirse en un proceso en el que el tercero no ha intervenido. Se estima el motivo.
SEPTIMO.-Rescisión de los endosos.
Finalmente la demanda pretendía, y la sentencia recurrida así lo estimó, la rescisión de tres cesiones de crédito por endoso:
a) endoso el día 17.10.2011 de pagaré por 138.982,04 euros librado por ECISA, Cía General de Construcciones, S.A. a favor de COMETAL Laro, S.L., que a su vez lo endosó a INPESA.
b) endoso por parte de INPESA a Araia el día 17.10.2011 por importe de 87.890,52 euros, de pagaré librado por Ampliación de Terminal Vigo UTE, y endosado previamente a COMETAL Laro, S.L.
c) endoso el 21.12.2011, del pagaré librado por Construcciones Porlan, S.L. a favor de COMETAL Laro, S.L. por importe de 75.871,26 euros, que lo había endosado a INPESA.
La sentencia fundamentó su decisión en la afirmación de que los pagos se habían realizado cuando INPESA ya era insolvente y carecía de actividad, afirmación que se realiza sobre la base de la declaración de hechos probados contenida en la sentencia de calificación de 3.6.2012 (se ignora si ha ganado firmeza), en la que se sostenía que INPESA se encontraban en situación de insolvencia al menos desde septiembre de 2011.
A esta afirmación cabe objetar, en primer término, que si bien tal hecho debió ser conocido, -como sostiene la sentencia-, por el administrador de INPESA, no se ven razones de que tuviera que serlo también por la proveedora codemandada.
Una vez más nos parece convincente la tesis del recurso en el sentido de resultar obligado tomar en consideración el contexto de la actividad económica del grupo. Ya se ha dicho cómo la actividad de INPESA continuaba por parte de Transformados Metálicos y cómo la actividad de COMETAL y los contratos de ejecución de obra estructurados con la intervención de las tres empresas (COMETAL, INPESA y Aceros Araia) continuaba desarrollándose.

Pues bien, en ese contexto, los endosos lo son de pagarés emitidos en el marco de las relaciones contractuales que constituían el objeto de la actividad del grupo. Así, ECISA, Ampliación Terminal Vigo UTE y Construcciones Porlan libraron los pagarés en pago de certificaciones de obra ejecutada por COMETAL y ésta cedió los pagarés a INPESA y por ésta finalmente se cedieron a Aceros Araia.
El testigo, una vez más, contextualizó la operación en un entorno de actividad empresarial que la demanda omitía y que explica las razones de los pagos en la necesidad de liberar crédito de la cuenta general para obras menores para que Araia pudiera emitir las certificaciones de estar al corriente de pago y los comitentes abonaran así el precio de las obras. El recurso, con base en la documentación aportada y una vez más ratificada punto por punto por el único testigo que compareció en el proceso, relaciona los pagos con la posterior emisión de facturas (noviembre y diciembre de 2011) que desmentirían la tesis de la sentencia, probando que la actividad del grupo continuaba (obras con la UTE, con TERCAT y con el resto de librados, como relató el testigo, y emisión de seis facturas en noviembre y diciembre de 2011, reconocidas en la masa pasiva, vid. documento obrante al folio 254; así como, en relación a la obra de TERCAT, correos electrónicos ratificados por el testigo obrantes a los folios 266 y ss; el correo obrante al folio 301 da explicación a la deuda que se liquidaba con el endoso del tercer pagaré; obran también acuerdos de imputación de pagos firmado por el administrador de la concursada, folios 300 y 303).
Por tanto, los pagos tuvieron el carácter de actos debidos y no supusieron un sacrificio injustificado para el resto de acreedores, al encontrar fundamento en la actividad ordinaria del grupo, conforme a los pactos incluidos en los contratos de ejecución de obra y en relación con la propia dinámica de actuación de las empresas.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 16.01.2014 (Sentencia 10/2014; Rollo 576/2013)

4.9 Contrato de trabajo de deportista profesional, no justificándose la falta de equivalencia de las prestaciones

AP Madrid

“CUARTO.- Desbrozadas las cuestiones procesales planteadas en el recurso de apelación, resulta conveniente fijar los siguientes antecedentes fácticos:
1.- El día 1 de julio de 2009 la entidad "RAYO VALLECANO DE MADRID, S.A.D" y don Feliciano, cuando el equipo de fútbol estaba en segunda división A, suscribieron contrato de trabajo de jugador profesional para las temporadas 2009/2010 y 2010/2011, en la que, entre otros pactos, acordaron que el salario bruto anual del jugador para la temporada 2009/2010 sería de 500.000 euros, manteniéndose el mismo salario para la temporada 2010/2011 si el equipo permanecía en segunda división A, incrementándose hasta los 900.000 euros brutos anuales en caso de que el club ascendiera a primera división (documento nº 2 de la demanda), lo que no se logró al finalizar la temporada 2009/2010.
2.- Con fecha 7 de julio de 2009 se firmó entre las partes un nuevo contrato, complementario del anterior, en el que se acordó que el jugador percibiría 12.000 euros netos durante la temporada 2009/2010 si jugaba un mínimo de 45 minutos en al menos 25 partidos y 18.000 euros netos si alcanzaba un mínimo de 30 partidos. Para la temporada 2010/2011 se fijaron las mismas cantidades si el equipo estaba en segunda división y para el caso de que ascendiera a primera división las cantidades eran de 25.000 euros netos si jugaba un mínimo de 25 partidos oficiales; 30.000 euros netos, si jugaba un mínimo de de 30 partidos; y 35.000 euros netos, si jugaba un mínimo de 35 partidos oficiales. Además se convino una ayuda para el pago de su vivienda en Madrid por importe de 1000 euros netos mensuales por temporada. Como cláusula de rescisión se fijó la suma de 4.000.000 euros si al tiempo de abandonar el club, el equipo estaba en segunda división A y de 6.000.000 si estaba en primera división (documento nº 3 de la demanda).
3.- Con fecha 15 de febrero de 2011 las partes suscribieron un nuevo contrato en el que en su acuerdo primero convinieron que si al finalizar la temporada 2010/2011 el equipo ascendía a la primera división, el contrato celebrado el día 7 de julio de 2009 se prorrogaría de forma automática por una temporada más, percibiendo el jugador las siguientes cantidades: a) 900.000 euros brutos anuales divididos en doce mensualidades; b) en concepto de premio por partidos, 25.000 euros netos si jugaba en 25 partidos oficiales un mínimo de 45 minutos en cada uno de ellos; 30.000 euros netos, si lo hacía en 30 partidos; y 35.000 euros netos, si lo lograba en 35 partidos. Además se convino un premio por objetivos de modo que si al finalizar la temporada 2011/2012, el equipo mantenía la categoría, el jugador percibiría 30.000 euros netos, así como una ayuda para el pago de su vivienda en Madrid por importe de 1.000 euros netos mensuales.
En los acuerdos segundo, tercero y cuarto del contrato se convino, respectivamente, la compatibilidad de las cantidades fijadas individualmente para el Sr. Feliciano con las primas que de forma colectiva pudiera otorgar el club al equipo; el derecho del jugador a percibir lo que le restara de cobrar respecto a la totalidad del contrato en caso de que el club prescindiera de sus servicios durante la temporada 2011/2012; y la cláusula de rescisión que se fijó en la suma de 6.000.000 (documento nº 4 de la demanda).
4.- No es discutido que al término de la temporada 2010/2011 el equipo de fútbol de la entidad "RAYO VALLECANO DE MADRID, S.A.D" ascendió a primera división, prorrogándose el contrato celebrada con el jugador en los términos pactados en el contrato de fecha 15 de febrero de 2011.
5.- Tampoco se discute que pocos días después de la firma del contrato de 15 de febrero de 2011, la entidad "RAYO VALLECANO DE MADRID, S.A.D" presentó ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid la comunicación previa del artículo 5.3 de la Ley Concursal, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, al haber iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.
6.- Tal y como admite el propio apelante en su contestación a la demanda, al tiempo de la firma del contrato cuya rescisión parcial ha sido acordada, él mismo llevaba sin cobrar 8 meses, estando generalizada la situación de impagos a los jugadores, cuerpo técnico y demás empleado del club.
7.- En la sentencia se afirma y no se ha cuestionado en segunda instancia que el 29 de junio de 2010, el

Juzgado de Instrucción nº 45 de Madrid, en el seno de un procedimiento penal iniciado por presuntos delitos contra la Hacienda Pública y de insolvencia punible, había acordado el embargo de los saldos e intereses de las cuentas de la sociedad.
7.- Finalmente, la entidad "RAYO VALLECANO DE MADRID, S.A.D" fue declarada en concurso voluntario mediante auto de fecha 27 de junio de 2011 (documento nº 1 de la demanda). (...)
SEXTO.- También rechaza el apelante que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa y, en consecuencia, que proceda la rescisión parcial del contrato acordada en la sentencia.
La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.".
Conviene precisar que el acto impugnado por la administración concursal no son los pagos que pudieran haberse efectuado al amparo de un contrato sino concretos particulares de los pactos contenidos en el contrato que vincula al apelante con la concursada y del que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes. Desde esta perspectiva debe enjuiciarse el perjuicio y no desde la óptica de los actos unilaterales.
El contrato cuya rescisión parcial se ha acordado es un contrato oneroso y bilateral o sinalagmático del que, por tanto, surgen obligaciones recíprocas para ambas partes. Para el jugador su desempeño profesional y para la sociedad, entre otras, el pago de las remuneraciones convenidas.
Siendo un contrato sinalagmático del que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes, el perjuicio radica en la falta de equivalencia de las prestaciones que es lo que supondría un sacrificio patrimonial injustificado y la carga de la prueba recae sobre el demandante (artículo 71.4 de la Ley Concursal) al no concurrir ninguna de las circunstancias que permiten presumir iuris tantum o iuris et de iure el perjuicio patrimonial.
No podemos compartir, en consecuencia, el criterio de la sentencia que, en esencia, funda la existencia del perjuicio en los mismos hechos en los que se asienta el juico de falta de normalidad de las circunstancias en las que se concluyó el contrato que resultan por completo ajenas al enjuiciamiento de la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas nacidas del contrato.
En la demanda, de forma genérica, se fundamentaba el perjuicio en que las cantidades económicas pactadas en el contrato por todos los conceptos (900.000 euros más variables) estaban por encima del valor de mercado, de las posibilidades económicas del club, siendo desproporcionadas habida cuenta de las circunstancias personales, económicas y legales de las partes, atendiendo, fundamentalmente, a la edad del jugador (36 años) y a la situación de concurso en que se encontraba el deudor, destacando que el salario medio anual de la plantilla de jugadores para la temporada 2011/2012 era de 325.000 euros por jugador.
Esta última es la cantidad a la que la administración concursal pretendía minorar la retribución anual fija del jugador considerando el exceso perjudicial para la masa activa, sin ofrecer, por lo demás, razón alguna añadida que justificase la supresión de la ayuda mensual por vivienda (1.000 euros netos) y menos aún para la modificación del abono de los premios por número de partidos jugados y por permanencia con el objeto de que los importes reflejados se considerasen brutos y no netos.
La sentencia apelada considera perjudicial la retribución en lo que excede de 327.589,76 euros por ser éste el salario medio correspondiente a un jugador de 36 años o más, pertenecientes a equipos de primera división con presupuesto similar al de la entidad concursada tal y como resulta del documento emitido por la Liga Nacional de Fútbol Profesional (folio 56) y que fue oportunamente ratificado en el acto del juicio.
Para valorar la equivalencia de las prestaciones nacidas del contrato litigioso y, en consecuencia, valorar aquella a la que estaba obligado el apelante -su desempeño profesional como futbolista-, no es posible atender a la retribución media de los jugadores del mismo equipo o a la retribución media de jugadores de la misma y más edad en equipos de presupuesto similar sino a las específicas circunstancias del Sr. Feliciano, siendo un hecho notorio la sustancial diferencia de retribuciones entre los jugadores de un mismo equipo o de la misma edad en el mismo o diferentes equipos.

Por lo demás, no parece de recibo determinar la retribución que por el desarrollo de su labor debe percibir un jugador en la temporada 2011/2012 con la media pactada para los jugadores de su misma edad en equipos de primera división de similar presupuesto calculada sobre el período que se extiende entre las temporadas 2001/2002 y 2011/2012, lo que sesga a la baja el resultado al tomar en consideración retribuciones percibidas hasta 10 años antes de la temporada relevante e incluir también a jugadores de más de 36 años cuando se pretende hacer hincapié en la concreta edad del jugador para poner de manifiesto el sacrificio patrimonial injustificado derivado de la retribución convenida.
También es un hecho notorio que por su edad, 36 años, el jugador se encontraba en la fase final de su carrera deportiva profesional como futbolista, lo que no supone por sí mismo que no exista equivalencia económica entre las prestaciones convenidas.
Al no poder medirse la equivalencia de la personalísima prestación a que estaba obligado el jugador respecto a su retribución con la media de las percibidas por los demás jugadores de su mismo equipo o con jugadores de su misma y mayor edad en equipos de similar presupuesto, el sacrificio patrimonial queda huérfano de toda prueba lo que conduce a la estimación del recurso de apelación y a la revocación de la sentencia en lo que se refiere a la rescisión parcial del contrato celebrado el día 15 de febrero de 2011.
Por lo demás y aun cuando no corresponde al codemandado acreditar la ausencia de perjuicio cuando éste no está amparado por alguna presunción legal, debe tenerse en cuenta que en fechas lejanas a la declaración de concurso y a la celebración del contrato objeto de autos, las mismas partes habían convenido en el contrato celebrado el día 1 de julio de 2009 que, de lograr el equipo el ascenso a la primera división en la temporada 2010/2011, el jugador percibiría idénticas cantidades a las que luego se pactaron en el contrato objeto de impugnación para el caso de que se lograra el ascenso para la temporada 2011/2012, por lo que parce que la contratación del jugador por las cantidades convenidas se corresponde con la adecuada retribución de sus servicios en beneficio de la concursada.
Tampoco puede obviarse que el Sr. Feliciano en la temporada 2010/2011 fue el jugador de la plantilla que más partidos jugó (41) y el segundo que más minutos estuvo en juego (3269), tal y como resulta del documento nº 14 aportado con su contestación a la demanda, siendo también el jugador que intervino en más partidos en la temporada 2011/2012 (38) y el tercero en minutos jugados (2.801) y así resulta del documento unido al folio 81 del Tomo II de las actuaciones).
No parece que con estos datos la retribución pactada con el Sr. Feliciano para la temporada 2011/2012 (900.000 euros) estuviera fuera de mercado si la comparamos, por poner solo un ejemplo, con la del segundo jugador mejor pagado de la plantilla en esa misma temporada, don Juan María (769.154,04 euros, según resulta del documento unido al folio 45 del Tomo II de los autos) que en la temporada 2010/2011 jugó 34 partidos y solo 15 en la temporada 2011/2012, datos estos, en todo caso, de carácter muy orientativo y que se toman en consideración ante la ausencia de cualquier otro para valorar la prestación del codemandado, lo que, además, resultaría innecesario ante la falta de prueba del sacrificio patrimonial injustificado cuyas consecuencias debe soportar la administración concursal que es quien tenía la carga de acreditarlo.
El hecho de que la retribución pactada pudiera ser elevada en atención a las circunstancias económicas de la entidad deudora no justifica la rescisión parcial del contrato pues el perjuicio no deriva del importe de la retribución sino de si es equivalente a la reciproca prestación a la que se obligó el jugador, cuestión distinta es que el concursado sometido al régimen de intervención hubiera podido instar la resolución del contrato en interés del concurso (artículo 61.2 de la Ley Concursal) con las consecuencias previstas para ese supuesto y, entre otras, la liberación del acreedor de seguir desempeñando su actividad para el equipo con la indemnización que se considerara adecuada.
Tampoco se ha justificado, ni siquiera desde el punto de vista alegatorio, ni se razona en la sentencia, por qué resulta perjudicial para la masa activa, por ser un sacrificio patrimonial injustificado, la moderada cantidad mensual de 1.000 euros fijada en concepto de "ayuda vivienda" o el pacto por el que los premios por partidos jugados y permanencia se fijan por su cuantía neta.": SAP Madrid (Sección 28) 16.01.2015 (Sentencia 11/2015; Rollo 60/2013)

4.10 Otros supuestos

AP Barcelona

"SEGUNDO. 4. La AC afirmaba en su demanda, para justificar la rescisión pretendida al amparo del art. 71 LC, el carácter perjudicial del contrato de transmisión de la licencia a favor de BLING BLING (20 de octubre de 2010) por desequilibrio entre las prestaciones, ya que la concursada adquirió de la propietaria la licencia de actividad en octubre de 2007 por un precio total de 453.750 # y tres años más tarde retransmite esa licencia por un valor de 80.000 #, que además no se pagaron por la arrendadora.
De otro lado -argumenta-, al resolver el contrato de arrendamiento (2 y 10 de diciembre de 2010), siempre bajo la presión de la arrendadora, la concursada perdió la inversión realizada para la ejecución de las obras, que asciende a 3.262.923 # (cantidad reconocida en el inventario), sin recibir contraprestación alguna, lo que supuso un enriquecimiento injusto para la arrendadora, la cual en enero de 2011 presentó ante el Ayuntamiento un informe técnico que certificaba el fin de las obras de adecuación del local.
Apunta así mismo que tras recuperar los locales, los socios de la sociedad arrendadora vendieron las participaciones sociales a un grupo inversor que explota numerosos locales de ocio, y actualmente está explotando el negocio de bar-restaurante-discoteca que se ubica en tales locales.
El perjuicio resulta además por haberse obviado la cláusula séptima del contrato, que establece un precio mínimo de 2.000.000 # por el traspaso de los locales y las licencias.
Alega así mismo que tales contratos suponen una vulneración del principio par conditio creditorum. (...)
QUINTO. 13. Comenzamos valorando que, a la vista de los hechos probados, no es apreciable una actuación

de mala fe ni abuso de derecho por parte de la propietaria-arrendadora, sino una actuación legítima, suficientemente amparada por la ley y los pactos contractuales, en salvaguarda de su derecho e interés patrimonial, máxime teniendo en cuenta que había transmitido una licencia condicionada a la ejecución de las obras de adecuación necesarias para los usos especificados y sujeta a plazo de caducidad, y que debía atender las cuotas de amortización de los préstamos garantizados con hipoteca sobre los locales (está acreditado y no se discute); de ahí que el riesgo de caducidad de la licencia y el impago de las rentas le acarreara una merma patrimonial y previsibles perjuicios.
En particular, si recuperaba los locales con la licencia caducada, debía iniciar los trámites para la obtención de una nueva licencia, con el consiguiente retardo de la apertura al público de los locales, y ahora bajo una nueva normativa municipal de plan de usos en parte incompatible con el proyecto inicial, como dictamina el perito Sr. Emiliano. Todo ello después de tres años, desde su inicio en 2008, sin que las obras se hubiesen terminado por TUSET OCIO.
14. Debe tenerse presente que la concursada decidió libremente, conforme a los pactos económicos que expresamente aceptó, acometer un proyecto empresarial no exento de riesgos, y para cuya consecución -como está admitido- precisaba financiación. Uno de los pactos contractuales fue que en caso de extinción del arrendamiento, bien al término del plazo estipulado (veinte años y seis meses) o bien anticipadamente, las obras que hubiese realizado en el local quedarían en beneficio de la propiedad, lo que de por sí implica un justo título de origen contractual para el aprovechamiento por la arrendadora, a la extinción del contrato, de la inversión realizada por la arrendataria, incluido el precio por la compra de la licencia, sin derecho a indemnización. Que esa consecuencia cobrara realidad al ser resuelto el contrato, con el consentimiento de la arrendataria y por razón de su incumplimiento, no es más que la materialización de una previsión convencional.
15. La retransmisión de la licencia, en una época de incumplimiento reiterado por la arrendataria (octubre de 2010), fue, como también está admitido, con carácter instrumental, en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas por TUSET OCIO, que se explica por las circunstancias concurrentes: el impago de las rentas y el fundado riesgo de caducidad de la licencia.
La cesión de la licencia no se hizo a cambio de una contraprestación consistente en el pago de 80.000 #, sino que, a tenor del pacto, ese es el valor que las partes convienen en asignar, en esa época, a la licencia, en atención al riesgo de caducidad (el perito Sr. Emiliano confirma que el valor de la licencia era mínimo si estaba próxima su caducidad y las obras no estaban terminadas).
En ese acuerdo las partes convienen que el "precio" consiste en la renuncia por la arrendadora a la reclamación de los daños y perjuicios causados, mas no a las rentas debidas, para cuyo pago se concede un plazo (30 de noviembre de 2010), con advertencia de resolución contractual en caso de no se paguen. Debe tenerse presente que la arrendataria adeudaba las rentas de cinco meses (desde junio de 2010), y por ello la arrendadora hubiese podido, con legitimidad, interponer una nueva demanda de desahucio, sin posibilidad de enervación, antes o en lugar de alcanzar el acuerdo de transmisión de la licencia el 20 de octubre. En tales circunstancias, la transmisión de la licencia no fue un acto a título gratuito, sino con finalidad de garantía, y con una contraprestación que puede considerarse equivalente, acuciada, como estaba, ante el legítimo derecho de la arrendadora a resolver el contrato con pérdida de la inversión.
En todo caso, el hecho de que la contraprestación a cargo de la otra parte contratante (si es que lo era la cantidad de 80.000 # de valor asignado a la licencia, que no lo era) no fuera pagado, no constituye un perjuicio a la masa a los efectos del art. 71 LC, sino un incumplimiento contractual de la contraparte, frente a la cual la concursada ostentaría un derecho de crédito. La AC confunde el perjuicio a la masa por un sacrificio patrimonial injustificado, en atención a un desequilibrio entre las prestaciones, con el incumplimiento de la prestación debida por la otra parte, lo que daría lugar, en su caso, a la reclamación del crédito, pero no por ello el contrato origina un perjuicio a la masa activa en el sentido del art. 71 LC.
16. Ha quedado acreditado que la licencia caducaría el 9 de enero de 2011 si las obras no se terminaban en esa fecha y/o no superaban antes de esa fecha el análisis de "control de inicio" realizado por la entidad colaboradora correspondiente.
Como se ha visto (fundamento 3), el 13 de octubre de 2010 el Ayuntamiento advirtió del inicio de un expediente de caducidad por incumplimiento de las condiciones establecidas en la licencia inicial, y por resolución de fecha 16 de noviembre, si bien tiene por solicitada la tercera prórroga en julio de 2010, indica que el término para acabar las instalaciones finaliza el 9 de enero de 2011, momento en el cual habrá de ser presentado el informe control inicial regulado por el Decret 136/1999.
En escrito de alegaciones de TUSET OCIO que obra en el expediente administrativo (f. 606 del expediente administrativo) el Sr. Julio reconoce que mantuvo una reunión con los técnicos del Ayuntamiento el 3 de noviembre, en la que se manifestó la voluntad del Ayuntamiento de no prorrogar el plazo para la terminación de las obras más allá del 9 de enero de 2011. Admite además el Sr. Julio que en diciembre el local no reunía las condiciones exigidas por la normativa y las licencias. Y está reconocido que no pudo obtener la financiación de terceros, que necesitaba.
De igual manera, el Sr. Emiliano, que era director facultativo de TUSET OCIO y luego lo fue de BLING BLING, manifiesta que si no se aportaba el informe de control inicial antes del 9 de enero de 2011, el Ayuntamiento declararía caducada la licencia.
17. En diciembre de 2010 TUSET OCIO no había conseguido la financiación esperada, adeudaba las rentas de seis meses y pesaba el fundado riesgo de caducidad la licencia. En esa época, está probado que las obras no estaban terminadas en los términos y condiciones exigidas por la normativa y la licencia inicial para que el Ayuntamiento pudiera otorgar la licencia definitiva. Es un hecho admitido, y lo confirma el Sr. Emiliano (entonces director facultativo de TUSET OCIO) y la propia concursada por medio del Sr. Julio en su declaración. El legal representante de IDAGE, contratado por TUSET para las instalaciones de la cocina (cuya factura fue pagada por BLING BLING), declaró que las obras estaban paradas porque no se pagaba a los operarios, y así lo indica el Sr. Emiliano en su dictamen, en el que señala que en octubre de 2010 estaban

pendientes de ejecución el 55-60 % de las obras necesarias para la obtención de la licencia final y poder completar el control inicial.
Es cierto que BLING BLING una vez recuperada la posesión de los locales, introdujo modificaciones en el proyecto para adaptar los locales a su propia iniciativa y conveniencia, pero en cualquier caso está probado y reconocido por la concursada que a diciembre de 2010 no había culminado la obra a tenor de las prescripciones del proyecto y licencia iniciales, ni podía hacerlo, como tampoco podía pagar las rentas, y de ahí que decidiera abandonar la operación entregando las llaves de los locales y consintiendo en que la previa transmisión de la licencia deviniera definitiva. En otro caso quedaba sometida a un desahucio sin posibilidad de enervación, que hubiera agravado el pasivo al generar más rentas que no podían pagarse y pendientes de ejecución obras que no podían concluirse por falta de financiación.
TUSET OCIO tampoco solicitó la declaración de concurso en esa época o con anterioridad, por lo que no vemos qué sentido o utilidad tiene el argumento de la AC de que, si lo hubiera hecho, el desahucio podría haberse paralizado (no explica por qué razón legal) o bien hubiera podido quedar enervada la acción o rehabilitado el contrato conforme al art. 70 LC (tampoco explica con qué recursos económicos). El concurso no se solicitó entonces, sino en octubre de 2011, y para entonces TUSET OCIO ya había abandonado el proyecto porque le resultaba imposible cumplirlo.
18. De ahí que, aunque las rentas debidas a diciembre de 2010 pudieran quedar cubiertas con el depósito y fianza prestada, la decisión empresarial más razonable fuera la del abandono del proyecto, dada la imposibilidad de la concursada de cumplir en todos los aspectos (no podía pagar más rentas ni terminar las obras), evitando así la generación de más pasivo por rentas impagadas y por una licencia que habría caducado, lo que es evidente que generaría un grave perjuicio a la propiedad, que recuperaría unos locales con obras pendientes sin licencia vigente, después de tres años de haberlos cedido en arrendamiento y sin actividad económica generadora de ingresos para la arrendataria.
19. No vemos fraude o abuso de derecho alguno en la venta de las participaciones sociales de INFOFINCAS MARINA al nuevo grupo inversor, por vulneración directa o indirecta de la cláusula séptima del contrato de arrendamiento, en perjuicio de la arrendataria. Conforme a este pacto, la arrendataria podría traspasar el local y las licencias a un tercero por una cuantía mínima de 2.000.000 #, en cuyo caso la arrendadora recibiría el 30 % de la cuantía del traspaso una vez autorizado.
Quien podía vulnerar o burlar este pacto no es la propietaria-arrendadora, sino la arrendataria, y TUSET OCIO no hizo uso de la facultad de traspaso; prefirió o decidió conservar el derecho arrendaticio a la espera de conseguir financiación, que no logró, y finalmente abandonó el proyecto, decisión ésta que ya hemos valorado.
20. En definitiva, no es apreciable un sacrificio patrimonial injustificado en uno ni en otro negocio, ni un trato de favor injustificado a un acreedor. La pérdida patrimonial de la concursada proviene de su propio incumplimiento contractual y del riesgo inherente a la operación iniciada, que no pudo terminar por falta de financiación. Con los negocios cuestionados evitó la generación de más pasivo que no podía pagar.”: SAP Barcelona (Sección 15) 11.06.2014 (Sentencia 210/2014; Rollo 497/2013)

4.11 Pago materialmente soportado por tercero

Tribunal Supremo

“FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- Antecedentes del caso.
La administración concursal de la sociedad Mediterráneo Hispa Group, S.A. (en adelante, MHG) interpuso demanda contra MHG, contra Banco Español de Crédito, S.A. (en lo sucesivo, Banesto, que actualmente es Banco Santander) y contra la sociedad Mesena Servicios de Gestión Inmobiliaria, S.A. (en lo sucesivo, Mesena), cuya pretensión principal consistía en que se rescindieran los pagos realizados a favor de Banesto, por un importe total de 2.045.599,70 €, para cancelar una póliza de crédito, un préstamo hipotecario y un aval bancario, contratos concertados por MHG con Banesto. Dicho importe había sido obtenido mediante la venta de diversas fincas por MHG y por otra sociedad de su grupo, Tricenter Albamur, S.L., a sociedades inmobiliarias participadas, directa o indirectamente, por Banesto en un 100%, que actualmente se hallan fusionadas en la sociedad Mesena.
Dichas compraventas se celebraron el 28 de noviembre de 2008. El importe obtenido por las vendedoras fue ingresado en la cuenta que MHG tenía abierta en Banesto y aplicado sin solución de continuidad a cancelar los saldos deudores de las referidas pólizas bancarias de crédito, préstamo hipotecario y aval.
MHG fue declarada en concurso en junio de 2010. (...)
Recurso de casación.
OCTAVO.- Formulación del segundo motivo del recurso de casación.
1. Por razones sistemáticas, procede abordar en primer lugar el segundo motivo del recurso de casación.
En el primer párrafo del motivo se denuncia «la indebida aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal, ordinales 1 y 4, que requieren la producción de perjuicio para que un acto pueda ser objeto de la acción rescisoria concursal, y de la jurisprudencia que interpreta la noción de perjuicio en el sentido de admitirlo cuando el efecto negativo del acto recae sobre la masa pasiva del concurso ("concepto amplio" de perjuicio), si bien exigiendo que en tal caso es necesario que el perjuicio resulte injustificado al alterar expectativas de cobro legítimas».
2. Para fundamentar este motivo, Banesto alega, resumidamente, que al haberse cancelado la mayor parte de la deuda que MHG tenía con Banesto con la dación en pago, simulada bajo una compraventa, de una finca que no era propiedad de la deudora, sino de una tercera sociedad, Tricenter Albamur, perteneciente al mismo grupo que MHG, la operación no solo no fue perjudicial para la masa, sino que fue beneficiosa, puesto que se sustituyó el crédito de más de dos millones de euros que MHG mantenía con Banesto por otro crédito de un

millón cien mil euros que al ser de una sociedad del grupo, tiene carácter subordinado. El pago rescindido habría producido efectos verdaderamente positivos porque la mayor parte de su importe proviene de una tercera entidad del grupo.
NOVENO.- Decisión de la sala. Carácter objetivo del perjuicio.
1. La Audiencia Provincial, en respuesta a este argumento, que fue ya esgrimido en la instancia, lo considera inaceptable porque «la operación realizada no tenía como finalidad procurar un beneficio a la concursada, sino por el contrario, propiciar la rápida liquidación de las deudas que la misma tenía contraídas con Banesto, al advertir claramente dicha entidad bancaria la situación de insolvencia de "Mediterráneo Hispa Group" S.A.».
2. En la acción rescisoria por fraude de acreedores del art. 1291.3 del Código Civil es preciso, además del perjuicio, el elemento subjetivo del consilium fraudis, como complicidad del transmitente con el destinatario de la transmisión patrimonial o, al menos, como conocimiento del perjuicio por parte de esta persona, para lo que resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio, scientia fraudis (sentencias de esta sala de 17 de julio de 2006, 406/2010, de 25 de junio, y 575/2015, de 3 de noviembre).
Sin embargo, para que proceda la acción rescisoria concursal, basta con que concurra el elemento objetivo del perjuicio. El perjuicio relevante para la estimación de las acciones de rescisión concursal es el que supone un sacrificio patrimonial injustificado.
Por tanto, lo relevante para apreciar la concurrencia de ese elemento no es la intención que moviera a Banesto al realizar la operación, sino si la misma causó un sacrificio patrimonial injustificado.
3. Los hechos fijados en la instancia muestran que la mayor parte del pago cuya rescisión se pretende con el ejercicio de la acción rescisoria concursal se hizo con el precio obtenido por una finca de una tercera sociedad, Tricenter Albamur, de la que la única circunstancia fáctica que se fija en la instancia es que pertenece al mismo grupo que la concursada.
Estas circunstancias determinan que, tal como afirma la recurrente, con la salida del patrimonio de la concursada de un activo cuyo valor apenas superaba los 900.000 euros, se canceló un crédito cuyo importe superaba los dos millones de euros, pues el otro activo utilizado para tal cancelación provenía del patrimonio de un tercero. En caso de que Tricenter Albamur hubiera ejercitado la acción de reembolso frente a MHG por la dación de pago hecha en su beneficio, su crédito no habría tenido la consideración de ordinario, como lo era el crédito de Banesto, sino de subordinado, en virtud de lo previsto en el art. 92.5º de la Ley Concursal.
No han sido fijados en la instancia otros datos que permitan afirmar que la dación en pago hecha por Tricenter Albamur para cancelar la mayor parte de la deuda que MHG mantenía con Banesto haya supuesto un perjuicio para MHG. La Audiencia Provincial solo menciona que son sociedades del mismo grupo, no que MHG sea propietaria de la totalidad o la mayor parte del capital social de Tricenter Albamur. En su escrito de oposición al recurso, la propia MHG se refiere a Tricenter Albamur como una «tercera empresa».
4. Lo expuesto determina que este motivo del recurso deba estimarse, porque la intervención de una tercera persona en la cancelación de la deuda que MHG mantenía con Banesto, tercera persona que enajenó una finca cuyo precio sirvió para cancelar la mayor parte de dicha deuda, determina que no concurra el requisito del perjuicio, pues excluye la existencia de un sacrificio patrimonial injustificado en MHG, ya sea directo, porque su patrimonio sufriera una merma considerable, ya sea indirecto, porque se perjudicara la condición de otros acreedores estando la deudora en una situación de clara insolvencia.
5. Tampoco puede estimarse la pretensión formulada subsidiariamente por la parte demandante, consistente en que se rescinda exclusivamente el pago de las cantidades obtenidas con la dación en pago, encubierta mediante sendas compraventas, de las fincas propiedad de MHG.
La operación realizada tenía un carácter unitario, pues respondía a una misma causa y a una misma función económica, por lo que no puede desmembrarse para rescindir una parte, la que era menos beneficiosa para MHG, y dejar subsistente otra, la que benefició al patrimonio de MHG.
Lo expuesto lleva a que el recurso de casación deba estimarse, la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser revocada, y deba desestimarse la pretensión formulada en la demanda con carácter principal.”: ”:
STS 04.11.2016 (Sentencia 653/2016; Recurso 637/2014)

AP Barcelona

“DECIMOPRIMERO.-Resta por analizar el recurso de ROITEL ASESORES S.L. Dicha entidad alegó en la contestación -e insiste en el recurso- la excepción de falta de legitimación pasiva, dado que no admite que percibiera la suma que le es exigida (6.493,54 euros) de la concursada.
No se discute que ROITEL ASESORES S.L. asesoró a la también demandada BUILDING & LOGISTICS MACHAKITO S.L., entidad que suscribió con la concursada el contrato que se acompaña a la demanda como documento dieciséis (folios 71 y siguientes). En ese contrato las partes convinieron que COPERFIL adeudaba a BUILDING & LOGISTICS MACHAKITO S.L. 88.051,98 euros, entregando en ese acto el 50% (44.025,96 euros). Esa cantidad, según el contrato, fue abonada por la concursada a su acreedor, si bien se articuló mediante la entrega de dos cheques nominativos: uno, de 37.532,52 euros, a favor de BUILDING & LOGISTICS MACHAKITO S.L., y otro, de 6.493,54 euros, a ROITEL.
En definitiva, como sostiene la recurrente, se pactó que la cantidad se abonaba íntegramente a BUILDING & LOGISTICS MACHAKITO S.L., por mucho que se dedujera del total la suma que correspondía a ROITEL por su labor de asesoramiento. Aunque formalmente los 6.493,54 euros se atendieron con fondos de la concursada, en realidad fue BUILDING & LOGISTICS MACHAKITO S.L. la que soportó el pago. Así lo corroboró el representante de COPERFIL en la vista. Por todo ello, ROITEL debe ser absuelta, lo que no implica que BUILDING & LOGISTICS MACHAKITO S.L. deba reintegrar a la masa la totalidad de lo percibido (44.025,98 euros), dado que sólo se le han reclamado 37.532,52 euros. “:SAP Barcelona (Sección 15) 16.06.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 249/2013)

5. Perjuicio ya resarcido por vía de responsabilidad social del administrador

JM-1 Sevilla

"DÉCIMO.- En relación con los actos impugnados por suponer el cumplimiento anticipado de obligaciones no vencidas, que serían otro de los supuestos en los que se presume iuris et de iure el perjuicio patrimonial, la administración concursal considera que en este supuesto se encuadraría la amortización anticipada que realiza la concursada, del préstamo que Don A.C. había suscrito con la entidad LA CAIXA. Se trata de un pago de la deuda ajena. no del pago de una de las deudas de la concursada que aún no haya vencido. Por eso, no resulta de aplicación la presunción invocada. sino que debe aplicarse la regla general prevista en el párrafo 4, por lo que la demandante deberá acreditar el perjuicio patrimonial sufrido por la concursada como consecuencia de este acto.
Aiegan los demandados que no existe relación jurídica alguna entre la entidad prestamista y el tercero que paga la deuda, por lo que nada puede rescindirse, Sin embargo, no es esta la interpretación que ha de hacerse del artículo 71 de la Ley Concursal, que se refiere a todo acto perjudicial para la masa activa, realizado por la concursada, entendiéndose el término acto en sentido amplio y flexible, de manera que comprende no sólo contratos o negocios jurídicos, sino también pagos o cualquier otra operación que realice el deudor y suponga una disminución de su patrimonio.
El pago que la concursada realizó a la entidad LA CAIXA, aunque fuera el pago de una deuda de tercero, produjo un perjuicio para la masa patrimonial, al salir de la misma el importe abonado. En nada afecta a la posible reintegración de este acto. el hecho de que el tercero beneficiado con el mismo LA CAIXA, actuara de buena fe, cuestión que no se discute. pues el elemento subjetivo únicamente es tenido en cuenta por la Ley Concursal ai regular los efectos de la rescisión, pero no como requisito para que pueda declararse la ineficacia del acto.
La cuestión del perjuicio realmente sufrido por le concursada ya ha sido resuelta en fundamentos anteriores. Asi, si el pago de deuda ajena que realizó la concursada, no fue a titulo gratuito, el perjuicio de haberse producido vendría constituido por la cantidad que no le fue devuelta, en concreto corno ya se ha señalado en fundamentos anteriores, este perjuicio fue de 1.018.397 euros. Probado el perjuicio, procedería rescindir el paco realizado para cancelar anticipadamente el préstamo concedido por LA CAIXA a Don A.C.B.. Ahora bien, teniendo en cuenta que en el presente concurso se ha aprobado ya un convenio, aceptado por la entidad LA CAIXA, y que. en virtud de la responsabilidad del adminlstrador demandado declarada por estos mismos hechos, en fundamentos anteriores, la concursada va a percibir la indemnización correspondiente al daño causado. no se considera necesaria la rescisión de todos los efectos del acto impugnado, por cuanto supondrían la devolución del dinero recibido por la entidad LA CAIXA, que tendria que reclamar su valor el prestatario, quien a su vez tendria la obligación de pagar la misma indemnización a la concursada. Esto es, se sancionaría dos veces el mismo hecho, produciéndose un enriquecimiento injusto si realmente se llegaran a restituir todas las prestaciones. Por ello, estableciéndose la indemnización que corresponde a la concursada por el daño sufrido, en base a los preceptos reguladores de la responsabilidad social del administrador, desaparece el perjuicio que ia cancelación anticipada del préstamo supuso para el patrimonio de la concursada.": SJM-1 Sevilla 27.04.2007 (Incidente Concursal 342/2006; Sentencia 54/2007)

2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, <u>excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.</u>.

[Inciso final subrayado introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 71.2

1. Actos de disposición a título gratuito

1.0 Sobre grupo y gratuidad en general

AP Zaragoza

"CUARTO.- Existencia de grupo de sociedades
Parece razonable a la vista del cambio de regulación producido, iniciar el examen de la cuestión identificando la concreta regulación aplicable a la cuestión litigiosa. Esta no es otra que, con arreglo al RDL 3/2009, la regulación por él establecida, dado que el concurso se inició durante su vigencia. Por tanto, no es aplicable normativamente, más allá de un mero referente legal la Disposición Adicional Sexta de la LC que establece, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, que "a los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el art 42.1 del Código de Comercio ".
Por tanto, el concepto de grupo de sociedades en el concurso hasta la entrada en vigor de dicha norma no exigía su interpretación con arreglo al C de C, lo que había llevado a diversos tribunales a mantener, valga por

todas la sentencia de 24 de febrero de 2011 de la Sección Decimoquinta de la AP de Barcelona, que "no obstante, ese concepto de <<grupo de sociedades, que nuestro ordenamiento mercantil introdujo de forma esencial a efectos de regular las obligaciones contables, no puede ser considerado exhaustivo, en un doble sentido:

i) No incluye en su tenor literal todos los supuestos de grupos de sociedades que se conocen en el tráfico mercantil. Así, no incluye los grupos por coordinación, también llamados "grupos horizontales" y únicamente se refiere a los llamados "grupos verticales".

ii) Ni tampoco puede ser considerado un concepto único o excluyente, esto es, un concepto válido para todos los supuestos en los que en nuestro ordenamiento se hace referencia al concepto "grupo de sociedades".

En realidad, nuestro ordenamiento no ha afrontado aún de manera exhaustiva la problemática que plantea el fenómeno de los grupos societarios y se ha limitado a regular algunos aspectos concretos, tales como la consolidación de las cuentas o la posibilidad de acumulación de concursos (art. 25 LC). Y resulta dudoso que el mismo concepto que se emplea en el art. 42 Ccom resulte de aplicación para resolver los problemas que plantea la referencia a los grupos de sociedades la Ley Concursal.

3. Por otra parte, también resulta discutible que pueda ser idéntico el concepto de grupo que se utiliza en la LC a diversos efectos: (i) en el art. 6.2, 4º cuando se hace referencia a la memoria de las cuentas vinculadas, que se debe aportar con la solicitud de declaración del concurso voluntario; (ii) en los arts. 3.5 y 25, a efectos de acumulación de solicitudes o de procedimientos concursales declarados; y (oí) en el art. 93.2,

3. º en cuanto a la consideración como personas especialmente relacionadas a los efectos de la calificación del crédito como subordinado.

El concepto de grupo adquiere en cada uno de esos casos algunas connotaciones propias, que determinan que deba procederse de forma específica en cada caso a determinar lo que a tales efectos se puede considerar "grupo de sociedades".

4. El art. 93.2 de la Ley Concursal establece que se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

<<3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado.

A la hora de encontrar el sentido que tiene en este precepto la referencia al "grupo", no puede perderse de vista que el ordinal 1.º del propio art. 93.2 LC también considera persona especialmente relacionada a los socios que tengan, al menos, un 5 % de participación en el capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera. En suma, la idea que resulta de esta norma es que la razón determinante de la calificación legal como <<persona especialmente relacionada no se encuentra sólo en la posibilidad de ostentar una efectiva situación de control efectivo de la gestión de la sociedad, sino que también podría ser suficiente que se evidencie un interés económico relevante en la sociedad, por tener una participación sustancial en su capital. Por consiguiente, a partir de la interpretación conjunta de esas dos normas es posible concluir que el concepto de grupo a estos efectos no sea un concepto especialmente estrecho y centrado en el control directo de la gestión social, sino que también puede comprender situaciones en las que se haya evidenciado un control indirecto, aunque igualmente efectivo.

5. Por otra parte, parece evidente que el concepto de grupo no puede ser concebido como un concepto formal. No existe un acto concreto que sea atributivo de esa cualidad. Si bien la presentación de cuentas consolidadas supone el reconocimiento de su condición de grupo por parte de las sociedades que lo forman, que no consoliden cuentas no puede ser considerado como una evidencia de la ausencia de grupo. Basta que exista un control, directo o indirecto, sobre el derecho de voto o sobre el órgano de administración. De manera que constituirá una cuestión de hecho determinar si existe esa particular relación que permita que una sociedad "controle" las decisiones de otra. Por consiguiente, no siempre se podrá disponer de medios de prueba directos sino que con frecuencia habrá que acudir a los medios de prueba indirectos, esto es, a indicios, como ha ocurrido en el supuesto objeto de consideración".

No obstante, si bien pudiera mantenerse a la hora de fijar el concepto de grupo un criterio distinto al del art. 41. 1 del C de C, lo cierto es que esta norma establece, frente al criterio de la unidad de actuación, el criterio del control directo o indirecto.

Por tanto, partiendo de que ambas forman parte del grupo de sociedades pues la concursada es la socia única de la entidad Muebles Infante, ha declarado en alguna ocasión la jurisprudencia que el interés que ha de constarse a los efectos de la existencia o no de perjuicio no es el grupo, pues no existe consolidación sustancial de las masas de las sociedades que lo configuran, sino el concreto interés de la sociedad que realizó el acto o contrato sujeto a control de rescisión valga como ejemplo la Sección Vigésimoctava de la AP de Madrid en sentencia de fecha 20 de abril de 2012, que:

"Establecido cuanto antecede, obligado resulta destacar que, en el empeño de desvirtuar la presunción "iuris tantum" del Art. 71.3 de la LC en que se ha fundado la sentencia apelada, la apelante ha tratado de fundar la inexistencia del perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto "...supusieron el reforzamiento del grupo como tal.". Ahora bien, aun suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por lo tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabria preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una específica sociedad: FRUTAS FRANCH S.A. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable (Arts. 43 y

siguientes del Código de de Comercio) y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con los del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.... Siendo ello así, es patente que, para desvirtuar la presunción que sobre ellas gravita (Art. 71.3 de la LC), incumbía a las apelantes acreditar (Art. 217.6 de la LEC) en qué concreta medida o de qué modo específico la hipoteca constituida por FRUTAS FRANCH S.A. resultó no perjudicial para su específico círculo de acreedores, propósito que no se logra mediante apreciaciones de tipo abstracto, como lo es la consideración genérica de que aquello que fuera bueno para la matriz lo debería ser necesariamente también para sus filiales, lo que, por cuanto acabamos de razonar, no puede considerarse una conclusión obvia ni susceptible de ser acogida acríticamente y sin reservas. Es más, precisamente en el ámbito de lo concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, lo cual es apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (Art. 93.2 de la LC), lo que incluso ha llevado al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos de actos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hallan inmersos en ese tipo de vinculaciones (Art. 71.3.1º); es por ello que lo anteriormente argumentado cobra, si cabe, en el aspecto conceptual, mayor justificación".
Igualmente se tiene en cuenta la de la misma Sala de 7 de mayo de 2012. También para unas transferencias de las que se invocaba su carácter gratuito la sentencia de la Sección Quinta de la AP de Palma de Mallorca de fecha 12 de junio de 2012 y la de esta Sección de la AP de Zaragoza de 12 de junio de 2012.
En definitiva, los actos entre las sociedades demandadas fueron operaciones de grupo y en las mismas ni se acreditó el carácter oneroso de la principal partida, la dotación de fondos a MI, ni se hizo prueba de que no causaban perjuicio para la masa de la concursada. Por ello, el recurso ha de ser desestimado en este extremo en todas sus alegaciones y, en consecuencia, ha de regir la presunción iure et de iure de perjuicio ínsita a todo acto gratuito art. 71.2 por no acreditarse el carácter oneroso de tal concepto y la presunción iuris tantum, no levantada en el presente supuesto, respecto al resto de las partidas. “:SAP Zaragoza (Sección 5) 12.02.2013 (Sentencia 91/2013; Rollo 34/2013)

“CUARTO.- Existencia de grupo de sociedades
Parece razonable a la vista del cambio de regulación producido, iniciar el examen de la cuestión identificando la concreta regulación aplicable a la cuestión litigiosa. Esta no es otra que, con arreglo al RDL 3/2009, la regulación por él establecida, dado que el concurso se inició durante su vigencia. Por tanto, no es aplicable normativamente, más allá de un mero referente legal la Disposición Adicional Sexta de la LC que establece, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, que "a los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el art 42.1 del Código de Comercio ".
Por tanto, el concepto de grupo de sociedades en el concurso hasta la entrada en vigor de dicha norma no exigía su interpretación con arreglo al C de C, lo que había llevado a diversos tribunales a mantener, valga por todas la sentencia de 24 de febrero de 2011 de la Sección Decimoquinta de la AP de Barcelona, que "no obstante, ese concepto de <<grupo de sociedades, que nuestro ordenamiento mercantil introdujo de forma esencial a efectos de regular las obligaciones contables, no puede ser considerado exhaustivo, en un doble sentido:
i) No incluye en su tenor literal todos los supuestos de grupos de sociedades que se conocen en el tráfico mercantil. Así, no incluye los grupos por coordinación, también llamados "grupos horizontales" y únicamente se refiere a los llamados "grupos verticales".
ii) Ni tampoco puede ser considerado un concepto único o excluyente, esto es, un concepto válido para todos los supuestos en los que en nuestro ordenamiento se hace referencia al concepto "grupo de sociedades".
En realidad, nuestro ordenamiento no ha afrontado aún de manera exhaustiva la problemática que plantea el fenómeno de los grupos societarios y se ha limitado a regular algunos aspectos concretos, tales como la consolidación de las cuentas o la posibilidad de acumulación de concursos (art. 25 LC). Y resulta dudoso que el mismo concepto que se emplea en el art. 42 Ccom resulte de aplicación para resolver los problemas que plantea la referencia a los grupos de sociedades la Ley Concursal.
3. Por otra parte, también resulta discutible que pueda ser idéntico el concepto de grupo que se utiliza en la LC a diversos efectos: (i) en el art. 6.2, 4º cuando se hace referencia a la memoria de las cuentas vinculadas, que se debe aportar con la solicitud de declaración del concurso voluntario; (ii) en los arts. 3.5 y 25, a efectos de acumulación de solicitudes o de procedimientos concursales declarados; y (oí) en el art. 93.2,
3. º en cuanto a la consideración como personas especialmente relacionadas a los efectos de la calificación del crédito como subordinado.
El concepto de grupo adquiere en cada uno de esos casos algunas connotaciones propias, que determinan que deba procederse de forma específica en cada caso a determinar lo que a tales efectos se puede considerar "grupo de sociedades".
4. El art. 93.2 de la Ley Concursal establece que se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:
<<3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado.

A la hora de encontrar el sentido que tiene en este precepto la referencia al "grupo", no puede perderse de vista que el ordinal 1.º del propio art. 93.2 LC también considera persona especialmente relacionada a los socios que tengan, al menos, un 5 % de participación en el capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera. En suma, la idea que resulta de esta norma es que la razón determinante de la calificación legal como <<persona especialmente relacionada no se encuentra sólo en la posibilidad de ostentar una efectiva situación de control efectivo de la gestión de la sociedad, sino que también podría ser suficiente que se evidencie un interés económico relevante en la sociedad, por tener una participación sustancial en su capital.
Por consiguiente, a partir de la interpretación conjunta de esas dos normas es posible concluir que el concepto de grupo a estos efectos no sea un concepto especialmente estrecho y centrado en el control directo de la gestión social, sino que también puede comprender situaciones en las que se haya evidenciado un control indirecto, aunque igualmente efectivo.
5. Por otra parte, parece evidente que el concepto de grupo no puede ser concebido como un concepto formal. No existe un acto concreto que sea atributivo de esa cualidad. Si bien la presentación de cuentas consolidadas supone el reconocimiento de su condición de grupo por parte de las sociedades que lo forman, que no consoliden cuentas no puede ser considerado como una evidencia de la ausencia de grupo. Basta que exista un control, directo o indirecto, sobre el derecho de voto o sobre el órgano de administración. De manera que constituirá una cuestión de hecho determinar si existe esa particular relación que permita que una sociedad "controle" las decisiones de otra. Por consiguiente, no siempre se podrá disponer de medios de prueba directos sino que con frecuencia habrá que acudir a los medios de prueba indirectos, esto es, a indicios, como ha ocurrido en el supuesto objeto de consideración".
No obstante, si bien pudiera mantenerse a la hora de fijar el concepto de grupo un criterio distinto al del art. 41. 1 del C de C, lo cierto es que esta norma establece frente al criterio de la unidad de actuación, el criterio del control directo o indirecto en los siguientes términos:
"1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.
Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:...
d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.
A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.
Así, no solo establece una serie de criterios de control indirecto, sino que también señala una presunción, que la identidad total o mayoritaria de administradores de ambas sociedades determina un control de la dominante sobre la dominada. Por tanto, en el presente caso, lo cierto es que el Sr. Abel, administrador de la concursada y titular del 98% de su capital, es también administrador de la demandada Changing Horses, y, por tanto, ha de presumirse existe control indirecto sobre ella por la concursada. La contestación a la demandada de la concursada parece avanzar en esta idea al concluir de su redacción literal un control total de la concursada sobre la codemandada.
Por ello, no se exige una identidad de socios en los términos invocados por la recurrente, sino el mero control directo o indirecto de una sociedad sobre la otra, lo que constituye en el presente a ambas en grupo de sociedades a efectos concursales mediante la sola aplicación del art. 41.1 del C. de C.
Por tanto, partiendo de que ambas forman parte del grupo de sociedades, ha de declarado en alguna ocasión la jurisprudencia que el interés que ha de constarse a los efectos de la existencia o no de perjuicio no es el grupo, pues no existe consolidación sustancial de las masas de las sociedades que lo configuran, sino el concreto interés de la sociedad que realizó el acto o contrato sujeto a control de rescisión valga como ejemplo la Sección Vigesimoctava de la AP de Madrid en sentencia de fecha 20 de abril de 2012, que:
"Establecido cuanto antecede, obligado resulta destacar que, en el empeño de desvirtuar la presunción "iuris tantum" del Art. 71.3 de la LC en que se ha fundado la sentencia apelada, la apelante ha tratado de fundar la inexistencia del perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto "...supusieron el reforzamiento del grupo como tal.". Ahora bien, aun suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por lo tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabria preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una específica sociedad: FRUTAS FRANCH S.A. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable (Arts. 43 y siguientes del Código de de Comercio) y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica

independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con los del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.... Siendo ello así, es patente que, para desvirtuar la presunción que sobre ellas gravita (Art. 71.3 de la LC), incumbía a las apelantes acreditar (Art. 217.6 de la LEC) en qué concreta medida o de qué modo específico la hipoteca constituida por FRUTAS FRANCH S.A. resultó no perjudicial para su específico círculo de acreedores, propósito que no se logra mediante apreciaciones de tipo abstracto, como lo es la consideración genérica de que aquello que fuera bueno para la matriz lo debería ser necesariamente también para sus filiales, lo que, por cuanto acabamos de razonar, no puede considerarse una conclusión obvia ni susceptible de ser acogida acríticamente y sin reservas. Es más, precisamente en el ámbito de lo concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, lo cual es apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (Art. 93.2 de la LC), lo que incluso ha llevado al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos de actos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hallan inmersos en ese tipo de vinculaciones (Art. 71.3.1º); es por ello que lo anteriormente argumentado cobra, si cabe, en el aspecto conceptual, mayor justificación".
Igualmente, se tiene en cuenta la de la misma Sala de 7 de mayo de 2012. También para unas transferencias de las que se invocaba su carácter gratuito la sentencia de la Sección Quinta de la AP de Palma de Mallorca de fecha 12 de junio de 2012 y la de esta Sección de la AP de Zaragoza de 12 de junio de 2012.
En definitiva, los actos entre las sociedades demandadas fueron operaciones de grupo y en las mismas ni se acreditó su carácter oneroso, ni se hizo prueba de que no causaban perjuicio para la masa de la concursada. Por ello, el recurso ha de ser desestimado en este extremo en todas sus alegaciones y, en consecuencia, ha de regir la presunción iure et de iure de perjuicio ínsita a todo acto gratuito art. 71.2 por no acreditarse el carácter oneroso de las trasferencias.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 12.02.2013 (Sentencia 94/2013; Rollo 33/2013)

1.1 Pagos / disposiciones sin justificación

AP Alava

“En este caso los actos impugnados lo han sido a título gratuito, el Club Deportivo Alavés abonó las facturas giradas por las empresas de seguridad que respondían a los servicios prestados en el área personal de Edmundo y su esposa, a cambio de nada, el Club no recibió contraprestación alguna. El Presidente consideró que su situación personal exigía una protección, contrató los servicios de las mismas empresas que venían trabajando para el Club, pero no abonó nada por estos servicios, fue el Club quien pagó las facturas.
Afirma el apelante que el cargo de Presidente le reportó inseguridad, recibía amenazas constantemente, incluso se encontró su nombre en documentos encautados a ETA. La documentación anexa a su contestación (copias de prensa), muestra estos hechos. Quizás el Sr. Edmundo se sintiese amenazado y sintiese que necesitaba de una especial protección, en tal caso, si pretendía no pagarla de forma personal, debió solicitar al Club formalmente la asistencia de estas empresas, correspondiendo al Consejo de Administración la aprobación de la gestión y del gasto, sin embargo, omitió esta formalidad.
De la forma en que se contrataron los servicios de las empresas de seguridad se deriva que fue Edmundo quien autogestionó el servicio y requirió sus servicios para su propio domicilio. Que los servicios se realizasen en Izarra donde se encontraba su vivienda familiar no pasa de ser una mera alegación no corroborada por otras pruebas, si bien, consideramos indifirente esta circunstancia que no afecta al fondo. Utilizó las empresas de vigilancia que prestaban servicios al Club para su uso personal y el de su esposa. Y lo que si ha quedado acreditado es que con esta decisión hizo gastar al Club una importante cantidad de dinero que ahora deberá reponer junto a su esposa, este fue un acto anormal realizado a título gratuito que perjudicó los fondos del Club Deportivo Alavés. Por todo lo explicado el recurso no puede prosperar.”: SAP ALAVA (Sección 1) 15.09.2010 (Sentencia 414/2010; Rollo 85/2010)

AP Almería

“En efecto, existen una serie de datos probatorios que, en su conjunto y con arreglo a la prueba de presunciones y las reglas generales sobre la carga del aprueba (art. 217 de la LEC) que acreditan que hubo actos dispositivos gratuitos que deben ser declarados nulos conforme al citado artículo 71-2 de la Ley Concursal.
Así, en primer lugar, la inexistencia de prueba de propio acto de mediación, en cuanto contrato que requiere poner en contacto a dos partes para intentar consumar un contrato y efectivamente llevarlo a cabo.
La propia naturaleza de la operación evidencia lo anterior porque fue una dación en pago a una entidad bancaria con la que se había endeudado la sociedad, no constando ningún acto de asesoramiento de los demandados ni del administrador al margen de las obligaciones de su cargo, siendo la entidad quien redacta la escritura y gestionó la operación " a solicitud" de la sociedad concursada, como dice la escritura de venta par reducir su deuda bancaria. Por tanto no hay pruebas de la mediación ni del administrador al margen de su

cargo, ni de la sociedades que se dedicaban a diversas actividades más relacionadas con la construcción de viviendas que a la intermediación, que como se ha dicho no consta acreditada, salvo lo ingresos que supusieron la principal fuente de ingresos de aquellas en dicho periodo contable.
Finalmente señalaremos que los altos porcentajes de comisión aplicados a una venta de tanta cuantía no pueden considerar habituales y menos justificados por la escasa labor de mediación, cuasi inexistente, que exigía la operación": SAP Almería (Sección 2) 29.05.2013 (Sentencia 132/2013; Rollo 164/2012)

AP Barcelona

"PRIMERO. 1. El administrador concursal de Gralliç, S.L. ejercita acción de reintegración a la masa contra dos de los socios de la concursada, el Sr. Benito (también administrador) y a los que imputa haber detraído de las arcas sociales la cantidad de 600.276,89 euros durante los dos años anteriores a la declaración del concurso sin tener en cuenta la existencia de acreedores cuyos créditos no resultaron atendidos. También solicita que se reintegre un pago de 30.000 euros hecho a una sociedad vinculada con la concursada, Dotura Construcciones, S.L. (en lo sucesivo, Dotura).
2. Los socios demandados, si bien admitieron la existencia de irregularidades contables, afirmaron que los pagos cuya reintegración se solicita estaban justificados porque se trataba de operaciones propias del giro ordinario de la empresa, esto es, que fueron aplicados por el administrador al pago de deudas sociales.
Dotura negó la vinculación con la concursada y afirmó que el pago de 30.000 euros se produjo en devolución del préstamo que hizo a la concursada para que solventara, de forma transitoria, sus dificultades de tesorería.
La resolución recurrida estimó íntegramente la demanda considerando que los Sres. Benito y Ernesto no habían acreditado siquiera el concepto por el que se hicieron los pagos cuestionados y que en ningún caso los mismos podrían tener la condición de operaciones ordinarias del giro o tráfico de la concursada. También consideró que Dotura era una sociedad vinculada y que tampoco había acreditado que el pago que se le hizo no fuera perjudicial para la masa.
Recurre únicamente el Sr. Benito, que funda su discrepancia de la resolución recurrida en la existencia de error en la valoración de la prueba, por no haber tomado en consideración la pericial practicada que acredita que las cantidades detraídas de las cuentas por el administrador se aplicaron a pagar obligaciones corrientes de la sociedad, tales como el pago de las semanadas o jornales de los trabajadores de la empresa, que cobraban semanalmente y en efectivo. En opinión del recurrente, de la prueba practicada, y particularmente de la referida pericial, que ha valorado la ingente documentación aportada al proceso por el administrador de la sociedad, se deriva que el destino de los pagos que se han imputado a los demandados no fue su provecho personal sino atender al pago de obligaciones de la sociedad. También alegó que con los pagos a los acreedores no se ha infringido la par condicio por cuanto se trata más bien de devoluciones de anticipos.
SEGUNDO. 5. C omo punto de partida, antes de entrar propiamente en las cuestiones que el recurso plantea, es preciso decir que la demanda del AC justificó el ejercicio de la acción de reintegración exponiendo que al analizar la contabilidad de la concursada, advirtió en la misma la existencia de dos cuentas contables: (i) 553000 CUENTA SOCIOS Y ADMINISTRADORES; y (ii) 171000 CUENTA SOCIOS Y ADMINISTRADORES, que reflejaban importantes salidas de dinero de la sociedad durante el año 2007 (el concurso se declaró en 13 de marzo de 2008).
La cuenta 553000 se exponía que se trataba de una cuenta a corto plazo en la que se contabilizan todas las entradas de dinero por préstamos de socios y administradores y las salidas efectuadas por la devolución de los mismos y que el AC advirtió que la misma reflejaba devoluciones practicadas durante el ejercicio 2006 por importe de 363.000 euros y durante 2007 por 337.908,98 euros, por lo que requirió al administrador de la sociedad Sr. Benito para que le explicara esos movimientos, a lo que éste dio respuesta con la entrega de una ingente documentación que, en principio, acreditaba las salidas de dinero que esa cuenta reflejaba.
La cuenta 171000 se afirmaba que es una cuenta a largo plazo en la que se han ido contabilizando préstamos que los socios han ido aportando a la sociedad, así como las recuperaciones de los mismos. Su examen reflejaba un saldo de 437.088,37 euros a inicios del ejercicio 2007 que procedía del ejercicio anterior. Los diversos apuntes del ejercicio 2007 dejan reducido a cero ese saldo.
También se exponía que se habían detectado sistemáticas salidas de dinero operadas por el Sr. Benito por una cuantía total de 578.476,89 euros y por Ernesto por importe de 21.800 euros, así como el pago de la cantidad de 30.000 euros a Dotura. Los diversos pagos o salidas del patrimonio de la concursada se detallan en un cuadro que refleja 24 pagos entre el 4 de enero de 2007 y 31 de diciembre de 2007.
6. Los demandados alegaron que cada uno de esos 24 "movimientos" tenían perfecta explicación y justificación y los clasificaba en dos tipos de operaciones:
a) Detracciones sistemáticas para afrontar el pago mensual de remuneraciones de trabajadores y facturas de proveedores que exigían pago efectivo.
b) Devolución en efectivo de anticipos de clientes, correspondientes a presupuestos aceptados y luego no ejecutados por imposibilidad sobrevenida.
También exponía que las cuentas referidas fueron "mal utilizadas" como cajón de sastre de apuntes contables para cuadrar las cuentas.
Aporta como documento 3 (folio 230) el contrato firmado el 4-1-2008 por el que Lasanco, S.L. afirma haber recibido la cantidad de 125.927,28 euros correspondiente al reintegro de entregas dinerarias (mediante una serie de pagos parciales, que no se detallan). Y como doc. 4 se aporta otro contrato por el que se afirma haber hecho pagos por importe de 492.756,83 euros a Fincas Mogar, S.L., también mediante pagos parciales que no se detallan.
TERCERO. 7. Es un dato que contextualiza el conflicto que enfrenta a las partes y que éstas no discuten la existencia de gravísimas irregularidades contables en la contabilidad de la concursada, de manera que la misma no posibilita la comprensión de su situación patrimonial. Es cierto que esas irregularidades no justifican

el éxito de la acción de reintegración, como afirma la recurrente, sin perjuicio de las consecuencias que de las mismas puedan resultar y que es en la pieza de calificación donde se han de extraer. No obstante, actúan como transfondo en el presente proceso porque, en opinión del recurrente, esas irregularidades, que no le son personalmente imputables (sino al gestor encargado de la llevanza de la contabilidad), no pueden impedir que acredite el destino de los fondos a los que se refiere la demanda.
8. Compartimos el punto de vista de la recurrente en este punto. La existencia de irregularidades contables, con independencia de a quién sean imputables, no puede impedir que los demandados acrediten que no dieron a los fondos extraídos de las arcas sociales un destino privado sino que los aplicaron al pago de deudas sociales, como afirman que hicieron.
El objeto de este proceso consiste exclusivamente en determinar si los pagos salieron del patrimonio de la sociedad sin contraprestación y constituyen, por ello, actos en perjuicio de la masa.
9. Por otra parte, tampoco interesan a este proceso los pagos hechos por la sociedad concursada, a través de su administrador Sr. Benito a otros acreedores. Aunque los mismos pudieran ser objeto de reintegración por ser perjudiciales a la masa, al haberse efectuado estando ya en insolvencia la concursada, lo cierto es que no están siendo objeto de reintegración en este procedimiento. No podemos olvidar que el único objeto de este incidente está constituido por pagos al administrador y socio Sr. Benito, así como a la socia Sra. Ernesto y a una sociedad vinculada. Y, de todos ellos, tampoco podemos ignorar que el recurso únicamente cuestiona los pagos realizados al administrador, esto es, pagos que suponen la cantidad total de 578.476,89 euros.
CUARTO. 9. Está acreditado que el Sr. Benito hizo hasta 24 extracciones distintas de las cuentas de la sociedad a lo largo de todo el año 2007 por importes que iban desde los 1.000 euros hasta los 105.000 euros. Para acreditar el destino de los mismos la parte demandada acude a la alegación de que se aplicaron al pago de obligaciones sociales, sea a obligaciones corrientes, como el pago de nóminas, o bien al pago de acreedores sociales, y cita dos concretas deudas, correspondientes a devoluciones de cantidad percibidas a cuenta de obras a ejecutar. En suma, no ofrece una acreditación concreta de cada una de las concretas partidas extraídas sino que acude a una justificación de carácter general. Y, para acreditar que el destino de esas cantidades es el que afirma, aporta un informe pericial que ha pretendido rehacer toda la contabilidad de la concursada para justificar el destino dado a esos fondos.
Por bien que haya querido hacer el perito su trabajo intentando rehacer años más tarde la chapucera contabilidad de la concursada, la credibilidad de su informe no puede ser excesiva, porque nada garantiza que los datos que ha podido tomar en consideración ahora sean datos contrastables o contrastrados. Sin ir más lejos, así lo explica un dato incomprensible: mientras la contestación afirmaba que se habían hecho pagos a Lasanco, S.L. por importe de 125.927,28 euros, y se aportaba un contrato de transacción que los justificaban presuntamente, el perito informa que esos pagos habían sido por importe de 269.000 euros, según lo que resultaba de los papeles que le fueron entregados para su examen, sin que conozcamos a qué obedece una diferencia tan apreciable.
Por otra parte, si a los pagos que se afirman realizados a Lasanco se unen los de 492.756,83 euros a Fincas Mogar, S.L. el resultado es una cantidad muy superior a la que aparece extraída de las arcas sociales, lo que nos parece igual de incomprensible.
También nos parece extraño que esos pagos tan importantes se hayan hecho en efectivo, lo que resulta sorprendente si se considera que se afirma que se trata de devolución de cantidades entregadas a cuenta de obras a efectuar, y no aparecen en la contabilidad recibos acreditativos de cuándo y cómo se hicieron los mismos. Podemos entender que la falta de diligencia del administrador justifique falta de documentación sobre pagos de pequeñas cantidades, pero no de pagos de esos importes.
11. Y tampoco podemos entender que los demás pagos que se afirman realizados por el administrador, correspondientes a obligaciones sociales corrientes, tuvieran justificación documental clara, de manera que podamos considerar que el demandado haya justificado de forma concreta el destino dado a cada una de las extracciones de fondos de las cuentas sociales. Por consiguiente, esa ausencia de justificación no puede ser suplida, como pretende la parte, con la práctica de un informe pericial que pretende justificar de forma gruesa o alzada esos pagos. El informe no es útil en ese sentido porque no permite casar o relacionar de forma concreta las extracciones y su destino, por lo que debemos compartir el punto de vista que expresa la resolución recurrida. El administrador demandado, que tiene la carga de acreditar el destino dado a esos fondos, no ha acreditado que los aplicara a obligaciones sociales, como afirma. Por consiguiente, el recurso debe ser desestimado.”: SAP Barcelona (Sección 15) 21.03.2013 (Sentencia 123/2013; Rollo 757/2012)

“PRIMERO. 1. contra la concursada Web Commerce Services Spain, S.L.U. y contra Florentino por medio de la cual pretendía que se declararan perjudiciales para la masa una serie de pagos o salidas de las cuentas de la concursada con destino al Sr. Florentino y que se ordenara a éste reintegrar a la masa la cantidad total a que ascendían esos pagos, esto es, la suma de 282.552,42 euros.
El Sr. Florentino no compareció en las actuaciones durante la primera instancia, razón por la que fue declarado en rebeldía, situación en la que se mantuvo durante toda la primera instancia.
La concursada se opuso a la demanda alegando que de ninguna de las cantidades que salieron de sus arcas se benefició personalmente el Sr. Florentino. Así, estima que debe distinguirse entre dos conceptos distintos: (i) respecto de la total cantidad de 134.562,42 euros, percibida por medio de una pluralidad de pagos de pequeñas cantidades que recibió el Sr. Florentino, su destino fue atender deudas de la sociedad; y (ii) en cuanto a la cantidad de 147.990 euros, que recibió mediante dos pagos, tampoco fue una cantidad de la que se lucrara el Sr. Florentino sino que aplicó esas cantidades a atender deudas de otras sociedades del grupo, que las repusieron unos días más tarde a las arcas de la concursada.
La resolución recurrida estimó íntegramente la demanda considerando que no había resultado acreditado que la cantidad de 147.990 euros ingresara de nuevo en las cuentas sociales y tampoco que el destino de la cantidad de 132.562,42 euros fuera el pago de deudas sociales. Por ello considera que se trata de pagos

injustificados, esto es, sin contraprestación, ya que no había resultado acreditado que el Sr. Florentino desempeñara trabajo alguno para la sociedad.
El recurso del Sr. Florentino cuestiona que su rebeldía pueda ser valorada como allanamiento o admisión de los hechos e insiste en los mismos argumentos opuestos por la concursada al contestar, esto es, que no se benefició con ninguna de las cantidades cobradas, sino que actuó como un mero factor mercantil de la concursada, para lo que ostentaba un apoderamiento general, y aplicó todas las cantidades cobradas al pago de deudas de la sociedad o bien a otras finalidades de interés de la sociedad.
SEGUNDO. 6. Antes de entrar en las cuestiones que plantea el recurso es preciso decir que
7. También como punto de partida es preciso tomar en consideración que la total cantidad objeto de reintegración, que asciende en conjunto a 282.552,42 euros, corresponde a 72 pagos en efectivo hechos a favor del Sr. Florentino desde la cuenta bancaria a través de la cual trabajaba la concursada en la entidad Bankia. Las fechas de esos pagos se encuentran entre el 31 de diciembre de 2009 y el 16 de septiembre de 2011 y se trata de pagos que en su mayor parte son de importes modestos, salvo en dos casos: (i) el pago de 47.990 euros de fecha 31 de diciembre de 2009 y (ii) el de 100.000 euros de 28 de octubre de 2010. También podemos apreciar la existencia de un pago de 9.000 euros y otros dos que superan ligeramente los 5.000 euros.
TERCERO. 8. Coincidimos con el recurrente en que su rebeldía no puede ser valorada como afirma la resolución recurrida, esto es, como el reconocimiento o admisión de los hechos de la demanda. El art. 496.2 LEC es muy claro cuando determina que la rebeldía no equivale al allanamiento o a la admisión de los hechos de la demanda, sino a la oposición a la demanda por parte del demandado rebelde.
No obstante, aunque la resolución recurrida haya afirmado eso, no creemos que realmente haya hecho aplicación de esa idea, pues el juzgado no se ha limitado a justificar con ella su decisión sino que ha dado cumplida respuesta a todos los motivos de oposición opuestos por la concursada, que coinciden sustancialmente con los que fundan el recurso. Esto es, la resolución estimatoria de la acción de reintegración se funda en la apreciación de que se han hecho pagos de forma injustificada a alguien que no se acreditaba que tuviera razones para recibirlos y tampoco se había acreditado que hubiera destinado esos pagos a la satisfacción de obligaciones sociales o bien que los hubiera devuelto posteriormente a las arcas sociales.
Por consiguiente, en realidad no ha existido infracción sustancial de lo establecido en el art. 496.2 LEC, dado que el juzgado mercantil no ha considerado realmente acreditados los hechos de la demanda por la rebeldía del Sr. Florentino, sino que si ha considerado acreditados los hechos de la demanda, es porque no se ha ofrecido una explicación razonable sobre el hecho de que el Sr. Florentino percibiera en efectivo cantidades tan abultadas cuando, al menos formalmente, no ostentaba cargo alguno en la sociedad, y porque tampoco se ha dado una justificación cumplida sobre el destino aplicado a las cantidades percibidas.
CUARTO. 9. Para dar respuesta a las cuestiones que el recurso plantea distinguiremos, como antes ha hecho la resolución recurrida, los pagos cuestionados en dos grupos. El primero de ellos se refiere a la cantidad de 147.990 euros. En la relación de pagos que, primero, y ahora el Sr. Florentino, alegan que esos pagos fueron reintegrados a la cuenta de la concursada, tal y como resulta de los propios extractos bancarios aportados por Ninguno de los documentos aportados con el recurso lo podemos valorar, ni siquiera por el hecho de que no hayan podido ser expulsados formalmente del proceso, ya que la parte ha acudido a la argucia de transcribirlos como parte integrante de su recurso. Con ello no evita que opere la sanción de preclusión que nos impide poderlos tomar en consideración como medio de prueba de los hechos cuestionados.
Por consiguiente, la única prueba que podemos valorar es la aportada durante la primera instancia, que se concreta, a estos efectos, en el propio extracto de cuenta aportado por Del mismo resulta, como expresa la resolución recurrida, la existencia de dos ingresos: (i) uno de 46.140,50 euros, de fecha 5 de agosto; y (ii) otro de 99.700 euros, de fecha 2 de noviembre de 2010. Compartimos con la resolución recurrida que no es suficiente con la existencia de esos apuntes para acreditar la devolución de las cantidades percibidas cuando ni siquiera corresponden bien las cantidades, sino que solo son aproximadas, en uno de los casos existe una distancia temporal muy apreciable entre la salida y la entrada (más de 7 meses) y no podemos conocer siquiera cuál es el origen de esos fondos ni tampoco la razón por la que fueron extraídas esas cantidades de la cuenta de la concursada. Es posible que el destino sea el que afirma el recurrente, y antes la propia concursada; no obstante, en tal caso, no nos explicamos la razón por la que esa transferencia de los fondos no se hizo directamente y se utilizó como puente al Sr. Piñero.
No podemos ignorar el hecho de que, acreditada por el Administrador concursal los pagos hechos por la concursada a favor del Sr. Florentino, le correspondía a éste la carga de la acreditación de que los mismos no fueron pagos hechos en perjuicio de la masa activa del concurso. Así resulta tanto del hecho de que hiciéramos aplicación de la presunción del art. 71.3, 1.º LC, esto es, de la consideración del Sr. Florentino como persona especialmente relacionada con la concursada, posición que resulta muy razonable atribuirle a partir de los propios hechos que expone el recurso, que le atribuye la posición de verdadero administrador de hecho de la concursada (aunque procurando con mucho cuidado no utilizar esa expresión), como en el caso de que no hagamos aplicación de esa presunción, como hace la resolución recurrida. Lo cierto es que la posición que ocupaba el Sr. Florentino dentro de la sociedad le colocaba en una posición de privilegio para poder tener acceso a toda la información relativa a su gestión y determina que deba soportar la carga de la acreditación de los hechos introducidos por su parte en el proceso (y antes por la concursada) esto es, el destino dado a las cantidades cobradas, pues así lo impone el principio de facilidad probatoria que se establece en el art. 217.7 LEC.
No consideramos que, a partir de los datos que podemos conocer y valorar sobre el destino dato a los dos pagos por importe de 147.990 euros, podamos considerar acreditado que esa cantidad fue ingresada de nuevo por el Sr. Florentino en las arcas sociales, de forma que los pagos no comportaron perjuicio alguno para la masa del concurso.
QUINTO. 13. Respecto de los demás pagos, por un importe global de 134.562,42 euros, lo manifestado

entonces por la concursada y ahora por la recurrente es que se destinaron a gastos del equipo comercial de la compañía, tales como carburantes, desplazamientos, comidas, etc.
La resolución recurrida considera que no puede considerar justificados esos pagos a partir de la ingente documentación aportada por la concursada al contestar a la demanda, ya que la concursada no ha explicado el tipo de relación que tenía con el demandado Sr. Florentino, a pesar del poder general que el mismo ostenta, y esos tickets pueden referirse perfectamente a otros empleados o representantes de la sociedad.
El recurso del Sr. Florentino precisa algo más el destino de esas cantidades y expresa que el destino fue el siguiente:
a) 24.419,35 euros fueron transferidos a la entidad Monarzo, S.L. (cuya relación con la concursada no se explica, si bien el AC afirma que se trata de una entidad vinculada).
b) 2.744,94 euros fueron destinados por el Sr. Florentino a cambio de moneda, necesaria para su actividad comercial en el extranjero.
c) 107.398,13 euros fueron destinados al pago de dietas y gastos, esto es, transporte, carburante, alojamiento, billetes de avión, etc.
El examen de la documentación aportada al contestar a la demanda, única prueba que podemos valorar a estos efectos, según antes ya hemos razonado, evidencia que los pagos con los que presuntamente se pretende acreditar el destino dado al dinero extraído de las cuentas de la concursada corresponde a pequeñas compras en gasolineras y supermercados. En muchos casos el establecimiento es el mismo, el servicio Repsol-Opencor de c/ Cerdeña con Ronda Nort de Sant Cugat del Vallés o bien el establecimiento Repsol-Opencor de c/ Collserola, 2 de Barcelona. Y además de combustible los tickets acreditan que se habían adquirido, además de barras de pan, en diversidad de ocasiones, productos tales como La Vanguardia, en su edición dominical correspondiente al domingo 12 de febrero de 2010 (folio 137) o alguna bebida energética o incluso pipas (folio 142). También son muy reiterados los recibos correspondientes a "Carburantes Lumo, S.L." de c/ General Yagüe, 5 de Madrid. Otros recibos corresponden a compras en el establecimiento denominado Servicio Estación, e incluye productos tales como una manguera estriada, adquirida durante el mes de agosto de 2010. No resulta infrecuente que algunos de los recibos correspondientes a suministro de gasóleo correspondan a domingos, como ocurre con el que incorporado como folio 162, correspondiente al 30 de mayo de 2010. También encontramos dos recibos de un establecimiento de la población de Sant Cugat denominado "Sushishop" y que presuntamente corresponden a la adquisición de la conocida comida japonesa, uno de ellos el sábado 24 de abril a las 20,31 horas o bien una factura del sábado 3 de abril de 2010 correspondiente a 8 calçotades.
En suma, debemos compartir la opinión del Administrador concursal y de la resolución recurrida acerca de que esos documentos nada acreditan respecto del destino dado por el Sr. Florentino a los fondos extraídos de las arcas de la sociedad, pues se trata de simples facturas que ni siquiera expresan quién es el que adquiere ni el destino de los productos adquiridos, muchos de los cuales incluso resulta poco razonable pensar que fueran adquiridos en provecho de la sociedad concursada.
Por consiguiente, no podemos estimar el recurso del Sr. Florentino, porque no ha acreditado que ninguna de las cantidades extraídas de la cuenta de la sociedad la haya destinado de forma efectiva al pago de obligaciones sociales. Por consiguiente, debemos presumir que las ha aplicado a fines propios, lo que determina que debamos considerar que todos los pagos deben ser rescindidos, al resultar evidente que si no tienen contraprestación efectiva, son pagos hechos en perjuicio de la masa.": SAP Barcelona (Sección 15) 08.04.2013 (Sentencia 142/2013; Rollo 762/2012)

"1. La administración concursal (AC) designada en el concurso de WEB COMMERCE SERVICES SPAIN S.L.U. ejercitó la acción de rescisión concursal prevista en el art. 71.1 LC con el fin de que la sociedad RACING PROJECT LINK S.L. fuera condenada a restituir a la masa activa la cantidad total de 32.742,44 #, que le fue entregada por la concursada mediante varios pagos realizados entre abril y agosto de 2010.
WEB COMMERCE SERVICES SPAIN S.L.U. (WEB) solicitó su concurso el 14 de noviembre de 2011 y fue declarado por auto de fecha 19 de diciembre de ese año.
Las entregas dinerarias fueron efectuadas a RACING PROJECT LINK el 16 de abril (16.000 #), 17 de junio (1.200 #), 12 de julio (11.160 #) y 26 de agosto de 2010 (4.382,44 #).
2. La AC alegaba en la demanda que estas entregas dinerarias no se justificaban por la actividad comercial o empresarial de la concursada, no constaba contraprestación alguna ni existía ningún tipo de relación comercial con la sociedad beneficiaria, y apuntaba el dato de que el administrador único de RACING PROJECT, el Sr. Evaristo, es hijo del apoderado general de la concursada, Sr. Jacinto.
En atención a la ausencia de correlativa contraprestación y de justificación comercial, la AC consideraba tales disposiciones como actos a título gratuito, reclamando por ello la aplicación de la presunción iuris et de iure (sin posibilidad de prueba en contrario) de perjuicio a la masa activa que establece el art. 71.2 LC.
Alegaba, en todo caso, la causación de un perjuicio a la masa: las disposiciones efectuadas por la concursada en los dos años anteriores a la declaración de concurso, a favor de la referida sociedad (administrada por el hijo del apoderado general de la concursada) implicaron una disminución de su patrimonio y además impidieron el desarrollo con normalidad de su actividad empresarial.
3. La concursada, evacuando el trámite de contestación a la demanda, presentó un escrito alegatorio en el que no se oponía expresamente a la pretensión. Alegó que las entregas dinerarias efectuadas a favor de RACING PROJECT tenían su causa en un préstamo que otorgaba la concursada a esta segunda sociedad, a la espera de que la misma pudiera encontrar el patrocinio que buscaba para el desarrollo de su actividad. Prescindía de ofrecer una valoración sobre el posible perjuicio causado a la masa activa, desplazando la prueba de este extremo hacia la parte actora e interesaba finalmente que se dictara la sentencia que correspondiera a la vista de los hechos expuestos.
RACING PROJECT, emplazada en forma personal, se abstuvo voluntariamente de comparecer en la fase

declarativa del litigio, de modo que no contestó a la demanda ni propuso prueba alguna conducente a su derecho.
4. La sentencia de la primera instancia consideró que la postura procesal de RACING PROJECT implicaba la admisión de los hechos y la nulidad o ineficacia de los actos objeto de la demanda, teniendo en cuenta así mismo que la concursada no se había opuesto frontalmente a la acción de rescisión.
Argumentaba, además, que fueron actos de disposición a título gratuito por carecer de justificación alguna, realizados en época próxima a la solicitud de concurso y con el fin de perjudicar a la masa activa y a los acreedores, traduciéndose, en fin, en un sacrificio injustificado.
RACING PROJECT se personó tras ser notificada de la sentencia e interpuso recurso de apelación, en el que, como primer motivo de impugnación, censura que la sentencia haya equiparado la situación procesal de rebeldía a un allanamiento. Alega seguidamente que las cantidades entregadas respondían a un préstamo que quedó contabilizado en los libros de la sociedad, por lo que la acción procedente no es la de rescisión sino en su caso la de reclamación de la devolución de las cantidades prestadas.
Ciertamente, conforme dispone el art. 496.2 LEC, la declaración de rebeldía "no será considerada como un allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda...".
Pero la norma no prohíbe que la situación de rebeldía voluntaria o consentida del demandado pueda ser valorada en orden a la fijación de los hechos que han de soportar el enjuiciamiento jurídico, cuando el demandado que ha sido debida y oportunamente emplazado no comparece en el juicio para oponerse a la demanda o contradecir sus bases fácticas, renunciando voluntariamente a la oportunidad alegatoria y probatoria. La situación creada por su ausencia en el proceso no debe conducir a situarle en mejor posición que al demandado que comparece y expone su posicionamiento frente a la demanda, ni a perjudicar la posición probatoria de la parte actora. En todo caso, la falta de comparecencia, defensa y prueba repercutirá negativamente en su posición ante la ausencia de alegación de hechos extintivos, impeditivos o excluyentes y de la acreditación de los hechos relevantes sobre los que tenga la facilidad y disponibilidad probatoria o cuyos medios de prueba pertenezcan a su ámbito de control (art. 217.7 LEC).
7. No se ha negado la realidad de las entregas dinerarias en las fechas indicadas, y resultan de la documentación aportada con la demanda. La concursada se limitó a alegar que se trataba de un préstamo, y la beneficiaria de los pagos, como se ha dicho, nada manifestó en la fase declarativa. Es en el recurso cuando reacciona y alega que respondían a un préstamo, sin mayor especificación sobre sus condiciones.
Admitida la realidad del desplazamiento dinerario, sobre las demandadas, ordenante y beneficiaria, pesaba la carga de probar su causa jurídica, y ninguna de ellas ha hecho el mínimo esfuerzo en acreditar que responde a un préstamo. La AC detectó los pagos a partir de los extractos bancarios de la sociedad concursada y afirma que no han sido registrados en su contabilidad, ni consta en el activo declarado un derecho de crédito contra RACING PROJECT a raíz de esas disposiciones dinerarias. Tampoco consta que esta última haya contabilizado como préstamo, en el pasivo de sus balances, las sumas percibidas, ni, en fin, se ha aportado un contrato de préstamo que justifique las disposiciones, a lo que se añade el dato de la vinculación familiar entre el apoderado general de la concursada y el administrador de la sociedad beneficiaria.
En este contexto, debido a la ausencia de prueba sobre la realidad de la causa jurídica de un préstamo, que ni siquiera alegó la ahora apelante en la primera instancia, la conclusión de que se trató de actos de disposición a título gratuito es razonable.
En todo caso, aun si se considerara un verdadero préstamo, el perjuicio a la masa activa deriva de su concesión a una sociedad con la que se carece de cualquier tipo de relación comercial y de cuya solvencia no se tiene constancia alguna, sin pacto de devengo de intereses y sin vencimiento determinado, lo que viene a constituir un sacrificio patrimonial injustificado que ha provocado una disminución directa de la masa activa.”: SAP Barcelona (Sección 15) 10.04.2013 (Sentencia 151/2013; Rollo 707/2012)

“TERCERO.- 7. El perjuicio a la masa activa, sin necesidad de intención fraudulenta, constituye el requisito fundamental de la acción rescisoria concursal *ex* artículo 71 LC ["1. *Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta].*
Respecto a qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", esta Sala ha mantenido en anteriores sentencias (por ejemplo, en la sentencia de 18 de septiembre de 2013 -ROJ SAP B 9624/2013-), y así lo declara la STS de 8 de noviembre de 2012 -ROJ STS 7746/2012 -, que será apreciable un perjuicio para la masa cuando el acto realizado por el deudor, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto), pero así mismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de *par condicio creditorum.*
Así, como afirma la STS de 26 de octubre de 2012 (ROJ: STS 7265/2012) el perjuicio para la masa activa del concurso *puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (artículo 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.* También, y en relación con la alteración de la *par condicio creditorum,* podrá apreciarse el perjuicio si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso *injustificado* para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones. De lo que se infiere que no cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con toda aminoración del valor del activo ni con la alteración de la *par condicio creditorum,* siendo preciso que tanto uno como otro carezcan de justificación. Además, en todo caso, debe tenerse presente el límite del acto ordinario que estipula el artículo 71.5 LC (*"En ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1º. Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales")* dentro de los cuales se comprenden, en principio, siempre que se realicen en

condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.
La falta de justificación subyace en los supuestos previstos en el artículo 71.2 LC, en los que se presume con carácter *iuris et de iure* el perjuicio. Fuera de esos supuestos, afirma la citada STS de 26 de octubre de 2012, *en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. (...). En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad.*
8. Los actos objeto de rescisión en este litigio, con base al carácter de actos de disposición a título gratuito, consisten en transferencias efectuadas por la concursada a favor de la codemandada MONARZO,
S.L. Su realización durante el período temporal de los dos años anteriores a la declaración del concurso no es suficiente para poder estimar su carácter de perjudiciales para la masa activa en cuanto actos de disposición a título gratuito, siendo menester examinar cada uno de ellos para poder concluir si las transferencias operadas son actos de liberalidad o, por el contrario, están *justificadas* por ser pagos en el sentido jurídico de actos debidos realizados en el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del negocio jurídico de traspaso o cesión de los contratos de compraventa a la concursada.
9. En primer lugar, una parte de los pagos a favor de MONARZO, S.L. son justificados por las codemandadas con base en su devolución o reintegro a la concursada.
Los extractos bancarios aportados en autos (documentos nº 1 y nº 2 de la demanda) acreditan que la concursada realizó las siguientes tres transferencias bancarias a favor de MONARZO, S.L.: con fecha 5 de marzo de 2010, la cantidad de 90.000 euros (al folio 23); con fecha 5 de marzo de 2010, la cantidad de 30.000 euros (al folio 112); con fecha 12 de agosto de 2010, la cantidad de 141.500 euros (al folio 48). Asimismo, los referidos extractos bancarios acreditan que MONARZO, S.L. realizó las siguientes dos transferencias bancarias a favor de la concursada: con fecha 15 de marzo de 2010, la cantidad de 139.580 euros (al folio 23) y con fecha 13 de agosto de 2010, la cantidad de 139.580 euros (al folio 48). Por consiguiente, resulta que la cantidad total objeto de transferencia bancaria a cargo de MONARZO, S.L. y a favor de la concursada asciende al importe de 279.160 euros.
La sentencia de primera instancia atendiendo a las transferencias indicadas concluyó que el importe total justificado era de 261.500 euros, lo que evidencia un error matemático, motivado probablemente por el erróneo cálculo en esa cantidad formulado por la concursada en su escrito de contestación a la demanda. Es por ello, que procede estimar la alegación formulada por la apelante y concluir que resulta justificado el importe de 279.160 euros, en lugar de la suma 261.500 euros determinada en la sentencia recurrida, de la total cantidad reclamada en concepto de reintegración (393.578,76 euros).
10. En segundo término, las codemandadas aducen la existencia de una anterior relación comercial entre ellas debida a un traspaso de negocio de MONARZO, S.L. a favor de la concursada, que conllevó la realización de pagos por ésta a aquélla en concepto de restitución del precio de tres compraventas de vehículos recibidos por la concursada y previamente satisfechos por MONARZO, S.L. al fabricante del vehículo objeto de la compraventa. Procede examinar cada uno de los pagos cuestionados para determinar si se da una falta de onerosidad en el desplazamiento patrimonial por ausencia de contraprestación y, por tanto, concurre el supuesto establecido en el artículo 71.2 LC (*actos de disposición a título gratuito)* invocado por la demandante o si, por el contrario, tales pagos responden a la restitución del precio de la compraventa recibida por la concursada, pero previamente satisfecho por la codemandada al fabricante del vehículo objeto de la compraventa.
Los tres pagos relativos a tres compraventas de vehículos cuestionados son los siguientes:
1º) Pago por importe de 43.416,11 euros.
Ambas codemandadas alegan la existencia de un contrato de compraventa de vehículo suscrito entre MONARZO, S.L. y el Sr. Antonio con fecha 15 de junio de 2009, cuyo precio fue pagado por el cliente Sr. Antonio a la concursada y que MONARZO, S.L. con fecha 9 de diciembre de 2009 realizó una transferencia bancaria a favor del fabricante del vehículo (Mercedes Benz Bordeaux) por la suma de 43.416,11 euros.
Constan en autos documentos acreditativos del contrato de compraventa y de la transferencia bancaria a favor del fabricante (documentos nºs 2 y 4 de la contestación a la demanda de la concursada y documentos nºs 10 a 14 de la contestación a la demanda de MONARZO, S.L.). No obstante, no resulta acreditado el pago de cantidad alguna a favor de la concursada en concepto de la referida compraventa. La codemandada MONARZO, S.L., alega, en sus escritos de contestación a la demanda y de recurso de apelación, una transferencia bancaria a cargo del Sr. Antonio y a favor de la concursada por importe de 44.421 euros, que no acredita. La apelante, en ambos escritos, acompaña los documentos acreditativos de la compraventa y de la transferencia bancaria al fabricante, pero no acompaña ningún documento acreditativo del pago del precio a favor de la concursada; únicamente se refiere a un asiento contable que, según dice, consta en el documento nº 1 de la demanda que, tras su examen por esta Sala, no consta. Es por ello, que no puede tenerse por acreditado el pago de esa cantidad, ni de cantidad alguna, en concepto de precio de la compraventa, por cuanto la operativa explicada por las partes no excluye que el pago del vehículo se realizara directamente por el comprador a MONARZO, S.L. o al fabricante.
2º) Pago por importe de 47.790 euros.
También respecto a este pago se invoca por las codemandadas la existencia de una compraventa de vehículo, en este caso a favor del Sr. Eleuterio, y que MONARZO S.L. pagó al fabricante del vehículo mediante un pagaré librado por aquélla con fecha 12 de septiembre de 2009 y por importe de 47.790 euros. En este caso, consta probada la realización de dos transferencias bancarias, con fechas 11 de mayo de 2010 y 18 de mayo

de 2010, a cargo Don. Eleuterio y a favor de la concursada por los importes de 6.440 euros y 33.550 euros, respectivamente (a los folios 31 y 33). De lo que se concluye que el pago a favor de la codemandada por importe de 39.990 euros responde a la restitución del precio de la compraventa recibida por la concursada, pero previamente satisfecho por la codemandada, no procediendo su consideración como un acto de disposición gratuita previsto en el artículo 71.2 LC. Tampoco procede examinar si dichos pagos merecen el reproche de perjudiciales para la masa activa de conformidad con otros supuestos del art.71 LC por no haber sido invocados por la demandante.
3º) Pago por importe de 43.535,50 euros.
Por último, las codemandadas justifican la transferencia bancaria por importe de 43.535,50 efectuada con fecha 13 de julio de 2010 a cargo de la concursada y a favor de MONARZO, S.L. alegando la realización de otra compraventa de vehículo, cuyo precio de compra dicen que fue ingresado por el cliente comprador directamente a la cuenta de la concursada y el precio al fabricante había sido pagado por MONARZO, S.L. Las codemandadas únicamente acreditan la existencia de una transferencia bancaria por ese importe a favor del fabricante del vehículo, pero, una vez más, no prueban ningún ingreso a favor de la concursada.
La valoración de la prueba obrante en autos únicamente permite concluir la existencia de reintegros o pagos a favor de la concursada dimanantes de las compraventas alegadas por importe de 39.990 euros, sin que proceda estimar probados los restantes pagos invocados en relación a las compraventas de vehículos.
11. Finalmente, la codemandada MONARZO, S.L. alega que el centro de intereses principales de la concursada, que tiene su domicilio social en Madrid, se encuentra en San Cugat del Vallés, según se desprende del propio informe de la administración concursal, concretamente en un local arrendado por MONARZO, S.L. y cuyas rentas mensuales abonó ésta a la propiedad.
La demandante pretende la rescisión de cuatro pagos realizados bajo el concepto de alquiler por importes de 1830 #, 1830,08 #, 1867,81 # y 1867,81 # efectuados, respectivamente, el 26 de abril, 18 de mayo, 22 de julio y 21 de septiembre de 2010.
La apelante ha justificado el pago de los referidos importes mediante las facturas emitidas por la propiedad a su cargo correspondientes a los meses de abril a julio de 2010 (acompañadas como documentos nºs 2 a 5 de la contestación a la demanda, al folio 267). Procede concluir que no son, pues, actos de liberalidad, sino pagos debidos generados por el mantenimiento del centro de actividad empresarial.
Por lo que se refiere a los otros pagos objeto de rescisión relativos a impuestos y suministros la ausencia de prueba sobre si son relativos al local de negocios de la concursada y debidos por ésta impide considerarlos justificados.
12. De tal suerte, no resultando acreditado que la concursada hubiera cobrado el precio de los contratos de compraventa, a excepción de la cantidad de 39.990 euros, resultan injustificados los pagos realizados a favor de la codemandada MONARZO, S.L., mereciendo la consideración de actos de disposición a título gratuito en el sentido del artículo 71.2 LC. Aún cuando se consideraran tales actos como ordinarios de la actividad empresarial de la concursada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 71.5 LC, su justificación exigiría también acreditar el cumplimiento de los contratos de compraventa a favor de la concursada, esto es, haber recibido el precio de la compraventa.
Deben excluirse de la consideración de actos de disposición a título gratuito los cuatro pagos de las rentas de alquiler que ascienden a una cantidad total de 7.395,7 euros.
Por todo ello, procede estimar parcialmente el recurso de apelación y revocar en parte la sentencia de primera instancia, en el sentido de reducir la cantidad a reintegrar a la masa activa de la concursada, fijándola en la cantidad total de 67.033,06 euros.": SAP Barcelona (Sección 15) 19.05.2014 (Sentencia 172/2014; Rollo 439/2013)

"PRIMERO. 1. La AC de Suministros y Coberturas, S.A. (en lo sucesivo, Suministros o la concursada) ejercitó frente a la referida concursada y frente a Don. Lucas y Nicanor una acción de reintegración de diversos pagos que la concursada hizo a los otros dos demandados durante el período de tiempo que se sitúa entre julio de 2007 y 31 de diciembre de 2008, considerando que los mismos constituían actos realizados a título gratuito; subsidiariamente, para el caso de que no se consideraran actos a título gratuito, que se rescindieran considerándolos como pagos realizados a personas especialmente relacionadas con la concursada. Y, en cualquier caso, que se condenara a los Sres. Lucas y Nicanor a restituir a la masa las cantidades de 84.958,60 euros y 27.740 euros, respectivamente.
2. Los demandados reconocieron al contestar a la demanda que los Sres. Lucas y Nicanor eran miembros del consejo de administración de la concursada y que ni los estatutos contemplaban la retribución del cargo ni tenían suscrito un contrato laboral, al menos de manera formal. Tampoco negaron haber percibido los pagos impugnados, si bien estiman que los mismos estaban justificados en concepto de retribución por el trabajo personal efectivamente realizado, así como en concepto de resarcimiento de los gastos asumidos por los demandados como consecuencia de sus gestiones.
3. La resolución recurrida estimó la demanda considerando que los pagos debían considerarse a título gratuito. Justifica su apreciación en la inexistencia de prueba alguna indicativa de que los demandados hubieran: (i) incurrido en gastos de desplazamiento que justifiquen el pago de dietas, (ii) ni tampoco realizado una labor específica y concreta que los justificara. (...)
TERCERO. 17. El segundo motivo del recurso se refiere al fondo. Alegan los recurrentes que (i) los medios de prueba propuestos por la AC demandante no han acreditado los hechos esenciales que fundan su pretensión, ya que solo versan sobre hechos que no son discutidos y que (ii) la resolución recurrida no ha valorado correctamente la prueba practicada en las actuaciones de la que se deriva que los Sres. Lucas y Nicanor no han percibido cantidad alguna por el concepto del desempeño de su cargo de consejeros sino que todo lo que les fue pagado fue como consecuencia de la prestación de servicios profesionales para la concursada. Concretamente, por el desempeño del cargo de director comercial en el caso del Sr. Lucas y de director

financiero en el caso del Sr. Nicanor.
Valoración del tribunal
18. No podemos compartir con los recurrentes que exista violación de las reglas de la carga de la prueba. Todos los hechos fundamentadores de la pretensión de la AC están acreditados, entre otras razones porque en su mayor parte ni siquiera fueron cuestionados al contestar a la demanda, con salvedad del carácter gratuito de los pagos hechos a los administradores demandados. La prueba de ese hecho es indirecta y resulta de que la AC no haya podido encontrar, tras el examen de la contabilidad de la concursada, a qué razón obedecen los pagos que la concursada hizo a esos dos integrantes del consejo de administración. Basta con esa afirmación para que pueda presumirse el carácter gratuito salvo que se acredite por la adversa que existía una razón que los justificara.
19. Los demandados han pretendido acreditar que existía una razón que justificara esos pagos, lo que determinaría que no tenían carácter gratuito: alega que eran contraprestación por el trabajo efectivo desempeñado por esos dos administradores por cuenta de la sociedad. Y, admitiendo que no tenían un contrato laboral que los justificara, alega que tenían su fundamento en un pacto de socios de carácter verbal, según el cual los dministradores percibirían retribución por el trabajo desempeñado una vez la sociedad se encontrara en condiciones de poderla abonar, como efectivamente sucedió.
20. Consideramos, como la resolución recurrida, que no existe prueba alguna de la existencia del pacto parasocial al que se refiere el recurso, ni tampoco de que los pagos se correspondieran con una concreta actividad de carácter laboral desarrollada por los administradores, que fuera más allá de la que es propia al ejercicio de su cargo de administradores.
21. Evidencia ese hecho el distinto tratamiento de que fueron objeto los diferentes consejeros del consejo, ya que aquellos que se dedicaban de modo efectivo a trabajar para la concursada, caso de los Sres. Francisco y Ildefonso, sí que contaban con un contrato laboral y percibían una retribución mensual que estaba en consonancia con el trabajo efectuado. Este creemos que es un dato muy significativo; si los Sres. Lucas y Nicanor prestaban también servicios laborales para la concursada, como alegan, lo razonable es que hubieran suscrito un contrato laboral, como los otros dos consejeros, y no lo tenían.
22.Y a ello se añade un nuevo indicio probatorio, que resulta del hecho, no controvertido, de que los Sres. Lucas y Nicanor residían en Madrid, localidad en la que desarrollaban de forma esencial su actividad para la sociedad Cubiertas Muñoz, S.A., de forma que ejercían un mero control a distancia sobre la actividad de la concursada, lo que es poco compatible con el ejercicio de funciones laborales en sentido propio.
23. En suma, debemos considerar que estamos ante pagos sin justificación, a los que les resulta de aplicación la presunción de perjuicio establecida en el artículo 71.2 LC, tal y como la resolución recurrida ha considerado": SAP Barcelona (Sección 15) 17.12.2014 (Sentencia 411/2014; Rollo 400/2014)

AP León

"La Administración concursal ejercita una acción de rescisión para la reintegración de la masa activa de las sumas abonadas a favor de Dª Eugenia, por importe de 31.388 euros y que no debieron abonarse al tratarse de facturas falsas sin contraprestación alguna.
La demandada se opone alegando que no existe facturación falsa, puesto que los trabajos han sido desempeñas y además que es acreedora de la Sociedad ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES BEDUNIA S.L. porque ha aportado dinero a esta sociedad de la que su esposo es Administrador Único.
La Sentencia de instancia estima la demanda argumentando que el pago de esas facturas constituye un acto de disposición a título gratuito sin correspondencia con los trabajos facturados y a favor además de una persona especialmente vinculada con la concursada, puesto que su cónyuge es el Administrador Único.
La demandada Dª Eugenia, interpone recurso de apelación alegando error en la valoración de la prueba al considerar que fueron realizados actos a título gratuito y que se ha producido perjuicio para la concursada y vulneración del artículo 218 de la LEC por falta de exhaustividad y motivación de la Sentencia (...)
"En este caso los actos impugnados lo han sido a títulogratuito, la sociedad ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES BEDUNIA S.L. abonó las facturas a Dª Eugenia, que no respondían a ninguno de los servicios prestados por ésta a la Sociedad de la que su esposo Evaristo era el Administrador Único. La Sociedad no recibió contraprestación alguna.
Afirma el apelante que los trabajos fueron realizados, si bien y en función de las reglas de la carga de la prueba que prevé el artículo 217 de LEC la demandada y apelante no ha probado la efectiva ejecución de los trabajos facturados y cobrados.
De la documentación acompañada con la demanda, es fundamental el acta de inspección realizada por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en la que se reconoce por el representante del sujeto pasivo, que Dª Eugenia no desarrolló actividad alguna de construcción y que los trabajos facturados y cobrados no fueron realizados, siendo el único objeto que Dª Eugenia obtuviera cotizaciones a la Seguridad Social.
Lo que si queda acreditado es el perjuicio económico ocasionado a la Sociedad ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES BEDUNIA S.L. que con los actos a título gratuito a favor de Dª Eugenia, ha realizado el Administrador Único de la Sociedad y marido de Dª Eugenia, sin existir prueba alguna de los trabajos realizados.
No existe como alega la parte apelante vulneración del artículo 218 de la LEC, respecto a la falta de exhaustividad y motivación de la Sentencia, puesto que el Juez a quo ha valorado las pruebas existentes y en función de las reglas de la carga de prueba, llega a la conclusión motivada que fundamenta en su sentencia.
Por todo lo explicado el recurso no puede prosperar.": SAP León (Sección 1) 22.02.2013 (Sentencia 80/2013; Rollo 575/2012)

AP Vizcaya

"PRIMERO.-Ejercitada acción de reintegración de la masa activa del concurso la misma se encamina a que los 300.000 euros que recibió la concursada los días 5, 6 y 7 de noviembre de 2012 de su socio Santavalza y que de inmediato fueron traspasados a las sociedades Asynjur,S.L. Seshat Aton, S.L., y Rubraskally,S.L., a razón de cien mil euros para cada una de ellas, sean reintegradas a la masa. Señala que en la documentación de la concursada consta el ingreso y la inmediata salida de los fondos sin que exista justificación documental alguna en virtud de la cual quede justificada el desvío de fondos hacia las tres mencionadas sociedades. Estima la Sentencia recurrida que efectivamente, las tres sociedades beneficiarias de los traspasos de dinero están vinculadas entre sí, tienen un mismo domicilio en Barcelona y una de ellas es administrada por quien también es administrador de la concursada.
Señala la sentencia recurrida que no existe causa, razón o explicación alguna que venga a justificar el desplazamiento patrimonial por lo que debe ser calificado de un acto gratuito de la concursada en favor de dichas tres sociedades por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 71, 2, de la Ley Concursal y sus concordantes estima la demanda y condena a los demandados a reintegrar estas sumas a la masa activa del concurso.
SEGUNDO.-El primer motivo de los recursos es falta de motivación de la sentencia recurrida. Señala la parte recurrente que la sentencia no motiva las estimación de la demanda. La sentencia es sucinta pero motiva más que suficientemente la estimación de la demanda, por lo que el motivo debe ser desestimado.
El segundo de los motivos del recurso hace referencia a que la concursada nunca llegó a adquirir la propiedad de la suma de 300.000 euros por lo que no puede ser reclamada. Esta cifra entró en la caja de la concursada y fue adquirida de pleno derecho por la misma, por lo que no se nos alcanza la argumentación del recurrente sobre la no propiedad de la suma por parte de la concursada.
TERCERO.-Lo más sintomático del recurso es que en parte alguna se analiza el motivo central de la sentencia recurrida, a saber, que ingresado el dinero en la cuenta de la concursada, la que adquiere la propiedad del mismo por el sólo hecho de la posesión, el mismo salga aceleradamente hacia otras sociedades y que los representantes de estas sociedades ni siquiera nos invoquen una causa o motivo justificativo de dicho desplazamiento patrimonial. El desplazamiento de dinero presenta todos los caracteres de una operación fraudulenta en perjuicio de la masa activa de la concursada por lo que compartimos plenamente la sentencia recurrida.": SAP Vizcaya (Sección 4) 20.06.2014 (Sentencia 412/2014; Rollo 201/2014)

JM-1 Santa Cruz de Tenerife

"PRIMERO Al amparo de lo dispuesto en los arts. 71.2 primer inciso de la Ley Concursal, la Administración Concursal promueve acción de reintegración por Rescisión contra la concursada y Comercial Montabes Vaño, SA Ha quedado acreditado los siguientes hechos:
1º.- Que la Sociedad Lita Canarias, SA fue declarado en Concurso Voluntario por Auto de este Juzgado de fecha 3 de enero de 2005.
2º.- Por Junta General de Accionistas de 13 de noviembre de 2002 se acordó el aumento de capital de la concursada por importe de 2.404.048,4, expirando el plazo para éste el 7 de julio de 2003 (dentro de los dos años anteriores a la declaración del Concurso). Consta en autos que a principios de julio se realizaron dos transferencias bancarias a la cuenta cotitularidad de las demandadas Compañía Lita Canarias, SA y Comercial Montabes Vaño, SA, realizadas por Transportes, Maquinarias y Obras, SA (Tramo S.A) por importe de 547.330, (que por error material mecanográfico la demandante expresa en 547.350) y otra por Comercial Montabes Vaño, SA (Monva S.A) por importe de 541.000 (Documentos nº: 1 y 2 acompañados a la demanda). En la escritura otorgada con fecha 10 de octubre de 2003, realizada por el Notario D. José Villaescusa Sanz en Madrid con núm. de Protocolo 8.366, hay unido una certificación de B.S.C.H. en la que figura que en la cuenta abierta a nombre de la Sociedad Lita Canarias, SA se han recibido transferencias Bancarias por el importe total 1.442.430,57.
El 10 de julio de 2003, tal y como consta acreditado mediante la certificación expedida por el B.S.C.H. (Documento nº: 3 de la demanda) se realizaron dos transferencias de la cuenta conjunta Comercial Montabes Vaño, SA y Compañía Lita Canarias, hacia las entidades Monva, SA por importe de 541.000 y a Tramo, SA por importe de 547.330. Según se refleja en dicha certificación no consta copia del original de la orden de transferencia realizada hacia Tramo, SA, motivado según se dice por el incendio del Edificio Windsor, anexo a nuestra sucursal, no pudiendo localizarse dicho documento; aunque si se adjunta copia del original de la transferencia de Monva, la cual fue firmada por Dª Elsa, tal y como reconoció en el interrogatorio realizado en calidad de representante de Comova.
Consta en autos el reconocimiento de deuda realizada el 16 de enero de 2004 por Comova a Lita Canarias, SA por importe de 1.237.585,69. Con fecha 4 de marzo de 2005 se presentó escrito en el Decanato y en este Juzgado el 8 de marzo de 2005 en el que Comova comunicó su crédito contra la concursada por importe de 1.688.366,2 desglosado en el crédito con origen en el contrato de reconocimiento de deuda por importe de 1.237.585,69 más un crédito con origen en servicios prestados por Comova durante el año 2004, por importe de 30.072,04 y un contrato de préstamo participativo suscrito entre Comova y Lita Canarias, SA por importe de 420.708,47.
Con fecha de entrada en el Decanato el 18 de marzo de 2005 y a raíz de la comunicación que la Administración Concursal hizo a la concursada de los hechos que acontecieron en el mes de julio de 2003, de los que se refiere ésta en su demanda, se presentó escrito por Comova con entrada en este Juzgado el 23 de de marzo de los corrientes en el que comunicaba una rectificación del crédito al entender que los pagos referidos con anterioridad eran pagos a terceros con cargo a la deuda que Lita Canarias, SA tenía con Comova, cuyo original consta en los autos del concurso. Dicha rectificación bajaba el crédito a 600.036,20. La

parte actora considera que nos hallamos en un acto a título gratuito -Liberalidad no de uso- la referida salida de dinero del Patrimonio de la concursada (ya fueran pagos a terceros con cargo a la deuda que Lita Canarias, SA tenía con Comova, o bien una transferencia de Lita a Comova, y de ésta a su vez a Monva, SA y a Tramo, SA, por las razones que expone en su demanda a lo que se oponen las partes codemandadas.
SEGUNDO El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, «serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta». Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, «cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso».
En cuanto a los efectos de la rescisión, el artículo 73 establece que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del actor impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».
La Ley presume iuris et de iure la existencia del perjuicio cuando se trata de actos a título gratuito (art. 71.2). Como los actos comprendidos en esta presunción no cuentan con una contrapartida equivalente, la propia estructura del acto hace innecesario el enjuiciamiento de si se ha producido daño, ya que el perjuicio es inherente al acto mismo. En el caso de actos a título gratuito, sólo se ha de probar que se han realizado esos concretos actos y que se han realizado, además en el período considerado por la Ley.
La presunción legal absoluta opera respecto de los actos a título gratuito. El concepto de acto a título gratuito es más amplio que el de la mera donación. Dentro de esta categoría quedan incluidos todos aquellos actos que den lugar a una disminución del patrimonio del deudor sin una contrapatida que justifique la salida del bien o del derecho.
TERCERO En el presente procedimiento la litis se centra en si los referidos pagos antes aludidos tiene el carácter de acto de disposición a título gratuito -Liberalidad no de uso- o no es posible dicha calificación. Se estima por este Juzgado que estamos ante la 1ª opción por las razones que se expresa a continuación:
1º.- Se alega por Comova, SA, y se corrobora por Dª Elsa en la vista oral que por razones que ella desconoce D. Rodolfo que en julio de 2003 ostentaba el cargo de Director Financiero de Comova, SA, no adoptó ninguna iniciativa para llevar a cabo la ampliación de capital hasta una vez iniciado el mes de julio de 2003 indicándole que no había tiempo a realizar una aportación no dineraria (por medio de la capitalización de una parte del crédito de Comova, SA frente a Lita Canarias S.A).
Sin embargo no consta la preceptiva certificación del Auditor de Cuentas que exige el art. 156 de la Ley de Sociedades Anónimas para poder realizar un aumento de capital por compensación de créditos, y no consta en la publicación de convocatoria de junta General en el Diario de Avisos de esta ciudad de 23 de octubre de 2002, la ampliación por compensación de créditos sino que se alude aportación dineraria en coherencia con la certificación de D. Rodolfo de fecha 7 de agosto de 2003 en el que se recoge el acuerdo adoptado por la Junta de 13 de noviembre de 2002 y que consta unido a la escritura de fecha de 10 de octubre de 2003 anteriormente referida.
2º.- En el reconocimiento de deuda de fecha 16 de enero de 2004, las entidades Lita Canarias, SA y Comova, SA, se reconocen mutuamente deudas, resultando acreedora Comova, SA por importe de 1.237.585,69 dado que Lita Canarias, SA reconoce haber contraído con Comova, SA, una deuda por un importe de 1.290.938,5 y Comova, SA reconoce haber contraído con Lita Canarias, SA una deuda de un total de 53.352,81, sin que aparezca la deuda de 1.088.330, (que por error material mecanográfico la demandante expresa en 1.088.350) que de haber sido un pago a terceros por cuenta de Comova, SA o una transferencia directa de Lita Canarias, SA a Comova, SA, debió aparecer en dicho documento. Por tanto ninguna de las dos entidades le dieron a la salida de dinero el carácter de pago de deuda sino el de disposición de título gratuito.
3º.- Con la solicitud de Concurso, Lita Canarias, SA presente a Comova, SA como acreedora por importe 1.702.952,37, no compensando por tanto la referida cantidad de la deuda frente a Comova, SA, ni incluye dicha partida en su activo. Por su parte Comova, SA cuando comunica su crédito a este Juzgado frente a Lita Canarias, SA lo hace por importe de 1.688.366,20 procediendo según se dice 1.237.585,69 de la financiación prestada por Comova, SA entre los años 1998 y 2003 que dió lugar a la firma del contrato de reconocimiento de deuda antes citado, por lo que tampoco existe soporte contable que justifique lo alegado por la demandada Comova, SA sin que se estime suficiente la manifestación realizada por la representante de Comova, SA, Dª Elsa, de que el Sr. Rodolfo debía haber aclarado dicha situación y que no supo contabilizarlo, ni tampoco el Documento nº: 2 aportado por la demandada Comova, SA en el acto de Juicio Oral expedido en fecha 21 de octubre de 2005, ya que no consta cuando se hizo la rectificación contable, presumiéndose que la misma según se alegó que el Letrado de Comova, SA se debió hacer cuando se pidió la rectificación al Juzgado del importe del Crédito que ostentaba frente a Lita Canarias, SA por importe de 600.036,2 y que según Doña. Elsa, cree que se hizo en el 2004, aunque duda al respecto.
4º.- Por último decir que si hubiera sido un pago frente a terceros por cuenta de Comova, SA Dª Elsa no hubiera podido hacer las tranferencias en nombre de Lita Canarias, SA -que fueron firmadas por ella tal y como reconoció en el Juicio Verbal-, sin tener poder de la concursada, por lo que dicha salida de dinero fue de Lita Canarias, SA a Comova, SA y de ésta a Monva, SA y Tramo, SA.”: SJM-1 Santa Cruz de Tenerife 25/10/2005 (AC 2006/1022)

1.1.1 Transferencias injustificadas a sociedad relacionada

AP Murcia

“Cuarto - La gratuidad de los actos de disposición.

La Ley Concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo) sino que opta por acciones rescisorias especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso

No cuestionado el elemento temporal, se discrepa en cuanto al requisito objetivo, que ha sido definido como " sacrificio patrimonial injustificado " (STS de 27 de octubre de 2010 y otras posteriores), que se presume, sin admitir prueba en contrario, en caso de actos gratuitos (art 71.2LC), que es el supuesto en el que se encuadran los actos impugnados, único tenido en consideración por la sentencia de instancia, sin que haga mención al art 71.3.1ºLC también invocado en la demanda inicial por la AC

La tesis más generalizada es que para considerar que el acto de disposición es a título gratuito ha de tratarse de un acto realizado sin que medie contraprestación alguna a favor del que lo realiza. En definitiva, para negar la gratuidad hace falta que el que lo lleva a cabo tenga algún interés económico en la operación,

o en palabras del TS en sentencia de 13 de diciembre de 2010 " Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-..."

En el caso presente no es discutido que el 20 de mayo 2010 se eleva a pública una ampliación de capital de HRS SPIRATUBE SL suscrita por ORENES BASTIDA SISTEMAS SA por la que pasa a ser socia mayoritario con un 51% y se designa a Primitivo administrador único, al margen de las vicisitudes societarias que no son objeto de apelación.

Asimismo consta del extracto bancario de CAJAMAR de la cuenta nº 3058 0290 77 2720008381 titularidad de la concursada en que funda su demanda la AC (folio 32-36) no solo traspasos a favor de la cuenta 3058029052720000882 titularidad de ORENES BASTIDA SISTEMAS SA por importe de 2.043.047,27# sino también traspasos desde esta última cuenta (la de ORENES BASTIDA SISTEMAS) a la primera (la de HSR). Hay, pues, entre las cuentas de ambas sociedades (HRS SPIRATUBE SL y ORENES BASTIDA SISTEMAS SA, socia mayoritaria en ese momento) un intercambio de transferencias, de manera que no puede analizada la cuenta de la concursada atendiendo solo las salidas patrimoniales a favor de ORENES BASTIDA SISTEMAS SA, prescindiendo de los ingresos efectuados también por ésta a aquélla

En el recurso de apelación en primer lugar se hace referencia al pago del préstamo concertado por HRS SPIRATUBE SL con BBVA, que según certificación de dicha entidad de 14 de junio de 2010 (doc num 13, folio 86) fue satisfecho con el pago de 268.000# mediante dos cheques bancarios de 264.400# y 3600# a cargo de CAJAMAR, constando que en el extracto bancario de la concursada con fecha 14/6/2010 referencias a unos cheques por esos importes, y como movimientos inmediatamente anteriores la entrada en la cuenta de HRS de esas cantidades procedentes de una transferencia de la cuenta 882 titularidad de ORENES BASTIDA SISTEMA SA, de lo que debe extraerse, en enlace lógico, que el pago en junio de 2010 al BBVA se realizó con fondos procedentes de la cuenta de la apelante, ya que la de la deudora en ese momento estaba a 0.

En segundo lugar, es cierto que hay una transferencia el 1/06/2010 de 544.780,59# a la demandada ORENES BASTIDA SISTEMAS SA, pero también que inmediatamente antes hay un traspaso en sentido contrario, es decir, ese mismo día ingresa esa suma a la cuenta de la concursada procedente de la cuenta 882 de la demandada, y a continuación sale para volver a la cuenta 882. No podía haber salido esa suma el día 1/6/2010 de la cuenta de la deudora si inmediatamente antes no se ingresa procedente de la cuenta de la apelante, sin que conste, ni siquiera se alega, que tal ingreso se deba a servicio prestado por HRS SPIARTUBE SL, por lo que la tesis de la apelante de que la inicial transferencia fue errónea no es desechable al tratarse de operaciones de signo contrario realizadas sin solución de continuidad el mismo día, y sin operación intermedia alguna

Por tanto, respecto de estos importes (822.780,59#) no se puede hablar propiamente de gratuidad, dado que las salidas patrimoniales se ven contrarrestadas por los ingresos recibidos. No hay gratuidad porque la concursada sí ha recibido una contraprestación por los traspasos automáticos.

En conclusión, en este particular sí procede la estimación de la demanda, por no ser ajustada la valoración probatoria del extracto bancario aportado como documento núm. 7 de la contestación (folio 74-77), atendiendo a las circunstancias concurrentes en ese momento entre las dos sociedades, sin que obste que se trate de una copia cuando es asimismo aportado por copia simple por la actora (folio 32 y ss)

En cambio, las restantes alegaciones de que las sumas percibidas por ORENES BASTIDA SISTEMAS SA fueron destinadas por ésta a pagar proveedores y acreedores de HRS SPIARTUBE SL no pueden ser atendidas, ya que- con la salvedad indicada respecto del crédito de BBVA- se comparte la valoración efectuada en la instancia acerca de la insuficiencia probatoria, pues no se puede pretender tal conclusión de una amalgama de fotocopias de pagarés o certificados que impiden conocer con precisión a qué negocio responden, y si efectivamente se trataban de deudas de la concursada atendidas por la demandada, y aquí apelante, ORENES BASTIDA SISTEMAS SA.

Solo añadir respecto de los concretos pagos identificados en el recurso de apelación que de la certificación de CAJAMAR relativa a los pagarés emitidos por Alcoex Mediterránea SL (doc num 12, folio 82) solo se certifica su devolución, no que fueran anticipados a la concursada y que fueran atendidos, para evitar acciones frente a ésta, por la apelante. Además el presunto crédito frente a la concursada derivado de ese alegado pago ha sido rechazado en sentencia de 15 de marzo de 2012 recaída en el incidente de impugnación de lista num 95/2011 aportada en la vista por AC (folio 188 y ss) cuya impugnación no consta. Consideración esta última aplicable también al invocado pago al proveedor Fabricación Maquinaria Alimentación SA (doc num 14, folio 87). Y ello es trasladable, para agotar la respuesta judicial, respecto del invocado pago de pagarés emitidos por

Fruclacteas Caval SL (doc num 15-17) o al proveedor MACONSE (doc num 18, folio 91), rechazado como hecho generador de crédito por reembolso en la sentencia referenciada
En definitiva, procede estimar parcialmente el recurso al considerar que el perjuicio sufrido por la concursada debe minorarse en esa cifra de 822.780,59#, sin que la discutida condición de la demandada como persona especialmente relacionada (si se asume en ese momento su condición de socia en un porcentaje del 51%) lo impida porque no se interesa en apelación la calificación de perjuicio patrimonial por ese motivo, que impide su apreciación": SAP Murcia (Sección 4) 07.05.2015 (Sentencia 247/2015; Rollo 488/2014)

"Tercero - La gratuidad del acto de disposición.
La ley concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo) sino que opta por acciones rescisorias especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso; perjuicio que se presume, sin admitir prueba en contrario, en caso de actos gratuitos (art 71.2LC), que es el supuesto en el que se encuadra el acto impugnado consistente en la transferencia efectuada por la concursada a Agroquímicos Los Cazadores SL el 1 de julio de 2009 por importe de 110.000#
La tesis de la apelante de que se trata de un pago no reintegrable al ser un pago debido del grupo por la existencia de un grupo empresarial (Grupo Méndez), con quien ella mantenía relaciones y en el que había confusión patrimonial, que le debía más de 900.000#, no es aceptable
En primer lugar, porque el concepto de grupo de sociedades de la LC es el mismo que el del art 42CCo (DA 6ª LC) y no consta identificada la existencia de control de una sociedad sobre las otras, sin que valga las solas vinculaciones
En segundo lugar, aun admitiendo la existencia de grupo en sentido amplio por las vinculaciones entre AGRICOLA MENDEZ SL, AGRICOLA PASTRANA SL y HORTOFRUTICOLA MENDEZ SA (no negadas en la sentencia impugnada), olvida la apelante que cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. Como dice la STS de 30 de abril de 2014 " El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un "patrimonio de grupo", ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo"
En tercer lugar, y conectado con lo anterior, no solo no hay la mínima prueba de que concurra la situación excepcional de confusión de patrimonios, sino que en la sentencia expresamente se dice que se trata de concursos de esa tres sociedades "claramente diferenciados, de forma que cada uno tiene sus deudas y su masa activa ", por lo que implica no solo el descarte de la existencia de grupo - que justificaría su tramitación conjunta- sino además la posibilidad excepcional de la consolidación de masas, ahora contemplada en el actual art 25ter LC. Descarte de confusión corroborado por el hecho de que no haya prueba alguna que advere que las deudas de AGRICOLA MENDEZ SL con la apelante fueran atendidas de ordinario por la aquí concursada, salvo la única transferencia objeto de impugnación
En cuarto lugar, la tramitación separada y no confusión patrimonial de las empresas del llamado "Grupo Méndez" no consta impugnada, sin que sea posible, además, acceder a los efectos de tal consolidación en un incidente en el que no son parte los demás afectados - acreedores y deudores de las distintas concursadas - que ostentan un interés legítimo en un pronunciamiento que afecta a su posición patrimonial
En definitiva, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que no lleva razón la apelante, por lo que procede la íntegra confirmación de la sentencia de instancia": SAP Murcia (Sección 4) 21.05.2015 (Sentencia 275/2015; Rollo 248/2014)

1.2 Inaplicabilidad por no existir causa donandi

JM-1 Alicante

"Quinto.- Los actos impugnados consisten en la suscripción de 105.000 participaciones de la mercantil CALZADOS BLAY SL realizada por la concursada el día de 8 de julio de 2005 con un valor nominal de 6 € por acción mediante la aportación de las fincas antes identificadas, que pasan a ser titularidad de la mercantil, elevado a publico la ampliación de capital y su suscripción el día 14/7/2005 (doc num 1)
Se trata de un acto patrimonial traslativo celebrado en periodo sospechoso, centrándose la discrepancia en la existencia o no de perjuicio (elemento objetivo) y ello impone, alterando el orden de la demanda, plantearse: 1º) si el acto es o no gratuito, pues en el primer caso deberán ser declarados ineficaces por concurrir en ellos el supuesto del artículo 71.2 LC : el perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario; 2º) en caso de no ser gratuito: a) si nos encontramos ante actos realizados entre personas especialmente relacionadas (art 71.3.1º) y b) si es perjudicial (art 71.4)
Sexto.-En cuanto a lo primero al respecto de la polémica suscitada por las partes, esencialmente jurídica, y como ya ha dicho este Juzgado en otro incidente de reintegración en este concurso, es conveniente traer a colación las observaciones atinadas que hace la SAP de Madrid de 28/4/2001 "...debe subrayarse que la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una en favor de otra, que la acepta (según el artículo 618 del Código Civil). Y se ha precisado por la jurisprudencia que la donación es un negocio jurídico por el cual una persona (donante), por voluntad propia, con ánimo de liberalidad (animus donandi), se empobrece en una parte de su patrimonio, en beneficio de otra (donatario) que se enriquece (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 24 de junio de 1988 [RJ 1988988] y 20 de septiembre de 1986 [RJ 1986780]).

La causa del negocio jurídico, como se desprende de la descripción que se hace en el artículo 1274 del Código Civil, tiene un carácter objetivo, estando constituida por el fin que se persigue en cada especie contractual (es el fin de la obra -finis operis-), por lo que es la misma e igual para negocios jurídicos de la misma naturaleza (en los onerosos, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor), sin que jamás se pueda confundir con los móviles o motivos subjetivos que impulsan a las partes contratantes (el fin de quien realiza el negocio -finis operantis-) que en cada negocio jurídico de la misma naturaleza son tan variables como puedan serlo la infinidad de estímulos que, en lo humano, cabe que se ofrezcan como impulsores de una acción, sin perjuicio de que estos móviles puedan llegar a tener trascendencia jurídica cuando ambas partes los incorporan a sus declaraciones de voluntad en forma de condición, modo o similar (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 31 de enero de 1991 [RJ 199121], 17 de febrero de 1989, 30 de septiembre de 1988 [RJ 1988937], 1 de abril de 1982 [RJ 1982931], 20 de enero de 1965 [RJ 196560] y 23 de noviembre de 1961 [RJ 1961115]).
La causa del negocio jurídico de donación es el "animus donandi", es decir la liberalidad como intención del donante de empobrecerse enriqueciendo al donatario (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 11 de diciembre de 1986 [RJ 1986432] y 13 de diciembre de 1993 [RJ 1993615]). Pero, como es fácilmente concebible, en la realidad de la vida no hay donación normalmente que no esté determinada por un motivo distinto del puro espíritu de liberalidad. En efecto, suele responder bien a motivos religiosos, políticos, científicos, afectivos, de vanidad o para zaherir o perjudicar a un tercero allegado o ajeno al círculo familiar. En el presente caso la parte demandante apelante parece confundir la causa del negocio jurídico de donación -el referido "animus donandi"-, con los motivos que pudieron conducir a su causante a realizar el desplazamiento patrimonial a favor de la demandada"
En este caso, hay una transmisión de bienes inmuebles por parte de la deudora concursada - Remedios - a CLAZADOS BLAY SL y a cambio recibe como contraprestación 105.000 participaciones de esa mercantil en la ampliación de capital que se lleva a cabo simultáneamente, de manera que pasa a ser socia mayoritaria (el capital social se divide en 105.600 participaciones) con los consiguientes derechos políticos y económicos (derecho al dividendo y a la cuota de liquidación, arts 85 y 119 LSRL) que conlleva. La finalidad buscada es ajena a esa calificación como oneroso como el que la contraprestación recibida no sea equivalente sino manifiestamente desproporcionada en sentido negativo para la masa activa, pues ello tendrá trascendencia para tildarlo como perjudicial pero no para mutar la naturaleza jurídica del acto, sin que se haya instado acción de nulidad ni de simulación negocial (art 71.6LC), a no confundir con la de reintegración concursal, que parte de un acto/negocio válido
Se descarta, pues, la aplicación del art 71.2 LC": SJM-1 Alicante 10.10.2007 (Incidente Concursal 235/2007)

1.3 Retribución del administrador, siendo el cargo estatutariamente no remunerado o no justificada su exigibilidad

Tribunal Supremo

" Recurso de casación de Rogelio en relación con el segundo incidente: rescisión concursal de remuneraciones del administrador
7. Formulación de los motivos del recurso. El recurso se articula mediante dos motivos, expuestos en los apartados tercero y cuarto del escrito de formulación del recurso.
El motivo primero se basa en la infracción de los arts. 1255, 1256 y 1258 CC, en relación con el art. 6.3 CC, y los arts. 130 y 131 TRLSA (RDLeg 1564/1989, de 22 de diciembre) y la jurisprudencia que los interpreta (y cita por este orden las Sentencias de 31 de octubre de 2007, 29 de mayo de 2008, 30 de diciembre de 1992, 21 de abril de 2005 y 19 de diciembre de 2011). En el desarrollo del motivo el recurrente argumenta que ha desarrollado actividades reales para la concursada, más allá de las puramente representativas, lo que determina que el art. 130 TRLSA se aplique a la luz de la jurisprudencia invocada, "cuando la totalidad de los accionistas como es el caso han consentido de forma expresa la fijación de una retribución por razón del desempeño de tales actividades para la compañía".
El motivo segundo, que se apoya en el anterior, denuncia la infracción del principio de que "nadie puede ir contra los actos propios, en relación con el art. 7.1 CC ". En el desarrollo del motivo, el recurrente argumenta que el Sr. Rogelio ha venido percibiendo este tipo de remuneraciones con el pleno consentimiento, no sólo de los demás consejeros, sino también de los accionistas de la compañía, pues tuvieron su reflejo en las cuentas de la sociedad, que nunca fueron objeto de reproche. De este modo, al haber percibido estas cantidades durante un tiempo significativo y prolongado, ha generado la confianza en el Sr. Rogelio en el derecho a seguir cobrando estas remuneraciones, siendo contrario a la buena fe que se pretenda ahora la rescisión de los últimos pagos. Con todo lo cual, el recurrente entiende que los pagos percibidos no son indebidos, y por ello no deben ser objeto de rescisión.
Además, el recurso razona que tampoco procedía la rescisión concursal porque el acto no generaba ni agravaba la insolvencia, y cuando se realizó la sociedad no se encontraba en situación de insolvencia. Finalmente, añade que los pagos eran actos de carácter ordinario, excluidos de la rescisión concursal por el art. 71.5 LC.
Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.
8. Desestimación de los dos motivos de casación. Los actos de disposición realizados por la concursada dos años antes de la declaración de concurso, que la sentencia de instancia ha declarado rescindidos son dos pagos efectuados por la sociedad concursada a favor de su administrador Rogelio, uno de 110.956,08 euros, en el año 2003, y otro de 55.478,04 euros, en el año 2004.

En la sentencia de 629/2012, de 26 de octubre, después de reiterar la concepción del perjuicio para la masa como "sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación", expusimos cuándo y en qué medida los pagos pueden tener esta consideración de perjudiciales para la masa:

«En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.

»Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum ».

9. El tribunal de instancia ha rescindido estos dos pagos porque ha entendido que no eran debidos, ya que se trataba de dos remuneraciones percibidas por el administrador de la compañía, antes de que esta fuera declarada en concurso, sin que se hubiera cumplido el presupuesto previsto en los estatutos para justificar el devengo de la remuneración.

En los estatutos de la sociedad, el art. 30.13 preveía la remuneración de los administradores como una participación en las ganancias de la sociedad, y la sentencia de instancia declara probado que tanto en el ejercicio 2003 como en el 2004 no hubo ganancias, sino pérdidas, por lo que no podía devengarse el derecho al cobro de la remuneración.

El precepto que se denuncia infringido, el art. 130 RDleg 1564/1989, de 22 de diciembre, Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, TRLSA), vigente al tiempo en que ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento, dispone que " la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos ", lo que puede ser interpretado, en consonancia con lo dispuesto en la actualidad en el art. 217 RDLeg 1/2010, de 2 de julio, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), en el sentido de exigir la constancia en los estatutos del sistema de retribución de los administradores de la sociedad, sin que sea necesaria la concreción de una cuantía determinada.

El recurso, al haber quedado acreditado que no se cumplía el presupuesto para el devengo del derecho a la remuneración del administrador en los ejercicios 2003 y 2004, cuestiona la compatibilidad entre la relación societaria y otra, se supone que mercantil, del administrador con la sociedad, que a su juicio justificaría el carácter debido de los pagos recibidos y objeto de rescisión concursal.

En la sentencia 411/2013, de 25 de junio, resumimos la doctrina de la Sala al respecto, en el marco de la cual deben ser interpretadas las sentencias invocadas por el recurrente en su recurso como jurisprudencia infringida.

Por una parte, recordábamos que la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo viene entendiendo que:

«... en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral...» [SSTS (4ª) de 26 de diciembre de 2.007 (recurso 1652/2006), 9 de diciembre de 2.009 (recurso 1156/2009) y 20 de noviembre de 2012 (recurso 3408/2011)].

Y, por otra, aunque reconocíamos que «en alguna ocasión hemos advertido que no puede negarse en todo caso la superposición de la relación societaria y de otra de carácter mercantil, respecto de la que no operarían las exigencias contenidas en el art. 130 TRLSA, de constancia en los estatutos de la retribución por la relación superpuesta y ajena al cargo de administrador (sentencia 893/2011, de 19 de diciembre)»; advertíamos que "en la práctica es muy difícil que se dé, porque la jurisprudencia de esta Sala exige que concurra un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa. Así la sentencia 441/2007, de 24 de abril, entiende que "para que, en tales supuestos, el artículo 130 no se aplique es necesario, sin embargo, que «las facultades y funciones que fueron atribuidas... por vía contractual rebasen «las propias de los administradores»"-, lo que tropieza con el hecho de que las funciones de los administradores prácticamente son omnicomprensivas, como se desprende de la referencia al estándar de diligencia contenido en el art. 127.1 TRLSA, aplicable al caso, el "de un ordenado empresario y de un representante leal" (Sentencia 893/2011, de 19 de diciembre). En cualquier caso, las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son propias del órgano de administración de la compañía, y respecto de su retribución estaban afectadas por las exigencias del art. 130 TRLSA, y en la actualidad del art. 217 LSC".

Si añadimos a lo anterior, que en la instancia no ha quedado acreditado que el administrador Sr. Rogelio hubiera realizado otros servicios, distintos de las funciones propias de su condición de administrador, que hubieran justificado aquellos pagos, debemos concluir que la sentencia recurrida no infringe la normativa y la jurisprudencia citada cuando concluye que ambos pagos no eran debidos porque no se había cumplido el presupuesto previsto en los estatutos para que naciera el derecho a su percepción.

10. Al margen de si, como pretende el recurrente, la actuación de los accionistas que durante años no formularon objeciones a las cuentas que recogían la remuneración del administrador Sr. Rogelio, sin que se

cumpliera el presupuesto previsto en los estatutos para justificar el derecho a la remuneración, pueda considerarse un consentimiento a esta retribución y, en cuanto tal, un acto propio que les vincula a ellos y a la sociedad para seguir abonando estas retribuciones en el futuro, en cualquier caso esta actuación permisiva de los accionistas no puede oponerse frente a terceros, cuyos intereses se han visto perjudicados, al haberse mermado injustificadamente la masa activa del concurso de la sociedad. Frente a ellos no cabe oponer los supuestos actos propios de los accionistas, que no pueden convertir en debidos unos pagos que de acuerdo con las normas legales y estatutarias no lo eran.
11. En contra de lo que se afirma en el recurso, bajo la configuración de la acción rescisoria concursal en el art. 71 LC, para poder apreciar que el acto objeto de rescisión es perjudicial para la masa activa no es necesario ni que haya generado o agravado la insolvencia, ni que se haya realizado estando la sociedad concursada en estado de insolvencia.”:.”: STS 24.07.2014 (Sentencia 428/2014; Recurso 2912/2012)

AP Barcelona

“CUARTO. 1. La alegación tercera del recurso se refiere al segundo saldo objeto de rescisión, los 68.472,30 # percibidos por el administrador-socio único en concepto de "gastos laborales" por el período de enero a junio de 2010.
La parte demandada alega que tras la finalización de la obra para la UTE Castellar del Vallès (enero de 2010), el administrador de la concursada continuó el servicio que prestaba esta sociedad a EXCAVACIONES PAIVA S.L., y en este período negoció con los subcontratistas y proveedores el aplazamiento de sus créditos, de modo que las retribuciones percibidas obedecen a servicios efectivamente prestados a la sociedad con el propósito de conseguir su reflotación.
Manifiesta que es compatible el encuadramiento del administrador en el régimen de autónomos de la SS con la percepción de retribuciones por medio de "nóminas", y es irrelevante la previsión estatutaria de gratuidad del cargo.
Añade que también resulta aplicable a esta partida reclamada la argumentación anterior que negaba la existencia de un acto válidamente celebrado, y apunta que podría ser un supuesto de simulación o nulidad.
2. Sobre esto último nos remitimos a lo expuesto en el fundamento anterior, apartado 4. Y destacamos la contradicción de la argumentación pues la demandada no afirma la nulidad o la simulación absoluta del acto dispositivo o de la relación jurídica que lo justificaría, sino que sostiene la existencia y validez de tal relación contractual en virtud de la cual ha percibido esas retribuciones, y además afirma la existencia de una contraprestación a la sociedad.
Sobre la existencia de causa onerosa que justifique unas retribuciones mensuales tan elevadas (más de 11.000 euros netos al mes) durante el mismo año en el que se solicita la declaración de concurso voluntario, bastará con remitirnos a la fundamentación de la sentencia apelada. Frente a la escasa cuantía de las retribuciones percibidas durante el año 2009, en absoluto ha quedado demostrado que desde enero de 2010 el administrador y socio único haya llevado a cabo trabajos o servicios para la sociedad que merezcan o justifiquen una retribución por tales importes, o por cualesquiera otros. Y el hecho de que, por propia decisión del socio único, el cargo de administrador sea gratuito no es, desde luego, irrelevante a estos efectos.
Nada más cabe decir para fundamentar que la rescisión de los pagos hechos por la sociedad al socio único (es decir, de la retirada de fondos por el administrador y socio único) por cuantía que supera los 68.000 # en la época (enero a junio de 2010) inmediatamente anterior a la solicitud del concurso (declarado en septiembre de 2010), sin causa que lo justifique, es correcta.
En otro caso, de no estimarse que se trata de actos de disposición a título gratuito, sería aplicable la presunción de perjuicio, no desvirtuada por el administrador, que establece el art. 71.3.1º LC. “:SAP Barcelona (Sección 15) 15.06.2012 (Sentencia 240/2012; Rollo 89/2012)

AP Cáceres

PRIMERO.-El presente recurso de apelación se interpone por la entidad concursada CONSTRUCCIONES Y ENCOFRADOS DEL OESTE, S.L., y por Don Abel, contra la sentencia que, estimando la acción de reintegración ejercitada por la administración concursal, declara la ineficacia de las operaciones realizadas condenando a los demandados a reintegrar a la masa la suma de 9.867,90 # con sus intereses.
Se afirma por los recurrentes que a excepción del traspaso de 31 de diciembre de 2007, por importe de 3.972,10 #, el resto de las cantidades reflejadas en la cuenta de contabilidad 553-0001 a que se refiere la acción de reintegración ejercitada, forman parte de las retribuciones del administrador de la compañía concursada.
SEGUNDO.-El artículo 71 de la Ley Concursal establece que "declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta", estableciendo a continuación determinados supuestos en los que se deduce iuris et de iure o iuris tantum el perjuicio patrimonial. La finalidad de las acciones de reintegración es rescindir, dejar sin efecto los actos realizados por el deudor, en el periodo de tiempo establecido en la ley, que hayan supuesto un perjuicio para su patrimonio, una disminución del mismo, o de su valor, se trata de aumentar la masa activa del concurso con aquellos bienes y derechos que salieron indebidamente del patrimonio del concursado antes de la declaración del concurso.
Dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción de reintegración debe probar que los actos realizados por el deudor en el periodo de sospecha son perjudiciales para la masa activa. La Ley Concursal facilita esta prueba

estableciendo una serie de presunciones del perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de iure que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida y no requieren que se valoren sus efectos perjudiciales. No admiten prueba en contrario. Entre ellas se encuentran los actos de disposición del deudor realizados a título gratuito en el periodo sospechoso, salvo las liberalidades de uso. El fundamento está en que existiendo acreedores no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
TERCERO.-En el presente caso, la acción ejercitada por la administración concursal se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 71. 2 de la Ley Concursal que presume el perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso. Como actos de disposición, según los criterios jurisprudenciales consolidados, ha de entenderse todos los de riguroso dominio a que se refiere el apartado 2 del artículo 1713 del Código civil - transigir, enajenar e hipotecar-. La sentencia de instancia considera que los pagos realizados por la concursada a su administrador Don Abel son actos gratuitos que no están justificados ni obedecen al pago de deuda alguna vencida y exigible que estuviera por tanto pendiente frente a éste.
Es por tanto a la parte demandada a quien incumbe acreditar que los actos impugnados no tienen carácter gratuito, para ello, debería haber aportado al presente procedimiento los Estatutos de la sociedad, o los acuerdos que reflejaran la retribución que debía percibir en su condición de administrador societario. La falta de prueba sobre dicho extremo, determina la estimación de la demanda, ya que los pagos realizados no están justificados, por lo que al no responder a deuda alguna, vencible y exigible, suponen un perjuicio para la masa de acreedores. En consecuencia, procede desestimar el recurso, debiendo reintegrar el demandado Don Abel la cantidad percibida de la concursada, en el periodo de sospecha, de forma injustificada.”: SAP Cáceres (Sección 1) 20.07.2011 (Sentencia 303/2011; Rollo 381/2011)

AP Córdoba

“CUARTO.-Respecto de los 28.276'73 # que según la parte demandada no fueron pagos efectuados a DIRECCION000 C.B., aunque por error aparezca como beneficiaria de las transferencias, sino abono de la nómina de D. Serafin correspondiente al periodo que media entre marzo a diciembre de 2010, ambos inclusive, tal como indica el apelante, no se ha tenido en cuenta en la instancia que no ha quedado acreditado (cuya prueba incumbía a la parte demandada, que es quien lo esgrime, artículo 217 LEC) el alegado error a la hora de designar la persona que era beneficiaria de la transferencia. No sólo se propuso como testigo a la persona que cometió dicho error, D. Víctor, que difícilmente podía esclarecer la cuestión habida cuenta que causó baja en la empresa en noviembre de 2003 (véase escrito de la concursada de fecha 19.3.2014, folio 324), sino que tras indicarse que el nombre del trabajador era D. Juan Alberto, en el acto de la vista se renunció a su declaración.
Tampoco se ha tenido en cuenta que el informe pericial al que se alude en la sentencia no acredita "que tales importes venían referidos a las nóminas del Sr. Serafin " puesto que el perito judicial D. Aurelio (que no ha examinado la contabilidad de la mercantil concursada, ni sus libros ni sus cuentas) se limita a informar que el importe de las transferencias en su conjunto (no así sus fechas ni los conceptos) coincide con lo que debía percibir de las nóminas y que fueron declaradas dichas nóminas por la empresa en su modelo de retenciones y por el Sr. Serafin en su declaración de la renta (véase su informe que obra a los folios 335 a 339).
Es más, se ha obviado que el cargo de administrador es gratuito (pues el artículo 217.1 LSC es claro al señalar que el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración) y que no existe en el Libro de Actas y de Contratos de la LSU ningún reflejo del acuerdo retributivo que exige el artículo 220 del TRLSC.
Señala la S.del T.S. de 1.11.2014 que la jurisprudencia de esa Sala ha fijado el concepto del perjuicio para la masa propio de las acciones de reintegración concursal como «sacrificio patrimonial injustificado», en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 de la Ley Concursal), y, además, debe carecer de justificación (sentencias núm. 629/2012, de 26 de octubre, y 428/2014, de 24 de julio), y en el caso de una sociedad mercantil, carece de tal justificación el acto de disposición patrimonial que vulnera las normas que regulan la protección del patrimonio social, lo que a criterio de esta Sala ocurre en el caso de autos, que se ha pagado una remuneración no establecida en la forma prevista legalmente. Como nos recuerda la S. de la A.P. de Granada de 8 noviembre 2013, el artículo 16.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, señala que en caso de concurso de la sociedad unipersonal, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley.”: SAP Córdoba (Sección 1) 26.02.2015 (Sentencia 103/2015; Rollo 1209/2014)

“TERCERO.-. Como se ha expuesto en el primer fundamento jurídico de esta resolución, la sentencia apelada considera probada la relación contractual entre la entidad mercantil concursada y los dos demandados (Srs. Luis Pedro y Braulio), relación contractual cuyo nacimiento se retrotrae a un momento anterior a los actos dispositivos objeto de reintegro (2000 y 2004 repectivamente, por tanto más allá del período de los dos años que marca el período de sospecha al que se encuentra anudada la acción rescisoria ejercitada), en base única y exclusivamente, dado que no existe prueba documental alguna que avale tal pretensión, a la declaración testifical del asesor laboral y ex empleados de la concursada, y en lo establecido por la Disposición Adicional 27ª del TRLGSS. Es precisamente lo que rechaza la recurrente, la falta de la obligada prueba documental que avale las afirmaciones de los Srs. Luis Pedro y Braulio. Y ello por cuanto, tratándose la concursada COINSUR & SCADA SLU de una sociedad de responsabilidad limitada de naturaleza unipersonal (el 7 de agosto de 2002 se declaró su unipersonalidad al recaer la totalidad de las participaciónes sociales en la titularidad del Sr.

Luis Pedro para, posteriormente el 3 de mayo de 2005, venderlas éste a su hijo, el Sr. Braulio, persona ésta que ha sido su socio único desde dicha fecha hasta la actualidad, habiendo desde 2005 rotado los cargos de administrador social entre ambos, sin perder en cualquier caso ambos sus plenos poderes o apoderamientos generales de la sociedad), la normativa aplicable obliga a la observancia de unas normas de funcionamiento que en el caso de autos brillan por su ausencia. En concreto el régimen de publicidad y la necesaria identidad pública del socio único (art. 126 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada [LSRL], actual art. 13 del Texto Refundido de la Ley de Sociedad de Capital [TRLSC]), así como el régimen en la toma de decisiones por parte del socio único en nombre de la sociedad (art. 127 de la LSRL, actual art. 15 del TRLSC) y el régimen que regula cualquier tipo de contratación, sea de la naturaleza que sea, que pudiera llevarse a efecto entre la sociedad unipersonal y el socio único en orden a reconocer su existencia o, en su caso, su validez, eficacia u oponibilidad frente a terceros en caso de insolvencia (art. 128 LRSL, actual art. 16 TRLSC). Centrándonos en este último, y como indica la recurrente, la normativa comunitaria (art. 4 de las Directivas 1989/677/CEE y 2009/102/CEE) considera necesario, en orden a asegurar la debida seguridad jurídica y transparencia, que « *las decisiones tomadas por el socio único en cuanto junta de accionistas revistieran la forma escrita* », estableciéndose que « *el socio único ejerciera los poderes atribuidos a la Junta General* » y que « *las decisiones adoptadas por el socio único en dicho ámbito debieran constar en acta o consignarse por escrito* ». Nuestra legislación mercantil, en el mismo sentido que la Directiva comunitaria, ha dispuesto que « *en la sociedad unipersonal el socio único ejercerá las competencias de la Junta General* » (art. 127.1 LSRL, art. 15.1 TRLSC), por lo que los acuerdos que competen a dicho órgano de cualquier sociedad pluripersonal se convierten ahora en decisiones que ha de adoptar, necesariamente, el propio socio único -por sí mismo o por medio de representante- y que, para su validez y trascendencia jurídica a terceros, han de estar consignados en acta « *bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio único o por los administradores de la sociedad* ». Dentro de las decisiónes de la Junta General, que en las sociedades unipersonales son decisiones que competen adoptar al socio único y requieren que el acuerdo o decisión quede debidamente consignado en acta firmada por el mismo (o su representante), se encuentran, además de las generales (aprobar las cuentas anuales, modificar los estatutos sociales, aumentar o reducir el capital... arts. 44 LSRL y 160 TRLSC), « *el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociead y uno o varios de sus administradores* » (arts. 67 LSRL y 220 TRLSC), por lo que, como sostiene la recurrente, si lo que el socio único quiere es retribuir las funciones del cargo de administrador vinculando en este sentido a la sociedad mercantil, no sólo deberá establecerlo así en los estatutos sociales fijando de forma concreta el sistema de retribución so pena de entenderse respecto de terceros que el desempeño de las funciones por parte del administrador se realiza de forma gratuita (arts. 66.1 LSRL y 217.1 TRLSC) sino que también, cuando dicha remuneración según los estatutos sociales no tenga como base la participación de beneficios, habrá el socio único de determinarla anualmente, es decir, habrá de « *fijarla en cada ejercicio* » mediante la adopción del correspondiente acuerdo que debe constar en acta tal y como obliga la ley (arts. 66.3 LSRL y 217.2 LSRL).

CUARTO.-.En definitiva, y como acertadamente manifiesta la recurrente, para salvaguardar los derechos de terceros tanto las Directivas comunitarias (art. 5.1 Directivas 1989/667/CEE y 2009/102/CEE) como nuestra legislación establecen ciertas garantías o cautelas y es por ello por lo que obligan a que tales contratos o negocios jurídicos entre el socio único y la sociedad unipersonal « *consten por escrito o en la forma documental que la ley establezca de acuerdo con su naturaleza* » (arts. 128.1 LSR y 16.1 TRLSC), constancia escrita del contrato que constituye un mínimo legal en orden a poder considerar existente cualquier tipo de vinculación contractual que se pretenda hacer valer entre la sociedad unipersonal y su socio único. Nuestra legislación, empero, llega incluso a más, aumentando la protección a dispensar a los terceros (clientes y acreedores de la sociedad) dado que no sólo basta con que los contratos estén formalizados y documentados sino que es preciso, en primer lugar, que se transcriban a un libro-registro de la sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades (arts. 128.1 LSRL y 16.1 TRLSC) y, en segundo lugar, que en cada memoria anual se tenga que hacer referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones (arts. 128.1 LSRL y 16.1 TRLSC). En el caso de autos, en el que los contratos entre los demandados y la concursada por los que se retiraron las cantidades contra las que se ejercita la acción rescisoria ni siquiera se han formalizado por escrito, no pueden oponerse a la masa precisamente por no cumplir con estos requisitos legales. La Ley es clara (extinto art. 128.2 LSRL, actual art. 16.2 TXLSC): «*... en caso de concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley* ». La falta de tales requisitos legales, aun cuando -que no es el caso- se hubiesen formalizado por escrito, los hace que no puedan oponerse a la masa en caso, como aquí ocurre, que la sociedad unipersonal sea declarada en situación de concurso de acreedores. En consecuencia, y en palabras de MAGRO SERVET en su obra Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal, « *la masa de acreedores podrá desconocer sus efectos teniéndolos por no existentes en lo relativo a los derechos de crédito derivados de los mismos* ». Y ello es lógico por cuanto, como dice la recurrente, los acreedores de la sociedad unipersonal no pueden verse sorprendidos en sus legítimos derechos o expectativas de cobro por los efectos de una vinculación contractual con el socio único que, aunque hubiera venido formalizada por escrito, no les hubiera sido informada en la forma que establece la Ley.

QUINTO.-Como recientemente hemos dicho en sentencia de 26 de febrero de 2015 (recurso 1209/2014, Incidente núm.6 del Concurso Abreviado Núm.15/2011), por la que se estimaba -frente al criterio del órgano *a quo* - la demanda incidental deducida por la Administración Concursal contra COINSUR & SCADA S.L.U., el Sr. Luis Pedro y su esposa Sra Tamara (los dos como integrantes de la Comunidad de Bienes DIRECCION000 C.B.) y, consecuentemente, declaraba la ineficacia de los pagos realizados por la concursada a favor de la aludida comunidad de bienes en los años 2009 y 2010 por importe de 78.425,35 #, con cita de la

sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014, « *El demandante que ejercita la acción rescisoria concursal queda relevado de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial tanto si se considera gratuito el acto cuya rescisión se pide como si se considera de carácter oneroso cuando ha sido realizado con una persona especialmente relacionada con el deudor concursado. La única diferencia es que mientras que en el primer caso no cabría prueba en contrario, en el segundo sí cabría. Pero, en uno y otro caso, no podría objetarse que se hubiera relevado al demandante de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial* », es decir, el régimen del art. 71 de la Ley Concursal, a efectos de la apreciación del perjuicio contra la masa, es mucho más severo en los actos de disposición realizados a título gratuito que en los realizados a título oneroso, pero en relación a éstos últimos y respecto de los realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, se presume el perjuicio y ninguna prueba se ha instado ni practicado para probar lo contrario. En el caso de los presentes autos ha ocurrido precisamente esto. A lo ya expuesto, debe añadirse que tampoco documentalmente se ha probado, ni siquiera aludido cuando se contestó a la demanda, que los demandados estuvieran dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (R.E.T.A.). Pero aunque sea cierto lo afirmado en el acto de al vista por el asesor laboral, debe convenirse con la recurrente que el cumplimiento de dicha obligación legal establecido por la Disposción Adicional 27ª del TRLGS no es capaz de crear per se un vínculo contractual de naturaleza onerosa, válido y con trascendencia a terceros, entre dichas personas y la sociedad mercantil unipersonal que controlan, pues, como venimos diciendo, para ello habrá que estar al cumplimiento de las previsiones que la Ley de Sociedades de Capital establece para las sociedades mercantiles unipersonales y, muy especialmente, al régimen de adopción de acuerdos de la sociedad así como el de contratación con el socio único o sus administradores, que en los presentes autos ha brillado por su ausencia.
SEXTO.-Comoigualmente recogíamos en la citada sentencia de esta Sala de fecha 26 de febrero de 2015, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de noviembre de 2014 señala que la jurisprudencia de esa Sala ha fijado el concepto del perjuicio para la masa propio de las acciones de reintegración concursal como «sacrificio patrimonial injustificado», en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 de la Ley Concursal), y, además, debe carecer de justificación (sentencias nº 629/2012, de 26 de octubre, y 428/2014, de 24 de julio), y en el caso de una sociedad mercantil, carece de tal justificación el acto de disposición patrimonial que vulnera las normas que regulan la protección del patrimonio social, lo que a criterio de esta Sala ocurre en el caso de autos, que se han pagado unas remuneraciones no establecidas en la forma prevista legalmente.
Como nos recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 8 noviembre 2013, coincidiendo con lo que aquí hemos razonado, el artículo 16.2 del TRLSC señala que en caso de concurso de la sociedad unipersonal, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley. Por todo lo expuesto procede, en consecuencia y revocando la resolución dictada en la instancia, la estimación de la demanda incidental con imposición de las costas causadas a la parte demandada (artículo 394 LEC por remisión del artículo 196.2 LC).”: SAP Córdoba (Sección 1) 24.03.2015 (Sentencia 147/2015; Rollo 1218/2014)

AP Granada

“PRIMERO: La acción rescisoria estimada en la sentencia recurrida, se articuló por la administración concursal, por la realización de un acto de disposición a título gratuito realizado por la concursada, un año y un mes antes de la declaración de concurso, en favor de la apelante Charms of Spain SL, que conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley Concursal (LC), se presume, iure et de iure, perjudicial. También se alegaba en la demanda, la presunción iuris tantum del artículo 71.3.1º LC, al realizarse en todo caso el pago que trataba de rescindirse, a persona especialmente relacionada con la concursada, reconociendo la recurrente que participa en el 50% del capital de la concursada, Residencial Altos de Cogollos SL.
Sin perjuicio de la clara concurrencia de la segunda presunción, no practicándose prueba alguna dirigida a destruir la presunción de perjuicio que se deriva del pago realizado a quien era socia de la concursada, ostentando un 50% de su capital social, articulo 93.2.1º del Ley Concursal, en todo caso además, la gratuidad del pago resulta en atención a la causa invocada para justificarlo, retribución del cargo del administrador, cuando no se ha probado que en los estatutos de la sociedad se estableciera algún sistema de remuneración. Por ello la confirmación de la sentencia apelada resulta inevitable.
Estableciendo el artículo 66.1 de la LSRL, vigente a la fecha del pago, o cuando se afirma que se generaron derechos de retribución de D. Leonardo, que " El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución ", no constando previsión alguna en los estatutos estableciendo retribución en favor del administrador, sin perjuicio de la posible rescindibilidad de las retenciones que en su día pudiese haber llevado a cabo la concursada, por retribuciones que por ostentar el cargo de administrador el Sr. Leonardo no tenía derecho a percibir, y de las que podría haberse beneficiado, al computarse en las liquidaciones del impuesto de la renta, debemos rechazar la existencia del "préstamo" alegado por la recurrente, o de cualquier derecho de crédito de retribución del administrador contra la concursada, que en modo alguno puede darse como probado por la declaración testifical de su socio. Por ello la cesión alegada, de un crédito inexistente del administrador, en favor de la sociedad apelante, que se vio favorecida por el acto de disposición, no permite considerar que el pago se realizase a título oneroso y conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 LC, procede su rescisión.
En consecuencia, debe confirmarse la rescisión y la condena de restitución impuesta.”: SAP Granada (Sección 3) 06.09.2013 (Sentencia 265/2013; Rollo 287/2013)

“PRIMERO.-Resumen y valoración de hechos relevantes.
Consta inscrita, folio 291 de las actuaciones, la declaración de unipersonalidad de la sociedad concursada, Limpiezas Celeste SL, el 18 de agosto de 2003, coincidiendo en D. Emiliano, la condición de socio y administrador único, como se desprende de la documentación acompañada con la demanda y contestación.
Desde 2008 a finales de 2010, en lo que resulta trascendente a los efectos de este litigio, el Sr. Emiliano percibe retribución de la sociedad como administrador, tal y como se refleja en las sucesivas memorias de las cuentas anuales de la entidad, "por el desempeño de su cargo", según cita textual de las cuentas elaboradas (artículo 171 LSA, hoy 253 LSC) y aprobadas por el administrador y socio unipersonal.
Ningún contrato entre el socio único y la sociedad unipersonal, consta reflejado por escrito, como exigen los artículos 128 LSRL y 16 LSC, cumpliendo las garantías previstas en tal precepto. Por otra parte, en los justificantes de pago aportados, relativos a la percepción de la retribución, claramente se establece que las percepciones no salariales están excluidas de cotización a la Seguridad Social, sin constar que la empresa o el trabajador llevaran a cabo ningún pago por ello. Por tanto, cabe claramente establecer que no existe ninguna relación contractual laboral o mercantil entre el socio único y la sociedad unipersonal.
Por otra parte, de la prueba testifical, podemos establecer que las funciones desempeñadas por el Sr. Emiliano, no rebasaban las propias de su función de administrador, y con independencia de la intrascendente categoría que sus propias tarjetas de visita expresaran, teniendo en cuenta las facultades prácticamente omnicomprensivas que se atribuyen al administrador (STS 19 de diciembre de 2011), solo podemos estimar desempeñadas funciones de gestión y ejecución empresarial, que respecto del administrador la Ley no discrimina.
Se ha consentido, y no resulta controvertido que los pagos, a cuya restitución ha sido condenado el Sr. Emiliano, se efectuaron en los dos años anteriores a la declaración de concurso, invocándose en la demanda no solo su gratuidad, sino su realización a persona especialmente relacionada con la concursada como es el caso, articulo 93.2 1 º y 2º de la LC.
Ninguna prueba se ha practicado para destruir la presunción de perjuicio, sin necesidad de fraude, que se establece en el artículo 71.3 LC, y desde luego la deuda de terceros mencionada por testigos o por el propio apelante en su interrogatorio, no se ha probado que sea inferior a la reflejada en las cuentas anuales de la sociedad, de los años 2009 y 2010, que debían reflejar la imagen fiel de la situación patrimonial de la concursada, poniendo de manifiesto, una situación de fondos propios negativos e importantes pérdidas, que unido a los impagos a la Seguridad Social desde 2005, ponen de relieve la grave situación económica de la entidad a la fecha en que se llevaron a cabo los pagos controvertidos. No existe prueba que justifique que la concursada, al tiempo de satisfacer el crédito, no estuviera ya en insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles, como se infiere del impago de las cuotas de la seguridad social acreditado, embargándose cautelarmente los bienes de la sociedad, por deudas con la Tesorería desde 2005. Solo consta que el administrador y socio único de la concursada, no se ha sometido, respecto a su retribución al régimen de preferencias propios del proceso concursal, sin someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa.
Nada prueba el informe pericial aportado con la contestación, relativo a los ejercicios 2005 a 2007, sobre la situación económica y solvencia de la entidad al tiempo de llevarse a cabo los pagos litigiosos.
SEGUNDO: La jurisprudencia, STS 19 de diciembre y 27 de octubre de 2011, 24 de abril de 2007, 31 de octubre y 29 de mayo 2008, ha interpretado los artículos 130 LSA y 66 LSRL, hoy 217 LSC, en el sentido de entenderlo aplicable a la retribución de los administradores de las sociedades anónimas, aunque estén unidos a ellas, además, por una relación laboral o mercantil, siempre que las funciones atribuidas a ellos por el correspondiente contrato no sean distintas de las que son naturalmente propias de su condición de administradores, pues, admitir otra cosa, significaría tolerar una burla del mandato legal y legitimar el rodeo característico del "fraus legis", evitando así que, mediante fórmulas excesivamente flexibles se dificulte el control de la regularidad de las retribuciones y, a la postre, se potencie el fraude a la sociedad dando lugar a las llamadas "remuneraciones tóxicas" contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la moral.
Por tanto, a tenor de los hechos acreditados, sin rebasar la actuación del Sr. Emiliano, la propia de su función de administrador, no acreditándose tampoco aquí la existencia de ninguna contratación, no reflejada en los términos previstos en el 128 LSRL y 16 LSC, pese a lo alegado por el apelante, no cabe admitir que la retribución percibida por el recurrente respondiese a ningún contrato entre el socio único y la sociedad unipersonal, frente a la clara exposición del concepto de tal percepción, reseñado por el administrador en las cuentas formuladas.
En consecuencia, cuando se trata de justificar por vínculo contractual, inexistente, la remuneración, ello ya es suficiente para rechazar la argumentación del apelante y confirmar la resolución apelada, acordando la rescisión de los pagos realizados sin causa onerosa, olvidando el recurrente que el presupuesto de fraude, no es necesario que concurra en este caso, pagos realizados en los dos años anteriores a la declaración del concurso, donde solo es necesario, articulo 71.2 LC, la existencia de perjuicio aunque no haya existido intención fraudulenta.
En cualquier caso, al margen de la presunción iure et de iure de perjuicio aplicada por la sentencia apelada, del que debe partirse sí no estamos ante retribución del administrador, como ahora establece el apelante, ya que como hemos visto, en atención al carácter unipersonal de la sociedad, no puede estimarse devengada por cualquier contrato de dirección, no reflejado por escrito, y sobre el que nada se dice en las sucesivas memorias anuales sobre su naturaleza y condiciones, recordando el artículo 16.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que en caso de concurso de la sociedad unipersonal, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley,

también, como a continuación veremos, la acción debe prosperar por lo dispuesto en el artículo 71.3.1º LC.”: SAP Granada (Sección 3) 08.11.2013 (Sentencia 360/2013; Rollo 453/2013)

AP Madrid

“CUARTO.- En relación con la suma de 126.929,52 #, retirada de caja por parte del Sr. Javier, la sentencia apelada declara la rescisión y condena a dicho demandado a su devolución por aplicación de la presunción "iuris et de iure" contemplada en el Art. 71-2 de la Ley Concursal a cuyo tenor "El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso".
Pese al carácter un tanto confuso de las apreciaciones que el Sr. Javier vierte en relación con este concepto, resulta bastante claro, especialmente de la lectura del penúltimo párrafo de la página 12 de su recurso, que dicho apelante asume dos aspectos de indudable interés: 1.- Por un lado, que, a diferencia de lo que sucede con la suma de 600.000 # que hemos examinado en el precedente ordinal, aquí se trata de sumas de las que efectivamente ha dispuesto, esto es, de cantidades efectivamente detraídas de la caja social, o lo que es igual, de sumas que la mercantil FIDESA, representada por el Sr. Javier, entregó efectivamente, y ello por más que el destinatario de tales entregas fuera el propio Sr. Javier; y, 2.- Por otra parte, que tales disposiciones de fondos se efectuaron en los años 2008 y 2009, por cuyo motivo quedarían comprendidas dentro del periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso.
Constatados, pues, por la propia admisión del apelante, ambos presupuestos, de lo que este nos habla es de que tales disposiciones no se habrían realizado a título gratuito sino que obedecerían a su derecho a ser retribuido en la época comprendida entre su jubilación (años 2002) y la fecha en la que se produjo en la sociedad la modificación estatutaria que pasó a considerar el cargo de administrador como de carácter retribuido (año 2006). Pues bien, lo primero que tenemos que indicar es que si se trata de una retribución en concepto de administrador correspondiente a una época en la que el cargo de administrador no era retribuido porque la junta general de la sociedad no había llegado a la conclusión de que fuera conveniente su retribución, entonces parece claro que, por más que el Sr. Javier haya detraído efectivamente dichas cantidades haciendo uso de cuestionables hábitos mercantiles, nunca se trataría de una deuda que la sociedad mantuviese con él y que estuviese debidamente amparada por un título jurídico. Y, si no había deuda en sentido jurídico, único del que aquí podría hablarse, su abono por parte de la sociedad fue un abono realizado a título gratuito ya que, como señala la S.T.S. de 10 de julio de 2013 anteriormente comentada, "En la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (art. 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (art. 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la ley concursal, ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría".
De lo que el apelante nos habla ahora en su recurso es de la existencia de un contrato mercantil que habría sido celebrado entre FIDESA y él mismo, contrato que vendría a proporcionarle ese derecho a ver retribuida su labor en la época de la que hablamos. Se trata de un planteamiento novedoso que se encuentra proscrito en esta segunda instancia por aplicación del Art. 456-1 L.E.C., ya que nunca se habló de tal contrato en la instancia precedente. En todo caso, ni existe la menor prueba de la celebración de ese contrato ni su existencia resulta mínimamente verosímil en vista de que es el propio apelante quien se abstiene de participarnos qué clase de prestaciones -distintas, naturalmente, de las funciones propias de la administración societaria, entonces no retribuida- estarían llamadas a justificar la existencia del contrato mercantil del que se nos habla. Y, si las prestaciones que el apelante habría de realizar no fueran distinguibles de las funciones que ya venía desempeñando en su condición de administrador, cualquier retribución debería encontrarse respaldada por el precepto estatutario correspondiente de acuerdo con doctrina jurisprudencial recaída al respecto. Como señala, con cita de otras anteriores, la S.T.S. de 24 de julio de 2014 anteriormente mencionada, "...aunque reconocíamos que «en alguna ocasión hemos advertido que no puede negarse en todo caso la superposición de la relación societaria y de otra de carácter mercantil, respecto de la que no operarían las exigencias contenidas en el art. 130 TRLSA, de constancia en los estatutos de la retribución por la relación superpuesta y ajena al cargo de administrador (sentencia 893/2011, de 19 de diciembre)»; advertíamos que "en la práctica es muy difícil que se dé, porque la jurisprudencia de esta Sala exige que concurra un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa. Así la sentencia 441/2007, de 24 de abril, entiende que "para que, en tales supuestos, el artículo 130 no se aplique es necesario, sin embargo, que «las facultades y funciones que fueron atribuidas... por vía contractual rebasen «las propias de los administradores»"-, lo que tropieza con el hecho de que las funciones de los administradores prácticamente son omnicomprensivas, como se desprende de la referencia al estándar de diligencia contenido en el art. 127.1 TRLSA, aplicable al caso, el "de un ordenado empresario y de un representante leal" (Sentencia 893/2011, de 19 de diciembre). En cualquier caso, las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son propias del órgano de administración de la compañía, y respecto de su retribución estaban afectadas por las exigencias del art. 130 TRLSA, y en la actualidad del art. 217 LSC". Si añadimos a lo anterior, que en la instancia no ha quedado acreditado que el administrador Sr. Carlos Antonio hubiera realizado otros servicios, distintos de las funciones propias de su condición de administrador, que hubieran justificado aquellos pagos, debemos concluir que la sentencia recurrida no infringe la normativa y la jurisprudencia citada cuando concluye que ambos pagos no eran debidos porque no se había cumplido el presupuesto previsto en los estatutos para que naciera el derecho a su percepción...".
Es patente, en consecuencia, que la prestación dineraria efectuada por la sociedad en favor de su administrador fue enteramente gratuita. En todo caso, no vemos qué clase de trascendencia podría tener ese debate ya que, caso de haberse justificado su carácter oneroso, serían predicables del pago cuantas

consideraciones hemos efectuado ya en el ordinal precedente.”: SAP Madrid (Sección 28) 19.01.2015 (Sentencia 18/2015; Rollo 128/2014)

AP Tenerife

”De la prueba practicada resulta, con un grado de certeza suficiente, que las cantidades reclamadas al demandado (consistentes en la participación en ganancias) fueron percibidas por éste en los anos 2003 y 2004 en concepto de retribución por su trabajo como administrador de la concursada, no estando ésta obligada a realizar dichos pagos al no haber nacido el derecho del administrador a percibir retribución alguna en dichos ejercicios económicos dada la existencia de pérdidas, por lo que dichos pagos, al carecer de causa, deben rescindirse, ya que, por otra parte, suponían un claro perjuicio para la masa activa. En este sentido, se ha de senalar que ni era necesario acreditar el perjuicio por tratarse, en definitiva, de una liberalidad (lo que incluso, en algún sentido, confirmaría, de haberse acreditado, las propias alegaciones del demandado cuando habla que se trataba se retribuciones por su trabajo para otras empresas del "Grupo Ucelay"), ni tiene trascendencia alguna a los efectos aquí pretendidos el hecho de que dichos pagos ni generaran ni agravaran la insolvencia.”: SAP Tenerife (Sección 4) 23.07.2012 (Sentencia 305/2012; Rollo 742/2011)

JM-1 Sevilla

“Cuestión distinta es la cantidad que según los demandados son anticipos de remuneración del administrador.
NOVENO.- Según el artículo 130 de la LSA, "la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos. Cuando constituya una participación en las ganancias, sólo podrá ser detraída de los beneficios liquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento, o el tipo más aito que los estatutos hayan establecido".
Para que pueda admitirse la pretendida retribución del administrador social. debía estar prevista en los estatutos de la sociedad: y como se desprende de la información registral de dicha sociedad. no consta retribución alguna a favor del adminsitrador, sino que se establece expresamente que el cargo es gratuito. Por ello, la falta de previsión y definición estatutaria impiden considerar que dichos apuntes contables sean pagos realizados en concepto de retribución, y careciendo de justificación, han de considerarse actos de disposición a título gratuito realizados por la concursada, presumiéndose el perjuicio para la masa del concurso. debiendo declararse su ineficacia y condenar al demandado a la restitución de la cantidad recibida. más los intereses (articulo 73.1 LO).”: SJM-1 Sevilla 27.04.2007 (Incidente Concursal 342/2006; Sentencia 54/2007)

1.4 Donación

1.4.0 “... salvo las liberalidades de uso”

AP Baleares

”Con independencia de la relatividad del concepto de liberalidades de uso, pensado especialmente como regalos habituales atendida la situación económica de una persona o familia, es evidente que la disposición siquiera sea del usufructo de un bien inmueble que se valora en 300.000 euros (parece ser el usufructo) no puede tener este concepto, y, en mayor grado, cuando en la escritura se dice que es el único bien que integra el patrimonio inmobiliario de la donante, y se trata de un supuesto de una disposición sucesoria contractual, cual es, la donación de bienes presentes y futuros del artículo 8 de la Compilación de Baleares. El hecho de que la donataria pueda padecer una enfermedad degenerativa o que una madre pretenda equilibrar una disposición de su patrimonio de modo igualitario entre sus dos hijos no altera el hecho de que esta donación excede de una liberalidad de uso.”: SAP Baleares (Sección 5) 29.01.2013 (Sentencia 32/2013; Rollo 686/2012)

“Con independencia de la relatividad del concepto de liberalidades de uso, pensado especialmente como regalos habituales atendida la situación económica de una persona o familia, es evidente que la disposición siquiera sea del usufructo de un bien inmueble que se valora en 350.000 euros no puede tener este concepto, y se trata de un supuesto de una disposición sucesoria contractual, cual es, la donación de bienes presentes y futuros del artículo 8 de la Compilación de Baleares. El hecho de que la donataria pueda padecer una enfermedad degenerativa o que una madre pretenda equilibrar una disposición de su patrimonio de modo igualitario entre sus dos hijos no altera el hecho de que esta donación excede de una liberalidad de uso”: SAP Baleares (Sección 5) 25.03.2013 (Sentencia 117/2013; Rollo 683/2012)

1.4.1 Donación a una sociedad de la que la concursada es accionista

AP Alicante

“PRIMERO.- El procedimiento de cuyo recurso ahora conocemos, se inicia por demanda de la Administración concursal del concurso necesario de los cónyugesJuan ManuelyFilomena, seguido ante elJuzgado de lo Mercantil número dos de los de Alicante con el número 232/06. La Administración concursal, promueve en su demanda una acción una acción de reintegración delartículo 71 de la Ley Concursalcon la pretensión de la devolución y reintegro a la masa activa del citado concurso de 41.500 euros dispuestos el día 1 de agosto de 2005 por la Sra.Filomenaa favor de la entidad mercantil Calzados Blay S.L., de la que era socia, sin

contraprestación o causa onerosa alguna conocida.
La Sentencia de instancia, valorando las alegaciones formuladas tanto por la mercantil Calzados Blay S.L. como por la representación legal de la SraFilomena, considera que debe aislarse la intencionalidad del acto de la naturaleza objetivamente gratuita del mismo y llega así a la conclusión que la transmisión del capital constituye un acto de disposición a título gratuito, niega además que se trate de un acto ordinario de la actividad empresarial o profesional de la disponente, y aplica en consecuencia la presunción iuris et de iure delnúmero 2 del artículo 71 de la Ley Concursalpara alcanzar la conclusión rescisoria del acto y la condena de reintegro a la masa activa del capital dispuesto en el periodo legal de retroacción.
Esta resolución es objeto de impugnación por la legal representación de Calzados Blay S.L.
Critica en su apelación la citada recurrente, la calificación de gratuita de la disposición de capital a su favor por la concursada. En particular, el argumento que se desgrana en el escrito de apelación se sustenta en la existencia de una contraprestación económica efectiva derivada de la posición que en el ámbito societario ocupaba la Sra.Filomena, socia mayoritaria de Calzados Blay y esposa de su apoderado general. Sostiene el apelante que la intencionalidad del acto dispositivo fue la de atender las obligaciones de la empresa para eludir las responsabilidades propias de un incumplimiento frente a terceros y, por tanto, que en absoluto el acto fue gratuito sino un hecho en atención a la situación empresarial que vinculaba jurídicamente, actual y de futuro, a la disponente. Y no siendo gratuito, concluye el apelante, debería acreditarse el perjuicio patrimonial del acto dispositivo, perjuicio que no consta en autos por lo que debería revocarse la sentencia de instancia.
SEGUNDO.- El argumento del recurrente, carece sin embargo de razón jurídica. En efecto, el acto dispositivo que consta realizado por la Sra.Filomenaa favor de Calzados Blay S.L. (y que no es objeto de debate) de disposición de un importante capital, presenta todos los rasgos propios de una donación.
En efecto, el acto de poner a nombre o directa y libre disposición de la sociedad, la ahora recurrente, un importe de capital privativo tal que ha quedado constancia, permite proclamar el animus donando de la disponente en tanto se cumplen los requisitos delart. 618 del Código Civilpues, como dice laSTS de 15 de junio de 1995, existe la donación desde el momento en que aparece la transmisión de un bien gratuitamente, sin ánimo de lucro por parte del donante, y es correspondido por el ánimo de aceptada a título de liberalidad por el donatario, no constando desde luego que bajo la apariencia de la donación, se tratara de encubrir un negocio jurídico distinto.
Es cierto que se alega justificación. Y es cierto que no resulta difícil aceptar la razón justificativa que se expone a la vista de la situación familiar en relación a la mercantil. Sin embargo, la intencionalidad no trasmuta la gratuidad que por naturaleza corresponde al acto. Incluso existe una modalidad de donación como poco próxima a la situación descrita por el recurrente, en la que se plantea la disposición por motivación distinta a la de un acto de mera liberalidad, sin que por ello desaparezca la voluntad gratificante. Nos referimos a la donación remuneratoria pues, del propio argumento del recurrente, se deduce que la prestación se pudo hacer por razón de los servicios que la empresa prestaba a la Sra.Filomenaen cuanto fuente de sus ingresos, pero sin que dicha disposición respondiera a deuda exigible alguna dada la infraestructura societaria que presentaba dicha empresa respecto de quien se beneficiaba de la misma.
En efecto, el incremento patrimonial que de Calzados Blay S.L. lleva la Sra.Filomenaa cabo, no responde a obligación legal alguna de las que en el marco de las reglas societarias pudieran exigirle dicha prestación. Su posición societaria, de partícipe en la entidad mercantil, sin aportaciones o prestaciones accesorias que la hicieran respecto de éstas responsable, y por las que existiera algún tipo de crédito exigible, la ausencia de todo acuerdo de aumento de capital social con su correspondiente suscripción que formalizara dicha transmisión, unido por lo demás a la falta de todo crédito exigible por cualquier otro título, hacía de la prestación de que se trata de un acto puramente liberal por más que respondiera a determinadas finalidades, incluso dimanantes -por eso de la similitud con la donación remuneratoria que la doctrina identifica en elartículo 619 CC-, del servicio que, en relación a su economía familiar y personal, aquella desempeña. Y no debe obviarse que, como dice laSentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2005"la donación remuneratoria se sitúa en la órbita de los gratuitos".
Lo cierto es que hay en el caso una disposición de capital en periodo próximo a la insolvencia de la disponente sin causa legal que la justifique, por más que el argumento desarrollado a lo largo del proceso pretenda generar una imagen de confusión entre patrimonios desdicha por la propia selección de los interesados de las formas de la sociedad de capital, lo que constituye, en los términos delartículo 71, un acto claramente perjudicial para la masa activa por cuanto que con taldisposición, se perjudicaban los particulares acreedores de la disponente a favor de un tercero, perjuicio a la masa que es la característica que permite diferenciar esta acción revocatoria concursal de las revocatorias ordinarias a las que en algún momento se ha referido el recurrente con relación a lo dispuesto en elnúmero 6 del artículo 71 de la Ley Concursal. Y es que, como recuerda laSentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007, las acciones revocatorias concursales se caracterizan (y diferencian) de las acciones paulianas, en que tienden a la reintegración de la masa y no al beneficio del acreedor o acreedores que en particular ejercitan las revocatorias ordinarias delartículo 1111 del Código Civil, lo que en el caso justifica plenamente la atención y examen de la naturaleza del acto dispositivo en relación al concurso del que dimana que constituye a la vez, fuente legitimadora especial del titular (administración concursal) de la acción así ejercitada. TERCERO.- Se argumenta el recurrente a modo de colofón y, por tanto, casi de forma subsidiaria, que de considerarse un acto gratuito se tenga por un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales, que son actos que la ley establece, no pueden ser objeto de impugnación.
La pretensión resulta inaceptable.
Y es que es evidente que está ausente tanto el presupuesto subjetivo como el objetivo de la excepción contemplada en elartículo 71-5 de la Ley Concursal. Dos son efecto los requisitos que exige la excepción que contempla la norma. De un lado - presupuesto subjetivo- que se trate de actos realizados por el deudor con

ocasión de su actividad profesional o empresarial. De otro -presupuesto objetivo- que se trate de actos celebrados en condiciones normales. Pues bien, no concurre el presupuesto subjetivo porque la disponente no tiene la condición de profesional o empresaria, que desde luego no adquiere por el hecho de ser socia. No ha asumido en la mercantil Calzados Blay S.L. cargo directivo alguno, ni de hecho ni de derecho en el ámbito societario, ni consta su actividad profesional vinculada a dicha empresa. Por tanto, cualquier acto que hiciera respecto de la misma lo era al margen de la actividad propia de la empresa. Y está ausente el presupuesto objetivo porque los incrementos de capital extra legales o estatutarios, no constituyen en absoluto actos ni ordinarios, caso de haberse tratado de un sujeto partícipe en la gestión empresarial, ni pueden describirse como realizados en condiciones normales, estando como están en la ley que rige el tipo societario de que se trata, perfectamente normadas las aportaciones de capital. La disposición particular del peculio propio para engrosar arcas societarias constituye de forma evidente una acción que ni es habitual en la gestión de la sociedad capitalista, ni es desde luego usual bajo la forma de acto privado, no existiendo correspondencia alguna entre una conducta de esta naturaleza y la forma social de la empresa.": SAP Alicante (Sección 8) 10.12.2007 (JUR 2008/139511) y, en la misma línea, SAP Alicante (Sección 8) 11.12.2007 (JUR 2008/139505)

"PRIMERO.- En la Sentencia de instancia se acoge la acción rescisoria concursal deducida por la Administración Concursal al considerar que los ingresos realizados por la concursada a favor de la mercantil "Biviel Internacional, S.L." durante los meses de julio y agosto de 2005, por importe conjunto de 288.000.- ?, son actos a título gratuito por lo que, en virtud de lo establecido en elartículo 71.2 de la Ley Concursal, se presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio patrimonial.
En la primera alegación del recurso se niega la naturaleza de acto gratuito de los ingresos realizados por DonRebecaa favor de la mercantil "Biviel Internacional, S.L." pues existía una contraprestación consistente en atender los compromisos de pago de esa empresa y evitar también la responsabilidad de los administradores y socios prevista en elartículo 48 de la Ley Concursaly en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
Ha de rechazarse esta alegación por las razones siguientes:
En primer lugar, desconoce una de las consideraciones previas expuestas en la Sentencia de instancia acerca de que la socia DoñaRebeca, aunque ostente la mitad del capital social de "Biviel Internacional, S.L.", es un centro de imputación jurídica distinto del de la mercantil, con diferente personalidad jurídica y con su propio activo y pasivo. No puede admitirse ahora la confusión de los patrimonios de la sociedad y de los socios cuando actuaron en el mundo jurídico como entes independientes.
En segundo lugar, ninguna responsabilidad cabría exigir a DoñaRebecaal no acreditarse su condición de administrador ni de hecho ni de derecho de "Biviel Internacional, S.L.".
Si nuestra jurisprudencia (STS 24 de junio de 1988) considera que "la donación es un negocio jurídico por el cual una persona, por voluntad propia, con ánimo de liberalidad "animus donandi" se empobrece en una parte de su patrimonio en beneficio de otra que se enriquece", esto es lo que realizó la concursada DoñaRebecapues con los tres ingresos que realizó en la caja de la mercantil "Biviel Internacional, S.L." se empobreció en beneficio de la sociedad donataria, la cual pudo disponer del numerario recibido como tuvo por conveniente. La Sra.Rebecanunca afirmó ser titular de ningún derecho de crédito contra la mercantil destinataria del dinero ingresado según se desprende de su inventario de bienes y derechos y de la memoria aportados a su procedimiento concursal; ni tampoco, la mercantil "Biviel Internacional, S.L." incluye como acreedora a la Sra.Rebecaen su concurso.
Así pues, debe mantenerse la calificación de los tres ingresos realizados por la Sra.Rebecacomo actos dispositivos a título gratuito por lo que se presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, conforme declara elartículo 71.2 de la Ley Concursal.
En las restantes alegaciones del recurso se parte de que no se ha acreditado la existencia de perjuicio patrimonial a los acreedores de DoñaMaría Virtudes. Sin embargo, una vez calificados los ingresos en la caja social como actos dispositivos atítulo gratuito, el artículo 71.2 de la Ley Concursalpresume iuris et de iure el perjuicio patrimonial, por lo que resulta inútil entrar a examinar esas alegaciones.
En la última alegación se trata de aplicar la excepción prevista en elartículo 71.5 de la Ley Concursal, esto es, que el ingreso realizado por la concursada en la caja de "Biviel Internacional, S.L." constituye un acto ordinario del giro propio de esa persona física que tiene un negocio y trata de salvarlo o cuando menos de afrontar la crisis financiera que atraviesa. Ha de rechazarse esa alegación desde el momento en que DoñaRebeca, aunque sea la titular de la mitad de las participaciones sociales de "Bibiel Internacional, S.L." no realiza ninguna actividad empresarial o profesional. Una persona física ajena al ejercicio de cualquier actividad empresarial o profesional no puede calificar como acto ordinario el ingreso de sumas de dinero de su patrimonio personal a favor de una mercantil de la que es socia; más bien, como indica la Sentencia de instancia, habría que calificar como tal los gastos imprescindibles y ordinarios para su propio sostenimiento y el de su familia.": SAP Alicante (sección 8) 04.03.2008 (JUR 2008\153290; Sentencia 92/2008; Rollo 52/2008)

1.4.2 Donación a la hija del concursado

AP Baleares

"PRIMERO.-La Administración concursal del concurso de Dª Amelia interpone una demanda incidental de reintegración del artículo 71 de la LC contra Dª Amelia y Dª Natividad, en petición de rescisión de una donación universal efectuada por la concursada de conformidad con el artículo 8 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares en escritura pública de 13.10.2.009, a favor de su hija Dª Natividad, en relación con el usufructo de la finca registral nº NUM003 descrita en la demanda, valorada en dicha escritura en 300.000 euros. Asimismo, se alega que se ejercita dentro del plazo de dos años anteriores a la declaración del concurso (auto de

20.10.2.010), que va contra la masa de acreedores, y solo favorece a la hija de la concursada.
Las demandadas se oponen alegando que Dª Amelia tiene dos hijos - D. Eugeni y Dª. Natividad -; que la insolvencia es debida a haber avalado a su hijo Eugeni en dos empresas de las que es administrador, y así pasó a tener todos sus bienes hipotecados; se ha efectuado por motivos morales y sin ánimo defraudatorio, ya que quiso equiparar en la medida de lo posible un poco a sus dos hijos, más cuando la donataria por motivos de salud, (padecer una enfermedad degenerativa que en el futuro puede impedirle trabajar), precisará de ésta y de otra finca; dicha donación no va contra la masa, y si no se pagan los préstamos hipotecarios a favor de entidades bancarias anteriores a la donación, los únicos beneficiarios serían las entidades bancarias, ya que el importe de las hipotecas - 221.000 euros para el Banco Popular y 110.000 euros sobre esta finca y otras de Banesto- es superior al valor del usufructo.
La sentencia estima íntegramente la demanda, y acuerda la rescisión de la donación, y, tras referir los requisitos para que prospere este tipo de acción, lo considera un acto de disposición a título gratuito; que existe perjuicio en la donación a un heredero forzoso dado que en cuanto no es produzca el deceso del causante concursado, todos los bienes afectos o no a una sucesión hereditaria, quedan incorporados a la masa activa del concurso; la única vía de excepción sería el supuesto recogido en el artículo 71.2 LC de liberalidades de uso, y no lo es la transmisión de inmuebles como forma de compensación o equiparación a otros parientes, o entregas de fincas como anticipo de herencia, que excede de regalos de uso, aunque tuviera la consideración de colacionable; y que es una liberalidad perjudicial para el concurso, que en términos del artículo 71 LC comporta una presunción iuris et de iure.
Dicha resolución es apelada por la representación de Dª Amelia en petición de nueva sentencia desestimatoria, reiterando los argumentos antes expresados, en lo sustancial de inexistencia de perjuicio y de existencia de una liberalidad de uso; que no existe intención de empobrecerse enriqueciendo a la donataria; y que debe estarse a la espera de las demandas de rescisión interpuestas por la Administración Concursal en relación con las hipotecas que gravan dicha finca; la sentencia no se refiere a la suspensión solicitada en la demanda; y subsidiriamente, que no se le impongan las costas por la complejidad en la resolución de los hechos.
Ninguna de las partes presenta escrito de oposición.
SEGUNDO.- La Sala ratifica la acertada fundamentación de la sentencia recurrida y no comparte la argumentación de la parte recurrente. Al respecto debemos reseñar:
A) Que la mayor parte de alegaciones de la recurrente no cuentan soporte documental o prueba alguna, así, por ejemplo, el importe de la deuda que grava el inmueble objeto del procedimiento, si la concursada ha dispuesto efectivamente de todos sus bienes, la enfermedad padecida por la donataria, o las causas de su endeudamiento.
B) El artículo 71.1 LC plantea con claridad que para la estimación de una acción rescisoria concursal no es necesario que se pruebe la intención fraudulenta, y es obvio que en el caso que nos ocupa ésta no consta acreditada.
C) Como indica el artículo 71.2 LC, *" El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso".* En el caso concreto, es de total aplicación dicho artículo, que recoge una presunción "iuris et de iure", y es evidente, tal como acertadamente reseña la sentencia recurrida, que nos hallamos ante un acto de disposición a título gratuito, esto es, una donación, sin contraprestación alguna a cargo de la donataria.
D) Con independencia de la relatividad del concepto de liberalidades de uso, pensado especialmente como regalos habituales atendida la situación económica de una persona o familia, es evidente que la disposición siquiera sea del usufructo de un bien inmueble que se valora en 300.000 euros (parece ser el usufructo) no puede tener este concepto, y, en mayor grado, cuando en la escritura se dice que es el único bien que integra el patrimonio inmobiliario de la donante, y se trata de un supuesto de una disposición sucesoria contractual, cual es, la donación de bienes presentes y futuros del artículo 8 de la Compilación de Baleares. El hecho de que la donataria pueda padecer una enfermedad degenerativa o que una madre pretenda equilibrar una disposición de su patrimonio de modo igualitario entre sus dos hijos no altera el hecho de que esta donación excede de una liberalidad de uso.
E) En el escrito de oposición no se llegó a plantear una solicitud de suspensión del procedimiento hasta tanto se resolviese sobre una acción rescisoria interpuesta por la Administración Concursal, si bien se reseñó su existencia, y, por tal motivo nada se indica. No obstante no existe motivo alguno que justifique tal suspensión.
F) El aspecto esencial es determinar si se produce el requisito del perjuicio para la masa activa. A tal efecto, la STS de 12 de abril de 2.012, indica que " *No concreta la norma que debe entenderse por "perjuicio para la masa activa", pese a lo cual, no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado."* Según se indica en la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2.012, " *La ley concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo) sino que opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso "iuriset de iure" (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro "iuris tantum" (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.*
Se habla de ineficacia funcional (SAP de Barcelona de 8 de enero de 2009) sobrevenida, pues se priva de eficacia a un acto de disposición patrimonial que en la época en que se realiza es válido por reunir los

requisitos legales y no estar afectado de vicio de nulidad o anulabilidad, que, después, una vez declarado el concurso de quien lo realiza, deviene perjudicial para los acreedores ya por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de los créditos (art 1.911CC), ya al principio de paridad de trato de los acreedores, atendido el sentido amplio de perjuicio que se desprende de la LC, según tesis consagrada por las Audiencia Provinciales, entre ellas la SAP de Madrid de 19/12/2008, SAP de Barcelona de 1 de febrero de 2007 y de 8 de enero de 2009, SAP de Vizcaya de 12 de junio de 2008 y SAP de Alicante, Sección 8ª de 22/10/2008.
En cualquier caso, como razona la sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona (sección quince) de 6 de febrero de 2009 antes citada:
"para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio.
El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación".
Si a los meros efectos dialécticos resultase que el bien donado se halla gravado por hipotecas, cuyo principal fuere de importe superior al valor del mismo bien, - lo cual no podemos ni afirmar ni negar con la prueba practicada-, efectivamente resultaría que el bien donado finalmente sería objeto de ejecución y su importe destinado al préstamo hipotecario. En todo caso, debemos destacar que no es posible conocer el devenir de otras demandas futuras, y de las múltiples hipótesis que pueden darse, y lo relevante es que se trata de un acto de disposición a título gratuito con presunción iuris et de iure de perjuicio, en el que la donataria no ha asumido prestación alguna. En todo caso, y entre tanto no se ejecuta la acción hipotecaria, permitiría a la masa activa obtener frutos o rentas de este bien, o la Administración concursal, si ello fuere posible, amortizar tales hipotecas con otros bienes de la herencia.“: SAP Baleares (Sección 5) 29.01.2013 (Sentencia 32/2013; Rollo 686/2012)

“PRIMERO.-La Administración concursal del concurso de Dª Tomasa interpone una demanda incidental de reintegración del artículo 71 de la LC contra Dª Tomasa y Dª Apolonia, en petición de rescisión de una donación universal, efectuada por la concursada de conformidad con el artículo 8 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares en escritura pública de 22.09.2009, a favor de su hija Dª Apolonia, en relación con el usufructo de la finca registral nº NUM000 descrita en la demanda, valorada en dicha escritura en 350.000 euros. Asimismo, se alega que se ejercita dentro del plazo de dos años anteriores a la declaración del concurso (auto de 20.10.2.010), que va contra la masa de acreedores, y sólo favorece a la hija de la concursada.
Las demandadas se oponen alegando que Dª Tomasa tiene dos hijos - D. Eugeni y Dª. Catalina María-; que la insolvencia es debida a haber avalado a su hijo Eugeni en dos empresas de las que es administrador, y así pasó a tener todos sus bienes hipotecados; se ha efectuado por motivos morales y sin ánimo defraudatorio, ya que quiso equiparar en la medida de lo posible un poco a sus dos hijos, más cuando la donataria por motivos de salud, (padecer una enfermedad degenerativa que en el futuro puede impedirle trabajar), precisará de ésta y de otra finca; dicha donación no va contra la masa, y si no se pagan los préstamos hipotecarios a favor de entidades bancarias anteriores a la donación, los únicos beneficiarios serían las entidades bancarias, ya que el importe de las hipotecas - 221.000 euros para el Banco Popular y 110.000 euros sobre otras fincas es superior al valor del usufructo; y en la CAM una hipoteca de importe 310.000.-euros que grava la finca nº NUM000.
La sentencia estima íntegramente la demanda, y acuerda la rescisión de la donación, y, tras referir los requisitos para que prospere este tipo de acción, lo considera un acto de disposición a título gratuito; que existe perjuicio en la donación a un heredero forzoso dado que en cuanto no es produzca el deceso del causante concursado, todos los bienes afectos o no a una sucesión hereditaria, quedan incorporados a la masa activa del concurso; la única vía de excepción sería el supuesto recogido en el artículo 71.2 LC de liberalidades de uso, y no lo es la transmisión de inmuebles y del usufructo como forma de compensación o equiparación a otros parientes, o entregas de fincas como anticipo de herencia, que excede de regalos de uso, aunque tuviera la consideración de colacionable; y que es una liberalidad perjudicial para el concurso, que en términos del artículo 71 LC comporta una presunción iuris et de iure.
Dicha resolución es apelada por la representación de Dª Tomasa en petición de nueva sentencia desestimatoria, reiterando los argumentos antes expresados, en lo sustancial de inexistencia de perjuicio y de existencia de una liberalidad de uso; que no existe intención de empobrecerse enriqueciendo a la donataria; y que debe estarse a la espera de las demandas de rescisión interpuestas por la Administración Concursal en relación con las hipotecas que gravan dicha finca; la sentencia no se refiere a la suspensión solicitada en la demanda; y subsidiariamente, que no se le impongan las costas por la complejidad en la resolución de los hechos.
Ninguna de las partes presenta escrito de oposición.
SEGUNDO.- La Sala ratifica la acertada fundamentación de la sentencia recurrida y no comparte la argumentación de la parte recurrente. Al respecto debemos reseñar:
A) Que la mayor parte de alegaciones de la recurrente no cuentan soporte documental o prueba alguna, así, por ejemplo, el importe de la deuda que grava el inmueble objeto del procedimiento, si la concursada ha dispuesto efectivamente de todos sus bienes, la enfermedad padecida por la donataria, o las causas de su endeudamiento.
B) El artículo 71.1 LC plantea con claridad que para la estimación de una acción rescisoria concursal no es

necesario que se pruebe la intención fraudulenta, y es obvio que en el caso que nos ocupa ésta no consta acreditada.
C) Como indica el artículo 71.2 LC, *" El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso".* En el caso concreto, es de total aplicación dicho artículo, que recoge una presunción "iuris et de iure", y es evidente, tal como acertadamente reseña la sentencia recurrida, que nos hallamos ante un acto de disposición a título gratuito, esto es, una donación, sin contraprestación alguna a cargo de la donataria.
D) Con independencia de la relatividad del concepto de liberalidades de uso, pensado especialmente como regalos habituales atendida la situación económica de una persona o familia, es evidente que la disposición siquiera sea del usufructo de un bien inmueble que se valora en 350.000 euros no puede tener este concepto, y se trata de un supuesto de una disposición sucesoria contractual, cual es, la donación de bienes presentes y futuros del artículo 8 de la Compilación de Baleares. El hecho de que la donataria pueda padecer una enfermedad degenerativa o que una madre pretenda equilibrar una disposición de su patrimonio de modo igualitario entre sus dos hijos no altera el hecho de que esta donación excede de una liberalidad de uso
E) En el escrito de oposición no se llegó a plantear una solicitud de suspensión del procedimiento hasta tanto se resolviese sobre una acción rescisoria interpuesta por la Administración Concursal, si bien se reseñó su existencia, y, por tal motivo nada se indica. No obstante no existe motivo alguno que justifique tal suspensión, que en todo caso podría afectar a la masa pasiva, en tanto el presente acto gratuito afecta directamente a la masa activa del Concurso.
F) El aspecto esencial es determinar si se produce el requisito del perjuicio para la masa activa. A tal efecto, la STS de 12 de abril de 2.012, indica que " *No concreta la norma que debe entenderse por "perjuicio para la masa activa", pese a lo cual, no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado."* Según se indica en la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2.012, " *La ley concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo) sino que opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso "iuriset de iure" (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro "iuris tantum" (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.*
Se habla de ineficacia funcional (SAP de Barcelona de 8 de enero de 2009) sobrevenida, pues se priva de eficacia a un acto de disposición patrimonial que en la época en que se realiza es válido por reunir los requisitos legales y no estar afectado de vicio de nulidad o anulabilidad, que, después, una vez declarado el concurso de quien lo realiza, deviene perjudicial para los acreedores ya por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de los créditos (art 1.911CC), ya al principio de paridad de trato de los acreedores, atendido el sentido amplio de perjuicio que se desprende de la LC, según tesis consagrada por las Audiencia Provinciales, entre ellas la SAP de Madrid de 19/12/2008, SAP de Barcelona de 1 de febrero de 2007 y de 8 de enero de 2009, SAP de Vizcaya de 12 de junio de 2008 y SAP de Alicante, Sección 8ª de 22/10/2008.
En cualquier caso, como razona la sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona (sección quince) de 6 de febrero de 2009 antes citada:
"para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio.
El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación".
Si a los meros efectos dialécticos resultase que el bien donado se halla gravado por hipotecas, cuyo principal fuere de importe superior al valor del mismo bien, - lo cual no podemos ni afirmar ni negar con la prueba practicada-, efectivamente resultaría que el bien donado o a usufructuar finalmente sería objeto de ejecución y su importe destinado al préstamo hipotecario. En todo caso, debemos destacar que no es posible conocer el devenir de otras demandas futuras, y de las múltiples hipótesis que pueden darse, y lo relevante es que se trata de un acto de disposición a título gratuito con presunción iuris et de iure de perjuicio, en el que la donataria no ha asumido prestación alguna. En todo caso, y entre tanto no se ejecuta la acción hipotecaria, permitiría a la masa activa obtener frutos o rentas de este bien, o la Administración concursal, si ello fuere posible, amortizar tales hipotecas con otros bienes de la herencia.
G) En cuanto a las costas procesales, la Sala no aprecia que nos hallemos ante un supuesto que implique serias dudas de hecho o de derecho, como justificación a la inaplicación del principio general objetivo
o del vencimiento en materia de costas.
Por último, procede reseñar que este Tribunal ha resuelto ya otro supuesto similar, entre las mismas partes y diferente finca, en Sentencia nº 32 de 29 de enero del año en curso“”:SAP Baleares (Sección 5) 25.03.2013 (Sentencia 117/2013; Rollo 683/2012)

AP León

“PRIMERO.- Cuestiones controvertidas en la alzada.
La Sentencia dictada por el Juzgado Mercantil estima íntegramente la demanda incidental formulada en solicitud de la declaración de rescisión de la donación efectuada por el concursado a favor de su hija, con imposición de costas a los demandados.
La parte recurrente alega que la donación con reserva de usufructo vitalicio de fecha 18 de Julio de 2007 de la vivienda situada en Ponferrada, fue efectuada teniendo el propietario la plena capacidad de obrar y libre disposición de sus bienes, y además la donación no fue realizada en fraude de acreedores ni en perjuicio de tercero.
SEGUNDO.-Requisitos de la Acción Rescisoria.
Nos encontramos ante el ejercicio de una acción de rescisión que tiene su fundamento en el contenido del artículo 71 de la Ley Concursal.
La regulación actual de las acciones de reintegración en nuestra Ley Concursal instaura un sistema basado en el ejercicio de acciones impugnatorias relativas a actos realizados por el deudor dentro del plazo que se señala la Ley, cuya duración es de dos años y en el abandono de la presunción de fraude o "animus fraudendi", como sustrato de aquellas acciones, sustituyéndolo por el criterio más objetivo de "perjuicio a la masa"; así lo vemos, concretamente, en el art. 71 de la L.C., donde ya no se habla de nulidad (que el T.S. venía considerando, bajo la legislación anterior, de radical y absoluta) de los actos realizados por el deudor, sino de mera rescindibilidad, lo que implica el abandono del sistema de ineficacia automática: los negocios realizados por el deudor antes de la declaración del concurso dejan de ser nulos y pasan a ser rescindibles.
En definitiva, la ley Concursal actual opta en estos supuestos por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
En el caso presente la parte recurrente no ofrece dato alguno que muestre la equivocación del Juez de Primera Instancia al acordar la rescisión de la donación efectuada ni argumentos que deban ser nuevamente analizados en esta alzada. El artículo 71 de la LC resulta plenamente aplicable al supuesto litigioso pues el perjuicio se presume "iuris et de iure" debido a la naturaleza gratuita del acto de transmisión y las facultades de libre disposición del propietario no se ponen en duda sino que se declara la ineficacia del acto de donación porque concurre uno de los supuestos legalmente previstos.”; SAP León (Sección 1) 24.07.2012 (Sentencia 364/2012; Rollo 328/2012)

1.4.3 Pacto sucesorio que implica un acto de disposición a título gratuito

AP Baleares

“SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos de la presente alzada y antes de entrar a analizar los distintos motivos impugnatorios esgrimidos por las partes se estima conveniente dejar sentado, que no es objeto de discusión entre los litigantes los hechos en que se basa la acción ejercitada por la demandante, aún cuando discrepen de sus consecuencias jurídicas, por lo que se declara plenamente probado que: 1º) por escritura pública de donación y definición de fecha 29 de diciembre de 2009, el concursado nombra a sus hijas (codemandadas) herederas contractuales y les dona la nuda propiedad y por partes iguales de los bienes inmuebles que se describen en la propia escritura, reservándose el usufructo vitalicio, donación que las beneficiarias aceptan, renunciando y dándose por finiquitadas de todos los derechos legitimarios que, en su día, le pudiera corresponder en la sucesión de su padre, de conformidad con lo previsto en el artículo 50 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares; 2º) que dicho acto de disposición se llevó a cabo dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración en estado de concurso voluntario del Sr. Vidal, conforme al Auto de fecha 2 de mayo de 2011.
Partiendo de tales datos y comenzando con el análisis de la excepción procesal alegada, señalar simplemente que este Tribunal no puede sino compartir, por acertada, el razonamiento que a tal efecto se contiene en la resolución recurrida, toda vez que como bien se apunta, aún cuando con la demanda sólo se peticionara expresamente la nulidad de la donación efectuada por el concursado y no la totalidad del negocio jurídico que incluye la renuncia a los derechos legitimarios, la ineficacia del acto denunciado, precisamente por la bilateralidad, implica a su vez la ineficacia de la renuncia a la legitima, tal y como expresamente prevé el artículo 73.1 de la Ley concursal (restitución de prestaciones).
(...)
TERCERO.- Entrando en el análisis de la cuestión de fondo propiamente dicha, comenzar señalando que como ya ha declarado este Tribunal, con cita la SAP de Cáceres de 19 de septiembre de 2012, el artículo 71 de la Ley de Concursal establece que declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los daños anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiese intención fraudulenta, estableciendo a continuación determinados supuestos en los que se deduce iuris et de

iure o iuris tantum el perjuicio patrimonial.
Dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración/rescisión es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de irue, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores.
CUARTO.- En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un pacto sucesorio, efectuado al amparo de lo establecido en el artículo 50 de la Compilación balear, que expresamente lo define como aquel por el que "los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudiera corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieran recibido con anterioridad".
Cierto es que la figura de la definición, como recoge la SAP de Baleares (Secc. 3ª) de 31 de mayo de 2000 ""queda enmarcada en el ámbito propio de los pactos sucesorios como un negocio jurídico bilateral, configurándose por ello como un contrato consensual, aleatorio, de carácter irrevocable y oneroso; y en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1995 dice "la definición del Derecho mallorquin, que viene a ser, según predominante doctrina, un negocio jurídico complejo (no unilateral) que exige un acto de liberalidad de los padres aceptado por los hijos; acto mutuamente condicionado que requiere la intervención de ambas partes, enmarcado en el ámbito propio de los pactos sucesorios como negocio jurídico bilateral, un contrato sobre herencia futura que se produce en vida de los padres cuando el patrimonio de éstos no es todavía herencia".
Por su parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears de 20 de diciembre de 2001, tras hacerse eco de la controversia doctrinal sobre si la definición cabe considerarse como un negocio oneroso o gratuito, inclinándose en Sentencia de 28 de mayo de 1992 la posición mayoritaria (con dos votos particulares) por la onerosidad, nos dice que la definición se concibe como "un negocio jurídico complejo compuesto de dos elementos condicionados -el acto de liberalidad y la renuncia -y que se verifican uno en función del otro, ya que se dona porque se renuncia y se renuncia porque se dona, lo que hace que tal negocio complejo devenga oneroso, aun siendo gratuita la causa de, por una parte, la donación y por otra la renuncia. El hecho trascendente, según la sentencia, es que "la causa de la atribución lucrativa que realiza el ascendiente, radica en el común propósito de las partes de imputar dicha atribución al pago adelantado de los derechos legitimarios, en su caso, sucesorios, que corresponderán al descendiente, de manera que éste, dándose por satisfecho con cuanto ha percibido, se comprometa a no reclamar nada por tales conceptos en el futuro", y sin olvidar que cuando la definición se produce no existen tales derechos legitimarios, que sólo se adquirirán si el descendientes sobrevive al ascendiente, y sí únicamente simples expectativas.
Ahora bien, ello no impide considerar que a los efectos que nos ocupan, el acto de disposición realizado por el concursado, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, no deba ser considerado como gratuito y por tanto rescindible al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley concursal, desde el momento en que, como se dijjo, la presunción iuris et de iure a que se refiere dicho precepto, se fundamenta en la inexistencia de contraprestación o contrapartida a favor del concursado y tal es lo que acontece en el contrato objeto de autos, donde lo relevante es la donación que efectúa el concursado a favor de sus hijas y no la renuncia que éstas efectúan respecto a sus derechos legitimarios, que como apuntan las resoluciones anteriormente citadas, no han nacido al momento del pacto sucesorio, dado que la definición se produce en vida del progenitor y por tanto su patrimonio no es todavía herencia.
Dicho de otro modo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.2, es obligado diseccionar el negocio jurídico de la definición, distinguiendo por una parte la donación efectuada por el concursado, que como acto gratuito se presume perjudicial para la masa, sin admitir prueba en contrario y en consecuencia rescindible; y por otra la renuncia a una herencia futura, que como tal no puede analizarse a los efectos de excluir el perjuicio patrimonial que se presume de aquel acto gratuito.
QUINTO.- En consonancia con lo expuesto y sin necesidad de entrar a analizar los argumentos esgrimidos por las codemandadas para desvirtuar la existencia de perjuicio patrimonial, procede estimar la impugnación formulada por la administración concursal y por el propio concursado, confirmando, no obstante y aunque por distintos argumentos, los pronunciamientos que se contienen en la resolución recurrida, salvo en lo relativo a la condena al pago de las costas procesales devengadas en la instancia, al apreciar este Tribunal que el caso presenta serías dudas de derecho, que justifican su no imposición, al igual que respecto a las causadas en esta alzada. “:SAP Baleares (Sección 5) 19.04.2013 (Sentencia 164/2013; Rollo 681/2012)

1.5 Garantía de deudas ajenas

1.5.0 Aunque la fianza no sea estrictamente un “acto de disposiciòn” a tútulo gratuiro, se equipara a éstos

Tribunal Supremo

“PRIMERO.-*Resumen de Antecedentes.*
Son antecedentes necesarios para la resolución del recurso, los siguientes:
1. D. Virgilio, administrador único del concurso de los cónyuges D. Carlos Alberto y Dª Purificacion (en adelante los concursados), promovió un incidente concursal en ejercicio de una acción rescisoria, al amparo del art. 71 LC, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (en adelante el Banco) y solicitó:
1) La rescisión e ineficacia de una hipoteca constituida por los concursados, en garantía de la devolución de un préstamo concedido por el BANCO a un tercero, K-MOBEL ESTILO Y DECORACIÓN S.L., así como la nulidad e ineficacia de todos los asientos registrales ocasionados por la inscripción de dicha hipoteca.
2) La rescisión e ineficacia de la fianza prestada por los concursados en garantía de otro préstamo concedido por el mismo banco al mismo prestatario, acogido al Convenio ICO-PLAN AVANZA nº NUM000.
2. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. En lo que al recurso interesa declaró " *la rescisión e ineficacia o la nulidad* " de la fianza prestada por los concursados en garantía del préstamo concedido por el BANCO a un tercero, K-MOBEL ESTIMO Y DECORACIÓN S.L., acogido al Convenio ICO-PLAN AVANZA.
Señaló que para negar la gratuidad de las operaciones realizadas por los concursados por deuda ajena (la hipoteca y la fianza), hace falta que éstos tuvieran un interés económico en las operaciones, u obtuvieran una ventaja o contraprestación del tercero beneficiario de las operaciones financieras, lo que no se ha acreditado a lo largo del procedimiento.
3. La sentencia de segunda instancia desestimó la apelación y confirmó la sentencia de primera instancia. Declaro que: (i) la fianza puede ser objeto de rescisión concursal, dado que el art. 71 LC admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se limita a actos directos de disposición, sino también a actos que de forma indirecta puedan perjudicar a los acreedores: (ii) la fianza es un acto de disposición a título gratuito, pues puede determinar que finalmente quede comprometido el patrimonio de los concursados.
La sentencia descansa en los criterios sentados en las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 8 de enero de 2009 y de Castellón, Sección 3ª, de 2 de junio de 2011.
4. En el recurso de casación la " *questio iuris* " que plantea es la rescisión de la fianza gratuita de la segunda operación, la prestada en un operación de préstamo personal, acogida al Convenio ICO-PLAN AVANZA.
El recurso de casación
SEGUNDO.-*El motivo único del recurso.*
Se funda en " *la infracción de normas aplicables para resolver los motivos objeto del proceso, en concreto denuncia vulneración del art. 71.2 LC* ".
Antes de entrar en la argumentación del motivo, el recurrente pone de manifiesto que los razonamientos son exclusivamente jurídicos al no estar conforme con la interpretación que hace la sentencia recurrida de los preceptos de la Ley Concursal. No pretende discutir, dice, la valoración de la prueba practicada, ni la gratuidad del presunto acto perjudicial, sino " *solamente la aplicación de la presunción iuris et de iure sobre la que se sustenta la resolución que se impugna"*.
Destaca que la sentencia impugnada del Tribunal de apelación dice: " *la administración concursal invocó la presunción iure et de iure -que no admite prueba en contrario del perjuicio- por considerar que nos encontramos con actos a título gratuito. De la relación de hechos probados resulta acreditado que las personas físicas declaradas en concurso voluntario el 1 de julio de 2009 realizaron dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso actos dispositivos de carácter gratuito a favor de tercero sin recibir nada a cambio, puesto que ha resultado acreditado que el beneficiario del préstamo no eran los concursados sino la sociedad mercantil, por lo que el importe del mimo no entró en el patrimonio de la concursada sino que se integró en el de la codemandada K-MOBEL ESTILO Y DECORACIÓN, S.L.* ".
Sobre la base del art. 71.2, el recurrente denuncia que la presunción *iuris et de iure* de perjuicio que el precepto establece se refiere expresa y únicamente a los " *actos de disposicióna título gratuito* ", a diferencia del art. 878.2 CdeCom de 1885 que se refería a la nulidad de " *actos de dominio y administración* " posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra.
Alega el recurrente que, a diferencia de lo que sucede en la constitución de una carga hipotecaria o pignoraticia, la prestación de una fianza personal es un acto de administración, no de disposición, pues no condiciona la libre disponibilidad de los bienes que integran el patrimonio del deudor, es decir, con la fianza no se dispone del patrimonio, no supone ninguna disminución del activo patrimonial, sino que exclusivamente da lugar a la existencia de un crédito contra el concursado, que deberá incluirse en la lista de acreedores. En consecuencia, concluye, el negocio jurídico de la fianza no es un acto de disposición, no puede ser objeto de rescisión, debiendo mantenerse las pólizas contratadas por el Banco con el prestatario y con el afianzamiento de los concursados.
El objeto del interés casacional del recurrente lo circunscribe, pues, a si debe entenderse incluida la fianza gratuita, dentro de los actos de disposición a que se refiere el art. 71.2 LC.
TERCERO.-*Razones para la desestimación del motivo único.*
Dado el limitado alcance del motivo y de la doctrina que sobre el mismo solicita el recurrente, centraremos la cuestión en los siguientes extremos:
1. El art. 71 LC, referido a las acciones de reintegración, señala que son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa del concurso realizados por el concursado dentro del periodo de los dos años anteriores a la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.
Se presume de forma absoluta este perjuicio (*iuris et de iure)* cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado (art. 71.2 LC). Las garantías personales y reales pueden ser actos susceptibles

de ser afectados por el precepto. Lo esencial y determinante es si el acto, contrato o negocio fue realizado a título oneroso o gratuito por el fiador concursado.
El recurrente plantea el motivo sobre la base de que el supuesto literal del precepto - art. 71.2 LC - se refiere a *"actos de disposición a título gratuito",* en contraposición con el art. 878.2 CdeCom, que se refería a *"actos de dominio y administración"*.
2. En la medida en que la fianza es una garantía a favor de tercero, un negocio obligacional, de riesgo sin inversión, puede derivarse, en caso de incumplimiento de la obligación principal, un perjuicio para la masa activa del fiador concursado, con todo su patrimonio presente y futuro (art. 1911 Cc). Al propio tiempo puede suponer una alteración de la composición de la masa pasiva como consecuencia de la insinuación y reconocimiento, en el concurso del fiador concursado, del importe del crédito del acreedor garantizado en la lista de acreedores, en caso de insuficiencia de la masa activa, por la menor cuota de participación que pudiera corresponderles al resto de los acreedores ordinarios en la liquidación.
3. Por ello, si a cambio de este riesgo potencial (perjuicio para la masa activa) no se recibe una contraprestación que justifique la concesión de la fianza por deuda ajena o, por lo menos, se obtiene una ventaja, una atribución o beneficio patrimonial que lo justifique, es decir, se presta gratuitamente, sin recibir nada a cambio, la mera liberalidad como causa del afianzamiento entraría en juego la presunción *iuris et de iure* de perjuicio a que se refiere el art. 71.2 LC.
En este sentido, la fianza gratuita sería un acto o negocio obligacional, equiparable a un acto de disposición a que se refiere el art. 71.2 LC porque existe un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, perjudicará a la masa activa de dicho concurso.
Se dan, en tal supuesto, todos los requisitos para rescindir la fianza calificada de gratuita de acuerdo con el art. 71.2, al existir la presunción *iuris et de iure* de perjuicio para la masa activa por un acto o contrato realizado por el concursado, en los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin necesidad de que exista intención fraudulenta (art. 71.1 LC).
4. Para evitar la presunción de perjuicio que supone una garantía constituida a favor de tercero, a que se refiere el art. 71.2 LC, corresponderá al acreedor garantizado demostrar la existencia de contraprestación a favor del fiador concursado, carga de la prueba que sólo a él corresponde, aportando elementos fácticos y jurídicos que destruyan la presunción de gratuidad. Pero esta cuestión no es objeto del motivo que fundamenta el recurso, y se aparta de la doctrina solicitada por el recurrente.
En efecto, cuestión distinta es si la prestación de la fianza que se otorga simultáneamente con ocasión de la concesión de la operación de crédito, es o no un acto gratuito. Es el supuesto de las llamadas garantías contextuales, es decir, la fianza otorgada con ocasión de la operación principal, en este caso, la concesión de un crédito a favor de tercero, materia de mayor complejidad sobre la que se ha pronunciado esta Sala en la reciente STS de 30 de abril de 2014, RC 745/2012. Esta es una cuestión no planteada expresamente en el recurso, por lo que no procede pronunciarnos sobre este extremo que lleva aparejadas otras cuestiones que la formulación del motivo no invoca ni razona ni fundamenta. “:STS 21.04.2014 (Sentencia 193/2014; Recurso 914/2012)

AP Alava

“La sentencia que recurre Caja Rural de Navarra considera que el afianzamiento que el 18 de mayo de 2012 prestan a la sociedad A.S.K. Systems S.A. dos de sus socios, D. Jesús María y su esposa Dª Estela, el primero de los cuales es administrador social de la misma, es un acto gratuito que se puede incluir en el art. 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), puesto que ninguna contraprestación recibieron por tal negocio los hoy concursados. Además la propia sociedad ha sido declarada en situación concursal.
El art. 71.1 LC dispone como actos rescindibles los " *actosperjudiciales para la masa activa¿ aunque no hubiera existido intención fraudulenta* ". En este caso no se discute esa intención que no es preciso constatar (SAP Murcia, Secc. 4ª, de 23 de mayo 2008, rec. 354/2006, SAP Álava, Secc. 1ª, de 9 de febrero de 2012, rec. 508/2011), sino que es el carácter pernicioso para el conjunto de bienes y derechos que integran la masa activa conforme al art. 76.1 LC, lo que justifica su rescindibilidad.
Para apreciar el perjuicio patrimonial, entendido como detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado (STS 12 de abril de 2012, rec. 482/2009), la sentencia recurrida se apoya en el apartado 71.2 LC, que presume, sin admitir prueba en contrario, que lo hay en *"¿actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso¿".* No siendo la fianza una liberalidad de uso, la cuestión esencial es si su otorgamiento por el matrimonio de dos socios, que ostentan en conjunto el 78,65 % del capital social, siendo uno de ellos administrador social, constituye un acto gratuito que suponga, como ha resuelto la sentencia impugnada, la rescisión de tal fianza a la sociedad hoy declarada en concurso.
Es discutible si el analizado, un contrato de fianza a una sociedad, puede subsumirse en la amplía conceptuación de "acto" que utiliza el art. 71.1 LC y la propia presunción del art. 71.2. En este caso se asumen obligaciones que se concretan en la fianza simultánea al otorgamiento del préstamo de 100.000 # el 8 de mayo de 2012, sin perjuicio de la general asumida con anterioridad. Al respecto la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 15 de diciembre de 2011, rec. 320/2011, considera que como tales han de entenderse *"¿ tanto los contratos y negocios (unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos), como los pagos (también por compensación) y las declaraciones unilaterales de voluntad que comportan un sacrificio patrimonial, como es el reconocimiento de derechos a favor de terceros, la renuncia de derechos propios e, incluso, el afianzamiento de una deuda ajena* ". Pero el art. 71.2 LC habla de "acto de disposición", y no hay un auténtico desplazamiento de bienes desde el patrimonio de los fiadores al del afianzado. Eventualmente se producirá, si incumple el deudor principal. Pero en el momento de afianzarse, no parece sencillo percibir dicho acto de disposición.
No obstante, no es esa la cuestión litigiosa. Los litigantes han admitido que se produjo un acto de disposición, y se limitan a discutir sobre su carácter gratuito u oneroso. A los términos del litigio se debe el tribunal, de modo

que, si fuera lo primero, cabría usar, como se ha hecho, la fortísima presunción del art. 71.2 LC. Ha de abordarse, en consecuencia, el núcleo de lo debatido.”: SAP Alava (Sección 1) 19.12.2013 (Sentencia 438/2013; Rollo 509/2013)

AP Baleares

“TERCERO.- En orden al primer motivo de apelación, se hace preciso comenzar señalando que es pacífico en la jurisprudencia menor, por todas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección quince, de fecha 8 de enero de 2009 que la fianza puede ser objeto de rescisión concursal. Así la mencionada sentencia expone "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro."
Mas recientemente la Audiencia Provincial de Castellón en sentencia de 2 de junio de 2011 la sección tercera razona: "Por razones de sistemática estimamos que, en primer lugar, debemos examinar el que se expone como segundo motivo en el recurso, la disconformidad de la parte recurrente respecto a la consideración de la fianza como acto de disposición, para seguidamente analizar el primero, como ya hicimos en nuestra anterior Sentencia nº 41 de fecha 15 de febrero de 2011, en la que examinamos un supuesto muy similar al que ahora nos ocupa, relativo a otra acción rescisoria ejercitada por la Administración Concursal de la misma concursada, mercantil Glass Cerámica S.L. contra la concursada, Caixa D?Estalvis de Catalunya y la mercantil Gil-Juan-Guerrero Selecta S.L., siendo objeto de rescisión en aquel procedimiento una garantía constituida por la concursada a favor de la Caixa D?Estalvis de Catalunya en una ampliación de capital de préstamo hipotecario realizada por la mercantil Gil-Juan-Guerrero Selecta S.L.
La parte apelante alega que la fianza personal no constituye un acto de disposición sino de administración, con argumentos respecto a los que nos pronunciamos en la sentencia de esta Sección antes citada, por lo que debemos reiterar lo que dijimos en la misma:
"Dicho argumento lo defiende citando tanto en su escrito de contestación a la demanda, como ahora en el recurso, una serie de resoluciones que según refiere concluían que la fianza no constituye un acto de disposición sino de administración.
Se trata de resoluciones en todo caso ajenas a lo que aquí se enjuicia, no estando en vigor en la fecha de las mismas la Ley Concursal... Entendemos por el contrario que es correcto el criterio del Juez de instancia en cuanto considera que la constitución de una fianza, como la que es objeto de este procedimiento, cae bajo el ámbito de aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal, de igual forma que puede serlo cualquier acto o negocio jurídico.
El artículo 1822 del Código Civil dispone al respecto que "Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste".
.....
En el mismo sentido se refiere a la fianza como un acto de disposición a titulo gratuito el Magistrado José María Fernández Seijo en "Las acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor", incluida en "La reforma Concursal", de Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial.
Dice al respecto que "La nueva Ley, a diferencia del viejo código de comercio, no circunscribe la presunción iuris et iure a las donaciones -que abarcaría donaciones puras pero también las condicionadas y las remuneratorias-, sino a cualquier acto de disposición a titulo gratuito lo que permite incluir negocios jurídicos en los que aunque no haya una disposición directa sí pueden determinar que quede comprometido el patrimonio del concursado -renuncias de derechos, condonaciones de deuda, opciones de compra, fianzas o avales no justificados...-"
La fianza, como recuerda el Juez de instancia, puede ser a titulo oneroso o gratuito (artículo 1823 del Código Civi)l, presumiéndose salvo prueba en contrario su gratuidad en el ámbito mercantil (artículo 441 del Código de Comercio), presunción que no ha sido desvirtuada en el caso enjuiciado ya que no conocemos que haya tenido lugar ninguna contraprestación por el aval prestado, por lo que se rechaza el motivo del recurso, entendiendo presumido el perjuicio y por ello rescindible el acto. "
Resuelto ya que es pacífico que si concurren los demás requisitos que deben analizarse de los actos jurídicos considerados perjudiciales la fianza es un acto jurídico rescindible (...)
La garantía personal sobre el patrimonio del concursado, como ha expuesto de forma concorde las sentencias en esta materia, es un acto jurídico rescindible si concurren los presupuesto del art 71 y 72 de LC en cuanto merma la disposición del patrimonio que tendrán los acreedores en beneficio de uno sólo (aquel a cuyo favor se ha constituido la fianza) siempre que en ésta concurran las notas que la ley concursal define para ser objeto de rescisión”: SAP Baleares (Sección 5) 17.01.2012 (Sentencia 16/2012; Rollo 420/2011)

AP Madrid

“II.- La fianza como acto dispositivo y su carácter gratuito u oneroso.
El artículo 71.1 de la Ley Concursal permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La administración concursal en la demanda impugna la constitución por la concursada de una fianza solidaria

en garantía de deuda ajena por ser perjudicial para la masa activa, debiendo además presumirse el perjuicio por tratarse de un acto de disposición a título gratuito (artículo 71.2 de la Ley Concursal).
Cuestionado por la prestamista que la constitución de una fianza sea un acto dispositivo y que dicho acto lo sea a título gratuito, la sentencia considera que a los efectos de la presunción del artículo 71.2 de la Ley Concursal el elemento esencial no es el carácter dispositivo del acto sino la gratuidad que es donde radica el perjuicio para la masa activa, para indicar a continuación que la fianza a favor de deuda ajena no constituye una acto a título gratuito al tener que atenderse a la relación trilateral (prestamista-prestatario-fiador) y existir una clara vinculación entre el prestatario y el fiador.
La administración concursal insiste en su recurso de apelación en la calificación del acto impugnado como acto de disposición a título gratuito que es rechazado por la prestamista apelada.
II.1.- La fianza como acto dispositivo.
Este tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en su sentencia de fecha 14 de junio de 2013 sobre la calificación de la constitución de garantías personales como actos de disposición a los efectos de la rescisión concursal, cuyos razonamientos seguimos a continuación.
En la referida sentencia indicábamos que desde un punto de vista técnico-jurídico estricto los actos de disposición comprenderían los traslativos de derechos, las renuncias y la constitución de derechos reales.
La constitución de relaciones obligatorias no encajaría, en principio, entre los negocios de disposición. Sin embargo, consideramos necesario abordar el tratamiento del asunto en el marco específico del Derecho Concursal y, más en concreto, a los efectos de una institución como la rescisión concursal, cuya finalidad es la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en el plazo de los dos años anteriores a la declaración de concurso para así posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del su patrimonio.
Pues bien, en ese ámbito concreto consideramos que la categoría de los actos de disposición debe ser entendida en sentido más amplio que el anteriormente expuesto, de forma que pueda comprender, para así cumplir más adecuadamente la finalidad propia de dicha institución, todos los actos realizados por el deudor que entrañen perjuicio para la masa activa, lo que ha de abarcar tanto las salidas inmediatas de bienes como otras conductas que, de modo activo o pasivo, también comporten un sacrificio patrimonial, como también lo es el reconocimiento de derechos a terceros y, emparentado con ello, como es el supuesto que nos ocupa, afianzar deudas ajenas.
En este último caso, el garante compromete todo o parte de su patrimonio en el cumplimiento de obligaciones adquiridas por un tercero, lo que repercute en su situación patrimonial, que a efectos del tráfico mercantil ya es considerada por los que operan en su seno como afecta a tal responsabilidad (así, figura entre los riesgos que interesan al Banco de España -CIRBE), incidiendo en las posibilidades de futuro endeudamiento, y además ello repercute en los intereses de sus propios acreedores que pueden ver mermado el soporte patrimonial que debería responder ante ellos. Por lo tanto, no sólo las enajenaciones del activo deben ser subsumidas en el concepto de acto de disposición que interesa a este régimen de la rescisión concursal sino también la constitución de garantías que entrañan para el patrimonio del garante un gravamen significativo con el que se arriesga, de modo concreto, todo o buena parte de él y se afecta a la consideración que éste merece en el tráfico económico y jurídico.
En el mismo sentido, un importante sector doctrinal entiende que: "El término «acto de disposición» debe entenderse en un sentido amplio, pues abarca tanto los contratos y negocios (unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos), los pagos (también por compensación) y las declaraciones unilaterales de voluntad que comportan un sacrificio patrimonial, como es el reconocimiento de derechos a favor de terceros, la renuncia de derechos propios e, incluso, el afianzamiento de una deuda ajena" (Eutimio en Tratado Judicial de la Insolvencia).”: SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 229/2014; Rollo 769/2012)

“SEGUNDO.- Sobre el tratamiento de las garantías personales ante la acción rescisoria concursal.
Uno de los puntos debatidos en este proceso es la posibilidad o no de subsumir la constitución de garantías personales para asegurar el cumplimiento de una obligación de un tercero, cuando lo fuera a título gratuito, en la previsión del artículo 71.2 de la LC, lo que supondría la consideración, por ministerio de la ley, sin admitir prueba en contra, de la existencia de perjuicio para la masa activa, por ser consustancial al acto de que se trataba.
La dificultad jurídica que entraña la aplicación del referido precepto de la Ley Concursal cuando se trata de la constitución de garantías personales en beneficio de tercero es que la literalidad de la referida norma menciona de modo explícito a los actos de disposición y cabe, en efecto, suscitar polémica a propósito de si pueden ser subsumidas aquéllas en tal categoría. Desde un punto de vista técnico-jurídico estricto los actos de disposición comprenderían los traslativos de derechos, las renuncias y la constitución de derechos reales; sin embargo, la constitución de relaciones obligatorias no encajarían, en principio, entre los negocios de disposición. Ahora bien, como ya señalamos en la sentencia de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 14 de junio de 2013, y lo ha entendido también así la Sala 1ª del TS en sentencia de 21 abril de 2014, es preciso abordar el tratamiento de este asunto en el marco específico del Derecho concursal y, más en concreto, a los efectos de una institución tan peculiar como la rescisión concursal, cuya finalidad es la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso para así posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. Pues bien, en ese ámbito concreto consideramos que la categoría de los actos de disposición debe ser entendida en sentido más amplio que el anteriormente expuesto, de forma que pueda comprender, para así cumplir más adecuadamente la finalidad propia de dicha institución, todos los actos realizados por el deudor que entrañen perjuicio para la masa activa, lo que ha de abarcar tanto las salidas inmediatas de bienes como

otras conductas que, de modo activo o pasivo, asimismo comporten un sacrificio patrimonial, como también lo es el reconocimiento de derechos a terceros y, emparentado con ello, como es el supuesto que nos ocupa, afianzar deudas ajenas. En este último caso el interesado involucra todo o parte de su patrimonio en el cumplimiento de obligaciones adquiridas por tercero, lo que repercute en su situación patrimonial, que a efectos del tráfico mercantil ya es considerada por los que operan en su seno como afecta a tal responsabilidad (así, figura entre los riesgos que interesan al Banco de España -CIRBE), incidiendo en las posibilidades de futuro endeudamiento, y además ello repercute en los intereses de sus propios acreedores que pueden ver mermado el soporte patrimonial que debería responder ante ellos. Por lo tanto no sólo las enajenaciones del activo deben ser subsumidas en el concepto de acto de disposición que interesa a este régimen de la rescisión concursal sino también la constitución de garantías que entrañan para el patrimonio del garante un gravamen significativo con el que se arriesga, de modo concreto, todo o buena parte de él y se afecta a la consideración que éste merece en el tráfico económico y jurídico.
No ha de perderse de vista que cuando se analiza el concepto de sacrificio patrimonial en el ámbito de la rescisión concursal resultan relevantes tanto las reducciones de la masa patrimonial del deudor luego concursado como los no incrementos de la misma que deberían haberse producido, porque todo ello va a incidir sobre la hipotética cuota de satisfacción que debería corresponder a sus acreedores. Dentro de las primeras, es decir, las minoraciones de patrimonio, deben entenderse tanto las de incidencia cuantitativa como las de índole cualitativa, entre las cuales debemos señalar la constitución de gravámenes y el otorgamiento de garantías. Asimismo, el Tribunal Supremo (sentencia de la Sala 1ª de 8 de noviembre de 2012) ha explicado que la Ley Concursal no sólo dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa, es decir, de todos los que supongan un sacrificio patrimonial injustificado.”: SAP Madrid (Sección 28) 10.12.2014 (Sentencia 352/2014; Rollo 63/2013)

1.5.1 Onerosidad de las garantías contextuales, sin que ello excluya el posible perjuicio para la masa ni la rescisión de la garantía aislada de la operación garantizada. Aplicabilidad de la presunción del art 71.3.1.

Tribunal Supremo

“2. La onerosidad de las garantía por deuda ajena
26. No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.
27. A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano, que al regular la acción revocatoria extraconcursal en el artículo 2901 del Código Civil dispone que "agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito" (a los efectos de esta norma, la prestación de garantías, incluso por deudas de otro, son consideradas a título oneroso cuando son contextuales al crédito garantizado)-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.
28. Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Llegge fallimentare que la asimila a otros actos onerosos "sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, [...]". (también son revocados, si el curador [administrador concursal] prueba que la otra parte conoció el estado de insolvencia del deudor, los pagos de deudas líquidas y exigibles, los actos a título oneroso y los constitutivos de un derecho de prelación por deudas, también de tercero, contextualmente creados [...]).
3. El perjuicio en las garantías de obligaciones de sociedades del mismo grupo
29. Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco. “:STS 08.11.2012 (Sentencia 652/2012; Recurso 836/2010)

“QUINTO.- Enunciación y fundamento del motivo
1.-El único motivo de casación se encabeza con el siguiente epígrafe: «Infracción de los artículos 71 y 73 de la LC ».
2.-El motivo se fundamenta en varios argumentos, que, resumidos, son: (i) Si se considera onerosa la operación no cabe su resolución (sic) sin acreditar un perjuicio patrimonial, que no existe pues el grupo societario de la concursada, y por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero en forma de varios préstamos. (ii) Fijada la onerosidad de la operación no son aplicables las presunciones de los apartados 2 y 3 del art. 71 de la Ley Concursal y es preciso analizar las prestaciones recíprocas de las partes para ver si realmente existe un desequilibrio patrimonial y un perjuicio a la masa activa que justifique su reintegración. (iii) Las prestaciones recíprocas son el otorgamiento de la hipoteca por parte de la concursada y la entrega de la suma objeto del préstamo por CAIXA CATALUNYA, lo que excluye que exista perjuicio patrimonial pues la concursada se ha beneficiado de las sumas prestadas por CAIXA CATALUNYA. (iv) El tratamiento de la operación como gratuita, pese a calificarla de onerosa, por no haber recibido la concursada nada de CAIXA CATALUNYA, es incompatible con la calificación que el Tribunal Supremo da a este tipo de operaciones. (v) Las consecuencias de la resolución (sic) deben ser la vuelta al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiere concluido; no puede desligarse la hipoteca del negocio jurídico subyacente, el préstamo al grupo empresarial, y debe declararse la resolución (sic) de toda la operación y la obligación de la concursada de restituir a CAIXA CATALUNYA, de forma simultánea, las sumas recibidas con sus intereses.
SEXTO.- Valoración de la Sala. Naturaleza onerosa o gratuita de la garantía a favor de tercero. El perjuicio patrimonial en las garantías intragrupo
1.-Las acciones de reintegración son instrumentos esenciales para la satisfacción de los intereses de los acreedores, que constituye la finalidad primordial del concurso. Mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la *par condicio creditorum.*
2.-Entre los actos que pueden ser objeto de las acciones de reintegración están los constitutivos de garantías reales sobre bienes inmuebles, porque implican una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito. Es por ello que han de considerarse actos de carácter dispositivo sobre el patrimonio.
3.-De acuerdo con el régimen de las acciones de reintegración de la Ley Concursal, las garantías reales sobre bienes inmuebles, como es el caso de la hipoteca, prestadas por el deudor concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso pueden ser objeto de rescisión cuando constituyan un acto de disposición a título gratuito pues en tal caso el perjuicio para la masa se presume sin que sea admisible prueba en contrario (art. 71.2 de la Ley Concursal); cuando constituyan un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado o se hayan constituido a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, y no se pruebe la falta de perjuicio patrimonial (art. 71.3.1º y 2º); y, en general, cuando se pruebe que han causado un perjuicio para la masa activa.
Para el ejercicio de estas acciones no es preciso probar la existencia de fraude.
Ello sin perjuicio de que puedan ejercitarse otras acciones de impugnación de las garantías constituidas por el deudor, no necesariamente dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que procedan conforme a Derecho, de acuerdo con las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene la propia Ley Concursal (actual art. 71.7, en relación al 72, de la Ley Concursal).
4.-Por garantía a favor de tercero se entiende la constituida para garantizar el cumplimiento de una obligación en la que el obligado principal es una persona ajena al que presta la garantía personal o real. El art. 1822 del Código Civil prevé en su primer párrafo que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este. El art. 1857 "in fine" del Código Civil prevé que las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes. Se trata en ambos casos de garantías constituidas a favor de terceros, en un supuesto de carácter obligacional y en otro de carácter real.
5.-Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza.
En la sentencia núm. 487/2013, de 10 de julio, afirmamos que en la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (art. 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (art. 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría.
La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. **Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, *y por tanto onerosa,* pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.**
6.-Que la garantía constituida en favor de tercero sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en el art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el

perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario.
Resulta favorecido por la constitución de la garantía el acreedor, pues aumenta la calidad de su crédito al poder dirigirse contra otro patrimonio, en la fianza personal, o contra bienes ajenos al deudor mediante un procedimiento de ejecución, con posibilidad de persecución "erga omnes" [frente a todos] y preferencia para el cobro del crédito garantizado, en la garantía real. Pero también resulta favorecido el deudor principal, puesto que la constitución coetánea de esa garantía posibilita la concesión de crédito y favorece su posición.
Por tanto, la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.1 de la Ley Concursal se aplica a la garantía constituida para garantizar, valga la redundancia, la obligación contraída por una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que la garante, puesto que se trata de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el garante declarado posteriormente en concurso, en la medida en que recibe el crédito (art. 93.2.3º de la Ley Concursal).
7.-El juego de esta presunción "iuris tantum" pierde importancia en el caso objeto del recurso porque los tribunales de instancia han considerado probada la existencia de perjuicio patrimonial, que consistiría en que la sociedad garante no ha recibido atribución ni beneficio patrimonial alguno en el negocio respecto del que ha constituido la garantía hipotecaria, por lo que no sería preciso acudir al juego de la presunción para establecer la existencia de perjuicio.
Ahora bien, la recurrente impugna también este extremo de la sentencia recurrida, pues considera que la existencia de grupo excluye el perjuicio patrimonial en las garantías "intragrupo" pues la sociedad garante se beneficia de las sumas prestadas a otra sociedad del grupo.
8.-El perjuicio para la masa consiste en el sacrificio patrimonial injustificado del deudor que posteriormente es declarado en concurso.
Para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, constituirá la masa activa de dicho concurso, ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía.
No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto.
9.-En las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía.
Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del "interés de grupo" para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el "interés del grupo" pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.
Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un "patrimonio de grupo", ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo.
No puede aceptarse por tanto la afirmación de la recurrente de que no existe perjuicio para la masa porque el grupo societario de la concursada y, por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero por los préstamos con relación a los cuales se constituyeron las hipotecas. El dinero lo ha recibido la otra sociedad. No lo ha recibido "el grupo", que carece de personalidad como tal, ni la concursada, que se limitó a hipotecar su nave industrial para garantizar el préstamo concedido a la otra sociedad, y las sentencias de instancia consideran probado que la concursada no recibió contraprestación alguna, pues tales préstamos no sirvieron siquiera para que la prestataria saldara la deuda que mantenía con la garante, la posteriormente declarada en concurso.
Por otra parte, sería un contrasentido que la misma circunstancia que sirve de fundamento a la presunción "iuris tantum" de perjuicio, como es el carácter "intragrupo" de la garantía prestada, sea la que excluya la existencia de perjuicio por entender que el mero interés de grupo lo excluye.
10.-En consecuencia, la constitución de una hipoteca por parte de la concursada sobre la nave industrial de su propiedad, en la que desarrollaba su actividad industrial, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin recibir contraprestación alguna, directa ni indirectamente, constituye un acto dispositivo oneroso que ha causado un perjuicio patrimonial al deudor declarado en concurso y por tanto susceptible de rescisión.": STS 30.04.2014 (Sentencia 100/2014; Recurso 745/2012)

"II. *RECURSO DE CASACIÓN*
CUARTO.-*Primer motivo y sus razonamientos.*
Se articula en los siguientes términos: *"Infracción por no aplicación del art. 71.2 LC en relación a la existencia de causa onerosa o gratuita en el acto de disposición discutido, infringiéndose por ello los arts. 1823 CC y 441 CdCom".*
El recurrente reconoce que *"los hechos en que se fundamenta la onerosidad de la fianza objeto de discusión integran el supuesto fáctico y son inatacables en casación",* pero sí la onerosidad o gratuidad en tanto que son conceptos jurídicos que, como *"quaestio iuris"* (cuestión de Derecho), son revisables en casación.

En este sentido no comparte que los elementos fácticos o hechos probados tengan la significación jurídica, en concreto que el nuevo hecho de que el Sr. Amadeo sea socio y administrador de Uco, determine que el acto de afianzamiento del Sr. Amadeo por las eventuales deudas de Uco sea un acto oneroso. Entiende que la onerosidad exige una *"equivalencia de intereses",* una contraprestación y ésta no puede ser futura o hipotética. Cita la STS de 8 de noviembre de 2012 sobre las garantías contextuales prestadas en *"interés del grupo",* pero, afirma el recurrente, que aunque se presuma en este caso la onerosidad, no se puede excluir la gratuidad.
Cita también la STS de 13 de diciembre de 2013 que se refiere a que es necesario apreciar si ha existido una *"real reciprocidad de intereses",* lo que le lleva a considerar que la *"contraprestación futura"* a que hace referencia la sentencia impugnada no es una contraprestación idónea para justificar la reciprocidad. Concluye que de los hechos probados no podían conducir a considerar oneroso el afianzamiento prestado a la concursada.
QUINTO-*Criterio de la Sala sobre las garantías contextuales. Desestimación del motivo*
El motivo se desestima por las razones que se exponen a continuación:
1. La STS núm. 100/2014, de 30 de abril (fundamento de derecho sexto, 5 in fine) señaló que: *"La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero".*
En el presente caso, es un hecho indiscutible que la contragarantía o contra aval prestado por el Sr. Amadeo y otros se prestó simultáneamente con el otorgamiento del afianzamiento de Isba en el préstamo personal concedido por Sa Nostra a Uco Rehabilitación, S.L. por importe de 580.000.-#. Por consiguiente, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC por no ostentar la garantía el carácter de gratuito.
2. Ello no obstante, como se señalaba en la mencionada STS núm. 100/2014, de 30 de abril, *"[Q]ue la garantía sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario".* Y añadía que el perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado *"ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto".*
En el presente caso, la sentencia recurrida fue categórica: " *[E]n el caso concreto la Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el préstamo garantizado cuenta con la justificación de que pretende dotar de liquidez a una sociedad de participación mayoritaria a quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado, en la suma de 580.000.-#, y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó se pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de la persona física que es su socio mayoritario. Se desconoce si esta cantidad es o no desorbitada o desproporcionada en atención al valor aproximado del patrimonio del Sr. Amadeo, pues no obra en autos referencia alguna a éste, ni siquiera el informe de la Administración concursal y la valoración prestada por dicho fiador a la Caja de Ahorros".*
Por tanto, en el presente supuesto que es objeto del recurso, se reconoce la existencia de un beneficio patrimonial indirecto, por lo que no cabe declarar la ineficacia de la garantía prestada por el Sr. Amadeo en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 71.3.1 º y 2º LC.": STS 02.06.2015 (Sentencia 289/2015; Recurso 1471/2013)

"II. *RECURSO DE CASACIÓN*SEXTO.-*Primer motivo y sus razonamientos.*
Se formula el motivo en los siguientes términos: "i *nfracción por no aplicación del art. 71.2 LC en relación a la existencia de causa onerosa o gratuita en el acto de disposición discutido, infringiéndose por ello los arts. 1274 y 1823 CC y 441 CdCom".*
Como señalamos en el motivo anterior, en el recurso núm. 1471/2013, la Administración concursal del Sr. Valentín, interpuso un motivo de casación en idénticos términos a los aquí planteados, siendo iguales sus razonamientos. Se trataba aquél de un recurso contra la sentencia de la misma Audiencia Provincia, Sección 5ª, que desestimó la pretensión de la administración concursal de declarar ineficaz y rescindir también un afianzamiento prestado por el Sr. Valentín a favor de una sociedad de garantía recíproca que había prestado un afianzamiento a Uco frente a Sa Nostra con ocasión de un préstamo personal concedido a la sociedad. El recurso fue desestimado.
En el presente caso, las razones que llevan a la administración concursal del Sr. Valentín a fundar el presente motivo es análogo: (i) la onerosidad y gratuidad son conceptos jurídicos que son revisables en casación; (ii) la onerosidad exige una *"equivalencia de intereses",* una contraprestación; (iii) el Tribunal, tomando el criterio de la STS de 8 de noviembre de 2012, sobre garantías contextuales, *"en interés del Grupo",* de las que presume la onerosidad no por ello se excluye la gratuidad; (iv) que la *"contraprestación futura"* a que hace referencia la sentencia impugnada no es una contraprestación idónea para justificar la reciprocidad; y (v) según la recurrente, la valoración jurídica de los hechos probados solo puede llevar a la estimación de la gratuidad de la garantía en aplicación del art. 441 del CdCom.
SÉPTIMO.-*Criterio de la Sala sobre el carácter de las garantías contextuales. Desestimación del motivo.*
Al igual que desestimamos el recurso de casación núm. 1471/2013 mediante sentencia de 2 de junio de 2015

por los fundamentos que de la misma resultan (fundamento de derecho octavo) igual suerte debe correr el presente motivo, porque idénticas son las razones allí expuestas:
En efecto, el motivo se desestima por las razones que se exponen a continuación:
1. La STS núm. 100/2014, de 30 de abril (fundamento de derecho sexto, 5 in fine) señaló que: *"La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero".*
En el presente caso, es un hecho indiscutible que la contragarantía o contra aval prestado por el Sr. Valentín y otros, se prestó simultáneamente con el otorgamiento del afianzamiento de Isba en el préstamo personal concedido por Sa Nostra a Uco Rehabilitación, S.L. por importe de 580.000.-#. Por consiguiente, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC por no ostentar la garantía el carácter de gratuito.
2. Ello no obstante, como se señalaba en la STS mencionada núm. 100/2014, de 30 de abril, *"[q]ue la garantía sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario".* Y añadía que el perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado *"ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto".*
En el presente caso, la sentencia recurrida fue categórica: " *[E]n el caso concreto la Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el préstamo garantizado cuenta con la justificación de que pretende dotar de liquidez a una sociedad de participación mayoritaria a quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado, en la suma de 580.000.-#, y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó se pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de la persona física que es su socio mayoritario. Se desconoce si esta cantidad es o no desorbitada o desproporcionada en atención al valor aproximado del patrimonio del Sr. Valentín, pues no obra en autos referencia alguna a éste, ni siquiera el informe de la Administración concursal y la valoración prestada por dicho fiador a la Caja de Ahorros".*
Por tanto, en el presente supuesto que es objeto del recurso, se reconoce la existencia de un beneficio patrimonial indirecto, por lo que no cabe declarar la ineficacia de la garantía prestada por el Sr. Valentín en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 71.3.1 º y 2º LC. ":STS 02.06.2015 (Sentencia 290/2015; Recurso 1732/2013)

"TERCERO.-*Criterio de la Sala sobre la contextualidad de las garantías prestadas por el concursado. Estimación del recurso*.
El motivo se estima por las razones que se exponen a continuación:
1. La STS núm. 100/2014, de 30 de abril (fundamento de derecho sexto, 5 in fine) señaló que: *"La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero".*
En el presente caso el afianzamiento fue prestado simultáneamente con la concesión del préstamo del Banco Gallego a favor de Agroquijada, S.L., que sirvió para renovar otro préstamo que vencía el mismo día de su concesión. Por tanto, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación, la de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC por no tener la garantía el carácter de gratuito.
Si la fianza hubiera sido gratuita, como ya señalábamos en la STS 193/2014, de 21 de abril, aunque el art. 71.2 LC se refiera a *"actos de disposición a título gratuito",* la fianza *"sería un acto o negocio obligacional, equiparable a un acto de disposición... porque existe un sacrificio injustificado del patrimonio del garante que, posteriormente, tras la declaración de concurso, perjudicará a la masa activa de dicho concurso".* Pero no es el caso enjuiciado en el presente recurso.
2. Ello no obstante, como se señala en la STS mencionada núm. 100/2014, de 30 de abril, *"[q]ue la garantía sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario".* Y añadía que el perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado *"ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un*

beneficio patrimonial indirecto".
3. En el presente caso, ante la eventualidad de que el supuesto pudiera acomodarse en la presunción *iuris tantum* que prevé el art. 71.3.2º LC al prestarse la garantía en un crédito en sustitución de otro despojado de la misma, ha quedado acreditado y no refutado por la administración concursal: 1º) que los consortes Eulalia Cesar son los únicos accionistas de la sociedad Agroquijada, S.L. de carácter familiar; 2º) que, conjuntamente con su hijo Ernesto, son ejecutivos y administradores de la sociedad prestataria; 3º) que como administradores, de acuerdo con los datos de la memoria acompañada como documento nº 1, en el escrito de contestación de la demanda integrante de las cuentas anuales de Agroquijada, S.L., aquéllos tenían asignada una retribución anual de 223.918,98.-# y como personal de alta dirección, tampoco objetado por la administración concursal, la cuantía de 181.590,89.-#; 4º) que la cantidad prestada se destinó a pagar íntegramente un préstamo que vencía el mismo día que, de no ser así, el Banco podía ejecutar inmediatamente, malbaratando los rendimientos con los que se alimenta la economía familiar.
Por tanto, en el presente supuesto, concurre la existencia de un beneficio directo para la sociedad al obtener un nuevo aplazamiento, que le ha permitido seguir con su actividad social y, una ventaja patrimonial indirecta para fiadores que pueden seguir percibiendo las retribuciones antes expresadas en el seno de una empresa familiar, que siguen controlando y participando en la conducta comercial y contractual de la misma. Esta ventaja o beneficio patrimonial es tan relevante que deja sin efecto la producción de perjuicio.": STS 03.06.2015 (Sentencia 295/2015; Recurso 2012/2013)

"II. *RECURSO DE CASACIÓN*CUARTO.-*Primer motivo del recurso y su desestimación.*
Se formula en los siguientes términos: "i *nfracción por no aplicación del art. 71.2 LC en relación a la existencia de causa onerosa o gratuita en el acto de disposición discutido, infringiéndose por ello los arts. 1823 CC y 441 CdCom"*
Los razonamientos que siguen son análogos a los que la administración concursal del Sr. Torcuato desarrolló en los motivos que fundaron los recursos de casación interpuestos contra distintas entidades, incluso contra Sa Nostra. Nos referimos a los recursos de casación 1471/2013 contra la Sentencia de la misma Audiencia Provincial, sección 5ª, de fecha 23 de abril de 2013 y RC 1732/2013, contra la sentencia de 6 de junio de 2013. Ambos motivos fueron desestimados por esta Sala, en sentencias de 2 de junio de 2015.
En el presente recurso, el motivo debe ser igualmente desestimado, por las mismas razones.
En síntesis, la administración concursal recurrente entiende que la fianza prestada por el Sr. Torcuato a Piqalba Properties, S.L. frente a la entidad de crédito Sa Nostra, es gratuita por las siguientes razones: (i) la onerosidad y gratuidad son conceptos jurídicos que son revisables en casación; (ii) la onerosidad exige una *"equivalencia de intereses",* una contraprestación; (iii) el Tribunal, tomando el criterio de la STS de 8 de noviembre de 2012, sobre garantías contextuales, *"en interés del grupo",* de las que presume la onerosidad no excluye la gratuidad; (iv) que la *"contraprestación futura"* a que hace referencia la sentencia impugnada no es una contraprestación idónea para justificar la reciprocidad; y (v) según la recurrente, la valoración jurídica de los hechos probados solo puede llevar a la estimación de la gratuidad de la garantía en aplicación del art. 441 del CdCom.
Las razones que asistieron a la Sala para su desestimación, fueron los siguientes:
1. La STS núm. 100/2014, de 30 de abril (fundamento de derecho sexto, 5 in fine) señaló que: *"La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero".*
En el presente caso, es un hecho indiscutible que la contragarantía o contra aval prestado por el Sr. Torcuato y otros se prestó simultáneamente con el préstamo personal concedido por Sa Nostra a Piqalba Properties, S.L. por importe de 150.000.-#. Por consiguiente, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC por no ostentar la garantía el carácter de gratuito.
Si la fianza hubiera sido gratuita, como ya señalábamos en la STS 193/2014, de 21 de abril, aunque el art. 71.2 LC se refiera a *"actos de disposición a título gratuito",* la fianza *"sería un acto o negocio obligacional, equiparable a un acto de disposición... porque existe un sacrificio injustificado del patrimonio del garante que, posteriormente, tras la declaración de concurso, perjudicará a la masa activa de dicho concurso".* Pero no es el caso enjuiciado en el presente recurso.
2. Ello no obstante, como se señalaba en la STS mencionada núm. 100/2014, de 30 de abril, *"[q]ue la garantía sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario".* Y añadía que el perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado *"ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto".*
En el presente caso, la sentencia recurrida fue categórica: "La Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el contrato en el cual se ha prestado el aval se trata de obtener la explotación de una industria geriátrica, con la adquisición del inmueble en el que se ubica y un establecimiento preparado para dicha actividad y así obtener beneficios, en actividad, además, relacionada con la profesión del concursado, la circunstancia de que finalmente no haya cumplido su objetivo es irrelevante, pues debe estarse a las circunstancias existentes

cuando se concertó el contrato, un año y cuatro meses antes de la declaración del artículo 5.3 de la LC, con la lógica esperanza de obtener beneficios económicos con la explotación de la actividad, y se desconoce la situación de la sociedad en aquella fecha, que se debió ver indudablemente mejorada con la adquisición de este importante activo, lo cual contribuyó a incrementar el valor de las participaciones sociales de la íntegra titularidad del Sr. Torcuato...

>> Podría plantearse, a los efectos de determinar si el sacrificio patrimonial es injustificado, si la exigencia de un aval o compromiso de aval puede considerarse como tal, atendida la existencia de una garantía prendaria, pero no puede olvidarse que los vendedores autorizaron la constitución de una hipoteca para hacer obras de rehabilitación, que, ciertamente, en caso de no abonarse, podría suponer un notable detrimento de la garantía prendaria, y suponer la pérdida del inmueble en el que se ubica la industria geriátrica, y tal prenda, aunque existente, sería de un valor económico nulo o muy escaso".

Por tanto, en el presente supuesto, se reconoce la existencia de un beneficio patrimonial indirecto, por lo que no cabe declarar la ineficacia de la garantía prestada por el Sr. Torcuato y otros con base a los supuestos contemplados en el art. 71.3.1 º y 2º LC, pues el perjuicio debió ser probado por quien ejercita la acción rescisoria, conforme establece el art. 71.4 LC.": STS 03.06.2015 (Sentencia 294/2015; Recurso 1912/2013)

"FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Mecánica de Castrillón, S.A. (MECSA) fue declarada en concurso de acreedores mediante auto de fecha 12 de marzo de 2012.

La totalidad del capital social de MECSA es titularidad de Talleres Asipo, S.L. (TAS).

El 29 de julio de 2011 se formalizaron las siguientes relaciones contractuales: dos préstamos con garantía hipotecaria y afianzamiento, concedidos por Banco Santander a favor de TAS, uno por importe de 626.000 euros y otro por importe de 137.500 euros; su devolución fue afianzada por MECSA, quien además constituyó una hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre una finca de su propiedad sita en el POLÍGONO000 (concejo de Llanera), cuyo valor de tasación era 1.948.063,56 euros; MECSA se constituyó, además, en fiador solidario del prestatario, renunciando a los beneficios de orden, excusión y división.

En otras ocasiones, TAS había garantizado los préstamos y créditos que eran concedidos a MECSA:

i) El 26 de julio de 2011 y el 25 de abril de 2012, Banco de Santander concedió a MECSA créditos por importe de 500.000 euros, 225.000 euros y 450.000 euros, que fueron afianzados solidariamente por TAS;

ii) El 28 de diciembre de 2010 y el 18 de julio de 2011, Bankia concedió a MECSA créditos por 130.000 euros y 100.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza solidaria;

iii) El 4 de mayo 2010 y 29 julio 2011, el Banco Caixa Xeral concedió a MECSA créditos por 200.000 euros y 290.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza;

iv) El 12 de diciembre de 2008, Asturgar concedió a MECSA una línea de avales mediante póliza de "Contrato de regularización de relaciones de afianzamiento" por 600.000 euros, que TAS afianzó con renuncia a los beneficios de orden, exclusión y división;

v) El 26 de julio de 2011, el BBVA concedió a MECSA un préstamo hipotecario por 358.000 euros que fue avalado solidariamente por TAS;

vi) Y, finalmente, los días 5 de abril de 2006, 31 de marzo de 2010 y 27 de julio de 2011, la entidad Novacaixagalicia concedió a MECSA créditos por 300.000 euros, 300.000 euros y 450.000 euros, respectivamente, que también fueron avalados por TAS.

2. La Administración concursal de MECSA solicitó la rescisión concursal de la constitución de hipoteca realizada el 29 de julio de 2011, en garantía de los préstamos concedidos por Banco Santander a TAS. La demanda entendía que la concesión de la garantía debía entenderse realizada a título gratuito, por lo que operaba la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC, que no admite prueba en contrario. Y era a título gratuito porque MECSA no percibió ninguna contraprestación por la concesión de la garantía.

3. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda porque, teniendo en cuenta que TAS era titular de la totalidad del capital social de MECSA, «no puede sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto en cuanto existen operaciones previas a la hipoteca en las cuales TAS afianza solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación».

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal. La Audiencia rechaza el recurso. Después de una explicación de cómo opera la presunción de perjuicio iuris et de iure del art. 71.2 LC, la sentencia de apelación advierte que las dos sociedades, TAS y MECSA, formaban parte de un grupo y que la constitución de la garantía hipotecaria por parte de MECSA, además de ser contextual a la concesión de los dos préstamos a favor de TAS, no podía analizarse aisladamente, sino en el contexto de las operaciones de financiación del grupo, en las que destacaba que los créditos y préstamos bancarios concedidos a favor de MECSA eran afianzados por TAS.

Al respecto y, sobre todo, en relación con el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, resulta muy ilustrativa la última argumentación con la que concluye la desestimación del recurso:

«(...) lo que encontramos finalmente de los datos admitidos como ciertos es que la filial MECSA, en el período de tiempo comprendido entre los años 2006 y 2012, acudió a obtener financiación externa de una manera reiterada por un total de 3.903.000 euros, disponiendo en cada una de tales operaciones del aval constituido por la sociedad dominante TAS, todo lo cual debe ser valorado como una contribución patrimonial por parte de esta última a la consecución de tal financiación y con ello a posibilitar que MECSA pudiera continuar operando en el mercado. Es en este contexto, y no de manera aislada, donde debe ser enmarcada la operación ahora enjuiciada por la cual MECSA procede el 26 julio 2011 a constituir una garantía real y una fianza personal para responder de los préstamos solicitados por TAS por un importe total de 763.500 euros, pues el conjunto de

circunstancias descritas conduce a entender que entre ambas sociedades ha existido un flujo recíproco de garantías en términos suficientes para poder aceptar la onerosidad de esta última operación».
5. Frente a la sentencia de apelación, la administración concursal de MECSA interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y recurso de casación que también se articula en un solo motivo. (…)
TERCERO. Recurso de casación
1. Formulación del motivo. En la formulación del motivo se denuncia la infracción del art. 71 LC. En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de apelación, al igual que la de primera instancia, infringe aquel precepto al no apreciar la rescisión concursal de las hipotecas constituidas por una filial a favor de su matriz.
Según el recurrente, la sentencia recurrida se extralimita de «la recta interpretación y aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal », e incurre en una «indebida consideración de los conceptos de onerosidad, perjuicio patrimonial y presunción», con lo que se aleja de la «exigua aunque sugerente doctrina de esta Excma. Sala». Y cita las sentencias de 13 de diciembre de 2010 y 8 de noviembre de 2012.
En relación con el argumento de la Audiencia de que en otras ocasiones el crédito bancario recibido por la concursada había sido afianzado por TAS, la matriz, la recurrente afirma que «una cosa es que no sea exigible una reciprocidad, entendida ésta como equivalencia de prestaciones, y otra admitir que cualquier actuación recíproca sirva para enervar la gratuidad»
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
2. Desestimación del motivo. Jurisprudencia aplicable al caso. Conforme al art. 71.2 LC, «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso».
Como declaramos en la sentencia 193/2014, de 21 de abril, la prestación de una garantía, personal o real, podría considerarse acto de disposición a título gratuito, y por lo tanto podría estar afectada por la presunción de perjuicio, siempre y cuando se estimara que la causa fue la mera liberalidad:
«(S)e presume de forma absoluta este perjuicio (iuris et de iure) cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado (art. 71.2 LC). Las garantías personales y reales pueden ser actos susceptibles de ser afectados por el precepto. Lo esencial y determinante es si el acto, contrato o negocio fue realizado a título oneroso o gratuito por el fiador concursado».
En la actualidad, en el caso de constitución de una hipoteca para garantizar una deuda ajena, para determinar cuándo la causa es onerosa o gratuita, la jurisprudencia tiene en cuenta si la concesión de la garantía es contextual a la concesión del crédito garantizado.
Cuando la concesión de la garantía es contextual, la jurisprudencia entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella.
Por el contrario, cuando la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, y por ello no fuera contextual, debe entenderse que la causa es la mera liberalidad, salvo, lógicamente, que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja.
Esta jurisprudencia se contiene en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, que constituye la sentencia de referencia en la materia. En ella se superan las primeras aproximaciones contenidas en las sentencias citadas por el recurso (sentencias 791/2010, de 13 de diciembre, y 652/2012, 8 de noviembre), y su doctrina ha sido reiterada por todas las sentencias posteriores que se han tenido que pronunciar sobre esta cuestión (sentencias 290/2015, de 2 de junio; 289/2015, de 2 de junio; 294/2015, de 3 de junio; y 295/2015, de 3 de junio). En la reseñada sentencia 100/2014, de 30 de abril, afirmamos:
«Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza [...]. La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero».
3. En nuestro caso, consta que la constitución de la garantía por MECSA fue contextual a la concesión de los dos préstamos a favor de TAS, que se garantizaban con la hipoteca, en beneficio del prestamista, Banco Santander. Por ello, la Audiencia entendió correctamente que la causa de la concesión de la hipoteca no fue la mera liberalidad, máxime cuando la prueba practicada mostraba que fue exigida por la entidad financiera para acceder a la concesión de los préstamos.
El que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio iuris et de iure, no excluye que la concesión de la garantía no pueda ser rescindida si se estima perjudicial para la masa, esto es, si no se acredita que el sacrificio patrimonial que suponía la hipoteca, en cuanto que reducía el valor del activo gravado, estaba justificado.
Como afirmamos en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, habrá que valorar «si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía». Teniendo en cuenta que «no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto».
La Audiencia ha entendido, de forma razonable, que la constitución de la hipoteca se encuentra justificada por las garantías que a su vez la matriz TAS había concedido y siguió concediendo durante ese tiempo, para hacer posible que MECSA pudiera acceder a la financiación externa. En concreto, según ha quedado probado, en ese tiempo el crédito financiero recibido por MECSA que fue a su vez afianzado por TAS ascendía a un total de

3.903.000 euros. De tal forma que la ventaja o el beneficio venía representado porque a su vez TAS facilitaba la obtención de financiación externa.
En consecuencia, procede desestimar el motivo. “:STS 31.03.2017 (Sentencia 213/2017; Recurso 1836/2014)

”FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO. Resumen de antecedentes
1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.
Mecánica de Castrillón, S.A. (MECSA) fue declarada en concurso de acreedores mediante auto de fecha 23 de enero de 2012.
La totalidad del capital social de MECSA es titularidad de Talleres Asipo, S.L. (TAS).
El 29 de julio de 2011 se formalizaron las siguientes relaciones contractuales: un préstamo con garantía hipotecaria y afianzamiento, concedido por Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra (luego, NCG y en la actualidad Abanca) a favor de TAS, por un importe de 750.000 euros; su devolución fue afianzada por MECSA, quien además constituyó una hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre una finca de su propiedad sita en el Polígono de Silvota (concejo de Llanera), cuyo valor de tasación era 1.232.500 euros; MECSA se constituyó, además, en fiador solidario del prestatario, renunciando a los beneficios de orden, excusión y división.
En otras ocasiones, TAS había garantizado las préstamos y créditos que eran concedidos a MECSA:
i) El 26 de julio de 2011 y el 25 de abril de 2012, Banco de Santander concedió a MECSA créditos por importe de 500.000 euros, 225.000 euros y 450.000 euros, que fueron afianzados solidariamente por TAS;
ii) El 28 de diciembre de 2010 y el 18 de julio de 2011, Bankia concedió a MECSA créditos por 130.000 euros y 100.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza solidaria;
iii) El 4 de mayo de 2010 y 29 de julio de 2011 el Banco Caixa Xeral concedió a MECSA créditos por 200.000 euros y 290.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza;
iv) El 12 de diciembre de 2008, Asturgar concedió a MECSA una línea de avales mediante póliza de "Contrato de regularización de relaciones de afianzamiento" por 600.000 euros, que TAS afianzó con renuncia a los beneficios de orden, exclusión y división;
v) El 26 de julio de 2011, el BBVA concedió a MECSA un préstamo hipotecario por 358.000 euros que fue avalado solidariamente por TAS;
vi) y, finalmente, los días 5 de abril de 2006, 31 de marzo de 2010 y 27 de julio de 2011, la entidad Nova Caixa Galicia concedió a MECSA créditos por 300.000 euros, 300.000 euros y 450.000 euros, respectivamente, que también fueron avalados por TAS.
2. La Administración concursal de MECSA solicitó la rescisión concursal de la constitución de hipoteca y del afianzamiento realizados en la escritura de 29 de julio de 2011, en garantía de los préstamos concedidos por NCG a TAS. La demanda entendía que la concesión de la garantías debía conceptuarse como realizada a título gratuito, por lo que operaba la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC, que no admite prueba en contrario. Y era a título gratuito porque MECSA no percibió ninguna contraprestación por la concesión de la garantía.
3. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda porque, teniendo en cuenta que TAS era titular de la totalidad del capital social de MECSA, «no puede sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto en cuanto existen operaciones previas a la hipoteca en las cuales TAS afianza solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación».
4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal. La Audiencia rechaza el recurso. Después de una explicación de cómo opera la presunción de perjuicio iuris et de iure del art. 71.2 LC, la sentencia de apelación advierte que las dos sociedades, TAS y MECSA, formaban parte de un grupo y que la constitución de la garantía hipotecaria por parte de MECSA, además de ser contextual a la concesión del préstamo a favor de TAS, no podía analizarse aisladamente, sino en el contexto de las operaciones de financiación del grupo, en las que destacaba que los créditos y préstamos bancarios concedidos a favor de MECSA eran afianzados por TAS.
Al respecto y, sobre todo, en relación con el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, resulta muy ilustrativa la última argumentación con la que concluye la desestimación del recurso:
«(...) lo que encontramos finalmente de los datos admitidos como ciertos es que la filial MECSA, en el período de tiempo comprendido entre los años 2006 y 2012, acudió a obtener financiación externa de una manera reiterada por un total de 3.903.000 euros, disponiendo en cada una de tales operaciones del aval constituido por la sociedad dominante TAS, todo lo cual debe ser valorado como una contribución patrimonial por parte de esta última a la consecución de tal financiación y con ello a posibilitar que MECSA pudiera continuar operando en el mercado. Es en este contexto, y no de manera aislada, donde debe ser enmarcada la operación ahora enjuiciada por la cual MECSA procede el 26 julio 2011 a constituir una garantía real y una fianza personal para responder de los préstamos solicitados por TAS por un importe total de 725.000 euros, pues el conjunto de circunstancias descritas conduce a entender que entre ambas sociedades ha existido un flujo recíproco de garantías en términos suficientes para poder aceptar la onerosidad de esta última operación».
5. Frente a la sentencia de apelación, la administración concursal de MECSA interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y recurso de casación que también se articula en un solo motivo.
Esta sala se ha pronunciado recientemente sobre un caso muy similar: la misma administración concursal había solicitado, por razones semejantes a las invocadas en este pleito, la rescisión concursal de otra escritura de constitución de hipoteca y afianzamiento prestados por la concursada (MECSA) para garantizar otro préstamo concedido por otra entidad bancaria a favor de TAS (sociedad matriz del grupo al que pertenece MECSA); el juzgado que tramita el concurso resolvió en el mismo sentido y la audiencia también. Los motivos que ahora fundan los recursos extraordinario por infracción procesal y casación son sustancialmente los

mismos que fueron resueltos en aquella otra sentencia (213/2017, de 31 de marzo), que constituye un precedente en el presente caso, del que no encontramos razón alguna para separarnos. Por esta razón, en la resolución de los presentes recursos, emplearemos los mismos razonamientos. Tan sólo omitiremos la mención que en el precedente se hacía al efecto del allanamiento de la entidad bancaria, porque en el presente caso no existió. (…)

TERCERO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. En la formulación del motivo se denuncia la infracción del art. 71 LC. En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de apelación, al igual que la de primera instancia, infringe aquel precepto al no apreciar la rescisión concursal de las hipotecas constituidas por una filial a favor de su matriz.

Según el recurrente, la sentencia recurrida se extralimita de «la recta interpretación y aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal », e incurre en una «indebida consideración de los conceptos de onerosidad, perjuicio patrimonial y presunción», con lo que se aleja de la «exigua aunque sugerente doctrina de esta Excma. Sala». Y cita las sentencias de 13 de diciembre de 2010 y 8 de noviembre de 2012.

En relación con el argumento de la Audiencia de que en otras ocasiones el crédito bancario recibido por la concursada había sido afianzado por TAS, la matriz, la recurrente afirma que «una cosa es que no sea exigible una reciprocidad, entendida ésta como equivalencia de prestaciones, y otra admitir que cualquier actuación recíproca sirva para enervar la gratuidad»

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación, y que coinciden con las empleadas en la sentencia de referencia (213/2017, de 31 de marzo), pues el motivo se formuló y desarrolló en los mismos términos, con las únicas diferencias relativas a la concreta operación impugnada.

2. Desestimación del motivo. Jurisprudencia aplicable al caso. Conforme al art. 71.2 LC, «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso».

Como declaramos en la sentencia 193/2014, de 21 de abril, la prestación de una garantía, personal o real, podría considerarse acto de disposición a título gratuito, y por lo tanto podría estar afectada por la presunción de perjuicio, siempre y cuando se estimara que la causa fue la mera liberalidad:

«(S)e presume de forma absoluta este perjuicio (iuris et de iure) cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado (art. 71.2 LC). Las garantías personales y reales pueden ser actos susceptibles de ser afectados por el precepto. Lo esencial y determinante es si el acto, contrato o negocio fue realizado a título oneroso o gratuito por el fiador concursado».

En la actualidad, en el caso de constitución de una hipoteca para garantizar un deuda ajena, para determinar cuándo la causa es onerosa o gratuita, la jurisprudencia tiene en cuenta si la concesión de la garantía es contextual a la concesión del crédito garantizado.

Cuando la concesión de la garantía es contextual, la jurisprudencia entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella.

Por el contrario, cuando la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, y por ello no fuera contextual, debe entenderse que la causa es la mera liberalidad, salvo, lógicamente, que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja.

Esta jurisprudencia se contiene en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, que constituye la sentencia de referencia en la materia. En ella se superan las primeras aproximaciones contenidas en las sentencias citadas por el recurso (sentencias 791/2010, de 13 de diciembre, y 652/2012, 8 de noviembre), y su doctrina ha sido reiterada por todas las sentencias posteriores que se han tenido que pronunciar sobre esta cuestión (sentencias 290/2015, de 2 de junio; 289/2015, de 2 de junio; 294/2015, de 3 de junio; y 295/2015, de 3 de junio). En la reseñada sentencia 100/2014, de 30 de abril, afirmamos:

«Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza [...]. La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá
correspectiva a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero».

3. En nuestro caso, consta que la constitución de la garantía por MECSA fue contextual a la concesión del préstamo a favor de TAS, que se garantizaba con la hipoteca, en beneficio del prestamista, NCG. Por ello, la Audiencia entendió correctamente que la causa de la concesión de la hipoteca no fue la mera liberalidad, máxime cuando la prueba practicada mostraba que fue requerida por la entidad financiera para la concesión de los préstamos.

El que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio iuris et de iure, no excluye que la concesión de la garantía no pueda ser rescindida si se estima perjudicial para la masa, esto es, si no se acredita que el sacrificio patrimonial que suponía la hipoteca, en cuanto que reducía el valor del activo gravado, estaba justificado.

Como afirmamos en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, habrá que valorar «si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía». Teniendo en cuenta que «no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto».

La Audiencia ha entendido, de forma razonable, que la constitución de la hipoteca se encuentra justificada por las garantías que a su vez la matriz TAS había concedido y siguió concediendo durante ese tiempo, para hacer

posible que MECSA pudiera acceder a la financiación externa. En concreto, según ha quedado probado, en ese tiempo el crédito financiero recibido por MECSA que fue a su vez afianzado por TAS ascendía a un total de 3.903.000 euros. De tal forma que la ventaja o el beneficio venía representado porque a su vez TAS facilitaba la obtención de financiación externa.
En consecuencia, procede desestimar el motivo.": STS 27.06.2017 (Sentencia 404/2017; Recurso 1837/2014)

"FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO. Resumen de antecedentes
1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.
Mecánica de Castrillón, S.A. (MECSA) fue declarada en concurso de acreedores mediante Auto de fecha 23 de enero de 2012.
La totalidad del capital social de MECSA es titularidad de Talleres Asipo, S.L. (TAS).
El 29 de julio de 2011 se formalizaron las siguientes relaciones contractuales: un préstamo concedido por Banco Caixa Geral, S.A. a favor de TAS, por un importe de 388.000 euros, afianzado por MECSA; otro préstamo a favor de MECSA, y afianzado por TAS, por un importe de 290.000 euros; y la constitución por MECSA de una hipoteca a favor de la entidad de crédito sobre una finca de su propiedad sita en el Polígono de Silvota (concejo de Llanera), cuyo valor de tasación era 1.493.379,25 euros, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esos dos préstamos y también de una previa línea de crédito para el anticipo de facturas por un importe de 150.000 euros, que había sido concedido el 4 de mayo de 2010 a favor de TAS y estaba afianzada por MECSA.
En otras ocasiones, TAS había garantizado las préstamos y créditos que eran concedidos a MECSA:
i) El 26 de julio de 2011 y el 25 de abril de 2012, Banco de Santander concedió a MECSA créditos por importe de 500.000 euros, 225.000 euros y 450.000 euros, que fueron afianzados solidariamente por TAS;
ii) El 28 de diciembre de 2010 y el 18 de julio de 2011, Bankia concedió a MECSA créditos por 130.000 euros y 100.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza solidaria;
iii) El 4 de mayo 2010 y 29 julio 2011 el Banco Caixa Geral concedió a MECSA créditos por 200.000 euros y 290.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza;
iv) El 12 de diciembre de 2008, Asturgar concedió a MECSA una línea de avales mediante póliza de "Contrato de regularización de relaciones de afianzamiento" por 600.000 euros, que TAS afianzó con renuncia a los beneficios de orden, exclusión y división;
v) El 26 de julio de 2011, el BBVA concedió a MECSA un préstamo hipotecario por 358.000 euros que fue avalado solidariamente por TAS;
vi) y, finalmente, los días 5 de abril de 2006, 31 de marzo de 2010 y 27 de julio de 2011, la entidad Nova Caixa Galicia concedió a MECSA créditos por 300.000 euros, 300.000 euros y 450.000 euros, respectivamente, que también fueron avalados por TAS.
2. La Administración concursal de MECSA solicitó la rescisión concursal de la constitución de hipoteca y del afianzamiento realizados en la escritura de 29 de julio de 2011, en garantía del préstamo y la línea de descuento concedidos por Banco Caixa Geral a favor de TAS. La demanda entendía que la concesión de las garantías debía conceptuarse realizadas a título gratuito, por lo que debía operar la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC, que no admite prueba en contrario. Y era a título gratuito porque MECSA no percibió ninguna contraprestación por la concesión de la garantía.
3. El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda porque, teniendo en cuenta que TAS era titular de la totalidad del capital social de MECSA, no podía sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto en cuanto existían operaciones previas en las cuales TAS afianzaba solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación.
4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal. La Audiencia rechaza el recurso. Después de una explicación de cómo opera la presunción de perjuicio iuris et de iure del art. 71.2 LC, la sentencia de apelación advierte que las dos sociedades, TAS y MECSA, formaban parte de un grupo y que la constitución de la garantía hipotecaria por parte de MECSA, además de ser contextual a la concesión de los créditos a favor de TAS, no podía analizarse aisladamente, sino en el contexto de las operaciones de financiación del grupo, en las que destacaba que los créditos y préstamos bancarios concedidos a favor de MECSA eran afianzados por TAS.
Al respecto y, sobre todo, en relación con el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, resulta muy ilustrativa la última argumentación con la que concluye la desestimación del recurso:
«(...) lo que encontramos finalmente de los datos admitidos como ciertos es que la filial MECSA, en el período de tiempo comprendido entre los años 2006 y 2012, acudió a obtener financiación externa de una manera reiterada por un total de 3.903.000 euros, disponiendo en cada una de tales operaciones del aval constituido por la sociedad dominante TAS, todo lo cual debe ser valorado como una contribución patrimonial por parte de esta última a la consecución de tal financiación y con ello a posibilitar que MECSA pudiera continuar operando en el mercado. Es en este contexto, y no de manera aislada, donde debe ser enmarcada la operación ahora enjuiciada por la cual MECSA procede el 26 julio 2011 a constituir una garantía real para responder del préstamo solicitado por TAS por un importe total de 388.000 euros así como de la línea para descuentos de facturas por importe de 388.000 euros, pues el conjunto de circunstancias descritas conduce a entender que entre ambas sociedades ha existido un flujo recíproco de garantías en un grado suficiente para poder aceptar la onerosidad de esta última operación».
5. Frente a la sentencia de apelación, la administración concursal de MECSA interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y recurso de casación que también se articula en un solo motivo.
Esta sala se ha pronunciado recientemente sobre un caso muy similar: la misma administración concursal había solicitado, por razones semejantes a las invocadas en este pleito, la rescisión concursal de otra escritura

de constitución de hipoteca y afianzamiento prestados por la concursada (MECSA) para garantizar otro préstamo concedido por otra entidad bancaria a favor de TAS (sociedad matriz del grupo al que pertenece MECSA); el juzgado que tramita el concurso resolvió en el mismo sentido y la audiencia también. Los motivos que ahora fundan los recursos extraordinario por infracción procesal y casación son sustancialmente los mismos que fueron resueltos en aquella otra sentencia 213/2017, de 31 de marzo, que constituye un precedente en el presente caso, del que no encontramos razón alguna para separarnos. Por esta razón, en la resolución de los presentes recursos, emplearemos los mismos razonamientos. (…)

TERCERO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. En la formulación del motivo se denuncia la infracción del art. 71 LC. En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de apelación, al igual que la de primera instancia, infringen aquel precepto al no apreciar la rescisión concursal de las hipotecas constituidas por una filial a favor de su matriz.

Según el recurrente, la sentencia recurrida se extralimita de «la recta interpretación y aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal », e incurre en una «indebida consideración de los conceptos de onerosidad, perjuicio patrimonial y presunción», con lo que se aleja de la «exigua aunque sugerente doctrina de esta Excma. Sala». Y cita las sentencias de 13 de diciembre de 2010 y 8 de noviembre de 2012.

En relación con el argumento de la Audiencia de que en otras ocasiones el crédito bancario recibido por la concursada había sido afianzado por TAS, la matriz, la recurrente afirma que «una cosa es que no sea exigible una reciprocidad, entendida ésta como equivalencia de prestaciones, y otra admitir que cualquier actuación recíproca sirva para enervar la gratuidad»

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación, y que coinciden sustancialmente con las empleadas en la sentencia de referencia (sentencia 213/2017, de 31 de marzo), pues el motivo se formuló y desarrolló en los mismos términos, con las únicas diferencias relativas a la concreta operación impugnada.

2. Desestimación del motivo. Jurisprudencia aplicable al caso. Conforme al art. 71.2 LC, «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso».

Como declaramos en la sentencia 193/2014, de 21 de abril, la prestación de una garantía, personal o real, podría considerarse acto de disposición a título gratuito, y por lo tanto podría estar afectada por la presunción de perjuicio, siempre y cuando se estimara que la causa fue la mera liberalidad:

«(S)e presume de forma absoluta este perjuicio (iuris et de iure) cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado (art. 71.2 LC). Las garantías personales y reales pueden ser actos susceptibles de ser afectados por el precepto. Lo esencial y determinante es si el acto, contrato o negocio fue realizado a título oneroso o gratuito por el fiador concursado».

En la actualidad, en el caso de constitución de una hipoteca para garantizar un deuda ajena, para determinar cuándo la causa es onerosa o gratuita, la jurisprudencia tiene en cuenta si la concesión de la garantía es contextual a la concesión del crédito garantizado.

Cuando la concesión de la garantía es contextual, la jurisprudencia entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella.

Por el contrario, cuando la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, y por ello no fuera contextual, debe entenderse que la causa es la mera liberalidad, salvo, lógicamente, que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja.

Esta jurisprudencia se contiene en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, que constituye la sentencia de referencia en la materia. En ella se superan las primeras aproximaciones contenidas en las sentencias citadas por el recurso (sentencias 791/2010, de 13 de diciembre, y 652/2012, 8 de noviembre), y su doctrina ha sido reiterada por todas las sentencias posteriores que se han tenido que pronunciar sobre esta cuestión (sentencias 290/2015, de 2 de junio; 289/2015, de 2 de junio; 294/2015, de 3 de junio; y 295/2015, de 3 de junio). En la reseñada sentencia 100/2014, de 30 de abril, afirmamos:

«Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza [...]. La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero».

3. En nuestro caso, la hipoteca fue constituida por MECSA para garantizar obligaciones derivadas de dos préstamos que son claramente contextuales, el de 388.000 euros que ese mismo día 29 de julio de 2011 recibió TAS y el de 290.000 euros que la propia MECSA recibió también ese mismo día.

La hipoteca se extendió a otra operación de crédito anterior, una póliza de anticipo de facturas por importe de 150.000 euros, que había sido concedida el 4 de mayo de 2010 a favor de TAS y estaba avalada por MECSA. La constitución de la garantía hipotecaria sobre esta última obligación no es propiamente contextual, pues el crédito se había concedido un año antes, pero no se trata de una garantía sobre deuda ajena, en la medida en que cuando se constituye la hipoteca, MECSA había asumido ya la obligación propia del fiador.

Sin perjuicio de que la constitución de la garantía era fruto de una operación global, que goza de una causa común que impide desglosar una y otra operación para juzgar sobre su rescisión concursal, respecto de la garantía hipotecaria sobre las obligaciones derivadas de la póliza de anticipo de facturas, estaríamos no tanto bajo la presunción de perjuicio iuris et de iure por haberse realizado un acto a título gratuito (art. 71.2 LC),

como bajo la presunción de perjuicio iuris tantum por haberse constituido una garantía sobre una obligación preexiste (art. 71.3.2º LC).
En cualquier caso, si nos ceñimos al motivo del recurso, debemos concluir que, a la vista de lo expuesto, la causa de la concesión de la hipoteca no fue la mera liberalidad, y por ello no opera la presunción del art. 71.2 LC.
El que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio iuris et de iure, no excluye que la concesión de la garantía no pueda ser rescindida si se estima perjudicial para la masa, esto es, si no se acredita que el sacrificio patrimonial que suponía la hipoteca, en cuanto que reducía el valor del activo gravado, estaba justificado.
Como afirmamos en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, habrá que valorar «si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía». Teniendo en cuenta que «no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto».
La Audiencia ha entendido, de forma razonable, que la constitución de la hipoteca se encuentra justificada por las garantías que a su vez la matriz TAS había concedido y siguió concediendo durante ese tiempo, para hacer posible que MECSA pudiera acceder a la financiación externa. En concreto, según ha quedado probado, en ese tiempo el crédito financiero recibido por MECSA que fue a su vez afianzado por TAS ascendía a un total de 3.903.000 euros. De tal forma que la ventaja o el beneficio venía representado porque a su vez TAS facilitaba la obtención de financiación externa.
En consecuencia, procede desestimar el motivo.”: STS 27.06.2017 (Sentencia 406/2017; Recurso 1838/2014)

“FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO. Resumen de antecedentes
1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.
Mecánica de Castrillón, S.A. (MECSA) fue declarada en concurso de acreedores mediante Auto de fecha 23 de enero de 2012.
La totalidad del capital social de MECSA es titularidad de Talleres Asipo, S.L. (TAS).
El 26 de julio de 2011 se formalizaron las siguientes relaciones contractuales: un préstamo con garantía hipotecaria, concedido por Caja de Ahorros de Asturias (luego, Liberbank) a favor de TAS, por un importe de 410.000 euros; su devolución fue afianzada por MECSA, quien además constituyó una hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre una finca de su propiedad sita en el POLÍGONO000 (concejo de Llanera), cuyo valor de tasación era 1.522.107,75 euros.
En otras ocasiones, TAS había garantizado las préstamos y créditos que eran concedidos a MECSA:
i) El 26 de julio de 2011 y el 25 de abril de 2012, Banco de Santander concedió a MECSA créditos por importe de 500.000 euros, 225.000 euros y 450.000 euros, que fueron afianzados solidariamente por TAS;
ii) El 28 de diciembre de 2010 y el 18 de julio de 2011, Bankia concedió a MECSA créditos por 130.000 euros y 100.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza solidaria;
iii) El 4 de mayo 2010 y 29 julio 2011 el Banco Caixa Geral concedió a MECSA créditos por 200.000 euros y 290.000 euros, respecto de los que TAS prestó fianza;
iv) El 12 de diciembre de 2008, Asturgar concedió a MECSA una línea de avales mediante póliza de "Contrato de regularización de relaciones de afianzamiento" por 600.000 euros, que TAS afianzó con renuncia a los beneficios de orden, exclusión y división;
v) El 26 de julio de 2011, el BBVA concedió a MECSA un préstamo hipotecario por 358.000 euros que fue avalado solidariamente por TAS;
vi) y, finalmente, los días 5 de abril de 2006, 31 de marzo de 2010 y 27 de julio de 2011, la entidad Nova Caixa Galicia concedió a MECSA créditos por 300.000 euros, 300.000 euros y 450.000 euros, respectivamente, que también fueron avalados por TAS.
2. La Administración concursal de MECSA solicitó la rescisión concursal de la constitución de hipoteca realizada el 26 de julio de 2011, en garantía del préstamo concedido por Liberbank a TAS. La demanda entendía que la concesión de la garantía debía conceptuarse como realizada a título gratuito, por lo que debía operar la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC, que no admite prueba en contrario. Y era a título gratuito porque MECSA no percibió ninguna contraprestación por la concesión de la garantía.
3. El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda porque, teniendo en cuenta que TAS era titular de la totalidad del capital social de MECSA, no podía sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto en cuanto existían operaciones previas a la hipoteca en las cuales TAS afianzaba solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación.
4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal. La Audiencia rechaza el recurso. Después de una explicación de cómo opera la presunción de perjuicio iuris et de iure del art. 71.2 LC, la sentencia de apelación advierte que las dos sociedades, TAS y MECSA, formaban parte de un grupo y que la constitución de la garantía hipotecaria por parte de MECSA, además de ser contextual a la concesión del préstamo a favor de TAS, no podía analizarse aisladamente, sino en el contexto de las operaciones de financiación del grupo, en las que destacaba que los créditos y préstamos bancarios concedidos a favor de MECSA eran afianzados por TAS.
Al respecto y, sobre todo, en relación con el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, resulta muy ilustrativa la última argumentación con la que concluye la desestimación del recurso:
«(...) lo que encontramos finalmente de los datos admitidos como ciertos es que la filial MECSA, en el período de tiempo comprendido entre los años 2006 y 2012, acudió a obtener financiación externa de una manera reiterada por un total de 3.903.000 euros, disponiendo en cada una de tales operaciones del aval constituido por la sociedad dominante TAS, todo lo cual debe ser valorado como una contribución patrimonial por parte de

esta última a la consecución de tal financiación y con ello a posibilitar que MECSA pudiera continuar operando en el mercado. Es en este contexto, y no de manera aislada, donde debe ser enmarcada la operación ahora enjuiciada por la cual MECSA procede el 26 julio 2011 a constituir una garantía real para responder del préstamo solicitado por TAS por un importe total de 410.000 euros, pues el conjunto de circunstancias descritas conduce a entender que entre ambas sociedades ha existido un flujo recíproco de garantías en términos suficientes para poder aceptar la onerosidad de esta última operación».

5. Frente a la sentencia de apelación, la administración concursal de MECSA interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y recurso de casación que también se articula en un solo motivo.

Esta sala se ha pronunciado recientemente sobre un caso muy similar: la misma administración concursal había solicitado, por razones semejantes a las invocadas en este pleito, la rescisión concursal de otra escritura de constitución de hipoteca y afianzamiento prestados por la concursada (MECSA) para garantizar otro préstamo concedido por otra entidad bancaria a favor de TAS (sociedad matriz del grupo al que pertenece MECSA); el juzgado que tramita el concurso resolvió en el mismo sentido y la audiencia también. Los motivos que ahora fundan los recursos extraordinario por infracción procesal y casación son sustancialmente los mismos que fueron resueltos en aquella otra sentencia 213/2017, de 31 de marzo, que constituye un precedente en el presente caso, del que no encontramos razón alguna para separarnos. Por esta razón, en la resolución de los presentes recursos, emplearemos los mismos razonamientos. Tan sólo omitiremos la mención que en el precedente se hacía al efecto del allanamiento de la entidad bancaria, porque en el presente caso no existió. (…)

TERCERO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. En la formulación del motivo se denuncia la infracción del art. 71 LC. En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de apelación, al igual que la de primera instancia, infringen aquel precepto al no apreciar la rescisión concursal de las hipotecas constituidas por una filial a favor de su matriz.

Según el recurrente, la sentencia recurrida se extralimita de «la recta interpretación y aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal », e incurre en una «indebida consideración de los conceptos de onerosidad, perjuicio patrimonial y presunción», con lo que se aleja de la «exigua aunque sugerente doctrina de esta Excma. Sala». Y cita las sentencias de 13 de diciembre de 2010 y 8 de noviembre de 2012.

En relación con el argumento de la Audiencia de que en otras ocasiones el crédito bancario recibido por la concursada había sido afianzado por TAS, la matriz, la recurrente afirma que «una cosa es que no sea exigible una reciprocidad, entendida ésta como equivalencia de prestaciones, y otra admitir que cualquier actuación recíproca sirva para enervar la gratuidad»

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación, y que coinciden con las empleadas en la sentencia de referencia (sentencia 213/2017, de 31 de marzo), pues el motivo se formuló y desarrolló en los mismos términos, con las únicas diferencias relativas a la concreta operación impugnada.

2. Desestimación del motivo. Jurisprudencia aplicable al caso. Conforme al art. 71.2 LC, «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso».

Como declaramos en la sentencia 193/2014, de 21 de abril, la prestación de una garantía, personal o real, podría considerarse acto de disposición a título gratuito, y por lo tanto podría estar afectada por la presunción de perjuicio, siempre y cuando se estimara que la causa fue la mera liberalidad:

«(S)e presume de forma absoluta este perjuicio (iuris et de iure) cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado (art. 71.2 LC). Las garantías personales y reales pueden ser actos susceptibles de ser afectados por el precepto. Lo esencial y determinante es si el acto, contrato o negocio fue realizado a título oneroso o gratuito por el fiador concursado».

En la actualidad, en el caso de constitución de una hipoteca para garantizar un deuda ajena, para determinar cuándo la causa es onerosa o gratuita, la jurisprudencia tiene en cuenta si la concesión de la garantía es contextual a la concesión del crédito garantizado.

Cuando la concesión de la garantía es contextual, la jurisprudencia entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella.

Por el contrario, cuando la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, y por ello no fuera contextual, debe entenderse que la causa es la mera liberalidad, salvo, lógicamente, que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja.

Esta jurisprudencia se contiene en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, que constituye la sentencia de referencia en la materia. En ella se superan las primeras aproximaciones contenidas en las sentencias citadas por el recurso (sentencias 791/2010, de 13 de diciembre, y 652/2012, 8 de noviembre), y su doctrina ha sido reiterada por todas las sentencias posteriores que se han tenido que pronunciar sobre esta cuestión (sentencias 290/2015, de 2 de junio; 289/2015, de 2 de junio; 294/2015, de 3 de junio; y 295/2015, de 3 de junio). En la reseñada sentencia 100/2014, de 30 de abril, afirmamos:

«Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza [...]. La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero».

3. En nuestro caso, consta que la constitución de la garantía por MECSA fue contextual a la concesión del

préstamo a favor de TAS, que se garantizaba con la hipoteca, en beneficio del prestamista, Caja de Ahorros de Asturias (luego, Liberbank). Por ello, la Audiencia entendió correctamente que la causa de la concesión de la hipoteca no fue la mera liberalidad, máxime cuando la prueba practicada mostraba que fue requerida por la entidad financiera para la concesión de los préstamos.
El que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio iuris et de iure, no excluye que la concesión de la garantía no pueda ser rescindida si se estima perjudicial para la masa, esto es, si no se acredita que el sacrificio patrimonial que suponía la hipoteca, en cuanto que reducía el valor del activo gravado, estaba justificado.
Como afirmamos en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, habrá que valorar «si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía». Teniendo en cuenta que «no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto».
La Audiencia ha entendido, de forma razonable, que la constitución de la hipoteca se encuentra justificada por las garantías que a su vez la matriz TAS había concedido y siguió concediendo durante ese tiempo, para hacer posible que MECSA pudiera acceder a la financiación externa. En concreto, según ha quedado probado, en ese tiempo el crédito financiero recibido por MECSA que fue a su vez afianzado por TAS ascendía a un total de 3.903.000 euros. De tal forma que la ventaja o el beneficio venía representado porque a su vez TAS facilitaba la obtención de financiación externa.
En consecuencia, procede desestimar el motivo.”: STS 27.06.2017 (Sentencia 407/2017; Recurso 1843/2014)

AP Baleares

“PRIMERO.- En la demanda, la Administración concursal de D. Romualdo y de Dª Sara solicita la rescisión de fianzas otorgadas por dichos concursados, a favor de las entidad Alcover Miralles SLU- también en situación de concurso, pero con distinta Administración Concursal- a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares en garantía de un contrato de préstamo personal otorgado por dicha entidad bancaria a las indicadas sociedades. Se argumenta que las fianzas prestadas en fechas 27.08.2.010 y 31.07.2009, antes del transcurso del plazo de dos años, (ya que el concurso se acordó en auto de 6.07.2.011), son disposiciones a título gratuito del artículo 71.2 de la LC; que ninguna contraprestación obtienen los concursados avalando tales pólizas, y la única beneficiaria es la entidad de crédito y dichos actos comportan un empobrecimiento de dichos dos fiadores en perjuicio de sus acreedores y son actos de disposición a título gratuito, y en su patrimonio no obtienen nada a cambio de verse gravados con los importes antes indicados. Efectúa petición subsidiaria de que se declare dicho acto como perjudicial y a favor de personas especialmente relacionadas con los concursados, conforme al art. 71.3 LC; y, subsidiariamente, acreditación de la existencia de un perjuicio patrimonial.
La representación de los dos concursados se allanó a la demanda.
La representación de la Caja de Ahorros de Baleares se opuso a esta pretensión alegando la onerosidad de la garantía, que se trata de un acto ordinario, y la inexistencia de perjuicio.
La sentencia de instancia estima la demanda, y como aspectos más relevantes, indica que la clave reside en si existe o no alguna contraprestación a favor de los fiadores a cambio de afianzar con su patrimonio las deudas de la sociedad, y existiendo vinculación entre todas las concursadas, probar que existe un sacrificio patrimonial que resulte justificado por las circunstancias y que permita sostener la bonanza de la operación en función de los intereses en juego, en beneficio de los acreedores del concurso de dichos fiadores, y la respuesta es negativa, por considerar que los demandantes concursados no cobran ni han cobrado nada como dividendos ni por retribución en el cargo de administrador social; son ingresos procedentes de las rentas de su patrimonio, en 40 años no les había sido exigida una garantía personal; es una empresa familiar, y " en modo alguno se ha probado la forma o manera en que las participaciones e intereses económicos en la sociedad provocan el beneficio o aumento del valor patrimonial de la persona físicas que comprometen su patrimonio por cuenta de terceros", y la empresa fue declarada en concurso por estar en insolvencia, por no poder cumplir con regularidad sus obligaciones exigibles.
Dicha resolución ha sido apelada por la representación de la Caja de Ahorros de Baleares en petición de una sentencia desestimatoria, con los argumentos que más adelante se indicarán.
La Administración concursal y la representación de los demandados presentan escrito de oposición en petición de confirmación de la sentencia recurrida.
SEGUNDO.-En cuanto a la acción principal ejercitada, conforme al artículo 71.2 LC, dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración (rescisión) es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y, ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la

garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil), ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores.
Como acertadamente se indica en la sentencia de instancia, la clave es determinar si los afianzamientos cuya rescisión se solicita actos gratuitos u onerosos.
En cuanto a la onerosidad de las garantías por deuda ajena -entre las que pudiera hallarse un afianzamiento solidario o un hipotecante no deudor, la STS de 8 de noviembre de 2.012, indica que " *No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.*
1 *A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano,.....-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.*
2 *Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto....."*
En la sentencia de esta Sala de 17 de enero de 2.012 se cita la SAP de Barcelona Sec 15 de 8.01.2.009, y de Castellón de 2.06.2.011, entre otras, en las que se declaró que la fianza puede ser objeto de rescisión concursal por la gratuidad del contrato de afianzamiento examinado. Por tanto, La garantía personal sobre el patrimonio del concursado, como han expuesto de forma concorde las sentencias en esta materia, es un acto jurídico rescindible si concurren los presupuesto del art 71 y 72 de LC en cuanto merma la disposición del patrimonio que tendrán los acreedores en beneficio de uno sólo (aquel a cuyo favor se ha constituido la fianza) siempre que en ésta concurran las notas que la ley concursal define para ser objeto de rescisión.
El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a titulo gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC).
Sobre dicho particular, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2.010 señala que " *el Tribunal debe aplicar una presunción "iuris et de iure" en que se estima subsumible el caso concreto, sin que la norma establezca una concesión de discrecionalidad al Juzgador para que la aplique o no según criterios determinados o las circunstancias del caso, a ellos debe limitarse el examen de la impugnación, la cual se resume en que cuando se trata de garantía hipotecaria no cabe aplicar automáticamente, como resultaría de la literalidad del precepto, la presunción "iuris et de iure" y que debe sustituirse por una interpretación que atienda preferentemente a elementos sistemáticos, históricos, sociológicos y, fundamentalmente, teleológicos. En definitiva, lo que se pretende, con base en el análisis de los plurales elementos interpretativos, es que, cuando se trata de examinar el perjuicio, como presupuesto de la acción de reintegración, en el caso de garantías hipotecarias habrá de hacerse un análisis concreto sin aplicación de las presunciones delart. 71.2 LC*
El motivo se desestima porque, con independencia de que la argumentación interpretativa de la recurrente no contiene de "lege data" un soporte consistente, -aunque haya algunas razones-, que permita mantener respecto de las garantías hipotecarias un trato distinto de los restantes actos a que se refiere el apartado 2 del art. 71, y de que la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente -en cierta terminología doctrinal una presunción "iuris et de iure", o presunción impropia-, en cualquier caso el planteamiento del motivo es artificioso.....Sentado que ha habido un acto a título gratuito no es de ver, sea la que sea la postura que se mantenga, como puede resultar excluida la previsión legal; salvo que se estimase que no están comprendidas las hipotecas constituidas a título gratuito, como lo es la constituida en garantía de deuda ajena - hipotecante no deudor-
Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-. La recurrente señala las ventajas patrimoniales, pero falta un soporte probatorio adecuado en la resolución recurrida". En parecidos términos se expresa la STS de 13.12.2.010.
En la SAP de Asturias de 14 de marzo de 2.012, se indica que " *la determinación del carácter oneroso o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que*

ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor o ya lo sea por parte del deudor."

En la sentencia de esta Sala de 2.11.2.012, se indicaba que en el ámbito concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (art. 93.2 LC), lo que incluso ha llevado al legislador al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en este tipo de vinculaciones (art. 71.3º.1º) y a la doctrina a precisar que para negar la gratuidad en dichas operaciones, el aspecto conceptual precisa de mayor justificación, hasta el punto de considerar que hace falta que el garante tenga algún interés económico en la operación, y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase, garantía y contraprestación, deben ser congruentes entre sí.

TERCERO.-La administración concursal invocó la presunción iure et de iure -que no admite prueba en contrario del perjuicio- por considerar que nos encontramos con actos a título gratuito.

De la relación de hechos probados recogidos en la sentencia de instancia y que no ha sido objeto de impugnación en esta alzada, y que resultan acreditados mediante la prueba documental, se aprecia:

-Que las personas físicas declaradas en concurso voluntario el 6 de julio de 2.011 realizaron con fecha 31.07.2009 y 27.08.2010, y, por tanto, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, dos operaciones de afianzamiento a favor de la entidad Alcover Miralles SLU, la cual fue declarado en concurso el día 12.07.2.011, esto es, seis días después del que nos ocupa, el cual es conocido por otro Juzgado y dicha entidad cuenta con otra Administración concursal.

-D. Romualdo es socio único de la aludida entidad, y fue administrador de la misma desde su constitución, hasta que con fecha 29 de septiembre de 2.010 fue nombrada administradora, su esposa Dª Sara. No consta que el Sr Romualdo reciba retribución por su cargo como administrador social, y en el informe concursal se alude a que tiene derecho a percibir una renta de 1.200 euros al mes con cargo a la sociedad de la que es socio único por arrendamiento del local, al ser titular de una mitad indivisa de la propiedad del mismo.

-La Sra. Sara no es socia de la aludida entidad beneficiaria de la garantía, como se ha dicho de titularidad íntegra de su esposo. No consta recibiere retribución alguna por su cargo de administradora social. Según el informe concursal se dedica a las labores del hogar.

Consideramos que debe tratarse por separado la situación de cada uno de los demandantes, pues, como antes se ha reseñado, uno de ellos es socio único de la entidad afianzada, y el otro, carece de participaciones.

CUARTO.-En cuanto a la Sra Sara, concordamos la argumentación de la sentencia de instancia, y consideramos que el afianzamiento es un acto gratuito, incurso en el supuesto de la presunción iuris et de iure antes reseñada. Cabe destacar que dicha persona natural no es socia de la entidad, y si bien ha sido administradora durante un corto espacio de tiempo, no consta que hubiere obtenido un beneficio patrimonial derivado de la aludida sociedad. Tal como se ha reseñado en el informe concursal, la Sra Sara es esposa del Sr Romualdo, habiendo contraído matrimonio en el año 1.973 y tienen tres hijos, pero no consta ni que sea socia, ni que, como administradora en un corto período de tiempo previo al concurso, hubiere obtenido ingreso alguno procedente de la sociedad. Se trata de un matrimonio de vecindad civil mallorquina, lo que implica que su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, lo cual supone que la sociedad afianzada es íntegramente de su marido. Se suscita controversia sobre si la actividad empresarial llevada a cabo por la persona jurídica afianzada ha redundado en beneficio de la familia, y la respuesta será positiva, pero de modo indirecto, por aplicación del régimen económico matrimonial y de la obligación del marido de contribuir al levantamiento de las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos, entendiendo como contribución el trabajo para la familia (art. 4 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares). De ello resulta, que los ingresos obtenidos por su esposo han permitido el levantamiento de las cargas familiares, con la ayuda del trabajo para la familia de su esposa, dedicada a ama de casa, y sin trabajo en la empresa de su marido. Esta sociedad fue constituida en el año 2.007, con lo cual parece ser que la actividad comercial del Sr Romualdo se realizaba a través de otra entidad cuya situación actual se desconoce. Tales ingresos pertenecen al patrimonio de su marido. De ello se infiere que la Sra Sara ha garantizado una deuda de una entidad que es propiedad exclusiva de su marido, esto es, un patrimonio ajeno, sin obtener contraprestación alguna. El hecho de que el nombre de la persona jurídica lleve el apellido " Sara " junto al de su esposo, se estima irrelevante, pues dicha persona no es socia de la entidad, ni consta lo haya sido en el pasado. Por tanto, se trata de un acto a título gratuito, cuya rescisión es procedente, sin ser necesario entrar en el examen de si se produce o no un perjuicio patrimonial.

Se suscita por la recurrente el hecho de que se está efectuando una actuación torticera de la finalidad de un procedimiento concursal. Si se aprecia el pasivo de la concursada Sra Sara contenida en su informe se aprecia la existencia de dos créditos con garantía hipotecaria (uno a favor de Sa Nostra distinto del ahora reclamado), y como créditos ordinarios: 129,42 euros a favor de la Agencia Tributaria, 515,68 euros a favor del Sr Carlos Ramón, 824 euros a favor del Sr Abelardo, y otro a favor del Banco de Sabadell por garantía de un préstamo personal a la aludida entidad. Desconocemos si el importe de los bienes será suficiente para el abono de los créditos hipotecarios, y el resultado que pudiere tener una demanda del otro banco. Es posible, pero no con seguridad, de que pueda producirse un supuesto hipotético de que triunfase una demanda interpuesta contra el Banco de Sabadell, que se dice en la misma situación que los préstamos que nos ocupan, resultaría que excluyendo los créditos privilegiados (hipotecas), y en el supuesto de que los bienes de éstos fueren suficientes en la parte garantizada, resultaría que la Sra Sara, se liberaría de una garantía con unos saldos de 121.428,65 y 68.822,11 euros para asegurar un pago a tres acreedores ordinarios, cuyo importe total de sus créditos comporta 1.468,22 euros, es decir, con deudas que no alcanzan ni el 1% de la suma reclamada. En tal situación pueden producirse maniobras fraudulentas al amparo el ejercicio de esta acción, si bien, quizás "de

lege ferenda" sería conveniente alguna modificación legislativa sobre el particular, en su caso, estableciendo una preferencia para el cobro de los acreedores propios de la concursada. Una situación análoga fue objeto de controversia en la sentencia dictada por esta Sala con fecha 17.01.2.012, en los que invocaba un caso de abuso de derecho ex art 7.2 CC alegando un ejercicio antisocial del "interés del concurso, y se decía que " *Es en el seno de un proceso concursal en el resulta aplicable la acción rescisoria de tal naturaleza sin que la norma establezca discrecionalidad al juez en cuanto a la pertinencia o no de su aplicación y sin que la invocación de las presunciones en el presente concurso puede posponerse porque afecte a un crédito con privilegio especial.*
Es el legislador quien modula el ejercicio de las acciones rescisorias (así el Real Decreto 3/2009 y la reciente reforma introducida por la Ley 38/2011) por lo que no es atendible el argumento del uso perverso de esta rescisión a favor del concursado por cuanto ante un acto gratuito, la inactividad de la administración concursal hubiera implicado que sólo recuperara su crédito el titular de la garantía hipotecaria por el importe del préstamo e incrementando el pasivo ordinario con todas las demás cuantías que corresponden según el mencionado contrato de hipoteca en perjuicio de la masa que se vería privado del único elemento -valorado en una cuantía que no se obtendría en la eventual ejecución separada- y que reduce a 0 el importe de pago de cualquier otro crédito. Todo ello sustentado en una serie de negocios jurídicos rescindibles iuris et de iure". En consecuencia, se estima decisivo que el legislador al regular dicha acción no establece excepción alguna, ni establece supuesto alguno de excepción a apreciar por el Juzgador.
Por tanto, se desestima el recurso en relación con Dª Sara.
QUINTO.-En cuanto al Sr Romualdo la situación es radicalmente distinta, pues no puede olvidarse que es el único socio de la entidad concursada a la que garantiza, y en cuanto al mismo discrepamos de la argumentación de la sentencia recurrida.
Es obvio que el importe del préstamo no entró en el patrimonio del concursado persona física, sino en el de la persona jurídica antedicha, también concursada, si bien en otro procedimiento seguido en otro Juzgado, pero este acto no es gratuito, puesto que las persona física del Sr Romualdo obtuvo un beneficio con tal afianzamiento, cual es el destino de los aludidos préstamos a una sociedad mercantil, cuya finalidad obtener un beneficio económico, de la que es socio único, y que, como es también evidente, redunda en su propio y exclusivo beneficio. Al obtener liquidez, aunque finalmente fuera insuficiente, el Sr Romualdo ha podido obtener beneficios económicos, y, al menos, obtuvo financiación para su empresa, en la que ejerce su actividad profesional.
Siguiendo el criterio fijado en la STS antes alegada, apreciamos que ante un ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil, como es la sociedad afianzada, la garantía prestada a favor de tales entidades tiene latente un interés económico claramente identificable, cual es el obtener ganancias a través de la sociedad mercantil de su exclusiva titularidad. De ello emana el flujo de intereses económicos proveniente de tal relación, y la posibilidad de obtener tales ingresos por medio de la titularidad constituye una previsible contraprestación económica futura a favor de las dos personas físicas concursadas, y ello conlleva que " *ha habido una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, y se descarta la hipótesis de un "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-.* Además, con la concesión de tal préstamo, es de suponer que el valor de las participaciones de la entidad afianzada han incrementado su valor, aunque se desconozca si el socio único ha obtenido algún beneficio económico con su actividad en la sociedad, si bien ha podido obtener durante algún tiempo el importe de la renta del local en donde parece ser se ubica el centro de la actividad social, según se indica en el informe de la Administración concursal.
Puede suscitar controversia la perspectiva temporal a tener en cuenta para apreciar la gratuidad u onerosidad, y sobre el particular compartimos el criterio seguido por la SAP de Asturias antes indicada, que la concurrencia del perjuicio, y, del mismo modo, una posible gratuidad, " *debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata"* El afianzamiento ha deparado al fiador un beneficio en su patrimonio personal, con la financiación de la entidad de la que es socio único, siquiera fuera un provecho indirecto con una esperada buena marcha económica de la sociedad, y más en cuento al préstamo concedido un año y once meses antes de la declaración del concurso. Por tanto, de algún modo, se espera exista una prestación recíproca futura, cual es la consecución de beneficios con la financiación obtenida, y debemos presumir, como indica la recurrente, que, a cambio de la prestación de la fianza, sus acciones o intereses económicos en la sociedad deudora aumentan o recuperan valor económico en función de la financiación que se obtiene, del pasivo que desaparece (frente a los proveedores) y de la consiguiente expectativa de viabilidad de la empresa. El hecho de que entre 23 y once meses después de la concesión de los préstamos no se haya obtenido el resultado esperado y no haya podido evitarse el concurso de la sociedad, en nada altera la anterior conclusión. En cuanto al hecho de si la fianza no había sido pedida por la entidad bancaria en los últimos cuarenta años, tal dato no se reputa relevante.
En consecuencia, se estima el motivo de apelación, y el acto se considera oneroso y no gratuito.": SAP Baleares (Sección 5) 15.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 38/2013)

"TERCERO.-En cuanto a la acción principal ejercitada, conforme al artículo 71.2 LC, dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración (rescisión) es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que

admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores.
Como acertadamente se indica en la sentencia de instancia, la clave es determinar si los afianzamientos cuya rescisión se solicita actos gratuitos u onerosos.
En cuanto a la onerosidad de las garantías por deuda ajena -entre las que pudiera hallarse un afianzamiento solidario o un hipotecante no deudor, la STS de 8 de noviembre de 2.012, indica que " *No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.*
1 *A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano,.....-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.*
2 *Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto....."*
En la sentencia de esta Sala de 17 de enero de 2.012, la de la SAP de Barcelona Sec 15 de 8.01.2.009, y de Castellón de 2.06.2.011, entre otras, se declaró que la fianza puede ser objeto de rescisión concursal por la gratuidad del contrato de afianzamiento examinado. Por tanto, La garantía personal sobre el patrimonio del concursado, como han expuesto de forma concorde las sentencias en esta materia, es un acto jurídico rescindible si concurren los presupuesto del art 71 y 72 de LC en cuanto merma la disposición del patrimonio que tendrán los acreedores en beneficio de uno sólo (aquel a cuyo favor se ha constituido la fianza) siempre que en ésta concurran las notas que la ley concursal define para ser objeto de rescisión.
El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a titulo gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC).
Sobre dicho particular, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2.010 señala que " *el Tribunal debe aplicar una presunción "iuris et de iure" en que se estima subsumible el caso concreto, sin que la norma establezca una concesión de discrecionalidad al Juzgador para que la aplique o no según criterios determinados o las circunstancias del caso, a ellos debe limitarse el examen de la impugnación, la cual se resume en que cuando se trata de garantía hipotecaria no cabe aplicar automáticamente, como resultaría de la literalidad del precepto, la presunción "iuris et de iure" y que debe sustituirse por una interpretación que atienda preferentemente a elementos sistemáticos, históricos, sociológicos y, fundamentalmente, teleológicos. En definitiva, lo que se pretende, con base en el análisis de los plurales elementos interpretativos, es que, cuando se trata de examinar el perjuicio, como presupuesto de la acción de reintegración, en el caso de garantías hipotecarias habrá de hacerse un análisis concreto sin aplicación de las presunciones delart. 71.2 LC*
El motivo se desestima porque, con independencia de que la argumentación interpretativa de la recurrente no contiene de "lege data" un soporte consistente, -aunque haya algunas razones-, que permita mantener respecto de las garantías hipotecarias un trato distinto de los restantes actos a que se refiere el apartado 2 del art. 71, y de que la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente -en cierta terminología doctrinal una presunción "iuris et de iure", o presunción impropia-, en cualquier caso el planteamiento del motivo es artificioso.....Sentado que ha habido un acto a título gratuito no es de ver, sea la que sea la postura que se mantenga, como puede resultar excluida la previsión legal; salvo que se estimase que no están comprendidas las hipotecas constituidas a título gratuito, como lo es la constituida en garantía de deuda ajena - hipotecante no deudor-
Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar

la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-. La recurrente señala las ventajas patrimoniales, pero falta un soporte probatorio adecuado en la resolución recurrida"-" En parecidos términos se expresa la STS de 13.12.2.010.

En la SAP de Asturias de 14 de marzo de 2.012, se indica que " *la determinación del carácter oneroso o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor o ya lo sea por parte del deudor."*

En la sentencia de esta Sala de 2.11.2.012, se indicaba que en el ámbito concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (art. 93.2 LC), lo que incluso ha llevado al legislador al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en este tipo de vinculaciones (art. 71.3º.1º) y a la doctrina a precisar que para negar la gratuidad en dichas operaciones, el aspecto conceptual precisa de mayor justificación, hasta el punto de considerar que hace falta que el garante tenga algún interés económico en la operación, y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase, garantía y contraprestación, deben ser congruentes entre sí.

La administración concursal invocó la presunción iure et de iure -que no admite prueba en contrario del perjuicio- por considerar que nos encontramos con actos a título gratuito.

De la relación de hechos probados recogidos en la sentencia de instancia y que no ha sido objeto de impugnación en esta alzada, y que resultan acreditados mediante la prueba documental, se aprecia:

-Que las personas físicas declaradas en concurso voluntario el 19 de enero de 2.012 realizaron con fecha 19.11.2.010 y 24.03.2.011, y, por tanto, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, tres operaciones de afianzamiento a favor de las tres entidades mercantiles también concursadas en este mismo procedimiento: Utesma SL, SPMC SL y Comercial Rafael Ribas SL; y, de igual modo, en fecha 24.03.2.011, acto de afianzamiento a favor de Comercial Rafael Ribas SL.

-D. Pio y Dª Inocencia, son socios mayoritarios de las tres entidades antes referidas. Así, en cuanto a la entidad Utesma SL, son titulares de un 50% de las participaciones cada uno de ellos; en la entidad SPMC SL, el Sr Pio es titular de un 51,40% de las participaciones, y la Sra Inocencia de un 27,40%, correspondiendo el resto, un 20,75% a terceras personas; en la entidad Comercial Rafael Ribas SL, un 30% cada uno de ellos, y el restante 40% de las dos hijas del matrimonio.

-Según se recoge en los informes aportados, la entidad Utesma SL tuvo pérdidas en los ejercicios de 2.010 y 2.011, y las dos restantes sociedades tuvieron beneficios en el año 2.010 y pérdidas en 2.011.

-Según se recoge en los informes el Sr Pio se dedica profesionalmente a la actividad comercial ejercitada mediante las tres sociedades antes reseñadas, y con asignación de una nómina de 1.896,36 euros de la entidad Comercial Ribas SL por su trabajo en el taller y su dedicación a la sociedad, y de 677,43 euros en Utesma SL. La Sra Inocencia, aparte de explotar otro negocio, cuyo proveedor principal es una de las tres entidades, percibe una nómina de 1.803,04 euros de la entidad Comercial Rafael Ribas SL.

-Se sigue en un mismo procedimiento los concursos de las tres personas jurídicas y dos personas físicas antes reseñadas.

Con tales datos, recogidos de los mismos informes aportados por la parte actora, consideramos que no nos hallamos ante actos a título gratuito, y en este aspecto discrepamos de la argumentación de la sentencia de instancia.

En cuanto a una posible confusión total de personalidades y patrimonios entre ambos cónyuges fiadores y las sociedades afianzadas, de las que son mayoritariamente titulares, es de señalar que la normativa vigente no contempla la formación de una sola masa activa y pasiva; por el contrario, existen tantas masas activas y pasivas como concursos declarados, independientes entre sí, con sus respectivas listas de acreedores y los correspondientes inventarios que integran los bienes propiedad de cada uno de los concursados, que no coinciden entre sí. Se trata, formal y sustantivamente, de cinco concursos de deudores distintos, por responder cada uno de ellos a la insolvencia de sujetos jurídicos diferentes, con personalidad jurídica propia y diferenciada, aunque se tramiten en un solo procedimiento concursal. Ciertamente, es relevante la vinculación entre las cinco personas físicas o jurídicas concursadas, pero su personalidad jurídica es distinta, con distintos patrimonios, activo y pasivo.

Es obvio que el importe del préstamo no entró en el patrimonio de los dos concursados personas físicas, sino en el de las tres personas jurídicas de las cuales son socios mayoritarios, también concursadas en el mismo procedimiento, pero este acto no es gratuito, puesto que las dos personas físicas obtuvieron un beneficio, cual es el destino de los aludidos préstamos a sociedades de las que son socios mayoritarios, y de los que han obtenido beneficios, así, ambos han podido percibir una nómina de dos o de una sociedad, tal como antes se ha reseñado, y dos de las sociedades han obtenidos beneficios en el ejercicio del año 2.010. Al obtener liquidez, aunque finalmente fuera insuficiente, ambas personas físicas, han podido obtener beneficios económicos, y, al menos, intentaron obtener financiación sobre sus empresas, en la que ejercen su actividad profesional, parece ser, en mayor grado, el Sr Pio.

Siguiendo el criterio fijado en la STS antes alegada, apreciamos que ante un ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil, como lo son las tres sociedades afianzadas, las garantías prestadas a favor de tales entidades tiene latente un interés económico claramente identificable, cual es el obtener

ganancias a través de las sociedades mercantiles de su mayoritaria titularidad. De ello emana el flujo de intereses económicos proveniente de tal relación, y la posibilidad de obtener tales ingresos por medio de la titularidad constituye una previsible contraprestación económica futura a favor de las dos personas físicas concursadas, y ello conlleva que " *ha habido una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, y se descarta la hipótesis de un "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-.* Estas ventajas patrimoniales tienen el soporte probatorio documental en el informe de la Administración concursal. Además, a mayor abundamiento, y durante un tiempo ambos concursados han obtenido beneficios patrimoniales indirectos de tales préstamos, como los sueldos antes reseñados y los beneficios en dos de las tres entidades.
Puede suscitar controversia la perspectiva temporal a tener en cuenta para apreciar la gratuidad u onerosidad, y sobre el particular compartimos el criterio seguido por la SAP de Asturias antes indicada, que la concurrencia del perjuicio, y, del mismo modo, una posible gratuidad, " *debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata"* El afianzamiento podía deparar a ambos fiadores un beneficio en su patrimonio personal, con la financiación de la entidad de la que son socios mayoritarios, siquiera fuera un provecho indirecto con una esperada buena marcha económica de las sociedades de su titularidad, y más en lo que pueden calificarse de empresas familiares. Por tanto, de algún modo, se espera exista una prestación recíproca futura, cual es la consecución de beneficios con la financiación obtenida, y debemos presumir, como indica la recurrente, que a cambio de la prestación de la fianza, sus acciones o intereses económicos en la sociedad deudora aumentan o recuperan valor económico en función de la financiación que se obtiene, del pasivo que desaparece (frente a los proveedores) y de la consiguiente expectativa de viabilidad de la empresa. El hecho de que entre ocho y catorce meses después no se haya obtenido el resultado esperado y no haya podido evitarse el concurso de las tres sociedades, en nada altera la anterior conclusión.
En consecuencia, se estima el motivo de apelación, y el acto se considera oneroso y no gratuito.“: SAP Baleares (Sección 5) 15.03.2013 (Sentencia 102/2013; Rollo 786/2012)

“PRIMERO.- En la demanda, la Administración concursal de D. Valeriano solicita la rescisión de una fianza otorgada por dicho concursado, a favor de las entidad Isba SGR, la cual a su vez avaló un préstamo personal que por un importe de un principal de 580.000 euros concedió la Caja de Ahorros de Baleares en escritura pública de 17 de julio de 2.009 a la entidad Uco Rehabilitación SL. Se argumenta que la fianza prestada, antes del transcurso del plazo de dos años, (ya que el concurso se acordó en auto de 28.07.2.010), es una disposición a título gratuito del artículo 71.2 de la LC; que ninguna contraprestación obtiene el concursado avalando tal póliza, y la única beneficiaria es la entidad de crédito; dichos actos comportan un empobrecimiento de dicho fiador en perjuicio de sus acreedores y son actos de disposición a título gratuito, y en su patrimonio no obtiene nada a cambio de verse gravado con los importes antes indicados. Se indica que este acto comporta un empobrecimiento del patrimonio del Sr. Valeriano en claro y evidente perjuicio de sus acreedores, y sin recibir contraprestación alguna efectúa petición subsidiaria de que se declare dicho acto como perjudicial y a favor de personas especialmente relacionadas con los concursados, conforme al art. 71.3 LC; y, subsidiariamente, acreditación de la existencia de un perjuicio patrimonial. Indica que Isba cuenta además con la garantía personal solidaria de Dª Lina y de D. Aurelio, una hipoteca sobre una finca propiedad de la entidad Relax Sol SL. (...)
SEGUNDO.- En cuanto a la acción principal ejercitada, conforme al artículo 71.2 LC, dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración (rescisión) es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y, ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil), ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores.
Como acertadamente se indica en la sentencia de instancia, la clave es determinar si los afianzamientos cuya rescisión se solicita actos gratuitos u onerosos.
En cuanto a la onerosidad de las garantías por deuda ajena -entre las que pudiera hallarse un afianzamiento solidario o un hipotecante no deudor, la STS de 8 de noviembre de 2.012, indica que "No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se

integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.

1 A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano,.....-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.

2 Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto....."

En la sentencia de esta Sala de 17 de enero de 2.012 se cita la SAP de Barcelona Secc. 15 de 8.01.2.009, y de Castellón de 2.06.2.011, entre otras, en las que se declaró que la fianza puede ser objeto de rescisión concursal por la gratuidad del contrato de afianzamiento examinado. Por tanto, La garantía personal sobre el patrimonio del concursado, como han expuesto de forma concorde las sentencias en esta materia, es un acto jurídico rescindible si concurren los presupuesto del art 71 y 72 de LC en cuanto merma la disposición del patrimonio que tendrán los acreedores en beneficio de uno sólo (aquel a cuyo favor se ha constituido la fianza) siempre que en ésta concurran las notas que la ley concursal define para ser objeto de rescisión.

El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a titulo gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC).

Sobre dicho particular, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2.010 señala que "el Tribunal debe aplicar una presunción "iuris et de iure" en que se estima subsumible el caso concreto, sin que la norma establezca una concesión de discrecionalidad al Juzgador para que la aplique o no según criterios determinados o las circunstancias del caso, a ellos debe limitarse el examen de la impugnación, la cual se resume en que cuando se trata de garantía hipotecaria no cabe aplicar automáticamente, como resultaría de la literalidad del precepto, la presunción "iuris et de iure" y que debe sustituirse por una interpretación que atienda preferentemente a elementos sistemáticos, históricos, sociológicos y, fundamentalmente, teleológicos. En definitiva, lo que se pretende, con base en el análisis de los plurales elementos interpretativos, es que, cuando se trata de examinar el perjuicio, como presupuesto de la acción de reintegración, en el caso de garantías hipotecarias habrá de hacerse un análisis concreto sin aplicación de las presunciones del art. 71.2 LC.

El motivo se desestima porque, con independencia de que la argumentación interpretativa de la recurrente no contiene de "lege data" un soporte consistente, -aunque haya algunas razones-, que permita mantener respecto de las garantías hipotecarias un trato distinto de los restantes actos a que se refiere el apartado 2 del art. 71, y de que la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente -en cierta terminología doctrinal una presunción "iuris et de iure", o presunción impropia-, en cualquier caso el planteamiento del motivo es artificioso.....Sentado que ha habido un acto a título gratuito no es de ver, sea la que sea la postura que se mantenga, como puede resultar excluida la previsión legal; salvo que se estimase que no están comprendidas las hipotecas constituidas a título gratuito, como lo es la constituida en garantía de deuda ajena - hipotecante no deudor-.

Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-. La recurrente señala las ventajas patrimoniales, pero falta un soporte probatorio adecuado en la resolución recurrida". En parecidos términos se expresa la STS de 13.12.2.010.

En la SAP de Asturias de 14 de marzo de 2.012, se indica que "la determinación del carácter oneroso o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor o ya lo sea por parte del deudor."

En la sentencia de esta Sala de 2.11.2.012, se indicaba que en el ámbito concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (art. 93.2 LC), lo que incluso ha llevado al legislador al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en este tipo de vinculaciones (art. 71.3º.1º) y a la doctrina a precisar que para negar la gratuidad en dichas operaciones, el aspecto conceptual precisa de mayor justificación, hasta el punto de considerar que hace falta que el garante tenga algún interés económico en la

operación, y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase, garantía y contraprestación, deben ser congruentes entre sí.
TERCERO.- La administración concursal invocó la presunción iure et de iure, -que no admite prueba en contrario del perjuicio-, por considerar que nos encontramos con actos a título gratuito.
Reproducimos la relación de hechos probados recogidos en la sentencia de instancia y que no ha sido objeto de impugnación en esta alzada, y que resultan acreditados mediante la prueba documental, resaltando de modo resumido que la entidad Uco Rehabilitación SL el día 17.07.2.009 recibió un préstamo por un principal de 580.000 euros de la Caja de Ahorros de Baleares, el cual fue afianzado por la entidad Isba SGR, en documento público de la misma fecha, y, el cual, a su vez, cuenta con la fianza solidaria de D. Valeriano, de Dª Lina y de una segunda hipoteca de la entidad Relax Sol SL; el Sr Valeriano y la entidad Uco Rehabilitación SL fue declarada en concurso en auto de 28.07.2.010; y que el Sr Valeriano es administrador y socio mayoritario de dicha entidad con una participación del 52,7 %.
Por tanto, resulta que el fiador Sr. Valeriano es socio mayoritario y administrador de la entidad afianzada. Es obvio que el importe del préstamo no entró en el patrimonio del concursado persona física, sino en el de la persona jurídica antedicha, también concursada, en concurso acumulado al que nos ocupa, pero este acto no lo consideramos como gratuito, puesto que las persona física del Sr. Valeriano obtuvo o pudo obtener un beneficio con tal afianzamiento, cual es el destino de los aludidos préstamos a una sociedad mercantil, cuya finalidad es obtener un beneficio económico, de la que es socio mayoritario, y que, como es también evidente, redunda en su propio y exclusivo beneficio. Al obtener liquidez, aunque finalmente fuera insuficiente, el Sr. Valeriano ha podido obtener beneficios económicos, y, al menos, obtuvo financiación para su empresa, en la que ejerce su actividad profesional. Es irrelevante el destino que dio a los 580.000 euros recibidos, y pudo tratarse de una inversión, de abonar deudas pendientes, etc.
Siguiendo el criterio fijado en la STS antes alegada, apreciamos que ante un ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil, como es la sociedad afianzada, la garantía prestada a favor de tales entidades tiene latente un interés económico claramente identificable, cual es el obtener ganancias a través de la sociedad mercantil de su exclusiva titularidad. De ello emana el flujo de intereses económicos proveniente de tal relación, y la posibilidad de obtener tales ingresos por medio de la titularidad constituye una previsible contraprestación económica futura a favor de la personas física concursada, y ello conlleva que "ha habido una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, y se descarta la hipótesis de un "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-. Además, con la concesión de tal préstamo, es de suponer que el valor de las participaciones de la entidad afianzada ha incrementado su valor, aunque se desconozca si el socio único ha obtenido algún beneficio económico con su actividad en la sociedad. No obra en autos el destino dado a dicho importe recibido, y si el administrador percibe o no una remuneración por su labor, pero en todo caso, el fiador en su calidad de administrador único y socio mayoritario en la fecha en que se contrató el préstamo, tenía la normal perspectiva de relanzar su empresa y obtener un futuro beneficio económico, con lo cual el acto de afianzamiento no se considera a título gratuito. No debe olvidarse que el Sr. Valeriano es médico de profesión, y que la actividad de la entidad afianzada Uco Rehabilitaciones tiene una relación clara con la misma, y, como figura en la escritura de su constitución, es la "atención y recuperación funcional del enfermo, la rehabilitación y desarrollo de la especialidad médica de traumatología, y la prestación de toda clase de servicios de asistencia sanitaria", con indicios claros de que dicho concursado ejerce su actividad profesional como médico, al menos en parte, a través de dicha sociedad.
Puede suscitar controversia la perspectiva temporal a tener en cuenta para apreciar la gratuidad u onerosidad, y sobre el particular compartimos el criterio seguido por la SAP de Asturias antes indicada, que la concurrencia del perjuicio, y, del mismo modo, una posible gratuidad, " debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata" El afianzamiento ha deparado al fiador un beneficio en su patrimonio personal, con la financiación de la entidad de la que es socio mayoritario, siquiera fuera un provecho indirecto con una esperada buena marcha económica de la sociedad, y más en cuanto al préstamo concedido un año y quince días antes de la declaración del concurso. Por tanto, de algún modo, se espera exista una prestación recíproca futura, cual es la consecución de beneficios con la financiación obtenida, y debemos presumir, como indica la recurrente, que, a cambio de la prestación de la fianza, sus acciones o intereses económicos en la sociedad deudora aumentan o recuperan valor económico en función de la financiación que se obtiene, del pasivo que desaparece (frente a los proveedores) o de la consiguiente expectativa de viabilidad de la empresa. El hecho de que un año después de la concesión del préstamo no se haya obtenido el resultado esperado y no haya podido evitarse el concurso de la sociedad, en nada altera la anterior conclusión.
En consecuencia, se estima el motivo de apelación, y el acto se considera oneroso y no gratuito.“: SAP Baleares (Sección 5) 23.04.2013 (Sentencia 168/2013; Rollo 10/2013)

“Como acertadamente se indica en la sentencia de instancia, la clave es determinar si los afianzamientos cuya rescisión se solicita actos gratuitos u onerosos.
En cuanto a la onerosidad de las garantías por deuda ajena -entre las que pudiera hallarse un afianzamiento solidario o un hipotecante no deudor, la STS de 8 de noviembre de 2.012, indica que " *No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se*

integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.

1 *A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano,.....-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.*

2 *Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto....."*

En la sentencia de esta Sala de 17 de enero de 2.012 se cita la SAP de Barcelona Sec 15 de 8.01.2.009, y de Castellón de 2.06.2.011, entre otras, en las que se declaró que la fianza puede ser objeto de rescisión concursal por la gratuidad del contrato de afianzamiento examinado. Por tanto, La garantía personal sobre el patrimonio del concursado, como han expuesto de forma concorde las sentencias en esta materia, es un acto jurídico rescindible si concurren los presupuesto del art 71 y 72 de LC en cuanto merma la disposición del patrimonio que tendrán los acreedores en beneficio de uno sólo (aquel a cuyo favor se ha constituido la fianza) siempre que en ésta concurran las notas que la ley concursal define para ser objeto de rescisión.

El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a titulo gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC).

Sobre dicho particular, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2.010 señala que " *el Tribunal debe aplicar una presunción "iuris et de iure" en que se estima subsumible el caso concreto, sin que la norma establezca una concesión de discrecionalidad al Juzgador para que la aplique o no según criterios determinados o las circunstancias del caso, a ellos debe limitarse el examen de la impugnación, la cual se resume en que cuando se trata de garantía hipotecaria no cabe aplicar automáticamente, como resultaría de la literalidad del precepto, la presunción "iuris et de iure" y que debe sustituirse por una interpretación que atienda preferentemente a elementos sistemáticos, históricos, sociológicos y, fundamentalmente, teleológicos. En definitiva, lo que se pretende, con base en el análisis de los plurales elementos interpretativos, es que, cuando se trata de examinar el perjuicio, como presupuesto de la acción de reintegración, en el caso de garantías hipotecarias habrá de hacerse un análisis concreto sin aplicación de las presunciones delart. 71.2 LC*

El motivo se desestima porque, con independencia de que la argumentación interpretativa de la recurrente no contiene de "lege data" un soporte consistente, -aunque haya algunas razones-, que permita mantener respecto de las garantías hipotecarias un trato distinto de los restantes actos a que se refiere el apartado 2 del art. 71, y de que la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente -en cierta terminología doctrinal una presunción "iuris et de iure", o presunción impropia-, en cualquier caso el planteamiento del motivo es artificioso.....Sentado que ha habido un acto a título gratuito no es de ver, sea la que sea la postura que se mantenga, como puede resultar excluida la previsión legal; salvo que se estimase que no están comprendidas las hipotecas constituidas a título gratuito, como lo es la constituida en garantía de deuda ajena -hipotecante no deudor-

Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-. La recurrente señala las ventajas patrimoniales, pero falta un soporte probatorio adecuado en la resolución recurrida".

En parecidos términos se expresa la STS de 13.12.2.010.En la SAP de Asturias de 14 de marzo de 2.012, se indica que " *la determinación del carácter oneroso*

o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor o ya lo sea por parte del deudor."

En la sentencia de esta Sala de 2.11.2.012, se indicaba que en el ámbito concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (art. 93.2 LC), lo que incluso ha llevado al legislador al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en este tipo de vinculaciones (art. 71.3º.1º) y a la doctrina a precisar que para negar la gratuidad en dichas operaciones, el aspecto conceptual precisa de mayor justificación, hasta el punto de considerar que hace falta que el garante tenga algún interés económico en la

operación, y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase, garantía y contraprestación, deben ser congruentes entre sí.
En la sentencia de esta Sala de 17 de abril de 2.013 se indica que *"los actos gratuitos se definen en nuestro derecho por oposición a los onerosos. Son negocios gratuitos aquellos cuya causa es la mera liberalidad."*
TERCERO.- La administración concursal invocó la presunción iure et de iure, -que no admite prueba en contrario del perjuicio-, por considerar que nos encontramos con actos a título gratuito.
Reproducimos la relación de hechos probados recogidos en la sentencia de instancia y que no ha sido objeto de impugnación en esta alzada, y que resultan acreditados mediante la prueba documental, resaltando de modo resumido que la entidad Uco Rehabilitación SL el día 9 de enero de 2.009 adquirió la integridad de las participaciones sociales de la entidad Residencial Hotel Gales SL, que, a su vez, es titular de la integridad de las participaciones de la entidad Relax Sol SL, propietaria de un inmueble destinado a residencia geriátrica, con lo cual lo realmente transmitido era una industria en funcionamiento con dicha actividad. Quedó una parte del precio aplazado durante once años, y como garantía se acordó una prenda de las acciones, pero se permitió a la compradora el hipotecar el inmueble para efectuar obras de reforma de la residencia.
La representación del concursado niega que el aval o compromiso de aval tenga efectos, y resultaría ser un mero trato preliminar sin efecto jurídico alguno. Al respecto, debe reseñarse que tal cuestión se debate en un procedimiento ordinario, el nº 948/2.010 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Palma, y en el mismo debe ser dilucidada. A los efectos de esta litis, debemos reseñar que la demanda da por supuesta su existencia, pues, de otro modo, no se solicitaría su rescisión por concurrencia de las circunstancias recogidas en el artículo 71 de la LC. En dicho litigio también es objeto de controversia la existencia de desperfectos en el inmueble enajenado, cuestión ajena a esta litis.
Es objeto de controversia el determinar si el avalista Sr Raimundo, quien sin duda es administrador único de la sociedad Uco Rehabilitación SL, es socio mayoritario de dicha entidad con una participación del 52,7 %, o es el titular de la integridad de las participaciones de la misma. Tal cuestión no es decisiva, puesto que, al menos, el avalista Sr Raimundo es socio mayoritario y administrador de la entidad afianzada, si bien del contenido del documento privado, nº 8 de la demanda, parece inferirse que es socio único. Del mismo modo, del informe de la Administración concursal obrante al folio 118, se desprende que el avalar operaciones es habitual en la actividad del Sr Raimundo, y se indica que la insolvencia le viene dada por su condición de avalista y garante de múltiples operaciones de crédito, por lo que, a los efectos que nos ocupan, es irrelevante si el Sr Raimundo es socio único o sólo mayoritario. Es obvio que el importe del préstamo no entró en el patrimonio del concursado persona física, sino en el de la persona jurídica antedicha, también concursada, en concurso acumulado al que nos ocupa, pero este acto no lo consideramos como gratuito, puesto que las persona física del Sr Raimundo obtuvo o pudo obtener un beneficio con tal afianzamiento, cual es la adquisición de la residencia para una sociedad mercantil, cuya finalidad es obtener un beneficio económico con su explotación, de la que, al menos, es socio mayoritario, y que, como es también evidente, redunda en su propio y exclusivo beneficio. Al obtener liquidez, aunque finalmente fuera insuficiente, el Sr Raimundo ha podido obtener beneficios económicos, y, al menos, obtuvo financiación para su empresa, en la que ejerce su actividad profesional. Este contrato es la compraventa de una industria de residencia geriátrica en funcionamiento, de modo que, en contrapartida a la cantidad pagada, el activo de la entidad Uco se ha incrementado notablemente, pues supone la propiedad de un inmueble, y un notable incremento del activo de la sociedad.
Siguiendo el criterio fijado en la STS antes alegada, apreciamos que ante un ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil, como es la sociedad afianzada, la garantía prestada a favor de tales entidades tiene latente un interés económico claramente identificable, cual es el obtener ganancias a través de la sociedad mercantil de su exclusiva titularidad, en este caso mediante la explotación de una residencia geriátrica. De ello emana el flujo de intereses económicos proveniente de tal relación, y la posibilidad de obtener tales ingresos por medio de la titularidad constituye una previsible contraprestación económica futura a favor de la personas física concursada, y ello conlleva que " *ha habido una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, y se descarta la hipótesis de un "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-.* Además, con la adquisición de tal industria, es de suponer que el valor de las participaciones de la entidad afianzada ha incrementado su valor, aunque se desconozca si el socio único o mayoritario ha obtenido algún beneficio económico con su actividad en la sociedad. En todo caso, el fiador en su calidad de administrador único y socio mayoritario o único en la fecha en que se contrató el préstamo, tenía la normal perspectiva de relanzar su empresa, explotar la tan aludida residencia y obtener un futuro beneficio económico, con lo cual el acto de afianzamiento no se considera a título gratuito. No debe olvidarse que el Sr Raimundo es médico de profesión, y que la actividad de la entidad afianzada Uco Rehabilitaciones tiene una relación clara con la misma, y, como figura en la escritura de su constitución, es la "atención y recuperación funcional del enfermo, la rehabilitación y desarrollo de la especialidad médica de traumatología, y la prestación de toda clase de servicios de asistencia sanitaria", con indicios claros de que dicho concursado ejerce su actividad profesional como médico, al menos en parte, a través de dicha sociedad, en la explotación de una residencia geriátrica.
Puede suscitar controversia la perspectiva temporal a tener en cuenta para apreciar la gratuidad u onerosidad, y sobre el particular compartimos el criterio seguido por la SAP de Asturias antes indicada, que la concurrencia del perjuicio, y, del mismo modo, una posible gratuidad, " *debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata"* El afianzamiento ha deparado al fiador un beneficio en su patrimonio personal, con la financiación de la entidad de la que es socio mayoritario o único, siquiera fuera un provecho indirecto con una esperada buena marcha económica de la sociedad. Por tanto, de algún modo, se espera exista una prestación recíproca futura, cual es la consecución de beneficios con la explotación de la actividad, y debemos presumir, como indica la recurrente,

que, a cambio de la prestación de la fianza, sus acciones o intereses económicos en la sociedad deudora aumentan o recuperan valor económico en función de la titularidad de la aludida industria. El hecho de que no se haya obtenido el resultado esperado y no haya podido evitarse el concurso de la sociedad, en nada altera la anterior conclusión.
En consecuencia, se estima el motivo de apelación, y el acto se considera oneroso y no gratuito.": SAP Baleares (Sección 5) 06.06.2013 (Sentencia 253/2013; Rollo 42/2013)

"Como acertadamente se indica en la sentencia de instancia, la clave es determinar si los afianzamientos cuya rescisión se solicita actos gratuitos u onerosos.
En cuanto a la onerosidad de las garantías por deuda ajena -entre las que pudiera hallarse un afianzamiento solidario o un hipotecante no deudor, la STS de 8 de noviembre de 2.012, indica que " *No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.*
1 *A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano,.....-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.*
2 *Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto..."*
En la sentencia de esta Sala de 17 de enero de 2.012 se cita la SAP de Barcelona Sec 15 de 8.01.2.009, y de Castellón de 2.06.2.011, entre otras, en las que se declaró que la fianza puede ser objeto de rescisión concursal por la gratuidad del contrato de afianzamiento examinado. Por tanto, La garantía personal sobre el patrimonio del concursado, como han expuesto de forma concorde las sentencias en esta materia, es un acto jurídico rescindible si concurren los presupuesto del art 71 y 72 de LC en cuanto merma la disposición del patrimonio que tendrán los acreedores en beneficio de uno sólo (aquel a cuyo favor se ha constituido la fianza) siempre que en ésta concurran las notas que la ley concursal define para ser objeto de rescisión.
El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a titulo gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC).
Sobre dicho particular, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2.010 señala que " *el Tribunal debe aplicar una presunción "iuris et de iure" en que se estima subsumible el caso concreto, sin que la norma establezca una concesión de discrecionalidad al Juzgador para que la aplique o no según criterios determinados o las circunstancias del caso, a ellos debe limitarse el examen de la impugnación, la cual se resume en que cuando se trata de garantía hipotecaria no cabe aplicar automáticamente, como resultaría de la literalidad del precepto, la presunción "iuris et de iure" y que debe sustituirse por una interpretación que atienda preferentemente a elementos sistemáticos, históricos, sociológicos y, fundamentalmente, teleológicos. En definitiva, lo que se pretende, con base en el análisis de los plurales elementos interpretativos, es que, cuando se trata de examinar el perjuicio, como presupuesto de la acción de reintegración, en el caso de garantías hipotecarias habrá de hacerse un análisis concreto sin aplicación de las presunciones del art. 71.2 LC.*
El motivo se desestima porque, con independencia de que la argumentación interpretativa de la recurrente no contiene de "lege data" un soporte consistente, -aunque haya algunas razones-, que permita mantener respecto de las garantías hipotecarias un trato distinto de los restantes actos a que se refiere el apartado 2 del art. 71, y de que la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente -en cierta terminología doctrinal una presunción "iuris et de iure", o presunción impropia-, en cualquier caso el planteamiento del motivo es artificioso.....Sentado que ha habido un acto a título gratuito no es de ver, sea la que sea la postura que se mantenga, como puede resultar excluida la previsión legal; salvo que se estimase que no están comprendidas las hipotecas constituidas a título gratuito, como lo es la constituida en garantía de deuda ajena -hipotecante no deudor-
Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-. La recurrente señala las ventajas

patrimoniales, pero falta un soporte probatorio adecuado en la resolución recurrida".
En parecidos términos se expresa la STS de 13.12.2.010.En la SAP de Asturias de 14 de marzo de 2.012, se indica que " *la determinación del carácter oneroso*
o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor o ya lo sea por parte del deudor."
En la sentencia de esta Sala de 2.11.2.012, se indicaba que en el ámbito concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (art. 93.2 LC), lo que incluso ha llevado al legislador al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en este tipo de vinculaciones (art. 71.3º.1º) y a la doctrina a precisar que para negar la gratuidad en dichas operaciones, el aspecto conceptual precisa de mayor justificación, hasta el punto de considerar que hace falta que el garante tenga algún interés económico en la operación, y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase, garantía y contraprestación, deben ser congruentes entre sí.
En la sentencia de esta Sala de 17 de abril de 2.013 se indica que *"los actos gratuitos se definen en nuestro derecho por oposición a los onerosos. Son negocios gratuitos aquellos cuya causa es la mera liberalidad."*
Es objeto de controversia el determinar si el avalista Sr Héctor, quien sin duda es administrador único de la sociedad Uco Rehabilitación SL, es socio mayoritario de dicha entidad con una participación del 52,7 %,
o es el titular de la integridad de las participaciones de la misma. Tal cuestión no es decisiva, puesto que, al menos, el avalista Sr Héctor es socio mayoritario y administrador de la entidad afianzada, si bien del contenido del documento privado, nº 8 de la demanda, parece inferirse que es socio único. Del mismo modo, del informe de la Administración concursal obrante al folio 118, se desprende que el avalar operaciones es habitual en la actividad del Sr Héctor, y se indica que la insolvencia le viene dada por su condición de avalista y garante de múltiples operaciones de crédito, por lo que, a los efectos que nos ocupan, es irrelevante si el Sr Héctor es socio único o sólo mayoritario. Es obvio que el importe del préstamo no entró en el patrimonio del concursado persona física, sino en el de la persona jurídica antedicha, también concursada, en concurso acumulado al que nos ocupa, pero este acto no lo consideramos como gratuito, puesto que las persona física del Sr Héctor obtuvo o pudo obtener un beneficio con tal afianzamiento, cual es la adquisición de la residencia para una sociedad mercantil, cuya finalidad es obtener un beneficio económico con su explotación, de la que, al menos, es socio mayoritario, y que, como es también evidente, redunda en su propio y exclusivo beneficio. Al obtener liquidez, aunque finalmente fuera insuficiente, el Sr Héctor ha podido obtener beneficios económicos, y, al menos, obtuvo financiación para su empresa, en la que ejerce su actividad profesional. Este contrato es la compraventa de una industria de residencia geriátrica en funcionamiento, de modo que, en contrapartida a la cantidad pagada, el activo de la entidad Uco se ha incrementado notablemente, pues supone la propiedad de un inmueble, y un notable incremento del activo de la sociedad.
Siguiendo el criterio fijado en la STS antes alegada, apreciamos que ante un ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil, como es la sociedad afianzada, la garantía prestada a favor de tales entidades tiene latente un interés económico claramente identificable, cual es el obtener ganancias a través de la sociedad mercantil de su exclusiva titularidad, en este caso mediante la explotación de una residencia geriátrica. De ello emana el flujo de intereses económicos proveniente de tal relación, y la posibilidad de obtener tales ingresos por medio de la titularidad constituye una previsible contraprestación económica futura a favor de la personas física concursada, y ello conlleva que " *ha habido una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, y se descarta la hipótesis de un "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-.* Además, con la adquisición de tal industria, es de suponer que el valor de las participaciones de la entidad afianzada ha incrementado su valor, aunque se desconozca si el socio único o mayoritario ha obtenido algún beneficio económico con su actividad en la sociedad. En todo caso, el fiador en su calidad de administrador único y socio mayoritario o único en la fecha en que se contrató el préstamo, tenía la normal perspectiva de relanzar su empresa, explotar la tan aludida residencia y obtener un futuro beneficio económico, con lo cual el acto de afianzamiento no se considera a título gratuito. No debe olvidarse que el Sr Héctor es médico de profesión, y que la actividad de la entidad afianzada Uco Rehabilitaciones tiene una relación clara con la misma, y, como figura en la escritura de su constitución, es la "atención y recuperación funcional del enfermo, la rehabilitación y desarrollo de la especialidad médica de traumatología, y la prestación de toda clase de servicios de asistencia sanitaria", con indicios claros de que dicho concursado ejerce su actividad profesional como médico, al menos en parte, a través de dicha sociedad, en la explotación de una residencia geriátrica.
Puede suscitar controversia la perspectiva temporal a tener en cuenta para apreciar la gratuidad u onerosidad, y sobre el particular compartimos el criterio seguido por la SAP de Asturias antes indicada, que la concurrencia del perjuicio, y, del mismo modo, una posible gratuidad, " *debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata"* El afianzamiento ha deparado al fiador un beneficio en su patrimonio personal, con la financiación de la entidad de la que es socio mayoritario o único, siquiera fuera un provecho indirecto con una esperada buena marcha económica de la sociedad. Por tanto, de algún modo, se espera exista una prestación recíproca futura, cual es la consecución de beneficios con la explotación de la actividad, y debemos presumir, como indica la recurrente, que, a cambio de la prestación de la fianza, sus acciones o intereses económicos en la sociedad deudora

aumentan o recuperan valor económico en función de la titularidad de la aludida industria. El hecho de que no se haya obtenido el resultado esperado y no haya podido evitarse el concurso de la sociedad, en nada altera la anterior conclusión.
En consecuencia, se estima el motivo de apelación, y el acto se considera oneroso y no gratuito". Ídem en Sentencias de 6 de junio, 23 de abril de 2013, y 15 de marzo de 2013 (2); entre otras, aplicables al supuesto de autos. ":SAP Baleares (Sección 5) 24.06.2013 (Sentencia 271/2013; Rollo 179/2013)

"PRIMERO.- Con la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones se interesa por la administración concursal, en ejercicio de la acción de reintegración del artículo 71 LC, que se declare la ineficacia de la hipoteca prestada por la concursada, sobre la finca de su propiedad, registral número NUM000, como contragarantía del aval prestado por ISBA, respecto a la préstamo formalizado el 23 de febrero de 2010 entre COMERCIAL RAFAEL RIBAS S.L., y BANKIA, por importe de 233.000,- euros; alegando a tal fin que ninguna contraprestación o interés efectivo pudo tener la concursada, hipotecante no deudor, en dicha operación, y con ello, que dicho acto formalizado dentro de los dos años anterior a la declaración de concurso (17 de enero de 2012) constituye un acto de disposición a título gratuito perjudicial para la masa activa del concurso, y con carácter subsidiario, de acreditarse la onerosidad del acto, debe presumirse el perjuicio al realizarse a favor de persona especialmente relacionada con la concursada, dado su objeto es garantizar obligaciones contraídas por COMERCIAL RAFAEL RIBAS S.L. de la que es administrador único y socio, junto con sus dos hijas y esposa, el hermano de la concursada. (...)
SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos de la presente alzada comenzar señalando que este Tribunal, revisado nuevamente el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas, no puede sino compartir, por acertada, la totalidad de los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida y que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, le han llevado a la estimación de la demanda, de modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar la totalidad de los motivos de impugnación alegados por la parte recurrente y con ello a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada, pues es sabido que, como entre otras ha indicado la STS de 9 de junio de 2000, es compatible la fundamentación por remisión con el mandato del artículo 120.3 según reiteradamente ha sido declarado por el Tribunal Constitucional (SSTC 174/1987, 24/1996, 115/1996, 184/1998, 206/1999, 13/2001, entre otras).
Ello no obstante recordar que como con reiteración ha venido declarando este Tribunal, entre otras Sentencia de 15 de marzo de 2013 *"conforme al artículo 71.2 LC, dos son los requisitos que debe reunir*
el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración (rescisión) es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción, debe probar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha son perjudiciales. La ley concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones de perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida (a título gratuito) y cuyo fundamento está en que existiendo acreedores, no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en Sentencia de 12 de junio de 2006, para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores.
Como acertadamente se indica en la sentencia de instancia, la clave es determinar si los afianzamientos cuya rescisión se solicita actos gratuitos u onerosos.
En cuanto a la onerosidad de las garantías por deuda ajena -entre las que pudiera hallarse un afianzamiento solidario o un hipotecante no deudor, la STS de 8 de noviembre de 2.012, indica que "No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.
A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano,.....-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.
Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico

claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto.....".
En la sentencia de esta Sala de 17 de enero de 2.012, la de la SAP de Barcelona Sec 15 de 8.01.2.009, y de Castellón de 2.06.2.011, entre otras, se declaró que la fianza puede ser objeto de rescisión concursal por la gratuidad del contrato de afianzamiento examinado. Por tanto, La garantía personal sobre el patrimonio del concursado, como han expuesto de forma concorde las sentencias en esta materia, es un acto jurídico rescindible si concurren los presupuesto del art 71 y 72 de LC en cuanto merma la disposición del patrimonio que tendrán los acreedores en beneficio de uno sólo (aquel a cuyo favor se ha constituido la fianza) siempre que en ésta concurran las notas que la ley concursal define para ser objeto de rescisión.
El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a titulo gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC).
Sobre dicho particular, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2.010 señala que "el Tribunal debe aplicar una presunción "iuris et de iure" en que se estima subsumible el caso concreto, sin que la norma establezca una concesión de discrecionalidad al Juzgador para que la aplique o no según criterios determinados o las circunstancias del caso, a ellos debe limitarse el examen de la impugnación, la cual se resume en que cuando se trata de garantía hipotecaria no cabe aplicar automáticamente, como resultaría de la literalidad del precepto, la presunción "iuris et de iure" y que debe sustituirse por una interpretación que atienda preferentemente a elementos sistemáticos, históricos, sociológicos y, fundamentalmente, teleológicos. En definitiva, lo que se pretende, con base en el análisis de los plurales elementos interpretativos, es que, cuando se trata de examinar el perjuicio, como presupuesto de la acción de reintegración, en el caso de garantías hipotecarias habrá de hacerse un análisis concreto sin aplicación de las presunciones del art. 71.2 LC.
El motivo se desestima porque, con independencia de que la argumentación interpretativa de la recurrente no contiene de "lege data" un soporte consistente, -aunque haya algunas razones-, que permita mantener respecto de las garantías hipotecarias un trato distinto de los restantes actos a que se refiere el apartado 2 del art. 71, y de que la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente -en cierta terminología doctrinal una presunción "iuris et de iure", o presunción impropia-, en cualquier caso el planteamiento del motivo es artificioso.....Sentado que ha habido un acto a título gratuito no es de ver, sea la que sea la postura que se mantenga, como puede resultar excluida la previsión legal; salvo que se estimase que no están comprendidas las hipotecas constituidas a título gratuito, como lo es la constituida en garantía de deuda ajena - hipotecante no deudor-.
Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-. La recurrente señala las ventajas patrimoniales, pero falta un soporte probatorio adecuado en la resolución recurrida" -"En parecidos términos se expresa la STS de 13.12.2.010.
En la SAP de Asturias de 14 de marzo de 2.012, se indica que "la determinación del carácter oneroso o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor o ya lo sea por parte del deudor."
En la sentencia de esta Sala de 2.11.2.012, se indicaba que en el ámbito concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (art. 93.2 LC), lo que incluso ha llevado al legislador al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en este tipo de vinculaciones (art. 71.3º.1º) y a la doctrina a precisar que para negar la gratuidad en dichas operaciones, el aspecto conceptual precisa de mayor justificación, hasta el punto de considerar que hace falta que el garante tenga algún interés económico en la operación, y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase, garantía y contraprestación, deben ser congruentes entre sí.".
TERCERO.- En el caso que nos ocupa, como en aquél, la administración invocó la presunción iure et de iure, que no admite prueba en contrario del perjuicio, por considerar que nos encontramos con un acto a título gratuito, y la realidad de lo actuado refrenda, como ya indicara el juez a quo, lo correcto de dicha alegación, desde el momento en que no se desprende que beneficio haya podido reportar a la concursada la constitución de la garantía impugnada, quien con la hipoteca constituida grava su patrimonio a favor de la recurrente y en garantía de un préstamo que se solicita para hacer frente a las dificultades económicas de su hermano y/o de sus empresas.
Tampoco cabe sostener que el ejercció de la acción de reintegración por parte de la administración concursal, implique abuso de derecho, pues como bien indica el juez a quo, la finalidad de la acción no es otra que preservar el estado del patrimonio del concursado frente a determinas conductas realizadas por el concursado durante un período que se considera sospechoso, siendo obligación de la administrador concursal, el ejercicio

de las acciones que tiendan a restablecer la situación patrimonial y en beneficio del colectivo acreedor; cuestión distinta es si, con la petición de la declaración de concurso, no se pretendía otra cosa que forzar el ejercicio de la acción de reintegración para dejar sin efecto la garantía hipotecaria, pero tal extremo no puede ser objeto de análisis en el presente incidente, sino a lo sumo, en sede de impugnación de la propia declaración de concurso.": SAP Baleares (Sección 5) 11.07.2013 (Sentencia 394/2013; Rollo 193/2013)

AP Cuenca

"2. La anteriormente referida Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30.04.2014, recurso 745/2012, establece que "...La garantía a favor de terceros se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero...", (véase el apartado 5 del fundamento de derecho sexto de la citada Sentencia del T.S.).
Por tanto, aplicando la indicada doctrina, y puesto que, (en observancia de la propia escritura pública en la que se formalizaron, en unidad de acto, el crédito y la hipoteca; véanse los folios 21 a 84 de los autos), el acreedor concedió el crédito en vista de la existencia de la garantía, (es decir, que recibió como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero), nos encontramos ante un acto de disposición oneroso.
Pues bien, que la garantía constituida en favor de tercero sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio, (y así lo establece el Tribunal Supremo en la ya varias veces referida Sentencia de 30.04.2014; véase el punto 6 del sexto de sus fundamentos de derecho), y en el caso que tratamos está acreditado el perjuicio; y ello por todo lo siguiente:
-la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, (de 30.04.2014), indica que el perjuicio consiste en el sacrificio patrimonial injustificado del garante que posteriormente es declarado en concurso; señalando que para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del mismo que justifique razonablemente la prestación de la garantía, (agregándose que no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía; pudiendo ser un beneficio patrimonial indirecto);
-la concursada no ha recibido beneficio patrimonial directo, (y así viene a resultar de la documentación admitida en esta alzada relativa a los informes de las Administraciones Concursales respecto de CONSTRUCCIONES GARLOMAR y PROMOCIONES Y EDIFICACIONES QUINTANAR DEL REY);
-la concursada tampoco ha recibido beneficio patrimonial indirecto que justifique razonablemente la prestación de la garantía, pues: (...)": SAP Cuenca (Sección 1) 26.09.2014 (Sentencia 104/2014; Rollo 100/2014)

AP Madrid

"II.2.- Onerosidad de la garantía contextual por deuda ajena.
La polémica sobre el carácter gratuito u oneroso de las garantías contextuales por deuda ajena ha quedado zanjada por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014.
En la referida sentencia se indica que: "4- Por garantía a favor de tercero se entiende la constituida para garantizar el cumplimiento de una obligación en la que el obligado principal es una persona ajena al que presta la garantía personal o real. El art. 1822 del Código Civil prevé en su primer párrafo que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este. El art. 1857 "in fine" del Código Civil prevé que las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes. Se trata en ambos casos de garantías constituidas a favor de terceros, en un supuesto de carácter obligacional y en otro de carácter real.
5.- Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza.
...
La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.
6.- Que la garantía constituida en favor de tercero sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa...
Resulta favorecido por la constitución de la garantía el acreedor, pues aumenta la calidad de su crédito al poder dirigirse contra otro patrimonio, en la fianza personal, o contra bienes ajenos al deudor mediante un procedimiento de ejecución, con posibilidad de persecución "erga omnes" [frente a todos] y preferencia para el cobro del crédito garantizado, en la garantía real. Pero también resulta favorecido el deudor principal, puesto que la constitución coetánea de esa garantía posibilita la concesión de crédito y favorece su posición."
En definitiva, en los supuestos en que la garantía se presta simultánea o contextualmente al nacimiento del crédito, salvo prueba en contrario que aquí no se ha practicado, la prestación de la garantía debe presumirse

onerosa, en tanto que el sacrificio del acreedor -consistente en la concesión del crédito- representa el correspectivo tanto de la obligación del prestatario como de la garantía prestada por el tercero, esto es, el acreedor prestamista recibe como correspectivo conjunto de su crédito, por un lado la promesa de pago del deudor y, por otro, la garantía del tercero. ": SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 229/2014; Rollo 769/2012)

"TERCERO.- La regla general en materia de rescisión concursal es que quien ejercita al efecto la correspondiente acción tiene que demostrar la existencia de perjuicio (art. 71.4 LC). Ahora bien, existen excepciones a este respecto, como lo son las presunciones "iruis et de iure" del artículo 71.2 de la LC (de manera que la concurrencia del hecho allí tipificado lleva implícita la consideración de la existencia de perjuicio, sin admitir la posibilidad de aportar prueba en contra de ello) y las presunciones "iuris tantum" del artículo 71.3 de la LC (en las que se parte, en principio, de la existencia de perjuicio, operando una inversión de la carga de la prueba prevista en la regla general, de modo que es el adquirente o beneficiario o el propio concursado los que deben probar la falta de perjuicio para la masa). Así se explica, aunque el mecanismo legal es muy claro, en la sentencia de la Sala 1ª del TS de 26 de octubre de 2012.
Nos interesa remarcar que la aplicación de alguna o algunas de las presunciones legales no agota, sin embargo, el debate en este tipo de litigios, sino que, en defecto de ellas (que son simplemente un medio de facilitación de la demostración del presupuesto de la rescisión), el centro de atención se desplaza entonces a la constatación de la existencia o no de perjuicio para la masa de la concursada. Hacemos esta advertencia porque el objeto del debate en este proceso no sólo ha versado sobre la aplicación de determinadas presunciones invocadas en la demanda, sino, a tenor de los hechos expuestos en el seno de la misma, en si la operación discutida era o no perjudicial para la masa y por ello la parte demandada, consciente de ello, ha procurado defenderse al respecto, según apreciamos en el tenor de sus escritos.
CUARTO.- En el caso de las garantías prestadas a favor de tercero puede considerarse que media onerosidad aunque el sacrificio que hace el acreedor en compensación de la ventaja que le da la garantía no vaya a parar al garante sino al deudor. La ventaja puede ser además de carácter indirecto, por ejemplo, en el caso de los grupos de sociedades, porque se favorezca el fortalecimiento de éstos.
Ello puede suponer que el empleo de la presunción del artículo 71.2 de la LC no resulte ser siempre el mejor mecanismo a la hora de ejercitar la acción rescisoria concursal si se desea combatir una garantía contextual (que es aquella cuya prestación actúa como condición para que el acreedor esté dispuesto a comprometer su prestación).
De ahí que la jurisprudencia se esté inclinando, en los supuestos de constitución de garantías contextuales por parte del ulteriormente concursado para asegurar el cumplimiento de obligaciones de tercero, por considerar que la presunción de gratuidad podría no ser la vía adecuada para la rescisión si mediase una relación de grupo de empresas en la que estuviesen incluidos el deudor principal y el hipotecante. Es más, ha admitido a estos efectos que se maneje un concepto amplio de grupo de empresas (sentencia de la Sala 1ª del TS de 8 de noviembre de 2012), que no se ceñiría al concepto legal previsto en la normativa societaria (pues el artículo 42 del C. de Comercio sólo prevé como tal la situación de dominio o control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otras, pero deja al margen los grupos horizontales, paritarios o por coordinación y los verticales, jerarquizados o subordinación controlados por personas físicas que son quienes constituyen la cabecera).": SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 232/2014; Rollo 859/2012)

"TERCERO.- Sobre la gratuidad u onerosidad de la fianza.
La gratuidad de una operación debe apreciarse cuando de la actuación sólo se derivase sacrificio para uno y ventajas para el otro. Para que hubiese causa onerosa que excluyera aquélla deberían imponerse sacrificios y obtención de ventajas a ambas partes. La más clara manifestación de ello en el caso de la constitución de garantías es el caso en el que el garante hubiese recibido, bien del deudor afianzado o bien del acreedor, una contraprestación por la prestación de la garantía (verbigracia, la percepción de un precio o de una comisión por ello). Ahora bien, no es ese el único ejemplo, pues también es cierto que en el caso de las garantías prestadas a favor de tercero puede considerarse que media onerosidad aunque el sacrificio que hace el acreedor en compensación de la ventaja que le da la garantía no vaya a parar al garante sino al deudor. La ventaja puede ser además de carácter indirecto, por ejemplo, en el caso de los grupos de sociedades, porque se favorezca el fortalecimiento de éstos.
Ello puede suponer que el empleo de la presunción del artículo 71.2 de la LC no resulte ser siempre el mejor mecanismo a la hora de ejercitar la acción rescisoria concursal si se desea combatir una garantía contextual (que es aquella cuya prestación actúa como condición para que el acreedor esté dispuesto a comprometer su prestación). De ahí que la jurisprudencia se esté inclinando, en los supuestos de constitución de garantías contextuales por parte del ulteriormente concursado para asegurar el cumplimiento de obligaciones de tercero, por considerar que la presunción de gratuidad podría no ser la vía adecuada para la rescisión si mediase una relación societaria en la que estuviesen incluidos el deudor principal y el garante. La onerosidad tendría su expresión en los casos en los que la garantía se presta simultánea o contextualmente al nacimiento del crédito (el sacrificio del acreedor representa el correspectivo tanto de la obligación del prestatario como de la garantía prestada por el tercero - sentencia del TS de 30 de abril de 2014).
También existen posicionamientos doctrinales y precedentes jurisprudenciales que han considerado que la fianza ha de considerarse onerosa cuando el fiador fuese socio de la sociedad deudora afianzada y el aval tuviera por objeto permitir la concesión del crédito necesario para la explotación social en la medida en que, aunque lo sea indirectamente, el fiador obtendría una ventaja patrimonial porque, de alguna manera, se estaría también conservando o aumentando el valor de su propio patrimonio.
Somos conscientes, por todo ello, de que debería excluirse la aplicación de la presunción del artículo 71.2 de la LC, tanto en los casos que antes hemos explicado como cuando pudiera apreciarse que el garante obtenía

alguna ventaja económica en la operación más allá de la mera liberalidad. Lo cual nos lleva a considerar que en el presente caso el enfoque jurídico más adecuado para plantear la rescisión de una garantía contextual no venía por la aplicación de la presunción del artículo 71.2 de la LC. En la medida en que ello tuvo un reflejo, tal vez innecesario, en el fallo de la resolución de la primera instancia, debemos reconocer que, al menos en eso, le asiste la razón a la recurrente. De ahí que cuando menos se haya asegurado el éxito parcial de su recurso.
CUARTO.- Sobre el carácter perjudicial de la operación.
En cualquier caso, hemos de decir que escapar de la presunción del artículo 71.2 de la LC no significaría que la operación no resultase rescincible, sino que pasaría a ser analizada bajo el régimen general, de manera que, aunque no se considerara, en función de su contexto, estrictamente gratuita, si se advirtiese que la misma fuera perjudicial para la masa activa (artículo 71.1 de la LC) la acción rescisoria debería prosperar. Aun atribuyéndole al impugnado por la administración concursal la condición de acto oneroso podría, no obstante, ser considerado perjudicial para la masa del concurso de la persona física de Dª. Victoria. Los actos de tal condición (no sólo los efectuados a título gratuito) pueden ser objeto de rescisión concursal si se aprecia que entrañasen la producción de un sacrificio patrimonial injustificado (sentencias de la Sala 1ª del TS de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 14 de diciembre de 2010, 12 de abril de 2012, 8 de noviembre de 2012 y 30 de abril de 2014) para la masa de aquél que finalmente acaba siendo declarado en concurso.”. SAP Madrid (Sección 28) 10.12.2014 (Sentencia 352/2014; Rollo 63/2013)

1.5.1.1 Voto particular de D. Sebastián Sastre a la STS 30.04.2014: no cabe la rescisión del garantía aislada de la operación garantizada sino en su caso la de la totalidad del negocio

“VOTO PARTICULAR QUE FORMULA el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Sastre Papiol, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Con el mayor respeto para el criterio mayoritario expresado en la Sentencia, discrepo del mismo, y formulo el siguiente voto particular:
Primero.-*Antecedentes.*
No se discrepa de los consignados en la sentencia (Fundamento de Derecho Primero), pero quiero significar lo siguiente:
a) Se destaca en el apartado 4º del relato de la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, que la hipoteca que finalmente se rescinde recaía sobre el *"bien más valioso de la concursada para garantizar una deuda ajena de una sociedad que se encontraba en una pésima situación financiera, sin recibir contraprestación alguna pues no hay constancia de que el dinero prestado haya fluido directa o indirectamente a la concursada, por lo que aunque el acto no sea gratuito, no por ello quiere decir que no sea perjudicial para la masa, dado que el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución separada con la consiguiente merma para la masa".*
b) Tal antecedente lleva a que en el Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 2, párrafo segundo, de la sentencia discrepante, afirme que sobre la cuestión planteada por el recurrente acerca de que no se haya practicado prueba del perjuicio, la cuestión es irrelevante, además de incorrecta, *"puesto que la sentencia recurrida ha considerado acreditado el perjuicio que habría consistido en haber gravado con una hipoteca el principal bien del patrimonio de la concursada...".* Igualmente la *questio facti* de la sentencia de la Audiencia condiciona la sentencia resolutoria del recurso de casación al señalar esta última, en el Fundamento de Derecho Sexto, apartado 7, que el juego de la presunción *"iuris tantum"* del perjuicio a que se refiere el art. 71.3.1 *"pierde importancia en el caso objeto del recurso porque los tribunales de instancia han considerado probada la existencia de perjuicio patrimonial, que consistiría en que la sociedad garante no ha recibido atribución ni beneficio patrimonial alguno en el negocio respecto del que ha constituido la garantía hipotecaria, por lo que no sería preciso acudir al juego de la presunción para establecer la existencia de perjuicio"*.
c) Comparto plenamente la argumentación del último párrafo del apartado 5 del Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia, según la cual: " *la garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario,* ***la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero*** *".*
Lo que lleva a afirmar a continuación que la garantía a favor de tercero, aún onerosa, no excluye la existencia de perjuicio patrimonial, tratándose como se trata de un supuesto previsto en el art. 71.3.1 LC, si bien cabe prueba en contrario, pues el precepto *"se aplica a la garantía constituida para garantizar, valga la redundancia, la obligación contraída por una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que la garante..."* (art. 93.2.3º LC).
Pero, como hemos destacado anteriormente, la *"questio facti"* del Tribunal de apelación, la prueba de la presunción *"iuris tantum"* ha perdido ya importancia porque ha considerado probada la existencia de perjuicio patrimonial, al no recibir la sociedad garante atribución ni beneficio patrimonial alguno.
d) Sin embargo, el recurrente impugna la anterior conclusión de la sentencia de la Audiencia Provincial, pues considera que la existencia del grupo (el interés del grupo) excluye el perjuicio patrimonial en las garantías intragrupo, pues la sociedad garante se beneficia de las sumas prestadas a otra sociedad del grupo.
Segundo.-*Cuestiones que son objeto de discrepancia.*
Varios son los criterios expresados en la sentencia que no comparto, con todo mi respeto, para mis compañeros.
Primera.- Si las garantías contextuales por deuda ajena, es decir, aquellas prestadas simultáneamente por la concursada (garante) a favor del acreedor con ocasión de conceder una operación de préstamo a una filial o

sociedad perteneciente a un grupo empresarial de la garante, pueden ser objeto de rescisión, dejando subsistente la operación garantizada.
Segunda.- Si la simple existencia de un grupo de sociedades es por si sola justificativa de la existencia de una atribución o beneficio patrimonial, que descarte el perjuicio.
Tercera.- Supuesto de que exista perjuicio o acreditado el perjuicio, como es el caso, cuales son los efectos de la rescisión.
Cuarta.- La subsunción del perjuicio en el supuesto contemplado en el art. 71.3.1º LC.
Tercero.-*Las garantías contextuales por deuda ajena. El interés del grupo. La causa del negocio. La restitución recíproca de las prestaciones.*
1. Sin dificultad debemos admitir la posibilidad de rescisión en sede concursal de las garantías prestadas en los supuestos contemplados en el art. 71.3.2º LC (*garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución e aquéllas),* pues en el negocio originario la garantía no formaba parte del mismo. Se trata de operaciones que refuerzan la posición del acreedor, y se presume un perjuicio *"iuris tantum"* en cuya prueba, a cargo del acreedor, debe destruir tal presunción acreditando una mejora para el deudor, bien sea una ampliación significativa del crédito, bien una prórroga, o ambas simultáneamente.
2. Pero en las garantías contextuales es más que controvertida su rescisión autónoma, dejando subsistente el negocio principal, en este caso, el préstamo.
Sin duda el negocio nace de una relación trilateral: deudor-acreedor (el préstamo), fiador-acreedor (hipoteca) y deudor-fiador (relación intragrupo). Sin mediar esta última relación, de carácter jurídico o económico de grupo, (no voy a entrar en el fragmentado tratamiento legal de los grupos, como afirma la doctrina) la operación podría no se hubiera llevado a cabo, pero, -es lo más importante-, finalmente se realiza precisamente por el otorgamiento de la garantía.
Es obvio que entre los dos actos jurídicos, el préstamo y la garantía hipotecaria, existe un nexo de casualidad jurídica, uno es consecuencia del otro, por lo que constituye su base y fundamento. Uno es causa del otro, pues sin garantía no hay préstamo: bien descanse la causa como función económica-social, bien como fin del contrato, el negocio jurídico debe recibir la protección del ordenamiento jurídico. Con acierto se ha señalado en esta sentencia que, en este supuesto, el contrato y su garantía, es oneroso y, conforme el art. 1274 CC, en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación
o promesa de una cosa o servicio por la otra parte. Para entender el verdadero alcance o significado de la causa, como razón de ser del contrato, como señala la STS de 19 de noviembre de 1990, no puede omitirse el paso que en toda esa configuración debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, pues de esta forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado.
3. La STS núm. 638/2013, de 18 de noviembre ha reafirmado, desde un plano satisfactivo del cumplimiento, los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que, por lo general, *" se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, ya expresa o conocida por ambas partes, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo",* lo que *"concuerda, por lo general, con las expresiones al uso y en relación a la privación sustancial de "todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato celebrado, o, en terminología más jurisprudencial, respecto al frustración del "fin práctico" perseguido, de la "finalidad buscada" o de las "legítimas expectativas" planteadas"* (con cita de sentencias, a título ejemplificativo de 20 de noviembre de 2012 resaltando el papel de la doctrina de la base del negocio como criterio de interpretación contractual, STS núm. 165/2013, de 26 de marzo de 2013 para la calificación del contrato celebrado y la núm. 226/2013, de 12 de abril para la determinación del objeto contractual proyectado).
Por tanto, como señalamos, existe una absoluta presunción de onerosidad cuando la garantía se presta simultáneamente (contextualmente) al nacimiento del crédito. En este caso el sacrificio del acreedor constituido por la concesión del crédito representa el correspectivo, no sólo de la obligación del deudor (prestatario), sino también de la garantía prestada por el tercero.
Por cuando precede no puedo llegar a otra conclusión que la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión de un préstamo, dejando subsistente el préstamo, supone lesionar los elementos esenciales del negocio, su *causa,* según se ha visto, y el *consentimiento* prestado en la celebración del negocio (artículos 1261.1 º y 1262 del Código Civil).
4. Por ello, si se entiende que la garantía prestada por el garante concursado es perjudicial para la masa activa, debe rescindirse la total operación y aplicar los efectos previstos en el art. 73.1º LC, conforme al art. 1295 Cc, la restitución recíproca de las prestaciones que *"sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado",* restitución recíproca a la que se refiere el precepto concursal. Como tal deudor solidario que es el fiador real, tendrá el derecho de repetición
o crédito de reembolso contra el prestatario deudor.
5. No participo de la levedad compensatoria que se declara en la sentencia -consecuencia de la rescisión de la garantía- según la cual *"el acreedor que ve rescindida la garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando las medidas que sean pertinentes con base a la obligación principal".*
Naturalmente, uno de los principales efectos que conlleva la rescisión de la garantía es la *"pérdida del plazo"* del deudor a que se refiere el art. 1129.3º CC, que el acreedor podría hacer valer en el supuesto contemplado.
Pero sigo entendiendo que esta facultad es la consecuencia del crédito del reembolso que le asiste al garante. Por ello, en la praxis judicial, hemos examinado las postulaciones de la administración concursal en asuntos como el que es objeto del recurso, entablando también la acción contra el deudor de la operación principal, juntamente con la del acreedor, atendida su conexidad, solicitando simultáneamente el vencimiento del plazo de la misma, lo que es congruente con la posición que se mantiene en este voto particular. Como también podría el acreedor demandado por la administración concursal plantear una reconvención en la que se codemandara y llevara a juicio al deudor principal, conforme prevé el art. 407.1 LEC.
La simple objeción de que no se ha planteado ninguna acción contra el deudor principal, ajeno al concurso, es

inane. Si existe grupo, existe vinculación, conexidad jurídica o económica. En todo caso, ciertamente, no es una alternativa a la que se haya acogido el acreedor demandado.
6. No es ocioso efectuar algunas consideraciones en torno a subsumir el caso concreto del recurso, al supuesto previsto en el art. 71.3.1º LC, como acto presuntivo de perjuicio, *iuris tamtum*.
Estimo que el supuesto contemplado no se halla entre los actos impugnables en base al precepto, pues el *"destinatario del acto de disposición"* (la hipoteca) no es la sociedad del grupo (especialmente relacionada con el garante) sino su acreedor.
Sin embargo, en el presente caso, el tema ha perdido interés, pues como he dejado consignado en los *"Antecedentes",* el perjuicio fue probado en la instancia, y han sido inútiles las argumentaciones del recurrente para probar que no lo hubo. Pese a ello, hubiera sido más adecuado subsumir el *"factum"* en el apartado 4º del art. 71 (*cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria)*. El perjuicio fue acreditado en la instancia.
7. Por último, debo concluir que de no tener en cuenta la vinculación económica o jurídica de dos empresas del grupo, -la garante concursada y la deudora principal-, como elemento suficiente para la existencia de una atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de las garantías contextuales, o que, de existir perjuicio, se le reconozca el derecho a la restitución con cargo a la masa, conforme al art. 73 LC, puede suponer una restricción tanto cuantitativa en la concesión de crédito por parte de los profesionales del sector financiero, como también una restricción cualitativa en tanto que supone obligar a las entidades de crédito descartar su concesión a personas físicas o jurídicas pertenecientes a un mismo grupo que, por si solas, no tengan una solvencia autónoma e independiente, sin tener en cuenta las garantías tradicionales, fianza, prenda e hipoteca entre empresas del mismo grupo. Esta dirección es contraria a las últimas reformas de la normativa concursal, me refiero a la potenciación legislativa a favor de los convenios de refinanciación y su homologación, previstos en el RDL 4/2014, de 7 de marzo, que incluso permite garantías, no solo para las nuevas facilidades crediticias que se concedan sino para las obligaciones preexistentes, o las que han podido ser novadas. En estos casos, tales acuerdos y sus garantías ya no se podrán rescindir en base al art. 71.3, sino tan sólo en los supuestos previstos en el nuevo apartado 2 del art. 72 en relación con el art. 71 bis 3 LC.
Por ello, procedía revocar, en parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén y, acreditado el perjuicio, como se afirma en la instancia, resolver la operación en su integridad, el préstamo y la garantía hipotecaria prestada por la concursada, con reconocimiento para el acreedor del crédito restitutorio con cargo a la masa, conforme establece el art. 73.3 LC.": Voto particular de D. Sebastián Sastre a la STS 30.04.2014 (Sentencia 100/2014; Recurso 745/2012)

1.5.1.2 Voto particular de D. Antonio Salas a la STS 30.04.2014: no cabe presumir la onerosidad por la contextualidad

"VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia nº 100, de 14 de mayo de 2014 (Recurso nº 745/2012), así como los fundamentos jurídicos primero al quinto, e igualmente su parte dispositiva en cuanto desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Catalunya Banc S.A.
FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.-La referida sentencia -de cuya fundamentación discrepo, con absoluto respeto a la opinión mayoritaria de la Sala- aun cuando viene, en definitiva, a desestimar los recursos formulados por Catalunya Banc S.A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª) de fecha 134 de enero de 2012 (Rollo de Apelación nº 400/2011) -solución que comparto- lo hace apoyándose en una doctrina que se contiene en el fundamento de derecho sexto, apartado 5, párrafo último, de la cual discrepo por las razones que se expresan a continuación.
SEGUNDO. - Mi disconformidad se concreta en que, según la referida doctrina y siguiendo literalmente lo expresado por la sentencia, *«salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero».*
Entiendo que no cabe afirmar que por tal circunstancia haya que atribuir por sí carácter oneroso a la hipoteca constituida sobre bien propio para garantizar el cumplimiento de una deuda ajena, pues el titular del bien gravado no ha recibido por ello -como ha ocurrido en el presente caso- beneficio patrimonial alguno.
Con independencia de los diferentes motivos que pueden llevar a realizar la disposición patrimonial que supone la constitución de una garantía hipotecaria sobre un inmueble propio en relación con un préstamo concedido a un tercero, aunque se trate de sociedades de un mismo grupo, entiendo que ello supone un acto de carácter gratuito y como tal ha de calificarse a los efectos previstos en el artículo 71.2 de la Ley Concursal, pues se reitera que nada recibe a cambio el concursado que lo realizó y de ese modo ninguna compensación se produce en su patrimonio mediante ingreso en el mismo que pueda favorecer a los acreedores para el cobro de sus créditos; principio que está presente en toda la regulación que se contiene en el artículo 71 de la Ley Concursal.
En consecuencia, el motivo de la constitución de la garantía en casos como el presente coincide con la finalidad de favorecer a una empresa del mismo grupo que así accede al crédito sin que quizás pudiera hacerlo en otro caso; igual que -incluso en mayor medida- habrá motivo justificado cuando el padre garantiza con una

hipoteca sobre el inmueble de su propiedad el préstamo concedido a su hijo que lo necesita, pero ello no afecta a la causa gratuita de dicho negocio jurídico que, desde luego, está presente, resultando en definitiva claramente perjudicial tal negocio para los acreedores del concursado.
TERCERO.-En definitiva, considero que en el caso resulta fundamental la distinción de dos conceptos separados: a) la causa del negocio jurídico de constitución de hipoteca para garantía de una obligación ajena, sin efectiva contraprestación, que ha de considerarse como gratuita a los efectos previstos en el artículo 71.2 de la Ley Concursal; y b) los motivos que llevan a gravar el bien propio en el caso concreto, que quedan fuera del concepto de la causa y que, en absoluto, pueden ser esgrimidos en perjuicio de los acreedores del concursado.
Así cabe deducirlo de algunos pronunciamientos de esta Sala. Así:
a) La sentencia núm. 1222/2004, de 17 diciembre, según la cual *«este precepto* (art. 1261.3 CC) *se refiere a la causa en sentido objetivo, a la que aluden las resoluciones de esta Sala diciendo que es el fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad (SS. 8 julio 1983 y 25 febrero 1995), la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato, siendo determinante de su realización*
(S. 17 abril 1997). Dicha causa genérica y objetiva -causa del contrato- se define e identifica por la función económico-social, o práctica, del contrato, que es la razón que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico....», y
b) La Sentencia núm. 788/2003 de 21 julio que, con cita de la de 3 febrero 1981, dice que *«aun operando en el campo de la causa concreta del contrato ésta ha de ser separada del móvil meramente individual y oculto que abriga cualquiera de los otorgantes de lo que es propiamente el móvil incorporado a la causa y como tal integrado en el acuerdo bilateral, ya que por mucho que se acentúe el aspecto o criterio subjetivista siempre será menester, para llegar a causalizar una finalidad concreta que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo según tiene declarado esta Sala en sentencia de 16 de febrero de 1935, seguida por las de 20 de junio de 1955, 17 de marzo de 1956, 30 de enero de 1960, 23 de noviembre de 1961, 27 de febrero de 1964 y 2 de octubre de 1972, entre otras, de suerte que la causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que anima a cada contratante en su proceder, (...) Finalmente, como explica la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1998 "a la vista del artículo 1274 del Código civil se ha mantenido reiteradamente que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico y, por ende, del contrato, es un concepto objetivo. El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición...»*
CUARTO.-Por todo ello coincido parcialmente con la fundamentación y plenamente con la parte dispositiva de la sentencia dictada por la Sala en tanto que desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, si bien considero que a tal solución debió llegarse mediante los razonamientos anteriormente expuestos.”: Voto particular de D. Antonio Salas a la STS 30.04.2014 (Sentencia 100/2014; Recurso 745/2012)

1.5.2 Gratuidad de las garantías no contextuales sin específica contraprestación o ventaja

Tribunal Supremo

“EL RECURSO DE CASACIÓN.*SEGUNDO.-*Formulación del motivo único del recurso.
BOSCH funda el recurso en la *incorrecta aplicación del apartado 2 del art. 71 LC y la doctrina del Alto Tribunal respecto de la interpretación de lo que constituye un acto a título gratuito.*
El recurrente rebate la apreciación de la sentencia sobre la significación jurídica de la gratuidad en relación con las operaciones que afectan a empresas pertenecientes a un grupo. Si bien reconoce que la garantía otorgada por TALLERES a su favor no supone una *contraprestación directa e inmediata,* sí lo es de *forma indirecta,* por lo que no puede conducir sin más a la gratuidad del acto, conforme previene el apartado 2 del art. 71 LC. El acto realizado por la matriz (TALLERES) resulta favorable para los intereses de las filiales, por tanto, para los suyos propios.
Con cita de las SSTS de 26 de junio de 1997 y 19 de septiembre de 2002 la recurrente señala que *"no pueden considerarse gratuitos los actos de disposición que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico-grupo"* (STS de 19 de septiembre de 2002). De lo que deduce que no es un acto de liberalidad ajeno al interés social cuando una empresa realiza un acto como el que es objeto de rescisión, porque tuvo la finalidad de *"apuntalar la situación económica de una de ellas de la que depende su propia liquidez y a veces su supervivencia".*
TERCERO.-*Razones de la Sala para la desestimación del motivo.*
1. Como señalábamos en la STS 100/2014, de 30 de abril *" De acuerdo con el régimen de las acciones de reintegración de la Ley Concursal, las garantías reales sobre bienes inmuebles, como es el caso de la hipoteca, prestadas por el deudor concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso pueden ser objeto de rescisión cuando constituyan un* ***acto de disposición a título gratuito*** *pues en tal caso el perjuicio para la masa se presume sin que sea admisible prueba en contrario (art. 71.2 de la Ley Concursal****);*
cuando constituyan un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado o se hayan constituido a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, y no se pruebe la falta de perjuicio patrimonial (art. 71.3.1º y 2º); y, en general, cuando se pruebe que han causado un perjuicio para la masa activa*.*
Para el ejercicio de estas acciones no es preciso probar la existencia de fraude".
En el asunto al que hacía referencia la sentencia 100/2014, de 30 de abril, se trataba de una garantía hipotecaria *"contextual"* prestada simultáneamente a la concesión del crédito por una filial a favor de otra filial del mismo grupo. Se señaló entonces que, *"salvo prueba en contrario la garantía coetánea o contextual con la*

concesión del crédito se entenderá una prestación correspectiva al otorgamiento de éste, y por tanto onerosa".
Sin embargo, concluíamos que la garantía constituida a favor de tercero, *aunque sea onerosa, no excluye la existencia de perjuicio para la masa.* De acuerdo con el art. 71.3.1 LC el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario que corre a cargo del acreedor demandado, titular de la garantía. A diferencia del art. 71.2 LC en que el perjuicio patrimonial se presume *iuris et de iure,* el art. 71.3 tal perjuicio se presume *iuris tantum*, corriendo a cargo del acreedor demandado la prueba de su inexistencia.
2. En el caso que se enjuicia en el presente recurso se dan dos circunstancias de extraordinaria relevancia que determinan la desestimación del motivo:
a) En el momento en que se otorga la garantía hipotecaria por parte de una sociedad del grupo por una deuda de otra sociedad del grupo, no existe una correspectiva prestación a favor de la hipotecante. No existe la contextualidad o simultaneidad de actos o contratos (prestaciones), por los que pudiera calificarse la garantía concedida como un acto oneroso. En el presente caso, al no recibir nada a cambio la hipotecante no deudora, la operación hipotecaria es un acto dispositivo a título gratuito, conforme previene el art. 71.2 LC.
b) La ampliación de la garantía por deuda ajena que se pretende rescindir fue prestada por TALLERES a favor de BOSCH, al objeto de que ésta siguiera suministrando a favor de la filial, EMILIANO ARENAZ SL. Pero **la garantía se prestó por *"obligaciones preexistentes"*** (art. 71.3.2º LC), sin que la hipotecante no deudora recibiera nada a cambio en el acto de su otorgamiento. Aún admitiendo, como reconoce la sentencia, que existe grupo por la unidad de dirección (grupo vertical y participativo), la hipoteca no garantizaba un suministro futuro (de tratarse de una hipoteca de máximo, si se prefiere, ex art. 158 bis LH), lo que podría haber destruido la noción de perjuicio. Se trata en el caso enjuiciado de una hipoteca de reconocimiento de deuda y ampliación de la garantía hipotecaria. Se otorga en garantía exclusivamente de obligaciones preexistentes sin que nada recibiera a cambio la hipotecante no deudora. Luego la garantía debe rescindirse, bien porque se da el supuesto del art. 71.2 LC, por tratarse de una garantía gratuita, bien porque, se trata de garantizar con hipoteca " *obligaciones* preexistentes" (art. 71.3.2º LC) sin que se haya destruido la presunción de perjuicio, que incumbía, en su caso, a la parte demandada.": STS 21.07.2014 (Sentencia 401/2014; Recurso 2571/2012)

AP Madrid

"PRIMERO.- La administración concursal de la mercantil COMPAÑÍA DE HORMIGONES CHPH S.L. (en adelante, CHPH) interpuso demanda incidental contra dicha entidad y contra las sociedades CEMEX ESPAÑA S.A. (en adelante, CEMEX), COMPAÑÍA HISPÁNICO PENINSULAR DE HORMIGONES, S.L. (en adelante, HISPÁNICO PENINSULAR) y RECICLADHOR S.L. (en adelante, RECICLADHOR) en ejercicio de la acción rescisoria prevista en el Art. 71-1 de la Ley Concursal. Tal acción se proyectó sobre cierta operación documentada en escritura pública de 20 de noviembre de 2008 por la que, reconociendo HISPÁNICO PENINSULAR y RECICLADHOR determinadas deudas preexistentes que mantenían con CEMEX por razón del suministro de cemento, CHPH pignoraba en favor de esta última y en garantía de las deudas reconocidas los derechos de crédito representados por las facturas que la pignorante emitiese contra la U.T.E. SERRANO y contra la U.T.E. CHAMARTIN T4, otorgando a cambio CEMEX un nuevo plazo compuesto de catorce vencimientos mensuales para que las mencionadas deudoras (HISPÁNICO PENINSULAR y RECICLADHOR) cancelasen las deudas que simultáneamente reconocían.
La sentencia de primera instancia estimó la referida demanda incidental, rescindiendo los derechos reales de prenda constituidos y declarando la obligación de CEMEX de restituir a la masa las cantidades que hubiere percibido en el ejercicio de tales derechos reales.
Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza CEMEX a través del presente recurso de apelación.
SEGUNDO.- El primer problema que el recurso plantea consiste en dilucidar si es o no aplicable al supuesto examinado, como así lo apreció la sentencia apelada, la presunción "iuris et de iure" de perjuicio que enuncia el Art. 71-2 de la Ley Concursal al establecer que "El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito...".
Pese a que el beneficio del plazo que CEMEX otorgó a cambio de la pignoración de los créditos de CHPH fue un beneficio concebido en favor de las deudoras HISPÁNICO PENINSULAR y RECICLADHOR y no en provecho de CHH, quien ninguna cantidad adeudaba a CEMEX, esta última argumenta que el aplazamiento de dichas deudas por catorce meses benefició indirectamente a la pignorante por pertenecer al mismo grupo societario que las deudoras. Lo primero que hemos de indicar al respecto es que, atendiendo a los datos que la propia CEMEX proporcionó en su escrito de contestación a la demanda (cuadro sinóptico de su página 8, folio 28 del tomo II), no vemos que exista, más allá de cierta vinculación empresarial, una relación de grupo entre esas tres sociedades: RECICLADHOR solo ostenta una participación minoritaria en CHPH (33 %) y, por otra parte, no existe participación societaria alguna, ni directa ni indirecta, entre CHPH y HISPÁNICO PENINSULAR. De hecho, el cuadro sinóptico que ahora incorpora CEMEX a la página 18 de su recurso de apelación contiene alteraciones sustanciales respecto de la información que suministró en el trámite de contestación.
Sea como fuere y situándonos en el escenario hipotético más favorable a los planteamientos de CEMEX, veamos cual es la más reciente doctrina jurisprudencial en relación con el problema de la gratuidad referido a las garantías "intragrupo", debiendo distinguirse a este respecto entre las garantías conocidas como "contextuales" (aquellas que se constituyen en garantía de una deuda que se contrae en el momento mismo de su constitución) y las garantías no contextuales (las que se constituyen en garantía de deudas preexistentes):
a) En relación con las garantías contextuales, indica la S.T.S. de 30 de abril de 2014 que "...Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de

pago del deudor y la garantía del tercero..." (el subrayado es nuestro).
b) Por el contrario, cuando se trata -como en el caso- de garantías no contextuales, la más reciente
S.T.S. de 21 de julio de 2014, recaída en un supuesto similar al que ahora nos ocupa, alcanza la solución opuesta la razonar del siguiente modo: "...a) En el momento en que se otorga la garantía hipotecaria por parte de una sociedad del grupo por una deuda de otra sociedad del grupo, no existe una correspectiva prestación a favor de la hipotecante. No existe la contextualidad o simultaneidad de actos o contratos (prestaciones), por los que pudiera calificarse la garantía concedida como un acto oneroso. En el presente caso, al no recibir nada a cambio la hipotecante no deudora, la operación hipotecaria es un acto dispositivo a título gratuito, conforme previene el art. 71.2 LC; b) La ampliación de la garantía por deuda ajena que se pretende rescindir fue prestada por TALLERES a favor de BOSCH, al objeto de que ésta siguiera suministrando a favor de la filial, EMILIANO ARENAZ SL. Pero la garantía se prestó por "obligaciones preexistentes" (art. 71.3.2º LC), sin que la hipotecante no deudora recibiera nada a cambio en el acto de su otorgamiento. Aún admitiendo, como reconoce la sentencia, que existe grupo por la unidad de dirección (grupo vertical y participativo), la hipoteca no garantizaba un suministro futuro (de tratarse de una hipoteca de máximo, si se prefiere, ex art. 158 bis LH), lo que podría haber destruido la noción de perjuicio. Se trata en el caso enjuiciado de una hipoteca de reconocimiento de deuda y ampliación de la garantía hipotecaria. Se otorga en garantía exclusivamente de obligaciones preexistentes sin que nada recibiera a cambio la hipotecante no deudora. Luego la garantía debe rescindirse, bien porque se da el supuesto del art. 71.2 LC, por tratarse de una garantía gratuita, bien porque, se trata de garantizar con hipoteca " obligaciones preexistentes" (art. 71.3.2º LC) sin que se haya destruido la presunción de perjuicio, que incumbía, en su caso, a la parte demandada..." (el subrayado es nuestro).
La simple aplicación de la precedente doctrina al caso que ahora nos ocupa, donde ni siquiera puede apreciarse la existencia de grupo societario entre las codemandadas sino, a lo sumo, una vinculación mercantil derivada de ser HIPÁNICO PENINSULAR y RECICLADHOR fabricantes y proveedoras de CHPH respecto del hormigón que esta última suministra a terceros, nos conduce a considerar que el acto de disposición llevado a cabo por CHPH al pignorar sus derechos de crédito tuvo carácter gratuito y que, por lo tanto, fue perjudicial para la masa al concurrir en el caso que nos ocupa, como veremos, la misma circunstancia negativa que aprecia la mencionada S.T.S. de 21 de julio de 2014, a saber, la inexistencia por parte de la acreedora CEMEX del menor compromiso de continuar suministrando hormigón, si bien reconocemos que pudiera suscitar dudas al respecto el hecho -sí constatado- de que CEMEX otorgara a sus deudoras un aplazamiento de 14 meses para la cancelación de la deuda que reconocieron mantener con aquella.": SAP Madrid (Sección 28) 25.05.2015 (Sentencia 152/2015; Rollo 413/2013)

1.5.3 Sobre la no rescindibilidad aislada de las garantías contextuales

1.5.3.1 Desestimación

Tribunal Supremo

"SÉPTIMO.- Los efectos de la acción rescisoria concursal
1.-La recurrente impugna también la consecuencia que la sentencia recurrida, confirmatoria de la dictada por el juzgado, ha atribuido al éxito de la acción rescisoria, consistente en la cancelación de la hipoteca constituida en garantía del préstamo concedido por CAIXA CATALUNYA a SOFA CONFORT.
Alega la recurrente que la consecuencia de la estimación de la acción rescisoria concursal debería ser la vuelta al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiere concluido pues no puede desligarse la hipoteca del negocio jurídico subyacente, el préstamo al grupo empresarial, y debe declararse la resolución (sic) de toda la operación y la obligación de la concursada de restituir a CAIXA CATALUNYA, de forma simultánea, las sumas recibidas con sus intereses.
2.-El art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».
Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción.
3.-Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía.
No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente. Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo, que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real.
Esta solución de la escisión no es excepcional en el régimen de reintegración del concurso, puesto que la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal.

El préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es declarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante.
4.-Por otra parte, no puede accederse a la pretensión de la recurrente en el sentido de que la masa del concurso restituya al acreedor el importe del préstamo garantizado con la hipoteca, puesto que el origen del crédito garantizado no se halla en el acto rescindido, y el concursado no era el obligado a devolver tal préstamo, por lo que la rescisión no justifica el nacimiento de una deuda restitutoria en el concurso del garante. Además, acordar tal restitución como efecto de la rescisión puede suponer incluso un empeoramiento de la condición del garante respecto de la situación anterior a la rescisión que pugna con la naturaleza y finalidad del régimen de reintegración del concurso.
5.-Los argumentos que se oponen a que, a efectos del ejercicio de la acción rescisoria concursal, pueda escindirse la garantía del negocio respecto del que se constituye, afirmando que se afecta a la base del negocio puesto que se alteran los presupuestos sobre los que el acreedor prestó el consentimiento, ya que no habría otorgado crédito sin obtener la garantía, no son relevantes en una situación como la concursal, en la que las soluciones a adoptar son diferentes de las que procederían si no se hubiera declarado el concurso, pues se alteran gravemente las relaciones jurídicas que afectan al concursado, y sus acreedores resultarán por lo general perjudicados de un modo o de otro. Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre deuda ajena, e impone que para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito garantizado.
Además, otro tanto podría afirmarse de los acreedores que ven afectado severamente su derecho de crédito como consecuencia de la declaración del concurso, que son la mayoría, cuando no la totalidad, de los acreedores concursales, que lógicamente tampoco habrían prestado su consentimiento a la celebración del negocio si hubieran sabido que el deudor sería declarado en concurso.
6.-El perjuicio para la masa, porque el patrimonio del deudor sufrió un sacrificio patrimonial injustificado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso o se afectó injustificadamente la par condicio creditorum, se erige en un criterio fundamental para privar de eficacia a negocios jurídicos y actos que de otro modo serían plenamente eficaces, en aras del interés del concurso.
El acreedor que ve rescindida su garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando frente a su deudor las medidas que sean pertinentes con base en la obligación principal, desprovista de la garantía rescindida. Ello le supone un sacrificio evidente, pero la declaración de concurso conlleva sacrificios a los acreedores del concursado y, en general, a quienes ostentan frente a él algún derecho.”: STS 30.04.2014 (Sentencia 100/2014; Recurso 745/2012)

AP Baleares

“SÉPTIMO.-La recurrente considera que no puede rescindirse aisladamente la garantía por medio de una fianza, sin atacar la integridad del negocio jurídico de préstamo, pues en tal caso, sin tal garantía no se hubiere consumado el contrato de préstamo personal, o se habría realizado en unas condiciones más gravosas.
Esta cuestión ha sido tratada en la SAP Asturias de 14.03.2.012, la cual trata de determinar si para el éxito de la acción de reintegración ex art. 71 L.C. dirigida frente a la fianza solidaria constituida por el concursado en garantía de una deuda ajena con carácter simultáneo a la formalización del negocio jurídico garantizado es preciso atacar también este último. Compartimos la respuesta negativa dada por dicha resolución, por cuanto, " *el específico diseño de la acción de reintegración concursal -cuya finalidad no es otra que devolver a la masa activa los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor fallido en el período de dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso mediante actuaciones que hubieran resultado perjudiciales para aquella masa- supone que la declaración de ineficacia que con ella se persigue únicamente podrá afectar a la concreta relación jurídica que vincula al patrimonio de la persona concursada, sin que pueda extenderse al conjunto de la operación por cuanto el Juez del concurso carece de competencia objetiva y funcional no solo para declarar tal ineficacia sino para ejecutar un pronunciamiento cuyas consecuencias resultarían, en su mayor parte, extrañas a la economía del concurso. El hecho de que se encuentre comprendido bajo dicha competencia un extremo accesorio, como es la garantía, no autoriza a que pueda extenderse para conocer de lo principal, como es el negocio garantizado, y ello, como antes se ha dicho, por más que pueda aparecer configurado como un negocio unitario.....* En tercer lugar y por lo *que respecta a la naturaleza de la acción que nos ocupa, habremos de tener presente que la acción de reintegración concursal pertenece a la familia de las acciones rescisorias y que por tanto los actos susceptibles de impugnación por esta vía serán siempre actos válidamente celebrados, sin vicio alguno que afecte a su validez, pero cuyo resultado aparece como lesivo o injusto, motivo por el que la reintegración se dirige a obtener no una ineficacia estructural sino simplemente una ineficacia funcional, ineficacia que en el caso de la acción de reintegración concursal se fundamenta en la existencia de un perjuicio patrimonial para la masa del concurso. Nada de ello resulta sin embargo predicable del negocio jurídico afianzado, pues de otra manera estaríamos aplicando un mecanismo específicamente previsto para la situación concursal a un negocio jurídico ajeno a dichos intereses patrimoniales, viéndose comprometida su eficacia por un motivo que aparece legalmente diseñado para una finalidad distinta, cual es el acrecimiento de la masa del concurso.*
A ello no es óbice la circunstancia de que para poder determinar si concurre el carácter de acto perjudicial exigido por la regla general contenida en el art. 71-1 L.C. sea " *preciso examinar la relación jurídica trilateral, pues, como señala reputada doctrina, la determinación del carácter oneroso o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que*

*puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor o ya lo sea por parte del deudor.". ":*SAP Baleares (Sección 5) 15.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 38/2013)

"QUINTO.- La recurrente considera que no puede rescindirse aisladamente la garantía por medio de una fianza, sin atacar la integridad del negocio jurídico de préstamo, pues en tal caso, sin tal garantía no se hubiere consumado el contrato de préstamo personal, o se habría realizado en unas condiciones más gravosas.
Esta cuestión ha sido tratada en la SAP Asturias de 14.03.2.012, la cual, ciertamente, revoca la del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo citada por la representación de la recurrente, y trata de determinar si para el éxito de la acción de reintegración ex art. 71 L.C. dirigida frente a la fianza solidaria constituida por el concursado en garantía de una deuda ajena con carácter simultáneo a la formalización del negocio jurídico garantizado es preciso atacar también este último. Compartimos la respuesta negativa dada por dicha resolución, por cuanto, "el específico diseño de la acción de reintegración concursal -cuya finalidad no es otra que devolver a la masa activa los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor fallido en el período de dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso mediante actuaciones que hubieran resultado perjudiciales para aquella masa- supone que la declaración de ineficacia que con ella se persigue únicamente podrá afectar a la concreta relación jurídica que vincula al patrimonio de la persona concursada, sin que pueda extenderse al conjunto de la operación por cuanto el Juez del concurso carece de competencia objetiva y funcional no solo para declarar tal ineficacia sino para ejecutar un pronunciamiento cuyas consecuencias resultarían, en su mayor parte, extrañas a la economía del concurso. El hecho de que se encuentre comprendido bajo dicha competencia un extremo accesorio, como es la garantía, no autoriza a que pueda extenderse para conocer de lo principal, como es el negocio garantizado, y ello, como antes se ha dicho, por más que pueda aparecer configurado como un negocio unitario..... En tercer lugar y por lo que respecta a la naturaleza de la acción que nos ocupa, habremos de tener presente que la acción de reintegración concursal pertenece a la familia de las acciones rescisorias y que por tanto los actos susceptibles de impugnación por esta vía serán siempre actos válidamente celebrados, sin vicio alguno que afecte a su validez, pero cuyo resultado aparece como lesivo o injusto, motivo por el que la reintegración se dirige a obtener no una ineficacia estructural sino simplemente una ineficacia funcional, ineficacia que en el caso de la acción de reintegración concursal se fundamenta en la existencia de un perjuicio patrimonial para la masa del concurso. Nada de ello resulta sin embargo predicable del negocio jurídico afianzado, pues de otra manera estaríamos aplicando un mecanismo específicamente previsto para la situación concursal a un negocio jurídico ajeno a dichos intereses patrimoniales, viéndose comprometida su eficacia por un motivo que aparece legalmente diseñado para una finalidad distinta, cual es el acrecimiento de la masa del concurso.
A ello no es óbice la circunstancia de que para poder determinar si concurre el carácter de acto perjudicial exigido por la regla general contenida en el art. 71-1 L.C. sea " preciso examinar la relación jurídica trilateral, pues, como señala reputada doctrina, la determinación del carácter oneroso o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor o ya lo sea por parte del deudor.". ":SAP Baleares (Sección 5) 23.04.2013 (Sentencia 168/2013; Rollo 10/2013)

"SEXTO.-Sobre la imposibilidad de rescindir la garantía sin el préstamo, este Tribunal ya reseñaba en la Sentencia de 15 de marzo de 2013 que: "La recurrente considera que no puede rescindirse aisladamente la garantía por medio de una fianza, sin atacar la integridad del negocio jurídico de préstamo, pues en tal caso, sin tal garantía no se hubiere consumado el contrato de préstamo personal, o se habría realizado en unas condiciones más gravosas.
Esta cuestión ha sido tratada en la SAP Asturias de 14.03.2.012, la cual trata de determinar si para el éxito de la acción de reintegración ex art. 71 L.C. dirigida frente a la fianza solidaria constituida por el concursado en garantía de una deuda ajena con carácter simultáneo a la formalización del negocio jurídico garantizado es preciso atacar también este último. Compartimos la respuesta negativa dada por dicha resolución, por cuanto, " el específico diseño de la acción de reintegración concursal -cuya finalidad no es otra que devolver a la masa activa los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor fallido en el período de dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso mediante actuaciones que hubieran resultado perjudiciales para aquella masa- supone que la declaración de ineficacia que con ella se persigue únicamente podrá afectar a la concreta relación jurídica que vincula al patrimonio de la persona concursada, sin que pueda extenderse al conjunto de la operación por cuanto el Juez del concurso carece de competencia objetiva y funcional no solo para declarar tal ineficacia sino para ejecutar un pronunciamiento cuyas consecuencias resultarían, en su mayor parte, extrañas a la economía del concurso. El hecho de que se encuentre comprendido bajo dicha competencia un extremo accesorio, como es la garantía, no autoriza a que pueda extenderse para conocer de lo principal, como es el negocio garantizado, y ello, como antes se ha dicho, por más que pueda aparecer configurado como un negocio unitario..... En tercer lugar y por lo que respecta a la naturaleza de la acción que nos ocupa, habremos de tener presente que la acción de reintegración concursal pertenece a la familia de las acciones rescisorias y que por tanto los actos susceptibles de impugnación por esta vía serán siempre actos válidamente celebrados, sin vicio alguno que afecte a su validez, pero cuyo resultado aparece como lesivo o injusto, motivo por el que la reintegración se dirige a obtener no una ineficacia estructural sino simplemente una ineficacia funcional, ineficacia que en el caso de la acción de reintegración concursal se fundamenta en la existencia de un perjuicio patrimonial para la masa del concurso. Nada de ello resulta sin embargo predicable del negocio jurídico afianzado, pues de otra manera estaríamos aplicando un mecanismo

específicamente previsto para la situación concursal a un negocio jurídico ajeno a dichos intereses patrimoniales, viéndose comprometida su eficacia por un motivo que aparece legalmente diseñado para una finalidad distinta, cual es el acrecimiento de la masa del concurso.
A ello no es óbice la circunstancia de que para poder determinar si concurre el carácter de acto perjudicial exigido por la regla general contenida en el art. 71-1 L.C. sea " preciso examinar la relación jurídica trilateral, pues, como señala reputada doctrina, la determinación del carácter oneroso o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor o ya lo sea por parte del deudor".
Y al no haber recibido contraprestación, Imorilla SL no debe devolver suma alguna por los efectos de la rescisión de la garantía. La rescisión de la garantía no arrastra la rescisión de un préstamo suscrito por otra empresa distinta a la garante.": SAP Baleares (Sección 5) 26.06.2013 (Sentencia 277/2013; Rollo 139/2013)

AP Castellón

"QUINTO.-En cuanto a los motivos atinentes a la garantía hipotecaria, teniendo ya presente como se expuso que cae su constitución dentro del ámbito de aplicación del art. 71 de la Ley Concursal, así como que son extensibles a la misma las consideraciones precedentes acerca de su carácter no gratuito, asiste la razón a la parte apelante tanto respecto su rescindibilidad al margen del crédito garantizado como en cuanto a la inaplicabilidad del art. 10 de la Ley del Mercado Hipotecario.
En cuanto al primer punto, que no fue suscitado por las partes a la hora de delimitar sus posiciones y respecto el que tampoco apreciamos una controversia real en esta alzada, porque precisamente el carácter accesorio de la garantía permite su rescisión al margen del crédito (otra cosa bien diversa es la consecuencia que ello puede aparejar en la relación estricta entre prestamista y prestatario en función de la regulación convencional establecida de su relación negocial) y no debe olvidarse que el sistema de reintegración concursal opera únicamente respecto el acto dispositivo que causa un perjuicio a la masa activa, que no debe concurrir necesariamente en la obligación garantizada, lo que en el presente caso así viene delimitado en la demanda, cuestiones relativas a la necesaria realización de aquel por el concursado y legitimación al respecto de la Administración Concursal conectada al mismo al margen. Al respecto, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, S.1ª, de 15 de marzo de 2012, que reitera una doctrina mantenida en anteriores resoluciones y de la que ya se hizo eco esta Sala en Sentencia de 2 de junio de 2011.": SAP Castellón (Sección 3) 31.03.2014 (Sentencia 122/2014; Rollo 41/2014)

"Para ello lo primero que plantea el recurrente es la posibilidad de rescindir las garantías contextuales sin que ello influya en el mantenimiento de la operación de préstamo o crédito garantizadas, cuestión que ha sido admitida por la jurisprudencia, pudiendo citar de las Sentencias que se mencionan en el recurso la de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, núm 63, de fecha 1 de marzo de 2013 ROJ: SAP M 3963/2013, Recurso: 330/2011, cuando afirma que *"En el marco de una operación de préstamo con garantía hipotecaria, donde al componente estrictamente obligacional (préstamo) se superpone, a modo de derecho accesorio de garantía, un componente real (hipoteca), resulta jurídicamente correcto el ejercicio de la acción rescisoria contra uno solo de los elementos (la hipoteca) y no contra el otro (el préstamo). La idea de perjuicio patrimonial se concentra en la garantía y no en el negocio obligacional y de ahí que la eventual sentencia que acoja la acción rescisoria únicamente debiera comportar, en principio, que las primitivas posiciones acreedoras derivadas del préstamo quedasen subsistentes aunque desprovistas de la garantía sobreañadida (ya no cabrá, por lo tanto, la ejecución separada del crédito favorecido con la garantía -artículo 90 en relación con el artículo 155 de la LC)...*
La rescisión de la garantía hipotecaria no influye en el mantenimiento de la vigencia del préstamo (que produciría igual efecto al integrarse el crédito del prestamista en la masa pasiva del concurso y ser sometido al tratamiento concursal correspondiente). Es por ello que lo que nunca podría invocarse en el presente caso sería, como erróneamente se hace en la sentencia apelada (inducida a ello por un planteamiento equivocado en este concreto aspecto por parte de la administración concursal), la aplicabilidad de la previsión del artículo 73.3 de la Ley Concursal, que está concebida para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco, de manera que no podría aplicarse al propio capital del préstamo garantizado con la hipoteca rescindida, cuando es ésta última, como garantía accesoria, y no el propio contrato préstamo, lo que es objeto de la acción rescisoria...
En efecto, la norma, concebida para los casos en que la prestación resultante a favor del demandado sea la contrapartida de un acto de reintegración que este último debe de llevar a cabo en provecho de la masa, se aviene mal con una hipótesis como la contemplada por el ya examinado artículo 71.3.2º (rescisión de garantías reales). Precisamente por ello, la aplicabilidad del precepto, en cuanto conceptúa el derecho del demandado como crédito contra la masa, se encuentra expresamente supeditada a que ese derecho haya nacido "... como consecuencia de la rescisión.", lo que es tanto como decir que, de no ser por la rescisión operada, tal derecho no habría nacido. Pues bien, en un caso como el ahora examinado el derecho al cobro de la suma prestada no nacería de la rescisión concursal sino de la relación obligacional subyacente respecto de la cual el derecho real de hipoteca no fue otra cosa que una garantía superpuesta de carácter accesorio. En otras palabras: el derecho de la prestamista a recobrar la cantidad prestada hubiera existido aun cuando la obligación no se hubiera garantizado mediante hipoteca, por lo que huelga indicar que la rescisión de la hipoteca ni altera aquel derecho ni hace que nazca "ex novo" un derecho que no existiera con anterioridad a esa misma rescisión."

A idéntica conclusión llegó esta Sala en la Sentencia ya citada, núm 41 de fecha 15 de febrero de 2011, al citar la la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, núm. 245, de fecha 17 de Julio de 2008, en cuanto ha entendido que la acción rescisoria o de reintegración, debe limitarse a la garantía (hipoteca o aval), pero no al préstamo garantizado, ya que además de no solicitarse prestación alguna respecto de este último, como aquí también sucede, es ajeno al procedimiento concursal, no dirigiéndose la acción ejercitada, como no podría ser de otra manera, frente al beneficiario de ese préstamo, admitiendo con ello la rescisión de una parte del contrato, eliminando las garantías adicionales prestadas por quien está en concurso.
Es por tanto correcto lo que se afirma en este sentido en el primero de los motivos del recurso de apelación, debiendo entrar a continuación a examinar a continuación la cuestión de las garantías personales consistentes en el afianzamiento de la concursada en las tres pólizas que hemos mencionado.": SAP Castellón (Sección 3) 19.12.2014 (Sentencia 363/2014; Rollo 516/2014)

"1. La cuestión de si cabe la rescisión de la garantía hipotecaria prestada por la concursada Doña Teresa sin que la misma afecte a la obligación principal garantizada, consistente en el préstamo concedido a Gestión Citrícola SL ha sido examinada anteriormente por este tribunal y merece respuesta afirmativa.
Como decía esta Sala en la Sentencia núm. 363 de 19 de diciembre de 2014 (Roj: SAP CS 1402/2014- ECLI:ES:APCS:2014:1402), es posible rescindir las garantías contextuales sin que ello influya en el mantenimiento de la operación de préstamo o crédito garantizada, lo que ha sido admitido por la jurisprudencia, citando en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, núm 63, de fecha 1 de marzo de 2013 (ROJ: SAP M 3963/2013, Recurso: 330/2011), que dice que *"En el marco de una operación de préstamo con garantía hipotecaria, donde al componente estrictamente obligacional (préstamo) se superpone, a modo de derecho accesorio de garantía, un componente real (hipoteca), resulta jurídicamente correcto el ejercicio de la acción rescisoria contra uno solo de los elementos (la hipoteca) y no contra el otro (el préstamo). La idea de perjuicio patrimonial se concentra en la garantía y no en el negocio obligacional y de ahí que la eventual sentencia que acoja la acción rescisoria únicamente debiera comportar, en principio, que las primitivas posiciones acreedoras derivadas del préstamo quedasen subsistentes aunque desprovistas de la garantía sobreañadida (va no cabrá, por lo tanto, la ejecución separada del crédito favorecido con la garantía -artículo 90 en relación con el artículo 155 de la LC).-La rescisión de la garantía hipotecaria no influye en el mantenimiento de la vigencia del préstamo (que produciría igual efecto al integrarse el crédito del prestamista en la masa pasiva del concurso y ser sometido al tratamiento concursal correspondiente). Es por ello que lo que nunca podría invocarse en el presente caso sería, como erróneamente se hace en la sentencia apelada (inducida a ello por un planteamiento equivocado en este concreto aspecto por parte de la administración concursal), la aplicabilidad de la previsión del artículo 73.3 de la Ley Concursal, que está concebida para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco, de manera que no podría aplicarse al propio capital del préstamo garantizado con la hipoteca rescindida, cuando es ésta última, como garantía accesoria, y no el propio contrato de préstamo, lo que es objeto de la acción rescisoria".*
En el mismo sentido, dice la STS de 30 de abril de 2014 (Roj: STS 1954/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1954) que:
"Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registra' de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía.
No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente. Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo, que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real.-Esta solución de la escisión no es excepcional en el régimen de reintegración del concurso, puesto que la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la
compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierdasu derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal.
El préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es declarado en concurso es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante."
No hay, por lo tanto, óbice a la rescisión de la garantía manteniendo incólume el préstamo garantizado.": SAP Castellón (Sección 3) 30.06.2015 (Sentencia 184/2015; Rollo 267/2015)

AP Cuenca

"Segundo.-El primero de los motivos de recurso debe rechazarse; y ello por lo siguiente:
.La Sala 1ª del Tribunal Supremo ya ha establecido, en su reciente Sentencia de 30.04.2014, recurso 745/2012, que no puede aceptarse que la garantía hipotecaria cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado sean inescindibles. Y así, en el séptimo de los fundamentos de derecho de la mencionada

Sentencia, (en el que se estudian los efectos de la acción rescisoria concursal), se establece, entre otros extremos, lo siguiente:
<<.....3.- Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registra de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía.
No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente. Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo, que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real.
Esta solución de la escisión no es excepcional en el régimen de reintegración del concurso, puesto que la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal.
El préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es declarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante.....>>.”: SAP Cuenca (Sección 1) 26.09.2014 (Sentencia 104/2014; Rollo 100/2014)

AP La Coruña

“QUINTO.- La parte apelante impugna la rescisión autónoma o separadas de las garantías personales y reales de la obligación constituida de forma simultanea, dado que en la sentencia apelada estima la acción de rescisión de las garantías prestadas por Procaba pero no del préstamo concedido por CAIXABANK a la entidad Inmobiliaria Jardines De San Claudio, S.A.
Sobre la supuesta inescindibilidad del negocio del que la garantía forma parte, ya nos hemos pronunciado en sentencia de 21 de enero de 2013, y sobre dicha cuestión refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014, cuando resuelve sobre los efectos de la acción rescisoria concursal, concretamente el motivo alegado por la recurrente, que la consecuencia de la estimación de la acción rescisoria concursal debería ser la vuelta al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiere concluido pues no puede desligarse la hipoteca del negocio jurídico subyacente, el préstamo al grupo empresarial.
"2.- "El art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».
Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción.
3.- Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía.
No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente. Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo, que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real.
Esta solución de la escisión no es excepcional en el régimen de reintegración del concurso, puesto que la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal.
El préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es declarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante.
4.- Por otra parte, no puede accederse a la pretensión de la recurrente en el sentido de que la masa del concurso restituya al acreedor el importe del préstamo garantizado con la hipoteca, puesto que el origen del crédito garantizado no se halla en el acto rescindido, y el concursado no era el obligado a devolver tal préstamo, por lo que la rescisión no justifica el nacimiento de una deuda restitutoria en el concurso del garante. Además, acordar tal restitución como efecto de la rescisión puede suponer incluso un empeoramiento de la condición del garante respecto de la situación anterior a la rescisión que pugna con la naturaleza y finalidad del régimen de reintegración del concurso.
5.- Los argumentos que se oponen a que, a efectos del ejercicio de la acción rescisoria concursal, pueda escindirse la garantía del negocio respecto del que se constituye, afirmando que se afecta a la base del negocio puesto que se alteran los presupuestos sobre los que el acreedor prestó el consentimiento, ya que no habría otorgado crédito sin obtener la garantía, no son relevantes en una situación como la concursal, en la que las soluciones a adoptar son diferentes de las que procederían si no se hubiera declarado el concurso,

pues se alteran gravemente las relaciones jurídicas que afectan al concursado, y sus acreedores resultarán por lo general perjudicados de un modo o de otro. Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre deuda ajena, e impone que para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito garantizado.
Además, otro tanto podría afirmarse de los acreedores que ven afectado severamente su derecho de crédito como consecuencia de la declaración del concurso, que son la mayoría, cuando no la totalidad, de los acreedores concursales, que lógicamente tampoco habrían prestado su consentimiento a la celebración del negocio si hubieran sabido que el deudor sería declarado en concurso.
6.- El perjuicio para la masa, porque el patrimonio del deudor sufrió un sacrificio patrimonial injustificado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso o se afectó injustificadamente la par condicio creditorum, se erige en un criterio fundamental para privar de eficacia a negocios jurídicos y actos que de otro modo serían plenamente eficaces, en aras del interés del concurso.
El acreedor que ve rescindida su garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando frente a su deudor las medidas que sean pertinentes con base en la obligación principal, desprovista de la garantía rescindida. Ello le supone un sacrificio evidente, pero la declaración de concurso conlleva sacrificios a los acreedores del concursado y, en general, a quienes ostentan frente a él algún derecho".
El motivo debe pues ser desestimado, dado que en definitiva el préstamo respecto del que se han constituido las garantías, real y personal, por quien después es declarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante
SAP La Coruña (Sección 4) 23.10.2014 (Sentencia 326/2014; Rollo 89/2014)

AP Lleida

“QUINTO.-Por lo que hace a los efectos de la acción de reintegración, la AC pretende la declaración de ineficacia de las hipotecas, con su cancelación registral, la ineficacia de los préstamos, la declaración de mala fe de la entidad bancaria de forma que su crédito sea subordinado (art. 96.6 de la LC). Con respecto a los efectos de la acción rescisoria concursal, indica la citada STS de 30-4-14 que: *"El art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».*
Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción.
3.- Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía.
No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente. Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo, que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real.
Esta solución de la escisión no es excepcional en el régimen de reintegración del concurso, puesto que la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal.
El préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es declarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante.
4.- Por otra parte, no puede accederse a la pretensión de la recurrente en el sentido de que la masa del concurso restituya al acreedor el importe del préstamo garantizado con la hipoteca, puesto que el origen del crédito garantizado no se halla en el acto rescindido, y el concursado no era el obligado a devolver tal préstamo, por lo que la rescisión no justifica el nacimiento de una deuda restitutoria en el concurso del garante.
Además, acordar tal restitución como efecto de la rescisión puede suponer incluso un empeoramiento de la condición del garante respecto de la situación anterior a la rescisión que pugna con la naturaleza y finalidad del régimen de reintegración del concurso.
5.- Los argumentos que se oponen a que, a efectos del ejercicio de la acción rescisoria concursal, pueda escindirse la garantía del negocio respecto del que se constituye, afirmando que se afecta a la base del negocio puesto que se alteran los presupuestos sobre los que el acreedor prestó el consentimiento, ya que no habría otorgado crédito sin obtener la garantía, no son relevantes en una situación como la concursal, en la que las soluciones a adoptar son diferentes de las que procederían si no se hubiera declarado el concurso, pues se alteran gravemente las relaciones jurídicas que afectan al concursado, y sus acreedores resultarán por lo general perjudicados de un modo o de otro. Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre deuda ajena, e impone que para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito

garantizado.
Además, otro tanto podría afirmarse de los acreedores que ven afectado severamente su derecho de crédito como consecuencia de la declaración del concurso, que son la mayoría, cuando no la totalidad, de los acreedores concursales, que lógicamente tampoco habrían prestado su consentimiento a la celebración del negocio si hubieran sabido que el deudor sería declarado en concurso.
6.- El perjuicio para la masa, porque el patrimonio del deudor sufrió un sacrificio patrimonial injustificado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso o se afectó injustificadamente la par condicio creditorum, se erige en un criterio fundamental para privar de eficacia a negocios jurídicos y actos que de otro modo serían plenamente eficaces, en aras del interés del concurso.
El acreedor que ve rescindida su garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando frente a su deudor las medidas que sean pertinentes con base en la obligación principal, desprovista de la garantía rescindida. Ello le supone un sacrificio evidente, pero la declaración de concurso conlleva sacrificios a los acreedores del concursado y, en general, a quienes ostentan frente a él algún derecho".
Por tanto, con respecto a la garantía real de hipoteca de máximo, sólo procede su ineficacia y subsiguiente cancelación registral.": SAP Lleida (Sección 2) 05.12.2014 (Sentencia 523/2014; Rollo 501/2014)

AP Madrid

"Por último, aunque sobre ello no se insiste en el escrito de oposición, en la contestación se mantenía que no podía rescindirse la garantía manteniendo a la vez el préstamo garantizado.
Dicha cuestión también ha sido resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014 cuando explica que: "No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente. Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo, que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real.
Esta solución de la escisión no es excepcional en el régimen de reintegración del concurso, puesto que la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal.
El préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es declarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante.".": SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 229/2014; Rollo 769/2012)

AP Oviedo

"PRIMERO.- La Sentencia de fecha 18 febrero 2010 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo en el Incidente Concursal 294/2009 acuerda rechazar la demanda presentada por la Administración concursal de Doña Serafina contra el "Banco Pastor, S.A.", la mercantil "Alba Construcciones del Norte, S.L." y contra la concursada Doña Serafina, en ejercicio de la acción de reintegración prevista en el art. 71 L.C. y dirigida contra el negocio jurídico por el cual Doña Serafina se constituyó con fecha 18 agosto 2006 en fiadora solidaria de "Alba Construcciones del Norte, S.L." en la póliza de crédito suscrita ese mismo día por esta última con el Banco Pastor. Argumenta la Sentencia recurrida que la verdadera cuestión suscitada en la litis viene referida a determinar la posibilidad de rescindir una garantía y dejar subsistente el contrato cuyo cumplimiento se garantiza, pregunta que no plantea problemas en el supuesto de las garantías constituidas a favor de las obligaciones preexistentes o de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas, pues el art. 71-3-2º L.C. expresamente contempla en tales casos una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial, surgiendo por tanto la controversia cuando se trata, como ocurre en supuesto aquí enjuiciado, de la rescindibilidad autónoma o aislada de las garantías otorgadas simultáneamente al contrato principal, también conocidas como garantías contextuales. A partir de aquí la recurrida, tras un minucioso examen de la doctrina patria y del derecho comparado, particularmente del ordenamiento italiano, entiende en primer lugar que para valorar la gratuidad u onerosidad de la fianza habrá que valorar la relación jurídica trilateral, concluyendo finalmente que para proceder a la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión del crédito deberá impugnarse el negocio en su integridad y acreditar el perjuicio del mismo, pues si juzgamos la garantía con independencia de la causa que la motiva, rompiendo artificialmente la unidad del negocio, es evidente que siempre será perjudicial.
Frente a este pronunciamiento se alza en apelación la Administración Concursal de Doña Serafina invocando en su recurso primeramente el criterio expuesto por esta Sala en la S.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 17-7-2008 en la que se acordaba la reintegración de una hipoteca constituida por el concursado sobre un bien de su propiedad para garantizar una deuda ajena, considerando la garantía como un acto gratuito y por tanto perjudicial para la masa. Se añade a lo anterior que de las circunstancias que afectan al caso presente cabe observar que todos los bienes inmuebles que le fueron adjudicados a Doña Serafina en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 5 marzo 2004 habían sido adquiridos constante matrimonio con anterioridad a la constitución de la mercantil "Alba Construcciones del Norte, S.L."; que esta sociedad nunca procedió al reparto de beneficios, que los únicos ingresos de Don Arcadio, esposo de la concursada, eran los correspondientes a la retribución mensual que le asignaba la mercantil en su condición de administrador social único, ingresos que

eran destinados al levantamiento de las cargas familiares, de todo lo cual concluye la apelante que no puede apreciarse beneficio directo o indirecto alguno por parte de Doña Serafina por el hecho de haber prestado la fianza personal a favor de la repetida sociedad, procediendo en consecuencia el acogimiento de la acción de reintegración ejercitada en su escrito rector.

De igual manera la concursada Doña Serafina impugna la Sentencia dictada por el Juez de lo Mercantil argumentando en su escrito primeramente que la única norma aplicable para resolver el conflicto viene dada por el art. 71 L.C. en el que se contiene la figura específica de la reintegración concursal prevista para estas situaciones en las que el aspecto subjetivo referido a la intencionalidad de las partes en la operación principal de financiación resulta baladí, pues lo único relevante vendrá dado por la existencia o no del perjuicio para la masa. Se sostiene en segundo lugar que es perfectamente posible la reintegración de la garantía al margen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza, y ello por más que hubiera sido constituida simultáneamente a este último, pues no dejan de ser negocios jurídicos diferenciados. Finalmente y por lo que se refiere al carácter gratuito u oneroso de esta operación, se dice por la concursada que los Tribunales vienen optando por un concepto amplio del perjuicio, a lo que debe añadirse que en este caso no se observa que en el patrimonio del garante hubiera ingresado contravalor alguno por la constitución de la garantía que nos ocupa ni que su situación patrimonial hubiera mejorado por esta sola circunstancia, razones por las que se finaliza solicitando también la estimación de la demanda de reintegración.

SEGUNDO.-Tal y como quedan planteados los términos del debate litigioso en esta alzada, la solución del recurso pasa primeramente por determinar una cuestión que según el criterio mantenido por la Sentencia recurrida resulta un presupuesto exigible para la estimación de la demanda, cual es si para el éxito de la acción de reintegración ex art. 71 L.C. dirigida frente a la fianza solidaria constituida por el concursado en garantía de una deuda ajena con carácter simultáneo a la formalización del negocio jurídico garantizado es preciso atacar también este último, cuestión a la que el Juez de lo Mercantil da una respuesta afirmativa al concluir señalando que para proceder a la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión del crédito deberá impugnarse el negocio en su integridad y acreditar el perjuicio del mismo, pues si juzgamos la garantía con independencia de la causa que la motiva, rompiendo artificialmente la unidad del negocio, es evidente que siempre será perjudicial

Como premisa inicial cabe señalar que esta Sala coincide con las acertadas consideraciones expuestas en la Sentencia recurrida, en la que se lleva a cabo un minucioso examen de la cuestión debatida con análisis tanto del Derecho español como del comparado, de las que se desprende primeramente que el éxito de la acción de reintegración **concursal** en un supuesto como el presente en que la fianza personal ha sido constituida para garantizar una deuda ajena y además de forma simultánea a la formalización del crédito garantizado -las llamadas garantías contextuales, por oposición a las constituidas en garantía de obligaciones preexistentes y que sí son contempladas expresamente por el art. 71-3-2º L.C. bajo la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial- exigirá la necesaria actividad probatoria encaminada a demostrar la existencia de un perjuicio patrimonial, y en segundo lugar que para poder determinar si concurre el carácter de acto perjudicial exigido por la regla general contenida en el art. 71-1 L.C. será preciso examinar la relación jurídica trilateral, pues, como señala reputada doctrina, la determinación del carácter oneroso o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor
o ya lo sea por parte del deudor.

Lo que no podemos compartir, sin embargo, es que de la anterior premisa se derive como necesaria consecuencia que la acción de reintegración no pueda dirigirse únicamente frente a la garantía constituida por el concursado sino que haya de dirigirse necesariamente frente al negocio en su integridad, en una suerte de todo o nada, conclusión que la resolución recurrida justifica señalando que en otro caso se estaría rompiendo artificialmente la unidad del negocio con el resultado de que el acto impugnado siempre sería perjudicial para la masa. Son varias las objeciones que deben hacerse frente a esta construcción argumental:

Así primeramente no podemos olvidar que el ámbito de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso viene limitado, entre otros supuestos, a las acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, tal y como dispone el ordinal 1º del art. 8 L.C., siendo así que en dicho precepto aparecen tasados los supuestos excepcionales en que dicha jurisdicción puede extenderse para alcanzar también a las acciones civiles entabladas contra el patrimonio de terceras personas, como son las acciones frente a los socios de la sociedad deudora (ordinal 6º) y las acciones contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores (ordinal 7º), razones que impiden que el Juez del concurso pueda entrar a conocer de una acción que aparece dirigida frente a una operación crediticia concertada entre dos sujetos que resultan ajenos al concurso. Es cierto que el nacimiento de la fianza, cuando se constituye simultáneamente a la apertura de crédito garantizada, aparece configurado como un negocio jurídico plurilateral (*Gesamtakte* en la doctrina alemana) pues se requiere la declaración de voluntad conjunta de las tres partes intervinientes en dicha operación. Ahora bien, el específico diseño de la acción de reintegración **concursal** -cuya finalidad no es otra que devolver a la masa activa los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor fallido en el período de dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso mediante actuaciones que hubieran resultado perjudiciales para aquella masa- supone que la declaración de ineficacia que con ella se persigue únicamente podrá afectar a la concreta relación jurídica que vincula al patrimonio de la persona concursada, sin que pueda extenderse al conjunto de la operación por cuanto el Juez del concurso carece de competencia objetiva y funcional no solo para declarar tal ineficacia sino para ejecutar un pronunciamiento cuyas consecuencias resultarían, en su mayor parte, extrañas a la economía del concurso. El hecho de que se encuentre comprendido bajo dicha competencia un extremo accesorio, como

es la garantía, no autoriza a que pueda extenderse para conocer de lo principal, como es el negocio garantizado, y ello, como antes se ha dicho, por más que pueda aparecer configurado como un negocio unitario.
En segundo lugar, tampoco cabe admitir que la legitimación activa que el art. 72-1 L.C. confiere a la Administración **concursal** para el ejercicio de la acción de reintegración pueda permitirle válidamente atacar un acto celebrado entre extraños y respecto del cual el concursado es un tercero. Es cierto que el art. 72-2 L.C., trasunto del art. 12-2 LEC, establece un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario propio al imponer que la demanda sea dirigida contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el negocio acto impugnado, y si bien contempla la posibilidad de que la demanda rescisoria pueda ser dirigida frente a un tercero, ello solo lo será en el caso de que el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a dicho tercero, único supuesto de inescindibilidad de pronunciamientos con la finalidad de que el bien pueda ser reintegrado a la masa del concurso. Hemos de recordar que la legitimación que el art. 72-1 L.C. confiere a la Administración concursal lo es por asumir la titularidad del derecho subjetivo objeto de controversia, y en este sentido nuestro Alto Tribunal en STS 14 octubre 2010, tras recordar que la legitimación extraordinaria -la que asiste a quien promueve un proceso afirmando no ser titular de la relación jurídica controvertida- es un supuesto excepcional que exige por ello mismo la cobertura expresa de una norma de atribución de la facultad de promover el proceso, viene seguidamente a negar tal legitimación a la sindicatura de la quiebra para el ejercicio de acciones que no van dirigidas a incorporar activos al patrimonio social, puntualizando que "la afirmación de que es conveniente para los acreedores del quebrado que los síndicos promuevan estas acciones no es título jurídico suficiente".
En tercer lugar y por lo que respecta a la naturaleza de la acción que nos ocupa, habremos de tener presente que la acción de reintegración concursal pertenece a la familia de las acciones rescisorias y que por tanto los actos susceptibles de impugnación por esta vía serán siempre actos válidamente celebrados, sin vicio alguno que afecte a su validez, pero cuyo resultado aparece como lesivo o injusto, motivo por el que la reintegración se dirige a obtener no una ineficacia estructural sino simplemente una ineficacia funcional, ineficacia que en el caso de la acción de reintegración concursal se fundamenta en la existencia de un perjuicio patrimonial para la masa del concurso. Nada de ello resulta sin embargo predicable del negocio jurídico afianzado, pues de otra manera estaríamos aplicando un mecanismo específicamente previsto para la situación concursal a un negocio jurídico ajeno a dichos intereses patrimoniales, viéndose comprometida su eficacia por un motivo que aparece legalmente diseñado para una finalidad distinta, cual es el acrecimiento de la masa del concurso. Pero es que incluso tampoco tendría cabida la aplicación del art. 73 L.C. en que se contemplan los efectos derivados de una eventual Sentencia estimatoria de la rescisión, pues la obligación de recíproca restitución de las prestaciones que fueron objeto del acto declarado ineficaz debe ejecutarse a modo de un simultáneo *do ut des* contra la masa del concurso en el caso de no existir mala fe (art. 73-3 L.C.), todo lo cual, insistimos, resulta impropio para el negocio garantizado.
Llegados a este punto no podemos sin embargo obviar la realidad que aparece descrita en la Sentencia recurrida cuando señala que es de presumir que la entidad bancaria, si no le hubieran sido ofrecidas las garantías no habría accedido a contratar o lo habría hecho en condiciones mas gravosas. Ahora bien, el remedio a tal situación no puede pasar por destruir conjuntamente la eficacia de la garantía y del negocio garantizado por la vía de la reintegración **concursal**. Los intereses de la entidad financiera que por causa de la rescisión de la fianza haya pasado a verse desprovista de una garantía cuya constitución hubiera sido contemplada en el momento de otorgar la financiación al deudor no tienen porqué verse desprotegidos por ese solo motivo, pues el acreedor siempre tiene a su alcance acudir al vencimiento anticipado de la financiación -en el caso de que así se hubiere dispuesto en la póliza- o a la resolución del negocio por incumplimiento de las reglas contractuales en el caso de que el deudor se hubiera comprometido a mantener la vigencia de tal garantía durante toda la vida de la operación crediticia, todo ello extramuros del concurso del garante.
TERCERO.- Sentada por tanto la conclusión ya expuesta en el sentido de que la ineficacia de la reintegración **concursal** únicamente podrá afectar al acto de constitución de la fianza constituida en garantía de deuda ajena, siendo éste el único acto susceptible de ser rescindido ante el ejercicio de la acción prevista por el art. 71 L.C. dado que la Administración **concursal** carece de legitimación para atacar el negocio jurídico garantizado, habremos de pasar a examinar la viabilidad de la demanda que nos ocupa. A este respecto encontramos que con fecha 18 agosto 2006 se formalizó una póliza de crédito intervenida por fedatario público por cuya virtud el Banco Pastor concedía a la sociedad "Alba Construcciones del Norte, S.L." un crédito por importe de 90.000 euros, interviniendo también en dicho documento Doña Serafina haciéndolo en calidad de fiadora solidaria "con renuncia expresa a los beneficios de orden, división y previa excusión, con arreglo a los artículos 1822, 1444, 1831 y 1837 del Código Civil " (cláusula 14ª). La determinación de si esta fianza solidaria debe ser calificada como un acto perjudicial para la masa exige efectivamente el examen de la relación jurídica trilateral, tal y como arriba se ha apuntado, y en este sentido el Juez de lo Mercantil apunta una respuesta negativa señalando que "pretender que Doña Serafina, por ser una mera ama de casa sin participación actual en la sociedad no se beneficia,siquiera indirectamente, de la concesión del crédito implica ignorar la comunidad de intereses que subyace en el grupo familiar y en la sociedad ALBA CONSTRUCCIONES DEL NORTE S.L.,a la que afianzan, no sólo la madre y esposa del administrador sino también, en ocasiones, su hija".
Ciertamente nuestro ordenamiento concursal, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado, no contempla expresamente la situación que se deriva de la constitución contextual de una fianza en garantía de una deuda ajena. En este punto el ordenamiento italiano ha modificado mediante la Ley 80 de 14 mayo 2005 el art. 67-2 de la *legge fallimentare* para introducir la posibilidad de que, junto a otros negocios jurídicos onerosos recogidos en su apartado 1 º, se pueda proceder a la rescisión, siempre que la sindicatura pruebe que la otra parte conocía el estado de insolvencia, de las garantías que producen un derecho de prelación si son constituidas contextualmente al crédito garantizado, aunque lo sean por crédito de otro (" *Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed*

esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento") solución que viene a acomodar la revocatoria **concursal** a la general que ya se contenía en el art. 2904 del Codice Civile, pero que al mismo tiempo viene a sentar una presunción de onerosidad por la sola circunstancia de haberse constituido la garantía con carácter contextual, pues se entiende que el crédito habrá sido concedido bajo la condición de obtener una garantía a cambio. Ahora bien, la solución en el Derecho español difiere notablemente de la anterior, primeramente por cuanto la contextualidad de la garantía para asegurar una deuda ajena puede hacer referencia a la causa de su constitución (cuando así exigida por la entidad financiera al deudor para otorgar la financiación), pero de ello no puede derivarse su onerosidad; y en segundo lugar, en sentido contrario, por cuanto el art. 71 L.C. no contiene presunción alguna al respecto, por lo que habremos de estar a la regla general prevista en su apartado 4º que viene a exigir la prueba por quien ejercite la acción rescisoria de la existencia de un perjuicio patrimonial, que en el caso presente vendría dado por la gratuidad de la fianza.

CUARTO.- Situados en este escenario habremos de recordar que la STS 13 diciembre 2010 a propósito de la reintegración de una hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena ha señalado que "Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-". Pues bien, del examen de los elementos probatorios obrantes en las actuaciones encontramos primeramente que Doña Serafina junto con su esposo Don Arcadio, y vigente su sociedad legal de gananciales, constituyeron el 26 junio 1998 la sociedad "Alba Construcciones del Norte, S.L." con un capital de 500.000 pts. que después fue ampliado en mayo del 2001 a 6 millones pts., equivalente a 36.060,73 euros, ocurriendo que posteriormente y mediante escritura pública de 5 marzo 2004 ambos esposos otorgaron capitulaciones matrimoniales por cuya virtud su régimen económicomatrimonial pasó a regirse por las normas de la separación de bienes, adjudicándose Don Arcadio en la liquidación del haber ganancial la totalidad de las participaciones sociales de aquella **mercantil** que por esta razón pasó a tener el carácter de sociedad unipersonal, mientras que Doña Serafina se adjudicaba en exclusiva la titularidad los bienes inmuebles que pertenecían al matrimonio. Consecuentemente consta en el concurso que el activo de Doña Serafina está integrado por tales fincas, como son el piso NUM000 NUM001 sito en el nº NUM002 de la CALLE000 (Avilés), la plaza de garaje nº NUM003 del edificio sito en el nº NUM002 de la CALLE001 (Avilés); un local comercial ubicado en la planta baja del inmueble nº 9 y 11 de la calle Ortega y Gasset (Luanco); la mitad indivisa del piso NUM004 NUM005 del edificio sito en el NUM003 de la CALLE002 (Avilés); la vivienda unifamiliar adosada sita en La URBANIZACIÓN000, en La Bañeza (León), a todo lo cual hay que unir un plan de pensiones por un importe de 19.816,75 euros. Frente a ello la situación de insolvencia de Doña Serafina encuentra como causa el haberse constituido, con posterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, en fiadora o avalista en doce operaciones de crédito concertadas por la sociedad que es propiedad de su esposo "Alba Construcciones del Norte, S.L.", siendo así que el hecho de haberse declarado también en concurso esta sociedad ha situado a Doña Serafina ante la obligación **inminente** de pago de las obligaciones garantizadas por ella, tal y como se expone por la propia concursada en la memoria aportada junto con su solicitud de concurso y se reitera por la Administración **concursal** en su informe.

En este estado de cosas encontramos que la constitución por parte de Doña Serafina de la fianza que aquí nos ocupa para garantizar una obligación ajena - como era la operación de crédito concedida por el Banco Pastor a "Alba Construcciones del Norte, S.L."- suponía un compromiso para su propio patrimonio del que no se deriva en principio prestación alguna que pudiera operar a modo de equivalente por el sacrificio asumido. El examen de la concurrencia del perjuicio patrimonial debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata. Pues bien, situados en aquel contexto no se atisba qué suerte de beneficio directo podía deparar para el patrimonio de la concursada la constitución de esta garantía, pues así Doña Serafina no era en aquel momento ni socia ni administradora de aquella sociedad, siendo su condición la propia de un ama de casa que carece de otra fuente de ingresos. Debe añadirse a ello que la totalidad de las fincas que integran su patrimonio habían sido adquiridas constante matrimonio pero con anterioridad a la constitución de la sociedad "Alba Construcciones del Norte, S.L.", salvo el piso de la CALLE002 que le pertenecía por herencia, y excepto la vivienda adosada en La Bañeza, si bien la hipoteca que gravaba esta última fue amortizada a su vez con las rentas obtenidas por el alquiler del piso de Luanco, siendo lo cierto en cualquier caso que aquella vivienda ya había salido de su patrimonio antes de declararse el concurso al habérsela adjudicado el Banco Pastor en la ejecución hipotecaria 460/2007 seguida en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de La Bañeza. Pero es que tampoco se aprecia qué posible provecho indirecto podría obtener por la buena marcha económica de la sociedad propiedad de su esposo, pues hemos de recordar primeramente que el patrimonio de uno y otro cónyuge se mantenía incomunicado a raíz de las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al establecimiento de su garantía personal, a todo lo cual cabe añadir que la sociedad "Alba Construcciones del Norte, S.L." nunca procedió al reparto de dividendos, ni mientras Doña Serafina se mantuvo como socia ni con posterioridad, tal y como expone la Administración **concursal** en su escrito de oposición al recurso. Por tanto, no cabe hablar de que en el momento en que se constituyó la fianza solidaria ahora impugnada el haber conyugal se estaba beneficiando de la buena marcha económica de una sociedad que tenía el carácter de empresa familiar, pues lo cierto es que con posterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales el patrimonio de Doña Serafina no llegó a obtener ventaja alguna por aquella circunstancia, ni por parte de la propia sociedad ni por parte de su esposo Don Arcadio.

En definitiva, de las consideraciones expuestas solo cabe concluir declarando que la constitución de la fianza solidaria por parte de Doña Serafina aparece para dicha fiadora como un "sacrificio patrimonial injustificado" (en palabras de la STS 27 octubre 2010) toda vez que supuso asumir una obligación unilateral de contenido económico mientras que los únicos beneficiados por el establecimiento de esta garantía personal fueron los intervinientes en la operación de financiación concedida por el Banco Pastor a "Alba Construcciones del Norte, S.L.", procediendo en consecuencia el acogimiento del recurso y con ello la estimación de la acción de reintegración. Por lo que respecta finalmente a los efectos de esta reintegración (art. 73 L.C.), no habiendo existido prestaciones recíprocas, deberá simplemente dejarse sin efecto la fianza impugnada sin la condena a restitución de ningún tipo.": SAP Oviedo (Sección 1) 14.03.2012 (Sentencia 130/2012; Rollo 260/2011) y, en términos prácrticamente idénticos, SAP Oviedo (Sección 1) 15.03.2012 (Sentencia 131/2012; Rollo 265/2011) y SAP Oviedo (Sección 1) 15.03.2012 (Sentencia 132/2012; Rollo 195/2011)

"PRIMERO.-La Sentencia de fecha 28 abril 2010 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo en el Incidente Concursal 307/2009 acuerda rechazar la demanda presentada por la Administración concursal de Doña Sabina contra el "Banco Pastor, S.A.", la mercantil "Promoalvastur, S.L." y contra la concursada Doña Sabina, en ejercicio de la acción de reintegración prevista en el art. 71 L.C. y dirigida contra el negocio jurídico por el cual Doña Sabina se constituyó con fecha 6 junio 2007 en fiadora solidaria de "Promoalvastur, S.L." en la póliza de crédito suscrita ese mismo día por esta última con el Banco Pastor. Argumenta la Sentencia recurrida que la verdadera cuestión suscitada en la litis viene referida a determinar la posibilidad de rescindir una garantía y dejar subsistente el contrato cuyo cumplimiento se garantiza, pregunta que no plantea problemas en el supuesto de las garantías constituidas a favor de las obligaciones preexistentes o de las nuevas constituidas en sustitución de aquéllas, pues el art. 71-3-2º L.C. expresamente contempla en tales casos una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial, surgiendo por tanto la controversia cuando se trata, como ocurre en supuesto aquí enjuiciado, de la rescindibilidad autónoma o aislada de las garantías otorgadas simultáneamente al contrato principal, también conocidas como garantías contextuales. A partir de aquí la recurrida, tras un minucioso examen de la doctrina patria y del derecho comparado, particularmente del ordenamiento italiano, entiende en primer lugar que para valorar la gratuidad u onerosidad de la fianza habrá que valorar la relación jurídica trilateral, concluyendo finalmente que para proceder a la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión del crédito deberá impugnarse el negocio en su integridad y acreditar el perjuicio del mismo, pues si juzgamos la garantía con independencia de la causa que la motiva, rompiendo artificialmente la unidad del negocio, es evidente que siempre será perjudicial.
Frente a este pronunciamiento se alza en apelación la Administración concursal de Doña Sabina invocando en su recurso primeramente el criterio expuesto por esta Sala en la S.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 17-7-2008 en la que se acordaba la reintegración de una hipoteca constituida por el concursado sobre un bien de su propiedad para garantizar una deuda ajena, considerando la garantía como un acto gratuito y por tanto perjudicial para la masa. Se añade a lo anterior que de las circunstancias que afectan al caso presente cabe observar que todos los bienes inmuebles que le fueron adjudicados a Doña Sabina en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 5 marzo 2004 habían sido adquiridos constante matrimonio con anterioridad a la constitución de la mercantil "Promoalvastur, S.L."; que esta sociedad nunca procedió al reparto de beneficios, que los únicos ingresos de Don Juan María, esposo de la concursada, eran los correspondientes a la retribución mensual que le asignaba la mercantil en su condición de administrador social único, ingresos que eran destinados al levantamiento de las cargas familiares, de todo lo cual concluye la apelante que no puede apreciarse beneficio directo o indirecto alguno por parte de Doña Sabina por el hecho de haber prestado la fianza personal a favor de la repetida sociedad, procediendo en consecuencia el acogimiento de la acción de reintegración ejercitada en su escrito rector.
De igual manera la concursada Doña Sabina impugna la Sentencia dictada por el Juez de lo Mercantil argumentando en su escrito primeramente que la única norma aplicable para resolver el conflicto viene dada por el art. 71 L.C. en el que se contiene la figura específica de la reintegración concursal prevista para estas situaciones en las que el aspecto subjetivo referido a la intencionalidad de las partes en la operación principal de financiación resulta baladí, pues lo único relevante vendrá dado por la existencia o no del perjuicio para la masa. Se sostiene en segundo lugar que es perfectamente posible la reintegración de la garantía al margen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza, y ello por más que hubiera sido constituida simultáneamente a este último, pues no dejan de ser negocios jurídicos diferenciados. Finalmente y por lo que se refiere al carácter gratuito u oneroso de esta operación, se dice por la concursada que los Tribunales vienen optando por un concepto amplio del perjuicio, a lo que debe añadirse que en este caso no se observa que en el patrimonio del garante hubiera ingresado contravalor alguno por la constitución de la garantía que nos ocupa ni que su situación patrimonial hubiera mejorado por esta sola circunstancia, razones por las que se finaliza solicitando también la estimación de la demanda de reintegración.
SEGUNDO.-Tal y como quedan planteados los términos del debate litigioso en esta alzada, la solución del recurso pasa primeramente por determinar una cuestión que según el criterio mantenido por la Sentencia recurrida resulta un presupuesto exigible para la estimación de la demanda, cual es si para el éxito de la acción de reintegración ex art. 71 L.C. dirigida frente a la fianza solidaria constituida por el concursado en garantía de una deuda ajena con carácter simultáneo a la formalización del negocio jurídico garantizado es preciso atacar también este último, cuestión a la que el Juez de lo Mercantil da una respuesta afirmativa al concluir señalando que para proceder a la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión del crédito deberá impugnarse el negocio en su integridad y acreditar el perjuicio del mismo, pues si juzgamos la garantía con independencia de la causa que la motiva, rompiendo artificialmente la unidad del negocio, es evidente que siempre será perjudicial.
Como premisa inicial cabe señalar que esta Sala coincide con las acertadas consideraciones expuestas en la Sentencia recurrida, en la que se lleva a cabo un minucioso examen de la cuestión debatida con análisis tanto

del Derecho español como del comparado, de las que se desprende primeramente que el éxito de la acción de reintegración concursal en un supuesto como el presente en que la fianza personal ha sido constituida para garantizar una deuda ajena y además de forma simultánea a la formalización del crédito garantizado -las llamadas garantías contextuales, por oposición a las constituidas en garantía de obligaciones preexistentes y que sí son contempladas expresamente por el art. 71-3-2º L.C. bajo la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial- exigirá la necesaria actividad probatoria encaminada a demostrar la existencia de un perjuicio patrimonial, y en segundo lugar que para poder determinar si concurre el carácter de acto perjudicial exigido por la regla general contenida en el art. 71-1 L.C. será preciso examinar la relación jurídica trilateral, pues, como señala reputada doctrina, la determinación del carácter oneroso o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor o ya lo sea por parte del deudor.

Lo que no podemos compartir, sin embargo, es que de la anterior premisa se derive como necesaria consecuencia que la acción de reintegración no pueda dirigirse únicamente frente a la garantía constituida por el concursado sino que haya de dirigirse necesariamente frente al negocio en su integridad, en una suerte de todo o nada, conclusión que la resolución recurrida justifica señalando que en otro caso se estaría rompiendo artificialmente la unidad del negocio con el resultado de que el acto impugnado siempre sería perjudicial para la masa. Son varias las objeciones que deben hacerse frente a esta construcción argumental:

Así primeramente no podemos olvidar que el ámbito de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso viene limitado, entre otros supuestos, a las acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, tal y como dispone el ordinal 1º del art. 8 L.C., siendo así que en dicho precepto aparecen tasados los supuestos excepcionales en que dicha jurisdicción puede extenderse para alcanzar también a las acciones civiles entabladas contra el patrimonio de terceras personas, como son las acciones frente a los socios de la sociedad deudora (ordinal 6º) y las acciones contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores (ordinal 7º), razones que impiden que el Juez del concurso pueda entrar a conocer de una acción que aparece dirigida frente a una operación crediticia concertada entre dos sujetos que resultan ajenos al concurso. Es cierto que el nacimiento de la fianza, cuando se constituye simultáneamente a la apertura de crédito garantizada, aparece configurado como un negocio jurídico plurilateral (*Gesamtakte* en la doctrina alemana) pues se requiere la declaración de voluntad conjunta de las tres partes intervinientes en dicha operación. Ahora bien, el específico diseño de la acción de reintegración concursal -cuya finalidad no es otra que devolver a la masa activa los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor fallido en el período de dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso mediante actuaciones que hubieran resultado perjudiciales para aquella masa- supone que la declaración de ineficacia que con ella se persigue únicamente podrá afectar a la concreta relación jurídica que vincula al patrimonio de la persona concursada, sin que pueda extenderse al conjunto de la operación por cuanto el Juez del concurso carece de competencia objetiva y funcional no solo para declarar tal ineficacia sino para ejecutar un pronunciamiento cuyas consecuencias resultarían, en su mayor parte, extrañas a la economía del concurso. El hecho de que se encuentre comprendido bajo dicha competencia un extremo accesorio, como es la garantía, no autoriza a que pueda extenderse para conocer de lo principal, como es el negocio garantizado, y ello, como antes se ha dicho, por más que pueda aparecer configurado como un negocio unitario.

En segundo lugar, tampoco cabe admitir que la legitimación activa que el art. 72-1 L.C. confiere a la Administración concursal para el ejercicio de la acción de reintegración pueda permitirle válidamente atacar un acto celebrado entre extraños y respecto del cual el concursado es un tercero. Es cierto que el art. 72-2 L.C., trasunto del art. 12-2 LEC, establece un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario propio al imponer que la demanda sea dirigida contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el negocio acto impugnado, y si bien contempla la posibilidad de que la demanda rescisoria pueda ser dirigida frente a un tercero, ello solo lo será en el caso de que el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a dicho tercero, único supuesto de inescindibilidad de pronunciamientos con la finalidad de que el bien pueda ser reintegrado a la masa del concurso. Hemos de recordar que la legitimación que el art. 72-1 L.C. confiere a la Administración concursal lo es por asumir la titularidad del derecho subjetivo objeto de controversia, y en este sentido nuestro Alto Tribunal en STS 14 octubre 2010, tras recordar que la legitimación extraordinaria -la que asiste a quien promueve un proceso afirmando no ser titular de la relación jurídica controvertida- es un supuesto excepcional que exige por ello mismo la cobertura expresa de una norma de atribución de la facultad de promover el proceso, viene seguidamente a negar tal legitimación a la sindicatura de la quiebra para el ejercicio de acciones que no van dirigidas a incorporar activos al patrimonio social, puntualizando que "la afirmación de que es conveniente para los acreedores del quebrado que los síndicos promuevan estas acciones no es título jurídico suficiente".

En tercer lugar y por lo que respecta a la naturaleza de la acción que nos ocupa, habremos de tener presente que la acción de reintegración concursal pertenece a la familia de las acciones rescisorias y que por tanto los actos susceptibles de impugnación por esta vía serán siempre actos válidamente celebrados, sin vicio alguno que afecte a su validez, pero cuyo resultado aparece como lesivo o injusto, motivo por el que la reintegración se dirige a obtener no una ineficacia estructural sino simplemente una ineficacia funcional, ineficacia que en el caso de la acción de reintegración concursal se fundamenta en la existencia de un perjuicio patrimonial para la masa del concurso. Nada de ello resulta sin embargo predicable del negocio jurídico afianzado, pues de otra manera estaríamos aplicando un mecanismo específicamente previsto para la situación concursal a un negocio jurídico ajeno a dichos intereses patrimoniales, viéndose comprometida su eficacia por un motivo que aparece

legalmente diseñado para una finalidad distinta, cual es el acrecimiento de la masa del concurso. Pero es que incluso tampoco tendría cabida la aplicación del art. 73 L.C. en que se contemplan los efectos derivados de una eventual Sentencia estimatoria de la rescisión, pues la obligación de recíproca restitución de las prestaciones que fueron objeto del acto declarado ineficaz debe ejecutarse a modo de un simultáneo *do ut des* contra la masa del concurso en el caso de no existir mala fe (art. 73-3 L.C.), todo lo cual, insistimos, resulta impropio para el negocio garantizado.

Llegados a este punto no podemos sin embargo obviar la realidad que aparece descrita en la Sentencia recurrida cuando señala que es de presumir que la entidad bancaria, si no le hubieran sido ofrecidas las garantías no habría accedido a contratar o lo habría hecho en condiciones mas gravosas. Ahora bien, el remedio a tal situación no puede pasar por destruir conjuntamente la eficacia de la garantía y del negocio garantizado por la vía de la reintegración concursal. Los intereses de la entidad financiera que por causa de la rescisión de la fianza haya pasado a verse desprovista de una garantía cuya constitución hubiera sido contemplada en el momento de otorgar la financiación al deudor no tienen porqué verse desprotegidos por ese solo motivo, pues el acreedor siempre tiene a su alcance acudir al vencimiento anticipado de la financiación -en el caso de que así se hubiere dispuesto en la póliza- o a la resolución del negocio por incumplimiento de las reglas contractuales en el caso de que el deudor se hubiera comprometido a mantener la vigencia de tal garantía durante toda la vida de la operación crediticia, todo ello extramuros del concurso del garante.

TERCERO.-Sentada por tanto la conclusión ya expuesta en el sentido de que la ineficacia de la reintegración concursal únicamente podrá afectar al acto de constitución de la fianza constituida en garantía de deuda ajena, siendo éste el único acto susceptible de ser rescindido ante el ejercicio de la acción prevista por el art. 71 L.C. dado que la Administración concursal carece de legitimación para atacar el negocio jurídico garantizado, habremos de pasar a examinar la viabilidad de la demanda que nos ocupa. A este respecto encontramos que con fecha 6 junio 2007 se formalizó una póliza de crédito intervenida por fedatario público por cuya virtud el Banco Pastor concedía a la sociedad "Promoalvastur, S.L." un crédito por importe de 140.000 euros, interviniendo también en dicho documento Doña Sabina haciéndolo en calidad de fiadora solidaria "con renuncia expresa a los beneficios de orden, división y previa excusión, con arreglo a los artículos 1822, 1444, 1831 y 1837 del Código Civil " (cláusula 6ª). La determinación de si esta fianza solidaria debe ser calificada como un acto perjudicial para la masa exige efectivamente el examen de la relación jurídica trilateral.

Ciertamente nuestro ordenamiento concursal, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado, no contempla expresamente la situación que se deriva de la constitución contextual de una fianza en garantía de una deuda ajena. En este punto el ordenamiento italiano ha modificado mediante la Ley 80 de 14 mayo 2005 el art. 67-2 de la *legge fallimentare* para introducir la posibilidad de que, junto a otros negocios jurídicos onerosos recogidos en su apartado 1 º, se pueda proceder a la rescisión, siempre que la sindicatura pruebe que la otra parte conocía el estado de insolvencia, de las garantías que producen un derecho de prelación si son constituidas contextualmente al crédito garantizado, aunque lo sean por crédito de otro (" *Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento")* solución que viene a acomodar la revocatoria concursal a la general que ya se contenía en el art. 2904 del Codice Civile, pero que al mismo tiempo viene a sentar una presunción de onerosidad por la sola circunstancia de haberse constituido la garantía con carácter contextual, pues se entiende que el crédito habrá sido concedido bajo la condición de obtener una garantía a cambio. Ahora bien, la solución en el Derecho español difiere notablemente de la anterior, primeramente por cuanto la contextualidad de la garantía para asegurar una deuda ajena puede hacer referencia a la causa de su constitución (cuando así exigida por la entidad financiera al deudor para otorgar la financiación), pero de ello no puede derivarse su onerosidad; y en segundo lugar, en sentido contrario, por cuanto el art. 71 L.C. no contiene presunción alguna al respecto, por lo que habremos de estar a la regla general prevista en su apartado 4º que viene a exigir la prueba por quien ejercite la acción rescisoria de la existencia de un perjuicio patrimonial, que en el caso presente vendría dado por la gratuidad de la fianza.

CUARTO.-Situados en este escenario habremos de recordar que la STS 13 diciembre 2010 a propósito de la reintegración de una hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena ha señalado que "Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-". Pues bien, del examen de los elementos probatorios obrantes en las actuaciones encontramos primeramente que la mercantil afianzada "Promoalbastur, S.L.", cuyo capital social es de 3.010 euros, pertenecía en un 60% a Doña Rita y el 40% restante a Don Juan María, hija y esposo, respectivamente, de la concursada Doña Sabina. Consta además que mediante escritura pública de 5 marzo 2004 ambos esposos, Doña Sabina y Don Juan María, otorgaron capitulaciones matrimoniales por cuya virtud su régimen económico-matrimonial pasó a regirse por las normas de la separación de bienes, adjudicándose Doña Sabina en exclusiva la titularidad los bienes inmuebles que pertenecían al matrimonio.

En este estado de cosas encontramos que la constitución por parte de Doña Sabina de la fianza que aquí nos ocupa para garantizar una obligación ajena -como era la operación de crédito concedida por el Banco Pastor a "Promoalvastur"- suponía un compromiso para su propio patrimonio del que no se deriva en principio prestación alguna que pudiera operar a modo de equivalente por el sacrificio asumido. El examen de la concurrencia del perjuicio patrimonial debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata. Pues bien, situados en aquel contexto no se atisba qué suerte de beneficio directo podía deparar para el patrimonio de la concursada la constitución de esta garantía, pues así Doña Sabina no era en aquel momento ni socia ni administradora de

aquella sociedad, siendo su condición la propia de un ama de casa que carece de otra fuente de ingresos. Pero es que tampoco se aprecia qué posible provecho indirecto podría obtener por la buena marcha económica de la sociedad propiedad de su esposo, pues hemos de recordar primeramente que el patrimonio de uno y otro cónyuge se mantenía incomunicado a raíz de las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al establecimiento de su garantía personal. Por tanto, no cabe hablar de que en el momento en que se constituyó la fianza solidaria ahora impugnada el haber conyugal se estaba beneficiando de la buena marcha económica de una sociedad que tenía el carácter de empresa familiar, pues lo cierto es que con posterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales el patrimonio de Doña Sabina no llegó a obtener ventaja alguna por aquella circunstancia, ni por parte de la propia sociedad ni por parte de su esposo Don Juan María.
En definitiva, de las consideraciones expuestas solo cabe concluir declarando que la constitución de la fianza solidaria por parte de Doña Sabina aparece para dicha fiadora como un "sacrificio patrimonial injustificado" (en palabras de la STS 27 octubre 2010) toda vez que supuso asumir una obligación unilateral de contenido económico mientras que los únicos beneficiados por el establecimiento de esta garantía personal fueron los intervinientes en la operación de financiación concedida por el Banco Pastor a "Promoalvastur, S.L.", procediendo en consecuencia el acogimiento del recurso y con ello la estimación de la acción de reintegración. Por lo que respecta finalmente a los efectos de esta reintegración (art. 73 L.C.), no habiendo existido prestaciones recíprocas, deberá simplemente dejarse sin efecto la fianza impugnada sin la condena a restitución de ningún tipo.": SAP Oviedo (Sección 1) 17.05.2013 (Sentencia 155/2013; Rollo 450/2012)

"SEXTO : Por último y en lo que se refiere a la alegación relativa a la improcedencia de la reintegración aislada de las garantías contextuales, baste señalar que esta Sala se ha pronunciado reiteradamente a este respecto (por todas, S.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 14-3-2012) remitiéndonos a lo allí expuesto para rechazar la tesis que se sostiene en la apelación.": SAP Oviedo (Sección 1) 24.07.2013 (Sentencia 252/2013; Rollo 546/2012)

AP Tarragona

"TERCERO.-Alega la parte apelante su discrepancia con la sentencia de instancia en relación a los presupuestos que deben concurrir para estimar la acción rescisoria formulada por la administración concursal. La parte apelante pone de manifiesto y acredita que no existe perjuicio patrimonial alguno respecto de la hipoteca y avales que se pretenden dejar sin efecto, y lo hace sosteniendo la inexistencia de perjuicio patrimonial para la masa del concurso.
Para el enjuiciamiento de este motivo de recurso resulta conveniente recordar que las fianzas y la garantía hipotecaria constituidas lo fueron en relación a una póliza de crédito (otorgada en fecha 7 de abril de 2009) en favor de la sociedad participada por los dos socios declarados en concurso por la que se renovaba una póliza anterior de fecha 15 de febrero de 2008 por un importe de 150.000 Euros donde ya se disponía de la garantía personal de los Sres. Vidal Rita.
Nuestro ordenamiento concursal, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado, no contempla expresamente la situación que se deriva de la constitución contextual de una fianza en garantía de una deuda ajena. Si lo hace el ordenamiento italiano, que ha modificado mediante la Ley 80 de 14 mayo 2005 el art. 67-2 de la Legge Fallimentare para introducir la posibilidad de que, junto a otros negocios jurídicos onerosos recogidos en su apartado 1 º, se pueda proceder a la rescisión, siempre que la sindicatura pruebe que la otra parte conocía el estado de insolvencia, de las garantías que producen un derecho de prelación si son constituidas contextualmente al crédito garantizado, aunque lo sean por crédito de otro ("Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento") solución que viene a acomodar la revocatoria concursal a la general que ya se contenía en el art. 2904 del Codice Civile, pero que al mismo tiempo viene a sentar una presunción de onerosidad por la sola circunstancia de haberse constituido la garantía con carácter contextual, pues se entiende que el crédito habrá sido concedido bajo la condición de obtener una garantía a cambio.
Ahora bien, la solución en el Derecho español difiere notablemente de la anterior, primeramente por cuanto la contextualidad de la garantía para asegurar una deuda ajena puede hacer referencia a la causa de su constitución (cuando así exigida por la entidad financiera al deudor para otorgar la financiación), pero de ello no puede derivarse su onerosidad; y en segundo lugar, en sentido contrario, por cuanto el art. 71 L.C. no contiene presunción alguna al respecto, por lo que habremos de estar a la regla general prevista en su apartado 4º que viene a exigir la prueba por quien ejercite la acción rescisoria de la existencia de un perjuicio patrimonial, que en el caso presente vendría dado por la gratuidad de la fianza.": SAP Tarragona (Sección 1) 24.09.2013 (Sentencia 329/2013; Rollo 293/2012)

1.5.3.2 Estimación. No rescindibilidad aislada

Voto particular de D. Sebastián Sastre a la STS 30.04.2014

"Tercero.-*Las garantías contextuales por deuda ajena. El interés del grupo. La causa del negocio. La restitución recíproca de las prestaciones.*
1. Sin dificultad debemos admitir la posibilidad de rescisión en sede concursal de las garantías prestadas en los supuestos contemplados en el art. 71.3.2º LC (*garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución e aquéllas),* pues en el negocio originario la garantía no formaba parte del mismo. Se trata de operaciones que refuerzan la posición del acreedor, y se presume un perjuicio *"iuris tantum"*

en cuya prueba, a cargo del acreedor, debe destruir tal presunción acreditando una mejora para el deudor, bien sea una ampliación significativa del crédito, bien una prórroga, o ambas simultáneamente.
2. Pero en las garantías contextuales es más que controvertida su rescisión autónoma, dejando subsistente el negocio principal, en este caso, el préstamo.
Sin duda el negocio nace de una relación trilateral: deudor-acreedor (el préstamo), fiador-acreedor (hipoteca) y deudor-fiador (relación intragrupo). Sin mediar esta última relación, de carácter jurídico o económico de grupo, (no voy a entrar en el fragmentado tratamiento legal de los grupos, como afirma la doctrina) la operación podría no se hubiera llevado a cabo, pero, -es lo más importante-, finalmente se realiza precisamente por el otorgamiento de la garantía.
Es obvio que entre los dos actos jurídicos, el préstamo y la garantía hipotecaria, existe un nexo de casualidad jurídica, uno es consecuencia del otro, por lo que constituye su base y fundamento. Uno es causa del otro, pues sin garantía no hay préstamo: bien descanse la causa como función económica-social, bien como fin del contrato, el negocio jurídico debe recibir la protección del ordenamiento jurídico. Con acierto se ha señalado en esta sentencia que, en este supuesto, el contrato y su garantía, es oneroso y, conforme el art. 1274 CC, en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación
o promesa de una cosa o servicio por la otra parte. Para entender el verdadero alcance o significado de la causa, como razón de ser del contrato, como señala la STS de 19 de noviembre de 1990, no puede omitirse el paso que en toda esa configuración debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, pues de esta forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado.
3. La STS núm. 638/2013, de 18 de noviembre ha reafirmado, desde un plano satisfactivo del cumplimiento, los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que, por lo general, *" se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, ya expresa o conocida por ambas partes, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo",* lo que *"concuerda, por lo general, con las expresiones al uso y en relación a la privación sustancial de "todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato celebrado, o, en terminología más jurisprudencial, respecto al frustración del "fin práctico" perseguido, de la "finalidad buscada" o de las "legítimas expectativas" planteadas"* (con cita de sentencias, a título ejemplificativo de 20 de noviembre de 2012 resaltando el papel de la doctrina de la base del negocio como criterio de interpretación contractual, STS núm. 165/2013, de 26 de marzo de 2013 para la calificación del contrato celebrado y la núm. 226/2013, de 12 de abril para la determinación del objeto contractual proyectado).
Por tanto, como señalamos, existe una absoluta presunción de onerosidad cuando la garantía se presta simultáneamente (contextualmente) al nacimiento del crédito. En este caso el sacrificio del acreedor constituido por la concesión del crédito representa el correspectivo, no sólo de la obligación del deudor (prestatario), sino también de la garantía prestada por el tercero.
Por cuando precede no puedo llegar a otra conclusión que la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión de un préstamo, dejando subsistente el préstamo, supone lesionar los elementos esenciales del negocio, su *causa,* según se ha visto, y el *consentimiento* prestado en la celebración del negocio (artículos 1261.1 º y 1262 del Código Civil).
4. Por ello, si se entiende que la garantía prestada por el garante concursado es perjudicial para la masa activa, debe rescindirse la total operación y aplicar los efectos previstos en el art. 73.1º LC, conforme al art. 1295 Cc, la restitución recíproca de las prestaciones que *"sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado",* restitución recíproca a la que se refiere el precepto concursal. Como tal deudor solidario que es el fiador real, tendrá el derecho de repetición o crédito de reembolso contra el prestatario deudor.": Voto particular de D. Sebastián Sastre a la STS 30.04.2014 (Sentencia 100/2014; Recurso 745/2012)

JM-2 Barcelona

"PRIMERO.- Que, al amparo de lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, la administración concursal interpone demanda de rescisión de la garantía hipotecaria otorgada por la concursada CAMPS DEL BOSCH S.L. a favor de otra empresa de su mismo grupo, ANTONIO CASADO Y CIA S.L. (ACYCSA), también declarada en concurso. Según resulta de la escritura pública de fecha 9 de febrero de 2009, otorgada ante el notario de esta ciudad Don Lorenzo Valverde García, la codemandada CAIXA D#ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA) concedió una línea de crédito a la mercantil ACYCSA por un importe máximo de 2.950.000 euros. En garantía de su devolución, la concursada CAMP DEL BOSC S.L. hipotecó 23 inmuebles de su propiedad sitos en los términos municipales de Pont de Molins y Llers. La descripción de las fincas aparece en el antecedente de hecho primero de la escritura pública. Es un hecho controvertido que la deudora principal dispuso de la totalidad del crédito. La parte actora considera que la constitución de una hipoteca en favor de una empresa del grupo constituye un acto de disposición a título gratuito que ha de presumirse perjudicial para la masa activa sin admitir prueba en contrario, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.2º de la Ley Concursal. Si se considerara que la prestación de la garantía es un acto oneroso, de forma subsidiaria interesa se declare la rescisión de acuerdo con lo previsto en el artículo 71.3º.1º de la citada Ley, que considera perjudicial salvo prueba en contrario, los actos dispositivos a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. En consecuencia la administración concursal solicita se declare la rescisión de la hipoteca constituida por CAMP DEL BOSC en favor de ACYCSA, con la consiguiente cancelación registral. A tal pretensión se allanan las concursadas y se opone LA CAIXA por los hechos y fundamentos de derecho que esgrime en su escrito de contestación.
SEGUNDO.-Que el artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, "serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la

fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, "cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). Entre las presunciones de perjuicio patrimonial que admiten prueba en contrario se encuentran los "actos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor" y "la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas". El último apartado del artículo 71 añade que "el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones impugnación ya del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquella contiene el artículo siguiente". En cualquier caso y de conformidad con lo dispuesto en el apartado quinto del artículo 71, no podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, realizados en condiciones normales. En cuanto a los efectos de la rescisión, el artículo 73 establece que "la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del actor impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses". La posición del tercero afectado por la rescisión varía según se considere de buena o mala fe; en el primer caso, la prestación que le corresponda tendrá la consideración de crédito contra la masa, que "habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido", en tanto que si se aprecia mala fe en el acreedor, su crédito será considerado como concursal subordinado.
TERCERO.-Planteados los términos del debate y sin necesidad de determinar si el acto impugnado -la constitución de una hipoteca en garantía de un crédito ajeno que se concede de forma simultáneaes o no gratuito, y, en definitiva, si ha de entrar en juego la presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial del apartado segundo del artículo 71 de la LC o la presunción iuris tantum del apartado tercero, en línea con lo afirmado por la demandada, no es posible, en principio, declarar ineficaz la garantía sin que correlativamente se declare la ineficacia de la concesión del crédito, salvo, claro está, que concurran circunstancias excepcionales o que la operación de crédito encubra un negocio distinto. Y ello por los siguientes argumentos; en primer lugar, por cuanto lo que la Ley Concursal sanciona con la rescisión es la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas y no las garantías que pretenden asegurar un crédito que se presta simultáneamente. En segundo lugar, porque se trataría de un supuesto de rescisión parcial o a medias, en el que se mantiene vigente el contrato principal y se anulan las garantías. Aun cuando éstas son accesorias, no por ello dejan de ser menos relevantes, pues precisamente por contar el acreedor con dichas garantías presta su consentimiento al negocio principal -la concesión del crédito-. En tercer lugar y enlazando con esto último, por cuanto, de accederse a la rescisión parcial, se alterarían las circunstancias por las que el acreedor prestó su consentimiento (artículos 1.261.1º y 1.262 del Código Civil). Como se viene exponiendo, en el presente caso LA CAIXA aceptó entregar al deudor principal una importante cantidad de dinero -2.950.000 euros- por cuanto su devolución quedaba garantizada por la hipoteca constituida por la concursada. Y sin hipoteca tampoco se habría producido la prestación correlativa y principal de la entrega del dinero. En cuanto lugar y por último, por cuanto la rescisión produce como efecto la recíproca restitución de las prestaciones (artículo 73.1º de la LC), lo que implica restaurar la situación inmediatamente anterior al acto impugnado (sentencia del TS de 17 de junio de 1986). Pues bien, en los supuestos de las llamadas garantías contextuales, como la que nos ocupa, sólo se repone la situación anterior si, además de rescindirse la garantía, se restituye al acreedor el crédito dispuesto. El efecto que se pretende con la demanda -la cancelación de la garantía, subsistiendo el crédito- produciría una situación de hecho inédita, que nunca se habría dado y que nunca habría consentido la entidad de crédito. Por todo ello, la demanda debe desestimarse íntegramente.": SJM-2 Barcelona 01.02.2012 (Incidente 740/2011)

JM-1 Oviedo

[Sentencia revocada por SAP Oviedo (Sección 1) 14.03.2012 (Sentencia 130/2012; Rollo 260/2011), incluida en el apartado anterior]

"PRIMERO.- Se ejercita en la presente litis a través del incidente concursal acción tendente a que se declare la ineficacia del negocio jurídico por mor del cual doña A. se constituyó en fiadora solidaria de ALBA CONSTRUCCIONES DEL NORTE, S.L. frente al BANCO PASTOR, S.A., declarando igualmente, como lógica consecuencia, la rescisión parcial de la Póliza de Crédito nº (…)
La administración concursal basa su pretensión en el siguiente relato de hechos:
1.- En virtud de Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo en fecha 3 de diciembre de 2.007 se declaró en concurso, que tiene el carácter de voluntario, al deudor doña A., ama de casa que nunca ostentó la condición de administrador o apoderado de la entidad mercantil "ALBA CONSTRUCCIONES DEL NORTE, S.L.", también en situación concursal.
2.- En fecha 18 de Agosto de 2.006 se formalizó entre el BANCO PASTOR, S.A. y la entidad mercantil ALBA CONSTRUCCIONES DEL NORTE, S.L., representada por don M. (a la sazón esposo de la demandada), intervenida por el Notario del Ilustre Colegio de Oviedo, don Francisco Javier Ramos Celles, POLIZA DE CREDITO Nº (…), con fecha de vencimiento el día 18 de agosto de 2.007, por importe de NOVENTA MIL EUROS (90.000 €), con destino a la renovación de la póliza de vencimiento 18-8-2006.
En dicho Instrumento mercantil intervinieron en calidad y/o condición de FIADORES don M: y doña A.,

representada por el anterior en virtud de escritura de poder a su favor otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio de Oviedo, con residencia en Avilés, don Luis Sobrino González, bajo el número 2891 de su protocolo.
En la CLAUSULA DECIMOTERCERA literalmente se dice que
"Los FIADORES garantizan solidariamente al BANCO el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el ACREDITADO, y en sus mismos términos, plazos y condiciones y aceptan expresamente las cláusulas del contrato principal que se dan aquí por reproducidas, quedando relevado el BANCO de la obligación de notificar la falta de pago del deudor, con el cual responderán solidariamente, con renuncia expresa a los beneficios de orden, división y previa excusión, con arreglo a los artículos 1.822, 1.144, 1.831 y 1.837 del Código Civil. Con especial renuncia a lo dispuesto en el artículo 1.851 del Código Civil, los FIADORES consienten y dan su previa conformidad a cualesquiera prórrogas, renovaciones, novaciones y modificaciones expresas o tácitas, que pudieran producirse en las obligaciones contenidas en el presente contrato hasta el total pago de su importe. De conformidad con lo establecido en el artículo 572. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se pacta expresamente como domicilio de los FIADORES, para toda clase de requerimientos y notificaciones a que hubiera lugar, el señalado en la cabecera de esta Póliza".
3.- En el escrito presentado por el BANCO PASTOR, S.A. ante ese Juzgado con fecha 25 de enero de 2.008, en cumplimiento de lo prevenido en el art. 85 de la LC, específicamente dentro del apartado titulado "CONTRATOS FORMALIZADOS EN BANCO PASTOR, S.A. EN LOS QUE A. FIRMA COMO FIADOR SOLIDARIO", se hacía referencia en cuarto lugar a la POLIZA DE CREDITO Nº (…) suscrita con ALBA CONSTRUCCIONES DEL NORTE, S.L. por importe de 90.000 Euros con fecha 18 de Agosto de 2.006 y vencimiento el día 18 de agosto de 2.007, con el AVAL SOLIDARIO de M. y doña A., que a fecha 23 de enero de 2.008 arrojaba un saldo a favor de dicha entidad bancaria de 99.644'50 Euros.
Crédito incluido con la calificación de ORDINARIO CONDICIONAL dentro del crédito global reconocido al BANCO PASTOR, S.A. en la LISTA DE ACREEDORES que forma parte del INFORME presentado ante ese Juzgado por esta Administración Concursal con fecha 19 de mayo de 2.008 (Arts. 74 y ss. LC), en cuya página 23, bajo la rúbrica "Actuaciones que, en opinión de la Administración concursal, deberían llevarse a cabo en beneficio de la Masa Activa, señalando riesgos, costes y posibilidades de financiación", ya se hacía constar textualmente que "la Administración concursal ha recabado información de las operaciones llevadas a cabo por la Concursada en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración del Concurso, a fin de determinar si todas o alguna de ellas han sido perjudiciales para la Masa Activa y, una vez disponga de la totalidad de la documentación, previo contraste y análisis de la misma, incluso con el Letrado del deudor, proveerá o no la necesidad de interponer las oportunas acciones de reintegración", ejercicio de acciones que ya se anunciaba en los textos definitivos.
A juicio de la administración concursal el constituirse doña A. como fiadora solidaria en garantía del pago de una deuda ajena, sin recibir ningún tipo de contraprestación a cambio, constituye un acto perjudicial para la masa activa del presente concurso, cuyo efecto, de ser así considerado, sería la rescisión parcial de la Póliza de Crédito nº (…), en el sólo sentido de excluir y dejar sin efecto el afianzamiento solidario realizado por doña A., ahora en concurso, respecto de la entidad ALBA CONSTRUCCIONES DEL NORTE, S.L. a favor del BANCO PASTOR, S.A.
La parte demandante afirma el carácter perjudicial para la masa activa del acto de constitución de aval desde el momento en que a cambio no recibió ningún tipo de contraprestación y sus acreedores directos ven cercenada toda posibilidad de satisfacción de sus créditos, lo que no se habría producido de no constituir los meritados actos de afianzamiento.
Por todo ello la administración concursal postula la rescisión del acto de afianzamiento, dejando incólume la póliza de crédito en lo restante.
SEGUNDO.- Más allá de si estamos ante un acto a título gratuito u oneroso o de si la fianza o el aval son negocios obligacionales o actos dispositivos susceptibles de rescisión conforme a los arts. 71.2 y 71.3.1º LC (se inclinan por su naturaleza obligacional, entre otros, CARRASCO PERERA, Los derechos de garantía en la Ley Concursal, y ESCRIBANO GÁMIR, El perjuicio en la acción rescisoria concursal, ADC 10/2007), la verdadera cuestión de fondo que subyace en esta litis es si es jurídicamente posible rescindir una garantía, real o personal, y dejar subsistente el contrato cuyo cumplimiento garantiza. Obvio es que la respuesta ha de ser afirmativa cuando nos hallamos ante garantías reales constituidas a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, pues en tales casos la propia Ley presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial (art. 71.3.2º). Y es lógico que legalmente se establezca dicha presunción, pues la garantía cuya rescisión se pretende no forma parte del contrato original y tiende, de ordinario, a reforzar la posición crediticia del acreedor sin que haya correspectivo por su parte. Mas, fuera de estos casos, resulta controvertida en la doctrina la rescindibilidad autónoma o aislada de las garantías otorgadas simultáneamente al contrato principal (garanzie contestuali, en terminología italiana). Así, en el Derecho patrio CARRASCO PERERA reconoce que "se puede especular sobre si el acreedor garantizado puede exigir que el complejo negocial de crédito y garantía sea tratado como un negocio unitario, sólo susceptible de revocación conjunta" si bien, concluye, "la pretensión es justa pero no creo que la LC ofrezca amparo para ello" (Op. Cit., pág. 346).
A juicio de este juzgador el problema no ha de resolverse atendiendo a la Ley Concursal, más procesal que sustantiva, sino al Derecho común, a la teoría general del contrato, pues admitir la rescisión aislada de la garantía constituida de forma simultánea (la Sentencia de la Corte di Cassazione de 18-3-2005, nº 5984 – comentada por DANIELE VATTERMOLI en ADC 9/2006, Crónica extranjera de jurisprudencia- señala que para valorar si la garantía es o no contextual al nacimiento del crédito es necesario verificar si las operaciones que han dado lugar al nacimiento del crédito y a la constitución de la garantía han sido concebidas y desarrolladas por las partes simultáneamente, restando por el contrario relieve a los desfases temporales debidos al tiempo técnicamente necesario para constituir la garantía) al contrato garantizado

supone atacar los elementos esenciales del mismo (arts. 1261 y ss. Cc), novándolo, quebrando su causa económica y el consentimiento prestado por el acreedor, pues es de presumir que la entidad bancaria, si no le hubieran sido ofrecidas las garantías, no habría accedido a contratar o lo habría hecho en condiciones más gravosas. En esta línea afirma IRRIBAREN BLANCO (El acreedor con garantía hipotecaria en la Ley Concursal, Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, págs. 3761 y 3762), en argumentación referida a las garantías reales pero trasladable mutatis mutandis a las personales, como la que nos ocupa, que "es un error, sin embargo, pensar que (los actos de constitución de garantías) se deben tratar siempre aisladamente, como si fuesen a título gratuito (...) A mi juicio el otorgamiento a su tiempo de garantía real forma parte del negocio del que hubo nacido el crédito que garantiza y sólo es rescindible juntamente con el mismo. Con ello no digo que las garantías (y los pagos) no sean rescindibles separadamente (...) Pero cuando la preferencia se incorpora al negocio, bien como presupuesto para su perfección o como condición de la obligación de la contraparte, es necesario adoptar, a efectos, de su rescisión, esa perspectiva más amplia que engloba al negocio y a la garantía. Lo contrario es insostenible, y además de perjudicar injustificadamente a los terceros, terminaría por ahogar a los propios deudores, a quienes resultaría mucho más difícil la obtención de crédito."

Si la doctrina y la jurisprudencia española han permanecido ajenas en su mayor parte a esta cuestión, como pone de relieve BONELLI (Del Fallimento, Commento al Codice di Commercio, Vol. I, págs. 841 y ss) ya en la reforma de 11 de Abril de 1713 del Statuto Fiorentino Della Mercanzia se exceptuaba precisamente del tratamiento de la nulidad la prenda constituida en el acto del suministro del dinero y bajo el Código napoleónico de 1808, que hablaba de la nulidad de las hipotecas, sin distinción, constituidas en el período sospechoso, la doctrina y la jurisprudencia francesa (PERSIL, BRAVARD, DEMANGEAT), tendieron a sustraer de la nulidad aquellas constituidas contemporáneamente a la obligación garantizada, jurisprudencia que se quiso consagrar en el Código de 1838, restringiendo la nulidad a las garantías constituidas por deudas anteriormente contraídas, innovación que si encontrara obstáculos en la discusión del Código en Francia, no fue acogida en el Código sardo (1837) y en el italiano de 1865, que volvieron a hablar de nulidad de hipotecas (más bien de inscripciones) sin distinción. Todavía bajo el antiguo Código, prosigue, las exigencias prácticas hicieron surgir el reclamo de un tratamiento más favorable a las hipotecas contextuales que a veces fue acogido por la jurisprudencia (A. Milano 30-8-1870 o Venecia de 12-10-1876), aunque la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias se inclinaron por la posición rigurosa (algunos, como PARODI o MAIERINI, criticándola severamente), salvo posiciones audaces como las de COEN, SERAFINI o BORSARI.

Sin necesidad de ahondar más en el Derecho comparado, una vez puesto de manifiesto el carácter secular de la discusión, no pueden dejarse al margen las palabras de BONELLI: "en verdad, cuando la garantía nace junto con el crédito existe entre las dos relaciones una identidad de causa, la una constituye el correspectivo de la otra, así que difícilmente se puede atacar la garantía sin tomar en consideración la causa del crédito, ya que puede decirse que sin la seguridad de aquélla no habría nacido éste. El acreedor, desde el principio, tuvo la confianza en la cosa más que en la persona, a la cual no habría concedido el crédito sin tener vinculada la cosa. El acto tiene, en tal caso, un carácter de indivisibilidad, y en su complejidad se presenta como un acto a título oneroso o correspectivo, del cual la hipoteca es uno de sus elementos" ("in verità, quando la garanzia nasce insieme col credito, v'ha tra i due rapporti identità di causa, l'uno constituisce all'incirca il corrispettivo dell'altro, sicchè difficilmente si può colpire la garanzia senza prendere i considerazione la causa del credito, poichè può dirse che senza la sicurezza di quella non sarebbe nato questo. Il creditore fin da principio ebbe la fuducia nella cosa più che nella persona, alla quale non avrebbe concesso il credito senza tener vincolata la cosa. L'atto ha, in tal caso, un carattere d'indivisibilità, e nel suo complesso si presenta come un atto a titolo oneroso o corrispettivo, di cui l'ipoteca è uno degli elementi"). En este mismo sentido la Sentencia del Bundesgerichtshof de 22-7-2004 (comentario de Sebastian Cohnen, ADC, Nº4 4/2005, Crónica extranjera de jurisprudencia) descarta una separación económica entre el acto con el que el deudor (que posteriormente deviene insolvente) otorga una garantía y la obligación onerosa cuyo cumplimiento se garantiza. Vistos el intercambio de prestaciones y la creación de la garantía como un conjunto económicamente interdependiente, la garantía no resulta gratuita (§ 134 InsO), dado que no lo es la obligación garantizada. La impugnación se rige, en ese caso, conforme a las reglas generales (§§ 130, 131, 133 InsO). En nuestra doctrina insiste en este sentido GULLÓN BALLESTEROS (La acción rescisoria concursal, Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo IV, págs. 4128 y 4129) a cuyo juicio, "dada la íntima conexión, en grado de accesoriedad, entre el negocio creador de la obligación garantizada y el que crea la garantía, se ha de ver en qué medida se incluye, entre las contraprestaciones que hace el deudor por la prestación del acreedor, la constitución de prenda o hipoteca. Normalmente ha de entenderse incluida cuando es contextual al negocio creador de la obligación garantizada. Cuando el banco concede un crédito, cualquiera que sea la forma jurídica de concesión, a un cliente, lo hace no sólo a cambio de los intereses, sino también de que garantice el reintegro. Nadie pensará que el cliente ha concedido la garantía porque quiere beneficiar al banco, ni que éste la ha adquirido sin dar nada a cambio. En suma, la calificación como oneroso del negocio creador de la garantía se impone."

Este es precisamente el caso de autos, en que la prestación de fianza por la concursada tiene como obligación correlativa de la entidad bancaria la concesión del crédito. En modo alguno puede considerarse un acto a título gratuito, pues para valorar la gratuidad u onerosidad de la fianza habrá que valorar, como enfatiza CARRASCO PERERA con cita de INFANTE RUIZ, la relación jurídica trilateral. Así, del mismo modo que la garantía prestada por una sociedad matriz o dominante por deudas de sociedades filiales no puede nunca reputarse gratuita, tampoco podrá serlo la garantía prestada por A. a favor de ALBA CONSTRUCCIONES DEL NORTE S.L., sociedad de la que su marido es administrador único y ella partícipe desde su constitución hasta la modificación del régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación de bienes el 5-3-2004, momento en que se atribuyen a la esposa todos los bienes inmuebles adquiridos constante matrimonio y a M. las participaciones sociales y una cantidad en metálico con la

finalidad evidente de poner a salvo el patrimonio familiar. Pretender que Dª. A., por ser una mera ama de casa sin participación actual en la sociedad no se beneficia, siquiera indirectamente, de la concesión del crédito implica ignorar la comunidad de intereses que subyace en el grupo familiar y en la sociedad ALBA CONSTRUCCIONES DEL NORTE S.L., a la que afianzan, no sólo la madre y esposa del administrador sino también, en ocasiones, su hija.
En esta misma línea de predicar el carácter oneroso de las garantías contextuales, incluso por deuda ajena, la doctrina italiana viene discutiendo, ya de antiguo, sobre la aplicabilidad del art. 2901 del Codice Civile (que al tratar de la acción revocatoria ordinaria presume la onerosidad de las garantías contextuales incluso por deuda ajena) a la acción revocatoria concursal, cuestión de capital importancia debido al distinto periodo sospechoso a que extiende su eficacia esta última según se trate de actos a título gratuito (2 años) u oneroso (seis meses) y que ha quedado resuelta con el decreto legge n. 35 de marzo 2005, (legge n. 80), que modifica el art. 67 de la Legge Fallimentare asimilando el acto constitutivo de una garantía contextual, incluso por deuda ajena, a los actos a título oneroso, condicionando la revocabilidad a la prueba del previo conocimiento de la insolvencia ajena y sujetando su ejercicio en todo caso al periodo de seis meses previos al fallimento.
Como señala AMBROSINI [Cenni sulla nova disciplina della revocatoria (con particolare riferimento alle operazioni bancarie)], el nuevo texto de la norma recoge así la tesis sostenida por parte de la doctrina y la jurisprudencia, según la cual la presunción (absoluta) de onerosidad opera siempre que la garantía venga concedida contextualmente al nacimiento del crédito, prescindiendo del hecho de que la concesión de la garantía responda al interés propio del garante o de un tercero, pues no en vano, como pone de relieve una jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema di Cassazione, que se remonta ya a 1964, el sacrificio del acreedor, constituido por la concesión del crédito, representa el correspectivo, no sólo de la obligación del deudor, sino también de la garantía prestada por el deudor mismo o por el tercero ("il sacrificio del creditore, costituito dalla concessione di credito, rappresenta il corrispettivo non solo della obbligazione del debitore, ma anche della garanzia fornita dal debitore stesso o dal terzo"). Nuestra práctica judicial no ha permanecido ajena a esta realidad y así la STS, Sala 1ª, de 16-9-88 tiene declarado, en relación a fianzas constituidas por quienes se hallan vinculados al deudor principal familiar o patrimonialmente, que el fiador queda investido de una personalidad que va más allá de su condición de tal, aproximándose a la de deudor principal. Y en esta misma línea la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 26-9-2007, a cuyo tenor "si los hipotecantes son socios… (lo que no se ha discutido) y, en todo caso, como en la demanda se alega, guardan una vinculación económica con la empresa que explota dicha sociedad, la gratuidad puede quedar enervada en la medida en que, a cambio del gravamen, sus acciones e intereses económicos en la sociedad deudora aumentan o recuperan valor económico en función de la financiación que se obtiene, del pasivo que desaparece (frente a los proveedores) y de la consiguiente expectativa de viabilidad de la empresa".
Por lo expuesto, para proceder a la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión del crédito deberá impugnarse el negocio en su integridad y acreditar el carácter perjudicial del mismo, pues si juzgamos la garantía con independencia de la causa que la motiva, rompiendo artificialmente la unidad del negocio, es evidente que siempre será perjudicial.
Dado que en la demanda se suplica simplemente la rescisión parcial del negocio, no puede este juzgador, por imperativo del principio de congruencia, enjuiciar y, en su caso, declarar la ineficacia del total negocio jurídico, lo que impone la desestimación de la demanda.
A lo anterior no obsta la SAP de Oviedo, Sección 1ª, de 17-7-2008, que revoca la de este juzgador accediendo a la rescisión de las garantías mas dejando incólume el préstamo, pues ni es firme al haber pendiente recurso de casación, ni es semejante el caso enjuiciado, ya que en el supuesto examinado por la Sala existe una superposición de garantías reales.": SJM-1 Oviedo 18.02.2010 (Incidente Concursal 294/09)

JM-1 Castellón

"Primero.-En el presente juicio ejercita la administración concursal la acción de rescisión parcial de afianzamiento, en realidad se trata de la constitución de una hipoteca para garantizar un préstamo que se hizo a favor de tercero, la codemandada GESTION CITRICOLAS.L.
Es un hecho probado que se decretó el concurso de la persona física hipotecante no deudora mediante auto de 6 de junio de 2011.
La administración concursal pretende la rescisión y declaración de ineficacia parcial del afianzamiento, constitución de hipoteca, que garantizo el préstamo a la codemandada por parte la entidad bancaria, pero sin que se solicite la rescisión de esa operación principal, ya que "stricto sensu" la operación que ahora se pretende rescindir por ineficaz, sería una obligación accesoria de aquella operación descrita.
La administración concursal demandante pretende encajar los hechos en el artículo 71.2 LC, ya que considera que el acto es gratuito, con la presunción de perjuicio consiguiente.
Lo cierto es que, hecho incontrovertido, el préstamo se concedió a terceros, ajenos a la concursada "stricto sensu" pese a que evidentemente se trataba de una persona jurídica "especialmente vinculada" ex art. 93 LC ya que la concursada era propietaria en un porcentaje muy importante de participaciones sociales de la codemandada GESTION CITRICOLAS.L
No ha habido ningún acto gratuito y el afianzamiento no supone necesariamente un gravamen puesto que se trata de una institución de naturaleza accesoria respecto de otra principal, la constitución de un préstamo a una empresa "vinculada evidentemente" a la concursada persona física.
A mayor abundamiento debemos señalar que el afianzamiento constituido a través de una hipoteca como no deudora es una obligación de naturaleza accesoria, tal y como hemos indicado ya, por lo que no podemos rescindir, menos aun de manera parcial, ya que la hipoteca garantiza una obligación principal (el préstamo que nunca hubiera concedido la entidad bancaria sin la constitución de la misma hipoteca), puesto que la

fianza, como obligación accesoria, debe seguir la misma suerte jurídica que la obligación principal, por lo que sólo se puede extinguir, llegado el caso, en la medida que se extinga la obligación principal, “accesorium sequitur principale”.
No puede rescindirse parcialmente una operación y dejar subsistente el préstamo, que reitero, sirvió como principal fundamento de la concesión de un préstamo por la entidad financiera, negocio jurídico independiente y autónomo de este concurso, puesto que sin la hipoteca la entidad no hubiera concedido dicha cantidad, por lo que estaríamos ante la cláusula "rebus sic stantibus", que supondría una alteración sobrevenida de las circunstancias.
Por otra parte considero que no se trata de una acto gratuito ya que por el examen de las participaciones sociales había un beneficio indirecto y patente para la concursada persona física por la concesión del préstamo, lo que supuso una importante inyección económica para la misma, directa o indirectamente, por lo que no existió un sacrificio patrimonial injustificado para la concursada que avalo, según el criterio de la sección 15 de la AP Barcelona y de la Audiencia Provincial de Castellón, el acto no es rescindible.
En realidad nos encontramos ante lo que la jurisprudencia viene denominando en los últimos tiempos garantías contextuales, que a priori considera no rescindibles por los motivos expuestos y a mayor abundamiento por la aplicación lógica de las normas de la reintegración, ya que la declaración de ineficacia y la consiguiente rescisión de la operación llevaría consigo la restitución de las prestaciones, sin que pueda evidentemente garantizarse el cumplimiento de tal circunstancia a favor de la entidad bancaria, ya que ello depende de un tercero, pese a que aquí ha sido demandado y se ha allanado, “res ipsa loquitur" : SJM-1 Castellón 20.06.2013 (Sentencia 193/2013; Incidente 745/2012)

1.5.4 Constitucion de garantía sin específica contraprestación. Examen del posible perjuicio

Tribunal Supremo

“TERCERO.-En el enunciado del motivo segundo se alega infracción del art. 3.1 del Código Civil, por su no aplicación, e infracción del art. 1.281 del mismo Cuerpo Legal por su aplicación errónea, determinantes ambas infracciones de una interpretación y aplicación indebida del artículo 71.2 de la Ley Concursal.
En el cuerpo del motivo se recogen una pluralidad de alegaciones que en buena medida carecen de interés por no afectar a la "ratio decidendi", aunque resulta oportuno resaltar la equivocación del motivo en la reflexión que efectúa sobre el régimen jurídico anterior a la Ley Concursal pues se olvida que el sistema de retroacción ex arts. 1.024 del Código de Comercio de 1.829 -aspecto procesal-y 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1.885 -aspecto sustantivo-responde a una defensa de la integridad del patrimonio del deudor como garantía de los acreedores y protección de la "pars condicio creditorum", requiriendo perjuicio pero no intención fraudulenta, todo ello en la versión jurisprudencial del criterio flexible, que terminó prevaleciendo por influencia del sistema de la nueva Ley Concursal, pues en la versión del criterio estricto o riguroso todos los actos de dominio y administración del deudor sería nulos "ipso iure", -"ipse legis potestate et auctoritate"-, con nulidad radical o absoluta, y con independencia de la buena o mala fe.
Como la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida se centra en dos aspectos, consistentes en: (a) que no se discute que prestar garantía hipotecaria de un bien propio para una deuda ajena (hipotecante no deudor) es un acto gratuito que produce un perjuicio para la masa activa de la quiebra y (b) que el Tribunal debe aplicar una presunción "iuris et de iure" en que se estima subsumible el caso concreto, sin que la norma establezca una concesión de discrecionalidad al Juzgador para que la aplique o no según criterios determinados o las circunstancias del caso, a ellos debe limitarse el examen de la impugnación, la cual se resume en que cuando se trata de garantía hipotecaria no cabe aplicar automáticamente, como resultaría de la literalidad del precepto, la presunción "iuris et de iure" y que debe sustituirse por una interpretación que atienda preferentemente a elementos sistemáticos, históricos, sociológicos y, fundamentalmente, teleológicos. En definitiva, lo que se pretende, con base en el análisis de los plurales elementos interpretativos, es que, cuando se trata de examinar el perjuicio, como presupuesto de la acción de reintegración, en el caso de garantías hipotecarias habrá de hacerse un análisis concreto sin aplicación de las presunciones del art. 71.2 LC.
El motivo se desestima porque, con independencia de que la argumentación interpretativa de la recurrente no contiene de "lege data" un soporte consistente, -aunque haya algunas razones-, que permita mantener respecto de las garantías hipotecarias un trato distinto de los restantes actos a que se refiere el apartado 2 del art. 71, y de que la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente -en cierta terminología doctrinal una presunción "iuris et de iure", o presunción impropia-, en cualquier caso el planteamiento del motivo es artificioso.
La artificiosidad es un vicio casacional (rectius, de técnica casacional) que puede adoptar varias manifestaciones, y una de ellas consiste en plantear una cuestión irrelevante o estéril, en tanto que cualquiera que fuere la respuesta judicial no tendría ninguna incidencia para resolver el recurso. Ello es así, porque sentado que ha habido un acto a título gratuito no es de ver, sea la que sea la postura que se mantenga, como puede resultar excluida la previsión legal; salvo que se estimase que no están comprendidas las hipotecas constituidas a título gratuito, como lo es la constituida en garantía de deuda ajena -hipotecante no deudor-(S. 8 de marzo de 2.010), lo que por cierto la recurrente no afirma, ni en modo alguno resultaría aceptable.
Otra cosa es si la hipoteca litigiosa es o no un acto de disposición a título gratuito, pero este tema resulta ajeno al motivo por varias razones. En primer lugar, porque la alegación del hipotético carácter oneroso

requiere soporte fáctico, que no cabe integrar por este Tribunal y menos en casación; en segundo lugar, porque se trata de una calificación contractual, y no de interpretación legal; y, finalmente, porque el rigor formal de la casación exige un enunciado de infracción legal diferente del que es objeto del motivo que se examina.
Por todo ello, el motivo decae.
CUARTO.-En el enunciado del motivo tercero se alega infracción del art. 71.2 LC, por considerar acto de disposición a título gratuito la constitución hipotecaria efectuada por la hipotecante no deudora.
El planteamiento de la parte recurrente adolece de un defecto formal de raíz.
La sentencia recurrida sienta la apreciación de que el acto de constitución de hipoteca por la hipotecante no deudora es un acto a título gratuito. Por otro lado, el art. 71.2 LC establece que el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trata de actos de disposición a título gratuito. Ergo, al aplicarse el precepto a la premisa sentada no cabe apreciar que existe una infracción del mismo.
Sucede, sin embargo, que lo que realmente se pretende combatir mediante el motivo es la calificación jurídica de gratuito del acto de constitución de hipoteca, pues se entiende por la recurrente que fue oneroso con base en que existió una hipoteca anterior que se canceló y sustituyó por otra con significativas contraprestaciones o ventajas económicas para las hipotecantes -nuda propietaria concursada y usufructuaria-. Pero ello supone un problema de interpretación y calificación contractual para cuya resolución nada dice el art. 71.2 LC, y como consecuencia se deriva que la utilización de la infracción de este precepto legal como pie del motivo resulta artificioso, y supone defecto de técnica casacional, que se produce, entre otros supuestos, cuando no hay relación entre el tema debatido -en el caso concreto, dilema sobre si es acto de disposición oneroso o acto de disposición gratuito-y la norma legal que se alega como conculcada, cuya invocación resulta efectuada únicamente con carácter instrumental.
Dicho lo anterior, y solo a los efectos de agotar la respuesta casacional en aras a la plena efectividad de la tutela judicial, y en consideración al esfuerzo de exposición dogmática de la parte recurrente, procede añadir las reflexiones que siguen.
Ciertamente la disposición a título gratuito es un presupuesto de la aplicación del art. 71.2, inciso primero, de la LC, pero, sentada por la resolución recurrida la afirmación de que un acto de disposición es a título gratuito, su impugnación en casación solo puede tener lugar invocando defecto de fundamentación, o combatiendo o integrando los elementos fácticos, o refutando la apreciación sobre la significación jurídica de estos elementos. Los dos primeros aspectos son ajenos al recurso de casación. Sostener, como se hace en el recurso, que «no se argumentó suficientemente la naturaleza de "disposición a título gratuito"» supone desconocer que es tema de motivación; y formular alegaciones genéricas ("cariz de operación global de difícil singularización"; "operación compleja con significativas contraprestaciones") no es fundamentación adecuada sobre la que pueda operar el juicio casacional. Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-. La recurrente señala las ventajas patrimoniales, pero falta un soporte probatorio adecuado en la resolución recurrida. Por lo demás, "ex abundantia" y en el aspecto jurídico, las argumentaciones de la Sentencia del Juzgado asumidas por la de la Audiencia Provincial, toman en cuenta en la medida adecuada el alcance de la existencia de la hipoteca anterior y las mejores condiciones de la nueva (ftos. quinto y sexto), reduciendo la disposición gratuita a la garantía sobre la parte del préstamo (concedido a Dña. Rosaura) que excede de lo debido por Dña. Guillerma (préstamo anterior garantizado por hipoteca que se cancela), y manteniendo la responsabilidad hipotecaria de dicha concursada por la cantidad que garantizaba la hipoteca anterior. En definitiva, existe acto de disposición a título gratuito, en los términos reconocidos por la resolución recurrida, por cuanto se constituye una hipoteca sobre un bien propio (sobre el que se tiene la nuda propiedad) por una deuda ajena sin recibir nada a cambio.
Por todo ello, el motivo decae. ": STS 13.12.2010 (Sentencia 791/2010; Recurso 824/2007)

"II. *RECURSO DE CASACIÓN*
CUARTO.-*Primer motivo y sus razonamientos.*
Se articula en los siguientes términos: *"Infracción por no aplicación del art. 71.2 LC en relación a la existencia de causa onerosa o gratuita en el acto de disposición discutido, infringiéndose por ello los arts. 1823 CC y 441 CdCom".*
El recurrente reconoce que *"los hechos en que se fundamenta la onerosidad de la fianza objeto de discusión integran el supuesto fáctico y son inatacables en casación",* pero sí la onerosidad o gratuidad en tanto que son conceptos jurídicos que, como *"quaestio iuris"* (cuestión de Derecho), son revisables en casación.
En este sentido no comparte que los elementos fácticos o hechos probados tengan la significación jurídica, en concreto que el nuevo hecho de que el Sr. Amadeo sea socio y administrador de Uco, determine que el acto de afianzamiento del Sr. Amadeo por las eventuales deudas de Uco sea un acto oneroso. Entiende que la onerosidad exige una *"equivalencia de intereses",* una contraprestación y ésta no puede ser futura o hipotética. Cita la STS de 8 de noviembre de 2012 sobre las garantías contextuales prestadas en *"interés del grupo",* pero, afirma el recurrente, que aunque se presuma en este caso la onerosidad, no se puede excluir la gratuidad.
Cita también la STS de 13 de diciembre de 2013 que se refiere a que es necesario apreciar si ha existido una *"real reciprocidad de intereses",* lo que le lleva a considerar que la *"contraprestación futura"* a que hace referencia la sentencia impugnada no es una contraprestación idónea para justificar la reciprocidad. Concluye que de los hechos probados no podían conducir a considerar oneroso el afianzamiento prestado a la concursada.
QUINTO-*Criterio de la Sala sobre las garantías contextuales. Desestimación del motivo*

El motivo se desestima por las razones que se exponen a continuación:
1. La STS núm. 100/2014, de 30 de abril (fundamento de derecho sexto, 5 in fine) señaló que: *"La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero".*
En el presente caso, es un hecho indiscutible que la contragarantía o contra aval prestado por el Sr. Amadeo y otros se prestó simultáneamente con el otorgamiento del afianzamiento de Isba en el préstamo personal concedido por Sa Nostra a Uco Rehabilitación, S.L. por importe de 580.000.-#. Por consiguiente, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC por no ostentar la garantía el carácter de gratuito.
2. Ello no obstante, como se señalaba en la mencionada STS núm. 100/2014, de 30 de abril, *"[Q]ue la garantía sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario".* Y añadía que el perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado *"ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto".*
En el presente caso, la sentencia recurrida fue categórica: " *[E]n el caso concreto la Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el préstamo garantizado cuenta con la justificación de que pretende dotar de liquidez a una sociedad de participación mayoritaria a quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado, en la suma de 580.000.-#, y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó se pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de la persona física que es su socio mayoritario. Se desconoce si esta cantidad es o no desorbitada o desproporcionada en atención al valor aproximado del patrimonio del Sr. Amadeo, pues no obra en autos referencia alguna a éste, ni siquiera el informe de la Administración concursal y la valoración prestada por dicho fiador a la Caja de Ahorros".*
Por tanto, en el presente supuesto que es objeto del recurso, se reconoce la existencia de un beneficio patrimonial indirecto, por lo que no cabe declarar la ineficacia de la garantía prestada por el Sr. Amadeo en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 71.3.1 º y 2º LC.": STS 02.06.2015 (Sentencia 289/2015; Recurso 1471/2013)

"II. *RECURSO DE CASACIÓN*SEXTO.-*Primer motivo y sus razonamientos.*
Se formula el motivo en los siguientes términos: "i *nfracción por no aplicación del art. 71.2 LC en relación a la existencia de causa onerosa o gratuita en el acto de disposición discutido, infringiéndose por ello los arts. 1274 y 1823 CC y 441 CdCom".*
Como señalamos en el motivo anterior, en el recurso núm. 1471/2013, la Administración concursal del Sr. Valentín, interpuso un motivo de casación en idénticos términos a los aquí planteados, siendo iguales sus razonamientos. Se trataba aquél de un recurso contra la sentencia de la misma Audiencia Provincia, Sección 5ª, que desestimó la pretensión de la administración concursal de declarar ineficaz y rescindir también un afianzamiento prestado por el Sr. Valentín a favor de una sociedad de garantía recíproca que había prestado un afianzamiento a Uco frente a Sa Nostra con ocasión de un préstamo personal concedido a la sociedad. El recurso fue desestimado.
En el presente caso, las razones que llevan a la administración concursal del Sr. Valentín a fundar el presente motivo es análogo: (i) la onerosidad y gratuidad son conceptos jurídicos que son revisables en casación; (ii) la onerosidad exige una *"equivalencia de intereses",* una contraprestación; (iii) el Tribunal, tomando el criterio de la STS de 8 de noviembre de 2012, sobre garantías contextuales, *"en interés del Grupo",* de las que presume la onerosidad no por ello se excluye la gratuidad; (iv) que la *"contraprestación futura"* a que hace referencia la sentencia impugnada no es una contraprestación idónea para justificar la reciprocidad; y (v) según la recurrente, la valoración jurídica de los hechos probados solo puede llevar a la estimación de la gratuidad de la garantía en aplicación del art. 441 del CdCom.
SÉPTIMO.-*Criterio de la Sala sobre el carácter de las garantías contextuales. Desestimación del motivo.*
Al igual que desestimamos el recurso de casación núm. 1471/2013 mediante sentencia de 2 de junio de 2015 por los fundamentos que de la misma resultan (fundamento de derecho octavo) igual suerte debe correr el presente motivo, porque idénticas son las razones allí expuestas:
En efecto, el motivo se desestima por las razones que se exponen a continuación:
1. La STS núm. 100/2014, de 30 de abril (fundamento de derecho sexto, 5 in fine) señaló que: *"La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero".*
En el presente caso, es un hecho indiscutible que la contragarantía o contra aval prestado por el Sr. Valentín y

otros, se prestó simultáneamente con el otorgamiento del afianzamiento de Isba en el préstamo personal concedido por Sa Nostra a Uco Rehabilitación, S.L. por importe de 580.000.-#. Por consiguiente, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC por no ostentar la garantía el carácter de gratuito.
2. Ello no obstante, como se señalaba en la STS mencionada núm. 100/2014, de 30 de abril, *"[q]ue la garantía sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario".* Y añadía que el perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado *"ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto".*
En el presente caso, la sentencia recurrida fue categórica: " *[E]n el caso concreto la Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el préstamo garantizado cuenta con la justificación de que pretende dotar de liquidez a una sociedad de participación mayoritaria a quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado, en la suma de 580.000.-#, y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó se pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de la persona física que es su socio mayoritario. Se desconoce si esta cantidad es o no desorbitada o desproporcionada en atención al valor aproximado del patrimonio del Sr. Valentín, pues no obra en autos referencia alguna a éste, ni siquiera el informe de la Administración concursal y la valoración prestada por dicho fiador a la Caja de Ahorros".*
Por tanto, en el presente supuesto que es objeto del recurso, se reconoce la existencia de un beneficio patrimonial indirecto, por lo que no cabe declarar la ineficacia de la garantía prestada por el Sr. Valentín en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 71.3.1 º y 2º LC. ":STS 02.06.2015 (Sentencia 290/2015; Recurso 1732/2013)

"TERCERO.-*Criterio de la Sala sobre la contextualidad de las garantías prestadas por el concursado. Estimación del recurso*.
El motivo se estima por las razones que se exponen a continuación:
1. La STS núm. 100/2014, de 30 de abril (fundamento de derecho sexto, 5 in fine) señaló que: *"La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero".*
En el presente caso el afianzamiento fue prestado simultáneamente con la concesión del préstamo del Banco Gallego a favor de Agroquijada, S.L., que sirvió para renovar otro préstamo que vencía el mismo día de su concesión. Por tanto, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación, la de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC por no tener la garantía el carácter de gratuito.
Si la fianza hubiera sido gratuita, como ya señalábamos en la STS 193/2014, de 21 de abril, aunque el art. 71.2 LC se refiera a *"actos de disposición a título gratuito",* la fianza *"sería un acto o negocio obligacional, equiparable a un acto de disposición... porque existe un sacrificio injustificado del patrimonio del garante que, posteriormente, tras la declaración de concurso, perjudicará a la masa activa de dicho concurso".* Pero no es el caso enjuiciado en el presente recurso.
2. Ello no obstante, como se señala en la STS mencionada núm. 100/2014, de 30 de abril, *"[q]ue la garantía sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario".* Y añadía que el perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado *"ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto".*
3. En el presente caso, ante la eventualidad de que el supuesto pudiera acomodarse en la presunción *iuris tantum* que prevé el art. 71.3.2º LC al prestarse la garantía en un crédito en sustitución de otro despojado de la misma, ha quedado acreditado y no refutado por la administración concursal: 1º) que los consortes Eulalia Cesar son los únicos accionistas de la sociedad Agroquijada, S.L. de carácter familiar; 2º) que, conjuntamente con su hijo Ernesto, son ejecutivos y administradores de la sociedad prestataria; 3º) que como administradores, de acuerdo con los datos de la memoria acompañada como documento nº 1, en el escrito de contestación de la demanda integrante de las cuentas anuales de Agroquijada, S.L., aquéllos tenían asignada una retribución anual de 223.918,98.-# y como personal de alta dirección, tampoco objetado por la administración concursal, la cuantía de 181.590,89.-#; 4º) que la cantidad prestada se destinó a pagar íntegramente un préstamo que vencía el mismo día que, de no ser así, el Banco podía ejecutar inmediatamente, malbaratando los rendimientos con los que se alimenta la economía familiar.
Por tanto, en el presente supuesto, concurre la existencia de un beneficio directo para la sociedad al obtener un nuevo aplazamiento, que le ha permitido seguir con su actividad social y, una ventaja patrimonial indirecta para fiadores que pueden seguir percibiendo las retribuciones antes expresadas en el seno de una empresa

familiar, que siguen controlando y participando en la conducta comercial y contractual de la misma. Esta ventaja o beneficio patrimonial es tan relevante que deja sin efecto la producción de perjuicio.”: STS 03.06.2015 (Sentencia 295/2015; Recurso 2012/2013)

“II. *RECURSO DE CASACIÓN*CUARTO.-*Primer motivo del recurso y su desestimación.*
Se formula en los siguientes términos: "i *nfracción por no aplicación del art. 71.2 LC en relación a la existencia de causa onerosa o gratuita en el acto de disposición discutido, infringiéndose por ello los arts. 1823 CC y 441 CdCom"*
Los razonamientos que siguen son análogos a los que la administración concursal del Sr. Torcuato desarrolló en los motivos que fundaron los recursos de casación interpuestos contra distintas entidades, incluso contra Sa Nostra. Nos referimos a los recursos de casación 1471/2013 contra la Sentencia de la misma Audiencia Provincial, sección 5ª, de fecha 23 de abril de 2013 y RC 1732/2013, contra la sentencia de 6 de junio de 2013. Ambos motivos fueron desestimados por esta Sala, en sentencias de 2 de junio de 2015.
En el presente recurso, el motivo debe ser igualmente desestimado, por las mismas razones.
En síntesis, la administración concursal recurrente entiende que la fianza prestada por el Sr. Torcuato a Piqalba Properties, S.L. frente a la entidad de crédito Sa Nostra, es gratuita por las siguientes razones: (i) la onerosidad y gratuidad son conceptos jurídicos que son revisables en casación; (ii) la onerosidad exige una *"equivalencia de intereses",* una contraprestación; (iii) el Tribunal, tomando el criterio de la STS de 8 de noviembre de 2012, sobre garantías contextuales, *"en interés del grupo",* de las que presume la onerosidad no excluye la gratuidad; (iv) que la *"contraprestación futura"* a que hace referencia la sentencia impugnada no es una contraprestación idónea para justificar la reciprocidad; y (v) según la recurrente, la valoración jurídica de los hechos probados solo puede llevar a la estimación de la gratuidad de la garantía en aplicación del art. 441 del CdCom.
Las razones que asistieron a la Sala para su desestimación, fueron los siguientes:
1. La STS núm. 100/2014, de 30 de abril (fundamento de derecho sexto, 5 in fine) señaló que: *"La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero".*
En el presente caso, es un hecho indiscutible que la contragarantía o contra aval prestado por el Sr. Torcuato y otros se prestó simultáneamente con el préstamo personal concedido por Sa Nostra a Piqalba Properties, S.L. por importe de 150.000.-#. Por consiguiente, la contextualidad de la garantía prestada con ocasión de conceder una operación de préstamo, como aquí sucede, no permite aplicar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC por no ostentar la garantía el carácter de gratuito.
Si la fianza hubiera sido gratuita, como ya señalábamos en la STS 193/2014, de 21 de abril, aunque el art. 71.2 LC se refiera a *"actos de disposición a título gratuito",* la fianza *"sería un acto o negocio obligacional, equiparable a un acto de disposición... porque existe un sacrificio injustificado del patrimonio del garante que, posteriormente, tras la declaración de concurso, perjudicará a la masa activa de dicho concurso".* Pero no es el caso enjuiciado en el presente recurso.
2. Ello no obstante, como se señalaba en la STS mencionada núm. 100/2014, de 30 de abril, *"[q]ue la garantía sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario".* Y añadía que el perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado *"ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto".*
En el presente caso, la sentencia recurrida fue categórica: "La Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el contrato en el cual se ha prestado el aval se trata de obtener la explotación de una industria geriátrica, con la adquisición del inmueble en el que se ubica y un establecimiento preparado para dicha actividad y así obtener beneficios, en actividad, además, relacionada con la profesión del concursado, la circunstancia de que finalmente no haya cumplido su objetivo es irrelevante, pues debe estarse a las circunstancias existentes cuando se concertó el contrato, un año y cuatro meses antes de la declaración del artículo 5.3 de la LC, con la lógica esperanza de obtener beneficios económicos con la explotación de la actividad, y se desconoce la situación de la sociedad en aquella fecha, que se debió ver indudablemente mejorada con la adquisición de este importante activo, lo cual contribuyó a incrementar el valor de las participaciones sociales de la íntegra titularidad del Sr. Torcuato...
>> Podría plantearse, a los efectos de determinar si el sacrificio patrimonial es injustificado, si la exigencia de un aval o compromiso de aval puede considerarse como tal, atendida la existencia de una garantía prendaria, pero no puede olvidarse que los vendedores autorizaron la constitución de una hipoteca para hacer obras de rehabilitación, que, ciertamente, en caso de no abonarse, podría suponer un notable detrimento de la garantía prendaria, y suponer la pérdida del inmueble en el que se ubica la industria geriátrica, y tal prenda, aunque existente, sería de un valor económico nulo o muy escaso".
Por tanto, en el presente supuesto, se reconoce la existencia de un beneficio patrimonial indirecto, por lo que no cabe declarar la ineficacia de la garantía prestada por el Sr. Torcuato y otros con base a los supuestos contemplados en el art. 71.3.1 º y 2º LC, pues el perjuicio debió ser probado por quien ejercita la acción rescisoria, conforme establece el art. 71.4 LC.”: STS 03.06.2015 (Sentencia 294/2015; Recurso 1912/2013)

AP Alava

"TERCERO.-Hemos de continuar indicando, y sobre la base de lo establecido en el artículo 71 de la Ley Concursal, que el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de noviembre de 2012, argumenta que:
"1. El perjuicio o sacrificio patrimonial injustificado
Nuestro vigente sistema concursal ha superado el perturbador mixto de retroacción de los actos de administración y disposición realizados por el quebrado desde la fecha a determinar por el juzgador que -sin perjuicio de la evolución que este extremo ha experimentado en la moderna jurisprudencia- en su interpretación clásica y mayoritaria era determinante de la nulidad ipso iure sin necesidad de ánimo fraudulento ni lesión para la masa activa del concurso, y se combina con acciones rescisorias cuyo éxito con la reintegración concursal, exigía que los actos del concursado fueran lesivos para la masa activa. Así lo dispone hoy, de forma contundente, el artículo 7.1 de la Ley Concursal (a partir de ahora, también LC), a cuyo tenor serán rescindibles "los actos perjudiciales para la masa activa".
Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.
La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).
En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).
2. La onerosidad de las garantía por deuda ajena
No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.
A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano, que al regular la acción revocatoria extraconcursal en el artículo 2901 del Código Civil dispone que "agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito" (a los efectos de esta norma, la prestación de garantías, incluso por deudas de otro, son consideradas a título oneroso cuando son contextuales al crédito garantizado)-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.
Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Llegge fallimentare que la asimila a otros actos onerosos "sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, [...]". (también son revocados, si el curador [administrador concursal] prueba que la otra parte conoció el estado de insolvencia del deudor, los pagos de deudas líquidas y exigibles, los actos a título oneroso y los constitutivos de un derecho de prelación por deudas, también de tercero, contextualmente creados [...])".
Pues bien, partiendo de lo expuesto, consideramos que, en el caso que nos ocupa, no es apreciable ni la gratuidad de las garantías por deuda ajena ni, tampoco, que tales garantías supongan un perjuicio o sacrificio

patrimonial injustificado, ya que; el Sr. Pedro Francisco y la Sra. Aida resultan titulares del 70%, entre los dos, del capital social de Euskotécnica, S.A., siendo las titulares del 30% restante del capital social sus hijas Dª. Tamara y Dª. Ana; el órgano de administración aparece constituido por un administrador único, ejerciéndolo el Sr. Pedro Francisco; el Sr. Pedro Francisco percibía un sueldo de Euskotécnica, S.A., siendo las dos hijas de ambos trabajadoras, también, de la mercantil, por lo que, igualmente, percibían de la misma las correspondientes retribuciones salariales; el Sr. Pedro Francisco y la Sra. Aida forman un matrimonio en régimen de gananciales y; como han manifestado ambos en el acto de la vista: Euskotécnica, S.A. era una empresa familiar, era su empresa, circunstancias todas las expuestas que llevan a concluir que con las fianzas se trataba de obtener financiación para la mercantil, a cuya actividad se dedicaban el Sr. Pedro Francisco, casado en régimen de gananciales con la Sra. Aida, y las dos hijas de ambos, con la lógica esperanza de que la sociedad pudiera seguir con su actividad y el Sr. Pedro Francisco y las dos hijas a su dedicación remunerada en ella.
Por lo expuesto, y dado que si bien según el artículo 71 de la Ley Concursal, se presume el perjuicio patrimonial cuando se trate, entre otros, de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, consideramos que no concurre tal presunción iuris tantum, por cuanto, y teniendo presente lo dispuesto también en el artículo 93 igualmente de la Ley Concursal, la acción de reintegración se suscita en el ámbito del concurso de las personas físicas y no en el de la persona jurídica, de lo cual resulta que el afianzamiento a una sociedad cuyas participaciones, acciones, sean de titularidad de las personas físicas no comporta ningún supuesto de persona especialmente relacionada, no obstante a que, paradójicamente, el sentido inverso, esto es de una persona jurídica a favor de un socio, sí que lo comporta, entendiendo improcedente una interpretación analógica, pues con la redacción de tal norma, el legislador ha pretendido que no se aplique tal situación cuando el concursado es la persona natural o física, siendo de suponer que si el legislador así lo hubiera querido se habría indicado como hipótesis en el caso de persona natural, y al no haberlo hecho, es improcedente acogerlo como una interpretación analógica, pues el afianzar una persona natural a una sociedad de la que es socio, obviamente, no es lo mismo que la sociedad afiance al socio, y para llegar a tal conclusión sería preciso una reforma legislativa sobre este particular, sin que apreciemos que el resultado sea absurdo, pues es el legislador el que establece la presunción iuris tantum para unos supuestos concretos, entre los que no se incluye el supuesto de esta litis, llegamos a la conclusión de que procede, estimando el recurso al respecto, desestimar la demanda rectora del presente incidente concursal, sin verificar especial pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia, dada la especialidad del caso y la falta de petición expresa sobre ello. “:SAP Alava (Sección 1) 08.11.2013 (Sentencia 381/2013; Rollo 349/2013)

“PRIMERO.-Sobre los hechos
Son antecedentes de hecho que han resultado acreditados con la prueba y que no son discutidos por las partes:
1.- A.S.K. SYSTEMS S.A. es una sociedad domiciliada en Vitoria-Gasteiz cuyo capital social pertenece en un 74,63 % a D. Jesús María, y en un 4,02 % a su esposa, Dª Estela. El primero de ellos ha sido, además, uno de sus administradores sociales.
2.- El 1 de octubre de 2009 Caja Rural de Navarra, D. Jesús María y Dª Estela suscriben una póliza de afianzamiento por la que afianzan personal y solidariamente todas las operaciones con la mercantil A.S.K. Systems S.A. (doc. nº 1 contestación a la demanda, folios 73 y ss)
3.- El 18 de mayo de 2012 Caja Rural de Navarra y A.S.K. Systems S.A., representada por su apoderado
D. Matías, suscriben un préstamo tipo ICO-LIQUIDEZ 2012, por importe de 100.000 #, que afianzan personal y solidariamente D. Jesús María y Dª Estela (doc. nº 5 demanda, folios 30 y ss).
4.- Con dicho importe, A.S.K. Systems S.A. cancela otro préstamo anterior, sin fiadores, que tenía con Caja Rural de Navarra por importe de 98.314,22 #.
5.- El 16 de enero de 2013 A.S.K. Systems S.A. es declarada en concurso por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria- Gasteiz, constando como administradores D. Jesús María, D. Matías y D. Ricardo (doc. nº 2 de la demanda, folios 23 y ss).
6.- El 1 de marzo de 2013 D. Jesús María y Dª Estela son declarados en concurso voluntario por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz.
SEGUNDO.-Sobre los términos del litigio
La sentencia que recurre Caja Rural de Navarra considera que el afianzamiento que el 18 de mayo de 2012 prestan a la sociedad A.S.K. Systems S.A. dos de sus socios, D. Jesús María y su esposa Dª Estela, el primero de los cuales es administrador social de la misma, es un acto gratuito que se puede incluir en el art. 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), puesto que ninguna contraprestación recibieron por tal negocio los hoy concursados. Además la propia sociedad ha sido declarada en situación concursal.
El art. 71.1 LC dispone como actos rescindibles los " *actosperjudiciales para la masa activa¿ aunque no hubiera existido intención fraudulenta* ". En este caso no se discute esa intención que no es preciso constatar (SAP Murcia, Secc. 4ª, de 23 de mayo 2008, rec. 354/2006, SAP Álava, Secc. 1ª, de 9 de febrero de 2012, rec. 508/2011), sino que es el carácter pernicioso para el conjunto de bienes y derechos que integran la masa activa conforme al art. 76.1 LC, lo que justifica su rescindibilidad.
Para apreciar el perjuicio patrimonial, entendido como detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado (STS 12 de abril de 2012, rec. 482/2009), la sentencia recurrida se apoya en el apartado 71.2 LC, que presume, sin admitir prueba en contrario, que lo hay en *"¿actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso¿".* No siendo la fianza una liberalidad de uso, la cuestión esencial es si su otorgamiento por el matrimonio de dos socios, que ostentan en conjunto el 78,65 % del capital social, siendo uno de ellos administrador social, constituye un acto gratuito que suponga, como ha resuelto la sentencia impugnada, la rescisión de tal fianza a la sociedad hoy declarada en concurso.

Es discutible si el analizado, un contrato de fianza a una sociedad, puede subsumirse en la amplía conceptuación de "acto" que utiliza el art. 71.1 LC y la propia presunción del art. 71.2. En este caso se asumen obligaciones que se concretan en la fianza simultánea al otorgamiento del préstamo de 100.000 # el 8 de mayo de 2012, sin perjuicio de la general asumida con anterioridad. Al respecto la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 15 de diciembre de 2011, rec. 320/2011, considera que como tales han de entenderse *"¿ tanto los contratos y negocios (unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos), como los pagos (también por compensación) y las declaraciones unilaterales de voluntad que comportan un sacrificio patrimonial, como es el reconocimiento de derechos a favor de terceros, la renuncia de derechos propios e, incluso, el afianzamiento de una deuda ajena* ". Pero el art. 71.2 LC habla de "acto de disposición", y no hay un auténtico desplazamiento de bienes desde el patrimonio de los fiadores al del afianzado. Eventualmente se producirá, si incumple el deudor principal. Pero en el momento de afianzarse, no parece sencillo percibir dicho acto de disposición.
No obstante, no es esa la cuestión litigiosa. Los litigantes han admitido que se produjo un acto de disposición, y se limitan a discutir sobre su carácter gratuito u oneroso. A los términos del litigio se debe el tribunal, de modo que, si fuera lo primero, cabría usar, como se ha hecho, la fortísima presunción del art. 71.2 LC. Ha de abordarse, en consecuencia, el núcleo de lo debatido.
TERCERO.-Sobre la gratuidad de la fianza de los socios
El art. 71.1 LC dispone de un régimen realmente severo, en palabras de la reciente STS 10 julio 2013, rec. 440/11, para los actos disposición a título gratuito realizados en el periodo sospechoso. Si el acto no es gratuito, el régimen probatorio permite prueba en contario en el modo señalado en el art. 71.3 y 4 LC. La Administración Concursal en la instancia se apoyó en la presunción del art. 71.2 LC y la sentencia acoge su pretensión rescisoria por entender que la fianza otorgada el 8 de mayo de 2012 a la sociedad es un acto que merece la calificación de gratuito.
La gratuidad del acto supone la ausencia de contraprestación, según la citada STS 10 julio 2013, rec. 440/11, que añade, en contraposición, que " *El carácter oneroso de los actos dispositivos supone, en principio, que la salida de un bien del patrimonio se ve compensada por la entrada de otros bienes o derechos* ". La sentencia recurrida concluye que la fianza otorgada por los concursados a la sociedad de la que eran socios mayoritarios, y uno de ellos administrador social, no supuso ninguna contraprestación.
Esta cuestión de las garantías contextuales es muy debatida. La incorporación de un patrimonio ajeno a la responsabilidad patrimonial universal que deriva del art. 1911 del Código Civil (CCv) supone un añadido que facilita la obtención del préstamo de autos. Las partes admiten que la sociedad anónima ya tenía obligaciones previas con Caja Rural, y que para renovarlas se añadieron las fianzas personales ahora en cuestión, antes inexistentes. Por lo tanto, fue un elemento de alguna influencia para lograr la refinanciación.
Ese dato tiene interés porque la relación que se analiza no puede circunscribirse a la bilateral entre Caja Rural y fiadores ahora concursados. Si el negocio sólo fuera entre aquéllos, efectivamente los acreedores de los fiadores pueden sostener que el acto discutido es gratuito, en tanto no ofrece ninguna ventaja a los mismos. Pero el negocio es trilateral, porque la fianza propicia que se otorgue el préstamo a la sociedad anónima por el banco. La sociedad se beneficia, y los fiadores son socios mayoritarios de ésta. D. Jesús María es, además, uno de los administradores sociales.
Esa relación evidencia que la fianza cuya rescisión se ha pretendido se constituye en atención al préstamo que garantizaba. Hay una íntima conexión entre el negocio principal, el préstamo, y el accesorio, la fianza. La refinanciación que la sociedad anónima adquiere tiene algún fundamento en la garantía personal que conceden los fiadores, socios mayoritarios y administrador social, dato que justifica la onerosidad de la garantía. El matrimonio Jesús María -Estela no sale fiador de ASK Systems S.A. por mera liberalidad, sino porque se benefician, aunque sea de modo mediato, por ser socios determinantes, de la concesión del préstamo a la mercantil.
Como se ha dicho, sin duda se trata de una afirmación discutible, y que dependerá de las circunstancias del caso concreto. Es la relación trilateral la que debe ponderarse para resolver, puesto que es impensable la fianza sin un una obligación que garantizar (art. 1824 CCv), aunque sea futura (art. 1825 CCv). Si de tal relación se desprende alguna ventaja para el fiador, ya no podrá hablarse de acto gratuito. De ahí que hayan considerado rescindibles un contrato de fianza resoluciones como la SAP Baleares 17 de enero 2012, rec. 420/2011, que cita la SAP Barcelona, Secc.15ª de 8 de enero 2009, o la SAP Castellón, Secc. 3ª, de 2 de junio 2011. Otras resoluciones, como la SAP Asturias 14 marzo 2012, rec. 294/2009, no lo han considerado así, de modo que, como en muchos otros casos, estamos ante una situación discutida y discutible.
En este concreto caso, la sociedad refinancia una deuda anterior. El destino del préstamo es satisfacerla, y permitir con ello la continuidad de su objeto social. Los dos fiadores son matrimonio y controlan, como se ha dicho, una parte sustancial del capital social, el 78,65 %. Uno de ellos es, además, parte del órgano de administración social, directamente interesado en que la sociedad no alcance una situación de desequilibrio patrimonial que pueda generar su responsabilidad conforme a los arts. 236 y ss del RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). Esa relevancia en el capital, y la participación en el control de la sociedad, ponen de manifiesto que la concesión del préstamo afianzado personalmente, supuso a los fiadores una ventaja indirecta, al permitir la continuidad de la actividad de una sociedad en la que tienen una presencia relevante y en cuya dirección se participa, generando las eventuales responsabilidades que atendiendo las deudas sociales quedan conjuradas.
Se constatada así, en este concreto caso y por dichas razones, la nota de onerosidad que impide opere la presunción del art. 71.2 LC, que es la esgrimida por la Administración Concursal, y la utilizada por la sentencia recurrida, para rescindir el contrato. Nada se planteó en la demanda subsidiariamente apoyándose en los apartados 3 y 4 del mismo art. 71 LC. En consecuencia, no siendo en este caso la fianza un acto gratuito, sino oneroso, no puede ser rescindida aplicando el art. 71.2 LC, lo que supone la estimación del recurso y la desestimación de la demanda, sin que haya de entrarse, por lo tanto, en los demás motivos planteados en el recurso.

No se hará, sin embargo, condena en costas conforme al art. 394.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al concurrir serias dudas de derecho, que reflejan las distintas interpretaciones de las Audiencias Provinciales, sobre la perspectiva a tomar para decidir si el acto es gratuito. Además la visión estrictamente bilateral en el contrato suscrito entre Caja Rural y los fiadores puede tener apoyo en la STS de 13 diciembre de 2010, rec. 824/2007, citada por los apelados, que consideró gratuita la constitución de una hipoteca en garantía de deuda ajena " *sin recibir nada a cambio* " (FJ 4º in fine). Es la superación de esa relación hacia la constatación de una trilateral, con beneficio para la sociedad e indirectamente para los socios que la controlan y su órgano de administración social, la que justifica la estimación del recurso. Por ello se aprecian serias dudas de derecho que determinan la no imposición de costas.": SAP Alava (Sección 1) 19.12.2013 (Sentencia 438/2013; Rollo 509/2013)

"CUARTO.-Sobre el carácter gratuito de la fianza de administrador social y socios
La esencia del discurso del apelante discute la gratuidad de la fianza. Entiende que debe contextualizarse el otorgamiento de la fianza atendiendo a que se constituye por los socios mayoritarios, que controlaban el devenir de A.S.K. Systems S.A., el primero de ellos como administrador social. Ya dijimos en este mismo procedimiento concursal en SAP Álava, Secc. 1ª, de 19 diciembre 2013, rec. 509/2013, que la cuestión de las garantías contextuales es muy debatida. Lo cierto es que con la fianza se añade al patrimonio social otro ajeno, facilitando la obtención de un préstamo que se ha acreditado con el doc. nº 7 de la demanda, como se ha declarado probado, que sirvió para abonar deudas anteriores que se mantenían con el propio banco apelante.
Dijo la STS 10 julio 2013, rec. 440/11 que en el art. 71.1 LC encontramos un severo régimen para los actos disposición a título gratuito realizados en el periodo sospechoso. A diferencia de los actos realizados a título oneroso, para los que el art. 71.3 y 4 LC dispone un régimen probatorio que permite prueba en contrario, los actos gratuitos son rescindibles en todo caso conforme al art. 71.2 LC. Pero tal gratuidad es discutible, lo que impediría acudir a la presunción inatacable.
La jurisprudencia ha considerado, en sede concursal, que la gratuidad del acto supone la ausencia de contraprestación. Así lo expresa la STS 10 julio 2013, rec. 440/11, que luego precisa: " El carácter oneroso de los actos dispositivos supone, en principio, que la salida de un bien del patrimonio se ve compensada por la entrada de otros bienes o derechos ". Como al constituirse la fianza no hubo tal entrada como contraprestación, la sentencia concluye que el acto es gratuito.
Pues bien, un tercero que presta una fianza desde luego habría realizado un acto gratuito al que afectaría el art. 71.2 LC. Pero quien constituye la fianza no es tercero. Son los socios mayoritarios de la empresa. En el matrimonio, además, el marido actúa como administrador social de la misma. De modo que la relación en realidad es trilateral, entre prestamista y sociedad, y los socios mayoritarios que la afianzan. Esta última se otorga en atención a dicha condición de administrador y socios, y no por mera liberalidad, sino por el beneficio que obtienen.
Ese beneficio es la refinanciación de la sociedad anónima, que puede así continuar su objeto social sin la amenaza de una cuantiosa reclamación económica. La sociedad anónima pertenece a los fiadores que son mayoritarios al ostentar 78,65 %. El marido despeja, con esta operación, la eventual responsabilidad prevista en los arts. 236 y ss del RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). Es cuestión discutible, sin duda, porque la prueba al respecto no es abundante. Pero consta que se amortizaron deudas que eran exigibles por el mismo banco, que podría haber actuado no sólo contra la sociedad, con el consiguiente perjuicio para el negocio del que el matrimonio era dueño mayoritario, sino frente al administrador social, que arriesgaba una eventual y seguro que discutible, pero desde luego existente, responsabilidad por tal condición.
Dijimos al respecto en la SAP Álava, Secc. 1ª, de 19 diciembre 2013, rec. 509/2013, que " Es la relación trilateral la que debe ponderarse para resolver, puesto que es impensable la fianza sin un una obligación que garantizar (art. 1824 CCv), aunque sea futura (art. 1825 CCv). Si de tal relación se desprende alguna ventaja para el fiador, ya no estaremos en situación de hablar de acto gratuito. De ahí que hayan considerado rescindibles un contrato de fianza resoluciones como la SAP Baleares 17 de enero 2012, rec. 420/2011, que cita la SAP Barcelona, Secc.15ª de 8 de enero 2009, o la SAP Castellón, Secc. 3ª, de 2 de junio 2011. Pero otras resoluciones, como la SAP Asturias 14 marzo 2012, rec. 294/2009, no lo han considerado así ".
Pues bien, ya se ha expuesto que hubo "ventajas indirectas", que benefician al administrador social y a la propia sociedad de las que son partícipes mayoritarios los apelados. Esa ventaja permite apreciar un tinte de onerosidad que impide aplicar la presunción del art. 71.2 LC, que es la utilizada por la Administración Concursal en su demanda, y la acogida por la sentencia apelada. No se han esgrimido otros fundamentos distintos, con base en el art. 71.3 y 4 LC, por lo que no siendo de aplicación la presunción que fundamenta la pretensión, el recurso debe ser acogido y la pretensión de la instancia desestimada.": SAP Alava (Sección 1) 06.02.2014 (Sentencia 30/2014; Rollo 15/2014)

AP Alicante

"PRIMERO. - Formula demanda la administración concursal para la rescisión del contrato de hipoteca concertado entre la concursada y el BBVA sobre parte del terreno que constituye la finca registral 29.663 del Registro de la Propiedad nº 5 de Alicante.
La concursada, recuerda la administración concursal, fue constituida en mayo de 2011, surgiendo por segregación de la mercantil Ecodelta Plaza S.L. que a su vez había nacido a partir de la absorción de Serranopla S.L. -propietaria original de la finca- y Construcciones Cevalsa S.L..
Pues bien el día 25 de julio de 2007 se suscribe por Construcciones Cevalsa S.L. póliza de préstamo a interés variable por importe de dos millones de euros con el BBVA con el afianzamiento de Gestión de Patrimonios Gestinaire S.L. que pignora a favor del BBVA diversos productos diseñados por el propio banco, siendo el

objeto de dicho préstamo la financiación de la compra del 60% de Serranopla S.L. Llegado el vencimiento de la póliza se renueva por importe de 1.850.000 euros.
Sin embargo, afirma el administrador concursal, la pérdida de valor de tales productos motivó al BBVA a diseñar otra operación de renovación del préstamo que se materializó el 18 de junio de 2009 mediante un préstamo con garantía hipotecaria que es el objeto de la pretensión rescisoria. De este modo Serranopla (ahora Sorval) asume de forma gratuita, sin contraprestación alguna, la deuda contraída por Cevalsa, suscribiendo con el BBVA con la garantía de un solar edificable en Muchamiel, un préstamo hipotecario por importe de
1.700.000 euros, estableciéndose en dicho contrato que la finalidad del préstamo lo era la cancelación del préstamo con Construcciones Cevalsa, de modo tal que Serranopla asumía la deuda constituyendo para ello una hipoteca, sin recepción de recursos líquidos por la entidad acreedora.
A la vista de tales circunstancias es por lo que se solicita la rescisión del contrato de hipoteca en tanto perjudicial para la masa activa por ser acto de disposición a título gratuito - art 71-2 LC - realizado en el plazo de garantía.
La Sentencia de instancia ha estimado la demanda y por Auto de 8 de octubre de 2012 considera que no procede resolver las excepciones procesales planteadas en su contestación por la demandada de falta de legitimación de Sorval para representar a Cevalsa y de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Y en cuanto al fondo, niega que se haya probado que dicha operación crediticia formara parte de un entramado de financiación más amplio destinado a la viabilidad de la mercantil pero condicionada a la extinción del préstamo concedido en su día a Cevalsa, no bastando a efectos probatorios el hecho de que las operaciones se hubieran realizado el mismo día. Y califica la operación de perjudicial ya que no consta la financiación al grupo de empresas ni beneficio alguno para la concursada, concluyendo en el sentido de que la rescisión lo es de la garantía pero no del préstamo garantizado.
A tal decisión formula recurso de apelación la entidad crediticia que critica, en primer lugar, la omisión de pronunciamiento sobre las excepciones procesales formuladas en el escrito de contestación a la demanda al tiempo que denuncia el error de planteamiento de la Sentencia de instancia cuando considera que se ha solicitado por el BBVA de forma subsidiaria la restitución del préstamo cuando en realidad argumenta que la limitación de efectos a la hipoteca es contraria a derecho y por tanto, la pretensión de la administración concursal debería ser desestimada.
En cuanto al fondo, argumenta la entidad BBVA que es cierto que el préstamo suscrito en junio de 2009 con Serranopla no supuso ninguna aportación de recursos para ésta porque el importe del préstamo estaba condicionado por la cláusula 7ª, es decir, era concedido para atender el pago de la deuda de una de las empresas del grupo, de Cevalsa S.L..
Sin embargo, dice la apelante, ello no quiere decir que Serranopla no obtuviera contraprestación pues el mismo día obtuvo financiación para una promoción inmobiliaria en Muchamiel. En concreto, se le concedieron dos préstamos, uno por importe de 1.677.275 euros y otro por importe de 235.000 euros, llevando todos los préstamos la misma fecha.
La sentencia niega que se haya probado que la concesión de tales préstamos estén vinculados entre sí con el que se quiere rescindir. Pero lo cierto es que hay coincidencia temporal y que en el informe concursal consta que la única promoción en marcha es la que estaba financiada por aquellos préstamos.
En suma, para el BBVA está probado que se había condicionado la financiación de la promoción inmobiliaria de Serranopla al saneamiento de sus posiciones en CIR, y ello suponía el pago de la deuda de Cevalsa, negando en consecuencia el carácter gratuito de la operación porque siendo Cevalsa y Serranopla parte del mismo grupo empresarial conformado por los mismos socios, la integración de dos operaciones en una misma unidad económica excluye el carácter gratuito de la operación, siendo así que además hay contraprestación aunque no sea directa. Niega igualmente perjuicio para la masa pues el acto se realizó casi dos años antes de ser declarado el concurso y sin estar en estado de insolvencia, y niega la fractura de la par condictio creditorum pues ninguno de los créditos reconocidos en la lista de acreedores tiene su origen en obligaciones contraídas por la concursada con anterioridad al 18 de junio de 2009, no habiendo en suma, acreedores perjudicados por la operación crediticia, denunciando el criterio seguido en cuanto a los efectos de la rescisión acordada en la instancia y la incongruencia de la Sentencia por acordar la rescisión del préstamo cuando lo solicitado era la rescisión del contrato de hipoteca.
(...)
TERCERO.-Las excepciones que formula la demandada son la de falta de legitimación de Servicios Inmobiliarios Sorval S.L. para representar a Construcciones Cevalsa S.L. y la falta de litisconsorcio pasivo necesario en relación a Construcciones Cevalsa S.L. en tanto titular del préstamo cancelado y beneficiaria de la operación cuya rescisión se pretende, y de sus fiadores.
Las excepciones se desestiman.
No procede acoger al falta de legitimación de Sorval por dos razones, en primer lugar porque no siendo parte de la pretensión deducida en absoluto puede apreciarse la falta de legitimación y, en segundo lugar, porque, en todo caso, del relato de la administración concursal resulta evidente que Sorval no actúa como representante ni sucesora de Cevalsa dado que en tal estado de cosas no tendría sentido la operación de préstamo hipotecario que constituye la operación objeto de rescisión.
Y no procede acoger la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario respecto de la beneficiaria de la operación crediticia y sus fiadores porque Cevalsa no es parte en la operación crediticia. Es cierto que aquella operación contiene una estipulación a favor de Cevalsa - art 1257-2 CC -, pero también lo es que no por ello dejar de ser parte ajena a la operación sin que por tanto, pueda alcanzarle los efectos de una posible rescisión pues no puede retrotraerse a su costa la liquidación del préstamo preexistente con Cevalsa, liquidado a costa de la operación crediticia con Serranopla.
CUARTO.-En cuanto al fondo de la cuestión. Las garantías contextuales.

Lo que se plantea es, primero, un debate probatorio relativo a si el préstamo hipotecario litigioso forma parte de una operación de financiación de la concursada vinculada de forma grupal con la beneficiaria de la operación que se discute y, segundo, un debate jurídico sobre si dicha operación es o no gratuita y es o no perjudicial para la masa en los términos del artículo 71 de la Ley Concursal.
Pues bien, entendemos a diferencia de la Sentencia de instancia que el correlato temporal sí resulta determinante a la prueba de que se trata, de la integración de una sola operación conformada por tres negocios jurídicos destinados, no obstante la aparente desconexión de uno de ellos, el que se cuestiona en este pleito, a un único fin de financiación de Sorval.
Partiendo de ello hemos de señalar que está ya admitido por la doctrina el que la renovación de un contrato de financiación y la constitución de nuevas garantías son negocios deben analizarse en la perspectiva de una actividad empresarial ordinaria pues la renovación de un crédito y la constitución de garantías son actos de plena normalidad en la relación de un deudor con sus acreedores que aparecen como excepcionales sólo si con posterioridad se produce una situación de insolvencia.
En este sentido no puede negarse que la búsqueda y obtención de financiación es parte del común denominador de las empresas, tanto más respecto de aquellas que presentan limitaciones en su tesorería.
Pues bien, esta situación tiene además un marco especial cuando se trata de grupos de empresas.
Y es que, tratándose de una operación de financiación que afecta al conjunto de un grupo empresarial, cualquier análisis de operaciones intra grupales que suponga un desplazamiento patrimonial desde la sociedad posteriormente declarada en concurso a favor de otra integrante del grupo, puede ser por sus características un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor cuando ha sido realizado en condiciones normales y de ser así no puede ser rescindido, no porque se trate de una operación justificada por el interés del grupo, sino porque quizá el acto no sea perjudicial, al margen que pudiera estar excluido si fuera un acto de refinanciación de los contemplados en el artículo 71.5 de la Ley Concursal.
Pero tampoco, si la operación no puede considerarse, por su naturaleza y características, un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales, el simple hecho de que se trate de una operación intrasocietaria realizada en interés del grupo transmuta su naturaleza de acto no ordinario en acto perjudicial para los acreedores por no haberse realizado en condiciones normales pues la Ley Concursal permite valorar las circunstancias particulares de cada caso, de forma que no toda financiación convenida en el período de los dos años previos a la declaración de concurso ha de resultar inexorablemente rescindida.
La refinanciación bancaria más habitual entronca de manera especial con la previsión del artículo 71.3.2º de la Ley Concursal, que parte de la consideración de que existe un perjuicio patrimonial para la masa activa ante la constitución de una garantía real...a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas...; pero tratándose de una presunción que admite prueba en contra de ese carácter perjudicial, abriendo así la posibilidad de una valoración por el juez del concurso de la operación en todos sus términos y condiciones; lo que incluso entronca con la posibilidad de que el acto de refinanciación en concreto se pueda considerar como un acto común de la actividad del deudor, en cuyo caso operaría la regla establecida por el art. 71.5 de la misma Ley, que establece que...en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios realizados dentro de la actividad empresarial.
Es por ello que la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia (en este sentido, véanse Sentencias AP Córdoba de 3 de diciembre de 2010 y 13 de enero y 8 de julio de 2011)
Por ello podemos decir que... es el entero negocio, no la garantía, lo que ha de ser perjudicial, y ha de serlo en referencia temporal al momento en que el negocio fue constituido....
El momento de referencia en la evaluación del perjuicio patrimonial irrogado por la garantía real ha de retrotraerse (STS8 de noviembre de 2012) al de su constitución sin que su examen quede condicionado por las resultas económicas de la operación en que se incardina.
Por lo tanto, el juicio a efectos de entender si resulta perjudicial o no para la masa activa debe atender a la situación del deudor en el momento de la celebración de la operación y a las expectativas razonables en cuanto a sus efectos.
QUINTO.-Sobre la gratuidad u onerosidad de la constitución de hipoteca por Serranopla en garantía del préstamo asumido para amortizar la deuda de Cevalsa.
Aclarado el contexto de la valoración de la operación de que se trata hemos de señalar que para analizar si el contrato de hipoteca cuya rescisión se pretende fue a título gratuito (en cuyo caso, serían directamente rescindibles, por mor del artículo 71.2 de la Ley Concursal) o resultó oneroso (por lo que habría que probar el perjuicio, ex artículo 71.4) debemos partir de la base de las especialidades que la negociación de la financiación de empresas presenta normalmente cuando el deudor es un grupo de sociedades.
La financiación común de las sociedades que integran un grupo es una de las razones que impulsan la existencia de éste, por razones como la gestión unificada de la tesorería del grupo, las financiaciones que se basan en los flujos entre sociedades del mismo o las garantías que prestan unas a favor de otras frente a los respectivos acreedores. La financiación del grupo y desde el grupo suele implicar un beneficio para sus integrantes, por lo que la refinanciación también puede tener esa amplia eficacia, en tanto que tenga por objetivo solventar los problemas que afectan a las sociedades vinculadas y, al propio tiempo, influir en la viabilidad futura de todas ellas.
Pues bien, partiendo de esta regla general, lo que procede es examinar como se realizó la operación, es decir, la asunción de una financiación para extinguir un préstamo de otra sociedad del grupo, constituyendo garantía hipotecaria frente a la prestamista que se afirma, fue condición para la financiación de la actividad societaria del grupo.
Es decir, habrá que analizar si el préstamo destinado a extinguir el débito de una sociedad tercera del grupo,

constituyendo garantía hipotecaria al efecto, repercutió exclusivamente en beneficio de la sociedad deudora del grupo, no afectando a otras o incluso yendo en su detrimento o si, por el contrario, la operación supuso una ampliación significativa del crédito o su obtención que afecta a todo el grupo de forma directa (porque la suscriben todas y cada una de las sociedades que aparecen como beneficiarias de fondos y prestadoras de garantías) o indirecta (porque aunque solo lo suscriba la sociedad dominante, es ella directamente la beneficiaria de la financiación obtenida para la ejecución de actividades propias de su objeto social).
Por ello, lo que resulta determinante es que la sociedad hermana resulte beneficiada -y no perjudicadapor la operación.
Dicho de otro modo, si la operación únicamente resulta favorable para otras sociedades del grupo (lo que colectivamente podríamos llamar "interés del grupo") y también para la sociedad concursada, no habrá perjuicio, mientras que sí lo habrá si la sociedad en concurso no se beneficia de manera más o menos específica, puesto que ni hay consolidación de patrimonios, ni los acreedores de la concursada podrían beneficiarse del incremento patrimonial o de liquidez que la operación hubiera reportado a otras sociedades del grupo.
Esto explica el interés del impugnante en que el análisis de la operación de crédito que se impugna se analice de forma aislada, negando que esté probado el marco más amplio de la operación en sede de una financiación a favor de la hipotecante.
Pues bien, en el caso que nos ocupa, no se trató de un acto de liberalidad, sino de un préstamo en el que el dinero prestado no se entregó directamente a la prestataria sino a una sociedad del grupo; además esto se ha hecho casi dos años antes del concurso, y en aquel momento la insolvencia del prestatario no era clara. E igualmente, como dijo la SAP Barcelona Secc 15ª de 19 de octubre de 2011, cabe considerar que como la financiación a la sociedad prestataria acaba repercutiendo sobre todos los integrantes del grupo empresarial, la operación no puede ser considerada a título gratuito, haciendo inaplicable el artículo 71.2 de la Ley Concursal, por lo que habrá que examinarse si resultó perjudicial para la concursada.
En este mismo sentido se pronuncia la STS de 8 de noviembre de 2012 cuando afirma que el ánimo de lucro característico de las sociedades prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales, a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto.
En suma, no puede tacharse la constitución de la garantía hipotecaria para garantizar la obtención del préstamo destinado a amortizar la deuda con el prestamista -BBVA- que mantenía Cevalsa como un acto gratuito o de liberalidad.
SEXTO.-En cuanto a si la operación es perjudicial a la masa activa.
Conviene precisar que, conforme señala la citada Sentencia de 8 de noviembre de 2012, existirá perjuicio no por el hecho de que haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso sino sólo si es un acto perjudicial para dicha masa, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal (Sentencia de esta misma Sección de 21 de noviembre de 2007).
En este sentido dice el Tribunal Supremo - STS de 8 de noviembre de 2012 - que los actos o contratos económicamente vinculados, aunque no estén jurídicamente conectados -como es el caso- deben valorarse, en lo que hace a la prestación de garantías, si en combinación la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.
SÉPTIMO.-Desde este punto de vista, la prueba practicada no ha acreditado que el préstamo cuya rescisión se impetra por la administración concursal resultara perjudicial en el sentido expuesto.
Resumidamente, la operación consistió en que el día 18 de junio de 2009 la concursada Serranopla -hoy Sorval- mediante un préstamo con garantía hipotecaria abona la deuda contraída por Cevalsa con el BBVA por importe de 1.700.000 euros, estableciéndose de hecho en dicho contrato que la finalidad del préstamo lo era la cancelación del préstamo con Construcciones Cevalsa, de modo tal que Serranopla asumía la deuda constituyendo para ello una hipoteca. Tal operación era condición para obtener la financiación que requería para llevar a cabo una promoción inmobiliaria en Muchamiel, siéndole concedidos ese mismo día dos préstamos, uno por importe de 1.677.275 euros y otro por importe de 235.000 euros.
La parte débil de esta operación es el préstamo suscrito por Sorval para cancelar la deuda de Cevalsa. Pero no deja de ser relevante el que en el contrato el prestamista impusiera la cláusula del fin del préstamo, vinculando por tanto el destino del importe del mismo.
Tal cláusula sólo tiene sentido -o lo adquiere- en el contexto que analizamos, el de una operación más amplia.
Lo cierto es que la operación para saldar la deuda con Cevalsa (cuya rescisión precisamente por eso se pretende) no fue a título gratuito sino en forma de préstamo y gracias a ello obtuvo financiación propia, obtuvo activos en forma de crédito que le permitieron continuar con lo que constituye su objeto social, dando lugar al inicio de una promoción inmobiliaria, que aleja la posible conclusión de que hubiera un sacrificio patrimonial injustificado, sin que tampoco haya prueba concluyente de que la operación perjudicara al resto de acreedores de la concursada que existían en ese momento y se alterase la paridad de trato, sino más bien al contrario.
Como ya hemos dicho que la operación debe analizarse "ex ante" y no "ex post", no es baladí apuntar que el mero hecho de poder iniciar una promoción inmobiliaria con la crisis de mercado que ya existía en 2009 fue un beneficio en sí mismo. Razones todas por las que respecto de la rescisión del contrato de hipoteca, la sentencia ha de ser revocada y desestimada la demanda formulada por la Administración concursal.”: SAP Alicante (Sección 8) 31.05.2013 (Sentencia 232/2013; Rollo 62/2013)

“SEGUNDO.- El negocio objeto de rescisión se titula "préstamo hipotecario y constitución de afianzamiento",

concertado en escritura pública otorgada el día 28 de diciembre del 2010, del cual merecen ser destacados los siguientes extremos:
Parte prestamista era BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA.
Parte prestataria era ENLUCIDOS ALICANTE, SL UNIPERSONAL.
El importe prestado fueron 115.000 #, que se ingresaron en una cuenta de dicha sociedad en la oficina principal de dicha entidad bancaria.
Los cónyuges D. Mauricio y D.ª Lucía tuvieron la siguiente intervención: 1º. Los dos, en su propio nombre y derecho, como parte avalista o fiadora: ambos afianzaron solidariamente a la sociedad prestataria; 2º D.ª Lucía, además, como parte hipotecante: como dueña en pleno dominio y con carácter privativo, de una finca urbana (local comercial) y de una finca rústica, constituyó en dicho instrumento hipoteca voluntaria a favor de la citada entidad bancaria.; 3º D. Mauricio, en nombre y representación, como administrador único, de ENLUCIDOS ALICANTE, SL UNIPERSONAL.
En la escritura los cónyuges hicieron constar que él era empresario de la construcción y ella ama de casa, casados en régimen de separación de bienes, en virtud de escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada en el año 1990.
TERCERO.- El art. 71.1 LC permite la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no haya existido intención fraudulenta; presumiéndose, sin admitir prueba en contrario, que el perjuicio patrimonial existe cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso.
Dentro del amplio abanico de actos llevados a cabo por la persona concursada susceptibles de poder ser rescindidos se encuentran los de constitución de garantías, tanto personales (avales o fianzas) como reales (prendas o hipotecas) en favor de terceros. Mediante este tipo de operaciones deudas ajenas se ven garantizadas con el patrimonio del garante, a la postre concursado, y de forma directa y en su más amplia extensión en los casos de los afianzamientos solidarios, en los que el fiador no goza de los beneficios de excusión y división.
La cuestión radica, por tanto, en decidir si el acto que nos ocupa lo fue o no a título gratuito, y la posición que mantenemos es que sí lo fue.
Ciertamente, y ello enlaza con los razonamientos de la parte apelada sobre la falta de legitimación pasiva, lo único que permite el art. 71 es la rescisión de actos realizados por el deudor concursado, no de terceros. Es decir, en la medida en que el negocio de préstamo lo fue entre la entidad bancaria y una tercera sociedad en absoluto ligada con la concursada, ninguna disquisición se podrá hacer respecto de la rescisión del mismo. La rescisión habrá de verse referida exclusivamente a la constitución de la hipoteca y de afianzamiento personal de D.ª Lucía, únicos actos que podrían ser perjudiciales para la masa de su concurso.
Pues bien, desde esta perspectiva, consideramos que tanto la constitución de la hipoteca como el afianzamiento fueron actos a título gratuito, incursos en el supuesto de la presunción iuris et de iure antes reseñado.
La prestataria fue una sociedad de la que D.ª Lucía no era socio ni administradora, ni consta tampoco que haya obtenido beneficio patrimonial alguno de la misma, ni ingresos de ella. Es relevante que el régimen económico del matrimonio sea el de separación de bienes, lo cual supone que la sociedad afianzada, a cuyo favor se constituyó la hipoteca, pertenece íntegramente de su marido.
Se podría suscitar la controversia sobre si la actividad empresarial llevada a cabo por la persona jurídica afianzada ha redundado, en definitiva, en beneficio de la familia, y la respuesta podría ser positiva, en tanto ella es ama de casa; ahora bien, ello lo sería siempre de modo indirecto, por aplicación del régimen económico matrimonial y de la obligación del marido de contribuir al levantamiento de las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos. Ahora bien, el régimen de separación de bienes implica que pertenecen al marido todos los que obtenga por su trabajo, profesión o ejercicio de empresa. De ahí que pueda afirmarse que D.ª Lucía ha garantizado, en definitiva, el pago de una deuda ajena, no propia, sin obtener contraprestación alguna.
La entidad bancaria insiste en que el préstamo que nos ocupa no fue gratuito, ya que tenía como finalidad refinanciar obligaciones vencidas, líquidas y exigibles de, entre otros, la citada señora. Así, se alega que BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA y ENLUCIDOS ALICANTE, SLU habían concertado dos préstamos con anterioridad (en abril y diciembre del 2009, por importes de 50.000 # y 60.000 #), afianzados por el matrimonio, que habían sido declarados vencidos por incumplimiento de pago. De ahí que, para refinanciar la deuda, concediera el nuevo préstamo, que se destinó en parte a la cancelación de las cuotas vencidas de aquéllos, garantizándolo con la hipoteca.
La sentencia recurrida ya argumentó que el préstamo que nos ocupa no tenía por objeto exclusivo la cobertura de impagos anteriores, por no resultar tal extremo debidamente acreditado y no hacerse constar siquiera en la escritura que nos ocupa. Coincidimos con tal valoración probatoria: de los documentos números cinco, seis y siete no se desprende que los préstamos anteriores fueran declarados vencidos anticipadamente por incumplimiento de pagos. Sí se destinaron dos importes (27.500 # y 48.800 #) a la cancelación de los préstamos anteriores, pero de ello no se desprende que existiera obligación alguna, vencida, líquida y exigible que ya pesara sobre D.ª Lucía, que se solventara con el préstamo que ahora nos ocupa.
A mayor abundamiento, esos dos préstamos anteriores presentan la misma característica que el último objeto de este procedimiento: ella intervenía para afianzar obligaciones ajenas.
En definitiva, nos encontramos ante la constitución de garantías de deudas jurídicamente ajenas. Entendemos que la constitución de la hipoteca y del afianzamiento personal fueron, por tanto, actos a título gratuito, cuya rescisión es procedente, sin ser necesario entrar en el examen de si se produce o no un perjuicio patrimonial, que, de cualquier forma, parece obvio a la vista de las circunstancias expuestas.
En lo que se refiere a los efectos de la rescisión, no habrá lugar a declarar la ineficacia del préstamo suscrito entre BANCO POPULAR y ENLUCIDOS, pero sí la rescisión y consiguiente ineficacia de la hipoteca y

afianzamiento personal de D.ª Lucía, constituidas en la escritura de préstamo hipotecario y afianzamiento. Por tanto, tampoco habrá lugar a condenar a la entidad bancaria a reintegrar las comisiones o gastos o cantidades percibidas a consecuencia del citado préstamo, sobre las que, dicho sea de paso, tampoco se ha producido prueba alguna de su pago por la misma": SAP Alicante (Sección 8) 16.05.2014 (Sentencia 109/2014; Rollo 49/2014)

AP Almería

"PRIMERO. -La sentencia de instancia, con estimación de la demanda incidental interpuesta por la Administración Concursal, declara perjudiciales para la masa activa -y, en consecuencia, rescinde- una hipoteca y una fianza, en ambos casos por deudas ajenas, constituidas por la concursada dentro de los dos años previos a la declaración de concurso.
Frente a dicha resolución se alza la entidad bancaria beneficiaria de las garantías, alegando infracción del artículo 71.2 de la Ley Concursal por inexistencia de acto de disposición a título gratuito e inexistencia de perjuicio patrimonial para la masa activa.
SEGUNDO.-En esencia, expone la recurrente en desarrollo del primer alegato que la hipoteca y fianza rescindidas no son realmente actos de disposición a título gratuito. Los préstamos con ellas garantizados se destinaron a cancelar deudas anteriores de otras sociedades del grupo de la concursada de las que ésta debía responder de manera solidaria y directa, merced a su condición de fiadora. En consecuencia, con tales actos no sólo no se dispuso gratuitamente del patrimonio de la concursada sino que se evitó una ejecución inminente sobre sus bienes, a través de una renegociación de una deuda que estaba vencida e impagada.
Con cita de doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo, insiste la recurrente en una objeción que ya planteó en la contestación a la demanda: la fianza no es un acto dispositivo sino un negocio obligacional, por lo que no encaja en el supuesto de hecho del artículo 71 de la Ley Concursal. Además, no es gratuita, pues, analizada la relación trilateral, es obvio que resulta beneficiosa para la concursada, por las razones más arriba expuestas. En términos similares presenta la constitución de la hipoteca.
En suma, sostiene que no se constituyen nuevas cargas sino que se mantienen las que ya existían. Añade que no ha habido perjuicio porque no se ha hecho pago alguno al día de la fecha por la fianza. Finaliza afirmando que de haberse hecho algún pago habría surgido un derecho de crédito de la concursada sobre los titulares de los préstamos.
Las alegaciones del recurso, que no son sino una reiteración de las expuestas en la contestación a la demanda, no pueden prosperar. La resolución apelada da cumplida respuesta a las mismas a través de unos razonamientos que la Sala hace suyos y da por reproducidos en aras de la brevedad.
Tanto la hipoteca como la fianza en garantía de deudas ajenas han de tenerse por actos de disposición a título gratuito. Carece de sentido llevar el debate al terreno de la discusión sobre si la naturaleza de la fianza y la hipoteca es la propia de un acto o de un negocio jurídico. El artículo 71 de la Ley Concursal responde a la idea de crear una herramienta legal para dejar sin efecto actos dispositivos del concursado previos a la declaración de concurso y sospechosos desde la perspectiva de la par conditio creditorum. Partiendo de esta idea, es obvio que la constitución de una hipoteca compromete el patrimonio del hipotecante, por lo que encaja en el concepto de acto de disposición a los efectos del citado precepto. Por otra parte, la naturaleza gratuita de la hipoteca constituida por la hoy concursada resulta indiscutible, en la medida en que no garantiza deudas propias sino ajenas (por todas, SSTS de 8-3-2010 y 13-12-2010). Tan sólo en el caso de hipotecas en garantía de deudas de sociedades filiales se puede poner en duda la gratuidad, pues en el fondo la garantía repercute en beneficio de la hipotecante, como acertadamente expone la Administración Concursal en su escrito de oposición. Sin embargo, en este caso la concursada garantiza deudas de sociedades no filiales sino "hermanas", es decir, que pertenecen al mismo grupo por estar participadas de forma significada por una sociedad matriz. En consecuencia, a falta de acreditación de la contraprestación concreta a favor de la concursada, el acto debe reputarse gratuito.
El argumento relativo a la refinanciación de deudas anteriores de las que la concursada había de responder de todas formas en su condición de fiadora no altera las conclusiones expuestas. Como acertadamente alega la Administración Concursal, la pretendida refinanciación no se ajusta a los criterios que el artículo 71.6 de la Ley Concursal impone cuando se trata de deudas propias del concursado, por lo que difícilmente puede considerarse justificada en relación con deudas ajenas. Además, en el caso concreto de la hipoteca, con su constitución se agrava -sin justificación aparente- la condición de la concursada, al crearse una garantía real donde antes no la había.
Por lo expuesto, la primera de las alegaciones del recurso debe ser desestimada.
TERCERO.-En estrecha relación con lo anterior, la recurrente introduce una segunda alegación consistente en la inexistencia de perjuicio patrimonial para la masa activa. Aduce que la constitución de las garantías resultó beneficiosa para la concursada, pues la misma era fiadora directa y solidaria con antelación de las deudas de las otras sociedades del grupo que resultaron impagadas a su vencimiento. De este modo, a través de su aportación a la renegociación de la deuda evitó una ejecución inminente.
Es necesario reiterar que el argumento carece de toda base en relación con la hipoteca puesto que, como se razona en la sentencia apelada, a través de la misma se agrava la situación de la concursada, en la medida en que constituye garantías reales donde sólo las había personales, con el consiguiente beneficio dicho sea de paso- para la entidad bancaria, que convierte el crédito en privilegiado. De este modo, se altera la par conditio creditorum que inspira el artículo 71 de la Ley Concursal, a través de una actuación que la jurisprudencia no duda en calificar de fraude desde la perspectiva de los demás acreedores (SAP Valencia, Sección 9ª, de 14-11-11 y las que cita).

Tampoco puede prosperar el alegato en lo concerniente a la fianza. Por más que la concursada fuese fiadora previamente, la deuda que se garantizó a través del acto rescindido en la instancia no era suya sino de un tercero, sin que resulte admisible confundir deudor con fiador.
En contra de lo que se afirma en el recurso, el perjuicio patrimonial para la masa activa es incuestionable. Es más, por imperativo del artículo 71.2 de la Ley Concursal ha de presumirse, sin posibilidad de prueba en contrario, una vez confirmada la naturaleza gratuita de los actos de disposición.
A mayor abundamiento, tales actos encajarían también en el apartado 3, 1º) del citado precepto, según el cual, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, como ocurre en el supuesto enjuiciado, en el que las deudoras son empresas del grupo de la concursada. Y lo mismo cabe decir del apartado 3, 2.º), que establece la misma presunción cuando se trata de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.": SAP Almería (Sección 2) 29.04.2013 (Sentencia 114/2013; Rollo 392/2012)

AP Badajoz

"PRIMERO.-Por el Banco Popular S.A. se apela la sentencia de instancia, viniendo a solicitar su revocación, porque no ha lugar a declarar la ineficacia de la garantía hipotecaria prestada, y por tanto, se desestime la demanda presentada por la Administración Concursal, la cual alegó en su demanda que el 2 de diciembre de 2.010, las codemandadas otorgaron escritura pública de hipoteca de máximo, en virtud de la cual, la entidad bancaria abría una cuenta especial de crédito con finalidad liquidatoria a nombre de Hormiexsa, dicha hipoteca recayó sobre bienes de la concursada. Considerando, que dicha operación no supuso mejoría de la situación patrimonial de la concursada, sino de otra empresa, garantizándose así una deuda ajena.
La entidad demandada, hoy apelante, se opuso a la demanda alegando que la operación no es rescindible, pues la operación que realizó el banco tuvo como objeto la refinanciación de una empresa del grupo empresarial del que forma parte la concursada, permitiendo así la continuidad empresarial del grupo. Esto es, que dicha operación benefició a la concursada (no fue gratuíta).
La sentencia de Instancia estimó la demanda al considerar que no se había acreditado que ambas entidades formaran parte de un grupo empresarial, y resultar probado que la operación no supuso entrada de liquidez para la concursada, ni le supuso mejoría alguna en su situación patrimonial, agravándose la masa, puesto que un bien que hasta ese momento estaba libre de carga, es gravado con una hipoteca por un préstamo concedido a otra empresa. Concluyendo que "por todo lo cual, nos encontraríamos en el supuesto del apartado segundo del artículo 71 de la LC, pues la garantía real constituida sería un acto de disposición a título gratuíto".
SEGUNDO.-Ya hemos avanzado que la apelante alude a la obtención de refinanciación, la cual excluye la existencia de perjuicio en la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009, que viene a poner de manifiesto la contradicción que supone que la concesión de refinanciación al deudor como medio de ayuda a la superación de sus dificultades económicas acabe considerándose un acto perjudicial para la masa.
Concepción que, básicamente, impulsó también la reforma de la consideración de las operaciones de refinanciación en el Real Decreto Ley 3/2009 y, con mayor profundidad, en la Ley 38/2011. Y que ha vuelto a ser la preocupación del recientísimo Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de Marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 8 de Marzo de 2.014), en cuya exposición de motivos se señala que: "Con frecuencia, empresas realmente viables desde un punto de vista operativo (es decir susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario) se han tornado en inviables desde un punto de vista financiero. Ante esta situación existen dos alternativas: o bien liquidar la empresa en su conjunto, o bien sanearla desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. Parece evidente que la segunda alternativa es preferible a la primera, siendo en consecuencia obligación de los poderes públicos adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o «desapalancamiento.....
...El procedimiento concursal español concluye en un alto número de casos en la liquidación del deudor, de modo que la fase preconcursal resulta verdaderamente determinante para la reestructuración financiera de las empresas. A estos efectos, los acuerdos de refinanciación son los instrumentos más adecuados para el establecimiento de nuevos calendarios de amortización y condiciones financieras más acordes con la situación del mercado y de las empresas, a cambio de quitas, esperas y capitalizaciones de las deudas.
Por ello, la presente reforma se centra en la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación, por constituir una de las áreas estratégicamente más relevantes en la medida en que, fruto del consenso entre el deudor y sus acreedores, pretenden la maximización del valor de los activos, evitando el concurso de la entidad, y la reducción o aplazamiento de los pasivos...En este punto, se han detectado una serie de limitaciones en el potencial contenido de los acuerdos de refinanciación, las cuales están cercenando la eficacia y seguridad jurídica necesarias para acometer reestructuraciones financieras en las empresas. Por ello, resultan pertinentes medidas que contribuyan a garantizar el mantenimiento de estos valores...
...Por este motivo, siempre que los acuerdos reúnan los requisitos previstos en este real decreto-ley no se verán sometidos al riesgo de rescindibilidad que tanto ha retraído hasta ahora la actuación de las partes en fase preconcursal..."
Por eso también, añadimos ya nosotros, se viene considerando doctrinalmente que la renovación de un contrato de financiación o la constitución de nuevas garantías constituyen dos aspectos que deben analizarse con la misma objetividad en la perspectiva de una actividad empresarial ordinaria, en una fase preconcursal o una vez que el concurso se ha declarado, abandonando visiones suspicaces o de atribución de naturaleza fraudulenta "per se" a este tipo de operaciones. La renovación de un crédito y la constitución de garantías, son

actos de plena normalidad en la relación de un deudor con sus acreedores, pero que cobran excepcional relevancia para los demás acreedores si, pese a todo, el deudor deviene insolvente. La refinanciación es el escenario típico en el que suelen debatirse una empresa con problemas de tesorería y sus acreedores bancarios, produciéndose una colisión de intereses cuya consideración equilibrada no es sencilla, tanto porque existe una contraposición entre el deudor y sus acreedores, como porque también dentro de los acreedores existen habitualmente intereses divergentes vinculados con la posible refinanciación.
Como ha escrito algún tratadista (Sánchez-Calero Guilarte), "En ese momento, los compromisos asumidos en épocas de bonanza devienen insoportables o, sencillamente, inasumibles, cuando se produce una reducción notable de la actividad empresarial o cuando cambian las previsiones fundamentales sobre las que se convino su financiación anterior (por ejemplo, devaluación de los activos, reducción de facturación, etc.). Una gestión diligente de esa empresa lleva a intentar la adaptación de la financiación a la nueva situación creada. Por su parte, una actuación no menos diligente de los acreedores bancarios, llevará a estos a analizar la disminución de la solvencia de la entidad financiada, como un presupuesto de la modificación de los contratos vigentes. Modificación que descarta en la mayoría de los casos el uso de las cláusulas de vencimiento anticipado que suelen proteger a los prestamistas y cuya vigencia trata de atenuar la LC. La contrapartida previsible a esa eventual alteración de las condiciones inicialmente pactadas será la solicitud de nuevas garantías del crédito, ya sea vinculando el cumplimiento de ciertos créditos a derechos sobre ciertos bienes del deudor, o extendiendo objetivamente el alcance de las garantías ya constituidas. Es aquí donde se ve afectado el patrimonio del deudor, al establecerse unos privilegios especiales a favor de determinados acreedores".
TERCERO.-El recurrente centra su recurso en que no estamos ante un acto de disposición a título gratuito, (la acción rescisoria sólo se ejercitó invocando que el acto era gratuito), pues Extremeña de Proyectos e Inversiones S.L. no hipotecó sus bienes por hacer un acto de liberalidad, gratuito y desinteresado, sino que una empresa del Grupo Hormiexsa garantizó la clasificación para el descuento de efectos comerciales con el número 550/00204 por límite de un millón de euros otorgado a otra empresa del mismo grupo Hormiexsa, precisamente para conseguir esa línea de descuento y la liquidez necesaria para la actividad normal del grupo.
Y si bien, la sentencia apelada considera que "no se acredita que ambas entidades formen parte de un grupo empresarial", esta Sala discrepa de esta valoración.
La falta de interés para la concursada apreciada en la sentencia debe entenderse por oposición a la onerosidad. De haberse apreciado el negocio jurídico como oneroso debería haberse analizado la concurrencia del perjuicio y ello sólo hubiera sido posible si en la demanda se hubiera ofrecido tal fundamentación jurídica puesto que, en tal caso, podría haberse desplegado una congruente y adecuada defensa. Sin embargo el negocio jurídico cuestionado, no es gratuito.
La administración concursal expuso los hechos que creyó necesarios para la estimación de la demanda; en ellos nada se dijo sobre la existencia de grupo de empresas, ni tampoco se analizó el interés del grupo en la operación de financiación en la que participó la concursada.
La sentencia estimó suficiente la alegación y prueba de la demanda. La Sala no comparte tal valoración y la estimación debe ser revocada por falta de prueba de que dicha garantía sea gratuita para la concursada.
Los actos gratuitos se definen en nuestro derecho por oposición a los onerosos.Son negocios gratuitos aquellos cuya causa es la mera liberalidad. La administración concursal califica el negocio jurídico cuya rescisión reclama, como gratuito, y la constitución de la garantía hipotecaria en beneficio de tercero, es el hecho constitutivo de su demanda.
A ello se opone, con fundamento, Banco Popular, esencialmente porque Hormigones Extremeños, no es un tercero sino que forma parte de un grupo de empresas del que la concursada forma parte.
De hecho, de la lectura de la escritura pública de constitución de garantía hipotecaria se aprecia que la representación tanto de "Hormigones Extremeños S.A.", como de "Extremeña de Proyectos e inversiones S.L." en aquel acto, fue Don Pio, como apoderado de la primera sociedad y administrador único de la segunda mercantil.
Debe acreditarse que la operación cuestionada no resultó provechosa para la mercantil pues de concurrir algún interés, concepto más amplio que el de recibir un precio, se eliminaría la gratuidad.
Cierto es que el perjuicio se presume en las operaciones gratuitas pero para que operen las presunciones debe acreditarse el presupuesto que las legitima. La administración concursal nada probó en cuanto a este extremo, y de la contestación a la demanda si se infiere que dicho gravamen no fue neutro para la concursada y en el momento en que se realizó, la continuidad de la mercantil concursada dependía en buena medida de la empresa Hormigones Extremeños S.A. De hecho, en el propio informe del Administrador concursal se hace constar -folio 16- que "una de las principales empresas que ha apoyado de manera determinante los proyecto de inversión de la concursada ha sido Hormigones Extremeños S.A,...".
Asimismo, en la página 29 de dicho informe, reconoce la existencia del grupo, de forma expresa: "en la cuenta Otros Pasivos Financieros a largo plazo, se encuentra a lo largo del período estudiado, el saldo de una póliza que la concursada mantiene con Hormiexsa, relativo al Geriátrico. La AC considera que se trata de deudas a largo plazo con empresas del grupo y Asociadas...", y en la página 63 admite incluso la existencia de transferencias entre las empresas del grupo: "Del balance de la sociedad, se desprende que el saldo de inversiones en empresas vinculadas a la concursada, asciende a....." y continúa: "En el apartado de análisis del activo y pasivo de la empresa se muestra más pormenorizadamente el detalle de las tranferencias entre las empresas vinculadas".
Todo lo cual permite concluir, que las relaciones de grupo en este caso concreto si interferían mutuamente en la actividad de ambas empresas, por lo que no se puede simplemente alegar la gratuidad.
Es por esto, que en el presente caso la parte actora no ha probado la gratuidad: la ausencia de causa onerosa.
La administración concursal sólo invocó la presunción del art 71.2 LC y expuso que la hipoteca constituida sobre un inmueble propiedad de la concursada lo fue para garantizar una obligación de otra empresa y como garantía en deuda ajena, es un acto a título gratuito.

La demanda omite cualquier referencia a la relación entre garante y garantizada, nada se dice tampoco sobre la ausencia de onerosidad en la prestación de una garantía por parte de una empresa "hermana" de la garantizada. Tampoco expone en su demanda las condiciones del negocio jurídico cuya rescisión pretende. Aquel era el momento preclusivo para hacerlo ex art 399 de la Lec.
Al respecto el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de noviembre de 2012 razona:
"3. El perjuicio en las garantías de obligaciones de sociedades del mismo grupo
29. Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco."
Sobre el interés de grupo, argumento que en el presente caso elimina la gratuidad, la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA en sentencia de 5 de febrero de 2013 señala:
"El art. 42 del Código de Comercio no sólo sigue siendo el precepto básico para definir los grupos, sino que ha ido ganando una importancia decisiva con las últimas reformas legales, especialmente con las leyes de Sociedades de Capital y de reforma concursal. De esta manera, el único concepto de grupo con el que cabe operar en materia mercantil es el concepto contable de grupo consolidable. Así, y desde esta perspectiva estrictamente positiva, el elemento definidor de la "dirección económica unitaria" ha perdido peso en favor del elemento del control por parte de la dominante de la filial.
En efecto, el art. 42 sufrió, como es sabido, una modificación esencial fruto de la Ley de Reforma Contable 17/2007 en dos aspectos fundamentales: a) la exclusión del fenómeno de los grupos horizontales de coordinación, al limitar al concepto al grupo de subordinación en el que existe una dominante y una o varias sociedades dominadas o filiales; b) la sustitución del concepto de "unidad de decisión" por el de control (concepto definido en el PGC como "el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades".
Por ello, puede decirse que los elementos del concepto de grupo consolidable, extendido, como acaba de indicarse, a toda la realidad policorporativa, serían los siguientes:
a) la posición dominante sólo puede ocuparse por una sociedad, no por persona física que "ostente directa o indirectamente el control" de otra u otras sociedades.
b) cuándo existe este control es cuestión de hecho, cuya prueba se facilita por medio del sistema de presunciones (mayoría de derechos de voto o posibilidad de lograrla con acuerdos con terceros, facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los componentes del órgano de administración, en esencia)
Los problemas de la más variada índole que plantean las empresas policorporativas surgen de una dialéctica permanente de tensión entre los intereses de la sociedad dominante y los de las filiales, que conservan su propia personalidad jurídica, así como entre el interés del grupo y los socios y acreedores externos.
En el ámbito que ahora ocupa, -el de la rescisión concursal-, el conflicto se sitúa en la identificación y efectos del concepto de "interés de grupo", como concepto jurídico indeterminado que explica las concretas operaciones enjuiciadas desde una perspectiva superior que la meramente individual de cada sociedad-isla. Su correcta determinación obliga a atender a las circunstancias del caso concreto, pero pueden apuntarse algunas premisas generales.
La primera indicación para identificar este interés superior, como deriva de su propia naturaleza, será la de subrayar la necesidad de contemplar la operación cuya rescisión se pretende en su conjunto, con ponderación de los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas obtenidas por la dominante
o por el grupo en su conjunto o, incluso, por las ventajas "compensatorias" obtenidas por la propia filial como participante de las "sinergias creadas por el grupo".
En el caso de la constitución de garantías por parte de la filial en favor de la dominante o de una sociedad "menos saludable" del grupo obliga, pues, a analizar, las compensaciones que aquélla haya podido obtener, bien directamente, bien por los beneficios o "sinergias" que pudieran reportarle por haber beneficiado a todo el grupo.
De no identificarse este interés superior, -en la globalidad de la operación-, se estará ante un acto gratuito, que cae bajo el ámbito de la presunción iuris et de iure y asegura el éxito de la rescisión de la operación.
Una garantía constituida por la sociedad concursada, filial del grupo, vinculando su propio patrimonio a la suerte de una obligación contraída por un tercero, (dominante o sociedad hermana) de manera contextual, formando parte de la causa económica del contrato, en línea de principio, y como argumenta la entidad recurrente, no es un acto gratuito, por lo que no juega la presunción de perjuicio iuris et de iure. No lo es porque el crédito se concede porque el deudor concursado lo garantiza y obtiene con ello una compensación, que no tiene por qué ser necesariamente el correlativo ingreso de un activo patrimonial, sino que puede consistir en una ventaja indirecta, financiera o comercial, por ejemplo."
No resulta fácil en ocasiones convencer de la bondad del " test de las ventajas compensatorias " para la filial concursada, análisis que, como es bien sabido, debe realizarse en atención a las concretas circunstancias existentes en el momento en que se realizó la operación financiera, no en atención a las concurrentes en el momento en que se declaró la insolvencia."
A mayor abundamiento, indicar que de la documental aportada, resulta que los descuentos formalizados al amparo de la Hipoteca de Máximo que se pretende rescindir, dotaron de liquidez al grupo, esto es, la operación supuso una ampliación significativa del crédito (para lo cual pueden tomarse también en consideración, como acabamos de indicar, las llamadas "ventajas compensativas", que pueden consistir en compensaciones indirectas, apreciadas desde una perspectiva a medio o largo plazo en función de la política empresarial del grupo).
Es por ello, que con tener por acreditado el interés beneficioso de grupo en el año 2010, debe decaer la acción, (pues como se suele repetir en los textos sobre reintegración concursal, «es el entero negocio, no la garantía,

lo que ha de ser perjudicial, y ha de serlo en referencia temporal al momento en que el negocio fue constituido». El momento de referencia en la evaluación del perjuicio patrimonial irrogado por la garantía real ha de retrotraerse al de su constitución, sin que, tal ponderación haya de resultar tamizada por las resultas económicas de la operación en que se incardina.
Sin que tampoco haya prueba concluyente de que la demandada solicitara -como dice la sentencia recurrida- "garantía real, para otorgar una cuenta de crédito que tenía ya abierta con Hormiexsa, asegurando su posición como privilegiado dentro de un futuro concurso de acreedores" pues como ya hemos dicho, la operación debe analizarse "ex ante" y no "ex post". Razones todas por las que la sentencia ha de ser revocada. ":SAP Badajoz (Sección 3) 25.03.2014 (Sentencia 68/2014; Rollo 82/2014)

AP Baleares

"CUARTO.- En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante una operación financiera, que no precisa de un meticuloso desarrollo argumental para alcanzar la conclusión, de que tal operación resultó objetivamente perjudicial para la masa activa del concurso de WHITE HORSE, desde el momento en que con la carga hipotecaria, en cuanto proyectada a brindar una garantía a la suma de un principal de 42.479.971,- euros, supuso un gravamen que disminuyó el valor de la finca hipotecada en esa exacta medida. Y en puridad, donde discrepan las partes, es si en el marco concreto en que se desarrollo la operación, cabe concluir desvirtuado ese perjuicio.
Y así, la tesis de la administración concursal, acogida en la sentencia recurrida, sostiene que la constitución de dicha garantía real es gratuita al no haber recibido contraprestación de tipo alguno, y en consecuencia se presume iuris et de iure que es perjudicial (art. 71.2 LC); en cambio, la entidad garantizada niega la gratuidad, por los vínculos existentes entre garante y deudor principal, aduciendo que ante la existencia de grupo de sociedades, lo que es bueno para una sociedad lo ha de ser también para las distintas sociedades que conforman el grupo, lo que impidiera que el acto de constitución de la carga para garantizar la deuda de otra sociedad perteneciente al mismo grupo, pueda ser calificado como una acto gratuito.
Sin embargo, como ya apuntara la juez a quo, dicho argumentación, no puede ser acogida sin mas, pues precisamente en el ámbito concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (art. 93.2 LC), lo que incluso ha llevado al legislador al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en este tipo de vinculaciones (art. 71.3º.1º) y a la doctrina a precisar que para negar la gratuidad en dichas operaciones, el aspecto conceptual precisa de mayor justificación, hasta el punto de considerar que hace falta que el garante tenga algún interés económico en la operación, y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase, garantía y contraprestación, deben ser congruentes entre sí. Como refiere la STS de 13 de diciembre de 2010 lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto, si ha habido o no una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones, o por el contrario, solamente un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de su acervo patrimonial sin compensación económica, no siendo asumible sin mas que las garantías reales intragrupos no puedan considerarse como actos gratuitos.
De hecho, si bien es pacifico en la doctrina afirmar que no cabe apreciar gratuidad cuando la garantía real la presta la matriz por deudas de la filial, por cuanto el crédito recibido por la filial es una atribución que beneficia a la matriz, siendo además el interés del grupo y su existencia implica o supone que la dominante tutele los activos de su filial, la situación es distinta y mas complicada en el caso inverso en el que la garantía real se presta por la filial por deudas de la matriz (y mas aún en el caso que nos ocupa en que la garantía se presta por una filial y a favor de deudas de otra filial), pues a consecuencia de las autonomía de personalidades jurídicas, los acreedores de dicha filial sólo pueden ver atendidos sus créditos con el patrimonio de la concursada, no de la matriz (o de otra filial).
Resolviendo un supuesto similar al que nos ocupa apunta la SAP de Madrid de 20 de abril de 2012 "en el empeño de desvirtuar la presunción iuris tantum del artículo 71.3 de la LC en que se ha fundado la sentencia apelada, la apelante ha tratado de fundar la inexistencia de perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto "... supusieron el reforzamiento del grupo como tal". Ahora bien, aún suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabría preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una especifica sociedad. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencia prácticas que del principio de personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con las del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar como determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos

para el interés grupal (que nos es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.
Buena prueba de que no debemos de perder esa perspectiva la constituye que la noción de grupo en el ámbito concursal no ha rebasado la trascendencia estrictamente procesal (se prevé la posibilidad de instar conjuntamente la declaración de concurso de varios deudores que pertenecen al mismo grupo, art. 3.5 LC, que pasa al art. 25 con la reforma legal por Ley 38/2011, o de acumular concursos declarados de varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo, art. 25 de la LC, que pasa al art. 25 bis con la referida modificación legislativa), sin que ello pueda dar lugar a la consolidación de los tratamientos concursales concernientes a las respectivas masas activas y pasivas de las entidades concursadas, lo que sólo excepcionalmente, y ello tras la reforma por ley 38/2011, se prevé expresamente para el caso específico de confusión patrimonial que contempla el párrafo segundo del nuevo art. 25 ter, frente a la previsión de su párrafo primero que postula como regla general precisamente la no consolidación de tales masas...
... Y es que, si bien es cierto que la ley proyecta la presunción de perjuicio indiferenciadamente sobre todo el período de dos años anteriores a la declaración de concurso, no podemos obviar la consideración de que se trata de una lapso de tiempo ciertamente extenso que exige focalizar la atención sobre la concreta fase del mismo en la que se celebra el negocio, constitución del gravamen, presuntivamente perjudicial, y ello con un claro objetivo: discriminar los supuestos en los que el acreedor ha asumido un sacrificio real de aquellos otros en los sólo asume un sacrificio aparente. Pues innecesario resulta aclarar que no es lo mimo que ese negocio se celebre al inicio del período, supuesto este en el que el acreedor cuenta con un margen de dos años dentro del cual podría verosímilmente iniciar una ejecución singular y ultimar a vía de apremio sobre los bienes del deudor, que constituir el gravamen al final del plazo cuando esa posibilidad deviene ilusoria y cuando a los mas que podría aspirar el acreedor que se convierta en ejecutante sería a obtener una anotación preventiva de embargo que, una vez declarado el concurso, quedaría jurídicamente diluida dentro de la masa pasiva al perder su titularidad toda preferencia sobre el bien embargado... En el segundo caso, el sacrificio sería sólo imaginario porque, aún cuando se hubiera negado al otorgamiento de nuevo plazo para el pago de la deuda vencida, el acreedor quedaría, en todo caso, integrado en la masa del concurso sin el menor privilegio. En otras palabras, carecería objetivamente de aquel poder cuya renuncia pudiera conceptuarse como sacrificio patrimonial, con lo que el aplazamiento de la deuda no comportaría para el deudor, ni consiguiente para su circulo de acreedores, una ventaja susceptible de ser compensada mediante la constitución del gravamen, lo que significaría, en definitiva, que ese gravamen no estaría llamado a compensar o retribuir cosa alguna".
QUINTO.- En el caso, como se dijo, para desvirtuar la existencia de perjuicio patrimonial en la operación denunciada, alega la recurrente con base al dictamen pericial elaborado por el Sr. Salvador la existencia del citado Grupo Teinver, con relaciones financieras entre las mismas y una comunidad de intereses entre todas ellas, de manera tal que la matriz TEINVER recibía regularmente fondos de MARSANS, que aplicaba a cubrir las necesidades financieras de las otras sociedades dependientes del grupo, entre ellas HOTETUR, que era la que a su vez suministraba fondos a WHITE HORSE y que precisamente por ello, como receptora de los fondos necesarios para su sostenimiento, garantizó a finales de 2009 la deuda de MARSANS, con lo que concluye, que la constitución de la hipotecas no fue gratuita para WHITE HORSE, dado que: 1) con ello contribuyó a la subsistencia del propio grupo y a su propia subsistencia como sociedad; y 2) caso de que la operación no se hubiese llevado a cabo, IBEROJET hubiera cortado su relación comercial con MARSANS, quien a falta de ingresos, se habría visto obligada a reclamar la cuenta acreedora que ostentaba contra el grupo.
Ahora bien, tales conclusiones no se reputan suficientes, pues no existe constancia alguna de que el dinero generado por la actividad desarrollada por MARSANS hubiera fluido directa o indirectamente, total o parcialmente, a favor de la garante, al contrario, cabe incluso descartarlo teniendo en cuenta que la prueba testifical y documental practicada en esta alzada, pone de manifiesto que cuando WHITE HORSE adquirió el inmueble sobre el constituyó la garantía que se denuncia, no formaba parte del grupo TEINVER, y con ello, que los fondos para la compra no los obtuvo del grupo; que en puridad, el crédito que HOTETUR tiene frente a WHITE HORSE y que deriva del año 2005, no deriva de una financiación a su actividad, sino para posibilitar la compra de participaciones por el grupo (asistencia financiera para la adquisición de acciones propias); que no ha habido relaciones comerciales entre WHITE HORSE Y MARSANS; que el grupo no formula cuentas consolidadas; y, por último, que al momento de llevarse a cabo la operación, HOTETUR no era deudora de TEINVER, sino al contrario, siendo que en el concurso de HOTETUR aparece un crédito contra TEINVER de unos 9.000.000,- euros.
En conclusión, desde el momento en que, como se dijo, la constitución de una garantía a favor de deudas de otras entidades del grupo, no excluye por si sola que no pueda considerarse como una operación gratuita, al no resultar acreditado en que consistiría concretamente el interés que la concursada podría tener al constituir una garantía y menos aún, que concreto perjuicio habría podido sufrir la concursada caso de no haberla prestado, máximo teniendo en cuenta el corto espacio de tiempo transcurrido entre la operación denunciada y la declaración en estado de concurso tanto de la garante como de la deudora principal, siendo que además la situación que expone la apelante sobre que hubiera ocurrido de no llevarse a cabo la operación, no constituyen sino meras hipótesis que ninguna aplicación practica debe surtir, desde el momento en que como refiere la resolución recurrida, no existe reflejo de que ninguna de las entidades se reclamara entre sí por razón de los distintos prestamos concedidos y ello pese a la difícil situación que atravesaban en dicho momento; y con ello, que la constitución de las garantías hipotecarias litigiosas han de considerarse, por gratuitas, un acto perjudicial para la masa activa de la concursada, lo que implica la rescisión e ineficacia de las mismas. ":SAP Baleares (Sección 5) 02.11.2012 (Sentencia 465/2012; Rollo 317/2012)

"NOVENO.-Cuestión esencial es determinar el concepto tan relativo de perjuicio. A tal respecto, en la sentencia de esta Sala de 10.11.2.012, se indica que en relación con esta concreta acción ejercitada, " *para la ineficacia*

de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil EDL1889/1) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores..... el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso".

-La STS 26 de octubre de 2.012 establece que " *El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude".*

El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.

El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.

Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.

La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.

71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

En el mismo sentido, la STS 8 de noviembre de 2.012, "23. *Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.*

3 *La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).*

4 *En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)."*

De tal doctrina jurisprudencial se infiere: A) Que debe estarse a la situación existente en la fecha en que se

concedieron las garantías. B) Lo esencial es determinar si existe un "sacrificio patrimonial injustificado" en el caso concreto.
En el caso concreto la Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el préstamo garantizado cuenta con la justificación de que pretende dotar de liquidez a una sociedad propiedad exclusiva de quien lo garantiza, en la suma de 120.000 euros el primer préstamo (se dice adeuda 121.428,65 euros), y de 100.000 euros el segundo (se dice adeuda 68.822,11 euros) y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó se pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de la persona física que es su único socio. Tales cantidades no se consideran desorbitadas o desproporcionadas en atención al valor aproximado del patrimonio del Sr Romualdo contenido en el informe de la Administración concursal y la valoración presentada por dicho fiador a la Caja de Ahorros. La circunstancia de que finalmente no haya cumplido su objetivo es irrelevante, pues debe estarse a las circunstancias existentes cuando se concedieron los préstamos, uno de ellos 23 meses antes de la declaración de concurso, y, en todo caso, debemos suponer que el préstamo garantizado contribuyó a incrementar el valor de las participaciones sociales de la íntegra titularidad del Sr Romualdo. La circunstancia de si el concursado obtenía o no rendimientos de su patrimonio inmobiliario, carece de relevancia a los efectos que nos ocupan, sin perjuicio de que no consta prueba de los hipotéticos rendimientos, sin que obre en autos su declaración de IRPF, y del informe concursal, lo único que se infiere es que la única renta de los mismos es un arrendamiento a la sociedad por una cantidad de 1.200 euros al mes.
En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación en relación con el Sr Romualdo, con desestimación de la demanda interpuesta por el mismo. ":*":*SAP Baleares (Sección 5) 15.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 38/2013)

"QUINTO.-Conforme al artículo 71.4 LC, debemos entrar en el examen de si apreciamos perjuicio patrimonial, sin ninguna presunción a favor de los demandantes, lo que comporta que la carga de su prueba incumbe a la parte actora.
Cuestión esencial es determinar el concepto tan relativo de perjuicio. A tal respecto, en la sentencia de esta Sala de 10.11.2.012, se indica que en relación con esta concreta acción ejercitada, " *para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores..... el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso.*
La STS 26 de octubre de 2.012 establece que " *El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.*
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En

principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

En el mismo sentido, la STS 8 de noviembre de 2.012, "23. *Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.*

3 *La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).*

4 *En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)."*

De tal doctrina jurisprudencial se infiere: A) Que debe estarse a la situación existente en la fecha en que se concedieron las garantías. B) Lo esencial es determinar si existe un "sacrificio patrimonial injustificado".

A tal efecto, debemos recordar los hechos antes declarados probados al tratar sobre el aspecto de la gratuidad:

-D. Pio y Dª Inocencia, son socios mayoritarios de las tres entidades antes referidas. Así, en cuanto a la entidad Utesma SL, son titulares de un 50% de las participaciones cada uno de ellos; en la entidad SPMC SL, el Sr Pio es titular de un 51,40% de las participaciones, y la Sra Inocencia de un 27,40%, correspondiendo el resto, un 20,75% a terceras personas; en la entidad Comercial Rafael Ribas SL, un 30% cada uno de ellos, y el restante 40% de las dos hijas del matrimonio.

-Según se recoge en los informes aportados, la entidad Utesma SL tuvo pérdidas en los ejercicios de 2.010 y 2.011, y las dos restantes sociedades tuvieron beneficios en el año 2.010 y pérdidas en 2.011.

-Según se recoge en los informes el Sr Pio se dedica profesionalmente a la actividad comercial ejercitada mediante las tres sociedades antes reseñadas, y con asignación de una nómina de 1.896,36 euros de la entidad Comercial Ribas SL por su trabajo en el taller y su dedicación a la sociedad, y de 677,43 euros en Utesma SL. La Sra Inocencia, aparte de explotar otro negocio, cuyo proveedor principal es una de las tres entidades, percibe una nómina de 1.803,04 euros de la entidad Comercial Rafael Ribas SL.

En el caso concreto, la Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el préstamo garantizado pretende dotar de liquidez a unas sociedades de propiedad mayoritariamente familiar, y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó se pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de las personas físicas que son sus socios mayoritarios o exclusivos. La circunstancia de que finalmente no haya cumplido su objetivo es irrelevante, pues debe estarse a las circunstancias existentes cuando se concedieron los préstamos, uno de ellos 15 meses antes de la declaración de concurso, y otro ocho meses antes, y, en todo caso, debemos suponer que el préstamo garantizado contribuyó a incrementar el valor de las participaciones sociales de titularidad de las personas físicas socias de la entidad. Además, les permitió obtener beneficios en dos de las tres sociedades en el ejercicio del año 2.010 y percibir cantidades en concepto de sus labores como administradores. En cuanto a las cantidades tampoco lo podemos considerar como desproporcionado. Por tanto, no nos hallamos ante un supuesto de "sacrificio patrimonial injustificado" en el sentido expresado por la indicada doctrina jurisprudencial, y concluimos en la inexistencia de perjuicio, lo cual comporta la desestimación de la demanda interpuesta y la estimación del recurso de apelación.": SAP Baleares (Sección 5) 18.03.2013 (Sentencia 102/2013; Rollo 786/2012)

"La administración concursal solicitó un pronunciamiento por el que se declare la rescisión de la hipoteca constituida a favor de HETEROTOMIC INC sobre los inmuebles propiedad de BUILDING EXPRESS BARCELONA S.L. mediante escritura publica otorgada en fecha de 12 de diciembre del año 2006 con cancelación de los asientos practicados.

Se fundamentó la demanda en que mediante el documento público de referencia la concursada BUILDING EXPRESS BARCELONA S.L. constituyó hipoteca a favor de HETEROTOMIC INC en garantía del pago de 555.000 euros que en el mismo documento se reconocía adeudar por ARTE EXPRESS S.A; la garantía se constituyó respecto de las fincas registrales n°38211, 38212 y 3678 inscritas en el Registro de la Propiedad de Barcelona.

La administración concursal alegó que dicho acto perjudica a la masa activa de BUILDING EXPRESS BARCELONA S.L. al garantizar una deuda ajena sin contraprestación alguna siendo de aplicación la presunción contenida en el articulo 71.2 de la Ley Concursal.

Las concursadas ARTE EXPRESS S.A. y BUILDING EXPRESS BARCELONA S.L. no comparecieron en las

actuaciones y fueron declaradas en rebeldía.
La codemandada HETEROTOMIC INC -ahora apelante-, compareció y se opuso a la demanda.
Negó que el acto que se impugna tuviera causa gratuita dadas las relaciones existentes entre deudora e hipotecante, alegó que la garantía que prestó BUILDING EXPRESS BARCELONA S.L. permitió que pudiera continuar con su actividad y recuperar las cantidades que se le adeudaban por ARTE EXPRESS S.A, lo que evidencia el interés de aquella en la operación.
La codemandada contestó que en fecha 25 de noviembre de 2008 se declaró en concurso a BUILDING EXPRESS BARCELONA S.L. tal y como afirma la parte actora en su hecho tercero; añadió que además se declaró en concurso ARTE EXPRESS S.A. y una tercera compañía del grupo así como que el Juzgado acordó su tramitación acumulada por cuanto las sociedades constituyen grupo en los términos expuestos por el art 42 del Código de Comercio.
Resalta que la composición societaria de BUILDING EXPRESS BARCELONA S.L está constituida por un 70% de participaciones titularidad de ARTE EXPRESS S.A. y un 30% de participaciones pertenecen a la mercantil BUILDING CALATRAVA, S.L.: el 100% de las participaciones de esta sociedad pertenece a ARTE EXPRESS S.A.
Aporta como documento nº4 los textos definitivos presentados por la Administración concursal de BUILDING EXPRESS S.L. de fecha 1 de diciembre de 2009. Dicho texto especifica que ARTE EXPRESS S.A. es la sociedad dominante del grupo.
Alega que ARTE EXPRESS S.A. es la sociedad matriz (cabecera de grupo) y cliente en régimen de exclusiva, ya mediante la contratación directa de sus servicios o a través de otras sociedades del grupo de la concursada.
De las conclusiones de los textos definitivos concluye que la concursada se quedó sin trabajo "debido a la situación económica que presentan las empresas del grupo, estando paradas promociones que estaban en curso en España... al haberse rescindido el contrato de trabajo de D. Germán único trabajador que prestaba sus servicios hasta el 17 de noviembre de 2009."
Concluye que el nivel de vinculación y dependencia económica constituyen causa onerosa porque la garantía prestada permitió a la concursada continuar desarrollando su actividad y recuperar las cantidades que ARTE EXPRESS S.A. le debía. Señala que le debía 3.000.000 de euros y el documento nº5 son los textos definitivos de esta concursada.
La sentencia estimó íntegramente la acción, declaró gratuita y por ello, rescindible, la constitución de la garantía sobre los inmuebles porque no consta de qué forma éste acto garantizaba el cobro de las cantidades adeudadas por la sociedad cabecera de grupo en tanto que no consta cantidad que se destinara a satisfacerla de alguna forma. (...)
SEGUNDO.-Centrados los términos del debate debemos precisar que la acción rescisoria sólo se ejercitó invocando que el acto era gratuito sin que proceda analizar ahora las demás causas que podían haberse alegado y probado.
A la parca fundamentación de la demanda añade la Administración Concursal en el escrito de oposición al recurso de apelación, que sustenta también la rescisión en la presunción absoluta del art. 71.3.2. de la LC. Pero la demanda no planteaba un debate en tales términos, se limitó a una sola causa de pedir así configurada, sobre el carácter gratuito de los actos de constitución de las hipotecas que determina un perjuicio patrimonial a la masa activa, independiente, de la concursada hipotecante no deudora.
Por lo que ningún otro argumento puede ser atendido en la segunda instancia tras su planteamiento en el escrito de oposición al recurso de apelación, porque padecería el mandato de congruencia recogido en el art. 218.1.2º LEC, que tiende a evitar la indefensión.
Así debe estimarse ya que el tribunal debe resolver el litigio sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.
La causa de pedir que fundamentaba la rescisión se integraba, en el plano fáctico, por los negocios que documentan la referida escritura en el contexto en que se otorgaron, pero el fundamento de derecho se hizo radicar única y exclusivamente en la presunción del art. 71..2º LC (*El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.*
Ello ha impedido, como se ha dicho, un debate y una defensa sobre la concurrencia del supuesto de hecho que prevé la norma tardíamente invocada, el art. 71.3.2 LC, en particular sobre el carácter de constitución de la garantía real a favor de una obligación preexistente que resulta muy discutible, porque la hipotecante no tenían obligación alguna con HETERONIMIC ni preexistente ni de ninguna clase.
En la ratio del art. 71.3.2º LC se da por presupuesto que la deuda preexistente, en cuya garantía se constituye la hipoteca, lo es frente al acreedor a quien se beneficia con la carga real, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa (del deudor concursado hipotecante).
La ineficacia, por rescisión concursal, que pudiera lograrse de los pagos efectuados por el concursado a favor de terceros con el dinero obtenido de la entidad financiera, o en general, la posible rescisión de los negocios de aplicación del préstamo recibido, es otra cuestión, ajena al objeto del litigio. Una cosa es la operación de gravamen sujeta a la presunción de dicho precepto, concurriendo las circunstancias legales, y otra, sometida a tratamiento distinto, aún dentro del ámbito de la rescisión concursal, es el destino que se da por el deudor al dinero recibido por virtud de la operación crediticia (pagos a acreedores u otros negocios), que podrán ser rescindibles conforme a la LC según los casos.
Tampoco resulta de aplicación la declaración de la hipoteca como perjudicial por aplicación de la presunción iuris tantum relativa a las personas especialmente relacionadas de la que consta la referencia de la sentencia al final del fundamento de derecho quinto y que no había sido objeto de alegación ni de prueba a instancia de la parte que pretendía la rescisión.

La sentencia apelada es congruente pues no ha resuelto según una acción no invocada tal y como censura la apelante.
La Juez quo hace una mención, como corolario de lo motivado y no como ratio decidendi de la estimación. La demanda prosperó por entender que en la hipoteca de un inmueble de la sociedad filial (la concursada) en garantía de una deuda de la matriz(para obtener un aplazamiento y mejores condiciones de pago) no se aprecia el interés que hubiera podido representar para los acreedores de BUILDING EXPRESS SL
La resolución combatida en este recurso razonó que el argumento de la contestación a la demanda sobre que la garantía representaba la continuidad de la actividad de la hipotecante así como la recuperación de cantidades que se adeudaban por ARTE EXPRESS SA a BUILDING EXPRESS SL "son una eventualidad que no permiten excluir la gratuidad de la garantía".
La Sala no comparte tal valoración.
Se reclama la rescisión de un negocio jurídico válido porque es perjudicial y se presume que lo es, en todo caso, el acto gratuito. La falta de interés para la concursada apreciada en la sentencia debe entenderse por oposición a la onerosidad.
De haberse apreciado el negocio jurídico como oneroso debería haberse analizado la concurrencia del perjuicio y ello según las presunciones que,como ya ha sido razonado, sólo hubiera sido posible si en la demanda se hubiera ofrecido tal fundamentación jurídica puesto que, en tal caso, podría haberse desplegado una congruente y adecuada defensa.
Sin embargo el negocio jurídico cuestionado no es gratuito.
TERCERO.- Analicemos ahora la prueba de la gratuidad invocada por la demandante ahora apelada.
La administración concursal expuso los hechos que creyó necesarios para la estimación de la demanda; en ellos nada se dijo sobre la existencia de grupo de empresas ni tampoco se analizó el interés del grupo en la operación de financiación en la que participó la concursada.
La sentencia estimó suficiente la alegación y prueba de la demanda. La Sala no comparte tal valoración y la estimación debe ser revocada por falta de prueba de que dicha garantía sea gratuita para la concursada.
Los actos gratuitos se definen en nuestro derecho por oposición a los onerosos.Son negocios gratuitos aquellos cuya causa es la mera liberalidad.La administración concursal califica el negocio jurídico cuya rescisión reclama como gratuito. La constitución de la garantía hipotecaria en beneficio de tercero es el hecho constitutivo de su demanda.
A ello se opone, con fundamento, la sociedad codemandada, esencialmente porque ARTE EXPRESS SA no es un tercero sino la matriz de un grupo de empresas del que BUILDING EXPRESS SL forma parte.
El interés de grupo no se presume, debe probarse, como bien razona la sentencia apelada, debe acreditarse que la operación cuestionada no resultó provechosa para la mercantil pues de concurrir algún interés, concepto más amplio que el de recibir un precio, se eliminaría la gratuidad.
Cierto es que el perjuicio se presume en las operaciones gratuitas pero para que operen las presunciones debe acreditarse el presupuesto que las legitima. La administración concursal nada probó en cuanto a este extremo y de la contestación a la demanda si se infiere que dicho gravamen no fue neutro para la concursada y en el momento en que se realizó, la continuidad de la mercantil concursada dependía en buena medida de la deudora ARTE EXPRESS S.A.
La hipoteca se constituyó el 12 de diciembre de 2006.
En ese año según el informe de los administradores concursales (cfr folio 250 pg. 16) en el activo de ARTE EXPRESS SA consta como CUENTAS A COBRAR de cc partes vinculadas 1.224.314,10 a nombre de BUILDING EXPRESS SL. En los textos definitivos presentados en el concurso voluntario de esta última consta que esta sociedad es la encargada de realizar trabajos de arquitectura a empresas del grupo y fuera del mismo: en el activo de BUILDING EXPRESS SL constan obras en curso en el año 2006 por importe de 1.803.669.39 que en el año 2007 pasaron a 909.579,38 euros
Es por esto que en el presente caso la parte actora no ha probado la gratuidad: la ausencia de causa onerosa.
La administración concursal sólo invocó la presunción del art 71.2 LC y expuso que la hipoteca constituida sobre tres inmuebles propiedad de la concursada lo fue para garantizar una obligación de ARTE EXPRESS SA y como garantía en deuda ajena es un acto a título gratuito.
La prueba documental aportada, como ya se ha dicho, sólo son las certificaciones registrales acreditativas de la titularidad de los inmuebles así como la escritura pública de constitución de garantía a favor de ARTE EXPRESS SA.
La demanda omite cualquier referencia a la relación entre garante y garantizada, nada se dice tampoco sobre la ausencia de onerosidad en la prestación de una garantía por parte de una empresa filial de la garantizada. Tampoco expone en su demanda las condiciones del negocio jurídico cuya rescisión pretende. Aquel era el momento preclusivo para hacerlo ex art 399 de la Lec.
De la lectura de la escritura pública de constitución de garantía hipotecaria se aprecia que la representación de la entidad mercantil ARTE EXPRESS SA y de la entidad hipotecante no deudora en aquel acto fue DON Germán apoderado general en ambas mercantiles según poder mercantil otorgado por el administrador único de la sociedad Leoncio.
Y en esta alzada no es objeto de discusión que la concursada es propiedad en su 70% de su ARTE EXPRESS SA.
Al respecto el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de noviembre de 2012 razona:
"3. El perjuicio en las garantías de obligaciones de sociedades del mismo grupo
29. Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco."

Sobre el interés de grupo, argumento que en el presente caso elimina la gratuidad, la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA en sentencia de 5 de febrero de 2013 razona:

"El art. 42 del Código de Comercio no sólo sigue siendo el precepto básico para definir los grupos, sino que ha ido ganando una importancia decisiva con las últimas reformas legales, especialmente con las leyes de Sociedades de Capital y de reforma concursal. De esta manera, el único concepto de grupo con el que cabe operar en materia mercantil es el concepto contable de grupo consolidable. Así, y desde esta perspectiva estrictamente positiva, el elemento definidor de la "dirección económica unitaria" ha perdido peso en favor del elemento del control por parte de la dominante de la filial.

En efecto, el art. 42 sufrió, como es sabido, una modificación esencial fruto de la Ley de Reforma Contable 17/2007 en dos aspectos fundamentales: a) la exclusión del fenómeno de los grupos horizontales de coordinación, al limitar al concepto al grupo de subordinación en el que existe una dominante y una o varias sociedades dominadas o filiales; b) la sustitución del concepto de "unidad de decisión" por el de control (concepto definido en el PGC como "el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades".

Por ello, puede decirse que los elementos del concepto de grupo consolidable, extendido, como acaba de indicarse, a toda la realidad policorporativa, serían los siguientes:

a) la posición dominante sólo puede ocuparse por una sociedad, no por persona física que "ostente directa o indirectamente el control" de otra u otras sociedades.

b) cuándo existe este control es cuestión de hecho, cuya prueba se facilita por medio del sistema de presunciones (mayoría de derechos de voto o posibilidad de lograrla con acuerdos con terceros, facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los componentes del órgano de administración, en esencia)

Los problemas de la más variada índole que plantean las empresas policorporativas surgen de una dialéctica permanente de tensión entre los intereses de la sociedad dominante y los de las filiales, que conservan su propia personalidad jurídica, así como entre el interés del grupo y los socios y acreedores externos.

En el ámbito que ahora ocupa, -el de la rescisión concursal-, el conflicto se sitúa en la identificación y efectos del concepto de "interés de grupo", como concepto jurídico indeterminado que explica las concretas operaciones enjuiciadas desde una perspectiva superior que la meramente individual de cada sociedad-isla. Su correcta determinación obliga a atender a las circunstancias del caso concreto, pero pueden apuntarse algunas premisas generales.

La primera indicación para identificar este interés superior, como deriva de su propia naturaleza, será la de subrayar la necesidad de contemplar la operación cuya rescisión se pretende en su conjunto, con ponderación de los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas obtenidas por la dominante

o por el grupo en su conjunto o, incluso, por las ventajas "compensatorias" obtenidas por la propia filial como participante de las "sinergias creadas por el grupo ".

En el caso de la constitución de garantías por parte de la filial en favor de la dominante o de una sociedad "menos saludable" del grupo obliga, pues, a analizar, las compensaciones que aquélla haya podido obtener, bien directamente, bien por los beneficios o "sinergias" que pudieran reportarle por haber beneficiado a todo el grupo.

De no identificarse este interés superior, -en la globalidad de la operación-, se estará ante un acto gratuito, que cae bajo el ámbito de la presunción iuris et de iure y asegura el éxito de la rescisión de la operación.

Una garantía constituida por la sociedad concursada, filial del grupo, vinculando su propio patrimonio a la suerte de una obligación contraída por un tercero, (dominante o sociedad hermana) de manera contextual, formando parte de la causa económica del contrato, en línea de principio, y como argumenta la entidad recurrente, no es un acto gratuito, por lo que no juega la presunción de perjuicio iuris et de iure. No lo es porque el crédito se concede porque el deudor concursado lo garantiza y obtiene con ello una compensación, que no tiene por qué ser necesariamente el correlativo ingreso de un activo patrimonial, sino que puede consistir en una ventaja indirecta, financiera o comercial, por ejemplo."

No resulta fácil en ocasiones convencer de la bondad del " test de las ventajas compensatorias " para la filial concursada, análisis que, como es bien sabido, debe realizarse en atención a las concretas circunstancias existentes en el momento en que se realizó la operación financiera, no en atención a las concurrentes en el momento en que se declaró la insolvencia."

Es por ello que con tener por acreditado el interés de grupo beneficioso para BUILDING EXPRESS SL en el año 2006 debe decaer la acción.

Veamos pues, de donde proviene la deuda que BUILDING EXPRESS garantiza para favorecer sin contraprestación alguna, tal y como alega pero no prueba la administración concursal.

Revisada la prueba documental aportada por la codemandada se aprecia sin dificultad que el gravamen constituido en diciembre de 2006 trae causa de una modificación en cuanto al importe de una deuda que ARTE EXPRESS SA reconoció adeudar a HETERONIC INC en virtud de escritura de reconocimiento de deuda fechado el 11 de junio de 2004. Entonces se reconoció adeudar 1.271.760,00 euros. El fecha 7 de febrero de 2006 se acordó dejar sin efecto aquellos pactos siendo sustituidos por los de 7 de febrero de 2006, que también fueron dejados sin efecto por los contenidos en la escritura pública que contiene el acto jurídico cuya rescisión se pretende. Acuerdan nuevas condiciones de devolución y la sustitución de los pagarés pendientes de pago por 3 nuevos pagarés y dejan constancia que ni HETERONOMIC INC ni Giusseppe NACHETTI adeudan nada a BUILDING EXPRESS ni a Germán ni a Leoncio.

La causa de tal deuda consta también en las actuaciones, es la adquisición de un terreno a nombre de la mercantil LE CASE DI ALDO S.L. cuyos únicos socios son ARTE EXPRESS SA y el SR Alejandro; refleja la escritura que ambas partes están de acuerdo en poner a la venta el terreno y en caso de no venderse tiene proyectado iniciar la construcción de seis viviendas sobre el mismo: el terreno está en BEGUR.

No vamos a entrar a analizar las demás condiciones de aquella escritura (pignoración de acciones, etc) si queremos resaltar que, si tal como reseña el informe de los administradores concursales, la actividad esencial

de la concursada es la realización de trabajos de arquitectura a empresas del grupo,a priori y sin perjuicio de que un mayor esfuerzo probatorio hubiera podido alumbrar el sacrificio patrimonial injustificado de gravar el activo inmobiliario de la mercantil éste no concurre en el acto concreto impugnado.
La sociedad estaba representada en aquel acto por la misma persona que representaba a ARTE EXPRESS SA apoderado autorizado en virtud de sendos acuerdos aprobados en juntas generales extraordinarias y universales de 11 de diciembre en PALMA y BARCELONA respectivamente en la persona de DON Germán.
Es por ello que, del análisis de los documentos aportados no se infiere la gratuidad del gravamen hipotecario en garantía de un reconocimiento de deuda que trae causa de un proyecto de construcción de viviendas en el que es parte la sociedad del grupo que habitualmente le contrata los trabajos de arquitectura.
Todo ello sin perjuicio de que ese aparente interés de grupo hubiera podido ser combatido con otras presunciones como las que apunta la Juez a quo o la propia administración concursal en su escrito de oposición al recurso de apelación.
Pero a la vista de lo analizado los propios textos definitivos afirman, tanto la aseveración " *la falta de control por parte de la sociedad ha originado un trasvase de recursos aproximado de 3.470.306 euros que debe ser justificado" (*cfr textos definitivos ARTE EXPRESS SA) o bien la afirmación de los textos definitivos de BUILDING EXPRESS sobre la causa del estado de insolvencia *"desvío de recursos económicos de la sociedad hacia otras empresas del grupo"* permiten concluir que las relaciones de grupo en este caso concreto si interferían mutuamente en la actividad diaria de ambas por lo que no se puede simplemente alegar la gratuidad.
Al ser estimado el recurso no se imponen costas en esta instancia. “:SAP Baleares (Sección 5) 17.04.2013 (Sentencia 161/2013; Rollo 72/2013)

““SÉPTIMO.- Cuestión esencial es determinar el concepto tan relativo de perjuicio. A tal respecto, en la sentencia de esta Sala de 10.11.2.012, se indica que en relación con esta concreta acción ejercitada, "para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil 1) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores..... el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso".
-La STS 26 de octubre de 2.012 establece que "El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude".
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel

acto impugnado no perjudica a la masa activa.
En el mismo sentido, la STS 8 de noviembre de 2.012, "23. Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.

24. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los

Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).

3 En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)."
De tal doctrina jurisprudencial se infiere: A) Que debe estarse a la situación existente en la fecha en que se concedieron las garantías. B) Lo esencial es determinar si existe un "sacrificio patrimonial injustificado" en el caso concreto.
En el caso concreto la Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el préstamo garantizado cuenta con la justificación de que pretende dotar de liquidez a una sociedad de participación mayoritaria de quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado, en la suma de 580.000 euros, y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó se pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de la persona física que es su socio mayoritario. Se desconoce si esta cantidad es o no desorbitada o desproporcionada en atención al valor aproximado del patrimonio del Sr. Valeriano, pues no obra en autos referencia alguna a éste, ni siquiera el informe de la Administración concursal y la valoración presentada por dicho fiador a la Caja de Ahorros. La circunstancia de que finalmente no haya cumplido su objetivo es irrelevante, pues debe estarse a las circunstancias existentes cuando se concedieron los préstamos, un año antes de la declaración del concurso, y se desconoce la situación de la sociedad en aquella fecha, que se debió ver indudablemente mejorada a corto plazo con la entrada en la misma de los 580.000 euros, y, en todo caso, debemos suponer que el préstamo garantizado contribuyó a incrementar el valor de las participaciones sociales de la íntegra titularidad del Sr. Valeriano. Se desconoce si el concursado a título personal, ya sea como administrador o como médico que trabaja para dicha sociedad obtuvo algún beneficio económico de la sociedad. El concursado al ser administrador único de la entidad también concursada Uco Rehabilitaciones SL dispone de documentación y prueba sobre el particular, y por evidencia debemos suponer que los 580.000 euros recibidos se han inyectado en la sociedad y se desconoce su destino final, y que no se han destinado a otras finalidades. La falta de prueba de este destino no implica la existencia de un perjuicio, y no puede ni afirmarse ni negarse la alegación de la recurrente de que con dicha sociedad se trata de gestionar centros sanitarios, consultas externas, centro de rehabilitación y cirugía en la Clínica Palma Planas, siendo lo relevante que el dinero se ha destinado a la actividad de dicha sociedad, relacionada con la traumatología, especialidad médica del concursado Dr. Valeriano.
Es muy difícil determinar, en un contexto de tres fiadores a modo de contraaval de la fianza prestada por Isba SGR, si se hubiere conseguido la operación crediticia sin la aludida fianza, siendo evidente, que, al menos en todo caso, se hubiere concedido una cantidad menor, pero por tal motivo no se considera que nos hallemos ante un sacrificio patrimonial injustificado. La existencia de los otros fiadores y su hipotética suficiencia, al igual que el de la sociedad Real Sol SLU, (cuyo concurso no fue admitido por ausencia de pluralidad de acreedores) es irrelevante a los efectos que nos ocupan, al igual de si en aquélla fecha la sociedad estaba o no en práctica insolvencia, no obrando en autos documentación sobre el particular de fácil acceso para el concursado al ser administrador y socio mayoritario de la entidad.
En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación, con desestimación de la demanda interpuesta por el mismo. “:“.SAP Baleares (Sección 5) 23.04.2013 (Sentencia 168/2013; Rollo 10/2013)

“SÉPTIMO.- Cuestión esencial es determinar el concepto tan relativo de perjuicio. A tal respecto, en la sentencia de esta Sala de 10.11.2.012, se indica que en relación con esta concreta acción ejercitada, " *para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil 1) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores..... el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de*

Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso".

-La STS 26 de octubre de 2.012 establece que " *El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude".*

El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.

El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.

Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.

La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.

71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

En el mismo sentido, la STS 8 de noviembre de 2.012, "23. *Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.*

1 *La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).*

2 *En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)."*

De tal doctrina jurisprudencial se infiere: A) Que debe estarse a la situación existente en la fecha en que se concedieron las garantías. B) Lo esencial es determinar si existe un "sacrificio patrimonial injustificado" en el caso concreto.

La Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el contrato en el cual se ha prestado el aval se trata de obtener la explotación de una industria geriátrica, con la adquisición del inmueble en el que se ubica y un establecimiento preparado para dicha actividad y así obtener beneficios, en actividad, además, relacionada con la profesión del concursado. La circunstancia de que finalmente no haya cumplido su objetivo es irrelevante, pues debe estarse a las circunstancias existentes cuando se concertó el contrato, un año y cuatro meses antes de la declaración del artículo 5.3 de la LC, con la lógica esperanza de obtener beneficios económicos con la

explotación de la actividad, y se desconoce la situación de la sociedad en aquella fecha, que se debió ver indudablemente mejorada con la adquisición de este importante activo, lo cual contribuyó a incrementar el valor de las participaciones sociales de la íntegra titularidad del Sr Raimundo. Se desconoce si el concursado a título personal, ya sea como administrador o como médico que trabaja para dicha sociedad obtuvo algún beneficio económico de la sociedad. Tampoco consta prueba sobre la situación de la sociedad y la procedencia del dinero abonado como parte del precio de adquisición de la industria, si bien el Administrador concursal en su informe obrante al folio 118 califica como de "desafortunada" la inversión realizada.
Podría plantearse, a los efectos de determinar si el sacrificio patrimonial es injustificado, si la exigencia de un aval o compromiso de aval puede considerarse como tal, atendida la existencia de una garantía prendaria, pero no puede olvidarse que los vendedores autorizaron la constitución de una hipoteca para hacer obras de rehabilitación, que, ciertamente, en caso de no abonarse, podría suponer un notable detrimento de la garantía prendaria, y suponer la pérdida del inmueble en el que se ubica la industria geriátrica, y tal prenda, aunque existente, sería de un valor económico nulo o muy escaso.
En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación, con desestimación de la demanda interpuesta por el mismo. “;SAP Baleares (Sección 5) 06.06.2013 (Sentencia 253/2013; Rollo 42/2013)

”CUARTO.- Asimismo indicaba este Tribunal que: (...)
“QUINTO.- Y, " Cuestión esencial es determinar el concepto tan relativo de perjuicio. A tal respecto, en la sentencia de esta Sala de 10.11.2.012, se indica que en relación con esta concreta acción ejercitada, " *para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil 1) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores..... el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso".*
-La STS 26 de octubre de 2.012 establece que " *El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude".*
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
En el mismo sentido, la STS 8 de noviembre de 2.012, "23. *Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se*

habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.

3 *La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).*

4 *En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)."*

De tal doctrina jurisprudencial se infiere: A) Que debe estarse a la situación existente en la fecha en que se concedieron las garantías. B) Lo esencial es determinar si existe un "sacrificio patrimonial injustificado" en el caso concreto.

La Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el contrato en el cual se ha prestado el aval se trata de obtener la explotación de una industria geriátrica, con la adquisición del inmueble en el que se ubica y un establecimiento preparado para dicha actividad y así obtener beneficios, en actividad, además, relacionada con la profesión del concursado. La circunstancia de que finalmente no haya cumplido su objetivo es irrelevante, pues debe estarse a las circunstancias existentes cuando se concertó el contrato, un año y cuatro meses antes de la declaración del artículo 5.3 de la LC, con la lógica esperanza de obtener beneficios económicos con la explotación de la actividad, y se desconoce la situación de la sociedad en aquella fecha, que se debió ver indudablemente mejorada con la adquisición de este importante activo, lo cual contribuyó a incrementar el valor de las participaciones sociales de la íntegra titularidad del Sr Héctor. Se desconoce si el concursado a título personal, ya sea como administrador o como médico que trabaja para dicha sociedad obtuvo algún beneficio económico de la sociedad. Tampoco consta prueba sobre la situación de la sociedad y la procedencia del dinero abonado como parte del precio de adquisición de la industria, si bien el Administrador concursal en su informe obrante al folio 118 califica como de "desafortunada" la inversión realizada.

Podría plantearse, a los efectos de determinar si el sacrificio patrimonial es injustificado, si la exigencia de un aval o compromiso de aval puede considerarse como tal, atendida la existencia de una garantía prendaria, pero no puede olvidarse que los vendedores autorizaron la constitución de una hipoteca para hacer obras de rehabilitación, que, ciertamente, en caso de no abonarse, podría suponer un notable detrimento de la garantía prendaria, y suponer la pérdida del inmueble en el que se ubica la industria geriátrica, y tal prenda, aunque existente, sería de un valor económico nulo o muy escaso"; aplicable al supuesto de autos. ":SAP Baleares (Sección 5) 24.06.2013 (Sentencia 271/2013; Rollo 179/2013)

"Como acertadamente se indica en la sentencia de instancia, la clave es determinar si los afianzamientos cuya rescisión se solicita actos gratuitos u onerosos.

En cuanto a la onerosidad de las garantías por deuda ajena -entre las que pudiera hallarse un afianzamiento solidario o un hipotecante no deudor, la STS de 8 de noviembre de 2.012, indica que " *No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-.*

Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.

A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano,.....-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.

Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto....."

En la sentencia de esta Sala de 17 de enero de 2.012, la de la SAP de Barcelona Sec 15 de 8.01.2.009, y de Castellón de 2.06.2.011, entre otras, se declaró que la fianza puede ser objeto de rescisión concursal por la gratuidad del contrato de afianzamiento examinado. Por tanto, La garantía personal sobre el patrimonio del

concursado, como han expuesto de forma concorde las sentencias en esta materia, es un acto jurídico rescindible si concurren los presupuesto del art 71 y 72 de LC en cuanto merma la disposición del patrimonio que tendrán los acreedores en beneficio de uno sólo (aquel a cuyo favor se ha constituido la fianza) siempre que en ésta concurran las notas que la ley concursal define para ser objeto de rescisión.
El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a titulo gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC).
Sobre dicho particular, el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 2.010 señala que " *el Tribunal debe aplicar una presunción "iuris et de iure" en que se estima subsumible el caso concreto, sin que la norma establezca una concesión de discrecionalidad al Juzgador para que la aplique o no según criterios determinados o las circunstancias del caso, a ellos debe limitarse el examen de la impugnación, la cual se resume en que cuando se trata de garantía hipotecaria no cabe aplicar automáticamente, como resultaría de la literalidad del precepto, la presunción "iuris et de iure" y que debe sustituirse por una interpretación que atienda preferentemente a elementos sistemáticos, históricos, sociológicos y, fundamentalmente, teleológicos. En definitiva, lo que se pretende, con base en el análisis de los plurales elementos interpretativos, es que, cuando se trata de examinar el perjuicio, como presupuesto de la acción de reintegración, en el caso de garantías hipotecarias habrá de hacerse un análisis concreto sin aplicación de las presunciones delart. 71.2 LC*
El motivo se desestima porque, con independencia de que la argumentación interpretativa de la recurrente no contiene de "lege data" un soporte consistente, -aunque haya algunas razones-, que permita mantener respecto de las garantías hipotecarias un trato distinto de los restantes actos a que se refiere el apartado 2 del art. 71, y de que la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente -en cierta terminología doctrinal una presunción "iuris et de iure", o presunción impropia-, en cualquier caso el planteamiento del motivo es artificioso.....Sentado que ha habido un acto a título gratuito no es de ver, sea la que sea la postura que se mantenga, como puede resultar excluida la previsión legal; salvo que se estimase que no están comprendidas las hipotecas constituidas a título gratuito, como lo es la constituida en garantía de deuda ajena -hipotecante no deudor-
Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-. La recurrente señala las ventajas patrimoniales, pero falta un soporte probatorio adecuado en la resolución recurrida"-" En parecidos términos se expresa la STS de 13.12.2.010.
En la SAP de Asturias de 14 de marzo de 2.012, se indica que " *la determinación del carácter oneroso o gratuito no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y fiador sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación, pues la garantía solo podrá ser calificada como un acto a título gratuito cuando el garante no haya recibido ningún tipo de contraprestación económica ya sea por parte del acreedor o ya lo sea por parte del deudor."*
En la sentencia de esta Sala de 2.11.2.012, se indicaba que en el ámbito concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (art. 93.2 LC), lo que incluso ha llevado al legislador al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en este tipo de vinculaciones (art. 71.3º.1º) y a la doctrina a precisar que para negar la gratuidad en dichas operaciones, el aspecto conceptual precisa de mayor justificación, hasta el punto de considerar que hace falta que el garante tenga algún interés económico en la operación, y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase, garantía y contraprestación, deben ser congruentes entre sí.
La administración concursal invocó la presunción iure et de iure -que no admite prueba en contrario del perjuicio- por considerar que nos encontramos con actos a título gratuito".
En lo que a la mención del grupo de sociedades refiere la parte apelante, "en cuanto a una posible confusión total de personalidades y patrimonios entre ambos cónyuges fiadores y las sociedades afianzadas, de las que son mayoritariamente titulares, es de señalar que la normativa vigente no contempla la formación de una sola masa activa y pasiva; por el contrario, existen tantas masas activas y pasivas como concursos declarados, independientes entre sí, con sus respectivas listas de acreedores y los correspondientes inventarios que integran los bienes propiedad de cada uno de los concursados, que no coinciden entre sí. Se trata, formal y sustantivamente, de cinco concursos de deudores distintos, por responder cada uno de ellos a la insolvencia de sujetos jurídicos diferentes, con personalidad jurídica propia y diferenciada, aunque se tramiten en un solo procedimiento concursal. Ciertamente, es relevante la vinculación entre las cinco personas físicas
o jurídicas concursadas, pero su personalidad jurídica es distinta, con distintos patrimonios, activo y pasivo".
Y, "puede suscitar controversia la perspectiva temporal a tener en cuenta para apreciar la gratuidad u onerosidad, y sobre el particular compartimos el criterio seguido por la SAP de Asturias antes indicada, que la concurrencia del perjuicio, y, del mismo modo, una posible gratuidad, " *debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que*

se trata".
Y que, "cuestión esencial es determinar el concepto tan relativo de perjuicio. A tal respecto, en la sentencia de esta Sala de 10.11.2.012, se indica que en relación con esta concreta acción ejercitada, " *para la ineficacia de dichos actos, prescinde el legislador del elemento subjetivo, ya que procede aunque no hubiera existido intención fraudulenta, pues las acciones rescisorias no tienen otra finalidad que privar de eficacia a negocios validamente celebrados por el deudor en un época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato y ya sea por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de sus créditos (art. 1911 del Código Civil) ya por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores..... el concepto de perjuicio es el que mayor problema plantea en el conocimiento de la acciones de reintegración (en el caso rescisión) y que como señala la SAP de Pontevedra de 10 de julio de 2012, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la doctrina y jurisprudencia, que ha avanzado en la precisión del concepto a fin de evitar una excesiva ampliación del mismo. Se considera que para valorar si el acto ha sido o no perjudicial, deben valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado (STS de 27 de octubre de 2010), teniendo en cuenta el momento en que el acto objeto de examen fue realizado, esto es, en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento y no cuando se ejercita la acción o se declara el concurso.*
La STS 26 de octubre de 2.012 establece que " *El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.*
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
En el mismo sentido, la STS 8 de noviembre de 2.012, "23. *Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.*
La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).
En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un

sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)."
De tal doctrina jurisprudencial se infiere: A) Que debe estarse a la situación existente en la fecha en que se concedieron las garantías. B) Lo esencial es determinar si existe un "sacrificio patrimonial injustificado".
Ídem en Sentencias de esta Sala, de fechas 15 de marzo de 2013 (2), de 2 de noviembre de 2012 y 28 de marzo de 2011; entre otras.
TERCERO.-Respecto de que con la garantía, cuya rescisión se pretende, se obtienen beneficios para todas las empresas del grupo, dicha argumentación, no puede ser acogida sin mas, pues precisamente en el ámbito concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (art. 93.2 LC), lo que incluso ha llevado al legislador al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en este tipo de vinculaciones (art. 71.3º.1º) y a la doctrina a precisar que para negar la gratuidad en dichas operaciones, el aspecto conceptual precisa de mayor justificación, hasta el punto de considerar que hace falta que el garante tenga algún interés económico en la operación, y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase, garantía y contraprestación, deben ser congruentes entre sí. Como refiere la STS de 13 de diciembre de 2010 lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto, si ha habido o no una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones, o por el contrario, solamente un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de su acervo patrimonial sin compensación económica, no siendo asumible sin mas que las garantías reales intragrupos no puedan considerarse como actos gratuitos.
De hecho, si bien es pacifico en la doctrina afirmar que no cabe apreciar gratuidad cuando la garantía real la presta la matriz por deudas de la filial, por cuanto el crédito recibido por la filial es una atribución que beneficia a la matriz, siendo además el interés del grupo y su existencia implica o supone que la dominante tutele los activos de su filial, la situación es distinta y mas complicada en el caso inverso en el que la garantía real se presta por la filial por deudas de la matriz (y mas aún en el caso que nos ocupa en que la garantía se presta por una filial y a favor de deudas de otra filial), pues a consecuencia de las autonomía de personalidades jurídicas, los acreedores de dicha filial sólo pueden ver atendidos sus créditos con el patrimonio de la concursada, no de la matriz (o de otra filial).
Resolviendo un supuesto similar al que nos ocupa apunta la SAP de Madrid de 20 de abril de 2012 "en el empeño de desvirtuar la presunción iuris tantum del artículo 71.3 de la LC en que se ha fundado la sentencia apelada, la apelante ha tratado de fundar la inexistencia de perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto "... supusieron el reforzamiento del grupo como tal". Ahora bien, aún suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabría preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una especifica sociedad. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencia prácticas que del principio de personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con las del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar como determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que nos es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.
Buena prueba de que no debemos de perder esa perspectiva la constituye que la noción de grupo en el ámbito concursal no ha rebasado la trascendencia estrictamente procesal (se prevé la posibilidad de instar conjuntamente la declaración de concurso de varios deudores que pertenecen al mismo grupo, art. 3.5 LC, que pasa al art. 25 con la reforma legal por Ley 38/2011, o de acumular concursos declarados de varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo, art. 25 de la LC, que pasa al art. 25 bis con la referida modificación legislativa), sin que ello pueda dar lugar a la consolidación de los tratamientos concursales concernientes a las respectivas masas activas y pasivas de las entidades concursadas, lo que sólo excepcionalmente, y ello tras la reforma por ley 38/2011, se prevé expresamente para el caso específico de confusión patrimonial que contempla el párrafo segundo del nuevo art. 25 ter, frente a la previsión de su párrafo primero que postula como regla general precisamente la no consolidación de tales masas...
... Y es que, si bien es cierto que la ley proyecta la presunción de perjuicio indiferenciadamente sobre todo el período de dos años anteriores a la declaración de concurso, no podemos obviar la consideración de que se trata de una lapso de tiempo ciertamente extenso que exige focalizar la atención sobre la concreta fase del mismo en la que se celebra el negocio, constitución del gravamen, presuntivamente perjudicial, y ello con un claro objetivo: discriminar los supuestos en los que el acreedor ha asumido un sacrificio real de aquellos otros en los sólo asume un sacrificio aparente. Pues innecesario resulta aclarar que no es lo mimo que ese negocio se celebre al inicio del período, supuesto este en el que el acreedor cuenta con un margen de dos años dentro

del cual podría verosímilmente iniciar una ejecución singular y ultimar a vía de apremio sobre los bienes del deudor, que constituir el gravamen al final del plazo cuando esa posibilidad deviene ilusoria y cuando a los mas que podría aspirar el acreedor que se convierta en ejecutante sería a obtener una anotación preventiva de embargo que, una vez declarado el concurso, quedaría jurídicamente diluida dentro de la masa pasiva al perder su titularidad toda preferencia sobre el bien embargado... En el segundo caso, el sacrificio sería sólo imaginario porque, aún cuando se hubiera negado al otorgamiento de nuevo plazo para el pago de la deuda vencida, el acreedor quedaría, en todo caso, integrado en la masa del concurso sin el menor privilegio. En otras palabras, carecería objetivamente de aquel poder cuya renuncia pudiera conceptuarse como sacrificio patrimonial, con lo que el aplazamiento de la deuda no comportaría para el deudor, ni consiguiente para su circulo de acreedores, una ventaja susceptible de ser compensada mediante la constitución del gravamen, lo que significaría, en definitiva, que ese gravamen no estaría llamado a compensar o retribuir cosa alguna".
En conclusión, desde el momento en que, como se dijo, la constitución de una garantía a favor de deudas de otras entidades del grupo, no excluye por si sola que no pueda considerarse como una operación gratuita, al no resultar acreditado en que consistiría concretamente el interés que la concursada podría tener al constituir una garantía y menos aún, que concreto perjuicio habría podido sufrir la concursada caso de no haberla prestado, máximo teniendo en cuenta el corto espacio de tiempo transcurrido entre la operación denunciada y la declaración en estado de concurso tanto de la garante como de la deudora principal, siendo que además la situación que expone la apelante sobre que hubiera ocurrido de no llevarse a cabo la operación, no constituyen sino meras hipótesis que ninguna aplicación practica debe surtir, desde el momento en que como refiere la resolución recurrida, no existe reflejo de que ninguna de las entidades se reclamara entre sí por razón de los distintos prestamos concedidos y ello pese a la difícil situación que atravesaban en dicho momento; y con ello, que la constitución de las garantías hipotecarias litigiosas han de considerarse, por gratuitas, un acto perjudicial para la masa activa de la concursada, lo que implica la rescisión e ineficacia de las mismas.
Es más, resulta inexplicable, por absurdo, que se invoquen ventajas para el Grupo, si las sociedades, incluso la matriz, están declaradas en concurso incluso con plan de liquidación, y máxime en régimen de jerarquía o subordinación como invoca la apelante, en aras de un "interés general" del Grupo. Por ello, la idea del reforzamiento del Grupo no es factible, ante la grave y deficitaria situación patrimonial del Sr. Gabriel según Informe Provisional del Concurso a 28 de febrero de 2011, de - 413.777.696, 39 Euros, así como la de "Viajes Marsans, S.A." de -270.807.518,61 Euros, por todo lo cual incluso resulta inútil hablar de "garantías y beneficios cruzados". Hay contradicción, pues, entre el carácter individual del concurso y el interés del Grupo, pero en el caso, según los déficits patrimoniales ad exemplum, ya deja de tener sentido una perspectiva de Grupo.
CUARTO.-La entidad "Inversiones Grudisan, S.L." fue nombrada Administrador Único por tiempo indefinido, de "Imorilla, S.L.", el 16 de agosto de 2006, pero la finca de referencia ya había sido adquirida con mucha anterioridad al préstamo; la entidad "Imorilla, S.L." fue declarada en concurso por Auto de *3 de mayo de 2011;* e insinuándose el Banco por deuda de 15.970.253,80 Euros, las contraprestaciones son mínimas en relación con tal deuda, y ninguna deriva de préstamos por parte del "Banco de Santander" desde el 12 de marzo de 2009.
La parte apelante alega que "Imorilla, S.L." recibió transferencias, directas o indirectas, desde el "Banco de Santander" y "Banif" y desde "Inversiones Grudisán, S.L." (28.000,-, 11.000,-, 299.758,- y 638.500,- Euros), y otras desde la "Banca March". Y, como máxime, las transferencias a 12 de marzo de 2009, según la Banca March, son las obrantes en autos como f. 1092 y 1.156 a 1164 de, a falta de conocer su procedencia, y f. 18-19 (Tomo III de autos), siendo que las demás son anteriores a la constitución de la garantía.
QUINTO.-Si se aprecia el pasivo de la entidad "Imorilla, S.L." sería viable que con su activo pudiere satisfacer a acreedores ordinarios.
Se tiene en especial consideración que en el préstamo de fecha 12 de marzo de 2009, formalizado ante "Banco Santander" y "Viajes Marsans, SA", ésta última prestataria, aparece la entidad "Imorilla, SL" como promitente en un préstamo cuyo importe de 15.000.000,- Euros fue ingresado en la cuenta de "Viajes Marsans", y la promitente no recibió ni se benefició de suma alguna; y con vencimiento a 12 de septiembre de 2009 es evidente que, de no ser atendido, sólo podía causar perjuicios a "Inmorilla, SL", como es claro que fue un serio perjuicio la suscripción por la concursada de una garantía hipotecaria, a 21 de diciembre de 2009 (vencido ya el primero) por importe de nada menos de 1.572.000,- Euros, sin recibir contraprestación directa del indicado préstamo, y respondiendo en la distribución hipotecaria de 1.200.000,-Euros de principal, intereses de un año al 10% y de demora al 11%, costas y gastos al 10%; y perjuicio adicional es que el vencimiento inicial fue novado hasta el 23 de diciembre de 2010, en sustitución de las condiciones pactadas a 12 de septiembre de 2009; otro adicional es que la prestataria no procedió a la devolución del préstamo, a su vencimiento; y otro es que el Banco comunicase la deuda total de 15.970.233,80 Euros, para su reconocimiento, en el concurso de "Imorilla, SL", declarado el *3 de mayo de 2011;* y otro perjuicio es que quedaba gravado el único bien de la concursada, para garantizar una deuda ajena, sin recibir contraprestaciones, salvo algunas para el mantenimiento del inmueble (acto gratuito); y otro es que el plan de liquidación de "Viajes Marsans" no asegura el pago de la deuda, existente desde el 12 de marzo de 2009, al "Banco Santander", por lo que la garantía prometida por "Imorilla, SL" al ejecutarse, perjudicaría enormemente a la masa activa y a sus acreedores, bien sea por disminución del activo, bien por incrementar el pasivo como es garantizar una deuda ajena. Con tal garantía, "Imorilla, SL" no protegía su patrimonio propio, sino que lo gravaba gratuitamente. Entre sus acreedores precisamente había sociedades del Grupo, que pueden insinuar sus respectivos créditos (si los hubiere) por aquellas transferencias, en el concurso de "Imorilla, SL", y que no aparecen en el Anexo II del informe de la Administración Concursal, a 16 de septiembre de 2011. Es claro que la constitución de la garantía real era un "sacrificio patrimonial injustificado", en perjuicio para "Imorilla, SL".
En definitiva, gravar el único bien, patrimonio propio, por deuda ajena, perjudica a la concursada filial y a los acreedores de la sociedad filial garante, en tanto los intereses de "Imorilla, SL" en la matriz o en el Grupo no

aumentaban de valor al constituir la garantía, ni en la dinámica grupal, sobre una deuda preexistente y formalizada aquélla en período sospechoso.”: SAP Baleares (Sección 5) 26.06.2013 (Sentencia 277/2013; Rollo 139/2013)

“PRIMERO.-La demanda instauradora de la presente Litis trae causa la acción rescisoria concursal ejercitada por la administración concursal.
Solicita la rescisión íntegra de las operaciones de cesión de deudas que realizaron las mercantiles MALLORCOMP Y MUSOLAS Y CARDONA a la concursada INTERCONTINENTAL FURNITURES S.L. por importe de 99.022,68 euros asi como la constitución de la hipoteca sobre inmuebles de su propiedad a fin de garantizar el pago de las cantidades adeudadas a PIKOLIN SA en base al articulo 71.3.2.LC por presunción de perjuicio o de modo alternativo, por ser actos perjudiciales de la concursada.
También de conformidad a la cláusula general del art. 71.1 LC por cuanto constituye un acto perjudicial para la masa activa del concurso y vulnerador del principio de paridad de trato entre los acreedores concursales.
Acompaña como prueba documental el documento nº1 correspondiente a la escritura de cancelación de afianzamiento, reconocimiento de deudas, cesión de créditos, cesión de deudas y constitución de garantía hipotecaria.
La concursada y Mallorcomp SL, Intercontinental Furniture SA, Mallorcomp S.L., Musolas y Cardona SL y Alberto presentaron escrito de allanamiento interesando que no se les condenara en costas.
Pikolin SA, Confordes SA y COMPAÑÍA EUROPEA DE ARTICULOS DEL DESCANSO SA, contestó y se opuso a la demanda en síntesis niega que las dos refinanciaciones constituyan el presupuesto que exige la acción rescisoria tanto porque la deuda garantizada con la hipoteca pretendía asegurar el cobro de deuda pasada y futura así como porque no vulnera la par condicio quien favoreció la continuidad de la actividad del grupo suministrando mercancía con posterioridad a la firma de la hipoteca.
Aportó documentación consistente en escritura pública fechada el 13 de julio de 2009 de reconocimiento de deuda y afianzamiento, copia de la comunicación de crédito en el concurso 415/2012, pagarés y facturas de la relación comercial entre las partes, escritura pública de 22 de diciembre de 2010 (la misma que la que aporta la Administración concursal) nuevas facturas, la última fechada el 28 de mayo de 2012.
Solicitó la declaración de DON Alberto así como un dictamen pericial para que informe sobre si la operación llevada a cabo entre la concursada y la codemandada fue o no favorable.
El 24 de enero de 2013 se proveyó sobre la prueba solicitada admitiendo la declaración de DON Alberto inadmitiendo el dictamen pericial propuesto razonando *que el objeto de la prueba: "si la operación objeto de discusión es o no favorable, cuestión sobre la que se centra la labor del Tribunal* " por lo que entendiendo que, la labor pericial debe encaminarse sobre cuestiones científicas, artística técnicas o practicas pero no jurídica, inadmite la misma.
La sentencia desestimó la demanda al considerar que no se constituye una garantía real nueva porque entre las partes regía una prohibición de disponer así como porque el sacrificio patrimonial estaba justificado, atendido la situación financiera y patrimonial.
Contra ella se alza la administración concursal señalando en primer lugar que, a juicio del recurrente se produce un error en el Juzgador en la apreciación de la prueba, dado que PIKOLIN, S.A., no tenía una garantía real sobre las fincas, sino una prohibición de disponer no convenida en escritura pública, ni, por lo tanto, inscrita en Registro Público, por lo que en el supuesto de concurso, ningún privilegio le hubiera concedido a PIKOLIN,
S.A. dicha prohibición; estaríamos ante una mera obligación de no disponer, pero no de una prohibición de disponer con eficacia frente a terceros del art° 34 Ley Hipotecaria.
Es decir, con la operación realizada PIKOL1N, S.A. pasa a ser un acreedor con un crédito hipotecario, privilegiado, cuando sin dicha operación hubiese sido un acreedor con un crédito ordinario.
Respecto a la falta de perjuicio "al encontrarnos en el marco de las garantías contextuales", frente a la conclusión de la sentencia relativa a que " *el hecho de que las garantías se hayan constituido entre sociedades del mismo grupo, permite excluir el perjuicio en tanto que de no pactarse la refinanciación al tratarse del principal proveedor las concursadas se hubieran visto abocadas al cierre absoluto y la liquidación."c* ombate tal conclusión la recurrente pues a su juicio cabe preguntarse, en todo caso, qué beneficio ha reportado a los acreedores de INTERCONTINENTAL FURNITURE, S.L. el incremento de su pasivo y el gravamen de su patrimonio.
La Administración Concursal considera que lo que se ha producido con la asunción de deudas y la constitución de una hipoteca sobre dos fincas de su propiedad, que no estaban gravadas con garantía real, no sólo ha incrementado el pasivo de ésta, sino que puede perjudicar, en un hipotético supuesto de liquidación, a los acreedores que no dispongan de la misma garantía real. Afirma que *el argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resulte además provechosa para la mercantil concursada que constituye el acto dispositivo, carece por completo de interés en el ámbito concursal.*
SEGUNDO.-Centrados los términos objeto del debate procede recordar los hechos que la sentencia declara probados del que destacamos para su posterior análisis los que afectan a la concursada:
1. En fecha 13 de junio de 2009, ante el Notario D. José María Badia Gasedi, se firma una escritura en la que se pactaron los siguientes puntos:
a. Intercontinental Furniture SL reconoce adeudar a Pikolin SA la cantidad do 215.209,28, a Confordes SA la cantidad de 30.111,98 euros y a la Compañía de Artículos del Descanso SA la cantidad de
284.20 euros.
b. Mallorcomp SL reconoce adeudar a Pikolin SA la cantidad de 9.641.06 euros, a Confordes SA la cantidad de 9.824,96 euros y a la Compañía de Artículos del Descanso SA la cantidad de 10.338,47 euros.
c. Para el pago de todos esos importes se fija un calendario de pagos, de 18 plazos, que comenzarían el

17 de junio de 2010 y finalizarían el 17 de noviembre de 2011.

d. Se fijaba como interés remuneratorio del Euribor más dos puntos.

e. D. Alberto. Intercontinental Furniture SL, y Mallorcomp Sl garantizaban personalmente, como fiadores solidarios, todas las obligaciones antedichas, hasta el límite de 400.000 euros.

f. Se introdujo una estipulación por la que se limitaba la disponibilidad del fiador y de Intercontinental Furniture SL. y Mallorcomp SL, sobre determinados inmuebles, entre los que se encontraban las fincas registrales n°6.478 y 6,479. en virtud de dicha cláusula, no se podía ni disponer, ni gravar las fincas sin el consentimiento expreso de Pikolin SA, de Confordes SA, ni de Compañía de Artículos del Descanso SA.

g. Se concedía a los acreedores la posibilidad de declarar vencidas las cantidades aplazadas ante el incumplimiento de cualquiera de los plazos fijados.

2. En fecha 22 de diciembre de 2010, ante el Notario D. José María Badia Gasco, se firma una escritura en la que se pactaron los siguientes puntos de interés para la causa:

a. Se cancela la deuda (400.000e) y la fianza constituida por D. Alberto, Intercontinental Furniture SI. y Mallorcomp SL, a favor de Pikolin SA. Confordes SA y de la Compañia de Artículos del Descanso SA.

b. Intercontinental Furniture SL reconoce adeudar a Pikolin SA la cantidad do 264.475,65 euros, y a Confordes SA la cantidad de 58.075,34 euros.

c. Mallorcomp SL. reconoce adeudar a Pikolin SA la cantidad de 64.283,19 euros, a Confordes SA la cantidad de 9.998,29 euros y a la Compañía de Artículos del Descanso SA la cantidad de 7.012,66 euros.

d. Musolas y Cardona SI, reconoce adeudar a Pikolin SA la cantidad de 4.425,66, y a Confordes SA la cantidad de 13.302,88 euros.

e. Confordes SA y la Compañía de Artículos del Descanso SA cedieron (con anuencia de Intercontinental Furniture SL, Mallorcomp SL y Musolas y Cardona SL) a Pikolin SA los créditos que ostentan frente Intercontinental Furniture SL, Mallorcomp SL. y Musolas y Cardona SL, por un precio total de 88.389,18 euros, que se desglosaba del siguiente modo:

i. 81.376,52 euros del crédito de Confordes SA.

ii. 7.012,66 euros del crédito de Compañía Europea de Artículos del Descanso SA.

f. Mallorcomp SL. y Musolas y Cardona SL., cedieron a Intercontinental Furniture SL las deudas que tenían con Pikolin SA. Confordes SA y con la Compañía de Artículos del Descanso SA, consintiéndolo Pikolin SA. Todo ello por un precio total de 99.022,68 euros que se desglosaba del siguiente modo:

i. 81.294,14 euros de la deuda de Mallorcomp SL.,

ii. 17.728,54 euros de la deuda de Musolas y Cardona SL.

g. Para el pago de todos esos importes se fija un calendario de pagos, de 30 plazos, que comenzarían el 17 de noviembre de 2010 y finalizarían el 17 de abril de 2013.

h. Se fijaba como interés remuneratorio la cantidad de 24.389,65 euros.

i. En garantía de los pagos comprometidos se constituyen hipoteca sobre las fincas registrales n °6.478 y 6.479, propiedad de Intercontinental Furniture SL, para responder de 445.963,33euros, desglosados en 421.573,68 euros de principal, 24.389,65 euros de intereses y 44.596,33 euros de costas y gastos.

j. Se concedía a la acreedora la posibilidad de declarar vencidas las cantidades aplazadas ante el incumplimiento de cualquiera de los plazos fijados.

3. En fecha 29 de junio de 2012 se declaró el concurso voluntario de acreedores de Intercontinental Furniture SL. Mallorcomp SL. Musolas y Cardona SL y de D. Alberto, con la particularidad de que se solicitó de forma conjunta y se declaró de la misma, sobre la base de la concurrencia de los presupuestos del art 25. I LC, por tratarse de un grupo de sociedades y de su administrador.

La acción de reintegración instada por la administración concursal recurrente identifica dos objetos: De una parte *la cesión de deudas* de las otras concursadas a INTERCONTINENTAL y de otra *la constitución de la hipoteca* de tercer rango sobre dos inmuebles ambos constan identificados en la
escritura pública de 22 de diciembre de 2010.

A lo expuesto en los hechos de los escritos de alegaciones, se añade la valoración de la prueba documental admitida y de la declaración del administrador societario de INTERCONTINENTAL, MALLORCOMP SL, MUSOLAS Y CARDONA.

No se ha aportado el informe de la administración concursal ni ningún documento en el que conste la composición societaria y/o los órganos de administración de las concursadas.

Visionado el acto de juicio, la Sala concluye que DON Alberto es el administrador de las tres pues así lo declara. En las escrituras públicas de 2009 y 2010 aparece como "mandatario verbal",(cfr folio 25 y 97) y consta la advertencia notarial de la necesidad de ratificación por sus representados.

En su declaración ante el juez "a quo" también afirmó que INTERCONTINENTAL era la sociedad más antigua y la más fuerte. Además, del análisis de la escritura pública de 13 de julio de 2009 se concluye que
tenía una deuda con:

PIKOLIN, por importe de 215.209,28 euros,

a CONFORDE SA 30.111,98 euros,

a CEASA 284,20 euros.

Por su parte MALLORCOMP reconoce adeudar:

a PIKOLIN 9.641,06 euros,

a CONFORDES 9.824,96 euros y

a CEASA 10.338,47 euros,

La prohibición de disponer afectaba "muy especialmente" a 5 inmuebles propiedad de
INTERCONTINENTAL FURNITURE S.L. y 4 de DON Alberto. De la lectura del documento nº 1 (aportado también por la codemandada apelada) se aprecia que un año después,ante el incumplimiento del calendario de pagos de las concursadas (reconocido también en su declaración por DON Alberto) se otorga escritura pública en la que se pacta otro calendario y se reagrupan las posiciones acreedora y deudora. En la

primera refinanciación se pactaron 18 pagos mensuales
de 15.399,55 euros divididos entre tres sociedades acreedoras; en la segunda refinanciación se pactaron 30 pagos mensuales (hasta mayo de 2011 menores de 7.100 euros, desde mayo de 2011 alrededor de 15.300 euros, o 16.500 o 17.663,49 euros al mes) a la única sociedad acreedora.
En esta segunda escritura comienza señalando que DON Alberto, INTERCONTINENTAL FURNITURE Y MALLORCOMP han satisfecho dicha deuda (400.000) solicitando de las sociedades acreedoras la cancelación del afianzamiento.
Por otro lado, señala que la concursada es dueña de un inmueble que le pertenece por compra en el año 2002, con valor de 958.962, euros y según la escritura tiene cargas inscritas por importe de 295.000 euros de principal en hipoteca a favor de CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS BARCELONA. Y otra a favor de la misma entidad por importe de 125.000 euros de principal, en total 420.000 euros de principal en hipoteca de primer y segundo rango más prestaciones accesorias.
El segundo inmueble le pertenece por compra en 2003; valor 855.535,74 euros; constan hipotecas a favor de CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA respondiendo de 333.000 euros de principal y demás prestaciones accesorias y otra hipoteca a favor de la misma entidad por importe de 125.000 euros, en total(s.e.u.o.)458.000 en hipotecas de primer y segundo grado más prestaciones accesorias.
INTERCONTINTENTAL reconoce adeudar:
264.475,65 euros a PIKOLIN y
58.075,34 euros a CONFORDES, en total 322.550,09 euros.
La cesión de deudas objeto de la rescisión asciende a 99.022,68 euros (fruto de la cesión de MALLORCOMP, MUSOLAS Y CARDONA).
Los intereses por el aplazamiento ascienden a 24.389,65 euros (el aplazamiento del importe satisfecho se distribuye según calendario obrante al folio 48; el primer plazo comienza el 17 de noviembre de 2010, el plazo 30 el 17 de abril de 2013).
La hipoteca objeto de la rescisión se constituye para garantizar 445.963,33 euros (la suma de la deuda de INTERCONTINENTAL, más la cedida, más los intereses) sobre las dos fincas descritas distribuyendo la responsabilidad por mitad y apartes iguales.
El 25 de julio de 2012 la comunicación de crédito presentada por la representación procesal de las apeladas acompaña extracto de impagados de MALLORCOMP (cfr folio 116) y la deuda comunicada tiene vencimientos que comienzan el 25 de noviembre de 2011 y terminan el 30 de mayo de 2012.Los impagados de esta sociedad (que no es nuestra concursada) ascienden a 80.333 euros, impagados de MUSOLAS Y CARDONA (idem, cfr folio 207) la deuda comunicada comienza con un pagaré devuelto en fecha 10 de julio de 2011 se extiende hasta el 15 de mayo de 2012 asciende a 4.284 euros.
INTERCONTINENTAL (CFR FOLIO 252 y ss) la deuda comunicada asciende a 496.592,28 euros de los cuales reclama 403.892,84 euros como privilegio especial. Aporta pagarés no a la orden con vencimiento 18 de julio de 2011 impagados el 21 de julio.
En su declaración el administrador societario de INTERCONTINENTAL admitió que no le habían interrumpido el suministro de material así como que se estaba renegociando una nueva refinanciación en 2012.
De la prueba aportada no consta cuando se presentó la solicitud de concurso.
El auto según la sentencia fue dictado el 29 de junio de 2012.
La sentencia declara que el auto se dictó de forma conjunta por apreciar grupo de sociedades.
TERCERO.-Como hemos resumido, el recurrente discute que se haya acreditado la concurrencia de los presupuestos de grupo a efectos concursales siendo responsabilidad de la demandada la acreditación del beneficio de un acto que,a su juicio, es rescindible por perjudicial así como que no puede equiparse una prohibición de disponer meramente obligacional a una hipoteca.
En relación a este último punto asiste razón al recurrente en cuanto a que la prohibición de disponer no inscrita en ningún caso tendrá eficacia real y tampoco podría calificarse como crédito privilegiado (art 90.1.1LC). Dado que el efecto de la rescisión es que se reconozca el crédito como ordinario si es relevante que, antes de la constitución de la hipoteca, esa habría sido la calificación del crédito y en la cuantía que constaba antes de la cesión de las deudas.
Cuestión distinta es su apreciación de que el perjuicio existe pese a que la refinanciación del año 2010 implicó un aplazamiento en la ejecución y una ampliación de plazos de pago. Tampoco puede decirse que la demandada no haya acreditado el beneficio de esta operación para la concursada.
De la documentación analizada la Sala concluye que en la refinanciación firmada en el año 2009 el calendario de pagos comienza el 17 de junio de 2010 y concluye el 17 de noviembre de 2011(cfr folio 109), en la refinanciación firmada el año 2010 comienza el de 17 de noviembre de 2010 y concluye 17 de abril de 2013 (cfr folio 48).
En segundo lugar según el art 217.7 LEC para la aplicación de las normas sobre carga de la prueba *"el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio* " y en ese punto no puede atribuirse a la codemandada/apelada que no haya realizado un análisis de la composición societaria.
Ninguna de las partes ha aportado el informe de la administración concursal por lo que, en esta alzada desconocemos la información que ofrecieron las concursadas y el análisis de las causas de la insolvencia que en el se realizó.
Los artículos invocados en la demanda son el art 71.1. Lc y el 71.1.3; el art 71.1 LC dispone:
" *1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*
El artículo invocado el art 71.1.3 dispone:
"3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso."
El demandante acude a la presunción de perjuicio iuris tantum.
No obstante, de los hechos consideramos también invocado y contestado el que define la presunción iuris et de iure para la rescisión de hechos gratuitos artículo 71.2 LC que dispone:
"El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente."
Respecto a los actos gratuitos corresponde al que lo alega probar que en el momento en que se realizó la operación no se obtuvo contraprestación a cambio.
De la escritura pública correspondiente a la primera refinanciación (13 de julio de 2009) se colige que ambas partes pactaron:
El vencimiento anticipado para exigir el pago total de las cantidades adeudadas en ese momento en caso de falta de pago a su vencimiento de cualquiera de los plazos fijados (cfr cláusula sexta folio 204).
Según en cuadro de pagos (al folio 109) en julio de 2009 se otorga plazo hasta junio de 2010 y de la deuda total de 202.123,43 euros 28.281,01 euros y 266,92 euros están imputados a INTERCONTINENTAL en tanto las cantidades que deben las sociedades que después cedieron la deuda a esta concursada son cantidades sensiblemente inferiores (9.641,06; 9.824,96; 10.338,47).
El cálculo de intereses respecto al principal no ha sido analizado con criterios de mercado, se inadmitió la pericial económica y no fue recurrida tal decisión. La Sala no va a realizar un análisis de la carga financiera. Simplemente reseñar que en la primera escritura se cifra en el interés anual del Euribor más dos puntos. En la escritura fechada en 2010 cuyos actos son objeto de la presente apelación se calculan en 24.389,65 euros.
Atendidos los hechos expuestos, no parece que la demora en la ejecución de una deuda de más de 200.000 euros de una suministradora importante para la mercantil (tampoco sabemos su volumen de negocio pero las partes no han discutido que se trata de un proveedor relevante) sea un acto gratuito por lo que la relación entre las empresas en cuanto al contenido económico de sus pactos, impide acoger la presunción iuris et de iure.
CUARTO.-Si se invocó expresamente por la administración concursal el perjuicio respecto a esta asunción de deudas y respecto a las hipotecas de tercer grado que analizaremos conjuntamente con la presunción iuris tantum.
El perjuicio en las acciones de reintegración ha sido objeto de análisis en numerosa jurisprudencia, podemos tomar como punto de partida la definición del mismo como sacrificio patrimonial injustificado puesto que la rescisión se solicita invocando la presunción de perjuicio respecto a la constitución de una garantía hipotecaria para una deuda que antes de 2010 no tenía garantía real y que fue incrementada con las deudas de otras sociedades administradas por Don Alberto.
Como a ella se opone que la operación fue beneficiosa en conjunto para el grupo Musolas debemos acudir al estudio de las garantías intragrupo con la dificultad antes expuesta de que no consta en estos autos la relación vertical u horizontal, la cualidad de dominante o de filial de la hipotecante cuestiones que entiende el administrador concursal que debía probar el codemandado, pero que también y fácilmente podría haber despejado el. La sentencia tiene por hecho admitido que son grupo de empresas.
En cuanto al concepto la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Alicante de del 15 de Octubre del 2013 (ROJ: SJM A 436/2013)con cita de doctrina razona:
"En concreto de las garantías reales intragrupos la afirmación de que no pueden considerarse gratuitas los actos de garantía que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico-grupo- y actúan como una unidad no obstante la STS de 19 de septiembre de 2002, no parece que sea asumible sin más, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso, como apunta la STS de 13 de diciembre de 2010.
Es pacífico entre la doctrina científica (entre otros R. Escribano y Carrasco Perera) que no cabe apreciar gratuidad cuando la garantía real la presta la matriz por deudas de la filial, por cuanto el crédito recibido por la filial es una atribución que beneficia a la matriz por el flujo de potencies dividendos, sino que además el interés del grupo y su existencia implica o supone que la dominante tutele los activos de la filial.
En cambio, la situación es distinta y más complicada en el caso inverso en el que la garantía real se presta por la filial por deudas de la matriz, en el que se dice que no basta el genérico interés de grupo, presumiéndose la gratuidad de la garantía salvo que se pruebe la existencia de alguna contraprestación a favor de la filial. Lógica prevención pues en caso de concurso de la filial, cuya decisiones están sujetas al control de dirección de la matriz, y consecuencia de la autonomía de personalidades jurídicas, los acreedores de dicha filial solo pueden ver atendidos sus créditos con el patrimonio de la concursada, no de la matriz, salvo que se declare una solidaridad (por levantamiento del velo u otras figuras), por lo en una situación de dominación es evidente el riesgo de que dichos acreedores se vean perjudicados al comprobar como el patrimonio de su deudor, por mor de la voluntad de la dominante, se destina a satisfacer o garantizar deudas ajenas (las de la dominante).
Por tanto y en supuestos de garantías intragrupo otorgada por la filial el perjuicio patrimonial por la constitución de la garantía debe ubicarse en la masa activa diferenciada de la garante concursada. Supuesto al que se refiere la SAP de Barcelona de 26 de julio de 2007 en el caso de una concursada que constituyó una hipoteca, siete meses antes del concurso, en garantía de una deuda ajena de persona jurídica especialmente relacionada (ex art. 93.2.3° LC) a título lucrativo o gratuito pues nada obtuvo a cambio.

En este sentido se pronuncia la SJM N° de La Coruña de 9 de diciembre de 2009, que diferencia entre el supuesto de constitución de garantías reales por parte de la sociedad matriz por deudas de sus filiales, al que sería de aplicación la doctrina jurisprudencial expuesta en la STS de 19/9/2002, de "los casos de las garantías prestadas por una filial a favor de la matriz o de otras sociedad hermana (up stream guarantee) en los que debe presumirse el carácter gratuito de la garantía salvo que la filial reciba algún tipo de contraprestación (Carrasco Perera, "LOS DERECHOS DE GARANTÍA EN LA LEY CONCURSAL'% pues desde la perspectiva de los acreedores de la filial declarada en concurso nada aporta el que la garantía haya beneficiado verticalmente al grupo".
Por su parte la SAP de Barcelona de 4 de julio de 2011 es contundente al afirmar que" El mero hecho de que pueda existir una relación de grupo entre la concursada y tos deudores garantizados no es por sí misma, razón por la que deba considerarse que el acto no es gratuito y no resulte de aplicación la presunción iuris et de iure de perjuicio del art. 71.2 LC. Nada autoriza a llegar a esa conclusión, que podría poner en cuestión toda la lógica del precepto, Es precisamente en el ámbito de las personas especialmente relacionadas, entre tas que se encuentra el grupo de empresas, donde se pueden producir negocios jurídicos de carácter gratuito. De manera que resulta irrazonable excluir la aplicación de la norma por el mero hecho de existir la relación de grupo y añade, en sintonía con lo antes expuesto "Cuestión distinta es que, por la particular naturaleza de las relaciones existentes dentro del grupo de sociedades, pueda concluirse que una operación que aparentemente es gratuita no lo sea en realidad, porque exista un interés económico por parte de quien lo realiza que la explique, más allá de la mera liberalidad. Eso es distinto y admisible. Habrá que analizar la operación, en si misma considerada y en el contexto en el que se produjo, para determinar si verdaderamente es gratuita u onerosa, pues únicamente en el primer caso entraría dentro de la presunción de perjuicio del art, 71,2 LC " apuntado que la onerosidad de la constitución de la garantía puede proceder de otras razones, "tales como el mismo interés económico que la sociedad que la constituye podría tener en la propia obligación garantizada
o en los deudores",pero "El mero hecho de que los deudores garantizados sean personas especialmente relacionadas con ella no es suficiente cuando está acreditado que se trata de una obligación preexistente y no se ha acreditado qué concreto perjuicio habría podido sufrirla concursada caso de no haberla prestado, sea de forma directa o indirecta".
Como analizó esta Sala en sentencia del 17 de Abril del 2013 (ROJ: SAP IB 800/2013)Recurso: 72/2013 De nuevo analizando la gratuidad pero cuya argumento acogemos como acreditativo de beneficio suficiente para mantener la operación:
"en el ámbito que ahora ocupa, -el de la rescisión concursal-, el conflicto se sitúa en la identificación y efectos del concepto de "interés de grupo", como concepto jurídico indeterminado que explica las concretas operaciones enjuiciadas desde una perspectiva superior que la meramente individual de cada sociedad-isla. Su correcta determinación obliga a atender a las circunstancias del caso concreto, pero pueden apuntarse algunas premisas generales.
La primera indicación para identificar este interés superior, como deriva de su propia naturaleza, será la de subrayar la necesidad de contemplar la operación cuya rescisión se pretende en su conjunto, con ponderación de los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas obtenidas por la dominante
o por el grupo en su conjunto o, incluso, por las ventajas "compensatorias" obtenidas por la propia filial como participante de las "sinergias creadas por el grupo".
En el caso de la constitución de garantías por parte de la filial en favor de la dominante o de una sociedad "menos saludable" del grupo obliga, pues, a analizar, las compensaciones que aquélla haya podido obtener, bien directamente, bien por los beneficios o "sinergias" que pudieran reportarle por haber beneficiado a todo el grupo.
De no identificarse este interés superior, -en la globalidad de la operación-, se estará ante un acto gratuito, que cae bajo el ámbito de la presunción iuris et de iure y asegura el éxito de la rescisión de la operación.
Una garantía constituida por la sociedad concursada, filial del grupo, vinculando su propio patrimonio a la suerte de una obligación contraída por un tercero, (dominante o sociedad hermana) de manera contextual, formando parte de la causa económica del contrato, en línea de principio, y como argumenta la entidad recurrente, no es un acto gratuito, por lo que no juega la presunción de perjuicio iuris et de iure."
En este supuesto no lo es porque el crédito se concede al el deudor concursado, quien lo garantiza y obtiene con ello una compensación, que no tiene por qué ser necesariamente el correlativo ingreso de un activo patrimonial, sino que puede consistir en una ventaja indirecta, financiera o comercial, por ejemplo de los datos analizados en el fundamento jurídico anterior, a falta de la información sobre volumen de negocio o ante la ausencia de prueba sobre una eventual precariedad de la concursada en las condiciones de negociación - extremo este último negado por el declarante Sr Alberto - y no siendo imputable la falta de evidencia del descalabro que supuso pretendidamente la refinanciación a la mercantil apelada, consta en autos que:
-Se consiguió evitar la ejecución de la deuda vencida desde el año 2009.
-Continuó el suministro de material incluso durante el concurso y
-El importe garantizado con la hipoteca cuya rescisión se solicita (445.963,33 euros)se corresponde casi con el concedido como afianzamiento máximo en el año 2009 (400.000 euros)del que según el análisis de los hechos declarados en la sentencia de instancia,
-además de conceder más plazo para el pago de lo ya debido a 264.475,64 más 58.075 asumiendo el pago de 64.283,19, más 9.998, 7.012.66 más 4425,66 más 13.302,88 más 24.389,65 de intereses,
-ha permitido nueva deuda correspondiente a la descrita (s.e.u.o.) en la comunicación de créditos (desconocemos también si ha fue reconocido el crédito comunicado).
Por ello se infiere que a causa de la refinanciación además de no ejecutar ni en 2009 ni en 2010 PIKOLIN procedió a conceder crédito pese a la deuda reconocida en 2010 pues según la comunicación de crédito obrante al folio 113 se autoriza nueva deuda que, en principio, excedería de lo garantizado, en relación a INTERCONTINENTAL en 92.699,44 euros constando deuda por suministro;

Téngase en cuenta que no estamos ante una entidad financiera sino ante sociedades anónimas cuyo objeto social no parece ser la intermediación inmobiliaria ni concesión de crédito a cambio de garantías y se continua suministrando también -de nuevo en menor cuantía -a las otras sociedades declaradas en concurso conjunto y según declara la sentencia apelada "formando grupo·"
Es por ello que, en este caso concreto, con los datos de que disponemos en esta alzada, no se aprecia injustificado el gravamen hipotecario de tercer grado sobre dos inmuebles de la sociedad con deudas ostensiblemente más elevadas contraídas con la apelada, respecto a las demás declaradas en concurso en el mismo auto.
En conclusión, ni la asunción de deuda ni la constitución de hipoteca se consideran perjudiciales. En este punto no procede estimar el recurso y debemos confirmar la sentencia desestimatoria; ello unido a que la administración concursal litiga en beneficio de la masa se motiva que no se impongan las costas de esta alzada pese a la desestimación del recurso. “:SAP Baleares (Sección 5) 21.01.2014 (Sentencia 14/2014; Rollo 520/2013)

“TERCERO.- En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante una operación financiera, que no precisa de un meticuloso desarrollo argumental para alcanzar la conclusión, de que tal operación resultó objetivamente perjudicial para la masa activa del concurso de RIBELL ADVANCE S.L., desde el momento en que con la carga hipotecaria, en cuanto proyectada a brindar una garantía a un préstamo concedido a favor de un tercero, respondiendo de un total de 10.762.770.- euros, supuso un gravamen que disminuyó el valor de la finca hipotecada en esa exacta medida.
En puridad, el objeto de la controversia, como ya apuntara el juez a quo, radica en analizar si en el marco concreto en que se desarrollo el acto impugnado, permite concluir que el mismo no puede ser considerado como gratuito ni perjudicial para la masa activa del concurso, partiendo de la premisa declarada en la instancia y que no ha sido objeto de impugnación, del reconocimiento de la existencia del grupo Nueva Rumasa del que forma parte Ribell Advance SL (Fundamento de Derecho Primero), ni la vinculación existente entre PERFIL INMOBILIARIO EXTRAMUROS S.L, BARDAJERA S.L. Y RIBELL ADVANCE SL, con coincidencia de personas en los órganos de administración de las mercantiles, con una gestión coordinada bajo la estructura de la familia de Luis Manuel (Fundamento de Derecho Sexto), sin que puedan ser tomadas en consideraciones las manifestaciones efectuadas por la administración concursal tanto en su escrito de oposición, como en el acto de la vista, en orden a que "no queda probado que EXTRAMUROS forme parte del accionariado del Grupo", por no haber impugnado el pronunciamiento de instancia que declara su vinculación con el grupo; en cualquier caso, la vinculación declarada, se desprende igualmente de la prueba documental admitida en esta alzada, esto es, el informe de la administración concursal de BARDEJERA S.L. (folios 1631 y ss), en que con las limitaciones que indica, ya pone de manifiesto que dicha entidad "ha sido el vehículo del Grupo Nueva Rumasa para canalizar los movimientos de fondos de unas sociedades a otras fuera de todo control" (folio 1646) y al efectuar el análisis financiero, incluye como sociedades de grupo a las cuales se les gestionaba la tesorería (clientes), o se le traspasaban fondos (deudores varios) o de las que se recibían fondos (acreedores varios), a la entidad PERFIL INMOBILIARIO EXTRAMUROS (folios 1656, 1657, 1660).
Al respecto como ya tuvo ocasión de señalar este mismo Tribunal en Sentencia de fecha 12 de febrero de 2014, analizando un supuesto en que al igual que en el presente se impugnaba el acto de constitución de una hipoteca en garantía de un préstamo a favor de un tercero y con cita a la STS de 8 de noviembre de 2012
"2. La onerosidad de las garantías por deuda ajena.
26. No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condictio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa....
28. Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Llegge fallimentare que la asimila a otros actos onerosos "sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, (...)". (también son revocados, si el curador (administrador concursal) prueba que la otra parte conoció el estado de insolvencia del deudor, los pagos de deudas líquidas y exigibles, los actos a título oneroso y los constitutivos de un derecho de prelación por deudas, también de tercero, contextualmente creados (...)).
3. El perjuicio en las garantías de obligaciones de sociedades del mismo grupo
29. Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo

" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco."
Y en la Sentencia de fecha de 2 de noviembre de 2012 (Rollo 317/12)
" Como refiere la STS de 13 de diciembre de 2010 lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto, si ha habido o no una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones, o por el contrario, solamente un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de su acervo patrimonial sin compensación económica, no siendo asumible sin mas que las garantías reales intragrupos no puedan considerarse como actos gratuitos.
De hecho, si bien es pacifico en la doctrina afirmar que no cabe apreciar gratuidad cuanto la garantía real la presta la matriz por deudas de la filial, por cuanto el crédito recibido por la filial es una atribución que beneficia a la matriz, siendo además el interés del grupo y su existencia implica o supone que la dominante tutele los activos de su filial, la situación es distinta y mas complicada en el caso inverso en el que la garantía de real se presta por la filial por deudas de la matriz (y mas aún en el caso que nos ocupa en que la garantía se presta por una filial y a favor de deudas de otra filial), pues a consecuencia de las autonomía de personalidades jurídicas, los acreedores de dicha filial sólo pueden ver atendidos sus créditos con el patrimonio de la concursada, no de la matriz (o de otra filial).
Resolviendo un supuesto similar al que nos ocupa apunta la SAP de Madrid de 20 de abril de 2012 "en el empeño de desvirtuar la presunción iuris tantum del artículo 71.3 de la LC en que se ha fundado la sentencia apelada, la apelante ha tratado de fundar la inexistencia de perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto "... supusieron el reforzamiento del grupo como tal". Ahora bien, aún suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabría preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una especifica sociedad. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencia prácticas que del principio de personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con las del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar como determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que nos es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.
Buena prueba de que no debemos de perder esa perspectiva la constituye que la noción de grupo en el ámbito concursal no ha rebasado la trascendencia estrictamente procesal (se prevé la posibilidad de instar conjuntamente la declaración de concurso de varios deudores que pertenecen al mismo grupo, art. 3.5 LC, que pasa al art. 25 con la reforma legal por Ley 38/2011, o de acumular concursos declarados de varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo, art. 25 de la LC, que pasa al art. 25 bis con la referida modificación legislativa), sin que ello pueda dar lugar a la consolidación de los tratamientos concursales concernientes a las respectivas masas activas y pasivas de las entidades concursadas, lo que sólo excepcionalmente, y ello tras la reforma por ley 38/2011, se prevé expresamente para el caso específico de confusión patrimonial que contempla el párrafo segundo del nuevo art. 25 ter, frente a la previsión de su párrafo primero que postula como regla general precisamente la no consolidación de tales masas...
... Y es que, si bien es cierto que la ley proyecta la presunción de perjuicio indiferenciadamente sobre todo el período de dos años anteriores a la declaración de concurso, no podemos obviar la consideración de que se trata de una lapso de tiempo ciertamente extenso que exige focalizar la atención sobre la concreta fase del mismo en la que se celebra el negocio, constitución del gravamen, presuntivamente perjudicial, y ello con un claro objetivo: discriminar los supuestos en los que el acreedor ha asumido un sacrificio real de aquellos otros en los sólo asume un sacrificio aparente. Pues innecesario resulta aclarar que no es lo mimo que ese negocio se celebre al inicio del período, supuesto este en el que el acreedor cuenta con un margen de dos años dentro del cual podría verosímilmente iniciar una ejecución singular y ultimar a vía de apremio sobre los bienes del deudor, que constituir el gravamen al final del plazo cuando esa posibilidad deviene ilusoria y cuando a los mas que podría aspirar el acreedor que se convierta en ejecutante sería a obtener una anotación preventiva de embargo que, una vez declarado el concurso, quedaría jurídicamente diluida dentro de la masa pasiva al perder su titularidad toda preferencia sobre el bien embargado... En el segundo caso, el sacrificio sería sólo imaginario porque, aún cuando se hubiera negado al otorgamiento de nuevo plazo para el pago de la deuda vencida, el acreedor quedaría, en todo caso, integrado en la masa del concurso sin el menor privilegio. En otras palabras, carecería objetivamente de aquel poder cuya renuncia pudiera conceptuarse como sacrificio patrimonial, con lo que el aplazamiento de la deuda no comportaría para el deudor, ni consiguiente para su circulo de acreedores, una ventaja susceptible de ser compensada mediante la constitución del gravamen, lo que significaría, en definitiva, que ese gravamen no estaría llamado a compensar o retribuir cosa alguna".
CUARTO.- Aplicando tal doctrina al caso que nos ocupa, hemos de de averiguar si la operación denunciada ha tenido una concreta de contrapartida para la sociedad hipotecante o, en su defecto, al menos para el interés

del grupo en que aquella participa, pero sin dejar de tener presente que la destrucción de la falta de gratuidad, no puede sustentarse en la simple invocación genérica e inespecífica acerca de la pertenencia al grupo si ello no va acompañado de la necesaria demostración de que ello se traduce en un contraprestación
o un beneficio preciso y determinado para la sociedad garante.
Al efecto la recurrente se limita a alegar que la hipoteca objeto de autos, se enmarca dentro de una operación de financiación del grupo de empresas Nueva Rumasa, y al respecto refiere que la estructura financiera se componía de tres partes: a) obtención de financiación externa, a través de créditos bancarios, garantizados por garantías reales de activos pertenecientes a las distintas empresas del grupo; b) envio del capital obtenido a BARDAJERA S.L., que posteriormente los repartía entre las distintas sociedades según las necesidades de atender obligaciones individuales; c) financiación de las sociedades del grupo, bien mediante las aportaciones que realizara directamente BARDAJERA S.L., o bien a través de otras empresas que en ese momento tuvieran capital.
Ahora bien, dicha afirmación no sirve por sí sola para determinar que la concursada se vio beneficiada con la concreta operación que nos ocupa, ni tampoco con la financiación global que relaciona; al contrario, de la documentación aportada, se infiere que la hipoteca se constituye el 24 de marzo de 2011 (fecha de inscripción registral) para garantizar un préstamo de 21.000.000.- euros que se concede a favor de PERFIL INMOBILIARIO EXTRAMUROS S.L. mediante escritura pública de 27 de mayo de 2009; no se expresa que concreta vinculación existe entre la garante y la prestataria, quien al parecer derivó la totalidad del importe del préstamo obtenido a la entidad BARDAJERA S.L.; los créditos que al parecer ostenta BARDEJARA S.L., contra la concursada, amen de ser muy inferiores a la carga hipotecaria, se desconocen si guardan relación con aquel préstamo, de hecho si su origen se deriva de las ordenes de transferencias dadas contra su cuenta en Banco Echevarria (folios 1533 y ss), resulta que todas ellas son anteriores a la constitución a la hipoteca, y bien pudieran obedecer a otras operaciones de financiación distinta de la que es objeto de autos, pues tampoco son coincidentes las fechas de las transferencias con la fechas de obtención del préstamo.
Es cierto, como afirma la recurrente, que del informe de la administración concursal puede desprenderse que otras sociedades que conforman el grupo Nueva Rumasa resultan ser acreedoras de la concursada, pero no se aclara que los ingresos a que hace referencia guarden relación alguna con la operación objeto de la presente litis, y resulta curioso que en su propio escrito venga a reconocer esa falta de conexidad, al referir que el interés de la concursada no era otro que saber "que si hipotecaba su activo a favor de la de la deuda de otra sociedad del grupo, ella misma tendría financiación cuando esta lo necesitare" y que la concursada "no tiene trabajadores ni explotaba otra actividad distinta que arrendar el Hotel a otras sociedades del grupo".
En consecuencia, dado que no se ha logrado desvirtuar el carácter gratuito del acto denunciado, al momento de su otorgamiento, y que tampoco puede tener acogida la alegación que formula la recurrente en orden a la protección registral que invoca (tercero de buena fe), toda vez que cuando adquirió por cesión el crédito, ya había sido declarada en concurso la entidad garante, por lo que resulta imposible admitir que desconociese la real situación económica de la concursada, como bien alega la administración concursal, procede en estos concretos extremos desestimar el recurso que se examina. “:SAP Baleares (Sección 5) 29.04.2014 (Sentencia 131/2014; Rollo 73/2014)

“TERCERO.- En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante una operación financiera compleja. Con ocasión de la concesión de un préstamo a favor de PERFIL INMOBILIARIO EXTRAMUROS por importe de 21 millones de euros y vencimiento un mes después de la entrega,se constituyeron en fiadoras solidarias 4 sociedades y 5 sociedades mas (entre las que están Uriel y Ribell), en garantes hipotecarios.
El contrato elevado a escritura pública nos indica que el préstamo se perfeccionó ese mismo día y el destino del numerario fue ingresado en una cuenta titularidad de la prestataria en el BANCO prestamista. Por lo tanto con anterioridad a la constitución de las garantías hipotecarias rescindidas.
Expresamente se hace constar que el capital se destina a la cancelación del crédito concedido mediante contrato de apertura de crédito en cuenta corriente intervenida en fecha 2 de abril de 2009 con vencimiento de 17 de mayo de 2009; hacen constar que para obtener nueva financiación se ha convenido un contrato de préstamo con garantía hipotecaria;no obstante como hemos anticipado la escritura de constitución de préstamo con garantía hipotecaria distingue entre garantes por ejemplo la mercantil LERTON HOLDINGS INC domiciliada en BELICE OFFSHORE CENTER; o CARNES Y CONSERVAS ESPAÑOLAS SA O GRUPO DHUL e hipotecantes no deudores entre los que está Ribell Advance(rollo 73/2014) y la mercantil que nos ocupa.
Lo cierto es que antes de que se inscribiera a nombre de URIEL Advance (en lo sucesivo Uriel) la adquisición de los inmuebles por compraventa ya se había otorgado la escritura pública del préstamo que se garantizada con ésta hipoteca, y antes de que se hubiera inscrito la hipoteca en garantía del préstamo fechado en mayo de 2009, ya se había producido una novación modificativa de dicho contrato de préstamo, entre otros elementos, en cuanto al plazo de vencimiento.
Esto es sin esta garantía-la hipoteca sobre las 3 fincas- BANCO SANTANDER SA transfirió el importe solicitado y amplió -de un mes a un año - el plazo para que EXTRAMUROS devolviera el préstamo por importe de 21 millones de euros más intereses.
De una parte la constitución de una hipoteca en garantía de 6.311.990 euros inscrita el Registro de la Propiedad el 24 de marzo del año 2011 en calidad de hipotecante no deudor en aquella operación de financiación fechada en 2009 es objetivamente una minoración del patrimonio de la concursada.
Puesto que no es hecho discutido que Uriel Advance S.L. pertenece a lo que las partes y el Juez a quo denominan grupo Nueva Rumasa - asimilando el nombre con el que se presentan las distintas sociedades a un grupo de empresas- procede analizar la posible ventaja compensatoria que hubiera obtenido la concursada como consecuencia del negocio que estudiamos.
El auto de admisión de prueba ex art 194.4 LC califica de hecho notorio la existencia del grupo, fija como fechas para los requerimiento de documentación a la prestamista (EXTRAMUROS) y la denominada sociedad

caja (BARDAJERA) desde la fecha del otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria el 27 de mayo de 2009, fecha de la escritura pública -que no de constitución de la hipoteca como erróneamente señala la sentencia-, hasta el 21 de junio de 2011, fecha de la declaración del concurso.
Como resultado de la práctica de la prueba, pese a que los requerimientos de documentación a las sociedades no pudieron ser notificados, se localizó a los Administradores. Así, la administradora societaria de EXTRAMUROS: Doña María Teresa y el administrador concursal de BARDEJERA si fueron notificados. La primera no contestó al requerimiento y el juez denegó la prueba testifical de la misma por no haber sido solicitada en el momento procesal oportuno. En tanto la Administradora Concursal de BARDAJERA remitió los documentos requeridos, (cfr 1546) aportando extracto de cuenta corriente de BARDAJERA SA con los movimientos que reflejan las transacciones realizadas a esta concursada; copia de las ordenes de transferencias, así como libros mayores de ejercicio 2009, 2010 y 2011 hasta 13 de mayo de 2011 donde se reflejan los movimientos habidos de donde se reconoce que existen créditos a favor de BARDAJERA por importe de 863.034,07 euros. Revisada dicha documentación al folio 1548 y 1549 constan las subcuentas de los años 2009 y 2010.
Desde el 15 de junio de 2009 hasta el 17 de septiembre de 2010 se recibieron transferencias por ese importe. Las de mayor importe (108.333,33 euros cada una) corresponden a los meses de noviembre, diciembre 2009 y enero, febrero y marzo 2010. La última data de septiembre de 2010 y según la información remitida por el AC de BARDAJERA asciende a 25.657 euros.
Se desconoce qué necesidad de tesorería tenía la concursada para requerir estas transferencias así como porqué las ordenaba BARDAJERA.
Atendido que el acto cuya rescisión solicita la administración concursal se perfeccionó, por aplicación del art 145 de la Ley Hipotecaria y dio lugar al gravamen cuya cancelación se pretende en fecha 24 de marzo de 2011, no apreciamos la relación onerosa entre las disposiciones recibidas en los años 2009 y 2010 (863.034,00 euros) y la constitución de la hipoteca sobre las fincas de esta concursada en marzo de 2011.
Descartamos la ausencia de gratuidad invocada para justificar el gravamen de los únicos inmuebles titularidad de la concursada por importe de más de seis millones de euros, sin que la referencia a la resolución DGRN de 2 de noviembre de 2011 sobre la "exigencia de los requisitos de capacidad verificados en el momento del otorgamiento y que se vieron afectados por la declaración de concurso entre el asiento de presentación y la inscripción" resulte en absoluto de aplicación. A ello se añade que el concurso se declaró 21 de junio de 2011,como acertadamente destaca la administración concursal en su oposición al recurso, en fecha 31 de enero de 2012 se llevó a cabo la cesión y transmisión de la posición que ostentaba BANCO SANTANDER SA en el crédito hipotecario mediante escritura de individualización de créditos, dato que será analizado en fundamento aparte.
A la vista de estos hechos probados, la constitución de la hipoteca en marzo de 2011 se declara gratuita respecto al préstamo concedido a EXTRAMUROS en el año 2009 con el que se pretende causalmente vincular como onerosa.
Al respecto como ya tuvo ocasión de señalar este mismo Tribunal en Sentencias de fecha 16 de diciembre de 2013 y 12 de febrero de 2014, analizando un supuesto en que, al igual que en el presente,se impugnaba el acto de constitución de una hipoteca en garantía de un préstamo a favor de un tercero y con cita a la STS de 8 de noviembre de 2012 *"2. La onerosidad de las garantías por deuda ajena.*
26. No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condictio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa....
28. Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Llegge fallimentare que la asimila a otros actos onerosos "sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, (...)". (también son revocados, si el curador (administrador concursal) prueba que la otra parte conoció el estado de insolvencia del deudor, los pagos de deudas líquidas y exigibles, los actos a título oneroso y los constitutivos de un derecho de prelación por deudas, también de tercero, contextualmente creados (...)).
3. El perjuicio en las garantías de obligaciones de sociedades del mismo grupo
29. Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo " en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco."
Y en la Sentencia de fecha de 2 de noviembre de 2012 (Rollo 317/12) " Como refiere la STS de 13 de

diciembre de 2010 lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto, si ha habido o no una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones, o por el contrario, solamente un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de su acervo patrimonial sin compensación económica, no siendo asumible sin mas que las garantías reales intragrupos no puedan considerarse como actos gratuitos.
De hecho, si bien es pacífico en la doctrina afirmar que no cabe apreciar gratuidad cuanto la garantía real la presta la matriz por deudas de la filial, por cuanto el crédito recibido por la filial es una atribución que beneficia a la matriz, siendo además el interés del grupo y su existencia implica o supone que la dominante tutele los activos de su filial, la situación es distinta y mas complicada en el caso inverso en el que la garantía de real se presta por la filial por deudas de la matriz (y mas aún en el caso que nos ocupa en que la garantía se presta por una filial y a favor de deudas de otra filial), pues a consecuencia de las autonomía de personalidades jurídicas, los acreedores de dicha filial sólo pueden ver atendidos sus créditos con el patrimonio de la concursada, no de la matriz (o de otra filial).
Resolviendo un supuesto similar al que nos ocupa apunta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 2012 " *en el empeño de desvirtuar la presunción iuris tantum del artículo 71.3 de la LC en que se ha fundado la sentencia apelada, la apelante ha tratado de fundar la inexistencia de perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto "... supusieron el reforzamiento del grupo como tal". Ahora bien, aún suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabría preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una especifica sociedad. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencia prácticas que del principio de personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con las del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar como determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que nos es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.*
Buena prueba de que no debemos de perder esa perspectiva la constituye que la noción de grupo en el ámbito concursal no ha rebasado la trascendencia estrictamente procesal (se prevé la posibilidad de instar conjuntamente la declaración de concurso de varios deudores que pertenecen al mismo grupo,art. 3.5 LC, que pasa alart. 25 con la reforma legal por Ley 38/2011, o de acumular concursos declarados de varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo, art. 25 de la LC, que pasa al art. 25 bis con la referida modificación legislativa), sin que ello pueda dar lugar a la consolidación de los tratamientos concursales concernientes a las respectivas masas activas y pasivas de las entidades concursadas, lo que sólo excepcionalmente, y ello tras la reforma por ley 38/2011, se prevé expresamente para el caso específico de confusión patrimonial que contempla el párrafo segundo del nuevo art. 25 ter, frente a la previsión de su párrafo primero que postula como regla general precisamente la no consolidación de tales masas...
... Y es que, si bien es cierto que la ley proyecta la presunción de perjuicio indiferenciadamente sobre todo el período de dos años anteriores a la declaración de concurso, no podemos obviar la consideración de que se trata de una lapso de tiempo ciertamente extenso que exige focalizar la atención sobre la concreta fase del mismo en la que se celebra el negocio, constitución del gravamen, presuntivamente perjudicial, y ello con un claro objetivo: discriminar los supuestos en los que el acreedor ha asumido un sacrificio real de aquellos otros en los sólo asume un sacrificio aparente. Pues innecesario resulta aclarar que no es lo mimo que ese negocio se celebre al inicio del período, supuesto este en el que el acreedor cuenta con un margen de dos años dentro del cual podría verosímilmente iniciar una ejecución singular y ultimar a vía de apremio sobre los bienes del deudor, que constituir el gravamen al final del plazo cuando esa posibilidad deviene ilusoria y cuando a los mas que podría aspirar el acreedor que se convierta en ejecutante sería a obtener una anotación preventiva de embargo que, una vez declarado el concurso, quedaría jurídicamente diluida dentro de la masa pasiva al perder su titularidad toda preferencia sobre el bien embargado... En el segundo caso, el sacrificio sería sólo imaginario porque, aún cuando se hubiera negado al otorgamiento de nuevo plazo para el pago de la deuda vencida, el acreedor quedaría, en todo caso, integrado en la masa del concurso sin el menor privilegio. En otras palabras, carecería objetivamente de aquel poder cuya renuncia pudiera conceptuarse como sacrificio patrimonial, con lo que el aplazamiento de la deuda no comportaría para el deudor, ni consiguiente para su circulo de acreedores, una ventaja susceptible de ser compensada mediante la constitución del gravamen, lo que significaría, en definitiva, que ese gravamen no estaría llamado a compensar o retribuir cosa alguna".
CUARTO.- Aplicando tal doctrina al caso que nos ocupa, hemos de de ratificar nuestra conclusión de gratuidad de la garantía hipotecaria prestada por URIEL a favor de la deuda contraída por EXTRAMUROS con la entidad bancaria codemandada como ya hicimos en la sentencia de apelación contra la rescisión de la hipoteca sobre fincas propiedad de la concursada RIBELL ADVANCE (ROLLO 73/2014).

Abundando en ello, si la operación denunciada ha tenido una concreta de contrapartida para la sociedad hipotecante o, en su defecto, al menos para el interés del grupo en que aquella participa se puede tener por enervada la presunción, pero sin dejar de tener presente que la destrucción de la falta de gratuidad, no puede sustentarse en la simple invocación genérica e inespecífica acerca de la pertenencia al grupo si ello no va acompañado de la necesaria demostración de que ello se traduce en un contraprestación o un beneficio preciso y determinado para la sociedad garante.
Al efecto la recurrente se limita a alegar que la hipoteca objeto de autos, se enmarca dentro de una operación de financiación del grupo de empresas Nueva Rumasa, y al respecto refiere que la estructura financiera se componía de tres partes:
a) obtención de financiación externa, a través de créditos bancarios, garantizados por garantías reales de activos pertenecientes a las distintas empresas del grupo;
b) envío del capital obtenido a BARDAJERA S.L., que posteriormente los repartía entre las distintas sociedades según las necesidades de atender obligaciones individuales;
c) financiación de las sociedades del grupo, bien mediante las aportaciones que realizara directamente BARDAJERA S.L., o bien a través de otras empresas que en ese momento tuvieran capital.
Ahora bien, dicha afirmación no sirve por sí sola para determinar que la concursada se vio beneficiada con la concreta operación que nos ocupa, ni tampoco con la financiación global que relaciona; al contrario, de la documentación aportada, como ya se ha expuesto, se infiere que la hipoteca se constituyó el 24 de marzo de 2011 (fecha de inscripción registral) en garantía de un préstamo de 21.000.000.- euros de principal que se concedió a favor de PERFIL INMOBILIARIO EXTRAMUROS S.L. mediante escritura pública de 27 de mayo de 2009. No se expresa que concreta vinculación existe entre la garante y la prestataria, quien al parecer derivó la totalidad del importe del préstamo obtenido a la entidad BARDAJERA S.L.; los créditos que al parecer ostenta BARDAJERA S.L., contra la concursada, amen de ser muy inferiores a la carga hipotecaria, se desconoce si guardan relación con aquel préstamo, de hecho si su origen se deriva de las ordenes de transferencias dadas contra su cuenta en Banco Echevarria, resulta que todas ellas son anteriores a la constitución a la hipoteca, y bien pudieran obedecer a otras operaciones de financiación distinta de la que es objeto de autos, pues tampoco son coincidentes las fechas de las transferencias con la fechas de obtención del préstamo.
La prueba practicada en esta alzada, consistente en la aportación y valoración del informe provisional de la mercantil BARDAJERA fechado el 31 de julio de 2012, confirma tal conclusión pues,del análisis del pasivo que realiza aquella administración concursal resulta que EXTRAMUROS figura como acreedor con la salvedad de que *"la concursada en 2009 registra en esta partida la totalidad de los fondos recibidos de cada sociedad sin descontar las cantidades devueltas.En 2010 si que se compensan una cantidades con otras y 2011 se registra igual que 2009* " por importe de -23.690.548,00-19.871,93 y -19.871,93 en 2009, 2010 y 2011 respectivamente.
Es cierto, como afirma la recurrente, que del informe de la administración concursal puede desprenderse que otras sociedades que conforman el grupo Nueva Rumasa resultan ser acreedoras de la concursada, pero de los hechos probados no se aprecia que los ingresos a que hace referencia guarden relación alguna con la operación objeto de la presente litis.
Téngase en cuenta que no fue hecho discutido la concursada "no tiene trabajadores ni explotaba otra actividad distinta que arrendar el Hotel a otras sociedades del grupo" de lo que no podemos inferir que la causa sea una eventual necesidad de financiación, especialmente en el ejercicio del año 2011.Los importes comunicados como deuda de Bardajera anterior a la fecha de constitución del gravamen tampoco permiten deducir qué ventaja supuso para esta concursada; visto la escasa actividad y que fundamentalmente tenía un "cliente" la arrendataria Expohotel que al parecer tampoco abonaba la renta,se desconoce que contraprestación hubiera podido valorarse en pro de considerar la existencia del "interés grupal".": SAP Baleares (Sección 5) 08.05.2014 (Sentencia 140/2014; Rollo 72/2014)

"SEGUNDO.-Centrado de este modo los términos de la presente alzada este Tribunal no puede sino compartir, por acertadas, todas y cada una de las argumentaciones que se contienen en la resolución recurrida y en la que el juez a quo desgrana cada uno de los datos fácticos, que desvirtúan el carácter gratuito del acto de constitución de la fianza objeto de la acción rescisoria que nos ocupa. De hecho, cita al afecto resoluciones de este mismo Tribunal, en los que analizando supuestos idénticos al que nos ocupa y referidos al mismo concurso de acreedores, se pone de manifiesto el interés personal del concursado en la buena marcha de las entidades a las que afianza y que redundaba en su propio beneficio, lo que justifica el sacrificio patrimonial que se deriva de dicho afianzamiento.
En concreto, decíamos en la Sentencia de fecha 24 de junio de 2013, analizando, al igual que en el presente, una fianza prestada por el concursado Sr. Leopoldo a favor de Piqalba Properties Sl en fecha 12 de febrero de 2009, el carácter oneroso de tal acto de disposición *" en tanto que las fianzas son simultáneas al préstamo concedido a "Piqalba Properties, SL", modalidad ICO o para circulante capital de pequeñas y medianas empresas, que no ha quedado acreditado el ejercicio de la actividad societaria por parte de los administradores solidarios de la entidad desde 18 de enero de 2006 (yerno e hija del anterior) ni de ésta última desde 18 de noviembre de 2009 como administradora única; que el Sr. Leopoldo ya era socio de la entidad, cuando menos desde el 18 de enero de 2006, y de "UCO Rehabilitación, SL", y sospechosamente vendidas las participaciones a 27 de enero de 2006, y más sospechosamente de las 100 participaciones fundacionales a 17 de diciembre de 2009, ya afianzado el préstamo, por precio de 1 Euro, ratificado el día 31 siguiente, todo lo cual, ante la no necesidad de vender o transmitir, en modo alguno es gratuito pues del préstamo se benefició el Dr. Leopoldo en sus actividades médico-sanitarias, que se reservaba la gestión, como apoderado general de la entidad prestataria, desde el 2 de octubre de 2009, en realidad como administrador de hecho de la Sociedad aludida, en los intereses económicos y sociales evidentes desde su fundación; que a 12 de febrero de 2009 además el Sr. Leopoldo era socio al 16'66% de la entidad; que el préstamo era para gestionar la Clínica Femenías, a dirigir y controlar por el Sr. Leopoldo, al igual que otras clínicas y/o residencias, directa o indirectamente; que*

no queda acreditada daño patrimonial para la masa activa de los fiadores concursados, ni sobre la naturaleza del crédito ni sobre los posibles derechos de cobro a tenor de las contraprestaciones; que no es aplicable al caso el art. 93 de la Ley Concursal ante fiador concursado, persona natural, pues afianza a una persona jurídica; y en cuanto que el Sr. Leopoldo vincula sus actividades profesionales en el tráfico jurídico de la prestataria, utiliza las instalaciones de ésta, facturando a ésta y a terceros, en su beneficio propio; y además como socio y apoderado, que justifican su sacrificio patrimonial en la reciprocidad acreditada de intereses y en la continuación prevista de la actividad propia, y más allá de una mera relación de parentesco (yerno e hija)...
... apreciamos que ante un ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil, como es la sociedad afianzada, la garantía prestada a favor de tales entidades tiene latente un interés económico claramente identificable, cual es el obtener ganancias a través de la sociedad mercantil de su exclusiva titularidad, en este caso mediante la explotación de una residencia geriátrica. De ello emana el flujo de intereses económicos proveniente de tal relación, y la posibilidad de obtener tales ingresos por medio de la titularidad constituye una previsible contraprestación económica futura a favor de la personas física concursada, y ello conlleva que " ha habido una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, y se descarta la hipótesis de un "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-. Además, con la adquisición de tal industria, es de suponer que el valor de las participaciones de la entidad afianzada ha incrementado su valor, aunque se desconozca si el socio único o mayoritario ha obtenido algún beneficio económico con su actividad en la sociedad. En todo caso, el fiador en su calidad de administrador único y socio mayoritario o único en la fecha en que se contrató el préstamo, tenía la normal perspectiva de relanzar su empresa, explotar la tan aludida residencia y obtener un futuro beneficio económico, con lo cual el acto de afianzamiento no se considera a título gratuito. No debe olvidarse que el Sr Leopoldo es médico de profesión, y que la actividad de la entidad afianzada Uco Rehabilitaciones tiene una relación clara con la misma, y, como figura en la escritura de su constitución, es la "atención y recuperación funcional del enfermo, la rehabilitación y desarrollo de la especialidad médica de traumatología, y la prestación de toda clase de servicios de asistencia sanitaria", con indicios claros de que dicho concursado ejerce su actividad profesional como médico, al menos en parte, a través de dicha sociedad, en la explotación de una residencia geriátrica.
Puede suscitar controversia la perspectiva temporal a tener en cuenta para apreciar la gratuidad u onerosidad, y sobre el particular compartimos el criterio seguido por la SAP de Asturias antes indicada, que la concurrencia del perjuicio, y, del mismo modo, una posible gratuidad, " debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata" El afianzamiento ha deparado al fiador un beneficio en su patrimonio personal, con la financiación de la entidad de la que es socio mayoritario o único, siquiera fuera un provecho indirecto con una esperada buena marcha económica de la sociedad. Por tanto, de algún modo, se espera exista una prestación recíproca futura, cual es la consecución de beneficios con la explotación de la actividad, y debemos presumir, como indica la recurrente, que, a cambio de la prestación de la fianza, sus acciones o intereses económicos en la sociedad deudora aumentan o recuperan valor económico en función de la titularidad de la aludida industria. El hecho de que no se haya obtenido el resultado esperado y no haya podido evitarse el concurso de la sociedad, en nada altera la anterior conclusión".
TERCERO.-En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre costas, dadas las dudas de hecho que a priori presentaba la naturaleza del acto impugnado.”: SAP Baleares (Sección 5) 18.07.2014 (Sentencia 220/2014; Rollo 301/2014)

“Cuarto. -LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.
Despejadas las cuestiones relativas a la *causa petendi* y a la posición del tercer adquirente como conocedor de la clamorosa realidad extraregistral procede resolver sobre la prueba realizada por las demandadas para destruir la presunción *iuris tantum* respecto a la constitución de un hipoteca en garantía de un préstamo concedido en julio, novado en diciembre, ambos actos en el año 2009(ampliando a CLESA el plazo para la devolución hasta 2014) que accedió al Registro de la Propiedad en noviembre de 2010.
La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010 razona: *"CUARTO.- El demandante que ejercita la acción rescisoria concursal queda relevado de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial tanto si se considera gratuito el acto cuya rescisión se pide como si se considera de carácter oneroso cuando ha sido realizado con una persona especialmente relacionada con el deudor concursado. La única diferencia es que mientras que en el primer caso no cabría prueba en contrario, en el segundo sí cabría. Pero, en uno y otro caso, no podría objetarse que se hubiera relevado al demandante de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial."*
En el fundamento quinto razona: *"Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza.*
En lasentencia núm. 487/2013, de 10 de julio, afirmamos que en la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (art. 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (art. 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría.
La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal,

que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.

6.- Que la garantía constituida en favor de tercero sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en el art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario."

Como hemos apuntado, ante el hecho no discutido y los categóricos pronunciamientos de la sentencia respecto a la existencia de grupo de empresas, resulta aplicable la presunción de perjuicio derivada del negocio realizado entre personas especialmente relacionadas.

Sólo queda valorar la prueba practicada por las codemandadas respecto a si la constitución de la garantía hipotecaria es un acto perjudicial o, como defiende la apelante, obedece a un intercambio equilibrado de prestaciones en el grupo de empresas.

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014 razona que: " *En las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial* ***si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía****."*

A la vista de la prueba practicada la Sala estima probado la existencia de atribuciones patrimoniales indirectas que destruyen la presunción iuris tantum.

La hipoteca constituida mediante inscripción el 9 de noviembre de 2010 garantiza el préstamo concedido el 9 de julio de 2009, consentida la novación en cuanto al plazo y demás condiciones en fecha 21 de diciembre de 2009 (cfr folio 375) el vencimiento finalmente se pacta el 30 de diciembre de 2014.

La sentencia recurrida analiza que las transferencias recibidas en 2008 y 2009 implican una ventaja cuyo importe es inferior al importe garantizado por la concursada.

En nuestra sentencia de fecha 8 de mayo de 2014 núm. 140/2014, JUR 2014/168840, confirmamos la gratuidad de la hipoteca respecto a aquella concursada porque: " *Atendido que el acto cuya rescisión solicita la administración concursal se perfeccionó, por aplicación del art. 145 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) y dio lugar al gravamen cuya cancelación se pretende en fecha 24 de marzo de 2011, no apreciamos la relación onerosa entre las disposiciones recibidas en los años 2009 y 2010 (863.034,00 euros) y la constitución de la hipoteca sobre las fincas de esta concursada en marzo de 2011."*

En el presente supuesto, rechazada la gratuidad por la sentencia recurrida, sólo interpone recurso de apelación la codemandada PROMONTORIA HOLDING 38 BV por lo que la alegación de la administración concursal respecto a que fue un acto gratuito no puede ser analizada.

Asiste razón al recurrente respecto a que hay numerosos indicios de otras contraprestaciones procedentes de las empresas del "grupo".

Así, con base en el informe provisional de la administración concursal (y tras la lectura de los informes aportados (DHUL, EXPERTIAL, CLESA y BARDAJERA) no puede sino apreciarse la dificultad -muy probablemente creada a propósito- para obtener conclusiones basadas en datos fiables.

A pesar de ello, es hecho acreditado en este concurso la existencia de ingresos que no se corresponden exactamente con la remuneración de un servicio propio de la actividad de la concursada así como las "salidas" en lo que la administración concursal describe como " *utilización por la concursada para realizar diversos movimientos y ajustes internos no justificados".*

Según el mismo informe, los resultados del ejercicio son positivos desde el ejercicio 2007 hasta 2009 produciéndose pérdidas únicamente en el ejercicio 2010. El fondo de maniobra ha sido positivo durante todo el periodo analizado (cfr folio 521) en el ejercicio 2008 toma su valor máximo llegando a 5.025.486,90 euros.

No obstante, revisados los cálculos realizados por la administración concursal (con las dificultades puestas de manifiesto en cuanto a la falta de documentación etc...) no parece que el momento de la compra del solar dispusiera nuestra concursada de 2.000.000 euros y la financiación bancaria no asciende al importe íntegro de la compraventa (de los 7 millones de precio consta una hipoteca para garantizar un préstamo de 5 millones).

Mas bien, según el cuadro sobre el patrimonio neto (cfr folio 514) la cifra que refleja "otras aportaciones de socios" en 2008 asciende a 5.270.322,86 euros; en 2009 consta 3.760.003,29 euros. En 2010 fue de 4.759.162,07 euros.

Por lo que, si bien el dinero del préstamo fue destinado a la financiación de CLESA la hipotecante no deudora si ha recibido contraprestaciones de otras sociedades del grupo antes de la constitución de la hipoteca.

Además de las transferencias procedentes de la denominada sociedad caja, "BARDAJERA S.L.", habría aportaciones de socios hasta el importe reseñado tanto el mismo año que adquirió el solar y como los dos siguientes, además debemos valorar la peculiar circunstancia del arriendo impagado del HOTEL SANTA FE.

En cuanto a las rentas impagadas a otra sociedad del "grupo" por el arriendo de hotel que explota AQUA, es cierto que esta deuda consta en los informes de la administración concursal. También lo es que desde el año 2006, fecha de inicio del arrendamiento, jamás se pagó y sin embargo la concursada llevó a cabo su actividad profesional sin que conste que le fuera siquiera reclamado extrajudicialmente. El goce pacífico del inmueble en el que realizaba su actividad también es una contraprestación indirecta por la pertenencia al "grupo".

El importe de la renta anual ascendía a 470.000 euros hasta el año 2010. En ese año entraba en vigor una modificación pactada que reducía a 117.500 euros.

En el listado provisional de la administración concursal se reconoce una deuda por importe de 304.441,52 euros calificada como subordinada ex art. 92.5 LC y como crédito no comunicado sino incluido por la Administración concursal.

Aunque la apelante aportó el informe provisional de Expertial no costa unido el inventario ni la lista de acreedores. En dicho informe consta que Expertial es deudora de Aqua por importe de 315.542 euros si bien la

Administración concursal (que es la misma que en este concurso) matiza en concreto respecto a la lista acreedores varios en la que figura nuestra concursada "se recogen los saldos mantenidos con empresas vinculadas a NUEVA RUMASA los conceptos que se recogen en dichas cuentas son muy diversos y no distinguen entre cuentas deudoras o acreedoras en función de la naturaleza contable". No obstante como corolario de lo anterior y con las reservas que reflejan constantemente la Administración concursal, el cuadro del informe provisional de Expertial sobre las aportaciones de socios refleja datos muy diferentes a los que corroboran, si quiera de forma periférica las ventajas indirectas que reconocemos en AQUA (en el ejercicio del año 2008: 978.560,32 euros; ejercicio 2009: 1.731.926,74 euros y en 2010: -288.486,11 euros).
La apelante calcula en 2.387.666,66 euros el importe de las rentas impagadas desde el año 2006 hasta el 30 de julio de 2012.
Sea como fuere, con la dificultad de computar saldos ciertos que presentan estos concursos, está acreditado que AQUA recibió mas contraprestaciones que las de los importes transferidos desde la cuenta de BANCO ETCHEVARRIA y si la sentencia parte de la comparación entre el importe de crédito privilegiado (principal) y las Transferencias (1.090.715,82 euros el 11 de agosto de 2009 y 434.484 euros el 12 de agosto de 2009), a ello debemos añadir el importe destinado a la compra del solar y el ahorro de las rentas, siquiera en tiempos de su funcionamiento bajo la dirección de la concursada; (ahora sin alcanzar ese importe podría ser crédito reconocido en el concurso de Expertial y consta como subordinado el la lista de acreedores de AQUA pese a que el informe no se detiene en que nunca había pagado renta).
Las contraprestaciones percibidas en una garantía intragrupo no se agotan en la comparación de la cuantía. Pese a la complejidad de los cálculos en los concursos de la denominada Nueva Rumasa (al menos de las que esta Sala ha podido estudiar), la prueba obrante en estos autos permite colegir que al tiempo de constituirse la hipoteca, (noviembre de 2010) la sociedad llevaba años disfrutando ventajas derivadas de la pertenencia al "grupo".A las transferencias acreditadas en la sentencia apelada procede unir las aportaciones de socios que constan reflejadas en el patrimonio neto el año de la adquisición del solar y los siguientes o el goce pacífico sin ser requerida al pago en cuanto a las rentas debidas sobre el objeto desde el que presta su actividad: el Hotel Santa Fe.
Es por ello que del conjunto de interrelaciones entre AQUA, BARDAJERA S.L. (las transferencias), EXPERTIAL (el alquiler del hotel) y como argumento de refuerzo entre otras (la aportaciones de socios) la Sala estima probada que la contraprestación recibida por la concursada si permite tener por destruida la presunción *iuris tantum* de perjuicio derivada del hecho de tratarse de personas especialmente relacionadas.
En consecuencia se revoca la sentencia y no procede la rescisión de la hipoteca constituida sobre la finca registral nº 26.527.”: SAP Baleares (Sección 5) 24.11.2014 (Sentencia 301/2014; Rollo 404/2014)

AP Barcelona

“Fundamentos de derecho.— I. La administración concursal designada en el concurso necesario de Geinse SA planteó una demanda de rescisión al amparo del art. 71 LC cuyo objeto era el negocio jurídico de constitución de hipoteca formalizado en escritura pública de 19 de noviembre de 2004 (aunque en la demanda, erróneamente, se decía que se trataba de una escritura de fecha 23 de febrero de 2005), por el que la concursada (que fue declarada en concurso necesario por auto de 15 de junio de 2005), constituyó una hipoteca a favor de Alimasma SL sobre el inmueble sito en la Avda. Josep Tarradellas 123127, piso 5º, de Barcelona (finca registral nº 11254, del Registro de la Propiedad nº 7), que es el único activo inmovilizado de su propiedad, en garantía del pago de una deuda de la sociedad Clocasa Bcn SL, perteneciente al mismo grupo empresarial que la concursada y cuyo único propietario es el Sr. A.C.C., administrador único de ambas sociedades, frente a la citada Alimasma SL, dado el evidente perjuicio patrimonial que dicho acto, realizado a título gratuito, supone para la masa activa.
II. No requería un gran esfuerzo de fundamentación jurídica el enjuiciamiento, a la luz de los parámetros del art. 71 LC, de tal pretensión rescisoria, al resultar con claridad el perjuicio patrimonial (y recuérdese que el precepto no requiere la intención fraudulenta) que dicho acto de gravamen implica para la masa activa del concurso, y así fue apreciado y declarado por el Sr. magistrado mercantil mediante una sentencia tan correcta en la exposición fáctica como en su valoración jurídica, aplicando la consecuencia establecida por la norma aplicable, teniendo en cuenta: a) que siete meses antes de ser declarado el concurso, la concursada, por escritura de 19 de noviembre de 2004, y representada por su administrador Sr. A.C.C., constituye una hipoteca sobre dicho inmueble de su propiedad a favor de Alimasma SL, respondiendo la finca de un capital de 300.000 euros, más intereses y costas; b) tal hipoteca se constituye en garantía de una deuda que manifiesta reconocer Clocasa Bcn SL, representada por su administrador Sr. A.C.C., a favor de Alimasma SL, por importe total de 974.150 euros, procedente de un préstamo concedido con anterioridad, siendo constituida hipoteca así mismo por Clocasa sobre varios inmuebles de su propiedad en garantía de dicha deuda; c) Clocasa BCN S.L. y el Sr. A.C.C. son los socios de la concursada Geinse SA, y el capital de la primera pertenece en su integridad al segundo.
De este modo, concluía la sentencia de primera instancia, la concursada constituyó una hipoteca, siete meses antes del concurso, en garantía de una deuda ajena (de persona jurídica especialmente relacionada ex art. 93.2.3º LC), y lo hizo a título lucrativo o gratuito, pues nada obtuvo a cambio, ya que se limitó a gravar el único inmueble de su activo a favor de un tercero a quien nada adeudaba, proporcionando al mismo un instrumento adecuado para minorar la masa mediante la ejecución separada, al tiempo que favorecía la posición deudora de una persona jurídica vinculada, por lo que es aplicable al supuesto la presunción iuris et de iure del art. 71.2 LC, al margen (añadimos ahora) de que el perjuicio para la masa podría fundamentarse y ser apreciado sin dificultad, de conformidad con el art. 71.4 LC, de no ser aplicable ninguna de las presunciones establecidas en los apartados anteriores.
III. Pero Alimasma SL no combate en su recurso la existencia del perjuicio para la masa activa, sino que se

limita a impugnar la decisión judicial por un motivo que sorprende, por su inconsistencia. Se alega en el recurso la incongruencia de la sentencia porque refiere su fundamentación a la escritura de hipoteca otorgada el 19 de noviembre de 2004, y termina por declarar la rescisión de dicha escritura de hipoteca, cuando en la demanda se hacía referencia y se pedía la rescisión de la escritura de hipoteca otorgada el día 23 de febrero de 2005.
Se trata, y es de todo punto evidente, de un error de la demanda en la indicación de la fecha de la escritura que formaliza el negocio atacado, siendo el 23 de febrero de 2005 la fecha de la inscripción registral (f. 21) de la escritura de hipoteca objeto de la rescisión concursal, otorgada el 19 de noviembre de 2004, y que fue perfectamente identificada en el cuerpo de la demanda. Ninguna confusión creó ese mero error de fecha, porque la contestación a la demanda versó sobre el negocio de hipoteca documentado en esa misma escritura pública (la demandada incluso aportó una copia simple de la misma) y no en otra (no hay constancia, además, de que exista una escritura de hipoteca de 23 de febrero de 2005), y sobre ese mismo negocio jurídico, el objeto de la rescisión, se proyectó la defensa, que abundaba en cuestiones relativas a las relaciones de Alimasma SL con Clocasa y con el Sr. A.C.C. (irrelevantes a los presentes efectos, como apreció la sentencia apelada) y argumentando que ese acto de constitución de hipoteca a su favor, por parte de Geinse SA, constituía un negocio normal, dentro del giro y tráfico normal de esa empresa.
III. Basta, en fin, para confirmar la sentencia apelada la reproducción de sus fundamentos, siendo innecesaria mayor argumentación para rebatir el motivo de apelación alegado, lo que determina la desestimación del recurso con imposición de costas.": SAP Barcelona (Sección 15) 26.07.2007 (Rollo 48/2007)

"SEXTO. Descartado el perjuicio por aplicación del art. 71.3.2 LC. se agota el enjuiciamiento del litigio en estricta congruencia con la causa de pedir, ya que la demanda no ofrecía otro fundamento de la rescisión que el supuesto de hecho, inaplicable como hemos visto, que contempla ese precepto, sin alusión alguna a otros supuestos constitutivos de una presunción legal de perjuicio, como podría ser la gratuidad del acto de disposición o gravamen (art. 71.2 LC), contemplando el perjuicio a las respectivas masas activas de las personas hipotecantes.
A esta fundamentación acude la Administración Concursal en el escrito de oposición al recurso de apelación, sustentando la rescisión en la presunción absoluta del art. 71.2 LC, por el carácter.gratuito de los respectivos actos de constitución del gravamen. En su recurso, la entidad apelante se anticipaba en cierta medida a ese planteamiento al argumentar que no puede ser apreciado el perjuicio para el patrimonio de los hipotecantes concursados porque al hipotecar su patrimonio inmobiliario (viviendas y segundas viviendas, no bienes destinados a la producción) capitalizaban al mismo tiempo la empresa, de modo que gravaron sus inmuebles privativos en la misma medida en que revalorizaban sus activos mobiliarios. Con tal argumentó. viene a rebatirse no sólo la existencia de un perjuicio para las respectivas masas activas frente a una pretensión rescisoria que no se apoya en alguna de las presunciones sino también el carácter gratuito del negocio de constitución de los gravámenes hipotecarios, enervando la rescisión por aplicación del art. 71.2 LC.
Pero la demanda no planteaba un debate en tales términos y, por ello, una causa de pedir así configurada, sobre el carácter gratuito de los actos de constitución de las hipotecas que determina un perjuicio patrimonial...a: las respectivas masas activas, independientes, de cada hipotecante, no puede ser atendida en la segunda instancia tras su planteamiento en.el escrito de oposición al recurso de apelación; porque padecería el mandato de congruencia recogido en el art., 218.1.2 LEC, que a. la postre tiende a evitar la indefensión. Así debe estimarse ya que el tribunal debe resolver el litigio *sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho a de derecha distintas de los que las partes hayan querido hacer valer.* La causa de pedir que fundamentaba la rescisión se integraba,. en el plano fáctico, por los negocios que documentan las referidas escrituras en el contexto en que se otorgaron, pero el fundamento de derecho se hizo radicar única y exclusivamente en la presunción del art. 71.3.2º LC. y ello ha impedido, como se ha dicho, un debate y una defensa sobre la concurrencia del supuesto de hecho que prevé la norma tardíamente invocada, el art. 71.2 LC, en particular sobre el carácter gratuito del acto, que resulta muy discutible, porque si los hipotecantes son socios de JFC S.A. *(lo* que no se ha discutido). y, en todo caso, como en la demanda se alega, guardan una vinculación económica con la empresa que explota dicha sociedad, la gratuidad puede quedar enervada en la medida en que, a cambio del gravamen, sus acciones e intereses económicos en la sociedad deudora aumentan o recuperan valor económico en función de la financiación que se obtiene, del pasivo que desaparece (frente a los proveedores) y de la consiguiente expectativa de viabilidad de la empresa,
Toda la problemática que suscita la rescisión basada en la presunción absoluta del citado precepto, en atención a las circunstancias concurrentes, merecía un adecuado debate en la primera instancia, sólo posible si en la demanda se hubiera ofrecido tal fundamentación jurídica puesto que, en tal caso, podría haberse desplegado una congruente y adecuada defensa.": SAP Barcelona (Sección 15) 26.09.2007 (Rollo 296/2007)

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

acto gratuito, porque no tuvo contraprestación alguna, mientras que la acreedora demandada (Spezzia) sostiene que existía contraprestación, derivada de la particular naturaleza de la relación de grupo existente entre las partes y de las concretas operaciones entre las diversas sociedades.
El mero hecho de que pueda existir una relación de grupo entre la concursada y los deudores garantizados no es, por sí misma, razón por la que deba considerarse que el acto no es gratuito y no resulte de aplicación la presunción iuris et de iure de perjuicio del art. 71.2 LC. Nada autoriza a llegar a esa conclusión, que podría poner en cuestión toda la lógica del precepto. Es precisamente en el ámbito de las personas especialmente relacionadas, entre las que se encuentra el grupo de empresas, donde se pueden producir negocios jurídicos de carácter gratuito. De manera que resulta irrazonable excluir la aplicación de la norma por el mero hecho de existir la relación de grupo.
4. Cuestión distinta es que, por la particular naturaleza de las relaciones existentes dentro del grupo de sociedades, pueda concluirse que una operación que aparentemente es gratuita no lo sea en realidad, porque exista un interés económico por parte de quien lo realiza que la explique, más allá de la mera liberalidad. Eso es distinto y admisible. Habrá que analizar la operación, en si misma considerada y en el contexto en el que se produjo, para determinar si verdaderamente es gratuita u onerosa, pues únicamente en el primer caso entraría dentro de la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC.
Lo que Spezzia defiende es que la garantía no fue gratuita y lo hace desde una doble perspectiva: (i) al contestar a la demanda lo hizo desde una perspectiva relativamente genérica, invocando las normas sobre el levantamiento del velo social; (ii) al contestar al recurso ha podido precisar su postura, gracias a la información que el propio proceso le ha facilitado y de la que antes carecía, y aduce que las diversas operaciones realizadas entre las diversas sociedades integrantes del grupo evidencian que el acto no es gratuito.
La doctrina sobre el levantamiento del velo social no tiene mucho que decir en un proceso como éste cuyo único objeto es examinar si una concreta operación es perjudicial para la masa y debe ser reintegrada. El acreedor que se puede ver afectado por esa reintegración no pugna directamente contra el deudor y su entorno, ámbito en el que es de aplicación la referida doctrina, sino contra la masa de acreedores, esto es, contra quienes se encuentran en una posición similar a la suya. Por esa razón, aunque de verdad hubiera podido existir abuso de la personificación, no puede sin más levantarse el velo de forma general. La confusión de patrimonios o esferas, que puede justificar el levantamiento del velo, puede producir algunos efectos durante el concurso, como se deriva que el propio legislador la contemple en el art. 3.5 LC para permitir la declaración conjunta del concurso, pero no es un instrumento útil en el examen de una acción de reintegración, como no sea para una finalidad precisamente contraria a la que pretende la demandada, esto es, para extender el ámbito de la reintegración concursal, pero no para limitarla.
El examen de las concretas operaciones intersocietarias realizadas en el entorno de la cuestionada tampoco justifica que la misma se deje de considerar como gratuita. Es cierto que las participaciones grabadas previamente habían sido titularidad de la deudora Circuito Cinematográfico, que las vendió a la concursada aproximadamente dos años antes de la constitución de la garantía. Y también es cierto que esa venta se produjo con mucha proximidad a la concesión de un préstamo participativo de la concursada a Circuito Cinematográfico, si bien eso no es razón que pueda justifica la onerosidad de la constitución de la garantía.
Y tampoco lo es el hecho de que el importe por el que esta venta se realizó pudiera ser muy inferior al de valor de mercado de las particiones. El lapso de tiempo que media entre las dos operaciones es de dos años y no permite pensar que pudiera existir relación entre ellas que pudiera explicar el carácter oneroso de la concesión de la garantía.
Por otra parte, si lo que Spezzia sugiere es así, esto es, que se tratara de una venta realizada en fraude de acreedores, el acreedor tiene a su disposición las oportunas acciones para revocarla. Pero ello no afecta a lo que es objeto del presente procedimiento.
7. Tampoco se puede excluir que la onerosidad de la constitución de la garantía proceda de otras razones, tales como el mismo interés económico que la sociedad que la constituye podría tener en la propia obligación garantizada o en los deudores. No obstante, tampoco esta razón se estima concurrente en el caso para justificar que la operación se deje de considerar gratuita, al no haberse acreditado en qué consistiría concretamente el interés que la concursada podría tener al constituir la garantía. El mero hecho de que los deudores garantizados sean personas especialmente relacionadas con ella no es suficiente cuando está acreditado que se trata de una obligación preexistente y no se ha acreditado qué concreto perjuicio habría podido sufrir la concursada caso de no haberla prestado, sea de forma directa o indirecta.”: SAP Barcelona (Sección 15) 04.07.2011 (Sentencia 289/2011; Rollo 91/2011)

“En la demanda origen d'aquest incident, l'administració concursal d'UTYMAT, S.A. (en endavant, AC), va sol·licitar, en aplicació de l' article 71.1 i 2 de la Llei concursal (LC), la rescissió del negoci jurídic de contragarantia, de 5 de març de 2009, subscrit entre la concursada UTYMAT i CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDÈS, i també la rescissió de la pignoració -de la mateixa data- del dret de crèdit de la concursada davant CAIXA PENEDÈS, com a titular i propietària de la imposició d'un milió d'euros que UNYMAT manté en el dipòsit a termini obert en l'entitat bancària amb el número 082.30154.00013.3.
La demanda exposava que:
El 20 de febrer de 2009, CAIXA PENEDÈS va avalar la mercantil DAYWORK LOGISTICS, S.L. (DAYWORK) davant BANC DE SABADELL, fins a l'import d'un milió d'euros, per garantir el pagament de les quotes derivades d'un contracte d'arrendament financer firmat entre DAYWORK i BANC DE SABADELL sobre la nau industrial situada a Santa Margarida i els Monjos, Camí Fondo, número 1.
Per garantir el bon fi de l'aval prestat per CAIXA PENEDÈS a DAYWORK, la concursada UTYMAT va prestar, el 5 de març de 2009, una contragarantia per la qual es va obligar a abonar a CAIXA PENEDÈS l'import que, en compliment de l'aval prestat, aquesta entitat creditícia es veiés obligada a satisfer a BANC DE SABADELL, més els interessos, les comissions i les despeses, si n'hi hagués.

En el mateix contracte de contragarantia entre UTYMAT i CAIXA PENEDÈS, es va formalitzar, en clàusula addicional, la constitució d'un dret real de penyora per garantir totes les obligacions assumides per la concursada en virtut d'aquell negoci obligacional. En concret, es van pignorar tots els drets de crèdit que, fins un màxim d'un milió d'euros, li corresponien a UTYMAT davant CAIXA PENEDÈS com a titular de la imposició en el dipòsit a termini obert en aquesta entitat amb el número 082.30154.00013.3.
El 17 d'abril de 2009 -un mes i mig després de constituir la contragarantia i la penyora-, UTYMAT va sol·licitar la declaració de concurs voluntari, la qual va tenir lloc el dia 13 de maig de 2009.
L'entitat inicialment fiançada per CAIXA PENEDÈS (DAYWORK) i la contragarant UTYMAT formen part de l'elenc de societats controlades, directament o indirecta, pels Srs. Luis Miguel, Pedro Jesús i Alberto.
La demanda concloïa que tant la contragarantia prestada com l'afectació real del dipòsit a termini d'un milió d'euros, van generar un menyscabament evident i seriós del patrimoni de la concursada. Segons l'AC, es tractava de dos negocis jurídics gratuïts, perfeccionats sense contraprestació equivalent i sense que la manera de procedir es pugui justificar. La situació de crisi d'UTYMAT era ja una realitat quan va fiançar una obligació aliena i va pignorar l'elevada suma d'un milió d'euros, com resulta del fet que, a penes un mes i mig més tard, va sol·licitar el concurs.
Els fets al·legats a la demanda no van ser negats per CAIXA PENEDÈS, única demandada que va presentar contestació, i reben, d'altra banda, el suport dels documents que consten en les actuacions. CAIXA PENEDÈS discrepa pel que fa a la conceptuació de la contragarantia i la pignoració d'UTYMAT com a actes a títol gratuït i pel que fa a la valoració d'aquelles operacions com a perjudicials per a la massa activa. (...)
Atès que la fiança prestada per CAIXA PENEDÈS, a favor de DAYWORK, en garantia del pagament de les quotes dimanants del contracte d'arrendament financer -de 31 de juliol de 2009 de DAYWORK amb BANC SABADELL-, té data de 20 de febrer de 2009, difícilment es pot sostenir que constitueixi un pressupòsit
o una condició per tal que BANC SABADELL accedeixi a contractar el leasing de retorn. L'havia contractat feia gairebé set mesos.
En conseqüència, la contragarantia o fiança -amb la penyora- prestada per UTYMAT, el 5 de març de 2009, per garantir a CAIXA PENEDÈS la fiança de l'entitat financera a favor de DAYWORK, de 20 de febrer de 2009, queda separada econòmicament i jurídica d'aquells contractes de compravenda i leasing subscrits el 31 de juliol de 2008, que, en la tesi de la part demandada, constituirien la contrapartida beneficiosa per UTYMAT excloent de la gratuïtat. Aquells contractes es van perfeccionar molt abans. Falta la simultaneïtat (en sentit ampli: proximitat temporal, correspectivitat, contestualità) entre les operacions principals i les garanties impugnades, que permeti entrar a valorar la interdependència integrant de l'onerositat que defensa la part demandada.
La gratuïtat o no de la contragarantia constituïda per UTYMAT ha d'establir-se en relació, exclusivament, amb l'aval de 20 de febrer de 2009 de CAIXA PENEDÈS a favor de DAYWORK. Quina fos la causa de l'atorgament de l'aval de CAIXA PENEDÈS davant BANC SABADELL, per les quotes de leasing, no consta en les actuacions. Tampoc no s'ha dit en què beneficiava aquell aval a UTYMAT. CAIXA PENEDÈS no aporta cap explicació, excepte l'al·legació, ja examinada, que constituïa renovació de l'aval de data 31 de juliol de 2008 i s'explicava en el conjunt d'aquelles operacions.
El recurs de CAIXA PENEDÈS nega també la gratuïtat de la contragarantia i la penyora constituïdes per UTYMAT, tot adduint que el saldo pignorat és retribuït a un interès de mercat, mitjançant el dipòsit a termini. Aquest argument no va ser objecte de debat en la primera instància i, per la naturalesa revisora de l'apel·lació (article 456.1 LEC), no pot ser considerat en la segona instància. En tot cas, l'argumentació, contreta a la penyora, no afecta la contragarantia (que incrementa sense contraprestació el risc d'UTYMAT). Quant a la penyora, ens limitarem a dir que l'interès és la retribució del dipòsit en diners, no de l'afectació que el dret real imposa.
Finalment, CAIXA PENEDÈS defensa la inexistència de gratuïtat en l'acte de fiançament entre societats que pertanyen al mateix grup o que tenen interessos socials i econòmics coincidents. La part apel·lant subratlla que, en aquests àmbits, la fiança mai no és gratuïta.
Hem de rebutjar forçosament la tesi de la part apel·lant, tant des d'una perspectiva abstracta com en l'aplicació concreta al cas que ens ocupa. Pel que fa a la primera, ja hem dit en sentències anteriors (així, sentència de 4 de juliol de 2011) que el simple fet que pugui existir una relació de grup entre la concursada i el deutor garantit no és raó, en si mateixa, que exclogui la gratuïtat. Entendre el contrari pot posar en qüestió tota la lògica del precepte. És precisament l'àmbit de les persones especialment relacionades, entre elles el grup d'empreses en sentit ampli, un terreny adobat per a la generació de negocis jurídics de caràcter gratuït. Que, en casos concrets, aquest tribunal i altres hagin negat la gratuïtat del negoci de garantia, en atenció a les circumstàncies i, específicament, a la constatació que, a canvi del gravamen, la concursada veia augmentar el valor econòmic de la societat garantida en la qual tenia accions o interessos, no pot extrapolar-se a tots els supòsits possibles.
Encertadament, en el nostre cas, el Sr. magistrat ha defugit còmodes judicis apriorístics i ha atès a les dades fàctiques, les circumstàncies i les característiques de l'operació impugnada, per tal d'apreciar-ne el caràcter onerós o gratuït.
Les dades que consten en les actuacions resulten insuficients per si mateixes per concloure, als efectes que ens ocupen, l'existència de grup de societats i, en concret, pel que fa a aquest procediment de rescissió, per establir que el benefici d'una societat (la garantida DAYWORK) esdevé automàticament benefici per l'altra (la concursada UTYMAT), màxim en el context d'insolvència de la societat que va prestar la contragarantia qüestionada, amb afectació directa dels drets i interessos dels tercers creditors. La personalitat jurídica pròpia i el patrimoni separat de cada societat impedeix aquella confusió i impedeix igualment confondre l'eventual benefici dels socis/administradors amb el de la societat.
Per les raons exposades, establert que la contragarantia i la pignoració constituïdes per UTYMAT el 5 de març de 2009 ho són en benefici de CAIXA PENEDÈS sense que consti la contraprestació actual (simultània o contextual) de l'entitat creditícia, hem de confirmar la valoració del jutge, que es tracta de dos negocis jurídics

gratuïts als quals és aplicable la presumpció iuris et de iure de l' article 71.2 LC, amb els efectes d'estimar la rescissió demanada.”: SAP Barcelona (Sección 15) 09.07.2012 (Sentencia 261/2012; Rollo 193/2012)

AP Cáceres

“TERCERO.-El artículo 71 de la Ley Concursal establece que "declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta", estableciendo a continuación determinados supuestos en los que se deduce iuris et de iure o iuris tantum el perjuicio patrimonial. La finalidad de las acciones de reintegración es rescindir, dejar sin efecto los actos realizados por el deudor, en el periodo de tiempo establecido en la ley, que hayan supuesto un perjuicio para su patrimonio, una disminución del mismo, o de su valor, se trata de aumentar la masa activa del concurso con aquellos bienes y derechos que salieron indebidamente del patrimonio del concursado antes de la declaración del concurso.
Dos son los requisitos que debe reunir el acto impugnado para que pueda rescindirse: haber sido realizado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y ser perjudicial para la masa activa. El presupuesto objetivo para el ejercicio de las acciones de reintegración es que el acto impugnado sea perjudicial para la masa activa. Quien ejercita la acción de reintegración debe probar que los actos realizados por el deudor en el periodo de sospecha son perjudiciales para la masa activa. La Ley Concursal facilita esta prueba estableciendo una serie de presunciones del perjuicio patrimonial: presunciones iuris et de iure que no admiten prueba en contrario, y presunciones iuris tantum que admiten prueba en contrario. Las presunciones iuris et de iure, se fundamentan en la inexistencia de contraprestación o contrapartida y no requieren que se valoren sus efectos perjudiciales. No admiten prueba en contrario. Entre ellas se encuentran los actos de disposición del deudor realizados a título gratuito en el periodo sospechoso, salvo las liberalidades de uso. El fundamento está en que existiendo acreedores no está justificado que se realicen actos de liberalidad.
CUARTO.-En el presente caso, la acción ejercitada por la administración concursal se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 71. 2 de la Ley Concursal que presume el perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso. Como actos de disposición, según los criterios jurisprudenciales consolidados, ha de entenderse todos los de riguroso dominio a que se refiere el apartado 2 del artículo 1713 del Código civil - transigir, enajenar e hipotecar-. La sentencia de instancia considera que los actos realizados por la concursada en beneficio de una de las sociedades del grupo son perjudiciales para la masa pues no se trata de actos ordinarios de la actividad empresarial y suponen vaciar de capital y liquidez a la concursada, que cuando se realizan las operaciones, se encontraba ya en situación de insolvencia, y aún así, se realizan estos préstamos que la descapitalizan para pagar a los acreedores de otra de las sociedades del grupo.
Sin embargo, no puede entenderse sin más que los actos realizados por la concursada a favor de una de las entidades del grupo hayan sido realizados a título gratuito. Las STS de 19/11/2002 y de 10/10/2003 niegan la gratuidad de los préstamos realizados por una sociedad a otra integrante del mismo grupo. Dice el fundamento de derecho Cuarto de la primera, relativo a un supuesto de acción pauliana, que "no pueden considerarse gratuitos los actos de disposición que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico -grupo-". La segunda de las sentencias citadas, sobre un supuesto de impugnación de acuerdos sociales y nulidad de la escritura de constitución de hipotecas sobre bienes sociales, considera que entra en el ámbito del objeto social de la garante la realización de aquellos actos cuya finalidad es apuntalar la situación económica de una sociedad del mismo grupo al que aquélla pertenece, situación económica de la que depende su propia liquidez y a veces su supervivencia, negando en consecuencia que el acuerdo de constitución de las hipotecas fuese en este caso un acto de liberalidad ajeno a su interés social.
Por lo tanto, el interés del grupo puede justificar el acto realizado de manera que no pueda considerarse como una mera liberalidad, ya que la consecución de dicho interés actúa como causa onerosa del acto. Por tanto, no procede aplicar sin más la presunción invocada por la administración concursal, debiendo ésta acreditar la existencia de perjuicio para los acreedores de la concursada en los actos realizados por ésta en beneficio de otra sociedad del grupo en el periodo sospechoso, y ninguna prueba se ha practicado al respecto, desconociéndose la relación existente entre las distintas sociedades del grupo, ni el interés o participación que cada una tiene en el mismo, y en consecuencia, no puede conocerse el interés perseguido con los actos impugnados y si los mismos son o no perjudiciales para el interés de los acreedores de la entidad deudora.
Por tanto, lleva razón la parte recurrente en cuanto a que no se puede aplicar en el caso de autos la presunción iuris et de iure de perjuicio que invoca la administración concursal, debiendo desestimarse la demanda planteada, al no quedar acreditado el carácter perjudicial de los actos impugnados y en consecuencia, al faltar un requisito imprescindible para el éxito de la acción.”: SAP Cáceres (Sección 1) 20.07.2011 (Sentencia 304/2011; Rollo 379/2011)

AP Cádiz

“Determinados los motivos del recurso debemos tener en cuanta que la vigente Ley Concursal se aparta sensiblemente de los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previa, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado, facilitando la prueba del requisito esencial del perjuicio para la masa activa a través de una serie de presunciones de carácter iuris et do iure y iuris tantum. Por otro lado, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años

anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Sin embargo, es bien conocido cómo la jurisprudencia mercantil se está decantando, en abierta oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo en aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum.". SAP Cádiz (Sección 5) 12.09.2012 (Sentencia 413/2012; Rollo 223/2012)

Sentado cuanto antecede y habida cuenta de que se acredita que la concursada JALE CONSTRUCCIONES S.L. como la también concursada INMOBILIARIA AMUERGA S.L. pertenecen a un mismo grupo social siendo la entidad matriz o dominante la entidad también concursada INVERLUNA S.L. quien es titular del 94'23 # de la segunda y accionista único de la primera, sin que aquellas dos sean participadas entre sí, al afianzar la primera de ellas a la segunda por el importe de 1.000.000 # resulta evidente que estamos ante una acto a título gratuito al no existir ninguna expresa contraprestación o beneficio a cambio que vaya más allá de ese interés difuso de pertenecer al mismo grupo social. Por lo demás, la fianza solidaria otorgada por JALE CONSTRUCCIONES S.L. a favor de la no participada INMOBILIARIA AMUERGA junto con la sociedad matriz INVERLUNA S.L. y DON Cosme para garantizar una póliza de crédito en cuenta corriente por importe de 1.000.000 # que consta como documental a los folios 15 y siguientes de las actuaciones, aunque de momento no disminuye su masa activa contablemente, puede potencialmente aumentar su masa pasiva contablemente al convertirse en un crédito ordinario contra la concursada JALE CONSTRUCCIONES S.L. lo que atentaría contra los principios concursales de universalidad y maximización de la masa así como de la par conditio creditorum. E igualmente el resto de los acreedores de la concursada JALE CONSTRUCCIONES
S.L. habría de resultar económicamente perjudicados con respecto a la cantidad a cobrar y el plazo para hacer efectivo dicho cobro con aumento del pasivo de dicha entidad a través de una operación por lo que no recibe contraprestación alguna.

En definitiva y como bien expresa la Juez "a quo" resultan usuales las operaciones financieras llevadas a cabo entre entidades pertenecientes al mismo grupo social siendo lo usual que sean las sociedades matrices o dominantes las que financien a las dominadas, o el mutuo afianzamiento de aquellas sociedades que se encuentran participadas entre sí, mas no es este el supuesto contemplado en los autos en el que no existen dichas participaciones entre las sociedades reseñadas, por todo lo cual nos encontramos ante el supuesto del artículo 71.2 de la Ley Concursal en el que el perjuicio patrimonial queda presumido al no admitirse prueba en contrario, por todo lo cual procede la desestimación del recurso.": SAP Cádiz (Sección 5) 12.09.2012 (Sentencia 413/2012; Rollo 223/2012)

AP Castellón

"PRIMERO La Administración Concursal de la mercantil Glass Cerámica S.L., formulo demanda de incidente concursal, en ejercicio de la acción rescisoria prevista en elart. 71 de la Ley Concursal, frente al deudor concursado, a la Caixa D'Estalvis de Catalunya y a la mercantil Gil-Juan-Guerrero Selecta S.L., pidiendo que se declare la rescisión de la garantía constituida por Glass Cerámica, a favor de la referida entidad bancaria, por importe de 1.000.000 €., cantidad en la que se fijó la garantía en la operación de ampliación de un préstamo hipotecario realizada por Gil-Juan-Guerrero Selecta S.L. y otorgada mediante escritura pública de fecha 20 de Abril de 2007, así como que se ordenase la realización de cuantos actos y formalidades fueran precisas para que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos. (…)

Partiendo de estas consideraciones y entrando en el examen del caso enjuiciado, alterando el orden de los dos primeros motivos planteados, debemos examinar primeramente si como defiende el Juez nos encontramos ante un acto de disposición a titulo gratuito, en cuyo supuesto la presunción de la existencia de un perjuicio patrimonial no admite prueba en contrario, lo que ha entendido concurrente el Juez "a quo", y a lo que se opone el recurrente alegando que la fianza no es un acto de disposición.

Dicho argumento lo defiende citando tanto en su escrito de contestación a la demanda, como ahora en el recurso, una serie de resoluciones que según refiere concluían que la fianza no constituye un acto de disposición sino de administración.

Se trata de resoluciones en todo caso ajenas a lo que aquí se enjuicia, no estando en vigor en la fecha de las mismas la Ley Concursal.

Así laSentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 328, de fecha 17 de Octubre de 1978, limitaba a distinguir entre actos de disposición y actos de administración en relación a los arrendamientos Urbanos.

LaSentencia de la misma Sala de fecha 30 de Septiembre de 1991 se refiere al supuesto de un aval prestado por mujer casada, respecto del que se decía que no entrañaba en sí mismo acto de disposición de bienes gananciales.

Y laSentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria nº 96 de fecha 8 de Marzo de 2000, si bien reconoce que la prestación de un aval era un acto obligacional, lo calificaba como de administración y no de disposición, en cuanto no conlleva la vinculación de los bienes de la Sociedad de Gananciales, refiriéndose a los actos de disposición atitulo oneroso, del articulo 1377 del Código Civil, lo que fundamenta con base en el contenido de las anteriores sentencias del Tribunal Supremo.

Entendemos por el contrario que es correcto el criterio del Juez de instancia en cuanto considera que la constitución de una fianza, como la que es objeto de este procedimiento, cae bajo el ámbito de aplicación delartículo 71 de la Ley Concursal, de igual forma que puede serlo cualquier acto o negocio jurídico.

Elartículo 1822 del Código Civil dispone al respecto que"Por la fianza se obliga uno *a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste".*

Y en este sentido debió de entenderlo el propio recurrente cuando en el escrito presentado ante el Juzgado Mercantil, al poner de manifiesto los créditos que ostentaba frente a la concursada, enumeró el préstamo hipotecario que aquí nos ocupa, con afianzamiento solidario, pidiendo fuera calificado como crédito privilegiado especial por el importe total adeudado (947.751'20 €).
En el mismo sentido se refiere a la fianza como un acto de disposición a titulo gratuito el Magistrado José María Fernández Seijo en*"Las acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor",* incluida en*"La reforma Concursal"*, de Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial.
Dice al respecto que *"La nueva Ley, a diferencia del viejo código de comercio, no circunscribe la presunción iuris et iure a las donaciones -que abarcaría donaciones puras pero también las condicionadas y las remuneratorias-, sino a cualquier acto de disposición a titulo gratuito lo que permite incluir negocios jurídicos en los que aunque no haya una disposición directa sí pueden determinar que quede comprometido el patrimonio del concursado -renuncias de derechos, condonaciones de deuda, opciones de compra, fianzas o avales no justificados...-"*
La fianza, como recuerda el Juez de instancia, puede ser a titulo oneroso o gratuito(artículo 1823 del Código Civi)l, presumiéndose salvo prueba en contrario su gratuidad en el ámbito mercantil(artículo 441 del Código de Comercio), presunción que no ha sido desvirtuada en el caso enjuiciado ya que no conocemos que haya tenido lugar ninguna contraprestación por el aval prestado, por lo que se rechaza el motivo del recurso, entendiendo presumido el perjuicio y por ello rescindible el acto.
No podemos admitir en este sentido lo que defiende el recurrente con cita de laSentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de Abril de 2002, cuando afirma que existe onerosidad en avales otorgados a empresas del grupo.
Esto no es lo que dice el Tribunal Supremo en la indicada sentencia en la que aprecia en aquel caso concreto la onerosidad, dadas las complejas relaciones negociales entabladas entre los litigantes, y al haber otorgado la hipoteca atendiendo a criterios de onerosidad, al contragarantizar una parte a la otra.
La existencia de un grupo de empresas ha sido analizada en algunas resoluciones de Audiencias Provinciales, entre las que podemos citar la de laAudiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, núm. 570, de fecha 18 de Noviembre de 2009 o la de laAudiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, núm. 142, de fecha 16 de Mayo de 2008.
En la primera de las mismas se analiza si existe un grupo de empresas que pueda permitir entender que la concesión de garantías entre las mismas no tiene carácter gratuito, rechazando tal posibilidad, lo que argumenta en los siguientes términos:***"Ni la LC ni ninguna norma del ordenamiento jurídico nos ofrece una definición o concreción de lo que debe entenderse por grupo de sociedades o de empresas. El*** art. 4 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, ***dice que "se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyen una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto". Por su parte, el*** art. 42 del Código de Comercio, ***que regula la presentación de cuentas de los grupos de sociedades, contempla diversos supuestos de relaciones entre sociedades que les obliga a formular cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, cuya finalidad esencial consiste en la eliminación de los efectos de las operaciones y transacciones intragrupo, para ofrecer así una imagen fiel de la situación patrimonial de todas las empresas del grupo. Y el*** art. 87 de la Ley de Sociedades Anónimas ***define lo que considera sociedad dominante. De todos estos preceptos cabe extraer que la base para la presencia de un grupo de sociedades o de un grupo de empresas es la existencia de una unidad de decisión***
La Ley Concursal no contiene tampoco un tratamiento sistemático del fenómeno del grupo de sociedades, sino más bien fragmentario, en los arts. 3.5 (declaración conjunta), 6 ***(dentro de la documentación que debe acompañar el deudor a la solicitud de concurso), 10.4 (competencia territorial), 25 (acumulación sobrevenida) y 92.5 en relación con el*** art. 93, ***al calificar como subordinados los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso. Ninguno de estos preceptos permite tampoco fijar un concepto de grupo de sociedades. La doctrina viene a considerar que la Ley Concursal en esta materia tiene mayor trascendencia procesal que material, que en realidad no regula el concurso del grupo de sociedades o empresas, y no puede hablarse de una normativa de carácter material que pueda suponer un avance en la conceptuación de esta realidad jurídica y económica.***
Si bien no dejar de destacar la inclinación del legislador por introducir en la configuración del grupo de sociedades la idea de la existencia de una sociedad dominante, lo que delimita su predilección por una definición que tiene en cuenta la estructura de la dirección, y dentro de las posibilidades de grupos de subordinación y grupos de coordinación, preferir los primeros. Idea perfectamente compatible con el concepto de unidad de decisión o de dirección ya apuntada anteriormente, y que es la preferida en las resoluciones de la jurisdicción mercantil.
Esta unidad de dirección implica unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo, sin perjuicio de que pueda modalizarse en cada una de las entidades agrupadas en el marco de libertad de gestión de cada sociedad. La formación de política común se puede producir de manera centralizada desde la sociedad dominante o por medio de cooperación entre todos los integrantes. Además esta unidad debe afectar al menos al ámbito de la financiación, producción, comercialización y política social. En general, a la política empresarial que normalmente impondrá la sociedad dominante (lo que no impide que ante falta de definición legal también sean admisibles los grupos por coordinación o grupos horizontales o de estructura paritaria), con evidente vocación de permanencia para conseguir un fin común.
En el supuesto enjuiciado únicamente consta la identidad del sustrato personal de ambas sociedades, así como la utilización de su patrimonio de forma conjunta, según se desprende del informe de la administración concursal. Sin embargo, más allá de estas meras alegaciones, no se ha acreditado en

modo alguno que tal forma de actuar obedezca a esa unidad de dirección y de decisión encaminada a conseguir un fin común del grupo con una definida unidad de política empresarial. Tal actuación puede tener su explicación, simplemente, en el carácter familiar de las sociedades, y el escaso respeto a la independencia patrimonial de cada una de las sociedades, entre ellas y respecto de los propios socios, que deriva de su separada personalidad jurídica, pero sin la idea de unidad de decisión o dirección antes expuesta como definidora de un grupo de sociedades. Ni siquiera existen elementos para revelar si, en tal caso, estaríamos ante la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia (grupos verticales o de estructura jerárquica) o de grupos por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria)".

De forma que, tras rechazar que se haya acreditado la existencia de un grupo de empresas en los términos expuestos, concluye que ante tales circunstancias**"***En el supuesto de garantía real prestada a favor de un tercero, por obligación ajena, dicha garantía será onerosa si el garante ha recibido del deudor o del acreedor alguna contraprestación, la cual puede constar en el propio contrato que incluye la garantía o bien de forma independiente entre algunos de los integrantes de esa relación trilateral. Ahora bien, esta garantía, como el resto de negocios jurídicos, sin exigir un justo precio, si exige una contraprestación que despeje la apariencia de gratuita".*

En el caso enjuiciado sucede algo similar ya que lo único que conocemos por el informe de la Administración Concursal que se ha acompañado al escrito de demanda como documento nº6, es que ambas sociedades Glass Cerámica S.L. y Gil-Juan- Guerrero Selecta S.L., tienen como administrador único a.Silvio y que esta persona junto conJuan Luis yBalbino, son los únicos socios de ambas mercantiles con el mismo porcentaje. Pero desconocemos que haya una unidad de política empresarial para conseguir un fin común, lo que nos lleva a rechazar que se haya demostrado que la fianza prestada sea un acto de disposición que tenga ese carácter oneroso por tratarse de un grupo empresarial, lo que por si solo ya implicaría la procedencia de la acción rescisoria aquí ejercitada.

Pero aun cuando se hubiera demostrado, lo que no se ha hecho, que se tratara de un acto oneroso, no por ello debemos rechazar, como se argumenta en el primer motivo del recurso de apelación, que no se ha producido un perjuicio patrimonial.

Como recuerda laSentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 6 de Febrero de 2009, entre otras:*"En cualquier caso, para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar que: se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa* (art. 76 LC)*, y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso u la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación."*

O como también refiere laSentencia de la misma Sala de fecha 8 de enero de 2009 *"La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro."*

Se nos dice por el recurrente que no cabe hacer "estipulaciones genéricas" sino analizar cada caso jurídico concreto, lo que entendemos ha hecho de forma pormenorizada el Juez de instancia.

Y se insiste en que la fianza en sí misma no es perjudicial hasta que no se ejecute, lo que no compartimos ya que el gravamen existe y la propia entidad bancaria así lo ha entendido desde el momento en que pide el reconocimiento de este crédito en la forma expuesta.

Y desde luego no se trata de que toda fianza quede inoperante en cuanto el fiador sea declarado en concurso, lo que sí es una generalidad, ya que habría que analizar en cada caso las circunstancias concurrentes.

Señalamos además, a mayor abundamiento, que en el presente caso también concurre el supuesto previsto en elartículo 71-3-1º de la Ley Concursal a cuyo tenor, se presume el perjuicio patrimonial cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Y elartículo 93-2-3º de la Ley concursal sitúa entre las personas especialmente relacionadas con el concursado a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.

Por lo que admitiendo expresamente el apelante que la concursada y la sociedad a cuyo favor se efectuó el préstamo pertenecen al mismo grupo existe una presunción de la existencia del perjuicio patrimonial que tampoco ha sido desvirtuado.

Rechazamos por tanto también este motivo del recurso e igualmente el último en el que se hace mención a la imposibilidad de rescindir parcialmente un negocio jurídico, eliminando la fianza y manteniendo la validez y eficacia del negocio jurídico, lo que argumenta con fundamento en laSentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de fecha 18 de Febrero de 2010.

Se trata de una cuestión nueva no alegada en la primera instancia, por lo que tal y como expone la Administración Concursal al oponerse al recurso de apelación, por esta razón ya debería rechazarse.

Como ya hemos reiterado en anteriores resoluciones deesta Sala, entre las que podemos citar nuestra sentencia núm. 304 de 25 de junio de 2008, no puede la parte, en el presente recurso de apelación, introducir cuestiones nuevas no discutidas y examinadas en la instancia, cuyo conocimiento está vedado a esta Sala, habida cuenta del principio de contradicción que impera en los procesos civiles, ya que prescindir de él produciría indefensión a la contraparte al no poder procesalmente rebatirlos (SSTS 10 de noviembre de 1990).

La Sala 1ª delTribunal Supremo en su Sentencia nº 444 de fecha 21 de marzo de 2008,con cita de la Sentencia de la misma Sala, de fecha 5-11-2007, insistiendo en este planteamiento referido a la introducción de cuestiones nuevas, expone que ello "va contra los principios procesales de igualdad de armas y, desde luego, provoca una situación de indefensión inaceptable, todo ello amparado en el principio de tutela judicial efectiva y así se especifica, entre otros muchos, en laSentencia de esta Sala de 6 de marzo de 1998, que recoge lo dicho por el T.C., esencialmente en lasentencia de 17 de marzo de 1994,y la del TECH, de 27 de junio de 1968 (Caso Nuemaister en la que se aplica nítidamente le principio de igualdad de armas en el proceso - Waffengleiheit)".
Pero además laSentencia de la propia Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, nº 245, de fecha 17 de Julio de 2008, ha entendido que la acción rescisoria o de reintegración, debe limitarse a la garantía (hipoteca o aval), pero no al préstamo garantizado, ya que además de no solicitarse prestación alguna respecto de este último, como aquí también sucede, es ajeno al procedimiento concursal, no dirigiéndose la acción ejercitada, como no podría ser de otra manera, frente al beneficiario de ese préstamo, admitiendo con ello la rescisión de una parte del contrato, eliminando las garantías adicionales prestadas por quien está en concurso, a lo que añadimos nosotros, que en todo caso a partir de la estimación de la rescisión deberá ser la entidad bancaria la que en su caso, plantee en el procedimiento correspondiente si se ha producido una novación del contrato y si el mismo puede subsistir en estas condiciones.
Recordamos además y por último, también a mayor abundamiento, que en el caso enjuiciado además de la garantía personal prestada por la concursada, también se hipotecaron bienes de la entidad a quien se concedía el préstamo, por lo que esta no ha quedado sin garantía alguna.
Procede por todo ello desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución recurrida.": SAP Castellón (Sección 3) 15.02.2011 (JUR 20117170720; Sentencia 41/2011; Rollo 446/2010)

"PRIMERO.-La Administración Concursal de la mercantil Glass Cerámica S.L., presentó en fecha 2 de octubre de 2009 demanda de incidente concursal por la que promovía la acción rescisoria concursal del *artículo 71 de la LC* contra la mercantil concursada, la Caixa D#Estalvis de Catalunya y la mercantil Gil-Juan-Guerrero Selecta S.L., solicitando que se declarara la rescisión de la fianza solidaria otorgada por la concursada en relación con las obligaciones asumidas por la mercantil Gil-Juan- Guerrero Selecta S.L. en la póliza de arrendamiento financiero de bienes muebles que esta mercantil suscribió con la Caixa D#Estalvis de Catalunya en fecha 7 de junio de 2007, siendo el fundamento esencial de la acción ejercitada su consideración de que estábamos ante un supuesto de una garantía prestada de forma gratuita y sin contraprestación alguna dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, efectuada por Auto de fecha 29 de julio de 2008, por lo que quedaba incluido en el supuesto del *apartado 2 del referido articulo 71 de la LC.* Con carácter subsidiario, se afirmaba que resultaría de aplicación el *apartado 3.1º del articulo 71 de la LC* por formar parte la mercantil concursada y la arrendataria financiera de un mismo grupo de empresas.

La Sentencia dictada en primera instancia estimó de forma integra la demanda y rescindió la garantía constituida por la concursada Glass Cerámica S.L. a favor de la Caixa D#Estalvis de Catalunya en la póliza de arrendamiento financiero de bienes muebles que la misma formalizó en fecha 7 de junio de 2007 con la mercantil Gil-Juan-Guerrero Selecta S.L. imponiendo las costas procesales devengadas en el incidente a los demandados.

El Juzgador de instancia estima que la fianza constituida por la concursada es una garantía personal, que en cuanto vincula un patrimonio personal al cumplimiento de una obligación ajena, es un acto de disposición, y no constando que la fianza se haya constituido a titulo oneroso, al no haber atisbo de la existencia de contraprestación alguna por la misma, concurre la presunción del perjuicio patrimonial, sin admisión de prueba en contrario, prevista en el *apartado 2 del articulo 71 de la LC,* por lo que concluye que debe acogerse la acción rescisoria ejercitada en la demanda, razonando que carecen de virtualidad las alegaciones de la demandada comparecida Caixa D#Estalvis de Catalunya de que la operación no era a titulo gratuito porque se facilitaba la financiación de un grupo empresarial por pertenecer la concursada y arrendataria financiera a un mismo grupo, dado que de ser realmente esto cierto, operaria la presunción iuris tantum aducida en la demanda, sin que se haya aportado prueba destinada a destruirla.

Recurre la demandada Caixa D#Estalvis de Catalunya, exponiendo en primer lugar en el escrito de recurso su discrepancia respecto del criterio del juzgador de instancia sobre la existencia de perjuicio patrimonial, en segundo lugar su disconformidad con la consideración de la fianza como acto de disposición gratuito, en tercer lugar plantea la cuestión de la imposibilidad de rescindir parcialmente un negocio jurídico eliminando la fianza y, por ultimo, impugna el pronunciamiento de imposición de las costas de la instancia.

SEGUNDO.-Por razones de sistemática estimamos que, en primer lugar, debemos examinar el que se expone como segundo motivo en el recurso, la disconformidad de la parte recurrente respecto a la consideración de la fianza como acto de *disposición, para seguidamente analizar el primero,* como ya hicimos en nuestra anterior Sentencia nº 41 de fecha 15 de febrero de 2011, en la que examinamos un supuesto muy similar al que ahora nos ocupa, relativo a otra acción rescisoria ejercitada por la Administración Concursal de la misma concursada, mercantil Glass Cerámica S.L. contra la concursada, Caixa D#Estalvis de Catalunya y la mercantil Gil-Juan-Guerrero Selecta S.L., siendo objeto de rescisión en aquel procedimiento una garantía constituida por la concursada a favor de la Caixa D#Estalvis de Catalunya en una ampliación de capital de préstamo hipotecario realizada por la mercantil Gil-Juan-Guerrero Selecta S.L.

La parte apelante alega que la fianza personal no constituye un acto de disposición sino de administración, con argumentos respecto a los que nos pronunciamos en la sentencia de esta Sección antes citada, por lo que debemos reiterar lo que dijimos en la misma:

"Dicho argumento lo defiende citando tanto en su escrito de contestación a la demanda, como ahora en el recurso, una serie de resoluciones que según refiere concluían que la fianza no constituye un acto de disposición sino de administración.

Se trata de resoluciones en todo caso ajenas a lo que aquí se enjuicia, no estando en vigor en la fecha de las mismas la Ley Concursal.

Así la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 328, de fecha 17 de Octubre de 1978, *limitaba a distinguir entre actos de disposición y actos de administración en relación a los arrendamientos Urbanos.*

La Sentencia de la misma Sala de fecha 30 de Septiembre de 1991 *se refiere al supuesto de un aval prestado por mujer casada, respecto del que se decía que no entrañaba en sí mismo acto de disposición de bienes gananciales.*

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria nº 96 de fecha 8 de Marzo de 2000, *si bien reconoce que la prestación de un aval era un acto obligacional, lo calificaba como de administración y no de disposición, en cuanto no conlleva la vinculación de los bienes de la Sociedad de Gananciales, refiriéndose a los actos de disposición a titulo oneroso, del articulo 1377 del Código Civil, lo que fundamenta con base en el contenido de las anteriores sentencias del Tribunal Supremo.*

Entendemos por el contrario que es correcto el criterio del Juez de instancia en cuanto considera que la constitución de una fianza, como la que es objeto de este procedimiento, cae bajo el ámbito de aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal, de igual forma que puede serlo cualquier acto o negocio jurídico.

El artículo 1822 del Código Civil dispone al respecto que "Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste".

Y en este sentido debió de entenderlo el propio recurrente cuando en el escrito presentado ante el Juzgado Mercantil, al poner de manifiesto los créditos que ostentaba frente a la concursada, enumeró el préstamo hipotecario que aquí nos ocupa, con afianzamiento solidario, pidiendo fuera calificado como crédito privilegiado especial por el importe total adeudado (947.751'20 #).

En el mismo sentido se refiere a la fianza como un acto de disposición a titulo gratuito el Magistrado José María Fernández Seijo en "Las acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor", incluida en "La reforma Concursal", de Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Dice al respecto que "La nueva Ley, a diferencia del viejo código de comercio, no circunscribe la presunción iuris et iure a las donaciones -que abarcaría donaciones puras pero también las condicionadas y las remuneratorias-, sino a cualquier acto de disposición a titulo gratuito lo que permite incluir negocios jurídicos en los que aunque no haya una disposición directa sí pueden determinar que quede comprometido el patrimonio del concursado -renuncias de derechos, condonaciones de deuda, opciones de compra, fianzas o avales no justificados...-"

La fianza, como recuerda el Juez de instancia, puede ser a titulo oneroso o gratuito (artículo 1823 del Código Civi)l, presumiéndose salvo prueba en contrario su gratuidad en el ámbito mercantil (artículo 441 del Código de Comercio), presunción que no ha sido desvirtuada en el caso enjuiciado ya que no conocemos que haya tenido lugar ninguna contraprestación por el aval prestado, por lo que se rechaza el motivo del recurso, entendiendo presumido el perjuicio y por ello rescindible el acto.

No podemos admitir en este sentido lo que defiende el recurrente con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de Abril de 2002, *cuando afirma que existe onerosidad en avales otorgados a empresas del grupo.*

Esto no es lo que dice el Tribunal Supremo en la indicada sentencia en la que aprecia en aquel caso concreto la onerosidad, dadas las complejas relaciones negociales entabladas entre los litigantes, y al haber otorgado la hipoteca atendiendo a criterios de onerosidad, al contragarantizar una parte a la otra.

La existencia de un grupo de empresas ha sido analizada en algunas resoluciones de Audiencias Provinciales, entre las que podemos citar la de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, núm. 570, de fecha 18 de Noviembre de 2009 *o la de la* Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, núm. 142, de fecha 16 de Mayo de 2008.

En la primera de las mismas se analiza si existe un grupo de empresas que pueda permitir entender que la concesión de garantías entre las mismas no tiene carácter gratuito, rechazando tal posibilidad, lo que argumenta en los siguientes términos: ***"Ni la LC ni ninguna norma del ordenamiento jurídico nos ofrece una definición o concreción de lo que debe entenderse por grupo de sociedades o de empresas. El*** *art. 4 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988,* ***dice que "se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyen una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto". Por su parte, el*** *art. 42 del Código de Comercio,* ***que regula la presentación de cuentas de los grupos de sociedades, contempla diversos supuestos de relaciones entre sociedades que les obliga a formular cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, cuya finalidad esencial consiste en la eliminación de los efectos de las operaciones y transacciones intragrupo, para ofrecer así una imagen fiel de la situación patrimonial de todas las empresas del grupo. Y el*** *art. 87 de la Ley de Sociedades Anónimas* ***define lo que considera sociedad dominante. De todos estos preceptos cabe extraer que la base para la presencia de un grupo de sociedades o de un grupo de empresas es la existencia de una unidad de decisión***

La Ley Concursal no contiene tampoco un tratamiento sistemático del fenómeno del grupo de sociedades, sino más bien fragmentario, en los *arts. 3.5 (declaración conjunta), 6* ***(dentro de la documentación que debe acompañar el deudor a la solicitud de concurso), 10.4 (competencia territorial), 25 (acumulación sobrevenida) y 92.5 en relación con el*** *art. 93,* ***al calificar como subordinados los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso. Ninguno de estos preceptos permite tampoco fijar un concepto de grupo de sociedades. La doctrina viene a considerar que la Ley Concursal en esta materia tiene mayor trascendencia procesal que material, que en realidad no regula el concurso del grupo de sociedades o empresas, y no puede hablarse de una normativa de carácter material que pueda suponer un avance en la conceptuación de esta realidad jurídica y económica.***

Si bien no dejar de destacar la inclinación del legislador por introducir en la configuración del grupo de sociedades la idea de la existencia de una sociedad dominante, lo que delimita su predilección por una definición que tiene en cuenta la estructura de la dirección, y dentro de las posibilidades de grupos de subordinación y grupos de coordinación, preferir los primeros. Idea perfectamente compatible con el concepto de unidad de decisión o de dirección ya apuntada anteriormente, y que es la preferida en las resoluciones de la jurisdicción mercantil.

Esta unidad de dirección implica unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo, sin perjuicio de que pueda modalizarse en cada una de las entidades agrupadas en el marco de libertad de gestión de cada sociedad. La formación de política común se puede producir de manera centralizada desde la sociedad dominante o por medio de cooperación entre todos los integrantes. Además esta unidad debe afectar al menos al ámbito de la financiación, producción, comercialización y política social. En general, a la política empresarial que normalmente impondrá la sociedad dominante (lo que no impide que ante falta de definición legal también sean admisibles los grupos por coordinación o grupos horizontales o de estructura paritaria), con evidente vocación de permanencia para conseguir un fin común.

En el supuesto enjuiciado únicamente consta la identidad del sustrato personal de ambas sociedades, así como la utilización de su patrimonio de forma conjunta, según se desprende del informe de la administración concursal. Sin embargo, más allá de estas meras alegaciones, no se ha acreditado en modo alguno que tal forma de actuar obedezca a esa unidad de dirección y de decisión encaminada a conseguir un fin común del grupo con una definida unidad de política empresarial. Tal actuación puede tener su explicación, simplemente, en el carácter familiar de las sociedades, y el escaso respeto a la independencia patrimonial de cada una de las sociedades, entre ellas y respecto de los propios socios, que deriva de su separada personalidad jurídica, pero sin la idea de unidad de decisión o dirección antes expuesta como definidora de un grupo de sociedades. Ni siquiera existen elementos para revelar si, en tal caso, estaríamos ante la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia (grupos verticales o de estructura jerárquica) o de grupos por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria)".

*De forma que, tras rechazar que se haya acreditado la existencia de un grupo de empresas en los términos expuestos, concluye que ante tales circunstancias **"** En el supuesto de garantía real prestada a favor de un tercero, por obligación ajena, dicha garantía será onerosa si el garante ha recibido del deudor o del acreedor alguna contraprestación, la cual puede constar en el propio contrato que incluye la garantía o bien de forma independiente entre algunos de los integrantes de esa relación trilateral. Ahora bien, esta garantía, como el resto de negocios jurídicos, sin exigir un justo precio, si exige una contraprestación que despeje la apariencia de gratuita".*

*En el caso enjuiciado sucede algo similar ya que lo único que conocemos por el informe de la Administración **Concursal** que se ha acompañado al escrito de demanda como documento nº6, es que ambas sociedades Glass Cerámica S.L. y Gil-Juan- Guerrero Selecta S.L., tienen como administrador único a. Jose Luis y que esta persona junto con Juan Antonio y Aquilino, son los únicos socios de ambas mercantiles con el mismo porcentaje. Pero desconocemos que haya una unidad de política empresarial para conseguir un fin común, lo que nos lleva a rechazar que se haya demostrado que la fianza prestada sea un acto de disposición que tenga ese carácter oneroso por tratarse de un grupo empresarial, lo que por si solo ya implicaría la procedencia de la acción rescisoria aquí ejercitada.*

Pero aun cuando se hubiera demostrado, lo que no se ha hecho, que se tratara de un acto oneroso, no por ello debemos rechazar, como se argumenta en el primer motivo del recurso de apelación, que no se ha producido un perjuicio patrimonial.

Como recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 6 de Febrero de 2009, *entre otras: "En cualquier caso, para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar que: se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso u la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación."*

O como también refiere la Sentencia de la misma Sala de fecha 8 de enero de 2009 *"La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación **concursal** de cobro."*

Se nos dice por el recurrente que no cabe hacer "estipulaciones genéricas" sino analizar cada caso jurídico concreto, lo que entendemos ha hecho de forma pormenorizada el Juez de instancia.

Y se insiste en que la fianza en sí misma no es perjudicial hasta que no se ejecute, lo que no compartimos ya que el gravamen existe y la propia entidad bancaria así lo ha entendido desde el momento en que pide el reconocimiento de este crédito en la forma expuesta.

Y desde luego no se trata de que toda fianza quede inoperante en cuanto el fiador sea declarado en concurso, lo que sí es una generalidad, ya que habría que analizar en cada caso las circunstancias concurrentes.

Señalamos además, a mayor abundamiento, que en el presente caso también concurre el supuesto

previsto en el artículo 71-3-1º de la Ley Concursal a cuyo tenor, se presume el perjuicio patrimonial cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Y el artículo 93-2-3º de la Ley ***concursal*** *sitúa entre las personas especialmente relacionadas con el concursado a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.*

Por lo que admitiendo expresamente el apelante que la concursada y la sociedad a cuyo favor se efectuó el préstamo pertenecen al mismo grupo existe una presunción de la existencia del perjuicio patrimonial que tampoco ha sido desvirtuado."

Estimamos que los argumentos expuestos en nuestra resolución anterior y que hemos recogido en la presente son plenamente de aplicación al presente caso, y que en virtud de lo razonado que ahora reiteramos debemos rechazar los dos primeros motivos del recurso en que se exponen alegaciones que cuestionan lo razonado en la sentencia de instancia respecto a la existencia del perjuicio patrimonial y la consideración de la fianza solidaria otorgada por la concursada en relación con las obligaciones asumidas por la **mercantil** Gil-Juan-Guerrero Selecta S.L en el contrato de leasing de fecha 7 de junio de 2007 como un acto dispositivo a titulo gratuito, lo que entendemos plenamente acertado en el supuesto de hecho que es objeto de este procedimiento, en que ninguna prueba se ha aportado de que se haya pactado contraprestación alguna por la prestación de la garantía.

Por tanto, entendemos no cabe duda alguna de la aplicación al caso del *articulo 71.2 de la L.C,* siendo de aplicación en consecuencia la presunción iuris et de iure del perjuicio patrimonial, debiendo añadir que no parece razonable negar que la constitución de la fianza causa un perjuicio patrimonial, afirmando que solo existiría en caso de que se ejecute, como hace la recurrente, cuando por otra parte la propia recurrente pide el reconocimiento de la existencia de su crédito en los términos que se recogen en su escrito aportado como documento nº 4 con la demanda por la Administración **concursal** (folios 26 y 27). ": SAP Castellón (Sección 3) 02.06.2011 (Sentencia 191/2011; Rollo 394/2010)

"PRIMERO.-La Administración Concursal de la mercantil Residencial Miranda SL ejercitó acción de reintegración concursal del art. 71 de la Ley Concursal en relación con la hipoteca constituida a favor de Banco de Valencia SA por la concursada en virtud de escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada en fecha 28 de abril de 2009.

Como fundamento de su demanda aducía esencialmente que concurría el supuesto previsto en el art. 71.2 de la Ley Concursal (presunción iures et de iure de la concurrencia de perjuicio en los actos de disposición a título gratuito) por haberse constituido la hipoteca en garantía de la obligación de un tercero sin haber percibido contraprestación alguna, señalando además que la operación era perjudicial para los acreedores por la afección del bien al abono de una deuda a favor de una entidad ajena al concurso y disminución consiguiente de la posibilidad de cobro.

Mientras que la concursada se allanó a dicha pretensión, contestó Banco de Valencia SA en el sentido de interesar su rechazo sobre la base fundamental de defender que no estábamos en presencia de un acto de disposición a título gratuito porque el destino del préstamo garantizado con la hipoteca litigiosa fue saldar una deuda deriva de una póliza de liquidación de operaciones mercantiles de la que respondía la concursada como fiadora solidaria por un lado y, por otro, aunque no en su integridad, como firmante de dos de los tres pagarés descontados y no atendidos oportunamente de los que derivaba aquella deuda, señalando además que constituyéndose también en fiadora en dicho préstamo la concursada, si no se considera que dicha fianza sea gratuita tampoco cabe considerar que lo sea la constitución de la garantía real discutida. (...)

TERCERO.-Sentado lo anterior, lo que procede por tanto ahora es valorar si concurre ese perjuicio por gratuidad del acto impugnado y, consiguientemente, debe acogerse en todo caso la demanda, dado que acerca del requisito temporal no se ha suscitado discusión (el préstamo garantizado con hipoteca se constituyó en fecha 28 de abril de 2009 y el concurso se declaró en fecha 18 de noviembre de 2010)

Nuestra respuesta no puede ser más que negativa por la concurrencia de un interés económico por parte de la concursada en la operación desde el momento en que consta por la documentación adjuntada a su contestación por la apelante que el principal del préstamo hipotecario (50.000 euros) se destino a cancelar una deuda derivada de una póliza de liquidación de operaciones comerciales de importe aproximado (49.506,52 euros) de la que respondía directamente como fiador solidario y de la que también respondía en todo caso parcialmente y al margen de dicho contrato por derivarse parte de la misma del descuento de dos pagarés por ella librados. Así se desprende de la finalidad del préstamo que se dice en la escritura como hemos visto, póliza referida, extractos, recibos y liquidaciones acompañados a la demanda, con referencia como librado en dos de los pagarés a la concursada por mucho que no veamos correspondencia de los allí referidos, coincidentes con los importes integrantes del saldo deudor global cancelado con el préstamo, con los aportados mediante fotocopia por las diferencias en cuanto a su importe nominal.

Por lo tanto, aunque el préstamo garantizado con hipoteca se concede a un tercero (Construcciones Blay Notari SL), su conexión con la deuda derivada de la póliza anterior con destino de todo su importe a su cancelación no permite hablar de gratuidad, por mucho que no se pactara expresamente una contraprestación por la constitución de la garantía, habida cuenta que la misma operaba a propósito de una operación tendente a refinanciar una deuda vencida y exigible de la que respondía directa y solidariamente la concursada con un aplazamiento relevante y una reducción de los intereses a satisfacer por los moratorios que se estaban devengando al tipo del 29% según se desprende de la documentación referida, sin olvidar, en todo caso, que, como ha dicho el Tribunal Supremo (Sentencia de 8 de noviembre de 2012), " el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable ".

A mayor abundamiento, en un punto destacado oportunamente por la parte apelante, la concursada interviene en el préstamo litigioso no como un mero hipotecante no deudor sino como fiador solidario también, por lo que

resulta contradictorio aducir la gratuidad en el otorgamiento de la garantía real y no en la personal (cuyas consecuencias pueden ser más perjudiciales), de igual forma que referir solo un perjuicio en la primera y no en la segunda cuando de igual manera que se afecta un bien a una deuda se asume la misma en unas condiciones que desde luego no pueden beneficiar a los acreedores.
CUARTO.-Ahora bien, el que el acto impugnado no sea gratuito y, por tanto, no opere la presunción iures et de iure del art. 71.2 invocada en la demanda, no significa que el acto no pueda ser perjudicial (en este sentido Sentencia de esta Sala de 15 de febrero de 2011) y, de hecho, la demanda refiere de manera autónoma ese perjuicio por la afectación de una parte del activo de la concursada para responder de la deuda de un tercero disminuyéndose así las posibilidades de cobro de los acreedores sin que se reciba contraprestación alguna, señalando también el Juez de primer grado a la hora de establecer el requisito del perjuicio (aunque puedan conectarse en parte sus apreciaciones con su consideración de la ausencia de destrucción de la presunción del art. 71.3.2º de la Ley Concursal que aplica) que la hipoteca garantiza un préstamo a un tercero (con referencias también a una deuda u obligación preexistente, lo que es ajeno a la demanda y nos conecta con las infracciones procesales apreciadas).
Ahora bien, dado el interés económico en la operación de la concursada por las circunstancias previamente reflejadas y el hecho que la parte actora haya prescindido de las mismas en orden a configurar su pretensión abandonándose casi en su integridad a la calificación del acto como gratuito y presunción de perjuicio sin posibilidad de prueba en contrario derivada de la misma, conllevan que nos encontremos con meras generalidades en la demanda al respecto sin contemplación de las circunstancias concretas que confluyen en el supuesto examinado y sin actividad probatoria alguna más allá que la que atañe a la mera formalización del préstamo hipotecario, lo que impide que podamos estimar acreditado un perjuicio como es debido, circunstancia que incumbe a la parte demandante en aplicación del art. 71.4 de la Ley Concursal al no poder operar ninguna presunción, teniendo presente al respecto que la constitución de garantías reales suele ser consustancial al aplazamiento de débitos, que por los términos del mismo y condiciones de la deuda existente (carácter vencido, exigible y consecuencias gravosas de la morosidad) no puede afirmarse sin más la concurrencia de un perjuicio (en el sentido de sacrificio patrimonial injustificado según la doctrina jurisprudencial imperante actualmente -en este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, S. 1, de 13 de junio de 2012 -) y que influye en el mismo sentido que la operación litigiosa se ubica temporalmente en la primera parte del periodo sospechoso de los dos años y se vinieron observando las obligaciones derivadas de la misma hasta escasos meses antes del concurso, circunstancia ésta última que debe conectarse con el hecho de que para decidir si el acto es perjudicial debe analizarse en el momento de su ejecución aunque proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2011).": SAP Castellón (Sección 3) 26.09.2013 (Sentencia 376/2013; Rollo 171/2013)

"Siguiendo con el resto de los motivos señalaremos que tampoco puede acogerse el relativo a la fianza. Ciertamente y contrariamente a lo que el Juez de instancia viene propiamente a contemplar estamos ante un acto de disposición, lo que es extensible a la garantía real igualmente discutida, dada la vinculación patrimonial que conllevan, tal como ya señaló esta Sala en Sentencias de 15 de febrero y 2 de junio de 2011 (en consonancia con la posición mayoritaria de nuestros tribunales según revela un simple repaso a las resoluciones resolviendo acciones de reintegración cuyo objeto no es otro que garantías como las litigiosas). Ahora bien, no podemos considerar que se trata de un acto gratuito por mucho que no se pactara retribución alguna por la prestación de la fianza desde el momento en que los concursados tenían un evidente interés económico en la operación por cuanto, según se desprende de los hechos que hemos relatado previamente, se trataba básicamente de refinanciar unas deudas de las que aquellos respondían en condiciones de igualdad con el deudor principal por haberlas afianzado solidariamente, con lo que quiebra uno de los hechos que aducía la demandante para justificar la gratuidad, en concreto, que se trataba de garantizar una deuda ajena. En esta línea, Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2013.
Consecuencia de lo expuesto es que al no darse el supuesto esgrimido en la demanda para fundamentar la rescisión pretendida de la fianza otorgada por los concursados no pueda accederse a la misma, y ello aunque consideráramos que dicha configuración de la pretensión no impide valorar su rescindibilidad conforme a la clausula general, dado que no se ha intentado probar perjuicio alguno derivado de la operación (la única prueba practicada es la documental atinente a la concertación del préstamo y su modificación por un lado y, por otro, a su destino y contratos previos cuyas posiciones deudoras fueron saldadas y obligaciones dinerarias satisfechas), sin que desde luego pudiere derivarse por el mero hecho de la concertación del préstamo con la fianza solidaria otorgada al tratarse de una refinanciación de una deuda con una ampliación significativa del plazo para satisfacerla y sin poder desprender un cambio significativo de la situación previa de los concursados en razón de las restantes condiciones económicas de la operación": SAP Castellón (Sección 3) 31.03.2014 (Sentencia 122/2014; Rollo 41/2014)

"Y en cuanto a la onerosidad de las garantía por deuda ajena indica que *"el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto..."*
En el caso enjuiciado entendemos que la fianza no fue un acto de disposición a título gratuito y que por lo tanto no resulta rescindible en los términos del precepto citado. Consideramos en este sentido que concurre un interés económico en la concursada desde el momento en que el afianzamiento se produce respecto de operaciones de crédito necesarias para la financiación de una mercantil de la que es socia mayoritaria, por lo que no se trata de haber prestado una garantía a una deuda ajena.

A idéntica conclusión llegamos en cuanto a la falta de gratuidad de la hipoteca posterior, tratándose de un supuesto similar al examinado por esta Sala en nuestra Sentencia núm. 122, de fecha 31 de marzo de 2014, donde hemos entendido *"no podemos considerar que se trata de un acto gratuito por mucho que no se pactara retribución alguna por la prestación de la fianza desde el momento en que los concursados tenían un evidente interés económico en la operación por cuanto, según se desprende de los hechos que hemos relatado previamente, se trataba básicamente de refinanciar unas deudas de las que aquellos respondían en condiciones de igualdad con el deudor principal por haberlas afianzado solidariamente, con lo que quiebra uno de los hechos que aducía la demandante para justificar la gratuidad, en concreto, que se trataba de garantizar una deuda ajena. En esta línea, Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2013."*
Lo que también concurre en el presente supuesto en el que igualmente existe un afianzamiento previo, que impide calificar la deuda como ajena.": SAP Castellón (Sección 3) 19.12.2014 (Sentencia 363/2014; Rollo 516/2014)

"2. Dice el artículo *71 de la Ley Concursal* que *"Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta."*
No se discute la concurrencia del requisito temporal, pues la garantía hipotecaria atacada se constituyó pocos meses antes de la declaración del concurso.
La administración concursal demandante basó la pretensión rescisoria en el artículo 71.2 LC, que dispone que el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito. Y con carácter subsidiario invocó 71.3.1 LC, referido a los actos de disposición a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
Por lo tanto, se mantiene la debida congruencia examinando ambos fundamentos de la pretensión.
Recordamos que, como detallamos al relacionar los hechos acreditados, la concursada es titular del 0,2187% de participaciones sociales de la prestataria Gestión Citrícola SL, siendo su esposo titular del 0,4880% y cada uno de sus tres hijos del 0,5868%. Singular
importancia tiene que Realco SA ostente el 97,5325% de dichas participaciones y que la concursada ostente un 25% de acciones de esta sociedad, su esposo el mismo porcentaje y la propia Realco SA el restante 50% (autocartera).
Con estos datos puede afirmarse que Doña Teresa controla directamente la mitad de las acciones de Realco SA y que, siendo esta mercantil titular del 97,532% de Gestión Citrícola SL controla a través de dicha sociedad anónima el 48,76625% de la sociedad limitada y sumando a este porcentaje el 0,2187% del que es directa titular el 48,98% de la prestataria Gestión Citrícola cuyo préstamo ha venido a garantizar mediante la constitución de hipoteca.
Y, naturalmente, si tenemos en cuenta la titularidad que de ambas sociedades ostentan su esposo e hijos, es evidente que concursada y familia directa controlan totalmente a las prestataria.
Es claro que la constitución de la garantía real da lugar a la directa sujeción del bien hipotecado al pago del crédito (art. 155 de la LC) y otorga al acreedor hipotecario un derecho de ejecución separada (arts 55 y 56 LC) de suerte que, además de privilegiar a un acreedor sobre la masa, tiene la consecuencia de minorar ésta en el valor del bien hipotecado.
Desde esta perspectiva, la hipoteca sobre bienes del concursado afecta negativamente a la valoración de sus bienes. Dice la citada STS de 30 de abril de 2014, *"Entre los actos que pueden ser objeto de las acciones de reintegración están los constitutivos de garantías reales sobre bienes inmuebles, porque implican una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merina su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito. Es por ello que han de considerarse actos de carácter dispositivo sobre el patrimonio".*
3. Dice la Sentencia de la Sala la del Tribunal Supremo núm 652, de fecha 8 de noviembre de 2012 (ROJ: STS 7746/2012), en cuanto a qué debe entenderse por *"acto perjudicial para la masa activa",* que son *los actos del concursado que implican una disminución injustificada de su patrimonio, caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par conditio creditorum (paridad de trato de los acreedores).*
En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)."
Y en cuanto a la onerosidad de las garantía por deuda ajena indica que *"el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un*

sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto."
En el presente caso, la estrecha relación existente entre la concursada y la sociedad prestataria, de la que tiene el control directo del 48,98% y el total a través de su esposo e hijos pone de manifiesto la existencia de un interés económico, lo que excluye el carácter gratuito de la obligación, que debe considerarse por ello onerosa. Como dijo este tribunal en la citada Sentencia núm. 363 de 19 de diciembre de 2014, con cita de la anterior núm. 122 de 31 de marzo de 2014, no es necesario que se pacte retribución por la prestación de la garantía para descartar el carácter gratuito.
Ha de tenerse en cuenta que, con arreglo a la redacción de los artículos 71.3 y 93.1 de la Ley Concursal en vigor cuando tuvieron lugar los hechos litigiosos no cabe presunción de perjuicio patrimonial a que se refiere el primero de dichos preceptos por cuanto, a la vista del texto legal de aplicación, aunque los actos dispositivos a título oneroso en favor de personas especialmente relacionadas con el deudor se presumen perjudiciales, resulta que la mercantil prestataria no podía ser considerada a la sazón persona especialmente relacionada, a tenor del texto aplicable del art. 93.1, aunque lo fuera tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 11/2014. Tras esta modificación, puede afirmarse que Gestión Citrícola SL es persona jurídica controlada por la concursada y por sus directos familiares, según se ha visto.
Pero es el caso que, atendiendo a la norma aplicable al supuesto litigioso y no cabiendo presunción de perjuicio, el mismo debe ser cumplidamente probado.
Sin embargo, no lo ha sido pues ninguna prueba apunta en tal sentido, atendida la objetiva conveniencia de la concursada en garantizar la operación de la mercantil en que la tiene evidente interés, por lo que procede la confirmación de la resolución judicial desestimatoria.”; SAP Castellón (Sección 3) 30.06.2015 (Sentencia 184/2015; Rollo 267/2015)

AP Cuenca

“2. La anteriormente referida Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30.04.2014, recurso 745/2012, establece que "...La garantía a favor de terceros se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero...", (véase el apartado 5 del fundamento de derecho sexto de la citada Sentencia del T.S.).
Por tanto, aplicando la indicada doctrina, y puesto que, (en observancia de la propia escritura pública en la que se formalizaron, en unidad de acto, el crédito y la hipoteca; véanse los folios 21 a 84 de los autos), el acreedor concedió el crédito en vista de la existencia de la garantía, (es decir, que recibió como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero), nos encontramos ante un acto de disposición oneroso.
Pues bien, que la garantía constituida en favor de tercero sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio, (y así lo establece el Tribunal Supremo en la ya varias veces referida Sentencia de 30.04.2014; véase el punto 6 del sexto de sus fundamentos de derecho), y en el caso que tratamos está acreditado el perjuicio; y ello por todo lo siguiente:
-la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, (de 30.04.2014), indica que el perjuicio consiste en el sacrificio patrimonial injustificado del garante que posteriormente es declarado en concurso; señalando que para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del mismo que justifique razonablemente la prestación de la garantía, (agregándose que no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía; pudiendo ser un beneficio patrimonial indirecto);
-la concursada no ha recibido beneficio patrimonial directo, (y así viene a resultar de la documentación admitida en esta alzada relativa a los informes de las Administraciones Concursales respecto de CONSTRUCCIONES GARLOMAR y PROMOCIONES Y EDIFICACIONES QUINTANAR DEL REY);
-la concursada tampoco ha recibido beneficio patrimonial indirecto que justifique razonablemente la prestación de la garantía, pues:
+si examinamos el documento número 5 aportado junto a la demanda y lo ponemos en relación con el apartado "Notas de Garantías" que obra a los folios 70 a 73 de la documentación admitida en esta alzada relativa al informe de la Administración Concursal respecto de PROMOCIONES Y EDIFICACIONES QUINTANAR DEL REY, S.L., comprobamos que el dinero recibido por PROMOCIONES Y EDIFICACIONES QUINTANAR DEL REY, S.L., de CAIXABANK, S.A., se destinó exclusivamente a pagar sus propias deudas frente a la entidad bancaria, (no se pagó con dicho dinero deuda alguna de CONSTRUCCIONES GARLOMAR; obsérvese que ni siquiera la amortización de intereses de un préstamo por un local en la calle Cid, -amortización de intereses por tal préstamo que aparece varias veces reseñado en el documento 5 acompañado junto a la demanda-, era un préstamo que se hubiese concedido a la concursada, ya que según los folios 76 y 77 de la documentación admitida en esta alzada relativa al informe de la Administración Concursal respecto de CONSTRUCCIONES GARLOMAR, S.L., fue un crédito concedido por La Caixa a PROMOCIONES Y EDIFICACIONES QUINTANAR DEL REY, S.L.);
+la documental referida en el recurso de apelación viene a ser irrelevante para poner de manifiesto un pretendido beneficio patrimonial indirecto que justifique razonablemente la prestación de la garantía por parte de la concursada, ya que si bien es cierto que en el apartado "Otras Deudas a Corto Plazo", (apartado que

refiere la recurrente y que aparece en la documentación admitida en esta alzada relativa al informe de la Administración Concursal respecto de PROMOCIONES Y EDIFICACIONES QUINTANAR DEL REY, S.L.), consta que durante el año 2009 PROMOCIONES Y EDIFICACIONES QUINTANAR DEL REY, S.L., canceló algunas deudas, (véase el folio 28 de tal documento), que mantenía con CONSTRUCCIONES ALBACETE-CUENCA VALENCIA, S.L., con LLANOS DEL ÁGUILA, S.L., y con la aquí concursada, (pago, este último, que en abstracto podría encajar en el concepto de beneficio patrimonial indirecto), cancelación de deudas que significaría que al haber obtenido PROMOCIONES Y EDIFICACIONES el dinero de CAIXABANK, S.A., (para pagar sus propias deudas frente a esa entidad bancaria; como antes se dijo), pudo utilizar ella otro dinero metálico del que disponía para finalmente hacer frente con el mismo al pago de otras deudas distintas de las bancarias, (es decir; que, en definitiva, PROMOCIONES Y EDIFICACIONES, como consecuencia de recibir el dinero de CAIXABANK, S.A., habría liberado otro dinero en metálico con el que contaba, -y que estaba destinado inicialmente a pagar las deudas bancarias-, y con el que finalmente saldó deudas con empresas), no es menos cierto que la deuda cancelada por PROMOCIONES Y EDIFICACIONES con CONSTRUCCIONES GARLOMAR era de escasa importancia, (por lo que el beneficio obtenido por la concursada, al pagarle la deuda PROMOCIONES Y EDIFICACIONES, no justificaba razonablemente la prestación de la garantía, -precisamente por la escasa importancia de la deuda saldada-, debiendo tenerse presente que la ya varias veces mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 30.04.2014 exige la justificación razonable de la prestación de la garantía para considerar que no ha existido perjuicio), ya que si examinamos los folios 39, 40 y 41 de la documentación admitida en esta alzada relativa al informe de la Administración Concursal respecto de CONSTRUCCIONES GARLOMAR, S.L., se comprueba que los deudores verdaderamente importantes de la aquí concursada eran, (aparte de la mercantil PREFABRICADOS ARQUITECTÓNICOS, S.L.), las otras dos empresas antes citadas, (es decir, CONSTRUCCIONES ALBACETE-CUENCA VALENCIA, S.L., y LLA NO S DEL ÁGUILA, S.L.), y no PROMOCIONES Y EDIFICACIONES QUINTANAR DEL REY, S.L. Además, la Nota 1 del apartado "Notas de Garantías" invocada por la parte apelante y que figura en la documentación admitida en esta alzada relativa al informe de la Administración Concursal respecto de PROMOCIONES Y EDIFICACIONES QUINTANAR DEL REY, S.L., (véase el folio 70 de la misma), tampoco sirve para sostener la existencia de un beneficio patrimonial indirecto que justifique razonablemente la prestación de la garantía, ya que entendemos que el beneficio patrimonial indirecto que tratamos debe venir referido al que se obtiene con ocasión de la garantía constituida, (en este caso mediante la escritura pública de 12.03.2009; obrante a los folios 21 y siguientes de los autos), y es evidente que ello no se produce con la referida Nota 1, pues la garantía a la que la misma se refiere se había prestado varios años antes de la que ahora nos ocupa, (como viene a resultar del folio 84 de la documentación admitida en esta alzada relativa al informe de la Administración Concursal respecto de PROMOCIONES Y EDIFICACIONES QUINTANAR DEL REY, S.L., al figurar en dicho folio lo siguiente: "Fecha de origen y vencimiento de la deuda: 2006").
En consecuencia, el hecho de haberse constituido la hipoteca por parte de la concursada sobre un inmueble de su propiedad, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin recibir contraprestación, directa ni indirectamente, constituye un acto dispositivo oneroso que ha causado un perjuicio patrimonial al deudor declarado en concurso y que, por ello, es susceptible de rescisión por la simple aplicación del artículo 71.1 de la L.C., (precepto al que ya se refería el primer párrafo del fundamento de derecho IX de la demanda).”: SAP Cuenca (Sección 1) 26.09.2014 (Sentencia 104/2014; Rollo 100/2014)

AP Guadalajara

“TERCERO.- Se fundamenta el recurso afirmando que el aval no es un acto de disposición, sino una obligación que se contrae, por tanto, no es de aplicación el artículo 71.2 de la Ley Concursal. La cuestión suscitada por el apelante, no puede tener acogida en esta alzada. La Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, sección tercera, en sentencia de fecha 15 de febrero de 2011, con cita de sentencias de otras Audiencias Provinciales, aborda la cuestión aquí suscitada existiendo una similitud por cuento que también se cuestiona que el aval tenga la consideración de acto de disposición, lo cual es necesario para poder acudir al articulo 71 de la Ley Concursal y así la citada sentencia dice: "Como nos recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2ª, nº 231 de fecha 2 de octubre de 2008 : "La regulación actual de las acciones de reintegración en nuestra Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) instaura un sistema basado en el ejercicio de acciones impugnatorias relativas a actos realizados por el deudor dentro del plazo que se señala la Ley, cuya duración es de dos años y en el abandono de la presunción de fraude o "animus fraudendi", como sustrato de aquellas acciones, sustituyéndolo por el criterio más objetivo de "perjuicio a la masa"; así lo vemos, concretamente, en el art. 71 de la L.C., donde ya no se habla de nulidad (que el T.S. venía considerando, bajo la legislación anterior, de radical y absoluta: SS.T.S. 28-2-2003; 12-6-2000; 28-10-1996; 25-10-1999) de los actos realizados por el deudor, sino de mera rescindibilidad, lo que implica el abandono del sistema de ineficacia automática: los negocios realizados por el deudor antes de la declaración del concurso dejan de ser nulos y pasan a ser rescindibles". La ley Concursal actual opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son por tanto, la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores,

cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato". Se recuerda que la fianza puede ser a titulo oneroso o gratuito, pues así se recoge en el artículo 1823 del Código Civil, si bien por aplicación del Código de Comercio, articulo 441, su gratuidad se presume en el ámbito mercantil. Ciertamente que estamos ante un negocio jurídico voluntario en virtud del cual se garantiza una deuda ajena respondiendo el fiador -hoy la concursada- para el caso de que no cumpla el obligado principal, o como dice el articulo 1822 del Código Civil "Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste"; y es gratuito pues no consta que con ello obtenga beneficio el concursado, aspectos esto que son reconocido expresamente en al sentencia que se apela y que no son desvirtuados por el apelante. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sigue diciendo: "En el mismo sentido se refiere a la fianza como un acto de disposición a titulo gratuito el Magistrado José María Fernández Seijo en "Las acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor", incluida en "La reforma Concursal", de Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Dice al respecto que "La nueva Ley, a diferencia del viejo código de comercio, no circunscribe la presunción iuris et iure a las donaciones -que abarcaría donaciones puras pero también las condicionadas y las remuneratorias-, sino a cualquier acto de disposición a titulo gratuito lo que permite incluir negocios jurídicos en los que aunque no haya una disposición directa sí pueden determinar que quede comprometido el patrimonio del concursado -renuncias de derechos, condonaciones de deuda, opciones de compra, fianzas o avales no justificados...-". En definitiva, se pude decir que estamos ante un acto de disposición. Se dice que la concursada no ha satisfecho el importe del crédito en cuestión, luego ningún perjuicio se puede haber causado; en este sentido, como dice la sentencia referida, "Y se insiste en que la fianza en sí misma no es perjudicial hasta que no se ejecute, lo que no compartimos ya que el gravamen existe y la propia entidad bancaria así lo ha entendido desde el momento en que pide el reconocimiento de este crédito en la forma expuesta. Y desde luego no se trata de que toda fianza quede inoperante en cuanto el fiador sea declarado en concurso, lo que sí es una generalidad, ya que habría que analizar en cada caso las circunstancias concurrentes"; sin que a ello se oponga el que el Ordenamiento jurídico permita articular distintas acciones (la de reembolso y la de subrogación) par el caso de tener que haber atendido el impago del obligado principal. Por todo ello, el recurso debe ser desestimado y, en consecuencia, confirmar la resolución recurrida.”: SAP Guadalajara (Sección 1) 13.10.2011 (Sentencia 185/2011; Rollo 159/2011)

AP Jaén

“Así pues, por la Administración concursal se ejercita en su demanda la acción de rescisión y en efecto, el artículo 71 de la Ley Concursal, declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, y al respecto en sede de la doctrina general de revocación o rescisión de los actos realizados en fraude de acreedores, se considera que es fraudulento, ahí esta el perjuicio, todo acto que entraña disminución de las posibilidades económicas del deudor de hacer efectivas sus deudas, o lo que es lo mismo, las posibilidades del acreedor de vez satisfecho su crédito, y por tanto puede considerarse fraudulento cualquier acto que lleve consigo disminución del patrimonio, y en este sentido el citado artículo 71, establece que declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.
Por otra parte debe precisarse que por el principio de la paridad o la llamada por canditio creditorum debe rescindirse conforme a lo previsto en dicho artículo 71 de la Ley Concursal; precepto que permite rescindir los "actos perjudiciales para la masa activa", concepto mas amplio que el de perjuicio patrimonial, es decir, aun cuando el acto considerado de forma individual o aislado, no se considerase perjudicial, por mantener la equivalencia de las prestaciones, lo que no sucede en este caso, si no se respeta aquel principio que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjunto de acreedores el mismo trato, dicho acto debe ser rescindido, tanto mas cuando en el caso que nos ocupa se sustrae del patrimonio de la concursada, si bien de mayor valor, gravándolo con una hipoteca en garantía de una deuda ajena y por lo que no recibe contraprestación alguna.
Frente a ello, por la entidad apelante se insiste sobre que la existencia de grupo de sociedades impide considerar que la constitución de la garantía, hipoteca otorgada, para la seguridad del cumplimiento de las obligaciones asumidas por Sofá y Confort Prestige como prestataria, pueda ser un acto gratuito que permita hacer uso de la presunción "iuris et de iure" del artículo 71-2 de la Ley Concursal.
Al respecto se debe tener en consideración que la acción ejercitada es la rescisoria del artículo 71 citado, cuya viabilidad la Ley favorece mediante dos presunciones, iuris et de iure, en realidad definiciones de supuestos típicos de actos siempre perjudiciales, y otras que admiten prueba en contrario haciendo recaer sobre el demandado la carga de demostrar que no se trata de actos perjudiciales para la masa activa; la demanda impone el examen de la acción de reintegración concursal ejercitada por la Administración concursal, sin que el hecho de no ser aplicable la presunción invocada impida decidir sobre la procedencia de la acción sobre la base de la concurrencia de sus presupuestos legales, es decir, determinando si el acto examinado es o no perjudicial para la masa activa, teniendo en cuenta que ha sido realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y que no se existe intención fraudulenta.
Pues bien aplicando lo que antecede al caso que nos ocupa, es incuestionable que la constitución de una hipoteca sobre un bien de la concursada, en garantía de una deuda ajena, de una empresa del grupo, considerada de igual a igual, por el que no se percibe contraprestación alguna, constituya un acto perjudicial para la masa activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal, ya que la hipoteca sujeta el bien o derecho afecto de pago del crédito hipotecario el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución separada con la consiguiente merma para la masa.
Por todo ello, debía prosperar la acción de rescisión ejercitada, con la consiguiente cancelación de la hipoteca y dado que se trata de un acto unilateral de la concursada, sin prestación alguna por parte de quien resultó favorecida con la garantía hipotecaria, nada deberá restituir, ya que la entidad demandada hoy apelante no

figura como acreedor de dicha concursada. “:SAP Jaén (Sección 1) 13.01.2012 (Sentencia 7/2012; Rollo 400/2011)

AP La Coruña

“PRIMERO.- Se interpuso recurso de apelación por la Administración Concursal contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña en autos de Incidente Concursal nº 172/12, que desestima la acción rescisoria ejercitada por la aquí recurrente, contra la entidad mercantil en concurso "Climatizaciones Compostela, S.A." y contra la Tesorería General de la Seguridad Social, de la hipoteca constituida en escritura pública de fecha 14 de enero de 2011, inscrita en el Registro de la Propiedad en fecha 16 de abril de 2011, sobre bien inmueble propiedad de la sociedad concursada, en garantía del aplazamiento de la deuda de "Iglesias Miras, S.A." que tenia con la Tesorería General de la Seguridad Social, consecuentemente la cancelación de los asientos regístrales ocasionados por la inscripción de la referida hipoteca, alegando diversos motivos que deben ser objeto de nuestra consideración en la alzada.
SEGUNDO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Las acciones rescisorias concursales tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Pues bien, el acto cuya rescisión se pretende su declaración con la demanda formulada es la hipoteca constituida por la concursada "Climatizaciones Compostela, S.A." sobre bien inmueble de su propiedad, en escritura pública otorgada en fecha 14 de enero de 2011, en garantía del aplazamiento de la deuda reconocida por "Iglesias Miras, S.A." con la Tesorería General de la Seguridad Social, ascendiendo su principal a la cantidad de 167.295,94 euros, obligándose además la parte hipotecante al pago de la deuda, de acuerdo con los cuadros de amortización descritos en resolución del aplazamiento extraordinario concedido por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social.
Por otra parte, "Climatizaciones Compostela, S.A." fue declarada en concurso el día 21 de julio de 2009. De tal modo la constitución de la garantía real se encontraba dentro del periodo temporal sospechoso establecido legalmente, y concurre claramente la presunción "iuris tantum" del perjuicio patrimonial (art. 71.3.2º L.C.).
Además no se justifica el presunto sacrificio patrimonial que comportaba establecer la constitución de un derecho real sobre bien inmueble de su propiedad de garantía por una deuda de sociedad distinta que actúa de forma independiente en el trafico mercantil, haciéndola propia, sin que conste contraprestación alguna. Por otra parte no hubo novación modificativa en los términos del art. 1205 del Código Civil, más propiamente asunción de deuda cumulativa, que se llevó a cabo en sus exclusivas relaciones internas, sin conocimiento ni aceptación expresa del acreedor.
De tal modo debe considerarse en principio injustificado tal actuar, pues además de la merma del valor para el patrimonio de la entidad concursada, que se deduce claramente de la cantidad que se reconoce asumir en escritura pública sin dar una mínima explicación, constituyendo hipoteca sobre inmueble de su propiedad, dentro del periodo sospechoso, en garantía de una deuda ajena, de la entidad "Iglesias Miras, S.A." que fue declarada en concurso voluntario por medio de auto de fecha 8 de julio de 2011, logrando un privilegio a favor de un acreedor al aparecer garantizada dicha deuda, ante una más que probable situación próxima de concurso, con hipoteca sobre los demás acreedores de dicho concurso, y frente a los del concurso de "Climatizaciones Compostela, S.A.", a los que se les causa un evidente perjuicio, con clara alteración de la "par condictio creditorum".
Como se alega por la Administración Concursal en su recurso de apelación, la constitución de una hipoteca sobre el único elemento integrante del activo, se trata de un acto a titulo gratuito que causa un evidente perjuicio patrimonial para la masa activa, dentro del periodo sospechoso, y por tanto concurren los requisitos exigidos en el art. 71 apartado 2 de la Ley Concursal. Y consideramos con la recurrente, que el hecho de la asunción de deuda ajena llevada a cabo en la misma escritura en nada empece para que pueda rescindirse la hipoteca constituida para garantizar el pago, ' ello aún cuando se mantenga subsistente la misma (cierto dicho crédito no fue comunicado en momento oportuno) por cuanto no se pretende su rescisión en la demanda, y como el derecho real de garantía es accesorio a la deuda que garantiza con su constitución por lo que puede ser rescindido aun cuando no se haga lo mismo respecto de la deuda principal, que es el motivo alegado por el Juzgador de primera instancia para desestimar la demanda.”: SAP La Coruña (Sección 4) 21.01.2013 (Sentencia 15/2013; Rollo 660/2012)

“PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por el Letrado de la Xunta de Galicia en la representación que ostenta del INSTITUTO GALEGO DE PROMOCIÓN ECONOMICA (IGAPE) en los concursos acumulados 146/2012, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña en autos de incidente concursal nº 146/12, que estimando la acción de reintegración ejercitada por la Administración Concursal

contra "SAN MARTIN,S.A.", el IGAPE, y las entidades concursadas "HORMIGONES EUME, S.L.", "TALLERES METÁLICOS SANMARTÍN S.L." y "GUILLERMO SANMARTÍN, S.L.", rescinde y declara ineficaces las garantías de toda clase prestadas por "HORMIGONES EUME, S.L.", "TALLERES METÁLICOS SANMARTÍN S.L." y "GUILLERMO SANMARTÍN, S.L." en los términos de las escrituras públicas de fecha 30 de diciembre de 2010, a la fe del notario don Isidoro Calvo Vidal, números 1799 y 1800 de su protocolo, en consecuencia manda que se excluyan de los listados de acreedores de las referidas concursadas los créditos reconocidos a favor del IGAPE con origen o causa en las indicadas escrituras, y manda igualmente que se cancelen en los correspondientes Registros de la Propiedad las inscripciones de las hipotecas constituidas por las mismas demandadas a favor del IGAPE sobre determinadas fincas, que se refieren y concretan en la referida resolución judicial, para responder de los importes de ejecución de los correspondientes avales, alegando en el recurso, en síntesis, que los actos de rescisión pretendidos no encajan en ninguna de las presunciones de perjuicio patrimonial del artículo 71 LC, por lo tanto para que la acción rescisoria del artículo 71 prospere es necesario que la Administración Concursal probase que dichos actos fuesen claramente perjudiciales para la masa activa del concurso, y estima la recurrente que la constitución de las hipotecas a favor del IGAPE, en contragarantía parcial y subsidiaria de los avales concedidos por dicha Entidad a la empresa matriz del grupo, quien los solicita para poder obtener financiación de entidades bancarias, lo fue en beneficio no sólo de "SAN MARTIN,S.A.", sino de todas las empresas que conforman el grupo MARTIN, lo que considera estaba completamente justificado por las circunstancias concurrentes en el momento de su constitución, por lo que no puede admitirse que en el caso concurra el perjuicio patrimonial que invoca la Administración Concursal presupuesto necesario para que pueda ser estimada la acción ejercitada.

SEGUNDO.- Se tacha a la sentencia apelada de incongruente y no ajustada a derecho la estimación de la pretensión principal de la demanda, que considera en principio mal planteado su suplico. El fallo de la sentencia apelada guarda perfecta congruencia con la suplica del escrito de demanda, y pese a lo argumentado, los defectos que pueda presentar no causan indefensión a las codemandadas, en cuanto a poder determinar lo que se pretende con su ejercicio, que es lo que se pide, no pudiendo en esta materia adoptarse posturas tan rígidas que por ello se deje de entrar a resolver sobre el fondo del asunto cuando constan en la demanda los hechos base de lo que se pide y la acción ejercitada, que no es otra en definitiva, que la rescisión de los actos otorgados de constitución de contragarantías por la entidades declaradas en concurso acumulados en favor del IGAPE, no siendo pues incongruente la parte dispositiva de la sentencia apelada en razón a los pedimentos de la demanda.

Por lo que se refiere a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no ser llamadas a los autos las entidades financieras prestamistas, que, invocada en la primera instancia, fue correctamente rechazada por el Juzgador a quo. Es evidente, que la rescisión de los actos que se pretende con la acción ejercitada en la demanda en nada les puede afectar la sentencia que se dicte, por lo que deviene pues innecesaria su llamada a los autos, sin que se entable pretensión alguna contra las mismas a quienes no afecta la presente resolución. El motivo se desestima.

TERCERO.- Como señalábamos en nuestra sentencia de 14 de abril de 2011, la Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes
o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.

Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.

Pues bien, partiendo del hecho admitido, que las entidades mercantiles implicadas, conforman un grupo de empresas, las entidades "HORMIGONES EUME, S.L.", "TALLERES METÁLICOS SANMARTÍN S.L." y "GUILLERMO SANMARTÍN, S.L." declaradas por auto de fecha 11 de abril de 20012 en concurso acumulados nº 146/12 son filiales de la empresa matriz "SAN MARTIN,S.A.", declarada en concurso de acreedores unos tres meses antes, auto de fecha 17 de enero de 2012, cuya actividad es la ejecución de toda clase de obras, realizando proyectos de obra civil y edificación, representando don Mario el 56,60% de su capital social y su esposa doña Irene el otro 43,40%, y participa dicha sociedad anónima, entre otras sociedades del grupo empresarial, con el 99% del capital social en Talleres Metálicos San Martín, S.L. y con el 99% del capital social en Hormigones Eume, S.L., ostentando el 0,5% del capital social de ambas sociedades don Mario, y el otro 0,5% restante doña Irene, así que la jurisprudencia reconoce, respecto a las denominadas garantías contextuales, esto es, las prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como en la STS de 8 de noviembre de 2012 se razona: "Por otro laso, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco".

La misma sentencia apelada parte de que la prestación de garantías entre empresas del grupo no puede considerarse como acto de mera liberalidad, por cuanto dichos actos se justifican en el interés del mismo grupo, integrantes del complejo económico, lo que actúa como causa onerosa, su finalidad no es otra que el mismo interés del grupo, por lo que es de aplicación el artículo 71.4 LC que dispone: "Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria", en este caso no ofrece pues duda que a la Administración Concursal le corresponde la carga de la prueba de que la constitución de las hipotecas por las entidad concursadas a favor del IGAPE generó un perjuicio a la masa activa del concurso, al margen de si existió o no intención fraudulenta.
Por lo que debemos entrar a resolver sobre que debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto, como nos indica el Tribunal Supremo, no sin antes aceptar que la casuística sobre esta materia es muy amplia (STS 8/11/2012), no se puede equiparar el perjuicio a una disminución del patrimonio del concursado, y además hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. En definitiva, como se indica en la referida sentencia, el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).
La STS de 26 de octubre de 2012 matiza que: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles".
Pues bien, tal como se reconoce expresamente por el IGAPE, en fecha 30 de diciembre 2010 concedió ante diversas entidades financieras prestamistas y a favor de San Martín,S.A., que como empresa matriz del grupo lo solicita en un plan para la viabilidad del conjunto de las empresas Martín que componen el grupo, mediante la reestructuración financiera de deudas bancarias y de inyección de nuevo circulante, diversos avales por importe total de 2.097.900 # en garantía parcial y subsidiaria de la devolución del 60% del principal de los préstamos por importe total de 3.496.500 #, de los cuales 1.422.500 # se destinaron a refinanciación de operaciones, obteniendo de tal modo mayores plazos por parte de los acreedores y mejores condiciones financieras, y 2.074.000 # se destinaron a inyectar circulante o dinero nuevo, que se utilizó básicamente para atender necesidades de pasivo corriente. Además en la misma fecha se concedieron dos avales por importe de 280.000 #, al amparo del denominado convenio Rebrote, en garantía del 40% de sendas pólizas bancarias para financiación del circulante por importe total de 700.000 #. Pues bien como condición indispensable para la concesión de los avales por el IGAPE era la prestación de contragarantías hipotecarias por importe equivalente al riesgo total asumido en la operación, requisito ineludible para su eficacia (Decreto 284/94), que es la razón de que las filiales "HORMIGONES EUME, S.L.", "TALLERES METÁLICOS SANMARTÍN S.L." y "GUILLERMO SANMARTÍN, S.L." (junto con otra empresa del grupo denominada GALIDRAU,S.L.) constituyesen las contragarantías hipotecarias inmobiliarias exigidas por el IGAPE en escrituras públicas de fecha 30 de diciembre de 2010, otorgadas ante notario, don Isidoro Calvo Vidal, números de su protocolo 1799 y 1800.
Consta en el expediente de concesión de avales informe técnico, en el que se fundamenta la operación, que tiene en consideración los datos relevantes de las distintas empresas que conforman el grupo de empresas, dedicándose la matriz a la actividad principal de ejecución de toda clase de obras públicas y privadas, y el resto de las empresas del grupo a actividades complementarias, accesorias y dependientes de la actividad principal de la matriz, siendo precisamente la actividad de las filiales distintas facetas o esferas en relación con la construcción y ejecución de toda clase de obras, como pueda ser la elaboración de componentes mecánicos y soldadura en general; fabricación y distribución de productos de áridos y cementos;, tenencia, compra, venta y explotación de yacimientos, minas, canteras,, así como la ejecución de toda clase de obras, construcción, modificación de urbanización de toda clase fincas; servicios de transportes, etc..
De este modo se obtuvieron recursos para reestructurar el pasivo y obtener liquidez necesaria, cierto solicitada por la empresa matriz, pero de ello también se benefician las empresas filiales que componen el grupo de empresas Precisamente se tiene en consideración en los informes confeccionados en el expediente para la concesión de los avales, al amparo de las competencias de promoción empresarial atribuidas al IGAPE como agencia de desarrollo regional de Galicia, además de la grave crisis en que se encuentra el sector, que el grupo adquirió una dimensión excesiva para la capacidad de gestión de su administrador único, hasta el punto que el 7 de mayo de 2010 se procede al nombramiento de un consejo de administración profesionalizado, encargado de poner en marcha una serie de actuaciones tendentes a mejorar la rentabilidad de la empresa, que en definitiva, teniendo en consideración sus previsiones, es lo que motiva el informe favorable para la concesión de los avales financieros, en garantía subsidiaria y parcial del reintegro del principal de los préstamos. Operación que resultaba de evidente interés para todo el grupo de empresas, al obtener la financiación necesaria de las entidades bancarias prestamistas, que como hemos visto para la concesión de los avales se exige por la normativa de aplicación contragarantías, indispensables a la eficacia de los avales, que aseguren en su caso el recobro de las cantidades avaladas, razón del otorgamiento de las hipotecas inmobiliarias constituidas sobre bienes inmuebles de las entidades filiales. Sin que por ello podamos estimar, que las garantías contextuales, al momento de su otorgamiento puedan considerarse en el caso como un sacrificio patrimonial injustificado en el conjunto de la operación financiera llevada a cabo para la viabilidad del

grupo de empresas, estrechamente interrelacionadas sus componentes por la vinculación financiera que resulta evidenciada de sus mismas actividades complementarias y dependientes, que se describen en sus respectivos objetos sociales. De los mismos razonamientos dados en la sentencia apelada resulta al tiempo de la declaración del concurso un claro beneficio obtenido con dicha operación financiera para las empresas filiales del grupo, incluidas las garantes de los avales concedidos, al estimar acreditada el juez a quo una reducción importante en la cuantía de los créditos que San Martín,S.A. tenía contra socios y sociedades del grupo a finales de 2009.
Por lo tanto, la consecuencia de la falta de acreditación por parte de la administración concursal de que exista el perjuicio para la masa activa, al momento del otorgamiento de los actos, cuya rescisión se pretende con la demanda, conlleva que el recurso deber ser estimado, y con revocación de la sentencia apelada la demanda deba ser desestimada.": SAP La Coruña (Sección 4) 03.02.2014 (Sentencia 25/2014; Rollo 427/2013)

"TERCERO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Las acciones rescisorias concursales tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Pues bien, el acto cuya rescisión se pretende su declaración con la demanda formulada es la hipoteca constituida por la concursada PROCABA, SLU sobre bien inmueble de su propiedad, en escritura pública otorgada en fecha 10 de mayo de 2012, en garantía de devolución de un préstamo de dinero concedido por CAIXABANK,S.A. a otra mercantil, Inmobiliaria Jardines De San Claudio, S.A., también se constituye hipoteca en garantía del mismo préstamo de 215.000 euros propiedad de Construcciones Lugido,S.L., y junto a otras sociedades, en la misma escritura, afianzan todas ellas, personal y solidariamente, el cumplimiento de la misma obligación. La finalidad del préstamo fue atender a su vencimiento al pago del 50% de las cuotas de amortización de otro crédito hipotecario concedido anteriormente por CaixaBank a Inmobiliaria Jardines de San Claudio y atender el 50% de las cuotas de amortización del propio préstamo. Como se reconocen el propio recurso la finalidad del préstamo fue por tanto refinanciar la deuda contraída por Inmobiliaria Jardines de San Claudio con CaixaBank, estando además afianzado dicho primer crédito de forma mancomunada por otras sociedades vinculadas a Procaba, lo que pone manifiesto que existía un interés del grupo.
Cabe destacar ahora, que PROCABA, SLU en auto de fecha 14 de marzo de 2013 fue declarada en concurso voluntario. De tal modo la constitución de las garantías, real y personal, se encontraban dentro del periodo temporal sospechoso establecido legalmente, y concurre claramente la presunción "iuris tantum" del perjuicio patrimonial respecto de la garantía real (art. 71.3.2º L.C.). La constitución de un afianzamiento personal solidario de un préstamo otorgado a otra entidad mercantil sin contraprestación alguna, dentro del periodo sospechoso, se trata de un acto a titulo gratuito que causa un evidente perjuicio patrimonial para la masa activa, y por tanto concurren los requisitos exigidos en el art. 71 apartado 2 de la Ley Concursal.
No se justifica el presunto sacrificio patrimonial que comporta establecer la constitución de un derecho real sobre bien inmueble de su propiedad de garantía por una préstamo que se concede a sociedad distinta, y además se constituye como fiador personal solidario del préstamo otorgado a Inmobiliaria Jardines De San Claudio, S.A., quien actúa de forma independiente en el trafico mercantil, haciéndola propia, sin que conste contraprestación alguna. Dicha mercantil fue declarada en concurso voluntario por medio de auto de fecha 16 de abril de 2013, y en liquidación en auto de 8 de julio de 2013.
Frente a ello se alega en el recurso que ambas sociedades pertenecen a un grupo de empresas, dado que D. Samuel es administrador y socio único, o mayoritario junto a su padre y hermana, de la sociedad prestataria y de todas las sociedades demandadas en el presente incidente, que conforman el grupo, y por tanto, no puede interpretarse que las garantías fuesen un negocio a título gratuito o no estuviese justificado, porque había un interés del grupo de empresas, con vinculaciones societarias, confusión de patrimonios y unidad de decisión, y la actora tendría que probar el perjuicio del art. 71 LC.
En el presente caso, no se ha acreditado en modo alguno que entre las sociedades, salvo las personas que actúan como socios y administradores de las sociedades involucradas, obedezca a unidad de dirección y de decisión encaminada a conseguir un fin común del grupo empresarial, ni confusión patrimonial, dado que como se argumenta en la sentencia apelada es una afirmación carente de sustento probatorio.
Como refiere el Tribunal Supremo en sentencia de 30-4-14 después de exponer que
"5.- Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza.
En la sentencia núm. 487/2013, de 10 de julio, afirmamos que en la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (art. 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (art. 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no

puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría.
La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.
6.- Que la garantía constituida en favor de tercero sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en el art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario.
Resulta favorecido por la constitución de la garantía el acreedor, pues aumenta la calidad de su crédito al poder dirigirse contra otro patrimonio, en la fianza personal, o contra bienes ajenos al deudor mediante un procedimiento de ejecución, con posibilidad de persecución "erga omnes" [frente a todos] y preferencia para el cobro del crédito garantizado, en la garantía real. Pero también resulta favorecido el deudor principal, puesto que la constitución coetánea de esa garantía posibilita la concesión de crédito y favorece su posición.
Por tanto, la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.1 de la Ley Concursal se aplica a la garantía constituida para garantizar, valga la redundancia, la obligación contraída por una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que la garante, puesto que se trata de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el garante declarado posteriormente en concurso, en la medida en que recibe el crédito (art. 93.2.3º de la Ley Concursal).
7.- El juego de esta presunción "iuris tantum" pierde importancia en el caso objeto del recurso porque los tribunales de instancia han considerado probada la existencia de perjuicio patrimonial, que consistiría en que la sociedad garante no ha recibido atribución ni beneficio patrimonial alguno en el negocio respecto del que ha constituido la garantía hipotecaria, por lo que no sería preciso acudir al juego de la presunción para establecer la existencia de perjuicio.
Ahora bien, la recurrente impugna también este extremo de la sentencia recurrida, pues considera que la existencia de grupo excluye el perjuicio patrimonial en las garantías "intragrupo" pues la sociedad garante se beneficia de las sumas prestadas a otra sociedad del grupo.
8.- El perjuicio para la masa consiste en el sacrificio patrimonial injustificado del deudor que posteriormente es declarado en concurso.
Para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, constituirá la masa activa de dicho concurso, ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía.
No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima
o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto.
9.- En las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía.
Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del "interés de grupo" para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el "interés del grupo" pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.
Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un "patrimonio de grupo", ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo.
No puede aceptarse por tanto la afirmación de la recurrente de que no existe perjuicio para la masa porque el grupo societario de la concursada y, por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero por los préstamos con relación a los cuales se constituyeron las hipotecas. El dinero lo ha recibido la otra sociedad. No lo ha recibido "el grupo", que carece de personalidad como tal, ni la concursada, que se limitó a hipotecar su nave industrial para garantizar el préstamo concedido a la otra sociedad, y las sentencias de instancia consideran probado que la concursada no recibió contraprestación alguna, pues tales préstamos no sirvieron siquiera para que la prestataria saldara la deuda que mantenía con la garante, la posteriormente declarada en concurso.
Por otra parte, sería un contrasentido que la misma circunstancia que sirve de fundamento a la presunción "iuris tantum" de perjuicio, como es el carácter "intragrupo" de la garantía prestada, sea la que excluya la existencia de perjuicio por entender que el mero interés de grupo lo excluye".
Y debe considerarse en el presente caso en principio injustificado el actuar, pues además de la merma del valor para el patrimonio de la entidad concursada, que se deduce claramente en escritura pública sin dar una mínima explicación, salvo el interés del grupo, que no podemos estimar vertical en virtud de lo dispuesto en la Disposición adicional sexta de la Ley Concursal - introducida por el número ciento catorce del artículo único de

la Ley 38/2011, de 10 de octubre- a cuyo tenor "A los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42-1 del Código de Comercio ", que hace descansar su configuración - tras la redacción otorgada por la Ley 16/2007, de 4 de julio- sobre el criterio del control societario, sustituyendo así el antiguo criterio de la unidad de decisión, lo que viene a limitar la figura del grupo únicamente a aquéllos de estructura jerárquica, vertical o por subordinación, configuración, constituyendo hipoteca sobre inmueble de su propiedad, y fianza gratuita, dentro del periodo sospechoso, en garantía de una deuda ajena, de la entidad Inmobiliaria Jardines De San Claudio, S.A., la garantía constituida a favor de tercero, aunque pudiera ser calificada como onerosa al ser realizada a favor de persona vinculada, que no lo es, no excluye la existencia de perjuicio para la masa, puesto que de acuerdo con el art. 71.3.1 LC el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario, que corre a cargo del acreedor demandado, titular de la garantía. A diferencia del art. 71.2 LC en que el perjuicio patrimonial se presume iuris et de iure, el art. 71.3 tal perjuicio se presume iuris tantum, corriendo a cargo del acreedor demandado la prueba de su inexistencia.
Y así razona nuestro Alto Tribunal en sentencia de 21-7-14 "TERCERO.- Razones de la Sala para la desestimación del motivo.
1. Como señalábamos en la STS 100/2014, de 30 de abril "De acuerdo con el régimen de las acciones de reintegración de la Ley Concursal, las garantías reales sobre bienes inmuebles, como es el caso de la hipoteca, prestadas por el deudor concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso pueden ser objeto de rescisión cuando constituyan un acto de disposición a título gratuito pues en tal caso el perjuicio para la masa se presume sin que sea admisible prueba en contrario (art. 71.2 de la Ley Concursal); cuando constituyan un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado o se hayan constituido a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, y no se pruebe la falta de perjuicio patrimonial (art. 71.3.1º y 2º); y, en general, cuando se pruebe que han causado un perjuicio para la masa activa.
Para el ejercicio de estas acciones no es preciso probar la existencia de fraude".
En el caso, como vimos la finalidad del préstamo fue atender a su vencimiento al pago del 50% de las cuotas de amortización de otro crédito hipotecario concedido anteriormente por CaixaBank a Inmobiliarias Jardines de San Claudio y al pago del 50% de las cuotas de amortización del propio préstamo. Es evidente que Procaba no es prestataria, por lo cual no pudo disponer libremente del resto del capital, una vez que consta que se ingresaron en la cuenta especial 192.600 euros, esto es, de 22.400 euros, y no consta prueba que acredite lo contrario. Aún cuando entendiésemos que la garantía constituida a favor de tercero fuese onerosa, no excluye la existencia de perjuicio para la masa, por cuanto ninguna ventaja patrimonial supuso para Procaba dicha operación. No existe una correspectiva prestación a favor de la hipotecante. No existe la contextualidad o simultaneidad de actos o contratos (prestaciones), por los que pudiera calificarse la garantía concedida como un acto oneroso. En el presente caso, al no recibir nada a cambio la hipotecante no deudora, la operación hipotecaria es un acto dispositivo a título gratuito, conforme previene el art. 71.2 LC.
Por otra parte, la constitución de un afianzamiento personal solidario de un préstamo otorgado a otra entidad mercantil sin contraprestación alguna, dentro del periodo sospechoso, se trata de un acto a titulo gratuito que causa un evidente perjuicio patrimonial para la masa activa, y por tanto concurren los requisitos exigidos en el art. 71 apartado 2 de la Ley Concursal.
Se otorgan, en garantía exclusivamente de obligaciones preexistentes pero de otra sociedad distinta, sin que nada recibiera a cambio la hipotecante, no deudora, por tanto las garantías deben rescindirse.”: SAP La Coruña (Sección 4) 23.10.2014 (Sentencia 326/2014; Rollo 89/2014)

AP Lugo

“PRIMERO.- No se discute por las partes la existencia de la garantía real, hipoteca inmobiliaria, constituída por la sociedad concursada Construcciones y Canalizaciones Costa Lucense S.L., que garantizaba un negocio de financiación de la entidad bancaria Banco Español de Crédito, S.A., con Alquiouro S.L. y tampoco que tal constitución tuvo lugar en fecha 18 de marzo de 2.009 siendo declarada en concurso la entidad Construcciones y Canalizaciones Costa Lucense S.L. en fecha 22 de diciembre de 2.010 y, por tanto, dentro del periodo de dos años anterior a la declaración lo que supone conforme a lo dispuesto en el artículo 71.1 de la Ley Concursal la posibilidad de su rescisión tal y como solicitó la demandante y hoy apelada. Administración Concursal de la citada concursada.
La posición del Banco apelante, ya que ambas sociedades se allanaron a la demanda se orienta fundamentalmente en el sentido de que existe un grupo de sociedades en los términos del artículo 42 del Código de Comercio lo que impide la consideración de acto gratuito en la constitución de la garantía hipotecaria otorgada por la concursada para la seguridad de las obligaciones asumidas por Alquiouro S.L. como prestataria en el contrato de préstamo y, en consecuencia, no cabe hacer de la presunción "iuris et de iure" del artículo 71.2 de la Ley Concursal frente a la entidad bancaria, hoy apelante. Pues bien, de lo actuado y entre ello del informe de la Administración Concursal no cabe llegar a lo que pretende el apelante ya que dicha Administración afirma que no puede hablarse de grupo en los términos del artículo 42 y además que no existe prueba fehaciente de que la garantía hubiese sido otorgada por la entidad matriz en favor de la entidad filial ya que ello le quitaría el aspecto gratuito por cuanto la primera pagando deudas de la segunda se vería fortalecida y protegida, no pudiendo considerarse un acto de liberalidad, pero este no es el caso, al menos no existe prueba de cual es la sociedad matriz y cual la filial, teniendo en cuenta que en el supuesto contrario si cabe hablar de gratuidad salvo que la filial aportante reciba algún tipo de beneficio ya que los acreedores de esta nada ganan ni se benefician con la simple aportación. Como se dijo no se ha aportado prueba por la entidad apelante que permita considerar la existencia de "grupo" en el sentido del artículo 42 y en el que la concursada fuera la matriz y la prestataria la filial (Alquiouro S.L.), tampoco consta que el dinero prestado haya tenido constatación directa o indirecta en el patrimonio de la concursada garante del préstamo. Falta una prueba

contundente que desmonte la afirmación sostenida por la Administración concursal de la inexistencia de "grupo" y lo que si consta acreditado es que existió un acto de disposición a título gratuito que resulta perjudicial para la masa activa y que fue realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso con lo cual entra de lleno en los actos rescindibles del artículo 71 de la Ley Concursal, por lo que, sin necesidad de mayores argumentaciones se está en el caso de desestimar el recurso formulado y confirmar la resolución apelada por sus propios y acertados fundamentos.": SAP Lugo (Sección 1) 03.05.2012 (Sentencia 307/2012; Rollo 248/2012)

"SEGUNDO.- No es objeto de discusión pues así lo recogen ambas partes, la nítida vinculación entre ambas empresas al ser XAFEL, S.L. la matriz de Canteras Vilanova, en el contexto de un grupo empresarial.
En el año 2002 XAFEL, S.L. adquiere el 100% de Canteras Vilanova, S.L. para integrar un grupo empresarial aprovechando las sinergias en el proceso de extracción, transformación y comercialización de granito.
Tras sucesivas ampliaciones de capital en la actualidad Canteras Vilanova (a la sazón deudora garantizada) quedó participada al 86,14% por Xafel S.L. y al 13,86 por D. Nicanor, que a su vez es propietario al 100% del Xafel, y administrador único de ambas sociedades.
Así las cosas, bajo la formalidad mercantil del grupo, se encuentra el citado Sr. Nicanor a nivel de propietario, y órgano decisor de hecho del mismo.
En ese contexto, que no puede ser obviado, es en el que se produce la operación financiera de un ente público como el IGAPE que tiene competencias en la promoción de la mejora productiva de las empresas gallegas, entidad que presta 1.000.000 de euros a Canteras Vilanova con la garantía hipotecaria constituida por la concursada Xafel S.L.
No puede perderse de vista que la petición de reintegración concursal ejercitada lo que supondría en la práctica sería la pérdida de ese dinero público entregado a esa estructura societaria privada.
TERCERO.- El problema jurídico que hemos de analizar es el de las denominadas garantías intragrupo.
Considerada en abstracto una operación de este tipo en el que la sociedad matriz garantiza con su patrimonio una deuda de otra sociedad diferente, supone un acto jurídico gratuito que ante una futura situación concursal (como aquí ha ocurrido) puede legitimar una acción de reintegración en defensa de la masa activa de la concursada.
Y así, en efecto, fue el análisis judicial mayoritario al interpretar el art. 71.2 de la Ley Concursal.
Sin embargo, recientemente la doctrina ha abierto camino a la tesis según la cual la gratuidad solo podrá apreciarse en aquellos casos en que tras el examen del conjunto de las concretas circunstancias de la operación en la que se incardinan las garantías controvertidas, pueda concluirse que la entidad garante no obtuvo prestación alguna por su otorgamiento.
Es reseñable en esta línea la STS 652/2012 de 8.Noviembre de 2012 a la hora de efectuar un análisis del eventual perjuicio para la masa activa.
Partiendo ya de un elemental principio lógico, si alguien avala a otro alguna motivación existirá. Si una mercantil, que tiene un legítimo ánimo de lucro, hipoteca su patrimonio en favor de otra, parece lógico concluir un concurrente en interés o beneficio, y aunque tal dato por sí solo es insuficiente para descartar la gratuidad, convierte en razonable la indagación causística de si esa inicial apariencia de gratuidad, en atención a las circunstancias, no puede calificarse como tal.
Desde esa perspectiva el análisis de las garantías intragrupo ha de efectuarse en el marco de tal grupo empresarial, y en lo que aquí interesa y ha quedado reseñado en el fundamento anterior, no ofrece duda de que si Xafel garantizó la deuda de Canteras Vilanova, se hizo porque con ello beneficiaba a la matriz.
Pero es que además, de que la configuración empresarial habla por sí sola, la documental acompañada por el IGAPE ilustra sobre el beneficio que supuso para XAFEL la inyección de liquidez del IGAPE, el cual cumplió la normativa que lo regula exigiendo las contragarantías precisas y asegurándose de la solvencia del garante.
Por tanto, no es solo el interés del grupo como concepto jurídico indeterminado y genérico en el que permite descartar la gratuidad, en línea con la más moderna doctrina jurisprudencial, sino la asunción exitosa de la carga probatoria en sintonía con tal principio, de la entidad pública interpelada.
Tales motivos que se añaden a los ya expuestos con acierto por la juzgadora "a quo" comportan la desestimación del motivo.
CUARTO.- Finalmente y en relación con la aplicación subsidiaria de la vía rescisoria basada en el art.
71.3 que establece una presunción iuris tamtum de perjuicio en relación con los actos dispositivos onerosos realizados en favor de una persona especialmente vinculada, si bien en tal dicción legal cabría incardinar lo acaecido, al ser la hipoteca constituida en favor de una empresa del grupo, en los términos que describe el art. 93 de la L.C., lo que no puede apreciarse es un sacrificio patrimonial injustificado a tenor de la prueba practicada de la que se desprende lo ya ampliamente expuesto en el fundamento anterior, y ello impide apreciar tal argumento, si bien en este caso, por una motivación diferente.": SAP Lugo (Sección 1) 08.04.2014 (Sentencia 138/2014; Rollo 653/2013)

AP Lleida

"PRIMERO.-La Administración Concursal del concurso voluntario de Tractomotor 2005 SL ejercitó acción de retroacción en base al supuesto previsto en el art. 71.3.2 de la LC, y con respecto a una hipoteca de máximo, de hasta 940.000 #, y con vigencia hasta el 19-11-2019, por un lado, y respecto a una hipoteca por importe de 550.000 #, por otro, ambas constituidas el mismo día, el 16-11-09. El auto de declaración de concurso es de fecha 25-7-11. La sentencia de primera instancia desestima la demanda por considerar que ambas operaciones no supusieron una mera refinanciación de deudas preexistentes a las que se añadía una nueva garantía, en este caso real de hipoteca; que suponen una entrada de dinero efectivo para la financiación de la concursada y de las otras cinco sociedades del mismo grupo familiar; y que se han dirigido a pagar deudas que

en parte no eran de la misma prestamista, es decir, de Banco Popular SA. Contra esta resolución interpone recurso de apelación la AC, en donde después de insistir en la estrecha vinculación entre la concursada con otras cinco sociedades (Jympa 1971, SL; Serpentines y Evaporadores SA; Clima 5 SL; Ilerd Energy Consulting SL; y Instalaciones y Servicios Aragón 2005 SL), que se encuentran en concurso o en fase de liquidación, alega con respecto a la hipoteca de máximo, que se constituyó para garantizar deudas preexistentes de las indicadas sociedades, mientras que respecto al préstamo hipotecario alega que se destinó a atender deudas que las sociedades del grupo mantenían con el propio Banco Popular SA. Añade que la concursada Tractomotor 2005 SL cesó en su actividad en el segundo trimestre de 2010, por lo que cuando se constituyeron ambas hipotecas el 16-11-09 ya era evidente su situación concursal.
SEGUNDO.-Atendida su complejidad, debe distinguirse, tal y como hace el Sr. Juez mercantil y también hacen las partes de esta segunda instancia, entre las dos hipotecas constituidas en la misma fecha. Así, con respecto a la hipoteca de máximo por hasta 940.000 #, no podemos coincidir con las apreciaciones que al respecto se contienen en la resolución apelada. En general, en el supuesto de hipotecas constituidas por el concursado sobre inmuebles de su propiedad, la LC permite la acción de reintegración en cuatro supuestos distintos: 1.- cuando supongan un acto de disposición a título gratuito, lo que ocurrirá cuando el concursado hipotecante no recibe contraprestación alguna a cambio de su garantía, en cuyo caso juega la presunción de perjuicio para la masa con carácter "iuris et de iure", sin posibilidad de ser destruida por prueba en contrario (art. 71.2 de la LC); 2.- cuando la hipoteca se haya concedido como un acto de disposición a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 71.3.1); 3.- cuando se haya constituido para garantizar obligaciones preexistentes o de nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, siendo que en estos dos últimos supuestos se trata de presunciones "iuris tantum" que pueden destruirse por el acreedor favorecido por la hipoteca si prueba la falta de perjuicio patrimonial para la masa (art. 71.3.2); y 4.- cuando los legitimados activamente (ex. art. 72) prueben que la hipoteca ha causado un perjuicio para la masa activa (art. 71.1). Cabe añadir, además, que no es necesario probar la existencia de fraude, aunque de concurrir, no cabe duda que procede la acción.
En el supuesto que ahora se plantea, se trata de una hipoteca de máximo que el Sr. Juez mercantil califica de "contextual", es decir, que es coetánea a la constitución del préstamo o crédito que se garantiza con la hipoteca. Además, lo es entre sociedades de un mismo grupo societario de tipo familiar. Si es contextual, ello supone que es un acto dispositivo a título oneroso, pues el otorgamiento de crédito o préstamo es contemporáneo a la constitución de la garantía, lo que nos sitúa fuera del ámbito del supuesto del art. 71.1, y nos coloca en el marco de los supuestos contemplados en el art. 71.3. 1 y 2, con lo que se aplica una presunción de perjuicio para la masa pero que puede ser destruida por prueba en contrario que acredite que no lo hay, correspondiendo la carga de la misma al acreedor, en este caso la codemandada Banco Popular SA.
Es altamente ilustrativa al respecto, por aplicable al caso ahora debatido, la STS 30-4-14, que es seguida por la de 21-7-14. Dice esa resolución que: "En la sentencia núm. 487/2013, de 10 de julio, afirmamos que en la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (art. 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (art. 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría.
La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.
6.- Que la garantía constituida en favor de tercero sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en el art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario.
Resulta favorecido por la constitución de la garantía el acreedor, pues aumenta la calidad de su crédito al poder dirigirse contra otro patrimonio, en la fianza personal, o contra bienes ajenos al deudor mediante un procedimiento de ejecución, con posibilidad de persecución "erga omnes" [frente a todos] y preferencia para el cobro del crédito garantizado, en la garantía real. Pero también resulta favorecido el deudor principal, puesto que la constitución coetánea de esa garantía posibilita la concesión de crédito y favorece su posición.
Por tanto, la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.1 de la Ley Concursal se aplica a la garantía constituida para garantizar, valga la redundancia, la obligación contraída por una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que la garante, puesto que se trata de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el garante declarado posteriormente en concurso, en la medida en que recibe el crédito (art. 93.2.3º de la Ley Concursal).
7.- El juego de esta presunción "iuris tantum" pierde importancia en el caso objeto del recurso porque los tribunales de instancia han considerado probada la existencia de perjuicio patrimonial, que consistiría en que la sociedad garante no ha recibido atribución ni beneficio patrimonial alguno en el negocio respecto del que ha constituido la garantía hipotecaria, por lo que no sería preciso acudir al juego de la presunción para establecer la existencia de perjuicio.
Ahora bien, la recurrente impugna también este extremo de la sentencia recurrida, pues considera que la existencia de grupo excluye el perjuicio patrimonial en las garantías "intragrupo" pues la sociedad garante se beneficia de las sumas prestadas a otra sociedad del grupo.
8.- El perjuicio para la masa consiste en el sacrificio patrimonial injustificado del deudor que posteriormente es declarado en concurso.

Para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, constituirá la masa activa de dicho concurso, ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía.
No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto.
9.- En las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía.
Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del "interés de grupo" para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el "interés del grupo" pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.
Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un "patrimonio de grupo", ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo.
No puede aceptarse por tanto la afirmación de la recurrente de que no existe perjuicio para la masa porque el grupo societario de la concursada y, por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero por los préstamos con relación a los cuales se constituyeron las hipotecas. El dinero lo ha recibido la otra sociedad. No lo ha recibido "el grupo", que carece de personalidad como tal, ni la concursada, que se limitó a hipotecar su nave industrial para garantizar el préstamo concedido a la otra sociedad, y las sentencias de instancia consideran probado que la concursada no recibió contraprestación alguna, pues tales préstamos no sirvieron siquiera para que la prestataria saldara la deuda que mantenía con la garante, la posteriormente declarada en concurso.
Por otra parte, sería un contrasentido que la misma circunstancia que sirve de fundamento a la presunción "iuris tantum" de perjuicio, como es el carácter "intragrupo" de la garantía prestada, sea la que excluya la existencia de perjuicio por entender que el mero interés de grupo lo excluye.
10.- En consecuencia, la constitución de una hipoteca por parte de la concursada sobre la nave industrial de su propiedad, en la que desarrollaba su actividad industrial, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin recibir contraprestación alguna, directa ni indirectamente, constituye un acto dispositivo oneroso que ha causado un perjuicio patrimonial al deudor declarado en concurso y por tanto susceptible de rescisión".
TERCERO.-Si hacemos aplicación de esta doctrina, resulta que, como se encarga de subrayar la AC, la propia escritura de constitución de hipoteca tiene por objeto "garantizar las obligaciones derivadas de las operaciones descritas en el anterior expositivo", es decir, operaciones de préstamo o crédito a favor de las distintas sociedades del grupo y que fueron concertadas con anterioridad a la constitución de la garantía hipotecaria sobre dos fincas propiedad de la concursada Tractomotor. Según admite el propio apelado Banco Popular en su escrito de oposición a la apelación, su importe total asciende a 515.000 #. A ello se suman dos créditos más que también son de fecha anterior a la constitución de la hipoteca de máximo, por un un total de 150.000 #, pero con respecto a los cuales, además de añadir la nueva garantía real de hipoteca, se amplió el plazo de sus respectivos vencimientos. Todo ello es consentido por la acreedora demandada Banco Popular, por lo que a ella correspondería acreditar que no existe perjuicio para la masa, por ser de aplicación las presunciones del art. 71.3.1 y 2. Añade Banco Popular, que la cantidad restante, hasta el máximo de 940.000 #, esto es, 455.000 #, sí constituye financiación nueva y, por tanto, coetánea a la constitución de la garantía real hipotecaria. Sin embargo, ella misma admite que de ese total, solamente se conceden a Tractomotor por vía de una línea de anticipo de créditos, 35.000 #. Como puede comprobarse, pues, la contraprestación percibida a la garantía que constituye sobre las dos fincas de su propiedad es insignificante respecto al resto del total de financiación nueva que Tractomotor no percibe. Es cierto que no se puede decir que no perciba nada a cambio de la garantía que constituye, lo que excluiría la aplicación del art. 71.2 de la LC. Pero a pesar de ello, no existe justificación de suficiente entidad que proporcione cobertura al sacrificio patrimonial que representa para Tractomotor constituir esa garantía real, que produce el efecto de privilegiar a un acreedor (Banco Popular), en perjuicio de la masa, al sujetar los dos inmuebles dados en hipoteca al pago privilegiado de unos créditos de Banco Popular, los cuales son mayoritariamente anteriores a la constitución de la garantía y, además, se utilizan para garantizar deudas ajenas a Tractomotor, sin que esta reciba como contraprestación ningún tipo de ventaja o beneficio patrimonial, que se limita a una línea de crédito de 35.000 # y a la ampliación del vencimiento de otro crédito que ya tenía concedido por un máximo de 90.000 #. A cambio de este exiguo beneficio, asume una responsabilidad hipotecaria sobre dos fincas de su propiedad por importe de hasta 907.000 # por deudas que no son propias sino de terceras sociedades, aunque sean del mismo grupo. Por tanto, la garantía debe rescindirse, a tenor de lo establecido en el art. 71.3.2, por tratarse de una garantía otorgada para con obligaciones preexistentes, pero también por concurrir el supuesto del art. 71.3.1, al haberse concedido mayoritariamente en favor de otras sociedades del mismo grupo en garantía de sus deudas, pero sin contraprestación suficiente, directa o indirecta, para Tractomotor, y sin que Banco Popular haya destruido la presunción de perjuicio.
Es cierto que son objeto de hipoteca tres fincas, de las cuales una no es propiedad de la concursada, sino que

lo es de su administradora y de su esposo (también socio), cuya responsabilidad hipotecaria se fija en un total de 212.943 # del principal, coincidente con su tasación a efectos de subasta, lo que podría hacer pensar que modula la carga de responsabilidad asumida por Tractomotor, al quedar limitada su responsabilidad hipotecaria en 726.000 #. No obstante, ello no es suficiente para desvirtuar lo hasta ahora expuesto, máxime cuando esa tercera finca está, a su vez, grabada con una hipoteca que se constituyó siete meses antes de la hipoteca de máximo, el día 23-4-09, y en garantía 200.000 # de principal, lo que supone casi la totalidad de la responsabilidad hipotecaria asumida sobre esa misma finca con la hipoteca de máximo, que se erige así en segunda hipoteca con más que escasas posibilidades de cobro en caso de realización forzosa por incumplimiento de la deuda des obligado principal. Finalmente, debe resaltarse que de esa primera hipoteca es también acreedor Banco Popular.
CUARTO.-Lo anteriormente expuesto es igualmente predicable respecto al préstamo con garantía hipotecaria por importe de 550.000 #, por cuanto la propia acreedora prestamista admite que en su totalidad fue transferido por la prestataria Tractomotor a las otras cinco sociedades del grupo, que destinaron su importe a saldar sus deudas con terceros, en concreto con La Caixa y Caixa Penedés en cantidad de 105.000 #, pero que el resto fue destinada a satisfacer deudas con el propio prestamista Banco Popular. Ninguna cantidad se destinó a satisfacer deudas de Tractomotor, ni tan siquiera las que pudiese mantener con el mismo Banco Popular. Se destinaron a satisfacer deudas preexistentes, que además lo eran de otras sociedades, a costa de ampliar el pasivo, es decir, la deuda, de Tractomotor con Banco Popular y, además, grabando con una garantía real dos inmuebles propiedad de Tractomotor, de forma que se produce el efecto de favorecer a este acreedor en perjuicio de los acreedores de Tractomotor. Se produce una reducción del activo, al quedar grabado un bien de su propiedad con una hipoteca, sin correlativa disminución de su pasivo, al no destinar el dinero objeto de préstamo a pagar deudas de Tractomotor (o a financiarse), sino que, contrariamente, también ve aumentado su pasivo a resultas de esta operación pues acaba por asumir una deuda que no era suya sino de las otras sociedades del grupo, por importe del préstamo suscrito de 550.000 #. Desde el punto de vista de Banco Popular, se produce el efecto que sustituye a sus deudores por otro y se incrementan las garantías de sus créditos iniciales, que quedan sustituidos por el préstamo con garantía hipotecaria. Esto solo ya implica la existencia de perjuicio para la masa activa a que hace referencia el art. 71 de la LC, puesto que queda alterado el principio de "pars conditio creditorum" en perjuicio de los acreedores de Tractomotor, pues estos ven que como consecuencia de esta operación de préstamo se introduce un nuevo crédito por 550.000 #, que hasta ese momento era una deuda de terceras sociedades, y además, con una garantía privilegiada que recae sobre bienes de la deudora concursada.”: SAP Lleida (Sección 2) 05.12.2014 (Sentencia 523/2014; Rollo 501/2014)

AP Madrid

“CUARTO.- Establecido cuanto antecede, obligado resulta destacar que, en el empeño de desvirtuar la presunción "iuris tantum" del artículo 71.3 de la LC en que se ha fundado la sentencia apelada, la apelante ha tratado de sustentar la inexistencia del perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto "...supusieron el reforzamiento del grupo como tal.". Ahora bien, aun suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por lo tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabría preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una específica sociedad: FRUTAS FRANCH S.A. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable (artículo 43 y siguientes del C. de de Comercio) y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con los del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.
Buena prueba de que no debemos perder esa perspectiva la constituye que la noción de grupo en el ámbito de lo concursal no ha rebasado la trascendencia estrictamente procesal (se prevé la posibilidad de instar conjuntamente la declaración de concurso de varios deudores que perteneciesen al mismo grupo -artículo 3.5 de la LC, que pasa al artículo 25 con la reforma legal por Ley 38/2011 -o de acumular los concursos declarados de varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo -artículo 25 de la LC, que pasa al artículo 25 bis con la referida modificación legislativa), sin que ello pueda dar lugar a la consolidación de los tratamientos concursales concernientes a las respectivas masas activas y pasivas de las entidades concursadas, lo que sólo excepcionalmente, y ello tras la reforma por Ley 38/2011, se prevé expresamente para el caso específico de confusión patrimonial que contempla el párrafo segundo del nuevo artículo 25 ter, frente a la previsión de su párrafo primero que postula como regla general precisamente la no consolidación de tales masas.
Siendo ello así, es patente que, para desvirtuar la presunción que sobre ellas gravita (artículo 71.3 de la LC), incumbía a las apelantes acreditar (artículo 217.6 de la LEC) en qué concreta medida o de qué modo

específico la hipoteca constituida por FRUTAS FRANCH S.A. resultó no perjudicial para su específico círculo de acreedores, propósito que no se logra mediante apreciaciones de tipo abstracto, como lo es la consideración genérica de que aquello que fuera bueno para la matriz lo debería ser necesariamente también para sus filiales, lo que, por cuanto acabamos de razonar, no puede considerarse una conclusión que deba estimarse obvia ni susceptible de ser acogida acríticamente y sin reservas. Es más, precisamente en el ámbito de lo concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, lo cual es apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (artículo 93.2 de la LC), lo que incluso ha llevado al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos de actos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en ese tipo de vinculaciones (artículo 71.3.1º); es por ello que lo anteriormente argumentado cobra, si cabe, en el aspecto conceptual, mayor justificación.": SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 120/2012; Rollo 376/2011)

"CUARTO.- Vemos, por tanto, que no es exacta la afirmación reiterada por BANCO POPULAR con arreglo a la cual la totalidad de lo transferido habría constituido para MULTIREFORMAS MERCCHAN S.L.U. "dinero nuevo" o dinero llamado a brindar liquidez y no a cancelar deuda ya contraída. Ahora bien, con independencia de dicha cuestión, lo que consideramos verdaderamente relevante es destacar que el destino de dicha suma a la mercantil MULTIREFORMAS MERCHAN S.L.U. y no al prestatario aparente o formal (Sr. Nicolas) era algo no solo perfectamente conocido para la entidad bancaria con carácter previo a la suscripción del préstamo sino, además, algo que se configuraba como causa de la operación misma, pues no en vano afirma BANCO POPULAR en la página 9 de su recurso que ".la principal causa de la operación (era) aportar liquidez a la social.".
A partir de ese elocuente reconocimiento, lo que BANCO POPULAR nos propone para negar la existencia de perjuicio es un escenario donde la condición de Don Nicolas de miembro único de la referida social MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. haría que cualquier iniciativa económicamente provechosa para dicha mercantil redundase -en igual medida- en provecho del propio socio. Ahora bien, el argumento del interés común socio/sociedad, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para el propio socio, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que no se encuentra diluida la personalidad jurídica independiente del socio respecto de la de la sociedad, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica independiente cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de sujetos jurídicamente independientes, su actividad en el tráfico es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de su respectivo deudor.
Buena prueba de que no debemos perder esa perspectiva la encontramos en el hecho de que la eventual tramitación conjunta de concursos en dichas situaciones no ha rebasado la trascendencia estrictamente procesal (se prevé la posibilidad de instar conjuntamente la declaración de concurso de sociedad y socios o de acumular sus concursos ya declarados - Art. 25 de la LC, que pasa al Art. 25 bis con la modificación operada por Ley 38/2011), sin que ello pueda dar lugar a la consolidación de los tratamientos concursales concernientes a las respectivas masas activas y pasivas de los concursados (socio y sociedad), lo que sólo excepcionalmente, y ello tras la reforma por Ley 38/2011, se prevé expresamente para el caso específico de confusión patrimonial que contempla el párrafo segundo del nuevo Art. 25 ter, frente a la previsión de su párrafo primero que postula como regla general precisamente la no consolidación de tales masas. Y lo cierto es que, además de no resultar de aplicación al caso dicha previsión legal en razón a la época de su entrada en vigor, ni siquiera existe en autos la menor constancia de que entre el Sr. Nicolas y MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U. concurra esa situación de "confusión patrimonial" (de hecho, ni siquiera consta que, habiendo sito también declarada en concurso la mercantil, los procesos concursales hayan sido objeto de acumulación).
Así las cosas, lo que debería indagarse es en qué concreta medida la suma de 291.000 euros materialmente prestada por la entidad bancaria a MULTIREFORMAS MERCHÁN S.L.U., redundó en provecho de Don Nicolas, o más exactamente, en provecho del específico círculo de acreedores de este último, propósito que no se logra mediante apreciaciones de tipo abstracto, como lo es la consideración genérica de que aquello que es bueno para la sociedad lo ha de ser también para el socio, consideración que en modo alguno puede estimarse obvia ni susceptible de ser acogida acríticamente y sin reservas. Es más, precisamente en el ámbito de lo concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (Art. 93.2 de la LC), lo que incluso ha llevado al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos de actos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en ese tipo de vinculaciones (Art. 71.3.1º); es por ello que lo anteriormente argumentado cobra, si cabe, en el aspecto conceptual, mayor justificación.": SAP Madrid (Sección 28) 07.05.2012 (Sentencia 140/2012; Rollo 331/2011)

"CUARTO.- Sobre la aplicación de la presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial.
Uno de los puntos debatidos en este proceso es la posibilidad o no de subsumir la constitución de garantías personales para asegurar el cumplimiento de una obligación de un tercero, cuando lo es a título gratuito, en la previsión del artículo 71.2 de la LC, lo que supondrá la consideración, por ministerio de la ley, sin admitir prueba en contra, de la existencia de perjuicio para la masa activa, por ser consustancial al acto de que se trata.
La dificultad jurídica que entraña la aplicación del referido precepto de la Ley Concursal cuando se trata de la constitución de garantías personales en beneficio de tercero es que la literalidad de la referida norma menciona de modo explícito a los actos de disposición y cabe, en efecto, suscitar polémica a propósito de si

pueden ser subsumidas aquéllas en tal categoría. Desde un punto de vista técnico-jurídico estricto los actos de disposición comprenderían los traslativos de derechos, las renuncias y la constitución de derechos reales; sin embargo, la constitución de relaciones obligatorias no encajarían, en principio, entre los negocios de disposición. Ahora bien, consideramos preciso abordar el tratamiento del asunto en el marco específico del Derecho concursal y, más en concreto, a los efectos de una institución tan peculiar como la rescisión concursal, cuya finalidad es la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso para así posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal; pues bien, en ese ámbito concreto consideramos que la categoría de los actos de disposición debe ser entendida en sentido más amplio que el anteriormente expuesto, de forma que pueda comprender, para así cumplir más adecuadamente la finalidad propia de dicha institución, todos los actos realizados por el deudor que entrañen perjuicio para la masa activa, lo que ha de abarcar tanto las salidas inmediatas de bienes como otras conductas que, de modo activo o pasivo, también comporten un sacrificio patrimonial, como también lo es el reconocimiento de derechos a terceros y, emparentado con ello, como es el supuesto que nos ocupa, afianzar deudas ajenas. En este último caso el interesado involucra todo o parte de su patrimonio en el cumplimiento de obligaciones adquiridas por tercero, lo que repercute en su situación patrimonial, que a efectos del tráfico mercantil ya es considerada por los que operan en su seno como afecta a tal responsabilidad (así, figura entre los riesgos que interesan al Banco de España -CIRBE), incidiendo en las posibilidades de futuro endeudamiento, y además ello repercute en los intereses de sus propios acreedores que pueden ver mermado el soporte patrimonial que debería responder ante ellos. Por lo tanto no sólo las enajenaciones del activo deben ser subsumidas en el concepto de acto de disposición que interesa a este régimen de la rescisión concursal sino también la constitución de garantías que entrañan para el patrimonio del garante un gravamen significativo con el que se arriesga, de modo concreto, todo o buena parte de él y se afecta a la consideración que éste merece en el tráfico económico y jurídico.

No ha de perderse de vista que cuando se analiza el concepto de sacrificio patrimonial en el ámbito de la rescisión concursal resultan relevantes tanto las reducciones de la masa patrimonial del deudor luego concursado como los no incrementos de la misma que deberían haberse producido, porque todo ello va a incidir sobre la hipotética cuota de satisfacción que debería corresponder a sus acreedores. Dentro de las primeras, es decir, las minoraciones de patrimonio, deben entenderse tanto las de incidencia cuantitativa como las de índole cualitativa, entre las cuales debemos señalar la constitución de gravámenes y el otorgamiento de garantías. Asimismo, el Tribunal Supremo (sentencia de la Sala 1ª de 8 de noviembre de 2012) ha explicado que la Ley Concursal no sólo dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa, es decir, de todos los que supongan un sacrificio patrimonial injustificado.

Hemos hablado además de gratuidad, porque ésta debe apreciarse cuando de la actuación sólo se deriva sacrificio para uno y ventajas para el otro; para que hubiese causa onerosa que excluyera aquélla deberían imponerse sacrificios y obtención de ventajas a ambas partes, siendo la más clara manifestación de ello que el garante hubiese recibido, bien del deudor afianzado o bien del acreedor, una contraprestación por la prestación de la garantía (verbigracia, la percepción de un precio o de una comisión por ello). Sin embargo, no es este el caso, ya que no medió tal contraprestación en su favor cuando el Sr. Marino avaló a UNIÓN DE CAPITALES ante AHORRO CORPORACIÓN FINANCIERA SV, SA (incluso el testigo Sr. Saturnino, empelado de esta última, reconoció no tener constancia de que ésta se hubiera producido). Desestimamos que quepa, como propone la parte apelante, excluir la gratuidad alegando que merced a la garantía personal se obtiene, tras el impago del deudor principal, un equivalente incremento en la masa activa del fiador por el importe del crédito que entonces se ostentaría contra aquél. Eso no es una contraprestación por el otorgamiento de la garantía al tiempo de constituirse ésta que se integre en la causa de dicho negocio jurídico, sino simplemente el cauce legal para tratar de reponerse de las consecuencias sufridas por haber tenido que soportar el pago de una deuda ajena. El mecanismo legal para la recuperación de lo pagado por el fiador (artículos 1838 y siguientes del C. Civil) no puede ser confundido con la contraprestación que pueda o no mediar por el otorgamiento de la garantía.

La presunción que contempla el artículo 6.5 de la Ley 35/2006 y las consideraciones vertidas en la Resolución de la Dirección General de Tributos nº 825/2010, que invoca la parte apelante, no pueden ser descontextualizadas del ámbito fiscal al que se refieren, por lo que no resultan de especial utilidad para establecer conclusiones en el presente caso.

El ceder ante la exigencia del acreedor social para que un administrador, que no es socio de la entidad administrada ni obtiene un particular ventaja concreta de ello, preste, sin que conste a cambio contraprestación de ningún tipo, una garantía personal ante un endeudamiento de la persona jurídica puede ser, por lo tanto, encajado en la presunción contemplada en el artículo 71.2 de la LC. El constituirse, como es el caso que nos ocupa, en garante solidario supone, nada menos, que, al renunciar a los beneficios de división, de excusión y de orden, el patrimonio del fiador solidario -con el especial carácter de avalista a primer requerimiento, en el presente caso- viene a adicionarse al del garantizado para satisfacer al acreedor de este último, pasando a responder directamente ante él del cumplimento de la obligación garantizada -artículos 1822, párrafo segundo, 1831 y 1837del C. Civil. Se equipara por lo tanto, ante el acreedor, a la situación del propio deudor.

QUINTO.- Sobre el carácter perjudicial de la operación.

En cualquier caso, aunque negáramos, por discutirle la condición de acto de disposición, la posibilidad de insertar la operación objeto de litigio en la presunción del artículo 71.2 de la LC, la constitución a título gratuito de una garantía personal para asegurar el cumplimiento de una obligación de un tercero sería una actuación que no escaparía al alcance de la rescisión concursal porque nos encontraríamos ante un acto

que, por su propia esencia, resultaría perjudicial para la masa, con lo que igualmente quedaría afectada por las reglas generales de la reintegración concursal (artículo 71 de la LC en sus números 1 y 4).
Asimismo, también somos conscientes de que debería excluirse la aplicación de la presunción del artículo 71.2 de la LC cuando pudiera apreciarse que el garante obtenía alguna ventaja económica en la operación más allá de la mera liberalidad. De ahí que la apelante trate de hacer hincapié en suscitar posibles motivaciones de esa índole para la prestación de la garantía por parte del Sr. Marino. Así, es conocido que existen posicionamientos doctrinales y también precedentes jurisprudenciales que han considerado que la fianza ha de considerarse onerosa cuando el fiador fuese socio de la sociedad deudora afianzada y el aval tuviera por objeto permitir la concesión del crédito necesario para la explotación social en la medida en que, aunque lo sea indirectamente, el fiador obtendría una ventaja patrimonial porque, de alguna manera, se estaría también conservando o aumentando el valor de su propio patrimonio.
No obstante, escapar de la presunción que hemos analizado en el fundamento jurídico precedente no significaría que la operación no resultase rescincible, sino que pasaría a ser analizada bajo el régimen general, de manera que, aunque no se considerara, en función de su contexto, estrictamente gratuita, si se advirtiese que la misma fuera perjudicial para la masa activa (artículo 71.1 de la LC) la acción rescisoria debería prosperar. A eso es a lo que se refiere la resolución apelada al mencionar que ello sólo implicaría la no aplicación de la presunción, pues aunque se le atribuyese al impugnado por la administración concursal la condición de acto oneroso podría, no obstante, ser considerado perjudicial para la masa del concurso de la persona física de D. Marino. Así lo enfocó también la propia administración concursal al efectuar tal planteamiento alternativo en su demanda.
Hemos de reconocer que no podemos descartar que actuaciones como las del Sr. Marino puedan responder, dentro de la lógica del tráfico mercantil y del ánimo de lucro inherente a la operativa con entidades capitalistas, a algún trasfondo económico de implicaciones personales para él. Si éste comprometió su patrimonio del modo en el que lo hizo podría pensarse que, dado el ámbito negocial en el que se movía, algo podría aspirar a obtener por ello. Ahora bien, hemos de advertir que en este aspecto la falta concreción que resulta del material probatorio incorporado a los autos nos impide alcanzar conclusiones diáfanas al respecto y lo que no cabe es quedarse en meras cábalas fruto de la intuición. Parece claro que el Sr. Marino albergaría algún tipo de interés en el éxito de la operación, lo que le llevó a admitir la prestación de garantías personales por su parte, pero dado que no consta en autos que el mismo sea socio de las entidades implicadas, sino sólo administrador de UNION DE CAPITALES y representante de LENCOR INVESTMENT, es difícil que podamos concretar cuál sería ese interés propio del Sr. Marino, distinto al inherente a su condición de gestor social, que le movió a obrar como lo hizo. No ha sido demostrado en este proceso que, como se alega por la recurrente, UNION DE CAPITALES SA y LENCOR INVESTMENT sean precisamenOe sociedades patrimoniales del Sr. Marino, siendo lo cierto que tampoco consta que hayan sido tratadas como tales en sede del concurso de dicha persona física. Por otro lado, también hemos decir que, incluso si se hubiese dado tal vinculación como socio, hubiéramos debido poder constatar la existencia de un concreto impacto positivo merced a la citada operación para el patrimonio del Sr. Marino, ya que no debe olvidarse que este tiene su propio círculo de acreedores que ostentan un lógico interés en la preservación del patrimonio de su deudor para que pueda responder ante ellos sin derivaciones que pudieran beneficiar a tercero.
Podríamos admitir, como hipótesis de trabajo, que no resultaba descartable que al Sr. Marino pudieran haberle movido intereses económicos propios, pero tampoco podríamos rechazar, sin más, la existencia de otras posibilidades, como que, en función de un mal cálculo de riesgos y en una situación económica general particularmente delicada, simplemente se hubiese plegado, en tanto que gestor social que empeña su prestigio
o su vocación personal como dirigente empresarial en el éxito de un proyecto, a las ambiciosas exigencias de una entidad financiera a la hora de reclamar exhaustivas garantías para acceder a vincularse en operaciones financieras con la entidad dirigida por aquél. Hacemos esta consideración porque nos llama la atención que el testigo Don. Saturnino, empleado de AHORRO CORPORACIÓN FINANCIERA SV, SA, admitiese en el acto del juicio que en el contrato marco (CMOF) no estaba prevista la prestación de garantías personales, así como también consideramos relevante que mediante el aval de 27 de febrero de 2009 se garantizase no sólo la operación de "forward" contratada de modo simultáneo, sino que abarcase a toda la incluida dentro del referido contrato marco, cuando no se había exigido una garantía de ese tipo en la precedente operación del año 2007. Esta conducta, en el contexto del año 2009, que es de relevantes dificultades financieras, nos parece muy significativa para comprender en qué situación económica pudieron adoptarse determinadas decisiones que tal vez no se hubieran tomado en otra diferente; por otro lado, no deja de resultar sumamente llamativa la rapidísima reacción de la entidad financiera de dar por vencida casi de inmediato la operación que acababa de avalar el Sr. Marino y proceder a reclamar enseguida en contra de él.
La sujeción al régimen general implicaría que la carga de la prueba del perjuicio patrimonial incumbe al que ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4 de la LC). Ahora bien, cuando un sujeto presta una garantía a favor de tercero y, como en el caso de autos, la eventual contrapartida para el garante, si es que se concediese que pudiera existir, siquiera de modo mediato, no revelase, por las circunstancias concurrentes, que guardara una adecuada proporción con el sacrificio patrimonial asumido, la existencia de perjuicio resultará difícil de negar. Eso es lo que ocurriría en este caso, pues no apreciamos, a la vista de la prueba aportada, la existencia de un cierto equilibrio entre la carga asumida (que suponía responsabilizarse de una deuda de elevadísima cuantía) y el eventual interés económico propio y personal que, de modo por otro lado inconcreto, pudiera albergar el Sr. Marino. Éste contrajo un relevante compromiso para su propio patrimonio en el seno de una operación de la que no se derivaba, en principio, alguna prestación con contenido suficientemente significativo, de modo que hubiera deparado algún beneficio relevante para el garante como para que pudiera operar a modo de equivalente por el sacrificio que asumía.
La jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de septiembre, 27 de octubre y 14 de

diciembre de 2010 y de 12 de abril y de 8 de noviembre de 2012, entre otras) ha añadido el calificativo de "injustificado" al sacrificio patrimonial que ha de advertirse en materia de rescisión, de manera que se huya del automatismo en este ámbito. Es necesaria una consideración particular de las circunstancias concretas del caso para comprender si la operación objeto de la acción rescisoria entraña un sacrificio patrimonial justificable o si conlleva una afectación no tolerable de la "par condicio creditorum". Asimismo, ha precisado, en lo que respecto al punto de referencia que debe adoptarse para analizar el perjuicio patrimonial para la masa activa (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012), que hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, pero proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva, lo que entraña valorar si con los datos de aquél tiempo se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta ya hubiese existido en aquella fecha.

Enmarcados en ese contexto comprobamos que en febrero de 2009 se realizó una conducta de unilateral asunción de un cuantiosísimo endeudamiento (pues eso es lo que implica el aval o la fianza solidaria) en beneficio de tercero del que debía responder la masa activa del Sr. Marino en las mismas condiciones que la propia entidad deudora que era la beneficiaria del compromiso con la entidad financiera. Es más, la secuencia de hechos es bastante significativa, pues revela que la asunción de responsabilidad no fue meramente potencial sino que acarreó una efectiva y muy cuantiosa afectación a su patrimonio, pues el Sr. Marino se constituyó en avalista el 27 de febrero de 2009 y escasas fechas después, en marzo del mismo año, la entidad financiera ya estaba dando por vencida, de modo anticipado, la operación y poco después (en mayo de 2009, como antes hemos descrito) le exigía a aquél el pago de 11.362.916,06 euros; en noviembre de 2009 se produjo ya la declaración en concurso del Sr. Marino porque éste se encontraba en situación de insolvencia ante una pluralidad de acreedores.

La parte actora ha atendido la carga procesal que le incumbía en el ámbito probatorio al demostrar que el Sr. Marino afianzó una obligación ajena, sin recibir compensación directa por ello, acreditar además, hasta donde le ha sido posible, que no mediaba un interés económico particular y adecuadamente concretado que pudiera equilibrar el hecho de la prestación de la fianza, ya que el mismo no es socio de la afianzada UNIÓN DE CAPITALES SA, y poner de manifiesto, asimismo, las consecuencias prácticas en que ello derivó, cual fue la cuantiosa exigencia dineraria en que inmediatamente desembocó la actuación de la entidad financiera; a ello debe unirse que no se ha acreditado de contrario en este proceso el alegato de que aquél fuese socio, de modo directo ni indirecto, de LENCOR INVESTMENT (accionista del 100 % del capital de la entidad avalada), lo que pudiera, tal vez, haber revelado un interés patrimonial propio en la revalorización de esta entidad y de su participada (que, por otro lado, insistimos, debería haber sido adecuadamente señalado en su verdadero alcance para que pudiera excluirse el derecho de los acreedores de la persona física del Sr. Marino a cuestionar su endeudamiento a favor de un tercero). Hemos de recordar que los móviles internos no son jurídicamente relevantes, pues no integran la causa contractual, sino que hay que detectar si existen ventajas o atribuciones patrimoniales directas o indirectas para las partes implicadas. Por lo tanto, las particulares motivaciones que pudiera tener el Sr. Marino en obtener éxito en su gestión como administrador de la primera de dichas entidades o como representante de la segunda o sus expectativas de perdurar en sus cargos sociales en éstas o en otras mercantiles o incluso la mera aspiración de poder, eventualmente, incrementar sus emolumentos profesionales si la operación resultaba finalmente exitosa, lo que por otro lado tampoco ha sido adecuadamente concretado en este litigio, no constituyen, analizando el problema desde el punto de vista de la reintegración concursal, apoyo suficiente para proporcionar justificación a la prestación de una garantía personal por su parte ante los financiadores de la sociedad UNIÓN DE CAPITALES SA, lo que entrañaba cargar a su propio patrimonio con una responsabilidad adicional de cuantiosísima relevancia, teniendo en cuenta la afectación que entrañó para la masa activa que debería responder ante sus propios acreedores.

No podemos plegarnos a alegatos meramente intuitivos, como los que preconiza la parte apelante, para tratar de construir un interés económico propio del Sr. Marino, al que situaría, a través de estructuras societarias interpuestas, como la cabecera personal de un grupo societario, lo que pudiera justificar la prestación de la garantía por su parte. Para que pudiéramos alcanzar tal conclusión deberíamos dar un salto en el vacío que desbordaría la solidez del razonamiento presuntivo (artículo 386 de la LEC) que se nos pide que utilicemos y para el que se acude por la recurrente como punto de apoyo tanto a documentos que en su mayor parte ni tan siquiera obran en autos como a referencias a simples noticias de prensa, lo que no constituye precisamente un sustento suficientemente riguroso para tal labor.

Por otro lado, por más que insista en ello la recurrente, no podemos extraer del interrogatorio practicado en el acto del juicio al Sr. Marino las contradicciones que trata de entrever la apelante. Tampoco la declaración testifical Don. Saturnino, que es un empleado de la entidad recurrente que se ocupaba en la época que nos interesa del área de productos derivados, nos parece particularmente reveladora a estos efectos (luego explicaremos otros aspectos de su testimonio que estimamos más significativos), pues sólo nos traslada el punto de vista de la propia entidad con respecto a las operaciones realizadas con las empresas gestionadas por el Sr. Marino. Y el resultado de la comisión rogatoria librada para la declaración de LENCOR INVESTMENTS no ha significado sustento suficiente, mal que le pese a la parte apelante, para sostener, con suficiente rigor intelectual, el planteamiento que se defiende en el recurso.

La utilización de la técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica no supone la solución que propone la recurrente, pues la finalidad de la misma es que la responsabilidad pueda alcanzar a aquélla persona física que debidamente identificada hubiera intentado parapetarse en una pantalla social para defraudar a tercero, pero en modo alguno constituye un mecanismo para identificar el inconcreto sustrato personal de una persona jurídica, el cual debe ser demostrado mediante los medios de prueba admitidos por la ley. La finalidad de dicha técnica es descorrer el velo jurídico para que el que se sabe que está detrás de un ente societario no se valga de los mecanismos de limitación de responsabilidad que prevé el ordenamiento jurídico, pero no es el instrumento adecuado para colocar en dicha situación al que, por falta de

prueba que lo demuestre, no consta que forme parte del sustrato personal de la entidad.
En estas circunstancias debemos considerar que estamos, cuando menos, como consecuencia de la operación negocial objeto de la acción rescisoria que aquí nos ocupa, ante un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa que debería responder, sin mermas en beneficio de tercero que pudieran derivar de aquélla, ante los propios acreedores del Sr. Marino, lo que respaldaría, incluso sin la aplicación de la presunción que analizamos en el fundamento precedente, el éxito de la demanda emprendida por la administración concursal.": SAP Madrid (Sección 28) 14.06.2013 (Sentencia 192/2013; Rollo 214/2012)

"III.- Perjuicio para la masa activa.
Como hemos indicado en el apartado anterior, que la constitución de la fianza no sea gratuita sólo impide apreciar la presunción iure et de iure de perjuicio patrimonial del artículo 71.2 de la Ley Concursal, no que no pueda rescindirse el acto impugnado si se acredita la existencia de perjuicio para la masa activa (artículo 71.4 de la Ley Concursal).
La administración concursal, tanto en la demanda como en recurso de apelación, mantiene que el acto es perjudicial para la masa activa porque la concursada no experimentó beneficio alguno con la concesión del préstamo a la avalada ni recibió contraprestación alguna.
La sentencia apelada entiende que no ha quedado acreditado el perjuicio y, en consecuencia, desestima la demanda.
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha".
Debe tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la sentencia del Alto Tribunal de 26 de octubre de 2012, según la cual: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.".
Más concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014, antes citada, con relación a las garantías por deuda ajena indica que: "Para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, constituirá la masa activa de dicho concurso, ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía.
No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima
o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto".
Delimitado así el concepto de perjuicio, el tribunal discrepa de la conclusión alcanzada por la sentencia apelada.
El perjuicio resulta acreditado desde el momento en que no costa que la garante concursada haya recibido atribución patrimonial alguna, directa o indirecta, como consecuencia de la concesión de la fianza.
El mero hecho de que exista cierta vinculación entre la sociedad garante y la prestataria, sin que ni siquiera se haya mantenido que integren un grupo de sociedades, no permite afirmar, con base en esa vinculación, la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial, aunque fuera indirecto, que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía.
En la contestación a la demanda se afirmaba que la concesión del préstamo a la entidad supuso un beneficio para ésta y para la fiadora al tener intereses comunes y estar vinculadas entre sí, permitiendo el préstamo que ambas entidades continuaran desarrollando su actividad empresarial.
Ya hemos indicado que la atribución patrimonial no puede sostenerse en la sola existencia de vínculos o intereses comunes más o menos difusos. Ni siquiera en los supuestos de grupo de sociedades puede sostenerse esa atribución o beneficio patrimonial en la mera invocación en abstracto de la existencia del grupo sino que es preciso que exista una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía (sentencia del Tribunal Supremo de 30 abril de 2014). Tampoco se explica cómo el préstamo permitió la continuación de la actividad de la concursada cuando su importe lo percibe la prestataria y la garante no tenía actividad alguna como se reconoció en el propio escrito de solicitud de concurso.
Por lo demás y con independencia de que la constitución de una garantía personal por deuda ajena altere o no la par condicio creditorum, la misma perjudica a la masa activa en tanto que, en la medida en que el

patrimonio de la concursada tiene que responder de una deuda ajena, supone un detrimento de la masa activa y, además, de forma injustificada porque la garante concursada no ha recibido atribución o beneficio patrimonial alguno derivado del otorgamiento de la garantía.
Como apuntamos en nuestra sentencia de 14 de junio de 2013, la constitución de garantías entrañan para el patrimonio del garante un gravamen significativo con el que se compromete, de modo concreto, todo
o buena parte de él y queda afectada la consideración que éste merece en el tráfico económico y jurídico y, añadíamos que entre las minoraciones de patrimonio deben entenderse incluidas tanto las de carácter cuantitativo como las de índole cualitativa, entre las cuales debemos señalar la constitución de gravámenes y el otorgamiento de garantías.
No resulta relevante que la concursada aún no haya satisfecho cantidad alguna a la prestamista, pues de no rescindirse la garantía será responsable de la deuda y tendrá que hacer frente a la misma con cargo a la masa activa y menos aún que de efectuar el pago como consecuencia del mantenimiento del acto perjudicial nazca a favor del garante un derecho de crédito contra el deudor garantizado ex artículos 1838 y 1839 del Código Civil.
La concursada afianzó solidariamente el préstamo otorgado a la entidad "EUROPEA DE SOPORTES MAGNÉTICOS ESOMAG, S.L.", recibiendo ésta íntegramente su importe, operación que no ha reportado ventaja o atribución patrimonial alguna, directa o indirecta, a la concursada.
En consecuencia, la constitución de la garantía personal sin que la garante reciba atribución patrimonial alguna implica un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que supone una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa que, además, carece de justificación.
El hecho de que la concursada, solo tenga además de la prestamista otros dos acreedores, de los cuales uno goza de privilegio general y el otro tiene la clasificación de subordinado, como se indicaba sin mayor precisión en la contestación a la demanda, nada tiene que ver con el carácter perjudicial de la constitución de la garantía.
En el recurso de apelación se introduce el hecho de que la realización de la masa activa integrada por una vivienda valorada en 930.000 euros permite atender los créditos reconocidos en la lista de acreedores que según la demandada apelada ascienden a 312.278,60 euros, por lo que la garantía no ha supuesto perjuicio alguno para los acreedores (masa pasiva).
Dicha alegación, en realidad, integra una cuestión nueva y debe rechazarse por imperativo del artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que la administración concursal haya tenido siquiera la oportunidad de contradecirla.
En todo caso, tal hecho no supondría la exclusión del perjuicio para la masa activa aun cuando podría tener incidencia de haberse alegado oportunamente esa circunstancia en la medida en que el ejercicio de la acción no respondiera a su verdadera finalidad cual es la de proteger a los acreedores, si aquéllos podían cobrar íntegramente sus créditos aun cuando no se rescindiera la operación, lo que podría tener encaje en un ejercicio de la acción contrario a las exigencias de la buena fe o con abuso de derecho (artículo 7 del Código Civil).
Sin perjuicio de lo anterior, la tesis del apelado introducida en el escrito de oposición parte del incierto hecho de que la vivienda, valorada en el año 2010, pueda venderse por el precio de 930.000 euros cuando resulta notoria la sostenida caída del precio de las vivienda, por lo que no existe certeza alguna de que con su producto pudieran satisfacerse los créditos concursales, previa deducción, además del importe de los créditos contra la masa.”. SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 229/2014; Rollo 769/2012)

“TERCERO.- La regla general en materia de rescisión concursal es que quien ejercita al efecto la correspondiente acción tiene que demostrar la existencia de perjuicio (art. 71.4 LC). Ahora bien, existen excepciones a este respecto, como lo son las presunciones "iruis et de iure" del artículo 71.2 de la LC (de manera que la concurrencia del hecho allí tipificado lleva implícita la consideración de la existencia de perjuicio, sin admitir la posibilidad de aportar prueba en contra de ello) y las presunciones "iuris tantum" del artículo 71.3 de la LC (en las que se parte, en principio, de la existencia de perjuicio, operando una inversión de la carga de la prueba prevista en la regla general, de modo que es el adquirente o beneficiario o el propio concursado los que deben probar la falta de perjuicio para la masa). Así se explica, aunque el mecanismo legal es muy claro, en la sentencia de la Sala 1ª del TS de 26 de octubre de 2012.
Nos interesa remarcar que la aplicación de alguna o algunas de las presunciones legales no agota, sin embargo, el debate en este tipo de litigios, sino que, en defecto de ellas (que son simplemente un medio de facilitación de la demostración del presupuesto de la rescisión), el centro de atención se desplaza entonces a la constatación de la existencia o no de perjuicio para la masa de la concursada. Hacemos esta advertencia porque el objeto del debate en este proceso no sólo ha versado sobre la aplicación de determinadas presunciones invocadas en la demanda, sino, a tenor de los hechos expuestos en el seno de la misma, en si la operación discutida era o no perjudicial para la masa y por ello la parte demandada, consciente de ello, ha procurado defenderse al respecto, según apreciamos en el tenor de sus escritos.
CUARTO.- En el caso de las garantías prestadas a favor de tercero puede considerarse que media onerosidad aunque el sacrificio que hace el acreedor en compensación de la ventaja que le da la garantía no vaya a parar al garante sino al deudor. La ventaja puede ser además de carácter indirecto, por ejemplo, en el caso de los grupos de sociedades, porque se favorezca el fortalecimiento de éstos.
Ello puede suponer que el empleo de la presunción del artículo 71.2 de la LC no resulte ser siempre el mejor mecanismo a la hora de ejercitar la acción rescisoria concursal si se desea combatir una garantía contextual (que es aquella cuya prestación actúa como condición para que el acreedor esté dispuesto a comprometer su prestación).
De ahí que la jurisprudencia se esté inclinando, en los supuestos de constitución de garantías contextuales

por parte del ulteriormente concursado para asegurar el cumplimiento de obligaciones de tercero, por considerar que la presunción de gratuidad podría no ser la vía adecuada para la rescisión si mediase una relación de grupo de empresas en la que estuviesen incluidos el deudor principal y el hipotecante. Es más, ha admitido a estos efectos que se maneje un concepto amplio de grupo de empresas (sentencia de la Sala 1ª del TS de 8 de noviembre de 2012), que no se ceñiría al concepto legal previsto en la normativa societaria (pues el artículo 42 del C. de Comercio sólo prevé como tal la situación de dominio o control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otras, pero deja al margen los grupos horizontales, paritarios o por coordinación y los verticales, jerarquizados o subordinación controlados por personas físicas que son quienes constituyen la cabecera).

La relación de grupo de empresas podría admitirse, al menos en sentido amplio, como existente en el caso que aquí nos ocupa, en la medida en que el Sr. Jose Francisco se situaría en la cabecera y él y otros parientes controlarían, por un lado, HOLDISAN INVERSIONES, y por otro, INVERSIONES GRUDISAN, siendo ésta la que, además de otras sociedades, era partícipe, en su caso mayoritaria, en PULPI SL. Se ha justificado, además, que esta última recibió inversiones procedentes del Sr. Jose Francisco o de alguna de sus empresas, lo que justifica la existencia de un flujo económico subyacente a la existencia del citado grupo empresarial.

QUINTO.- La onerosidad a la que nos hemos venido refiriendo tiene su más evidente expresión en los casos en los que la garantía se presta simultánea o contextualmente al nacimiento del crédito (el sacrificio del acreedor representa el correspectivo tanto de la obligación del prestatario como de la garantía prestada por el tercero). Ahora bien, no podemos dejar de llamar la atención sobre el hecho de que, en el supuesto que aquí nos ocupa, es bastante discutible que pueda apreciarse el carácter contextual de la garantía, al menos con relación a una porción bastante significativa (aunque es cierto que no en toda su extensión, pues también se mencionaba la prestación de servicios a futuro) del derecho de crédito de la acreedora, pues la hipoteca se otorgó cuando buena parte de los servicios profesionales cuyo pago iba a garantizarse ya habían sido prestados (en concreto, ya había 2.151.138,78 euros de facturas pendientes de pago por servicios contratados en 2008 y además otros 890.794,85 euros también ya facturados por servicios de reestructuración). De manera que la prestación de la garantía no habría operado, al menos en esa medida, con una vinculación causal con el derecho de crédito, sino que se habría otorgado a favor de obligaciones preexistentes, que además en este caso eran a cargo de tercero (pues eran otros, y no la que se constituyó en garante, los que habían recibido los servicios profesionales de URÍA MENÉNDEZ ABOGADOS SLP).

SEXTO.- En cualquier caso, aun admitiendo que, aunque no toda la garantía era para deuda preexistente, puede asignarse carácter oneroso a la constitución de la misma, según hemos explicado antes, hemos de significar que los actos de tal condición (no sólo los efectuados a título gratuito) pueden ser objeto de rescisión concursal si se aprecia que entrañasen la producción de un sacrificio patrimonial injustificado (sentencias de la Sala 1ª del TS de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 14 de diciembre de 2010, 12 de abril de 2012, 8 de noviembre de 2012 y 30 de abril de 2014) para la masa de aquél que finalmente acaba siendo declarado en concurso.

En el caso que nos ocupa las prestaciones, tanto las ya realizadas como las comprometidas, desempeñadas por URÍA MENÉNDEZ ABOGADOS SLP, lo eran a favor del Sr. Jose Francisco, del Sr. Juan Enrique o de una serie de sociedades, sin que se hubiese favorecido de ellas, ni conste que lo fuera a ser, la entidad PULPI SL. El sacrificio patrimonial que entraña para ésta el hipotecar el bien que constituye su principal sustento patrimonial no entrañaba, por lo tanto, una ventaja directa a favor de la hipotecante que pudiera llegar justificar que se soportase aquél, ni tampoco hemos advertido suficiente concreción para que pudiera afirmarse que existía, en realidad, un beneficio patrimonial para ella de carácter indirecto. A este fin ya no es suficiente con volver a invocar la existencia de un grupo empresarial, por más que ello pudiera haber bastado, por su significado, para excluir el mero carácter gratuito de la operación. Lo que aquí interesa es constatar si el sacrificio patrimonial de PULPI SL entrañaba un beneficio concreto y constatable para ésta que permitiera excluir el carácter perjudicial inherente al esfuerzo que entrañaba el constituir la garantía (como señala la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014, que hubiese existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante que justificase razonablemente la prestación de la garantía). El perjuicio resulta, sin embargo, patente, pues ningún servicio profesional había recibido ni consta que fuese a recibir dicha entidad, sino que serían exclusivamente terceros los beneficiarios de ellos.

SÉPTIMO.- El que PULPI SL hubiese sido perceptora de aportaciones o de inversiones procedentes del Sr. Jose Francisco o de alguna de las entidades por éste controladas, porque mediaba interés de aquél en disfrutar de la finca integrada en el patrimonio de la concursada para actividades de ocio, esparcimiento o cinegéticas, ni entraña que pueda hablarse, como se alega por la recurrente, de una situación de confusión patrimonial (porque para ello sería preciso que no se pudiera determinar qué bienes y derechos están afectos a la responsabilidad patrimonial universal - artículo 1911 del C Civil - de un determinado deudor y no es éste el caso, pues cabe efectuar tal distinción, sin que se dé el caso de mezcla o confusión entre masas activas y pasivas de diversos sujetos), ni excluye el perjuicio concreto que entraña el hipotecar el único bien valioso de aquélla en favor de terceros. Es más, estaríamos ante un caso paradigmático de aquellos sobre los que la jurisprudencia exige estar atento (sentencia de la Sala 1ª del TS de 30 de abril de 2014), en los que el resultado provechoso para otros miembros del grupo empresarial se lograría a costa del sacrificio de una de las entidades consorciadas (que paradójicamente, además, está ahora en manos de terceros ajenos al grupo), que verían minorada la masa con la que responder de sus deudas. La noción de grupo no diluye el principio de la personalidad de cada entidad que pueda formar parte de él y al tratarse de entes independientes su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de obligaciones que justifican la preservación del patrimonio de cada sujeto (no se olvide además que PULPI SL ya presentaba signos patentes de sufrir problemas económicos desde el menos el año 2007, según consta en el informe de la administración concursal). El interés de cada uno de ellos no sólo no es identificable con los del grupo de

empresas sino que en ocasiones incluso puede ser frontalmente contrario a él, pues no es infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de perjudicar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades participadas.
Por otro lado, no puede considerarse excluida tal operación de la posibilidad de ejercicio de la acción concursal, al amparo del artículo 71.5.1º de la Ley Concursal (LC), como parece insinuar la recurrente, pues es obvio que la constitución de tal garantía real en favor de tercero no era algo inherente a la actividad ordinaria de la entidad que luego resultó concursada. No creemos que resulte preciso un especial esfuerzo de elocuencia para convencer a ningún observador objetivo que una entidad con el objeto social de PULPI SL no se dedica habitualmente a este tipo de negocios (en este sentido, la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2013). ":SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 232/2014; Rollo 859/2012)

PRIMERO.- Sobre el objeto del proceso.
Los hechos que subyacen a la contienda que accede a esta segunda instancia son los siguientes: 1º) el 31 de diciembre de 2008 la entidad financiera UNICAJA otorgó un préstamo por importe de 140.000 euros a favor de EUROPEA DE SOPORTES MAGNÉTICOS (ESOMAG) SL, a devolver en 36 meses a un tipo de interés del 8,750 % y de demora del 18%; 2º) Dª. Victoria prestó fianza solidaria a dicha operación, junto con otras siete personas físicas (Domingo, Estefanía, Feliciano, Gema, Gervasio, Hipolito y Justa) y otra jurídica (PROINFOT SA); 3º) Dª. Victoria no es socia de la entidad ESOMAG; 4º) Dª. Victoria está casada con D. Gervasio, con quien tiene suscritas capitulaciones matrimoniales desde el año 1993, donde se pactó que el régimen económico conyugal sería el de separación de bienes; 5º) D. Gervasio es socio de ESOMAG, con una participación del 18,12 % en su capital social; 6º) ESOMAG, tras una primera comunicación al juzgado, en abril de 2009, de que se encontraba negociando con sus acreedores, fue finalmente declarada en concurso de acreedores en noviembre de ese año; 6º) Dª. Victoria tuvo que presentarse en concurso voluntario en el año 2010, aduciendo que la deuda que tenía con diversas entidades financieras por avales prestados a tercero ascendía a 5.933.780,43 euros y que carecía de capacidad económica para atenderla con su patrimonio.
La administración concursal del concurso de la Sra. Victoria atacó, mediante el ejercicio de la acción rescisoria (artículo 71 de la LC), la fianza que ésta había otorgado en su momento ante UNICAJA, alegando su carácter de acto de disposición a título gratuito (artículo 71.2 de la LC) y, en cualquier caso, su consideración de actuación perjudicial para la masa (artículo 71.4 de la LC), a fin de eliminar tal garantía personal que comprometía, en beneficio de tercero, el patrimonio de la Sra. Victoria.
El éxito de la acción rescisoria ha generado la reacción de UNICAJA que trata de combatirlo mediante la apelación de la que aquí nos vamos a ocupar. La entidad financiera recurrente estructura su recurso del siguiente modo: 1º) alega que la constitución de la fianza no podría ser objeto de inclusión en la presunción del artículo 71.2 de la LC porque aquella no entrañaría la realización de un acto de disposición, sino de mera administración; 2º) opone además que la prestación de la fianza por parte de la Sra. Victoria no podría ser considerada a título gratuito, ya que ha de tomarse en cuenta en el contexto de la relación trilateral fiador, afianzado y acreedor, en el que la concesión del préstamo por la entidad financiera estaba supeditada a la constitución de aquélla, además de que benefició al esposo de la misma que tenía intereses en ESOMAG; y 3º) sostiene que, en cualquier caso, no habría existido perjuicio para la masa del concurso de la Sra. Victoria, porque ni se disminuyó el activo ni se alteró la "par condicio creditorum".
SEGUNDO.- Sobre el tratamiento de las garantías personales ante la acción rescisoria concursal.
Uno de los puntos debatidos en este proceso es la posibilidad o no de subsumir la constitución de garantías personales para asegurar el cumplimiento de una obligación de un tercero, cuando lo fuera a título gratuito, en la previsión del artículo 71.2 de la LC, lo que supondría la consideración, por ministerio de la ley, sin admitir prueba en contra, de la existencia de perjuicio para la masa activa, por ser consustancial al acto de que se trataba.
La dificultad jurídica que entraña la aplicación del referido precepto de la Ley Concursal cuando se trata de la constitución de garantías personales en beneficio de tercero es que la literalidad de la referida norma menciona de modo explícito a los actos de disposición y cabe, en efecto, suscitar polémica a propósito de si pueden ser subsumidas aquéllas en tal categoría. Desde un punto de vista técnico-jurídico estricto los actos de disposición comprenderían los traslativos de derechos, las renuncias y la constitución de derechos reales; sin embargo, la constitución de relaciones obligatorias no encajarían, en principio, entre los negocios de disposición. Ahora bien, como ya señalamos en la sentencia de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 14 de junio de 2013, y lo ha entendido también así la Sala 1ª del TS en sentencia de 21 abril de 2014, es preciso abordar el tratamiento de este asunto en el marco específico del Derecho concursal y, más en concreto, a los efectos de una institución tan peculiar como la rescisión concursal, cuya finalidad es la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso para así posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. Pues bien, en ese ámbito concreto consideramos que la categoría de los actos de disposición debe ser entendida en sentido más amplio que el anteriormente expuesto, de forma que pueda comprender, para así cumplir más adecuadamente la finalidad propia de dicha institución, todos los actos realizados por el deudor que entrañen perjuicio para la masa activa, lo que ha de abarcar tanto las salidas inmediatas de bienes como otras conductas que, de modo activo o pasivo, asimismo comporten un sacrificio patrimonial, como también lo es el reconocimiento de derechos a terceros y, emparentado con ello, como es el supuesto que nos ocupa, afianzar deudas ajenas. En este último caso el interesado involucra todo o parte de su patrimonio en el cumplimiento de obligaciones adquiridas por tercero, lo que repercute en su

situación patrimonial, que a efectos del tráfico mercantil ya es considerada por los que operan en su seno como afecta a tal responsabilidad (así, figura entre los riesgos que interesan al Banco de España -CIRBE), incidiendo en las posibilidades de futuro endeudamiento, y además ello repercute en los intereses de sus propios acreedores que pueden ver mermado el soporte patrimonial que debería responder ante ellos. Por lo tanto no sólo las enajenaciones del activo deben ser subsumidas en el concepto de acto de disposición que interesa a este régimen de la rescisión concursal sino también la constitución de garantías que entrañan para el patrimonio del garante un gravamen significativo con el que se arriesga, de modo concreto, todo o buena parte de él y se afecta a la consideración que éste merece en el tráfico económico y jurídico.
No ha de perderse de vista que cuando se analiza el concepto de sacrificio patrimonial en el ámbito de la rescisión concursal resultan relevantes tanto las reducciones de la masa patrimonial del deudor luego concursado como los no incrementos de la misma que deberían haberse producido, porque todo ello va a incidir sobre la hipotética cuota de satisfacción que debería corresponder a sus acreedores. Dentro de las primeras, es decir, las minoraciones de patrimonio, deben entenderse tanto las de incidencia cuantitativa como las de índole cualitativa, entre las cuales debemos señalar la constitución de gravámenes y el otorgamiento de garantías. Asimismo, el Tribunal Supremo (sentencia de la Sala 1ª de 8 de noviembre de 2012) ha explicado que la Ley Concursal no sólo dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa, es decir, de todos los que supongan un sacrificio patrimonial injustificado.
TERCERO.- Sobre la gratuidad u onerosidad de la fianza.
La gratuidad de una operación debe apreciarse cuando de la actuación sólo se derivase sacrificio para uno y ventajas para el otro. Para que hubiese causa onerosa que excluyera aquélla deberían imponerse sacrificios y obtención de ventajas a ambas partes. La más clara manifestación de ello en el caso de la constitución de garantías es el caso en el que el garante hubiese recibido, bien del deudor afianzado o bien del acreedor, una contraprestación por la prestación de la garantía (verbigracia, la percepción de un precio o de una comisión por ello). Ahora bien, no es ese el único ejemplo, pues también es cierto que en el caso de las garantías prestadas a favor de tercero puede considerarse que media onerosidad aunque el sacrificio que hace el acreedor en compensación de la ventaja que le da la garantía no vaya a parar al garante sino al deudor. La ventaja puede ser además de carácter indirecto, por ejemplo, en el caso de los grupos de sociedades, porque se favorezca el fortalecimiento de éstos.
Ello puede suponer que el empleo de la presunción del artículo 71.2 de la LC no resulte ser siempre el mejor mecanismo a la hora de ejercitar la acción rescisoria concursal si se desea combatir una garantía contextual (que es aquella cuya prestación actúa como condición para que el acreedor esté dispuesto a comprometer su prestación). De ahí que la jurisprudencia se esté inclinando, en los supuestos de constitución de garantías contextuales por parte del ulteriormente concursado para asegurar el cumplimiento de obligaciones de tercero, por considerar que la presunción de gratuidad podría no ser la vía adecuada para la rescisión si mediase una relación societaria en la que estuviesen incluidos el deudor principal y el garante. La onerosidad tendría su expresión en los casos en los que la garantía se presta simultánea o contextualmente al nacimiento del crédito (el sacrificio del acreedor representa el correspectivo tanto de la obligación del prestatario como de la garantía prestada por el tercero - sentencia del TS de 30 de abril de 2014).
También existen posicionamientos doctrinales y precedentes jurisprudenciales que han considerado que la fianza ha de considerarse onerosa cuando el fiador fuese socio de la sociedad deudora afianzada y el aval tuviera por objeto permitir la concesión del crédito necesario para la explotación social en la medida en que, aunque lo sea indirectamente, el fiador obtendría una ventaja patrimonial porque, de alguna manera, se estaría también conservando o aumentando el valor de su propio patrimonio.
Somos conscientes, por todo ello, de que debería excluirse la aplicación de la presunción del artículo 71.2 de la LC, tanto en los casos que antes hemos explicado como cuando pudiera apreciarse que el garante obtenía alguna ventaja económica en la operación más allá de la mera liberalidad. Lo cual nos lleva a considerar que en el presente caso el enfoque jurídico más adecuado para plantear la rescisión de una garantía contextual no venía por la aplicación de la presunción del artículo 71.2 de la LC. En la medida en que ello tuvo un reflejo, tal vez innecesario, en el fallo de la resolución de la primera instancia, debemos reconocer que, al menos en eso, le asiste la razón a la recurrente. De ahí que cuando menos se haya asegurado el éxito parcial de su recurso.
CUARTO.- Sobre el carácter perjudicial de la operación.
En cualquier caso, hemos de decir que escapar de la presunción del artículo 71.2 de la LC no significaría que la operación no resultase rescincible, sino que pasaría a ser analizada bajo el régimen general, de manera que, aunque no se considerara, en función de su contexto, estrictamente gratuita, si se advirtiese que la misma fuera perjudicial para la masa activa (artículo 71.1 de la LC) la acción rescisoria debería prosperar. Aun atribuyéndole al impugnado por la administración concursal la condición de acto oneroso podría, no obstante, ser considerado perjudicial para la masa del concurso de la persona física de Dª. Victoria. Los actos de tal condición (no sólo los efectuados a título gratuito) pueden ser objeto de rescisión concursal si se aprecia que entrañasen la producción de un sacrificio patrimonial injustificado (sentencias de la Sala 1ª del TS de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 14 de diciembre de 2010, 12 de abril de 2012, 8 de noviembre de 2012 y 30 de abril de 2014) para la masa de aquél que finalmente acaba siendo declarado en concurso.
Lo que interesa, por lo tanto, es constatar si el sacrificio patrimonial de la Sra. Victoria entrañaba un beneficio concreto y constatable para ésta que permitiera excluir el carácter perjudicial inherente al esfuerzo que entrañaba el constituir la garantía (como señala la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014, que hubiese existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante que justificase razonablemente la prestación de la garantía).
Hemos de reconocer que no podemos descartar que actuaciones como las de la Sra. Victoria puedan

responder, dentro de la lógica del tráfico mercantil y del ánimo de lucro inherente a la operativa con entidades capitalistas, a algún trasfondo económico de implicaciones personales para ella. Ahora bien, hemos de advertir que en este aspecto la falta de concreción que resulta del material probatorio incorporado a los autos nos impide alcanzar conclusiones diáfanas al respecto y lo que no cabe es quedarse en meras cábalas fruto de la intuición. La prestación de garantías personales por parte de dicha señora, no siendo ella precisamente socia de la entidad beneficiada por la operación, sino sólo la esposa de uno de los socios, nos hace difícil que podamos concretar cuál sería ese interés propio de la Sra. Victoria que pudiera compensar su esfuerzo. Además, incluso admitiendo que el tratar de respaldar los intereses de su marido en ESOMAG pudiera haber sido el motor de la prestación de la garantía por parte de aquélla, hubiéramos debido poder constatar la existencia de un concreto impacto positivo merced a la citada operación para el patrimonio de Dª. Victoria, ya que no debe olvidarse que ésta tiene su propio círculo de acreedores que ostentan un lógico interés en la preservación del patrimonio de su deudor para que pueda responder ante ellos sin derivaciones que pudieran beneficiar a tercero.

El ceder ante la exigencia de una entidad financiera para que quien no es ni tan siquiera socio de la entidad beneficiaria del préstamo, ni obtiene una particular ventaja concreta de ello, preste una garantía personal ante un endeudamiento de esa persona jurídica entraña un considerable esfuerzo para el que se constituye en garante solidario de la restitución del dinero con sus intereses. Supone, nada menos, que, al renunciar a los beneficios de división, de excusión y de orden, el patrimonio del fiador solidario viene a adicionarse al del garantizado para satisfacer al acreedor de este último, pasando a responder directamente ante él del cumplimento de la obligación garantizada - artículos 1822, párrafo segundo, 1831 y 1837del C. Civil. Se equipara por lo tanto, ante el acreedor, a la situación del propio deudor.

La sujeción al régimen general implicaría que la carga de la prueba del perjuicio patrimonial incumbe al que ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4 de la LC). Ahora bien, cuando un sujeto presta una garantía a favor de tercero y, como en el caso de autos, la eventual contrapartida para el garante, si es que se concediese que pudiera existir, siquiera de modo mediato, no revelase, por las circunstancias concurrentes, que guardara una adecuada proporción con el sacrificio patrimonial asumido, la existencia de perjuicio resultará difícil de negar. Eso es lo que ocurriría en este caso, pues no apreciamos, a la vista de la prueba aportada, la existencia de un cierto equilibrio entre la carga asumida (que suponía responsabilizarse de una deuda de elevada cuantía) y el eventual interés económico propio y personal que, de modo un tanto inconcreto, pudiera albergar personalmente la Sra. Victoria. Ésta contrajo un relevante compromiso para su propio patrimonio en el seno de una operación de la que no se derivaba, en principio, alguna prestación con un contenido que hubiera deparado algún beneficio relevante para el garante como para que pudiera operar a modo de equivalente por el sacrificio que asumía.

La jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de septiembre, 27 de octubre y 14 de diciembre de 2010 y de 12 de abril y de 8 de noviembre de 2012 y 30 de abril de 2014, entre otras) ha añadido el calificativo de "injustificado" al sacrificio patrimonial que ha de advertirse en materia de rescisión, de manera que se huya del automatismo en este ámbito. Es necesaria una consideración particular de las circunstancias concretas del caso para comprender si la operación objeto de la acción rescisoria entraña un sacrificio patrimonial justificable o si conlleva una afectación no tolerable de la "par condicio creditorum". Asimismo, ha precisado, en lo que respecta al punto de referencia que debe adoptarse para analizar el perjuicio patrimonial para la masa activa (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012), que hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, pero proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva, lo que entraña valorar si con los datos de aquél tiempo se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta ya hubiese existido en aquella fecha.

Enmarcados en ese contexto comprobamos que lo que ocurrió es que se realizó una conducta de unilateral asunción de un relevante endeudamiento (pues eso es lo que implica el aval o la fianza solidaria) en beneficio de tercero del que debía responder la masa activa de la Sra. Victoria en las mismas condiciones que la propia entidad deudora que era la beneficiaria del compromiso con la entidad financiera, sin que los posibles beneficios para la mencionada persona física, que no rechazamos que, siquiera de forma mediata, pudieran existir, guardaran una adecuada proporción con el riesgo por ella asumido. No vemos un interés patrimonial propio de la Sra. Victoria en la revalorización de la entidad afianzada, sino el que pudiera albergar su marido, con el que tiene pactado régimen de separación de bienes desde el año 1993 (antes incluso de la constitución de ESOMAG), por lo que debe prevalecer el derecho de los acreedores de la persona física de la Sra. Victoria a cuestionar su endeudamiento a favor de un tercero, pues se cargó el patrimonio de dicha persona con una responsabilidad adicional de cuantiosa relevancia que repercute en la masa activa que debería responder ante sus propios acreedores.

Es más, la secuencia de hechos es bastante significativa, pues revela que la asunción de responsabilidad no fue meramente potencial sino que acarreó una efectiva y cuantiosa afectación a su patrimonio, pues la Sra. Victoria se constituyó en avalista el 31 de diciembre de 2008 en el seno de una operación de refinanciación, por lo que resulta claro que ESOMAG ya atravesaba problemas financieros entonces, no mucho después esta entidad ya efectuaba una comunicación de negociaciones preconcursales al juzgado (en concreto en abril de 2009) y sólo unos meses más tarde era declarada en concurso porque se encontraba en situación de insolvencia ante una pluralidad de acreedores.

La parte actora ha atendido la carga procesal que le incumbía en el ámbito probatorio al demostrar que la Sra. Victoria afianzó una obligación ajena, sin recibir compensación directa por ello, y al poner de manifiesto, hasta donde le ha sido posible, que el interés particular que pudiera albergar aquélla no se presenta como un elemento que equilibre de modo suficiente el hecho de la prestación de la fianza, ya que la misma no era socia de la afianzada y las ventajas directas o indirectas para la implicada son poco visibles (las podría haber para el marido, con el que tiene pactado un régimen de separación de bienes, pero no para el patrimonio de ella). Por otro lado, también se han puesto de manifiesto, asimismo, las consecuencias prácticas en que ello

derivó, cual fue la exigencia dineraria en la que a corto plazo desembocaría la actuación de la entidad financiera.
En estas circunstancias debemos considerar que estamos, cuando menos, como consecuencia de la operación negocial objeto de la acción rescisoria que aquí nos ocupa, ante un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa que debería responder, sin mermas en beneficio de tercero que pudieran derivar de aquélla, ante los propios acreedores de la Sra. Victoria, lo que respaldaría, incluso sin la aplicación de la presunción que fue invocada, el éxito de la demanda emprendida por la administración concursal.": SAP Madrid (Sección 28) 10.12.2014 (Sentencia 352/2014; Rollo 63/2013)

"TERCERO.- Sea como fuere, consideramos que concurren en el caso méritos para apreciar, como así lo hicieron las dos sentencias del Tribunal Supremo anteriormente mencionadas, que, aun en ausencia de la cobertura brindada por la referida presunción legal "iuris et de iure", el acto tuvo carácter perjudicial, de manera que la demanda debería prosperar, en cualquier caso, por aplicación del Art. 71-4 de la Ley Concursal a cuyo tenor "Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria".
Que la constitución de un derecho real de prenda sobre sus propios derechos de crédito frente a terceros supuso objetivamente un sacrificio patrimonial para CHPH es algo que ni la apelante cuestiona. De lo que se trataría, en consecuencia, es de ponderar en qué medida ese sacrificio pudo verse compensado por alguna ventaja patrimonial capaz de justificarlo y de eludir la idea de perjuicio. Hemos de aclarar, como ya lo hiciéramos en nuestra sentencia de 20 de abril de 2012 y situándonos para ello nuevamente en la hipótesis más favorable para la apelante de que existiera grupo de sociedades entre las aquí concernidas, que es insuficiente la simple alusión a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a esa clase de organización empresarial, porque, aunque pudiéramos concluir que a consecuencia del acto de disposición que se cuestiona el grupo ha resultado reforzado, lo que cabría más bien preguntarse es qué clase de impacto positivo ha tenido ese refuerzo grupal para los acreedores de una específica sociedad: CHPH. Y es que el argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de grupo tiene una proyección eminentemente contable (Arts. 43 y siguientes del Código de de Comercio) y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con los del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas. Buena prueba de que no debemos perder esa perspectiva la constituye que la noción de grupo en el ámbito de lo concursal no ha rebasado la trascendencia estrictamente procesal (se prevé la posibilidad de instar conjuntamente la declaración de concurso de varios deudores que perteneciesen al mismo grupo - Art. 3.5 de la LC, que pasa al Art. 25 con la reforma legal por Ley 38/2011 - o de acumular los concursos declarados de varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo -Art. 25 de la LC, que pasa al Art. 25 bis con la referida modificación legislativa), sin que ello pueda dar lugar a la consolidación de los tratamientos concursales concernientes a las respectivas masas activas y pasivas de las entidades concursadas, lo que sólo excepcionalmente, y ello tras la reforma por Ley 38/2011, se prevé expresamente para el caso específico de confusión patrimonial que contempla el párrafo segundo del nuevo Art. 25 ter, frente a la previsión de su párrafo primero que postula como regla general precisamente la no consolidación de tales masas. Siendo ello así, lo que se ha de indagar es en qué concreta medida o de qué modo específico la prenda constituida por CHPH resultó provechosa para su específico círculo de acreedores. Y añadíamos que precisamente en el ámbito de lo concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, lo cual es apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (Art. 93.2 de la LC), lo que incluso ha
La S.T.S. de 30 de abril de 2014 anteriormente mencionada confirma este punto de vista al razonar lo siguiente:
"En las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía.
Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del "interés de grupo" para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el "interés del grupo" pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.
Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio.

Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un "patrimonio de grupo", ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo.
No puede aceptarse por tanto la afirmación de la recurrente de que no existe perjuicio para la masa porque el grupo societario de la concursada y, por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero por los préstamos con relación a los cuales se constituyeron las hipotecas. El dinero lo ha recibido la otra sociedad. No lo ha recibido "el grupo", que carece de personalidad como tal, ni la concursada, que se limitó a hipotecar su nave industrial para garantizar el préstamo concedido a la otra sociedad, y las sentencias de instancia consideran probado que la concursada no recibió contraprestación alguna, pues tales préstamos no sirvieron siquiera para que la prestataria saldara la deuda que mantenía con la garante, la posteriormente declarada en concurso.
Por otra parte, sería un contrasentido que la misma circunstancia que sirve de fundamento a la presunción "iuris tantum" de perjuicio, como es el carácter "intragrupo" de la garantía prestada, sea la que excluya la existencia de perjuicio por entender que el mero interés de grupo lo excluye.
10.- En consecuencia, la constitución de una hipoteca por parte de la concursada sobre la nave industrial de su propiedad, en la que desarrollaba su actividad industrial, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin recibir contraprestación alguna, directa ni indirectamente, constituye un acto dispositivo oneroso que ha causado un perjuicio patrimonial al deudor declarado en concurso y por tanto susceptible de rescisión...".
Pues bien, volviendo al caso que nos ocupa, lo que CEMEX adujo para justificar la existencia de una ventaja correspectiva a la constitución de la garantía por parte de CHPH es que el aplazamiento en catorce meses de la exigibilidad de las deudas contraídas por HISPÁNICO PENINSULAR y RECICLADHOR posibilitó que ella continuase sirviendo cemento a esas entidades, con lo que estas contaban con la materia prima necesaria para fabricar el hormigón que servían a CHPH, de manera que esta última entidad, a su vez, dispuso de la posibilidad de cumplir los compromisos contraídos con sus clientes. A través de este alegato CEMEX daba a entender -aunque nunca lo aseveró rotundamente- que, de no ser por ese suministro de cemento, CHPH se hubiera visto en la imposibilidad de atender sus pedidos, o lo que es igual, que no existía otra alternativa en el mercado para que CHPH hubiera podido proveerse de dicho producto.
Lo primero que tenemos que indicar al respecto es que el único compromiso contraído por CEMEX en la escritura de 20 de noviembre de 2009 a cambio de la constitución de la prenda fue el de suspender la exigibilidad inmediata de sus créditos y otorgar a HISPÁNICO PENINSULAR y RECICLADHOR un calendario de catorce mensualidades escalonadas para su pago. De manera que, por más que CEMEX continuase sirviendo cemento a dichas deudoras, se trataría de una libérrima decisión respecto de la cual ningún compromiso había contraído, y ello hace que difícilmente pueda computarse ese inexistente compromiso entre las ventajas capaces de neutralizar el demérito patrimonial sufrido por CHPH a consecuencia de la pignoración.
En todo caso, lo que CEMEX alegó fue que la fabricación de hormigones y morteros para la construcción, actividad a la que se dedicaban HISPÁNICO PENINSULAR y RECICLADHOR, "...exige disponer de un suministro continuado, estable, puntual, de calidad reconocida y de gran volumen, características que solo pueden ofrecer empresas fabricantes de primer nivel, como CEMEX ESPAÑA S.A.". Pues bien, nunca adujo CEMEX en su escrito de contestación -mucho menos acreditó- que no existiera para CHPH la posibilidad, normalmente concurrente en cualquier mercado, de dirigirse alternativamente a cualquier otra de esas empresas fabricantes de primer nivel en demanda del mismo producto que hasta entonces había venido obteniendo de HISPÁNICO PENINSULAR y de RECICLADHOR. Y ésta sola consideración convierte en ilusoria la ventaja patrimonial que pretende anudarse al hecho de que, merced a la pignoración, CEMEX habría garantizado la continuidad en el suministro.": SAP Madrid (Sección 28) 25.05.2015 (Sentencia 152/2015; Rollo 413/2013)

AP Murcia

"PRIMERO.-En el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal de la entidad Infraestructuras Terrestres, S.A. (en adelante INTERSA) se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra por la que se estime la acción de reintegración ejercitada. En síntesis, se indica que la mercantil ARASCON se encontraba en aquellas fechas y con posterioridad al 28-5-2010 en una difícil situación de tesorería; que esta situación era conocida por la demandada PROAS y su departamento de riesgos; que ARASCON fue declarada en concurso el 10-10-2011; que en la garantía, objeto de la acción ejercitada, no existe equilibrio y real reciprocidad de intereses; que la mercantil concursada no intervino ni participó en las obras; que se trata de un afianzamiento mercantil de carácter gratuito; que el perjuicio resulta de la propia carta de garantía por la ausencia de límites y por la solicitud de reconocimiento de un crédito en el concurso por el entidad PROAS, por importe de 1.718.120 #.
La representación de la mercantil INTERSA se adhiere al recurso de apelación, indicándose, en resumen, que se allanó a la demanda; se hacen alegaciones en relación al perjuicio; que la mercantil INTERSA no ha percibido dividendos de ARASCON desde la constitución de ambas mercantiles; que cuando INTERSA prestó el aval el 28 de mayo de 2010, ARASCON ya tenía dificultades de liquidez; que el perjuicio se produce por el incremento del pasivo de la entidad concursada INTERSA, ya que se ha reconocido a PROAS un crédito superior a 1.700.000 #.
La sentencia de instancia desestima la demanda. Se indica que por la Administración Concursal de INTERSA se ejercita la acción de reintegración, prevista en el artículo 71 LC, por la que se pretende que se declare la ineficacia y rescisión del acto denominado "prestación de fianza" de fecha 28 de mayo de 2010, suscrito por

la mercantil INTERSA a favor de la mercantil, PRODUCTOS ASFALTICOS, S.A. (en adelante PROAS), la inexistencia de obligación de pago de las deudas económicas de ARASCON y, consecuentemente, la inexistencia del crédito comunicado al concurso por la mercantil PROAS, por importe de 1.718.120,23 #. Se refiere el artículo 71 LC y los requisitos exigidos por la acción de reintegración; que hay conformidad en que el acto impugnado fue realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso; que la garantía otorgada por la concursada es una fianza solidaria, con renuncia al beneficio de exclusión. Que esta modalidad de garantía constituiría un acto gratuito, siempre y cuando la entidad garante INTERSA no tuviera ningún interés de tipo económico en la operación, sino que la hubiera otorgado por mera liberalidad, por lo que para su determinación hay que estar a los datos fácticos, las circunstancias y características del caso concreto, como destacó la sentencia TS de 13 de diciembre de 2010, determinando si ha habido o no una real reciprocidad de intereses. Se afirma que la codemandada opuesta, mercantil PROAS, ha acreditado con las copias de los correos que acompaña, documentos 9 a 17, que la concursada tenía interés en el negocio impugnado, que la concursada con la concesión de la garantía, lo que pretendía era que PROAS concediera crédito a ARASCON, sociedad esta participada por la concursada en un 90 %. Que lo relevante es determinar qué clase de impacto negativo pudo tener el avalar una deuda de otra entidad del grupo para los acreedores de la concursada, lo que incumbe acreditar a la Administración Concursal, de conformidad con lo dispuesto en el articulo 71.4 LC; que no se ha acreditado que la operación cuestionada resultara perjudicial para los acreedores de la mercantil concursada, ya que no se acompañó ningún documento con la demanda ni se propuso ningún otro tipo de prueba, del que se infiera el perjuicio.

SEGUNDO.-Se sostiene en el recurso de apelación y en la adhesión la procedencia de la rescisión de la prestación de la fianza otorgada el 28 de mayo de 2010 por la mercantil INTERSA en favor de la entidad PROAS. Los presupuestos de la acción de reintegración están previstos en el artículo 71 LC. En este se establece: << 1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.

3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

1º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

3º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria>>.

La acción de reintegración de la Ley Concursal es una acción de rescisión por lesión, que no requiere una intención fraudulenta del deudor, ni consilium fraudis entre éste y el tercero que sea parte del contrato, mientras que en la acción pauliana se caracteriza por su naturaleza rescisoria por la intención fraudulenta de la acción.

La acción del citado art. 71,1 de la Ley Concursal no tiene carácter subsidiario, a diferencia de la pauliana, que conforme a lo dispuesto en el art. 1294 del C.C. no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio sufrido.

Los perjudicados por el negocio jurídico, cuya ineficacia se intenta mediante el ejercicio de las acciones rescisorias, previstas en el art. 72 LC, son los acreedores del deudor declarado en concurso, pues al sufrir el patrimonio del concursado una reducción injustificada del activo, provocada por un determinado acto de disposición realizado por el deudor (luego declarado en concurso) que no se ve patrimonialmente correspondido por la entrada de un contravalor equivalente, se reduce la masa de bienes y derechos del concursado, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores, quienes tendrán así menos bienes realizables del deudor para hacerse pago con ellos.

Cuando el acto impugnado lo es con base en el art. 72 LC, el demandante no tiene que probar la existencia de un acuerdo defraudatorio entre el deudor, luego declarado en concurso, y la persona que con él celebra el acto impugnado, sino que debe limitarse a probar que dicho acto es perjudicial para la masa activa, perjuicio que, además, se presume en los supuestos previstos en el art. 71 LC.

De los requisitos referidos sólo se discute el relativo al perjuicio, pues en contra del criterio sostenido en instancia, se mantiene que el otorgamiento de la garantía referida fue un acto perjudicial para la masa activa de la concursada INTERSA, por el carácter gratuito de la misma. Para dar respuesta a esta cuestión, relativa a la existencia o inexistencia de perjuicio patrimonial, se debe estar a los hechos acreditados que resultan de las pruebas practicadas en los autos. Y así resulta probado, que la concursada INTERSA tiene una participación del 90 % en la mercantil ARASCON VIAS Y OBRAS, S.A. (en adelante ARASCON), formando, en definitiva, un grupo de empresas, como se desprende de los documentos aportados por la entidad PROAS en el escrito de contestación a la demanda, y que la garantía que se otorgó a ésta por la concursada INTERSA fue con la finalidad de que PROAS concediera crédito comercial para su filial ARASCON, para la continuación por ésta de las obras que estaba ejecutando en un tramo de la autovía A12, particulares estos que resultan de los documentos 9 a 17 aportados por PROAS.

En relación con la garantía entre grupos de empresas, y por el carácter gratuito que en principio puede atribuirse a dicha operación, así como a los intereses y reciprocidad de las prestaciones que pueden derivarse de la misma, ajenas a un acto de pura liberalidad, resulta de interés referir las sentencias del

Tribunal Supremo que se citan a continuación. Y así la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2003 declara: "El motivo se ha construido con total olvido de que la sentencia recurrida ha considerado que TAFUR, S.L. forma parte de un mismo grupo de empresas, y que entra en el ámbito constituido por su objetivo social la realización de aquellos actos cuya finalidad es apuntalar la situación económica de una sociedad del mismo grupo al que aquélla pertenece, situación económica de la que depende su propia liquidez y a veces su supervivencia. Por ello negó que el acuerdo de constitución de las hipotecas fuese en este caso un acto de liberalidad ajeno al interés social de TAFUR, S.L.".
La STS de 19 de septiembre de 2002 refiere: "En este motivo, se alega que la sociedad (...) codemandada y allanada, hipotecó fincas de su propiedad en garantía de deuda ajena, de (...) también codemandada y allanada, en beneficio del acreedor de ésta, "Iberia, líneas aéreas de España, S.A.". Lo cual es cierto, pero también es cierto que tanto una como otra sociedad pertenecían al mismo grupo Pons y no pueden considerarse gratuitos los actos de disposición que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico -grupo- tal como consta como hecho acreditado en la sentencia de instancia".
La STS de 13 de diciembre de 2010 indica: "Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-".
A la vista de los hechos acreditados y de las resoluciones judiciales, antes referidos unos y otras, procede desestimar la pretensión revocatoria, ya que las alegaciones formuladas en los escritos de apelación y adhesión no han desvirtuado lo razonado en instancia, que esta Sala acepta, ya que no se considera probado que el hecho del otorgamiento de la fianza por INTERSA, fuera, en la fecha en que se realizó, un acto perjudicial para el interés de la concursada, la cual no procedió al otorgamiento de la garantía por un acto de simple liberalidad, ya que la garantía se otorgó con la finalidad de que se concediera crédito comercial a su filial y participada ARASCON, pues la continuidad de la actividad comercial de ésta lógicamente beneficiaba a la matriz INTERSA y al grupo de sociedades, ya que los beneficios obtenidos por ARASCON repercutirían en interés de la concursada INTERSA, careciendo de relevancia las dificultades financieras que en el momento del otorgamiento de la fianza estuviera pasando ARASCON, pues precisamente la situación sería uno de los motivos de exigirse el otorgamiento de la fianza. Se puede sostener, pues, que existió una reciprocidad de intereses en la operación de garantía, entre la entidad garante y concursada INTERSA, y la que resultó acreedora PROAS por el suministro de material efectuado a ARASCON, y de la que resultó una deuda que se exige a la entidad garante. El impago del crédito por la entidad ARASCON, deudora y afianzada, puede producir un perjuicio a los acreedores de la concursada INTERSA, por la exigibilidad del crédito frente a ésta, sin embargo en el momento en que se otorgó la operación de garantía no se ha acreditado que ésta fuera perjudicial para el interés y la masa activa de la luego concursada INTERSA, ya que este perjuicio no se ha acreditado por la Administración Concursal, y ello una vez que ha quedado descartado el carácter puramente gratuito de la operación de garantía.": SAP Murcia (Sección 4) 10.10.2013 (Sentencia 597/2013; Rollo 383/2013)

"Segundo.-Mediante el recurso de apelación interpuesto, pretende la Administración Concursal de Cristalerías Corbalán, S.L., que se revoque la sentencia apelada y se dicte otra por la que se acuerde la rescisión de la garantía hipotecaria prestada en la escritura de préstamo hipotecario suscrita el 4 de septiembre de 2008 ante el Notario de Murcia D. José Miguel Orenes Barquero, bajo el nº de protocolo 381; se condene a Caixa Catalunya a indemnizar los gastos de formalización, constitución e inscripción de la garantía hipotecaria referida por el importe de 29.260,11 euros; se expidan los correspondientes mandamientos dirigidos a cancelar las cargas hipotecarias relacionadas en la demanda y que pesan sobre las fincas propiedad de Cristalerías Corbalán, S.L., con cargo a Caixa Catalunya; y que el crédito reconocido en el listado de acreedores de Cristalerías Corbalán, S.L., como consecuencia de aquella hipoteca por importe de 942.883,15 euros quede como crédito ordinario.
Sostiene la apelante que la constitución de la garantía hipotecaria supuso un acto excepcional y perjudicial para la masa activa y contraria a la par conditio creditorum, porque se privilegió una deuda que antes de ser garantizada con hipoteca merecía la calificación de ordinaria. Sin embargo, las deudas de las empresas del grupo estaban garantizadas con fianza solidaria de Cristalerías Corbalán, S.L., y el préstamo benefició al grupo porque canceló pasivo propio con la mayor parte de dicho importe (488.199,79 euros como fiador solidario de obligación principal incumplida y 365.245,91 euros como deuda propia). Y además de cancelar deuda de la misma entidad prestamista (853.445,11 euros), hubo un remanente que se aplicó a otros gastos.
La deuda que garantizaba la hipotecante no era ajena, sino propia.
Añade la apelante que el problema surge cuando la deuda vencida que antes no estaba garantizada se privilegia y garantiza mediante la constitución de hipoteca. Pero es que, como se ha dicho, dos años antes de la declaración de concurso el grupo de empresas ya tenía problemas económicos y la continuidad del mismo dependía de la refinanciación de su deuda.
La sociedad dominante no pagó deudas ajenas, sino deudas propias, y el préstamo benefició al grupo y sobre todo a la sociedad dominante, que canceló pasivo propio con la mayor parte del importe del préstamo y el remanente (127.294,19 euros) se aplicó a otros gastos.
La refinanciación no fue propuesta por Caixa Catalunya, sino que obedeció a una estrategia empresarial de Cristalerías Corbalán, S.L., y sus empresas, y gracias a ella las deudas en situación de mora dejaron de devengar intereses moratorios.
Cristalerías Corbalán pudo responder, como titular o fiadora solidaria, de deudas a corto plazo; evitó la

ejecución de operaciones en situación irregular y pudo atender otras necesidades de la concursada y sus empresas.
Además, la hipoteca no era desproporcionada ni abusiva, ya que era una estrategia empresarial del grupo Corbalán; la única que podía ofrecer garantía hipotecaria era Cristalerías Corbalán, S.L.; era segunda hipoteca; y el préstamo fue destinado a pagar deuda vencida y exigible que podía ser ejecutada, permitiendo todo ello que Cristalerías Corbalán, S.L., pudiera continuar con su actividad normal hasta febrero de 2010.
En consecuencia, resulta procedente desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada.”:
SAP Murcia (Sección 4) 31.10.2013 (Sentencia 648/2013; Rollo 789/2012)

PRIMERO.-En el recurso de apelación interpuesto en nombre de la entidad Banco Santander, S.A., se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra por la que se desestime la demanda. Se alega, en síntesis, falta de motivación de la sentencia de instancia; que la mercantil hipotecante actuó por un tangible interés, concretado en los apoyos financieros por parte de la entidad garantizada, Escudero Inmonova, S.L., a la cuál se venia a facilitar financiación bancaria mediante la hipoteca; que Escudero Inmonova, S.L., facilitó recursos financieros a la concursada por un importe de casi 1.400.000 #; que la garantía otorgada por la concursada en favor de aquélla, en el marco de la operación de refinanciación, le reportaba beneficios concretos y directos a la misma; que la hipoteca constituida sobre tres bienes inmuebles en nada perjudicaban a la actividad de la concursada; que la sentencia de instancia desconoce el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario; que se hace preciso analizar si concurre o no fraude en la actuación del Banco de Santander, que a este fin hay que tener en cuenta que la entidad Escudero Costa Mediterránea, S.L., adeuda importantes sumas de dinero a la mercantil Escudero Inmonova, S.L., y el tiempo transcurrido entre la formalización del acto impugnado, en fecha 6 de agosto de 2008, y la declaración de concurso de la entidad Escudero Costa Mediterránea, S.L., 1 de septiembre de 2009; se afirma que resulta difícil sostener que el Banco de Santander en el momento de la concesión del préstamo pudiera tener conciencia de ocasionar un perjuicio a tercero; que no se ha probado la concurrencia del *consilium fraudis* por parte del administrador concursal y que no concurre la existencia de fraude.
La sentencia de instancia estima la demanda formulada por la Administración Concursal, declarando la rescisión de la garantía hipotecaria prestada por la concursada Escudero Costa Mediterránea, S.L., por escritura de 6 de agosto de 2008, acordando cancelar las cargas hipotecarias constituidas sobre las fincas registrales 138.239, 138.319 y 138.297, del Registro de la Propiedad de Orihuela, nº 1.
SEGUNDO.-Que, tras el examen de los autos, resultan de interés para resolver la cuestión planteada, los particulares que se refieren a continuación: *"A) Que el administrador concursal de la entidad Escudero Costa Mediterránea, S.L., presentó demanda ejercitando la acción prevista en el artículo 71 LC, solicitando la rescisión de la garantía hipotecaria suscrita en fecha 6 de agosto de 2008. En esta operación el Banco de Santander concedió a la mercantil Escudero Inmonova, S.L., un préstamo por importe de 500.000 #, el cuál se garantizó mediante la constitución de hipoteca sobre las fincas registrales 138.239, 138.319 y 138.297, del Registro de la Propiedad de Orihuela, nº 1, propiedad estas fincas de la mercantil Escudero Costa Mediterránea, S.L.. En la escritura de fecha 6 de agosto de 2008, en EXPONEN, apartado SEGUNDO, se indica: "Que con la finalidad de refinanciación y a solicitud de la entidad mercantil ESCUDERO INMO NO VA, SOCIEDAD LIMITADA, entre la misma de una parte, y el BANCO SANTANDER, S.A., de otra, se ha convenido un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizan..."*
B) Según resulta del propio escrito de contestación a la demanda del Banco de Santander, S.A., el préstamo con garantía hipotecaria, suscrito en fecha 6 de agosto de 2008, fue para refinanciar deudas surgidas de una póliza de crédito concertada en fecha 6 de mayo de 2005 y objeto de renovación, constando estos documentos en los folios 167 a 180.
C) En el informe de la Administración Concursal de la entidad Escudero Inmonova, S.L., se indica que el 99,99 % del capital social de esta mercantil pertenece a D. Marcelino; que la sociedad Escudero Inmonova, S.L., forma un grupo de empresas con otras sociedades, cuyo socio mayoritario es D. Marcelino, citándose entre estas sociedades, a Escudero Costa Mediterránea, S.L. Asimismo, en el informe pericial aportado a los autos resulta que D. Marcelino ostenta el 99,99 % del capital social de la entidad Escudero Costa Mediterránea, S.L. Se considera acreditado que el objeto social de la entidad Escudero Inmonova, S.L., es la promoción y construcción de viviendas de protección oficial y libres, edificaciones industriales, comerciales, públicas y privadas y la construcción de estructuras para edificios; comercio de maquinaria y herramientas para la construcción y el transporte en general".
Para dar respuesta a la cuestión planteada en el recurso se debe de tener en consideración lo dispuesto en el 71 LC, artículos 4 y 10 de Regulación del Mercado hipotecario y la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012, recaída en la interpretación de estos preceptos.
En el artículo 71 LC se establece. *"1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*
2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.
3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:
1º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
3º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento

fuere posterior a la declaración del concurso.
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
1º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
2º Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.
3. Las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica".
En el artículo 10, de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario, se establece.
"Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe". En el artículo 4 se dispone. *"La finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria ordinaria o de máximo, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad así como cualesquiera otros préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en esta Ley, sea cual sea su finalidad"*.
La STS de 8 de noviembre de 2012 declara *<<Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores). En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa, lo que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril). No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-.Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa. (...). Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco. (..). Aunque la interpretación literal del referido artículo 10, aislada de su contexto, permitía sostener que todas hipotecas inscritas a favor de las "entidades financieras" detalladas en el artículo 2, entre ellos los "Bancos privados comerciales o industriales y de negocios" -en la redacción dada por el art. 2.2 de Ley núm. 41/2007 de 7 de diciembre, las "entidades de crédito" detalladas, entre ellas "los bancos"-, la jurisprudencia entendió que la norma tenía carácter excepcional y era tributaria de una interpretación restrictiva, de modo que, cuando se trataba de hipotecas concedidas en garantías de préstamos exigió que estos tuviesen la finalidad prevista en el artículo 4 de la propia Ley -a cuyo tenor "la finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad" -. También interpretó la expresión "cualquier otra obra o actividad" de forma restrictiva. La sentencia 32/1997, de 23 de enero, afirmó que "indudablemente, la aplicabilidad del artículo 10 de la mentada Ley se encuentra*

condicionada a la finalidad de las operaciones de préstamo a que la misma se refiere y que aparecen relacionadas en su artículo 4, y aunque las actividades que en él se contemplan no respondan a una enunciación casuística o cerrada pues abarca a «cualquier otra obra o actividad», ello debe interpretarse de manera restringida, en razón a la especialidad del precepto, y entenderse que, en todo caso, esa otra actividad debe asemejarse a las designadas nominativamente", y la sentencia 337/2002, de 11 de abril, que había que entender que "cualquier otra obra o actividad" que se pretendan financiar con los préstamos "ha de confluir a la construcción, rehabilitación, adquisición de viviendas, o a la realización de urbanización o equipamiento social, o a la construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales, conclusión que es a la que conduce la averiguación del significado específico de la frase de acuerdo con el contexto íntegro del precepto de forma que el sentido de la misma concuerde objetivamente con el contenido del resto del precepto concordancia que da lugar a su homogeneidad; por lo tanto la obra y actividad, hay que referirla a las destinadas a favorecer o facilitar la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas o de edificios agrícolas comerciales o industriales". Finalmente, la sentencia 980/2006, de 5 de octubre, de forma implícita, también exigió que los préstamos garantizados por las hipotecas tuviesen el fin exigido por la norma -la sentencia afirma que "con independencia de que la adquisición de terrenos constituye una actuación íntimamente ligada a la posterior construcción en ellos, lo que permitiría encuadrarla en las finalidades previstas por el artículo 10 de la Ley 2/1981, resulta necesaria la desestimación del motivo ya que la finalidad contemplada en el momento de la ampliación de hipoteca llevada a efecto el 7 de enero de 1991 -única a la que podría afectar la retroacción- no era la adquisición de terrenos sino la continuación de una nueva fase en la construcción de viviendas". Esa jurisprudencia dio lugar a la modificación del precepto mediante la adición, por la Ley de 7 de diciembre de 2007, de la expresión "cualquiera que sea su finalidad" que, si por un lado no deja de ser contradictoria con la previa exigencia de finalidades concretas, por otro deja clara la voluntad del legislador de ampliar los supuestos en los que las hipotecas otorgadas por las entidades financieras eludían el régimen de la retroacción y se aproximaban al de la rescisión, al disponer que "[l]a finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria ordinaria o de máximo, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad así como cualesquiera otros préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en esta Ley, sea cual sea su finalidad (...)". Simultáneamente la Ley de 7 de diciembre de 2007 introdujo un segundo párrafo en el artículo 1 de la Ley de Mercado de Valores, que quedó redactado en los siguientes términos: Las entidades financieras a las que esta Ley se refiere podrán conceder préstamos hipotecarios y emitir los títulos necesarios para su financiación, de acuerdo con los requisitos y finalidades que la misma establece, sin perjuicio de que estas entidades u otras puedan emitir y transmitir obligaciones, con garantía o sin ella, de conformidad con la legislación vigente. La presente Ley, así como su normativa de desarrollo, será de aplicación a todos los títulos que en ella se regulan y que se emitan en territorio español. La interpretación sistemática de ese conjunto normativo evidencia que el régimen excepcional orbita alrededor de los títulos que en la Ley del mercado hipotecario se regulan y que se emitan en territorio español, no de las "entidades habilitadas para emitir los títulos" ni de las "hipotecas" otorgadas por dichas entidades. Lo que acota la tutela excepcional a las hipotecas que garantizan los títulos emitidos por las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario que reúnan los requisitos exigidos. Dicho de otra forma, la norma tutela el mercado hipotecario y, en la medida necesaria, las operaciones destinadas a darle estabilidad, sin reconocer privilegios subjetivos a las entidades financieras. Esta interpretación se ve reforzada por el artículo 1 del Real Decreto 716/2009, que desarrolla determinados aspectos de Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. Dicho precepto, después de afirmar que responden al objetivo de culminar la modernización y mejora de los mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito en el mercado hipotecario, ya emprendidas con la aprobación de la Ley 41/2007 de 25 de marzo, determina el ámbito de aplicación de la Ley que desarrolla y precisa que "el mercado hipotecario, regulado por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tiene por objeto la negociación de los títulos emitidos por las entidades a que se refiere el artículo siguiente garantizados por los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por las mismas, siempre que unos y otros reúnan las condiciones establecidas en este Real Decreto>>.

TERCERO.- A la vista de lo referido en el anterior fundamento procede desestimar la pretensión revocatoria, manteniéndose, en consecuencia, la rescisión de la garantía hipotecaria constituida por escritura pública de 6 de agosto de 2008, pues se considera que la garantía hipotecaria prestada por la entidad Escudero Costa Mediterránea, S.L., y declarada en concurso, sobre tres fincas de su propiedad, en favor del Banco de Santander, fue un acto perjudicial para la masa activa de la concursada referida y también con perjuicio para los acreedores, ya que dicha garantía se constituyó con motivo de un préstamo concedido en favor de la otra mercantil, Escudero Inmonova, S.L., sin que resulte acreditado en el presente caso que el otorgamiento de dicha garantía real le hubiera reportado a la concursada, Escudero Costa Mediterránea, S.L., algún tipo de beneficio patrimonial directo o indirecto, pues sobre este particular no existe prueba alguna, ello al margen de los beneficios que interesadamente se refieren en el recurso sin ningún tipo de sostén probatorio, pues el préstamo fue concedido para una simple refinanciación de una deuda que se venía arrastrando desde el año 2005; las entidades prestataria, deudora, y la mercantil, hipotecante no deudora, Escudero Costa Mediterránea, S.L., son entidades distintas, ello aunque pertenezcan a una misma persona física, por lo que la garantía real otorgada por esta última entidad no deja de ser un simple acto de liberalidad, ello al no mediar contraprestación ni ningún tipo de beneficio tangible de dicha concreta operación.

Por otra parte, como se ha dicho, la garantía real se otorgó con motivo de un préstamo concedido para la refinanciación de la deuda de un tercero, por lo que se considera que su finalidad es ajena a lo establecido en el artículo 10 de la Ley Reguladora del Mercado Hipotecario, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial

referida, y aunque se sostuviera que es de aplicación este precepto a la vista de lo dispuesto en el artículo 4 de la misma ley, en el presente caso existen datos para dar por acreditada la existencia de fraude en la constitución del gravamen, ya que la entidad financiera conocía la situación financiera de las entidades deudora y prestataria, y de la hipotecante, no deudora, por pertenecer ambas a la misma persona física, por tener conocimiento del objeto social de ambas mercantiles afectadas por la crisis económica, y también por el escaso tiempo transcurrido desde la fecha en que se otorgó la garantía hipotecaria y fueron declaradas en concurso ambas mercantiles.
Se consideran acreditados, pues, los requisitos exigidos por el artículo 71 LC para declarar la rescisión de la garantía hipotecaria, objeto de la demanda, no habiéndose discutido la concurrencia del requisito temporal exigido por dicho precepto.
En atención a lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación, de conformidad con lo interesado en los escritos de oposición formulados por la Administración Concursal y la representación de la entidad Escudero Costa Mediterránea, S.L. ":SAP Murcia (Sección 4) 07.11.2013 (Sentencia 663/2013; Rollo 584/2013)

"SEGUNDO.-La sentencia recurrida desestima la demanda formulada por la AC de Mediterráneo Savia Agrícola, S.L., en la que se ejercita la acción de reintegración prevista en el artículo 71 LC, y en la que se invoca con carácter principal, la presunción iures et de iuris contemplada en el artículo 71.2 LC, y en la que se pretende la rescisión de la escritura pública de constitución de hipoteca de máximo de fecha 19 de septiembre de 2007, alegándose como fundamento, que la concursada mediante la escritura pública referida, constituyó hipoteca de máximo a favor de UNDEMUR S.G.R. en garantía de una deuda ajena sin contraprestación económica alguna sobre fincas propiedad de la concursada, cuyo valor ascendía a un total de un millón cuatrocientos setenta y cinco mil novecientos noventa y cuatro euros. Que a su vez UNDEMUR S.G.R había otorgado un aval a favor de la sociedad Investigación y Desarrollo Biotecnológico, S.A., en garantía del cumplimiento de un contrato de préstamo celebrado por ésta última con CAJAMADRID por importe de principal de 1.200.000 #, de los que 650.000 # fueron destinados a la adquisición de dos naves industriales.
Que a la fecha de la constitución de la hipoteca, cuya cancelación se interesa, la mercantil Investigación y Desarrollo Biotecnológico, S.A., estaba participada en un 85% por una sociedad de cuyas acciones es también tenedora la concursada, por lo que se tratan de sociedades del mismo grupo.
Se refieren los requisitos exigidos por la acción de reintegración; que concurre el requisito de haberse celebrado el acto impugnado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso de la entidad Mediterráneo Savia Agrícola, S.L. En cuanto al requisito del perjuicio se indica que la concepción amplia del perjuicio es seguida por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de noviembre de 2012.
Que debe examinarse si la hipoteca de máximo constituyó o no un acto gratuito. Que son actos gratuitos los que se realizan sin contraprestación alguna. Que la STS de 13 de diciembre de 2010 indica que para apreciar si la causa es onerosa o gratuita hay que estar a los datos fácticos, a las circunstancias del caso y a la reciprocidad de intereses. Que la garantía será gratuita cuando el garante no obtiene ningún beneficio, directo o indirecto, ni del deudor principal ni del acreedor. Que el garante obtiene un beneficio cuando percibe una prestación económica a cambio o, indirectamente, cuando el garante tiene algún interés económico en el negocio garantizado.
Que en el supuesto de autos se ha acreditado que la concursada tienen un interés en el acto impugnado, pues con la concesión de la garantía lo que pretendía era que la codemandada UNDEMUR S.G.R., avalara la concesión de un préstamo a la sociedad Investigación y Desarrollo Biotecnológico, S.A., entidad esta participada por la concursada, y destinado al desarrollo de un proyecto innovador. Que se trata de una operación, cuya contraprestación se obtendría indirectamente por flujo de dividendos futuros de sociedad filial y porque el éxito del proyecto afectaría positivamente a la facturación de la concursada, como apunta el perito judicial D. Ildefonso. Que con la operación la concursada también obtuvo un beneficio directo, pues le sirvió para dotarse de tesorería y cancelar deuda y garantía hipotecaria con la CAM, por importe de 332.922,31 #.
Que la AC, con carácter subsidiario, invoca la presunción iuris tantum prevista en el artículo 71.3.1º, indicándose que no concurre este supuesto, ya que lo impugnado por la AC es la constitución de una hipoteca de máximo a favor de UNDEMUR S.G.R., que ninguna vinculación tiene con la concursada.
Que en el caso de que se entienda que la AC también invocó el supuesto previsto en el artículo 71.4 LC, tampoco podría prosperar la acción de reintegración, ya que correspondía a la AC acreditar en qué medida la hipoteca constituida por Mediterráneo Savia Agrícola, S.L., a favor de UNDEMUR S.G.R., resultó perjudicial para los acreedores, sin embargo se indica que la AC no ha invocado datos o extremos de los que se infiera el perjuicio.
La sentencia recurrida impone las costas procesales a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en los artículos 196 LC y 394 LEC.
TERCERO.-Que la cuestión a resolver en esta alzada es la relativa a determinar si procede o no la acción de reintegración ejercitada respecto de la escritura pública de fecha 19 de septiembre de 2007. En relación con la acción de reintegración, teniendo en cuenta lo razonado en instancia así como lo alegado en el recurso, resulta conveniente referir lo que se expone a continuación.
En el artículo 71 LC se establece: "1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente. (...)
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria".

La STS de 8 de noviembre de 2012 declara

<<Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores). En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril). No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-.Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa. (...). Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco>>.

Los perjudicados por el negocio jurídico, cuya ineficacia se intenta mediante el ejercicio de las acciones rescisorias, previstas en el art. 71 LC, son los acreedores del deudor declarado en concurso, pues al sufrir el patrimonio del concursado una reducción injustificada del activo, provocada por un determinado acto de disposición realizado por el deudor (luego declarado en concurso) que no se ve patrimonialmente correspondido por la entrada de un contravalor equivalente, se reduce la masa de bienes y derechos del concursado, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores, quienes tendrán así menos bienes realizables del deudor para hacerse pago con ellos.

CUARTO.-Que a la vista de lo dispuesto en el artículo 71 LC y la doctrina jurisprudencial referida, se puede adelantar que la pretensión revocatoria no puede ser acogida, ya que las alegaciones formuladas en el recurso no han desvirtuado lo razonado en la sentencia recurrida.

Y así se considera que la constitución de la garantía hipotecaria formalizada en la escritura pública de 19 de septiembre de 2007 en favor de UNDEMUR S.G.R., no integra un acto dispositivo de carácter gratuito, por lo que no es de aplicación la presunción prevista en el artículo 71.2 LC, ya que en el contexto y circunstancias en que se otorgó, es razonable sostener que reportó beneficios directos e indirectos, por expectativas de beneficios futuros, a la otorgante de la garantía real, Mediterráneo Savia Agrícola, S.L.

La anterior conclusión se basa en el hecho acreditado de que con motivo de dicha garantía real, se obtuvo por la mercantil IDB, S.A., un préstamo por parte de la entidad Cajamadrid. La entidad IDB, S.A., estaba participada por la hipotecante y luego concursada, Mediterráneo Savia Agrícola, S.L., ya que ésta era titular de la entidad Corporación Logística Agroquímicos, y ésta a su vez era titular del 85% de la entidad IDB, S.A., resultando, pues, que la garantía real se otorgó en el marco de operaciones contextuales y entidades de grupo.

Resulta acreditado que como consecuencia de la financiación obtenida por IDB, S.A., se compraron por ésta dos bienes inmuebles a la mercantil Mediterráneo Savia Agrícola, S.L., por importe de 650.000 #, acto este dispositivo que le permitió obtener tesorería y liquidez, y ello teniendo en cuenta que no consta que la operación de venta en sí fuera un acto perjudicial en función del precio estipulado y las condiciones de mercado.

Tampoco se puede descartar, en contra de lo sostenido, que la financiación concedida por Cajamadrid a la entidad IDB, S.A., por escritura de 19 de septiembre de 2007, tuviera relación con la operación de cancelación de deuda e hipoteca constituida a favor de Caja de Ahorros del Mediterráneo de fecha de 14 de septiembre de 2007, ya que al margen de las fechas de una y otra, puede existir una sincronización en ambas operaciones, pues en esta última se cancelaron hipotecas sobre fincas que luego se volvieron a hipotecar en la escritura de 19 de septiembre de 2007.

Finalmente también es razonable sostener que la entidad hipotecante y luego concursada, esperara obtener beneficios futuros a raíz de los proyectos a realizar por la entidad IDB, S.A., y participada de aquélla.
Las conclusiones anteriores, en orden a beneficios directos e indirectos, se ponen de manifiesto en el informe pericial realizado por D. Ildefonso, no desvirtuados por otros informes.
Se considera, pues, que la hipoteca constituida por escritura de 19 de septiembre de 2007 no fue un acto perjudicial para los acreedores de la hipotecante no deudora y luego concursada, ni para la masa activa, pues se considera descartado que el otorgamiento de la garantía real se hiciera por motivos de simple liberalidad a favor de entidad IDB, S.A., y además porque tampoco se considera que la AC haya acreditado de manera concreta y real el perjuicio que el otorgamiento de la garantía real entrañó para la mercantil Mediterráneo Savia Agrícola, S.L., en los términos que exige el artículo 71.4 LC, con la circunstancia además de que tampoco se considera plenamente acreditado que en la fecha en que se otorgó la garantía real existiera una situación de insolvencia de la entidad Mediterráneo Savia Agrícola, S.L., ello a luz de lo referido en el informe pericial realizado por el perito antes referido.": SAP Murcia (Sección 4) 18.09.2014 (Sentencia 533/2014; Rollo 474/2014)

AP Oviedo

"PRIMERO.-La sentencia que estima en parte la acción de reintegración ejercitada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de D.Aurelio, es impugnada por ésta para la estimación en sus propios términos de su demanda, es decir se pretende la consideración de la hipoteca como gratuita, así como que BANCO SIMEÓN (hoy BANCO CAIXA GERAL SA) actuó en aquella operación financiera con mala fe; como consecuencia de ello, que la entidad bancaria abone la totalidad de los gastos de cancelación registral de la hipoteca y del aval; por fin discute también la condena a HOSTELERÍA CASA FAUSTO de restituir a BANCO SIMEÓN 127.165?83 euros más intereses; y la de D.Aurelioa BANCO SIMEÓN 172.834?17 euros, extremos ambos que dice no fueron pedidos en la demanda, pues la acción se limitaba a las garantías otorgadas por el concursado, y no al préstamo que recibió otra mercantil distinta (aun cuando también esté declarada en concurso y sea titularidad del propio D.Aurelio).
SEGUNDO.- Los hechos que dan lugar a la presente acción de reintegración son resumidamente los siguientes: a) D.Aureliofue declarado en concurso porauto de 14-10-2005 (registrado con el número 422/05), momento en el que pertenecían al concursado en porcentaje del 95?99%, 99?76%, y 97?50% las sociedades HOSTELERÍA CASA FAUSTO SA, GANADERÍA FORNAXÉ SL y DISTRIBUCIONES CÁRNICAS ROJO SL, empresas todas que también fueron declaradas en concurso por autos de 13 y 14-10-2005, es decir el día anterior y el mismo en que se dictó el de la persona física co-demandada en este procedimiento; b) Con fecha 23-3-2005, BANCO SIMEÓN, SA, HOSTELERÍA CASA FAUSTO y D.Aurelio, formalizan préstamo hipotecario, por el que el Banco entrega en concepto de préstamo 300.000 euros para refinanciación de deudas a HOSTELERÍA CASA FAUSTO, que actuaba representada por D.Aurelio, quien también lo hace en propio nombre y en el de las otras dos mercantiles reseñadas; En esta operación D.Aurelioavaló personal y solidariamente el préstamo, y las otras dos sociedades afianzan solidariamente todas las obligaciones derivadas de la escritura, con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división, y en especial a lo dispuesto en elart. 1851 CC; c) El aval se constituye mediante la hipoteca de una finca propiedad del avalista que, constaba en la escritura, estaba gravada con hipoteca a favor de CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD, en garantía de un préstamo de 180.000 euros, que le había sido concedido al titular el 19-8-2003, si bien se hacía constar: "no obstante dicha hipoteca se halla cancelada contablemente a día de hoy, pendiente del otorgamiento de su respectiva escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca".
TERCERO.- Primer motivo del recurso es el relativo a la naturaleza de la hipoteca constituida sobre la finca del concursado. Se dice que es gratuita pues no hubo contraprestación, desde luego no total pero ni tan siquiera parcial, como sostiene la sentencia de instancia. Y añade que, aun cuando pudiera considerarse en parte como onerosa, la prestamista no retuvo la cantidad con la que se iba a amortizar el préstamo anterior de D.Aurelio, sino que ingresó la totalidad del dinero en cuenta de la prestataria, lo que supone falta de control de la entidad bancaria sobre el ulterior destino del dinero prestado, que dependería ya en exclusiva de la voluntad de la prestataria.
El dato más problemático es el relativo a la declaración de que la hipoteca anterior que pesaba sobre la finca que se hipotecaba de nuevo en esta operación se encontraba "cancelada contablemente" el día en que se formalizaba el préstamo y el aval. Sostiene el recurso que si la entidad bancaria reconoció la previa cancelación y la exclusiva pendencia de otorgar "escritura de carta de pago y cancelación", según se expresa, no puede en estos momentos pretender que parte del dinero del préstamo se destinó a aquélla. Además, considera que de la documental que figura en el procedimiento no puede concluirse que la real cancelación se haya producido mediante parte del dinero otorgado en concepto de préstamo.
Para resolver esta cuestión se presenta como decisiva la circunstancia relativa a que la entidad prestamista depositó en su totalidad los 300.000 euros en la cuenta nº 0130 3100 97 0100017911, titularidad de HOSTELERÍA CASA FAUSTO SA, la prestataria, sin retención de aquella cantidad que, se señala, tenía como destino la amortización del préstamo constituido el 19- 8-2003, y concedido por CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD a favor de D.Aurelio. Este dato debidamente acreditado por la documental que figura en el procedimiento determina que la entidad bancaria no controle ya el correspondiente traspaso a la cuenta vinculada con dicho préstamo, y se haga depender esta nueva operación plena y absolutamente de la voluntad de la prestataria de este segundo. De esta manera, y atendiendo a que la relación jurídica entre el prestamista, el prestatario y el avalista se limita al momento de la formalización de la operación, que tuvo lugar en un solo acto, sin posible extensión de sus efectos a

momentos posteriores, supone la consideración de la naturaleza misma de la hipoteca, que debe entenderse fue en su totalidad gratuita, puesto que no se acreditó contraprestación alguna en favor del avalista e hipotecante. Y todo ello sin necesidad de acudir a la argumentación, que también emplea el recurso de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, en el sentido de que no existió previo ingreso en la cuenta de la prestataria y posterior transferencia a la cuenta vinculada con el anterior préstamo del avalista, innecesariedad que evita adentrarse en una documental escasamente clara, como la que consta en el folio 237 del procedimiento
En consecuencia, se estima el primer motivo del recurso en relación con la declaración de la hipoteca constituida por el concursado, D.Aurelio, que se declara gratuita en su totalidad.
Naturalmente, consecuencia directa de la anterior conclusión consiste en la aplicación al supuesto que se examina delart. 71. 2 LC, lo que supone la presunción del perjuicio patrimonial, sin posible prueba en contrario, al tratarse de un acto de disposición a título gratuito, y que desde luego no puede considerarse como liberalidad de uso.": SAP Oviedo 17.07.2008 (JUR 2008/353716; Sentencia 245/2008; Rollo 8/2008)

"CUARTO.- Situados en este escenario habremos de recordar que la STS 13 diciembre 2010 a propósito de la reintegración de una hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena ha señalado que "Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-". Pues bien, del examen de los elementos probatorios obrantes en las actuaciones encontramos primeramente que Doña Serafina junto con su esposo Don Arcadio, y vigente su sociedad legal de gananciales, constituyeron el 26 junio 1998 la sociedad "Alba Construcciones del Norte, S.L." con un capital de 500.000 pts. que después fue ampliado en mayo del 2001 a 6 millones pts., equivalente a 36.060,73 euros, ocurriendo que posteriormente y mediante escritura pública de 5 marzo 2004 ambos esposos otorgaron capitulaciones matrimoniales por cuya virtud su régimen económico-matrimonial pasó a regirse por las normas de la separación de bienes, adjudicándose Don Arcadio en la liquidación del haber ganancial la totalidad de las participaciones sociales de aquella mercantil que por esta razón pasó a tener el carácter de sociedad unipersonal, mientras que Doña Serafina se adjudicaba en exclusiva la titularidad los bienes inmuebles que pertenecían al matrimonio. Consecuentemente consta en el concurso que el activo de Doña Serafina está integrado por tales fincas, como son el piso NUM000 NUM001 sito en el nº NUM002 de la CALLE000 (Avilés), la plaza de garaje nº NUM003 del edificio sito en el nº NUM002 de la CALLE001 (Avilés); un local comercial ubicado en la planta baja del inmueble nº 9 y 11 de la calle Ortega y Gasset (Luanco); la mitad indivisa del piso NUM004 NUM005 del edificio sito en el NUM003 de la CALLE002 (Avilés); la vivienda unifamiliar adosada sita en La URBANIZACIÓN000, en La Bañeza (León), a todo lo cual hay que unir un plan de pensiones por un importe de 19.816,75 euros. Frente a ello la situación de insolvencia de Doña Serafina encuentra como causa el haberse constituido, con posterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, en fiadora o avalista en doce operaciones de crédito concertadas por la sociedad que es propiedad de su esposo "Alba Construcciones del Norte, S.L.", siendo así que el hecho de haberse declarado también en concurso esta sociedad ha situado a Doña Serafina ante la obligación inminente de pago de las obligaciones garantizadas por ella, tal y como se expone por la propia concursada en la memoria aportada junto con su solicitud de concurso y se reitera por la Administración concursal en su informe.
En este estado de cosas encontramos que la constitución por parte de Doña Serafina de la fianza que aquí nos ocupa para garantizar una obligación ajena - como era la operación de crédito concedida por el Banco Pastor a "Alba Construcciones del Norte, S.L."- suponía un compromiso para su propio patrimonio del que no se deriva en principio prestación alguna que pudiera operar a modo de equivalente por el sacrificio asumido. El examen de la concurrencia del perjuicio patrimonial debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata. Pues bien, situados en aquel contexto no se atisba qué suerte de beneficio directo podía deparar para el patrimonio de la concursada la constitución de esta garantía, pues así Doña Serafina no era en aquel momento ni socia ni administradora de aquella sociedad, siendo su condición la propia de un ama de casa que carece de otra fuente de ingresos. Debe añadirse a ello que la totalidad de las fincas que integran su patrimonio habían sido adquiridas constante matrimonio pero con anterioridad a la constitución de la sociedad "Alba Construcciones del Norte, S.L.", salvo el piso de la CALLE002 que le pertenecía por herencia, y excepto la vivienda adosada en La Bañeza, si bien la hipoteca que gravaba esta última fue amortizada a su vez con las rentas obtenidas por el alquiler del piso de Luanco, siendo lo cierto en cualquier caso que aquella vivienda ya había salido de su patrimonio antes de declararse el concurso al habérsela adjudicado el Banco Pastor en la ejecución hipotecaria 460/2007 seguida en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de La Bañeza. Pero es que tampoco se aprecia qué posible provecho indirecto podría obtener por la buena marcha económica de la sociedad propiedad de su esposo, pues hemos de recordar primeramente que el patrimonio de uno y otro cónyuge se mantenía incomunicado a raíz de las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al establecimiento de su garantía personal, a todo lo cual cabe añadir que la sociedad "Alba Construcciones del Norte, S.L." nunca procedió al reparto de dividendos, ni mientras Doña Serafina se mantuvo como socia ni con posterioridad, tal y como expone la Administración concursal en su escrito de oposición al recurso. Por tanto, no cabe hablar de que en el momento en que se constituyó la fianza solidaria ahora impugnada el haber conyugal se estaba beneficiando de la buena marcha económica de una sociedad que tenía el carácter de empresa familiar, pues lo cierto es que con posterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales el patrimonio de Doña Serafina no llegó a obtener ventaja alguna por aquella circunstancia, ni

por parte de la propia sociedad ni por parte de su esposo Don Arcadio.
En definitiva, de las consideraciones expuestas solo cabe concluir declarando que la constitución de la fianza solidaria por parte de Doña Serafina aparece para dicha fiadora como un "sacrificio patrimonial injustificado" (en palabras de la STS 27 octubre 2010) toda vez que supuso asumir una obligación unilateral de contenido económico mientras que los únicos beneficiados por el establecimiento de esta garantía personal fueron los intervinientes en la operación de financiación concedida por el Banco Pastor a "Alba Construcciones del Norte, S.L.", procediendo en consecuencia el acogimiento del recurso y con ello la estimación de la acción de reintegración. Por lo que respecta finalmente a los efectos de esta reintegración (art. 73 L.C.), no habiendo existido prestaciones recíprocas, deberá simplemente dejarse sin efecto la fianza impugnada sin la condena a restitución de ningún tipo. ": SAP Oviedo (Sección 1) 14.03.2012 (Sentencia 130/2012; Rollo 260/2011) y, en términos prácticamente idénticos, SAP Oviedo (Sección 1) 15.03.2012 (Sentencia 131/2012; Rollo 265/2011) y SAP Oviedo (Sección 1) 15.03.2012 (Sentencia 132/2012; Rollo 195/2011)

"PRIMERO : Los hechos que constituyen el sustento de la presente litis se contienen en la escritura pública de 26 febrero 2010 a cuyo otorgamiento comparecen la Caja Rural de Asturias Sociedad Cooperativa de Crédito, y las sociedades "Sierra y Dorado, S.L." y "Ferrallas La Carrera, S.L.", y de la cual aparece que aquella entidad financiera concedió a "Ferrallas La Carrera, S.L." un préstamo por importe de 700.000 euros que ha resultado garantizado con la hipoteca constituida por "Sierra y Dorado, S.L." sobre las fincas de su propiedad llamada "Prado de los Frailes" y "Los Frailes" en la que existe construida una nave industrial, conviniendo asimismo la parte prestataria en aceptar que se aplique total o parcialmente el importe del préstamo al pago de cualquier débito vencido que tuviera pendiente con la Caja Rural de Asturias, lo que supone su obligación de invertir el importe del préstamo en "financiación pasivo". Consta asimismo que la sociedad "Sierra y Dorado, S.L." fue declarada judicialmente en situación de concurso por Auto de fecha 21 octubre 2010 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo. Partiendo del anterior relato fáctico la Sentencia de fecha 7 noviembre 2011 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo acuerda estimar íntegramente la demanda de reintegración concursal ejercitada por la Administración concursal de "Sierra y Dorado, S.L." al entender que el perjuicio de que trata el art. 71 L.C. se deriva de la sola constitución por parte de la deudora de una garantía hipotecaria sobre un bien de su propiedad para responder del préstamo otorgado a favor de otra sociedad, pues supone una operación injustificada al no constar que ello proporcione contraprestación alguna a la hipotecante, a lo que se añade que en el caso concurre además la circunstancia de que ambas sociedades, hipotecante y prestataria, pertenecen al mismo grupo, por lo que resulta de aplicación la presunción de perjuicio contenida en el art. 71-3-1º L.C., acordando en consecuencia la ineficacia del otorgamiento de la garantía pero no así del préstamo concedido por la entidad financiera.
Frente a este pronunciamiento se alza en apelación la Caja Rural de Asturias Sociedad Cooperativa de Crédito alegando en su recurso primeramente que en el informe elaborado por la Administración concursal consta que el valor de la masa activa de la concursada "Sierra y Dorado, S.L." asciende a 5.127.924,97 euros, mientras que el pasivo aparece cuantificado en 2.213.951,98 euros, por lo que siendo la masa suficiente para garantizar el cobro íntegro del derecho de los acreedores -existiría un superávit, aún descontando el inmueble hipotecado que aparece valorado en 2.359.656,95 euros, por importe de 2.768.268,02 euros- no cabe apreciar la existencia de perjuicio para estos últimos por la constitución de una hipoteca para responder de un principal de 700.000 euros, suficiencia de la masa activa que resulta incluso reconocida por la propia Administración concursal al elaborar el plan de liquidación. Se continúa alegando por la apelante que la sociedad "Ferrallas La Carrera, S.L." había solicitado en su día una póliza de crédito en cuenta corriente por importe de 400.000 euros en cuya concesión la concursada intervino en calidad de fiadora solidaria, cantidad de la que la acreditada dispuso ya totalmente con antelación a su vencimiento previsto para el mes de agosto 2010, de manera tal que de no haber tenido lugar la refinanciación de la deuda "Sierra y Dorado, S.L." hubiera tenido que afrontar el pago en su integridad, de lo que concluye que la constitución de la garantía hipotecaria no solo facilitó dicha refinanciación sino que al mismo tiempo facilitó la obtención de tesorería para otra empresa perteneciente al mismo grupo que la deudora y con ello su continuidad en el mercado, lo que debe ser tenido como la obtención de una contraprestación para la hipotecante. En el siguiente motivo del recurso se dice por la apelante que también la Administración concursal de "Ferrallas La Carrera, S.L.", común con la de "Sierra y Dorado, S.L.", admitió en la propuesta de evaluación a la propuesta de convenio presentada por aquélla que sus deudas fueran satisfechas con los inmuebles propiedad de esta última. Por último se invoca por la apelante la cuestión jurídica referida a la imposibilidad de la rescisión aislada de las garantías contextuales, debiendo impugnarse el negocio jurídico en su conjunto, así como la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 10 L.M.H. y la inexistencia de fraude en la constitución del gravamen. Finalmente se solicita la no imposición de las costas causadas en la primera instancia.
SEGUNDO : Para el examen del recurso habremos de partir de la realidad fáctica sobre la que sustenta el negocio impugnado, y así encontramos que a la fecha de su celebración el cargo de administrador social de la sociedad "Sierra y Dorado, S.L." era asumido por Doña Matilde y el capital social, desde la Junta General de 12 agosto 2004 pertenecía en un 50,15% a Don Jose Ramón y en el 49,85% restante a Doña Matilde. Por su parte la sociedad "Ferrallas La Carrera, S.L." estaba administrada por Don Jose Ramón y su capital social pertenecía en un 96% a Don Jose Ramón y el 4% restante a Doña Matilde. La situación así descrita parece corresponderse con la de un grupo de sociedades por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria) cuyo vínculo nace en las relaciones personales de sus órganos de administración, y que atendería al criterio establecido por el art. 42 C.Com. según la redacción vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados en que se atendía como criterio definidor del concepto de grupo -si bien que a los efectos meramente contables de la necesidad de consolidar sus cuentas- al de "unidad de decisión", y que vendría dado en el caso presente por las identidades presentes en una y otra sociedad tanto en su composición accionarial como en sus órganos de administración. Es cierto que tal criterio ha sido sustituido al día de hoy por

el de "control directo o indirecto" que emplea el art. 42 C.Com. tras la redacción otorgada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, lo que limita el concepto de grupo tan solo a los de estructura vertical o jerarquizada, y que impide por ello mismo acoger como tales aquellos supuestos en los que no exista dependencia jerárquica de unas sociedades respecto de otras, como puede ser el supuesto en que sean una sea una o varias personas físicas quienes como cabecera puedan controlar las sociedades dominadas. Pero también lo es que la incorporación de este criterio como definidor del concepto de grupo a los fines de la normativa concursal que nos ocupa no tiene lugar hasta la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 octubre, que introduce en tal sentido la Disposición adicional sexta en la Ley Concursal, siendo así que por ser de fecha posterior a la presente demanda incidental de reintegración, habremos de estar al criterio arriba expuesto.
TERCERO : Situados por tanto en un contexto en que la sociedad ahora concursada "Sierra y Dorado, S.L." constituye una hipoteca sobre una finca de su propiedad para garantizar la refinanciación que la entidad de crédito Caja Rural de Asturias accede a conceder a la sociedad "Ferrallas La Carrera, S.L." perteneciente al mismo grupo formado por la coordinación que le otorga la presencia de una dirección unitaria para ambas, encontramos primeramente que sobre tal acto de disposición pesa la presunción iuris tantum de resultar perjudicial para la masa por tratarse no solo de la constitución una garantía real para refinanciar una deuda preexistente (art. 71-3-2º L.C.) sino además por resultar que el beneficiario de la garantía es una persona especialmente relacionada con la concursada (art. 71-3-1º L.C.). Tales presunciones pueden lógicamente ser destruidas con la sola demostración de que el acto dispositivo consistente en la constitución de una garantía real para responder de una deuda ajena supuso alguna suerte de ventaja patrimonial, directa o indirecta, para el hipotecante, y que permita con ello destruir la idea de un sacrificio patrimonial injustificado, aún cuando es cierto que tal supuesto ha sido calificado por nuestro Alto Tribunal (STS 13 diciembre 2010) como un acto a título gratuito al no recibir el hipotecante nada a cambio. En el ámbito que ahora nos ocupa de las garantías constituidas intragrupo el problema se reconduce a analizar en qué medida la sociedad hipotecante puede verse beneficiada por la constitución de tal garantía en la medida en que de ello pueda derivarse algún beneficio para el interés del grupo del que la primera participa. Esta cuestión aparece resuelta con mayor claridad cuando se trata de grupos de estructura jerárquica o vertical, pues en tales casos cabe admitir el interés que tiene la sociedad matriz en garantizar las deudas de su filial, precisamente para proteger su inversión, pudiendo aceptar por ello que la financiación externa recibida por esta última beneficia a la matriz habida cuenta del flujo económico ascendente que se deriva de dicha estructura de subordinación. La particularidad que sin embargo presenta el asunto aquí examinado es el propio de hallarnos ante un grupo en que la dirección unitaria se deriva de los vínculos personales existentes entre ambas sociedades, debiendo partir como premisa inicial que el dato de que el grupo aparezca conformado bajo semejantes características resulta insuficiente por sí solo para excluir la gratuidad del acto de disposición. Como señala la citada STS 13 diciembre 2010 "lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-".
Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, se trata de averiguar si la operación ha tenido una concreta contrapartida para la sociedad hipotecante o, en su defecto, al menos para el interés del grupo en que aquélla participa, debiendo tener presente que la destrucción de la presunción de gratuidad no podrá sustentarse en una invocación genérica e inespecífica acerca de la pertenencia al grupo si ello no va acompañado de la necesaria demostración de que ello se traduce en una contraprestación o un beneficio preciso y determinado para la sociedad garante.
Pues bien, en el caso de autos se alega por la apelante que previamente al otorgamiento de la garantía ahora impugnada la sociedad "Ferrallas La Carrera, S.L." había firmado el 18 agosto 2008 con la Caja Rural de Ahorros una póliza de crédito en cuenta corriente por importe de 400.000 euros, y vencimiento previsto en agosto 2010, en la que intervino "Sierra y Dorado, S.L." en calidad de fiadora (doc. nº 3 contestación), siendo así que dicha suma ya estaba dispuesta en su totalidad en febrero 2010. Fue entonces cuando la Caja Rural de Ahorros concedió una refinanciación de aquella deuda mediante la concesión de un nuevo préstamo en cuyas condiciones se otorgaba más plazo a la prestataria (quince años) y una mayor cantidad (la suma ascendió 700.000 euros), solicitando la entidad financiera a cambio la constitución de una garantía hipotecaria por parte de "Sierra y Dorado, S.L.", de todo lo cual extrae la apelante que del acto impugnado se derivó un doble beneficio para esta última sociedad, pues de una parte evitó la inminente ejecución de la antigua póliza de crédito que la Caja de Ahorros podía dirigir contra ella en su calidad de fiadora, y en segundo lugar facilitó la obtención de tesorería para otra sociedad perteneciente al mismo grupo. No podemos sin embargo compartir tales valoraciones. Así primeramente la constitución de una hipoteca para garantizar la refinanciación de otra sociedad solo puede ser contemplada como una operación beneficiosa si ello se lleva cabo a la vista de un plan de viabilidad que permita disponer de un mínimo de certeza acerca de la idoneidad de tal medida para asegurar la continuidad de la sociedad endeudada al menos en el corto y en el medio plazo, tal y como establecía el apartado 1º de la Disposición Adicional 4ª de la L.C. según el texto vigente en aquel momento (redactado por el Real Decreto-Ley 3/2009), pues la ausencia de tal juicio de previsión lleva a considerar que la repetida operación solo pudo ser fruto de una aventura de resultado totalmente incierto, y ello por más que dicho análisis lo hagamos desde una óptica ex ante y no ex post, como así sucedió finalmente en que la refinanciación se vio frustrada toda vez que ni "Sierra y Dorado, S.L." ni "Ferrallas La Carrera, S.L." pudieron superar sus respectivas situaciones de insolvencia y ambas fueron declaradas en concurso. Como señala la STS 8 noviembre 2012 para apreciar el requisito del acto perjudicial par la masa activa "hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiese existido en aquella fecha". En este sentido encontramos que todas

las partes interesadas en el acto impugnado decidieron prescindir del mecanismo que recogía la citada Disposición Adicional 4ª de la L.C. y que se ofrecía a su alcance como medio de salvaguarda frente a ulteriores acciones de reintegración, por lo que carece de sentido que ahora se trate de justificar que la constitución de aquella garantía permitió que no se ejecutara la fianza de una obligación ya vencida y exigible, pues, insistimos, dicho acto supuso un nuevo sacrificio patrimonial llevado a cabo sin la mínima certeza de que pudiera surtir la utilidad prevista, pudiendo ser tenido por tanto como un sacrificio patrimonial injustificado, tal y como configura nuestro Alto Tribunal el requisito del perjuicio para la masa exigido por el art. 71-1 L.C. para éxito de la reintegración concursal (STS 27 octubre 2010 y 26 octubre 2012).
Y de igual manera debe decaer la alegación de que el beneficio vino derivado por la obtención de una mayor tesorería para el grupo del que forman parte ambas sociedades, y ello por cuanto tampoco aparece suficiente demostrado en el proceso cómo queda configurado dicho interés conforme los términos arriba expuestos. Como señala la doctrina mercantilista, el interés del grupo se manifiesta en la búsqueda del máximo beneficio del conjunto, aunque no lo sea necesariamente para todos los miembros de ese colectivo grupal, hasta el punto de que no podrá hablarse de grupo cuando la dirección unitaria no se ejerza en interés conjunto sino en interés de cada una de las sociedades agrupadas. En este sentido encontramos que en el caso presente no aparece justificado cuáles pudieron ser los flujos económicos entre una y otra sociedad que permita apreciar un interés común a ambas, constando únicamente que "Ferrallas La Carrera, S.L." solicitó la refinanciación a la Caja Rural ante una necesidad de liquidez derivada de las tensiones que originaba a su tesorería la diferencia entre los plazos de pago a sus proveedores (90 días) y de cobro a sus clientes más importantes (180 días), pero no existe dato alguno que permita hablar de algún interés común para el grupo en dicha operación. Es cierto que la Caja Rural es un tercero respecto de aquellas sociedades por lo que la prueba de tal extremo no tiene porqué estar a su alcance, pero también lo es que cuando exigió la constitución de una hipoteca por parte de otra sociedad distinta de la deudora pesaba sobre aquélla, en su condición de acreedor profesional, una especial diligencia de asegurarse de que con la exigencia de tal garantía no se estaba causando un perjuicio injustificado a quien lo otorga, bien porque con ello nada obtenía a cambio, bien porque la entidad financiera se estaba reservando para sí una posición privilegiada respecto del resto de acreedores de la sociedad hipotecante.
Finalmente y como apoyo a lo antedicho cabe acudir como referencia al contenido del Derecho proyectado, pues así en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación, pese a contemplar dentro de los grupos de sociedades, junto a los grupos por subordinación, también a los grupos por coordinación (art. 291-5), solo admite la eficacia de las garantías intragrupo prestadas por la sociedad dominante sobre sus bienes en garantía de las obligaciones de las sociedades directa o indirectamente dominadas, teniendo sin embargo por ineficaces las hipotecas y prendas constituidas sobre bienes o derechos de la sociedad dominada en garantía de obligaciones de la sociedad dominante o de cualquier otra del grupo (art. 291-15).”: SAP Oviedo (Sección 1) 24.07.2013 (Sentencia 252/2013; Rollo 546/2012)

“PRIMERO : Como datos relevantes para la solución de la presente litis partimos primeramente de la presencia de la mercantil "Talleres Asipo, S.L." -TAS- como titular de la totalidad del capital social de la ahora concursada "Mecánica de Castrillón, S.A." -MECSA- habiendo sido declarado el concurso de esta última mediante Auto de fecha 23 enero 2012. Asimismo consta como dato pacífico e indiscutido que con fecha 26 julio 2011 se formalizó escritura de préstamo con garantía hipotecaria por la cual la Caja de Ahorros de Asturias (hoy Liberbank) concedía a "Talleres Asipo, S.L." un préstamo por una cuantía de 410.000 euros, procediendo simultáneamente "Mecánica de Castrillón, S.A." a constituir hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre una finca de su propiedad, sita en el Polígono de Silvota (concejo de Llanera), para responder del capital, así como de los intereses ordinarios de un año hasta un máximo de 28.700 euros, del pago de los intereses de demora de dieciocho meses hasta un máximo de 104.550 euros, de una cantidad máxima de 61.500 euros para costas y gastos, y de una cantidad de 8.200 euros para responder del pago de las primas de seguro, contribuciones, tasas, arbitrios e impuestos satisfechos en razón a la finca hipotecada y gastos de comunidad, todo lo cual supone que la responsabilidad hipotecaria queda fijada en 612.950 euros. Consta finalmente que la finca hipotecada tenía un valor de tasación en el momento en que se realizó la operación de 1.522.107,75 euros.
La Administración concursal de MECSA presenta incidente concursal en la que viene a ejercitar la acción de reintegración concursal prevista en el art. 71 L.C. en relación con la constitución de la garantía hipotecaria, alegando para ello que se trata de un acto de disposición a título gratuito del art. 71-2 L.C. llevado a cabo a favor de la sociedad matriz TAS, motivo por el que solicita la declaración de ineficacia de tal operación así como la cancelación de los asientos registrales practicados en virtud de dicha escritura, solicitando asimismo la declaración de que no existe ninguna contraprestación que restituir por parte de la masa como consecuencia de la rescisión interesada. La Sentencia de fecha 8 julio 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo entiende que la operación aquí impugnada tuvo lugar en el ámbito de una serie de relaciones complejas dentro de un grupo de sociedades, habiendo existido previamente otra serie de operaciones en las cuales TAS había intervenido afianzando solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación y que permiten a excluir el carácter gratuito de la constitución de la garantía real, acordando en atención a ello el rechazo de la demanda. Frente a este pronunciamiento se alza en apelación la Administración concursal de MECSA alegando que se trata de una garantía constituida por la filial por deudas de la matriz en la que debe reconocerse su carácter gratuito dado que aquélla no obtuvo contraprestación alguna ni sus acreedores obtienen tampoco ningún provecho por una financiación concedida en sentido ascendente, insistiendo por tanto en la procedencia de la reintegración solicitada.
SEGUNDO : Del planteamiento hasta aquí reseñado cabe destacar primeramente que nos encontramos ante una sociedad, TAS, que aparece como titular de la totalidad del capital social de otra, MECSA, de donde se

extrae inequívocamente que la primera ostenta el control de la segunda. Se trata por tanto de un grupo de sociedades conforme al concepto que aparece recogido en el art. 42 C.Comercio a los meros efectos de consolidación de cuentas y que hace descansar su configuración -tras la redacción otorgada por la Ley 16/2007, de 4 de julio - sobre el criterio del control societario, sustituyendo así el antiguo criterio de la unidad de decisión, lo que viene a limitar la figura del grupo únicamente a aquéllos de estructura jerárquica, vertical o por subordinación, configuración que aparece finalmente incorporada al ámbito concursal que nos ocupa en virtud de lo dispuesto en la Disposición adicional sexta de la Ley concursal -introducida por el número ciento catorce del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre- a cuyo tenor "A los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42-1 del Código de Comercio ".

En la versión mantenida en su contestación por la entidad financiera demandada Liberbank se viene a exponer que cuando TAS se convierte en accionista único de MECSA en al año 2000 aquélla carecía de bienes inmuebles en propiedad, de manera que con tal adquisición TAS no solo buscaba hacerse con su negocio sino también con sus activos, como eran las oficinas y las 8 naves que MECSA tenía en el Polígono de Silvota. Se añade que entre ambas empresas existían relaciones financieras cruzadas, que ambas entran en problemas al mismo tiempo, que las refinanciaciones se producen a la vez, se negocian de forma conjunta y se cierran en idénticas condiciones. Y en prueba de lo anterior se aporta un documento firmado en enero 2011 por ambas sociedades, "Talleres Asipo, S.L." y "Mecánica de Castrillón, S.A.", que fue redactado por ellas con la finalidad de servir de base para la reestructuración de su deuda bancaria y que fue presentado simultáneamente a todos los proveedores financieros para posibilitar su negociación en conjunto "sobre la base de que la operación de refinanciación se realice, salvo criterio de las propias entidades financieras, en proporción a la actual cuota de riesgo de cada una de ellas en relación a la deuda existente, excluidas las operaciones en vigor del circulante", terminando el documento por plantear "una operación a diez años, con garantía hipotecaria de las construcciones descritas en el presente plan (instalaciones de ambas sociedades), con dos años de años de carencia y ocho de devolución en sistema creciente" (doc. nº 1 contestación). Finalmente el argumento de cierre de la entidad financiera Liberbank viene a ser que todas las operaciones de financiación concedidas estuvieron siempre orientadas a atender las necesidades del grupo, y así en la misma fecha en que se constituye la presente garantía hipotecaria cuya rescisión se solicita, se constituyó una segunda garantía sobre el mismo bien.

TERCERO : Sentado lo anterior habremos de comenzar señalando como primera premisa que en materia de constitución de garantías contextuales con personas especialmente relacionadas con el concursado no resulta adecuado apreciar aisladamente el acto impugnado para aplicar sin más la presunción iuris tantum prevista en el art. 71-3-1º L.C., pues para poder determinar si concurre el carácter de acto perjudicial exigido por la regla general contenida en el art. 71-1 L.C. será preciso examinar el conjunto de la relación jurídica, de manera tal que la determinación del carácter oneroso o gratuito de la operación no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y garante sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación. En palabras de la STS 8 noviembre 2012, se debe "prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto".

En segundo lugar, tratándose de operaciones de refinanciación intragrupo como aquí acontece, la cuestión se traslada al concepto de interés de grupo toda vez que puede resultar admisible, bajo ciertos requisitos, el sacrificio patrimonial al que en ocasiones se somete a una de las sociedades precisamente en interés del grupo, teniendo presente que se trata de un interés que se superpone al de los distintos intereses sociales de cada uno de los miembros que lo integran.

En este ámbito hemos de tener presente que la invocación de la defensa del interés de grupo, en cuanto que instrumento para regular los conflictos de intereses que pueden surgir en su seno, presenta ciertos límites que no pueden ser traspasados y que se hacen todavía más manifiestos cuando se trata, como ocurre en el caso presente, de operaciones de garantía constituidas por la filial por deudas de la matriz. Efectivamente, tal y como alega la parte apelante, tratándose de la constitución de garantías en sentido ascendente cabría admitir en principio la gratuidad de la operación puesto que desde la perspectiva de los acreedores de la filial declarada en concurso nada les aporta el que la garantía haya beneficiado verticalmente al grupo. Estos acreedores, al contrario de lo que sucedería en el caso inverso, solo pueden ver satisfechos sus respectivos derechos con el patrimonio de la sociedad concursada, no con el de la matriz. Y en este sentido se pronuncia además nuestro Derecho proyectado al disponer la Propuesta de Código Mercantil en su art. 291-5 que las fianzas de cualquier clase prestadas por la sociedad dominante, así como las hipotecas y prendas constituidas sobre bienes de ésta, en garantía de obligaciones de las sociedades directa o indirectamente dominadas serán eficaces, mientras que por el contrario serán ineficaces las fianzas de cualquier clase, y las hipotecas, constituidas por la dominada en garantía de las obligaciones de la sociedad dominante o de cualquier otra del grupo.

Es por ello que en tales casos no cabe admitir como suficiente para justificar la operación impugnada y para eliminar los atisbos de gratuidad la mera invocación del interés de grupo si ello no aparece revestido de un argumento de refuerzo, habiendo descartado esta Sala (S.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 24 julio 2013) la referencia al interés de grupo cuando se articula como alegación genérica e inespecífica. Tal y como destaca nuestra doctrina concursalista, y como se desprende además de nuestro Derecho comparado (caso Rozenblum en la jurisprudencia francesa, teoria dei vantaggi compensativi en el derecho italiano, y guía legislativa de UNCITRAL) habremos de partir como premisa básica que la defensa del interés de grupo tiene determinadas limitaciones, y que solo podrá prevalecer, primeramente, cuando el sacrificio exigido a la filial no sobrepase sus posibilidades financieras ni ponga en riesgo su supervivencia; y en segundo lugar que, pese a lesionarse el interés de la filial, este perjuicio debe aparecer compensado de alguna otra manera. Para ello será preciso llevar a cabo una labor de ponderación entre los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas

que para ella se pueden derivar, si no de manera inmediata al menos en un medio plazo, dando lugar a lo que se ha dado en llamar el test de las ventajas competitivas como criterio para poder apreciar si ha existido la "real reciprocidad de intereses" en que consiste la causa onerosa (en palabras de la STS 13 diciembre 2010) y descartar, en su caso, la gratuidad de la operación de que se trata.
CUARTO : Pues bien, en el supuesto ahora enjuiciado encontramos primeramente que la parte actora nada alega ni acredita en relación con la influencia que pudo tener la constitución de la garantía llevada a cabo por MECSA con la situación de insolvencia a la que finalmente se vio abocada. Pero es que en segundo lugar, y en relación con las ventajas que pudo haber venido obteniendo la ahora concursada MECSA, la Sentencia apelada describe una serie de operaciones en las que la sociedad dominante TAS actuó avalando las obligaciones que era contraídas por la primera, relato que es asumido por la apelante en su escrito de recurso. De este modo podemos aceptar como cierto que en las fechas 26 julio 2011 y 25 abril 2012 el Banco de Santander concedió a MECSA créditos por importe de 500.000 euros, 225.000 euros y 450.000 euros, apareciendo en todos ellos TAS como fiadora solidaria; asimismo con fechas 28 diciembre 2010 y 18 julio 2011 la entidad Bankia concedió a MECSA créditos por importe de 130.000 euros y 100.000 euros, apareciendo también TAS como fiadora solidaria; los días 4 mayo 2010 y 29 julio 2011 el Banco Caixa Xeral concedió a MECSA créditos por importes de 200.000 euros y 290.000 euros, apareciendo también TAS como fiadora; el 12 diciembre 2008 Asturgar concedió a MECSA una línea de avales mediante póliza de "contrato de regularización de relaciones de afianzamiento" por importe de 600.000 euros, operación en la que intervino TAS afianzando a MECSA con renuncia a los beneficios de orden, exclusión y división; el 26 julio 2011 el BBVA concedió a MECSA un préstamo hipotecario por 358.000 euros que fue avalado solidariamente por TAS; y finalmente los días 5 abril 2006, 31 marzo 2010 y 27 julio 2011 la entidad Novacaixagalicia concedió a MECSA créditos por importes de 300.000 euros, 300.000 euros y 450.000 euros, respectivamente, habiendo sido avalados también solidariamente por TAS. A partir de los datos hasta aquí expuestos el Juez de lo Mercantil concluye que "no puede sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto en cuento existen operaciones previas a la hipoteca en las cuales TAS afianza solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación".
No asiste la razón a la parte apelante cuando trata en su recurso de reconducir el análisis de la acción de reintegración que nos ocupa a un examen aislado de la operación ahora impugnada, pues ya hemos razonado que en tales casos resulta preciso llevar a cabo una labor de ponderación del sacrificio patrimonial sufrido por la filial con la constitución de la garantía en relación con las ventajas que de ello se pueden derivar para el grupo de sociedades o para la propia sociedad garante, todo lo cual debe realizarse, a su vez, en el marco contextual del conjunto de operaciones de financiación en las que han participado todas las sociedades afectadas. A partir de aquí podríamos, no obstante, aceptar que las ventajas compensatorias obtenidas por la filial no son suficientes para destruir la presunción de gratuidad de la garantía real constituida por ella en el caso que admitiéramos como cierta la tesis sostenida por la Administración concursal de MECSA en su recurso, esto es, que las garantías cruzadas constituidas por ambas sociedades no revisten la misma entidad, pues mientras TAS era una sociedad insolvente, sin patrimonio relevante y sin ningún bien inmueble en propiedad, lo que convierte sus avales en una pura formalidad carente de valor alguno, las garantías prestadas por MECSA, por el contrario, tenían un valor muy diferente dado que el patrimonio principal del grupo son las naves de la filial por un importe tasado de 9.156.999,00 euros. Ocurre no obstante que semejante alegación -silenciada, por otra parte, en la primera instancia- se encuentra huérfana de cualquier prueba, y ello por cuanto el único dato que obra en el presente incidente concursal es el que se contiene en la propia escritura de constitución de la hipoteca en el consta como valor de tasación de la finca sita en el Polígono de Silvota, concejo de Llanera, el de 1.522.107,75 euros. Es cierto que en el inventario del activo del concurso de MECSA los terrenos y construcciones de su propiedad aparecen valorados en 11.687.570 euros, de los cuales las 8 naves y oficinas son valoradas por la Administración concursal en 11.687.570,43 euros -sin contar las cargas hipotecariaspero tampoco se acredita en este procedimiento en qué medida dicho patrimonio se ha visto comprometido para garantizar las deudas de la matriz. Y por lo que respecta a TAS resulta llamativo que no se haya aportado a las actuaciones alguna demostración de cuál era su composición patrimonial cuando se concertaron todas aquellas operaciones, o al menos el inventario del activo elaborado con ocasión del concurso de esta sociedad, para poder apreciar así el grado de eficacia que otorgaban las garantías asumidas por ella. Ciertamente Liberbank afirma en su escrito de contestación que Talleres Asipo carecía de bienes inmuebles en propiedad y que con la compra de MECSA lo que perseguía era precisamente hacerse con las naves y oficinas que ésta tenía en el Polígono de Silvota, pero tales alegaciones resultan insuficientes por sí solas a los fines que nos ocupan pues seguimos desconociendo si existía algún inmovilizado inmaterial u otro tipo de activos que le permitieran una solvencia suficiente para garantizar en cada momento las operaciones contraídas por su filial, pues lo relevante sigue siendo el hecho de que TAS contribuyó con tales garantías a la consecución de la financiación para MECSA, sin que dispongamos de una prueba cierta acerca de tales avales ningún beneficio le reportaba a esta última.
Descartada por tanto la bondad de tales argumentos, lo que encontramos finalmente de los datos admitidos como ciertos es que la filial MECSA, en el período de tiempo comprendido entre los años 2006 y 2012, acudió a obtener financiación externa de una manera reiterada por un total de 3.903.000 euros, disponiendo en cada una de tales operaciones del aval constituido por la sociedad dominante TAS, todo lo cual debe ser valorado como una contribución patrimonial por parte de esta última a la consecución de tal financiación y con ello a posibilitar que MECSA pudiera continuar operando en el mercado. Es en este contexto, y no de manera aislada, donde debe ser enmarcada la operación ahora enjuiciada por la cual MECSA procede el 26 julio 2011 a constituir una garantía real para responder del préstamo solicitado por TAS por un importe de
410.000 euros, pues el conjunto de circunstancias descritas conduce a entender que entre ambas sociedades ha existido un flujo recíproco de garantías en un grado sufiente para poder aceptar la onerosidad de esta última operación. En atención a lo expuesto es por lo que procede el rechazo del recurso y con ello la confirmación de

la Sentencia apelada.”: SAP Oviedo (Sección 1) 28.03.2014 (Sentencia 106/2014; Rollo 393/2013)

“PRIMERO.-Como datos relevantes para la solución de la presente litis partimos primeramente de la presencia de la mercantil "Talleres Asipo, S.L." -TAS- como titular de la totalidad del capital social de la ahora concursada "Mecánica de Castrillón, S.A." -MECSA- habiendo sido declarado el concurso de esta última mediante Auto de fecha 23 enero 2012. Asimismo consta como dato pacífico e indiscutido que con fecha 29 julio 2011 se formalizó una escritura de hipoteca de máximo en la que intervenían el "Banco Caixa Geral, S.A.", "Talleres Asipo, S.L." y "Mecánica de Castrillón, S.A.", por la cual MECSA procedía a constituir garantía hipotecaria sobre una finca de su propiedad sita en el Polígono de Silvota, concejo de Llanera (Asturias) en garantía de un préstamo concedido a TAS por importe de 388.000 euros, una línea para anticipo de facturas por importe de 150.000 euros que había sido concedido en fecha 4 mayo 2010, así como un préstamo para la propia MECSA por importe 290.000 euros, todo lo cual suma como totalidad de responsabilidad hipotecaria la cantidad de 828.000 euros. La finca hipotecada fue tasada en la escritura pública en 1.493.379,25 euros. Asimismo en dicha escritura se pacta la constitución por parte de MECSA del afianzamiento solidario de todas las obligaciones contraídas en la operación que en ella se documenta.
La Administración concursal de MECSA presenta incidente concursal en la que viene a ejercitar la acción de reintegración concursal prevista en el art. 71 L.C. en relación con la constitución de la garantía hipotecaria y afianzamiento prestado por aquélla para responder de los riesgos de TAS derivados del préstamo concertado el 29 julio 2011, así como para responder de los riesgos de TAS derivados de la póliza de negociación de documentos y efectos de comercio concertada el 4 mayo 2010, solicitando que se reduzca la hipoteca de MECSA a la cantidad de 290.000 euros de principal, 252.175,36 euros de intereses y 58.000,33 euros de costas, solicitando asimismo la cancelación a cargo del Banco acreedor de los asientos registrales practicados en virtud de dicha escritura, así como la declaración de que no existe ninguna contraprestación que restituir por parte de la masa como consecuencia de la rescisión interesada. La Sentencia de fecha 8 julio 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo entiende que la operación aquí impugnada tuvo lugar en el ámbito de una serie de relaciones complejas dentro de un grupo de sociedades, habiendo existido previamente otra serie de operaciones en las cuales TAS había intervenido afianzando solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación y que permiten a excluir el carácter gratuito de la constitución de la garantía real, acordando en atención a ello el rechazo de la demanda. Frente a este pronunciamiento se alza en apelación la Administración concursal de MECSA alegando que se trata de una garantía constituida por la filial por deudas de la matriz en la que debe reconocerse su carácter gratuito dado que aquélla no obtuvo contraprestación alguna ni sus acreedores obtienen tampoco ningún provecho por una financiación concedida en sentido ascendente, insistiendo por tanto en la procedencia de la reintegración solicitada.
SEGUNDO.-Del planteamiento hasta aquí reseñado cabe destacar primeramente que nos encontramos ante una sociedad, TAS, que aparece como titular de la totalidad del capital social de otra, MECSA, de donde se extrae inequívocamente que la primera ostenta el control de la segunda. Se trata por tanto de un grupo de sociedades conforme al concepto que aparece recogido en el art. 42 C.Comercio a los meros efectos de consolidación de cuentas y que hace descansar su configuración -tras la redacción otorgada por la Ley 16/2007, de 4 de julio - sobre el criterio del control societario, sustituyendo así el antiguo criterio de la unidad de decisión, lo que viene a limitar la figura del grupo únicamente a aquéllos de estructura jerárquica, vertical o por subordinación, configuración que aparece finalmente incorporada al ámbito concursal que nos ocupa en virtud de lo dispuesto en la Disposición adicional sexta de la Ley concursal -introducida por el número ciento catorce del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre- a cuyo tenor "A los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42-1 del Código de Comercio ".
TERCERO.-Sentado lo anterior habremos de comenzar señalando como primera premisa que en materia de constitución de garantías contextuales con personas especialmente relacionadas con el concursado no resulta adecuado apreciar aisladamente el acto impugnado para aplicar sin más la presunción iuris tantum prevista en el art. 71-3-1º L.C., pues para poder determinar si concurre el carácter de acto perjudicial exigido por la regla general contenida en el art. 71-1 L.C. será preciso examinar el conjunto de la relación jurídica, de manera tal que la determinación del carácter oneroso o gratuito de la operación no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y garante sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación. En palabras de la STS 8 noviembre 2012, se debe "prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto".
En segundo lugar, tratándose de operaciones de refinanciación intragupo como aquí acontece, la cuestión se traslada al concepto de interés de grupo toda vez que puede resultar admisible, bajo ciertos requisitos, el sacrificio patrimonial al que en ocasiones se somete a una de las sociedades precisamente en interés del grupo, teniendo presente que se trata de un interés que se superpone al de los distintos intereses sociales de cada uno de los miembros que lo integran.
En este ámbito hemos de tener presente que la invocación de la defensa del interés de grupo, en cuanto que instrumento para regular los conflictos de intereses que pueden surgir en su seno, presenta ciertos límites que no pueden ser traspasados y que se hacen todavía más manifiestos cuando se trata, como ocurre en el caso presente, de operaciones de garantía constituidas por la filial por deudas de la matriz. Efectivamente, tal y como alega la parte apelante, tratándose de la constitución de garantías en sentido ascendente cabría admitir en principio la gratuidad de la operación puesto que desde la perspectiva de los acreedores de la filial declarada en concurso nada les aporta el que la garantía haya beneficiado verticalmente al grupo. Estos acreedores, al contrario de lo que sucedería en el caso inverso, solo pueden ver satisfechos sus respectivos

derechos con el patrimonio de la sociedad concursada, no con el de la matriz. Y en este sentido se pronuncia además nuestro Derecho proyectado al disponer la Propuesta de Código Mercantil en su art. 291-5 que las fianzas de cualquier clase prestadas por la sociedad dominante, así como las hipotecas y prendas constituidas sobre bienes de ésta, en garantía de obligaciones de las sociedades directa o indirectamente dominadas serán eficaces, mientras que por el contrario serán ineficaces las fianzas de cualquier clase, y las hipotecas, constituidas por la dominada en garantía de las obligaciones de la sociedad dominante o de cualquier otra del grupo.
Es por ello que en tales casos no cabe admitir como suficiente para justificar la operación impugnada y para eliminar los atisbos de gratuidad la mera invocación del interés de grupo si ello no aparece revestido de un argumento de refuerzo, habiendo descartado esta Sala (S.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 24 julio 2013) la referencia al interés de grupo cuando se articula como alegación genérica e inespecífica. Tal y como destaca nuestra doctrina concursalista, y como se desprende además de nuestro Derecho comparado (caso Rozenblum en la jurisprudencia francesa, teoria dei vantaggi compensativi en el derecho italiano, y guía legislativa de UNCITRAL) habremos de partir como premisa básica que la defensa del interés de grupo tiene determinadas limitaciones, y que solo podrá prevalecer, primeramente, cuando el sacrificio exigido a la filial no sobrepase sus posibilidades financieras ni ponga en riesgo su supervivencia; y en segundo lugar que, pese a lesionarse el interés de la filial, este perjuicio debe aparecer compensado de alguna otra manera. Para ello será preciso llevar a cabo una labor de ponderación entre los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas que para ella se pueden derivar, si no de manera inmediata al menos en un medio plazo, dando lugar a lo que se ha dado en llamar el test de las ventajas competitivas como criterio para poder apreciar si ha existido la "real reciprocidad de intereses" en que consiste la causa onerosa (en palabras de la STS 13 diciembre 2010) y descartar, en su caso, la gratuidad de la operación de que se trata.
CUARTO.-Pues bien, en el supuesto ahora enjuiciado encontramos primeramente que la parte actora nada alega ni acredita en relación con la influencia que pudo tener la constitución de la garantía llevada a cabo por MECSA con la situación de insolvencia a la que finalmente se vio abocada. Pero es que en segundo lugar, y en relación con las ventajas que pudo haber venido obteniendo la ahora concursada MECSA, la Sentencia apelada describe una serie de operaciones en las que la sociedad dominante TAS actuó avalando las obligaciones que era contraídas por la primera, relato que es asumido por la apelante en su escrito de recurso. De este modo podemos aceptar como cierto que en las fechas 26 julio 2011 y 25 abril 2012 el Banco de Santander concedió a MECSA créditos por importe de 500.000 euros, 225.000 euros y 450.000 euros, apareciendo en todos ellos TAS como fiadora solidaria; asimismo con fechas 28 diciembre 2010 y 18 julio 2011 la entidad Bankia concedió a MECSA créditos por importe de 130.000 euros y 100.000 euros, apareciendo también TAS como fiadora solidaria; los días 4 mayo 2010 y 29 julio 2011 el Banco Caixa Xeral concedió a MECSA créditos por importes de 200.000 euros y 290.000 euros, apareciendo también TAS como fiadora; el 12 diciembre 2008 Asturgar concedió a MECSA una línea de avales mediante póliza de "contrato de regularización de relaciones de afianzamiento" por importe de 600.000 euros, operación en la que intervino TAS afianzando a MECSA con renuncia a los beneficios de orden, exclusión y división; el 26 julio 2011 el BBVA concedió a MECSA un préstamo hipotecario por 358.000 euros que fue avalado solidariamente por TAS; y finalmente los días 5 abril 2006, 31 marzo 2010 y 27 julio 2011 la entidad Novacaixagalicia concedió a MECSA créditos por importes de 300.000 euros, 300.000 euros y 450.000 euros, respectivamente, habiendo sido avalados también solidariamente por TAS. A partir de los datos hasta aquí expuestos el Juez de lo Mercantil concluye que "no puede sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto en cuento existen operaciones previas a la hipoteca en las cuales TAS afianza solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación".
No asiste la razón a la parte apelante cuando trata en su recurso de reconducir el análisis de la acción de reintegración que nos ocupa a un examen aislado de la operación ahora impugnada, pues ya hemos razonado que en tales casos resulta preciso llevar a cabo una labor de ponderación del sacrificio patrimonial sufrido por la filial con la constitución de la garantía en relación con las ventajas que de ello se pueden derivar para el grupo de sociedades o para la propia sociedad garante, todo lo cual debe realizarse, a su vez, en el marco contextual del conjunto de operaciones de financiación en las que han participado todas las sociedades afectadas. A partir de aquí podríamos, no obstante, aceptar que las ventajas compensatorias obtenidas por la filial no son suficientes para destruir la presunción de gratuidad de la garantía real constituida por ella en el caso que admitiéramos como cierta la tesis sostenida por la Administración concursal de MECSA en su recurso, esto es, que las garantías cruzadas constituidas por ambas sociedades no revisten la misma entidad, pues mientras TAS era una sociedad insolvente, sin patrimonio relevante y sin ningún bien inmueble en propiedad, lo que convierte sus avales en una pura formalidad carente de valor alguno, las garantías prestadas por MECSA, por el contrario, tenían un valor muy diferente dado que el patrimonio principal del grupo son las naves de la filial por un importe tasado de 9.156.999,00 euros. Ocurre no obstante que semejante alegación -silenciada, por otra parte, en la primera instancia- se encuentra huérfana de cualquier prueba, y ello por cuanto el único dato que obra en el presente incidente concursal es el que se contiene en la propia escritura de constitución de la hipoteca en el consta como valor de tasación de la finca sita en el Polígono de Silvota, concejo de Llanera, el de 1.493.379,25 euros. Es cierto que en el inventario del activo del concurso de MECSA los terrenos y construcciones de su propiedad aparecen valorados en 11.687.570 euros, de los cuales las 8 naves y oficinas son valoradas por la Administración concursal en 11.687.570,43 euros -sin contar las cargas hipotecariaspero tampoco se acredita en este procedimiento en qué medida dicho patrimonio se ha visto comprometido para garantizar las deudas de la matriz. Y por lo que respecta a TAS resulta llamativo que no se haya aportado a las actuaciones alguna demostración de cuál era su composición patrimonial cuando se concertaron todas aquellas operaciones, o al menos el inventario del activo elaborado con ocasión del concurso de esta sociedad, para poder apreciar así el grado de eficacia que otorgaban las garantías asumidas por ella. Semejante déficit probatorio nos impide conocer si existía, si no

bienes inmuebles, al menos algún inmovilizado inmaterial u otro tipo de activos que le permitieran una solvencia suficiente para garantizar en cada momento las operaciones contraídas por su filial, pues lo relevante sigue siendo el hecho de que TAS contribuyó con tales garantías a la consecución de la financiación para MECSA, sin que dispongamos de una prueba cierta acerca de tales avales ningún beneficio le reportaba a esta última.
Descartada por tanto la bondad de tales argumentos, lo que encontramos finalmente de los datos admitidos como ciertos es que la filial MECSA, en el período de tiempo comprendido entre los años 2006 y 2012, acudió a obtener financiación externa de una manera reiterada por un total de 3.903.000 euros, disponiendo en cada una de tales operaciones del aval constituido por la sociedad dominante TAS, todo lo cual debe ser valorado como una contribución patrimonial por parte de esta última a la consecución de tal financiación y con ello a posibilitar que MECSA pudiera continuar operando en el mercado. Es en este contexto, y no de manera aislada, donde debe ser enmarcada la operación ahora enjuiciada por la cual MECSA procede el 26 julio 2011 a constituir una garantía real para responder del préstamo solicitado por TAS por un importe de 388.000 euros así como de la línea para descuentos de facturas por importe de 150.000 euros, pues el conjunto de circunstancias descritas conduce a entender que entre ambas sociedades ha existido un flujo recíproco de garantías en un grado suficiente para poder aceptar la onerosidad de esta última operación. En atención a lo expuesto es por lo que procede el rechazo del recurso y con ello la confirmación de la Sentencia apelada.”: SAP Oviedo (Sección 1) 31.03.2014 (Sentencia 114/2014; Rollo 396/2013)

“PRIMERO : Como datos relevantes para la solución de la presente litis partimos primeramente de la presencia de la mercantil "Talleres Asipo, S.L." -TAS- como titular de la totalidad del capital social de la ahora concursada "Mecánica de Castrillón, S.A." -MECSA- habiendo sido declarado el concurso de esta última mediante Auto de fecha 12 marzo 2012. Asimismo consta como dato pacífico e indiscutido que con fecha 26 julio 2011 se formalizó escritura de préstamo con garantía hipotecaria y afianzamiento por la cual el "Banco de Santander, S.A." concedía a "Talleres Asipo, S.L." un préstamo por una cuantía de 626.000 euros; y con esa misma fecha se otorgó otra escritura de préstamo con garantía hipotecaria y afianzamiento por la cual el "Banco de Santander, S.A." concedía a "Talleres Asipo, S.L." un préstamo por una cuantía de 137.500 euros. Simultáneamente a ello "Mecánica de Castrillón, S.A." procedió a constituir hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre una finca de su propiedad, sita en el Polígono de Silvota (concejo de Llanera), para responder, en lo que respecta a la primera operación, del capital, así como de los intereses ordinarios hasta un máximo de 84.171,96 euros; de los intereses moratorios hasta un máximo de 187.800 euros; y de las costas y gastos que se fijan en 125.200 euros. En cuanto a la segunda operación la hipoteca responde del capital; de los intereses ordinarios hasta un máximo de 18.488 euros, de los intereses moratorios hasta un máximo de
41.250 euros, y de la cantidad de 27.500 euros fijada para intereses y costas. Consta finalmente que la finca hipotecada tenía un valor de tasación en el momento en que se realizó la operación de 1.948.063,56 euros. Asimismo MECSA se constituyó en dicho instrumento público en fiador, solidariamente con el prestatario, renunciando a los beneficios de orden, excusión y división.
La Administración concursal de MECSA presenta incidente concursal en la que viene a ejercitar la acción de reintegración concursal prevista en el art. 71 L.C. en relación con las operaciones de constitución de la garantía hipotecaria y afianzamiento personal, alegando para ello que se trata de un acto de disposición a título gratuito del art. 71-2 L.C. llevado a cabo a favor de la sociedad matriz TAS, motivo por el que solicita la declaración de ineficacia de tales operaciones así como la cancelación de los asientos registrales practicados en virtud de dicha escritura, solicitando asimismo la declaración de que no existe ninguna contraprestación que restituir por parte de la masa como consecuencia de la rescisión interesada. La Sentencia de fecha 8 julio 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo entiende que la operación aquí impugnada tuvo lugar en el ámbito de una serie de relaciones complejas dentro de un grupo de sociedades, habiendo existido previamente otra serie de operaciones en las cuales TAS había intervenido afianzando solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación y que permiten a excluir el carácter gratuito de la constitución de la garantía real, acordando en atención a ello el rechazo de la demanda. Frente a este pronunciamiento se alza en apelación la Administración concursal de MECSA alegando que se trata de una garantía constituida por la filial por deudas de la matriz en la que debe reconocerse su carácter gratuito dado que aquélla no obtuvo contraprestación alguna ni sus acreedores obtienen tampoco ningún provecho por una financiación concedida en sentido ascendente, insistiendo por tanto en la procedencia de la reintegración solicitada.
SEGUNDO : Del planteamiento hasta aquí reseñado cabe destacar primeramente que nos encontramos ante una sociedad, TAS, que aparece como titular de la totalidad del capital social de otra, MECSA, de donde se extrae inequívocamente que la primera ostenta el control de la segunda. Se trata por tanto de un grupo de sociedades conforme al concepto que aparece recogido en el art. 42 C.Comercio a los meros efectos de consolidación de cuentas y que hace descansar su configuración -tras la redacción otorgada por la Ley 16/2007, de 4 de julio - sobre el criterio del control societario, sustituyendo así el antiguo criterio de la unidad de decisión, lo que viene a limitar la figura del grupo únicamente a aquéllos de estructura jerárquica, vertical o por subordinación, configuración que aparece finalmente incorporada al ámbito concursal que nos ocupa en virtud de lo dispuesto en la Disposición adicional sexta de la Ley concursal -introducida por el número ciento catorce del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre- a cuyo tenor "A los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42-1 del Código de Comercio ".
TERCERO : Sentado lo anterior habremos de comenzar señalando como primera premisa que en materia de constitución de garantías contextuales con personas especialmente relacionadas con el concursado no resulta adecuado apreciar aisladamente el acto impugnado para aplicar sin más la presunción iuris tantum prevista en el art. 71-3-1º L.C., pues para poder determinar si concurre el carácter de acto perjudicial exigido

por la regla general contenida en el art. 71-1 L.C. será preciso examinar el conjunto de la relación jurídica, de manera tal que la determinación del carácter oneroso o gratuito de la operación no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y garante sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación. En palabras de la STS 8 noviembre 2012, se debe "prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto".
En segundo lugar, tratándose de operaciones de refinanciación intragupo como aquí acontece, la cuestión se traslada al concepto de interés de grupo toda vez que puede resultar admisible, bajo ciertos requisitos, el sacrificio patrimonial al que en ocasiones se somete a una de las sociedades precisamente en interés del grupo, teniendo presente que se trata de un interés que se superpone al de los distintos intereses sociales de cada uno de los miembros que lo integran.
En este ámbito hemos de tener presente que la invocación de la defensa del interés de grupo, en cuanto que instrumento para regular los conflictos de intereses que pueden surgir en su seno, presenta ciertos límites que no pueden ser traspasados y que se hacen todavía más manifiestos cuando se trata, como ocurre en el caso presente, de operaciones de garantía constituidas por la filial por deudas de la matriz. Efectivamente, tal y como alega la parte apelante, tratándose de la constitución de garantías en sentido ascendente cabría admitir en principio la gratuidad de la operación puesto que desde la perspectiva de los acreedores de la filial declarada en concurso nada les aporta el que la garantía haya beneficiado verticalmente al grupo. Estos acreedores, al contrario de lo que sucedería en el caso inverso, solo pueden ver satisfechos sus respectivos derechos con el patrimonio de la sociedad concursada, no con el de la matriz. Y en este sentido se pronuncia además nuestro Derecho proyectado al disponer la Propuesta de Código Mercantil en su art. 291-5 que las fianzas de cualquier clase prestadas por la sociedad dominante, así como las hipotecas y prendas constituidas sobre bienes de ésta, en garantía de obligaciones de las sociedades directa o indirectamente dominadas serán eficaces, mientras que por el contrario serán ineficaces las fianzas de cualquier clase, y las hipotecas, constituidas por la dominada en garantía de las obligaciones de la sociedad dominante o de cualquier otra del grupo.
Es por ello que en tales casos no cabe admitir como suficiente para justificar la operación impugnada y para eliminar los atisbos de gratuidad la mera invocación del interés de grupo si ello no aparece revestido de un argumento de refuerzo, habiendo descartado esta Sala (S.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 24 julio 2013) la referencia al interés de grupo cuando se articula como alegación genérica e inespecífica. Tal y como destaca nuestra doctrina concursalista, y como se desprende además de nuestro Derecho comparado (caso Rozenblum en la jurisprudencia francesa, teoria dei vantaggi compensativi en el derecho italiano, y guía legislativa de UNCITRAL) habremos de partir como premisa básica que la defensa del interés de grupo tiene determinadas limitaciones, y que solo podrá prevalecer, primeramente, cuando el sacrificio exigido a la filial no sobrepase sus posibilidades financieras ni ponga en riesgo su supervivencia; y en segundo lugar que, pese a lesionarse el interés de la filial, este perjuicio debe aparecer compensado de alguna otra manera. Para ello será preciso llevar a cabo una labor de ponderación entre los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas que para ella se pueden derivar, si no de manera inmediata al menos en un medio plazo, dando lugar a lo que se ha dado en llamar el test de las ventajas competitivas como criterio para poder apreciar si ha existido la "real reciprocidad de intereses" en que consiste la causa onerosa (en palabras de la STS 13 diciembre 2010) y descartar, en su caso, la gratuidad de la operación de que se trata.
CUARTO : Pues bien, en el supuesto ahora enjuiciado encontramos primeramente que la parte actora nada alega ni acredita en relación con la influencia que pudo tener la constitución de la garantía llevada a cabo por MECSA con la situación de insolvencia a la que finalmente se vio abocada. Pero es que en segundo lugar, y en relación con las ventajas que pudo haber venido obteniendo la ahora concursada MECSA, la Sentencia apelada describe una serie de operaciones en las que la sociedad dominante TAS actuó avalando las obligaciones que era contraídas por la primera, relato que es asumido por la apelante en su escrito de recurso. De este modo podemos aceptar como cierto que en las fechas 26 julio 2011 y 25 abril 2012 el Banco de Santander concedió a MECSA créditos por importe de 500.000 euros, 225.000 euros y 450.000 euros, apareciendo en todos ellos TAS como fiadora solidaria; asimismo con fechas 28 diciembre 2010 y 18 julio 2011 la entidad Bankia concedió a MECSA créditos por importe de 130.000 euros y 100.000 euros, apareciendo también TAS como fiadora solidaria; los días 4 mayo 2010 y 29 julio 2011 el Banco Caixa Xeral concedió a MECSA créditos por importes de 200.000 euros y 290.000 euros, apareciendo también TAS como fiadora; el 12 diciembre 2008 Asturgar concedió a MECSA una línea de avales mediante póliza de "contrato de regularización de relaciones de afianzamiento" por importe de 600.000 euros, operación en la que intervino TAS afianzando a MECSA con renuncia a los beneficios de orden, exclusión y división; el 26 julio 2011 el BBVA concedió a MECSA un préstamo hipotecario por 358.000 euros que fue avalado solidariamente por TAS; y finalmente los días 5 abril 2006, 31 marzo 2010 y 27 julio 2011 la entidad Novacaixagalicia concedió a MECSA créditos por importes de 300.000 euros, 300.000 euros y 450.000 euros, respectivamente, habiendo sido avalados también solidariamente por TAS. A partir de los datos hasta aquí expuestos el Juez de lo Mercantil concluye que "no puede sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto en cuento existen operaciones previas a la hipoteca en las cuales TAS afianza solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación".
No asiste la razón a la parte apelante cuando trata en su recurso de reconducir el análisis de la acción de reintegración que nos ocupa a un examen aislado de la operación ahora impugnada, pues ya hemos razonado que en tales casos resulta preciso llevar a cabo una labor de ponderación del sacrificio patrimonial sufrido por la filial con la constitución de la garantía en relación con las ventajas que de ello se pueden derivar para el grupo de sociedades o para la propia sociedad garante, todo lo cual debe realizarse, a su vez, en el

marco contextual del conjunto de operaciones de financiación en las que han participado todas las sociedades afectadas. A partir de aquí podríamos, no obstante, aceptar que las ventajas compensatorias obtenidas por la filial no son suficientes para destruir la presunción de gratuidad de la garantía real constituida por ella en el caso que admitiéramos como cierta la tesis sostenida por la Administración concursal de MECSA en su recurso, esto es, que las garantías cruzadas constituidas por ambas sociedades no revisten la misma entidad, pues mientras TAS era una sociedad insolvente, sin patrimonio relevante y sin ningún bien inmueble en propiedad, lo que convierte sus avales en una pura formalidad carente de valor alguno, las garantías prestadas por MECSA, por el contrario, tenían un valor muy diferente dado que el patrimonio principal del grupo son las naves de la filial por un importe tasado de 9.156.999,00 euros. Ocurre no obstante que semejante alegación -silenciada, por otra parte, en la primera instancia- se encuentra huérfana de cualquier prueba, y ello por cuanto el único dato que obra en el presente incidente concursal es el que se contiene en la propia escritura de constitución de la hipoteca en el consta como valor de tasación de la finca sita en el Polígono de Silvota, concejo de Llanera, el de 1.948.063,56 euros. Es cierto que en el inventario del activo del concurso de MECSA los terrenos y construcciones de su propiedad aparecen valorados en 11.687.570 euros, de los cuales las 8 naves y oficinas son valoradas por la Administración concursal en 11.687.570,43 euros -sin contar las cargas hipotecariaspero tampoco se acredita en este procedimiento en qué medida dicho patrimonio se ha visto comprometido para garantizar las deudas de la matriz. Y por lo que respecta a TAS resulta llamativo que no se haya aportado a las actuaciones alguna demostración de cuál era su composición patrimonial cuando se concertaron todas aquellas operaciones, o al menos el inventario del activo elaborado con ocasión del concurso de esta sociedad, para poder apreciar así el grado de eficacia que otorgaban las garantías asumidas por ella. Semejante déficit probatorio nos impide conocer si existía, si no bienes inmuebles, al menos algún inmovilizado inmaterial u otro tipo de activos que le permitieran una solvencia suficiente para garantizar en cada momento las operaciones contraídas por su filial, pues lo relevante sigue siendo el hecho de que TAS contribuyó con tales garantías a la consecución de la financiación para MECSA, sin que dispongamos de una prueba cierta acerca de tales avales ningún beneficio le reportaba a esta última.
Descartada por tanto la bondad de tales argumentos, lo que encontramos finalmente de los datos admitidos como ciertos es que la filial MECSA, en el período de tiempo comprendido entre los años 2006 y 2012, acudió a obtener financiación externa de una manera reiterada por un total de 3.903.000 euros, disponiendo en cada una de tales operaciones del aval constituido por la sociedad dominante TAS, todo lo cual debe ser valorado como una contribución patrimonial por parte de esta última a la consecución de tal financiación y con ello a posibilitar que MECSA pudiera continuar operando en el mercado. Es en este contexto, y no de manera aislada, donde debe ser enmarcada la operación ahora enjuiciada por la cual MECSA procede el 26 julio 2011 a constituir una garantía real y una fianza personal para responder de los préstamos solicitados por TAS por un importe total de 763.500 euros, pues el conjunto de circunstancias descritas conduce a entender que entre ambas sociedades ha existido un flujo recíproco de garantías en términos suficientes para poder aceptar la onerosidad de esta última operación. En atención a lo expuesto es por lo que procede el rechazo del recurso y con ello la confirmación de la Sentencia apelada.”: SAP Oviedo (Sección 1) 04.04.2014 (Sentencia 119/2014; Rollo 391/2013)

“PRIMERO : Como datos relevantes para la solución de la presente litis partimos primeramente de la presencia de la mercantil "Talleres Asipo, S.L." -TAS- como titular de la totalidad del capital social de la ahora concursada "Mecánica de Castrillón, S.A." -MECSA- habiendo sido declarado el concurso de esta última mediante Auto de fecha 12 marzo 2012. Asimismo consta como dato pacífico e indiscutido que con fecha 29 julio 2011se formalizó escritura de préstamo con garantía hipotecaria por la cual la "Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra" (hoy "NCG Banco, S.A.") concedía a "Talleres Asipo, S.L." un préstamo por una cuantía de 725.000 euros, procediendo simultáneamente "Mecánica de Castrillón, S.A." a constituir hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre una finca de su propiedad, sita en el Polígono de Silvota (concejo de Llanera), para responder del capital, así como de los intereses ordinarios sin exceder del tipo máximo del 12% anual, del pago de los intereses de demora sin exceder del tipo máximo del 32% anual, y de las costas y gastos hasta un importe máximo igual al 10% de la cifra de capital. Consta finalmente que la finca hipotecada tenía un valor de tasación en el momento en que se realizó la operación de 1.232.500 euros. Asimismo MECSA se constituyó en dicho instrumento público en fiador, solidariamente con el prestatario, renunciando a los beneficios de excusión, división, orden, notificación de incumplimiento y relevación de fianza por prórroga o liberación del fiador.
La Administración concursal de MECSA presenta incidente concursal en la que viene a ejercitar la acción de reintegración concursal prevista en el art. 71 L.C. en relación con la constitución de la garantía hipotecaria y afianzamiento personal, alegando para ello que se trata de un acto de disposición a título gratuito del art. 71-2 L.C. llevado a cabo a favor de la sociedad matriz TAS, motivo por el que solicita la declaración de ineficacia de tal operación así como la cancelación de los asientos registrales practicados en virtud de dicha escritura, solicitando asimismo la declaración de que no existe ninguna contraprestación que restituir por parte de la masa como consecuencia de la rescisión interesada. La Sentencia de fecha 8 julio 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Oviedo entiende que la operación aquí impugnada tuvo lugar en el ámbito de una serie de relaciones complejas dentro de un grupo de sociedades, habiendo existido previamente otra serie de operaciones en las cuales TAS había intervenido afianzando solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación y que permiten a excluir el carácter gratuito de la constitución de la garantía real, acordando en atención a ello el rechazo de la demanda. Frente a este pronunciamiento se alza en apelación la Administración concursal de MECSA alegando que se trata de una garantía constituida por la filial por deudas de la matriz en la que debe reconocerse su carácter gratuito dado que aquélla no obtuvo contraprestación alguna ni sus acreedores obtienen tampoco ningún provecho por una financiación

concedida en sentido ascendente, insistiendo por tanto en la procedencia de la reintegración solicitada.
SEGUNDO : Del planteamiento hasta aquí reseñado cabe destacar primeramente que nos encontramos ante una sociedad, TAS, que aparece como titular de la totalidad del capital social de otra, MECSA, de donde se extrae inequívocamente que la primera ostenta el control de la segunda. Se trata por tanto de un grupo de sociedades conforme al concepto que aparece recogido en el art. 42 C.Comercio a los meros efectos de consolidación de cuentas y que hace descansar su configuración -tras la redacción otorgada por la Ley 16/2007, de 4 de julio - sobre el criterio del control societario, sustituyendo así el antiguo criterio de la unidad de decisión, lo que viene a limitar la figura del grupo únicamente a aquéllos de estructura jerárquica, vertical o por subordinación, configuración que aparece finalmente incorporada al ámbito concursal que nos ocupa en virtud de lo dispuesto en la Disposición adicional sexta de la Ley concursal -introducida por el número ciento catorce del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre- a cuyo tenor "A los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42-1 del Código de Comercio ".
TERCERO : Sentado lo anterior habremos de comenzar señalando como primera premisa que en materia de constitución de garantías contextuales con personas especialmente relacionadas con el concursado no resulta adecuado apreciar aisladamente el acto impugnado para aplicar sin más la presunción iuris tantum prevista en el art. 71-3-1º L.C., pues para poder determinar si concurre el carácter de acto perjudicial exigido por la regla general contenida en el art. 71-1 L.C. será preciso examinar el conjunto de la relación jurídica, de manera tal que la determinación del carácter oneroso o gratuito de la operación no tiene porqué aparecer de la pura relación de fianza entre acreedor y garante sino que en ocasiones podrá venir expresada en el negocio jurídico garantizado o en otras podrá derivarse de la relación previa que ya existía entre el garante y el deudor, lo que exigirá analizar los vínculos de que se trata y el posible flujo de intereses económicos que puedan emanar de esa relación. En palabras de la STS 8 noviembre 2012, se debe "prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto".
En segundo lugar, tratándose de operaciones de refinanciación intragupo como aquí acontece, la cuestión se traslada al concepto de interés de grupo toda vez que puede resultar admisible, bajo ciertos requisitos, el sacrificio patrimonial al que en ocasiones se somete a una de las sociedades precisamente en interés del grupo, teniendo presente que se trata de un interés que se superpone al de los distintos intereses sociales de cada uno de los miembros que lo integran.
En este ámbito hemos de tener presente que la invocación de la defensa del interés de grupo, en cuanto que instrumento para regular los conflictos de intereses que pueden surgir en su seno, presenta ciertos límites que no pueden ser traspasados y que se hacen todavía más manifiestos cuando se trata, como ocurre en el caso presente, de operaciones de garantía constituidas por la filial por deudas de la matriz. Efectivamente, tal y como alega la parte apelante, tratándose de la constitución de garantías en sentido ascendente cabría admitir en principio la gratuidad de la operación puesto que desde la perspectiva de los acreedores de la filial declarada en concurso nada les aporta el que la garantía haya beneficiado verticalmente al grupo. Estos acreedores, al contrario de lo que sucedería en el caso inverso, solo pueden ver satisfechos sus respectivos derechos con el patrimonio de la sociedad concursada, no con el de la matriz. Y en este sentido se pronuncia además nuestro Derecho proyectado al disponer la Propuesta de Código Mercantil en su art. 291-5 que las fianzas de cualquier clase prestadas por la sociedad dominante, así como las hipotecas y prendas constituidas sobre bienes de ésta, en garantía de obligaciones de las sociedades directa o indirectamente dominadas serán eficaces, mientras que por el contrario serán ineficaces las fianzas de cualquier clase, y las hipotecas, constituidas por la dominada en garantía de las obligaciones de la sociedad dominante o de cualquier otra del grupo.
Es por ello que en tales casos no cabe admitir como suficiente para justificar la operación impugnada y para eliminar los atisbos de gratuidad la mera invocación del interés de grupo si ello no aparece revestido de un argumento de refuerzo, habiendo descartado esta Sala (S.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 24 julio 2013) la referencia al interés de grupo cuando se articula como alegación genérica e inespecífica. Tal y como destaca nuestra doctrina concursalista, y como se desprende además de nuestro Derecho comparado (caso Rozenblum en la jurisprudencia francesa, teoria dei vantaggi compensativi en el derecho italiano, y guía legislativa de UNCITRAL) habremos de partir como premisa básica que la defensa del interés de grupo tiene determinadas limitaciones, y que solo podrá prevalecer, primeramente, cuando el sacrificio exigido a la filial no sobrepase sus posibilidades financieras ni ponga en riesgo su supervivencia; y en segundo lugar que, pese a lesionarse el interés de la filial, este perjuicio debe aparecer compensado de alguna otra manera. Para ello será preciso llevar a cabo una labor de ponderación entre los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas que para ella se pueden derivar, si no de manera inmediata al menos en un medio plazo, dando lugar a lo que se ha dado en llamar el test de las ventajas competitivas como criterio para poder apreciar si ha existido la "real reciprocidad de intereses" en que consiste la causa onerosa (en palabras de la STS 13 diciembre 2010) y descartar, en su caso, la gratuidad de la operación de que se trata.
CUARTO : Pues bien, en el supuesto ahora enjuiciado encontramos primeramente que la parte actora nada alega ni acredita en relación con la influencia que pudo tener la constitución de la garantía llevada a cabo por MECSA con la situación de insolvencia a la que finalmente se vio abocada. Pero es que en segundo lugar, y en relación con las ventajas que pudo haber venido obteniendo la ahora concursada MECSA, la Sentencia apelada describe una serie de operaciones en las que la sociedad dominante TAS actuó avalando las obligaciones que era contraídas por la primera, relato que es asumido por la apelante en su escrito de recurso. De este modo podemos aceptar como cierto que en las fechas 26 julio 2011 y 25 abril 2012 el Banco de Santander concedió a MECSA créditos por importe de 500.000 euros, 225.000 euros y 450.000 euros, apareciendo en todos ellos TAS como fiadora solidaria; asimismo con fechas 28 diciembre 2010 y 18 julio 2011 la entidad Bankia concedió a MECSA créditos por importe de 130.000 euros y 100.000 euros, apareciendo también TAS como fiadora solidaria; los días 4 mayo 2010 y 29 julio 2011 el Banco Caixa Xeral

concedió a MECSA créditos por importes de 200.000 euros y 290.000 euros, apareciendo también TAS como fiadora; el 12 diciembre 2008 Asturgar concedió a MECSA una línea de avales mediante póliza de "contrato de regularización de relaciones de afianzamiento" por importe de 600.000 euros, operación en la que intervino TAS afianzando a MECSA con renuncia a los beneficios de orden, exclusión y división; el 26 julio 2011 el BBVA concedió a MECSA un préstamo hipotecario por 358.000 euros que fue avalado solidariamente por TAS; y finalmente los días 5 abril 2006, 31 marzo 2010 y 27 julio 2011 la entidad Novacaixagalicia concedió a MECSA créditos por importes de 300.000 euros, 300.000 euros y 450.000 euros, respectivamente, habiendo sido avalados también solidariamente por TAS. A partir de los datos hasta aquí expuestos el Juez de lo Mercantil concluye que "no puede sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto en cuento existen operaciones previas a la hipoteca en las cuales TAS afianza solidariamente préstamos de MECSA sin aparente contraprestación".
No asiste la razón a la parte apelante cuando trata en su recurso de reconducir el análisis de la acción de reintegración que nos ocupa a un examen aislado de la operación ahora impugnada, pues ya hemos razonado que en tales casos resulta preciso llevar a cabo una labor de ponderación del sacrificio patrimonial sufrido por la filial con la constitución de la garantía en relación con las ventajas que de ello se pueden derivar para el grupo de sociedades o para la propia sociedad garante, todo lo cual debe realizarse, a su vez, en el marco contextual del conjunto de operaciones de financiación en las que han participado todas las sociedades afectadas. A partir de aquí podríamos, no obstante, aceptar que las ventajas compensatorias obtenidas por la filial no son suficientes para destruir la presunción de gratuidad de la garantía real constituida por ella en el caso que admitiéramos como cierta la tesis sostenida por la Administración concursal de MECSA en su recurso, esto es, que las garantías cruzadas constituidas por ambas sociedades no revisten la misma entidad, pues mientras TAS era una sociedad insolvente, sin patrimonio relevante y sin ningún bien inmueble en propiedad, lo que convierte sus avales en una pura formalidad carente de valor alguno, las garantías prestadas por MECSA, por el contrario, tenían un valor muy diferente dado que el patrimonio principal del grupo son las naves de la filial por un importe tasado de 9.156.999,00 euros. Ocurre no obstante que semejante alegación -silenciada, por otra parte, en la primera instancia- se encuentra huérfana de cualquier prueba, y ello por cuanto el único dato que obra en el presente incidente concursal es el que se contiene en la propia escritura de constitución de la hipoteca en el consta como valor de tasación de la finca sita en el Polígono de Silvota, concejo de Llanera, el de 1.232.500 euros. Es cierto que en el inventario del activo del concurso de MECSA los terrenos y construcciones de su propiedad aparecen valorados en 11.687.570 euros, de los cuales las 8 naves y oficinas son valoradas por la Administración concursal en 11.687.570,43 euros -sin contar las cargas hipotecariaspero tampoco se acredita en este procedimiento en qué medida dicho patrimonio se ha visto comprometido para garantizar las deudas de la matriz. Y por lo que respecta a TAS resulta llamativo que no se haya aportado a las actuaciones alguna demostración de cuál era su composición patrimonial cuando se concertaron todas aquellas operaciones, o al menos el inventario del activo elaborado con ocasión del concurso de esta sociedad, para poder apreciar así el grado de eficacia que otorgaban las garantías asumidas por ella. Semejante déficit probatorio nos impide conocer si existía, si no bienes inmuebles, al menos algún inmovilizado inmaterial u otro tipo de activos que le permitieran una solvencia suficiente para garantizar en cada momento las operaciones contraídas por su filial, pues lo relevante sigue siendo el hecho de que TAS contribuyó con tales garantías a la consecución de la financiación para MECSA, sin que dispongamos de una prueba cierta acerca de tales avales ningún beneficio le reportaba a esta última.
Descartada por tanto la bondad de tales argumentos, lo que encontramos finalmente de los datos admitidos como ciertos es que la filial MECSA, en el período de tiempo comprendido entre los años 2006 y 2012, acudió a obtener financiación externa de una manera reiterada por un total de 3.903.000 euros, disponiendo en cada una de tales operaciones del aval constituido por la sociedad dominante TAS, todo lo cual debe ser valorado como una contribución patrimonial por parte de esta última a la consecución de tal financiación y con ello a posibilitar que MECSA pudiera continuar operando en el mercado. Es en este contexto, y no de manera aislada, donde debe ser enmarcada la operación ahora enjuiciada por la cual MECSA procede el 29 julio 2011 a constituir una garantía real y afianzamiento personal para responder del préstamo solicitado por TAS por un importe de 725.000 euros, pues el conjunto de circunstancias descritas conduce a entender que entre ambas sociedades ha existido un flujo recíproco de garantías en términos suficientes para poder aceptar la onerosidad de esta última operación. En atención a lo expuesto es por lo que procede el rechazo del recurso y con ello la confirmación de la Sentencia apelada.”: SAP Oviedo (Sección 1) 04.04.2014 (Sentencia 120/2014; Rollo 392/2013)

AP Pontevedra

“QUINTO Procede ahora examinar si entre ATALFRIGO S.L. y SERVAROSA S.L. existe un grupo de empresas que pueda permitir analizar que la concesión de garantías entre las mismas no tiene carácter gratuito.
Ni la LC ni ninguna norma del ordenamiento jurídico nos ofrece una definición o concreción de lo que debe entenderse por grupo de sociedades o de empresas. Elart. 4 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, dice que "se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyen una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto". Por su parte, elart. 42 del Código de Comercio, que regula la presentación de cuentas de los grupos de sociedades, contempla diversos supuestos de relaciones entre sociedades que les obliga a formular cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, cuya finalidad esencial consiste en la eliminación de los efectos de las operaciones y transacciones intragrupo, para ofrecer así una imagen fiel de

la situación patrimonial de todas las empresas del grupo. Y elart. 87 de la Ley de Sociedades Anónimas define lo que considera sociedad dominante. De todos estos preceptos cabe extraer que la base para la presencia de un grupo de sociedades o de un grupo de empresas es la existencia de una unidad de decisión
La Ley Concursal no contiene tampoco un tratamiento sistemático del fenómeno del grupo de sociedades, sino más bien fragmentario, en los arts. 3.5 (declaración conjunta), 6 (dentro de la documentación que debe acompañar el deudor a la solicitud de concurso), 10.4 (competencia territorial), 25 (acumulación sobrevenida) y 92.5 en relación con elart. 93, al calificar como subordinados los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso. Ninguno de estos preceptos permite tampoco fijar un concepto de grupo de sociedades. La doctrina viene a considerar que la Ley Concursal en esta materia tiene mayor trascendencia procesal que material, que en realidad no regula el concurso del grupo de sociedades o empresas, y no puede hablarse de una normativa de carácter material que pueda suponer un avance en la conceptuación de esta realidad jurídica y económica.
Si bien no dejar de destacar la inclinación del legislador por introducir en la configuración del grupo de sociedades la idea de la existencia de una sociedad dominante, lo que delimita su predilección por una definición que tiene en cuenta la estructura de la dirección, y dentro de las posibilidades de grupos de subordinación y grupos de coordinación, preferir los primeros. Idea perfectamente compatible con el concepto de unidad de decisión o de dirección ya apuntada anteriormente, y que es la preferida en las resoluciones de la jurisdicción mercantil.
Esta unidad de dirección implica unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo, sin perjuicio de que pueda modalizarse en cada una de las entidades agrupadas en el marco de libertad de gestión de cada sociedad. La formación de política común se puede producir de manera centralizada desde la sociedad dominante o por medio de cooperación entre todos los integrantes. Además esta unidad debe afectar al menos al ámbito de la financiación, producción, comercialización y política social. En general, a la política empresarial que normalmente impondrá la sociedad dominante (lo que no impide que ante falta de definición legal también sean admisibles los grupos por coordinación o grupos horizontales o de estructura paritaria), con evidente vocación de permanencia para conseguir un fin común.
En el supuesto enjuiciado únicamente consta la identidad del sustrato personal de ambas sociedades, así como la utilización de su patrimonio de forma conjunta, según se desprende del informe de la administración concursal. Sin embargo, más allá de estas meras alegaciones, no se ha acreditado en modo alguno que tal forma de actuar obedezca a esa unidad de dirección y de decisión encaminada a conseguir un fin común del grupo con una definida unidad de política empresarial. Tal actuación puede tener su explicación, simplemente, en el carácter familiar de las sociedades, y el escaso respeto a la independencia patrimonial de cada una de las sociedades, entre ellas y respecto de los propios socios, que deriva de su separada personalidad jurídica, pero sin la idea de unidad de decisión o dirección antes expuesta como definidora de un grupo de sociedades. Ni siquiera existen elementos para revelar si, en tal caso, estaríamos ante la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia (grupos verticales o de estructura jerárquica) o de grupos por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria).
SEXTO Despejada la duda sobre la inexistencia, o al menos falta de acreditación, de grupo de sociedades o grupo empresarial, y por lo tanto la innecesariedad de tratar la cuestión de si los actos de disposición de los miembros de un grupo empresarial no pueden considerarse gratuitos, la cuestión central que plantea la parte recurrente es si en el supuesto examinado la garantía real constituida sobre bien propio pero respecto de una deuda ajena, de tercero, tiene carácter gratuito u oneroso, y en su caso, si ha supuesto un perjuicio patrimonial para la masa activa, como exige elart. 71.1 LC.
Para resolver esta cuestión debe tenerse en cuenta como hecho central que el 19 de abril de 2007 BANCO DE GALICIA entrega en concepto de préstamo a ALTAFRIGO S.L. la suma de 540.000 euros, garantizándose la devolución mediante la constitución, en la misma escritura, de garantía hipotecaria sobre una finca propiedad de SERVAROSA S.L.. El 30 de octubre de 2007 ALTAFRIGO S.L suscribe otro préstamo por importe de 300.000 euros con el BANCO DE GALICIA en el que vuelve a comparecer como garante hipotecario SERVAROUSA S.L. El bien gravado había sido adquirido por SERVAROUSA S.L. el día 4 abril de 2007, siendo el principal activo de dicha mercantil.
Debe observarse que, de la lectura de la escritura pública en que se contiene el contrato de préstamo con garantía hipotecaria ninguna contraprestación recibe la concursada por acceder a establecer una garantía hipotecaria sobre su principal activo pero en beneficio de la obligación de un tercero que es el titulado prestatario.
Señala laSAP Barcelona, sección 15ª, de 6 de febrero de 2009 (JUR 2009, 172445) que: "Elart. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La ineficacia propugnada con esta acción es la propia de la rescisión aunque su fundamento radica exclusivamente en el perjuicio. El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC): o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC). La administración concursal invocó uno de estos dos supuestos, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de otras que las sustituyan, para justificar la concurrencia del perjuicio.
En cualquier caso, para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar que: se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76

LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso u la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.....".
En el supuesto de garantía real prestada a favor de un tercero, por obligación ajena, dicha garantía será onerosa si el garante ha recibido del deudor o del acreedor alguna contraprestación, la cual puede constar en el propio contrato que incluye la garantía o bien de forma independiente entre algunos de los integrantes de esa relación trilateral. Ahora bien, esta garantía, como el resto de negocios jurídicos, sin exigir un justo precio, si exige una contraprestación que despeje la apariencia de gratuidad.
En el supuesto sometido a examen no consta contraprestación alguna que impida considerar la gratuidad de la garantía al no constar, a pesar de la importancia cuantitativa de la operación y de su documentación en escritura pública, una contraprestación en dicho contrato. Pero tampoco consta documentado ningún otro negocio jurídico en que se prevea la misma. A tal fin resulta harto insuficiente el hecho de que la prestataria haya realizado algún pago en beneficio de la concursada, pues se desconoce el concepto en virtud del cual se procede, y además resulta altamente desproporcionado en relación con la relevancia de la garantía prestada ya que se hace alusión a pagos que rondan los 200.000 euros, cuando la garantía se presta por una deuda de 850.000 euros. A ello debe añadirse que, como señala la sentencia de instancia, el informe de la administración concursal incluye un crédito de la concursada contra la prestataria ATALFRIGO S.L. por importe superior a la suma de 200.000 euros, por lo que no hay razón para pensar que aquellos ingresos no obedezcan al pago de este crédito.
En consecuencia, esta gratuidad lleva a presumir, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio patrimonial a la masa activa que justifica la éxito de la acción de reintegración ejercitada al amparo delart. 71.1 y 2 LC.": SAP Pontevedra 18.11.2009 (AC 2010/34; Sentencia 570/2009; Rollo 632/2009)

"SEGUNDO.-Que la realización de la actividad empresarial puede llevarse legítimamente a cabo organizando la empresa a través de un conjunto policorporativo de la más variada tipología, por las más diversas razones (de diversificación de riesgos, de especialización de la actividad, de flexibilización de la organización o por mera conveniencia financiera), es cosa que no merece mayor justificación. Bastará con reforzar la afirmación con la consideración de que esta opción del empresario entronca directamente con valores constitucionalmente protegidos (arts. 33 y 38 CE).
El art. 42 del Código de Comercio no sólo sigue siendo el precepto básico para definir los grupos, sino que ha ido ganando una importancia decisiva con las últimas reformas legales, especialmente con las leyes de Sociedades de Capital y de reforma concursal. De esta manera, el único concepto de grupo con el que cabe operar en materia mercantil es el concepto contable de grupo consolidable. Así, y desde esta perspectiva estrictamente positiva, el elemento definidor de la "dirección económica unitaria" ha perdido peso en favor del elemento del control por parte de la dominante de la filial.
En efecto, el art. 42 sufrió, como es sabido, una modificación esencial fruto de la Ley de Reforma Contable 17/2007 en dos aspectos fundamentales: a) la exclusión del fenómeno de los grupos horizontales de coordinación, al limitar al concepto al grupo de subordinación en el que existe una dominante y una o varias sociedades dominadas o filiales; b) la sustitución del concepto de "unidad de decisión" por el de control (concepto definido en el PGC como "el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades".
Por ello, puede decirse que los elementos del concepto de grupo consolidable, extendido, como acaba de indicarse, a toda la realidad policorporativa, serían los siguientes:
a) la posición dominante sólo puede ocuparse por una sociedad, no por persona física que "ostente directa o indirectamente el control" de otra u otras sociedades.
b) cuándo existe este control es cuestión de hecho, cuya prueba se facilita por medio del sistema de presunciones (mayoría de derechos de voto o posibilidad de lograrla con acuerdos con terceros, facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los componentes del órgano de administración, en esencia)
Los problemas de la más variada índole que plantean las empresas policorporativas surgen de una dialéctica permanente de tensión entre los intereses de la sociedad dominante y los de las filiales, que conservan su propia personalidad jurídica, así como entre el interés del grupo y los socios y acreedores externos.
En el ámbito que ahora ocupa, -el de la rescisión concursal-, el conflicto se sitúa en la identificación y efectos del concepto de "interés de grupo", como concepto jurídico indeterminado que explica las concretas operaciones enjuiciadas desde una perspectiva superior que la meramente individual de cada sociedad-isla. Su correcta determinación obliga a atender a las circunstancias del caso concreto, pero pueden apuntarse algunas premisas generales.
La primera indicación para identificar este interés superior, como deriva de su propia naturaleza, será la de subrayar la necesidad de contemplar la operación cuya rescisión se pretende en su conjunto, con ponderación de los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas obtenidas por la dominante o por el grupo en su conjunto o, incluso, por las ventajas "compensatorias" obtenidas por la propia filial como participante de las "sinergias creadas por el grupo".
En el caso de la constitución de garantías por parte de la filial en favor de la dominante o de una sociedad "menos saludable" del grupo obliga, pues, a analizar, las compensaciones que aquélla haya podido obtener, bien directamente, bien por los beneficios o "sinergias" que pudieran reportarle por haber beneficiado a todo el grupo.
De no identificarse este interés superior, -en la globalidad de la operación-, se estará ante un acto gratuito, que cae bajo el ámbito de la presunción iuris et de iure y asegura el éxito de la rescisión de la operación.
Una garantía constituida por la sociedad concursada, filial del grupo, vinculando su propio patrimonio a la

suerte de una obligación contraída por un tercero, (dominante o sociedad hermana) de manera contextual, formando parte de la causa económica del contrato, en línea de principio, y como argumenta la entidad recurrente, no es un acto gratuito, por lo que no juega la presunción de perjuicio iuris et de iure. No lo es porque el crédito se concede porque el deudor concursado lo garantiza y obtiene con ello una compensación, que no tiene por qué ser necesariamente el correlativo ingreso de un activo patrimonial, sino que puede consistir en una ventaja indirecta, financiera o comercial, por ejemplo.
Esto es a lo que parece referirse el art. 2497 del Códice Civile italiano, tras la reforma de 2003, cuando precisa que no existe responsabilidad de los administradores de la dominante "cuando el daño resulta inexistente a la luz del resultado conjunto de las actividades de dirección y coordinación, o bien es íntegramente eliminado incluso como consecuencia de operaciones dirigidas a ese fin".
No resulta fácil en ocasiones convencer de la bondad del " *test de las ventajas compensatorias* " para la filial concursada, análisis que, como es bien sabido, debe realizarse en atención a las concretas circunstancias existentes en el momento en que se realizó la operación financiera, no en atención a las concurrentes en el momento en que se declaró la insolvencia.
Hasta aquí, como se ve, razonamos de forma paralela a como propone el recurso. Sucede que al proyectar esta argumentación sobre los hechos objeto del proceso encontramos un vacío probatorio evidente.
Por de pronto, de los datos aportados por el recurrente y, sobre todo, de la prueba aportada al proceso, nos encontramos cómo no podemos afirmar la existencia de un grupo de empresas, en el sentido del art. 42 del Código de Comercio, en relación con la Disposición Adicional Sexta de la LC. El hecho de que así haya podido ser considerado por la administración concursal al calificar un crédito como subordinado es claro que no vincula a la Sala.
Así lo afirmamos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012, (recurso 891/2011, ponente Sr. Menéndez Estébanez) ante una idéntica situación de hecho, pues el litigio se sostenía entre las mismas partes: "... *sin embargo, más allá de estas meras alegaciones, no se ha acreditado en modo alguno que tal forma de actuar obedezca a esa unidad de dirección y de decisión encaminada a conseguir un fin común del grupo con una definida unidad de política empresarial. Tal actuación puede tener su explicación, simplemente, en el carácter familiar de las sociedades, y el escaso respeto a la independencia patrimonial de cada una de las sociedades, entre ellas y respecto de los propios socios, que deriva de su separada personalidad jurídica, pero sin la idea de unidad de decisión o dirección antes expuesta como definidora de un grupo de sociedades. Ni siquiera existen elementos para revelar si, en tal caso, estaríamos ante la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia (grupos verticales o de estructura jerárquica) o de grupos por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria)."* Y añadíamos ante la misma situación de hecho: "... *en el supuesto enjuiciado además, la coincidencia del sustrato personal se alega, pero ni siquiera consta prueba al respecto. Ni siquiera su inclusión en el supuesto del art. 42 CCo. y la realización de cuentas consolidadas, a que se remite la actual Ley Concursal, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, cuando establece en la Disposición adicional sexta que A los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el art. 42.1 del Código de Comercio* ".
Esta misma ausencia de soporte probatorio se apreciaba, por tanto, en relación con la propia existencia del grupo, pero también con respecto a los hechos que fundamentaban aquél concepto legitimador del "interés del grupo" como causa de enervación de la presunción del carácter gratuito de la operación, y, -se insiste-, ante la misma situación de hecho concluíamos: " *Finalmente reseñar que, en supuestos como el presente de constitución de una hipoteca sobre bien propio en garantía de la deuda de un tercero, no se aprecia, a priori y salvo que se acredite lo contrario, un equilibrio entre la salida que significa la constitución de una garantía y la entrada correlativa de un elemento del activo. El equilibrio sólo puede entenderse producido si se recibe una remuneración suficiente. No es el caso. La constitución de garantías reales, con carácter general, implican una disminución aunque sea cualitativa del valor de los bienes sobre los que recae, al estar sujetos a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en el mercado, reduciéndose la posibilidad de obtener crédito pues se reduce su función de garantía al estar ya gravados. Tal hecho provoca un perjuicio objetivo al resto de acreedores que no tienen garantizado su crédito, ya de los acreedores existentes en aquel momento como de los posteriores, sin que resulte relevante que, con el paso del tiempo, existen cambios subjetivos al devenir otros en acreedores y otros dejar de tener tal condición."*
Idéntica solución, por tanto, ante unos mismos hechos, debemos adoptar en este lugar: ni consta la existencia de un grupo, en el sentido concursal del término, ni se aportan razonamientos que permitan identificar aquél interés superior.
Se desestima el recurso. “:SAP Pontevedra (Sección 1) 05.02.2013 (Sentencia 66/2013; Rollo 679/2012)

“PRIMERO.-En el presente proceso de incidente concursal, promovido por la Administración concursal de la concursada entidad "Minera de Rocas SLU", en ejercicio de una acción de reintegración al amparo del art. 71 de la LC, en pretensión de que se declare la rescisión y consiguiente ineficacia de las garantías personales constituidas por la mercantil "Minera de Rocas SL" en la financiación otorgada por la entidad bancaria "NCG Banco SA" a la mercantil "Euro Roca SL", y a que se hace referencia en el hecho segundo de la demanda y, en consecuencia, de que se declare también la exclusión de la totalidad de los créditos reconocidos en la lista de acreedores de "Minera de Rocas SL" a favor de "NCG Banco SA" con motivo de las garantías personales constituidas por la concursada en la financiación otorgada a "Euro Roca SL", en orden a encontrarnos ante un supuesto de actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, frente a la sentencia de instancia estimatoria de la demanda recurre en apelación la entidad bancaria "NCG Banco SA".
SEGUNDO.-En la resolución impugnada, el Juzgador de instancia fundamenta sustancialmente su decisión en las siguientes consideraciones: 1) que la circunstancia de que fiadora y afianzada pertenezcan al mismo grupo de empresas no significa por sí solo que nos hallemos ante actos negociales de carácter oneroso, sin perjuicio

de que también se venga a presumir el perjuicio patrimonial, con carácter "iuris tantum", en el caso de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionados con el concursado; 2) que, de partida, el criterio predicable es que los gravámenes constituidos sobre bienes propios por deuda ajena deben considerarse gratuitos, resultando exigible para pretender una conclusión contraria la prueba de la concreta contraprestación recibida; y 3) que la mera invocación de un interés de grupo no es suficiente para justificar el carácter oneroso de los actos de afianzamiento denunciados, debiendo analizarse el alcance y ventajas de cada operación para la concursada fiadora.
Terminando el Juzgador por concluir, a la vista de los datos obrantes en los autos, la gratuidad de las operaciones de afianzamiento, causantes, por lo tanto, de perjuicio patrimonial a la concursada "Minera de Rocas SL", cuyos acreedores ven disminuidas sus expectativas de cobro por el aumento de la masa pasiva sin que hubiera habido en el momento de la contratación un aumento correlativo de la masa activa.
TERCERO.-En su escrito de interposición de recurso de apelación, la demandada recurrente entidad bancaria "NCG Banco SA" interesa la desestimación de la demanda con base en las sustanciales alegaciones que seguidamente se pasan a exponer.
Así, se indica que las pruebas aportadas por la recurrente han venido a acreditar que las garantías otorgadas tenían plena justificación al tratarse de dos sociedades fuertemente relacionadas en las que la supervivencia de una redunda en el beneficio de la otra y viceversa.
En tal sentido, se ha demostrado: 1) que "Minera de Rocas SL" (en adelante MR) y "Euro Roca SL" (en adelante ER) tienen el mismo objeto social y actividades complementarias, al punto de no ser casual dicha identidad de negocio sino que obedece a un plan empresarial derivado de la circunstancia de que ER fue la sociedad matriz de MR (incluso en calidad de socio único) hasta que, en el contexto de una reorganización empresarial se traspasa la participación en MR a su actual socio, la entidad "Grupo Mario Puentes SL"; 2) que MR y ER son clientes recíprocos, con fuerte vinculación comercial, hasta el punto que MR vende o compra a ER cantidades muy significativas de activos; 3) que ER es el principal cliente de MR, hasta el punto de que MR ha declarado que en el ejercicio 2010 vendió a ER la nada despreciable cifra de 665232,70 euros, lo que representaba del orden del 15% de su cifra de negocio total; y 4) que ER y MR se prestan habitual y recíprocamente asistencia para la obtención de financiación.
Con lo cual, el otorgamiento de las fianzas tenía plena justificación en el contexto societario y empresarial de ambas sociedades, toda vez que la supervivencia de ER redundaba directamente en beneficio de MR que, de esta manera, mantenía la actividad de uno de sus principales clientes.
Pudiendo concluirse, en el plano jurídico, la inexistencia de un acto a título gratuito en la constitución de las garantías objeto de controversia. Dada la razonabilidad económica de los avales prestados por MR a favor de ER.
Así, se sostiene que no nos encontramos en el supuesto contemplado en el art. 71-2 de la LC.
Por lo demás, el TS (en sentencia de fecha 8/11/2012) ha aclarado que el otorgamiento de garantías por una sociedad de grupo a favor de otra no puede declararse "per se" perjudicial para la masa activa de la garante, toda vez que debe analizarse el contexto en que se otorgaron tales garantías dado que si existía justificación para ello la garantía no es rescindible aunque sea onerosa (que no perjudicial) para la masa activa de la garante.
Y, en el presente caso, la solvencia de ER garantiza la actividad de MR. Por tanto, siendo evidente que la obtención conjunta de financiación por ER y MR obedece a una situación patrimonial y empresarial determinada y tiene plena justificación económica al redundar en un mutuo beneficio, no puede calificarse el otorgamiento de los avales como un acto a título gratuito ex art. 71-2 de la LC, lo que determina la estimación del recurso.
CUARTO.-Como pone perfectamente de relieve la SAP Madrid, de fecha 14/6/2013, la finalidad de la rescisión concursal es la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso para así posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal.
En tal sentido, el art. 71-1 de la LC permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
Disponiendo aquel precepto, en sus siguientes apartados, junto a supuestos de presunciones "iuris et de iure" y "iuris tantum" del requisito de perjuicio patrimonial (apartados 2 y 3, respectivamente), que fuera de tales supuestos la prueba del perjuicio patrimonial corresponde al promovente de la acción rescisoria (apartado 4 del artículo).
El presupuesto del perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso se convierte así en la pieza clave de la rescisión concursal. Abarcando dicho concepto de perjuicio no solo los actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase sino también aquellos que comportan una alteración del principio general de la "par conditio creditorum".
Dentro del amplio abanico de actos llevados a cabo por la persona concursada susceptibles de poder ser rescindidos se encuentran los de constitución de garantías, tanto personales (avales o fianzas) como reales (prendas o hipotecas) en favor de terceros. Mediante este tipo de operaciones deudas ajenas se ven garantizadas con el patrimonio del garante, a la postre concursado, y de forma directa y en su más amplia extensión en los casos de los afianzamientos solidarios, en los que el fiador no goza de los beneficios de excusión y división.
Particularmente, la operativa de constitución de garantías en favor de terceros se ofrece frecuente, al tiempo que más compleja su catalogación como de tipo gratuito u oneroso, en el ámbito de las sociedades mercantiles pertenecientes a un mismo grupo empresarial (cuál el caso aquí examinado), presididas fundamentalmente por el designio del interés de grupo.

En tales supuestos, en atención a no encontrarnos ante un caso típico y claro de acto dispositivo a título gratuito y advertirse la posible obtención de una ventaja económica por parte del garante más allá de la mera liberalidad se estima procedente, siquiera de partida, la exclusión de la aplicación de la presunción "iuris et de iure" de perjuicio patrimonial del art. 71-2 de la LC. De modo que, para concluir la naturaleza gratuita u onerosa de tales actos y, por ende, la posibilidad o no de acordar su rescisión, se hace preciso analizar la concurrencia o no de la existencia de una contrapartida para el garante, en términos tales que permita entender justificado el sacrificio patrimonial realizado con la prestación de la garantía.
Sentado lo anterior, el supuesto sometido a enjuiciamiento nos plantea un caso de afianzamiento solidario por la concursada "Minera de Rocas SL" de obligaciones personales de la entidad "Euro Roca SL" contraídas con la entidad bancaria "NCG Banco SA" en orden a la obtención de financiación, consistentes en un préstamo personal a interés variable, de fecha 4/8/2011, por importe de 950000 euros, en una póliza para descuento de efectos, de fecha 4/8/2011, por importe de 1050000 euros, y en una póliza para operaciones de comercio exterior, de fecha 4/8/2011, con un límite por importe de 1780000 euros, que fue objeto de ampliación a 2380000 euros en fecha 16/2/2012. Y en que "Minera de Rocas SL" (MR) y "Euro Roca SL" (ER) son mercantiles pertenecientes al mismo grupo de sociedades (art. 42 del Código de comercio), en el que la sociedad dominante "Grupo Mario Puentes SL" resulta ser el socio único de MR desde el año 2010 y ostenta el 92% de las participaciones sociales de ER.
Los precedentes jurisprudenciales, anteriores a la entrada en vigor de la LC, en torno a la conceptuación de las garantías otorgadas por una entidad de un grupo de empresas a favor de otra sociedad del grupo no atribuyen precisamente a las mismas un carácter gratuito.
Así, en la STS de fecha 19/9/2002 se recoge que "En este motivo, se alega que la sociedad (...) codemandada y allanada, hipotecó fincas de su propiedad en garantía de deuda ajena, de (...) también codemandada y allanada, en beneficio del acreedor de ésta "Iberia, líneas aéreas de España SA". Lo cual es cierto, pero también es cierto que tanto una como otra sociedad pertenecían al mismo grupo Pons y no pueden considerarse gratuitos los actos de disposición que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico -grupo- tal como consta como hecho acreditado en la sentencia de instancia".
Y, en la STS de fecha 10/11/2003, se indica que "El motivo se ha construido con total olvido de que la sentencia recurrida ha considerado que TAFUR SL forma parte de un mismo grupo de empresas, y que entra en el ámbito constituido por su objetivo social la realización de aquellos actos cuya finalidad es apuntalar la situación económica de una sociedad del mismo grupo al que aquella pertenece, situación económica de la que depende su propia liquidez y a veces su supervivencia. Por ello negó que el acuerdo de constitución de las hipotecas fuese en este caso un acto de liberalidad ajeno al interés social de TAFUR SL".
De otra parte, en la reciente STS de fecha 8/11/2012, por lo que hace a las garantías contextuales, en relación a la onerosidad de tales garantías por deuda ajena, se señala que "No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma- y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibrados, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado", así como que "El ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto", para finalmente, por lo que se refiere al aspecto más concreto del perjuicio en las garantías de obligaciones de sociedades del mismo grupo, precisar que "el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo- hace que las garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco".
Con arreglo a tales posicionamientos, se advierte la necesidad del análisis de las operaciones de afianzamiento litigiosas teniendo en cuenta el marco de actuación en que tiene lugar su realización (entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo de empresas) y en atención a los factibles beneficios que su constitución es susceptible de reportar para la entidad garante, que, con posterioridad, es declarada en concurso. Y, también, procediendo a dicha labor de análisis conforme a la situación existente al tiempo de constitución de tales garantías, como precisa la precitada STS de fecha 8/11/2012.
Debiendo tener presente que la mera invocación de un interés de grupo resulta insuficiente para poder excluir el carácter gratuito de los afianzamientos, siendo necesario, además, que se pueda identificar un interés económico para la fiadora concursada que justifique la asunción por la misma de tal clase de garantías.
Pues bien, sobre la base de tales premisas, en el supuesto contemplado, aparte de la integración de la entidad garante MR y la entidad afianzada ER en el mismo grupo de empresas ("Grupo Mario Puentes SL"), se ha venido a acreditar una relación de notable interdependencia entre ambas entidades, por la complementariedad de sus respectivos objetos sociales y actividad empresarial (consistente la de MR en la explotación de toda clase de recursos mineros y la comercialización en España y en el extranjero de los productos extraídos, y la de ER en el aserrado y tratamiento de granito y su posterior comercialización en los mercados regional, nacional e internacional), al punto de figurar ER en el listado de clientes de MR, con una importante cifra de negocios que, por ejemplo, en el año 2010, alcanzó a ser de 674076,05 euros (según declaración modelo 347 de la concursada MR correspondiente a dicho ejercicio), del orden de un 10% del volumen total de facturación de MR.
Por otro lado, igualmente se constata la correspondencia en la prestación de garantías para la obtención de

financiación por parte de ER a favor de MR, siendo prueba de ello sendas operaciones negociales de préstamos personales, de fechas 23/7/2010 y 24/9/2010, por importes de 300000 euros y 140000 euros, respectivamente, cuya aportación a los autos la ha llevado a cabo la demandada "NCG Banco SA", y en las que MR figura como prestataria y ER como fiadora solidaria.
Lo anterior cuando menos evidencia la muy posible existencia de un interés económico (contrapartida) en los afianzamientos litigiosos (respecto de operaciones que no hay que olvidar se reconoce asimismo garantizadas mediante hipoteca constituida sobre una finca urbana propiedad de ER) por parte de la garante concursada MR, de entidad suficiente para hacer inaplicables las presunciones legales de perjuicio patrimonial y desplazar la carga de la prueba de la gratuidad en la prestación de las garantías a la parte demandante promovente de la acción rescisoria (art. 71-4 LC), en este caso la Administración concursal de la concursada MR, quién, pese a contar con una mayor facilidad y disponibilidad probatoria al respecto, se ha limitado a aportar la documentación relativa a las operaciones de préstamo y de financiación en las que se constituyen las garantías por la concursada junto al escrito de comunicación de créditos de la entidad bancaria "NCG Banco SA" en el concurso de MR.
En consecuencia, entendiendo improbado el perjuicio patrimonial, procede la desestimación de la demanda, conllevando ello la estimación del recurso de apelación y consiguiente revocación de la sentencia de instancia impugnada. “:SAP Pontevedra (Sección 1) 23.12.2013 (Sentencia 481/2013; Rollo 474/2013)

“QUINTO.-Una conclusión que se extrae sin dificultad de los términos del acuerdo es que el importe de más de 45 millones de euros tenía por finalidad refinanciar la deuda bancaria de la matriz, reestructurando su deuda con nuevos plazos, periodos de carencia, pólizas de financiación.....Pero no, en lo que ahora interesa, de la concursada VAZQUEZ REY S.U.L. pues, como bien reconoce una de las apelantes (BBVA al folio 11 de su recurso), la concursada carecía de deuda bancaria con las codemandadas, por ello resulta inocua la invocación a los términos del contrato para que se considere que existió también una refinanciación de deuda de esta filial, lo que también se refleja en el anexo 1 del contrato de financiación en el que no consta deuda preexistente alguna a refinanciar a nombre de VAZQUEZ REY S.U.L.(folio 250 vuelto y ss.).
De igual forma, constando en el informe de la administración concursal, debe partirse del dato objetivo de que mediante el acuerdo de refinanciación diseñado, la filial garantiza obligaciones ajenas, en este caso de su matriz principalmente, por más de 45 millones de euros, muy superior a sus fondos propios, siendo su patrimonio no superior a los 36 millones de euros, por lo que resulta evidente que ha comprometido con tales garantías todo su patrimonio y por lo tanto su propia existencia y viabilidad.
Frente a esta aparente inutilidad directa del acuerdo de refinanciación en favor de la concursada VAZQUEZ REY S.U.L., al margen del genérico interés de grupo que eliminaría la consideración de gratuidad de las garantías reales y personales prestadas por esta filial, se alega por las recurrentes que el acuerdo de refinanciación con un creíble plan de viabilidad, evitó la segura desaparición del grupo, concedió más plazo al grupo de empresas, más un amplio periodo de carencia, se mejoran las condiciones de devolución, permitió que la filial se financiaría a costa del grupo de empresas y, por supuesto, se ha beneficiado del mantenimiento de las relaciones comerciales con todas las empresas del grupo, continuando su actividad en el mercado con sus clientes y proveedores del mismo modo a como lo venía haciendo habitualmente, obteniendo financiación para ejercer su actividad. Cuando menos, como señala la recurrente BBVA, la filial habrá obtenido el beneficio del volumen de negocio que ha seguido manteniendo con su matriz, así como el beneficio, ciertamente no cuantificable, pero innegable, que para la filial supuso la continuación del grupo.
SEXTO. -Sin embargo, todo sigue siendo excesivamente genérico e inespecífico. Que exista un interés de grupo en la realización de la operación que ha supuesto la refinanciación de la sociedad matriz esencialmente, y en menor medida de dos filiales, no significa que exista una clara contraprestación o ventaja en favor de la sociedad filiar que ahora nos interesa, respecto de la que no se ha acreditado un beneficio concreto. Este no puede considerarse como el volumen de negocio que mantiene con su matriz o las otras filiales pues además de no concretarse el alcance de este volumen de negocio, nada nos dice sobre la posibilidad de la concursada de haber suplido ese volumen de negocio en el mercado, operando con otras sociedades. No consta que la filial concursada VAZQUEZ REY S.L.U. obtuviera beneficio alguno, al menos directo, del mismo acuerdo de refinanciación en el que interviene como garante de su matriz, ni tampoco que se haya financiado a través de la continuidad de la actividad de las otras sociedades del grupo. Solo consta que, conforme a la Declaración anual de operaciones (modelo 347) del ejercicio 2011, se deduce que el volumen de negocio para la filial con su matriz es un 15% del total de operaciones, y para la matriz no significa ni el 1/5%.
No cabe duda que los grupos de sociedades son una realidad económica y jurídica, y que la pertenencia a un grupo de sociedades refuerza las relaciones económicas y empresariales de las integrantes del grupo, mejorando su posición estratégica en el mercado. Pero este reconocimiento no ha ido acompañado de la plasmación jurídica que se pretende. No todo está justificado en nombre del grupo de sociedades cuando en nuestro derecho sigue imperando con claridad el reconocimiento de la personalidad jurídica de cada sociedad mercantil, su autonomía e independencia respecto de otras sociedades sin perjuicio de los juegos de mayorías y participaciones en el capital social, frente a la inexistencia de la consideración del grupo de sociedades como una superestructura jurídica reconocida como algo diferente de las sociedades que la conforman. Más concretamente, después de la reforma operada por la ley 38/2011, la Disposición Adicional Sexta solo remite al art. 42.1 CCo. para dar un concepto concursal de grupo de sociedades, si bien, como es sabido, tal precepto con un matiz claramente contable respecto de la consolidación de cuenta. Pero poco más ya que la Ley Concursal no contempla al grupo de sociedades como un ente con suprapersonalidad jurídica, sino que a lo más, prevé la acumulación de concursos de sociedades del mismo grupo y su tramitación coordinada, pero sin confusión de masas (arts. 25 a 25 ter LC).
Por lo tanto en el sistema de protección a los acreedores que significa la acción de reintegración concursal, para mantener la integridad de la masa activa, deshaciendo operaciones perjudiciales para ella, por supuesto

esta es la de la sociedad concursada, por lo que es necesario, en operaciones como la presente en que la sociedad filial ha garantizado con su patrimonio deuda ajena de la sociedad matriz, examinar si tal operación que en si misma implica un perjuicio pues la realización de la garantía supondrá la enajenación forzosa de sus bienes, su despatrimonialización y su desparación, ha producido algún beneficio concreto que haga desaparecer la apariencia de gratuidad que lleva a la aplicación de la presunción, sin posibilidad de prueba en contrario, del art. 71.2 LC o, en su caso, si el beneficio o la concreta ventaja patrimonial es suficiente para entender que no se ha producido el perjuicio a la masa activa.
En consecuencia, el interés de grupo, en cuanto interés común del grupo, debe respetar también el interés de cada una de las sociedades integrantes, de forma que al amparo de tal interés no se puede justificar un perjuicio para alguno de sus miembros, pues sería contrario a nuestro ordenamiento que protege a las concretas sociedades, al menos sino se acredita una adecuada compensación o ventaja.
Resulta difícil apreciar un beneficio concreto en el supuesto que ahora se examina pues la sociedad concursada prestó garantía real y personal en garantía de deudas de su matriz, sin contraprestación alguna conocida y debidamente identificada. Garantías que, además, ya en el momento de concertarse, comprometían seriamente su viabilidad pues se garantizaban deudas por valor muy superior al patrimonio total de la ahora concursada.
El interés de grupo que podía existir para llevar a cabo el acuerdo de refinanciación no se ha acreditado que pueda considerarse por sí mismo contraprestación que elimine la gratuidad de la operación para VAZQUEZ REY S.L.U., lo que por aplicación del art. 71.2 LC conlleva la presunción iures et de iure de perjuicio patrimonial. Pero aun cuando pudiera considerarse de algún modo oneroso dejando entrever algún beneficio o contraprestación que pueda significar ese interés de grupo para la filial garante, debe examinarse si esa contraprestación es proporcional y equilibrada en función de la garantía prestada, para determinar si no existe perjuicio para la masa activa. Debe realizarse un balance entre los sacrificios y ventajas. En lo que ha venido a denominarse doctrina de las ventajas compensatorias, con buen criterio, se exige que debe preverse una compensación adecuada, proporcional, y además cierta, no hipotética o virtual, y que el acto debe respetar la supervivencia de la sociedad, el acto no podrá ser determinante de que la sociedad quede en estado de insolvencia.
Como se ha venido sosteniendo, no solo no se ha acreditado un beneficio concreto en favor de la sociedad garante, sino que la operación ha significado comprometer todo su patrimonio y viabilidad de forma tal que, el incumplimiento de las obligaciones de la matriz, que termina en concurso de acreedores, arrastra al concurso de acreedores a la filial garante incapaz de hacer frente a las obligaciones garantizadas. Y en dicho concurso sus acreedores se verán postergados por los acreedores privilegiados que lo eran en realidad de su matriz. Todo lo cual conforma el concepto de perjuicio patrimonial contra la masa que ha venido sosteniendo esta Sección en línea con la mayoría de la jurisprudencia, no pudiendo asumirse un sacrificio patrimonial desproporcionado en operaciones de esta naturaleza.
En realidad la argumentación de las entidades financieras en cuanto a la existencia de interés de grupo como justificación de toda suerte de beneficios, implicaría que nunca podría impugnarse ningún acto de financiación intragrupo, lo que no parece acomodarse a las previsiones de la Ley Concursal que incluso ha previsto presunciones de perjuicio por operaciones realizadas entre personas especialmente relacionadas con el deudor como son las sociedades del grupo (artículos 71.3.1 º y 93.2.3º LC).Presunción de perjuicio patrimonial que también resultaría aplicable al caso examinado si llegara a considerase de algún modo onerosa la operación.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 29.04.2014 (Sentencia 153/2014; Rollo 587/2013)

AP Segovia

“En glosa de esa normativa, la STS 652/2012, de 8 de noviembre, en su fundamento segundo que titula *las garantías contextuales*, analiza tres epígrafes, donde el subrayado es obra de la Sala:
1. El perjuicio o sacrificio patrimonial injustificado
Nuestro vigente sistema concursal ha superado el perturbador mixto de retroacción de los actos de administración y disposición realizados por el quebrado desde la fecha a determinar por el juzgador que -sin perjuicio de la evolución que este extremo ha experimentado en la moderna jurisprudencia- en su interpretación clásica y mayoritaria era determinante de la nulidad ipso iure sin necesidad de ánimo fraudulento ni lesión para la masa activa del concurso, y se combina con acciones rescisorias cuyo éxito con la reintegración concursal, exigía que los actos del concursado fueran lesivos para la masa activa. Así lo dispone hoy, de forma contundente, el artículo 71.1 de la Ley Concursal (a partir de ahora, también LC), a cuyo tenor serán rescindibles "los actos perjudiciales para la masa activa".
Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha.
La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar

negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).
En definitiva *el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado* (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).
2. La onerosidad de las garantía por deuda ajena
No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. *Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.*
A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano, que al regular la acción revocatoria extraconcursal en el artículo 2901 del Código Civil dispone que "agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito" (a los efectos de esta norma, la prestación de garantías, incluso por deudas de otro, son consideradas a título oneroso cuando son contextuales al crédito garantizado)-, el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.
Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Llegge fallimentare que la asimila a otros actos onerosos "sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, [...]". (también son revocados, si el curador [administrador concursal] prueba que la otra parte conoció el estado de insolvencia del deudor, los pagos de deudas líquidas y exigibles, los actos a título oneroso y los constitutivos de un derecho de prelación por deudas, también de tercero, contextualmente creados [...]).
3. El perjuicio en las garantías de obligaciones de sociedades del mismo grupo
Por otro lado, *el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios* -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, *hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco*.
TERCERO. -De otro lado si bien es cierto como afirma la apelante que la afirmación de que con la garantía, cuya rescisión se pretende, se obtienen beneficios para todas las empresas del grupo, es argumentación, que no puede ser acogida sin más, pues precisamente en el ámbito concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, desconfianza apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (art. 93.2 LC), lo que incluso ha llevado al legislador al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en este tipo de vinculaciones (art. 71.3º.1º) y a la doctrina a precisar que para negar la gratuidad en dichas operaciones, el aspecto conceptual precisa de mayor justificación, hasta el punto de considerar que hace falta que el garante tenga algún interés económico en la operación, y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase, garantía y contraprestación, deben ser congruentes entre sí; como refiere la STS de 13 de diciembre de 2010 lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto, si ha habido o no una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones, o por el contrario, solamente un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de su acervo patrimonial sin compensación económica, no siendo asumible sin más que las garantías reales intragrupos no puedan considerarse como actos gratuitos.
Pero por contra *existe consenso y resulta pacifico en la doctrina afirmar que no cabe apreciar gratuidad cuando la garantía real la presta la matriz por deudas de la filial, por cuanto el crédito recibido por la filial es una atribución que beneficia a la matriz, siendo además el interés del grupo y su existencia implica o supone que la dominante tutele los activos de su filial, la situación es distinta y más complicada en el caso inverso en el que la garantía real se presta por la filial por deudas de la matriz (y más aún en el caso que nos ocupa en que la garantía se presta por una filial y a favor de deudas de otra filial), pues a consecuencia de las autonomía de personalidades jurídicas, los acreedores de dicha filial sólo pueden ver atendidos sus créditos con el patrimonio de la concursada, no de la matriz (o de otra filial)* -cifr. SAP Palma de Mallorca, secc. 5ª, 277/2013, de 26 de

junio..
Criterio en que abunda la misma Sala en la sentencia de 14/2014, de 21 de enero, con cita a su vez de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Alicante de del 15 de Octubre del 2013 :
"En concreto de las garantías reales intragrupos la afirmación de que no pueden considerarse gratuitas los actos de garantía que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico- grupo - y actúan como una unidad no obstante la STS de 19 de septiembre de 2002, no parece que sea asumible sin más, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso, como apunta la STS de 13 de diciembre de 2010.
Es pacífico entre la doctrina científica (entre otros R. Escribano y Carrasco Perera) que no cabe apreciar gratuidad cuando la garantía real la presta la matriz por deudas de la filial, por cuanto el crédito recibido por la filial es una atribución que beneficia a la matriz por el flujo de potencies dividendos, sino que además el interés del grupo y su existencia implica o supone que la dominante tutele los activos de la filial.
En cambio, la situación es distinta y más complicada en el caso inverso en el que la garantía real se presta por la filial por deudas de la matriz, en el que se dice que no basta el genérico interés de grupo, presumiéndose la gratuidad de la garantía salvo que se pruebe la existencia de alguna contraprestación a favor de la filial. Lógica prevención pues en caso de concurso de la filial, cuya decisiones están sujetas al control de dirección de la matriz, y consecuencia de la autonomía de personalidades jurídicas, los acreedores de dicha filial solo pueden ver atendidos sus créditos con el patrimonio de la concursada, no de la matriz, salvo que se declare una solidaridad (por levantamiento del velo u otras figuras), por lo en una situación de dominación es evidente el riesgo de que dichos acreedores se vean perjudicados al comprobar como el patrimonio de su deudor, por mor de la voluntad de la dominante, se destina a satisfacer o garantizar deudas ajenas (las de la dominante).
CUARTO. - Desde estos presupuestos en la medida que la garantía que presta la matriz por deudas de la filial, tiene a priori una justificación económica, favorecedora del grupo donde se inserta, de modo que no cabe calificarla como gratuita, cuestión que admite la propia recurrente (y por tanto no opera el 71.2 LC), esta sinergia positiva para el grupo económicamente admitida, a su vez desvirtúa la presunción iuris tamtum del
71.3 LC, pues el sacrificio patrimonial a priori no sería "injustificado", único que legitima la rescisión (vd. SSTS 548/2010, de 16 de septiembre; 662/2010, de 27 de octubre; 801/2010, de 14 de diciembre; 210/2012, de 12 de abril; y 652/2012, de 8 de noviembre), de modo que la prueba de la producción de un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa en este supuesto concreto, le corresponde, en contra de la alegación de la parte apelante a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC); y a lo largo del recurso, nada se argumenta ni se explicita de cuál haya sido este perjuicio, por lo que el recurso debe ser desestimado. Sólo a la propia Administración que alega el perjuicio para la masa y no acredita poder ampararse en ninguna de las presunciones del artículo 71 LC, le perjudica la falta de acreditación sobre este extremo.
Si bien la apelante se manifiesta reticente a admitir que PROINSERGA fuere matriz de INCOPORC, la formación de grupo entre ambos se asevera y argumenta en a resolución recurrida y no se discute y en cuanto a ese carácter de matriz, como indica la representación procesal de la entidad BBVA, es la propia Administración Concursal quien esto asevera en los informes emitidos en el procedimiento concursal, donde bajo la rúbrica de "Empresas participadas por el Grupo Proinserga, afirma:
Como argumenta la propia sentencia y destaca una de las apeladas:
No existe duda de que PROINSERGA e INCOPORC forman un grupo, pues tampoco se entendería que PROINSERGA constituyera hipoteca sobre bienes propios en garantía de una deuda contraída por INCOPORC, si dicha relación de grupo no existiera. Como tampoco se entendería la presentación del Plan de Viabilidad del GRUPO PROINSERGA-PRIMAYOR al que hace referencia las entidades financieras en la contestación a la demanda, cuya efectiva existencia es un hecho acreditado. Por otra parte, en el informe de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL se señala la propia existencia del grupo PROINSERGA-PRIMAYOR, y que "a la fecha de presentación del Concurso de Acreedores, PROINSERGA, S.A. mantiene una participación del 5,65% del capital de SAT 1.516 INCOPORC", siendo "el resto de los participes son los mismos de PROINSERGA, S.A.". Asimismo, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL expresa en su informe que el Presidente de la Junta Rectora de INCOPORC es el Presidente de PROINSERGA. En la "Memoria Consolidada correspondiente al ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 2005", los auditores de la mercantil PROINSERGA, afirman que dicha sociedad y la mercantil INCOPORC "forman un grupo controlado por un mismo conjunto de socios ganaderos y constituyen una "unidad de decisión", al hallarse bajo dirección única. De acuerdo con lo establecido en el art. 42 del Código de Comercio (...), se ha identificado como sociedad dominante del grupo a PROINSERGA, por tener mayor activo de INCOPORC" (...) "los Administradores de PROINSERGA interpretan que INCOPORC y el grupo de empresas que encabeza PROINSERGA constituyen una unidad de decisión y se hallan bajo dirección única" (y por esta razón consolidan cuentas). En la "Memoria correspondiente al ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 2004", los auditores de INCOPORC afirman que esta sociedad y PROINSERGA "forman un grupo, controlado por un mismo conjunto de socios ganaderos, y tienen establecido su domicilio social en c/ Almira, 28 de Segovia. Asimismo, una parte de los procesos administrativos de la sociedad se realiza por personal de PROINSERGA". En la "Memoria correspondiente al ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 2006", los auditores de INCOPORC reiteran que esta sociedad y PROINSERGA forman un grupo, "controlado por un mismo conjunto de socios ganaderos (...) una parte de los procesos administrativos de la Sociedad se realiza por personal de PROINSERGA". A la vista de lo anterior, es posible concluir que PROINSERGA e INCOPORC forman un grupo, ostentando la mercantil PROINSERGA (que da nombre al grupo) una posición de control sobre la mercantil INCOPORC. Este hecho, afirmado por las entidades financieras demandadas, no es negado en la demanda por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.":
SAP Segovia (Sección 1) 27.03.2014 (Sentencia 38/2014; Rollo 35/2014)

AP Sevilla

“SEGUNDO.-Siendo incontrovertidos los hechos que fundan la pretensión, y suficientemente constatados a través de los documentos aportados a este incidente, la controversia es de índole eminentemente jurídica, a fin de determinar si la pignoración del depósito de valores efectuado por CONTSA el 28 de noviembre de 2006 es un acto integrable entre los rescindibles del art. 71 LC por concurrir en él todos los requisitos necesarios, es decir, el tiempo en que se hizo y la existencia de perjuicio patrimonial para la masa activa.
El debate se ha centrado en la calificación jurídica que merece la firma de la Póliza de 28 de noviembre de 2006 a favor de D. Benjamín, y su garantía pignoraticia del depósito de valores de CONTSA. O sea, si es o no una novación modificativa de la anterior Póliza de crédito. Pero sea cual sea la valoración jurídica que demos a ese acto, ya como modificación de un contrato anterior, ya como extinción del anterior y suscripción de una nueva Póliza, la realidad es que ello resulta intrascendente a los efectos que nos ocupan, pues el art. 71 de la LC no habla de los contratos stricto sensu como los elementos perjudiciales para la masa activa, sino de los "actos" realizados por el deudor que sean perjudiciales, término este mucho más amplio que el de contrato. Por acto debemos entender cualquier actuación, actividad o declaración de voluntad del deudor. Por tanto, el acto perjudicial puede ser la modificación de un contrato anterior a los dos años de la fecha de declaración de concurso, modificación efectuada dentro de ese plazo de dos años, la cual suponga una alteración de los términos del contrato anterior que perjudique a los acreedores de la concursada. Y de esta forma, el hecho de que después del vencimiento de la primera póliza de 24 de noviembre de 2005, que resultó impagada por el deudor, lo que es indicativo de una situación económica precaria, no sólo se amplíe el plazo de vencimiento sino que el crédito se aumente en un millón de euros más, y la concursada en estas circunstancias acceda a conceder garantía al Sr. Benjamín, pignorando un deposito de valores por esa cuantía del crédito, aumentada en el doble respecto del anterior crédito impagado, hemos de convenir que es un acto que perjudica a la concursada y a sus acreedores al poner en claro riesgo un capital mayor que el primeramente ofrecido en garantía. Y ello a cambio de nada, como luego expondremos en el siguiente fundamento de derecho.
Por otro lado, estando prevista en la primera pignoración que hace CONTSA el 25 de noviembre de 2005 (folio 106-107 de las actuaciones), la prórroga de la vigencia de la prenda sobre la IPF nº NUM000 en caso de prórroga del crédito garantizado, y que se mantuviera en vigor en caso de que se convenga cualquier novación modificativa del crédito garantizado, sin embargo con ocasión de la suscripción de la Póliza de crédito de 28 de noviembre de 2006, CONTSA procedió a firmar una nueva garantía pignoraticia ofreciendo en prenda a BANESTO el depósito de valores nº 0030 4111 14 0204738400. Es decir, que el 28 de noviembre de 2006 CONTSA suscribió una nueva garantía que ni por el objeto de los bienes dados en prenda, ni por la cuantía garantizada puede considerarse que es una prórroga o modificación de la anterior. Se trata de una nueva garantía prendaria dada al Sr. Benjamín con ocasión de la firma por éste de la Póliza de crédito de 28 de noviembre de 2008.
TERCERO. - Así pues, no cabe duda de que el acto de disposición efectuado por CONTSA se produce dentro del plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso de acreedores de esta entidad. Es preciso verificar a continuación si ese acto fue perjudicial para la masa activa.
La respuesta ha de ser afirmativa. La cuestión es clara. El Sr. Benjamín obtiene un crédito de dos millones de euros. Con ese crédito compra acciones de la ampliación de capital de CONTSA. Es decir, que el Sr. Benjamín tiene sus acciones y CONTSA tiene los dos millones de euros que pasan a engrosar su capital. Con ese dinero CONTSA compra acciones de BANESTO que deposita en la propia entidad bancaria haciendo un depósito de valores. Seguidamente CONTSA pignora ese depósito de valores en garantía del crédito que BANESTO concedió al Sr. Benjamín. Éste no devuelve el crédito cuando vence la Póliza el 28 de noviembre de 2007. BANESTO ejecuta la garantía. CONTSA pierde su inversión de dos millones de euros. Sin embargo, el Sr. Benjamín es propietario de las acciones sin haber desembolsado un solo euro, porque el precio de esas acciones al final lo ha pagado la propia entidad, que ha visto como disminuye su patrimonio en la suma de dos millones de euros sin obtener nada a cambio. Es decir, el acto de la pignoración del depósito de valores fue hecho a título gratuito, pero en cualquier caso es evidente el perjuicio que le ha ocasionado a la concursada y, por ende, a la masa activa, desposeída de dos millones de euros, que son los que han servido en definitiva para pagar las acciones de las que es titular D. Benjamín. Por su parte, CONTSA no ha obtenido nada a cambio, pues el dinero de la Póliza que se entregó a la concursada se le dio como pago del precio de las acciones, integrándose en el patrimonio de la sociedad. Con él constituyó la garantía sin recibir nada a cambio. En definitiva nos hallamos ante un acto de CONTSA gratuito y perjudicial para la masa activa, efectuado dentro del periodo al que se extienden los efectos de la declaración del concurso ”: SAP Sevilla (Sección 5) 14.02.2012 (Sentencia 80/2012; Rollo 8534/2011)

“PRIMERO.-Tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia, y como hizo el juzgador "a quo", no puede acceder el tribunal a la pretensión que dedujo, en el incidente concursal de que el presente rollo dimana, la administración del concurso voluntario de San Juan 36, S.L., a fin de que se acordara la rescisión del préstamo, por importe de 2.750.000 euros, que, dentro del plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso, obtuvo ésta de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., con la garantía del bien más importante con el que contaba, la finca de la calle Zaragoza, número 56, de Sevilla, tasada en 3.012.200 euros.
SEGUNDO. -Y es que, aunque se destinara el préstamo, en su mayor parte, tal como se había estipulado en la correspondiente escritura pública, al pago de las deudas que, con la entidad prestamista, tenía contraída una sociedad distinta, Nefilín, S.L., que suscribió también el préstamo como fiadora solidaria, no puede decirse, sin embargo, que estemos, en este caso, en el supuesto de rescisión que se alegó en la demanda que dio lugar al incidente y que contempla el apartado 2 del artículo 71 de la Ley Concursal, de "actos realizados a título gratuito", en el que el perjuicio para la masa activa se presume con carácter "iure et de iure", es decir, sin admisión de prueba en contrario, pues, como ha venido a reconocer, ahora, en el escrito de interposición del

recurso de apelación, la administración concursal, San Juan 36, S.L., es dueña de más del 97 % de las participaciones sociales de Nefilín, S.L., perteneciendo el resto al administrador único de ambas sociedades, Don Celestino, socio único, con su esposa, Doña Concepción, de San Juan 36, S.L., y, siendo así, no cabe hablar de gratuidad, que, según la doctrina y la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 1.987, 18 de Noviembre de 1.988, 19 de Noviembre de 2.002 y 10 de Octubre de 2.003, entre otras), no cabe apreciarla cuando una sociedad matriz garantiza o sume deudas de la filial, dado que non ello, al proteger a ésta, está protegiendo, al mismo tiempo, su propio interés y patrimonio, beneficiándose ambas. ":SAP Sevilla (Sección 5) 12.07.2012 (Sentencia 376/2012; Rollo 2963/2012)

"PRIMERO.- El administrador concursal del concurso de acreedores de D. Ángel y Dª Marisa ejercitó en el escrito inicial de este incidente una acción rescisoria al amparo del art. 71.2 de la Ley Concursal, contra los concursados y la entidad CAJA GENERAL DE AHORROS DE GRANADA, con la pretensión de que se declare la ineficacia de la garantía hipotecaria y del aval prestado por los concursados en escritura pública de 7 de febrero de 2008 de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria sobre la finca registral nº 27963 del Registro de la Propiedad nº 2 de Sevilla, avalando a la entidad Occidental Agropecuaria S.L. un préstamo de 330.000 #, con solicitud igualmente de condena a Caja General de Ahorros de Granada a soportar los gastos de cancelación registral de la inscripción de hipoteca, y declarando la inexistencia de la deuda que se deriva del acto de los concursados a favor de la entidad Occidental Agropecuaria S.L. y de Caja de Ahorros de Granada.
La entidad demandada CAJA GENERAL DE AHORROS DE GRANADA se opuso a la pretensión, alegando que los cónyuges concursados codemandados son titulares del cien por cien de las participaciones de Occidental Agropecuaria S.L.; que el 24 de marzo de 2000 la Caja concedió una póliza de descuento a esta sociedad avalado solidariamente por los cónyuges codemandados; que el 15 de mayo de 2003 se concede a la sociedad otra póliza de descuento siendo fiadores solidarios los codemandados; que a primeros de 2008 Occidental Agropecuaria devuelve efectos descontados por JTR SAT (de la que los concursados son también socios), no respondiendo esos efectos a operaciones comerciales reales por lo que se requiere la regularización de la situación, y ello motiva el préstamo cuyo afianzamiento se pretende rescindir. Las irregularidades se observaron tanto en una póliza de descuento de JTR como en otra de Occidental Agropecuaria S.L., habiendo efectos descontados en la Póliza de JTR que fueron librados personalmente por Dª Marisa y por D. Ángel (así los pagarés de vencimientos 26 enero 2008, 17 enero 2008 y 18 marzo 2008, por importes de 25.100 #, 50.303'20 # y 23.910 # respectivamente). El total de efectos descontados asciende a 308.099'75 # que con los gastos suma el importe que se regulariza con el préstamo a Occidental Agropecuaria S.L. afianzado por los concursados. En definitiva aducía la codemanada que el préstamo venía a regularizar las posiciones deudoras provenientes de efectos a cuyo pago estaban obligados Occidental Agropecuaria S.L y los concursados.
La Sentencia de instancia desestima la demanda. Contra ella se alza el administrador concursal para insistir en su pretensión, y en que el acto de los concursados fue a título gratuito y sin contraprestación alguna para garantizar deuda ajena en detrimento de la masa de acreedores.
SEGUNDO.- El recurso de apelación carece de argumentos que desvirtúen las razones expuestas en la sentencia recurrida para rechazar la acción de rescisión ejercitada por el administrador concursal.
Insiste el recurrente en la inexistencia de beneficio alguno para los concursados en la fianza prestada para garantizar la deuda de Occidental Agropecuaria S.L. y, por tanto, en la gratuidad del acto.
Sin embargo la prueba documental aportada por la Caja General de Ahorros de Granada ha desmontado completamente la tesis de la gratuidad del acto realizado por los concursados. En efecto, los concursados se beneficiaron del acto de constitución de una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad en garantía del préstamo de 330.000 # que recibió Occidental Agropecuaria S.L. por las siguientes razones:
1) Porque los concursados son propietarios del cien por cien de las participaciones de Occidental Agropecuaria S.L., es decir, son los dueños plenos de la sociedad a la cual avalaban y garantizaban el préstamo mediante la constitución de hipoteca. Si la sociedad no hubiera obtenido ese préstamo concedido para cancelar posiciones deudoras derivadas del descuento de una Póliza concedida a la entidad, las consecuencias que para la sociedad hubiere tenido la ejecución de la deuda por la entidad acreedora hubiera repercutido en el patrimonio de los concursados, quienes además eran fiadores de la póliza de descuento de efectos concertada el 15 de mayo de 2003 de la que dimanaba la deuda por descuentos de pagarés, que fue regularizada mediante la concesión de un nuevo préstamo garantizado por los concursados con la constitución de hipoteca sobre un inmueble de su propiedad.
2) Porque el préstamo garantizado por los concursados no sólo regularizaba la posición deudora de Occidental Agropecuaria derivada de la Póliza de 2003, también afianzada por ellos, sino que con ese préstamo se canceló la deuda que D. Ángel y Dª Marisa tenían con Caja Granada por el descuento de pagarés librado por ellos personalmente a favor de JTR SAT, por un importe total de 99.313'20 #. Es decir, que con la operación garantizada, los concursados extinguieron deudas propias, de las que eran directos responsables frente a la sociedad JTR SAT y la Caja de Ahorros de Granada como descontante de los efectos.
3) Porque el préstamo garantizado hipotecariamente por los concursados era una operación de regularización de la posición deudora anterior de Occidental Agropecuaria S.L. de la que aquellos eran fiadores, obteniendo con el mismo un aplazamiento de la deuda facilitando su abono durante un periodo de veinte años.
Resulta evidente por tanto, que la garantía hipotecaria prestada por los concursados no fue a título gratuito, sin obtener nada a cambio. Antes al contrario los concursados se beneficiaron directa y personalmente de la operación por cuanto eran deudores personales de una parte importante de la deuda cancelada, y titulares del cien por cien de la sociedad deudora. Por tanto es obvio su interés en la concesión de un crédito a esta

sociedad que resolviese la deuda pendiente derivada de la Póliza de descuento que tenía concertada, obteniendo un beneficio con la garantía hipotecaria que prestaron a la misma, en tanto en cuanto daban solución a su apurada situación económica, con lo que aumentaban el valor de sus participaciones e intereses económicos en la sociedad de su íntegra propiedad, en razón de la financiación obtenida que evitaba la ejecución de la sociedad y de los propios concursados que también eran deudores personales de una parte de la deuda refinanciada, y asimismo conseguían incrementar las expectativas de viabilidad de la misma.
Así pues, no puede estimarse que una garantía hipotecaria se conceda gratuitamente cuando mediante el préstamo garantizado se cancelan posiciones deudoras preexistentes de una sociedad de la que son socios los garantes y ya garantizadas con anterioridad por los propios concursados, se cancelan deudas personales de los mismos, y se cancelan también nuevas deudas de la sociedad por descuento de efectos. Son claros los beneficios obtenidos por los concursados por lo que la garantía hipotecaria y el aval concedido no es gratuito.”: SAP Sevilla (Sección 5) 18.12.2012 (Sentencia 617/2012; Rollo 8496/2012)

“PRIMERO.-A diferencia del juzgador de instancia y dando la razón al Administrador Concursal del concurso de Siratos Arys, S.L., considera el tribunal, tras el examen y valoración de lo actuado y conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal, que, efectivamente, es rescindible, como perjudicial para la masa activa del concurso, el acto de disposición patrimonial a que el incidente concursal promovido se refiere.
Se trata de la hipoteca de dos fincas de la exclusiva propiedad de Siratos Arys, S.L., valoradas, a efectos de subasta, por un importe superior a dos millones de euros, constituida en favor de Banco Santander, S.A., dentro del periodo de dos años inmediatamente anterior a la fecha de la declaración de concurso, en garantía de la deuda, por importe de 660.000 euros, contraída en sustitución de otra presiente, de un tercero, la entidad Inve Ingeniería e Instalaciones, S.L., lo que, respecto de ésta, supone la realización de un acto de disposición patrimonial a título gratuito, que, como tal y conforme a lo dispuesto en el aparatado 2 de dicho precepto, presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio patrimonial para la masa activa.
Y, al mismo tiempo, supone la operación de que se trata la constitución de garantía real en favor de una obligación que viene a sustituir otra preexistente, que carecía de tal garantía, lo que, conforme a lo dispuesto en el apartado 3, 2º del mismo precepto, presume también dicho perjuicio patrimonial, aunque quepa, en este caso, prueba en contrario, que, a juicio del tribunal, no ha tenido lugar.
SEGUNDO.- Frente a ello, se ha dicho que no se trata, en absoluto, de un acto de disposición patrimonial a título gratuito, sino, por el contrario, de carácter oneroso, constituyéndose la hipoteca en garantía de un préstamo, tal y como se hizo constar en el encabezamiento de la escritura pública, cuyo importe total se recibió en el mismo día y respecto del que, además de Inve Ingeniería e Instalaciones, S.L., era también prestataria la concursada, como así se la calificaba en la misma escritura pública y lo prueba, según se afirma, que ambas sean titulares de la cuenta corriente abierta en la entidad bancaria acreedora en la que se ingresó el total importe del préstamo y dispusiera de parte del mismo la concursada.
TERCERO.-Sin embargo, tales alegaciones no responden a la realidad. Más que de un préstamo, como se le calificaba, se trataba de una refinanciación de deudas preexistentes, sirviendo el importe del préstamo, al menos en su mayor parte, para sustituir las que Inve Ingeniería e Instalaciones, S.L., y no la concursada, mantenía con la entidad prestamista, lo que, incluso, pone de manifiesto la propia escritura pública de préstamo hipotecario, en su exposición segunda, página 18 de la misma, al afirmar que la finalidad de la operación era la de refinanciación de deudas. Y esa refinanciación se hacía sobre la base de dotar de garantía real unas obligaciones que, hasta ese momento, no la tenían, sustituyéndolas por otras nuevas, lo que, como hemos dicho, presume el perjuicio patrimonial para los acreedores del concurso, salvo prueba en contrario, que, en este caso, no ha tenido lugar.
Como se advierte en el extracto aportado de movimientos de loa cuenta corriente en la que se ingresó el importe del préstamo, de su mayor parte dispuso, días después, la entidad prestamista, para saldar deudas anteriores de Inve Ingeniería e Instalaciones, S.L.
CUARTO.- Por otra parte, no hay prueba de lo manifestado de que la concursada sea titular de dicha cuenta corriente, lo que contradice, abiertamente, el hecho de que en dicho extracto de movimientos, en todas y cada una de sus páginas, aparezca como titular, únicamente, Inve Ingeniería e Instalaciones, S.L., y de ahí también que figuren en el mismo dos transferencia bancarias a favor de Siratos Arys, S.L.
En todo caso, si ésta se benefició del préstamo, lo que el Administrador Concursal discute abiertamente, sería en una cantidad irrelevante en relación al importe del préstamo, en el de tales transferencias bancarias, lo que no sería obstáculo para reconocer el carácter de disposición a título gratuito, a favor de un tercero, Inve Ingeniería e Instalaciones, S.L., de la operación de cuya rescisión se trata.
QUINTO.- Se ha dicho también, y en ello se basó la sentencia de instancia para desestimar la acción rescisoria ejercitada, que tal operación debe entenderse como una operación de grupo, aunque no concurran las notas del grupo de empresas del artículo 42 del Código de Comercio, al ser Siratos Arys, S.L., una sociedad patrimonial de Inve Ingeniería e Instalaciones, S.L., así como de Inve Mantenimientos Industriales, S.L., todas con el mismo administrador y los mismos socios, de modo que lo obtenido por éstas en su gestión se patrimonializaba en aquélla, que, a su vez, como contrapartida, salía garante en la financiación de las mismas, y que es en ese contexto de operación de grupo, según se afirma por la entidad bancaria demandada y acoge el juzgador "a quo", en el que debe valorarse si, con la operación realizada, hay o no un perjuicio patrimonial para la concursada, lo que, sin embargo, a juicio del tribunal, no puede servir de obstáculo a la estimación de la demanda.
SEXTO.-Y es que, aunque no se tratara de un acto de disposición a título gratuito y no hubiera realmente un perjuicio patrimonial para Siratos Arys, S.L., en sus relaciones con Inve Ingeniería e Instalaciones, S.L., e Inve Mantenimientos Industriales, S.L., lo que hay que valorar es si, con la operación realizada, se produce un

perjuicio patrimonial para los acreedores, lo que se presume legalmente y, además parece claro en este caso, en el que se dispuso en beneficio de un tercero, pero en perjuicio de los acreedores.
No basta con acreditar que con tal operación no se perjudica la concursada, sino que es preciso acreditar que no se perjudican los acreedores, lo que, evidentemente, no ha tenido lugar.
SÉPTIMO.-Consecuentemente y sin necesidad de entrar en más consideraciones, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y, revocando la sentencia de instancia, declarar la rescisión de las garantía hipotecarias constituidas por la concursada a favor de Banco Santander, S.A., en la escritura pública de préstamo hipotecario de 15 de Enero de 2.010, imponiendo a ésta, conforme a lo dispuesto en el artículo 394, al que remite el 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de las costas causadas en la primera instancia de este incidente concursal, sin que se impongan, en cambio, las de esta alzada.": SAP Sevilla (Sección 5) 29.11.2013 (Sentencia 583/2013; Rollo 5528/2013)

AP Tarragona

"SEGUNDO.-Para la resolución cabe establecer como hecho relevantes acreditados en autos:
La sociedad Plastic Metall, S.L. está integrada por dos socios, David, administrador único y titular del 94,90% de las participaciones, e Camila titular del 5,10%. Ambos son propietarios por mitad de la nave en la que la sociedad realiza sus actividades, la cual tienen arrendada a la misma.
El 26/3/2010 los dos socios concertaron un préstamo para la sociedad de 43.800# con la entidad actora, con un plazo de amortización hasta el 30/3/2020, con un plazo e carencia hasta el 30/3/2010 y una amortización de 120 cuotas mensuales de 459,23, # préstamo destinado amortizar el saldo deudor de otro anterior por importe de 18.603,94 Plastic Metals, S.L., el saldo deudor de una tarjeta de crédito Master Card, por importe de 7.656,24#, tarjeta de la que era titular la sociedad y usuario el administrador David, y el importe pendiente de un leasing por 1.287.64 #, ingresándose la suma restante de 15.754,18 # en la cuenta de la sociedad, préstamo que afianzaron solidariamente ambos socios, como ya lo habían hecho respecto de préstamo anterior, y garantizaron con la constitución de una hipoteca sobre la nave de su propiedad, que se taso en 1.102.479 #
El 30/9/2010 se dicto auto en el que los dos socios fueron declarados en concurso personal.
La nave hipotecada estaba gravada, con anterioridad, por una hipoteca a favor de la Caixa por un importe de 1.100.000# constituida en escritura de 7/8/2006; por una hipoteca unilateral a favor de la AEAT para garantizar un importe de 152.658,76 E, constituida en escritura de 24/9/2009; por una hipoteca a favor de la Caixa de Sabadell por un capital de 76.179,39 #, constituida en escritura de 30/9/2009; por una hipoteca a favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en garantía de 34.591 #, constituida en escritura de 15/2/2010.
La administración concursal ejercita acciones del art. 71 de la LC de reintegración al amparo de los números 2 y 3.2, por estimar que la constitución de las garantías constituyó un acto gratuito de los concursados y, subsidiariamente, por considerar que fueron garantías prestadas a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas contraídas en sustitución de aquellas.
TERCERO.-El art 71.1 de la LC dispone la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por los deudores dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, facultad que nace con el concurso y únicamente cabe ejercitar durante el mismo, encontrando su justificación en el perjuicio que los actos rescindibles originan a los acreedores concursales o masa activa, perjuicio que se identifica con un sacrificio patrimonial injustificado, lo que supone una minoración del activo del concurso y que la misma no se encuentre justificada.
A su vez el art. 71 consagra una regla general respecto de la carga de la prueba del perjuicio disponiendo en su nº 4 que la misma corresponde al que solicitó la rescisión del acto de disposición, pero con anterioridad presume ese perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. En el primero de los casos la presunción se extiende a todos los actos de mera liberalidad relativos a bienes que debieran formar parte de la masa del concurso, incluyendo en ellos como un supuesto paradigmático la constitución de garantías por el concursado para asegurar el cumplimiento de obligaciones de tercero, que existirá como mera liberalidad siempre que el garante no reciba del deudor o acreedor una contraprestación y no responda a alguna justificación (STS 13/12/2010). Ahora bien dejara de ser una liberalidad si la garantía se constituye en contraprestación al compromiso que contrajo con el acreedor de que este diera crédito al deudor del que el garante era socio mayoritario y administrador (STS 19/9/2002) ya que el garante se benéfico del crédito concedido a través de su sueldo.
CUARTO.-La apelación pretende que las garantías no fueron gratuitas sino onerosas, ya que los socios trabajaban para la sociedad y todos sus ingreso procedían de ella, al tiempo que eran arrendadores de la nave a la sociedad, contrato por el que percibían una renta de 6.000 #, por lo que, dado que parte del crédito se fue ingresado en la cuenta de la sociedad, los socios se beneficiaron cobrando sus sueldos y rentas con cargo a ese dinero, por lo que resultaron retribuidos indirectamente por la constitución de las garantías asumida respecto del préstamo concertado para la sociedad.
La tesis, que entronca con el criterio de que el término beneficio o contraprestación para los constituyentes de la garantía debe ser interpretado en un sentido amplio comprensivo de tanto el directo como el indirecto, criterio que se refleja en la sentencia del TSJC de fecha 28/2/2011, recurso nº 197/2012, según la que "la constitución de la hipoteca debe considerarse gratuita cuando quien la presta se expone a un riesgo -la reclamación del acreedor contra un determinado bien- sin retribución u otra contraprestación sea dada por el acreedor o bien por el principal obligado, o bien sin la obtención de un beneficio directo o indirecto en función de las relaciones económicas o intereses de esta índole que tenga el garante en el negocio", centra su dificultad de aplicación al caso de autos en la total falta de prueba en el incidente que acredite la realidad de los beneficios que para los concursados hipotecantes invoca la parta recurrente, pues a la falta del informe de la

AC en los autos debemos añadir la total carencia de prueba de que el capital sobrante de las restantes amortización haya sido empleado o destinado al pago de los sueldos de los concursados o de las rentas de la nave o haya reportado a los mismos algún beneficio directo o indirecto, criterio ya expuesto en la sentencia de instancia que aquí se impone reiterar, por lo que resultando en principio gratuita la constitución de la garantía hipotecaria y no desvirtuada tal consideración por prueba alguna en contrario se impone la desestimación del recurso.
QUINTO.-A titulo de agotamiento de la cuestión debatida debemos añadir que el supuesto del art. 71.3.2 de la misma Ley, invocado con carácter subsidiario no hubiera concurrido dado que en él se exige que la constitución de la garantía en relación con el crédito nuevo o preexistente fuese otorgada por el propio concursado, y en caso de autos la garantía se constituyo por un tercero, SAP Tarragona (Sección 1) 12.12.2012 (Sentencia 468/2012; Rollo 339/2012)

"TERCERO.-Alega la parte apelante su discrepancia con la sentencia de instancia en relación a los presupuestos que deben concurrir para estimar la acción rescisoria formulada por la administración concursal. La parte apelante pone de manifiesto y acredita que no existe perjuicio patrimonial alguno respecto de la hipoteca y avales que se pretenden dejar sin efecto, y lo hace sosteniendo la inexistencia de perjuicio patrimonial para la masa del concurso.
Para el enjuiciamiento de este motivo de recurso resulta conveniente recordar que las fianzas y la garantía hipotecaria constituidas lo fueron en relación a una póliza de crédito (otorgada en fecha 7 de abril de 2009) en favor de la sociedad participada por los dos socios declarados en concurso por la que se renovaba una póliza anterior de fecha 15 de febrero de 2008 por un importe de 150.000 Euros donde ya se disponía de la garantía personal de los Sres. Vidal Rita.
Nuestro ordenamiento concursal, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado, no contempla expresamente la situación que se deriva de la constitución contextual de una fianza en garantía de una deuda ajena. Si lo hace el ordenamiento italiano, que ha modificado mediante la Ley 80 de 14 mayo 2005 el art. 67-2 de la Legge Fallimentare para introducir la posibilidad de que, junto a otros negocios jurídicos onerosos recogidos en su apartado 1 º, se pueda proceder a la rescisión, siempre que la sindicatura pruebe que la otra parte conocía el estado de insolvencia, de las garantías que producen un derecho de prelación si son constituidas contextualmente al crédito garantizado, aunque lo sean por crédito de otro ("Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento") solución que viene a acomodar la revocatoria concursal a la general que ya se contenía en el art. 2904 del Codice Civile, pero que al mismo tiempo viene a sentar una presunción de onerosidad por la sola circunstancia de haberse constituido la garantía con carácter contextual, pues se entiende que el crédito habrá sido concedido bajo la condición de obtener una garantía a cambio.
Ahora bien, la solución en el Derecho español difiere notablemente de la anterior, primeramente por cuanto la contextualidad de la garantía para asegurar una deuda ajena puede hacer referencia a la causa de su constitución (cuando así exigida por la entidad financiera al deudor para otorgar la financiación), pero de ello no puede derivarse su onerosidad; y en segundo lugar, en sentido contrario, por cuanto el art. 71 L.C. no contiene presunción alguna al respecto, por lo que habremos de estar a la regla general prevista en su apartado 4º que viene a exigir la prueba por quien ejercite la acción rescisoria de la existencia de un perjuicio patrimonial, que en el caso presente vendría dado por la gratuidad de la fianza.
Situados en este escenario habremos de recordar que la STS 13 diciembre 2010 a propósito de la reintegración de una hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena ha señalado que "Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una "real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones" -en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente "un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica" -en que consiste la gratuidad-".
O como dice la SAP Pontevedra, de 31.5.2013, "... cuando se trata de enjuiciar un acto concreto inmerso en una operación de refinanciación, la perspectiva de análisis exige contemplar la operación en su globalidad, situando el objeto del proceso en su contexto económico-jurídico y atendiendo al momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. En el caso, la pretensión se concreta en la rescisión de los negocios accesorios de constitución de garantías reales, pero la resolución del litigio nos obliga, claro está, a examinar la operación en su conjunto".
CUARTO.-El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La ineficacia propugnada con esta acción es la propia de la rescisión, aunque su fundamento radica exclusivamente en el perjuicio. El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a titulo gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC). La administración concursal invocó uno de estos dos supuestos, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de otras que las sustituyan, para justificar la concurrencia del perjuicio.
En cualquier caso, para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se

advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.
En este caso, debemos valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de una garantía real, que constituye una merma del valor del bien en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien. El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par condicio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores.
Partiendo de ello hemos de señalar que está ya admitido por la doctrina el que la renovación de un contrato de financiación y la constitución de nuevas garantías son negocios que deben analizarse en la perspectiva de una actividad empresarial ordinaria pues la renovación de un crédito y la constitución de garantías son actos de plena normalidad en la relación de un deudor con sus acreedores que aparecen como excepcionales sólo si con posterioridad se produce una situación de insolvencia. La refinanciación bancaria más habitual entronca de manera especial con la previsión del artículo 71.3.2º de la Ley Concursal, que parte de la consideración de que existe un perjuicio patrimonial para la masa activa ante la constitución de una garantía real...a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas...; pero tratándose de una presunción que admite prueba en contra de ese carácter perjudicial, abriendo así la posibilidad de una valoración por el juez del concurso de la operación en todos sus términos y condiciones; lo que incluso entronca con la posibilidad de que el acto de refinanciación en concreto se pueda considerar como un acto común de la actividad del deudor, en cuyo caso operaría la regla establecida por el art. 71.5 de la misma Ley, que establece que...en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios realizados dentro de la actividad empresarial.
Es por ello que la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia (en este sentido, véanse Sentencias AP Córdoba de 3 de diciembre de 2010 y 13 de enero y 8 de julio de 2011).
Pues bien, del examen de los elementos probatorios obrantes en las actuaciones encontramos primeramente que la mercantil afianzada es Plastic Metall, S.L., donde los fiadores ahora demandados son los únicos socios de dicha mercantil, y de la cual el Sr. Vidal era su administrador único. En este estado de cosas encontramos que la constitución de la fianza que aquí nos ocupa para garantizar una obligación ajena como era la operación de crédito concedida por Catalunya Banc a Plastic Metall, S.L.- suponía un compromiso para su propio patrimonio del que no se deriva en principio prestación alguna que pudiera operar a modo de equivalente por el sacrificio asumido. El examen de la concurrencia del perjuicio patrimonial debe llevarse a cabo desde la perspectiva temporal en que se formalizó el acto impugnado, y no desde la actual en que la situación de insolvencia ya ha sobrevenido, indagando si bajo aquella óptica resultaba justificable el negocio jurídico de que se trata.
Pues bien, situados en aquel contexto se deduce un posible provecho indirecto por la buena marcha económica de la sociedad que obviamente redundaría en la percepción de dividendos o en el mayor valor de sus participaciones sociales. Son datos relevantes el hecho de que la deuda garantizada estuviera ya vencida, y que la entidad ahora apelante podía haber procedido contra los avalistas (ahora concursados) y trabar embargo sobre sus bienes. El negocio cuya rescisión pretende la administración concursal consiguió dos objetivos: evitar una posible ejecución de bienes, y la ampliación del plazo de pago de lo que ya era una obligación líquida, vencida y exigible, sin que se atisbe de dicha operación la posibilidad de la entidad financiera de obtener una situación de privilegio como acreedor ante un inminente concurso, pues este no se declaró hasta aproximadamente transcurrido un periodo de un año, lo que en definitiva viene a excluir la concurrencia de perjuicio patrimonial alguno y por ello la consiguiente desestimación de la demanda.”: SAP Tarragona (Sección 1) 24.09.2013 (Sentencia 329/2013; Rollo 293/2012)

AP Valencia

“Respecto a que la garantía prendaria efectuada por Avlas Inversiones SA es gratuita, el Tribunal acepta y comparte las consideraciones del Juzgador de la Instancia pues no media contraprestación alguna a favor de quien otorga un prenda para garantizar el cumplimiento de una obligación ajena y siendo gratuita tal prestación juega la presunción iure et de iure del artículo 71-2 que no admite prueba en contrario sobre que al misma causa un perjuicio a la masa concursal al realizarse en los tres meses antes a la declaración de concurso. Las citas jurisprudenciales invocadas por el recurrente del Tribunal Supremo de 10-11-2003; 19-9-2002 y 7-5-1987, no resuelven acciones como la presente, pues la primera refiera a la impugnación de acuerdos sociales, la segunda trata de la acción pauliana sobre un reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca y la última refiere a una póliza de afianzamiento en donde expresamente consta que la fianza es onerosa. En el presente caso, si bien Avlas Inversiones forma parte de un grupo empresarial con la entidad Aromatex (deudora de Textil A.G.B. SA) no por ello y sin más hay que entender que Avlas es igualmente deudora para paso siguiente poder achacarle como contraprestación un período de carencia en el cumplimiento de la obligación. De manera

alguna la obligada al cumplimiento de esa obligación (deuda reconocida) es quien prestó la garantía y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil contiene unos argumentos fácticos en su fundamento de derecho quinto de que la deuda de Aromatex frente a Textil AGB SA, no es a su vez deuda de Avlas, con datos como base financiera, grupo de acreedores etc que destruyen esa unidad de deuda.
Dice el apelante que la prenda está dada por la sociedad matriz por deudas de su filial no siendo por ende a titulo gratuito. No se comparte tal aserto al hacer supuesto de la cuestión en esta alzada dada su completa omisión en la instancia al imputar a Avlas Inversiones la condición de sociedad matriz y Aromatex filial, cuando no existe elemento de juicio alguno que sustente tal calificativo ni tampoco se adujo en la contestación a la demanda.": SAP Valencia (Sección 9) 27.10.2011 (Sentencia 399/2011; Rollo 425/2011)

"PRIMERO.- El Juzgado mercantil 3 de Valencia dictó sentencia con fecha 22 de Octubre de 2013, que estimaba íntegramente la demanda interpuesta por los administradores concursales de la mercantil concursada CLEOP -COMPAÑIA LEVANTIVA DE EDIFICACIÓN Y OBRAS PÚBLICAS SA- contra esta y contra la entidad bancaria BBVA SA, DECLARANDO la rescisión de la escritura pública de 27.12.10 autorizada por el Notario de Valencia D. José Alicarte Domingo, con número de protocolo 3883, por la que se constituye fianza -mediante novación- e hipoteca inmobiliaria por CLEOP SA en garantía de deuda ajena, a favor de BBVA SA, limitando los efectos rescisorios de la citada escritura a la de constitución de la fianza y de las hipotecas inmobiliarias por CLEOP SA sobre los inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad 18 de Valencia, que se reseñan; y, consecuentemente, la rescisión de la escritura pública novatoria de la anterior, de 26.4.12, autorizada por el mismo notario, protocolo 1052, igualmente limitando los efectos rescisorios de la citada escritura, a la de constitución de la fianza -por novación- y de las hipotecas inmobiliarias constituidas por CLEOP SA sobre los inmuebles indicados en la escritura pública de 27.12.10. Y, en consecuencia, acuerda la reintegración por parte de BBVA SA a la masa activa del concurso de las cantidades pagadas por CLEOP SA para la constitución de la hipoteca -cargos por comisiones, gastos de tasación, formalización e inscripción registral de los actos rescindidos- previa aportación de los respectivos cargos de tales gastos y una suma de todos ellos; sin expresa imposición de costas. (...)
SEGUNDO**.-**La Sala ACEPTA la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida tan solo en cuanto no se oponga a lo que seguidamente pasamos a exponer.
Punto de partida de nuestro análisis ha de ser la referencia a la STS8 de noviembre de 2012 (ROJ: STS 7746/2012) Sentencia: 652/2012 | Recurso: 836/2010 | Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS, en cuanto especifica, sobre la rescindibilidad de los actos que suponen un perjuicio para la masa activa lo que sigue:
En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).
2. La onerosidad de las garantía por deuda ajena
26. No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la *disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y* ***concursal*** *ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley* ***(concursal)****"-.* ***Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa...***
...29. Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas ***garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco.***
Relevante es reseñar, asimismo, en esta materia, la reciente sentencia TS de **30 de abril de 2014** (ROJ: STS 1954/2014) Sentencia: 100/2014 | Recurso: 745/2012 | Ponente: RAFAEL SARAZA que viene a afirmar, en cuanto aquí resulta debatido, lo que sigue:
1.- Las acciones de reintegración son instrumentos esenciales para la satisfacción de los intereses de los acreedores, que constituye la finalidad primordial del concurso. Mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par condicio creditorum.
2.- Entre los actos que pueden ser objeto de las acciones de reintegración están los constitutivos de garantías reales sobre bienes inmuebles, porque implican una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito. Es por ello que han de

considerarse actos de carácter dispositivo sobre el patrimonio.
3.- De acuerdo con el régimen de las acciones de reintegración de la Ley Concursal, las garantías reales sobre bienes inmuebles, como es el caso de la hipoteca, prestadas por el deudor concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso pueden ser objeto de rescisión cuando constituyan un acto de disposición a título gratuito pues en tal caso el perjuicio para la masa se presume sin que sea admisible prueba en contrario (art. 71.2 de la Ley Concursal); cuando constituyan un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado o se hayan constituido a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, y no se pruebe la falta de perjuicio patrimonial (art. 71.3.1º y 2º); y, en general, cuando se pruebe que han causado un perjuicio para la masa activa.
Para el ejercicio de estas acciones no es preciso probar la existencia de fraude.
Ello sin perjuicio de que puedan ejercitarse otras acciones de impugnación de las garantías constituidas por el deudor, no necesariamente dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que procedan conforme a Derecho, de acuerdo con las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene la propia Ley Concursal (actual art. 71.7, en relación al 72, de la Ley Concursal).
4.- Por garantía a favor de tercero se entiende la constituida para garantizar el cumplimiento de una obligación en la que el obligado principal es una persona ajena al que presta la garantía personal o real. El art. 1822 del Código Civil prevé en su primer párrafo que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este. El art. 1857 "in fine" del Código Civil prevé que las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes. Se trata en ambos casos de garantías constituidas a favor de terceros, en un supuesto de carácter obligacional y en otro de carácter real.
5.- Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza.
En lasentencia núm. 487/2013, de 10 de julio, afirmamos que en la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (art. 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (art. 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría.
La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.
6.- Que la garantía constituida en favor de tercero sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en el art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario.
Resulta favorecido por la constitución de la garantía el acreedor, pues aumenta la calidad de su crédito al poder dirigirse contra otro patrimonio, en la fianza personal, o contra bienes ajenos al deudor mediante un procedimiento de ejecución, con posibilidad de persecución "erga omnes" [frente a todos] y preferencia para el cobro del crédito garantizado, en la garantía real. Pero también resulta favorecido el deudor principal, puesto que la constitución coetánea de esa garantía posibilita la concesión de crédito y favorece su posición.
Por tanto, la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.1 de la Ley Concursal se aplica a la garantía constituida para garantizar, valga la redundancia, la obligación contraída por una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que la garante, puesto que se trata de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el garante declarado posteriormente en concurso, en la medida en que recibe el crédito (art. 93.2.3º de la Ley Concursa ***l).***
7.- El juego de esta presunción "iuris tantum" pierde importancia en el caso objeto del recurso porque los tribunales de instancia han considerado probada la existencia de perjuicio patrimonial, que consistiría en que ***la sociedad garante no ha recibido atribución ni beneficio patrimonial alguno en el negocio respecto del que ha constituido la garantía hipotecaria, por lo que no sería preciso acudir al juego de la presunción para establecer la existencia de perjuicio****.*
Ahora bien, la recurrente impugna también este extremo de la sentencia recurrida, pues considera que la existencia de grupo excluye el perjuicio patrimonial en las garantías "intragrupo" pues la sociedad garante se beneficia de las sumas prestadas a otra sociedad del grupo.
8.- El perjuicio para la masa consiste en el sacrificio patrimonial injustificado del deudor que posteriormente es declarado en concurso.
Para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, constituirá la masa activa de dicho concurso, ha de examinarse únicamente si ha existido ***algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía.***
No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto.
9.- En las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía.
Pero l ***a simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de***

esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del "interés de grupo" para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. *Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el "interés del grupo" pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.*

Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un "patrimonio de grupo", ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo.

No puede aceptarse por tanto la afirmación de la recurrente de que ***no existe perjuicio para la masa porque el grupo societario de la concursada y, por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero por los préstamos con relación a los cuales se constituyeron las hipotecas. El dinero lo ha recibido la otra sociedad. No lo ha recibido "el grupo",*** que carece de personalidad como tal, ni la concursada, que se limitó a hipotecar su nave industrial para garantizar el préstamo concedido a la otra sociedad, y las sentencias de instancia consideran probado que la concursada no recibió contraprestación alguna, pues tales préstamos no sirvieron siquiera para que la prestataria saldara la deuda que mantenía con la garante, la posteriormente declarada en concurso.

Por otra parte, sería un contrasentido que la misma circunstancia que sirve de fundamento a la presunción "iuris tantum" de perjuicio, como es el carácter "intragrupo" de la garantía prestada, sea la que excluya la existencia de perjuicio por entender que el mero interés de grupo lo excluye.

10.- En consecuencia, la constitución de una hipoteca por parte de la concursada sobre la nave industrial de su propiedad, en la que desarrollaba su actividad industrial, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin recibir contraprestación alguna, directa ni indirectamente, constituye un acto dispositivo oneroso que ha causado un perjuicio patrimonial al deudor declarado en concurso y por tanto susceptible de rescisión.

TERCERO.- Partiendo de las líneas generales de análisis descritas hasta aquí, así como de los demás argumentos desplegados en la resolución recurrida, hemos de precisar que se hace necesario, en este caso, distinguir entre la GARANTÍA PERSONAL(FIANZA) prestada por la entidad concursada en la operación de préstamo origen del litigio, y la GARANTÍA REAL -ulterior hipoteca de dos inmuebles-, a consecuencia de las distintas novaciones acaecidas.

La fianza se constituye, como expresa el recurrente, y aceptamos, en la primera escritura de 17 de Noviembre 2006, folio 55 y siguientes, en cláusula adicional de afianzamiento, y por la misma, se garantizan las obligaciones por CLEOP SA en los mismos términos y condiciones, y en forma solidaria, con INMOCLEOP que es el deudor, con renuncia expresa del fiador a los beneficios de orden o excusión y división, aceptando desde ese momento todas las moratorias o facilidades y las modificaciones en las condiciones (salvo aumento de la cuantía del préstamo, tipo de interés y comisiones)

En la escritura de 7-11-2008 -cláusula 10- presta su consentimiento la fiadora a la novación de la primera escritura "y reitera" en lo menester el afianzamiento prestado en su día. Se constituye hipoteca sobre una finca solar en Náquera de titularidad de INMOCLEOP

En escritura de 27 de Diciembre de 2010, sin perjuicio de la responsabilidad personal de la prestataria y fiadora, se reduce la responsabilidad hipotecaria de la finca anterior, y se incluye, como garantía, la hipoteca sobre las fincas 1067 y 14553. ambas titularidad de CLEOP, con referencia, en esta escritura, al *iter* del préstamo, y expresa mención -exponendo V- de que se trata de una novación "modificativa, que no extintiva"- con efectos "a partir del 17-11-10" siendo de ver en las cláusulas tercera y cuarta la reducción de la responsabilidad de la primera hipoteca, y la constitución de las de las dos fincas indicadas. En la cláusula 12 de la citada escritura CLEOP consiente expresamente la novación, en su condición de fiadora, y "mantiene la fianza en toda su extensión"

Finalmente, la escritura de 26 de abril 2012 se refiere expresamente a las anteriores, las mantiene subsistentes en todo lo no modificado expresamente por la presente, y en la cláusula 9ª mantiene CLEOP su garantía personal en los mismos términos ya previamente establecidos.

La sentencia recurrida incurre, en consecuencia, en errores de apreciación que consideramos esenciales:

a) El primero, que desde el inicio de la operación -en 2006- siendo los demás documentos suscritos como simples novaciones modificativas, que no extintivas (como se aclara en el propio clausulado) la mercantil CLEOP SA se constituyó en fiadora solidaria de la mercantil prestataria INMOCLEOP SA, de cuyo grupo forma parte, y que, además, está participada íntegramente por aquella. No puede hablarse, en consecuencia, de garantía sobrevenida, no tanto porque ambas mercantiles formen parte -como así acontece- del mismo grupo, sino porque la deuda, desde el principio, contó con el afianzamiento solidario con renuncia a los beneficios legales- de la hoy concursada, que, por ello, debía responder frente a la entidad bancaria en la misma forma que su afianzada con sus bienes.

La fianza no se constituye en 2010 y 2012 -escrituras afectas al período sospechoso- sino que, en todas las escrituras, se hace referencia íntegra al iter temporal y, en las dos últimas, que aquí se examinan, se expresa íntegramente el *mantenimiento,* que no la constitución, de la fianza -que lo fue en 2006, y se ratificó en 2008-. La fianza está constituida, por tanto, en momento muy anterior a la declaración de concurso, acaecida en 2012. No podemos ratificar el argumento que expresa la sentencia y que, en definitiva, viene a situar la constitución de fianza e hipoteca inmobiliaria tan sólo tres meses antes de la declaración de concurso, y en momento preconcursal, lo que viene a relacionar el Juzgador con el indudable conocimiento por la entidad bancaria de

las dificultades financieras a la sazón concurrentes, pues si bien la última escritura de novación es, efectivamente, de abril de 2012, en la misma no se constituye, *ex novo,* garantía alguna, ni personal (que deriva, insistimos, de la primera escritura de 2006) ni real, que se constituye en la escritura precedente, de 27-12-10 (protocolo 3883 Notario Sr. Alicarte Domingo), limitándose la última a concederse, por la entidad bancaria, a iniciativa de la deudora, la modificación relativa a las amortizaciones extraordinarias convenidas, debiendo abonarse lo debido al vencimiento indicado, y ratificando la fiadora la garantía personal en su día conferida ("mantiene su garantía personal solidaria con la prestataria en los mismos términos... que se establecen en las escrituras referidas en la parte dispositiva..."). Se ratifica la fianza existente desde seis años atrás y en virtud del mismo préstamo, objeto de sucesivas modificaciones sin extinción, en ningún momento, de la garantía personal.
En segundo lugar, no puede entenderse, como se indicaba en la demanda, que las sucesivas modificaciones y novaciones tengan naturaleza extintiva, sino meramente modificativa:
a) Porque lo expresa así el propio texto, que, literalmente, mantiene, en cada caso, todos los pactos anteriores no afectados por el presente. La novación extintiva ha de ser expresa, clara y contundente, y el texto opera, justamente, en sentido contrario.
b) Porque el argumento en que la administración concursal demandante concretaba tal conclusión (la existencia de distintas novaciones extintivas) partía de que se había producido tal efecto extintivo porque las obligaciones (las de la antigua escritura y las de la nueva) serían de todo punto "incompatibles", al modificarse las condiciones principales de la obligación y producirse una "acumulación de fianzas y de garantías reales hipotecarias". Ello no es es así, porque las garantías reales están perfectamente determinadas en sus límites cuantitativos respecto de la obligación contraída, y la personal resultaría exigible, en su caso con carácter general, en cuanto los bienes fueran insuficientes para cubrir la deuda, con su producto. En ningún caso hay acumulación, ni mucho menos incompatibilidad y no puede fundarse en tal argumento la extinción de la fianza previamente establecida.
De ello cabe concluir que la fianza o garantía personal no está afecta al período de rescisión del artículo 71 LC, por cuanto si bien existe referencia a aquella en las dos escrituras incursas en el período sospechoso, se trata del mantenimiento de la obligación anteriormente contraída, en 2006, de que trae causa. El recurso, en tal aspecto ha de ser acogido.
CUARTO.- Cuestión distinta es la relativa a la garantía real -hipoteca sobre dos fincas de la fiadora, constituida en la escritura de 2010-. Aplicando las líneas interpretativas que cabe extraer de la sentencia del Tribunal Supremo arriba citada, la conclusión no puede diferir de la obtenida por el Juzgador, toda vez que hemos de partir de que el artículo 71,3 2 LC expresa que, salvo prueba en contrario, *el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: "2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas".*
El recurrente pretende justificar tal circunstancia objetiva, la de constitución de garantía real por deuda de distinta persona jurídica (del mismo grupo) con su propio patrimonio (prueba de ello, la constitución de hipoteca sobre bien propio en novación producida en 2008) incidiendo qn que no se trataría en ningún caso de "deuda ajena" y no hay carácter "gratuito" en el acto de gravamen.
Sin embargo, entendemos que se trata de deuda ajena, por lo expuesto, y nos remitimos a los argumentos destacados en la sentencia que se ha transcrito parcialmente, del TS de 30-4-14, porque no resulta asimilable, en el curso del cumplimiento normal de las obligaciones, la condición de deudor -que ostenta INMOCLEOP SA- con la de fiador -que ostenta la concursada- sin perjuicio de que, en caso de incumplimiento, el acreedor pudiera eventualmente dirigirse contra cualquiera de ambas sociedades.
El segundo argumento es igualmente rechazable: La mera lectura de las escrituras de novación pone de relieve que es la *deudora* la que interesa las sucesivas modificaciones, y la fiadora consiente en aquellas y mantiene su fianza -anterior, como se ha dicho- por lo que, propiamente la fiadora no obtiene ventaja "directa", sino que aquellas ventajas, en la situación concurrente al tiempo de la novación (de ampliación de plazo, carencia de capital, eliminación de amortizaciones extraordinarias a que alude la entidad recurrente) las obtiene la prestataria, que era la directa obligada al pago, por lo que no cabe aceptar que ello beneficiara
o propiciara la liquidez de la concursada CLEOP SA, dado que "era tan obligada al pago como la propia prestataria INMOCLEOP SA" -como afirma la recurrente- pues, al tiempo de constituir la garantía real no había requerimiento de pago, y existía, además, una hipoteca previamente constituida por la deudora principal sobre finca de titularidad propia.
En definitiva, afirma el recurrente, en este caso, que se obtuvo liquidez, y que ello retrasó las consecuencias del concurso; que hubo beneficios tras dos años de pérdidas, y que esa liquidez que obtuvo CLEOP permitió a los acreedores ver satisfechas sus deudas. Sin embargo, lo cierto es que la garantía real conferida viene a otorgar un privilegio al acreedor del que anteriormente no disponía, respecto de la misma deuda, y aunque existan ciertas concesiones del banco -período de carencia, ampliaciones del plazo- no resultan suficientes frente a la extracción de la masa activa de dos inmuebles en garantía de deuda de una sociedad distinta de la concursada, aunque vinculada a esta por pertenecer al mismo grupo. La rescisión acordada ha de ser mantenida y el recurso en tal aspecto debe ser rechazado.
QUINTO.- Finalmente, hemos de acoger el recurso en cuanto consideramos que no procede la solicitada reintegración de las cantidades abonadas por CLEOP por parte de la entidad bancaria demandada, para la constitución de las hipotecas, pues además de no haberse acreditado el hecho mismo del desembolso por parte de la administración concursal, se desprende justamente lo opuesto del análisis de los pactos que recogen, al efecto, las propias escrituras públicas, ya que tanto la Cláusula 10ª de la escritura de 27-12-10 como la cuarta de la de 26-4-12, expresan que todos los gastos derivados de aquellas corresponderán a la prestataria. El recurso se acoge, también en este aspecto.": SAP Valencia (Sección 9) 24.06.2014 (Sentencia 190/2014; Rollo 54/2014)

AP Valladolid

"CUARTO.- Sentado lo anterior, si analizamos la primera de las operaciones datada en 2006, no cabe duda de que el prestatario Sr. Marcos era quien en definitiva controlaba la entidad concursada, pues ostentaba hasta entonces la totalidad de su capital social y era su administrador único. Esa operación fechada el 22 de febrero de 2006, y así lo admiten las partes, es un crédito al Sr. Marcos por importe de 1.300.000 euros para que con ese dinero proceda a ampliar el capital social de la concursada y a suscribir las nuevas participaciones. La propia concursada garantizó el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Sr. Marcos a las resultas de dicho crédito, ello mediante la constitución en prenda del saldo de una cuenta corriente que en la propia entidad de crédito aperturó ese mismo dia aquella, ingresando en ella precisamente por la suma de 1.300.000 euros. Dicha ampliación obedecía, según confesaba su socio y administrador único Sr. Marcos en el acta de decisiones obrante al f. 40 vuelto de los autos, a las necesidades de financiación de la entidad, cuyo capital social hasta entonces ascendía a 3000 euros y que presentaba una situación de fondos propios negativos, adeudando ya por aquel entonces mas de 1.500.000 euros a Caja Duero. Sin embargo con ello en realidad lo que se pretendía no era sino cumplir con el requisito de capitalización mínima imprescindible para la obtención de una serie de subvenciones públicas del ADE, cuyo plazo de vencía dos dias mas tarde, subvenciones que efectivamente se le concedieron a la entidad por un valor de 825.476,86 euros. Se trató por tanto de crear una mera apariencia de capitalización y consiguiente solvencia frente a los acreedores, futuros proveedores y las administraciones públicas, pues en la cláusula Séptima del contrato (f.60) se estipulaba que ese saldo de 1.300.000 euros dado en prenda no podría ser dispuesto por su titular ni por sus causahabientes mientras se hallare en vigor el crédito garantizado. Así las cosas nos encontramos con que la hoy concursada constituyó prenda sobre la suma de 1.300.000 euros de su titularidad para garantizar con ella un crédito que el Banco concedía a su hasta entonces único socio para que este procediera a suscribir su propia ampliación de capital, a cuyas resultas había obtenido la mayor parte de la suma pignorada. No podía la entidad disponer de dicha suma ni por tanto atender con ella al pago de los créditos que frente a la misma ya existían por aquel entonces, ni tampoco a los que en un futuro se generasen.
Pues bien, a cambio de afectar todo su capital social a la constitución de dicha prenda la concursada nada recibía por parte del prestatario, Sr. Marcos, ni tampoco por parte del Banco prestamista, que eran las otras dos partes intervinientes en dicho negocio jurídico. Una cosa es el crédito concertado entre Banco de Madrid y el Sr. Marcos y otra muy distinta la constitución de la prenda por un tercero para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del acreditado. El crédito es un contrato oneroso, mas tal naturaleza no se comunica forzosa o ineludiblemente al contrato accesorio de garantía real que lo acompaña, pues ello dependerá de si el constituyente de la prenda recibe a cambio de ello algún tipo de contraprestación, bien parte del acreditado bien por parte de la entidad de crédito. En su consecuencia el negocio jurídico en cuestión entendemos ha de ser calificado como de gratuito, pues se constituía en prenda todo el capital social y fondos disponibles de la entidad para garantizar una deuda ajena sin contraprestación alguna por parte del Banco prestamista, que sin embargo blindaba su crédito, ni del prestatario cuya posición se cubría. Y a tal efecto resulta indiferente que el Banco no hubiere concedido ese crédito sin la constitución de la garantía prendaria, pues aunque así fuere ello ninguna ventaja patrimonial representa para quien constituyó la prenda, o que las comisiones e intereses del préstamo se cargaren en la cuenta del prestatario Sr. Marcos, pues solo faltaba que no procurándole dicha garantía ninguna ventaja patrimonial a quien la constituye, fuera esta quien se hiciera cargo de tales gastos derivados de un préstamo hecho a otra persona distinta. Resulta por lo tanto de plena aplicación a la constitución de dicha prenda la presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial a la masa activa que se contempla en el art. 71.2 LC. A mayor abundamiento cabe decir que tal naturaleza gratuita entendemos no cede por el hecho de que con esa formal ampliación de capital la entidad hoy concursada consiguiere una apariencia de solvencia a cuyas resultas un tercero, en este caso una administración pública, otorgó a la constituyente de la prenda una subvención por valor de 825.476,86 euros. Al margen de que dicha subvención era inferior en 475.000 euros aproximadamente al saldo afecto a la garantía del que no iba a poder disponerse, su concesión y el ingreso patrimonial que ello representó para la entidad no fueron sino un efecto reflejo o indirecto del negocio jurídico que analizamos. No fue producto de un sacrificio patrimonial efectuado por alguno de los partícipes que en el mismo intervinieron, sino de un tercero ante el que se desplegó una maniobra mas que dudosa con el conocimiento y aquiescencia de todas las partes. Y si dicha gratuidad es predicable ya de ese primera garantía prendaria constituida en 2006, con mayor fundamento cabe predicarla de las constituidas posteriormente en 2008 y 2009. En estas quien se obliga es un prestatario diferente, en concreto una persona jurídica que se interpone con el único propósito de que los intereses y gastos devengados por el crédito puedan ser deducidos fiscalmente en beneficio del Sr. Marcos, que es quien también la controla y todo ello también sin contraprestación alguna para la hoy concursada, que ni siquiera obtiene ya el beneficio indirecto que pudiere haber representado aquella subvención antes comentada. El perjuicio patrimonial para la masa activa es por otra parte palmario, pues se priva a la entidad de la disponibilidad de su capital social cara a poder afrontar los débitos preexistentes y los contraídos a posteriori, al haberse pactado ab initio la indisponibilidad del depósito del metálico y posteriormente de los valores que vinieron a sustituirle como objeto de la prenda, salvo en este último caso la posibilidad de una retirada parcial mas a cambio de que la operación quedare bien garantizada, lo que no podía obviamente hacerse pues se carecía de todo tipo de recursos o bienes al efecto.": SAP Valladolid (Sección 3) 04.10.2012 (Sentencia 292/2012; Rollo 74/2012)

AP Vizcaya

"PRIMERO.-Los antecedentes fácticos de la cuestión a la que se contrae el recurso son los siguientes: dentro de los dos años anteriores a ser declarada en situación concursal y, en concreto, el día 17 de Marzo de 2009, Dª Florentino constituyó tres hipotecas sobre determinados inmuebles privativos (vivienda y dos plazas de

aparcamiento) sitos en Getxo en garantía de sendos préstamos concedidos a dicha señora y a otras personas obligadas solidariamente con la anterior, y con el aval de Saneamientos Bilbao, S.L. y Fontanería Utrilla, S.L., por el Banco Bilbao Bizkaia Argentaria (BBVA), Bilbao Bizkaia Kutxa (BBK, luego Kutxabank) y Bankinter, S.A. respectivamente, en cuantías de 175.000, 200.000 y 140.000 euros.
Bankoa, S.A. resultaba ser acreedora concursal de Dª Florentino y, en tal condición, interesó que se requiriera a la Administración Concursal para que ejercitara la correspondiente acción de rescisión de dichos actos conforme al artº 72 de la Ley Concursal; y, no habiéndolo efectuado, ejercitó la acción la propia Bankoa, S.A. por entender que dichos contratos eran perjudiciales para la masa activa del concurso de la Sra. Florentino en la medida que comprometían sus propios bienes con las cargas hipotecarias antedichas; tratándose de actos de disposición a título gratuito, por cuanto que dicha señora no recibió el nominal de los préstamos, que fue destinado a pagar deudas preexistentes de terceros, en concreto de la sociedad, ya citada, Saneamientos Bilbao, S.L., de cuyo accionariado forma parte la Sra. Florentino pero sin que fuera fiadora ni avalista en dichas deudas, presumiéndose el perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso de conformidad con los artículos 71-2 y 71-3-2º LC.
Habiéndose allanado a la demanda el BBVA y con oposición a la misma por la BBK y Bankinter, se dictó Sentencia por la que se estimó dicha demanda y se acordó la rescisión de los tres préstamos hipotecarios antedichos y sin imposición de costas; resolución que ha sido objeto de recurso de apelación sólo por parte de Kutxabank, S.A..
SEGUNDO.-Procede la desestimación del recurso y la confirmación de la Sentencia apelada por sus propios fundamentos.
Pretende la recurrente, como ya lo hizo en la instancia, vincular la operación de préstamo con garantía hipotecaria suscrita por Kutxabank, única apelante, con Dª Florentino con la escritura de compraventa de 173.795 participaciones sociales de la mercantil Saneamientos Bilbao, S.L., de idéntico valor nominal, escritura otorgada el mismo día, 17 de Marzo de 2009, y poco antes que la del préstamo hipotecario; en virtud de la cual la Sra. Florentino adquirió las mencionadas participaciones por el precio de dos euros, haciéndose a cambio con un porcentaje del 54,31 % de la sociedad, sólo con dicha operación, sociedad que se iba a sanear al ser el propósito de la Sra. Florentino y de los demás prestatarios el destinar el principal del préstamo al pago de las deudas de la misma que se encontraban vencidas; por lo que la recurrente mantiene que no estamos en presencia de una disposición del préstamo a título gratuito, sin que se pueda entender que se ha producido un perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso de Florentino al existir una real reciprocidad de intereses respecto de dicha persona.
Este Tribunal entiende, por el contrario, que lo que se ha producido es una inteligente maniobra de ingeniería financiera orquestada en beneficio de un tercero, Saneamientos Bilbao, S.L., para eliminar su pasivo a costa de los inmuebles privativos de la Sra. Florentino puestos en garantía real de la prestamista hipotecaria, pero con el consiguiente perjuicio patrimonial para la masa activa de su concurso, el cual se ha de presumir de conformidad con el artº 71-2 y 71-3-2º LC; se ha utilizado, en efecto, el ardid del otorgamiento de una escritura de compra de 173.795 participaciones sociales de dicha sociedad, del mismo valor nominal, por el precio de dos euros, pero sin que haya constancia alguna de cual era el valor real de lo que se compraba, cuya prueba sólo era de cargo de la propia Sra. Florentino, que ni siquiera se ha personado en el incidente, y de las entidades financieras demandadas, que tampoco lo han intentado.
Con lo que lo único con lo que realmente contamos, a tenor de la prueba practicada y de lo expresamente reconocido, es que la constitución de las garantías reales de las que debería responder la hipotecante Dª Florentino (sin tener, aparentemente, otros bienes o ingresos para poder hacerlo) no benefició a dicha señora, que no recibió nada a cambio de dicha garantía o, al menos, no se ha demostrado la entidad real de lo que recibió; causándose, por el contrario, un perjuicio patrimonial directo a la masa activa de su concurso y a sus acreedores en el mismo, sólo en beneficio de un tercero, Saneamientos Bilbao, S.A., cuyas deudas preexistentes y que no estaban garantizadas en forma alguna, quedaron atendidas y pagadas; por lo que, en definitiva, procede rescindir y anular los tres préstamos hipotecarios de que se trata en los términos que se acuerda en la Sentencia de instancia.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 28.06.2013 (Sentencia 392/2013; Rollo 634/2012)

“En cuanto al recurso de apelación en sí, la AC de Codesport Euskadi, S.L. sigue insistiendo en que la hipoteca constituída el 14 de Septiembre de 2010 en garantía de una póliza de crédito contraída pocos días antes por Codesport, S.A. en la misma entidad bancaria, Deustche Bank, constituye un acto dispositivo gratuito en favor de dicha acreditada, por lo que el perjuicio patrimonial para la masa activa de Codesport Euskadi,
S.L. se presume "iuris et de iure", de conformidad con el artº 71-2 LC; a tal efecto, asegura que los 800.000 euros que era el nominal de la póliza de crédito tuvieron un destino distinto de la financiación de los pabellones de la concursada en el polígono "El Arbol" de Santurce; y que, a la fecha de la declaración del concurso, 30 de Marzo de 2012, Codesport Euskadi, S.L. seguía afianzando con las garantías reales objeto de impugnación a las entidades financieras prestamistas del Grupo Codesport por importe de 5,4 millones de euros.
Sin ocultar que el hecho que se defienda la existencia de dos conceptos antagónicos (aunque sea a título principal o subsidiario), como la calificación de un mismo acto como hecho a título gratuito y a título oneroso, devalúa absolutamente la credibilidad del discurso, es lo cierto que compartimos el criterio del Juzgador de lo Mercantil que la constitución de la hipoteca de que se trata no fue gratuita en modo alguno; y no lo fue a tenor del contenido del propio informe de la Administración Concursal (artº 74 y 75 LC) apreciado en su conjunto, en relación con el informe emitido en el concurso de Codesport, S.A.
Comenzando por este último, en su anexo 8 que se refiere a "Créditos a empresas del grupo" se contempla un préstamo a largo plazo hecho a Codesport Euskadi, S.L. por importe de 800.000 euros que, aunque no consta ni fecha ni circunstancias, coincide curiosamente con el importe de la póliza de crédito obtenida por Codesport, S.A. y cuya devolución garantizaba quien en tal supuesto sería la prestataria de dicho importe con la hipoteca

de sus pabellones.
Pero yendo al informe redactado por la propia AC de Codesport de Euskadi, S.L., demandante en la instancia y ahora recurrente, no puede ser más claro cuando, en sus páginas 14 y 34 señala: "....queremos destacar que el 85% del activo de la Cía. corresponde a una promoción de naves que ha desarrollado en Santurce, parte de las cuales han sido hipotecadas para garantizar la financiación facilitada por el grupo al que pertenece..", lo cual es forzoso interpretar, según el sentido literal y lógico de las palabras, como que la hipoteca fue de todo menos gratuita; la financiación obtenida por la concursada de Codesport a lo largo de todo el año 2010, en que se produjo la constitución de la hipoteca, fue por importe de 9.780.500 euros según se detalla en la cuenta de acreedores inserta en la página 18 del mismo informe, lo que se ratifica en la página 22 "in fine" donde la AC dice: "El Grupo presta hasta el 2010 (se interpreta como inclusive) a Codesport Euskadi,
S.L. 10 M/#, en ese año la concursada afianza un importe similar al Grupo con garantías reales sobre las naves de "El Arbol"; parece obvio deducir que los 800.000 euros de la póliza de crédito obtenida por Codesport, S.A. y que la hipoteca constituída por Codesport Euskadi, S.L. garantizaba, estaba integrada en las cantidades antedichas, aunque falte el correspondiente desglose; y por si todo lo anterior no bastase, en la página 24 del informe la AC presenta a Codesport, S.A. como sociedad que concentra los recursos esenciales del grupo efectuando para su filial Codesport Euskadi, S.L. trabajos de diversa índole; y se añade:" Asimismo Codesport SAU, al contar con un mayor músculo financiero, facilitó durante los últimos años a Codesport Euskadi S.L. la financiación necesaria para la ejecución de la promoción de naves de Santurce, mediante la concesión de diversos préstamos, al no haber sido posible la obtención de la financiación directa por parte de Codesport Euskadi, S.L.; dado que Codesport SAU ha obtenido estos recursos financieros de la concesión de préstamos de entidades financieras, Codesport Euskadi ha prestado garantía hipotecaria con las naves de su promoción en curso de ejecución a diversos préstamos de Codesport, SAU".
En congruencia con todo lo anterior, a tenor de los balances de cuentas que se reflejan en la página 16 del tan repetido informe, la mayor parte del pasivo de Codesport Euskadi, S.L. se conforma con las deudas al propio Grupo, que es de suponer que se origina por los préstamos recibidos del mismo, a tenor de los párrafos anteriores, entre ellos los obtenidos por Codesport, S.A. a través de la póliza de crédito por importe de 800.000 euros y que fue a parar a Codesport Euskadi, S.L. (anexo 8 del informe de la AC de Condesport, S.A.), en estrategia empresarial de todo el grupo; de lo que se infiere que la hipoteca cuya rescisión e ineficacia se pretende no fue en modo alguno gratuita sino onerosa a cambio de la financiación obtenida para poder levantar los pabellones del polígono "El Arbol".
Resulta por otra parte irrelevante que Codesport Euskadi, S.L., tal y como consta en la página 18 del informe de la AC, cancelara a lo largo del año 2011 la casi totalidad de los préstamos recibidos del grupo, por devolución según parece de 10 M/#, quedando pendientes otros 5,4 M/# (página 22 del informe), ya que a lo que hay que estar para decidir sobre la rescisión solicitada es a la fecha en que se produjo el acto que es objeto de la misma, en el caso 14 de Septiembre de 2010 y a la situación concreta entonces concurrente; que, como se ha señalado a tenor del informe de la propia AC, era la de obtención de financiación a cargo del grupo, en estrategia empresarial del mismo, cuya devolución se garantizaba con la constitución de las hipotecas impugnadas.
Es ajeno al tema la trascendencia que el mantenimiento de la garantía pueda tener sobre la calificación y preferencia de los créditos de los distintos acreedores de las empresas integradas en el grupo, o sobre las posibilidades de subrogación y repetición, etc.; todo ello no será sino una consecuencia del hecho de no rescindir el acto así como de la decisión del Legislador de privilegiar los créditos con garantía real sobre los demás; pero cuya situación en modo alguno constituye argumento para rescindir un acto dispositivo perfectamente válido y legítimo con arreglo a la ley.
TERCERO.-Sentado, por tanto, que las hipotecas impugnadas que se pretenden rescindir constituyen un acto dispositivo a título oneroso, la AC sostuvo su ineficacia solo en la causa 1ª del artº 71-3 de la LC, esto es, haber sido realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con la concursada, como en este caso lo era Codesport, S.A., empresa matriz del grupo empresarial; supuesto en el que el perjuicio patrimonial se presume pero, al revés de lo que ocurre en los actos dispositivos a título gratuito, admite prueba en contrario.
El Juzgado de lo Mercantil razona acertadamente que, en este caso, no se ha producido perjuicio patrimonial alguno para Codesport Euskadi, S.L. con la constitución de las hipotecas impugnadas, precisamente por pertenecer al mismo grupo empresarial, por lo que se ha beneficiado de las contraprestaciones no sólo económicas obtenidas del mismo, parte de ellas, precisamente, por la garantía otorgada a aquél que la hipoteca supone; este Tribunal comparte dicho razonamiento; el acto impugnado no ha supuesto ni provocado una disminución del activo real de la empresa concursada con el que poder atender los créditos de sus acreedores, ya que ha provocado directamente la presencia en dicho activo de los seis pabellones como consecuencia de la financiación obtenida de Codesport, S.A.; lo único que ha sucedido es que se ha constituído un acreedor nuevo con el privilegio que supone contar con una garantía real (Deustche Bank); mas, como ya hemos señalado, tal cosa es una consecuencia no sancionada por la ley y no constituye un perjuicio patrimonial propiamente dicho para la masa activa del concurso como tal, con entidad suficiente como para provocar la rescisión del acto hipotecario ya que éste cuenta con el respaldo legal que la contraprestación recibida supone; en efecto, es perfectamente posible (y no hay prueba de lo contrario) de que pese a la presencia de Deutche Bank con su crédito privilegiado, el resto de los acreedores puedan hacer efectivos normalmente los suyos con cargo a la masa activa, máxime ante la extinción de buena parte de dichos créditos por valor de unos 10 millones de euros en el año anterior a la declaración del concurso, sin tocar para nada los pabellones hipotecados.
En el recurso de apelación no se combate eficazmente lo argumentado en la Sentencia apelada sobre este particular, por lo que procede ratificarlo; sólo se invoca una causa de rescisión nueva, la del artº 71-3-2º LC, relativa a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, que no ha de merecer

ningún comentario por parte de este Tribunal, precisamente por invocarse "ex novo", pues en otro caso se produciría evidente indefensión a Deustche Bank que no pudo oponerse a la misma ni proponer prueba al respecto.": SAP Vizcaya (Sección 4) 02.01.2014 (Sentencia 2/2014; Rollo 503/2013)

AP Zaragoza

""Bosch" alegó que no había tal perjuicio porque entre ambas empresas "Talleres Emiliano Arenaz, S.L." y "Emiliano Arenaz, S.L." existía confusión patrimonial y unidad de decisión, de tal manera que el otorgamiento de la garantía por parte de "Talleres" no obedecía a un acto de liberalidad, sino a la necesaria cobertura del aumento de la deuda de "Emiliano Arenaz, S.L."; deuda asignada por unos servicios y suministros que no sólo favorecían a la directa recipiendiaria ("Emiliano Arenaz, S.L."), sino a su empresa del grupo ("Talleres"), puesto que de la situación económica de la primera, dependía la propia liquidez y supervivencia de la segunda.
Obviamente, con esta descripción, "Bosch" está hablando de un "grupo de empresas", por lo que no sólo le será suficiente con argumentar el tal sentido, sino que habrá de probar que esa cobertura que presta una empresa a favor de otra, sin recibir nada a cambio (al menos directamente), no perjudica la masa activa de "Talleres Emiliano Arenaz, S.L.".
Y a tal fin no hay más prueba que lo informes de las respectivas Administradores Concursales.
Del informe relativo a "Talleres Emiliano Arenaz, S.L." se deducen dos cuestiones clave. Una, que esta sociedad y "Emiliano Arenaz, S.L." no forman un grupo de empresas, al menos contablemente. Si bien "Talleres" es socio de "Emiliano Arenaz, S.L." en un 37% de su capital social y la propia A.C. califica a "Emiliano Arenaz, S.L." como persona especialmente relacionada con "Talleres" ex art. 92-5 L.C. (Folios 114 y 124 de los autos). Y, segunda, que "Talleres" dependía casi totalmente de los clientes de "Emiliano Arenaz, S.L.", de tal manera que "Talleres" es el mayor deudor de "Emiliano Arenaz, S.L." (f.113 y 143 de los autos).
SEXTO.-Llegados a este punto procede discernir: -si estamos o no ante un grupo de empresas;- si el acto de aseguramiento hipotecario es oneroso o gratuito y- si se trataría de un acto ordinario de la actividad empresarial en condiciones normales. Todo ello en la búsqueda de la respuesta definitiva sobre si existe o no "perjuicio patrimonial".
Empezando por la última cuestión, queda patente de la postura de ambas partes y de los informes de la A.C. que la situación no era normal, sino económicamente excepcional, por lo que no cabe la causa de justificación del negocio hipotecario contemplada en el art. 71-5 L.C.. Aparte del hecho de que "Talleres" no tenía por objeto social garantizar deudas ajenas.
SEPTIMO.-En cuanto a la condición de "grupo de empresas o sociedades", esta Sala se hizo eco de la doctrina mayoritaria al respecto. Nuestra sentencia nº55/10 de 5 de febrero se refería al mismo en este sentido: "el término empresa es sinónimo de unidad económica, aunque esta unidad esté integrada por dos o más personas físicas o jurídicas. No es, pues, la personalidad jurídica el dato relevante, sino el de autonomía de decisión, el que revelará si estamos o no ante una misma empresa o distintas; la constatación de que haya o no una unidad de acción o una acción coordinada".
Por lo que, en este caso, se puede afirmar que sí había grupo de empresas entre "Emiliano Arenaz, S.L." y "Talleres Emiliano Arenaz, S.L.". Ahora bien, como recuerda la S.A.P. Barcelona, secc. 15, de 24 de febrero de 2011, nuestro ordenamiento no ha afrontado aún de manera exhaustiva la problemática de los grupos societarios y se ha limitado a regular algunos aspectos concretos, como la consolidación de cuentas o la posibilidad de acumulación de concursos, resultando dudoso que el concepto empleado en el art. 42 C.Com. sea suficiente para resolver los problemas que plantea la referencia a los grupos de sociedades la Ley Concursal. (arts. 6-2-4 º, 3-5, 25 y 93-2-3 º). Esta matización era preciso hacerla.
OCTAVO.-Por fin, el acto de cobertura de deuda ajena, sin contraprestación directa o reciprocidad obligacional inmediata (sinalagma contractual) no puede calificarse como acto oneroso. Al menos en una primera aproximación.
En efecto, resulta trascendental el hecho de que la ampliación de la hipoteca no responde a una condición impuesta por "Bosch" para seguir sirviendo suministros a "Emiliano Arenaz, S.L." (en cuyo caso pudiera dudarse de la liberalidad de "Talleres", pues ésta estaría interesada, siquiera indirectamente, en que "Emiliano Arenaz" tuviera suministros para que su desarrollo negocial favoreciera el de "Talleres"). Es una ampliación para cubrir una deuda ya producida. Por lo tanto, no relacionada con el devenir empresarial de ambas sociedades ("Emiliano Arenaz, S.L." y ""Talleres Emiliano Arenaz, S.L.").
Luego, no puede hablarse de disposición a título oneroso de "Talleres" respecto a "Emiliano Arenaz, S.L.", pues tampoco consta que ésta condonara a "Talleres" la deuda o parte de la deuda que esta última tiene con aquélla.
NOVENO.-Por lo cual, el negocio a título gratuito nos resitúa en el punto 2 del art. 71. Es decir, presunción "iuris et de iure" de perjuicio patrimonial. Sin que podamos hablar -de nuevo- de actividad profesional ordinaria art.71.5) cuando lo que se está haciendo con el negocio litigioso es garantizar al acreedor de un tercero deudas preexistentes. No asegurar nuevos suministros. Aunque consten suministros posteriores. Más aún cuando "Bosch" tenía constancia que de la primera deuda garantizada de 1.077.009,66 euros no se había pagado ni un solo plazo.
La deducción razonable es la de una garantía de deudas de terceros en una situación previsible de imposible cobro. En este mismo sentido la reciente S.A.P. Madrid, secc. 28 de 20 de abril de 2012, en supuesto similar al que ahora nos ocupa. En sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto se vierten razones plenamente aplicables a nuestro supuesto.
"... en la medida en que la hipoteca constituida sobre sus propios bienes por la mercantil FRUTAS FRANCH S.A. hubiese tenido por objeto garantizar la devolución de esa parte del préstamo, un acto dispositivo que carecería por entero de contraprestación para dicha concursada al tratarse de un gravamen constituido gratuitamente en garantía de deuda genuinamente ajena. Y ello sin que, como más adelante tendremos

ocasión de razonar, el hecho de que beneficiaria y garante fuesen empresas pertenecientes al mismo grupo constituyese, asépticamente considerado y desprovisto de un mayor nivel de concreción, una circunstancia dotada de especial significación a este respecto.". De tal manera que, sigue diciendo, "El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable (artículo 43 y siguientes del C. de Comercio) y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con los del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar como determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.".
Es verdad que alguna sentencia (SAP Cáceres, secc. 1ª, de 20 de julio de 2011) razonó que el interés del grupo puede justificar el acto y ese interés actúa como "causa onerosa". Pero ese "interés grupal" ha de ser probado, no meramente alegado, por quien pretende la validez del negocio a rescindir, como con lógica exige la citada S.A.P. Madrid.": SAP Zaragoza (Sección 5) 02.07.2012 (Sentencia 405/2012; Rollo 354/2012)

"TERCERO.- Existencia de perjuicio
A la vista de la demanda parece considerar la actora que en el presente caso el perjuicio se produce por ser los actos de afianzamiento gratuitos ex art. 71.2 y por ello rescindibles sin posibilidad de prueba en contrario y la constitución de la prenda de la imposición una garantía real en la cual el perjuicio se presume ex art 71.3.2 de la LC.
La demandada mantiene que se trata de operaciones de refinanciación de las operaciones crediticias ya existentes que tenían también y previamente garantía personal y que fueron sustituidas por las presentes.
En cuanto ha de enervar la actora las presunciones referidas, bien probando que los afianzamientos no tenían carácter gratuito por ser renovación de obligaciones que tenían este carácter y que las garantías reales constituidas suponían un beneficio directo o indirecto para la parte que las prestó, su carga corresponde a la demandada y la valoración probatoria de lo actuado, ha de concluir en los mismos términos que la recaída en la sentencia de fecha 2 de marzo de 2015 de constante referencia. Esto es, solo parcialmente ha acreditado la demandada y de ella era la carga que la totalidad de las obligaciones afianzadas o garantizadas con garantía pignoraticia existían previamente y estaban ya garantizadas por el concursado persona natural (STS 21 de abril de 2014).
Así concluyó la referida resolución que:
" SÉPTIMO. -La acción impugnatoria se dirige contra tres negocios jurídicos. Dos de ellos son de afianzamiento por el concursado de las operaciones bancarias de la sociedad de la que es socio y titular de un 33.33% del capital social y asimismo administrador solidario. Las mismas se instrumentaron en las pólizas de fecha 19 de abril de 2011 - la nº...00281-82 - por un importe de 150.000 euros y la de 5 de septiembre de 2011 - la nº 0295-71 - por importe de 40.000 euros. El tercer negocio jurídico contra el que se dirige la actora es el denominado como "contrato de cuenta de imposiciones" nº...00157-61 de 19 de abril de 2011 por 44.950 euros cuya estipulación 8ª contiene una pignoración del saldo de la cuenta "como garantía de todas las operaciones con el banco".
Considera la Sala tanto el afianzamiento resultante de esos dos negocios, como la constitución de la garantía real, serán actos gratuitos y "para evitar la presunción de perjuicio que supone una garantía constituida a favor de tercero, a que se refiere el art. 71.2 LC, corresponderá al acreedor garantizado demostrar la existencia de contraprestación a favor del fiador concursado, carga de la prueba que sólo a él corresponde, aportando elementos fácticos y jurídicos que destruyan la presunción de gratuidad" (STS 21 de abril de 2014). También la constitución de una garantía real para garantizar tales obligaciones, las de un tercero, participa de dicha naturaleza y, por ello, ha de reputarse también un acto gratuito.
OCTAVO.-Frente a estas consideraciones, la parte recurrente alega que la fianza prestada era renovación de la prestada anteriormente en otras pólizas, concretamente señala la entidad demandada las pólizas contrato de cuenta de crédito nº... NUM004 de 4 de enero de 2011 por 50.000 euros, la póliza de crédito con garantía personal en cobertura de riesgo nº... NUM005 de 11 de mayo de 2009 por 60.000 euros y la nº... NUM006 de 28 de abril de 2010 por 75.000 euros, así como la cuenta de crédito nº... NUM007 de 28 de abril de 2010 por 30.000 euros.
A juicio de la entidad financiera las mismas serían obligaciones preexistentes de la sociedad prestataria garantizadas por el concursado en las que ya había prestado su garantía sobre las mismas.
Consideramos que la existencia de una previa obligación garantizada frente a la misma entidad y a favor de la entidad que administraba supone la inexistencia de perjuicio en la renovación o extinción y nueva contratación de las pólizas, en cuanto la sustitución de una obligación existente, vencida y exigible o próxima a serlo por otra póliza por similar o inferior cuantía de crédito supone una simple continuación en las mismas garantías prestadas y, por tanto, una simple novación sea modificativa o extintiva con surgimiento de otra nueva que, ni disminuye la masa pasiva, ni la hace más gravosa, es más, incluso disminuye la presión crediticia en cuanto sustituye una obligación vencida o próxima a serlo, por otra que no tiene tal carácter.
En definitiva, en cuanto su prestación ex novo supone una presunción de gratuidad el carácter de continuación o mantenimiento de la garantía preexistente desvirtúa la existencia de perjuicio y, tal carga, la

tiene procesalmente la entidad demandada, pues elimina el carácter de gratuito del negocio de garantía, siendo sustituida una obligación vencida por otra pendiente de vencer, esto es, existe una contraprestación, por lo que el negocio de garantía no es ya gratuito (STS 21 de abril de 2014).
En el presente supuesto la demandada Banco Popular Español justifica únicamente (folios 225 a 227) que la cantidad recibida el 5 de septiembre de 2011 a consecuencia de la suscripción de la póliza nº... NUM002 de tal fecha fue destinada a la cancelación de la póliza de contrato de cuenta de crédito nº... NUM004 por 50.000 euros que vencía el 4 de septiembre de 2011 lo que determinó la liquidación de esta segunda póliza en la cuenta operativa nº -... NUM004 en la que se instrumentaba dicho préstamo.
No puedo concluir lo mismo del resto de pólizas preexistentes, en cuanto únicamente consta que en la cuenta instrumental de la póliza de "contrato de cuenta de crédito" suscrita el 28 de abril de 2010 nº... NUM007 en fecha 19 de abril de 2011 se transfirió el importe de 150.000 euros recibido el 19 de abril de 2011 a consecuencia de la suscripción de la póliza Nº... NUM000. Dicha cuenta instrumental, que parece haber sido liquidada el 27 de abril de 2011, a la fecha en que se trasfirió la anterior suma solo existía un crédito consumido de 12.309,82 euros, siendo el resto de los cargos en la misma posteriores en orden de cargo al indicado aporte de 150.000 euros y, por ello, no existe la certeza, más bien el cargo posterior parece excluirla, de que tales cargos estuviesen amparados previamente en la indicada póliza de crédito nº... NUM007, cuyo importe máximo por otra parte era de 30.000 euros.
Aunque las pólizas nº... NUM006 y nº NUM007 tenían ambas su vencimiento el 28 de abril de 2011, esto es, en fechas muy próximas a la que se contrajo el crédito materializado en la póliza nº... NUM000, lo cierto es que no se ha acreditado la sustitución del último por las anteriores y sí el aumento de las garantías prestadas, pues el importe global de las mismas se aumentó, pasando de 155.000 euros a 190.000 euros más el importe de la garantía pignoraticia -44.950 euros-.
Por tanto, dada de rescisión parcial de la póliza debería excluirse la validez de la fianza prestada más allá de la suma referida de 12.309,82 euros.
En cuanto a la pignoración del depósito realizada, ninguna alegación de onerosidad realizada la apelante por lo que ha de mantenerse la ineficacia acordada.": SAP Zaragoza (Sección 5) 29.05.2015 (Sentencia 288/2015; Rollo 257/2015)

"I.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION
PRIMERO.-En el seno del concurso de acreedores de "Beltrán Alvarez Inmobiliaria, S.A." (en adelante BAISA), se ejercita por la Administración concursal (A.C.) demanda incidental sustanciando acciones de reintegración frente a la concursada, a otra empresa relacionada con ella y también concursada, "Alvarez Beltrán S.A." (ABSA) y frente a diversas entidades bancarias (BANKIA, BANCO POPULAR, BANCO SANTANDER, BBVA, CAIXABANK, BANCO SABADELL, NCG, IBERCAJA BANCO, BANCO GRUPO CAJA TRES y CAJA LABORAL POPULAR), en solicitud de la rescisión parcial e ineficacia de las hipotecas de máximo sobre fincas de "BAISA", como consecuencia del Acuerdo de Refinanciación de 16-12-2011, suscrito con dichas entidades financieras; así como la rescisión de los pagos hechos por "BAISA" a éstas, derivados de los pactos recogidos en tal Acuerdo y procedentes de la venta de determinadas fincas de "BAISA": dejando, por tanto, el Registro de la Propiedad acorde a dichas pretensiones.
SEGUNDO.- Considera la A.C. que tales operaciones han causado un perjuicio para la masa activa de "BAISA". Se ampara para ello, principalmente, en el Art. 71-3-2 º y 3º L.C. La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y los pagos de obligaciones con garantía real y cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración del concurso.
"BAISA" no obtuvo ningún beneficio como contraprestación al hecho de garantizar una deuda ajena, como hipotecante no deudor. Lo que constituye un sacrificio patrimonial injustificado. Perjudicando, además, a sus acreedores, que ven minorada su posibilidad de cobro por unas garantías que sólo beneficiarían a una tercera sociedad ("ABSA").
También argumenta el carácter gratuito de dichas hipotecas garantes de la deuda de "ABSA", lo que supone una presunción iuris et de iure de perjuicio, ex Art. 71.2 L.C.
Niega que exista interés de grupo alguno que pueda justificar tal comportamiento. Incluso niega la existencia de grupo. Simplemente coincidencia parcial de accionariado.
También acude al concepto rescisorio del art. 71-4-L.C. Las entidades financieras no pretendían asegurar la viabilidad de "ABSA", sino prepararse una posición privilegiada en caso de concurso de acreedores de "ABSA" y "BAISA".
TERCERO.-La postura de "ABSA" y "BAISA" es de aceptación de la tesis de la A.C.
La de las entidades financieras puede resumirse en una serie de alegaciones.
-No aceptan la negativa de Grupo de Sociedades. Existe y de forma clara y expresa.
-La interdependencia de "BAISA" respecto a "ABSA" es prácticamente total. Sus principales ingresos se deben a las rentas que por alquiler de inmuebles recibe aquélla de ésta.
-De hecho, los inmuebles de "BAISA" se los compró ésta a "ABSA", en una operación de "sale and lease" para dotar de liquidez a la empresa dominante ("ABSA"), a través de un préstamo por 1,5 millones de euros concedidos por Banca March, garantizado con hipoteca sobre las naves y prenda sobre las rentas que "ABSA" iba a pagar a "BAISA". Operación de 2010. Lo que significa que ya en 2010 "BAISA" ayudó en la rentabilidad de "ABSA".
-Por ello, la crisis de "ABSA" arrastra a "BAISA", pues la viabilidad de aquélla es fundamental para ésta.
-No se puede, por tanto, afirmar que las garantías hipotecarias que presta "BAISA" para refinanciar a "ABSA" se puedan calificar de gratuitas.
-No hay tampoco perjuicio para la masa de "BAISA". La refinanciación benefició a "BAISA", que le dotó de liquidez.
-Las deudas a corto plazo se transformaron en a largo plazo y se recortó la cobertura bancaria por descuento,

factoring y comfirming, adaptándola al menor volumen de negocio.
-Según las cuentas anuales consolidadas quien garantió fue el grupo.
-El resultado de explotación de "BAISA" en 2012 fue mejor que en 2011, según el contenido de sus cuentas anuales (881.268,17 # frente a los 592.540,65 # de 2011, después de impuestos): folios 1775 y f. 1603 de los autos.
-La masa activa de "BAISA" es de 47.370.806,10 # frente a una pasiva de 21.698.802,34 #. Lo que permitiría cobrar a todos los acreedores (f.1612 y 1625).
CUARTO.-La sentencia de primera instancia estima la demanda. En resumen, califica las garantías prestada por "BAISA" como actos de disposición a título gratuito, que perjudicaron a "BAISA", para afianzar operaciones ajenas sin contraprestación de ninguna clase.
QUINTO.-Recurren, Banco Santander, "NCG", BBVA, Ibercaja Banco, Caja Laboral Popular, Caixabank, Banco Popular y Bankia.
El contenido de los recursos reitera los argumentos recogidos en las respectivas contestaciones a la demanda. Argumentando tanto errónea valoración de la prueba, como incorrecta aplicación de la ley y doctrina jurisprudencial a los hechos litigiosos.
El recurso del BBVA, añade la petición de nulidad de actuaciones, por falta de motivación.
II.-MOTIVACION.-
SEXTO.-En cuanto a este último motivo de recurso, si bien la extensión de los razonamientos de la sentencia de instancia no es grande, sí que cumple con los requisitos jurisprudencialmente reseñados para que una resolución judicial se considere motivada. Responde a las pretensiones de las partes, da razón del por qué y, por ende, permite a las partes discrepantes estructurar sus recursos y al tribunal ad quem conocer los motivos de la juzgadora a quo para su decisión; pudiendo confrontarlas con las de los apelantes.
III.-CRONOLOGIA BASICA.-
SEPTIMO.-Los elementos temporales que hay que tener en cuenta son: Acuerdo de Refinanciación de 16-12-2011 e hipotecas garantizando deuda ajena de la misma fecha.
Transmisión de inmuebles a terceros el 15-11-2012 y el 22-3-2013, de cuyos precios se satisfizo a los bancos refinanciadores una importante cuantía. De la primera, 245.108,14 # (sobre un precio de 485.000 #) y 852.113,17 euros de la segunda, (sobre un precio de 1.100.000 #), en aplicación de lo concedido en el Acuerdo que ahora se cuestiona.
El Auto declarando el concruso es de 10-5-2013.
IV.-ACUERDO DE REFINANCIACIÓN.-
OCTAVO.-Dada la situación en la que se encontraba "ABSA", el pacto de refinanciación con los bancos ya citados, consistió básicamente en:
1) Cancelar los créditos que tenía con dichas entidades y convertirlos en préstamos.
2) Tales préstamos se garantizaban con hipotecas sobre bienes de "ABSA" y "BAISA". Hipotecas de máximo.
3) Mantenimiento de la líneas de descuento, confirming y factoring, pero reduciendo el límite un 25%.
4) Las fincas hipotecadas tenía adjudicada una responsabilidad individualizada.
5) Obligación de amortización anticipada si se vendía alguna finca de las antedichas.
En resumen se refinancia una deuda a corto plazo a otra a más largo plazo, incrementando el tipo de los intereses; reduciendo los límites de las líneas comerciales (descuento, confirming y factoring) y añadiendo garantías hipotecarias que antes no existían.
Todo esto 1 año y medio antes de la declaración del concurso de "BAISA".
NOVENO.-Consecuentemente, sí se prestan por una tercera sociedad, distinta de la refinanciada, unas garantías hipotecarias para garantizar las deudas ajenas, que antes no existían. Lo que nos coloca en el ámbito del art. 71 L.C.
V.-RELACIONES ENTRE "ABSA" Y "BAISA".-
DECIMO.-La defensa de la validez del Acuerdo de Refinanciación y de las operaciones recogidas y derivadas de él, se apoya en las relaciones existentes entre la deudora ("ABSA") y la garante ("BAISA"). Lo que beneficiaba a la refinanciada, lo hacía con la garante. En el contexto de un grupo de sociedades las garantías entre sus componentes no son gratuitas, sino contextuales (onerosas). Por lo que ni hay fraude (algo irrelevante en el seno del art. 71), ni hay perjuicio para la masa activa.
UNDECIMO.-pues bien, tanto de la prueba documental obrante en autos, como de las propias manifestaciones de la demanda incidental de la A.C. se extraen una serie de circunstancias.
a) Entre "ABSA" y BAISA" sí existe grupo de sociedades. A pesar de negarlo la demanda incidental, los datos no dejan lugar a dudas.
Tienen el mismo domicilio social (Informes de la A.C. para los concursos de "ABSA" y "BAISA"), folios 1582 y 1689 de los autos.
Los socios coinciden en su mayoría. Los hermanos Juan Manuel Severino (5); además "ABSA" tiene un 26,96% de "BAISA" y la sociedad "Medor" que es socia de "BAISA" en un 21,80%, tiene, a su vez, un 79,24% de "ABSA" (folios 1582 y 1689).
Tienen los mismos administradores sociales (f. 1583 y 1690); o sustancialmente iguales (hermanos Severino y Juan Manuel).
Presentan cuentas consolidadas (f.1595).
En la Masa Activa de "BAISA" aparece como crédito con partes vinculadas las rentas que le adeuda "ABSA" (2.136.608,21 #, folio 1612).
La Memoria de las cuentas anuales de 2010 de "BAISA" recoge directamente esta situación. Cuentas Consolidadas, ex art. 42 C.com., en las que "ABSA" es la sociedad dominante y "BAISA" la dependiente (f. 1751).
b) La fuente principal de ingresos de "BAISA" es el pago de los alquileres por parte de su principal, "ABSA": Informes de la A.C. (folios 1585, 1590 y 1591).

c) En 2010 ya se produjo una operación entre "ABSA" Y "BAISA" para dotar de liquidez a ésta.
En efecto, "BAISA" adquiere de "ABSA" en una operación de "sale and lease" una serie de inmuebles por 14,5 millones de euros, que precisan de un préstamo hipotecario de Banca March por un total de 10,5 millones de euros. Inmuebles que "BAISA" arrendaría a "ABSA", de la cual cobraría las pertinentes rentas (f. 1586 y 1785). De tal manera, como se deduce de la Memoria de cuentas anuales de del año 2012 (f. 1793), éstas garantiza préstamos hechos a "ABSA", la cual -a su vez- garantiza obligaciones de "BAISA" por un préstamo hipotecario de 9,2 millones de euros (f. 1793). Lo mismo consta en las cuentas anuales de "ABSA" (f. 1827). Esta garantiza la devolución del préstamo (referido al de Banca March) con las rentas que debe de pagar a "BAISA" y ésta con los inmuebles que compró a "ABSA"
Lo mismo consta en las cuentas consolidadas del "Grupo Alvarez Beltrán" (f. 1941): "la empresa dominante "ABSA" garantiza a una entidad financiera el pago de una hipoteca de 10,5 millones de euros, suscrita por la empresa "BAISA", con las rentas por arrendamiento que devengan entre ambas sociedades, y que a efectos de esta consolidación se ha eliminado, por lo que el Grupo como tal garantiza dicha hipoteca con las rentas procedentes de su actividad".
d) En las cuentas consolidadas de 2012, vuelve a aparecer el Grupo como elemento receptor de derechos y obligaciones: f. 2010.
DUODECIMO.-La conclusión resulta evidente: estamos ante un grupo de sociedades con una íntima conexión comercial, económica y financiera.
VI.- GARANTIAS CONTEXTUALES
DECIMOTERCERO.-Los supuestos de reintegración del art. 71 L.C. se basan en un sistema de "ineficacia funcional" del negocio jurídico. Su finalidad es la de preservar la "pars conditio creditorum" y la integridad de la masa activa del concurso. Por lo que el presupuesto es el del perjuicio para la masa activa. Perjuicio ha sido interpretado jurisprudencialmente como "sacrificio patrimonial injustificado".
DECIMOCUARTO.-A tal fin, para valorar si el acto es perjudicial para la masa activa, ha de tenerse en cuenta los datos existentes en el momento de su ejecución, pero proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva, lo que entraña valorar si con los datos de aquel tiempo se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta ya hubiese existido en aquella fecha (S.T.S. 8-11-2012).
DECIMOQUINTO.-Así, para valorar si el sacrificio hecho por la concursada es gratuito u oneroso hay que discernir. La gratuidad de una operación sólo se da cuando el sacrificio lo es para una parte y las ventajas para otra. Para apreciar onerosidad deberán sacrificarse ambas partes y obtener ventajas también las dos.
Si el garante de las deudas de un tercero nada recibe a cambio de comprometer sus bienes, estaríamos ante un supuesto de gratuidad que nos llevaría al art. 72-2 L.C. (presunción iuris et de iure de perjuicio). Pero en los supuestos de garantías, la jurisprudencia admite la onerosidad cuando la ventaja no sea necesariamente directa, sino indirecta. Situación que es de tener en cuenta en los supuestos de los grupos de sociedades, porque se fortalece el mismo.
DECIMOSEXTO.-La S.T.S. 100/2014, de 30-4, analiza esta situación cuando dice que "salvo prueba de contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado, se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y, por tanto, onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero".
En nuestro caso, por tanto, la garantía sería onerosa, no gratuita.
DECIMOSEPTIMO.-Lo que nos defiere al concepto de " perjuicio patrimonial" en el caso concreto. Para decidir lo cual, hay que examinar si ha habido algún tipo de beneficio en el patrimonio del garante (sigue diciendo la STS 100/2014, de 30-4) que justifique razonablemente la prestación de la garantía.
Tal beneficio no es preciso que sea una atribución patrimonial directa (pago de unprecio o comisión por la garantía). Puede ser un beneficio patrimonial indirecto.
DECIMOCTAVO.-Esto nos deriva al contexto de grupo de empresas o sociedades.
La simple existencia del mismo no es por sí sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio. No basta la invocación en abstracto del "interés de grupo". Es más, en ocasiones algunos resultados provechosos para el citado interés se logran a costa del beneficio de los intereses de una sociedad consolidada, lo que los acreedores de la misma no están obligados a soportar, pues cada una de ellas, que integran el grupo, tienen personalidad jurídica y patrimonio independiente. No existe "patrimonio de grupo".
DECIMONONO.-Por ello, en las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía. (S.T.S. 100/14, 30-4).
VII.- CASO CONCRETO.-
VIGESIMO.-Esto nos devuelve a las circunstancias concretas del caso, recogidas en fundamentos precedentes.
Queda claro que entre "ABSA" y "BAISA" existe una dependencia casi absoluta. Al menos de ésta a aquélla. De tal manera que sus ingresos principales los constituyen las rentas que le paga la dominante. Por eso, ya en 2010 "BAISA" compró a "ABSA" inmuebles para arrendárselos a "ABSA", quien pignoró sus rentas para que le concedieran a "BAISA" el préstamo hipotecario que le dio liquidez.
Por lo tanto, la refinanciación de la dominante permite a la dominada seguir en el tráfico locativo que le es propio. Beneficio cuando menos indirecto que exigió por su parte la hipoteca de sus bienes. Los cuales (al menos buena parte de ellos) provendrían de la operación de "sale and lease" que aportó liquidez a "BAISA".
Las cuentas anuales de 2012, posteriores, por tanto, al Acuerdo de Refinanciación, arrojan unos beneficios de explotación para "BAISA" superiores a las de 2011, casi en un 49% (48,74%). Por todo lo que no se puede hablar de "perjuicio patrimonial" derivado del citado Acuerdo de 16-12-2011 y de su ejecución. Lo que conduce a estimar el recurso y desestimar la demanda.": SAP Zaragoza (Sección 5) 23.06.2015 (Sentencia 278/2015;

Rollo 77/2015)

JM-1 Alicante

"Tercero.- La hipoteca de deuda ajena intergrupo
Para su análisis, de las alegaciones no controvertidas y de la documental aportada, podemos fijar los siguientes hechos relevantes:
i) en fecha 16 de abril de 2.008 CAJA DE AHORROS DE GALICIA concede a ICASA un préstamo por importe de 700.000,00 €, cuyas condiciones esenciales son (doc. num. 1 de la demanda):
a) se obliga a devolver en el plazo de 120 meses, computado a partir del 1 de mayo de 2.008, debiendo ser satisfecha la primera cuota el 1 de junio de 2.008 y la última el 1 de mayo de 2.018;
b) el tipo de interés remuneratorio hasta el 30 de abril de 2.009 se fija al tipo del 5,80%. A partir de esa fecha el plazo total de amortización del préstamo se divide en periodos de interés sucesivos, de duración anual, salvo el último, que se cerraría el día del vencimiento del préstamo. Durante cada uno de estos periodos el tipo de interés nominal anual es el Euribor a 12 meses más 1,25 puntos.
c) el interés moratorio es el tipo de interés remuneratorio vigente en cada momento incrementado en seis puntos porcentuales, capitalizables los que no fueran satisfechos a su vencimiento, sin que a efectos hipotecarios pudiera superar el tipo del 18%.
ii) en garantía de la devolución de dicho préstamo, sus intereses y costas, OCCA constituye hipoteca a favor de CAJA DE AHORROS DE GALICIA sobre la finca de su propiedad, libre de cargas, inscrita en el Registro de la Propiedad nº Uno de Parla, Sección Primera, inscrita al Tomo 942, Libro 396, Folio 171, finca número 17.419 que se tasa a efectos de subasta en 1.190.000 € (doc. num. 1 de la demanda).
iii) ICASA mantenía con CAJA DE AHORROS DE GALICIA una deuda dimanante de Póliza de Crédito en Cuenta Corriente –Interés Variable-€ (doc. num. 4 de la demanda), suscrita el día 4 de abril de 2.007, por importe de 600.000 €, cuyas condiciones esenciales son:
a) no existían fiadores u otras garantías adicionales.
b) el vencimiento inicial era el día 4 de abril de 2.008 con prorroga tácita por sucesivos periodos anuales siempre y cuando ninguna de las partes comunicara a la otra, con una antelación mínima de treinta días, su deseo de cancelar el contrato, con fecha límite del vencimiento el 30 de abril de 2.010.
c) el tipo de interés remuneratorio inicial (para el primer año de vigencia del contrato) era del 4,4270 %. Para los sucesivos periodos anuales se pactó un interés variable, Euribor a tres meses más un 0,50%.
d) el tipo moratorio era igual al remuneratorio pactado incrementado en seis puntos.
iv) CAJA DE AHORROS DE GALICIA en fecha 17 de marzo de 2.008 comunica a ICASA que la Póliza "no se prorroga y quedará cancelada el 30-4-2008" (doc. num. 5).
v) los 700.000€ se abonaron en la cuenta corriente de ICASA, de los que 3.500 € y 13.648,23 € se destinaron a atender los gastos derivados de la operación de préstamo hipotecario y la suma de 599.799,95 € a cancelar la póliza de crédito en fecha 18/4/2008 (doc. num. 6 de la demanda).
vi) CAJA DE AHORROS DE GALICIA no es acreedora de OCCA.
vii) ICASA y OCCA forman parte de un mismo grupo empresarial, en el que la primera (promotora) es sociedad dominante al ser socia única y administradora única de OCCA (constructora creada para la ejecución de proyectos promovidos por la matriz), habiendo seguido un sistema de financiación conjunto siendo en la mayoría de los casos ICASA avalista de OCCA frente a entidades financieras, constituyendo en la práctica ICASA el único cliente de OCCA, lo que ha supuesto una excesiva dependencia de OCCA respecto de la empresa matriz (Informe de la Administración Concursal, doc. Num. 7 de la demanda y doc. Num. 2 y 3 de la contestación).
viii) ICASA y OCCA solicitan cada una su concurso el 22/12/2008 y se declara en enero de 2009 por separado, después acumulados (Informes de la Administración Concursal, doc. Num. 2 y 3 de la contestación).
ix) las obras en curso de la promotora ICASA referidas en la Memorias de la solicitud de concurso no se desarrollan por OCCA sino por una tercera SL (folio 14 del Informe de la Administración Concursal, doc. Num. 3 de la contestación).
Según la tesis de la Admon concursal de OCCA la constitución de la garantía real hipotecaria es claramente perjudicial para la masa activa del concurso de OCCA, pues ha supuesto que un importante activo de la concursada haya quedado afecto para responder de una deuda de tercero, la mercantil dominante ICASA, sin que en consecuencia OCCA haya recibido contraprestación de tipo alguno, tratándose de un "acto de disposición a título gratuito" que se presume "iures et de iure" perjudicial (art. 71.2 de la Ley Concursal).
En cambio, la entidad de ahorros niega la gratuidad en la constitución de la garantía hipotecaria por OCCA, pues la actuación de ICASA (matriz) y OCCA (filial) se concibe como una unidad a la hora de obtener financiación, por su interdependencia, siendo ICASA único cliente de OCCA de manera que la financiación de ICASA repercute directamente en OCCA, pues su actividad – y supervivencia- depende de aquélla. Solo la mejor posición financiera de su matriz le permitía seguir operando.
La tesis más generalizada es que para considerar que el acto de disposición es a título gratuito ha de tratarse de un acto realizado sin que medie contraprestación alguna a favor del garante, que puede proceder del deudor o del acreedor, pues hay que considerar siempre la relación jurídica trilateral y no limitarse a individualizar la pura relación de garantía entre acreedor y fiador (Carrasco Perera). En este sentido SJM 1 de Oviedo de 10 de diciembre de 2007 (constitución de hipoteca en garantía de deuda ajena sin contraprestación alguna para la después concursada, pues no puede merecer tal calificativo la evitación de una eventual derivación de responsabilidades por la TGSS) y SAP de Asturias de 18 de julio de 2008 o Sentencias del Juzgado de lo mercantil de Palma de Mallorca de 4 y 5 de junio de 2007 (libramiento de pagaré cambiario para pago de una deuda ajena sin contraprestación alguna). Como con carácter general la SAP de Pontevedra antes citada recuerda "*En el supuesto de garantía real prestada a favor de un tercero, por obligación ajena,*

dicha garantía será onerosa si el garante ha recibido del deudor o del acreedor alguna contraprestación, la cual puede constar en el propio contrato que incluye la garantía o bien de forma independiente entre algunos de los integrantes de esa relación trilateral. Ahora bien, esta garantía, como el resto de negocios jurídicos, sin exigir un justo precio, si exige una contraprestación que despeje la apariencia de gratuidad".

En definitiva, para negar la gratuidad hace falta que el garante tenga algún interés económico en la operación y que como en todos los negocios jurídicos de esa clase garantía y contraprestación deben ser congruentes entre sí o en palabras de la citada sentencia de AP de Pontevedra "*en la constitución de una garantía hipotecaria por un "no deudor" a favor de un tercero, no se aprecia, a priori y salvo que se acredite lo contrario, un equilibrio entre la salida que significa la constitución de una garantía y la entrada correlativa de un elemento del activo. El equilibrio sólo puede entenderse producido si se recibe una remuneración suficiente".*

En el caso concreto de las garantías reales intragrupos la afirmación de que no pueden considerarse gratuitos los actos de garantía que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico-grupo- y actúan como una unidad, no parece que sea asumible sin más, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso.

Es pacífico entre la doctrina científica (entre otros R. Escribano y Carrasco Perera) que no cabe apreciar gratuidad cuando la garantía real la presta la matriz por deudas de la filial, por cuanto el crédito recibido por la filial es una atribución que beneficia a la matriz por el flujo de potenciales dividendos, sino que además el interés del grupo y su existencia implica o supone que la dominante tutele los activos de la filial. En cambio, la situación es distinta y más complicada en el caso inverso en el que la garantía real se presta por la filial por deudas de la matriz, en el que se dice que no basta el genérico interés de grupo, presumiéndose la gratuidad de la garantía salvo que se pruebe la existencia de alguna contraprestación a favor de la filial. Lógica prevención pues en caso de concurso de la filial, cuya decisiones están sujetas al control de dirección de la matriz, y consecuencia de la autonomía de personalidades jurídicas, los acreedores de dicha filial solo pueden ver atendidos sus créditos con el patrimonio de la concursada, no de la matriz, salvo que se declare una solidaridad (por levantamiento del velo u otras figuras), por lo en una situación de dominación es evidente el riesgo de que dichos acreedores se vean perjudicados al comprobar como el patrimonio de su deudor, por mor de la voluntad de la dominante, se destina a satisfacer o garantizar deudas ajenas (las de la dominante)

Consideración plenamente valida aunque se haya declarado también el concurso de la matriz ICASA, pues, formal y sustantivamente, son dos concursos de deudores distintos, por responder cada uno de ellos a la insolvencia de sujetos jurídicos diferentes, con personalidad jurídica propia y diferenciada, aunque se tramiten en un solo procedimiento concursal.

Por tanto y en supuestos de garantías intragrupo otorgada por la filial el perjuicio patrimonial por la constitución de la hipoteca debe ubicarse en la masa activa diferenciada de la hipotecante concursada, en este caso OCCA.

Con arreglo a estas consideraciones y atendidas las circunstancias fácticas antes descritas la conclusión es que la garantía real otorgada por OCCA objeto de rescisión hay que calificarla como gratuita, al no haber prueba de contraprestación a su favor, sin que se pueda decir que a cambio del gravamen de un inmueble valorado en más de 1 millón de euros ve protegida su propia actividad y patrimonio (tesis de la demandada) cuando escasos 6 meses después del gravamen se ve abocada al concurso, sin actividad alguna, desarrollando las promociones pendientes de ICASA una tercera sociedad distinta y haber estado destinada la operación crediticia, no a insuflar solvencia a la matriz y en conjunto al grupo, y a posibilitar nuevas oportunidades de negocio para OCCA como filial sino principalmente a saldar la deuda de ICASA (aproximadamente 600.000€), por lo que, descontados gastos, la entrada de "dinero fresco" se limita a un 10% más o menos del importe garantizado, convirtiendo la deuda sin garantías de ICASA en deuda con garantía inmobiliaria de OCCA

En definitiva, los acreedores de OCCA si no se rescinde la hipoteca verán como con un inmueble de esta servirá para satisfacer el crédito de un tercero ajeno al concurso (la Caja demandada) en virtud de una operación realizada 6 meses antes de solicitarse el concurso, sin dato alguno fehaciente que permita afirmar que a través de dicha operación de financiación obtuviera un interés económico OCCA o siquiera viera favorecida su continuidad, pues a la hora de examinar la controversia objeto de litis no debe perderse de vista que la finalidad del sistema de reintegración es la protección de los acreedores del concursado al ser ellos los beneficiarios y razón de ser del mismo, pivotando sobre el principio de que la masa pasiva de un concurso no tiene que soportar actuaciones que perjudiquen sus posibilidades de cobro, ya sea mediante la disminución de sus activos, el incremento sin contraprestación de su pasivo o la ruptura de la par conditio creditorum.

La calificación como gratuita conlleva la estimación de la demanda ya que en ese caso se presume iuris et iure el perjuicio (art 71.2LC) o si se quiere, se considera fraudulenta a los efectos del art 10LMV ":SJM-1 Alicante 07.05.2010 (Incidente Concursal 980/2009; Concurso 10/2009 bis)

"En concreto de las garantías reales intragrupos la afirmación de que no pueden considerarse gratuitas los actos de garantía que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico-grupo- y actúan como una unidad no obstante la STS de 19 de septiembre de 2002, no parece que sea asumible sin más, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso, como apunta la STS de 13 de diciembre de 2010.

Es pacífico entre la doctrina científica (entre otros R. Escribano y Carrasco Perera) que no cabe apreciar gratuidad cuando la garantía real la presta la matriz por deudas de la filial, por cuanto el crédito recibido por la filial es una atribución que beneficia a la matriz por el flujo de potencies dividendos, sino que además el interés del grupo y su existencia implica o supone que la dominante tutele los activos de la filial.

En cambio, la situación es distinta y más complicada en el caso inverso en el que la garantía real se presta por la filial por deudas de la matriz, en el que se dice que no basta el genérico interés de grupo, presumiéndose la gratuidad de la garantía salvo que se pruebe la existencia de alguna contraprestación a favor de la filial. Lógica

prevención pues en caso de concurso de la filial, cuya decisiones están sujetas al control de dirección de la matriz, y consecuencia de la autonomía de personalidades jurídicas, los acreedores de dicha filial solo pueden ver atendidos sus créditos con el patrimonio de la concursada, no de la matriz, salvo que se declare una solidaridad (por levantamiento del velo u otras figuras), por lo en una situación de dominación es evidente el riesgo de que dichos acreedores se vean perjudicados al comprobar como el patrimonio de su deudor, por mor de la voluntad de la dominante, se destina a satisfacer o garantizar deudas ajenas (las de la dominante).
Por tanto y en supuestos de garantías intragrupo otorgada por la filial el perjuicio patrimonial por la constitución de la garantía debe ubicarse en la masa activa diferenciada de la garante concursada. Supuesto al que se refiere la SAP de Barcelona de 26 de julio de 2007 en el caso de una concursada que constituyó una hipoteca, siete meses antes del concurso, en garantía de una deuda ajena de persona jurídica especialmente relacionada (ex art. 93.2.3° LC) a título lucrativo o gratuito pues nada obtuvo a cambio.
En este sentido se pronuncia la SJM N° de La Coruña de 9 de diciembre de 2009, que diferencia entre el supuesto de constitución de garantías reales por parte de la sociedad matriz por deudas de sus filiales, al que sería de aplicación la doctrina jurisprudencial expuesta en la STS de 19/9/2002, de "los casos de las garantías prestadas por una filial a favor de la matriz o de otras sociedad hermana (up stream guarantee) en los que debe presumirse el carácter gratuito de la garantía salvo que la filial reciba algún tipo de contraprestación (Carrasco Perera, "LOS DERECHOS DE GARANTÍA EN LA LEY CONCURSAL'% pues desde la perspectiva de los acreedores de la filial declarada en concurso nada aporta el que la garantía haya beneficiado verticalmente al grupo".
Por su parte la SAP de Barcelona de 4 de julio de 2011 es contundente al afirmar que" El mero hecho de que pueda existir una relación de grupo entre la concursada y tos deudores garantizados no es por sí misma, razón por la que deba considerarse que el acto no es gratuito y no resulte de aplicación la presunción iuris et de iure de perjuicio del art. 71.2 LC. Nada autoriza a llegar a esa conclusión, que podría poner en cuestión toda la lógica del precepto, Es precisamente en el ámbito de las personas especialmente relacionadas, entre tas que se encuentra el grupo de empresas, donde se pueden producir negocios jurídicos de carácter gratuito. De manera que resulta irrazonable excluir la aplicación de la norma por el mero hecho de existir la relación de grupo y añade, en sintonía con lo antes expuesto "Cuestión distinta es que, por la particular naturaleza de las relaciones existentes dentro del grupo de sociedades, pueda concluirse que una operación que aparentemente es gratuita no lo sea en realidad, porque exista un interés económico por parte de quien lo realiza que la explique, más allá de la mera liberalidad. Eso es distinto y admisible. Habrá que analizar la operación, en si misma considerada y en el contexto en el que se produjo, para determinar si verdaderamente es gratuita u onerosa, pues únicamente en el primer caso entraría dentro de la presunción de perjuicio del art, 71,2 LC " apuntado que la onerosidad de la constitución de la garantía puede proceder de otras razones, "tales como el mismo interés económico que la sociedad que la constituye podría tener en la propia obligación garantizada o en los deudores",pero "El mero hecho de que los deudores garantizados sean personas especialmente relacionadas con ella no es suficiente cuando está acreditado que se trata de una obligación preexistente y no se ha acreditado qué concreto perjuicio habría podido sufrirla concursada caso de no haberla prestado, sea de forma directa o indirecta". SJM-1 Alicante 15.10.2013 (ROJ: SJM A 436/2013)

JM-1 La Coruña

"CUARTO La oposición de las entidades financieras demandadas por la administración concursal se basa, principalmente, en argumentar que la existencia de grupo de sociedades impide considerar que la constitución de las garantías reales y personales otorgadas por INALCUBA S.L. SONSAZ 1 S.L., SONZAZ 2 S.L., AYNAR PRO-XXI S.L. y ALCORAZ D & G para la seguridad del cumplimiento de las obligaciones asumidas por ALCUBA S.A. como prestataria en los diez contratos de préstamo de fecha 27 de junio de 2008 pueda ser un acto gratuito que permita hacer uso de la presunción "iuris et de iure" delartículo 71 2 de la LC.
Conviene ante todo advertir que la acción ejercitada es la rescisoria delartículo 71. 1 de la LC, cuya viabilidad laLey favorece mediante dos presunciones "iuris et de iure" (en realidad, definiciones de supuestos típicos de actos siempre perjudiciales) y otras dos que admiten prueba en contrario haciendo recaer sobre el demandado la carga de demostrar que no se trata de actos perjudiciales para la masa activa. No es exacto, por ello, que la pretensión de la actora se ciña a la calificación como gratuito u oneroso de la constitución de garantías para asegurar obligaciones "ajenas", limitando con ello el ámbito de conocimiento judicial. La demanda impone el examen de la acción de reintegración concursal ejercitada por la administración concursal, sin que el hecho de no ser aplicable la presunción invocada impida al tribunal decidir sobre la procedencia de la acción sobre la base de la concurrencia de sus presupuestos legales, es decir, determinando si el acto examinado es o no perjudicial para la masa activa, teniendo en cuenta que ha sido realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y que no se exige intención fraudulenta. No es exacto, por lo tanto, que los dos supuestos delartículo 71. 2 sean los de otras tantas acciones de reintegración distintas de la que, con carácter general y residual, contempla elartículo 71.1, sino meras concreciones legales del perjuicio patrimonial que exige el citadoartículo 71.1.
QUINTO Elartículo 71. 2 presume el perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso. Ha de entenderse, conforme a consolidados criterios jurisprudenciales, que la referencia legal a actos dedisposición abarca todos los de riguroso dominio a que se refiere el apartado 2 delartículo 1713 del Código civil (LEG 1889, 27) -transigir, enajenar e hipotecar-.
LasSTS de 19/11/2002 SIC (RJ 2002, 7949) y de 10/10/2003 niegan la gratuidad de las garantías intragrupo. Dice el fundamento de derecho Cuarto de la primera, relativo a un supuesto de acción pauliana, que "no pueden considerarse gratuitos los actos de disposición que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico -grupo-" La segunda de las sentencias citadas, sobre

un supuesto de impugnación de acuerdos sociales y nulidad de la escritura de constitución de hipotecas sobre bienes sociales, acoge la argumentación de la audiencia según la cual entra en el ámbito del objeto social de la garante la realización de aquellos actos cuya finalidad es apuntalar la situación económica de una sociedad del mismo grupo al que aquélla pertenece, situación económica de la que depende su propia liquidez y a veces su supervivencia, negando en consecuencia que el acuerdo de constitución de las hipotecas fuese en este caso un acto de liberalidad ajeno a su interés social.
En el marco de una acción rescisoria concursal debe diferenciarse, sin embargo, entre el supuesto de constitución de garantías reales por parte de la sociedad matriz por deudas de sus filiales, al que sería siempre de aplicación la doctrina jurisprudencial expuesta teniendo en cuenta que con ellas protege la sociedad matriz su propio interés, sus activos en definitiva, y los casos de las garantías prestadas por una filial a favor de la matriz o de otras sociedad hermana (up stream guarantee) en los que debe presumirse el carácter gratuito de la garantía salvo que la filial reciba algún tipo de contraprestación (Carrasco Perera, "LOS DERECHOS DE GARANTÍA EN LA LEY CONCURSAL"), pues desde la perspectiva de los acreedores de la filial declarada en concurso nada aporta el que la garantía haya beneficiado verticalmente al grupo.
No hay en este caso constancia alguna de que el dinero prestado en la operación múltiple de 27 de junio de 2008 haya fluido, directa o indirectamente, total o parcialmente, del patrimonio de la prestataria al de sus filiales garantes o fiadoras. Cabe incluso descartarlo, teniendo en cuenta las limitaciones a la disposición del dinero impuestas por las prestamistas con arreglo a las cuales "el préstamo se destinará exclusivamente a atender el normal y puntual cumplimiento de las obligaciones que tiene contraídas frente a terceros derivadas de su actividad negocial ordinaria" de modo que la prestataria se obliga a justificar en cada caso el destino de los fondos con identificación del proveedor u organismo destinatario.
Aunque así no fuera, es decir, aunque dogmáticamente cupiera considerar en todo caso onerosa la constitución de las garantías reales por las deudoras en concurso a favor o en aseguramiento de obligaciones de la sociedad matriz, por el mero hecho de pertenecer ambas al mismo grupo, la consecuencia habría de limitarse a la inaplicabilidad del concreto supuesto legal delartículo 71.2 de la LC. En otros términos, que el acto no sea gratuito no supone que, por esa razón, no sea perjudicial para la masa activa, que es el presupuesto objetivo de la acción de reintegración ejercitada. Y lo es, sin duda, desde la perspectiva del concurso de las garantes, cuyo patrimonio resulta sensiblemente minorado por causa de los gravámenes impuestos sobre sus bienes en garantía de una operación en la que el garante no tiene ningún interés, ni le reporta beneficio alguno. Por lo pronto, la propia LC presume perjudiciales los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado(Artículo 71 3 1º), y aunque cabría sostener que el destinatario del acto de disposición-gravamen- no es en este caso la sociedad matriz del grupo, sino la entidad financiera prestamista cuyo crédito resulta garantizado, no es dudoso que la sociedad a cuyo favor se realiza es persona especialmente relacionada con la garante.": SJM-1 La Coruña 09.12.2009 (AC 2011/563; Incidente Concursal 1087/2009)

JM-12 Madrid

"PRIMERO.- La competencia objetiva y territorial para conocer de la presente causa corresponde a este Juzgado, según lo dispuesto en el Art. 8 de la Ley Concursal; debiendo tramitarse por los cauces del incidente concursal, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 192 y 194 de la Ley Concursal.
SEGUNDO.- La Administración Concursal de DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS MAGDALENA, S.L. ejerce la acción de reintegración prevista por el art. 71 de la Ley Concursal.
La Administración concursal expone que en fecha 28 de mayo de 2012 se suscribió póliza de préstamo n.° 5345741171 entre DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS ANA, S.A. y BANCO DE VALENCIA, S.A., siendo fiadora solidaria DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS MAGDALENA, S.L.
De ahí que se pretenda la rescisión del contrato de fianza suscrito, toda vez que resulta perjudicial para los intereses de la concursada. Así, explicita que el contrato de fianza solidaria fue otorgado con la finalidad de garantizar la póliza de préstamo mercantil n.° 5345741171 suscrita exclusivamente por DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS ANA, S.A. y BANCO DE VALENCIA, S.A., y que DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS MAGDALENA, S.L. suscribió tal obligación con carácter gratuito, sin recibir contraprestación alguna, resultando de esta manera que se perjudicó a la masa activa de la concursada y con ello perjudicó y perjudica al resto de acreedores.
Por la entidad BANCO DE VALENCIA, S.A. se comienza indicando que la acción ha de desestimarse.
Así expone que en fecha de 28 de mayo de 2012, BANCO DE VALENCIA, S.A., DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS ANA, S.A., así como DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS MAGDALENA, S.L. y otras sociedades integradas en el mismo grupo empresarial, formalizaron préstamo a título variable, de forma que la parte prestataria dispuso de una nueva financiación por importe de 378.954 euros, mientras que DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS MAGDALENA, S.L. prestó garantía, de forma coetánea e inescindible de la suscripción del préstamo. Además de poner de manifiesto que la acción ejercitada de contrario se basa exclusivamente en la presunción absoluta de gratuidad del acto cuya rescisión se solicita, sin entrar a profundizar la existencia de perjuicio alguno; alega que la constitución de afianzamiento solidario de D.P, MAGADALENA a favor de otra sociedad del mismo grupo (D.P. ANA) de forma simultánea a la concesión de una nueva financiación a ésta no es un acto gratuito, sino oneroso.
TERCERO.- Los artículos 71, 72 y 73 de la Ley Concursal regulan los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Tal y como indica la
S.J. Mercantil. N° 5 de Madrid, de fecha 29 de Julio del 2009: El art. 71 LC establece que declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Se trata de un régimen distinto al establecido en la anterior regulación y que exige la concurrencia de dos presupuestos

esenciales, además de la lógica declaración concursal. Es necesario que se trate de actos perjudiciales para la masa y por otro lado que ese acto se realice dentro de determinado periodo temporal (2 años). Estamos en presencia de acciones de tutela del crédito, pero no individual, sino del conjunto de acreedores, conforme al principio de igualdad de trato, y que permite impetrar el auxilio judicial para rescindir determinados actos realizados por el deudor antes de la declaración concursal.
La actual regulación a diferencia de la anterior no exige fraude en la conducta del deudor, sino que basta el perjuicio, aunque la concurrencia o no de la mala fe desplegará distintos efectos a la hora de la ineficacia del acto o contrato. El problema viene dado por la determinación del perjuicio, es decir, por saber cuándo un determinado acto es perjudicial para la masa.
En este sentido se ha venido manteniendo que el acto será perjudicial cuando se demuestre que si no se hubiere producido la masa activa tendría un mayor valor, no siendo necesario, por otro lado, que exista relación de causalidad entre el acto y la situación de insolvencia, bastando por ello, con que haya disminuido el patrimonio. Para poder precisar el perjuicio se debe acudir a la finalidad de la normativa concursal, normativa que en última instancia responde a la satisfacción de los intereses de los acreedores (párrafo 4° apartado II de la exposición de motivos de la LC). En este sentido podemos decir que se trata de acciones destinadas a proteger a todos los acreedores concursales para la satisfacción de los créditos, por lo que el principio de igualdad de trato o paridad va a inspirar el concepto de perjuicio. Esto supone que mediante el acto concreto el tercero no se haya visto favorecido injustificadamente respecto al resto de acreedores; además el acto no puede impedir, disminuir o dificultar la satisfacción colectiva. Por otro lado, para la determinación del perjuicio se debe acudir a criterios económicos, lo que conlleva que no se ha de examinar si existe o no un desequilibrio contractual en las prestaciones, sino si objetivamente el acto implica una disminución patrimonial desde el punto de vista económico en el momento en que se realiza la operación.
Sin embargo no debemos obviar la previsión legal contenida en el artículo 71.5 que alude a los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales y a los comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados. En estos supuestos los actos realizados por el deudor, aunque sean perjudiciales para la masa no resultaran afectados por la acción de reintegración por haberlo recogido así expresamente el legislador; pero para ello es necesario que concurran todos los presupuestos exigidos por el precepto, y así en el primer supuesto(que es el más usual) sería necesario que se tratara de un acto de tráfico ordinario del deudor y que se hiciera a precio de mercado, debiendo resaltarse que en la medida que se trata de una excepción al régimen general y como la medida se aparta de la finalidad esencial del concurso a la que nos hemos referido ya, ha de ser objeto de interpretación restrictiva.
Para facilitar la labor el legislador ha establecido una serie de presunciones, algunas iuris et de iure y otras iuris tantum que aparecen previstas en el artículo 71.2 y 3 de la ley, pero para los demás supuestos es necesario que el actor acredite la concurrencia del perjuicio.
Ahora bien, a la hora de delimitar qué ha de entenderse por el perjuicio a que alude el art. 71 LC, resulta indispensable la cita de la STS (1') de 26 de octubre de 2012 (Ponente Don Ignacio Sancho Gargallo): El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
Tal concepto jurídico indeterminado, de perjuicio para la masa activa del concurso, es asimismo abordado en la reciente STS de 8 de noviembre de 2012: "Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha".
Al objeto de centrar el debate, puede apreciarse como la constitución de un gravamen por deuda ajena, por ejemplo, hipotecar un bien propio por las deudas de un tercero, puede, en principio, calificarse como un acto perjudicial para la masa.
CUARTO.- En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un contrato de fianza solidaria suscrito entre DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS MAGDALENA, S.L. y BANCO DE VALENCIA, S.A. el día 28 de mayo de 2012, en cuya virtud, aquélla se convierte en garante de la operación de DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS ANA, S.A.. Sobre tal contrato versa la acción de rescisión que ejercita la Administración concursal.
En efecto, la acción ejercitada se refiere a una fianza solidaria. Al respecto, la representación de BANCO DE VALENCIA, S.A. entiende que ha de ser analizado conjuntamente la relación acreedor, deudor y fiador, ya que se concedió una financiación nueva e independiente, de forma que el consentimiento de la entidad bancaria se prestó bajo la premisa de que el pacto incluía el afianzamiento solidario de D.P. MAGDALENA. Por otra parte acepta y hace suya la alegación de que nos encontramos ante dos entidades, DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS MAGDALENA, S.L. y DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS ANA, S.A., que forman parte del mismo grupo de empresas, así, el grupo TELLO.
QUINTO.- De forma que, por lo que se refiere a la fianza solidaria prestada, ha de traerse a colación la SAP de

Castellón, Civil sección 3 del 15 de Febrero del 2011: "... la constitución de una fianza, como la que es objeto de este procedimiento, cae bajo el ámbito de aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal, de igual forma que puede serlo cualquier acto o negocio jurídico.
El artículo 1822 del Código Civil dispone al respecto que "Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste".
En el mismo sentido se refiere a la fianza como un acto de disposición a título gratuito el Magistrado José María Fernández Seijo en "Las acciones rescisorias y reintegración
efectiva del patrimonio del deudor", incluida en "La reforma Concursal", de Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial.
Dice al respecto que "La nueva Ley, a diferencia del viejo código de comercio, no circunscribe la presunción iuris et iure a las donaciones -que abarcaría donaciones puras pero también las condicionadas y las remuneratorias-, sino a cualquier acto de disposición a título gratuito lo que permite incluir negocios jurídicos en los que aunque no haya una disposición directa sí pueden determinar que quede comprometido el patrimonio del concursado -renuncias de derechos, condonaciones de deuda, opciones de compra, fianzas o avales no justificados...-"
La fianza, puede ser a titulo oneroso o gratuito (artículo 1823 del Código Civil), presumiéndose salvo prueba en contrario su gratuidad en el ámbito mercantil (artículo 441 del Código de Comercio), presunción que no ha sido desvirtuada en el caso enjuiciado ya que no conocemos que haya tenido lugar ninguna contraprestación, entendiendo presumido el perjuicio y por ello rescindible el acto.
A este respecto, el concepto de perjuicio, no tiene un sentido limitado y estricto es decir, como detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, sino un sentido general y amplio, es decir como simple disminución de la garantía de cobro producida por una minoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de un acto realizado por el mismo con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro u otros que así se ven injustificadamente excluidos o incluidos por un importe menor al que en paridad de trato les correspondería. Lo que incide en la precedente argumentación.
Pero, debe recordarse que para que la acción rescisoria ejercitada prospere solo se exige que la actora pruebe que el acto que pretende rescindirse es perjudicial para la masa activa, siendo indiferente a estos efectos que la parte que contrató con la concursada haya actuado o no con buena fe, pues esta circunstancia solo será relevante respecto de lo que haya de devolver (art. 73.2) o a la calificación de su crédito (art. 73.3).
Según la SAP de Madrid, Civil sección 28 del 19 de Diciembre del 2008: El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el n° 4 del artículo 71 de la LC en relación con el n° 1 del mismo precepto legal.
En el supuesto de garantía real prestada a favor de un tercero, por obligación ajena, dicha garantía será onerosa si el garante ha recibido del deudor o del acreedor alguna contraprestación, la cual puede constar en el propio contrato que incluye la garantía o bien de forma independiente entre algunos de los integrantes de esa relación trilateral. Ahora bien, esta garantía, como el resto de negocios jurídicos, sin exigir un justo precio, si exige una contraprestación que despeje la apariencia de gratuita. En tal sentido, Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección la, núm. 570, de fecha 18 de Noviembre de 2009.
Sin embargo, en el supuesto objeto de incidente, nos encontramos ante un supuesto específico, puesto que se trata de una garantía contextual, ya que se constituye por una entidad una garantía real a favor de otra del mismo grupo. En efecto, se alega por la actora y se acepta por las demandadas que DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS MAGDALENA, S.L. y DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS ANA, S.A. forman parte del grupo de empresas TELLO.
No obstante deberse estar a lo expuesto en aplicación del art. 405 LEC, resulta que en los negocios de préstamo y afianzamiento obra una única firma de DON ANTONIO TELLO EXTREMERA, quién actuaba como apoderado de D.P. MAGDALENA y Consejero Delegado de D.P. ANA, además de evidenciarse tal relación de grupo en el informe de la AC del concurso de D.P. ANA y en el de DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS MAGDALENA, S.L.
A mayor abundamiento, se valora que BANCO DE VALENCIA, S.A. alega y acredita con la aportación del documento n.° 1, que DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS MAGDALENA, S.L. y DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS ANA, S.A. emplean la común identidad para presentarse en la página web.
Y, sentado cuanto antecede, es cuando cabe preguntarse si, encontrándonos ante sociedades que pertenecen a un mismo grupo de empresas, realmente nos encontramos ante actos de los que pudiera reputarse su gratuidad, o bien cabría descartar ésta al resultar ínsito un "interés de grupo" en toda la operación. De forma que resulta precisa la cita de la STS de 8 de noviembre de 2012, que estudia la noción de la onerosidad de las garantías por deuda ajena.
Así, tal resolución comienza argumentando que "No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales -algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación.

Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele
hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto (...)
3. El perjuicio en las garantías de obligaciones de sociedades del mismo grupo.
29. Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco.
Con lo que, la interpretación que efectúa el Tribunal Supremo de las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo lleva a considerar que, a la hora de ponderar su gratuidad y/o demás circunstancias de las mismas, no pueda obviarse que son operaciones "de grupo", por lo que no habrán de ser objeto de estudio aislado respecto de cada entidad.
De otro modo, cabe descartar que nos encontremos ante un supuesto en que resulte aplicable la presunción del art. 71.2, "actos de disposición a título gratuito", por el hecho de que sea un afianzamiento en contrato de préstamo, en que resulta ser prestataria DISTRIBUCIONES PETROLÍFERAS ANA, S.A., ya que sendas entidades, D.P. MAGDALENA y P.P. ANA forman parte del mismo grupo de empresas, los negocios se encuentran íntimamente vinculados, y se detecta un común interés de grupo en su celebración.
Y sentado cuanto antecede, se aduce por BANCO DE VALENCIA, S.A. que la parte prestataria dispuso de una nueva financiación por importe de 378.954 euros, lo que se acredita documentalmente al deducirse de las Escrituras aportadas, sin que la demandante incidental haya argumentado, y menos acreditado, que nos encontramos ante un supuesto de los previstos en el art. 71.3 LC
En definitiva, procede desestimar la demanda interpuesta.”: SJM-12 Madrid 25.01.2014 (Sentencia 19/2014; Incidente 283/2013)

JM-2 Pontevedra

“PRIMERO.- El art. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de “acciones de reintegración”. Para enlazar con lo que más adelante se dirá, conviene partir de lo ya sabido: la ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción, característicos de la legislación previgente, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del “perjuicio para la masa activa” se facilita con presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.
En el presente supuesto se ejercita por la administración concursal de los concursos acumulados de D. Severino y de Dª Susana, acción de rescisión, con fundamento en la cita del art. 71 de la Ley Concursal, con la finalidad de que se declare la rescisión de las fianzas solidarias constituidas por los dos concursados en el contrato de apertura de crédito formalizado en póliza fechada el día 18 de mayo de 2006, nº …, con el Banco de Galicia.
Como quiera que la póliza fue firmada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (que tuvo lugar por auto de 25 de enero de 2008) y el afianzamiento fue un acto gratuito perjudicial para la masa, considera la administradora demandante que concurre la hipótesis de hecho del art. 71 LC. Subsidiariamente se alega que, para el caso de que no se entienda que el afianzamiento era un acto gratuito, se trataría de un acto oneroso beneficiado por la presunción del art. 71.3.
La entidad bancaria se opone a la estimación de la demanda, después de indagar la naturaleza jurídica de la fianza, con el razonamiento esencial de que los actos impugnados se encuentran cubiertos por la excepción del art. 71.5 LC, haciendo hincapié en la condición de socios y trabajadores de los concursados con respecto a la entidad deudora principal. A ello añade quela fianza no es un acto gratuito toda vez que se trata de un afianzamiento concedió a una sociedad por sus socios, uno de ellos administrador social, hasta el punto de que los fiadores obtienen sus ingresos de la sociedad afianzada, por lo que existe entre fiador y afianzado una comunidad de intereses que convierte al contrato en oneroso.
Se ha practicado prueba de documentos.
SEGUNDO.- La solución del litigio ha de ser necesariamente la misma que la seguida en otros procesos con identidad de hechos. La constitución de una garantía personal constituye un acto de disposición jurídico obligacional. Como sostiene el banco demandado, por medio de la fianza el fiador vincula su patrimonio al cumplimiento de la obligación garantizada, tanto más en el presente supuesto en el que la fianza revestía la naturaleza de solidaria, con renuncia a los beneficios de orden, excusión y división, vinculándose también solidariamente entre ellos (vid. cláusula décima de la póliza de contrato de cuenta de crédito). De suerte que, incumplida la obligación principal, el acreedor puede dirigirse por el todo contra cualquiera de los fiadores, lo que ha sucedido en el presente caso, insinuando el banco su crédito en el concurso de dos de los fiadores solidarios por el importe adeudado por el deudor principal. En consecuencia, el fiador no responde por una deuda ajena, sino que se convierte en deudor él mismo.
Desde una consideración inicial, no cabe duda de que la constitución de una garantía personal constituye un acto perjudicial para los acreedores, en la medida en que supone una minoración potencial del patrimonio del deudor, garantía del cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, de inmediato la apreciación ha de ser matizada con la forzada apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso. Acto gratuito es aquel que se realiza sin contraprestación alguna. Así, en el supuesto que ocupa, es dato de hecho relevante que el

afianzamiento fue concedido como instrumento para la obtención de crédito por la empresa respecto de la que los dos concursados son partícipes, -uno de ellos, además, administrador solidario-, y de la que obtienen sus ingresos (es hecho consentido el relativo a la percepción de nóminas por los concursados a cargo de la empresa acreditada). Por tanto, si bien no se pactó como contraprestación para el fiador ningún premio o comisión, no puede ignorarse que en la causa de la fianza está la obtención de recursos económicos, ordinarios, para la empresa que constituye el medio de obtención de ingresos por parte de los fiadores ahora en concurso. Puede afirmarse así que la causa económica de la fianza estaba en aquella obtención de recursos, por lo que no se está en presencia de un acto de disposición gratuito, no habiendo lugar al juego de ninguna presunción iuris et de iure. Esta es la situación que se encuentra en el origen de los concursos acumulados, como se ha puesto de manifiesto desde el inicio del procedimiento. Los concursados acometieron dos proyectos empresariales finalmente frustrados, comprometiendo su patrimonio personal como garantía. Precisamente esta vinculación permitió obtener la financiación de parte de las entidades bancarias, en el caso por parte de Banco de Galicia.
Tampoco se está en la hipótesis de la realización de un acto de disposición a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado. La disposición, por de pronto, se hizo a favor de la entidad bancaria prestamista, con la que se concertó una garantía personal de un crédito concedido por el prestamista a otro deudor. Pero ni siquiera en la relación entre concursados, personas físicas, y afianzado existe ninguna de las relaciones de vinculación a las que hace referencia el art. 93, que contempla notoriamente hipótesis diferentes, en una materia en la que resulta forzado operar con técnicas de interpretación restrictiva.
En consecuencia, no apareciendo la hipótesis de hecho beneficiada por ninguna de las presunciones legales, correspondía a la demandante demostrar el perjuicio patrimonial. Viene afirmando este juzgado que resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Desde este punto de vista, comprometer el propio patrimonio, a través de una forma de garantía personal, para obtener crédito para la empresa que constituye el medio de vida de los deudores, de modo que el ejercicio ordinario de la actividad de aquélla habría de servir de forma prioritaria para cumplir con la prestación de restitución, no puede calificarse como un acto perjudicial para la masa, tanto más cuanto que, como es sabido, este concepto ha de referirse no a la fecha de la declaración del concurso, sino al momento en el que el acto dispositivo fue realizado": SJM-2 Pontevedra 10.11.2008 (Incidente Concursal 310/2008)

"SEGUNDO.- Viene afirmando este juzgado que resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Es bien conocido cómo la jurisprudencia mercantil se está decantando, en abierta oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008).
Sin embargo, en el supuesto que ocupa, en la descripción de los hechos que da fundamento a la demanda, no se dudará que el acto de constitución de una garantía real sobre un bien del deudor concursado en garantía de un préstamo concertado a favor de un tercero, constituye un acto perjudicial, en la medida en que vincula un bien de la masa con una deuda ajena, sin causa aparente que lo justifique. En la medida en que en el patrimonio del garante no ingresa ningún contravalor, el negocio jurídico de constitución de la hipoteca es un acto gratuito. Esta última es la tesis que combate el demandado, y a ello se dará respuesta en los fundamentos que siguen. (…)
Se ha dicho que el fundamento de la rescisión es el perjuicio para la masa. La constitución de garantías reales es, de forma evidente, una acto perjudicial para la par conditio y para el valor de los activos del deudor, en la medida en que dota a un acreedor de la condición de privilegiado especial y vincula un bien concreto a la satisfacción de su crédito, con postergación de la colectividad de acreedores. Si a ello se añade la consideración de que el crédito que se garantiza con la hipoteca resulta ajeno al hipotecante, se convendrá que el perjuicio patrimonial salta a la vista.
La ley presume el perjuicio patrimonial, con el carácter de iuris et de iure, cuando se trata de actos de constitución a título gratuito, en línea con la legislación concursal previgente y con la legislación común. Vincular el patrimonio inmobiliario del deudor en garantía de una deuda ajena es, en línea de principio, un acto a título gratuito. El demandado pretende combatir esta afirmación con el argumento de que las sociedades garante y prestataria forman un grupo, con confusión de patrimonios y traspaso de fondos entre una y otra, tal como reconoce el informe elaborado por la administración concursal.
No cabe admitir tal forma de ver las cosas, por las siguientes razones:
a) Porque el acto, en sí mismo considerado, no pierde su carácter gratuito con respecto a la hipotecante por el hecho de que el prestatario haya realizado abonos parciales en su favor. No puede perderse de vista que los préstamos concedido importaban las sumas de 540.000 y 300.000 euros, mientras que los abonos que se dicen realizados a favor de la concursada por la prestataria ascenderían a una cantidad sensiblemente inferior, en torno a los 200.000 euros. A ello cabe añadir que no consta acreditado que tales abonos retribuyan la concesión de la garantía u obedezcan a causa diferente. Además, el informe de la administración concursal incluye un crédito en el activo de la deudora contra ATALFRIGO por importe superior a dicha suma, por lo que no hay razón para pensar que aquellos ingresos obedezcan a una contraprestación por la constitución del gravamen, ni supongan la entrada en el patrimonio de la concursada

de suma alguna procedente del préstamo.
b) Porque, pese a lo sostenido por la demandada, no consta acreditada la realidad del grupo empresarial. De las afirmaciones contenidas en el informe no se deriva sin más esta calificación.
Es conocido cómo la Ley Concursal pese a tener presente la realidad de la existencia del grupo de empresas, no proporciona ninguna definición ni delimita el concepto. Por su parte, el art. 42 del Código de Comercio, reformado por la ley de 4 de julio de 2007, conforma el concepto de grupo sobre la base de la existencia del "control directo o indirecto" de una sociedad por otra. No habrá que entrar aquí sobre la conveniencia de la formulación de un concepto concursal de grupo de empresas (dando un contenido específico, entre otros preceptos, al apartado 3º del art. 93.2), basado en la unidad de dirección o sobre la vigencia del concepto general de las normas citadas. A efectos de rescisión el concepto de grupo debe implicar unidad de decisión y vinculación de patrimonios, pero tal circunstancia debe quedar cumplidamente acreditada, con medios de prueba válidos. Nada se ha aportado, más allá de la consideración de la administración concursal en su informe.
c) Porque aún admitiendo la existencia del grupo empresarial, las sociedades del grupo conservan su personalidad jurídica, y su autonomía patrimonial, de suerte que no sería admisible considerar el vaciamiento del patrimonio de la concursada a favor de otra u otras sociedades del grupo. Tan es así que la ley presume en tales casos el perjuicio patrimonial pese a tratarse de actos a título oneroso (art. 71.3.1º).
Por último, agotando el razonamiento, debe salirse al paso de la alegación relativa a la aplicación del art. 10 LMH, en la nueva redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario, a cuyo tenor "las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el art. 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el art. 71 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe".
Se trata por tanto de una norma especial que hace escapar, -en recta interpretación-, a tales hipotecas del régimen general de las rescisorias concursales para asimilarlo a la rescisoria común, exigente de fraude en la constitución del gravamen. No se oculta que la norma ha sido interpretada, singularmente por la doctrina hipotecarista, en un sentido más limitado, comprensivo tan sólo de la rescisión de hipotecas constituidas en garantía de títulos emitidos en el mercado hipotecario, como parece desprenderse de su propio texto, si se atiende al contenido de sus arts. 1, 4 y 8; con todo, aún admitiendo la tesis esgrimida en el escrito de contestación, puede afirmarse que la aplicación de la norma no juega a favor de la posición demandada, pues el fraude, -elemento configurador de la rescisoria común-, se presume en los casos de los actos a título gratuito (argu. ex. art. 1297 del Código Civil). A lo que se añade que si se entiende por fraude el conocimiento que el acreedor habría podido tomar de la situación de insolvencia del deudor, la norma resulta aplicable en todo caso, tal como en el supuesto enjuiciado acontece, pues no podrá negarse que la entidad bancaria prestamista debía conocer que el bien hipotecado constituía el único activo inmobiliario de la concursada, reforzando en su propio beneficio su posición acreedora, con perjuicio del resto de acreedores. No podrá la entidad demandante sostener la falta de conocimiento sobre la situación de la garante, pues es consustancial a la actividad que desarrolla la obtención de información suficiente del estado patrimonial de garantes y deudores.
En consecuencia, la demanda prospera en cuanto a la rescisión de la constitución de la garantía hipotecaria por virtud de la escritura pública de 19 de abril de 2007 y de 30 de octubre de 2007. Es evidente que pese a que el art. 73 no contemple expresamente tal efecto, cabe entenderlo rectamente en su ámbito de aplicación, pues claramente las garantías no se restituyen sino que, simplemente se extinguen, con el efecto imperativo de haber de dirigirse los correspondientes oficios al registro inmobiliario.
Por último, ni la doctrina de los propios actos juega papel alguno en el supuesto sometido a enjuiciamiento, ni cabe entender la concesión de la hipoteca, de toda evidencia, como actividad incluida en el ámbito de la actividad empresarial o profesional de la deudora. No existe acto alguno inequívoco realizado por el sujeto legitimado con el efecto de purgar el negocio de la posibilidad de rescisión concursal. Predicar tal efecto de la inclusión del crédito en el informe sólo puede entenderse desde la consideración del legítimo ejercicio del derecho de defensa por el banco prestamista.
Las dudas de Derecho que el supuesto ofrecía, justificadas en la existencia de diferentes pareceres doctrinales y, especialmente, de una jurisprudencia aún contradictoria sobre el exacto alcance del perjuicio patrimonial en que se fundamenta la rescisión concursal y sobre la aplicabilidad de la normativa especial invocada, así como la ausencia hasta el momento de pronunciamientos del Tribunal Supremo, justifican la decisión de no imposición de costas.": SJM-2 Pontevedra 01.04.2009 (Incidente Concursal 50/2009)

JM-3 Pontevedra

"CUARTO- No siempre resulta sencillo apreciar si la causa del negocio jurídico es la mera liberalidad. En el caso de las garantías prestadas a favor de tercero, la causa será onerosa cuando el garante recibe del deudor o del acreedor una contraprestación, al margen de la equivalencia de valor, y será gratuita cuando tal contraprestación responda a la pura y simple liberalidad, sin justificación adicional. El problema es que la contraprestación no siempre es directa, sino que en ocasiones puede consistir en un compromiso de crédito o cualquier fórmula que justifique el interés económico de la operación. Como afirmó la STS 13-12-10, "lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y si ha habido una real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones".
Tradicionalmente, las garantías personales o reales constituidas a favor de la empresa del grupo se han visto – siempre desde la perspectiva del concurso de acreedores de la entidad garante- con suma sospecha; mientras que el beneficio de la sociedad garantizada está fuera de toda cuestión – al contar el acreedor con un

patrimonio de refuerzo en caso de impago, la concesión de crédito se presenta como mucho más sencilla y en mejores condiciones-, parece complicado pensar en un beneficio evidente para la empresa que entra en concurso, en forma de contraprestación. Desde esta perspectiva, los tribunales en su mayoría comenzaron considerando, con escasas excepciones, el carácter gratuito de las garantías prestadas. En este sentido se pronunciaron, con la legislación previgente, las STS 19-9-02 y 10-11-03.
La situación, sin embargo, da un paso relevante en sentido contrario a partir de la STS 8-11-12, ponente Excmo. Sr. Gimeno-Bayón Cobos; la contraprestación, en línea con lo defendido en años por un sector de la doctrina, es el llamado "interés de grupo". La sentencia se pronuncia en los siguientes términos, aunque no puede dejar de ponerse de manifiesto que dichos argumentos se producen obiter dicta o a mayor abundamiento
"No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales –algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)"-. Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par condicio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa.
27. A diferencia del otros ordenamientos, como el italiano, que al regular la acción revocatoria extraconcursal en el artículo 2901 del Código Civil dispone que "agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito" (a los efectos de esta norma, la prestación de garantías, incluso por deudas de otro, son consideradas a título oneroso cuando son contextuales al crédito garantizado)-, el nuestro guarda silencio
sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio "afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario" se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado.
28. Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Llegge fallimentare que la asimila a otros actos onerosos "sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del
debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, (...)". (también son revocados, si el curador (administrador concursal) prueba que la otra parte conoció el estado de insolvencia del deudor, los pagos de deudas líquidas y exigibles, los actos a título oneroso y los constitutivos de un derecho de prelación por deudas, también de tercero, contextualmente creados (...)).
3. El perjuicio en las garantías de obligaciones de sociedades del mismo grupo
29. Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco"
QUINTO- Es decir que, sin perjuicio de que haya de identificarse cuál sea en cada caso el interés del grupo, puede afirmarse, como punto de partida, que la presunción absoluta de gratuidad es matizable por responder casi a la evidencia la existencia de una contrapartida como es el interés grupal; ello no obstante, no creo que tal situación permita situarnos en una suerte de inversión de la carga de la prueba, de suerte que el acto se repute oneroso y corresponda a la administración concursal – o al acreedor subsidiariamente legitimado- la prueba del perjuicio en los términos del artículo 71.4 LC. Antes al contrario, nos situará en la tesitura de las presunciones débiles del artículo 71.3.1º, y podrá probarse por quien lo invoque la ausencia de perjuicio.
Doctrinalmente, desde una perspectiva puramente conceptual, es más fácil justificar la constitución de garantías por la matriz a favor de las filiales - dado el interés de la primera en la subsistencia del grupo, además del incremento de valor de la masa activa y los futuros dividendos-. Pueden verse, al respecto, las interesantes consideraciones que realiza la SAP Pontevedra, sección 1ª, de 5-2-13: "En el ámbito que ahora ocupa, -el de la rescisión concursal-, el conflicto se sitúa en la identificación y efectos del concepto de "interés de grupo", como concepto jurídico indeterminado que explica las concretas operaciones enjuiciadas desde una perspectiva superior que la meramente individual de cada sociedad-isla. Su correcta determinación obliga a atender a las circunstancias del caso concreto, pero pueden apuntarse algunas premisas generales.
La primera indicación para identificar este interés superior, como deriva de su propia naturaleza, será la de subrayar la necesidad de contemplar la operación cuya rescisión se pretende en su conjunto, con ponderación de los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas obtenidas por la dominante o por el grupo en su conjunto o, incluso, por las ventajas "compensatorias" obtenidas por la propia filial como participante de las "sinergias creadas por el grupo".
En el caso de la constitución de garantías por parte de la filial en favor de la dominante o de una sociedad "menos saludable" del grupo obliga, pues, a analizar, las compensaciones que aquélla haya podido obtener,

bien directamente, bien por los beneficios o "sinergias" que pudieran reportarle por haber beneficiado a todo el grupo.
De no identificarse este interés superior, -en la globalidad de la operación-, se estará ante un acto gratuito, que cae bajo el ámbito de la presunción iuris et de iure y asegura el éxito de la rescisión de la operación.
Una garantía constituida por la sociedad concursada, filial del grupo, vinculando su propio patrimonio a la suerte de una obligación contraída por un tercero, (dominante o sociedad hermana) de manera contextual, formando parte de la causa económica del contrato, en línea de principio, y como argumenta la entidad recurrente, no es un acto gratuito, por lo que no juega la presunción de perjuicio iuris et de iure. No lo es porque el crédito se concede porque el deudor concursado lo garantiza y obtiene con ello una compensación, que no tiene por qué ser necesariamente el correlativo ingreso de un activo patrimonial, sino que puede consistir en una ventaja indirecta, financiera o comercial, por ejemplo.
Esto es a lo que parece referirse el art. 2497 del Códice Civile italiano, tras la reforma de 2003, cuando precisa que no existe responsabilidad de los administradores de la dominante "cuando el daño resulta inexistente a la luz del resultado conjunto de las actividades de dirección y coordinación, o bien es íntegramente eliminado incluso como consecuencia de operaciones dirigidas a ese fin"
SEXTO- Siguiendo esta línea argumental, que se presuma que el acto de constitución de la garantía se ha realizado en interés del grupo no significa, ni mucho menos, que dicho interés del grupo suponga, per se, ausencia de perjuicio patrimonial o, si se quiere, en formulación positiva, el interés de grupo no es necesariamente beneficioso para la masa activa del concursado, y el beneficio deberá ser correctamente alegado y probado, sin acudir a argumentaciones difusas. Como dice la SAP Madrid, sección 28ª, de 20-4-12, "la apelante ha tratado de sustentar la inexistencia de perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto '... supusieron el reforzamiento del grupo como tal'.(...) El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal"
O, en palabras de la SJM 9 de Madrid de 18-11-10, "en los casos de constitución de garantías a favor de la matriz por la filial no será suficiente con invocar el interés del grupo y el eventual beneficio que se pueda obtener de la pertenencia al grupo para excluir el carácter gratuito de la operación, "sino que es necesario que se pueda identificar una contraprestación concreta más allá de la genérica pertenencia al grupo", Puesto que, como sigue indicando la citada sentencia, es necesario que ese genérico "interés superior, cristalice en un interés económico concreto y tangible para la sociedad concursada que pueda revertir en beneficio de los acreedores de la misma y que justifique la operación".
SÉPTIMO- Las alegaciones al interés de grupo son absolutamente difusas e inconcretas, referidas al proyecto de viabilidad empresarial del acuerdo de refinanciación, sin que se identifique de forma concreta en qué medida ha beneficiado el acuerdo de refinanciación realizado a favor de la matriz a su filial Vázquez Rey SA, que se limita a comprometer su propio patrimonio sin obtener absolutamente nada a cambio, más allá de una supuesta sobrevivencia del grupo de empresas. La explicación o justificación del sacrificio en aras del interés de grupo queda completamente huérfana de identificación de los concretos beneficios que supuso la operación para la filial, porque todos los demandados dan por hecho, o parten como premisa incuestionable, de que el "interés del grupo" es lo mismo que decir el "interés de la matriz", cuando esto no es necesariamente así, ni siquiera en los supuestos de control absoluto sobre la filial, como es el caso.
Tampoco sirven de explicación otras operaciones anteriores, como aquella en la que tanto inciden las partes, en la que, en octubre de 2010 –véanse escrituras aportadas tras la estimación parcial del recurso de reposición-, Vázquez Rey obtuvo un préstamo con garantía hipotecaria de otra de las filiales, Parquets Tropicales SA. Debe recordarse a los demandados que este juzgador se está limitando a examinar el perjuicio patrimonial de unas garantías prestadas por la concursada Vázquez Rey en mayo de 2011, y que la financiación que haya obtenido con anterioridad, a costa de otra de las filiales – cuya exacta situación patrimonial se desconoce, aunque uno de los codemandados ponga de manifiesto que presentó comunicación del 5 bis en los juzgados de lo mercantil de Madrid, habiendo superado la insolvencia gracias al acuerdo de refinanciación que hoy parcialmente se cuestiona- se nos presenta como escasamente relevante: ni la demanda tiene por objeto analizar el perjuicio que para aquella filial supuso dicha operación- lo sería si Parquets Tropicales SA se declarase en concurso y se instase acción rescisoria de aquella garantía, constituida, por otra parte, hace más de dos años- ni tiene la importancia que le concede la parte examinar el concreto beneficio que, en dicha refinanciación que hoy se ataca, ha obtenido el concursado.
La explicación que se pretende dar sobre el "fortalecimiento patrimonial" por el no reparto de dividendos, por muy bien explicado que esté – que lo está-no hace referencia al caso que se examina: no se identifica mínimamente que tal decisión, propia de la política empresarial general de la matriz, esté vinculada con una operación sumamente cuestionable desde el punto de vista de la contraprestación exigible a un otorgamiento de garantías a cambio de nada, pues nada concreto es lo que obtiene Vázquez Rey, más allá del gravamen de su patrimonio – con el desvalor que supone para el mismo, y el consiguiente privilegio en caso de concurso para los beneficiarios de la garantía- que lo desnuda ante sus acreedores en caso de impago de los compromisos contraídos por su matriz.
Los argumentos de más peso numérico específico los pone sobre la mesa la contestación de BBVA, donde analiza cuánto supone la filial para la matriz en cuanto a compradora y comercializadora, y cuánto la matriz para la filial como cliente; pero dichas cifras, una vez más, no se ponen en relación con los concretos beneficios que, a su juicio, supondría la concesión de las garantías a favor de la filial, pues una vez más, con una visión de conjunto a la que no es ajeno este juzgador, se simplifica la cuestión sosteniendo que la marcha

de la matriz –buena o mala- redundará en sus filiales. Esta afirmación puede compartirse, pero siempre sin perder de vista que, por control absoluto que exista del accionariado – control que asciende al 100% del mismo – e identidad de órganos de dirección, son sociedades distintas, donde no han conseguido probarse, más allá del "evanescente"- en palabras de la mejor doctrina- interés del grupo, las ventajas obtenidas por el acuerdo de refinanciación de tal matriz. No consta, siquiera de forma global, que Vázquez Rey haya mejorado sus resultados, o siquiera que, ad futurum, fuera a recibir financiación directa o indirecta de su matriz que proviniese del acuerdo de refinanciación en el que participó; tampoco que pueda sobrevivir de forma autónoma gracias a esa refinanciación pues, como se ha repetido ya en diversas ocasiones, la caída en concurso de la matriz ofreció a los acreedores directamente el patrimonio de la filial para ser fagocitado con acciones personales y reales, a las que sólo el concurso de la filial ha hecho inmune.
Por otra parte, las alegaciones de que la alteración de la par conditio creditorum se produce con menor intensidad por el hecho de que los acreedores comerciales y las entidades bancarias que no participaron en el pool refinanciador –singularmente Bankia- son minoría en relación con las que financiaron el acuerdo, no deja de ser un argumento absolutamente desaconsejado en el concurso: este juzgador es consciente de que dicho pool bancario tiene la llave del acuerdo en junta de acreedores, tanto en la matriz como en la filial; también de que puede, en última instancia, favorecer la continuidad de ambas, de una sí y no de la otra, o dejar que las dos terminen en liquidación.
Ahora bien, la alteración de la par conditio se da con independencia del grado e intensidad con que determinados acreedores se ven beneficiados en caso de concurso; el concepto de masa pasiva perjudicada viene condicionado por el principio de universalidad de ésta, y aceptar impávidamente inmunizar el perjuicio evidentemente causado a algunos de los acreedores con la obtención de una garantía hipotecaria por el hecho de que los perjudicados son menos, o de peor condición que los beneficiados, supondría prescindir del principio de paridad – en buena lid- para sustituirlo por la imposición de quien más fuerza tuvo para hacerse con dicha garantía.
Procede, por lo expuesto, la estimación de la demanda.": SJM-3 Pontevedra 19.07.2013 (Incidente 549/2012; Concurso 549/2012)

1.6 Asunción/pago de deudas ajenas

AP Lugo

"PRIMERO.- Tiene razón la parte apelada cuando señala que la entidad recurrente se fija únicamente en aspectos puntuales que llevan a distraerse de la esencia del asunto que no es otro, como se señaló en la sentencia recurrida, que determinar si procede la anulación o rescisión del acto operacional que se llevó a cabo por parte de la entidad concursada y a favor de la entidad hoy apelante con disposición a título de literalidad, es decir un acto dispositivo a título gratuito encajable en el artículo 71.2 de la Ley Concursal, con causación de manifiesto perjuicio de carácter "iuris et de iure" (no admisión de prueba en contrario), lo que se llevó a cabo a través del endoso del pagaré efectuado por la concursada a la hoy apelante para pago de deuda ajena, con evidente perjuicio para los acreedores, debiendo recomponerse la masa activa del concurso y todo ello efectuado en fechas dentro de los dos años previos a la declaración de concurso y en tiempos muy próximos a la suspensión de pagos, ello es lo que resulta de la prueba practicada. Respecto a los aspectos puntuales a los que se refiere el recurrente y que no tienen virtualidad enervadora de lo antes expuesto debe decirse, en primer lugar, que en cuanto a la existencia de "grupo" entre la concursada y la entidad Vilocar Sarria, S.L., que sociedades con socios diversos y con órganos sociales distintos, aunque exista proximidad o parentesco entre ellos que, eso si, pueden afectar al funcionamiento de las sociedades en perjuicio de alguna de ellas o de sus socios, no pueden merecer la consideración de "grupo" en sentido técnico aunque si lo puedan tener en el vulgar de proximidad, por lo que la alegación no puede ser acogida. Lo mismo sucede con la alegación relativa a que no se trata de un acto dispositivo a título gratuito, pero es que debe tenerse en cuenta que, en definitiva estamos ante una salida patrimonial importante de la concursada y una entrada en el patrimonio de la entidad recurrente, Villanueva 3, S.L., dándose la paradoja de que aquella nada debía a ésta, realizándose todo ello en fechas muy próximas a las suspensiones de pago de la entidad Vilocar S.L., entidad en cuyo beneficio se paga y que es deudor de la concursada, provocando un impago a acreedores propios y pagando a un tercero que no es acreedor de la sociedad ni se le paga una deuda propia, por lo tanto la alegación no puede ser acogida, como se dijo. La consideración, en tercer lugar, sobre el perjuicio a la concursada por el pago de los suministros a la apelante no puede ser tampoco estimada ya que el perjuicio es claro si, como se dijo, se tiene en cuenta que la sociedad Contratas Torres que va a presentar suspensión de pagos lleva a cabo la realización de su patrimonio y con el importe obtenido paga no deudas propias sino las de uno de sus deudores la entidad Vilocar Sarria que a su vez presentó suspensión de pagos y ello se efectúa en beneficio de un tercero, la hoy recurrente que no es acreedora del endosante, endosante que a su vez presenta suspensión de pagos y aunque los administradores de Vilocar y Contratas tienen una relación de proximidad aunque con masas sociales distintas todas ellas efectúan suspensiones de pagos y estas extrañas y poco justificativas operaciones de endoso, quedando perjudicados los acreedores propios y el patrimonio evidentemente disminuido.
Finalmente, en cuanto a la inexistencia de relación obligacional con la concursada, ya se ha dicho que aparecen diferenciadas las sociedades siendo distintos los socios de una y otra, si bien su estado de insolvencia e impago sea común a ambas, carece de sentido, como acertadamente señala la parte apelada, Administración Concursal de Contratas Torres y Rente Sarria S.L., que una de las sociedades pague lo de la otra, descapitalizándose, cuando es la propia entidad Vilocar S.L. la que presenta concurso en los momentos de venta y endoso por la concursada que a su vez presenta suspensión de pagos también, sin que a todo ello afecte la teoría del levantamiento del velo cuando aparece meridianamente claro a los efectos que nos ocupan

y según lo actuado cuales eran los verdaderos fines y el sentido de los actos llevados a cabo por las sociedades antedichas, entre las que se incluyen la hoy apelante. Por último, en cuanto a la petición subsidiaria de reconocimiento del derecho de la hoy apelante a percibir la cantidad de 90.151,81 euros como derecho de crédito contra la masa no puede ser estimada por cuanto ninguna relación existe entre la concursada y la hoy apelante que no sea la entrega a título de literalidad efectuada mediante el endoso referido por una deuda ajena, no obedeciendo tal entrega a ninguna relación obligacional con la concursada por lo que al no concurrir los requisitos mínimos necesarios no se puede tener en consideración el reconocimiento solicitado por la falta de los mismos, por todo lo cual y sin necesidad de mayores consideraciones se está en el caso de desestimar el recurso formulado y confirmar la resolución recurrida por sus propios y acertados fundamentos.": SAP Lugo (Sección 1) 15.11.2011 (Sentencia 635/2011; Rollo 732/2011)

AP Madrid

"PRIMERO.- Antecedentes relevantes.
1. La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE HERDO, S.A. interpuso demanda de incidente concursal con el fin de obtener la reintegración de la suma de 25.000 euros que la concursada entregó en concepto de provisión de fondos a Dª Clara, procuradora de los Tribunales, con fecha 20 de febrero de 2009. Dicha entrega, según los soportes contables de la concursada, era para pago de los servicios profesionales prestados por la Sra. Clara a WELCOM HOUSE, S.L. (en adelante, "WELCOM") en el expediente de concurso en el que esta última entidad se hallaba inmersa y en el juicio ordinario promovido por la misma contra una tercera entidad, IMASATEC, ante el Juzgado de Primera Instancia número 60 de Madrid. En la demanda se apuntaba que en la contabilidad de HERDOSA no figuraba cargo alguno a WELCOM por esta operación.
2. En su escrito de contestación, las demandadas, quienes nada objetan a la realidad de la entrega señalada por la administración concursal, se oponen a las pretensiones de la demanda alegando que, actuando la Sra. Clara como procuradora tanto de HERDOSA como de WELCOM, entidades cuyos socios pertenecen a la misma familia, se le hizo entrega a la primera de la cantidad en liza por el concepto de provisión de fondos correspondiente al encargo profesional recibido de WELCOM, ignorando la Sra. Clara que el dinero entregado provenía de HERDOSA. Se afirma la validez del pago efecutado por HERDOSA, como pago hecho por tercero, de conformidad con el artículo 1158 del Código Civil. Se niega que se haya originado perjuicio alguno a HERDOSA por razón de la entrega dineraria efectuada. Se mantiene que, en todo caso, contra quien debería dirigirse la administración concursal es contra WELCOM, como beneficiaria del pago.
3. El tribunal de primera instancia dictó sentencia acogiendo en su integridad los pedimentos de la demanda. En esencia, el juzgador señala como fundamento de su decisión: (i) la irrelevancia, tanto de la falta de conocimiento de la procedencia de los fondos como de la ausencia de mala fe por parte de la Sra. Clara, a efectos de dirimir la procedencia de la restitución interesada en la demanda; (ii) que el pago efectuado por HERDOSA por cuenta de WELCOM, sin que ni siquiera se contabilizase por la primera como derecho de crédito frente al segundo, entraña un acto de disposición a título gratuito que hace entrar en juego la presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa establecida en el artículo 71.2 de la Ley Concursal. (...)
CUARTO.- Motivo de impugnación relativo a la indebida aplicación del artículo 71.2 de la Ley Concursal
11. La parte apelante combate la consideración del acto impugnado como perjudicial para la masa activa. El juez del anterior instancia entendió (vid.numeral 3 supra) que debía entrar en juego la presunción iuris et de iure que al respecto establece el artículo 71.2 de la Ley Concursal, al conceptuar la entrega efectuada por la concursada a la codemandada Sra. Clara para pago de los servicios profesionales prestados por esta última a WELCOM como acto de disposición a título gratuito. Las recurrentes discuten tal valoración, manteniendo que los servicios prestados por la Sra. Clara a WELCOM operarían como contraprestación de la disposición efectuada por la concursada, lo que determinaría la inaplicabilidad del precepto señalado.
12. Ninguna acogida merece el planteamiento de las apelantes. La disposición dineraria efectuada por HERDOSA carecía de correlativo alguno de la parte de la Sra. Clara, por cuanto aquella ni debía nada a esta última ni obtuvo de ella nada a cambio. Ni siquiera puede decirse que se tratase de adquirir el derecho de crédito que la Sra. Clara ostentaba frente a WELCOM. Resulta claro que nos encontramos ante un simple pago por tercero. Por otra parte, como se indicó, en la contabilidad de HERDOSA no figura crédito alguno contra WELCOM ligado a esta operación. Tal actuación, en la medida en que supone una disminución del patrimonio de la concursada sin una contrapartida que justifique la salida del dinero entregado, ha de ser englobada dentro de la categoria de actos de disposición a título gratuito del artículo 71.2 de la Ley Concursal. El criterio adoptado por el juez de la anterior instancia ha de reputarse, por tanto,correcto.
QUINTO.- Motivo de impugnación relativo a que la demanda debiera haberse dirigido contra WELCOM
13. Las apelantes sostienen que, de estimarse que el acto impugnado resulta subsumible en el artículo
71.2 de la Ley Concursal, la demanda, además de contra la concursada, tendría que haberse dirigido contra WELCOM, debiendo quedar fuera del proceso en todo caso la Sra. Clara. Se asienta tal consideración en que WELCOM sería la exclusia beneficiaria del acto de disposición efectuado por la concursada, calificando este último de donación y a WELCOM de donataria.
14. El alegato muestra graves confusiones conceptuales. En primer lugar, la identificación entre "acto de disposición a título gratuito" del artículo 71.2 de la Ley Concursal y donación de la que parte (vid. numeral 12 supra). En segundo lugar, la caracterización del acto impugnado como donación también resulta errónea. Como se ha dicho reiteradamente, nos encontramos ante un pago por tercero. Las propias apelantes han calificado el acto impugnado como tal en sus escritos de alegaciones. Ello comporta la concurrencia de un animus solvendi en el tercero que efectúa el acto de disposición (en el caso que nos ocupa, dicho animus aparece debidamente explicitado en el email que las apelantes acompañaron como documento número 2 con su escrito de contestación), y el surgimiento de una serie de acciones a favor de aquel contra el deudor, para quien el acto dispositivo realizado por el tercero no produce efectos liberatorios. Nada más alejado, pues, de

una donación (artículo 618 del Código Civil : "La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta").
15. Finalmente, en cuanto a la intervención de la Sra. Clara en el proceso, la norma no puede ser más clara al establecer que "las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado" (Artículo 72.2 de la Ley Concursal)": SAP Madrid (Sección 28) 12.11.2012 (Sentencia 349/2012; Rollo 547/2011)

AP Guipúzcoa

"TERCERO.-Y, una vez verificadas esas consideraciones previas y analizadas las actuaciones remitidas a esta instancia, lo primero que se hace necesario puntualizar es que las alegaciones contenidas en dicho recurso y verificadas por la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, han de ser estimadas, como ha de ser estimada la pretensión a través del mismo formulada de rescisión de los pagos verificados por la concursada y de reintegración de los importes a la masa activa de la misma, por cuanto que ha quedado adecuadamente acreditado en las actuaciones que los cuatro préstamos que fueron concertados por dicha entidad y por los socios de la misma D. Marino, D. Nicolas y D. Millán, con las entidades Banco Popular Español, S.A. y Caja Rural de Navarra, S.C. de C., préstamos que no se hallaban vencidos a la fecha de la solicitud de declaración de concurso voluntario de la mencionada entidad, y que fueron garantizados con la garantía hipotecaria concstituida sobre la finca y las instalaciones propiedad de los mencionados D. Nicolas y D. Millán y asimismo propiedad de Dª. Miriam y Dª. Paulina, Dª. Raimunda y Dª. Rocío, fueron cancelados anticipadamente de manera voluntaria por parte de los administradores de la misma en fechas próximas e inmediatamente anteriores a la citada solicitud, siendo así que tal hecho resulta encuadrable en los supuestos contenidos en el apartado 2 del art. 71 de la Ley Consursal, dado que se trata de unos actos de todo punto perjudiciales para la masa y que alteran, sin justificación alguna, la par conditio creditorum.
En efecto, en el presente caso se ha solicitado por parte de la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, mediante la interposición de la demanda iniciadora del presente procedimiento, que se decrete que el pago efectuado por dicha concursada a la entidad Banco Popular Español, S.A por los importes de 76.988,99 euros y de 82.985,90 euros, es perjudicial para la masa activa del concurso de la dicha sociedad, procediendo a su rescisión, y que el pago efectuado por ella a la entidad Caja Rural de Navarra, S.C.C., por los importes de 75.000 euros y 74.999 euros, es tambien perjudicial para la masa activa del concurso de la misma, procediendo a su rescisión, de que se declare la ineficacia de la totalidad de los pagos de las deudas reseñadas, y se condene a dichas entidades bancarias a reintegrar a la masa activa las cantidades mencionadas, con los correspondientes intereses legales, así como la condena subsidiaria de D. Marino, D. Nicolas y D. Millán, en lo que hace referencia a los préstamos por ellos solicitados, y de que se ordene la realización de cuantos actos y formalidades fueren precisas a efectos de que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, así como aquellos que sean consecuencia de dicha rescisión.
Y se ha rechazado por el Juez a quo la mencionada reclamación, sobre la base de que, en lo que hace referencia a los préstamos solicitados por los socios, la concursada está procediendo a la devolución de lo que le ha sido prestado, "siendo en realidad un acto oneroso a favor de unas personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 71.3.1º), cuyo perjuicio patrimonial para el concurso se presume, salvo prueba en contrario", siendo así que la demanda no se ha planteado con un debate en tales términos, sino sobre la base de la cancelación anticipada de prestamos de la concursada o, en todo caso, de forma indirecta, en base al carácter gratuito del pago de los prestamos de que eran titulares los socios, por lo que no puede ser atendida, "pues ello infringiría el mandato de congruencia recogido en el art. 218.1.2º LEC, que a la postre tiende a evitar la indefensión", y, en lo que hace referencia a los préstamos solicitados por la concursada, de que "el pago del importe de los prestamos con fondos derivados de la indemnización expropiatoria con el fin de evitar la resolución anticipada y favorecer la continuidad de la actividad podría considerarse, dadas las circunstancias concurrentes, un acto ordinario de la actividad del deudor en el sentido de acto lógico y consecuente en la tesitura en que se encontraba la concursada", y por ello no encuadrable en el supuesto alegado por la demandante, sino en el previsto en el art. 71, 5 de la Ley Concursal.
Pero, sin embargo, tales consideraciones no puede ser admitidas por esta Sala, por cuanto que el pago efectuado por la concursada de los préstamos que fueron solicitados por los socios a las entidades bancarias mencionadas ha de ser estimado sin duda alguna un acto de disposición a título gratuito, en cuanto que se están haciendo efectivas unas deudas de terceros, y, por ello, tal supuesto es encuadrable en el art. 71, 2 de la Ley Consursal, citada por la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, en su escrito de demanda y debió ser analizado por el Juzgador a quo en su resolución, siendo así que se trata, además, de un supuesto en el que el perjuicio patrimonial para la concursada se presume, sin que se admita prueba en contrario, y el pago efectuado por la misma concursada de los préstamos que fueron por ella solicitados a las mismas entidades bancarias ha de estimarse un acto de extinción de obligaciones, y tal supuesto es tambien encuadrable en el mismo apartado del referido precepto, al tratarse de obligaciones cuyo vencimiento era posterior a la declaración de concurso.
CUARTO.-Desde luego, se ha sostenido por el Juzgador de instancia en su resolución que, teniendo en cuenta la circuntancia de que nos encontramos ante dos tipos de prestamos, dado que en dos de ellos es la concursada la que aparece como prestataria, mientras que en otros dos lo son personas físicas, socios de la concursada, y de que se amortizaron todos los solicitados, es evidente que la cancelación de prestamos de la concursada cae dentro del supuesto de extinción de obligaciones de la misma de vencimiento posterior a la declaración de concurso y que los pagos de prestamos de socios solo podrían ser incluidos dentro del apartado relativo a actos de disposición a titulo gratuito, ya que, en definitiva, se está pagando el crédito otorgado a otro, pronunciamiento que resulta de todo punto correcto, pero acto seguido señala que la Administración Concursal

admite que el importe de estos créditos fue ingresado en una cuenta de la titularidad de la concursada, se utilizó para conseguir liquidez y financiación para la misma y se encargó de ir abonando cada cuota hasta su cancelación definitiva, "con lo que, en definitiva, estaríamos ante un préstamo pedido y concedido para, a su vez, aportarlo a la concursada, lo cual, cabria catalogarlo como donación de los socios a la concursada o, en su caso, como préstamo a la misma, siendo lo segundo lo mas lógico, dado que no se puede presumir la existencia de una acto a titulo gratuito sino que es necesario prueba plena del mismo", siendo ese el motivo por el que señala que se trataría, como ya se ha anticipado, de un acto de devolución de lo prestado, es decir, de un acto oneroso a favor de unas personas especialmente relacionadas con el concursado, supuesto encuadrable en el art. 71.3.1º de la Ley Concursal, que no es en el que se basa la demanda, por lo que no procede a su análisis.
Sin embargo, esta Sala no puede aceptar las mencionadas consideraciones, por cuanto que, al margen de que la cuenta en la que fue ingresado el importe de los préstamos fuera de la concursada y al margen de la circunstancia de que el mismo, en sus distintas cuotas, fuera abonado por ella, e incluso al margen de la facultad que, por ello, correspondía a la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº
de Responsabilidad Limitada, de reclamar todas las cuotas satisfechas con anterioridad a la cancelación anticipada, es lo cierto que el préstamo con garantía hipotecaria nº NUM000, fue concertado en fecha 18 de Enero de 2.005 con la entidad financiera Caja Rural de Navarra, S.C.C. por Don Nicolas, Don Millán y Don Marino y el préstamo con garantía hipotecaria nº NUM001 fue concertado en la misma fecha con la entidad Banco Popular Español, S.A. por los mismos socios, por lo que es evidente que, al procederse a la cancelación anticipada del primero en fecha 6 de Febrero de 2.008 y del segundo en fecha 17 de Octubre de
y hacerlo, además, con fondos de la concursada, dichos pagos han de estimarse sin duda alguna actos de disposición a titulo gratuito, dado que con ellos se estaba cancelando una deuda que había sido contraída por los socios y que a ellos les correspondía satisfacer.
Y, puesto que el acto de disposición a título gratuito es un acto rescindible, dado que supone un perjuicio patrimonial para la masa, pues se hace responder a la misma de deudas ajenas, y, además, se altera la par conditio creditorum, al conceder a unos acreedores el derecho a satisfacerse de su crédito con lo obtenido de la realización del bien grabaado, al margen del concurso y con preferencia al resto de los acreedores, siendo así que ese perjuicio, como ya se ha indicado, no admite prueba en contrario, ya que está amparado por la presunción iuris et de iure prevista en el art. 71, 2 de la Ley Concursal, y el llevado a cabo en este caso ha sido realizado en el plazo antes mencionado, es decir, en un plazo anterior a los dos años previos a la declaración de concurso, que en este caso se verificó en fecha 10 de Abril de 2.008, fecha en la que se dictó el auto de admisión del concurso por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián, no puede por menos que concluirse que la pretensión formulada por la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, había de ser estimada en su integridad, en lo que a dichos préstamos y su cancelación anticipada hace referencia, pudiendo exigir la devolución de los importes satisfechos tanto de las entidades bancarias, que se han visto beneficiadas con el abono de su importe y la cancelación subsiguiente de esos préstamos por ellas concedidos, como, y subsidiariamente, de los socios, cuyo pago a ellos correspondía, y que se han visto beneficiados con el abomo realizado de los préstamos por ellos solicitados a dichas entidades bancarias.
QUINTO. -Y no obsta a tal declaración la circunstancia de que la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, haya basado su demanda en la alegación de que los actos llevados a cabo por los administradores son actos de extinción de obligaciones, cuyo vencimiento fue posterior a la declaración de concurso, por cuanto que el precepto que ha mencionado como aplicable al caso que nos ocupa ha sido el art. 71, en su apartado 2, apartado que es precisamente el que ha sido tomado en consideración en este caso, si bien en el otro supuesto que prevé, sin que se haya causado indefensión alguna a los demandados con dicha alegación, dado que han tenido la posibilidad de oponerse a tal pretensión y, además, conociendo la presunción que sobre ellos pesaba, por lo que su pretensión debía ser adecuadamente analizada.
En efecto, el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que menciona el Juez a quo para omitir un pronunciamiento sobre esta cuestión controvertida, en su apartado primero dispone que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. E indica, por otra parte, que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. El deber de congruencia consiste en una necesaria adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y existe allí donde los dos términos de la relación, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada. Por tanto, la congruencia exige analizar si existe una adecuación racional del fallo a las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas en la litis y al fundamento fáctico de las acciones ejercitadas, de forma que la sentencia no conceda más de lo pedido ("ultra petita"), no se pronuncie sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") -cuyo cambio o transmutación puede, incluso, significar menoscabo del art. 24 de la Constitución, al desviarse de los términos en que viene planteado el debate, vulnerando el principio de contradicción-, o deje incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones ejercitadas por las partes ("citra petita"). Y si bien el juzgador puede resolver, con libre actuación en la esfera del derecho que le permite aplicar la norma jurídica procedente y ajustada, con arreglo a los principios iura novit curia y "da mihi "factum" et dabo tibi ius", su actuación queda subordinada a la clase de acción ejercitada, de manera que no puede modificar la causa petendi, ni sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas.
Pero, se da la circunstancia de que no sólo la Administración Concursal demandante ejercitaba una acción rescisoria de actos de la concursada con fundamento en el art. 71 de la Ley Concursal, sino que lo hacía por

entender aplicable la presunción iuris et de iure prevista en el apartado 2º de dicho precepto, por lo que no cabe sino concluir que la resolución impugnada incurre en vicio de incongruencia, al no haberse pronunciado sobre dicha petición, a lo que ha de añadirse la puntualización de que incluso admitiendo, como hace el Juez a quo en su resolución, la consideración de que nos encontramos ante unos préstamos verificados por los socios a la concursada, tambien en este caso procedería el análisis de la cuestión planteada, dado que ello supondría que la misma habría verificado el pago anticipado de una obligación que a ella le incumbía frente a tales socios, es decir, y en definitiva habría procedido a desarrollar un acto de extinción de obligaciones propias, cuyo vencimiento era de fecha posterior a la declaración de concurso, tal y como se sostiene en el escrito de demanda, y por ese motivo perfectamente rescindibles en aplicación del reerido precepto.
Es, por todo lo expuesto, por lo que procede acceder a lo solicitado en cuanto a este extremo y acordar la revocación de la sentencia dictada en el sentido de señalar que procede estimar la demanda interpuesta por la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, y, en consecuencia, procede decretar que el pago efectuado por dicha concursada a la entidad Banco Popular Español, S.A., por el importe de 82.985,90 euros, es perjudicial para la masa activa del concurso de la citada sociedad, procediendo a su rescisión, y que el pago efectuado por ella a la entidad Caja Rural de Navarra, S.C.C., por el importe de 74.999 euros, es igualmente perjudicial para la masa activa del concurso de la misma, procediendo tambien su rescisión, como procede declarar la ineficacia de la totalidad de los pagos de las deudas reseñadas y condenar a dichas entidades a reintegrar a la masa activa las cantidades mencionadas, con correspondientes intereses legales, así como la condena subsidiaria de D. Marino, D. Nicolas y D. Millán, en lo que hace referencia a dichos préstamos por ellos solicitados, debiendo realizarse cuantos actos y formalidades sean precisos a efectos de que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, así como aquellos que sean consecuencia de dicha rescisión, debiendo hacerse además, la precisión lógica por otra parte, de que las tambien demandadas Dª. Miriam y Dª. Paulina, Dª. Raimunda y Dª. Rocío, en su condición de propietarias de la finca ofrecida como garantía hipotecaria de los préstamos suscritos, y en tanto en cuanto les afecten los pronunciamientos precedentes, deberán estar y pasar por lo en ellos expuesto.
SEXTO.-Y, retomando la anterior argumentación, ha de hacerse tambien la precisión de que si bien se ha sostenido por el Juzgador de instancia que en dos de los prestamos es la concursada la que aparece como prestataria y que la cancelación de los mismos cae dentro del supuesto de extinción de obligaciones de la misma de vencimiento posterior a la declaración de concurso, sin embargo, a continuación, señala, como ya se ha anticipado, que "el pago del importe de los prestamos con fondos derivados de la indemnización expropiatoria con el fin de evitar la resolución anticipada y favorecer la continuidad de la actividad podría considerarse, dadas las circunstancias concurrentes, es un acto ordinario de la actividad del deudor en el sentido de acto lógico y consecuente en la tesitura en que se encontraba la concursada", y por ello no encuadrable en el supuesto alegado por la demandante, sino en el previsto en el art. 71, 5 de la Ley Concusal, es decir, un acto ordinario de la actividad empresarial del deudor realizado en condiciones normales y, por lo tanto, no rescindible, siendo ese el motivo por el que desestima tambien en cuanto a tales préstamos la demanda interpuesta, pero tampoco en esta ocasión puede esta Sala admitir tales consideraciones, por cuanto que el pago efectuado en este caso por la concursada de los préstamos que fueron solicitados por ella a las entidades bancarias Caja Rural de Navarra, S.C. de C. y Banco Popular Español, S.A. no puede sino recibir la calificación de acto de extinción de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración de concurso, dado que, al margen de que los préstamos estuviesen incursos en causa de vencimiento anticipado, es lo cierto que tal vencimiento no fue instado por ellas, como no instaron su ejecución, por lo que no existía motivo alguno para proceder a su cancelación anticipada mediante el abono de todo el importe que quedaba por satisfacer.
En efecto, se ha sostenido por el Juez a quo y nadie lo ha negado, pues resulta acreditado en las actuaciones, que el pago de los créditos solicitados por la concursada se efectuaron con "fondos derivados del pago del justiprecio indemnizatorio por la resolución del contrato de arrendamiento sobre la finca expropiada en el expediente de expropiación por causa de utilidad publica tramitado por la D. Foral para la ejecución del Proyecto de construcción del segundo cinturón de Donostia S. Sebastian. Tramo: enlace Urumea-Enlace A-8 en Renteria, fincas NUM002 y NUM003 del parcelario de expropiaciones, que constituían un terreno inscrito al Tomo NUM004, Libro NUM005, Folio NUM006, Finca NUM007 ", siendo así que precisamente una parte de esa finca fue objeto de hipoteca en los préstamos concedidos por las entidades bancarias Caja Rural de Navarra, S.C. de C. y Banco Popular Español, S.A. a la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, por lo que estima que, al suponer el expediente expropiatorio una disminución del valor de la garantía de que las mismas disponían, en virtud de los términos de las cláusulas concertadas en los contratos suscritos, debido a que se ha producido la expropiación de parte de la finca dada en garantía, ambos préstamos estaban incursos en causa de vencimiento o resolución anticipada, y, en consecuencia, el pago verificado de ambos, a los efectos de evitar la ejecución de los mismos "con los efectos nocivos derivados de la reclamación de las cantidades consiguientes a tal resolución, salvaguardando de ese modo el centro de actividad de la concursada, lo cual se veía favorecido por el cobro de la indemnización expropiatoria", podría considerarse "un acto ordinario de la actividad del deudor en el sentido de acto lógico y consecuente en la tesitura en que se encontraba la concursada".
Pero, esta Sala, como en el supuesto anterior, no puede aceptar las mencionadas consideraciones, por cuanto que, sin perjuicio de ser de todo punto cierto que la cancelación anticipada de los préstamos de que se trata, es decir, del préstamo con garantía hipotecaria nº NUM008, concertado por la entidad concursada Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, con el Banco Popular Español, S.A. en fecha 18 de Enero de 2.005 y cancelado en fecha 26 de Febrero de 2.008, y del préstamo con garantía hipotecaria nº NUM009, concertado en la misma fecha con la entidad Caja Rural de Navarra, S.C. de C y cancelado en su totalidad tambien el 25 del mismo mes y año, se llevó a cabo con el importe obtenido del procedimiento expropiatorio tramitado con relación a una parte de la finca ofrecida en garantía hipotecaria por sus propietarios y sin perjuicio de que, por ese motivo, los préstamos concertados se hallasen sujetos a la eventualidad de que

las entidades bancarias afectadas iniciaran la reclamación de los importes adeudados, con base en que se había incurrido por la concursada en una causa de vencimiento o resolución anticipada, es lo cierto los mencionados préstamos no se hallaban vencidos, debido a que ninguna de ellas había promovido su vencimiento anticipado o su resolución, ni habían efectuado requerimiento alguno de pago, ni, lógicamente, habían instado trámite alguno tendente a proceder a su ejecución hipotecaria.
Es evidente, en consecuencia, que, al procederse por parte de los administradores de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, a la cancelación anticipada de ambos préstamos en la fechas mencionadas, fechas inmediatamente anteriores a la declaración del concurso de la misma, a pesar de que el vencimiento de esas obligaciones era sin duda alguna posterior a esa declaración, dichos pagos han de estimarse sin duda alguna actos de extinción de obligaciones que perjudican a la masa, con un perjuicio que igualmente se presume con presunción iuris et de iure, es decir, sin admitir prueba en contrario, tal y como sostuvo la Administración Concursal en su escrito de demanda, y que, por ello, procede tambien acceder a lo por la misma solicitado en él, y acordar la revocación de la sentencia dictada en el sentido de señalar que procede estimar la demanda interpuesta por la misma en lo que a este extremo hace referencia y decretar que el pago efectuado por dicha concursada a la entidad Banco Popular Español, S.A., por el importe de 76.988,99 euros, es perjudicial para la masa activa del concurso de la citada sociedad, procediendo a su rescisión, y que el pago efectuado por ella a la entidad Caja Rural de Navarra, S.C.C., por el importe de 75.000 euros, es igualmente perjudicial para la masa activa del concurso de la misma, procediendo su rescisión, como procede declarar la ineficacia de la totalidad de los pagos de las deudas reseñadas y condenar a dichas entidades a reintegrar a la masa activa las cantidades mencionadas, con correspondientes intereses legales, debiendo realizarse cuantos actos y formalidades sean precisos a efectos de que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, así como aquellos que sean consecuencia de dicha rescisión, debiendo hacerse, además, la precisión, lógica por otra parte, de que los tambien demandados D. Nicolas, D. Millán, Dª. Miriam y Dª. Paulina, Dª. Raimunda y Dª. Rocío, en su condición esta vez de propietarios todos ellos de la finca ofrecida como garantía hipotecaria de los préstamos suscritos, y en tanto en cuanto les afecten los pronunciamientos precedentes, deberán tambien estar y pasar por lo en ellos expuesto.”: SAP Guipúzcoa (Sección 2) 28.12.2012 (Sentencia 373/2012; Rollo 2134/2012)

1.6.1 Dación en pago de deuda ajena

AP Baleares

“TERCERO.- El acto rescindible y las causas de tal rescisión.
En el escrito de apelación insiste el administrador concursal y en la misma línea razona -con gran claridad- el acreedor coadyuvante que el acto cuya rescisión se solicita es la dación de un inmueble en pago de deudas por deber ser declarado gratuito respecto a las deudas de otras dos empresas distintas a la concursada. Así como que la entrega de ese bien- que cancela sólo una deuda de 68.547,88 euros de la concursada- perjudica claramente la masa activa del concurso.
El recurso debe prosperar porque la dación en pago de un inmueble de la concursada para extinguir obligaciones de tercero sin contraprestación es un acto gratuito. A ello se añade que el pago de la deuda (68.547,88) ahora no discutida, en las condiciones en las que se hizo, aminora el activo de forma que implica un sacrificio patrimonial injustificado.
Analizaremos los dos argumentos por separado.-
En cuanto a la dación en pago de deuda ajena o la extinción de deudas de un grupo sociedades:
Razona la sentencia que el representante legal de la concursada reconoció en la prueba de interrogatorio que había un impago por valor de 100.000 euros respecto a la codemandada CAN BERGER por trabajos que había realizado para las tres empresas.
En el fundamento de derecho sexto, al analizar la alegación de que el bien transmitido era de valor superior a la deuda de la concursada, razona que las tres empresas comparten domicilio social, objeto social y que el Sr. Baltasar actúa como administrador único, solidario y mancomunado en cada sociedad, menciona también que el administrador societario afirmó que el no se encargaba de la contabilidad de la empresa.
La persona que realiza la contabilidad no declaró en este incidente por lo que la referencia al conocimiento de la Juzgadora (por las declaraciones como testigo de la tal Condesa en otros incidentes) en ningún caso puede ser tenida en cuenta en el presente juicio. Al folio 238 consta la resolución que admite la prueba auto de 21 de diciembre de 2010 en el que no consta ni solicitada ni admitida tal declaración testifical.
En cuanto a la prueba practicada, al folio 95 consta la escritura de dación en pago en la que administrador único de la SLU concursada manifiesta en representación de la sociedad CONSTRUCCIONS I OBRESA CONSELL 2003 S.L.U. y de las otras dos, entrega el inmueble propiedad de la misma en dación en pago por las cantidades que a continuación se detalla por los servicios y suministros prestados a diferentes empresas y en diferentes solares.
En concreto las actuaciones debidas por la concursada fueron en los solares 1, 2, 3, 4, 5, y 6 de la CALLE CAULES de CONSELL. Deuda reconocida por importe de 68.547,88 euros en tanto la sociedad CONSTRUCCIONES I OBRES SON CORCO S.L. debía 50.168,03 euros por suministro de mano de obra y materiales en el edificio de la calle MASNOU 15 Y 17 DE CONSELL.
Por último,la tercera deuda extinguida con la entrega del inmueble propiedad de la concursada corresponde a CONSTRUCCIONS I OBRES SON BOI S.L; por los servicios y suministros prestados en CAMPOS en el edificio identificado en la escritura pública y por la deuda de 3.099,97 euros.
En sede de interrogatorio el administrador de la concursada declaró (cfr min. 6) que en las demás empresas había otros administradores societarios, y que la titularidad de las participaciones era el 100 por 100 de su propiedad en la concursada en tanto en las otras dos sociedades ostenta el 31 por ciento de las participaciones

y es administrador mancomunado en Son Boi y administrador societario solidario en Son Corcó con un 30% de las participaciones el otro socio ostenta el 70% (cfr min. 14). Al min. 7 no recuerda el acuerdo entre las sociedades en las que es socio minoritario por el cual la sociedad en la que es titular del 100 por 100 paga deuda de las otras dos. En las declaraciones también afirma que no se encargaba de las cuentas (cfr min. 13) si bien el responde que si había dinero se pagaban las deudas de las sociedades. La sentencia considera probada la onerosidad del acto.
Ello no obstante, una conclusión tan severa como la de que tres sociedades mercantiles con distinta composición accionarial y distinto régimen de administración constituyen un grupo requiere un mayor esfuerzo probatorio, que en este caso no se dio y ello favorece la presunción de gratuidad invocada por la administración concursal, pues la codemandada INSTALACIONES BERGAS CABRER S.L. no ha satisfecho la prueba suficiente de que estamos ante un grupo de empresas que permita entender como oneroso el pago de deuda ajena.
En el escrito de apelación el administrador concursal destaca que las facturas de INSTALACIONES BERGAS CABRER son individualizadas para cada una de las tres empresas, asignándoles también código de cliente distinto así como que en la contabilidad de la demandada aparece un subcuenta propia para la concursada y no un grupo de empresas (cfr documentos al folio 266, 288).
Se alude a la onerosidad del pago justificado por el interés del grupo.
Para ello es necesario, en primer lugar, analizar si existe grupo de sociedades y luego si concurre el interés.
La contestación a la demanda y también en la oposición al recurso INSTALACIONES BERGAS CABRER S.L. lo justifica porque el Sr. Baltasar es el administrador y socio en las tres, afirma que existe unidad de decisión pues es el Sr. Baltasar quien dirige el grupo así como que las tres tienen el mismo domicilio y el mismo objeto social, para concluir añade que las tres comienzan con denominación social muy similar. Comenzando por esto último coinciden la denominación social las dos sociedades limitadas en las que el administrador societario de la concursada era administrador solidario y mancomunado respectivamente, sin mayoría del capital social ni en CONSTRUCCIONES I PROMOCIONSSON CORCÓ S.L y CONSTRUCCIPNS I PROMOCIONS SON BOI S.L.
En su escrito de demanda la administración concursal afirmó que no le constaban dichas sociedades como acreedoras en los documentos aportados ex art. 6 LC ni tampoco en la contabilidad de la mercantil. Al folio 29, en la memoria aportada ex art. 6.2.3. LC se afirma expresamente que la concursada " no forma ni ha formado parte en ningún momento de ningún grupo de empresas".
Negada pues la pertenencia de la sociedad a un grupo de empresas debemos establecer el concepto y analizar los hechos probados en este incidente concursal que como ya se apunta, no avalan dicha conclusión.
En cuanto a La ley concursal vigente (normativa concursal anterior a la reforma de la Ley 38/11, aplicable por razones temporales) no contiene un concepto de grupo de sociedades, aunque alude a este fenómeno en varios preceptos.
En materia de acumulación de concursos se encuentran el art. 3.5 y el 25 LC.
El primero (3.5 LC) permite a un acreedor instar la declaración judicial de varias personas jurídicas cuando formen parte del mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.
El artículo 25 permite la acumulación de varias sociedades ya declaradas en concurso, acumulándose al concurso de la sociedad dominante el de las dominadas. También se alude al grupo de sociedades o empresas en el art 6.3.4º respecto a los documentos que deben acompañar en la solicitud de concurso, cuando el deudor sea sociedad dominante o dominada; el art 10.4 de la LC que alude al criterio determinante de la competencia territorial en caso de varios deudores que formen parte de un mismo grupo de sociedades; el art 28 que alude al nombramiento de un administrador en varios concursos del mismo grupo de empresas; el art 93.2 que venimos señalando.
Pese a esta diversidad de preceptos no puede extraerse un concepto común de grupo de sociedades, aunque sí cabe sostener que en la regulación mayoritaria de los preceptos preside la idea de grupo jerarquizado, al hablar de sociedad dominante o dominada.
Desde esta primera aproximación al concepto, a la luz de la prueba practicada no parece que la demandada INSTALACIONS BERGAS CABRER S.L. haya acreditado que haya una sociedad dominante ni mucho menos que la concursada lo sea.
La afirmación de que el administrador societario de la concursada era quien decidía no tiene sustento probatorio en autos.
Continuando con la definición que nos permita analizar si concurre grupo de empresas en el presente supuesto. La falta de concepto nos permite acudir, por motivos auxiliares, y con efectos limitados únicamente al ámbito concursal, a las distintas disposiciones previstas en nuestro Ordenamiento Jurídico y que aluden al grupo. Ahora bien es necesario precisar que el sector que nos puede ayudar a obtener un concepto es el mercantil, ya que debe rechazarse la aplicación del concepto de grupo de empresas en sede laboral.
En este sentido, la STS de 3 de noviembre de 2005 (Sala Social) señala que "es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 (RJ 1990946) y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995 (RJ 1995455), la de 26 de enero de 1998 (RJ 1998062) y la de 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002292), configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales. En consecuencia, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera presencia de administradores o accionistas comunes (STS 21-12-2000, rec.

4383/1999; STS 26-12-2001, rec. 139/2001), o de una dirección comercial común (STS 30-4- 1999, rec. 4003/1998), o de sociedades participadas entre sí (STS 20-1-2003, rec. 1524/2002) no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales. Esta doctrina ha sido reiterada últimamente en la sentencia de 8 de junio de 2005 ".
La posibilidad de acudir a la normativa mercantil para extraer el concepto de grupo de sociedad ha sido adoptada por la práctica judicial. La sentencia de esta Sala fechada 18 de enero de 2012 compendia numerosas resoluciones de esta Audiencia Provincial donde se analiza el concepto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de enero de 2010 señala que el concepto de grupo de empresas viene determinado por el art 42 del Código de Comercio y art. 4 de la Ley de mercado de Valores(LMV). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 7 de julio de 2010 que "*...en cuanto a la problemática de los grupos de sociedades es de citar por su importancia la Ley 16/2007 (...). La definición legal del grupo de sociedades al que remiten otras disposiciones normativas, como por ejemplo el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, la encontramos en el art. 42 del Código de Comercio. En la nueva redacción de dicho precepto se sustituye el concepto de centro de decisión por el del centro del control*."
La Ley Concursal no precisa, define o concreta qué debe entenderse por sociedades del mismo grupo. Para ello habremos de acudir a otras normas del ordenamiento jurídico que nos ofrezcan criterios que sirvan de guía interpretativa para determinar lo que ha de entenderse como un grupo de sociedades, a los efectos de su inclusión como personas especialmente vinculadas y la aplicación de las consecuencias jurídicas que en estos casos regula la LC en los arts 71.3.1 º y 93.2.LC antes de la reforma de la ley 38/2011.
En cuanto a la antes mencionada unidad de decisión que inspiraba el art. 42 del Código de Comercio (cdcm) ha de entenderse modificado tras la reforma de este precepto operada por la ley 16/2007 que ha venido a sustituir la mención de unidad de decisión por la de control directo o indirecto (en este sentido también se expresan la SAP de Pontevedra de 7 de julio de 2010 y SAP de Girona de 1 de marzo de 2010). Aunque este precepto se refiere a la necesidad de formulación de cuentas anuales consolidadas por la sociedad dominante del grupo, es posible extraer una serie de notas que nos permita configurar un concepto de grupo de sociedades, al menos nos proporciona las notas para estar en presencia de uno.
Dice este precepto (en su redacción dada por ley 16/2007 de 4 de julio) que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Para facilitar esta difícil labor de examen del control, el legislador ha establecido una presunción de existencia de control, y ello ocurre cuando una sociedad (dominante) se encuentre en relación con otra en alguna de estas situaciones:
Posea la mayoría de los derechos de voto.
Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación, si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo.
Según la prueba practicada (básicamente el interrogatorio a instancia de la representación letrada de la acreedora coadyuvante) según la composición societaria expuesta en el acto de juicio, este presupuesto no concurre. Este mismo criterio es el que ha seguido el legislador, en el TRSC (RDLeg 1/2010 de 2 de julio) que en su artículo 18 señala que a los efectos de la ley de sociedades de capital se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el art. 42 Cdcm y que será la sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar directa o indirectamente el control de una o de otras.
Y también el del art. 4 LMV que se remite a la definición establecida en el art. 42 del Cdcm.
En la reforma de la ley concursal (ley 38/2011) se ha recogido precisamente el concepto de grupo de sociedad previsto en el art. 42 del cdc (disposición adicional 6ª LC).También se refiere a las sociedades que formen parte del mismo grupo el nuevo art 93.2.3.LC.
Partiendo de este concepto, en el presente supuesto la escritura pública de 15 de febrero de 2008, fecha de la dación en pago, la entrega de un bien de la concursada para pago de las deudas de otras sociedades fue un acto gratuito y por ello debemos declarara la ineficacia funcional del mismo en cuanto a acto jurídico consistente en el pago de deuda ajena. ":SAP Baleares (Sección 5) 29.11.2012 (Sentencia 510/2012; Rollo 320/2012)

1.6.2 Inexistencia de gratuidad. Negocio complejo. Interés del grupo

1.6.2.1 No se estima la rescisión

JM-2 Madrid

"PRIMERO.- La Administración concursal designada en el concurso de la mercantil DESARROLLOS URBANÍSTICOS RIBARROJA, S.A. formula demanda incidental de reintegración de la masa activa, en ejercicio de acción de rescisión de los pagos realizados por la concursada a LA CAIXA, por importe de 29.000.000 euros, realizado el día 21 de noviembre de 2008, para la cancelación parcial de un crédito por importe de 30.000.000 de euros, que con garantía hipotecaría era adeudado por NOZAR a dicha entidad. Se trataría de un pago parcial de deuda ajena, no garantizado por la concursada, pago que era, según manifiesta la actora, perjudicial para la sociedad pagadora. Se señala en la demanda que son rescindibles los actos, pero

no las operaciones, o conjuntos de actos entrelazados, pues la Ley exige una consideración aislada de cada acto, aunque se inserten en operaciones más complejas.
Se considera que el acto rescindible se encuadraría en la presunción absoluta de perjuicio, como acto de disposición a titulo gratuito, sin mediar contraprestación alguna, que se manifiesta en el caso en cuestión como el pago de una deuda ajena. En este caso, el carácter perjudicial deriva de la "ajeneidad- de la deuda cuyo pago se realiza o garantiza. Así, en el caso analizado, se trataba de un acto de disposición a título gratuito que supuso una disminución de la masa activa en la cantidad de veintinueve millones de euros, sin que la subrogación derivada del pago cumpliera función alguna, dada la situación económica y financiera de la sociedad dominante. En el concurso de acreedores de NOZAR, ese crédito ha sido calificado como subordinado. Añade que, es indiferente la existencia de grupo en el caso, pues la existencia de perjuicio opera tanto cuando se paga la deuda de un tercero absolutamente ajeno, como cuando se trata de un tercero relacionado, pues en el Derecho español, el concepto de grupo se contempla en el Derecho mercantil desde una perspectiva puramente contable o procesal, por ello, el análisis por los Tribunales del perjuicio, debe realizarse desde la perspectiva del interés de la concursada y no del grupo. Continúa señalando la actora que, aunque no se encuadrase en la presunción absoluta de perjuicio, por considerar que el pago realizado fuera oneroso, jugaría la presunción relativa de perjuicio, por encuadrarse entre los actos dispositivos realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con la saciedad concursada, con base en la consideración de que dicho pago se ha realizado existiendo un trato de favor,
Finalmente entiende que cualquiera que fuera el concepto de perjuicio que se utilizase, en el presente caso, el pago del crédito hipotecario de NOZAR ha supuesto en el patrimonio de RIBARROJA un perjuicio "in re ipsa", pues se perjudica a RIBARROJA, y a sus acreedores, cuando se paga una deuda de ese socio único frente a un tercero, sin posibilidades reales de reintegro real, efectivo y completo,
SEGUNDO.-La representación de CAIXABANK S.A., contesta oponiéndose a la demanda-La demandada expone en primer lugar una serie de argumentos para determinar que la diferenciación entre NOZAR y RIBARROJA es meramente formal. Así, la concursada ha tenido la consideración de sociedad unipersonal siendo su socio único NOZAR, coincidiendo los miembros de su órgano de administración. Asi mismo, la concursada no cuenta con empleados, limitándose su consejo de administración a la adopción de acuerdos meramente formales y exigibles legalmente, de la que se deriva la unidad de decisión entre una y otra.
Asimismo, RIBARROJA se constituye con la finalidad de sustituir a NOZAR en un contrato concreto, el firmado el 14 de abril de 2005 con la mercantil Litoral del Este, S.L., filial del Valencia Club de Futbol, S.A,D., para la adquisición de sus derechos para el aprovechamiento urbanístico del PGOU de Ribarroja. La operación, por más de 160 millones de euros, se llevó a cabo con la financiación bancaria y con fondos recibidos del único accionista de la concursada, NOZAR, por más de 40 millones de euros. En esta función de sustitución, el flujo de fondos entre la matriz y la filial funciona como una cuenta corriente, en la que se pasan fondos de una a otra, según las necesidades de cada caso, por lo que el pago de los 29 millones de euros efectuados par la concursada se encuadrarían dentro de esa cuenta corriente, y el pago en devolución de lo debido desvirtuaría la consideración de gratuidad del pago.
Expone igualmente la demandada que en todo caso realizó la operación con el objetivo de evitar el concurso de acreedores del grupo, señalando que el crédito que ostentaba contra NOZAR, por importe de 30 millones de euros, estaba garantizado hipotecariameete con 67 fincas en Ajalvir (Madrid), tasadas en más de 52 millones de euros. Que cambió la posibilidad de ejecutar las fincas hipotecadas por la adquisición de las otras fincas libres, al solicitarles desde el grupo NOZAR que existía posibilidad de realizar daciones en pago de deudas con otras entidades como Roya' Bank of Scotland o CV Capital.
De esta relación de hechos obtiene la demandada que, como RIBARROJA era deudora de NOZAR en 41 millones y NOZAR deudora de LA CAIXA en cantidades concurrentes, se pacta entre las tres partes un pago directo de RIBARROJA a LA CAIXA, que produce un doble efecto extintivo, el de la deuda de NOZAR con LA CAIXA y el de la deuda de RIBARROJA con NOZAR. De esta manera, es la visión limitada del acto rescindible lo que provoca la errónea consideración acerca de la aplicabilidad de la presunción de perjuicio.
Por otro lado, considera la demandada que en el presente caso nos encontramos ante un apoyo financiero de la filial a la matriz mediante la devolución por la primera a la segunda de cantidades que ésta previamente le ha anticipado, es decir, un pago debido y vencido, lo que descarta la gratuidad.
Por último, señala la demandada que en el supuesto de que prosperara la acción entablada, la rescisión de la operación solicitada debería devolver a la situación anterior a la operación rescindida los actos realizados. De esta forma, LA CAIXA debería seguir ostentando una garantía hipotecaria sobre las fincas de NOZAR, reconstituyendo dichas hipotecas a favor de La Calda, con el mismo rango y preferencia que tenían a fecha 21 de noviembre de 2008.
TERCERO.- Expuestas las pretensiones de las partes debe resolverse la cuestión planteada, puntualizando una serie de presupuestos.
El análisis de una acción de reintegración no puede partir de conceptos apriorísticos o maximalistas, desde los que todas las situaciones deben valorarse de la misma manera, cuando se den determinados supuestos. Los juicios que realizan los tribunales no se efectúan de forma matemática, debe analizarse cada caso concreto de forma individual, antes de darse una respuesta. En tal sentido, no siempre que se realiza un pago entre sociedades de grupo puede considerarse éste como un acto gratuito. Del mismo modo, afirmar que en estos casos es indiferente la existencia de un grupo a la hora de analizar la existencia de perjuicio, nos parece cuando menos, precipitado. Si todas las situaciones pudieran valorarse de la misma forma, con una serie de premisas que introdujésemos previamente, las resoluciones judiciales podrían dictarse mecánicamente, sin la intervención de operadores jurídicos. Pero ello no es así, y se necesita la intervención de operadores revestidos de -autoritas", que ejercen la potestad jurisdiccional según su mejor criterio.
Y esa necesidad de estudio del caso concreto no lo proclamamos sólo nosotros, sino que es fácilmente deducible de múltiples resoluciones judiciales. En este sentido se ha pronunciado la Sección 15a de la

Audiencia Provincial de Barcelona, entre otras, en su sentencia de 2 de mayo de 2013 (LA LEY 164665/2013), al afirmar que por la particular naturaleza de las relaciones existentes dentro del grupo de sociedades, puede concluirse que una operación aparentemente gratuita no lo sea en realidad:
La recurrente alude a un supuesto interés del grupo para eludir la presunción e, incluso, para sostener que las entregas de dinero no fueron perjudiciales para la masa activa. Ciertamente, en alguna ocasión hemos mantenido como hipótesis que los actos de disposición a favor de empresas del grupo no sean a titulo gratuito, debiendo estar al caso concreto. Así, en Sentencia de 4 de julio de 2011 (ROO' 6914/2011), destacábamos que "e/ mero hecho de que pueda existir una relación de grupo entre la concursada y los deudores garantizados no es, por si misma, razón por la que deba considerarse que el acto na es gratuito y no resulte de aplicación la presunción iuris et de jure de perjuicio del art. 71.2 LC. Nada autoriza a llegar a esa conclusión, que podría poner en cuestión toda la lógica del precepto. Es precisamente en el ámbito de las personas especialmente relacionadas, entre las que se encuentra el grupo de empresas, donde se pueden producir negocios jurídicos de carácter gratuito. De manera que resulta irrazonable excluir la aplicación de la norma par el mero hecho de existir la relación de grupo. Cuestión distinta es que, por la particular naturaleza de las relaciones existentes dentro del grupo de sociedades, puede concluirse que una operación aparentemente gratuita no lo sea en realidad, porque exista un interés económico por parte de quien lo realiza que la explique, más allá de la mera liberalidad. Eso es distinto y admisible. Habrá que analizar /a operación, en si misma considerada y en el contexto en el que se produjo, para determinar si verdaderamente es gratuita u onerosa, pues únicamente en el primer caso entraría dentro de la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC,"
En el mismo sentido, se ha pronunciado la Sección 28' de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 20 de abril de 2012 (JUR 2012\177366), que señala que aunque un interés de grupo no pueda servir para excluir la existencia de perjuicio, un concienzudo estudio puede poner de relieve que la operación cuestionada, además de provechoso para el grupo, lo pudo ser también para la concursada:
Ahora bien, aun suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por lo tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabría preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una específica sociedad: FRUTAS FRANCH S.A. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable (articulo 43 y siguientes del C. de de Comercio) y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de laá sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora, Intereses que, desde luego, no,sólo no son en modo alguno identificables con los'del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varías de las sociedades consorciadas.
Pues bien, partiendo de estos presupuestos, el análisis de la prueba practicada en los presentes autos nos muestra que en el presente caso se ha desarrollado ese concienzudo estudio que nos prueba que la operación en cuestión no sólo fue beneficiosa para el grupo sino para la propia concursada.
La prueba desarrollada ha puesto de manifiesto que la operación realizada por la concursada con LA CAIXA fue una verdadera operación de refinanciación de deuda realizada en el contexto de solventar la situación de absoluto estrangulamiento financiero, con el objetivo de salvar al grupo del concurso de acreedores. En este sentido, ha quedado acreditado que la concursada, RIBARROJA, no era sino una extensión de la matriz, que sustituyó a ésta para una operación concreta, el desarrollo del proyecto urbanístico en la localidad del mismo nombre. Ha quedado acreditado igualmente, según se desprende del propio informe de la Administración concursal, que RIBARROJA se financió con fondos bancarios y con los recibidos de su accionista única NOZAR, frente a la que llegó a tener una deuda de 41.2 millones de euros al finalizar el año 2008. Según se manifestó por el representante legal de RIBARROJA, él figura en los órganos de representación de ésta y de NOZAR, junto con su hermano. Que efectivamente RIBARROJA no tenía empleados, que la gestión estaba externalizada, que como únicos medios propios, contaba con él mismo. Que existía una cuenta corriente entre NOZAR y RIBARROJA, como en todas las sociedades del grupo, de tal forma que cualquier movimiento subía a la matriz sin que hubiera operaciones entre filiales. El propio director financiero de la compañía afirmó que la operación era buena para RIBARROJA porque se vendía a un precio atractivo (no olvidemos la situación de estancamiento que pervive aún a día de hoy en el mercado de suelo) y que la operación se diseñó para pagar los 29 millones de deuda a NOZAR. Del mismo modo se afirma que la financiación de RIBARROJA estaba soportada por NOZAR (minuto 32,20 de la grabación de la vista).
Así pues, podemos obtener como primera conclusión, la de descartar por completo la gratuidad de la operación, pues con ella se conseguía pagar la deuda que la concursada mantenía con NOZAR. Del mismo modo, la operación no sólo era beneficiosa para el grupo (como se recoge expresamente en el expositivo V de la propia escritura suscrita), sino también para la propia concursada, que consigue la venta de unos terrenos a un precio atractivo,.como recoge el propio director financiero de la concursada. A tales efectos no debemos olvidar que la concursada es una sociedad instrumental, creada por NOZAR para el desarrollo de una determinada operación urbanística, creada con fondos de ésta, y que, una vez frustrado el proyecto por la situación del mercado inmobiliario, carecía de sentido alguno el mantenimiento de los inmuebles en su cartera, por lo que no es de extrañar que se considerase conveniente deshacerse de tal cartera de inmuebles a un precio de mercado razonable.

Además de lo expuesto, debemos discrepar de la interpretación aislada de los actos pretendida por la actora, En el presente caso, a la hora de valorar el perjuicio, hay que tener en cuenta todos los hechos que rodean a los actos realizados. Así, nos encontramos con que la entidad financiera LA CAIXA bien podía haber esperado a la ejecución hipotecaria de la hipoteca garantizada con los inmuebles sitos en Ajalvir, para satisfacer su crédito (el tiempo que tardase en ello no es importante, pues para tener bienes para los que no hay mercado, no existe prisa alguna) y así evitar problema alguno_ La interpretación de la actuación de la entidad bancaria sólo podemos entenderlo desde una perspectiva de socorro al grupo NOZAR, para evitar su concurso de acreedores. **Desde este punto de vista, acudiendo al interés marcado por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones (cláusula suelo, por ejemplo), nos preguntamos qué mensaje hay que mandar a las entidades bancarias, el de no acudir a la refinanciación de operaciones porque luego éstas pueden ser rescindidas, o el de favorecerlas, e intentar salvar a las compañías en dificultades. Nos decantamos por éste último.**
También existe un último argumento que nos impone la desestimación de la acción ejercitada. No podemos entender la operación a rescindir de forma aislada, pues la entidad bancaria realizó un contrato de compraventa, con un destino del precio, en el que no es posible deslindar la compra del consentimiento. En dicho contrato se estableció con carácter esencial el destino del precio, por lo que no puede sostenerse la validez de la compraventa, y eliminar a su vez dicha cláusula esencial, Más consideramos la operación como es descrita por la demandada LA CAIXA, esto es como un acto trilateral, en la que RIBARROJA hace el pago en tracto abreviado, realizando la devolución de la deuda que mantenía con NOZAR, de la misma forma que hubiera ocurrido si recibe el dinero de LA CAIXA y a su vez paga la deuda que mantenía con NOZAR. Teniendo en cuenta que existía una cuenta corriente entre matriz y filial, el efecto del pago abreviado por LA CAIXA a NOZAR es lo mismo que si se hubiera "neteado" la entrada y salida del dinero en RIBARROJA con el mismo efecto, entre matriz y filial.
Tampoco consideramos que se puede pretender la rescisión de una parte del acuerdo, y mantener el resto, pues ello llevaría a un, desequilibrio de las prestaciones inadmisible, ya que la consecuencia de la rescisión conllevaría que LA CAIXA habría perdido el privilegio que la constitución de la hipoteca le proporcionaba sobre su crédito frente a NOZAR. La estimación de la rescisión no pondría a las partes en la situación que tendría el acto rescindible antes de su ejecución, sino que pondría a LA CAIXA en peor posición a la que tenía a 21 de noviembre de 2008, al haber perdido el privilegio que ostentaba su crédito por virtud de la hipoteca constituida, que anuló en virtud del contrato realizado.
Por todo ello, procede desestimar la demanda de reintegración formulada por la Administración concursal.": SJM-2 Madrid 25.02.2014 (Concurso 641/2010; Incidente 390/2012)

1.6.2.2 Se estima la rescisiòn

AP Burgos

"PRIMERO. Los hechos que dan lugar a la presente acción de reintegración son los siguientes:
1) La concursada Prevencon Seguridad Integral SLU forma parte de un grupo de empresas denominado Grupo Arconte, casi todas ellas en concurso a fecha de hoy, cuya sociedad matriz es Arconte 2000. Arconte 2000 es la sociedad holding del grupo cuya única actividad es la tenencia de las acciones o participaciones de las demás, y que a fecha 28 de octubre de 2011 tenía los siguientes préstamos suscritos con Caja Burgos (hoy Caixabank):
-préstamo nº 539854 de 19 de diciembre de 2012 por importe de 3 millones de euros con vencimiento el 19 de diciembre de 2012. Dicho préstamo tenía un saldo pendiente de pago a fecha 28 de octubre de 2011 de 1.358.509,85 euros.
-préstamo nº 539854 de 8 de agosto de 2008 por importe de 1 millón de euros con fecha de vencimiento 8 de agosto de 2011 que tenía un saldo pendiente de pago a fecha 28 de octubre de 2011 de 811.719,83 euros.
2) Del mismo grupo de sociedades formaba parte Conalvi SL. Conalvi tenía también con Caja Burgos concertados los siguientes préstamos y líneas de crédito:
-préstamo hipotecario con garantía de la vivienda sita en la Avenida del Cid, 37 1º dcha de Burgos de fecha 21 de febrero de 2003 por importe de 157.000 euros y con fecha de vencimiento 21 de febrero de 2013. -línea de crédito en cuenta corriente 1504 de fecha 4 de abril de 2008 por importe de 150.000 euros con vencimiento a 24 meses (4 de abril de 2010).
3) En fecha 28 de octubre de 2011 estaba declarado el concurso de al menos tres sociedades del grupo Arconte. Así Tebycon (27 de octubre de 2010), Seymed (25 de abril de 2011), y Conalrent (20 de enero de 2011), esta última participada al 100% por Conalvi. Posteriormente el 17 de julio de 2013 se declararía el concurso de Promogollos.
4) El 28 de octubre de 2011 Prevencon recibe un préstamo de Banca Cívica (antes Caja Burgos, luego Caixabank) por importe de 2.334.000 euros (folio 457). No obstante el préstamo se destina a cancelar las deudas anteriormente relacionadas de Arconte 2000 y de Conalvi con el prestamista. El dinero del préstamo se anota en la cuenta 2957 de Prevencon con cargo a la cual se hacen los siguientes pagos:
-1.358.509,85 euros al préstamo 539854 de Arconte 2000.
-811.719,83 euros al préstamo 558766 de Arconte 2000.
-32.832,66 euros al préstamo hipotecario de Conalvi.
-124.344,97 euros a la línea de crédito 1504 de Conalvi.
5) Con estos datos, y habiendo sido Prevencon declarada en concurso, la administración concursal pide la rescisión de los pagos hechos por la concursada a Caixabank que sirvieron para la cancelación de las deudas que la citada entidad tenía con Arconte 2000 y con Conalvi por 2.170.229,68 euros y 157.177,63 euros,

condenando a Caixabank a la restitución de las cantidades recibidas a la masa del concurso junto con sus frutos e intereses. El Juzgado da lugar a lo solicitado.
Segundo. La sentencia apelada declara que los hechos anteriores son subsumibles en el artículo 71.1 y 2 de la Ley Concursal por tratarse de un acto perjudicial para la masa del concurso de Prevencon, pudiendo presumirse el perjuicio por tratarse de un acto a titulo gratuito. Hay que tener en cuenta que no se pide la rescisión del contrato de préstamo, sino del acto del pago por Prevencon de la deuda de Arconte y de Conalvi. Se trata del pago de una deuda ajena, sin aparente contraprestación por parte de las beneficiarias del pago hacia quien lo realiza que es Prevencon. Como consecuencia de la rescisión quien ha recibido el dinero, que es Caixabank, viene obligado a restituirlo. Y como consecuencia de ello recupera los créditos que tenía contra Arconte y contra Conalvi, y el crédito contra Prevencon derivado del contrato de préstamo seguirá gravando la masa pasiva del concurso.
La parte apelante alega el carácter complejo de la operación. La cuestión a su juicio no es tan sencilla como el pago de una deuda ajena. El pago por Prevencon de las deudas de Arconte 2000 y de Conalvi tiene su base en la pertenencia de las tres al mismo grupo de sociedades, y el préstamo de Caixabank a Prevencon también debe enmarcarse en la finalidad de refinanciación del grupo. Según este punto de vista no puede separarse la concesión del préstamo del pago por Prevencon de las deudas de Arconte 2000 y de Conalvi, por lo que la rescisión del pago debiera conllevar la resolución del préstamo. No obstante en ningún momento se formula reconvención pidiendo la resolución del contrato o su nulidad. La nulidad del préstamo podría pedirse por ejemplo por su carácter simulado, o bien por haber desaparecido la causa, si se da lugar a la acción rescisoria.
TERCERO. Carácter oneroso o gratuito del pago de la deuda por parte de Prevencon.
La jurisprudencia se ha planteado la validez de las obligaciones contraídas por el concursado en beneficio de sociedades del mismo grupo, sobre todo con ocasión de la rescisión de las llamadas garantías contextuales, que son aquellas que nacen a la misma vez que el negocio al que garantizan. En este caso se dice que la garantía se integra en la causa del negocio principal, por lo que no es un acto a título gratuito, ya que la celebración del negocio sería la contraprestación recibida por la prestación de la garantía. De todas formas la consecuencia de lo anterior sería la de que, no pudiendo presumirse el carácter gratuito, la presunción de perjuicio caerá bajo el ámbito del artículo 71.3 de la Ley Concursal. Existiría presunción, pero admitiría prueba en contrario, y será la parte demandada, en este caso Caixabank, la que tenga que acreditar que el préstamo ha beneficiado a la concursada como perteneciente al mismo grupo de sociedades.
Como dice la STS de 8 de noviembre de 2012 (recurso 836/2010) "a diferencia del otros ordenamientos, como el italiano, que al regular la acción revocatoria extraconcursal en el artículo 2901 del Código Civil dispone que "agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito" (a los efectos de esta norma, la prestación de garantías, incluso por deudas de otro, son consideradas a título oneroso cuando son contextuales al crédito garantizado), el nuestro guarda silencio sobre esta materia, ya que el artículo 441 del Código de Comercio ("el afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario") se refiere a la onerosidad del contrato desconectada de las prestaciones que el acreedor concede o promete al garante o al deudor y a las que en otro caso no se habría obligado (...) Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios -no necesariamente tributarios de cuentas anuales e informe de gestión consolidables y sin necesidad de que concurran relaciones de dominio ni los requisitos que justificarían el levantamiento del velo-, hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como "operaciones de grupo" en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco".
No obstante la sentencia anterior desestimó el recurso de la entidad financiera y confirmó la rescisión de una operación de financiación de un grupo de sociedades cuyos hechos, por su parecido con los de autos, merecen ser reproducidos aquí:
"1) El 13 de abril de 2006, Banco Español de Crédito, S.A. (en lo sucesivo también BANESTO) y ONTE,
S.A. (a partir de ahora, también ONTE), suscribieron una póliza de crédito con límite de 300.000 euros por tiempo de un año prorrogable, Inversiones Serantes S.A. (a partir de ahora también Inversiones Serantes) afianzó con carácter solidario el crédito concedido.
"2) El 28 de julio de 2006 Internacional de Chapas y Maderas Paiporta, S.A. (en adelante Internacional de Chapas y Maderas) suscribió con BANESTO una Póliza Global de Comercio Exterior por cuantía principal de 800.000 euros. La acreditada fue afianzada por Inversiones Serantes que se obligó solidariamente con aquella.
"3) El 24 de abril de 2007 la expresada Póliza Global de Comercio Exterior fue ampliada hasta el límite de 1.600.000 euros. La ampliación de crédito, fue afianzada nuevamente por Inversiones Serantes que se obligó solidariamente con aquella.
"4) El 18 de diciembre de 2007 BANESTO, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y Caja de Ahorros del Mediterráneo como prestamistas y como prestataria Inversiones Serantes, suscribieron un contrato de préstamo mancomunado por importe de 5.400.000 euros.
"5) Para garantizar el préstamo concedido por BANESTO Inversiones Serantes constituyó hipoteca sobre la finca y naves en las que la compañía ONTE desarrollaba su actividad.
"6) En ejecución de lo pactado, BANESTO transfirió a Inversiones Serantes 1.800.000 euros de los que el 8 de enero de 2008, que procedió a transferir: a) a la cuenta asociada a la Póliza Global otorgada por BANESTO a Chapas y Maderas la cantidad de 1.462.627,75 euros, para el pago del saldo total pendiente; b) 300.000 euros a la cuenta asociada a la póliza de crédito personal concedido a ONTE; c) 63.5003,60 a BANESTO para pago de provisión de fondos por la tramitación de la hipoteca, comisiones y gastos de apertura del préstamo.
"7) El 18 de febrero de 2008, Inversiones Serantes fue absorbida por ONTE.
"8) Dos meses después, el 18 de abril de 2008, ONTE solicitó ser declarada en concurso voluntario, lo que tuvo lugar el siguiente 15 de mayo".

La STS de 30 de abril de 2014 resuelve la rescisión de una hipoteca constituida por una sociedad perteneciente a un grupo de sociedades.
"La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero (...) Por tanto, la presunción de perjuicio patrimonial del artículo 71.3.1 de la Ley Concursal se aplica a la garantía constituida para garantizar, valga la redundancia, la obligación contraída por una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que la garante, puesto que se trata de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el garante declarado posteriormente en concurso, en la medida en que recibe el crédito (artículo 93.2.3º de la Ley Concursal)".
CUARTO. Perjuicio para la masa.
Aun reconociendo el carácter oneroso del pago de la deuda que hace Prevencon, el perjuicio para la masa puede existir si el beneficio que recibe la concursada no es comparable con el perjuicio que sufre al asumir la carga de devolver el préstamo.
Como dice la STS de 30 de abril de 2014 "Para decidir si ha existido un sacrificio injustificado del patrimonio del garante, que posteriormente, tras la declaración de concurso, constituirá la masa activa de dicho concurso, ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto (...)
"Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del "interés de grupo" para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el "interés del grupo" pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.
"Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un "patrimonio de grupo", ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo".
En este caso la concursada se obliga a la devolución de un préstamo de 2.334.000 #. No constan en autos las cuentas anuales de la sociedad en la fecha del préstamo. Sin embargo, en el informe definitivo que hace la administración concursal la deuda con Caixabank por importe de 4.214.928,75 # representa casi el 90 por ciento de los créditos ordinarios por importe de 4.806,203 euros, y la deuda derivada del préstamo de 28 de octubre de 2011 representa el 50 por ciento del pasivo ordinario. La asunción de la deuda del préstamo fue por lo tanto determinante del concurso de Prevencon, una sociedad que en la fecha de suscripción del préstamo no tenía problemas de solvencia y a la que el grupo decidió sacrificar para resolver un problema de falta de liquidez.
Se dice por ello que es más fácil justificar la constitución de garantías por la matriz a favor de las filiales -dado el interés de la primera en la subsistencia del grupo, además del incremento de valor de la masa activa y los futuros dividendos- que de estas a favor de aquella.
Desde el punto de vista del interés del grupo tampoco se justificó el endeudamiento de la filial. En la fecha del préstamo ya estaban en concurso tres de las cinco sociedades conocidas del grupo, una de ellas de tanto peso específico como Tebycon, por lo que la supervivencia del grupo estaba en entredicho. El endeudamiento de la matriz con cada una de las filiales y la imposibilidad de recuperar los prestamos participativos por la situación de concurso de aquellas, hubieran debido llevar a la declaración del concurso de la propia Arconte 2000, si no de todo el grupo como tal. Si no se declaró el concurso fue solo porque, al tratarse de una sociedad instrumental, la mayor parte del pasivo de Arconte 2000 eran deudas con empresas del propio grupo, y pocas con terceros. En esa situación la cancelación de la importante deuda que Arconte tenía con Banca Cívica debió servir solo para que Arconte se librara del concurso, pero no fue de ninguna utilidad para el grupo. Las sociedades que estaban en concurso lo siguieron estando, sin llegar, que se sepa, a ninguna solución pactada con los acreedores, y las que no lo estaban, como Promogollos o Prevencon, terminaron solicitándolo.
Como dice la SAP Pontevedra, sección 1ª, de 5 de febrero de 2013 : "En el ámbito que ahora ocupa, -el de la rescisión concursal-, el conflicto se sitúa en la identificación y efectos del concepto de "interés de grupo", como concepto jurídico indeterminado que explica las concretas operaciones enjuiciadas desde una perspectiva superior que la meramente individual de cada sociedad-isla. Su correcta determinación obliga a atender a las circunstancias del caso concreto, pero pueden apuntarse algunas premisas generales.
"La primera indicación para identificar este interés superior, como deriva de su propia naturaleza, será la de subrayar la necesidad de contemplar la operación cuya rescisión se pretende en su conjunto, con ponderación de los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas obtenidas por la dominante
o por el grupo en su conjunto o, incluso, por las ventajas "compensatorias" obtenidas por la propia filial como participante de las "sinergias creadas por el grupo".

"En el caso de la constitución de garantías por parte de la filial en favor de la dominante o de una sociedad "menos saludable" del grupo obliga, pues, a analizar, las compensaciones que aquélla haya podido obtener, bien directamente, bien por los beneficios o "sinergias" que pudieran reportarle por haber beneficiado a todo el grupo.
De no identificarse este interés superior, -en la globalidad de la operación-, se estará ante un acto gratuito, que cae bajo el ámbito de la presunción iuris et de iure y asegura el éxito de la rescisión de la operación".
No se justifica por lo tanto el beneficio que al grupo Arconte le reportó la cancelación de la deuda que Banca Cívica tenía con Arconte 2000, y desde luego ningún beneficio le reportó a al concursada. De ahí que el acto deba calificarse como perjudicial para la masa de Prevencon.
QUINTO. Carácter complejo del negocio. Inescindibilidad del contrato de préstamo.
Según la parte apelante la causa del préstamo fue el pago de la deuda que Arconte y Conalvi tenían con Caixabank. Según ella no se puede rescindir el pago de esa deuda sin resolver también el contrato de préstamo, que formaría con aquella una unidad inescindible.
La jurisprudencia se ha planteado el tema de la inescindibilidad en la rescisión de las garantías contextuales por deudas intragrupo, llegando a la conclusión negativa (si bien con voto particular) en la sentencia de 30 de abril de 2014 :
"No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente. Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo, que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real (...)
"Los argumentos que se oponen a que, a efectos del ejercicio de la acción rescisoria concursal, pueda escindirse la garantía del negocio respecto del que se constituye, afirmando que se afecta a la base del negocio puesto que se alteran los presupuestos sobre los que el acreedor prestó el consentimiento, ya que no habría otorgado crédito sin obtener la garantía, no son relevantes en una situación como la concursal, en la que las soluciones a adoptar son diferentes de las que procederían si no se hubiera declarado el concurso, pues se alteran gravemente las relaciones jurídicas que afectan al concursado, y sus acreedores resultarán por lo general perjudicados de un modo o de otro. Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre deuda ajena, e impone que para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito garantizado (...)
"El perjuicio para la masa, porque el patrimonio del deudor sufrió un sacrificio patrimonial injustificado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso o se afectó injustificadamente la par conditio creditorum, se erige en un criterio fundamental para privar de eficacia a negocios jurídicos y actos que de otro modo serían plenamente eficaces, en aras del interés del concurso.
"El acreedor que ve rescindida su garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando frente a su deudor las medidas que sean pertinentes con base en la obligación principal, desprovista de la garantía rescindida. Ello le supone un sacrificio evidente, pero la declaración de concurso conlleva sacrificios a los acreedores del concursado y, en general, a quienes ostentan frente a él algún derecho".
SEXTO. Duplicidad de pagos
Se dice en el recurso que la consecuencia de la declaración que hace la sentencia es que Caixabank pagará dos veces, la primera por el préstamo concedido a la concursada, y la segunda por la cantidad que se ve ahora obligada nuevamente a desembolsar por el pago rescindido.
La duplicidad en el pago lo es solo en apariencia. En realidad el préstamo de 28 de octubre de 2011 tuvo solo un reflejo contable, pues Caixabank se limitó a cancelar las posiciones deudoras de Arconte y de Conalvi, y a sustituirlas por la nueva deuda de Prevencon. La concesión del préstamo encubrió una novación de la deuda por cambio de deudor. La consecuencia es que es ahora cuando Caixabank se ve obligada a desembolsar por primera vez el dinero del préstamo que en su día prometió a Prevencon. Por lo tanto, desde el punto de vista del pago no hay duplicidad de pagos ni enriquecimiento alguno de Prevencon, ni esta ha cobrado dos veces la misma deuda.
Lo que podría existir es un contrato de préstamo simulado, si bien ninguna simulación se ha alegado, lo que impide hacer cualquier declaración al respecto. Hay que tener en cuenta que el contrato de préstamo (artículo 1740 C. Civil) es un contrato real que se perfecciona, no por mero consentimiento, sino con la entrega de la cosa, de forma que ni no se entiende probada dicha entrega material del dinero y su recepción por el prestatario por mucho que mediara consentimiento el contrato de préstamo no llega a perfeccionarse (STS 22.5.01 o 11.7.02 entre otras) y es inexistente.": SAP Burgos (Sección 3) 09.02.2015 (Sentencia 39/2015; Rollo 327/2014)

1.6.3 Gratuidad. Servicios en beneficio de otras empresas del grupo que se conviene facturar a la concursada

AP Almería

"TERCERO.-La mercantil ARUKA SUR, S.L. forma un grupo de empresas junto a Coktail Sur, S.L., Group Smile Live, S.L., Obycrea Comunicación, S.L., Fisco Sur, S.L.y Aruka Sur Grupo Inmobiliario, S.L.. Todas firmaron el contrato, pero la facturación de la asistencia jurídica es solo frente a Aruka Sur, S.L., la que se encontraba en peor situación de solvencia, determinante de su posterior declaración en concurso.
La disposición adicional sexta de la Ley concursal, en la redacción procedente de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, dice que a los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42. 1 del Código de Comercio. Al limitarse en el ámbito concursal la posibilidad de apreciar la existencia de

grupo de sociedades a los casos en que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras (grupos de subordinación), quedan fuera los grupos horizontales o de coordinación (a los que se refiere la indicación decimotercera del artículo 280 TRLSC), y los casos tan frecuentes en la práctica de sociedades vinculadas por razón de su sustrato personal (mismos socios, mismos administradores), que llegan incluso a compartir domicilio y medios materiales y personales. Si una sociedad no ostenta el control de la otra no hay grupo en el sentido del artículo 42 del Código de comercio y no lo hay, tampoco, a los efectos de la Ley concursal, con las consecuencias que de ello se derivan en la aplicación de los artículos 10 y 25 y, especialmente, en materia de clasificación de los créditos.
Como argumenta el fundamento de derecho cuarto la misma ST de la A.P. de Madrid, sección 28ª, de 20 de abril de 2012 (ST Nº. 122/2012) lo que ha de preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de la sociedad garante:
"El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo " tiene una proyección eminentemente contable (Arts. 43 y siguientes del Código de Comercio) y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con los del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas".
Así pues, aun cuando fuera posible afirmar que la concursada forma parte del mismo grupo societario en el que se integra la concursada, desde la perspectiva de la misma se trata de un acto de gravamen de sus propios bienes sin contraprestación ni beneficio, sea directo o indirecto, y, por ende, gratuito, que va en perjuicio de los acreedores concursales en cuanto que disminuye la masa activa como consecuencia de los cargos que le resultan extraños.
En este concreto supuesto, la parte recurrente ha prestado sus servicios a virtud de contrato en el que incluían las distintas sociedades, seis, si bien solo se facturaba a una, exclusivamente, por las actuaciones llevadas a cabo en interés de las demás y con perjuicio patrimonial injustificado para ésta, por lo que es de aplicación la presunción que afecta a los actos de disposición a título gratuito (artículo 71. 2 de la LC), siendo, sin duda alguna, y por las mismas razones antes expuestas, un acto o negocio jurídico perjudicial para la masa activa (art. 71.1 LC), sin que sea admisible que tal procederse correspondiera con una estrategia comercial buscando una solvencia económica, tal como alega la parte recurrente, sin que tal modo de proceder encuentre respaldo jurisprudencial en la interpretación de precepto aplicable.
CUARTO.-Por último, es motivo de recurso la pretensión de la parte apelante en orden a la revocación parcial de la sentencia,en cuanto que estima no corresponde la reintegración a la masa de la cantidad de 2,900,06 euros que se identifican con las cinco sextas partes de las facturas correspondientes al asesoramiento prestado a las empresas del grupo en cuanto se presenta dificultoso atribuir la proporción de servicios que a cada una presta la recurrente.
La Sala comparte el criterio mantenido por el anterior juzgador, quien sostuvo el expresado por la Administración Concursal, ya que se muestra totalmente razonable y acorde con la realidad de los trabajos llevados a cabo tal como se desprende de la documental acompañante a la oposición mantenida.": SAP Almería (Sección 2) 10.03.2015 (Sentencia 7/2015; Rollo 322/2013)

AP Madrid

"La aplicación de la anterior doctrina al supuesto enjuiciado pone de manifiesto la inconsistencia del recurso de apelación interpuesto por la entidad "DE MIGUEL Y ABOGADOS ASOCIADOS, S.L.".
Según consta en la contabilidad de la concursada (documento nº 16 de la demanda) parte del precio de compraventa se abonó del siguiente modo:
-ABONO A M.B. DE DE MIGUEL..... 15.488,01 euros
-CONCURSO M.B. DE MIGUEL..... 20.000 euros
-CONCURSO EAD DE MIGUEL..... 20.000 euros
-RAPPEL VTA BAJO A..... 20.000 euros
Desde luego, el descuento del precio de venta en 20.000 euros tras la celebración del contrato constituye lisa y llanamente una condonación de deuda que carece de toda justificación y es susceptible de rescisión en tanto que acto de disposición a título gratuito que se presume, sin admitir prueba en contrario, perjudicial para la masa activa (artículo 71.2 de la Ley Concursal).
Los otros tres asientos corresponden, según la demandada apelante, a pagos de honorarios debidos a dicha parte por empresas vinculadas a la concursada, concretamente, por la entidad "ROYAL BRIDGE ESPAÑA, S.L." (15.488,01 euros), sin que conste el concepto; y las mercantiles "SERVAL OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.L." (20.000 euros) y "CALLE MARÍA BENÍTEZ 18, S.L." (20.000 euros), por asesoramiento y presentación de los respectivos concursos de acreedores.
Al margen de que ni siquiera coinciden dos de los apuntes -que se refieren a deudas de las entidades
M.B. (15.488,01 euros) y EAD (20.000 euros)- con la justificación que ofrece la demandada apelante referidas a las sociedades "ROYAL BRIDGE ESPAÑA, S.L." (15.488,01 euros) y "SERVAL OBRAS Y

CONSTRUCCIONES, S.L." (20.000 euros) que, para mayor confusión, según la certificación emitida por la propia apelante acompañada como documento nº 17 de la demanda tampoco se correspondería a una deuda de esta sociedad sino de otra distinta, la mercantil "DEHESA DE VALDECUENCA, S.L."-, lo cierto es que se trata del pago de deudas ajenas que implican un acto de disposición a título gratuito (artículo 71.2 de la Ley Concursal) y que, en todo caso, se trata de actos perjudiciales para la masa activa al carecer de la menor justificación por más que las sociedades deudoras pudieran estar más o menos vinculadas a la concursada.
Resulta por lo demás evidente que los actos de condonación o pago de deuda ajena no constituyen actos ordinarios de la actividad empresarial de la concursada y menos aún podrían considerarse ejecutados en condiciones normales de modo que pudieran eludir su rescindibilidad en aplicación del artículo 71.5.1º de la Ley Concursal.": SAP Madrid (Sección 28) 04.04.2014 (Sentencia 108/2015; Rollo 603/2012)

1.6.4 Rescisión de los pagos de deudas de una tercera sociedad que ésta efectúa con fondos procedentes sin causa de la concursada, pero sin que la tercera sociedad sea parte demandada (?)

AP Burgos

"Primero.- La sentencia apelada estima íntegramente la demanda que, al amparo de los artículos 71.1 y 2 de la Ley Concursal, formula la Administración Concursal de Vis Verona SL en la que ejercita una acción de reintegración para que se acuerde la ineficacia de los pagos efectuados por la concursada Vis Verona SL a los codemandados, D. Melchor y la mercantil HELPUP RENEWABLE ENERGY SL y, en consecuencia, el primero restituya a la masa la cantidad de 175.550 # y la segunda 170.000 #, con mas los intereses legales correspondientes desde la fecha en que se realizaron los citados pagos indebidos. (...)
Tercero.- Se impugna la sentencia porque no hace mención alguna las alegaciones de la parte recurrente, solo al contenido de la demanda que formula la Administración Concursal.
Se denuncia el error en que incurre la sentencia dado que el acto jurídico que la AC estima perjudicial para la masa, limitada a una parte de los 484.140 # que obtuvo por la venta de las participaciones de su propiedad en Integraciones de sistemas Notes SL, en concreto 175.550 y 170.000 #, no tuvieron como beneficiarios a D. Melchor y Helpup SL, respectivamente, sino que su receptor directo fue la entidad Integraciones de Sistemas Notes SL (ISN SL), luego debió ser con esta sociedad, con quien la AC debió discernir la procedencia, o no, de rescindir dicho pagos.
Examinada la prueba obrante en los autos, ha quedado acreditado que:
1.- El día 10/4/2012, la concursada Vis Verona SL vende las 100.00 participaciones de que era titular en la entidad Integraciones de Sistema Notes SL, a D. ª Debora y su esposo D. Isaac por la cantidad de 484.140,30 #. Ese mismo día la concursada trasfiere dicha cantidad a Integraciones Sistemas Notes. Así consta en el Libro mayor de la concursada " Cuenta Banco Banif" (doc. 3 de la demanda)
2.- Ese mismo día, en el Libro Diario de la concursada (doc. 4 de la demanda), consta un asiento que dice " Melchor. CANCELAC. SALDO C.A. MIRAVA" por 175.550 # y otro asiento de abono que dice "HELPUP RENEWABLE ENERGY. CANCEL. SALDO HELPUP REN.", por 170.000 #. Es llamativo las anotaciones de estos asientos de "Cancelación Saldo" cuando, resulta acreditado que tanto el Sr. Melchor como Helpup adeudaban importantes sumas de dinero a Vis Verona.
3.- Por otra parte, consta transferencia de esa fecha por la que la concursada transfiere los 484.140,30 # a Integraciones de Sistemas Notes, quien a su vez se los "reenvía" a D. Isaac, quien con parte de dicha cantidad compensa la "deuda" que Integraciones de sistemas notes tenia con Melchor por importe de 175.550 # y otra con Helpup por importe de 170.000 #.
4.- A destacar que D. Melchor fue antiguo administrador mancomunado de la concursada Vis Verona SL y es hijo de su socio mayoritario y administrador único D. Alonso. Además Melchor es socio y administrador único de Helpup SL.
5.- De la solicitud de concurso resulta la situación de insolvencia de la concursada Vis Verona SL, pues se seguía contra ella juicio cambiario núm. 1194/2010 en el JPI nº 1 de Burgos por una cantidad superior a 26 millones de euros, dictándose auto despechando ejecución el 8/10/2010, y también un juicio ejecutivo, núm. 1443 / 2010, en el que se ejecutaron diversas garantías prestadas para determinados proyectos empresariales por mas de 15 millones de euros.
Vis Verona presentó con fecha 4.5.2012, al amparo del artículo 5 bis de la Ley Concursal, solicitud preconcursal, dictándose el Decreto correspondiente en 8.5.2012. El Auto de declaración de concurso es 21.9.2012, esto es, solo seis meses después de realizadas las operaciones fraudulentas.
En definitiva, de lo expuesto se infiere que la concursada Vis Verona abonó deudas ajenas mediante un mecanismo de pago intrincado y sospechoso (el día que entra el dinero de la venta de las participaciones de Integraciones de Sistemas, sale para esa misma sociedad y se " devuelve" al vendedor D. Isaac, quien efectúan los abonos a las codemandadas), deudas que la sociedad que fuera de su propiedad "Integración de Sistemas Notes SL" mantenía con Melchor y con Helpulp. Tales abonos se pueden calificar como pagos por tercero del artículo 1158 del C. civil en cuyo apartado segundo dispone que el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.
En definitiva, al margen de los asientos contables del Libro mayor de la concursada en los que consta con claridad que los abonos que realiza a los codemandados por importe de 175.550 # y 170.000 #, según la documental (trasferencias, extractos bancarios, etc.) aportada por la parte demandada, los pagos de esas cantidades, cuyo reintegro se interesa, se destinaron a pagar deudas de D. Melchor y Helpup, deudas que eran ajenas a la concursada Vis Verona SL, por lo que siendo actos de disposición a titulo gratuito, conforme al artículo 71.2 de la Ley Concursal se presume "juris et de iure" el perjuicio patrimonial para la concursada, por lo que procede su reclamación mediante el ejercicio de la presente acción de reintegración.

En consecuencia, procede con desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia de instancia.”: SAP Burgos (Sección 3) 26.05.2015 (Sentencia 152/2015; Rollo 157/2014)

1.7 Transmisión gratuita de bienes bajo apariencia de compraventa u otro negocio oneroso inexistente

AP Córdoba

“SEGUNDO.- En este caso, es objeto de la acción rescisoria concursal un contrato de cesión de uso sobre la maquinaria y la nave propiedad de la sociedad concursada -"Carpintería Metálica del Sur, S.L.", otorgado por D. Luis a favor de "Metalmagro, S.L." el 24 de octubre de 2008 -por tanto, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, lo que tuvo lugar por auto de 1 de abril de 2009-, en el que se contiene, además, un reconocimiento de deuda por importe de 50.000 euros. Dicho reconocimiento de deuda, según los términos literales del documento privado, tendría su origen en un préstamo por importe de los citados 50.000 euros (aproximadamente se dice) que la compañía mercantil "Metalmagro, S.L." habría concedido a la concursada en fecha no especificada. Sin embargo, la sentencia apelada considera que no hay prueba alguna de la realidad de dicho supuesto contrato de préstamo, del que no hay constancia documental, por lo que tanto el reconocimiento de deuda como la cesión de uso que sería su contrapartida están carentes de causa. Ante la absoluta falta de rastro documental del supuesto préstamo (no se documentó, no se declaró fiscalmente y no consta en la contabilidad de la concursada), la parte apelante alega que hizo dos ingresos en una cuenta corriente de la Caja Rural (nº NUM000), pero lo cierto es que la mencionada cuenta no es de titularidad de la sociedad concursada. Por tanto, no hay prueba alguna ni de la existencia del préstamo, ni por tanto de la supuesta contraprestación que justificaría la cesión de uso de la nave y la maquinaria; y no hay prueba porque las confusas declaraciones de los representantes orgánicos de las sociedades implicadas no pueden tener efecto convincente alguno, ya que no dan razón cierta ni de la fecha del préstamo, ni de su cuantía exacta, ni de su finalidad, ni del tiempo en que tenía que producirse la devolución, ni de la titularidad de la cuenta en la que supuestamente se hicieron los abonos. Sin que tampoco conste acreditado ningún pago de deudas, pues las simples fotocopias aportadas para justificarlo, sin otra adveración complementaria, no pueden tener valor probatorio alguno.
TERCERO.- Antes al contrario, lo que se deduce de la prueba practicada es que el documento en que se recogió el reconocimiento de deuda y la cesión de uso representó una simulación contractual para evitar la desposesión de tales elementos ante la inminencia de la insolvencia y su tratamiento concursal, dados los vínculos económicos y societarios entre ambas sociedades, puesto que el Sr. Luis era propietario de las dos empresas -"Metalmagro, S.L." y la concursada- durante el año 2008, las cuales compartían objeto y domicilio social, y en julio de ese año vendió el total del capital social de la primera de ellas a D. Cornelio, que previamente había ingresado en la cuenta de la sociedad dos cheques por importe de 68.800 y 55.800 euros respectivamente; lográndose con el contrato simulado urdido en octubre siguiente que la sociedad "Metalmagro, S.L." pudiera continuar su actividad en la nave y con la maquinaria propiedad de la concursada. Tal y como se ha puesto de manifiesto en la doctrina y la jurisprudencia, las reglas generales relativas al contrato simulado se encuentran en el artículo 1.276 del Código Civil, al tratar de la causa falsa, produciéndose la simulación absoluta cuando se crea la apariencia de un contrato pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica, estando afectado el contrato con simulación absoluta de nulidad total, tanto por la tajante declaración del propio artículo 1.276, como por lo dispuesto en los artículos 1.275 y 1.261-3, en relación con el 6.3, del mismo Código Civil. Asimismo, la jurisprudencia ha declarado que constituye la «simulatio nuda» una mera apariencia engañosa («substantia vero nullam»), carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1984), produciéndose el contrato simulado cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica (Sentencia de 1 julio de 1988), implicando la simulación un vicio en la causa negocial (Sentencia de 18 julio de 1989); de igual forma, reseñar que el negocio con falta de causa es inexistente (Sentencia de 23 mayo de 1980), así como que la falsedad de la causa equivale a su inexistencia y, por consiguiente, produce también la nulidad del negocio, en tanto no se pruebe la existencia de otra verdadera y lícita (Sentencia de 21 de marzo de 1956). Y en fin, la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 21 de septiembre de 1998, glosando otras muchas anteriores), establece que la simulación absoluta, que afecta al negocio de nulidad total, puede revelarse por pruebas indiciarias que lleven al juzgador a la apreciación de la realidad de una mera apariencia engañosa, carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge. Siendo copiosa la doctrina que establece que, ante las dificultades que encierra la prueba directa y plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, se hace preciso acudir a la prueba indirecta de las presunciones, que autoriza el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
CUARTO.-Los elementos que en este caso corroboran dicha simulación son múltiples y resumidamente son: a) El supuesto préstamo en cuya devolución consistiría la contraprestación de la cesión de uso de la nave y la maquinaria no consta documentado, ni se ha acreditado su efectiva existencia; b) No consta que la sociedad concursada recibiera cantidad alguna en concepto del supuesto préstamo, ya que lo único que constan son ingresos en una cuenta bancaria de la que no es titular; c) Entre las aparentes prestamista y prestataria existen vínculos económicos y societarios; e) El documento privado de cesión de uso y reconocimiento de deuda se otorga en fechas próximas a la declaración del concurso, por lo que, en relación con los datos anteriormente expuestos, resulta evidente que su exclusiva finalidad era sustraer de la masa la posesión de los más valiosos activos realizables de la concursada. Por las razones expuestas, concurriendo el requisito temporal previsto en el artículo 71 de la Ley Concursal, existiendo perjuicio para los acreedores, e incluso considerándose acreditado el "consilium fraudis" en cuanto a la simulación contractual expuesta, ha de considerarse correctamente estimada la acción de reintegración ejercitada por la administración concursal, sin que pueda

discutirse siquiera la existencia del perjuicio patrimonial para la concursada, puesto que ante la falta de contraprestación la cesión fue gratuita y el perjuicio se presume "iuris et de iure" (artículo 71.2 de la Ley Concursal).": SAP Córdoba (Sección 3) 10.05.2011 (Sentencia 104/2011; Rollo 119/2011)

AP Madrid

"PRIMERO.- La sentencia apelada estima la demanda formulada por la administración concursal de la entidad "CIVIPLAS, S.L." contra la citada concursada y don Geronimo con el objeto de que se rescindiera la compraventa de un vehículo marca AUDI 4, matrícula....-SJH, vendido por la entidad "CIVIPLAS, S.L." a don Geronimo, hijo del administrador único de la entidad concursada, el día 5 de marzo de 2009, pocas fechas antes de que se solicitará el concurso, concretamente el día 28 de abril de 2009, por el precio de 9.000 euros y, en consecuencia, ordena la restitución del vehículo a la concursada sin que haya lugar a la devolución del precio al comprador, por resultar inexistente, ni a reconocer crédito alguno a favor del codemandado como consecuencia de la rescisión, rechazando, en consecuencia, la solicitud de que se subordinase el crédito que resultase a favor del reseñado comprador.
La sentencia considera que no se ha acreditado la existencia del precio ni la alegada deuda en la cuantía de 3.041,42 euros que, como antiguo trabajador de la empresa, afirman los demandados que la sociedad mantenía con el comprador en concepto de saldo pendiente de abono de la indemnización y finiquito que la empresa había reconocido al trabajador como consecuencia de su despido improcedente.
Frente a la sentencia se alza don Geronimo que pretende su revocación y la desestimación de la demanda alegando la errónea valoración de la prueba practicada en tanto que de la misma resulta que abonó en metálico el precio de la compraventa y que la empresa le adeudaba la suma de 3.041,42 euros en concepto de saldo pendiente de la indemnización por despido y finiquito que le había reconocido la sociedad en la cuantía neta de 7.041,42 euros de la que ya se le habían abonado la suma de 4.000 euros, destinando la entidad ahora concursada el resto del precio a abonar parte de la deuda que mantenía con el administrador de la sociedad, padre del codemandado, como consecuencia de los préstamos que éste había otorgado a la sociedad. Además, considera que, en todo caso, la estimación de la demanda es parcial al haber sido desestimada la petición de subordinación de los créditos del codemandado -de lo que se deduce que interesa, para el caso de que se desestime el recurso, que no se le impongan las costas de la primera instancia- y respecto de las del recurso de apelación que, en caso de desestimarse, no se efectúe especial pronunciamiento al concurrir serias dudas de hecho o de derecho.
La administración concursal se opone al recurso de apelación e interesa la confirmación de la sentencia apelada.
SEGUNDO.- El artículo 71.1 de la Ley Concursal permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
La rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artículo 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quien ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial. Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquellos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concurso) hubiese existido en aquella fecha".
En el supuesto de autos la sentencia apelada, en realidad, considera que la compraventa es un contrato simulado -dado no ha existido precio ni se ha acreditado que el comprador fuera acreedor de la sociedadque encubre un acto a título gratuito en favor de don Geronimo, hijo del administrador único de la entidad concursada. En consecuencia, considera que se trata de un acto perjudicial para la masa activa y acuerda su rescisión con las consecuencias correspondientes.
De ser simulada la compraventa, el acto de la transmisión del vehículo sería un acto a título gratuito cuya rescisión estaría amparada por una presunción de perjuicio iuris et de iure contemplada en el artículo
71.2 de la Ley Concursal y, como analizaremos a continuación, el tribunal alcanza la misma conclusión que el juzgador de la primera instancia.
Todos los documentos aportados por los demandados para acreditar el pago del precio y la supuesta deuda en favor del hijo del administrador de la sociedad han sido confeccionados unilateralmente por ellos y al haber sido aportados en las correspondientes contestaciones a la demanda sin que se haya celebrado vista, la administración concursal no ha tenido la posibilidad material de impugnarlos por lo que no resulta de aplicación el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual los documentos privados cuya autenticidad no sea impugnada hacen prueba plena en el proceso en los términos previstos en el artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los documentos públicos.

El pago del precio se pretende acreditar con un comprobante de caja de la entidad concursada por importe de 9.000 euros, suscrito por el padre de don Geronimo, en el que se afirma que el día 5 de marzo de 2009 se ha efectuado un ingreso por ese importe en concepto de compra del vehículo AUDI....-SJH. Sin embargo, no existe la menor constancia de la realidad del pago. Siendo un supuesto ingreso en efectivo, el comprador, al menos, podía haber intentado justificar que en esa fecha o en otras más o menos próximas había retirado de su cuenta o había recibido una cantidad similar con la que luego efectúa el ingreso en efectivo en la caja de la sociedad.
En definitiva, de un simple recibo elaborado por el padre del comprador, administrador único de la sociedad deudora, no cabe deducir la realidad del ingreso y menos aún cuando el recibo es de 9.000 euros y en la contestación a la demanda se afirma que, en realidad, se adquirió el vehículo mediante el pago del precio y compensación parcial de la deuda que mantenía la sociedad con el comprador como antiguo trabajador de la empresa por importe de 3.041,42 euros, por lo que el ingreso, en realidad, sólo ascendería a la cantidad de 5.958,58 euros. Si como se afirma en la contestación a la demanda se compensó esa deuda con parte del precio, el ingreso debería haber sido de esta última cantidad y no un abono a la empresa de 9.000 y un pago al comprador de 3.041,42 euros que es lo que se documenta en los recibos aportados como documento nº 7 en la contestación a la demanda. El resultado es el mismo pero lo alegado no se acomoda con la documentación aportada.
Para mayor confusión, de la contabilidad de la deudora resulta que el ingreso de 9.000 euros fue aplicado ese mismo día a abonar la supuesta deuda del comprador por importe de 3.041,42 euros e, incomprensiblemente, una inexistente ampliación de capital efectuando un pago al administrador único de la sociedad en la cuantía de 6.000 euros, que ahora se pretende justificar alegando que, en realidad, se trató del pago parcial de la deuda que la sociedad mantenía con su administrador que, por otro lado, de ser cierto podría ser clamorosamente perjudicial para la masa activa.
La ampliación de capital ni se ha acreditado ni determinaría, de existir, pago alguno en favor del administrador y al justificar así los demandados la salida del resto del precio, supuestamente abonado por el codemandado, ello no es sino un indicio más del carácter gratuito de la transmisión del vehículo en fechas inmediatamente anteriores a la solicitud de la declaración de concurso.
El despido improcedente y la indemnización reconocida por tal concepto a favor del hijo del administrador único de la empresa se sustenta en una comunicación de fecha 14 de abril de 2008, suscrita por el padre del codemandado con el recibí del trabajador, de cuya autenticidad no existe la menor prueba. Es más, en las actuaciones practicadas en primera instancia y elevadas al tribunal, ni siquiera consta que don Geronimo hubiera estado dado de alta como trabajador en la empresa ni, en su caso, desde cuándo y si la indemnización reconocida es la que legalmente le pudiera corresponder.
En todo caso, la indemnización que se le reconocía era de 4.924,69 euros (documento nº 1 de la contestación a la demanda) y de los documentos nº 3 a 6 de dicha contestación resulta que ya ha percibido
4.000 euros, por lo que de la indemnización sólo estaría pendiente de abono la cantidad de 924,69 euros. Los demandados pretenden justificar la diferencia hasta la suma de 3.041,42 euros por otros conceptos derivados del saldo y finiquito sobre la base de un documento (el aportado como documento nº 2) que ni siquiera está firmado por la empresa y en el que podría constar cualquier cantidad.
En definitiva, no se ha acreditado el efectivo pago del vehículo ni la supuesta deuda que la sociedad mantenía con el codemandado, lo que conduce a afirmar el carácter simulado de la compraventa mediante la que se disimulaba un acto a título gratuito en favor del hijo de administrador único de la sociedad concursada cuya rescisión debe aquí mantenerse.
TERCERO.- Aun cuando en el fallo de la sentencia apelada se afirma, por un lado, que se estima íntegramente la demanda y, por otro, concretamente en su apartado cuarto, que se desestiman las demás pretensiones formuladas por la actora, refiriéndose la sentencia a la pretensión de subordinación de los créditos del codemandado, en realidad, la sentencia estima íntegramente la demanda y, en consecuencia, procede también mantener la imposición a la parte demandada de las costas ocasionadas en la instancia precedente.
De la lectura del suplico de la demanda, rectamente interpretado a la luz de lo expresamente indicado en su hecho tercero, se deduce con meridiana claridad que lo que se pide como efecto de la rescisión es la subordinación de los créditos que resulten a favor del comprador por haber actuado de mala fe, en caso de que realmente hubiera existido prestación a cargo del codemandado. Así en el mencionado hecho tercero se dice: "En cuanto a la prestación a favor del comprador codemandada (sic), en caso de que ésta hubiera existido realmente, se solicita que ha actuado de mala fe y en consecuencia se considere su crédito como subordinado" (énfasis añadido). Sin demasiada precisión en el suplico de la demanda se interesaba: ". 2) la subordinación de los créditos de Don Geronimo por haber actuado de mala fe".
Declarada en la sentencia la inexistencia del precio y la rescisión de la compraventa, ninguna prestación surge a favor del comprador ni había lugar a pronunciarse sobre la subordinación de un inexistente crédito ni sobre los demás que pudiera ostentar el codemandado -ajenos a la rescisión-, por lo que, sin perjuicio del mencionado pronunciamiento desestimatorio, que no ha sido combatido, en realidad, la estimación de la demanda ha sido total y debe mantenerse el pronunciamiento en costas.
Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada “:SAP Madrid (Sección 28) 22.03.2013 (Sentencia 91/2013; Rollo 730/2011)

AP Murcia

“PRIMERO.-La Administración Concursal de la mercantil Cobat XXI, S. L., plantea incidente concursal para que se rescinda el contrato de compraventa celebrado entre la concursada y la mercantil Viveros García,
S. L., por simulación absoluta (no hubo precio), tratándose de una disposición a título gratuito (art. 71.2 LC), y por ser las partes personas especialmente vinculadas, pues el administrador único de ambas mercantiles es la

misma persona (art. 71.3.1º LC). También interesa que se declare la mala fe de la compradora y que se le condene a levantar los gravámenes constituidos posteriormente sobre la finca adquirida.
Contesta la concursada defendiendo la existencia de precio y su abono, y poniendo de relieve que la rescisión no beneficia al concurso, pues la finca estaba gravada antes de la venta a favor de un tercero que está ejecutando la hipoteca.
También se opone la mercantil compradora alegando que sí existió precio, que fue abonado, y que no existe perjuicio para la masa pasiva, pues la reintegración de la finca no beneficiaría a la concursada, al hallarse hipotecada a favor de tercero. Igualmente se opone a que deba cancelar la nueva hipoteca concertada con el Banco de Santander, al tratarse de un negocio jurídico privado entre ella y dicha entidad.
Tras la celebración del juicio se dicta sentencia por la que se estima la demanda, con costas a las demandadas, en quienes se aprecia mala fe, condenando a devolver le finca al patrimonio de la concursada y a cancelar la compradora, a su costa, las cargas que haya constituido sobre la citada finca.
Tras formular la oportuna protesta, recure en apelación la concursada denunciando incorrecta valoración de las pruebas practicadas (sí se ha acreditado la existencia de precio) e infracción del art. 71.3.1º LC (no hay perjuicio para la masa).
Del recurso se dio traslado a las restantes partes, oponiéndose al mismo la Administración Concursal, que defiende las conclusiones de la sentencia de primera instancia, cuya confirmación interesa. Por su parte Viveros García, S. L., impugna la sentencia y hace suyo el recurso planteado por la concursada.
SEGUNDO.-Denuncia la concursada error en la valoración de las pruebas, pues aportó una hoja de cálculo Excel, explicativa de los diferentes pagos, entregas y transferencias de dinero, por importe total de 601.691#40 # que hizo la compradora a su favor, así como los correspondientes documentos que justifican cada uno de esos apuntes. Insiste en que el pago de los impuestos derivados de dicha venta pone de relieve la realidad de la misma.
La sentencia de primera instancia pone de relieve la total falta de credibilidad de la documentación aportada por la ahora apelante, 129 documentos, muchos de ellos manuscritos y consistentes en notas de entrega sin identificación de la persona que los firma. Relata su radical discrepancia con lo consignado en la escritura pública de compraventa en cuanto a la forma de pago del precio, así como la inexistencia de apuntes en el Libro Mayor de IVA o en la contabilidad mayor de la concursada sobre los pagos del precio por parte de Viveros García, S. L., a Cobat XXI, S. L.
Ninguno de esos argumentos se rebate por la apelante, que se limita a una remisión en bloque a la documentación por ella aportada, sin mayores justificaciones. Hay que tener en cuenta que entre los justificantes de pagos, hay uno, al folio 236, que se trata de una copia de factura expedida por la propia concursada, de fecha 31 de diciembre de igual año, por 182.503#92 #, sin firma ni sello, constando que se entrega al contado, cuyo importe se corresponde con el precio consignado en la escritura pública de compraventa, la que no ha tenido reflejo en la contabilidad de la vendedora, por lo que no puede ser tenido como realmente abonado, sin que haya prueba fiable de su realidad. El resto de entregas referidas en dichos documentos, salvo el precio de una finca por importe de 450.000 # (folio 212), son de fechas anteriores a la venta o de escasa cuantía, sin que tampoco haya prueba alguna de su autenticidad. Son documentos, la mayoría, de creación unilateral y sin ninguna fiabilidad, al no haber tenido reflejo en la contabilidad oficial de las empresas.
Por lo expuesto, debe rechazarse que la sentencia de primera instancia haya incurrido en error en la valoración de las pruebas practicadas, por lo que, no constando el pago del precio, y teniendo en cuenta que el administrador único de ambas mercantiles, compradora y vendedora, es la misma persona física, debe concluirse que no existió la compraventa, por lo que el acto de disposición por el que la finca salió del patrimonio de la deudora fue a título gratuito, de ahí que estemos ante un supuesto de presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa pasiva (art. 71.2 LC), por lo que procede la rescisión del contrato, en los términos acordados en la sentencia de primera instancia, así como la declaración de mala fe de los intervinientes en dicha operación.
La desestimación de este primer motivo hace innecesario pronunciarse sobre la concurrencia o no de la causa prevista en el art, 71.3.1º LC, pues dicho motivo se invocó por la actora como subsidiario para el caso de que no se estimara la concurrencia de la otra presunción que no permite prueba en contrario que ha sido estimada, de ahí que no sea preciso entrar a valorar si procede la rescisión en base a un acto oneroso (que no existe) realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. La realidad del perjuicio es incuestionable, al apreciarse que concurre el supuesto del art. 71.2, y no cabe prueba en contrario.”: SAP Murcia (Sección 4) 13.02.2014 (Sentencia 92/2014; Rollo 625/2013)

AP Valladolid

“TERCERO. -Entrando por lo tanto al fondo de la cuestión litigiosa, ciertamente el hecho de ser la adquirente de la plaza de garaje en cuestión hija del administrador de la entidad concursada no permite incluirla en la categoría de personas especialmente relacionadas con esta que contempla en el art. 93.2 de la Ley Concursal, ni por lo tanto presumir iuris tantum el perjuicio de dicho negocio jurídico para la masa activa al amparo de lo dispuesto en el art. 71.3 nº 1 del propio texto legal.
No obstante ello ya prima facie sería aplicable la presunción de perjuicio iuris et de iure formulada en el aptdo 2º del citado art. 7, pues existen varios hechos cuya conjunta consideración conforme a las reglas del común criterio y experiencia humanas permite concluir, utilizando la prueba de la presunción judicial contemplada en el art. 386 de la LEC, nos hallamos ante un acto dispositivo a título gratuito, lo que de principio justificaría su rescisión sin mayor discusión. Así no existe prueba o indicio alguno, ni documental ni de otro tipo, de que el precio de la citada compraventa que se confiesa recibido por la vendedora haya sido real y efectivamente pagado, al tiempo que dicho precio resulta ser cinco veces menor que el de mercado al que se vendieron el

resto de las plazas de garaje de la promoción a otros compradores ajenos a la concursada, o casi cuatro veces menor que el valor reconocido administrativamente a efectos tributarios. Por otra parte no obra en autos dato alguno que avale la solvencia de la presunta compradora para afrontar dicha compra.
En todo caso y aun cuando así no lo considerásemos, siguiendo la tesis de los recurrentes respecto del resto del precio hasta alcanzar el valor fiscal habría de entenderse se produjo una compensación que habría extinguido la obligación de pagarlo, pues la entidad vendedora hoy concursada era deudora de la hija de su administrador en una cantidad similar producto de que esta atendió con sus fondos propios gastos principalmente de electricidad y teléfono realizados por aquella, como refleja el extracto de su cuenta bancaria que se aporta. Cabe decir al respecto que examinando dicho extracto, única prueba aportada por los hoy recurrentes, no se puede deducir quien es la persona física o jurídica a cuyo nombre se giraron los recibos de consumo eléctrico, ni tampoco quien fuere el titular de las tarjetas de Telefónica, Vodafone o del Colegio de Registradores con las que se realizaron las compras, que no recibos de consumo telefónico, que en la cuenta bancaria en cuestión se cargan, ni quien hubiere sido el beneficiario de las mismas, por lo que dicho alegato ya ab initio queda huérfano de la debida prueba. Mas aun dando por buena dicha tesis de los apelantes su recurso tampoco podría prosperar, ya que como bien se afirma en la sentencia impugnada el perjuicio para la masa activa que justifica la rescisión del negocio jurídico al amparo de lo dispuesto en el art. 71 de la Ley Concursal consiste no solo en la disminución del patrimonio de la concursada en sentido estricto sino también en la postergación de unos acreedores en beneficio de otros desconociendo el principio de la par conditio creditorum. Aún dando por supuesto que el precio confesado recibido se hubiere realmente pagado y que existieren créditos contra la concursada a favor de la hija de su administrador por un importe que añadido a aquel podría aproximarse al valor fiscal del bien transmitido, lo cierto es que con la venta de este se estarían satisfaciendo los créditos en cuestión al margen y con postergación del resto de acreedores, quedando sustraído dicho bien a la acción de los mismos cara a ver satisfecho su derecho. Se desestima por lo tanto el recurso y se confirma la sentencia apelada.”: SAP Valladolid (Sección 3) 28.06.2011 (Sentencia 230/2011; Rollo 10/2011)

1.8 Pagos por supuesto asesoramiento a personas especialmente relacionadas

AP Almería

“TERCERO.-Alegan los recurrentes que la falta de causa de los actos declarados ineficaces no quedó acreditada e insiste en que no se puede afirmar que la mercantil concursada pertenezca al mismo grupo empresarial formado por las otras demandadas, para concluir que, en cualquier caso, los actos de asesoramiento que fueron objeto de las retribuciones declaradas ineficaces resultaron positivos para la concursada, que consiguió liberarse de un importante pasivo.
Dejando a salvo el interés económico de la operación en cuestión para la concursada, la Sala no comparte semejantes alegaciones. La revisión de la prueba y, en particular, de la documental aportada, pone de relieve que los pagos efectuados por la concursada y declarados ineficaces en la sentencia apelada obedecen, en apariencia y según las facturas, a la asistencia e intermediación de esas tres mercantiles demandadas en una operación de compraventa llevada a cabo en noviembre de 2008, en virtud de la cual la concursada vendió a Cajamar seis fincas -una de ellas junto con una tercera sociedad, Madrid Gestión, S.A., copropietaria en una pequeña proporción-, consiguiendo de este modo la cancelación por confusión de unos préstamos con garantía hipotecaria.
Se da la circunstancia, oportunamente expuesta en la sentencia apelada, de que D. Gabriel, miembro del consejo de administración de la concursada y protagonista de las negociaciones, según se evidenció en el juicio, era administrador de las tres mercantiles que supuestamente prestaron su asistencia, así como de Madrid Gestión, S.A., socia con un 25 por ciento de la concursada. La discusión sobre si existe o no "grupo empresarial" es, como bien se apunta en la sentencia apelada, bizantina. Lo relevante es si resultan beneficiarias del acto "personas especialmente relacionadas con el concursado" (artículo 71 LC), hecho que no presenta ninguna duda, según ha quedado expuesto.
La operación, como indica la Administración Concursal, no deja de ser una dación en pago dirigida a la liberación de pasivo, sin que resulte justificado el aparente recurso al asesoramiento externo, que devengó una retribución superior a la de mercado y se llevó a cabo supuestamente por empresas que no consta tengan mejores medios que los de la concursada. Entre otras razones porque, como se expone en la sentencia apelada, ese tipo de actuaciones forma parte del objeto social de la concursada. Además, las facturaciones efectuadas representan la mayor parte del volumen de negocio en ese año de las mercantiles facturadoras, lo que sugiere que se instrumentalizó su intervención para justificar los pagos.
Se razona en la sentencia apelada que los supuestos contratos de asistencia e intermediación curiosamente no aparecen documentados, pese a la importancia de los mismos y la nada desdeñable suma que, en concepto de precio, incorporan. Y se destaca que ni siquiera la minuta de la escritura pública fue redactada por las sociedades que pretendidamente prestaron su asistencia, que tampoco se hicieron cargo de la tasación, puesto que consta que fue la entidad bancaria quien asumió esta responsabilidad.
La Sala coincide con el juzgador a quo en que se trata de actos no justificados de los que resultan beneficiarias personas muy próximas al administrador de la concursada, por lo que la declaración de ineficacia se adapta perfectamente a la previsión del artículo 71 de la Ley Concursal. Evidenciado que las disposiciones carecen de causa, es obvio que estamos ante actos gratuitos que, en tanto que perjudiciales para la concursada, han de ser rescindidos, sin que se admita prueba en contrario puesto que la ley contempla una presunción iuris et de iure del perjuicio patrimonial. Pero es que, a mayor abundamiento, incluso en el caso de que se admitiese el carácter oneroso de los actos, la rescisión resulta igualmente procedente dado que aparecen como beneficiarias personas especialmente vinculadas con el concursado, sin que se haya destruido por las

demandadas la presunción -en este caso iuris tantum - de la existencia del perjuicio patrimonial. Por ello, no pueden ser acogidas las alegaciones de los recursos, en gran medida dirigidas a combatir valoraciones puntuales o aisladas de la sentencia, como las relativas al órgano de administración de la concursada, la teoría de la representación la interpretación del objeto social, extraídas de su contexto. Tampoco cabe aceptar el invocado error probatorio. Lo determinante es, en suma, la completa falta de justificación de las pretendidas actuaciones de asistencia e intermediación en una operación que a todas luces no las requiere y que supusieron un notable desembolso con cargo a la concursada, lo que las convierte en rescindibles, según se razona de manera prolija en la sentencia apelada a través de una motivación que la Sala comparte y hace suya.": SAP Almería (Sección 2) 08.03.2012 (Sentencia 63/2012; Rollo 166/2012)

AP Córdoba

TERCERO.-Lo analizado son varios actos de disposición dineraria realizados por la concursada en los dos años anteriores a la declaración del concurso a favor de unas personas especialmente relacionadas en el sentido del art. 93 LC.
Tales transferencias dinerarias responden, según la parte demandada, al concepto de pagos en el sentido jurídico de acto extintivo, total o parcial, de una deuda preexistente generada por dos relaciones jurídicas distintas.
La primera viene referida a los 50.175'62 # (9.210'14 # en el ejercicio 2009 y 40.965'48 # en el año 2010) abonados a DIRECCION000 C.B. por la prestación de servicios técnicos, que en la sentencia apelada considera necesarios (al haberse reducido el número de trabajadores contratados) y que han de ser retribuidos.
Se indicó en la contestación a la demanda que debido a la crisis se suprimió el departamento técnico de COINSUR & SCADA, S.L., que es donde se realizaban los estudios, planimetría, cálculos eléctricos y demás cuestiones técnicas relacionadas con los encargos de los clientes, pero lo único que justifica que esas entregas dinerarias a DIRECCION000 C.B. constituyen la contraprestación asumida por la sociedad que recibe el trabajo frente a la Comunidad de Bienes que lo realiza, además de las facturas emitidas, es la documental aportada por el Sr. Serafin a requerimiento del Juzgado y que obra como más documental núm.5, en CD, al folio 244.
Pues bien, puesto que no existe contrato escrito de arrendamiento de servicios o de obra entre la concursada y DIRECCION000 C.B., bien pudo la parte demandada citar a las mercantiles a las que prestó los servicios para que aclararan que fue lo realizado, pues en las facturas emitidas por DIRECCION000 C.B. -folios 65, 71, 73, 75, 77, 79, 81, 83, 85, 87, 90, 92, 94 y 96- no se detalla, al recoger unos ambiguos "asesoramiento y gestión", "Intervención en montaje", "intervención en Obra", "Intervención en Firma Contrato", "Asesoramiento cerramiento de seguridad y adecuación a RD1215/97" o "Asesoramiento Proyecto", siendo realmente revelador que tales facturas (emitidas en el periodo que media entre el 15 de enero y el 31 de agosto de 2010) sean correlativas, por lo que únicamente la Comunidad de Bienes DIRECCION000 (constituida el 2.11.2009) debió ser contratada por la hoy concursada. Por lo demás, ni consta unida a los autos la factura núm.11, aunque si su cargo -folio 89- sin que aparezca de la núm.16 - folio 98- ninguna operación bancaria. Tampoco aparece acreditado que los integrantes de la Comunidad de Bienes tengan la titulación necesaria para realizar el trabajo especializado a que se refieren las facturas.
Dada la condición de administrador social de la concursada de D. Serafin, a su vez integrante de la Comunidad de Bienes DIRECCION000 C.B., es perfectamente entendible que se susciten reparos sobre el pago de dichas facturas, que parecen más bien un pretexto para que el administrador cobre un plus por realizar lo que constituye el objeto social de la concursada o su propio trabajo como gerente por el que ya percibía unos 6.000 # al mes (cuyo reintegro a la masa es objeto del incidente núm.2). Sea como sea, tales facturas son impropias de una relación contractual entre dos entidades, y parecen, más bien, que han sido una herramienta para desplazar fondos entre la concursada y la Comunidad de Bienes formada por el Administrador y su esposa.
Lo expuesto lleva a concluir (artículo 386 LEC) que no se trata de actos dispositivos a título oneroso, pues al no haber quedado acreditada la relación previa que constituya a la sociedad en la obligación de abono de esas sumas dinerarias, se trata de actos de disposición a título gratuito, en cuyo caso es de aplicación el art. 71.2 LC, que presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario.
Pero es más, para el caso que se entendiera que nos encontramos ante actos dispositivos a título oneroso, no se ha tenido en cuenta que es aplicable el art. 71.3.1º LC, que presume el perjuicio a la masa pasiva, si bien admitiendo prueba en contrario, que incumbe al beneficiario de los pagos, y en el caso de autos ni siquiera se ha intentado. Ni siquiera consta cuales han sido los ingresos que la concursada tuvo por tales trabajos que esta mercantil si abonó a la Comunidad de Bienes. Piénsese que al efectuarse esos pagos a unas personas especialmente relacionadas con el deudor en época anterior, muy próxima al concurso, se les ha favorecido injustificadamente al permitirles eludir el tratamiento subordinado de su crédito en la situación concursal, lo que origina un perjuicio a la masa activa en la medida en que los demás acreedores con preferencia de cobro en el seno del concurso ven disminuida la garantía patrimonial para la satisfacción de la cuota que les pudiera corresponder, y en la misma medida queda mermada la masa activa destinada a tal fin. Pero esto no es lo decisivo puesto que, como indica la S.del T.S. de 30.4.2014 "El demandante que ejercita la acción rescisoria concursal queda relevado de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial tanto si se considera gratuito el acto cuya rescisión se pide como si se considera de carácter oneroso cuando ha sido realizado con una persona especialmente relacionada con el deudor concursado. La única diferencia es que mientras que en el primer caso no cabría prueba en contrario, en el segundo sí cabría. Pero, en uno y otro caso, no podría objetarse que se hubiera relevado al demandante de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial", es decir, el régimen del art. 71 de la Ley Concursal, a efectos de la apreciación del perjuicio contra la masa, es mucho más severo en los actos de disposición realizados a título gratuito que en los realizados a título oneroso, pero

en relación a éstos últimos y respecto de los realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, se presume el perjuicio y ninguna prueba se ha instado ni practicado para probar lo contrario.
En conclusión, como señala la S.del T.S. de 1.11.2014 "no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración; por el contrario, ha de probarse la ausencia de circunstancias que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada", y en el caso de autos, tal prueba no se ha practicado, por lo que la presunción de perjuicio no ha sido destruida..": SAP Córdoba (Sección 1) 26.02.2015 (Sentencia 103/2015; Rollo 1209/2014)

1.9 Reparto de dividendos

Véanse las resoluciones incluidas en el art 71.3.1º

1.10 Préstamo gratuito

AP Barcelona

"PRIMERO.- La Administración Concursal de BIOMETRÍA CLÍNICA S.L.U., al amparo de lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, promueve acción de reintegración de las cantidades entregadas por la concursada a BIOMETRÍA MÉDICA Y SOCIAL S.L.U, por un importe total de 311.165,58 euros. La acción se sustenta en los siguientes hechos no controvertidos:
1º) La entidad BIOMETRÍA CLÍNICA S.L.U. fue declarada en concurso voluntario por auto de fecha 14 de marzo de 2011.
2º) La concursada está regida y administrada por la mercantil demandada BIOMETRÍA MEDICA I SOCIAL S.L.U. que es, a su vez, titular del 100% de las participaciones sociales de la concursada.
3º) Dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso -a partir del 21 de abril de 2009- la concursada ha dispuesto a favor de BIOMETRÍA MEDICA I SOCIAL S.L.U. la cantidad total de 311.165,58 euros, suma que aparece contabilizada como "crédito a corto plazo con entidades del grupo" (documento tres de la demanda).
La administración concursal sostuvo en la demanda que las disposiciones a favor del socio único lo fueron a título gratuito y, por tanto, que son rescindibles al presumirse iuris et de iure el perjuicio patrimonial. Por ello interesó se declarara la rescisión y se condenara a la demandada a la restitución de la cantidad percibida.
Las demandadas, por su parte, se opusieron a la demanda negando, como se afirmaba en la demanda, que las entregas de dinero lo fueran en concepto de donación. La cantidad se entregó como préstamo sin interés a devolver en treinta años, según un acuerdo verbal entre dos empresas de un mismo grupo. La cantidad prestada, según las demandadas, se destinó a atender a proveedores y trabajadores de la prestataria BIOMETRÍA MEDICA I SOCIAL S.L.U.
SEGUNDO.-La sentencia de instancia, si bien descarta que las entregas lo fueran en concepto de donación, al no constar el animus donandi, califica el negocio jurídico como un acto de disposición a título gratuito. Rechaza, por otro lado, que los actos impugnados fueran actos ordinarios de la actividad encuadrables en el artículo 71.5º de la Ley Concursal y que el supuesto interés del grupo fuera relevante. Por todo ello estima íntegramente la demanda y condena a la demandada al pago de 311.165,58 euros, más los intereses correspondientes.
La sentencia es recurrida por la concursada. Afirma, en primer lugar, que las entregas están amparadas en el artículo 71.5º de la LC, que declara no rescindibles los actos ordinarios de la actividad. En segundo lugar, por tratarse de un préstamo reflejado en la Contabilidad de las dos empresas, no es un acto a título gratuito. Insiste, por último, en otras consideraciones que realizó en el escrito de contestación, como en el destino que se le dio a las cantidades prestadas o en que, de ordenarse la restitución, BIOMETRÍA MEDICA I SOCIAL S.L.U. se vería abocada al cierre.
TERCERO.-El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, "serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, "cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto).
Entre los actos que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión, el artículo 71.5º, apartado primero, contempla los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
CUARTO.-Aplicado cuanto antecede al supuesto enjuiciado, no podemos sino confirmar los extensos y acertados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada. La recurrente parece equiparar "acto a título gratuito" con donación, de tal suerte que, al aceptar la sentencia de instancia que las entregas lo fueron en concepto de préstamo, el perjuicio patrimonial, a su entender, no puede presumirse. Discrepamos, sin embargo, de semejante conclusión. Es cierto que, por no presumirse la intención de donar, las disposiciones a favor del socio único de la concursada no pueden calificarse como actos de mera liberalidad o donaciones. Es correcto, por tanto, calificarlos como préstamos entre empresas del grupo, tal y como aparecen reflejados en la contabilidad de las demandadas. Éstas, a su vez, nos aclaran que el préstamo se pactó sin interés y a devolver en 30 años.

Ello no obstante, un préstamo sin interés y con semejante plazo de devolución es, indudablemente, un acto a título gratuito. Nuestro Ordenamiento no define qué debe entenderse por acto gratuito. Simplemente lo contrapone, en distintas ocasiones y con diferente denominación, a los actos onerosos (artículos 1289, 1297, 1274, 1035 del Código Civil o 34 de la Ley Hipotecaria). Sí lo hace la doctrina que, en términos generales, considera que un acto es gratuito cuando se realiza sin contraprestación alguna por la otra parte. A diferencia de los contratos onerosos, en los que la atribución patrimonial de una de las partes se ve compensada por la prestación del otro, en los actos gratuitos la prestación lo es sin beneficio o ventaja alguna para quien los lleva a cabo.
Por lo que se refiere al préstamo, el artículo 1740 del Código Civil expresamente dispone que "puede ser gratuito o con pacto de pagar intereses". No existe, por tanto, ninguna duda, que los actos de disposición realizados por la concursada merecen la consideración de gratuitos y, en consecuencia, que están afectados por la presunción de perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario, del artículo 71.2º de la Ley Concursal.
La recurrente alude a un supuesto interés del grupo para eludir la presunción e, incluso, para sostener que las entregas de dinero no fueron perjudiciales para la masa activa. Ciertamente, en alguna ocasión hemos mantenido como hipótesis que los actos de disposición a favor de empresas del grupo no sean a título gratuito, debiendo estar al caso concreto. Así, en Sentencia de 4 de julio de 2011 (ROJ 8914/2011), destacábamos que "el mero hecho de que pueda existir una relación de grupo entre la concursada y los deudores garantizados no es, por sí misma, razón por la que deba considerarse que el acto no es gratuito y no resulte de aplicación la presunción iuris et de iure de perjuicio del art. 71.2 LC. Nada autoriza a llegar a esa conclusión, que podría poner en cuestión toda la lógica del precepto. Es precisamente en el ámbito de las personas especialmente relacionadas, entre las que se encuentra el grupo de empresas, donde se pueden producir negocios jurídicos de carácter gratuito. De manera que resulta irrazonable excluir la aplicación de la norma por el mero hecho de existir la relación de grupo. Cuestión distinta es que, por la particular naturaleza de las relaciones existentes dentro del grupo de sociedades, puede concluirse que una operación aparentemente gratuita no lo sea en realidad, porque exista un interés económico por parte de quien lo realiza que la explique, más allá de la mera liberalidad. Eso es distinto y admisible. Habrá que analizar la operación, en si misma considerada y en el contexto en el que se produjo, para determinar si verdaderamente es gratuita u onerosa, pues únicamente en el primer caso entraría dentro de la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC."
En el supuesto enjuiciado, en el que la concursada es filial de BIOMETRÍA MÉDICA Y SOCIAL S.L.U., no advertimos en qué medida los préstamos sin interés le beneficiaron, cuando la cantidad prestada se destinó íntegramente a atender deudas de la dominante. Cosa distinta hubiera sido de darse la situación contraria, esto es, que la beneficiaria del préstamo fuera una sociedad participada al 100% por la concursada.
QUINTO.-La concursada alega, por último, que los actos estarían excluidos de la reintegración conforme a lo previsto en el artículo 71.5º-1º de la Ley Concursal, que contempla como no rescindibles "los actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor realizados en condiciones normales". En sentencia de 27 de enero de 2011 (ROJ 1765/2011) dijimos que entre ellos "se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.
Hemos señalado en anteriores sentencias que si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos."
La alegación tampoco puede prosperar. Los préstamos entre empresas de grupo, por habituales que sean, no integran la actividad ordinaria del deudor. Los actos han de analizarse desde la perspectiva de la concursada, cuyo objeto social no consta que comprenda entregar cantidades a préstamo sin interés. Es indiferente, en definitiva, el destino que pudiera darle la prestataria a la cantidad percibida.": SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2013 (Sentencia 176/2013; Rollo 34/2013)

AP Zaragoza

"PRIMERO.- Motivos de recurso Entablada acción de reintegración por la Administración Concursal (AC) de la Concursada contra la demandada por estimar que las transferencias realizadas fueron un negocio a título gratuito, fijada la suma reclamada conforme a lo manifestado por la concursada en su declaración de concurso y el informe de la AC, la demandada favorecida por el préstamo se mantuvo en rebeldía y la concursada, con un pequeña variación en la cuantía objeto de la acción, se allanó la demanda.
La sentencia estimo íntegramente la demanda sin especial declaración sobre las costas de la instancia.
La parte condenada formula recurso de apelación manteniendo que (...) b) Que se trata de un negocio oneroso el realizado y que no afecta a la pars condicio creditorum pues las masas no sufren perjuicio y, por último, que la cuantía fijada no es correcta. (...)
TERCERO.- Perjuicio para la masa
Comienza la recurrente alegando que la rebeldía procesal según reiteradísima jurisprudencia no es un reconocimiento de hechos, ni equivale a un allanamiento tácito a la pretensiones de la actora. Por tanto, esta tiene la obligación o carga procesal de acreditar los hechos constitutivos en los que funda su pretensión.
En el presente caso no negada la recepción por la demandada de una determinada cantidad global así como no acreditada que se trata de una operación que devengase intereses o algún tipo de provecho patrimonial

para la demandada, no es necesario acudir al concepto de perjuicio que la jurisprudencia desarrolla, sino atendiendo a que según el informe de la AC se trata trasferencias o prestamos a título gratuito, dado que se trata de un simple mutuo. Esto nos situaría en el ámbito del art.71.2 de la LC, su carácter rescindible se presume sin admitirse prueba en contrario.
Mantiene la demandada que se trata de un préstamo, si bien debería ser calificado a lo sumo de mutuo, pues no parece que devengue intereses. De otra parte, esta alegación ante la realidad de la existencia de sucesivas trasferencias para cubrir las necesidades de tesorería de una sociedad que guardaba algún vínculo con la concursada, no supone la existencia de intereses, pues hubiera debido hacerse constar tal figura contractual onerosa -el préstamo con interés y su plazo de devengo y devolución del capital- mediante la suscripción de un simple documento. Nada de esto se acredita, de tal manera que la rebeldía del demandado supone aceptar las consecuencias vertidas en el informe de la AC y estimar que nos encontramos ante trasferencias o préstamos a título gratuito.
De otra parte, aun admitiendo, que no se admite, en meros términos hipotéticos que se trataba de un préstamo con algún tipo de compensación patrimonial a cambio, lo cierto es que el TS ha ido ya aquilatando el concepto de perjuicio que el art. 71 de la LC establece. Así declara la sentencia del TS de fecha 26 de octubre de 2012 que *"el perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa".*
En el presente supuesto consta, conforme al informe de la AC, que las causas de la insolvencia son la reducción de la cifra de negocio y el aumento de la competencia entre todas las entidades del ramo para conseguir trabajos y obras y, consiguientemente la reducción de los márgenes, lo que ha ocasionado resultados negativos, impagos de obligaciones salariales, aplazamientos de pagos institucionales, retraso en pagos a proveedores y acreedores, hasta llegar a la insolvencia actual al tiempo del concurso -la solicitud es de 12 de abril de 2012-. Tales causas de la insolvencia parecen incompatibles con las trasferencias constatadas a otras empresas que comienzan en julio de 2011 y se detienen casi al tiempo del concurso -la última es 23 de marzo de 2012-.
Por tanto, resulta meridiano el perjuicio para la masa que las trasferencias realizadas ocasionaron a la concursada, lo que determina la estimación de la acción de reintegración entablada.": SAP Zaragoza (Sección 5) 17.01.2013 (Sentencia 9/2013; Rollo 645/2012)

"PRIMERO.- Motivos de recurso
Entablada acción de reintegración por la Administración Concursal (AC) de la concursada contra la concursada y un tercero tendente a la reintegración de las cantidades entregadas por la concursada a la mercantil MUEBLES INFANTE S.L. (MI) durante el periodo de reintegración, fundó su acción tanto en el carácter gratuito del préstamo como, en caso de estimar que se trataba de un acto oneroso, en que se realizó con persona especialmente relacionada con el deudor; se opusieron tanto la concursada como la referida entidad, alegando ambas que se trató de un acto de apoyo financiero de la concursada a la tercera que le permitió mantener el nivel de calidad exigido a la demandada en sus trabajos, pues la entidad que elaboraba los muebles de los pedios era la demandada Muebles INFANTE S.L., que ante las pérdidas sufridas por dicha empresa traspasó el inmovilizado a la actora y quedó el saldo objeto de la acción a favor de la concursada que fue cancelado, así como que no se da el supuesto de grupo de empresas previsto por la norma pues no hay control directo de una empresa por otra.
La sentencia estimó íntegramente la demanda. (...)
TERCERO.-Calificación del acto que se pretende rescindir
Considera inicialmente la actora que nos encontramos ante un negocio gratuito; de estimar que es oneroso, considera de aplicación el art. 71.3.1 de la LC.
Si se examinan los actos impugnados, son una serie de trasferencias que la concursada realizó a la demandada en el 2010. Las mismas tiene su justificación en un asiento de 10 de febrero de 2010 denominado "Dotación Muebles Infante" por 22.669,99 euros, así como el pago de dos facturas por MI y la recepción de unos dividendos.
Cuestiona la recurrente simultáneamente y con el mismo argumento tanto el carácter gratuito de las entregas de numerario, como la existencia de perjuicio para la concursada por ellas. La cobertura financiera a la

demandada era una consecuencia de la necesidad de la concursada de encargarle la fabricación de muebles a la entidad MI dada la calidad de los mismos y el aprecio que por ellos tenían los clientes de la concursada.
Efectivamente, la cuestión reside en determinar si nos encontramos ante un acto, que si bien jurídicamente tiene inequívoco carácter gratuito -no se justifica suficientemente esa dotación-, jurídicamente gratuito, pudiera tener un interés económico para la concursada al parecer por la recepción del inmovilizado de la actora -a pesar del traspaso de todo este inmovilizado en 2008, se queda un saldo a favor de la concursada de 26.250,09 euros saldo que dotado por esta como incobrable (folio 3 de la contestación a la demandada de ambas codemandadas).
De igual manera, aun siendo un grupo de sociedades, lo que se examinará en el fundamento siguiente, y aun siendo el acto oneroso, habrá que examinar si ocasionó o no perjuicio para la masa, cuya carga de la prueba de su inexistencia la tiene la recurrente (art. 71.3 de la LC).
La demandada se ha referido a diversos extremos documentalmente aportados a la pieza de calificación,
Estos hechos por sí mismos no permiten acreditar con la certeza que el derecho exige los extremos alegados. La norma impone a la demandada acreditar tanto que el acto era oneroso y, por tanto, presuntamente perjudicial para la masa dada la condición de PER de la codemandada, como en este caso la falta del carácter perjudicial del mismo realizado en el seno de un grupo de sociedades. Así, no consta indudablemente que este saldo se derivase en mayor o menor medida de la cesión del activo por la MI, ni que estuviese ligado a tal operación. Por otra parte, la acreditación de la continuidad o relación de la dotación con anteriores operaciones correspondía a la demandada y no lo ha acreditado. Por ello, al menos esta dotación ha de estimarse un negocio gratuito, si bien el resto del saldo derivado al parecer del pago de facturas por MI y reparto de dividendos a la misma, ha de estimarse se trata de actos onerosos.
Así, en el presente caso falta una prueba concluyente, más allá de los meros indicios, de que la prestación realizada a MI tuvo un beneficio económico para la concursada. La documental invocada no permite concluir necesariamente este extremo, era carga de la recurrente hacerlo y no la ha levantado, por lo que no puede estimarse ni que las entregas de cantidades derivadas de la dotación eran a título oneroso, ni, como veremos, aún estimándolo oneroso, que no hubiera producido perjuicio al ser realizada la prestación que se quiere reintegrar a una sociedad del mismo grupo como vamos a ver.
CUARTO.- Existencia de grupo de sociedades
Parece razonable a la vista del cambio de regulación producido, iniciar el examen de la cuestión identificando la concreta regulación aplicable a la cuestión litigiosa. Esta no es otra que, con arreglo al RDL 3/2009, la regulación por él establecida, dado que el concurso se inició durante su vigencia. Por tanto, no es aplicable normativamente, más allá de un mero referente legal la Disposición Adicional Sexta de la LC que establece, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, que "a los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el art 42.1 del Código de Comercio ".
Por tanto, el concepto de grupo de sociedades en el concurso hasta la entrada en vigor de dicha norma no exigía su interpretación con arreglo al C de C, lo que había llevado a diversos tribunales a mantener, valga por todas la sentencia de 24 de febrero de 2011 de la Sección Decimoquinta de la AP de Barcelona, que "no obstante, ese concepto de <<grupo de sociedades, que nuestro ordenamiento mercantil introdujo de forma esencial a efectos de regular las obligaciones contables, no puede ser considerado exhaustivo, en un doble sentido:
i) No incluye en su tenor literal todos los supuestos de grupos de sociedades que se conocen en el tráfico mercantil. Así, no incluye los grupos por coordinación, también llamados "grupos horizontales" y únicamente se refiere a los llamados "grupos verticales".
ii) Ni tampoco puede ser considerado un concepto único o excluyente, esto es, un concepto válido para todos los supuestos en los que en nuestro ordenamiento se hace referencia al concepto "grupo de sociedades".
En realidad, nuestro ordenamiento no ha afrontado aún de manera exhaustiva la problemática que plantea el fenómeno de los grupos societarios y se ha limitado a regular algunos aspectos concretos, tales como la consolidación de las cuentas o la posibilidad de acumulación de concursos (art. 25 LC). Y resulta dudoso que el mismo concepto que se emplea en el art. 42 Ccom resulte de aplicación para resolver los problemas que plantea la referencia a los grupos de sociedades la Ley Concursal.
3. Por otra parte, también resulta discutible que pueda ser idéntico el concepto de grupo que se utiliza en la LC a diversos efectos: (i) en el art. 6.2, 4º cuando se hace referencia a la memoria de las cuentas vinculadas, que se debe aportar con la solicitud de declaración del concurso voluntario; (ii) en los arts. 3.5 y 25, a efectos de acumulación de solicitudes o de procedimientos concursales declarados; y (oí) en el art. 93.2,
3. º en cuanto a la consideración como personas especialmente relacionadas a los efectos de la calificación del crédito como subordinado.
El concepto de grupo adquiere en cada uno de esos casos algunas connotaciones propias, que determinan que deba procederse de forma específica en cada caso a determinar lo que a tales efectos se puede considerar "grupo de sociedades".
4. El art. 93.2 de la Ley Concursal establece que se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:
<<3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado.
A la hora de encontrar el sentido que tiene en este precepto la referencia al "grupo", no puede perderse de vista que el ordinal 1.º del propio art. 93.2 LC también considera persona especialmente relacionada a los socios que tengan, al menos, un 5 % de participación en el capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera. En suma, la idea que resulta de esta norma es que la razón determinante de la calificación legal como <<persona especialmente relacionada no se encuentra sólo en la posibilidad de ostentar una efectiva situación de control efectivo de la gestión de la sociedad, sino que también podría ser suficiente que se evidencie un interés

económico relevante en la sociedad, por tener una participación sustancial en su capital. Por consiguiente, a partir de la interpretación conjunta de esas dos normas es posible concluir que el concepto de grupo a estos efectos no sea un concepto especialmente estrecho y centrado en el control directo de la gestión social, sino que también puede comprender situaciones en las que se haya evidenciado un control indirecto, aunque igualmente efectivo.
5. Por otra parte, parece evidente que el concepto de grupo no puede ser concebido como un concepto formal. No existe un acto concreto que sea atributivo de esa cualidad. Si bien la presentación de cuentas consolidadas supone el reconocimiento de su condición de grupo por parte de las sociedades que lo forman, que no consoliden cuentas no puede ser considerado como una evidencia de la ausencia de grupo. Basta que exista un control, directo o indirecto, sobre el derecho de voto o sobre el órgano de administración. De manera que constituirá una cuestión de hecho determinar si existe esa particular relación que permita que una sociedad "controle" las decisiones de otra. Por consiguiente, no siempre se podrá disponer de medios de prueba directos sino que con frecuencia habrá que acudir a los medios de prueba indirectos, esto es, a indicios, como ha ocurrido en el supuesto objeto de consideración".
No obstante, si bien pudiera mantenerse a la hora de fijar el concepto de grupo un criterio distinto al del art. 41. 1 del C de C, lo cierto es que esta norma establece, frente al criterio de la unidad de actuación, el criterio del control directo o indirecto.
Por tanto, partiendo de que ambas forman parte del grupo de sociedades pues la concursada es la socia única de la entidad Muebles Infante, ha declarado en alguna ocasión la jurisprudencia que el interés que ha de constarse a los efectos de la existencia o no de perjuicio no es el grupo, pues no existe consolidación sustancial de las masas de las sociedades que lo configuran, sino el concreto interés de la sociedad que realizó el acto o contrato sujeto a control de rescisión valga como ejemplo la Sección Vigésimoctava de la AP de Madrid en sentencia de fecha 20 de abril de 2012, que:
"Establecido cuanto antecede, obligado resulta destacar que, en el empeño de desvirtuar la presunción "iuris tantum" del Art. 71.3 de la LC en que se ha fundado la sentencia apelada, la apelante ha tratado de fundar la inexistencia del perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto "...supusieron el reforzamiento del grupo como tal.". Ahora bien, aun suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por lo tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabria preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una específica sociedad: FRUTAS FRANCH S.A. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable (Arts. 43 y siguientes del Código de de Comercio) y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con los del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.... Siendo ello así, es patente que, para desvirtuar la presunción que sobre ellas gravita (Art. 71.3 de la LC), incumbía a las apelantes acreditar (Art. 217.6 de la LEC) en qué concreta medida o de qué modo específico la hipoteca constituida por FRUTAS FRANCH S.A. resultó no perjudicial para su específico círculo de acreedores, propósito que no se logra mediante apreciaciones de tipo abstracto, como lo es la consideración genérica de que aquello que fuera bueno para la matriz lo debería ser necesariamente también para sus filiales, lo que, por cuanto acabamos de razonar, no puede considerarse una conclusión obvia ni susceptible de ser acogida acríticamente y sin reservas. Es más, precisamente en el ámbito de lo concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, lo cual es apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (Art. 93.2 de la LC), lo que incluso ha llevado al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos de actos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hallan inmersos en ese tipo de vinculaciones (Art. 71.3.1º); es por ello que lo anteriormente argumentado cobra, si cabe, en el aspecto conceptual, mayor justificación".
Igualmente se tiene en cuenta la de la misma Sala de 7 de mayo de 2012. También para unas transferencias de las que se invocaba su carácter gratuito la sentencia de la Sección Quinta de la AP de Palma de Mallorca de fecha 12 de junio de 2012 y la de esta Sección de la AP de Zaragoza de 12 de junio de 2012.
En definitiva, los actos entre las sociedades demandadas fueron operaciones de grupo y en las mismas ni se acreditó el carácter oneroso de la principal partida, la dotación de fondos a MI, ni se hizo prueba de que no causaban perjuicio para la masa de la concursada. Por ello, el recurso ha de ser desestimado en este extremo en todas sus alegaciones y, en consecuencia, ha de regir la presunción iure et de iure de perjuicio ínsita a todo acto gratuito art. 71.2 por no acreditarse el carácter oneroso de tal concepto y la presunción iuris tantum, no levantada en el presente supuesto, respecto al resto de las partidas. SAP Zaragoza (Sección 5) 12.02.2013 (Sentencia 91/2013; Rollo 34/2013)

“PRIMERO.- Motivos de recurso
Entablada acción de reintegración por la Administración
Concursal (AC) de la concursada contra la concursada y un tercero tendente a la reintegración de las cantidades entregadas por la concursada a la mercantil Changing Horses S.L. durante el periodo de reintegración, fundó su acción tanto en el carácter gratuito del préstamo como, en caso de estimar que se trataba de un acto oneroso, que se realizó con persona especialmente relacionada con el deudor; se opusieron tanto la concursada como la referida entidad, alegando ambas que se trató de un acto de apoyo financiero de la concursada a la tercera que le permitió mantener a la concursada los pedidos de su principal cliente, Evelio, así como que no se da el supuesto de grupo de empresas previsto por la norma pues no hay control directo de una empresa por otra.
La sentencia estimó íntegramente la demanda.
La concursada formula recurso de apelación: a) De una parte, estima que no se ha acreditado el perjuicio para la masa, sino, por el contrario, un beneficio a la empresa con el apoyo financiero prestado. Por lo que no existe el supuesto de hecho invocado. b) No existe grupo de empresas.
La actora alega falta de legitimación pasiva por inexistencia de gravamen a la concursada por la resolución recurrida, así como la concurrencia del supuesto del art. 71.3.1º de la LC, sin que la demandada haya acreditado la falta de perjuicio.
TERCERO.-Calificación del acto que se pretende rescindir
Considera inicialmente la actora que nos encontramos ante un negocio gratuito; de estimar que es oneroso, considera de aplicación el art. 71.3.1 de la LC.
Si se examinan los actos impugnados, son una serie de trasferencias que la concursada realizó a la demandada en los años 2009 y 2010. Las mismas salvo un apunte por intereses de 30-12-2009 por 3.608 euros, no parece produjesen rendimiento financiero a la demandada. Además, dado que se trata de cantidades entregadas más allá del periodo de la reintegración de dos años, lo cierto es que no se reclama la suma de 90.265,61 entregadas en 2008 de las que la suma de 3.608 euros es exactamente el 4%, cantidad que pudiera suponerse retribución o precio de la entrega de dicha suma, que no es objeto de la rescisión. Ninguna otra suma en concepto de intereses figura contabilizada respecto a las demás entregas, por lo que ha de concluirse que solo fueron remuneradas y durante un año las cantidades entregados más allá del periodo de sospecha, por lo que formalmente las cantidades reclamadas son cantidades entregadas a lo sumo para ser devueltas y sin retribución alguna, en concepto de mutuo o simple préstamo no retribuido.
Cuestiona la recurrente simultáneamente y con el mismo argumento tanto el carácter gratuito de las entregas de numerario, como la existencia de perjuicio para la concursada por ellas. La cobertura financiera a la demandada era una consecuencia de la necesidad de la concursada de asumir o concertar un contrato de franquicia respecto a una nueva cadena de tiendas que iba a lanzarse o introducirse por su mejor cliente, Evelio, dado que convenía estar en buenos términos con el mejor cliente de la concursada, al que en los ejercicios 2009 y 2010 le había facturado unos seis millones de euros. Con este sacrificio, la cobertura de la necesidades financieras de la demandada Changing Horses, que no producía rentabilidad alguna sino pérdidas, se aseguraba la continuidad como cliente de la entidad franquiciante al tiempo que podía más adelante enajenar sin encontraba comprador la indicada tienda "U" mediante la venta de las participaciones de la sociedad a un tercero y recuperar las cantidades invertidas tanto inicialmente, como posteriormente mediante su soporte financiero a la misma.
Efectivamente, la cuestión reside en determinar si nos encontramos ante un acto, que si bien jurídicamente tiene inequívoco carácter gratuito, dada la relación de la concursada con la empresa demandada y con los terceros, Evelio, la asunción de la franquicia y, por lo que a este litigio interesa, el apoyo financiero prestado, jurídicamente gratuito, pudiera tener un interés económico para la concursada permitiéndole mantener un cliente importante.
De igual manera, aun siendo un grupo de sociedades, lo que se examinará en el fundamento siguiente, y aun siendo el acto oneroso, habrá que examinar si ocasionó o no perjuicio para la masa, carga de la prueba de cuya inexistencia tiene la recurrente (art. 71.3 de la LC).
La demandada se ha referido a diversos extremos documentalmente aportados a la pieza de calificación, la existencia de pérdidas por parte de Changing Horses en los ejercicios 2009 y 2010, la suscripción de un contrato de arrendamiento y contrato de depósito de la tienda U, y la importante facturación de la concursada a la entidad Adolfo Domínguez, durante los ejercicios 2009 y 2010.
Estos hechos por sí mismos no permiten acreditar con la certeza que el derecho exige los extremos alegados. La norma impone a la demandada acreditar tanto que el acto era oneroso y, por tanto, perjudicial para la masa dada la condición de PER de la codemandada, como en este caso la falta del carácter perjudicial del mismo realizado en el seno de un grupo de sociedades.
Así, en el presente caso falta una prueba concluyente, más allá de los meros indicios, de que la prestación realizada a la entidad Changing Horses tuvo un beneficio económico para la concursada en las relaciones con su principal cliente, superior al perjuicio que le ocasionó. La documental invocada no permite concluir necesariamente este extremo, era carga de la recurrente hacerlo y no la ha levantado, por lo que no puede estimarse ni que el acto era oneroso, ni, como veremos, aún estimándolo oneroso, que no hubiera producido perjuicio al ser realizada la prestación que se quiere reintegrar a una sociedad del mismo grupo como vamos a ver.
CUARTO.- Existencia de grupo de sociedades
Parece razonable a la vista del cambio de regulación producido, iniciar el examen de la cuestión identificando la concreta regulación aplicable a la cuestión litigiosa. Esta no es otra que, con arreglo al RDL 3/2009, la regulación por él establecida, dado que el concurso se inició durante su vigencia. Por tanto, no es aplicable normativamente, más allá de un mero referente legal la Disposición Adicional Sexta de la LC que establece,

tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, que "a los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el art 42.1 del Código de Comercio ".
Por tanto, el concepto de grupo de sociedades en el concurso hasta la entrada en vigor de dicha norma no exigía su interpretación con arreglo al C de C, lo que había llevado a diversos tribunales a mantener, valga por todas la sentencia de 24 de febrero de 2011 de la Sección Decimoquinta de la AP de Barcelona, que "no obstante, ese concepto de <<grupo de sociedades, que nuestro ordenamiento mercantil introdujo de forma esencial a efectos de regular las obligaciones contables, no puede ser considerado exhaustivo, en un doble sentido:
i) No incluye en su tenor literal todos los supuestos de grupos de sociedades que se conocen en el tráfico mercantil. Así, no incluye los grupos por coordinación, también llamados "grupos horizontales" y únicamente se refiere a los llamados "grupos verticales".
ii) Ni tampoco puede ser considerado un concepto único o excluyente, esto es, un concepto válido para todos los supuestos en los que en nuestro ordenamiento se hace referencia al concepto "grupo de sociedades".
En realidad, nuestro ordenamiento no ha afrontado aún de manera exhaustiva la problemática que plantea el fenómeno de los grupos societarios y se ha limitado a regular algunos aspectos concretos, tales como la consolidación de las cuentas o la posibilidad de acumulación de concursos (art. 25 LC). Y resulta dudoso que el mismo concepto que se emplea en el art. 42 Ccom resulte de aplicación para resolver los problemas que plantea la referencia a los grupos de sociedades la Ley Concursal.
3. Por otra parte, también resulta discutible que pueda ser idéntico el concepto de grupo que se utiliza en la LC a diversos efectos: (i) en el art. 6.2, 4º cuando se hace referencia a la memoria de las cuentas vinculadas, que se debe aportar con la solicitud de declaración del concurso voluntario; (ii) en los arts. 3.5 y 25, a efectos de acumulación de solicitudes o de procedimientos concursales declarados; y (oí) en el art. 93.2,
3. º en cuanto a la consideración como personas especialmente relacionadas a los efectos de la calificación del crédito como subordinado.
El concepto de grupo adquiere en cada uno de esos casos algunas connotaciones propias, que determinan que deba procederse de forma específica en cada caso a determinar lo que a tales efectos se puede considerar "grupo de sociedades".
4. El art. 93.2 de la Ley Concursal establece que se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:
<<3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado.
A la hora de encontrar el sentido que tiene en este precepto la referencia al "grupo", no puede perderse de vista que el ordinal 1.º del propio art. 93.2 LC también considera persona especialmente relacionada a los socios que tengan, al menos, un 5 % de participación en el capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera. En suma, la idea que resulta de esta norma es que la razón determinante de la calificación legal como <<persona especialmente relacionada no se encuentra sólo en la posibilidad de ostentar una efectiva situación de control efectivo de la gestión de la sociedad, sino que también podría ser suficiente que se evidencie un interés económico relevante en la sociedad, por tener una participación sustancial en su capital.
Por consiguiente, a partir de la interpretación conjunta de esas dos normas es posible concluir que el concepto de grupo a estos efectos no sea un concepto especialmente estrecho y centrado en el control directo de la gestión social, sino que también puede comprender situaciones en las que se haya evidenciado un control indirecto, aunque igualmente efectivo.
5. Por otra parte, parece evidente que el concepto de grupo no puede ser concebido como un concepto formal. No existe un acto concreto que sea atributivo de esa cualidad. Si bien la presentación de cuentas consolidadas supone el reconocimiento de su condición de grupo por parte de las sociedades que lo forman, que no consoliden cuentas no puede ser considerado como una evidencia de la ausencia de grupo. Basta que exista un control, directo o indirecto, sobre el derecho de voto o sobre el órgano de administración. De manera que constituirá una cuestión de hecho determinar si existe esa particular relación que permita que una sociedad "controle" las decisiones de otra. Por consiguiente, no siempre se podrá disponer de medios de prueba directos sino que con frecuencia habrá que acudir a los medios de prueba indirectos, esto es, a indicios, como ha ocurrido en el supuesto objeto de consideración".
No obstante, si bien pudiera mantenerse a la hora de fijar el concepto de grupo un criterio distinto al del art. 41. 1 del C de C, lo cierto es que esta norma establece frente al criterio de la unidad de actuación, el criterio del control directo o indirecto en los siguientes términos:
"1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.
Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:...
d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos
ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración
o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.
A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por

cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.
Así, no solo establece una serie de criterios de control indirecto, sino que también señala una presunción, que la identidad total o mayoritaria de administradores de ambas sociedades determina un control de la dominante sobre la dominada. Por tanto, en el presente caso, lo cierto es que el Sr. Abel, administrador de la concursada y titular del 98% de su capital, es también administrador de la demandada Changing Horses, y, por tanto, ha de presumirse existe control indirecto sobre ella por la concursada. La contestación a la demandada de la concursada parece avanzar en esta idea al concluir de su redacción literal un control total de la concursada sobre la codemandada.
Por ello, no se exige una identidad de socios en los términos invocados por la recurrente, sino el mero control directo o indirecto de una sociedad sobre la otra, lo que constituye en el presente a ambas en grupo de sociedades a efectos concursales mediante la sola aplicación del art. 41.1 del C. de C.
Por tanto, partiendo de que ambas forman parte del grupo de sociedades, ha de declarado en alguna ocasión la jurisprudencia que el interés que ha de constarse a los efectos de la existencia o no de perjuicio no es el grupo, pues no existe consolidación sustancial de las masas de las sociedades que lo configuran, sino el concreto interés de la sociedad que realizó el acto o contrato sujeto a control de rescisión valga como ejemplo la Sección Vigesimoctava de la AP de Madrid en sentencia de fecha 20 de abril de 2012, que:
"Establecido cuanto antecede, obligado resulta destacar que, en el empeño de desvirtuar la presunción "iuris tantum" del Art. 71.3 de la LC en que se ha fundado la sentencia apelada, la apelante ha tratado de fundar la inexistencia del perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto "...supusieron el reforzamiento del grupo como tal.". Ahora bien, aun suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por lo tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabria preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una específica sociedad: FRUTAS FRANCH S.A. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable (Arts. 43 y siguientes del Código de de Comercio) y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con los del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.... Siendo ello así, es patente que, para desvirtuar la presunción que sobre ellas gravita (Art. 71.3 de la LC), incumbía a las apelantes acreditar (Art. 217.6 de la LEC) en qué concreta medida o de qué modo específico la hipoteca constituida por FRUTAS FRANCH S.A. resultó no perjudicial para su específico círculo de acreedores, propósito que no se logra mediante apreciaciones de tipo abstracto, como lo es la consideración genérica de que aquello que fuera bueno para la matriz lo debería ser necesariamente también para sus filiales, lo que, por cuanto acabamos de razonar, no puede considerarse una conclusión obvia ni susceptible de ser acogida acríticamente y sin reservas. Es más, precisamente en el ámbito de lo concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, lo cual es apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (Art. 93.2 de la LC), lo que incluso ha llevado al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos de actos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hallan inmersos en ese tipo de vinculaciones (Art. 71.3.1º); es por ello que lo anteriormente argumentado cobra, si cabe, en el aspecto conceptual, mayor justificación".
Igualmente, se tiene en cuenta la de la misma Sala de 7 de mayo de 2012. También para unas transferencias de las que se invocaba su carácter gratuito la sentencia de la Sección Quinta de la AP de Palma de Mallorca de fecha 12 de junio de 2012 y la de esta Sección de la AP de Zaragoza de 12 de junio de 2012.
En definitiva, los actos entre las sociedades demandadas fueron operaciones de grupo y en las mismas ni se acreditó su carácter oneroso, ni se hizo prueba de que no causaban perjuicio para la masa de la concursada. Por ello, el recurso ha de ser desestimado en este extremo en todas sus alegaciones y, en consecuencia, ha de regir la presunción iure et de iure de perjuicio ínsita a todo acto gratuito art. 71.2 por no acreditarse el carácter oneroso de las trasferencias.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 12.02.2013 (Sentencia 94/2013; Rollo 33/2013)

1.11 Transmisión de bienes o derechos sin que se justifique ninguna contraprestaciòn

AP Murcia

“TERCERO.-En el caso objeto de revisión por el Tribunal, la parte recurrente insiste en que la Administración Concursal, a través de la prueba que aporta, no ha justificado que el acto o negocio rescindido (transmisión del derecho de riego) se hubiese realizado a título gratuito. Alega que la citada documentación no contiene el

acuerdo contractual en tal sentido, y por tanto ignora si la referida transmisión lo había sido a título oneroso o gratuito.
Sin embargo este Tribunal no comparte tal planteamiento.
Y ello se afirma así porque la documentación que aporta la Administración Concursal se revela bastante en orden al ejercicio de la cuestionada acción rescisoria.
Los citados documentos fundamentadores de tal pretensión se concretan, de un lado, en la comunicación que remite el Secretario de la Comunidad de Regantes de Mazarrón por la que certifica el cambio de titularidad realizada por el comunero, "Agrícola Pastrana" S.L., como transmitente a favor del comunero "Agrupación Agrícola Perichán" S.L., en calidad de adquiriente, con respecto al derecho de riego de 5 hectáreas efectuada el día 2 de enero de 2010. De otro lado, se aporta el documento suscrito por ambas mercantiles remitido a la Comunidad de Regantes, por el que la concursada comunica la transmisión de tal derecho de riego, constando el "conforme" y firma de la transmitente y de la mercantil aceptante.
Es cierto, como se dice por la parte apelante, que no se aporta el correspondiente acuerdo contractual justificativo de dicha transmisión, pero sin embargo entiende este Tribunal, que la citada documentación antes reseñada, se muestra bastante y suficiente en orden a otorgar fundamento a la acción rescisoria ejercitada. Y ello porque dichos documentos ponen de manifiesto la realidad de un concreto acto de transmisión de derechos entre las mercantiles mencionadas, al que inicialmente y en función de lo actuado, cabe atribuirle el carácter de una disposición a título gratuito. El aludido bagaje probatorio de la Administración Concursal se estima suficiente máxime cuando incluso ha requerido a "Agrupación Agrícola Perichán" S.L., con resultado negativo, la aportación del correspondiente contrato que tampoco le había sido facilitado por los administradores sociales de la concursada.
En consecuencia incumbía a la mercantil demandada, a tenor del principio de facilidad y disponibilidad probatoria que regula el artº. 217 de la LEC, la carga de acreditar la mediación de precio o contraprestación en la cuestionada transmisión de derechos. Es decir, la aportación de aquellos hechos impeditivos del derecho reclamado en la demanda incidental, lo que no ha efectuado.
Procede, por tanto, la desestimación del presente recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 13.02.2014 (Sentencia 91/2014; Rollo 51/2014)

"PRIMERO.-En el recurso de apelación interpuesto en nombre de la mercantil Agrupación Agrícola Perichán, S.L., se pretende que se revoque la sentencia de instancia dictándose en su lugar otra por la que se desestime la demanda. Se alega como motivo infracción del artículo 71 LC en relación con los artículos 7.1 del Código Civil y 217 LEC, indicándose, en resumen, que la Administración Concursal tuvo conocimiento de que se había producido la transmisión de los derechos de riego, pero que también sabía que el documento remitido por la Comunidad de Regantes no era un contrato sino una simple comunicación, por lo que era consciente de que no se sabía si dicha transmisión lo había sido a título oneroso o gratuito; que la Administración Concursal (en adelante AC) pudo activar los mecanismos legales de que dispone para obtener el contrato, bien de la concursada, bien de la apelante; que la actuación de la AC es contraria a las exigencias de la buena fe; que si se invoca la gratuidad hay que acreditarla y que en el presente caso por la AC no se ha acreditado que el acto impugnado lo fuera a título gratuito.
La sentencia estima la demanda, en la que se ejercita la acción de rescisión prevista en el artículo 71 LC, declarando la rescisión e ineficacia del acto de transmisión a título gratuito del derecho de riego de 2.2 HA, formalizado en fecha 2 de enero de 2010. Se indica que la transmisión de los derechos de riego por parte de la entidad concursada, Agrícola Méndez, S.L., a Agrupación Agrícola Perichán, S.L., tuvo lugar en fecha 2 de enero de 2010, habiéndose declarado el concurso de aquélla en fecha 14 de junio de 2011, es decir, dentro del período de dos años, previsto en el artículo 71 LC. La actora, la AC, integra la transmisión en el supuesto de acto de disposición a título gratuito, con presunción iuris e iure de existencia de perjuicio; que la parte actora ha acreditado la cesión de los derechos de riego en base a los documentos aportados de la comunidad de regantes y que en dichos documentos no consta precio alguno; que los demandados no han aportado los documentos contractuales que acreditan el cambio de titularidad y que la transmisión fue onerosa, por lo que se infiere que el acto de transmisión fue gratuito.
La representación procesal de la mercantil Agrícola Méndez, S.L., se adhirió al recurso de apelación interpuesto por la entidad Agrupación Agrícola Perichán, S.L.
SEGUNDO.-En el motivo formulado en el recurso se alega infracción por aplicación indebida del artículo
71.2 LC. En este se establece: "2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente".
Que examinados los autos debe desestimarse el anterior motivo, aceptándose lo razonado en instancia, ya que la parte actora, la AC, ha acreditado la transmisión del derecho de riego efectuado en fecha 2 de enero de 2010 en base a la documentación facilitada por la Comunidad de Regantes de Mazarrón, sosteniéndose que dicho acto dispositivo era gratuito al no resultar pago del precio de la documentación, extremo este que es cierto.
Por el contrario, las partes demandadas e intervinientes en el acto de transmisión no han aportado el documento contractual en que se formalizó el mismo ni han acreditado las condiciones en que se efectuó, no habiendo probado, por consiguiente, que la transmisión de los derechos de riesgo fuera onerosa, prueba esta que le es exigible a las mismas por la facilidad y disponibilidad probatoria, artículo 217.6 LEC, ya que lo normal es que sean las mercantiles intervinientes en la transmisión las que tuvieran en su poder el documento en que se instrumentó la misma.
Se considera, pues, acreditado que el acto de transmisión de los derechos de riego fue gratuito, por lo que se presume el perjuicio para la masa activa de la entidad concursada, Agrícola Méndez, S.L., no apreciándose,

por tanto, infracción el artículo 71.2 LC, ni tampoco del artículo 7.1 del Código Civil, ya que no existen elementos algunos para poder afirmar que la actuación de la AC fue contraria a las exigencias de la buena fe al ejercitar la acción de reintegración. ":SAP Murcia (Sección 4) 10.04.2014 (Sentencia 228/2014; Rollo 40/2014)

"SEGUNDO.-Concretada en los indicados términos la cuestión impugnatoria suscitada en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que no asiste razón a la parte recurrente en la pretensión que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.
En este sentido hemos de tener en cuenta, como ya este Tribunal se ha pronunciado en sentencias entre otras de 18 de marzo de 2011, 27 de septiembre de 2012 y 30 de enero de 2014, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " del negocio jurídico rescindido ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " animus " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez, el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " iuris et de iure ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " iuris tantum " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
El acto objeto de impugnación, mediante el ejercicio de la correspondiente acción rescisoria concursal, se concreta en el documento nº 1 de la demanda fechado el día 7 de enero de 2010.
A tenor del mismo, la concursada "Agrícola Méndez" S.L., en su condición de propietaria de las instalaciones de energía eléctrica ubicadas en el PARAJE000 en el término municipal de Mazarrón, cede la titularidad de las mismas, así como de todos los derechos adquiridos de dichas instalaciones, a la mercantil "Agrupación Agrícola Perichán" S.L.
Se añade en el documento de cesión, que en la actualidad esta sociedad se encuentra explotando las fincas rústicas donde están ubicadas las referidas instalaciones de energía eléctrica.
Como antes decíamos, la sociedad demandada discrepa de la decisión judicial de instancia por considerar que a tenor de la citada cesión, la concursada sólo le transmitió la titularidad administrativa de la instalación eléctrica, pero no los correspondientes elementos materiales que la integran. Añade que éstos, comprensivos de la línea aérea de alta tensión, el contrato de transformación y la instalación eléctrica de baja tensión, ya se encontraban ubicados en la finca rústica de titularidad municipal que el Ayuntamiento de Mazarrón le había cedido para su aprovechamiento agrícola en virtud de la correspondiente concesión.
TERCERO.-Sin embargo, entiende este Tribunal tras la revisión de la prueba practicada que tal pretensión no puede encontrar acogida en esta fase de apelación.
Téngase en cuenta que la cesión llevada a cabo a tenor del documento de fecha 7 de enero de 2010, no se corresponde sólo con la titularidad administrativa de la instalación, como se alega en el recurso. Por el contrario dicha cesión comprende también la titularidad dominical de los elementos materiales, antes reseñados que integran la instalación eléctrica, como así se expone en el contrato de cesión impugnado. Es incluso la propia cesionaria quién reconoce ese hecho cuando afirma que el expediente administrativo pone de manifiesto que fue la concursada quién realizó materialmente dicha instalación eléctrica.
Acreditado por tanto el contenido del acto objeto de impugnación, entendemos también, con reiteración de lo argumentado en la sentencia de instancia, que el emplazamiento de la citada instalación eléctrica no se corresponde, como pretende la recurrente "Agrupación Agrícola Perichán" S.L., con la parcela de aprovechamiento agrícola que menciona, propiedad del Ayuntamiento de Mazarrón y que dicha Corporación, por acuerdo de su Junta de Gobierno de 15 de diciembre de 2011, le había cedido para su explotación agrícola. Fundamenta la recurrente dicho emplazamiento en el informe emitido a su instancia por el perito Sr. Urbano y en concreto en la toma de coordenadas realizada y en su aplicación al sistema de información geográfica de parcelas agrícolas contenida en la página web "http/sigpac.mapa.es".
Y ello se afirma así, porque la prueba documental aportada a los autos por la Administración Concursal, consistente en los expediente administrativos de alta de las citadas instalaciones, neutralizan el resultado de tal pericia. Dichos expedientes ponen de manifiesto que las fincas equipadas con los aludidos elementos materiales, no son de titularidad municipal, sino propiedad de D. Pedro Miguel. Asimismo los referidos expedientes acreditan que el mencionado propietario de las fincas autorizó a la concursada "Agrícola Méndez" S.L., para la colocación y permanencia en esas fincas de tales elementos materiales (torre y línea de alta tensión, centro de transformación e instalación eléctrica de baja tensión), así como para su reparación o sustitución.
Entiende, por tanto, este Tribunal debidamente acreditada la realidad del acto impugnado, su objeto, la cesión gratuita del mismo por la concursada en el denominado "período sospechoso", así como el emplazamiento geográfico de dichas instalaciones eléctricas, su titularidad dominical por la sociedad concursada cedente y el valor económico de las mismas.": SAP Murcia (Sección 4) 11.04.2014 (Sentencia 231/2014; Rollo 231/2014)

1.12 Inexistencia de sobreprecio injustificado que revele un ánimo de liberalidad

AP Barcelona

“SEXTO. 10. Como hemos mantenido en anteriores sentencias y declara la STS de 8 de noviembre de 2012, será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial. Es el llamado perjuicio directo, particular o estricto, junto al cual tiene acogida en el mismo precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de par condicio creditorum (en este sentido así mismo, STS de 8 de noviembre de 2012).
Al margen de los actos de disposición a título gratuito, que conforme al art. 71.2 LC se consideran perjudiciales sin admitir prueba en contrario, el perjuicio directo por minoración injustificada del patrimonio del concursado puede ser reconocido en los negocios onerosos y bilaterales cuando exista un claro desequilibrio entre las prestaciones, es decir, cuando la prestación del deudor no tiene como contrapartida una contraprestación del mismo valor.
11. La AC mantiene que el pago de las facturaciones emitidas por MM, con precios ("sobreprecios") más elevados que los medios aplicados en el sector, aplicados a más horas de las que facturarían las empresas de la competencia, implica ese perjuicio directo a la masa activa, por carecer de justificación el exceso.
Como se ha dicho, invoca la presunción legal iuris et de iure que establece el art. 71.2, referida a los actos de disposición a título gratuito; subsidiariamente la presunción de perjuicio, que admite prueba en contrario, del art. 71.3.1º LC, referida a los actos a título oneroso realizados a favor de una persona especialmente relacionada con el deudor (en este caso por tratarse de empresas que pertenecen al mismo grupo), y finalmente al amparo del art. 71.4, fundamenta el perjuicio en la falta de justificación del pago de precios superiores a los medios del mercado y por más horas de las necesarias.
Para la aplicación del art. 71.2 LC será necesaria, en cualquier caso, la acreditación del hecho base de la presunción legal, es decir, que se trate de un acto de disposición a título gratuito. Entendemos por tal un acto de disposición realizado por el concursado a favor de un tercero que proporciona a éste un bien o ventaja pecuniaria sin contraprestación alguna, y que responde a un ánimo de liberalidad.
El ánimo de liberalidad se identificaría en este caso con el pago del exceso injustificado de precio facturado, que ha venido atendiendo sin cuestionamiento la concursada, en el marco de un contrato de prestación de servicios de mantenimiento. En la medida de la desproporción de los precios con respecto al servicio prestado sería un pago injustificado, realizado por mera liberalidad, al no corresponderse a contravalor alguno.
Es por tanto, el patente desequilibrio de las prestaciones lo que determinaría la gratuidad del acto, y ese desequilibrio debe ser acreditado por la parte demandante. Una vez probado, conforme a la presunción legal iuris et de iure, no se admitirá prueba en contrario acerca del perjuicio a la masa.
De otro lado, la presunción iuris tantum del art. 71.3.1º LC admite prueba en contrario del perjuicio, que se logrará si se demuestra una equivalencia entre las prestaciones, en este caso a cargo de la parte demandada, siempre que se demuestre el hecho base de la presunción, es decir, que MM pertenece al mismo grupo empresarial que la concursada.
Por último, de aplicarse el art. 71.4 LC, es la parte actora la que ha de probar el prejuicio que tiene como hecho base el desequilibrio entre las prestaciones.
SÉPTIMO 13. Compartimos las conclusiones que extrae la sentencia apelada a partir de la prueba practicada, que valora de forma exhaustiva y con arreglo a la lógica. Se ha acreditado en autos, en definitiva, que no existe un claro y patente desequilibrio entre las prestaciones que integran el contrato de mantenimiento de moldes por incluir un "sobreprecio" injustificado a cargo de la concursada y en beneficio de la empresa de mantenimiento; por el contrario, los precios/hora aplicados están dentro de los márgenes que en el mercado se observan como habituales en este específico sector, y las horas facturadas encuentran justificación en la permanente dedicación, alta calidad del servicio y su complejidad técnica, sin suponer, en uno ni otro caso, un desvío injustificado de fondos para descapitalizar a la concursada en beneficio de una sociedad vinculada (controlada por los mismos socios).
14. Atendemos, al igual que la sentencia apelada, a los siguientes medios de prueba y valoraciones.
El certificado emitido por la asociación ASCAMM, que agrupa a 450 empresas del sector, indica que durante los años 2004 a 2007 el precio hora medio de taller de moldes de nivel de precisión alto fue de entre 36 y 48 #, y que el precio hora medio de facturación del mantenimiento de moldes de alta precisión que han sido fabricados en el propio taller, si bien es de más difícil evaluación, "se sitúa en la franja mediaalta de la horquilla anterior". De lo que se desprende que el precio/hora aplicado por MM a PM, de 43,82 #, durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, no es tributario de una sospecha de fraude, desviación o desproporción, pues está comprendido en los parámetros que en el sector pueden considerarse normales o habituales sin perjuicio de reconocer que es un precio de mantenimiento medio-alto, lo cual tiene su explicación.
La prueba practicada evidencia que MM es un taller de alta precisión y muy cualificado, especial o expresamente creado para la fabricación y mantenimiento de los moldes que vendería a PM para que ésta fabricara las piezas de alta precisión requeridas por sus clientes. La labor de mantenimiento, preventivo y correctivo, que llevaba a cabo MM con carácter permanente (a fin de evitar paros en la cadena de fabricación de los clientes finales) requería la aplicación de una técnica de alta precisión por personal muy cualificado, que sólo MM estaba en condiciones de proporcionar.
Es, como constató el perito Don. Calixto, que examinó sus instalaciones, política de precios y comprobó su modo de operar, un taller que ofrecía una calidad máxima, con calidad superior en el mercado y con personal altamente cualificado ("en el escalafón más alto de la mecánica", "príncipes de la mecánica", llegó a asegurar), y que incluso perdía dinero porque, al trabajar con precios impuestos por los clientes o condicionados por la competencia, no llegaba a cubrir sus costes (para cubrir costes debiera facturar, dijo el perito, 51 #/h).

Valoramos que este dictamen no se realizó ad hoc para este litigio, sino con otro objeto, para responder a necesidades de consultoría coyunturales de MM, como explicó el perito en su declaración y puede comprobarse por la fecha del visado colegial y temática del dictamen.
El Sr. Justiniano, director técnico industrial de PM desde 1996 hasta julio de 2007, cuyas funciones incluían la de elegir a los proveedores moldistas, tras confirmar que MM sólo tenía un cliente (PM), pues se había constituido para satisfacer las necesidades de diseño, desarrollo e investigación que PM precisaba para cumplir los requerimientos técnicos de sus clientes, señaló que no había en España otro taller tan cualificado como MM para realizar los trabajos que realizaba sobre piezas tan cualificadas. Por el contrario, MOLDES ITM (que sustituyó en el mantenimiento a MM, tras la resolución del contrato) era un taller moldista al uso, que está en el mercado y ha de competir, pero MM era un caso muy diferente, no estaba en el mercado, no competía con nadie (porque sólo trabajaba para PM), y la alta tecnología que poseía era requerida no sólo para la fabricación de los moldes, sino también para su mantenimiento. Concluye este testigo señalando que para el tipo de molde que había fabricado MM, un precio/hora de mantenimiento de 35 # es bajo.
15. La AC fundamenta el carácter desproporcionado del precio/hora de mantenimiento aplicado por MM a PM en las manifestaciones contenidas en la memoria del ERE presentado por MM tras la resolución del contrato de mantenimiento, en cuya extensa exposición se ofrecen, entre otros motivos para justificar la extinción de 13 contratos de trabajo, los siguientes:
-El 80 % de la facturación de MM responde a la fabricación y mantenimiento de moldes para PM, a cuyo efecto ha alcanzado un avanzado sistema de programas informáticos y ha afrontado la indispensable formación de sus técnicos para el diseño y mantenimiento de moldes de alta calidad y niveles tecnológicos que requieren los clientes finales de PM, realizando grandes inversiones en máquinas, herramientas y en los periféricos necesarios para poder obtener los requerimientos de precisión exigidos (pág. 14, 26 y 34). La colaboración con PM en el diseño, construcción y mantenimiento de moldes de alta precisión, supone afrontar niveles muy elevados de tecnología, calidad y organización industrial (pág 14).
-La empresa ha acusado la grave problemática del sector de inyección de plásticos en nuestro país provocada por la competencia, cada vez mayor, de los países de economías emergentes, la aparición de muchas empresas del sector de moldes que ofrecen servicios de mantenimiento a precios tan competitivos que llegan a representar ahorros superiores al 50 % sobre los costes ordinarios de empresas con plantillas y antigüedad consolidadas (pág. 16).
-Los precios del mantenimiento preventivo y correctivo (que aplica MM) están fuera del mercado y son actualmente ineficientes. En cuanto a estos servicios, MM ha estado sometida a las necesidades de su único cliente en este renglón de su actividad. La prestación de estos servicios está fuera de mercado y no se encontrará en el mercado nadie dispuesto a pagarlos, cuando la oferta se sitúa en costes inferiores al 50 % de los facturados por MM (pág. 33).
-Las causas del ERE (de los 13 trabajadores afectados) son la resolución del contrato de mantenimiento, la pérdida del 80 % de la facturación, la imposibilidad de dar ocupación efectiva al personal sobrante en el resto de las secciones de MM, la imposibilidad de encontrar un mercado o clientes sustitutivos que absorban el excedente de mano de obra provocado por la resolución del contrato, las pérdidas de los últimos cuatro años... (pág 36).
-El principal factor determinante de la situación de crisis ha sido la dependencia de prácticamente un cliente, que al resolver el contrato de mantenimiento y no existir una alternativa de ocupación efectiva para el personal excedente, especialmente porque sus costes para la prestación del servicio y su eficiencia están fuera del mercado debido no sólo al coste hora a que se ve obligada a facturar por su nivel salarial, sino también por la pérdida de eficiencia de los equipos de trabajo. (pág. 38).
16. Es un resumen de la argumentación de la memoria del ERE, que se orienta, como recalca la sentencia, a un fin específico, cual es obtener la autorización para la extinción de 13 contratos de trabajo. De esa argumentación la AC extrae algunos pasajes para fundamentar la denuncia de unos precios/hora de mantenimiento desproporcionados o "fuera del mercado" que justificarían la acción rescisoria concursal. Pero esos pasajes deben ser leídos e interpretados dentro del conjunto de la exposición.
Lo cierto es que la memoria del ERE no dice ni admite que el precio de mantenimiento aplicado a PM sea "injustificado" o que no responda a la realidad de la calidad y tiempo de prestación del servicio de mantenimiento de los moldes fabricados para PM y que ésta destina a la fabricación de las piezas para sus clientes. Por el contrario, la exposición del ERE justifica esos precios por la alta calidad del servicio, eficiencia y formación del personal y las concretas necesidades y exigencias técnicas de los moldes fabricados para el único o principal cliente, por más que reconozca que esos precios están fuera del mercado y son ineficientes.
Con todo, la memoria justifica así la necesidad de la reestructuración o reducción de la plantilla, ante la imposibilidad de encontrar clientela dispuesta a pagar los precios que se ve obligada a exigir, pero en modo alguno se admite que sean precios abusivos o arbitrarios. Sus precios de mantenimiento para los moldes fabricados para PM están fuera del mercado porque nadie estaría dispuesto a pagarlos, dadas las especiales características de tecnología y calidad y las exigencias del cliente final, pero MM indica que se ve obligada a aplicar esos precios, que el perito Sr. Calixto considera ineficientes por no cubrir costes y ocasionar pérdidas a MM. Es, en suma, la justificación para la extinción de 13 puestos de trabajo a raíz de la denuncia unilateral del contrato de mantenimiento por parte de PM, pero no un reconocimiento de enriquecimiento injusto ni de aplicación de "sobreprecios" entendido este concepto como retribución o contraprestación injusta, arbitraria o desproporcionada en relación con la prestación que se ofrece a cambio.
17. En cuanto a las horas facturadas, coincidimos también con las valoraciones de la sentencia.
La AC fundamenta un arbitrario exceso no ya en que el tiempo facturado no fuera necesario para atender las concretas necesidades de mantenimiento de los moldes en su modalidad preventiva o correctora, sino en que otras empresas habrían realizado ese mismo trabajo en menos tiempo, y se funda en el cuadro incorporado al anexo IX del ERE.

Este cuadro comparativo no es decisivo a estos efectos, como explica la sentencia apelada, y ni siquiera reporta una utilidad apreciable. No puede aceptarse que su finalidad sea demostrar que el trabajo de mantenimiento de moldes fabricados para PM hubiera podido realizarse con la misma dedicación, calidad y exigencias tecnológicas en menos horas que las facturadas por MM; eso no es lo que expresa la memoria del ERE, y no ha sido aportado por la AC ningún dictamen pericial que acredite el carácter injustificado y en definitiva "gratuito" del número de horas facturadas. Así mismo, el perito Sr. Calixto descarta implícitamente que MM hubiera podido obtener un beneficio injustificado por la facturación de más horas de las debidas o necesarias.
Por otra parte, como también pone de manifiesto la sentencia e indicaron las demandadas, para el cálculo de horas de mantenimiento a partir de las facturas giradas por MM, de acuerdo con el método empleado por la AC, deberían descontarse aquellos conceptos que no responden propiamente a mantenimiento sino a otros conceptos como recambios y compras (que aparecen desglosados en las facturas al margen del concepto de mantenimiento), con lo que la diferencia no sería 1.039.370 # sino 693.719 #. Pero, en definitiva, como indica la sentencia, no cabe concluir que el posible "desfase" de horas responda a la inclusión de más horas de las necesarias para desarrollar el trabajo de mantenimiento de alta precisión y calidad que desarrollaba MM, y que otra empresa del sector hubiera facturado menos horas por desarrollar el mismo trabajo con la idéntica calidad.
18. Finalmente, también ratificamos el juicio de la sentencia que excluye un propósito compartido entre MM y PM de descapitalizar a esta última. Descartado un exceso en la facturación "a título gratuito", ese ánimo fraudulento no cabe deducirlo sin más de la vinculación económica y de carácter societario por razón de la identidad del accionariado entre ambas sociedades, teniendo en cuenta así mismo que una connivencia en dicho sentido hubiera evitado en alguna medida que al tiempo de ser declarado el concurso MM continuara siendo acreedora de la concursada por la suma de 747.000 #. “:SAP Barcelona (Sección 15) 15.05.2013 (Sentencia 204/2013; Rollo 358/2012)

1.13 Disposición gratuita de la sociedad cooperativa de viviendas concursada en favor de la Comunidad de Propietarios de una de las promociones construidas

AP Valladolid

“PRIMERO.-La sentencia de primera instancia estima la demanda interpuesta por la Administración Concursal de la sociedad cooperativa de viviendas demandada. En su consecuencia rescinde por perjudicial para la masa del concurso el acto dispositivo que la Cooperativa concursada realizó, en fecha 28 de marzo de 2012 y por un importe de 86.000 euros, en favor de la Comunidad de Propietarios de una de las dos promociones de viviendas, concretamente la denominada " DIRECCION002 ", cuya construcción integró el objeto social de la cooperativa.
El juzgador, tras analizar el concepto de perjuicio patrimonial como fundamento de la acción rescisoria contemplada en el art. 71 LC, relata que como consecuencia del pronunciamiento judicial parcialmente estimatorio de la reconvención interpuesta en su día por la Cooperativa frente a la empresa constructora encargada de la edificación de las viviendas y frente a la entidad de crédito que la avalaba, percibió la suma de 93.047,92 euros. Explica que dicha suma la destinó al pago en marzo y abril de 2012 de dos facturas de reparación de vicios constructivos por sendos importes de 11.800 euros y de 75.612,49 euros, al igual que previamente se habían destinado otros 12.259,91 euros a distintas reparaciones de deficiencias y otros 25.000 euros al pago de los honorarios del despacho de abogados que defendió a la Cooperativa. Añade que dieciséis días después de solicitar el concurso voluntario de la Cooperativa y pocos días antes de que el mismo se declarase, el Consejo Rector realizó el acto dispositivo impugnado, ingresando a favor de la Comunidad de Propietarios codemandada una cantidad que no le pertenecía. Y ello por cuanto, con independencia de que en parte el metálico en cuestión procediera de aportaciones realizadas por cooperativistas en exceso para cubrir la parte que correspondía a otros que decidieron no escriturar las viviendas, para compensar sobrecostes de la obra o compensar la venta de otras viviendas por precio inferior al proyectado, se había integrado en el patrimonio de la Cooperativa y estaba afecto a responder también de los créditos que ostentaban otros acreedores, como los cooperativistas que se dieron de baja con derecho al reintegro de sus aportaciones. De ahí que dicho acto lo repute perjudicial para la masa, sin que pueda encontrar justificación en que la suma recibida por la Comunidad codemandada haya sido invertida realmente en reparar deficiencias constructivas no cubiertas por la cantidad concedida en aquel procedimiento judicial, pues en su caso ello podría generar un crédito frente a la Cooperativa concursada.
Frente a dicho pronunciamiento recurre en apelación la Comunidad de Propietarios codemandada, formulando una serie de motivos de impugnación que seguidamente se analizan.
SEGUNDO.-Ha de precisarse en primer término que la acción rescisoria que nos ocupa se ejercita, en base a lo dispuesto en el art. 72.1 LC, por la Administración Concursal de la Cooperativa concursada respecto de un acto dispositivo que esta última realizó a favor de la Comunidad de Propietarios de una de las dos promociones de viviendas cuya construcción constituían el objeto social de aquella. El hecho de que la Cooperativa decidiera la realización de dicha disposición del metálico que integraba su patrimonio a favor de esta y las decisiones que al respecto adoptase su Consejo Rector no constituyen por tanto acto propio con efecto alguno vinculante para la Administración Concursal que le vede el ejercicio de dicha acción rescisoria, al amparo de lo dispuesto en el art. 71 LC, ni puede otorgársele efecto alguno enervatorio de dicha acción por cuanto precisamente constituye su presupuesto. Cierto es que la Cooperativa concursada se ha allanado a dicha pretensión rescisoria, pero dicho allanamiento no es la base sobre la que se asienta el pronunciamiento judicial que ha estimado dicha acción, sino que ante la oposición a la misma de la Comunidad de Propietarios receptora o beneficiaria del acto impugnado ha entrado a conocer de la concurrencia o no de los requisitos contemplados en el citado art. 71 LC, por lo que dicho allanamiento ningún efecto impeditivo produciría

respecto de dicha acción aun cuando fuere considerado acto propio de la Cooperativa.
TERCERO. -Ciertamente el artículo 119 de la Ley de Cooperativas de Castilla y León, en concordancia con lo que dispone la ley estatal, establece que: 1. "Si la cooperativa de viviendas desarrollase más de una promoción o una promoción en varias fases estará obligada a dotar a cada una de ellas de autonomía de gestión y de un patrimonio separado, para lo que deberá contar con una contabilidad diferenciada para cada fase o promoción, sin perjuicio de la general de la cooperativa. 2. Los socios integrados en una promoción o en diferentes fases de una promoción no se verán responsabilizados por la gestión económica de las demás. 3. Los bienes que integren el patrimonio debidamente contabilizado de una promoción o fase no responderán de las deudas de las restantes". En el caso que nos ocupa la propia Comunidad de Propietarios que hoy recurre admite que, incumpliendo dicho mandato, la Cooperativa de viviendas hoy concursada no procedió a la dotación de ese patrimonio separado y contabilidad diferenciada para cada una de las dos promociones de viviendas que constituían su objeto social, sin que conste que el Consejo Rector o la Asamblea hubieren adoptado iniciativa o decisión alguna en tal sentido. La gestión, la contabilidad y el patrimonio eran únicos, no diferenciados ni separados, para las dos promociones de viviendas que se integraban en la Cooperativa, cuestión que ya ab initio obsta para poder exonerar de responsabilidad a los socios integrados en una de las promociones respecto de deudas que pudieran dimanar exclusivamente de la gestión de la otra.
A mayor abundamiento y aún cuando se hubiere constituido ese patrimonio separado para cada una de las promociones de viviendas, lo que la ley establece es que ese patrimonio separado no responderá de las deudas de las demás promociones, no que los acreedores del mismo solo puedan cobrarse con cargo a él. Por el contrario, podrán cobrarse con los bienes y derechos de la Cooperativa, que es la que contrajo las deudas con esos acreedores. Y entre estos bienes están tanto las aportaciones de los cooperativistas cuanto las indemnizaciones que la cooperativa haya podido percibir como consecuencia del ejercicio de acciones de responsabilidad frente a terceros, como sucede en el caso que nos ocupa, metálico todo él que se integra en la tesorería de la cooperativa y que es propiedad de esta, pues el dinero es un bien fungible y no puede ser objeto de separación. Y dicho metálico, propiedad de la Cooperativa como decimos, consideramos se halla afecto al pago de los créditos que frente a la misma ostentan sus acreedores, de suerte que cualquier acto dispositivo sobre el mismo en exclusivo beneficio de una de las Comunidades de Propietarios que la integran, máxime si acaece una vez ya solicitado el concurso de la Cooperativa como aquí ha sucedido, redunda en perjuicio de dichos acreedores, entre ellos los cooperativistas a los que se les reconoció la baja con derecho a reintegro de lo aportado. Compartimos por tanto el criterio del juzgador de instancia cuando reputa rescindible dicho acto dispositivo, aunque la gestión de esa concreta Comunidad no hubiere sido la que generó las deudas. Y ello con independencia tanto de que el metálico objeto de disposición proviniere en parte de la indemnización acordada judicialmente con cargo a la empresa constructora por las deficiencias constructivas que afectaban a las edificaciones integradas en esa concreta Comunidad de Propietarios y en parte de aportaciones en exceso de los socios que escrituraron para cubrir sobrecostes de obra, cuanto de que el destino que se le hubiere dado por esta una vez percibido el efectivo en cuestión proveniente de la tesorería de la Cooperativa fuere el de acometer las reparaciones de los defectos en cuestión u otras distintas. Vamos por tanto a confirmar la sentencia apelada con desestimación del recurso.”: SAP Valladolid (Sección 3) 18.11.2014 (Sentencia 211/2014; Rollo 110/2014)

1.14 Inexistencia de cesión gratuita del registro sanitario, implícita en la transmisión onerosa del negocio de elaboración de pan

AP Zaragoza

“PRIMERO.-En el ejercicio de una acción de reintegración de los artículos 71 y siguientes L.C., la Administración Concursal (A.C.) instó la ineficacia negocial de la cesión que la Concursada hizo a favor de una tercera empresa del Registro Sanitario del que aquélla era titular y correspondiente a la "ELABORACIÓN DE PAN" (num. De RGSAA 20.5577/Z).
La Concursada ("Panificadora Luisa S.L.") no se opone a dicha rescisión, puesto que no se opone a la rescisión de la transmisión del negocio de fabricación de pan a "Hornos 3000 S.L." (arrendamiento de nave y maquinaria)
La cesionaria sí se opone, pues considera que no estamos ante una cesión "gratuita"; sino que el Registro Sanitario se cedió junto con el negocio de fabricación de pan (contrato de arrendamiento de maquinaria industrial con opción de compra) y entraría en el precio pactado por tal arrendamiento.
SEGUNDO.-La sentencia de primera instancia estimó la demanda, pues consideró que, efectivamente, hubo una cesión gratuita ya que la cesión fue posterior a dicho contrato y que la Concursada seguía comercializando los productos fabricados por la cesionaria, pues impediría a la cedente (Concursada) la continuidad en su actividad.
TERCERO-Recurre la cesionaria, "Hornos 3000 S.L.". En primer lugar, la transmisión del Registro Sanitario era necesaria para la ejecución del contrato de arrendamiento e iba comprendida en el precio de dicho pacto. En segundo lugar, la concursada no precisaba de dicho registro, pues lo era para la "ELABORACION", no para la comercialización.
CUARTO.-No habiéndose practicado prueba alguna, salvo la documental, este tribunal no puede sino interpretar los documentos obrantes en el incidente concursal en relación con las manifestaciones de las partes.
Como bien recoge la sentencia apelada, las acciones de reintegración no presuponen fraude, sino que exigen "perjuicio para la masa activa" lo que según una interpretación jurisprudencial clarificadora ha venido en traducirse en la existencia de un "sacrificio patrimonial" no exigible a la masa del concurso.
Por tanto, ciertamente que no resultaría exigible la cesión del registro sanitario de forma gratuita a un tercero,

pues ello constituiría una presunción "iuiris et de iure" de perjuicio patrimonial (art. 71-2 L.C.).
QUINTO.-No obstante, esta Sala considera que la naturaleza del contrato de 1 de abril de 2013 supone la cesión de la elaboración de pan por "P.Luisa" a "Hornos 3.000", lo que ha de llevar implícita la transmisión de las perceptivas licencias administrativas, cuyo precio ha de entenderse comprendido en el precio de la cesión de la actividad (Elaboración de pan).
No se ha practicado ninguna prueba que permita inferir que el valor de aquel registro sería incompatible o difícilmente incardinable en el precio pactado en el contrato de arrendamiento de maquinaria.
Tampoco resulta relevante la diferencia temporal entre uno y otro acto. Que el contrato sea de 1 de abril y la cesión del registro de 8 de mayo (1 mes después) no supone sino, posiblemente, un olvido de un elemento jurídico, sin apariencia física llamativa y, por tal, preterido erróneamente.
Tampoco hay incompatibilidad entre la cesión del registro y la continuidad de la concursada en la comercialización de pan, pues tal licencia administrativa lo es par la "Elaboración", que ya no desarrollaba aquélla al arrendar su maquinaria a esa tercera empresa.": SAP Zaragoza (Sección 5) 23.07.2014 (Sentencia 271/2014; Rollo 250/2014)

1.15 Inexistencia: acuerdo que incluye condonación parcial de crédito frente a tercero y cobro del resto

AP Murcia

"PRIMERO.-En el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal (en adelante AC) de Infraestructuras Terrestres, S.A. (en adelante INTERSA) se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra por la que se estime la demanda. Se indica que la acción de reintregación se refiere al acto de descuento de deuda que INTERSA realizó a BIGECO, S.A., por importe de 452.594 #, deuda que se reconoce en el contrato de fecha 25 de junio de 2010; que dicho descuento no constituye un acto ordinario, artículo 71.5.1º LC, dentro de la liquidación de un contrato de obra; que la condonación de más del 20% de lo adeudado y reconocido constituye un acto perjudicial para la masa activa y el interés del concurso; que se debe valorar en el momento de la ejecución, 2010, pero proyectando la situación de insolvencia, 2011, de forma retroactiva a dicho momento; que el acto de descuento supone un acto de minoración de la masa activa y que comporta la vulneración de la *par conditio creditorum;* que el pago inmediato de lo ya debido a la concursada no justifica la existencia de onerosidad, reconociéndose, no obstante, que la condonación de la deuda supuso una liquidez para la mercantil INTERSA; que la condonación encaja en la presunción *iure et de iure,* prevista en el artículo 71 LC; que no existe contrato bilateral con prestaciones recíprocas y que procede la rescisión parcial del contrato.
La representación procesal de la entidad INTERSA formuló escrito de alegaciones coincidentes con las sostenidas en el recurso de apelación interpuesto por la AC de INTERSA, interesando la revocación de la sentencia.
La sentencia recurrida desestima la demanda formulada por la AC de la mercantil INTERSA, en la que se ejercita la acción de reintegración, prevista en el artículo 71 LC, en cuanto al acto de descuento de deuda, de fecha 25 de junio de 2010, realizado por la mercantil INTERSA a favor de la entidad BIGECO, S.A., por importe de 452.594,88 #.
Se consideran hechos no controvertidos los siguientes: que INTERSA suscribió con la mercantil BIGECO, S.A., un contrato de obra; que con fecha de 25 de junio de 2010 las partes suscriben otro contrato de reconocimiento de deuda, en el que la mercantil BIGECO, S.A., reconoce adeudar, por la ejecución de obras, un total de 2.424.891,02 #, pactándose un descuento por la cantidad de 550.594,88 #, del total adeudado, que finalmente fue fijado en 452.594,88 #.
Se afirma que lo que se discute es el requisito del perjuicio patrimonial, exigido por la acción de reintegración, entendiendo la AC que el descuento efectuado por la concursada carece de contraprestación y que por ello opera la presunción del artículo 73.2 LC y que, subsidiariamente, es incardinable en la cláusula general residual, prevista en el artículo 71.4 LC. Que la operación de descuento es gratuita cuando se hubiera otorgado por mera liberalidad, lo que para su determinación habrá que estar a los datos fácticos, las circunstancias y características del caso concreto, para determinar si hubo o no una real reciprocidad de intereses; que se debe tener en consideración el negocio en su totalidad y los intereses en presencia. Se cita la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12-4-2012 y se concluye afirmando que en el marco contractual no puede decirse que el descuento impugnado se hiciera sin ninguna contraprestación, ni siquiera que fuese perjudicial para el resto de los acreedores, pues permitió a la concursada obtener de forma inmediata, cuando ya se encontraba en dificultades económicas, ingresos por casi dos millones de euros, entre otras ventajas, por lo que no concurre el requisito exigido por el artículo 71 LC.
SEGUNDO.-En el artículo 71 LC se establece: *"1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*
2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
1º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".
La STS de 8 de noviembre de 2012 declara: *"Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se*

plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores). En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril)".
La STS de 12 de abril de 2012 declara: *"No concreta la norma que debe entenderse por perjuicio para la masa activa, pese a lo cual, no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado. Claro está que, para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias, ya que en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que todos los pagos o actos que suponen una disminución del patrimonio suponen siempre un perjuicio para la masa, aunque fuesen debidos y constituyesen la justa contraprestación de bienes o servicios obtenidos a cambio, en virtud de contratos onerosos con obligaciones recíprocas"*.
A tenor de la doctrina jurisprudencial antes referida debe desestimarse la pretensión revocatoria, aceptándose lo razonado en instancia, pues se considera, por las razones que se exponen a continuación, que el importe de la deuda que fue condonada por INTERSA a la entidad BIGECO, S.A., por importe de 452.594,88 #, en virtud del documento de reconocimiento de deuda de 25 de junio de 2010, no constituyó, a la sazón, un acto perjudicial para la mercantil INTERSA, luego declarada en concurso, ya que el importe total de la deuda contraída por BIGECO, S.A., ascendía a la cantidad de 2.424.891,02 #, teniendo lugar, con motivo de la firma del documento de 25 de junio de 2010, ingresos, casi de forma inmediata, a favor de INTERSA, por importe aproximado de dos millones de euros, lo que facilitó la situación de liquidez de ésta, como se reconoce en el propio escrito de interposición del recurso, no pudiéndose soslayar que en el contrato de reconocimiento de deuda intervinieron además de las entidades referidas, Levantina de Explotaciones Residenciales, S.L., y BBK, siendo razonable sostener que dicho documento se suscribió al estar la entidad BIGECO, S.A., en un proceso de refinanciación de las deudas que tenía contraídas, como se desprende de lo reflejado en las propias cláusulas del documento de fecha 25 de junio de 2010 y del informe pericial que se acompaña con el escrito de contestación de la entidad BIGECO, S.A. Además, también es relevante el hecho de que existieran iniciados procedimientos judiciales por parte de INTERSA.
Se considera, pues, que el descuento se realizó en un contexto en que no resultaba perjudicada la entidad INTERSA, pues se convirtió en líquido un derecho de crédito, que de otro modo podría resultar incierto su cobro por la entidad INTERSA, eliminándose, asimismo, diferencias surgidas con motivo de la ejecución de las obras, por lo que la operación de descuento no constituyó un acto de sacrificio patrimonial injustificado, ya que en el momento en que se formalizó también obtuvo ventajas la entidad después declarada en concurso.
En definitiva, se considera que la operación de descuento no constituyó un acto puramente gratuito, sino beneficioso para las partes, y en este sentido se considera que fue un acto ordinario de la actividad empresarial y negocial, por lo que sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 71.5.1º LC.": SAP Murcia (Sección 4) 26.02.2015 (Sentencia 108/2015; Rollo 933/2014)

2. Pagos anticipados de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración de concurso

Tribunal Supremo

" SEGUNDO. Enunciado y fundamentos del único motivo del recurso de casación.
Señalan los recurrentes como norma infringida la del apartado 2 del artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio - a cuyo tenor " el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate [...] de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente " -.
Alegan que las deudas tributarias extinguidas con los pagos de cinco de julio de dos mil diez no eran exigibles en las fechas inicialmente establecidas, sino en las convenidas para aplazarlas; que la interpretación dada a la norma por el Tribunal de apelación no era la correcta; y que, en contra de lo afirmado en la sentencia recurrida, concurrían en el caso los presupuestos de la presunción " iuris et de iure " que el mencionado precepto establece, dado que Real Betis Balompié, SAD había pagado, el cinco de julio de dos mil diez, deudas que no eran exigibles en esa fecha, como consecuencia de los aplazamientos convenidos.

TERCERO.- Estimación del motivo.
I.- El artículo 1292 del Código Civil - con precedente en el 1180 del Proyecto de 1851 y en el 1038 del Código de Comercio de 1829 - dispone que serán rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlo.
Pese a que, en tal supuesto, el acreedor cobra lo que se le debe, aunque sea antes de tiempo, y es regla que no comete fraude quien ejercita su derecho - " qui suum recepit nullum videre fraudem facere " -, el legislador entendió que, estando el deudor en insolvencia, pagar a un acreedor antes de que la deuda sea exigible, constituye una alteración de la " par conditio creditorum ".
Esa norma, de indudable interés por su relación con otras del Código Civil, ha quedado reflejada en la Ley 22/2003, cuyo artículo 71, tras establecer - en el apartado 1 - que, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa - realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, con independencia de que hubiera existido o no intención fraudulenta, dispone - en el apartado 2 - que el perjuicio patrimonial se presume, sin posibilidad de prueba en contrario, cuando se trate de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a aquella declaración - con la excepción que señala, no aplicable al caso que ahora se enjuicia –": STS 17.02.2015 (Sentencia 37/2015; Recurso 3085/2012)

AP Burgos

"Por lo demás, los actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior al concurso se presumen siempre realizados en perjuicio de la masa sin posibilidad de prueba contraria. Se trata de una presunción de las llamadas iuris et de iure, como los actos realizados a título gratuito, que no admite prueba en contrario. Se justifica esta especial característica por lo sospechoso que tiene la extinción de una obligación que no vence sino hasta una época posterior, haciéndolo en una situación de insolvencia, que determinaría no tanto una anticipación de los pagos, sino su postergación. Y la rescisión se produce no porque el pago no responda a la existencia de una obligación válida y eficaz, como es en este caso la obligación de devolver en un contrato de préstamo, o porque los préstamos fueren más o menos necesarios para la continuación de la actividad comercial del deudor, sino por la ruptura del principio de la pars conditio creditorum que exige, no solo que todos los acreedores se vean afectados por igual por la situación de concurso, sino también que se hagan los pagos por el orden de la fecha de los respectivos vencimientos, lo que no se cumple cuando se anticipan los pagos a alguno de ellos.": SAP Burgos (Sección 3) 21.09.2011 (Sentencia 279/2011; Rollo 207/2011)

AP Sevilla

"Primero.- Como primer motivo de su recurso la parte apelante alega indebida aplicación del artículo 71.2 de la Ley Concursal. Establece dicho precepto en su primer apartado que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Por su parte en el aparto 2 establece una presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa activa cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real.
Por tanto el artículo 72.2 contempla dos supuestos el primero de los cuales es la disposición a título gratuito. La razón de la presunción en este caso es evidente, se trata de un acto que ninguna ventaja reportaba para el patrimonio del concursado y que sin embargo lo lleva a cabo en un período de tiempo en el que puede razonablemente entenderse que ya podía conocer las dificultades económicas para atender el pago de sus obligaciones. A la luz de este supuesto debe interpretarse, de forma restrictiva, el segundo. Es decir, el pago de una obligación antes de su vencimiento supone un acto de liberalidad que beneficia al acreedor pero que no supone ventaja alguna para el patrimonio del deudor. Obviamente no se dará este supuesto si la deuda ya era exigible o si el concursado obtuvo algún tipo de ventaja con el pago. La Ley contempla un supuesto que podríamos calificar de dudoso, cual es el que la deuda tuviese garantía real. Liberar el bien gravado puede en algunos casos suponer un beneficio para el patrimonio del concursado, de ahí que en este caso la Ley establezca la presunción como iuris tantum, permitiendo que se aporten pruebas que demuestren la ausencia de perjuicio patrimonial.
En los restantes casos, según el apartado 4, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria. ".SAP Sevilla (Sección 5) 20.09.2012 (Sentencia 442/2012; Rollo 3667/2012)

JM-1 Cantabria

"OCTAVO Sentado lo anterior respecto al argumento común empleado por la administración concursal en apoyo de su pretensión, procede entrar en el análisis de la argumentación específica con relación al pago efectuado a Polo por Santal el 14 de octubre de 2005.
En primer lugar ha de señalarse que su devengo no se produce el 5 noviembre, como se sostiene por la administración concursal. En el contrato de prestación de servicios fija una retribución mensual pagadera dentro de los cinco primeros días del mes siguiente, cosa diferente a que su vencimiento se produzca el día cinco del mes siguiente. La misma se encuentra vencida desde el día 1, aún cuando su pago se pueda realizar hasta el día cinco dentro de período de cumplimiento. Por lo tanto, su vencimiento era anterior al concurso.
No obstante, el pago se efectuó en concepto de anticipo antes del vencimiento de la obligación, el día 1 de noviembre, y solamente con dos días de antelación a la presentación de la solicitud de concurso, fecha en la que no estaba vencido tampoco. Esto supone que en el momento en que se efectuó el pago se tenía pleno conocimiento de la inminente declaración de concurso con consiguiente imposibilidad de pagar los créditos

exigibles salvo acomodándose a los trámites del mismo. Del mismo modo, el pago anticipado al vencimiento se efectuó en un momento en que no se estaban asumiendo el resto de las deudas vencidas. Las circunstancias anteriores, especialmente el pago anticipado al vencimiento, determinan que se aprecie que la existencia de un perjuicio patrimonial para la masa activa puesto que de no haberse verificado dicho pago, su crédito hubiese debido entrar a integrase en la masa pasiva del concurso, atendiendo a las fechas en las que ordinariamente se producían los pagos de las mensualidades anteriores, todos ellos, con posterioridad a la fecha de declaración del concurso.
Por ello, y de conformidad con el artículo 73 LC, procede declarar la ineficacia del acto impugnado, y condenar a los demandados a restituir la prestación objeto del mismo con sus intereses correspondientes.": SJM-1 Cantabria 18.10.2006 (AC 2007/1905)

2.0 "...excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente".

2.0.1 Inaplicabilidad de esta salvedad cuando la garantía real es de tercero

AP Albacete

"SEGUNDO.-El primer motivo de recurso reitera las alegaciones contenidas en el escrito de contestación a la demanda de que el Sr. Norberto, administrador de la mercantil concursada, actuó de buena fe al realizar las amortizaciones anticipadas del préstamo hipotecario suscrito con BBVA que es objeto de la demanda de reintegración. Afirma que la disminución del activo de la empresa llevó consigo una correlativa disminución del pasivo y que, a su entender, ese crédito tenía la condición de privilegiado especial con arreglo a lo dispuesto en el art. 90 de la Ley Concursal, como crédito que era garantizado con hipoteca. Discrepa de la sentencia pues el invocado art. 71.2 de la Ley Concursal excepciona de esa presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial a los pagos de vencimiento posterior a la declaración de concurso si cuentan con garantía real como era el caso.
El motivo se desestima. Como bien se dice en la sentencia recurrida el art. 71 de la Ley Concursal establece que "1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. 2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente ". Como se ve, el precepto es claro al señalar que aunque no exista mala fe -que en ningún momento se ha afirmado en la actuación del administrador- en todo caso se presume iuris et de iure ese perjuicio patrimonial cuando dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración se han hecho pagos de obligaciones que tuvieran su vencimiento con posterioridad a la declaración del concurso. Eso es justamente lo que hizo el Sr. Carlos Alberto con el préstamo hipotecario suscrito en enero de 2.008 con BBVA, realizó amortizaciones anticipadas de ese préstamo dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso de la empresa a través de auto de fecha 27 de junio de 2.013, de modo que la procedencia de la rescisión de dichas cancelaciones resulta evidente pretensión a la que, dicho sea de paso, se allanó también BBVA.
TERCERO.-Y a esta evidencia no empece el hecho de que el mismo art. 71.2 excluya de esa presunción aquellos supuestos en que los pagos anticipados se realicen de obligaciones con garantía real porque dicha previsión no tiene carácter abstracto o absoluto sino que para que opere la garantía debe recaer sobre bienes o derechos de la propia empresa, como literalmente establece el art. 90.1.1º de la misma ley especial, cuando califica de créditos con privilegio especial " Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados ". La razón de ser del precepto es clara, otorgar solo la condición de créditos privilegiados especiales a los créditos cuya garantía real o hipotecaria son los propios bienes de la empresa, condición que no concurría en el crédito que nos ocupa, en que la garantía se constituyó sobre bienes propiedad de los administradores. Por ello, la amortización anticipada no protegía la ejecución de bienes de la mercantil concursada sino de sus administradores y, por ese motivo, dicho crédito no puede tener la condición de privilegiado especial que sostiene la apelante.
Pero es que, además, aún siguiendo el discurso de la apelante, la condición de acto rescindible perjudicial para la masa activa de esos pagos se apreciaría incluso de considerar que se trataba de un crédito con garantía real excluido de la presunción iuris tantum del art. 71.2 porque el mismo art. 71.3 también dice que "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: (...) 3º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". Es decir, aún tratándose de obligaciones con garantía real, si se adelantan pagos se presume -ésta vez con presunción iuris tantum- que existe el perjuicio para la masa activa y por ello son rescindibles. Y desde luego, si la garantía real de esos créditos no recaía sobre bienes o derechos de TRANSPORTES HUEDO S.L., subsiste la presunción de que la amortización anticipada de dicho crédito perjudicó el patrimonio de la misma.": SAP Albacete (Sección 1) 26.05.2014 (Sentencia 126/2014; Rollo 44/2014)

2.0a Obligación de vencimiento anterior a la fecha de declaración del concurso, aunque sea posterior a su solicitud: inaplicabilidad de la presunción. Necesidad de prueba del perjuicio.

AP Barcelona

"PRIMERO: Para poder comprender mejor los términos en que se plantea la cuestión en esta alzada, conviene traer a colación los hechos y circunstancias que envuelven el acto de disposición impugnado por la administración concursal y rescindido por la sentencia dictada en primera instancia.
El 20 de junio de 2006, la entidad ARRELS CT INSOL, S.A. (en adelante ARRELS), que era titular de 4/6 partes indivisas de una finca situada en Vilanova i la Geltrú, de 10.270'60 m2, formalizó una escritura de compraventa de su participación en este inmueble a favor de TELIMU PROYECTOS INMOBILIARIOS, S.L. (en adelante TELIMU), por un precio de 4.962.315 euros. El pago de este precio se aplazaba, sin interés alguno, como plazo máximo hasta el día 30 de mayo de 2009. Al mismo tiempo se pactó una condición resolutoria explícita en garantía del pago del precio aplazado.
Ese mismo día 20 de junio de 2006, TELIMU obtuvo de CAIXA TERRASSA un préstamo de 9.276.000 euros, constituyéndose una hipoteca sobre la referida finca en garantía del cumplimiento de la obligación de devolución de dicho préstamo.
El día 11 de julio de 2008, TELIMU otorgó carta de pago, a favor de ARRELS, del precio aplazado de la compra del terreno y canceló la condición resolutoria. Y ese mismo día, TELIMU y CAIXA TERRASSA novaron el préstamo hipotecario: aumentan el capital (11.170.00 euros), modifican el tipo de interés y amplían el plazo de devolución (264 meses).
La entidad TELIMU fue declarada en concurso voluntario el 22 de junio de 2009 y la administración concursal ejercitó una demanda de reintegración, en la que interesaba la rescisión de la cancelación anticipada de la obligación de pago del precio aplazado de la compraventa del inmueble, de fecha 11 de julio de 2008. La sentencia dictada en primera instancia entiende que este acto de disposición constituye un pago anticipado, de un crédito no vencido, respecto del cual, según el art. 71.2 LC, se presume el perjuicio, sin que se admita prueba en contrario. Por esta razón estima la rescisión y acuerda restituir las cantidades pagadas y reconocer a ARRELS la condición resolutoria cancelada, esto es, clasificar su crédito con un privilegio especial del art. 90.4 LC.
La sentencia es recurrida por ARRELS por las siguientes razones: 1º porque se aplica la presunción del art. 71.2 LC que no había sido invocada en la demanda de rescisión; 2º porque no se cumplen los presupuestos previstos en el art. 71.2 LC para que pueda operar la presunción, ya que la obligación satisfecha anticipadamente venció antes de que se declarara el concurso; y 3º porque no existe perjuicio patrimonial.
"SEGUNDO: Una vez identificado el acto de disposición impugnado, que es el pago del precio aplazado correspondiente a la compra del inmueble sito en Vilanova, pago realizado el día 11 de julio de 2008, en un momento en que no había vencido esta obligación, y dentro del periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, previsto en el art. 71.1 LC, procede analizar si dicho acto de disposición es perjudicial para la masa.
Para facilitar la prueba del perjuicio, la ley presume el perjuicio en determinados casos. El apartado 2 del art. 71 establece una presunción de perjuicio, que no admite prueba en contrario (iuris et de iure), en el caso de los " pagos u actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso ". Requiere, por lo tanto, la existencia de un crédito que no vencía sino después de la declaración de concurso y su pago con anterioridad a dicha declaración, y más en concreto dentro del periodo sospechoso de dos años. Pero entiéndase bien, el crédito ha de vencer después de la declaración de concurso, sin que sea posible aplicar la presunción cuando el vencimiento acaece en el periodo comprendido entre la solicitud y la declaración de concurso. Por esta razón, en nuestro caso, no es posible aplicar la presunción de perjuicio, porque el concurso de acreedores fue declarado el día 22 de junio de 2009, después de que venciera la obligación de pago aplazada (el día 30 de mayo de 2009).
El hecho de que no opere la presunción no impide que pueda juzgarse si el acto de disposición impugnado es perjudicial para la masa, dejando claro que es la administración concursal quien debe justificar el perjuicio.

TERCERO: En nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 partíamos de la consideración de que existe perjuicio para la masa activa cuando el acto de disposición conlleva un "sacrificio patrimonial injustificado", que requiere un doble elemento: una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado.
El pago de una obligación debida, en la medida en que constituye una disminución del haber del deudor y reduce la garantía patrimonial de los acreedores, puede considerarse un sacrificio patrimonial. Pero este sacrificio, en principio, está justificado cuando la obligación está vencida y resulta exigible, siempre y cuando no concurran circunstancias que permitan advertir una alteración de la par condicio creditorum, como que se hubiera realizado estando ya el deudor en estado de insolvencia. En nuestro caso, la injustificación de este pago, según la administración concursal, radica en que se pagó anticipadamente, cuando todavía no estaba vencida la obligación: el pago se hizo el 11 de julio de 2008 y la obligación vencía el 30 de mayo de 2009. Argumenta también la demanda que lo que se canceló era un préstamo que no gozaba de garantía real y además no devengaba intereses.
Este pago anticipado debe ponerse en relación con la ampliación del crédito hipotecario que le otorgó CAIXA TERRASSA a la concursada, ese mismo día 11 de julio de 2008. De hecho, con el dinero del

crédito la concursada pudo cancelar anticipadamente la deuda derivada de la compraventa del inmueble en el que estaba llevando la promoción inmobiliaria, financiada por CAIXA TERRASSA con este crédito.
Por otra parte, el crédito cancelado, bajo la calificación concursal que hubiera merecido caso de haber quedado impagado, hubiera gozado de la consideración de crédito con privilegio especial del art. 90.4 LC, pues gozaba de una condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad, que gravaba el inmueble con preferencia a la hipoteca. El pago anticipado llevó consigo la cancelación de esta condición resolutoria y la ampliación del crédito hipotecario. Esto propició la concesión de nuevo crédito y el aplazamiento de la deuda derivada de la compra del inmueble, pendiente de vencimiento.
Además, como pone de relieve la parte apelante, en el préstamo hipotecario se había pactado la indisponibilidad de la parte del préstamo concedida en atención al valor del terreno, salvo que se destinara al pago del precio de compra aplazado.
El pago también supuso para TELIMU el cese de los intereses compensatorios que se devengaban por el retraso acumulado en la finalización de las obras. En el anexo al contrato de compraventa del mismo día 20 de junio de 2006 (ff. 57 y ss.), TELIMU y ARRELS habían pactado un interés compensatorio del 1,25% mensual aplicado desde la fecha en que debían finalizar las obras (15 de octubre de 2006) sobre las cantidades correspondientes al precio de la compra del terreno que todavía estuvieran pendientes de pago. De este modo, el pago anticipado supuso el cese de este interés y el consiguiente ahorro respecto del que se hubiera devengado hasta la fecha del vencimiento, que la parte apelante calcula en 1.534.391,04 euros. Todo lo cual muestra con claridad que este pago anticipado no supuso el perjuicio denunciado por la administración concursal.
CUARTO: Estimado el recurso de apelación, no procede hacer expresa condena de las costas de esta alzada. Tampoco se imponen las costas de la primera instancia, por las dudas de derecho que pudieran derivarse de la interpretación del art. 71.2 LC, en relación con el pago anticipado de obligaciones que vencían en el periodo comprendido entre la solicitud de concurso y su declaración, que aunque la hemos resuelto a favor de una interpretación literal y estricta de la presunción, justifican que no se impongan las costas.": SAP Barcelona (Sección 15) 20.01.2011 (Sentencia 6/2011; Rollo 294/2010)

2.0b Aplicabilidad directa sólo a las obligaciones a término, no a los casos de otras causas de inexigibilidad

AP Barcelona

"6. La sentencia, a mayor abundamiento, también acuerda la rescisión porque entiende que se pagó una deuda que no estaba vencida, ya que el crédito satisfecho con la dación provenía de un préstamo mercantil, que no era exigible sino una vez transcurrido un mes desde que la prestataria hubiera sido requerida de pago (art. 313 CCom). De esta forma, la sentencia aplica la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC.
Al respecto hay que aclarar que esta presunción afecta únicamente a los pagos de obligaciones que no vencían sino después de la declaración de concurso. La administración concursal confunde el vencimiento de la obligación con su exigibilidad. Aunque el vencimiento determina la exigibilidad de la obligación, no es la única causa de inexigibilidad, pues en nuestro ordenamiento jurídico existen otras muchas, como la prevista en el art. 313 CCom. La presunción del art. 71.2 LC debe interpretarse restrictivamente, y por lo tanto referirla tan sólo a los pagos de obligaciones sujetas a término, pendientes de cumplimiento al tiempo de declararse el concurso, sin que pueda aplicarse a otros casos de inexigibilidad de la obligación. Pero ello no significa que estos pagos no puedan rescindirse. No se aplicará la presunción de perjuicio, pero nada impide advertir una identidad de razón con los pagos anticipados y apreciar el perjuicio al amparo del art. 71.4 LC.
En este caso, el préstamo tiene la consideración de mercantil, de acuerdo con lo prescrito en el art. 311 Ccom, pues la prestataria es una sociedad mercantil por su propia naturaleza y el dinero va destinado a realizar actos de comercio, los propios de la actividad económica de la compañía. Y como las partes no pactaron ningún plazo concreto y determinado para la restitución de las sumas prestadas, según el art. 313 CCom no serían exigibles al deudor sino pasados 30 días a contar desde la fecha en que el prestatario hubiera sido requerido notarialmente. Debemos entender, como ya hemos hecho en ocasiones anteriores [Sentencia de 29 de julio de 2010 RA 177/2009)], que la exigencia del requerimiento notarial es a los efectos de que quede constancia fehaciente que el deudor fue requerido de pago.
Al no haberse acreditado que la sociedad hubiera sido requerida de pago de forma fehaciente antes de practicarse la dación en pago (31 de julio de 2008), en ese momento la deuda de la sociedad no era exigible. No obstante, atendiendo a la finalidad de la norma (art. 313 CCom) que es, en los supuestos de préstamos por tiempo indeterminado (como lo eran estas aportaciones a la sociedad), garantizar al deudor prestatario un mínimo de tiempo de 30 días para devolver el préstamo, a contar desde el momento en que conozca la intención del prestamista de reclamar su crédito, en los casos en que la sociedad no hace uso de esta facultad, sin perjuicio de que el pago sea válido, a los efectos de una rescisión concursal en interés de los acreedores concursales, el referido vicio de que al tiempo de la dación en pago el crédito no era exigible, se subsanaría transcurrido el plazo de 30 días desde que se hubiera realizado el pago, siempre y cuando en el interin no se hubiera declarado el concurso de la sociedad, pues, en este último caso, se habría llevado a cabo un pago de un crédito no exigible hasta después de la declaración de concurso.

Ahora bien, en nuestro caso si la dación en pago data del día 31 de julio de 2008, el concurso no se acuerda hasta el día 12 de noviembre de 2008, por lo tanto después de haber transcurrido con creces el reseñado plazo de un mes.
De este modo, para que el pago alterara la par condicio creditorum sería necesario acreditar que cuando devino exigible o bien la concursada estaba en concurso o bien debía estarlo, en atención a que ya se encontraba en estado de insolvencia. Y de esto último no queda constancia en los autos, porque ni siquiera se ha aducido por la administración concursal.": SAP Barcelona (Sección 15) 15.06.2011 (Sentencia 260/2011; Rollo 593/2010)

2.1 Cancelación de deuda ajena: inaplicabilidad del art 71.2

JM-1 Sevilla

"DÉCIMO.- En relación con los actos impugnados por suponer el cumplimiento anticipado de obligaciones no vencidas, que serían otro de los supuestos en los que se presume iuris et de iure el perjuicio patrimonial, la administración concursal considera que en este supuesto se encuadraría la amortización anticipada que realiza la concursada, del préstamo que Don A.C. había suscrito con la entidad LA CAIXA. Se trata de un pago de la deuda ajena. no del pago de una de las deudas de la concursada que aún no haya vencido. Por eso, no resulta de aplicación la presunción invocada. sino que debe aplicarse la regla general prevista en el párrafo 4, por lo que la demandante deberá acreditar el perjuicio patrimonial sufrido por la concursada como consecuencia de este acto.": SJM-1 Sevilla 27.04.2007 (Incidente Concursal 342/2006; Sentencia 54/2007)

2.2 Pago (anticipado) del crédito al instante del anterior concurso necesario sobreseido

JM-1 Málaga

"PRIMERO: Se ejercita por la actora una acción de rescisión amparada en el artículo 71 de la Ley Concursal derivado del pago realizado por la concursada a la codemandada del crédito de la misma tras la presentación por esta de una solicitud de declaración de concurso necesario en fecha de 4 de diciembre de 2006 (procedimiento 551/06) y antes de haber resuelto el juzgado sobre la misma. En virtud de este pago la codemandada desistió de su solicitud interesando el sobreseimiento que fue dictado. (…)
TERCERO: La Ley concursal prevé la posibilidad de desistimiento del proceso concursal en los artículos 19 y 176 de la LC. El régimen aplicable fuera de dichos supuestos debe partir de lo previsto en la disposición final quinta de la LC en cuanto a la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
No son hechos discutidos los alegados por la administración concursal en cuanto a la inicial solicitud de declaración de concurso necesario instado por la codemanda contra la hoy concursada, le sigue el pago por esta de su deuda y el sobreseimiento inmediato, a su petición, de dicho procedimiento. Posteriormente, en cuanto al proceso que nos encontramos, se declara el concurso de la citada sociedad (63/2007) al que se acumuló otra solicitud de declaración de concurso voluntario de 5 de marzo de 2007. Es decir el régimen de fechas sería el siguiente:

1. En fecha 4 de diciembre de 2006, Postventa Digital Servicio 10 SL, solicita concurso necesario de Vitelcom Mobile Technology SA (procedimiento número 551/06).
2. En fecha de 12 de enero de 2007 se extendió cheque a Postventa Digital, por Vitelcom haciendo frente a lo reclamado.
3. En fecha 19 de enero de 2007 se presenta escrito por Postventa Digital señalando que Vitelcom ha procedido al pago de los 272.272,50 euros que era el crédito en virtud del cual solicitó el concurso.
4. En fecha de 24 de enero de 2007 se declara el sobreseimiento de la solicitud del concurso a petición de Posventa Digital.
5. En fecha de 5 de marzo de 2007 se solicita el concurso voluntario por parte de Vitelcom.
6. En fecha de 16 de marzo de 2007 se declara el Concurso Necesario de Vitelcom en el procedimiento 63/07 que había sido solicitado con anterioridad al concurso voluntario.

En el marco del artículo 71 de la Ley Concursal el acto perjudicial para la masa activa, dentro del periodo reseñado de dos años, constituye un elemento mucho más amplio que el previsto en los apartados segundo, tercero o cuarto, por cuanto supone un perjuicio más allá del patrimonial y que pueda afectar a la actividad profesional o empresarial, al concurso o a la situación de insolvencia de la propia sociedad. En este sentido hemos de señalar que si bien el pago realizado supone en sí un perjuicio patrimonial, a conciencia para el acreedor de una situación concursal, también se enmarca en el concepto jurídico indeterminado señalado por la norma como "actos perjudiciales para la masa activa" en tanto supone no sólo una afectación del principio de la par conditio creditorum y un intento de cobro anticipado respecto de otros acreedores (preferentes o no) sino también utilizar la vía concursal como régimen de fraude de ley para conseguir el pago anticipado aún a pesar de dicho conocimiento y alegación de insolvencia. Sin necesidad de prueba más que sobre el acto de pago (que ha quedado acreditado) y sin necesidad de que esta se refiera al perjuicio en sí (patrimonial o no) el marco de los artículos 71.1 y 4 de la Ley Concursal consolidan y se subsumen en el acto realizado y aceptado entre el concursado y la codemandada sin que de ninguna forma pueda excusarse en el marco de su concepto de " actos ordinarios de la actividad empresarial realizados en condiciones normales" cuando se sitúan en los hechos concretos temporales reseñados sobre la situación ya

existente de insolvencia de la concursada.
Tal y como señala la STS de 27 de octubre de 2003 (Ponente Romero Lorenzo), en estos supuestos en los que existe una situación de impago y que de pronto se solucionan con una propuesta de pago es necesario, por la parte que ve liquidadas sus deudas una especial diligencia entendiendo que "esta circunstancia hace exigible una elemental diligencia a quienes como los demandados son personas acostumbradas a realizar operaciones mercantiles, que iba a implicar una llamativa interferencia en la normal evolución de la crisis económica de la entidad vendedora, a fin de asegurarse de que con tal contrato no se causaría perjuicio a los acreedores de ésta." Por ello es evidente que se produce una actuación de mala fe en tanto no se procura esta especial diligencia atendiendo al capital social de dicha sociedad, a las cuentas depositadas en el Registro Mercantil, a los impagos referidos y a la cesión realizada anticipando igualmente aquellas deudas que no habían vencido.
Es evidente que no puede existir animus nocendi en supuestos en los que un acreedor pretende garantizarse el pago de sus créditos frente a un deudor que no paga. Sin embargo también lo es que ello no puede motivar, como en el presente caso, que dicha circunstancia motive el adelantamiento de pagos, a sabiendas de la situación de insolvencia, y que por ello si debe partirse de dicho animus en cuanto el acreedor es consciente de que con ello se pueden perjudicar pagos de vencimientos anteriores a los suyos, de otros acreedores, frente a los que se coloca de forma artificial y anticipada. Ello conlleva una "scientia fraudis", esto es, un conocimiento de que tal situación futura era muy probable y con tal garantía se perjudicaría a los terceros acreedores, y se eludiría el principio concursal de la "par condicio creditorum. (SAP de Baleares de 28 de septiembre de 2000). (…) FALLO.
QUE ESTIMO TOTALMENTE LA DEMANDA presentada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DEL CONCURSO DE VITELCOM, contra LA CONCURSADA y POSTVENTA DIGITAL SERVICIO 10 SL, representado por el procurador Sra. Berbel Cascales y Sr. Olmedo Cheli y en consecuencia:
Primero: Declaro la ineficacia del pago por parte de la concursada a la codemandada para la extinción de su crédito, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración.
Segundo: Debo condenar y condeno a la codemandada, POSTVENTA DIGITAL SERVICIO 10 SL a que restituya a la masa activa los 272.272,50 euros recibidos, con sus frutos e intereses. ": SJM-1 Málaga 21.04.2008 (Incidente Concursal 63.3.1/2007)

2.3 Pago anticipado, mediante cesión de crédito, pocos días antes de la solicitud de concurso

JM-1 Málaga

"PRIMERO Se ejercita por la actora una acción de rescisión amparada en el artículo 71 de la Ley Concursal al que anuda determinados efectos de mala fe en una operación de cesión de crédito en pago de deudas que dice se realiza días antes de la solicitud de declaración de concurso y en documento privado entre las codemandadas para atender los pagos vencidos y no vencidos de dicha deuda. El documento aportado de fecha 25 de julio de 2006 no ha sido discutido.
(...)
TERCERO Analizados los elementos fijados por la nueva norma concursal procede entrar en el objeto del pleito partiendo de determinados elementos fácticos:
a) Existe un documento de fecha 25 de julio de 2006 firmado entre las codemandadas por el que la concursada reconoce una deuda de 110.619,89 euros y ser titular de diversos créditos frente al Ayuntamiento de Arcos de la frontera por 106.882,05 euros. Mediante ese documento se cede parcialmente el crédito si bien lo es con recurso de tal forma que el cesionario no responde del impago del acreedor por cuanto dicha cesión otorgará, como señala el contrato, carta de pago si efectivamente se realiza el mismo.
b) La propia codemandada cedida reconoce, aunque matiza lo afirmado por la administración concursal, que el día 25 de julio de 2006 vencían determinados pagarés y que existen otros que estaban pendientes de vencimiento. De hecho existen una serie de facturas en las que no se señala el vencimiento pero dentro de las cuales podemos localizar otras posteriores a los vencimientos pendientes de dichos instrumentos cambiarios.
Existe por tanto el criterio temporal previsto en el artículo 71 LC respecto del citado documento que se acredita aún más si tenemos en cuenta que el documento se hizo en fecha de 25 de julio de 2006 y que, como afirman las partes, el concurso se declaró en fecha de 5 de octubre de 2006 y se solicita el día 31 de julio de 2006. Por tanto la concursada conocía de su situación grave y evidentemente actúa de mala fe afectando a su propio patrimonio a sabiendas de que iba a declarar el concurso que evidentemente ya debía estar preparado dada la fecha de presentación de la solicitud y la complejidad de los documentos a presentar conforme al artículo 6 de la LC. Ello, supone un perjuicio consciente de la masa activa del concurso por la disminución que con esta se produce pero también supone afectar, como se ha señalado, pagos cuyo vencimiento se adelantaba, recogiendo, en su conjunto, una serie de facturas vencidas y no vencidas para beneficiar, sin duda, a uno de sus acreedores, que vería por ello adelantado su pago.
Nos encontramos, por tanto dentro del marco de la presunción del perjuicio patrimonial del artículo 71.2 de la Ley Concursal y por ello debe decretarse la rescisión solicitada.": SJM-1 Málaga 12.10.2007 (JUR 2008/148575)

2.4 Rescisión del pago de los honorarios del letrado de la concursada por la presentación del concurso voluntario

AP Alicante

“PRIMERO.-La demanda que inicia este incidente tiene por objeto una acción rescisoria concursal dirigida a declarar la ineficacia parcial de la entrega de 170.000.- # realizada el día 20 de enero de 2009 por la concursada a su Abogado Don Casiano en concepto de provisión de fondos por los honorarios y gastos generados por el procedimiento concursal, por lo que interesa la condena del Abogado a la reintegración a la masa de 55.966,48.- # más intereses legales.
La Sentencia de instancia estimó en su integridad la demanda y, frente a ella se ha alzado la parte demandada quien ataca los dos razonamientos esenciales de la resolución: de un lado, el pago anticipado de los honorarios al Abogado perjudica a la masa en cuanto impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores y; de otro lado, el Juzgador de instancia puede moderar los honorarios pactados entre el concursado y su Letrado.
Hemos de partir de que estamos en presencia de un contrato de arrendamiento de servicios entre, de un lado, el Abogado Don Casiano y; de otro lado, el cliente, la concursada DIALOR SANTANA, S.L.U., en el que el crédito por las costas y gastos judiciales originados por la asistencia y representación del concursado está configurado como un crédito contra la masa en los apartados 2 º y 3º del artículo 84.2 de la Ley Concursal y, su pago debe realizarse a la fecha de su vencimiento según establece el artículo 154.2 de la Ley Concursal.
Son hechos determinantes para la resolución del litigio los siguientes: a) la transferencia por importe de 170.000.- # de la concursada a favor del Abogado para subvenir a los gastos del procedimiento concursal se produjo el día 20 de enero de 2009; b) el día 21 siguiente solicitó la declaración de concurso el acreedor FONT GAS, C.B.; c) el día 22 siguiente solicitó DIALOR SANTANA, S.L.U. la declaración de concurso voluntario; d) el día 18 de marzo de 2009 fue declarado el concurso necesario.
SEGUNDO.-Se alega por la apelante que la provisión de fondos anticipada al Abogado de la concursada no causa perjuicio a la masa activa.
El artículo 71.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa activa cuando se realizan actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento es posterior a la declaración del concurso.
Como ya hemos dicho, al calificarse el derecho a la retribución del Abogado de la concursada como crédito contra la masa, su satisfacción debe efectuarse a su respectivo vencimiento. En el caso que nos ocupa, se hizo efectiva la provisión de fondos de los gastos judiciales de la concursada antes de que se solicitara y se declarara el concurso, esto es, antes de que se devengaran los derechos al cobro de los honorarios profesionales por el efectivo ejercicio de su actividad profesional. En definitiva, se anticipó un pago cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso.
El carácter de presunción iuris et de iure exime de la carga de la prueba del efectivo perjuicio a la masa activa en el sentido amplio, esto es, que impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores.
No obstante, es evidente que ese cobro anticipado puede perjudicar a otros acreedores contra la masa cuyo crédito venza antes del devengado por la actividad profesional de Don Casiano dentro del procedimiento concursal. Además, el hecho de que se trate de un crédito prededucible, no excluye el perjuicio a los acreedores concursales porque se detrae una cantidad de la masa activa destinada también a la satisfacción colectiva de los acreedores concursales antes de que se tenga derecho a ello.
De otro lado, el hecho de que se haya aprobado un convenio no afecta al carácter perjudicial del pago anticipado de los gastos judiciales de la concursada porque el momento temporal en el que debe valorarse el efectivo perjuicio es el momento en que se realiza el acto objeto de rescisión con independencia de las vicisitudes posteriores del procedimiento concursal.
De todas maneras, la aprobación del convenio no excluye el perjuicio porque: a) los demás acreedores contra la masa tendrán más dificultades ahora para obtener la satisfacción de sus respectivos créditos al haber pagado la concursada anticipadamente y de forma indebida a su Abogado; b) porque según consta en la demanda incidental y sobre lo que no se ha hecho ninguna alegación por la parte demandada (con el efecto de admisión de los hechos previsto en el artículo 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en la lista de activos valorados del Plan de Viabilidad aportado con la propuesta de convenio se incluye la suma de 94.240,53.# (procedente del "depósito" entregado al Letrado instante del concurso) como crédito a favor de DIALOR SANTANA, S.L.U., lo que resulta contradictorio con las alegaciones vertidas por la apelante en este proceso al oponerse a la reintegración.
TERCERO.-Dejando al margen las extensas disquisiciones sobre la relación entre la equidad y el Derecho que se contienen en la siguiente alegación del recurso, lo cierto es que el pacto de pago anticipado mediante provisión de fondos al Abogado de los honorarios y gastos judiciales que pueden causarse a la concursada durante el procedimiento concursal que aún no se había iniciado no afecta exclusivamente a los sujetos del contrato de arrendamiento de servicios porque los honorarios del Abogado, al ser un crédito prededucible, afecta directamente a las expectativas de satisfacción del crédito del resto de los acreedores. El principio de la autonomía privada (artículo 1.255 del Código civil) que rige el contrato de arrendamiento de servicios tiene límites y la buena fe forma parte del contenido de cualquier contrato (artículo 1.258 del Código civil) de tal manera que, en el ámbito del

procedimiento concursal, la siempre reconocida facultad judicial moderadora de los honorarios del Letrado cuando no consta expresamente su cuantía en ningún contrato, está aún más justificada.
Constituye uno de los parámetros o criterios a considerar en la moderación de la retribución del Abogado de la concursada que solo podrán abonarse los honorarios correspondientes a esa fase preliminar sin que quepa anticipar los honorarios de cualquier fase procedimental posterior toda vez que los créditos contra la masa se satisfacen a su vencimiento y el derecho a la retribución solo surge cuando se ha desplegado de forma efectiva la actividad profesional. También pueden tenerse en consideración la amplitud y complejidad de la actividad profesional realizada, el valor económico (activo y pasivo del procedimiento concursal) y, también cabe utilizar como criterio de referencia orientativo la retribución de otros profesionales intervinientes en el concurso como son los Administradores concursales cuyos honorarios vienen fijados por arancel.
Así las cosas, la cantidad satisfecha exclusivamente en concepto de honorarios del Letrado (88.604,71.#), más los derechos del Procurador (25.000.- #), más los gastos de circularización (428,81.- #), aceptada como correcta en la demanda incidental, supera en exceso la cantidad que correspondería por los gastos de asistencia y representación del deudor correspondientes a ese momento procesal preliminar del procedimiento concursal pero, en atención al principio de congruencia (artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el Magistrado de instancia estimó la demanda.": SAP Alicante (Sección 8) 18.01.2012 (Sentencia 12/2012; Rollo 687/2011)

AP Almería

"TERCERO.- Entrando en el fondo del recurso, se anticipa que el tema de los honorarios de los profesionales intervinientes en un concurso de acreedores es una cuestión polémica y que la Sala considera que, a salvo el carácter del crédito, es abordado por el juez de instancia de forma acorde a los principios inspiradores de toda la legislación concursal y a la aplicación de los mismos que han ido desarrollando la jurisprudencia llamada menor tanto los derechos de la procuradora- estos arancelarios, hoy fijados normativamente y en este proceso ya fuera del mismo en los términos expuestos en el fundamento anteriorcomo los honorarios de los letrados, pues los mismos no pueden considerarse en un concurso de acreedores como una simple relación inter partes basada a la mera confianza y en los principios de libre competencia, al afectar de manera muy importante a terceros, que son los acreedores del concurso.
En este caso, es indiscutido e indiscutible el relato de hechos probados contenido en la sentencia, pues consta la hoja de encargo por "preparación, presentación y dirección del concurso"(documento 6, folio 31 de los autos) de fecha inmediatamente anterior al concurso y que está indiscutiblemente comprendida en el ámbito temporal del período sospechoso del art 71 y también constan los pagos efectuados al nº4 por importe de 53.425,31 euros, anteriores a la declaración salvo el último pagaré de 7 de mayo, como también es indiscutible que ese acuerdo fue libremente pactado por el deudor y el despacho- procesalmente lo admite el concursado en su contestación y sostiene en el propio recurso-, también libremente elegido por el deudor de entre todos los existentes en la libre competencia.
La Ley Concursal, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, *y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso,* caso que estima el juez de instancia y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato, teniendo en cuenta que en nuestro caso, el juez estima bajo presunción legal iure et de iure que el acto es perjudicial porque se ha hecho el pago de un honorario "antes de su vencimiento", esto es, un pago anticipado y que por tanto, no es necesario prueba, sin olvidar el contenido del art 84.2.2 de la Ley Concursal y que esos pagos por honorarios derivados de la preparación, presentación y solicitud tienen legalmente el carácter de créditos contra la masa.
Así, en la determinación de honorarios concursales como se señala en sentencia de la Audiencia Provincial de de Zaragoza de 23/2/2012, habrá de tenerse en cuenta multitud de factores; especial relevancia del pasivo del concurso; los pactos anteriores al concurso tienen un valor relativo, pues afectan a terceros, con lo que se relativiza el alcance del art. 1255 C.Civil (S.A.P. Córdoba secc.3ª, 22-marzo-2011 S.A.P. Madrid, secc. 28, de 12 de marzo de 2010 y S.A.P. Alicante, secc 8ª, de 3 de junio de 2008); no es suficiente con que los derechos y honorarios cumplan con los respectivos aranceles y normas colegiales; han de conciliarse con el fin último del concurso que no es otro que procurar la mayor satisfacción de los acreedores, lo que debe de prevalecer sobre los intereses particulares de quienes de una u otra forma intervengan en el concurso (SAP Pontevedra, secc 1ª, de 8 de julio de 2001). Por ello se admite una moderación equitativa (art. 3 C.C. en evitación de un grave quebranto

para las posibilidades de cobro de los acreedores (SAP Pontevedra, secc 1ª, de 12 de julio de 2011 y Madrid, secc.28 de 16 de julio de 2010); ello se que se traduce en ocasiones en el límite cuantitativo que constituyen los derechos económicos de los administradores concursales (S.A.P. Córdoba, secc. 3ª, de 22 de marzo de 2011 y S.A.P. Madrid, secc. 28, de 16 de julio de 2010 Y, por fin, la "proporcionalidad" como límite y adecuación de la retribución profesional: A.T.S. (Sala 3ª) de 19 de julio de 2011.

Como se señala en SAP de Cáceres 22/1/2013 y de 13/9/2012 en un supuesto muy similar al presente, en el que también se debate el criterio del vencimiento que postula el recurrente: "Interesa destacar, en este sentido y a los efectos que aquí y ahora se examinan, que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, de fecha 22 de marzo de 2.011, establece que, respecto a los honorarios de los Abogados, aunque todavía no ha habido una reforma similar a las que se han operado respecto de los Administradores Concursales y los Procuradores, también existe una tendencia en la denominada "jurisprudencia menor" hacia su moderación; así, se consideró, en primer lugar, que el pago anticipado de los honorarios correspondientes a la tramitación del concurso es rescindible al ser manifiestamente perjudicial para la masa activa (Sentencia de la indicada Sección de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de octubre de 2.008). Y posteriormente, se ha cuestionado abiertamente la cuantía de los honorarios profesionales. La Sentencia de la misma Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de marzo de 2.010 1 no cuestiona, como es obvio, el derecho del deudor concursado a ser defendido por Abogado en el proceso concursal, pero parte de que "el letrado debió ser consciente al aceptar el encargo profesional de que sus honorarios no iban a constituir un mero problema interno entre Abogado y cliente sino que deberían pasar por un filtro procesal, ya que en sede de un concurso la percepción por su parte de una u otra suma en concepto de precio de sus servicios no supone un problema estrictamente privado, puesto que la retribución de dicho profesional grava directamente la masa activa (los honorarios correspondientes a la defensa del concursado no constituyen un crédito concursal sino contra la masa, artículo 84.2-2º de la Ley Concursal. Por lo que su cuantía, al tratarse de un concepto prededucible, incide directamente en la disminución de las expectativas de completa satisfacción de los acreedores, que es el fin último del concurso". La trascendencia que la cuantía de los honorarios tiene para el colectivo de los acreedores, la Jurisprudencia que ha venido reconociendo al Juez, con carácter general, facultades moderadoras para resolver las contiendas entre cliente y Letrado atinentes a la cuantía de la minuta y los límites al principio de la autonomía de la voluntad, conducen a entender que "en aras a la salvaguarda de tales limitaciones, el importe de la retribución del Abogado del concursado debe pasar el tamiz de los órganos del concurso, lo que incluye la posibilidad de que el Juez imponga una moderación ante una exigencia que pudiera estimarse desmesurada y por lo tanto perjudicial para el derecho de terceros implicados en el concurso". Y, por último, también interesa significar, a estos mismos efectos, que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, de fecha 18 de enero de 2.012, dispone que el artículo 71.2 de la Ley Concursal establece una presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa activa cuando se realizan actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento es posterior a la declaración del concurso. Como ya hemos dicho, al calificarse el derecho a la retribución del Abogado de la concursada como crédito contra la masa, su satisfacción debe efectuarse a su respectivo vencimiento ex art 154 de la Ley concursal e insistiendo frente a las alegaciones contenidas al nº8 del recurso, que no es preciso la prueba del perjuicio pues existe una presunción iure et de iure". En el mismo sentido SAP de Cádiz de 15/4/2014.

En el presente caso se pactaron en febrero de 2012 los honorarios en la hoja de encargo y se hizo efectiva la provisión de fondos de los gastos judiciales de la concursada antes de que se solicitara el concurso en fecha 4 de abril de 2012 y se declarara el concurso por auto de 2 de mayo de 2012, esto es, antes de que se devengaran los derechos al cobro de los honorarios profesionales por el efectivo ejercicio de su actividad profesional. En definitiva, se anticipó un pago cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso. El carácter de presunción iuris et de iure exime de la carga de la prueba del efectivo perjuicio a la masa activa en el sentido amplio, esto es, que impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores. No obstante, es evidente que ese cobro anticipado puede perjudicar a otros acreedores contra la masa cuyo crédito venza antes del devengado por la actividad profesional de (...) dentro del procedimiento concursal. Además, el hecho de que se trate de un crédito prededucible, no excluye el perjuicio a los acreedores concursales porque se detrae una cantidad de la masa activa destinada también a la satisfacción colectiva de los acreedores concursales antes de que se tenga derecho a ello.

Así, esa hoja de encargo suscrita por el deudor y el despacho es reflejo de un libre pacto pero como se señala en reciente SAP de la Coruña de 29/5/2013 " en principio es un pacto válido, al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, pero es contrario a los artículos 84.2.2 º y 154 de la Ley Concursal y, en consecuencia, ineficaz por contravenir disposiciones imperativas, cuando el pago de honorarios debe realizarse tras la efectiva prestación de los servicios ". El igual sentido, sentencia de la misma Audiencia de 1/2/2013.

Además, no puede considerarse como pretende la recurrente un acto ordinario de la actividad empresarial o profesional del deudor realizado en condiciones normales, pues supone pagar un crédito contra la masa al margen del concurso conociendo la situación de insolvencia y que el procedimiento se iba a solicitar.

Igualmente, como se señala en reciente SAP de Cadiz 15/4/2014 en relación al criterio del vencimiento " es sintomático y esclarecedor el artículo. 84.2 de la Ley que indica que tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes:... 2º Los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la

publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta Ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas". La interpretación de tal precepto ya lleva a entender que legalmente la exigibilidad de dichas cantidades es posterior a la declaración de concurso, pues de ser anterior no se calificaría como crédito contra la masa sino crédito común u ordinario del concurso"

CUARTO-.Presupuestos los límites a la libertad de pacto por incardinarse en un proceso concursal, ha de valorarse esa limitación cuantitativa y el distinto carácter reconocido en la resolución de instancia que combate el recurrente en el que limita los honorarios a lo fijado para la administración concursal y dentro de esos limites, computa la tercera parte como crédito contra la masa y el restante como crédito concursal.

Como bien sostiene el recurrente, los honorarios de los letrados en el actual régimen jurídico no están normados, ni se identifican *per se* con el importe que han de cobrar los administradores concursales, de la misma forma que el juez no está vinculado por las normas de honorarios de Colegios Profesionales, pues están no son vinculantes fuera de las tasaciones de costas o justicia gratuita sin perjuicio de su carácter orientador que acoge la resolución de instancia (el 35 % conforme al Colegio de Valencia"). La hoja de encargo se refiere a los trabajos de presentación, preparación y dirección de solicitud de concurso y, queda fuera de toda duda la exclusión como créditos contra la masa de honorarios por actuaciones extraconcursalaes tal y como motiva el juzgador al fundamento 15 (documento 4) que ni siquiera se han puesto de manifiesto en el propio concurso y a los que alcanza la rescisión en el seno de los pagos efectuados, como es indiscutible que esos honorarios por tales conceptos- preparación y presentación de la solicitud- son créditos contra la masa. Ahora bien, existe una clara tendencia jurisprudencial a cierta equiparación con la retribución de la administración concursal en tanto no se justifique una especial complejidad de actuación, lo que desde luego no consta acreditado en este incidente concursal, pues mas allá de las alegaciones, no consta que haya representado un esfuerzo extraordinario o ímprobo, o un trabajo superior y cualitativamente más complejo que el de los administradores concursales durante la fase común, como ya señala la resolución; en este incidente solo se refleja y por mera admisión de hechos, así como por la propia hoja de encargo que la actuación del despacho no ha ido mas más allá de la preparación, redacción y presentación de la solicitud de concurso dirigido a la inmediata liquidación de la empresa.

Así, una vez determinado la excesividad de esos honorarios y la falta de vinculación a las normas de los Colegios, procede la moderación y es un criterio mas que equitativo y garante del principio de seguridad jurídica, la limitación a la retribucion de la Administración concursal cuando no consta una especial actuación del despacho. En este sentido se opta jurisprudencialmente por esas limitaciones a la retribución de la administración concursal, entre otras en SAP Córdoba de 23/2/2011, Soria 7/5/2013, la ya citada de la Coruña de 1/2/2013 y de la Audiencia provincial de Alicante de 18/1/2012, Madrid 12 /3 /2010.

Ahora bien, bajo la interpretación literal y teleológica del art 84.2.2 de la LC anteriormente trascrito, no compartimos el criterio de la resolución de instancia en el sentido de limitar el carácter de crédito contra la masa solo al tercio de esos honorarios por haber minutado trabajados extraconcursales o al 35% conforme a las normas del Colegio de Abogados de Valencia(en la escala correspondiente a preparación y presentación), pues si en este incidente- una vez que se rescinden todos los pagos efectuados antes del vencimiento con reintegración a la masa activa-, se trata de controlar los honorarios del despacho relativos a su actuación en el concurso y se opta por su equiparación con los de la administración concursal ante la falta de prueba de una especial complejidad o trabajo, "todos" esos honorarios, han de ser considerados como créditos contra la masa. Sin desconocer el indudable valor de la doctrina sentada en la SAP Córdoba de 1/12/2010 que cita la resolución de instancia, y posteriormente recogida en sentencia de 23/11/2011 y la aplicación de la doctrina en ese caso concreto con subdivisión de las fases dentro de la fase común, consideramos que todos los honorarios del despacho por su actuación en el concurso, una vez reducidos cuantitativamente y moderados por los principios concursales, son créditos contra la masa.

Por todo ello, procede revocar la sentencia en ese sentido y reconocer a favor del despacho un crédito contra la masa por importe de 20.350,31 euros.

En definitiva, en la revisión que comporta la alzada, consideramos que procede la homologación del acuerdo con la procuradora y consecuente revocación del pronunciamiento absolutorio, así como la confirmación del pronunciamiento rescisorio en el marco del art 71. 2 de la Ley Concursal y reintegración a la masa activa de los pagos por valor de 53.425,31 euros-, con la sola excepción de los 2300 euros ya reintegrados por la Procuradora objeto de homologación en la presente que habrán de ser deducidos del punto 3 del fallo - y confirmamos la moderación de los honorarios del despacho que insta la solicitud del concurso a los fijados judicialmente para los administradores concursales, si bien todos ellos se reconocen con el carácter de crédito contra la masa.": SAP Almería (Sección 2) 16.07.2014 (Sentencia 191/2014; Rollo 126/2013)

AP Barcelona

"PRIMERO. 1. La Administración Concursal (AC) ejercitó la acción de reintegración concursal prevista en el art. 71 de la Ley Concursal (LC) a fin de que el despacho de abogados Escolá i Jasanada

Abogados S.C.P., contratado por la concursada Gralliç S.L. para la preparación y tramitación del procedimiento de concurso, restituya a la masa activa una parte, 39.014,16 #, de la provisión de fondos percibida con anterioridad al concurso y en atención al mismo.
Relataba la demanda, y son hechos incontrovertidos, que:
-En enero de 2008 la concursada Gralliç S.L. entregó al citado despacho de abogados la cantidad de 65.000 # en concepto de provisión de fondos para atender los gastos, suplidos y honorarios profesionales que se devengaran en el procedimiento de concurso voluntario que sería presentado en febrero siguiente, y que fue declarado por auto de 13 de marzo de 2008.
-El despacho de abogados emitió el 20 de febrero una minuta por honorarios profesionales, correspondientes a la preparación y presentación de la solicitud de concurso, por importe de 20.200 euros, aplicando la provisión de fondos para su cobro.
-En abril de 2008, el despacho de abogados presentó un desglose de la aplicación de la provisión de fondos percibida, imputando a sus honorarios profesionales la suma de 55.886,64 #, más los derechos del procurador y otros gastos.
2. La AC admite y no impugna la aplicación de la provisión de fondos a los siguientes conceptos y por las siguientes cuantías:
-20.200 # por honorarios de los abogados correspondientes a la preparación y solicitud del concurso;
-4.500 # correspondientes a los derechos del procurador;
-1.000 # como gastos de llevanza de contabilidad; y
-224,84 # de gastos de comunicación a acreedores;
En total 25.985,84 #, que se consideran correctamente cubiertos con la provisión.
El resto hasta la cuantía total de la provisión, por 39.014,16 #, que el despacho de abogados retiene en pago de sus honorarios, es lo que la AC reclama mediante el ejercicio de la acción de reintegración, por suponer el pago anticipado, efectuado con anterioridad al concurso, de un crédito postconcursal o contra la masa, contrariando el orden de pago legalmente establecido para tales créditos, que se rige por sus respectivos vencimientos, como ordena el art. 154.2 LC. Alegaba en este sentido que la provisión de fondos, en dicha cuantía, supone un pago anticipado que origina un perjuicio para la masa activa, en detrimento de los demás acreedores postconcursales y suplantando las competencias de la Administración Concursal, que es la única legitimada para autorizar el pago de los créditos contra la masa, y de acuerdo con el orden determinado por sus respectivos vencimientos.
3. La sentencia estimó la demanda por considerar que, en ese exceso (39.014,16 #), la provisión de fondos venía a retribuir unos servicios futuros, todavía no prestados, por lo que, de acuerdo con el art. 71.2 LC, debía presumirse el perjuicio a la masa activa en cuanto implica un pago de obligaciones cuyo vencimiento es posterior a la declaración de concurso.
El despacho de abogados impugna la decisión judicial poniendo de manifiesto la legitimidad de la provisión de fondos para atender los gastos y costas del concurso; que los honorarios profesionales del abogado de la concursada constituyen un crédito contra la masa y como tal es prededucible al margen del concurso y, además, de manera inmediata; y que no existe perjuicio para la masa activa.
SEGUNDO. Planteados así los términos del conflicto, conviene precisar en primer lugar que nadie ha discutido que los honorarios del abogado de la concursada originados por la solicitud del concurso y la gestión y defensa procesal de sus intereses y de la masa son créditos contra la masa, de conformidad con los apartados 2º y 3º del art. 84.2 LC. Tampoco se ha discutido el derecho del abogado a percibir, incluso con anterioridad a la declaración del concurso, en febrero de 2008, la minuta de honorarios emitida por importe de 20.200 #, que responde a la preparación y presentación de la solicitud del concurso (así como los derechos del procurador y otros gastos).
Lo que la AC discute, como indica la sentencia apelada, es la oportunidad del pago de la cuantía restante hasta completar los 65.000 # de provisión, ya que, si se admite el pago anticipado, con anterioridad al concurso, de los honorarios por las actuaciones futuras (a salvo los que corresponden a la solicitud y declaración del concurso), a desarrollar en el curso del procedimiento, se está contrariando el orden de pago establecido para los créditos contra la masa, que viene determinado por respectivos vencimientos (art. 154.2 LC), conforme a la valoración y consiguiente orden de prelación que ha de establecer la Administración Concursal. En este sentido ese pago anticipado origina un perjuicio a la masa activa en la medida en que privilegia a un acreedor contra la masa, que cobra anticipadamente, con perjuicio de los demás titulares de créditos contra la masa, que pueden tener mejor derecho al cobro y sin embargo no ver satisfechos íntegramente sus créditos, por haber quedado minorada la masa activa por razón de ese pago anticipado.
No puede obviarse a estos efectos que el art. 154.2 LC, al regular el orden de pago de los créditos contra la masa, acoge la prelación determinada por sus respectivos vencimientos, con una sola excepción, que se refiere a los créditos del art. 84.2.1º LC (los laborales), respecto de los cuales dispone que "se pagarán de forma inmediata".
En los demás casos rige el criterio del respectivo vencimiento, que, en lo que respecta a los honorarios por la actuación del letrado del concursado, no puede estimarse que se produzca hasta que las correspondientes actuaciones se hayan llevado a cabo, con independencia de los pactos internos entre el abogado y su cliente. Hasta entonces, en el seno del concurso, el correspondiente crédito por honorarios profesionales no se habrá devengado, no habrá vencido y no será exigible.
En consecuencia, en el exceso aludido, la provisión de fondos implicó el pago de una obligación que todavía no había nacido, pues los servicios a retribuir, en ese exceso, no se habían prestado, y de ahí el perjuicio a la masa activa.”: SAP Barcelona (Sección 15) 29.04.2011 (Sentencia 207/2011; Rollo 554/2010)

AP Cádiz

“2º.- Entrando en el fondo del asunto, prácticamente no se discuten los hechos, sino únicamente las consecuencias jurídicas de los mismos, y esencialmente se establecen en el sentido de que Las Tres Cerámicas SA encargó a Bufete Cosano y Asociados SL la preparación, posterior presentación de concurso y demás actuaciones en el mismo, entregando una serie de cantidades en concepto de provisión de fondos, como queda acreditado en autos, y por importe total de 16.836,06 #. La cuestión esencial que se plantea es la de determinar si esas cantidades entregadas son susceptibles de ser reintegradas a la masa del concurso por rescisión del pago de las mismas. La regulación actual de tales cuestiones se encuentra en el art. 71 de la Ley Concursal que se estructura sobre dos elementos, que el negocio se situé en el plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso y en segundo lugar que se produzca un perjuicio para la masa.
En cuanto a la determinación de dicho perjuicio, el párrafo 2 de dicho precepto establece que: "El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.". Dado que en el presente supuesto lo que se produce son: "pagos u otros actos de extinción de obligaciones", lo que se plantea es el vencimiento de dicha obligación. A este respecto es sintomático y esclarecedor el art. 84.2 de la Ley Concursal que indica que "Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes:... 2º Los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta Ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas".
La interpretación de tal precepto ya lleva a entender que legalmente la exigibilidad de dichas cantidades es posterior a la declaración de concurso, pues de ser anterior no se calificaría como crédito contra la masa sino crédito común u ordinario del concurso. Pero asimismo esta interpretación es la comúnmente seguida por distintas Audiencias Provinciales, así es de citar, la sentencia de A Coruña de 25 septiembre 2013 que indica que "En consecuencia, acreditado el pago de una provisión de fondos y anticipos a cuenta de los honorarios que correspondan al letrado de la concursada por la presentación del procedimiento concursal, debemos sostener que aún siendo lícito y eficaz el pacto suscrito por las partes, el pago sería rescindible por ser manifiestamente perjudicial para la masa activa al no estar justificada su anticipación en fecha inmediatamente anterior a la declaración del concurso"; la sentencia de la AP Cáceres de 22 enero 2013 y 13 de septiembre de 2012 indican que "acreditado el pago de una provisión de fondos y anticipos a cuenta de los honorarios que correspondan al letrado de la concursada por la presentación del procedimiento concursal, debemos sostener que aún siendo lícito y eficaz el pacto suscrito por las partes, el pago sería rescindible por ser manifiestamente perjudicial para la masa activa al no estar justificada su anticipación en fecha inmediatamente anterior a la declaración del concurso". A su vez la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, de fecha 22 de marzo de 2.011, establece que, "respecto a los honorarios de los Abogados,... que el pago anticipado de los honorarios correspondientes a la tramitación del concurso es rescindible al ser manifiestamente perjudicial para la masa activa", citando en igual sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de octubre de 2.008. También mantiene dicha posición la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, de fecha 18 de enero de 2.012 al indicar que " artículo 71.2 de la Ley Concursal establece una presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa activa cuando se realizan actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento es posterior a la declaración del concurso. Como ya hemos dicho, al calificarse el derecho a la retribución del Abogado de la concursada como crédito contra la masa, su satisfacción debe efectuarse a su respectivo vencimiento. En el caso que nos ocupa, se hizo efectiva la provisión de fondos de los gastos judiciales de la concursada antes de que se solicitara y se declarara el concurso, esto es, antes de que se devengaran los derechos al cobro de los honorarios profesionales por el efectivo ejercicio de su actividad profesional. En definitiva, se anticipó un pago cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso. El carácter de presunción iuris et de iure exime de la carga de la prueba del efectivo perjuicio a la masa activa en el sentido amplio, esto es, que impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores.". Esta misma Sala ha resuelto en idéntico sentido en sentencia de 28 de diciembre de 2013, que indicaba que "Contrariamente a cuanto se expone en el recurso, ya la Jueza a quo evidencia que realmente no existe una fase previa, autónoma, de estudio, independiente de la que pueda originarse como consecuencia de la solicitud de concurso y autónoma en su retribución (aun cuando formalmente por las partes en la hoja de encargo así se refleje) por cuanto que la misma provisión de fondos ya pone de manifiesto ese pago anticipado que la propia resolución concluye", manteniendo que el momento de devengo es la declaración de concurso, y en su consecuencia los pagos anticipados pueden ser rescindidos, por lo cual procede revocar en tal sentido la sentencia recurrida, manteniendo la absolución de los demandados D. Cornelio y la entidad Bufete Cosano y Asociados Fiscal SL, y estimando la demanda interpuesta por la Administración Concursal, contra la concursada Las Tres Cerámicas SA, quien se allanó, y contra la entidad Bufete Cosano y Asociados SL, acordando la rescisión y declarando la ineficacia de los pagos realizados por la concursada a la entidad Bufete Cosano y Asociados SL, en concepto de anticipo de honorarios por

la preparación y presentación de la solicitud de concurso, por importe de 16.836,06 #, condenando a dicha entidad, Bufete Cosano y Asociados SL a que reintegre la referida suma a la masa del concurso, más los intereses legales devengados desde la fecha de los respectivos cobros hasta la declaración de concurso.”: SAP Cádiz (Sección 5) 26.02.2014 (Sentencia 100/2014; Rollo 54/2014)

“2º.- Entrando en el fondo del asunto, prácticamente no se discuten cuestiones fácticas sino tan solo las consecuencias jurídicas derivadas de las mismas, siendo así que habiéndose acreditado y no resultando controvertida la entrega de las cantidades señaladas en concepto de provisión de fondos, la cuestión esencial que se plantea es la de determinar si esas cantidades entregadas son susceptibles de ser reintegradas a la masa del concurso por rescisión del pago de las mismas.
Como ya señalamos en nuestra sentencia de fecha 26 de Febrero del presente año 2.014, dictada en procedimiento similar con otra entidad concursada y los mismos demandados, la regulación actual de tales cuestiones se encuentra en el artículo 71 de la Ley Concursal que se estructura sobre dos elementos, que el negocio se situé en el plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso y en segundo lugar que se produzca un perjuicio para la masa. No habiendo duda en cuanto a la fecha en que se realizaron los pagos, como se infiere con total objetividad de la documental que se acompaña a la demanda inicial de las actuaciones, en cuanto a la determinación de dicho perjuicio, el párrafo segundo de dicho precepto establece que: *"El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.".* Dado que en el presente supuesto lo que se produce son: "pagos u otros actos de extinción de obligaciones", lo que se plantea es el vencimiento de dicha obligación y a este respecto es sintomático y esclarecedor el artículo. 84.2 de la Ley Concursal que indica que *"Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes:... 2º Los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta Ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas".* La interpretación de tal precepto ya lleva a entender que legalmente la exigibilidad de dichas cantidades es posterior a la declaración de concurso, pues de ser anterior no se calificaría como crédito contra la masa sino crédito común u ordinario del concurso. Pero asimismo esta interpretación es la comúnmente seguida por distintas Audiencias Provinciales, así es de citar, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 Septiembre 2.013 que indica que *"En consecuencia, acreditado el pago de una provisión de fondos y anticipos a cuenta de los honorarios que correspondan al letrado de la concursada por la presentación del procedimiento concursal, debemos sostener que aún siendo lícito y eficaz el pacto suscrito por las partes, el pago sería rescindible por ser manifiestamente perjudicial para la masa activa al no estar justificada su anticipación en fecha inmediatamente anterior a la declaración del concurso".* Igualmente las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres de 22 Enero de 2.013 y 13 de Septiembre de 2.012 indican que *"acreditado el pago de una provisión de fondos y anticipos a cuenta de los honorarios que correspondan al Letrado de la concursada por la presentación del procedimiento concursal, debemos sostener que aún siendo lícito y eficaz el pacto suscrito por las partes, el pago sería rescindible por ser manifiestamente perjudicial para la masa activa al no estar justificada su anticipación en fecha inmediatamente anterior a la declaración del concurso".* A su vez la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, de fecha 22 de Marzo de 2.011, establece que, *"respecto a los honorarios de los Abogados,... que el pago anticipado de los honorarios correspondientes a la tramitación del concurso es rescindible al ser manifiestamente perjudicial para la masa activa",* citando en igual sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de Octubre de 2.008. También mantiene dicha posición la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, de fecha 18 de Enero de 2.012 al indicar que *"el artículo 71.2 de la Ley Concursal establece una presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa activa cuando se realizan actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento es posterior a la declaración del concurso. Como ya hemos dicho, al calificarse el derecho a la retribución del Abogado de la concursada como crédito contra la masa, su satisfacción debe efectuarse a su respectivo vencimiento. En el caso que nos ocupa, se hizo efectiva la provisión de fondos de los gastos judiciales de la concursada antes de que se solicitara y se declarara el concurso, esto es, antes de que se devengaran los derechos al cobro de los honorarios profesionales por el efectivo ejercicio de su actividad profesional. En definitiva, se anticipó un pago cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso. El carácter de presunción iuris et de iure exime de la carga de la prueba del efectivo perjuicio a la masa activa en el sentido amplio, esto es, que impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores.".* Incluso esta misma Sala ha resuelto en idéntico sentido en sentencia de 28 de Diciembre de 2013, que indicaba que *"Contrariamente a cuanto se expone en el recurso, ya la Jueza a quo evidencia que realmente no existe una fase previa, autónoma, de estudio, independiente de la que pueda originarse como consecuencia de la solicitud de concurso y autónoma en su retribución (aun cuando formalmente por las partes en la hoja de encargo así se refleje) por cuanto que la misma provisión de fondos ya pone de manifiesto ese pago anticipado que la propia resolución concluye",* manteniendo que el momento de devengo es la declaración de concurso, y en

su consecuencia los pagos anticipados pueden ser rescindidos.
Expuestas las anteriores consideraciones jurisprudenciales y en su correcta aplicación al supuesto contemplado procede la estimación parcial del recurso y la revocación del fallo de la sentencia recurrida, manteniendo la absolución del demandado DON Belarmino, y estimando parcialmente la demanda inicial de las actuaciones interpuesta por la Administración Concursal, contra la entidad concursada ANTONIO MONTERO AGUILERA S.L., quien se allanó a la misma, y contra las entidades BUFETE COSANO Y ASOCIADOS FISCAL S.L. y BUFETE COSANO Y ASOCIADOS S.L., acordando la rescisión y declarando la ineficacia de los pagos realizados por la concursada a dichas entidades en concepto de anticipo de honorarios por la preparación y presentación de la solicitud de concurso, con excepción del que consta al folio 26 por valor de 406 #, por importe de 23.664'02 #, condenando a dichas entidades a que reintegren la referida suma a la masa del concurso, más los intereses legales devengados desde la fecha de los respectivos cobros hasta la declaración de concurso.”: SAP Cádiz (Sección 5) 15.04.2014 (Sentencia 204/2014; Rollo 53/2014)

AP Cáceres

“CUARTO.-De este modo, la Administración Concursal del Concurso Abreviado de la entidad Urbinesa,
S.L. ha ejercitado en la Demanda Incidental una acción rescisoria y de reintegración a la masa del importe de tres facturas giradas a favor de Iure Madrid, S.L., por servicios profesionales de Abogados prestados y devengados con anterioridad a la Declaración de Concurso. Nos referimos a las siguientes Facturas: número 2.011/033, emitida el día 24 de Mayo de por importe de 5.900 euros, por el concepto "Preparación de la solicitud de concurso voluntario", y abonada en el mes de Marzo de 2.011; número 2.011/034, emitida el día 24 de Mayo por importe de 5.900 euros, por el concepto "Presentación de concurso voluntario", y que se abonó el día 20 de Mayo de 2.011, y número 2.011/041, emitida el día 7 de Junio, por importe de 5.900 euros, por el concepto "Elaboración y presentación de Propuesta anticipada de liquidación", y que se abonó el día 15 de Junio de 2.011. La Administración Concursal entiende que se había producido el pago de una obligación no vencida, un pago, por tanto, anticipado, cuyo devengo era posterior a la declaración de concurso, contrario a lo previsto en el artículo 71 de la Ley Concursal, contrario a la ley y por tanto perjudicial para la masa, no tratándose de un pago que pudiera considerarse un acto ordinario de la actividad de la empresa concursada. Habiéndose opuesto a la Demanda Incidental la entidad Iure Madrid, S.L., el Juzgado de instancia, en la Sentencia recurrida, ha desestimado la acción rescisoria respecto de la primera factura, por lo que, respecto de la misma, al haber sido consentido este pronunciamiento por la Administración Concursal, ninguna consideración cabe efectuar en la presente Resolución; en tanto que la Demanda sí ha sido acogida respecto a las dos facturas restantes, con obligación de devolución o de reintegro del importe de las mismas a la masa al tratarse de pagos anticipados de honorarios rescindibles por causar perjuicio a la masa, es decir, de pagos abonados antes de su vencimiento, o, lo que es lo mismo, antes de la declaración de concurso -en un caso- y antes de la presentación de la Propuesta de Liquidación -en el otro-.
La decisión adoptada por el Juzgado de instancia, en la Sentencia recurrida (y los razonamientos jurídicos en los que se fundamenta), son -a criterio de este Tribunal- impecables, y, desde luego, no se han visto desvirtuados por las alegaciones en las que se sustenta el único motivo de la Impugnación. En este sentido, aun cuando la parte apelante articula el Recurso por medio de dos alegaciones distintas, en principio, y convenientemente separadas, en realidad ambas convergen en el mismo postulado y planteamientos sustantivos y en los mismos criterios de discrepancia jurídica, estribando la diferencia en que el motivo se desglosa en función del concepto de cada una de los dos Facturas cuyo reintegro de sus importes a la masa del Concurso ha sido acordada en la Sentencia recurrida. En realidad, el planteamiento fáctico de la cuestión controvertida no es objeto de discusión en esta sede recursiva, hasta el extremo de que, lejos de negarse, se reconoce que ambas facturas fueron abonadas por anticipado, aunque en el primer caso solo lo fuera por cuatro días. Se cuestiona, más bien, la inexistencia de perjuicio para la masa o la posición del Abogado que prestó el servicio profesional como acreedor concursal en el caso de que se procediera al reintegro del importe de las facturas controvertidas.
En este sentido, este Tribunal considera que la problemática litigiosa que se debate en esta segunda instancia fue correctamente resuelta por el Juzgado de instancia en los Fundamentos del Derecho de la Sentencia recurrida; y es que, en efecto, el perjuicio para la masa, objetivamente considerado, existe ante el pago anticipado de las dos facturas antes del vencimiento, es decir, antes de que hubiera surgido la obligación de abonar las mismas; el perjuicio se presume, incluso y además, "ex lege"; en tercer lugar, es irrelevante el periodo de tiempo en el que se verificó el anticipo del pago, e intrascendente el que los importes de los honorarios girados fueran inferiores a los que resultarían de aplicar las normas orientadoras del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Cáceres. Y, finalmente, la condición que pudiera tener el crédito del Abogado como acreedor concursal constituye, precisamente, exponente inequívoco de la oportunidad de que los importes de las facturas abonadas hubieran de devolverse y reintegrarse a la masa del concurso.
QUINTO.-Interesa destacar, en este sentido y a los efectos que aquí y ahora se examinan, que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, de fecha 22 de Marzo de 2.011, establece que, respecto a los honorarios de los Abogados, aunque todavía no ha habido una reforma similar a las que se han operado respecto de los Administradores Concursales y los Procuradores, también existe una tendencia en la denominada "jurisprudencia menor" hacia su moderación; así, se

consideró, en primer lugar, que el pago anticipado de los honorarios correspondientes a la tramitación del concurso es rescindible al ser manifiestamente perjudicial para la masa activa (Sentencia de la indicada Sección de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de Octubre de 2.008). Y posteriormente, se ha cuestionado abiertamente la cuantía de los honorarios profesionales. La Sentencia de la misma Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de Marzo de 2.010 no cuestiona, como es obvio, el derecho del deudor concursado a ser defendido por Abogado en el proceso concursal, pero parte de que "el letrado debió ser consciente al aceptar el encargo profesional de que sus honorarios no iban a constituir un mero problema interno entre Abogado y cliente sino que deberían pasar por un filtro procesal, ya que en sede de un concurso la percepción por su parte de una u otra suma en concepto de precio de sus servicios no supone un problema estrictamente privado, puesto que la retribución de dicho profesional grava directamente la masa activa (los honorarios correspondientes a la defensa del concursado no constituyen un crédito concursal sino contra la masa, artículo 84.2-2º de la Ley Concursal). Por lo que su cuantía, al tratarse de un concepto prededucible, incide directamente en la disminución de las expectativas de completa satisfacción de los acreedores, que es el fin último del concurso". La trascendencia que la cuantía de los honorarios tiene para el colectivo de los acreedores, la Jurisprudencia que ha venido reconociendo al Juez, con carácter general, facultades moderadoras para resolver las contiendas entre cliente y Letrado atinentes a la cuantía de la minuta y los límites al principio de la autonomía de la voluntad, conducen a entender que "en aras a la salvaguarda de tales limitaciones, el importe de la retribución del Abogado del concursado debe pasar el tamiz de los órganos del concurso, lo que incluye la posibilidad de que el Juez imponga una moderación ante una exigencia que pudiera estimarse desmesurada y por lo tanto perjudicial para el derecho de terceros implicados en el concurso".
Y, por último, también interesa significar, a estos mismos efectos, que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, de fecha 18 de Enero de 2.012, dispone que el artículo 71.2 de la Ley Concursal establece una presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa activa cuando se realizan actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento es posterior a la declaración del concurso. Como ya hemos dicho, al calificarse el derecho a la retribución del Abogado de la concursada como crédito contra la masa, su satisfacción debe efectuarse a su respectivo vencimiento. En el caso que nos ocupa, se hizo efectiva la provisión de fondos de los gastos judiciales de la concursada antes de que se solicitara y se declarara el concurso, esto es, antes de que se devengaran los derechos al cobro de los honorarios profesionales por el efectivo ejercicio de su actividad profesional. En definitiva, se anticipó un pago cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso. El carácter de presunción iuris et de iure exime de la carga de la prueba del efectivo perjuicio a la masa activa en el sentido amplio, esto es, que impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores. No obstante, es evidente que ese cobro anticipado puede perjudicar a otros acreedores contra la masa cuyo crédito venza antes del devengado por la actividad profesional de (...) dentro del procedimiento concursal. Además, el hecho de que se trate de un crédito prededucible, no excluye el perjuicio a los acreedores concursales porque se detrae una cantidad de la masa activa destinada también a la satisfacción colectiva de los acreedores concursales antes de que se tenga derecho a ello. De otro lado, el hecho de que se haya aprobado un convenio no afecta al carácter perjudicial del pago anticipado de los gastos judiciales de la concursada porque el momento temporal en el que debe valorarse el efectivo perjuicio es el momento en que se realiza el acto objeto de rescisión con independencia de las vicisitudes posteriores del procedimiento concursal.": SAP Cáceres (Sección 1) 13.09.2012 (Sentencia 397/2012; Rollo 393/2012)

"CUARTO.-Entrando en el fondo del asunto, esta Sala ya se ha pronunciado sobre una cuestión idéntica a la planteada en este incidente en la sentencia de 13 de septiembre de 2012, en la que decíamos: "Interesa destacar, en este sentido y a los efectos que aquí y ahora se examinan, que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, de fecha 22 de Marzo de 2.011, establece que, respecto a los honorarios de los Abogados, aunque todavía no ha habido una reforma similar a las que se han operado respecto de los Administradores Concursales y los Procuradores, también existe una tendencia en la denominada "jurisprudencia menor" hacia su moderación; así, se consideró, en primer lugar, que el pago anticipado de los honorarios correspondientes a la tramitación del concurso es rescindible al ser manifiestamente perjudicial para la masa activa (Sentencia de la indicada Sección de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de Octubre de 2.008). Y posteriormente, se ha cuestionado abiertamente la cuantía de los honorarios profesionales. La Sentencia de la misma Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de Marzo de 2.010 no cuestiona, como es obvio, el derecho del deudor concursado a ser defendido por Abogado en el proceso concursal, pero parte de que "el letrado debió ser consciente al aceptar el encargo profesional de que sus honorarios no iban a constituir un mero problema interno entre Abogado y cliente sino que deberían pasar por un filtro procesal, ya que en sede de un concurso la percepción por su parte de una u otra suma en concepto de precio de sus servicios no supone un problema estrictamente privado, puesto que la retribución de dicho profesional grava directamente la masa activa (los honorarios correspondientes a la defensa del concursado no constituyen un crédito concursal sino contra la masa, artículo 84.2-2º de la Ley Concursal). Por lo que su cuantía, al tratarse de un concepto prededucible, incide directamente en la disminución de las expectativas de completa satisfacción de los acreedores, que es el fin último del concurso". La trascendencia que la cuantía de los honorarios tiene para el colectivo de los acreedores, la Jurisprudencia que ha venido reconociendo al Juez, con carácter general, facultades moderadoras para resolver las contiendas entre cliente y Letrado atinentes a la cuantía de la minuta y los límites al principio de la autonomía de la voluntad, conducen a entender que "en aras a la

salvaguarda de tales limitaciones, el importe de la retribución del Abogado del concursado debe pasar el tamiz de los órganos del concurso, lo que incluye la posibilidad de que el Juez imponga una moderación ante una exigencia que pudiera estimarse desmesurada y por lo tanto perjudicial para el derecho de terceros implicados en el concurso". Y, por último, también interesa significar, a estos mismos efectos, que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, de fecha 18 de Enero de 2.012, dispone que el artículo 71.2 de la Ley Concursal establece una presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa activa cuando se realizan actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento es posterior a la declaración del concurso. Como ya hemos dicho, al calificarse el derecho a la retribución del Abogado de la concursada como crédito contra la masa, su satisfacción debe efectuarse a su respectivo vencimiento. En el caso que nos ocupa, se hizo efectiva la provisión de fondos de los gastos judiciales de la concursada antes de que se solicitara y se declarara el concurso, esto es, antes de que se devengaran los derechos al cobro de los honorarios profesionales por el efectivo ejercicio de su actividad profesional. En definitiva, se anticipó un pago cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso. El carácter de presunción iuris et de iure exime de la carga de la prueba del efectivo perjuicio a la masa activa en el sentido amplio, esto es, que impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores. No obstante, es evidente que ese cobro anticipado puede perjudicar a otros acreedores contra la masa cuyo crédito venza antes del devengado por la actividad profesional de (...) dentro del procedimiento concursal. Además, el hecho de que se trate de un crédito prededucible, no excluye el perjuicio a los acreedores concursales porque se detrae una cantidad de la masa activa destinada también a la satisfacción colectiva de los acreedores concursales antes de que se tenga derecho a ello. De otro lado, el hecho de que se haya aprobado un convenio no afecta al carácter perjudicial del pago anticipado de los gastos judiciales de la concursada porque el momento temporal en el que debe valorarse el efectivo perjuicio es el momento en que se realiza el acto objeto de rescisión con independencia de las vicisitudes posteriores del procedimiento concursal".
En consecuencia, acreditado el pago de una provisión de fondos y anticipos a cuenta de los honorarios que correspondan al letrado de la concursada por la presentación del procedimiento concursal, debemos sostener que aún siendo lícito y eficaz el pacto suscrito por las partes, el pago sería rescindible por ser manifiestamente perjudicial para la masa activa al no estar justificada su anticipación en fecha inmediatamente anterior a la declaración del concurso en manifiesto perjuicio para los titulares de créditos contra la masa, que no constan los hayan visto satisfechos íntegramente. Además, no puede considerarse como pretende la recurrente un acto ordinario de la actividad empresarial o profesional del deudor realizado en condiciones normales, pues supone pagar un crédito contra la masa al margen del concurso conociendo la situación de insolvencia y que el procedimiento se iba a solicitar. “:SAP Cáceres (Sección 1) 22.01.2013 (Sentencia 28/2013; Rollo 662/2012)

AP Granada

“SEGUNDO: Resulta evidente, a tenor de los hechos expuestos, que la percepción por el Sr. Luis Alberto, con cargo a la sociedad concursada, en al año anterior al de la declaración de concurso, de honorarios profesionales sobre servicios realizados después del concurso e incluso también respecto de los liquidados y facturados después, deben estimarse perjudiciales para la masa activa, siendo de aplicación para ellos la presunción iure et de iure del artículo 71.2 de la Ley Concursal, al tratarse de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración de concurso.
Por otra parte, en cuanto con los restantes pagos realizados, elude el letrado someterse a la comunidad de pérdidas, al que sin embargo se ven abocados otros acreedores de la entidad.
De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, desarrollada en las Sentencias de 12 de abril, 26 de octubre, 8 de noviembre de 2012, y 10 de julio de 2013, la *"jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado."*
Sin embargo la misma doctrina jurisprudencial ha precisado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible cuando al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia. *"La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa." (STS 10 de julio de 2013).* Por ello ha matizado que *"Para determinar qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha."* (STS 8/11/12). Por ello, *"Cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la*

masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido." (STS 26/10/12), ya que en otro caso se extendería *"excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva"* (STS 26/10/12).
Por tanto, dado que en este caso, se ha probado, respecto de los restantes pagos, relativos a obligaciones vencidas antes de la declaración de concurso, que se realizaron cuando el concursado se hallaba en situación de insolvencia, alterando así el régimen de preferencias y comunidad de perdidas característico del proceso concursal, beneficiando así de modo injustificado al acreedor-apelante, que con cargo a los fondos transferidos percibió los honorarios que le eran debidos, vencidos y exigibles, debe estimarse concurrente el perjuicio para la masa activa, y conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 71 de la Ley Concursal, confirmar el acogimiento total de la acción rescisoria realizado en la sentencia recurrida, ya que como hemos establecido en el apartado anterior no dejo la administración concursal, en el acto de la vista, al margen tal presupuesto de su acción, oportunamente alegado en la demanda, y reiterado inicialmente en el juicio oral. En consecuencia, aunque por fundamentación diferente a la de la sentencia recurrida, respecto de los pagos relativos a honorarios vencidos y exigibles, antes de la declaración de concurso, también respecto de ellos debe estimarse la acción rescisoria, ya que concurren las circunstancias excepcionales requeridas por la jurisprudencia, STS 26 de octubre de 2012 y 10 de julio de 2013, para acoger por tal motivo la acción de reintegración, como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo la transmisión de fondos y la liquidación de los honorarios, en gran parte facturados en diciembre de 2008, teniendo en cuenta la proximidad con la solicitud de concurso necesario y su declaración (19 de noviembre de 2008 y 6 de febrero de 2009), la naturaleza del crédito, y la condición de su acreedor (asesor permanente del comité de dirección de la sociedad concursada). Por todo ello estimamos injustificados los pagos selectivos examinados, que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores].
Como expresa la STS de 10 de julio de 2013, no es admisible que llegada una situación de crisis económica, quien tiene un conocimiento privilegiado de la situación, como sin duda era en este caso el apelante, pretenda quedar al margen del proceso concursal extinguiendo sus deudas, con preferencia al resto de los acreedores. En consecuencia, concurriendo este perjuicio, que también seria predicable respecto de las obligaciones vencidas después de la declaración de concurso, hemos de estimar concurrentes los presupuestos necesarios para el éxito de la acción de reintegración.": SAP Granada (Sección 3) 21.02.2014 (Sentencia 48/2014; Rollo 24/2014)

AP La Coruña

"PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la representación de la entidad "Antonio Pérez y Asociados Abogados, S.L.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña en autos de Incidente Concursal nº 308/11/03, que estimando la acción de reintegración ejercitada por la Administración Concursal, declara la rescisión del reconocimiento de deuda y cesión de derecho de cobro de la deuda que la entidad concursada "Grupo Construnor Estructuras, S.L." ostenta frente a "Entidad Urbanística Gestión Suelo Urbanizable Urb-1 Villa Amalia" recogidos en la escritura notarial de 10 de mayo de 2011, y condena a "Antonio Pérez y Asociados Abogados, S.L." a restituir a la concursada los derechos de crédito cedidos y pendientes de cobro, o su importe si ya se hubiera satisfecho, con imposición de costas a la parte demandada, alegando en el recurso diversos motivos, los que deben ser objeto de nuestra consideración en la alzada, y que en todo caso, que no se haga expresa imposición de las costas, por cuanto nos encontramos ante una acción de rescisión, en sede de incidente concursal, de actos en principio perfectamente validos y eficaces en el momento en que se otorgaron, si bien tras la declaración, en tiempo posterior, de una de las partes en situación de concurso la ley permite su declaración rescisoria, cuando el acto perjudique a la masa activa, por lo que estima que a pesar de ser estimada la demanda no debe hacerse expresa imposición de las costas derivadas del incidente.
SEGUNDO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Pues bien, los actos cuya rescisión se declara en la sentencia apelada consistieron en escritura autorizada por el Notario de Vigo, D. José Antonio Rodríguez González, el 10 de mayo de 2011, por el

que, entre otros importes, "Grupo Construnor Estructuras, S.L." reconoce adeudar a "Antonio Pérez y Asociados Abogados, S.L.", (en adelante APYA), la suma de 269.060,69 euros, en concepto de asesoramiento jurídico. Y que en pago de la deuda le cede, que acepta, el derecho de cobro de la deuda que la cedente ostenta frente a la "Entidad Urbanística Gestión Suelo Urbanizable Urb-1 Villa Amalia".

Por otra parte, "Grupo Construnor Estructuras, S.L." fue declarada en concurso voluntario por auto dictado el día 30 de junio de 2011, habiendo presentado la solicitud el 21 de julio de 2009.

Se reconoce de contrario, que ante el análisis de la evolución económico-financiera de las empresas que componen el denominado Grupo Construnor (Inversiones Salgueiriños, Santiago Norte, Impacta, Grupo Construnor Estructuras, Construnor Estructuras), se consulta con APYA sobre la situación, que recomienda plantear procedimientos concursales de las distintas sociedades que componen el Grupo Construnor, y para ello hace una propuesta de trabajos a realizar con sus correspondientes honorarios. El presupuesto, para atender los distintos concursos, se fijó en 530.000 euros, más IVA, y una provisión de fondos de 230.000

euros, más IVA, que fue aceptado, que fue aceptado, y como solución de pago convinieron que el importe de la provisión de fondos la abonase "Grupo Construnor Estructuras, S.L.", cediéndole el derecho de cobro de la deuda por el importe de 269.060,69 euros, que la cedente ostenta frente a la "Entidad Urbanística Gestión Suelo Urbanizable Urb-1 Villa Amalia".

Pues bien, los actos cuya rescisión se declara en la sentencia apelada consistieron en el reconocimiento de deuda y cesión de crédito, para el pago de los honorarios profesionales de letrado, por la asistencia y defensa jurídica para formular la solicitud de concurso y durante la tramitación de los distintos procedimientos concursales de las sociedades que componen el Grupo Construnor, cediendo para ello el derecho de cobro que "Grupo Construnor Estructuras, S.L." ostenta frente a otra entidad mercantil, lo que ciertamente constituye un pago anticipado, por cuanto se abona de tal modo la cantidad fijada en la provisión de fondos de honorarios convenidos, sin que distinga los correspondientes a la solicitud, por lo que sólo serían exigibles tras la declaración del concurso, tratándose de los honorarios del letrado de la entidad concursada correspondientes a la fase común del concurso, dado que el pago no es exigible hasta su conclusión. De tal modo dicho pacto vulnera los artículos 84.2.2 º y 154 de la Ley Concursal. Y por otra parte, la deuda la reconoce "Grupo Construnor Estructuras, S.L." y se abona con crédito que a ella exclusivamente pertenece, pero realmente con ella se constituye la provisión de fondos del presupuesto de honorarios de todas las sociedades que componen el Grupo Construnor, y además el asesoramiento de determinadas personas físicas, que se refieren expresamente en el mismo, concursos individuales de los socios, de ser necesarias reclamaciones de cualquier índole contra los socios, y otros asuntos incidentales que se deriven y presenten durante la tramitación de los citados concursos. Por lo que ciertamente, la cesión del crédito para el pago de la deuda, no es sólo propia, también ajena, de otras empresas del grupo y de sus socios, que se hace a titulo gratuito, y veinte días antes de presentar la solicitud del concurso, lo que fue argumentado por la juzgadora de primera instancia para la conclusión sentenciada, que no es otra que la estimación de la acción rescisoria ejercitada con la demanda, y por ello de ningún modo puede admitirse que hubiese incurrido en incongruencia extra petita, como denuncia el recurrente. La congruencia consiste, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas sentencia de 1 de marzo de 2.007, en la necesaria correlación que debe guardar el fallo y los suplicos de los escritos rectores, entendida, además, no de forma rígida, sino racional y flexible - Sentencias de 31 de mayo de 1999 y de 31 de octubre de 2001 -, entre otras muchas. Y para ello debe tenerse en cuenta el petitum y la causa petendi (causa de pedir) en los escritos de demanda y contestación -no en los razonamientos

o argumentaciones que se hagan en los mismos- que constituyen su objeto, dándose la congruencia allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, sin que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser finalidad, del art. 218 LEC, la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión.

Sobre la ineficacia de los pagos realizados como anticipo a cuenta de los honorarios de letrado de la entidad concursada fuera del procedimiento previsto para el pago de créditos contra la masa, la jurisprudencia menor se ha pronunciado en diversas ocasiones, en un mismo sentido, tal como recoge la sentencia de 22 de enero de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, que literalmente dice: "Entrando en el fondo del asunto, esta Sala ya se ha pronunciado sobre una cuestión idéntica a la planteada en este incidente en la sentencia de 13 de septiembre de 2012, en la que decíamos: "Interesa destacar, en este sentido y a los efectos que aquí y ahora se examinan, que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, de fecha 22 de marzo de 2.011, establece que, respecto a los honorarios de los Abogados, aunque todavía no ha habido una reforma similar a las que se han operado respecto de los Administradores Concursales y los Procuradores, también existe una tendencia en la denominada "jurisprudencia menor" hacia su moderación; así, se consideró, en primer lugar, que el pago anticipado de los honorarios correspondientes a la tramitación del concurso es rescindible al ser manifiestamente perjudicial para la masa activa (Sentencia de la indicada Sección de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de octubre de 2.008). Y posteriormente, se ha cuestionado abiertamente la cuantía de los honorarios profesionales. La Sentencia de la misma Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de marzo de 2.010 no cuestiona, como es obvio, el derecho del deudor concursado a ser defendido por Abogado en el proceso concursal, pero parte de que "el letrado debió ser consciente al aceptar el encargo profesional de que sus honorarios no iban a

constituir un mero problema interno entre Abogado y cliente sino que deberían pasar por un filtro procesal, ya que en sede de un concurso la percepción por su parte de una u otra suma en concepto de precio de sus servicios no supone un problema estrictamente privado, puesto que la retribución de dicho profesional grava directamente la masa activa (los honorarios correspondientes a la defensa del concursado no constituyen un crédito concursal sino contra la masa, artículo 84.2- 2º de la Ley Concursal). Por lo que su cuantía, al tratarse de un concepto prededucible, incide directamente en la disminución de las expectativas de completa satisfacción de los acreedores, que es el fin último del concurso". La trascendencia que la cuantía de los honorarios tiene para el colectivo de los acreedores, la Jurisprudencia que ha venido reconociendo al Juez, con carácter general, facultades moderadoras para resolver las contiendas entre cliente y Letrado atinentes a la cuantía de la minuta y los límites al principio de la autonomía de la voluntad, conducen a entender que "en aras a la salvaguarda de tales limitaciones, el importe de la retribución del Abogado del concursado debe pasar el tamiz de los órganos del concurso, lo que incluye la posibilidad de que el Juez imponga una moderación ante una exigencia que pudiera estimarse desmesurada y por lo tanto perjudicial para el derecho de terceros implicados en el concurso". Y, por último, también interesa significar, a estos mismos efectos, que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, de fecha 18 de enero de 2.012, dispone que el artículo 71.2 de la Ley Concursal establece una presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa activa cuando se realizan actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento es posterior a la declaración del concurso. Como ya hemos dicho, al calificarse el derecho a la retribución del Abogado de la concursada como crédito contra la masa, su satisfacción debe efectuarse a su respectivo vencimiento. En el caso que nos ocupa, se hizo efectiva la provisión de fondos de los gastos judiciales de la concursada antes de que se solicitara y se declarara el concurso, esto es, antes de que se devengaran los derechos al cobro de los honorarios profesionales por el efectivo ejercicio de su actividad profesional. En definitiva, se anticipó un pago cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso. El carácter de presunción iuris et de iure exime de la carga de la prueba del efectivo perjuicio a la masa activa en el sentido amplio, esto es, que impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores. No obstante, es evidente que ese cobro anticipado puede perjudicar a otros acreedores contra la masa cuyo crédito venza antes del devengado por la actividad profesional de (...) dentro del procedimiento concursal. Además, el hecho de que se trate de un crédito prededucible, no excluye el perjuicio a los acreedores concursales porque se detrae una cantidad de la masa activa destinada también a la satisfacción colectiva de los acreedores concursales antes de que se tenga derecho a ello. De otro lado, el hecho de que se haya aprobado un convenio no afecta al carácter perjudicial del pago anticipado de los gastos judiciales de la concursada porque el momento temporal en el que debe valorarse el efectivo perjuicio es el momento en que se realiza el acto objeto de rescisión con independencia de las vicisitudes posteriores del procedimiento concursal".
En consecuencia, acreditado el pago de una provisión de fondos y anticipos a cuenta de los honorarios que correspondan al letrado de la concursada por la presentación del procedimiento concursal, debemos sostener que aún siendo lícito y eficaz el pacto suscrito por las partes, el pago sería rescindible por ser manifiestamente perjudicial para la masa activa al no estar justificada su anticipación en fecha inmediatamente anterior a la declaración del concurso en manifiesto perjuicio para los titulares de créditos contra la masa, que no constan los hayan visto satisfechos íntegramente. Además, no puede considerarse como pretende la recurrente un acto ordinario de la actividad empresarial o profesional del deudor realizado en condiciones normales, pues supone pagar un crédito contra la masa al margen del concurso conociendo la situación de insolvencia y que el procedimiento se iba a solicitar."."
TERCERO.- En definitiva, tal modo de actuar, en principio pacto valido, al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, pero es contrario a los artículos 84.2.2 º y 154 de la Ley Concursal y, en consecuencia, ineficaz por contravenir disposiciones imperativas, cuando el pago de honorarios debe realizarse tras la efectiva prestación de los servicios. La parte acreedora era plena conocedora de la situación económica de la entidad concursada en ese momento, con la cesión de créditos operada por importe de 269.060,69 euros, veinte días antes de la presentación de la solicitud del concurso, lo que se pretende es asegurar el cobro del suyo, anticipando el pago en fecha anterior a la declaración del concurso lo que lleva implícito un claro perjuicio para la masa activa, sobre los demás titulares de créditos contra la masa, sin que conste que no hubiese otros, o que estuviesen totalmente satisfechos, por lo que procede la acción de rescisión ejercitada, declarándolo ineficaz.
Indicar finalmente que el acuerdo de pago anticipado de honorarios con motivo de la futura tramitación del concurso del deudor no puede constituir un acto ordinario de la actividad de la entidad concursada demandada, tal como se alega por el recurrente, y menos aún que se hubiese realizado en condiciones normales, pues no lo es pagar un crédito, cuya calificación concursal no es otra que la de crédito contra la masa, al margen del concurso.": SAP La Coruña (Sección 4) 25.09.2013 (Sentencia 331/2013; Rollo 308/2013)

AP Madrid

"PRIMERO.- La parte actora interpone recurso de apelación contra el auto de fecha 21 de julio de 2007 por el que se aprobó el plan de liquidación de la entidad concursada "SORINFO, S.L.", haciendo valer la protesta en su día efectuada contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2006, en virtud de la cual el Juzgado estimó parcialmente la demanda formulada por la administración concursal en la que se ejercitaba la acción rescisoria concursal frente a determinados pagos efectuados por la concursada a la entidad "DIKEI ABOGADOS, S.L.".

Concretamente, declara ineficaz el pago efectuado a la ahora apelante por la concursada en la cuantía de 40.000 euros que corresponden a los honorarios profesionales de la citada entidad por el asesoramiento y asistencia jurídica de la concursada durante la tramitación del concurso, condenado a aquélla a que reintegre la referida suma a la masa activa.
En esencia, la sentencia apelada admite la existencia de un pacto entre la concursada y la firma de abogados a la que encomendó su asistencia y defensa jurídica para formular la solicitud de concurso y durante la sustanciación del procedimiento concursal en virtud del cual la deudora abonó la totalidad de los honorarios convenidos, 80.000 euros (IVA incluido), correspondiendo 40.000 euros a los trabajos profesionales devengados por la preparación de la solicitud de concurso y otros 40.000 euros por el futuro asesoramiento y asistencia jurídica durante la tramitación del procedimiento. La resolución recurrida entiende que dicho pacto vulnera los artículos 84.2.2º y 154 de la Ley Concursal por lo que carece de eficacia jurídica y, en consecuencia, estima perjudicial para la masa activa el pago anticipado de los honorarios correspondientes a la tramitación del concurso en aplicación de la presunción iuris et de iure del artículo 71.2 de la Ley Concursal, según el cual el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso.
Frente a la sentencia se alza la demandada beneficiada con el pago, “DIKEI ABOGADOS, S.L.”, en virtud de las alegaciones que serán analizadas a continuación, recurso al que se opone la administración concursal que mantiene que se trata de un pago anticipado. (…)
TERCERO.- También se atribuye a la sentencia lo que el recurrente denomina incongruencia interna o incoherencia, entendiendo por tal la contradicción entre el fallo y las argumentaciones jurídicas, todo ello con infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al considerar nulo el pacto de abono anticipado de honorarios anudando a dicha calificación los efectos propios de la acción rescisoria.
La resolución recurrida, desde luego, no infringe el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto que está debidamente motivada expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho, cuestión distinta es que la apelante discrepe de dichos razonamientos o de la interpretación jurídica efectuada en la sentencia.
Por otro lado, la sentencia sigue un hilo argumental absolutamente coherente. Admite la existencia del pacto de pago anticipado de honorarios en lo que respecta a la suma de 40.000 euros, pero considera que dicho pacto, en principio amparado por el artículo 1.255 del Código Civil, es contrario a los artículos 84.2 y 154 de la Ley Concursal y, en consecuencia, ineficaz por contravenir disposiciones imperativas. A falta de pacto, el pago de honorarios debe realizarse tras la efectiva prestación de los servicios (artículo 1.599 del Código Civil) y por tanto su abono anticipado implica el pago de una obligación cuyo vencimiento era posterior a la declaración de concurso y lo rescinde declarándolo ineficaz en aplicación de la presunción legal de perjuicio contemplada en el artículo 71.2 de la Ley Concursal.
CUARTO.- De la lectura del artículo 71 de la Ley Concursal se deduce que el éxito de la acción rescisoria concursal exige los siguientes presupuestos:
La concurrencia de perjuicio patrimonial para la masa activa.
Que los actos perjudiciales se hayan realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.
Que no se trate de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni de actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.
Por otra parte, la ley favorece la prueba del perjuicio patrimonial mediante un sistema de presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario y otras iuris tantum, que presumen el perjuicio mientras los demandados no acrediten su inexistencia.
El recurrente mantiene la licitud del supuesto pacto entre el despacho de abogados y su cliente para el pago anticipado de los honorarios correspondientes a la tramitación del concurso, que se abonaron en el mes de marzo de 2005 (documento nº 7 de la demanda), esto es, aproximadamente dos meses antes de la declaración del concurso.
La sala comparte la valoración efectuada por el juzgador en tanto que el pacto por el cual el deudor, en fecha inmediatamente anterior al concurso, se aviene a abonar un crédito que, sin dicho pacto, sólo sería exigible tras la declaración de concurso, todo ello con pleno conocimiento de la situación de insolvencia del deudor en tanto que se remuneran anticipadamente los honorarios del letrado por la tramitación del concurso, vulnera frontalmente lo dispuesto en los artículo 84.2.2º y 154 de la Ley Concursal. Dichos preceptos, referidos a la tipificación de los créditos contra la masa y al pago de los mismos, son normas imperativas no sujetas a la libre disposición de las partes, sin que puedan eludirse al amparo del artículo 1255 del Código Civil.
El hecho de que el pacto fuera anterior a la declaración del concurso es irrelevante pues, precisamente, las acciones rescisorias afectan a actos anteriores como consecuencia de la posterior declaración del concurso en atención a su carácter perjudicial para la masa activa, al margen de la calificación que pudiera merecer dicho pacto ante la inminencia de la solicitud y declaración del concurso con la manifiesta finalidad de eludir el sometimiento del crédito a las reglas propias del concurso de acreedores.
En todo caso, aun sin necesidad de considerar ilícito el pacto de pago anticipado de honorarios se llegaría a la misma conclusión estimatoria de la acción ejercitada.
Efectivamente, aun suponiendo lícito y eficaz dicho pacto -y, en consecuencia, sin que se pudiera

acudir a la presunción de perjuicio del artículo 71.2 de la Ley Concursal al tratarse del pago de una obligación vencida por así haberlo convenido deudor y acreedor, aun cuando lo fuera por servicios todavía no prestados- el pago sería rescindible al ser manifiestamente perjudicial para la masa activa, pues no existe justificación alguna para anticipar un pago en fecha inmediatamente anterior a la declaración del concurso en manifiesto perjuicio de los demás titulares de créditos contra la masa que pueden no ver, a diferencia del demandado, íntegramente satisfechos sus créditos, sin que conste que al tiempo de la interposición de la demanda aquéllos estuvieran totalmente pagados, por el contrario el propio demandado en su contestación a la demanda reconoce la existencia de créditos contra la masa aún pendientes de pago (página 12).
Por último, el demandado alega que pago está amparado por el artículo 71.5 de la Ley Concursal, al tratarse de un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales, sin embargo tal carácter no fue alegado en la contestación a la demanda ni, en consecuencia, examinada por el juez “a quo”, por lo que se trata de una cuestión nueva en esta alzada lo que por sí solo justifica su rechazo. Además, el acuerdo de pago anticipado de honorarios con motivo de la tramitación del concurso del deudor no constituye un acto ordinario de la actividad de la demandada y menos en condiciones normales, pues no lo es pagar un crédito, cuya calificación concursal no es otra que la de crédito contra la masa, al margen del concurso.
Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación.”: SAP Madrid (Sección 28) 09.10.2008 (Sentencia 234/2008; Rollo 543/2007)

AP Navarra

“PRIMERO.- a) La Administración Concursal presentó demanda en solicitud de que se declarase rescindida la entrega en concepto de provisión de fondos realizada por la concursada al letrado D. Avelino con anterioridad a la declaración del concurso, condenando al mismo a devolver la cantidad de 56.859,35 euros.
En apoyo de la acción de reintegración alegaba que el pago de dicha cantidad por prestaciones profesionales que se llevarían a cabo en el concurso es perjudicial para la masa y vulnera lo establecido en el art. 82.2 2º de la Ley Concursal, en adelante LC, constituyendo el supuesto establecido en el art. 71.2 LC.
b) El letrado codemandado se opuso alegando, por un lado, que no era este incidente el idóneo para determinar si los honorarios pactados con la empresa concursada eran excesivos, ya que constituyendo crédito contra la masa cualquier debate sobre los mismos debía resolverse de acuerdo con los trámites establecidos en el art. 154 LC.
Por otro, que la concursada no había hecho provisión de fondos sino que lo que pagó fue "la prudente minuta de honorarios a su letrado", por servicios prestados en el procedimiento 1054/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pamplona y trabajos realizados para la preparación del concurso, como durante su tramitación, lo que se desprendía de la minuta (documento núm. 1).
La concursada codemandada se adhirió a la oposición.
c) La sentencia del Juzgado estima la demanda, en la forma recogida por el antecedente de hecho 2º de nuestra sentencia.
Sostiene la juez de lo mercantil que se habían vulnerado los intereses de la masa concursal, otorgando una clara ventaja al Letrado acreedor frente a los demás, al tratarse de un crédito contra la masa que debía ser satisfecho a su vencimiento (art. 84.2.2º LC), estando acreditado que la concursada procedió a abonar, en fechas anteriores a la declaración del concurso, cantidades que responden a las actuaciones que el codemandado iba a realizar en el concurso, siendo la "prueba más contundente" la propia minuta aportada con el escrito de contestación a la demanda (documento núm. 1), al especificarse en la misma que el pago era "a cuenta de los Honorarios Profesionales devengados por razón de la presentación del concurso de acreedores..." y no por otros servicios prestados.
d) Recurren ambas partes demandadas.
En apoyo del recurso, en el que viene a sostenerse que no ha existido un pago anticipado de obligaciones que no hayan vencido, por lo que no procede aplicar el supuesto establecido en el art. 71.2 LC, realizan una serie de alegaciones, en síntesis las siguientes:
-Se explicó en la "vista correspondiente" que se produjeron numerosos trabajos previos a la presentación del concurso, siendo los más destacados "los de evitar el desahucio de la concursada y el lograr la extinción de todos los contratos a los trabajadores por una cantidad muy inferior a los 20 días por año de indemnización que les correspondía".
-La minuta señala claramente "pago a cuenta de los Honorarios profesionales devengados por razón de la presentación del Concurso de Acreedores voluntario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pamplona", por lo que corresponde a trabajos profesionales efectuados por el letrado para la presentación del concurso y no para actuación en el concurso, estando contabilizada el día 10 de junio de 2009, por lo que no han existido pagos anticipados correspondientes a trabajos a desarrollar durante la vida del concurso, ni provisión de fondos alguna.
-La sentencia del Juzgado es incongruente pues no existe provisión de fondos y por lo tanto ningún importe puede ser susceptible de reintegración, al no haberse percibido cantidad alguna por actuaciones producidas dentro del concurso de acreedores.
-La Administración Concursal se irroga funciones jurisdiccionales al establecer unilateralmente la cuantía de los honorarios del letrado, cuando esa función, en caso de discrepancia como ocurre en el presente supuesto, corresponde exclusivamente al juez de lo mercantil.

No puede la Administración Concursal deducir del cobro de la minuta efectuada por el letrado, la cantidad que entiende corresponde a honorarios profesionales de la fase común, equiparándola a la retribución fijada por el Juzgado para cada uno de las administradores concursales.
-El vencimiento de los honorarios del letrado del concursado, correspondientes a labores desarrolladas para obtener la declaración del concurso, en los términos a que se refiere el art. 154 LC, se produce en el momento en que se declare el concurso, como indica acertadamente la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Mallorca de 14 de diciembre de 2009.
Los honorarios de los letrados y procuradores de los concursos se devengan en el momento de declaración del auto correspondiente, sin perjuicio de que se cuantifiquen durante el procedimiento.
En caso de desacuerdo debe seguirse el trámite establecido en el citado precepto.
-No existe ninguna ventaja del letrado frente al resto de los acreedores contra la masa, pues dichos honorarios son los primeros que deben ser satisfechos de conformidad con lo dispuesto en el art. 84.1.2º LC, y sólo tienen una mayor preferencia los 30 últimos días de salario de los trabajadores a los que se refiere el art. 84.2.1º del mismo Texto Legal.
SEGUNDO-El recurso se desestima.
1. Los créditos consistentes en los honorarios de asistencia letrada al concursado durante la tramitación del procedimiento concursal y sus incidentes tienen, salvo puntuales excepciones, la consideración de créditos contra la masa, según dispone el art. 84.2.2º LC, por lo que su régimen de pago es el establecido en el art. 154.2 del mismo Texto Legal.
Dicho precepto, (además de imponer a la Administración Concursal el deber de provisionar su importe mediante la deducción de bienes y derechos de la masa activa en cuantía suficiente para cubrirlos antes de proceder al pago de los créditos concursales y de abonarlos de forma inmediata, cualquiera que sea su naturaleza, a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso), para el supuesto en que surjan "reparos en cuanto a la procedencia de su consideración como crédito contra la masa o en lo referente a su pago, según las reglas precedentes", faculta al "interesado" a "ejercitar la correspondiente acción de reclamación ante el juez del concurso por el trámite del incidente concursal", sin que puedan iniciarse las ejecuciones forzosas para hacer efectivos los créditos contra la masa "hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido ninguno de estos actos".
Por tanto, como señala el auto de 26 junio de 2009 (JUR 2009, 472751) de la Audiencia Provincial de Madrid, cuando un letrado pretende exigir el cobro de sus honorarios por la asistencia prestada durante el concurso (ya lo sea de la fase común, de la ulterior a ella o de ambas), lo que deberá hacer es dirigirse a la Administración Concursal para que prevea la deducción que corresponda y autorice o efectúe el pago de su importe.
En caso de discrepancia podrá plantear su reclamación al efecto ante el juez que conoce del concurso, por el trámite del incidente concursal, en el que se resolverá lo que proceda.
La atribución a los Tribunales de la facultad de determinación de los honorarios del letrado de la concursada, requiere que el mismo solicite la fijación de honorarios en cuantía superior a la que haya reconocido la Administración Concursal, ya que es ésta quien inicialmente debe fijarlos según su criterio.
2. Lo que no puede hacer el letrado es cobrar su crédito con anterioridad a la declaración del concurso, que es lo que acaeció en el caso ahora enjuiciado, como se desprende de la propia minuta aportada y es reconocido por la, concursada al presentar su escrito de alegaciones, pues tal actuación incumplidora de la normativa instaurada por el art. 84 LC, constituye motivo de rescisión y de condena a devolución, ex art. 71.2 LC, citado por la juez de lo mercantil, en cuanto dispone que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (apartado 1º), presumiéndose el perjuicio patrimonial, "sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso" (apartado 2º).
En el sentido apuntado la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de marzo de 2011 (JUR 2011, 242580) sostiene que "no es correcto el pago hecho al profesional o profesionales antes del concurso y fuera de él", pues conforme al tenor del art. 84.2 2º LC "hay que entender que los dispendios necesarios para la presentación de la petición de declaración de concurso voluntario son créditos contra la masa y que, por lo tanto, han de estar sometidos al devenir del concurso según el ritmo estipulado por el art. 154". “:SAP Navarra (Sección 3) 10.05.2013 (Sentencia 73/2013; Rollo 203/2012)

AP Pontevedra

“3º Respecto a la factura nº 3/12, por importe de 30.129 #, que se afirma corresponden al concepto de "prov fondos honorarios abogado + procurador preconcurso + concurso".
La recurrente argumenta que la factura incluye honorarios de abogado y procurador tanto de concurso como de pre concurso, con el siguiente desglose:
-8.068,49 # son honorarios del procurador Sr. Barral.
-16.831,51 # por honorarios de letrado, de los cuales 3.500 # corresponden al pre concurso y 13.331,51 # al concurso.
El motivo no puede ser acogido. En primer lugar, porque la diferenciación o separación entre los honorarios o derechos de pre concurso y de concurso, o, dicho de otra manera, entre los honorarios

para preparar el concurso y para presentar la declaración de concurso, es ficticia o meramente formal, al menos en los casos en que se decide presentar la solicitud, puesto que esa presentación responde necesariamente a un estudio o preparación previa que tiene como resultado la petición de declaración del concurso, en cumplimiento de lo establecido en el art. 5, en relación con el art. 2.3 y el art. 3.1 y 3, todos de la Ley Concursal.
Si el deudor debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente, es evidente que la solicitud requerirá un análisis de la situación económica y la preparación de la documentación a la que se refiere el art. 6 de la Ley Concursal, en un proceso que terminará con la solicitud de declaración de concurso, que a su vez dará paso al trámite previsto en el art. 14 del mismo texto.
En este sentido, el art. 84.1.2º LC atribuye la consideración de créditos contra la masa "[L]os de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso ", lo que por supuesto incluye el pago de tasas judiciales, pero también los gastos generados para preparar la solicitud en cuanto que necesarios a tal efecto.
Sentado el principio de unidad del gasto, el problema se traslada al momento del devengo, con relación al cual, al tratarse de créditos contra la masa, la regla general viene dada en el art. 154 LC, sin perjuicio de los pagos que puedan hacerse al amparo de los arts. 43 y 44 LC, bien para atender a la conservación y administración de la masa activa, bien al ejercicio de la actividad de la empresa, bien a las necesidades del propio concurso.
Lo que no es dable es considerar que el devengo se produce antes de haberse prestado el servicio, a modo de cobro por anticipado que, en su caso, podría tener efectos inter partes, pero no frente a terceros ni a partir del momento en que se produce la declaración de concurso.
En segundo lugar, el análisis de la minuta del Procurador evidencia, por una parte, que se trata de una "minuta proforma", y, por otra parte, que incluye unas cantidades que no se compadecen con la factura ni con las fechas:
-Se afirma recibida una provisión de fondos de 1.000 # para gastos y suplidos, así como 7.589,49 # en concepto de derechos, lo que supone un total de 8.589,49 # y no los 8.068,49 # que se mencionan. Para tratar de casar ambas cifras, se indica que solo se han gastado 479,37 # del total de la provisión de fondos, pero lo cierto es que la factura, supuestamente, se extendería por el total ya que eso es lo que significa "provisión de fondos".
-Se incluyen como gastos la póliza, la anotación en el registro mercantil y la publicación en el BOE, cuando el concurso fue declarado por Auto de 19 de diciembre de 2012 (tres meses después del pago) y se publicó en el BOE de 15 de enero de 2013, tratándose en uno y otro caso de créditos contra la masa activa.
Finalmente, aun admitiendo el desglose que hace la recurrente entre gastos del pre concurso y gastos del concurso, tampoco se alcanza a atender como, si así fuere, no se limitó a percibir los primeros, posponiendo el cobro de los segundo al momento procesal oportuno, en vez de percibirlos en su totalidad.
En suma, la prueba practicada lleva a la Sala a compartir en sus propios términos la conclusión del Juzgador "a quo" acerca de la confección "ex post" de las facturas como medio para justificar el cobro de una cantidad que no consta que respondiese a ningún servicio o actividad profesional o que, en todo caso, debían haberse percibido con sujeción a la normativa reguladora del concurso.
QUINTO.- El pago como acto de disposición a título oneroso contrario al principio de igualdad de los acreedores.
No obstante, incluso aceptando a efectos dialécticos la tesis de la codemandada, esto es, que el pago obedece a servicios efectivamente prestados en la forma y circunstancias descritas en las facturas, no por ello dejaría de entrañar un perjuicio, si bien no directamente para la masa activa, sí al menos respecto de la masa pasiva, en la que se engloba el conjunto de acreedores y que se rige por el principio "pars conditio creditorum".
En efecto, como se expuso con anterioridad, a los efectos del art. 71 LC, el perjuicio consiste en un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado en cuanto que supone una disminución de la masa activa sin compensación alguna o en tanto que afecta de manera relevante las legítimas expectativas de los acreedores.
En el presente caso, si tenemos en cuenta que la entidad "Pescatech Vigo, S.L." se encontraba en un estado de manifiesta insolvencia al principio del verano de 2012, al extremo de que la propia codemandada manifiesta que resultaron infructuosas todas las gestiones encaminadas a refinanciar la deuda, parece claro que, cuando se realiza el pago a "E.D.I., S.L.", lo que pretende es burlar las normas que rigen el concurso y, en particular, el principio de igualdad de los acreedores, anteponiendo los intereses de la asesoría jurídica a los del conjunto de los que integran la masa pasiva de la concursada y a quienes, con el mencionado acto de disposición, se privó por completo de cualquier posibilidad de cobro, siquiera parcial, de sus respectivos derechos o créditos, lo que determina el éxito de la acción entablada por la Administración concursal y, correlativamente, la desestimación del recurso interpuesto.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 13.10.2014 (Sentencia 330/2014; Rollo 283/2014)

JM-1 Málaga

“PRIMERO.- La administración concursal solicita la rescisión del pago realizado a la letrada de la entidad concursada, codemandada, en virtud de la «hoja de encargo profesional» aportada y fechada en 2 de febrero de 2007 (que consta en fax remitido en fecha de 17 de mayo de 2007) expresamente reconocido. Mediante dicha hoja de encargo profesional el administrador único de la sociedad

concursada y la citada codemandada (del Ilustre Colegio de Madrid) se pactaba:
El encargo a la misma para la preparación, llevanza y tramitación de su procedimiento concursal que, con carácter voluntario, o en su caso necesario, haya que instar y tramitar ante los Juzgados de lo Mercantil de Málaga.
El sometimiento de las partes a los criterios asumidos por la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (arts. 65 y 66).
El devengo conforme al siguiente: 50% al iniciarse; 25% al dictarse resolución de declaración de concurso; 25% al finalizar el expediente; un 25% más en supuesto de liquidación.
Entiende la administración concursal que el pago realizado de 299.999 euros por concepto de honorarios, suplidos y gastos a cuenta (minuta 4/2007) entra en los supuestos del artículo 71.2, 3 y 4 LC. La referida minuta no contiene fecha (consta remisión por fax de 17 de mayo de 2007) se expresa conforme a lo siguiente: «Concepto: Honorarios, suplidos y gastos a cuenta de los servicios profesionales a la mercantil arriba referenciada, según hoja de encargo profesional suscrita con ésta, para la preparación, llevanza y tramitación del procedimiento concursal tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga.»
Son de tener en cuenta, además, los siguientes apartados, reconocidos por las partes en sus respectivos escritos y de la documentación aportada:
Que mediante auto de 16 de marzo de 2007 fue declarada en concurso necesario por este juzgado a la concursada. (autos 63/2007), según solicitud de fecha 15 de febrero de 2007 a la que se acumuló otra de fecha 26 de febrero de 2007 resuelta por auto de 9 de marzo de 2007. En fecha de 15 de marzo de 2007 se presentó contestación por la concursada a la admisión a trámite del concurso necesario instado en primer lugar, señalando que había presentado concurso voluntario.
Que anteriormente (en 2006) a este se había presentado otro concurso (necesario) por un acreedor que se tramitó con el número 551/2006 y que terminó mediante auto de 24 de enero de 2007 (aportado a autos como documento número 2 de la contestación de la concursada).
Que la concursada solicitó concurso voluntario en fecha de 8 de marzo de 2007 que fue resuelto por auto de 12 de marzo de 2007 (documento 1 de la concursada) y otro posterior de 22 de marzo de 2007 acumulándolo al necesario.
El documento cuatro de la demanda recoge orden de transferencia al banco por parte de la concursada fechada en 15 de marzo de 2007 remitido en fecha de 16 de marzo que se carga el mismo día. Aunque se recogía como factura fue corregido con posterioridad a petición de la concursada (documento de 29 de marzo de 2007 remitido el mismo día por fax) para modificar el concepto por » provisión fondos proceso concursal».
Mediante transferencia bancaria de 16 de marzo de 2007 se ordenaba el pago a la letrada de la concursada de su factura 4/07 ya reseñada que la misma (hecho sexto de su contestación) entiende corresponde a un » servicio ya prestado, cuya deuda era ya vencida, líquida y exigible».
A los efectos de la citada minuta (4/2007) lo cierto es que la misma se recoge para la «preparación, llevanza y tramitación del procedimiento concursal tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga» y por tanto referida al procedimiento de concurso voluntario y no a otro puesto que no existe preparación, por parte del concursado, en el concurso necesario. En fecha de 15 de marzo de 2007 (fecha en que se turna a este juzgado) la hoy concursada presentó escrito de alegaciones a la solicitud de concurso presentada en fecha de 15 de febrero de 2007. Consta presentada en fecha de 14 de marzo de 2007 según documento aportado por la letrada codemandada. En dicho escrito recoge que con fecha de 8 de marzo de 2007 se notificó a la concursada auto admitiendo a trámite la solicitud de declaración de concurso efectuada por Arrow Ibérica. En esa misma fecha señala que ha presentado solicitud de concurso voluntario.
Es decir, en la misma fecha en que manifiesta tener conocimiento de la presentación del concurso necesario se presenta concurso voluntario. Concurso voluntario que sin duda es precipitado en su redacción a la vista de la providencia dictada en el mismo con fecha de 12 de marzo de 2007 por la que se requiere para que se subsanen, de conformidad al artículo 13.2 LC, los siguientes: Poder especial, copias de la solicitud, lista de acreedores con los datos del artículo 6 LC, estados contables a fecha de solicitud que justifiquen la insolvencia, certificación del Registro Mercantil en donde consten los administradores de la sociedad.
Cuando ya se ha tomado conocimiento de la existencia de un concurso necesario, por tanto, se factura como por un concurso voluntario en virtud de la remisión a esa referida nota de encargo.
En todo ello existe un concilium fraudis en la medida en que la concursada, defendida por la propia letrada que factura el voluntario, participa con ella de la generación y gestación de todos esos documentos, apresurando el pago de una factura que posteriormente se convierte en provisión de fondos. Existe conocimiento de la situación de insolvencia de la sociedad en virtud del propio reconocimiento de la nota de encargo y de la solicitud de declaración de concurso necesario que se presenta en 2006.
SEGUNDO.- No se encuadra, como bien dicen las codemandadas, dicha conducta en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 71.3 de la Ley Concursal en tanto ni se trata de personas especialmente relacionadas (art. 93 LC) ni hablamos de constitución o refinanciación de garantías reales.
TERCERO.- A los efectos de la determinación de la rescindibilidad de la operación y pago procede tener en consideración, conforme a los apartados 1, 2 y 4 del artículo 71 LC, los siguientes:
Que existe un perjuicio para la masa activa en tanto el pago realizado extrayendo de la masa una cuantía considerable en virtud de los hechos antes referidos y por obligaciones que se gestan y generan de forma precipitada para la emisión de dicho documento y pago, sobre todo teniendo en

cuenta que el concurso solicitado y admitido a trámite privaría (por ser necesario) de capacidad de actuación al administrador único de la sociedad, de ser declarado. Cuestión esta que la sociedad ya sabía a la vista de las alegaciones y de la preparación de dicho material.
El pago realizado puede encuadrarse tanto en el marco del artículo 71.2 como del artículo 71.4 LC.
En referencia al artículo 71.2 LC debemos presumir el perjuicio patrimonial, iuris et de iure, en tanto debe considerarse tanto como acto a título gratuito como de pago de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso. No de otra forma puede considerarse el pago realizado en virtud de la precipitada solicitud de declaración de concurso por cuanto ya se tiene conocimiento de la solicitud de concurso necesario. Aún a pesar de ello se prepara y se presenta, con este conocimiento, generando en realidad una obligación que no debió acontecer puesto que ya se encontraba en trámite el concurso necesario. La gestación de dicha solicitud es en realidad una ficción motivada expresamente para la facturación y por tanto el pago se refiere a una disposición a título gratuito al no ser necesaria dicha solicitud. Por otro lado y en el supuesto de que pudiéramos- a efectos dialécticos- entender que se trata de una posibilidad de la deudora lo cierto es que se paga una cantidad en provisión de fondos que incorpora partidas como preparación (intrascendentes a los efectos del necesario) pero que se saltan el régimen del encargo profesional. En caso de concurso (siendo difícil comprender como se presupuesta igual un voluntario que un necesario) las normas a las que se remite el acuerdo (del Ilustre colegio de abogados de Madrid) parten de que » para el cálculo de los honorarios del letrado del deudor se tomará como base la cuantía del pasivo del balance definitivo confeccionado por la Intervención Judicial (normativa todavía no adaptada a la legislación concursal), aplicando la Escala». Antes de que esto se produzca - que lo será con la aprobación del balance definitivo- no es posible realizar pago alguno, ni a cuenta o provisión, por cuanto supone el adelanto del pago de cantidades no vencidas. El criterio del devengo (tanto el fijado por las normas colegiales como por el citado acuerdo entre las partes) es indiferente a dicho vencimiento y cualquier adelanto de pago debe comprenderse en dicho marco rescisorio. A ello se une el mismo hecho de la calificación de estos créditos por la ley concursal que recoge en el artículo 84.2.2 LC en relación al artículo 154 LC, debe realizarse en el propio proceso concursal y pagarse conforme a lo establecido en dicho precepto sin que sea posible anticipos o acuerdos que contradigan la misma. La recepción de los pagos por parte de los profesionales que instan el concurso voluntario es reconocido en la norma y por ello sujetos al mismo, debe ser controlado en el proceso (moderado en su caso) y fijados en el mismo bajo los principios de defensa y contradicción y criterios de orden público e interés de terceros.
Es igualmente encuadrable dicho pago, como hemos señalado, en el artículo 71.4 LC por cuanto de entender- a efectos igualmente dialécticos- que no lo fuera en los anteriores el perjuicio queda patente si se dan los instrumentos y elementos fácticos que hemos reseñado y se marginan las reglas legales a las que hemos hecho referencia. Limitación a lo previsto en el artículo 1255 del Código Civil en tanto es la procedencia legal de dicha limitación a través de los preceptos citados, la que justifica esa intervención legislativa en el marco de la autonomía privada de las partes, en supuestos concursales en donde los intereses de los acreedores (par conditio creditorum) se colocan por encima de los intereses de uno de ellos. Por ello se limita esa autonomía contractual en los artículos 61 y 62 LC, se limita la capacidad del concursado (arts. 40 en relación al 51 y 54 LC) o se sujetan al concurso los créditos contra la masa (art. 84 LC) y los demás créditos concursales (89 y ss LC).
CUARTO.- Solicita la administración concursal la aplicación de los efectos del artículo 73 LC en referencia a la eficacia del acto impugnado, restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses, lo que procede de conformidad a dicho precepto y a lo señalado.
QUINTO.- Hemos determinado en el cuerpo de la fundamentación jurídica la existencia de un concilum fraudis y por tanto de la mala fe determinada en el pago realizado y obtenido en función de los argumentos fácticos referidos y la secuencia de actos temporales que determinan la intención fraudulenta con conocimiento (scientia fraudis) de la operación realizada al margen del proceso concursal en tramitación. ": SJM-1 Málaga 18.12.2008 (LA LEY 307947/2008) (Incidente Concursal 63.3.4/2007)

2.4.1 Improcedencia de la rescisión

AP Sevilla

"PRIMERO.-Por Don Héctor, como administrador designado en el concurso voluntario de Hermanos Andaluces, AMH, S.L., se promovió incidente concursal a fin de que se declarara la rescisión del pago, por importe de 27.140 euros, que, con anterioridad a la solicitud de concurso, realizó ésta, como 50 % de los honorarios profesionales, incluido el iva, de Ruiz Asociados, S.L., quien preparó y presentó la solicitud del concurso y ha venido defendiéndola a lo largo del mismo, alegándose para tal rescisión que resulta aplicable la presunción "iure et de iure" de perjuicio para los acreedores del artículo 71, 2 de la Ley Concursal, al tratarse de un pago efectuado por obligación aún no vencida, y que tales honorarios resultan excesivos, comparados con los que corresponden a la administración concursal, fijados en otro incidente del mismo concurso.
SEGUNDO.-La sentencia recaída en la primera instancia estimó por completo la demanda, al considerar que no puede tener validez lo convenido entre la concursada y su abogado, que le pondría en situación de privilegio frente al resto de los acreedores, ni puede cobrar éste más que la administración concursal, ni antes que ésta, es decir, el 50 %, a la presentación de la solicitud de concurso y el 50 % restante, al ponerse fin a la fase común.
TERCERO.-Pues bien, a diferencia del juzgador "a quo", no advierte motivos el tribunal, tras el

examen y valoración de lo actuado en la primera instancia, para acordar la rescisión y reintegro del pago efectuado. Ante todo, no puede hablarse, en absoluto, de pago por obligación aún no vencida, puesto que, a tenor de lo expresamente pactado en el correspondiente contrato de prestación de servicios profesionales, aportado con el escrito de contestación a la demanda, el pago en cuestión se hizo en su momento oportuno, el que las partes habían previsto, sin que hubiera adelanto de cobro o anticipación de ningún tipo.
CUARTO.-Por otra parte, tampoco puede decirse que se haya hecho en perjuicio de la masa activa o que privilegie a Ruiz Asociados, S.L., respecto a los acreedores del concurso, ni hay prueba de ello, ni se ha alegado, siquiera, que, en la fijación de tales honorarios, no se hayan respetado las normas sobre fijación de honorarios profesionales del Colegio de Abogados de Sevilla, alegándose, únicamente, que son excesivos, comparados con los derechos que corresponden a la administración concursal, que han sido fijados en otro incidente del mismo concurso, lo cual no puede ser relevante, en absoluto, a juicio del tribunal.
QUINTO.-Y es que, como ya señaló, en sentencia de 5 de Diciembre de 2.011, el letrado de la concursada es un profesional libre, cuyos honorarios no están sometidos a arancel, como los de los administradores concursales, fijados en el Real Decreto 1.860/2.004, de 6 de Septiembre, lo que hace que las cantidades que éste establece para retribuir a los administradores concursales no pueden suponer ningún límite máximo a los honorarios que devengue el letrado de la concursada, no siendo equiparable, por otro lado, las funciones y la actividad que auqéllos y ésta desarrollan en el procedimiento concursal.
Como también decíamos en dicha sentencia, el criterio más apropiado para establecer los honorarios del abogado de la concursada, por su asistencia jurídica en el concurso, es el de acudir a las normas orientadoras de honorarios mínimos de los Colegios de Abogados, sin perjuicio de, en su caso, introducir en la minuta que el letrado presente las moderaciones, correcciones y modificaciones precisas que adecuen su retribución a la dificultad, complejidad y volumen del trabajo desarrollado por el letrado, dado que, como ha señalado la jurisprudencia, en esta materia, el juez puede ejercitar una facultad moderadora, en armonía con un criterio de equidad para la fijación de los honorarios profesionales de los abogados (sentencias de 28 de Septiembre y 29 de Noviembre de 2.007, 31 de Octubre de 2.008 y 28 de Abril de 2.009, entre otras).
SEXTO.-Por lo tanto, dado que no se ha alegado infracción alguna de tales normas colegiales, ni se ha alegado tampoco, por otra parte, que no se adecuen a la dificultad, complejidad y volumen del trabajo desarrollado por Ruiz Asociados, S.L., ni otro motivo para aminorar sus honorarios, procede, sin más, acoger el recurso de apelación interpuesto y, revocando la sentencia de instancia, desestimar por completo la demanda incidental promovida, imponiendo al demandante el pago de las costas causadas en la primera instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no presentar el asunto dudas de hecho o de derecho o, al menos, no ser suficientes como para dejar de aplicar el principio objetivo del vencimiento que rige en materia de costas": SAP Sevilla (Sección 5) 20.01.2014 (Sentencia 40/2014; Rollo 6447/2013)

2.5 Venta de finca gravada con préstamo hipotecario

2.5.1 El comprador retiene de precio el importe de la contragarantía hipotecaria de aval y paga directamente, antes de su vencimiento, al acreedor. Inaplicabilidad de la presunción del art. 71.2 e inexistencia de perjuicio al percibir la vendedora el valor del bien deducidas las cargas

AP Pontevedra

"QUINTO.- La pretensión de rescisión de la extinción del crédito de BANCO POPULAR.
Es objeto también de impugnación el pronunciamiento desestimatorio alcanzado en la sentencia recurrida respecto a la pretendida rescisión del pago realizado por SERCOYSA a favor del BANCO POPULAR, en extinción del crédito que dicha entidad ostentaba contra la concursada.
Como se dijo, acogiendo la tesis de las defensas, la resolución combatida estimó que dicho acto jurídico quedaba fuera del ámbito de aplicación del art. 71 LC, pues tal precepto sólo permite la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor, no por un tercero.
Considera la administración concursal apelante que por esta vía se habría permitido eludir la aplicación de la rescisión concursal en todo tipo de operaciones, pues es evidente que aunque materialmente el pago se llevó a cabo por SERCOYSA, lo cierto es que se hizo con parte del precio de la compraventa, de modo que en el patrimonio de la concursada no entró íntegramente aquella suma, sino el importe de reducir del precio convenido la cantidad entregada para extinguir el crédito.
Recuérdese que el pago realizado por SERCOYSA extinguía una obligación de fecha posterior a la declaración del concurso, pues el crédito no vencía hasta mayo de 2009.
El art. 71.2 presume el perjuicio patrimonial con carácter iuris et de iure en el caso de pagos u otros actos extintivos de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. La norma se fundamenta en el hecho de que tal pago no puede considerarse un acto debido, pues el acreedor que ve extinguido su crédito no percibe, en términos literales, "lo suyo", sino que cobra a costa del perjuicio del resto de acreedores, con evidente lesión del principio de la par conditio.
Como se hizo constar en la escritura de compraventa, en línea con lo que ya se preveía en el contrato de opción, la parte compradora retenía del importe del precio la cifra que se adeudaba a BANCO POPULAR.
Sostienen los demandados que con esta forma de operar SERCOYSA procedía a abonar el valor real

de la cantera, pues éste habría de ser el resultado de restar del importe del precio el valor de las cargas en las que, en cualquier caso, iba a quedar subrogado el comprador. Como quiera que la cantera se encontraba gravada con dos cargas reales, resultaba lógico que el comprador destinara parte del precio a extinguir dichas cargas.
En el caso de que el pago hubiera sido realizado directamente por AGLONOR, -parecen admitir los demandados y la sentencia combatida, a sensu contrario-, tal acto sería rescindible, en aplicación de la norma citada, pues claramente el acreedor habría visto satisfecho su crédito antes y al margen del concurso, con evidente perjuicio para el resto de la colectividad de acreedores.
Resulta cuestionable que tal circunstancia permanezca por el hecho de que, en lugar de hacer el pago el vendedor, lo hubiera hecho la compradora reteniendo parte del precio.
Además, si bien se miran las cosas, tal hecho, -la retención de parte del precio para la extinción de un crédito no vencido-, determinaría también la rescisión de la compraventa, que de este modo se tornaría lesiva y perjudicial para la masa, desde el momento en que el precio, -contraprestación por la entrega de la cosa-, no ingresó en el patrimonio de AGLONOR, sino que se vio minorado de forma injusta (en el mismo sentido puede verse la sentencia de la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de diciembre de 2008).
Sucede que el préstamo se encontraba asegurado mediante una garantía hipotecaria a favor del IGAPE, garantía, -rectius, contragarantía-, que aseguraba una eventual ejecución del aval subsidiario concedido por el ente público. De esta forma, con la venta de la cantera AGLONOR evitaba el riesgo de la ejecución de la garantía ante la imposibilidad de atender el pago del crédito, y con el pago y consiguiente extinción del crédito SERCOYSA obtenía al propio tiempo la liberación de la carga que gravaba la concesión minera, por lo que tal operación no puede afirmarse que resultara perjudicial para la masa.
Así parece haberlo entendió la propia administración demandante, cuando no ha deducido pretensión rescisoria alguna con respecto a la extinción de la anotación de embargo a favor de la TGSS.
De otro modo: no cabe duda de que el valor del bien se obtiene de la deducción de las cargas que sobre él pesan, por lo que, -vuelve a repetirse-, el hecho de que ingresara en el patrimonio de la vendedora concursada la parte del precio restante una vez deducidas las cargas no supone ninguna actuación perjudicial para la masa; en cuanto a la extinción del préstamo, la compradora SERCOYSA sólo podía cancelar la hipoteca extinguiendo el crédito del BANCO POPULAR, pues el acreedor hipotecario, el IGAPE, no era acreedor de SERCOYSA en tanto el Banco no ejecutara el aval ante el impago de AGLONOR (así sucedió, en efecto, como puede comprobarse de la escritura de constitución de préstamo hipotecario a favor del Banco Pastor, al que se concede primera hipoteca sobre la cantera ya propiedad de SERCOYSA, una vez extinguidas las cargas anteriores). Por tanto, tampoco desde este punto de vista puede verse una actuación perjudicial para la masa, en la medida en que se obtuvo, se insiste, la liberación del gravamen.
En su consecuencia, se opera fuera del ámbito de aplicación de la presunción iuris et de iure y, sin el beneficio de la presunción legal, tampoco se ha demostrado la existencia de una actuación perjudicial para la masa. No se oculta que el supuesto de hecho presenta matices oscuros (así, la alegación relativa a la venta por la sociedad titular del cien por cien del capital de AGLONOR, el día antes de la presentación de la solicitud del concurso, de un importante activo patrimonial) y que, probablemente, no se han traído al conocimiento de la jurisdicción todos los aspectos del problema, pero la apreciación de los hechos a la luz del material probatorio aportado al proceso no permite avanzar más en la apreciación de circunstancias de hecho que inclinen la balanza a favor de la tesis de la administración concursal apelante.": SAP Pontevedra 22.07.2009 (Rollo 406/2009; Sentencia 369/2009)

2.5.2 El destino del precio de venta al pago anticipado no es causa de rescisión de la venta sino sólo del pago

AP Vizcaya

"En ningún caso se ejercitó, como reitera en varias ocasiones la parte apelante en su recurso de apelación, la acción rescisoria del contrato de compraventa en base a la presunción de perjuicio patrimonial "iuris et de iure" del primer inciso del art. 71.2 de la Ley Concursal, en que el perjuicio patrimonial se presume cuando se trata de "pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso", alegando que el precio de la compraventa se imputó a la amortización total y anticipada de los préstamos mantenidos por la concursada con el BBVA y a la cancelación de la cargas hipotecarias que gravaban la finca, lo que implica un trato de favor, al menos, para el acreedor BBVA, que mantenía préstamos de vencimiento posterior a la declaración del concurso, con alteración del principio de paridad entre los acreedores. Sino que la parte apelante ejercitó la acción rescisoria al amparo del art. 71. 1 y 4 de la LECO de impugnación de un acto rescindible "acto perjudicial para la masa activa", regido por las reglas generales de la carga de la prueba contempladas en el art. 217 de la LEC y en consecuencia corresponde a la parte demandante probar el perjuicio patrimonial causado a la masa.
Hay que tener en consideración lo establecido en el art. 72.1 de la LECO que otorga legitimación al acreedor que haya instado por escrito de la Administración Concursal el ejercicio de alguna acción "señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello", siendo que el apelante instó de la Administración Concursal la rescisión de la venta, y, en ningún momento, hizo alegación alguna de rescindir los pagos anticipados al BBVA por presunto perjuicio a la masa.

A mayor abundamiento, el caso examinado no se encuadra en la presunción "iuris et de iure" del art. 71.2 de la LECO, ya que contempla la rescición de actos jurídicos de "pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". Los pagos o actos de extinción a que se refiere la disposición legal consisten en la amortización anticipada de los préstamos hipotecario y personal de la BBVA, por importes de 21.973,27 euros y 13.599,60 euros, cancelados anticipadamente el 28-10-2005 y el 11-11-05, con vencimientos el 12-1-207 y 9-6-07, respectivamente, pero, en ningún caso, al acto generador de liquidez (compraventa) para satisfacer a los acreedores, ante la necesidad de liquidez por la situación de insolvencia, para evitar que las deudas con BBVA entraran en mora. Es decir, se debería de haber pretendido la rescisión o impugnación de los pagos efectuados al BBVA, pero no del acto de la compraventa. Lo expuesto, conlleva ineludiblemente a desestimar de plano los motivos de impugnación referentes a la errónea valoración de la prueba en torno al cumplimiento de obligaciones no vencidas y de vencimiento posterior al de la fecha de declaración del concurso.": SAP Vizcaya (Sección 4) 07.07.2009 (Rollo 179/2008; Sentencia 525/2009)

2.5.3 Pago anticipado para vender la finca libre de cargas

2.5.3.1 Aplicabilidad: cancelación por el deudor de préstamo hipotecario con los fondos percibidos del comprador, que adquiere la finca libre de cargas

AP Salamanca

""SEGUNDO.-En su sentencia, el juez de lo mercantil, procede a analizar detenidamente lo que significa la acción de reintegro, con referencia a los dos sistemas de retroacción posibles, retroacción absoluta y retroacción relativa, junto al intermedio en el que se combinan la nulidad absoluta de todos los actos de disposición y administración del deudor en el período de retroacción, con un sistema de acciones de impugnación de determinados actos en base a criterios objetivos. A continuación expone el sistema español de reintegración de la masa de la quiebra anterior a la nueva ley concursal, sistema intermedio, para a continuación referirse al sistema de la nueva ley concursal, con el cambio radical que supuso al prescindir del sistema de retroacción y optar por un sistema de acciones impugnatorias.
Los dos requisitos exigidos por el legislador para que puedan rescindirse los actos realizados por el deudor con carácter previo a la declaración del concurso son, en primer lugar que los actos sean perjudiciales para la masa, y en segundo lugar que se realice tal acto en los dos años anteriores a la declaración.
Respecto del primero, es evidente que el perjuicio para la masa se puede deducir con facilidad de los actos gratuitos, ante la natural falta de contraprestación respecto del desplazamiento patrimonial realizado por el deudor. En los actos o negocios onerosos, el perjuicio se deduce de la falta de equivalencia de la prestación realizada por quien contrata con el deudor, respecto de la que éste efectuó; todo ello sin que exija una relación de causalidad entre el acto del deudor y la situación de insolvencia, bastando con que se produzca una reducción del patrimonio del deudor o se impida un incremento del mismo.
TERCERO.-Siguiendo esta doctrina, el Juez de Instancia analiza la acción ejercitada frente al Banco Popular Español.
Se trata de dos préstamos hipotecarios a los que afecta la presunción iures et de iure del artículo 71.2 de la ley concursal, por tratarse de la extinción de la obligación cuyo vencimiento era posterior a la declaración, de manera que el pago de determinadas deudas concursales al Banco de Castilla, luego absorbido por el demandado, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, evidentemente a costa de otros acreedores de la masa, supone sin duda un perjuicio directo para esta.
Así se considera probado, y respecto de ello no podemos hacer cuestión en este trámite de apelación, desde el momento en que en el recurso el Banco recurrente acepta expresamente los hechos, si bien pretende hacer una cierta matización en relación con los mismos, que el cheque nominativo por importe de 403.427 # a favor del Banco Popular Español fue destinado íntegramente a la cancelación anticipada del préstamo hipotecario, el día 20 de febrero de 2009 como préstamo hipotecario por importe de 402.641,58 # de principal y 506,18 # de intereses de cancelación, siendo la diferencia de 279,24 # correspondiente a comisiones y gastos. Un segundo cheque nominativo por importe de 260.828,60 #, a favor del mismo Banco, se destinó íntegramente a la cancelación anticipada el día 18 de febrero de 2009 de un préstamo hipotecario por importe de 260.322,91 #.
La cancelación anticipada de los préstamos entra de lleno en la presunción establecida en el artículo 71.2 de la ley concursal, por tratarse del vencimiento anticipado de unos pagos sin justificación suficiente, causando un evidente perjuicio para la masa.
Como decimos, en el recurso se reconocen los hechos, si bien, se pretende que se precisen más los mismos, intentando introducir sustancialmente en los mismos que los préstamos hipotecarios estaban garantizados, el primero de ellos con la finca registral 2352 del Campillo de Salvatierra y, el segundo de ellos con la garantía hipotecaria de la finca registral número 1831 del Registro de la Propiedad de Fuente de Cantos. No hay duda de que es ello es así, y por lo tanto, no existe inconveniente alguno en hacer referencia a las fincas registrales que garantizan los préstamos cancelados.
Por otra parte, se insiste en el recurso en que el saldo pendiente del primero de los préstamos se pagó con un cheque bancario nominativo que se extendió a costa de COROGRANSA por importe de 403.427 euros, a favor del Banco Popular Español y el saldo pendiente del segundo quedó pagado

con cheque bancario nominativo también extendido a costa de la misma empresa por importe de 260.828,60 #, a favor del Banco Popular Español, quedando ambos cheques testimoniados en la escritura de compraventa de 18 de febrero de 2009 autorizada por Notario como parte del pago del precio de la compraventa, reflejando las hipotecas que grababan las fincas registrales anteriormente citadas para garantizar los préstamos cancelados. No hay duda de nuevo, de que ello es así, pretendiéndose que la sociedad compradora, y que expide los cheques, adquiriesen las fincas libres de cargas.
CUARTO.-Una vez admitidos los hechos, con las matizaciones a que antes hemos hecho referencia, procede analizar si, como se pretende en el recurso, realmente concurre en el presente caso los presupuestos de la acción de reintegración y ello por cuanto la entidad bancaria recurrente insiste en que los pagos no los realizó la concursada, sino la entidad compradora, quien a su costa, ordena al Banco de Castilla, emitir los cheques bancarios por dichos importes a favor del Banco Popular Español.
Es cierto que la validez de la compraventa quedó sancionada por la sentencia de instancia al homologar en el punto primero del fallo el acuerdo alcanzado por la administración concursal y COROGRANSA, con el consentimiento del representante legal de INPORCASA.
Tampoco podemos dudar del contenido del artículo 1445 del Código Civil y que en base al mismo la concursada, como vendedora, se obliga a entregar la finca resultante de la ocupación de la finca registral 2352 con otras dos fincas, libres de cargas, a la entidad compradora y que extendió los cheques, como precio cierto y convenido.
Se pretende en el recurso que, al ser la entidad compradora quien procede a efectuar el pago del precio en la forma convenida, no fue la concursada la que actuó en perjuicio de su propio patrimonio, cuando resulta que el artículo 71.1 de la ley concursal expresamente exige que los actos perjudiciales para la masa hayan sido realizados por el deudor, y nunca por un tercero ajeno al mismo.
Sin embargo, el motivo del recurso no puede ser estimado, desde el momento en que examinando el documento 3 de la demanda, la escritura de compraventa otorgada por Industrias Porcinas del Campillo S.A a favor de la mercantil COROGRANSA SL, de 18 de febrero de 2009, tras reseñar las fincas en las que la vendedora es titular, con sus correspondientes cargas, el Notario deja constancia de como los comparecientes manifiestan que los mencionados préstamos garantizados con las hipotecas, se encuentran cancelados económicamente. Como precio consta el valor final de las descripciones de las fincas, es decir 3.722.263 #. Se incorpora a la escritura fotocopia del cheque bancario nominativo por importe de 403.427 #, y del de 260.828,60 #, cuyo reintegro ordena al Juez de Instancia y que, evidentemente, forma parte del total del precio.
Todo ello quiere decir que COROGRANSA, es la compradora de las fincas de INPORCASA, y, como tal, efectuó el correspondiente pago del precio, según el concepto de compraventa del artículo 1445 del Código Civil y la obligación que a todo comprador impone el artículo 1500 del mismo Código. Por tanto, fue la concursada, quien recibió el precio de la cosa vendida, con independencia de que pactase con la compradora el destinar parte del precio a la cancelación anticipada de las hipotecas que gravaban las fincas vendidas, pacto al que no es ajeno en modo alguno ni la concursada ni la demandada en este incidente, pero sí aquellos terceros, el resto de acreedores de la masa, que evidentemente, se ven perjudicados como consecuencia de una cancelación anticipada de cargas, acordada por la deudora INPORCASA.
QUINTO.-Respecto de la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia, en términos formales, no existe tal incongruencia, habiendo procedido dictar un fallo, sustentado en una detenida fundamentación jurídica, acorde con lo realmente solicitado por los Administradores concursales en su demanda. Basta para ello con observar el suplico de la demanda y el contenido literal del fallo, al referirse ambos al reconocimiento del correspondiente crédito "con la calificación que corresponda, dentro de los textos definitivos, y/o de la rehabilitación de su hipoteca".
Sin embargo, es evidente que, una vez estimada en este punto la demanda, condenado el Banco Popular Español a reintegrar al patrimonio de la concursada la cantidad total de 664.255,60 #, correspondiente a la cancelación anticipada de las hipotecas, debe procederse por los Administradores concursales a calificar adecuadamente el crédito, procediendo a la rehabilitación de la hipoteca en la cuantía que corresponda.”: SAP Salamanca (Sección 1) 04.12.2012 (Sentencia 649/2012; Rollo 526/2011)

2.5.3.2 Inaplicabilidad de la presunción e inexistencia de perjuicio

JM-1 Barcelona

“1. Son hecho no controvertidos por los litigantes, según se desprende sus escritos de alegaciones, los siguientes: A) Entre los días 30 de marzo de 2007 y 31 de julio de 2007 la concursada suscribió con la demandada ocho contratos de leasing para la adquisición de diversas maquinaria, por un importe total de 504.066'08 euros. B) El día 30 de julio de 2008 la concursada otorgó una hipoteca de máximo de 180.000 euros sobre la finca de su propiedad sita en la calle Guifre 751-757 de Badalona, en garantía de un crédito de 180.000 euros, destinado al pago de las cuotas pendientes de los contratos de leasing. C) El dia 15 de junio de 2009 la concursada procedió a vender la finca hipotecada al Institut Catala del Sol por el precio de 5.000.000 euros, importe que se destina, entre otras cosas, a pagar las cargas hipotecarias que gravaban la finca. D) Entre otros acreedores, se paga

la Caixa de Girona la suma de 180.000 euros para liberar la finca de la hipoteca constituida y venderla libre de gravámenes.
2. El administrador concursal basa su demanda en que realmente ignora cual es la justificación de dicho pago, es decir, cual era la situación de los leasing en ese momento en que se satisfizo su importe, información que no ha podido obtener ni la de la concursada ni de la Caixa. Por ese motivo considera que el pago efectuado a la Caixa de Girona ha de ser reintegrado, al no constar que corresponda a una deuda vencida.
3. La Caixa de Girona acredita, mediante el documento no 6 de su contestación, que ese pago se hizo, en parte, para la adquisición de la propiedad de los bienes dados en leasing, para lo cual la concursada ejercitó de forma anticipada la opción de compra prevista en los contratos de arrendamiento financiero. Efectivamente, si examinamos el documento no 6, vemos que la Caja y la concursada pactaron la adquisición de todos los bienes por el precio residual de 205.669'51 euros mas IVA, extinguiendo de esta forma los contratos de arrendamiento, cuyo pago estaba garantizado mediante la hipoteca de máximo.
4. Como podemos ver, examinado los contratos de leasing o el mencionado documento no 6, todos los contratos vencían con posteridad a la declaración de concurso, concretamente entre el 30/3/2012 y el 13/7/2012, por lo que la Caja y la concursada tuvieron que dar por vencidos anticipadamente sus contratos para hacer pagar los mismos.
5. Los arrendamientos financieros suscritos por la concursada con la Caixa de Girona, inicialmente habían estado garantizados con la prenda de un deposito de 400.000 euros de la concursa en dicha entidad, como se desprende de la escritura pública de fecha 30 de marzo de 2007, documento no 1 de la contestación a la demanda de la Caixa. Dicha garantía fue sustituida, a instancias de la concursada, documento no 2 de la contestación, por la hipoteca de máximo mencionada, con lo que la hipoteca sustituye una garantía pignoraticia previa.
6. El art. 71 LC establece que: "1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta"
7. Son dos los requisitos que le ley exige para que un acto sea rescindible, el primero, que se haya realizado dos años antes de la fecha de la declaración del concurso, y, segundo, que resulte perjudicial para la masa. Por el contrario, la propia ley se ocupa de aclarar que no es necesario que hubiera existido intención fraudulenta, ni el deudor-concursado, ni en la parte favorecida por el acto impugnado, ambas partes han podido actuar de buena fe y sin ánimo de causar daño a nadie. Con esta aclaración la ley quiere que se centre la valoración del acto en el perjuicio para el concurso.
8. El art. 71.2 LC establece dos supuesto en los que los actos realizados son directamente rescindibles, sin necesidad de más demostraciones que el supuesto de hecho contemplado por la norma. Esos supuestos son: a) los actos dispositivos a titulo gratuito, en lo que no hay contraprestación; b) el pago anticipado de deudas vencimiento posterior al concurso, en los que el deudor claramente quiere favorecer injustificadamente a ciertos deudores pagando su deuda antes de que hubiera vencido. En este segundo caso, el acreedor que cobra anticipadamente, indudablemente tiene derecho a cobrar, pero se rescinde el pago efectuado por no respetar la "par conditio creditorum" a la que estaría sometido de haberse esperado su vencimiento. Así pues, la ley sanciona el quebranto de ese principio básico con las rescisión del acto. De ello podemos deducir que todo acto que quiebre ese principio podría sería perjudicial para el concurso y en consecuencia rescindible.
9. En nuestro caso, tenemos que los 180.000 euros se destinaron a pagar, casi en su totalidad, una deuda antes de su vencimiento, como he dicho, en principio, ello supondría automáticamente, por aplicación de lo establecido en el art. 71.2 LC, que el pago sería ineficaz si necesidad de probar perjuicio alguno.
10. El art. 71.3 establece dos presunciones <<iuris tantum>> de perjuicio. La primera, relativa a los actos realizados a titulo oneroso pero en favor de personas especialmente relacionadas con el deudor, en este caso el perjuicio se presume a menos que el deudor o el adquirente prueben que no ha existido, prueba que deberá consistir en demostrar la utilidad del acto dispositivo para los acreedores concursales. La segunda se refiere a la constitución de garantías reales en sustitución a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de las preexistentes, con esta norma la ley vuelve a sancionar a los acreedores, que teniendo derecho a cobrar, pretende colocarse en un posición ventajosa frente a los demás acreedores. Esa presunción parece basarse nuevamente en la vulneración de de la <<par conditio creditorum> como principio básico.
11. La hipoteca, como ya he dicho, no se constituyó para garantizar deudas preexistentes no garantizadas, sino en sustitución de una garantía real previa, por lo tanto, no sería rescindible, con independencia de que además, conforme el art. 10 de la Ley 211981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en la nueva redacción de la art. 12.2 de Ley 41/2007 de 7 diciembre 2007, la administración concursal tendría que haber alegado y probado la intención fraudulenta, cosa que no ha hecho.
12. Así pues, en este caso, el pacto de vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas no puede examinarse independientemente de la garantías vigentes en este momento. Por ello, a mi juicio, estaba justificado acordar el vencimiento anticipado de las obligaciones a cambio de renunciar a la garantía hipotecaria, con la finalidad de vender la finca libre de cargas, lo que hace que el pago no sea rescindible. ": SJM-1 Barcelona 17.01.2011 (Sentencia 15/2011; Incidente Concursal 118/2010)

2.5.4 Subrogación del comprador en la posición deudora y no acto extintivo. Inaplicabilidad.

Inexistencia de pago.

AP La Coruña

“TERCERO: A los efectos resolutorios de la presente demanda hemos de partir de los siguientes hechos, que expresamente declaramos probados:
A) Con fecha 15 de julio de 2009, autorizada por el notario de A Coruña Sr. Ordóñez Armán, nº 1855 de su protocolo, se firmó una escritura pública de compraventa y subrogación hipotecaria, conforme a la cual los hoy concursados D. Bernardino y Dª Fidela vendieron a ADAPA CONDUCTO S.L.U., cuarenta parcelas con vivienda de su propiedad, sitas en la DIRECCION000, en el lugar de DIRECCION001, parroquia de DIRECCION002 en A Coruña, hallándose la finca matriz gravada con una hipoteca para responder de un principal de 13.058.827 euros (1.965.000 euros en origen y 11.093.327 euros de una posterior ampliación), por razón del préstamo hipotecario concertado entre los vendedores con IBERCAJA de 23 de diciembre de 2004, ampliado por escritura de 22 de junio de 2006, el cual fue subrogado a favor de CAJA DE AHORROS DE GALICIA por virtud de escritura de 1 de diciembre de 2006, y posteriormente objeto de sendas novaciones otorgadas el 4 de julio y 8 de octubre de 2008.
En la referida escritura igualmente se hizo constar que la vendedora manifiesta que las fincas objeto de la compraventa, que forman parte del Conjunto Residencial conocido como " DIRECCION003 ", sito en las parcelas NUM000 a NUM001 de la URBANIZACIÓN000, DIRECCION001, A CORUÑA, se están actualmente construyendo, según proyecto de Don Pablo y conforme licencia que se incorpora a la escritura, haciéndose constar expresamente que su grado de realización es del 96,6% de la totalidad de obra proyectada, acompañándose certificación del mentado arquitecto, en su condición de director de la obra.
De igual manera, se hizo constar que los vendedores resolvieron el contrato de ejecución de obra y comercialización, de fecha 29 de mayo de 2007, con promociones PASCUA Y NIETO S.L., asumiendo ellos mismos los costes derivados de la construcción y comercialización, haciéndose una expresa referencia a los proveedores y subcontratistas a los que se debía dinero en número de 61 por un total de 1.921.548,87 euros, tras la quita que negoció la demandada ADAPA.
En el expositivo de la mentada escritura se manifiesta por los vendedores que suscribieron 13 contratos privados de compraventa sobre las viviendas transmitidas, con respecto a los cuales se indica que los compradores han consentido la cesión de su posición contractual a ADAPA CONDUCTO S.L. y por los que han pagado a cuenta y recibido los concursados la suma total de 1.457.019 euros.
Pues bien, en la precitada escritura pública, el matrimonio Bernardino Fidela vendió a ADAPA CONDUCTO S.L. las referidas viviendas por el precio de 13.808.446,05 euros, incrementado por el IVA correspondiente.
El precio pactado se satisfizo de la forma siguiente:
La cantidad de 10.429.878,98 euros mediante subrogación en el préstamo hipotecario concertado, adeudado por los vendedores a la CAJA DE AHORROS DE GALICIA, y que grava las fincas objeto de venta, subrogación que acepta expresamente la referida entidad financiera.
La suma de 1.921.548,87 euros, correspondientes a la suma de cantidades debidas a proveedores y subcontratistas, que retiene la parte compradora para su entrega por cuenta de la vendedora a los precitados acreedores y por los importes indicados.
Otra suma de 1.457.019 euros, correspondientes a las cantidades entregadas a cuenta por los distintos adquirentes de las viviendas, que igualmente retiene la compradora, quien se subroga en los derechos y obligaciones de los contratos privados de compraventa suscritos por la parte vendedora.
Por último, la compradora abonó a la vendedora el IVA correspondiente al tipo del 16%, mediante cheque nominativo por importe de 2.209.351,50 euros a nombre de los vendedores.
B) Previamente a la realización de tal contrato por sendas entidades tasadoras se procedió a la valoración de la promoción de los concursados y así por parte de ARCO VALORACIONES fue tasada, en el estado en que se encontraba, y con data 18 de junio de 2009, en la suma de 13.662.958,22 euros y una vez acabada en 17.917.660,02 euros (doc. 9 de la contestación de ADAPA y Caixanova) y la entidad EUROVAL a fecha 25 de noviembre de 2008 la valoró en 12.917.795,20 euros y valor terminado 16.726.029,49 euros (doc. 9 bis).
C) El importe del IVA fue ingresado en una cuenta a nombre de los vendedores en la CAJA DE AHORROS DE GALICIA, y de ella, mediante escrito de 15 de julio de 2009, los concursados ordenaron y autorizaron, de forma irrevocable, efectuar pagos mediante cheques nominativos a distintas personas por importe de 1.313.858,92 euros, entre los que figuraban el letrado que asistió a los concursados en la negociación con la CAJA con un pago de 20.000 euros, figurando también los hijos de aquéllos Pedro Enrique y Aurelio con pagos de 55.642,63 euros y 49.261,50 euros respectivamente, así como transferencias para pagar facturas a otros acreedores por valor de 244.504,71 euros, todo ello hace un total de pagos por importe de 1.558.363,63 euros (doc. 15 de dichos demandados).
D) De igual forma, el 15 de julio de 2009, el concursado D. Bernardino compró un cheque bancario nº NUM002 a CAJA DE AHORROS DE GALICIA por importe de 650.987,87 euros, que fue pagado en la CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA en la oficina de Carballiño(Ourense) dos días más tarde (documento 16).
E) En la negociación del contrato de compraventa objeto de reintegro en este incidente concursal la CAJA DE AHORROS condonó de la deuda hipotecaria existente 2.888.941,50 euros, que quedaba

condicionada suspensivamente a la firma por los prestatarios de la escritura pública de compraventa a favor de ADAPA, de manera tal que, tras la quita, la subrogación en el préstamo hipotecario sería por la suma de 10.429.878,98 euros (ver documento privado documento 13 del mismo ramo de prueba).
F) ADAPA negoció y obtuvo una importante quita con respecto a las deudas existentes con proveedores y subcontratistas de la promoción, que supuso que el importe de lo adeudado de 2.401.936 euros se rebajase a la suma de 1.921.548,87 euros.
G) Las previsiones del arquitecto sobre el grado de ejecución de la obra se quedaron cortas y su conclusión, que abordó la compradora ADAPA, a través de la constructora PROYCOGA, supuso un desembolso por aquélla de 2.689.018,97 euros (documento 10), aunque la finalización total de la obra elevó el coste final de la misma en la cantidad de 3.455.853,14 euros o 3.242.656,52 euros, si descontamos 5440 euros de una factura correspondiente a otra urbanización que por error se computó como gatos en la promoción litigiosa e incluso 207.756,62 euros de comercialización, pese a darse cumplida respuesta en el acto del juicio de la procedencia de dicha partida derivada de un contrato marco de comercialización de inmuebles para la apelada ADAPA.
No es de extrañar y no se puede cuestionar, que el coste real de la terminación de la obra fue el abonado a PROYCOGA y, en modo alguno, el indicado en el recurso de apelación, pues amén de que se justificó la realidad del mismo documental y testificalmente, ya en escrito dirigido por los concursados a CAIXA GALICIA se hablaba de una inversión para concluir la obra de 4.126.506,47 euros y de unos trabajos pendientes de
1.605.000 euros aproximadamente, que la realidad determinó fuera una previsión más que optimista, máxime cuando se explicó, por el legal representante de ADAPA, que las obras de urbanización del complejo no se habían prácticamente iniciado (ver carta de los concursados de 23 de octubre de 2008, doc 8).
H) ADAPA CONDUCTO S.L.U. era una sociedad cuyo socio único es la CAJA DE AHORROS DE GALICIA, circunstancia que nunca se ocultó en el procedimiento, ni en las negociaciones de las partes, siendo su objeto social la promoción, gestión y desarrollo de operaciones inmobiliarias y urbanísticas.
I) La intervención de ADAPA permitió la conclusión de la promoción, al hallarse los concursados imposibilitados para llevarla a efecto, al carecer de financiación en el mercado.
J) El préstamo hipotecario, cuando se llevó a efecto el mentado contrato, se encontraba en periodo de carencia, con pago sólo de los intereses hasta el 31 de diciembre de 2009, y a partir de ahí el último pago sería en el año 2039.
K) Por auto de 29 de septiembre de 2010 D. Bernardino y Dª Fidela fueron declarados en situación de concurso voluntario, en los autos 294/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad de A Coruña.
“CUARTO: No considera el Tribunal, que sea de aplicación la presunción iuris et de iure de perjuicio económico prevista en el art. 71.2 de la LC, conforme a la cual se presume concurrente para la masa de acreedores, cuando se trate de pagos u otros actos de extinción de obligaciones, cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
En definitiva, la aplicación de la mentada presunción exige que nos hallemos ante el pago de unas obligaciones todavía no vencidas y, por lo tanto, no exigibles, al no haber llegado al día cierto fijado para su satisfacción, como reza el art. 1125 del CC, y que tiene su correlativo en el art. 1292 de este último cuerpo legal que, en sede de rescisión de los contratos, proclama que son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor a tiempo de hacerlos.
El art. 71.2 de la LC se refiere no sólo al pago sino a las otras formas de extinción de las obligaciones, con clara remisión a lo normado en el art. 1156 del CC, entre las que figura la novación. Ahora bien, para que se dé el supuesto de hecho del invocado precepto ha de tratarse de una novación extintiva (art. 1204 del CC) y no modificativa por cambio del deudor.
En cualquier caso, al tratarse de una presunción sin prueba en contrario de perjuicio patrimonial, unido a los efectos implícitos en una rescisión contractual, ha de ser objeto de interpretación restrictiva.
Pues bien, no podemos considerar que en el caso enjuiciado opere tal presunción, sino que nos hallamos ante un complejo negocio jurídico, igualmente encaminado a posibilitar la conclusión de la promoción, que era inviable por la falta de financiación de los concursados, por el elevado coste que alcanzaba la obra y la crisis económica del sector inmobiliario, con la correspondiente reducción del precio de la vivienda. Las cartas de los concursados obrantes en autos acreditan como se vieron obligados a una reducción muy considerable de los precios de venta previstos para poder enajenar las viviendas. A esta crisis del sector, a la falta de liquidez de los concursados, y a la rebaja de precios, hace expresa referencia la administración concursal en su informe elaborado al amparo del art. 75 de la LC.
El contrato litigioso no es propiamente un pago o una novación extintiva de una deuda, amén de que el impago de los intereses posibilitaría el ejercicio de acciones judiciales de reclamación de lo adeudado, sino una compraventa de activos, con una subrogación en el préstamo hipotecario, con la consecución de unas importantes quitas por parte de determinados acreedores (proveedores y subcontratistas), así como del propio importe del préstamo hipotecario, todo ello unido a un compromiso por parte de la compradora de terminar la urbanización pendiente, y que los concursados se encontraban imposibilitados de concluir, para hacer honor a sus compromisos contractuales y observar las obligaciones asumidas (arts. 1445 y 1091 del CC).
La venta de las viviendas al precio pactado entre los concursados y ADAPA determina y justifica que se descuente el importe percibido por aquéllos a cuenta del precio final de los precitados inmuebles,

máxime cuando la compradora apelada se obliga a la conclusión de la obra y la entrega de los referidos pisos a los adquirentes.
Por otra parte, el préstamo hipotecario no se extinguió, sino que fue objeto de una subrogación consentida por la Caja de Ahorros, el cual además todavía no fue amortizado, presentándose en autos una certificación de saldo deudor, por importe de 5.051.543,40 euros, a 25 de mayo de 2011.
La CAJA DE AHORROS, a más abundamiento, gozaba de un crédito privilegiado con garantía hipotecaria (art. 90 de la LC), derivado de una subrogación, concertado en fecha en la que no existía atisbo alguno de la inviabilidad de la promoción, y con posibilidades de ejecución separada en los términos del art. 56 LC.
En las concretas circunstancias concurrentes no podemos considerar que nos encontremos ante el supuesto previsto en el art. 71.2 de la LC, si realizamos una correcta exégesis del mentado precepto, circunscrito a casos de anticipación de una deuda no vencida y, por lo tanto, inexigible; pues valorada en su conjunto la operación llevada a efecto no es subsumible en tal precepto, ya que el contrato de 15 de julio de 2009, concertado con el beneplácito de los concursados y asesoramiento de sus abogados, permitía la conclusión de la promoción, satisfacer créditos de proveedores y subcontratistas, cumplir los contratos ya concertados con 13 compradores y obtener importantes quitas económicas de más de tres millones de euros.
La finalidad de una acción de reintegración no es defender los intereses de los concursados, que voluntariamente y debidamente asesorados llevaron a efecto el negocio jurídico que ahora cuestionan, actuando en contra de sus propios actos, sino los de la masa de acreedores, en este caso constituida por siete entidades la AEAT, Ayuntamiento de A Coruña, Diputación Provincial de A Coruña, BANESTO, CAIXA GALICIA, IBERCAJA y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. “:SAP La Coruña (Sección 4) 01.02.2013 (Sentencia 36/2013; Rollo 587/2012)

2.6 Préstamo

2.6.1 Inexistencia de pago anticipado pese a hallarse la deuda a la vista satisfecha contabilizada como préstamo a largo plazo

AP Barcelona

“SEXTO Un factor decisivo para apreciar el perjuicio a la masa activa una vez declarado el concurso, radicaría, además de la inclusión del acto del pago o pagos al prestamista en los dos años anteriores a su declaración, en la anticipación de la extinción de la deuda, por tratarse de una obligación cuyo vencimiento es posterior a la declaración de concurso, supuesto del que elart. 71.2 LC deriva el perjuicio a la masa activa sin admitir prueba en contrario.
Pero la Administración Concursal no alegó esta presunción legal, ni formalmente, mediante la cita del precepto, ni materialmente por afirmar que la deuda no estaba vencida, sino que se limitaba a manifestar que estaba contabilizada en la partida de "acreedores a largo plazo".
Está probado en las actuaciones, no sólo por las manifestaciones de las partes implicadas sino fundamentalmente por la propia dinámica de las entregas y las devoluciones periódicas parciales, que no se pactó un término o plazo de vencimiento determinado de las respectivas obligaciones surgidas a raíz de la entrega de los capitales en concepto de préstamo, sino que se convino que la sociedad devolvería los préstamos (sin interés) desde luego o inmediatamente, conforme se lo fuera permitiendo su situación económica. De este modo, los préstamos nacieron vencidos, si bien supeditados a la disponibilidad económica de la sociedad prestataria, y así consta que se actuó, pues la sociedad, ya durante los años 2004 y 2005, fue devolviendo sumas de cuantía irregular, al tiempo que el prestamista hacía nuevas entregas, que se contabilizaban siguiendo el sistema de de cuenta corriente, compensando automáticamente las entregas con las devoluciones que se iban produciendo.
En el año 2006, en el cual no se produjeron más préstamos, la sociedad continuó efectuando devoluciones parciales minorando así el saldo deudor, hasta completar, desde el mes de enero y hasta el de noviembre, la suma de 96.139 euros, quedando pendiente a la fecha de declaración del concurso (en febrero de 2007) la cuantía de 115.332 euros (según admite la Administración Concursal), que ha sido condonada por el Sr.Alejandro (así lo afirma dicha parte actora, sin contradicción por parte del prestamista ni de la concursada prestataria).
Los préstamos, por tanto, estaban vencidos a la fecha en que se comienzan a efectuar las devoluciones de capital cuya rescisión se pretende (enero de 2006), y ello pese a que, por mera conveniencia interna, la sociedad los contabilizara como deudas a largo plazo (mejorando así en sus balances su imagen económica ante terceros), lo que en realidad no se concilia con su propia actitud, ya que durante 2004 y 2005 estaba devolviendo mediante pagos parciales los préstamos concedidos en esos mismos años.
Mediante tal financiación, se afirma en las contestaciones y no se ha contradicho, la sociedad atendió deudas con las entidades bancarias y otras generadas o que se iban generando por la actividad propia de la empresa, eludiendo así el coste de la financiación bancaria.”: SAP Barcelona (Sección 15) 08.01.2009 (AC 2009/1180; Sentencia 3/2009; Rollo 497/2008)

2.6.2 Aplicabilidad: pago anticipado de préstamo en el que no se pactó plazo

AP Sevilla

“Segundo.- Cuando los artículos 72.3 y 73.2 de la ley Concursal hacen referencia al tercero de buena fe y a la necesidad de destruir la presunción de que la misma concurre, se refieren precisamente a terceros, es decir a personas ajenas al contrato que se trata de rescindir y que pueden resultar afectadaS por la rescisión. Cuando lo que se trata de rescindir es la devolución de un préstamo por la concursada es obvio que carece de la condición de tercero el prestamista que recibe el dinero, por cuanto que el mismo es una de las partes del contrato de préstamo. Las argumentaciones del recurso basadas en la condición de tercero de Don Iván deben por ello ser rechazadas en su totalidad.
Tercero.- El artículo 71 de la Ley Concursal declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Por su parte el artículo 71.2 de la Ley Concursal establece que el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
El argumento principal de la sentencia apelada, y no se combate por cierto en el recurso, es que el dinero que se entrega a Don Iván en concepto de parte de devolución del préstamo que este hizo a la concursada cuando ya no era socio de la misma y en el plazo de los dos años anteriores a la declaración del concurso, no se ha probado que estuviese vencido o que hubiese vencido antes de la declaración del concurso. Dice la sentencia que no existe prueba del supuesto pacto verbal en cuya virtud debía devolverse en el momento en que se hizo, ni de la concreta fijación de un plazo de devolución, por lo que ha de considerarse un préstamo por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento cuya devolución, conforme al artículo 313 del Código de Comercio, no cabe exigir al deudor sino pasados 30 días desde la fecha del requerimiento notarial que se hubiese hecho.
En el recurso se dedican los apartados primero y segundo a argumentar la infracción de los artículos 72.3 y 73.2 de la Ley Concursal y sus consecuencias, lo que ya se ha desestimado en el fundamento precedente; en el tercero, cuarto y quinto se alega error en cuanto a la previsión de la situación de insolvencia, ausencia de alteración de la par conditio creditorum, inexistencia de perjuicio para la masa de acreedores o limitación del mismo a lo que se debe a los acreedores, limitando la rescisión al importe que se adeudaba a los mismos, lo que en todo caso sería aplicable al segundo de los argumentos de la sentencia, basado en los apartados 4 y 5 del artículo 71 de la Ley Concursal, y que esta Sala considera innecesario examinar en cuanto que en todo caso quedaría subsistente la presunción iuris et de iure del artículo 71.2, por cuanto que no puede sino coincidirse con el Juez de Primera Instancia en que no se ha aportado prueba objetiva e imparcial alguna de que el préstamo venciese antes de la fecha de declaración del concurso, lo que, por otra parte y ya se ha dicho, ni siquiera se discute en el recurso”: SAP Sevilla (Sección 5) 20.02.2015 (Sentencia 75/2015; Rollo 8473/2014)

AP Toledo

“TERCERO: Por la administración concursal de Actuaciones Constructivas y Desarrollo S.L. se ejercita acción de rescisión del pago realizado en fecha ocho de julio de dos mil ocho, por importe de ochenta y cinco mil euros, a favor de Fidel como devolución del capital más intereses generados por un préstamo que el recurrente realizó a la sociedad y que, según la parte actora, sí tenía un plazo previsto para la devolución, que se ha cumplido y es anterior a la declaración del concurso, pero que en cualquier caso sería un supuesto de obligación pura que puede exigirse desde ya, art. 1113 del Código Civil.
Comenzando por el final de lo expuesto no puede aceptarse que en caso de que no se haya pactado un plazo para la devolución de un capital, que es en lo que consiste un contrato de préstamo, estemos ante una obligación que permite el cumplimiento inmediato. La propia naturaleza de estos negocios jurídicos, y la finalidad económica para la que se realizan, se opone a tal consideración por lo que hemos de entender que para el contrato de préstamo es esencial la determinación de un plazo en que el prestario ha de cumplir con la devolución del capital recibido y, en su caso, los intereses pactados. Así resulta de lo establecido en el art. 1740 del Código Civil y lo ha entendido el Tribunal Supremo, sentencia 943/2009 de 15 de abril "Aunque el préstamo es una obligación a plazo, el Código Civil no contiene preceptos específicos sobre este particular, por lo que ha de acudirse a las normas generales de las obligaciones a plazo (artículos 1125 y siguientes)".
Desde esta perspectiva hemos de examinar el contrato que no niegan las partes existió y, según se dice aunque esta Sala no lo comparte, se plasmó en los documentos que aparecen en los folios diecisiete, veinticinco y cuarenta y dos.
Si examinamos los tres citados documentos lo primero que llama la atención es que en tanto que las copias que aparecen en los folios veinticinco y cuarenta y dos solo aparecen firmados por los administradores de Actuaciones Constructivas y Desarrollos S.L., Belarmino y Evelio, el que aparece en el folio diecisiete aparece también firmado por Fidel. El contenido de todos ellos es el mismo y en realidad no es otra cosa que un reconocimiento de deuda si bien, como se ha dicho, la parte actora asume que existió el contrato de préstamo, a pesar de que no se ha probado la entrega del dinero puesto que la emisión del cheque que aparece en el folio veintiséis no acredita esa entrega desde el momento que la emisión de títulos valores no supone una actuación solutoria de las obligaciones, art. 1170 del Código Civil, sino cuando se hacen efectivos, y no se ha probado que dicho cheque se cobrase.
Dado que es un hecho que no se discute no podemos, so pena de resultar incongruentes, ir más allá que dar por cierto que existe el contrato de modo que los documentos primeramente citados se han de

examinar como forma de poder determinar las condiciones de dicho negocio, porque en ellos sí se recogen datos bastantes acerca de lo pactado.
En el texto de los mismos, y referido al plazo que es lo que interesa a esta resolución porque es la causa alegada por la administración concursal para pedir la rescisión, se aprecia una importante contradicción. Se dice que la devolución se realizará en los siguientes seis meses pero en todo caso antes del treinta de junio. Si damos como cierta la fecha del documento, ocho de enero, resulta que los seis meses concluyen el ocho de julio del mismo año con lo que la rotunda mención al treinta de junio, momento a partir del cual incurriría en mora la mercantil, resulta contradictoria.
Dos opciones surgen ante es hecho. O bien hacer una interpretación acerca de cual de los dos momentos se ha de estimar como de devolución de la suma prestada más los intereses o bien entender que no es posible determinar si se fijó o no plazo y, por tanto, dar como no fijado ninguno.
Como recuerda la sentencia citada el plazo, en el cumplimiento de las obligaciones, se establece a favor de ambas partes "en las obligaciones a plazo, el término se establece en beneficio del acreedor y del deudor, a no resultar otra cosa del tenor o circunstancias de la obligación (artículo 1127 del Código Civil), por lo que para no aplicar esta presunción se requiere la prueba de lo contrario (presunción "iuris tantum"), y siempre ha de pactarse la modalidad de la obligación a término de un modo expreso aunque la fijación del plazo puede ser tácita, cual revela el artículo 1128 del Código Civil, al disponer que si la obligación no señalare plazo, pero si de su naturaleza y circunstancias se dedujera que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél; plazo que siempre existe en el contrato de préstamo, en atención a que el deudor ha de disponer de un término más o menos largo para la devolución de lo que recibió; pero si no se justifica que la voluntad del acreedor fue conceder al deudor uno mayor que el transcurrido al formular la demanda, el citado precepto no es aplicable; y no habiéndose fijado en este caso plazo para la devolución del préstamo y no existiendo acuerdo entre las partes para este punto, el deudor se haya obligado a dicha devolución cuando el acreedor lo reclame; cuya doctrina es aplicable al supuesto del debate".
Claro está que ese acuerdo de las partes del contrato no podrá perjudicar a terceros, de modo que han de surgir de forma clara del propio contenido de la obligación todos los elementos que la integran y no puede dejarse que sean las partes las que, frente a ese derecho de los terceros, decidan circunstancias tan esenciales, como en este caso es el plazo fijado para la devolución.
Y es en este último extremo en donde radica, al entender del Juez a quo, esa falta de eficacia del documento aportado. No se puede discutir que se trata de un documento privado por lo que de acuerdo con el art. 326 hace prueba entre las partes, que no lo discutan, pero no tiene el mismo valor frente a terceros dado que el art. 1127 del Código Civil la fecha de los documentos privados, frente a terceros, no son oponibles sino desde el momento de su incorporación a un Registro público o desde la muerte de alguna de las personas que lo firmaron. Es decir, que solo podemos tener como cierta la fecha en que se presentó en este procedimiento, dicho precepto, que se inserta en la sección que se dedica en el Código Civil a la regulación de los documentos privados, no está derogado por lo regulado en la L.E.C. acerca de la valoración de la prueba de documentos privados puesto que los arts. 324 a 326 de la L.E.C. regulan la forma de aportación, que por cierto en este caso se incumple ya que no se ha presentado el original tal y como exige el art. 325, y su eficacia formal, la impugnación a la que se refieren es la relativa a la autenticidad no en cuanto a su contenido; tan es así que el Tribunal Supremo, así en sentencia 868/2009 de 21 de septiembre consideró vigente el mismo, y examinó si en el caso se había o no infringido.
Por tanto, al no poder afirmarse frente a la parte actora que el documento aportado sea de fecha anterior a su presentación a la contestación a la demanda la valoración que hace el Juez a quo es correcta.
CUARTO: No cabe argumentar, como se hace en el recurso, que la sentencia realiza una inversión de la carga de la prueba, lo que no admite el art. 217 de la L.E.C., porque tendría que ser la parte actora la que probase que se trataba de una obligación de vencimiento posterior, puesto que el art. 217 no determina quien ha de probar sino las consecuencias de la falta de prueba de determinados hechos lo que nos conduce a establecer que dichas consecuencias negativas han de ser soportadas por quien tiene más facilidad para probar y en este caso quien tenía más facilidad era el recurrente, que contaba con la copia del documento.
Por otro lado es que, siguiendo la tesis del apelante, si la administración concursal no tiene conocimiento, por el examen de la contabilidad, mas que de la recepción del dinero y de la transferencia que luego realiza la mercantil no puede acreditar que se trate de una obligación cuyo cumplimiento sea anterior, por faltar la documentación que sustenta esos apuntes contables. Y si solo consta la transferencia, que es lo único que se ha probado en este procedimiento, se trataría de un negocio gratuito, cuya ineficacia es la misma, tal y como determina el art. 71,2.
Tampoco estamos de acuerdo en que el art. 1227 no sea de aplicación a la administración concursal porque esta haya de asumir los actos realizados por la mercantil concursada ya que de ser así la Ley no le otorgaría facultad para demandar la rescisión de negocios jurídicos, que el art. 71 le reconoce; si lo puede hacer es porque en su actuación actúa como garante de los derechos de todos los acreedores, incluso frente a la sociedad misma y en este sentido su posición es la de un tercero porque terceros son aquellos otros acreedores a quienes perjudica el negocio cuya rescisión se pide. Ello se corrobora cuando el art. 36 establece una responsabilidad de quienes integren la administración concursal frente a la propia concursada, regulando incluso el procedimiento y la competencia para conocer de tales demandas, regulación que no tendría razón de ser que fuese recogida en la ley especial si su situación fuese la de una administración interna ya que en tal caso bastaría con la responsabilidad general que la ley de sociedades de capital establece. Si, como parece

deducirse de esta argumentación, la administración concursal fuere un simple representante de la concursada, teoría hoy ya en desuso, podría aceptarse tal punto de partida pero no es esa la naturaleza que cabe atribuir a este órgano del concurso.
No es lugar para hacer una exposición acerca de las diferentes teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la administración concursal pero sí exponer que las más modernas, teoría del oficio o de la función, parten de la idea de que se trata de un órgano ajeno tanto a los intereses de los acreedores cuanto a los del deudor, asumiendo una situación equidistante que busca la realización de los intereses superiores a cada una de las partes y que son los que el ordenamiento busca, desde este punto de vista su actuación ha de ir encaminada a conseguir el beneficio general y, desde luego, el conseguir la reintegración a la masa de una suma que nunca debió salir no solo es de interés para el acreedor sino también del propio deudor.
Por tanto conforme a lo dispuesto en el art. 1227 del Código Civil, y la posición que la administración concursal tiene, el documento que se examina no puede ser opuesto por el recurrente, siendo por tanto correcta la conclusión a la que llega el juez a quo.
En definitiva, acierta el Juez a quo cuando considera que la obligación de devolución del capital prestado, pro carecer de fecha, es de vencimiento posterior.: SAP Toledo (Sección 1) 25.06.2013 (Sentencia 172/2013; Rollo 3/2013)

2.6.3 Aplicabilidad: cobro anticipado parcial de préstamo con garantía real que no se había dado por vencido

AP Valladolid

“SEGUNDO.-Para la resolución de la cuestión litigiosa es preciso analizar el contenido del contrato de préstamo suscrito el 30 de agosto de 2007 entre la entidad hoy concursada y el Banco CAM S.A.U. Su lectura desvela que se pactó un plazo de amortización de 96 meses, a razón de una cuota mensual vencida fija de 52.112,70 euros hasta el 30 de marzo de 2008, fecha a partir de la cual se revisaría el tipo de interés remuneratorio semestralmente con referencia al Euribor más 0,90 puntos. En su consecuencia el plazo para la devolución total del préstamo no vencía sino hasta el 30 de agosto de 2015. No obstante se contemplaba en la cláusula cuarta la posibilidad de que la prestataria amortizase anticipadamente total o parcialmente el importe del préstamo, siempre que estuviera al corriente del pago de los intereses pendientes, demoras y demás suplidos. Al mismo tiempo y en la cláusula sexta se estipulaba que ante la falta de pago de un plazo de intereses o de la amortización mínima pactada, ante el incumplimiento por el prestatario de cualquiera de las obligaciones contraídas, el hecho de verse sometido el mismo o sus fiadores al embargo de sus bienes por un tercero o la constitución por cualquiera de ellos en garantía de deudas ajenas al Banco prestamista de hipotecas, prendas o cualesquiera otras cargas, gravámenes o garantías sobre todos o parte de sus bienes, derechos, actividades o ingresos, se produciría el vencimiento anticipado del préstamo. En tal caso la entidad prestamista podría proceder contra el prestatario y sus fiadores solidarios por el importe de lo que en tal momento se le adeudare por principal, intereses y suplidos, conviniendo las partes que a efectos de reclamación judicial dicha cantidad vencida y adeudada se fijaría mediante certificación emitida por la entidad prestamista e intervenida por fedatario público en los términos previstos en el art. 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
En consecuencia a lo antedicho se facultaba al Banco prestamista para el vencimiento anticipado del préstamo, mas dicha facultad no se dejaba a su libre arbitrio o conveniencia. Para poder ejercitarla y dar por vencido anticipadamente el préstamo debían darse unos determinados requisitos, consistentes bien en que el prestatario hubiere incumplido con sus obligaciones o dejado de abonar un plazo de intereses o de amortización mínima, bien que se embargaren de sus bienes o de los de sus fiadores solidarios por un tercero o bien que cualquiera de ellos constituyere en garantía de deudas ajenas cualquier carga o gravamen sobre sus bienes o derechos. Fuera de tales casos el préstamo seguiría su normal curso hasta el 30 de agosto de 2015 e iría venciendo la deuda conforme a los plazos de amortización pactados. A mayor abundamiento, tal y como decíamos en nuestra sentencia de 14 de junio de 2012, oportunamente citada por la Administración Concursal apelante, "Es cierto que en la cláusula IV del contrato de préstamo se concede al banco prestamista la facultad de vencimiento anticipado para el caso de que no fuere atendido por el prestatario alguno de los plazos o cuotas vencidos. Dicha facultad de vencimiento anticipado es plenamente lícita conforme al principio de libertad de pacto que se consagra en el art. 1255 del Código Civil, mas no opera automáticamente en el momento de producirse el primer impago ni en tal sentido se pactó. Debe ser quien ostenta dicha facultad quien haga uso de la misma mediante la correspondiente declaración de voluntad debidamente exteriorizada y comunicada al prestatario, pues de lo contrario y pese al impago de alguna de las cuotas el contrato sigue vigente." En su consecuencia y manteniendo dicho criterio, entendemos que el vencimiento anticipado pactado ante el incumplimiento por parte del prestatario de su obligación de pago puntual de las cuotas mensuales pactadas no opera automáticamente, sino que precisa de su ejercicio cuando menos extrajudicial por parte del prestamista, que en su caso y de interesarle ha de realizar la correspondiente declaración de voluntad en tal sentido y comunicársela al prestatario.
Ese mismo día 30 de agosto de 2007 y como Anexo de dicho contrato de préstamo las partes suscribieron una denominada cláusula de garantía de participaciones del Bono de Tesorería CAM, afectando 20 de tales participaciones propiedad de la prestataria al cumplimiento por parte de esta del contrato de préstamo. Se reconocía al Banco prestamista como acreedor preferente respecto de los

mismos y se le facultaba para retenerlos hasta la cancelación del préstamo en cuestión, para sustituirlos a sus vencimientos por plazos fijos u otros títulos de similares características e incluso para enajenarlos o hacerlos efectivos en la forma prevista en el art. 322 del Código de Comercio a fin de conseguir el líquido preciso para satisfacer posibles atrasos que en su caso originase dicho préstamo, ello sin necesidad de requerimiento o notificación alguna. Dichos títulos pactaron las partes el 19 de octubre de 2009 fueran sustituidos por otros propiedad de la prestataria, consistentes en participaciones preferentes, deuda subordinada, Bono Tesorería CAM por el mismo valor nominal de 2 millones de euros y en similares condiciones. Por tanto esos valores dados en garantía por el prestatario podían ser enajenados unilateralmente por el prestamista mediante el procedimiento contemplado en el art. 322 del Código de Comercio, sin requerimiento ni aviso previo al prestatario, para aplicar el producto obtenido con su venta al pago de la deuda vencida, no a su libre arbitrio, sino solo en caso de que existieran atrasos, es decir que se hubiere incumplido la obligación de pago puntual de los plazos de intereses y amortización del capital convenidos.
TERCERO. - Partiendo de los presupuestos antedichos nos encontramos con que el Banco CAM S.A.U., procedió el día 10 de marzo de 2011 a la enajenación de los títulos valores dados en garantía, aplicando la suma de 1.139.383,36 euros obtenida por su venta a la amortización del préstamo. Para esa fecha la prestataria había ido abonando en buena parte las distintas cuotas del préstamo que se fueron devengando, teniendo satisfecha la cantidad de 1.631.643,14 euros, según las propias cuentas que realiza la Administración Concursal y resulta del extracto histórico de movimientos de la cuenta corriente asociada a través de la cual se instrumentaba el desarrollo del préstamo. Dicha suma no es no ligera sino clara y meridianamente inferior a lo adeudado por capital e intereses para aquel entonces (basta al efecto con una simple multiplicación de las mensualidades transcurridas por el importe de la cuota fija pactada para los primeros seis meses y de las subsiguientes producto de las sucesivas revisiones conforme al Euribor + 0,90). Pese a ello la entidad bancaria prestamista no había procedido por aquel entonces a dar por vencido anticipadamente el préstamo, no había puesto en conocimiento de la prestataria decisión alguna al respecto, ni le había notificado en su caso el monto de la deuda resultante de dicho vencimiento anticipado, etc... (recordemos que el primer requerimiento de pago del que existe constancia es el burofax fechado el 13 de abril de 2011 f.80). No obstante ya existía en ese momento una deuda vencida y líquida, fruto del impago de parte de las 43 cuotas por capital e intereses devengadas desde Agosto de 2007 hasta marzo de 2011 mas los correspondientes intereses de demora y para hacer frente a la misma la entidad prestamista, haciendo uso de la facultad que al efecto se le concedía en el anexo del contrato mediante el que se constituyó la garantía sobre los valores, procedió a la venta de los mismos. El metálico obtenido con la venta de dichos valores, 1.139.383,36 euros, se dedicó en parte a la satisfacción de dicho débito, como decimos ya vencido y líquido, mas en otra parte, en lo que excede de la deuda entonces ya vencida, se empleó en amortizar anticipadamente parte del préstamo que aún no había vencido conforme al contrato ni había sido dado por vencido anticipadamente por el Banco prestamista. La mejor prueba de ello es que el propio Banco realiza el apunte correspondiente en la cuenta corriente asociada al préstamo bajo el concepto "Amort. Antic.", según consta en el histórico de movimientos obrante en autos (f.194). Respecto de la suma ya vencida y adeudada a tal instante por la prestataria, entendemos no resulta aplicable la presunción de perjuicio patrimonial iuris et de iure contemplada en el art. 71.2 de la LC en la redacción aplicable al caso que invoca la Administración Concursal en su demanda para justificar la rescisión de dicho pago contemplado en el art. 71.2 de la LC, pues no se trata de una cancelación anticipada o acto extintivo de una obligación aún no vencida. Respecto de tales cuotas y los correspondientes intereses de demora la obligación ya se hallaba vencida y no hizo el Banco prestamista sino proceder a la ejecución de la garantía sobre los valores que al efecto se había constituido, conforme se había pactado ab initio en el contrato. No procede por tanto rescindir dicho acto en lo que se refiere a ese débito ya vencido, sin que la aplicación a su pago del producto de la venta de los valores dados en garantía pueda considerarse acto alguno perjudicial para la masa desde otra óptica, pues como se dice en la sentencia apelada dicho crédito contaba en todo caso con el privilegio que le confiere el art. 90.5º de la LC. Sin embargo en lo que dicho pago exceda del importe del crédito ya vencido y exigible que venimos comentando hasta completar la suma de 1.139.383,35 euros nos encontramos ante una verdadera cancelación anticipada, acto extintivo de una obligación con vencimiento posterior a la declaración del concurso que por tanto ha de rescindirse en aplicación de la presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial que venimos comentando contemplada en el art. 71.2 LC. Ninguna de las partes ha acreditado el exacto importe del préstamo vencido en esa fecha del pago, el 10 de marzo de 2011, que consecuentemente deberá ser determinado en ejecución de sentencia mediante una simple operación de cálculo matemático, conforme a lo dispuesto en el art. 219 de la LEC, partiendo de las bases de que en dicha fecha se había ya abonado por la prestataria la suma de 1.631.643,14 euros, del total de las cuotas para entonces ya vencidas y los intereses moratorios correspondientes al tipo pactado.
En tal sentido se revoca la sentencia apelada y se acoge en parte el recurso articulado por la Administración Concursal": SAP Valladolid (Sección 3) 02.09.2013 (Sentencia 209/2013; Rollo 24/2013)

2.6.4 Cancelación anticipada de préstamos con garantía hipotecaria de fincas de los socios

AP Guipúzcoa

"TERCERO.-Y, una vez verificadas esas consideraciones previas y analizadas las actuaciones

remitidas a esta instancia, lo primero que se hace necesario puntualizar es que las alegaciones contenidas en dicho recurso y verificadas por la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, han de ser estimadas, como ha de ser estimada la pretensión a través del mismo formulada de rescisión de los pagos verificados por la concursada y de reintegración de los importes a la masa activa de la misma, por cuanto que ha quedado adecuadamente acreditado en las actuaciones que los cuatro préstamos que fueron concertados por dicha entidad y por los socios de la misma D. Marino, D. Nicolas y D. Millán, con las entidades Banco Popular Español, S.A. y Caja Rural de Navarra, S.C. de C., préstamos que no se hallaban vencidos a la fecha de la solicitud de declaración de concurso voluntario de la mencionada entidad, y que fueron garantizados con la garantía hipotecaria concstituida sobre la finca y las instalaciones propiedad de los mencionados D. Nicolas y D. Millán y asimismo propiedad de Dª. Miriam y Dª. Paulina, Dª. Raimunda y Dª. Rocío, fueron cancelados anticipadamente de manera voluntaria por parte de los administradores de la misma en fechas próximas e inmediatamente anteriores a la citada solicitud, siendo así que tal hecho resulta encuadrable en los supuestos contenidos en el apartado 2 del art. 71 de la Ley Consursal, dado que se trata de unos actos de todo punto perjudiciales para la masa y que alteran, sin justificación alguna, la par conditio creditorum.
En efecto, en el presente caso se ha solicitado por parte de la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, mediante la interposición de la demanda iniciadora del presente procedimiento, que se decrete que el pago efectuado por dicha concursada a la entidad Banco Popular Español, S.A por los importes de 76.988,99 euros y de 82.985,90 euros, es perjudicial para la masa activa del concurso de la dicha sociedad, procediendo a su rescisión, y que el pago efectuado por ella a la entidad Caja Rural de Navarra, S.C.C., por los importes de 75.000 euros y 74.999 euros, es tambien perjudicial para la masa activa del concurso de la misma, procediendo a su rescisión, de que se declare la ineficacia de la totalidad de los pagos de las deudas reseñadas, y se condene a dichas entidades bancarias a reintegrar a la masa activa las cantidades mencionadas, con los correspondientes intereses legales, así como la condena subsidiaria de D. Marino, D. Nicolas y D. Millán, en lo que hace referencia a los préstamos por ellos solicitados, y de que se ordene la realización de cuantos actos y formalidades fueren precisas a efectos de que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, así como aquellos que sean consecuencia de dicha rescisión.
Y se ha rechazado por el Juez a quo la mencionada reclamación, sobre la base de que, en lo que hace referencia a los préstamos solicitados por los socios, la concursada está procediendo a la devolución de lo que le ha sido prestado, "siendo en realidad un acto oneroso a favor de unas personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 71.3.1º), cuyo perjuicio patrimonial para el concurso se presume, salvo prueba en contrario", siendo así que la demanda no se ha planteado con un debate en tales términos, sino sobre la base de la cancelación anticipada de prestamos de la concursada o, en todo caso, de forma indirecta, en base al carácter gratuito del pago de los prestamos de que eran titulares los socios, por lo que no puede ser atendida, "pues ello infringiría el mandato de congruencia recogido en el art. 218.1.2º LEC, que a la postre tiende a evitar la indefensión", y, en lo que hace referencia a los préstamos solicitados por la concursada, de que "el pago del importe de los prestamos con fondos derivados de la indemnización expropiatoria con el fin de evitar la resolución anticipada y favorecer la continuidad de la actividad podría considerarse, dadas las circunstancias concurrentes, un acto ordinario de la actividad del deudor en el sentido de acto lógico y consecuente en la tesitura en que se encontraba la concursada", y por ello no encuadrable en el supuesto alegado por la demandante, sino en el previsto en el art. 71, 5 de la Ley Concursal.
Pero, sin embargo, tales consideraciones no puede ser admitidas por esta Sala, por cuanto que el pago efectuado por la concursada de los préstamos que fueron solicitados por los socios a las entidades bancarias mencionadas ha de ser estimado sin duda alguna un acto de disposición a título gratuito, en cuanto que se están haciendo efectivas unas deudas de terceros, y, por ello, tal supuesto es encuadrable en el art. 71, 2 de la Ley Consursal, citada por la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, en su escrito de demanda y debió ser analizado por el Juzgador a quo en su resolución, siendo así que se trata, además, de un supuesto en el que el perjuicio patrimonial para la concursada se presume, sin que se admita prueba en contrario, y el pago efectuado por la misma concursada de los préstamos que fueron por ella solicitados a las mismas entidades bancarias ha de estimarse un acto de extinción de obligaciones, y tal supuesto es tambien encuadrable en el mismo apartado del referido precepto, al tratarse de obligaciones cuyo vencimiento era posterior a la declaración de concurso.
CUARTO.-Desde luego, se ha sostenido por el Juzgador de instancia en su resolución que, teniendo en cuenta la circuntancia de que nos encontramos ante dos tipos de prestamos, dado que en dos de ellos es la concursada la que aparece como prestataria, mientras que en otros dos lo son personas físicas, socios de la concursada, y de que se amortizaron todos los solicitados, es evidente que la cancelación de prestamos de la concursada cae dentro del supuesto de extinción de obligaciones de la misma de vencimiento posterior a la declaración de concurso y que los pagos de prestamos de socios solo podrían ser incluidos dentro del apartado relativo a actos de disposición a titulo gratuito, ya que, en definitiva, se está pagando el crédito otorgado a otro, pronunciamiento que resulta de todo punto correcto, pero acto seguido señala que la Administración Concursal admite que el importe de estos créditos fue ingresado en una cuenta de la titularidad de la concursada, se utilizó para conseguir liquidez y financiación para la misma y se encargó de ir abonando cada cuota hasta su cancelación definitiva, "con lo que, en definitiva, estaríamos ante un préstamo pedido y concedido para, a su vez, aportarlo a la concursada, lo cual, cabria catalogarlo como donación de los socios a la concursada o,

en su caso, como préstamo a la misma, siendo lo segundo lo mas lógico, dado que no se puede presumir la existencia de una acto a titulo gratuito sino que es necesario prueba plena del mismo", siendo ese el motivo por el que señala que se trataría, como ya se ha anticipado, de un acto de devolución de lo prestado, es decir, de un acto oneroso a favor de unas personas especialmente relacionadas con el concursado, supuesto encuadrable en el art. 71.3.1º de la Ley Concursal, que no es en el que se basa la demanda, por lo que no procede a su análisis.
Sin embargo, esta Sala no puede aceptar las mencionadas consideraciones, por cuanto que, al margen de que la cuenta en la que fue ingresado el importe de los préstamos fuera de la concursada y al margen de la circunstancia de que el mismo, en sus distintas cuotas, fuera abonado por ella, e incluso al margen de la facultad que, por ello, correspondía a la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº
de Responsabilidad Limitada, de reclamar todas las cuotas satisfechas con anterioridad a la cancelación anticipada, es lo cierto que el préstamo con garantía hipotecaria nº NUM000, fue concertado en fecha 18 de Enero de 2.005 con la entidad financiera Caja Rural de Navarra, S.C.C. por Don Nicolas, Don Millán y Don Marino y el préstamo con garantía hipotecaria nº NUM001 fue concertado en la misma fecha con la entidad Banco Popular Español, S.A. por los mismos socios, por lo que es evidente que, al procederse a la cancelación anticipada del primero en fecha 6 de Febrero de 2.008 y del segundo en fecha 17 de Octubre de
y hacerlo, además, con fondos de la concursada, dichos pagos han de estimarse sin duda alguna actos de disposición a titulo gratuito, dado que con ellos se estaba cancelando una deuda que había sido contraída por los socios y que a ellos les correspondía satisfacer.
Y, puesto que el acto de disposición a título gratuito es un acto rescindible, dado que supone un perjuicio patrimonial para la masa, pues se hace responder a la misma de deudas ajenas, y, además, se altera la par conditio creditorum, al conceder a unos acreedores el derecho a satisfacerse de su crédito con lo obtenido de la realización del bien grabaado, al margen del concurso y con preferencia al resto de los acreedores, siendo así que ese perjuicio, como ya se ha indicado, no admite prueba en contrario, ya que está amparado por la presunción iuris et de iure prevista en el art. 71, 2 de la Ley Concursal, y el llevado a cabo en este caso ha sido realizado en el plazo antes mencionado, es decir, en un plazo anterior a los dos años previos a la declaración de concurso, que en este caso se verificó en fecha 10 de Abril de 2.008, fecha en la que se dictó el auto de admisión del concurso por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián, no puede por menos que concluirse que la pretensión formulada por la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, había de ser estimada en su integridad, en lo que a dichos préstamos y su cancelación anticipada hace referencia, pudiendo exigir la devolución de los importes satisfechos tanto de las entidades bancarias, que se han visto beneficiadas con el abono de su importe y la cancelación subsiguiente de esos préstamos por ellas concedidos, como, y subsidiariamente, de los socios, cuyo pago a ellos correspondía, y que se han visto beneficiados con el abomo realizado de los préstamos por ellos solicitados a dichas entidades bancarias.
QUINTO. -Y no obsta a tal declaración la circunstancia de que la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, haya basado su demanda en la alegación de que los actos llevados a cabo por los administradores son actos de extinción de obligaciones, cuyo vencimiento fue posterior a la declaración de concurso, por cuanto que el precepto que ha mencionado como aplicable al caso que nos ocupa ha sido el art. 71, en su apartado 2, apartado que es precisamente el que ha sido tomado en consideración en este caso, si bien en el otro supuesto que prevé, sin que se haya causado indefensión alguna a los demandados con dicha alegación, dado que han tenido la posibilidad de oponerse a tal pretensión y, además, conociendo la presunción que sobre ellos pesaba, por lo que su pretensión debía ser adecuadamente analizada.
En efecto, el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que menciona el Juez a quo para omitir un pronunciamiento sobre esta cuestión controvertida, en su apartado primero dispone que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. E indica, por otra parte, que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. El deber de congruencia consiste en una necesaria adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y existe allí donde los dos términos de la relación, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada. Por tanto, la congruencia exige analizar si existe una adecuación racional del fallo a las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas en la litis y al fundamento fáctico de las acciones ejercitadas, de forma que la sentencia no conceda más de lo pedido ("ultra petita"), no se pronuncie sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") -cuyo cambio o transmutación puede, incluso, significar menoscabo del art. 24 de la Constitución, al desviarse de los términos en que viene planteado el debate, vulnerando el principio de contradicción-, o deje incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones ejercitadas por las partes ("citra petita"). Y si bien el juzgador puede resolver, con libre actuación en la esfera del derecho que le permite aplicar la norma jurídica procedente y ajustada, con arreglo a los principios iura novit curia y "da mihi "factum" et dabo tibi ius", su actuación queda subordinada a la clase de acción ejercitada, de manera que no puede modificar la causa petendi, ni sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas.
Pero, se da la circunstancia de que no sólo la Administración Concursal demandante ejercitaba una

acción rescisoria de actos de la concursada con fundamento en el art. 71 de la Ley Concursal, sino que lo hacía por entender aplicable la presunción iuris et de iure prevista en el apartado 2º de dicho precepto, por lo que no cabe sino concluir que la resolución impugnada incurre en vicio de incongruencia, al no haberse pronunciado sobre dicha petición, a lo que ha de añadirse la puntualización de que incluso admitiendo, como hace el Juez a quo en su resolución, la consideración de que nos encontramos ante unos préstamos verificados por los socios a la concursada, tambien en este caso procedería el análisis de la cuestión planteada, dado que ello supondría que la misma habría verificado el pago anticipado de una obligación que a ella le incumbía frente a tales socios, es decir, y en definitiva habría procedido a desarrollar un acto de extinción de obligaciones propias, cuyo vencimiento era de fecha posterior a la declaración de concurso, tal y como se sostiene en el escrito de demanda, y por ese motivo perfectamente rescindibles en aplicación del reerido precepto.
Es, por todo lo expuesto, por lo que procede acceder a lo solicitado en cuanto a este extremo y acordar la revocación de la sentencia dictada en el sentido de señalar que procede estimar la demanda interpuesta por la Administración Concursal de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, y, en consecuencia, procede decretar que el pago efectuado por dicha concursada a la entidad Banco Popular Español, S.A., por el importe de 82.985,90 euros, es perjudicial para la masa activa del concurso de la citada sociedad, procediendo a su rescisión, y que el pago efectuado por ella a la entidad Caja Rural de Navarra, S.C.C., por el importe de 74.999 euros, es igualmente perjudicial para la masa activa del concurso de la misma, procediendo tambien su rescisión, como procede declarar la ineficacia de la totalidad de los pagos de las deudas reseñadas y condenar a dichas entidades a reintegrar a la masa activa las cantidades mencionadas, con correspondientes intereses legales, así como la condena subsidiaria de D. Marino, D. Nicolas y D. Millán, en lo que hace referencia a dichos préstamos por ellos solicitados, debiendo realizarse cuantos actos y formalidades sean precisos a efectos de que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, así como aquellos que sean consecuencia de dicha rescisión, debiendo hacerse además, la precisión lógica por otra parte, de que las tambien demandadas Dª. Miriam y Dª. Paulina, Dª. Raimunda y Dª. Rocío, en su condición de propietarias de la finca ofrecida como garantía hipotecaria de los préstamos suscritos, y en tanto en cuanto les afecten los pronunciamientos precedentes, deberán estar y pasar por lo en ellos expuesto.
SEXTO.-Y, retomando la anterior argumentación, ha de hacerse tambien la precisión de que si bien se ha sostenido por el Juzgador de instancia que en dos de los prestamos es la concursada la que aparece como prestataria y que la cancelación de los mismos cae dentro del supuesto de extinción de obligaciones de la misma de vencimiento posterior a la declaración de concurso, sin embargo, a continuación, señala, como ya se ha anticipado, que "el pago del importe de los prestamos con fondos derivados de la indemnización expropiatoria con el fin de evitar la resolución anticipada y favorecer la continuidad de la actividad podría considerarse, dadas las circunstancias concurrentes, es un acto ordinario de la actividad del deudor en el sentido de acto lógico y consecuente en la tesitura en que se encontraba la concursada", y por ello no encuadrable en el supuesto alegado por la demandante, sino en el previsto en el art. 71, 5 de la Ley Concusal, es decir, un acto ordinario de la actividad empresarial del deudor realizado en condiciones normales y, por lo tanto, no rescindible, siendo ese el motivo por el que desestima tambien en cuanto a tales préstamos la demanda interpuesta, pero tampoco en esta ocasión puede esta Sala admitir tales consideraciones, por cuanto que el pago efectuado en este caso por la concursada de los préstamos que fueron solicitados por ella a las entidades bancarias Caja Rural de Navarra, S.C. de C. y Banco Popular Español, S.A. no puede sino recibir la calificación de acto de extinción de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración de concurso, dado que, al margen de que los préstamos estuviesen incursos en causa de vencimiento anticipado, es lo cierto que tal vencimiento no fue instado por ellas, como no instaron su ejecución, por lo que no existía motivo alguno para proceder a su cancelación anticipada mediante el abono de todo el importe que quedaba por satisfacer.
En efecto, se ha sostenido por el Juez a quo y nadie lo ha negado, pues resulta acreditado en las actuaciones, que el pago de los créditos solicitados por la concursada se efectuaron con "fondos derivados del pago del justiprecio indemnizatorio por la resolución del contrato de arrendamiento sobre la finca expropiada en el expediente de expropiación por causa de utilidad publica tramitado por la D. Foral para la ejecución del Proyecto de construcción del segundo cinturón de Donostia S. Sebastian. Tramo: enlace Urumea-Enlace A-8 en Renteria, fincas NUM002 y NUM003 del parcelario de expropiaciones, que constituían un terreno inscrito al Tomo NUM004, Libro NUM005, Folio NUM006, Finca NUM007 ", siendo así que precisamente una parte de esa finca fue objeto de hipoteca en los préstamos concedidos por las entidades bancarias Caja Rural de Navarra, S.C. de C. y Banco Popular Español, S.A. a la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, por lo que estima que, al suponer el expediente expropiatorio una disminución del valor de la garantía de que las mismas disponían, en virtud de los términos de las cláusulas concertadas en los contratos suscritos, debido a que se ha producido la expropiación de parte de la finca dada en garantía, ambos préstamos estaban incursos en causa de vencimiento o resolución anticipada, y, en consecuencia, el pago verificado de ambos, a los efectos de evitar la ejecución de los mismos "con los efectos nocivos derivados de la reclamación de las cantidades consiguientes a tal resolución, salvaguardando de ese modo el centro de actividad de la concursada, lo cual se veía favorecido por el cobro de la indemnización expropiatoria", podría considerarse "un acto ordinario de la actividad del deudor en el sentido de acto lógico y consecuente en la tesitura en que se encontraba la concursada".
Pero, esta Sala, como en el supuesto anterior, no puede aceptar las mencionadas consideraciones, por cuanto que, sin perjuicio de ser de todo punto cierto que la cancelación anticipada de los

préstamos de que se trata, es decir, del préstamo con garantía hipotecaria nº NUM008, concertado por la entidad concursada Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, con el Banco Popular Español, S.A. en fecha 18 de Enero de 2.005 y cancelado en fecha 26 de Febrero de 2.008, y del préstamo con garantía hipotecaria nº NUM009, concertado en la misma fecha con la entidad Caja Rural de Navarra, S.C. de C y cancelado en su totalidad tambien el 25 del mismo mes y año, se llevó a cabo con el importe obtenido del procedimiento expropiatorio tramitado con relación a una parte de la finca ofrecida en garantía hipotecaria por sus propietarios y sin perjuicio de que, por ese motivo, los préstamos concertados se hallasen sujetos a la eventualidad de que las entidades bancarias afectadas iniciaran la reclamación de los importes adeudados, con base en que se había incurrido por la concursada en una causa de vencimiento o resolución anticipada, es lo cierto los mencionados préstamos no se hallaban vencidos, debido a que ninguna de ellas había promovido su vencimiento anticipado o su resolución, ni habían efectuado requerimiento alguno de pago, ni, lógicamente, habían instado trámite alguno tendente a proceder a su ejecución hipotecaria.
Es evidente, en consecuencia, que, al procederse por parte de los administradores de la entidad Granja Eguiluce, S.A.T., nº 1.613 de Responsabilidad Limitada, a la cancelación anticipada de ambos préstamos en la fechas mencionadas, fechas inmediatamente anteriores a la declaración del concurso de la misma, a pesar de que el vencimiento de esas obligaciones era sin duda alguna posterior a esa declaración, dichos pagos han de estimarse sin duda alguna actos de extinción de obligaciones que perjudican a la masa, con un perjuicio que igualmente se presume con presunción iuris et de iure, es decir, sin admitir prueba en contrario, tal y como sostuvo la Administración Concursal en su escrito de demanda, y que, por ello, procede tambien acceder a lo por la misma solicitado en él, y acordar la revocación de la sentencia dictada en el sentido de señalar que procede estimar la demanda interpuesta por la misma en lo que a este extremo hace referencia y decretar que el pago efectuado por dicha concursada a la entidad Banco Popular Español, S.A., por el importe de 76.988,99 euros, es perjudicial para la masa activa del concurso de la citada sociedad, procediendo a su rescisión, y que el pago efectuado por ella a la entidad Caja Rural de Navarra, S.C.C., por el importe de 75.000 euros, es igualmente perjudicial para la masa activa del concurso de la misma, procediendo su rescisión, como procede declarar la ineficacia de la totalidad de los pagos de las deudas reseñadas y condenar a dichas entidades a reintegrar a la masa activa las cantidades mencionadas, con correspondientes intereses legales, debiendo realizarse cuantos actos y formalidades sean precisos a efectos de que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, así como aquellos que sean consecuencia de dicha rescisión, debiendo hacerse, además, la precisión, lógica por otra parte, de que los tambien demandados D. Nicolas, D. Millán, Dª. Miriam y Dª. Paulina, Dª. Raimunda y Dª. Rocío, en su condición esta vez de propietarios todos ellos de la finca ofrecida como garantía hipotecaria de los préstamos suscritos, y en tanto en cuanto les afecten los pronunciamientos precedentes, deberán tambien estar y pasar por lo en ellos expuesto.”: SAP Guipúzcoa (Sección 2) 28.12.2012 (Sentencia 373/2012; Rollo 2134/2012)

2.6.5 Inaplicabilidad: préstamo vencido por ejercicio de facultad de darlo por anticipadamente vencido en caso de impago

AP Castellón

“Resta por determinar la última cuestión planteada en el recurso en la que se solicita la reintegración de los pagos destinados a cancelar obligaciones cuyo vencimiento, afirma la parte, que era posterior a la fecha de declaración del concurso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 71-2 de la Ley Concursal, recordando la presunción establecida en dicho precepto, de carácter iuris et de iure, que presume, sin admitir prueba en contrario, de la existencia del perjuicio en los actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso.
Se refiere el recurrente a que el importe del préstamo hipotecario tenía como destino la cancelación de la deuda pendiente de los contratos de préstamo o de crédito, que se han cancelado anticipadamente, argumento que no compartimos, ya que si bien es cierto que ha habido una cancelación anticipada de la deuda, esto se ha producido porque en todos los casos había tenido lugar el impago de la deuda. Y a partir de ese impago, aunque el vencimiento de la obligación fuera posterior y en virtud de lo establecido en dichos contratos, es cuando se ha producido un vencimiento anticipado de la deuda, lo que no supone la resolución del contrato sino el propio cumplimiento del mismo pero en una fecha anterior a la inicialmente prevista. Sin que pueda haber ninguna duda sobre el impago de las deudas correspondientes a los préstamos y al crédito que fueron afianzados por la concursada, ya que según puede verse en la documentación acompañada a la demanda, la entidad bancaria liquidó en todos los casos la deuda y acordó su notificación y el requerimiento previo a la interposición de una demanda de ejecución, por lo que no nos encontramos en el supuesto contemplado en el artículo 71-2 de la Ley Concursal y procede desestimar el motivo del recurso”: SAP Castellón (Sección 3) 19.12.2014 (Sentencia 363/2014; Rollo 516/2014)

2.6.6. Causa de resolución o vencimiento anticipado inexistente o artificiosa. Pago anticipado. Aplicabilidad de la presunción

AP Barcelona

“SEGUNDO. Hechos que contextualizan el conflicto

5. La resolución recurrida considera probados los siguientes hechos, que sirven de contexto al conflicto que enfrenta a las partes:
a) Banco Español de Crédito y Naumetal XXI, S.L. suscribieron el día 22 de noviembre de 2007 un préstamo mercantil con el núm. 0030 2555 2007 00683 por importe de 1.725.000 euros, a devolver mediante pagos mensuales según el cuadro de amortizaciones establecido en el propio contrato. El vencimiento de la póliza era el 22 de noviembre de 2013.
b) Dicho préstamo estaba garantizado mediante la constitución de las siguientes garantías:
i) La fianza solidaria de diversas personas físicas, algunas de ellas socios de Naumetal.
ii) Un derecho real de prenda a favor del Banco respecto de los derechos de crédito derivados de un depósito a plazo denominado "Depósito bolsa mixta cupón fijo 42 %-Cesta de acciones, etc." constituido por importe de 400.000 euros y vencimiento el 26 de mayo de 2011.
iii) Compromiso de no distribución de dividendos y de no enajenar sin consentimiento del Banco.
iv) Derecho real de prenda sobre los derechos de crédito representados por la imposición a plazo fijo y vencimiento el 22 de noviembre de 2008, por plazo de 6 años y hasta la cuantía máxima de 325.000 euros.
v) Derecho real de prenda sobre los valores de Elfe Naumetal, S.L. (luego Naumetal Estructuras Metálicas, S.L.), de los que Naumetal era titular.
vi) Aval otorgado por Avalis de CAtalunya SGR sobre un 26,08 % de las cantidades adeudadas y hasta un máximo de 450.000 euros.
c) Naumetal, debido a sus problemas de tesorería, no atendió el pago de las cuotas del préstamo correspondientes a las mensualidades de febrero a mayo de 2011, llegando a adeudar al Banco la cantidad de 111.141,22 euros (a razón de 23.958,33 euros/mes). Esa deuda fue saldada el día 26 de mayo de 2011 con cargo al depósito financiero a plazo, coincidiendo con su vencimiento.
d) El 30 de mayo de 2011 Naumetal solicitó el concurso voluntario de acreedores.
e) El 22 de junio de 2011 (la resolución recurrida expresa de 2012, por error) venció una nueva cuota del préstamo por importe de 23.958,33 euros, que fue debidamente atendida el día 24 de junio de 2011 gracias al depósito a plazo fijo que tenía la concursada por importe de 325.000 euros y vencimiento el 23 de junio de 2011.
f) El día 24 de junio de 2011, pese a haber solicitado ya el concurso, Naumetal procedió a cancelar de forma anticipada el contrato de préstamo referido en el apartado a) abonando a la entidad bancaria la cantidad de 694.791,81 euros, cantidad correspondiente a las 29 cuotas pendientes de vencimiento. Dicho importe fue sufragado con cargo a los recursos de los que disponía en ese momento la compañía, particularmente:
i) El saldo sobrante, por importe de 288.858,78 euros, correspondiente al "depósito bolsa mixta" antes referido.
ii) El saldo disponible en la cuenta corriente vinculada, por 111,76 euros.
iii) El saldo disponible en la cuenta corriente vinculada, por importe de 2.705,39 euros.
iv) La transferencia bancaria por importe de 105.000 euros, procedentes del dinero que a su vez le prestó a la concursada la sociedad vinculada Naumetal Estructuras Metálicas, entidad también en concurso (que había solicitado simultáneamente con Naumetal).
v) La disposición anticipada del depósito a plazo fijo titularidad de la concursada y objeto de prenda por importe de 297.984,39 euros, que se encontraba vencido. La cantidad restante de ese depósito, por 23.958,33 euros había sido previamente empleada para pagar la cuota vencida del mes de junio.
g) Por auto de 15 de julio de 2011 se declaró el concurso voluntario de Naumetal, una vez subsanados los defectos observados en su solicitud inicial.
TERCERO. Sobre el vencimiento anticipado del préstamo
6. El primer motivo del recurso denuncia error en la valoración de la prueba en relación con el vencimiento anticipado del préstamo. Alega el Banco que procedió a dar por vencido anticipadamente el préstamo a consecuencia de que Naumetal impagó de forma sistemática cuotas del mismo, de forma que actuó como le facultaba la cláusula décima del contrato. Estima la recurrente que la resolución recurrida no ha tomado en consideración ese hecho limitándose a afirmar que no era causa de resolución sin entrar a valorar si se cumplían o no los requisitos estipulados en el contrato y si el Banco estaba facultado para actuar como lo hizo. Y lo cierto, afirma, es que el día 22 de junio de 2011, cuando comunicó al deudor la resolución, existían cuotas pendientes por importe de 111.141,22 euros correspondientes a las mensualidades de febrero a mayo de 2011. También expuso que, a la vista de las garantías ofrecidas por los deudores, que incluían derechos reales de garantía a favor del propio Banco, y de los beneficios obtenidos con su cancelación, no podía ser apreciado perjuicio contra la masa ni infracción de la par condicio creditorum.
7. Mezcla la recurrente en este motivo diversas cuestiones a las que daremos respuesta de forma separada. La primera de ellas es relativa a una cuestión de hecho: si el contrato se canceló anticipadamente por iniciativa del cliente o bien porque el Banco lo había dado por resuelto anticipadamente debido a los retrasos en el pago de las cuotas pactadas. La resolución recurrida considera que lo que se produjo fue una cancelación anticipada por iniciativa del cliente, aunque las partes acordaron revestirlo como un vencimiento anticipado con el fin de protegerlo ante una eventual acción de rescisión. Funda su apreciación en las siguientes circunstancias: (i) que difícilmente puede estar justificada la resolución unilateral del contrato por incumplimiento cuando a fecha 24 de junio de 2011 el cliente se encontraba completamente al corriente en el pago de las cuotas vencidas, que habían sido satisfechas el 26 de mayo anterior (antes de la solicitud del concurso) y la del mes de junio fue pagada el propio 24 de junio (dos días después de su vencimiento), pese a que la sociedad disponía de recursos suficientes para haberla abonado el día de su vencimiento; (ii) es sorprendente

que el mismo día que el Banco decide dar por vencido el contrato se le comunique al cliente personalmente; (iii) en los extractos bancarios de la compañía figura la operación como "cancelación anticipada"; y (iv) las diversas transferencias que se fueron produciendo para preparar la operación evidencian que la misma se fue preparando desde muchos días antes (principios de junio).
8. Compartimos la posición de la resolución recurrida en este punto. Todos esos indicios, que el recurso ni siquiera se molesta en cuestionar, son perfectamente indicativos de que lo que se produjo no fue el vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor sino el concierto de voluntades entre las partes para cancelar anticipadamente el préstamo. Igual que el juzgado mercantil, no creemos que existiera razón alguna que pudiera justificar la aplicación por parte del Banco de la cláusula de vencimiento anticipado en un momento en el que no existían plazos pendientes de vencimiento. El hecho de que hubieran quedado impagadas cuotas anteriores no era causa porque ya se habían abonado previamente y tampoco el impago de la cuota correspondiente al mes de junio porque el mismo no puede ser considerado tal, dado que la concursada tenía recursos para hacerla efectiva y el Banco tenía a su disposición medios para lo mismo.
9. Lo expuesto en el apartado anterior nos conduce a la conclusión de que estamos en el ámbito de la presunción de perjuicio del artículo 71.2 LC, esto es, de una presunción iuris et de iure de perjuicio, ya que se produjo el pago de obligaciones cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso. Y esa presunción no admite prueba en contrario, lo que significa tanto como afirmar que acreditados los hechos que dan lugar a esta presunción de perjuicio el mismo debe estimarse que concurre sin entrar en ninguna otra consideración.
10. Es cierto, no obstante, que existen elementos de hecho que nos inclinan a pensar que el perjuicio no es tan evidente como parece, particularmente porque el pago se hizo, al menos en parte, empleando recursos financieros que en ese momento se encontraban gravados con derechos reales a favor del propio Banco. No obstante, por las razones expuestas en el apartado anterior, no podemos entrar en esas consideraciones, porque el perjuicio queda presumido, lo que equivale a que el acto deba ser rescindido. Y a ello debemos añadir que resulta incuestionado que parte de los recursos empleados para llevar a cabo esa cancelación anticipada, en suma, ese pago anticipado, no estaban gravados.
11. Tampoco creemos que sea preciso entrar, al menos a estos efectos, en el examen de si cuando el pago se hizo estaba el Banco al corriente de la solicitud del concurso o bien en el de las razones que pudieron justificar que esta operación se pudiera ejecutar en el intervalo temporal que media entre la solicitud del concurso y su declaración. No obstante lo cual debemos decir que no parece razonable que esta operación se pudiera llevar a cabo y que de la misma no resulta un reflejo favorable ni para el Banco ni para los administradores de la sociedad. Es inconcebible que el Banco no estuviera al corriente de la solicitud de concurso y sin duda que la operación resultaba muy beneficiosa para los administradores, siquiera sea porque les liberaba de unas incómodas garantías personales.”: SAP Barcelona (Sección 15) 16.07.2014 (Sentencia 253/2014; Rollo 95/2014)

2.6.6 Inaplicabilidad: vencimiento no posterior a la declaración de concurso

AP Pontevedra

“SEXTO.-*La presunción de tratarse los actos impugnados de pagos extintivos de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración de concurso*.
El primer argumento de las demandas acumuladas se refería al hecho de que los dos préstamos participativos habrían sido no sólo amortizados anticipadamente, sino que su vencimiento era posterior a la fecha en que el concurso fue declarado, cayendo de lleno en la presunción iuris et de iure del art. 71.2 LC.
En la interpretación que propone la AC, si los préstamos tenían sendas prórrogas bianuales tácitas y automáticas, sus vencimientos no llegaban hasta el día 31.12.2012, siendo que el concurso fue declarado el 19.11.2012.
La sentencia desestimó tal argumento en su fundamento jurídico cuarto, por considerar que la cláusula en cuestión diferenciaba dos períodos anuales. El razonamiento de la resolución recurrida resulta difícil de seguir: se admite que no hubo ninguna manifestación en contrario durante el primer período anual, luego el contrato se prorrogó una anualidad hasta el 31.12.2011, pero añade: "... *lo mismo ocurriría al finalizar dicho período: si a fecha 1 de diciembre de 2011 no hubiera manifestación en contra de no renovación, se renovaría automáticamente hasta el 31 de diciembre de 2012, sin posibilidad de nuevos plazos. Desde esta perspectiva, la presunción fuerte de perjuicio resulta, de evidencia, inconcurrente (sic)"*
Luego parece darse a entender en la sentencia que la fecha de vencimiento fue la de 31.12.2011 y que el contrato no pudo prorrogarse a la segunda anualidad, -llegando, por tanto, sin vencer al momento de la declaración del concurso-, por considerarse que sí hubo manifestación contraria a su renovación antes de un mes previo a la finalización del primer período anual. Compartimos este criterio.
Recordemos la cláusula en cuestión: "vencimiento y amortización: *el préstamo vencerá el 31 de diciembre de 2010 y será renovable tácitamente por dos períodos anuales si ninguna de las partes manifiesta su voluntad de no renovarlo con una antelación de 1 mes a la fecha de finalización de cada período anual. El total del capital prestado se pagará de una sola vez en la fecha de vencimiento citada o en la de cualquiera de las prórrogas si se hubiesen llevado cabo".*
Los préstamos se devolvieron mediante ingreso de las cantidades adeudadas por la prestataria el día

20.1.2011.
Es cierto que antes de dicha fecha, -o mejor, antes del 31.11.2011-, no consta ninguna manifestación contraria a la prórroga, luego los préstamos quedaron automáticamente prorrogados por una anualidad, hasta el 31.12.2011.
Los actos de amortización fueron anteriores al vencimiento, pero claramente implicaban un acto propio contrario a la prórroga por otra anualidad más. La tesis de la AC nos resulta inadmisible. No es que la amortización implique sólo un acto propio, sino que supone un acto en sí mismo contrario e incompatible con la prórroga por la segunda anualidad.
La interpretación literal, y también lógica, de la cláusula, obliga a distinguir dos períodos temporales sucesivos, no un solo período de dos años de prórroga, como sostiene el recurrente demandante. Decimos, además, que resulta lógico, pues normalmente los préstamos participativos limitan su duración, en la medida en que se remuneran por propia definición de manera primordial con una participación en los resultados de la empresa del prestatario, por lo que existe interés en los prestamistas en determinar períodos de duración determinados, como sucedió en el caso. Insistimos en que la mención " *dos períodos anuales",* no deja lugar para la duda.
Sostienen los recurrentes demandados que en el momento de llegar el vencimiento normal, sin la prórroga de la primera anualidad, -esto es, antes de noviembre de 2010-, ya se había decidido de mutuo acuerdo no prorrogar el préstamo. Para ello habría de acreditarse la existencia de una voluntad expresa o tácita en tal sentido. Y esta voluntad no la encontramos por ninguna parte. La amortización y la ampliación de capital se produjeron con posterioridad a la fecha en que habría de manifestarse la voluntad de no renovar para que no entrara en juego la prórroga automática de una anualidad, y tales actos tuvieron lugar con posterioridad a aquel momento. Lo que diremos a continuación sobre la amortización anticipada nos hace ver que, precisamente, esta fue la situación que consideraron los prestamistas, al acometer por el mismo importe de la amortización la ampliación del capital de la prestataria.
Por tanto, la amortización supuso un acto de extinción anticipada del préstamo, cuyo vencimiento se había prorrogado la primera anualidad de las dos previstas en el contrato. No hay acto debido de pago de un crédito vencido. La afirmación de que las partes habían pactado antes del vencimiento ordinario que el préstamo no quedaría prorrogado no resulta probada. Los actos contrarios a dicha voluntad se produjeron con posterioridad a la fecha prevista por las partes para evitar la prórroga anual automática.
En consecuencia, se desestima el recurso de la AC y los correspondientes motivos esgrimidos en los recursos de las partes demandadas.": SAP Pontevedra (Sección 1) 29.07.2014 (Sentencia 293/2014; Rollo 249/2014)

2.7 Cuenta de crédito

2.7.1 Cancelación anticipada. Aplicabilidad

AP Zaragoza

"CUARTO.-La reintegración de bienes o patrimonio a la masa activa exige en la ley concursal sólo dos requisitos. Que el acto haya tenido lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso y que sea perjudicial para la masa activa, aunque no haya habido intención fraudulenta.
Pero además, el art 71 L.C. establece una serie de presunciones del perjuicio patrimonial que favorecen la calificación de los actos rescindibles. Así, con el carácter de "iuris et de iure" hay perjuicio en los actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
Examinando en primer lugar los préstamos concedidos por "CAI S.C.R.", el vencimiento de los mismos -a 6 meses- obviamente superan con creces la fecha de la cancelación anticipada (24-12-2008). Por lo tanto, produciéndose los elementos que configuran la base de la presunción "iuris et de iure", sus consecuencias la rescisión- se producen "ope Legis".
El hecho de que ese pago anticipado obedezca a una operación global en nada empece la aplicación de la presunción legal. Pero, tampoco la apelante explica porqué en esa "operación más amplia" dejaría de producir sus efectos la meritada presunción.
De ese conjunto, examinado con la debida perspectiva, no se deduce sino que "CAISCR" desaparece de "Inyectia", sociedad en delicada situación económica (de ahí la constante necesidad de financiación externa), habiendo cobrado unos créditos aún no vencidos, e ingresando en otra sociedad de cuya solvencia económica no se duda. Por lo tanto, incluso sin presunción, los hechos serían reintegrables. Pues -además de ser un comportamiento próximo a la fraudulencia, si no incurso en ella- priva al patrimonio social de los 205.225,31 euros de un préstamo no exigible.
El dinero con que se pagan no es de "CAI S.C.R.", sino de "GBC S.L.", ya que "CAI S. C.R." ya obtuvo la compensación a su desembolso económico de 2.457.204,84 # con la propiedad de las acciones de "Contazara" (art 1274 C.c.).
Por lo que tampoco puede aludir a las excepciones que al fenómeno refinanciador recoge la L.C. a través del R.D. ley 3/09, de 27 de marzo (D.A. cuarta L.C.).
QUINTO. -Únicamente quedaría por analizar si los préstamos podían estar vencidos por mor de la cláusula 2.5.- de los citados contratos.
En primer lugar, este argumento goza de un extenso razonamiento en el recurso de apelación mientras en la contestación a la demanda (salvo error), únicamente aparece citado en un párrafo en la

página 20 de la misma. Sin embargo, la base argumentativa del recurso está en el art 1255 C.c., principio de autonomía de la voluntad; mientras que en la contestación a la demanda -de forma reiterada y reiterativa- la construcción del silogismo jurídico se asienta en el hecho de que aportado por "G B C S L" un préstamo de socio a "Inyectia" de más de 1.000.000 de euros, y la salida de CAISCR" de "Inyectia" por venta de sus participaciones, ello debía de llevar aparejada la cancelación de los dos préstamos de la apelante.
Obviamente son dos argumentos defensivos diferentes, por lo que podría decirse que en la segunda instancia se ha introducido un elemento nuevo de discusión y decisión, lo que constituiría una extemporaneidad susceptible de causar indefensión a la parte actora y, por ende, rechazable según la máxima "in apellatione nihil innovetur".
Pero, aun aceptando que pudiera entrar tal cuestión dentro del principio "iura novit uria", tampoco resultaría causa de justificación de la extinción de la obligación de forma anticipada.
SEXTO.-En efecto, el hecho de que existiera un pacto entre "CAI SCR" y "G B C S L" para que esta socia inyectara patrimonio o fondos propios a la sociedad "Inyectia" y en consecuencia amortizara anticipadamente los préstamos de "CAISCR", no significa que fuera una consecuencia obligatoria, natural e ineludible lo uno de lo otro. Perfectamente podían coexistir un préstamo de "GBC S.L." y los otros dos de "CAISCR". Además, el capital que sirve para ambas operaciones no procede de una actividad refinanciadora de "CAISCR", sino de un dinero que fué de ésta y que sirvió para hacerla socia de una empresa solvente, del mismo entorno familiar (al menos parcialmente). Con las acciones de "Contazara", "CAISCR" ya ha obtenido la contraprestación correspondiente al sinalagma contractual de su compra de acciones.
A partir de ahí la vinculación de ese dinero -o parte de él- con la liberación de esos préstamos no es un comportamiento autónomo de "Inyectia" (prestataria), sino una acción dirigida a cancelar unos préstamos antes de su fecha natural con dinero que no pertenece a "CAISCR", sino a terceros, lo que no constituye un beneficio para la masa activa, pues si antes debía 200.000 # a "CAISCR", ahora debe 1.070.332,27 # a GBCSL" y, entre otras cosas -según el acuerdo tan recordado por la apelante- para dejar de ser prestamista de una sociedad que en dos meses iba a entrar en concurso.
De esta manera, aunque el préstamo de socio ("GBC S.L.") hubiera sido sólo por los 200.000 # equivalentes al nominal de los de "CAISCR", lo único que se hubiera conseguido es sustituir el acreedor, favoreciendo la salida de una sociedad con problemas financieros de "CAISCR", lo que, además de no suponer ningún beneficio económico para "Inyectia", en opinión de un amplísimo sector jurisprudencial, hubiera supuesto causa de reintegración por violación del principio de lo "pars conditio creditorum".
Además, un último apunte contable. El aumento de fondos propios en 1,070.332,27 # de "Inyectia", supone una contrapartida contable por ese mismo principal a favor de "GBC S.L.". Desconociendo -ademássi el plazo de vencimiento de ese préstamo de socio era o no más favorable que los de la recurrente. Por lo que esa sustitución de los préstamos de ésa por el de "GBC S.L." no consta que favorezca a "Inyectia". Más bien al contrario. De hecho en 2 meses entró en concurso, con un débito por tal concepto 5 veces superior al que tenía con "CAISCR".
OCTAVO.-Por ello habrá que examinar si la cancelación anticipada de sendas cuentas de crédito se producen en el contexto de actos ordinarios de la actividad empresarial de "Inyectia" realizados en condiciones normales (art 71-5 L.C.).
Salvo error, sólo consta la póliza de crédito terminada en "000521-15", así que habrá que suponer que la otra ("000565-31") es igual o similar. Allí se establece una duración anual prorrogable automáticamente por períodos iguales. Por lo tanto, de 25-9-07 a 25-9-08 y de 25-9-08 a 25-9-09. Es decir, el 24-12-08, en pleno vigor. Por lo tanto, no existe motivo para anticipar el vencimiento de esa relación negocial, lo que incidiría en el art 71-2 L.C.
Argumenta la apelante que la orden de pago la dio el representante o apoderado de "Inyectia". Obviamente, eso en nada resuelve la cuestión debatida, pues el perjuicio para la masa no depende de quien ordene la disposición del patrimonio de la futura concursada.
También, que ello no era perjudicial para la masa, pues así se saldaba una deuda existente con un tercero, la "CAI". Mezcla aquí dos argumentos. El perjuicio existe en tanto en cuanto minora el activo de la sociedad. Otra cosa es que fuera debido y exigible, lo que nos conecta con la interpretación de las pólizas en relación con el concepto de "actividad ordinaria" de la sociedad.
NOVENO. - De la prueba documental unida a la contestación de la C.A.I. se desprende un modus operandi habitual en este tipo de contratos. Es decir, el acreditado puede disponer del crédito hasta el límite acordado y sobre esa disposición se carga el interés pactado. Cuando se disponga del crédito a modo de línea de descuento, en primer lugar la acreditante intentará cobrar ese crédito ante el tercero, para lo cual el acreditado le cede al Banco ese crédito.
Y si el banco no puede cobrarlo anota su crédito en la cuenta del acreditado (por ej. Cartas que están en el bloque de doc. 33).
Por lo tanto, en principio, no habría derecho a cobrar esos créditos el 24-12-2008.
Tampoco se explicita la razón del cobro anticipado, en qué condición contractual se apoya. Únicamente se argumenta y fundamenta en la cláusula adicional de la primera póliza (f. 263 de los autos) y que -según el escrito de apelación- sólo afecta a dicha póliza; no a la segunda. Por lo que ésta quedaría excluida de la justificación de pago dos meses antes del concurso y habría que confirmar la sentencia en este punto.
Pero respecto a la póliza "000521-15" la cláusula alegada por la recurrente no habla de vencimiento anticipado ni de cancelación del crédito. Podrá la Caja solicitar del beneficiario la devolución de la financiación concedida si han transcurrido más de 4 meses. Lo que -además- excluiría los anticipos

posteriores al 24-8-2008. (doc 33).
Pero no consta que lo ejercitado hubiere sido esa facultad. Sino que -simplemente- se canceló anticipadamente el contrato de crédito. Lo que -efectivamente- supone un ejercicio extraordinario, contrario al contrato y perjudicial para la masa activa.
El hecho de que la orden de cancelación la hubiera dado -en su caso- la sociedad acreditada no es óbice para que el perjuicio subsista.": SAP Zaragoza (Sección 5) 11.07.2011 (Sentencia 454/2011; Rollo 171/2011)

2.7.2 Mera reducción del saldo dispuesto. Inaplicabilidad, sin perjuicio de impugnar apuntes concretos

AP Navarra

"SEGUNDO.-En fecha 29 de octubre de 2010 SINTAL EMPRESARIAL, S.A concertó con el banco Bilbao Vizcaya Argentaria una póliza intervenida llamada de "Crédito en cuenta corriente a interés variable (Euríbor)". Su límite máximo era de 150.000 #.
También la suscribieron, como fiadores solidarios, los dos socios titulares del 50% del capital de la compañía, los cuales eran además miembro de su Consejo de Administración.
En fecha 8 de noviembre de 2012 las partes en el contrato prorrogaron el vencimiento del crédito concedido en la póliza hasta el día 27 de octubre de 2013.
En esa fecha el saldo dispuesto en la póliza ascendía a 149.317,09 #
El día 10 de enero de 2013, SINTAL EMPRESARIAL,S.A procedió a cancelar y liquidar anticipadamente la cuenta de crédito, cargándose unos gastos por cancelación anticipada de 4973, 62 #.
SINTAL EMPRESARIAL,S.A solicitó ser declarada en concurso de acreedores en día 28 de enero de 2013 y así se acordó por auto de 8 de febrero de 2013.
Sobre dicha base, la demanda incidental postulaba la rescisión de la cancelación anticipada con reintegración del saldo existente en la fecha en que se acordó la prórroga del vencimiento de la póliza, importe de la comisión por cancelación anticipada e intereses; la pretensión se fundamentaba en que nos encontramos ante un supuesto de "pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso" en el que el perjuicio patrimonial debía presumirse sin admitir prueba en contrario, conforme dispone el artículo 71.2 de la Ley Concursal (LC).
Y como efecto de la rescisión instaba la reintegración del importe de 149. 317,09 # "cancelados anticipadamente a su vencimiento" más intereses legales y la reintegración de la comisión de cancelación anticipada por importe de 4.973,62 #.
La sentencia de primer grado estimó esta pretensión por considerar que la cancelación anticipada de la póliza había supuesto un perjuicio directo contra la masa al haber originado la obligación de abonar la comisión por cancelación y, en especial, por infringir absolutamente la par condicio creditorum ya que, en fechas inmediatamente anteriores al concurso, se abona un crédito no vencido favoreciendo así al BBVA en relación al resto de acreedores.
TERCERO.-Alega en su recurso la entidad concursada que después de que en fecha 8 de noviembre de 2012 se prorrogara el vencimiento de la póliza, la acreditada sigue operando con la cuenta de crédito en condiciones normales, realizándose hasta 82 operaciones tanto de cargo como de abono.
Según la parte recurrente, no resultaría de aplicación la presunción del art.71.2 LC sino lo dispuesto en el artículo 71.5.1º LC conforme al cual "En ningún caso podrán ser objeto de rescisión...1º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales". En consecuencia debería de haberse probado si alguno de los abonos realizados en la cuenta de crédito en ese periodo de tiempo era o no rescindible por entrañar un perjuicio para la masa ex art.71.4 LC.
Procede estimar parcialmente el recurso
CUARTO.-El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente constituye una figura intermedia entre el contrato de cuenta corriente y el de apertura de crédito simple, que se define por la doctrina como contrato por el cual el banco se obliga dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente, con facultad de reembolso del crédito ya dispuesto a voluntad del cliente durante el tiempo prefijado así como de volver a disponer de él nuevamente, y así sucesivamente, procediéndose, una vez llegado el vencimiento pactado, a la liquidación de la cuenta, al objeto de determinar el saldo definitivo a restituir, si lo hubiera.
En el caso de la póliza que examinamos, la misma prevé (cfr. cláusula Segunda) que el crédito concedido se refleje en una cuenta corriente que habría de recoger entre sus movimientos las disposiciones de efectivo realizadas por el acreditado, las operaciones que con cargo o abono a la misma ordenara aquél -incluyendo los derivados de la entrega al banco de documentos para su gestión de cobro o descuento- y también los saldos deudores que por cualquier título ostentara en banco frente a su cliente.
De esta forma los cargos de diversa naturaleza anotados en la cuenta no constituyen sino disposiciones del crédito concedido y los abonos que se efectúan en virtud también de una multiplicidad de negocios jurídicos distintos (transferencias, ingresos, cobro de facturas frente a terceros, descuentos, etc) no son sino pagos parciales a cuenta del total debido por la parte del crédito previamente dispuesto.

QUINTO.-Sentado lo anterior debe convenirse en que llegada la fecha fijada de vencimiento del contrato finaliza la obligación del banco de seguir facilitando la financiación al acreditado y hace exigible la obligación de reintegro del importe del saldo que entonces presente la cuenta corriente de crédito.
Pero los abonos que se hayan ido efectuando durante la vigencia de la póliza y que suponían un pago parcial del saldo que en cada momento presentaba la cuenta, no pueden ser identificados como actos de satisfacción o extinción de lo que pudiera llegar a adeudarse una vez llegara la fecha de vencimiento pactada.
Por ello no es aplicable al caso la presunción iuris et de iure de perjuicio para la masa del concurso recogida en el art. 71.2 LC.
No estamos ante un caso de pago, anterior a la declaración del concurso, de una deuda que no hubiera obligación de satisfacer entonces por no haber llegado aún la fecha en que la misma fuera exigible a su vencimiento.
El supuesto que nos ocupa por el contrario es el de una cuenta corriente de crédito concertada para financiar el funcionamiento ordinario de la empresa que, tras prorrogarse su fecha de vencimiento, sigue acogiendo en las fechas previas a la declaración del concurso de la acreditada, operaciones tanto de cargo como de abono, hasta que resulta cancelada de forma anticipada a instancias de dicha entidad acreditada.
Es cierto que esas operaciones de cargo y abono, habidas entre la prórroga del vencimiento y la cancelación anticipada de la cuenta de crédito (entre las que se observan diversas transferencias recibidas de otras cuentas), determinaron que de un saldo negativo cercano al límite de disposición concedido se pasara a un saldo positivo para el acreditado a la fecha de la cancelación (saldo positivo que en gran parte se transfiere a su vez, según se desprende del extracto aportado, a una cuenta corriente nueva), pero, además de que no son dichos actos los que se atacan concretamente con la acción ejercitada, no contamos con dato alguno para concluir que se trate de operaciones que no entren dentro del ámbito de los actos ordinarios de la actividad empresarial (como lo demuestra que el extracto aportado por la administración concursal refleje transferencias recibidas en los periodos anteriores a la prórroga de la fecha de vencimiento) o que los mismos no se realizaran en condiciones normales (puesto que se ignora la procedencia y destino de dichas transferencias y quienes las efectuaron).
Por ello no debió ser acogida la pretensión rescisoria en cuanto se dirigía a la restitución a la masa del saldo negativo que la cuenta de crédito reflejaba tres meses antes de la declaración en concurso de la deudora. Ello sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercitarse respecto de cada una de las operaciones reflejadas en la cuenta corriente.
SEXTO.-Cabe analizar, no obstante, si el acto del deudor cuya rescisión se pretende, esto es, la cancelación anticipada de la cuenta corriente de crédito, determinó o no un perjuicio para la masa, en tanto que generó los gastos por comisión de cancelación en la cuantía antes referida, los cuales fueron cargados en la propia cuenta, dejándola con ello en saldo cero.
Consideramos que la cancelación anticipada de dicha póliza en un momento en que existía saldo favorable a la concursada en la cuenta abierta, saldo que se destina precisamente a pagar la comisión pactada por la cancelación anticipada, y a pocos días de solicitar la declaración de concurso la entidad acreditada, por su propio carácter infrecuente o inusual, no constituye un acto ordinario de la actividad propia del deudor concursado; tampoco puede entenderse que se realizara en condiciones normales, atendida la situación de insolvencia que habría de motivar la declaración del concurso de acreedores.
Por lo demás no consta justificación alguna para dicha actuación, a la vista del saldo que presentaba al cuenta en el momento de ser cancelada; la mercantil en concurso ni siquiera ha alegado cual pudiera ser la razón que justificara cancelar la cuenta asumiendo el referido coste.
Concluimos por tanto que dicho acto entraña un sacrificio patrimonial injustificado y por tanto es perjudicial para la masa, en cuanto generador de una deuda sin razón para ello que, además, fue inmediatamente atendida, disminuyendo el patrimonio que habría de conformar la masa del posterior concurso.
Por ello procede, confirmar la rescisión decretada de la cancelación y amortización anticipada de esta póliza, pero con unos efectos distintos de los establecidos en la sentencia apelada que, en este particular, debe ser revocada.”: SAP Navarra (Sección 3) 12.12.2014 (Sentencia 383/2014; Rollo 659/2014)

2.7.3 Rescisión de la reducción del débito seguida de cancelación anticipada del crédito

AP Navarra

“SÉPTIMO.-En cuanto a la segunda acción de reintegración ejercitada, consta en la causa que, en la misma fecha que la anterior, la concursada suscribió con la misma entidad bancaria otra póliza de "crédito en cuenta corriente a interés variable (Euríbor)" con intervención notarial y limite máximo de 350.000 #.
En su cláusula primera se establecía que el importe del crédito se habría de destinar única y exclusivamente a "recoger los movimientos que procedan de los débitos y abonos derivados de operaciones de compra a sus proveedores".
Y su cláusula segunda, además de establecer la fecha inicial de vencimiento, preveía que "el reembolso de los débitos se producirá como máximo a los 90 días de su cargo en la cuenta de crédito". Posteriormente el plazo se amplió a 120 días.

También esta póliza la suscribieron como fiadores solidarios las mismas personas que la póliza anterior.
El 8 de noviembre de 2012 y a presencia notarial, las partes convinieron en prorrogar el vencimiento del crédito concedido en esta póliza hasta el día 27 de octubre de 2013. En esa fecha el saldo exigible ascendía a 349.230,77 #, sin que se observara que hasta entonces se hubiera cumplido el plazo de reembolso convenido.
Entre la anterior fecha y el 10 de enero de 2013 se regulariza el saldo dispuesto en la póliza y ésta se cancela anticipadamente ese mismo día, generando una comisión de cancelación anticipada de 14.732,02 #.
Con los abonos realizados entre ambas fechas fueron satisfechos créditos de proveedores con fecha de vencimiento o reembolso pactado posterior a la declaración del concurso por importe de 114.662, 62 #
La sentencia dictada en primer grado estimó la pretensión subsidiaria de la administración concursal de declarar rescindida la cancelación y amortización anticipada de la citada póliza, ordenando la reintegración a la masa del importe de 114.662,62 # más el importe de la comisión de cancelación anticipada, en lugar del saldo existente a la fecha en que se acordó prorrogar el plazo de vigencia de la póliza, que había sido instado con carácter principal por la administración concursal.
Se argumentaba tan sólo que aunque el incumplimiento del plazo de reembolso de 120 días hubiese sido generalizado durante de la vigencia de la póliza, se trataba de una obligación ordinaria y contractual que la concursada había de cumplir, por lo que se entendían comprendidos dentro de la prohibición de rescisión establecida en el artículo 71.5.1º LC.
OCTAVO.-La parte recurrente viene en sustancia a reproducir los argumentos vertidos en relación a la primera póliza analizada.
Procede desestimar el recurso en este particular.
Con cargo a los ingresos efectuados en la cuenta corriente de crédito se vinieron a satisfacer obligaciones cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso, esto es, se reembolsaron al banco cantidades anticipadas y dispuestas por la concursada para pagar a sus proveedores con cargo a la cuenta, cantidades que no debían de ser satisfechas sino en una fecha posterior a la declaración del concurso, de manera que el supuesto entra dentro de la previsión establecida en el artículo 71.2 LC, tal y como se alegó por administración concursal con carácter subsidiario.”: SAP Navarra (Sección 3) 12.12.2014 (Sentencia 383/2014; Rollo 659/2014)

2.8 Aplicabilidad: es pago anticipado el de deuda tributaria aplazada

Tribunal Supremo

“ SEGUNDO. Enunciado y fundamentos del único motivo del recurso de casación.
Señalan los recurrentes como norma infringida la del apartado 2 del artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio - a cuyo tenor " el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate [...] de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente " -.
Alegan que las deudas tributarias extinguidas con los pagos de cinco de julio de dos mil diez no eran exigibles en las fechas inicialmente establecidas, sino en las convenidas para aplazarlas; que la interpretación dada a la norma por el Tribunal de apelación no era la correcta; y que, en contra de lo afirmado en la sentencia recurrida, concurrían en el caso los presupuestos de la presunción " iuris et de iure " que el mencionado precepto establece, dado que Real Betis Balompié, SAD había pagado, el cinco de julio de dos mil diez, deudas que no eran exigibles en esa fecha, como consecuencia de los aplazamientos convenidos.
TERCERO.- Estimación del motivo.
I.- El artículo 1292 del Código Civil - con precedente en el 1180 del Proyecto de 1851 y en el 1038 del Código de Comercio de 1829 - dispone que serán rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlo.
Pese a que, en tal supuesto, el acreedor cobra lo que se le debe, aunque sea antes de tiempo, y es regla que no comete fraude quien ejercita su derecho - " qui suum recepit nullum videre fraudem facere " -, el legislador entendió que, estando el deudor en insolvencia, pagar a un acreedor antes de que la deuda sea exigible, constituye una alteración de la " par conditio creditorum ".
Esa norma, de indudable interés por su relación con otras del Código Civil, ha quedado reflejada en la Ley 22/2003, cuyo artículo 71, tras establecer - en el apartado 1 - que, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa - realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, con independencia de que hubiera existido o no intención fraudulenta, dispone - en el apartado 2 - que el perjuicio patrimonial se presume, sin posibilidad de prueba en contrario, cuando se trate de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a aquella declaración - con la excepción que señala, no aplicable al caso que ahora se enjuicia -.
II.- Se ha declarado en las instancias que las deudas tributarias pagadas el cinco de julio de dos mil diez por Real Betis Balompié, SAD - que fue declarada en concurso el catorce de enero de dos mil once - no habían vencido en aquella fecha y, por ello, no eran aun exigibles a la deudora.
Poco importa, al respecto, que el día de vencimiento hubiera sido el establecido originariamente o

después, por razón de la modificación del inicial. En todo caso, mientras el plazo no hubiera vencido, la acreedora no podía compeler a la sociedad deudora a cumplir, protegida como estaba por el beneficio correspondiente - artículo 1127 del Código Civil -.
La sentencia de primera instancia aplicó correctamente la norma que, en el recurso de casación, se dice infringida, al haber impuesto a la acreedora la restitución de los pagos anticipados - artículo 73, apartado 1, de la Ley 22/2003 -, vincular a la suerte de los mismos las garantías pactadas para asegurar su satisfacción y dejar al margen de la rescisión el acuerdo entre Real Betis Balompié, SAD y Agencia Estatal de Administración Tributaria, no atacado por la administración concursal demandante.": STS 17.02.2015 (Sentencia 37/2015; Recurso 3085/2012)

AP Sevilla (revocada por STS 17.02.2015)

"Segundo.- El supuesto de hecho al que la sentencia apelada aplica la presunción iuris et de iure consiste en una deudas tributarias, derivadas el Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, devengadas en los años 2007, 2008 y 2009, y cuyo pago fraccionado se concedió por acuerdos firmados en los años 2008 y 2009, no obstante lo cual se pagaron en su totalidad el día 5 de julio de 2.010 cuando aún no habían transcurrido todos los plazos pactados, quedando todavía plazos pendientes una vez declarado el concurso el día 14 de enero de 2.011, cuyo importe asciende a lo que se reclama en virtud de la acción rescisoria que se ejercita.
El vencimiento de las deudas tributarias viene fijado por Ley y en ningún caso puede entenderse que pueda ser alterado por la voluntad de las partes. Las deudas tributarias son exigibles en el momento en el que determina la Ley, por lo que si ese momento es anterior a la declaración del concurso, de ninguna forma es aplicable el apartado 2 del citado artículo 71. Tal y como señala la entidad apelante en su recurso, las obligaciones tributarias nacen ex lege y desde el mismo momento en que se realiza el hecho imponible son líquidas, exigibles y vencidas. Y si no se pagan en ese plazo legalmente determinado se incurre en mora, por cuanto que desde ese momento surge la obligación de pagar intereses de demora tomando como base la cuantía cierta nacida de la Ley. El artículo 62.1 de la Ley General Tributaria que las deudas tributarias resultantes de una autoliquidación deberán pagarse en los plazos que establezca la normativa de cada tributo, para fijar a continuación los plazos en que han de pagarse las deudas tributarias que no tengan ese origen.
Por su parte el artículo el artículo 65.1 de la Ley General Tributaria permite que deudas tributarias que se encuentren en período voluntario o ejecutivo podrán aplazarse o fraccionarse en los términos que se fijen reglamentariamente y previa solicitud del obligado tributario, cuando su situación económico-financiera le impida, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos, pero, conforme al apartado 5, aún cuando se solicite y conceda el fraccionamiento en período voluntario, ello no excluye el devengo del interés de demora.
No debe olvidarse que conforme al artículo 26 de la Ley General Tributaria el interés de demora es una prestación accesoria que se aplica el contribuyente que paga fuera del plazo legalmente establecido. La aplicación del mismo implica que se está pagando una obligación líquida, vencida y exigible más allá del momento de su vencimiento.
Tercero.- Los supuestos a los que debe entenderse referido el artículo 71.2, del cual debe hacerse una interpretación restrictiva y no extensiva, son aquéllos en los que el deudor paga antes de incurrir en mora y, por tanto, antes de que puedan devengarse intereses de demora. Si en una relación contractual privada las partes deciden cambiar la fecha de vencimiento eliminan con ello la situación de mora que produciría la llegada de la fecha inicialmente prevista y por tanto sería aplicable el precepto en relación con la nueva fecha. Pero el aplazamiento o fraccionamiento del pago por parte de la Administración no supone cambiar la fecha de vencimiento de la obligación tributaria legalmente establecida y sustituirla por otra que excluya la situación de mora en que incurre el deudor, sino un beneficio en razón de que no puede, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos. Ello ahorra indudablemente los gastos y retrasos que conlleva la ejecución forzosa, pero no elimina la situación de mora, ni la consiguiente obligación de pagar los intereses de demora.
Por ello, si el deudor, por superar sus problemas transitorios de liquidez, puede abonar la deuda sin necesidad de agotar todos los plazos que ha obtenido, sigue pagando una deuda que ya está vencida y, además, no lo hace además por mera liberalidad, sino que obtiene como ventaja el evitar la obligación accesoria de pagar intereses de demora. Este pago sólo sería rescindible si se acredita de forma clara por quien ejercita la acción rescisoria el perjuicio para la masa activa, lo que no ha ocurrido en el caso de autos, por lo que la acción no puede prosperar. ":SAP Sevilla (Sección 5) 20.09.2012 (Sentencia 442/2012; Rollo 3667/2012)

2.9 Inaplicabilidad cuando no se altera la par conditio creditorum: el acreedor –con crédito contra la masa- podía cobrar igualmente tras la declaración de concurso

AP Barcelona

"SEXTO. 16. B) La acción de reintegración concursal (*art. 71 LC).*
Esta acción se refiere a los cargos en la cuenta especial de crédito realizados por Caixa Penedés tras la declaración de concurso, por facturas cuyo vencimiento era posterior a la declaración de concurso (apartado
7.B de esta fundamentación).
En su demanda, la AC fundamenta el perjuicio a la masa en que la entidad financiera cargó en la

cuenta de crédito, antes de la declaración de concurso, los importes de dos facturas (previamente abonadas por ella a la concursada, de acuerdo con el sistema de anticipo pactado en virtud del contrato de crédito) que vencían con posterioridad a la declaración de concurso (véase el anterior fundamento 7.B).

En el recurso, como en la demanda, la AC recalca la anticipación del pago, ya que la obligación o deuda de la concursada frente a la entidad financiera nacería al vencimiento de las facturas, pero Caixa Penedès cargó el importe en la cuenta antes del vencimiento, dos meses antes, ya que las facturas, emitidas el 30 de mayo y el 16 de julio de 2008, vencían el 30 de septiembre de ese año y, sin embargo, el cargo de adeudo se realiza el 18 de junio y el 29 de agosto de 2008, meses antes de su vencimiento, lo que supone un pago anticipado (el concurso fue declarado por auto de 23 de septiembre de 2008).

17. En realidad no es así, según muestran los extractos bancarios aportados con la demanda y con la contestación. Caixa Penedès no efectuó el cargo en la cuenta meses antes del vencimiento de las facturas, sino una semana antes. Los documentos aportados con la demanda integrados con los aportados con la contestación (que no han sido impugnados) muestran que PROPILÁN solicitó a Caixa Penedès el anticipo de estas dos facturas (y de otras) el 17 de junio (factura 10275/001 de fecha 30 de mayo por importe de 91.134,19 #) y el 28 de agosto de 2008 (factura 10357/001 de fecha 16 de julio de 2008, por importe de 14.491,95 #); lo muestra el documento 6 de la demanda. Al respectivo día siguiente, 18 de junio y 29 de agosto, Caixa Penedès ingresó el anticipo en la cuenta especial de crédito (lo sigue reflejando el documento 6 de la demanda) y aplicó el correspondiente cargo en cuenta el 22 y el 23 de septiembre de ese año (según refleja el documento 5 de la demanda y los documentos aportados por la demandada). Los cargos en la cuenta especial, por tanto, se realizaron una semana antes del vencimiento de las facturas.

18. La demanda, sin invocar expresamente ninguna presunción legal de perjuicio a la masa ni mayor fundamentación, justificaba el presupuesto o requisito de esta acción sobre la base del anticipo en el pago de la obligación frente a la entidad financiera. Este planteamiento lleva al juez del concurso a cuestionarse la aplicación de la presunción legal de perjuicio a la masa, que no admite prueba en contrario, establecida en el art. 71.2 LC, por tratarse de actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento era posterior a la declaración de concurso, y resuelve el conflicto acudiendo a la cobertura que dispensa el RDL 5/2005, que hemos considerado inaplicable al caso.

19. El requisito fundamental de la acción rescisoria concursal es el perjuicio a la masa activa, sin necesidad de intención fraudulenta (art. 71 LC).

Hemos mantenido en anteriores sentencias, y así lo declara la STS de 8 de noviembre de 2012, que será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto), pero así mismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de par condicio creditorum (en este sentido así mismo, STS de 8 de noviembre de 2012).

Esta noción de perjuicio comprende aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores, cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la masa de acreedores, que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada.

En este sentido el perjuicio es presumido por la LC en el apartado 2, con carácter iuris et de iure, y en el apartado 3, iuris tantum, del art. 71, al establecer como presunciones legales ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores, así mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso, o por la constitución de garantías reales a favor de deudas preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

20. Ahora bien; la presunción legal de perjuicio cuando se trata de "actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso", se fundamenta en que el crédito, que vencía con posterioridad a la declaración de concurso y cuyo pago se anticipa, no podría ser cobrado por el acreedor una vez declarado el concurso, pues ese crédito quedaría integrado en la masa pasiva y el acreedor sometido al tratamiento concursal paritario con los demás acreedores concurrentes. Al adelantarse el pago, se privilegia injustificadamente al acreedor que lo percibe, que elude el tratamiento concursal de su crédito, alterándose así el principio de igualdad de trato.

En consecuencia, la presunción legal de perjuicio iuris et de iure no es aplicable al caso presente, ya que Caixa Penedès estaba facultada por virtud del contrato para efectuar los cargos en la cuenta de crédito a la fecha de vencimiento de las facturas, el 30 de septiembre de 2008, ya declarado el concurso, pues el contrato, de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, continuó vigente tras la declaración del concurso.

No es apreciable por ello un perjuicio por alteración de la par conditio creditorum, ni por disminución injustificada del patrimonio del deudor (ya que los cargos por los importes previamente anticipados por Caixa Penedès suponen al mismo tiempo una disminución del activo como del pasivo de la concursada, por idéntico importe, con lo que el patrimonio neto permanece igual), y responden a la operativa financiera vigente por virtud de un contrato incluido en el ámbito de aplicación del art. 61.2

LC.”: SAP Barcelona (Sección 15) 18.09.2013 (Sentencia 338/2013; Rollo 118/2013)

3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

- 1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

  [La redacción del art 71.3.1º ex Ley 38/2011 es idéntica a la inicial]

Art. 71.3.1º - Actos dispositivos onerosos con personas especialmente relacionadas

0. Cuestiones generales

0.1 Ratio de la norma. Prueba necesaria para enervar la presunción

Tribunal Supremo

“CUARTO.- La presunción de perjuicio patrimonial de los pagos realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado
En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010, se declaró que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores].
Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal, el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada.
El socio-administrador demandado pudo, por tanto, haber probado la ausencia de perjuicio. La sentencia de la Audiencia Provincial apuntaba una de las circunstancias que, de haber sido probada, hubiera excluido la existencia de perjuicio, como es que al tiempo de hacerse los pagos al socio administrador la sociedad no se hallara todavía en situación de insolvencia o no hubiera sobreseído en el pago de sus obligaciones exigibles.
Tal prueba no se ha practicado, por lo que la presunción de perjuicio no ha sido destruida.”: STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011)

“TERCERO.-Desestimación del motivo
1. El art. 71.1 LC que el recurrente denuncia como infringido, exige la concurrencia de dos requisitos para que prospere la rescisión que allí se contempla: que el acto sea perjudicial para la masa activa y haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.
Para ello es necesario el examen del concreto acto (contrato u operación) que es objeto de impugnación. El núcleo central reside en si el acto examinado es "perjudicial para la masa activa", en la medida en que supone una minoración del activo sobre el que más tarde, declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, "debe de carecer de justificación" (SSTS 1025/2015 de 10 de marzo; 428/2014, de 24 de julio; y 100/2014 de 30 de abril y las citadas en ellas).
El acto que es objeto de examen, y que supone un detrimento patrimonial, debe contemplarse en atención a las circunstancias concurrentes para evaluar su justificación. En principio, el perjuicio debe ser acreditado por quien insta la rescisión del acto impugnado (art. 71.4 LC), salvo que sea uno de los contemplados en el apartado 2 del art. 71 LC, en los que se presume el perjuicio iuris et de iure, o de aquellos otros supuestos que regula el art. 71.3 LC, que admiten prueba en contrario, pero, en este último caso, a cargo de los demandados, prueba que debe ir dirigida a que el acto impugnado no perjudica a la masa activa (SSTS 105/2015, de 10 de marzo y 629/2012, de 26 de octubre, entre otras).
2. En el supuesto del presente recurso, la rescisión decretada por las sentencias de instancia se funda en el art. 71.3.1º, por ser el recurrente, socio único de la concursada, y, por tanto, persona especialmente relacionada con la misma (art. 93.2.1º LC). Como señalan las SSTS 487/2013, de 10 de julio y la más reciente 428/2014, de 24 de julio, "... en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada".
3. En este contexto no es admisible que el recurrente, accionista único de la concursada, cuyo representante legal es la misma persona en ambas sociedades, de la matriz y de la filial, señale que la distribución de

dividendos se acordó y ejecutó en octubre de 2008, porque los resultados de 2007 arrojaban un leve beneficio (41.361,86.-#), lo que no se compadece con que el fondo de maniobra era negativo a 31 de diciembre del mismo año 2007, y que en el ejercicio en que se acordó la distribución de dividendos, en octubre de 2008, los fondos propios de este ejercicio estuvieran por debajo del capital social, aunque fuera por recomendación efectuada por los auditores en 2009 (durante el primer trimestre), como "consecuencia del resultado de pérdidas de la mercantil en dicho ejercicio". La falta de la previsión a que está obligado todo administrador, que debe "informarse diligentemente de la marcha de la sociedad" en todo momento (art. 225.2 LSC), directamente o a través de los balances trimestrales de comprobación (art. 32.1 CdCom), por lo que tiene una información privilegiada de la situación, justifica plenamente que la sentencia no apreciara circunstancias suficientes que eximieran de rescisión el acuerdo de distribución y el pago de dividendos que a la postre supuso para la concursada la salida del activo de un crédito por importe de 1.250.000.-#. Con motivo de tal operación la recurrente y accionista única dejó de ser deudora por dicha cantidad de modo que, a la vista de la crisis manifiesta y reconocida que atravesaba el sector, Peryper se colocó en una situación tan privilegiada para ella como perjudicial para el resto de los acreedores, alterando con ello la par conditio creditorum, todo lo cual ha quedado acreditado en la instancia y no puede ser discutido en casación.”: STS 17.04.2015 (Sentencia 199/2015; Recurso 1031/2013)

AP Barcelona

“Compartimos la conclusión del Sr. magistrado sobre la falta de pruebas que permitan desvirtuar la presunción legal. Conclusión que tampoco es enervada en el recurso, cuya argumentación no va en la dirección de la acreditación de la ausencia de perjuicio para la masa, sino en la del cuestionamiento de la inversión operada en materia de carga de la prueba -inversión ordenada por la LC, en el tan citado artículo 71.3, y no por el juez.
Como dijimos en una sentencia anterior, de 22 de septiembre de 2010, dictada en autos de incidente suscitado en este mismo concurso, la presunción del artículo 71.3.1º LC se explica en este caso, porque, en principio, al efectuarse el pago "a una persona especialmente relacionada con el deudor en época anterior, más o menos próxima al concurso, se le favorece injustificadamente al permitirle eludir el tratamiento subordinado de su crédito en la situación concursal, lo que origina un perjuicio a la masa activa en la medida en que los demás acreedores con preferencia de cobro en el seno del concurso ven disminuida la garantía patrimonial para la satisfacción de la cuota que les pudiera corresponder, y en la misma medida queda mermada la masa activa destinada a tal fin".
Correspondía a la parte demandada demostrar la inexistencia del perjuicio, que puede resultar en atención a la concreta operación o acto dispositivo en relación con sus "circunstancias, en particular, en este caso, si se hubiera acreditado que al tiempo de hacerse las devoluciones al socio, la sociedad no se hallaba en situación de insolvencia o no había sobreseído en el pago de sus obligaciones exigibles". Pero esto no ha sido acreditado "y la inexistencia de perjuicio no cabe derivarla de la correlativa disminución del pasivo al efectuar los pagos, porque en todo caso lo que se produce es una alteración de las preferencias de cobro, al favorecer al acreedor que en el concurso vería postergado su crédito hasta que cobraran los demás acreedores no subordinados, con lo que ha eludido, en perjuicio de éstos, el trato que le correspondería en el contexto concursal". ”: SAP Barcelona (Sección 15) 20.04.2011 (Sentencia 192/2011; Rollo 578/2010)

AP Madrid

“Entendiendo que concurría en el Sr. Javier la condición de persona especialmente relacionada con la entidad deudora de acuerdo con lo previsto en el Art. 93-2 de la Ley Concursal, la sentencia apelada hizo aplicación de la presunción "iuris tantum" prevista en el Art. 71-3,1º de dicha ley que considera, salvo prueba en contrario, que existe perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Y ello por considerar que dicho demandado no había suministrado prueba alguna capaz de enervar tal presunción.
Reacciona el Sr. Javier frente a tal apreciación por entender que, tratándose del abono de su retribución como administrador estatutariamente contemplada, la previa realización por su parte de la prestación a la que la retribución responde (el desempeño de su labor como administrador societario) comporta, por sí misma, la prueba del carácter no perjudicial del pago en la medida en que este se encuentra precedido de la obtención por parte de la sociedad pagadora de la ventaja inherente al aprovechamiento del servicio que se retribuye. Consideramos, sin embargo, que mediante ese modo de razonar se confunde el ámbito en el que la presunción legal opera. Que el pago que se cuestiona se encuentre compensado por la previa obtención de una ventaja correspectiva por parte de la sociedad pagadora es, precisamente, la circunstancia que hace de dicho pago un acto de naturaleza onerosa y no gratuita (de concurrir gratuidad, nos encontraríamos ante la presunción indestructible del Art. 71-2). Ahora bien, si la onerosidad de la operación constituyese por sí misma circunstancia capaz de enervar la presunción de perjuicio nos encontraríamos ante el sinsentido de que el propio presupuesto legal de la presunción (la onerosidad) determinaría -siempre e invariablemente- la falta de operatividad de esa misma presunción, interpretación esta que debe rechazarse por aplicación de un simple principio de prueba por contradicción ("reductio ad absurdum").
Podemos, a lo sumo, conceder que, en los casos de actos dispositivos de carácter oneroso realizados en provecho de persona especialmente relacionada, la prueba de su carácter no perjudicial, prueba que incumbe al beneficiario del acto, pueda revestir ciertas dificultades en razón, precisamente, a la circunstancia de que ese acto se ha de encontrar forzosamente precedido -de ahí su carácter oneroso- de la previa obtención por el concursado de una ventaja correspectiva. Y es que, como señala la S.T.S. de 26 de octubre de 2012, "...en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un

perjuicio para la masa activa...". Ahora bien, tanto en dicha sentencia como en otras resoluciones el Alto Tribunal ha venido acogiendo una noción amplia donde el perjuicio patrimonial exigido para el éxito de una acción rescisoria no se circunscribe al concepto estricto de "lesión" entendida como mero detrimento patrimonial; y ello en base a la simple consideración de que si el Art. 71-2 de la Ley Concursal presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso de un pago debido pero anticipado, supuesto en el que propiamente no hay lesión o devaluación del patrimonio, está extendiendo el ámbito del perjuicio patrimonial a los supuestos en los que, sin existir lesión, el pago altera la "par conditio creditorum". Y de ahí que, sin perjuicio de admitir en términos generales, como queda dicho, que un pago vencido y exigible goza en principio de justificación y no comporta perjuicio patrimonial, nos señale a renglón seguido la referida sentencia de 26 de octubre de 2012 que "Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum...".
Debemos indicar que la precedente reflexión tiene un alcance general en relación con el régimen de rescindibilidad de los pagos que respondan a una operación de carácter oneroso y que, por lo tanto, es en principio independiente de que el perjuicio patrimonial se vea o no favorecido por la presunción del Art. 71-3,1º en razón a que el beneficiario del pago ostente o no la condición de persona especialmente relacionada con el concursado. Pero, precisamente por ello, la más reciente S.T.S. de 10 de julio de 2013 se ha ocupado de aclarar que, cuando dicha presunción concurre, la prueba que incumbe suministrar al beneficiario no es la prueba de la onerosidad del pago que ha recibido (pues de esa onerosidad ya se parte para la operatividad de la presunción) sino la prueba de la inexistencia de esas circunstancias excepcionales que hacen del pago un acto susceptible de alterar injustificadamente la "par conditio creditorum". En tal sentido, señala dicha sentencia de 10 de julio de 2013 lo siguiente: "Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal, el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada. El socio- administrador demandado pudo, por tanto, haber probado la ausencia de perjuicio. La sentencia de la Audiencia Provincial apuntaba una de las circunstancias que, de haber sido probada, hubiera excluido la existencia de perjuicio, como es que al tiempo de hacerse los pagos al socio administrador la sociedad no se hallara todavía en situación de insolvencia o no hubiera sobreseído en el pago de sus obligaciones exigibles..." (énfasis añadido), y añade que "La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa".
En el caso que nos ocupa la sentencia apelada declara probado que, en la fecha en la que se acuerda el abono en cuenta al Sr. Javier de la retribución cuatrienal de 600.000 # (27 de noviembre de 2009), "FIDESA cuenta ya con numerosos créditos ya vencidos e impagados" y que "existía ya una importante deuda por impago de nóminas a trabajadores por cuenta ajena". La realidad de este dato de hecho no ha sido cuestionada por el apelante. Pues bien, si a ello añadimos que se trata del abono acumulado de la retribución de cuatro años y que ese acto se produce a tan solo un mes de distancia de la presentación de la solicitud de concurso voluntario de FIDESA (lo que tendría lugar el día 30 de diciembre de ese mismo año 2009), con lo que nos encontramos es no solo con que el Sr. Javier no ha suministrado prueba alguna de la inexistencia de esas circunstancias excepcionales que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, hacen rescindible un pago debido sino que, además, concurre prueba efectiva del hecho positivo correlativo, esto es, prueba de la existencia de ese tipo de circunstancia excepcional. Esa sola consideración determina el fracaso del argumento en cuestión.”: SAP Madrid (Sección 28) 19.01.2015 (Sentencia 18/2015; Rollo 128/2014)

0.1.Ratio en caso de pago de préstamos sociales que encubren infracapitalización

Tribunal supremo

“Debe tenerse también en cuenta que por las características concretas de la operación enjuiciada, nos encontramos ante un supuesto típico de préstamo "societario", sustitutivo del capital social. Se trata de un préstamo de carácter societario en tanto que realizado por el socio mayoritario y administrador único, lo que le permite controlar el destino de los fondos suministrados. Ha sido concedido en condiciones diferentes a lo que sería una financiación por terceros típica, en tanto que no está documentado en alguna de las formas habituales en el tráfico económico, no consta si es remunerado, ha sido concedido por un tiempo indefinido ("cobrar cuando se pudiera"). En casos como este, la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación de capital social y encubre un supuesto de infracapitalización, en que el capital social es tan exiguo que no sirve para acometer con normalidad la actividad social, ni siquiera para dotar a la sociedad de un patrimonio suficiente que le permita obtener financiación externa por parte de terceros.
Si la aportación de capital a la sociedad por parte de los socios, en una cantidad suficiente para desenvolver su actividad, se hubiera realizado en la forma típica prevista en la normativa societaria, como es la aportación inicial o la ampliación de capital social, el patrimonio así obtenido no hubiera podido ser reembolsado a los socios en detrimento de los acreedores sociales, frente a los cuales tal patrimonio desempeña una función de garantía. La sustitución del capital social por préstamos societarios realizados por los socios de referencia

supone en tales circunstancias un desplazamiento del riesgo empresarial sobre los acreedores
No es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante
o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores.
Tales circunstancias constituyen algunas de las justificaciones de que los créditos frente a la sociedad concursada de los que sean titulares los socios «con una participación significativa en el capital social» (Exposición de Motivos, apartado V), de al menos el 5% o el 10% según los casos, y los administradores de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, sean créditos subordinados (art. 92.5 en relación al 93.2.1º y 2º, ambos de la Ley Concursal), si bien la Ley Concursal ha optado por calificar como crédito subordinado el resultante de cualquier operación entre la sociedad y las personas especialmente relacionadas, con independencia de que reúna las características de un préstamo societario o encubra supuestos de infracapitalización.
Es por ello que el reembolso de estas aportaciones a los socios con una participación significativa o a los administradores (aquí se reúnen las dos cualidades) en el periodo anterior a la declaración del concurso haya de ser considerado, salvo prueba en contrario, que aquí no ha existido, como un perjuicio para la masa activa aun cuando el acto dispositivo suponga una correlativa disminución del pasivo. Tal pago debía haberse sujetado al orden de preferencias propio del proceso concursal, en el que ostenta la calificación de crédito subordinado.”: STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011)

0.2 Concurrencia de personas especialmente relacionadas con otras que no lo son

0.2.1 Es aplicable la presunciòn y afecta a todas ellas

AP Barcelona

“En cuanto a la carga de la prueba del perjuicio, al ser los demandados socios de la sociedad entraría en juego la presunción iuris tantum que establece el art. 71.3.1º LC, por tratarse de un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada. Uno de los socios tiene una participación superior al 10 % del capital social (art. 93.2.1º LC) y si bien los otros dos socios cuentan tan sólo con un 1 %, la presunción sería igualmente aplicable. La circunstancia de concurrir personas vinculadas con otras que no merecen legalmente esta consideración no puede determinar la aplicación de regímenes jurídicos distintos; o el perjuicio se presume salvo prueba en contrario, o el perjuicio ha de probarse.
No obstante, la parte actora no ha invocado expresamente la presunción de perjuicio establecida por dicho precepto, sino el art. 71.4 LC, asumiendo, por tanto, la carga de la prueba del perjuicio. En cualquier caso, de aplicarse el art. 71.3.1º LC, la solución al litigio sería la misma, porque entendemos que, en atención a las circunstancias concurrentes, según revelan las actuaciones, la presunción habría sido eficazmente combatida.”: SAP Barcelona (Sección 15) 16.11.2012 (Sentencia 376/2012; Rollo 207/2012)

“Concurriendo en dos de los demandados la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor, por ser socios titulares de un porcentaje del capital social superior al 10% (artículo 93.2º, apartado primero de la LC), entendemos que ha de regir la presunción de perjuicio, salvo prueba en contrario, del artículo 71.3.1º. Como señalamos en nuestra anterior sentencia de 19 de noviembre de 2012 (Rollo 303/2012), la concurrencia de personas vinculadas con otras que no lo son, no determina, como sostiene la recurrente, la aplicación de regímenes jurídicos distintos. O el perjuicio se presume, salvo prueba en contrario, o el perjuicio ha de probarse. Y, aun cuando la cuestión suscita dudas de derecho, entendemos que si al menos uno de los beneficiarios es persona vinculada con el deudor, la presunción ha de alcanzar al conjunto.”: SAP Barcelona (Sección 15) 06.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 714/2012)

0.3 No hay a estos efectos un "tertium genus" entre los actos a título grauito y a título oneroso

Tribunal supremo

“TERCERO.- Valoración de la Sala. Actos dispositivos a título gratuito y a título oneroso a efectos de la aplicación de las presunciones del art. 71 de la Ley Concursal.
Los recurrentes alegan en su recurso que los pagos realizados por la sociedad al administrador para devolver parcialmente las cantidades aportadas por éste no son actos de disposición a título oneroso, y que por tanto no puede aplicarse la presunción del art. 71.3.1º de la Ley Concursal.
La alegación no puede ser estimada. El régimen del art. 71 de la Ley Concursal a efectos de la apreciación del perjuicio contra la masa es mucho más severo en los actos de disposición realizados a título gratuito que en los realizados a título oneroso. Mientras que en los primeros siempre se presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, salvo las liberalidades de uso, en los segundos se presume el perjuicio sin admitir prueba en contrario en el caso de que consistan en pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, y admitiendo prueba en contrario, los realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
La alegación de los recurrentes de que los pagos cuestionados no son actos a título oneroso solo podría perjudicar su posición. En la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (art. 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (art. 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la ley concursal ha de entenderse que se incluyen en la

segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría.
En todo caso, la falta de onerosidad en el desplazamiento patrimonial por ausencia de contraprestación, porque tales pagos no respondieran a la devolución de un préstamo realizado por el administrador a la sociedad, solo puede suponer una peor situación del favorecido por el acto dispositivo en la aplicación del régimen de presunciones de perjuicio de las acciones concursales de reintegración, porque supondría que a efectos del art. 71 de la Ley Concursal los pagos fueron actos de liberalidad, en los que se presume el perjuicio sin posibilidad de prueba en contrario.
Las entregas dinerarias realizadas por la sociedad concursada al socio administrador en los dos años anteriores a la declaración de concurso son pagos en el sentido jurídico de actos debidos, "solvendi causa", realizados en el cumplimiento de las obligaciones que resultan de un negocio jurídico (se trataba de la devolución de un préstamo) y que han de ser encuadradas en el art. 71.3.1º de la Ley Concursal": STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011)

"5.-Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza.
En la sentencia núm. 487/2013, de 10 de julio, afirmamos que en la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (art. 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (art. 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría.
La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.": STS 30.04.2014 (Sentencia 100/2014; Recurso 745/2012)

0.4 Numerus clausus. La aplicación de la presunción requiere que concurra alguno de los supuestos del art. 93, no bastando otras relaciones

AP Alicante

"SEGUNDO.-Dos cuestiones se plantean para la solución del litigio, siempre desde la perspectiva de los preceptos con que se fundamenta la acción que se ejercita para la rescisión de la compraventa indicada, a saber, en primer lugar dilucidar si la operación onerosa se desarrolló - art 71-3-1º LC-...a favor de alguna de las personas relacionadas con el concursado... y, en segundo lugar, si en todo caso y al margen incluso de aquella la operación ha sido perjudicial para la masa - art 71-1 LC -, cuestión que conviene apuntar, no se trató de forma directa en la demanda si bien la Sentencia sí lo hizo.
Pues bien, en relación a lo primero ha de analizarse si, conforme al artículo 93 del mismo texto legal personas especialmente relacionadas con el concursado-, la operación ha tenido lugar a favor de socios que conforme a la ley fueran personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales o de socios que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, fueran titulares de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación, o de un 10% si no los tuviera, o a favor de administradores de la concursado persona jurídica o de los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o de una sociedad que formara parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones ya descritas.
Como es sabido, no se trata la llamada al art. 93 LC de un reduccionismo para apreciar en su caso la presunción iuris tamtum del artículo 71-3º de la Ley Concursal, sino del examen que procede de los casos legales que desde luego constituyen una relación numerus clausus en tanto presuponen una excepción al principio general, desplazando la carga de la prueba pues, como se recordará -y aquí es pertinente hacerlo-, solo en el caso del artículo 71-2, la falta de justificación del acto y el perjuicio se presumen sin admitir prueba en contrario pero, fuera de esos supuestos, como dice la STS de 26 de octubre de 2012, "...en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación...", añadiendo que "...la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescision concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.".
Pues bien, partiendo de tal doctrina, hemos de decir que en las relaciones descritas no se da ninguno de supuestos legales del artículo 71-3-1º en relación al 93-2 también de la Ley Concursal.
La venta, como es evidente, no se hace a favor de socios de la concursada.
El que el administrador de la compradora, Don. Roque, fuera socio -y miembro de su gobierno- de la vendedora, San Antonio Obras y Promociones S.L.U., y socio a su vez -en porcentajes comprendidos entre el 10 y el 6,3%- en dos sociedades - Altún Inversiones S.L. y Rodríguez y Asociados Asesores S.L.- que lo son a su vez de la mercantil San Antonio Activos S.L., socia única -y sociedad matriz- de la concursada, en absoluto transforman su cualidad porque, sin levantamiento del velo, no podemos afirmar que la venta se hubiera hecho

a favor de quien comparecía en representación de la compradora. Ni siquiera ese es el argumento.
No debemos obviar, sin embargo, el análisis de si aquella relación esconde una vinculación propia de grupo societario, también entendido en el art. 93 LC como relación especial.
En efecto, a la vista de las relaciones existentes entre socios, pudiera cuestionarse si Indesur forma parte del grupo de sociedades de la concursada, encabezada por San Antonio Activos S.L., conforme explicitan en su informe la Administración concursal.
TERCERO.-Ningún dato avala tal posibilidad.
La relación entre vendedora y compradora no es, en absoluto, de grupo pues no hay información permita concluir que la deudora tenga respecto de la compradora Indesur un control societario en los términos del artículo 42 del Código de Comercio -DA 6ª Ley Concursal - que es el definitorio de grupo a estos efectos.
El artículo 42 del Código de Comercio configura el concepto de grupo societario desde el instrumento del control de una sociedad -matriz- sobre terceras y lo presume en los casos que explicita.
En el caso no podemos afirmar que concurra ninguna de las circunstancias de donde deducir la existencia de control por la deudora de Indesur. Ni San Antonio Obras y Promociones S.L.U. tiene la mayoría de derechos de voto en Indesur, de la que no es en realidad ni es socia, ni desde luego consta que disponga por acuerdos con tercero, de la mayoría de derechos de voto ni, finalmente, consta que tenga la facultad de nombrar o destituir sus órganos de dirección.
La distribución que se explicita de participaciones de los que actuaron como representantes de la vendedora y la compradora en las sociedades que participan a su vez en terceras sociedades de la que es socia única de la deudora no resulta representativa de una capacidad de control de la sociedad compradora por la deudora. De hecho lo que se llega a visualizar por el apelante es que Don. Roque, titular del 33% del capital de Indesur, tiene entre participación directa e indirecta, un porcentaje del 26,3% en la deudoravendedora y con tales cuotas, aun equiparándolas, en absoluto, en tanto no constituye mayoría, es dable configurar un control de la vendedora respecto de la compradora, incluso aunque adicionáramos el 9,6% que refiere el apelante, de participación de dos sociedades administradas por el Sr. Carlos Miguel -representante en la operación de la vendedora- en la socia única de la deudora.
Lo que cuestiona Bateig en su demanda es el hecho mismo de las relaciones entre sociedades. Pero que existan relaciones intra-societarias, incluso intensas, entre las partes de un negocio jurídico, en absoluto lo hace inválido, simulado ni rescindible per se. De hecho, hasta la autocontratación -como maximalización de la relación personal contractual- está permitida en determinadas condiciones y lo cierto es que ningún precepto legal sustenta aquella afirmación salvo el que se aduce, el 71-3-1º LC, cuyo presupuesto no concurre y que sólo contiene una sospecha que traduce en presunción con desplazamiento de prueba.
Por tanto, si no cabe establecer las relaciones personales que acota la Ley Concursal para presumir perjuicio, éste ha de ser probado por quien lo alega.": SAP Alicante (Sección 8) 17.10.2013 (Sentencia 395/2013; Rollo 315/2013)

AP Barcelona

"QUINTO En primer término, debemos admitir el desacierto de la consideración de "socio capitalista", con referencia al Sr.Lorenzo, a la que acude la sentencia apelada para justificar, en alguna medida, la procedencia de la pretensión rescisoria. Tal calificación no es adecuada puesto que, ciertamente, el hecho de financiar a la sociedad concursada en la forma en que lo ha venido haciendo el Sr.Alejandro (que ha permitido a la sociedad la necesaria liquidez para atender pagos urgentes y convenientes para la continuidad empresarial, prestando dinero sin interés, condonando deudas y facilitando gratuitamente el uso maquinaria de su propiedad, lo que indudablemente se justifica por la relación paterno-filial entre el Sr.Alejandroy el administrador único), no le convierte en socio de hecho, o en socio capitalista, ni mucho menos (esto tampoco lo pretendió la Administración Concursal) en persona especialmente relacionada con la sociedad concursada a tenor delart. 93 LC, precepto que recoge un listado tasado y no susceptible de interpretación extensiva.
No se trata aquí, en efecto, de un pago efectuado a una persona especialmente relacionada con el deudor en época próxima al concurso, a la que se favorecería injustificadamente al permitirle eludir el tratamiento subordinado de su crédito en el contexto concursal, lo que originaría un perjuicio a la masa activa en la medida en que los demás acreedores con preferencia de cobro en el seno del concurso verían disminuida la garantía patrimonial para la satisfacción de la cuota que les pudiera corresponder, y en la misma medida quedaría mermada la masa activa destinada a tal fin.
Por ello, no estando condicionado el presente supuesto por elart. 93 LC, el dato del parentesco del acreedor financiero con el administrador de la sociedad deudora no es relevante a estos efectos.": SAP Barcelona (Sección 15) 08.01.2009 (AC 2009/1180; Sentencia 3/2009; Rollo 497/2008)

"CUARTO. Sobre la aplicabilidad de la presunción de perjuicio del art. 71.3, 1.º LC (persona especialmente relacionada)
10. La demanda no invocó únicamente la presunción del art. 71.2 LC sino que también lo hizo con la del art. 71.3.1.º LC considerando como persona especialmente relacionada al Sr. Romulo por su relación con uno de los administradores de la concursada (a la vez socio), el Sr. Jenaro, que es su hijo.
Se justifica esa imputación como persona especialmente relacionada porque, a pesar de no tener la condición de socio o administrador, concedió el afianzamiento a que antes se ha hecho referencia, y en su condición de padre del administrador, a su vez era titular de un 50 % de las participaciones sociales. También se alegó que el art. 16.3.c. del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, considera persona vinculada, a los efectos de la responsabilidad por el Impuesto de Sociedades, a los cónyuges o parientes, en línea directa o colateral de los socios o partícipes, consejeros y administradores.
11. No creemos que resulte de aplicación al caso una norma como la invocada por el AC, que regula el

Impuesto de Sociedades. Quiénes tengan la condición de persona relacionada en pues para ello debiera encontrarse dentro de los supuestos que se encuentran descritos en la propia la norma, cosa que no ocurre.
Así lo hemos venido considerando en pronunciamientos anteriores tales como Sentencia, en todos los cuales hemos entendido que la norma no admite una interpretación extensiva.": SAP Barcelona (Sección 15) 09.10.2013 (Sentencia 355/2013; Rollo 218/2013)

0.5 Improcedencia de la interpretación extensiva a los casos en que el acto impugnado implica un beneficio indirecto o reflejo en persona especialmente relacionada

AP Valencia

"SEGUNDO Este Tribunal, ha procedido a examinar de nuevo las alegaciones oportunamente deducidas por las partes en relación con lo que se somete a su consideración y de tal examen revisor llegamos a la conclusión de que procede la íntegra confirmación de lasentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Valencia del pasado 14 de octubre de dos mil sietepor las razones que seguidamente quedarán expuestas.
1.- La acción de reintegración instada por la administradora concursal se ejercita al amparo delartículo 71.3.1º de la Ley Concursal, en el que se establece que salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume en los actos dispositivos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, realizados a título oneroso y a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Las personas especialmente relacionadas con el concursado aparecen enumeradas en elartículo 93 de la Ley Concursaly es de ver que la entidad BANCO PASTOR S.A. a la que se hizo el pago controvertido, no puede subsumirse en ninguna de las categorías que aparecen relacionadas en el precepto de referencia.
2.- No se ha discutido en el proceso que el pago se realizó el día 6 de junio de 2006, que lo fue respecto de una obligación vencida el 28 de febrero anterior (folio 32), líquida y exigible, y que se hizo dentro del plazo de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, quedando concretado el objeto de la discusión a la calificación del acto como perjudicial por razón de ser el mismo favorable a persona especialmente relacionada con la concursada, y a tal efecto, es cierto que la administradora concursal no refiere la "especial" relación a que se refiere elartículo 71.3.1ºa la entidad Bancaria receptora del importe de la venta - no cuestionada - del nombre de comercial y fondo de comercio de la concursada operada en el mes de mayo de 2006, sino que entiende que el acto dispositivo fue favorable al administrador de la misma, por cuanto que ostentando éste la condición de fiador de la sociedad - junto con DoñaNatalia-, se vio directamente beneficiado por el pago realizado al BANCO PASTOR S.A. en la medida en que dicho pago supuso la extinción del aval. Entendemos que la interpretación realizada por la administradora concursal a los efectos de subsumir dicho pago en el marco rescisorio de la norma de referencia es una interpretación forzada, pues el pago tiene por objeto principal la extinción de una obligación a favor de quien no ostenta la condición de persona especialmente relacionada, siendo la extinción de la fianza constituida una consecuencia de la extinción de la obligación principal de la que aquella es accesoria. Por ello, consideramos, que no cabe hacer una interpretación extensiva en los términos que propone la administración concursal, tal y como sostiene el magistrado "a quo" en la sentencia apelada, cuyo fundamento jurídico tercero damos por íntegramente reproducido en evitación de innecesarias reiteraciones.": SAP Valencia (Sección 9) 01.12.2008 (JUR 2009/132370; Sentencia 354/2008; Rollo 481/2008)

0.5.1 Tesis contraria

AP Burgos

"La sentencia de instancia considera que concurre el supuesto del art. 71.3.1º LC.
Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración -apartado 1 del precepto mencionado-. En el presente caso, el acto perjudicial litigioso, se realizó menos de dos meses antes (16 de diciembre a 5 febrero siguiente).
El perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en los actos de disposición a titulo oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
Tal presunción, no solo no ha sido desvirtuada, sino que se aprecia como acreditado el perjuicio, del común de los acreedores, por desconocer e inaplicar el principio de la "par conditio creditorum", pues la entidad apelante se beneficia para cobrar su crédito eludiendo la preferencia de los créditos privilegiados.
La cuestión, entonces, es si, de tal acto dispositivo, resultan favorecidos alguna persona especialmente relacionada con el concursado; lo que es motivo de impugnación en la Alegación Segunda.
TERCERO. -La parte apelante alega, en efecto, que Cajaviva no es una persona especialmente relacionada con el concurso del art. 93 LC.
Ciertamente, no se corresponde con alguna de las personas relacionadas en el apartado 2 -socios, administradores, sociedades del grupo-.
Como señala la Administración Concursal, la compraventa no es objeto de rescisión, sino el pago por compensación de deuda con la entidad bancaria, derivada de las pólizas de préstamo. Y las personadas beneficiadas por este pago eran los socios, como fiadores solidarios, folios 10 y 14 vto.": SAP Burgos (Sección 3) 03.12.2014 (Sentencia 283/2014; Rollo 277/2014)

AP Lleida

“6.- Que la garantía constituida en favor de tercero sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en el art. 71.3.1 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario.
Resulta favorecido por la constitución de la garantía el acreedor, pues aumenta la calidad de su crédito al poder dirigirse contra otro patrimonio, en la fianza personal, o contra bienes ajenos al deudor mediante un procedimiento de ejecución, con posibilidad de persecución "erga omnes" [frente a todos] y preferencia para el cobro del crédito garantizado, en la garantía real. Pero también resulta favorecido el deudor principal, puesto que la constitución coetánea de esa garantía posibilita la concesión de crédito y favorece su posición.
Por tanto, la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.1 de la Ley Concursal se aplica a la garantía constituida para garantizar, valga la redundancia, la obligación contraída por una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que la garante, puesto que se trata de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el garante declarado posteriormente en concurso, en la medida en que recibe el crédito (art. 93.2.3º de la Ley Concursal).
7.- El juego de esta presunción "iuris tantum" pierde importancia en el caso objeto del recurso porque los tribunales de instancia han considerado probada la existencia de perjuicio patrimonial, que consistiría en que la sociedad garante no ha recibido atribución ni beneficio patrimonial alguno en el negocio respecto del que ha constituido la garantía hipotecaria, por lo que no sería preciso acudir al juego de la presunción para establecer la existencia de perjuicio.
SAP Lleida (Sección 2) 05.12.2014 (Sentencia 523/2014; Rollo 501/2014)

AP Sevilla

“QUINTO.-Pasando a la cuestión del perjuicio para la masa activa, necesario para la rescisión de los actos del deudor realizados en el periodo de los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, perjuicio que Bankia, S.A., en su escrito de interposición del recurso de apelación, sigue poniendo en duda, hay que decir que tal perjuicio de los acreedores se presume con el carácter de presunción " iure et de iure ", es decir, sin admitir prueba en contrario, conforme a lo dispuesto en el artículo 71, 2 de la misma ley, con relación a la cancelación del saldo deudor de unos de los préstamos de que se trata, al no contar con garantía real y ser la fecha de su vencimiento posterior a la de la declaración de concurso.
SEXTO.-En el supuesto de las otras dos cancelaciones de deuda, no se da esa presunción, pero, no obstante, debe estimar suficientemente acreditado también el perjuicio para la masa activa, ya que una de ellas se refiere a un préstamo que aún no había vencido, reconociendo la propia documentación de la apelante, como los movimientos de cuenta que se aportaron como documento número 3 de los de la demanda, que se trata de " anticipos de capital ", y por lo que respecta a la otra cancelación de deuda, la del crédito en cuenta corriente, que ya había vencido con anterioridad, resulta que, además de beneficiar a la apelante, beneficiaba también a personas especialmente vinculadas con la concursada, supuesto que contempla el artículo 71, 3, 1º, como presunción " iuris tantum " de perjuicio para los acreedores, que no se ha visto destruida. Y es que la cancelación beneficiaba a los fiadores solidarios de la póliza de crédito, que tenían esa especial vinculación con Novaindes Desarrollo Inmobiliario, S.A., al ser Estudios Taer Corporación, S.L., su principal accionista, y Don Aurelio, apoderado de ambas, que, como tal, además de en su nombre propio, firmó dicha póliza.
SÉPTIMO.-Resulta esclarecedor a estos efectos el hecho de que se extinguiera la totalidad de las obligaciones pendientes de pago de uno solo de los acreedores, en su mayor parte aún sin vencer y alguna que vencía después de la declaración de concurso, y, en cambio, se mantenga la deuda frente a otros acreedores, incluso con deudas vencidas, por un importe de 239.541.767,08 euros. Dichos actos, realizados en el periodo sospechoso próximo al concurso, en beneficio de un acreedor y de los fiadores solidarios de la concursada, perjudican al resto de los acreedores, al no respetar el principio de la igualdad de trato, la " pars condictio creditorum ".
OCTAVO.-Tampoco puede decirse que las cancelaciones de deuda de que se trata sean " actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales ", los que excluye de la rescisión el artículo 71, 5, 1º, pues es algo que dista mucho de la normalidad el que, en la situación de crisis económica de Novaindes Desarrollo Inmobiliario, S.A., que puso de manifiesto el informe de la administración Concursal, el pago de la totalidad de los créditos de un solo deudor, en su mayoría no vencidos, en perjuicio de los demás acreedores, que quedan sin cobrar.”: SAP Sevilla (Sección 5) 14.07.2014 (Sentencia 417/2014; Rollo 2239/2014)

1. Con el administrador de hecho de la concursada

[Vid. también las resoluciones sobre administradores de hecho incluidas en los arts. 48.3 y 172.2.1]

1.1 Estimación: sociedad apoderada general y administradora de hecho

JM-1 Córdoba

“TERCERO Como se ha adelantado, el artículo 71.3 de la Ley Concursal facilita la prueba del perjuicio, en caso de transmisiones onerosas, mediante el establecimiento de una serie de presunciones «iuris tantum», entre las que se encuentra que el acto dispositivo se haya realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; lo que, a su vez, remite al artículo 93.2 de la propia Ley, en el que, siendo el concursado una persona jurídica, atribuye tal carácter, entre otros, a los administradores de hecho o de derecho y a los apoderados generales. A tal efecto, respecto de la relación entre «Pavosol, SL» y

«Nanta, SA», este Juzgado tiene ya declarada en este mismo procedimiento, en sentencia de 8 de julio pasado, recaída en el incidente concursal promovido por «Nanta» sobre impugnación de la calificación de sus créditos como subordinados, la existencia de tal relación. Lo que, no sólo por coherencia en las resoluciones de un mismo tribunal sobre asuntos de igual naturaleza, sino también por mor de lo dispuesto en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto resulte aplicable a una sentencia formalmente no firme, pero sí ejecutoria, ha de ser reiterado en esta resolución. Baste dejar constancia, a fin de no volver a repetir punto por punto lo argumentado en dicha sentencia de que en el contrato celebrado entre las partes el 31 de mayo de 2002, denominado de «prestación de servicios», se definían como obligaciones de «Nanta, SA» (estipulación quinta): «I) Desarrollar las actividades propias de la administración material del negocio desarrollado por Pavosol, proponiendo al órgano de administración las estrategias a seguir y los planes de negocio que mejor se avengan a cumplir las formalidades perseguidas y ejecutando las medidas consecuentes; II) Recaudar y cobrar todos los créditos y rentas que pertenezcan a Pavosol y pagar todas las deudas; III) Concertar las operaciones financieras que resulten procedentes de acuerdo con las estrategias y planes de negocio fijados; IV) Formalizar la disposición, enajenación o adquisición de los productos, materias primas o bienes en general que Pavosol pueda necesitar en el curso ordinario de sus negocios, de acuerdo con las directrices establecidas, en las condiciones más ventajosas y con las formalidades exigidas en Derecho; V) En general, intervenir en todas las operaciones que Pavosol pueda realizar con arreglo a la Ley en el curso de sus negocios; VI) Colaborar con Pavosol en la elaboración y verificación mensual de balances de situación de Pavosol, donde se reflejen la imagen fiel del patrimonio de la misma, así como las viabilidad económica y financiera de las actividades comerciales de Pavosol». Lo que hacía concluir a este tribunal que Nanta era más que un mero asesor externo de Pavosol, porque si podía administrar materialmente el negocio, proponer las estrategias y los planes de negocio, recaudar y cobrar créditos y pagar deudas, concertar operaciones financieras, disponer, enajenar o adquirir bienes e intervenir en todas las operaciones de Pavosol, es evidente que, como mínimo, coadministraba la sociedad. A lo que debe sumarse que en el propio contrato se preveía, y así se cumplió, el otorgamiento de poderes generales a favor de personas designadas por «Nanta»; que se trataba de un poder general no ofrece duda alguna, dada la amplitud de las facultades a la que también se ha hecho ya mención al tratar el tema de la administración de hecho y que en la redacción del poder se concretan en facultades tan omnicompresivas como poder comprar y vender, aceptar o rechazar ofertas y contratos, realizar importaciones, solicitar, gestionar y explotar derechos de propiedad industrial e intelectual, concertar contratos de seguro y arrendamiento, poder intervenir en concursos y licitaciones públicas, representar a la sociedad ante cualquier organismo público o privado, etcétera. Sin que sea obstáculo para apreciar su generalidad el que fuera mancomunado, pues en estos casos la mancomunidad opera recíprocamente; es decir, no pueden actuar por sí solos los apoderados de Nanta, pero tampoco puede hacerlo el de Pavosol. Lo que no hace sino afirmar la situación de coadministración ya puesta de manifiesto.
CUARTO En su virtud, resulta de plena aplicación al caso la presunción de perjuicio contenida en el artículo 71.3.1º de la Ley Concursal; si bien, como se trata de una presunción «iuris tantum», puede ser desvirtuada por la prueba en contrario que practique la parte afectada.”: Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)

1.2 Desestimación. Concepto de administrador de hecho. Caso de mera gestión y no gobierno de la sociedad

JM-1 Cantabria

“SEGUNDO El artículo 71 de la Ley Concursal establece que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo, a continuación, una presunción iuris et de iure en el caso de los actos de disposición a título gratuito y una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial respecto de los actos dispositivos a titulo oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y de los supuestos de refinanciación. Añade que fuera de los dos supuestos anteriores de presunción susceptible de prueba en contrario, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria. Concluye estableciendo que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del concursado realizados en condiciones normales ni los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.
TERCERO Aún cuando la administración concursal distingue la rescisión del pago efectuado en el mes de octubre de la del resto de los pagos, utiliza un argumento común que de ser admitido supondría la innecesariedad de entrar en el resto de los empleados, esto es, el carácter de persona especialmente relacionada de Polo por ser administrador de hecho. Lo anterior aconseja analizar en primer término tal aspecto, esto es, si Polo ha actuado como administradora de hecho de la concursada, con objeto de concretar si se trata de una persona especialmente relacionada con Santal, cuestión que ha sido resuelta en la sentencia dictada en el incidente 143/2006.
En este sentido, la figura del administrador de hecho cuyo reconocimiento positivo en la legislación mercantil no se ha producido hasta la modificación del artículo 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley 26/2003, de 17 de julio, de modificación de la Ley de Mercado de Valores y la propia Ley de Sociedades Anónimas, ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial, consciente de que en determinadas ocasiones se oculta la verdadera identidad de aquel que dirige la sociedad evitando con ello la posible responsabilidad derivada del ejercicio del cargo. De ordinario se disfraza al administrador de hecho bajo la apariencia de determinadas figuras como son la de directivo o apoderado de la sociedad. No obstante, ha de partirse en todo análisis, de la apariencia de realidad de la situación, esto es, que la relación jurídicamente construida de modo expreso (verbigracia, apoderamiento o director gerente) está correctamente construida y no oculta una administración de hecho, por

lo que es necesario que se acredite la falsedad de dicha realidad y el efectivo ejercicio de las funciones propias de un administrador. De ordinario, en la inmensa mayoría de los casos el administrador de hecho es un socio o una persona relacionada con el accionariado social de manera directa o indirecta, que oculta su identidad tras el administrador de derecho.
El Tribunal Supremo ha señalado en la Sentencia de 22 de marzo de 2004, que lleva por número 222/2004 (RJ 2004, 1661) que "la figura del administrador de hecho de las sociedades anónimas se presenta a veces como actuación de apoderados-gestores, aunque carezcan de poderes, entendiendo por tales además los que refiere el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, y los factores generales o singulares (artículo 286 del Código de Comercio) y similares, haciendo necesario se lleve a cabo prueba suficiente, directa o indiciaria, acreditativa de ostentar y actuar con la condición de administrador de hecho, que aparece mas clara cuando la sociedad carece de efectivo administrador legalmente nombrado, ya que no resulta posible la existencia de una Sociedad Anónima que opere sin los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la Ley reguladora de las mismas".
Tal apreciación se reitera en la Sentencia de la misma Sala de 24 de noviembre de 2005 con número 924/2005 (RJ 2005, 7854) al señalar que "efectivamente en el ámbito societario puede aparecer la figura del administrador de hecho, que actúa como verdadero gestor social, requiriéndose para poder apreciar estas situaciones irregulares y ocultas, a efectos de establecer las consecuentes responsabilidades en aras de los principios de la buena fe mercantil o de protección de las apariencias, la necesaria prueba, si bien es cierto que la directa en la mayoría de los casos resultará imposible, por lo que el camino procesal mas apto es la prueba indiciaria".
No obstante, tales dificultades probatorias y la necesidad de acudir a prueba indiciaria no impide que resulte exigible la constatación de hechos suficientes a partir de los cuales presumir la efectiva actuación como administrador, sin que resulten suficientes las meras alegaciones.
En la valoración anterior, ha de tenerse en cuenta que la prueba, siquiera indiciaria, ha de versar sobre la realización de auténticos actos de administración, lo que sin duda posee especial trascendencia cuando quien se sostiene que es administrador de hecho ocupa a su vez algún cargo directivo o de gestión en la sociedad, como acontece en el presente caso.
En este sentido, resulta necesario efectuar una breve reflexión sobre la diferencia entre gobierno y gestión de una sociedad. Para que se aprecie la figura de administrador de hecho es preciso que sus cometidos, más allá de la mera gestión aún cuando sea directiva, supongan gobierno de la sociedad y decisión sobre la vida de la misma.
CUARTO En el presente caso, la administración concursal basa el carácter de administrador de hecho de Polo en que el administrador de derecho fue nombrado como simple testaferro y en el propio contenido del contrato de prestación de servicios que se celebró entre Polo y Santal, así como los actos ejecutados por Polo en desarrollo de dicho contrato. En concreto se refiere en el hecho 5º, donde concreta sus actuaciones como administrador, a la negociación con los representantes de los trabajadores, negociaciones sobre la venta de bienes y de la empresa misma y gestión diaria de la compañía designando un gerente que actuó bajo su subordinación y supervisión y cuya nómina se detrae de la retribución de Santal, ejerciendo todas estas funciones con independencia del administrador de derecho.
Sin embargo, tales actuaciones no suponen actos de gobierno por sí solos sino actos de gestión. Para calificarles como aquellos es preciso que se tenga además un poder de decisión cuya acreditación, cuando menos indiciaria, es preciso que se realice.
En el contrato aportado como documento número 2 de la demanda incidental, el contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre Polo y Santal, se concreta en la cláusula segunda el objeto del contrato, la gestión integral de la compañía, designando una persona que asuma las funciones y responsabilidades de gerente director con dedicación plena, negociación con los trabajadores de la empresa, representantes sindicales y sindicatos con el fin de reducir la plantilla, presentación de expediente concursal si se estima necesario y negociaciones para la venta de los activos de la sociedad. En la estipulación tercera se establece que Polo destinará además del personal auxiliar necesario y el director gerente dado de alta en la plantilla de la empresa (de ahí que su retribución se retrajese de la de Polo) dos consultores con una dedicación mensual conjunta de veinte horas, desarrollada tanto en las instalaciones de Santal como fuera de ellas. Dicha previsión justifica la actuación del Sr. José y el Sr. Carlos José en Santal.
Analizando el referido contrato se encuentra la justificación del mismo. Se alude en él a la situación financiera y económica delicada, con resultados negativos en los últimos ejercicios y fuertes tensiones de tesorería que dificultan la marcha normal de la empresa y al interés en contratar una empresa integral de asesoramiento empresarial que permita gestionar la compañía, ajustar la plantilla a sus necesidades y realizar, en caso de que proceda, los activos de la empresa, con el fin de dotar a la misma de una viabilidad que permita estabilizar la situación.
La última clave en cuanto a la actuación de Polo viene dada en el párrafo último de la cláusula tercera donde se establece que Polo designará de ser necesario, preceptivo o aconsejable, cuantos asesores o técnicos considere preciso, planteando en cada caso y momento a Santal su contratación.
El desglose anterior resulta necesario para la resolución de la cuestión que nos ocupa puesto que la concreta ejecución de los cometidos incluidos en el mismo y en la amplitud de los servicios y actuaciones incluidas en el contrato es el fundamento de su consideración como administrador de hecho por la administración concursal.
De las cláusulas anteriores expuestas se extrae que el contrato se celebró como consecuencia de la situación económica de Santal y a pesar de que en el mismo se le atribuyen amplias funciones, tal y como se ha expuesto anteriormente, todas ellas han de considerarse como actos de gestión y asesoramiento pero no actos de gobierno, propios estos últimos, del órgano de administración. Cualquier duda al respecto, viene resuelta por el propio inicio del contrato donde se especifica la labor necesaria de asesoramiento con el fin de alcanzar la viabilidad de la sociedad, objetivo que justifica la amplitud de las funciones concedidas y limita su alcance.

Corrobora lo anterior la necesidad de que plantee a Santal cada contratación de asesores o técnicos que considere necesarios.
Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que en lo relativo a la negociación con relación a los contratos de trabajo, es la propia Santal la que adopta la decisión de gobierno, encomendando meramente a Polo su ejecución. Igualmente, el hecho de encomendar a Polo la selección de un director gerente resulta habitual en este tipo de contratos en los que la labor de asesoramiento y apoyo encomendado va acompañado la selección del personal especializado encargado de la gestión ordinaria general por el prestador de servicios. Lo mismo acontece respecto a la negociación tendente a venta de activos no necesarios, facultad concedida expresamente por ese acto de gobierno. Respecto a la gestión integral de la compañía, por su propia caracterización se incardina en actos de gestión y no de administración. Únicamente, respecto al cometido de presentar la solicitud de concurso y seguir el mismo, las dudas respecto a la amplitud de las facultades al respecto y si se le otorga a Polo la facultad de decisión con relación a dicha actuación, quedan resueltas por la interpretación conjunta del contrato presidido por la finalidad de asesoramiento y búsqueda de viabilidad, por la necesidad de plantear a Santal determinadas decisiones (cláusula 4ª) por la necesidad reflejada en las cláusulas analizadas de refrendo expreso de determinadas actuaciones y por que no se le encomienda la decisión de presentar el concurso a Polo (lo que por otro lado no le corresponde según el régimen de la LSA) sino que toda su función viene presidida por una labor de asesoramiento técnico y configuración de un plan de viabilidad, que se corresponde con la finalidad de alcanzar viabilidad empresarial.
En consecuencia, del contenido del contrato que ha de calificarse como de arrendamiento de servicios, no es posible extraer elemento alguno que permita entender que se le otorgaron a Polo funciones más allá de las de mera gestión empresarial, sin otorgarle poder de gobierno.
QUINTO Por otro lado, las declaraciones practicadas en el acto de la vista tampoco tienen virtualidad para constituir un indicio de que Polo ha ejercido funciones de administración, más allá de la mera gestión encomendad. Así, el representante legal de Polo relató su cometido adecuado a las funciones establecidas en el contrato. Don Aurelio manifestó en su declaración que en las reuniones mantenidas con el Sr. José se hablaba del plan de viabilidad y de la reestructuración de trabajos y se negoció sobre los puestos de trabajo, cometidos atribuidos a Polo en virtud del contrato, y por lo que aquí interesa, manifestó que no parecía en ellas que José pudiese decidir. Otro tanto acontece respecto a la declaración de don Octavio que si bien manifestó que mantuvo reuniones con el gerente y con los Srs. José y Carlos José y que comunicaron que se había encomendado a Polo elaborar un plan de viabilidad. Lo mismo señaló don Juan Francisco al precisar que le comunicaron que estaban como consulting.
De todas las declaraciones anteriores unidas al contrato se extrae la participación de Polo en la gestión de la sociedad sin perjuicio de las funciones como Director Gerente del Sr. Alexander, cuyo salario abonaba Polo. Sin embargo, de ello no se extrae que Polo fuese un administrador de hecho con funciones de gobierno.
A este respecto se hace preciso traer a colación lo señalado más arriba en orden a que normalmente la apreciación de la figura del administrador de hecho, atendiendo a las circunstancias concurrentes, se construye a través de presunciones. Sin embargo, el único hecho que puede extraerse de toda la prueba es la escasez de funciones ejecutadas por el administrador de derecho, por su escasa participación en la vida de la sociedad, pero ello no es indicio suficiente para entender que quien efectivamente la dirigía era Polo y no un tercero distinto, puesto que no se aprecia circunstancia alguna en su actuación que permita constatar ni tan siquiera intuir el desarrollo de funciones de gobierno. En este sentido, su participación en todas las actuaciones a que se aluden por la administración concursal tienen su justificación en el contrato de arrendamiento de servicios y no suponen más que la ejecución del mismo en desarrollo de funciones de gestión, asesoramiento e incluso consultoría por búsqueda de plan de viabilidad. No se ha puesto de manifiesto vínculo alguno que justifique la actuación de Polo como administrador de hecho, puesto que no consta ninguna relación directa ni indirecta que pudiese suponer un interés de uno u otro carácter, con el accionariado social, lo que de ordinario caracteriza la figura del administrador de hecho. Tampoco puede entenderse como justificación para ello la remuneración fijada puesto que su cuantía, atendiendo a los precios medios de este tipo de servicios y a la reducción de la misma de la remuneración del director gerente, resulta proporcionada con la función de asesoramiento y gestión. Por otro lado, resulta natural que dada la situación económica financiera en que se encontraba la sociedad se celebrase un contrato de este tipo con una sociedad especializada en crisis empresariales y asesoramiento y consultaría empresarial. Además, los cometidos atribuidos a Polo entran dentro de los propios de su naturaleza de sociedad dedicada al asesoramiento y consultoría empresarial. No se trata tampoco de una sociedad nueva creada coincidiendo con el cambio en la estructura del órgano de administración puesto que nada de ello se ha alegado, sino que se trata de una sociedad con la función antes señalada.
Ha de tenerse en cuenta que por esas labores de asesoramiento y gestión, resulta lógico que participase en las reuniones mantenidas, lo que en modo alguno conlleve atribuirle facultades decisorias en las mismas y, en consecuencia, de gobierno y administración. Igualmente, la precaria situación económica de la sociedad que derivó en el presente procedimiento concursal justifica que el contrato con Polo fuese inmediatamente posterior al cambio en el órgano de administración de Santal puesto que resulta normal que en el momento en que la Junta General adoptó esta última decisión motivada por la situación de la empresa, la acompañase de la previsión de nombrar a un experto.
Por todo lo anterior, no se aprecia el carácter de administrador de hecho de Polo, puesto que su actuación se corresponde a las actuaciones propias del contrato de arrendamiento de servicios sin que se aprecie actuación de gobierno y dirección con toma de decisiones propias en aquellos ámbitos de gobierno, por lo que no concurre la presunción establecida en el artículo 71.3.1ºLC ": SJM-1 Cantabria 18.10.2006 (AC 2007/1905)

2. Venta a persona especialmente relacionada

2.1 Venta a sociedad del grupo

AP Badajoz

“PRIMERO Se apoya el recurso que hoy se examina en el supuesto error en la valoración de la prueba en que habría incurrido el juzgador de instancia ya que le habría llevado a desestimar la demanda deducida por la Administración Concursal en base a la consideración de que la escritura pública de compraventa otorgada, el 10 de mayo de 2005, entre "Construcciones Arsa S.A." y " Promociones Antón Ros, S.A., era perfectamente válida y, además, no se veía afectada de los presupuestos necesarios para el éxito de una acción rescisoria o pauliana.
Sin embargo, esta Sala, luego de examinar la prueba practicada en autos, debe llegar a una conclusión contraria a la que llega el Juzgador " a quo".
SEGUNDO Y es que, en efecto, es palmaria la errónea valoración probatoria que se recoge en la sentencia hoy impugnada.
Así, primeramente, existen suficientes indicios y aun pruebas concluyentes de que estamos, en referencia a las dos Sociedades Mercantiles antes mencionadas, ante un verdadero grupo de Empresas, con Empresas vinculadas entre sí hasta el punto de presentar una unidad de decisión.
Así resulta de una serie de datos objetivos como son: a) ambas sociedades tienen el mismo Administrador Unico, en la persona de D.Baltasar; que es que actúa en juicio y fuera de él por ambas Sociedades; b) la composición accionarial de ambas sociedades demuestra que son los mismos socios los que integran una y otra; así y como socio mayoritario aparece D.Baltasar,casado, bajo el régimen de gananciales, con DªFátima; también aparece como socio de "Promociones Antón Ros, S.L." el hermano del anterior, esto es, D.Fermín, casado, también bajo el régimen de gananciales, con DªConcepción; ésta, y por tanto, su marido en régimen de gananciales, D.Fermín, son socios de "Construcciones Arsa, S.A."; finalmente, aparece como socio común de ambas Mercantiles, con una participación minoritaria, D.Alberto, hijo de D.Fermíny DªConcepción; y, por tanto, sobrino de D.Baltasar, Administrador Unico de ambas sociedades. Tan solo existe un socio (también minoritario) no compartido por aquéllas, a saber, D.Manuel, que sólo lo es de "Promociones Antón Ros, S.A pero que, como fácilmente se comprueba, es hijo de D.Baltasar, sobrino de D.Fermíny primo deAlberto; c) ambas sociedades tienen el mismo domicilio social, en c/ República de Bolivia nº 5, entreplanta, de Badajoz; y si bien, D.Baltasarha reconocido durante su interrogatorio un cambio de domicilio reciente (a partir de diciembre de 2006) de "Promociones Antón Ros, S.L.", sin embargo aparece como nuevo domicilio el propio domicilio particular del mismo D.Baltasar; d)ambas sociedades tienen el mismo objeto social, que se puede reconducir, en síntesis, a la promoción y construcción, compraventa de terrenos y solares para edificar, de edificios para demolición, ampliación o reconstrucción, reparcelación y urbanización de solares y promoción de edificaciones para venta o arrendamiento.
En vista de todos estos da tos objetivos, unido a la propia declaración de D.Baltasar, durante el juicio, referida a que "ellos mismos compraron-los inmuebles afectados por la acción rescisoria- por el mismo precio que les costó; lo que supone un reconocimiento explícito de la vinculación y asociación entre ambas sociedades, hasta tal punto que puede decirse que se solapan constantemente, como lo revela el reconocimiento de que son ellos mismos los que compran y se venden a sí mismos.
En definitiva, pues, no puede negarse que existe, en ambas sociedades, una unidad de dirección y de decisión, circunscrita en la persona del socio mayoritario en ambas, que, además, ostenta el cargo de Administrador Unico de las dos sociedades, D.Baltasar; consiguientemente, estamos ante el supuesto delart. 42.2 del Código de Comercio.
Las propias manifestaciones del tantas veces citado D.Baltasar, unido a los datos objetivos que se han expuesto, revelan que "Construcciones Arsa, S.A. efectuó actos de disposición sobre sus propios bienes, a título oneroso, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a favor de una sociedad que forma parte del mismo grupo que la sociedad concursada (nos referimos a "Promociones Antón Ros, S.L."); ello significa que D.Baltasarfaltó a la verdad cuando contestó al requerimiento efectuado por la Administración Concursal, el 3 de mayo de 2006, en el sentido de negar aquella operación.
TERCERO Partiendo de esa premisa que ha quedado expuesta, no puede negarse que la transmisión de bienes operada el 10 de mayo de 2005, supone un perjuicio para la masa activa del concurso. Para constatarlo debe resaltarse que el precio al que se enajenaron los bienes - local de oficina de 126,16m2, plaza de garaje nº 19, trastero y armario bajo rampa de garaje, en el Edificio "Maguilla", sito en c/ Arturo Barco, de Badajoz- por una Sociedad a su vinculada fue, precisamente, el mismo en que, a su vez, "Construcciones Arsa, S.A." los había adquirido, en 9/9/2003,de la Mercantil "Promociones Maguilla, S.A", es decir, 126.859,88 ?, IVA incluído; por tanto, ni un euro más, ni un euro menos, pese a la evidencia, suficientemente conocida en aquellas fechas, de la revalorización de los inmuebles, máxime en la zona donde se encuentran los inmuebles enajenados (zona de Huerta Rosales).
Pero es que, además, si observamos el precio que la propia tasación interesada, en su dia, por "Construcciones Arsa, S.A." para el propósito de hipotecar su propia sede social, otorgaba a locales sitos en la propia calle Arturo Barco (Certificado de Tasación efectuada por el Sr.Juan Albertode la Sociedad "Valoraciones y Tasaciones Hipotecarias, S.A.", de 7/4/2005), consistente en valorar el metro cuadrado en dicha calle en 1.730,23 ?, vemos cómo el precio de venta para los inmuebles enajenados por "Construcciones Arsa S.A" a favor de "Promociones Antón Ros, S.L." tenía que haber sido muy superior, pues sólo el local de oficina habría alcanzado un valor de 218.285,81 ? (1730,23 x 126,16 m2), a lo que habría que sumar el valor de la plaza de aparcamiento nº 19, de 61,17 m2, el del trastero, de 4 m2 y el del armario bajo rampa de garaje, de 3,55 m2.
Por tanto, se aprecia una diferencia importante, entre uno y otro valor, de más de 90.000 ?.
CUARTO En consecuencia de todo lo anterior, no puede dudarse de la aplicabilidad delart. 72.1 y 3.1º de la

Ley Concursal, con arreglo a los cuales "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.
3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado". Por su parte, elart. 93.2.3º de la misma Ley Concursalseñala que " se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios".
De donde se desprende que corresponde a "Construcciones Arsa, S.A" demostrar que, de la enajenación efectuada en mayo de 2005, no deriva perjuicio patrimonial para la masa activa; pues bien, no consigue el demandado en este incidente concursal demostrar la inexistencia de aquel perjuicio, toda vez que, como vemos, la diferencia de precio y la circunstancia de que se hubiese enajenado precisamente por la misma cantidad en que se adquirió, revela la causación del perjuicio de la masa que se ha visto privada de un bien inmueble de gran potencial de revalorización.
Se dice por "Construcciones Arsa, S.A." que la enajenación se hizo para obtener fondos con los que atender a vencimientos que se tenían que producir ese mismo lo de mayo de 2005, pero no se detallan qué vencimientos tan urgentes eran estos, ni se vuelve a dar más detalle al respecto.
Se dice, también, por "Construcciones Arsa, S.A." que, con la venta a "Promociones Antón Ros, S.L.", se consiguió reponer la cantidad que había aportado la primera sociedad por la compra a "Promociones Maguilla S.L., más los gastos asumidos correspondientes; que ARSA había pagado por la compra 36.000 ? única cantidad que salió de sus cuentas y que se había subrogado en un préstamo hipotecario de 90.000 ? aproximadamente. Pero no es esto lo que se desprende de las respectivas escrituras públicas, así en la de 9/9/2003, venta de "Maguilla" a "Arsa", se hace constar que esta última entrega a la primera 54.977,7 ? y retiene 54.384,26 ? para hacer frente a la hipoteca que gravaba los objetos adquiridos, a favor del BBVA; cantidad esta última que se amplía hasta 73.955,41 ? en virtud de una ampliación del capital del préstamo por importe de 18.977,71 ?.
Por su parte, en la escritura de 10 de mayo de 2005, se dice que "Antón Ros, S.L.", entrega mediante choques y pagarés, 109.361,97 ?. Sin subrogarse en hipoteca alguna, pues, en la Estipulación segunda, se lee que la transmisión, se realiza libre de toda carga o gravámen, ya que la hipoteca que gravaba" la finca descrita había sido cancelada por la vendedora (por "ARSA"); consiguientemente, no es cierto que, por razón de la dicha venta, se beneficiará la concursada el verse liberada, por "Antón Ros, S.L.", de la hipoteca que pesaba sobre los bienes transmitidos, porque como vemos fue la propia vendedora la que, antes de la enajenación, había liberado los bienes; luego, entonces, "Antón Ros, S.L." recibía unos inmuebles libres de todo carga y gravamen.
En definitiva, vemos, cómo tras la venta a "Antón Ros, S.L" de lo que "ARSA" había comprado a "Maguilla", salió "Construcciones Arsa, S.A." perdiendo dinero, pues ella pagó a "Maguilla" 128.933,11 y sin embargo, recibió de "Antón Ros, S.L." sólo 109.361,97 más IVA.
QUINTO Como es sabido, los ordenamientos jurídicos se han mostrado secularmente recelosas de los negocios jurídicos realizados por el deudor insolvente en los momentos inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento concursal porque, como la experiencia demuestra, el deudor suele intentar poner a salvo su patrimonio mediante actos y contratos que redundan en perjuicio de los acreedores, bien intentando salvar ciertos bienes celebrando contratos con personas de su entorno o confianza, bien favoreciendo a determinados acreedores, bien realizando operaciones de elevado riesgo que, quizás en otra situación, menos apremiante, no hubieran realizado, (como ha tenido ocasión de manifestar la doctrina, Viguer Soler, Sancho Gargallo, etc.)
Pues bien, frente a tales situaciones las leyes ofrecen diversas soluciones que persiguen la declaración de ineficacia de los negocios jurídicos así realizados por perjudicar a la masa; una de tales soluciones son las acciones de retroacción o acciones de reintegración, basadas en una presunción de fraude o simplemente en el perjuicio ocasionado a la masa activa. Como ya dijera elT.S. en S. 24/10/1989estos mecanismos constituyen " una auténtica garantía o instrumento cautelar la defensa de los intereses en juego de la masa del quebrado, que, en otro caso, podrían haberse visto burladas o eludidas por anticipadas y acaso maliciosas conductas de reducción de solvencia patrimonial por quien teme o vislumbra su inexorable final de insolvencia declarada".
La regulación actual de las acciones de reintegración en nuestra Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) instaura un sistema basado en el ejercicio de acciones impugnatorias relativas a actos realizados por el deudor dentro del plazo que se señala la Ley, cuya duración es de dos años y en el abandono de la presunción de fraude o "animus fraudendi", como sustrato de aquellas acciones, sustituyéndolo por el criterio más objetivo de "perjuicio a la masa"; así lo vemos, concretamente, en elart. 71 de la L.C., donde ya no se habla de nulidad (que elT.S. venía considerando, bajo la legislación anterior, de radical y absoluta: SS.T.S. 28-2-2003; 12-6-2000; 28-10-1996; 25-10-1999) de los actos realizados por el deudor, sino de mera rescindibilidad, lo que implica el abandono del sistema de ineficacia automática: los negocios realizados por el deudor antes de la declaración del concurso dejan de ser nulos y pasan a ser rescindibles, lo que supone la necesidad de declaración judicial de su ineficacia; es decir, se parte de la eficacia de tales actos salvo revocación expresa como consecuencia de la acción de reintegración, pues el sistema gira en torno al perjuicio patrimonial causado a la masa activa, aunque no hubiera existido intención fraudulenta, como reza el propioart. 71.1 L.C; aquel perjuicio no será de fácil acreditación en la práctica, razón por la cual el legislador arbitra una serie de presunciones para facilitar el ejercicio de aquellas acciones. Y entre estas presunciones, en lo que ahora nos interesa, se encuentra la delart. 71.3.1º L.C., o sea, los contratos realizados con personas, físicas o jurídicas, especialmente relacionadas con el deudor; la desconfianza del legislador hacia dichas personas lleva a considerar sus créditos como meramente subordinados (art. 92.5º), es decir, se satisfará después de los créditos privilegiados y los ordinarios (art. 158 L.C.) y, dentro de los subordinados, en último lugar (si concurre mala fe en el adquirente obligado a la restitución), segúnart. 92.6º L.C.

SEXTO Es, precisamente, por lo que se acaba de exponer, por lo que este Tribunal acoge, no la acción de nulidad contractual, sino la subsidiaria de rescisión o reintegración, cuyos efectos se proclaman en elart. 73 L.C, es decir, la declaración de ineficacia del acto impugnado y consiguiente obligación de restitución de las prestaciones objeto de aquel con sus frutos e intereses; además, de lo hasta aquí razonado cabe apreciar la mala fe en el adquirente "Promociones Antón Ros, S.L", con lo que, por consiguiente, deben restituirse las prestaciones entre aquellos contratantes: devolución de los inmuebles con sus frutos y del precio, con sus intereses; lo que es consonante con losartículos 1295, 1303 y 1307 del C.c.; el contrato en cuestión pues, debe considerarse válido, pero sin posibilidad de desplegar sus efectos, de ahí que se desestime la pretensión principal del hoy apelante, de nulidad contractual.
Por ello mismo, deben prosperar la acción, rescisoria subsidiariamente ejercitada, con consonancia con losartículos 1290, 1291.3º y 1.295 y concordantes del C.c.
Finalmente, como el adquirente directo del concursado, que ha participado en el acto ineficaz no es un tercero propiamente dicho (es decir, no es un subadquirente del adquirente inicial), está obligado a restituir el bien adquirido y además, al apreciarse mala fe, su crédito (a la obstención del precio pagado con sus intereses) se clasificará como subordinado.": SAP Badajoz (Sección 2) 02.10.2008 (JUR 2009/93654; Sentencia 231/2008; Rollo 837/2007)

AP Barcelona

"PRIMERO. Hechos no controvertidos.
1. Los hechos no controvertidos, al haber sido reconocidos por ambas partes en sus escritos de alegaciones, y relevantes para resolver el presente recurso son los siguientes:
a) Por auto de fecha 29/10/2012 el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona declaró el concurso de Berton S.L.
b) Entre los días 8/11/2011 y 2/7/2012 la concursada había vendido a la sociedad Anlloc S.L. seis vehículos por un precio total de 139.160 euros, precio que fue compensado con el crédito que Anlloc tenía contra Berton.
c) Por sentencia de fecha 19/7/2011 la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a Berton a pagar a la sociedad JC Heyman la cantidad de 569.304'30 euros. Dicha condena dio lugar a que el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mataró despachase ejecución contra Berton por auto de fecha 4/11/2011 por un importe de 569.304'30 euros de principal y 170.791 euros de costas e intereses, a pesar de lo cual la ejecutante no pudo trabar embargo sobre bienes de la ejecutada para hacerse pago de su crédito. El 9 de julio de 2012 la ejecutante presentó escrito en el Juzgado pidiendo la administración judicial de la compañía, pero ese mismo día Berton ya había presentado solicitud de concurso voluntario en los Juzgados de lo Mercantil.
d) La concursada Berton tiene dos socios Roberto Lama Rodríguez, titular del 99% del capital social y su administrador, y Jacinto Lama Rodríguez, titular del 1% de su capital social.
e) La compradora Anlloc comparte los dos mismos socios Roberto Lama Rodríguez, titular del 99,93%, también administrador de la sociedad, y Jacinto Lama Rodríguez, titular del 0'07% del capital.
SEGUNDO. La sentencia de primera instancia.
2. La administración concursal instó la rescisión de dichas compraventas de vehículos y la sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a la compradora Anlloc a devolver los vehículos y a indemnizar a la masa por el precio de uno de los vehículos que había sido transmitido a terceros y por el importe de su depreciación, al tiempo que le reconoce un crédito subordinado por importe de 139.160 euros.
TERCERO. Primer motivo de impugnación: la existencia del crédito.
3. Berton y Anlloc interponen recurso de apelación contra la sentencia alegando, en primer término, que el primero de los argumentos utilizados por el juez para estimar la demanda es la inexistencia del crédito con el que se compensó el precio de los vehículos adquiridos por Anlloc. La Sala entiende que las dudas expresadas por el Juez sobre la preexistencia del crédito no son realmente un argumento efectivo de la sentencia, puesto que el Juez ordena el reconocimiento en el concurso de dicho crédito, aunque lo clasifique de subordinado. Lógicamente si ordena su reconocimiento es que las dudas sobre su preexistencia han sido irrelevantes para la decisión.
CUARTO. Concepto de Grupo de Sociedades y persona especialmente relacionada.
4. El segundo de los motivos por los que los recurrentes impugnan la sentencia es por la inaplicabilidad de la presunción que prevé el art. 71.3.1 LC, ya que la compradora no tenía la condición de persona especialmente relacionada con la concursada, al no formar parte del mismo grupo.
5. En nuestra sentencia de 11 de diciembre del 2013 (Roj: SAP B 13617/2013) dijimos que con anterioridad a la nueva disposición adicional sexta de la ley Concursal (introducida por la Ley 38/2011) y en relación con el artículo 93.2.3º LC habíamos mantenido que el concepto de grupo debe delimitarse en función del fundamento y finalidad de la norma, superando nociones legales establecidas a otros efectos, fundamentalmente contables, por lo que, en sede de clasificación de crédito, debían incluirse no sólo los grupos verticales sino también los horizontales, en los que la unidad de decisión es fruto de una coordinación voluntaria. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la disposición adicional sexta introducida por la Ley 38/2011, entendimos que el Legislador había querido poner fin a las distintas interpretaciones que en la práctica concursal se venían ofreciendo sobre el concepto de grupo, optando por una de ellas. Al establecer en esa disposición que, "a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio", está excluyendo de su ámbito de aplicación a los grupos horizontales, paritarios o por coordinación que se asientan en la idea de unidad de decisión.
6. El art. 42.1 CCo establece que "existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras". Argumentamos que el preámbulo de la referida Ley de reforma 16/2007, explica en el apartado IV que "en la nueva redacción del artículo 42 del Código de Comercio ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar. Queda,

pues, configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás". Desde esta concepción, abandonado el criterio de la unidad de decisión y sustituido por el de control o dominación societaria como elemento determinante de la existencia de grupo, quedarían excluidos del concepto los grupos paritarios, de modo que la obligación de consolidación de cuentas únicamente afecta a la sociedad dominante de un grupo vertical o jerárquico.
7. Así, a la vista de este nuevo panorama normativo, la STS de 24 de noviembre de 2011 interpreta que tras la Ley 62/2003 (antigua redacción del art. 42 CCom., basada en el criterio de la unidad de decisión), era impuesta la obligación de consolidar cuentas <<no sólo en los llamados grupos verticales o de subordinación, sino también en los denominados grupos horizontales o de coordinación cuando, aunque no existiesen participaciones de unas sociedades en otras del grupo, existía " unidad de decisión>>. Pero -prosigue esta STS-, en la nueva redacción del art. 42 CCom, tras la reforma por la Ley 16/2007, tal como indica su Exposición de Motivos, <<ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar, ya que (Exposición de Motivos) "queda pues configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás">>.
8. Unánimemente seguimos manteniendo dicha interpretación sobre el concepto de grupo de sociedades, cosa diferente es la valoración de la relación existente entre dos sociedades controladas por la misma persona, en este caso, una persona física.
9. En aquel momento la mayoría del Tribunal entendió que no le era aplicable la regla de la subordinación del crédito en aquel caso, sin embargo, la mayoría que en este momento ha variado y el Tribunal Supremo implícitamente parece que no ha aceptado dicha interpretación.
10. En la citada sentencia de 11 de diciembre de 2013 este Tribunal, en un supuesto idéntico, dijo que:
“En el presente caso, como señala la sentencia apelada, la relación entre las sociedades en litigio es horizontal. Las dos sociedades están participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso.
No es posible, a nuestro entender, la interpretación extensiva que realiza la sentencia de instancia, máxime atendido el carácter sancionador de las normas sobre subordinación de créditos. Ciertamente, los artículos 25, 25 bis, 71.3º y 93.2.3º, cuando aluden a grupos de sociedades por distintos motivos, no excluyen las relaciones horizontales. Sí lo hace, sin embargo, la disposición adicional sexta, que es aplicable a todos ellos”.
11. El art. 93.2 LC dice que “se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso”. La Ley, como podemos ver, solo exige que la sociedad concursada y la sociedad acreedora formen parte del mismo grupo, no se exige que entre ellos exista una relación de subordinación dentro del mismo grupo, y a nuestro modo de ver dos sociedades sometidas al control de la misma sociedad matriz forman parte del mismo grupo. Las filiales de un grupo jerárquico no forman parte entre sí de un diferente grupo paritario, aunque su relación sea paritaria, sino que forma parte del mismo grupo jerárquico en la que las filiales están controladas por la matriz. Para que haya una persona que se considere especialmente relacionada con otra jurídica la Ley exige únicamente que la sociedad concursada y la sociedad acreedora, o, en este caso, la sociedad compradora, formen parte del mismo grupo, pero no exige que la relación que exista entre ellas sea vertical.
12. Un grupo horizontal (de estructura paritaria o por coordinación) es aquel en la que no existe una relación de dependencia entre las sociedades agrupadas, de tal manera que la dirección unitaria que caracteriza un grupo de este tipo se decide por todas las sociedades que lo forman. Ello nos lleva a considerar que en este tipo de grupos la relación entre las sociedades no es de control, ya que ninguna tiene el control de las demás. La falta de esta característica fundamental excluye los grupos horizontales de concepto del grupo del art. 42.1 CCo. Ahora bien, dos empresas filiales, administradas por la misma persona, que a su vez es su socio mayoritario, forman parte del mismo grupo en el que el control se ejerce por un tercero (en este caso, una persona física), es decir, las filiales forman parte del mismo grupo vertical. Las filiales no forman un grupo diferente y horizontal, sino que forman parte del mismo grupo vertical, aunque su concreta relación no sea de dependencia.
13. El Tribunal Supremo, aunque no se ha pronunciado expresamente sobre este caso, en su sentencia 100/2014, 30 de abril (ROJ STS 1954/2014), en el que analiza la relación entre dos empresas que comparte la misma sociedad matriz, afirma sin ningún reparo que pertenecen al mismo grupo dos sociedades hermanas, por lo que implícitamente parece que está contradiciendo el concepto que habíamos mantenido en la sentencia 449/2013, lo que también justifica un cambio de criterio.
QUINTO. Presunción del perjuicio
14. En consecuencia, es aplicable la presunción establecida en el citado art. 71.3.1 LC, a la compraventa y a la compensación por la cual Anlloc pagó el precio, según el cual: “salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado”. Lo que implica que sobre las demandadas, vendedora-concursada y compradora, pesaba la carga de acreditar que esa operación no implicaba perjuicio alguno para la masa de acreedores, cosa que no han hecho. Las recurrentes alegan que los negocios rescindidos no fueron perjudiciales para la masa activa ya que las compraventas se hicieron a precio de mercado y se compensaron con un crédito que tenía contra la concursada la sociedad compradora. El perjuicio no deriva del precio al que se realizó la operación, sino que dicho precio no ingresase en la tesorería de la concursada y fuese a extinguir por compensación un crédito subordinado, del que era titular una sociedad gestionada por el mismo administrador y con el mismo socio mayoritario. En nuestra opinión más que de ventas y compensaciones del precio habría que hablar de daciones en pago de unos créditos subordinados,

negocios que se iniciaron cuando ya se había condenado a la sociedad a pagar a su acreedor JC Heyman la cantidad de 569.304'30 euros, condena que a su vez originó la insolvencia de la compañía, por lo que no sólo el perjuicio, sino la finalidad fraudulenta creemos que es patente.": SAP Barcelona (Sección 15) 30.06.2015 (Sentencia 170/2015; Rollo 567/2014)

JM-2 Barcelona

"El hecho básico del que parte la presunción de perjudicialidad del art. 71.3.1º LC es que el acto objeto de rescisión, compraventa de un inmueble en fecha de 29 de marzo de 2004, se realizó a favor de una persona especialmente relacionada con la concursada. Se integra este último concepto con el art. 93.2.3º LC, por cuanto se afirma que la concursa y Eco Pelmar SL forman grupo de sociedades. Del examen de los documentos núm. 6 a 11 de la demanda, información mercantil de ambas sociedades y copias de escrituras públicas de nombramientos y ceses de administradores y de compraventas de participaciones sociales, se ha de concluir que sí existe tal grupo de sociedades.
Por lo que respecta a la composición del órgano de administración, en la fecha del contrato de compraventa impugnado, 29 de marzo de 2004, en la entidad Eco Pelma SL ostentaban cargo de presidente Nieves, de secretario Miguel, como consejero delegado Penélope, y como consejero Serafin, nombrados en escritura de fecha 29 de julio de 2003. A su vez, en la fecha del contrato, en la entidad concursada, Instituto de Traumatología e Investigaciones Oculares SL, figuraban como consejeros delegados tanto la propia Nieves como Miguel, siendo presidente Serafin, y secretario Penélope. Es decir, salvo en un consejero, existe plena identidad subjetiva en el órgano de administración de ambas sociedades. Por cierto, dicha identidad se mantiene en la actualidad.
En cuanto a la composición del capital social, ha de señalarse que Nieves, Miguel, Serafin y Penélope poseen, entre ellos, el 100% del capital social de Eco Pelmar SL. En cuanto a dicho reparto en la entidad concursada, ha de señalarse que el capital social esta dividido en 162 participaciones, de las que 62 están repartidas entre 7 socios diferentes, con un máximo de 10 por cada uno, y las 100 restantes entre Nieves, Miguel, Serafin y Penélope, a razón de 25 por cada uno. Por tanto, más del 61% del capital social de la concursada se encuentra en manos de los cuatro único socios de Eco Pelmar SL.
En conclusión, ha de predicarse la existencia de grupo de sociedades, utilizando a tal fin los criterios legales fijados tanto en el art. 42 Cco, como en art. 4.1 LMV y 87 TRLSA, sustancialmente coincidentes en que la base para la existencia de tal grupo de sociedades sea la presencia de una unidad de decisión, revelada por la disposición de la mayoría de los derechos de voto, como es el caso, y la dirección única, por la composición del órgano de administración social.": SJM-2 Barcelona 13.10.2006 (AC 2007/670)

JM-1 Málaga

"Al no tratarse de una operación de giro o tráfico normal u ordinario, el único elemento que nos queda por analizar es el mismo perjuicio en base a los argumentos vertidos por la demandante de que en realidad los ingresos realizados, al estar computados en cuenta sin referencia al contrato, no obedecen a cantidades derivadas de dicho contrato sino de ayuda entre sociedades del mismo grupo y la posición contraria defendida por los demandados en atención a la normalidad mercantil de dichas operaciones, la efectividad del pago y las tasaciones aportadas.
CUARTO: Ya hemos señalado más arriba que la transmisión a precio de mercado es un elemento jurídico-negocial que constituye un elemento a tener en cuenta pero con una doble matización: el perjuicio para la masa queda acreditado en cuanto dicho precio de compraventa es inferior al precio de mercado; en cuanto dicho precio de compraventa (tal y como aparece probado con las tasaciones aportadas) sea el del mercado, son las circunstancias concurrentes las que deben tenerse en cuenta, es decir, el aspecto económico.
De esta forma:
La compraventa se realiza con entidades del mismo grupo empresarial.
La anterior circunstancia se oculta- en cuanto a la relación- en la memoria incumpliendo lo referido al apartado 4º del artículo 6.3 LC.
La compraventa se realiza meses antes de la declaración de concurso cuando la sociedad concursada conocía su situación de insolvencia y, por tanto, también debió ser conocido por la sociedad del grupo.
Se ingresan cantidades que son contabilizadas sin hacer referencia a dicha compraventa. Además y tal y como queda acreditado con el interrogatorio de la Administración concursal (Economista) la contabilidad se refleja de forma inexacta.
La citada compraventa tiene su supuesto origen en un documento privado que la concursada ha ocultado hasta el momento de la demanda de rescisión y que no viene referido en la escritura pública, máxime cuando dicho documento privado supone carta de pago respecto de la primera de las sumas entregadas (90.000 euros).
Todo lo anterior apunta, por tanto, a una premeditada operación que tiene por objeto sacar de la masa activa uno de los bienes inmuebles de la concursada para que pase a otra sociedad del mismo grupo con el fin de evitar que los acreedores, dada la situación de insolvencia, queden privados de ella; o, en sentido contrario, para que la promoción planificada siga teniendo cabida en el proyecto empresarial del grupo societario dada la situación que se preveía y se preparaba para la concursada, filial en España. Por lo tanto y existiendo dicha concertación es consecuencia entender que dicha compraventa fue realizada en connivencia por las hoy codemandadas con conocimiento directo de la situación y del resultado de dicha compraventa y por tanto obrando de mala fe en el marco de los negocios jurídicos." : SJM-1 Málaga 08.06.2007 (Incidente Concursal 248/2005)

2.2 Venta a descendiente y a conyuge del concursado. Precio inferior al de mercado

AP Alicante

"CUARTO Definida la acción ejercitada procede analizar el resto de motivos que componen la impugnación de la Sentencia de instancia.
Como punto de partida debemos dejar sentado que lo que se demanda es la rescisión de la venta realizada el día 12 de julio de 2005 de un local en planta sótano, un local en plata baja y una vivienda, sitos los tres elementos inmobiliarios en la misma finca, en virtud de la cual su propietaria, Dª. Pilar, transmite sus derechos de propiedad en favor de su hija y yerno (demandados), por una suma total de cien mil euros.
En esta venta advierte el Juez de lo Mercantil, primero, perjuicio por ser el valor de venta inferior al de mercado a la fecha de la transmisión y, segundo, mala fe por los adquirentes, en tanto conocedores por razones de índole parental, de la crítica situación de la vendedora.
Pues bien, y siguiendo el orden coincidente en el numeral y en el contenido argumental de ambos apelantes, procedemos al análisis del segundo motivo impugnatorio, consistente en el error en la valoración de la prueba al estimar el Juez que hay perjuicio para la masa activa del concurso e infracción del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Parte el alegato impugnatorio del reconocimiento de la afectación al sistema probatorio en este proceso, y en perjuicio de los demandados, de la presunción que en contra de los citados deriva del artículo 71-3-1º de la Ley Concursal con relación al artículo 93 de la misma Ley conforme al cual se consideran personas especialmente relacionadas con el deudor concursado tanto a los descendientes -Asunción- como a sus cónyuges -Ricardo-.
A partir de esta situación procesal, se argumenta sobre la valoración de los inmuebles vendidos entre los co-demandados, diferenciando entre los locales, sótano y planta baja, y la vivienda.
Respecto de los primeros, la venta se produjo, del local sótano (80 m2), por precio de 3.000 euros y, del local de planta baja (80 m2), por 7.000 euros.
En los informes del demandante (doc núm. 2 y 3 demanda), los valores atribuidos respectivamente son sin embargo de 21.166,04 y 101.465,60 euros.
Ahora bien, estos informes se critican, señalando que, dado que no cumplen con las previsiones del artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no son informes periciales sino simples documentos privados que han de ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica -art. 326-2 LEC-, y para ello ha de atenderse 1) a que el local sótano y planta baja son meros anejos a la vivienda, cuyo valor es relativo si se justiprecian separadamente de la vivienda, 2) que el sótano y el local está destinado a cochera sin valor comercial y con escaso valor de mercado, 3) que las valoraciones de la actora son de septiembre de 2006 cuando la venta, que es el momento relevante, se hace en julio de 2005, 4) que además las valoraciones se hacen con reservas (condicionantes y advertencias), todo lo cual, concluyen los apelantes, hace que atender a tales informes para establecer el valor, como se hace en la Sentencia, sea arbitrario y tanto más cuando aplica la resolución criticada, un factor de corrección por razón de fechas, sin base objetiva alguna.
Pues bien, no considera el Tribunal que sea tan relevante lo relativo al factor de corrección para fijar un valor de mercado a la fecha de la venta, como lo tienen sin embargo otros elementos que demuestran que la operación inmobiliaria se hizo notoriamente por debajo del valor real de los inmuebles. Y es que, las diferencias entre el valor real y el de venta es tan notorio, que el factor de corrección de precios que aplica el Juez en absoluto modifica el calificativo jurídico que merecen tales diferencias, negándose además, que el criterio corrector, sea, como pretenden los recurrentes, arbitrario ya que, primero, hay una base experimental que el Juez puede aportar cuando resulta notoria, como es lo relativo a los porcentajes de incremento de precios anuales de bienes inmuebles y, en segundo lugar, cuando el criterio se sustenta en dos documentos que valora el Juez positivamente, uno, el informe valorativo de la parte actora (doc núm. 2 y 3 demanda, de septiembre de 2006), otra, el informe de valoración aportado por los codemandados en relación a la vivienda (doc. núm. 5 contestación adquirentes, de julio de 2005), que le sirven para establecer el porcentaje diferencial de un momento temporal a otro.
Pero insistimos que, con independencia de esto, las diferencias de precio real-precio de venta son tan notorias que, aunque aceptáramos un factor de corrección superior al crecimiento anual de precio del 15% (que en realidad no se atreven a proponer los apelantes), nunca nos acercaríamos al precio de venta que en absoluto, por lo que se dirá, podemos aceptar como razonable o próximo al de mercado, debiendo en todo caso recordarse aquí, por ser oportuno, que si el punto de partida para efectuar la valoración de la inexistencia de perjuicio es la atribución del gravamen probatorio a cargo de los demandados por ser los adquirentes a título oneroso familiares de la transmitente, en el caso, tal carga no ha quedado cumplimentada.
QUINTO Veamos en todo caso los argumentos que, para disputar la valoración, formulan los demandados.
Se aduce en primer lugar el carácter de anejos a la vivienda de los locales. Pues bien, en absoluto condiciona este atributo el valor de las piezas inmobiliarias cuando, como es el caso, tienen autonomía física, con accesos propios a zonas comunes -el local del sótano- y a la vía pública -el local de planta baja-, de modo que la anexidad aducida no dejaría de ser un hecho circunstancialmente jurídico, nunca físico, con lo que estamos ante elementos susceptibles de autonomía en el mercado inmobiliario.
En todo caso cabría plantear la inversa, esto es, el menor valor de la vivienda sin sus anexos, pero nunca la contraria ya que es evidente que lo que se podría depreciar es siempre lo principal y nunca lo anexo cuando es autónomo en sentido arquitectónico.
Por otro lado, la afirmación de la falta de valor comercial y de mercado no deja de ser un mero juicio de valor como reconoce el propio apelante ya que, como bien indica, nada prueba tal afirmación.
Se aduce también para desvirtuar la existencia de perjuicio patrimonial alguno, que los documentos de la actora -núm. 3 y 4- contienen meros juicios de valor, porque se afirma, están condicionados por la falta reconocida de información relevante para consolidar una valoración ad hoc.

Pues bien, es cierto que en dichos informes se afirma que no se ha dispuesto de todos los elementos precisos para hacer una exacta valoración. Se dice en dichos informes que no se ha dispuesto de la escritura registrada, que no se ha tenido acceso al interior del inmueble, que no se han podido examinar los estatutos de la comunidad de propietarios que podrían contener limitaciones de uso comercial, que no se conocen las cargas y limitaciones de dominio. Sin embargo, tales carencias han de ponerse en conexión con las cargas probatorias del proceso ya que si con tales datos se hubiera podido variar la valoración que el Juez hace de tales documentos, su aportación y probanza correspondía a los demandados por virtud del mandato del artículo 73-3-1º LC, que habrían cumplimentado desvirtuando, con datos objetivos, el menor valor que el sótano y local de planta baja podrían tener atendidos aquellos. Nada de esto se ha hecho. Nada se nos dice de si tales inmuebles tienen cargas o gravámenes de alguna naturaleza, si tienen límites al dominio o otras restricciones, si las condiciones físicas de los mismos son tan deterioradas como para afirmar un valor de mercado inferior al normal de inmuebles similares en condiciones de regularidad. Con tal vacío probatorio, no cabe sino aceptar las conclusiones de aquellos informes, retomando el argumento que dábamos en nuestra Sentencia de 14 de febrero de 2008 (JUR 2008, 166951) cuando, con relación a esta misma problemática afirmábamos que existe veracidad a las tasaciones criticadas.
SEXTO En cuanto a la transmisión y valoración de la vivienda -finca número NUM006-, los apelantes niegan la existencia de perjuicio patrimonial porque, afirman, se realizaron por los adquirentes, obras en la vivienda por valor superior a los 60.000 euros, en segundo lugar, porque la vivienda estaba ocupada por los demandados desde primeros del año 2002, siendo su domicilio conyugal y, en tercer lugar, porque el título de ocupación era un contrato de arrendamiento de larga duración con opción de compra. Siendo así, la conclusión que alcanzan los apelantes es que la venta fue fruto del ejercicio de la opción contractual adquirida fuera del período de sospecha concursal y por un importe real de 150.000 euros, de modo que no hubo el perjuicio base de la acción rescisoria.
Es claro que la relevancia que el contrato de arrendamiento con opción de compra tiene en la cuestión que nos ocupa, es el motivo o razón de que los apelantes traten de apuntalar un valor inalterable al documento privado sobre la base de los artículos 326 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dada la falta de impugnación en el momento procesal oportuno, del citado contrato por la actora.
Obvia sin embargo este argumento, cuando critica la valoración que del mismo hace el Juez de lo Mercantil, la capacidad valorativa global que del material probatorio le corresponden hacer al Juez y la específica naturaleza que la acción rescisoria específica del concurso tiene en atención a su finalidad, que no es sino la de garantizar la masa activa en beneficio de los acreedores y el respeto al principio de paridad en el trato.
En efecto, no parece razonable pretender una sobrevaloración de ningún medio procesal cuando se articula en un entorno probatorio plural y tanto menos cuando están en juego intereses plurales y variados, no siempre presentes en estos procesos por su propia naturaleza. Lo cierto es que en ningún caso cabe admitir, ni respecto de los documentos públicos ni tanto menos de los privados, que por el hecho de que no se impugnen contengan una verdad intrínseca o sinceridad, porque si así lo afirma la jurisprudencia respecto de los documentos notariales, afirmando que estos aspectos escapan a la percepción notarial (en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1983 [RJ 1983, 964], seguida, entre otras muchas, por las de 4 de febrero de 1986 [RJ 1986, 414] y 31 de octubre de 1991) y por tanto, que no decir de los documentos privados en los que se produce confusión efectiva entre el acto o estado de cosas que documenten y el contenido mismo del documento.
Dicho de otro modo, si, como así se deduce de la literalidad del apartado 1 del artículo 319 cuando habla de la identidad de los fedatarios y demás personas que en su caso intervengan, la expresión estado de cosas hay que extenderla a aquello que el fedatario público ve, oye o percibe por los sentidos, pero no alcanza a la veracidad intrínseca de lo restante, en el caso de los documentos privados, sin aquellas garantías, tanto más deben admitir la vigencia de la doctrina jurisprudencial en cuanto establece que no cabe aislar una sola prueba para pretender desmontar los hechos probados que tienen la condición de firmes, pues si los documentos públicos no tienen eficacia probatoria plena, en cuanto a su veracidad intrínseca, para relevar a los tribunales de su apreciación con el conjunto de las pruebas, tanto menos los privados por razón de la falta de intervención de depositarios de la fe pública.
Estos argumentos nos permiten concluir que los documentos privados no impugnados no constituyen bastiones inexpugnables a la valoración judicial, al contrario, no impiden la concurrencia y eficacia de otros elementos demostrativos, tanto para acreditar la realidad de unos hechos como su inexistencia, ya que no están dotados de prevalencia sobre las demás pruebas (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1999 [RJ 1999, 2585], 18 de octubre de 2004 [RJ 2004, 6077] y 14 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 8234]).
SÉPTIMO Desde estas consideraciones, sí nos vemos capacitados para, primero, ratificar la capacidad del Juez de lo Mercantil en su valoración y, en segundo lugar, en asumir los criterios que señala para negar eficacia al documento privado de arrendamiento ya que, el silencio absoluto que de dicha relación se hace en todos aquellos momentos que, estando alejados del conflicto que nos ocupa (compraventa, valoración a los efectos de hipoteca, etc.) sin embargo, hubiera sido normal su referencia, en relación con el interés que un documento de esta naturaleza tiene en una acción rescisoria en la que se cuestiona la existencia de perjuicio, el fraude de acreedores y la mala fe, en el marco de una relación familiar tan íntima como la que dimana de la paterno-filial, son elementos suficientes para, sin un apoyo objetivo de la relación pretendida (acreditación de pago de rentas, préstamos, depósitos, fianzas, etc.), entenderla ficticia a los efectos de eludir los graves efectos que la maniobra perniciosa de transmisión de bienes tiene para las partes, para la familia.
No reconociéndose por tanto la existencia de una relación de arrendamiento, no desde luego de la concesión de un derecho de opción de compra, el problema de la valoración de la vivienda deviene claramente perjudicial para los demandados. No sólo se aportan por éstos un documento (tasación bancaria para hipoteca) que pone de relieve un valor equivalente al precio de venta incrementado en más de la mitad del precio, sino que ni se acreditan pagos previos por reformas u obras que configuraran parte del precio, ni desde luego puede tener

valor, respecto de los ocupantes, el hecho de su propia ocupación para entender de menor valor la vivienda.
El precio de mercado es para los ocupantes el mismo que para los terceros, y sin duda, el precio de tasación de la actora y de los demandados, que vienen a ratificarse mutuamente, demuestra que el precio real de la vivienda, de más de 135 m2, era a la fecha del negocio jurídico, muy superior al percibido, minusvaloración que objetiva la existencia del perjuicio patrimonial como elemento objetivo de las acciones rescisorias concursales en cuanto que a la postre se hizo una operación con la que se malbarataron bienes del patrimonio de quien estaba en grave situación económica y, por tanto, en perjuicio de sus acreedores.": SAP Alicante (Sección 8) 09.04.2008 (JUR 2008/189071)

2.3 Venta a socio de la concursada

AP Lugo

"PRIMERO.-El recurso de apelación articulado se fundamentó en error en la apreciación de la prueba, por entender la recurrente que la factura emitida el 3l de mayo de 2007 correspondía a una operación real entre la concursada (Industricas Cárnicas Dapena S.L.) y D. Leopoldo. El motivo, al entender de la sala no puede ser en modo alguno admitido, no puede resultar más chocante que una factura de l40.000 # contemple como concepto "vacunos de Industria servidos anteriormente" y que se abone a una persona que tiene una participación social en la concursada del 26%. Menos aún tal como la visualización del juicio avala que reses como dice el recurrente que entraban lunes y martes, cobrándose el viernes, no se emitiera la factura hasta mayo. No registrándose su salida según declaró Dña. Salome y no computándose por que la factura no estaba hecha según la 2º testigo.
Ello ya bastaría para aplicar la presunción del art. 7l nº 3, apartado lª de la Ley Concursal, y nótese que el concurso se declaró poco después de un mes de la fecha reflejada en la misma susodicha factura. Estamos quiérase o no ante una presunción "iuris tantum" que no resultó en modo alguno desvirtuada, pues resulta fundamental que aunque en los asientos contables de la concursada se refleja la misma, en el libro mayor y listado de asientos en curso, aportados con la demanda en cambio no se refleja, como asimismo solo aparecen en estos últimos ventas por importe de 48.934,80 #. De hecho en la pericial la conclusión evidente es que las existencias encontradas carecen de valor comercial o de mercado nulo. Desde luego si no se vendieran tendrían que estar en la factoría y nadie más interesado que el concursado en enseñárselo al perito. El perjuicio para la masa resulta evidente pues se facturó ficticiamente por un número superior, o bien el valor de mercado fue inferior al precio abonado.
La sentencia hace especial referencia al testigo Sr. Bienvenido "que las vacas no eran buenas y no se sabía si podrían aprovechar por entero para la venta". Por otra parte la documental aportada por el recurrente que realmente correspondería a Industrias Cárnicas Dapena S.L., dada la indefinición de la factura y su impugnación de reses sacrificadas, en enero y febrero, no podrían nunca acreditar que se correspondan con la factura a rescindir.
SEGUNDO.-No puede entenderse que una factura por tal importe pueda considerarse actos ordinarios de la actividad profesional del deudor, no reflejándose mas rotaciones en las existencias que las l45 unidades a que alude la actora como unidades vendidas, cuando de haber existido más se hubieran también vendido para obtener liquidez, siendo aquellas valoradas en 48.934,80 #, dándose la diferencia con los l40.000 # reflejada en la factura, en concordancia con la administrador concursal, pues lo que se enseña al perito tiene un valor nulo.": SAP Lugo 06.07.2010 (Sentencia 382/2010; Rollo 821/2009)

2.4 Venta a los administradores

AP Navarra

"PRIMERO.-Se ejercitó en la demanda acción rescisoria concursal a fin de que se declarara la invalidez del acto de disposición patrimonial documentado en la contabilidad de la empresa en concurso y consistente en la transmisión, a favor de los administradores sociales demandados, de determinada maquinaria que formaba parte del inmovilizado de dicha empresa.
La sentencia incidental estimó la pretensión, en la forma que antes hemos transcrito. Considera acreditada, por medio de la documental contable aportada con la demanda, la " salida de lamaquinaria " y que ninguna contraprestación fue pagada por los socios/administradores demandados. Por el contrario estima no probado que, como alegaron los demandados, se tratara de maquinaria deteriorada y que, mediante su contabilización en el debe de la " cuenta cte. con socios y administradores " (551), se pretendiera reflejar su baja del inmovilizado por deterioro.
Apelan los dos administradores sociales demandados. (...)
TERCERO.-A continuación la parte recurrente viene a sostener que el apunte contable realizado no generó un perjuicio para la masa. En primer término porque el hecho de que los activos se contabilicen en la cuenta de socios es tan solo un error, subsanado a posteriori y que, en todo caso, no significa que existiera una transmisión de la maquinaria a favor de los administradores demandados y, por último, que dicho perjuicio sería muy inferior al importe objeto de condena puesto que se habría probado que la maquinaria en cuestión no tendría un valor superior a 3.000 euros.
Procede desestimar el motivo puesto que el acto objeto de rescisión no lo es un asiento o apunte contable, sino la operación o negocio que dichos apuntes reflejan y que la sentencia considera probado, que no es otro que la disposición de unos activos de la empresa a favor de sus socios y administradores, computándose como deuda de los mismos en la contabilidad, sin llegar a producirse contraprestación efectiva alguna por parte de éstos.

La sentencia apelada consideró probado, por medio de la prueba documental, tanto la salida del inmovilizado como que los administradores "no abonaron cantidad alguna en contraprestación por dicha maquinaria" y no se aprecia error en la valoración de la prueba documental como alega la parte apelante en esta alzada puesto que los asientos contables practicados por la propia empresa concursada así lo acreditan, sin que pueda entenderse que hubieran sido efectivamente subsanados por el hecho de que también se reflejara el valor de los bienes en cuestión en el debe y en haber del Balance de sumas y saldos de 2010 aportado con la contestación a la demanda.
Tampoco existe constancia fehaciente de que los bienes en cuestión no fueran adquiridos por los codemandados, como refleja la propia contabilidad social, sino que se tratara de maquinaria obsoleta o deteriorada y que permanecieran en las dependencias de la concursada; ni puede considerarse probado, como bien señala la sentencia apelada, que las fotografías aportadas se correspondan ni con la maquinaria objeto de contabilización ni que, en caso de ser la misma, reflejen su estado en el momento de ser contabilizada la operación.
No se ha aportado por lo demás prueba objetiva alguna que acredite que la maquinaria se encuentre en poder de la empresa demandada y en sus instalaciones, extremo sobre el que ni siquiera se propuso el interrogatorio de la administración concursal que tiene a su cargo inventariar los bienes del activo y atender a su conservación.
Y tampoco se ha aportado al incidente prueba alguna que justifique que el valor de los tan referidos activos fuera menor que el contabilizado en las fechas en que se anotó el crédito de la sociedad frente a los socios por el importe de la maquinaria en cuestión.
En definitiva lo que revela la contabilidad social de la concursada es un acto de disposición a título oneroso de activos de la sociedad a favor de los codemandados/ apelantes y, frente a ello, éstos no aportaron prueba alguna que desvirtuara la existencia de dicho acto de disposición, por lo que ha de operar la presunción de perjuicio del art.71.3.1º LC.”: SAP Navarra (Sección 3) 07.05.2014 (Sentencia 75/2014; Rollo 196/2013)

3. Pago a acreedor especialmente relacionado

3.1 A accionista mayoritario, tras la solicitud del concurso y antes de su declaración

AP La Coruña

“PRIMERO.- Recurre en apelación el demandado Sr.Cesarla sentencia del Juzgado de lo Mercantil estimatoria de la demanda del administrador concursal ejercitando la acción rescisoria o de reintegración a la masa activa del pago que le hizo la entidad Dacrio S.A., días después de presentar su solicitud de concurso voluntario y días antes de dictarse el auto de declaración del concurso. La sentencia apreció el perjuicio requerido por elartículo 71.1 de la Ley Concursalpor disminuir el pago el montante de la masa activa en el mismo valor y presumirlo así el mismo artículo, aparte de en los realizados a título gratuito, en los actos dispositivos onerosos a favor de personas especialmente relacionadas con la concursada, como sería el demandado por su condición de accionista mayoritario y apoderado general de la entidad (art. 71.3-1º en relación al 93.2-1º y 2º), sin que se hubiera desvirtuado esta presunción, no constando tampoco la exigibilidad de la obligación, ni pudiendo ser considerado como acto ordinario a los fines de la excepción prevista por elartículo 71.5, sin que el hecho de disminuir en la misma proporción la masa pasiva alterase la conclusión por dañar a los acreedores y el principio de comunidad de pérdidas del concurso, tratándose de favorecer a un acreedor subordinado perjudicando a los demás. (…)
TERCERO.- Se insiste en el recurso en la tesis interpretativa delartículo 71 sostenida por esta parte en la primerainstancia. Se afirma, en síntesis, que el pago de una deuda no supone necesariamente un perjuicio para la masa activa, máxime tratándose del mayor acreedor y no siendo el acto gratuito, ni anticipado o por el estilo, como tampoco pago de más o sin la debida contraprestación, sino pago de deuda o pasivo. En fin, tendría que haberse demostrado la existencia del perjuicio y no sería aplicable en materia rescisoria concursal el principio de igualdad entre los acreedores. No se acepta el alegato. Pese a los esfuerzos argumentativos del defensor del demandado a lo largo del procedimiento, no apreciamos error en la decisión judicial apelada. Si bien elartículo 71se refiere a la masa activa y no a la pasiva, resulta evidente que, en principio, un pago de esa importancia (más de ciento cincuenta mil euros) disminuyó de manera sustancial los activos con que contaba la concursada para hacer frente al conjunto de obligaciones por su orden. Aunque el apelante fuera el acreedor cuantitativamente más importante, cualitativamente no lo era dado el indiscutido carácter subordinado de su crédito, debido a su especial relación con la entidad por su condición de socio mayoritario (69'66% de las acciones) y apoderado general (art. 92-5º en relación al 93.2-1º y 2º), con su consecuente posposición a la hora de cobrar, en su caso, la parte que le correspondiese, dependiendo de la masa activa y créditos preferentes. Y si, a diferencia del anterior régimen más riguroso, la Ley Concursal exige para el éxito de la acción examinada que se trate de actos perjudiciales para la masa activa (además de realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso), lo que verdaderamente ha de quedar demostrado, sin embargo no requiere intención fraudulenta (art. 71.1) y, lo que es más importante, presume el perjuicio patrimonial, entre otros casos, respecto de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con la persona concursada, salvo prueba en contra cuyo peso corresponde asumir a éstas (art. 71.3-1º). Coincidimos con la sentencia de primera instancia en que tal presunción no fue desvirtuada en el juicio, por lo que hay que entender que el acto fue perjudicial y se impone la consecuencia sentenciada en orden a la ineficacia del acto y restitución a la masa conforme alart. 73 en relación al 71.”: SAP La Coruña (Sección 4) 09.11.2007 (JUR 2008/66964)

3.2 Pago de crédito del administrador o consejero

Tribunal Supremo

“TERCERO.- Valoración de la Sala. Actos dispositivos a título gratuito y a título oneroso a efectos de la aplicación de las presunciones del art. 71 de la Ley Concursal.
Los recurrentes alegan en su recurso que los pagos realizados por la sociedad al administrador para devolver parcialmente las cantidades aportadas por éste no son actos de disposición a título oneroso, y que por tanto no puede aplicarse la presunción del art. 71.3.1º de la Ley Concursal.
La alegación no puede ser estimada. El régimen del art. 71 de la Ley Concursal a efectos de la apreciación del perjuicio contra la masa es mucho más severo en los actos de disposición realizados a título gratuito que en los realizados a título oneroso. Mientras que en los primeros siempre se presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, salvo las liberalidades de uso, en los segundos se presume el perjuicio sin admitir prueba en contrario en el caso de que consistan en pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, y admitiendo prueba en contrario, los realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
La alegación de los recurrentes de que los pagos cuestionados no son actos a título oneroso solo podría perjudicar su posición. En la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (art. 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (art. 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la ley concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría.
En todo caso, la falta de onerosidad en el desplazamiento patrimonial por ausencia de contraprestación, porque tales pagos no respondieran a la devolución de un préstamo realizado por el administrador a la sociedad, solo puede suponer una peor situación del favorecido por el acto dispositivo en la aplicación del régimen de presunciones de perjuicio de las acciones concursales de reintegración, porque supondría que a efectos del art. 71 de la Ley Concursal los pagos fueron actos de liberalidad, en los que se presume el perjuicio sin posibilidad de prueba en contrario.
Las entregas dinerarias realizadas por la sociedad concursada al socio administrador en los dos años anteriores a la declaración de concurso son pagos en el sentido jurídico de actos debidos, "solvendi causa", realizados en el cumplimiento de las obligaciones que resultan de un negocio jurídico (se trataba de la devolución de un préstamo) y que han de ser encuadradas en el art. 71.3.1º de la Ley Concursal.
CUARTO.- La presunción de perjuicio patrimonial de los pagos realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado
En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010, se declaró que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores].
Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal, el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada.
El socio-administrador demandado pudo, por tanto, haber probado la ausencia de perjuicio. La sentencia de la Audiencia Provincial apuntaba una de las circunstancias que, de haber sido probada, hubiera excluido la existencia de perjuicio, como es que al tiempo de hacerse los pagos al socio administrador la sociedad no se hallara todavía en situación de insolvencia o no hubiera sobreseído en el pago de sus obligaciones exigibles.
Tal prueba no se ha practicado, por lo que la presunción de perjuicio no ha sido destruida.
QUINTO.- El perjuicio patrimonial puede consistir en el pago de deudas realmente existentes que suponga una alteración del orden de preferencia propio del concurso. Los préstamos sustitutivos del capital social
Otro argumento de los recurrentes para fundar la alegación de infracción del art. 71 de la Ley Concursal es que la sentencia recurrida acepta que el perjuicio patrimonial pueda consistir en el pago de deudas realmente existentes que supongan una alteración del orden de preferencia propio del concurso, lo que los recurrentes denominan como perjuicio "indirecto" o constitutivo de peligro "abstracto". Afirman que el perjuicio que el art. 71 de la Ley Concursal exige para que los actos del concursado sean rescindibles solo puede ser "directo", por suponer tales actos una disminución injustificada de la masa activa sin compensación con una disminución correlativa de la masa pasiva, que denominan como constitutiva de un "peligro concreto".
El razonamiento tampoco se admite. El art. 71.3.1º de la Ley Concursal presume el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración. No se exige que tales actos supongan necesariamente una disminución injustificada de la masa activa. El carácter oneroso de los actos dispositivos supone, en principio, que la salida de un bien del patrimonio se ve compensada por la entrada de

otros bienes o derechos.
La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado.
Tal criterio ha sido seguido por la jurisprudencia al aplicar el régimen de retroacción de la quiebra, en que se ha afirmado el carácter perjudicial de una dación en pago de una deuda de entre las diversas que mantenía la quebrada con sus acreedores, en un momento en que ya se encontraba en estado de insolvencia y debía haber instado un proceso concursal para el pago ordenado de sus deudas conforme al principio de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores], con lo que privó a la generalidad de sus acreedores de un activo con el que debían satisfacerse sus créditos con arreglo a criterios concursales, favoreciendo a uno solo de sus acreedores, que se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos extinguidos con la dación en pago, en perjuicio del resto (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 70/2013, de 25 de febrero, recurso núm. 486/2008; 75/2013, de 28 de febrero, recurso núm. 547/2008; 90/2013, de 1 de marzo, recurso núm. 549/2008;102/2013, de 4 de marzo, recurso núm. 586/2008; 122/2013, de 5 de marzo, recurso núm. 572/2008; 131/2013, de 6 de marzo, recurso núm. 608/2008; 150/2013, de 7 de marzo, recurso núm. 610/2008; 154/2013, de 8 de marzo, recurso núm. 665/2008; 181/2013, de 11 de marzo, recurso núm. 673/2008 y 190/2013, de 12 de marzo, recurso núm. 730/2008).
También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa.
Debe tenerse también en cuenta que por las características concretas de la operación enjuiciada, nos encontramos ante un supuesto típico de préstamo "societario", sustitutivo del capital social. Se trata de un préstamo de carácter societario en tanto que realizado por el socio mayoritario y administrador único, lo que le permite controlar el destino de los fondos suministrados. Ha sido concedido en condiciones diferentes a lo que sería una financiación por terceros típica, en tanto que no está documentado en alguna de las formas habituales en el tráfico económico, no consta si es remunerado, ha sido concedido por un tiempo indefinido ("cobrar cuando se pudiera"). En casos como este, la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación de capital social y encubre un supuesto de infracapitalización, en que el capital social es tan exiguo que no sirve para acometer con normalidad la actividad social, ni siquiera para dotar a la sociedad de un patrimonio suficiente que le permita obtener financiación externa por parte de terceros.
Si la aportación de capital a la sociedad por parte de los socios, en una cantidad suficiente para desenvolver su actividad, se hubiera realizado en la forma típica prevista en la normativa societaria, como es la aportación inicial o la ampliación de capital social, el patrimonio así obtenido no hubiera podido ser reembolsado a los socios en detrimento de los acreedores sociales, frente a los cuales tal patrimonio desempeña una función de garantía. La sustitución del capital social por préstamos societarios realizados por los socios de referencia supone en tales circunstancias un desplazamiento del riesgo empresarial sobre los acreedores
No es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante
o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores.
Tales circunstancias constituyen algunas de las justificaciones de que los créditos frente a la sociedad concursada de los que sean titulares los socios «con una participación significativa en el capital social» (Exposición de Motivos, apartado V), de al menos el 5% o el 10% según los casos, y los administradores de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, sean créditos subordinados (art. 92.5 en relación al 93.2.1º y 2º, ambos de la Ley Concursal), si bien la Ley Concursal ha optado por calificar como crédito subordinado el resultante de cualquier operación entre la sociedad y las personas especialmente relacionadas, con independencia de que reúna las características de un préstamo societario o encubra supuestos de infracapitalización.
Es por ello que el reembolso de estas aportaciones a los socios con una participación significativa o a los administradores (aquí se reúnen las dos cualidades) en el periodo anterior a la declaración del concurso haya de ser considerado, salvo prueba en contrario, que aquí no ha existido, como un perjuicio para la masa activa aun cuando el acto dispositivo suponga una correlativa disminución del pasivo. Tal pago debía haberse sujetado al orden de preferencias propio del proceso concursal, en el que ostenta la calificación de crédito subordinado.
SEXTO.- Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales

El último argumento impugnatorio es que la sentencia recurrida infringe el art. 71.5 de la Ley Concursal pues se trata de actos de giro ordinario de la concursada.
El citado precepto establece en su primer inciso que «en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales [...]». Como ha recordado la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 740/2012, de 12 de diciembre, recurso núm. 1336/2010, el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993).
Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.
La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.
Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.
La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.
Teniendo en cuenta lo expuesto, la decisión de la Audiencia Provincial de no considerar aplicable la excepción del primer inciso del art. 71.5 de la Ley Concursal es acertada. La justificación de esta previsión legal, proteger la confianza del tercero en la eficacia de los actos en que se manifiesta la actividad normal del deudor, carece de sentido en actos como los que son objeto de enjuiciamiento. Tanto más cuando una de las causas de que se prevea el carácter subordinado de los créditos de los socios relevantes es, como se ha expuesto, que esta financiación suele encubrir supuestos de infracapitalización, en los que lo correcto hubiera sido una aportación suficiente de capital social para que la sociedad pudiera acometer su actividad gozando de un patrimonio suficiente que sirviera de garantía frente a sus acreedores.
Por lo expuesto, el reembolso de estas cantidades al socio mayoritario y administrador único en los dos años anteriores a la declaración del concurso, en perjuicio de otros acreedores, no puede considerarse como un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales a efectos de hacerlo inatacable en el sistema de las acciones de reintegración del concurso.
Por lo expuesto el recurso de casación ha de ser desestimado.”: STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011)

AP Alicante

Ejercitada por la administración concursal una acción de reintegración fundada en el art. 71 LC, que tenía por objeto ciertos pagos y reintegros que el BENIDORM, CF (cuyo concurso se declaró el 12 de julio del 20011, habiendo sido solicitado el 17 de junio de dicho año) efectuó, entre el 26 de abril del 2001 y el 20 de junio, a diversos integrantes de su Junta Directiva, la sentencia apelada la ha estimado razonando, dicho sea en síntesis, que tratándose de actos inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, existe un perjuicio para la masa activa, pues se da un caso encuadrable en el art. 71.3.1 LC (que presume el perjuicio patrimonial cuando, como es el caso, se trata de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, art. 93.2.1 LC) sin que se haya probado la inexistencia de dicho perjuicio, pues a tal fin es indiferente que se tratara de la devolución de cantidades que fueron anticipados al club futbolístico por los directivos, ya que lo relevante es que la devolución tuvo lugar en el marco de una situación manifiesta de reconocida insolvencia y se hizo precisamente a favor de personas que, en el ámbito del procedimiento concursal, verían pospuesta su situación como acreedores a la de subordinados. Tampoco entiende la sentencia apelada que esas devoluciones no pueden tener la consideración de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, realizados en condiciones normales (que están excluidos de rescisión por el art. 71.5 LC), pues no eran pagos a terceros para el mantenimiento de la actividad del Club, sino de pagos a directivos de cantidades adeudadas a éstos.
Ninguna de las alegaciones vertidas en el escrito de interposición del recurso de apelación puede enervar las muy acertadas conclusiones de la sentencia recurrida.
Desde el punto de vista concursal en que nos hallamos, nos encontramos ante devoluciones efectuadas por una entidad concursada, a personas especialmente relacionadas con ella, en fechas muy próximas a la solicitud y declaración de concurso (en algún caso, días de diferencia), en un contexto de crisis de la entidad y de insolvencia. Que la intención de los directivos que aportaron fondos propios para intentar solucionar lo problemas económicos de la entidad y, con ello, la "salvación del Club", pueda ser loable; que pudiera haberse

producido, tal y como se alega, falta de apoyo comprometido (o, como se dice, engaños) por el Ayuntamiento de Benidorm, no otorgando la subvención prometida; que la Junta Directiva no tuviera un pleno conocimiento de la situación real del Club desde el inicio de la temporada; que los directivos estuvieran apenas tres meses en su cargo y que las aportaciones que hicieron tuvieran por finalidad evitar el descenso anticipado del Club o la exclusión de la competición, con absoluta buena fe; todas ellas son circunstancias que no impiden el juego de la rescisión concursal cuando de actos perjudiciales para la masa se trata, máxime cuando el perjuicio es presumido por la estrecha vinculación con el Club de los destinatarios de los anticipos, que pretendieron recuperarlos cuando ya les era obvio que no podría solventar la gran crisis financiera del Club.
Ciertamente, es criticable la solución por la que opta la LC atribuyendo el carácter de créditos subordinados a los que sean titularidad de las personas especialmente relacionadas con el concurso, pues normalmente son estas personas las que primero suelen comprometer fondos propios con la intención de resolver la crisis de la sociedad. Pero ello no quita que ésa sea la solución legal y haya que estar a ella. Con los pagos de los créditos, los directivos acreedores (que, en el concurso que inminentemente se solicitó), que hubieran tenido la condición de titulares de créditos subordinados, se vieron indudablemente favorecidos, en perjuicio de la masa. ":SAP Alicante (Sección 8) 25.02.2014 (Sentencia 45/2014; Rollo 308/2013)

AP Barcelona

"CUARTO I) Lo que aquí contemplamos son varios actos de disposición dineraria realizados por la concursada en los dos años anteriores a la declaración del concurso a favor de una persona especialmente relacionada en el sentido del art. 93 LC, algunos de tales pagos efectuados en época más lejana a la declaración de concurso y otros en fecha muy próxima, en particular el reintegro de 68.000 euros efectuado el 16 de julio de 2008, dos o tres meses antes de ser solicitado el concurso voluntario, que fue declarado por auto de 30 de octubre (desconocemos la fecha de la solicitud, pero presumimos que sería en ese mismo mes de octubre).
Tales transferencias dinerarias, como se ha visto, responden al concepto de pagos en el sentido jurídico de acto extintivo, total o parcial, de una deuda preexistente, aquí generada por una relación jurídica de préstamo entre las partes, que es lo que justifica esas entregas dinerarias al Sr.Ezequiel, que constituyen la contraprestación asumida por la sociedad-prestataria frente al socio-prestamista. Se trata, por tanto, de actos dispositivos a título oneroso; de no ser así, si no existiera obligación de devolución (o una relación previa de préstamo, o cualquier otra que constituya a la sociedad en la obligación de entrega de esas sumas dinerarias), se trataría de actos de disposición a título gratuito, en cuyo caso se aplicaría elart. 71.2 LC, que presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario.
II) Es aplicable, por ello, el art. 71.3.1º LC, que presume el perjuicio a la masa pasiva, si bien admitiendo prueba en contrario, que incumbe al beneficiario de los pagos.
Tal presunción se explica concretamente en este caso porque, en principio, al efectuarse esos pagos a una persona especialmente relacionada con el deudor en época anterior, más o menos próxima, al concurso, se le favorece injustificadamente al permitirle eludir el tratamiento subordinado de su crédito en la situación concursal, lo que origina un perjuicio a la masa activa en la medida en que los demás acreedores con preferencia de cobro en el seno del concurso ven disminuida la garantía patrimonial para la satisfacción de la cuota que les pudiera corresponder, y en la misma medida queda mermada la masa activa destinada a tal fin.
Correspondía, como se ha dicho, a la parte demandada, demostrar la inexistencia del perjuicio, que puede resultar en atención a la concreta operación o acto dispositivo en relación con su coyuntura y circunstancias, en particular, en este caso, si se hubiera acreditado que al tiempo de hacerse las devoluciones al socio-administrador la sociedad no se hallaba en situación de insolvencia o no había sobreseido en el pago de sus obligaciones exigibles. Pero esto no ha sido acreditado por la parte demandada, y la inexistencia del perjuicio no cabe derivarla de la correlativa disminución del pasivo al efectuar los pagos, porque en todo caso lo que se produce es una alteración de las preferencias de cobro, al favorecer al acreedor que en el concurso vería postergado su crédito hasta que cobraran los demás acreedores no subordinados, con lo que ha eludido, en perjuicio de éstos, el trato que le correspondería en el contexto concursal.": SAP Barcelona (sección 15) 22.09.2010; Sentencia 280/2010; Rollo 260/2010-1ª)

AP Córdoba

TERCERO.-Lo analizado son varios actos de disposición dineraria realizados por la concursada en los dos años anteriores a la declaración del concurso a favor de unas personas especialmente relacionadas en el sentido del art. 93 LC.
Tales transferencias dinerarias responden, según la parte demandada, al concepto de pagos en el sentido jurídico de acto extintivo, total o parcial, de una deuda preexistente generada por dos relaciones jurídicas distintas.
La primera viene referida a los 50.175'62 # (9.210'14 # en el ejercicio 2009 y 40.965'48 # en el año 2010) abonados a DIRECCION000 C.B. por la prestación de servicios técnicos, que en la sentencia apelada considera necesarios (al haberse reducido el número de trabajadores contratados) y que han de ser retribuidos.
Se indicó en la contestación a la demanda que debido a la crisis se suprimió el departamento técnico de COINSUR & SCADA, S.L., que es donde se realizaban los estudios, planimetría, cálculos eléctricos y demás cuestiones técnicas relacionadas con los encargos de los clientes, pero lo único que justifica que esas entregas dinerarias a DIRECCION000 C.B. constituyen la contraprestación asumida por la sociedad que recibe el trabajo frente a la Comunidad de Bienes que lo realiza, además de las facturas emitidas, es la documental aportada por el Sr. Serafin a requerimiento del Juzgado y que obra como más documental núm.5, en CD, al folio 244.

Pues bien, puesto que no existe contrato escrito de arrendamiento de servicios o de obra entre la concursada y DIRECCION000 C.B., bien pudo la parte demandada citar a las mercantiles a las que prestó los servicios para que aclararan que fue lo realizado, pues en las facturas emitidas por DIRECCION000 C.B. -folios 65, 71, 73, 75, 77, 79, 81, 83, 85, 87, 90, 92, 94 y 96- no se detalla, al recoger unos ambiguos "asesoramiento y gestión", "Intervención en montaje", "intervención en Obra", "Intervención en Firma Contrato", "Asesoramiento cerramiento de seguridad y adecuación a RD1215/97" o "Asesoramiento Proyecto", siendo realmente revelador que tales facturas (emitidas en el periodo que media entre el 15 de enero y el 31 de agosto de 2010) sean correlativas, por lo que únicamente la Comunidad de Bienes DIRECCION000 (constituida el 2.11.2009) debió ser contratada por la hoy concursada. Por lo demás, ni consta unida a los autos la factura núm.11, aunque si su cargo -folio 89- sin que aparezca de la núm.16 - folio 98- ninguna operación bancaria. Tampoco aparece acreditado que los integrantes de la Comunidad de Bienes tengan la titulación necesaria para realizar el trabajo especializado a que se refieren las facturas.
Dada la condición de administrador social de la concursada de D. Serafin, a su vez integrante de la Comunidad de Bienes DIRECCION000 C.B., es perfectamente entendible que se susciten reparos sobre el pago de dichas facturas, que parecen más bien un pretexto para que el administrador cobre un plus por realizar lo que constituye el objeto social de la concursada o su propio trabajo como gerente por el que ya percibía unos 6.000 # al mes (cuyo reintegro a la masa es objeto del incidente núm.2). Sea como sea, tales facturas son impropias de una relación contractual entre dos entidades, y parecen, más bien, que han sido una herramienta para desplazar fondos entre la concursada y la Comunidad de Bienes formada por el Administrador y su esposa.
Lo expuesto lleva a concluir (artículo 386 LEC) que no se trata de actos dispositivos a título oneroso, pues al no haber quedado acreditada la relación previa que constituya a la sociedad en la obligación de abono de esas sumas dinerarias, se trata de actos de disposición a título gratuito, en cuyo caso es de aplicación el art. 71.2 LC, que presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario.
Pero es más, para el caso que se entendiera que nos encontramos ante actos dispositivos a título oneroso, no se ha tenido en cuenta que es aplicable el art. 71.3.1º LC, que presume el perjuicio a la masa pasiva, si bien admitiendo prueba en contrario, que incumbe al beneficiario de los pagos, y en el caso de autos ni siquiera se ha intentado. Ni siquiera consta cuales han sido los ingresos que la concursada tuvo por tales trabajos que esta mercantil si abonó a la Comunidad de Bienes. Piénsese que al efectuarse esos pagos a unas personas especialmente relacionadas con el deudor en época anterior, muy próxima al concurso, se les ha favorecido injustificadamente al permitirles eludir el tratamiento subordinado de su crédito en la situación concursal, lo que origina un perjuicio a la masa activa en la medida en que los demás acreedores con preferencia de cobro en el seno del concurso ven disminuida la garantía patrimonial para la satisfacción de la cuota que les pudiera corresponder, y en la misma medida queda mermada la masa activa destinada a tal fin. Pero esto no es lo decisivo puesto que, como indica la S.del T.S. de 30.4.2014 "El demandante que ejercita la acción rescisoria concursal queda relevado de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial tanto si se considera gratuito el acto cuya rescisión se pide como si se considera de carácter oneroso cuando ha sido realizado con una persona especialmente relacionada con el deudor concursado. La única diferencia es que mientras que en el primer caso no cabría prueba en contrario, en el segundo sí cabría. Pero, en uno y otro caso, no podría objetarse que se hubiera relevado al demandante de la carga de la prueba del perjuicio patrimonial", es decir, el régimen del art. 71 de la Ley Concursal, a efectos de la apreciación del perjuicio contra la masa, es mucho más severo en los actos de disposición realizados a título gratuito que en los realizados a título oneroso, pero en relación a éstos últimos y respecto de los realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, se presume el perjuicio y ninguna prueba se ha instado ni practicado para probar lo contrario.
En conclusión, como señala la S.del T.S. de 1.11.2014 "no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración; por el contrario, ha de probarse la ausencia de circunstancias que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada", y en el caso de autos, tal prueba no se ha practicado, por lo que la presunción de perjuicio no ha sido destruida..": SAP Córdoba (Sección 1) 26.02.2015 (Sentencia 103/2015; Rollo 1209/2014)

AP Girona

"Al margen de los expuesto, ha de manifestarse que los esfuerzos del recurso en pretender validos aquel contrato de préstamo y el resto de los documentados de manera privada, son banales en la medida en que, como ya expusimos precedentemente, lo determinante en el ámbito de la acción rescisoria que analizamos es poder concluir si hubo o no lesión a la "par conditio creditorum", esto es, si es perjudicial a la masa, debiendo concluir con la Sentencia impugnada en que en efecto lo hubo, tanto por no ofrecer credibilidad los meritados préstamos, cuanto porque elart. 313 del Código de Comercio, citado por el Juzgador "a quo", regula los llamados prestamos a tiempo indeterminado, lo que vacía de contenido el argumento de que los pagares eran inmediatamente exigibles por vencidos.
Es de recordar, asimismo, que la propiaLey Concursal, en su art. 71.3 presume perjuicio patrimonial cuando estamos frente a actos de disposición onerosos a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor, y ya ha quedado acreditada la vinculación estrecha del beneficiario de los pagares, el Sr.Roberto con la concursada, en tanto que miembro del consejo de administración y socio por medio de la entidad Winsen Twin sl cuyo socio único es precisamente la sociedad Futura Disseny Segle XXI sl, beneficiaria, en definitiva, de los dos pagares. Dicho de otra manera, de la sociedad ahora en concurso sale la suma de 372.000? en beneficio de uno de sus socios, con lo que percibe un crédito calificado de subordinado, antes de la propia declaración de concurso pero en periodo próximo al mismo": SAP Girona 28.10.2009 (Sentencia 384/2009; Rollo 392/2009)

"La sentencia recurrida concluye, con base en los dispuesto en el artículo 71.3 de la LC en relación con el

artículo 93 del mismo cuerpo legal que tres operaciones deben ser objeto de reintegración al tratarse de actos dispositivos a título oneroso a favor del administrador de la sociedad y no haber aportado el demandado prueba en contra de la presunción de perjuicio que respecto de los mismos establece el artículo 71.3 de la LC.
Concretamente entiende que resultan perjudiciales para los acreedores los siguientes actos:
1.- Salida de caja por importe de 26.193,05 euros realizada el 31 de diciembre de 2007.
2.- Reintegro por el Sr. Juan María de la cantidad de 1.456,01 euros sin que conste, como afirma, que era acreedor de ésta por idéntico importe.
3.- Pagos realizados por la sociedad correspondientes a gastos personales del Sr. Juan María como Mercadona, recibo del Barça, etc... y cuyo importe no ha sido reintegrado a la sociedad.
El recurrente no niega que la sociedad haya satisfecho las mencionadas cantidades, pero sí que tal pago haya supuesto un perjuicio patrimonial para la sociedad y para el derecho de los acreedores. Pretende combatir la existencia de tal perjuicio afirmando que los pagos de créditos a socio (señalados con los números 1 y 2 en el párrafo precedente) se realizaron en proporción al crédito obtenido de la entidad financiera, al igual que los pagos realizados a los restantes acreedores. En cuanto a las cantidades reseñadas en el punto 3, reconoce haber realizado actos de disposición de la caja social para satisfacer gastos personales, pero afirma haber reintegrado los importes, remitiéndose al examen de la contabilidad para su acreditación.
Con arreglo a lo ya razonado, acreditada la realidad de los pagos realizados por la sociedad a su administrador, se presume que los mismos son perjudiciales y, consecuentemente, rescindibles. Corresponde al administrador demandado, en este caso al recurrente, probar la inexistencia de perjuicio.
De las alegaciones contenidas en el escrito de recurso parece deducirse, pues nada indica el recurrente, que lo funda en error en la valoración de la prueba.
Lo cierto, sin embargo, es que el recurrente pretende combatir en esta alzada la presunción de perjuicio respecto de las cantidades reseñadas más arriba como núm. 1 y 2 señalando que los reintegros se corresponden con la devolución al administrador de las cantidades que, previamente éste había prestado a la sociedad, argumentando en la contestación a la demanda que los reintegros se realizaban por importe proporcional al del capital prestado, para en apelación con carácter novedoso, afirmar que lo eran en proporción al préstamo recibido de la entidad crediticia. En cualquier caso, si los pagos realizados al administrador en concepto de devolución de préstamo, respecto de los que se ha apreciado la existencia de perjuicio, fueron proporcionales a las cantidades percibidas por la sociedad de la entidad financiera o no, es cuestión que el recurrente afirma, pero en ningún caso prueba, pero que a la vez resulta irrelevante a los efectos de determinar la existencia de perjuicio que en este caso derivaría de haber reintegrado al administrador cantidades que no se corresponden con un saldo preexistente a su favor, como así recoge la sentencia de instancia, en contra de lo que afirma, pero no prueba el apelante.
En cuanto a las cantidades satisfechas por la sociedad en pago de gastos personales del administrador, es claro que concurre el perjuicio, en tanto la sociedad sufre una disminución patrimonial, sin que, pese a lo que afirma el recurrente haya sido capaz de acreditar que reembolsó a la sociedad la totalidad de las cantidades pagados por su cuenta, orfandad probatoria que sólo a él debe perjudicar.": SAP Girona (Sección 1) 24.09.2012 (Sentencia 342/2012; Rollo 236/2012)

AP Granada

"TERCERO: Partiendo de un tratamiento unitario de las retribuciones percibidas por el administrador, con independencia de que sean devengadas en tal calidad o en la de directivo, como establece la jurisprudencia más reciente, aunque admitamos la validez de la retribución del administrador acordada, antes de los pagos que nos ocupan, como se desprende de su percepción en 2008, aprobada por el socio único afectado, STS 19 de diciembre de 2011, 24 de abril y 31 de octubre de 2007, y 9 de mayo de 2001, estando inscrito el carácter unipersonal de la sociedad publicitada en garantía de terceros, ello sin embargo no significa que fuesen lícitos tales pagos, porque como establece la STS de 29 de marzo de 2007, en tal examen unitario debe tomarse en consideración también la situación económica de la sociedad.
De este modo, admitido que los pagos se llevaron a cabo en los dos años anteriores a la declaración de concurso, presumiendo el perjuicio para la masa activa la Ley Concursal, el articulo 71.3.1º, salvo prueba en contrario, cuando nos enfrentemos ante pagos realizados a personas especialmente relacionadas con la concursada, como claramente es el caso, respecto de los examinados realizados a su administrador y socio único, articulo 93.2 1 º y 2º de la LC, no existiendo prueba aquí que justifique que la concursada, al tiempo de satisfacer el crédito, no estuviera ya en insolvencia o no hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles, destruyendo la presunción de perjuicio que se deriva de la previsión legal, en cuanto con el pago elude el administrador de este modo someterse a la comunidad de pérdidas, al que sin embargo se ven abocados otros acreedores de la entidad, teniendo en cuenta que el impago de las cuotas de la seguridad social acreditado, embargándose cautelarmente los bienes de la sociedad, por deudas con la Tesorería desde 2005, pone incluso de manifiesto el perjuicio; en definitiva, aunque admitamos la validez societaria del pago, la rescisión se muestra también evidente por la presunción iuris tantum de perjuicio concurrente, no desvirtuada. Como recientemente ha declarado el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de julio de 2013, enjuiciando una situación jurídicamente muy próxima a la que nos ocupa *"No es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores"*. ":SAP Granada (Sección 3) 08.11.2013 (Sentencia 360/2013; Rollo 453/2013)

AP Guipúzcoa

"·En cuanto a los pagos realizados a Aureliano y Julia con fecha 17 de octubre de 2005. efectivamente ha quedado de manifiesto la condición del Sr. Aureliano de Administrador de la entidad concursada y de Julia como esposa del anterior, Ciertamente nos encontramos ante personas especialmente relacionadas con la concursada (articulo 71.3.1º en relación con lo dispuesto en el articulo 93.1º y 93.3º de la L.C.) y en consecuencia juega en toda su extensión la presunción de perjuicio patrimonial contemplada en el articulo 7.3, de modo que corresponderá a aquellos la carga de justificar lo contrario,lo que no ha ocurrido en el presente caso, cuando hubiera sido factible justificar nominas anteriores o alquileres previos,máxime si tenemos en cuenta que el Sr. Aureliano y su esposa habían adquirido la titularidad de la nave para su sociedad de gananciales, con fecha 18 de febrero de 2005.Por consiguiente procederá la estimación del recurso en lo concerniente a dicho extremo.": SAP Guipúzcoa (Sección 2) 23.04.2010 (Sentencia 16/2010; Rollo 2059/2010)

AP Madrid

"Entendiendo que concurría en el Sr. Javier la condición de persona especialmente relacionada con la entidad deudora de acuerdo con lo previsto en el Art. 93-2 de la Ley Concursal, la sentencia apelada hizo aplicación de la presunción "iuris tantum" prevista en el Art. 71-3,1º de dicha ley que considera, salvo prueba en contrario, que existe perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Y ello por considerar que dicho demandado no había suministrado prueba alguna capaz de enervar tal presunción.
Reacciona el Sr. Javier frente a tal apreciación por entender que, tratándose del abono de su retribución como administrador estatutariamente contemplada, la previa realización por su parte de la prestación a la que la retribución responde (el desempeño de su labor como administrador societario) comporta, por sí misma, la prueba del carácter no perjudicial del pago en la medida en que este se encuentra precedido de la obtención por parte de la sociedad pagadora de la ventaja inherente al aprovechamiento del servicio que se retribuye. Consideramos, sin embargo, que mediante ese modo de razonar se confunde el ámbito en el que la presunción legal opera. Que el pago que se cuestiona se encuentre compensado por la previa obtención de una ventaja correspectiva por parte de la sociedad pagadora es, precisamente, la circunstancia que hace de dicho pago un acto de naturaleza onerosa y no gratuita (de concurrir gratuidad, nos encontraríamos ante la presunción indestructible del Art. 71-2). Ahora bien, si la onerosidad de la operación constituyese por sí misma circunstancia capaz de enervar la presunción de perjuicio nos encontraríamos ante el sinsentido de que el propio presupuesto legal de la presunción (la onerosidad) determinaría -siempre e invariablemente- la falta de operatividad de esa misma presunción, interpretación esta que debe rechazarse por aplicación de un simple principio de prueba por contradicción ("reductio ad absurdum").
Podemos, a lo sumo, conceder que, en los casos de actos dispositivos de carácter oneroso realizados en provecho de persona especialmente relacionada, la prueba de su carácter no perjudicial, prueba que incumbe al beneficiario del acto, pueda revestir ciertas dificultades en razón, precisamente, a la circunstancia de que ese acto se ha de encontrar forzosamente precedido -de ahí su carácter oneroso- de la previa obtención por el concursado de una ventaja correspectiva. Y es que, como señala la S.T.S. de 26 de octubre de 2012, "...en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa...". Ahora bien, tanto en dicha sentencia como en otras resoluciones el Alto Tribunal ha venido acogiendo una noción amplia donde el perjuicio patrimonial exigido para el éxito de una acción rescisoria no se circunscribe al concepto estricto de "lesión" entendida como mero detrimento patrimonial; y ello en base a la simple consideración de que si el Art. 71-2 de la Ley Concursal presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso de un pago debido pero anticipado, supuesto en el que propiamente no hay lesión o devaluación del patrimonio, está extendiendo el ámbito del perjuicio patrimonial a los supuestos en los que, sin existir lesión, el pago altera la "par conditio creditorum". Y de ahí que, sin perjuicio de admitir en términos generales, como queda dicho, que un pago vencido y exigible goza en principio de justificación y no comporta perjuicio patrimonial, nos señale a renglón seguido la referida sentencia de 26 de octubre de 2012 que "Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum...".
Debemos indicar que la precedente reflexión tiene un alcance general en relación con el régimen de rescindibilidad de los pagos que respondan a una operación de carácter oneroso y que, por lo tanto, es en principio independiente de que el perjuicio patrimonial se vea o no favorecido por la presunción del Art. 71-3,1º en razón a que el beneficiario del pago ostente o no la condición de persona especialmente relacionada con el concursado. Pero, precisamente por ello, la más reciente S.T.S. de 10 de julio de 2013 se ha ocupado de aclarar que, cuando dicha presunción concurre, la prueba que incumbe suministrar al beneficiario no es la prueba de la onerosidad del pago que ha recibido (pues de esa onerosidad ya se parte para la operatividad de la presunción) sino la prueba de la inexistencia de esas circunstancias excepcionales que hacen del pago un acto susceptible de alterar injustificadamente la "par conditio creditorum". En tal sentido, señala dicha sentencia de 10 de julio de 2013 lo siguiente: "Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal, el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que

la acción sea desestimada. El socio- administrador demandado pudo, por tanto, haber probado la ausencia de perjuicio. La sentencia de la Audiencia Provincial apuntaba una de las circunstancias que, de haber sido probada, hubiera excluido la existencia de perjuicio, como es que al tiempo de hacerse los pagos al socio administrador la sociedad no se hallara todavía en situación de insolvencia o no hubiera sobreseído en el pago de sus obligaciones exigibles..." (énfasis añadido), y añade que "La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa".
En el caso que nos ocupa la sentencia apelada declara probado que, en la fecha en la que se acuerda el abono en cuenta al Sr. Javier de la retribución cuatrienal de 600.000 # (27 de noviembre de 2009), "FIDESA cuenta ya con numerosos créditos ya vencidos e impagados" y que "existía ya una importante deuda por impago de nóminas a trabajadores por cuenta ajena". La realidad de este dato de hecho no ha sido cuestionada por el apelante. Pues bien, si a ello añadimos que se trata del abono acumulado de la retribución de cuatro años y que ese acto se produce a tan solo un mes de distancia de la presentación de la solicitud de concurso voluntario de FIDESA (lo que tendría lugar el día 30 de diciembre de ese mismo año 2009), con lo que nos encontramos es no solo con que el Sr. Javier no ha suministrado prueba alguna de la inexistencia de esas circunstancias excepcionales que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, hacen rescindible un pago debido sino que, además, concurre prueba efectiva del hecho positivo correlativo, esto es, prueba de la existencia de ese tipo de circunstancia excepcional. Esa sola consideración determina el fracaso del argumento en cuestión.": SAP Madrid (Sección 28) 19.01.2015 (Sentencia 18/2015; Rollo 128/2014)

AP Oviedo

"CUARTO.-Y en cuanto al fondo de lo debatido en las respectivas acciones de reintegración concursal, esta Sala no puede sino compartir las acertadas conclusiones del Juez de lo Mercantil. Por lo que atañe al contrato denominado como "acreencias profesionales" firmado el 28 noviembre 2008 por "Asturpharma, S.A." y "DP Farmacotecnia, S.A." se alega por la recurrente que junto con el escrito de demanda aparecen acompañadas las facturas emitidas a nombre de la concursada y que fueron abonadas por ésta en el período comprendido entre el 2 octubre 2007 y el 17 febrero 2009 (doc. nº 2). Se argumenta además que "Asturpharma, S.A.", desde su adquisición, ha sido gestionada y administrada por el Sr. Luis Carlos, quien es doctor en medicina, perfecto conocedor del negocio, logrando proveer a las más importantes industrias farmacéuticas a nivel mundial, habiéndose comprometido con los compradores de la sociedad concursada a seguir prestando su colaboración y asesoramiento.
Para el examen de tales alegaciones habremos de partir del dato pacífico de que nos hallamos ante el supuesto de un pago realizado a favor de una de las personas especialmente relacionadas con el deudor de las que trata el art. 93-2-2º L.C. - Don Serafin, además de propietario de "DP Farmacotecnia, S.A.", ha sido el presidente del consejo de administración y consejero delegado de la concursada "Asturpharma, S.A." desde la fecha de su constitución hasta su cese el 27 diciembre 2008- siendo por tanto de aplicación la presunción iuris tantum de perjuicio del art. 71-3-1º L.C., a propósito de lo cual tiene establecido nuestro Alto Tribunal en su STS 10 julio 2013 que "en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada" añadiendo que incumbe por tanto al socio-administrador demandado el probar la ausencia de perjuicio y que una de las circunstancias que, de haber sido probada, hubiera excluido la existencia de tal perjuicio sería que "al tiempo de hacerse los pagos al socio administrador la sociedad no se hallara todavía en situación de insolvencia o no hubiera sobreseído en el pago de sus obligaciones exigibles".
Pues bien, habiendo reconocido la propia "DP Farmacotecnia, S.A." en su escrito de contestación a la reconvención que "Asturpharma, S.A." comenzó a incurrir en pérdidas desde el ejercicio 2008, no resulta justificado que desde esa fecha se vinieran realizando a favor Don. Luis Carlos los pagos ahora cuestionados, máxime cuando se ha desplegado actividad probatoria alguna encaminada a demostrar que por esta persona se hubieran llevado a cabo efectivamente las labores que se dicen retribuidas. Pero es que en cualquier caso el compromiso de colaboración a que alude la apelante no es otro que el que se deriva de los acuerdos privados firmados el 28 noviembre 2008 -simultáneamente a la venta de las acciones de "Asturpharma, S.A." y "Euro Argenmex, S.A."- por los cuales Don Celestino y Don Fermín -los compradores de la concursadase comprometen a pagar Don. Luis Carlos, con periodicidad mensual y de forma vitalicia, la cantidad de 9.500 euros por su disponibilidad para colaborar e informar (doc. nº 27 y 28 demanda reconvencional), de tal manera que, como acertadamente expone la Administración concursal, no resulta posible deslindar en qué medida las retribuciones que aquí se impugnan pudieron obedecer al pago encubierto del precio por aquella transmisión, lo que se traduce en definitiva en una
afección del patrimonio de la concursada al pago de ese derecho vitalicio, el cual, no apareciendo que se corresponda a una causa debidamente justificada, debe ser rescindido.
QUINTO.-Idéntica suerte debe correr la acción de reintegración dirigida contra las disposiciones patrimoniales realizadas a favor de "Euro Argenmex, S.A." por importe de 343.579,65 euros y por el concepto de "prestación de servicios profesionales". A este respecto se argumenta por la apelante que tanto el Sr. Fermín como el Sr. Celestino se han dedicado durante más de dos años a ejercer el cargo como administradores sociales de la concursada "Asturpharma, S.A." y que sus servicios eran facturados a través de "Euro Argenmex, S.A." puesto que por esta vía se facturaban también otros trabajos externos -como fue la elaboración de un plan de viabilidad o los gastos derivados para la adquisición de "Antibióticos León, S.A."- a lo que se añade que las citadas personas han venido manteniendo diversas reuniones con otras empresas farmacéuticas extranjeras

clientes de la concursada, con proveedores, y con el pool bancario que había financiado a la ahora concursada, labor que debe ser retribuida y que excluye el carácter de acto de disposición a título gratuito.
La primera consideración pasar por descartar que los pagos que nos ocupan puedan corresponderse con la retribución propia al cargo de administrador social desempeñado por los Sres. Fermín y Celestino, pues el art. 22 de los Estatutos sociales de "Asturpharma, S.A." dispone que "la retribución de los administradores consistirá en una cantidad a determinar por la junta general, en concepto de dieta por asistencia al Consejo", siendo así que, como señala la Administración concursal, no consta que la Junta General hubiera adoptado acuerdo alguno en tal sentido, sin que tampoco la concursada haya demostrado la existencia de tales acuerdos. A fortiori cabe añadir que las transferencias ordenadas por los administradores sociales de la concursada a la cuenta de "Euro Argenmex, S.A." en Caja Murcia bajo el concepto de "prestación de servicios profesionales" fueron consideradas como operaciones no acreditadas por la Inspección de Hacienda y así consta en el Acta de conformidad sobre el IVA de los períodos de 2009 y enero y febrero 2010, todo ello conforme resulta del doc. nº 1 aportado por la Administración concursal (al amparo de lo dispuesto en el art. 271-2 LEC) junto con su escrito de oposición al recurso de apelación, consideraciones todas ellas que conducen al rechazo del recurso.": SAP Oviedo (Sección 1) 16.04.2014 (Sentencia 131/2014; Rollo 296/2013)

3.2.1... o de sociedades controladas por éstos

AP Orense

"PRIMER.- La acción de reintegración que se ejercita en la demanda, se configura como de carácter objetivo, de modo que, probado el perjuicio para la masa activa, concepto más amplio que el de mero perjuicio patrimonial, procede la rescisión, con la consecuencia de restitución de las prestaciones objeto del negocio jurídico impugnado y demás efectos previstos en el art. 73 de la Ley Concursal; siempre que tal contrato hubiese tenido lugar dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso y aunque no hubiere mediado intención fraudulenta.
En el caso, el negocio jurídico controvertido, dación en pago de un crédito del que era titular la concursada y asentado en su contabilidad, tuvo lugar dentro del periodo de retroacción señalado en el art. 71 LC, días antes de haber sido declarada en situación de concurso y cuando ya dicha empresa concursada carecía de operatividad (hecho no cuestionado).
SEGUNDO.-Conforme al apartado tercero del citado precepto legal, "salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial para la masa se presume, cuando se trate de actos dispositivos realizados a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Considerándose como tales, las determinadas en el art. 93.2 LC, entre las que se encuentran, "las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales".
TERCERO.-En el caso, el negocio jurídico impugnado, de dación en pago, suponía la extinción de un derecho de crédito que la sociedad concursada mantenía con la también demandada, Sistemas y Energías Arce SL, del que resultaba deudora esta última mercantil y que figuraba anotado en la contabilidad de la concursada. Concertado pocos días antes de haber sido declarada la situación de concurso, como antes se expuso.
La extinción del derecho de cobro tenía como contraprestación la entrega de unas mercancías, cuya existencia y valor no pudo ser verificado por la administración concursal, al haber sido sustraídas con posterioridad a la concertación del contrato, tal como se alegó por la parte demandada, de un almacén de titularidad del administrador común de ambas empresas, donde se encontraban depositadas y en el ámbito de su disponibilidad.
Se estima en el caso concurrente la presunción de perjuicio para la masa activa previsto en el art. 71.2.1º LC, por haberse concertado el negocio impugnado entre dos personas jurídicas dirigidas por un administrador único común, que al mismo tiempo también era socio único, por lo que pueden considerarse como sociedades vinculadas, siendo sus socios también comunes, en los que concurre la condición del número primero del citado art. 93.2 LC. Puesto que, aunque el contrato de dación en pago fue convenido entre ambas sociedades, en tanto personas jurídicas, bajo tal apariencia formal y cobertura jurídica, se encuentra un socio único y administrador también único que fue en definitiva quien acordó la celebración del contrato de dación en pago entre ambas entidades.
Además de comprenderle la citada presunción legal de carácter "iuris tantum", el perjuicio para la masa activa, se estima también probado, tal como se establece en la sentencia apelada, en tanto supone la pérdida de un activo patrimonial importante para la concursada, sin que haya acreditado por la parte demandada, no ya la existencia real de las mercancías descritas en la factura que se acompaña con el escrito de contestación a la demanda, que se alegan entregadas en contraprestación y sustraídas con posterioridad. Sino, fundamentalmente, porque tampoco consta cuál fuese su valor real, de modo que pudiera tenerse por probado que se correspondía con el importe del crédito extinguido. Prueba que incumbía a la parte demandada y que no ha tenido lugar; sin que se estime bastante a tales efectos la propia determinación del precio efectuada unilateralmente por la empresa demandada en su factura, sin otra prueba pericial que lo corrobore.
Se estima también la existencia de perjuicio patrimonial para la masa activa, como alega la Administración Concursal, al sustituirse un crédito líquido de titularidad de la concursada, por determinados bienes muebles de compleja liquidación y cuyo valor, como se expuso, no consta probado. De modo que la valoración probatoria efectuada por la sentencia apelada, se estima acertada y debe ser mantenida.
Sin embargo la consecuencia de la rescisión, por determinación legal (art. 73 LC) es la de declaración de ineficacia del acto impugnado, con efecto retroactivo, restituyéndose la situación patrimonial al estado anterior al otorgamiento de tal ineficaz negocio; que por lo que respecta a la entidad concursada, se traduce en la restitución del derecho de crédito que mantenía frente a Sistemas y Energías Arce SL tal y como aparecía

asentado en la contabilidad.”: SAP Orense (Sección 1) 19.07.2013 (Sentencia 302/2013; Rollo 189/2012)

AP Pontevedra

“SEGUNDO.- Los apelantes, a pesar de interponer dos recursos de forma independiente, tienen los mismos motivos de impugnación, por lo que se tratarán conjuntamente. El primer motivo se centra en considerar que no puede aplicarse la presunción iuris tantum del art. 71.3.1º LC : actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Y ello porque no puede inferirse tal relación del mero hecho de coincidir el domicilio profesional del Sr. Carlos José, administrador único de la concursada en la fecha de los hechos, y el domicilio social de la sociedad beneficiada por los pagos cuestionados RENENUTET MAAT S.L.
No puede admitirse la impugnación. En realidad, aunque la sentencia no lo mencione expresamente, está haciendo una aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico. Del velo protector de la personalidad jurídica que debe separarse del sustrato personal de la misma, salvo que se utilice de forma abusiva o fraudulenta.
Recordemos que la mencionada doctrina fue recogida por múltiples sentencias de nuestro Tribunal Supremo, resultando emblemática la STS de 28 de Mayo de 1984, recogida, entre otras muchas, por la STS de 15-10-1997 que en su Fundamento Jurídico Tercero señala que : " que es la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona "disregard" y de la germana "durchgriff", que tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la S 28 mayo 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las SS 16 julio 1987 y 24 septiembre 1987, 5 octubre 1988, 20 junio y 12 noviembre 1991 y 12 febrero 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la S 3 junio 1991 se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros; lo que reiteran las SS 16 marzo y 24 abril 1992, 16 febrero 1994, y 8 abril 1996 que resume la doctrina jurisprudencial (en su f. j. 2º, pfo. 2). Por último, las tres sentencias más recientes reafirman y resumen la doctrina jurisprudencial; son las SS 31 octubre 1996, 10 febrero y 24 marzo 1997. La primera dice (f. j. 1º, pfo. 5): La teoría del "levantamiento del velo" -"lifting the veil"- creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas sean físicas o jurídicas; está, hay por hoy, plenamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia españolas, y a través de la misma se pretende evitar una simulación, en la constitución de una sociedad, que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la borla de la ley como protectora de derechos. Y en esa dirección hay que destacar la emblemática S de esta Sala 28 mayo 1984, cuando en ella se dice que "se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7,1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6,4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un niel uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7,2 CC) La segunda reitera y reproduce la doctrina que exponen las SS 28 mayo 1984 y 1 diciembre 1995. La tercera reitera la misma doctrina, con base en la misma S 28 mayo 1984 y en la de 12 febrero 1993; su texto literal es: en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución Española (arts. 1,1 y 9,3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7,1 CC), la práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto- se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6,4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7,2 CC) en daño ajeno o de los "derechos de los demás" (art 10 CE).".
Doctrina que, como señala la STS de 11-9-2003, no puede utilizarse sin más que la invocación unilateral de fraude, pues en principio ha de mantenerse la personalidad de las entidades jurídicas, si no quiere que desaparezca en la vida real la actividad jurídica de las sociedades. Es doctrina reiterada y consolidada del TS el carácter excepcional de la aplicación de esta teoría (SSTS 11-9-2003 y 4-10-2002, entre otras).
En el supuesto que nos ocupa el entramado societario se pone en evidencia cuando las sociedades que participan aparentan su dominio por el administrador de la concursada, Sr. Carlos José. Aún cuando no consta en este incidente la escritura pública que refiere la administración concursal en su oposición a los recursos de apelación, de fecha 22 julio 2009 en la que se procede a la compra de gran parte de las participaciones de la concursada por ANYPO DIVISION Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.L., sin embargo sí figura que su administrador único es Sr. Carlos José, también administrador de la concursada (al folio 291), teniendo ambas sociedades su domicilio social en Barcelona, Avda. Diagonal, nº 460, 5º C, que es el mismo domicilio profesional del mencionado administrador.
El Sr. Carlos José es también administrador único de RENENUTET MAAT S.L.(folio 52, doc. 33 aportado con la demanda incidental), la cual fue constituida precisamente por quien sería su administrador único, el mismo ya citado, que actuaba en su propio nombre y además en representación de STD LEMON MULTI 2008 S.L. SOCIEDAD UNIPERSONAL, de la que era administrador único también, y cuyo domicilio social es el ya citado

también.
Este entramado societario en el que la cabeza visible es el administrador único, todas ellas con el mismo domicilio social coincidente con su despacho profesional, evidencian que no se trata más que de sociedades interpuestas e instrumentales cuya finalidad es ocultar su sustrato personal, con el que se confunden, apareciendo el Sr. Carlos José como el dominador de todas ellas. Por ello no cabe que ahora se pretenda sustraer oponiendo la independencia y autonomía de las personas jurídicas, que le sirven de mero instrumento. Así puede sostenerse que los pagos recibidos por RENENUTET MAAT S.L. pueden entenderse realizados a favor del Sr. Carlos José, que es quien maneja todas esas sociedades instrumentales desde su mismo despacho profesional.
A ello debe añadirse que, salvo las facturas realizadas unilateralmente por la sociedad que ha percibido los pagos, no existe una prueba documental que justifique una contratación tan relevante que conlleve gastos de asesoramiento por importe de más de 400.000 euros. Facturas (docs 5 a 20 presentadas con la demanda incidental) que sobre el servicio prestado son escuetas, genéricas y ambiguas, casi correlativas, a pesar de emitirse durante varios meses. Especialmente cuando un asesoramiento por ese importe carece de una adecuada concreción en informes, dictámenes u otras formas de documentarlo, más allá de un simple informe de 7 páginas de contenido, que no justifica los pagos rescindidos por la sentencia impugnada.
En consecuencia, el motivo debe ser desestimado. Es aplicable la presunción recogida en el art. 71.3.1º LC, sin que pueda estimarse que se haya practicado prueba en contrario capaz de destruir la misma.": SAP Pontevedra (Sección 1) 07.06.2012 (Sentencia 316/2012; Rollo 288/2012)

3.3 Pago a sociedad del grupo

AP Almería

"TERCERO.-También hay datos probatorios para aplicar el artículo 71-3 de la Ley Concursal en relación con el artículo 93-2 de la misma. Así se deduce de estos hechos acreditados en el proceso:
-Las sociedades demandadas forman parte del grupo empresarial " Madrid Gestión" y pertenecen a un socio de la concursada (Madrid Gestión, S.A.) y a Don Melchor (administrador de la concursada hasta Agosto de 2009, y que lo era en el momento de hacerse los pagos cuya rescisión se solicitó), que es, además, administrador de las dos apelantes.
-Las propias apelantes admitieron en sus contestaciones a la demanda que son sociedades del grupo Madrid Gestión, y ésta es socia, a través de Gruinver-6, S.L., de más de un 10% del capital social de Gruinver-6,
S.L. de cuyo grupo forma parte Promociones Real de Nieva, S.L., de la que es único socio.
Por tanto es aplicable el artículo 71-3-1º que establece una presunción "iuris tantum" de perjuicio par la masa de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado. En cuanto a quienes son esas personas, tenemos como reglas las previstas en el artículo 93-2, la primera referida a socios con responsabilidad personal ilimitada de las deudas sociales y los que al nacer el crédito sean titulares de al menos el 5 % del capital social si la concursada tuviese valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10% en otro caso. Pero también considera "especialmente relacionadas" el apartado tercero a las sociedades que formen parte del mismo grupo declaradas en concurso y sus socios comunes que tengan el mismo porcentaje de capital social. Por ello no puede obviarse por los apelantes que mediaba el control directo de la concursada y de las demandadas por el Sr. Melchor mediante la sociedad GRUINVER 6, S.L., que tiene el 100% de aquella, pues el grupo Madrid Gestión tiene el 25 % de esta última y el Administrador lo es de las dos primeras sociedades y de las demandadas que facturaron, siéndolo también de Madrid Gestión, y aunque sea mancomunado su cargo de administrador en aquellas dos primeras sociedades no podemos olvidar su condición de consejero delegado en GRUINVER, por lo que de hecho existía un grupo empresarial al mediar un control de las sociedades, sin ninguna duda de las que facturaron, y su parte de la concursada y de otra que tiene el 100% del capital, lo que no elimina esa especial dependencia o relación que se exige por el artículo 71-3-1 de la Ley Concursal ante la prueba obrante y la falta de documentos que acrediten una contratación de la mediación por el Consejo de Administración, o al menos con la intervención de otros administradores mancomunados.": SAP Almería (Sección 2) 29.05.2013 (Sentencia 132/2013; Rollo 164/2012)

AP Lugo

"A efectos de lo dispuesto en el artículo 71.3.1º de la ley concursal, como ya tiene señalado esta Sala, la base para la presencia de un grupo de sociedades es la existencia de unidad de dirección, manifestada por la disposición de la mayoría de los derechos de voto y la composición de los órganos de administración y así, en este caso, de la composición de las sociedades Trasdega (concursada) e Inversiones Sarrianas se desprende que existe esa unidad de dirección a través de "Hierros Añón S.L." que ocupa una amplia mayoría de una y la mitad del capital social de la concursada, por lo que es evidente que existe esa relación de dominio a la que antes se hizo referencia, debiendo añadirse que el pago es rescindible ya que se efectuó entre personas especialmente relacionadas y en el plazo inferior a dos años, legalmente exigible, a la declaración del concurso, siendo una deuda no vencida ni exigible, basta ver las composiciones accionariales de las empresas, la identidad de administradores o las normas mercantiles al respecto (véase el artículo 4 de la Ley de Mercado de Valores de 28/7/88, el artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas o el 42 del código de comercio). La situación económica de la empresa concursada exigía la aportación de capital para reponer pérdidas y el pago hecho a Inversiones es claramente, en este contexto, perjudicial para la concursada y para la posterior masa de acreedores abocándola al concurso y es claro que ello supone una vulneración del principio "pars conditio conditorum" por el pago anticipado de tan elevada cantidad a una entidad especialmente relacionada con la

concursada, la cual resulta francamente privilegiada y beneficiada con respecto a los demás acreedores. El informe pericial acredita que la deuda no era vencida, líquida y exigible y lo mismo la documental existente, señalando el perito Sr. Tomás que si fuese así debería haber figurado en el pasivo corriente del balance en el epígrafe "deudas a corto plazo", no existiendo tal documentación y la contabilidad de ambas empresas la reflejan como deuda a largo plazo. El documento de venta lo califica como préstamo (punto 4º del documento de condiciones particulares de la compra-venta de acciones) y no como pretende la parte demandada como cuenta corriente con vencimiento a la vista, señalando el perito citado la posible manipulación contable (extremo 7 del informe) a los efectos del pleito dada la comunicación efectuada a la Administración Concursal en fecha 26 de enero de 2.009, apareciendo como a largo plazo y, posteriormente, apareciendo corregida en la ficha como a corto plazo, por todo lo cual y, en definitiva, no se puede afirmar que, por lo expuesto con detenimiento con anterioridad, estemos ante unas operaciones buenas para todas las partes, produciéndose el perjuicio patrimonial señalado, lo que lleva a la desestimación de todas las alegaciones formuladas y, en consecuencia, al rechazo del recurso y a la confirmación de la resolución recurrida. “: SAP Lugo 28.04.2010 (Sentencia 224/2010; Rollo 582/2009)

AP León

“El art. 71 de la Ley Concursal dispone: "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Recogiéndose en el nº 3 apartado primero: Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: "Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado". Debe examinarse en el caso si se estamos ante este supuesto atendidos los actos llevados a cabo por la concursada.
El razonamiento básico en que se sustenta la sentencia de considerar que se detrajeron fondos de la concursada a favor de la otra sociedad que la participaba al cien por cien es plenamente compartido en esta alzada, siendo perfectamente estimable a efectos indicativos que se satisficieron créditos subordinados con preferencia a otros lo que por otro lado llevó a la descapitalización de la concursada y su absoluta inviabilidad económica que la abocó a la situación en que ahora se encuentra. No demostrándose por Estaciones de Servicio en Carretera S.L., cuyo "onus probandi" le incumbía según el precepto antes citado, la inexistencia de perjuicio económico en los trasvases de fondos. En suma, consta acreditado suficientemente en el caso los hechos que se relatan en la demanda incidental presentada por la administración concursal de la Estaciones de Servicio Las Pedrosas S.L. y siendo de aplicación lo dispuesto en el articulo previamente citado, con las consecuencias previstas en el art. 73 de la Ley Concursal, es decir, el reintegro de las cantidades que se describen en el hecho cuarto del escrito rector presentado por la Administración Concursal. Procediendo desestimar los motivos de recurso y confirmar la sentencia apelada. “:SAP León 18.06.2010 (Sentencia 254/2010; Rollo 200/2010)

AP Madrid

“TERCERO.- La regla general en materia de rescisión concursal es que quien ejercita al efecto la correspondiente acción tiene que probar la existencia de perjuicio (art. 71.4 LC). Ahora bien, existen excepciones a este respecto, como lo son las presunciones "iruis et de iure" del artículo 71.2 de la LC (de manera que la concurrencia del hecho allí tipificado lleva implícita la consideración de la existencia de perjuicio, sin admitir la posibilidad de aportar prueba en contra de ello) y las presunciones "iuris tantum" del artículo 71.3 de la LC (en las que se parte, en principio, de la existencia de perjuicio, operando una inversión de la carga de la prueba prevista en la regla general, de modo que es el adquirente o beneficiario o el propio concursado los que deben probar la falta de perjuicio para la masa). Así se explica, aunque el mecanismo legal es muy claro, en la sentencia de la Sala 1ª del TS de 26 de octubre de 2012.
En el caso que aquí nos ocupa no se ha rebatido por la parte demandada la calificación legal, no sólo esgrimida por la administración concursal sino también aplicada por el juzgador en la resolución de la primera instancia, merced a la cual deban ser incardinados en una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial (en concreto, en el supuesto previsto en el artículo 71.3.1º LC, en relación con el artículo 93 de mismo cuerpo legal, por la existencia de especial relación entre los implicados en las disposiciones a título oneroso) los desplazamientos de fondos procedentes de la entidad concursada IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL a favor de PATRIMONIAL DIRAHESAN SL, producidos en los dos años anteriores a la declaración de concurso, cuya rescisión se pretende. En consecuencia, siendo ello así, la existencia de perjuicio patrimonial constituye el punto de partida de nuestro análisis. Lo que debemos plantearnos es si a tenor de las alegaciones y, sobre todo, de las pruebas aportadas por la parte demandada estamos ante sustento suficiente para desvirtuar la consecuencia que resultaría de la aplicación de la mencionada presunción legal.
CUARTO.- La parte apelante sostiene que ha mediado una efectiva prestación de servicios comerciales a favor de la concursada, IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL, por parte de PATRIMONIAL DIRAHESAN SL, que se efectuaba desde hacía años, lo cual le permitía recibir pagos periódicos de aquélla.
A este respecto hemos de decir que no debería olvidar la recurrente que la presunción que ha sido objeto de aplicación por el juez de lo mercantil (artículo 71.3.1º LC) no es la relativa a la gratuidad en la percepción de los fondos (artículo 71.2 de la LC, que lo sería de carácter "iuris et de iure"), sino que se parte de la existencia, al menos en un cierto grado, de onerosidad. Esto significa que no se descarta que pueda haber habido algún tipo de contraprestación a favor de la concursada, pues en lo que se asienta la presunción legal que aquí está siendo utilizada es en el posible trato de favor para el vinculado a la sociedad, que al obtener el cobro reduce el dinero que debería integrar la masa activa y con ello perjudica la posibilidad de satisfacción del resto de

acreedores, que se ven sometidos a la regla de la "par condicio creditorum". Las actuaciones subsumibles en dicha presunción entrañarían un menoscabo patrimonial que tiene la potencialidad, cuya apreciación debería ser adecuadamente desvirtuada, de incidir de modo significativo en las posibilidades de cobro del resto de los acreedores concursales

La recurrente no sólo no ha logrado desvirtuar esa presunción de la existencia de un trato de favor sino que además, tras escucharla y comprobar las pruebas que aporta, resulta que el panorama que rodea las operaciones objeto de este incidente concursal se revela como poco diáfano. Ello debilita todavía más la postura de la apelante, pues no ha quedado demostrado por aquélla ni la adecuada justificación del sacrificio patrimonial impuesto a la concursada con dichos pagos (porque existiera una equivalencia entre prestaciones) ni, por lo tanto, el respeto de la "par condicio ceditorum".

En primer lugar, el documento privado por el que se suscribe la relación contractual entre PATRIMONIAL DIRAHESAN SL e IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL resulta, ciertamente, muy inconcreto, hasta el punto de que no se determina en él con claridad el contenido de los servicios comerciales que la primera debería prestar a la segunda ni tampoco el importe de los mismos. Por otro lado, a la vista de su redacción, y dada la condición de apoderado general de la concursada Don. Victor Manuel, a su vez administrador de PATRIMONIAL DIRAHESAN SL, es perfectamente entendible que se susciten reparos sobre si dicho documento no estaría siendo un pretexto para que quien realizase, de facto, la actividad que constituye el objeto social de IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL, cobrase por ello, pese a que estatutariamente esté previsto que la función de administrador social de dicha entidad debiera ser gratuita. El carácter tan abierto del documento contractual es impropio de la seguridad jurídica que debería proporcionar el instrumento de regulación de una relación contractual entre dos entidades mercantiles y se convierte en una herramienta para pretextar, a conveniencia, el desplazamiento de fondos, en la cuantía que se desee, entre las mismas, lo que resulta especialmente preocupante desde la visión de los terceros afectados.

La documentación a que se refiere la apelante no contribuye a concretar la prestación de servicios concretos, por operaciones asimismo que pudieran estar debidamente identificadas y que, en función de su significado, trascendencia y cuantía, pudieran proporcionar sustento a cobros cuantitativamente determinados por parte de PATRIMONIAL DIRAHESAN SL. Por el contrario, lo que se constata es una fuga constante de fondos procedentes de la concursada IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL a favor de PATRIMONIAL DIRAHESAN SL. El problema no puede limitarse, como propone la recurrente, a que cada salida de fondos no sea de carácter astronómico, sino a la falta de justificación concreta para cada una de ellas. Por otro lado, la salida permanente de fondos acumula finalmente una cifra que, cuando menos, no puede considerarse poco relevante y que claramente entraña una reducción de masa activa (dinero de las cuentas de la concursada) y con ello una disminución de la posibilidad de satisfacción para el resto de los acreedores. (...)

SEXTO.- El hecho de que la entidad PATRIMONIAL DIRAHESAN SL pueda tener un crédito reconocido a su favor en el seno del concurso de IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL en nada influye en este aspecto. No es objeto de análisis en este incidente la justificación que pudiera tener el mismo, ni el motivo por el que no se ha cuestionado en su lugar correspondiente, sin que deba perderse de vista que su condición de subordinado inquietaría poco al resto de los interesados. El problema estriba, y eso es lo que justifica esta incidente de rescisión, en los fondos que estuvieron saliendo en la época previa a la declaración de concurso, porque entrañan un menoscabo patrimonial que sí tiene la potencialidad, cuya apreciación no ha sido adecuadamente desvirtuada, de incidir de modo significativo en las posibilidades de cobro del resto de los acreedores.”: SAP Madrid (Sección 28) 13.06.2014 (Sentencia 188/2014; Rollo 775/2012)

“SEGUNDO.- VALORACIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LAS CUESTIONES SUSCITADAS EN EL RECURSO

4.- Hemos de advertir que el recurso reproduce miméticamente las circunstancias del tramitado en este mismo tribunal con el número 775/2012, resuelto por sentencia 118/2014, de fecha 13 de junio de 2014. En el propio escrito de la demanda iniciadora del presente expediente se da cuenta (apartado sexto de los hechos) de que la misma situación que con CARRERA se plantea con PATRIMONIAL DIRAHESAN, S.L., que es quien en ese otro recurso figura como parte recurrente, subrayando las vinculaciones (sus administradores son hermanos, mismo domicilio social) y la similitud del modus operandi de las dos sociedades, así como de la concursada en relación con ellas. Ello justifica que nos limitemos aquí a reproducir el argumentario desplegado en nuestra anterior resolución, pues no exige otras adaptaciones que la relativa a la denominación de la sociedad a la que se hicieron los pagos controvertidos, dada, insistimos, la absoluta identidad de sustrato fáctico y circunstancias procesales (alegaciones, pruebas e íter procesal).

5.- En nuestra sentencia de 13 de junio de 2014 resolvimos las cuestiones que se plantean en el recurso señalando lo siguiente:

" (...) TERCERO.- La regla general en materia de rescisión concursal es que quien ejercita al efecto la correspondiente acción tiene que probar la existencia de perjuicio (art. 71.4 LC). Ahora bien, existen excepciones a este respecto, como lo son las presunciones "iruis et de iure" del artículo 71.2 de la LC (de manera que la concurrencia del hecho allí tipificado lleva implícita la consideración de la existencia de perjuicio, sin admitir la posibilidad de aportar prueba en contra de ello) y las presunciones "iuris tantum" del artículo 71.3 de la LC (en las que se parte, en principio, de la existencia de perjuicio, operando una inversión de la carga de la prueba prevista en la regla general, de modo que es el adquirente o beneficiario o el propio concursado los que deben probar la falta de perjuicio para la masa). Así se explica, aunque el mecanismo legal es muy claro, en la sentencia de la Sala 1ª del TS de 26 de octubre de 2012.

En el caso que aquí nos ocupa no se ha rebatido por la parte demandada la calificación legal, no sólo esgrimida por la administración concursal sino también aplicada por el juzgador en la resolución de la primera instancia, merced a la cual deban ser incardinados en una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial (en concreto, en el supuesto previsto en el artículo 71.3.1º LC, en relación con el artículo 93 de mismo cuerpo legal, por la existencia de especial relación entre los implicados en las disposiciones a título oneroso) los

desplazamientos de fondos procedentes de la entidad concursada IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL a favor de PATRIMONIAL DIRAHESAN SL, producidos en los dos años anteriores a la declaración de concurso, cuya rescisión se pretende. En consecuencia, siendo ello así, la existencia de perjuicio patrimonial constituye el punto de partida de nuestro análisis. Lo que debemos plantearnos es si a tenor de las alegaciones y, sobre todo, de las pruebas aportadas por la parte demandada estamos ante sustento suficiente para desvirtuar la consecuencia que resultaría de la aplicación de la mencionada presunción legal.
CUARTO.- La parte apelante sostiene que ha mediado una efectiva prestación de servicios comerciales a favor de la concursada, IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL, por parte de PATRIMONIAL DIRAHESAN SL, que se efectuaba desde hacía años, lo cual le permitía recibir pagos periódicos de aquélla.
A este respecto hemos de decir que no debería olvidar la recurrente que la presunción que ha sido objeto de aplicación por el juez de lo mercantil (artículo 71.3.1º LC) no es la relativa a la gratuidad en la percepción de los fondos (artículo 71.2 de la LC, que lo sería de carácter "iuris et de iure"), sino que se parte de la existencia, al menos en un cierto grado, de onerosidad. Esto significa que no se descarta que pueda haber habido algún tipo de contraprestación a favor de la concursada, pues en lo que se asienta la presunción legal que aquí está siendo utilizada es en el posible trato de favor para el vinculado a la sociedad, que al obtener el cobro reduce el dinero que debería integrar la masa activa y con ello perjudica la posibilidad de satisfacción del resto de acreedores, que se ven sometidos a la regla de la "par condicio creditorum". Las actuaciones subsumibles en dicha presunción entrañarían un menoscabo patrimonial que tiene la potencialidad, cuya apreciación debería ser adecuadamente desvirtuada, de incidir de modo significativo en las posibilidades de cobro del resto de los acreedores concursales
La recurrente no sólo no ha logrado desvirtuar esa presunción de la existencia de un trato de favor sino que además, tras escucharla y comprobar las pruebas que aporta, resulta que el panorama que rodea las operaciones objeto de este incidente concursal se revela como poco diáfano. Ello debilita todavía más la postura de la apelante, pues no ha quedado demostrado por aquélla ni la adecuada justificación del sacrificio patrimonial impuesto a la concursada con dichos pagos (porque existiera una equivalencia entre prestaciones) ni, por lo tanto, el respeto de la "par condicio ceditorum".
En primer lugar, el documento privado por el que se suscribe la relación contractual entre PATRIMONIAL DIRAHESAN SL e IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL resulta, ciertamente, muy inconcreto, hasta el punto de que no se determina en él con claridad el contenido de los servicios comerciales que la primera debería prestar a la segunda ni tampoco el importe de los mismos. Por otro lado, a la vista de su redacción, y dada la condición de apoderado general de la concursada del Sr. Germán, a su vez administrador de PATRIMONIAL DIRAHESAN SL, es perfectamente entendible que se susciten reparos sobre si dicho documento no estaría siendo un pretexto para que quien realizase, de facto, la actividad que constituye el objeto social de IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL, cobrase por ello, pese a que estatutariamente esté previsto que la función de administrador social de dicha entidad debiera ser gratuita. El carácter tan abierto del documento contractual es impropio de la seguridad jurídica que debería proporcionar el instrumento de regulación de una relación contractual entre dos entidades mercantiles y se convierte en una herramienta para pretextar, a conveniencia, el desplazamiento de fondos, en la cuantía que se desee, entre las mismas, lo que resulta especialmente preocupante desde la visión de los terceros afectados.
La documentación a que se refiere la apelante no contribuye a concretar la prestación de servicios concretos, por operaciones asimismo que pudieran estar debidamente identificadas y que, en función de su significado, trascendencia y cuantía, pudieran proporcionar sustento a cobros cuantitativamente determinados por parte de PATRIMONIAL DIRAHESAN SL. Por el contrario, lo que se constata es una fuga constante de fondos procedentes de la concursada IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL a favor de PATRIMONIAL DIRAHESAN SL. El problema no puede limitarse, como propone la recurrente, a que cada salida de fondos no sea de carácter astronómico, sino a la falta de justificación concreta para cada una de ellas. Por otro lado, la salida permanente de fondos acumula finalmente una cifra que, cuando menos, no puede considerarse poco relevante y que claramente entraña una reducción de masa activa (dinero de las cuentas de la concursada) y con ello una disminución de la posibilidad de satisfacción para el resto de los acreedores. (...)
SEXTO.- El hecho de que la entidad PATRIMONIAL DIRAHESAN SL pueda tener un crédito reconocido a su favor en el seno del concurso de IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL en nada influye en este aspecto. No es objeto de análisis en este incidente la justificación que pudiera tener el mismo, ni el motivo por el que no se ha cuestionado en su lugar correspondiente, sin que deba perderse de vista que su condición de subordinado inquietaría poco al resto de los interesados. El problema estriba, y eso es lo que justifica esta incidente de rescisión, en los fondos que estuvieron saliendo en la época previa a la declaración de concurso, porque entrañan un menoscabo patrimonial que sí tiene la potencialidad, cuya apreciación no ha sido adecuadamente desvirtuada, de incidir de modo significativo en las posibilidades de cobro del resto de los acreedores".
6.- Con ello se da respuesta exhaustiva a las motivos de impugnación sobre los que se estructura el recurso, imponiéndose, como consecuencia de cuanto se lleva expuesto, la desestimación del mismo.": SAP Madrid (Sección 28) 20.06.2014 (Sentencia 197/2014; Rollo 771/2012)

3.4 Pago a socio-trabajador. Se justifica la ausencia de perjuicio

AP Barcelona

"La administración concursal de IBERGRAFIC SA, mediante el incidente concursal correspondiente, instó la rescisión de los pagos realizados por la concursada a don Bernardo en fechas 23 de marzo y 1 de abril de 2009, por importe de 4.856,66 euros y 24.501,10 euros, respectivamente. Ibergrafic S.A. se allanó a la demanda, mientras que el Sr. Bernardo se opuso.

El juzgado mercantil estimó la demanda. La sentencia ahora impugnada considera probado que don Bernardo es socio de Ibergrafic S.A. en un porcentaje del 20,03% y, por tanto, persona especialmente relacionada con la concursada, conforme a los artículos 93 y 71.3.1º de la Ley concursal (LC). Considera probado, asimismo, que se efectuaron los dos pagos alegados por la Administración concursal los días 20 y 31 de marzo de 2009, con anterioridad a la declaración de concurso, de 1 de abril de 2009. El Sr. magistrado considera irrelevante y no acreditada la situación de grave enfrentamiento entre el socio y la sociedad; estima también irrelevante la ausencia de ánimo fraudulento y aplica la presunción iuris tantum (que admite prueba en contrario) de perjuicio patrimonial para la masa activa, del artículo 71.3.1º LC. Con base en ella, declara la ineficacia de los pagos impugnados y condena a don Bernardo a restituir al concurso la suma de 29.357,76 euros, con sus frutos e intereses, y al pago de las costas del incidente. (...)

Debe examinarse el último motivo de apelación, en que el demandado, invocando la infracción, por aplicación indebida, del artículo 71.3.1º LC, reitera, en lo esencial, sus alegaciones de la primera instancia sobre la ausencia de perjuicio a la masa activa.

No se ha cuestionado la naturaleza laboral del crédito cuyo pago se impugna. El Sr. Bernardo, además de socio, con el 20 % del capital social de Ibergrafic S.A., era empleado de la sociedad -estas dos condiciones no las discuten las partes en ningún momento-. El nacimiento del crédito tuvo lugar como consecuencia del despido colectivo autorizado tras la presentación por la sociedad de un expediente de regulación de empleo (ERE). El demandado ha aportado a los autos documentos cuya autenticidad no se ha impugnado, relativos a dicho ERE:

-Ibergrafic S.A. remitió a don Bernardo, el 6 de junio de 2008, la carta de extinción de su contrato de trabajo (documento 2 de la contestación a la demanda).

-Consta que el 11 de junio de 2008, el Sr. Bernardo se negó a recibir, ¿por no estar conforme¿, la cantidad de 4.920,82 euros que le entregaba Ibergrafic S.A., en concepto de nómina de junio y liquidación de partes proporcionales y vacaciones pendientes por el cese en la empresa, como consecuencia de la aplicación del ERE 103/2008. Así lo hizo constar en el documento de recibo y finiquito que le presentó la sociedad (documento 3 de la contestación).

-Obra en autos carta del Sr. Bernardo a Ibergrafic S.A., remitida por burofax y fechada a 26 de junio de 2008, en que aquél manifiesta que, sin perjuicio de iniciar cuantas acciones legales le asistan, porque entiende que el ERE no debía afectarle, por no ocupar un lugar de trabajo afecto a las líneas de producción que figuraban en la memoria, y porque considera que el expediente es nulo de pleno derecho por fraude del administrador, al desviar la línea de papel continuo hacia la empresa Formularios de Informática, requiere a la sociedad para que, de manera inmediata, le pague la suma de 55.292,99 euros, más intereses legales, como liquidación de partes proporcionales de pagas, nómina de junio e indemnización acordada en dicho expediente. Termina rechazando que el asesor laboral de la compañía condicione el pago de dichas cantidades a su renuncia al recurso de alzada contra la resolución que aprueba el ERE (documento 4 de la contestación).

-La autorización de la rescisión de los contratos de trabajo por parte del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya data de 5 de junio de 2008. En la resolución se hace referencia, entre otras circunstancias, al escrito de 29 de mayo, del trabajador don Bernardo en que manifiesta: que el representante de los trabajadores no le ha facilitado información sobre el expediente; que en el período de consultas se ha opuesto a las causas alegadas por la empresa; que el acuerdo con los restantes 11 trabajadores ha sido posible por el fraude cometido por la empresa, al desviar parte del negocio a otra empresa, denominada Formularios de Informática S.A., controlada por los mismos administradores y personas afines y que ha interpuesto una querella contra los socios mayoritarios, que ha dado lugar a las diligencias previas número 565/2008 del juzgado de Instrucción número 6 de Martorell. Finalmente, solicita que se remita el expediente a la autoridad judicial para su declaración de nulidad por fraude.

La autoridad laboral desestima las alegaciones del Sr. Bernardo, por falta de prueba del fraude alegado y autoriza la rescisión de los contratos (documento 5 de la contestación).

-Según ese mismo documento y el número 6 de la contestación, el ERE, inicialmente previsto para 12 de los 26 trabajadores de la plantilla, afectó, finalmente, a 11, una vez desafectado uno de ellos, por su condición de delegado de personal. 8 trabajadores habían ingresado en la empresa entre los años 2000 y 2007, dos en los años 90 y el Sr. Bernardo, en febrero de 1987.

-Consta en autos que el Juzgado de Instrucción 6 de Martorell incoó las diligencias previas referidas y consta, asimismo, que por auto de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de abril de 2009, se acordó admitir la ampliación de la querella de don Bernardo y otro, inicialmente por delitos societarios, para investigar ¿si el expediente de regulación de empleo tiene su origen en la despatrimonialización de la empresa Ibergrafic S.A., esto es, si trae causa directa o indirecta, de la situación generada por la perpetración de los hechos objeto de imputación en la querella inicial¿ (documentos 11 y 12 de la contestación).

-Finalmente, consta que, el 10 de diciembre de 2008, don Bernardo presentó demanda contra Ibergrafic S.A., ante el Juzgado de lo Social, en reclamación de 99.530,54 euros, por las cantidades pendientes (6 días de junio de 2008, paga extra de junio de 2008, vacaciones, indemnización pactada). Admitida la demanda, se señaló el día 17 de marzo de 2009 para la celebración del juicio. Ese día, las partes llegaron a una conciliación, por la que el demandante se comprometía a abonar al demandado la suma de 4.856,22 euros, mediante cheque de 20 de marzo de 2009, y la suma de 24.501,10 euros, mediante pagaré de 31 de marzo de 2009.

Fuera del ámbito del ERE, se aporta también con la contestación una copia de la sentencia, devenida firme, de 9 de octubre de 2009, del Juzgado de Primera Instancia 1 de Martorell, estimatoria de la demanda, de 5 de mayo de 2008, de don Bernardo y otro, contra Ibergrafic S.A., que condena a la sociedad a pagar al hoy apelante la suma de 30.795,55 euros, en devolución de préstamo efectuado a la sociedad por el Sr. Bernardo.

Los datos anteriores nos impiden, en primer lugar, compartir la conclusión del juez mercantil, según la cual, no habría quedado probado en autos la situación de grave enfrentamiento entre el demandado incidental y la sociedad concursada. Lo hay -o lo hubo en el periodo que aquí interesa- en los ámbitos social, penal y civil.

Los hechos -y el contexto- que muestran los documentos referidos impiden igualmente apreciar el carácter fraudulento del pago de Ibergrafic S.A. al Sr. Bernardo al que se ha hecho referencia reiterada en el incidente y que, como pone de relieve el Sr. magistrado, no es necesario para acordar la rescisión conforme al artículo 71.1 LC.
7. El artículo 71.3.1º que, según la parte apelante, habría sido aplicado incorrectamente en la sentencia impugnada, presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial para la masa activa cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. El artículo 93.2.1º LC considera personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, entre otros, los socios que sean titulares de, al menos, un diez por ciento del capital social. Esta condición se da en el demandado apelante, que, como se ha dicho, ostenta el 20 % del capital social de Ibergrafic S.A.
Ahora bien, la presunción del artículo 71.3.1º admite prueba en contrario. El conjunto de datos fácticos acreditados en el procedimiento, expuestos en el fundamento de derecho anterior, conduce a concluir que los pagos en cuestión no fueron perjudiciales para la masa activa.
Consideramos probada la ausencia de perjuicio patrimonial directo o en sentido estricto, ya que la disminución del activo que supone el pago total o parcial de la deuda de Ibergrafic S.A. con el Sr. Bernardo, fue acompañada, correlativamente, de la disminución del pasivo en la misma proporción, por lo que el patrimonio neto de la concursada no se resintió.
Como hemos expuesto en otras ocasiones (así, en la sentencia de 8 de enero de 2009), el perjuicio se derivaría de haber dado al crédito del Sr. Bernardo un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que, en definitiva, habrían de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (y de ahí la apreciación del perjuicio, indirecto, a la masa activa).
No apreciamos, sin embargo, que los pagos de autos impliquen ese trato de favor. El crédito que extinguen es, como se ha expuesto, de naturaleza laboral, consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, en el marco del expediente de regulación de empleo al que se ha hecho antes referencia. La notificación de la extinción tuvo lugar el 6 de junio de 2008, es decir, muchos meses antes de la declaración de concurso, periodo en que no consta la insolvencia de Ibergrafic S.A., que no solicitó el concurso voluntario hasta marzo de 2009. El ERE afectó a otros diez trabajadores de la concursada. Respecto de todos ellos, Ibergrafic S.A. se obligó a efectuar los pagos en la fecha de cese y en 15 de junio de 2008. El hecho de que el pago al demandado incidental, por su abierta discrepancia con el ERE, se demorara en relación con los pagos efectuados a los otros trabajadores de la empresa y no tuviera lugar hasta que, instada reclamación por el Sr. Bernardo ante el Juzgado de lo Social, éste convocó a las partes a juicio, no puede conducir a apreciar una alteración de la par condicio creditorum a favor del hoy apelante.
En conclusión, no advertimos en este caso un perjuicio a la masa activa en sentido directo ni indirecto, por quebrantamiento del principio de paridad de trato, y por ello procede estimar el recurso de apelación.": SAP Barcelona (Sección 15) 07.07.2011 (Sentencia 307/2011; Rollo 246/2011)

3.5 Pago a socios

AP Barcelona

"La administración concursal de Sant Vicenç-Can Ros SL instó, mediante el incidente concursal correspondiente, la rescisión del acto de disposición realizado por la concursada el 18 de julio de 2008, por importe de 30.000 euros, a favor de su socio, aquí codemandado, don Mariano. El Sr. juez mercantil estimó la demanda y contra su sentencia apelan ambos demandados, que solicitan su revocación, con la desestimación de la demanda de la Administración concursal.
La mejor comprensión de lo debatido aconseja relacionar los hechos relevantes del caso, que la sentencia del juzgado refiere, de forma clara y concisa, en el fundamento de derecho primero, y que no han sido discutidos -aunque sí su valoración- en apelación. Son, en síntesis, los siguientes:
1)Don Mariano es socio de la sociedad concursada, Sant Vicenç-Can Ros, S.L., con una participación en el capital social superior al 10 por ciento.
2)El día 16 de julio de 2008, el Sr. Mariano recibió de Sant Vicenç-Can Ros 30.000 euros.
3)Tres días después fue solicitado el concurso voluntario de Sant Vicenç-Can Ros, declarado por auto de 30 de octubre de 2008.
4)Don Mariano era fiador solidario de la póliza de crédito de que era titular la sociedad concursada. Con la finalidad de atenderla a su vencimiento, hizo una aportación patrimonial de 33.000 euros el 18 de abril de 2008. Las aportaciones fueron realizadas por el concursado para financiar a la sociedad, falta de tesorería, de manera que ésta pudiera dar comienzo a dos promociones y pudiera obtener entonces crédito al promotor por parte de las entidades financieras. (...)
El recurso también niega -apartado c), fundamento de derecho 4 de esta sentencia- que la actuación objeto de la acción de reintegración sea un acto de disposición a los que se refiere el artículo 71.3.1º LC. Con arreglo a esta norma, "salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trata de los siguientes actos: 1º. Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado". Como se ha expuesto, es en aplicación de esta presunción, no desvirtuada en el juicio, que el Sr. magistrado acuerda la rescisión.
La concursada, Sant Vicenç-Can Ros, y su socio codemandado, don Mariano, admiten expresamente que éste es una persona especialmente relacionada con la sociedad, pero niegan que estemos en presencia de un acto dispositivo a título oneroso.

En el recurso se afirma que "las aportaciones o préstamos realizados por el socio Mariano a la concursada se realizaron sin cobrar interés alguno y únicamente se condicionaban a su posterior restitución". No revestirían carácter oneroso, según la apelante, puesto que no responden a una recíproca prestación ni existe beneficio o lucro.
Parece confundirse aquí la naturaleza del préstamo o aportación realizado por el Sr. Mariano a la concursada, que bien pudo tener el carácter gratuito que sostiene la recurrente -es decir, sin obligación de pago de intereses por la sociedad-, con el carácter oneroso del acto de pago, por la sociedad al socio, de la suma de 30.000 euros objeto de la rescisión de autos. El acto jurídico rescindido en el caso de autos no es el de la aportación que se afirma realizada en su día por el socio a la sociedad, negocio que subsiste y que ha generado el crédito subordinado a favor del Sr. Mariano, reconocido en la sentencia impugnada. El acto cuya rescisión solicitó la administración concursal y acordó el juzgado es el acto de pago al socio de
30.000 euros que, según los demandados -y esa tesis acoge la administración concursal y el juez- constituía la devolución de la aportación efectuada.
Como pone de relieve el juez, así resulta de la propia versión del negocio que ofrece la parte demandada y que ha sido admitida en el relato fáctico de la sentencia. El acto dispositivo consistente en la entrega por la sociedad al socio de 30.000 euros, el día 16 de julio de 2008, no fue, según la versión de los propios demandados, un acto a título gratuito, lucrativo o de liberalidad de la sociedad -al que se aplicaría el artículo 71.2 LC -, sino que fue un acto oneroso, en el sentido que la atribución patrimonial en que consistió era la contraprestación de una atribución patrimonial anterior efectuada por el socio a favor de la sociedad y se actuó solvendi causa.
9. Atendido que nos hallamos ante la previsión del artículo 71.3.1º LC, incumbía a la parte demandada la acreditación de la inexistencia de perjuicio para la masa activa, derivado del acto de disposición a favor del Sr. Mariano.
Compartimos la conclusión del Sr. magistrado sobre la falta de pruebas que permitan desvirtuar la presunción legal. Conclusión que tampoco es enervada en el recurso, cuya argumentación no va en la dirección de la acreditación de la ausencia de perjuicio para la masa, sino en la del cuestionamiento de la inversión operada en materia de carga de la prueba -inversión ordenada por la LC, en el tan citado artículo 71.3, y no por el juez.
Como dijimos en una sentencia anterior, de 22 de septiembre de 2010, dictada en autos de incidente suscitado en este mismo concurso, la presunción del artículo 71.3.1º LC se explica en este caso, porque, en principio, al efectuarse el pago "a una persona especialmente relacionada con el deudor en época anterior, más o menos próxima al concurso, se le favorece injustificadamente al permitirle eludir el tratamiento subordinado de su crédito en la situación concursal, lo que origina un perjuicio a la masa activa en la medida en que los demás acreedores con preferencia de cobro en el seno del concurso ven disminuida la garantía patrimonial para la satisfacción de la cuota que les pudiera corresponder, y en la misma medida queda mermada la masa activa destinada a tal fin".
Correspondía a la parte demandada demostrar la inexistencia del perjuicio, que puede resultar en atención a la concreta operación o acto dispositivo en relación con sus "circunstancias, en particular, en este caso, si se hubiera acreditado que al tiempo de hacerse las devoluciones al socio, la sociedad no se hallaba en situación de insolvencia o no había sobreseído en el pago de sus obligaciones exigibles". Pero esto no ha sido acreditado "y la inexistencia de perjuicio no cabe derivarla de la correlativa disminución del pasivo al efectuar los pagos, porque en todo caso lo que se produce es una alteración de las preferencias de cobro, al favorecer al acreedor que en el concurso vería postergado su crédito hasta que cobraran los demás acreedores no subordinados, con lo que ha eludido, en perjuicio de éstos, el trato que le correspondería en el contexto concursal". ": SAP Barcelona (Sección 15) 20.04.2011 (Sentencia 192/2011; Rollo 578/2010)

“SEGUNDO. La decisión de la de la sentencia es de todo punto lógica y acertada, teniendo en cuenta lo que sigue (lo decimos tras la revisión de lo actuado).
1. No se ha probado por quien estaba en condiciones de hacerlo (art. 217.7 LEC en relación con el apartado 1) que el reintegro de 31.249,48 # se hiciera a lo largo de los primeros meses de 2009. Quien pagó y quien recibió esa cantidad son quienes han de probar frente a los terceros, y especialmente en el contexto concursal, la fecha y el destinatario concreto de tales pagos, y ninguna prueba documental (como sería lo normal) o de otro tipo se ha aportado.
Debe concluirse, por ello, que el pago se hizo en la fecha que refleja el asiento contable, que es la que declara la sociedad frente a terceros como fecha de efecto de la operación y la que debe presumirse veraz de acuerdo con el principio de cronología u orden de fechas que rige en materia contable (art. 28.1 CCom.) y, particularmente, en la llevanza del libro Diario, que ha de registrar "día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa" (art. 28.2 CCom.). Se ha de presumir, por ello, en beneficio de la sociedad concursada, que ha observado las reglas y principios contables y ha anotado en la contabilidad las operaciones (pagos y cobros) en la fecha en que realmente se han producido.
Admitido por la parte demandada que los ingresos en la caja social, en concepto de préstamos, se hicieron de forma "conjunta", sin especificar importes ingresados por cada uno de los socios condenados, la necesaria conclusión, a falta de acreditación por parte de quien debía probar, es que la devolución o reintegro, el 30 de junio de 2009, se hizo a ambos, en proporción que no se no se ha aclarado, por lo que es consecuente la condena solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición interna, entre los dos socios, por la parte que puedan reclamarse.
No se ha probado tampoco por quien debía y estaba en condiciones de hacerlo que la sociedad hubiese continuado su actividad industrial o constructiva, o comercial, después de la fecha comunicada a la Agencia Tributaria como de cese efectivo en su actividad empresarial. Si, como se afirma, no se emitieron más facturas desde el 31 de marzo de 2009 es necesario concluir que la razón de ello es que había cesado en su actividad; lo contrario, si la sociedad continuó su actividad empresarial, sugiere una grave irregularidad administrativa y

fiscal por no emitir facturas. Hemos de presumir, también en beneficio de la concursada, que no cometió irregularidades que, no necesariamente en el ámbito penal, puedan comprometer a sus administradores.
No se cuestiona que al 30 junio 2009 la sociedad adeudaba los créditos relacionados en el cuadro que incorpora la demanda, que refleja deudas vencidas e impagadas frente a la TGSS, la Agencia Tributaria y un trabajador en abril de 2009, cuando ya la sociedad había presentado la baja fiscal por cese de actividad, y en la época en que (así se reconoce) hubo de hacer un "ajuste de plantilla muy importante".
No se ha discutido que los Sres. Justino y Romualdo sean personas especialmente relacionadas con la concursada de acuerdo con el art. 93.2.1º LC, por ser socios de la sociedad concursada cada uno con un 33,33 % del capital, lo cual autoriza de entrada la aplicación de la presunción legal iuris tantum, salvo prueba en contrario a cargo de los demandados, de la existencia de un perjuicio a la masa activa, establecida por el art. 71.3.1º LC, por razón de los pagos realizados a tales socios dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, sean o no conceptuados como actos de extinción de una obligación exigible (préstamo).
TERCERO. 1. En este contexto pierde relevancia el dato del concepto de las aportaciones realizadas a la sociedad (ambiguamente contabilizadas como fondos propios y también como pasivo exigible) y el vencimiento de la obligación de devolución, antes o después de la declaración del concurso, porque en todo caso se impone la presunción de perjuicio del art. 71.3.1º LC.
2. El presupuesto objetivo de la acción de reintegración concursal que diseña el art. 71 LC es la existencia de un acto perjudicial para la masa activa, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, momento éste en el que, ex post, se determinará si el acto en cuestión ha supuesto una disminución o quebranto del patrimonio del deudor que, una vez declarado el concurso, integra dicha masa activa, y que sirve de garantía para el cobro de los créditos concursales en el seno del procedimiento.
La norma, sin embargo, como hemos señalado en resoluciones anteriores, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto (o en sentido más amplio) por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores, cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal para el cobro. En este sentido el perjuicio es presumido por la Ley en el apartado 2 (con carácter iuris et de iure) y en el apartado 3 (aquí iuris tantum) del art. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes, además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado.
Fuera de esos supuestos que describen los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, el perjuicio a la masa activa, generado de forma indirecta por quebrantamiento del principio de la paridad de trato, se habrá de probar por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC), y no deriva, simplemente, de que el deudor haya atendido, en el período de antelación legal, algunas obligaciones y otras no.
En tales supuestos, de pago de deudas vencidas en dicho período, no puede aceptarse en puridad un perjuicio patrimonial directo o en sentido estricto, ya que la disminución del activo que supone el pago total o parcial de la deuda va acompañada, correlativamente, de la disminución del pasivo en la misma proporción, por lo que el patrimonio neto no se resiente. El perjuicio se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (y de ahí la apreciación del perjuicio, indirecto, a la masa activa).
3. En todo caso, de no admitirse la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC, contemplamos aquí un acto de disposición dineraria realizado por la concursada en los dos años anteriores a la declaración del concurso a favor de una o dos personas especialmente relacionadas de acuerdo con el art. 93 LC, y este es el supuesto de hecho que el art. 71.3.1º LC adopta como presunción de perjuicio a la masa activa, a menos que la parte demandada o favorecida demuestre que no ha existido tal perjuicio, en el sentido descrito.
Tal presunción se explica concretamente en este caso porque, en principio, al efectuarse esos pagos a una persona o personas especialmente relacionadas con la concursada en época anterior, más o menos próxima, a la declaración del concurso, se les favorece injustificadamente al permitirles eludir el tratamiento subordinado de su crédito en la situación concursal, lo que origina un perjuicio a la masa activa en la medida en que los demás acreedores con preferencia de cobro en el seno del concurso ven disminuida la garantía patrimonial para la satisfacción de la cuota que les pudiera corresponder, y en la misma medida queda mermada la masa activa destinada a tal fin.
Correspondía a la parte demandada demostrar la inexistencia del perjuicio, que puede resultar en atención a la concreta operación o acto dispositivo en relación con su coyuntura y circunstancias, en particular, en este caso, si se hubiera acreditado que al tiempo de hacerse las devoluciones al socio-administrador la sociedad no se hallaba en situación de insolvencia o no había sobreseido en el pago de sus obligaciones exigibles. Pero, por el contrario, lo que resulta de lo actuado es que al tiempo de devolver el alegado préstamo, en junio de 2009, la sociedad ya había cesado en su actividad y pesaba sobre ella un importante pasivo vencido y exigible, lo que justificaría la decisión, en diciembre de 2009, y tras un "importante ajuste de plantilla", de solicitar el concurso voluntario, en el que ha sido abierta la fase de liquidación.
No cabe derivar la inexistencia de perjuicio de la correlativa disminución del pasivo al efectuar los pagos, porque en todo caso lo que se produce es una alteración de las preferencias de cobro, al favorecer al acreedor que en el concurso vería postergado su crédito hasta que cobraran los demás acreedores no subordinados, con lo que ha eludido, en perjuicio de éstos, el trato que le correspondería en el contexto concursal.”: SAP Barcelona (Sección 15) 01.03.2012 (Sentencia 84/2012; Rollo 532/2011)

AP Burgos

“PRIMERO. Se recurre la sentencia que acuerda la rescisión de los pagos hechos por la concursada a don Leovigildo por importe de 672.000 # en el año anterior a la declaración de concurso, y en todo caso cuando ya la concursada estaba en situación de insolvencia. Don Leovigildo es socio mayoritario de la concursada con un 82% del capital social.
SEGUNDO. La sentencia acuerda la rescisión de los pagos por importe de 282.700 # el 11 de enero de 2012, de 210.000 # el 18 de julio de 2012 y de 180.000 # el 2 de enero de 2012 por estimar que son actos perjudiciales para la masa activa al suponer una disminución del patrimonio de la concursada, no pudiendo considerarse actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor. Con ello se vienen a rescindir los pagos por aplicación del número 1º del artículo 71 de la Ley Concursal, "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". No obstante, la AC había alegado también el supuesto del artículo 71.3.1º "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado".
TERCERO. En el recurso formulado por ambas partes apelantes, que viene a ser reproducción uno del otro, se reprocha a la sentencia falta de motivación por no haber examinado los pagos realizados al socio dentro de la deuda que la propia concursada tenía con don Leovigildo debido a la continua aportación de fondos y pagos hechos por el citado socio de deudas de la sociedad, tal y como refleja la cuenta 551 con socios administradores. Es decir, sin desconocer la parte apelante, porque no puede hacerlo, que los pagos suponen una disminución del patrimonio de la concursada, y que en esa medida pueden suponen un perjuicio para la masa activa, lo que se pedía era que el Juzgador encontrase justificados los pagos por la sencilla razón de que el socio había puesto más dinero del que había recibido. Este era el verdadero fundamento de la oposición formulada, tanto por la concursada como por don Leovigildo, que no ha recibido contestación en la sentencia apelada. Ahora bien, la citada falta de motivación no debe merecer el reproche de la nulidad de la sentencia en la medida en que la infracción del principio de tutela judicial efectiva, que está en la base de la falta de motivación, puede ser subsanado con la argumentación que ahora hacemos.
CUARTO. La mayor exigencia de motivación de la sentencia venía dada, no solo por la necesidad de responder a las alegaciones de ambas partes apelantes, sino también porque decir que los pagos hechos a un socio administrador en virtud de una deuda vencida, líquida y exigible constituyen un perjuicio para la masa activa porque conllevan una disminución del patrimonio de la concursada, es decir una obviedad. Como expone la STS de 8 de noviembre de 2011 el perjuicio para la masa activa no se identifica con la disminución de patrimonio de la concursada, pues puede haber actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par conditio creditorum. Además, se exige que el perjuicio para la masa activa sea un perjuicio injustificado. "En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución del patrimonio del deudor, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor, sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que a la postre suponen un sacrificio patrimonial injustificado".
En el caso de los pagos que han sido objeto de la demanda de reintegración la justificación radicaría en que el socio administrador habría puesto más dinero que el que había recibido. Esta viene a ser la técnica argumental de ambas partes demandadas cuando hacen relación en sus escritos de oposición de las cantidades pagadas por el socio que son deudas de la sociedad, o de otras sociedades participadas por la concursada. Así se viene a hacer hincapié en que a fecha 1 de enero de 2011 la deuda de la concursada con don Leovigildo era de 9.085.854 #, aunque esta se reduce en 7.078.542,54 # por una cesión de créditos que hace la concursada al socio, y que no ha sido objeto de reintegración. En el momento de hacerse el primero de los pagos de 282.700 # a don Leovigildo, la deuda de la sociedad con el socio era de 1.604.612,70 #, que se reduce a 1.321.912,70 # en virtud del pago realizado.
Ahora bien, a nuestro entender no es la mera aritmética de las sumas que la sociedad debe al socio, en comparación con los pagos que el socio recibe, lo que puede justificar el acto, pues el perjuicio para la masa activa exige analizar el acto en el momento de su ejecución. Es en el momento de su ejecución cuando la sociedad se encuentra ya en una situación de insolvencia, y por lo tanto cancelaciones parciales de deuda que en el pasado pudieran estar justificadas en el momento presente ya no lo están. La justificación puede existir, sin embargo, si a pesar de los pagos recibidos el socio sigue haciendo aportaciones a la sociedad. Es lo mismo que si se cancela la deuda con un acreedor, por ejemplo un Banco, para seguir disponiendo de financiación. En el presente caso, a pesar de los pagos realizados la cuenta del socio no varía significativamente, de los 1.604.612,70 # cuando se realiza el primero de los pagos hasta el último asiento de 1 de enero de 2013 que es de 1.786.307,28 #. Ello quiere decir que el socio ha seguido aportando capital, incluso más de los 672.700 # que son objeto de la acción de reintegración. Desde este punto de vista, y no tanto desde el que hacen las partes apelantes, es como pudiera encontrarse justificación a los pagos recibidos por el Sr. Leovigildo.
QUINTO. La AC alegaba también el supuesto del artículo 71.3.1º LC que son los pagos realizados a personas especialmente relacionadas con el concursado, como son los socios que (...) sean titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10% si no los tuviera (artículo 93.2.1º). Se trata de un supuesto en el que se presume el perjuicio salvo prueba en contrario.
La STS de 10 de julio de 2013 (ponente Sr. Saraza) examina un supuesto en el que "la contabilidad de la concursada mostraba que el Sr. Baltasar había hecho aportaciones dinerarias a la sociedad desde antes de 2007. A finales de dicho año, el saldo deudor de la sociedad frente al socio financiador ascendía a 169.348

euros, y al día 16 de julio de 2008, tras la devolución Don. Baltasar de 68.000 euros, el saldo deudor de la sociedad quedó fijado en 203.059 euros". Es exactamente el mismo supuesto que aquí se plantea en que la cuenta de la sociedad con el socio siempre ha reflejado un saldo deudor cuando se hacen al socio determinados pagos en metálico.
Dice la Sala que en el caso de los pagos hechos a socios no se exige que se produzca un perjuicio injustificado para la masa activa. "El carácter oneroso de los actos dispositivos supone, en principio, que la salida de un bien del patrimonio se ve compensada por la entrada de otros bienes o derechos". Reitera la Sala la doctrina expuesta en la STS de 8 de noviembre de 2011 de que el perjuicio para la masa activa se produce no solo en los casos de disminución del patrimonio del concursado, sino también cuando "se altera el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa".
En el caso particular de los pagos hechos a socios continúa diciendo la sentencia: "Debe tenerse también en cuenta que por las características concretas de la operación enjuiciada, nos encontramos ante un supuesto típico de préstamo "societario", sustitutivo del capital social. Se trata de un préstamo de carácter societario en tanto que realizado por el socio mayoritario y administrador único, lo que le permite controlar el destino de los fondos suministrados. Ha sido concedido en condiciones diferentes a lo que sería una financiación por terceros típica, en tanto que no está documentado en alguna de las formas habituales en el tráfico económico, no consta si es remunerado, ha sido concedido por un tiempo indefinido ("cobrar cuando se pudiera"). En casos como este, la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación de capital social y encubre un supuesto de infracapitalización, en que el capital social es tan exiguo que no sirve para acometer con normalidad la actividad social, ni siquiera para dotar a la sociedad de un patrimonio suficiente que le permita obtener financiación externa por parte de terceros.
"Si la aportación de capital a la sociedad por parte de los socios, en una cantidad suficiente para desenvolver su actividad, se hubiera realizado en la forma típica prevista en la normativa societaria, como es la aportación inicial o la ampliación de capital social, el patrimonio así obtenido no hubiera podido ser reembolsado a los socios en detrimento de los acreedores sociales, frente a los cuales tal patrimonio desempeña una función de garantía. La sustitución del capital social por préstamos societarios realizados por los socios de referencia supone en tales circunstancias un desplazamiento del riesgo empresarial sobre los acreedores.
"No es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores (...).
"Es por ello que el reembolso de estas aportaciones a los socios con una participación significativa o a los administradores (aquí se reúnen las dos cualidades) en el periodo anterior a la declaración del concurso haya de ser considerado, salvo prueba en contrario, que aquí no ha existido, como un perjuicio para la masa activa aun cuando el acto dispositivo suponga una correlativa disminución del pasivo. Tal pago debía haberse sujetado al orden de preferencias propio del proceso concursal, en el que ostenta la calificación de crédito subordinado".
Se acoge pues la causa de reintegración prevista en el artículo 73.3.1º LC por lo que se confirma la sentencia que da lugar a la reintegración aunque por motivos distintos.”: SAP Burgos (Sección 3) 23.06.2014 (Sentencia 159/2014; Rollo 128/2013)

AP Murcia

“PRIMERO.- La Administración Concursal de la mercantil PCMUR Soluciones Informáticas, S. L., integrada por D. Eladio, D. Sabino y D. Fructuoso, plantean demanda incidental contra los administradores sociales de la concursada (D. Jose Ignacio y D. Jesus Miguel) y contra la propia mercantil para que se declare la rescisión de determinados actos realizados por dichos demandados por ser perjudiciales para la masa activa, interesando que se les condene a restituir respectivamente las cantidades de 7.268#94 y 6.250 #.
Se oponen la demandada y los socios, por separados pero con idénticos argumentos, alegando que se les había reintegrado un préstamo que los socios habían hecho a título personal a la mercantil y que los actos disposición se realizaron en compensación de otros pagos realizados por ellos, negando que ello haya perjudicado a la masa activa, tratándose de actos ordinarios de la actividad de la concursada.
Sin celebración de vista se dicta sentencia por la que se estima íntegramente la demanda, con costas a los demandados, porque los actos de disposición a favor de los administradores sociales lo han sido a título gratuito (art. 71.2), no acreditando los demandados contraprestación alguna. La devolución del préstamo, además de no haber acreditado la razón del mismo, es perjudicial para la pars conditio creditorum. Por ello se estima la demanda, declarando la rescisión de dichos actos y condenando a los demandados a devolver las cantidades recibidas y al pago de las costas, pues, aunque el Fallo de la sentencia dice que las impone a la parte actora, en el Fundamento de Derecho Cuarto se dice que es a los demandados a quienes se imponen, conforme al art. 394 LEC, por lo que se ha de entender que el fallo contiene un error material, dado que la estimación total de la demanda conlleva la imposición a los demandados de las costas de la primera instancia.
Contra tales pronunciamientos recurren en apelación los administradores sociales, D. Jose Ignacio y D. Jesus Miguel, sosteniendo que no existe perjuicio, pues no estamos ante actos a título gratuito sino que se trata de devoluciones por un préstamo de los socios a la entidad para solventar problemas de liquidez, lo que constituye un acto ordinario del tráfico mercantil que está acreditado en su contabilidad, y que los otros actos de disposición tampoco lo son a título gratuito, pues se trata de compensaciones por deudas de la mercantil con los socios.

Del recurso se dio traslado a la apelada, que no ha realizado alegaciones oponiéndose al mismo.
SEGUNDO.- Entienden los apelantes que no existe perjuicio para la masa activa por los actos que la sentencia declara rescindidos, y ello porque no tienen el carácter de actos de disposición a título gratuito, no siendo por ello aplicable el art. 71.2 LC. Consideran que consta en la contabilidad aportaciones de fondos por los socios a la empresa, y por ello, cuando la empresa abona deudas de los socios, está realizando un acto de compensación. Igualmente, cuando les devuelve cantidades de préstamos realizados por los socios para cubrir necesidades de la empresa por falta de liquidez, se está realizando el pago de una deuda con los socios, que han realizado aportaciones superiores a lo que se les ha devuelto, actos normales en el tráfico mercantil.
Como con acierto señala la sentencia recurrida, para que exista perjuicio de la masa activa no es preciso una merma o disminución de la misma realizada en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sino que basta que se quebrante el principio de la pars conditio creditorum, esto es, que algunos acreedores resulten beneficiados respecto de los restantes.
En el presente caso, hay actos claramente gratuitos, cuando la empresa abona cantidades que son deudas privativas de los socios administradores, no siendo admisible la compensación, sobre todo porque no consta una documentación fiable de la realidad de las supuestas aportaciones de los socios, no bastando para ello meros asientos contables en la cuenta corriente interna de la mercantil, faltando acuerdos sociales que justifiquen tales aportaciones y pruebas de las aportaciones realizadas. Además, tales pagos a los socios en una situación de evidente insolvencia (la solicitud de concurso tuvo lugar el 21 de junio de 2010 y esos pagos son en fechas próximas e incluso posteriores) vienen a suponer un trato privilegiado a los supuestos acreedores, claramente abusivo por ser ellos los administradores sociales, que se ven preferidos a los restantes en la satisfacción de su crédito.
La devolución del préstamo es igualmente contraria a dicho principio de trato paritario de los acreedores, por lo ya dicho y porque en el presente caso las dudas sobre la existencia del crédito se incrementan cuando ni siquiera existe una documentación de su concertación, aparte de las razones antes expuestas.
Incluso si se aceptara que realmente existió el crédito, la devolución del mismo cuando habían pasado ya casi cuatro meses desde que se tenía solicitado el concurso, es un dato más de la quiebra del principio pars conditio creditorum, por lo que debe confirmarse la sentencia por sus propios y acertados fundamentos.”: SAP Murcia (Sección 4) 11.07.2013 (Sentencia 447/2013; Rollo 6/2013)

AP Oviedo

“PRIMERO : Constituyen datos pacíficos para la solución del presente recurso que la sociedad ahora concursada "Hotel Cristal Aeropuerto, S.L." tenía como socio mayoritario a Don Hilario, siendo los administradores sociales solidarios sus dos hijos Don Andrés y Doña Trinidad, habiendo ocurrido que en marzo de 2008 los socios de ésta y los de "Hotel Cristal La Villa, S.L." decidieron realizar un canje o compraventa mutua de sus respectivas participaciones sociales, de manera tal que pasaron a ser únicos socios de la concursada Don Hilario, Don Andrés, Doña Trinidad, Doña Erica y Doña Montserrat. Por su parte "Hotel Cristal La Villa, S.L." se obligaba, habida cuenta de la diferencia de valor de las participaciones sociales permutadas, a abonar además la cuantía de 524.599 euros mediante la entrega, entre otros, de dos pagarés por importe de 50.000 euros cada uno de ellos, avalados por "Elige tu Viaje, S.L.", con fechas de vencimiento el 30 septiembre y 30 octubre 2008. Una vez lo anterior la sociedad "Hotel Cristal Aeropuerto, S.L." decidió entregar a Don Hilario uno de los referidos pagarés, de manera tal que en la subcuenta del libro mayor de la concursada referida al Sr. Hilario aparece minorado el crédito del que era titular frente a la sociedad por importe de 103.998,57 euros para dejarlo reducido a una cifra de 53.998,57 euros, crédito que aparece reconocido en dicha cuantía en el informe de la Administración concursal y bajo la clasificación de crédito subordinado por tratarse de una persona especialmente relacionada con el deudor de las comprendidas en el art. 92-5º L.C., clasificación que no fue objeto de impugnación.
Partiendo de tales antecedentes la Sentencia de fecha 4 junio 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo acuerda estimar la acción de reintegración planteada por la Administración concursal de "Hotel Cristal Aeropuerto, S.L." al entender aplicable primeramente el criterio que conduce a declarar ineficaces los pagos de obligaciones líquidas, vencidas y exigibles cuando sean llevados a cabo en un momento tan próximo a la declaración de concurso que permita inferir que se trata de pagos realizados en situación de insolvencia del deudor; se añade a lo anterior que en cualquier caso estaríamos en presencia del pago de una obligación no vencida y por tanto no exigible, pues el préstamo por importe de 406.000 euros desembolsado por el Sr. Hilario el 34 y 26 noviembre 2004 no estaba sujeto a plazo de devolución, sin que tampoco hubiera mediado requerimiento alguno de pago por su parte, todo lo cual supone un acto de favorecimiento al socio mayoritario; finalmente descarta el Juez de lo mercantil que la operación litigiosa pueda ser catalogada como un acto ordinario de la actividad empresarial o profesional del deudor realizado en condiciones normales, motivo por el que se declara la rescisión e ineficacia de la cesión efectuada por la concursada a Don Hilario del pagaré por importe de 50.000 euros, condenándole a restituir dicho importe a la masa activa, debiendo a cambio la Administración concursal reconocerle un crédito subordinado por importe de 50.000 euros.
SEGUNDO : El primer motivo del recurso de apelación formulado por Don Hilario aparece dirigido a combatir la premisa de la que parte la Sentencia recurrida, sosteniendo el recurrente que ni en el momento en que tuvo lugar la cesión del pagaré el 4 junio 2008 -así documentada en la escritura de elevación a público del contrato de canje o permuta de las participaciones sociales- ni en el momento en que se produjo su compensación el 1 agosto 2008 -tal y como aparece reflejado en la contabilidad de la sociedad y en el informe pericial acompañado a la contestación, al haberse practicado la compensación con el crédito que tenía frente a la sociedad por importe de 103.998,57 euros, quedando reducido su saldo a 53.998,57 euros- la sociedad "Hotel Cristal Aeropuerto, S.L." se encontraba en situación de insolvencia. Se alega a este respecto que en el informe de calificación elaborado por la Administración concursal se viene a proponer que se califique el concurso

como fortuito, lo que así fue acordado por el Juez del concurso, de donde se desprende necesariamente que, en una aplicación a sensu contrario de la presunción contenida en el art. 165-1 en relación art. 5-1 L.C., la repetida situación de insolvencia nunca pudo haber surgido en un momento anterior a los dos meses contados desde la solicitud de concurso, que fue presentada el 13 noviembre 2008.
Efectivamente en el informe de calificación presentado por la Administración concursal de "Hotel Cristal Aeropuerto, S.L.", tras descartar que concurra cualquiera de las restantes de conductas que sirven para fundamentar la calificación del concurso como culpable, se hace expresa mención a que "no se tiene constancia del incumplimiento en plazo de la solicitud de concurso", finalizando por solicitar que se califique el concurso como fortuito, informe que es coincidente con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, por lo que el Juzgado acordó finalmente mediante Auto de 3 octubre 2011 calificar el concurso de "Hotel Cristal Aeropuerto, S.L." como fortuito así como el archivo de la sección sexta. Es cierto que nuestro Alto Tribunal ha venido insistiendo en la configuración de los contornos del efecto positivo o vinculante de la cosa juzgada en otro proceso ulterior, por más que los objetos de los dos procesos difieran o no sean plenamente coincidentes, admitiendo que la sentencia firme produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un segundo proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo, criterio que aparece fundado en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 Constitución (por todas STS 25 mayo 2010, y las que en ella se citan). Ocurre no obstante que del esquema procesal arriba expuesto no podemos extraer que el pronunciamiento recaído en materia de calificación concursal pueda surtir un efecto prejudicial vinculante en relación con el posterior incidente de reintegración que ahora nos ocupa, y ello desde el momento en que tal consecuencia solo resulta predicable en relación con los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991, 7 de mayo de 2007, 25 mayo 2010), siendo así que en el supuesto, como aquí ha acontecido, en que tanto la Administración concursal como el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito nos encontraríamos ante la ausencia de cualquier pretensión a tal respecto, motivo por el cual, no siendo posible sustanciar procedimiento alguno, dispone el art. 170-1 L.C. que "el Juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno".
Esto es, el pronunciamiento que el Juez del concurso debe dictar en tales circunstancias lo será sin haber llegado a tener oportunidad de examinar la posible concurrencia de cualesquiera de las causas fundamentadoras de la calificación del concurso como culpable, por lo que en modo alguno cabe interpretar que dicha resolución pueda descartar, expresa o implícitamente, la presencia de un retraso por parte del deudor en solicitar la declaración de concurso en relación con el momento en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia -presupuesto de hecho de la presunción de dolo o culpa grave contenida en el art. 165-1º L.C.- y ello por cuanto el Juez del concurso no ha llegado a desarrollar actividad cognitiva alguna en relación con tales extremos, pues la norma procesal le ordena proceder simplemente al "archivo de las actuaciones" sin más trámites. Es cierto que en el Auto de 3 octubre 2011 dictado en el concurso del "Hotel Cristal Aeropuerto, S.L." se acordó, además del archivo de las actuaciones, declarar el concurso como fortuito, pero ello se hizo siguiendo el trámite dispuesto en el repetido art. 170-1 L.C., por lo que tal pronunciamiento no puede ser interpretado en el sentido pretendido por la parte apelante.
Ciertamente resulta exigible que en el seno del procedimiento concursal exista una cierta coherencia interna en relación con las decisiones que adoptan sus órganos, y aún cuando nos encontramos en el caso presente ante una incompatibilidad derivada de los distintos planteamientos sostenidos por la Administración concursal, como es solicitar la calificación del concurso como fortuito al entender que no existió retraso en la solicitud de concurso presentada el 13 noviembre 2008, mientras que en la acción de reintegración se alega que la concursada que se encontraba ya en situación de insolvencia cuando llevó a cabo el pago en junio 2008, lo relevante sigue siendo que esta discordancia no le resulta imputable al órgano judicial, motivo por el que no cabe extraer de ello las consecuencias vinculantes que se reclaman en el recurso.
TERCERO : En el caso enjuiciado nos encontramos ante el pago realizado a favor de una de las personas especialmente relacionadas con el concursado -pues resulta un dato pacífico que el accipiens Don Hilario se encontraba incluido en la categoría del art. 93-2-1º L.C.- supuesto considerado por el art. 71-3-1º L.C. como presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial, habiendo señalado la STS 10 julio 2013 que en estos casos "no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada", una de las cuales puede ser que "al tiempo de hacerse los pagos al socio administrador la sociedad no se hallara todavía en situación de insolvencia o no hubiera sobreseído en el pago de sus obligaciones exigibles". Lo anterior enlaza con el criterio que viene utilizando nuestro Alto Tribunal en relación con la reintegración concursal de los pagos respecto de deudas vencidas y exigibles, habiendo señalado en la STS 26 octubre 2012 que "en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum".
La Sentencia recurrida entiende acreditada la situación de insolvencia que aquejaba a "Hotel Cristal Aeropuerto, S.L." en el momento en que tuvo lugar el pago cuestionado llevado a cabo en el año 2008 a la vista de que los resultados de que los resultados de la explotación son negativos en el ejercicio 2007 -tal y como aparece reflejado en la pág. 16 del informe de la Administración concursal- y de que únicamente podía cumplir de manera regular con sus obligaciones acudiendo al auxilio financiero que le proporcionaba el socio

mayoritario Sr. Hilario que había procedido a sucesivas inyecciones de crédito en ese ejercicio (85.000 euros el 22 octubre, 2.500 euros el 20 noviembre, 10.000 euros el 22 noviembre y 8.000 euros el 31 diciembre 2007). Frente a ello sostiene el apelante que el informe del perito aportado junto con su escrito de contestación afirma que la sociedad tenía un fondo de maniobra positivo a 31 marzo 2008 de 107.758,02 euros, lo que significa la posibilidad de hacer frente a la totalidad de sus deudas a corto plazo con el conjunto de sus derechos realizables en el mismo plazo y aún le queda un sobrante, de donde se concluye que la sociedad se encontraba al corriente en los pagos, excluyendo la situación de insolvencia. Lo cierto no obstante es que tal aseveración contrasta con el reconocimiento llevado a cabo por la propia sociedad "Hotel Cristal Aeropuerto, S.L." en las cartas de despido remitidas en noviembre de 2008 a nueve trabajadores de la empresa en las que se viene a admitir que "esta empresa viene sufriendo importantes pérdidas económicas durantes estos últimos años, hasta el punto que en la cuenta de explotación del periodo de enero a septiembre de este año 2008 se llevan perdidos 112.314'01 euros. En el ejercicio del pasado año 2007, si bien la empresa presentó un beneficio de 20.344'91 euros, ello fue debido a unos resultados extraordinarios que se contabilizaron de 182.153'79, que no se corresponden con la explotación del hotel, lo cual supone unas pérdidas en la cuenta de explotación de 161.808'88 euros. Igualmente en el año 2005 se han sufrido unas pérdidas de 250.597'67 euros. Por lo tanto es indudable que estamos en una situación económica que podemos calificar de angustiosa, y por tanto totalmente negativa". Se trata de una manifestación llevada a cabo por la propia sociedad en la que viene a exteriorizar su imposibilidad de afrontar el pasivo salarial y con ello de poder continuar cumpliendo regularmente con sus obligaciones exigibles, lo que parece confirmar el presupuesto objetivo de la situación de insolvencia así definida en el art. 2-2 L.C. Por otra parte se insiste en el recurso en que la situación de liquidez de la sociedad venía reforzada por la financiación que era aportada continuadamente el socio mayoritario, argumento éste que, además de la incompatibilidad que guarda en relación con la realidad arriba admitida, encierra la contradicción intrínseca que supone el inyectar capital por la vía oblicua a que alude la Sentencia de primera instancia para acto seguido recuperar tales aportaciones mediante el continuo goteo de devoluciones descritas en dicha resolución.
CUARTO : El Juez del concurso utiliza como consideración de refuerzo para declarar la ineficacia de la operación impugnada el tratarse del pago de una obligación que en aquel momento no era exigible. A este respecto no podemos admitir las alegaciones que trata de verter el apelante acerca de que con tal argumento se está recogiendo un hecho nuevo que no fue invocado por la Administración concursal en su pretensión, y que con ello la Sentencia está incurriendo en el vicio de incongruencia sancionado en el art. 218-1 LEC. No podemos olvidar que estamos en sede de la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial contemplada en el ordinal 1º del art. 71-3 L.C., lo que supone que incumbirá a la parte demandada la carga probatoria encaminada a destruir tal presunción, esto es, le bastará a la Administración concursal con alegar y probar la realidad del pago realizado a una persona especialmente relacionada con el deudor y llevado a cabo en el período de dos años anterior al concurso para que, a partir de tal planteamiento, se desplace sobre el accipiens la demostración de que el acto impugnado se corresponde con el pago de una obligación que reúne los requisitos de tratarse de una deuda vencida y exigible y que, además, tampoco concurre ninguna circunstancia excepcional como pudiera ser que al tiempo de hacerse aquel pago el deudor se encontraba en situación de insolvencia.
Pues bien, siendo indiscutido que las aportaciones financieras entregadas por Don Hilario a "Hotel Cristal Aeropuerto, S.L." hasta completar un saldo a su favor antes de la operación impugnada de 103.998,57 euros constituyen un préstamo del art. 311 C.Com., sin que por otra parte conste un plazo de devolución determinado, resulta de aplicación lo señalado esta Sala en S.A.P. Oviedo, Secc. 1ª de 9 julio 2012 acerca de que "esa misma indeterminación en cuanto al plazo de vencimiento de la obligación hace aplicable al caso el requisito contenido en el art. 313 C.Com. (como señala la STS 10 julio 2007) referido a que no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiera hecho". En el caso presente no consta requerimiento alguno ni cualquiera otra forma de intimación que hubiera sido dirigida por el socio mayoritario a la sociedad para la devolución de ese préstamo, lo que conduce a entender que efectivamente la entrega del pagaré aparece instrumentada como el pago de una obligación que no era exigible y con ello a confirmar las acertadas consideraciones vertidas por el Juez del concurso acerca de que con esta operación se vino a pagar anticipadamente al socio mayoritario al tiempo que se posponía el derecho de los restantes acreedores, vulnerando de esta forma la regla de la paridad de trato que integra el presupuesto de perjuicio patrimonial exigido por el art. 71-1 L.C., por todo lo cual procede el rechazo del recurso.”: SAP Oviedo (Sección 1) 05.06.2014 (Sentencia 179/2014; Rollo 403/2013)

AP Valladolid

“PRIMERO.- La sentencia de primera instancia ha desestimado la demanda mediante la cual la entidad actora, socia minoritaria de la sociedad concursada, ejercita acción de reintegración interesando la rescisión de los reembolsos por importe de 317.188,18 euros efectuados por la sociedad concursada en favor de la otra socia mayoritaria durante el ejercicio de 2008.
Argumenta al efecto el juzgador que dichos reembolsos por parte de la entidad hoy concursada a favor de su socia mayoritaria han de ser reputados actos ordinarios de su actividad empresarial, pues se realizaron habitualmente y no responden sino a devoluciones de provisiones de fondos que esta le había efectuado previamente para subvenir a las necesidades de tesorería propias de la actividad de promoción inmobiliaria a la que se dedicaba, contabilizándose como pasivo exigible y sin que constituyesen aportaciones al capital ni incrementasen por lo tanto los fondos propios. Se trataba bien de depósitos irregulares de fondos o de simples préstamos, de vencimiento y exigibilidad inmediata, de los que tenía conocimiento y a los que en su día prestó aprobación la propia demandante, realizados en unas circunstancias de bondad económica para la sociedad que cerró dicho ejercicio con un beneficio superior a los 78.000 euros.

Frente a dicho pronunciamiento formula la parte demandante el presente recurso de apelación, formulando una serie de motivos de impugnación que seguidamente pasamos a tratar en relación con la prueba obrante en autos y legislación aplicable.
SEGUNDO.- En el plano fáctico la prueba documental obrante en autos acredita que la entidad hoy concursada se constituyó el 30 de mayo de 2005 con un objeto social consistente en la tenencia y arrendamiento de bienes inmuebles, así como la adquisición, proyección, promoción, urbanización, construcción, restauración, compraventa y arrendamiento de toda clase de parcelaciones y edificaciones de fincas rústicas y urbanas, con un capital social de 6.000 euros del cual la sociedad hoy actora ostentaba el 40% y la sociedad codemandada Contenido Patrimonial S.L. el 60% restante.
A lo largo del ejercicio de 2008, particularmente en su primer cuatrimestre, su administración procedió a reintegrar a la socia mayoritaria el saldo que a favor de esta y por un importe total de 317.213,08 euros presentaba la cuenta corriente con socios y administradores 551 del Plan General de Contabilidad, saldo que era consecuencia de las cantidades ingresadas por aquella a favor de la entidad y que en el año 2006 presentaba ya un saldo a favor de dicha socia mayoritaria por valor de 80.000 euros y en 2007 por valor de 122.000 euros, siendo aprobada dicha operación de reintegro junto con las cuentas del pasado ejercicio 2008 en Junta General celebrada el 23 de Junio de 2009 con la expresa oposición de la otra socia minoritaria hoy apelante.
El ejercicio económico citado del 2008 arrojó un resultado positivo por valor de 78.712,42 euros, haciéndose constar en la memoria que las cuentas anuales se habían confeccionado de acuerdo con el principio de empresa en funcionamiento, si bien debido a las dificultades de tesorería se había suspendido durante dicho año la actividad social, que difícilmente podría continuarse de mantenerse dicha problemática, en cuyo caso podrían surgir pérdidas adicionales derivadas principalmente de la recuperación del valor al que se encontraban registrados los activos. La actividad social efectivamente no se reanudó y la entidad fue declarada en concurso de acreedores dentro del propio año 2009.
TERCERO.- Dentro de la doctrina científica se distingue entre la infracapitalización material de la sociedad, caracterizada porque la sociedad se constituye con una manifiesta insuficiencia de capital y fondos propios para afrontar el volumen de riesgos empresariales que corresponden al volumen de actividad prevista o efectivamente realizada, y la infracapitalización nominal, en la que la situación antes descrita se trata de suplir o al menos paliar mediante aportaciones que los socios o personas vinculadas a ellos realizan a la sociedad en concepto de crédito o préstamo, pero que en realidad están destinadas a cubrir la necesidad de fondos propios y que si adoptan esta modalidad es, entre otras razones, para poder proceder más fácilmente a su recuperación con los intereses o beneficios correspondientes, obviando el obstáculo que en otro caso supondrían las normas imperativas destinadas a garantizar la realidad e integridad del capital social y la protección de los acreedores sociales
Para considerar tales inyecciones de fondos como aportaciones al capital social sería preciso que nuestra legislación atribuyera a los socios una especial obligación de suplementar dicho capital en supuestos de infracapitalización, lo que no ocurre. Así se deduce de lo que se expone en el art. 262 LSA en relación con el art. 260.1, 4º y 5º del propio Texto legal, donde lo único que se impone es la obligación de disolver, en caso de que el capital no se aumente. Es preciso por tanto que concurra expresa voluntad de los socios en tal sentido para que una aportación pueda ser considerada realizada como una aportación al capital social y en su defecto, tal y como acaece en el caso que nos ocupa, deberá ser considerada como un préstamo o crédito.
Nos hallamos por lo tanto ante varios actos de disposición dineraria realizados por la concursada en los dos años anteriores a la declaración del concurso a favor de una persona especialmente relacionada en el sentido del art. 93 LC. Tales transferencias dinerarias, como se ha visto, responden al concepto de pagos en el sentido jurídico de acto extintivo, total o parcial, de una deuda preexistente, aquí generada por una relación jurídica de préstamo entre las partes, como contraprestación asumida por la sociedadprestataria frente al socio-prestamista. Se trata, por tanto, de actos dispositivos a título oneroso con persona especialmente relacionada con la concursada a los que es aplicable el art. 71.3.1º LC, que presume el perjuicio a la masa pasiva, si bien admitiendo prueba en contrario, que incumbe al beneficiario de los pagos. Dicha presunción encuentra su fundamento en que en principio, al efectuarse esos pagos a una persona especialmente relacionada con el deudor en época anterior, más o menos próxima, al concurso, se le favorece injustificadamente al permitirle eludir el tratamiento subordinado de su crédito en la situación concursal, lo que origina un perjuicio a la masa activa en la medida en que los demás acreedores con preferencia de cobro en el seno del concurso ven disminuida la garantía patrimonial para la satisfacción de la cuota que les pudiera corresponder, y en la misma medida queda mermada la masa activa destinada a tal fin. En virtud de dicha presunción iuris tantum corresponde a la parte demandada demostrar la inexistencia del perjuicio, que puede resultar en atención a la concreta operación o acto dispositivo en relación con su coyuntura y circunstancias, en particular, en este caso, si se hubiera acreditado que al tiempo de hacerse las devoluciones al socio mayoritario la sociedad se hallaba en situación de normalidad económica. Ello no ha sido acreditado por los demandados ya que de las cuentas del ejercicio 2008 que obran en autos se deduce que la entidad hoy concursada tenía un ratio de liquidez pésimo, con todo su activo corriente concentrado en existencias y por lo tanto sin metálico alguno con el que afrontar el pasivo corriente, que por el contrario se hubiere podido atender si la tesorería no se hubiere visto mermada por los reintegros efectuados al socio prestamista objeto del presente litigio. Y todo ello produciéndose la paralización de la actividad que se refleja en la memoria antes comentada.
Por otra parte la consideración de tales reintegros como actos de giro o tráfico ordinario de la empresa, que excluiría la prosperabilidad de la acción de reintegración al amparo de lo dispuesto en el art. 71.5 LC, queda excluida en este caso ante la aplicación del 71.3.1º LC, al margen de su mas que dudosa aplicabilidad a los pagos en devolución de préstamo. Dicho precepto refiere la calificación de acto ordinario, literalmente, a aquellos propios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, sin alusión a los pagos o actos de amortización de la financiación externa que de forma escasamente ortodoxa se

canalizó mediante la cuenta de socios y administradores. Mal cabe calificar por otra parte tales inyecciones de fondos como operaciones meramente puntuales de financiación para salvar transitorios y concretos problemas de tesorería, pues como antes se relató la cifra reintegrada en el primer cuatrimestre de 2008 asciende a mas de 300.000 euros y los ingresos en la cuenta citada por parte de dicho socio comenzaron a producirse y acumularse ya desde el año 2006. Como antes dijimos tampoco hay prueba alguna de que al tiempo de hacerse los pagos en cuestión la sociedad se hallara en una situación económica o patrimonial de normalidad que justificara el reintegro de lo prestado al socio financiador sin eludir el tratamiento subordinado en una situación concursal inminente o previsible. Como antes se dijo ya en la propia Memoria del ejercicio en cuestión se detalla la falta de actividad durante el mismo y el negro futuro que se avecinaba de proseguir dicha situación. Vamos por lo tanto a revocar la sentencia apelada y a estimar el recurso y con ello la demanda que da origen al presente incidente concursal.": SAP Valladolid (Sección 3) 26.07.2011 (Sentencia 274/2011; Rollo 83/2011)

3.5.1 Compensación con socios

AP Alicante

"PRIMERO.-Las tres demandas que inician sendos procedimientos incidentales acumulados tienen por objeto la rescisión de las compensaciones practicadas en el mes de enero de 2010 entre, de un lado, el saldo deudor de las respectivas cuentas 440 a corto plazo de los socio-administradores con la sociedad y; de otro lado, parte del saldo acreedor que presentaban sus respectivas cuentas 171 a largo plazo de los administradores con la sociedad y; consiguientemente, interesan la declaración de la suma compensada correspondiente a la respectiva cuenta 171 como crédito concursal subordinado a favor de cada uno de los socios- administradores; invocando como fundamento bien la presunción iuris et de iure prevista en el artículo 71-2 de la Ley Concursal (pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso), bien la presunción iuris tantum prevista en el artículo 71-3-1º de la Ley Concursal (actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado).
La Sentencia de instancia estimó las demandas acumuladas fundamentando la rescisión en la presunción iuris tantum reconocida en el artículo 71-3-1º de la Ley Concursal y acordó el reintegro a la masa activa de las cantidades compensadas y por el mismo importe se declaró como concursal subordinado el correspondiente a cada socio-administrador.
Frente a la misma se ha alzado la parte demandada quien alega como argumento central de su recurso que se produjo un defectuoso reflejo en las cuentas de las operaciones financieras existentes entre sociedad y socios-administradores pues debió llevarse a cabo en la cuenta 551 referida a la cuenta corriente con socios y administradores por lo que la compensación se produjo realmente con anterioridad al mes de enero de 2010.
(...)
SEGUNDO.-El argumento central del recurso de apelación es el defectuoso reflejo contable de las operaciones financieras entre la sociedad y los socios-administradores pues debiendo utilizar la cuenta 551 articulada como una cuenta corriente de tal manera que la compensación se habría producido con anterioridad al año 2010, se han utilizado indebidamente para reflejar esas operaciones las cuentas a largo plazo número 171 en la que constan las aportaciones de los socios-administradores a la sociedad y las cuentas a corto plazo número 440 para canalizar los créditos concedidos por la sociedad a los socio- administradores sin que se haya verificado la compensación hasta los días 2 y 3 de enero de 2010, habiéndose declarado el concurso el día 27 de octubre de 2010.
En la dilema acerca de cuál debe ser la realidad a tener en consideración: la realidad formal del reflejo en las cuentas de las operaciones económicas, tesis acogida por la Administración Concursal y; la realidad material de las operaciones financieras realizadas entre la sociedad y los socios-administradores, tesis mantenida por la parte demandada, la Sala se decanta por la realidad formal reflejada en las cuentas por las siguientes razones:
En primer lugar, no existe ningún documento donde se reflejen la intención de los sociosadministradores cuando realizaron las aportaciones a la sociedad por lo que ante la existencia de un negocio jurídico verbal habrá que estar al criterio interpretativo de los contratos contenido en el artículo 1.282 del Código civil referido a los actos coetáneos y posteriores de las partes. En nuestro caso, las partes (sociedad y socios) reflejaron las aportaciones en las cuentas a largo plazo números 171 sin que procedieran a compensar con los créditos concedidos por la sociedad a los socios.
En segundo lugar, el artículo 34-2 del Código de comercio indica que "las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica." Significa que los terceros deben confiar en la realidad económica reflejada en las cuentas sin que puedan después los administradores, responsables de la formulación de las cuentas anuales, prescindir de las mismas calificándolas de erróneas.
En tercer lugar, el perito economista propuesto por la parte demandada reconoció en el acto de la vista que era correcto reflejar las aportaciones de los socios-administradores en las cuentas número 171 si su intención era conceder un crédito a la sociedad a largo plazo.
En cuarto lugar, el reflejo de las operaciones financieras entre la sociedad y los socios en las cuentas números 171 y 440 en lugar de la 551 favorecía frente a terceros la imagen de solvencia de la mercantil porque las suma aportadas por los socios no eran exigibles en el corto plazo. No puede después, cuando se pretende rescindir la compensación realizada, alegar el error en el reflejo contable de las operaciones financieras entre la sociedad y los socios cuando se han venido aprovechando del supuesto error.
En conclusión, hemos de partir de que en el inicio del año 2010, el socio-administrador Don Sabino era acreedor de la sociedad por importe de 275.996,45.- # y deudor de la sociedad por importe de 199.428,57.#; el

socio-administrador Don Pedro Enrique era acreedor de la sociedad por importe de 324.496,44.- # y deudor de la sociedad por importe de 199.328,56.- # y; Don Desiderio era acreedor de la sociedad por importe de 275.996,45.- # y deudor de la sociedad por importe de 236.804,06.- #.
TERCERO.-Si partimos de las consideraciones anteriores, todas las alegaciones del recurso han de decaer porque:
1.-) la compensación entre los saldos acreedores y deudores se produce los días 2 y 3 de enero de 2010 y este acto refleja un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor subsumible en la presunción iuris tantum de perjuicio para la masa activa prevista en el artículo 71-3-1º de la Ley Concursal.
2.-) no es aplicable la excepción prevista en el artículo 71-5-1º de la Ley Concursal consistente en "actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales" porque no puede calificarse así la compensación rescindida cuando la declaración de concurso se produjo solo diez meses después, no siendo aplicables a nuestro caso las ratio de solvencia y de liquidez que se refieren en el recurso porque se corresponden con años anteriores a 2010.
3.-) no está amparada la compensación en el artículo 58 de la Ley Concursal porque en la fecha en que se practicó (2 y 3 de enero de 2010) los respectivos saldos acreedores de las cuentas 171 no estaban vencidos porque son cuentas a largo plazo, esto es, de vencimiento superior al año.
4.-) la compensación practicada causa un perjuicio a la masa activa desde el momento en que desaparece el crédito de la sociedad contra los socio- administradores para el pago de unos créditos que, una vez abierto el concurso, serían calificados como subordinados (artículo 92-5º de la Ley Concursal), lo que merma en igual cuantía la garantía patrimonial a favor del resto de los acreedores que ostentan una mejor posición en el concurso. “:SAP Alicante (Sección 5) 11.10.2012 (Sentencia 410/2012; Rollo 340/2012)

3.6 Pago a sociedad controlada por el administrador de la concursada. Levantamiento del velo

AP Pontevedra

“PRIMERO.-La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda presentada por la administración concursal ejercitando acción de reintegración respecto de los pagos realizada por la concursada CREACIONES TOYPES S.L. a la sociedad RENENUTET MAAT S.L. en los años 2009 y 2010 por un importe total de 427.868,83 euros, al considerar que tales pagos al no obedecer a una causa contractual real y haberse realizado además a persona especialmente relacionada con la concursada, causan un perjuicio a la masa que justifica su rescisión. (...)
SEGUNDO.- Los apelantes, a pesar de interponer dos recursos de forma independiente, tienen los mismos motivos de impugnación, por lo que se tratarán conjuntamente. El primer motivo se centra en considerar que no puede aplicarse la presunción iuris tantum del art. 71.3.1º LC : actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Y ello porque no puede inferirse tal relación del mero hecho de coincidir el domicilio profesional del Sr. Carlos José, administrador único de la concursada en la fecha de los hechos, y el domicilio social de la sociedad beneficiada por los pagos cuestionados RENENUTET MAAT S.L.
No puede admitirse la impugnación. En realidad, aunque la sentencia no lo mencione expresamente, está haciendo una aplicación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico. Del velo protector de la personalidad jurídica que debe separarse del sustrato personal de la misma, salvo que se utilice de forma abusiva o fraudulenta.
Recordemos que la mencionada doctrina fue recogida por múltiples sentencias de nuestro Tribunal Supremo, resultando emblemática la STS de 28 de Mayo de 1984, recogida, entre otras muchas, por la STS de 15-10-1997 que en su Fundamento Jurídico Tercero señala que : " que es la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona "disregard" y de la germana "durchgriff", que tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la S 28 mayo 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las SS 16 julio 1987 y 24 septiembre 1987, 5 octubre 1988, 20 junio y 12 noviembre 1991 y 12 febrero 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la S 3 junio 1991 se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros; lo que reiteran las SS 16 marzo y 24 abril 1992, 16 febrero 1994, y 8 abril 1996 que resume la doctrina jurisprudencial (en su f. j. 2º, pfo. 2). Por último, las tres sentencias más recientes reafirman y resumen la doctrina jurisprudencial; son las SS 31 octubre 1996, 10 febrero y 24 marzo 1997. La primera dice (f. j. 1º, pfo. 5): La teoría del "levantamiento del velo" -"lifting the veil"- creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas sean físicas o jurídicas; está, hay por hoy, plenamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia españolas, y a través de la misma se pretende evitar una simulación, en la constitución de una sociedad, que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la borla de la ley como protectora de derechos. Y en esa dirección hay que destacar la emblemática S de esta Sala 28 mayo 1984, cuando en ella se dice que "se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7,1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses

públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6,4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un niel uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7,2 CC) La segunda reitera y reproduce la doctrina que exponen las SS 28 mayo 1984 y 1 diciembre 1995. La tercera reitera la misma doctrina, con base en la misma S 28 mayo 1984 y en la de 12 febrero 1993; su texto literal es: en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución Española (arts. 1,1 y 9,3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7,1 CC), la práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto- se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6,4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7,2 CC) en daño ajeno o de los "derechos de los demás" (art 10 CE)."..
Doctrina que, como señala la STS de 11-9-2003, no puede utilizarse sin más que la invocación unilateral de fraude, pues en principio ha de mantenerse la personalidad de las entidades jurídicas, si no quiere que desaparezca en la vida real la actividad jurídica de las sociedades. Es doctrina reiterada y consolidada del TS el carácter excepcional de la aplicación de esta teoría (SSTS 11-9-2003 y 4-10-2002, entre otras).
En el supuesto que nos ocupa el entramado societario se pone en evidencia cuando las sociedades que participan aparentan su dominio por el administrador de la concursada, Sr. Carlos José. Aún cuando no consta en este incidente la escritura pública que refiere la administración concursal en su oposición a los recursos de apelación, de fecha 22 julio 2009 en la que se procede a la compra de gran parte de las participaciones de la concursada por ANYPO DIVISION Y SERVICIOS INDUSTRIALES S.L., sin embargo sí figura que su administrador único es Sr. Carlos José, también administrador de la concursada (al folio 291), teniendo ambas sociedades su domicilio social en Barcelona, Avda. Diagonal, nº 460, 5º C, que es el mismo domicilio profesional del mencionado administrador.
El Sr. Carlos José es también administrador único de RENENUTET MAAT S.L.(folio 52, doc. 33 aportado con la demanda incidental), la cual fue constituida precisamente por quien sería su administrador único, el mismo ya citado, que actuaba en su propio nombre y además en representación de STD LEMON MULTI 2008 S.L. SOCIEDAD UNIPERSONAL, de la que era administrador único también, y cuyo domicilio social es el ya citado también.
Este entramado societario en el que la cabeza visible es el administrador único, todas ellas con el mismo domicilio social coincidente con su despacho profesional, evidencian que no se trata más que de sociedades interpuestas e instrumentales cuya finalidad es ocultar su sustrato personal, con el que se confunden, apareciendo el Sr. Carlos José como el dominador de todas ellas. Por ello no cabe que ahora se pretenda sustraer oponiendo la independencia y autonomía de las personas jurídicas, que le sirven de mero instrumento. Así puede sostenerse que los pagos recibidos por RENENUTET MAAT S.L. pueden entenderse realizados a favor del Sr. Carlos José, que es quien maneja todas esas sociedades instrumentales desde su mismo despacho profesional.
A ello debe añadirse que, salvo las facturas realizadas unilateralmente por la sociedad que ha percibido los pagos, no existe una prueba documental que justifique una contratación tan relevante que conlleve gastos de asesoramiento por importe de más de 400.000 euros. Facturas (docs 5 a 20 presentadas con la demanda incidental) que sobre el servicio prestado son escuetas, genéricas y ambiguas, casi correlativas, a pesar de emitirse durante varios meses. Especialmente cuando un asesoramiento por ese importe carece de una adecuada concreción en informes, dictámenes u otras formas de documentarlo, más allá de un simple informe de 7 páginas de contenido, que no justifica los pagos rescindidos por la sentencia impugnada.
En consecuencia, el motivo debe ser desestimado. Es aplicable la presunción recogida en el art. 71.3.1º LC, sin que pueda estimarse que se haya practicado prueba en contrario capaz de destruir la misma.": SAP Pontevedra (Sección 1) 30.06.2011 (Sentencia 372/2011; Rollo 307/2011)

3.7 Disposiciones de fondos no justificadas por el administrador

AP Barcelona

"PRIMERO.- La administración concursal de LIMPERGRAF S.L., sociedad declarada en concurso por auto de 17 de mayo de 2011, ejercitó acción rescisoria, al amparo de lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, contra la concursada y su administrador único Don Remigio, que tiene por objeto determinadas disposiciones de tesorería realizadas por éste sin justificación. Para la resolución del recurso hemos de partir de los hechos no controvertidos que recoge la sentencia de instancia:
1º) El 2 de octubre de 1997 el demandado Don Remigio fue nombrado administrador de la compañía LIMPERGRAF S.L. en la misma junta general en la que se acordó el cese de Don Jose Ángel.
2º) El 16 de febrero de 2010 se acordó el cese cómo administrador de Don Remigio y se acuerda de nuevo el nombramiento por tiempo indefinido de Don Jose Ángel.
3º) Entre el 19 de mayo de 2009 y el 16 de febrero de 2010 se realizaron disposiciones de caja mediante cheques por un importe de 73.483,96 euros.
4º) La sentencia declara probado -y no se ha impugnado en el recurso- que de esas disposiciones 7.574,06 euros se destinaron al pago de horas extra de los trabajadores de la concursada.
5º) LIMPERGRAF S.L. solicitó el concurso de acreedores el 15 de abril de 2011, que fue declarado por auto de 17 de mayo de 2011.
SEGUNDO.-La Administración Concursal sostuvo en la demanda que Don Remigio, única persona con acceso a la cuenta de tesorería, no había ofrecido justificación alguna en relación con esas disposiciones realizadas

entre el 19 de mayo de 2009 y el 16 de febrero de 2010, que resultaron perjudiciales para la masa activa del concurso. Por ello solicitó se acordara la rescisión y se condenara al demandado a la restitución de la cantidad dispuesta -73.483,96 euros-.

A tal pretensión se opuso Don Remigio. Alegó, en primer término, que su padre Don Jose Ángel y su hermana Doña Rosalia ostentaban poderes generales de la compañía y, por tal motivo, tenían acceso a la tesorería. Por otro lado sostuvo que el dinero se destinó a pagar sobresueldos al personal de la empresa y del propio administrador, así como al pago de comisiones por ventas. Por todo ello interesó se desestimara íntegramente la demanda.

La sentencia de instancia únicamente tiene por justificados el pago de horas extras a los trabajadores por importe de 7.574,06 euros. En cuanto al resto, la juez a quo concluye que nos hallamos ante actos onerosos a favor de una persona especialmente relacionada con la concursada, por lo que concurre la presunción del artículo 71.3º, que no ha sido desvirtuada por el demandado. Por ello declara ineficaz las disposiciones de tesorería por un importe de 65.909,36 euros, si bien condena al demandado a la restitución de la cantidad total reclamada en la demanda (73.483,96 euros).

La sentencia es recurrida por el demandado, que impugna, en primer lugar, que la sentencia estime justificada la cantidad de 7.574,06 euros y, ello no obstante, que se le condene a la restitución del total reclamado. Insiste, por otro lado, que con cargo a esas disposiciones de tesorería se abonó parte de su sueldo y comisiones por ventas, en concreto, el 5% que se abonaba al jefe de compras de RANDOM HOUSE MONDORARI. Por todo ello solicita se revoque la sentencia de instancia.

La administración concursal y la concursada se oponen al recurso, interesando se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

TERCERO.-La rescisión concursal puede tener por objeto contratos o simples actos unilaterales del deudor, que no cuestionan la validez del negocio del que traen causa, como pueden ser los pagos o los actos de adjudicación. En cualquier caso, el requisito fundamental de la acción rescisoria concursal es el perjuicio a la masa activa, sin necesidad de intención fraudulenta (art. 71 LC). Hemos mantenido en anteriores sentencias que será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto). Asimismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de la par condicio creditorum.

En el análisis de la acción rescisoria entablada por la administración concursal hemos de partir del hecho incontrovertido que las disposiciones de tesorería fueron realizadas por el demandado en el ejercicio de su cargo de administrador único. Don Remigio lo reconoció expresamente en la junta de socios de LIMPERGRAF S.L. celebrada el 14 de diciembre de 2011, a la que asistió el administrador concursal (documento tres de la contestación de la concursada, al folio 366). Las disposiciones se efectuaron mediante cheques al portador, extendidos por el demandado (folios 473 a 508). Y exhibidos los cheques en la vista, fueron expresamente reconocidos por el Sr. Remigio (minuto 10).

Aun cuando en la contestación se aluda vagamente a que también Don Jose Ángel y Don Rosalia tenían acceso a la cuenta, como apoderados de la compañía, nada ha probado el demandado en tal sentido, al menos en relación con los pagos que se impugnan en este juicio. Es más, el propio demandado reconoció en la vista que revocó los poderes de su padre en julio de 2008 (minuto 16) y Asunción, trabajadora de la concursada que intervino como testigo, corroboró que sólo el Sr. Remigio tenía acceso a la tesorería (minuto 29).

Pues bien, al tratarse de actos de disposición a título oneroso a favor de una persona especialmente relacionada con la concursada, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario (artículo 71.3º, en relación con el artículo 93.2-2º, de la Ley Concursal).

La sentencia declara probado que 7.574,06 euros se destinaron a abonar horas extras de los trabajadores y, por tal motivo, declara ineficaces únicamente pagos por importe de 65.909,36 euros. Ello no obstante, como efecto de la rescisión, extiende la condena al total reclamado en la demanda, criterio que no compartimos. No es posible rescindir una parte de los actos de disposición y condenar al demandado a la restitución del todo. La ineficacia del acto, conforme al artículo 73 de la Ley Concursal, es un efecto de la reintegración que actúa como presupuesto de la restitución, de tal suerte que, rechazada la ineficacia, tampoco procede la restitución. Si la cantidad dispuesta, al menos en parte, se destinó a satisfacer horas extras de los trabajadores, en esa parte el acto resultó provechoso para la masa activa. No existe perjuicio, en definitiva, por lo que debe estimarse el primero de los motivos de impugnación.

CUARTO.-La sentencia sólo tiene por justificados pagos por importe de 7.574,06 euros. No consta que otros pagos tuvieran el mismo destino, pese haber admitido la Sra. Asunción que frecuentemente se pagaba a los trabajadores parte de su salario en efectivo (minuto 25). El demandado agrupa como documento tres una serie de fichas, si bien, en su mayor parte (folios 82 a 232 y folios 287 a 350) refieren abonos de los años 2007 y 2008, que no se impugnan en la demanda.

Tampoco podemos tener por acreditado que las disposiciones de tesorería sirvieran para abonar parte de la retribución correspondiente al Sr. Remigio. No es suficiente, a estos efectos, con presentar la declaración de la renta del ejercicio 2009 (documento dos de la contestación), cuando no se aportan las nóminas o los documentos que justifiquen que la retribución pactada coincide con las cantidades percibidas en efectivo o mediante cheques al portador. Reiteramos que el demandado, como persona vinculada con el deudor, viene obligado a desvirtuar la presunción de perjuicio patrimonial, conforme dispone el artículo 71.3º de la Ley Concursal.

Por último el recurrente vincula el resto de las cantidades reclamadas a una comisión al jefe de ventas de RANDOM HOUSE MONDADORI. A ello se refirió el demandado en la vista (minuto 23). Sin embargo, no se ha

practicado prueba alguna que avale semejante afirmación.
Por lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso, reduciendo la suma a restituir a la cantidad de 65.909,36 euros.". SAP Barcelona (Sección 15) 12.03.2014 (Sentencia 89/2014; Rollo 361/2013)

4. Sobre la apreciación de la existencia de grupo a estos efectos

AP Badajoz

"Así, primeramente, existen suficientes indicios y aun pruebas concluyentes de que estamos, en referencia a las dos Sociedades Mercantiles antes mencionadas, ante un verdadero grupo de Empresas, con Empresas vinculadas entre sí hasta el punto de presentar una unidad de decisión.
Así resulta de una serie de datos objetivos como son: a) ambas sociedades tienen el mismo Administrador Unico, en la persona de D.Baltasar; que es que actúa en juicio y fuera de él por ambas Sociedades; b) la composición accionarial de ambas sociedades demuestra que son los mismos socios los que integran una y otra; así y como socio mayoritario aparece D.Baltasar,casado, bajo el régimen de gananciales, con DªFátima; también aparece como socio de "Promociones Antón Ros, S.L." el hermano del anterior, esto es, D.Fermín, casado, también bajo el régimen de gananciales, con DªConcepción; ésta, y por tanto, su marido en régimen de gananciales, D.Fermín, son socios de "Construcciones Arsa, S.A."; finalmente, aparece como socio común de ambas Mercantiles, con una participación minoritaria, D.Alberto, hijo de D.Fermíny DªConcepción; y, por tanto, sobrino de D.Baltasar, Administrador Unico de ambas sociedades. Tan solo existe un socio (también minoritario) no compartido por aquéllas, a saber, D.Manuel, que sólo lo es de "Promociones Antón Ros, S.A pero que, como fácilmente se comprueba, es hijo de D.Baltasar, sobrino de D.Fermíny primo deAlberto; c) ambas sociedades tienen el mismo domicilio social, en c/ República de Bolivia nº 5, entreplanta, de Badajoz; y si bien, D.Baltasarha reconocido durante su interrogatorio un cambio de domicilio reciente (a partir de diciembre de 2006) de "Promociones Antón Ros, S.L.", sin embargo aparece como nuevo domicilio el propio domicilio particular del mismo D.Baltasar; d)ambas sociedades tienen el mismo objeto social, que se puede reconducir, en síntesis, a la promoción y construcción, compraventa de terrenos y solares para edificar, de edificios para demolición, ampliación o reconstrucción, reparcelación y urbanización de solares y promoción de edificaciones para venta o arrendamiento.
En vista de todos estos da tos objetivos, unido a la propia declaración de D.Baltasar, durante el juicio, referida a que "ellos mismos compraron-los inmuebles afectados por la acción rescisoria- por el mismo precio que les costó; lo que supone un reconocimiento explícito de la vinculación y asociación entre ambas sociedades, hasta tal punto que puede decirse que se solapan constantemente, como lo revela el reconocimiento de que son ellos mismos los que compran y se venden a sí mismos.
En definitiva, pues, no puede negarse que existe, en ambas sociedades, una unidad de dirección y de decisión, circunscrita en la persona del socio mayoritario en ambas, que, además, ostenta el cargo de Administrador Unico de las dos sociedades, D.Baltasar; consiguientemente, estamos ante el supuesto delart. 42.2 del Código de Comercio.
Las propias manifestaciones del tantas veces citado D.Baltasar, unido a los datos objetivos que se han expuesto, revelan que "Construcciones Arsa, S.A. efectuó actos de disposición sobre sus propios bienes, a título oneroso, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a favor de una sociedad que forma parte del mismo grupo que la sociedad concursada (nos referimos a "Promociones Antón Ros, S.L."); ello significa que D.Baltasarfaltó a la verdad cuando contestó al requerimiento efectuado por la Administración Concursal, el 3 de mayo de 2006, en el sentido de negar aquella operación": SAP Badajoz (Sección 2) 02.10.2008 (JUR 2009/93654; Sentencia 231/2008; Rollo 837/2007)

AP Baleares

"TERCERO Sentando lo anterior, y para el debido enjuiciamiento del resto de los motivos de impugnación, se estima imprescindible acometer las bases doctrinales a propósito de la doctrina del levantamiento del velo, así como respecto a lo que ha de entenderse como grupo de empresas, si bien circunscrito a la presunciones que contempla elartículo 71 de la Ley Concursal, en relación con elartículo 93del mismo texto legal.
A tal fin, y como recoge elAuto de fecha 29 de enero de 2007, de esta misma sección, "la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, utilizada por la jurisprudencia norteamericana "sreagard of legal entity", es de construcción jurisprudencial, y tiene sus antecedentes en España en la llamada"doctrina a terceros" (SSTS 7-7-1927, 8-10-1929, 12-12-1950, 16-1-1952, 22-5-1956, 5-5-1958, 30-4-1959 Y 21-2-1969), que parte de considerar a la sociedad como tercero, valorando la buena fe y la existencia de fraude. Su plasmación jurisprudencial como tal doctrina tiene lugar en España con laSTS de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800), mientras que en la jurisprudencia anglosajona data de finales del siglo XIX. Se trata de penetrar en el sustrato de la persona jurídica para evitar que bajo dictación se puedan perjudicar derechos de terceros o ser utilizada en fraude de ley. Señala la referida Sentencia: "Que ya, desde puntos de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores consagrados en la Constitución (art. 1. 1º y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según los casos y circunstancias, por aplicar vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (CC art. 7.1º), la tesis y práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a los efectos que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, bajo de esta ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto-, se pueda perjudicar ya intereses privados o públicos por utilizada como camino del fraude (CCart. 6.4º), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar -levantar lo jurídico-en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (CCart. 7.2º), entrar en lo ajeno o de los derechos de los demás o contra los intereses de los socios, es decir de un mal uso de la personalidad, de un ejercicio antisocial

de su derecho (CCart. 7.2º)".Y añade el TS que quien maneja internamente de modo solitario y global un organismo, no puede invocar frente a sus acreedores que existen varias organizaciones independientes, sobre todo en aquellos casos en los que el control social efectivo está en manos de una persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad. La jurisprudencia posterior ha extendido el ámbito de aplicación de la doctrina a todos aquellos propuestos en el que la separación de la personalidad jurídica constituye una ficción para obtener un fin fraudulento como cumplimiento de un contrato, la elusión de responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia u otros similares (STS 3-6-1991 (RJ 1991, 4411), 13-3-1992, 24-4-1992 (RJ 1992, 3410), 16-2-1994 (RJ 1994, 1618) y 8-4-1996). Entre la jurisprudencia más reciente destacan lasSSTS 15-3-2002 (RJ 2002, 2477), 30-7-2002, 4-10-2002, 11-11-2002, 17-12-2002, 25-4-2003, 19-5-2003 (RJ 2003, 5213), 10-7-2003, 13-11-2003 (RJ 2003, 8303).
Resulta ilustrativa laSTS de 19-5-2003 (RJ 2003, 5213)que recoge la doctrina jurisprudencial, y declara:
Como dice lasentencia de 15 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7267), "la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona Disregard y de la germana Durchgriff, que tiene como función evitar el uso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice lasentencia de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800), verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por lassentencias de 16 de julio de 1987 (RJ 1987, 5795), 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6194), 5 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7381), 20 de junio de 1991 (RJ 1991, 4526), 12 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8234), 12 de febrero de 1993 (RJ 1993, 763). Cuestión básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato para aludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice lasentencia de 3 de junio de 1991 (RJ 1991, 4411), se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude deley o perjudican derechos de terceros",los que reiteran las de 16 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2189), 24 de abril de 1992 (RJ 1992, 3410), 16 de febrero de 1994, y la de 8 de abril de 1996; sentencias posteriores reiteran la doctrina: 23 de enero 1998, 25 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4000), 11 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7613), 31n de enero de 2000 (RJ 2000, 65), 11 de octubre 2000, 22 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9313).
La jurisprudencia viene admitiendo la aplicación de esta teoría en cuatro grupos de casos:
-El uso de las formas jurídicas o utilización en fraude de ley.
-La entidad de personas o esferas de actuación o confusión de patrimonios, que se muestra en la existencia de una comunidad, gestión, de intereses y de beneficios.
-Control o dirección efectiva interna.
-Infracapitalización o descapitalización societaria; ad exemplumSAP Baleares de 28-7-2000, 1-6-2000 (JUR 2000, 240718), 2-7-1998, 20-5-2002 (JUR 2002, 189753)y 23-7-99.
Es la confusión de patrimonios el elemento que ha de probar el acreedor que solicite la declaración conjunta de los varios deudores cuyos patrimonios se hallen en situación de confusión. El supuesto de hecho no exige que los deudores se encuentren en una relación de grupo de empresas o de sociedades. Pero si además concurre esta situación (típicamente contemplada en el segundo supuesto), el acreedor, sea persona física o persona jurídica (como se ha indicado antes) no necesita probar otro elemento distinto a la confusión de patrimonios"
Por lo que se refiere a la existencia de una relación de grupo de sociedades, se dice "en la relación del grupo, deben concurrir dos características adicionales: identidad sustancial de sus miembros, y unidad en la toma de decisiones.
El elemento central para la aplicación delart. 3.5en su último inciso, es la existencia de un grupo. La LC no define lo que debe entenderse por grupo, aunque contempla esta relación entre entidades jurídicas, bien hablando de "grupo" sin más (art. 3.5), de "grupo de sociedades" (art. 10.4) o de "grupo de empresas" (art. 6.2.2º.III;art.6.3.3.4º). Y, por supuesto, de "entidades integradas" en un grupo (art. 6.2.3º.III), de "sociedad dominante" (art. 10.4º;art. 6.3.4º), de "sociedad dominante de un grupo" (art. 25.1) o de "sociedad dominada de un mismo grupo" (art. 25.3).
Por esta razón el concepto de grupo ha de ser determinado teniendo presentes las normas que el ordenamiento haya establecido para este fenómeno de la vida empresarial. Pero el derecho español no establece un único concepto de grupo, sino que se encuentran varios preceptos con distintos conceptos para servir finalidades concretas propias de cada una de las leyes en que se encuentra inscrito.
En el derecho español se percibe un proceso de aproximación normativa de los diversos textos legales que, a efectos de la aplicación de las leyes en que se contenían, establecían un concepto de grupos de empresas.
El paso legislativo más reciente es el dado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales..., que modifica losapartados 1 y 2 del art. 42 CCom, donde se contiene la descripción de la situación en que varias sociedades se encuentran interrelacionadas y al que hacían referencia mediante remisiones a su contenido otras normas del ordenamiento para establecer una presunción de supuesto de grupo.
En su redacción originaria elart. 42. CComdisponía:
"1. Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, en la forma prevista en este Código y en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes:
a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
b) Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos

administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo.
2. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se añadirán a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por ésta, así como a otras personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de alguna de aquéllas".
Y. El nuevoart. 42.1 CCom :
Elart. 42 CComestá dictado a los efectos de establecer el supuesto que obliga a una sociedad considerada como dominante a redactar cuentas anuales consolidadas. Pero a este precepto se remiten las normas más significativas del ordenamiento en el que se establecen, para satisfacer otras finalidades de política jurídica, un concepto de grupo de empresas o un concepto relacionado con el mismo fenómeno. Son elart. 87 del TRLSA y elart. 4 LMV. Ambos marcan el ámbito de su aplicación que, después de las sucesivas de estos artículos y la última delart. 42 CCom, coinciden básicamente en contenido de los supuestos calificables como grupos. En efecto, la lectura comparada delart. 4 LMVy delart. 42 CComen su nueva redacción pone de manifiesto que elart. 42.2 CCom ha incorporado supuestos que ya habían tratado como grupo en los primerosartículos citados.
Elart. 4 LMVestablecía:
"A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.
Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en elnúmero 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más unode los Consejeros de la dominada sean Consejero o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.
A efectos de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona".
Por su lado, elart. 87 TRLSA, después de su reforma, definía el concepto de sociedad dominante, a los efectos del tráfico de acciones propias o de acciones de sociedades en situación de grupo o semejantes:
"1. A los efectos de esta sección se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación.
2. En particular, se presumirá que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre con relación a ésta en alguno de los supuestos previos en elnúmero 1 del artículo 42 del Código de Comercio o, cuando menos, la mitad más unode los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta.
A efectos de lo previsto en el presente artículo, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de otras personas que actúen por cuenta de la sociedad dominante o de otras dominadas o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona".
En realidad, la característica decisiva es la existencia de una unidad de dirección entre las varias sociedades integrantes de un grupo. Por otro lado, también es de señalar que se da importancia no sólo a la existencia de personas comunes en los órganos de administración de las sociedades que constituyen el grupo sino, además, a los "altos directivos de la sociedad dominante o de la otra dominada por ésta". Con este inciso se introduce la relevancia de los administradores de hecho que también juegan un papel importante en la nueva ordenación del concurso (v.art. 92.5 y 93.1 y 2LC)".... "Asimismo, se establecen en la Ley Concursal consecuencias de carácter sustantivo, derivadas fundamentalmente de la consideración de las sociedades integrantes del grupo y sus socios como "personas especialmente relacionadas con el concursado" (art. 93.2º.3), de lo que resulta un tratamiento más riguroso: presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial, a efectos del ejercicio de la acción de reintegración, en los actos dispositivos a título oneroso realizados en los dos años anteriores a la fecha de declaración a favor de un integrante del grupo, actos dispositivos que son rescindibles sin necesidad de que haya existido intención fraudulenta (art. 71.3º.1); calificación como subordinados de los créditos que contra el deudor tengan los demás integrantes del grupo (art. 92.5), con las consecuencias desfavorables que ello trae consigo, como son la pérdida del derecho de voto en la junta de acreedores (art. 122.1.1º), el cómputo del plazo de espera previsto en el convenio a partir del íntegro cumplimiento del mismo respecto de los acreedores ordinarios (art. 134.1º.2), y el pago de tales créditos subordinados en la fase de liquidación sólo cuando hayan quedado íntegramente satisfechos los demás créditos (art. 158); extinción de las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos contra el concursado titulados por los integrantes del grupo mediante Auto dictado vencido el plazo de impugnación del informe de los auditores si tales acreedores no impugnaran en tiempo y forma tal calificación (art. 97.2); prohibición de que los acreedores sean representados en la junta de acreedores por uno de estos integrantes del grupo (art. 118.2), etc".
CUARTO En el presente caso y con base a la doctrina expuesta, este Tribunal, revisado el contenido de los autos y de las pruebas practicadas, no puede sino compartir la hermenéutica apreciativa desarrollada por el Juez de instancia en la Sentencia recurrida, que descansa en una valoración lógica y racional de las pruebas practicadas y en la correcta aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, de modo que la mera remisión a sus razonamientos jurídicos serían suficientes para desestimar el recurso que se examina, máximo si se tiene en cuenta que las simples argumentaciones esgrimidas por la parte recurrente, sin sustento probatorio alguno, en modo alguno sirven para desvirtuar las presunciones que en orden a la constatación de acto perjudicial para la masa, contempla elartículo 71 de la Ley Concursal.
Ello no obstante, se estima oportuno incidir en los siguientes hechos:
En primer lugar, aún siendo cierta la afirmación que efectúa la recurrente en orden a que la coincidencia de una persona como administrador de varias sociedades, no implica sin mas que todas ellas conforme un grupo de empresas, obvia no obstante que la prueba testifical y documental pone claramente de manifiesto no sólo que

la entidad recurrente forma parte del mismo grupo empresarial que las concursadas, sino que existe un clara comunidad, de gestión, de intereses y de beneficios entre todas ellas; y así, el que fuera administrador de la entidad recurrente Sr.Adolfoy a su vez administrador único de las concursadas, refiere que como administrador siempre siguió las instrucciones que le dabaSalvadory que de hecho firmo el contrato de 27 de junio de 2003 a instancia del Sr.Salvador, pero sin estudiar su contenido y sin recordar la fecha en que se formalizó; que Rosevine y Mediterranean también son sociedades deSalvador; DonAugusto, anterior administrador único de la entidad recurrente, reconoció que el Sr.Salvador, le pidió que figurara como administrador de dicha sociedad para la temporada turística, y en su actuación siempre siguió las instrucciones que le daba el Sr.Salvador, reconociendo igualmente que las concursadas también estaban relacionadas con el Sr.Salvador, cesando en su cargo porque no "le gustaba como iba el tema"; D.Blas, en su día administrador de las concursada afirma que en el fondo no tenía ninguna relación con las sociedades, siendo nombrado como administrador porque así se lo pidió el Sr.Salvador, que era quien tomaba todas las decisiones; D.Armando, contable de las concursadas y de la entidad recurrente, declara queSalvadorera el que transmitía todas las instrucciones, y a su entender el propietario de todas las entidades; que Mediterranean y Rosevine eran las empresas ubicadas en paraísos fiscales, propiedad del Sr.Salvador, y las empresas españolas actuaban como tapadera, existiendo una caja común para todas las sociedades, siendo que los documentos que se firmaban entre ellas, no tenían ninguna fiabilidad contable.
Por su parte, tal unidad societaria, aparece igualmente avalada por el hecho, de que ante el TAMIB y en orden al acuerdo transaccional sucrito con el Sr.Armando, compareció el Sr.Salvadorcomo representante de Exclusivas Sa Rambla y de las propias concursadas (folio 136), siendo que tal representación fue conferida mediante escrituras otorgadas el mismo día, ante el mismo Notario y con sucesión de actos (números de protocolo sucesivos), extremo cuya certeza fue reconocida por la propia recurrente en su escrito de contestación, aún cuando considere que no constituye ningún indicio de vinculación.
En segundo lugar, frente a la alegación de la existencia de una causa jurídica que avala el nacimiento del crédito que a su favor se le reconoce en el acuerdo controvertido y que no puede calificarse de gratuito, cual es la indemnización como compensación por la cesión de los derechos de explotación sobre los complejos hoteleros, a fin de poder concertar un contrato de arrendamiento con un tercero, baste señalar que no existe la mas mínima prueba sobre la realidad de dichos derechos de explotación que se dicen cedidos, aún mas, la propia administración concursal pone de manifiesto que en la poca contabilidad de que se dispone respecto de las entidades concursadas, no existe constancia alguna de dichos derechos de explotación, salvo la referencia que se efectúa del propio acuerdo, y lo que es mas importante, el Sr.Armandodeclaró que se trata de un contrato ficticio, que se formalizó para traspasar las responsabilidad de Rosevine y Mediterranean, que no obstante se contabilizó sin analizar si era real o irreal, y que no fue suscrito en junio de 2003, sino que se hizo sobre mayo o junio de 2004, alterando la fecha para hacerlo coincidir con otros documentos.
En tercer lugar, y como bien refiere la administración concursal en su escrito de oposición, el hecho de que el resto de las entidades codemandadas se hayan aquietado al pronunciamiento de instancia, constituye un indicio mas de que todas ellas constituyen un grupo empresarial, con total confusión de patrimonios.
Tales presunciones, unidas, como se dijo, al hecho de que no se ha practicado por la recurrente ninguna prueba que las desacredite, obligan a concluir no sólo que el acuerdo impugnado es inexistente, sino que, en cualquier caso, y como refiere elartículo 71 de la Ley Concursal, constituye un acto perjudicial para la masa activa, realizado por las concursadas dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y a favor de sociedades (las demandadas) que forman parte del mismo grupo.”: SAP Baleares (Sección 5) 16.05.2008 (JUR 2009/19754; Sentencia 142/2008; Rollo 101/2008)

AP Cáceres

“La cuestión fundamental del presente incidente fue en la primera instancia y va a serlo en la apelación sí existe un grupo de empresas a efectos concursales entre la apelante y la concursada para justificar el carácter de persona especialmente relacionada con el deudor que justifica la aplicación de la presunción iuris tantum de perjuicio insita en el artículo 71.3.1º, en relación con el art. 93.2.3º, ambos de la Ley Concursal.
Para resolver esta cuestión, tenemos que plantearnos desde un punto de vista jurídico el propio concepto de grupo de empresas a los efectos concursales. Pues bien, la redacción original de la Ley 22/2003, de 9 de Junio, Concursal, no contenía una definición del grupo de empresas, aludiendo al fenómeno en diversos preceptos de la Ley, sin ni tan siquiera coincidir en la propia denominación del mismo. Así, por ejemplo, en el artículo 3.5 o en el 93.2.3º se hablaba de "grupo "; el art. 6.3.4 º y 28, se refería al mismo como "grupo de empresas" o en el artículo 10.4, como un "grupo de sociedades".
Concretamente, en el artículo 3.5 de la Ley Concursal, hoy derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, aunque no se ofrecía una definición de grupo de sociedades a los efectos de la Ley Concursal, si se mencionaban los requisitos precisos para que pudiera promoverse la solicitud conjunta de concurso de las sociedades que formaran parte de un mismo grupo, que eran, además de conformar un grupo de sociedades, la identidad sustancial de sus miembros y la unidad en la toma de decisiones.
En estas circunstancias, existían dudas en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el concepto de grupo de sociedades a efectos concursales y, en concreto, si él mismo debía ser el que ofrecía tradicionalmente el art. 42 del CCO.
Aunque no existe propiamente un concepto de grupo de sociedades que pueda aplicarse unívocamente a todo el ordenamiento jurídico español, es lo cierto que en los últimos tiempos, diversas reformas legislativas han apostado por dotar de tal carácter al grupo que reúne los requisitos del art. 42 del código de comercio.
Así, el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que se centraba a estos efectos en la unidad de decisión y contemplaba como grupo de sociedades a las que constituyeran una unidad de decisión bien porque alguna de ellas ostentara o pudiera ostentar, directa o indirectamente, el control de las

demás, bien porque el control se ejerciera por una o varias personas físicas actuando de consuno, ha sido modificado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, para remitirse el concepto de grupo de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio, al señalar el citado artículo 4 que: *"A los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio ".*

Por su parte, el artículo 18 el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio señala que: *"A los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras".*

Siguiendo esa tendencia legislativa, la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 estableció en la disposición adicional sexta que: *"A los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio.".*

En estas circunstancias, debemos plantearnos cuales el concepto de grupo de empresas que se contiene en el artículo 42.1 del Código de Comercio, tras su redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, comenzado por señalar que el mismo establece que *: ". Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

a. Posea la mayoría de los derechos de voto.

b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona."

El concepto de grupo del artículo 42.1 del Código de Comercio se basa en el control, directo o indirecto, efectivo o potencial, por una sociedad (dominante) de otra u otras sociedades (dominadas), presumiéndose el control en las situaciones que establece el precepto y hemos expuesto.

Estamos ante un concepto de grupo de empresas que no conecta con el mas amplio dado desde una perspectiva económica, pues no comprende los grupos horizontales, paritarios o por coordinación y los verticales, jerarquizados o por subordinación controlados por personas físicas en los que existen diversas sociedades no jerarquizadas entre sí en cuya cabecera están personas físicas. Por tanto, se apuesta por un grupo de sociedades en los que exista sociedad dominante, siendo la cabecera una o varias personas físicas que son las que controlan las sociedades dominadas. La clave para determinar la existencia del grupo, por tanto, está en el control societario. Nos encontraremos a efectos concursales con un grupo de empresas, si constatamos la posibilidad ejercer el control societario, pues de otro modo y pese a que puedan existir evidente relaciones de contenido económico o participación social entre las empresas no podemos hablar jurídicamente de un grupo de empresas. Se pasa así de una definición tradicional de grupo -antes de la reforma del art. 42 del CCO - inspirado en el principio de la unidad de decisión -que se traslucía en el antiguo art. 3.5 de la LC-, a un criterio de control societario o en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de reforma del precepto antes citada como " *aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás".* Todo ello limita el concepto de grupo tan solo a los de estructura vertical o jerarquizada, sin que pueda extenderse a aquellos supuestos en los que no exista dependencia jerárquica de unas sociedades respecto de otras, como puede ser el supuesto en que sean una sea una o varias personas físicas quienes como cabecera puedan controlar las sociedades dominadas.

La STS de 24 de noviembre de 2011 estudiando la cuestión desde la perspectiva de la consolidación de cuentas señala que si antes de la reforma del art. 42 CCO era impuesta la obligación de consolidar cuentas " *no sólo en los llamados grupos verticales o de subordinación, sino también en los denominados grupos horizontales o de coordinación cuando, aunque no existiesen participaciones de unas sociedades en otras del grupo, existía "unidad de decisión"* en la nueva redacción del art. 42 CCO, tras la reforma por la Ley 16/2007, tal como indica su Exposición de Motivos, " *ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar, ya que (Exposición de Motivos) "queda pues configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás".*

Es verdad que en la práctica y, por ejemplo, desde un punto de vista económico puede haber otros conceptos de grupo de empresas, pero en el ámbito concursal y a los efectos de la condición de persona especialmente relacionada con el deudor, que tiene incidencia en este ámbito de la reintegración y en el de la clasificación de créditos, debemos operar restrictivamente la interpretación, no sólo desde la perspectiva de la seguridad jurídica, sino también desde el punto en que estamos aplicando una normativa restrictiva derechos. En efecto, dicha restricción de derechos es evidente a los efectos de calificar como subordinados los créditos de estas personas, al amparo de lo dispuesto en art. 92.5 de la Ley Concursal, en relación con el artículo 93 del mismo texto legal, pero también sí nos planteamos la condición de persona especialmente relacionada con el deudor como presupuesto para que opere la presunción iuris tantum del art. 71. 3.1º de la LC que, no olvidemos,

permite presumir el perjuicio del acto o negocio jurídico en que hubiera intervenido esa persona e invierte la carga de la prueba sobre dicho dato, al deber ser la persona especialmente relacionada la que acredite que, no obstante su intervención en el acto o negocio jurídico, no resultó perjuicio para la masa activa del mismo.
Toda esta nueva realidad derivada de la reforma de la Ley concursal de 2011 en cuanto al concepto de grupo de empresas a efectos concursales ha sido ya recogida y aplicada por diversas Audiencias Provinciales, pudiendo destacar, entre otras, la sentencia de 4 de octubre de 2012 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona o la de 7 de diciembre de 2012 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid.
Pues bien, el juez de la primera instancia, partiendo de que el objeto social de ambas entidades aunque no es el mismo, si equivalente (artes gráficas e impresión de textos, respectivamente) y de las composiciones de su accionariado y la conformación de su órgano de administración, llega la conclusión de que conforman un grupo de empresas.
Por lo que se refiere a los socios indica que justo antes de la entrega de las instalaciones de la concursada, EDIPACK GRÁFICO S.L. Tiene como socios a D. José Y D. Raúl, a D. Carlos Antonio y a D. Apolonio, al 25 %, mientras que la concursada tenía conformado su accionariado al 20 % entre cinco socios, siendo entre otros socios D. José Y D. Raúl y D. Apolonio, de tal suerte que la mayoría social de ambas entidades concurre en estos 3 socios.
Por lo que se refiere a los respectivos órganos de administración, la entidad EDIPACK GRÁFICO S.L., tiene como administradores a D. Raúl y D. José tiene organización solidaria mientras que la entidad concursada ROTATIVAS DE EXTREMADURA S.A., Tiene un organización mancomunada estando conformada por D. Carlos Antonio y D. Raúl.
Pues bien, de lo expuesto se deduce no compartir la valoración de la sentencia en cuanto a la apreciación de la existencia del grupo a los efectos de la reintegración, pues de lo actuado no se ha acreditado que ninguna de las dos empresas referidas -ROTATIVAS DE EXTREMADURA S.A. y EDIPACK GRÁFICO S.L- ejerza o esté en condiciones de ejercer una influencia dominante sobre la otra o que se encuentren sometidas a una dirección única, centralizada en una sola fuente de poder. No hay, de lo expuesto por el juzgador una relación de dominio ni una unidad de decisión, sino sólo una participación en una empresa que no se domina ni se controla. No nos encontramos con el control de la mayoría de los derechos del voto, ni con una empresa que tenga la facultad de nombrar destituir a la mayoría de los miembros del órgano administración lo que pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros de la mayoría de los derechos del voto o, en fin que haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñó su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. La composición del órgano administración de ambas sociedades es distinta aunque coincidente en algunos miembros y en todo caso con un régimen totalmente diferenciado de funcionamiento, ya que la concursada tiene un órgano de administración mancomunado (no solidario con una entidad apelante), lo que dificulta por no decir impide ese control indirecto del que habla juzgador de la primera instancia. Podría existir grupo de empresas desde el punto de vista económico o una evidente relación económica y comercial incluso un grupo horizontal entre las entidades, pero no un grupo de empresas desde el punto de vista jurídico. En este punto, por tanto discrepamos del juzgador de la sentencia recurrida.": SAP Cáceres (Sección 1) 30.04.2014 (Sentencia 106/2014; Rollo 152/2014)

"SEGUNDO.-Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo, debemos significar que esta misma Sala ha dictado sentencia núm. 106/14, de fecha 30 de abril en un supuesto idéntico, con la única diferencia que la sociedad demandada, además de la concursada era un mercantil distinta, pero la sentencia de instancia y el recurso son idénticos, por lo que idéntica debe ser la respuesta que debemos dar al recurso que ahora nos ocupa.
En efecto, decíamos en la sentencia citada, y ahora reiteramos, siguiendo el mismo orden de los motivos de apelación, sobre el error en valoración de la prueba e infracción de la Disposición Adicional Sexta de la Ley Concursal y del art. 42 del Código de Comercio, por cuanto de lo actuado se deduce que entre la entidad apelante y la concursada no existe grupo de sociedades en los términos prevenidos en dichos preceptos.
"En la demanda se pide la reintegración de los pagos realizados por la concursada a favor de LUFERCOM, S.L. dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, al entender que los mismos son perjudiciales para la masa activa, al suponer un pago selectivo realizado a un acreedor especialmente relacionado con el deudor con quien forma grupo de empresas, pago efectuado en detrimento del resto de la masa crediticia, todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículos 71.1.1º de la LC. y que no fue un acto ordinario de la actividad empresarial del deudor realizado en condiciones normales, por cuanto tales pagos se realizaron en su mayoría una vez ceso la actividad de la deudora, interesando la ineficacia de dichos pagos y la restitución de prestaciones, así como que el crédito de la entidad LUFERCOM, S.L. sea calificado como crédito subordinado en atención a su mala fe.
En la sentencia se acoge la tesis de la administración concursal en todos sus extremos excepto en la interesada calificación como crédito subordinado, al entender inexistente la mala fe del acreedor demandado, por lo que se estima parcialmente la demanda, sin hacer imposición de costas, dada la estimación parcial de la demanda.
En el recurso apelación se niega la existencia del grupo de empresas que consideró el juzgador de la primera instancia y ello porque no concuerda con el tipo del grupo de empresas que a efectos concursales se señala en la Disposición Adicional Sexta de la Ley Concursal, ello al margen de denunciar la errónea valoración de la prueba sobre la propia concurrencia de los requisitos fácticos que en la sentencia se expresan como motivadores de la existencia de dicho grupo.
Pues bien, debemos comenzar por recordar que como viene diciendo esta Audiencia Provincial, debe ser respetada la valoración probatoria de los órganos judiciales en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia

o a las reglas de la sana crítica. Por tanto, debe respetarse el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente.

Por otro lado, esta Audiencia, de forma constante y en términos generales, viene manteniendo que "la circunstancia de que, entre las partes contendientes, existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la cuestión litigiosa que, en concreto, se suscite no supone necesariamente un impedimento insuperable para que aquella cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada; de manera que, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración. Ciertamente, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de Enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio (incluyéndose, evidentemente, la fase probatoria), el órgano Jurisdiccional de Segunda Instancia puede apreciar de viso propio no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente, mas no debe olvidarse que la actividad valorativa del órgano Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos".

La cuestión fundamental del presente incidente tanto en la instancia como en la apelación, es sí existe un grupo de empresas a efectos concursales entre la apelante y la concursada para justificar el carácter de persona especialmente relacionada con el deudor que justifica la aplicación de la presunción iuris tantum de perjuicio insita en el artículo 71.3.1º, en relación con el art. 93.2.3º, ambos de la Ley Concursal.

Para resolver esta cuestión, tenemos que plantearnos desde un punto de vista jurídico el propio concepto de grupo de empresas a los efectos concursales. Pues bien, la redacción original de la Ley 22/2003, de 9 de Junio, Concursal, no contenía una definición del grupo de empresas, aludiendo al fenómeno en diversos preceptos de la Ley, sin ni tan siquiera coincidir en la propia denominación del mismo. Así, por ejemplo, en el artículo 3.5 o en el 93.2.3º se hablaba de "grupo "; el art. 6.3.4 º y 28, se refería al mismo como "grupo de empresas" o en el artículo 10.4, como un "grupo de sociedades".

Concretamente, en el artículo 3.5 de la Ley Concursal, hoy derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, aunque no se ofrecía una definición de grupo de sociedades a los efectos de la Ley Concursal, sí se mencionaban los requisitos precisos para que pudiera promoverse la solicitud conjunta de concurso de las sociedades que formaran parte de un mismo grupo, que eran, además de conformar un grupo de sociedades, la identidad sustancial de sus miembros y la unidad en la toma de decisiones.

En estas circunstancias, existían dudas en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el concepto de grupo de sociedades a efectos concursales y, en concreto, si él mismo debía ser el que ofrecía tradicionalmente el art. 42 del CCO.

Aunque no existe propiamente un concepto de grupo de sociedades que pueda aplicarse unívocamente a todo el ordenamiento jurídico español, es lo cierto que en los últimos tiempos, diversas reformas legislativas han apostado por dotar de tal carácter al grupo que reúne los requisitos del art. 42 del código de comercio.

Así, el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que se centraba a estos efectos en la unidad de decisión y contemplaba como grupo de sociedades a las que constituyeran una unidad de decisión bien porque alguna de ellas ostentara o pudiera ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, bien porque el control se ejerciera por una o varias personas físicas actuando de consuno, ha sido modificado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, para remitirse el concepto de grupo de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio, al señalar el citado artículo 4 que: "A los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio ".

Por su parte, el artículo 18 el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio señala que: "A los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras".

Siguiendo esa tendencia legislativa, la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 estableció en la disposición adicional sexta que: "A los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio.".

En estas circunstancias, debemos plantearnos cual es el concepto de grupo de empresas que se contiene en el artículo 42.1 del Código de Comercio, tras su redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, comenzado por señalar que el mismo establece que: ". Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a). Posea la mayoría de los derechos de voto.

b). Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c). Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
d). Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.
A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona."
El concepto de grupo del artículo 42.1 del Código de Comercio se basa en el control, directo o indirecto, efectivo o potencial, por una sociedad (dominante) de otra u otras sociedades (dominadas), presumiéndose el control en las situaciones que establece el precepto y hemos expuesto.
Estamos ante un concepto de grupo de empresas que no conecta con el mas amplio dado desde una perspectiva económica, pues no comprende los grupos horizontales, paritarios o por coordinación y los verticales, jerarquizados o por subordinación controlados por personas físicas en los que existen diversas sociedades no jerarquizadas entre sí en cuya cabecera están personas físicas. Por tanto, se apuesta por un grupo de sociedades en los que exista sociedad dominante, siendo la cabecera una o varias personas físicas que son las que controlan las sociedades dominadas.
La clave para determinar la existencia del grupo, por tanto, está en el control societario. Nos encontraremos a efectos concursales con un grupo de empresas, si constatamos la posibilidad ejercer el control societario, pues de otro modo y pese a que puedan existir evidente relaciones de contenido económico
o participación social entre las empresas no podemos hablar jurídicamente de un grupo de empresas. Se pasa así de una definición tradicional de grupo -antes de la reforma del art. 42 del CCO - inspirado en el principio de la unidad de decisión -que se traslucía en el antiguo art. 3.5 de la LC-, a un criterio de control societario
o en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de reforma del precepto antes citada como " aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás". Todo ello limita el concepto de grupo tan solo a los de estructura vertical o jerarquizada, sin que pueda extenderse a aquellos supuestos en los que no exista dependencia jerárquica de unas sociedades respecto de otras, como puede ser el supuesto en que sean una sea una o varias personas físicas quienes como cabecera puedan controlar las sociedades dominadas.
La STS de 24 de noviembre de 2011 estudiando la cuestión desde la perspectiva de la consolidación de cuentas señala que si antes de la reforma del art. 42 CCO era impuesta la obligación de consolidar cuentas "no sólo en los llamados grupos verticales o de subordinación, sino también en los denominados grupos horizontales o de coordinación cuando, aunque no existiesen participaciones de unas sociedades en otras del grupo, existía "unidad de decisión" en la nueva redacción del art. 42 CCO, tras la reforma por la Ley 16/2007, tal como indica su Exposición de Motivos, "ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar, ya que (Exposición de Motivos) "queda pues configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás".
Es cierto, que en la práctica y, por ejemplo, desde un punto de vista económico puede haber otros conceptos de grupo de empresas, pero en el ámbito concursal y a los efectos de la condición de persona especialmente relacionada con el deudor, que tiene incidencia en este ámbito de la reintegración y en el de la clasificación de créditos, debemos operar restrictivamente la interpretación, no sólo desde la perspectiva de la seguridad jurídica, sino también desde el punto en que estamos aplicando una normativa restrictiva derechos. En efecto, dicha restricción de derechos es evidente a los efectos de calificar como subordinados los créditos de estas personas, al amparo de lo dispuesto en art. 92.5 de la Ley Concursal, en relación con el artículo 93 del mismo texto legal, pero también sí nos planteamos la condición de persona especialmente relacionada con el deudor como presupuesto para que opere la presunción iuris tantum del art. 71. 3.1º de la LC que, no olvidemos, permite presumir el perjuicio del acto o negocio jurídico en que hubiera intervenido esa persona e invierte la carga de la prueba sobre dicho dato, al deber ser la persona especialmente relacionada la que acredite que, no obstante su intervención en el acto o negocio jurídico, no resultó perjuicio para la masa activa del mismo.
Toda esta nueva realidad derivada de la reforma de la Ley concursal de 2011 en cuanto al concepto de grupo de empresas a efectos concursales ha sido ya recogida y aplicada por diversas Audiencias Provinciales, pudiendo destacar, entre otras, la sentencia de 4 de octubre de 2012 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona o la de 7 de diciembre de 2012 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid.
TERCERO.-Pues bien, el juez de la primera instancia, partiendo de que el objeto social de ambas entidades aunque no es el mismo, si equivalente (artes gráficas e impresión de textos, respectivamente) y de las composiciones de su accionariado y la conformación de su órgano de administración, llega la conclusión de que conforman un grupo de empresas.
Por lo que se refiere a los socios indica que justo antes de la entrega de las instalaciones de la concursada, LUFERCOMP Tiene como socios a D. Jon Y D. Raúl y a D. Jesús Ángel, al 25 %, mientras que la concursada tenía conformado su accionariado al 33,33 %, siendo mayoría en ROTATIVAS, de tal suerte que la mayoría social de ambas entidades concurre en estos tres socios.
Pues bien, de lo expuesto se deduce no compartir la valoración de la sentencia en cuanto a la apreciación de la existencia del grupo a los efectos de la reintegración, pues de lo actuado no se ha acreditado que ninguna de las dos empresas referidas -ROTATIVAS DE EXTREMADURA S.A. y LUFERCOMP - ejerza o esté en

condiciones de ejercer una influencia dominante sobre la otra o que se encuentren sometidas a una dirección única, centralizada en una sola fuente de poder. No hay, de lo expuesto por el juzgador una relación de dominio ni una unidad de decisión, sino sólo una participación en una empresa que no se domina ni se controla. No nos encontramos con el control de la mayoría de los derechos del voto, ni con una empresa que tenga la facultad de nombrar destituir a la mayoría de los miembros del órgano administración lo que pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros de la mayoría de los derechos del voto o, en fin que haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñó su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.
La composición del órgano administración de ambas sociedades es distinta aunque coincidente en algunos miembros, y en todo caso, con un régimen totalmente diferenciado de funcionamiento, ya que la concursada tiene un órgano de administración mancomunado (no solidario como la entidad apelante), lo que dificulta, por no decir que impide, ese control indirecto del que habla juzgador de la primera instancia. Podría existir grupo de empresas desde el punto de vista económico o una evidente relación económica y comercial incluso un grupo horizontal entre las entidades, pero no un grupo de empresas desde el punto de vista jurídico. En este punto, por tanto discrepamos del juzgador de la sentencia recurrida.": SAP Cáceres (Sección 1) 06.05.2014 (Sentencia 113/2014; Rollo 166/2014)

AP La Coruña

"PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la representación de la entidad "Grupo Inmobiliario Sambil, S.L.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña en autos de Incidente Concursal nº 108/14, que estimando sustancialmente la acción de reintegración ejercitada por la Administración Concursal contra "Grupo Inmobiliario Sambil, S.L." y la entidad concursada "Inversiones Contacsa, S.L." en liquidación, declara la rescisión e ineficacia de las transferencias bancarias realizadas por la sociedad de capital concursada "Inversiones Contacsa, S.L." a la sociedad "Grupo Inmobiliario Sambil, S.L.", en determinada cuenta bancaria por un total de 65.000 euros, condenando a la entidad mercantil "Grupo Inmobiliario Sambil, S.L." a reintegrar a la masa activa del concurso la referida suma de 65.000 euros, más intereses, y una vez ingresado dicho importe habrá de ser clasificada por la administración concursal como crédito concursal subordinado, que acrecentará la posición acreedora de la entidad "Grupo Inmobiliario Sambil, S.L.", y le impone las costas procesales, alegando en el recurso, en síntesis, que el acto de reintegración pretendido no encaja en ninguna de las presunciones de perjuicio patrimonial del artículo 71 LC, por cuanto la entidad recurrente no puede tener la consideración de persona especialmente relacionada con la concursada, consecuentemente para que la acción rescisoria del artículo 71 prospere es necesario que la Administración Concursal pruebe que el acto es claramente perjudicial para la masa activa del concurso, así como que el reconocimiento del crédito con la clasificación que le corresponda no compete al Juez, sino a la administración concursal; por último, considera que no cabía hacer expresa imposición de las costas.
SEGUNDO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Pues bien, alega la entidad apelante que no nos encontramos ante la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial, a la que se refiere el número 3.1º del precitado artículo 71, dado que niega que "Inversiones Contacsa, S.L." y "Grupo Inmobiliario Sambil, S.L." formen un grupo de empresas, a los efectos concursales que nos interesan.
Ciertamente frente al concepto amplio de grupo de sociedades que venían manejando los tribunales de lo mercantil, tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo una nueva disposición adicional, la sexta, que establece "a los efectos de esta ley, se entenderá por un grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de comercio ".
De tal modo en el ámbito concursal se limita la posibilidad de apreciar la existencia del grupo de sociedades a los casos en que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa e indirectamente, el control de otra u otras, quedando aparentemente fuera de tal concepto los grupos horizontales o de coordinación.
Ahora bien, no siempre es fácil de resolver la cuestión, la dificultad estriba en la práctica en determinar que alcance deba darse al concepto de control societario, cuando, al margen de las presunciones que el artículo 42 del Código de comercio proporciona, es posible afirmar que una sociedad -dominante- ostenta o puede ostentar, directa indirectamente el control de otra u otras. Algunos autores mantienen, a este respecto, que con independencia de su caracterización jurídica o económica, el control societario supone capacidad suficiente de una sociedad para intervenir, dirigir y vetar decisiones y actuaciones de otra sociedad, sean cuales sean los medios que se utilicen (López Aparcero, en anuario de Derecho Concursal, Nº 26), concepto que, puesto que

abarca situaciones de dependencia económica o de medios, es tal vez excesivamente amplio y difícilmente conciliable con la idea restrictiva que preside la remisión que tanto la LC como la LMV y el TRLSC hacen al concepto de grupo de sociedades del Código de comercio, y que permitiría recobrar como idea definitoria la de unidad de dirección que la ley, sin duda, ha querido desterrar.
En el ámbito estrictamente contable, el artículo 1.3 del RD 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas, define el control como el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades. Su exposición de motivos aclara que "si bien la participación en otra sociedad y el ejercicio de los correspondientes derechos de voto se configura como el supuesto más habitual de ejercicio de control, no es menos cierto que lo verdaderamente relevante es que se posea o se pueda poseer el mismo, circunstancia que da entrada en los grupos de subordinación a la creación de vínculos dominante-dependiente y, en consecuencia, a la obligación de consolidar, en virtud de un acuerdo o contrato, así como el hecho de que para evaluar dicho control también deban considerarse los derechos potenciales de voto". (SJM nº 1 A Coruña).
Así en el presente caso, la entidad concursada fue constituida mediante escritura pública de 12 de junio de 2012, su domicilio social c/María 105- 107, entresuelo, Ferrol, siendo socio y administrador único don Hilario, apoderada su esposa doña Catalina.
La codemandada, aquí parte apelante, fue constituida en virtud de escritura pública de fecha 15 de mayo de 2007, siendo socios fundadores don Hilario y su esposa doña Catalina, ostentando el primero el 75% del capital social y la segunda el 25% restante, como administrador su hijo Santos, y domicilio social en c/María 105-107, entresuelo, Ferrol.
Por otra parte, "Inversiones Contacsa, S.L.", fue declarada en concurso voluntario por auto dictado el día 15 de mayo de 2014, habiendo presentado la solicitud el 15 de abril de 2014.
De tal modo, don Hilario ostenta, como socio único o mayoritario, el control para actuar concertadamente en ambas sociedades, tal como entendió el juzgador a quo, y precisamente por ello se reconoció en el concurso a "Grupo Inmobiliario Sambil, S.L.", como acreedora por un importe de 97.207,38 euros, clasificado el crédito concursal como subordinado, que no puede tener otra razón que al estimarla como persona jurídica especialmente relacionada con la concursada, lo que no fue cuestionado a través del oportuno incidente concursal, por lo que devino firme.
Pues bien, con los antecedentes dichos, motiva el que deben gozar de la misma presunción iuris tantum del perjuicio patrimonial del art 71.3.1º de la Ley Concursal, por la consideración de persona especialmente relacionada con la concursada, por lo que la consecuencia jurídica es la clasificación del crédito concursal como subordinado, que si bien en principio corresponde su clasificación a la administración concursal, no consideramos que la declaración en sentencia suponga extralimitación que deba ser corregida, teniendo además en consideración que los actos cuya rescisión se declara en la sentencia apelada consistieron en las transferencias bancarias que la entidad "Inversiones Contacsa, S.L." llevó a efecto en los meses de febrero y marzo de 2014, a cuenta de la entidad "Grupo Inmobiliario Sambil, S.L.", que se recogen en el hecho quinto de la demanda, por un importe total de 65.000 euros, sin acreditación documental, que se alega responden a un traspaso préstamo socio, se trata de actuación que es inexplicable cuando se realiza sin garantía alguna, salvo la de desviación de fondos ante la situación en que se encuentra, presentando la solicitud del concurso voluntario el 15 de abril de 2014.": SAP La Coruña (Sección 4) 01.06.2015 (Sentencia 176/2015; Rollo 207/2015)

AP León

"TERCERO Perjuicio patrimonial: Personas especialmente relacionadas con el concursado,artículo 71.3 LC.
La Administración concursal reconoce que el administrador único de TUBOS DEL BIERZO S.A. desde su constitución hasta el cese en el cargo y designación del liquidador el 12 de julio de 2007, fecha en la que se elevaron a públicos los acuerdos adoptados en la Junta extraordinaria de 4 de mayo de 2007, fue D.Bienvenido, tal como consta en el Registro Mercantil de León. No obstante argumenta que en la junta extraordinaria de accionistas celebrada el 24 de Febrero de 2006 se acordó nombrar un Consejo de Administración siendo vocal uno de los socios, D.Eliseo, que precisamente es el Administrador único de la empresa "COMERCIAL SIDERURGICA MARTÍN Y COMPAÑÍA SL", entidad con la que se compensaron los créditos objeto de la acción de reintegración.
Tal y como queda planteado el debate en esta segunda instancia, debemos abordar necesariamente si la entidad en concurso y la mercantil con la que se compensaron los créditos son personas jurídicas especialmente relacionadas, formando parte del mismo grupo de sociedades.
La Ley Concursal hace referencia a este concepto (el de "personas especialmente relacionadas con el concursado"), sobre todo a efectos de la interpretación y aplicación delart. 92, que dentro de la Sección dedicada a la clasificación de los créditos, instaura la novedad constituida por los denominados créditos subordinados. Y elartículo 93 describe la identidad de dichas personas especialmente relacionadas. Y cuando se trata de actos dispositivos a favor de esas personas la presunción iuris tantum fijada por elart. 71 se traduce en la necesidad de que los demandados demuestren que el acto enjuiciado no supuso perjuicio patrimonial para la concursada.
Tratándose de dos empresas las que en este caso han tenido la relación objeto de análisis porque los créditos han sido compensados entre la concursada y "COMERCIAL SIDERURGICA MARTÍN Y COMPAÑÍA SL", resulta aplicable elapartado dos del artículo 93 que señala como especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, en su párrafo tercero, las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios. Pero ni la LC ni ninguna norma del ordenamiento jurídico nos ofrece una definición o concreción de lo que debe entenderse por grupo de sociedades. Elart. 4 de la Ley del

Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781), dice que "se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyen una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto". Por su parte, elart. 42 del Código de Comercio (LEG 1885, 21), que regula la presentación de cuentas de los grupos de sociedades, contempla diversos supuestos de relaciones entre sociedades que les obliga a formular cuentas anuales y el informe de gestión consolidados. Y elart. 87 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) define lo que considera sociedad dominante. De todos estos preceptos cabe extraer que la base para la presencia de un grupo de sociedades es la existencia de una unidad de decisión. Quizás sea elart. 4 de la Ley del Mercado de Valores el que nos ofrezca una visión más actualizada del concepto, y desde luego, más acorde con la finalidad que inspira a los preceptos de la Ley Concursal cuando regula las acciones rescisorias o de reintegración. Señala que se presume que hay unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en elart. 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta. Es decir, que constituye un elemento decisivo a efectos de determinar lo que debe entenderse por "grupo de sociedades" la unidad de decisión, manifestada en la disposición de la mayoría de los derechos de voto, y en la dirección única por la composición del órgano de administración. Ambos preceptos, art. 42 del C.Comercio y 4 de la Ley de mercado de Valores que en su redacción tras la reforma de laLey 16/2007 (RCL 2007, 1311, 2113), suprimen la referencia a la unidad de decisión y la sustituyen por ostentar "directa o indirectamente, el control de otra u otras", al tiempo que mantiene las mismas presunciones.
Pues bien, analizando la composición social de las dos entidades implicadas en la operación de compensación y sus órganos de administración resulta que no se aprecia esta unidad de decisión pues claramente, según resulta del Registro Mercantil, el administrador de la concursada era D.Bienvenido y el de "COMERCIAL SIDERURGICA MARTÍN Y COMPAÑÍA SL" es D.Eliseo que no consta más que como socio de la concursada y en todo caso vocal de un Consejo de Administración que no figura con facultades de dirección frente al administrador único de la concursada. Así pues, vista la composición social de ambas entidades y la configuración de sus órganos de administración, a la Sala no le queda duda de que entre las sociedades no existe una unidad de decisión o vinculación como grupo de sociedades.": SAP León 10.03.2011 (Sentencia 91/2011; Rollo 81/2011)

AP Lugo

"A efectos de lo dispuesto en el artículo 71.3.1º de la ley concursal, como ya tiene señalado esta Sala, la base para la presencia de un grupo de sociedades es la existencia de unidad de dirección, manifestada por la disposición de la mayoría de los derechos de voto y la composición de los órganos de administración y así, en este caso, de la composición de las sociedades Trasdega (concursada) e Inversiones Sarrianas se desprende que existe esa unidad de dirección a través de "Hierros Añón S.L." que ocupa una amplia mayoría de una y la mitad del capital social de la concursada, por lo que es evidente que existe esa relación de dominio a la que antes se hizo referencia, debiendo añadirse que el pago es rescindible ya que se efectuó entre personas especialmente relacionadas y en el plazo inferior a dos años, legalmente exigible, a la declaración del concurso, siendo una deuda no vencida ni exigible, basta ver las composiciones accionariales de las empresas, la identidad de administradores o las normas mercantiles al respecto (véase el artículo 4 de la Ley de Mercado de Valores de 28/7/88, el artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas o el 42 del código de comercio)".:SAP Lugo 28.04.2010 (Sentencia 224/2010; Rollo 582/2009)

AP Sevilla

"TERCERO - Tal y como queda planteado el debate en esta segunda instancia, debemos abordar necesariamente si las codemandadas son personas jurídicas especialmente relacionadas, formando parte del mismo grupos de sociedades.
Ni la LC ni ninguna norma del ordenamiento jurídico nos ofrece una definición o concreción de lo que debe entenderse por grupo de sociedades. Elart. 4 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, dice que "se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyen una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto".Por su parte, elart. 42 del Código de Comercio, que regula la presentación de cuentas de los grupos de sociedades, contempla diversos supuestos de relaciones entre sociedades que les obliga a formular cuentas anuales y el informe de gestión consolidados. Y elart. 87 de la Ley de Sociedades Anónimas define lo que considera sociedad dominante. De todos estos preceptos cabe extraer que la base para la presencia de un grupo de sociedades es la existencia de una unidad de decisión
Pues bien, analicemos la composición social de las dos entidades demandadas y sus órganos de administración. PREFABRICADOS Y HORMIGONES B Y G ARAHAL S.L. es una sociedad constituida el 27 de agosto de 2002, siendo sus dos socios D.Alfonsoy D.Roberto, siendo cada uno titular del cincuenta por ciento de las participaciones sociales. La administración de la sociedad corresponde a dos administradores mancomunados, siendo nombrados por la Junta General Universal los señoresAlfonsoy D.Roberto. En Junta General Extraordinaria y Universal de socios celebrada el 14 de septiembre de 2005 (nueve meses después de la celebración de los contratos cuya rescisión se pide) se modificaron los Estatutos y el órgano de administración, nombrándose administrador único a D.Alfonso.
La sociedad TRANSPORTES P. GAMEZ S.L. se constituyó el 24 de diciembre de 2001, teniendo un capital social de 125.000 ? dividido en 125 participaciones, siendo sus socios D.Robertotitular de 95 participaciones,

D.Serafin, DªMaría Dolores, D.Braulio, y D.Valentín, que suscribieron cada uno seis participaciones sociales, y D.Eusebio, que suscribió las restantes seis participaciones sociales. El órgano de administración se formó con dos administradores solidarios, D.Robertoy DªMaría Dolores. En Junta General Extraordinaria y Universal celebrada el 27 de mayo de 2005, se acordó el cambio en la administración de la sociedad, designándose administrador único a DªMaría Dolores.
Mediante escritura pública otorgada el 30 de diciembre de 2003, D.Roberto, actuando en su propio nombre y, además, en representación de TRANSPORTES P. GAMEZ S.L. en su condición de administrador solidario, y de INVERSIONES PATRIMONIALES GAMPER S.L., constituida el 8 de octubre de 2003, en su condición de administrador único, vende sus 95 participaciones sociales en la primera de las sociedades en cuyo nombre actúa, a la segunda de las sociedades, en cuyo nombre también actúa.
La LC establece la presunción de perjuicio patrimonial para la masa activa en el caso de las disposiciones a título oneroso realizadas a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Y siendo éste persona jurídica, elart. 93 LCconsidera persona especialmente relacionada a "las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios". Pero la LC no precisa, define o concreta qué debe entenderse por sociedades del mismo grupo. Para ello habremos de acudir a otras normas del ordenamiento jurídico que nos ofrezcan criterios que sirvan de guía interpretativa para determinar lo que ha de entenderse como un grupo de sociedades, a los efectos de su inclusión como personas especialmente vinculadas y la aplicación de las consecuencias jurídicas que en estos casos regula la LC en losarts 71.3.1º y 93.2. Como antes decíamos elart. 42 del Código de Comercio y elart. 87 de la LSA nos ofrecen elementos de interés para la concreción de lo que debe considerarse un grupo de empresas. Pero quizás sea elart. 4 de la Ley del Mercado de Valores el que nos ofrezca una visión más actualizada del concepto, y desde luego, más acorde con la finalidad que inspira a los preceptos de la Ley Concursal cuando regula las acciones rescisorias o de reintegración. El mencionado artículo considera pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, ya porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar el control de las demás, ya porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas. Además añade que se presume que hay unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en elart. 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más unode los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta. Es decir, que constituye un elemento decisivo a efectos de determinar lo que debe entenderse por "grupo de sociedades" la unidad de decisión, manifestada en la disposición de la mayoría de los derechos de voto, y en la dirección única por la composición del órgano de administración. Disponiendo la LMV una presunción de unidad de decisión en los casos delart. 42 del Código de Comercio, compatible con la acreditación de la unidad de decisión en otros casos que no sean los supuestos previstos en esta última norma.
En el presente caso, vista la composición social de ambas entidades y lo configuración de sus órganos de administración, a la Sala no le queda duda de que entre las sociedades codemandadas que firmaron los contratos de compraventa de 3 de enero de 2005 y de arrendamiento de 5 de enero de 2005, existe una unidad de decisión a través de la persona de D.Roberto. Este señor posee el cincuenta por ciento de las participaciones de la concursada y el 76 por ciento de las de TRANSPORTES P. GAMEZ. Es administrador mancomunado junto con el Sr.Alfonsode la concursada y solidario de TPG. Obviamente la transmisión de estas participaciones de TPG que D.Robertohizo el 30 de diciembre de 2003 no altera para nada la situación de control de las codemandadas por parte del Sr.Roberto, por cuanto no sólo hizo la operación de compraventa él solo como representante en su condición de administrador de ambas entidades, sino que también es administrador único de la compradora INVERSIONES PATRIMONIALES GAMPER S.L. O sea, que D.Robertoa la fecha en que se suscribieron los contratos cuya rescisión se pretende era administrador mancomunado de la concursada, administrador solidario de TPG (hasta el 27 de mayo de 2005 no cesó en el cargo de administrador de esta compañía), y además controlaba la mayoría del capital social de esta última entidad como administrador único de INVERSIONES PATRIMONIALES GAMPER S.L., socio muy mayoritario de la entidad TPG, en tanto en cuanto era la titular del setenta y seis por ciento de las participaciones sociales
A la vista de esta realidad pocas dudas pueden caber del control de D.Robertosobre las decisiones tomadas por ambas compañías demandadas para efectuar la contratación que nos ocupa, en virtud de la cual la concursada vendía maquinaria necesaria para su actividad a TPG. La cual era tan imprescindible para la concursada que a continuación la alquiló a quien se la compró, casualmente la entidad cuyo administrador solidario y controlador mayoritario del capital social es la misma persona que administra mancomunadamente la concursada y posee el cincuenta por cuento de su capital social. En definitiva, resulta muy razonable la conclusión de que fue la misma persona la que tomó las decisiones de vender y arrendar en una sociedad, y las de comprar y arrendar en la otra, mediante sendos contratos que si bien fueron firmados con un intervalo de dos días responden a una unidad de decisión y a una misma finalidad, en las que siempre es decisiva la voluntad del administrador de ambas D.Roberto. Aunque en la sociedad concursada hubiese de actuar mancomunadamente con el otro administrador, ello no es óbice para apreciar la unidad de decisión, pues la mancomunidad es una situación de correspondencia mutua de una persona con otra que les obliga a actuar unidos, de tal manera que para adoptar la decisión de vender la maquinaria y a continuación alquilarla era necesaria e imprescindible la voluntad favorable del Sr.Roberto. Hubiera bastado su negativa como administrador mancomunado para que la operación no se hubiese ejecutado.
Por todo lo expuesto, hay que estimar que en el presente caso concurre la presunción delart. 71.3.1º de la LC, por lo que debe prosperar la demanda por este motivo.”: SAP Sevilla (sección 5) 17.07.2008 (AC 2009/21; Sentencia 387/2008; Rollo 1682/2008)

AP Tarragona

“CUARTO.-En el art 71.3.1º se presume que, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume

cuando se trate de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, lo que constituye una presunción iuris tantum que fue la que apreció concurrente la Juez a quo para estimar la demanda de reintegración de la venta de la nave por la actora a Incoplast, relación que la parte apelante combate invocando error en la apreciación de la prueba.
La sentencia recurrida estima probado la unidad de decisión en el momento de la compraventa entre Preinsa e Incoplast, dado que esta última tenía más del 60% de su capital social gestionado por el administrador de Peindsa y el Director General de esta empresa, que, a su vez, era el socio y administrador único de la sociedad Gabinete Emibe, S.L. Unipersonal, Jose Ramón, propietaria de 20 de las acciones de Incoplast, que unidas a las 40 de Preindsa formaban el referido porcentaje.
La parte apelante invoca que no hay prueba de la dirección conjunta, y tal afirmación se ve confirmada si atendemos a que la compraventa de las acciones y de la nave debe ubicarse temporalmente en la fecha del contrato denominado de intenciones, pues en él se fijó el objeto de las respectivas ventas, acciones y finca con la nave en ella ubicada, y el precio de una y otra, 6.000 # por acción y 1.900.000 por la nave y finca, lo que a tenor del art. 1.450 del CC la venta se había perfeccionado en la fecha de 18/5/2006, lo que se confirma por la entrega de unas arras, prestación que implica la existencia de la compraventa de la que forma parte. Pues bien en la referida fecha si bien Gabinete Emibe, S.L. Unipersonal era propietaria de las 20 acciones, no consta en modo alguno que su socio y administrador fuese Director General de Preindsa ni consta acuerdo alguno entre él y la dirección de ésta respecto del control de Incoplast, siendo de destacar que en autos no existe prueba alguna que acredite uno u otro supuesto, y si bien la demandada apelante admite la realidad del cargo de Jose Ramón, ubica su nombramiento en septiembre de 2006, es decir, en tiempo posterior a la perfección de la compraventa, por lo que no cabe estimar probada la pretendida unidad de decisión apreciada por la Juez a quo como acreditativa de la condición de Incoplast como sociedad especialmente relacionada con la concursada al tiempo de la venta lo que parece derivar de un poder otorgado a favor de Jose Ramón, poder que, sin embargo, es de fecha 12 enero 2007 (folio 64). Al mismo tiempo de las ventas referidas, el consejo de administración de Incoplast pasó a estar formado por personas dependientes de Industrias Tajo, como ha acreditado la parte apelante, y la concursada dejó de tener participación alguna en la compradora al transmitirle todas sus acciones a Industrias Tajo (folio 177). No existe prueba efectiva de la unidad de dirección referida en el art. 42 del C de C, ni antes ni después del nombramiento de Jose Ramón como director general, ni de que Preindsa fuera dominante respecto de Incoplast por dominar la mayoría de los derechos de voto de la misma al tiempo de al perfección de las ventas ni de que hubiera unidad de dirección por tener una dirección única, de lo que se deriva la estimación del motivo y el rechazo de la concurrencia de la presunción iuris tantum considerada como concurrente por la sentencia recurría, de lo que se deriva que para la estimación de la reintegración de la finca y de la nave adquiridas por la parte apelante sería preciso que la actora acreditase la realidad del perjuicio.”: SAP Tarragona (Sección 1) 03.09.2012 (Sentencia 329/2012; Rollo 212/2012)

5. Transferencias a sociedad controlada por el mismo administrador y pago a acredores seleccionados

AP Navarra

“PRIMERO La Administración Concursal de la entidad Construcciones Metálicas Honar S.L. interesó en su demanda, al amparo delart. 71 de la Ley Concursal, la rescisión de unas transferencias de dinero efectuadas entre los meses de enero a marzo de 2006 por importe de 134.880 euros que ésta realizo en favor de la entidad demandada Telekomunikazio Berriak ReyKo S.L.
El contexto antecedente del que partía la demanda es el siguiente:
a) El concurso de acreedores de Construcciones Metálicas Honar S.L. se declaro porauto de 15-6-2006.
b) Entre los meses de enero a marzo de 2006 Construcciones Metálicas Honar S.L transfiere a la entidad Telekomunikazio Berriak ReyKo S.L. la cantidad de 134.880 euros,
c) El administrador de Telekomunikazio Berriak ReyKo S.L. Sr. Valenciaga destinaba, según reconoce, a pagar a terceros acreedores de la concursada,evitando los embargos que pesaban sobre la misma, siendo este quien decidía a que deudor pagaba en función de su conveniencia.
La sentencia estima la demanda basada en elartículo 71.2 de la Ley concursal, gratuidad del desplazamiento patrimonial (preunción iure et de iure), la cual subsidiariamente se basaba en elartículo 71.3.1 en relación con el 93 de la misma Ley y en la quiebra del principio de la "par conditio creidtorum".
La entidad demandada se alza frente a la sentencia interesando se revoque alegando la inexistencia de perjuicio alguno por el, hecho de que con los fondos trasferidos a ellas y destinados a pagar a los acreedores se haya causado perjuicio alguno, y alegando elnº 5 del art 71 de la citada ley no es de aplicación,que no se tratba de disposiciones de caracter gratuito, ni la entidad demandada ni es socio ni administrador de hecho o de derecho de la concursada.
SEGUNDO Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.
El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. De este modo puede revocarse cualquier acto que se acredite perjudicial para la masa activa, aunque en ocasiones la prueba del perjuicio se favorezca a través de presunciones, que en unos casos admitirán prueba en contrario y en otros no. En el presente caso, y con carácter general, tanto la demanda como la sentencia parten de la presunción prevista en elart. 71.3.1º LC (según la cual, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando los actos de disposición a título oneroso fueran realizados a favor de una persona especialmente relacionada con el deudor), al considerar que el Sr.Benigno tiene la condición de persona especialmente relacionada con la concursada porque era administrador único de la concursada, y administrador único de la entidad demandada el fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa, sin que

sea necesaria la concurrencia del fraude. De este modo puede revocarse cualquier acto que se acredite perjudicial para la masa activa, aunque en ocasiones la prueba del perjuicio se favorezca a través de presunciones, que en unos casos admitirán prueba en contrario y en otros no.
TERCERO Hay que partir, como hace la demanda y la sentencia de la presunción prevista en elart. 71.3.1º LC (según la cual, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando los actos de disposición a título oneroso fueran realizados a favor de una persona especialmente relacionada con el deudor).
En la contestación a la demanda el Sr.Benigno reconoce que desde el día 6 de septiembre de 2005 hasta el 29 de marzo de 2006 fue administrador único de la mercantil Construcciones Metálicas Honar, y desde el día 27 de febrero de 2007 es administrador único de la mercantil Telekomunikazio Berriak S.L. En su declaración en la vista reconocio que fue administrador único de la concursada, y que tenía amistad con el dueño de la entidad Reyko S.L. el cual le otorgó poder de disposición sobre una cuenta bancaria.
De lo anteriormente expuesto y de toda la declaración del Sr.Benigno se deduce que es un persona que tiene especial vinculación pues el Sr.Benigno tiene la condición de persona especialmente relacionada a efectos delart 93.2.2 de la Ley Concursal.
En la vista oral el Sr.Benigno reconoce que se transfirieron aquellas cantidades de dinero desde la concursada a las cuentas de Telekomunikazio Berriak ReyKo S.L. para evitar posibles embargos de otros acreedores, reconociendo que existían reclamaciones judiciales contra la concursada, aunque también dijo que era para pagar a los trabajadores de aquella, cosa que no se entiende muy bien, pues si se tiene que hacer un pago legítimo a un trabajador propio no hay necesidad de hacerlo a través de un tercero de suerte que el deudor quede en el anonimato. Incluso el Sr.Benigno reconoció que era "la necesidad quien determinaba a quien se pagaba", pero lo decidía él, que pagaba a los acreedores indispensables para que la concursada pudiera seguir trabajando, reconociendo el pago de 60.000 euros a un abogado que hizo su trabajo y que todos los acreedores no podían cobrar.
CUARTO La transferencia de aquellos fondos desde la concursada a la otra identidad demandada es un perjuicio para la masa que admite prueba en contrario en sede delart 71.3. la LC queadmite prueba en contrario, correspondiendo a los demandados probar que los actos de disposición cuya rescisión se solicitan no eran perjudiciales para la masa.
En el recurso se reconoce que no se trataba de disposiciones a título gratuito.
No existe ninguna prueba, salvo el puro voluntarismo de los demandados, que acredite la existencia de una causa lícita que justifique aquel trasvase de fondo de la concursada a Telekomunikazio Berriak ReyKo S.L. ni por el tiempo (muy próximo a la declaración del concurso, esta se produce tres meses después), ni por la forma (a través de un tercero), ni por la finalidad, que en boca del Sr.Benigno era eludir posibles embargos.
El perjuicio existe, y se cuantifica económicamente en la cantidad de 134.880 euros, que salieron de la concursada tres meses antes de la declaración del concurso. Los demandados no han acreditado que la disminución de la masa de la concursada en esta cantidad no era perjudicial para la misma.
“Aquellas transferencias de dinero por aquel montante tanto por el momento en que tuvo lugar -tres meses antes de la declaración del concurso-, como, fundamentalmente, por alterar, en perjuicio del resto de los acreedores, el principio de la paridad o la llamada par conditio creditorum debe rescindirse conforme a lo dispuesto en elartículo 71 de la Ley Concursal. Elartículo 71 de la Ley Concursal permite rescindir los "actos perjudiciales para la masa activa", concepto más amplio que el de "perjuicio patrimonial"; es decir, aun cuando el acto, considerado de forma aislada, no se considerara perjudicial, por mantener la equivalencia de las prestaciones, si no respeta aquel principio, que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjunto de acreedores un mismo trato, dicho acto debe ser rescindido. La transferencia de aquellas cantidades a favor de Telekomunikazio Berriak Reyko S.L. para que esta, según dice el Sr.Benigno, pagara deudas de la concursada no integra la actividad ordinaria de la concursada, que se dedica a la construcción metálica, ni son actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. No es normal realizar unos pagos a través de transferencias a una sociedad no deudora, para que esta los haga, dada la proximidad al concurso, cuando la concursada se encontraba ya en situación de insolvencia, y para favorecer a unos acreedores, en perjuicio de la masa, por lo que no es de aplicación elnº 5.1ª del artículo 71 de la Ley Concursal.
QUINTO Si no se acredita la existencia de una causa, onerosa lícita, estariamos ante una liberalidad de las transferencias realiza en cuyo caso estamos en presencia de una presunción iure et de iure. (ART 71.2 LC).
SEXTO Por último se ha de aplicar elart 73.2 de la LC y condenar a quien ha sido parte en el acto rescindido, en este caso Telekomunikazio Berriak S.L, a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del concursado”: ”: SAP Navarra (Sección 3) 10.11.2009 (JUR 2010/187862; Sentencia 167/2009; Rollo 179/2008)

6. Reducción de capital con devolución de aportaciones a los socios

AP Alicante

“SEGUNDO Marco fáctico
De la documental y conformidad tácita al no ser negados los hechos expuestos por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL se desprenden los siguientes datos fácticos de relevancia:
i) en fecha 5/2/2009 se adopta acuerdo de reducción de capital por importe de 485.001,30 € en junta general de PROMOTORA DE VIVIENDAS VENUS SL por el que se amortizan 80.565 participaciones, de las cuales 30.050 (las num 156.227 a 186.276 ai) corresponden a MARTINLLOR SLU valoradas en 180.901€ y las otras 50.515 participaciones restantes (las num 84.191 a 103.461 y 136.443 a 167.688 ai) valoradas en 304.100,30 € corresponden a PROMOCIONES BUDAPEST SL
ii) como contraprestación, el socio MARTINLLOR SLU recibe la finca num 72.917 del Registro de la Propiedad nº 1 de Orihuela y 304.100,30€ PROMOCIONES BUDAPEST SL el dia 9 de febrero de 2009

iii) los únicos socios de PROMOTORA DE VIVIENDAS VENUS SL son MARTINLLOR SLU y PROMOCIONES BUDAPEST SL, titular la primera de 39.430 participaciones y la segunda de 66.281
iv) el administrador único de PROMOTORA DE VIVIENDAS VENUS SL es el SrMauricio, que lo es también de MARTINLLOR SLU, cuyo único socio es su hijo SrRaúl
v) MARTINLLOR SLU se define en la contestación como la sociedad matriz patrimonial que comparte domicilio social con la concursada
vi) el concurso de PROMOTORA DE VIVIENDAS VENUS SL se declara el 5/5/2010
vii) PROMOTORA DE VIVIENDAS VENUS SL ha sufrido una serie de modificaciones de capital social
TERCERO El acto perjudicial
A la hora de determinar si los actos realizados por la concursada atacados en la demanda son ineficaces, la LC actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado sino que opta por acciones especiales reguladas en losart 71 a 73 cuyos elementos esenciales son: i) la existencia de perjuicio para la masa y ii) su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede " aunque no hubiere existido intención fraudulenta"(art. 71.1 LC).
Respeto de esto último se trata de un acto patrimonial traslativo celebrado en periodo sospechoso, pues hay una transmisión de bienes inmuebles y de dinero por parte de la deudora concursada a favor de dos socios, a cambio de la amortización de participaciones.
Y en cuanto a lo primero, atendido los datos expuestos se produce una salida de patrimonio a favor de unos socios que superan el 10 % y por ende debe calificare como personas especialmente relacionadas, apreciándose una identidad en el órgano de admon y control directo e indirecto que se traslada a la unidad en la toma de decisiones, que apuntan, asimismo, a la existencia de un grupo a los efectos delart 93 LC.
Por ello entra en juego elart 71.3.1 LC sin que se haya desvirtuado la presunción de perjuicio: el que el bien trasmitido o el dinero devuelto en el acto objeto de reintegración en su día fuese aportado en una previa ampliación de capital de PROMOTORA DE VIVIENDAS VENUS SL (fechada en 2005) no hace desaparecer el perjuicio para la masa activa.
Entenderlo de esa manera sería tanto como conferir al socio un derecho de separación inmune al proceso concursal instrumentalizado con una reducción de capital cuando no tiene preferencia alguna sobre ese activo aportado, que desde la aportación pasa a formar parte de una masa patrimonial ajena (en este caso la de deudora después concursada).
MARTINLLOR SLU y PROMOCIONES BUDAPEST SL realizaron una inversión en PROMOTORA DE VIVIENDAS VENUS SL con el riesgo que acarrea, sin que pueda verse beneficiados frente a los acreedores detrayendo antes del concurso activos con preferencia al resto de acreedores, pues ello lo ve con desvalor el legislador al ser una persona especialmente relacionada con la concursada.
CUARTO La superación del activo al pasivo concursal
En la contestación a la demanda se apunta sin mucha precisión a que no hay perjuicio porque la masa activa del concurso supera a la masa pasiva.
Sin perjuicio de desear que ello sea tal y como se dice, pues así se atenderían todos los créditos existentes, y aún dando por buena esa hipótesis, pues no debemos olvidar el carácter orientativo del inventario, que ni fija titularidades ni asegura -como por desgracia la realidad nos enseña- que lo obtenido en un proceso liquidatorio sea correlativo al valor reflejado en el mismo, tal circunstancia no es obstáculo para el ejercicio de la acción de reintegración, como ya ha dicho este Juzgado en la sentencia de 23/9/2010 que ahora se reproduce "…La acción de reintegración concursal, no obstante su naturaleza de acción rescisoria, tiene una base absolutamente objetiva: probado el perjuicio, tiene lugar la rescisión, con la debida reintegración de las prestaciones de las partes, más sus frutos e intereses.
De una parte, la presencia de una intención de fraude no es requisito para su estimación sino que solo genera únicamente unas ulteriores consecuencias frente a la rescisión del acto atacado, como son, según elart. 73 LC, el nacimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios generados a la masa activa del concurso derivados causalmente del acto rescindido, y la calificación del crédito de la contraparte como subordinado.
De otra parte frente a la acción rescisoria pauliana delart 1111 y 1290 CC (LEG 1889, 27) no precisa acreditar la existencia del requisito de la subsidiariedad, es decir, "que no pueda de otro modo cobrar lo que se les deba", de lo que se deduce que en el sistema de la LC no se erige como presupuesto para su ejercicio que el activo concursal sea inferior al pasivo concursal.
Dicho de otra manera, ello podrá ser objeto de valoración por los sujetos legitimados a la hora de instar ya el ejercicio de acciones de reintegración ya su ejecución si son estimadas, pero no hace desaparecer el perjuicio".
Por todo ello procede desestimar el motivo de oposición”: SAP Alicante (Sección 8) 05.04.2011 (Sentencia 122/2011; Rollo 903/2010)

“Ejercitada en la demanda una acción de reintegración, basada en los arts. 71.1 ("declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no haya existido intención fraudulenta") y 71.3.1º("salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado"), la sentencia dictada en primera instancia la estima, con los pronunciamientos inherentes de conformidad con el art. 73, al considerar encuadrables en tales preceptos los actos de transmisión operados a favor de MARTINLLOR, SLU y PROMOCIONES BUDAPEST, SL (únicos socios de la concursada), consistentes en la transmisión, valga la redundancia, de una finca, a favor de la primera de las citadas, y de poco más de trescientos mil euros, a favor de la segunda, realizada a consecuencia de un acuerdo de reducción de capital de PROMOTORA DE VIVIENDAS VENUS, SL, adoptado en junta general celebrada el 5 de febrero del 2009, con amortización de participaciones. Considera la resolución que los actos se han realizado a favor de personas especialmente

relacionadas con la concursada (socios con más del 10 % del capital social), por lo que se da el caso de la presunción del art. 71.3.1 LC, de haberse producido el perjuicio patrimonial.
El recurso de apelación interpuesto gira en torno a un único alegato: el acuerdo de reducción del capital social tuvo su antecedente en una ampliación de capital de PROMOTORA DE VIVIENDAS VENUS, SL, producida en diciembre del 2005, y en cuya virtud los dos únicos socios de ésta la suscribieron íntegramente, aportando una serie de bienes muebles e inmuebles; ampliación de capital que se hizo precisa en aquel momento para acometer la construcción de un edificio; concluida la obra, se alega que simplemente se redujo el capital social para retornar el estado de cosas a la situación anterior a la ampliación de capital, no existiendo perjuicio patrimonial alguno en tanto se ha sustituido la aportación que se hizo en su día por obra terminada.
No compartimos este razonamiento.
Producido un acto que ha supuesto una salida patrimonial de la sociedad, posteriormente declarada en concurso (antes del transcurso de dos años desde aquél), acto verificado a favor de las dos únicas sociedades que tienen en su poder el capital social de la misma (y, por tanto, a efectos concursales, personas especialmente relacionadas con el concurso), el perjuicio patrimonial no solamente se presume (art. 71.3.1 LC), sino que palmariamente se comprueba que existe en el caso que nos ocupa, pues indudablemente es perjudicial para la masa que del patrimonio de la concursada salgan cerca de quinientos mil euros (el valor del inmueble y el numerario que se entregó a una de las sociedades); sin que sea aceptable que no existe el perjuicio porque con la reducción de capital se volvía a la situación anterior a diciembre del 2005 (en que se amplió), porque, de un lado, esa ampliación de capital y consecuente aportación que se hizo al patrimonio social fue un acto motivado por la voluntad y decisión empresarial de los socios, por necesidades de financiación, y, de otro, la reducción del capital social, con amortización de participaciones, y entrega de bienes a los socios en pago de ellas, es igualmente otra decisión societaria que, como todas, y con independencia de las vicisitudes históricas de la sociedad, queda sometida, en lo que ahora interesa, y una vez declarado el concurso, a las disposiciones de la LC, entre las que se encuentra la rescindibilidad de los actos perjudiciales para la masa realizados en los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no haya existido intención fraudulenta.
En definitiva, ninguno de los argumentos vertidos en el escrito de interposición del recurso de apelación tiene entidad para que este Tribunal modifique el criterio y resolución adoptados por el juzgador de instancia, razón por la que, sin necesidad de mayores disquisiciones, se desestimará el recurso interpuesto. ": SAP Alicante (Sección 8) 20.12.2011 (Sentencia 545/2011; Rollo 680/2011)

AP Avila

"PRIMERO.- Recurre la Sentencia desestimatoria de instancia la defensa de la Administración concursal de la entidad mercantil ODRACIR S.L., en situación de liquidación, y pide su revocación, y que se estime en su integridad la demanda que presentó en la que solicitó se decretara la ineficacia de la escritura pública de fecha 5 de Marzo de 2012 (dice 2005, sin duda por error), otorgada ante el Notario de Salamanca D. Francisco Antonio Sánchez Sánchez, nº 361 de su Protocolo, de elevación a público de acuerdos sociales (reducción de capital social por restitución de aportaciones dinerarias) así como reintegración de dos inmuebles (...)
Dicha escritura fue otorgada por D. Genaro como administrador único de la mercantil Odracir S.L. y doña Aurelia, en nombre y representación de doña Antonia.
En dicha escritura se acordó y se elevó a público el acuerdo por el que se restituían las aportaciones sociales que había realizado a la sociedad citada doña Antonia, que recibe los dos inmuebles que se han trascrito por el valor de 139.000#, que según los otorgantes se correspondía con las participaciones sociales extinguidas que le pertenecían a doña Antonia, lo cual no se acredita pues su participación social no excedía de poco más de 13.000#.
Consta también en autos que la entidad Odracir S.L. fue declarada en concurso de acreedores en auto de fecha 12 de Julio de 2013. (...)
SEGUNDO.- El art. 71 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de Julio, reformado por la Ley 38/2011 de 10 de Octubre, regula las acciones de reintegración, y en su párrafo 1º prevé que declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los DOS AÑOS anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta.
En el punto 2 de dicho artículo se establece que el perjuicio patrimonial SE PRESUME, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo que se establece en el apartado 3.
En el apartado 3 se dispone que salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial SE PRESUME cuando se trate de los siguientes actos:
1º) Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
Y en el nº 4 del citado art. 71 de la Ley Concursal ya se pormenoriza que cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el aportado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
Pues bien, deliberado por la Sala los presupuestos de hecho y el precepto indicado de la Ley Concursal, es claro que el recurso de apelación debe prosperar, pues se dan los presupuestos comprendidos en el citado art. 71 de la Ley Concursal; y ello por las siguientes razones:
a)La escritura de reducción de capital social y reintegro de patrimonio a una de las socias de Odracir S.L. se realizó en fecha 5 de Marzo de 2012.
b)El concurso de acreedores de la citada entidad fue declarado en auto de 12 de Julio de 2013.
c)Dª. Antonia era socia de la mercantil concursada hasta que se otorgó la escritura de fecha 5 de Marzo de

2012.
d)Dª. Antonia había estado casada con el administrador único de dicha sociedad D. Genaro, dictándose auto de fecha 25 de Enero de 2008 se adoptaron medidas provisionales previas al divorcio nº 426/2007 en el Juzgado de 1ª Instancia de Arévalo.
e) En el procedimiento de liquidación de su sociedad de gananciales, registrado con el nº 150/2012, en auto de fecha 13 de Junio de 2012 se incluyó en el activo de su sociedad el local reseñado sito en la Avda. Severo Ochoa nº 7 bajo A de Arévalo, finca nº 12039, y en el pasivo dos préstamos hipotecarios, y concretamente el que gravaba el local citado (folios 84 y 85).
De todo cuanto antecede se considera que debe prosperar la acción de reintegro al patrimonio de la masa de la concursada Odracir S.L. las dos fincas que se relacionaron en la escritura de 5 de Marzo de 2012, porque salieron del patrimonio de la sociedad concursada dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso como período sospechoso, y se presume el perjuicio patrimonial que se causaría a los acreedores al amparo de lo que dispone el art. 71-3-1º de la Ley Concursal.": SAP Avila (Sección 1) 22.12.2014 (Sentencia 161/2014; Rollo 252/2014)

AP Madrid

"PRIMERO.- Los hechos que subyacen a la contienda objeto de apelación son los siguientes: 1º) en diciembre de 2003 la entidad COMERCIAL GARPASA SL accedió a la condición de socia partícipe de PROMOCIONES RACHADEL SL al suscribir una ampliación de capital de 601.012 euros, con lo que aquélla pasó a ostentar el 30,72 % de participación en esta última; 2º) el 4 de agosto de 2010 se celebró junta general de PROMOCIONES RACHADEL SL en la que se acordó reducir el capital social de la misma en la suma de 601.012 euros, con la finalidad explícita de efectuar una restitución de sus aportaciones a la socia COMERCIAL GARPASA SL, lo cual se instrumentó mediante la adjudicación a la misma de una pluralidad de inmuebles y de diversas partes indivisas de los mismos (que figuran reseñados en los antecedentes de esta resolución) y 56.000 participaciones en otra entidad mercantil (INVERSIONES GARIVÁN SL), todo lo cual eran bienes del pleno dominio de PROMOCIONES RACHADEL SL; 3º) al tiempo de la adopción de dichos acuerdos D. Aureliano era todavía el administrador único tanto de PROMOCIONES RACHADEL SL como de COMERCIAL GARPASA SL; y 4º) con fecha 9 de marzo de 2011 la entidad PROMOCIONES RACHADEL SL fue declarada en concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.
La administración concursal atacó, mediante el ejercicio de la acción rescisoria (artículo 71 de la LC) el acuerdo de reducción de capital y la adjudicación de bienes efectuada a favor de COMERCIAL GARPASA SL. El éxito de tal iniciativa es lo que ha movido a esta última entidad a recurrir la decisión del juez del concurso mediante las alegaciones que analizaremos a continuación. Vamos a optar por pronunciarnos según el orden que estimamos sistemáticamente más correcto para comprender la recta decisión de la contienda, aunque ello no coincida con el modo en que se han estructurado las alegaciones en el escrito de recurso. Esto no resulta incompatible con el hecho de que proporcionemos la respuesta que juzgamos adecuada a todo lo que se nos está planteando por la parte apelante.
SEGUNDO.- Alega la recurrente que no puede considerarse que mediase la causación de perjuicio patrimonial alguno para la concursada PROMOCIONES RACHADEL SL como consecuencia de la operación objeto de litigo porque la minoración de activo de la concursada estaría justificada al ser el valor de mercado de las fincas que le fueron adjudicadas notablemente inferior al que les atribuye la administración concursal, debido a la paralización que sufre el mercado inmobiliario.
La parte recurrente no acierta a enfocar adecuadamente el problema. Ha sido utilizada en su contra, de forma correcta, la presunción de la existencia de perjuicio patrimonial que prevé el artículo 71.3.1º de la LC y que resulta aplicable al caso objeto de autos por haber mediado un acto dispositivo, aunque lo sea a título oneroso, en el que ha sido parte una persona especialmente relacionada con el concursado (artículo 93 de la LC), como lo era una socia con un relevante porcentaje de participación en la concursada (más del 30%). Las actuaciones subsumibles en dicha presunción tienen su fundamento en la existencia de un menoscabo patrimonial que, pese a referirse a operaciones de carácter oneroso, tiene la potencialidad, cuya apreciación debería ser adecuadamente desvirtuada, de incidir de modo significativo en las posibilidades de cobro del resto de los acreedores concursales (a causa del denominado trato de favor).
La regla legal parte, en principio, de la existencia de perjuicio, operando una inversión de la carga de la prueba prevista en la regla general, de modo que es el adquirente o beneficiario o el propio concursado quien debería probar la falta de perjuicio para la masa (así se explica, aunque el mecanismo legal es muy claro, en la sentencia de la Sala 1ª del TS de 26 de octubre de 2012) de la operación efectuada si se pretende evitar el éxito de la acción rescisoria emprendida contra ella.
Se trata de una presunción "iuris tantum", por lo que es susceptible de ser desvirtuada mediante la aportación de prueba en contra de la misma. Sin embargo, la parte recurrente no ha presentado en el seno del incidente concursal que aquí nos ocupa elementos probatorios de los que puedan deducirse conclusiones objetivas que permitieran desbaratar el alcance de dicha presunción y sus consecuencias sobre el presente caso.
Las simples aseveraciones de la apelante sobre la pretendida bonanza de la operación para la entidad PROMOCIONES RACHADEL SL carecen de sustento objetivo y tampoco resultan siquiera demasiado creíbles, pues el que se produjese una fuga de activos, pocos meses antes de acabar en concurso, en favor de un socio, cuyos derechos estarían pospuestos a los de los acreedores (por un lado, porque el montante de su aportación estaría afecto a la responsabilidad de la entidad concursada - artículo 1.2 de la LSC, antes artículo 1 de la LSRL - y, por otro lado, porque sus eventuales derechos de crédito tendrían la condición de subordinados - artículo 92 de la LC), entraña, con independencia de que medie o no mala fe, un supuesto típico de operación rescindible en el ámbito concursal (al margen de la responsabilidad que prevé la normativa societaria para estos casos - artículo 331 de la LSC y 80 de la LSRL).

Por otro lado, el que se efectúen especulaciones por la recurrente sobre lo que hubiera podido pasar si la operación se hubiera realizado o estructurado de otra forma a nada útil conduce para la resolución de este caso, para lo que interesa cómo se convino y materializó, en concreto, el negocio jurídico objeto de la rescisión.
TERCERO.- La recurrente reprocha a la resolución apelada el no haberse pronunciado sobre la forma en la que se haría efectiva la restitución a favor de COMERCIAL GARPASA SL de la totalidad de las aportaciones sociales que efectuó a la entidad concursada PROMOCIONES RACHADEL SL. Una alegación de este tipo revela una absoluta falta de comprensión del alcance de la acción rescisoria que fue ejercitada en su contra y de cuáles son los efectos legales inherentes al éxito de la misma.
La resolución apelada no tiene que pronunciarse sobre lo que la apelante señala porque en ella se rescinde la operación de reducción de capital acordada en agosto de 2010 en el seno de PROMOCIONES RACHADEL SL y en consecuencia la entidad COMERCIAL GARPASA SL, como efecto inherente a tal decisión judicial (artículo 73 de la LC), recupera su pretérita condición de titular de un porcentaje determinado de participación social en aquélla. No hay que proceder, por lo tanto, como fruto de lo resuelto en este incidente rescisorio, a restituir a COMERCIAL GARPASA SL las aportaciones sociales que efectuó cuando se incorporó como socia, en diciembre de 2003, a la entidad PROMOCIONES RACHADEL SL, pues esa operación societaria no ha sido objeto de rescisión. Simplemente, contra la restitución de lo que se le adjudicó en la operación rescindida, que es la reducción de capital que debe deshacerse, al declarase judicialmente su ineficacia, la entidad recobra su condición de partícipe al 30,72 % de la entidad PROMOCIONES RACHADEL SL.": SAP Madrid (Sección 28) 03.10.2014 (Sentencia 265/2014; Rollo 910/2012)

AP Tarragona

"SEGUNDO.-Como hechos relevantes cabe reseñar:
La sociedad demandada y apelante es una constructora constituida con un capital inicial de 4.000 # suscrito por los dos únicos socios en 500 participaciones cada uno de ellos, que se amplió el 8/11/2006 a
154.000 #, ampliación suscrita únicamente por Horacio, que pasó a ser el socio mayoritario con 37.500 participaciones.
El 30/12/2010 Horacio adquirió a su socio sus 500 participaciones y se convirtió en socio y administrador único de la sociedad, que se convirtió en unipersonal.
El 31/12/3010 Horacio elevó a escritura pública un acuerdo social adoptado en junta de accionistas del 25/12/2010 en el que se acordó la reducción del capital social en 110.000 # mediante la restitución y adjudicación a él de un local, un solar y 7 plazas de parking en la promoción que construía la sociedad en la localidad de Duesaigües, mas 4.567 # en metálico, con lo que se amortizaron 27.500 participaciones, restando como capital social 44.000 #.
El 24/2/2011 la sociedad presentó concurso voluntario de acreedores, que se declaró el 24/4/2011 con un pasivo de 1.170.026,60 #, siendo el acreedor principal el BBVA, con un crédito hipotecario sobre la promoción de 1.077.083 #, correspondiendo los restantes 92.153,41 # a otros acreedores.
El 8/4/2011 transmitió sus participaciones en la sociedad a Luis Pedro, sin recibir contraprestación alguna, y el 2/6/2011 las recuperó, volviendo a su condición de socio y administrador único.
TERCERO.-En el 71 de la L.C se instaura una acción de naturaleza rescisoria que da lugar a lo que se designó como un rescisión concursal, la que nace con el concurso y únicamente cabe ejercitar durante su vigencia, pretendiendo ser una garantía para los derechos de los acreedores del concurso al pretender preservar la integridad del patrimonio que debe satisfacer sus créditos y salvaguardando la par condicio creditorum, para evitar una discriminación arbitraria de los acreedores a los que se debe paga.
Con la referida acción es posible impugnar actos de disposición realizados por el deudor concursal dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, debiendo entender tales actos en un sentido amplio de contratos o negocios, como pagos y declaraciones unilaterales de voluntad que comporten un sacrificio patrimonial, sin excluir las conductas pasivas del deudor concursal que representen una pérdida de activo patrimonial, situándose el fundamento de su ineficacia en el mero perjuicio causado a la masa activa del concurso, sin precisar de la concurrencia de fraude o de consilium fraudis entre los contratantes, perjuicio cuya acreditación se favorece por el establecimiento de presunciones, y que concurre cuando la masa activa sufre a través del acto dispositivo un "sacrificio patrimonial injustificado", lo que supone una minoración del valor del activo y que ello no se encuentre justificado.
Así el art. 71 consagra una regla general respecto de la carga de la prueba del perjuicio, disponiendo en su nº 4 que la misma corresponde al que solicita la rescisión del acto de disposición, pero con anterioridad presume ese perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. En el primero de los casos la presunción se extiende a todos los actos de mera liberalidad relativos a bienes que debieran formar parte de la masa del concurso, incluyendo en ellos como un supuesto paradigmático la constitución de garantías por el concursado para asegurar el cumplimiento de obligaciones de tercero, que existirá como mera liberalidad siempre que el garante no reciba del deudor o acreedor una contraprestación y no responda a alguna justificación (STS 13/12/2010). Ahora bien dejará de ser una liberalidad si la garantía se constituye en contraprestación al compromiso que contrajo con el acreedor de que este diera crédito al deudor del que el garante era socio mayoritario y administrador (STS 19/9/2002) ya que el garante se benéfico del crédito concedido a través de su sueldo.
Ha de precisarse que la valoración del perjuicio ha de referirse al momento de la realización del acto impugnado.
Cabe agregar con la sentencia del TS de 10/7/2013 que "El régimen del art. 71 de la Ley Concursal a efectos de la apreciación del perjuicio contra la masa es mucho más severo en los actos de disposición realizados a título gratuito que en los realizados a título oneroso. Mientras que en los primeros siempre se presume el

perjuicio, sin admitir prueba en contrario, salvo las liberalidades de uso, en los segundos se presume el perjuicio sin admitir prueba en contrario en el caso de que consistan en pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, y admitiendo prueba en contrario, los realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado".
Por su parte señala la misma sentencia del TS, si bien no respecto de la un reintegro de participaciones sociales sino de un crédito a la sociedad por parte de un socio, que si no es un supuesto idéntico es similar, que "No es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores".
CUARTO.-La apelación pretende combatir la existencia de perjuicio derivado de la reducción del capital social con reintegro de las participaciones a uno de los socios, invocando que no se ha perjudicado a la masa activa y lo único motivo del concurso fue que el acreedor principal no acepto la dación en pago, afirmaciones que parecen ignorar que la reducción del capital social supone una modificación de los estatutos sustituyendo la cifra del capital social por otra más baja, modificación que se ha de sujetar a los requisitos del art. 71 y ss de la LSRL, y que tiene una consecuencia extremadamente importante para los terceros acreedores consistente en reducir el patrimonio activo de la sociedad indisponible para los socios, ya que el capital social tiene como función retener un activo evitando la libre disposición, pues el mismo actúa como garantía para los acreedores, de lo que se deriva que la reintegración a Horacio de 110.000 # por sus participaciones, mediante la adjudicación de unos bienes de la sociedad a dos meses de la declaración de concurso, supuso sustraer esos bienes a los acreedores y reducir su posibilidad de cobro en la referida cantidad, lo que es manifiesto que les causó un evidente perjuicio en beneficio de un socio, a la vez que procede recordar que un acreedor tiene el derecho de cobrar sus créditos en la forma pactada (art. 1166 y 1169 CC) y que una forma de pago por cesión de bienes la constituye el concurso en el que se trata de liquidar esos bienes del concursado de forma ordenada y en beneficio de todos los acreedores, pero ello no excluye la irregularidad de quien, siendo acreedor por el importe de sus participaciones como socio, trata de poner a salvo sus créditos frente a la sociedad, es decir sus participaciones en la misma, con el reintegro de éstas, cuando están llamadas a garantizar a los demás acreedores ajenos a la sociedad los suyos, perjuicio que ha de ser contemplado desde la perspectiva de la masa activa y de la reducción de la misma, y ello con independencia de si los acreedores o parte de ellos tienen sus créditos garantizados, pues el concurso parte siempre de la insolvencia del deudor (art. 2 LC) por no poder cumplir regularmente con sus obligaciones, y la reintegración es un remedio a la agravación de la insolvencia con actos como los realizados por el administrador de la sociedad de autos, y en el caso de autos es patente esa agravación, como ya se ha señalado.
De lo referido se deriva que, estimando los actos atacados no como actos de donación sino como pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, se impone el rechazo de los motivos primero y segundo.": SAP Tarragona (Sección 1) 19.03.2014 (Sentencia 117/2014; Rollo 270/2013)

6.1 Devolución de aportaciones a los socios

AP Barcelona

TERCERO.-El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, "serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, "cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). En concreto y por lo que se refiere al supuesto enjuiciado, el apartado primero del artículo 71.3º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, que son aquellas relacionadas en el artículo 93. De no existir dicha vinculación, el perjuicio debe ser probado (artículo 71.4º).
CUARTO.-En el presente caso, no es discutido que el 31 de diciembre de 2009 se produjo la devolución a los socios, en proporción a su participación en el capital social, de 70.000 euros. En ese ejercicio la concursada tuvo pérdidas de 42.935,38 euros y, como consecuencia de la restitución de aportaciones, los fondos propios de la compañía pasaron de 54.054,66 euros a ser negativos en 3.681,01 euros, cuando su capital social es de 6.010,12 euros. La cantidad devuelta lo fue contra la cuenta "otras aportaciones de socios", que forma parte del patrimonio neto de la compañía.
A diferencia del Plan General Contable de 1990, que definía esas aportaciones como las cantidades entregadas por los socios para compensar pérdidas, incluidas las subvenciones (cuenta 122), el nuevo Plan General Contable de 2007 amplía el objeto de la cuenta 118 "otras aportaciones de socios", que se conceptúan como "los elementos entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan naturaleza de pasivo. En particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas". La finalidad principal -la compensación de pérdidas- queda diluida en el nuevo Plan, admitiendo otras finalidades distintas.

En cualquier caso, lo relevante, a nuestros efectos, es que esas aportaciones forman parte del patrimonio neto de la compañía, lo que limita su disposición por los socios. Debe tenerse presente que tanto el apartado 4º del Marco Conceptual de la Contabilidad del PGD, como el artículo 36 del Código de Comercio, definen el patrimonio neto como "la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten".
En definitiva y como punto de partida, ha de reseñarse que mediante el acto impugnado, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, el patrimonio neto de la compañía se vio seriamente mermado, pasando a ser negativo. La sociedad, por tanto, pasó a estar incursa en causa de disolución (artículo 104, apartado e/, de la LSRL).
QUINTO.-Delimitado el alcance del acto impugnado y su consecuencia en el plano patrimonial, la recurrente cuestiona que la sentencia de instancia considere que el acto lo fue a título gratuito y, en consecuencia, que apreciara la presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial del artículo 71.2º de la Ley Concursal. Y compartimos, en este punto concreto, las alegaciones del recurrente. Las aportaciones del socio, bien sean para compensar pérdidas o con otra finalidad, no lo son a título gratuito. Tienen causa onerosa, al igual que su restitución, dado que el fin último de la aportación no deja de ser la participación del socio en las ganancias y, en caso de liquidación, en el reparto del haber social.
En cualquier caso, la juez a quo no se limita a aplicar, sin más, una presunción legal de perjuicio, sino que analiza el acto impugnado partiendo de la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal e, incluso, prescindiendo de todo tipo de presunciones, concluye que el perjuicio patrimonial ha quedado acreditado.
Concurriendo en dos de los demandados la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor, por ser socios titulares de un porcentaje del capital social superior al 10% (artículo 93.2º, apartado primero de la LC), entendemos que ha de regir la presunción de perjuicio, salvo prueba en contrario, del artículo 71.3.1º. Como señalamos en nuestra anterior sentencia de 19 de noviembre de 2012 (Rollo 303/2012), la concurrencia de personas vinculadas con otras que no lo son, no determina, como sostiene la recurrente, la aplicación de regímenes jurídicos distintos. O el perjuicio se presume, salvo prueba en contrario, o el perjuicio ha de probarse. Y, aun cuando la cuestión suscita dudas de derecho, entendemos que si al menos uno de los beneficiarios es persona vinculada con el deudor, la presunción ha de alcanzar al conjunto.
SEXTO.-Además de presumirse el perjuicio patrimonial, consideramos, al igual que la juez a quo, que la restitución de aportaciones fue claramente perjudicial para la masa activa del concurso. El pago a los socios tuvo lugar al final de un ejercicio con cuantiosas pérdidas y, como consecuencia de ello, según el balance formulado por la propia concursada, los fondos propios pasaron a ser negativos, incurriendo en causa de disolución. En el ejercicio siguiente las pérdidas se acrecentaron, viéndose obligada a solicitar el concurso.
JARDINERIA PRADELL S.L. cuestiona sus propias cuentas y aduce que el deterioro patrimonial fue menor, dado que la salida de caja se destinó "parcialmente" a liquidar una deuda de la sociedad con sus socios, que antes -en el año 2007- habían saldado un préstamo con el BBVA de 92.459,45 euros. Por ello concluye que "el patrimonio neto de la sociedad, incluso con la devolución realizada, estaba muy por encima del capital social". Semejante afirmación no se sostiene de ninguna manera. El propio perito de la demandada Sr. Isidoro duda sobre el destino dado a los 70.000 euros y sobre el tratamiento contable de aquel pago -aportación de socios, préstamo participativo...-. Son tales las dudas que expresa el perito sobre el reflejo contable del pago al BBVA por los socios, que la pericial no puede tomarse en consideración. El propio perito concluye su informe con la siguiente reserva; "debido a que los procedimientos descritos no constituyen ni una auditoría, ni una revisión hecha de acuerdo con Normas Técnicas de Auditoría, no expresamos una opinión sobre la información contenida en él. De haber aplicado otros procedimientos adicionales, se podrían haber puesto de manifiesto asuntos sobre los cuales les habríamos informado".
Ciertamente, el informe de la administración concursal mencionó en la página 37 un pago por los socios de deudas de la sociedad, principalmente con el BBVA. Sin embargo ese hecho, contablemente, no incide en el patrimonio neto de la sociedad. Su efecto es neutro, dado que la disminución de la deuda con la entidad de crédito tiene como contrapartida un incremento de la deuda con socios o con administradores.
Hay que estar, por tanto, a la cuentas tal y como fueron formuladas. Y esas cuentas reflejan que con la salida de caja la sociedad pasó a estar incursa en causa de disolución. La aportación de los socios, como afirma el recurrente, puede tener una finalidad distinta que la de compensar pérdidas. Sin embargo no es posible una restitución anticipada si como consecuencia de la devolución el patrimonio neto pasa a ser negativo. De hecho, por no ser una operación de pasivo y por realizarse la aportación sin contraprestación alguna, las aportaciones de los socios, por regla general, sólo se restituyen cuando se reparte el haber social tras la disolución de la sociedad.
En consecuencia, tal y como sostiene la sentencia de instancia, el acto fue perjudicial para la masa activa y, en consecuencia, procede su rescisión.
SEPTIMO.-Como efectos de la rescisión el artículo 73 de la Ley Concursal dispone que "la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses". Por eso es correcta la condena a los demandados al pago de la cantidad indebidamente percibida. Además, la sentencia aprecia mala fe en los socios, declarando, de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero de dicho precepto, que "si como consecuencia de la resolución de este acto, tuvieren derecho a percibir cualquier tipo de contraprestación, el crédito no tendría la consideración de crédito contra la masa sino de crédito subordinado".
Como consecuencia de la rescisión, no nace prestación alguna con cargo a la masa, por lo que no es necesario analizar la buena o mala fe de los demandados. Tampoco es correcto que la sentencia plantee como hipótesis una contraprestación con cargo a la masa, cuando esa hipótesis es descartada por la propia

sentencia. En definitiva, se rescinde un pago de la concursada que produce como único efecto su restitución por los beneficiarios. ":SAP Barcelona (Sección 15) 06.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 714/2012)

7. Reparto de dividendos

7.1 No se requiere haber impugnado el acuerdo en vía societaria

AP Madrid

"CUARTO.- Se sostiene en el recurso que puesto que las cantidades objeto del proceso las habrían percibido los citados accionistas de AFINSA BIENES TANGIBLES SA en función de la operativa societaria (percepción de dividendos a los que consideran que tendrían derecho) no podrían ejercitarse acciones para recobrar esas cantidades cuando no se habían ejercitado en plazo las correspondientes acciones impugnatorias contra los acuerdos sociales (al amparo de lo previsto en los artículo 115 del TRLSA, que se corresponde con el vigente artículo 204 del TRLSC) que aprobaron el pago de dividendos, que habrían caducado una vez transcurrido el año que para ello prevé la normativa societaria (artículo 116 del TRLSA, ahora artículo 205 del TRLSC). Este alegato supone, sin embargo, un intento de mezclar instituciones jurídicas que operan en campos totalmente distintos, por lo que no resulta afortunado. Los procesos de impugnación de acuerdos sociales están previstos para que puedan combatirse aquellos que se hubieran podido adoptar por los órganos colegiados de una entidad mercantil cometiendo una infracción legal o estatutaria o que resultasen lesivos para el interés social. Por exigencias de seguridad jurídica deben plantearse en el tiempo y forma que prevé la normativa societaria. En cambio, la acción rescisoria supone una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. Precisamente la jurisprudencia sobre rescisión concursal ha remarcado, a propósito de la previsión del artículo 71.1 de la LC, que la acción de reintegración requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, pero no precisa que medie el propósito de defraudar (sentencia de la Sala 1ª del TS de 27 de octubre de 2010). No se trata, por lo tanto, de enjuiciar en el incidente rescisorio concursal lo mismo que pudo debatirse en el proceso de impugnación de acuerdos, pues no se trata tanto de revisar lo injusto o antijurídico de una actuación sino de hacer ineficaces, en provecho de la masa pasiva, actos que, de no ser porque finalmente se declaró el concurso, incluso podrían ser jurídicamente irreprochables.
No condiciona, por lo tanto, la inexistencia de un previo proceso de impugnación de acuerdos sociales el que pueda emprenderse la acción rescisoria que afecte al pago realizado a los socios de dividendos sociales.": SAP Madrid (Sección 28) 05.10.2012 (Sentencia 275/2012; Rollo 70/2012)

7.2 Caso de rescisión del acuerdo social de repartirlos

Tribunal Supremo

" 16. *Desestimación de todos los motivos de los recursos de casación formulados por Ñabe, S.L., Menuce, S.A. y Margara, S.A.* En atención a la relación que guardan todos estos motivos, que requieren de un tratamiento conjunto, los resolveremos también conjuntamente.
Como hace la sentencia recurrida, conviene distinguir entre la rescisión del acuerdo de reparto de dividendos, en concreto 300.000 euros, adoptado por la junta de accionistas de la sociedad concursada, el día 24 de junio de 2003; y la rescisión del pago realizado a favor de los socios, dentro del periodo sospechoso, de los dividendos acordados en una junta celebrada fuera este plazo de rescisión. En el primer caso, se rescindió el acuerdo de reparto de dividendos y en consecuencia dejaron de gozar de justificación los pagos realizados en cumplimiento de tal acuerdo de reparto o las compensaciones acordadas. En el segundo caso, en que no cabía rescindir el acuerdo de reparto de dividendos, lo que se rescindió fue el concreto pago realizado a favor de dos socios, partiendo de la consideración de que el pago era debido.
17. Por lo que se refiere a la rescisión del acuerdo de reparto de dividendos adoptado en la junta de accionistas de 24 de junio de 2003, debemos advertir que este acuerdo es el que legitimaba el cobro de los dividendos, es más, hacía nacer el derecho de los accionistas a recibirlos, frente a la sociedad.
Este acuerdo no deja de ser un acto de disposición patrimonial, en cuanto que reconoce un derecho a favor de los socios, que conlleva un sacrificio patrimonial para la sociedad, pues supone un detrimento de su masa activa, y puede ser susceptible de rescisión concursal siempre y cuando se haya adoptado dentro del periodo sospechoso (dos años antes de la declaración de concurso) y se constate su falta de justificación, desde la perspectiva de los intereses protegidos con el concurso de acreedores.
En cualquier caso, en relación con el recurso formulado por Ñabe, S.L., no impedirá el ejercicio de esta acción rescisoria que existan otras acciones de impugnación, como las de impugnación de acuerdos sociales, ni que éstas hubieran podido haber caducado, pues -al margen de la validez del acuerdo- mediante la rescisoria concursal se juzga sobre el perjuicio que tal acuerdo, en cuanto acto de disposición patrimonial, ha podido ocasionar a la posterior masa activa del concurso de la sociedad, en interés de sus acreedores.
18. Cabe apreciar perjuicio en el acuerdo de distribución de dividendos "irregular", ya sea porque se apoya total o parcialmente en beneficios netos inexistentes, ya sea porque no se han respetado las normas legales y estatutarias sobre reservas o la previsión del *art. 213 TRLSA,* que se corresponde con el actual art. 273 LSC.
También cabría apreciar el perjuicio en otras hipótesis en que, si bien formalmente se cumplían todas las

previsiones legales, de hecho, por las significativas pérdidas sufridas por la sociedad en los primeros meses del ejercicio en curso, al tiempo de aprobarse las cuentas del anterior y de acordarse la distribución de beneficios, se ha producido un drástico deterioro de la situación patrimonial de la sociedad, de modo que su patrimonio neto ya no alcanza la cifra del capital social o no lo hará como consecuencia del reparto de beneficios, o bien ha devenido o devendría en estado de insolvencia. En estos casos podría rescindirse el acuerdo de distribución de beneficios, totalmente, si el perjuicio alcanza a la totalidad del importe reconocido a los socios, o de manera parcial, hasta el montante a que ascienda el perjuicio.

19. En el presente caso, la sentencia de instancia declaró probado que la sociedad, lejos de haber obtenido beneficios, arrastraba importantes pérdidas, sin que este hecho pueda ser objeto de controversia en casación, ni quepa fundar el recurso en un supuesto fáctico distinto. De este modo, si contrariamente a lo que reflejaban las cuentas del ejercicio 2002, la sociedad arrastraba pérdidas y el acuerdo de reparto de dividendos se apoyó en unos beneficios netos inexistentes, podemos concluir que el indudable sacrificio patrimonial que representa la atribución de este derecho a los socios, que les confiere un crédito contra la sociedad, resulta injustificado por la referida "irregularidad".

Frente a lo argumentado en el recurso de casación de Margara, S.A., hemos de reiterar que para que un acto de disposición del deudor, en este caso un acuerdo de reparto de dividendos adoptado por la junta de accionistas, sea perjudicial para la masa activa ni es necesario que haya contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, ni tampoco que cuando se realizó la sociedad ya estuviera en insolvencia. Lo único que exige el *art. 71 LC* es que se hubiera realizado dentro del periodo legal de dos años antes de la declaración de concurso de acreedores y que sea perjudicial para la masa activa, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala sobre el perjuicio, antes expuesto.

20. El efecto de esta rescisión es que los socios pierden el derecho a percibir el dividendo, si es que no les fue distribuido antes de la declaración de concurso. Si para entonces ya les hubiera sido repartido, en ese caso, deberán restituirlo a la masa, sin necesidad de que se acrediten las circunstancias subjetivas mencionadas en el *art. 217 TRLSA,* que se corresponde con el actual art. 278 LSC. Este precepto, prevé, para el caso en que se ejercite una acción de restitución de dividendos fuera del concurso, que " *cualquier distribución de dividendos* (...) *que contravenga lo establecido en la Ley deberá ser restituida por los accionistas que los hubieren percibido, con el interés legal correspondiente, cuando la sociedad pruebe que los perceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla* ". Esta exigencia legal no debe operar en el caso de la acción rescisoria concursal, pues se trata de una acción propia, que se funda en el elemento objetivo del perjuicio, de tal forma que el *art. 71.1 LC* excluye expresamente cualquier elemento subjetivo.

Por eso, en nuestro caso, los tribunales de instancia han aplicado correctamente esta doctrina: como una vez que se declara la rescisión del acuerdo de reparto de dividendos, los pagos realizados resultan injustificados, procede la condena a su restitución, y las compensaciones realizadas, en la medida en que la sociedad no debía adeudar las sumas compensadas, se dejan sin efecto.": STS 24.07.2014 (Sentencia 428/2014; Recurso 2912/2012)

" **CUARTO.- Formulación del único motivo del recurso de casación**

1.- El motivo se encabeza con el siguiente epígrafe: « *Este motivo se funda en la violación de los artículos 71.1 de la Ley Concursal, en relación con el artículo 213 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y apartado 13 punto 2.3º del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el plan general de contabilidad y, como doctrina jurisprudencial infringida por la sentencia recurrida, se invoca la representada por las sentencias de esa Excma. Sala Primera del Alto Tribunal núm. 548/2010, de 16 de septiembre y 662/2010, de 27 de octubre* ».

2.- Las razones que las recurrentes exponen para fundamentar el recurso son, resumidamente, que la Audiencia ha infringido la doctrina legal sobre la determinación de la existencia de perjuicio porque no toma en cuenta las circunstancias existentes cuando se adoptó el acuerdo, el 27 de marzo de 2008, sino las que se exponen en el informe del auditor sobre las cuentas del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2007, y porque la sentencia infringe el apartado 13.2.3º del Plan General de Contabilidad, puesto que este precepto permite que se reconozcan activos por impuesto diferido en la medida que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales, mientras que lo determinado por el auditor es que las expectativas de la sociedad no aseguran la realización de resultados positivos, lo cual no constituye el supuesto de hecho de la norma, que es la probabilidad, no la seguridad.

Las recurrentes ponen además de manifiesto que existen varios errores materiales en la sentencia al determinar la base fáctica sobre la que realiza el enjuiciamiento.

Y, por último, alegan que auque es cierto que la Audiencia declara que incluso dando por bueno el mantenimiento de la partida de impuestos diferidos, el reparto de dividendos acordado traería como consecuencia que el patrimonio neto de la sociedad fuera inferior al capital social, en este caso, la diferencia entre el patrimonio neto y el capital social sería inferior a los 610.000 euros a cuya devolución se condena a las demandadas, por ser ese el importe de los dividendos cuyo reparto se acordó, por lo que la rescisión y la consiguiente obligación de devolución de los dividendos repartidos debería alcanzar solamente a la cantidad a que asciende la diferencia entre el patrimonio neto y el capital social.

QUINTO.- Decisión de la Sala. Carácter perjudicial del reparto de dividendos que infringe la normativa societaria que protege la suficiencia del patrimonio social y su proporción con la cifra del capital social

1.- El recurso de casación no puede ser estimado por varias razones.

La primera razón es que la impugnación de las recurrentes apunta a la falta de prueba del perjuicio patrimonial causado por el reparto de dividendos.

Pero la Audiencia determinó que era aplicable la presunción de perjuicio patrimonial previsto en el *art. 71.3.1º de la Ley Concursal* por haberse hecho el acto de disposición patrimonial a favor de personas especialmente

relacionadas con el concursado. Este extremo no ha sido impugnado por las recurrentes.
Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el *art. 93 de la Ley Concursal,* el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de este reparto de dividendos, no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración; por el contrario, ha de probarse la ausencia de circunstancias que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada.
Quiere ello decir que incluso aceptando la tesis de las recurrentes de que no había podido probarse de modo suficiente y adecuado que el reparto de dividendos había supuesto un perjuicio para la masa, la falta de prueba sobre tal extremo no debía traer consigo la desestimación de la acción, sino que la presunción *iuris tantum* de perjuicio no quedara desvirtuada, con la consecuencia de que la acción había de estimarse.
2.- Se alega por las recurrentes que la Audiencia infringe la doctrina legal porque no toma en cuenta las circunstancias existentes cuando se adoptó el acuerdo, el 27 de marzo de 2008, sino las que se exponen en el informe del auditor sobre las cuentas del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2007.
La impugnación carece de fundamento. La Audiencia ha valorado los documentos y los informes periciales, así como las declaraciones en juicio de los peritos. El informe de la auditoría de las cuentas del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2007 es uno de los elementos probatorios tomados en consideración, y tiene un valor relevante dada la importancia de dicho informe de auditoría, por la cualificación y la independencia de quien lo emite. La cercanía de la fecha de cierre del ejercicio auditado con la fecha en que se adopta el acuerdo de reparto de dividendos (menos de tres meses), la inexistencia de otro informe de auditoría referido a un momento más próximo a la fecha del acuerdo objeto de la acción rescisoria, y la ausencia de cambios relevantes en la situación de la concursada (la Audiencia no determina que se hubieran producido tales cambios relevantes), justifica que se haya tomado en consideración el contenido de tal informe junto con otros elementos probatorios.
No es posible en el recurso de casación cuestionar la valoración probatoria hecha por la Audiencia, ni cambiar la base fáctica sobre la que se asienta su decisión.
En todo caso, no se ha vulnerado la doctrina legal invocada pues se han tomado en consideración las circunstancias concurrentes cuando se realizó el acto de disposición objeto de la acción de rescisión.
3.- Las recurrentes alegan que la sentencia de la Audiencia vulnera el *art. 213 TRLSA,* por la incorrecta aplicación del punto 2.3º del el apartado 13 de las normas de registro y valoración del Plan General de Contabilidad, puesto que este precepto permite que se reconozcan activos por impuesto diferido en la medida que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales, mientras que lo determinado por el auditor es que las expectativas de la sociedad no aseguraban la realización de resultados positivos.
Los recurrentes modifican la base de la que ha partido la sentencia de la Audiencia, pues en esta se afirma que, valorando la salvedad contenida en el informe del auditor y el hecho de que existieron pérdidas en los ejercicios 2005 a 2008, « *no era probable que la concursada tuviera beneficios fiscales en los sucesivos ejercicios* », no que la obtención de tales beneficios no fuera segura.
Por lo expuesto, ha de mantenerse la declaración de la Audiencia de que era improcedente la activación en el balance del impuesto anticipado correspondiente a las pérdidas fiscales provisionales del ejercicio 2005, por lo que no puede tenerse en cuenta en la cuantificación del patrimonio social neto.
4.- La jurisprudencia de esta Sala ha fijado el concepto del perjuicio para la masa propio de las acciones de reintegración concursal como « *sacrificio patrimonial injustificado* », en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (*art. 76 de la Ley Concursal)*, y, además, debe carecer de justificación (*sentencias núm. 629/2012, de 26 de octubre,* y *428/2014, de 24 de julio)*.
En el caso de una sociedad mercantil, carece de tal justificación el acto de disposición patrimonial que vulnera las normas que regulan la protección del patrimonio social y la correspondencia mínima de este con el capital social, en tanto que garantía de los acreedores sociales. Entre estas normas se encuentran las que permiten el reparto de dividendos con cargo a beneficios o a reservas voluntarias solo cuando el patrimonio social no resulte ser, antes del reparto de dividendos o como consecuencia de tal reparto, inferior al capital social (*art. 213 TRLSA)*.
La disciplina del capital social en las sociedades mercantiles constituye un régimen jurídico que persigue una estricta vinculación jurídica de los fondos propios aportados a la empresa social en tutela de los acreedores y del tráfico jurídico, dada la limitación de la responsabilidad de los socios. Dicha regulación busca garantizar el conocimiento por los terceros de cuál es el patrimonio vinculado, su correcta formación inicial y su mantenimiento o conservación efectiva a lo largo de la vida social, de modo que guarde una proporción o correspondencia mínima con el capital social.
El acuerdo de reparto de dividendos es un acto de disposición patrimonial, en cuanto que reconoce un derecho a favor de los socios, que conlleva un sacrificio patrimonial para la sociedad, pues supone un detrimento de su masa activa, y puede ser susceptible de rescisión concursal siempre y cuando se haya adoptado dentro del periodo sospechoso (dos años antes de la declaración de concurso) y se constate su falta de justificación, desde la perspectiva de los intereses protegidos en el concurso de acreedores. Es posible ejercitar la acción rescisoria aunque existan otras acciones de impugnación, como las de impugnación de acuerdos sociales, que hubieran caducado, pues, al margen de la validez del acuerdo, mediante la acción rescisoria concursal se juzga sobre el perjuicio que tal acuerdo, en cuanto acto de disposición patrimonial, ha podido ocasionar a la posterior masa activa del concurso de la sociedad, en interés de sus acreedores. En este sentido nos hemos pronunciado en la *sentencia núm. 428/2014, de 24 de julio.*
En el caso objeto del recurso, el reparto de dividendos de la sociedad posteriormente declarada en concurso constituyó un acto de disposición patrimonial perjudicial para la masa activa por suponer un detrimento de la misma y carecer de justificación, ya que se acordó vulnerando las normas societarias que protegen la

suficiencia del patrimonio social y su correspondencia con el capital social, en garantía de la confianza que la cifra de este capital social, y su debida proporción con el patrimonio social, genera en los acreedores sociales para la satisfacción de sus créditos. Como dijimos en la citada *sentencia 428/2014, de 24 de julio,* cabe apreciar perjuicio en el acuerdo de distribución de dividendos "irregular", ya sea porque se apoya total o parcialmente en beneficios netos inexistentes, ya sea porque no se han respetado las normas legales y estatutarias sobre reservas o la previsión del *art. 213 TRLSA,* que se corresponde con el actual art. 273 TRLSC.

5.- Lo expuesto trae como consecuencia que el acto de disposición patrimonial en que consistió el reparto de dividendos, en infracción de las normas societarias que lo regulan y que garantizan que el patrimonio social no quede por debajo del capital social, fue perjudicial para la masa, al haberse mermado injustificadamente la masa activa del concurso de la sociedad, y que debe procederse a la reintegración de los dividendos indebidamente repartidos, puesto que al haberse realizado con infracción de las normas que protegen el patrimonio social en garantía de los acreedores sociales, su reparto carece de justificación.": STS 01.11.2014 (Sentencia 631/2014; Recurso 491/2013)

"I. RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.-Formulación del único motivo del recurso de casación.

Se formula en los siguientes términos: "el motivo del presente recurso de casación, lo es, en aplicación del apartado 3º del art. 477.2 de la LEC, la infracción de los arts. 71.1 y 71.3.1º LC, así como la doctrina jurisprudencial que la desarrolla, entendiendo que ostenta interés casacional".

La recurrente reitera los argumentos del escrito de contestación y del recurso de apelación: el reparto de dividendos se efectuó dentro de un marco mercantil y económico de normalidad, en una situación de bonanza económica, pues los beneficios del ejercicio de 2007 fueron positivos (41.361,86.-#), las reservas voluntarias de 1.412.103,15.-#, la concursada tenía una línea de descuento sin disponer de 4.815.407,15.-#, una póliza de crédito disponible por 596.893,36.-#, una tesorería de 95.663,36.-# y unos fondos propios de 1.868.010,7.-#-. Pese a que el fondo de maniobra era negativo a 31 de diciembre de 2007, el informe de auditoría "es limpio, sin ninguna salvedad y, por tanto con opinión favorable"; los fondos propios se reducen por debajo del capital social en 2008 como "consecuencia del resultado de pérdidas de la mercantil en dicho ejercicio, por la posición preventiva efectuada por los auditores en 2009, y nunca por los repartos de dividendos, ya que se efectuaron, como hemos alegado con cargo a reservas voluntarias" (énfasis del recurrente).

Por tanto, argumenta, el reparto de dividendos es un derecho del socio a poder participar de los beneficios de la sociedad no repartidos a lo largo de los años. Por lo demás, añade, en el momento del reparto de dividendo, la concursada no tenía ningún acreedor pendiente de pago. De tal situación, deduce el recurrente, no existiendo situación de insolvencia, no existen reglas de prelación de pagos, ni pudo haber perjuicio de acreedores. Niega, por tanto, que pudiera haber en la operación denunciada ánimo fraudulento, lo que no se da en el presente supuesto. Cita sentencias de esta Sala, de 19 de julio de 2005 (RC 757/1999) y 20 de octubre de 2005 (RC 684/1999) sobre el consilium fraudis en torno a los arts. 1111.2 º, 1291.3 º y 1293 CC.

TERCERO.-Desestimación del motivo

1. El art. 71.1 LC que el recurrente denuncia como infringido, exige la concurrencia de dos requisitos para que prospere la rescisión que allí se contempla: que el acto sea perjudicial para la masa activa y haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.

Para ello es necesario el examen del concreto acto (contrato u operación) que es objeto de impugnación. El núcleo central reside en si el acto examinado es "perjudicial para la masa activa", en la medida en que supone una minoración del activo sobre el que más tarde, declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, "debe de carecer de justificación" (SSTS 1025/2015 de 10 de marzo; 428/2014, de 24 de julio; y 100/2014 de 30 de abril y las citadas en ellas).

El acto que es objeto de examen, y que supone un detrimento patrimonial, debe contemplarse en atención a las circunstancias concurrentes para evaluar su justificación. En principio, el perjuicio debe ser acreditado por quien insta la rescisión del acto impugnado (art. 71.4 LC), salvo que sea uno de los contemplados en el apartado 2 del art. 71 LC, en los que se presume el perjuicio iuris et de iure, o de aquellos otros supuestos que regula el art. 71.3 LC, que admiten prueba en contrario, pero, en este último caso, a cargo de los demandados, prueba que debe ir dirigida a que el acto impugnado no perjudica a la masa activa (SSTS 105/2015, de 10 de marzo y 629/2012, de 26 de octubre, entre otras).

2. En el supuesto del presente recurso, la rescisión decretada por las sentencias de instancia se funda en el art. 71.3.1º, por ser el recurrente, socio único de la concursada, y, por tanto, persona especialmente relacionada con la misma (art. 93.2.1º LC). Como señalan las SSTS 487/2013, de 10 de julio y la más reciente 428/2014, de 24 de julio, "... en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada".

3. En este contexto no es admisible que el recurrente, accionista único de la concursada, cuyo representante legal es la misma persona en ambas sociedades, de la matriz y de la filial, señale que la distribución de dividendos se acordó y ejecutó en octubre de 2008, porque los resultados de 2007 arrojaban un leve beneficio (41.361,86.-#), lo que no se compadece con que el fondo de maniobra era negativo a 31 de diciembre del mismo año 2007, y que en el ejercicio en que se acordó la distribución de dividendos, en octubre de 2008, los fondos propios de este ejercicio estuvieran por debajo del capital social, aunque fuera por recomendación efectuada por los auditores en 2009 (durante el primer trimestre), como "consecuencia del resultado de pérdidas de la mercantil en dicho ejercicio". La falta de la previsión a que está obligado todo administrador, que debe "informarse diligentemente de la marcha de la sociedad" en todo momento (art. 225.2 LSC), directamente o a través de los balances trimestrales de comprobación (art. 32.1 CdCom), por lo que tiene una información

privilegiada de la situación, justifica plenamente que la sentencia no apreciara circunstancias suficientes que eximieran de rescisión el acuerdo de distribución y el pago de dividendos que a la postre supuso para la concursada la salida del activo de un crédito por importe de 1.250.000.-#. Con motivo de tal operación la recurrente y accionista única dejó de ser deudora por dicha cantidad de modo que, a la vista de la crisis manifiesta y reconocida que atravesaba el sector, Peryper se colocó en una situación tan privilegiada para ella como perjudicial para el resto de los acreedores, alterando con ello la par conditio creditorum, todo lo cual ha quedado acreditado en la instancia y no puede ser discutido en casación.
4. Es intranscendente que el pago de los dividendos no supusiera salida de tesorería, pues el perjuicio patrimonial existe de igual forma al hacer desaparecer del balance un activo tan importante como el crédito que se canceló por vía de compensación, perjudicando la masa activa de la concursada. Lo importante, como señaló la STS núm. 428/2014, de 24 de julio, es que tanto la adopción del acuerdo de distribución de dividendos como los pagos en ejecución del mismo, son actos jurídicos distintos, razón por la cual pueden ser considerados de forma independiente y puede ser que el acuerdo de reparto de dividendos, aunque formalmente adoptado con los requisitos exigidos por el ordenamiento societario, su ejecución o los pagos que tal reconocimiento supone al accionista, "son actos jurídicos de disposición que pueden ser objeto de una acción rescisoria concursal, aunque no lo sea aquel previo acuerdo de la junta que reconoció el derecho a un concreto dividendo".
En el presente caso, la compensación que supuso la ejecución del acuerdo de distribución de dividendos operó simultáneamente con la cancelación del crédito por la cantidad concurrente, por lo que alcanzando la rescisión a la Junta que adoptó el acuerdo (octubre de 2008) debe rescindirse la ejecución operada simultáneamente, por tratarse de una operación contable que iba a tener reflejo en el primer balance de situación que, en el presente caso, correspondía al de final de año.
Por último, supone un contrasentido argumentativo que diga el recurrente que en el momento del acuerdo de reparto de dividendos estaban los acreedores al corriente de pago, cuando once meses más tarde presenta la solicitud de concurso voluntario.
No ofrece la menor duda de que el reparto de dividendos acordado supuso un perjuicio para la masa activa, y ninguna circunstancia excepcional concurre en el presente caso que lo justifique. No es necesario que se haya realizado con intención de dañar, como insistentemente destaca el recurrente, pues la rescisión a que se refiere el art. 71.1 LC descarta expresamente cualquier elemento subjetivo de fraude. Y el acto, en si mismo considerado, es susceptible de otras acciones independientes, como las que se han promovido en este supuesto de calificación del concurso (ex art. 167 LC), pero la acción de reintegración aquí ejercitada es una acción propia, que se funda en el elemento objetivo del perjuicio a la masa activa por un acto realizado dentro del periodo sospechoso de dos años, que son los dos requisitos exigidos por el invocado art. 71.1 LC.”: STS 17.04.2015 (Sentencia 199/2015; Recurso 1031/2013)

AP Alicante

“PRIMERO.-Ejercitada por la Administración concursal de BALPERIA, SLU (en adelante, BALPERIA) una acción de rescisión, al amparo del art. 71.1 LC, la resolución recurrida ha estimado íntegramente la demanda y ha declarado la ineficacia del reparto de dividendos sociales acordado el día 3 de octubre del 2008, condenando a PERYPER INMUEBLES, SL (en adelante, PERYPER) a reintegrar a la masa activa de BALPERIA la cantidad de un millón doscientos cincuenta mil euros, con sus intereses legales desde esa fecha.
El acto cuya ineficacia se ha declarado es el siguiente: acuerdo de reparto de dividendos, por importe de 1.250.000 #, adoptado por BALPERIA a favor de su único socio, PERYPER, titular del 100 % de sus participaciones sociales. El reparto de ese dividendo se hizo con cargo a reservas, y no se produjo una salida de tesorería de la sociedad sino una compensación con una línea de crédito que BALPERIA tenía concedida a PERYPER y, en cuya virtud, ésta era deudora de aquélla, su sociedad dominada. Por tanto, se compensó el crédito de BALPERIA frente a PERYPER con el crédito de ésta frente a aquélla, nacido del acuerdo de reparto de dividendos a su favor, de ahí que, en virtud del acuerdo de reparto del citado dividendo, PERYPER viera minorada su deuda con BALPERIA en 1.250.000 #. Con la rescisión de la operación, se ha condenado a PERYPER a reintegrar a la masa activa de BALPERIA precisamente ese importe.
La resolución recurrida considera, dicho sea muy en síntesis, sobre la base de diez circunstancias expuestas en el fundamento de derecho segundo de la resolución recurrida bajo el título de "Marco fáctico relevante", que se dan los presupuestos legales para la viabilidad de la acción; a saber:
a) Elemento temporal, pues el concurso de BALPERIA fue declarado el 24/9/2009 y el acuerdo social de distribución de dividendos sociales adoptado por dicha sociedad tuvo fecha de 3/10/2008.
b) El requisito objetivo, pues: 1. El acuerdo social de distribución de dividendos es un acto de disposición patrimonial unilateral de la sociedad, posteriormente declarada en concurso, adoptado a través de la junta, órgano competente para ello, y, como tal, generador de un crédito en el socio, PERYPER. 2. El perjuicio patrimonial se presume, pues se trata de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de persona especialmente relacionada con la concursada (art. 93.2.1 LC), en tanto PERYPER posee el 100 % del capital social de BALPERIA. 3. El perjuicio consiste en la minoración del derecho de crédito que tenía BALPERIA frente a PERYPER, en un importe de 1.250.000 #. 4. En cualquier caso, la situación económica de BALPERIA en el momento de la adopción del acuerdo impide entenderlo como justificado.
Contra esta decisión se alzan las partes codemandadas, reiterando los alegatos vertidos en la primera instancia, que se analizarán en los siguientes fundamentos.
SEGUNDO.-
La acción de rescisión se funda en los arts. 71.1 LC (que permite la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no haya existido intención fraudulenta) y 71.3.1º LC (se presume el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contra,

cuando se trate de actos dispositivos a título gratuito realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas en el concursado).
No se discute que PERYPER es persona especialmente relacionada con la concursada, BALPERIA, pues aquélla posee el 100 % del capital social de ésta (art. 93.2.1º LC).
Punto de partida, pues, para el análisis de la acción ejercitada es que el acto cuya rescisión se solicita se presume perjudicial, mientras no se pruebe lo contrario.
Y tal prueba contraria no se ha producido, como bien advirtió el magistrado de instancia.
La cuestión nuclear del asunto se encuentra en la determinación del concepto de perjuicio patrimonial, pues ciertamente un criterio de interpretación excesivamente amplio del mismo convertiría en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, y, particularmente, para operaciones bancarias como ante la que nos encontramos.
La jurisprudencia mercantil ha venido considerando que son actos perjudiciales para la masa tanto aquéllos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), cuanto los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto). Más modernamente, se ha avanzado más en la precisión del concepto, con la finalidad de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial por el de "sacrificio patrimonial injustificado", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71.
De otra parte, el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, siempre sería apreciable el perjuicio.
Desde esa perspectiva, entendemos que el reparto de dividendos acordado el 3/10/2008 por BALPERIA, que se destinó a minorar en 1.250.000 # el crédito que ostentaba contra su sociedad dominante, PERYPER, es un acto perjudicial para la masa.
En el supuesto que nos ocupa, este Tribunal no puede desconocer los razonamientos vertidos en la muy reciente sentencia de 28 de febrero del 2013 (sentencia n.º 92 / 20139) recaída en la sección sexta, de calificación, al conocer del recurso de apelación formulado contra la sentencia de instancia, que declaró culpable el concurso de BALPERIA; y ello, precisamente, porque esta sentencia fundó la culpabilidad en que el reparto de dividendos que nos ocupa constituye un acto en fraude de acreedores con encaje típico, bien en el artículo 164-2-5º (*Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.)* o en el 164-1º (*cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores)* LC. La prueba practicada en el presente procedimiento permite llegar a idénticas conclusiones que en el procedimiento citado, en orden a la confirmación de la sentencia recurrida.
De lo que se trata es de analizar el impacto que el reparto de dividendos en octubre de 2008, cuando el fondo de maniobra de BALPERIA, a 31 de diciembre de 2007, era negativo. Ese reparto de dividendos, destinado a minorar el importante crédito que ostentaba esa sociedad contra su dominante, se realizó, pues, en un momento inadecuado. Como decíamos en la resolución antes referida, "... *no debe olvidarse que el fondo de maniobra refleja la diferencia entre el Activo Corriente (compuesto por existencias, realizable -derechos de cobro a corto plazo- y disponible -tesorería-) menos el Pasivo Corriente (las obligaciones de pago a corto plazo, etc...) y, por tanto informa del grado de solvencia de una empresa o si, se prefiere, la capacidad de pago de los compromisos a corto plazo de modo tal que cuando tal magnitud es negativa lo que está ocurriendo es que parte del Activo No Corriente está financiado con recursos a corto plazo, o lo que es lo mismo, que la empresa no cuenta con suficientes recursos para hacer frente a sus obligaciones de pago más inmediatas.*
Consecuentemente, si las cuentas de 2007 presentaban iliquidez, que se incrementa en el año 2008, ejercicio que concluye con pérdidas de casi medio millón de euros y una la cifra de fondos propios -124.035,61 euros- por debajo de la mitad de la cifra del capital social -345.454,80 euros-, la conclusión no puede ser sino que la operación de reparto de dividendos acordada en el cuarto trimestre de 2008 no era en absoluto de normalidad pues aquella situación la conocía el administrador por medio de los balances de comprobación trimestrales sin que sea admisible que intente achacarla en su integridad a la exigencia de la auditoría en el 2009 de efectuar una provisión de 675.157,77 euros por razones del riesgo de clientes, tanto más cuando en el momento en que se acuerda el reparto ya se sabía de la crisis inmobiliaria y en ese contexto es en el que se adopta un acuerdo destinado a beneficiar a quien era socio único y acreedor...".
Es irrelevante que el acto que nos ocupa no supusiera salida de tesorería alguna, pues ya hemos dicho que produjo como efecto la compensación de los saldos pendientes de la cuenta corriente de Peryper con Balperia: lo relevante es que existió una reducción del patrimonio de BALPERIA, de la masa activa de la sociedad posteriormente concursada.
Es irrelevante también, desde el prisma de la acción rescisoria ejercitada, que el acuerdo social de reparto de dividendos no haya sido impugnado por acreedor alguno, pues de lo que se trata en este proceso es de determinar si el acto ha de ser rescindido, por su perjudicialidad para la masa del concurso.
TERCERO.-
Si bien es cierto que la viabilidad de la acción ejercitada no exige la prueba de mala fe o intención fraudulenta (art. 71.1 LC) y que la resolución recurrida no analiza este extremo, tampoco podemos desconocer en esta resolución que, con ocasión de la sentencia dictada por este Tribunal (reseñada en el fundamento de derecho anterior), que hemos considerado la existencia de ánimo fraudulento en la operación que nos ocupa,
pues razonamos en ella que "... *En cuanto al elemento subjetivo, y reiterando que la situación de solvencia o*

liquidez que representaba el dato de que el fondo de maniobra con que concluye el ejercicio 2007 fuera negativo era lo suficientemente relevante como para conocer el estado adverso de la situación financiera a un acto como lo fue el reparto de dividendos a favor de la socia única, acreedora también de la concursada, la conclusión que alcanzamos no puede ser distinta a la señalada por el Juez de instancia pues la vinculación social descrita junto a la situación económica por la que se avanzaba lo que pone de relieve es que, mediante un acto de aparente normalidad societaria se ponía a salvo de terceros acreedores un importante capital que agravaría en esa evolución negativa, la situación financiera de la sociedad, como de hecho a los pocos meses ocurrió, con la presentación de una solicitud de concurso antes de que pasara un año desde aquél reparto de dividendos, debiendo observarse además lo contradictorio que resulta el reparto de dividendos con el pago de créditos al socio pues el origen del crédito es diverso. Queremos decir que si con el reparto de dividendos se creó, como afirma el propio apelante, un crédito compensable en la cuenta corriente que Peryper y Balperia tenían, en realidad lo que se produjo fue el pago de un crédito frente a Peryper, que debemos suponer con origen en las relaciones comerciales entre ambas mercantiles, pero no un reparto de dividendos al socio pues estos se adquieren por razón del derecho económico que la titularidad del capital social confiere al mismo y no por razón de un crédito frente a la sociedad. Dicho de otro modo, bajo la apariencia de un reparto de dividendos se ocultaba el pago de un crédito a un acreedor a que se privilegiaba ante la situación actual o mediata a la que se veía abocada la sociedad.
En conclusión, el negocio de que se trata, el reparto de dividendos, no fue sino un negocio simulado en fraude de acreedores que está tipificado como causa iure et de iure en la Ley Concursal como tipo de culpabilidad. Y afirmamos que de acreedores, los hubiera actuales o futuros pues es evidente que mantener la actividad propia del objeto social -promoción inmobiliaria y similar- y descapitalizarse constituye una maniobra de fraude a acreedores determinados o determinables, tanto por haberlos como coste fijo de la empresa seguridad social, tributarios, proveedores- como por razón de las obras comprometidas ".
En definitiva, ninguno de los alegatos contenidos en los recursos presentados tiene entidad para que pueda ser revocada la resolución de instancia. Los recursos quedan, por tanto, desestimados y confirmada la misma.": SAP Alicante (Sección 5) 06.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 490/2012)

AP Barcelona

"El artículo 71.1 LC establece que, una vez declarado el concurso, son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa efectuados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no haya habido intención fraudulenta. No se ha cuestionado que en el caso se cumpla el requisito temporal. El acto data de 22 de octubre de 2007 y la declaración de concurso de 14 de septiembre de 2009.
Por lo que respecta al perjuicio, como alega la parte demandada, el artículo 71 incluye unas presunciones que no admiten prueba en contra (artículo 71.2) y otras que sí la admiten (artículo 71.3). El artículo 71.4 LC, en la redacción aplicable al caso por razones temporales, dispone que, cuando se trate de actos no comprendidos en las presunciones del apartado anterior, el perjuicio patrimonial ha de ser probado por quien ejercita la acción rescisoria.
Como sostiene la parte apelante, con cita de sentencias de esta Sección 15ª, el de perjuicio es, efectivamente, un concepto jurídico que se ha de dotar de contenido en cada caso concreto, partiendo de la percepción general de perjuicio como sacrificio o detrimento patrimonial. Hemos expuesto en resoluciones anteriores (entre otras, las de 23 de abril de 2008 y 8 de enero de 2009 o más recientemente, de 29 de septiembre de 2011) que la norma admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que producen, de manera directa, una disminución del patrimonio del deudor -en general, por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito-, sino que alcanza también aquellos actos que supongan un perjuicio indirecto, por vulnerar el principio de paridad de trato de los acreedores (par condicio creditorum) cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro.
En estos supuestos, el perjuicio derivaría del trato beneficioso injustificado, teniendo en cuenta las circunstancias concretas, que determinaría un resultado de favorecimiento de quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que el resto de acreedores, los cuales, de no haber existido aquel pago, encontrarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (y, por esto, el perjuicio, indirecto, a la masa activa).
En el caso en examen, el acto objeto de la rescisión es el acuerdo social de social de distribuir dividendos a cuenta, tal como alegó la AC (ff. 12 y ss. demanda) y aceptó expresamente la parte demandada (ff. 185 y ss. de la contestación). Al igual que el juez mercantil, consideramos que la decisión -ejecutada en el propio acto- produjo una disminución del valor del activo de KG IMMOBLES que, más adelante, al declararse el concurso, constituyó la masa activa.
El hecho de que no se impugne el pronunciamiento desestimatorio de la acción de nulidad determina que, en esta segunda instancia, prescindamos de los hechos y las valoraciones que sólo tendrían relevancia en relación con aquella acción y, en concreto, de si se cumplieron o no los requisitos establecidos en el artículo 216 de la Ley de sociedades anónimas (LSA), por remisión del artículo 84 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL). Debe decirse, sin embargo, a los efectos de la rescisión que se examina, que, como pone de relieve la AC, KG IMMOBLES tenía, en aquel momento, tesorería suficiente y el desembolso se hizo de manera efectiva -así se recoge en los hechos probados de la sentencia del juzgado. No consta, en cambio, que la sociedad tuviera entonces liquidez suficiente para distribuir dividendos a cuenta.
Uno de los hechos invocados en el recurso como demostración de que no hubo perjuicio patrimonial para la sociedad es, precisamente, el préstamo que tres de los -en aquel momento, cuatro- socios de KG IMMOBLES habrían hecho a favor de la sociedad el mismo día 22 de octubre de 2007, después de recibir los dividendos discutidos. Se trataría del préstamo efectuado por KM3 INVERSIONS -135.000 euros-; GESRENTA BCN -135.000 euros- y don Ezequiel -12.300 euros, suma esta última correspondiente al importe de los dividendos,

15.000 euros, una vez deducido el 18 % de IRPF, 2.700 euros.
La falta de liquidez de la sociedad no sólo se podría deducir tácitamente de la existencia del préstamo, sino que resulta de manera expresa de las manifestaciones de los demandados.
Al pacto quinto de la escritura de compraventa de participaciones otorgada el día 22 de octubre de 2007, se hace constar -en pretérito, pese a que eran actos del mismo día- la distribución y liquidación de dividendos -a KM3 INVERSIONS, GESRENTA BCN, don Ezequiel y don Ignacio - y el préstamo posterior de KM3 INVERSIONS, GESRENTA BCN y don Ezequiel a KG IMMOBLES por las mismas cantidades recibidas con la deducción, en el caso del Sr. Ezequiel, del importe de IRPF. El pacto quinto acaba diciendo que el adquirente de las participaciones, CINOTRAC HABITATGES, conoce y aprueba la deuda de KG IMMOBLES con aquellos socios y "aprueba también que la devolución de la misma tendrá carácter preferencial para KG IMMOBLES, SL, así que exista liquidez para ello " (subrayado nuestro).
El carácter oneroso de la distribución de dividendos, con amparo genérico en la naturaleza de la relación societaria mercantil y el ánimo de lucro de los socios que le es inherente, no excluye que, en el caso que nos ocupa, el reparto efectuado, de 300.000 euros, en concepto de dividendos a cuenta de resultados futuros, de una sociedad falta de liquidez, por decisión de una junta extraordinaria universal de la sociedad, se considere que causa perjuicio al patrimonio de la sociedad que después será declarada en concurso. Este perjuicio no sería sólo indirecto, por vulneración de la par condicio creditorum, al hacer de peor condición a unos acreedores ajenos a la operación, los cuales, de no haber existido aquel pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada, sino directo, por reducción del patrimonio del deudor, como entendemos que ha apreciado el juez.
Tal como se ha valorado en la sentencia impugnada, el hecho aducido por los demandados, relativo al préstamo que tres socios -KM3 INVERSIONS, GESRENTA BCN y el Sr. Ezequiel - habrían efectuado a KG IMMOBLES -préstamo del que no tenemos más constancia que las manifestaciones efectuadas por los interesados en la escritura pública de venta de participaciones-, no alteraría el enjuiciamiento del acto que ha sido objeto de rescisión, el acuerdo social de distribución de dividendos a cuenta. El carácter perjudicial o no del acuerdo para la masa activa no puede valorarse para actuaciones posteriores e independientes llevadas a cabo por los beneficiarios -la mayoría, no todos- del acuerdo, sin perjuicio de las reclamaciones que puedan hacer los acreedores en el procedimiento concursal.
Finalmente, no se puede obviar que el artículo 71.3 LC, salvo prueba en contra, presume el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Las sociedades KM3 INVERSIONS y GESRENTA BCN, cada una de las cuales percibió, como se ha dicho, un dividendo de 135.000 euros, se han de considerar personas especialmente relacionadas con la concursada, en aplicación del artículo 9 3. 2.1 LC, invocado en la demanda incidental de la AC: cada una de las dos sociedades era titular del 45 % del capital social de KG IMMOBLES.”: SAP Barcelona (Sección 15) 09.02.2012 (Sentencia 50/2012; Rollo 647/2011)

“10. Debe tenerse presente que el reparto de dividendos no constituye un acto de disposición a título gratuito (de hecho, la AC actora no invoca la presunción de perjuicio establecida iuris et de iure por el art.71.2 LC, por tratarse de actos de dicha naturaleza), sino un acto de disposición a título oneroso (como hemos mantenido en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012 y en la más reciente de fecha 19 de noviembre, rollo 303/2012). La participación en los beneficios es la contraprestación que percibe el socio por sus aportaciones a la sociedad; se configura por la Ley como un derecho abstracto que deviene en un derecho de crédito concreto una vez acordado el reparto por la junta general. Mediante el reparto de dividendos se hace efectiva la causa jurídica y económica del contrato de sociedad, cuyo fin último es la obtención de un lucro por los socios, esto es, el reparto entre ellos de las ganancias obtenidas por la actividad económica de la sociedad.
11. Como acto de disposición oneroso es cierto que origina una merma en el patrimonio de la sociedad, en la medida en que las ganancias o una parte de ellas se desplazan al patrimonio de los socios y no se integran en los fondos propios de la sociedad como reservas voluntarias (presupuesto que la reserva legal ha quedado cubierta y no hay pérdidas de ejercicios anteriores que enjugar o compensar), para fortalecer así la capacidad patrimonial del ente social.
Pero, aunque implique una disminución patrimonial, que no tiene como contrapartida una prestación de equivalente valor que se integre en el patrimonio social, no por ello debe quedar en todo caso sometido el acuerdo de repartir dividendos y el efectivo pago a la ineficacia por rescisión por el mero hecho de la posterior declaración de concurso de la sociedad. No es propiamente un acto debido (ciertamente, como la sentencia apelada razona, la junta no estaba obligada a adoptar el acuerdo de reparto), pero es un acto de disposición a título oneroso acorde y consecuente con la causa del contrato de sociedad, en este sentido justificado en abstracto, y que satisface un derecho que la Ley reconoce al socio.
Las anteriores valoraciones impiden compartir el criterio conforme al cual la posterior declaración de concurso de la sociedad, per se, determina necesariamente que el acto de disposición a título oneroso consistente en el reparto de dividendos, realizado dentro de los dos años anteriores, debe ser rescindido en todo caso por comportar una minoración patrimonial, prescindiendo del examen de las circunstancias concurrentes, que pueden justificar concretamente el acuerdo y pago en un contexto de normalidad económica y patrimonial.
12. En el supuesto de reparto de dividendos, se trata de valorar, de un lado, la coyuntura económica, financiera y patrimonial de la sociedad para determinar si el acuerdo y el pago no suponían, entonces, un sacrificio injustificado para el patrimonio de la sociedad que luego será declarada en concurso, incluida la eventualidad de favorecer de manera injustificada a los socios, satisfaciendo su derecho a participar en las ganancias, en detrimento de otros acreedores con créditos vencidos y exigibles que, con posterioridad, por razón de esos mismos créditos, han de quedar sometidos a las reglas concursales para su cobro.
De otro lado (como hemos considerado en nuestra sentencia de 19 de noviembre, rollo 303/2012), es necesario valorar, a estos efectos, la regularidad legal del acuerdo conforme a la normativa societaria. En

términos generales, el incumplimiento de los requisitos exigidos por el TRLSC en materia de reparto de dividendos o anticipos a cuenta (arts. 273, 275 y 277), que buscan mantener unos ratios de cobertura del patrimonio neto en relación con el capital social o garantizar una situación de liquidez suficiente, justificará, por sí mismo, la rescisión del acuerdo, al margen de las acciones que puedan promoverse ante el propio juez del concurso para exigir la restitución de lo indebidamente percibido, si se dan los presupuestos del art. 278 TRLSC. Dichas exigencias legales buscan preservar la solvencia de la sociedad, protegiéndola frente a escenarios económicos más adversos que pudieran producirse. En tales casos, la merma patrimonial derivada del reparto de dividendos sería, por ilegal, injustificada.
En cuanto a la carga de la prueba del perjuicio, al ser los demandados socios de la sociedad entraría en juego la presunción iuris tantum que establece el art. 71.3.1º LC, por tratarse de un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada. Uno de los socios tiene una participación superior al 10 % del capital social (art. 93.2.1º LC) y si bien los otros dos socios cuentan tan sólo con un 1 %, la presunción sería igualmente aplicable. La circunstancia de concurrir personas vinculadas con otras que no merecen legalmente esta consideración no puede determinar la aplicación de regímenes jurídicos distintos; o el perjuicio se presume salvo prueba en contrario, o el perjuicio ha de probarse.
No obstante, la parte actora no ha invocado expresamente la presunción de perjuicio establecida por dicho precepto, sino el art. 71.4 LC, asumiendo, por tanto, la carga de la prueba del perjuicio. En cualquier caso, de aplicarse el art. 71.3.1º LC, la solución al litigio sería la misma, porque entendemos que, en atención a las circunstancias concurrentes, según revelan las actuaciones, la presunción habría sido eficazmente combatida.
CUARTO. 14. La demanda denuncia una irregularidad de orden legal que afecta al acuerdo de reparto de dividendos a cuenta, integrando así uno de los factores que pueden dar lugar a considerar injustificada la disminución patrimonial, por lo que, a estos efectos, procede analizar su incidencia.
Alega la AC el incumplimiento del primero de los requisitos que establece el art. 216 TRLSA (art.
277.a TRLSC) para que proceda la distribución entre los socios de cantidades a cuenta de dividendos: " Los administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución. Dicho estado se incluirá posteriormente en la memoria".
Lo que la demanda afirmaba es que ese estado contable del que ha de resultar la existencia de liquidez suficiente para la distribución no se incluyó posteriormente en la memoria de las cuentas anuales. No denunciaba la demanda que el estado contable no existiera o no se hubiera confeccionado en su día para ser sometido a la junta que aprobó el reparto a cuenta.
La sentencia estima que el estado contable de liquidez se ha emitido a posteriori, pese a que "el notario indicó que se había cumplido con esa formalidad". La alusión a la intervención de un notario, en este caso inexistente, permite dudar de que la valoración del juez se refiera efectivamente al presente litigio, pero en todo caso el estado contable fue aportado a las actuaciones junto con el acta de la junta (f. 204-206) y no existe ningún dato que pueda fundar la apreciación de que dicho estado contable haya sido emitido con posterioridad a la junta.
15. La irregularidad radica en que, contrariando el último inciso de la norma, ese estado contable no se ha incluido posteriormente en la memoria de las cuentas anuales de 2007, aprobadas por junta de 30 de abril de 2008. Ello no obstante, el balance de las cuentas anuales recoge efectivamente el reparto de dividendos a cuenta entregado en el ejercicio.
En cualquier caso, la exigencia legal de que el estado contable se incluya posteriormente en la memoria de las cuentas anuales no afecta a la validez del previo acuerdo social de repartir dividendos a cuenta sino, propiamente, a las cuentas anuales. Es una formalidad a llenar con posterioridad al acuerdo y al reparto (a la hora de confeccionar las cuentas anuales del ejercicio), cuya omisión no ha de provocar con efecto retroactivo la nulidad del acuerdo precedente.
De otro lado, la demanda no imputa al acuerdo de reparto y consiguiente pago de dividendos a cuenta la vulneración del segundo requisito exigido por el art. 216 (art. 277.b TRLSC), y tampoco que, conforme al primero, no existiera liquidez suficiente para el pago. La existencia de liquidez suficiente para la distribución está acreditada (y así lo estima la sentencia apelada) sobre la base de la documentación contable y listados de cuentas corrientes aportadas a los autos, de los que resulta que la sociedad contaba con una tesorería disponible por importe de 693.381 # (89.215,58 # en la cuenta del Banco de Sabadell, documento 2; más 604.165,83 # en la cuenta del BBVA, documento 3), más la previsión de cobro de un pagaré por importe de 281.600 #, que fue efectivamente abonado a la sociedad el 18 de enero de 2008 (documentos 4, 5 y 6).
QUINTO. 17. En relación con el contexto económico, financiero y patrimonial existente al tiempo de aprobarse el reparto y del efectivo pago (prácticamente coincidentes en el tiempo), que podría determinar el carácter injustificado del desplazamiento patrimonial o la alteración del principio de paridad de trato entre los acreedores, no se ha alegado ni probado que en esa época (diciembre 2007 / enero 2008) concurriera ya la situación de insolvencia tributaria de la declaración de concurso, ni que tal situación fuera previsible, como tampoco la concurrencia de acreedores con créditos vencidos y exigibles, cuyo derecho se habría defraudado
A estos efectos, la AC apunta, únicamente, la existencia de un acreedor, la AEAT, por la liquidación del impuesto de sociedades del ejercicio de 2007, por importe de 159.501 #, que resultó impagada, debiendo concurrir la AEAT al concurso invocando dicho crédito con sus intereses y recargos (documento 12 de la demanda).
No obstante, es cierto (así resulta de la documentación aportada; documento 12) que a la fecha del pago de los dividendos (8 de enero de 2008) la cuota del impuesto (por 159.501 #) no estaba vencida, sino que vencía seis meses después, el 25 de julio de 2008, y el activo circulante, incluyendo la tesorería a la sazón existente, permitía, aun después del reparto, en principio, atender esta deuda.
Valoramos así mismo la distancia temporal entre el reparto de dividendos a cuenta y la solicitud y declaración del concurso (media un año y medio).
18. Reconocemos que la cuestión es dudosa, porque, declarada por el administrador una liquidez de unos 975.000 # al 31 de diciembre de 2007, y previendo (en el estado contable) el devengo y vencimiento del

impuesto, seis meses después no existe saldo en la cuenta bancaria designada para el pago (certificación de la AEAT, aportada en fase de prueba), sin que se haya aportado ninguna razón que explique la carencia de liquidez al cabo de tan escaso lapso de tiempo, cuando, tras el reparto, debiera quedar remanente suficiente para atender su pago (así lo exige el art. 277.b TRLSC). Así mismo, según las cuentas anuales, la cuenta de acreedores a corto plazo alcanza los 910.757 #, y el activo circulante 975.087 # (que incluye tesorería por 696.487 #); estas cifras, que deben cotejarse para prever la capacidad económica de la compañía en orden a satisfacer su pasivo corriente, resultan un tanto ajustadas para poder justificar un reparto de dividendos a cuenta o definitivo que cubre casi todo el beneficio del ejercicio.
Estas dudas no nos permiten estimar la acción de rescisión, por falta de prueba concluyente de un sacrificio patrimonial injustificado (prueba que asumió la AC en su demanda), pero sí permiten excusar la condena en costas (art. 394.1 LEC).": SAP Barcelona (Sección 15) 16.11.2012 (Sentencia 376/2012; Rollo 207/2012)

AP Cáceres

"SEXTO.-Se denuncia por los apelantes la inexistencia de perjuicio que ampare la rescisión respecto de la operación del reparto de dividendos con cargo a reservas de libre disposición aprobado en la junta general de socios de HIERROS GARCÍA SANCHEZ S.L. de 10 de julio de 2012, realizado apenas dos meses antes de la presentación de la comunicación del artículo 5 bis de la LC. (21 de septiembre de 2012)
En la demanda se impugnaba el acuerdo de junta universal de la concursada de 10 de julio de 2012 de reparto de dividendos con cargo a reservas de libre disposición, que fue elevado a público el 31 de diciembre de 2012. El Juez entendió que en la demanda también se impugnaban las compensaciones de deudas que los socios y la sociedad realizaron como medio de extinción de la obligación de la concursada de pagar dividendos.
Pues bien, a partir de aquí el Juez a quo considero que el acuerdo que consiste en el reparto de dividendos es por sí mismo rescindible porque ya hace aumentar el pasivo de la sociedad, disminuyendo los activos de la misma. Se entiende por el juez irrelevante el hecho de que probablemente los socios no hubieran de cobrar nunca tales dividendos, por tratarse de un crédito subordinado (arts. 92 y 93 de la LC), pero es que el reparto se acuerda con cargo a reservas de libre disposición. Al tratarse de reservas de libre disposición hace que el acuerdo no vulnere normas imperativas en un principio, y que no pueda ser objeto de anulación, pero ello no evita que no sea objeto de rescisión, según el juez a quo, porque dispone de activos líquidos que pueden ser objeto de realización a favor de los acreedores.
El juez entiende que estamos ante una operación reintegrable aunque se entienda que no sale ningún euro del patrimonio social, al existir compensaciones de los créditos, reflejadas en el cash pooling. Aunque se impugna el reparto de dividendos éste ha de conectarse necesariamente con el sistema mencionado.
Se entiende que en un principio las compensaciones de créditos no son impugnables por la vía de la rescisión si concurren los requisitos del art. 58 de la LC. Es decir, si el deudor concursado y el acreedor tiene varios créditos compensables y se compensaron (bien sea por medio de negocio jurídico o por aplicación de la ley) o procedería su compensación, porque sus requisitos concurrían antes de ser declarado el concurso. Pero, en este caso reparto de dividendos y compensación van de la mano y no se pueden entender el uno sin la otra (de hecho en el propio acuerdo impugnado ya se pacta compensar el reparto de dividendos con créditos). No se trata de compensación de créditos ya existentes, sino creación de un crédito para compensarlo posteriormente. De esta forma los activos con que contaba la concursada frente a los socios, que eran créditos exigibles y líquidos contenidos en la contabilidad, se han extinguido, con reparto de dividendos que por sí solos -al acordarse en situación de insolvencia- perjudican a la masa, son rescindibles.
Estas compensaciones se han efectuado, se dice, mediante el sistema tan complejo del cash pooling, que no ha demostrado que permita que la concursada tenga igual situación al cierre del ejercicio de 2011 con el cierre del ejercicio de 2012, como se dijo anteriormente. Debe hacerse constar, además, que el sistema es correcto en cuanto a netting de saldos entre las sociedades que participan en el mismo, como operativa cotidiana. Pero, en este caso, siendo inminente el concurso, se realiza un negocio jurídico con el fin de realizar un saldo en el que la concursada deja de tener activos relevantes frente a las sociedades que la integran y a cambio constituye nuevas obligaciones que no existían con anterioridad, creadas ex novo.
El resultado de esta operación es la constitución de una nueva obligación que de por sí es rescindible, como es el reparto de dividendos en situación de insolvencia y que se compensa con créditos de los socios, Canalejas Lojoga, que eran realizables directamente al ser vencidos, líquidos y exigibles. Así, la concursada, ni sus acreedores, pueden ver satisfecho crédito alguno por haber compensado otras obligaciones que no tenía que haber asumido en ningún modo.
Incluso se considera que de no haberse realizado esta operación, luego contabilizada, la concursada tenía a su favor un crédito muy importante con que satisfacer a sus acreedores, pero benefició a sus socias y benefició a otras sociedades en las que participaba o participan los hermanos Herminio Fausto, personas físicas que configuran el substrato último de las sociedades mencionadas. Por ello, se entiende que este negocio jurídico se colocó en medio del sistema de cash pooling, para que dichas personas vinculadas no tuviesen que hacer frente a esos créditos, con difíciles posibilidades de lograr la satisfacción de los suyos propios; se cuestiona que este negocio podría ser un verdadero negocio jurídico simulado por la finalidad a la que atiende, aunque ello no es objeto de debate.
Por tanto, se entiende que los acuerdos de reparto de dividendos son perjudiciales para la masa en casos de insolvencia o en casos en que la insolvencia es inminente, incluso con cargo a reservas, si se han realizado dentro del periodo de dos años que establece la ley. Y por derivación, o por sí mismas, las compensaciones también son rescindibles, al haberse creado una de las obligaciones compensadas, con tal fin en situación de insolvencia.
Esta rescisión tiene su fundamento en el art. 71.1 LC (probado el perjuicio) y en el art. 71.3.1º LC (porque los beneficiarios del negocio rescindido son dos socios, conforme el ar.t 93 de la LC).

Las apelantes sostienen que la sentencia desconoce la naturaleza y caracteres de la reservas voluntarias de libre disposición y, en concreto, que el derecho de crédito del socio a participar en los resultados sociales que están depositados en dichas reservas voluntarias no se crea ex novo en la junta que decide el reparto, porque el derecho a la percepción de resultados es inherente a los títulos y existe desde la suscripción y desembolso en los mismos, con independencia de cuando se materialice. Por otro lado, se indica que los apelantes desconocían la existencia de un resultado negativo de la entidad luego concursada, aunque si sabían que las cosas no marchaban bien y cumplieron la regla del respeto del límite del mínimo del patrimonio neto conforme a lo dispuesto en art. 273.2 de la LSC, teniendo completo derecho a acordar el pago de un dividendo sobre todo porque el cumplimiento del acuerdo del reparto no comprometió en modo alguno dinero de la compañía existente a la fecha del acuerdo, ni menoscabo la liquidez o solvencia de la firma, dado que los socios presentes en la junta universal convinieron que el pago se verificarse por compensación de créditos.
Pues bien, el recurso debe ser rechazado. Es evidente que el acuerdo social de distribución de dividendos es un acto de disposición patrimonial unilateral del deudor generador de una deuda y de un derecho de crédito de los socios y ello con independencia de que el reparto de dividendos no supusiera salida de efectivo, pues en todo caso supuso, una disminución de la masa activa del concurso, en claro perjuicio para los acreedores de la concursada y ello al margen de que se respetaran los límites legales en el reparto de los dividendos, lo que aquí es irrelevante porque no estamos ante una acción de impugnación de acuerdos sociales, sino ante una acción de reintegración donde lo fundamental es estudiar si el acto ha sido o no perjudicial para la masa activa. En este sentido, resulta indiscutible que la compensación practicada ocasionó un perjuicio a la masa activa al desaparecer los créditos por compensación para el pago de unos créditos que, no olvidemos, tenían todas las posibilidades de ser calificados como subordinados. Debemos recordar que esa operación se realiza de manera previa a la presentación del escrito del artículo 5 bis de la LC por la luego concursada, transcurriendo entre un acto y otro poco más de dos meses. En estas circunstancias la minoración de las reservas en más de un 20 %, articulando como pago del dividendo la compensación de deudas vencidas a favor de la concursada que mantenían en ese momento tanto los socios como las empresas vinculadas es un claro acto perjudicial, por tratamiento desfavorable a los acreedores ajenos a la operación que, de no haber existido aquel acto, gozarían de una masa activa mas robusta, en garantía de la satisfacción de sus créditos.
Por todo ello, debe rechazarse este motivo y confirmarse la sentencia en este punto.”: SAP Cáceres (Sección 1) 02.10.2014 (Sentencia 219/2014; Rollo 295/2014)

“SEGUNDO.-Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario, antes de examinar los concretos motivos, partir de los siguientes antecedentes fácticos que resultan de las pruebas practicadas y el reconocimiento de las propias partes litigantes.
Tal y como se reconoce por las partes, en fecha 27 de diciembre de 2012 se aprobó un acuerdo social en Urvicasa en que se repartirían dividendos con cargo a reservas voluntarias por un importe de 1.030.100 euros. De esta forma se constituye un nuevo derecho de crédito a favor de su socio único Grupo La Summa. Simultáneamente acuerdan la compensación con un crédito que Urvicasa tenía frente a su socio, de manera que se extingue un crédito líquido que Grupo La Summa tenía que abonar a Urvicasa, siendo esta la finalidad del reparto de dividendos, de suerte que Grupo la Summa ya no tendría que pagar un dinerario a favor de la concursada, siendo La Summa persona especialmente relacionada con la concursada, al pertenecer al mismo grupo de empresas.
La cantidad a compensar ascendía a 963.779,43 #.
Según el informe pericial emitido en el concurso por Doña Violeta, la concursada estaba en insolvencia cuando se realizaron los actos impugnados, es decir, cuando se acordó el reparto de dividendos con cargo a reservas voluntarias. Añade que en sociedades como Urvicasa dedicadas a la promoción mobiliaria, la ratio de fondo de maniobra no es determinante, siendo más adecuada la ratio de liquidez pues sus existencias, que son inmuebles, tienen una mayor dificultad de salida en el mercado, con lo que implica la necesidad de excluirlos del cálculo para determinar la liquidez de una sociedad como esta.
Añade la perito que lo contrario supondría tener un fondo de maniobra aparente, pues se tienen en cuenta activos de muy difícil conversión en dinero, necesario para pagar las obligaciones corrientes, sobre todo en una situación de crisis inmobiliaria como la presente. También se dice en dicho informe que en enero de 2013, URVICASA obtuvo un aplazamiento de una deuda de IVA con la AEAT, lo que demuestra que carecía de liquidez. Respecto de la tesorería en el ejercicio de 2012 dice el perito que era prácticamente cero y que en momentos previos a los acuerdos impugnados, concretamente en noviembre de 2012, se obtuvieron otros aplazamientos. Finalmente, no estaba de acuerdo con la valoración de los inmuebles, asegurando que debieran ser revisados a la baja, y que la deuda con Hacienda no se llegó a pagar. También consta que el preconcurso del art. 5 bis de la LC se presentó en el mes de marzo de 2013, es decir, tres meses después del acuerdo del reparto de dividendos y cuando ya no se había pagado la deuda contraída con la Agencia Tributaria, lo que pone de relieve que la concursada ya no era solvente cuando decidió repartir dividendos con cargo a reservas voluntarias.
TERCERO.-Sentado lo anterior, como bien dice la propia apelante, debemos traer a colación la sentencia dictada por esta Audiencia Provincial en fecha 9 de marzo de 2015, donde se resuelve y se estima otra acción de reintegración formulada frente a la misma concursada y otra de las empresas del grupo por los préstamos concertados entre ellas.
Decíamos allí y reiteramos ahora, que "La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración en los Arts. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito,

salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.
Las acciones rescisorias concursales tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Como dice la STS de 1 de abril de 2014, el Art. 71.1 LC regula una acción de reintegración propiamente concursal, que nace y se extingue con el concurso de acreedores, de naturaleza rescisoria, que funda la ineficacia de los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, en el perjuicio para la masa activa.
Así mismo, la sentencia del TS de 8 noviembre de 2012 dice que para "determinar qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha" y añade que "los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)" de manera "...la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado.
En la sentencia de 629/2012, de 26 de octubre expone el TS cuándo y en qué medida los pagos pueden tener esta consideración de perjudiciales para la masa, doctrina reiterada en la reciente sentencia de 24 julio 2014.
Tras sentar que el perjuicio "puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (Art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación" en el caso de los pagos recuerda que " aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum".
Por todo ello, sienta el principio de que "cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido".
Respecto a la exclusión de la reintegración por tratarse de actos ordinarios, es cierto que la exégesis del precepto pone de manifiesto que deben concurrir acumuladamente dos circunstancias: 1º) Que se trate de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, y 2º)Que se trate de actos realizados en condiciones normales.
Ahora bien, según la doctrina y la jurisprudencia, para tener encaje en esta categoría de "actos ordinarios" es necesario que se trate de operaciones que conforman el tráfico cotidiano y habitual de la empresa, como por ejemplo pagos de salarios, de suministros de energía o materiales imprescindibles para la marcha de la mercantil, o las operaciones de descuento al ser propia del tráfico (STS 12 noviembre 1977).
Según la STS de 26 de octubre de 2012 "Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto, no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".
CUARTO.-Aplicando la anterior doctrina al caso concreto, se alega en el primer motivo del recurso que la situación patrimonial y de solvencia de URVICASA, permitía la decisión empresarial adoptada, es decir, el reparto de dividendos con cargo a reservas voluntarias. Concretamente, dice la recurrente que en el momento de adopción del acuerdo de reparto de dividendos por compensación de créditos, año 2012, URVICASA tenía Fondo de Maniobra Positivo y no estaba en situación de iliquidez, por lo que el acuerdo de reparto de dividendos por compensación de créditos era normal y convertía el acuerdo impugnado en plenamente eficaz, como se infiere del Informe de Gestión del Ejercicio 2011. Que el Fondo de Maniobra en el ejercicio 2011, previo al de adopción del acuerdo de retribución de la fianza, era positivo y ascendente a 14.058.628 euros y el

Fondo de Maniobra en el ejercicio 2012, el de adopción del acuerdo de retribución de la fianza, resultó igualmente positivo y ascendente a 11.399.618 euros.
Pues bien, como hemos dicho en los hechos probados, los anteriores argumentos han quedado desvirtuados por el informe pericial emitido en el concurso por Doña Violeta, al concluir que la concursada estaba en insolvencia cuando se acordó el reparto de dividendos con cargo a reservas voluntarias, pues en sociedades como Urvicasa dedicadas a la promoción mobiliaria, la ratio de fondo de maniobra no es determinante, siendo más adecuada la ratio de liquidez pues sus existencias, que son inmuebles, tienen una mayor dificultad de salida en el mercado, con lo que implica la necesidad de excluirlos del cálculo para determinar la liquidez de una sociedad como esta.
Añade la perito que lo contrario supondría tener un fondo de maniobra aparente, pues se tienen en cuenta activos de muy difícil conversión en dinero, necesario para pagar las obligaciones corrientes, sobre todo en una situación de crisis inmobiliaria como la actual. Falta de liquidez que además se evidencia por la solicitud de aplazamiento de una deuda de IVA con la AEAT a principios de 2013. Además, añade el perito que la tesorería en el ejercicio de 2012 era prácticamente cero y que en momentos previos a los acuerdos impugnados, concretamente en noviembre de 2012, se obtuvieron otros aplazamientos. Finalmente, no estaba de acuerdo con la valoración de los inmuebles, asegurando que debieran ser revisados a la baja, y que la deuda con Hacienda no se llegó a pagar.
En consecuencia, el análisis teórico y ajeno a la realidad económica de la concursada que hace del Fondo de maniobra, en modo alguno se puede tener en cuenta como informa el Perito, pues se trata de datos aparentes y ajenos a la realidad económica, hasta el punto que de haber sido cierto que el Fondo de Maniobra en el ejercicio 2011 ascendía a 14.058.628 euros y el Fondo de Maniobra en el ejercicio 2012, ascendía a
11.399.618 euros, la concursada no hubiera tenido problemas de solvencia y hubiera abonado las cantidades adeudadas, y ello no tuvo lugar, antes al contrario, tres meses después presentó preconcurso y posteriormente el concurso.
El motivo se desestima.
QUINTO.-En segundo lugar, alega ausencia de perjuicio por el reparto de dividendos por compensación de créditos, al considerar que es una decisión inocua sin trascendencia real; imposible causación de perjuicios.
Admite que en fecha 27 de Diciembre de 2012 URVICASA acordó en Junta General, el reparto de dividendos con cargo a reservas voluntarias en la cantidad de 1.030.000 euros, a favor de AEGIRSON que es socio único, consistiendo la operativa del reparto en la compensación de créditos por igual importe, por tanto sin disposición de numerario, modo de operar, que según la recurrente no ha privado a URVICASA de obtener liquidez.
La jurisprudencia ha entendido que el concepto de perjuicio descansa en un menoscabo de la masa injustificado (sacrificio patrimonial injustificado, señala la STS 631/2014 de 1 de noviembre, la STS 629/2012 de 26 de octubre y la STS 428/2014 de 24 de julio), pues existen menoscabos, reducciones del patrimonio, que están justificados y que, por seguridad jurídica, no pueden ser objeto de rescisión, como los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial, realizados en condiciones normales.
Tal perjuicio debe haberse producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso para que se aplique el régimen especial regulado en los Arts. 71 y ss, plazo que se establece como periodo de sospecha pero que no se aplica de forma automática, de suerte que cualquier acto realizado en ese periodo sea ya perjudicial y rescindible, como resulta del tenor literal de los preceptos mencionados; ni tampoco permite este plazo que se le equipare automáticamente con un periodo de insolvencia o de gestación de la misma a los efectos de determinar el perjuicio, pues ni se precisa la prueba de la insolvencia en el momento del acto perjudicial, pero la inexistencia de insolvencia puede justificar o amparar el acto impugnado.
El objeto de las acciones de reintegración es lograr la incolumidad del activo (no del patrimonio neto). Por ello a veces se sostiene que un pago puede ser un acto neutro, pues a cambio de una disminución del activo (dinero) se disminuye el pasivo (crédito pagado), pero perjudicial: el proceso concursal trata de que los acreedores logren la máxima satisfacción de sus créditos en la medida de lo posible, bien mediante un convenio, bien mediante la liquidación.
Para ello es preciso maximizar la masa activa que sostenga el cumplimiento de un eventual convenio
o que logre una satisfactoria liquidación. Si se permiten disminuciones injustificadas de la masa activa, se perjudica al colectivo de los acreedores, pese a que el patrimonio neto sea el mismo o no haya disminuido. Por ello, está asentado en la jurisprudencia claramente que el perjuicio no sólo existe cuando el patrimonio de la sociedad ha resultado perjudicado, sino también en los casos en los que pese a que este patrimonio no resulta quebrantado se ha alterado la par conditio creditorum
Por tanto, una vez que el objeto de la rescisión es un perjuicio injustificado debe señalarse que el legislador es generoso con la prueba o determinación de tal perjuicio, porque lo declara directamente, como sucede con los actos gratuitos dentro del periodo de reintegración, o los actos extintivos de obligaciones que vencen después de la declaración del concurso (presunciones iuris et de iure). O facilita su prueba con presunciones salvo prueba en contrario, como los actos onerosos a favor de personas especialmente relacionadas, entre otros. En este último caso será el que sostenga la inexistencia de perjuicio el que debe acreditarlo, señalando la STS antes mencionada que ha de probarse la ausencia de circunstancias que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada. Fuera de los supuestos de presunciones, el que alegue el perjuicio debe acreditarlo, permitiéndose igualmente presentar contrapruebas.
Una de las excepciones que permite excluir el perjuicio, salvo que concurran supuestos de presunciones iuris et de iure, es que el acto impugnado sea un acto ordinario de la actividad del empresario, realizado en condiciones normales. Pero ello no impide que se pruebe la inexistencia de perjuicio injustificado según otras circunstancias. Pues no hay que descartar casos de actos extraordinarios o que no se corresponden con el giro propio del tráfico mercantil, pero que sí pueden tener justificación.
En definitiva como dice la STS 629/ 2012 "la falta de justificación subyace en los casos en que el art.

71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa"
SEXTO.-Pues bien, este motivo tampoco puede prosperar, porque como bien se dice por el Juzgador de instancia, en este caso el objeto de la reintegración es doble, de una parte, el acto de constituir un derecho de crédito con cargo a reservas, y de otra, el hecho de compensarlas con un crédito que el socio único Grupo La Summa debía pagar. De esta forma se constituye un nuevo derecho de crédito a favor de su socio único Grupo La Summa, como es el abono del dividendo y simultáneamente acuerdan la compensación con un crédito que Urvicasa tenía frente a su socio, de manera que se extingue un crédito líquido que Grupo La Summa tenía que abonar a Urvicasa, siendo esta la finalidad del reparto de dividendos, de suerte que Grupo la Summa ya no tendría que pagar un dinerario a favor de la concursada, siendo La Summa persona especialmente relacionada con la concursada, al pertenecer al mismo grupo de empresas.
Para que exista perjuicio no es necesario que existan entregas de dinero de una sociedad a otra, pues en este caso dicho perjuicio existe desde el momento en que mediante la creación de unos dividendos se extingue un crédito que era vencido líquido y exigible, que hubiese engrosado el activo con que satisfacer a los acreedores. Así mismo, cuando la posterior compensación se realiza a favor de una persona especialmente relacionada con la concursada, (art. 93 LC, considerando que Grupo la Summa, la beneficiaria, es única socia de la misma), la conclusión es que el perjuicio es más que evidente, pues la concursada y los acreedores ya no recibirán el pago de un crédito dinerario, vencido, líquido y exigible que ostentaba frente a su único socio.
Por el contrario, nada recibe la concursada como contraprestación, pues, en realidad, los dividendos se constituyen por primera vez con la única finalidad de llevar a efecto la compensación, siendo patente el perjuicio para la masa. Además, como la compensación se hace a favor de persona especialmente relacionada se altera la par conditio creditorum, pues Grupo la Summa, como único socio de la concursada debería obtener el pago de su crédito como subordinado, en consideración al art. 92 LC, cuando obtiene satisfacción de su interés por compensación, extinguiendo un crédito a su cargo.": SAP Cáceres (Sección 1) 06.07.2015 (Sentencia 207/2015; Rollo 308/2015)

AP Madrid

"QUINTO.- Estamos conformes con la parte apelante en que a la hora del análisis de la realización de operaciones societarias típicas que puedan resultar afectadas por la rescisión, como ocurre con la percepción de dividendos, el punto de partida no habría de serlo el que necesariamente se tratase de actuaciones realizadas a título gratuito. Eso supondría olvidar que en sede de sociedades mercantiles lo que se producen son inversiones de los socios con ánimo de lucro que les confieren derechos en función de su aportación social. En concreto, la percepción de dividendos supone la obtención de un rendimiento del capital anteriormente invertido en la sociedad, luego es una operación que, aunque de forma diferida (pues se trata de una contraprestación que puede percibirse tras el cierre de cada ejercicio social, al tiempo de aprobarse las cuentas, momento en el que resulta obligado que la junta general se pronuncie sobre el resultado de aquél y, en su caso, sobre el destino del remanente repartible - artículos 213 y 215 del precedente TR de la LSA y artículos 273, 275 y 276 del vigente TRLSC), participa de la naturaleza de onerosa y no de gratuita, a diferencia de lo que en algún momento se ha deslizado en los argumentos vertidos en autos. Ahora bien, podrá ser considerada como tal siempre que estemos ante operaciones de reparto de dividendos que hayan sido realizadas conforme a las normas establecidas en el Derecho de sociedades, las cuáles no establecen meras formalidades desprovistas de sentido material sino que responden a la finalidad última de asegurar que no resulte perjudicado el principio de integridad del capital social, que es esencial en las sociedades capitalistas, porque es lo que justifica la separación de responsabilidad entre la sociedad y los socios, de modo que éstos no respondan personalmente de las deudas sociales; si de éstas sólo responde el patrimonio social, hay que garantizar su afección a la empresa, su realidad, su integridad y su permanencia.
A tenor de lo expuesto, si se tratase de operaciones de pago de dividendos a los socios formalmente efectuadas con arreglo a la normativa societaria, dentro del período sospechoso legalmente establecido por la normativa concursal (los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso), no podría invocarse contra ellas, en sede de rescisión concusal, la presunción "iuris et de iure" del artículo 71.2 de la Ley concursal, porque estaríamos, en principio, ante operaciones mercantiles teñidas del requisito de onerosidad.
Partiendo de ello, habrá casos, no infrecuentes en la práctica, en los que resultaría aplicable la presunción "iuris tantum" del artículo 71.3.1º de la Ley concursal, prevista para las personas especialmente relacionadas con el concursado, que afectaría a los socios que ostentasen un determinado porcentaje, considerado relevante, de participación en el capital social (los titulares de un 5 % para las sociedades cotizadas y de un 10 % en las demás), de manera que incumbiría entonces a éstos acreditar (artículo 217.6 de la LEC), cuando se les reclamase la restitución del dinero, en qué concreta medida o de qué modo específico la operación objeto de la acción rescisoria no habría resultado perjudicial para la masa si es que pretendiesen eludir la rescisión.
En los demás casos deberá ser la administración concursal la que habrá de poner en evidencia, incumbiéndole la carga alegatoria y probatoria correspondiente, que se trataba de operaciones que habían entrañado perjuicio para la masa (artículo 71 nº 1 de la Ley concursal en relación con el nº 4), en función de sus características. Podría debatirse entonces si bastaría con demostrar que el reparto de dividendos se produjo en una determinada época próxima a la manifestación externa de la insolvencia y si debería reputarse como perjudicial por el simple hecho de entrañar reducción de masa activa en ese período legalmente acotado;

o si además a ello habría que añadir el requisito de que ya mediase entonces endeudamiento que no hubiese resultado en todo o en parte atendido, pues implicaría entonces un cobro en concepto de ganancias para los socios en detrimento del interés del conjunto de los acreedores insatisfechos; o si, además de todo ello, también sería preciso acreditar que la situación económico-patrimonial del concursado en el momento inmediatamente anterior al acuerdo de reparto ni tan siquiera resultaba consecuente con propiciar esa salida de fondos sociales.
Ahora bien, si las extracciones de fondos sociales no se hubiesen ajustado a las formalidades exigidas por la normativa societaria, ya no podrían justificarse como percepción de dividendos y, por lo tanto, a falta de prueba de lo contrario, carecerían de la condición de operaciones con causa onerosa y responderían, mas bien, a salidas sin contraprestación, a título gratuito, y por lo tanto resultarían rescindibles en sede concursal con apoyo en el artículo 71.2 de la Ley concursal.
SEXTO.- En el presente caso las irregularidades en la percepción de las cantidades en concepto de dividendos resultan palmarias, por lo que no podrían explicarse como tales. Si no se han observado las exigencias de la normativa establecida en el Derecho de sociedades para posibilitar la percepción de dividendos, que era lo que se pretextaba como causa del movimiento de dinero producido, debemos considerar que nos enfrentamos a salidas de fondos del patrimonio social sin sustento alguno, es decir, por la mera vía de hecho; por lo tanto, serían perjudiciales para la masa y en consecuencia rescindibles al haber acaecido en el período sospechoso establecido por la normativa concursal.
En primer lugar, el pago efectuado al socio D. Abilio, en fecha 28 de febrero de 2005, en concepto de dividendos del ejercicio 2004 se habría hecho sin que se hubiese celebrado la junta de aprobación de cuentas y de aplicación de resultado, que lo fue el 30 de junio de 2005. Pues bien, el anticipo a cuenta de dividendos futuros hubiera exigido (artículo 216 del TRLSA y artículo 277 del vigente TRLSC) la previa realización de unas formalidades societarias por parte de la junta general (aprobación, en su caso, por parte de la misma) y/o los administradores sociales (elaboración de estados contables al efecto para poner de manifiesto la existencia de liquidez suficiente, inclusión de éstos en la memoria y sujeción a límites cuantitativos determinados) que no se ha acreditado en el seno de este incidente concursal que fueran cumplidos. Luego debemos considerarlo como una salida de fondos irregular, por no ajustada a la normativa societaria, y carente, por ello, de soporte jurídico que soportase su realización.
Asimismo, la documentación aportada sólo podría alcanzar para tratar de explicar (aunque más adelante veremos también los reparos oponibles a ello) el acuerdo de reparto de dividendos correspondientes al ejercicio 2004, pero no se no ha mostrado en el seno de este incidente concursal la existencia de otro que pudiera respaldar la distribución de los dividendos correspondientes al ejercicio 2005 al que se imputarían los otros cuatro pagos efectuados en 2006 al socio D. Abilio (que por sus fechas sólo podrían ser, en el mejor de los casos, anticipos a cuenta, lo que exigiría el cumplimiento de los requisitos a los que antes nos hemos referido - artículo 216 del TRLSA y artículo 277 del vigente TRLSC- que no consta en autos de este incidente concursal que fuesen cumplidos). Luego también debemos considerarlos como pagos irregulares por no ajustados a la normativa societaria y por ello carentes de soporte jurídico para su realización.
En último lugar, también apreciamos falta de regularidad en el pago por transferencia efectuado a favor del otro socio, D. Artemio, el 19 de diciembre de 2005 en concepto de dividendos, pues, a tenor de la documentación aportada al expediente, no ha quedado debidamente probado que pueda encontrar sustento jurídico en el acuerdo de la junta general de 30 de junio de 2005. A falta del acta de la misma, que no se ha aportado, comprobamos que en la memoria de las cuentas del ejercicio 2004 los administradores (entre ellos los dos socios aquí demandados) anunciaban que su propuesta era la aplicación a reservas del resultado del ejercicio 2004. Es más, consta en autos un certificado del secretario del consejo de administración de AFINSA BIENES TANGIBLES SA, fechado a 12 de julio de 2005, del que resulta que lo acordado en la junta general fue la aplicación a reservas, en su integridad, del resultado del ejercicio 2004. Francamente, con esos antecedentes, resulta sumamente sospechoso que se elaborase luego un segundo certificado para salvar un pretendido error del primero, al que, paradójicamente, se le da la misma fecha que a éste (12 de julio de 2005), sin que ello tenga ningún sentido (pues debería haber sido posterior), pero que se diligencia notarialmente con fecha 19 de diciembre de 2005, es decir, y esto no puede ser causalidad, el mismo día de la transferencia de fondos sociales efectuada a favor del socio administrador D. Artemio. Se trata de una operativa destinada a tratar de proporcionar una aparente justificación a esa salida de dinero sin que se haya demostrado en este incidente que ello realmente respondiera a un formal acuerdo del reparto del dividendo correspondiente al ejercicio 2004 al que se hubiese llegado en legal forma.
SÉPTIMO.- A tenor de las precedentes consideraciones puede comprenderse que resulta respaldada la tesis sostenida por la administración concursal en su demanda de que estábamos ante salidas de fondos sociales carentes de causa onerosa, no justificables como percepción de dividendos por parte de los socios, por lo que entendemos que resultó correcta la consideración de los pagos objeto de este incidente como rescindibles al amparo de la disciplina de la acción rescisoria concursal (artículo 71 de la LC). Fue, por tanto, una decisión adecuada a derecho la de estimar la demanda planteada al efecto por la administración concursal. Consideramos carente de sentido, por exceder de lo preciso para resolver sobre la acción de rescisión concursal ejercitada en el seno del presente incidente, el sumergirse en una polémica sobre la calificación jurídica que merecerían los contratos que AFINSA BIENES TANGIBLES SA suscribía con sus clientes y sobre la regularidad por su parte en la llevanza de las cuentas, lo supone suscitar debates que tendrán su adecuado tratamiento en otros trámites de este complejo proceso concursal. “:SAP Madrid (Sección 28) 05.10.2012 (Sentencia 275/2012; Rollo 70/2012)

AP Sevilla

“SEXTO.-Y dando respuesta a las alegaciones de la concursada, en su escrito de interposición del recurso de apelación, y comenzando por las manifestaciones de que el acuerdo social de reparto de dividendos solo puede ser objeto de las acciones de impugnación que prevé la Ley de Sociedades de Capital, en los artículos 204 y siguientes, bien de nulidad o bien de anulabilidad, pero no de rescisión, las mismas no puede ser compartida por el tribunal, dada la especialidad que suponen la acciones de reintegración que regula la Ley Concursal, que nada impide que puedan y deban aplicarse a un acuerdo social de reparto de dividendos, siempre que concurran los presupuestos que dicha ley recoge, en sus artículos 71 y siguientes, lo que sucede en este caso.
SEPTIMO.-Tampoco puede acoger el tribunal la alegación de la concursada de que con el acuerdo de reparto de dividendos, al no llegar a materializarse en un efectivo reparto y dar lugar tan solo, por ello, a un crédito en favor de Don Alvaro, que habría que calificar como subordinado, no se habría producido perjuicio alguno para los acreedores ordinarios, y es que, al compensarse dicho reparto con la deuda que Conreyes, S.L., contrajo con Proficon, S.A.U., que aquélla pasó a Don Isidro, el destinatario del reparto de dividendos, si supuso el acuerdo de reparto de dividendos la condonación de una deuda, un sacrificio patrimonial injustificado, en perjuicio de los acreedores.
OCTAVO.-Y tampoco son de recibo las alegaciones de la concursada de que, al no ser firme aún, cuando se adoptó el acuerdo de reparto de dividendos, el auto por el que se le condenó a abonar a Azatoba, S.L., la suma de 8.710.853 euros, el montante de su patrimonio permitía, en ese momento, tal reparto de dividendos, al existir un superávit, y de que, en tales circunstancias, al no existir un perjuicio para los acreedores, no procedían las acciones de reintegración, que, dada su naturaleza rescisoria y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.294 del Código Civil, deben tener un carácter subsidiario, para el caso de ser insuficiente el patrimonio del concursado para satisfacer a los acreedores.
Y es que tales alegaciones no responden a la realidad, puesto que la condena de Proficon, S.A.U., en favor de Azatoba, S.L., además de la suma de 8.710.853 euros, incluía también el pago de intereses y, en segunda instancia, no solo se vio confirmada tal condena, sino, incluso, aumentada, resultando condenada Proficón S.A.U, finalmente, a abonar a Azatoba, S.L., la suma de 9.661.666 euros, más los intereses de la misma, condena con la que resulta clara, como pone de manifiesto la Administración Concursal, la situación de insolvencia o insuficiencia del patrimonio de aquélla para satisfacer a sus acreedores, lo que debió haber tenido en cuenta, como contingencia, en la fecha del reparto de dividendos en cuestión.
Aparte de ello, el perjuicio para la masa activa del concurso, que las acciones de reintegración concursal suponen, ha de apreciarse en función de la posterior apertura del concurso, al margen de si cuando se realiza la disposición patrimonial se hallaba o no el después concursado en la situación de insolvencia.”: SAP Sevilla (Sección 5) 15.04.2015 (Sentencia 159/2015; Rollo 7859/2014)

AP Tenerife

“En el cuarto motivo se insiste en el argumento de que el acto impugnado ni genera ni agrava la insolvencia. Sobre ello nos remitimos a los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la sentencia recurrida, que se dan por reproducidos, y en los que se da cumplida respuesta a todas las cuestiones planteadas por la apelante, debiendo reiterarse que con carácter general hay que entender que habrá perjuicio para la masa activa siempre que se demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar la composición de la masa activa tendría mayor valor, mientras que el perjuicio particular existe cuando se da una disminución del patrimonio del deudor, lo que, básicamente, puede suceder si el acto es gratuito o si la prestación del deudor tiene un mayor valor que la prestación que recibe la contraparte: así, el pago de dividendos, por su propia naturaleza, es perjudicial para la masa activa, pues al abonarlos la concursada no recibe contraprestación alguna, lo que a efectos de la rescisión podría compararse a un acto gratuito, que, además, favorece a accionistas, personas especialmente relacionadas con el concursado, y cuyos créditos son relegados al último lugar en la LC.”: SAP Tenerife (Sección 4) 04.09.2012 (Sentencia 320/2012; Rollo 742/2011)

AP Valladolid

“SEGUNDO.-La naturaleza de la reintegración concursal.
La ley concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo) sino que opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales
o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Se habla de ineficacia funcional (SAP de Barcelona de 8 de enero de 2009) sobrevenida, pues se priva de eficacia a un acto de disposición patrimonial que en la época en que se realiza es válido por reunir los requisitos legales y no estar afectado de vicio de nulidad o anulabilidad, que, después, una vez declarado el concurso de quien lo realiza, deviene perjudicial para los acreedores ya por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de los créditos (art. 1911 CC), ya al principio de paridad de trato de los acreedores, atendido el sentido amplio de perjuicio que se desprende de la LC, según tesis consagrada por las Audiencia Provinciales, entre ellas la SAP de Madrid de 19/12/2008, SAP de Barcelona de

1 de febrero de 2007 y de 8 de enero de 2009, SAP de Vizcaya de 12 de junio de 2008 y SAP de Alicante, Sección 8ª de 22/10/2008.
A la vista de ello, el argumento defensivo basado en la validez del acuerdo social de reparto de dividendos por respetar los límites previstos en la legislación societaria (art. 213TRLSA, que es la legislación aplicable rationetemporis) no es determinante ya que no nos encontramos ante una acción de impugnación de acuerdos sociales por ser nulos, sino ante una acción rescisoria en la que el dato la validez estructural del acto atacado no es obstáculo para apreciar su ineficacia funcional, si es perjudicial.
La demanda, en su suplico solicitaba, no la impugnación del acuerdo tomado por la sociedad, sino la nulidad e ineficacia del reparto de dividendos acordado el 18 de diciembre de 2.007. Y ésta petición es la que se recoge en el fallo de la sentencia. Por ello mostramos nuestra disconformidad cuando en la alegación CUARTA del recurso se manifiesta que la sentencia declara la nulidad del acuerdo adoptado en Junta General Extraordinaria celebrada por la sociedad CIC el día 18 de diciembre de 2.007.
TERCERO.-No vamos a entrar en la falta de legitimación activa ad causam por parte de la administración concursal para solicitar la impugnación de los acuerdos sociales, ni tampoco en la impugnación por un doble motivo.
El primero es porque la falta de legitimación activa es una cuestión nueva. No se adujo en la contestación a la demanda. Y ello hace que ésta excepción no pueda ser aducida ahora en el recurso, al no poderse plantear vía apelación cuestiones diferentes a las aducidas en la instancia.
Y el segundo es que, como indicado anteriormente no se impugnan los acuerdos sociales a través del presente procedimiento, sino que la acción ejercitada es la de la nulidad e ineficacia del reparto de dividendos vía reintegración.
Tampoco en la contestación a la demanda se hacía referencia a que fueran impugnados los acuerdos sociales como ahora se aduce abiertamente, y por ese motivo no se trató el tema de impugnación en sentencia. No se ha producido falta de motivación en la misma.
CUARTO.-Estamos de acuerdo con la AP de Madrid, Sección 28, 5 de octubre 2012, cuando dice que: "la percepción de dividendos supone la obtención de un rendimiento del capital anteriormente invertido en la sociedad, luego es una operación que, aunque de forma diferida (pues se trata de una contraprestación que puede percibirse tras el cierre de cada ejercicio social, al tiempo de aprobarse las cuentas, momento en el que resulta obligado que la junta general se pronuncie sobre el resultado de aquél y, en su caso, sobre el destino del remanente repartible - artículos 213 y 215 del precedente TR de la LSA y artículos 273, 275 y 276 del vigente TRLSC), participa de la naturaleza de onerosa y no de gratuita, a diferencia de lo que en algún momento se ha deslizado en los argumentos vertidos en autos. Ahora bien, podrá ser considerada como tal siempre que estemos ante operaciones de reparto de dividendos que hayan sido realizadas conforme a las normas establecidas en el Derecho de sociedades, las cuáles no establecen meras formalidades desprovistas de sentido material sino que responden a la finalidad última de asegurar que no resulte perjudicado el principio de integridad del capital social, que es esencial en las sociedades capitalistas la percepción de dividendos supone la obtención de un rendimiento del capital anteriormente invertido en la sociedad, luego es una operación que, aunque de forma diferida (pues se trata de una contraprestación que puede percibirse tras el cierre de cada ejercicio social, al tiempo de aprobarse las cuentas, momento en el que resulta obligado que la junta general se pronuncie sobre el resultado de aquél y, en su caso, sobre el destino del remanente repartible - artículos 213 y 215 del precedente TR de la LSA y artículos 273, 275 y 276 del vigente TRLSC-, participa de la naturaleza de onerosa y no de gratuita, a diferencia de lo que en algún momento se ha deslizado en los argumentos vertidos en autos. Ahora bien, podrá ser considerada como tal siempre que estemos ante operaciones de reparto de dividendos que hayan sido realizadas conforme a las normas establecidas en el Derecho de sociedades, las cuáles no establecen meras formalidades desprovistas de sentido material sino que responden a la finalidad última de asegurar que no resulte perjudicado el principio de integridad del capital social, que es esencial en las sociedades capitalistas, porque es lo que justifica la separación de responsabilidad entre la sociedad y los socios, de modo que éstos no respondan personalmente de las deudas sociales; si de éstas sólo responde el patrimonio social, hay que garantizar su afección a la empresa, su realidad, su integridad y su permanencia". Ratificando otra sentencia de la AP de Barcelona de 9 febrero de 2012.
El acuerdo social de distribución de dividendos es susceptible de reintegración al ser un acto de disposición patrimonial unilateral de la deudora - después concursada- a través del órgano competente (la junta general, aquí la decisión del socio único) generador de una deuda y correlativamente de un derecho de crédito del socio, realizado voluntariamente, al no encontrarnos en la hipótesis del art 348 bis de la nueva LSC.
En segundo lugar, en cuanto al perjuicio ha tenido éxito su definición como "sacrificio patrimonial injustificado" (STS de 27 de octubre de 2010, haciéndose eco de la SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2009) que implica: a) una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y b) que ello no se encuentre justificado; concurrencia cuya prueba corresponde al actor, salvo que concurra alguna de las presunciones del art 71.2 (iures et de iure) o del art 71.3 LC (iuris tantum).
Respecto de las primeras, no parece que el acto impugnado pueda ubicarse en la categoría de acto a título gratuito, pues se supone la materialización del derecho al beneficio del socio consustancial a su estatus.
Respecto de las segundas, aunque no se cita el art 71.3 LC, no se puede obviar -iurnovit curia- y con arreglo al mismo, salvo prueba en contra, se presume el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
QUINTO.-Veamos cual era la situación de la empresa que la demandada estima como boyante.
En primer lugar hacer referencia que la demandada refiere la situación de la empresa al 31/1272006. Resulta que hacer la referencia a ese momento no es real. Por cuanto que la Junta donde se acordó la distribución del dividendo con cargo a las reservas voluntarias hasta un total de 810.000 euros y la distribución del dividendo

de 600.000 euros a cuenta de los resultados del ejercicio de 2007, esta muchísimo más cerca del final del ejercicio que tendría lugar 12 días más tarde, que del comienzo que estaba alejado en 353 días. Los demandados ya debían tener muy claras las cuentas de la sociedad y su marcha cuando a tan sólo 12 días para la finalización del ejercicio económico se acuerda distribuir beneficio de la magnitud de 600.000 euros.
Pero lo cierto es que la situación no era tan brillante. No se contabilizaron como incobrables los 858.452,44 euros que supuestamente les adeudaba la Junta de Castilla y León, por unos trabajos que al parecer no se han realizado. Pero en esas fechas también deberían conocer que la sociedad FACTOSOFT, SA les debía una cantidad importante y que también era incobrable.
Debieron conocerlo porque Factosoft era una sociedad formada por D. Eduardo y D. Gerardo (componentes también de CIC Castilla Informática Consulting) y D. Juan Antonio, que según demanda judicial desde julio de 2006 hasta diciembre de 2007 adeudaba a la CIC la cantidad de 943.645,50 euros, aunque finalmente ha sido condenada por sentencia de 3 de diciembre de 2010 al pago de 329.737,98 euros, cantidad incobrable al ser una sociedad instrumental de CIC, carecer de bienes y ser sus componentes parte de los hoy demandados (folio 135).
A ello hay que unir otros 403.712,98 euros que el perito Sr. Baldomero estimaba como incertidumbre.
A la vista de la imposibilidad de cobrar la cantidad que ficticiamente adeudaba a la sociedad la JCYL y también la imposibilidad de cobrar la deuda que mantenía con Factosofty con otros terceros, no entendemos cómo se acordó el reparto de dividendos, pues no se cumplían los mínimos exigidos para la integración en NO DALIS. Llevándonos todo ello a confirmar la sentencia de instancia.": SAP Valladolid (Sección 3) 29.07.2014 (Sentencia 161/2014; Rollo 37/2014)

JM-1 Alicante

"Primero.- Planteamiento
Se formula demanda incidental por la administración concursal (AC en adelante) de la mercantil concursada BALPERIA SLU acción reintegradora de la masa por actos perjudiciales para el activo del concurso concretado en el reparto de dividendos por importe de 1.250.000€ realizado a favor del socio único PERYPER INMUEBLES SL (en adelante PERYPER).
Se alega en la escueta demanda que el 3 de octubre de 2008 se produce un reparto de dividendos por importe de 1.250.000€ que se compensa con la cuenta de crédito concedida a Peryper Inmuebles SL, socio único, repitiendo la misma operación que por importe de 1.200.000€ se había hecho en el ejercicio 2007,descapitalizando a la mercantil BALPERIA, sin que esta última sea objeto de retroacción al exceder del plazo de 2 años del art 71 LC; acto el impugnado que se tacha de perjudicial, con invocación del art 71.1 LC.
La concursada y la socia única de ésta, que dedican varios folios a la naturaleza y requisitos de la reintegración concursal y sus diferencias con la legislación derogada y a la normativa mercantil relativa al reparto de dividendos, se oponen ambas, en extracto, por considerar que el reparto de dividendos se efectuó dentro de un marco mercantil normal amparado en la legislación "societaria como fiscal", en una situación de bonanza económica de la sociedad, con importantes obras por ejecutar, siendo en las cuentas del ejercicio 2008 cuando se provisionan 625.157,77 € por impagos de clientes al inicio de 2009, que provoca el cierre de ese ejercicio con pérdidas de 496.161,82€ e impagos a proveedores en verano de 2009, sin concurrencia de acreedores en ese momento y sin mala fe en su actuación, indicando de forma específica PERYPER que se enmarca el acuerdo impugnado en las relaciones ordinarias entre la sociedad "holding " (PERYPER) y la dominada (BALPERIA).
La alegación en el trámite de la vista de la improcedencia de la pretensión al no haber sido impugnada el acuerdo societario en el plazo previsto en la LSC no procede por dos motivos: i) de orden procesal, al no ser momento procesal (art 406 en relación con art 412LEC) y ii) de orden material, ya que la acción ejercitada no es la ausencia de validez del acuerdo social sino la reintegración por perjudicial.
Segundo: El marco fáctico relevante
De la prueba practicada y alegaciones no controvertidas podemos fijar los siguientes hechos relevantes:
i) BALPERIA SLU es una sociedad constituida en 1991, cuyo socio único es PERYPER INMUEBLES SL, sociedad creada en 2002 fruto de una escisión de la primera con anterior denominación, y que se dedica a la construcción y promoción de inmuebles, terrenos y edificios (memoria cuentas anuales de 2008, anexas al dictamen pericial de la demandada).
ii) BALPERIA SLU acuerda el 29/12/2006 un reparto de dividendos a favor del socio único PERYPER de 300.000 €, otro el 31/7/2007 por importe de 1.200.000€ y un tercero el 3/10/2008 por importe de 1.250.000€ (anexo I y V del dictamen pericial de la demandada).
iii) BALPERIA SLU y PERYPER INMUEBLES SL tenían concertado un contrato mercantil de fecha corriente fechado a 2 de enero de 2009, reflejando la cuenta de créditos a largo plazo a Periper un saldo a favor de BALPERIA SLU en 21/12/2006 cercano a 2.000.000€, tras reducción de 300.000€ por el reparto de dividendos, con un saldo a favor de BALPERIA a 31/12/2007 de 1.410.587,01 €, tras haber imputado el reparto de dividendos de 1.200.000€,limitándose los traspasos de Periper a Balperia en 2007 a 4 operaciones de importe total 82.162,51 € (extracto de cuenta anexo V del dictamen pericial).
iv) en 2008 se producen traspasos y pagos desde BALPERIA SLU a PERYPER INMUEBLES SL pasando el saldo deudor de esta última de 1.410.587,01 € a 2.079.376,09 € a 30/9/2008, que se reducen en 1.250.000€ por imputar el reparto de dividendos de BALPERIA a favor de PERYPER acordado el 3/10/2008, con un solo traspaso de PERYPER a Balperia el 30/12/2008 por importe de 15.323,47 € (extracto de cuenta anexo V del dictamen pericial).
v) el fondo de maniobra de BALPERIA SLU (activo circulante - pasivo circulante o a corto plazo) en el ejercicio 2006 era de 527.509,96€, de -115.622,78€ en el ejercicio 2007 y - 301.158,25€ en el ejercicio 2008 (cuentas anuales aportadas por la concursada y anexo III de la pericial de los demandados).

vi) las cuentas anuales de BALPERIA SLU de los ejercicios 2006 y 2007 arrojan unos beneficios de 907.818,81 € y de 41.361,86 € y unas pérdidas en el ejercicio 2008 de 496.161,82€, con un fondos propios de 3.026.648,91 €, de 1.868.010,77 € y de 124.035,61€ respectivamente, siendo el capital social de 345.454,80 € (cuentas anuales y anexo III del dictamen pericial).
vii) en el Informe de Gestión de las Cuentas anuales del ejercicio 2007 de BALPERIA fechado a 31 de marzo de 2008, se hace constar que ese ejercicio ha experimentado las consecuencias del frenazo sufrido en la economía española y en concreto en el sector de la construcción, presentando un fondo de maniobra negativo que no se prevé que se puedan dar problemas de liquidez máxime teniendo en cuenta el apoyo financiero del socio (cuentas anuales aportadas por demandada en solicitud de concurso); previsión que se reitera en el Informe de Gestión de 2008, en el que expone el riesgo de liquidez y que se ha presentado déficit de circulante a cierre del ejercicio 2008, incrementado a fecha de formulación en marzo de 2009 (anexo III del dictamen pericial).
viii) en la Memoria de las cuentas anuales del ejercicio 2008, fechado a 31 de marzo de 2009 (anexo III del dictamen pericial), se destaca (nota 1) la grave crisis en el sector de la construcción, con contracción de la demanda, con imposibilidad de formalizar nuevos pedidos y de fuerte disminución de los resultados, que aunado al estrangulamiento de la liquidez y de deterioro del patrimonio neto provoca en la dirección de la entidad dudas significativas sobre el funcionamiento de la sociedad, destacando la complicada situación económica de la sociedad (aparado 16).
En dicho ejercicio 2008 BALPERIA había dispuesto de las líneas de descuento y anticipo, presentando un saldo negativo de 72.920,11€ y superado en 3.299,03 la póliza de crédito (apartado 9).
En dicho ejercicio 2008 se produce una pérdida por deterioro de créditos por operaciones comerciales de 675.157,77€, sin que en el apartado HECHOS POSTERIORES AL CIERRE de la Memoria se haga referencia alguna a que fue en 2009, tras el cierre del ejercicio 2008, cuando se producen las reclamaciones judiciales contra terceros deudores de la Sociedad (apartado 9 y 16).
La cartera de pedidos a 31 de diciembre de 2008 eran tres obras de las cuales las dos con más viviendas (137 y 56) estaba pendiente de realizar el 1,63% y el 2,75%, en tanto que la tercera (de 24 viviendas) al 49,71% (apartado 19), en tanto que en el informe de auditoria de las cuentas de 2008, fechado a 7 de mayo de 2009 (anexo III del dictamen pericial) se indica que la cartera de clientes se encuentra muy deteriorada al no disponer de contrato alguno con el cliente que ha representado el 68% de las ventas en 2008.
ix) en fecha 29/1/2009 se produce una dación en pago de vivienda, locales y plaza de garaje por PERYPER a BALPERIA por el que se cancela el crédito de 1.067.181,94€, estando dichos inmueble hipotecados, sin constar el importe de esa carga (apartado 16 de la Memoria de las Cuentas anuales de 2008, Anexo III del dictamen).
x) el concurso de BALPERIA se solicita el 8/9/2009 y se declara por auto de 24/9/2009.
Tales antecedentes fácticos se deducen, en esencia, de las alegaciones no controvertidas y de la documental obrante en el proceso, especialmente las cuentas anuales de 2008 y demás documentación anexada al dictamen pericial de la demandada, así como las cuentas del ejercicio 2007 aportada por la concursada en la solicitud, a fin de valorar de forma integra los extractos parciales aportados, y tratarse de documentación obrante en el proceso concursal traída por la demandada, que no pude ser desconocida por ésta y su socia única, habiendo dicho el TS en sentencia de 22 de abril de 2010 (en sede de calificación, trasladable al caso presente) que no hay obstáculo para ello aunque no se reproduzca físicamente, al constar en la demanda su remisión, sin que por ello resulte afectado el derecho de defensa.
Tercero.- La naturaleza de la reintegración concursal
Como se ha dicho en otras ocasiones, la ley concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo) sino que opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede " aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Se habla de ineficacia funcional (SAP de Barcelona de 8 de enero de 2009) sobrevenida, pues se priva de eficacia a un acto de disposición patrimonial que en la época en que se realiza es válido por reunir los requisitos legales y no estar afectado de vicio de nulidad o anulabilidad, que, después, una vez declarado el concurso de quien lo realiza, deviene perjudicial para los acreedores ya por afectar a la integridad patrimonial del deudor, que es la garantía para la satisfacción de los créditos (art 1911CC), ya al principio de paridad de trato de los acreedores, atendido el sentido amplio de perjuicio que se desprende de la LC, según tesis consagrada por las Audiencia Provinciales, entre ellas la SAP de Madrid de 19/12/2008, SAP de Barcelona de 1 de febrero de 2007 y de 8 de enero de 2009, SAP de Vizcaya de 12 de junio de 2008 y SAP de Alicante, Sección 8ª de 22/10/2008.
A la vista de ello, el argumento defensivo basado en la validez del acuerdo social de reparto de dividendos por respetar los límites previstos en la legislación societaria (art 213TRLSA, que es la legislación aplicable ratione temporis) no es determinante ya que no nos encontramos ante un acción de impugnación de acuerdos sociales por ser nulos, sino ante una acción rescisoria en la que el dato la validez estructural del acto atacado no es obstáculo para apreciar su ineficacia funcional, si es perjudicial.

Por ello no proceda su análisis desde la óptica planteada por los demandados al no cuestionarse la validez del acuerdo social por la demandante; acción de impugnación conforme a la legislación societaria, sujeta a plazos de caducidad que en la práctica hacen difícil su ejercicio por la AC, via art 72LC.
De igual manera la actuación o n de mala fe no tiene trascendencia para apreciar la reintegración, sino en su caso sobre los efectos.
Cuarto.- Los presupuestos de la rescisión
En el caso presente el elemento temporal no ofrece problema alguno, ya que consta declarado el concurso de BALPERIA el 24/9/2009 y el acuerdo social de distribución de dividendos atacado como perjudicial se adopta el 3/10/2008.
En cuanto al requisito objetivo, en primer lugar dicho acuerdo social de distribución de dividendos es susceptible de reintegración al ser un acto de disposición patrimonial unilateral de la deudora - después concursada - a través del órgano competente (la junta general, aquí la decisión del socio único) generador de una deuda y correlativamente de un derecho de crédito del socio, realizado voluntariamente, al no encontrarnos en la hipótesis del art 348bis de la nueva LSC.
En segundo lugar, en cuanto al perjuicio ha tenido éxito su definición como " *sacrificio patrimonial injustificado "* (STS de 27 de octubre de 2010, haciéndose eco de la SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2009) que implica: a) una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y b) que ello no se encuentre justificado; concurrencia cuya prueba corresponde al actor, salvo que concurra alguna de las presunciones del art 71.2 (iures et de iure) o del art 71.3 LC (iuris tantum).
Respecto de las primeras, no parece que el acto impugnado pueda ubicarse en la categoría de acto a título gratuito, pues se supone la materialización del derecho al beneficio del socio consustancial a su estatus. Así lo viene a entender la SAP de Barcelona de 9/2/2012 calificando como onerosa la distribución de dividendos" *con amparo genérico en la naturaleza de la relación societaria mercantil y el ánimo de lucro de los socios que le es inherente* ".
Respecto de las segundas, aunque no se cita el art 71.3 LC, no se puede obviar -iur novit curia- y con arreglo al mismo, salvo prueba en contra, se presume el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Y aquí la sociedad PERYPER, socia al 100% de la concursada, y por ende persona especialmente relacionada con la concursada, en aplicación del artículo 93.2.1 LC fue la beneficiaria de un dividendo de 1.250.000€.
Por tanto, le corresponde probar a los demandados justificar que no hay perjuicio para la masa activa porque no implicó ese reparto un sacrificio patrimonial o que implicándolo, estaba justificado.
En el caso presente, y en cuanto al sacrificio patrimonial, es evidente que concurre, pues hay una aminoración del valor del activo de BALPERIA, ya a consecuencia de ese reparto de dividendos, el derecho de crédito que tenía contra un tercero (PERYPER) se reduce en 1.250.000€.
Por ello, la alegación defensiva de que el reparto de dividendos no supuso salida de efectivo no significa que por ello deje ser una salida de activos, y en consecuencia una aminoración de lo que después constituye la masa activa del concurso. Pero es que además en el caso presente pretenden las demandadas que se obvie un dato revelador: solo en 2008 hasta el día del acuerdo social impugnado se produjeron traspasos y pagos desde BALPERIA SLU a PERYPER INMUEBLES SL por importe cercano a 670.000€, que se añaden a los de años anteriores.
Respecto a la justificación, no se puede considerar justificada ese reparto por venir amparada en un contrato de cuenta corriente y estar contabilizados en la cuenta nº 2423007 créditos a L/P a PERYPER, pues el extracto de esa cuenta lo que viene a reflejar en 2007 y 2008 es que desde BALPERIA SLU se estaba traspasando importantes sumas de dinero a PERYPER INMUEBLES (ya mediante traspasos ya mediante pagos), y solo se hace disminuir ese saldo a favor de BALPERIA (con excepción de unos reducidos traspasos) mediante el mecanismo del reparto de dividendos.
El resultado es que el activo de BALPERIA SLU pasa a PERYPER INMUEBLES de manera que los acreedores de la primera ven perdida la garantía que el art 1911 CC (LA LEY 1/1889) les otorga para la atención de sus créditos.
Pero además, y aunque formalmente no consta cuestionada la regularidad del acuerdo de distribución de dividendos, la situación económica de la mercantil en el momento de adoptarlo (3/10/2008) impide entenderla justificada por varias razones:
i) el fondo de maniobra de la SL según esas cuentas de 2007 ya era negativo; magnitud esencial cuando se evalúa la liquidez o situación financiera a corto plazo, revelador de ausencia de suficientes recursos para pagar a acreedores a corto plazo, y que es uno de los indicadores habitualmente empleados por la ciencia económica para medir la distancia a la insolvencia que desemboca en situación concursal. Tensiones de liquidez e inmersa la sociedad en un proceso de fuerte crisis, reconocidas en la Memoria de 2007, que se agrava en 2008, como se ha expuesto ut supra.
ii) si bien la regularidad formal se aprecia con arreglo a las cuentas del ejercicio 2007, lo cierto es que al tiempo en que se adopta (3/10/2008) la situación económica de la SL se deduce que era cuanto menos altamente preocupante cuando arroja solo tres meses más tarde (31/12/2008) unos datos demoledores: un fondo de maniobra negativo de 301.158,25€, unas pérdidas de 496.161,82€ y unos fondos propios de 124.035,61€, por debajo de la mitad del capital social, y por ende incursa en causa de disolución, que da lugar a la presentación de concurso en septiembre de 2009.
En esa situación económica no parece que un reparto de dividendos y en consecuencia, un debilitamiento de la masa patrimonial del deudor, esté justificado, como apunta en la doctrina, entre otros, Sancho Gargallo según la cual debe valorarse no solo el aspecto formal (según las cuentas del ejercicio anterior al acuerdo de reparto) sino también la situación patrimonial de la sociedad en el momento del acuerdo.

En esta línea se pronuncia la jurisprudencia menor. Así la citada Sentencia de la AP de Barcelona de 9 de febrero de 2012 en la que se dice "... *en el caso que nos ocupa, el reparto efectuado, de 300.000 euros, en concepto de dividendos a cuenta de resultados futuros, de una sociedad falta de liquidez, por decisión de una junta extraordinaria universal de la sociedad, se considere que causa perjuicio al patrimonio de la sociedad que después será declarada en concurso. Este perjuicio no sería sólo indirecto, por vulneración de la par condicio creditorum, al hacer de peor condición a unos acreedores ajenos a la operación, los cuales, de no haber existido aquel pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada, sino directo, por reducción del patrimonio del deudor, como entendemos que ha apreciado el* juez " y la previa de la SAP de Zaragoza de 30 de diciembre de 2011 según la cual " *El acuerdo corporativo de distribución de beneficios adoptado el 30 de junio de 2.008, al reducir drásticamente el patrimonio vinculado a los acreedores externos, ha debilitado grandemente la posibilidad de la comunidad acreedora de ver satisfecho su crédito ocasionando el perjuicio que justifica el ejercicio de la acción. Nos encontramos ante una anómala conducta de la sociedad en concurso que resulta objetivamente perjudicial por lesiva de la masa activa y, por consiguiente, debe quedar incluida en el* apartado cuarto del artículo 71 de la Ley Concursal. *Este precepto reconoce expresamente bajo el alcance de su ámbito de aplicación determinados supuestos entre los que ciertamente no se encuentra descrito expresamente el que nos ocupa pero, sin necesidad de acudir a interpretaciones forzadas de la disposición aludida y sin realizar una temeraria expansión del concepto jurídico indeterminado perjuicio patrimonial, con facilidad se descubre la situación objetiva y perjudicial para los acreedores en que ha quedado la sociedad en concurso tras la entrega a las socias demandadas de los beneficios correspondientes al ejercicio 2.007. En efecto, los supuestos expresamente recogidos en el precepto aludido no agotan todas las posibilidades de perjuicio patrimonial padecido por los acreedores. Naturalmente, los socios, que son tres sociedades vinculadas, no quedan a cubierto de esta acción rescisoria de reclamación por consecuencia de las operaciones sociales",* que después añade " *Por lo demás, este acuerdo está desaconsejado desde la perspectiva del principio de conservación de empresa. Las operaciones de una sociedad mercantil tienen siempre carácter aleatorio, de ahí que la fijación de los elementos patrimoniales que pueden considerarse beneficios sea una estimación prudente que depende de las previsiones de futuro. Siendo esto así, conforme al sentido común es una idea bastante elemental que si entregamos a los socios todo el beneficio corremos el riesgo de no poder pagar la cantidad debida por la disminución de la masa activa, desplazando hacia el acreedor, como lo es la comunidad de propietarios actora, su riesgo de empresa.".*

No entiende cómo se dice por la concursada BALPERIA y su socia única PERPYPER que en el momento de reparto de dividendos en octubre de 2008 BALPERIA " *se encontraba en bonanza económica* ", sin que se comparta el criterio del perito, auditor de la sociedad concursada, que apunta en la misma dirección.

Parecen olvidarse de los datos y opinión que la propia concursada en la Memoria de las cuentas anuales de 2007 y sobre todo en la de 2008 en la que se expone el agravamiento progresivo de su situación económica, con la esperanza de que la socia dominante PERYPER fuese en su ayuda (que no consta se prestara), y que desencadena en el agotamiento de las líneas de descuento y anticipo y de crédito, por lo que es cuanto menos cuestionable la afirmación de liquidez sobre un dato de tesorería de 2008 que no se compadece con lo expuesto en la memoria por la propia concursada, sin que tampoco se aclare de forma clara y sin género de dudas que las pérdida por deterioro de créditos por operaciones comerciales de 675.157,77€ imputadas en el ejercicio de 2008 se deban a impagos aflorados antes del 31/3/2009, ni por último casa el volumen de la cartera de pedidos con el reflejado en los documentos contables.

Por tanto la demandada no solo no se ha desvirtuado la presunción de perjuicio del art 71.3 LC, sino que aún prescindiendo del mismo - al no haberse sido invocado y para evitar cualquier hipotética tacha de incongruencia - queda acreditado que el acto impugnado consistente en un reparto de dividendos de 1.250.000 € supone un perjuicio para la masa activa, cuyo antecedente es una previa operación en 2007 por el que se produce una minoración de derecho de crédito por importe de 1.200.000€ y que después en enero de 2009 se completa con una dación en pago de inmuebles de PERYPER, con cargas hipotecarias, y que producen como resultado que la dominante PERYPER deje de ser deudora de la dominada BALPERIA (y por ende no pueda ser reclamada por la AC de ésta) y pase a ser acreedora en el concurso de su filial.

Quinto.- Los actos excluidos de reintegración

Frente al parecer de los demandados, no se considere que el acto impugnado - acuerdo social de reparto de dividendos- tenga encaje en el art apartado 1º del artículo 71.5 LC y esté excluido de la reintegración por ello, pues ese negocio no se trata de "actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".

Acerca de este apartado en sentencia de este Juzgado de 18 de marzo de 2008 se dijo que la exégesis del precepto pone de manifiesto que deben concurrir acumuladamente dos circunstancias: 1º) Que se trate de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor y 2º) Que se trate de actos realizados en condiciones normales.

Se trata de un excepción que aparece en el derecho concursal anglosajón donde se configura como uno de los factores negatorios de las "fraudulent preferentes" y de la que se ha hecho eco la doctrina (entre otros Sancho Gargallo o Rojo) y la jurisprudencia al aplicar el derecho de quiebras derogado por LC para suavizar el rigor de la sanción de nulidad. Así la STS de 28 de octubre de 1996 excluye de tal sanción de nulidad, *"por mor de quedar fuera de la lógica de aquel concepto los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa y los que muestran que las operaciones en cuestión no fueron perjudiciales para la masa de acreedores".*

Aunque no debe perderse de vista que tales consideraciones nacen en un marco normativo distinto, se pone de relieve en todo caso que las mismas no han de ser perjudiciales para la masa, apuntando la STS de 30/3/2006, con invocación argumental del Art. 71LC, que los remedios reintegradores tienen como misión asegurar la «par conditio creditorum» y preservar la integridad del patrimonio del quebrado, encuadrándose en

esta categoría de "actos ordinarios" por los comentaristas las operaciones que conforman el tráfico cotidiano y habitual de la empresa, sobre todo refiriéndose a pagos de salarios, de suministros de energía o materiales imprescindibles para la marcha de la mercantil, o las operaciones de descuento al ser propia del tráfico (STS 12/11/1977).

Estas consideraciones se pueden completar con las contenidas en la llamada jurisprudencia menor, como la SAP de Murcia de 23/03/2009 que señala que *"esos "actos ordinarios" deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad"*, en tanto que la SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009 da un sentido más amplio al indicar que " *Por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica la* SAP Barcelona de 8 de enero de 2.009.

En este sentido, podemos admitir que el pago a un proveedor de un crédito vencido y exigible puede considerarse un acto ordinario. Cuestión diversa es que ese pago se haya hecho en "condiciones normales".

Respeto del presupuesto de "normalidad" la SAP de Murcia citada lo identifica con las operaciones " *usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad* " en tanto que la SAP de Valladolid, con apoyo en previa sentencia de 23 de marzo de 2.009 apunta que " *el concepto de "normalidad" no puede quedar reducido al de equilibrio en las prestaciones de las partes o al de pago en condiciones de mercado. Antes bien, es necesario analizar el momento y contexto en que se realizan los actos susceptibles de rescisión.*

Para ello, debe examinarse la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio."

En este caso, aun cuando el acto impugnado pueda ser ordinarios en la vida societaria, no parece que pertenezcan al ámbito de la actividad empresarial del deudor, y en todo caso, en el caso concreto, no se realiza en condiciones de normalidad, según se ha expuesto, atendida su singularidad y excepcionalidad según los hechos antes descritos que se dan por reproducidos para evitar inútiles reiteraciones.

Sexto. Las consecuencias de la reintegración

El legislador toma como hipótesis los actos de disposición que comportan la enajenación de activos del deudor, indicando que la sentencia declarará la ineficacia del acto impugnado, condenando a la " restitución " de las prestaciones con sus frutos e intereses (art. 73.1) y la "reintegración "en la masa de los bienes (artículo 73.3).

Ello provoca, como ya se ha dicho en otras ocasiones, problemas a la hora de aplicar tales preceptos a otros supuestos, como el presente, en el que lo perjudicial es un acuerdo unilateral de la deudora que genera un derecho a favor de los socios, que después legitima la forma de la salida patrimonial. Ello supone la pérdida del derecho a percibir dividendos, si no se han distribuido y si se han distribuido, a su devolución, con sus intereses.

En consecuencia, procede declarar la ineficacia del acuerdo social impugnado de 3 de octubre de 2008, y por ende, la reintegración del importe del dividendo satisfecho -1.250.000€- que en su día sale del patrimonio de BALPERIA, pues existe esta salida tanto si se entrega al socio dinero o bienes como si se aplica a compensar deudas del socio para con la sociedad, que es el supuesto de autos, sin que se reponga la situación al momento de realización del acto impugnado, pues la ineficacia se cataloga por la doctrina como ex nunc (como el art 1295CC), y opera desde la declaración judicial, ya que no olvidemos que hasta entonces el acto es válido y despliega sus efectos, ya que no se impugna por ausencia de validez estructural sino porque deviene ineficaz funcionalmente por causa sobrevenida

Y esa restitución procede al margen de componente subjetivo del socio, que exime de examinar la mala fe (sin perjuicio de hacerlo en otras secciones, en su caso) pues no se genera derecho de prestación a favor del socio, sin que sea de aplicación el art 217 TRLSA (LA LEY 3308/1989) (actual art 278LSC) ya que se refiere a una acción distinta, no compatible su exigencia con una acción -la rescisoria concursal - fundada en el elemento objetivo del perjuicio.

Suma a restituir con sus intereses, sin que por ello se resienta el principio de congruencia, según ha expuesto la jurisprudencia del TS recogida en la reciente sentencia de 23 de noviembre de 2011, según la cual"... *no siempre los intereses constituyen el objeto de una prestación indemnizatoria. Antes bien, en ocasiones se consideran frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre la interdicción del enriquecimiento sin causa -sentencias 81/2003, de 11 de febrero,325/2005, de 12 de mayo, y1385/2007, de 8 de enero, entre otras muchas -*

Así lo hacen los artículos 1295, primer párrafo, y 1303 del Código Civil, *al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas -sentencias 772/2001, de 20 de julio,812/2005, de 27 de octubre, y1385/2007, de 8 de enero, entre otras -, cual sucede con la resolución de las relaciones*

contractuales, como regla general. Pues bien, desde el punto de vista de la congruencia, una y otra clase de intereses recibe distinto trato en la jurisprudencia
En efecto, como establecen las sentencias números 988/1996, de 18 de noviembre,274/2002, 21 de marzo (LA LEY 4178/2002), y741/ 2008, de 18 de julio, entre otras, los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los Tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia. Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia -sentencias 105/1990, de 24 de febrero,120/1992, de 11 de febrero,24 de febrero de 1992 (recurso número 105/1990),81/2003, de 11 de febrero,812/2005, de 27 de octubre,934/2005, de 22 de noviembre (LA LEY 227249/2005),473/2006, de 22 de mayo, entre otras - considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia.
Interpretación que se refuerza por el hecho de que las mencionadas normas se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 del Código Civil. *Esa doctrina es aplicable cuando el contratante hubiera omitido reclamar la restitución del precio y, también - argumento "a maiore ad minus"-,cuando, habiéndolo reclamado, no hubiera hecho referencia expresa a los intereses del mismo.*
Procede, por lo expuesto y en aplicación de la norma citada, estimar el recurso y condenar a los demandados al abono de los intereses legales del capital que han de restituir, los cuales se contabilizarán desde la fecha en que los vendedores recibieron aquel de la demandante.".
Séptimo.-Costas
Las costas se imponen a la parte demandada (art. 394 de la L.E.C.)“: SJM-1 Alicante 15.04.2012 (Sentencia 109/2012; Incidente 574/2011)

7.3 Caso de rescisión sólo del acto del pago

Tribunal Supremo

“ 16. Desestimación de todos los motivos de los recursos de casación formulados por Ñabe, S.L., Menuce, S.A. y Margara, S.A. En atención a la relación que guardan todos estos motivos, que requieren de un tratamiento conjunto, los resolveremos también conjuntamente.
Como hace la sentencia recurrida, conviene distinguir entre la rescisión del acuerdo de reparto de dividendos, en concreto 300.000 euros, adoptado por la junta de accionistas de la sociedad concursada, el día 24 de junio de 2003; y la rescisión del pago realizado a favor de los socios, dentro del periodo sospechoso, de los dividendos acordados en una junta celebrada fuera este plazo de rescisión. En el primer caso, se rescindió el acuerdo de reparto de dividendos y en consecuencia dejaron de gozar de justificación los pagos realizados en cumplimiento de tal acuerdo de reparto o las compensaciones acordadas. En el segundo caso, en que no cabía rescindir el acuerdo de reparto de dividendos, lo que se rescindió fue el concreto pago realizado a favor de dos socios, partiendo de la consideración de que el pago era debido. (...)
21. En cuanto al reparto de dividendos acordado en la junta de accionistas de 28 de junio de 2002, como este acto está fuera del periodo sospechoso de dos años previsto en el art. 71 LC, no fue objeto de rescisión y, al no haberse ejercitado ninguna otra acción de impugnación, el tribunal de instancia parte, con buen criterio, de su validez. Lo que se rescinde son los pagos de estos dividendos percibidos por Ñabe, S.L., por un importe total de 240.050,61 euros, y por Menuce, S.A., por un importe total de 206.409,48 euros.
Todos estos pagos, que ha quedado acreditado fueron realizados dentro del periodo sospechoso de los dos años, eran debidos, por lo que resulta de aplicación la doctrina reiterada en el fundamento jurídico 8, con cita de la sentencia de 629/2012, de 26 de octubre, según la cual: en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum".
Estos pagos constituyen actos jurídicos distintos del acuerdo adoptado por la junta que generó el derecho al cobro, razón por la cual pueden ser considerados de forma independiente. En contra de lo argumentado en su recurso por Menuce, S.A., los pagos son actos jurídicos de disposición, que pueden ser objeto de una acción rescisoria concursal, aunque no lo sea aquel previo acuerdo de la junta que reconoció el derecho a un concreto dividendo. Sin perjuicio de que, caso de dirigirse la acción rescisoria únicamente contra los pagos y no contra el acuerdo que generó el derecho a su cobro, la justificación del perjuicio no pueda recaer en la "irregularidad" del acuerdo de reparto de dividendos, sino en las razones propias aplicables a los pagos debidos, como acabamos de exponer.
La sentencia de primera instancia, ratificada por la de apelación, justifica la rescisión de estos pagos en que las dos socias destinatarias eran personas especialmente relacionadas con el deudor y se realizaron en un momento en que la sociedad arrastraba importantes pérdidas, como se deduce del informe pericial, que la condujeron a la insolvencia.
Los dos entidades socias destinatarias de los pagos, Ñabe, S.L. y Menuce, S.A., tenían cada una de ellas más del 10% del capital social, al tiempo de realizarse tales pagos, razón por la que conforme al art. 93.2.1º LC

tienen la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor, y por ello resultaba de aplicación la presunción de perjuicio iuris tantum del art. 71.3.1º LC. En este mismo sentido nos pronunciamos en la Sentencia 487/2013, de 10 de julio, con ocasión de un caso en el que se juzgaba la rescisión concursal de los pagos efectuados a favor del administrador de la sociedad concursada: "Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal, el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario". Y concluíamos entonces, como podemos hacer ahora, que "en consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada".
Ha quedado acreditado en la instancia, y no puede ser discutido en casación, que cuando la sociedad llevó a cabo estos pagos, se encontraba en una situación de graves pérdidas, que fueron incrementando con el paso del tiempo, de forma que pasaron de 956.277,39 euros en enero de 2003, a 2.170.757,11 euros en abril de ese mismo año. Los pagos realizados a Ñabe, S.L. fueron: el 29 de enero de 2003, 90.000 euros; el 5 de febrero de 2003, 120.000 euros; y el 6 de febrero de 2003, 30.050,61 euros. Y los pagos recibidos por Menuce, S.A. fueron: el 7 de marzo de 2003, 100.000 euros, y el día 2 de abril de 2004, 106.409,48 euros.
En este contexto, resulta de aplicación la consideración que hacíamos en la reseñada Sentencia 487/2013, de 10 de julio, para explicar por qué los pagos se realizaron en unas circunstancias que ponían en evidencia la falta de justificación del sacrificio patrimonial que entrañaban: "(n)o es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores".
En nuestro caso, la condición de accionistas de los destinatarios de los pagos, la naturaleza de los créditos (dividendos) y la circunstancia de que cuando fueron satisfechos la sociedad tenía encubiertas importantes pérdidas, que ponían en evidencia el contrasentido que suponía el pago de los dividendos acordados y la necesidad de capitalización de la sociedad como consecuencia de las pérdidas, convierten en este caso concreto en injustificado el pago, por muy debido que fuera.": STS 24.07.2014 (Sentencia 428/2014; Recurso 2912/2012)

8. Adquisición a socio por precio muy superior al valor real

AP Zaragoza

"SEXTO.-En cuanto al fondo del asunto, no cabe duda de que D. Jesús Luis es socio de la concursada ("Sobrarbe 57 S.L:"). Por lo tanto, es persona especialmente relacionada con ella. Ex art 93-2-1º L.C., puesto que según el informe de la Administración Concursal (A.C.) que aporta la actora como doc. 1, consta con una participación del 42,50%.
Por lo tanto, según el art 71-3-1º L.C. su venta de participaciones en otra empresa a la concursada, está bajo sospecha. Hay una presunción "iuris tantum" de "perjuicio patrimonial".
Es decir, será el demandado quien habrá de probar que no se da tal "perjuicio".
SEPTIMO.-Si el negocio jurídico de venta de participaciones sociales tuvo lugar el 29 -abril- 2010. Por lo tanto, deberá de acreditar fundadamente que las 120 participaciones sociales de "Mª Zambrano 50 S.L." valían en ese momento 83.933,97 Euros.
Ninguna prueba ha intentado al respecto el demandado, por lo que no ha destruido aquella presunción.
Es más, el 1 -febrero- 2011 se dicta el auto de declaración en concurso de acreedores de "Mª Zambrano 50 S.L.". La A.C. de esta sociedad en su informe ofrece una serie de datos que resultan desfavorables a la tesis del demandado. Así, no facilitó la sociedad ni el libro de actas ni el de registro de socios. Tenían una ejecución pendiente ante un juzgado de Zaragoza; un laudo arbitral en contra, ante la Corte Aragonesa de Arbitrajes y Mediación y una providencia de apremio de 14-12-2009 de la Tesorería General de la Seguridad Social.
No aportó a la A.C. las cuentas anuales de 2007, 2008 y 2009, sólo los libros legales obligatorios y una contabilidad provisional cerrada a 31-12-2010.
En la página 29 del informe de la A.C. se detalla literalmente que "La concursada presenta desequilibrios patrimoniales, como se puede observar al analizar el fondo de maniobra, que ha ido disminuyendo a lo largo de los años analizados, llegando a alcanzar el valor de -231.430,11 euros en el ejercicio 2010, puesto que las exigencias a corto plazo, es decir el pasivo corriente, son de 278.880,40 euros no son cubiertas por el activo corriente de 47.450,29 euros".
Con unos fondos propios negativos (pág 31 del informe de la A.C.) de 67.230,26 Euros en 2008 y de 99.123,02 # en 2010, difícilmente se puede entender la valoración que en el negocio jurídico litigioso se hace de las participaciones sociales de "Mª Zambrano 50 S.L.".
Por fin, con un activo de 115.616,70 Euros y un pasivo reconocido de 493.809,75 Euros (pág 44 del informe de la A.C.), difícilmente -de nuevo- se puede admitir el valor dado a las participaciones de "Mª Zambrano 50 S.L." en la escritura de venta de 29-4-2010.
Por lo que no cabe ninguna duda de que hay un evidente "perjuicio patrimonial" para la concursada "Sobrarbe 57 S.L.", que acepta la extinción de un crédito de 83.933,97 Euros a cambio de unas participaciones sociales de una sociedad en las descritas condiciones económico-contables.
OCTAVO.-Ahora bien, habremos de estar al principio rogatorio y, por ende, rescindir el negocio jurídico objeto de esta litis en la medida solicitada.
Es decir, en la cuantía de 57.817,10 Euros.

Esto supone la estimación parcial del recurso. Por tanto, sin condena en las costas de esta segunda instancia (art 398 LEC).”: SAP Zaragoza (Sección 5) 13.07.2012 (Sentencia 431/2012; Rollo 365/2012)

9. Cesiones y/o compensaciones con persona especialmente relacionada

AP Barcelona

“SEXTO.-En definitiva, lo que las partes convinieron en el acuerdo de 15 de abril de 2008 es una cesión del crédito que ostentaba BOSSAR frente a STRATIMO, cesión que se pactó en pago de la indemnización debida a Don Primitivo, administrador de STRATIMO. BOSSAR renunció a la devolución de la fianza, que se destinaría a saldar la deuda de la concursada con aquél.
No hubo pago por compensación, sino cesión de un derecho de cobro en pago de una indemnización debida, que sólo quedaría saldada en la medida que fueran venciendo los plazos de devolución de la fianza y BOSSAR cumpliera lo pactado en el contrato de arrendamiento.
Se trata de analizar, por tanto, si esta cesión de derechos, con renuncia al reembolso frente a STRATIMO, en pago de una deuda con Primitivo, persona vinculada con la concursada, constituye un acto perjudicial para la masa activa por implicar un trato de favor a dos acreedores en perjuicio del conjunto. Aun cuando en la sentencia de instancia se aluda a una extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración de concurso, supuesto en el que el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario (artículo 71.2º de la Ley Concursal), dicha situación no se dio, dado que la compensación no se produjo y el crédito del Sr. Primitivo continúa figurando en la lista de acreedores.
SÉPTIMO.-Descartada la presunción del artículo 71.2º, la operación impugnada debe analizarse a la luz del artículo 71º.1º de la LC, que declara en general rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Aun cuando no se invoque en la demanda, que se sustenta en el primero de los preceptos citados, debe presumirse el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario, por tratarse de una cesión de derechos a título oneroso a favor de persona especialmente vinculada con el deudor (artículo 71.3º, apartado primero).
La sentencia de instancia justifica el perjuicio patrimonial en un trato de favor a STRATIMO y a Don Primitivo, que estima injustificado. En este sentido, en cuanto al concepto de perjuicio, venimos sosteniendo un concepto amplio, que englobe tanto aquellos actos que lesionan o menoscaban directamente la masa activa, como aquellos otros en los que, manteniéndose la equivalencia de las prestaciones, se altera el principio de la paridad o la igualdad de trato entre los acreedores (sentencias de 8 de enero de 2009 y 13 de enero de 2010). La alteración de la par condicio creditorum puede determinar el carácter perjudicial del acto pues, como señala esta última sentencia, "en estos casos el perjuicio se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada".
Pues bien, la renuncia a la devolución de la fianza, derecho que se cedió a Don Primitivo en contraprestación por la indemnización debida, ha de presumirse perjudicial para la masa activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.3º-1º. La concursada, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, transfirió un derecho de crédito a una persona especialmente relacionada, otorgándole un trato de favor. Ciertamente, el perjuicio es más limitado del que se deduce de la sentencia de instancia, dado que, como venimos exponiendo, el pago por compensación no se produjo al no concurrir los requisitos exigidos en el artículo 1.196 del Código Civil. El crédito de Don Primitivo no se ha extinguido y figura en el concurso, por lo que la cesión no ha reportado a la masa beneficio alguno. Por todo ello debe confirmarse en este punto la sentencia de instancia, que declara ineficaz el acto impugnado.
OCTAVO.-Sin embargo, los efectos de la rescisión no pueden ser los que se fijan en la resolución recurrida. BOSSAR S.L. no renunció, como consecuencia de la cesión, a una cantidad determinada entregada en concepto de fianza y que necesariamente debía restituir STRATIMO S.L. El derecho al reembolso, regulado en el contrato de arrendamiento de 6 de julio de 2004, no era incondicional, sino que se supeditaba a que se mantuviera vigente el contrato, esto es, a que el arrendatario no desistiera anticipadamente. Es evidente que la condición no se ha cumplido y, en consecuencia, puede ponerse en cuestión si la fianza debe ser restituida o, cuando menos, si debe serlo en su integridad.
La sentencia que estima la acción de reintegración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73.1º de la Ley Concursal, produce como efecto la recíproca restitución de las prestaciones. Esto es, debe restablecerse la situación previa al acto impugnado. En la demanda la administración concursal reclama 728.000 euros, suma que se corresponde con las anualidades posteriores a la declaración del concurso. Tal pretensión, como se viene exponiendo, no pueda ser acogida dado que BOSSAR no ostentaba un derecho incondicional sobre dicha suma. En consecuencia, la restitución a la situación inmediatamente anterior a la renuncia implica que BOSSAR S.L. recupera su derecho al reembolso en los términos convenidos en el contrato de arrendamiento de 6 de julio de 2004. No es competencia de este tribunal ni se postula en la demanda resolver la acción de reembolso. Deberá ser en el procedimiento que corresponda donde se valore si la concursada conserva algún derecho sobre la fianza o si, por apartarse anticipadamente del contrato, carece de cualquier derecho de acuerdo con lo pactado en las estipulaciones cuarta y quinta del contrato. Como se afirma en el recurso, el único derecho que recuperaría la concursada -la recurrente considera que le corresponde a la adquirente de la unidad productiva- es el de ejercitar una acción de reclamación de cantidad exigiendo el cumplimiento del contrato de arrendamiento del año 2004. Por todo ello, con estimación parcial del recurso de apelación, debe dejarse sin efecto la condena a STRATIMO al pago de 728.000 euros.“: SAP Barcelona (Sección 15) 15.10.2012 (Sentencia 332/2012; Rollo 137/2012)

“7. Para resolver el presente asunto es necesario valorar, puesto que es un hecho incontrovertido, que las daciones en pago realizadas el 5 de octubre de 2012 por la mercantil I.C. Voral, S.A a las ahora recurrentes encajan dentro del supuesto previsto en el art. 71.3.1º LC y, por tanto se ven afectadas por la presunción *iuris tantum* de actos perjudiciales para la masa activa, si el contexto en que se producen dichas daciones en pago permite eludir la rescisión concursal.
Dos son las alegaciones que las recurrentes realizan a tal fin:
Acreditan que se trata de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (art. 71.5 LC)
Acreditan la falta de perjuicio para la masa activa del concurso, destruyendo así la presunción legal del art. 71.3.1º LC.
8. Puesto que la primera de ellas supone una excepción a la norma general de la rescisión concursal, debe analizarse con carácter previo. En relación con la aplicación del nº 5 del artículo 71 LC, el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de octubre de 2012 ha establecido: " *El art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".*
Aplicando esta doctrina a las daciones en pago efectuadas por la entidad I.C. Voral, S.A. a las recurrentes, no puede sino concluirse que, aún siendo exigibles los créditos cuya satisfacción se pretende, ni su realización era necesaria para evitar la paralización de la actividad empresarial de la mercantil, ni, como señala la sentencia recurrida, las mismas pueden considerarse hechas en condiciones normales atendida la proximidad de la fecha de declaración del concurso de I.C. Voral, S.A. (auto de 15 de mayo de 2013, habiendo afirmado su situación de concurso por la vía del art. 5bis LC en diciembre de 2012). A ello debe añadirse, tal y como señala la AC, la proximidad, en el momento de la dación en pago, de las solicitudes de concurso de
9. Descartada la excepción, procede analizar, si tal y como alegan las recurrentes, las daciones en pago no resultan perjudiciales para la masa activa del concurso. En relación con el art. 71.1 LC el Tribunal Supremo, ha señalado en su reciente sentencia de 17 de abril de 2015 señala:
" *El art. 71.1 LC que el recurrente denuncia como infringido, exige la concurrencia de dos requisitos para que prospere la rescisión que allí se contempla: que el acto sea perjudicial para la masa activa y haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.*
Para ello es necesario el examen del concreto acto (contrato u operación) que es objeto de impugnación. El núcleo central reside en si el acto examinado es "perjudicial para la masa activa", en la medida en que supone una minoración del activo sobre el que más tarde, declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, "debe de carecer de justificación" (SSTS 1025/2015 de 10 de marzo; 428/2014, de 24 de julio; y 100/2014 de 30 de abril y las citadas en ellas).
El acto que es objeto de examen, y que supone un detrimento patrimonial, debe contemplarse en atención a las circunstancias concurrentes para evaluar su justificación. En principio, el perjuicio debe ser acreditado por quien insta la rescisión del acto impugnado (art. 71.4 LC), salvo que sea uno de los contemplados en el apartado 2 del art. 71 LC, en los que se presume el perjuicio iuris et de iure, o de aquellos otros supuestos que regula el art. 71.3 LC, que admiten prueba en contrario, pero, en este último caso, a cargo de los demandados, prueba que debe ir dirigida a que el acto impugnado no perjudica a la masa activa (SSTS 105/2015, de 10 de marzo y 629/2012, de 26 de octubre, entre otras).
En el supuesto del presente recurso, la rescisión decretada por las sentencias de instancia se funda en el art. 71.3.1º, por ser el recurrente, socio único de la concursada, y, por tanto, persona especialmente relacionada con la misma (art. 93.2.1º LC). Como señalan las SSTS 487/2013, de 10 de julio y la más reciente 428/2014, de 24 de julio, "... en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada ".
(...) Con motivo de tal operación la recurrente y accionista única dejó de ser deudora por dicha cantidad de modo que, a la vista de la crisis manifiesta y reconocida que atravesaba el sector, Peryper se colocó en una situación tan privilegiada para ella como perjudicial para el resto de los acreedores, alterando con ello la par conditio creditorum, todo lo cual ha quedado acreditado en la instancia y no puede ser discutido en casación.
Es intranscendente que el pago de los dividendos no supusiera salida de tesorería, pues el perjuicio patrimonial existe de igual forma al hacer desaparecer del balance un activo tan importante como el crédito que se canceló por vía de compensación, perjudicando la masa activa de la concursada. (...).
En el presente caso, la compensación que supuso la ejecución del acuerdo de distribución de dividendos operó simultáneamente con la cancelación del crédito por la cantidad concurrente, por lo que alcanzando la rescisión a la Junta que adoptó el acuerdo (octubre de 2008) debe rescindirse la ejecución operada simultáneamente, por tratarse de una operación contable que iba a tener reflejo en el primer balance de situación que, en el presente caso, correspondía al de final de año.
Por último, supone un contrasentido argumentativo que diga el recurrente que en el momento del acuerdo de reparto de dividendos estaban los acreedores al corriente de pago, cuando once meses más tarde presenta la solicitud de concurso voluntario.
No ofrece la menor duda de que el reparto de dividendos acordado supuso un perjuicio para la masa activa, y ninguna circunstancia excepcional concurre en el presente caso que lo justifique. No es necesario que se haya

realizado con intención de dañar, como insistentemente destaca el recurrente, pues la rescisión a que se refiere el art. 71.1 LC descarta expresamente cualquier elemento subjetivo de fraude. Y el acto, en si mismo considerado, es susceptible de otras acciones independientes, como las que se han promovido en este supuesto de calificación del concurso (ex art. 167 LC), pero la acción de reintegración aquí ejercitada es una acción propia, que se funda en el elemento objetivo del perjuicio a la masa activa por un acto realizado dentro del periodo sospechoso de dos años, que son los dos requisitos exigidos por el invocado art. 71.1 LC."
10. Si aplicamos la anterior doctrina al caso aquí enjuiciado se concluye que no concurre ninguna circunstancia excepcional que justifique las daciones en pago realizadas por la concursada a las recurrentes
Las daciones en pago supusieron la desaparición del activo de dos inmuebles libres de cargas cancelándose así el crédito a modo de compensación, y perjudicando con ello la masa activa de la concursada. No son admisibles, en consecuencia, los argumentos de índole económica que alegan las recurrentes a propósito de la situación de la mercantil I.C. Voral, S.A., máxime cuando a los pocos días de producida la dación en pago, se presenta la solicitud de concurso de las sociedades Cromosoma, S.A y Digital 360, S.L (13 de noviembre de 2012) y ello, de acuerdo con lo señalado por la propia I.C. Voral, S.A., provocó su propia declaración de concurso.
11. Por último, en cuanto a los efectos de la rescisión, el crédito de las demandadas debe mantenerse como subordinado, no tanto por concurrir en ellas mala fe, cuanto por su condición de personas relacionadas con la concursada (socias comunes de empresas de grupo). La mala fe es relevante, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Concursal, cuando, como consecuencia de la rescisión, nace una prestación con cargo a la masa, lo que no es el caso.": SAP Barcelona (Sección 15) 02.06.2015 (Sentencia 145/2015; Rollo 377/2014)

AP Sevilla

"QUINTO.-Si tenemos en cuentas estas consideraciones generales, y las aplicamos al presente supuesto, es incuestionable que ha de mantenerse la decisión adoptada en primera instancia. Resulta que la solicitud de concurso se realizó con fecha 11 de marzo de 2.010, y la declaración de concurso se efectuó con fecha 19 de abril de 2.010. Es incuestionable la especial vinculación del Sr. Nicanor con la entidad concursada, de cuyo órgano de administración formó parte desde su constitución, hasta el día 28 de julio de 2.008, y desde esa fecha, hasta 14 de octubre de 2.009, fue apoderado de la misma. Por tanto, es evidente que se le ha de calificar como persona especialmente vinculada, en los términos que establece el artículo 93-2º de la Ley Concursal.
En esta tesitura, si en la escritura de compraventa formalizada con fecha 24 de septiembre de 2.009, seis meses antes de la declaración de concurso, cuando aún existía esa vinculación personal, se abona parte del precio mediante la compensación de un préstamo, es evidente que se trata de un acto perjudicial para la masa activa, ya que se ha sustraído un bien de la misma. Claramente es un acto trasgresor de la "par condicio creditorum", es decir, de la igualdad de condición de los acreedores, ya que se trata de la privación a la generalidad de acreedores de un activo para poder satisfacer sus créditos, dado que se ha realizado sin atenerse a las reglas concursales. Singularmente se ha visto favorecido, ya que se le evitó tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar dicho crédito, en un momento en el que, como las partes admiten, la situación de impagos era generalizada, es decir, de insolvencia.
Consecuente con ello, es que los efectos que se reconocen en la resolución recurrida, son acordes con los establecidos en el artículo 73 de la Ley Concursal, ya que se condena a la restitución de esa parte del precio, que indebidamente no tuvo entrada en el patrimonio de la concursada, con los consiguientes efectos sobre la calificación del crédito a favor del recurrente, por esa cantidad.": SAP Sevilla (Sección 5) 17.01.2014 (Sentencia 36/2014; Rollo 5568/2013)

AP Valencia

"Nos encontramos, en primer lugar, con un acto dispositivo patrimonial (cesión de derechos de crédito futuros que abarca un abono de deuda de una sociedad vinculada y un préstamo) que la entidad concursada efectúa pocos meses antes de ser declarada en concurso y otro acto posterior (un endoso de un título cambario) el mismo día de efectuarse tal declaración judicial, perfectamente deslindados por la sentencia recurrida por lo que huelga su repetición. Esos actos dispositivos de carácter patrimonial los efectúa Armiñana Promociones Inmobiliarias SL a favor de la codemandada Armiñana Ordoñez SA, sociedades del mismo grupo y por ende como acertadamente fija la Juez "vinculadas", dado su componente social (dos únicos socios idénticos en cada sociedad) la relación personal entre los mismos (son matrimonio) y el dato invocado por la parte recurrente de ser diversa la adminisración en ambas (el esposo en Armiñana Promociones Inmobiliarias SL y la esposa en la codemandada) no resta un ápice a la correcta valoración de la juzgadora, pues por tal composicón societaria en ambas y ser los adminsitradores unicos de cada una, matrimonio, evidencia la unidad de gestión o dirección que aún se complemnta todavía mas si cabe con el contenido del informe de la administración concursal que la parte demandada aporta con la contestación a la demanda donde ya se advierte que son entidades asociadas.
Sentado ello, el perjuicio por tales actos se presume por imperativo legal, (art 71-3-1º Ley Concursal) por lo que los argumentos de la parte recurrente de no existir el mismo chocan frontalmente con dicho precepto; debía ser la concursada (pues la codemandada ha estado en rebeldía procesal en la instancia); dado el efecto jurídico significativo de tal presunción, debía tal parte acreditar la inexistencia de perjuicio que no logra con el simple dato de relatar tal como hizo las operaciones negociales y su forma de amortización. Además, debe repararse en que se efectúa un préstamo (desplazamiento patrimonial) y se elimna del activo de la sociedad el mismo dia de su declaración de concurso unos (activos) derechos efectivos y concretos de cobro. Se invocan los actos

propios de la adminsitración concursal con el contenido del informe de calificación del concurso, tomando la parte apelante una visión sesgada, partidista y muy subjetiva de tal informe, pues la posición en tal informe era la negativa de tal acto como agravamiento de la insolvencia, en modo alguno que no existiese perjuicio y de forma expresa la administración concursal anunció se reservaba el plantear la acción rescisoria, como efectivamente ha cumplido con tal anuncio, por lo que no concurre acto propio alguno de reconocimiento de inexistencia de perjuicio.
En cuanto a la excepción del artículo 71-5 de la Ley Concursal, la operación enjuiciada resulta totalmente inaplicable pues el precepto refiere a las operaciones de mantenimiento normales y ordinarias de la propia actividad del deudor y al caso nos encontramos que no puede serlo un acto complejo y singular de cesión de derechos de crédito futuros y un endoso sobre el improte a cobrar en un título cambiario.
TERCERO. En cuanto a los dos últimos motivos del recurso van aser tratados de forma unitaria. Es novedoso ahora en el recurso alegar ante el fallo dictado que concurre un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad concursada y en perjuicio de Armiñana Ordonez SL (resulta paradójico que sea la sociedad concursada quien lo invoque) cuando la legitimada para ello sería la codemandada que no contestó a la demanda y ahora persoanda en la alzada y con una posición singular de remisión, sin mayor explicitación, a lo dicho por la otra apelante, tiene proscrito su planteamiento conforme al artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil.
La calificación del crédito a favor de Armiñana Ordoñex SL es correcta si bien con la matización que a continuación se expone. Es de advertir de entrada la falta de legitimación en este punto de Armiñana Promociones Inmobiliarias SL al no ser la acredora y quien la ostenta mantuvo una posición pasiva sin pedimento alguno en la instancia, lo que le veda como se ha expuesto introducir cualquier cuestión en la alzada. En todo caso es de aplicar el artículo 92-5º en relación con el artículo 93-2-3º de la Ley Concursal por el que el crédíto es subordinado. Ciertamente en la demanda no se mencionó el artículo 73-3 de la Ley Concursal a los efectos de calificación del crédito que es lo afirmado en la sentencia, pero si de forma relevante y reiterada la vinculación entre las citadas sociedades resuleta supra, por lo que aún no apreciando una mala fe en tal actuar, la calificación del credito es correcta.”: SAP Valencia (Sección 9) 30.10.2013 (Sentencia 250/2013; Rollo 376/2013)

AP Valladolid

“SEGUNDO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 71.3.1º de la LC, a efectos de la acción de reintegración el perjuicio patrimonial para la masa activa que la justifica se presume iuris tantum cuando se trata de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas relacionadas especialmente con el concursado. Cuando este sea una persona jurídica, el art. 93.2.3º de la propia LC establece que habrán de considerarse personas especialmente relacionadas con la misma a las sociedades que formen parte del mismo grupo que aquella y sus socios. El Tribunal Supremo en su sentencia de *29 de julio de 2005 caracteriza el concepto de grupo societario por la existencia* de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario). La reforma operada en el *art. 42 del Código de Comercio y art. 4 de la Ley de mercado de Valores por la Ley 16/2007,* incorpora ese elemento caracterizador del concepto de grupo, el de la unidad de decisión porque alguna de las sociedades ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, estableciendo al efecto una serie de presunciones. La unidad de dirección implica unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo sin perjuicio del funcionamiento independiente de cada una de las entidades, al menos de forma aparente, dentro del marco de libertad de gestión de cada sociedad. Así las *sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 18 de noviembre de 2009* y 9 de febrero del 2012, señalan al respecto que "Esta unidad de dirección implica unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo, sin perjuicio de que pueda modalizarse en cada una de las entidades agrupadas en el marco de libertad de gestión de cada sociedad. La formación de política común se puede producir de manera centralizada desde la sociedad dominante o por medio de cooperación entre todos los integrantes. En general, a la política empresarial que normalmente impondrá la sociedad dominante (lo que no impide que ante falta de definición legal también sean admisibles los grupos por coordinación o grupos horizontales o de estructura paritaria), con evidente vocación de permanencia para conseguir un fin común".
Pues bien, en el caso que nos ocupa el capital social de la constructora concursada es ostentado en un 99,97% por la entidad Begar S.A. Esta a su vez ostenta el 49,30% de la promotora Leocasa S.A, la hoy apelante con quien la concursada suscribió el negocio jurídico cuya rescisión nos ocupa. Pero es mas, al mismo tiempo Begar S.A., ostenta el 46,82% y el 48,54% respectivamente de Prefabricados de Cemento
S.A y de Hormigones del Bernesga S.A, ostentando a su vez esta última el 89,90 % del capital social de Aridos de Leon S.A., mientras que la propia promotora Leocasa S.A es titular del 10,10% restante, debiendo destacarse que las citadas Precesa, Hormigones del Bernesga y Aridos de León son tres de los proveedores de la constructora a los que se han efectuado como consecuencia del negocio jurídico litigioso pagos por importe superior a los 4.300.000 euros.
Ciertamente no se ha acreditado en autos de manera fehaciente la concurrencia de los supuestos de hecho que basan las presunciones contempladas en el citado art. 42 del Código de Comercio. Así no consta que la concursada ni su socia mayoritaria, casi exclusiva, posean la mayoría de los derechos de voto de Leocasa S.A o puedan disponer de los mismos en virtud de acuerdos celebrados con terceros, ni que tengan la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de su órgano de administración, la hubiere designado en momento anterior o compartan las mismas personas la condición de administradores o altos directivos en dichas sociedades. Ahora bien, entendemos que el propio negocio jurídico objeto de autos evidencia por si solo el que las dos entidades que lo otorgaron, la constructora y la promotora, obedecían a una política empresarial común, determinada bien de manera centralizada desde la sociedad dominante Begar S.A, que ostenta casi

exclusivamente del capital social de la primera y casi en la mitad del de la segunda, o por medio de cooperación entre ambas y con el resto de integrantes del grupo, de suerte que la concursada carecía de autonomía de decisión. Y ello por cuanto, como seguidamente analizaremos con detalle, en virtud de dicho negocio la constructora, pocos días antes de solicitar su declaración en concurso de acreedores y por tanto con nulas expectativas de utilidad para proseguir con su actividad empresarial, procedió a realizar un sacrificio patrimonial que respondía mas que a sus propios intereses a los de la promotora hoy recurrente y así mismo a los de otras entidades proveedoras de las obras que esta realizaba y que también participaban de ese mismo grupo. Solo así se explica que en dicho negocio se compensasen créditos aún no vencidos, se cedieran activos para pago por la promotora a determinados acreedores con posposición del resto, etc...En su consecuencia el negocio litigioso se encuentra en principio afectado en su totalidad por la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial para la masa activa que justificaría su rescisión al amparo del citado art. 71.3.1º LC.

TERCERO.- Es criterio de esta Sala, manifestado en la sentencia de 27 de mayo de 2008 y reiterado entre otras en la sentencia de 4 de febrero de 2010, que "el ejercicio de la acción directa frente al dueño de la obra solamente habría de ceder ante la especialidad de la situación concursal del contratista principal, quedando sujeta a la vis atractiva del concurso, a partir del momento en que este se haya declarado, tal y como pone de relieve la parte apelada. Si la acción directa se ha ejercitado anteriormente a la declaración del concurso ya no resultaría en todo caso afectada por este, pues es a partir de ese momento cuando los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia de dicho procedimiento universal, integrándose las masas activa y pasiva. El ejercicio previo de la acción directa por el subcontratista frente al comitente, supone que el crédito del contratista contra este queda congelado, desplazándose la responsabilidad al patrimonio de aquel. Desde el momento en que se produce dicha reclamación por el subcontratista el dueño de la obra queda vinculado por ella, no pudiendo a posteriori efectuar eficazmente pagos al contratista que disminuyan el crédito de aquel. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente, ya desde la *sentencia del Tribunal Supremo de 30-1-1974,* cuya doctrina reiteran posteriormente otras entre las que cabe citar las de 17-7- 1997 y 19-4-04, que teniendo en cuenta el sentido proteccionista de la acción directa contemplada en el *art. 1597 del Código Civil,* las razones que inspiran dicho precepto y el principio de la buena fe, resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio. Debe reconocerse por tanto ese efecto propio que venimos comentando tanto si la reclamación se hace judicial cuanto extrajudicialmente, siempre que en este último caso exista fehaciente constancia del momento y forma en que se haya producido".

Trasladando tales consideraciones al caso que nos ocupa, nos encontramos con que a tenor de la prueba documental obrante en autos varias entidades subcontratadas por la constructora hoy en concurso para la ejecución de las obras que realizaba para la promotora codemandada, dirigieron a esta última sendas reclamaciones extrajudiciales reclamándole el importe de los débitos que para con las mismas mantenía dicha constructora, ejercitando extrajudicialmente la acción directa contemplada en el art. 1597 del Código Civil. Dichas reclamaciones extrajudiciales se formularon a la promotora dueña de las obras y se recibieron por esta con anterioridad a la declaración en concurso de la constructora, en el periodo comprendido entre el 3 de febrero y el 12 de junio de 2009. Basta al efecto comprobar los conjuntos documentales acompañados con la contestación a la demanda con el nº 3 habiendo sido reconocida por la Administración Concursal demandante la autenticidad de dichas reclamaciones, y con el nº 4 donde se contienen las contestaciones de dichas empresas en otro procedimiento judicial adverando tales extremos. Pues bien, tales reclamaciones extrajudiciales en el ejercicio de la acción directa ascienden a 5.247.032,84 euros, habiendo abonado la promotora y dueña de las obras en cuestión por cuenta de las mismas, antes y después de la declaración en concurso de la constructora, la suma de 5.043.123,30 euros, tal y como se deduce del informe pericial acompañado con la contestación a la demanda, de su ratificación en juicio y de la documental que lo acompaña.

El art. 58 de la Ley Concursal posibilita que una vez declarado el concurso surta sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido ya con anterioridad a dicho momento. A tal efecto para que opere válidamente el requisito de la compensación, conforme a lo dispuesto en el art 1195 y 1196 del Código Civil, es preciso que ambas personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras una de otra con carácter principal, que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, que estén vencidas, que sean líquidas y exigibles y que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por tercero y oportunamente notificada al deudor. Pues bien, en el presente caso basta examinar el hecho primero de la demanda y el correlativo de la contestación formulada por la promotora, para constatar como esta admite que del total de los 6.575.523 euros que le adeudaba la constructora, a la fecha en que esta es declarada en concurso por saldos pendientes en concepto de retenciones solo se encontraba vencida y era exigible la suma de 1.127.363,77 euros. No había vencido todavía ni tenía por tanto porque ser abonada la cantidad de 1.571.103,53 euros restante que por dicho concepto de retenciones se compensó. Admite así mismo la hoy recurrente que la suma de 1.278.077,14 euros se corresponde con certificaciones pendientes de pago mas con vencimientos posteriores a dicha declaración en concurso. Por último respecto de los restantes 2.598.978,56 euros, se corresponden a facturas pendientes de emitir, mas aún dando por bueno que las obras en cuestión se hallasen ejecutadas, es lo cierto que la constructora aún no había emitido las facturas para su cobro. En su consecuencia y de conformidad con la operativa negociada entre ambas entidades que describe la propia promotora en el hecho previo de su contestación a la demanda, la obligación de pago del precio de la obra ejecutada no era exigible sino hasta la emisión de la factura correspondiente y de común acuerdo no se venía satisfaciendo sino hasta otros 29 días mas tarde.

Por lo tanto es cierto que lo satisfecho por la promotora a proveedores de la constructora, en virtud de la acción directa antes y después de la declaración en concurso de esta, asciende a la suma de 5.043.123,30 euros. Ahora bien, en ese mismo momento de la declaración en concurso los créditos vencidos y exigibles que la constructora ostentaba frente a la promotora solo ascendían a 1.127.363,77 euros. Esta es por lo tanto la única cantidad hasta la que entendemos es factible aplicar el instituto de la compensación, pues solo en tal medida

concurrían créditos y deudas vencidos, exigibles y por derecho propio, no ajenos o representados, en virtud de la subrogación operada en su favor en los créditos de los proveedores a los que se había pagado ex art. 1597 del Código Civil. No cabe identificar obra simplemente ejecutada con deuda vencida y exigible, pues a tal efecto era necesaria la certificación de lo ejecutado, la consecuente comprobación de conformidad por quien la recibía, la práctica de la retención pactada, su reclamación mediante la correspondiente factura y el transcurso del plazo que inter partes se había acordado hasta su efectivo abono. Y esa compensación de recíprocos créditos vencidos entre ambas entidades, promotora y constructora, si entendemos puede incardinarse dentro del concepto de acto ordinario de la actividad empresarial del deudor realizado en condiciones normales, con los efectos enervatorios de su posible rescisión que a ello anuda el art. 71.5 LC. Responde a una operativa habitual entre las entidades de dicho sector económico, pues los proveedores ante el impago de sus créditos por la constructora iniciaron ya meses antes del concurso sus reclamaciones en ejercicio de la acción directa frente a la promotora dueña de la obra, esta las abonó realmente con el ánimo de que pudiera proseguir con normalidad el desarrollo del proceso constructivo y nada de extraño o singular tiene el que procediera a compensar con la constructora dichas sumas con los créditos ya vencidos que esta ostentaba frente a la misma, sin que se detecte situación de anormalidad relevante en ello.
Por el contrario el resto de pagos efectuados por la promotora o dueña de las obras a los proveedores, con conocimiento y consentimiento de la constructora, no posibilitan la compensación que se pretendía articular mediante el negocio jurídico cuya rescisión se pretende, pues la constructora ningún crédito vencido y exigible a fecha de su declaración en concurso ostentaba frente a la promotora que cupiera compensar. Esa anticipación del vencimiento supone ya de por si una condición de completa anormalidad, a lo que se añade la especial relación ya comentada que unía a ambas entidades y el perjuicio que ello supone para el resto de acreedores de la constructora, a quienes se somete a un trato discriminatorio pues en vez de ver directa y completamente satisfechos sus créditos se ven abocados a cobrar lo que posteriormente sea factible a las resultas del concurso. En definitiva no negamos que la compensación sea un acto ordinario de la actividad empresarial y uno de los modos legalmente admitidos para extinguir las obligaciones que en el desarrollo de un contrato de obra se produzcan entre la promotora o dueña de la misma y la constructora o contratista. Mas por las circunstancias expuestas precedentemente entendemos no se realizó en condiciones normales y por ello no resulta de aplicación la imposibilidad de rescisión que se contempla en el art. 71.5 de la LEC. Vamos por tanto a acoger el recurso parcialmente, no procediendo a rescindir el acuerdo de compensación litigioso en lo que a la suma citada de 1.127.363,77 euros se refiere, manteniendo sin embargo la rescisión en cuanto a la cantidad restante hasta alcanzar los 6.575.523 euros.
CUARTO.- La promotora hoy recurrente abonó a proveedores de la constructora otros 3.997.656,51 euros, de los cuales 506.453,23 euros fueron pagados antes de la fecha de declaración en concurso de esta y los restantes 3.491.203,29 euros después, conforme resulta de la pericial acompañada por la propia promotora y documentación que a la misma se adjunta. Tales pagos se realizaron de motu propio por la promotora, con el conocimiento y aprobación de la constructora y sin que hubiere mediado el ejercicio previo de la acción directa ex art. 1597 del Código Civil frente a aquella por parte de dichos proveedores, con la finalidad según se dice de que estos vieran satisfecha la deuda que para con los mismos mantenía la constructora y así continuasen suministrando y trabajando en las obras. Nos hallamos ante un mero pago por tercero realizado con el conocimiento y asentimiento del deudor, es decir de la constructora hoy concursada, que conforme a lo dispuesto en el art. 1210 del Código Civil produce el efecto de subrogar al tercero que pagó, es decir a la promotora hoy recurrente, en los créditos que esos acreedores ostentaban frente al deudor hoy en concurso. A cambio de ello en el negocio jurídico cuya rescisión se postula la constructora deudora cedió a la promotora créditos que a su vez ostentaba frente a terceros, mediante el endoso de las correspondientes certificaciones de obra, por valor de 3.739.640,37 euros.
Se trata por tanto de un acuerdo entre promotora y constructora mediante la cual esta cede unos créditos frente a terceros a aquella para que por un importe equivalente dicha promotora satisfaga las deudas que la constructora mantenía con determinados proveedores de las obras que entre ambas ejecutaban. Dicho acuerdo beneficia a quienes lo suscribieron, pues satisfechos los proveedores de dichas obras estas podían finalizarse, la promotora obtenía el beneficio correspondiente a las mismas y la constructora veía extinguidas las deudas que mantenía con aquellos. Ahora bien, ello comporta el privilegio del pago íntegro e inmediato de esos proveedores de la constructora en demérito y perjuicio del resto de los múltiples acreedores de otras múltiples obras con quienes mantenía los correspondientes débitos. En su virtud estos se ven postergados a la hora del cobro y sometidos a la disciplina del concurso de acreedores, de cuya masa activa se verían excluidos los créditos que la concursada ostentaba frente a entidades públicas en su mayoría y también alguna privada, por obras ya ejecutadas, y todo ello en virtud de un acuerdo concluido y firmado un mes antes de la declaración en concurso de la constructora. El concepto de perjuicio patrimonial que justifica la reintegración contemplada en el art. 71 LC viene siendo interpretado por nuestros Tribunales en sentido amplio. Incluye no sólo aquellos supuestos en los que el acto haya dado lugar a una reducción del patrimonio del deudor o que haya impedido un incremento de ese patrimonio, sino también aquellos casos en el deudor, directa o indirectamente, vulnera el principio de paridad de trato de los acreedores realizando algún acto que impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva del resto de créditos, alterando injustificadamente las preferencias de cobro. Desde tal perspectiva el perjuicio que para la masa activa supone esta segunda parte del negocio jurídico litigioso parece por tanto claro y entendemos ha de mantenerse su rescisión conforme a lo dispuesto en el art. 71.1 y 4 de la LC, al margen de la presunción de perjuicio que ya de por si existe al tratarse constructora y promotora de personas especialmente relacionadas.
Como antes decíamos y también expresábamos en nuestra sentencia de 23 de marzo de 2009, el análisis de concepto de normalidad no parece deba efectuarse desde una perspectiva jurídico negocial, es decir, si en el acto se produce o no un equilibrio en las prestaciones de las partes. Mas bien habrá de hacerse desde una perspectiva económica, es decir si se corresponde con la manera habitual de llevar a cabo ese tipo de actos en

ese sector del tráfico. Y ello en un análisis conjunto del negocio jurídico en cuestión, ponderando, si existe o no elemento o característica que lo singularice en relación tanto al modo de realizarse este tipo de operaciones en ese sector del mercado cuanto a la propia operativa observada previamente por esa concreta empresa. También habrán de pesar en tal ponderación otros factores como son la inmediatez o no de la realización del acto con la solicitud de declaración concursal, la situación económica en que se encontrase la empresa, las relaciones o vinculaciones que esta mantuviera con otras partes o afectados en el negocio, su excepcionalidad respecto de otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa, la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación, el propio conocimiento que el deudor pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras, etc.
Desde tal óptica nos encontramos en primer lugar con que el negocio jurídico en cuestión se firma un mes antes de la declaración de concurso, siendo ambas partes perfectamente conscientes de que la constructora se encontraba ya en una situación de práctica insolvencia, desatendiendo los pagos a sus proveedores desde hacía meses. Así lo admite la promotora en su contestación a la demanda y fruto de ello se había venido produciendo frente a la misma el ejercicio de la acción directa por parte de dichos proveedores desde meses antes. En segundo lugar ambas entidades formaban parte de un mismo grupo de empresas, tal y como anteriormente se ha analizado. A mayor abundamiento tampoco cabe considerar como condiciones de normalidad el que en la operación litigiosa se procedan a compensar créditos de la promotora frente a la constructora que aun no se hallaban vencidos ni resultaban exigibles, y ello por una importantísima cantidad que asciende nada menos que a 5.448.159,23 euros. Por otra parte no consta ni tan siquiera se alega se hubieren realizado por ambas entidades negocios jurídicos similares, con ocasión de otras obras que tanto entre ambas cuanto con algún tercero hubieren promovido o ejecutado. No cabe por tanto reputar que esta segunda parte del negocio jurídico analizado pueda ser calificada como de acto ordinario de la actividad empresarial realizado en condiciones normales.
QUINTO.- Hemos de abordar por último los efectos que ha de producir la rescisión parcial del negocio jurídico litigioso. La sentencia impugnada acuerda en primer lugar que por parte de la promotora hoy recurrente se proceda al abono de las cantidades cobradas en virtud de las certificaciones de obra que le fueron cedidas y endosadas por la constructora y a la devolución de las no cobradas, mas sus legales intereses desde la fecha de la demanda. Ello no parece sino lógica consecuencia de la restitución de la prestación que en virtud del negocio jurídico rescindido llevó a efecto la constructora hoy concursada, conforme a lo dispuesto en el art. 73.1 LC.
Así mismo se declara la obligación de pago por parte de dicha promotora de la deuda que ostentare frente a la constructora objeto de la compensación rescindida que ya hubiere vencido, mas sus intereses desde la fecha de su respectivo vencimiento. Tal y como previamente se ha dejado expuesto, tal deuda habrá de limitarse al principal de 5.448.159,23 euros correspondiente a las retenciones no vencidas, certificaciones emitidas pendientes de vencimiento y facturas pendientes de emitir que se detallan en el hecho primero de la demanda, no así a la suma de 1.127.363,77 euros restante pues la deuda por tal importe ha quedado extinguida mediante la compensación que en tal extremo no se rescinde.
Por último y en cuanto a los créditos que pudiere ostentar la promotora hoy recurrente frente a la concursada por los pagos efectuados a los proveedores de esta reseñados en el Anexo II de la escritura que documenta el negocio jurídico que se rescinde, acuerda su consideración como subordinados, conforme a lo dispuesto en el art. 92.5º en relación con el art. 93.2.3º de la LC. Considera al efecto que dicha promotora es persona jurídica especialmente relacionada con la constructora concursada, al formar parte del mismo grupo que esta y sus socios. Eso es lo que fundamenta la consideración como subordinados de dichos créditos cuya titularidad ostenta la promotora hoy recurrente frente a la concursada como consecuencia de los pagos que haya realizado a sus acreedores por cuenta de esta, sobre la concurrencia de esa especial relación que une a ambas entidades ya nos hemos pronunciado precedentemente, siendo cuestión sobre la que ninguna duda cabe el que la promotora era perfectamente consciente de la situación económica que atravesaba la constructora tanto antes como después de que esta fuera declarada en concurso. Nada tiene que ver con ello la existencia o no de mala fe en el proceder de la promotora, circunstancia que justificaría la subordinación de sus créditos conforme a lo dispuesto en el art. 73.3 LC, mas que no ha sido alegada en la demanda ni por tanto analizada en la sentencia pues lo veda la obligada congruencia. La especial relación entre acreedor y concursada y la mala fe del acreedor son circunstancias que de manera independiente se toman en consideración en los nº 5 º y 6º respectivamente del art. 92 LC para clasificar el crédito como subordinado y que por tanto operan también independientemente. No es preciso a tal efecto que concurran ambas simultáneamente y por ello vamos a confirmar en este extremo también la sentencia apelada.”:

10. Contrato de servicios con sociedad del grupo

AP Alicante

“TERCERO.-Si partimos de los condicionantes anteriores hemos de llegar a la estimación de la acción rescisoria por las siguientes razones:
En primer lugar, las partes del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el día 14 de marzo de 2012 que tiene por objeto preparar la solicitud del concurso voluntario de acreedores (documento número 5 de la demanda incidental) son, de un lado, la concursada SAEC, en su calidad de cliente y QQQ, en su calidad de profesional que presta servicios, las cuales forman parte del mismo grupo de empresas pues no ha sido negado por las demandadas que ambas están participadas directa o indirectamente por la mercantil ECODELTA PLAZA, S.L.; la persona que actuó en el contrato como representante de la concursada, Don Cesar es también el Administrador único de QQQ y, la mercantil QQQ tiene el domicilio social en la calle Cerdá

número 42 de Alicante, coincidente con el domicilio de otras sociedades administradas por el Sr. Cesar.
En segundo lugar, en el contrato de prestación de servicios profesionales se pactó que los honorarios a favor de QQQ se fijarían en 73.750.- # teniendo en consideración el activo y el pasivo de ocho millones de la concursada y, ha solicitado la reclamación parcial de los referidos honorarios en concepto de crédito contra la masa amparado en el artículo 84.2.2º de la Ley Concursal.
En tercer lugar, el artículo 71.3.1º de la Ley Concursal establece que, salvo prueba en contrario, se presume el perjuicio patrimonial en el caso de los negocios jurídicos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
En cuarto lugar, el artículo 93.2.3º de la Ley Concursal considera persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica a las sociedades que formen parte del mismo grupo.
En quinto lugar, la mercantil QQQ, al margen de no haberse constituido como sociedad profesional, no está compuesta por profesionales que permitan asesorar a la concursada SAEC en su solicitud de declaración de concurso ni pueden representarla ni asistirla durante el curso del procedimiento concursal pues no se ha acreditado la profesión de ninguno de sus socios.
En sexto lugar, la mercantil QQQ no ha suscrito la solicitud de la declaración de concurso ni consta que haya intervenido en la representación y asistencia de la concursada SAEC.
En séptimo lugar, ha intervenido en la dirección letrada de la concursada SAEC el Abogado Don Abraham García Gascón, a quien le han sido reconocidos sus honorarios como acreedor contra la masa sin que se haya opuesto a ello.
En octavo lugar, la estipulación cuarta del contrato controvertido indica que QQQ podrá solicitar la intervención de terceros de cualquier rama profesional necesarios para la prestación del servicio sin que se haya acreditado de ninguna manera la contratación de un tercero para la realización de todos los servicios comprometidos por QQQ y, en el caso de que pudiera considerarse que el tercero es el Abogado Don Abraham García Gascón, no alcanza a entenderse que se utilice a una sociedad interpuesta (QQQ) para la contratación de ese profesional cuando lo pudo hacer directamente SAEC.
En conclusión, no solo opera a favor de la estimación de la acción rescisoria la presunción iuris tantum prevista en el artículo 71.3.1º de la Ley Concursal sino también la prueba del perjuicio para la masa activa que entraña contratar a una empresa del mismo grupo que la concursada para prestar los servicios profesionales de solicitud del concurso, asistencia y representación de la concursada cuando no consta que los socios de QQQ puedan realizar esa actividad profesional, la cual está prestando un tercero cuya retribución específica a su favor ha sido ya reconocida por la AC como crédito contra la masa.": SAP Alicante (Sección 8) 24.10.2013 (Sentencia 402/2013; Rollo 320/2013)

11. Nóminas cobradas por apoderada, no justificándose la inexistencia de perjuicio

AP Oviedo

"PRIMERO.-Para dar respuesta al primer motivo invocado en el presente recurso de apelación aparecen como datos relevantes que en la demanda presentada por la Administración concursal de "Conrado Antuña, S.L." en ejercicio de la acción de reintegración concursal en la que se viene a solicitar la declaración de ineficacia de los pagos efectuados por la concursada a la codemandada Doña Montserrat en concepto de salarios y la consiguiente devolución a la masa de la suma por importe de 59.685,05 euros (...)
SEGUNDO.-Por lo demás idéntico rechazo merece el recurso en lo que atañe al fondo del debate. La Sentencia de primera instancia basa la declaración de reintegración del pago de las nóminas que fueron abonadas por "Conrado Antuña, S.L." a Doña Montserrat en la presunción iuris tantum de perjuicio contenida en 71-3-1º L.C. habida cuenta de la condición de esta última de apoderada de la sociedad concursada (art. 93-2-2º L.C.), sin que dicha presunción haya quedado destruida al no haber llevado a cabo la Sra. Montserrat actividad probatoria alguna encaminada a demostrar que efectivamente hubiera realizado prestaciones de carácter laboral para la concursada, y sin que la alegación de la codemandada de haber constituido garantías adicionales a favor de los acreedores pueda desvirtuar aquel pronunciamiento al tratarse de operaciones ajenas al negocio jurídico cuya ineficacia aquí se cuestiona. Insiste el recurso de apelación en que el afianzamiento llevado a cabo por la Sra. Montserrat por importe de 590.556,66 euros justificaría por sí solo la retribución que vino percibiendo de la sociedad concursada, planteamiento éste que no puede ser aceptado toda vez que los pagos frente a los que se dirige la acción de reintegración fueron llevados a cabo por la concursada en los años 2010 y 2011 en concepto de salario (tal y como consta en la documentación contable de "Conrado Antuña, S.L." aportada como doc. nº 2 demanda), no resultando admisible que la apoderada Sra. Montserrat pueda alterar ahora unilateralmente la causa de tales retribuciones, a lo que cabe añadir en cualquier caso que tampoco ha quedado probado en modo alguno que la operación de constitución de garantías lo fuera a cambio de retribución por parte de la sociedad afianzada.": SAP Oviedo (Sección 1) 18.09.2014 (Sentencia 236/2014; Rollo 416/2013)

12. Amortización de préstamo participativo seguida de ampliación de capital por el mismo imporre, suscrita por el acreedor. Inexistencia de perjuicio

AP Pontevedra

"PRIMERO.- El objeto del presente proceso tiene su origen en las dos demandadas de reintegración formuladas por la administración concursal (AC, en adelante) de la entidad Residencial Marina Atlántica, S.A., en las que se pretendía la ineficacia de la amortización anticipada de sendos préstamos participativos concedidos a la concursada por parte, precisamente, de sus dos únicos socios: NCG Banco, S.A. y Atlántico

Construcciones y Promociones, S.L.
Los datos de hecho esenciales para la resolución del litigio son los siguientes:
a) las codemandadas, NCG Banco, S.A. y Atlántico Construcciones y Promociones, S.L son titulares, respectivamente, del cincuenta por ciento del capital social de Residencial Marina Atlántica, S.A., entidad que desarrollaba un proyecto empresarial consistente en la instalación de un puerto deportivo en la localidad de Cangas de Morrazo.
b) con fecha de 26.5.2006 se celebraron, con la finalidad de financiar parcialmente dicho proyecto, dos contratos de préstamo participativo en los que actuaban, respectivamente, como prestamistas cada una de las entidades mencionadas y como prestataria Residencial Marina Atlántica, S.A.
c) de dichos contratos, -de idéntico contenido-, interesa en este lugar reseñar los siguientes particulares:
a#) el importe global de cada uno de los préstamos era de 4 millones de euros; no obstante se pactó una entrega inicial de 500.000 euros por cada prestamista y la entrega del resto a requerimiento del prestatario a medida que lo fuera solicitando para la financiación del proyecto empresarial.
b#) bajo el apartado de "vencimiento y amortización", se incluía la siguiente estipulación: " *el préstamo vencerá el 31 de diciembre de 2010 y será renovable tácitamente por dos períodos anuales si ninguna de las partes manifiesta su voluntad de no renovarlo con una antelación de 1 mes a la fecha de finalización de cada período anual. El total del capital prestado se pagará de una sola vez en la fecha de vencimiento citada o en la de cualquiera de las prórrogas si se hubiesen llevado cabo".*
c *#)* en relación con la remuneración del préstamo, la estipulación 4.2 establecía el interés variable con un tipo alternativo, con facultad de elegir del prestamista, en función de la mayor magnitud del criterio establecido para su cálculo. Sin embargo, la obligación de pago del interés se sometía a la condición siguiente: " *el préstamo devengará intereses a favor del prestamistasi se cumple la condición de que en la fecha de vencimiento de cada período de interés exista tesorería excedentaria, una vez atendidas todas las obligaciones de pago del prestatario, incluyendo expresamente los pagos en relación con la financiación bancaria* ".
d#) finalmente, en la estipulación 14 se hacía mención expresa a la naturaleza participativa del préstamo con la siguiente redacción : " *las partes acuerdan que el presente contrato tendrá la consideración de préstamo participativo, sujeto a lo previsto en el art. 20 del Real Decreto-ley y, por lo tanto, tendrá la consideración de préstamo subordinado, de tal forma que las obligaciones de pago de las cantidades adeudadas al prestamista en virtud del mismo estará postergado en rango respecto de los acreedores comunes del prestatario. De conformidad con lo anterior, el prestatario no podrá efectuar ninguno de los pagos previstos en el presente contrato si en la fecha en que según el mismo fueran exigibles no existiera tesorería de libre disposición, una vez atendidas sus obligaciones frente a sus acreedores no subordinados (y en particular, sus obligaciones en relación con la deuda bancaria)."*
d) el 20.1.2011 ambos prestamistas reciben en pago 1.000.000 euros del prestatario en concepto de " *devolución préstamo participativo* ".
e) en junta general de Residencia Marina Atlántica, S.A. celebrada el día 10.1.2011 se acordó la ampliación del capital social en la suma de 1.999.996 euros. La ampliación se hizo efectiva el 20.1.2011 mediante el ingreso en la cuenta de la sociedad de la suma de 999.998 euros por cada uno de los dos socios.
f) por auto de 19.11.2012 fue declarado el concurso de Residencial Marina Atlántica, S.A. (...)
CUARTO.- Consideraciones preliminares.
La LC reformuló, como uno de sus aspectos más relevantes, el ejercicio de las acciones de reintegración concursal, configurando un nuevo marco general para la reintegración de las operaciones que supusieran la salida de bienes y derechos de la masa realizadas en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, sobre la base del criterio general de la existencia de un *perjuicio para la masa activa,* con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del " *perjuicio para la masa activa* " se facilita con un juego de presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.
Para apreciar la existencia del perjuicio para la masa activa hemos dicho, en línea con la doctrina y jurisprudencia mercantiles mayoritarias, que resulta imprescindible proceder al análisis de las concretas circunstancias de cada caso, con la mayor variedad y precisión, para poder integrar la hipótesis normativa. Resulta, pues, pertinente, traer a colación la afirmación de que cuando se trata de enjuiciar un concreto acto bajo la perspectiva de la reintegración concursal ha de situarse el objeto del proceso en su contexto económico-jurídico, atendiendo al momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso.
Es también de sobra sabido, tras diez años de intensa aplicación de la normativa concursal, -y de sus sucesivas reformas-, que una las mayores polémicas surgidas en torno a la interpretación del concepto del " *perjuicio patrimonial* " pasa por dilucidar si dicho perjuicio exige siempre una disminución del patrimonio del deudor, de suerte que, llegado el concurso, su valor sería otro de no haberse realizado el acto rescindible, o si por perjuicio se entienden también aquellos actos realizados por el deudor perjudiciales para el trato igualitario de sus acreedores, como defiende la demanda presentada por la administración del concurso. Así, solemos recordar, en conclusión que la reciente jurisprudencia del TS permite entender confirmada, que el concepto inicial y amplio de perjuicio con que se interpretaron las normas en los comienzos de la entrada en funcionamiento de la justicia mercantil especializada, se ha visto reformulado, dando entrada a conceptos como el del sacrificio patrimonial injustificado (SAP de Barcelona, sección 15ª, de 6.2.2009, sobre la base anteriores pronunciamientos del TS, seguido en numerosas resoluciones provinciales, confirmados por las sentencias del TS de 12.4.2012 y 8.11.2012, entre otras), al tiempo que las sucesivas reformas legales han ido introduciendo y perfilando los escudos protectores de ciertos actos de refinanciación.
También hemos afirmado en numerosas resoluciones, en sintonía con un criterio generalmente admitido en la comunidad jurídica, que el perjuicio patrimonial se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de

examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. Hechas estas consideraciones, que servirán para enmarcar los razonamientos que siguen, pasamos a analizar los argumentos de los tres recurrentes. Un elemental criterio sistemático nos lleva a distinguir dos motivos esenciales, comunes a los tres recursos: la existencia o inexistencia de perjuicio por el transcurso del plazo de vencimiento de los préstamos y la cuestión de si se causó o no perjuicio para la masa por incumplimiento de las exigencias legales de la amortización de los préstamos participativos. El resto de motivos, referentes a las consecuencias de la rescisión, lógicamente dependerán de la solución que demos a aquellas cuestiones, pues en caso de verse estimadas las pretensiones de los recurrentes originariamente demandados, las operaciones atacadas por las demandas quedarían incólumes. (...)
SÉPTIMO.- Amortización anticipada y perjuicio.
Hasta este punto venimos argumentando que los préstamos participativos vencían al finalizar la primera prórroga anual, el 31.12.2011. Por tanto, la amortización de los préstamos el 20.1.2011 fue una amortización anticipada.
Así parece que lo entendieron también las partes, cuando casi en unidad de acto procedieron a la ampliación de capital (acuerdo social adoptado en junta de 10.1.2011, y ejecución mediante ingreso de la ampliación el 27.1.2011).
De esta manera se dio cumplimiento a la exigencia del art. 20.1 b) del Real Decreto-ley 771996: " *las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos".*
De este modo se mantuvo la solvencia financiera del prestatario, como exige la norma, manteniéndose exactamente la relación entre fondos propios y fondos ajenos. Esto es lo que pretende la norma, con la finalidad de tutelar los derechos de los acreedores que lo fueran en el momento de la amortización: la garantía para el cobro de sus créditos queda de mejor condición, pues ya no sólo cuentan con el beneficio relativo de la financiación subordinada (sus créditos son preferentes frente a los de los prestamistas en el préstamo participativo) sino que la garantía patrimonial debería ser plena: la cuantía amortizada anticipadamente se transforma en capital social a medio de la efectividad del acuerdo de ampliación, por el mismo importe, que pasó así de la cifra de 62.000 euros a la de 2.061.996 euros, con las aportaciones de 999.998 euros por cada uno de los socios.
Si esto ha sido así, no se entiende dónde reside el perjuicio patrimonial que justifica la rescisión.
Operándose en el ámbito de la presunción del art. 71.3.1º, consideramos que los demandados han conseguido destruir la presunción de perjuicio al haber justificado la operación con el cumplimiento de la garantía que exige la norma especial para la amortización anticipada del préstamo participativo.
La situación en la que se encontraban los acreedores comerciales que menciona la sentencia no resultó peor como consecuencia de la operación atacada, sino que, al contrario, su posición quedó beneficiada al haberse ampliado la cifra de capital social por el importe de la amortización de los préstamos.
Aciertan, pues, los recurrentes cuando hacen notar la necesidad de tomar en cuenta, como una única operación, la conexión entre los actos de amortización atacados en las demandas y la ampliación de capital realizada por la prestataria, con la circunstancia, -sin duda peculiar en el caso enjuiciado-, de que prestamistas y prestatario eran unos mismos: lo obtenido por la amortización del préstamo se ingresa después, por el mismo importe, como capital social de la prestataria, por lo que no apreciamos perjuicio patrimonial alguno, ni directo para la masa, ni indirecto para los acreedores. No puede decirse, por tanto, que la amortización vulneró la subordinación convencional del crédito, como hace la sentencia recurrida. Precisamente por ello, - para el supuesto de amortización anticipada-, la ley establece una garantía en favor de los acreedores, en evitación de situaciones de fraude y para garantizar los intereses de éstos que, en el caso, se cumplió convenientemente.
Los recursos, en consecuencia, se han de ver estimados. ":SAP Pontevedra (Sección 1) 29.07.2014 (Sentencia 293/2014; Rollo 249/2014)

- 2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

[La redacción del art 71.3.2º ex Ley 38/2011 es idéntica a la inicial]

Art. 71.3.2º - Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes

Tribunal Supremo

"SEGUNDO.-*Formulación del primer motivo del recurso y su razonamiento.*
Se articula en los siguientes términos: ". - La sentencia impugnada infringe el art. 71.1 en relación con el art. 71.3.2º, ambos de la vigente Ley Concursal, aplicables al caso, con contradicción de la doctrina de *la Sala Primera contenida en sus sentencias de 27 de octubre de 2010 (RC 10/2007), de 16 de septiembre de 2010 (RC 1924/2003), 8 de marzo de 2010 (RC 5085/200) y 27 de septiembre de 2007 (RC 4268/2000), entre otras."*
Según la recurrente, la sentencia del Tribunal de apelación no ha tenido en cuenta las sentencias citadas en el motivo en las que funda el recurso de casación por interés casacional, por no subsumir los hechos probados en la presunción de perjuicio para la masa del art. 71.3.2º LC, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que cita. Para la recurrente, existe un perjuicio patrimonial injustificado cuando se garantiza con hipoteca obligaciones preexistentes, tal y como reza el art. 71.3.2º LC y, además,

supone conceder un privilegio a unos acreedores en contra de la *par condicio.* Señala que tales operaciones son objetivamente perjudiciales para la masa, como así tiene establecido esta Sala en las sentencias invocadas; que respetando los hechos probados, la valoración jurídica que realiza la sentencia recurrida infringe la citada norma sustantiva.

En síntesis, dice el recurrente, con la demanda incidental se pretendía la rescisión de los pagos efectuados por la concursada en virtud de la escritura de préstamo sindicado y otras posteriores de refinanciación: a Caixa Nova (5.200.000.-#), al Banco Popular (10.600.000.-#) y al Banco de Galicia (8.200.000.-#) pagos efectuados entre los días 22 de mayo de 2008 y la fecha de declaración del concurso.

Tras analizar las argumentaciones jurídicas de la sentencia recurrida (Fundamento de Derecho Cuarto), se denuncia que ignora la jurisprudencia del Tribunal Supremo en casos análogos, lo que a todas luces, es tanto como negar axiomáticamente el supuesto de hecho de que parte la presunción legal y la doctrina jurisprudencial.

Concluye con unas consideraciones en torno a la modificación de la LC por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, en cuanto a su Disposición Adicional 4ª, sobre acuerdos de refinanciación, actualmente incorporados al art. 71.6 por la Ley 38/2011. A la vista del contenido de tales disposiciones, el recurrente entiende que sólo son irrescindibles los acuerdos de refinanciación que descansen en un plan de viabilidad, y reúnan los demás requisitos que impone la norma, lo que, en el presente caso, no se dan.

TERCERO.-*Razones de la Sala para su desestimación.*

1. El recurrente cita cuatro sentencias del Tribunal Supremo con un criterio que se dice coincidente y contrario al utilizado por la resolución recurrida, pero basta examinar el sustrato fáctico de cada una de ellas para comprobar que descansan en un supuesto de hecho distinto al declarado probado en el caso enjuiciado, y con unas conclusiones o valoraciones jurídicas de difícil encaje con las que realiza la sentencia recurrida.

Como señala la STS núm. 652/2012, de 8 de noviembre, para decidir qué debe entenderse por *"un acto perjudicial para la masa activa",* deben valorarse si los datos existentes *"en el momento de su ejecución, el acto se había considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiera existido en aquella fecha",* pues *"la casuística en esta materia es muy amplia"* y, en definitiva, la *"ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (SSTS 548/2010, de 16 de setiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre y 210/2012, de 12 de abril)"*.

La sentencia recurrida, en su Fundamento de Derecho cuarto (aunque se refiera al tercero, por error) en un análisis de los hechos acreditados, y sobre la base de los argumentos de las partes, articula conclusiones (desde el apartado a) al apartado i)), en las que analiza todas la circunstancias del caso, destacando las ventajas que tales operaciones de refinanciación y reestructuración le supusieron a la hoy concursada, que las alejan del perjuicio patrimonial injustificado, de acuerdo con el art. 71.3 LC.

2. El recurrente señala que la constitución de garantías hipotecarias supone un perjuicio patrimonial de carácter objetivo, así como una alteración de la *par condicio,* gozando los acreedores hipotecarios de una preferencia, que antes no tenían, respecto de los créditos refinanciados.

Pues bien, estas formulaciones tienen por sí mismas un carácter objetivo, pero olvida la recurrente que el precepto que se dice infringido, el art. 71.3 LC, se encabeza literalmente: *"Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume..."* y, por tanto, las consideraciones que preceden deben hacerse proyectadas al caso concreto, en función de la resultancia fáctica acreditada y probada en la litis, para destruir la presunción del perjuicio. Y esto es justamente lo que hace la sentencia y lo que no acepta el recurrente, aunque proclame la inalterabilidad de los hechos declarados probados reiteradamente. El recurrente no comparte la sentencia que llega a la conclusión de que no hay perjuicio, y su recurso más parece un escrito de alegaciones, - reiterativo respecto del presentado como recurso de apelación-, o un instrumento que permita ante este Tribunal abrir una tercera instancia que proscribe reiteradamente esta Sala (STS 797/2011, de 18 de noviembre, y las allí citadas).

Cabe recordar que el objeto del recurso de casación es " *la revisión del juicio jurídico es decir, en la determinación y alcance de los hechos probados, lo que supone examinar únicamente la corrección de la interpretación y aplicación de la norma llevadas a cabo por el tribunal "a quo", comprobando la aplicación al supuesto de hecho previsto en la ley del previo juicio de hecho y la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma, de tal manera que el juicio fáctico queda siempre al margen del recurso de casación --debe limitarse [el recurrente] a sustentar una cuestión de derecho material, en relación con los fundamentos de la Audiencia determinantes de su fallo"* (SSTS 532/2008, de 18 de julio, 142/2010 de 22 de marzo y 153/2010, de 16 de marzo).

3. La interpretación de las operaciones de reestructuración y la refinanciación llevadas a cabo en la presente litis por la sentencia recurrida es ignorada por el recurrente según conviene a sus intereses, interpretación alejada de la que, de forma minuciosa, ha llevado a cabo el Tribunal de apelación, sin que aporte nuevos datos ni nuevos hechos que contradigan los razonamientos de la sentencia, de suerte que el recurrente se desentiende por completo del resultado de hechos probados y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, y se proyecta hacia un supuesto distinto del que resulta en el presente caso, o como señala esta Sala, *"en realidad se deduce que la parte recurrente, disconforme con la sentencia de apelación, pretende imponer su propia percepción de la realidad, alterando la base fáctica de la sentencia recurrida y forzando un interés casacional artificioso.-.. para construir una infracción jurisprudencial inexistente"* (STS 171/2013, de 6 de marzo y ATS de 19 de

octubre de 2010 y la jurisprudencia allí citada, sobre inadmisión del motivo por inexistencia de interés casacional [art. 483.2.3º LEC])": STS 09.07.2014 (Sentencia 363/2014; Recurso 2566/2012)

1. Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas

1.1 Obligación preexistente con garantía real equivalente: inaplicabilidad de la presunción

AP Barcelona

"CUARTO. Los hechos probados a partir de la documentación aportada a los autos, no impugnada, que deben ser tenidos en cuenta, son los siguientes.
A) La concursada obtenía financiación de CEP de forma regular desde 2006. El 28 de junio de ese año suscribió una "póliza de cobertura de operaciones de comercio exterior" con un límite crediticio de 250.000 #, de duración indefinida (documento 1 de la contestación).
El 17 de marzo de 2009 ambas partes suscribieron un "contrato multipóliza" con límite global de 450.000 #, que cubre anticipos de créditos contra terceros, descuento de títulos valores y operaciones de comercio exterior, por un plazo de dos años (documentos 2 y 19).
B) El mismo día 17 de marzo de 2009 las partes otorgan una escritura pública (nº de protocolo 274) por la que PASCUAL CUBELES S.A. constituye a favor de CEP una hipoteca de máximo o seguridad sobre el local comercial en los bajos del edificio de la calle Enric Granados nº 99-101, finca registral nº 2.830/N, en garantía de los saldos deudores derivados del citado "contrato multipóliza", hasta un máximo de 535.500 # (que incluye 450.000 # de principal, y el resto por intereses, costas y gastos).
Esta finca se valora y tasa a efectos de subasta en 607.032 #.
C) El mismo día las partes otorgan otra escritura pública (nº de protocolo 275) por la que CEP otorga un crédito en cuenta corriente con un límite de 200.000 #, por un plazo de 5 años, y la concursada constituye una hipoteca de máximo sobre el piso entresuelo puerta 3ª del edificio antes citado, finca nº 2.842/N, en garantía del pago del saldo definitivo resultante de la cuenta de crédito, hasta un máximo de 222.000 # (de los que
200.000 # corresponden al principal).
Se valora y tasa esta finca a efectos de subasta en 487.113 #.
D) En enero, febrero y marzo de 2009, CEP anticipa a la concursada el importe de diversas facturas contra terceros por ventas al exterior, con vencimiento a los tres meses, resultando un importe total impagado, a julio de 2009, por 281.810,28 # (documentos 3 a 14 de la contestación).
Esta cantidad fue abonada por la concursada con el préstamo que se indica a continuación.
E) Por escritura pública de 31 de julio de 2009, CEP concede a PASCUAL CUBELES S.A. un préstamo por importe de 290.000 #, que por pacto entre las partes se destina a pagar la aludida deuda vencida y líquida. El préstamo vence a los 10 años y se conviene su devolución mediante 120 cuotas mensuales de 3.256,12 #.
En garantía de la devolución del principal, intereses remuneratorios al 11 % anual durante una anualidad, de la cantidad de 34.257 # para costas y gastos y de la suma de 110.200 # para intereses de demora, la concursada constituye "segunda hipoteca" sobre las fincas antes reseñadas (nº 2.830/N y nº 2.842/ N).
De la verificación registral anexa a la escritura consta que una y otra finca están sujetas a una primera hipoteca constituida por escritura pública de 17 de marzo de 2009, cuya vigencia se afirma en la escritura de préstamo por la parte prestataria.
La responsabilidad hipotecaria se distribuye entre las dos fincas de la siguiente manera:
a) La finca 2.830/N (local de la planta baja), responde de 125.000 # de principal, pago de sus intereses remuneratorios al tipo máximo del 11 % anual durante una anualidad, de 16.227 # para costas y gastos y de
47.500 # para intereses de demora.
Se valora y tasa a efectos de subasta en la suma de 607.032 #.
b) La finca 2.842/N (piso entresuelo) responde de 165.000 # de principal más intereses remuneratorios al tipo del 11 % durante una anualidad, 18.030 # para costas y gastos, más 62.700 # para intereses de demora.
Se valora y tasa en 487.113 #.
F) PASCUAL CUBELES S.A. fue declarada en concurso voluntario por auto de 10 de febrero de 2010.
QUINTO. 1. De acuerdo con los términos en que quedó delimitado el objeto del litigio tras la modificación de su objeto, la rescisión de la hipoteca, sobre las dos fincas indicadas, constituida por la escritura pública de 31 de julio de 2009, se asienta en la invocación de la presunción de perjuicio iuris tantum, que establece el art. 71.3.2º LC, sin mayor apoyo o desarrollo argumentativo del que ofrece la demanda, es decir: el préstamo se destina a cancelar una deuda preexistente y, a cambio del préstamo, la entidad financiera obtiene una garantía real para cubrir esta nueva obligación, con lo que se altera la par conditio creditorum.
La sentencia razonó que el perjuicio no podía ser apreciado, por tres circunstancias: (a) la obligación vencida y exigible, abonada con el capital del préstamo, se transformó en una deuda a largo plazo (diez años) y con un interés inferior al de la póliza de crédito (se refiere a la póliza de 28 de junio de 2006); (b) en contraprestación a estas ventajas, la concursada constituye una garantía real sobre dos fincas que ya estaban hipotecadas, lo que supone un sacrificio patrimonial menor, razonable y

ajustado; y (c) la obligación cancelada con el préstamo ya gozaba de una garantía real, por las dos hipotecas de máximo constituidas por escritura de 17 de marzo de 2009.

2. En cuanto al concepto de "perjuicio para la masa activa", hemos considerado en anteriores sentencias que el art. 71 LC admite una noción de perjuicio que no se reduce a los actos que de modo directo o estricto produzcan una disminución del patrimonio neto del deudor (es decir, minoración del activo sin correlativa minoración de su pasivo), como sucedería en los actos de disposición a título gratuito y, tratándose de negocios onerosos sinalagmáticos, cuando no exista equivalencia entre las prestaciones (en la medida de la descompensación o desequilibrio).

El concepto de perjuicio para la masa activa admite, también, una acepción amplia o indirecta, comprendiendo aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores (par conditio creditorum), cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la masa de acreedores, que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada.

En este sentido el perjuicio es presumido por la LC en el apartado 2, con carácter iuris et de iure, y en el apartado 3, aquí iuris tantum, del art. 71, al establecer como presunciones legales ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores, así mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o por la constitución de garantías reales a favor de deudas preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

El presente sería un supuesto de constitución de garantías reales no ya a favor de una deuda preexistente, sino de una nueva obligación (la derivada de un préstamo por importe de 290.000 #) que se contrae en sustitución de otra anterior o, lo que viene a ser lo mismo, para destinarla al pago o cancelación de otra obligación anterior o preexistente, vencida y exigible.

Pero sería un supuesto de hecho muy particularizado si se admite que la obligación anterior o preexistente ya contaba con una garantía real. En tal caso no puede decirse que concurra el fundamento de la presunción que establece el precepto, cual es la alteración de la par conditio creditorum al favorecer injustificadamente a un acreedor privilegiando su crédito con una garantía real con la que antes no contaba. Se ha de aceptar que si la obligación preexistente, que se sustituye o cancela por la nueva, estaba igualmente garantizada con una hipoteca, no hay en principio trato de favor injustificado al acreedor beneficiario de la nueva garantía, máxime cuando la obligación anterior ya vencida, que se cancela, se sustituye por una nueva a largo plazo (aquí 10 años), lo que redundará en beneficio de la continuación de la actividad empresarial, teniendo en cuenta también que, en este caso, las líneas de financiación se mantuvieron vigentes.

3. La AC alega en el recurso que, al gravar con una segunda hipoteca las fincas que ya estaban hipotecadas, el valor de éstas disminuye y en esa medida merma las expectativas de cobro de los demás acreedores en el concurso. En este caso, el exceso del valor de tasación en la primera hipoteca respecto de las responsabilidades garantizadas queda ahora absorbido con la segunda hipoteca, lo que implica un perjuicio para la masa activa.

Siendo esto cierto, no lo es necesariamente el perjuicio a la masa ni la alteración de la par conditio creditorum. Debe tenerse presente que si las primeras hipotecas se mantienen vigentes tras el pago de la deuda vencida de 281.810 #, es porque los contratos de financiación de cuyos saldos deudores responden las fincas también se han mantenido vigentes, y de hecho han generado otros saldos deudores que han sido reconocidos en el concurso, es decir, la financiación ha continuado, con el consiguiente riesgo para el banco. Con el préstamo y la segunda hipoteca, si es que la deuda vencida que se canceló con el capital prestado ya estaba cubierta por una primera hipoteca, se habría ampliado la extensión de la garantía, habida cuenta de las hipotecas prioritarias, para cubrir la refinanciación y permitir así la continuación de la actividad empresarial, lo que no puede decirse que haya supuesto una alteración de la par conditio creditorum. CEP hubiera podido ejecutar la primera hipoteca y no conceder más financiación; en su lugar, concedió una refinanciación con garantía real, que hubo de absorber el diferencial entre la tasación y las primeras responsabilidades.

Frente al argumento de que las fincas ya estaban hipotecadas, alega la AC que en la primera escritura de 17 de marzo de 2009, en garantía del "contrato multipóliza", se hipotecó sólo la finca 2.830/N (el local), pero con el préstamo de 31 de julio de 2009 se hipotecó también el piso entresuelo (finca 2.842/N) para responder de 165.000 # de principal más intereses, costas y gastos. Esta finca -prosigue la AC- no se gravó en la escritura de 17 de marzo de 2009, de modo que es una hipoteca nueva, en garantía de un préstamo que se destina a cancelar obligaciones vencidas que no gozaban de garantía hipotecaria anterior.

Hay que dejar constancia de que el piso entresuelo, finca 2.842/N, fue hipotecado (primera hipoteca) en la segunda escritura de 17 de marzo de 2009 (nº de protocolo 275) en garantía de las obligaciones derivadas de un contrato de cuenta de crédito hasta el límite de 200.000 #.

Lo que seguramente quiere significar la AC, y no lo hace con suficiente claridad, es que la deuda que se canceló (los 281.810 #), generada por el anticipo de facturas por operaciones extranjeras, no estaba cubierta por la garantía real sobre dicha finca 2.842/N, ya que aquella financiación tan sólo quedaba amparada por el "contrato multipóliza", que se garantizó con la hipoteca sobre el local (finca 2.830/N), y no por el crédito en cuenta corriente. De este modo, la segunda hipoteca (en garantía de una nueva obligación que viene a sustituir a la preexistente) se habría extendido a una finca más, que antes no estaba hipotecada para responder de la deuda cancelada.

Ante todo se trata de una cuestión nueva, que se introdujo en el acto de la vista de la primera instancia, y se reproduce en el recurso. Es un argumento de hecho que intenta rebatir la defensa que aventuró la parte demandada en su contestación sobre la ausencia de perjuicio presumible al amparo del art. 71.3.2º LC, en un intento de cubrir todos los posibles planteamientos que podrían derivarse de la genérica argumentación de la demanda, pero, obviamente, la demandada no pudo contrarrestar adecuadamente en su contestación la apreciación de un posible perjuicio a la masa generado por el hecho de que la deuda cancelada estaba cubierta tan sólo por la hipoteca de una finca y la nueva obligación contraída para refinanciarla queda cubierta por dos fincas. Este planteamiento lleva implícita la discusión acerca del alcance de la cobertura real con que contaba la obligación cancelada, y este debate no se suscitó en la demanda, ni siquiera en el escrito de modificación del objeto del proceso. Por ello, para no menoscabar el derecho de defensa por razón de alegaciones relevantes que no se expresaban en la demanda, y que debieron explicitarse en ella para subsumir el supuesto de hecho en la presunción del art. 71.3.2º LC, no deberían ser tenidas en cuenta.
Pero, en cualquier caso, la AC parece admitir que la obligación cancelada estaba cubierta, en efecto, con la hipoteca sobre el local de la planta baja (finca 2.830/N) al quedar amparada por el "contrato multipóliza" de fecha 17 de marzo de 2009 (la AC no alega lo contrario, y así se deduce de los argumentos del recurso).
En esta primera hipoteca la citada finca, valorada y tasada en 607.032 #, responde hasta un máximo de 535.500 # (que incluye 450.000 # de principal, y el resto por intereses, costas y gastos). La otra finca, nº 2.842/ N, valorada y tasada en 487.113 #, responde hasta un máximo de 222.000 # (de los 200.000 # corresponden al principal). En la segunda hipoteca se distribuye la responsabilidad hipotecaria entre las dos fincas de la siguiente manera (ya quedó expuesto con anterioridad): a) la finca nº 2.830/N (local) responde de 125.000 # de principal, más intereses, gastos y costas; y b) la finca 2.842/N (piso entresuelo) responde de 165.000 # de principal más intereses, gastos y costas.
Es decir, al mantenerse vigentes las primeras hipotecas, pues las líneas de crédito continuaron operativas, la nueva garantía se extiende a otra finca para cubrir el exceso que quedaría sin cobertura real por superar el valor de tasación de la primera finca, el local. Así, la extensión del gravamen a otra finca, se justifica por la necesidad de distribuir la responsabilidad en atención a las cantidades cubiertas con la primera hipoteca y la tasación de la finca.
Pero con ello no se altera el rango del acreedor, que ya gozaba de privilegio especial por la deuda cancelada; y al distribuirse de esa manera la responsabilidad hipotecaria entre dos fincas, aunque el gravamen se extienda a otra, ningún beneficio o privilegio adicional obtiene CEP, sino únicamente la cobertura real de la nueva obligación en toda su magnitud, con la que ya contaba con anterioridad.
No es apreciable, en fin el alegado perjuicio a la masa activa.": SAP Barcelona (Sección 15) 13.12.2011 (Sentencia 489/2011; Rollo 406/2011)

AP Cáceres

"Como bien se dice en la sentencia de instancia lo que realmente hicieron las partes fue sustituir una garantía por otra idéntica, salvo en lo que se refiere a su cuantía y a los plazos de vencimiento, que coinciden con los plazos de vencimiento de las tres sucesivas cuotas del préstamo garantizado, y ello aún cuando la cantidad de 150.000 # se correspondiera con el préstamo ICO y que se hubiesen liberado al concederse la subvención, que no se ha probado, pues aún en ese supuesto, la garantía sería idénticamente la misma, de no mediar la compensación pactada en la prenda originaria por impago de una cuota.
En resumen, según la Póliza de Pignoración de Derechos de Crédito documentados en Imposiciones a Plazo Fijo, quedó constituida prenda sobre los derechos de crédito de la Imposición a Plazo n° 032-11191-94, de 150.000 # y vencimiento al día 24 de marzo de 2.012, en garantía del pago de la Póliza de Préstamo n° 044-60002-54. Llegada la fecha en que debía de haberse producido el pago de la primera amortización del préstamo, es decir, el día 25 de enero de 2.010, como no se realizó el mismo, el Banco en aplicación de lo acordado por las partes en la Póliza de Pignoración de los derechos de crédito de la Imposición a Plazo n° 032-11191-94 de 150.000 #, en fecha 2 de febrero de 2.010, procedió a reembolsarse con cargo a dicha Imposición el importe de los incumplimientos que a dicha fecha arrojaba la Póliza de Préstamo n° 044-60002-54 ascendentes a 48.704,59 #; cantidad que se corresponde a 48.252,19 # de la cuota vencida el 25-01-2.010; 422,02 # de los intereses de demora producidos por el impago de dicha cuota; 30,05 # por los gastos de reclamación de posiciones vencidas; y 0,34 # por los gastos de correo.
Finalmente, con el resto del saldo de la Imposición a Plazo n° 032-11191-94 de 150.000 #, se constituyeron tres nuevas Imposiciones a Plazo por importe, dos de ellas, de 48.252,12 # y de 4.791,03 #, la otra, cuyos saldos quedaron pignorados, al igual que ya lo estaban anteriormente, en garantía del pago de la Póliza de Préstamo n° 044-60002-54.
En definitiva, no son ciertos los hechos y las consecuencias jurídicas que se postulan por la AC, pues no se procedió a cancelar una obligación preexistente constituyendo una nueva con una nueva garantía real, ni tampoco se constituyó una garantía real sobre una obligación preexistente que no tenía garantía. Lo que en realidad hicieron las partes fue sustituir una garantía por otra idéntica, salvo en lo que se refiere a su cuantía y a los plazos de vencimiento, que coinciden con los plazos de vencimiento de las tres sucesivas cuotas del préstamo garantizado.
TERCERO.-La Ley Concursal regula las acciones de reintegración en el Art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, aunque no

hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Se trata de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Su naturaleza rescisoria tiene como finalidad lograr que se declare la ineficacia del acto, condenando a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC), siendo su base absolutamente objetiva, separándose así de la acción pauliana de los Arts. 1.111 y 1.291 del CC al no atender a la presencia de intención fraudulenta, sin perjuicio en caso positivo, de las ulteriores consecuencias previstas en el art. 73 LC, en relación a la rescisión del acto atacado -calificación del crédito de la contraparte como subordinado y obligación de indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activapues, aquélla se asienta en la existencia de un simple perjuicio patrimonial, que al margen de los supuestos presumidos por la norma- art. 71.2 y 3 LC exige del actor su prueba - art. 71.4 LC - ofreciendo el apartado 5 un elemento interpretativo autentico y excluyente, imperativo del interés de los demandados, en su prueba, al declarar no rescindibles, entre otros, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
CUARTO.-Aplicando la anterior doctrina al supuesto sometido a nuestra consideración, la parte apelante se apoya en la presunción referida, al considerar que el Banco ha procedido a constituir una garantía de prenda para garantizar el abono de las cuotas del préstamo principal, cuando éste no tenía más garantía que un fiador personal y la imposición de un plazo fijo de 150. 000 #. Sin embargo, las pruebas practicadas ponen de manifiesto que lo que realmente sucedió es que se constituyó una prenda sobre tal imposición, con facultad de darlo por vencido anticipadamente si se dejaba de pagar alguna cuota de amortización, como así sucedió. Lo importante y realmente significativo a los efectos examinados es que las tres garantías no se constituyeron de forma nueva e independiente de la anterior por la cantidad total de 150.000 #, sino que sustituyeron a la anterior, pero sin modificación sustancial de sus condiciones.
En realidad la única novedad fue la actuación al parecer motivada por la operativa del Banco, que le obligaba a dividir la suma total pignorada restante, después de hacer efectiva la cuota impagada, en tres imposiciones con la cantidad resultante en cuantías diferentes, pero ello carece de relevancia jurídica, porque como fácilmente se puede comprobar, la suma de todas ellas, incluida la cantidad destinada a pagar una cuota del préstamo, intereses y gastos, asciende a la cantidad de 150. 000 #, idéntica a la cantidad pignorada desde que se concertó el préstamo.
Ciertamente, la existencia de vencimientos diferentes en los tres depósitos pignorados no es perjudicial para la deudora, porque tanto en una prenda como en las ulteriores se pactó el vencimiento anticipado de los mismos, para poder aplicar la compensación entre créditos.
No podemos hablar porque no se ha probado, de la existencia del perjuicio al que se refiere el Art. 71.3.2 LC, porque como hemos visto, no se ha constituido ninguna garantía real sobre una obligación preexistente, ya que la obligación principal, que es el préstamo, ya tenía constituida la prenda con la misma fecha, ni se ha constituido garantía real sobre obligaciones que sustituyen las preexistentes, simplemente se ha sustituido una garantía por otras tres que en absoluto perjudican ni afectan a la masa del concurso, pues la obligación principal es la misma, no concurriendo los requisitos del precepto citado.
En definitiva, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.”: SAP Cáceres (Sección 1) 20.07.2012 (Sentencia 379/2012; Rollo 433/2012)

AP La Coruña

“PRIMERO: El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en la alzada, por mor del recurso de apelación interpuesto consiste en la demanda de rescisión que, al amparo de lo normado en el art. 71 de la LC, es ejercitada por la administración del concurso voluntario de la mercantil SASIAIN BRAGE PROMOCIONES S.L. contra dicha entidad y el BBVA, a los efectos de obtener un pronunciamiento judicial, que proclame la rescisión del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, constituido en escritura pública de 10 de marzo de 2010, ante el Notario de Oleiros Sr. Sexto Presas, nº 984 de su protocolo y derivados.
Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad, que estimó la demanda, pronunciamiento judicial contra el que se interpuso recurso de apelación por el BBVA, que sin cuestionar la rescisión del mentado préstamo, con relación a las pólizas de crédito amortizadas con el mismo, si interesa que no se rescinda la garantía hipotecaria por la suma de 125.900,55 euros, correspondientes a la amortización de otro préstamo hipotecario que la concursada tenía concertado con CAIXA GALICIA.
De tal pretensión revocatoria se dio traslado a las partes apeladas, que dejaron transcurrir el plazo concedido sin formalizar su oposición al recurso interpuesto.

SEGUNDO: La acción rescisoria se fundamenta en la presunción de perjuicio contemplada en el art. 71.3.2ª de la LC. En efecto, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
Y, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: "La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas".
Es obvio que la constitución de garantías reales se ha producido con respecto a las pólizas de crédito concertadas con el BBVA, que pasaron a ostentar una garantía hipotecaria para su efectividad que antes no contaban, reforzándose de esta forma la potencialidad ejecutiva de tales créditos dentro del plazo legal reseñado, lo que entra de plano en la proposición normativa de la mentada presunción iuris tantum, no desvirtuada mediante prueba en contrario por la parte apelante, que se conforma con tal pronunciamiento rescisorio en relación con las precitadas pólizas; pero no así con respecto a los 125.990,55 euros, parte del préstamo que fueron destinados a la amortización de otro préstamo hipotecario concertado por la concursada con CAIXA GALICIA, ya que con respecto a éste último no concurre la presunción alegada por la administración concursal, ya que no se ha constituido una garantía real a favor de una obligación preexistente, que carecía de ella reforzándola, sino que ya contaba con la misma, por lo que lo que lo efectivamente realizado fue sustituir una garantía hipotecaria por otra para propiciar el cumplimiento de obligaciones asumidas por la concursada, lo que discurre extramuros de la invocada presunción concursal de perjuicio para la masa de acreedores. Nuevo préstamo hipotecario que, además, no consta, en modo alguno, fuera pactado en condiciones más gravosas para los acreedores o que alterase la par conditio creditorum.
TERCERO: Conviene aclarar que toda acción rescisoria concursal presupone, ya se invoque expresamente o no, la aplicación del art. 71.1 LC, sin perjuicio de que la causa petendi venga condicionada por los hechos narrados para justificar el carácter perjudicial o la aplicación de alguna de las presunciones de perjuicio previstas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC (STS de 26 de octubre de 2012).
Descartado, pues, que nos hallemos ante un caso del juego de la presunción de perjuicio del art. 71.3.2º de la LC, es necesario determinar si concurre el supuesto del apartado cuarto del mentado precepto, que exige que la administración concursal justifique el perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso, el cual, como apunta la STS 622/2010, de 27 de octubre, cuya doctrina ratifica la de 26 de octubre de 2012, ha de entenderse "como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación".
Pues bien, en este caso, la amortización del préstamo hipotecario estaba justificada, para el cumplimiento de una obligación vencida de la concursada, derivada de la permuta de un solar por edificación futura, y no se ha demostrado que, mediante la constitución de la garantía real a favor del BBVA, para satisfacer dicho préstamo se hubiera llevado a efecto un acto perjudicial para la masa de acreedores, ni alterado la par conditio creditorum, ya que lo único que se ha llevado a efecto es la sustitución de un acreedor hipotecario por otro, sin que se haya alegado tan siquiera que las nuevas condiciones del referido préstamo resultaran más gravosas para los interés de acreedores.
CUARTO: Por todo ello, el recurso de apelación ha de ser estimado en este punto, lo que determina no se haga especial pronunciamiento con respecto a las costas procesales de ambas instancias.”: SAP La Coruña (Sección 4) 29.07.2013 (Sentencia 300/2013; Rollo 292/2013)

AP Vizcaya

“PRIMERO La sentencia recurrida se dicta en un incidente de rescisión de la prenda sin desplazamiento de la posesión constituida por Energia Viva, SA, Enervisa, sobre cabezas de ganado de su propiedad, a favor de Banco Popular Español, SA, en garantía de un crédito en cuenta corriente hasta un límite de tres millones de euros, y cambio de la calificación del crédito derivado de la póliza suscrita entre ambos, por considerar dicho acto lesivo para los demás acreedores y en perjuicio de los mismos, con fundamento en el artículo 71 LC. Contra la sentencia estimatoria de dicho incidente se alza la parte recurrente, por entender que existe error en la valoración de la prueba, al no existir acto perjudicial para la masa activa; aplicación indebida del artículo 71.3.2 LC e infracción de lo establecido en el artículo 73 LC, en relación a los efectos derivados de la rescisión. La parte apelada interesó en sus alegaciones la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la resolución recurrida.
SEGUNDO Con carácter previo al análisis de los motivos que sustentan el recurso, es preciso realizar una breve síntesis de los hechos acreditados en la instancia: 1º. El 8 de abril de 2002 Banco Popular Español, SA, concedió a Enervisa un crédito de 3.000.000 euros con un pacto de vencimiento de dos años; en garantía de este crédito se constituye una prenda sin desplazamiento de la posesión, sobre 8.678 cabezas de ganado de su propiedad, que garantiza las disposiciones de dicho crédito hasta 3.000.000 euros, intereses ordinarios de una anualidad calculados al tipo del 9,25% anual, intereses de demora de dos anualidades al 19% y un 20% para costas, garantía que se inscribe en el Registro de Bienes Muebles de Toledo. Se pacta por las partes que los animales pignorados serían sustituidos cada cuatro meses por otros, mediante el otorgamiento de una cláusula adicional; en virtud de este pacto, se añaden nuevos anexos a la póliza, en los que sustituyen los animales que habían sido sacrificados por otros nuevos, pignorados en garantía de ese crédito; 2º. El 11 de julio de 2003 la misma entidad bancaria concede a Enervisa un crédito con garantía personal para la financiación de importaciones de ganado vacuno por un límite de 900.000 euros; 3º. El 24 de mayo de 2004 se

suscribe una nueva póliza de crédito entre Banco Popular Español, SA, y Enervisa, a la que se suman, como deudores, otras dos empresas del grupo, Enervisa y Campo Noble, SL, Complejo Cárnico Picos de Europa, SA, y Raciones Naturales, SAU., por valor de 3.500.000 euros. Se cargan en esta cuenta los importes pendientes del crédito en cuenta corriente asegurado con prenda y de la póliza de crédito para operaciones de comercio exterior anteriormente señalados, por lo que ambos créditos fueron cancelados, al tiempo que el Banco dispuso a su favor de la cantidad de 170.725,55 euros que existían en otra cuenta corriente de la que era titular Enervisa. Los nuevos acreditados, Enervisa y Campo Noble, SL, Complejo Cárnico Picos de Europa, SA, y Raciones Naturales, SAU., no recibieron por esta operación ninguna cantidad; 4º. Esta última póliza de crédito fue garantizada mediante una nueva prenda sin desplazamiento de la posesión que afectaba a 7.362 cabezas de ganado vacuno; la prenda se constituye en garantía de 3.500.000 euros de principal, intereses de mora de dos anualidades al 7,5% anual y otro 20% para costas y gastos.

TERCERO Como primer motivo del recurso, el recurrente impugna el pronunciamiento que considera que la operación creditícia formalizada el 24 de mayo de 2004 supuso un acto perjudicial para la masa activa del concurso, por considerarla ajena a la lógica y que no responde a un criterio racional en la apreciación de la prueba, y que la falta de prueba debe perjudicar a quien alega los hechos conforme a lo dispuesto en el los artículos 71.4 y 217.1 LECiv; denuncia, asimismo, la inaplicación de lo previsto en el artículo 73 LC, en cuanto a los efectos de la rescisión.

En primer término, alega el recurrente que la regla del artículo 71.3 LC, que contempla una presunción de perjuicio patrimonial, no es aplicable al caso, ya que la formalización de la prenda no supuso más que la renovación de la anteriormente constituida, por lo que no se constituye "ex novo" garantía real alguna. En relación a la ausencia de perjuicio, argumenta que si se compara, a la fecha de suscripción del nuevo crédito, esto es, a fecha de 24 de mayo de 2004, el estado de los dos créditos originarios (el garantizado con prenda y el personal formalizado para operaciones de importación) y sus expectativos de cobro, con el estado de los créditos después de la renovación (un único crédito asegurado con prenda), resulta que la formalización de este último crédito y el aseguramiento del mismo arroja una situación más beneficiosa para la masa activa del concurso de Enervisa. Razona en este sentido que con la renovación del crédito renunció a la ejecución de la prenda que garantizaba dos créditos vencidos e impagados por importe de 3.619.998,37 euros, más unos 47.500 euros mensuales en concepto de intereses de demora, al tiempo que facilitó la continuidad de la sociedad y de todas las empresas del grupo. Así, según la versión del recurrente, por lo que respecta al crédito asegurado con prenda, la cantidad que podría haber hecho efectiva con la primitiva garantía era de 3.000.000 euros de principal, 80.191,74 euros de intereses ordinarios, 72.833,33 euros de demora y un importe provisional de 54.498,37 euros, en concepto de costas, además de una cantidad por intereses de demora diarios de 1.583,33 euros día (alrededor de 47.500 euros/mes), lo que arrojaría un importe aproximado de 3.255.023,44 euros. Por lo que respecta al crédito personal formalizado para operaciones de comercio exterior, la cantidad adeudada a la fecha señalada era de 346.974,93 euros, que sumados a los 18.000 euros que se calculan de manera provisional en concepto de costas, sumaría un total de unos 364.974, 93 euros, que podrían hacerse efectivos mediante la misma prenda, por aplicación del artículo 1866 CC, al tratarse de un deuda que fue constituida con posterioridad a la asegurada con prenda la sentencia, sin embargo, considera íntegramente perjudicial la constitución de la nueva garantía, por importe de 3.500.000 euros, acordando la rescisión íntegra de la prenda constituida en garantía de tal importe.

A este respecto debe significarse que la acción ejercitada y estimada por la sentencia apelada es la acción de rescisión concursal regulada en los artículo 71 a 73 LC.

Como es sabido, el artículo 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.

La ineficacia a que se refiere este precepto es la propia de la rescisión, aunque su fundamento no radica en el "consilium fraudis" sino exclusivamente en el perjuicio. En cuanto al concepto de perjuicio, es polémico, en principio, si debe entenderse en sentido estricto, en el sentido de que haya detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, o si, por el contrario, el perjuicio viene dado por la disminución de la garantía de cobro producida por una aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de dicho, con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro. Esta última postura es la acogida por esta Sala, mantenida, asimismo, por un sector autorizado de la doctrina y jurisprudencia, como declara, entre las más recientes, la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 1 de febrero de 2007 (rec. 524/2006 [AC 2007, 765]).

Pues bien, aplicando estas consideraciones al caso enjuiciado, esta Sala considera que las alegaciones del recurrente en sustento de este motivo deben ser parcialmente estimadas. Por una parte, la prenda formalizada el 24 de mayo de 2004 no es incardinable, por su total importe, en el apartado 2 del artículo 71.3 LC, ya que no se constituye "ex novo" una garantía en favor de una obligación que preexistía, sino que aquélla sustituye, en parte, a otra garantía preexistente; en otras palabras, se constituye una prenda para garantizar una deuda que, en parte, ya estaba garantizada con garantía real, por lo que, siquiera en la parte asegurada con aquélla, no se está en el supuesto previsto en el artículo 71.3.2º LC, sino en el establecido en el artículo 71.4 LC, por lo que, siquiera por ese importe, el perjuicio patrimonial no se presume, sino que debe probarse por quien ejercita la acción rescisoria «ex» artículo 71.4 LC.

Por lo que respecta a la existencia de perjuicio, lo que se deduce de lo actuado es que el Banco Popular Español, SA, constituyó derecho de prenda en garantía de deudas preexistentes de la

concursada, de las cuales, una estaba asegurada por prenda, y la otra carecía de garantía real alguna; ello implica que, con la constitución de la prenda, el Banco alteró, desde un punto de vista concursal, la calificación del crédito que no gozaba de garantía, por el privilegio que obtiene con tal operación. No cabe argumentar en contrario que este último crédito también se hallaba asegurado con prenda con base en el artículo 1866 CC, ya que aparte de ser una alegación nueva, no tiene fundamento alguno, ya que dicho precepto, por su contenido, sólo es aplicable a la prenda con desplazamiento de la posesión regulada en el Código civil, y no a la prenda sin desplazamiento; y, en cualquier caso, como tiene declarado la jurisprudencia, sólo establece un derecho de retención sobre los bienes pignorados, en modo alguno una extensión de la garantía sobre los mismos. Y todo ello mientras la concursada mantiene la misma deuda, puesto que el importe de la asegurada con la nueva prenda, coincide básicamente con los importes pendientes de los créditos preexistentes, cuyos importes fueron cancelados, al tiempo que el Banco dispuso a su favor de una cantidad de 170.725,55 euros que existían en otra cuenta de que era titular la concursada, por lo que es evidente que esta operación de crédito no supuso financiación adicional para la concursada.
Además, la nueva póliza se suscribe por otras empresas del grupo, también declaradas en concurso, que pese a obligarse en concepto de deudoras no recibieron por esta operación cantidad alguna; el acreedor obtiene, así, la garantía personal de otras empresas del grupo, que adquieren por este mismo acto la condición de deudores, sin recibir por esta operación ninguna cantidad, por lo que la ventaja patrimonial del Banco Popular Español, SA, se logra en perjuicio de la "par conditio creditorum". Ahora bien, contrariamente a lo que entiende el juzgador "a quo", esto último no puede ser utilizado como fundamento de la rescisión de la prenda, ya que, sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de las acreditadas, la prenda, como garantía real, únicamente tiene por objeto la afección de los bienes pignorados para cuya seguridad se constituye, tal y como se recoge, por otra parte, en la escritura constitutiva de prenda.
En definitiva, el fundamento de la rescisión de la prenda se sitúa en el perjuicio que supone para los demás acreedores la constitución de la prenda por el importe que, antes de su renovación carecía de garantía real alguna, perjuicio que, por otra parte, presume el artículo 71.3 LC y no ha quedado desvirtuado por prueba alguna en contrario.
Ello supone que la constitución de la prenda no puede, con base en estos fundamentos, ser considerada, en su totalidad, perjudicial para la masa de acreedores, lo que no obsta para que la existencia de perjuicio se funde en otros motivos, como una mayor onerosidad de la nueva garantía en perjuicio de la "par conditio creditorum", que en todo caso deben probarse conforme al artículo 71.4 LC, y que no se da en el caso enjuiciado. Así, si se comparan las condiciones objetivas de la prenda constituida en el año 2004 con las de la prenda anterior, del año 2002, resulta que en la del 2004, no se pactan intereses remuneratorios, mientras que en la anterior se asegura una anualidad a un tipo del 7,5 %; y, respecto a los demora, aunque en ambas se aseguran dos anualidades, el tipo pactado es del 7,5% frente al 19% pactado para la prenda; además, las vacas pignoradas son sólo 6.000 frente a las 8.678 pignoradas inicialmente.
La existencia de perjuicio tampoco puede fundarse en el hecho de que la nueva garantía tuviese una eficacia más amplia para el acreedor que la anterior, a la que sustituye, tal y como parece entender el apelado al denunciar la escasa eficacia que tenía la prenda sobre las cabezas de ganado, por entender que el paso del tiempo mermaba la garantía a consecuencia de que, tras su cría y engorde, las reses debían ser sacrificadas. Tal alegación no puede prosperar, ya que es un hecho acreditado que las partes, con el fin de impedir una disminución de la garantía, acordaron que cada cuatro meses se procedería a renovar la prenda ante fedatario público mediante la correspondiente póliza, estableciendo una nueva relación de animales afectos a la prenda, y procediéndose a su inscripción en el Registro; asimismo es un hecho acreditado, que nadie discute, que la indicada renovación de la prenda se realizó en cuatro ocasiones, la última el 19 de enero de 2004, en la que se pignoraron por acuerdo entre las partes 7.668 animales, hecho éste que, lejos de tener el significado y alcance que la parte apelada le atribuye, favorable a la eficacia reducida de la garantía, evidencia que el primer contrato de prenda incorporaba un sistema, que las partes venían utilizando, para mantener permanente el nivel de garantía para el acreedor, sin perjuicio de que la nueva prenda suscrita en el 2004 incorporase un sistema más sofisticado de conservación de la garantía, conforme al cual la garantía se extiende a los créditos surgidos por la venta de las vacas.
Por todo ello, esta Sala considera procedente acordar la rescisión parcial de la garantía, dentro de los límites establecidos en el artículo 456.1 LECiv para el recurso de apelación, aunque, como denuncia el apelado, el recurrente sólo haya formulado, con carácter subsidiario, esta petición en apelación, y no en la instancia. Esta posibilidad, la de la rescisión parcial, ha sido reconocida, en abstracto, por la doctrina y jurisprudencia del TS para la acción de rescisión por fraude de acreedores regulada en el párrafo 1º del artículo 1297 CC, aplicable por analogía al caso que nos ocupa, al señalar que la rescisión no puede ir más allá de donde llega el perjuicio efectivamente causado, por lo que cabe la rescisión parcial, siempre que, atendiendo a las circunstancias concretas, aquélla sea posible, tal y declara, entre las más recientes, la STS de 21 de noviembre de 2006, rec. 116/2000 y otras, de fecha más antigua, que allí se citan; y para la acción rescisoria concursal, la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 1 de febrero de 2007, rec. 524/2006 (AC 2007, 765)Cierto es que algunas sentencias del TS se han pronunciado en el sentido de que no cabe rescisión parcial de la hipoteca, cuyo razonamiento sería extensible a la prenda, cuando la garantía recae sobre un determinado bien, como declara la sentencia anteriormente citada de 21 de noviembre de 2006, o incluso cuando se constituyen varias hipotecas sobre distintas fincas cuando los contratos tuvieran, como un todo, finalidad única, como señala la STS de 10 de diciembre de 2002, rec. 1339/1997 (RJ 2003, 301). ora bien, la doctrina de las

sentencias citadas no es de aplicación al caso que nos ocupa, ya que se refieren a supuestos en los que las hipotecas cuya rescisión parcial se pretende son, en su totalidad, perjudiciales para los acreedores, por haberse constituido "ex novo" en favor de obligaciones preexistentes, lo que constituye la "ratio decidendi" de estas sentencias, al considerar que la rescisión afecta, como un todo a la garantía; mientras que en el supuesto aquí enjuiciado, la constitución de la prenda, no es, por su total importe, un acto perjudicial para la masa de acreedores.
Por todo lo expuesto, si se parte del dato, no discutido por nadie, de que a la fecha de la novación de la garantía, el 24 de mayo de 2004, el importe pendiente del crédito asegurado con prenda era de 3.000.000 euros de capital, 80.191,74 euros de intereses remuneratorios y 72.833,33 euros de intereses moratorios, ésta ha de ser la cantidad máxima que podría hacerse efectiva, en concepto de capital e intereses moratorios, con la nueva prenda (ya que, como se desprende de la cláusula de constitución de la misma, la nueva garantía no se extiende a los intereses remuneratorios); en consecuencia procede declarar la rescisión parcial de la prenda, con reducción de la garantía hasta estos límites, con la consiguiente calificación del crédito como privilegiado, con privilegio especial «ex» artículo 91.1.1º LC, por tal importe.
Al acordarse la rescisión parcial de la prenda, cae por su base el tercer motivo del recurso, por el que se denuncia aplicación indebida del artículo 73 LC, relativo a los efectos de la rescisión.". SAP Vizcaya (Sección 4) 12.06.2008 (AC 2008/2360:; Sentencia 408/2008; Rollo 112/2007)

JM-1 Barcelona

"1. Son hecho no controvertidos por los litigantes, según se desprende sus escritos de alegaciones, los siguientes: A) Entre los días 30 de marzo de 2007 y 31 de julio de 2007 la concursada suscribió con la demandada ocho contratos de leasing para la adquisición de diversas maquinaria, por un importe total de 504.066'08 euros. B) El día 30 de julio de 2008 la concursada otorgó una hipoteca de máximo de 180.000 euros sobre la finca de su propiedad sita en la calle Guifre 751-757 de Badalona, en garantía de un crédito de 180.000 euros, destinado al pago de las cuotas pendientes de los contratos de leasing. C) El dia 15 de junio de 2009 la concursada procedió a vender la finca hipotecada al Institut Catala del Sol por el precio de 5.000.000 euros, importe que se destina, entre otras cosas, a pagar las cargas hipotecarias que gravaban la finca. D) Entre otros acreedores, se paga la Caixa de Girona la suma de 180.000 euros para liberar la finca de la hipoteca constituida y venderla libre de gravámenes.
2. El administrador concursal basa su demanda en que realmente ignora cual es la justificación de dicho pago, es decir, cual era la situación de los leasing en ese momento en que se satisfizo su importe, información que no ha podido obtener ni la de la concursada ni de la Caixa. Por ese motivo considera que el pago efectuado a la Caixa de Girona ha de ser reintegrado, al no constar que corresponda a una deuda vencida.
3. La Caixa de Girona acredita, mediante el documento no 6 de su contestación, que ese pago se hizo, en parte, para la adquisición de la propiedad de los bienes dados en leasing, para lo cual la concursada ejercitó de forma anticipada la opción de compra prevista en los contratos de arrendamiento financiero. Efectivamente, si examinamos el documento no 6, vemos que la Caja y la concursada pactaron la adquisición de todos los bienes por el precio residual de 205.669'51 euros mas IVA, extinguiendo de esta forma los contratos de arrendamiento, cuyo pago estaba garantizado mediante la hipoteca de máximo.
4. Como podemos ver, examinado los contratos de leasing o el mencionado documento no 6, todos los contratos vencían con posteridad a la declaración de concurso, concretamente entre el 30/3/2012 y el 13/7/2012, por lo que la Caja y la concursada tuvieron que dar por vencidos anticipadamente sus contratos para hacer pagar los mismos.
5. Los arrendamientos financieros suscritos por la concursada con la Caixa de Girona, inicialmente habían estado garantizados con la prenda de un deposito de 400.000 euros de la concursa en dicha entidad, como se desprende de la escritura pública de fecha 30 de marzo de 2007, documento no 1 de la contestación a la demanda de la Caixa. Dicha garantía fue sustituida, a instancias de la concursada, documento no 2 de la contestación, por la hipoteca de máximo mencionada, con lo que la hipoteca sustituye una garantía pignoraticia previa.
6. El art. 71 LC establece que: "1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta"
7. Son dos los requisitos que le ley exige para que un acto sea rescindible, el primero, que se haya realizado dos años antes de la fecha de la declaración del concurso, y, segundo, que resulte perjudicial para la masa. Por el contrario, la propia ley se ocupa de aclarar que no es necesario que hubiera existido intención fraudulenta, ni el deudor-concursado, ni en la parte favorecida por el acto impugnado, ambas partes han podido actuar de buena fe y sin ánimo de causar daño a nadie. Con esta aclaración la ley quiere que se centre la valoración del acto en el perjuicio para el concurso.
8. El art. 71.2 LC establece dos supuesto en los que los actos realizados son directamente rescindibles, sin necesidad de más demostraciones que el supuesto de hecho contemplado por la norma. Esos supuestos son: a) los actos dispositivos a titulo gratuito, en lo que no hay contraprestación; b) el pago anticipado de deudas vencimiento posterior al concurso, en los que el deudor claramente quiere favorecer injustificadamente a ciertos deudores pagando su deuda antes de que hubiera vencido. En este segundo caso, el acreedor que cobra anticipadamente, indudablemente tiene derecho a cobrar, pero se rescinde el pago efectuado por no respetar la "par conditio creditorum"

a la que estaría sometido de haberse esperado su vencimiento. Así pues, la ley sanciona el quebranto de ese principio básico con las rescisión del acto. De ello podemos deducir que todo acto que quiebre ese principio podría sería perjudicial para el concurso y en consecuencia rescindible.
9. En nuestro caso, tenemos que los 180.000 euros se destinaron a pagar, casi en su totalidad, una deuda antes de su vencimiento, como he dicho, en principio, ello supondría automáticamente, por aplicación de lo establecido en el art. 71.2 LC, que el pago sería ineficaz si necesidad de probar perjuicio alguno.
10. El art. 71.3 establece dos presunciones <<iuris tantum>> de perjuicio. La primera, relativa a los actos realizados a titulo oneroso pero en favor de personas especialmente relacionadas con el deudor, en este caso el perjuicio se presume a menos que el deudor o el adquirente prueben que no ha existido, prueba que deberá consistir en demostrar la utilidad del acto dispositivo para los acreedores concursales. La segunda se refiere a la constitución de garantías reales en sustitución a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de las preexistentes, con esta norma la ley vuelve a sancionar a los acreedores, que teniendo derecho a cobrar, pretende colocarse en un posición ventajosa frente a los demás acreedores. Esa presunción parece basarse nuevamente en la vulneración de de la <<par conditio creditorum> como principio básico.
11. La hipoteca, como ya he dicho, no se constituyó para garantizar deudas preexistentes no garantizadas, sino en sustitución de una garantía real previa, por lo tanto, no sería rescindible, con independencia de que además, conforme el art. 10 de la Ley 211981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en la nueva redacción de la art. 12.2 de Ley 41/2007 de 7 diciembre 2007, la administración concursal tendría que haber alegado y probado la intención fraudulenta, cosa que no ha hecho.
12. Así pues, en este caso, el pacto de vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas no puede examinarse independientemente de la garantías vigentes en este momento. Por ello, a mi juicio, estaba justificado acordar el vencimiento anticipado de las obligaciones a cambio de renunciar a la garantía hipotecaria, con la finalidad de vender la finca libre de cargas, lo que hace que el pago no sea rescindible. ": SJM-1 Barcelona 17.01.2011 (Sentencia 15/2011; Incidente Concursal 118/2010)

1.1.1 Aplicabilidad: sustitución de garantía de reserva de dominio de vehículos por hipoteca inmobiliaria

AP Las Palmas

"TERCERO.- En el supuesto de autos la mercantil FEC BANK PLC, suscribió con la concursada UNIÓN RENT S.A., diversos contratos de financiación al comprador de automóviles, para financiar la flota de vehículos de la marca FORD, de la mercantil concursada desde la constitución de esta financiación se constituía una garantía consistente en un pacto de reserva de dominio, que se inscribieron en el Registro de bienes muebles, modificándose con posterioridad la garantía en las hipotecas cuya rescisión se solicita. Entiende la recurrente que las hipotecas son solo una simple novación modificativa de las garantías reales ya existentes y se ampliaron los plazos de vencimiento de los créditos lo que posibilito la continuación de la actividad económica.
La cantidad adeudada a la fecha de la constitución de la hipoteca traía su causa en el impago de determinadas cuotas del contrato de financiación al comprador, así en la hipoteca constituída con número de protocolo 3.226 el 29 de diciembre de 2.003, se garantizaba lo impagado, desde agosto de 2.003 y lo que restaba por pagar hasta octubre de 2.005. Garantizándose la suma de 70.451,98 #, estableciéndose su pago en cuotas de 2.935,50 # desde la fecha de su constitución hasta, diciembre de 2.005. Se amplía pues su pago como indica la recurrente pero solo en dos meses y la deuda se había contraído en el 2.001, esta operación, es la que se refleja en todas las escrituras hipotecarias, recogiéndose en algunas varios contratos de financiación.
De lo dicho queda acreditado, que la deuda era anterior a la constitución de la hipoteca, siendo algunos desde el 2.001. Esta deuda estaba financiada por la entidad FEC BANK PLC y lo que se realizo en el año 2.003 es una garantía reforzada de la deuda ante el impago de la misma. Lo que se declara ineficaz es esta hipoteca, que garantiza la deuda preexistente como reconoce el art. 71 de la L en su párrafo tercero, garantías nuevas sobre deudas preexistentes, la hipoteca no estaba constituída, sino la reserva de dominio, siendo mayor garantía la de bienes inmuebles que la real sobre bienes muebles, como los automóviles que se deprecian por el simple paso del tiempo, se afianza la deuda o se asegura más garantizándola con un bien inmueble que con un mueble.
CUARTO.- Se trata pues de una garantía en cuya constitución se presume iuris tantum el perjuicio patrimonial. Para determinar la no existencia de este perjuicio ha de valorarse todas las circunstancias concurrentes a fin de comprobar si se ha producido o no un sacrificio patrimonial justificado, que como ya dijimos, se ha de producir en el momento de constituirse las hipotecas. En el caso de autos, de no haberse celebrado las escrituras de hipoteca, la masa activa del concurso estaría formada por más bienes libres de cargas y tendría un valor mayor con el que podría satisfacerse en mejor y mayor medida a los acreedores.
Sin que en ningún momento se pruebe que ese perjuicio repercutió a favor de la mercantil, no se acredita que por la constitución de las hipotecas, (ya estaban impagados en parte los créditos con FEC BANK PLC), la concursada siguiera su actividad, todo lo contrario es una manera de reforzar la garantía de su deuda la realizada por FEC BANK PLC, al constituir las hipotecas.
Por último solicita la recurrente que se rehabilite la reserva de dominio, garantía que se novó por las hipotecas, esta solicitud no se realizó en primera instancia por lo que no puede estimarse en

apelación.
Por todo lo expuesto solo procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida “:SAP Las Palmas (Sección 4) 24.10.2013 (Sentencia 388/2013; Rollo 569/2011)

1.2 Esta presunción sólo es aplicable cuando la deuda preexistente garantizada o sustituida es a favor del acreedor que se beneficia con la garantía real

AP Alicante

“TERCERO.-Entre Sol Mar y Lico Renting se formalizaron dos contratos de arrendamiento cuyo objeto fue la cesión de diferentes flotas de vehículos destinados al giro propio de la empresa arrendataria, Sol Mar.
Estos contratos se vinculaban a su vez a convenios de recompra por los proveedores de los vehículos en los plazos y condiciones previstas en el contrato, conforme al cual, dado que los vehículos arrendados a la concursada eran propiedad de Lico Renting, ésta sería la beneficiaria del producto que se obtuviese de los pactos de recompra con los proveedores al término del renting.
Por tanto el mecanismo contractual previsto en dichos contratos de arrendamiento era que Lico Renting compraba los vehículos, los arrendaba a Sol Mar y a la conclusión del arrendamiento, revertían por recompra a los proveedores iniciales, obviamente, en beneficio de la propietaria Lico Renting.
Ahora bien, en el discurrir de tal relación, se produjo una necesidad comercial distinta en Sol Mar traducida en la adquisición de parte de los vehículos arrendados.
En efecto, y al margen de quien tomara la iniciativa, es lo cierto que en relación a una parte importante de la flota arrendada, hay un acuerdo entre las partes implicadas de proceder a la modificación del título de posesión mediante la adquisición por Sol Mar dichos vehículos y, con ellos, el derecho a la percepción directa de los importes de los convenios de recompra.
Es en esta situación que ingresa en el negocio Lico Leasing, aportando la financiación necesaria a Sol Mar para aquella operación de compra de 283 vehículos, financiación que se garantiza con gravámenes hipotecarios sobre fincas de Sol Mar. Así resulta del contrato de préstamo y el posterior de constitución de garantía hipotecaria ambos de 5 de febrero de 2009.
Pues bien, siendo así, no puede sostenerse que la garantía hipotecaria en relación a dicha operación de préstamo fuera una operación fraudulenta, destinada a beneficiar la posición del acreedor. Y no lo es porque ni concurre el presupuesto de hecho de la norma invocada por la Administración concursal - art 71-3-2º LC -ni en todo caso se prueba por la demandante perjuicio para la masa activa con la conclusión de tal negocio jurídico.
CUARTO.-No se da el presupuesto de la presunción *iuris tamtum* de perjuicio del caso señalado por la Administración Concursal de constitución de garantías sobre obligaciones preexistentes - art 71-3-2º LC al evidenciarse documentalmente que las garantías vinculadas al préstamo lo son en relación a un negocio jurídico *ex novo,* un contrato de préstamo para la financiación de un determinado negocio de compraventa de vehículos.
Como dice la SAP Barcelona, Secc. 15, de 26 de septiembre de 2007, "... *en la ratio del art. 71.3.2º LC se da por presupuesto que la deuda preexistente, en cuya garantía se constituye la hipoteca, lo es frente al acreedor a quien se beneficia con la carga real, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa (del deudor concursado hipotecante). La ineficacia, por rescisión concursal, que pudiera loarse de los pagos efectuados por el concursado a favor de terceros con el dinero obtenido de la entidad financiera, o en general, la posible rescisión de los negocios de aplicación del préstamo recibido, es otra cuestión, ajena al objeto del litigio. Una cosa es la operación de gravamen sujeta a la presunción de dicho precepto, concurriendo las circunstancias legales, y otra, sometida a tratamiento distinto, aún dentro del ámbito de la rescisión concursal, es el destino que se da por el deudor al dinero recibido por virtud de la operación crediticia (pagos a acreedores u otros negocios), que podrán ser rescindibles conforme a la LC según los casos..* ".
Pero tampoco podemos aceptar que haya en la operación perjuicio para la masa por injustificada ganancia en la naturaleza del crédito, pues el negocio de préstamo, no sólo constituye una forma financiación en relación a un negocio propio del giro mercantil de Sol Mar, que no consta que estuviera en situación de insolvencia (que no se declara sino casi dos años después), sino que le permite, por la propia complejidad del contrato arrendamiento previo, obtener liquidez a corto plazo a través de los derechos sobre la recompra de los vehículos por los concesionarios a ejecutar en poco más de un mes después de la operación de crédito marzo-abril-, solventando con ello, al menos en parte, el problema de un fondo de maniobra que si podía ser negativo - afectando la liquidez-, podía al menos en parte se solventado con una operación como la realizada que permitiría a Sol Mar atender al pasivo a corto plazo además de financiar a largo plazo parte de la deuda en que pudiera incurrir a la conclusión de los contratos de arrendamiento.
En suma, se obtiene con el préstamo el dinero para la compra de los vehículos y la expectativa contractual de liquidación de los mismos mediante su reventa a los concesionarios proveedores originales. Se ingresa de forma mediata dinero nuevo derivado de un pasivo a largo plazo.
En efecto, lo que se constata de la documentación aportada es que con el préstamo Sol Mar compra 283 vehículos y le da derecho a percibir directamente de los proveedores los precios de recompra, logrando liquidez. Y no hay que confundirse por el hecho de que el importe del préstamo se abonara de forma directa por la prestamista a Lico Renting -doc nº 4 contestación-, pues la liquidez deriva de la

percepción en su día del precio por reventa a los concesionarios conforme a los convenios suscritos, pero también, del beneficio financiero de la sustitución de un crédito inmediato por otro a largo plazo aligerando el circulante pasivo causa de los problemas de maniobra.
Y es un argumento falaz para negar este efecto del préstamo aducir que en la escritura de constitución de hipotecas se hace constar que las obligaciones garantizadas no constituyen financiación alguna sino únicamente aseguramiento de su cobro por Lico Renting pues, primero, en todo caso se refiere a ésta y no a la prestamista y, segundo, es que tal referencia se hace no en relación al negocio de préstamo sino al de reconocimiento de deuda, que es otro distinto.
Como se recordará (y así lo hemos dicho ya en nuestra Sentencia de 8 de noviembre de 2012), la jurisprudencia mercantil ha venido considerando que son actos perjudiciales para la masa tanto aquéllos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), cuanto los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto). Más modernamente, se ha avanzado más en la precisión del concepto, con la finalidad de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial por el de "sacrificio patrimonial injustificado", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010.
Tomando esto en consideración, negamos que exista perjuicio en la masa por la constitución de los gravámenes en garantía del préstamos concedido por Lico Leasing ya que el gravamen sobre las fincas de que se trata era es suficiente y proporcionado a la entidad de las obligaciones asumidas en virtud del préstamo y desde luego, la mera constitución de la garantía no es un simple privilegio innecesario pues con el préstamo pues, como hemos dicho, Sol Mar obtuvo tesorería en una situación coyuntural y en unas condiciones de financiación que no se han demostrado fuera de mercado y lo cierto es que valorada la operación ex ante no se aprecia una intención fraudulenta ni tampoco puede hablarse de una falta de justificación de una operación común en el tráfico que supuso la entrada de una importante suma de numerario.
Por tanto, respecto de éste negocio, debemos estimar el recurso de apelación, dejando sin efecto el pronunciamiento rescisorio respecto de las cargas de que se trata, es decir, de las afectantes a las fincas NUM002 NUM007 / Jávea, NUM003 NUM007 / Jávea y NUM004 NUM007 / Jávea.”: SAP Alicante (Sección 8) 15.04.2014 (Sentencia 103/2014; Rollo 86/2014)

AP Barcelona

“En el contexto. que contemplamos y que ha sido descrito en su parte relevante, los nueve concursados distintos de JFC S.A. hipotecaron bienes de su respectiva propiedad en garantia de unas obligaciones o deudas ajenas, pues quien recibe las prestaciones dinerarias y crediticias es JFC S.A, que no constituye garantía real alguna sobre bienes propios. Ninguno de los hipotecantes estaba vinculado a título personal con La Caixa de Catalunya por virtud de créditos anteriores y por tanto no existía una obligación o deuda preexistente a cargo de ellos frente a la Caixa que. pasara a ser garantizada por las hipotecas que constituyeron. De ahí que no sea apreciable el supuesto de hecho que sustenta la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial a tenor del art. 71.3.2º LC, que se invocó en la demanda y se aplicó por la Sentencia apelada, pues este precepto presupone que (a) la garantía hipotecaria se constituye por el deudor concursado sobre un bien de su propiedad y (b) para garantizar una deuda preexistente o una nueva contraída en sustitución de ésta, de la que es titular el acreedor a quien se beneficia con la garantía hipotecaria (a salvo el supuesto, claro está, de connivencias fraudulentas).
Si así sucede no ha de extrañar la presunción legal del perjuicio patrimonial a. la masa activa del deudor hipotecante, aunque admita prueba en contrario, pues al favorecer con la constitución de una hipoteca o garantía real a un acreedor que lo es de un crédito preexistente a ese acto, en una época relativamente próxima a la situación de insolvencia (que la Ley fija en determinado plazo antecedente por razones de seguridad jurídica), se quiebra el principio de par conditio creditorum o trato paritario, ya que se otorga a ese acreedor, para el cobro de un crédito que debe someterse al tratamiento concursal, un instrumento que le permitirá eludirlo, con la consiguiente minoración de la masa activa del deudor y que ahora servirá para dar satisfacción a ese acreedor en perjuicio de los demás.
IV) La conclusión es clara en lo que respecta a las hipotecas constituidas en garantía de las operaciones crediticias 2 y 4a: los hipotecantes concursados no garantizan deudas a su cargo preexistentes con La Caixa D'Estalvis de Catalunya, sino obligaciones ajenas, de la sociedad JFC S.A. En consecuencia, el perjuicio para las masas activas de los concursos de las personas hipotecantes concursadas no puede ser apreciado al amparo del art. 71.3.2º LC (y menos aún de las no concursadas).
La misma conclusión se impone en lo que respecta a las hipotecas que garantizan las operaciones crediticias 1ª y 3, que proporcionan liquidez inmediata que efectivamente se destina a pagar a acreedores comerciales de dicha sociedad, porque la garantía hipotecaria la constituyen terceras personas, no JFC S.A., y en todo caso porque de atender al enfoque que propone la demanda incidental, las hipotecas no garantizan en estos casos obligaciones preexistentes de JFC S.A con la entidad financiera que, no se olvide, asume y cumple ese mismo acto de formalización de sendos negocios una prestación de entrega dineraria y de disponibilidad crediticia a favor de la prestataria/acreditada, que ésta recibe y dispone, otorgándole el destino ya conocido: pago de deudas frente a proveedores.
En la ratio del art. 71.3.2º LC se da por presupuesto que la deuda preexistente, en cuya garantía se

constituye la hipoteca, lo es frente al acreedor a quien se beneficia. con la carga real, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa (del deudor concursado hipotecante). La ineficacia, por rescisión concursal, que pudiera loarse de los pagos efectuados por el concursado a favor de terceros con el dinero obtenido de la entidad financiera, o en general, la posible rescisión de los negocios de aplicación del préstamo recibido, es otra cuestión, ajena al objeto del litigio. Una cosa es la operación de gravamen sujeta a la presunción de dicho precepto, concurriendo las circunstancias legales, y otra, sometida a tratamiento distinto, aún dentro del ámbito de la rescisión concursal, es el destino que se da por el deudor al dinero recibido por virtud de la operación crediticia (pagos a acreedores u otros negocios), que podrán ser rescindibles conforme a la LC según los casos. De atender a otro criterio, el que propone la demanda y acepta la sentencia, desaparece el fundamento del perjuicio patrimonial y se desvirtúa la razón de ser de la norma (nos referimos a la norma de amparo invocada en la demanda, que no es otra que el art. 71.3.2º LC)": SAP Barcelona (Sección 15) 26.09.2007 (Rollo 296/2007)

AP Huelva

"TERCERO.- La acción ejercitada es la contemplada en el artículo 71.3 de la LC, al considerar la ahora apelante que dicha operación crediticia es perjudicial para el concurso de conformidad con lo establecido en el artículo 71.3.2º LC que establece la presunción iuris tantum de perjuicio cuando se constituyen garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o nuevas contraídas en sustitución de aquellas.
Manifiesta el apelante que la operación que se pretende rescindir se efectuó para la amortización anticipada de dos préstamos.
El recurso de apelación carece de argumentos que desvirtúen las razones expuestas en la Sentencia recurrida para rechazar la acción de rescisión ejercitada por el administrador concursal. Como razona el Juez a quo, si bien el perjuicio patrimonial se presume cuando se trata de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, ello "no exime a quien ejercita la acción de justificar y acreditar que la realidad del acto y que el mismo conforma la constitución de garantía reales a favor de una obligación preexistente o nuevas contraídas en sustitución de aquéllas".
En este supuesto, como muy acertadamente expone el Juzgador de Instancia, el préstamo con garantía hipotecaria suscrito no se destina principalmente a extinguir la deuda preexistente, sino al pago de efectos que no habían -resultado satisfechos, con lo que la obligación garantizada no sustituye alguna preexistente, ni el destino de lo obtenido ha sido la amortización, antes de su vencimiento, de préstamos preexistentes con la entidad. Claramente se trata de necesidad de liquidez, para la que se acude a un préstamo, respecto del que la entidad prestamista exige garantías, como es una garantía real, pero sin que aquél esté condicionado al destino de la cantidad prestada a un determinado fin.": SAP Huelva (Sección 3) 30.10.2013 (Sentencia 103/2013; Rollo 97/2013)

AP Valencia (parte créditos del propio acreedor, parte de terceros)

"QUINTO.- La segunda cuestión a examinar, a la luz del recurso planteado por la administración concursal, es la relativa a la rescisión del préstamo y de la garantía hipotecaria constituida por escritura de uno de abril de 2009, otorgada ante el Notario de Aldaia Sr. González-Lliberos Casanova, con el número 772 de su protocolo. La sentencia considera que no procede la rescisión de tal operación, porque en la misma se han refundido otras deudas ajenas al BBVA, ni cabría tampoco la rescisión parcial de la hipoteca, razón por la que concluye que lo único pertinente sería limitar el crédito por ella amparado y así lo efectúa, dejando fuera del "amparo o protección de la hipoteca" las cantidades que reseña (7.071 Euros, 14.784 Euros, y 18.000 Euros) por ser cantidades afianzadas directamente por BBVA frente a otros y que quedaron englobadas en la operación refinanciadota.
Ha de mantenerse, en primer lugar, la conclusión obtenida por el Juzgador, en cuanto a que la operación analizada no está comprendida entre los acuerdos de "refinanciación" inmunes a las acciones de reintegración, que han de reunir los requisitos establecidos en la D.A. 4ª de la LC según RD 3/2009 de 27 de Marzo, y que, obviamente, no concurren en este caso, además de haberse efectuado, como se ha dicho, tal precisión por la administración concursal, no contradicha por la entidad bancaria igualmente recurrente.
Asimismo considera la Sala que no procede la rescisión de la operación en su totalidad, que la parte postula. Se aceptan, al respecto, las consideraciones que recoge el Juzgador y que pueden resumirse en que la suma objeto de préstamo a la persona jurídica fue por importe muy superior a las deudas previas que las personas físicas integrantes de aquella y la otra persona jurídica precedente, tenían contraídas con la entidad BBVA, por lo que no puede considerarse en abstracto y en forma genérica que proceda aplicar la norma y los efectos rescisorios derivados de los artículos 71 y ss LC. Igualmente, como concluye la sentencia recurrida, si bien el préstamo hipotecario, al refundir esas deudas personales, garantizándolas con hipoteca pocos meses antes de la declaración concursal, aquellas pasan a tener un régimen privilegiado y más favorable, con lo que entrarían en la presunción de perjuicio para la masa activa recogida en el artículo 71,3,2 LC, no procede tal conclusión en general porque en aquel préstamo se han refundido deudas -la mayor parte- ajenas a BBVA. De ahí la limitación del crédito amparado por la hipoteca a que finalmente se da lugar, al considerar que tampoco era factible la rescisión parcial de la hipoteca.
Sobre la indivisibilidad de la hipoteca se pronunca la STS 13 de Diciembre del 2010 (ROJ: STS

7163/2010) expresando lo que sigue:
...- En el enunciado delmotivo cuarto se alega infracción del art. 1.860 del Código Civil sobre la indivisibilidad de la hipoteca en relación con los arts. 123 LH y 217 RH, con indebida aplicación del art. 73 LC.
...Con carácter previo procede señalar que la regla de la indivisibilidad de la hipoteca, cuya configuración se efectúa correctamente en la sentencia recurrida y resulta ocioso reproducir, supone que la misma "persiste entera e idéntica aunque el crédito, o la finca, se dividan" -"est tota in toto et tota in qualibet parte"-. No se trata de un principio estructural o institucional, pues tiene como paliativo la distribución que en ocasiones se establece y en otras se permite por la normativa legal a fin de equilibrar o coordinar los intereses contrapuestos, dado que en tanto la indivisibilidad beneficia al acreedor, la determinación beneficia al deudor (hipotecante). La indivisibilidad crea, en su caso, una especie de solidaridad, mientras que la distribución se corresponde con la especialidad.
El sistema que resulta del Código Civil (art. 1.860) y de la legislación hipotecaria (la primera regulación afectada y completada por la segunda) se resume en que: (a) Cuando se hipoteca una sola finca rige la indivisibilidad; si bien, si la finca se divide en dos o más, cabe convenir por el acreedor y el hipotecante la distribución (arts. 1.860 CC y 122 y 123 LH); (b) Cuando se hipotecan varias fincas rige de modo ineludible el principio de distribución (arts. 119 LH y 216 RH), de modo que prevalece la especialidad sobre la indivisibilidad. La determinación de la cantidad de que cada finca, porción o derecho debe responder tendrá lugar por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso (art. 216 RH); y (c) Cuando se hipotequen varios derechos integrantes del dominio (o cuotas indivisas), los titulares respectivos podrán acordar la indivisibilidad; esto es, "para los efectos del artículo anterior, la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución" (art. 217 RH); cuya alternativa data de la Reforma de 1.915.
Ciertamente en el caso no hay convenio entre las partes, pero ello no impide que pueda acordarse la modificación por mandato judicial, lo que puede obedecer a la ineludible protección de terceros, o la limitación de los propios derechos de los hipotecantes, ya que, si bien la hipoteca recae sobre la cosa, no puede exceder de la extensión que en ella corresponde al hipotecante, pues nadie puede hipotecar más de lo que tiene -"nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet"-. Por otra parte, la modificación por reducción parcial no afecta a la regulación legal, y entra dentro de las posibilidades del principio de determinación, y además, está justificada en el caso en la perspectiva de aplicación del efecto más débil que favorece la conservación del negocio, y responde, desde luego mejor que la nulidad, a la protección de todos los intereses económicos en juego, lo que no sucedería con cualquier otra solución a adoptar, que desequilibraría la situación en favor de uno u otro de los interesados.
Esta última sería la situación aquí concurrente. No procede la declaración pretendida por la administración concursal, en los apartados 1º a 4º del suplico del escrito de interposición de recurso, por las razones expuestas en la sentencia de primera instancia, al no ser pertinente ni la resolución total, ni la parcial, aunque la resolución parcialmente transcrita supra parece aceptar la posibilidad recogida en la sentencia recurrida. No combatiéndose expresamente la misma, deberá mantenerse en igual forma en que aquella la recoge, puesto que no se efectúan alegaciones al efecto, más allá de mantener las partes recurrentes su inicial posición.
La parte demandada y recurrente, BBVA SA, mantiene, por su parte, la validez y vigencia del préstamo hipotecario en su totalidad, así como de todo lo pactado, de las garantías, los avalistas y la correspondiente anotación en el registro de la Propiedad, así como la clasificación de créditos en la forma solicitada (escrito de 6-10-10). Sobre este último aspecto, indicar que sólo será objeto de este procedimiento, en cuanto se refiera a la limitación de cobertura de la garantía hipotecaria a que se da lugar en la sentencia objeto de recurso, que se mantiene en sus propios términos, pero no en su totalidad -comunicación de créditos que se dice efectuada por escrito de 6/10/10- pues el incidente concursal que nos ocupa tenía por finalidad la rescisión de unas determinadas operaciones y las consecuencias de aquella, pero no la clasificación de créditos en sentido estricto, más allá de lo que fueran, evidentemente, consecuencias de la rescisión pretendida. ": SAP Valencia (Sección 9) 19.04.2012 (Sentencia 141/2012; Rollo 923/2011)

JM-1 Alicante

"Cuarto.- La renegociación de deuda previa
Aunque la estimación del supuesto anterior hace innecesario el análisis del otro fundamento de la acción, hay que indicar que éste no concurre.
El art. 73.3. 2 LC dice que "*Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas".* Como se ha dicho en otras ocasiones por este Juzgado se establece por el legislador una presunción *iuris tantum* (modificando iniciales proyectos legislativos) de perjuicio, que libera al impugnante de su prueba, en los supuestos conocidos como "superposición de garantías" (garantías creadas después de la deuda) y "renegociación de deuda previa" (creación de garantías para nuevas obligaciones contraídas en sustitución de anteriores, que no gozaban de dicha protección). Estas operaciones realizadas en el periodo sospechoso vulneran el principio de la *par condictio creditorum*, buscando la ley evitar el favorecimiento por el concursado de uno o varios acreedores en detrimento de los restantes mediante la constitución de derechos reales de garantía que garanticen el cumplimiento de una obligación contraída con anterioridad, ya que tal constitución lleva aparejada que los bienes o derechos sobre los

que recae la misma quedan afectos a un derecho de ejecución separada por parte del beneficiario (en su caso con las limitaciones del art. 56 y 57) y tendrá la consideración de crédito con privilegio especial (art. 90 y 155). Por ello se mantienen por la mayoría de la doctrina que el concepto de perjuicio para la masa activa no ha de ser interpretado en sentido estricto como disminución del activo patrimonial por la realización del acto (o no incremento como consecuencia de la omisión) sino en sentido amplio, atendiendo al carácter colectivo del procedimiento y a la finalidad del mismo de que se respete el principio de paridad del trato, de manera que el perjuicio sea referencia al conjunto de los acreedores y no al interés individual de un acreedor particular. Así se dice que existe perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales. Los supuestos del artículo 71. 2 y 3 patrocinan esta interpretación dado que los mismos contemplan actos que no necesariamente implican disminución del patrimonio del deudor sino que llevan aparejada simultánea disminución de activo y pasivo, y por tanto, mantenimiento de neto patrimonial.
Pero los hechos probados descritos anteriormente no son subsumibles en el supuesto de hecho del artículo 71.3.2º ya que la hipoteca se realiza no para garantizar deuda propia sino ajena por lo que no concurren los requisitos de la norma que presupone que la garantía hipotecaria se constituye por el deudor concursado sobre un bien de su propiedad para garantizar una deuda preexistente, o una nueva contraída en sustitución de ésta, de la que es titular el acreedor a quien se beneficia con la garantía hipotecaria.En este sentido SAP de Barcelona de 26/9/2007
Debe aclararse por ello que la mención en el fundamento anterior a la finalidad de renegociación de la deuda no significa que se aplique el art 71.3.2 LC sino que para analizar la existencia o no gratuidad se ha atendido a la realidad negocial de la operación en su conjunto, en una visión trilateral, llamando la atención que en la contestación se enfatice la unidad de actuación de OCCA e ICASA para valorar si hay o no gratuidad (como si fueran uno solo), pero en cambio se mantenga una absoluta separación entre ambas sociedades (como totalmente distintas las deudas de uno y otra) cuando se trata de analizar la finalidad de la operación como instrumento de mutación de deuda previa, trasformando una deuda ordinaria en privilegiada, pues a ello responde en esencia y de manera principal el préstamo con garantía hipotecaria, sin que el exceso del 10% haga desaparecer la noción de perjuicio patrimonial injustificado, pues esa escasa cuantía del incremento de activo por sí mismo difícilmente puede considerarse una inyección destinada a solventar la crisis económica": SJM-1 Alicante 07.05.2010 (Incidente Concursal 980/2009; Concurso 10/2009 bis)

1.2.1 Tesis contraria

AP Toledo

"PRIMERO Por la defensa de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria se interpone recurso de apelación contra lassentencias que en fechas uno de febrero de dos mil ocho, dictada en el incidente 265/2007 de impugnación de la rescisión de la hipoteca que garantizaba el préstamo celebrado entre la recurrente y la mercantil Roaman S.A. con fecha 22 de septiembre de 2005, así como la que se dictó en el incidente 345/2007 que suponía la consideración como crédito ordinario del crédito generado por el referido préstamo.
El Juzgado de lo mercantil considera que la encontrarse la constitución de la hipoteca en el supuesto delart. 71,3 de la Ley Concursal, y existir una presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial para la masa del concurso correspondía a la recurrente probar que el dinero de que dispuso la concursada no fue destinado a atender el pago de obligaciones preexistentes, refiriendo, a título de ejemplo, el pago de unos cheques, el pago de seguros sociales, y tampoco cual fue el destino de una transferencia realizada desde la cuenta en donde se ingreso el dinero a otra de entidad bancaria diferente, y como no lo ha hecho ha de permanecer vigente la presunción legal.
Por su parte la recurrente considera que al no haberse destinado el capital prestado al pago o aseguramiento de una deuda que tuviera con la entidad no resulta de aplicación la presunción, por lo que al no haberse probado la existencia de un perjuicio para la masa ha de estimarse su demanda.
Como se ve la cuestión estriba, en los términos en los que se plantea en una doble vertiente, por un lado determinar si cuando elart. 71,3 habla de pago o garantía de deudas preexistentes se refiere a deudas que se mantengan con quien obtiene la garantía real, y a quien corresponde la prueba de concurrencia, en sentido positivo o negativa, de los elementos que elart. 71,3 refiere.
Ha de partirse, puesto que todo elart. 71 gravita en torno a esa idea, de que se produce un perjuicio a la masa que supone la alteración de la igualdad entre los acreedores. Si no existe ese perjuicio y no se altera con el acto de disposición esa igualdad en el trato no puede pretenderse la rescisión de la garantía. Y desde esta perspectiva es claro que no puede, como se pretende por la parte apelante, reducir la noción de deudas a las que la concursada tuviera con la entidad BBVA además de que en modo alguno elart. 71 exige que el acreedor sea el mismo a favor de quien se constituye la garantía, porque de igual modo que asegurar con garantía real un crédito que el banco tuviera contra la concursada supone un perjuicio para los acreedores lo supone también el que para satisfacer o garantizar deudas de terceros se constituya el gravamen real puesto que en todo caso existirá un acreedor que se verá beneficiado con un acto que supone mejorar su posición en la masa de acreedores, aquel que vea reducida o incluso pagado su crédito, en detrimento de los derechos de los demás, y además otro, el acreedor hipotecario, tendrá un privilegio respecto de su crédito que afectará al resto de acreedores que no gocen de privilegio alguno.

En definitiva, la noción que elart. 71,3 2º) utiliza respecto de garantías en relación con deudas preexistentes ha de ser interpretada como garantía de cualquier deuda y no solo de aquellas que la concursada pueda tener con el beneficiado por la constitución de la garantía.-

SEGUNDO Lo dicho en el fundamento anterior no agota la cuestión y ello porque al establecerse en elart. 71,3 una presunción iuris tantum será preciso delimitar el ámbito en que la misma se mueve puesto que no se trata de una presunción iuris et de iure, como sucede en el apartado. Es decir, que es preciso examinar a quien corresponde la carga de probar los hechos, en este caso que no se garantizaron o pagaron deudas preexistentes.

Quien goza de una presunción en su favor es evidente que no tiene que probar nada siendo quien trate de cuestionar que se de el supuesto de que se hace depender la presunción el que haya de correr con las consecuencias de la carga de la prueba o de su falta. Es innegable que elart. 71,3 establece una presunción, iuris tantum, puesto que se presume que existe el perjuicio, en lo que ahora interesa, cuando se constituye una garantía para asegurar deudas preexistentes.

De la literalidad del precepto hemos de concluir que será preciso que exista una acreditación de la existencia de deudas puesto que el solo hecho de que una mercantil haya entrado en concurso no supone que en el momento al que se retrotraen los efectos tuviera una situación de sobreseimiento de pagos. Si existe, aunque sea de forma indiciara, esa acreditación aun podrá la parte en cuyo favor se constituye la garantía probar que no se perjudicó el patrimonio del concurso, y con ello a los acreedores. Dicho de otro modo, y en este punto sí que se ha de dar la razón a la recurrente, la presunción del art. 71,3 lo que comprende es la deducción de existencia del perjuicio pero no de la existencia de las deudas. Esa existencia, las de las deudas, ha de quedar acreditada y de ahí desde luego que es posible concluir que el establecimiento de la garantía, sea para el aseguramiento sea para conseguir dinero con el que satisfacerlas, en todo o en parte, en principio perjudica a los acreedores.

Pues bien, la sentencia refiere, y no se discute en el recurso, como destinos del capital garantizado una transferencia, cuyo destino final se desconoce, el pago de unos cheques, el pago de retenciones de impuesto de la renta y el pago de seguros sociales. Es obvio que de la transferencia nada se puede deducir, porque el destino puede ser variado y nadie ha pretendido, en este incidente, probar el destino pero de lo que no cabe duda es de que el resto de cantidades se entregan para saldar deudas y es aquí en donde esta Sala comparte la argumentación del Juez a quo, era la hoy recurrente la que tenía que probar, y no es una carga exorbitada el hacerlo puesto que era suficiente con la aportación, o petición de aportación, de la documentación contable necesaria, que esas deudas no eran preexistentes, como se afirma por la administración concursal, sino que se trató de pagos corrientes, con lo cual resultaría que no podría deducirse el perjuicio al que se refiere elart. 71,3 por la sencilla razón de que no habría quedado probada la existencia de deudas anteriores a la concesión del préstamo con garantía hipotecaria.

Pero es más, de la propia documentación aportada por la recurrente, en concreto el extracto de la cuenta corriente, documento dos, lo que resulta es que el destino no pudo ser otro y ello porque, y no sabemos aunque podemos deducir el por qué, al no aportarse la totalidad del extracto de la cuenta resulta que hasta el momento en que se concede el préstamo Reaman no tenia un saldo positivo en la cuenta y además tampoco permite conocer si se habían o no producido impagados, hechos que desde el luego el banco sí debía conocer dado que en esa cuenta se abonaron luego el pago de cheques, los seguros sociales, retenciones del IRPF. Es decir lo que la entidad apelante no desconocía, o al menos podía deducir en función de los movimientos de su cuenta corriente, cual era la situación patrimonial de Roaman.

Sin embargo ninguna prueba ha articulado la apelante acerca del origen, y sobre todo la fecha, de esas deudas, que sí pudo hacer, de modo que no ha quedado enervada la presunción legal porque tampoco se ha probado que a pesar de ese acto de disposición no se causó perjuicio a la masa, desde luego que el destino fuera la atención de tesorería, si es que es cierto que no deja de ser una simple alegación, o que fuera acordado de modo libre por la concursada en un momento en que tenía la plena disposición de sus bienes, algo por lo demás obvio dado que la retroacción de los efectos del concurso no parte de la idea de dolo o culpa o vicio de consentimiento en el momento de otorgamiento de la garantía, nada suponen porque la rescisión es una consecuencia impuesta ex lege y que parte de la idea de negocio jurídico perfecto, sin vicio alguno. Y ello es tanto más evidente cuanto que no se indica en la demanda las condiciones del nuevo préstamo más allá de la indicación del capital y demás responsabilidades garantizadas pero no el interés, el plazo de devolución, la existencia o no de otras garantías etc.

En definitiva, el recurso ha de ser desestimado en tanto que no se ha probado que no se haya perjudicado, con la constitución de la hipoteca, al patrimonio de la concursada y a los acreedores cuando el dinero obtenido se ha destinado al pago de deudas que de modo indiciario son anteriores a la constitución de la hipoteca.": SAP Toledo 15.02.2011 (JUR 2011/160219; Sentencia 49/2011; Rollo 14/2010)

JM-4 Barcelona

(Sentencia revocada por la transcrita de la AP Barcelona de 26.09.2007

"8. Del documento numero 3 aportado con la contestación a la demanda de Caixa de Cataluña y del interrogatorio de la administración concursal resulta acreditado que el día 28 de noviembre de 2003 el Grupo Friguls, representado en este punto por su sociedad principal Jose Firguls Clariana SA, tenía

que Caixa de Cataluña tres operaciones por las que se le había concedido un crédito total de 970.380 euros.
9. En esa fecha se concluyen cuatro operaciones: a) un préstamo por importe de 1.200.000 euros a favor de José Friguls Clariana SA; b) se abre una línea de crédito para operaciones de comercio exterior por un importe máximo de 950.000 euros; c) se abre otros dos líneas de créditos, también con garantía hipotecaria, de 300.000 euros cada una de ellas. El total del crédito concedido en ese momento fue de 2.750.000 euros con garantía hipotecara.
10. De la declaración del testigo D. Enric, se desprende que el importe de 1.200.000 euros del préstamo y el importe de 300.000 euros de una de las línea de crédito se destinó a pagar proveedores, cuyas deudas estaban vencidas en el momento en que se suscriben los contrato (minutos 34-36). El dinero obtenido mediante esas dos operaciones, una de préstamo y otra de crédito, por importe total de 1.500.000 euros fue pagar las deudas vencidas con los proveedores. La Caixa de Cataluña puso precisamente como condición para conceder estos prestamos que el Sr. F. comprobara los pagos, por lo tanto tenía pleno conocimiento del destinos del dinero prestado.
11. En este caso, por una parte, y hasta el importe de 970.380 euros, importe del crédito concedido por Caixa de Cataluña al grupo concursado en el momento en que se otorgan las garantía, lo que hace la Caixa de Cataluña, es sustituir una pólizas que carecía de garantía hipotecaria por otras que sí se preveía esa garantía.
12. Por otra parte, 1.500.000 euros se destinan a pagar obligaciones preexistentes, deudas que son sustituidas por el préstamo de 1.200.000 euros y la línea de creadito hasta 300.000 euros ambas con garantía hipotecaria, de esta forma lo que se hace es sustituir unas deudas vencidas a favor de proveedores, que no tenía garantía hipotecaria, por otras deudas que si lo tienen, lo que supone un perjuicio objetivo para la masa activa del concurso. El art. 71 LC ya citado permite presumir el perjuicio patrimonial para la masa activa cuando las garantías reales se constituyen para garantizar obligaciones que vengan a sustituir deudas preexistentes. En este caso, tal y como reconoció el testigo de Caixa de Cataluña es indudable que ese fue el destino del 1.500.000 euros prestados, pagar obligaciones de proveedores, pero esas deudas resulta sustituidas por la operaciones de créditos con garantía, hipotecaria, por lo que hay que presumir que esa constitución es perjuicio para el concurso. El citado art. 71 LC no requiere para que la operación sea rescindible que las obligaciones correspondan al mismo acreedor, por lo que es posible aplicar este precepto a aquellos casos en los que se está financiando deuda vencida, lo que hace que debe de ser la entidad de crédito la que pruebe que esa operación era beneficiosa para la sociedad en ese momento, es decir, que la sociedad era viable refinanciando de esa forma la deuda. Hay que señalar que el perjuicio al que se refiere al ley concursal es un perjuicio objetivo para la masa activa, que no requiere que el nuevo acreedor sea consciente del mismo, tal y como dice el precepto, sin necesidad de que conste intención fraudulenta.
13. En este caso, si sumamos la cantidad correspondiente al crédito de la propia Caixa de Cataluña, 970.380 euros, al 1.500.000 euros correspondiente a las deudas vencidas de proveedores, veremos que la diferencia con los 2.750.00 euros del total de las operaciones garantizadas es de 279.620 euros. Esta última cantidad es la que teóricamente no correspondía a deudas preexistentes, pero esa suma resulta insignificante en relación con el total de la garantía concedida para justificar la operación.”: Sentencia JM-4 Barcelona 18.12.2006 (Incidente Concursal 111/2006)

1.3 Esta presunción sólo es aplicable cuando la deuda preexistente es del propio garante

AP Baleares

“Ello ha impedido, como se ha dicho, un debate y una defensa sobre la concurrencia del supuesto de hecho que prevé la norma tardíamente invocada, el art. 71.3.2 LC, en particular sobre el carácter de constitución de la garantía real a favor de una obligación preexistente que resulta muy discutible, porque la hipotecante no tenían obligación alguna con HETERONIMIC ni preexistente ni de ninguna clase.
En la ratio del art. 71.3.2º LC se da por presupuesto que la deuda preexistente, en cuya garantía se constituye la hipoteca, lo es frente al acreedor a quien se beneficia con la carga real, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa (del deudor concursado hipotecante).”: SAP Baleares (Sección 5) 17.04.2013 (Sentencia 161/2013; Rollo 72/2013)

“La acción ejercitada pretende la rescisión de la garantía hipotecaria invocando la presunción iuris tantum que previene el art 71.3.2 LC que en su caso atenúa la acreditación de la prueba del perjuicio, elemento clave para la estimación la pretendida ineficacia funcional de un acto válido. Ello implica que si existe el hecho base, esto es *"la garantía real constituida a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquella"* será la demandada quien deba probar que el acto identificado como objeto de rescisión no fue perjudicial.
En el presente supuesto la administración concursal describe parcamente el negocio jurídico en el que se enmarca el acto a su juicio rescindible, de la causa de la constitución de la garantía real cuya cancelación solicita sólo sabemos que dio lugar a que la concursada fuera avalista e hipotecante.
Cuando alguien es avalista en principio no es deudor hasta que se produzca el incumplimiento que, en su caso, de lugar a la responsabilidad por la deuda ajena. Así la sentencia num. 10/2012 de la Audiencia Provincial de Córdoba : "sin negar la nota de subsidiariedad en la fianza solidaria, ello no

debe implicar necesariamente que el crédito contra un fiador solidario declarado en concurso haya de reconocerse como contingente, puesto que habrá de examinarse si ha existido incumplimiento por el deudor principal, y sobre todo, la exigibilidad de la deuda en función de su vencimiento; *entre otras cosas, porque no se debe confundir el principio de "subsidiariedad de deudores", que hace referencia a un cierto orden en la responsabilidad, con los principios de "subsidiariedad o solidaridad en la ejecución o en la reclamación* "; y que, conforme al artículo 1.144 del Código Civil (LEG 1889, 27) (aplicable a la fianza solidaria por la remisión contenida en el artículo 1.822-2 del propio Código), en caso de fianza solidaria, es posible dirigirse contra cualquiera de los obligados."
Aun en ese supuesto, el del incumplimiento del deudor principal, en el momento de constitución de la hipoteca no consta que DOÑA Gemma Graciela tuviera con anterioridad deuda alguna con la entidad bancaria; en principio es hipotecante no deudora.
Los razonamientos de la administración concursal impugnante confunden la existencia de deudas preexistentes con que las mismas fueran de la concursada. Este hecho, que las deudas eran de otros, no ha sido ni tan siquiera negado.
Es por ello que no procede estimar el recurso interpuesto en la impugnación toda vez que no concurre el hecho base, presupuesto necesario para aplicar la presunción del art 71.3.2 LC y en congruencia con lo peticionado en la demanda -dado que quien ostenta la legitimación activa no ejercita otra acción- no se puede analizar si concurriría o no el perjuicio, el sacrificio patrimonial injustificado, desde el punto de vista de las demás acciones rescisorias previstas en el art. 71 LC ".
En el caso, lo único que se desprende de lo actuado y ni tan siquiera fue objeto de controversia entre las partes, es que la hipoteca denunciada se constituyó en garantía de un préstamo conferido a la propia concursada, por lo que al igual que en aquel supuesto, y con independencia de cual fuera el destino dado a la suma obtenida por la propia concursada, como bien refiere al juez a quo, no puede ser objeto de análisis si concurre una acción de reintegración distinta a la planteada (pago de deudas ajenas), so pena de incurrir en vicio de incongruencia. (...)
De ahí que nada cambie por las resoluciones judiciales invocadas por la parte apelada en su escrito de oposición (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de julio de 2012 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, S.28, de 5 de octubre de 2012), máxime cuando en las mismas viene a sentarse una ausencia de alteración de los límites del debate y de los hechos que sustentaban la pretensión acerca de cuya procedencia se debatía (a diferencia de lo aquí acontecido), sin que deba confundirse como ya ha sido apuntado la invocación del perjuicio como requisito preciso en todo acto que quiera rescindirse conforme al art. 71 (a valorar en todo caso en función de los hechos aducidos, actividad probatoria desplegada y reglas distributivas de la carga atinente a la misma) con su específica configuración fáctica en contemplación a uno de los supuestos expresamente contemplados en dicho precepto legal con desprecio de los restantes, proceder éste que es el que se ha seguido por la parte demandante y que no ha tenido en consideración el Juez de primer grado incurriendo en el vicio denunciado y apreciado, que posiblemente no hubiera sido tal de haber existido una referencia, por mínima que fuere, en la relación fáctica de la demanda a hechos que permitieren incardinar también la operación litigiosa en la presunción de perjuicio contemplada expresamente en la resolución impugnada (esto es, una deuda anterior preexistente o sustituida por otra con la adición en cualquiera de los casos de la garantía real) con alegación sobre su base de un específico perjuicio al principio de igualdad de trato, lo que no acaba de comprenderse porque no se adujo, no solo por el conocimiento que debía ostentarse por las funciones que se desarrollan dentro del marco del proceso concursal, sino porque en la propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria se refiere que el destino del préstamo es refinanciar una deuda. En este sentido cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 13 de diciembre de 2011 ". SAP Baleares (Sección 5) 17.03.2014 (Sentencia 75/2014; Rollo 9/2014)

“La acción ejercitada pretende la rescisión de la garantía hipotecaria invocando la presunción iuris tantum que previene el art 71.3.2 LC que en su caso atenúa la acreditación de la prueba del perjuicio, elemento clave para la estimación la pretendida ineficacia funcional de un acto válido. Ello implica que si existe el hecho base, esto es *"la garantía real constituida a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquella"* será la demandada quien deba probar que el acto identificado como objeto de rescisión no fue perjudicial.
En el presente supuesto la administración concursal describe parcamente el negocio jurídico en el que se enmarca el acto a su juicio rescindible, de la causa de la constitución de la garantía real cuya cancelación solicita sólo sabemos que dio lugar a que la concursada fuera avalista e hipotecante.
Cuando alguien es avalista en principio no es deudor hasta que se produzca el incumplimiento que, en su caso, de lugar a la responsabilidad por la deuda ajena. Así la sentencia num. 10/2012 de la Audiencia Provincial de Córdoba : "sin negar la nota de subsidiariedad en la fianza solidaria, ello no debe implicar necesariamente que el crédito contra un fiador solidario declarado en concurso haya de reconocerse como contingente, puesto que habrá de examinarse si ha existido incumplimiento por el deudor principal, y sobre todo, la exigibilidad de la deuda en función de su vencimiento; *entre otras cosas, porque no se debe confundir el principio de "subsidiariedad de deudores", que hace referencia a un cierto orden en la responsabilidad, con los principios de "subsidiariedad o solidaridad en la ejecución o en la reclamación* "; y que, conforme al artículo 1.144 del Código Civil (LEG 1889, 27) (aplicable a la fianza solidaria por la remisión contenida en el artículo 1.822-2 del propio Código), en

caso de fianza solidaria, es posible dirigirse contra cualquiera de los obligados."
Aun en ese supuesto, el del incumplimiento del deudor principal, en el momento de constitución de la hipoteca no consta que DOÑA Ariadna tuviera con anterioridad deuda alguna con la entidad bancaria; en principio es hipotecante no deudora.
Los razonamientos de la administración concursal impugnante confunden la existencia de deudas preexistentes con que las mismas fueran de la concursada. Este hecho, que las deudas eran de otros, no ha sido ni tan siquiera negado.
Es por ello que no procede estimar el recurso interpuesto en la impugnación toda vez que no concurre el hecho base, presupuesto necesario para aplicar la presunción del art 71.3.2 LC y en congruencia con lo peticionado en la demanda -dado que quien ostenta la legitimación activa no ejercita otra acción- no se puede analizar si concurriría o no el perjuicio, el sacrificio patrimonial injustificado, desde el punto de vista de las demás acciones rescisorias previstas en el art. 71 LC. (,,,)
Con todo, aun entendiendo que la acción ejercitada se encuadra en el artº 71.1 de la Ley Concursal, tampoco se estima que el acto denunciado es gratuito ni perjudicial para las masas y los acreedores; y ello con independencia del importe del préstamo, solicitado por la deudora principal según las necesidades que tuvo por conveniente, respecto del valor tipo para subasta de la finca hipotecada (391.200 #), y del precio obtenido en la subasta (195.600 Euros), previa reclamación de 236.114,73 Euros de principal, más 70.834,42 Euros para intereses y costas, provisionalmente.
TERCERO.-Por otra parte, establece el mismo artº 71 de la Ley Concursal, en su número 3, apartado 2º, que: "La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas"; precepto en el que se basa la demanda presentada por la Administración Concursal, cuyos presupuestos, requisitos y finalidad son desgranados por el Juzgador "a quo" y se dan por reproducidos, y a los mismos efectos véase el antecedente tercero de la demanda, fundamento jurídico 4º y suplico, y otro-sí II, y los escritos de recursos de apelación.
Atendidos los precedentes jurisprudenciales expuestos aplicables a los hechos y fundamentos de la presente demanda, la decisión del Juez "a quo" es inatacable.
La acción ejercitada pretende la rescisión de la garantía hipotecaria invocando la presunción iuris tantum que previene el art 71.3.2 LC que en su caso atenúa la acreditación de la prueba del perjuicio, elemento clave para la estimación la pretendida ineficacia funcional de un acto válido. Ello implica que si existe el hecho base, esto es *"la garantía real constituida a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquella"* será la demandada quien deba probar que el acto identificado como objeto de rescisión no fue perjudicial.
En el presente supuesto la administración concursal describe parcamente el negocio jurídico en el que se enmarca el acto a su juicio rescindible, de la causa de la constitución de la garantía real cuya cancelación solicita sólo sabemos que dio lugar a que la concursada fuera avalista e hipotecante.
Cuando alguien es avalista en principio no es deudor hasta que se produzca el incumplimiento que, en su caso, de lugar a la responsabilidad por la deuda ajena. Así la sentencia num. 10/2012 de la Audiencia Provincial de Córdoba : "sin negar la nota de subsidiariedad en la fianza solidaria, ello no debe implicar necesariamente que el crédito contra un fiador solidario declarado en concurso haya de reconocerse como contingente, puesto que habrá de examinarse si ha existido incumplimiento por el deudor principal, y sobre todo, la exigibilidad de la deuda en función de su vencimiento; *entre otras cosas, porque no se debe confundir el principio de "subsidiariedad de deudores", que hace referencia a un cierto orden en la responsabilidad, con los principios de "subsidiariedad o solidaridad en la ejecución o en la reclamación* "; y que, conforme al artículo 1.144 del Código Civil (LEG 1889, 27) (aplicable a la fianza solidaria por la remisión contenida en el artículo 1.822-2 del propio Código), en caso de fianza solidaria, es posible dirigirse contra cualquiera de los obligados."
Aun en ese supuesto, el del incumplimiento del deudor principal, en el momento de constitución de la hipoteca no consta que DOÑA Ariadna tuviera con anterioridad deuda alguna con la entidad bancaria; en principio es hipotecante no deudora.
Los razonamientos de la administración concursal impugnante confunden la existencia de deudas preexistentes con que las mismas fueran de la concursada. Este hecho, que las deudas eran de otros, no ha sido ni tan siquiera negado.
Es por ello que no procede estimar el recurso interpuesto en la impugnación toda vez que no concurre el hecho base, presupuesto necesario para aplicar la presunción del art 71.3.2 LC y en congruencia con lo peticionado en la demanda -dado que quien ostenta la legitimación activa no ejercita otra acción- no se puede analizar si concurriría o no el perjuicio, el sacrificio patrimonial injustificado, desde el punto de vista de las demás acciones rescisorias previstas en el art. 71 LC ".
Pues bien, *en el caso de autos,* se constituyó para garantizar deudas *ajenas a la concursada,* siendo que la entidad "Sa Nostra" no era acreedora anterior de la misma al no haber créditos preexistentes *de la concursada* para con tal entidad financiera, sino con la entidad "Tipperary, SL" y otros deudores que se dirán. Tampoco consta que *la concursada* hubiere ampliado y/o renegociado con "Sa Nostra" deuda alguna preexistente, entre si, siendo que las obligaciones garantizadas con la hipoteca de autos eran de terceros, la suma prestada fue ingresada en la cuenta de "Tipperary, SL" -deudora principal-, y

no en una cuneta bancaria de la concursada. Por demás, si se examinan los apuntes desde el ingreso del importe del préstamo se advierte y queda comprobado que la concursada intervino, en el préstamo de referencia, como fiadora e hipotecante no deudora, respecto de la finca registral nº *NUM000 y otra;* que la deudora principal es la entidad "Tipperary, SL"; que ésta solicitó el préstamo para *nuevas* inversiones y reconversión de pasivos; que, en casos de impago o devoluciones, la entidad bancaria quedaba autorizada a cobrar del saldo de otras cuentas, y que se cancelaba otra hipoteca anterior con la "Banca March".
Item más, y en relación con deudas preexistentes, y aún a falta de que las hubiere de la concursada para con "Sa Nostra"; y siendo determinante la fecha de inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (21-octubre-2008) frente a la fecha de declaración del concurso (20-octubre-2010), y correlativo período de reintegración (hasta 20-octubre-2008), reconocidas como válidas por los apelantes, y expuestas en la resolución impugnada, lo que fue determinante para desestimar la oposición de "Sa Nostra" a la demandada incidental rescisoria, tal fecha es relevante no sólo a los efectos aludidos sino a los de examen respecto de posibles obligaciones preexistentes (se insiste, de terceros, y ajenas a la concursada). En decir, o se toma como referencia la fecha de constitución o la fecha de la inscripción de la hipoteca. Y, aparte de la cuestión, desde cuándo podía ejercitarse la acción rescisoria, siquiera tomando como base las deudas desde el ingreso en cuenta del préstamo tampoco pueden prosperar los recursos de apelación pues con el importe del préstamo se cancelan, total o parcialmente, algunas deudas de otros, distintos a la concursada; y ello, además, en tanto que la cuenta vinculada (f. 72 y 184 de autos) a su vez estaba vinculada a otra de "Tipperary, SL" (f. 218 a 224), con saldos negativos que se mantuvieron deficitarios hasta 7-9-2010; se redujeron o cancelaron cuentas de *otros* deudores (Fred Natural -f.179; Aguas Atalaya -f. 180; y fiador - Nicolas -f. 181-, como es de ver en los extractos, obrantes como f. 184 a 217, 218 a 224, 225 a 229, 230-1, 232 a 234 y 243 a 243), y *no* de la concursada (f. 235 a 241 de autos); y en cuanto que en modo alguno constituyen obligaciones preexistentes los gastos de constitución del propio préstamo hipotecario; que -como se insiste- las deudas correspondían a otros fiadores y avalistas o empresas, pero no a la concursada-hipotecante, como se contemplan en la cuenta de la deudora principal, a 9-9-08 (f. 124 a 129), o a distintas cuentas de diferentes deudores de los que la concursada era fiadora o cofiadora, o coavalista, entre los días 9 a 24-9-08 (f. 135 a 138); y que, no obstante, en las indicadas cuentas de terceros aparecen asimismo multiplicidad de abonos e ingresos, y de traspasos entre cuentas y/o pagos de la misma fecha, igualmente deficitarias a pesar de las transferencias desde la cuenta vinculada, titularidad de la deudora principal, o desde otra nutrida por ésta última; y cuyos saldos negativos se mantenían a la fecha de inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; todo lo cual es fácilmente deducible al analizar los extractos como f.- 218 a 224, 234, 237, 153, 179 a 183, 184 a 217, 225 a 236, y 237 a 243 de autos).”: SAP Baleares (Sección 5) 24.03.2014 (Sentencia 86/2014; Rollo 487/2013)

1.4 Alteración INJUSTIFICADA de la par conditio creditorum

Tribunal Supremo

“10. La propia audiencia, en la sentencia recurrida, analiza la concurrencia de los requisitos del art. 71.3.2º LC, y entiende que la primera hipoteca, la que se otorgó en la escritura de 25 de abril de 2008, lo fue para garantizar una obligación que sustituía a otro preexistente (un crédito de 601.012,10 euros) que carecía de esta garantía real. El tribunal de apelación argumenta que esta presunción iuris tantum de perjuicio podría destruirse «si se justificara que el sacrificio patrimonial que supuso la constitución de la hipoteca era adecuado a la operación crediticia, lo que probablemente resultaría del hecho de que en el caso la operación se fraguó como un instrumento crediticio necesario para la viabilidad de la empresa, abriéndole una línea de crédito y de liquidación de deuda anterior y, por tanto, como pieza esencial de la continuidad de la empresa». Pero como la razón por la que confirma la improcedencia de la rescisión concursal es porque no concurría el requisito adicional del art. 10 LMH, que hemos declarado ahora que no resultaba de aplicación, la audiencia dejó en el aire la justificación del perjuicio, al manifestar que probablemente estaría justificada.
11. El planteamiento de la Audiencia sobre cómo opera la presunción de perjuicio del art. 71.3.2º LC se adecua a la doctrina de esta Sala 1ª del Tribunal Supremo, que se contiene en la reciente Sentencia núm. 58/2015, de 23 de febrero :
«Conforme al art. 71.3.2º LC, salvo prueba en contrario, se presume el perjuicio en el caso de " constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas ". Esta presunción se justifica por la propia naturaleza del acto que encierra un sacrificio patrimonial injustificado y beneficia a uno de los acreedores en perjuicio del resto.
»La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva una sacrificio patrimonial para la masa activa porque "implica una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito" (Sentencia 100/2014, de 30 de abril). Cuestión distinta es que el sacrificio patrimonial que conlleva la constitución de una garantía real esté justificado, porque sea contextual a la concesión de un nuevo crédito, y no concurra

otra circunstancia que le prive de justificación.
»El art. 71.2.3º presume, salvo prueba en contrario, el prejuicio en el caso de la concesión de garantías para asegurar la devolución de una obligación preexistente que no gozaba de esta garantía. Y extiende la presunción a los casos en que la garantía real se constituye a favor de una nueva obligación que sustituye a otras anteriores que tampoco gozaban de esta garantía».
La justificación va ligada a la ampliación significativa de crédito y/o a la modificación de la obligación, ordinariamente, mediante la concesión de un nuevo término, que prorrogue la exigibilidad de la obligación.
12. Conviene advertir que, respecto de la primera escritura de crédito hipotecario de 25 de abril de 2008, la hipoteca se constituye para garantizar las obligaciones derivadas de la línea de crédito concedida de 601.012,10 euros. En cierto modo, Eurohouse había dispuesto de esta línea de crédito, desde marzo de 2003, en que se había concedido por un plazo de un año y había sido renovada anualmente en los años siguientes.
A los efectos del juego de la presunción del art. 71.3.2º LC, las obligaciones garantizadas con la hipoteca serían las resultantes de lo realmente dispuesto del crédito concedido, al tiempo de renovarse la póliza de crédito que a partir de entonces se garantizaba con la hipoteca. De tal forma que para conocer si el otorgamiento de la garantía hipotecaria con la renovación de la póliza de crédito supuso garantizar una obligación que sustituía a otra preexistente, sería necesario conocer qué disponibilidad de crédito tenía antes de que se cancelara la que se renovaba y, consiguientemente, de cuánto se había dispuesto, que era la obligación que Eurohouse tenía, al tiempo de concederse la nueva póliza de crédito, frente al Caixabank. La ampliación de nuevo crédito sería la diferencia entre lo que ya se había dispuesto de la póliza anterior, y por lo tanto se adeudaba al banco, y la suma máxima concedida (601.012,10 euros). Si esta diferencia fuera significativa, en ese caso, esta ampliación de crédito, unido a la concesión de un nuevo término de un año para la devolución de lo finalmente dispuesto, justificaría el sacrificio patrimonial que suponía la concesión de la garantía hipotecaria. En otro caso, habría que considerarla perjudicial para la masa del concurso, y estimar su rescisión.
La prueba practicada, en concreto los extractos bancarios del movimiento de la cuenta de crédito, antes de que se renovará la póliza de crédito el 25 de abril de 2008, esta vez con garantía hipotecaria (ff. 173 y ss.), muestra que el crédito dispuesto por Eurohouse en el momento de la renovación era de 556.569,90 euros. Luego, propiamente, la ampliación de crédito respecto de lo ya dispuesto y adeudado fue de menos de 50.000 euros, en concreto, 44.442,20 euros, que es inferior al 8%. Aunque la renovación del crédito supuso la concesión de un nuevo término de un año, este respiro, ligado a la escasa ampliación del crédito, no justifican el sacrificio que conllevó la constitución de la hipoteca, razón por la cual procede confirmar la presunción de perjuicio que prevé el art. 71.3.2º LC.
Y, por lo que respecta a la escritura de 30 de abril de 2009, si partimos de la base de que la constitución de la hipoteca anterior (la de 25 de abril de 2008) era perjudicial para la masa, y que se renovaba el crédito concedido de 601.012,10 euros, del que ya se había dispuesto casi en su totalidad, no habría tampoco en esta segunda escritura una ampliación significativa del crédito que justificara el sacrificio que suponía la constitución de la garantía hipotecaria para cubrir la totalidad de las obligaciones derivadas de la póliza de crédito.”: STS 26.03.2015 (Sentencia 143/2015; Recurso 1546/2013)

AP Alicante

“PRIMERO.-Son hechos relevantes que no han sido impugnados los siguientes: Fieltros de Lana S.L., que mantenía una cuenta corriente con Banco de Sabadell S.A. con el número 0081 0267 82 0001172421, cuenta que a fecha 6 de marzo de 2009 arrojaba un saldo deudor por importe de 23.363,09 euros, obtuvo en fecha 6 de marzo de 2009 un préstamo de la entidad bancaria por importe de 30.000 euros, gravando en garantía del citado contrato, una finca sita en la partida de Cotes Altes, sobre la que se constituyó la oportuna hipoteca. Hecho el ingreso del importe del préstamo en la cuenta de referencia el mismo día 6 de marzo se procedió por la entidad bancaria a compensar la deuda o descubierto existente, quedando un líquido de 6.636,91 euros. El día 7 de mayo de 2009 Fieltros de Lana S.L. solicitó la declaración de concurso, declarando un pasivo ascendente a 201.983,73 euros, declarándose el concurso el día 19 de septiembre de ese mismo año.
Sobre la base de estos hechos la Sentencia de instancia considera que se está en el caso de la presunción contenida en el artículo 73-3-2º LC -perjuicio en la constitución de la garantía real a favor de la obligación preexistente-dado que la hipoteca se constituye a favor del Banco de Sabadell apenas unos meses antes de la declaración del concurso para la extinción de una deuda preexistente de la propia entidad, sustituyendo una deuda sin garantía real -el descubierto en cuenta-por otra que sí la tiene -préstamo hipotecario-, lo que acarrea una modificación relevante del estatus del crédito que altera la pars conditiio en una situación de crisis del prestatario que debía o podía conocer la entidad; perjuicio que se presume atendido el hecho de que el 77% del préstamo se dirige a la cancelación de la deuda preexistente, la inminencia temporal del concurso y la escasa cuantía de incremento del activo -6.000 euros-en relación al pasivo declarado de más de doscientos mil euros.
SEGUNDO.-Critica de esta fundamentación el banco apelante, la valoración del perjuicio patrimonial que hace la Sentencia en tanto se mejoran las condiciones de pago e intereses y se inyectaba líquido a la empresa.
El recurso se desestima.
El importe del préstamo, la liquidación de la deuda bancaria que el deudor mantenía con el propio prestamista, la sustitución que dicha operación implica de una deuda por otra garantizada esta con

derecho real sobre un inmueble, y la falta de relevancia del líquido restante, son factores desde los que entender que la presunción de perjuicio adquiere el status de deducción o inferencia de que con dicha operación se produce el perjuicio que trata de prevenir la Ley Concursal para la masa activa pues sin más resultado que la extinción de un crédito ordinario y su sustitución por otro que, conforme a la legislación concursal -art 90-1-1º LC -tendría el carácter de privilegiado especial.
Resulta evidente que la operación lo que conlleva es la alteración de la posición en la masa activa del acreedor, garantizándose mediante un acto contractual específico un beneficio consistente en garantizarse el cobro de un crédito de forma inicial -el descubierto-al tiempo de garantizarse el cobro de un crédito nuevo en forma posterior.
Hay en suma un favorecimiento del acreedor que sólo se justifica en su exclusivo interés pues ninguna prueba hay -la contraria en realidad-que el préstamo facilitara la continuidad de la empresa o cuando menos hubiera sido factor de estabilización de la misma durante un tiempo. No consta que operación fuera útil para garantizar o aplazar deudas vencidas, evitando ejecuciones. No puede considerarse en caso alguno, financiación, pues no consta que deuda alguna se financiara, evitando la crisis desencadenada, ya existente al tiempo de la operación hipotecaria.
Hubo perjuicio patrimonial para la masa activa y procede, en consecuencia confirmar la Sentencia de instancia.”: SAP Alicante (Sección 8) 04.11.2010 (Sentencia 484/2010; Rollo 465/2010)

“PRIMERO.-Discrepa la codemandada incidental de la valoración probatoria por la que el Juzgador de la primera instancia no ha tenido por enervada la presunción de perjuicio establecida en el artículo 71.3.2º de la Ley Concursal en la escritura de hipoteca otorgada por la mercantil concursada a favor de la entidad apelante, reiterando que la refinanciación que supuso la constitución de dicha garantía real evitó la ejecución de diversas deudas vencidas, líquidas y exigibles y con el ánimo de favorecer una restructuración del riesgo global de la empresa que la apartara de la situación concursal; no pudiendo dotar de mayor liquidez a la concursada debido a que los bienes sobre los que se constituía la hipoteca ya estaban gravados y respondían de débitos que superaban el valor de su tasación, lo que excluye la onerosidad del acto y el perjuicio patrimonial; que la obligación garantizada solo en parte se podía considerar preexistente, habiéndose elevado la cifra del disponible, reducido el tipo de interés y ampliado el plazo del vencimiento del préstamo garantizado. Se interesa, por ello se resuelva en el mismo sentido que en el caso que analiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de marzo de 2011.
Se insiste, a continuación, en que con la refinanciación de la deuda solo se pretendía evitar un perjuicio patrimonial mayor, al tratar de hacer posible la viabilidad de la empresa y dotar a la misma de liquidez.
Aduce, por último, que en el presente caso concurrían dudas de derecho para no imponer las costas causadas y dado que la existencia o no de perjuicio patrimonial era susceptible de diversas valoraciones, al tiempo que una cuestión en el que ni la doctrina ni la jurisprudencia mantiene una posición unitaria.
SEGUNDO.-Las alegaciones de la parte recurrente, con ninguna de las cuales queda de manifiesto que se haya incurrido en arbitrariedad o que se haya violentado la lógica en la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de la primera instancia, no llevan a la Sala a discrepar de la final conclusión alcanzada en la resolución apelada, y decisiva a los fines de declarar la ineficacia de la hipoteca constituida por la concursada "Alonso Mediterránea, S.A." a favor de Caja de Zaragoza, Aragón y Rioja (hoy Ibercaja Banco S.A.U), de que el referido negocio jurídico, denunciado como perjudicial para los intereses de la masa en la demanda que dio origen al presente incidente, promovido por la Administración Consursal, más que suponer una inyección de liquidez para la mercantil concursal, y en vista de la ínfima cuantía en que incrementaba el activo de la empresa deudora, comportaba, y como operación destinada, básicamente (en un 96% de su importe), a cancelar la deuda preexistente y al tener que pagar con los solos 26.311 # que restaban, gastos de comisión de apertura, además de los notariales y registrales, al no contemplar periodo de carencia ninguno y al incrementar el tipo del interés moratorio; y habida cuenta, en fin, de la proximidad temporal a dicha operación de la declaración del concurso, el perjuicio patrimonial que presume el precitado artículo 71.3.2º y que se concreta en el hecho de detraer de entre los bienes con que la concursada ha de atender a sus acreedores en condiciones de igualdad, los que son objeto de la hipoteca que por esta garantía real, además, pueden alterar la naturaleza del crédito garantizado que, de ser ordinario, con dicho gravamen habría devenido, a tenor del artículo 90.1º de la ley Concursal, en privilegiado especial.
Por ello y porque la argumentación del recurso no pone de manifiesto que el Juzgador de la primera instancia haya errado al apreciar las manifiestas diferencias que hay entre los presupuestos fácticos de la operación aquí enjuiciada con los de la que es objeto de análisis en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009, invocada en su día por la recurrente, y en la que la refinanciación de la deuda con la constitución de una carga hipotecaria sirvió, además, para dotar a la concursada de una ampliación del crédito por importe de 368. 347 # y convirtió una deuda inmediatamente exigible en otra a largo plazo susceptible de liquidación con un interés menor que el propio del descubierto, la insistencia de la apelante en que, como terminó concluyéndose en dicha Sentencia o es apreciado en las resoluciones que cita también en su recurso, coincidentes todas en la aportación significativa de activo que acompaña a la sujeción de bienes de la concursada a garantías reales, se considere ha sido enervada en el caso aquí revisado la presunción del perjuicio, es solo comprensible y razonable en el legítimo ejercicio del derecho de defensa que corresponde a dicha parte, pero ante el que oportuno parece recordar cómo la Jurisprudencia reiteradamente proclama que

debe prevalecer la valoración que de las pruebas realicen los órganos judiciales por ser mas objetiva que la de las partes, y efectuarse, en este sentido, unas consideraciones acerca de las facultades revisoras de la Sala sobre la valoración de la prueba practicada por el Juzgador de la primera instancia, en particular, que se debe tomar en consideración que la actividad intelectual de interpretación de la prueba se incardina en el ámbito propio de soberanía del Juez "a quo" sometido solo a los principios de la sana crítica, debiendo centrarse el Tribunal de apelación en su labor revisora en comprobar que la valoración del juzgador de la primera instancia aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que las conclusiones fácticas a las que así ha llegado no ponen de manifiesto un error evidente o resulten incompletas, incongruentes o contradictorias, sin que, por lo demás, resulte lícito sustituir el criterio del Juez "a quo" por el criterio personal e interesado de la parte recurrente.“:SAP Alicante (Sección 5) 26.07.2012 (Sentencia 354/2012; Rollo 270/2012)

AP Almería

“SEGUNDO.-La parte apelada, Gruinver-6, S.L, consideró que el recurso había decaído por el transcurso del plazo que señala para interponerlo señalado en los arts. 478 y 479 de la L.E.C.. Acudiendo a los Autos, puede comprobarse que dictada sentencia el día 19 de octubre de 2.011, posteriormente se dictó Auto, el día 7 de noviembre de dicho año, dando lugar a la rectificación de error padecido en la redacción de la misma, lo que determinó que siendo tal Auto integrante de la expresada sentencia, la fecha de última notificación señalaba la apertura del plazo de recurso, lo que suponía que el recurso deducido se encuentre dentro de plazo legal.
TERCERO.- Planteada demanda incidental por la Administración del Concurso, en ejercicio de la Acción Rescisoria para la reintegración de la masa activa, solicita la rescisión de una hipoteca de máximos, en virtud de la cual la concursada, Gruinver-6, S.L., y la filial de ésta, Promociones Real de Nieva, S.L., también en situación de concurso, garantizaban con sus bienes inmuebles determinadas obligaciones a través de tal hipoteca de máximos, para responder, hasta un máximo de 4.604.000 de euros de las cantidades que una u otra sociedad pudieran adeudar al Banco Pastor, por cualquiera de las operaciones referidas, esto es, de la Póliza de Préstamo Comercial, suscrita entre Guinver-6 S.L. y Banco Pastor, el día 25 de febrero de 2.009 y de la Póliza de Liquidación, Responsabilidad y Garantía, suscrita por Promociones Real de Nieva, S.L.U. con Banco Pastor, S.A., el día 19 de junio de 2.007
La sentencia de instancia estimó la pretensión actora y contra esta decisión judicial plantea la representación procesal del Banco Pastor recurso de apelación, en solicitud del dictado de nueva sentencia por la que, con expresa revocación de la anterior, no dé lugar a lo en ella solicitado, y ello en cuanto disiente del criterios mantenido por el juzgador de la anterior instancia, al no haber quedado probado el perjuicio causado a la masa activa del concurso, requisito necesario para el éxito de la acción rescisoria mantenida por la Administración Concursal.
Al recurso se oponen tanto la Administración Concursal como la GRUINVER-6, S.L. (EN LIQUIDACIÓN), quienes solicitan la confirmación de la sentencia antes dictada, en base a sus propios fundamentos.
CUARTO.- El anterior juzgador "a quo", explicó en su sentencia con razonamiento absolutamente lógico y coherente con el resultado de la prueba, los motivos que le llevaron a la estimación de la pretensión ejercitada por los Administradores Concursales. Los Argumentos de la mercantil recurrente, Banco Pastor, recurrente no muestran los motivos que lleven a la sustitución del criterio imparcial del Juzgador, por el legítimamente interesado de los mismos.
La acción de reintegración se dirige de manera exclusiva frente a la garantía hipotecaria que quedó constituida el día 25 de febrero de 2.009. Mantiene la Administración Concursal que tal hipoteca debe ser considerada como perjudicial en los propios términos contenidos en el art. 71 de la Ley Concursal, tal y como, posteriormente así fue establecido por al juez de lo Mercantil.
Señala la sentencia apelada, como consecuencia de los Hechos Probados que en la misma se consignan, que resultando una deuda total de 7.670.000 de euros, constituyéndose la hipoteca por un máximo de 4.604.000 #, cuando la deuda personal de la mercantil Gruinver-6 S.L. es inferior, resultando parte a título gratuito, por lo que aplica la presunción "iuris et de iure" del art. 71.2 de la Ley Concursal.
Queda establecido a través de la correspondiente prueba y es aceptado por las partes que Gruinver-6 S.L. suscribió una póliza de préstamo el día 13 de noviembre de 2.007, por importe de 3.000.000 de # con el Banco Pastor, con una garantía de depósito por parte de Gruinver-6 S.L. de 1.500.000#. Al resultar impagado en Banco Pastor hizo suyo el indicado depósito. Se suscribió nueva póliza de préstamo por parte de Gruinver-6 S.L., el día 25 de febrero de 2.009, por un importe de 1.610.000#, con lo que quedaba cubierta la cantidad de 1.500.000# pendiente del anterior préstamo más los gastos, con un vencimiento de fecha 25 de febrero de 2.011, así se llegó a la firma de la hipoteca de máximos, en igual fecha, ahora objeto de la pretensión de rescisión, que gravaba las fincas propiedad de Gruinver-6 S.L. con el límite, ya repetido de 4.604.000#.
De tal manera la entidad, Banco Pastor, al suscribirse la referida hipoteca, por la anterior suscripción de la nueva póliza de crédito, sin garantía alguna, no existía ninguna deuda líquida que fuera exigible, sino un crédito pagadero a dos años vista. Por tanto no se llevó a cabo una refinanciación de la deuda, sino que, como acertadamente mantuvo la Administración Concursal, tras cancelar parcialmente la deuda de 3.000.000 de euros con el depósito que tenía pignorado, al remanente, le añadió recargos e intereses y dio un crédito a la indicada Gruinver-6 S.L. para cubrir el monto total, por lo que en dicho momento no existía deuda por parte de la indicada Sociedad mercantil al Banco Pastor, en cuanto que estaba refinanciada y se constituyó re referida garantía hipotecaria de 25 de febrero de 2.011. no se

inyectó dinero nuevo "fresh money" en la luego concursada, quien no recibió liquidez alguna sino que se garantizó el pago de deudas anteriores no garantizadas al banco.
Al recurrir la entidad bancaria perjudicada por la rescisión alega la existencia de un sacrificio patrimonial que comportó la constitución de la hipoteca a favor del banco estuvo plenamente justificada, en cuanto que la concursada logró aplazar la deuda, evitar la demanda ejecutiva y el embargo de sus bienes, obtener liquidez y poder continuar con al actividad empresarial, lo que hace que deba aplicarse igual criterio que en supuesto análogos lleva a cabo la jurisprudencia de los distintas Audiencias Provinciales.
Del examen de la documentación aportada a los autos, así como de las manifestaciones de las partes hemos de concluir que las cantidades a que alude la recurrente en orden a pagarés librados por el Grupo Inmobiliarios Aguamar, S.L., ascenddentes a 6.016.000 euros, impagados por parte de Gruinver-6 S.L. a su vencimiento, no guardan relación con la misma, sino con la mercantil Promociones Real de Nieva,S.L.U., de la que Gruinver-6 S.L. solo era avalista. No adeudándose nada según se desprende de la póliza de liquidación, Doc. nº 1 de los acompañados con la demanda (f. 119), tal como ha determinado que la deuda dimanante de dicha póliza no haya sido reconocida por la Administración Concursal, sin que la apelante impugnara dicha actuación, hoy firme.
Por último, el Banco llevó a cabo con la mercantil Promociones Real de Nieva S.L.U., de 283.978,68 #, en concepto de retrocesión de comisiones y gastos por devolución de efectos que habían resultado impagados, queda extraña al presente concurso en cuanto no afecta a la concursada. La prenda constituida sobre la cuenta a plazo 300175, se constituyó el mismo día que se constituyó la hipoteca, 25 de febrero de 2.009, cantidad que se dispuso el día 2 de julio del mismo año, sin relación con la hipoteca mencionada, ya que no ha quedado probada la alegación de la recurrente.
Consecuentemente, las alegaciones mantenidas por la recurrente no encuentran acogida, debiendo mantener el contenido de la sentencia apelada, que la sala da por reproducida en evitación de reiteraciones innecesarias.": SAP Almería (Sección 2) 18.04.2013 (Sentencia 98/2013; Rollo 62/2012)

AP Avila

"PRIMERO.-Recurre en apelación la Sentencia desestimatoria de instancia la defensa de la Administración Concursal de la entidad mercantil Construcciones Javier Muñoz Abad S.A. quien pide su revocación, y en consecuencia, que se estimen las pretensiones recogidas en su demanda, y que consistían y consisten en que se declare que las hipotecas sobre la finca registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Cebreros, sita en San Bartolomé de Pinares (Ávila) y las fincas registrales núms. NUM001 a NUM002, ambas inclusive, del mismo Registro de la Propiedad, sitas en La Cañada, anejo de El Herradón de Pinares (Ávila), constituida por Construcciones Javier Muñoz Abad S.A. a favor de la mercantil Bankia S.A. en escritura pública otorgada el 29 de Noviembre de 2011 ante el Notario de Ávila D. Francisco Ríos Dávila, nº de Protocolo 1.645, es perjudicial para la masa activa del concurso de la mercantil Construcciones Javier Muñoz Abad S.A, procediendo su rescisión. Y consecuentemente con esta petición solicita que el crédito por el principal prestado que ostenta Bankia S.A. es un crédito ordinario y la cantidad devengada de intereses subordinada.
También solicita que se ordene la realización de cuantos actos y formalidades fueran precisas a efectos de que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, y especialmente la práctica de las anotaciones e inscripciones precisas en las hojas registrales de las fincas reseñadas, y cuantas actuaciones fueran precisas y que sean consecuencia de la rescisión acordada.
Los hechos que traen causa de la anterior petición se pueden sintetizar en los siguientes datos:
1º) Mediante sucesivos contratos de pólizas de crédito de fechas 26 de Febrero de 2010 por importe de 1.500.000# con vencimiento de fecha 22 de Marzo de 2011 y otra con vencimiento el 22 de Septiembre de 2011 y por igual importe, se iban regularizando las sumas concedidas, la última de fecha 22 de Septiembre de 2011 por importe de 1.527.000# con vencimiento el 22 de Diciembre de 2011 se iban regularizando las sumas concedidas (vid folios 139 a 153).
2º)En fecha 29 de Noviembre de 2011 la entidad aquí demandada Bankia S.A. como prestamista y la entidad Construcciones Javier Muñoz Abad S.A. como prestataria y D. Apolonio, doña Julieta y doña Nieves como fiadores de la prestataria, formalizaron un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 1.130.000 euros, para garantizar la devolución de la cantidad que aparecía como prestada, se constituyó una hipoteca sobre las fincas registrales núms. NUM000 sita en San Bartolomé de Pinares y sobre las fincas NUM001 a NUM002 inclusive del Registro de la Propiedad de Cebreros, éstas últimas sitas en La Cañada, anejo de El Herradón de Pinares (Ávila), siendo titular de todas estas fincas la mercantil Construcciones Javier Muñoz Abad S.A.
3º)En la misma fecha de 29 de Noviembre de 2011 se concertó otro contrato de préstamo personal en el que Bankia S.A. concedió a la mercantil prestataria otros 650.000#.
4º) Después de lo anterior, el mismo día 29 de Noviembre de 2011 se hicieron una serie de pagos a Bankia S.A. destinados a cancelar el saldo deudor de la c/c asociada a la póliza de crédito suscrita el 22 de Septiembre de 2011 por importe de 1.527.000 euros, abonándose a cargo de las cantidades concedidas en el préstamo con garantía hipotecaria como del otro préstamo sin esa garantía, las cantidades que se especifican: 447.532,24#, 592.701,63# y 500.000#. En total 1.540.233,87# con lo cual se regularizó el saldo negativo que era de 1.526.972,83#.
5º)De las observaciones realizadas en la documental aportada se aprecia que el 26 de Febrero de 2010 se suscribió una póliza de crédito en c/c por un importe de 1.500.000# con vencimiento a los 12 meses.

La cuenta citada se canceló con otra cuenta de crédito suscrita el 22 de Marzo de 2011 por importe de 1.500.00#.
El 22 de Septiembre de 2011 se regularizó la cuenta por importe de 1.527.000# con vencimiento el 22 de Diciembre de 2011.
Por ello, puede establecerse que el préstamo con garantía hipotecaria se utilizó para enjugar el saldo deudor de la c/c asociada a la póliza de crédito suscrita el 22 de Septiembre de 2011.
La liquidez que le restaba a la Constructora prestataria era de 195.967,76#.
6) El 29 de Noviembre de 2011, como ya se ha indicado, se suscribió el préstamo con garantía hipotecaria al que ya se ha hecho referencia.
Y en fecha 21 de Febrero de 2013 la mercantil Javier Muñoz Abad S.A. fue declarada en concurso voluntario de acreedores.
SEGUNDO.-De todo lo que antecede, el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal de la mercantil Construcciones Javier Muñoz Abad S.A. se tiene que estimar.
En efecto, el art. 71 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de Julio, reformado por la Ley 38/2011 de 10 de Octubre (BOE 11 de Octubre), prevé con carácter general que declarado el concurso, SERÁN (en imperativo) rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, AUNQUE no hubiere existido intención fraudulenta.
En el punto 3 apartado 2º de dicho artículo se prevé taxativamente que "la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas contraídas en sustitución de aquellas", salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume.
Se trata de una presunción legal, y, en el presente caso se dan todos los requisitos para que se proceda a la rescisión de la garantía hipotecaria:
a)Existía un crédito ordinario preexistente a favor de Bankia S.A., siendo entidad deudora Construcciones Javier Muñoz Abad S.A.
b)El 29 de Noviembre de 2011 se constituye un préstamo con garantía hipotecaria que no se corresponde con una cantidad en efectivo que hubiera podido percibir la entidad Construcciones Javier Muñoz Abad S.A., sino un medio para garantizar la deuda a favor de Bankia S.A., convirtiendo un crédito ordinario en un crédito privilegiado, recogido en el art. 55.4 de la Ley Concursal.
c)La entidad mercantil Construcciones Javier Muñoz Abad S.A. se presentó en concurso voluntario de acreedores, siendo declarada como concursada en auto de fecha 21 de Febrero de 2013, dentro de los dos años que como período "sospechoso" establece el art. 71 de la Ley Concursal.
Es verdad que al concederse el préstamo con garantía hipotecaria se conceden más plazos para amortizar el préstamo, pero, en el presente caso no consta que se haya abonado amortización alguna del mismo, salvo cancelar la c/c de crédito de la que ya era deudora la mercantil concursada.
TERCERO.-El nº 6 del art. 71 de la Ley Concursal, modificada por la Ley 38/2011 de 10 de Octubre, prevé que "no podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualesquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso el acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen, al menos, tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación; y el acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente, etc.
En el presente caso el art. 71.3 aportado 2º de la Ley Concursal establece que, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
Esta presunción legal admite prueba en contrario, pero de la prueba practicada en el acto del juicio constan las siguientes:
a)En prueba de interrogatorio de parte D. Apolonio reconoció que en el préstamo con garantía hipotecaria, les dieron el 100% del valor de las fincas. Cabe decir que el préstamo fue mayor, pues la perito Arquitecta doña Herminia tasó los 16 solares hipotecados y una urbana, casa, en un total de 586.273,39# a precio de mercado en el año 2.011.
Se reconoció que las deudas a las que se refería el préstamo con garantía hipotecaria procedían de una línea de crédito que les había concedido el Banco, que vencía en Marzo de 2011; que se renovó por segunda vez la misma deuda en Septiembre de 2011 y después se amplió hasta Diciembre de 2011, siendo el 29 de Noviembre de 2011 cuando se otorgó la escritura de préstamo con garantía hipotecaria.
Reconoció que realizaba obras para la Administración Pública, en las que había que presentar avales, que les concertó no solo con Bankia S.A. sino también con Banesto y con el BBVA.
Reconoció que en el año 2011 el saldo deudor, acreedor para Bankia S.A. alcanzaba, al menos, la cantidad de 1.500.000#.
Que su empresa no estaba en posición de pagar, y que la aportación de sus hermanos con sus bienes a la empresa no fue para reflotarla, pues ya no tenía viabilidad.
Que de la línea de crédito se pagaban las nóminas de los trabajadores, a la Seguridad Social, etc, por las certificaciones de obra ejecutada.
b) Por su parte el Sr. representante legal de Bankia S.A., D. Teofilo, reconoció que él se había incorporado a Ávila y al Banco en Mayo de 2011 y estuvo hasta Septiembre de 2012.

Que las conversaciones, el Sr. representante de Construcciones Javier Muñoz Abad S.L., las tuvo con D. Luis Pedro director de la sucursal de Caja de Ávila (ahora Bankia S.A) en al Paseo de la Estación de Ávila. Que no tenía competencia ni facultad para autorizar el préstamo con garantía hipotecaria. Que lo autorizó el comité de riesgos, a propuesta de D. Teofilo. Aunque reconoció que después de otorgarse la escritura pública se realizaron 6 operaciones. Lo cierto es que esas operaciones fueron para regularizar las consecuencias de la procedencia de la deuda que dimanaba de la línea de crédito concedida.
c)En prueba testifical se corroró que el préstamo con garantía hipotecaria procedía de deudas antiguas.
Si añadimos que la Perito, Arquitecta, doña Herminia, especificó que la "burbuja inmobiliaria" empezó a producir sus efectos el año 2007, en adelante, y que las valoraciones que realizaba la entidad TINSA eran excesivas y que ella había tasado los bienes hipotecados a precios de mercando en el año 2011, se llega a la conclusión de que el préstamo con garantía hipotecaria concedido en escritura pública de 29 de Noviembre de 2011, no fue para una ampliación significativa del crédito disponible, ni a modificación de obligaciones mediante prórroga de su plazo de vencimiento, ni para el establecimiento de otras deudas contraídas en sustitución de aquéllas, y menos que la escritura de préstamo con garantía hipotecaria respondiera a un plan de viabilidad que permitiera la continuidad de la actividad profesional o empresarial a corto o medio plazo, sino que se realizó para que la entidad Bankia S.A. tuviera garantizado, al menos en parte, el cobro de su crédito, sin contar con el resto de acreedores de la empresa Construcciones Javier Muñoz Abad S.A.": SAP Avila (Sección 1) 22.01.2015 (Sentencia 9/2015; Rollo 2/2015)

AP Barcelona

"PRIMERO.- La administración concursal de INFASA DE CASTELLAR S.L., sociedad declarada en concurso por auto de 21 de septiembre de 2010, al amparo de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal, interpuso demanda de reintegración de la garantía real acordada con la demandada CAIXA D'ESTALVIS UNIÓ DE CAIXES DE MANLLEU, SABADELL I TERRASSA (UNNIM) sobre un inmueble de la concursada sita en Castellar del Vallés, zona industrial Can Carné. En el marco de un acuerdo de refinanciación de deuda propia y de deudas de empresas vinculadas que la concursada avalaba de forma solidaria, el 27 de febrero de 2009 ambas partes suscribieron ante la Notario de Sabadell Doña Araceli García Cortés la escritura pública que se acompaña a la demanda como documento número cuatro, por la que la entidad de crédito entregaba la cantidad de 200.000 euros en concepto de préstamo, a devolver en un plazo de diez años, constituyendo la concursada hipoteca sobre el referido inmueble.
Es un hecho no controvertido que el capital prestado se destinó a atender deuda preexistente de la propia concursada INFASA o de sus empresas vinculadas FARMONT S.L. y FARRÉS S.L. por un importe de 184.99,72 euros, destinándose el resto -15.000,37 euros- a atender los gastos de la operación.
La administración concursal consideró en su escrito de demanda que la asunción por la concursada de deuda ajena constituía un acto de disposición a título gratuito del artículo 71.2º de la Ley Concursal. Por todo ello interesó se declarara la rescisión de la hipoteca y se ordenara la reintegración de la cantidad destinada a atender deudas de FARMONT S.L. y FARRÉS S.L., por importe de 124.487,50, entidades que, sin embargo, no fueron demandadas. Alternativamente, en caso de no apreciarse la gratuidad del acto, interesó se acordara la rescisión por haberse constituido una garantía real sobre obligaciones que hasta entonces no estaban garantizadas. Y, en uno y otro caso, solicitó se condenara a UNNIM al pago de los gastos de constitución (15.000,37 euros), más los intereses devengados de la deuda de las vinculadas.
La concursada se allanó íntegramente a la demanda. UNNIM, por su parte, se allanó a la reintegración de la garantía hipotecaria, que ya estaba siendo objeto de ejecución por hipotecas anteriores, oponiéndose al resto de las pretensiones. Negó que el acto fuera a título gratuito, pues aun admitiendo que el capital prestado se destinó a satisfacer deuda preexistente en el marco de un acuerdo de refinanciación, afirmó que la deuda era de la concursada, bien como acreditada principal, bien como fiadora solidaria de las empresas del grupo. El acto, además de ser a título oneroso, al entender de la demandada no fue perjudicial para la masa activa, dado que evitó que la concursada tuviera que hacer frente a obligación vencidas líquidas y exigibles. Además, la hipoteca se constituyó sobre una nave que se hallaba previamente hipotecada, hasta el punto de haberse iniciado un proceso de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia 1 de Sabadell (autos 1091/2010) -de ahí que no se oponga a la rescisión de la garantía-.
SEGUNDO.-La sentencia de instancia descarta, de entrada, que la operación lo fuera a título gratuito, por cuanto de la propia documentación acompañada con la demanda se desprende que INFASA era deudora de UNNIM por un importe ligeramente superior a 60.000 euros y que afianzaba el resto de la deuda de forma solidaria y con renuncia al beneficio de excusión.
Excluida la gratuidad, la sentencia analiza a continuación en su fundamento decimosegundo si el acto es o no perjudicial para la masa, concluyendo que sí lo es dado que el importe del préstamo se destinó de modo casi automático a la cancelación de deudas vencidas o de vencimiento muy cercano. "La concursada señala la sentencia- no recibió realmente nuevas fuentes de financiación para aplicar a sus gastos ordinarios, sino que la práctica totalidad de lo percibido sirvió para cancelar deudas que, en escenario concursal, tendrían la consideración de ordinarias". La única ventaja que habría obtenido la concursada es conseguir que una deuda en su mayor parte vencida pasara a ser a largo plazo. Por

todo ello acuerda la rescisión de la hipoteca, manda cancelar los asientos registrales y condena a UNNIM al pago 15.000,37 euros.
La sentencia es recurrida por la entidad de crédito, que insiste en que el acto a título oneroso no fue perjudicial para la masa activa, por lo que no viene obligada a restituir los gastos de cancelación. Alega la recurrente que la finca hipotecada estaba previamente gravada con otras tres hipotecas que respondían por préstamos por un importe aproximado de 1.200.000 euros. Por ello refuta la afirmación de la sentencia de que el nuevo préstamo "determine una pérdida objetiva del valor de realización del bien que pasa ahora a tener cargas y será menos atractivo para terceros compradores cuando constaten que el mismo tiene cargas reales". Por ello limita el recurso a que se revoque el pronunciamiento de condena, dado que el acto no resultó perjudicial para la masa.
TERCERO.-El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, "serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, "cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). En concreto y por lo que se refiere al supuesto enjuiciado, el apartado primero del artículo 71.3º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, que son aquellas relacionadas en el artículo 93, y el apartado segundo "la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes
o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas". En los demás casos, esto es, de no concurrir alguna de las circunstancias reseñadas, el perjuicio debe ser probado (artículo 71.4º).
CUARTO.-En el presente caso, atendido el contenido del recurso, debemos analizar si la constitución de una hipoteca sobre una finca previamente hipotecada, en garantía de un préstamo que se destina íntegramente a satisfacer obligaciones previas de la concursada -como deudora principal o como avalista-, que se modifican sólo en sus condiciones y plazo, es o no perjudicial para la masa. En cuanto al concepto de perjuicio, en nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 (RJ 1485/2009) señalamos que se trata un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.
La constitución de una hipoteca merma el patrimonio de la concursada, reduciendo su valor. Si la hipoteca, además, se constituye sobre una obligación preexistente o sobre nuevas obligaciones que sustituyen a otras, ha de presumirse perjudicial para la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.3-2 º, dado el trato preferente que para el acreedor beneficiado, en detrimento del resto, comporta la hipoteca. Ahora bien, en el presente caso no se sustituye, sin más, una obligación por otra, que pasa a estar garantizada con un inmueble, sino que se alteran las condiciones de la obligación previa, pasando de ser líquida, vencida y exigible, con intereses de demora del 20%, a una obligación aplazada por diez años (folio 70) y con un tipo de interés del euribor más dos puntos (folio 75). No se aportó, sin embargo, financiación adicional, extremo que no se cuestiona en el recurso, dado que el exceso se destinó a atender los gastos de la operación.
En supuestos como el enjuiciado debe realizarse la correspondiente ponderación entre la merma patrimonial derivada de la constitución de la garantía real y el beneficio que le reportó al deudor las modificaciones en la obligación principal. Cuanto mayor sea el quebranto patrimonial, más evidente habrá de ser el beneficio derivado del acto. La existencia de hipotecas anteriores y preferentes sobre el bien gravado, lógicamente, limita en gran medida el quebranto patrimonial. No es lo mismo una hipoteca nueva sobre un bien libre de cargas que una hipoteca constituida sobre bienes que ya están afectos al pago de otros créditos.
Pues bien, en el presente caso, la ampliación del plazo de devolución, convirtiendo una obligación exigible en otra aplazada, unido a la reducción sustancial de tipos, entendemos que no justifica la merma patrimonial derivada de la constitución de la hipoteca. Ciertamente, la finca estaba gravada con hipotecas que respondían de créditos por un importe aproximado de 1.200.000 euros. Ahora bien, no es menos cierto que en la escritura de hipoteca se tasa finca en 8.198.455,68 euros (folio 97). Esto es, al tiempo de realizarse el acto impugnado, momento en que debe valorarse el perjuicio, la finca cubría sobradamente la deuda garantizada con hipotecas. Por todo ello, debemos confirmar el criterio del juez a quo, que consideró el acto perjudicial para la masa. La recurrente no cuestiona que como efecto de la rescisión la demandada deba restituir los gastos de constitución del gravamen, efecto implícito en la recíproca restitución de las prestaciones (artículo 73 de la Ley Concursal) y en la necesidad de restaurar la situación inmediatamente anterior al acto impugnado. Deben equiparse, a estos efectos, a los frutos e intereses a los que alude el apartado primero de dicho precepto.
Por todo ello, con desestimación del recurso, confirmamos íntegramente la resolución recurrida.
QUINTO.-En cuanto a las costas, atendidas las dudas de derecho suscitadas, no es procedente hacer pronunciamiento alguno (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La obligación preexistente fue

modificada en términos ventajosos para el deudor y la hipoteca se constituyó sobre un bien gravado, lo que arroja dudas sobre el carácter perjudicial del acto impugnado.”: SAP Barcelona (Sección 15) 15.04.2013 (Sentencia 156/2013; Rollo 2/2013)

AP Burgos

“PRIMERO. Los hechos que dan lugar a la presente acción de reintegración son los siguientes:
1) La concursada Urbelar Miranda SL estaba llevando a cabo la construcción de un edificio en la calle San Nicolás, 1 de Miranda de Ebro, para lo cual obtuvo un préstamo hipotecario de la Caja de Ahorros de Vitoria y Alava (Caja Vital, ahora Kutxabank SA) por importe de 1.682.000 #. En la escritura de préstamo hipotecario de 29 de septiembre de 2005 se hacían distintas previsiones para la disposición del importe del préstamo, y concretamente de los últimos 326.000 # "en el momento en que se formalizasen las escrituras de venta de las viviendas con subrogación del préstamo por parte de los compradores". A continuación se hacía la distribución del préstamo entre todas las viviendas del antiguo edificio que Urbelar pretendía derribar y reconstruir, y se fijaba el 29 de septiembre de 2008 como fecha de vencimiento del préstamo.
2) Comoquiera que en la fecha de vencimiento del préstamo el edificio de la calle san Nicolás no estaba terminado ni las viviendas vendidas, el citado préstamo tuvo una primera novación en el año 2008, y una segunda en el año 2009. En esta última se procedió con fecha 10 de diciembre de 2009 a otorgar una escritura de novación y ampliación del préstamo hipotecario. Se autorizó a Urbelar Miranda SL a disponer de los 326.000 # a pesar de que todavía no se habían formalizado las escrituras de compraventa. En segundo lugar se amplió el préstamo hipotecario en 174.000 #, y se fijó una nueva fecha de vencimiento el 29 de noviembre de 2010.
3) Los 500.000 # recibidos del préstamo hipotecario se destinaron en parte a pagos a proveedores, y 250.000 # fueron reintegrados por don Marcelino, administrador de Urbelar Miranda SL y de Urbelar Viviendas SL para su ingreso en una cuenta de Urbelar Viviendas. El dinero se destinó al pago de deudas que Urbelar Viviendas SL tenía con Caja Vital, y la devolución se garantizó con un derecho de prenda sobre un depósito por el mismo importe constituido al parecer en una cuenta de Marcelino. A su vez, Urbelar Miranda garantizó al devolución de otros 50.000 # recibidos del préstamo con un derecho de prenda a favor de Caja Vital sobre un depósito por el mismo importe.
4) Con estos datos, y habiendo sido Urbelar Miranda SL declarada en concurso el 20 de abril de 2010, la administración concursal pide lo siguiente: a) la rescisión de la ampliación del préstamo hipotecario por importe de 174.000 #, quedando el importe del préstamo como crédito concursal sin privilegio especial y con el carácter de subordinado, b) la rescisión de la prenda constituida por Urbelar Miranda SL en garantía de la devolución de los 50.000 #, c) la rescisión del cargo realizado contra la cuenta de Urbelar Miranda por importe de 250.000 # que supuso la salida de dicha cantidad con destino a la cuenta que Urbelar Viviendas tenía abierta en la Caja Vital, y que fue pignorada entre la Caja Vital y Urbelar Viviendas, y ordenar el pago a la masa activa del importe de 250.000 #, más los intereses legales desde dicha disposición, d) todo ello con declaración de la mala fe de Caja Vital y la consideración de tofos sus créditos resultantes de las operaciones impugnadas como créditos subordinados.
5) El Juzgado estima la demanda formulada por la administración concursal en todo menos en el punto d) antes trascrito, no considerando a Caja Vital acreedor de mala fe, por lo que se dejan sus créditos derivados de la rescisión de las operaciones impugnadas como créditos concursales ordinarios. La administración concursal se conforma con esta calificación y recurre solo Caja Vital (ahora Kutxabank).
SEGUNDO. La representación de Caja Vital formula la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse dirigido la demanda contra don Marcelino. Fue don Marcelino el que efectuó el reintegro de los
250.000 # de la cuenta de Urbelar Miranda, y el que constituyó la prenda, al parecer pignorando un depósito de su propiedad, en garantía de la devolución.
La excepción se desestima. La llamada al juicio de Marcelino solo habría sido necesaria si en la demanda se pidiese la rescisión de la prenda, o la condena de don Marcelino a la devolución de los 250.000 #. Pero la administración concursal solo pide que se rescinda la prenda sobre los 50.000 #, no sobre los 250.000, y la condena a la devolución solo es para Caja Vital, no para el Sr. Marcelino. Por lo demás, el reintegro lo efectuó don Marcelino, pero actuando como administrador de Urbelar Miranda y Urbelar Viviendas, y los 250.000 # se destinaron a cancelar parte de la deuda de Urbelar Viviendas con Caja Vital, no deudas propias del Sr. Marcelino. Por esta razón los obligados a reintegrar son solo aquellos frente a los cuales ha dirigido la demanda la administración concursal.
TERCERO. Rescisión de la ampliación del préstamo hipotecario.
Comoquiera que en la fecha de vencimiento del préstamo de 29 de septiembre de 2005 el edificio de la calle san Nicolás no estaba terminado, ni las viviendas vendidas, el citado préstamo tuvo una primera novación en el año 2008, y una segunda en el año 2009. En esta última se procedió con fecha 10 de diciembre de 2009 a otorgar una escritura de novación y ampliación del préstamo hipotecario. Se autorizó a Urbelar Miranda SL a disponer de los 326.000 # a pesar de que todavía no se habían formalizado las escrituras de compraventa. En segundo lugar se amplió el préstamo hipotecario en 174.000 #, y se fijó una nueva fecha de vencimiento el 29 de noviembre de 2010. En la demanda se pide la rescisión de esta ampliación por importe de 174.000 #, y su inclusión en el pasivo del concurso como crédito subordinado, aunque el Juzgado lo ha calificado como crédito concursal ordinario, con lo que se la mostrado conforme la administración concursal.

El artículo 71.3 de la Ley Concursal dice que "salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: (...) La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas". En el presente caso se amplía la garantía hipotecaria sobre esos nuevos 174.000 #, que es tanto como constituir una garantía real sobre una nueva deuda derivada de la obligación de devolver los 174.000 #, todo ello en el periodo de los dos años anteriores a la declaración del concurso, que se declara el 20 de abril de 2010.
No obstante, la presunción del artículo 71.3 es una mera presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario, concretamente en este caso la demostración de que la ampliación del préstamo hipotecario venía exigida por la necesidad de terminar la construcción del edificio de la calle san Nicolás para empezar a vender las viviendas, lo que sin duda redundaría en un beneficio para el deudor concursado. Esta vinculación de la ampliación del préstamo hipotecario con la promoción del edificio de la calle San Nicolás, que es puesto de manifiesto por la parte apelante, vendría a justificar la falta de aplicación de la presunción, si ello ciertamente hubiera sido así. Pero no lo fue. Los 174.000 # concedidos a mayores por la Caja Vital no se destinaron a la terminación del edificio de la calle san Nicolás, sino al pago de las deudas de Urbelar Viviendas con Caja Vital, pues el mismo día de la ampliación del préstamo fue cuando don Marcelino procedió a retirar los 250.000 # de las cuentas de Urbelar Miranda para transferirlos a Urbelar Viviendas, y hacer pago de las deudas que esta tenía con Caja Vital. Por lo tanto, a la vista de estos hechos, la ampliación del préstamo hipotecario no estaba ligada a la construcción del edifico, sino al pago de una deuda de un tercero. De ahí que deba confirmarse la sentencia en este punto.
CUARTO. Rescisión de la prenda de 50.000 #.
Tras la liberación de los 326.000 # y la ampliación del préstamo hipotecario en 174.000 # se exigió a Urbelar Miranda que constituyese un depósito por importe de 50.000 # en garantía de la devolución de ese dinero. El depósito de 50.000 # estaba por lo tanto directamente vinculado a la devolución de las cantidades recibidas como consecuencia del préstamo hipotecario, que ya estaban garantizadas con la hipoteca. Resulta otra vez de aplicación la presunción del artículo 71.3, "salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: (...) La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas".
En la demanda se pide, y en la sentencia se acuerda, que se haga pago de los 50.000 # a la masa activa del concurso. Lógicamente esto debería ser así en el caso de que Caja Vital se hubiera hecho pago con el importe del depósito. Si no lo hubiera hecho todavía, lo único que procedería sería la inclusión de los
50.000 # en el activo del concurso, libres de toda carga. Nada se dice en el recurso ni en la contestación de la demanda sobre que Caja Vital se haya cobrado o no parte del préstamo con los 50.000 #, lo que debería haberse dicho en caso contrario; de ahí que proceda también la confirmación de la sentencia en este punto.
QUINTO. Rescisión del pago de 250.000 #.
Está acreditado, incluso por aceptación de la parte demandada, que con el dinero de la ampliación del préstamo, y liberados los 326.000 #, se hizo pago de 250.000 # para una deuda ajena como es la de Urbelar Viviendas. Se trata del pago de una deuda ajena, lo que debe entenderse como un acto gratuito, sin contraprestación alguna de cargo de Ubelar Vivivviendas, y a favor de Urbelar Miranda, por mucho que ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo empresarial. El acto cae dentro de la presunción iuris et de iure del artículo 71.2 de la Ley Concursal, "el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso".
La dificultad no está tanto en calificar el acto como rescindible, que lo es, sino en determinar quienes son los obligados a la reintegración. En la demanda se pide, y en la sentencia se acuerda, la condena de Caja Vital a la devolución. Sin embargo, el pago no lo recibió directamente Caja Vital, sino Urbelar Viviendas, por lo que en teoría es Urbelar Viviendas la que debe reintegrar los 250.000 #. No obstante, en seguida se echa de ver la escasa utilidad de esta petición para los intereses el concurso, pues Urbelar Viviendas también está declarada en concurso, como todas las sociedades del grupo Urbelar. La solución debe venir por la vía de considerar que en realidad se instrumentó un pago a través de Urbelar Viviendas, pero que en realidad era como si se hubiera pagado directamente a Caja Vital. Si hubiera sido Caja Vital la que recibiera directamente los 250.000 #, en tal caso no habría problema para obligar a la Caja a reintegrar. Lo que ocurrió es que se simuló un pago a través de Urbelar Viviendas parda dar la sensación de que era esta la que estaba pagando una deuda propia, pero en realidad el pago lo podía haber hecho directamente Urbelar Miranda y la operación hubiera continuado siendo la misma. “:SAP Burgos (Sección 3) 23.11.2012 (Sentencia 431/2012; Rollo 350/2012)

“Como antecedentes de hecho para la debida resolución de las cuestiones objeto del recurso, han de precisarse los siguientes particulares:
1.- Con fecha 8.8.2008 en escritura publica nº 1.214 se constituye hipoteca a favor de la entidad Caja Rioja, en garantía de un préstamo por un importe de 2.000.000 # y con un plazo único de amortización de 3 años y, según se hace constar en la propia escritura su finalidad es "financiar atenciones diversas de su actividad empresarial", al tiempo que acuerdan asimismo que el préstamo se podrá ampliar en un futuro para financiar la construcción de viviendas según proyecto que se redactará al efecto.

La garantía elegida por la entidad financiera para su renovación recayó en el solar o finca urbana PARC. E-1 sito en el Camino de la Plata I, resultante de la Unidad de Ejecución 51.01. a. de Burgos, cuyo valor de tasación según informe TINSA de fecha 11.6.2008, era de 5.619.988,22 #.
2.- El capital lo recibió Ábside 3 SL en una cuenta abierta a su nombre en la Caja Rioja y, el mismo día que lo recibe lo destina. :
-708.278,45 # para la cancelación del préstamo personal numero 2037-0129-54-30344737-63 de Caja Rioja, por importe de 700.000 #, de fecha 23 de mayo de 2008 y vencimiento a 3 meses (folio 73 de las actuaciones) con el que, a su vez se había cancelado un préstamo personal de fecha 25/5/2005 y vencimiento 25/6/2008.
-589.794,21 # a la cancelación de la póliza de cuenta de crédito numero 2037-0129-51-06027034-23 de Caja Rioja, por importe de 600.000 #, de fecha 23/8/2008 y vencimiento 25/8/2008 (folio 59 de las actuaciones); que como en el caso anterior se destinó íntegramente a cancelar la cuenta de crédito de vencimiento 25/5/2008 por el mismo importe.
-41.850 # fueron destinados al pago de los gastos propios de la formalización de la hipoteca (10.000 # por comisión de apertura + 31850 # gastos gestoría firma préstamo)
-Y con el resto del importe del préstamo la sociedad constituyó dos depósitos a plazo fijo por importes de 350.000 # y 300.000, cuyos fondos, según resulta del extracto de la cuenta (doc. 8 de la contestación Caja Rioja), al poco tiempo, se destinaron a hacer diversos pagos de su actividad empresarial (gastos corrientes de teléfono, luz, agua, pagos de impuestos, a asesores propios de la empresa, pagos a personal de la empresa, alquileres de sus instalaciones, pagos a Junta de Compensación, etc.).
De este modo, el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca lo es solo parcialmente para garantizar una obligación preexistente aproximadamente 1.300.000 #, existiendo una ampliación del crédito, de 650.000 #.
3.- Al amparo de la cláusula de vencimiento anticipado prevista en el escritura de préstamo hipotecario, mediante telegrama de fecha 17.2.2010 la entidad prestamista comunica a la prestataria Ábside 3 SL, habiendo transcurrido solo 8 días desde la fecha del primer vencimiento no atendido (8.2.2010) y, procede a su ejecución judicial y el día 24.2.2010 se dicta auto despachando ejecución por el JPI nº 3 de Burgos en el juicio de ejecución hipotecaria num. 235/2010.
Los intereses generados por dicho préstamo desde su constitución hasta el día 16 de febrero de 2010 en que la entidad financiera procedió a su vencimiento anticipado, ascendieron a la suma de 184.881,27 # habiendo abonado 162.449,43 # y quedando pendiente de abono la cantidad de 22.431,84 #.
4.- En el mes de septiembre de 2009, la entidad Caja Rioja, contra lo indicado inicialmente en la escritura, denegó a la concursada la solicitud de ampliación del préstamo hipotecario, por importe de 600.000 #, sobre la parcela hipotecada, ante la necesidad de cubrir la cuenta de crédito por 600.000 # que la entidad Caja Círculo (con la que la concursada tenía proyectada la promoción del solar hipotecado) no la había renovado en fecha 24 de agosto de 2009 (Caja Círculo estimó en ese momento que no eran suficientes las garantiza de la sociedad y solicitar garantías personales a los socios como se recoge en Plan de viabilidad de Ábside de fecha 16.3.2010 -doc 4 de la demanda-).
5.- La entidad Ábside -3 SL fue declarada en concurso voluntario el 18 de mayo de 2010, esto es, 1 año, nueve meses y 10 días después de la constitución de dicha garantía real sobre su patrimonio de la sociedad, rozando la finalización del plazo de sospecha de 2 años pero, en todo caso, dentro del periodo temporal establecido legalmente.
Cuarto.- La LC presume que la constitución por el concursado de garantías reales para asegurar obligaciones preexistentes da lugar a un perjuicio patrimonial para el patrimonio de aquél. El supuesto de hecho que se pretende evitar es el favorecimiento por el concursado de uno o varios acreedores en detrimento de los restantes mediante la constitución injustificada de derechos reales de garantía que garanticen el cumplimiento de una obligación contraída con anterioridad, puesto que la valida constitución de un derecho real de garantía tiene como consecuencia que los bienes o derechos sobre los que recae la misma quedan afectos a un derecho de ejecución separada por parte del beneficiario del derecho real, siquiera con las limitaciones que introduce el artículo 56 de LC y dado que el crédito garantizado tendría, como contemplado en el artículo 90 de LC la consideración de crédito privilegiado especial.
Del conjunto de los hechos probados se infiere un perjuicio para los acreedores de la masa pasiva que han visto como la concursada y Caja Rioja han constituido una garantía real sobre un bien de la masa patrimonial con un valor de 5.619.988 # (tasación TINSA de fecha 11/6/2008) muy superior al crédito concedido
(2.000.000 #) y con un privilegio de cobro que las operaciones originarias, ni sus posteriores renovaciones hasta agosto de 2008 poseían y que supone la modificación de la naturaleza del crédito anterior, con garantía personal, para su transformación en crédito con garantía real, destinando dos terceras partes de su importe a la renovación de una serie de operaciones financieras que anteriormente carecían de privilegio alguno.
Nos encontramos pues ante un hecho de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, en perjuicio de los acreedores de la masa concursal y del principio de la pars condictio creditorum.
Se trata de una garantía hipotecaria que ataca los derechos y condiciones del resto de acreedores, que constituye un abuso de la posición de la entidad financiera Caja Rioja que fundamentalmente buscó cancelar las deudas pendientes sin garantía, contra la ficción de que se constituía un préstamo hipotecario que sería ampliado para la financiación de las futuras viviendas a construir sobre la parcela

hipotecada, pero llegado el momento negó cualquier posibilidad de ampliación, y procedió a resolver de forma anticipada, en las condiciones que ya se han expresado, el citado préstamo hipotecario, aun sabiendo que el resultado de tal decisión no seria otro que la imperiosa e ineludible obligación de presentar el concurso de acreedores.
Por lo tanto, como indica la sentencia de instancia los hechos son subsumibles en el supuesto del artículo 71.3.2º LC ya que la hipoteca no solo se realiza dentro del periodo sospechoso sino que se destinta, principalmente a extinguir la deuda preexistente, sustituyendo la deuda existente sin ninguna garantía por deuda con garantía real, con las consecuencias de trato que ello acarrea entre los acreedores.”: SAP Burgos (Sección 3) 04.04.2013 (Sentencia 112/2013; Rollo 202/2012)

“SEGUNDO.- El siguiente motivo de impugnación se funda en la infracción del art. 218 LEC e indebida aplicación del art. 71.3.2º LC, pues hubo aportación de dinero nuevo y, por ello, es inaplicable la presunción.
La parte apelante alega que la sentencia recurrida se aparta de la causa de pedir, garantías reales para asegurar el crédito indicado, examinando otras operaciones diferentes; e incurriendo en una valoración errónea de la prueba.
El art. 71.3.2º LC, establece que "3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:
2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas".
La sentencia de instancia explica el perjuicio patrimonial que supone el acto o negocio jurídico impugnado, en un contexto de distintas operaciones.
Respecto de la incongruencia por desviación de la causa de pedir, excluye que haya una disconformidad entre las pretensiones deducidas por la parte actora y la parte dispositiva de la sentencia, cuyo ajuste, además, se produce.
La causa de pedir viene delimitada por los hechos constitutivos en los que se funda la pretensión actora.
En el Hecho Séptimo de la demanda se alegan estos aspectos fácticos, de acuerdo de refinanciación de la situación financiera de Tebycon SA.U., otorgamiento de varias escrituras notariales, en la misma fecha y notario, consecuencia de un acuerdo marco de refinanciación entre la concursada y sus proveedores financieros. Una sola operación financiera que se plasma en varias escrituras, dentro de un acuerdo Marco de financiación, "de una negociación de reestructuración de la deuda TOTAL que TEBYCON S.A.U. mantenía con las entidades financieras", produciéndose una reestructuración de la deuda, folio 15.
En el Exponen II del Contrato de Crédito Sindicado se dice, folio 125 vtº, "Que la Acreditada en enero de 2009 ha suscrito, como consecuencia de un proceso previo de negociación, un Acuerdo Marco, el cual se incorpora, a efectos meramente informativos, como Anexo nº 1, con las Entidades Acreditantes con vistas a garantizar una financiación estable que permita a la Acreditada desarrollar con normalidad durante los próximos ejercicios su operativa ordinaria ".
El Objeto del Acuerdo consiste, folio 152, en "establecer y regular un marco estable de financiación bancaria para Tebycon, mediante la refinanciación de deuda bancaria de Tebycon y la obtención de nueva financiación por dicha Sociedad, determinando tanto las entidades involucradas, como los medios sobre los que se va a articular la refinanciación y los compromisos y obligaciones asumidos por la Sociedad frente a las entidades financieras que lo suscriben (a las que denominaremos conjuntamente en lo sucesivo "Entidades Financieras"), todo ello sujeto a determinadas condiciones, entre las que cabe destacar, la suscripción del presente-acuerdo por entidades financieras que representen al menos el 90% de la nueva financiación solicitada por la Sociedad (8.902.898,10 #), la obtención de las tasaciones de todos los inmuebles puestos en garantía y el cierre y formalización de los documentos que implementen los presentes acuerdos en términos que resulten conformes por todas las partes".
Las líneas básicas del Acuerdo de financiación afectan a las líneas de Confirming y líneas de Crédito sin garantía hipotecaria en la actualidad, Préstamos Hipotecarios, Crédito Sindicado, Líneas de Descuento y Factoring, Línea de Avales y Leasing.
No ofrece duda cuál era la finalidad del Crédito Sindicado como del Acuerdo Marco y la vinculación de todas las operaciones financieras, que pretendían una sola finalidad y resultado, refinanciación de toda la deuda bancaria de la concursada, para garantizar una financiación estable y desarrollar con normalidad su operativa ordinaria, durante varios ejercicios próximos.
Por tanto, que todos estos aspectos los tenga en cuenta el Juez de Instancia para valorar jurídicamente las operaciones financieras impugnadas es, precisamente, lo congruente; no apreciándose que se haya desviado de la causa de pedir.
La sociedad recurrente admite o determina como dinero nuevo, al menos, 2.157.775,52 euros, pero, dentro de una refinanciación global -se admiten los hechos de la demanda, folio 110- y la prestación de diversas garantías, hipotecarias, de mas de 29 millones de euros, y otras adicionales, prendarias y personales.
La motivación jurídica que contiene la sentencia de instancia permite inferir el juicio de razonabilidad que lleva al Juez de Instancia a concluir en el sentido que lo hace.
Por último, cabe hacer las consideraciones siguientes:
A) En cuanto a los documentos consta unido a las actuaciones en formato pdf, los aportados por la administración concursal, entre los folios 51 y 52, por lo que ha podido tener acceso y conocimiento de los mismos.

B) En el Objeto del Acuerdo Marco se expresa la sujeción a determinadas condiciones, entre ellas, el cierre y formalización de los documentos que implementan los presentes acuerdos en términos que "resulten conformes por todas las partes", luego, todas las operaciones estaban conectadas.
C) De las garantías hipotecarias responden todos los bienes, en su totalidad.
D) El total de la reestructuración financiera alcanza la cifra, reconocida por la Administración Concursal de 18.854.790 euros, de cuya cantidad, al menos, se dispone de dinero, como flujo de efectivo en la refinanciación, pagos a proveedores comerciales, pago nóminas atrasadas y pago seguridad social, 2.157.755,52 euros, folios 161,257 y 307, que la concursada admite como dinero nuevo, lo que supone un 11,44% de la reestructuración financiera, pero con unas garantías reales y personales que antes no tenia con un valor de 29.000.000 euros los bienes muebles e inmuebles-.
TERCERO.- La cuestión, entonces, es si se produjo perjuicio para la masa activa, que es objeto de la Alegación Tercera del recurso de apelación -infracción del art. 71-1 LC y art. 218-2 LEC, por inexistencia de perjuicio patrimonial-.
No se cuestiona el periodo temporal, de la realización de los actos dentro de los dos años a la declaración concursal, 30 enero 2009 y 27 octubre de 2010. Y concurre en el supuesto procesal la presunción "iuris tamtum" de perjudicialidad del acto para la masa, del apartado 3-2º del art. 71 LC, esto es, "La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas", de modo que se produce una inversión de la carga de la prueba, siendo la parte demandada y recurrente a la que incumbe probar que la constitución de las garantías hipotecarias y prendarias litigiosas no perjudicaron a la masa activa.
A este respecto, no puede desconocerse que, de las once entidades financieras demandadas, solo dos han impugnado la sentencia, lo que, lógicamente, permite inferir, que las nueve restantes, han admitido el hecho del perjuicio para la masa activa, de las operaciones litigiosas.
Además, el dinero sobrante poco pudo servir para que la concursada pudiera continuar su actividad, pues se destinó, como se ha expuesto, en parte, expresamente, para deudas atrasadas (nominas), y así se admite por la recurrente, para pago "de deudas con la Seguridad Social y derechos con proveedores comerciales", folio 406 vltº.
Se aduce por la recurrente que las deudas preexistentes estaban en su totalidad vencidas y exigibles, devengando un interés superior, folio 408 vltº, por lo que ello supone la sustitución de unas obligaciones por otras que se refinancian, añadiendo unas garantías reales, hipotecarias y prendarias, que no tenían las anteriores, incidiendo en el supuesto normativo mencionado.
Independientemente de esta presunción, el supuesto procesal, constituye un perjuicio patrimonial injustificado para la masa activa, en relación al conjunto de los acreedores concursales, puesto que las garantías reales constituidas gravaban todos los bienes muebles e inmuebles con los que contaba la concursada y estaban libres de cargas, y las participaciones sociales que tenía en otras sociedades; prácticamente el activo mas importante.
Además, abundando en la línea de argumentación expuesta, la concursada presentó la comunicación del art. 5.3 LC, en mayo de 2010, lo que ya implicaba la existencia de una situación de insolvencia. No consta que, realmente, la refinanciación supusiera facilitar la viabilidad de empresa, que pudo ser, pero por poco tiempo, sin un resultado eficaz, pero, las entidades financieras, evitaban los efectos concursales obteniendo un crédito privilegiado y a costa de prácticamente todos los bienes del activo social, en evidente perjuicio del común de los acreedores, y de la par conditio creditorum, que evitaban de este modo.
CUARTO.-Por la representación de Kutxabank se apela la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación y la desestimación de la demanda incidental ejercitada por la Administración Concursal frente a esta parte, con expresa imposición de costas a la adversa.
Se alega por esta parte apelante, como primer motivo de impugnación, que el importe prestado por Caja Vital Kutxa no se destinó a sustituir deuda preexistente de Caja Vital Kutxa. Alegación conectada con el objeto del motivo segundo de impugnación, consistente en que, el préstamo sindicado, el crédito sindicado, el reconocimiento de deuda de Caixa Nova, la hipoteca constituida por Caixa Nova y la hipoteca constituida por BBVA, formalizados el 30 de enero de 2009, no son una sola operación, sino diferentes operaciones.
Estas cuestiones ya han sido tratadas en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución, al que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.
No obstante, cabe añadir otras consideraciones:
A) El punto 10 de las Condicionantes del contrato marco, al que alude la recurrente, folio 421, formalización en escrituras o pólizas de los contratos correspondientes y de las garantías establecidas; condicionando "la presente operación de financiación", folio 157. y "todas las operaciones juntas", no solo se pretendía salvar la empresa, para lo que había un escaso margen, como se ha razonado antecedentemente, sino básicamente una refinanciación de toda la deuda financiera de la concursada,, de deuda preexistente, vencida y exigible.
B) La recurrente aporta a la refinanciación, con el crédito sindicado, 180.000 euros, con una garantía real de unos 29 millones de euros, sin distribución de bienes concretos, lo que solo se explica en el contexto de una garantía global en relación a una refinanciación de la misma naturaleza, por toda la deuda, En su conjunto.
C) La formalización posterior de otros acuerdos bilaterales con determinadas entidades financieras, son irrelevantes al objeto de este proceso, porque son independientes del acuerdo global de refinanciación -sin perjuicio de las acciones que, como es lógico, las partes interesadas y legitimadas puedan ejercitar contra tales acuerdos-.

QUINTO. - Esta parte apelante alega que no ha creado perjuicio a la masa porque no garantiza deuda preexistente de la propia Caja, ni quedaba reforzada respecto del crédito indicado -el dinero nuevo se destinó a la financiación de circulante o al pago de deudas de la sociedad con terceros ajenos-; siendo una práctica ordinaria en las operaciones de financiación bancaria, siendo una operación beneficiosa para el resto de acreedores.
Aparte de lo dicho en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución, sobre el perjuicio para la masa activa, de los negocios jurídicos impugnados, cabe subrayar lo siguiente:
A) Lo realmente efectivo es la transformación de posiciones a corto plazo en largo plazo, pero con el establecimiento de garantías hipotecarias que antes no tenían las entidades financieras; y a pagos de posiciones en descubierto, y lo que queda de dinero nuevo, propiamente dicho, se destina a pagos de deudas vencidas.
B) El valor de los bienes que sirven de garantía, 29 millones de euros, supera no solo el importe del crédito sindicado, sino el valor de toda la deuda global, sobradamente - para la Administración concursal el total asciende a 18.854.790 euros, como explica a los folios 541 a 543-, y afectándose a todos los bienes libres de cargas de la concursada, de modo que, el resto de los acreedores no intervinientes, no contarían con bienes de derechos libres para hacer efectivos sus créditos con su realización.
C) Como señala la sentencia de instancia, los acreedores del crédito sindicado se situaron en una posición reforzada en relación a la que tenían antes, en correlativo perjuicio del resto de los acreedores; y desde una perspectiva objetiva del art. 71-2-3º LC y reforzada por el art. 15º, ap.5 del Real Decreto-Ley 5/2005.
SEXTO.-Por último, no puede desconocerse, desde una perspectiva estrictamente procesal que, al no establecerse la división, individualización o cuota por la que los bienes gravados responden por cada una de las entidades financieras concedentes del crédito, no puede estimarse en parte el recurso o la demanda a favor de los apelantes, ni están legitimadas para pedir la desestimación total o integra de la demanda -a cuya estimación se han aquietado las restantes entidades financieras-.
El crédito sindicado concedido por una diversidad de entidades financieras, tiene a su favor un derecho real de garantía, hipoteca, otorgado de manera solidaria sobre determinados bienes inmuebles y muebles, pero sin distribución de los mismos, ni división convenida entre las partes, de manera que la acción de reintegración solo puede estimarse o desestimarse frente a todas las entidades financieras intervinientes en el crédito sindicado, pero no una desestimación respecto de alguna entidad financiera, por la argumentación expuesta.
No obstante, se han enjuiciado los recursos de apelación interpuestos, agotando la argumentación, de la que, lo ahora expuesto, es un aspecto mas que incide en su desestimación, convergiendo criterios jurídicos formales y materiales.”: SAP Burgos (Sección 3) 12.12.2013 (Sentencia 297/2013; Rollo 243/2013)

AP Cantabria

“CUARTO.- Respecto a la errónea valoración de la prueba en relación con la garantía por la hipoteca de obligaciones preexistentes, el motivo se desestima.
Esta Sala considera, atendiendo a los documentos obrantes en autos y a los propios hechos reconocidos por la apelante en sus escritos de contestación a la demanda y de recurso, que resulta acreditado que la hipoteca de máximo cuya rescisión se interesa garantizaba igualmente obligaciones preexistentes.
En concreto, en la contestación a la demanda se reconoce por la apelante que "ciertamente, en la escritura de hipoteca de máximo se contemplaba la garantía de las operaciones financieras existente a fecha de su constitución y las que se realicen en un futuro. Por ello, en nuestro escrito de insinuación de los créditos se solicitó que todos aquellos (preexistentes o posteriores) amparados por la hipoteca fueran reconocidos como créditos con privilegio especial". Con esta afirmación y admisión de hechos de la propia demandada resulta claro, evidente e innecesario de prueba el hecho relativo a que efectivamente la hipoteca de máximo rescindida garantizaba obligaciones preexistentes como así hizo valer en el concurso la propia apelante en su comunicación de créditos. El hecho de que posteriormente vía incidente de impugnación modifique la pretensión de reconocimiento de algunos créditos anteriores a la referida hipoteca de máximo como privilegiados y se optase por la pretensión de que se calificasen como ordinarios no excluye lo anterior, puesto que de ser así se dejaría a merced de la demandada la calificación del acto impugnado como perjudicial para la masa ya que bastaría con que renunciase tras el concurso al privilegio en relación con las obligaciones preexistentes al momento de la constitución de la hipoteca para evitar la rescisión de la misma. Todo ello, especialmente teniendo en cuenta que la apelante intentó en el seno del procedimiento concursal obtener la calificación de los créditos derivados de obligaciones preexistentes como privilegiados y que su intención, por lo tanto, fue que se reconociese dicho privilegio en el seno del concurso. En concreto, dicha comunicación de créditos consta en el folio 143 de las actuaciones y en él se aprecia como los créditos derivados de las pólizas de 5-5-2009, 17-5-2009 y 5-5-2009, anteriores a la hipoteca de máximo, fueron comunicados como privilegiados especiales por estar amparados por la hipoteca de máximo. Por ello, no puede pretender ahora la apelante evitar la rescisión de la hipoteca mediante la renuncia a dicho privilegio en cuanto a las deudas anteriores a su firma.
Con independencia de lo anterior, algunos de los créditos reconocidos en el concurso como privilegiados especiales derivan igualmente de obligaciones preexistentes a la constitución de la hipoteca de máximo. En concreto, el crédito de 31.039,57 euros es un crédito que obedece a

obligaciones preexistentes a la hipoteca de máximo. En el propio escrito de comunicación de créditos así como en la contestación a la demanda incidental se reconoce que dicho crédito tiene su origen en una póliza de cobertura para negociación de documentos y créditos comerciales y/o comunicados telepáticamente o en soporte magnético nº NUM000 por un límite de
120.000 euros de fecha 25 de mayo de 2005 ampliada en póliza nº NUM001 de fecha 16 de junio de 2006 por importe de 180.000 euros, de duración indefinida según se extrae de sus cláusulas nº 10. En consecuencia, con independencia de que el vencimiento de los créditos descontados fuera posterior a la constitución de la hipoteca de máximo, la obligación de descuento tenía su origen en un contrato anterior a la hipoteca de máximo carente de garantía real alguna. De no haberse otorgado dicha hipoteca, el crédito reconocido que hubiese nacido igualmente al tener como origen dichos contratos de duración indefinida carecería de tal garantía real.
Lo mismo acontece con relación al crédito reconocido como privilegiado especial de 50.594,43 euros y 96.343,95 euros derivados de la póliza para operaciones de comercio exterior nº NUM002 por un límite de 120.000 euros de fecha 25-5-205, ampliada en póliza nº NUM003 de fecha 7-6-2007 por importe de
200.000 euros, previéndose una fecha de vencimiento inicial así como posibles prorrogas cada seis meses. En consecuencia, los créditos reconocidos tienen su origen, con independencia del vencimiento, en dichas pólizas, en las que no se preveía garantía alguna, anteriores en todos los casos a la hipoteca de máximo, habiéndose por ello garantizado obligaciones preexistentes.
En consecuencia, de lo expuesto y reconocido por la propia apelante resulta acreditado que la hipoteca de máximo se constituyó igualmente para garantizar obligaciones preexistentes y que incluso en el seno del procedimiento concursal ha intentado el reconocimiento respecto a todas ellas el apelante y algunos de los créditos reconocidos como privilegiados tienen tal origen.
Igualmente, analizando el documento nº 3 presentado junto a la contestación a la demanda se extrae que parte del préstamo de 210.000 euros que fue otorgado simultáneamente con la constitución de la hipoteca de máximo se destinó al pago de obligaciones preexistentes como se extrae de los apuntes de 15 de noviembre de 2010 por importes de 35.500,28 y 84.985,24 euros cuya razón es amortización anticipada de crédito, sin que exista prueba de que obedezcan a financiaciones posteriores a la hipoteca y que no deriven de los contratos a los que antes se ha aludido, previos todos ellos al otorgamiento de la garantía.
En virtud de lo anterior, resulta aplicable la regla contenida en el art. 71.3.2º en la redacción vigente a la fecha de la demanda, esto es, la presunción de perjuicio de la hipoteca de máximo.
QUINTO.- Con relación a la ausencia de perjuicio para la masa. Como se ha señalado en el fundamento anterior, resulta aplicable la presunción de perjuicio, recayendo la acreditación de que no se produjo dicho perjuicio a la demandada. Sin embargo, como se señala en la sentencia apelada en un criterio que comparte esta Sala, la demandada no ha realizado prueba alguna de la ausencia de dicho perjuicio destacando que en la contestación a la demanda se basa la ausencia de perjuicio en que únicamente se ha pretendido el reconocimiento como privilegiado de obligaciones posteriores a la hipoteca de máximo lo que no se considera acreditado puesto que como se ha dicho esta Sala entiende que la hipoteca garantizaba obligaciones preexistentes y que algunas de las reconocidas en el concurso derivan de obligaciones preexistentes. Igualmente, en el recurso se reitera que no se estaban garantizando obligaciones preexistentes, lo que ya ha sido respondido.
El segundo argumento utilizado por la recurrente es el relativo a que como consecuencia de la hipoteca de máximo se inyectó financiación nueva en el patrimonio de la concursada, especialmente en relación al otorgamiento de un aval, al préstamo de 210.000 euros así como al volumen de remesa de efectos, anticipos de facturas, financiación de importaciones y anticipos de exportaciones posteriores a la hipoteca. Con relación a esto último, ha de tenerse en cuenta que todas estas operaciones tienen su origen en las pólizas vigentes a la fecha de la constitución de la hipoteca, a las que se ha hecho referencia en el fundamento de derecho anterior, y todas ellas se han circunscrito al importe máximo pactado. Por ello, no puede encontrarse la justificación de las operaciones de descuento por importe de 988.422,59 euros, financiación de importaciones de 203.560,74 euros y anticipos por exportaciones por importe de 64.047,50 euros derivan de dichos contratos preexistentes y no pueden considerarse como justificativas de la ausencia de perjuicio para la masa de la constitución de la hipoteca por su carácter anterior.
En cuanto a la nueva financiación consistente en el préstamo de 210.000 euros, no puede considerarse como justificativo de la ausencia de perjuicio. En primer lugar, como se ha señalado más arriba, de los documentos obrantes en autos se extrae que una parte importante de dicha cantidad fue destinada a saldar obligaciones preexistentes cuyo origen eran las ya reiteradas pólizas vigentes en el momento de formalización de la hipoteca. En concreto se han señalado las cantidades de 35.500,28 y 84.985,24 euros. En segundo término, puesto que falta la prueba de que se produjese una efectiva inyección de tesorería proporcional a la constitución de la garantía en lo relativo a la nueva financiación, destinada a la efectiva continuación de la actividad, más allá de las meras declaraciones formales de la concursada en la documentación aportada, teniendo en cuenta especialmente el volumen total del fresh Money efectivamente recibido frente al total pasivo de la concursada y el monto de sus obligaciones derivadas de relaciones contractuales previas.
En último lugar, respecto al aval constituido, con independencia de su consideración como nueva financiación, por su valor analizado comparativamente con el total de la finca hipotecada no puede considerarse como justificativo por sí solo de la inexistencia de perjuicio.
SEXTO.- En último término y para concluir el debate, ha de tenerse en cuenta que la sentencia dictada en el seno del incidente concursal de reconocimiento de créditos no es óbice para la desestimación

del recurso puesto que la misma deja a salvo la modificación de la clasificación de los créditos ante el resultado de la acción de reintegración.
SÉPTIMO.- Compartiendo esta Sala la apreciación de la sentencia recurrida relativo a la procedencia de la reintegración de la hipoteca de máximo, desestimándose con ello los motivos de apelación formulados al respecto, resta por analizar la petición subsidiaria relativa a la petición de que se restituya a la apelante las prestaciones que como dinero nuevo se dieron al amparo de la hipoteca en los términos del art. 73 LC.
El motivo se desestima. El art. 73 LC establece que "La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses". El concreto acto impugnado es la constitución de la hipoteca de máximo, como negocio jurídico independiente, cuya ineficacia ha sido declarada pero no puede considerarse que proceda la restitución de prestación alguna a cargo de la demandada puesto que ninguna prestación percibió en el seno de dicho negocio jurídico. Cierto es que la concursada obtuvo financiación nueva que en cuyo otorgamiento debió ser tenido en cuenta por la apelante la constitución de la hipoteca, pero dicha financiación se otorgó como un negocio jurídico independiente de la constitución de la hipoteca y, por lo tanto, lo recibido por la concursada no es la contraprestación a dicha hipoteca. “:SAP Cantabria (Sección 4) 18.11.2013 (Sentencia 545/2013; Rollo 194/2013)

AP Castellón

“Consideramos que está abocado a su desestimación porque, en primer lugar, carece de trascendencia que una de las obligaciones garantizadas en la escritura notarial n. 235 estuviere vencida (en todo caso es preexistente) al igual que las posibilidades de iniciar una ejecución singular, sin que por mor de la escasa actividad probatoria desplegada quepa considerar destruida la presunción de perjuicio del art. 71.3.2º de la Ley Concursal previamente reseñada y que es plenamente aplicable, atendido el hecho que la ampliación del plazo de pago suele ser inherente a estas operaciones como ya hemos apuntado (lo que incluso pudiere extenderse al hecho de la reducción del tipo de interés aplicable, por mucho que por sí solo este hecho nada altere el punto relativo a la presunción iuris tantum a la que propiamente ha estado el Juez de primer grado dado el concepto amplio de perjuicio referido, la afectación de la paridad de trato y la ausencia de demostración de la bondad de la operación desde la óptica de los resultados a los que condujo, máxime de tomar en consideración la situación concursal no muy lejana a la que se vio abocada la prestataria y respecto la que debe tomarse como referencia la situación preconcursal en la que según las alegaciones vertidas durante el procedimiento se vio inmersa previamente a la declaración de concurso).
En segundo lugar, lo expuesto es aplicable igualmente respecto la línea de descuento garantizada con hipoteca en la escritura n. 236 al ser preexistente y, por mucho que se insista en que solo tenía por objeto garantizar los nuevos adelantos pecuniarios, lo cierto es que equivale a garantizar realmente el cumplimiento de las obligaciones de un contrato en el que previamente no concurría dicha situación.
(...)
En cuanto a las pólizas objeto de la garantía hipotecaria fijada en la escritura notarial n. 235, el recurso debe ser desestimado por idénticas razones que en el caso anterior en relación con las consideraciones de carácter general acerca del material probatorio obrante en la causa y proceso de refinanciación general en que se inserta esta operación, pudiendo incluso añadirse que tampoco resultó de la misma una ampliación significativa del crédito disponible de la que poder desprender sin más una posible viabilidad de partida dado la reducida cantidad que en relación con el montante total de la operación quedó para la concursada tras hacer frente a los gastos derivados de esta refinanciación conforme a las concreciones y cálculos verificados al respecto por la administración concursal en relación con los documentos que oportunamente presentó al respecto y que no han venido a ser contradichos, y ello aunque incrementáramos la suma en los términos pretendidos en el recurso y rechazados por la administración concursal (que ahora aduce que se destinaron al pago de intereses de la cancelación en lugar de su destino a hacer frente a los gastos de la operación que alegó en la instancia). ”: SAP Castellón (Sección 3) 12.07.2012 (Sentencia 368/2012; Rollo 371/2012)

“El artículo 71 de la Ley Concursal, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta (SSTS de fechas 27 de octubre de 2.010 y 26 de octubre de 2.012), declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta. El citado precepto acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico al excluir cualquier elemento intencional. El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio de la acción pauliana que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, pero no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor injustificado desde la legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión contractual, como así dispone el artículo 71.4 de la LC, salvo que el acto impugnado esté afectado por algunas de las presunciones de perjuicio previstas, bien con presunción "iuris et de iure" en los supuestos del artículo 71.2, o con presunción "iuris tantum" en los supuestos del artículo 71.3, que por admitir éstos últimos prueba en contrario, traslada a los

demandados la carga de probar que aquél acto impugnado no perjudica a la masa, como es el supuesto que ahora se enjuicia, previsto en el nº 2 del artículo 71.3 de la LC., relativo a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

En el presente caso el préstamo con garantía hipotecaria concedido por la entidad apelante en junio de 2.009, tuvo como finalidad pagar deudas preexistentes con la misma entidad financiera, como así se razona en la sentencia recurrida, ya que la mayor parte del préstamo se destinó a cubrir el importe de efectos impagados que hubiera legitimado al Banco apelante a su reclamación en base a un previo contrato de descuento. De la prueba documental aportada a la demanda (folios 91 a 93 de los autos) consistente en el extracto de la cuenta que mantenía la concursada con el Banco Santander, se constata que la cuenta presentaba un saldo deudor de 39.422,75 euros el 5 de junio de 2.009, produciéndose un ingreso el día 8 del citado mes y año por importe de 530.000 euros, cuyo importe es liquidado en el mismo día 8 de junio al cargar en la cuenta el importe de unos efectos impagados quedando la cuenta, ese mismo día, con saldo deudor de 6.091,77 euros. En consecuencia, del importe del préstamo concedido por el Banco Santander, ascendente a la suma de 530.000 euros, se destinó a cubrir una deuda preexistente con el mismo Banco por importe de 484.020,79 euros, debiendo, por tanto, compartirse la conclusión alcanzada por la sentencia apelada de que el préstamo hipotecario se constituyó en garantía de una deuda preexistente, que debe presumirse, salvo prueba en contrario, perjudicial para la masa activa del concurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.3.2º de la LC, al alterar la "par conditio creditorum" lo que supone un privilegio para la entidad financiera apelante respecto del resto de los acreedores del concurso, al ver reducido éstos su posibilidad de ver satisfechos sus créditos.

Se argumenta por la parte recurrente que mediante el préstamo con garantía hipotecaria se amplió el crédito concedido a la concursada, destinándose una parte del total importe del préstamo a la cancelación de deudas con garantía real otorgadas por la concursada a favor de la Seguridad Social, debiendo considerarse la refinanciación otorgada como un acto de saneamiento inocuo llevado a cabo en evitación de una insolvencia. Se trata, por tanto, de actos realizados en condiciones normales que no deben ser objeto de rescisión, al encuadrarse en la excepción del artículo 71.5.1º de la LC.

Por lo que respecta a la cancelación de la deuda de la concursada con la Seguridad Social, debe indicarse, como se expone en el escrito de oposición al recurso de apelación, que de la suma de 530.000 euros prestada por el Banco Santander, se empleó la cantidad de 26.271 euros para la cancelación de la citada deuda, lo que representa el 4,956 % del importe de la refinanciación facilitada por la entidad apelante, por lo que no puede afirmarse que la principal finalidad del préstamo concedido fuera cancelar dicha deuda.

No puede tenerse por acreditado que la refinanciación de la deuda fuera beneficiosa para la entidad y tuviera por finalidad evitar su insolvencia, cuando del informe de la administración concursal que se acompaña a la demanda (folios 19 y siguientes de los autos), se desprende que la mercantil concursada había cerrado su fábrica de Onda el 31 de marzo de 2.008 y el 31 de enero de 2.009, había paralizado su actividad en la de Castellón, por lo que en la fecha de la concesión del préstamo, en junio de 2.009, era previsible, con un alto grado de probabilidad, de la futura situación de insolvencia de la entidad, cuando era notorio la grave situación económica que afectaba a la industria del sector cerámico.

En relación al argumento de la parte recurrente de que nos encontramos ante un acto ordinario, realizado en condiciones normales, lo que excluiría la aplicación de la rescisión, de conformidad con el artículo 71.5.1º de la LC, debe indicarse que el citado precepto excluye expresamente de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. El precepto exige, según la doctrina jurisprudencial (STS de fecha 26 de octubre de 2.012) la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.

En el presente caso no puede afirmarse que la constitución de una hipoteca en garantía de deudas preexistentes constituya un acto ordinario de una empresa dedicada a la industria cerámica, ni tampoco puede decirse que se haya realizado en condiciones normales, cuando, como anteriormente se ha expuesto, la concursada había cerrado su fábrica en Onda el 31 de marzo de 2.008, y la de Castellón el 31 de enero de 2.009.

Por último, se argumenta por la parte recurrente que el otorgamiento de la garantía real no supone en el presente caso un perjuicio para la masa activa del concurso, ya que de las dos fincas hipotecadas, la finca registral nº NUM000 ya soportaba una hipoteca anterior y la finca aportada como nueva garantía quedó gravada a favor de otras entidades bancarias, no sólo a favor de la entidad hoy apelante.

El anterior razonamiento de la parte apelante de que el otorgamiento de la garantía real no supone un perjuicio para la masa activa del concurso no puede compartirse, ya que el hecho de gravar con una segunda hipoteca una de las fincas y por primera vez una segunda finca en igualdad de rango con otras entidades bancarias no impide apreciar esa presunción de perjuicio patrimonial que establece el artículo 71.3.2º de la LC, por cuanto con ello se está asegurando el Banco apelante la satisfacción de su crédito con preferencia al resto de los acreedores del concurso, al gozar el acreedor hipotecario del derecho de ejecución separada.

En consecuencia, procede desestimar el primer motivo del recurso y confirmar el pronunciamiento de la sentencia recurrida en cuanto declaraba perjudicial para la masa activa del concurso la hipoteca constituida el día 5 de junio de 2.009, declarando su ineficacia.": SAP Castellón (Sección 3) 26.02.2013 (Sentencia 93/2013; Rollo 763/2012)

"TERCERO.-Sobre dicha base en relación con los arts. 456.1 y 465.5 de la LEC resolveremos las cuestiones suscitadas en esta alzada partiendo de los hechos anteriormente reseñados a propósito de concretar las operaciones discutidas y referir las alegaciones de las partes al respecto, dado que sobre los mismos no ha concurrido controversia como tal entre las partes, amén de resultar de los documentos adjuntados al escrito de demanda (única prueba practicada en la presente causa). De los mismos conviene recordar que
1) Que las garantías discutidas prestadas por los cónyuges concursados, cuyo régimen económico matrimonial es el de la sociedad de gananciales, tienen por objeto un préstamo concedido a una mercantil (Cima Cerámica), de la que es administrador y socio único el concursado Sr. Cecilio.
2) Que dichas operaciones tuvieron lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (periodo sospechoso contemplado legalmente a efectos de la reintegración concursal - art. 71.1 Ley Concursal -).
3) Que el destino de dicho préstamo ha sido atender en su mayor parte obligaciones dinerarias que pesaban sobre dicha mercantil como consecuencia de otros contratos celebrados con la entidad prestamista (fundamentalmente una línea de crédito para la financiación de importaciones y exportaciones y un contrato de leasing), muchas de ellas ya vencidas e impagadas y que estaban avaladas solidariamente por los concursados. (...)
Por el contrario, sí que concluimos con la misma en que estamos en presencia del supuesto previsto en el art. 71.3.2º de la Ley Concursal, que dispone que salvo prueba en contrario se presume el perjuicio patrimonial en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Así resulta del hecho de estar en presencia de una operación de refinanciación como hemos visto, circunstancia ésta que incluso se reconoce por la entidad crediticia apelada, de la que derivó la sustitución de una deuda y obligaciones pecuniarias carentes de garantía real alguna por unas nuevas con la afectación directa de un bien inmueble a la responsabilidad derivada de las mismas. En esta línea, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, S.9, de 18 de noviembre de 2013.
Dicha circunstancia motiva la rescindibilidad de la operación a menos que se pruebe la inexistencia de perjuicio destruyendo así la presunción en contrario fijada legalmente, de lo que se ha prescindido por aquella entidad, con la consecuente pertinencia de proceder a su rescisión.
Téngase en cuenta al respecto que, debiéndose identificar el perjuicio con un sacrificio patrimonial injustificado conforme a la doctrina jurisprudencial más reciente de nuestro Tribunal Supremo (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012) y pudiendo consistir aquel no solo en una disminución del activo sino también en una afectación del principio de igualdad de trato de los acreedores (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012), que es lógicamente lo que acontece en casos como el presente por la afección de un bien al pago preferente de una deuda, y aunque, desde luego, puede quedar enervado por la razón de ser de la operación y restantes condiciones de la misma en relación con la situación del concursado, deviniendo así justificado ese sacrificio patrimonial, aquí no puede afirmarse como ya ha sido apuntado que concurra tal circunstancia, pues pudiendo estar únicamente a los términos de las operaciones litigiosas por el acervo probatorio con que contamos en relación con el destino del importe prestado cuya devolución es objeto de garantía, solo resulta de dicha refinanciación como aspecto sustancial una ampliación del plazo y ello es insuficiente para estimar destruida la presunción de perjuicio teniendo presente la carga hipotecaria que ha llevado aparejada y sus consecuencias, atendiendo al respecto a que no puede hablarse de una alteración relevante de las condiciones económicas en beneficio de los concursados, que la ampliación significativa del plazo para devolver la suma prestada tuvo lugar pocos meses antes de presentarse la solicitud de concurso (téngase en cuenta que ello tiene lugar con la novación de la hipoteca producida en octubre del 2009 y que a finales de marzo del año siguiente ya se declaró el concurso) y por tanto en un escenario en que el advenimiento definitivo de la situación de insolvencia no podía dejar de contemplarse (con los efectos anudados a la misma) y con ello la irrelevancia de la extensión de aquel, el coste en modo alguno baladí de las operaciones y, especialmente que el importe prestado solo tuvo por objeto de manera prácticamente exclusiva atender posiciones deudoras, obligaciones aun no vencidas y las inicialmente devengadas por el nuevo endeudamiento pactado, lo que evidencia la inexistencia de justificación adicional a la operación más allá del mero reforzamiento de la posición de la entidad acreedora ante una situación de dificultad económica susceptible de desembocar como a la postre fue en la situación concursal, lo que consideramos que viene a ratificar por su carácter más que sintomático que la ampliación del préstamo en octubre del 2009 en las condiciones antes reseñadas tuviera como objeto principal la atención de la deuda generada por un contrato de leasing, incluyendo cuotas aun por vencer en una suma relevante e incluso el valor residual, lo que además motivó el abono de una comisión relevante por la cancelación anticipada de la operación (doc. 10 de la demanda) sin constancia alguna para justificar desde la óptica económica dicho proceder en la delicada situación que ya debiere concurrir (no pudiendo considerarse por ello aventurado pretender derivar de ello un comportamiento fraudulento en una línea próxima a la plasmada en el recurso en relación con el concepto de fraude que se maneja a propósito de la aplicación del art. 10 de la Ley de regulación del mercado hipotecario y para el que es suficiente el conocimiento del posible daño que puede derivarse a la masa de acreedores -al respecto,

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, S.28, de 1 de marzo de 2013 -), debiendo relacionarse todo ello con la circunstancia de que para decidir si el acto es perjudicial debe analizarse en el momento de su ejecución aunque proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012).
Lógicamente, ante dichas circunstancias con el añadido de desconocerse y no atisbarse cualquier otra motivación de la operación así como su influencia en la actividad de la mercantil garantizada que indirectamente incidiera en los concursados por la responsabilidad asumida, la circunstancia de ser connatural a toda refinanciación la ampliación del beneficio del plazo (en este sentido y a propósito de un supuesto próximo al presente, Sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2012) y el hecho de carecer de relevancia que sobre el bien hipotecado ya pesara una carga hipotecaria anterior dado el valor en que fue tasado el mismo (que no llega a alcanzarse por el capital prestado teniendo presente el principal objeto de la carga hipotecaria precedente) consideramos que no puede llegarse a otra conclusión que la expuesta, con la consiguiente pertinencia de rescindir la operación, lo que deberá motivar la realización por la entidad demandada de las operaciones precisas para la eficacia de dicho pronunciamiento, aunque sin comprender la devolución de la suma que importó el establecimiento de la garantía hipotecaria al derivarse de lo actuado que su coste fue cargado al préstamo y no puede olvidar la parte apelante que el mismo fue por tanto a cargo de la prestataria, no estando en presencia en definitiva de una prestación realizada por los concursados en virtud del acto rescindido a la que fueren acreedores en aplicación del art. 73 de la Ley Concursal, dejando al margen las consecuencias que de ello puedan derivarse en el ámbito de la relación del préstamo litigioso entre las partes del mismo como ya se apuntó, aunque ello pueda afectar incluso a los concursados en virtud del afianzamiento solidario. ":SAP Castellón (Sección 3) 31.03.2014 (Sentencia 122/2014; Rollo 41/2014)

"PRIMERO.-La mercantil Azahar Jardinería y Riegos SA fue declarada en concurso de acreedores mediante Auto de fecha 18 de enero de 2011.
En fecha 25 de marzo de 2010 se suscribió una escritura de préstamos con garantía hipotecaria y pignoraticia a través de las que diversas entidades bancarias de manera autónoma y diferenciada prestaban cada una de ellas una cantidad determinada de dinero a la concursada reseñada, estableciéndose como garantías para su devolución otras tantas hipotecas de igual rango sobre bienes inmuebles de la concursada
Frente a dicha operación, en el particular atinente a Banco de Santander SA, ejercita la Administración Concursal de la mercantil Azahar Riegos y Jardinería SA una acción de reintegración concursal en orden a que, fundamentalmente, se rescindan las garantías hipotecarias y pignoraticia establecidas a favor de dicha entidad bancaria con devolución de las cantidades abonadas en concepto de comisión y gastos de constitución del préstamo.
Como fundamento de dicha pretensión se aduce esencialmente que lo que se realizó a través de dicha operación fue convertir una deuda preexistente en otra nueva, comprensiva únicamente del importe ya adeudado más el coste de la operación, pero garantizada a diferencia de la anterior, con el consiguiente perjuicio de los acreedores, dándose así los presupuestos para rescindir la operación al haber tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración de concurso de conformidad con lo previsto en el art. 71.1 de la Ley Concursal (" Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta "), concurriendo además la presunción de perjuicio patrimonial contemplada en el art. 71.3.2º de la Ley Concursal (" Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes
o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas ").
Mientras la concursada y el resto de personas implicadas en la operación contra las que se dirigió la demanda se allanaron a la misma, la entidad bancaria reseñada se opuso interesando su desestimación, aduciendo esencialmente que la operación no era perjudicial porque se trataba de una operación de refinanciación a través de la que se amplió el plazo para devolver una deuda mejorando sus condiciones en orden a la viabilidad del proyecto empresarial de la deudora, evitándose así el inicio de ejecuciones singulares, facilitándose además liquidez mediante la concesión de una póliza de crédito suscrita de manera simultánea a la operación litigiosa y cuya formalización se exigió como requisito por la deudora. Alegó también que era improcedente la condena dineraria igualmente postulada en la demanda por quedar al margen de la rescisión pretendida las sumas cuya devolución se instaba.
SEGUNDO.-La sentencia apelada acoge en su integridad la demanda por considerar aplicable el art. 71.3.2º de la Ley Concursal antes transcrito al tratarse la operación litigiosa de una constitución de garantías sobre una obligación preexistente pocos meses antes de la declaración de concurso y no haberse logrado acreditar que fuera beneficiosa la misma para la concursada, considerando básicamente que no hubo refinanciación alguna, que solo se benefició a la acreedora demandada y que se alteró el principio de la par conditio creditorum en perjuicio del resto de acreedores.
Frente a dicha resolución se alza la entidad bancaria prestamista sobre la base de diversas alegaciones a través de las que vienen a combatirse las apreciaciones del Juez de primer grado acerca del significado de la operación litigiosa y se denuncia la valoración de la prueba que ha verificado, considerando además improcedente en todo caso la imposición de costas acordada en la instancia.
TERCERO.-Partiendo de dichos términos esenciales en relación con lo preceptuado por los arts. 456.1 y 465.5 de la LEC, y resultando de las alegaciones de las partes que se discute

fundamentalmente si concurre el requisito del perjuicio para la masa activa que es preciso para el éxito de la acción de reintegración concursal objeto de este pleito, hemos de compartir al respecto la opinión del Juez de primer grado, debiendo sentarse por tanto su presencia y, con ello, la pertinencia de la rescisión de la constitución de las garantías discutidas.

Por un lado, porque concurre efectivamente el supuesto contemplado en el art. 71.3.2º de la Ley Concursal previamente transcrito, lo que propiamente no ha sido discutido, sin perjuicio que así resulte de haberse destinado el importe del préstamo garantizado a cancelar deudas anteriores con la misma entidad prestamista y a sufragar el coste del nuevo empréstito, como se desprende de los movimientos anotados en la cuenta en que se abonó el préstamo y deuda mantenida hasta entonces con aquella.

Por otro lado, porque suponiendo dicha circunstancia la presunción iuris tantum de ser el acto perjudicial para la masa activa, no podemos entender que la misma haya sido destruida, teniendo presente al respecto que se maneja un concepto amplio de perjuicio que puede comprender tanto aquellos actos que suponen su disminución como los que únicamente conllevan un trato privilegiado para determinados acreedores con alteración de las preferencias legalmente dispuestas e inobservancia del principio de igualdad de trato que gobierna el concurso (en este sentido, Sentencias de esta Sala de 29 de octubre de 2010 y 12 de julio de 2012), siempre que constituyan un sacrificio patrimonial injustificado (entendimiento éste que impera en la doctrina jurisprudencial actual -en este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, S. 1, de 13 de junio de 2012 -), a determinar en el momento de su ejecución aunque proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2011).

Y sobre ésta base alcanzamos el parecer adelantado, que viene determinado porque de la operación únicamente derivó que resultara garantizada, en una situación de dificultad económica susceptible de ser considerada la antesala de una situación concursal, una deuda que antes no lo estaba afectando determinados bienes del deudor a su satisfacción preferente en relación con los acreedores comunes (infringiéndose así el principio básico de la igualdad de trato con el perjuicio consiguiente en los términos antedichos), sin que motivara una nueva situación financiera en la deudora que posibilitara su viabilidad en el desarrollo de su objeto social.

Ciertamente concurrió un aplazamiento de la deuda, pero dicha circunstancia es inherente o consustancial a la naturaleza de la operación, de igual modo que lo es la reducción inmediata de la carga financiera derivada del mismo y de la salida de toda situación de morosidad en que se hubiere incurrido, no pudiendo entenderse justificada la operación por esta mera circunstancia dada la vinculación patrimonial que supuso, con evidente incidencia en una viabilidad futura desde la óptica de la obtención de la financiación precisa, no debiendo olvidarse que no es solo que la operación no motivo la inyección de cantidades monetarias sino que incluso tuvo un coste añadido sufragado con cargo a los nuevos empréstitos.

Se pone el acento en que respondía a un plan de viabilidad de la propia concursada, y así resulta en principio de la documental aportada en su momento con la contestación por la entidad apelante, aunque obviando que se trataba de una primera fase que no consta que tuviere una continuidad en unos términos para enervar la consideración anterior y estimar justificada la afección patrimonial más que relevante verificada, posibilidad que desde luego no podía haber dejado de tomarse presente cuando no se vinculó la constitución de las garantías con nuevas posibilidades financieras relevantes acordes a la entidad de la operación que pudieren dotar de otro sentido a la misma. Es más, de estar a lo que dijo la concursada en su contestación se desvanecería por completo y pondría de relieve que faltaría el complemento preciso de la inyección del denominado "fresh money" para junto con la conversión de la deuda permitir considerar la viabilidad de la actividad empresarial ejercitada en el futuro y poder sopesarse si cabían reparos a la operación desde la óptica del interés del resto de acreedores, lo que enlaza con la consideración precedente, sin perjuicio que se trata de un hecho que como otros de los aducidos (caso de los referentes a las determinaciones del informe de la administración concursal, a un contrato de factoring celebrado en el año 2005 para descontar facturas del Ayuntamiento de Castellón o una situación de preconcurso próxima a la operación litigiosa) deba prescindirse como tal del mismo al carecer de todo aval probatorio por haberse obviado incorporar del modo que fuera la correspondiente documental que lo reflejara.

Nada cambia también porque de manera adicional a la operación litigiosa se suscribiera con la apelante una póliza de crédito bajo la modalidad de anticipo de facturas, certificaciones de obras y/o suministros y otros documentos mercantiles en orden al descuento de facturas y certificaciones del Ayuntamiento de Castellón hasta un límite de 1.790.000 euros.

Aunque no le falta razón a la apelante cuando viene a aducir que el Juez de lo mercantil ha prescindido de tomar en consideración dicha circunstancia, carece desde luego en todo caso de la relevancia que le quiere otorgar para destruir la presunción de carácter perjudicial que de por si tiene conforme lo anteriormente expresado y pese a las reticencias en admitirlo la constitución de las garantías que se combaten en los términos en que lo fueron. Por un lado, porque ninguna vinculación consta entre ambas operaciones, y mucho menos que fuere una exigencia de la concursada. Por otro lado, porque está prevista para el descuento de facturas correspondientes a un organismo público en unas condiciones que desvanecen las situaciones normales de riesgo, concurriendo además una cierta continuidad negocial de estar al contrato de factoring del 2001 cuya deuda fue saldada con la mayor parte del préstamo ahora garantizado (prescindimos del que dice la administración concursal que se suscribió en el 2005 por la razón antedicha). A mayor abundamiento y en otro caso habría que valorar conjuntamente dicho crédito en relación con toda la situación patrimonial derivada de la escritura en que se inserta la operación atacada, no pudiendo resultar a la postre de la misma en

función de los débitos existentes, obligaciones asumidas y valor dado al patrimonio comprometido una mejora sustancial que pudiere justificar la operación desde la óptica que nos ocupa, como a la postre venía a revelar los procedimientos de apremio que se reflejaron casi de manera inmediata en las hojas registrales de los bienes raíces dados en garantía tras la constancia de la operación litigiosa, circunstancia que, amen de desvirtuar el argumento de la parte apelante atinente a la situación que hubiere podido derivarse de haber": SAP Castellón (Sección 3) 24.04.2014 (Sentencia 151/2014; Rollo 81/2014)

"En el primer motivo del recurso se contienen, en realidad, dos motivos, el primero, referido a la falta de motivación, anteriormente analizado, y el segundo, referente a la errónea valoración de la prueba, motivo éste del recurso que enlaza con el segundo en el que se alega la infracción del artículo 71.1.3 de la Ley Concursal y de la Jurisprudencia que lo interpreta, constituyendo la cuestión principal que se debate en el presente litigio. Argumenta la parte recurrente que la sentencia apelada no ha tenido en cuenta que se concedió a la concursada una financiación adicional de 111.450,21 euros, lo que supone un incremento del riesgo de aproximadamente un 36 %. De la citada suma, 102.842,85 euros se destinaron a financiar a la concursada que ordenó diferentes transferencias a su favor y a favor de sus diversos acreedores, por lo que debe concluirse que sí hubo una financiación neta, lo que supuso un claro beneficio para la concursada que vio reforzada su solvencia y liquidez. La doctrina jurisprudencial ha adoptado la tesis correctora o del "sacrificio patrimonial injustificado" para determinar el perjuicio patrimonial al que alude el artículo 71 de la Ley Concursal.
El artículo 71 de la Ley Concursal, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta (SSTS de fechas 27 de octubre de 2.010 y 26 de octubre de 2.012), declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta. El citado precepto acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico al excluir cualquier elemento intencional. El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio de la acción pauliana que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, pero no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor injustificado desde la legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión contractual, como así dispone el artículo 71.4 de la LC, salvo que el acto impugnado esté afectado por algunas de las presunciones de perjuicio previstas, bien con presunción "iuris et de iure" en los supuestos del artículo 71.2, o con presunción "iuris tantum" en los supuestos del artículo 71.3, que por admitir éstos últimos prueba en contrario, traslada a la parte demandada la carga de probar que aquél acto impugnado no perjudica a la masa, como es el supuesto que ahora se enjuicia, previsto en el nº 2 del artículo 71.3 de la LC., relativo a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
De la prueba practicada en el presente proceso se declaran probados los siguientes hechos: El día 28 de abril de 2.009, se otorgó escritura de préstamo con garantía hipotecaria por parte del Banco Pastor, S.A., como prestamista, a favor de la mercantil "Idrols, S.A.", como prestataria, (folios 108 a 164 de los autos), confesando la prestataria en dicha escritura haber recibido de Banco Pastor, S.A. la cantidad de 310.000 euros que se obligaba a devolver en 28 cuotas trimestrales de 12.968,23 euros cada una, siendo el primer pago el 30 de septiembre de 2.010 y el último el 30 de junio de 2.017. En garantía de la devolución de la cantidad prestada, la prestataria constituyó hipoteca sobre un edificio destinado a fines industriales compuesto de cuatro naves. De la citada suma que se declara recibida se procedió por la mercantil prestataria a pagar a la propia entidad bancaria prestamista, el mismo día, la cantidad de 192.659,79 euros, en concepto de "pago saldo comercio exterior". De la cantidad restante se procedió a transferir a "Idrols, S.A." la cantidad de 34.160,45 euros, el día 28 de abril de 2.009; la suma de 61.080,78 euros a la mercantil "Optimun Int, el 29 de abril de 2.009; la cantidad de 5.027,88 euros a Turinox, el 4 de mayo de 2.009 y 2.047,52 euros a "Palets J. Tomás" el mismo día 4 de mayo de 2.009, además de otras cantidades de pequeña cuantía a diferentes empresas en días posteriores, como se acredita con el extracto de cuenta corriente que mantenía "Idrols, S.A." en el "Banco Pastor, S.A." (folio 13 de los autos). El día 10 de febrero de 2.010 se anunció por "Idrols, S.A,." el inicio de negociaciones previsto en el artículo 5.3 de la Ley Concursal. El día 21 de julio de 2.010, y no el 23 de marzo de 2.011, como erróneamente se indica en la demanda, el Juzgado de lo Mercantil de Castellón declaró en concurso voluntario a "Idrols, S.A.", (folio 27 de los autos) no constando la fecha en que la citada mercantil presentó la solicitud de concurso ante el Juzgado, aunque sería con bastante antelación a la fecha del Auto que la declaró en concurso por cuanto en el mismo se indica que se subsanaron los defectos observados una vez admitida a trámite la solicitud.
De los hechos anteriormente relatados se desprende que la entidad concursada procedió a constituir una garantía real, sobre el edificio de su propiedad donde desarrollaba su actividad industrial, a favor de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de unas deudas preexistentes con la entidad bancaria prestamista, en cuanto a la cantidad de 192.659,79 euros. Dicha garantía real se constituyó nueves meses y once días antes de anunciar la mercantil prestataria el inicio de las negociaciones previstas en el artículo 5 de la Ley Concursal, siendo declarada en concurso cinco meses y once días después del anuncio del inicio de dichas negociaciones.

La constitución de dicha garantía real, por lo que respecta a la cantidad de 192.659,79 euros, es claramente perjudicial para la masa activa del concurso al alterar la "par conditio creditorum", perjuicio que se presume, además, con presunción " iuris tantum" en el artículo 71.3.2º de la Ley Concursal, al haberse constituido dicha garantía dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso.
Se argumenta por la parte recurrente que la constitución de dicha garantía por lo que respecta a la suma de 192.659,79 euros, no es perjudicial para la masa activa del concurso por cuanto se consiguió con ello un aplazamiento de la deuda.
El razonamiento de la parte recurrente no puede compartirse por cuanto como ya declaró esta Sala en su sentencia de fecha 31 de marzo de 2.014, el aplazamiento de la deuda es inherente o consustancial a la naturaleza de la operación, no pudiéndose entender justificada la operación por dicha circunstancia.
La principal cuestión controvertida en el presente litigio se centra en determinar si la cantidad restante del préstamo con garantía hipotecaria, ascendente aproximadamente a 110.000 euros, constituyó un beneficio para la concursada que justificara la constitución de esa garantía real, como sostiene la parte recurrente.
La sentencia recurrida, coincidiendo con el criterio de la Administración Concursal, llega a la conclusión de que el hecho de que casi las dos terceras partes del préstamo se destinasen al cobro por parte de la entidad bancaria no puede servir para considerar que un tercio de tal cantidad pudo destinarse a una verdadera viabilidad ni para cumplir y extinguir obligaciones.
No puede compartirse la pretensión de la parte apelante de que se considere que el importe total del préstamo fue beneficioso para la concursada al tratarse de una nueva financiación la cantidad de 110.000 euros, que no garantizaba una deuda preexistente. La parte recurrente es consciente de la improcedencia de dicha pretensión cuando en su escrito de contestación a la demanda (página 15 de su escrito de contestación, obrante al folio 49 de los autos) solicita de forma subsidiaria se rescinda parcialmente la garantía hipotecaria, limitada al importe del préstamo destinado a refinanciación de deuda, vencida, líquida y exigible y, en ningún caso, respecto a los más de 110.000 euros destinados por la concursada a necesidades de tesorería o circulante en cumplimiento de obligaciones derivadas de actos comprendidos en su actividad empresarial.
La petición subsidiaria que se realiza en el escrito de contestación de la demanda relativa a una rescisión parcial de la garantía hipotecaria no puede acogerse, en primer lugar, por cuanto debe valorarse en su conjunto la operación financiera llevada a cabo para determinar si es o no perjudicial para la masa activa del concurso. En segundo lugar, por cuanto considerado en su conjunto el préstamo concedido mediante garantía hipotecaria debe estimarse que es perjudicial para la masa, por cuanto el el 64 % del préstamo fue destinado a satisfacer una obligación preexistente con la propia entidad prestamista, no pudiendo estimarse que el 36% restante constituyera un beneficio para la concursada al facilitar la viabilidad de su actividad empresarial como sostiene la parte recurrente.
Debe tenerse en cuenta que de ese 36 % de la suma prestada, ascendente a 110.000 euros, únicamente recibió la concursada la cantidad de 34.160,45 euros por transferencia el mismo día 28 de abril de 2.009, y que al día siguiente, 29 de abril de 2.009, se transfirió la suma de 61.080,78 euros, a la entidad "Optimun Int.", quedando un saldo en la cuenta de la concursada de 3.208,98 euros, el 29 de abril de 2.009, es decir, un día después de recibido el importe del préstamo por importe de 304.110 euros, una vez transferida la cantidad de 61.080,78 euros a favor de "Optimun Int", como así consta en el extracto de la cuenta de la concursada en el Banco Pastor (folio 13 de los autos).
En consecuencia, debe coincidirse con la sentencia recurrida de que la citada suma de 110.000 euros no pudo destinarse a una verdadera viabilidad de la empresa, como lo demuestra que meses después, concretamente el 10 de febrero de 2.010, anunciara el inicio de las negociaciones previstas en el artículo 5 de la Ley Concursal, por lo que debe considerarse que la operación financiera, objeto del presente litigio, fue perjudicial para la masa activa del concurso al constituir una garantía real que altera el principio de igualdad entre los acreedores de la concursada, debiendo, por tanto, ser desestimado el primer motivo del recurso.": SAP Castellón (Sección 3) 24.07.2014 (Sentencia 257/2014; Rollo 203/2014)

"SEGUNDO.-Conviene comenzar, como se hace en el recurso, por realizar una relación de los antecedentes más significativos de los que debemos partir para entrar en el examen de las pretensiones que se plantean.
Así en primer lugar cabe hacer mención a que la concursada es una sociedad cuyo objeto social comprende el alquiler y la compraventa de vehículos, y que para el desarrollo de esta actividad suscribió con la ahora recurrente un total de nueve contratos de préstamo de financiación de bienes muebles, que obligaban a la deudora a abonar las cuotas que se establecieron, permitiendo la declaración del vencimiento anticipado en caso de impago y estableciendo como garantías la prohibición de enajenar y de disposición, así como una reserva de dominio de los vehículos para los que se concedía el préstamo.
En el año 2008 la concursada impagó cuotas de amortización de la deuda, de forma que adeudaba a fecha 26 de noviembre de 2008 la cantidad de 1.888.581 #, habiendo detectado GMAC una doble financiación de cinco vehículos, lo que suponía haber otorgado una reserva de dominio sobre los mismos a dos entidades diferentes y al mismo tiempo la desaparición de doscientos treinta y tres vehículos por haber procedido a su posible venta, sin previa liquidación de los contratos de préstamo.
Estos hechos motivaron que un representante de GMAC interpusiera denuncia por la desaparición de los vehículos en la Brigada Central del Crimen Organizado de la Dirección General de la Policía, en

fecha 19 de noviembre de 2008, denuncia que dio lugar a la incoacción de las Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado nº 8414/2008, seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Madrid.
Al mismo tiempo, en fecha 27 de noviembre de 2008, la mercantil GMAC España S.A., presentó demanda de medidas cautelares, que por turno de reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Castellón, donde se tramitó con el nº 2187/2008, y en el que se dictó en fecha 9 de diciembre de 2008 auto accediendo parcialmente a lo solicitado y decretando el embargo preventivo sobre un inmueble de la sociedad y sobre una serie de saldos de cuentas bancarias, así como el depósito de una serie de vehículos que se indicaban, previa constitución de caución en cuantía de 250.000 #, con la advertencia a la solicitante de las medidas de que si en el plazo de veinte días siguientes a la adopción de las mismas no presentaba la demanda principal, estas quedarían sin efecto, condenándole en ese caso al pago de las costas y con expresa responsabilidad de los daños y perjuicios que con la adopción de las medidas se hubieran podido causar.
En este contexto es cuando se suscribe la escritura cuya rescisión se solicita, que es de fecha 12 de enero de 2009, y en la que en primer lugar se acuerda el reconocimiento de la deuda, indicando que en relación a cinco de los contratos suscritos existía una deuda vencida e impagada por importe de 101.564,84 # y que en relación a los otros cuatro contratos existía a la fecha del otorgamiento de esa escritura un capital pendiente de vencimiento por importe de 1.226.725,70 #.
Se pactó a continuación la refinanciación de esa deuda, acordando en primer lugar el pago de la cantidad ingresada en el Juzgado en el que se adoptaron las medidas cautelares. Respecto de la deuda vencida e impagada correspondiente al ejercicio 2008, hasta el 31 de diciembre de 2008, cuyo importe se indicaba que ascendía a 80.686,09 #, mediante la transferencia que ya se decía que se había realizado de 12.795,72 # y el resto, 67.890,37 #, mediante su ingreso en la cuenta que se indicaba antes del día 31 de enero de ese año 2009. Y en garantía de estos pagos y de los del capital pendiente de vencimiento se constituyó reserva de dominio a favor de GMAC de ochenta vehículos, que se decía que se encontraban plenamente abonados, libres de cargas y garantías, valorando el importe de los mismos en 623.200 #, facultando a la financiera a su venta en caso de incumplimiento.
Y en cuanto al capital pendiente de vencimiento, que recordamos de nuevo que se fijó en la cantidad de 1.226.725,70 #, se acordó que los contratos a que hacían referencia seguían vigentes y en pleno vigor, estableciendo que para el pago de las mensualidades que vayan venciendo desde el día 1 de enero de 2009, se retendrá y se ingresará en una cuenta corriente que se designaba todas las cantidades que se vayan obteniendo de la venta de los vehículos antes referidos y además se cedió por Carsan los derechos de cobro del contrato administrativo de fecha 20 de mayo de 2008, que tenían suscritos con Impulso Económico Local S.A. (IMELSA), que ascendían a la cantidad mensual de 86.400,74 #, con vigencia hasta el día 25 de julio de 2010, acordando por último la forma en que se se abonaría el saldo resultante dependiendo de su importe. Finalmente se acordó el desestimiento de todas las acciones judiciales en curso, y en concreto del procedimiento de medidas cautelares, solicitando del juzgado el levantamiento de las medidas que se hubiera decretado.
TERCERO.-A partir de estos hechos que han resultado plenamente acreditados de los documentos aportados, debemos decidir sobre la acción ejercitada para lo que resulta conveniente recordar, con cita de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 629, de fecha 26 de octubre de 2012, (ROJ: STS 7265/201), Recurso: 672/2010, que *"5. El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.*
El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso,

se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.
6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.
Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum.
Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en la sentencia 855/2007, de 24 de julio, donde negamos la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido. "
En el caso enjuiciado no es objeto de controversia que la indicada escritura, que se otorgó según recordamos una vez más el día 12 de enero de 2009, se encuentra dentro del periodo de dos años a que se refiere el artículo 71 de la Ley Concursal, al haberse declarado a la mercantil Carsan Rentacar S.A.en concurso de acreedores en fecha 26 de febrero de 2010, por lo que debemos determinar si se trata de un acto perjudicial para la masa activa.
A tal fin, lo primero que debemos destacar es que como antes hemos expuesto, en el momento del otorgamiento de la escritura una parte de la deuda estaba vencida y era líquida, la suma de 101.564,84 #, pero también que los acuerdos alcanzados afectaban igualmente al capital pendiente de vencimiento por importe de 1.226.725,70 #, cantidad que en ese momento no había vencido y no era por tanto exigible.
Por otra parte también conviene hacer mención a que en esa escritura de reconocimiento de deuda y de refinanciación se acordaron dos tipos de garantías, la primera una reserva de dominio sobre ochenta vehículos, lo que entraría dentro de los supuestos que prevé el precepto referido donde el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, al tratarse de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, lo que no se vería afectado por el hecho de que con anterioridad se hubieran constituido otras reservas de dominio sobre diferentes vehículos, porque las que se adoptan en ese momento lo son sobre ochenta vehículos libres de cargas y de garantías y que están plenamente abonados, según expresamente se indica, sin que se haya demostrado en forma alguna que esto no haya redundado en perjuicio de la masa activa de la sociedad, y en definitiva para el resto de acreedores, que han visto gravada con una reserva de dominio bienes del deudor que antes de esta operación no lo estaban, mermando sus posibilidades de cobro en favor de uno sólo de estos acreedores.
Y además de esto y para garantizar el pago de ese capital pendiente que aun no había vencido se hace una cesión de un crédito que la concursada tenía con IMELSA, de la que se deriva unos derechos de cobro mensuales por importe de 86.400,74 #, respecto de un contrato que se indica que tenía una vigencia de más de un año hasta el 25 de julio de 2010, lo que evidentemente ha permitido detraer este importante activo de la masa de la concursada y además supone un sacrificio patrimonial injustificado, ya que el crédito aun no había vencido.
La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, núm. 7, de fecha 20 de enero de 2011, ROJ: SAP B 13421/2011), Recurso: 502/2010 al examinar un supuesto similar de cesión de un crédito, tras referirse, con cita de la Sentencia de esa Sala de fecha 6 de febrero de 2009, a que existe perjuicio para la masa activa cuando el acto de disposición conlleva un *"sacrificio patrimonial*

injustificado", que exige un doble requisito: una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); y que ello no se encuentre justificado. Indica que *"La injustificación de estos pagos podría derivar de que supusieran al mismo tiempo una alteración de la par condicio creditorum, tal y como recordamos en la Sentencia de 8 de enero de 2009 (ROJ SAP B 1810/2009), donde argumentábamos que en estos casos el perjuicio "se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada". De este modo, será en atención a que este pago supuso el favorecimiento del acreedor satisfecho que, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto, se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar su crédito, por lo que dicho pago se podría considerar perjudicial.*
Cuando la deuda satisfecha es una obligación líquida, vencida y exigible al tiempo de declararse el concurso de acreedores, su pago solo podría considerarse que altera la par condicio creditorum, a los efectos de considerarlo injustificado, si al tiempo de ser realizado el deudor ya estaba en estado de insolvencia, y por lo tanto obligado a presentar el concurso (arts. 5 y 2.2 LC)."
Y esto es lo que consideramos que ha tenido lugar en el caso enjuiciado, es decir, que en el momento en que se suscribió la mencionada escritura, el día 12 de enero de 2009, la sociedad ya se estaba en estado de insolvencia y obligada por tanto a presentar el concurso.
Llegamos a esta conclusión en primer lugar por las menciones que se hacen en la propia escritura a la situación económica de la deudora, al referirse a *"Que CARSAN dadas las dificultades del sector financiero y de automación, ha tenido ciertos problemas para el cumplimiento de los citados contratos en tiempo y forma, habiendo incumplido en determinadas ocasiones sus obligaciones de pago para con GMAC, así como sus obligaciones de prohibición de enajenación de los vehículos hasta su completo pago...",*(folios 99 y 100). O cuando posteriormente expresa que *"...dada la situación de mercado, manifiesta dificultades de pago e interesa de GMAC una refinanciación a su vencimiento..."* (folio 101).
Pero es en la demanda de medidas cautelares que se ha acompañado por la propia demandada cuando ésta reconoce expresamente esa situación de insolvencia, al referirse cuando expone cual es el peligro por la mora procesal *"que el sector está en plena crisis, que la contraria no ha formulado ni presentado cuentas del ejercicio 2007, según el DOCUMENTO DOS BIS adjuntado al presente, así como por el extremo de que según las cuentas del ejercicio 2006, que adjuntamos como DOCUMENTO NUMERO VEINTICUATRO, su pasivo asciende a más de 16.000.000 Euros, de los cuales 15.000.000 Euros son acreedores a corto y largo plazo, esto es, la situación de la sociedad es insostenible desde el punto de vista financiero y empresarial, pues con los beneficios del ejercicio 2006, pues no ha presentado a depósito el ejercicio 2007, que son de*
200.000 Euros, no puede hacer frente a los acreedores a corto plazo que ascienden a 6.000.000 Euros, siendo destacable el hecho de que la sociedad no dispone de tesorería alguna, 39.000 Euros y más aun, teniendo en cuenta que el inmueble de que dispone fue adquirido en 2008, y por tanto, el crédito hipotecario que le fue concedido por más de 3.000.000 Euros, no se encuentra contabilizado en el ejercicio 2006, por lo que su pasivo y fondos propios presentarán una imagen catastrófica, sino de causa de disolución."
Con estas afirmaciones que realiza la representación letrada de GMAC en la demanda de medidas cautelares que presentó el día 27 de noviembre de 2008, está reconociendo esa situación de insolvencia, a pesar de lo cual un mes y medio después suscribe la escritura objeto de rescisión en los términos indicados, pretendiendo la satisfacción de un crédito que en su parte principal no estaba vencido y en favor de uno de los acreedores, lo que supone una clara alteración de la par condicio creditorum, que priva de justificación a la cesión de créditos realizada y a la constitución de la reserva de dominio sobre bienes que en aquel momento pertenecían a la concursada y que no tenían carga alguna.
Esta conclusión valorativa en nada queda afectada por el hecho de que quien ahora recurre hubiera planteado previamente un procedimiento de medidas cautelares en el que se acordó el embargo preventivo de varios de los bienes de la concursada, en primer lugar porque era necesario que dichas medidas se confirmaran después en un posterior procedimiento declarativo que debía interponer, pero es que además, según hemos expuesto en aquel momento ya debía de haberse solicitado la declaración de concurso de la deudora por lo que ninguna virtualidad tendría esa posible reclamación de lo que podía adeudar a uno sólo de los acreedores, y lo que se hizo en la escritura objeto de rescisión fue asegurar el cobro del crédito de ese acreedor obviando la situación en la que se encontraba la empresa y que había una situación de insolvencia, quedando afectado el pago del resto de acreedores.
Entendemos por ello que la estimación de la acción de rescisión ha sido correcta y que en consecuencia procede rechazar la petición que con carácter principal se hace en el recurso de apelación.": SAP Castellón (Sección 3) 29.10.2014 (Sentencia 300/2014; Rollo 416/2014)

"Cuestión diferente es la que se defiende a continuación en el recurso, al estimar que estamos en presencia del supuesto previsto en el art. 71.3.2º de la Ley Concursal, que dispone que salvo prueba en contrario se presume el perjuicio patrimonial en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, lo que afecta únicamente a las hipotecas y no a las garantías personales consistentes en la fianza.

Supuesto que también concurría en la Sentencia de esta Sala antes citada, y en la que al igual que en el presente caso, nos encontramos en cuanto a la hipoteca en presencia de una operación de refinanciación como ya hemos mencionado, de la que derivó la sustitución de una deuda y obligaciones pecuniarias carentes de garantía real alguna por unas nuevas con la afectación directa de bienes inmuebles a la responsabilidad derivada de las mismas.
Esto motiva la rescindibilidad de la operación a menos que se pruebe la inexistencia de perjuicio destruyendo así la presunción en contrario fijada legalmente, lo que no ha tenido lugar en el caso enjuiciado en el únicamente conocemos el contenido de la escritura en la que se pactó el préstamo con garantía hipotecaria, como refinanciación de esa deuda, destacando como finalidad de ese préstamo la de cancelar la deuda pendiente derivada de los contratos suscritos por la mercantil con anterioridad. Cabe únicamente destacar que ha tenido lugar una ampliación del plazo, lo que como en el caso de la Sentencia de esta Sala antes mencionada, también aquí debemos de considerar insuficiente a tal fin, para estimar destruida la presunción de perjuicio, sin que podamos entender que se ha producido con ello una alteración relevante de las condiciones económicas en beneficio de la concursada, por lo que resulta procedente por este motivo la rescisión que se solicita de las hipotecas constituidas en fecha 30 de julio de 2010, estimando en este sentido el motivo del recurso.": SAP Castellón (Sección 3) 19.12.2014 (Sentencia 363/2014; Rollo 516/2014)

"SEGUNDO.-El recurso de apelación se articula en dos motivos, en el primero se discrepa de la conclusión alcanzada en la sentencia recurrida de que la constitución de hipoteca en garantía de una deuda preexistente constituya un acto que debe presumirse perjudicial para la masa activa, no habiendo acreditado la demandada que con ello se beneficiara a la masa.
Argumenta la parte recurrente que la sentencia apelada no ha tenido en cuenta que se concedió a la concursada una financiación adicional de 45.539,35 euros, que no fue destinada a pagar deudas preexistentes que la concursada tuviera con Bankinter ni otras nuevas generadas en sustitución de aquellas, sino que comportaron dinero nuevo, que representó aproximadamente el 26 % del importe total del préstamo que le entregó Bankinter y que la concursada dispuso libremente para atender obligaciones con terceros, concretamente con la Seguridad Social y proveedores, por lo que no puede afirmarse que la constitución de la hipoteca haya generado un perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso.
El artículo 71 de la Ley Concursal, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta (SSTS de fechas 27 de octubre de 2.010 y 26 de octubre de 2.012), declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta. El citado precepto acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico al excluir cualquier elemento intencional. El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio de la acción pauliana que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, pero no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor injustificado desde la legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión contractual, como así dispone el artículo 71.4 de la LC, salvo que el acto impugnado esté afectado por algunas de las presunciones de perjuicio previstas, bien con presunción "iuris et de iure" en los supuestos del artículo 71.2, o con presunción "iuris tantum" en los supuestos del artículo 71.3, que por admitir éstos últimos prueba en contrario, traslada a la parte demandada la carga de probar que aquél acto impugnado no perjudica a la masa, como es el supuesto que ahora se enjuicia, previsto en el nº 2 del artículo 71.3 de la LC., relativo a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
De la prueba practicada en el presente proceso se declaran probados los siguientes hechos: El día 28 de abril de 2.009, se otorgó escritura de préstamo con garantía hipotecaria por parte de "Bankinter, S.A.", como prestamista, a favor de la mercantil "Idrols, S.A.", como prestataria, (folios 21 a 79 de los autos), confesando la prestataria en dicha escritura haber recibido de Bankinter la cantidad de 180.000 euros, que se obligaba a devolver en 60 cuotas mensuales. En garantía de la devolución de la cantidad prestada, la prestataria constituyó hipoteca sobre un edificio destinado a fines industriales compuesto de cuatro naves. De la citada suma que se declara recibida se procedió por la mercantil prestataria a pagar a la propia entidad bancaria prestamista la cantidad de 130.114,04 euros el día siguiente 29 de abril de 2.009, con la finalidad de cancelar dos préstamos que mantenía con dicha entidad. El día 10 de febrero de 2.010 se anunció por "Idrols, S.A." el inicio de negociaciones previsto en el artículo 5.3 de la Ley Concursal. El día 21 de julio de 2.010, y no el 23 de marzo de 2.011, como erróneamente se indica en la demanda, el Juzgado de lo Mercantil de Castellón declaró en concurso voluntario a "Idrols, S.A.", (folio 17 de los autos) no constando la fecha en que la citada mercantil presentó la solicitud de concurso ante el Juzgado, aunque sería con bastante antelación a la fecha del Auto que la declaró en concurso por cuanto en el mismo se indica que se subsanaron los defectos observados una vez admitida a trámite la solicitud.
De los hechos anteriormente relatados se desprende que la entidad concursada procedió a constituir una garantía real, sobre el edificio de su propiedad donde desarrollaba su actividad industrial, a favor de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de unas deudas preexistentes con la entidad bancaria prestamista, en cuanto a la cantidad de 130.114,04 euros. Dicha garantía real se constituyó

nueves meses y once días antes de anunciar la mercantil prestataria el inicio de las negociaciones previstas en el artículo 5 de la Ley Concursal, siendo declarada en concurso cinco meses y once días después del anuncio del inicio de dichas negociaciones.
La constitución de dicha garantía real, por lo que respecta a la cantidad de 130.114,04 euros, es claramente perjudicial para la masa activa del concurso al alterar la "par conditio creditorum", perjuicio que se presume, además, con presunción "iuris tantum" en el artículo 71.3.2º de la Ley Concursal, al haberse constituido dicha garantía dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso.
Se alega por la parte apelante que, en el peor de los casos, el hecho de que el 72,30% restante del importe del préstamo hubiera sido destinado a refinanciar obligaciones con Bankinter, podría como máximo motivar la rescisión parcial de la hipoteca, es decir, limitada al importe del préstamo destinado a refinanciar la deuda y, en ningún caso, respecto a los casi 50.000 euros destinados por la concursada a los pagos ya indicados en cumplimiento de obligaciones derivadas de los actos comprendidos en su actividad empresarial, los cuales, no son rescindibles, de conformidad con el artículo 71.5 de la LEC.
La sentencia recurrida, coincidiendo con el criterio de la Administración Concursal, llega a la conclusión de que el hecho de que casi las tres cuartas partes del préstamo se destinasen al cobro por parte de la entidad bancaria no puede servir para considerar que una cuarta parte de tal cantidad pudo destinarse a una verdadera viabilidad ni para cumplir y extinguir obligaciones.
La petición subsidiaria relativa a una rescisión parcial de la garantía hipotecaria no puede acogerse, como ya declaró esta misma Sala en la sentencia nº 257/2.014, de fecha 24 de julio de 2.014, en primer lugar, por cuanto debe valorarse en su conjunto la operación financiera llevada a cabo para determinar si es o no perjudicial para la masa activa del concurso. En segundo lugar, por cuanto considerado en su conjunto el préstamo concedido mediante garantía hipotecaria debe estimarse que es perjudicial para la masa, por cuanto el 72,30 % del préstamo fue destinado a satisfacer una obligación preexistente con la propia entidad prestamista, no pudiendo estimarse que el 27,70% restante constituyera un beneficio para la concursada al facilitar la viabilidad de su actividad empresarial como sostiene la parte recurrente, cuando dicha suma de 45.539,35 euros se destinó principalmente a satisfacer deudas preexistentes de la propia concursada con la Seguridad Social y proveedores.
En consecuencia, debe coincidirse con la sentencia recurrida de que la citada suma de 45.539,35 euros no pudo destinarse a una verdadera viabilidad de la empresa, como lo demuestra que meses después, concretamente el 10 de febrero de 2.010, anunciara el inicio de las negociaciones previstas en el artículo 5 de la Ley Concursal, por lo que debe considerarse que la operación financiera, objeto del presente litigio, fue perjudicial para la masa activa del concurso al constituir una garantía real que altera el principio de igualdad entre los acreedores de la concursada, debiendo, por tanto, ser desestimado el primer motivo del recurso.”: SAP Castellón (Sección 3) 06.02.2015 (Sentencia 34/2015; Rollo 563/2014)

AP Cuenca

“PRIMERO.-Pese a los numerosos apartados en el que el recurrente divide su recurso tratando del carácter del perjuicio causado por la constitución de una carga, como evidentemente lo es una hipoteca. Como de que por la constitución de dicha hipoteca se han generado beneficios para la masa activa del concurso, lo cual es difícilmente explicable, porque la existencia de una carga real como es la hipoteca minora el valor de los bienes sobre los que recae. O por que trata y mezcla de que la hipoteca fue debida a una contraprestación, ante lo cual hay que decir, que en virtud de la sentencia apelada el crédito sigue incólume para el acreedor lo que sucede es que se tendrá que atemperar a las reglas del concurso. Pasando por lo que recurrente denomina refinanciación, haciendo una exégesis de la situación de concursada a finales de 2.007 y principios de 2008; lo cierto es que la sentencia recurrida es clara y diáfana en la aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal, sin que el hecho de que en la redacción de la demanda se haya omitido el relacionar una de las fincas a la que se extiende la hipoteca tenga mayor trascendencia, debiéndose sin duda a un error por omisión fácilmente subsanable.
SEGUNDO.-Entrando en el fondo del asunto, lo cierto es que estamos en presencia de una hipoteca constituida el 26 de marzo de 2008, siendo la declaración del concurso de fecha 20 de septiembre de 2008. Es decir, la hipoteca se constituyó seis meses antes que se declarara el concurso. Es decir, estamos de modo inexorable ante un supuesto como muy bien recoge la sentencia recurrida, en el que salvo prueba en contrario el perjuicio patrimonial se presume. Frente a tal evento el recurrente para desvirtuar el perjuicio patrimonial no hace sino establecer un criterio valorativo distinto al del juez de instancia en orden sobre todo a la difícil situación que atravesaba la concursada a finales del año 2007 y principios de 2008, que le llevaron al retraso en la entrega de 67 viviendas que estaba construyendo en Ocaña (Toledo), estableciendo o poniendo el acento no en la situación real de dificultades económicas sino en la causa que posibilitaba a su juicio dicha situación, cual fue la actuación de la administración local.
Sea cual fuere el origen, lo cierto es que el recurso no permite decir que el recurrente acredite que dicha hipoteca no genere un perjuicio patrimonial a la masa activa del concurso, y por lo tanto debe confirmarse la sentencia recurrida, pues el hecho alegado por el recurrente de que el recurrente haya abonado cierta cantidad de dinero debido a terceros por la concursada, para cuya garantía de cobro

se haya constituido la hipoteca cuya rescisión se pretende impida llegar a la conclusión distinta de desestimar el recurso porque la realidad documentada mediante dicha escrituras, es que la hipoteca fue constituida en "GARANTIA DE DEUDA CONSTITUIDA CON ANTERIORIDAD", en virtud del crédito resultante por las cantidades entregadas por el recurrente a la concursada, lo que hace, dadas las fechas referidas entre la constitución de la hipoteca y declaración del concurso, que la estimación del recurso, produciría un claro favorecimiento para uno de los acreedores de la concursada: " SAP Cuenca (Sección 1) 26.01.2012 (Sentencia 27/2012; Rollo 15/2011)

AP Córdoba

"TERCERO.- En cuanto al derecho aplicable a tales hechos, a diferencia de lo que sucedía en el anterior sistema de retroacción de la quiebra (artículo 878 del Código de Comercio (LEG 1885, 21), actualmente derogado), el artículo 71.1 de la Ley Concursal, cuando regula el ejercicio de acciones para la reintegración de la masa activa, establece dos requisitos: que el acto sea perjudicial para la masa y que se haya realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Indiscutida la segunda de tales premisas, se cuestiona por la parte apelante que los actos impugnados fueran perjudiciales para la masa activa. En relación con lo cual, debemos partir de la base de que la acción rescisoria concursal es una acción autónoma, con caracteres propios, que se asemeja a la rescisoria del artículo 1.291 del Código Civil, pero en la que basta demostrar el perjuicio producido a la masa de acreedores, sin que sea exigible, ni el conocimiento de que se origina un perjuicio ni, por supuesto, la concurrencia del ánimo defraudatorio.
"El problema reside en determinar qué se entiende por perjuicio, a cuyo efecto el propio artículo 71 de la Ley Concursal establece una serie de presunciones, iuris et de iure en los casos de disposición a título gratuito, e iuris tantum respecto de determinados actos de disposición a título oneroso; y en los supuestos no incardinables en tales presunciones, habrá de probarse el perjuicio patrimonial por los medios ordinarios. Respecto del perjucio, hemos dicho en resoluciones precedentes (por ejemplo, Sentencia de esta misma Sección de 21 de noviembre de 2007 (AC 2008, 143)) que existirá el mismo cuando haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal (en igual sentido, Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2007 (AC 2007, 1535)). Y en el caso de que el acto "sospechoso" conlleve la constitución de garantías reales, debe partirse de la base de que las mismas tienen un carácter accesorio, instituyéndose para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1.857 del Código Civil (LEG 1889, 27)); desde este punto de vista, la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia.
CUARTO. -En este caso y, conforme a lo detallado en el fundamento jurídico segundo, nos encontramos ante lo que en la jerga bancaria se denomina "superposición de garantías" y que está previsto en el artículo 71.3.2º de la Ley Concursal, que parte de la consideración de que existe un perjuicio patrimonial para la masa activa ante la constitución de una garantía real "
a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas". Pero debe tenerse en cuenta que es una presunción que acepta prueba en contra de ese carácter perjudicial, abriendo así la posibilidad de una valoración por el juez del concurso de la operación en todos sus términos y condiciones. Es decir, la regulación legal indicada supone el examen de la estructura jurídico-económica del acto al que obedece el aseguramiento dentro del periodo de reintegración, lo que implica atender a las concesiones y sacrificios que realiza el acreedor a cambio de ventaja objeto de controversia. En este caso, no se aprecia que la operación estuviera justificada para la viabilidad de la empresa, ni siquiera que sirviera para su refinanciación -aunque ésta después no hubiera sido suficiente o hubiera fracasado por otras razones-, sino que se trata lisa y llanamente de que ante una situación de incumplimiento respecto del pago de un contrato de crédito en cuenta corriente, el Banco se aseguró la satisfacción de su crédito cambiando la naturaleza y configuración jurídica de la operación de la que resultaba la deuda, que pasó de ser un contrato mercantil de crédito en cuenta corriente sin más garantía que la personal, a un préstamo garantizado con una hipoteca y una prenda, fortaleciendo así su posición frente al deudor y frente a los demás acreedores en caso de insolvencia. Prueba de ello, es que la sociedad concursada "Hermanos Lucena y Conde, S.L." ni siquiera llegó a disponer libremente de la cantidad objeto del préstamo, sino que aproximadamente el 72,98% de dicha suma se destinó a la cancelación de la deuda preexistente y el 27,02% restante se depositó en una cuenta a plazo fijo, con vencimiento el 2 de febrero de 2010, cuya principal finalidad era que el banco pudiera seguir haciéndose cobro de otras deudas de vencimiento posterior (ninguna otra explicación puede tener que se pactara la posibilidad de compensación en dicha cuenta). Así pues, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección 15ª-de 6 de febrero de 2009 (PROV 2009, 172445), el hecho de conceder una garantía real para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior debe considerarse injustificado, porque además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la "par conditio creditorum", al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido con la realización del bien

gravado, al margen del concurso o con preferencia al resto de acreedores. O como dice la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 5597),
"la existencia del presupuesto del perjuicio, con sacrificio patrimonial injustificado, no deriva únicamente de la presunción.... sino de la propia realidad de su existencia al pactarse la hipoteca convirtiendo un crédito ordinario en privilegiado y las condiciones más onerosas o gravosas de la nueva operación crediticia". ": SAP Córdoba (Sección 3) 03.12.2010 (Sentencia 232/2010; Rollo 303/2010)

AP Guipúzcoa

"CUARTO.- Y, una vez verificadas esas consideraciones previas y analizadas las actuaciones remitidas a esta instancia, lo primero que se hace necesario puntualizar es que las alegaciones contenidas en el recurso interpuesto y verificadas por la Administración Concursal de D. Gabino y Dª. Sofía han de ser estimadas, como ha de ser estimada la pretensión a través del mismo formulada de rescisión de la hipoteca constituida sobre bienes de la titularidad de esta última, por cuanto que ha quedado adecuadamente acreditado en las actuaciones que el préstamo hipotecario concertado el día 17 de Diciembre de 2.012 entre los citados concursados y la entidad Banco Popular Español, S.A., con una antelación de 6 meses previa al concurso por ellos presentado, resulta encuadrable en el supuesto comprendido en el art. 71, 3, 2º de la Ley Concursal, dado que se trata de un acto de todo punto perjudicial para la masa y que altera, sin justificación alguna, la par conditio creditorum.
En efecto, se ha solicitado por parte de la Administración Concursal de D. Gabino y Dª. Sofía, mediante la interposición de la demanda iniciadora del presente procedimiento, que se declare que la hipoteca constituida el 17 de Diciembre de 2.012 entre los concursados y la entidad Banco Popular Español, S.A. es perjudicial para la masa activa del concurso, procediendo a su rescisión, así como que se declare la ineficacia de la garantía real reseñada y se ordene la realización de cuantos actos y formalidades fueren precisas, para que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, especialmente la práctica de las anotaciones e inscripciones precisas en el Registro correspondiente, y aquellos que fueran consecuencia de la rescisión acordada, sosteniendo que los citados concursados avalaron a la empresa Kakueta, S.L. en operaciones de financiación con dicha entidad bancaria, que suscribieron una operación de préstamo hipotecario por un importe de 355.000 euros dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y que el importe prestado se destinó a las polizas de afianzamiento, a facturas impagadas y a otros fines, y que, por ello, y dado que nos encontramos ante una garantía personal que es sustituida por una garantía real, teniendo la misma por objeto una obligación preexistente, este supuesto es incardinable en el art. 71.3.2º de la Ley Concursal, pretensión la mencionada a la que se allanaron los concursados y a la que se opuso la entidad bancaria, sosteniendo, en esencia, que la operación no era perjudical, por ser una operación de refinanciación, que prolongaba el plazo de devolución de la deuda y mejoraba sustancialmente sus condiciones.
Y la pretensión de la Administración demandante ha sido rechazada por el Juez a quo sobre la base de que la demandada ha acreditado que "solo parte del préstamo garantizado con la hipoteca se destina a pagar la deuda derivada del afianzamiento solidario que pesaba sobre los concursados, mientras que otra parte se destina al abono de otras deudas de KAKUETA, con una finalidad claramente refinanciadora, e incluso, al abono también de deudas de los propios concursados, derivados de defensa jurídica", por lo que, según se indica en la resolución dictada, nos encontramos ante una operación que entraña un sacrificio justificado, dado que "los concursados evitan una ejecución contra su patrimonio derivada de la garantía personal, con una operación que, por un lado, les permite convertir una deuda vencida en otra a plazo, pues cancelan una deuda vencida y reclamable y la sustituyen por una deuda a plazo, con dos años de carencia, y, por otro lado, atender a obligaciones propias y de la sociedad de la que uno de ellos era administrador solidario", siendo así que "la existencia de este sacrificio patrimonial justificado por las circunstancias avala la operación y evita su carácter perjudicial, no obstante la posibilidad de que puede suponer una mejor posición del banco en el concurso de acreedores".
Pero, sin embargo, tales consideraciones no puede ser admitidas por esta Sala, por cuanto que el examen de las actuaciones pone de manifiesto que, si bien es cierto que una parte de la cantidad obtenida con el préstamo garantizado ha sido destinada al abono de la deuda derivada del préstamo solicitado por la entidad Kakueta, S.L., que esta mantenía con la entidad Banco Popular Español, S.A. y de la que ellos eran fiadores solidarios frente a la misma, tambien es cierto que el resto de la suma entregada, con la excepción de una pequeña cantidad destinada a hacer frente a un embargo que pesaba sobre los administradores de la sociedad, aunque precisamente por deudas de la misma, a abonar los honorarios de su Letrada y al abono de los gastos derivados de la constitución de la propia hipoteca, se ha destinado al pago de deudas que pesaban sobre la citada entidad Kakueta, S.L., es decir, a la satisfacción de deuda ajena suya, deuda que pesaba sobre un tercero, sin que siquiera se haya justificado en modo alguno la finalidad refinanciadora del mencionado abono, si se tiene en cuenta la circunstancia de que la citada entidad, cuando el pago se hizo efectivo, carecía ya de toda actividad en el tráfico mercantil.
QUINTO.- En efecto, el examen de las actuaciones remitidas a esta instancia pone de manifiesto que de la suma de 355.000 euros, obtenida mediante la constitución de una hipoteca sobre dos fincas propiedad de la concursada Dª. Sofía, la cantidad de 177.885,20 euros fue destinada a regularizar el saldo que presentaban los créditos que la entidad Kakueta, S.L. tenía pendiente con la entidad Banco

Popular Español, S.A. y que eran afianzados solidariamente por los concursados D. Gabino y Dª. Sofía, y por el tambien administrador
D. Jacobo, la suma de 16.848,97 euros fue destinada a la cancelación de un embargo que pesaba sobre los administradores de la sociedad Kakueta, S.L., precisamente por deudas de la misma, al pago de los honorarios de su letrada y al pago de los gastos originados por la constitución de la propia hipoteca y los 160.265,83 euros restantes fueron destinados al pago de deudas de la citada entidad Kakueta, S.L. y por ello deudas ajenas de los concursados, sin contraprestación de tipo alguno, y, además, de ninguna manera destinadas a inyectar dinero en la mencionada empresa, con una finalidad refinanciadora, a fin de intentar reflotarla y continuar con la actividad que por la misma había sido desarrollada, dado que, a la fecha de la constitución del préstamo hipotecario mencionado, dicha empresa se hallaba ya paralizada y sin actividad de tipo alguno, es decir, desaparecida del tráfico mercantil, y, por ello, en situación de quiebra técnica, en el supuesto de que no hubiera sido ya presentado el concurso de la misma, extremo este no acreditado en estos autos.
Es evidente, en consecuencia con lo expuesto, que el hecho de destinar la cantidad obtenida mediante el préstamo concedido por la entidad Banco Popular Español, S.A. con la garantía hipotecaria pertinente sobre las fincas propiedad de Dª. Sofía a la cancelación de unos préstamos que dicha entidad mantenía con la entidad Kakueta, S.L., y de la que los concursados D. Gabino y Dª. Sofía eran fiadores solidarios, junto con el tambien administrador D. Jacobo, y a la cancelación de otras deudas de dicha entidad, sin contraprestación de tipo alguno, lleva a la conclusión de que la voluntad última de la mencionada entidad era esencialmente la de asegurarse el cobro de sus créditos, ya que no se ha acreditado que los concursados salieran beneficiados como consecuencia de los abonos realizados, salvo en esa cantidad de la que eran fiadores precisamente frente a la entidad demandada, y tampoco que tal beneficio resultara de la circunstancia de que el préstamo fuera concedido a un plazo largo, y con un periodo de carencia, concesión en tales términos que resulta razonable, pues en otro caso carecería de lógica su otorgamiento, por cuanto que con la suma entregada no se insuflaba liquidez en sus cuentas, ni iba destinada a proporcionarles la posibilidad del ejercicio de alguna actividad empresarial, ni tampoco siquiera a propiciar la viabilidad del ejercicio de la actividad empresarial que habían venido desarrollando con la sociedad de la que eran administradores solidarios.
Desde luego, la jurisprudencia mercantil ha venido considerando que son actos perjudiciales para la masa tanto aquellos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de clase alguna, perjuicio directo, como los actos que perjudican la masa activa, al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum, perjuicio indirecto, habiéndose avanzado más modernamente en la precisión del concepto, con la finalidad de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, mediante la toma en consideración de las circunstancias concurrentes, lo que ha llevado a la reformulación del concepto perjuicio patrimonial por el de sacrificio patrimonial injustificado del deudor que posteriormente es declarado en concurso, a determinar en el momento de la ejecución de los actos que lo implican, si bien proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva, de tal manera que, para decidir si ha existido el mismo, ha de examinarse si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía.
Pero, se da la circunstancia de que en el presente caso ha quedado acreditado, como ya se ha indicado, que si bien es cierto que los concursados D. Gabino y Dª. Sofía han constituido el préstamo hipotecario de que se trata en este procedimiento, gravando dos fincas de la titularidad de esta última, y con el importe obtenido han satisfecho la deuda derivada de los préstamos concertados entre la entidad Kakueta, S.L. y la entidad Banco Popular Español, S.A., de los que ellos eran fiadores, junto con el otro administrador de la misma, sin embargo ese abono no justifica en modo alguno la carga impuesta sobre tales bienes, con el perjuicio para la masa concursal que ello supone, dada la alteración de la par conditio creditorum, si se tiene en cuenta el hecho de que la mitad del importe obtenido se ha destinado a hacer frente a deudas ajenas, en concreto a otras deudas de la citada entidad, y por ello sin finalidad refinanciadora alguna ni suya propia, ni de esa empresa que administraban, dada la situación en que se hallaba la misma, y el hecho de que otro pequeño importe ha sido destinado a la cancelación de un embargo que pesaba sobre los administradores, por deudas de su empresa, al abono de honorarios de su Letrada y al abono de los gastos generados precisamente por la constitución de la propia hipoteca.
Y, puesto que la constitución de esa garantía hipotecaria, en sustitución de unas obligaciones preexistentes de la entidad Kakueta, S.L., obligaciones que afianzaban los concursados, se lleva a cabo dentro del término legal previsto en el art. 71 de la Ley Concursal, y con ella, como ya se ha indicado, tanto se pretende por parte de dicha entidad bancaria el aseguramiento de su crédito frente a otros acreedores y en perjuicio de los mismos, como se hace frente a deudas ajenas, sin control alguno y al margen de un procedimiento concursal y del orden crediticio que del mismo podría resultar, alterando en uno y otro caso, sin justificación de tipo alguno, como ya se ha indicado, la par conditio creditorum, no puede por menos que concluirse que tal supuesto es encuadrable en el art. 71, 3, 2º de la Ley Consursal, citada por la Administración Concursal de D. Gabino y Dª. Sofía en su escrito de demanda.
En consecuencia con lo expuesto, procedía acceder a la petición formulada por la citada Administración Concursal de D. Gabino y Dª. Sofía en su escrito de demanda de que declare que la hipoteca constituida el 17 de Diciembre de 2.012 entre los concursados y la entidad Banco Popular Español, S.A. es perjudicial para la masa activa del concurso y de que se acuerde su rescisión, con las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento, y, por ello, ha de ser estimado el

recurso de apelación por la misma interpuesto contra la sentencia dictada en la instancia, en lo que a ese extremo hace referencia, debiendo revocarse dicha resolución en el sentido de señalar que procede declarar que la hipoteca constituida el 17 de Diciembre de
2.012 entre los citados concursados D. Gabino y Dª. Sofía y la entidad Banco Popular Español, S.A., y formalizada ante el Notario de San Sebastián D. Juan Zapata Pérez, con el número 727 de su protocolo, es perjudicial para la masa activa del concurso y que procede, por ello, acordar la rescisión de la misma, con la consecuente declaración de ineficacia de dicha garantía real, debiendo, además, verificarse la ejecución de cuantos actos y formalidades sean precisos para que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, y especialmente la práctica de las anotaciones e inscripciones precisas en el Registro correspondiente, y aquellos que sean consecuencia de esa rescisión acordada.": SAP Guipúzcoa (Sección 2) 30.07.2014 (Sentencia 133/2014; Rollo 2155/2014)

"CUARTO.- Y, una vez verificadas esas consideraciones previas y analizadas las actuaciones remitidas a esta instancia, lo primero que se hace necesario puntualizar, como ya lo ha hecho esta Sala en la anterior resolución dictada, es que las alegaciones contenidas en el recurso interpuesto y verificadas por la Administración Concursal de D. Porfirio y Dª. Flor han de ser estimadas, como ha de ser estimada la pretensión a través del mismo formulada de rescisión de la hipoteca constituida sobre el bien de la titularidad del primero de ellos, por cuanto que ha quedado adecuadamente acreditado en las actuaciones que el préstamo hipotecario concertado el día 17 de Diciembre de 2.012 entre el citado concursado y la entidad Banco Popular Español, S.A., con una antelación de 6 meses previa al concurso por ellos presentado, resulta encuadrable en el supuesto comprendido en el art. 71, 3, 2º de la Ley Concursal, dado que se trata de un acto de todo punto perjudicial para la masa y que altera, sin justificación alguna, la par conditio creditorum.
En efecto, se ha solicitado igualmente por parte de la Administración Concursal de D. Porfirio y Dª. Flor, mediante la interposición de la demanda iniciadora del presente procedimiento, que se declare que la hipoteca constituida el 17 de Diciembre de 2.012 entre el concursado y la entidad Banco Popular Español, S.A. es perjudicial para la masa activa del concurso, procediendo a su rescisión, así como que se declare la ineficacia de la garantía real reseñada y se ordene la realización de cuantos actos y formalidades fueren precisas, para que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, especialmente la práctica de las anotaciones e inscripciones precisas en el Registro correspondiente, y aquellos que fueran consecuencia de la rescisión acordada, sosteniendo que los citados concursados avalaron a la empresa Kakueta, S.L. en operaciones de financiación con dicha entidad bancaria, que suscribieron una operación de préstamo hipotecario por un importe de 355.000 euros dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y que el importe prestado se destinó a las polizas de afianzamiento, a facturas impagadas y a otros fines, y que, por ello, y dado que nos encontramos ante una garantía personal que es sustituida por una garantía real, teniendo la misma por objeto una obligación preexistente, este supuesto es incardinable en el art. 71.3.2º de la Ley Concursal, pretensión la mencionada a la que se allanaron los concursados y a la que se opuso la entidad bancaria, sosteniendo, en esencia, que la operación no era perjudical, por ser una operación de refinanciación, que prolongaba el plazo de devolución de la deuda y mejoraba sustancialmente sus condiciones.
Y la pretensión de la Administración demandante ha sido rechazada por el Juez a quo sobre la base de que la demandada ha acreditado que "solo parte del préstamo garantizado con la hipoteca se destina a pagar la deuda derivada del afianzamiento solidario que pesaba sobre los concursados, mientras que otra parte se destina al abono de otras deudas de KAKUETA, con una finalidad claramente refinanciadora, e incluso, al abono también de deudas de los propios concursados, derivados de defensa jurídica", por lo que, según se indica en la resolución dictada, nos encontramos ante una operación que entraña un sacrificio justificado, dado que "los concursados evitan una ejecución contra su patrimonio derivada de la garantía personal, con una operación que, por un lado, les permite convertir una deuda vencida en otra a plazo, pues cancelan una deuda vencida y reclamable y la sustituyen por una deuda a plazo, con dos años de carencia, y, por otro lado, atender a obligaciones propias y de la sociedad de la que uno de ellos era administrador solidario", siendo así que "la existencia de este sacrificio patrimonial justificado por las circunstancias avala la operación y evita su carácter perjudicial, no obstante la posibilidad de que puede suponer una mejor posición del banco en el concurso de acreedores".
Pero, sin embargo, tales consideraciones, como se ha indicado ya en la resolución previa dictada por esta misma Sala, no puede ser admitidas, por cuanto que el examen de las actuaciones pone de manifiesto que, si bien es cierto que una parte de la cantidad obtenida con el préstamo garantizado ha sido destinada al abono de la deuda derivada del préstamo solicitado por la entidad Kakueta, S.L., que esta mantenía con la entidad Banco Popular Español, S.A. y de la que D. Porfirio era fiador solidario, junto con los administradores
D. Ramón y Dª. Violeta, frente a la misma, tambien es cierto que el resto de la suma entregada, con la excepción de una pequeña cantidad destinada a hacer frente a un embargo que pesaba sobre tales administradores de la sociedad, aunque precisamente por deudas de la misma, a abonar los honorarios de su Letrada y al abono de los gastos derivados de la constitución de la propia hipoteca, se ha destinado al pago de deudas que pesaban sobre la citada entidad Kakueta, S.L., es decir, a la satisfacción de deuda ajena suya, deuda que pesaba sobre un tercero, sin que siquiera se haya justificado en modo alguno la finalidad refinanciadora del mencionado abono, si se tiene en cuenta la circunstancia de que la citada entidad, cuando el pago se hizo efectivo, carecía ya de toda actividad en el tráfico mercantil.

QUINTO.- En efecto, el examen de las actuaciones remitidas a esta instancia pone de manifiesto que de la suma de 355.000 euros, obtenida mediante la constitución de una hipoteca sobre la finca propiedad del concursado D. Porfirio, la cantidad de 177.885,20 euros fue destinada a regularizar el saldo que presentaban los créditos que la entidad Kakueta, S.L. tenía pendiente con la entidad Banco Popular Español, S.A. y que eran afianzados solidariamente por el citado concursado, y por los tambien administradores D. Ramón y Dª. Violeta, la suma de 16.848,97 euros fue destinada a la cancelación de un embargo que pesaba sobre los administradores de la sociedad Kakueta, S.L., precisamente por deudas de la misma, al pago de los honorarios de su letrada y al pago de los gastos originados por la constitución de la propia hipoteca y los 160.265,83 euros restantes fueron destinados al pago de deudas de la citada entidad Kakueta, S.L. y por ello deudas ajenas de los concursados, sin contraprestación de tipo alguno, y, además, de ninguna manera destinadas a inyectar dinero en la mencionada empresa, con una finalidad refinanciadora, a fin de intentar reflotarla y continuar con la actividad que por la misma había sido desarrollada, dado que, a la fecha de la constitución del préstamo hipotecario mencionado, dicha empresa se hallaba ya paralizada y sin actividad de tipo alguno, es decir, desaparecida del tráfico mercantil, y, por ello, en situación de quiebra técnica, en el supuesto de que no hubiera sido ya presentado el concurso de la misma, extremo este no acreditado en estos autos.

Es evidente, en consecuencia con lo expuesto, que el hecho de destinar la cantidad obtenida mediante el préstamo concedido por la entidad Banco Popular Español, S.A. con la garantía hipotecaria pertinente sobre la finca propiedad de D. Porfirio a la cancelación de unos préstamos que dicha entidad mantenía con la entidad Kakueta, S.L., y de la que el concursado D. Porfirio era fiador solidario, junto con los tambien administradores

D. Ramón y Dª. Violeta, y a la cancelación de otras deudas de dicha entidad, sin contraprestación de tipo alguno, lleva a la conclusión de que la voluntad última de la mencionada entidad era esencialmente la de asegurarse el cobro de sus créditos, ya que no se ha acreditado que los concursados salieran beneficiados como consecuencia de los abonos realizados, salvo en esa cantidad de la que eran fiadores precisamente frente a la entidad demandada, y tampoco que tal beneficio resultara de la circunstancia de que el préstamo fuera concedido a un plazo largo, y con un periodo de carencia, concesión en tales términos que resulta razonable, pues en otro caso carecería de lógica su otorgamiento, por cuanto que con la suma entregada no se insuflaba liquidez en sus cuentas, ni iba destinada a proporcionarles la posibilidad del ejercicio de alguna actividad empresarial, ni tampoco siquiera a propiciar la viabilidad del ejercicio de la actividad empresarial que el concursado había venido desarrollando con la sociedad de la que era administrador solidario.

Desde luego, la jurisprudencia mercantil ha venido considerando que son actos perjudiciales para la masa tanto aquellos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de clase alguna, perjuicio directo, como los actos que perjudican la masa activa, al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio creditorum, perjuicio indirecto, habiéndose avanzado más modernamente en la precisión del concepto, con la finalidad de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, mediante la toma en consideración de las circunstancias concurrentes, lo que ha llevado a la reformulación del concepto perjuicio patrimonial por el de sacrificio patrimonial injustificado del deudor que posteriormente es declarado en concurso, a determinar en el momento de la ejecución de los actos que lo implican, si bien proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva, de tal manera que, para decidir si ha existido el mismo, ha de examinarse si ha existido algún tipo de atribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía.

Pero, se da la circunstancia de que en el presente caso ha quedado acreditado, como ya se ha indicado, que si bien es cierto que el concursado D. Porfirio ha constituido el préstamo hipotecario de que se trata en este procedimiento, gravando una finca de su titularidad, y con el importe obtenido ha satisfecho la deuda derivada de los préstamos concertados entre la entidad Kakueta, S.L. y la entidad Banco Popular Español, S.A., de los que era fiador, junto con los otros administradores de la misma, sin embargo ese abono no justifica en modo alguno la carga impuesta sobre tal bien, con el perjuicio para la masa concursal que ello supone, dada la alteración de la par conditio creditorum, si se tiene en cuenta el hecho de que la mitad del importe obtenido se ha destinado a hacer frente a deudas ajenas, en concreto a otras deudas de la citada entidad, y por ello sin finalidad refinanciadora alguna ni suya propia, ni de esa empresa que administraba, dada la situación en que se hallaba la misma, y el hecho de que otro pequeño importe ha sido destinado a la cancelación de un embargo que pesaba sobre los administradores, por deudas de su empresa, al abono de honorarios de su Letrada y al abono de los gastos generados precisamente por la constitución de la propia hipoteca.

Y, puesto que la constitución de esa garantía hipotecaria, en sustitución de unas obligaciones preexistentes de la entidad Kakueta, S.L., obligaciones que afianzaba el concursado, se lleva a cabo dentro del término legal previsto en el art. 71 de la Ley Concursal, y con ella, como ya se ha indicado, tanto se pretende por parte de dicha entidad bancaria el aseguramiento de su crédito frente a otros acreedores y en perjuicio de los mismos, como se hace frente a deudas ajenas, sin control alguno y al margen de un procedimiento concursal y del orden crediticio que del mismo podría resultar, alterando en uno y otro caso, sin justificación de tipo alguno, como ya se ha indicado, la par conditio creditorum, no puede por menos que concluirse que tal supuesto es encuadrable en el art. 71, 3, 2º de la Ley Consursal, citada por la Administración Concursal de D. Porfirio y Dª. Flor en su escrito de demanda.

En consecuencia con lo expuesto, procedía acceder a la petición formulada por la citada Administración Concursal de D. Porfirio y Dª. Flor en su escrito de demanda de que declare que la hipoteca constituida el 17 de Diciembre de 2.012 entre los concursados y la entidad Banco Popular

Español, S.A. es perjudicial para la masa activa del concurso y de que se acuerde su rescisión, con las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento, y, por ello, ha de ser estimado el recurso de apelación por la misma interpuesto contra la sentencia dictada en la instancia, en lo que a ese extremo hace referencia, debiendo revocarse dicha resolución en el sentido de señalar que procede declarar que la hipoteca constituida el 17 de Diciembre de 2.012 entre el citado concursado D. Porfirio y la entidad Banco Popular Español, S.A., y formalizada ante el Notario de San Sebastián D. Juan Zapata Pérez, con el número 727 de su protocolo, es perjudicial para la masa activa del concurso y que procede, por ello, acordar la rescisión de la misma, con la consecuente declaración de ineficacia de dicha garantía real, debiendo, además, verificarse la ejecución de cuantos actos y formalidades sean precisos para que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos, y especialmente la práctica de las anotaciones e inscripciones precisas en el Registro correspondiente, y aquellos que sean consecuencia de esa rescisión acordada.": SAP Guipúzcoa (Sección 2) 30.07.2014 (Sentencia 134/2014; Rollo 2168/2014)

AP La Coruña

"PRIMERO Se interpone recurso de apelación por la representación de la entidad "Celsa Atlantic, S.L.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña en autos de Incidente Concursal nº 54/09, que estimando la acción de reintegración ejercitada por la Administración Concursal contra "Celsa Atlantic, S.L." y la entidad concursada "Ferralla Lois, S.L.", declara la rescisión de la prenda constituida sobre todos y cada uno de los créditos reseñados en el hecho primero f) de la demanda, constituida mediante escritura pública de 7 de agosto de 2008; y de la hipoteca sobre las fincas enumeradas en el hecho tercero de la demanda, constituida en escritura pública de 25 de septiembre de 2008, ordenando la cancelación de las inscripciones regístrales, con imposición de las costas a la entidad codemandada "Celsa Atlantic, S.L.", alegando en el recurso que la constitución de las garantías reales no ha causado un perjuicio para la masa activa para que pudiera prosperar la acción de rescisión ejercitada por la Administración Concursal, cuando estaba justificado por la situación en aquel momento de la entidad deudora para poder continuar su actividad económica propia ordinaria, que requería necesariamente continuar con el suministro de material, como así hizo, en las mismas incluso en peores condiciones, que el resto de los acreedores, ampliando los plazos de vencimiento de la mayor parte de la deuda, máxime cuando no tenía conocimiento en ese momento de la situación económica de "Ferralla Lois, S.L."; de forma subsidiaria el pronunciamiento condenatorio relativo a la imposición de las costas derivadas de la demanda, que a pesar de ser estimada en parte, las impone a la entidad aquí recurrente.
SEGUNDO LaLey Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración,art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Pues bien, los actos cuya rescisión se declara en la sentencia apelada consistieron en que frente a las cantidades adeudadas por la entidad "Ferralla Lois, S.L." a "Celsa Atlantic, S.A" derivadas de sus relaciones comerciales, que ascendían a la suma total de 10.200.854,31 euros, de las cuales se encontraban vencidas únicamente tres facturas de las once emitidas y renegociadas, que ascendía su importe a la cantidad de 2.602.175,20 euros, en fecha 7 de agosto de 2008 ambas entidades mercantiles otorgan escritura pública en la que "Ferralla Lois, S.L." reconocía una deuda a "Celsa Atlantic, S.A" por importe de 10.200.854,31 euros, que se comprometía a abonar en plazos mensuales entre enero y diciembre de 2009, para lo cual libró la deudora 17 letras de cambio que fueron aceptadas por "Ferralla Lois, S.L.", y en garantía se obligaba a constituir hipoteca sobre distintos inmuebles de su propiedad, las cuales ya estaban hipotecadas, salvo una de ellas que se encontraba libre de cargas. Y constituye además prenda sobre créditos litigiosos que ostentaba la deudora, por un importe total de 5.816.103,33 euros. En fecha 25 de septiembre de 2008 se otorga escritura pública de constitución de hipoteca inmobiliaria sobre 14 fincas de y por un importe de 7.961.191,03 euros. Como concluye el Juzgador de primera instancia sobre una deuda de 10.200.854,31 euros, se constituye garantías reales por importe de 13.777.293,47 euros.
Por otra parte, "Ferralla Lois, S.L." fue declarada en concurso el día 21 de julio de 2009.
De tal modo la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes se encontraban dentro del periodo temporal sospechoso establecido legalmente, y concurre claramente la presunción "iuris tantum" del perjuicio patrimonial(art. 71.3.2º L.C.).

Y ello, por cuanto el hecho de conceder una garantía real para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya la anterior, debe considerarse en principio injustificado, pues además de la merma del valor para el patrimonio de la entidad concursada, que se deduce claramente de la cantidad adeudada y la reconocida en escritura pública, supone una alteración de la regla de paridad de trato en el concurso de acreedores, al obtenerse con aquellos actos un privilegio a favor de un acreedor en el concurso frente a los demás acreedores con clara alteración de la "par condictio creditorum". Y resulta en el caso difícil admitir que la acreedora, aquí parte apelante, desconociese la situación económica de la entidad concursada en ese momento, dada la necesidad de otorgar escritura pública de reconocimiento de deuda por mayor importe renegociando la deuda, en su mayor parte todavía no vencida, constituyendo hipotecas y prendas sobre el patrimonio del deudor, aun cuando es cierto como se afirma en el recurso todas las fincas estaban ya hipotecadas salvo una de ellas, pero de tal modo pretende asegurarse el cobro logrando un privilegio sobre los demás acreedores, máxime cuando en ese momento la mayoría de ellas no estaban vencidas.
Se alega por la recurrente que estaba justificado el presunto sacrificio patrimonial que comportaba establecer la constitución de garantías reales, por cuanto la razón de tales actos de disposición era la de poder seguir suministrando hierro a la entidad deudora que necesitaba necesariamente adquirir para poder continuar con su normal actividad empresarial, y porque además convirtió una deuda a corto plazo en una deuda a largo plazo. Y por tanto estima que se ha vulnerado lo dispuesto en elapartado 5 del art. 71 de la Ley Concursal, por entender la recurrente que la cuestionada pretensión reintegradora resultaría inviable frente a aquellos "actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".
Lo que no se acepta en la sentencia apelada, y tal decisión y valoración de la prueba practicada por la Juzgadora de Primera Instancia la estimamos acertada, dadas las circunstancias concurrentes. Así, la mayor parte de las deudas no habían vencido cuando se otorga la escritura de fecha 7 de agosto de 2008 de reconocimiento de deuda, sólo 2.602.175,20 euros de 10.200.859,31 euros; y frente a tal importe de deuda se constituyen garantías reales por un importe de 13.777.293 euros; el aplazamiento del pago de parte de las deudas, en mínima cuantía frente al total, fue el de un año aproximadamente, manteniéndose los vencimientos de las deudas que estaban pactadas con posterioridad al 12 de octubre de 2008, no tratándose pues de un aplazamiento a largo plazo como se alega; y por otra parte, no era la única mercantil que suministraba materia prima a "Ferralla Lois, S.L.", pudiendo en todo caso haber acudido a otras formas de refinanciación de la deuda sin necesidad de constituir garantías reales sobre su propio patrimonio, dada su precaria situación económica existente en esos momentos.": SAP La Coruña (Sección 4) 06.04.2011 (Sentencia 147/2011; Rollo 69/2011)

"1.- La constitución de una hipoteca -sobre la única finca libre de cargas que mantenía en esa época la concursada, según se afirma en la sentencia apelada y no ha sido cuestionado- para garantizar una obligación preexistente es un acto presuntivo de perjuicio para la masa activa (artículo 71 3 2º de la Ley concursal). La presunción admite prueba en contrario que debería dotar de justificación al sacrificio patrimonial que indudablemente comporta la afección de un determinado bien del patrimonio del deudor a la seguridad de una obligación anterior que no contaba con garantías reales. Y lo cierto es que, como correctamente argumenta la sentencia apelada, esa justificación no existe en este caso.
La deuda procede de un préstamo de 276.300,00 #, con intereses (Euribor más dos puntos) que en fecha 11 de diciembre de 2007 recibió HERCULINA HOGAR S.L. de INGESPROGA S.L., por plazo de tres años y en los términos del documento privado que prestamista y prestataria suscribieron en esa fecha. La prestataria no realizó pago alguno durante los tres años convenidos, ni como amortización de principal ni en concepto de intereses, de modo que en la escritura de 12 de enero de 2011 reconoce adeudar a INGESPROGA 305.651,35 #, como igualmente reconoce que no puede satisfacer la deuda comprometiéndose a hacerlo en uno o varios pagos y en el plazo máximo de un año, en garantía de lo cual constituye a favor de INGESPROGA S.L. la referida garantía hipotecaria. Nada recibe la deudora en esa ocasión, y no es razonable desde el punto de vista económico que lo que no consiguió devolver en tres años, ni siquiera parcialmente, lo pudiera pagar íntegramente en un año, en el contexto de parálisis del mercado inmobiliario de 2011 y con intereses incluso superiores a los que fijaba el contrato de préstamo original (en la escritura de 12 de enero de 2011 se estipula, para el nuevo periodo de un año, un 4,5% nominal, que es superior en esa fecha al EURIBOR más dos puntos, a liquidar en diciembre de 2010, que se había estipulado en 2007). Claro es que ante el vencimiento del préstamo y su impago INGESPROGA S.L. podía haber iniciado una reclamación judicial (no directamente ejecutiva, por cierto, puesto que el préstamo no constaba en documento público); pero en modo alguno esa amenaza justificaba el sacrificio patrimonial que la constitución de la hipoteca supuso. Si HERCULINA HOGAR S.L. no podía pagar regularmente sus obligaciones exigibles a principios de 2011 -y es claro que no podía hacerlo- la protección de los legítimos derechos de sus acreedores le imponía abstenerse de realizar cualquier acto dispositivo o de gravamen dirigido a proteger, total o parcialmente, el crédito de uno en perjuicio de los de los demás; y si, admitiendo la poco probable hipótesis de que se encontrara al corriente en el pago de todas sus obligaciones exigibles menos la que tenía con INGESPROGA S.L., el inicio de acciones judiciales por parte de la prestamista bloqueaba su patrimonio y le impedía atender a los demás acreedores, lo que debía hacer en ese caso era solicitar sin tardanza el concurso al que serían llamados todos, INGESPROGA S.L. incluida, en condiciones de paridad sobre una masa activa no desvirtuada por consecuencia de actos perjudiciales realizados en los dos años anteriores.": SAP La Coruña (Sección 4) 03.06.2015 (Sentencia 185/2015; Rollo 244/2015)

AP Lugo

“C) Por lo que toca, ya, al fondo del asunto, los razonamientos de la Juez "a qua" se antojan impecables. A tenor del art. 71- 3-2 de la Ley Concursal, el perjuicio patrimonial, a los fines de rescisión del precepto, se presume en "la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes", cual acontece en el caso, y visto que el banco recurrente no logró acreditar, dentro de la primera instancia del proceso, elemento ninguno que contrarrestase la presunción legal del perjuicio, siendo así que la garantía hipotecaria, contraria por principio a la "pars conditio creditorum" respecto de la situación concursal sobrevenida luego, se constituyó sólo, fundamentalmente, como reconocimiento y aseguramiento de créditos antecedentes y que no vencían hasta fecha posterior a aquélla en que se declaró el concurso, sin que, por lo demás, del otorgamiento hipotecario se desprendiesen efectos considerables para la marcha mercantil de "Construcciones Costa Lucense", puesto que ni los intereses ni el plazo de pago innovados, por así decir, con ocasión de dicho otorgamiento resultaban especialmente ventajosos para la deudora, cuya situación económica era muy probablemente conocida por el banco, teniendo en cuenta la continuidad de los préstamos y, en fin de la relación comercial.”: SAP Lugo (Sección 1) 02.05.2012 (Sentencia 305/2012; Rollo 247/2012)

“Expuesto lo anterior, la sentencia de instancia estima la demanda formulada en su día por la entidad administradora Concursal VAMALEYSAN, S.L. y como consecuencia rescinde la garantía hipotecaria constituida por la entidad concursada Interpanel S.A. en la escritura de 30 de marzo de 2.012 habiendo sido declarada en concurso voluntario de acreedores en fecha 16 de octubre de 2.012, todo ello consta acreditado y lo hace en base a entender que la prueba practicada si acredita que a la concursada se le ha producido un perjuicio, es decir, que se efectuó un acto perjudicial, real o potencial, con transcendencia patrimonial que dificulta o impide el cobro del crédito por parte de la masa de acreedores disminuyendo la solvencia o liquidez del deudor.

El artículo 71 de la Ley Concursal que hace referencia concreta a las acciones de reintegración dentro de un capítulo dedicado a los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa establece que una vez declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta, por tanto la operación realizada no ofrece reparos desde el punto de vista temporal y en cuanto al perjuicio se establece su presunción de existencia, salvo prueba en contrario, cuando se trate de determinados actos y, entre ellos, en lo que aquí nos interesa cabe destacar el punto 2º del apartado tercero del artículo 71 de la Ley Concursal que determina que la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, con ello tenemos que estamos ante un acto realizado por el deudor por lo que la cuestión del requisito subjetivo está acreditado al ser Interpanel S.A. la que realizó el acto que nos ocupa y, en consecuencia, solo falta por examinar si el perjuicio como consecuencia de tal actuar se ha producido ya que de ser así el requisito objetivo exigido por el artículo antedicho se habría cumplido y de sobras es conocida la más moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto y que destaca con acierto la parte apelada y que se puede sintetizar en que los actos susceptibles de reintegración lo son porque resultan lesivos para la masa activa aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada y ello con independencia de que hayan sido realizados de buena fe. En el caso que se examina, la prueba acredita que ya a fines del 2.011 la situación de la entidad concursada era de gran dificultad hasta el punto de cesar en su actividad y esta situación era conocida por las entidades apelantes y restantes demandadas (allanadas o en rebeldía) y es pocos meses después cuando las entidades financieras demandadas constituyen la hipoteca para garantizar los créditos concedidos a la concursada cuyo destino era la cancelación o afianzamiento de operaciones previas que no disponían de garantía hipotecaria. Por tanto tenemos a la empresa concursada prácticamente en estado de insolvencia, se constituye la hipoteca y no está acreditado que, como se dice en la sentencia apelada, los préstamos garantizados formaran parte de una operación de refinanciación de tipo global que se realiza en varios tramos y los préstamos tenían como fin la cancelación de otros préstamos preexistentes entre las entidades financieras y la concursada y que se remontaban a los años anteriores (Años 2.006 a 2.011) y los préstamos garantizados con la hipoteca constituida en la escritura pública de 30 de marzo de 2.012 no aportan liquidez a la entidad concursada y la práctica situación de insolvencia y lo que se conseguía era sustituir amortizándolos préstamos anteriores sin garantía sustituyéndolas por los nuevos con garantía hipotecaria y, en consecuencia, las entidades prestamistas demandadas eran las beneficiadas que se convertían en acreedores con créditos privilegiados frente a su situación anterior de simples acreedores con créditos ordinarios, por tanto, también concurre el requisito objetivo exigido por el artículo 71 mencionado, sin que a ello se oponga la ampliación del tiempo de vencimiento de los nuevos préstamos garantizados ya que la situación de la hoy concursada hacía ilusoria cualquier idea de cumplimiento de plazos de devolución. Tampoco pudo alegarse seriamente que, por lo expuesto, estemos ante un verdadero acuerdo de refinanciación encaminado a beneficiar a Interpanel S.A. ni consta prueba fehaciente y objetiva que así lo acredite y que acredite asimismo la concurrencia de los requisitos que serían exigidos en tal caso en el apartado 6 del citado artículo 71 y, por último, no pueden pretender equipararse, como también se afirma en la sentencia apelada, las mismas operaciones a las que se refiere la promesa de hipoteca de fecha 18 de junio de 2.010 que las garantizadas con la hipoteca de 30 de marzo de 2.012 y, desde luego, tampoco son equipables sus efectos y consecuencias dada la diferenciación entre la obligación personal que cree aquella y los efectos propios de un derecho real, por todo lo cual y sin necesidad de

mayores argumentaciones se está en el caso de desestimar los recursos formulados en lo que se refiere al punto esencial de sus recursos ya referido.”: SAP Lugo (Sección 1) 03.07.2014 (Sentencia 268/2014; Rollo 242/2014)

AP Lleida

“En este caso, la apelante se limita a reproducir los argumentos que expuso en el escrito de oposición a la demanda de reintegración, sin que fundamente su recurso en pruebas no tenidas en cuenta o no valoradas correctamente o en una fundamentación jurídica inadecuada, pretendiendo simplemente sustituir el criterio objetivo del juzgador por el suyo propio, sin fundamentar adecuadamente las razones que justifican dicho cambio.
La operación realizada es la constitución de una garantía real a favor de obligaciones nuevas, suscritas en sustitución de otras preexistentes, concurriendo, en consecuencia, la presunción de existencia de perjuicio, con admisión de prueba contraria, contemplada en el Art. 71.3.2º LC, no resultando discutido que estamos ante una refinanciación que sustituye la deuda vencida preexistente.
Ha resultado igualmente acreditado que hay un sacrificio no justificado para la masa pasiva en la constitución de la prenda.
La deuda de la operación de crédito fue de 50.000 euros más alta, como también lo fue la cantidad prestada, para la que se pactó un interés del 8,5%, apartándose 50.000 # del tráfico corriente de la empresa, en dos imposiciones a plazo, pignoradas a favor del banco.
Además en estas operaciones de cancelación de una póliza y de sustitución por otra, el banco cobró las correspondientes comisiones de cancelación y apertura.
Resulta patente que con todos estos movimientos la concursada pasó de tener un crédito de 138.000 #, por el que pagaba un interés ordinario del 6,5%, sin garantía alguna, a un préstamo de 200.000 #, por el que pagaba un 8,5%, afianzado por la administradora de la sociedad y además 50.000 # en un plazo fijo y pignorado.
Claramente con esta operación Banco de Santander mejoró su posición como acreedor, perjudicando a la sociedad que tuvo que disponer 50.000 # en dos imposiciones, en lugar de destinarlos al tráfico ordinario de la empresa y a los demás proveedores-acreedores.
En definitiva las alegaciones vertidas por la apelante, han sido examinada y rebatidas por el juzgador de instancia, con argumentos que la Sala considera correctos a la luz del resultado que arrojan las pruebas practicadas, y que no resultan desvirtuados por las interesadas alegaciones de la recurrente.”: SAP Lleida (Sección 2) 14.11.2014 (Sentencia 488/2014; Rollo 383/2014)

AP Madrid

“PRIMERO.- La presente litis trae causa de la demanda ormulada por la administración concursal de PROMETHEUS ELECTRONIC, S.A. (en lo sucesivo, "PROMETHEUS" o "la concursada") interesando que se rescinda y declare ineficaz el pago de 648.000 euros realizado mediante sucesivas entregas en fechas 18 y 22 de julio y 6 de agosto de 2008 por la concursada a DENA SOFT, S.L. (en adelante, "DENA"), en cumplimiento de lo acordado en fechas inmediatamente anteriores para la continuidad del contrato que ligaba a las citadas mercantiles, de fecha 20 de febrero de 2007, relativo a la utilización por parte de la concursada de una determinada aplicación informática propiedad de DENA (en lo sucesivo nos referiremos a él como "contrato de servicios informáticos").
La sentencia, estimando que concurrían los requisitos establecidos en el artículo 71.1 de la Ley Concursal ("LC ") y apreciando que el consentimiento de PROMETHEUS había sido prestado bajo violencia e intimidación, acogió íntegramente los pedimentos actores, referidos a la declaración de ineficacia de los pagos en cuestión y de la mala fe de DENA, con los consiguientes efectos restitutorios y la calificación del crédito que a favor de esta última entidad pudiera derivar del contrato de servicios informáticos como concursal subordinado.
Disconforme con lo decidido en primera instancia, DENA interpuso recurso de apelación.
SEGUNDO.- La resultancia fáctica sobre la que se fundamenta la resolución impugnada no suscita controversia. Sintetizando, lo que allí se constató es que, habiendo dejado de satisfacer PROMETHEUS diversas cuotas debidas con arreglo al contrato de servicios informáticos suscrito con DENA, se procedió por esta última al cierre de la aplicación a la que aquel iba referido el 17 de julio de 2008, exigiendo, para el restablecimiento del servicio, el abono de las facturas pendientes, la entrega de una cantidad en concepto de "fianza" y la modificación de las condiciones de pago convenidas en el contrato (de modo que a partir del 1 de agosto de ese año los servicios de DENA se facturasen mensualmente y se abonasen por anticipado), a lo que accedió PROMETHEUS, quien procedió a satisfacer las cantidades exigidas mediante sucesivas entregas realizadas el 18 y el 22 de julio y el 6 de agosto de 2008. En la sentencia se destaca que la aplicación informática objeto del contrato suscrito con DENA resultaba esencial para la llevanza del negocio de PROMETHEUS, y que tras la entrega realizada el 18 de julio la aplicación informática dejó de funcionar de manera intermitente a voluntad de DENA con el fin de forzar a aquella al cumplimiento de lo acordado. PROMETHEUS solicitó el 23 de julio de 2008 la declaración de concurso, que finalmente tuvo lugar el 18 de septiembre del mismo año.
Como hemos señalado, la parte recurrente no objeta tales extremos, pero sí enriquece su discurso con hechos acaecidos con posterioridad, poniendo el foco sobre determinadas conductas de los administradores del concurso y las incidencias surgidas en el desenvolvimiento ulterior del contrato suscrito con la concursada, que, sin perjuicio de los motivos especificos de oposición a las

pretensiones actoras a partir de la valoración jurídica que en su particular consideración debiera hacerse de los hechos más arriba descritos, le lleva a sostener la improcedencia en todo caso de la reintegración decretada en la sentencia impugnada con el alegato de que de estas incidencias posteriores resultaría a su favor un crédito frente a la masa por importe superior. Conviene aclarar desde este momento que ninguna relevancia tienen, a efectos de la resolución de la disputa aquí planteada, esos ulteriores hechos sobre los que se incide en el escrito de recurso, sin perjuicio de la valoración que merezcan en otra sede. Lo que aquí se dirime, en definitiva, es si, habida cuenta de las condiciones y el contexto en que se enmarcaron, el acuerdo entre la concursada y DENA en el mes de julio de 2008 y las subsiguientes transferencias efectuadas por la primera para dar cumplimiento a lo acordado, resultan o no subsumibles en el supuesto de hecho de la normativa considerada por el juzgador de la anterior intancia como fundamento de su decisión. Parece evidente que el juicio sobre si nos encontramos o no ante actos rescindibles en el sentido que establece la LC se agota en la consideración de estos últimos, resultando de todo punto ajeno a acaecimientos posteriores. Lo mismo cabe decir del juicio atinente a si el consentimiento de PROMETHEUS cuando accedió a lo que propuso DENA estaba o no viciado.

TERCERO.- Así centrados los términos de la controversia, la cuestión que, en definitiva, se plantea es si la entrega, como garantía, de 648.000 euros por parte de PROMETHEUS a DENA en las circunstancias expuestas (esa fue la cantidad finalmente exigida, según email fechado el 19 de julio de 2008, frente a los
575.000 euros más el 4% -598.000 euros- inicialmente requeridos) ha de entenderse o no perjudicial para la masa activa. La respuesta afirmativa presenta a nuestros ojos pocas dudas.

La constitución de la garantía en cuestión (en puridad, una prenda irregular) no estaba prevista en el contrato del que traía causa la relación entablada entre PROMETHEUS y DENA, imponiéndola esta última a posteriori, a raíz de los incumplimientos de la otra parte. Tal como se desprende de la correspondencia cruzada con los representantes de la concursada, DENA quedó autorizada para imputar el importe recibido en concepto de garantía al pago de las cuotas correspondientes a la duración completa del contrato, que expiraba el 20 de febrero de 2012. Así se desprende del email dirigido por D. Armando, administrador único de DENA a D. Estanislao el 19 de julio de 2008, documento 3 de la demanda, en el que se lee: "Esta fianza se compromete DENA Soft, s.l., a devolverla el 20.02.2012, siempre que se haya cobrado TODAS las cuotas establecidas hasta esa fecha" (énfasis en mayúsculas en el original). De esta forma, la constitución de esa garantía no prevista en el contrato: (1) entrañó una disminución efectiva del activo de PROMETHEUS, determinada por la salida del numerario de su cuenta, (2) en beneficio exclusivo de DENA, al resultar esta autorizada a aplicar directamente la suma recibida al pago de su crédito, (3) con la consiguiente merma de la posibilidad de dar satisfacción en condiciones de igualdad al resto de los acreedores de PROMETHEUS.

A nivel de principios, coincidimos con la parte recurrente en que en el marco regulatorio de la LC no cabe calificar de manera automática la constitución sobrevenida de garantías sobre los bienes del deudor como un acto rescindible, en la medida en que aquellas pueden venir anudadas a la obtención de mejoras o ventajas (contraprestación equivalente o equivalent value) para el garante después declarado en concurso. En lo que discrepamos es en la particular proyección que de ello pretende hacer la parte recurrente en el caso presente para justificar la improcedencia de la acción entablada.

En efecto, la apelante presenta la exigencia de la garantía que nos ocupa como contrapartida a que por su parte no se instase la resolución por incumplimiento del contrato que le ligaba con PROMETHEUS. Nótese, sin embargo: (1) que en lado alguno aparece causalizada la garantía por la correlativa renuncia de DENA a hacer uso de sus facultades defensivas (oposición de la excepción de contrato no cumplido para suspender el cumplimiento ulterior) respecto a los incumplimientos de PROMETHEUS, (2) que la exigencia (y entrega) de la garantía es simultánea a la de entrega de las cantidades en cuyo impago fundaba DENA su posición, (3) que, tal como se expuso, la devolución de la garantía aparecía condicionada al cumplimiento regular del contrato por parte de PROMETHEUS hasta la expiración del plazo pactado para aquel, siendo así que en el mismo se había contemplado expresamente la posibilidad de que PROMETHEUS lo resolviese unilateralmente con anterioridad, comprometiéndose en tal caso a satisfacer una suma equivalente a la que después se exigió como garantía (email de fecha 17 de julio; en el posterior de 19 de julio se incrementó en 50.000 euros), sin haberse establecido en el documento contractual ninguna garantía al respecto. No cabe apreciar, por lo tanto, la existencia de contraprestación traducible en una mejora objetiva de la situación de PROMETHEUS al tiempo de constituirse la garantía, lo que arrumba la argumentación de la recurrente. Se trataba, pura y llanamente, de cubrir a DENA frente al riesgo de un incumplimiento ulterior por parte de PROMETHEUS, siendo la primera, por lo demás, conocedora, al tiempo de exigir la prestación de la garantía, de la situación preconcursal en que se encontraba la segunda (así se colige del email fechado el 17 de julio, en el que se exige la constitución de la garantía).

CUARTO.- Cuanto antecede abona la decisión del juzgador de la anterior instancia declarando ineficaz la disposición de 648.000 euros llevada a cabo por PROMETHEUS a favor de DENA y ordenando la restitución de dicha suma a la masa. Carece de fundamento, sin embargo, el pronunciamiento por el que se declara el carácter de subordinado del crédito que a favor de DENA pudiese derivar del contrato de servicios informáticos en su día suscrito con PROMETHEUS, al apreciarse que aquella actuó con mala fe en el episodio enjuiciado en el presente expediente. Para establecerlo así basta con observar que el artículo 73.3 LC en el que dicho pronunciamiento habría de basarse circunscribe tal efecto al crédito que como consecuencia de la restitución de prestaciones inherente a la declaración de la ineficacia del acto impugnado hubiera de reconocerse a la parte de

mala fe, situación que no se da en el caso que nos ocupa, en el que ninguna disposición hubo por parte de DENA y por tanto nada había que restituirle.”: SAP Madrid (Sección 28) 27.01.2012 (Sentencia 25/2012; Rollo 529/2011)

“QUINTO.- Los dos tipos de supuestos que describe el artículo 71.3, 2º de la L.C. constituyen hipótesis de constitución de gravámenes en garantía del buen fin de operaciones caracterizadas por el hecho de que el acreedor había consentido en el pasado en conceder crédito sin exigir de su deudor esa clase de garantía; gravámenes sobre los que, por ello mismo, planea cierta sospecha -y en ello radicaría el fundamento de la presunción- de falta de onerosidad o ausencia de sacrificio en ese acreedor, quien, disponiendo en principio de un simple derecho de crédito, se vería beneficiado, en perjuicio de los restantes acreedores, por un tratamiento privilegiado que en apariencia carece de contraprestación o cuya contraprestación no resulta diáfana. La presunción "iuris tantum" que contempla dicho precepto legal lo es de perjuicio en la medida en que el otorgamiento intempestivo de garantías, que no se pidieron al contraer la primitiva obligación (la preexistente o a la sustituida), supone, en un contexto de relativa proximidad al concurso, un favorecimiento de la posición de unos acreedores frente a otros, mediante la asignación de un privilegio del que podrá valerse el beneficiado, que podría llegar a eludir así el sometimiento a la "par condicio creditorum".
Puede suceder, sin embargo, que la constitución de un gravamen hipotecario en garantía de la obligación nueva que viene a sustituir a la primitiva que no se encontraba especialmente garantizada no constituya un simple favorecimiento a determinado acreedor en aquellos casos en los que, encontrándose vencida y en situación de mora la obligación antigua objeto de sustitución, el otorgamiento de nuevo plazo (y eventualmente de otras condiciones ventajosas) al deudor por medio de la constitución de la obligación nueva que viene a remplazarla implique para el acreedor un verdadero sacrificio, el cual aspiraría a ser compensado mediante la constitución de la garantía de la que carecía la obligación preexistente. En otras palabras, en tales casos podríamos encontrarnos ante un negocio con el que el deudor obtuviese, a cambio de la constitución del derecho real, una contraprestación clara que se correspondiese con un correlativo sacrificio para el acreedor: la abstención de éste en el ejercicio de su legítimo derecho a iniciar de inmediato una ejecución singular.
Ahora bien, no basta con afirmar, en abstracto, la existencia de esa posibilidad teórica sino que, para comprobar si la presunción legal ha de considerarse o no desvirtuada, se hace indispensable descender al examen de las particularidades del caso que concretamente examinamos. Y es que, si bien es cierto que la ley proyecta la presunción de perjuicio indiferenciadamente sobre todo el periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso, no podemos obviar la consideración de que se trata de un lapso de tiempo ciertamente extenso que exige focalizar la atención sobre la concreta fase del mismo en la que se celebra el negocio -constitución del gravamen- presuntivamente perjudicial, y ello con un claro objetivo: discriminar los supuestos en los que el acreedor ha asumido un sacrificio real de aquellos otros en los que sólo asume un sacrificio aparente. Pues innecesario resulta aclarar que no es lo mismo que ese negocio se celebre al inicio del periodo, supuesto este en el que el acreedor cuenta con un margen de dos años dentro del cual podría verosímilmente iniciar una ejecución singular y ultimar la vía de apremio sobre los bienes del deudor, que constituir el gravamen al final del plazo cuando esa posibilidad deviene ilusoria y a lo más que podría aspirar el acreedor que se convirtiera en ejecutante sería a obtener una anotación preventiva de embargo que, una vez declarado el concurso, quedaría jurídicamente diluida dentro de la masa pasiva al perder su titular toda preferencia sobre el bien embargado. Sólo en el primer caso podría afirmarse con cierta seguridad que, al disponer de la posibilidad real de apremiar los bienes del deudor, el acreedor realizaría objetivamente un sacrificio económico al renunciar a hacerlo. En cambio, en el segundo caso el sacrificio sería sólo imaginario porque, aun cuando se hubiera negado al otorgamiento de nuevo plazo para el pago de la deuda vencida, el acreedor quedaría, en todo caso, integrado en la masa del concurso sin el menor privilegio. En otras palabras, carecería objetivamente de aquel poder cuya renuncia pudiera conceptuarse como sacrificio patrimonial, con lo que el aplazamiento de la deuda no comportaría para el deudor -ni, consiguientemente, para su círculo de acreedores- una ventaja susceptible de ser compensada mediante la constitución del gravamen, lo que significaría, en definitiva, que ese gravamen no estaría llamado a compensar o retribuir cosa alguna.
En el supuesto que ahora nos ocupa, no es fácil deducir qué parte del total de lo refinanciado correspondía a deuda vencida y en situación de descubierto, circunstancia que proyecta cierta oscuridad sobre la controversia al dificultar la apreciación de la existencia -y eventualmente de la magnitud- del sacrificio que se habría llevado a cabo en la preservación de la posición acreedora. Ahora bien, dicho esto, lo que consideramos verdaderamente relevante es que, de acuerdo con las máximas ordinarias de la experiencia, podemos afirmar con un grado de seguridad más que razonable que el periodo de algo más de cuatro meses que median entre el otorgamiento de la hipoteca y la declaración de concurso habría sido manifiestamente insuficiente para que la entidad apelante pudiera haber consumado el apremio sobre bienes de FRUTAS FRANCH S.A. y haberse hecho pago con su producto, y ello con anterioridad a la declaración concursal, de aquella parte de la posición deudora que se encontrase vencida en la época de referencia (fracción de cuya cuantía -se insiste- carecemos de un conocimiento cabal). En dicho trance, una hipotética negativa de la apelante al aplazamiento de la deuda no hubiera representado mejora alguna en su posición acreedora: habría obtenido, a lo sumo, anotaciones de embargo y habría avanzado en ciertos trámites, pero todo ello quedaría difuminado -ya se ha dicho- en la fecha de declaración de concurso, momento en el que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Ley Concursal, se desvanecería cualquier preferencia alcanzada merced a dichos avances, de tal suerte que sus créditos quedarían homologados dentro del concurso

para pasar a recibir el tratamiento concursal, carente del menor privilegio, que les correspondiera. Contrariamente, un aplazamiento de la deuda, con la consiguiente renuncia temporal a emprender acciones ejecutivas, no comportaba para dicha entidad el menor sacrificio en vista de la inminencia del concurso, pero, a cambio de esa formal renuncia, obtenía una garantía anteriormente inexistente que le situaba en una posición de privilegio frente a los restantes acreedores.
No puede, pues, afirmarse en tales circunstancias que dicha apelante haya conseguido desvirtuar la presunción de perjuicio que contempla el citado artículo 71.3 de la Ley Concursal.": SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 120/2012; Rollo 376/2011)

"TERCERO.- Fundadas las acciones rescisorias, de modo principal, en la presunción absoluta de perjuicio patrimonial que el apartado 2 del Art. 71 anuda a las liberalidades, la sentencia apelada descartó la aplicabilidad de dicho precepto por entender que, habiéndose destinado las sumas prestadas, al menos en parte, a la cancelación de deuda bancaria propia de la concursada FRUTAS FRANCH S.A. (2.182.425,46 Ñ) y de deuda bancaria de HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. respecto de la cual aquélla era fiadora solidaria, no podía propiamente hablarse de gratuidad. Sin embargo, entendió que las demandadas no habían logrado desvirtuar la presunción relativa de perjuicio que el apartado 3 del citado precepto legal asigna al hecho de constituirse una garantía real para la seguridad de obligaciones contraídas en sustitución de otras preexistentes que carecían de
Conviene efectuar, para situar adecuadamente los términos del debate que subsiste en esta instancia, algunas precisiones. Nos hemos referido a dos operaciones distintas pero que están estrechamente vinculadas; de ahí que resulte indispensable en muchas ocasiones adoptar una perspectiva conjunta aunque la presente apelación se refiera sólo a una de ellas, pues la otra es objeto de un litigo paralelo del que este tribunal está conociendo también en segunda instancia y que se resolverá de modo coordinado con éste. Pues bien, así como el importe de uno de los préstamos referenciados debía obligadamente destinarse por la prestataria a la "refinanciación" de la deuda financiera que HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. mantenía con las prestamistas y por lo tanto a cancelar deuda antigua exclusivamente, en cambio el destino atribuido por las partes al otro de los préstamos era, además de ese mismo que acabamos de indicar, también el de facilitar liquidez -es decir, dinero nuevo- a la prestataria HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. (no a la concursada FRUTAS FRANCH S.A.). Teniendo en cuenta que en los respectivos escritos de contestación se efectuaron referencias a diferentes actos de cancelación de deudas preexistentes sin imputación especial a uno u otro préstamo y, como quiera que en el recurso se insiste en que parte de las sumas prestadas se destinaron a brindar liquidez a HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A., hemos de considerar que dicha liquidez es enteramente imputable a uno de los préstamos, de manera que el resto de dicho préstamo y la totalidad del otro se destinó a la cancelación de deuda preexistente.
Debemos indicar que la controversia suscitada en torno a la aplicabilidad de la presunción relativa del Art. 71.3 de la Ley Concursal ha de encontrarse específicamente referida a la parte de lo prestado que tuvo como destino la cancelación de deuda preexistente. En cambio, aquella otra parte que hubiera podido destinarse a brindar liquidez -dinero nuevo- a HERMANOS FRANCH TUTELAR S.A. supondría, en realidad, en la medida en que la hipoteca constituida sobre sus propios bienes por la mercantil FRUTAS FRANCH S.A. hubiese tenido por objeto garantizar la devolución de esa parte del préstamo, un acto dispositivo que carecería por entero de contraprestación para dicha concursada al tratarse de un gravamen constituido gratuitamente en garantía de deuda genuinamente ajena. Y ello sin que, como más adelante tendremos ocasión de razonar, el hecho de que beneficiaria y garante fuesen empresas pertenecientes al mismo grupo constituya, asépticamente considerado y desprovisto de un mayor nivel de concreción, una circunstancia dotada de especial significación a este respecto.
Dicho lo anterior, no albergamos dudas en torno a la susceptibilidad de incardinación de la operación controvertida dentro del ámbito conceptual de la presunción "iuris tantum" del Art. 71.3 de la LC ("Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:.2º. La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.") sin que resulten atendibles las razones esgrimidas por la apelante para desvirtuar tal apreciación. Por una parte, porque, por variopintas que sean las operaciones bancarias generadoras de los distintos saldos deudores que prestataria y garante mantenían con las entidades financieras, al final el resultado es homogéneo: la suma de todos esos saldos da lugar a una deuda de dinero perfectamente cuantificable. Y, por otro lado, porque, pese a que la operación crediticia objeto de litigio no se haya instrumentado a través del mecanismo de la "novación extintiva" (extinción de la deuda primitiva simultánea al nacimiento de la deuda nueva), lo cierto es que el legislador eludió conscientemente incluir esa específica categoría jurídica en la definición del supuesto de hecho de la presunción legal del Art. 71.3 de la LC, optando en cambio por el empleo de un término -la "sustitución" - carente de una especial significación desde el punto de vista técnico jurídico; y todo ello, interpretamos, en el designio de atender esencialmente al significado económico del negocio. Ya hemos indicado que el préstamo que ahora nos ocupa debía destinarse, en lo que ahora nos interesa, a la liquidación de deudas pendientes del prestatario con las entidades de crédito prestamistas, de manera que esas operaciones vencidas que se cancelan con el capital prestado son -desde un punto de vista sustancial y económico- literalmente "sustituidas" por la nueva deuda que nace del préstamo, que ahora se garantiza mediante la constitución de un gravamen cuando la entidad acreedora ido en el pasado en conceder crédito a su deudora sin exigirle esa clase de garantía.
CUARTO.- Establecido cuanto antecede, obligado resulta destacar que, en el empeño de desvirtuar la presunción "iuris tantum" del Art. 71.3 de la LC en que se ha fundado la sentencia apelada, la apelante

ha tratado de fundar la inexistencia del perjuicio patrimonial legalmente presunto en el hecho de que la concursada garante pertenece al mismo grupo empresarial que la prestataria. Pero lo ha hecho de manera inespecífica, aludiendo únicamente a las sinergias y principios de actuación unitaria que ordinariamente caracterizan a la actuación de los grupos para concluir, en definitiva, con una pura abstracción: que los dos préstamos que integraron la operación sindicada en su conjunto "...supusieron el reforzamiento del grupo como tal.". Ahora bien, aun suponiendo que dicha reflexión fuese acertada y que, por lo tanto, pudiéramos concluir que el grupo como tal resultase reforzado, lo que cabria preguntarse es qué clase de impacto positivo tuvo ese refuerzo grupal para los acreedores de una específica sociedad: FRUTAS FRANCH S.A. El argumento del interés grupal, si no va acompañado de un concienzudo estudio capaz de poner de relieve que la operación cuestionada resultó además provechosa para la mercantil concursada, carece por completo de interés en el ámbito concursal. Pues, si evidente resulta que el concepto de "grupo" tiene una proyección eminentemente contable (Arts. 43 y siguientes del Código de de Comercio) y está desprovisto de aptitud para diluir la personalidad jurídica independiente de las sociedades que en él se integran, lo relevante no es tanto el dato puramente formal de la personalidad jurídica que aquellas conservan cuanto las consecuencias prácticas que del principio de la personalidad derivan: al tratarse de entes independientes, su actividad en el tráfico mercantil es generadora de círculos de acreedores incomunicables, cada uno de ellos dotado de particulares intereses en la preservación del patrimonio de la respectiva sociedad que les resulta deudora. Intereses que, desde luego, no sólo no son en modo alguno identificables con los del grupo de empresas sino que en muchos casos pueden ser frontalmente contrarios a ellos, pues no es en modo alguno infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas.

Buena prueba de que no debemos perder esa perspectiva la constituye que la noción de grupo en el ámbito de lo concursal no ha rebasado la trascendencia estrictamente procesal (se prevé la posibilidad de instar conjuntamente la declaración de concurso de varios deudores que perteneciesen al mismo grupo -Art. 3.5 de la LC, que pasa al Art. 25 con la reforma legal por Ley 38/2011 - o de acumular los concursos declarados de varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo - Art. 25 de la LC, que pasa al Art. 25 bis con la referida modificación legislativa), sin que ello pueda dar lugar a la consolidación de los tratamientos concursales concernientes a las respectivas masas activas y pasivas de las entidades concursadas, lo que sólo excepcionalmente, y ello tras la reforma por Ley 38/2011, se prevé expresamente para el caso específico de confusión patrimonial que contempla el párrafo segundo del nuevo Art. 25 ter, frente a la previsión de su párrafo primero que postula como regla general precisamente la no consolidación de tales masas.

Siendo ello así, es patente que, para desvirtuar la presunción que sobre ellas gravita (Art. 71.3 de la LC), incumbía a las apelantes acreditar (Art. 217.6 de la LEC) en qué concreta medida o de qué modo específico la hipoteca constituida por FRUTAS FRANCH S.A. resultó no perjudicial para su específico círculo de acreedores, propósito que no se logra mediante apreciaciones de tipo abstracto, como lo es la consideración genérica de que aquello que fuera bueno para la matriz lo debería ser necesariamente también para sus filiales, lo que, por cuanto acabamos de razonar, no puede considerarse una conclusión obvia ni susceptible de ser acogida acríticamente y sin reservas. Es más, precisamente en el ámbito de lo concursal se contemplan con especial desconfianza las operaciones favorecedoras de una persona que tenga una especial relación con el concursado, lo cual es apreciable cuando de un grupo de sociedades se trata (Art. 93.2 de la LC), lo que incluso ha llevado al extremo de prever una presunción de perjuicio en los casos de actos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en ese tipo de vinculaciones (Art. 71.3.1º); es por ello que lo anteriormente argumentado cobra, si cabe, en el aspecto conceptual, mayor justificación.

QUINTO.- Los dos tipos de supuestos que describe el artículo 71.3, 2º de la L.C. constituyen hipótesis de constitución de gravámenes en garantía del buen fin de operaciones caracterizadas por el hecho de que el acreedor había consentido en el pasado en conceder crédito sin exigir de su deudor esa clase de garantía; gravámenes sobre los que, por ello mismo, planea cierta sospecha -y en ello radicaría el fundamento de la presunción- de falta de onerosidad o ausencia de sacrificio en ese acreedor, quien, disponiendo en principio de un simple derecho de crédito, se vería beneficiado, en perjuicio de los restantes acreedores, por un tratamiento privilegiado que en apariencia carece de contraprestación o cuya contraprestación no resulta diáfana. La presunción "iuris tantum" que contempla dicho precepto legal lo es de perjuicio en la medida en que el otorgamiento intempestivo de garantías, que no se pidieron al contraer la primitiva obligación (la preexistente o a la sustituida), supone, en un contexto de relativa proximidad al concurso, un favorecimiento de la posición de unos acreedores frente a otros, mediante la asignación de un privilegio del que podrá valerse el beneficiado, que podría llegar a eludir así el sometimiento a la "par condicio creditorum".

Puede suceder, sin embargo, que la constitución de un gravamen hipotecario en garantía de la obligación nueva que viene a sustituir a la primitiva que no se encontraba especialmente garantizada no constituya un simple favorecimiento a determinado acreedor en aquellos casos en los que, encontrándose vencida y en situación de mora la obligación antigua objeto de sustitución, el otorgamiento de nuevo plazo (y eventualmente de otras condiciones ventajosas) al deudor por medio de la constitución de la obligación nueva que viene a remplazarla implique para el acreedor un verdadero sacrificio, el cual aspiraría a ser compensado mediante la constitución de la garantía de la que carecía la obligación preexistente. En otras palabras, en tales casos podríamos encontrarnos ante un negocio con el que el deudor obtuviese, a cambio de la constitución del derecho real, una

contraprestación clara que se correspondiese con un correlativo sacrificio para el acreedor: la abstención de éste en el ejercicio de su legítimo derecho a iniciar de inmediato una ejecución singular.
Ahora bien, no basta con afirmar, en abstracto, la existencia de esa posibilidad teórica sino que, para comprobar si la presunción legal ha de considerarse o no desvirtuada, se hace indispensable descender al examen de las particularidades del caso que concretamente examinamos. Y es que, si bien es cierto que la ley proyecta la presunción de perjuicio indiferenciadamente sobre todo el periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso, no podemos obviar la consideración de que se trata de un lapso de tiempo ciertamente extenso que exige focalizar la atención sobre la concreta fase del mismo en la que se celebra el negocio -constitución del gravamen- presuntivamente perjudicial, y ello con un claro objetivo: discriminar los supuestos en los que el acreedor ha asumido un sacrificio real de aquellos otros en los que sólo asume un sacrificio aparente. Pues innecesario resulta aclarar que no es lo mismo que ese negocio se celebre al inicio del periodo, supuesto este en el que el acreedor cuenta con un margen de dos años dentro del cual podría verosímilmente iniciar una ejecución singular y ultimar la vía de apremio sobre los bienes del deudor, que constituir el gravamen al final del plazo cuando esa posibilidad deviene ilusoria y cuando a lo más que podría aspirar el acreedor que se convirtiera en ejecutante sería a obtener una anotación preventiva de embargo que, una vez declarado el concurso, quedaría jurídicamente diluida dentro de la masa pasiva al perder su titular toda preferencia sobre el bien embargado. Sólo en el primer caso podría afirmarse con cierta seguridad que, al disponer de la posibilidad real de apremiar los bienes del deudor, el acreedor realiza objetivamente un sacrificio económico al renunciar a hacerlo. En cambio, en el segundo caso el sacrificio sería sólo imaginario porque, aun cuando se hubiera negado al otorgamiento de nuevo plazo para el pago de la deuda vencida, el acreedor quedaría, en todo caso, integrado en la masa del concurso sin el menor privilegio. En otras palabras, carecería objetivamente de aquel poder cuya renuncia pudiera conceptuarse como sacrificio patrimonial, con lo que el aplazamiento de la deuda no comportaría para el deudor -ni, consiguientemente, para su círculo de acreedores- una ventaja susceptible de ser compensada mediante la constitución del gravamen, lo que significaría, en definitiva, que ese gravamen no estaría llamado a compensar o retribuir cosa alguna.
En el supuesto que ahora nos ocupa, no es fácil deducir qué parte del total de lo refinanciado correspondía a deuda vencida y en situación de descubierto, circunstancia que proyecta cierta oscuridad sobre la controversia al dificultar la apreciación de la existencia -y eventualmente de la magnitud- del sacrificio que se habría llevado a cabo en la preservación de la posición acreedora. Ahora bien, dicho esto, lo que consideramos verdaderamente relevante es que, de acuerdo con las máximas ordinarias de la experiencia, podemos afirmar con un grado de seguridad más que razonable que el periodo de algo más de cuatro meses que median entre el otorgamiento de la hipoteca y la declaración de concurso habría sido manifiestamente insuficiente para que la entidad apelante pudiera haber consumado el apremio sobre bienes de FRUTAS FRANCH S.A. y para haberse hecho pago con su producto, con anterioridad a la declaración concursal, de aquella parte de la posición deudora que se encontrase vencida en la época de referencia (fracción de cuya cuantía -se insistecarecemos de un conocimiento cabal). En dicho trance, una hipotética negativa de la apelante al aplazamiento de la deuda no hubiera representado mejora alguna en su posición acreedora: habría obtenido, a lo sumo, anotaciones de embargo y habría avanzado en ciertos trámites, pero todo ello quedaría difuminado -ya se ha dicho- en la fecha de declaración de concurso, momento en el que, por virtud de lo dispuesto en el Art. 55.2 de la Ley Concursal, se desvanecería cualquier preferencia alcanzada merced a dichos avances, de tal suerte que sus créditos quedarían homologados dentro del concurso para pasar a recibir el tratamiento concursal, carente del menor privilegio, que les correspondiera. Contrariamente, un aplazamiento de la deuda, con la consiguiente renuncia temporal a emprender acciones ejecutivas, no comportó para dicha entidad el menor sacrificio en vista de la inminencia del concurso, pero, a cambio de esa formal renuncia, obtuvo una garantía anteriormente inexistente que le situaba en una posición de privilegio frente a los restantes acreedores.
No puede, pues, afirmarse en tales circunstancias que dicha apelante haya conseguido desvirtuar la presunción de perjuicio que contempla el citado Art. 71.3 de la Ley Concursal": SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 122/2012; Rollo 377/2011)

"PRIMERO.- El escenario objeto de litigio deviene de una situación en la que la entidad FIRMOGAS SA, que tenía una pluralidad de deudas contraídas con el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., obtuvo, con fecha 18 de febrero de 2009, un préstamo de dicha entidad bancaria por un principal de 100.000 euros, que fue destinado en su totalidad a atender diversos compromisos financieros antes contraídos con el mismo banco (muchos de ellos por operaciones cuyo vencimiento era incluso posterior a dicha fecha, según se describe en la demanda). El banco exigió además la constitución de hipoteca, en garantía de la devolución del citado préstamo, que gravó dos inmuebles propiedad de la referida sociedad (sendos locales en el sótano del nº 32 de la calle Algaba de Carabanchel Bajo, Madrid). El contexto en el que se produjo esta operación era el de una gravísima situación patrimonial y financiera de la sociedad FIRMOGAS SA, que a finales del ejercicio 2008 ya presentaba unos fondos propios negativos de -1.259.774,14 euros, como consecuencia del padecimiento de pérdidas por importe superior al millón de euros, sin que deba perderse de vista que con antelación ya venía arrastrando pérdidas procedentes de ejercicios anteriores de -104.813,90 euros, que de por sí eran capaces de consumir en su totalidad el capital y las reservas, lo que determinaría que a primeros de junio de 2009 solicitase el concurso, el cual fue declarado por auto de 31 de julio siguiente.
La administración concursal de FIRMOGAS SA ejercitó acciones para rescindir la referida garantía hipotecaria y la resolución del juez del concurso estimó dicha pretensión. (...)

QUINTO.- El banco apelante aduce en su recurso que incumbía a la parte demandante acreditar la existencia de perjuicio para que pudiera prosperar la acción rescisoria, en defecto de lo cual ésta no debió ser estimada.
El alegato resulta infundado, pues supone ignorar el contexto al que se refiere esta acción rescisoria, cual es la obtención por parte del banco demandado de garantías hipotecarias sobre sendos inmuebles de la entidad luego concursada, con las que no se encontraban antes favorecidas las operaciones cuyo saldo deudor fue objeto de renovación mediante el otorgamiento del nuevo préstamo por parte de la citada entidad demandada. De modo que la garantía hipotecaria resultaría subsumible en la previsión del artículo 71.3.2º de la LC, en tanto que estaríamos ante una garantía real constituida a favor de obligaciones contraídas en sustitución de otras preexistentes (que, además, se da la peculiaridad que ni tan siquiera estaban vencidas). El propio banco apelante reconoce que se trataba de una operación que denomina de refinanciación (que como tal podría haber resultado defendible si se hubiera efectuado en condiciones admisibles para las circunstancias concurrentes y desde un punto de vista de corrección del tráfico mercantil, lo que ocurre es que no es el caso, al menos en lo que respecta a la obtención de la garantía hipotecaria a ella añadida).
La aplicación del artículo 71.3.2º de la LC entraña una presunción "iuris tantum" que obligaba al banco a probar que la constitución de la garantía no ocasionaba perjuicio para la masa (y no al revés como se argumente en su recurso). La citada entidad financiera no presentó, sin embargo, ante el juzgado ninguna alegación en su descargo (porque ni tan siquiera contestó a la demanda) ni tampoco aportó prueba alguna para tratar de desvirtuar la presunción legal (lo que implicaría demostrar qué concesiones y sacrificios realizaba el acreedor a cambio de la extraordinaria ventaja que implicaba obtener la garantía real -vgr. quita de cantidades debidas, disminución del tipo de interés pactado, alargamiento relevante y efectivo del plazo para el cumplimiento, etc), por lo que el recurso por este motivo resultaría improsperable.
Constatamos, además, que lo tenía, en cualquier caso, realmente difícil la apelante, pues la garantía no iba ligada a una ampliación sustancial del crédito concedido a la entidad FIRMOGAS SA y además se otorgó incluso antes del vencimiento del crédito preexistente, por lo que resulta bastante clara la maniobra de superposición de la garantía hipotecaria. Por otro lado, el teórico alargamiento del plazo no respondía al otorgamiento al cliente de una ventaja práctica real ya que éste se hallaba sumido en una insalvable situación que desembocó de inmediato en el concurso. El banco exigió la constitución de la garantía real sin que, a efectos prácticos, él se arriesgase más de la que ya antes lo hacía, consiguiendo, sin embargo, fortalecer su posición con respecto a los restantes acreedores, al obtener una garantía real sobre dos inmuebles de la que con anterioridad no disponía. El que ya antes pudiera haber gozado de algún privilegio, en cuantía menor, respecto a determinados bienes muebles (vehículos) objeto de leasing no suponía patente de corso para justificar la superposición de una garantía hipotecaria de mayor calado (tanto en relación a su importe como por la afectación a dos inmuebles).”: SAP Madrid (Sección 28) 01.03.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 330/2011)

“PRIMERO.- Constituyen precedentes de conveniente mención para la adecuada comprensión de las claves del litigio, y en definitiva del presente recurso, los siguientes:
1.- Mediante escritura pública de 18 de marzo de 2005 se instrumentó un préstamo hipotecario concedido por CAJA CASTILLA LA MANCHA a la hoy concursada GES INMONEK S.L. con destino a financiar la construcción de viviendas en Yuncler de la Sagra (Toledo).
2.- Tratándose de un préstamo para la construcción cuya disponibilidad por parte del prestatario se establece por tramos y con sujeción a la justificación de determinados requisitos, se contempló un último tramo del 20 % cuya disponibilidad se supeditó a la existencia de acta notarial de finalización de la obra y a la entrega de copias auténticas de las escrituras de venta de las viviendas resultantes.
3.- Mediante escritura de 30 de septiembre de 2008 se procede a la novación del préstamo antedicho estableciéndose una ampliación del periodo de carencia y un incremento de los tipos de interés inicialmente pactados. Al propio tiempo, CAJA CASTILLA LA MANCHA consentía en dicha escritura en la liberación, pese a que no concurrían en ese momento los requisitos inicialmente establecidos, del último tramo del 20 % del préstamo ascendente a 2.264.355 #. Se pactó, no obstante, que la suma liberada se ingresaría en una cuenta de la prestataria denominada "Cuenta al servicio de la deuda" constituyendo GES INMONEK S.L. garantía pignoraticia sobre una parte de aquella cantidad ingresada, concretamente sobre la suma de 1.421.845 #, en favor de CAJA CASTILLA LA MANCHA. Se pactó así la desposesión de GES INMONEK S.L. respecto del derecho de crédito que ostentaba contra CAJA CASTILLA LA MANCHA sobre dicho importe, haciéndolo indisponible para la prestataria y confiriéndose a dicha entidad de crédito la facultad de aplicar "de inmediato" las cantidades depositadas en la "cuenta al servicio de la deuda" para cubrir débitos vencidos e impagados de la prestataria contraídos en virtud de otros títulos obligacionales: efectos descontados, regularización de posiciones irregulares de anteriores préstamos (uno de ellos compartiendo posición deudora con una tercera entidad, TW S.L.), regularización de otras posiciones vencidas concernientes al grupo empresarial de la concursada y, finalmente, un único pago a acreedor distinto de CAJA CASTILLA LA MANCHA: el crédito del constructor de la obras contra la concursada.
4.- Habiéndose ingresado en la expresada "Cuenta al servicio de la deuda" la suma de 1.371.845 # en la misma fecha de la escritura (de novación (30/09/2008), y, en virtud de los pactos reseñados, CAJA CASTILLA LA MANCHA destinó la suma de 1.171.575 # a la cancelación de deudas preexistentes que GES INMONEK

S.L. mantenía con dicha entidad. Asimismo, aplicó la suma de 250.000 # a satisfacer el crédito que ostentaba la constructora contra la concursada y la cantidad de 270 # a cancelar una deuda tributaria de esta.
5.- Dejando expresamente a salvo estos dos últimos pagos a terceros distintos de CAJA CASTILA LA MANCHA (250.000 # y 270 #), la administración concursal del concurso de GES INMONEK S.L. interpuso demanda contra esta y contra CAJA CASTILLA LA MANCHA ejercitando acción rescisoria con relación a la garantía pignoraticia constituida y con relación a los pagos efectuados por importe total de 1.171.575 #, solicitando la condena a la reintegración de dicha suma a la masa activa del concurso y la subordinación de los créditos de dicha entidad demandada pignoraticiamente garantizados por la concurrencia de mala fe.
6.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda por entender que concurría y que no había sido destruida- la presunción "iuris tantum" del Art. 71.3 de la Ley Concursal a cuyo tenor "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:.2º. La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.". En su parte dispositiva declaró rescindida la prenda y los cargos y disposiciones efectuados por CAJA CASTILLA LA MANCHA en la cuanta denominada "al servicio de la deuda", declarando la concurrencia de mala fe en dicha entidad y condenándola a reintegrar a la masa activa la suma de 1.171.575 # y sus intereses. Debe aclararse, aunque ello tal vez resulte innecesario, que lo que este último pronunciamiento condenatorio comporta es la reintegración a la cuenta "al servicio de la deuda" de la aludida cantidad, de tal forma que queden nuevamente en descubierto los créditos de variada índole que CAJA CASTILLA LA MANCHA ostentaba contra la concursada y que fueron cancelados mediante la disposición que se declara rescindida, pero no implica la obligación para dicha entidad de llevar a cabo una nueva aportación de la indicada suma a la masa activa del concurso.
7.- Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza CAJA CASTILLA LA MANCHA a través del presente recurso de apelación.
SEGUNDO.- La apelante CAJA CASTILLA LA MANCHA, que se había mantenido voluntariamente ausente del proceso en la precedente instancia, utiliza en su recurso una primera línea argumental tendente a combatir la operatividad de la aludida presunción legal del Art. 71-3, 2º de la Ley Concursal. Para ello razona que, en un momento en que aún no concurrían méritos para que el último tramo del préstamo fuera disponible para GES INMONEK S.L., ella consintió en esa disponibilidad, acto este que implicaría el otorgamiento de una línea crediticia anteriormente inexistente, o lo que es igual, que supondría la inyección en dicha sociedad de "dinero nuevo", de tal suerte que, mediante la prenda constituida no se estaría garantizando una obligación preexistente ni tampoco una obligación nueva que sustituya a la preexistente, sino una obligación que nacía "ex novo" en el mismo momento en el que la entidad de crédito consintió, sin que concurrieran todavía los requisitos contractualmente previsto para ello, en la liberación de esa parte del préstamo.
Ciertamente, ello sería así si se contemplase el negocio novatorio en esos precisos términos y se eludiera la contemplación de la operación realizada en su conjunto. No olvidemos que el pacto novatorio no implicaba solamente la liberación de la fracción del préstamo aún indisponible sino que también comportaba el ingreso de su importe en una cuenta especial, cuenta que, por virtud de la garantía pignoraticia que simultáneamente se constituía, resultaba indisponible para la prestataria y contenía un mandato o apoderamiento expreso a la prestamista para que pudiera aplicar "de inmediato" las cantidades depositadas a la cobertura de débitos vencidos e impagados de la prestataria contraídos en virtud de títulos obligacionales pretéritos: efectos descontados, regularización de posiciones irregulares de anteriores préstamos (uno de ellos compartiendo posición deudora con una tercera entidad, TW S.L.), regularización de otras posiciones vencidas concernientes al grupo empresarial de la concursada y, finalmente, un único pago a acreedor distinto de CAJA CASTILLA LA MANCHA (el crédito del constructor de la obras contra la concursada), pago que ninguna relevancia tiene en el presente litigio desde el momento en que la administración concursal lo excluyó expresamente de la acción de reintegración ejercitada.
Así las cosas, comparte este tribunal plenamente el punto de vista desarrollado en la demanda incidental, punto de vista con arreglo al cual lo operado, desde una perspectiva sustancial y en lo concerniente exclusivamente a la suma de 1.171.575 # que es la que se ventila en el litigio, implicó que determinados débitos que la concursada mantenía con la entidad crediticia, débitos que carecían de especial cobertura y que hubieran merecido en el concurso la clasificación de créditos ordinarios, fueran cancelados mediante el nuevo préstamo (o lo que es igual, la liberación de la fracción aún indisponible del préstamo hipotecario ya existente), de tal suerte -y esto es lo que aparentemente se pretendía- que el nuevo débito que vino así a sustituirlos disfrutase de garantía hipotecaria y, por lo tanto, de privilegio especial. No nos cabe, por lo tanto, la menor duda de que, desde el punto de vista material, lo realmente operado es la constitución de una garantía sobre obligación nueva que sustituye a la obligación preexistente, resultando, por tal motivo, plenamente operativa la presunción de perjuicio contemplada por el Art. 71-3, 2º de la Ley Concursal. Y no podemos aceptar la contradicción en la que incurre la apelante cuando, por un lado, nos hace ver que la liberación de una parte del préstamo que era indisponible supuso para ella la asunción de un nuevo riesgo y el otorgamiento -en sentido material- de un nuevo préstamo, y, por otro lado, nos indica que dicha cantidad ya se encontraba garantizada con hipoteca, pues, si bien es cierto que se encontraba formalmente constituido un derecho real de hipoteca en garantía de la totalidad del préstamo, el principio de accesoriedad inherente a dicho derecho real nos impide conceptuar como operativa aquella hipoteca cuyo objeto consiste en garantizar una deuda que, por virtud de su falta de disponibilidad para el

prestatario, aún no había sido contraída por parte de este ni de los adquirentes de las viviendas, ni necesariamente habría de llegar a contraerse si no se justificaban por parte de la prestataria los requisitos a los que contractualmente se supeditó (acta notarial de finalización de la obra y a la entrega de copias auténticas de las escrituras de venta de las viviendas resultantes), tratándose, por lo tanto, hasta ese momento, de una mera hipoteca en garantía de deuda futura además de incierta.
TERCERO.- Pues bien, la carga probatoria respecto del carácter perjudicial de la operación, que en principio correspondería a la administración concursal demandante, se ve aliviada en este caso por la operatividad de la presunción prevista en el Art. 71-3,2º de la Ley Concursal, presunción legal cuyo efecto no es otro que el de desplazar sobre la demandada CAJA CASTILLA LA MANCHA la carga de desvirtuarla mediante eficaz contraprueba. Nos indica dicha apelante que mediante la operación cuestionada GES INMONEK S.L. pudo pagar al constructor de la obras las cantidades que le adeudaba y que ello le posibilitó concluir dichas obras y ganar tiempo para poder vender las viviendas resultantes. Ahora bien, que la operación posibilitase el pago al constructor de 250.000 # es una circunstancia por completo irrelevante en el presente proceso cuando, como ya hemos indicado, la acción de reintegración ejercitada deja expresamente a salvo dicho pago. Por su parte, la afirmación de que también se propició así la conclusión de las obras y se permitió a la concursada ganar tiempo para vender las viviendas resultantes chocha frontalmente con la tesis mantenida por la parte contraria, quien sostuvo en su demanda que cuando se lleva a cabo la operación objeto de la presente controversia las obras estaban concluidas y las viviendas se habían ya vendido en documento privado en su práctica totalidad. Y lo cierto es que, frente a dicha tesis contraria, la apelante CAJA CASTILLA LA MANCHA, a quien incumbía hacerlo por virtud del Art. 71-3,2º de la Ley Concursal, no ha suministrado, dada su voluntaria ausencia del proceso durante la instancia precedente, el menor indicio o medio probatorio, lo que nos obliga a considerar convenientemente fijado en el proceso el carácter perjudicial de dicha operación.
Es cierto, por otra parte, que la presunción de perjuicio del Art. 71-3,2º va referida a la garantía superpuesta y no a la obligación garantizada, pero lo que otorga singularidad al presente supuesto es que, precisamente gracias a la garantía pignoraticia superpuesta, se produjo el pago y cancelación inmediata de la deuda ordinaria, con lo que mediante la reintegración de esta última operación no se hace otra cosa que retornar las cosas a su estado anterior ya que, de no operarse de ese modo, resultaría por completo irrelevante la rescisión de una garantía -la pignoraticia- que, de hecho, fue ejecutada de inmediato y dejó por ello de existir en el momento mismo en que la entidad bancaria dispuso de los fondos pignorados. “:SAP Madrid (Sección 28) 04.03.2013 (Sentencia 72/2013; Rollo 12/2012)

“PRIMERO. La Administración Concursal de la mercantil LOS ALTOS DEL PALACIO, S.L. interpuso demanda de incidente concursal en ejercicio de acciones rescisorias contra la concursada, el acreedor CAIXA D¿ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA) y D. Juan Miguel por la que solicitaba que fuera declarada la rescisión total de las disposiciones realizadas por LA CAIXA contra la cuenta corriente de la concursada correspondientes a la cancelación de un préstamo personal con cargo a fondos obtenidos de una línea de crédito garantizada mediante hipoteca y la retrocesión de una disposición de crédito del promotor por importes de 200.991,67 euros y 180.882,00 euros respectivamente, dejándolas sin efecto.
En lo que nos ocupa, el recurso se refiere a la primera de las operaciones, de la que vamos a relacionar los hechos sustanciales que la afectan:
1. Por medio de escritura otorgada ante notario en fecha 21 de febrero de 2006 se formalizó entre LA CAIXA y LOS ALTOS DEL PALACIO, S.L. un crédito con garantía hipotecaria por importe máximo de 600.000 euros que posteriormente, en fecha 5 de julio de 2006 fue objeto de ampliación, con lo que la responsabilidad hipotecaria de la finca propiedad de la concursada quedó finalmente cuantificada en el importe de 5.430.000 euros correspondientes al límite de crédito; 195.425,10 euros correspondientes a intereses ordinarios; 1.074.977 euros en concepto de intereses de demora y 282.750 euros en concepto de costas.
La póliza de crédito tenía por objeto llevar a cabo la promoción de un conjunto de 36 viviendas y 66 plazas de garaje con sus trasteros en la finca propiedad de la acreditada, sita en Cuéllar (Segovia). Dada la finalidad del crédito, las disposiciones debían ajustarse a la obra efectivamente realizada, para lo que debía aportarse una certificación de obra y una tasación actualizada del avance de las obras, al margen de cumplirse las condiciones previstas en la póliza.
En fecha 30 de noviembre de 2006 LOS ALTOS DEL PALACIO, S.L. suscribe una póliza de préstamo personal con el afianzamiento solidario de D. Juan Miguel, administrador de dicha mercantil por importe de 200.000 euros y vencimiento 30 de junio de 2007 que se destinó a gastos de la promoción que no podían ser cubiertos por el préstamo hipotecario. Como se recoge en el doc. núm. 3 acompañado a la contestación de LA CAIXA (f. 86) "Un problema con el proyecto que ha tenido que ser revisado pues el original presentaba deficiencias de tipo técnico, ha provocado retrasos sobre el calendario previsto", de manera que la solicitud se efectuó "en previsión de que pueda originarse alguna tensión de tesorería". El préstamo personal fue sucesivamente renovado, primero con vencimiento el 30 de septiembre de 2007 y después con vencimiento el día 30 de enero de 2008.
En fecha 29 de enero de 2008 LOS ALTOS DEL PALACIO, S.L. se dirige a LA CAIXA solicitando una disposición del crédito con garantía hipotecaria abierto para desarrollar la promoción de viviendas por importe de 295.000 euros que es abonado en cuenta el día 31 de enero de 2008. Este importe sirve para cancelar el préstamo personal afianzado por D. Juan Miguel.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil declaró ineficaz la amortización del préstamo y consideró que el perjuicio para la masa radica en tal amortización del préstamo personal, sin garantía hipotecaria, con cargo a otro préstamo, éste sí garantizado con una hipoteca, con lo que se transforman créditos sin privilegio en otros privilegiados.
SEGUNDO. Frente a dicha resolución se alza el recurso interpuesto por LOS ALTOS DEL PALACIO, S.L. y D. Juan Miguel.
En el primero de los motivos se alega que no existe perjuicio alguno para la masa en la operación realizada. El préstamo personal avalado por el Sr. Juan Miguel tiene naturaleza de préstamo "puente" y se encontraba justificado que se actuase por la concursada como si se tratase de la misma operación. El préstamo personal constituía un "anticipo" del importe total del préstamo promotor que no supuso un menor valor del patrimonio de la concursada. El efecto de la cancelación para la masa es el mismo que si se hubiese dispuesto ab initio del préstamo promotor.
Por otra parte la condición general octava de las sucesivas pólizas de préstamo personal contemplaban la facultad de la entidad bancaria de compensar las obligaciones vencidas derivadas de dicho préstamo con los derechos de crédito que la prestataria ostentase frente a la misma, por lo que no hubo "acto de disposición" sino una compensación practicada por la entidad bancaria. La cancelación no suponía perjuicio indirecto para la masa activa.
Añade que la sociedad no se encontraba en situación de insolvencia cuando se produjo la cancelación. Que obedecía a lo acordado casi dos años antes de ser declarada en concurso.
El segundo de los motivos del recurso se refiere a la existencia de incongruencia omisiva, pues la sentencia no se pronuncia sobre la cuestión relativa a si el acto puede ser calificado de ordinario de la actividad empresarial del deudor realizado en condiciones normales, por lo que estaría excluido de rescindibilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 71.5.1º LC.
El tercero de los motivos, para el caso de que se considere que la sentencia ha desestimado tácitamente la cuestión referida, sustenta la aplicación del citado precepto en cuanto la amortización del préstamo personal se trataría de una operación comprendida en la actividad ordinaria empresarial y realizada en condiciones normales. El préstamo se canceló con cargo al saldo existente en la cuenta corriente y tras la cancelación se atendieron otras muchas facturas generadas por la actividad profesional con cargo igualmente al préstamo promotor.
En su escrito de oposición al recurso la Administración concursal alega en primer lugar la falta de legitimación activa de la concursada para interponer un recurso de apelación en cuanto la sentencia favorece sus intereses al minorar el crédito con garantía hipotecaria.
Añade también que la interposición del recurso no ha sido autorizada por la Administración concursal.
En relación a los motivos del recurso alega que los fondos existentes en la cuenta corriente provenían de la disposición del crédito hipotecario y dicha disposición tenía como objeto la amortización íntegra del préstamo personal en contra de las estipulaciones previstas en el propio contrato de préstamo hipotecario (pg. 36 de la escritura suscrita el día 5 de julio de 2006).
Rechaza que en ese momento la normalidad presidiera la actividad de la concursada por el hecho de que fuera un mes después, el 18 de marzo de 2008, cuando LA CAIXA se niega a seguir financiando la promoción. El poder para pleitos utilizado para presentar la solicitud de concurso voluntario se otorga un día antes, el 17 de marzo de 2008 y el concurso se solicita de inmediato, mediante escrito de 25 de marzo de 2008, sin realizar gestiones de negociación. Por otra parte la retrocesión de la disposición del préstamo promotor en esa fecha de 18 de marzo de 2008 se efectuó por LA CAIXA por haberse superado el límite de disposición contractualmente previsto, de manera que la única tesorería de la que disponía la concursada era la que le facilitaba la entidad de crédito.
El perjuicio se funda en la aplicación indebida de una disposición del préstamo promotor para la amortización de un préstamo personal avalado por el codemandado. LA CAIXA, de forma ficticia, modificaba la naturaleza del crédito para comparecer en el concurso, poco después, con la totalidad de su crédito garantizado por hipoteca.
De admitirse la facultad de compensar saldos de este modo cualquier banco podría reconvertir la naturaleza de la totalidad de su crédito siempre que tuviera garantizada una de las operaciones. Reitera la oposición al recurso que el acreedor beneficiario de la operación conocía de primera mano la situación patrimonial de la futura concursada.
Por cuanto se refiere a la incongruencia omisiva alegada en el recurso destaca la Administración concursal que la sentencia desestimó tácitamente el que se tratase de una actuación ordinaria de la sociedad y en relación a este extremo añade que se obviaron los requisitos del préstamo promotor tanto por la concursada como por la entidad de crédito y se perjudicó al resto de acreedores en beneficio de la entidad de crédito y del administrador único, puesto que la primera, con un simple apunte contable, garantizó un crédito que no tenía garantizado con hipoteca, y el segundo se liberaba del afianzamiento del préstamo personal. Concluye la Administración concursal señalando que la operación no puede considerarse efectuada en condiciones normales. (...)
CUARTO. Debemos a continuación analizar el presupuesto consistente en que el acto en cuestión constituya un perjuicio para la masa activa.
El préstamo personal otorgado por LA CAIXA que luego es objeto de cancelación tiene evidente relación con la promoción de viviendas en curso, pero ello no significa que se identifique con el préstamo promotor.
Éste permite disponer de crédito a medida que avanza la ejecución de las obras y las cantidades de que se dispone deben ir dirigidas a dicha ejecución. Por el contrario el préstamo personal atiende a una situación sobrevenida que obligó a paralizar las obras. Como reconoce el propio recurso se pusieron de manifiesto ciertas deficiencias del proyecto que hicieron necesario redactar y tramitar un

nuevo proyecto, con la consiguiente paralización de las obras, que también se prolongó más de lo esperado, con lo que se generaron gastos a los que la promotora no podía hacer frente, ya que no podía disponer del préstamo promotor al no emitirse certificaciones de obra.
Sin embargo, cuando se reanudan las obras y se dispone nuevamente del crédito al promotor, las cantidades objeto de disposición se destinan a una finalidad distinta de aquella para la que se concedió el crédito, es decir, a la cancelación del denominado préstamo personal. De ello resulta beneficiada la entidad de crédito, que convierte la deuda no garantizada con hipoteca en crédito garantizado con hipoteca, ya que las cantidades destinadas a la cancelación provienen del préstamo promotor. También resulta beneficiado el fiador, al extinguirse la obligación del deudor principal. Y, por último, se desvían las cantidades dispuestas del crédito al promotor a una finalidad distinta, que es atender a los gastos generados por la paralización de las obras.
La discusión relativa a si este supuesto se puede o no encuadrar en el artículo 71.3.2º LC carece de trascendencia en cuanto el hecho de que no pueda presumirse el perjuicio patrimonial no implica que el acto ya no resulte rescindible, sino que debe ser probado el perjuicio por quien ejercite la acción rescisoria. De la cancelación, en los términos expuestos, resulta un evidente perjuicio para la masa activa, en cuanto queda afectado el principio de paridad de trato entre los acreedores, de manera que, cuando poco después se declara el concurso, LA CAIXA mantiene la totalidad de su crédito garantizado con hipoteca utilizando el propio crédito promotor para fines distintos de aquellos para los que fue otorgado, con anuencia de todos los implicados. La entidad de crédito además conocía perfectamente la situación de la sociedad.
El hecho de que el acreedor se satisfaga directamente vía compensación no solo no excluye, sino que confirma el perjuicio para la masa activa, como hemos señalado en otras ocasiones (Sentencia de 28 de septiembre de 2010). Y hemos de añadir que la controversia no se suscita sobre la facultad de compensar prevista en el contrato, sino sobre el hecho mismo de la extinción del préstamo personal en el contexto en el que se efectuó.
Por otra parte, la apreciación de dicho presupuesto no implica que en el momento en que se realiza el acto cuestionado la sociedad deba encontrarse en situación de insolvencia, como tampoco se requiere mala fe o daño patrimonial (STS de 28 de marzo de 2012 : "los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de si han sido realizados de buena fe"). “:SAP Madrid (Sección 28) 15.03.2013 (Sentencia 85/2013; Rollo 33/2012)

AP Murcia

CUARTO La controversia generada en esta apelación se circunscribe a la existencia o no de ese perjuicio concreto para la masa activa derivado de la constitución de la hipoteca de máximo concertada por la concursada con el Banco de Santander con fecha 28 de Enero de 2005, en garantía de las operaciones de préstamo suscritas. Nos encontramos, por tanto, en el caso previsto en elartº. 71.3.2º de la L.C., sobre constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, en cuyo caso el propio precepto establece una presunción "iuris tantum" de existencia de perjuicio patrimonial derivado de dicha operación, incumbiendo por ello a la entidad Banco de Santander S.A., la destrucción de dicha presunción y por tanto la prueba y acreditación de esa inexistencia de perjuicio para la masa activa. Banco de Santander fundamenta su pretendida ausencia de perjuicio en que la hipoteca constituida se realizó recibiendo como contraprestación una sensible mejora en la financiación utilizada por la concursada durante casi dos años, y sin perjuicio real y concreto para otros acreedores. Pero es lo cierto que no se ha aportado prueba capaz de sustentar con éxito esa inexistencia de perjuicio en los términos que se mencionan, por lo que la citada presunción de efectivo perjuicio patrimonial se mantiene intacta, y además se encuentra seriamente reforzada y corroborada por la prueba suministrada por la Administración Concursal.
En efecto se alega por la recurrente que la finalidad de la operación convenida, era la de garantizar la continuidad de la mercantil, dado que se le mantenía por el banco la línea de descuento, derivada de la póliza de negociación de letras de cambio constituida el 20 de enero de 2005 y los cargos de abono ydisposición de la cuenta de crédito con vencimiento el 5 de agosto de 2005 mas allá de dicho plazo de vencimiento, ya que se ampliaba por tres años más, susceptibles de prórroga por otros tantos. Como contrapartida la mercantil beneficiaria constituía hipoteca voluntaria sobre las fincas registrales nº 34.851 y nº 34.853 que respondían del 12 % del crédito concedido.
QUINTO Pero es lo cierto, no obstante las alegaciones formuladas por dicha entidad bancaria recurrente, que por el contrario, la cuestionada operación ha generado un concreto perjuicio patrimonial a la masa activa de la concursada y ha alterado la "par conditio creditorum ".
Téngase en cuenta, por un lado, que esta operación se realiza, conforme consta acreditado en los autos a través del informe emitido por la Administración Concursal, en un momento en el que se encontraba gravemente comprometida la continuidad de la empresa, dada la clara situación de insolvencia en que se hallaba inmersa, conforme así lo justificarían el importante número de procedimientos ejecutivos ya iniciados en el año 2005. Consta igualmente acreditado al respecto que en el ejercicio correspondiente a ese año las pérdidas obtenidas por importe de 80.382,98 € habían reducido los fondos propios en más de un 81 %, y que en el año 2003 "José Reinaldos" S.L., mantenía un fondo de maniobra negativo y unos ratios de solvencia que disminuían su capacidad para hacer frente a corto plazo a las obligaciones contraídas. Además, como se dice en la sentencia apelada, en

el ejercicio de 2005 se constatan unos importantes gastos financieros derivados por el gran volumen de financiación solicitada, que casi se equiparaban a los procedentes de gastos de personal.
Pero es que además la presunción de perjuicio patrimonial contenida en elartículo 71.3.2º de la L.C., que comentamos y donde se incardinaría la controvertida operación, resulta plenamente corroborada conforme a la constitución de dicha hipoteca. Obsérvese que una parte de los créditos garantizados a través de esta operación hipotecaria tenían su origen en una póliza de crédito anterior temporalmente, otorgada en el mes de agosto de 2004, al tiempo que esas deudas que se garantizaban por la hipoteca habían comenzado a devengarse a partir del día 6 de Agosto de 2004, y por tanto con anterioridad a la fecha de constitución de la hipoteca.
Entendemos que la hipoteca así constituida lo fue en garantía de obligaciones preexistentes, al tiempo que también garantizaba la devolución de aquellas disposiciones posteriores a su constitución que tengan su origen en póliza de crédito contratada con anterioridad a la formalización de tal garantía hipotecaria.
En definitiva esta operación objeto de rescisión es perjudicial desde la óptica de la paridad de trato de los acreedores, ya que supone privilegiar a un acreedor, Banco de Santander, respecto del resto, reduciendo de esta manera las posibilidades de los demás acreedores de ver satisfechos sus créditos, aunque sólo fuese en una parte reducida de los mismos, y ello así se afirma, aunque, como se dice por la recurrente, tan cuestionada operación hubiese reportado alguna ventaja a la concursada, en modo alguno equiparable a esa pretendida finalidad de financiación que se alega en orden a la continuidad de la empresa.
Por todo ello, entendemos que la acción ejercitada en el marco legal delartº. 71.3.2º de la Ley Concursal, ha de gozar de plena viabilidad, conforme a la prueba practicada, sin que, por otro lado, Banco de Santander S.A., conforme le incumbía, haya desvirtuado la presunción "iuris tantum " de perjuicio patrimonial derivado de dicha operación crediticia.": SAP Murcia 18.03.2011 (Sentencia 131/2011; Rollo 131/2011)

"TERCERO.-El otro motivo del recurso es el que sostiene que la constitución de la hipoteca no causa perjuicio alguno al resto de los acreedores de la concursada porque el reconocimiento de deuda y su garantía de pago con la hipoteca que se constituía unilateralmente, regularizaba la deuda aflorada en su totalidad y constituía una operación compleja y real de financiación, al conceder un plazo de diez años para el pago de deudas vencidas, con carencia el primer año durante el que sólo se habían de pagar los intereses remuneratorios y permitió la supervivencia de la empresa durante más de un año.
Como con acierto señala la sentencia de la primera instancia, la constitución de hipoteca para garantizar deudas preexistentes determina la presunción iuris tantum de la existencia de perjuicio para la masa activa. Dicha presunción determina que la prueba en contra ha de ser propuesta y practicada por la parte demandada, y en el presente caso no lo logra con sus meras alegaciones.
En primer lugar, no todas las deudas de la demandada quedan garantizadas por dicha garantía real, sino sólo las de carácter financiero. Además, no estamos ante una operación de refinanciación, que exige, como pone de relieve la actual normativa (que aún no siendo aplicable sí sirve para interpretar que no basta cualquier mejora), la ampliación significativa del crédito disponible o la ampliación del plazo, pero no sólo, sino acompañado de un plan de viabilidad que permite la continuación de la actividad empresarial a corto o medio plazo. En el presente caso únicamente se da una ampliación de plazo, y ni siquiera es aceptada la hipoteca por todos los acreedores financieros, aparte de que la empresa, en una grave situación financiera cuando se crea esa garantía para determinados deudores, carecía manifiestamente de viabilidad, como evidencia que tuviera que presentar la declaración del concurso posteriormente, sin que la parte recurrente, que es la que debe destruir la presunción de perjuicio legalmente establecida con carácter iuris tantum, haya acreditado que el pasivo existente en el momento de la declaración del concurso no derivara directamente de la situación de insolvencia que tenía cuando constituyó la hipoteca.
Por todo ello, la Sala considera que la presunción de perjuicio para la masa activa no ha sido destruida, debiendo, en consecuencia, rechazarse también este motivo del recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 25.10.2012

"Segundo.-Mediante el recurso de apelación interpuesto, pretende la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., que se revoque la sentencia apelada y se dicte otra desestimando íntegramente la demanda.
Sostiene la apelante que si bien se concedió el 26 de marzo de 2009 el préstamo de 1.423.300 euros a Hormigones Plazas y Saura, S.A., garantizado con hipoteca sobre fincas registrales de Cartagena, se omitió que la garantía hipotecaria tenía tres cargas previas, lo que no es cierto en el caso de la finca registral nº 59.672.
Y en el caso de la finca registal nº 51.034, si se hizo la operación de préstamo hipotecario fue porque con la garantía hipotecaria, BBVA, S.A., tenía más posibilidades de cobrar que con un préstamo ordinario o con un leasing, colocando al Banco en una situación privilegiada frente a otros acreedores, vulnerándose el principio "par conditio creditorum".
También alega la apelante que la mercantil Hormigones Plazas y Saura, S.L., redujo sustancialmente su carga financiera. Sin embargo, el préstamo hipotecario de 1.423.300 euros benefició de forma exclusiva a BBVA, S.A., al destinarse a sufragar la deuda que la concursada tenía con el referido Banco, ya fueran cuotas anticipadas de leasing, comisiones, intereses de demora, efectos descontados por la concursada y no satisfechos, etc.

Si a esto se une que el 13 de enero de 2009 se presentó en la Dirección General de Trabajo de la Región de Murcia solicitud de expediente de regulación de empleo para extinguir 27 de los 51 puestos de trabajo, y que el 15 de mayo de 2009 se presentó la solicitud de Concurso Voluntario por Hormigones Plazas y Saura, S.L., el perjuicio patrimonial que para el resto de acreedores supuso el contrato de préstamo hipotecario de 26 de marzo de 2009 es evidente.
Por todo ello, resulta procedente desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Argentaria, S.A., y confirmar la sentencia apelada.": SAP Murcia (Sección 4) 04.07.2013 (Sentencia 439/2013; Rollo 628/2012)

"SEGUNDO.-Concretadas en los indicados términos las distintas cuestiones impugnatorias suscitadas en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que no asiste razón a la parte recurrente en las pretensiones que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.
Y ello se afirma así, tras comprobar, a tenor del correspondiente juicio de revisión probatoria que como Tribunal de apelación nos compete, el acierto y corrección jurídica del proceso de valoración de la prueba contenido en la sentencia apelada, así como de la decisión finalmente adoptada, que ahora ratificamos en esta apelación.
Así y con respecto al primer motivo de recurso, procede, como hemos mencionado, su desestimación. Alega la recurrente que la sentencia no aplica la jurisprudencia relativa a los "sacrificios patrimoniales justificados " que impone el análisis de la operación de refinanciación al tiempo de hacerse y por tanto conforme a las circunstancias existentes en ese momento y no con arreglo a las concurrentes en el momento del concurso y que excluye la rescisión cuando ese sacrificio patrimonial, que el acto financiero supone para la deudora, se encuentre justificado. Entiende la recurrente que, en este caso, ese sacrificio se encontraría justificado por varios hechos: de un lado, porque consigue liberar fondos mediante la sustitución de una prenda de depósito en efectivo por valor de más de 1.000.000 #, por un derecho real de hipoteca sobre las instalaciones de la empresa, favoreciendo así la continuidad de la empresa y facilitando la afluencia de liquidez. De otro lado, porque consigue "prestamizar" unas gravosas cuotas de "leasing", así como el importe de la liquidación de unos contratos de arrendamiento financiero.
Sin embargo, este Tribunal, tras la revisión de la prueba obrante en los autos, discrepa del citado planteamiento, ya que el referido análisis probatorio no permite fundamentar con éxito la existencia de ese cuestionado "sacrificio patrimonial justificado".
Téngase en cuenta, como hemos señalado en precedentes sentencias, que la rescisión concursal se hace pivotar sobre la existencia de perjuicio para la masa activa que, al margen de los supuestos en que dicho perjuicio se presume iuris et de iure (artº. 71.2 de la Ley Concursal) o iuris tantum (artículo 71.3), exige su cumplida prueba a cargo de quién ejercita la acción rescisoria (artículo 71.4).
La Ley Concursal no ofrece el concepto de perjuicio para la masa activa pero éste ha ido perfilándose por la doctrina jurisprudencial. Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, 27 de octubre de 2010, 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012 precisan que son actos perjudiciales aquéllos que, a la postre, implican un sacrificio patrimonial injustificado para la masa activa y éste se produce tanto cuando se trata de actos que "provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado" (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 y 8 de noviembre de 2012) como de actos "que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores)", en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012.
Además, esta última sentencia precisa que para valorar si un acto es perjudicial para la masa activa debe analizarse "el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta (la masa activa y por tanto el concursado) hubiese existido en aquella fecha".
En efecto, consta acreditado que el importe total de la deuda contraída por "Vigas Alemán" S.A., con Banco Santander S.A. con anterioridad a las operaciones financieras realizadas con fecha 31 de marzo de 2010, era de 1.032.834,34 #. Dicha deuda no vencida en esa época, derivaba de un préstamo de
1.000.000 #, que tenía un saldo pendiente de 767.642,96 #, que se encontraba garantizado con una prenda por importe de 1.050.000 # y el resto de distintos contratos de arrendamiento financiero con reservas de dominio sobre la maquinaria objeto de los mismos. Obsérvese además, que esa deuda era de superior cuantía pues en ella habría de contabilizarse también el coste que conllevó para la concursada (1.577.845 #), la cancelación anticipada de los tres contratos de permuta financiera (swaps) que había suscrito, y que constituía condición necesaria para la realización de la correspondiente operación. La deuda por tanto se concretaba en 2.610.679,34 #, al tiempo que con la nueva operación, todas aquellas posiciones quedaban canceladas, siendo sustituidas ahora por nuevos préstamos por importe de 2.610.000 #, con garantía hipotecaria sobre el inmueble donde se localizan la fábrica e instalaciones de la concursada "Vigas Alemán" S.A., destinándose dicha cantidad al pago de aquella deuda.
Es cierto, en efecto, como dice la parte recurrente, que la liberación de la prenda supuso una liquidez para la citada mercantil, pero ello no determinó la continuidad de la actividad empresarial, ni resultaba suficiente para atender los créditos de otros acreedores, habiéndose invertido sólo en el pago de los

gastos generados por la operación de refinanciación por importe de 107.837 #, y en las deudas de los trabajadores de la concursada.
Entendemos, en consecuencia, que examinados los hechos de referencia a tenor de la doctrina jurisprudencial sobre el denominado "sacrificio patrimonial justificado", no puede afirmarse que ese sacrificio patrimonial de la concursada, consistente en la constitución "ex novo" de un derecho real de hipoteca sobre sus instalaciones, resultara justificado, pues ello no suponía ventaja alguna para "Vigas Alemán" S.A., por cuanto no facilitó ni contribuyó a la continuidad de la empresa que era, según alega "Banco Santander" S.A., el objetivo perseguido con esa operación de "refinanciación". Por el contrario, la formalización de esa operación supuso ventaja únicamente para dicha entidad bancaria que de esta manera conseguía, mediante un cambio en la garantía de la deuda preexistente, la titularidad de un crédito con privilegio especial en el concurso que se declaró sólo unos meses después, en claro y evidente perjuicio de los demás acreedores y por tanto de la "par conditio creditorum ".
Procede la desestimación de este motivo de recurso. (...)
CUARTO.-También procede la desestimación del siguiente motivo de recurso relativo al pretendido error de la sentencia al desconocer que las garantías que se constituyeron lo fueron en sustitución de otras más gravosas.
Sin embargo tal pretensión resulta desestimable.
Téngase en cuenta que las únicas garantías que otorgaban cobertura a las deudas preexistentes a la constitución de la hipoteca, eran la prenda que garantizaba el préstamo de 1.000.000 #, del que se adeudaba 767.642,96 #, y una reserva de dominio sobre las maquinarias objeto de los tres contratos de leasing, por importe de 265.184,38 #. Obsérvese que la cancelación anticipada de los contratos de permuta financiera (swaps) había supuesto un coste a "Vigas Alemán" S.A. de 1.577.845 #.
Además ha de valorarse, como acertadamente se dice por la Administración Concursal, que las citadas garantías preexistentes sustituidas tras la operación por la garantía real hipotecaria sobre el bien inmueble de mayor valor de la empresa, resultaban en su caso de una ejecución más compleja, gravosa y problemática que la derivada de la nueva garantía hipotecaria. La previa compensación del depósito pignorado o las dificultades y costes propios del desmontaje y transporte de las máquinas objeto de reserva de dominio para su venta, así lo ponen de manifiesto.
Es evidente, por tanto, que no puede aceptarse que la nueva garantía real de hipoteca hubiese beneficiado a "Vigas Alemán" S.A., dado que la misma no sustituía a otras preexistentes más gravosas. Por el contrario, entendemos que perjudicaba a la mercantil, pues se gravaba el bien más valioso de la concursada y al mismo tiempo se perjudicaba la "par conditio creditorum", por cuanto "Banco Santander" S.A., obtenía así la titularidad de un crédito privilegiado sobre la totalidad de la deuda contraída por "Vigas Alemán" S.A., de lo que antes carecía.
Procede su desestimación.
QUINTO.-Idéntico pronunciamiento desestimatorio cabe efectuar con respecto al siguiente motivo de apelación relativo a que con la citada operación de refinanciación se "prestamizaron" tres contratos de arrendamiento financiero sobre diversa maquinaria que pasó al activo de la concursada, al tiempo que Banco Santander perdía ese dominio y privilegio de cara a un posible concurso. Sobre esta cuestión, cabe afirmar la gratuidad de tal planteamiento. Y ello así se afirma, reiterando lo argumentado en el precedente Fundamento de Derecho y además porque la prueba practicada ha puesto de manifiesto que a través de la citada operación la entidad bancaria, lo que pretendía, conocedora de la insolvencia de "Vigas Alemán" S.A., era reforzar y ampliar sus garantías anteriores dada la inminencia temporal de que la mercantil fuese declarada en concurso de acreedores, como efectivamente así aconteció.
Obsérvese que en efecto Banco Santander S.A., perdió, como dice, la garantía derivada de la reserva de dominio sobre la diversa maquinaria objeto de los contratos de arrendamiento financiero por importe de 265.184,38 #, pero en su sustitución obtuvo una considerable ampliación de esa garantía anterior, mediante la constitución del citado derecho real de hipoteca sobre una finca valorada en más de doce millones de euros.
Por todo ello procede la desestimación del presente motivo de apelación, dado que ningún beneficio supuso para la concursada esa alegada "prestamización" de los contratos de arrendamiento financiero. (...)
SÉPTIMO.-Finalmente también debemos desestimar el último motivo de apelación formulado referido al alegado error en la valoración de la prueba en que incurre la sentencia con respecto a que la operación de refinanciación sirvió para favorecer la continuidad de la empresa "Vigas Alemán" S.A. Alude la recurrente al informe de la Administración Concursal que muestra los cambios experimentados por la mercantil a raíz de dicha operación, lo que también declara el legal representante de la misma, así como el contenido del plan de viabilidad elaborado en el marco de dicha operación refinanciadora.
Sin embargo, entendemos, que los datos económicos anteriormente mencionados, de evidente matiz objetivo, ponen claramente de manifiesto, como con acierto se argumenta en la sentencia de instancia, que la refinanciación operada por Banco Santander S.A., no sirvió para otorgar liquidez a "Vigas Alemán" S.A., y por tanto tampoco para favorecer su continuidad. Esa financiación adicional sólo sirvió, como así hemos argumentado en los precedentes Fundamentos de Derecho, para abonar los gastos derivados de la citada operación y para el pago de las deudas contraídas con los propios trabajadores de la empresa. La liquidez que se alega y el objetivo de otorgar viabilidad y continuidad a la mercantil, no aparece en modo alguno acreditado en los autos. Como antes hemos afirmado, los datos económicos mencionados así lo justifican, unido ello además, al hecho de que meses después "Vigas Alemán" S.A., era declarada en concurso.

En definitiva cabe afirmar, que la parte recurrente no ha destruido la presunción de perjuicio para la masa activa que supuso para "Vigas Alemán" S.A., la constitución de la tan repetida operación financiera en claro perjuicio del principio "par conditio creditorum". En esa época la mercantil ya se encontraba en una grave situación de insolvencia careciendo de viabilidad, como lo evidencia la posterior declaración de concurso. Por tanto la única beneficiada fue "Banco Santander" S.A., que conocedora de la grave situación económica que atravesaba "Vigas Alemán" S.A., gestionó la citada operación con la única finalidad de salvaguardar sus intereses en un previsible concurso, ostentando así, mediante la constitución de un derecho real de hipoteca sobre el activo más valioso de la mercantil, la titularidad de un crédito con privilegio especial sobre la totalidad de la deuda contraída con "Vigas Alemán" S.A., derivado de la ampliación de la garantía anterior.
En consecuencia procede la desestimación del presente recurso.“:SAP Murcia (Sección 4) 14.11.2013 (Sentencia 669/2013; Rollo 710/2013)

“TERCERO.-Idéntica suerte desestimatoria cabe atribuir al siguiente motivo de recurso relativo a la alegada inexistencia de perjuicio patrimonial derivado de la operación efectuada (constitución de garantía hipotecaria).
En este sentido hemos de tener en cuenta, como ya este Tribunal se ha pronunciado en sentencias entre otras de 18 de marzo de 2011 y 27 de septiembre de 2012, que el fundamento de esta acción rescisoria concursal, que se enmarca dentro de un sistema de ineficacia funcional " *del negocio jurídico rescindido* ", radica en el perjuicio del acto atacado y en su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, con exclusión además de cualquier " *animus* " o intención fraudulenta en la realización, como expresamente se dice en el artº. 71.1 de la L.C.
A su vez el citado precepto completa la delimitación de ese perjuicio a la masa, fundamento esencial de esta acción, a través de una serie de presunciones, en un caso " *iuris et de iure* ", en los supuestos de disposiciones a título gratuito y pago o extinciones de obligaciones intempestivas del artº. 71.2 de la L.C., y en otro caso " *iuris tantum* " en los supuestos de disposiciones a título oneroso realizadas a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas del artº. 71.3 de la L.C.
La acción prevista en el artº. 71 de la L.C., es en consecuencia una acción rescisoria especial ya que su finalidad consiste en privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en la que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, siendo el objeto material de tales prestaciones el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.
Con respecto al concepto de *"perjuicio para la masa activa",* conviene precisar que el concepto de perjuicio no se reduce sólo a aquellos actos que de modo directo conlleven una disminución del patrimonio neto del deudor, como acontece en los casos de los actos de disposición a título gratuito, o cuando no exista equivalencia entre las prestaciones, como sucede en los supuestos de negocios onerosos sinalagmáticos. Existe también un concepto más amplio de perjuicio que comprende aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores, cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la masa de acreedores.
El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en la sentencia de 26 de octubre de 2012, al afirmar que el perjuicio de la rescisión concursal comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito de la totalidad de los acreedores englobada en la masa pasiva *"...y esa lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado el concurso"*.
Es el concepto de perjuicio como *"sacrificio patrimonial injustificado"* que proclama la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de enero de 2009 y que implica, de un lado, una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (artº. 76 de la L.C.), y de otra parte, que ello no se encuentre justificado; concurrencia que corresponde a la parte actora a menos que concurran algunas de las presunciones del artº. 71 antes mencionadas.
CUARTO.-En este caso y como con acierto se dice en la sentencia apelada nos encontramos en el supuesto previsto en el art.º. 71.3.2º de la L.C., dado que se constituye una garantía hipotecaria para afianzar el pago de una obligación preexistente. Esta obligación cuyo buen fin se garantizaba, derivaba de un previo contrato de permuta, transformado después en compraventa, suscrito entre la recurrente Sra. Jacinta y la concursada. El incumplimiento del mismo por la entidad en concurso y la pretensión de su exigencia en vía judicial por la Sra. Jacinta, determinaron un acuerdo extrajudicial de fecha 16 de agosto de 2011, consistente en la constitución de dicha garantía hipotecaria, materializada el 7 de octubre de 2011.
Y es lo cierto que dicho acto de disposición analizado y valorado en el momento en que fue realizado, en conjunto con las circunstancias entonces concurrentes, permiten fundamentar con éxito la existencia de ese cuestionado perjuicio patrimonial. Obsérvese que el acto de disposición tiene lugar un año antes de la declaración de concurso de la sociedad "Promociones y Edificaciones Fortun" S.L., y por tanto en una clara situación y estado de insolvencia de la misma. Además la constitución de esa hipoteca sobre un bien inmueble propiedad de la concursada, implica ya una disminución o merma de su valor, por cuanto queda directamente vinculado al cumplimiento de esa obligación garantizada. Al mismo tiempo también afecta al principio de paridad de trato *("par conditio creditorum")* en el posterior concurso y por tanto constituye como dice la sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada de 26 de octubre de 2012, *"...un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas*

expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado el concurso". Obsérvese que mediante esta operación, el inicial crédito ordinario se transforma en un crédito con privilegio especial.
Como con acierto se dice en la sentencia de instancia, la ausencia de ese acto de disposición no habría determinado el nacimiento de un crédito con privilegio especial, como en efecto aconteció, sino en su caso la prosperabilidad de la demanda que la Sra. Jacinta quería formular contra la concursada y, a su vez, la apertura de una fase de apremio y la traba de los bienes necesarios para su realización.
Por tanto y entendiendo concurrentes todos los requisitos señalados con anterioridad, procede con reiteración de lo argumentado en la sentencia apelada, la desestimación del presente motivo de recurso.": ":SAP Murcia (Sección 4) 30.01.2014 (Sentencia 59/2014; Rollo 12/2014)

"CUARTO.-Analizamos a continuación el recurso de apelación formulado por la entidad "Banco Santander" S.A., consistente en su disconformidad con el pronunciamiento judicial estimatorio de la acción planteada con carácter subsidiario, tendente a la rescisión e ineficacia de las garantías hipotecarias constituidas por "Mediterráneo Hispagroup" S.A., sobre 10 fincas de su propiedad.
La entidad recurrente fundamenta su pretensión revocatoria en que los mismos argumentos expuestos por la sentencia de instancia para declarar la validez del préstamo, deben servir asimismo para declarar la validez de las correspondientes garantías hipotecarias. Por tanto, si la sentencia declara que la asunción de deuda por la concursada, en beneficio propio, de sus accionistas y de las entidades de su grupo, fue un sacrificio patrimonial justificado, también habrá de apreciarse dicha justificación en la constitución de la hipoteca que tuvo por objeto garantizar la devolución del préstamo. Entiende la parte recurrente que la validez de la hipoteca es determinante de inexistencia de perjuicio, no sólo desde la perspectiva u óptica del grupo de empresas en el que se integra la concursada, como acepta la sentencia de instancia, sino también desde la propia perspectiva de la concursada, como alega la entidad recurrente en discrepancia con la decisión judicial impugnada.
Sin embargo este Tribunal no acepta tal planteamiento.
Hemos manifestado en precedentes sentencias, siguiendo el criterio interpretativo de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 13 de diciembre de 2011, entre otras, que el concepto de perjuicio para la masa activa que señala el artº. 71 de la L.C., no se reduce sólo a aquellos actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio neto del deudor.
El concepto de perjuicio para la masa activa admite, también, una acepción amplia o indirecta, comprendiendo aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores (par conditio creditorum), cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la masa de acreedores, que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuáles, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada.
En este sentido, el perjuicio es presumido por la Ley Concursal en el apartado 2, con carácter "iuris et de iure, y en el apartado 3, "iuris tantum", del artº. 71, al establecer como presunciones legales ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores, así mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o por la constitución de garantías reales a favor de deudas preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
Y es lo cierto, que en este caso la constitución de la garantía hipotecaria por la concursada supuso para "Mediterráneo Hispagroup" S.A., un sacrificio patrimonial injustificado.
Hemos de tener en cuenta inicialmente que en la fecha de suscripción del citado préstamo, "Mediterráneo Hispagroup" S.A., se encontraba en una deficiente situación económica, que la entidad bancaria conocía puntualmente. Obsérvese, como se dice en la sentencia apelada, que en esa época el grupo empresarial de la concursada estaba desarrollando una estrategia tendente a la refinanciación de las deudas del grupo. Además ese conocimiento directo de "Banco Santander" deriva de que en fechas anteriores a la suscripción de este préstamo, también había desarrollado otra operación de refinanciación tendente a extinguir deuda de la concursada por importe de 31.000.000 #.
Consta acreditada dicha situación económica a tenor de la cuenta de pérdidas y ganancias, balance de situación y memoria abreviada de "Mediterráneo Hispagroup" S.A., de los años 2008 y 2009. En efecto, en esos años se produce la paralización de las ventas de la citada mercantil, al tiempo que las deudas a largo plazo ascendían a 54.603.495.06 #, en 2008, y a 24.899.316,98 #, en 2009, mientras que las deudas a corto plazo eran de 30.000.000 # y 37.679.987,44, respectivamente. Finalmente consta acreditado que al cierre del ejercicio 2008 el resultado era de 15.153.352,95 # y de 5.080.564,75 #, en 2009.
Es por tanto en ese deficiente marco económico, debidamente conocido por "Banco Santander" S.A., en el que se lleva a cabo la cuestionada operación de préstamo. Téngase en cuenta al respecto, que existe un documento mutuamente aceptado por las partes contratantes por el que la concursada ordena al banco el destino del capital del préstamo, que concretamente ha de aplicarse, con carácter irrevocable, como señala la cláusula tercera de la escritura pública, al pago de deudas contraídas con el "Banco Santander" S.A. por la concursada, los accionistas, empresas del grupo y terceros que no forman parte del citado grupo de sociedades. Consta acreditado que el préstamo se aplicó, en más del 50%, a cancelar deuda preexistente y vencida de los citados accionistas, filiales y administradores y, el resto, 2.872.843,76 #, a cancelar deuda de la concursada, correspondiendo 2.120.000 # a deuda no vencida. De esta forma el préstamo se utilizaba para la satisfacción de deudas de un solo acreedor, "Banco Santander" S.A., carentes de garantía hipotecaria, que a su vez se transformaba en un nuevo

crédito garantizado hipotecariamente con la calificación de crédito con privilegio especial que facultaba a la entidad bancaria, en su caso, para la ejecución separada del mismo sobre los bienes inmuebles hipotecados. La concursada, por tanto, satisfizo su deuda de 2.872.843,76 # y asumió a su vez una deuda de 9.000.000 # con garantía hipotecaria. Es lo cierto, por tanto, que la citada constitución de las garantías hipotecarias determinan un claro perjuicio para la concursada conforme al criterio interpretativo anteriormente analizado. En efecto y desde la noción estricta de perjuicio, porque disminuyen su activo dado que reducen el valor de los bienes inmuebles afectos a las hipotecas. Y desde la acepción amplia de perjuicio, porque supone una evidente infracción del principio de paridad de trato, dado que "Banco Santander" S.A., mejora notablemente su posición en el concurso al ostentar ahora a través de la citada operación financiera, un crédito con privilegio especial. Nótese, que la citada operación no conllevó contraprestación alguna a los demás acreedores. "Banco Santander" fue el único beneficiario. Además y como se dice en la sentencia de instancia "...este perjuicio, además, se presume conforme al artículo 71.3.2º de la L.C., pues la finalidad del préstamo, como reconoce la misma escritura pública, es la "refinanciación" de las deudas preexistentes. Y si el perjuicio se presume cuando se trata de deudas propias de la concursada, con más razón cuando se aplica a deudas de filiales del grupo, administradores y accionistas".
Procede, por lo expuesto, la desestimación de este motivo de recurso.”:.”: SAP Murcia (Sección 4) 24.07.2014 (Sentencia 463/2014; Rollo 232/2014)

“SEGUNDO.-El segundo motivo se refiere a la acción de reintegración ejercitada por la A.C. de la concursada Obralia Inversiones, S.L. Se indica, en síntesis, que las obras se ejecutaron normalmente hasta que debido a la falta de pago de los trabajos ejecutados, abril de 2011, fueron paralizados; que los administradores mancomunados de Obralia Inversiones, S.L., en fecha 30 de agosto de 2012, en base a las certificaciones emitidas, por importe total de 485.744,56 # más el IVA correspondiente, se avinieron a otorgar una dación en pago de la finca registral 45.459, y una escritura de reconocimiento de deuda por el resto, 479.744,56 #, derivada de la ejecución de las obras, que debido a su naturaleza de crédito refaccionario y en garantía de su pago se constituyó una hipoteca sobre determinados componentes de la edificación; que la deuda ya existía con anterioridad a agosto de 2012, antes, pues, del otorgamiento del documento objeto de impugnación; que la deuda, para que exista, no basta que la cuantifique unas de las partes, sino que exige que sea certificada y aceptada por el destinatario; que no se trata de constitución de garantías sobre deudas preexistentes; que la exigibilidad deriva del reconocimiento del crédito que se hace en la escritura en la que se constituye la hipoteca. En cuanto a la naturaleza del crédito se indica que trae causa de dos contratos de ejecución de obras y que los créditos derivados de la construcción tienen la naturaleza de créditos refaccionarios, haciéndose referencia al concepto de éstos, según la doctrina jurisprudencial y de la Dirección General de Registros y del Notariado.
La sentencia recurrida estima la demanda, declarando la rescisión de las hipotecas constituidas sobre las fincas registrales 45460 y 45451 del Registro de la Propiedad de Cuevas de Almanzora, formalizada en escritura pública de fecha 30 de agosto de 2012. Se indica que el concurso de la entidad Obralia Inversiones, S.L., fue declarado en fecha 5 de noviembre de 2013, estando dentro de los dos años previstos en el artículo 71 LC la escritura otorgada el 30 de agosto de 2012. Que el supuesto que resulta de aplicación, en el presente caso, es el previsto en el artículo 71.3.2 LC, constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes. Que en este supuesto se presume el perjuicio al atribuirse a un acreedor la cualidad de titular de un crédito con privilegio especial. Que la deuda se generó con los trabajos realizados antes de agosto de 2012, en enero de 2012, según los documentos números 2 y 3 de la demanda, por lo que la deuda existía antes del otorgamiento del documento objeto de impugnación. Se afirma que el crédito refaccionario parece que no viene referido a los trabajos de construcción, sino más bien al dinero destinado a dicha construcción, por lo que el crédito de la demandada no tendría dicha condición y aunque lo tuviera es más fácil cobrar un crédito con garantía hipotecaria que un crédito refaccionario.
TERCERO.-En relación con el motivo referido en el anterior fundamento hay que referir lo que se expone a continuación. El artículo 71 LC establece: *"1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*
3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuanto se trate de los siguientes actos: 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas".
En cuanto al perjuicio patrimonial para la masa, cuestionado en el recurso, hay que referir la doctrina jurisprudencial que se refiere a continuación. Y así la STS de 26 de octubre de 2012 declara: *"El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió*
o no intención fraudulenta. El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art.
71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin

admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso. El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación. La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa. 6. En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum. Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en lasentencia 855/2007, de 24 de julio, donde negamos la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido. 7. En el presente supuesto no se cuestiona que el crédito satisfecho por la concursada a Postventa fuera un crédito real, vencido y exigible. El problema radica en que las circunstancias que rodean al pago ponen en evidencia su injustificación. (..). Este pago que, en principio, sería válido, al ser debido y exigible, se ve afectado por que, no mucho más tarde (el 5 de marzo de 2007), la propia deudora (Vitelcom) solicitó su propio concurso de acreedores, que fue declarado el 16 de marzo de 2007, pero con la consideración de necesario, pues el art. 22.2 LC prevé que " el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiere presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque este hubiere desistido. "Detrás de esta consideración legal, aplicada al caso por el magistrado de lo mercantil que declaró el concurso de acreedores, se encuentra la presunción de que el estado de insolvencia ya existía al tiempo en que fue solicitado por el acreedor que después desistió. Y esta consideración tiene gran importancia en el presente caso, pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto".

En el caso contemplado en la presente litis concurre el supuesto previsto en el artículo 71.3.2º LC, ya que la deuda reconocida en la escritura pública de fecha 30 de agosto de 2012, y en cuya garantía se constituyó la hipoteca sobre las fincas registrales 45.460 y 45.451, se habían generando en enero de 2012 con motivo de contratos de ejecución de obras, como resulta de los documentos números 2 y 3

acompañados con la demanda, por lo que resulta evidente que la deuda era preexistente a la constitución de la garantía real, por lo que se presume el perjuicio patrimonial ocasionado a la masa activa.
Además, la constitución de la hipoteca a favor de la entidad acreedora, Cubiertas y Fomento de Obras, S.L., supuso un sacrificio injustificado para la masa activa de la luego declarada en concurso, en tanto que no consta que la constitución de la garantía reportara algún beneficio para la mercantil deudora, Obralia Inversiones, S.L., y además supuso una alteración de la pars conditio creditorum, ya que está acreditado que existían otros acreedores. También se considera acreditado que la constitución de la hipoteca, por escritura pública de 30 de agosto de 2012, tuvo lugar en una fecha en que ya que se habían manifestado las dificultades económicas de la concursada y su falta de liquidez, pues en el propio recurso se refiere el conocimiento de las gestiones realizadas por los administradores de la concursada ante Cajamurcia para obtener financiación. Se considera, pues, que se ha acreditado el perjuicio exigido por el artículo 71.1 L.C.
Por otra parte, hay que indicar que lo alegado en orden a la naturaleza de crédito refaccionario no constituye un argumento en que se pueda fundamentar la validez de la constitución de la hipoteca, objeto de la acción de reintegración, y descartar la existencia de perjuicio patrimonial, ya que la cuestión de la calificación de los créditos en función de su naturaleza, es ajena a este procedimiento de reintegración, y por otro lado, tampoco se considera acreditado que el supuesto crédito refaccionario se hubiera constituido con las formalidades y garantías a las que alude el artículo 90.2 LC.
Se desestima, pues, el motivo.": SAP Murcia (Sección 4) 29.01.2015 (Sentencia 49/2015; Rollo 884/2014)

AP Navarra

"CUARTO.-La siguiente alegación del demandado apelante se centra en sostener que habría quedado desvirtuada la presunción legal de existencia de perjuicio para la masa activa como consecuencia de la hipoteca constituida en garantía de la devolución del préstamo previamente concedido por el apelante a la empresa luego declarada en concurso, debido a que la hipoteca se constituye como contraprestación a la renuncia del acreedor a instar la ejecución de su crédito ya vencido y la transformación de una deuda exigible en una deuda a largo plazo.
Las circunstancias probadas a tener en cuenta son las siguientes:
-En el mes de octubre de 2007 el acreedor apelante transfiere en tres veces un total de 130.000 euros a GRANJAS ARRIAGA,SL en concepto de préstamo, sin fijarse fecha para su devolución ni tampoco interés remuneratorio alguno.
-En diciembre de 2007 el entonces administrador de la prestataria se compromete a devolver la cantidad prestada en dos meses y si no a constituir las garantías o los gravámenes sobre bienes suficientes
-Por instrumento público fechado el día 9/10/2008 se reconoce la totalidad de la deuda, se fija un plazo de dos años para su reembolso y un interés remuneratorio del 5,5 % nominal anual pagadero al vencimiento de dicho plazo bianual y otro de demora al tipo del 5% nominal anual más una serie de cláusulas anejas sobre gastos, impuesto y resolución anticipada, para a continuación constituir hipoteca sobre cinco fincas rústicas de la prestataria por el importe prestado más el correspondiente a seguros, costas y gastos, distribuyéndose entre las mismas las sumas garantizadas.
-El día 20/1/2010 la referida mercantil presenta la comunicación prevista en el entonces vigente art.
5.3 de la Ley Concursal -El día 4/6/2010 es declarada en concurso voluntario de acreedores. -El prestamista era asesor contable y fiscal de GRANJAS ARRIAGA,SL durante todo ese tiempo. QUINTO.-El juego de la presunción "iuris tantum" de perjuicio del art. 71.2. 3º LC determina que sea la parte frente a la que la rescisión se pretende quien deba probar que dicho perjuicio no se ha dado.
El perjuicio para la masa activa derivado de la constitución por el concursado, dentro de los dos años previos a la declaración de concurso, de garantías reales en favor de deudas preexistentes o las contraídas en sustitución de aquéllas se viene identificando con la afectación del principio de igualdad de trato de los acreedores concursales en tanto en cuanto el favorecido por la garantía real puede hacer valer en el concurso un privilegio especial del que no disponía y en detrimento del resto de la masa pasiva.
Para desvirtuar la presunción legal se hace precisa la prueba de que la constitución de la garantía no tuvo como causa el simple favorecimiento del acreedor que antes no disfrutaba de ella sino que entrañó para el mismo un esfuerzo patrimonial real que es el que se pretende compensar con la constitución de la garantía y, asimismo, que las ventajas o beneficios que tal negocio supusiera para la empresa hoy en concurso fueron reales, de forma que quepa calificar de justificado el detrimento o sacrificio patrimonial que la instauración de un gravamen sobre los bienes entrañaba. Será preciso que la prueba ofrecida despeje toda duda al respecto, pues en caso de no ser así la presunción de existencia de perjuicio debiera prevalecer (art. 217.1 LEC).
Con los pactos contenidos en el otorgamiento del reconocimiento de deuda y garantía hipotecaria objeto de análisis, se vino a sustituir la obligación preexistente de reembolso a corto plazo del importe neto del préstamo por la mercantil deudora, por la de reembolso del mismo más intereses pactados en un plazo de dos años, con posibilidad de resolución anticipada y exigibilidad inmediata, entre otros casos, si se instara frente a la deudora cualquier procedimiento judicial que llevara aparejada ejecución o embargo por deudas vencidas y no satisfechas o si se arrendaran las fincas sin consentimiento del prestatario.

Por lo tanto, efectivamente se introduce el beneficio del plazo, pero condicionado a la inexistencia de reclamaciones judiciales de otros acreedores insatisfechos, de manera que el prestamista solo renunciaba a exigir el pago en caso de clara solvencia de la prestataria; pero a la vez se impusieron a ésta obligaciones antes inexistentes que implican tanto un nuevo coste de financiación, como un sometimiento a la autorización del acreedor en la realización de concretos actos de administración sobre las fincas.
Por otra parte la distancia temporal a la insolvencia que motivó la declaración en concurso de la deudora e incluso la situación económica de la misma al tiempo de la constitución de los gravámenes reales no despejan las dudas sobre la inexistencia de todo atisbo de favorecimiento al acreedor apelante.
Entre la constitución de la hipoteca y la declaración del concurso de la sociedad deudora median 20 meses pero ésta ya se encontraba antes en insolvencia actual, dado que presentó la comunicación prevista en el art. 5.3 LEC en enero de 2010 y, además, existe constancia de que ya en aquel primer momento la empresa deudora atravesaba por serias dificultades con dudas sobre su viabilidad por imposibilidad de financiarse y de atender a sus obligaciones corrientes, como lo demuestra la imposibilidad de afrontar el reembolso del préstamo efectuado por el apelante; dichas circunstancias eran conocidas por el mismo en cuanto asesor financiero de la sociedad deudora, de forma que la previsibilidad de una futura situación concursal no era descartable en el momento en que las garantías cuestionadas se instrumentan.
Tales circunstancias determinan que no pueda considerarse desvirtuada la presunción legal de perjuicio, como bien apreciara en definitiva la sentencia impugnada, procediendo desestimar la apelación.": SAP Navarra (Sección 3) 04.10.2012 (Sentencia 148/2012; Rollo 151/2012)

AP Pontevedra

"SEXTO.- A partir de la alegación cuarta la parte apelante se centra en argumentar la inexistencia de perjuicio alguno que justifique la rescisión de las hipotecas, considerando que, al contrario, permitió la continuidad de la actividad y el pago a proveedores. En esta tesis atribuye también relevancia al valor de los bienes hipotecados en relación al importe de la deuda garantizada.
Hemos de convenir con la parte apelante la discusión que existe en la doctrina y la jurisprudencia acerca del concepto de perjuicio que introduce el art. 71 LC. Ahora bien, sobre lo que no hay discusión es que es presupuesto determinante que el acto o negocio que se cuestiona haya producido un menoscabo en la masa activa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, a lo que nos referiremos después. Además, hasta ahora ha venido siendo criterio mayoritario en la jurisprudencia menor, existiendo en contra posturas sólidamente argumentadas, la adopción de un criterio amplio de perjuicio en el sentido que este también se dará cuando se produce una lesión de la igualdad que debe mediar entre los acreedores concursales, un daño en realidad a la masa pasiva, anticipando una vulneración del principio par condictio creditorum que presidirá un eventual proceso concursal.
Precisamente el supuesto que examinamos previsto en el art. 71.3.2º LC en que se presume, salvo prueba en contrario, que la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, apunta, al menos aparentemente, a favor de esa tesis, pues precisamente establece una presunción iuris tantum de perjuicio cuando se gravan con garantías reales bienes del deudor para garantizar obligaciones preexistentes lo que implica considerar perjudicial los actos que perjudiquen la salvaguarda del principio de la par conditio creditorum ya que la constitución de aquéllas puede conllevar, conforme al art. 90 LC, un privilegio especial para el acreedor, garantizado frente a todos con los bienes sobre los que recae y, por lo tanto, sustrayéndolos a la satisfacción de otros acreedores.
Pero, aún cuando resulte discutible si el concepto de perjuicio debe abarcar la protección también de la masa pasiva, pues en realidad se admite la prueba en contrario de que tales actos no sean perjudiciales para la masa activa, no es menos cierto que el legislador establece una presunción a favor de la consideración de tales actos como perjudiciales para la masa activa, por lo que acreditado, como es el caso, la constitución extemporánea de las garantías durante el periodo de sospecha, corresponde a quien pretenda el mantenimiento de las garantías reales la prueba de la bondad económica de su constitución, su carácter favorable, desde una perspectiva económica y empresarial, para el patrimonio del deudor. Quien sostiene así la validez de las garantías debe acreditar que la garantía real no ha sido perjudicial para la masa activa. No queda duda que el legislador solo admite la constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes que reporte un valor para la masa activa, y ello debe ser acreditado por quien mantiene su validez. Evidencia así que la constitución de garantías reales implican una disminución aunque sea cualitativa del valor de los bienes sobre los que recae, al estar sujetos a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en el mercado, reduciéndose la posibilidad de obtener crédito pues se reduce su función de garantía al estar ya gravados.
Pues bien, en el supuesto que nos ocupa la parte apelante se limita cuestionar la valoración de los bienes en relación con el importe de la deuda garantizada, lo que carece de relevancia al caso pues no es un elemento a tener en cuenta respecto del beneficio que las operaciones causan en la masa activa. Tendría relevancia, en su caso, para demostrar la equivalencia de prestaciones si la obligación garantizada y la garantía hubieran sido simultáneas en el tiempo, pero no para el caso que nos ocupa en el que la duda es dónde se encuentre el beneficio económico para la deudora que habiendo

realizado negocios sin necesidad de prestar una garantía, a posteriori, accede a su constitución, sin una clara contraprestación.
Esto es lo relevante, y no es necesario perdernos en valorar las cuestiones referidas a un supuesto ERE y referencias a preferencias de créditos privilegiados por las garantías y los de los trabajadores por cuanto resulta inútil en los términos en que debe entenderse el concepto de perjuicio y lo que debe acreditarse en el proceso ante la presunción legalmente establecida que ya presume que una actuación como la examinada, a priori, implica una posible alteración del principio de igualdad entre acreedores, sin necesidad de mayor concreción.
No sirven las meras alegaciones de que la constitución de las garantías supuso poder pagar a acreedores diferentes del hipotecante al permitir la continuidad del trabajo con otra sociedad del mismo grupo empresarial que la apelante. Aparte de la ambigüedad de la definición de grupo empresarial y su influencia en las relaciones jurídicas de sus componentes entre sí y respecto de terceros, es lo cierto que ni existe prueba suficiente de lo que se afirma ni sirve para acreditar, estableciendo un nexo causal, entre la constitución de las garantías reales cuestionadas y la continuidad empresarial como beneficio derivado de las mismas. Si la constitución de una garantía hipotecaria se lleva a cabo para garantizar negocios que sin su constitución no serían admitidos por el acreedor, cuando el negocio jurídico se concertó sin su exigencia, es preciso acreditar cuál es la contraprestación, el beneficio que obtiene el deudor por constituirla posteriormente, cuando su inexistencia en nada afecta a las obligaciones que no se habían garantizado en su momento. Nada se acredita al respecto en relación con la acreedora apelante, de forma que ésta obtiene, sin contraprestación conocida, la garantía real de sus créditos adquiriendo una posición privilegiada respecto del resto de acreedores en relación con los bienes hipotecados. Como señala la administración concursal al oponerse al recurso de apelación, la apelante ni entre la primera y la segunda hipoteca ni durante el concurso, volvió a suministrar a la concursada. No hubo más relación comercial como lo evidencia que el importe de la deuda ya existente y que se garantiza a posteriori (primera hipoteca constituida el 11 febrero 2009), sigue siendo la misma cuando se constituye la segunda hipoteca (22 diciembre 2009). La valoración del perjuicio que se ha realizado se corresponde con una valoración de las circunstancias que se daban en el momento de la realización de los actos cuestionados, que es al que debe atenderse, sin que esta delimitación resulte desconocida por la sentencia impugnada, ni, en todo caso, al realizar una nueva valoración en esta alzada.": SAP Pontevedra (Sección 1) 23.01.2012 (Sentencia 19/2012; Rollo 806/2011)

"PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda deducida por la administración concursal en orden a la rescisión e ineficacia de la garantía hipotecaria convenida el 6 febrero 2009 entre la concursada VIAJES SILGAR S.A. y la apelante BANCO PASTOR S.A.. Se trata de una hipoteca de máximo en su modalidad de hipoteca global o hipoteca flotante constituida al amparo del art. 153 bis LH introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007. Se fija en la misma un límite de 270.000 euros y garantiza los saldos que se carguen derivados de una serie de operaciones ya concertadas con la apelante, así como de las futuras operaciones bancarias que se puedan realizar entre las partes, saldos o descubiertos en cuentas corrientes, en cuentas de préstamo, en cuentas de avales.....
Al amparo de dicha hipoteca de máximo se pretenden garantizar diversas operaciones de crédito anteriores (concertadas el 29 enero 2004, 4 mayo 2007, 16 julio 2006), algunas de ellas no vencidas aún, y especialmente, para garantizar la póliza de préstamo que se concierta el mismo día que la hipoteca por un importe de 200.000 euros, con el nº NUM000, con destino a la refinanciación de posiciones deudoras, según dicha póliza (folio 56). Préstamo cuya finalidad fue cancelar de forma anticipada un préstamo del ICO otorgado el 15 mayo 2004, que aún no había vencido (vencimiento fijado para el 15 abril 2011).
La sentencia de instancia rescinde la mencionada garantía hipotecaria al considerar que es incluible en la presunción de perjuicio a la masa activa recogida en el art. 71.3.2º LC, no existiendo prueba en contra de lo que es un perjuicio evidente, al suponer la operación un mayor gravamen de los bienes del deudor, y una mejora en la posición del acreedor que pasa a ser acreedor hipotecario.
Contra dicha sentencia se alza la parte demandada, BANCO PASTOR S.A. que entiende que se ha procedido a una aplicación automática del art. 71.3.2º LC, no compatible con la intención del legislador, acreditándose en el caso una serie de circunstancias que desvirtúan la presunción de perjuicio patrimonial: que la póliza de préstamo ICO podría ser reclamada por vía ejecutiva, que es una hipoteca de cuarto rango; que se pacta una carencia total de capital e intereses, que se pagarán a la finalización del préstamo, y no de forma trimestral, que la operación supuso la obtención de fondos adicionales por importe de 81.267 euros. En segundo lugar, se alega inaplicación del art. 71.5 LH al considerar que se trata de un acto ordinario no susceptible de rescisión.
SEGUNDO.- Hemos de reiterar nuevamente, como ya hemos señalado en resoluciones anteriores que, existe discusión en la doctrina y la jurisprudencia acerca del concepto de perjuicio que introduce el art. 71 LC. Ahora bien, sobre lo que no hay discusión es que es presupuesto determinante es que el acto o negocio que se cuestiona haya producido un menoscabo en la masa activa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Hasta ahora ha venido siendo criterio mayoritario en la jurisprudencia menor, existiendo en contra posturas sólidamente argumentadas, la adopción de un criterio amplio de perjuicio en el sentido que este también se dará cuando se produce una lesión de la igualdad que debe mediar entre los acreedores concursales, un daño en realidad a la masa pasiva, anticipando una vulneración del principio par condictio creditorum que presidirá un eventual proceso concursal.

Precisamente el supuesto que examinamos previsto en el art. 71.3.2º LC en que se presume, salvo prueba en contrario, que la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, apunta, al menos aparentemente, a favor de esa tesis, pues precisamente establece una presunción iuris tantum de perjuicio cuando se gravan con garantías reales bienes del deudor para garantizar obligaciones preexistentes lo que implica considerar perjudicial los actos que perjudiquen la salvaguarda del principio de la par conditio creditorum ya que la constitución de aquéllas puede conllevar, conforme al art. 90 LC, un privilegio especial para el acreedor, garantizado frente a todos con los bienes sobre los que recae y, por lo tanto, sustrayéndolos a la satisfacción de otros acreedores.
Pero, aún cuando resulte discutible si el concepto de perjuicio debe abarcar la protección también de la masa pasiva, pues en realidad se admite la prueba en contrario de que tales actos no sean perjudiciales para la masa activa, no es menos cierto que el legislador establece una presunción a favor de la consideración de tales actos como perjudiciales para la masa activa, por lo que acreditado, como es el caso, la constitución extemporánea de las garantías durante el periodo de sospecha, corresponde a quien pretenda el mantenimiento de las garantías reales la prueba de la bondad económica de su constitución, su carácter favorable, desde una perspectiva económica y empresarial, para el patrimonio del deudor. Quien sostiene así la validez de las garantías debe acreditar que la garantía real no ha sido perjudicial para la masa activa.
No queda duda que el legislador solo admite la constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, que reporte un valor para la masa activa, y ello debe ser acreditado por quien mantiene su validez. Evidencia así que la constitución de garantías reales implican una disminución aunque sea cualitativa del valor de los bienes sobre los que recae, al estar sujetos a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en el mercado, reduciéndose la posibilidad de obtener crédito pues se reduce su función de garantía al estar ya gravados.
Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, las circunstancias que la parte apelante dice que concurren y que justifican la consideración de inexistencia de perjuicio, no pueden ser consideradas como tales. Que la parte apelante pudiera haber vencido anticipadamente la póliza ICO por mora e instar su ejecución o el cuarto rango de la hipoteca, nada añaden a la constitución de la garantía real respecto de obligaciones preexistentes que ni siquiera están vencidas en el momento de su constitución. Tampoco son circunstancias favorables ni el periodo de carencia ni los supuestos fondos adicionales. El periodo de carencia porque por sí mismo, pudiendo implicar una ventaja, en el supuesto que nos ocupa es insuficiente para compensar el sacrificio patrimonial que significa la sujeción de un bien relevante de la deudora a una garantían hipotecaria. Y los supuestos fondos adicionales por algo más de 81.000 euros, es más aparente que real por cuanto el préstamo relacionado con la garantía hipotecaria, de la misma fecha, iba dirigido a satisfacer posiciones deudoras, existiendo más deudas que la principalmente cancelada de la póliza ICO, de forma que, como señala la parte apelada, no existió mayor liquidez ni disposición de activos para la concursada, sino que se fue elevando el endeudamiento. Se reflejan en la propia demanda operaciones en la misma cuenta operativa de la póliza ICO, diversos movimientos, algunos de ellos con fundamento o finalidad desconocida, que implican una mayor disposición de dinerario. Finalmente, es también sustancialmente superior el interés remuneratorio fijado en el préstamo garantizado con la hipoteca, entre otros, celebrado en la misma fecha que ésta, con el que se pretende cancelar la póliza ICO, pues si en esta el interés remuneratorio es del 2,472%, en el nuevo préstamo el interés nominal anual es del 8% (TAE del 10,88%).
Por todo ello no puede decirse que se haya destruido la presunción de perjuicio a la masa activa que establece el art. 71.3.2º LC." : SAP Pontevedra (Sección 1) 21.06.2012 (Sentencia 358/2012; Rollo 915/2011)

AP Sevilla

"Primero.- La entidad bancaria que concedió el préstamo que se rescinde recurre la sentencia alegando, en esencia, errónea interpretación del artículo 71.3.2º de la Ley Concursal en tanto que la presunción que contiene, contrariamente a lo que dice la sentencia, sí admite prueba en contrario y que en el supuesto de autos la prueba practicada acredita que la operación que se rescinde no constituye un sacrificio patrimonial injustificado por cuanto que con el préstamo la sociedad concursada consiguió convertir deuda a corto plazo en deuda a largo plazo, con carencia absoluta de principal e intereses durante dos años, evitándose de esta forma ejecuciones sobre bienes de la concursada, concediéndose además una liquidez adicional del 15%, destinada a pagar los intereses de los dos años de carencia y los gastos derivados de la operación, obteniéndose además mejores condiciones financieras en cuanto a los intereses de demora; por otro lado las garantías fueron proporcionales y el hecho de que el 30% correspondiera a deudas de otras empresas no significa que estemos ante actos a título gratuito, ya que todas formaban parte del mismo grupo empresarial y tenían un sólo propietario.
Segundo.- La sentencia apelada no considera en ningún momento que la presunción del artículo 71.3.2º de la Ley Concursal constituya una presunción iuris et de iure. Por el contrario sostiene claramente que se trata de una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario, cuya carga recae sobre la parte que pretende destruir la presunción, en este caso, la apelante. Lo que sostiene la sentencia es que no se ha destruido la presunción con la certeza que exige el artículo 217.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Tanto la sentencia como la parte apelante utilizan la doctrina del "sacrificio patrimonial injustificado" como base para apreciar la existencia de perjuicio para la masa activa, alegando esta última, contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia, que en este caso el sacrificio patrimonial estaba justificado por lo que no cabe la rescisión de la refinanciación del préstamo. Tal teoría está citada por la apelante sin embargo de forma incompleta o parcial. Centrándonos en el caso concreto, la refinanciación de un crédito o créditos sustituyéndolo por otro que añada una garantía real, es, en principio, un sacrificio patrimonial que conlleva perjuicio para la masa activa. Dicho sacrificio patrimonial sólo estará justificado, y no conllevará por tanto perjuicio patrimonial, si cumple una serie de requisitos. Efectivamente, conforme a la citada doctrina, que formuló inicialmente la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y que ha sido recogida por nuestro Tribunal Supremo por primera vez en la Sentencia de 27 de octubre de 2.010 y últimamente en su sentencia de 9 de julio de 2.014, con cita de otras en igual sentido, el perjuicio se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, lo cual requiere una aminoracio#n del valor del activo sobre el que mas tarde, una vez declarado el concurso, se constituira# la masa activa y que ello no se encuentre justificado.
Tercero.- En cuanto a esta segunda cuestión, la justificación del gravamen real en que consiste en el presente caso el perjuicio patrimonial, para llegar a la conclusión de si la negociación de un nuevo crédito con el otorgamiento de dicha garantía, para cancelar un crédito o créditos anteriores, estaba o no justificada ha de valorarse el principio de oportunidad, las expectativas razonables de que el negocio o acto de disposicio#n reportase beneficios al deudor en ese momento y otras circunstancias concurrentes, particularmente, tratándose de empresas con graves dificultades económicas y al borde del concurso, si la constitucio#n de estas garanti#as, que indudablemente afectara#n a los acreedores anteriores, abría expectativas razonables de que el deudor, gracias al referido acuerdo de financiacio#n, hubiera podido salir adelante y, al superar la crisis, pagar sus cre#ditos.
En definitiva para que no constituya perjuicio patrimonial la sustitución de un crédito o créditos por otro con respecto al cual se constituya una garantía real, no es suficiente que se incremente la liquidez del deudor o se obtenga un mayor plazo para el pago de la deuda, sino que tal operación debe generar una expectativa razonable de contribuir significativamente a permitir la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo, y, en definitiva, el pago de unas deudas que de otra forma no hubiera sido posible, con independencia de que posteriormente tales expectativas lleguen o no a cumplirse.
Desde la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por el R.D.-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, los acuerdos de refinanciación han sido objeto de un tratamiento específico en orden a las acciones de rescisión, impidiendo dicna acción siempre que cumplan determinados requisitos. Dicha Ley introduce efectivamente una disposición adicional cuarta, que posteriormente pasaría a integrarse en el articulado de la Ley Concursal, conforme a la cual tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo. Dichos acuerdos no estaban sujetos a la rescisión del artículo 71.1 de la Ley Concursal siempre que cumplieran los requisitos del apartado 2 de la citada disposición adicional.
Actualmente la exclusión de los acuerdos de refinanciación se regula en el artículo 71 bis, en cuyo apartado 1 se sigue estableciendo como condición, entre otras, que mediante la refinanciación se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo. Como alternativa, en el apartado 2 se contemplan otras condiciones, la primera de las cuales es el incremento de la proporción de activo sobre pasivo previa.
En definitiva, de la doctrina jurisprudencial señalada, y de la evolución legislativa que se ha indicado, resulta que sólo cabrá hablar de sacrificio patrimonial justificado, y por tanto de ausencia de perjuicio para la masa activa, cuando se pueda afirmar que la refinanciación de una deuda que comporte el establecimiento de garantías reales suponía a priori una mejora real y significativa de las posibilidad de la empresa de atender el pago de sus deudas y evitar la situación de concurso, aún cuando posteriormente no se consiguiera esa finalidad.
Cuarto.- En el caso de autos la operación de refinanciación que rescinde la sentencia apelada no significó un aumento significativo de la liquidez de la concursada, por cuanto que aunque se le concedió una cantidad mayor que la refinanciada su importe iba destinado básicamente a pagar los gastos de la operación e intereses generados por la misma. Es cierto por otra parte que conllevaba la conversión de una deuda vencida en una deuda a largo plazo. Pero ni se ha probado que ello se hiciera como una parte de un plan para conseguir la viabilidad de la empresa, ni que tal aplazamiento de la deuda y mejora de algunas condiciones incrementara de forma significativa la posibilidad de conseguir esa viabilidad. Por el contrario, apenas diez meses después de concluida esa operación, se declaró el concurso, lo que es indiciario de que tal operación no mejoró signficativamente su situación económica; la que mejoró fue la del apelante que consiguió de este modo una garantía real que no tenía y que era más importante que el plazo de pago del crédito o que las condiciones sobre intereses moratorios a la vista de la mala situación de la empresa y de su previsible situación de concurso en poco tiempo.

Por tanto, debe confirmarse la sentencia apelada cuando estima que la operación constituye un sacrificio patrimonial injustificada a los efectos de apreciar perjuicio para la masa activa y que no se ha destruido la presunción que al respecto establece la Ley Concursal, desestimándose íntegramente el recurso interpuesto.”: SAP Sevilla (Sección 5) 14.11.2014 (Sentencia 563/2014; Rollo 4350/2014)

AP Tenerife

“SEGUNDO.- 1. La constitución de garantías reales sobre deudas preexistentes se contempla, en efecto, en el art. 71.2.3 de la Ley Concursal como un supuesto que presume, salvo prueba en contrario (iuris tantum), el perjuicio que integra la base de la rescisión que regula el mismo precepto, es decir, la de los actos (perjudiciales) realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso.
La justificación de esa presunción se viene a explicar suficientemente en la sentencia apelada, pues la concesión de una garantía real constituye una merma del valor del bien afectado por ella, de modo que el mero hecho de concederla para garantizar una obligación preexistente se considera en principio injustificado pues además de la merma de valor que supone el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración de la par conditio creditorum al conceder a un acreedor a satisfacer su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado.
2. Sin embargo y como se ha señalado, se trata de una presunción que admite prueba en contra y lo que sostiene la entidad apelante es que, en este caso, existe prueba suficiente que desvirtúa esa presunción aplicada mecánicamente en la sentencia apelada, y ello por las razones ya reseñadas. Estas se vienen a inferir de la significación que la apelante le confiere a determinados datos que resultan de los documentos que incorporan los actos y operaciones llevadas a cabo que han sido rescindidos.
La Sala, sin embargo, no comparte estas alegaciones que en gran parte de su contenido han sido correctamente refutadas en el escrito de oposición.
3. Hay que comenzar señalando que los actos que son objeto de rescisión representan una doble garantía de carácter real; por un lado, la hipoteca en garantía de un préstamo por importe de 8.500.000 euros para la refinanciación de la entidad concursada, destinado cancelar los saldos deudores de la concursadas en diferentes cuentas y líneas de descuentos que mantenía con el Banco: por otro lado, un prenda sobre los créditos derivados de efectos previamente descontados y otros créditos documentados por importe total de 7.875.147,11 euros, convenida en póliza suscrita el mismo día de la hipoteca.
En los términos de la demanda la prenda se "superpuso" a la hipoteca que se constituyó "sin contraprestación alguna".
4. Ciertamente y si esto es así no se trataría del supuesto que en el ámbito bancario se conoce como superposición de garantías; en tal caso la doctrina más autorizada (y no solo la que se cita en la demanda) considera que constituye en todo caso un acto gratuito, en el que el otorgamiento de la garantía se produce sin contraprestación y, por tanto, la presunción de perjuicio debe entenderse con carácter iuris et de iure y no iuris tantum, resultando subsumible el hecho más bien en el ámbito del art. 71.2 LC pues, de otro modo, la realización de actos a título gratuito recibiría un tratamiento distinto en la Ley en función de que se acompañase
o no de la constitución de garantías reales.
TERCERO.- 1. Al margen de lo anterior y aun reconociendo la posibilidad de prueba en contra del perjuicio presumido según el art. 71.2.3º de la LC, no se pueden aceptar, a juicio de la Sala y como se ha señalado, los argumentos del recurso.
En primer lugar y como señala la administración apelada, no se pueden comparar ni vincular la ampliación anterior del préstamo hipotecaria con la constitución de las garantías que son objeto de rescisión, porque si bien aquélla (como otras anteriores que se habían producido) tendían claramente a permitir la construcción del edificio sobre la finca hipotecada, éstas iban destinadas a la cancelación de deudas contraídas, sin que tales operaciones puedan enmarcarse, como más adelante se mantendrá, dentro de lo que es el ámbito de la actividad ordinaria y habitual de la entidad concursada (la promoción inmobiliaria).
Pero es que además el contexto no era el mismo, pues como se ha señalado, ya en el mes de agosto del año 2007 se habían detectado los problemas de liquidez y el sobreseimiento en los pagos de la concursada, a lo que no era ajena la entidad apelante como se desprende del contenido de la contestación a la demanda de la entidad apelante, al que alude la administración concursal; no obstante la misma entidad, en dicha contestación, niega también que conociera esa insolvencia, de manera que las expresiones a las que alude la apelada ("efectivamente la crisis financiera de la concursada comenzó en agosto de 2007", por ejemplo) pudieran considerarse como el reconocimiento de una situación constatada a posteriori que se desconocía en el momento en que surgió.
Este conocimiento de la situación de crisis (que por sí mismo y según la sentencia apelada, de acuerdo con la jurisprudencia que cita, no es determinante de la mala fe que requiere además la intención de sustraer bienes en perjuicio de los acreedores) puede inferirse y presumirse de las circunstancias concurrentes, pues la presunción legal derivada de la constitución de las garantías opera en contra de la apelante respecto de todos los presupuestos determinantes del perjuicio presumido. Este debe valorarse en el momento de ejecución de los actos, es decir y en este caso, en el de la refinanciación, de manera que si la crisis era estructural (como efectivamente lo era en este caso) el perjuicio es claro, pues entonces lo que se produce es una mera garantía para la entidad financiera que se asegura una situación de privilegio.

Sobre esta base hay que señalar que puede ser difícil una prueba rigurosa de que la apelante desconociera la situación de insolvencia de la concursada, pero lo lógico es que la conociera y, al pesar sobre la apelante la presunción señalada, al menos debería de haber acreditado con más rigor los datos y las razones de los que cabía inferir ese desconocimiento, o bien las causas que podían fundar una certeza medianamente razonable por su parte de que se podría hacer frente a la situación; es decir, las razones por las que entendía que la crisis era meramente coyuntural y basada en razones operativas. Debe desestimarse pues esta primera alegación del recurso.
2. Es cierto que en este caso se produjo una efectiva aportación a la entidad concursada por el excedente de liquidez derivado del importe del préstamo respecto del importe de los efectos que la concursada había descontado del Banco (7.875.147,11 euros), que ascendía a 275.000 euros, pero en el total de la operación esa aportación es insignificante, pues, como señala la administración concursal, representa un 3,37 % del préstamo garantizado y del dinero efectivamente dispuesto sin tener en cuenta los gastos generados (por un total de 150.000 euros), bajando al 1,53% en caso de computar estos gastos. Es cierto que, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial que cita la recurrente, cuando además de la cancelación o novación de deudas se produce una ampliación del crédito, puede suponer una justificación del acto de constitución de hipoteca que excluya el perjuicio, pero claro está esa ampliación deber tener cierta influencia en el marco de la operación para conferirle la virtualidad de eximir del perjuicio que, además, debe valorarse junto con otras circunstancias.
En este caso esa cantidad carece de la significación que se le pretende conferir en función del porcentaje que representa respecto del total de la operación sin que, por ello, pueda neutralizar la consideración de perjudicial para la masa de los actos objeto de la rescisión.
3. Algo similar ocurre respecto de la ampliación del plazo y mejoras de las condiciones financieras con evitación de ejecuciones, pues los datos a los que alude la apelante no justifican por sí mismo las operaciones teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.
De otro lado, puede ser que la novación de las deudas a corto por deudas a largo plazo pueda inferirse del propio contenido de las operaciones, pero, por un lado y como se ha señalado, ello es así en la medida en que el proyecto de la refinanciación responda a un certeza más o menos razonables de la posibilidad de su cumplimiento, porque si no lo es la variación de las circunstancias no es sino una mera apariencia de la posible justificación que, en realidad, no responde al fin señalado sino a la voluntad de la obtención de la situación de privilegio mediante la constitución de las garantías a la que ya se ha hecho referencia, determinantes del perjuicio referido.
En definitiva, no es posible obtener la justificación de las operaciones con esa base que responden, más bien, a su propia mecánica en orden a asegurar el cumplimiento de sus créditos alcanzando una situación de privilegio, más que a conceder una refinanciación, cuando, además y como señala la administración concursal, en el momento de las operaciones los efectos a los que se refería no se encontraban vencidos. Es cierto, como señala la apelante, que una cosa es que los efectos no hubieren vencido y otra que su descuento hubiera generado una deuda de la sociedad, y que las obligaciones existieran aunque no fueren exigibles o no estuvieren vencidas, pero la misma previsibilidad del incumplimiento es también un indicio de la situación de crisis que no hace sino en ahondar en su falta de justificación
6. La sentencia apelada no desconoce la doctrina de otras Audiencias Provinciales a la que se refiere la parte recurrente, pues si bien en una de ellas se admite la posibilidad de la justificación con base en los datos mencionados (la ampliación del crédito, conversión de deudas a corto plazo en deuda a largo con mejoras de las condiciones financieras) ello lo es en razón de las circunstancias específicas del caso, pues, por ejemplo, la ampliación del crédito tenido en cuenta en dicha jurisprudencia es de un tercio del crédito hipotecario, lo que indudablemente puede tener cierta significación a esos efecto que, sin embargo, no es posible reconocer en este caso, en el que esa ampliación supone los porcentajes ya señalados que se reducen a un 1,53% si se tiene en cuenta los gastos de las operaciones. En tales condiciones y como se ha señalado, el incremento es insignificante.": SAP Tenerife (Sección 4) 08.04.2013 (Sentencia 125/2013; Rollo 465/2012)

AP Valencia

"1) Como razona la resolución apelada y conforme al contenido del artículo 71.3.2º de la Ley Concursal, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, presumiéndose el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario, por la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
En el supuesto que se somete a nuestra consideración es de ver que la operación controvertida (documento 1 al folio 31) se verifica dentro del período sospechoso (como admite la parte recurrente) y tiene por objeto la obtención de un préstamo y la constitución de una garantía por parte de la entidad JUPONCHE SL destinada a cancelar obligaciones y responsabilidades de la entidad MARMOLES BUÑOLS SA de la que JUPONCHE era fiadora (folio 40 de las actuaciones).
Compartimos las conclusiones que se exponen en la resolución recurrida en orden a que dicha operación supone un perjuicio para la masa activa del concurso dado que la constitución de la garantía sobre el patrimonio de la concursada lo fue a favor de obligaciones preexistentes de las que JUPONCHE SL era fiadora solidaria, siendo el deudor principal una entidad distinta MÁRMOLES BUÑOL S.A., sin que se haya desvirtuado cuanto se expone por la Administración concursal en la demanda, tal y como se razona por el magistrado "a quo" en el Fundamento Jurídico Segundo de la

resolución apelada, que damos por reproducido. “:SAP Valencia (Sección 9) 18.12.2012 (Sentencia 453/2012; Rollo 626/2012)

“PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 se dictó sentencia por la que se desestimaba la demanda formulada por la Administración Concursal del Concurso Voluntario de Tomasa y que se había dirigido contra ésta última, quien se allanó a la demanda, y contra COFARES, SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACEÚTICA ESPAÑOLA.
Se interpone recurso de apelación por la Administración Concursal en base a las siguientes alegaciones: 1) En la hipoteca mobiliaria que se constituye a favor de COFARES se incrementa el importe de la deuda reconocida, sin que resulte de su tenor que especiales condiciones para el pago de los recibos que generen las compras efectuadas por la Sra. Tomasa. 2) Aún cuando COFARES articula la operación contablemente como la concesión de un préstamo, ello no impide la aplicación del artículo 71.3.2º LC, por cuanto el importe se empleó para cargar los saldos que simultáneamente se reconocían a COFARES. 3) Concurren los requisitos del citado precepto, habiéndose producido un perjuicio a la masa del concurso, no resultando de la escritura la apertura de una línea de suministro sin límite de cuantía, como se dice en la sentencia apelada. 4) En el supuesto legal citado no hay que probar el perjuicio patrimonial, pues éste se presume, sin que tampoco sea de aplicación el tenor del artículo 71.5.1º LC pues no estamos en presencia de actor ordinarios de la actividad propia de una oficina de farmacia, 5) No se dan los requisitos necesarios para que no pueda ser ejercitada la acción rescisoria del artículo 71 LC, pues los acuerdos de refinanciación deben cumplir al efecto con lo dispuesto en el RD Ley 3/2009. Termina solicitando nueva resolución por la que se estime la demanda inicial de las actuaciones.
La representación procesal de COFARES solicitó la confirmación de la sentencia con arreglo a las alegaciones contenidas en su escrito de oposición al recurso de apelación que consta unido a los autos.
SEGUNDO.- No se aceptan los razonamientos jurídicos de la sentencia apelada.
Según resulta del contenido de las actuaciones, por Auto de 13 de octubre de 2011 se declaró en situación de concurso voluntario a la Sra. Tomasa, farmacéutica, quien en fecha 13 de abril de 2010(f. 273) había otorgado a favor de la entidad COFARES una escritura pública de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria mobiliaria. En dicha escritura, la Sra. Tomasa, socia de la Cooperativa demandada, reconoce adeudar por los suministros recibidos de COFARES la cantidad de 208.607'07 Euros, por los periodos comprendidos entre junio y diciembre de 2009 y enero y marzo de 2010. Igualmente, y por razón de un préstamo de mercancías concedido por COFARES en fecha 11 de julio de 2008, la Sra. Tomasa reconoce adeudar la cantidad de 3.373'90 Euros, siendo el capital pendiente en ese momento de 64.080'70 Euros. La suma de todas las indicadas cantidades, deudas y capital pendiente de pago por el préstamo de mercancías, ascendía a 293.515'46 Euros, acordándose por las partes el pago aplazado de esta cantidad. Se establece un periodo de carencia en cuanto a la devolución del capital hasta el día 14 de junio de 2011, periodo en el que se tenían que pagar los intereses devengados, debiéndose proceder al pago del total importe restante (capital e intereses pendientes) con ocasión de la última cuota de vencimiento 14 de julio de 2011.
Ya en este punto interesa destacar la circunstancia de que el préstamo de mercancías tenía vencimiento a 25 de julio de 2013, pese a lo cual al constituir la hipoteca se adelanta la fecha del vencimiento de tal operación en la parte no vencida al 14 de junio de 2011, de modo que la Sra. Tomasa ve recortado en dos años el aplazamiento del pago del préstamo, resultando así difícil considerar tal operación, al menos en lo que se refiere a dicho préstamo en su parte no vencida, como un acuerdo de refinanciación en los términos previstos por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas Urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica (BOE 31 de marzo de 2009) - en vigor al día siguiente de su publicación- que introdujo una nueva disposición adicional cuarta en la Ley Concursal bajo el título "acuerdos de refinanciación", ya que la refinanciación ha de suponer una ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, debiendo responder el acuerdos a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo; sin embargo en el caso de autos, y con respecto a la operación a que nos estamos refiriendo, realmente se produce para la Sra. Tomasa un endurecimiento de las condiciones de pago inicialmente convenidas respecto del préstamo concedido por COFARES el 11 de julio de 2008.
El artículo 71 de la Ley Concursal regula las acciones de reintegración, estableciendo que "1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta". A los efectos del ejercicio de tal acción, la parte demandante citaba el apartado 3.2º que regula la presunción de perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario, para el supuesto de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, considerando la Sala que, a tenor de la documentación obrante en autos, dicho supuesto legal es de apreciar en la escritura de constitución de hipoteca mobiliaria objeto del procedimiento. Efectivamente, en dicho documento se viene a hacer referencia al importe de dos deudas distintas, una el préstamo de mercancías al que anteriormente se ha hecho mención, y la otra correspondiente al importe de los suministros recibidos por la Sra. Tomasa de COFARES en periodos de tiempo anteriores a la fecha de constitución de la hipoteca; ambas obligaciones eran preexistentes -en cuanto a las cuotas impagadas en lo que se refiere al préstamo- y por dicho documento público

COFARES obtiene la constitución a su favor de una garantía real, la hipoteca mobiliaria, de la que carecía con anterioridad, sin que el hecho de la anotación contable del importe de la cantidad reconocida como debida en la cuenta de la cooperativista permita su calificación como préstamo pues, como bien indica la Administración Concursal, de forma inmediata a esa anotación se produce el descuento de los saldos que habían sido reconocidos en la escritura como adeudados por la concursada, no produciéndose por tanto un efectivo traslado de dinerario distinto a aquél que configuraba el importe de la deuda.
Por otra parte, no resulta del tenor de la escritura pública que a consecuencia del convenio se mejoren las condiciones de pago por ulteriores compras que pueda realizar a COFARES la Sra. Tomasa, pues simplemente se establece que la parte deudora se obliga, respecto de tales compras, a mantener la forma de pago normal, -sin aplazamientos especiales-, debiendo pagar el día quince del mes siguiente al mes de compra correspondiente. Esto es, ni por esta forma de pago, ni por la convenida para el pago del préstamo por mercancías, ni por la del pago de los suministros recibidos hasta marzo de 2010 cabe apreciar que estemos en presencia de un acuerdo de refinanciación, habiéndose limitado la entidad apelada a constituir a su favor una garantía mobiliaria con la que se consigue afectar -extraer, de facto- los bienes que constituyen el activo de la concursada por cuanto la hipoteca recae sobre la oficina de farmacia de la que es titular la Sra. Tomasa, incluyendo tanto los elementos destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de explotación (ordenador personal, instrumentos de laboratorio, estanterías, mobiliario y enseres propios del negocio y mostrador para la atención al público), como los medicamentes y productos farmacéuticos y de parafarmacia almacenados en la farmacia y destinados a la explotación propia del establecimiento, quebrando así el principio de paridad de trato de los acreedores al provocarse una alteración enla preferencia y prelación concursal para el cobro.
Las consideraciones jurídicas hasta aquí expuestas impiden considerar que, como se afirma en la sentencia apelada, la hipoteca mobiliaria objeto de autos pueda ser considerada como un acto ordinario de la actividad profesional de la Sra. Tomasa realizado en condiciones normales (art. 71.5. 1ª LC), pues lo que ha de considerarse como operaciones propias y normales de una oficina de farmacia es la venta de productos farmacéuticos a los clientes y no la constitución de una hipoteca mobiliaria de la propia oficina farmacéutica.
En definitiva, ha de estimarse la acción ejercitada por la Administración Concursal, al haberse acreditado la concurrencia del supuesto a que se refiere el artículo 71.3.2º LC, sin que la parte demandada -COFARES- haya acreditado que la constitución de la garantía real no haya causado perjuicio patrimonial a la masa del concurso de la Sra. Tomasa, carga probatoria que a dicha parte correspondía de conformidad con lo establecido en el citado precepto legal.”: SAP Valencia (Sección 9) 17.06.2013 (Sentencia 179/2013; Rollo 229/2013)

“PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia de 10 de enero de 2013 estima la demanda formulada por la Administración concursal de la entidad VIAJES CASIPEA SL y de DON Jose Manuel Y DOÑA Estefanía contra CAIXABANC, en los términos que resultan del Antecedente Primero de esta Sentencia, que se da ahora por reproducido en evitación de innecesarias reiteraciones, al considerar que conforme al contenido del artículo 71 de la Ley Concursal, la transformación de una deuda inmediatamente exigible en una a largo plazo genera un perjuicio para la masa, máxime cuando el crédito hipotecario constituido el 12 de enero de 2011 lo fue hasta el límite de 60.000 euros con fecha de vencimiento a 12 de enero de 2021 y se canceló una cuenta de crédito que se hallaba vencida y el préstamo por importe de 3.665,75 euros.
Por la representación de la entidad CAIXABANK S.A se presentó recurso de apelación - folio 167 y siguientes de las actuaciónes - argumentando, en síntesis:
1.- Error en la determinación de la existencia del perjuicio patrimonial pues la operación concertada no sólo no fue perjudicial para el patrimonio de los concursados sino que les generó un indudable beneficio al igual que la resto de los acreedores.
2.- Tras referirse a los productos financieros que tenía concertados la concursada con la entidad CAIXABAN SA con anterioridad a la constitución del crédito hipotecario y describir el activo y pasivo de la entidad y sus garantes en enero de 2011, concluyó que con el importe del préstamo se cancelaron dos cuentas de crédito (por importe de 27.320,34 y 3665,75 euros) facilitando a los deudores el pago de la deuda al concederles más plazo y con una cuota inferior, resultando un remanente para ellos de 29.013,91 que pudieron ser destinados al pago de los créditos a otros acreedores.
3.- La Juzgadora de instancia no ha tomado en consideración las condiciones económicas del contrato de 12 de enero de 2011, pues amen de ser más favorables evitó la inmediata ejecución de los derechos que ostentaba el banco como acreedor, lo que hubiera supuesto un calor perjuicio para el normal desarrollo de la actividad empresarial y consecuentemente para los acreedores. La operación ha permitido la continuidad empresarial durante año y medio como consecuencia de la inyección de tesorería efectuado.
4.- Inexistencia de perjuicio patrimonial. Atendidas las circunstancias en las que se procedió a concertar la operación, la misma supuso un significativo incremento del capital financiado y al tiempo que se satisfizo una deuda vencida y exigible con un tipo de interés moratorio muy superior, se dotó de "fresh money" a la mercantil con la que atender deudas e inyectar liquidez a su tesorería. Razona la recurrente -con los datos que expone en su escrito - que la constitución del crédito con garantía hipotecaria obedeció al justo equilibrio de prestaciones al trasformar deudas de corto a largo plazo y

aumentar el dinerario disponible para atender la actividad cotidiana de la empresa, citando en sustento de sus tesis las resoluciones judiciales que estimó de aplicación al caso.
Y termina por suplicar la revocación de la Sentencia apelada, declarando no ajustada a derecho la rescisión del contrato de garantía hipotecaria de 12 de enero de 2011, que debe mantenerse a favor de la entidad recurrente.
Se opone al recurso de apelación la representación de DOÑA Estefanía y DON Jose Manuel - folio 271 -para destacar que sus representados realizaron un acto de disposición gratuita de sus bienes al constituir el gravamen a tenor de la doctrina del TS que resulta de las sentencias de 13 de diciembre de 2010 y 8 de marzo del mismo año, siendo procedente la acción de reintegración ejercitada por lo que postulan la desestimación del recurso.
EL administrador concursal del concurso conjunto de la entidad VIAJES CASIOPEA SL y de DOÑA Estefanía y DON Jose Manuel también se opuso al recurso de apelación - folio 277 - alegando como primer motivo de oposición que la parte ha deducido recurso sin esperar a la apelación más próxima sin deducir protesta (197.4 LC). Y en cuanto a los motivos de fondo argumenta: 1) que un año antes del concurso la entidad financiera convenció a la concursada y a sus administradores para transformar un préstamo personal en un préstamo hipotecario, con constitución de forma gratuita de una garantía sobre los bienes de los administradores indicados. 2) La hipoteca del inmueble ha constituido un grave perjuicio para los acreedores ordinarios y con garantía general, impidiendo la venta del inmueble cuyo importe - e incluso con un descuento del 20% - seria suficiente para atender todos los créditos concursales y contra la masa dado que el total de la masa pasiva consolidada asciende a 221.414,31 euros y el precio de enajenación del inmueble es de 235.000 euros. De seguirse la ejecución hipotecaria frente al inmueble y su adjudicación a la entidad actora por la garantía hipotecaria total (86350 euros) ésta se quedaría el bien por el 60% del valor de tasación a efectos de subasta, impidiendo que los demás acreedores pudieran cobrar nada. Considera el Administrador Concursal que la operación vulnera la par conditio creditorum, sin que pueda acogerse el argumento esgrimido de que alargar la deuda en el tiempo supone un beneficio, pues atendida la situación de la sociedad a través de sus cuentas (que era conocida por la entidad bancaria) se observa que lo realmente pretendido por el Banco fue asegurar su crédito mediante el sistema de hipotecar gratuitamente el único bien de los socios, como se desprende de su actitud procesal durante el concurso iniciando la ejecución que se negó a suspender pese a estar éste en marcha. Tampoco se ha mejorado la situación de la sociedad frente a los acreedores como se pretende de adverso porque se atendieron todos los gastos de constitución de la hipoteca y se pagó una póliza personal de los socios, sin que entrara en la sociedad ni un solo euro de refinanciación, siendo igualmente incierto que las condiciones pactadas fueran mejores. Y tras destacar los fundamentos de derecho en que sustenta su posición procesal, termina por suplicar la desestimación del recurso con la imposición de las costas procesales a la recurrente.
SEGUNDO.- Este Tribunal, en uso de la función revisora que le atribuye la apelación, ha procedido a examinar de nuevo las alegaciones respectivamente deducidas por las partes, así como los documentos en que se sustenta la cuestión controvertida, y como consecuencia de tal proceso de revisión y tomando en consideración las normas y resoluciones respectivamente invocadas por los litigantes, hemos llegado a las conclusiones que seguidamente pasamos a exponer.
(...)
CUARTO.- Iter cronológico y resultado de la prueba practicada en la instancia.
De lo actuado en el procedimiento y de la prueba practicada en las presentes actuaciones se desprende:
1) Que en fecha 12 de enero de 2011 (documento 2 al folio 11 de las actuaciones y 1 de la contestación a la demanda al folio 83) se otorgó escritura de crédito abierto con garantía hipotecaria por la que los consortes Sr. Jose Manuel y Sra. Estefanía hipotecaron la vivienda de su propiedad descrita al folio 18 del proceso, que fue valorada por SOCIEDAD DE TASACION en 145.790,69 euros. Dichos consortes ostentan en el documento la cualidad de hipotecantes no deudores. Se abrió cuenta de crédito a favor de la mercantil VIAJES CASIOPEA SL hasta el importe máximo de 60.000 euros, fijándose como fecha de vencimiento del contrato el 12 de enero de 2021, con las demás condiciones que resultan de los pactos cuarto y siguientes del contrato. Obra al folio 7 copia de la liquidación de gastos de formalización de la operación de activo por 60000 euros, a favor de la mercantil de 12 de enero de 2011 (2.710,76 euros). Y también a fecha 12 de enero una transferencia de 34000 euros (folio 9) respecto de la referencia NUM000 -NUM001, correspondiendo el último de los dos números de cuenta indicados a la operación de activo que se cita a continuación.
2) En la misma fecha se procedió a la cancelación de un préstamo titularidad de DOÑA Estefanía y DON Jose Manuel por importe de 41.193,37 euros mediante el abono del saldo existente a la fecha por importe de 3659,31 euros más 6,44 euros en concepto de intereses (folio 5 y folio 157)
2) La declaración de concurso conjunto de la entidad VIAJES CASIOPEA SL y de DOÑA Estefanía y DON Jose Manuel tuvo lugar por Auto de fecha 25 de junio de 2012.
3) La entidad CAIXA BANK instó ante el Juzgado de Primera Instancia 3 de Valencia la ejecución de la indicada garantía, según resulta del documento 6 de la demanda (diligencia de ordenación del Juzgado de Primera Instancia 3 de 19 de septiembre de 2012).
QUINTO. - La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 (Roj: STS 7265/2012; Pte. Sr. Sancho Gargallo) declara en intepretación del artículo 171 de la Ley Concursal :
"El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.

El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa."
Atendido cuanto se ha expuesto en orden a la fecha en que se procedió a concertar la operación controvertida, en relación con el destino de las cantidades obtenidas a consecuencia de la misma, consideramos que en el supuesto enjuiciado es procedente la confirmación de la Sentencia dictada en la instancia que reputa perjudicial para la masa la transformación de la deuda inmediatamente exigible en otra a largo plazo dotada de una garantía inexistente con anterioridad.
La representación de CAIXABANK argumentó que a la fecha del otorgamiento de la escritura de crédito abierto con garantía hipotecaria (12 de enero de 2011) se hallaba vencida la póliza suscrita en fecha 11 de enero de 2010 presentando un saldo deudor de 27.320,34 euros - que fue atendido como consecuencia de la operación - y sustenta su alegación en el contenido del documento 3 de los acompañados a su oposición en el que aparece indicada la fecha de vencimiento de la operación (folio 116 de las actuaciones) a 11 de enero de 2011 en relación a la estipulación 3 relativa al plazo (folio 117) que literalmente reza: "la duración del presente contrato se establece desde el día de hoy hasta el que, bajo la rúbrica "vencimiento", se indica en las condiciones particulares, fecha en la que la parte acreditada deberá realizar la reposición del capital dispuesto, a cuyo fin deberá tener en la cuenta corriente asociada saldo suficiente para efectuar el cargo del capital con sus intereses y comisiones resultantes de la liquidación del crédito."
Como consecuencia de la suscripción del contrato de crédito abierto con garantía hipotecaria a favor de la mercantil VIAJES CASIOPEA SL, los concursados Sr. Jose Manuel y Sra. Estefanía constituyeron hipoteca sobre la vivienda que se describe al folio 86 de las actuaciones en calidad de hipotecantes no deudores (folio 83 y siguientes), resultando del documento al folio 122, que sobre la expresada vivienda sita en la calle DIRECCION000 de Valencia pesaba hipoteca otorgada en su día por la CAIXA D#ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA y existía un saldo deudor de 3.659 euros que fue cancelado el mismo día 12 de enero de 2011.
La garantía constituida a favor de CAIXABANK SA supone un perjuicio para la masa de acreedores en la medida en que para garantizar el recobro de la deuda de la mercantil VIAJES CASIOPEA SL hasta una cantidad de 60.000 euros se constituyó hipoteca sobre la vivienda de los también concursados Sr. Jose Manuel y Sra. Estefanía, siendo que el artículo 71.3.2º de la Ley Concursal presume la existencia de perjuicio patrimonial cuando se constituyen garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, sin que la entidad bancaria haya aportado prueba en contrario en los términos que resultan del precepto, dado que se limita a exponer en su escrito las razones por las que considera que no se produjo tal perjuicio, limitándose a probar el destino parcial del crédito obtenido.
Entendemos, por tanto, que procede la desestimación del recurso.”: SAP Valencia (Sección 9) 08.10.2013 (Sentencia 236/2013; Rollo 520/2013)

“CUARTO.- Iter cronológico y resultado de la prueba practicada en la instancia.
De lo actuado en el procedimiento, de los hechos admitidos en los respectivos escritos de alegaciones y de la prueba practicada en las presentes actuaciones se desprende:
1) Que entre la entidad BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO y OCIOLAND SL existía desde el 4 de agosto de 2005 póliza de crédito con límite de un millón de euros, sin garantía (documento1 de la contestación, parcialmente ilegible, al folio 49 y siguientes), que se fue renovando periódicamente y en las mismas condiciones el 5 de agosto de 2006, el 23 de noviembre de 2007 (documento 2 al folio 53 y siguientes) y el 4 de diciembre de 2008 (documento 3 al folio 61 y los siguientes).
2) Al margen de la indicada póliza de crédito, existía otra también del 4 de agosto de 2005 con un límite de 9.000.000 de euros, que, a diferencia de la anterior, si estaba garantizada con un derecho de prenda, pero no es ésta última la que constituye el objeto del presente procedimiento (documento 6 de la contestación a la demanda, parcialmente ilegible, a los folios 82 y siguientes del procedimiento).
3) En fecha 16 de noviembre de 2009 y según admite la entidad demandada, se procede a la "renovación" de la póliza descrita en el apartado 1) precedente, procediendo a la ampliación del límite de crédito - de un millón de euros a dos millones y medio - y a la constitución de una garantía prendaria sobre los derechos de crédito que se derivaran del contrato financiero NUM000 (documento 5 al folio 76 y siguientes).
4) El 26 de noviembre de 2010 se constituye prenda sobre los derechos de crédito derivados del contrato financiero NUM000 en garantía de la póliza de crédito NUM001 (documentos 1 y 2 del escrito de demanda a los folios 21 y 27, y los siguientes, de las actuaciones) formalizada el mismo día 26 de noviembre de 2010, habiendo procedido la entidad bancaria a comunicar su crédito a la administración concursal en fecha 15 de julio de 2011 por importe de dos millones cuatrocientos noventa y un mil trescientos treinta y un euros con dieciséis céntimos de euro.
5) La declaración del concurso tuvo lugar el 16 de junio de 2011, por lo que el plazo de los dos años para el cómputo del período de retroacción queda fijado el 16 de junio de 2009.
QUINTO. - La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 (Roj: STS 7265/2012; Pte. Sr. Sancho Gargallo) declara en intepretación del artículo 71 de la Ley Concursal :
"El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.
El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.
El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.
El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.
Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.
El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.
71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa."
Atendido cuanto se ha expuesto en orden a la fecha en que se procedió a concertar la operación controvertida, en relación con el destino de las cantidades obtenidas a consecuencia de la misma, consideramos que en el supuesto enjuiciado es procedente la confirmación de la Sentencia dictada en la instancia que reputa perjudicial para la masa la constitución de una garantía dentro del período de

retroacción del concurso respecto de un crédito precedente renovado en el tiempo que no estaba dotado originariamente de la misma, pues la constitución de la prenda de que trae causa la demanda incidental, aún referenciada a la póliza que el banco considera renovada por la de 26 de noviembre de 2010, se produce dentro del período de los dos años que contempla el artículo 71 de la LC.

No podemos acoger los argumentos esgrimidos por la entidad bancaria en orden a la inexistencia de perjuicio por no incardinarse el supuesto enjuiciado en el marco de los números1 a 3 del artículo 71.3 de la LC, pues la acción que se ejercita por la administración concursal se sustenta en el artículo 71.3.2º que contempla la presunción de perjuicio -salvo prueba en contrario, que no se entiende cumplida por la aportación del extracto de cuentas de las operaciones realizadas por la concursada a partir del mes de noviembre de 2009 al folio 87 y siguientes - en el caso de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, que es el concreto caso que nos ocupa a tenor de cuanto ha quedado descrito en torno a las relaciones existentes entre la entidad bancaria y la concursada, pues lo cierto es que como describe la propia apelante, se vincula la constitución de la garantía a la renovación y ampliación del crédito no garantizado que venían actualizando las partes desde el año 2005.

No es de aplicación al caso el apartado 5 del artículo 71 invocado por la apelante en relación con el ordinal 4 del mismo precepto, ni puede reputarse el acto controvertido como "acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor" como defiende con ahínco. Téngase presente que la norma viene referida a la "actividad profesional o empresarial del deudor" por lo que el carácter ordinario del acto controvertido debe situarse en el marco propio de aquella actividad empresarial, que es la que resulta del objeto social de la concursada, entre los que se incluirían, según la doctrina científica los actos impositivos, laborales y suministros en general. Así resulta de la reciente Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013 (Pte. Sr. Saraza Jimena, Roj: STS 4178/2013) cuando, con cita de las Sentencias de 28 de octubre de 1996 y 12 de diciembre de 2012 dice en interpretación del precepto: " *Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» [...] Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere. / La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial. / Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales. / La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse."* Esta misma Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia tuvo ocasión de declarar en la Sentencia de 17 de junio de 2013 (Pte. Sra. Gaitón Redondo, Roj: SAP V 3355/2013) que: " *Las consideraciones jurídicas hasta aquí expuestas impiden considerar que, como se afirma en la sentencia apelada, la hipoteca mobiliaria objeto de autos pueda ser considerada como un acto ordinario de la actividad profesional de la Sra. Tamara realizado en condiciones normales (art. 71.5. 1ª LC), pues lo que ha de considerarse como operaciones propias y normales de una oficina de farmacia es la venta de productos farmacéuticos a los clientes y no la constitución de una hipoteca mobiliaria de la propia oficina farmacéutica."* Finalmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de abril de 2013 (Roj: SAP M 5932/2013) rechaza la no aplicación de las acciones de impugnación a la prenda constituida en razón " *de su condición de operación propia de la normal actividad empresarial, necesaria y beneficiosa respecto de una obligación a punto de vencer o vencida",* en referencia a un anterior préstamo hipotecario concedido por la entidad bancaria.

Tampoco podemos acoger la pretensión subsidiaria que dedujo en su escrito de oposición a la demanda incidental y que reitera en la alzada. Dicha pretensión tiene por objeto el reconocimiento - cuando menos - del privilegio respecto de la cantidad de 1.748.722,32 euros (de los 2.500.000) argumentando que dicha cantidad constituyó dinero fresco del que pudo disponer la concursada para su libre disposición dado que en el mes de noviembre de 2009 la entidad OCIOLAND SL únicamente había dispuesto de 742.608,84 euros del total límite concedido por la póliza de crédito. La constitución de la garantía por importe de dos millones quinientos mil euros del depósito efectuado por la concursada en el contrato financiero a plazo NUM000 no debe evaluarse en función de la cantidad realmente dispuesta por el deudor al tiempo de su constitución, sino en función del límite de crédito pactado y se constituye en escudo protector frente a la generalidad de los acreedores, en la medida en que de forma automática se autoriza a la entidad bancaria a la realización total o parcial de la garantía en cuantía suficiente para satisfacer la cantidad incumplida, con atribución al banco de la facultad de imputación a la cancelación o reducción de cualesquiera de las obligaciones garantizadas, en los términos que resultan de los documentos a los folios 21 y 76 de las actuaciones, lo que implica

un trato desigual respecto al resto de los acreedores.”: SAP Valencia (Sección 9) 24.10.2013 (Sentencia 244/2013; Rollo 384/2013)

“La acción de rescisión formulada por la AC de la entidad SUMINISTROS GARCAMPS SA viene referida a la escritura pública otorgada por dicha entidad y todas las entidades bancarias indicadas en el periodo de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, en concreto el 26 de junio de 2009, por la que se concedía a GARCAMPS un préstamo por un total de 16.226.000 Euros estableciendo al tiempo una garantía hipotecaria recayente sobre cuatro fincas, sitas en Paterna y Villarrobledo, propiedad de la entidad prestataria.
Alegan las entidades CATALUNYA BANC Y CAIXABANK que el préstamo con garantía hipotecaria que se constituyó en la escritura pública de 26 de junio de 2009 viene a integrar un verdadero acuerdo de refinanciación, tesis esta que no puede ser admitida por la Sala en tanto no concurren todos y cada uno de los requisitos necesarios para su configuración: El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas Urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica (BOE 31 de marzo de 2009) - en vigor al día siguiente de su publicación- introdujo una nueva disposición adicional cuarta en la Ley Concursal bajo el título "acuerdos de refinanciación", considerando por tales los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible
o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, debiendo tales acuerdos responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.", y en consonancia con dicha disposición establece el artículo 71.6 LC lo siguiente: "No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso:
1.º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.
2.º El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo".
Pues bien, aún cuando en la escritura pública otorgada por GARCAMPS y las entidades bancarias demandadas cabe apreciar la concurrencia de alguno de los requisitos al efecto establecidos en el artículo
71.6 LC, como el relativo al porcentaje que las entidades bancarias representaban en el pasivo de la empresa, no es posible estimar la concurrencia del resto de los requisitos, en particular el relativo a la modificación de las obligaciones y a las que posteriormente se hará referencia, ni el correspondiente al preceptivo informe emitido por un experto independiente designado por el registrador mercantil, sin que tampoco resulte del mismo la homologación judicial a que se refiere la Disposición Adicional Cuarta de la LC. Por tanto, no pudiendo considerar que la escritura pública otorgada por los litigantes en fecha 26 de junio de 2009 constituya un acuerdo de refinanciación en los términos que señala el citado artículo 71.6 LC, la misma está sometida a la posibilidad del ejercicio de la acción rescisoria; debe por tanto rechazarse el motivo relativo a la alegada existencia de un acuerdo de refinanciación.
TERCERO.- Como decíamos en la sentencia de 14 de noviembre de 2011, (R.A 477/11) -citada por las recurrentes-, " *El Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, que entró en vigor al día siguiente de su publicación (BOE 02/05/2009), por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, determina en su articulo*
4.5 que "Las hipotecas inscritas a favor de las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe", incluyendo su artículo 2 como una de las entidades que puede participar en el mercado hipotecario a los bancos. Con arreglo a esta norma, en el caso de hipotecas constituidas a

favor de un banco, el ejercicio de la acción rescisoria del artículo 71 de la Ley Concursal corresponde en todo caso a la administración concursal y, al margen de las presunciones que contiene el referido precepto, se habrá de demostrarse la existencia de fraude en la constitución del gravamen". Al igual que en la resolución citada tal es el supuesto de autos, habiéndose constituido un determinado gravamen a favor de las entidades bancarias demandadas con ocasión de la concesión de un préstamo, por lo que procede examinar a continuación si concurre o no fraude en el establecimiento de la afección real, bien entendido de que ser así la rescisión de la garantía hipotecaria en nada afectará al préstamo que -de forma conjunta- cada una de las entidades demandadas otorgó a GARCAMPS, por mas que éste se concediera en unidad de acto, siendo precisamente todos los elementos y circunstancias concurrentes en dicha operación los que determinarán, en su caso, el éxito de la acción ejercitada por la AC.

A los efectos del resolver dicha cuestión, reproducidos lo que dicho en la citada sentencia de 14 de noviembre de 2011 : "*...la SAP de La Coruña (Cendoj: 1298/2011), de 14 de abril de 2011, establece: "El fraude, a los efectos que aquí nos interesan, radica en utilizar una forma jurídica lícita para obtener un resultado no querido por el ordenamiento jurídico. Que en el caso se evidencia por el hecho de conceder una hipoteca para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya la anterior, lo que debe considerarse en principio injustificado, pues además de la merma del valor para el patrimonio de la entidad concursada, y ello aun cuando es cierto como se afirma en el recurso la finca estaba ya hipotecada si bien en un mínimo importe en relación a la valoración de su tasación, lo que se deduce claramente de la cantidad adeudada a la entidad bancaria sin que conste que estuviese vencida y el importe del préstamo concedido en escritura pública con garantía hipotecaria, lo que no es más que la refinanciación de la deuda, y ello supone una alteración de la regla de paridad de trato en el concurso de acreedores, al obtenerse con aquellos actos un privilegio a favor de un acreedor en el concurso frente a los demás acreedores con clara alteración de la "par condictio creditorum". Resulta en el caso difícil admitir que la acreedora, aquí parte apelante, desconociese la difícil situación económica de la entidad concursada en ese momento, dadas las habituales y normales exigencias por las entidades financieras de previa acreditación de la situación económica de la persona o entidad que solicita la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria, sustituyendo con la mayor parte de su importe deudas preexistentes propias, transformando las deudas personales en otra con garantía hipotecaria sobre el patrimonio del deudor, obteniendo de tal modo un crédito privilegiado sobre los demás acreedores en la posible situación concursal próxima de la deudora".*

En similares términos la SAP de Vizcaya (Cendoj: 1972/2010), de 14 de octubre de 2010 : "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro"; también la SAP de Valladolid, (Cendoj: 1192/2009), de 15 de octubre de 2009, indica "Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones (Sentencias de 3 marzo y 7 mayo 2009) en demandas que la Administración Concursal ha presentado contra otros acreedores. Y en el último de nuestros pronunciamientos (7 mayo), y cuando se hablaba de la inexistencia de perjuicios para la masa activa decíamos "En la sentencia dictada por esta Sala, de fecha 23 de marzo de 2.009, se indica que el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona -citada por la anterior- de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro". Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba: "El perjuicio para la masa activa también puede devenir de una reducción del activo, aunque le acompañe una minoración de pasivo, si de resultas de la misma se produce una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, según la regla de paridad de trato, como consecuencia de la reducción del soporte patrimonial del deudor que habría de responder ante ellos. Si el acto objeto de la acción de reintegración por vía de la rescisoria concursal ha incidido, de modo desfavorable, en la posibilidad de dar una mejor satisfacción al colectivo de los acreedores concursales, lo que ocurre cuando se reduce la masa activa con la que atender el pago de las obligaciones contraídas, debe considerarse que existe el perjuicio patrimonial a que se refiere el nº 4 del artículo 71de la LC en relación con el n º 1 del mismo precepto legal.

Que la regla de la "par conditio creditorum" subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.

Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y

aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, desde luego, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a su declaración en concurso con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal ".
En el presente caso, y no obstante las alegaciones de las entidades CATALUNYA BANC y CAIXABANK, es de apreciar que la constitución de la garantía hipotecaria efectivamente supone un perjuicio para el resto de los acreedores, pues si bien se estableció un periodo de carencia, lo cierto es que respecto de dichas entidades bancarias la prueba documental aportada por la Administración Concursal permite concluir que la cantidad concedida en préstamo se destinó a atender obligaciones que la concursada tenía contraídas con anterioridad y que mayoritariamente se encontraban vencidas a la fecha del otorgamiento de la escritura pública, obligaciones que no contaban previamente con ninguna garantía. Así, respecto de CATALUNYA BANC, cuyo préstamo ascendió en dicha operación a 2.185.000 euros, quedó pignorada la cantidad de
890.000 euros hasta el completo pago - previsto realizar el 20 de diciembre de 2009-del préstamo ICO que tenía concedido GARCAMPS; el resto, y según extracto de cuenta obrante al folio 228 de autos, se dedica -en los días inmediatamente siguientes- al pago de un préstamo que se cancela anticipadamente por importe de 1.173.251'77 euros, pagándose igualmente otras amortizaciones de préstamo, comisiones, etc, de modo tal que tres días después del abono del importe del préstamo en la cuenta de la concursada el saldo es de apenas cuatro mil euros. En el caso de CAIXABANK, el importe del préstamo fue de 780.000 euros, procediéndose en la misma fecha de su abono en cuenta al pago de la cantidad de 748.498'56 Euros con el concepto de "cancelación de préstamo" (f. 245), por lo que tampoco en este caso es posible apreciar una refinanciación de la deuda en los términos pretendidos por dichas entidades apelantes, circunstancia ésta que viene a corroborar el documento consistente en el "Plan de Financiación" de fecha 6 de marzo de 2009, elaborado por la entidad GARCAMPS (f. 340 y ss) y del que resultaría al mes de junio de 2009 un pasivo con entidades de crédito cercano a los quince millones de euros.
Cabe concluir, por tanto, que la operación fue realizada a fin de garantizar, siquiera parcialmente, la devolución de saldos pendientes de operaciones de financieras concertados con anterioridad y que se hallaban vencidas, sin perjuicio de la existencia de alguna pendiente de vencer cual es el caso del préstamo ICO de la entidad CATALUNYA BANC, a la fecha del otorgamiento de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, procediendo la estimación de la acción rescisoria de conformidad con lo establecido en el artículo 71.3.2º LC en relación con el artículo 4.5 del Real Decreto 716/2009, y, por ende, la confirmación de la sentencia dictada en la instancia en lo que se refiere a este concreto pronunciamiento. “:SAP Valencia (Sección 9) 18.11.2013 (Sentencia 265/2013; Rollo 525/2013)

“Con arreglo a la documental obrante en autos, las entidades Banco de Valencia SA e INVERSIONES CONCESIÓN SL, junto con Darío, en fecha 23 de septiembre de 2011 otorgaron escritura pública de préstamo hipotecario y afianzamiento, por la que el Banco concedió a la entidad INVERSIONES un préstamo por importe de 1.035.735 Euros que, de forma expresa tenía por finalidad -y así se hizo constar en la escriturala cancelación de dos prestamos de la entidad INVERSIONES y, también, la cancelación de un préstamo de HYUNTEC MOVIL SL y de una póliza de crédito de MOVIL TORRENT SL, entidades ambas estrechamente vinculadas con la concursada por razón de las participaciones cruzadas entre las tres mercantiles. En dicho documento público se constituye una garantía hipotecaria que recae sobre una finca de la que es titular al 65% la concursada y que, a su vez, ya se encontraba gravada con una hipoteca a favor de Bancaja. Así mismo, el Sr. Darío, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial e hipotecaria que correspondía a la parte prestataria, se constituyó en fiador solidario, con exclusión de los beneficios de excusión, orden y división, debiendo responder en los mismos términos y condiciones que la parte deudora principal.
La mercantil INVERSIONES presentó con fecha 9 de marzo de 2012 el escrito de comunicación de negociaciones a que se refiere el artículo 5 bis de la LC, y posteriormente, en fecha 28 de junio de 2012 la solicitud de Concurso Voluntario, dictándose el Auto que la declara en dicha situación en fecha 2 de octubre de 2012.
Con arreglo a tales circunstancias, es de aplicación al caso el artículo 71 LC conforme al cual declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, considerando que concurre el supuesto del apartado 3.2º de dicho precepto, en el que se determina que salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume en el caso de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, pues claramente por razón de la operación que ha sido descrita -realizada en el ámbito temporal del artículo 71 - la entidad bancaria convirtió su condición de acreedor por mero préstamo en otra reforzada por la hipoteca constituida para garantizar el pago de las deudas.
Alega la parte recurrente que el Juzgador a quo no ha valorado que la hipoteca es de segundo rango y

que recae solo sobre una parte indivisa, no suponiendo un quebranto patrimonial efectivo y que la deudora obtuvo una mejora del flujo de caja y aumento de la disponibilidad de recursos financieros a corto plazo. Sin embargo, este Tribunal estima correcta la valoración de la sentencia apelada, por cuanto la misma ha de recaer sobre los hechos en los términos descritos por la Ley y no sobre el dato del eventual valor del inmueble en el mercado inmobiliario actual para el caso de que se ejecute la primera hipoteca; por otra parte, es cierto que la hipoteca constituida recae sobre una parte indivisa de la finca (65%), pero no menos cierto es que tal porcentaje es el que le corresponde en pleno dominio a la concursada, perteneciendo el 35% restante a otra mercantil (f. 288).
El préstamo con garantía hipotecaria obviamente revela una operación de refinanciación para la mercantil concursada, pero ello no obsta a la consideración de resultar perjudicial para la masa de acreedores. Como dijimos en sentencia de fecha 19 de abril de 2012 (Pte. Sra. Andrés), "... (según) la SAP de Vizcaya (Cendoj: 1972/2010), de 14 de octubre de 2010 : "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro";... el concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum ". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales". Por su parte, la SAP de Barcelona - citada por la anterior- de 8 de enero de 2009 (Cendoj: 1810/2009), dice: "La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro".... Por último la SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2008 (Cendoj: 19166/2008), ya indicaba...Que la regla de la " par conditio creditorum " subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos, en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta, con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia (dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), cuando como consecuencia de aquéllos se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyó el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos".
De conformidad con lo hasta aquí indicado, debe desestimarse el primer motivo del recurso de apelación en tanto sí es de apreciar que la constitución de una garantía hipotecaria resulta perjudicial para el resto de los acreedores al suponer una alteración del principio "par conditio creditorum".": SAP Valencia (Sección 9) 09.12.2014 (Sentencia 347/2014; Rollo 571/2014)

AP Valladolid

“PRIMERO.-La sentencia de primera instancia estima la demanda incidental promovida por la Administración Concursal de la entidad Prado Boyal S.A., declarando la nulidad e ineficacia de las garantías hipotecarias formalizadas entre dicha entidad y Caixabank S.A con fechas 31 de marzo y 28 de noviembre de 2011, así como la nulidad e ineficacia de los asientos registrales que han plasmado su inscripción, decretando la cancelación de los mismos. Funda el juzgador la rescisión de dichos negocios jurídicos en reputarlos perjudiciales para la masa activa del concurso en aplicación de la presunción iuris tantum contemplada en el art. 71.3.2º LC, considerando se trata de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones nuevas contraídas en sustitución de otras preexistentes. Considera que dichas garantías no disminuyeron el patrimonio de la concursada, mas si conculcaron el principio de la par conditio creditorum a favor de la entidad de crédito citada, dotando de garantía real sin contraprestación de entidad equivalente a unos créditos anteriores que no gozaban de la misma y siendo destinada la mayor parte de los nuevos a amortizar débitos derivados de los anteriores.
Frente a dicho pronunciamiento recurre en apelación la entidad bancaria demandada, formulando una serie de motivos de impugnación que seguidamente se tratan.
SEGUNDO.-Nada que objetar al relato que en el recurso se formula acerca de la evolución experimentada por el concepto de perjuicio patrimonial injustificado como presupuesto base de la rescisión en la doctrina de los Tribunales. No desconocemos que se ha pasado de un concepto más amplio o genérico, comprensivo de toda infracción en abstracto del principio de la par conditio creditorum, a otro mas restringido que exige analizar en la casuística concreta, en las circunstancias concurrentes en cada caso, si el acto cuya rescisión se postula ha supuesto o no un verdadero, real e injustificado sacrificio patrimonial para el concursado.

A tal efecto y para ponderar objetivamente si ha existido o no perjuicio patrimonial injustificado, ha de precisarse el contexto global en el que se realizan los dos negocios jurídicos cuya rescisión se postula. Así se había concertado inter partes una primera póliza de crédito en fecha 2-4- 2009, por un importe de 1.000.000 de euros y sin garantía real de ningún tipo. En renovación de la anterior y también por plazo de un año se concertó una nueva póliza de crédito el 7 de abril de 2010, por el mismo importe de 1.000.000 de euros y sin garantía real, a un tipo de interés fijo del 3,134% durante una primera fase de los tres primeros meses, y un tipo variable durante los 9 meses restantes consistente en el Euribor mas un diferencial del 2,500%. No existía plan de reducción del límite de disposición, sino que se devolvería el capital dispuesto a la fecha de vencimiento. Llegado el vencimiento de esta última la acreditada había dispuesto de un saldo de 857.523,94 euros.
TERCERO. - Pues bien, en ese momento, a menos de 17 meses de que la acreditada fuera declarada en concurso, se conciertan dos nuevas operaciones en fecha 31 de marzo de 2011. De una parte una póliza de crédito en sustitución de la anterior, por importe de 700.000 euros, sin garantía real y con el mismo vencimiento a un año. El interés se pacta en un 3,969% y con un plan de reducción del límite de disposición de 30.000 euros al trimestre. Este primer negocio jurídico, no cuestionado por la Administración Concursal de la prestataria, supuso una renovación parcial de la póliza de crédito anterior, refinanciando por un año mas, a un interés superior y sin garantías añadidas la deuda vencida. Restaba tras esta refinanciación parcial un saldo dispuesto a cargo de la póliza precedente e impagado por importe de 157.523,94 euros.
Y de otra un préstamo de 300.000 euros, a amortizar en 10 años, con garantía hipotecaria sobre un local hasta entonces libre de cargas, tasado en mas de 500.000 euros y con pignoración y cesión a favor del banco de las rentas que de dicho local pudieran percibirse caso de arriendo. Esta segunda operación es el primer objeto de la pretensión rescisoria. No cabe desconocer que supuso refinanciar a largo plazo la deuda de 157.523,94 euros que restaba pendiente tras la renovación parcial de la póliza de crédito. Ahora bien, al mismo tiempo ha de reseñarse que esos 300.000 euros del préstamo hipotecario fueron destinados, conforme obra acreditado en la documental incorporada a los autos, no a proporcionar dinero nuevo o fresco a la prestataria para atender sus gastos corrientes, sino de ellos 293.750 euros a amortizar el otro préstamo y los 6.250 euros restantes se emplearon en sufragar gastos de tasación, escritura, registro, impuestos y comisiones. En definitiva, este nuevo préstamo se contrajo en sustitución de obligaciones preexistentes que carecían de garantía real, no supuso inyección de dinero "fresco" o nuevo para la prestataria y se le dotó de una garantía hipotecaria sobre un local tasado en un valor sensiblemente superior, al mismo tiempo que se pignoraban también para hacer frente al mismo las rentas que del eventual arriendo de dicho inmueble pudieran percibirse. Con ello se aseguraba la entidad bancaria prestamista el cobro cuando menos de esos 300.000 euros e intereses correspondientes, respecto del cual en absoluto tenía garantía previa alguna, obteniendo así una posición de privilegio frente al resto de acreedores de la prestataria que entendemos, en un análisis objetivo y ponderado, no se ve compensada por el aplazamiento de la deuda, ya por entonces de incierto cobro, que se pactaba. Y decimos de incierto cobro porque la entidad prestataria ya había tenido pérdidas por valor de mas de 227.000 euros en el año anterior 2010, sin que su situación económica experimentase en lo sucesivo mejoría, dado que las pérdidas casi se triplicaron en el año 2011, con fondo de maniobra negativo en ambos ejercicios, hasta que finalmente esa delicada situación financiera la abocó a cesar en el pago de sus obligaciones en septiembre de 2011.
CUARTO.-Si esta primera operación ha de ser calificada de perjudicial para la masa activa, como bien dice el juzgador de instancia mas clara resulta todavía dicha calificación respecto del nuevo préstamo concertado inter partes el 28 de noviembre de 2011. En su virtud y a menos de ocho meses de ser declarada en concurso la prestataria, se concierta ese nuevo préstamo por un importe de 100.000 euros, constituyendo garantía hipotecaria sobre un local hasta entonces libre de cargas y tasado en más del doble de dicha cantidad. Y de esos 100.000 euros se ingresan 65.000 directamente a una cuenta de la propia entidad prestamista de los que no puede disponer la prestataria, quedando afectos, exclusivamente, a "asegurar la suficiencia legal y económica de la garantía hipotecaria y la finalidad inversora pactada en esta escritura". Otros 31.925 euros se destinan a cancelar la obligación existente con la propia entidad como consecuencia de la póliza de 31-3-2011 y otros 1200 euros a sufragar una de las cuotas de dicho préstamo. En definitiva, la prestataria solo dispuso para nóminas y seguros sociales de su personal de 1.875 euros, es decir de un 1,875% del capital prestado. No parece en absoluto justificado que a cambio de esa mínima ventaja se gravare con hipoteca otro local libre de cargas para garantizar el cobro del capital e intereses de esos otros 100.000 euros a mayores, con el consiguiente privilegio que ello representaba en relación a la posición del resto de acreedores, por mas que se concediera un largo plazo para amortizar este débito cuyo cobro ya por entonces aparecía como sumamente incierto, tal y como precedentemente hemos expuesto.”: SAP Valladolid (Sección 3) 17.06.2014 (Sentencia 130/2014; Rollo 76/2014)

AP Vizcaya

“Elartículo 71 de la Ley Concursaldispone que, declarado el concurso, "serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, "cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en

contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). En cuanto a los efectos de la rescisión, elartículo 73 establece que "la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del actor impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses". La posición del tercero afectado por la rescisión varía según se considere de buena o mala fe; en el primer caso, la prestación que le corresponda tendrá la consideración de crédito contra la masa, que "habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido", en tanto que si se aprecia mala fe en el acreedor, su crédito será considerado como concursal subordinado.
Aplicado lo que antecede al supuesto enjuiciado, y sin entrar a analizar la realidad, calificación y eficacia de los contratos subyacentes, se pide la rescisión de sendas hipotecas que fueron suscritas los días 17 de diciembre de 2.004 y 14 de noviembre de 2.005 sobre la viviendaNUM000de la calleDIRECCION000nºNUM001de Barakaldo, a favor de las demandadas Baterinox S.L. y Grupo Inmobiliario Palentino S.L, habiendo sido declarado su copropietario D.Vicenteen concurso el 20 de diciembre de 2.005 <folios 238 y ss de autos>, la primera, en base a que un reconocimiento de deuda a favor de Baterinox S.L. de 72.683, conveniendo la instrumentalización de la deuda mediante la emisión de cuatro letras de cambio aceptadas por los deudores y con vencimientos el día 20 de diciembre de 2.005 y garantizando su pago con la anterior hipoteca <folios 23 y ss de autos> y, la segunda, en base a reconocimiento de deuda por diferentes préstamos a Grupo Inmobiliario Palentino S.L. de la cantidad de 29.250 euros a pagar antes del día 15 de noviembre de 2.006, garantizando el pago de dicha deuda con hipoteca <folio 47 y ss de autos>. Es decir, constituyen garantía hipotecaria en base a "reconocimientos de deuda" sin que se analice el negocio jurídico subyacente que ha motivado dicho reconocimiento de deuda, encuadrándose, por tanto, en deudas preexistentes o contraídas en sustitución de otras deudas anteriores del concursado, por lo que constituyen actos que deben presumirse perjudiciales para la masa activa, de acuerdo con lo dispuesto en elartículo 71.3º, apartado segundo, "la constitución de garantia reales a favor de obligaciones preexistenes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas"; y, si bien la presunción admite prueba en contrario, las demandadas no ha logrado acreditar que con ello se beneficiara a la masa. Las hipotecas sujetan el bien o derecho afecto al pago del crédito hipotecario (artículo 155 de la LC) y el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución separada (artículos 55 y 56), con la consiguiente merma para la masa.
Para la rescisión de las hipotecas, se aplica elart. 71.3.2º de la vigente Ley Concursalque establece la presunsión iuris tantum del perjuicio para la masa activa en caso de constitución de ambas hipotecas de obligaciones preexistentes o de nuevas constraídas en sustitución de aquellas, como son los actos de reconomiento de deuda que se dicen existentes entre las partes, sin abordar el análisis del negocio jurídico causal, y la garantía real constituída dentro del plazo temporal establecido en elart. 71.1º de la Ley Concursal, por lo tanto, dicha presunción iuris tantum hace innecesario la prueba del daño de la masa activa. En definitiva ambas hipotecas deben ser rescindidas, dada la evidente alteración del principio de la paridad o la par conditio creditorum en perjuicio del resto de acreedores.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 30.12.2008 (JUR 2009/200211)

“PRIMERO.-La recurrente, Sanitas Residencial País Vasco S.A., y Parkasua, S.L., concertaron con fecha 9 de julio de 2007 contrato de compraventa que tenía por objeto un inmueble nombrado Casería de San Agustín sito en Begoña, Bilbao, por precio de 2.101.355,08 euros; percatados los compradores de que la finca no existía en la realidad física y tan sólo era una apariencia registral acordaron dejar sin efecto la compraventa y restituir el precio y, en garantía de lo anterior, las sociedades también concursadas Gazteleku, 2000 S.A., y Labruygal, S.L., representadas las tres sociedades por su administrador único Don Ricardo, otorgaron fianza solidaria entre si y en garantía de la restitución del precio constituyeron hipotecas sobre 13 fincas propiedad de dichas sociedades, de las que continúan vigentes 11 hipotecas; suscribiendo el acuerdo con fecha 8 de enero de 2008.
Narran en su escritura de 8 de enero de 2008 que la compraventa fue resuelta de mutuo acuerdo entre las partes como consecuencia de que en virtud de diversas operaciones de agrupación, segregación, cesión y transmisión a terceros efectuadas por Parkasua, S.L., o por sociedades vinculadas a ésta o a su administrador único, con anterioridad a la mencionada escritura de compraventa y que no tuvieron acceso al Registro de la Propiedad, la finca objeto de compraventa no existe en la realidad extraregistral.
La Sentencia recurrida estima de aplicación el art. 71, apartado 1, de la Ley Concursal a las operaciones de garantía con hipotecas, al haber sido otorgadas dentro del plazo de dos años anteriores a la declaración del concurso y causar perjuicio al resto de los acreedores en tanto en cuanto todo el activo de las tres sociedades está gravado con las hipotecas en favor de este acreedor. Sin por ello declarar la nulidad de la escritura otorgada el día 8 de enero de 2008 por considerar que la misma refleja la realidad, pero Sanitas deberá acudir al concurso como acreedor ordinario, privándole del privilegio hipotecario que ostentaba. (...)
CUARTO.-Señala el recurrente que para que exista un perjuicio de la masa que justifique la rescisión de las garantías debe acreditarse que la obligación garantizada no ha representado ningún beneficio para el deudor concursado; es decir, que la constitución de las garantías reales no se corresponden con un trasfondo negocial verdadero ni con un sacrificio económico por parte del acreedor privilegiado. A estos efectos insiste en que efectivamente el precio fue satisfecho por el recurrente y dicho dinero se repartió entre la vendedora y las dos sociedades que constituyeron las garantías reales, por lo que éstas garantías responden a operaciones patrimoniales reales, no a meras ficciones. Y en tal sentido existe, como señala, el sacrificio económico de la recurrente que pagó un precio del que

posteriormente se lucraron las concursadas que garantizan con hipoteca la restitución, motivo por el cual no existe perjuicio. O lo que es lo mismo que no responden por actos realizados a título gratuito sino como consecuencia de haberse lucrado con parte del precio recibido.
Aduce que el art. 71, 3, 2º de la LC lo que establece es un supuesto de gratuidad como base de la presunción de perjuicio. No compartimos la argumentación. Si bien es cierto que las sociedades que constituyeron las hipotecas habían percibido indirectamente un beneficio al ser destinatarias de una parte del dinero cobrado por la compraventa que se resuelve, no es menos cierto que no estaban obligadas a su restitución al recurrente sino a la sociedad que les había transmitido el dinero, es decir, a Parkasua, S.L., siendo esta última la única obligada en relación con el recurrente ex art. 1.257 del Código Civil. Y en tal sentido si bien es cierto que fueron beneficiarias indirectas de la operación, no lo es menos que en un momento inicial la recurrente carecía de todo tipo de acciones frente a dichas sociedades para obtener la restitución del precio. Restitución que trata de obtener mediante el contrato de fianza y la constitución de garantías reales sobre bienes de dichas sociedades para, constituyéndose en acreedor avalado y privilegiado mediante las hipotecas, garantizar la restitución del dinero que había abonado por el inexistente solar.
La tesis de que para aplicar el art. 71 ha de acreditarse la inexistencia de beneficio alguno para el deudor concursado no está avalada por el texto del citado articulo. Si bien es cierto que existe la presunción de que los actos a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, son rescindibles, no es menos cierto que tal presunción se extiende al supuesto de "constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas", que no es otra cosa lo que se pretende hacer mediante la operación rescindida; sabedor el recurrente de que una parte del dinero pagado había sido destinado a otras sociedades distintas de la vendedora, las vincula a la obligación de restituir primero constituyéndolas en avalistas solidarias de la misma con lo que quedan directamente obligadas y, después, garantizando el pago de tal fianza mediante la constitución de hipotecas para erigirse en acreedor privilegiado, lo que si bien se produce en un solo acto responde a dos momentos negociales distintos, uno primero por el que se crea el contrato de aval y un segundo por el que se garantiza con hipoteca. Y por ello mismo concurren los requisitos señalados por el mencionado precepto que el Juez a quo aplica correctamente.
En el supuesto enjuiciado el perjuicio para la masa activa del concurso es alterar la par conditio creditorum de modo y manera que los bienes de las concursadas queden en definitiva sustraídos de la posibilidad de ejecución universal, viendo el resto de los acreedores burladas toda posibilidad de reintegrar sus créditos.
Como afirma en la doctrina Fernando Gómez (Tratado Práctico Concursal, T. II, pagina 777) es "sospechosa" esa época... por que puede caer el deudor... en la tentación de favorecer, sin causa jurídica que lo justifique, a alguno o algunos de sus acreedores. O puede ocurrir que sucumba ¿ incluso con el bienintencionado propósito de salir de la situación en que se halla a las presiones, también jurídicamente carentes de fundamento, de algún acreedor que busca sustraerse a los riesgos de una ejecución universal de quien le debe"; este segundo supuesto podría ser el aplicable al caso enjuiciado. El acreedor recurrente, burlado por la operación, pretende garantizarse la restitución del precio no sólo vinculando a otras sociedades al mismo contrato y sus resultas, sino también eludiendo los eventuales riesgos de una ejecución universal y garantizándose las ejecuciones singulares.
Que el crédito del recurrente es legítimo nadie lo discute; pero que por los visos fraudulentos que presenta no puede obtener un tratamiento privilegiado sustrayéndose a la ejecución universal y acudiendo a singulares ejecuciones hipotecarias también, pues todos los demás acreedores ostentan unos derechos a reintegrar sus créditos, tan legítimos como los que ostenta el acreedor recurrente.
Como señala la Sentencia de la AP de Barcelona de 25 de febrero de 2005 (Aranzadi Civil 534/2005) "el art. 71 de la LC permite rescindir "los actos perjudiciales para la masa activa"; es decir, aun cuando el acto, considerado de forma aislada, no se considerara perjudicial por mantener la equivalencia de las prestaciones, si no respeta aquel principio (par conditio creditorum), que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjunto de los acreedores un mismo trato, dicho acto debe ser rescindido"
En nuestra sentencia de 12 de junio de 2008, nº 408 establecíamos el criterio de esta Sala en punto a la rescisión; de dicha sentencia vamos a recoger unos apartados que entendemos son de aplicación al caso enjuiciado:
"La ineficacia a que se refiere este precepto es la propia de la rescisión, aunque su fundamento no radica en el "consilium fraudis" sino exclusivamente en el perjuicio. En cuanto al concepto de perjuicio, es polémico, en principio, si debe entenderse en sentido estricto, en el sentido de que haya detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, por falta de equilibrio de las prestaciones o constituirse cargas demasiado onerosas, o si, por el contrario, el perjuicio viene dado por la disminución de la garantía de cobro producida por una aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de la realización de dicho, con el consiguiente beneficio de un acreedor respecto de otro. Esta última postura es la acogida por esta Sala, mantenida, asimismo, por un sector autorizado de la doctrina y jurisprudencia, como declara, entre las más recientes, la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 1 de febrero de 2007 (rec. 524/2006).
"Pues bien, aplicando estas consideraciones al caso enjuiciado, esta Sala considera que las alegaciones del recurrente en sustento de este motivo deben ser parcialmente estimadas. Por una parte, la prenda formalizada el 24 de mayo de 2004 no es incardinable, por su total importe, en el apartado 2 del artículo 71.3 LC, ya que no se constituye "ex novo" una garantía en favor de una obligación que preexistía, sino que aquélla sustituye, en parte, a otra garantía preexistente; en otras palabras, se constituye una prenda para garantizar una deuda que, en parte, ya estaba garantizada

con garantía real, por lo que, siquiera en la parte asegurada con aquélla, no se está en el supuesto previsto en el artículo 71.3.2º LC, sino en el establecido en el artículo
71.4 LC, por lo que, siquiera por ese importe, el perjuicio patrimonial no se presume, sino que debe probarse por quien ejercita la acción rescisoria ex artículo 71.4 LC."
Por lo que respecta a la existencia de perjuicio, lo que se deduce de lo actuado es que el Banco XX, S.A., constituyó derecho de prenda en garantía de deudas preexistentes de la concursada, de las cuales, una estaba asegurada por prenda, y la otra carecía de garantía real alguna; ello implica que, con la constitución de la prenda, el Banco alteró, desde un punto de vista concursal, la calificación del crédito que no gozaba de garantía, por el privilegio que obtiene con tal operación".
Esta sentencia no es aplicable a la petición subsidiaria de la parte recurrente; lo que la sentencia hizo en su momento fue aplicar la rescisión parcial manteniendo la garantía prendiaria en tanto en cuanto existía otra preexistente a la que la rescindida sustituía, por lo que en la parte en que la preexistente era sustituida la garantía prendiaria se mantenía. En el supuesto enjuiciado no existía garantía hipotecaria alguna anterior a la constituida y rescindida, por lo que la tesis de aquella sentencia no es aplicable al supuesto enjuiciado.
QUINTO.-Señala el recurrente que la situación de grupo de empresas y la confusión patrimonial existente entre las mismas justifica el mantenimiento de la garantía hipotecaria a favor de su representada. No compartimos el argumento. Lo que se mantiene por la sentencia recurrida y nadie discute es la asunción por parte del grupo de sociedades de la obligación de restituir a la recurrente la suma percibida por el contrato de compraventa que se dejó sin efecto; pero esa obligación subsistente en absoluto cabe entender que queda garantizada con la garantía hipotecaria por la circunstancia de una confusión patrimonial, pues, insistimos, tal confusión en nada afecta a la garantía hipotecaria que, en todo caso, perjudica al resto de los acreedores.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 13.10.2011 (Sentencia 342/2011; Rollo 732/2010)

“PRIMERO.-Se promovió demanda de incidente concursal por el Administrador Concursal de la mercantil Hona Hierros, S.A. ejercitando la acción de reintegración del artº 71, apartados 1 y 3-2º de la Le. Co., demanda en la que, en atención a su suplico, solicitaba la anulación de dos hipotecas concertadas con el BBVA el 28 de Diciembre de 2011 debiéndose de proceder a su cancelación registral, quedando el importe del préstamo y la línea de crédito garantizados con aquéllas como créditos concursales subordinados; la razón de ser de la acción es que las garantías hipotecarias aseguraban préstamo y línea de crédito, respectivamente, que tenían por objeto cancelar obligaciones preexistentes para con el propio BBVA que carecían de esa garantía, con lo que se causaba un perjuicio a la masa activa de la concursada y, a su vez, se violentaba la "pars conditio creditorum" al constituirse a dicha entidad bancaria como acreedor privilegiado en virtud precisamente de las garantías hipotecarias concedidas a su favor, condición que hasta esa fecha no tenía; aquellas operaciones se llevaron a cabo en el plazo de dos años antes de la declaración de Hona Hierros, S.A. en concurso de acreedores y el Administrador Concursal demandante aseguraba, como ya se ha dicho, que las mismas resultaban perjudiciales para la masa activa de la deudora, lo que por otra parte se presume, salvo prueba en contrario, a tenor de los preceptos legales antedichos.
Causó oposición el BBVA, manteniendo que las operaciones impugnadas no causaron perjuicio alguno a la masa activa de la deudora y que, antes al contrario, resultaron muy favorables para la empresa, por las razones que en el escrito de contestación se expusieron por lo que, a la postre, la masa activa de Hona Hierros, S.A. resultó potenciada y favorecida, a la fecha de la declaración del concurso, en relación a la situación en la que hubiera quedado si se hubieran mantenido las obligaciones contractuales anteriores con el propio Banco; negó, asimismo, que las operaciones financieras impugnadas causaran un gasto efectivo a la masa activa de la prestataria, así como la existencia de mala fe que la actora le imputaba.
Se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Mercantil por la que se viene a acoger la tesis del Banco, entendiendo que el mismo ha combatido con eficacia la presunción de perjuicio patrimonial del artº 71-3 de la Le.Co. y desestima íntegramente la demanda. Resolución que es objeto de recurso de apelación por parte del Administrador Concursal de Hona Hierros, S.A.
SEGUNDO.-Las acciones de reintegración hay que resolverlas caso por caso, sobre todo en aquellos supuestos, como el presente, en los que el perjuicio patrimonial dimanante de los actos que el deudor haya podido realizar en los dos años anteriores a la declaración del concurso no se presume "iuris et de iure", esto es, sin admitir prueba en contrario, sino que la prueba en contra es admisible.
A este respecto, en la Sentencia dictada por este Tribunal con fecha 30 de Julio de 2010 (rollo AMC 239/10) en un supuesto similar al presente, tenemos sentados los siguientes principios generales, que son perfectamente aplicables al caso objeto de la presente apelación:
"SEGUNDO.- El art 71.1 de la Ley Concursal dispone que serán rescindibles los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso que sean perjudiciales para la masa activa aunque no hubiera existido intención fraudulenta. Así, el fundamento de la rescisión, que supone la existencia de un acto válido, radica en la existencia de perjuicio para la masa activa, efecto que no es susceptible de definición en el sentido que no responde a una noción única aplicable en cualquier supuesto, sino que debe valorarse en función de las circunstancias que en el caso acredite quien ejercita la acción rescisoria, excepto en aquellos actos en los que la Ley Concursal, a semejanza del Código Civil, establece la presunción iuris et de iure de perjuicio, que son los que se contempla en el número 2 del art. 71, que no admiten prueba en contrario, y en aquellos otros en los que la norma alivia la carga de la prueba del perjuicio del acto mediante el establecimiento la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial para la masa activa, que son los actos que se

relacionan en el número 3 del art. 71, en apartado 2º se incluye "La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas", que es el supuesto invocado por la Administración Concursal para solicitar la rescisión de la hipoteca que constituyó la concursada antes de la declaración de concurso a favor del Banco Vasconía y que es conveniente insistir que admite prueba en contrario.
Así, al efecto de la decisión respecto a la acción resolutoria ejercitada debe determinarse si en el caso el perjuicio que comporta para la masa activa la constitución de una garantía real en cuanto que atribuye al crédito del acreedor beneficiario de la garantía el carácter privilegiado con la inexorable disminución del valor la masa patrimonial de la ulteriormente declarada en concurso, tiene contrapartida en una contraprestación a cargo del acreedor cuyo crédito se garantiza con el acto impugnado".
TERCERO.-La situación controvertida y la postura de las respectivas partes en relación a ella están recogidas de forma suficiente en los antecedentes de hecho de la Sentencia recurrida y a dicho lugar nos remitimos; sin embargo, es preciso resaltar los extremos siguientes, de notoria importancia, en la medida que de los mismos se desprende que la situación contemplada en estos autos, es bastante diferente a la examinada en las Sentencias de la AP de Barcelona, Secc. 15ª, de 6-2-09 y AP de Pontevedra, Secc. 1ª, de 31-5-13 en las que el Ilmo. Magistrado de lo Mercantil se apoya para desestimar la demanda.
Todo ello nos ha de conducir a la estimación del recurso, al menos en lo fundamental; decisión diferente a la adoptada en la recordada Sentencia de esta Sala de 30 de Julio de 2010 (AMC 239/10) en la que entendimos que el perjuicio patrimonial, derivado de la constitución de garantías hipotecarias estaba en aquel caso justificado en pro de la viabilidad empresarial; sin embargo, las circunstancias concurrentes aquí son muy distintas..
Los datos a los que nos referimos son los siguientes:
La primera operación impugnada es la garantía hipotecaria establecida para un préstamo concertado mediante escritura pública el 28-12-11, por importe de 1.750.000 euros; las partes pactaron (apartado II- Otras cláusulas) que dicho importe debía ir destinado de forma obligatoria a cancelar los importes pendientes de pago de otros cuatro préstamos ordinarios y de una cuenta de crédito contratados entre Noviembre de 2008 y Noviembre de 2010, que en la propia escritura se expresan; la deuda con el BBVA que tal préstamo hipotecario estaba destinada a cancelar ascendía, en su conjunto, a 1.704.153,34 euros; y la nueva operación supuso un coste financiero de 31.469,09 euros por lo que, en definitiva, el capital recibido en virtud del préstamo hipotecario impugnado "se comía" prácticamente todo lo anterior.
La segunda operación impugnada es la hipoteca establecida para garantizar la apertura de una línea de crédito mediante escritura otorgada en la misma fecha de 28 de Diciembre de 2011, hasta un máximo de
500.000 euros, pero sólo disponible para pagar las cantidades adeudadas a resultas de una línea de crédito suscrita el 9 de Julio de 2008 hasta un máximo de 3.000.000 euros pero ésta sin garantía hipotecaria alguna; sin poder destinarse la nueva cuenta de crédito para ninguna otra cosa o fines diferentes a los expuestos (Cláusula Segunda en relación con el expositivo II de la mentada escritura); dicha operación ha generado unos gastos financieros por importe de 11.619,80 euros.
Sentado lo anterior, entendemos que nos encontramos en un supuesto de rescisión "de libro" a tenor del artº 71-3-2º Le. Co. y ello por múltiples razones: la primera y esencial, que no se niega por nadie, es la concurrencia de la situación definida por el precepto, a saber: "constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes"; a partir de ahí, era al BBVA al que correspondía la prueba de que tales operaciones no supusieron perjuicio patrimonial alguno para la masa activa de Hona Hierros, S.A., lo que en nuestro criterio y en contra del Juzgador de lo Mercantil no ha conseguido; parece evidente que la nueva refinanciación no inyectó savia nueva para la rehabilitación futura de la empresa; antes al contrario, se limitó, en la primera operación, a "tapar los parches" anteriores (valga la expresión) sin obtener sobrante alguno; y, en la segunda, a obtener una nueva línea de crédito, por importe inferior a la que ya tenía, pero que sólo podía utilizar para atender en lo posible, con el nuevo límite de 500.000 euros obtenido, los saldos deudores dimanantes de la financiación anterior; ello supuso, además, otras consecuencias negativas para la empresa: crear gastos por la nada despreciable cifra de más de 43.000 euros, cifra de entidad para una sociedad ya con muchas dificultades y, de otra parte, pactar unos intereses remuneratorios y de demora que eran de tipos superiores a los que regían en las operaciones anteriores.
Ciertamente, los plazos de devolución y/o liquidación eran superiores (alguna ventaja había que dar sobre la situación anterior), pero tal cosa resultó a la postre irrelevante en una situación de concurso que por otra parte ya se veía venir.
Todo lo anterior ocurrió, según se afirma por la apelante y no se niega, poco más de tres meses antes de que Hona Hierros, S.A. formulara la comunicación del artº 5 b) de la Le. Co. para evitar la tramitación de un concurso necesario; y poco más de siete meses antes de que solicitara la tramitación del concurso voluntario; parece evidente, por tanto, que todos sabían que la viabilidad de la empresa, que se ofrece como justificación de las operaciones impugnadas, era en realidad poco menos que imposible; tal vez el BBVA quiso ayudar en cierta medida a Hona Hierros, S.A. olvidándose, con la aportación de ese nuevo dinero, de los créditos vigentes pero creando sin embargo otros; pero poca confianza debía tener en la viabilidad de dicha empresa cuando exigió garantías hipotecarias para cubrirse y exigió además que ese nuevo dinero se utilizara sólo para pagarle a él en liquidación de lo que se le estaba debiendo y en modo alguno para que Hona Hierros, S.A. lo utilizara para reflotar la empresa, formalizar nuevos proyectos, etc.; es decir, además de no

evitarse el perjuicio patrimonial, se modificó la naturaleza del crédito que el BBVA ostentaba hasta ese momento, convirtiéndolo en privilegiado por mor de la garantía hipotecaria suscrita, lo que va en perjuicio de la propia masa activa y de los restantes acreedores ordinarios, como lo era hasta entonces la entidad bancaria.

Es evidente, por tanto, que no estamos en presencia de la excepción del artº 71-6 de la Le. Co. (actualmente 71 bis), que señala:

"6. No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituídas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso"; precepto que, por lo expuesto, es forzoso aplicar "sensu contrario" en el presen te caso.

Por otro lado y para agotar el tema, ya que ha salido a colación a lo largo del proceso, la concesión administrativa sobre un terreno en Alicante que soportaba la carga o garantía hipotecaria, a la fecha de las operaciones impugnadas, 28-12-11, era ciertamente de titularidad de un tercero, la sociedad Manipulaciones Siderúrgicas, S.L.; pero tal circunstancia la entendemos irrelevante para la acción ejercitada, por cuanto que la situación sobre el perjuicio real a la masa activa hay que contemplarlo con una perspectiva "ex post", esto es, a la fecha de la declaración del concurso (Sentencia de esta Sala de 14-10-10); además, aquella sociedad no era en realidad un tercero en sentido estricto en la medida que estaba participada al 100%, a la fecha de la operación impugnada, por Hona Hierros, S.A., quien la absorbió unos meses más tarde mediante escritura de 15 de Junio de 2012, (documento nº 4 de la demanda) otorgada por tanto con anterioridad a la declaración de concurso e incluso de su solicitud como voluntario.

En definitiva, nos tenemos que remitir a los razonamientos que, estimando una acción de reintegración en un supuesto similar, empleamos en la Sentencia de este Tribunal de 14 de Octubre de 2010, en la que decíamos:

"TERCERO.- Como segundo motivo de apelación se alega infracción del art. 71 de la Ley Concursal en relación con el art. 3.2 del Código Civil, porque falta la existencia de perjuicio para la masa activa. Expone que del art. 71.1 de la LECO hay que desterrar la concepción tradicional de considerar actos rescindibles los que suponen un reforzamiento del crédito frente a otros acreedores, colocándose en situación de ventaja con quiebra de la "par conditio creditorum", cuando dichos actos desde el punto de vista económico resultan indiferentes o incluso beneficiosos para el patrimonio del perjudicado, con cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2.009, siendo que el representante de Umaran D. Jesús María declaró que la hipoteca concertada fue beneficiosa pues permitió en aquel momento continuar la relación comercial y obtener suministro de vidrio para continuar con las obras en marcha (suministro de vidrio por importe de 37.259,28 euros para la obra de Ideko, que permitieron terminar la obra y emitir certificado por importe de 173.882,12 euros), así como que esta hipoteca no recortó la posibilidad de obtener financiación con cargo a dicho inmueble, porque sobre el mismo pesaba una primera hipoteca a favor del Banco Vasconia por importe de 500.000 euros. La parte apelante afirma que la hipoteca no ocasionó perjuicio económico alguno al patrimonio de Umaran, resultando, en contra, altamente beneficiosa, por lo que rechaza las argumentaciones contenidas en la Sentencia recurrida para afirmar la existencia de perjuicio para la masa activa.

El nuevo ordenamiento concursal ha optado por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, sustituyendo el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial para la masa activa, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz. De este modo, el art. 71.1 LC establece que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta", estableciendo a continuación una serie de supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario, y seguidamente otros en los que la presunción de perjuicio admite prueba en contrario.

El presupuesto objetivo es, por tanto, la existencia de un acto perjudicial para la masa activa, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, momento éste en el que, ex post, se determinará si el acto en cuestión ha supuesto una disminución o quebranto del patrimonio del deudor que, una vez declarado el concurso, integra dicha masa activa, y que sirve de garantía para el cobro de los créditos concursales en el seno del procedimiento.

La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquéllos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro. En este sentido el perjuicio es presumido por la Ley en el apartado 2 (con carácter iuris et de iure) y en el apartado 3 (aquí iuris tantum) del art. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes (además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado).

*Por lo tanto, se confirma la Sentencia recurrida en cuanto acuerda la rescisión de la constitución de la hipoteca en garantía de una deuda preexistente de la concursada, puesto que constituye un acto que debe presumirse perjudicial para la masa activa, contemplado en el art. 71.3.2 ª de LECO, generado de forma indirecta por quebrantamiento del principio de la paridad de trato, o "El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par conditio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien grabado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores" ":*SAP Vizcaya (Sección 4) 15.04.2014 (Sentencia 318/2014; Rollo 13/2014)

AP Zamora

"La parte apelante se centra en argumentar la inexistencia de perjuicio alguno que justifique la rescisión de la hipoteca que grava las tres fincas de su propiedad, considerando que, al contrario, al haberse convenido con la sociedad codemandada un aplazamiento de la deuda a cambio de su aseguramiento mediante hipoteca, consiguió que los concursados continuaran su actividad.
Pues bien, existe una discusión en la doctrina y la jurisprudencia acerca del concepto de perjuicio que introduce el art. 71 LC. Ahora bien, sobre lo que no hay discusión es que es presupuesto determinante que el acto o negocio que se cuestiona haya producido un menoscabo en la masa activa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Además, hasta ahora ha venido siendo criterio mayoritario en la jurisprudencia menor, existiendo en contra posturas sólidamente argumentadas, la adopción de un criterio amplio de perjuicio en el sentido que este también se dará cuando se produce una lesión de la igualdad que debe mediar entre los acreedores concursales, un daño en realidad a la masa pasiva, anticipando una vulneración del principio "pars condictio creditorum" que presidirá un eventual proceso concursal.
Precisamente el supuesto que examinamos previsto en el art. 71.3.2º de la Ley Concursal que se presume, salvo prueba en contrario, que la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, apunta, al menos aparentemente, o debe considerarse en principio injustificado a favor de esa tesis, pues precisamente establece una presunción "iuris tantum" de perjuicio cuando se gravan con garantías reales bienes del deudor para garantizar obligaciones preexistentes lo que implica considerar perjudicial los actos que perjudiquen la salvaguarda del principio de la "pars conditio creditorum" ya que la constitución de aquéllas puede conllevar, conforme al art. 90 LC., un privilegio especial para el acreedor, garantizado frente a todos con los bienes sobre los que recae y, por lo tanto, sustrayéndolos a la satisfacción de otros acreedores.
Por tanto la constitución, como es el caso de autos, extemporánea, de las garantías durante el periodo de sospecha, corresponde a quien pretenda el mantenimiento de las garantías reales la prueba de la bondad económica de su constitución, su carácter favorable, desde una perspectiva económica y empresarial, para el patrimonio del deudor. Quien sostiene así la validez de las garantías debe acreditar que la garantía real no ha sido perjudicial para la masa activa, pues el legislador solo admite la constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes que reporte un valor para la masa activa, y ello debe ser acreditado por quien mantiene su validez. Evidencia así que la constitución de garantías reales implica una disminución aunque sea cualitativa del valor de los bienes sobre los que recae, al estar sujetos a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en el mercado, reduciéndose la posibilidad de obtener crédito pues se reduce su función de garantía al estar ya gravados.
En el supuesto que nos ocupa la parte apelante se limita a decir que al haber aplazado la deuda preexistente, sin ejecutarla, estableciendo como contraprestación un garantía hipotecaria sobre tres fincas propiedad de los concursados, consiguió que éstos continuaran su actividad económica, evitando o, al menos dilatando en el tiempo, la declaración de concurso. Sin embargo, al margen de que la deuda no era ejecutiva, sino que en todo caso la acreedora debería haber iniciado un proceso declarativo para obtener una sentencia ejecutable, no se prueba la relación de causa a efecto entre la constitución de una hipoteca sobre una deuda preexistente y una supuesta prolongación de la actividad económica de los concursados, sobre todo si tenemos en cuenta que tan solo transcurrieron poco más de siete meses entre la constitución de la carga real sobre varios inmuebles de los deudores y el momento en que solicitaron la declaración de concurso
Si la constitución de la garantía hipotecaria se lleva a cabo para garantizar negocios que sin su legislación no serían admitidos por el acreedor, cuando el negocio jurídico se concertó sin su exigencia, es preciso acreditar cuál es la contraprestación, el beneficio que obtiene el deudor por constituirla posteriormente, cuando su inexistencia en nada afecta a las obligaciones que no se habían garantizado en su momento. Nada se acredita al respecto en relación con la acreedora, de forma que ésta obtiene, sin contraprestación conocida, la garantía real de sus créditos adquiriendo":SAP Zamora (Sección 1) 22.06.2012 (Sentencia 115/2012; Rollo 125/2012)

AP Zaragoza

"PRIMERO. - La parte recurrente que entiende que los elementos de prueba por ella aportados han sido poco valorados, en particular la correspondencia girada entre la sociedad Vitrex, S.L. y el Banco

Guipuzcoano, S.A., y que sus argumentos ha sido poco considerados, especialmente los relativos al dinero nuevo que se entregó para pagar obligaciones corrientes haciendo con ello posible aplazar a largo el pago del exigible a corto plazo, comienza su recurso transcribiendo, en parte, un trabajo prelegislativo.
Pues bien, el artículo primero del Código civil impone al órgano jurisdiccional que resuelva las controversias conforme al sistema de fuentes establecido. De ahí que no está en la mano de esta Tribunal atender el argumento de política jurídica o, como antes se decía, de lege ferenda que trae a colación en su recurso la entidad de crédito.
Hay que ir al texto concursal en vigor para encontrar el apoyo a la sentencia recurrida. En efecto, con razón suficiente y por considerarlo un acto perjudicial para la masa, al amparo del artículo 71 de la Ley Concursal, la administración concursal de la sociedad Vitrex, S.L., declarada en concurso mediante auto de 12 de enero de 2.010, ha solicitado y conseguido la rescisión de la operación cuya validez sostiene la recurrente.
SEGUNDO. - A continuación, las alegaciones de la recurrente, apoyadas según refiere en el sentido común y en los correos electrónicos atinentes a la operación entre prestataria y banco traídos a la causa, pretenden explicar que no existe perjuicio para la masa activa. Desde su perspectiva se trataba, según dice, de una operación de refinanciación a tres bandas largamente gestada e instrumentada mediante un contrato orientado completamente hacia el futuro de la sociedad en concurso. Al servicio de esta intención, que califica de concorde, alude a otra operación formalizada por la sociedad concursada y la entidad de crédito Caja Duero.
Pero esta argumentación de índole práctica no convence enfrentada a la realidad que desvela el destino de los fondos allegados. Esta afirmación se comprende inmediatamente si se piensa que la refinanciación no ha tenido como destino principal atender necesidades de futuro salvo, y nada nos cuesta reconocerlo, la suma de126.467,18 euros.
Siendo esto así, poco convence el argumento de que la constitución de la garantía se hizo para obtener un préstamo que beneficiaba a la sociedad ahora en concurso. En cambio, no parece dudoso que después de concertada la operación tachada de perjudicial, intencionadamente o sin intención, la posición de la recurrente había mejorado de forma evidente a los ojos de cualquier observador imparcial. A esta conclusión se llega mediante un criterio que podemos calificar de objetivo y que se funda en el argumento de que todo acto de disposición patrimonial realizado por el deudor en situación de desequilibrio económico implica, en el mejor de los casos, una violación del principio de igualdad de trato a los acreedores.
Desde otro punto de vista, un simple juicio de conveniencia permite concluir que nos encontramos ante una operación que, en rigor, no aporta mucho al devenir societario de la sociedad Vitrex, S.L. Por el contrario, la posición de la recurrente, acreedora profesional, se ha visto mejorada en perjuicio del común de los acreedores. Todo ello sin que se haya acreditado por la recurrente que la nueva operación de financiación reemplazara con ventaja a la situación financiera anterior de la sociedad deudora.
TERCERO. - La conclusión alcanzada no se disipa, por el contrario se acentúa, si detenemos nuestra atención en un detalle no menor. Nos referimos a la cantidad antes anotada de 126.467,18 euros a cuyo través se pretende ofrecer una explicación alternativa de corte financiero basada en el principio de conservación de empresa. Este extremo, relativo al dinero que quedó para atenciones futuras y decisivas para la calificación del negocio, no ha sido puesto en tela de juicio por la parte recurrente en momento alguno. En este sentido nos remitimos al extracto bancario aportado a la causa cuyo examen analítico ha excluido la recurrente. Con facilidad se advierte que esta suma es muy pequeña en relación al total importe del préstamo, 1.300.000 euros, recibido por la sociedad concursada.
Así las cosas, la relevancia del argumento financiero empleado por la entidad de crédito recurrente es poca. En efecto, el fundamento y alcance benéfico para el común de la operación de refinanciación dista de estar debidamente esclarecido. Por el contrario, es indudable la afección de forma muy negativa que la garantía hipotecaria supone para la masa activa disminuyendo el valor libre de los activos gravados.
CUARTO. -La sentencia del Juzgado de Oviedo en la que hemos puesto nuestra atención por sugerencia expresa de la parte recurrente afirma, alejándose de nuestro caso, que parte de los fondos allegados con ocasión del préstamo fueron destinados a satisfacer las operaciones corrientes "posibilitando igualmente la atención de otras posteriores".
Por último, la parte recurrente alude, sin explicar su aplicación al caso enjuiciado, al artículo 12.2 de la Ley 2/1981 de Regulación del Mercado Hipotecario. La objeción que presenta este razonamiento puede orillarse sin dificultad, manteniendo el criterio sostenido en la sentencia recurrida. En efecto, sin desarrollar argumento alguno se cita este precepto olvidando que su ámbito de aplicación es otro. Con lo expuesto creemos haber atendido como se merecen los argumentos empleados por la parte recurrente ": SAP Zaragoza (Sección 5) 19.09.2011 (Sentencia 525/2011; Rollo 442/2011)

“PRIMERO.- CNH CAPITAL UK LIMITED, SUCURSAL EN ESPAÑA, recurre la sentencia que dio lugar a la acción de rescisión formulada por la administración del concurso de la entidad ARAGONESA DE MAQUINARIA OBRAS PÚBLICAS SA (ARAMAQ), declarada en tal situación por auto de 4-7-2011, en relación con la constitución unilateral de hipoteca hecha por la concursa sobre su finca, identificada como catastral 002200100XM61B0001ZA, y registral nº 43660, tomo 1 libro 693 del RP nº 9 de Zaragoza, el día 5-8-2010.
La hipoteca fue constituida por la recurrente para garantizar, hasta 4.123.264 # por principal, 206.163'23 # por intereses remuneratorios de un año, 371.093'81 # por moratorios por el mismo

período, y 164.930'58 # para costas y gastos, las deudas que ella y la sociedad vinculada UTILES RECICLADOS DE MAQUINARIA SA (UREMAQ) mantenían con diversos acreedores, de los que la recurrente es la única que se opone a la pretensión rescisoria, pues los demás se han allanado a ella.
La garantía otorgada a la recurrente era para el crédito que la concursa le había reconocido por escritura pública de reconocimiento de deuda de 1.529.346'36 # y constitución de hipoteca de 14-11-2008, y cubría hasta un total de 2.933.836'47 #, que representaba el 55'63 % del total de los créditos garantizados.
La administración concursal sostiene que la constitución de la hipoteca de mención ha de ser considerada perjudicial para la masa en virtud de lo prevenido en el art. 71.1 L 22/2003 (LC), porque se halla dentro el supuesto contemplado en él y ha sido realizado dentro del período de dos años contemplados en dicha norma, y porque es contrario a la par conditio creditorum.
La recurrente sostuvo que la constitución de hipoteca impugnada no puede ser tenida como perjudicial para la masa ni contraria a la igualdad de trato de acreedores, pues forma parte de un acuerdo de financiación del 98 % de pasivo del deudor al tiempo en que fue concluido, que incluye una mejora en los tipos de interés, en el plazo, que se prolonga de 3 a 10 años, y en las condiciones de pago, pues se incluye un período de carencia de 2 años, lo que supuso una mejora en la situación del deudor que de este modo consiguió liberar recursos para continuar con su actividad y para pagar las deudas con los otros acreedores que no tomaron parte en el acuerdo de refinanciación, y que por ello habría resultado beneficiados.
Por otra parte, sostiene que en contraprestación de la garantía ha soportado la pérdida del rango de su crédito, pues el objeto del reconocimiento de 2008 se hallaba garantizado por la hipoteca constituida simultáneamente, hipoteca que fue cancelada como exigencia de los demás acreedores partícipes en el acuerdo, y que por ello la única mejora que obtiene es la ampliación de la suma garantizada, que, además, no cubre la totalidad del importe debido como intereses del crédito de mención en 2010.
Consecuentemente con todo ello, interesa la desestimación de la demanda en relación a su crédito, y, subsidiariamente, 1) que sea admitida la rescisión tan sólo en cuanto la hipoteca exceda el importe de 1.529.346'36 #, pues estaba garantízado ya antes del período de cobertura por la hipoteca de 2008, 2) que le sea reconocido un crédito ordinario por 764.490'11 # por los intereses de su crédito, y que fueron objeto de garantía en el acuerdo de refinanciación, y 3) que le sea reconocido un crédito subordinado de 478.059'64 # por los intereses de dicho crédito que fueron condonados para alcanzar el acuerdo.
El Juzgador de primer grado entiende que el negocio impugnado es perjudicial para la masa y altera la par conditio porque la hipoteca constituida garantiza gratuitamente los créditos de un tercero (UREMAQ) y porque otorga una garantía real a los créditos anteriores de los demás acreedores que hasta entonces no estaban protegidos por garantía real, sin que las mejores condiciones obtenidas para refinanciar la deuda que afectan al plazo y al interés lo justifique, y que no puede ser amparada por un acuerdo de refinanciación a los efectos de la en su día adicional 4ª L 22/2003 (LC) y hoy del art. 71.6 L 22/2003 (LC),pues no concurren todos los requisitos exigidos en el mismo.
Asimismo, razona que no puede ser sostenido que el acuerdo se limite a una ampliación de una hipoteca anterior -la de 2008- que habría de ser mantenida como consecuencia de la rescisión, pues aquélla fue extinguida, ni que la rescisión de la hipoteca pueda ser tan solo parcial por no permitirlo la doctrina jurisprudencial, ni que la rescisión pueda producir como efecto restaurar a la recurrente en el estado en que se encontraba antes de firmar el acuerdo de refinanciación, mediante el reconocimiento de los créditos por intereses reclamados en la petición subsidiaria, por exceder ello de los efectos señalados en el art. 73 L 22/2003 (LC), que en el caso se limitarían a retirar la garantía real del crédito reconocido, que seguiría siendo el mismo pero sin garantía.
Contra tal decisión se alza CNH mediante recurso en el que insiste en que el acuerdo alcanzado en el que se inserta la constitución de la hipoteca que se combate no sólo no es perjudicial sino que ha sido beneficioso para la concursa, y afirma que el juzgador de primer grado incurrió en una errónea valoración de la par conditio, en indebida inaplicación analógica de la regulación de los acuerdos de refinanciación de la entonces disposición adicional cuarta de la L 22/2003, y que no ha valorado debidamente las consecuencias y efectos de la rescisión. Finalmente reitera, en contra de lo que sostiene la sentencia impugnada, que es posible la rescisión parcial.
SEGUNDO.-Nos hallamos ante el ejercicio de una acción rescisoria de la constitución de una hipoteca por concursado, constituida poco menos de un año antes de la declaración del concurso en garantía de créditos que hasta entonces carecían de ella. Por lo que cae de lleno en el ámbito temporal previsto en el art. 71.1 LC y en la presunción del art. 7.3.2º LC, que es guiada por la idea de que el otorgamiento de garantías para créditos existentes que carecían de ellas supone, en un contexto de proximidad de insolvencia, un favorecimiento de la posición de los acreedores beneficiados por ella frente a los que no lo son mediante la asignación del un privilegio que afecta a la par conditio creditorum. Por ello, corresponde al oponente a la rescisión la prueba de que no hay perjuicio para la masa, bien entendido que el mismo es ajeno a la idea de fraude, y que por tal no puede entenderse solamente la disminución o detrimento patrimonial, sino también todo supuesto en el que, sin verse afectado negativamente el patrimonio del concursado, exista perjuicio para la masa activa, como ocurre en el supuesto mencionado de afectación de la igualdad de trato de los acreedores, y que tal valoración ha de ser realizada en el momento en el que acto cuestionado fue realizado, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva para comprobar si con los datos existentes en aquél tiempo el acto habría sido considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de tal situación

hubiere existido en aquella fecha (STS nº 652/2012, de 8 de noviembre, y SAP Madrid, nº 120/2012, de 20 de abril).
A tal efecto, la recurrente sostiene que su crédito se hallaba ya asegurado con garantía hipotecaria constituida en el documento de reconocimiento de crédito de 14-11-2008, sin bien tan sólo por 1.529.346'36 # de principal, y que como contrapartida la mayor importe ahora garantizado ha soportado un detrimento en el rango de su preferencia y renunciado a parte de los intereses devengados por el crédito reconocido. Asimismo sostiene que la garantía a su favor tampoco afecta la par conditio por la misma razón, y porque, a consecuencia del acuerdo de refinanciación que contiene, la concursa pudo liberar recursos para pagar a otros acreedores ajenos al mismo y continuar durante un tiempo su actividad.
TERCERO.-No hay disputa sobre que no concurren todos los requisitos necesarios para que el acuerdo de refinanciación pueda excluir la acción rescisoria, pues no ha mediado el informe de experto independiente exigido por la DA 4ª L 22/2003 incorporada por el RDLey 3/2009 (vigente al tiempo de los hechos), en consecuencia dicho acuerdo no puede suponer por sí solo impedimento alguno al éxito de la acción rescisoria, como en su día señaló esta Sala (SAP nº 660/2010, de 8 de noviembre).
Y por lo que se refiere a la preexistencia de garantía real de su crédito, es de advertir que por acuerdo de refinanciación alcanzado con la concursa elevado a público ante el mismo notario y con igual fecha que la constitución de hipoteca pero antes de ella (número de protocolo dos números anteriores) la recurrente liberó la hipoteca constituida a su favor en 2008, por lo que al tiempo de la constitución de la impugnada aquélla garantía ya no existía
CUARTO.- Es cierto que el acuerdo de refinanciación contemplaba la liberación de la hipoteca y establecía un mayor plazo para el pago del crédito, unos intereses menores y un plazo de carencia, y una renuncia a parte de los intereses moratorios devengados por su crédito (documento nº 1 de la contestación), pero no es menos cierto que el sacrificio o renuncia que el pacto representa para la recurrente es más aparente que real, en tanto que la hipoteca que garantizaba se hallaba precedida por otras dos constituidas a favor de una entidad de crédito que no participó en el acuerdo, según resulta de la certificación cargas unida a la escritura de constitución de hipoteca, y que la deudora se hallaba ya en la imposibilidad de hacer pago de sus obligaciones, y abocada al concurso, hasta el punto de que había formulado el día 15-12-2009 la comunicación prevista en el art. 5.3 LC y, expirado el plazo establecido del mismo, solicitado concurso voluntario el día 20-4-2010, finalmente archivado el día 20-7-2010, según expone el mismo documento que alberga el acuerdo de refinanciación; en consecuencia, la oposición al acuerdo de refinanciación poca o ninguna ventaja supondría para el crédito de la recurrente y para las expectativas de cobrarlo, y su aceptación no le supuso el sacrificio relevante que afirma.
QUINTO.- Sostiene la recurrente que como consecuencia de pacto de refinanciación la concursa se vio beneficiada, así como los acreedores, pero lo cierto es que pese a él poco menos de un año más tarde fue declarado su concurso, y no ha sido acreditado que los demás acreedores hayan cobrado sus deudas como consecuencia de él en mejor disposición de la que ahora mantienen en el concurso actual.": SAP Zaragoza (Sección 5) 25.02.2013 (Sentencia 122/2013; Rollo 12/2013)

JM-1 Alicante

"Mayor enjundia tiene la otra fundamentación. El art. 73.3. 2 LC dice que "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas". Como se ha dicho en otras ocasiones por este Juzgado se establece por el legislador una presunción iuris tantum (modificando iniciales proyectos legislativos) de perjuicio, que libera al impugnante de su prueba, en los supuestos conocidos como "superposición de garantías" (garantías creadas después de la deuda) y "renegociación de deuda previa" (creación de garantías para nuevas obligaciones contraídas en sustitución de anteriores, que no gozaban de dicha protección). Estas operaciones realizadas en el periodo sospechoso vulneran el principio de la par condictio creditorum, buscando la ley evitar el favorecimiento por el concursado de uno o varios acreedores en detrimento de los restantes mediante la constitución de derechos reales de garantía que garanticen el cumplimiento de una obligación contraída con anterioridad, ya que tal constitución lleva aparejada que los bienes o derechos sobre los que recae la misma quedan afectos a un derecho de ejecución separada por parte del beneficiario (en su caso con las limitaciones del art. 56 y 57) y tendrá la consideración de crédito con privilegio especial (art. 90 y 155). Por ello se mantienen por la mayoría de la doctrina que el concepto de perjuicio para la masa activa no ha de ser interpretado en sentido estricto como disminución del activo patrimonial por la realización del acto (o no incremento como consecuencia de la omisión) sino en sentido amplio, atendiendo al carácter colectivo del procedimiento y a la finalidad del mismo de que se respete el principio de paridad del trato, de manera que el perjuicio sea referencia al conjunto de los acreedores y no al interés individual de un acreedor particular. Así se dice que existe perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales. Los supuestos del artículo 71. 2 y 3 patrocinan esta interpretación dado que los mismos contemplan actos que no necesariamente implican disminución del patrimonio del deudor sino que llevan aparejada simultánea disminución de activo y pasivo, y por tanto, mantenimiento de neto patrimonial.
Los hechos probados descritos anteriormente son subsumibles en el supuesto de hecho del artículo 71.3.2º ya que la hipoteca no solo se realiza dentro de periodo sospechoso sino que se destina (por el

juego de la compensación de saldos inherente al contrato de cuenta) a extinguir la deuda preexistente por importe de 23.363,09 €, sustituyendo así la deuda ya existente sin ninguna garantía real por deuda con garantía real, con las consecuencias y la disparidad de trato que ello acarrea, o de fraude (al que se hace referencia en otros texto legales no invocados) considerado en sentido objetivado como consciente alteración de la pars condictio, pues en esas circunstancias la entidad bancaria conocía o debía conocer empleando la diligencia media, la situación patrimonial delicada de la FIELTROS, sin que ello sea equivalente a predicar mala fe a los efectos del art 73 LC

Ahora bien la presunción no es iuris et iure sino iuris tantum, por lo que se admite prueba (cuya carga corresponde al demandado) que desvirtúe la presunción de perjuicio, apuntándose, entre otras, a nivel dogmático la mejora de las condiciones de pago, rebajas de interés, ampliación considerable de disponible, etc. Y es aquí donde trae a colación la demandada conocida sentencia de la AP de Barcelona de 6 de febrero de 2009 para cuyo análisis no debemos perder de vista el supuesto fáctico analizado cual era la constitución de la hipoteca acordada el día 25 de octubre de 2006 a favor del una entidad bancaria en garantía de una póliza de crédito por un límite máximo de 1.000.000 euros habiéndose destinado de este crédito de 1.000.000 euros, 631.653 euros a cancelar el saldo deudor de otra póliza de crédito que la concursada tenía que ya se hallaba vencida, por lo la hipoteca no solo sirvió para garantizar una obligación preexistente sino también para una ampliación del crédito en 368.347 euros

La sentencia tras indicar que "El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación" añade "En este caso, debemos valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de una garantía real, pues contrariamente a lo argumentado por el Banco, constituye una merma del valor del bien en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien. El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par condicio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores. Ahora bien, en el presente caso concurren una serie de circunstancias que deben ser valoradas: primero, que la hipoteca no se constituye enteramente para garantizar una obligación preexistente -en este caso una nueva que sustituye a otra anterior-, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con la hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior, vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación de crédito; y, segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto. Ambas circunstancias, en el contexto en que se renegoció la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio."

En el caso que nos ocupa se destina más del 77% del préstamo a cancelar la deuda preexistente con BS, quedando solo un resto de 6.636,91 €, sin que conste (porque no se aporta completa ni se aclaran) cuáles eran las condiciones de devolución del préstamo y los intereses remuneratorios y moratorios pactados a fin de cotejarlos con los derivados de la póliza de crédito para ver si implican mejora de condiciones. Si a ello unimos la inminencia temporal de la operación con la solicitud de concurso (a los dos meses), y la escasa cuantía del incremento de activo (6.000 €), por sí mismo y en relación con el pasivo reconocido (201.983€) por lo que difícilmente puede considerarse una inyección destinada a solventar la crisis económica, habrá que concluir que la operación no estaba justificada, o dicho de otra manera, que no se ha probado causa que excluya el perjuicio que presupone el cambio de cobertura de la deuda preexistente, sin que podamos considerar esta operación hipotecaria como acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizadas en condiciones normales, pues no responde a esos parámetros de gestión ordinaria en condiciones normales": SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 1275/2009; Concurso 591/2009)

JM-2 Barcelona

"La constitución de hipoteca, apenas dos meses antes de la declaración del concurso, en garantía de una deuda preexistente de la concursada con Don Tomás, constituye un acto que debe presumirse perjudicial para la masa activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.3º, apartado segundo; y, si bien la presunción admite prueba en contrario, la demandada no ha logrado acreditar que con ello se beneficiara a la masa. La hipoteca sujeta el bien o derecho afecto al pago del crédito hipotecario (artículo 155 de la LC) y el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución separada (artículos 55 y 56), con la consiguiente merma para la masa. El hecho de que la hipoteca facilitara nuevos suministros por parte del demandado no es suficiente para desvirtuar la presunción, dada la situación

de insolvencia en la que se encontraba el deudor y la inminencia del concurso -en la lista de acreedores Don Tomás figura con un crédito de tan solo nueve mil euros-. Pues bien, la consignación en pago de 38.773,13 euros para liberar las fincas hipotecadas (documento cuatro de la demanda), el mismo día en que éstas se venden a un tercero, no puede desvincularse de la constitución de hipoteca; antes al contrario, el pago vino motivado o forzado, precisamente, por la existencia de la garantía hipotecaria. Por tanto no nos hallamos ante un pago corriente realizado en el ejercicio de la actividad ordinaria del deudor, sino ante un acto rescindible directamente relacionado con la previa constitución de una hipoteca para garantizar una obligación preexistente. En definitiva uno -el pago- y otra -la hipoteca- debe ser rescindidos, dada la evidente alteración del principio de la paridad o la par conditio creditorum en perjuicio del resto de acreedores. Por todo ello debe estimarse la demanda, condenando a Don Tomás a que restituya a la masa la cantidad percibida con ocasión del acto impugnado -38.773,13 euros-, sin contraprestación alguna con cargo a la masa. Ello no obstante, atendida la buena fe del demandado, pasará a figura en la lista de créditos por dicho importe como acreedor ordinario. ": Sentencia JM-2 Barcelona 25.02.2005 (AC 2005/535)

JM-1 Bilbao

"La administración concursal se sustenta en el art. 71.3.2º LC para justificar su petición de que la hipoteca constituida sobre la maquinaria de la concursada sea rescindida. El precepto esencial en esta materia es el art. 71.1 LC, que permite la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.
En este caso el requisito temporal se atiende, pues la hipoteca se constituye semanas antes de que se declare el concurso. No consta intención fraudulenta, pues lo que se negocia es un aplazamiento constituyendo una garantía real sobre un bien productivo que tenía algún valor.
El art. 71.3.2º de la Ley Concursal, citado por la administración concursal, permite la rescisión ante la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o nuevas contraídas en sustitución de aquellas.
La propia escritura de constitución de la hipoteca señala como la deuda que se garantiza, 78.597,15 euros, corresponde al periodo noviembre dos mil tres a marzo dos mil cuatro. Al ir a constituir la hipoteca en abril de dos mil cinco se reconoce que se ha obtenido un aplazamiento por resolución de la Dirección Provincial de Bizkaia de la TGSS de veintidós de octubre de dos mil cuatro, y que lo garantizado es esa deuda, 78.597,15 euros, y los intereses que menciona. Es decir, la misma deuda que preexistía.
Estamos, en consecuencia, ante un caso claramente subsumible en las previsiones del art. 71.3.2º LC, pues se constituye una garantía, la hipoteca sobre la maquinaria, para asegurar el cumplimiento de una obligación que ya existía previamente al momento en que se otorga. Este mismo juzgado dijo en su sentencia de 9 de septiembre de 2005, JUR 2005\210276, que "ha sucedido, en consecuencia, lo que el legislador previene el art. 71 de la Ley Concursal, esto es, que un acreedor obtiene, dentro del periodo sospechoso, una garantía añadida sobre una deuda aparentemente nueva, pero que en realidad es anterior, mejorando de forma obvia su condición y posición frente a los demás acreedores de la concursada". Esa conclusión debe reiterarse en este caso.
En efecto, el art. 71.3 presume el perjuicio patrimonial salvo prueba en contrario. La TGSS considera que la hay en tanto que con su actuación contribuyó a favorecer la continuidad empresarial, pues de no haberse obtenido el aplazamiento y garantía, hubiera ejecutado el patrimonio de la hoy concursada.
Seguramente haya ocurrido así, como acontece, en general, con cuantos conceden crédito o aplazan el exigible a cambio de la constitución de garantías. Pero tan legítima finalidad no impide apreciar que sí se produjo perjuicio patrimonial. Por un lado, porque se ha favorecido a un acreedor en perjuicio de los demás, al mejorar su posición pues con la hipoteca el crédito se califica como privilegiado, conforme al art. 90.1.1º LC. Por otro, porque un bien de algún valor, la maquinaria hipotecada, fue gravado para garantizar una deuda que preexistía al momento de constituir la hipoteca. Es decir, se disminuye la posibilidad de obtener crédito porque ya no puede ofrecerse como garantía todo el valor de la maquinaria hipotecada, que ha de responder primero de la garantía que ha logrado la TGSS.": SJM-1 Bilbao 03.10.2007 (Incidente Concursal 30/2007, Sentencia 442/2007)

JM-1 Madrid

"TERCERO.- 1. Para resolver la cuestión nuclear que acaba de ser planteada debemos partir de que el artículo 71.3.2º LC dispone que «salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: (...)2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas». No puede haber discusión en relación a que nos hallamos ante un supuesto en que la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. y Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España constituyeron garantías reales -en este caso, prendaria e hipotecaria- sobre una obligación preexistente -en este caso, la deuda recogida en la cuenta de préstamo 0131-8801-96-0380250434- que adolecía de tal clase de garantías -este último extremo es pacífico en este pleito-. Por tanto la litis se ciñe a si se ha realizado en autos prueba que destruya la presunción de que la constitución de la garantía real hecha el 17 de diciembre de 2004 para asegurar el pago de la deuda ya vencida a favor del Banco, y plasmada en la cuenta derivada de otro préstamo

sin garantías reales que fue seriada con el número 0131-8801-96-0380250434, constituye perjuicio para la masa activa.
2. A pesar de que -como acabamos de ver- la Ley Concursal presume perjuicio para la masa en supuestos tan paradigmáticos como el que se nos plantea -tan es así que tal caso cumple escrupulosamente con la previsión legal plasmada en el artículo 71.3.2º LC- se permite -como señala el tenor del mismo precepto- la práctica de prueba tendente a destruir tal presunción. Una parte importante del discurso de Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España se ha centrado en justificar la validez del contrato de préstamo con garantías reales suscrito el día 17 de diciembre de 2004 celebrado con Sistelcom Telemensaje, S.A., justificando los beneficiosos efectos de financiación que supuso en aquel momento la concesión del aludido préstamo. Sin embargo, conociéndose que las dificultades económicas de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. -de ahí que se hable de «balón de oxígeno» por parte del Banco codemandado- que la abocarían a una situación concursal se hicieron patentes antes del año 2005 la refinanciación de la deuda tuvo dos efectos destacables: a) la constitución de un privilegio especial a favor de Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España; y b) el aumento de la masa pasiva de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. Téngase en cuenta que si la declaración de concurso se hubiera solicitado el 17 de diciembre de 2004 el pasivo de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. no habría sido tan acusado como cuando realmente se solicitó. Decíamos que las dificultades económicas de Sistelcom Telemensaje, S.A. eran conocidas en el momento en que se concertó las garantías reales. Nótese que en la Memoria acompañada por la propia entidad concursada con el escrito de solicitud (doc. núm. 1) se hace referencia a que « (...)el desarrollo del año 2004 quedaba marcado por graves factores de incertidumbre....» (pág. 7). Asimismo se expone que « (...)ya dentro del presente año 2005, la formulación de cuentas del cierre del ejercicio 2004, que se realizaría el 30 de marzo como plazo límite prescrito, nos iba a mostrar que el efecto en la cuenta de explotación del caso citado con Telefónica, unido al impacto de las "amortizaciones", por las técnicas contables aplicada en la etapa anterior (2001) supondría un fuerte impacto en la situación patrimonial al cierre del ejercicio» (pág. 8). El conocimiento que tales dificultades económicas podían -tarde o temprano- acarrear el concurso de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A., movió a la entidad Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España a blindar su crédito. Es en esta nueva realidad cuando Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España exige la constitución de las garantías reales. Son elocuentes las expresiones plasmadas en el expositivo I de la escritura pública otorgada el día 17 de diciembre de 2004 en el que se manifiesta que « (...)que Sistelcom Telemensaje, S.A. ha solicitado de Banco Espirito Santo, S.A. un préstamo (...)ofreciendo completar su responsabilidad personal solidaria e ilimitada con la específica garantía hipotecaria de la concesión administrativa que detenta...». Debe destacarse que se refleja que la voluntad de la concesión del nuevo préstamo es «COMPLETAR» la anterior garantía personal existente. De ahí que se denote que al constituirse las garantías prendaria e hipotecaria Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España persiguió asegurarse, cualquiera que fuera la situación que sobreviniera a Sistelcom Telemensaje, S.A., la percepción de la cantidad que había sido prestada. Y si bien ésta es una finalidad calificable inicialmente de legítima, no puede ocultarse que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario de más que probable insolvencia del deudor, a sabiendas de que el aseguramiento en el cobro de una cantidad irá en detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías. Y no es otra cosa la que ocurre como consecuencia de la constitución de las garantías prendaria e hipotecaria puestas en entredicho.”: SJM-1 Madrid 21.05.2007 (Incidente Concursal 690/2006; LA LEY 92659/2008; Diario La Ley, Nº 7007, Sección Jurisprudencia, 8 Sep. 2008)

1.2.4 Inaplicabilidad del argumento del negocio inescindible al caso de superposición de garantía

AP Madrid

“NOVENO.- Finalmente, insiste la recurrente en la inescindibilidad de la operación llevada a cabo (préstamos con garantía hipotecaria) entendiendo que no es jurídicamente posible el ejercicio de la acción rescisoria contra uno solo de los elementos (la hipoteca) y no contra el otro (el préstamo). Este planteamiento soslaya, a juicio de este tribunal, el carácter mixto de operaciones como la examinada donde al componente estrictamente obligacional (préstamo) se superpone, a modo de derecho accesorio de garantía, un componente real (hipoteca). La idea de perjuicio patrimonial se concentra en la garantía y no en el negocio obligacional, y de ahí que la eventual sentencia que acoja la acción rescisoria únicamente debiera comportar, en principio, que las primitivas posiciones acreedoras derivadas del préstamo queden subsistentes aunque desprovistas de la garantía sobreañadida (en tal sentido, el Prof. GIL RODRIGUEZ, en "Comentarios a la Ley Concursal", Ed. TECNOS, pag, 899, coordinada por el Prof. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO). En efecto, el apartado 3 del artículo 71, tantas veces invocado a lo largo de la presente resolución, configura una presunción "iuris tantum" de perjuicio indicando que "...Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:.. 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas...", y si algo evidencia la literalidad del precepto es que la presunción de perjuicio se encuentra referida exclusivamente a la constitución de la garantía real, sin que se proyecte -por obvias razones- sobre las obligaciones resultantes de la renovación de las preexistentes ni sobre la cancelación de éstas que se produce merced a la sustitución de la que son objeto por parte de las obligaciones nuevas.

Debe indicarse, por un lado, que, al esgrimir este argumento, la apelante actúa en contra de la "Cláusula 21ª" del contrato que firmó, a través de la cual consintió en estatuir un férreo principio de "separabilidad" mediante el cual estipulaba, sin excepción ni temperamento alguno, que la eventual ineficacia de cualquiera de sus pactos no contaminaría a los demás. Pero, con independencia de ello, la apelante invoca reiteradamente el carácter unitario de la economía del contrato -con la consiguiente "inseparabilidad" de la hipoteca- sin pormenorizar de qué modo considera que esa economía se pueda ver alterada por la rescisión del gravamen. Porque, más allá de la lógica pérdida del privilegio que ese gravamen pudiera reportarle en el concurso, lo que es consustancial al éxito de una acción como la ejercitada en el incidente, no vemos en qué pueda diferenciarse el resultado de una eventual rescisión acumulada del propio préstamo garantizado (que generaría la obligación a cargo de la concursada de devolver el capital prestado) con el mantenimiento de la vigencia de ese mismo préstamo (que produciría igual efecto al integrarse el crédito de las prestamistas en la masa pasiva del concurso y ser sometido al tratamiento concursal correspondiente).": SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 120/2012; Rollo 376/2011) y, en términos prácticamente idénticos, SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 122/2012; Rollo 377/2011)

AP Zaragoza

"SEXTO.-Finalmente, y en cuanto a los efectos de la estimación de la acción rescisoria, el apelante viene a sostener la inescindibilidad entre el acuerdo de refinanciación alcanzado con la deudora y la constitución de la hipoteca realizada por ésta unilateralmente, por lo que como consecuencia de aquélla habría de ser restaurado el estado cosas anterior al acuerdo de refinanciación, mediante el reconocimiento de los créditos por intereses reclamados en la petición subsidiaria, sin que baste retirar la garantía real del crédito reconocido, como hace la sentencia de primer grado.
Pues bien, según el art. 73.1 L 22/2003
"La sentencia que estime la acción de rescisión declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones".
De ahí que, siendo el acto impugnado la constitución unilateral de hipoteca, la consecuencia de la estimación de la acción se ha de limitar la supresión de la misma dejando el crédito garantizado en la misma situación que antes.
La idea de inescinbilidad que viene a sostener el recurso ha sido tratada con detenimiento SAP Madrid, secc. 28, nº 120/2012, antes citada *[SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 120/2012; Rollo 376/2011)]*, en la que señala que en el supuesto establecido en el art. 71.3.2º L 22/2003 la rescisión se proyecta exclusivamente sobre la constitución de la garantía real y no sobre las obligaciones resultantes de la renovación o cancelación de las existentes, de tal modo que la rescisión no hace nacer derecho alguno de prestación a favor del acreedor que sobrevenidamente recibió un garantía real, porque sus posiciones acreedoras traían causa de un negocio anterior a la rescisión, y la sentencia que acoge la rescisión no viene a operar sobre el negocio jurídico in totum, puesto que el perjuicio y el consiguiente reproche se concentran en la garantía y no en el negocio obligacional, y de ahí que la sentencia de rescisión únicamente comporte que aquellas primitivas situaciones de crédito, que quedan subsistentes, se declaren desprovistas de la garantía sobreañadida.": SAP Zaragoza (Sección 5) 25.02.2013 (Sentencia 122/2013; Rollo 12/2013)

1.2.5 En garantía de aportaciones a UTE por miembro no concursado

AP Pontevedra

"PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda presentada por la administración concursal contra la concursada INDEZA S.A. y COMSA S.A., declarando la ineficacia de la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de prenda de crédito otorgada por la primera a favor de la segunda el día 10 septiembre 2010. También se declara que el crédito concursal que COMSA S.A. ostenta frente a INDEZA S.A. tiene la condición de subordinado por el importe de 1.425.069,91 euros.
Frente a dicha sentencia se alza COMSA S.A. al considerar que se trata de créditos contra la masa y, en cualquier caso, la prenda no resulta perjudicial. También impugna la sentencia al acoger esta la ineficacia de la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de prenda (cuyo objeto se concreta a los créditos que INDEZA pudiera titular como consecuencia de la ejecución de la específica obra para la que la UTE se constituye, y hasta el límite de la obtención de la indemnidad por parte del otro partícipe, que venía financiando a la concursada, posibilitando el desarrollo del contrato de ejecución de obra) cuando, al menos, no se cuestionado en modo alguno la existencia y cuantía de la deuda, la cual deriva de la aportación de fondos que realiza la apelante en el marco de la Unión Temporal de Empresas que había formado en febrero de 2006 con la ahora concursada, y que no ha realizado ésta, para propiciar la buena marcha del contrato de ejecución de obra, evitando perjuicios para los interesados (obra consistente en la construcción del edificio de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Valladolid).
En tercer lugar impugna la subordinación del crédito asociada a la rescisión de la garantía prendaria. En esencia, se considera que, de prosperar la acción rescisoria o de reintegración, el efecto será la extinción de la garantía, pero dejando subsistente el crédito principal del que la garantía no era más que una obligación accesoria, y rescindida ésta, aquél debe recibir el tratamiento que le es propio, no resultando de aplicación delart. 73.3 LC.

SEGUNDO.- La primera cuestión que se plantea tanto en la instancia como en esta alzada es la calificación jurídica de las cantidades que la parte codemandada y apelante, COMSA S.A., que constituyó con la concursada INDEZA S.A. una Unión Temporal de Empresas en febrero 2006, aportó como fondo para suplir las que debería haber aportado INDEZA S.A. en cumplimiento de lo dispuesto en elart. 7 de los estatutos de la UTE que contempla bajo las denominadas "obligaciones financieras", que las empresas atenderán de acuerdo con los porcentajes que se han establecido en el presente convenio a todas las obligaciones financieras estrictamente relacionadas con la ejecución de la obra, siendo dicho porcentaje el 50% para cada partícipe.
La parte apelante considera que tales créditos deben tener la calificación de créditos contra la masa por aplicación delart. 61.2 LC, argumentando que se trata de un contrato de colaboración empresarial con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes.
Para el caso de no estimarse tal consideración, al igual que ha sostenido en el incidente concursal 69/10, la parte apelante da a entender que su crédito debe ser calificado como crédito con privilegio especial al estar garantizado con una prenda de créditos constituida el 10 de septiembre 2010 con un reconocimiento de deuda. Prenda cuyo objeto se concreta a los que INDEZA pudiera titular como consecuencia de la ejecución de la específica obra para la que la UTE se constituye, y hasta el límite de la obtención de la indemnidad por parte del otro partícipe, que venía financiando a la concursada, posibilitando el desarrollo del contrato de ejecución de obra. Prenda de créditos que considera que no es perjudicial, sino que se conviene en aras a propiciar la buena marcha del contrato de ejecución de obra.
TERCERO.- La Unión Temporal de Empresas, regulada por primera vez en nuestro Derecho por laLey 1964/1963, de 28 diciembre, viene a constituir una asociación entre varios empresarios, limitada en el tiempo, como su propio nombre indica, con el fin de lograr un mejor desarrollo o ejecución de una obra y obtener una serie de beneficios económicos. Tanto en la norma inicial de 1963, como en la posteriorLey 18/1982, de 26 mayo, se concebía como figura esencialmente tributaria, carente de personalidad jurídica, siendo preciso el nombramiento de un gerente único con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones necesarias para el logro de los fines de la unión, estableciéndose la responsabilidad solidaria e ilimitada de los empresarios agrupados frente a terceros, por las operaciones realizadas en beneficio del común (artículos 7º.2, 8º.d y 8º.e.8 de la Ley de 1982).
Este régimen no sufrió variación por laLey 12/1991, de 29 abril, reguladora de las Agrupaciones de Interés Económico, que sí gozan de personalidad(artículo 1), pero cuya figura coexiste con las Uniones, manteniéndose vigente la Ley 18/1982, con las modificaciones introducidas en laDisposición Adicional Segunda de la referida Ley 12/1991.
La naturaleza jurídica de esta figura ha sido una cuestión muy controvertida en la doctrina. En este sentido, para unos autores la UTE constituirá una modalidad de comunidad de bienes, en la que diferentes empresarios pondrían en común ciertos bienes para el desarrollo de una determinada obra, servicio o suministro. Sin embargo, el origen negocial de la UTE unida a la existencia de un fin común a cuya promoción se comprometen todos los empresarios participantes, dota a esta figura de una naturaleza genuinamente societaria como ha sido subrayado por otros autores. A este respecto, para un sector de la doctrina, la UTE debería calificarse de sociedad colectiva dada la naturaleza mercantil de su objeto social mientras que, para otro sector, la falta de personalidad jurídica impediría dicha calificación (dado que la sociedad colectiva es una sociedad necesariamente externa o personificada) debiendo entenderse, en su lugar, que se trata de una modalidad de sociedad interna cuyo régimen jurídico subsidiario habría de buscarse en el correspondiente a la sociedad civil.
En este sentido, aún cuando a tenor de su régimen legal la unión temporal de empresas carece efectivamente de personalidad jurídica, se establecen normas que dotan a la misma de un cierto grado de personificación, como reconocen los autores que defienden su calificación de sociedad interna; así, se prevé el nombramiento de un gerente a través del cual se realizarán necesariamente las actuaciones de la unión temporal (aunque bien es verdad que la figura del gerente se configura como apoderado singular de los miembros y no como "órgano social" de la unión:art. 8,d Ley 18/1982) y se establece igualmente que la unión ha de actuar bajo una razón o denominación social(art. 8,e,1 Ley 18/1982), lo cual ha conducido a la consagración jurisprudencial del reconocimiento de capacidad procesal a la unión (véanse, entre otras, lasSSTS de 12 febrero 1990,26 marzo 1999 y29 julio 2004). De este modo, aún cuando la unión temporal carezca de personalidad jurídica plena y, por tanto, no pueda considerarse persona jurídica en tanto su creación no da origen a un sujeto de derecho absolutamente independiente de sus miembros en los planos patrimonial y estructural u organizativo, no puede negarse que en su configuración y actuación presenta un cierto grado de personificación que pudiera llegar a permitir considerarla como una modalidad de sociedad externa o manifiesta, lo que unido al carácter mercantil de su objeto social conduciría a concluir su caracterización como sociedad colectiva. Poco o nada tiene que ver la situación jurídica descrita con un contrato de apertura en cuenta corriente que viene a pretender la parte apelante en la calificación de las relaciones entre las sociedades que integran la UTE.
En todo caso, y dejando sólo apuntada la dificultad de encuadrar adecuadamente su naturaleza jurídica, es lo cierto que estamos ante una de las diversas formas de vinculación empresarial mediante uniones consorciales a fin de promover o facilitar el desarrollo de sus propias actividades, normalmente reduciendo costes y repartiendo riesgos, para llevar a cabo, normalmente, obras que, por su entidad, sobrepasan las capacidades individuales de quienes las forman. Esta forma de colaboración empresarial no entra en la categoría de contratos con obligaciones recíprocas a que se refiere elart. 61 LC en relación con elart. 84.2.6º LC. El ámbito propio de aplicación de esta norma,

ante la falta de definición legal, nos lleva a la construcción doctrinal y jurisprudencial con arreglo a la cual la característica esencial de esta clase de obligaciones se encuentra en la interdependencia o nexo causal que vincula la prestación de cada una de las partes con la correspondiente a la otra, en el sentido de que actúan mutuamente como causa, contravalor o contraprestación de la opuesta. Por consiguiente, los contratos concernidos serán los que originen obligaciones principales de la clase referida. Por ello quedan fueran de este ámbito los contratos unilaterales, los plurilaterales, asociativos o de fin común, siendo el que nos ocupa de esta última clase.

El miembro de la UTE que responda por las deudas de la misma, aún de forma anticipada, que será normalmente quien no esté en concurso, tendrá un derecho de repetición para que le reembolsen la parte que corresponda según la participación que tuvieran pactada, acción de regreso que podría plantear la cuestión de si el crédito debe calificarse como contra la masa y o como crédito concursal, y en este último caso, cómo debería comunicarse a efectos de su reconocimiento, pero no por los motivos expuestos por la parte apelante en función delart. 61.2 LC y 84.2.6º LC, como ya se ha expuesto.

CUARTO Sostiene la parte apelante que la prenda de créditos no resulta perjudicial. Recordar que la parte apelante entiende que su crédito debe ser calificado como crédito con privilegio especial al estar garantizado con una prenda de créditos constituida el 10 de septiembre 2010 con un reconocimiento de deuda. Prenda cuyo objeto se concreta a los que INDEZA pudiera titular como consecuencia de la ejecución de la específica obra para la que la UTE se constituye, y hasta el límite de la obtención de la indemnidad por parte del otro partícipe, que venía financiando a la concursada, posibilitando el desarrollo del contrato de ejecución de obra.

Sin embargo la sentencia de instancia ha estimado la rescisión al considerar que la citada garantía produce un perjuicio para la masa. Ha quedado acreditado que el reconocimiento de deuda y la prenda de créditos con que se pretende garantizar a la apelante su crédito, son convenidos el día anterior a la solicitud voluntaria de concurso de acreedores presentado por INDEZA S.A. el 10 septiembre 2010, por importe de 1.460.482,12 euros, como consecuencia de las aportaciones efectivamente realizadas por COMSA S.A. en lugar de INDEZA S.A. en la UTE para la construcción del edificio de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Valladolid. Y como tal garantía supone de forma evidente, un acto perjudicial para lapar conditio creditorum y para el valor de los activos del deudor, en la medida en que dota a un acreedor de la condición de privilegiado especial, con postergación de la colectividad de acreedores.

La única alegación que en relación con lo anterior realiza la parte apelante es que propicia la buena marcha de la ejecución de obra. Pero en realidad se refiere a las aportaciones que ha venido realizando en lugar de INDEZA, no propiamente de la garantía de prenda de créditos. Ésta, constituida solo un día antes de la solicitud de concurso voluntario no observándose otra finalidad que privilegiar a este acreedor, frente al resto de acreedores. Y tratándose de una garantía cuya obligación principal abarca aportaciones ya realizadas, preexistentes, entra en juego la presunción delart. 71.3.2º LC, presumiéndose, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial en tales supuestos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes.

QUINTO.- Llegados a este punto se hace necesario establecer la calificación del crédito de la parte apelante, excluida la de créditos contra la masa, así como la calificación como crédito con privilegio especial ante la rescisión de la garantía prendaria que lo sustentaba. Ciertamente debe distinguirse entre los créditos anteriores a la declaración del concurso y de los créditos posteriores a esta declaración. Respecto de éstos últimos, como había venido reconociendo la propia administración concursal, seguramente en una interpretación amplia delart. 84.2.9º LC, debe mantenerse su calificación como créditos contra la masa cuando ha existido autorización o conformidad de la propia Administración concursal, al haberlos calificado ésta en el indicado modo y no resultar en realidad impugnado.

Las aportaciones realizadas sin tal conformidad o autorización no son incluibles en el concurso. Es de insistir en este acto sobre las especiales relaciones jurídicas entre las sociedades que conforman la UTE y en relación con el promotor de la obra para cuya ejecución se ha constituido precisamente aquélla. Esas aportaciones que un miembro de la UTE aporta al fondo común para mantener el desarrollo y ejecución de la obra son aportaciones voluntarias, como expresamente se recoge en el punto H de los Estatutos (folio 42). Aportación que, si bien puede beneficiar a la concursada, sin embargo tiene por objetivo beneficiar a la propia aportante al permitirle, sin mayores complicaciones jurídicas, la continuación de la ejecución de la obra, a sabiendas que, su terminación y el beneficio que ello le reporte, supondrá su resarcimiento de las cantidades que ha adelantado respecto del otro miembro, tal y como se desprende del mencionado apartado H de los Estatutos. El mismo resultado se produciría si, con amparo en tal incumplimiento, se hubiera pretendido la extinción de la UTE, apartado V de los Estatutos (folios 44 y 45), cuyo efecto sería la liquidación en el que, como se prevé, se compensaría a la empresa que hubiera realizado más aportaciones de las que le correspondía.

Lo que no cabe es alterar tales previsiones que han de regir la relación entre ambas sociedades, mediante la innovación de otras figuras no previstas a través de un reconocimiento de deuda acompañado de una prenda de créditos como garantía a fin de crear una aparente calificación jurídica en un concurso que se instará de forma voluntaria al día siguiente de tales actos.”: SAP Pontevedra 15.03.2011 (JUR 2011/167838; Sentencia 134/2011; Rollo 880/2010)

1.5 Alteración JUSTIFICADA de la par conditio creditorum

Tribunal Supremo

[Prestamo hipotecario cuyos fondos se destinan a reducir deuda de cuenta de crédito personal preexistente, pero manteniéndose la disponibilidad del crédito y prorrogándose su plazo un año mas]

"Recurso de casación.
6. Formulación del motivo único. El motivo se funda en la infracción del art. 71.3.2º LC y de la jurisprudencia sobre el concepto de perjuicio como sacrificio patrimonial injustificado, como consecuencia de haber apreciado en este caso la existencia de perjuicio para la masa activa.
En el desarrollo del motivo, se argumenta que no ha existido ninguna minoración de la masa activa, porque se recibió un dinero en préstamo con su ingreso en una cuenta de la concursada, quien pudo disponer de él para realizar los pagos necesarios para continuar con su actividad económica. En ese sentido se insiste en que supuso una ampliación de la liquidez de la concursada que permitió que pudiera seguir operando en el tráfico mercantil, pagando a proveedores, abonando las primas de seguros e impuestos, continuando con su actividad productiva...
Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
7. Estimación del motivo único de casación. Es cierto que, como se afirma en el recurso, la jurisprudencia ha concebido el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado «en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación» (Sentencias 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio; 100/2014, de 30 de abril; y 428/2014, de 24 de julio).
La falta de justificación subyace a los supuestos en que el art. 71.2 LC presume iuris et de iure el perjuicio. En el caso de las donaciones y, en general, de las transmisiones a título gratuito, se considera que la liberalidad deja de estar justificada cuando con ella se impide el pago de las deudas. Y en el caso de los pagos anticipados, cuyo perjuicio para la masa activa también se presume iuris et de iure, la falta de justificación radica en la inexigibilidad del crédito satisfecho y el efecto que ello ocasiona: distraer de la masa activa el importe abonado en beneficio de un acreedor, cuyo crédito debería formar parte de la masa pasiva del concurso (art. 49 LC).
Como se explica en la Sentencia 629/2012, de 26 de octubre, «fuera de estos supuestos -de presunción iuris et de iure -, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa».
8. La demanda invocó el art. 71.3.2º LC para justificar que el acto de disposición impugnado, en concreto la constitución de una garantía real para garantizar un préstamo que fue destinado a minorar el saldo deudor de una póliza de crédito anterior que no gozaba de garantía real, debía presumirse que ocasionaba perjuicio para la masa activa.
Conforme al art. 71.3.2º LC, salvo prueba en contrario, se presume el perjuicio en el caso de « constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas ».
La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva una sacrificio patrimonial para la masa activa porque «implica una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito» (Sentencia 100/2014, de 30 de abril). Cuestión distinta es que el sacrificio patrimonial que conlleva la constitución de una garantía real esté justificado, porque sea contextual a la concesión de un nuevo crédito, y no concurra otra circunstancia que le prive de justificación.
El art. 71.3.2º presume, salvo prueba en contrario, el prejuicio en el caso de la concesión de garantías para asegurar la devolución de una obligación preexistente que no gozaba de esta garantía. Y extiende la presunción a los casos en que la garantía real se constituye a favor de una nueva obligación que sustituye a otras anteriores que tampoco gozaban de esta garantía.
9. A la vista de lo anterior, en este caso hemos de analizar si este último supuesto es equivalente al que concurre en el presente caso en que la garantía hipotecaria se constituye para asegurar la devolución de un préstamo que se otorga en ese momento, cuyo importe de 500.000 euros, se destina, descontada la comisión de 2.000 euros, a reducir el saldo deudor de la concursada en la póliza de crédito que tenía concertada con la misma entidad de crédito prestamista.
En concreto, si el saldo deudor de la póliza de crédito en ese momento era de 694.878,99 euros, al ingresarse aquel importe del préstamo (498.000 euros), quedó reducido a 196.878,99 euros. En la medida en que las obligaciones derivadas de la póliza de crédito no gozaban de garantía real, con esta operación la Caja Rural se asegura con una garantía real por lo menos la obligación de devolución del

préstamo. Visto desde esta perspectiva, que es la que enfoca la administración concursal y los dos tribunales de instancia, podría concluirse que estábamos ante un supuesto en que la obligación garantizada sustituía a otra preexistente que no gozaba de tal garantía. Esto hubiera sido así si a continuación se hubiera cancelado la póliza de crédito, pero ello no fue así, pues se prorrogó por un año.
Tiene razón el recurrente cuando advierte que al aplicarse el importe del préstamo a la cuenta en la que se instrumentó la póliza de crédito, que otorgaba un máximo de disposición de 700.000 euros, y al renovarse esta póliza un año más, se amplió de hecho la disponibilidad de crédito que hasta entonces tenía la concursada, precisamente en el importe del préstamo menos la comisión, y durante un año más.
Lo que hemos de valorar es si la ampliación del crédito en 498.000 euros y la modificación de los términos de la póliza de crédito al prorrogarse por un nuevo año, justificaban que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo a favor de Caja Rural cuando más tarde, al cabo de un año, se declarara el concurso, estuvieran garantizadas por hipoteca.
Debemos concluir que sí, porque se cumplen dos circunstancias que ordinariamente deben valorarse en estos casos para juzgar sobre el perjuicio en los supuestos del art. 71.3.2º LC : se ha producido una aportación significativa de dinero nuevo, 500.000 euros (menos 2.000 retenidos por comisión), al ampliarse el crédito disponible en ese momento en esa suma (498.000 euros); y se ha prorrogado un año más la póliza de crédito anterior. Si, además, advertimos que la garantía real tan sólo cubre la obligación de devolución del dinero nuevo otorgado, debemos concluir que, pese al espejismo de perjuicio para la masa activa, en realidad no lo hay, de tal forma que, aunque opere la presunción del art. 71.3.2º LC, se ha acreditado que en este caso, por la aportación significativa de crédito y la prórroga de la póliza de crédito, no concurría perjuicio para la masa activa.": STS 23.02.2015 (Sentencia 58/2015; Recurso 1047/2013)

[Nueva financiación (35%), se convierten las obligaciones a corto plazo en obligaciones a largo plazo, en mejopres condiciones, y se logra que la empresa perviva en el mercado 21 meses]

*"*SEGUNDO.-*Formulación del motivo único del recurso.*
Se articula, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, en los siguientes términos: *"Infracción del art. 71.3.2º LEC en interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a reiterada y contradictoria jurisprudencia de las Audiencias Provinciales."*
Alega interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales, en relación a la interpretación del art. 71.3.2º LC, sobre la existencia de perjuicio para la masa activa y para el resto de acreedores, cuando se trata de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Cita en sentido contrario a la sentencia recurrida, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 6 de febrero de 2009 y de 13 de diciembre de 2011; cita también las de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, de 30 de junio de 2010 y de 14 de octubre de 2010; y en la misma línea de la sentencia recurrida, cita las de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª de 23 de noviembre de 2012, de la misma Audiencia y Sección que la recurrida, y las de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª de 3 de diciembre de 2010 y de 13 de enero de 2011.
Invoca también jurisprudencia de esta Sala, así las SSTS de 16 de septiembre de 2010 y 8 de noviembre de 2012, señalando que no son aplicables al supuesto de hecho del recurso, porque en el presente caso se genera liquidez, se convierten las obligaciones a corto plazo en obligaciones a largo plazo, y se logra que la empresa perviva en el mercado 21 meses y ocho días más, circunstancias alegadas reiteradamente a lo largo de todo el procedimiento.
Las sentencias citadas, tanto las de las Audiencias, como las de esta Sala, que reproduce casi textualmente, pretenden reforzar todos y cada uno de los argumentos que sirvieron de fundamento en el recurso de apelación.
TERCERO.-*Valoración de esta Sala. Estimación del recurso*.
1. El art. 71.1 LC establece la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La norma concursal, de este modo, se asienta en un sistema de ineficacia funcional, sustituyendo el criterio del acto fraudulento por el de acto perjudicial para la masa activa, en relación a un negocio válido y eficaz.
El perjuicio, que salvo los supuestos presuntivos que se establecen en el art. 71.2 LC (*iuris et de iure)* y art. 71.3 LC (*iuris tantum)*, debe quedar adecuadamente probado, es un concepto jurídico indeterminado. Esta Sala, en numerosas resoluciones judiciales (SSTS, la más reciente la STS núm. 58/2015, de 23 de febrero, y, entre otras, la núm. 428/2014, de 24 de julio; núm. 100/2014, de 30 de abril; y la núm. 487/2013, de 10 de julio), ha configurado el perjuicio como un *"sacrificio patrimonial injustificado".* En este supuesto puede suponer no solo una minoración del activo del concurso sino también una alteración injustificada de la *"par conditio creditorum",* al situar al acreedor en una posición más ventajosa que al resto de los acreedores que conforman la masa pasiva del concurso.
2. En el presente caso, la sentencia recurrida, al igual que la de primer grado, entienden que Bankia,
S.A. (antes Caja Rioja), con ocasión de la operación de préstamo hipotecario concertado con la concursada, el 8 de agosto de 2008, causó un perjuicio de los previstos en el art. 71.3.2º LC, al destinarse, parte del mismo, a sustituir unas obligaciones personales preexistentes por otra con garantía real.
Como se ha señalado antes, este supuesto perjuicio previsto en la norma invocada admite prueba en

contrario. Es al acreedor a quien corresponde la carga de la prueba de que no ha habido un sacrificio patrimonial injustificado y, por tanto, que no puede predicarse del contrato o de los actos impugnados, perjuicio para la masa. Sin embargo, como señalan las sentencias citadas de esta Sala, no todos los actos de disposición patrimonial suponen un perjuicio para la masa activa, cuando se da una contraprestación de valor patrimonial equivalente.
Es necesario examinar y analizar las circunstancias en que se concierta la operación, las ventajas que pudo suponerle al concursado para desarrollar su actividad, económica o profesional, y también a quien concede liquidez, en un entorno económico y, más concretamente, en un sector que en agosto del año 2008, había ya iniciado, una grave crisis. En suma, se trata de valorar si en este supuesto estaba justificado el sacrificio patrimonial que supone la obtención de una garantía real de un préstamo que, en un 65 % aproximadamente se destina a cancelar créditos personales y un 35 % suponen liquidez para la concursada.
3. En el caso enjuiciado, debemos concluir que no se ha producido un perjuicio patrimonial injustificado para la masa activa del concurso, por las siguientes razones:
1ª No se constituye la garantía hipotecaria sobre un préstamo por importe de 2.000.000.-# tan sólo para sustituir y cancelar obligaciones preexistentes, sino que se dio liquidez, por importe de 650.000.-#, que le permitió mantener su actividad durante casi dos años (1 año, 9 meses y 8 días antes de la declaración de concurso). Esta mayor disponibilidad del crédito, supone una aportación significativa de dinero nuevo.
2ª Las condiciones económicas del préstamo eran mucho más ventajosas, al pactarse carencia total de amortización de capital y el reembolso del mismo al término de la operación, a tres años.
3ª Se convierten todas las operaciones existentes entre las partes, renovadas sucesivamente, en una sola operación a largo plazo.
Las circunstancias expuestas acreditan que no concurría un sacrificio patrimonial injustificado de gravar un bien de la masa activa, y, por consiguiente, debe rechazarse la existencia de perjuicio, al estar justificada la cobertura hipotecaria del préstamo concedido, por las ventajas que le supuso al prestatario.
El motivo se estima.”: STS 17.03.2015 (Sentencia 124/2015; Recurso 1245/2013)

“11. El planteamiento de la Audiencia sobre cómo opera la presunción de perjuicio del art. 71.3.2º LC se adecua a la doctrina de esta Sala 1ª del Tribunal Supremo, que se contiene en la reciente Sentencia núm. 58/2015, de 23 de febrero :
«Conforme al art. 71.3.2º LC, salvo prueba en contrario, se presume el perjuicio en el caso de " constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas ". Esta presunción se justifica por la propia naturaleza del acto que encierra un sacrificio patrimonial injustificado y beneficia a uno de los acreedores en perjuicio del resto.
»La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva una sacrificio patrimonial para la masa activa porque "implica una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito" (Sentencia 100/2014, de 30 de abril). Cuestión distinta es que el sacrificio patrimonial que conlleva la constitución de una garantía real esté justificado, porque sea contextual a la concesión de un nuevo crédito, y no concurra otra circunstancia que le prive de justificación.
»El art. 71.2.3º presume, salvo prueba en contrario, el prejuicio en el caso de la concesión de garantías para asegurar la devolución de una obligación preexistente que no gozaba de esta garantía. Y extiende la presunción a los casos en que la garantía real se constituye a favor de una nueva obligación que sustituye a otras anteriores que tampoco gozaban de esta garantía».
La justificación va ligada a la ampliación significativa de crédito y/o a la modificación de la obligación, ordinariamente, mediante la concesión de un nuevo término, que prorrogue la exigibilidad de la obligación.
12. Conviene advertir que, respecto de la primera escritura de crédito hipotecario de 25 de abril de 2008, la hipoteca se constituye para garantizar las obligaciones derivadas de la línea de crédito concedida de 601.012,10 euros. En cierto modo, Eurohouse había dispuesto de esta línea de crédito, desde marzo de 2003, en que se había concedido por un plazo de un año y había sido renovada anualmente en los años siguientes.
A los efectos del juego de la presunción del art. 71.3.2º LC, las obligaciones garantizadas con la hipoteca serían las resultantes de lo realmente dispuesto del crédito concedido, al tiempo de renovarse la póliza de crédito que a partir de entonces se garantizaba con la hipoteca. De tal forma que para conocer si el otorgamiento de la garantía hipotecaria con la renovación de la póliza de crédito supuso garantizar una obligación que sustituía a otra preexistente, sería necesario conocer qué disponibilidad de crédito tenía antes de que se cancelara la que se renovaba y, consiguientemente, de cuánto se había dispuesto, que era la obligación que Eurohouse tenía, al tiempo de concederse la nueva póliza de crédito, frente al Caixabank. La ampliación de nuevo crédito sería la diferencia entre lo que ya se había dispuesto de la póliza anterior, y por lo tanto se adeudaba al banco, y la suma máxima concedida (601.012,10 euros). Si esta diferencia fuera significativa, en ese caso, esta ampliación de crédito, unido a la concesión de un nuevo término de un año para la devolución de lo finalmente

dispuesto, justificaría el sacrificio patrimonial que suponía la concesión de la garantía hipotecaria. En otro caso, habría que considerarla perjudicial para la masa del concurso, y estimar su rescisión.
La prueba practicada, en concreto los extractos bancarios del movimiento de la cuenta de crédito, antes de que se renovará la póliza de crédito el 25 de abril de 2008, esta vez con garantía hipotecaria (ff. 173 y ss.), muestra que el crédito dispuesto por Eurohouse en el momento de la renovación era de 556.569,90 euros. Luego, propiamente, la ampliación de crédito respecto de lo ya dispuesto y adeudado fue de menos de 50.000 euros, en concreto, 44.442,20 euros, que es inferior al 8%. Aunque la renovación del crédito supuso la concesión de un nuevo término de un año, este respiro, ligado a la escasa ampliación del crédito, no justifican el sacrificio que conllevó la constitución de la hipoteca, razón por la cual procede confirmar la presunción de perjuicio que prevé el art. 71.3.2º LC.
Y, por lo que respecta a la escritura de 30 de abril de 2009, si partimos de la base de que la constitución de la hipoteca anterior (la de 25 de abril de 2008) era perjudicial para la masa, y que se renovaba el crédito concedido de 601.012,10 euros, del que ya se había dispuesto casi en su totalidad, no habría tampoco en esta segunda escritura una ampliación significativa del crédito que justificara el sacrificio que suponía la constitución de la garantía hipotecaria para cubrir la totalidad de las obligaciones derivadas de la póliza de crédito.”: STS 26.03.2015 (Sentencia 143/2015; Recurso 1546/2013)

“4. Aunque la sentencia recurrida cita correctamente la doctrina de esta Sala con relación a la exclusión de la rescisión respecto de los actos ordinarios de la actividad profesional del deudor (artículo 71.5 LC), concepto que no resulta aplicable a la referida constitución de la garantía prendaria del presente caso, no obstante, la valoración que realiza sobre el alcance perjudicial que se deriva de la misma, no puede ser compartido por esta Sala.
En este sentido, con carácter general, sentencias núm. 58/2015, de 23 de febrero y núm. 143/2015, de 26 de marzo, esta Sala, a propósito del artículo 71.3.2.° LC, tiene declarado:
«[...]La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva una sacrificio patrimonial para la masa activa porque «implica una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, preparando por tanto su salida del patrimonio del garante si acontece el impago por el deudor principal de la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito» (Sentencia 100/2014, de 30 de abril). Cuestión distinta es que el sacrificio patrimonial que conlleva la constitución de una garantía real esté justificado, porque sea contextual a la concesión de un nuevo crédito, y no concurra otra circunstancia que le prive de justificación.
»El art. 71.2.3.° presume, salvo prueba en contrario, el prejuicio en el caso de la concesión de garantías para asegurar la devolución de una obligación preexistente que no gozaba de esta garantía. Y extiende la presunción a los casos en que la garantía real se constituye a favor de una nueva obligación que sustituye a otras anteriores que tampoco gozaban de esta garantía.
»La justificación va ligada a la ampliación significativa de crédito y/o a la modificación de la obligación, ordinariamente, mediante la concesión de un nuevo término, que prorrogue la exigibilidad de la obligación».
Sobre esta base, se ha precisado que en la valoración del perjuicio que irroga la constitución de la nueva garantía, como fundamento último de la aplicación del artículo 71 LC, debe tenerse en cuenta, entre otros extremos, si dicha garantía se ha constituido en un contexto determinado por una aportación significativa del crédito y por una prórroga de la póliza del crédito, pues de ser así, no concurriría perjuicio para la masa activa.
Esto es lo que sucede en el presente caso, en donde se observa tanto una clara aportación significativa del crédito, como la concesión de un nuevo término para la devolución de lo finalmente dispuesto. En efecto, si tenemos en cuenta la cantidad que ya se había dispuesto de la póliza anterior y, por lo tanto, se adeudaba a la entidad bancaria, (742.608,89 €), y el nuevo importe concedido (pasó de 1.000.000 millón de euros a 2.500.000 euros), la diferencia es reveladora de la significativa ampliación del crédito realizada. Además, dicha operación de ampliación de la póliza de crédito también supuso la concesión de una nueva prórroga del vencimiento del crédito garantizado, con el aplazamiento de la deuda por un año. Todo ello, contando con el beneficio que dicha ampliación del crédito representó a la entidad deudora (Ocioland, S.L), pues permitió su continuidad empresarial durante casi dos años más, permitiendo el pago a otros acreedores hasta prácticamente la totalidad del importe máximo concedido (2.491.331,16 euros). Por lo que debe concluirse que, pese a la presunción del artículo 73.3.2.° LC, en el presente caso se ha acreditado que la constitución de la garantía de prenda no derivó perjuicio para la masa activa.”: STS 06.06.2016 (Sentencia 387/2016; Recurso 2749/2013)

AP Alicante

“PRIMERO.-La Administración Concursal, al amparo de la presunción iuris tantum prevista en el artículo 71.3.2º de la Ley Concursal, promovió demanda de rescisión concursal de la hipoteca constituida sobre la finca número 52008 del Registro de la Propiedad número 7 de Alicante, propiedad de la concursada, que garantiza la devolución del préstamo concedido por BBVA a ROYAL CLASS RESORT, S.L. por importe de 2.500.000.- # formalizado mediante escritura de fecha 13 de febrero de

2008 que no fue inscrita hasta el día 21 de julio de 2011 y cuyo asiento de presentación data de 21 de junio de 2011 y, en consecuencia, interesó la declaración de ineficacia de la garantía hipotecaria a favor de BBVA y la consiguiente cancelación de los asientos registrales correspondientes, la declaración de que el crédito a favor del BBVA ha de calificarse de ordinario respecto del principal del préstamo y subordinado respecto de los intereses y, la condena al pago de las costas.
La concursada ROYAL CLASS RESORT, S.L. se allanó a la demanda rescisoria.
La Sentencia de instancia desestimó la demanda y frente a la misma se alzaron la concursada y la Administración Concursal aunque el recurso de esta última se declaró desierto al no comparecer en esta alzada en tiempo y forma.
El recurso de apelación de la concursada se centra en dos aspectos: 1.-) no se ha tenido en consideración que el acto perjudicial a la masa activa es la inscripción de la hipoteca (21 de junio de 2011) que no tuvo lugar hasta más de tres años después de la escritura de concesión del préstamo y de otorgamiento de la garantía hipotecaria (13 de febrero de 2008); 2.-) también es perjudicial para la masa activa que el valor tasado de la finca ofrecida en garantía es muy superior (34.679.434,00.- #) en relación con el importe del préstamo garantizado (2.500.000.- #).
Antes de entrar a examinar las concretas alegaciones del recurso debemos concretar los hechos más relevantes:
1.-) mediante escritura otorgada el día 13 de julio de 2005 BBVA concedió a FINCA LORICER, S.L. (denominación social anterior de la concursada) un préstamo por importe de 3.000.000.- # cuya devolución debía realizarse en el plazo de doce meses y para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones constituyó una hipoteca sobre la finca número 52008 del Registro de la Propiedad número 7 de Alicante.
2.-) mediante escritura otorgada el día 27 de diciembre de 2005 ambas partes acordaron que el vencimiento del préstamo anterior se ampliaba hasta el día 30 de junio de 2008.
3.-) en fecha 13 de febrero de 2008 las mismas partes formalizaron un préstamo por importe de 2.500.000.- # con un plazo de devolución de diez años garantizado mediante la hipoteca de la misma finca cuya finalidad fue la refinanciación de la operación anterior y fijando como valor de tasación de la finca hipotecada la suma de 34.679.434,00.- #.
4.-) mediante otra escritura del mismo día 13 de febrero de 2008 se otorgó carta de pago del préstamo concedido en el año 2005 y se canceló la hipoteca que lo garantizaba tras destinar a ese fin el préstamo de 2.500.000.- #.
5.-) la escritura de 13 de febrero de 2008 se presentó en diez ocasiones en el Registro para su inscripción suspendiéndose por defecto insubsanable hasta que, presentada el día 21 de junio de 2011, fue inscrita el día 21 de julio siguiente, sin que se hubiera modificado el contenido originario de la escritura.
6.-) el prestatario ROYAL CLASS RESORT, S.L. fue declarado en situación de concurso el día 28 de junio de 2011.
SEGUNDO.-La primera alegación del recurso, basada en la incongruencia omisiva proscrita en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se centra en la preterición de que el verdadero acto perjudicial para la masa activa es el de la inscripción de la garantía hipotecaria (21 de junio de 2011) prescindiendo de la fecha en que se formalizó el negocio jurídico del préstamo con garantía hipotecaria (13 de febrero de 2008) habida cuenta de la importante distancia temporal existente entre ambos (más de tres años) resultando vulnerado el principio de la paridad de los acreedores al beneficiarse BBVA de una garantía hipotecaria constituida eficazmente pocos días antes de la declaración del concurso.
Se rechaza esta alegación por las siguientes razones:
En primer lugar, la Sentencia no omite pronunciarse sobre el carácter perjudicial de la inscripción sino que destaca que no debe "considerarse aislada del negocio causal."
En segundo lugar, la reiterada referencia al "sacrificio patrimonial injustificado" por parte de la doctrina jurisprudencial para atribuir un significado más preciso al concepto jurídico indeterminado "actos perjudiciales para la masa activa" obliga a tener en consideración el conjunto de las circunstancias y, en particular, la función económica pretendida con la operación con fecha 13 de febrero de 2008. La función económica era refinanciar el préstamo otorgado el año 2005 estableciendo un plazo de vencimiento de diez años pero manteniendo la misma garantía hipotecaria.
En tercer lugar, con la refinanciación no se aprecia ningún sacrificio patrimonial injustificado porque: i) el nuevo préstamo se destina a cancelar el préstamo anterior que también estaba garantizado con la hipoteca de la misma finca de tal manera que sigue con la misma garantía anterior y no obtiene la entidad prestamista ninguna garantía distinta ni que le otorgue mayor seguridad; ii) le reporta un evidente beneficio a la entidad prestataria porque el plazo de devolución se amplía a diez años.
En cuarto lugar, no puede la parte que resultó beneficiada por esa operación y a la que mostró su plena conformidad alegar ahora que con la misma se causa un perjuicio a la masa activa por el hecho de que la garantía hipotecaria del préstamo no fuera eficaz hasta más de tres años después de su formalización.
En quinto lugar, no puede atribuirse a la entidad prestamista la ocultación torticera de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria formalizada en 2008 porque consta en las actuaciones que se presentó para su inscripción hasta en diez ocasiones siendo suspendida reiteradamente su inscripción hasta que en el mes de junio de 2011 se presentó y, posteriormente, fue inscrita sin que el contenido de la escritura haya sido modificado.
TERCERO.-La segunda alegación del recurso relativa al perjuicio a la masa activa que supone el hecho de gravar una finca cuyo valor de tasación (34.679.434,00.- #) es notoriamente superior al importe del crédito garantizado (2.500.000.- #) tampoco puede prosperar por las razones ya expuestas

por el Juzgador de instancia: i) la garantía hipotecaria de un préstamo no puede equipararse a la disposición gratuita del inmueble ofrecido en garantía sin recibir ninguna contraprestación; ii) la ejecución hipotecaria dependerá de las vicisitudes del cumplimiento del préstamo, circunstancias que se ignoran en el momento de la constitución; iii) en el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, ese mayor valor de la finca provocará que las posturas ofrecidas por los licitadores serán superiores al importe de la deuda.": SAP Alicante (Sección 8) 19.09.2013 (Sentencia 368/2013; Rollo 159/2013)

AP Barcelona

"CUARTO: El único acto de disposición cuya rescisión concursal se discute en esta alzada es la constitución de la hipoteca que se menciona en el apartado 2) del suplico de la demanda: una hipoteca acordada el día 25 de octubre de 2006 a favor del BBVA, en escritura autorizada por el notario JCC, nº de protocolo 3628, en garantía de una póliza de crédito por un límite máximo de 1.000.000 euros. Tal y como alega y acredita la entidad bancaria, sin que ello haya sido discutido por la administración concursal, de este crédito de 1.000.000 euros, 631.653 euros fueron destinados a cancelar el saldo deudor de otra póliza de crédito que la concursada tenía con el BBVA, que se hallaba vencida desde el día 29 de septiembre de 2006, mientras que el restante importe del crédito no fue destinado a pagar ningún otro crédito que hasta ese momento el BBVA tuviera frente a la concursada. De este modo, el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca lo es sólo parcialmente para garantizar una obligación preexistente, pues existe una ampliación del crédito, en concreto de 368.347 euros.
El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La ineficacia propugnada con esta acción es la propia de la rescisión, aunque su fundamento radica exclusivamente en el perjuicio. El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario (iuris et de iure) en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan –actos de disposición a titulo gratuito y pagos anticipados- (art. 71.2 LC); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio (art. 71.3 LC). La administración concursal invocó uno de estos dos supuestos, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de otras que las sustituyan, para justificar la concurrencia del perjuicio.
En cualquier caso, para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, or ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.
En este caso, debemos valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de una garantía real, pues contrariamente a lo argumentado por el Banco, constituye una merma del valor del bien en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien. El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par condicio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores. Ahora bien, en el presente caso concurren una serie de circunstancias que deben ser valoradas: primero, que la hipoteca no se constituye enteramente para garantizar una obligación preexistente –en este caso una nueva que sustituye a otra anterior-, sino que algo menos de dos terceras partes, aproximadamente, del crédito garantizado con la hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior, vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación de crédito; y, segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto. Ambas circunstancias, en el contexto en que se renegoció la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio.". SAP Barcelona (Sección 15) 06.02.2009 (Rollo 607/2008)

AP Badajoz

"Por lo que se refiere al fondo del asunto, hemos de plantearnos si el acto de constitución de hipoteca litigiosa tiene una justificación jurídica y económica, pues si el legislador hubiera querido aplicar automáticamente las consecuencias de la reintegración a dicha constitución de garantía real, habría previsto una presunción iuris et de iure y no una presunción iuris tantum, como ocurre en este caso

(artículo 71.3.2º LC). Ha de partirse afirmando que el supuesto de hecho planteado en la demanda es sustancialmente diferente al expuesto en la apelación y que ahora coincide con el relato descrito en la Sentencia, según los términos acreditados por los efectuados en la contestación y dicha variación se produce respecto a un dato esencial para este caso cual es el de que el importe del préstamo hipotecario litigioso fue destinado, en gran medida, a satisfacer una deuda ya vencida y exigible que generaba importante intereses moratorios, así como una cuota ya vencida de otro préstamo. Es claro que la hipoteca constituida lo fue como dice expresamente la escritura de constitución con la finalidad de "reconversión de deudas" y como ha acreditado la parte demandada (documentos nº 12 a 14 de la contestación) se destinó principalmente a la cancelación de un préstamo (2124) que ya estaba vencido y era exigible y que generaba importantes intereses de demora, muy superiores a los establecidos en la hipoteca, así como también a la cancelación de otra cuota vencida e impagada de otro préstamo (6781), cuyo impago hubiera podido resolver anticipadamente éste y a su amortización parcial (con vencimiento a seis meses vista) y que generaba intereses ordinarios similares al préstamo hipotecario (aunque, los de demora eran ciertamente muy superiores). Resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial (exigido por el art. 71.1 LC), al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Y ello aunque la jurisprudencia mercantil se está decantando por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio. En tal sentido, la SAP Barcelona de 6 de febrero de 2.009 afirma que el juicio sobre el perjuicio exige que haya existido un autentico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación. En esa última resolución se analizan posibles causas de justificación en el otorgamiento de una hipoteca constituida para garantizar, siquiera en parte, una obligación preexistente y concretamente se valora el hecho de que se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo (en nuestro caso, 20 años a un interés menor que el propio del descubierto). Por lo demás, es aplicable aquí el art. 10 Ley 2/1981, de 25 de marzo de regulación del Mercado Hipotecario, dado que dicha norma exige para la rescisión de las hipotecas a favor de entidades de crédito, conforme al art. 71 LC, que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen, cuestión que ni siquiera ha sido alegada por la parte demandante que había fundado la pretensión rescisoria únicamente en que se trata de un acto perjudicial.
Con estos datos, consideramos que la operación obedeció a un justo equilibrio de contraprestaciones y resultaba económicamente justificada. No existió perjuicio en el sentido a que el artículo 71.1 LC y no se ha demostrado fraude en la actuación de la entidad demandada y en consecuencia, la operación no debe ser rescindida”: SAP Badajoz (Sección 3) 24.11.2011 (Sentencia 268/2011; Rollo 242/2011)

AP Castellón

“SEGUNDO.-No es controvertido que mediante escritura pública otorgada el día 25 de agosto de 2008 Cerámicas Gaya SA constituyó garantía hipotecaria sobre la finca de su propiedad inscrita en el Registro de la Propiedad num. 2 de Villarreal con el numero 39.512, en garantía del pago de una deuda que con la Tesorería General de la Seguridad Social mantenía por importe de 310.157,45 euros, generada en los meses de marzo a mayo de 2008. La administración acreedora había concedido a la mercantil deudora un aplazamiento de doce meses para el pago. Mediante la escritura de 1 de junio de 2009 se modificó en parte el previo acuerdo para ampliar de doce a dieciocho meses el plazo para el pago (folios 11 y ss y 21 y ss).
Tampoco es controvertido que el concurso de la mercantil fue declarado por Auto de 23 de octubre de 2009 y, por lo tanto, en los dos años siguientes al otorgamiento del acto del que se pide la rescisión.
El juez de instancia ha basado su acuerdo de rescisión en el art. 71.1 en relación con el art. 71.3.2 de la Ley Concursal. Con arreglo a estos preceptos, son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta y se presume, admitiendo prueba en contra, que concurre perjuicio patrimonial cuando se trate de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes.
En el presente caso, partiendo de que no hay controversia sobre los antecedentes de hecho a que se acaba de hacer referencia, discrepa la recurrente de la apreciación del juzgador de que el acto objeto de la acción de reintegración sea perjudicial para la masa activa y sostiene también que, en todo caso, queda excluido del ámbito de la rescisión en virtud de lo que dispone el art. 71.5.3 LC.
Estas son los dos motivos del recurso, que pasamos a analizar.
1. Dice, en esencia, la Administración Pública recurrente que el acto impugnado no fue perjudicial para la masa activa y en la instancia se han aplicado de forma indebida los preceptos de los apartados 1 y 3.2 del citado artículo 71 LC. En este sentido, alega que el aplazamiento de pago concedido a la mercantil benefició a la masa activa, al perseguir una vía de salida a la crisis en que estaba inmersa y, además, puesto que el interés fijado fue el legal del dinero vigente en cada momento, también desde esta perspectiva se vio favorecida la deudora, pues más gravoso hubiera sido acudir al mercado de crédito para la financiación del aplazamiento.

Compartimos este criterio y consideramos que el acto impugnado por la Administración concursal no fue objetivamente perjudicial para la masa activa.
Puesto que la presunción "iuris tantum" contemplada expresamente por el precepto puede ser desvirtuada, entendemos que en el presente caso se ha acreditado que la constitución de la garantía del aplazamiento del pago de la deuda no fue perjudicial para la empresa, sino todo lo contrario, pese a ser cierto que la constitución de la garantía real da lugar a la directa sujeción del bien hipotecado al pago del crédito (art. 155 de la LC) y otorga al acreedor hipotecario un derecho de ejecución separada (arts 55 y 56 LC) de suerte que, además de privilegiar a un acreedor sobre la masa, tiene la consecuencia de minorar ésta en el valor del bien hipotecado.
La razón de que entendamos que en el supuesto litigioso no se trató de un acto perjudicial es que mediante el aplazamiento del pago se tendió al mantenimiento de la empresa y su actividad y se evitó de momento la imposición de recargos y la directa e inmediata traba de sus bienes y derechos por parte de la Tesorería para la ejecución del crédito constituido a favor de ésta (arts. 25 y ss y 33 y ss TR LGSS). En definitiva, el aplazamiento se concedió con arreglo a lo previsto en el art. 20 TRLGSS en relación con el art. 13 de la Ley General Presupuestaria, que obliga a la constitución de garantía de la obligación de pago aplazado, lo que también hace el apartado 4 del art. 20 TR LGSS y puede afirmarse que el acto impugnado no fue perjudicial para la masa en la medida en que los motivos expuestos desvirtúan la presunción legal.": SAP Castellón (Sección 3) 20.09.2013 (Sentencia 371/2013; Rollo 370/2013)

AP Ciudad Real

"QUINTO.- Queja sobre la valoración probatoria.
Discrepa el recurrente, en cuanto al fondo del debate, con la valoración probatoria que realiza la Magistrada-Juez de instancia, al entender que parte la resolución de primer grado del automatismo de entender que todo acto realizado con la anterioridad cronológica prevista es perjudicial para la masa, sin tener en cuenta las circunstancias en que tal acto se produce, circunstancias a las que dota de la interpretación que desarrolla en el motivo para concluir con la no concurrencia del perjuicio que, en definitiva, aprecia la Sentencia de instancia.
Motivo que impugna la parte apelada, razonando que existiendo una obligación preexistente, se constituyó una garantía real, estando en trámite la declaración de concurso y resultando los bienes hipotecados imprescindibles para la operatividad del aeropuerto, estableciéndose legalmente una presunción de perjuicio cuya destrucción correspondía a la apelante, lo que no ha hecho, que es precisamente lo que señala la Sentencia.
La jurisprudencia del Tribunal Supremo nos ha ofrecido una razonada explicación sobre el alcance y efectos de los actos rescindibles relacionados en el artículo 71 de la Ley Concursal. Así, señala la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Julio de 2014 (ROJ: STS 3170/2014. Sentencia: 401/2014. Recurso: 2571/2012. Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL), recordando la de 30 de Abril de 2014, que "De acuerdo con el régimen de las acciones de reintegración de la Ley Concursal, las garantías reales sobre bienes inmuebles, como es el caso de la hipoteca, prestadas por el deudor concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso pueden ser objeto de rescisión cuando constituyan un acto de disposición a título gratuito pues en tal caso el perjuicio para la masa se presume sin que sea admisible prueba en contrario (art. 71.2 de la Ley Concursal); cuando constituyan un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado o se hayan constituido a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, y no se pruebe la falta de perjuicio patrimonial (art. 71.3.1º y 2º); y, en general, cuando se pruebe que han causado un perjuicio para la masa activa. Para el ejercicio de estas acciones no es preciso probar la existencia de fraude".
Esta es precisamente la interpretación que sigue la Sentencia de instancia, por mucho que el apelante tache la misma extraer conclusiones "automáticas", lo que viene a sostener es que producido el acto dentro de los dos años anteriores y no acreditando la parte demandada la falta de perjuicio, procede la rescisión.
Ahora bien, tiene razón el recurrente cuando sostiene que el análisis de la existencia o no del perjuicio debe ser contextualizado y no meramente aislado, de tal forma que se valore en el marco en el que se produce. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre 2012, se debe "prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto".
Tal interpretación obliga a una análisis del contexto en el que se produce el acto analizado, conforme a los hechos que en sustancia reconocen las partes:
1º. Con fecha 3 de Diciembre de 2007, las mercantiles "AIR RAIL, S.A." y la hoy concursada "CE AEROPUERTOS, S.L." concertaron contrato de compraventa en virtud del cual la primera suministraba a la segunda determinados equipos imprescindibles para la prestación de servicios de "handling" por parte de la segunda a las diversas aeronaves.
2º. Ante el incumplimiento por la concursada de las obligaciones contraídas en virtud del contrato anterior, con fecha 22 de Abril de 2009, las partes suscribieron un contrato de reconocimiento de deuda (806.158#), acordándose fraccionar la deuda en 36 cuotas mensuales, estableciéndose, para el caso de impago de tres cuotas consecutivas, la facultad para el vendedor de resolución contractual, con garantía sobre los equipos suministrados.
3º. Como quiera que la hoy concursada demoró el pago de tres cuotas entre Diciembre de 2009 y Febrero de 2010, alcanzaron las partes un nuevo acuerdo reconociendo nuevamente adeudar la suma

de 637.536,90#, acordándose una nueva forma de pago que incluía una carencia o moratoria de 4 meses, a partir del cual se realizarían pagos mensuales, con igual facultad resolutoria y establecimiento como garantía se constituyó hipoteca sobre los equipos suministrados, según obra en escritura pública otorgada el 16 de Marzo de 2010.
Situados en este marco de análisis, pocas dudas ofrece que los diversos acuerdos alcanzados provenían del incumplimiento por la hoy concursada de las obligaciones asumidas en 2007 y supusieron una aplazamiento y fraccionamiento en el pago de la misma, permitiendo a la concursada el mantenimiento de la posesión de los citados equipos, que se califican como indispensables para la prestación de los servicios de "handling", esto es, una de las principales operaciones de financiación del aeropuerto y para cuya prestación se encontraba autorizada, y que tras la declaración del concurso podía realizar al no suspenderse en ese momento sus actividades, lo que, sin duda, suponía un beneficio tanto para la concursada como para sus acreedores, al poder seguir financiándose con una de sus principales actividades.
De este modo, se nos presenta un estado de cosas que, globalmente considerado, dibuja un escenario favorable a matizar la significación peyorativa que cupiera atribuir al hecho de que el acuerdo vienes acompañado de la constitución de una garantía hipotecaria, en relación con la disminución de la garantía de cobro por parte de otros acreedores que de suyo comporta, y, por esta vía, a relativizar la existencia de perjuicio derivado de tal circunstancia, lo que ha de resultar, finamente, en la estimación del recurso y el consiguiente rechazo de las pretensiones articuladas en el escrito iniciador del expediente.”: SAP Ciudad Real (Sección 2) 25.09.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 128/2014)

AP Córdoba

“CUARTO.-Entrando ya a analizar el fondo del asunto, la sentencia de instancia se basa en pronunciamientos previos de esta misma Sección, como las Sentencias de 21 de noviembre de 2007, 3 de diciembre de 2010 o 13 de enero de 2011, en las que decíamos que existirá perjuicio cuando haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal; aclarando que en el caso de que el acto "sospechoso" conlleve la constitución de garantías reales, debe partirse de la base de que las mismas tienen un carácter accesorio, instituyéndose para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1.857 del Código Civil) y que, desde este punto de vista, la valoración del perjuicio resultante de la constitución de la garantía para la masa activa queda condicionado, en principio, al juicio que pueda merecer la pertinencia de su constitución, en atención al negocio jurídico garantizado y al momento de su celebración, próximo a la situación de insolvencia. Más recientemente, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 ha declarado que "*El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación"* (en similar sentido, Sentencia del mismo Alto Tribunal de 8 de noviembre de 2012).
QUINTO.-Sobre esta base, examinando las actuaciones y la prueba practicada, debe compartirse el criterio plasmado en la sentencia de instancia de que no se aprecia perjuicio en la operación cuya rescisión se pretende. Dicha prueba pone de manifiesto que los concursados, acuciados por una angustiosa situación económica, buscaron una refinanciación que les permitiera enervar su situación de insolvencia, encontrando únicamente la posibilidad que les ofreció "BANESTO, S.A." a través del préstamo con garantía hipotecaria, y que supuso la entrada de dinero por importe superior a 40.000 #, cantidad en principio suficiente para continuar con su actividad empresarial; por lo que no puede considerarse que el perjuicio patrimonial fuera injustificado, en el sentido jurisprudencial expuesto. La cuestión no estriba tanto en si el llamado "dinero fresco" supuso un porcentaje más o menos alto de la operación (un 8% según la parte apelante), como en que efectivamente aportó financiación a los demandantes y tuvo sentido desde el punto de vista de su funcionamiento como empresarios integrados en una comunidad de bienes. Una de las entidades apelantes, "NCG Banco, S.A." (anteriormente "Caixanova") también mantuvo negociaciones con los concursados para su refinanciación y también les ofreció la constitución de una hipoteca sobre los mismos bienes, por lo que resulta cuando menos paradójico que para lo que una entidad (la propia) era un acto normal de la actividad empresarial de los deudores, sea un acto perjudicial y fraudulento cuando lo realiza otra entidad. Y argumentar ahora que la refinanciación tuvo la finalidad oculta de salvaguardar el patrimonio de los padres de los concursados es una alegación nueva que no se había formulado en la instancia.

Siendo también destacable a criterio de esta Sala, para enmarcar correctamente la verdadera intención de las partes, que no es que los deudores acudieran por primera vez a "BANESTO" para solicitar financiación perjudicando al resto de sus acreedores, sino que mantenían con dicha entidad relaciones muy extendidas en el tiempo y que la operación les otorgó liquidez y no simplemente reconversión de deudas o superposición de garantías. La prueba documental practicada, no desvirtuada por la parte apelante, acredita que los concursados pudieron disponer de una parte del crédito (como mínimo 40.000 #), lo que les permitió la compra de oro, indispensable para la continuación de su negocio de montaje de joyería. Sin que tampoco conste la alegada situación de insolvencia cuando se otorgó el préstamo hipotecario, y al contrario, lo que figura en las actuaciones es que no fue hasta varios meses después cuando la situación económica de la empresa se deterioró irreversiblemente; reconociéndolo incluso así el empleado de "Caixanova", que manifestó en su declaración testifical que hasta octubre de 2009 no hubo morosidad por parte de los concursados (lo que viene a reconocerse en el propio escrito de recurso). Y no sería tan mala la situación económica de la comunidad de bienes, ni tan fraudulenta su actuación, en el momento de otorgarse el préstamo hipotecario controvertido, cuando la propia "Caja de Badajoz" les otorgó otro préstamo con garantía personal un mes después.
SEXTO.-En conexión con lo expuesto, en alguna resolución precedente (por ejemplo, Sentencia de 8 de junio de 2012, en sintonía, entre otras, con la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009) hemos puesto de manifiesto la contradicción que supone que la concesión de refinanciación al deudor como medio de ayuda a la superación de sus dificultades económicas acabe considerándose un acto perjudicial para la masa. Pilar que, básicamente, impulsó también la reforma de la consideración de las operaciones de refinanciación en el Real Decreto Ley 3/2009 y, con mayor profundidad, en la Ley 38/2011. Por eso se viene considerando doctrinalmente que la renovación de un contrato de financiación o la constitución de nuevas garantías constituyen dos aspectos que deben analizarse con la misma objetividad en la perspectiva de una actividad empresarial ordinaria, en una fase preconcursal o una vez que el concurso se ha declarado, abandonando visiones suspicaces o de atribución de naturaleza fraudulenta "per se" a este tipo de operaciones. La renovación de un crédito y la constitución de garantías son actos de plena normalidad en la relación de un deudor con sus acreedores, pero que cobran excepcional relevancia para los demás acreedores si, pese a todo, el deudor deviene insolvente. La refinanciación es el escenario típico en el que suelen debatirse una empresa con problemas de tesorería y sus acreedores bancarios, produciéndose una colisión de intereses cuya consideración equilibrada no es sencilla, tanto porque existe una contraposición entre el deudor y sus acreedores, como porque también dentro de los acreedores existen habitualmente intereses divergentes vinculados con la posible refinanciación. Desde este punto de vista, la operación objeto del presente incidente concursal, una vez analizada, no puede ser considerada como perjudicial para la masa, sino que debe enmarcarse dentro de la actividad ordinaria de la empresa, y por tanto, excluido de la rescision, conforme al artículo 71.5.1º de la Ley Concursal. Razones por las cuales la sentencia apelada ha de ser confirmada.”: SAP Córdoba (Sección 3) 17.06.2013 (Sentencia 112/2013; Rollo 124/2013)

AP Jaén

“Primero.- La sentencia impugnada desestima la demanda planteada por la administración concursal de la Cooperativa la Esperanza de Navas de San Juan contra la misma cooperativa y las entidades Caja Rural de Jaén, Unicaja y Banesto. La actora pretendía de conformidad con lo establecido en elartículo 71 de la Ley Concursal que se rescindiera la escritura pública de fecha 10 de octubre de 2005por la que para refinanciar las deudas de las que la cooperativa demandada se reconocía fiadora de la entidad Fedeoliva, se constituyó a favor de las entidades bancarias demandadas hipoteca sobre todos y cada uno de los inmuebles que constituían su patrimonio, por un importe total de 3.781.895'22 Euros; dicha cantidad se ingresó en una cuenta de la que no se podía disponer sino para liquidar las deudas reconocidas a favor de las entidades de crédito demandadas, deudas u obligaciones que mediante esta operación cambiaron de naturaleza, pasando a ser créditos singularmente privilegiados.
Segundo.- Pues bien, contra esta sentencia apela la Administración Concursal de la Cooperativa La Esperanza alegando que ese acto fue perjudicial para la masa activa al haberse realizado dentro del plazo de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. (…)
Tercero.- Pues bien entrando a conocer solo el recurso planteado por la Administración Concursal ya hay que anunciar que no puede ser estimado.
Elartículo 71.1 de la Ley Concursalexige para poder declarar la acción de reintegración que se trata de un acto perjudicial para la masa realizado dentro de los 2 años anteriores a la declaración del concurso.
Así las cosas habrá que analizar si el acuerdo que se plasmó en el préstamo hipotecario suscrito el día 10 de octubre de 2005 entre la Cooperativa La Esperanza y las entidades de crédito apeladas agravó o no la situación de la primera o en otras palabras si este acto produjo perjuicio a la masa activa. Es por ello que habrá que entender que siempre que se produzca una disminución de esa masa como consecuencia del acto que se impugna este podrá ser rescindido.
Cuarto.- De la prueba practicada se desprende que el préstamo hipotecario que se suscribió lo fue para garantizar lo que la Cooperativa La Esperanza afianzaba a Fedeoliva (Cooperativa de 2º grado) que había entrado en concurso y con el fin de evitar que aquella siguiera el mismo camino. Así como consecuencia de la operación que hoy se impugna La Esperanza se desligó de la suerte de Fedeoliva y además se evitó, por el momento, el concurso y la ejecución despachada por el Juzgado de Primera

Instancia nº 2 de La Carolina por valor de 849.542'53 euros de principal y 254.000 euros para intereses y costas, en cuyo procedimiento se había acordado el embargo preventivo sobre las fincas en que después se constituyó la garantía hipotecaria por la escritura que hoy se pretende rescindir. Es por ello que se considera que la suscripción de este préstamo hipotecario no perjudicó al patrimonio de La Esperanza, y le libró, desgraciadamente por poco tiempo, del concurso.
Es por estas razones y por los fundamentos de derecho de la sentencia impugnada, que se dan por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias que se desestima el recurso de apelación y se confirma la resolución recurrida.": SAP Jaén 21.01.2008 (JUR 2008\245766; Sentencia 10/2008; Rollo 9/2008)

AP La Coruña

"QUINTO.- En el presente caso, Banco y ARES Y PACHECO realizaron las siguientes operaciones:
Una póliza de descuento (asunción de responsabilidad y afianzamiento de operaciones mercantiles) de 8 (19)/10/2007 con límite de 1 millón de euros, por tiempo indefinido. En la lista de acreedores del informe de la AC en el concurso figuran reconocidos, entre otros, varios créditos ordinarios a favor del Banco con cargo a esta línea de descuento por casi 400 mil euros y contingentes ordinarios de esa línea por más de 194 mil euros.
Otra póliza de descuento (asunción de responsabilidad y afianzamiento de operaciones mercantiles) de 9/2/2009 y plazo indefinido por 2 millones de euros. Tenía saldo deudor de 1.999.291,23 euros a 30/6/2009 e intereses del 26%. Se abonó con el préstamo concedido e ingresado por el Banco en la cuenta asociada de la deudora en esta última fecha a que se refiere la póliza de 2.050.000 euros, vencimiento 30/6/2021, e interés remuneratorio del 6% inicial y posterior variable del Euribor más dos puntos con aquél mínimo, y de demora del 20%, garantizada con la hipoteca de la escritura del mismo día 30/6/2009.
Una póliza de crédito de 10/6/2005 de 420 mil euros. Fue renovada a su vencimiento por la de crédito de 8/6/2007 con límite de 820 mil euros, la cual a su vencimiento tenía un saldo deudor de 897.906,42 euros con intereses moratorios del 17%. Ese saldo fue abonado con la renovación operada con nueva la póliza de crédito de 30/6/2009 por 900 mil euros, plazo hasta el 30/6/2014, con prórrogas tácitas prorrogable anuales, garantizada con la hipoteca de litis.
La sentencia del mismo Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña de 27/7/2012 (al parecer firme, pues no consta recurrida ni cuestionado tal hecho), desestimó la acción rescisoria del artículo 71 LC formulada por la AC del concurso de la sociedad matriz ARESCO respecto de la hipoteca sobre su nave de la misma escritura pública y operaciones bancarias garantizadas de 30/6/2009 que las del presente proceso, al haberse llegado a la conclusión de haberse demostrado no ser perjudicial, sino un sacrificio justificado por la garantía hipotecaria por la razonabilidad y proporcionalidad de la operación que permitió a la deudora amortizar deudas y mantener línea de descuento, siendo también de aplicación el artículo 10 de la Ley del mercado Hipotecario, y el Banco habría efectuado el estudio de la contabilidad tanto de ARESCO como de ARES Y PACHECO y no cabía pensar entonces en una insolvencia ni a corto ni a medio plazo, a pesar del previsible descenso del volumen de negocios por la crisis, que desaconsejase la refinanciación, sino que ésta permitía asumir a la empresa sus obligaciones, incluidas las nuevas contraídas el 30/6/2009, además del beneficio del periodo de carencia de 24 meses y de los intereses del 6% frente a los del 22% y 26% que generaba la deuda vencida, líquida y exigible.
La sentencia del mismo Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña de 7/3/2014, dictada en la pieza sexta del concurso de ARES Y PACHECO, desestimando las pretensiones de culpabilidad formuladas por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, calificó el concurso de fortuito. En esta sentencia, entre otras cosas: se desestimó la causa alegada de irregularidades contables referidas al ejercicio 2010, en relación a las existencias y ciertas discordancias en saldos de proveedores y clientes, pues el informe de la propia AC presentado en el concurso había considerado que la contabilidad era adecuada y permitía su seguimiento sin reproche relevante para comprender su situación económico financiera, además de no haberse probado irregularidad conforme a la auditoría de 2010 y la exhaustiva y convincente pericial practicada en orden a reflejar las cuentas una imagen fiel; y con ocasión de hablar del fondo de maniobra declaró probado el hecho del paso de 1,7 millones de euros positivos del ejercicio 2009 a 5,6 negativos en el 2010, hasta cuyo momento la sociedad no habría tenido pérdidas sino beneficios y disponía de un patrimonio neto superior a los 2 millones de euros; y lo cierto es que también rechazó culpa respecto de haber gravado con cargas hipotecarias el patrimonio de la sociedad, aunque la sentencia ya no se detuvo en esto.
La declaración del concurso es de fecha 15/4/2011.
SEXTO.- En atención a todo lo considerado a lo largo de la presente sentencia, y pese a los esfuerzos y meritorios argumentos esgrimidos por la AC apelante en apoyo de su tesis y para destacar los extremos favorables y contrarrestar los desfavorables, el Tribunal llega a la misma conclusión sentenciada en primera instancia al no apreciar motivos bastantes para considerar errónea su valoración fáctica y jurídica del caso, no obstante las dificultades que presenta su enjuiciamiento, lo que solo puede tener incidencia en materia de costas.
Es cierto que la operación de litis no se blindó por la vía de antes referida disposición adicional cuarta de la Ley Concursal tras la reforma RD-Ley 30/2009, pero no significa que por ello deba triunfar la acción rescisoria. Aparte de que en nuestro caso, será o no perjudicial, pero no cabe apreciar la existencia del fraude en la constitución de la hipoteca a que se refiere el artículo 10 LMH.

No se discute que el nuevo préstamo y nueva línea de crédito de 30/6/2009 fueron reales y en modo alguno perjudiciales sino beneficioso para la deudora.
Y la deudora no estaba ni mucho menos en concurso a esa fecha 30/6/2009, pues la declaración del mismo se produjo casi dos años después. Lo que es valorable en contra de la tesis de la parte apelante al no existir en el momento de constitución de la hipoteca situación de insolvencia actual ni inminente y haberse producido más cerca de la expiración del plazo legal de los dos años de que trata el artículo 71 LC que lejos.
Añadir que no se ha visto reproche a las cuentas de la sociedad ni desde luego a las del ejercicio 2008, pues ya vimos que éstas se formularon y se depositaron y no fueron contradichas ni objeto de las pretensiones de calificación de la Administración Concursal y Ministerio Fiscal, al centrar las irregularidades imputadas en la sección 6ª del concurso al ejercicio 2010. Que se hubiesen depositado las de 2008 después de las operaciones de 30/6/2009 no significa necesariamente que no estuvieran formuladas o que el Banco no hubiera dispuesto y estudiado la contabilidad entonces de la sociedad que después entró en concurso de acreedores, o que los peritos de los respectivos informes de auditoría y económico del presente pleito errasen en el punto de partida al tenerlas en cuenta cuando no habría podido el Banco hacerlo al no estar todavía depositadas. En el informe de auditoría se reflejan los documentos e información económico contable que revisó el perito-auditor para emitir su informe incluyendo además los documentos del expediente del Banco.
Las conclusiones de uno u otro perito son que el Banco realizó efectivamente el análisis de solvencia y no se desprendía una posible insolvencia, incluyendo los estados financieros de los ejercicios 2008 y 2009 hasta la fecha de las operaciones. El patrimonio neto era muy significativo de más de 2 millones de euros, doble del capital social, no apreciándose problemas patrimoniales, aunque los resultados hubiesen disminuido algo en 2009. El fondo de maniobra era de más de 1,7 millones de euros. Y la sociedad razonablemente podía cubrir sus obligaciones de pago a corto y medio plazo. Igualmente recabó el Banco información del CIRBE, RAI e incidencias judiciales, estando al corriente. Además se mantuvo la línea de descuento con garantía personal. Las garantías a la financiación fue regular y permitió la continuidad empresarial, generando la empresa liquidez suficiente para atender sus compromisos de pago, incluidos los asumidos con las nuevas operaciones. Y en definitiva no habría entonces indicios previsibles de insolvencia ni interés en perjudicar a otros acreedores o alterar el trato paritario.
Lo que se discute es la garantía hipotecaria, porque aquéllas no habrían servido más que para pagar deudas anteriores ya vencidas y exigibles sin allegar nuevos recursos ni ampliación de crédito.
Pero con todo lo expuesto en esta sentencia nos resulta razonable y proporcionado y en definitiva justificado el sacrificio patrimonial de la garantía hipotecaria constituida en su día, cuando no se vislumbraba insolvencia, a cambio de una inyección de más de dos millones de euros y un crédito de otros 900 mil euros, más las pólizas de descuento de 2007 y 2009 por plazo indefinido no canceladas, que sirvió para enjugar unas deudas exigibles de condiciones moratorias muy onerosas, que hubiesen abocado a una ejecución, consiguiendo otras mucho mejores, aunque con una hipoteca (con condiciones bien proporcionadas y normales de mercado), y la continuidad de la empresa durante bastante tiempo, no produciéndose la situación de insolvencia hasta casi dos años después, por otras circunstancias.”: SAP La Coruña (Sección 4) 19.03.2015 (Sentencia 91/2015; Rollo 397/2014)

AP Madrid

“SEGUNDO.- SOBRE LA CONCURRENCIA DE PERJUICIO
12.- Consideramos que el análisis sobre la concurrencia del elemento primordial para la prosperabilidad de las acciones ejercitadas en el presente proceso (nos estamos refiriendo al perjuicio para la masa, ya que el otro factor exigido, el temporal, no suscita debate alguno) debe partir de una premisa específica. Nos referimos con ello a que la controversia que se plantea no puede ser resuelta a partir del examen por separado de la concurrencia de las presunciones tipificadas en los apartados 2 y 3.2º del artículo 71 LC (permítasenos recordar que la redacción del primero fue modificada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), en relación con cada una de las operaciones descritas en los precedentes apartados 2 y 3. Entendemos más ajustado analizar la situación generada a raíz del otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria origen de la disputa de una manera global. Así lo impone el carácter mixto de la operación (a pesar de que la finalidad que se declaró en escritura fue la de refinanciar las deudas con la entidad prestamista, la operación supuso también un allegamiento de fondos adicionales) y la diversa tipología y circunstancias específicas de los plurales supuestos anudados a los pagos subsiguientes a la entrada de dinerario generada por el préstamo. Todo ello determina un escenario complejo, que no puede fraccionarse para analizar por separado los elementos que lo componen, sino que ha de ser objeto de una valoración de conjunto. La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010, por ejemplo, autoriza un enfoque como el expuesto.
13.- Situados en este marco de análisis, pocas dudas ofrece que el préstamo hipotecario concertado por la concursada con BANCO SANTANDER tenía por finalidad la cancelación de operaciones financieras preexistentes, sustituyendo las deudas derivadas de estas por las nacidas de aquel. Así las cosas, es de notar que las condiciones convenidas en el nuevo contrato representaban un importante aplazamiento (diez años a partir de la fecha de la escritura) y un interés ordinario mucho más ventajoso, por ejemplo, que el tipo de interés pactado para situaciones de excedidos y mora en las que ya habian incurrido los contratos de crédito en cuenta corriente que se cancelaron en la primera tanda de cancelaciones. Además, el préstamo supuso una importante llegada de "dinero fresco", en concreto, 1.308.152,04 euros. El hecho de que gran parte de estos fondos nuevos se comenzaran a

emplear al cabo de cuatro meses para la cancelación de otras operaciones, episodio provocado por nuevas situaciones de incumplimiento en las que se incurrió en el ínterin (a la promotora del expediente correspondería acreditar que se pagó debidamente), no empece tal constatación.
14.- Concurren, adicionalmente, otros factores que no pueden ser desdeñados en una apreciación de conjunto, cual ocurre con el considerable lapso de tiempo que transcurrió desde la fecha del préstamo hasta la declaración del concurso (más de un año) y el hecho de que gran parte de los créditos que a favor de BANCO SANTANDER derivaban de las deudas canceladas con el importe de aquel habrían de ser clasificados en el entorno de un concurso como créditos con privilegio especial.
15.- De este modo, se nos presenta un estado de cosas que, globalmente considerado, dibuja un escenario favorable a matizar la significación peyorativa que cupiera atribuir al hecho de que el préstamo viniese acompañado de la constitución de una garantía hipotecaria, en relación con la disminución de la garantía de cobro por parte de otros acreedores que de suyo comporta, y, por esta vía, a relativizar la existencia de perjuicio derivado de tal circunstancia, lo que ha de resultar, finamente, en la estimación del recurso y el consiguiente rechazo de las pretensiones articuladas en el escrito iniciador del expediente.": SAP Madrid (Sección 28) 02.04.2014 (Sentencia 104/2014; Rollo 597/2012)

AP Murcia

"Para ello consideró el Juzgado, en primer lugar, que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito el 26 de febrero de 2009, cuya rescisión pretendía la Administración Concursal, no era perjudicial para la masa activa, porque, en el momento de suscribirse el préstamo, la concursada tenía una cuenta de crédito con el Banco Santander que presentaba un saldo deudor, vencido, líquido y exigible de 574.541,47 euros, habiendo estipulado que los saldos no satisfechos a su vencimiento generarían unos intereses de demora del 18%. Tras la celebración del negocio, la deuda existente se transformó en una deuda a largo plazo con período de carencia de un año, además de estar la finca gravada, previamente hipotecada. (...)
Segundo.-Mediante el recurso de apelación interpuesto, pretende la Administración Concursal de Hormigones Plazas y Saura, S.L., que se revoque la sentencia apelada y se dicte otra estimando íntegramente la demanda, excepto la calificación del crédito de la demandada, que interesa la apelante que se califique como subordinado, o subsidiariamente como ordinario.
Sostiene la apelante que el préstamo hipotecario de 26 de febrero de 2009 era perjudicial para la masa vulnerando el principio "par conditio creditorum", ya que la entidad financiera y la concursada crearon una nueva garantía sobre una obligación preexistente, en claro perjuicio de la masa activa.
El artículo 71-1 y 3-2º de la Ley Concursal dispone que declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
Ciertamente, la escritura de préstamo hipotecario formalizada por la concursada con Banco Santander Central Hispano, S.A., el 26 de febrero de 2009, tenía como finalidad la cancelación de las deudas pendientes de pago que la parte prestataria mantenía con el Banco a consecuencia de determinadas operaciones. Pero el 28 de junio de 2006 se había otorgado, ante el Notario de Cartagena D. Francisco Javier Huertas Martínez, escritura de préstamo hipotecario por Hormigones Plazas y Saura, S.A., y Banco Santander Central Hispano, S.A., sobre las fincas registrales nº 14.438 del Registro de la Propiedad de Mazarrón, nº 26.476 del Registro de la Propiedad nº 1 de Cartagena y una tercera finca registral pendiente de inscripción y procedente de las fincas nº 30.779 y 46.911 del Registro de la Propiedad nº 3 de Cartagena, por un importe de 1.300.000 euros (folios 248 y siguientes).
Resulta de lo expuesto que la garantía creada por la entidad financiera y la concursada lo fue sobre una obligación preexistente, recogida en la escritura de préstamo hipotecario de 28 de junio de 2006. Por ello no se aprecia el perjuicio alegado por la Administración Concursal, ni vulneración del principio "par conditio creditorum", ya que se trató de una operación de refinanciación de deuda vencida.": SAP Murcia (Sección 4) 04.10.2012 (Sentencia 632/2012; Rollo 757/2011)

"SEGUNDO.-La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda formulada por la administración concursal, declarando la rescisión e ineficacia de la garantía hipotecaria y la fianza solidaria constituida por Glassmur, S.L., contenidas en la escritura pública de 3 de abril de 2009. Se declara la validez de la garantía hipotecaria de Cristalerías Corbalán, S.L., a favor del Banco Santander, S.A., constituida en la escritura pública de 3 de abril de 2009, así como los pagos efectuados con el préstamo hipotecario de dicha escritura.
La sentencia de instancia indica que ha quedado acreditado que las empresas del grupo Corbalán tenían deudas con el Banco Santander, S.A., que dichas deudas estaban vencidas y eran exigibles y que la operación objeto de este procedimiento tuvo por finalidad refinanciar esas deudas. Que antes del 3 de abril de 2009, Cristalerías Corbalán, S.L., (matriz del grupo Corbalán) era titular de deuda vencida y exigible frente a la entidad por importe de 237.654,04 #, que otras mercantiles del grupo también tenían deuda frente a la entidad, todas vencidas y exigibles, siendo 84.770 # de Cristalerías Corbalán Valencia, S.L.; 73.150 # de Cristalerías Felanitx, S.L., 8.000 # de Uniglass, S.L. y 54.025 # de Glassmur, S.L. Que en la escritura pública de 3 de abril de 2009 Cristalerías Corbalán, S.L., recibe un préstamo de 500.000 #, garantizado por hipoteca sobre un bien inmueble de su propiedad tasado

en 1.970.398,76 #, que cubre 150.000 # del préstamo, quedando también garantizado por Glassmur, S.L., con una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, tasado en 769.126,38 #, que cubre 350.000 # y la constitución de la fianza solidaria. Los gastos de constitución del préstamo hipotecario fueron de 17.119,69 #. Que no hubo connivencia entre las filiales y la entidad bancaria para perjudicar la matriz, puesto que todas las sociedades del grupo intervinieron representadas por el mismo administrador y que se trató de una operación del grupo de sociedades para refinanciar la deuda del grupo, principalmente las deudas de la sociedad dominante. Que el importe del préstamo se aplicó a los gastos de constitución de la hipoteca, 17.119,69 # y de las deudas de Uniglass, S.L., Cristalerías Corbalán Valencia, S.L., Cristalerías Felanitx, S.L. y Glassmur, S.L., ascendiendo el importe total a 219.945 # y al pago de las deudas propias de la entidad Cristalerías Corbalán, S.L., por importe total de 237.654,04 #, quedando un excedente de 26.058,96 #.
En relación con la concurrencia del perjuicio, se indica que el grupo de empresas dos años antes de la declaración de concurso, tenía problemas económicos, sin embargo ello no quiere decir que estuvieran en estado de insolvencia, pues se podía tratar de una situación de falta de liquidez, ya que continuaba la actividad empresarial y la continuidad del grupo, dependía de la refinanciación de su deuda, que la operación tuvo lugar dentro de la estrategia empresarial del grupo de refinanciar su deuda con las distintas entidades y los acreedores. Se hace mención a la finalidad del préstamo hipotecario referida en la escritura de 3 de abril de 2009, considerándose acreditado que la matriz era fiadora solidaria de las codemandadas; que la operación fue beneficiosa porque se dispuso del 100% del importe del préstamo para satisfacer deudas del grupo, que coincidían con deudas de la sociedad dominante y de las filiales. Se afirma que sobre la hipoteca constituida por la entidad matriz existían con anterioridad dos hipotecas anteriores por 1.400.000 # y 500.000 #, lo que supone la totalidad del valor de tasación de la finca, y ello sin mencionar la anotación de embargo administrativo a favor de la AEAT, y que la finca propiedad de Glassmur, S.L., también tenía dos hipotecas anteriores por 600.000 # y 186.393,96 #, que también cubrían la totalidad del valor de tasación; que entre las obligaciones refinanciadas se encuentran los préstamos hipotecarios que dieron lugar a las dos primeras hipotecas sobre ambos bienes, que también estaban vencidos y eran exigibles, por lo que no se refinanció sólo un crédito ordinario. Que a tenor de lo referido en la escritura, entre las operaciones se incluyen las cantidades pendientes de pago del préstamo hipotecario por importe de 600.000 # firmado en fecha 29 de mayo de 2006 y las cantidades pendientes del pago del préstamo hipotecario formalizado entre el Banco y Cristalerías Corbalán, S.L., por importe de 1.400.000 #, resultando, pues, que se refinanciaron dos préstamos hipotecarios, uno por cada sociedad hipotecante, aunque la actora no ha acreditado qué cantidad del préstamo concedido se destinó a estos préstamos hipotecarios debidos. Se afirma que la constitución de la garantía hipotecaria tercera de la matriz no resulta desproporcionada ni abusiva por la entidad, ya que no se trataba de mejorar su posición en un eventual concurso frente a otros acreedores, sino de refinanciar su deuda impagada, pero con mayores garantías. La constitución de la garantía de la matriz no causa perjuicio al grupo ni a la sociedad dominante, que a cambio recibió un préstamo de 500.000 #, refinanció el préstamo garantizado con la primera hipoteca y gravó la finca por menor importe del crédito, que se trataba de un sacrificio patrimonial absolutamente justificado, ya que era una deuda vencida y exigible, se recibía un importe superior a las deudas contraídas, se perseguía convertir dicha deuda a largo plazo, teniendo diez años para devolver el capital del préstamo, por lo que todas estas circunstancias excluyen la noción del perjuicio. En conclusión, se afirma que la constitución de la garantía hipotecaria por Cristalerías Corbalán, S.L., no es un acto perjudicial realizado por las demandadas conforme al artículo 71 de la LC.
TERCERO.-La cuestión a determinar en esta alzada es la relativa a si el préstamo con garantía hipotecaria constituido en escritura pública 3 de abril de 2009, por la entidad concursada, Cristalerías Corbalán, S.L., en favor de la entidad Banco Santander, es rescindible a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 de la LC. En este precepto, vigente en el momento de la presentación a la demanda, se establece: "1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:
Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. (...)".
Con carácter previo hay que dejar sentado que esta Sala acepta los hechos acreditados que se relatan en la sentencia de instancia y referidos en el anterior fundamento de la presente, ya que los mismos están acreditados por las pruebas aportadas a los autos, no advirtiéndose el error en la valoración de prueba que se refiere en el recurso, ya que está acreditado que el préstamo por importe de 500.000 #, concedido por el Banco Santander a la entidad Cristalerías Corbalán S.L., prestataria, se destinó a

cancelar deudas por importe total de 219.945 # que tenían otras entidades pertenecientes al mismo grupo empresarial. La obligación de pago derivaba de la condición de fiadora solidaria de la entidad Cristalerías Corbalán, S.L., pues así se desprende de la propia escritura pública de 3 de abril de 2009, en la que se refiere "la finalidad del presente contrato es la cancelación de las deudas pendientes de pago que la parte prestataria, por sí y como fiadora solidaria de las sociedades que se reseñan, mantiene con el Banco como consecuencias de las operaciones que seguidamente se describen ". En la escritura se hace mención a los saldos deudores de las operaciones a que se refieren y a las entidades que las concertaron con el Banco Santander. Asimismo, se indica que la cancelación se refiere a las cantidades pendientes de pago del préstamo hipotecario formalizado entre el Banco y Glassmur, S.L., en fecha 29 de mayo de 2006 por importe de 600.000 #, y del préstamo hipotecario de fecha 2 de junio de 2006 concertado ente la entidad prestataria y el Banco de Santander. No se acepta lo alegado en el recurso en cuanto a que el perjuicio deriva del pago de una deuda ajena por inexistencia de fianza solidaria.
Resulta acreditado que parte de lo recibido del préstamo, concretamente la cantidad de 237.654,04 #, fue destinada a la cancelación de deudas vencidas y exigibles que tenía contraídas la entidad prestataria, no pudiéndose desconocer que el préstamo hipotecario formalizado el 3 de abril de 2008, estaba destinado también a refinanciar otro préstamo hipotecario constituido sobre la misma finca registral por importe de 1.400.000 #, constando también que dicha finca estaba gravada con anterioridad por otra hipoteca a favor de la entidad CAM por importe de 500.000 # y con una anotación de embargo en favor de AEAT por importe de 160.741,13 #, superiores estos gravámenes al valor de tasación de la finca.
También es relevante el hecho de que en la escritura pública de 3 de abril de 2009 la entidad prestataria, que recibió 500.000 #, sólo hipotecó la finca 12.806, con un límite de principal de 150.000 #, según la cláusula novena. El resto de la cantidad prestada, 350.000 #, se garantizó con la hipoteca constituida sobre la finca registral 18.756, propiedad de la entidad Glassmur, S.L., garantía esta que se ha declarado rescindida por la sentencia objeto de apelación y cuyo pronunciamiento no se ha cuestionado en esta alzada.
En base a las anteriores consideraciones se acepta lo razonado en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia en orden a la inexistencia de perjuicio, ya que el préstamo con garantía hipotecaria formalizado el 3 de abril de 2009 fue una operación de refinanciación de un grupo empresarial, en relación a deudas vencidas y exigibles, entre las que se encontraban deudas derivadas de préstamos hipotecarios en favor del Banco de Santander, con el que se alargaba el plazo de devolución, y ello teniendo en cuenta que en la fecha en que se concertó el préstamo está acreditado que el grupo de empresas, integrado por la prestataria e hipotecante y otras, continuaban en el desarrollo de su actividad empresarial, ya que no se ha desvirtuado lo afirmado en instancia con base en los documentos acompañados con la demanda, ello en concordancia con el hecho de que la finca propiedad de la entidad prestataria fue gravada, como se ha dicho, por importe de principal de 150.000 #, inferior al importe del préstamo concedido, amén de que la finca hipotecada estaba ya gravada con cargas anteriores, cuyas sumas eran superiores al importe de tasación de la finca. Se considera, pues que la hipoteca constituida por la entidad Cristalerías Corbalán, S.L., no fue un acto perjudicial para la masa activa, ya que dicha operación, por el conjunto de las circunstancias concurrentes, se enmarca en un acto ordinario de la actividad empresarial, en los términos que prevé el artículo 71.5 de la LC.": SAP Murcia (Sección 4) 14.03.2013 (Sentencia 172/2013; Rollo 993/2012)

AP Palencia

*"PRIMERO.-*El Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en (Mercantil) dictó sentencia en fecha 26 de julio de 2013, cuyo fallo es del contenido literal que se ha transcrito en los antecedentes de hecho de la presente resolución; y contra la misma se alza la representación de don Eulalio - que actuó en las actuaciones en su calidad de Administrador Concursal de la entidad Talleres Antonio Ruiz Baldajos Sociedad Limitada -, interponiendo recurso de apelación al que se ha opuesto la representación de la demandada en el incidente, Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria- Caja- Duero -.
En el escrito de demanda el Administrador Concursal referenciado solicitó que se declarase la ineficacia y rescisión de todas las garantías hipotecarias que se describían en el hecho primero de la misma, y consecuencia de ello también que la calificación del crédito garantizado con las hipotecas en cuestión, fuese considerado como crédito ordinario por el principal por importe de 1.050.295,60 # y subordinado por los intereses por importe de 11.197,33 #, y así también a que se condenase a la demandada, ahora apelada, a la restitución de los gastos satisfechos por la concursada para la constitución de dichas garantías. Además pedía que se reconociese a la entidad financiera demandada un crédito ordinario por la misma cuantía de 71.834,20 # de los gastos satisfechos por la concursada.
La sentencia que se dictó sustancialmente acogió los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, pero sólo en relación a uno de los préstamos hipotecarios que estaban en cuestión. No declaraba sin embargo la rescisión, ni las consecuencias a ella inherentes, del otro préstamo hipotecario, y lo justificaba en que, por contra de lo que se decía en demanda, no había quedado acreditado que el importe del préstamo hipotecario sirviese en su totalidad para cancelar préstamos anteriores no garantizados con hipoteca concertados en su día entre la entidad concursada y la entidad financiera demandada, y porque además no apreciaba la existencia de perjuicio que ampararse la aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal.

El Administrador Concursal no está conforme con la apreciación probatoria que consta en la sentencia recurrida, ni tampoco con que no se entienda la existencia de perjuicio, razón por la cual solicita que se estime la demanda también en el punto en que se refiere al préstamo hipotecario a que nos venimos refiriendo, y subsidiariamente que de no entenderlo así la Sala, el préstamo hipotecario en cuestión se rescinda parcialmente. A tales cuestiones nos referiremos en los fundamentos jurídicos siguientes.
(...)
TERCERO.-Dicho lo anterior, la siguiente cuestión a considerar es si con el presupuesto fáctico del que partimos podríamos aplicar el artículo 71 de la Ley Concursal como se pretende por él recurrente, a efectos de rescindir el préstamo hipotecario que estamos estudiando, bien en su totalidad, bien en parte, como de forma subsidiaria se solicita "ex novo" en esta alzada.
El artículo 71 de la citada Ley Concursal dice, en su apartado primero, que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera habido intención fraudulenta", y en su apartado tercero que "salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos... 2º la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas".
La cuestión que surge de la dicción del artículo parcialmente transcrito, es la de si podemos entender que la sucesión de actos mercantiles a que nos hemos venido refiriendo y en la forma en que se hizo, teniendo en cuenta cuál es la cantidad demostrada que sirvió para sustituir por otro un préstamo ya realizado, y también la que potencialmente pudiera haber servido para cancelación de otro, perjudicó o no a la entidad ahora concursada, pues éste es requisito imprescindible para la aplicación del artículo en cuestión como pasamos a estudiar.
El artículo 71.1 de la Ley Concursal declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. La ineficacia propugnada con esta acción es la propia de la rescisión, aunque su fundamento radica exclusivamente en el perjuicio. El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la Administración Concursal, en ocasiones se presume: sin admitir prueba en contrario en dos casos que por su propia naturaleza se hace evidente la falta de justificación del sacrificio patrimonial que comportan -actos de disposición a título gratuito y pagos anticipados- (artículo 71.2 de la citada ley); o salvo prueba en contrario, en otros dos casos en que se invierte la carga de la prueba del perjuicio, de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia del perjuicio (artículo 71.3), todo ello sin perjuicio de que a tales efectos, e independientemente de a quién corresponde la carga de la prueba y las consecuencias que de ello derivan, se valore la totalidad de la prueba prácticada. En el caso se invoca por la Administración Concursal para justificar el perjuicio uno de estos dos últimos supuestos, en concreto la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de otras que las sustituyan, en concreto la constitución de dicha garantía en favor de una obligación sustitutiva de otra/otras anteriores.
El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido, y se advierte de forma indudable cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa, y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, y además es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación (en tal sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril, 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2012). Esta Sala en sentencia de la que se hace cita en la que ahora revisamos, de fecha 23 de mayo de 2011, decía en síntesis al respecto, y en concordancia con lo que aquí se afirma y con la jurisprudencia que hemos aludido, que "las dificultades interpretativas del concepto *perjuicio,* surgen a partir de la pregunta de qué debe de entenderse por *"actos perjudiciales"* para la masa activa, así como su probanza (aunque para ello se haya instituido el juego de presunciones contenido en el artículo 71 de la Ley Concursal), auténtico concepto jurídico indeterminado aquel, y requisito objetivo para la próspera habilidad de este tipo de acciones de reintegración.
A tal efecto, una primera interpretación literal de perjuicio patrimonial consistiría en cualquier acto que sirviera para disminuir el patrimonio del deudor. No obstante lo anterior, se abrió poco después de la entrada en vigor de dicha Ley Concursal, un camino doctrinal que interpretó la significación del *"perjuicio"* en un sentido más amplio, sustentado (de entre otros por los profesores León y Gil Rodríguez...) considerándose su existencia no sólo cuando se hubiere producido una disminución del activo, también en lo referente a la naturaleza de algunos créditos de algunos acreedores, esto al objeto de reconocer una satisfacción colectiva de los créditos concursales bajo el principio de igualdad de trato. Comprendiéndose doctrinalmente la significación jurídica de *"perjuicio",* por parte de los seguidores de esta concepción amplia, en el sentido de que existiera "cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales...", llegándose a significar a partir de esta interpretación amplia a la que parece adscribirse la Administración Concursal recurrente y por remisión la concursada..., que quebrará la paridad de trato entre los acreedores cuando se disminuya el activo y correlativamente pasivo, de modo y manera que algún acreedor vea completamente satisfecho o garantizado su crédito en detrimento de los demás acreedores, que correlativamente verían disminuidas sus expectativas de cobro.
No obstante la anterior postura amplia, muy recientemente se ha abierto una nueva interpretación un tanto más restringida sobre qué debe entenderse por " *perjuicio",* a la que se adscribe esta Audiencia en hipótesis ordinaria, manifestándose por esta nueva corriente... que para considerar su existencia se

precisará de un auténtico sacrificio patrimonial para la masa activa, esto es, *cuando el negocio (acto) fuera oneroso y la prestación realizada por el deudor no tuviera su justificación en una contraprestación patrimonial equivalente para dicha masa... criterio este que también cuenta con respaldo doctrinal reciente..., al considerar que el perjuicio constituye un menoscabo de la masa activa económicamente injustificado".*
Esta Sala no va a modificar el criterio que hemos expuesto, y en consecuencia sólo debemos de responder a la pregunta de si la forma en que operó la entidad financiera ahora apelada la benefició y de forma recíproca ha causado a la masa activa un quebranto injustificado, y lo debemos de hacer teniendo en cuenta que conforme a jurisprudencia del Tribunal Supremo nos encontramos ante una situación de hecho, situación por otra parte ya valorada en la instancia.
La contestación a esa pregunta exige partir de que de un total de 650.000 #, importe del préstamo al que nos venimos refiriendo, menos de una tercera parte se dedicó a pagar y en consecuencia de ello cancelar un préstamo anterior, así también de que aunque en principio 240.000 # de los 650.000 se transmitieron a otra cuenta y en principio sirvieron para dejar sin efecto el saldo negativo de la misma, no se ha demostrado que ésta no siguiese operando, antes al contrario la propia concursada volvió a transferir 140.000 # a la cuenta de origen en que se ingresó la cantidad prestada; y además tenemos que valorar que la propia escritura de constitución de la hipoteca establece un plazo de duración del préstamo garantizado por la misma de 12 años contados a partir de la fecha del contrato, esto es el 26 de junio de 2009, plazo evidentemente superior al de la cuenta a que se refiere el documento número 10 de los presentados con el escrito de demanda, dado el carácter de esta. Constatamos así que la concesión de un nuevo préstamo hipotecario, por más que sirviese para cancelar otro anterior, utilizando para ello un tercio de la cantidad objeto de nuevo préstamo, benefició a la después concursada, pues en principio no permitió seguir operando con la cuenta a la que se transfirieron 240.000 #, y además estableció un plazo contractual y por tanto de devolución superior al de esta última, y ello son razones para entender justificada la constitución de la hipoteca, y que por ello no puede decirse que la un potencial perjuicio sufrido por la masa activa este injustificado.
Entendemos en consecuencia de lo dicho que no se produce el perjuicio que puede justificar la aplicación del artículo 71 de la ya citada Ley Concursal, y no podemos estimar el recurso interpuesto.
El hecho de que se haya declarado la sustitución parcial de préstamo o préstamos anteriores por otro de mejor condición, esto es el hipotecario, no supone, como ya hemos estudiado, la existencia de un *perjuicio injustificado* en razón al resto de circunstancias concurrentes, esto es a que el sacrificio económico que en principio la sustitución suponía estaba compensado por las razones expuestas, y lo hacemos coincidiendo así con el criterio del juzgador de instancia que no encontramos motivo para modificar.
Dicho lo anterior es ya intrascendente hacer estudio en relación a la procedencia de la rescisión total o parcial del préstamo hipotecario, cuestión que se plantea en el escrito recurso, pues al advertir de la inexistencia del perjuicio es imposible rescindir el negocio jurídico en cuestión, al faltar uno de los requisitos que para ello se establece en el artículo 71 de la Ley Concursal.
Consecuencia de lo expuesto es la desestimación del recurso interpuesto en su integridad.": SAP Palencia (Sección 1) 17.03.2014 (Sentencia 46/2014; Rollo 28/2014)

AP Pontevedra

"PRIMERO.- El art. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de "acciones de reintegración". Como es de sobra sabido, la ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción, característicos de la legislación de quiebras (cfr. ant. Art. 878 párrafo segundo y jurisprudencia que lo interpreta), para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del " perjuicio para la masa activa " se facilita con un juego de presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum
En el caso sometido a enjuiciamiento, la administración concursal de INDUSTRIA DE TRANSFORMACION DE MADERAS DEL ATLANTICO, pretende la rescisión del contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado entre la deudora en concurso y la entidad BANCO DE SANTANDER el 30.9.2009, por importe de 740.000 euros. En la tesis del administrador concursal demandante, -y como textualmente expresaba la escritura pública del préstamo hipotecario, cuya literalidad era el único soporte de la tesis demandante-, la finalidad del préstamo era la de cancelar las deudas pendientes hasta ese momento entre el Banco y la deudora, detallándose seguidamente el origen de cada uno de los créditos que se saldarían con el numerario obtenido por el préstamo con garantía hipotecaria (en total se trataba de cinco operaciones de pasivo, una de ellas concertada por un tercero, que se verían sustituidas por la obligación surgida del préstamo cuya rescisión se pretende). Su detalle es el siguiente:
Operaciones canceladas por el préstamo:
1.- saldo deudor del préstamo 1030622206, de fecha 14.8.07, por importe de 960,45 euros, garantizado con hipoteca sobre la misma finca.
2.- cancelación anticipada del mismo préstamo 1030622206, de fecha 14.8.07, por importe de 113.604 euros, garantizado con hipoteca sobre la misma finca.
3.- saldo deudor del préstamo 1230222100, de fecha 14.8.07, por importe de 7.642,18 euros, garantizado con hipoteca sobre la misma finca.

4.- cancelación anticipada del préstamo 621030619951, de 14.3.2003, por importe de 118.046,14 euros; prestatario BARNIZADOS DEL ATLANTICO, S.L., y fiador la concursada, garantizado con hipoteca sobre otra finca de la concursada.
5.- saldo deudor del crédito 2516216958, de 28.5.2008, por importe de 209.069,15 euros.
6.- saldo deudor del crédito anticipo de documentos mercantiles, 06146975, firmado el 4.4.2003, por importe de 259.980,76 euros.
7.- el resto del importe del préstamo, 144.093,28 euros, se ingresaron en efectivo en la cuenta de la prestataria.
La demanda ofrecía para solicitar la rescisión íntegra de la operación diversas alternativas en cuanto al elemento jurídico de la causa de pedir, que fundaba en el concepto general del perjuicio patrimonial para la masa a favor del acreedor hipotecario, en el carácter gratuito de la operación y en el hecho de tratarse de la extinción de obligaciones de vencimiento posterior al concurso (lo que permitiría presumir iuris et de iure el perjuicio), así como en la circunstancia de tratarse de la constitución de una garantía real contraída a favor de una nueva obligación en sustitución de las preexistentes.
La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Tras diversas consideraciones sobre los argumentos de las partes, la sentencia ahora recurrida fundamenta su decisión en la concurrencia de la hipótesis de hecho del apartado 2º del art. 71.3, pues se estaba ante la constitución de una garantía a favor de una nueva obligación que sustituía a otras preexistentes. La sentencia concluye con la rescisión de la garantía, manteniendo subsistente el préstamo garantizado, que califica como crédito ordinario a efectos concursales. Seguidamente el recurso analiza cada una de las obligaciones sustituidas por el nuevo préstamo hipotecario y sobre ellas argumenta las razones por las que considera que no existe perjuicio. Conviene detenerse en su exposición, para ofrecer a continuación la respuesta de la Sala.
a) extinción del saldo deudor del préstamo hipotecario constituido el 14.8.2007, con vencimiento en 2014, por importe de 7.642,18 euros; la peculiaridad sobre la que insiste el recurrente es que, pese a la fecha de vencimiento, el préstamo está ya vencido al estar reclamado judicialmente en el procedimiento de ejecución hipotecaria registrado bajo el número 757/10 del Juzgado de Caldas de Reis.
b) las sumas de 960,45 euros y de 113.604 euros, ya garantizadas con hipoteca sobre la finca registral 8.857, de forma que la nueva garantía viene a sustituir a la preexistente, también garantizada. La demanda silenciaba esta circunstancia, aludiendo genéricamente a la existencia de los préstamos.
c) la cantidad de 209.069,15 euros, procedente de un préstamo adeudado por otra sociedad, BARNIZADOS DEL ATLANTICO, S.L., ya vencida y exigible, respecto del que la concursada es deudor solidario, por lo que se trata de una deuda propia (parece existir un error en el recurso, pues el préstamo que según la escritura era adeudado por BARNIZADOS DEL ATLANTICO importaba la suma de 118.046,14 euros, préstamo 621030619951).
d) la suma de 259.980,76 euros se correspondería con el saldo deudor de la línea de descuento abierta por el banco, correspondiente a una deuda vencida y exigible.
e) 144.093,28 euros como importe de la "ampliación del préstamo".
f) y finalmente la suma de 4.650,18 euros, respecto de la que no se entiende bien el argumento, pues según el recurso dicha cantidad ya se habría percibido por el banco en concepto de comisión de apertura por la formalización del contrato, no se especifica de cuál.
En síntesis se alega que los créditos preexistentes no garantizados respecto de los cuales se constituye la nueva garantía, ascenderían a la suma de 469.049,91 euros, mientras que la cantidad de 122.206,63 euros ya se encontraban garantizados con hipoteca sobre la misma finca registral.
Seguidamente el recurrente compara la situación de hecho que rodeó la concesión del negocio sometido a juicio de rescisión con el supuesto de hecho contemplado por la sentencia de la sección 15 de la AP de Barcelona de 6.2.2009, citada por el juez del concurso como argumento de autoridad de su decisión, y concluye que las circunstancias de hecho hacen ver que la operación no ha resultado perjudicial para la masa o, que en todo caso no ha supuesto un " perjuicio patrimonial injustificado ", pues el acto ha implicado " una ampliación del crédito o [una] transformación de la deuda, enmarcado en un contexto de renegociación para la continuación de la actividad y salvamento de la empresa "
Finalmente, tras rechazar los argumentos del juzgador de primer grado para considerar perjudicial el negocio rescindido, el recurrente concluye afirmando que no existe perjuicio de la par conditio y que la operación ha de enmarcarse en el ámbito normal de la actividad de la concursada, subsumible por tanto en la excepción del apartado 1º del art. 71.5.
SEGUNDO.- Como adelantamos más arriba, el fundamento de la rescisión concursal, tal como se sigue de la cita del art. 71 LC, se encuentra en la existencia del perjuicio patrimonial para la masa. Como en otras ocasiones hemos afirmado, resulta difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial del tráfico mercantil de la seguridad jurídica. Precisamente, la nueva regulación pretende, -como justifica la Exposición de Motivos de la LC-, apartarse del régimen de la nulidad absoluta, caracterizadora del régimen previgente.
Es sabido que el concepto de perjuicio " para la masa activa " viene siendo objeto de diversas interpretaciones. Desde el inicio de la vigencia de la ley concursal puede decirse que en la jurisprudencia mercantil se impuso la tesis amplia del perjuicio, seguida por este mismo órgano de apelación en diversas resoluciones, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración

del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto); por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 y AP Barcelona, secc. 15ª, de 8 de enero de 2009), así como las dictadas por este órgano de 22.7.2009 o 10.11.2011, entre otras, aunque en la más reciente de 8.3.2012 tuvimos ocasión de matizar el concepto, en atención a las concretas circunstancias del caso.
En esta línea, no cabe desconocer que la doctrina y que algunas resoluciones judiciales han avanzado más en la precisión del concepto, con la evidente intención de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial en el de " sacrificio patrimonial injustificado ", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71.
Los hechos del caso relevantes para esta perspectiva de análisis son los siguientes: a) el préstamo en cuestión cuya rescisión íntegra (también con la garantía contextual) se pretende fue concertado 17 meses antes de la declaración del concurso; b) el préstamo cubría, como ha quedado dicho, diversas operaciones, entre ellas iba dirigido a cancelar dos deudas ya vencidas y exigibles; c) al mismo tiempo se refinanciaba como deuda a largo una deuda que ya contaba con la misma garantía hipotecaria, que queda refinanciada a siete años, -con vencimiento el 30.9.2016-; d) las condiciones del nuevo préstamo hipotecario resultan más favorables que las contenidas en los préstamos hipotecarios y personales anteriores, pues se previó un período de carencia de un año de la obligación de amortización, con un tipo de interés más favorable (el primer año el 6,950% y los siguientes al variable de EURIBOR más 4,5%); e) al mismo tiempo se inyectaba un remanente de efectivo a la empresa por importe de 144.093,28 euros. La afirmación, contenida en el escrito de contestación, relativa a que dicha suma no ingresó en la deudora, sino que fue dirigida a extinguir deuda de un tercero, ha quedado sin soporte probatorio, al ser rechazada la aportación documental en segunda instancia intentada por la administración concursal.
Partiendo de estos datos de hecho nos parece, de inicio, que no se está en la hipótesis de la presunción iuris tantum del perjuicio de la segunda hipótesis del art. 71.3.2º, pues no se trató de constituir una garantía sobre nuevas obligaciones no garantizadas, pues, como ha quedado dicho, al menos en 122.206,63 euros de los 740.000 euros que importaba el préstamo se dedicaron a extinguir deuda ya garantizada con hipoteca sobre las mismas fincas, por lo que, al menos parcialmente, correspondía al administrador demandante convencer de la existencia del perjuicio, sin el beneficio de la inversión de la carga probatoria, prueba que puede decirse que no se ha conseguido desde el momento en que queda acreditado que el procedimiento de ejecución separada de la garantía ya había sido iniciado, de suerte que con el nuevo préstamo hipotecario se renunciaba a una ejecución que dejaría fuera de la masa el bien dado en garantía, por lo que, desde este punto de vista, el nuevo préstamo resultaba beneficioso para la entidad; conclusión que se refuerza analizando sus condiciones económicas.
De la misma manera, el préstamo es cierto que cancelaba deuda ya vencida, refinanciando un pasivo a corto en una deuda a largo, con vencimiento en 2016, y ello se hacía en un momento, -nótese que la perspectiva de análisis para la rescisión del negocio debe ser la del momento en que éste se concertó y no la posterior cuando ya se manifestó la insolvencia-, en el que la situación de insolvencia no tenía porqué conocerse, pues ésta no tuvo lugar hasta 17 meses después. Ninguna prueba lleva a pensar, -por más que pueda presumirse un mayor grado de información del banco respecto de la deudora en comparación a la del resto de acreedores-, que la entidad demandada conocía el riego de impago de las obligaciones exigibles. En este pago no se aprecia un perjuicio patrimonial directo, pues es evidente que la deuda ya existía y, en este sentido, su pago era un acto debido; la concesión de un crédito para llevar a efecto este pago por el propio acreedor se realizó en el marco más amplio de la operación que se está examinando, que sirvió también a otras finalidades, amén que está en la lógica de las cosas que el banco acreedor no concediera crédito sin garantía.
Finalmente el préstamo sirvió para inyectar capital (144.093 euros, ingresados en la cuenta de la empresa). Se trata aquí de la constitución de un negocio oneroso el día 30 de septiembre de 2009 con la finalidad de dotar a la empresa de circulante que permitiera continuar la actividad y así sucedió durante 17 meses, pues el concurso no se declaró hasta el 7 de febrero de 2011, operación respecto de la que habría de acreditarse la existencia de un perjuicio patrimonial injustificado para la masa activa, cuando, se insiste, no sólo no se ha acreditado tal perjuicio, sino que ni siquiera se ha intentado convencer sobre el hecho de que la concesión de dicho préstamo, en el momento en que se concertó, resultara perjudicial.
En consecuencia, no nos parece que con el nuevo préstamo hipotecario, considerado en su globalidad, se causara un perjuicio directo o indirecto injustificado para la masa activa del deudor. Se insiste, la hipoteca ya existía e incluso con el nuevo préstamo el acreedor renunció a continuar con la ejecución separada (autos 757/10 del Juzgado nº 2 de Caldas de Reis) sobre la misma finca registral 8.857, hecho que silenciaba la demanda incidental. La deuda refinanciada no garantizada estaba vencida, pero la constitución de la garantía no causó un perjuicio patrimonial al transformarse en deuda a largo en el contexto de una operación que, se insiste, en su conjunto no suponía un perjuicio patrimonial injustificado para la masa.
Pudiera sostenerse, ante la conversión del resto de deuda no garantizada en crédito con privilegio especial a favor del banco, que lo procedente sería una rescisión parcial de la operación (cfr. sentencia AP Vizcaya de 12.6.2008); sin embargo nos parece determinante para la resolución de la cuestión acerca de la rescisión del negocio sometido a enjuiciamiento, la aplicación al caso del art. 10 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, según el cual las hipotecas inscritas a favor de las entidades a

que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen, circunstancia que ni siquiera se ha alegado en el presente litigio y que, como ha quedado dicho, no nos parece concurrente, ante la ausencia de evidencias que permitan afirmar que el banco conocía la situación de insolvencia del deudor.": SAP Pontevedra (Sección 1) 13.06.2012 (Sentencia 330/2012; Rollo 158/2012)

"PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda deducida por la administración concursal en orden a la rescisión e ineficacia de las cesiones de crédito y pignoración de títulos valores constituidas en la póliza de préstamo suscrita entre la concursada y CAIXANOVA en fecha 2 de junio 2010, así como los diferentes pagos por un importe total de 884.299,74 euros efectuados por la concursada a favor de dicha entidad en amortización anticipada y parcial del mencionado préstamo.
La sentencia, partiendo de la consideración de una operación global de refinanciación por el impago de diversos pagarés, previamente descontados y no abonados a su vencimiento, por importe de 1.256.086,87 euros, considera que existe perjuicio a la masa activa, dándose la presunción del art. 71.3 LC.
La sentencia parte de una operación global para refinanciar unos pagarés por el importe ya mencionado de 1.256.086,87 euros. Estos pagarés habían sido descontados a favor de la ahora concursada en la entidad financiera demandada y ahora apelante. Ante el impago a su vencimiento, se procede a realizar un contrato de préstamo por un importe de 1.175.000 euros en fecha 2 junio 2010 (el auto de declaración de concurso es de 7 julio 2011), con vencimiento a 7 años, y una carencia de dos años. En los anexos I y II que se acompañan al contrato, se pactan dos medidas. La primera es que la concursada recupera la titularidad de los pagarés impagados y simultáneamente cede a la entidad financiera los derechos económicos derivados de ese derecho de crédito, y los pagos que se realicen para su extinción, siendo deudor de esa relación Factoría Naval de Marín, se domicilian en una cuenta e irán directamente a amortizar el préstamo. La cesión se efectúa así para el pago del préstamo. Del mismo modo, en el anexo segundo se establece una garantía prendaria sobre acciones que la concursada detenta en la mercantil Factorías Vulcano S.A., por un valor nominal de 653.735,4 euros.
Considera la sentencia que se establece una nueva obligación, el préstamo, que sustituye la anterior de descuento cambiario; que se trata de una exigibilidad relativamente inmediata de restitución, pues a pesar del plazo de vencimiento y de carencia, sin embargo se prevé la posibilidad de pagos inmediatos si se procede al cobro, por cualquier forma, de los créditos derivados de los iniciales pagarés; y además se establece una garantía prendaria sobre acciones que encaja en la presunción de perjuicio del art. 71.3 LC. Considera además que en realidad no hay dinero nuevo pues el préstamo sustituye el capital impagado del descuento y no hay una ampliación significativa del plazo de devolución por lo ya dicho. A ello se une la situación de crisis económica que ya padecía la ahora concursada en el momento de realizar la operación.
Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por NCG BANCO S.A., que ha sucedido a CAIXANOVA, que gira alrededor de dos argumentos. El primero que ningún sacrificio patrimonial supuso para la ahora concursada el préstamo convenido pues no otorgaba a la apelante ningún privilegio que no tuviera, ya que los derechos sobre los pagarés ya le correspondían en virtud del contrato de descuento, y ello se articula mediante la cancelación del impagado por el descuento, y cediendo los derechos económicos derivados de los pagarés a la entidad prestamista, de forma que se puede ir amortizando el pago del préstamo según se vayan cobrando dichos créditos. Pago a que tendría derecho inicialmente en virtud del contrato de descuento, y además, sino se produce dicho cobro, se ha otorgado un nuevo plazo de 7 años, con 2 de carencia, para su devolución, lo que otorga una ventaja significativa pues no conlleva la inmediata ejecución de su crédito y, posiblemente, avocar al cierre cuando menos con un año de antelación a la posterior declaración de concurso.
De igual modo alega que la garantía prendaria sobre acciones tampoco ha causado un perjuicio pues existían otros bienes.
SEGUNDO.- Hemos de reiterar nuevamente que existe discusión en la doctrina y la jurisprudencia acerca del concepto de perjuicio que introduce el art. 71 LC. Ahora bien, sobre lo que no hay discusión es que es presupuesto determinante es que el acto o negocio que se cuestiona haya producido un menoscabo en la masa activa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Hasta ahora ha venido siendo criterio mayoritario en la jurisprudencia menor, existiendo en contra posturas sólidamente argumentadas, la adopción de un criterio amplio de perjuicio en el sentido que este también se dará cuando se produce una lesión de la igualdad que debe mediar entre los acreedores concursales, un daño en realidad a la masa pasiva, anticipando una vulneración del principio par condictio creditorum que presidirá un eventual proceso concursal.
Precisamente el supuesto que examinamos previsto en el art. 71.3.2º LC en que se presume, salvo prueba en contrario, que la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, apunta, al menos aparentemente, a favor de esa tesis, pues precisamente establece una presunción iuris tantum de perjuicio cuando se gravan con garantías reales bienes del deudor para garantizar obligaciones preexistentes lo que implica considerar perjudicial los actos que perjudiquen la salvaguarda del principio de la par conditio creditorum ya que la constitución de aquéllas puede conllevar, conforme al art. 90 LC, un privilegio especial para el acreedor, garantizado frente a todos con los bienes sobre los que recae y, por lo tanto, sustrayéndolos a la satisfacción de otros acreedores.

Pero, aún cuando resulte discutible si el concepto de perjuicio debe abarcar la protección también de la masa pasiva, pues en realidad se admite la prueba en contrario de que tales actos no sean perjudiciales para la masa activa, no es menos cierto que el legislador establece una presunción a favor de la consideración de tales actos como perjudiciales para la masa activa, por lo que acreditado, como es el caso, la constitución extemporánea de las garantías durante el periodo de sospecha, corresponde a quien pretenda el mantenimiento de las garantías reales la prueba de la bondad económica de su constitución, su carácter favorable, desde una perspectiva económica y empresarial, para el patrimonio del deudor. Quien sostiene así la validez de las garantías debe acreditar que la garantía real no ha sido perjudicial para la masa activa.
No queda duda que el legislador solo admite la constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, que reporte un valor para la masa activa, y ello debe ser acreditado por quien mantiene su validez. Evidencia así que la constitución de garantías reales implican una disminución aunque sea cualitativa del valor de los bienes sobre los que recae, al estar sujetos a una posible realización a favor del acreedor garantizado, lo que merma su valor en el mercado, reduciéndose la posibilidad de obtener crédito pues se reduce su función de garantía al estar ya gravados.
Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, debe atenderse a las alegaciones de la parte apelante en orden a considerar que el contrato de préstamo no supone una mejora en su situación jurídica y económica en relación con la ahora concursada. Únicamente se sustituye el concepto de descuento por el de préstamo, con el artificio, obviamente para no duplicar la dación de dinero en beneficio de la prestataria, pues se daría si realizado un descuento ahora también fluyera el dinero del préstamo, de devolver a la ahora concursada la titularidad de los pagarés, cuyo tenedor legítimo era, no lo olvidemos, la apelante, y, de forma simultánea se le ceden a ésta los derechos económicos, de forma que si se van cobrando, lo obtenido se ingresa directamente en una cuenta de dicha entidad. Pero todo ello, como bien señala la sentencia de instancia sobre este particular, no implica dinero nuevo.
Pero sin embargo si implica un inicial perjuicio no para la ahora concursada sino para la propia entidad financiera que de este modo renuncia al ejercicio de acciones cambiarias y las derivadas del contrato de descuento, y permite un nuevo aplazamiento de la deuda hasta siete años, con dos años de carencia. Lo que no es incompatible ni resulta deslucido por el hecho de que si alguno de esos créditos se cobra de algún modo, se utilicen para la amortización de la deuda, pero tal derecho en realidad lo ostentaba por determinados cauces jurídicos, la prestamista y ahora apelante.
De igual modo, ante tal situación, no se considera que suponga un sacrificio injustificado o desproporcionado, añadir una garantía prendaría como la ya expuesta, atendiendo a lo que ha supuesto la operación en su conjunto, es decir, a cambio de un nuevo aplazamiento de la deuda, renunciando a reclamar de forma inmediata, lo que hubiera dado lugar, a buen seguro, dada la situación generalizada de crisis del sector económico en que se mueve la concursada. Debe así considerarse destruida la presunción iuris tantum de perjuicio recogida en el art. 71.3 LC.
Debe tenerse en cuenta que la valoración del perjuicio que se ha realizado se corresponde con una valoración de las circunstancias que se daban en el momento de la realización de los actos cuestionados, que es al que debe atenderse. A una distancia de más de un año desde la operación examinada hasta la declaración del concurso, y valorando las circunstancias que se daban en relación con los intervinientes, la operación llevada a cabo aparece como razonable y no perjudicial para el patrimonio (ahora masa activa del concurso) de la ahora concursada, sino que se le permitió una beneficiosa refinanciación que consistió esencialmente en una aplazamiento de su deuda, y permitiéndole subsistir en el mercado con lo que ello conlleva, por más que un año después las condiciones siguieran desfavorables y llevaran a la inevitable declaración de concurso. Pero no puede examinarse desde la perspectiva actual y considerar que, ya en aquél momento, debió tenerse en cuenta el privilegio que se atribuida mediante garantía prendaria frente a los futuros acreedores concursales concurrentes. Sin perjuicio de que el principio de igualdad de trato puede tener su influencia en el concepto de perjuicio a que se refiere el art. 71 LC, sin embargo su interpretación debe ser restrictiva cuando no goza de una declaración legal expresa e implicaría establecer un concepto especialmente amplio de perjuicio a la masa, al patrimonio, que pudiera llegar a convertir cualquier acto o pago en rescindible.
A ello debe añadirse que, como hemos señalado en reciente sentencia de esta misma Sección ".... En esta línea, no cabe desconocer que la doctrina y que algunas resoluciones judiciales han avanzado más en la precisión del concepto, con la evidente intención de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial en el de "sacrificio patrimonial injustificado", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71 ".
TERCERO.- Todo lo expuesto conlleva la estimación del recurso interpuesto, sin especial imposición de costas.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 21.06.2012 (Sentencia 349/2012; Rollo 348/2012)

“TERCERO.- Como venimos repitiendo desde este órgano jurisdiccional, el art. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de "acciones de reintegración". Como es de sobra sabido, la ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción, característicos de la legislación de quiebras (cfr. ant. Art. 878 párrafo segundo y jurisprudencia que lo interpreta), para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en

la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del " perjuicio para la masa activa " se facilita con un juego de presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.
Resulta harto difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial del tráfico mercantil de la seguridad jurídica. Precisamente, la nueva regulación pretende, -como justifica la Exposición de Motivos de la LC-, apartarse del régimen de la nulidad absoluta, caracterizadora del régimen previgente.
Es sabido que el concepto de perjuicio " para la masa activa " viene siendo objeto de diversas interpretaciones, como acierta a reflejar la sentencia recurrida. Desde el inicio de la vigencia de la ley concursal puede decirse que en la jurisprudencia mercantil se impuso la tesis amplia del perjuicio, seguida por este mismo órgano de apelación en diversas resoluciones, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto); por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 y AP Barcelona, secc. 15ª, de 8 de enero de 2009), así como las dictadas por este órgano de 22.7.2009 o 10.11.2011, entre otras, aunque en la más reciente de 8.3.2012 tuvimos ocasión de matizar el concepto, en atención a las concretas circunstancias del caso.
En esta línea, no cabe desconocer que la doctrina y que algunas resoluciones judiciales, -también las de esta Sala-, han avanzado más en la precisión del concepto, con la evidente intención de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial en el de " sacrificio patrimonial injustificado ", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010. La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71.
Por lo demás resulta generalmente admitido en la comunidad jurídica que el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, -se dice-, siempre podrá apreciarse el perjuicio, pues, como sucede en nuestro caso, aparece en el concurso un bien con una garantía que pudo llegar sin ella, porque el crédito que se aseguraba resultó inútil para evitar o quizás contribuyó a la situación de insolvencia. En el deficiente entendimiento de esta valoración nos parece que radica en buena medida la tesis del recurrente.
El art. 71.3.2º contempla la renegociación con garantía de deuda previa no garantizada como hipótesis de presunción de perjuicio, permitiendo la prueba en contrario, de suerte que el deudor puede probar que la garantía no resultó perjudicial en el contexto en el que las cosas se encontraban al ser constituida. Son numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales, como las partes se encargan de recordar, que se han ocupado del problema, pudiéndose obtener la conclusión inicial de que resulta obligado atender a las circunstancias de cada caso y que no resulta un criterio válido operar con mero automatismo en el análisis de las operaciones enjuiciadas.
El análisis de los hechos, -en buena medida consentidos y acreditados con la abundante aportación de prueba documental-, y el estudio de los argumentos de las partes nos llevan a las siguientes conclusiones:
a) las operaciones que determinaron los pagos cuya retroacción se pretende tuvieron lugar durante los años 2008 y 2009, en el marco de diversas operaciones tendentes a refinanciar la empresa y a reestructurar el pasivo, que sufría graves pérdidas y atravesaba tensiones de tesorería, pero no consta que se encontrara en una situación de crisis estructural. De este modo se obtuvieron recursos a través de préstamos de socios y mediante la obtención de un préstamo sindicado con las tres entidades financieras demandadas el día 29.4.2008. El concurso fue declarado el 16 de abril de 2010, por tanto casi dos años después de la operación objeto de enjuiciamiento.
b) el destino de las cantidades dispuestas con cargo a dicho préstamo ha quedado expuesto más arriba; baste destacar en este lugar que parte del préstamo se destinaba a la cancelación de deuda hipotecaria (la primera disposición del préstamo fue destinada a la extinción de dicha deuda, por importe de 3.300.000 euros), por lo que deberá convenirse que, al menos en parte, el préstamo no supuso la constitución de nuevas garantías.
c) de la misma forma, la financiación del circulante y la reestructuración del pasivo exigía, -nos parece evidente-, cancelar la deuda ya vencida (no se pretende la rescisión por la vía de la presunción iuris et de iure del art. 71.2) mantenida con las entidades prestamistas y convertir deuda a corto en deuda a largo plazo; que la operación resultaba de interés para las entidades financieras resulta obvio, entre otras razones por motivo de permitir eludir la dotación de provisiones por insolvencia y la exigencia de aumento del requerimiento mínimo de recursos propios, como de sobra es sabido. En este sentido, el préstamo sindicado presentaba las siguientes condiciones: duración de cinco años, con vencimiento el 29.4.2013 y un tipo de interés habitual en el mercado para operaciones de esa clase; 18 meses de carencia y amortizaciones trimestrales.
Y todo ello, como reconoce expresamente el recurrente, en el marco de una operación diseñada por un plan de negocio encargado a consultores externos.
d) como resulta por completo sólito (y puede añadirse que exigible, cfr. CBE 4/2004), la concesión de un préstamo por importe de 35 millones de euros estuvo rodeada de diversas garantías que

aseguraran el recobro de las disposiciones efectuadas, tanto más cuanto que se conocía la situación de dificultad financiera que atravesaba BASA. Las garantías consistieron en primera hipoteca sobre uno de sus principales activos y la concesión de un aval por la entidad pública IGAPE. Se ha visto también cómo no se puede afirmar que se esté ante un supuesto de sobregarantías, sino que éstas, en apariencia, no sólo resultaban proporcionadas a su finalidad propia, sino que la finca hipotecada a favor de las prestamistas tan sólo cubría el 30% del capital del préstamo (10,5 millones de euros), y dado el valor de tasación pactado (casi 50 millones de euros) resultaba un hipotético remanente a favor de la masa no despreciable.

e) la operación misma resultaba condicionada a que el IGAPE concediera el aval, como es de evidencia. Por su parte, resultaba no sólo lógico, sino jurídicamente exigible (cfr. Decreto 284/1994) que la entidad pública a su vez garantizase el recobro de las cantidades avaladas para el caso de impago por el deudor principal. Por tal motivo se constituyeron las contragarantías consistentes en la constitución de hipoteca sobre diversos activos mobiliarios e inmobiliarios. Desde esta perspectiva, las contragarantías del IGAPE pueden entenderse como garantías contextuales, surgidas en el marco de una operación global de refinanciación pero que, desde el punto de vista de la entidad pública, aseguraban en el momento de su constitución las obligaciones asumidas en el mismo acto. De ahí que respecto de la entidad pública no pueda jugar la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.2º, sino que, para rescindir su constitución, el actor debería convencer sobre la existencia del requisito general del perjuicio patrimonial injustificado. Podemos anticipar en este lugar que no hallamos visos de la existencia de tal perjuicio, pues como se ha dicho, resulta patente que la operación de préstamo sólo podía tener lugar si el IGAPE garantizaba la operación. Tampoco se aprecia en la constitución de las contragarantías ningún elemento que haga pensar en su desproporción o excesiva onerosidad. Los bienes gravados resultaban suficientes y proporcionados a la entidad de las obligaciones asumidas.

En consecuencia, la pretensión de rescisión de la constitución de las contragarantías, deducida en el apartado cuarto de la súplica, aisladamente considerada, carece de razón de ser.

f) insiste el apelante en intentar convencer sobre el perjuicio sufrido en el patrimonio de BASA por el hecho de haber gravado su patrimonio para obtener una poco relevante cantidad de numerario. No nos parece que sean así las cosas. Por de pronto, resulta lógico que para ingresar dinero nuevo se exija la cancelación o la refinanciación de los pasivos existentes con las entidades prestatarias, pues de otro modo es llano cómo no concederían un nuevo crédito. Por sí mismo, el hecho de sustituir pasivo a corto por pasivo a largo, si las condiciones no son desproporcionadamente onerosas, no constituye perjuicio patrimonial. La clave del asunto está en el análisis de las garantías constituidas, en particular sobre si puede jugar la presunción de perjuicio, como se ha apuntado más arriba.

Debe entonces analizarse si la constitución de las garantías supuso el otorgamiento de un privilegio a los acreedores profesionales en perjuicio del resto de la colectividad de acreedores, que verían luego reducida la masa activa con la afección de los bienes del deudor.

Y esto es lo que nos parece que no resulta acreditado en el presente supuesto, en línea con lo que razona la sentencia de primera instancia, por los motivos que venimos exponiendo. La sociedad obtuvo tesorería en una situación coyuntural; alargó el plazo de exigibilidad de la deuda; obtuvo unas condiciones de financiación que no se han demostrado fuera de mercado; evitó que los acreedores instaran ejecuciones de las operaciones vencidas; se constituyeron garantías proporcionadas a las obligaciones contraídas y, en parte, se extinguió deuda hipotecaria; valorada la operación ex ante no se aprecia una intención fraudulenta ni tampoco puede hablarse de una falta de justificación de una operación común en el tráfico que supuso la entrada de una importante suma de numerario; repárese que la operación tuvo lugar en el límite de los años antes a la declaración del concurso, lo que dificulta su conexión con la insolvencia; la entrada en liza del acreedor público garantizado opera bajo los mismos parámetros.

Sobre ello nos parece también que el actor yerra a la hora de determinar el objeto de su acción. Cuando de la rescisión de garantías no contextuales se trata, en el marco de operaciones de refinanciación bajo la presunción iuris tantum del art. 71.3.2º, el objeto del petitum debe ser el de la rescisión de la garantía, como se desprende de la interpretación literal de la norma-, y no del negocio en su totalidad, como postula el apartado cuarto de la súplica de la demanda, o de operaciones concretas de disposición en el marco del contrato de préstamo (las cantidades refinanciadas por las entidades financieras), que por sí mismas, aisladas de las garantías no contextuales, no causaron ningún perjuicio. Por tanto, la petición, en la forma en que fue planteada, resultaba incongruente con el fundamento jurídico esgrimido.

g) tampoco nos resulta convincente la insistencia en que el prestamista designado como agente en el préstamo sindicado retrasara el pago. Este hecho, por sí mismo, se sitúa extramuros de la valoración del perjuicio de la operación; que un prestamista ostente la condición de agente y se le atribuyan facultades de autorización de disposiciones en función de los criterios pactados resulta habitual en esta clase de operaciones, como es conocido, y no se ha demostrado que en el caso concreto analizado tales atribuciones fueran abusivas o desproporcionadas. No se ha acreditado, contrariamente a lo que postula el recurrente, que este retraso, -que no aparenta resultar contrario a las condiciones pactadas en el préstamo-, fuera la causa de la insolvencia; esta afirmación, que para el recurrente es incontestable, no encuentra apoyo en la prueba practicada.

h) de la misma forma que aprecia el juez de lo mercantil, creemos que la rescisión parcial de los pagos realizados a PROMALAR, S.L. carece de relevancia para juzgar sobre los hechos sometidos ahora a nuestro conocimiento. Basta constatar con que en aquél supuesto la causa de la rescisión no estuvo en la constitución de garantías como perjuicio patrimonial para la masa, sino en la realización de actos de disposición a favor de una persona vinculada (socio de la deudora), que de forma palmaria había

obtenido la recuperación de su crédito de los fondos obtenidos por la deudora en la operación de refinanciación. Nos remitimos en este lugar al contenido de nuestra sentencia de 8.3.2012, recaída en el incidente 341/2010 del mismo juzgado.
i) la pretensión de ineficacia del resto de operaciones (concesión de préstamos por importes de 4,5 millones por parte de BANCO POPULAR y BANCO DE GALICIA, -no garantizadas con garantía real a favor de los prestamistas-, y constitución de préstamo garantizado con hipoteca de máximo), también se sitúan extramuros de la causa de pedir invocada en la demanda como fundamento de la rescisión. Respecto de estas concretas operaciones no se fundamenta claramente en qué radicó el perjuicio patrimonial. En el caso de la hipoteca de máximo se consideran aplicables el resto de argumentos que se vienen exponiendo respecto del préstamo sindicado, amén de tratarse de una hipoteca de tercer rango.
Por tales motivos se desestima el recurso, confirmándose la resolución recurrida.": SAP Pontevedra (Sección 1) 10.07.2012 (Sentencia 390/2012; Rollo 205/2012)

"CUARTO.- Como es de sobra sabido, la LC reformuló, como uno de sus aspectos más novedosos, el ejercicio de las acciones de reintegración concursal, configurando un marco general para la reintegración de las operaciones que supusieran la salida de bienes y derechos de la masa realizadas en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, sobre la base del criterio general de la existencia de un *perjuicio para la masa activa,* con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del " *perjuicio para la masa activa* " se facilita con un juego de presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.
Para apreciar la existencia del perjuicio para la masa activa hemos dicho que resulta imprescindible proceder al análisis de las concretas circunstancias de cada caso, con la mayor variedad y precisión, para poder integrar la hipótesis normativa, afirmación tanto más cierta cuando se trata de analizar pretensiones de rescisión de acuerdos de refinanciación, como sucede en el presente proceso. Por tanto, cuando se trata de enjuiciar un acto concreto inmerso en una operación de refinanciación, la perspectiva de análisis exige contemplar la operación en su globalidad, situando el objeto del proceso en su contexto económico-jurídico y atendiendo al momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. En el caso, la pretensión se concreta en la rescisión de los negocios accesorios de constitución de garantías reales, pero la resolución del litigio nos obliga, claro está, a examinar la operación en su conjunto.
Los actos realizados en el período sospechoso por el deudor son rescindibles porque son perjudiciales para la masa activa. La ley desliga la rescindibilidad del acto de la causa determinante de la insolvencia, por lo que el argumento de que la operación fuera o no la causa de que Maderas Iglesias entrara en concurso no se convierte en el elemento esencial del análisis.
Es sabido, -y así lo hemos subrayado en anteriores ocasiones, en la misma línea de razonamiento que sigue la sentencia recurrida-, que una las mayores polémicas surgidas en torno a la interpretación del concepto del " *perjuicio patrimonial* " pasa por dilucidar si dicho perjuicio exige siempre una disminución del patrimonio del deudor, de suerte que, llegado el concurso, su valor sería otro de no haberse realizado el acto rescindible, o si por perjuicio se entienden también aquellos actos realizados por el deudor perjudiciales para el trato igualitario de sus acreedores, como defiende la demanda presentada por la administración del concurso. Así, solemos recordar, en conclusión que la reciente jurisprudencia del TS permite entender confirmada, que el concepto inicial y amplio de perjuicio con que se interpretaron las normas en los albores de la entrada en funcionamiento de la justicia mercantil especializada, está siendo reformulado, especialmente cuando se trata de enjuiciar operaciones de refinanciación realizadas por acreedores profesionales, como la que constituye el objeto del presente proceso.
La sentencia da cuenta del hecho notorio de que la jurisprudencia viene realizando llamativos esfuerzos argumentales para restringir el concepto amplio de perjuicio, introduciendo matizaciones, incluso con criterios de no fácil identificación en el propio sistema legal, como sucede cuando se introduce el elemento adicional de buscar un sacrificio paralelo en el acreedor demandado como síntoma de su actuación de buena fe (cfr. sentencia AP Madrid 2.4.2012) o cuando se acuña el concepto de " *sacrificio patrimonial injustificado* ", como exigencia adicional para la apreciación del perjuicio, hallazgo de la muy citada SAP de Barcelona, sección 15ª, de 6.2.2009, sobre la base anteriores pronunciamientos del TS, seguido en numerosas resoluciones provinciales, confirmados por las sentencias del TS de 12.4.2012 y 8.11.2012, y que, para el particular supuesto de los acuerdos de refinanciación homologables, la Ley reformadora 38/2011 utiliza para condicionar la propia viabilidad de los acuerdos judicialmente homologables.
Por lo demás resulta generalmente admitido en la comunidad jurídica que el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. Esta perspectiva de análisis viene en el caso favorecida por la aportación del informe de la consultora KPMG (informe independiente de negocio, IBR, de 9.7.2010), cuyas apreciaciones de hecho no han sido discutidas, al menos en los aspectos más esenciales.
Finalmente, en lo que hace a estas consideraciones preliminares, debemos hacer notar que la presunción del art. 71.3.2º, en la que se basa la pretensión demandante, contempla como hipótesis de hecho la renegociación con garantía de deuda previa no garantizada permitiendo la prueba en contrario, de suerte que los demandados, -en el caso las entidades financieras que refinanciaron su

deuda con la concursada-, puede probar que la garantía no resultó perjudicial en el contexto en el que las cosas se encontraban al ser constituida.
QUINTO.- El primer argumento utilizado por el recurrente resulta ajeno a los términos en los que debe situarse el debate jurídico en esta alzada. No resulta posible en el recurso de apelación el empleo de nuevos hechos o de argumentos jurídicos diferentes a los utilizados para defender la pretensión en la primera instancia, como se sigue de la cita del apartado primero del art. 456 de la ley procesal. En consecuencia, la afirmación de que el acuerdo de refinanciación se desarrolló en un marco coactivo, en un " *contexto de presión* ", sin posibilidad de negociación por parte de la concursada o en el ámbito general de una estrategia colectiva de los acreedores financieros de " *ir dejando vencer su deuda para unirlas todas ellas en una única operación",* no puede integrar los motivos del recurso. Con todo, compartimos en buena medida los argumentos de las partes recurridas relativos a la falta de prueba de los hechos que fundamentan dichas afirmaciones, así como el reproche a una cierta ingenuidad en cuanto hace a la intervención de los agentes financieros en el mercado o, si se prefiere, a los que se nos aparenta como un desenfocado análisis económico de la operación. Afirmaciones como que el acuerdo " *no fue negociado individualmente* ", alusiones al vencimiento sucesivo de la deuda, a la obtención de beneficios económicos por las entidades acreedoras, menciones al carácter sesgado de los informes que sirvieron de soporte a una operación de relevante importancia económica y jurídica, o referencias genéricas a la constitución de garantías, resultan fuera del contexto habitual de las operaciones como la enjuiciada. De sobra es sabido que la estrategia en el tráfico de los acreedores financieros ante situaciones como la producida en los albores de la insolvencia de Maderas Iglesias, aconsejan su actuación conjunta, entre otras poderosas razones económicas, por el motivo de evitar el riesgo de " *estrategias hostiles* " por parte de las entidades que no participen en el acuerdo. De la misma forma, como hemos recordado en alguna otra ocasión, la constitución de garantías reales eficaces resulta por completo sólita en operaciones de esta clase, no sólo por la evidente conveniencia de asegurar el recobro de la financiación dispensada, cuanto por las propias exigencias normativas contables de clasificación y provisión de riesgos (cfr. Circulares del Banco de España 4/2004, 3/2008 y 3/2010).
Otro tanto sucede con la alegación relativa a la existencia de un elevado porcentaje de deuda no vencida, frente a la deuda vencida refinanciada. No nos resulta anómalo que las entidades financieras participantes en el acuerdo incluyeran la refinanciación de toda su deuda que, según la documentación aportada, suponía más del 54% del pasivo, dentro del cual, una cantidad relevante venía integrada por deuda comercial bancaria (33,6 millones de euros en diciembre de 2009). El análisis económico referido en el IBR, no cuestionado en sus aspectos esenciales y confirmado en los extremos que ahora interesan por la propia exposición del concursado en la memoria de las causas de la insolvencia (folios 346 y ss.), convence de la imposibilidad de atender los vencimientos financieros ante el descenso de ventas y el correlativo descenso del flujo de caja generado. En consecuencia, la necesidad de proceder a reestructurar el pasivo con las entidades financieras resultaba incuestionable. Se trata ahora de indagar si los términos de esta refinanciación, en su conjunto, pueden considerarse perjudiciales para la masa activa.
SEXTO.- Partimos para el análisis del contenido de los dos documentos contractuales, cuyos extremos más relevantes pueden exponerse del siguiente modo, en la forma en que el demandante dejó delimitado el debate contradictorio:
A) " *Contrato mercantil de financiación* " (folios 102 y ss.)
Expositivo II
" *Que el acreditado, en el contexto de la situación económica y de mercado que atraviesa su sector de actividad, desea obtener la refinanciación de su deuda bancaria, así como la de las filiales, a cuyo efecto ha iniciado una serie de negociaciones con las Entidades Acreditantes con la finalidad de llegar a un acuerdo para obtener dicha refinanciación* "
Expositivo III
"Que con el objeto de refinanciar la deuda bancaria del Acreditado y las Filiales que se identifica en el Anexo 1 (en adelante, la "Deuda Preexistente"), el Acreditado ha llevado a cabo una serie de negociaciones con las Entidades Acreditantes con la finalidad de llegar a un acuerdo para obtener una financiación por un importe total de CUARENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN EUROS CON TREINTA Y NUEVE CÉNTIMOS DE EURO (45.527.751,39 #) (en adelante, la "Financiación"), dividida en los tramos, forma e importes que a continuación se describen, todo ello según lo previsto en el presente contrato y en particular, para las finalidades previstas en la estipulación 1.1 siguiente:
(i)Un préstamo mercantil a largo plazo por un importe de DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y ICNCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS EUROS CON NOVENTA Y UN CÉNTIMOS DE EURO (18.945.772,91 #) (el Tramo A, tal y como se define en la estipulación 1.1. siguiente); y
(ii)Un préstamo mercantil a largo plazo por un importe de VEINTISEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON CUARENTA Y OCHO CENTIMOS DE EURO (26.581.978,48 #) (El Tramo B, tal y como se define en la estipulación 1.1. siguiente), dividido a su vez en los subtramos, forma e importes que a continuación se describen.
i.Un préstamo mercantil a largo plazo por un importe de VEINTE MILLONES QUINIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTE EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (20.505.920,95 #) (el Subtramo B.1, tal y como se define en la estipulación 1.1 siguiente); y
ii.Un préstamo mercantil a largo plazo por un importe de SEIS MILLONES SETENTA Y SEIS MIL CINCUENTOS Y SIETE EUROS CON CINCUENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO (6.076.057,53 #)

(el Subtramo B.S, tal y como se define en la estipulación 1.1. siguiente).
Expositivo IV
"Que, asimismo, el Acreditado, los Garantes y las Entidades Acreditantes han formalizado un contrato marco y de garantías (en adelante, el "Contrato Marco" y conjuntamente con el presente contrato y los Contratos de Circulante -tal y como se definen más adelante-, los "Contratos de Financiación") con el objeto de:
(i)regular los términos y condiciones comunes relativos a:
a.Seis (6) pólizas de descuento por importe total conjunto de tres millones ochocientos sesenta y dos mil cuatrocientos setenta y cinco euros con treinta y dos céntimos de euro (3.862.475,32 #).
b.Seis (6) pólizas de financiación de exportación por importe total conjunto de cuatro millones setecientos veinte mil ochocientos tres euros con dieciséis céntimos de euro (4.720.803,16 #).
No obstante lo anterior, Bankinter, SA ha formalizado las operaciones anteriormente indicadas al amparo de una única póliza.
(en adelante, conjuntamente, los "Contratos de Circulante").
(ii)formalizar, en garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Contratos de Financiación, por parte del Acreditado y los Garantes a favor de las Entidades Acreditantes y sus respectivos sucesores y cesionarios las siguientes garantías:
a.Hipoteca de primer rango sobre las fincas núms. NUM000, NUM001 y NUM002 del Registro de la Propiedad de Tui y sobre la finca núm. NUM003 del Registro de la Propiedad nº 1 de Arteixo.
b.Garantía personal solidaria de los Garantes.
(iii)regular determinados aspectos comunes a todos los Contratos de Financiación; y
(iv)regular las relaciones entre las Entidades Acreditantes.
" *Estipulación primera: importe y finalidad* "
"1.1-Las entidades Acreditantes conceden al Acreditado, que acepta, una financiación por hasta un límite máximo de CUARENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN EUROS CON TREINTA Y NUEVE CÉNTIMOS DE EURO (45.527.751,39 #) para que se destine a refinanciar la Deuda Preexistente que se identifica en el Anexo 1 (en adelante, la "Financiación") así como, por lo que respecta al Tramo A, a atender los gastos de formalización de los Contratos de Financiación, distribuida de conformidad con lo que se indica a continuación:
(i)Tramo A: DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS EUROS CON NOEVENTA Y UN CENTIMOS DE EURO (18.945.772,91 #); y
(ii)Tramo B: VEINTISEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON CUARENTE Y OCHO CENTIMOS DE EURO (26.581.978,48 #), distribuido de conformidad con lo siguiente:
(a)Subramo B.1: VEINTE MILLONES QUINIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTE EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (20.505.920,95 #).
(b)Subtramo B.2: SEIS MILLONES SETENTA Y SEIS MIL CINCUENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO (6.076.057,53 #)".
1.2. " *La financiación debe ser destinada por el Acreditado exclusivamente a las finalidades descritas en el apartado 1.1. anterior. En consecuencia, el Acreditado se compromete a aplicar el importe de los Tramos A y B exclusivamente al cumplimiento de dichas finalidades, obligándose asimismo, a requerimiento del Agente, a acreditar por escrito la aplicación de los referidos fondos a los destinos mencionados* "
Esta exigencia finalista del destino de los fondos se reitera en otros apartados del acuerdo que el demandante subraya y a cuyo contenido nos remitimos.
Estipulación tercera.- Plazo y amortización.
" *3.1.- La presente Financiación quedará definitivamente vencida el día 26 de mayo de 2026, o del día hábil anterior, si este fuese inhábil. No obstante lo anterior se establecen las siguientes fechas de vencimiento de cada uno de los Tramos, en las que el Acreditado deberá haber pagado a la Entidad Acreditante la totalidad de las cantidades debidas en virtud de cada uno de ellos por cuales quiera conceptos:*
Tramo A: quedará definitivamente vencido el 26 de mayo de 2026.
Tramo B: quedará definitivamente vencido el 26 de noviembre de 2013...
El apartado 3.2. contiene la referencia a las " *Amortizaciones parciales obligatorias* ", del siguiente tenor:
i) Tramo A
El Acreditado se obliga a amortizar el importe total de la Financiación mediante cincuenta y dos cuotas consecutivas, comprensivas únicamente del principal, que serán satisfechas trimestralmente, de conformidad con el calendario que se adjunta como Anexo.3.
Las cantidades así amortizadas no podrán ser nuevamente dispuestas ni utilizadas en modo alguno.
La estipulación cuarta se refiere a los "intereses ordinarios" y el tipo de interés se determinaba en el apartado 4.3.:
" *El tipo de interés aplicable a cada período de interés será el resultante de sumar un margen de 3,25 puntos porcentuales con respecto al Tramo A y de 3,00 puntos porcentuales con respecto al Tramo B (en adelante, el "Margen") al EURIBOR..."*
El tipo de interés de demora de las cantidades adeudadas se determinaba como el resultado de sumar al tipo de interés ordinario anteriormente referido, cuatro puntos porcentuales.
Ya ha quedado dicho que los gastos del contrato (comisiones de apertura, honorarios y gastos) ascendieron a las suma de 1.457.088,93 euros)
B) Contrato marco y de garantías " (folios 163 y ss.)

Del mismo tan sólo interesa destacar en este lugar que reproducía en sus extremos esenciales los pactos contenidos en el contrato anterior, regulaba determinadas obligaciones comunes a los dos contratos, especificaba las relaciones entre los bancos acreditantes, al tiempo que en su sección tercera determinaba las garantías otorgadas por el acreditado, constituyéndose las hipotecas y distribuyéndose la responsabilidad hipotecaria (folios 185 vuelto y ss.) y otras condiciones comunes. Recuérdese que constituye la rescisión de estas garantías el objeto de la acción de reintegración.

SÉPTIMO.- Como se viene repitiendo, la sentencia, el recurso y los escritos de oposición de las partes apeladas proponen la misma sistemática, consistente en el análisis de los cinco argumentos utilizados por la resolución combatida para rechazar el carácter perjudicial del acuerdo de refinanciación. Seguidamente acometemos idéntico análisis, si bien con la precisión, -anteriormente apuntada-, de que se trata de contemplar el acuerdo en su conjunto, en el marco jurídico y económico de la empresa concursada, -y de sus filiales, en la medida en que se ven afectadas-, en el momento de su celebración. Este contexto debe enmarcarse en el período del " *preconcurso* ", solicitado por la deudora, pretendiendo con ello precisamente la apertura, (*rectius* : la conclusión) de un proceso de reestructuración de su pasivo, puesto a cubierto de posibles actuaciones aisladas de acreedores solicitantes del concurso necesario. Concluido el acuerdo, se comunicó su conclusión al juzgado, quedando sin vigencia los efectos del art. 15.2 LC, y la empresa y su grupo continuaron operando en el tráfico durante un año, hasta la declaración de concurso.

A) El mandato de venta.

En un primer momento la recurrente pone el acento, siguiendo la línea de argumentación de la sentencia, en la suerte del mandato de venta. Este hecho fue introducido en el proceso principalmente a partir de la contestación formulada por el Banco de Santander, S.A. (folios 505 y ss.) La Sala considera que tal razonamiento carece de peso específico para resolver sobre la existencia del perjuicio patrimonial. Nos parece que la operación de venta del inmueble sito en Arteixo (finca registral NUM003 del Registro de la Propiedad nº 1 de Arteixo, propiedad de la filial Vázquez Rey, S.A.) tan sólo permitiría al acreditado la posibilidad de amortización anticipada de la financiación obtenida en el Tramo B (que recuérdese que vencía el 26.11.2013), sin que veamos que la suerte del acuerdo de refinanciación fuera ligada al éxito de tal operación. De este modo, el cumplimiento o incumplimiento del pacto adicional consistente en el otorgamiento de un mandato de venta a la agencia Amor Hogar, S.L., en la misma fecha que el resto de contratos, (vid. folios 226 vuelto y ss.) no resulta determinante para formar criterio sobre la concurrencia del perjuicio para la masa. Por lo demás, las condiciones de dicho pacto no se han demostrado irrealizables y aparecen como fruto del acuerdo de voluntades entre la filial y la agencia. Tampoco se conocen las concretas circunstancias que rodearon la frustración de la venta, más allá de la genérica mención al hecho notorio de la caída brusca del mercado inmobiliario. Se insiste: el acuerdo no se condicionó, ni con carácter suspensivo ni con efecto resolutorio, a la conclusión de la venta de la nave, sino que tal venta otorgaba una posibilidad de amortización anticipada voluntaria, en las condiciones previstas en la estipulación tercera, apartados tercero y cuarto del contrato de financiación.

Por tanto, el hecho de que se revocara por parte de la filial el mandato nos parece un argumento de poca consistencia para justificar el éxito de la tesis demandada, y en ello discrepamos de la sentencia de primera instancia. La frustración de la venta, por las razones que fueren, ni justifica la existencia de un perjuicio patrimonial en el supuesto, -no probado-, de que la operación hubiera resultado ilusoria, ni da fundamento a la imputación de que fue la concursada la que impidió con su conducta dolosa o negligente la amortización de uno de los préstamos. En suma, nos parece un hecho ajeno al ámbito del debate desde el doble punto de vista sustantivo (en la medida en que se trataba de un pacto accesorio que facultaba a amortizar al acreditado anticipadamente) y procesal (pues se trata, desde el punto de vista de la acción afirmada, de un hecho no introducido por el actor como fundamento de su pretensión de forma temporánea), tanto más cuanto que el propio acuerdo (apartado 3.5, "imputación de cantidades anticipadas anticipadamente") preveía la modificación del calendario de amortización " *de forma que pase a finalizar en la fecha de vencimiento final, estableciéndose un calendario de amortización sustancialmente idéntico al que reste por cumplir en relación con el Tramo A* " (folio 112 vuelto).

B) Las condiciones del acuerdo de refinanciación.

Al margen de lo anterior, compartimos la tesis de la sentencia de primera instancia, que considera no probada la existencia del perjuicio patrimonial o, más precisamente, la consideramos que los demandados han conseguido convencer sobre la inexistencia del perjuicio.

Por otra parte, está fuera de discusión que el acuerdo no se beneficia por el juego del escudo protector contenido en la Disposición Adicional Cuarta en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011.

Debe insistirse una vez más, en línea con lo que venimos sosteniendo, en que en este caso el juicio sólo puede formarse desde la consideración más amplia posible de las circunstancias concurrentes, para poner en contexto lo que la norma parece contemplar como la hipótesis de una operación aislada de constitución de sobregarantías. El supuesto presenta toda la complejidad que normalmente acompaña a operaciones de esta clase, donde no se está ante un acreedor que refuerza su posición en previsión a una futura declaración de concurso superponiendo a su crédito una garantía inexistente o novándolo al tiempo que constituye la garantía, para acceder a una posición de privilegio de la que carecía. Aquí se está ante un ámbito mucho más amplio, en el que la constitución de las garantías aparece como una exigencia económica y jurídica de la operación, pues, como se ha dicho, una refinanciación sólo permite interrumpir la morosidad del cliente y la recalificación de la operación a la categoría de riesgo normal si se cumplen los requisitos de la CBE 4/2004.

Puede adelantarse que nada se ha argumentado por la parte actora sobre la proporcionalidad de las garantías o sobre su otorgamiento en condiciones anormales de mercado. Tampoco vemos fundamento a la crítica general de que las entidades financieras, a diferencia, por ejemplo, de los acreedores comerciales o institucionales, intervinieran en la refinanciación con conocimiento de la existencia de una situación de crisis estructural que anunciara la insolvencia como inevitable, que situara el problema en términos de una actuación contraria a la buena fe. El asesoramiento profesional de la operación por una reputada firma jurídica, respecto de la que no se ha demostrado la existencia de connivencia o vinculación espuria con ninguna de las partes, y la presencia de un informe de negocio, IBR, emitido por KPMG, parece situar el problema en un ámbito bien diferente. No se ha aportado ninguna opinión técnica que soporte las críticas al informe contenidas en el recurso.

Ello así, se trata de analizar los diferentes pactos incluidos en el acuerdo y determinar si existen circunstancias que podrían enervar la presunción de perjuicio. Y estas circunstancias son las que relaciona en su fundamento jurídico sexto la sentencia recurrida, en argumentación que compartimos:

a) el acuerdo de refinanciación presentaba menores costes financieros. Esta afirmación resulta de la evidencia de que el relevante porcentaje de deuda vencida refinanciada no sólo facultaba a los acreedores al ejercicio de acciones individuales de ejecución forzosa, sino que habría de devengar los habituales intereses de demora, de cuantía superior a los previstos en el acuerdo que, recuérdese, eran de cuatro puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Por tanto, la comparación no debe realizarse sobre la base del interés remuneratorio de los préstamos, como sostiene el recurrente, sino en atención a la falta de devengo de nuevos intereses moratorios por la posición deudora de las operaciones refinanciadas.

b) el acuerdo permitía la refinanciación de parte de la deuda a largo plazo, con vencimiento (el denominado Tramo A, por importe de 18.945.772,91 euros) el 26.5.2026, en 52 cuotas trimestrales, con un relevante período de carencia, como demuestra el calendario de amortizaciones incorporado como Anexo 3 (folio 124). También contenía, como se ha dicho, el compromiso de extender el beneficio del plazo a la parte de deuda no amortizada del Tramo B.

c) el acuerdo, -y este nos parece un argumento de singular peso-, permitía la financiación a corto plazo del circulante. Como recoge la sentencia recurrida, el acuerdo suponía el otorgamiento de seis líneas de descuento por importe de 3.862.475,32 euros y seis pólizas de financiación a la exportación por importe de 4.720.803,16 euros. Cantidades que constituían, en la operativa habitual de esta forma de financiación, un tope máximo que permitía, dentro de su vigencia y con sujeción a las condiciones pactadas, la sucesiva liberación de importes. No compartimos la afirmación de que la cantidad de dinero nuevo que entrara en la tesorería de la empresa fuera irrelevante, como sostiene el recurrente, ni que las condiciones de las pólizas resultaran extraordinariamente gravosas, pues la facultad concedida a las descontantes de rechazar el descuento del papel resulta por completo habitual en el tráfico. La clave de la cuestión está que las entidades que firmaron el acuerdo, que eran titulares de la mayor parte del pasivo, acordaban la concesión de crédito mediante el otorgamiento o renovación de pólizas de descuento y de financiación a la exportación, esenciales para el funcionamiento del grupo. Nótese que el debate no se sitúa en un hipotético reconocimiento de privilegio al *fresh money,* de modo que deba atenderse a si se está o no ante un nuevo ingreso de tesorería vinculado al plan de viabilidad. No contamos en los autos con un análisis pericial del exacto porcentaje de deuda refinanciada por cada entidad en relación con el saldo vivo pendiente de amortización, ni sobre las cantidades efectivamente dispuestas por la deudora o sus filiales, más allá de las interesadas opiniones aportadas por cada parte y del repetido informe de IBR (informe aceptado en buena medida por la parte apelante, según se desprende de la argumentación del recurso). Pero del conjunto de los documentos aportados obtenemos la convicción de que tal refinanciación resultaba decisiva para salir de la situación de insolvencia, como efectivamente aconteció, y permitió el funcionamiento normal de la empresa durante un año, hasta la declaración de concurso. Dicho de otro modo, si no se hubiera concertado la operación y financiado de este modo el circulante, permitiendo el descuento de efectos, -que constituían un riesgo vivo por importe de 33,6 millones de euros en diciembre de 2009-, las posibilidades de continuación del negocio resultaban nulas, como reconoce en su argumento la parte apelante. La afirmación que contiene el recurso, relativa a que esta financiación era absolutamente insuficiente dado el nivel de negocio que mantenía la deudora, resulta ayuna de soporte probatorio, además de tratarse de una argumentación novedosa, no sostenida durante la primera instancia, lo que en puridad procesal impide su consideración en este lugar.

d) desde esta misma línea de razonamiento, hacemos notar que el hecho de que el crédito concedido en los dos tramos se destinara a la refinanciación de la deuda preexistente, en la forma identificada en el Anexo I del acuerdo (folios 121 vuelto y ss.) tampoco nos parece una situación patológica demostrativa de la existencia de perjuicio, como tampoco la queja que introduce el recurso relativa a la inexistencia de quita alguna, pacto que no tiene por qué aparecer en un acuerdo de refinanciación preconcursal. La deuda existente se refinanciaba en mejores condiciones financieras y temporales, al tiempo que se seguía concediendo crédito que permitía mantener la operativa de la empresa, y así se continuó durante un año.

e) el porcentaje de deuda vencida nos parece relevante. En todo caso, insistimos, la deuda de próximo vencimiento resultaba de amortización imposible con los recursos generados por la empresa y la refinanciación del circulante resultaba imperativa y venía siendo reducida por las entidades financieras (vid. pág. 42 informe denominado " *Proyecto Tarima* ", folios 205 y ss.; no nos referimos al segundo informe, impugnado por la parte actora); nótese que el saldo de deudores comerciales representaba un importante porcentaje del activo circulante.

f) el acompañamiento de la operación por un plan de pagos y por un plan de viabilidad empresarial,

otorgaba credibilidad al pacto, -insistimos en que no se ha demostrado ni la "coacción" a la que alude el recurso, ni ninguna situación de connivencia por parte de la entidad autora del plan; el propio recurrente, pese a criticar la conclusión de la viabilidad del negocio, acepta expresamente la corrección del plan, vid. 729 vuelto-, pese a que la designación de la entidad autora no cumpliera las exigencias del escudo protector diseñado por la reforma operada por el Decreto-ley 3/2009. Pero, otra vez, las críticas al plan de viabilidad contenidas en el recurso constituyen un hecho nuevo, de imposible consideración en esta alzada, pese a la evidente relevancia que la cuestión presentaba para fundamenta la pretensión accionante. No obra en autos otra opinión técnica diferente a la emitida en el IBR.
g) finalmente, no se ha acreditado que el importe de los gastos, comisiones y honorarios de las operaciones enjuiciadas resultara abusivo o fuera de mercado.
En suma, en nuestro criterio el conjunto de circunstancias concurrentes y el contenido de los pactos acordados entre la deudora y el pool de acreedores financieros no resultaba perjudicial para el activo de Maderas Iglesias en la fecha en que fue concertado, ni suponía gravar a ésta ni al resto de acreedores no participantes con un sacrificio patrimonial injustificado por la constitución de garantías cuya rescisión pretendía la administración concursal, por lo que la demanda ha sido correctamente desestimada.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 31.05.2013 (Sentencia 251/2013; Rollo 141/2013)

AP Sevilla

“TERCERO.-En el escrito de interposición del recurso de apelación se alegó también que concurre aquí, igualmente, el supuesto de rescisión previsto en el apartado 3,2º del mismo precepto, relativo a la "constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes", pero, además de que tal alegación constituye una cuestión nueva, extemporáneamente formulada, a la que, por tal motivo, no aludió la sentencia de instancia, y en la que, por lo tanto, no debe entrar el tribunal, por la indefensión que, en otro caso, se produciría a la contraparte y conforme al principio "ut lite pendente nihil innovetur" la misma, no obstante, tampoco sería de recibo, pues, tratándose de un supuesto en el que el perjuicio de la masa activa se presume, únicamente, con carácter "iuris tantum", admitiendo prueba en contrario, hay motivos suficientes, en este caso, para estimar que tal perjuicio, no solo no se produjo con la operación de que se trata, sino que, incluso, se produjo un beneficio.
CUARTO.-Existiría tal perjuicio si, a cambio de la constitución de la garantía hipotecaria, la entidad hipotecante no obtuviera, por su parte, una contraprestación equitativa, pero, en este caso, Nefilín, S.L., y, través de ella, su matriz, la concursada San Juan 36, S.L., vió paralizada la ejecución singular que afectaba a nueve fincas y sustituida una deuda inmediatamente exigible, con intereses de descubierto, por una deuda aplazada, con unos intereses a un tipo menor, aunque tal aplazamiento fuera tan solo por el corto periodo de un año, por el que se concedió el préstamo, durante el cual podría mejorar la situación de dichas sociedades, si se llevaba a cabo determinada operación de venta de la que estaban pendientes y a la cual se hizo referencia en la misma escritura pública del préstamo.”: SAP Sevilla (Sección 5) 12.07.2012 (Sentencia 376/2012; Rollo 2963/2012)

“PRIMERO.- Por Don Adrian, Don Elias y Don Justo, Administradores Concursales en el Concurso voluntario de la entidad Gestiones y Edificaciones, S.L., se ejercitó acción rescisoria contra la propia concursada y Banco Pastor, S.A., interesando la rescisión de la póliza de préstamo y de la garantía prendaría sobre los derechos de arrendamientos de los inmuebles propiedad de la concursada, sito en CALLE000 núm. NUM000, NUM001 planta, letras NUM002 y NUM003, de Sevilla, fincas registrales NUM004 y NUM005 del Registro de la Propiedad núm. 12, que se formalizó el día 15 de enero de 2.009. La entidad Banco Pastor, S.A., única que compareció, se opuso. Entre otras razones, alegaba que no concurrían los requisitos legales. Por parte del Juzgado, tras la oportuna tramitación, se dictó Sentencia que desestimó la demanda, interponiéndose recurso de apelación por parte de los Administradores Concursales que reiteraron sus pretensiones.
(...)
TERCERO.- En el supuesto analizado en la presente litis, no estamos ni en un supuesto de presunción iure et de iure, ni iuris tantum, de modo, que la Administración Concursal viene obligada a demostrar que ciertamente ha tenido lugar ese perjuicio patrimonial. No es posible encuadrarla en la segunda de las presunciones iuris tantum, referida a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas en sustitución de aquellas. Para ello sería necesario que estuviésemos ante supuestos idénticos, que no es el caso, ya que la póliza anterior se había cancelado con fecha 28 de diciembre de 2.008, momento a partir del cual, podía haber instado la acreedora, ante la falta de satisfacción voluntaria por parte de la deudora, el oportuno amparo judicial en satisfacción de su derecho, incluidas medidas preventivas que lo garantizasen, y, sin embargo, decide formalizar un nuevo préstamo en el que obviamente exige mayores garantías, que no solo se limita a la prenda, sino a la constitución de una fianza. Estaríamos más bien, como acertadamente razona el Juez a quo, ante actos ordinarias de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, que el párrafo quinto del artículo 71 de la Ley Concursal excluye expresamente de que puedan ser objeto de rescisión. Claramente se trata de necesidad de tesorería, para la que se acude a un préstamo, pero respecto del que la entidad prestamista exige garantías adicionales, como es una garantía real.
Es evidente que ha existido la oportuna prestación por parte del prestamista, es decir, la entrega una cantidad de dinero concreta y determinada, que el prestatario ha de devolver. Obligación de restituir que nace desde la perfección del contrato de préstamo, bien en su integridad, bien en la cuantía y

plazos que se hayan pactado en cumplimiento de la obligación que establece el artículo 1753 del Código Civil. No se pone en duda tampoco la obligación de restituir la suma recibida más los interese pactados.
Es cierto que tanto el préstamo como la garantía real se formalizaron en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, porque se formalizó el préstamo y se constituyó la garantía real, con intervención Notarial el día 15 de enero de 2.009, y aquel se declaró el día 14 de septiembre de 2.009.
De estos hechos deduce la parte actora que hubo un pacto para conceder garantías adicionales al importe adeudado, de ahí que se otorgue la garantía real, cuya rescisión se pretende en los presentes autos. Sin embargo, no se ha realizado el menor esfuerzo para acreditar este concierto de voluntades, esa intención de beneficiar a la demandada, en su condición de acreedora de la concursada. No existe una prueba que así lo permita deducir inequívocamente, máxime cuando podía haber sorteado todos estos inconvenientes no accediendo a formalizar el nuevo préstamo, sino exigir el cumplimiento del ya vencido.
No se aporta prueba que al momento de constituirse esa garantía real, la concursada estaba en una situación en la que fundadamente era presumible que se vería abocada a un concurso, y de este modo, se trataba de favorecer a un acreedor frente a los demás.
Por todas estas consideraciones, no procede acoger la pretensión de los recurrentes.": SAP Sevilla (Sección 5) 10.09.2012 (Sentencia 422/2012; Rollo 4393/2012)

"TERCERO.-Así pues, procede abordar el examen de la cuestión que plantea el recurso.
La Administración concursal de NOVAINDES sustentaba su demanda en que los prestamos con garantía hipotecaria de 26 de septiembre de 2008 y 17 de abril de 2009 que se destinaron a cancelar los saldos deudores de una anterior Póliza de Crédito de 29 de junio de 2006, fueron realizados en perjuicios de los acreedores de NOVAINDES, declarada en concurso el 19 de abril de 2010, por lo que a tenor de los establecido en el artículo 71.3.2 de la Ley Concursal debían ser rescindidos. La entidad acreedora demandada, ahora apelante, sostuvo en la contestación a la demanda, y reitera en el recurso, que no ha habido perjuicio en el patrimonio de la concursada.
El artículo 71.3.2 de la LC establece que salvo prueba en contrario, el perjuicio se presume cuando se trata de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Por tanto, nos hallamos ante un supuesto de reintegración en el que la Ley presume el perjuicio patrimonial al haberse producido el acto cuya rescisión se pretende dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, pero el demandado puede acreditar que tal acto no ha producido perjuicios a la masa activa.
Como se trata de una cuestión valorativa de las circunstancias concurrentes en el curso de las relaciones jurídicas y financieras habidas entre la entidad de crédito y la concursada, es necesario exponer los hechos acontecidos sobre los que no hay controversia, y que además están suficientemente documentados en autos.
El 5 de julio de 2005 Caja Extremadura suscribió con NOVAINDES un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente con un límite de un millón de euros, que fue renovado el 29 de junio de 2006 por un año más, pudiendo seguir renovándose hasta el 2009. Haciendo uso de una de las condiciones del contrato, la Caja comunicó a Novaindes el 28 de mayo de 2008 su intención de no prorrogar el contrato. Ante ello, Novaindes remitió un correo electrónico a Caja Extremadura comunicando que habían decidido ampliar el capital social para cubrir el déficit de tesorería del ejercicio, y le pedía una refinanciación de la deuda tomando garantías hipotecarias de unas viviendas en Benidorm en forma de segunda hipoteca (documental al folio 229). Tras reiterar la deudora la petición de renovación de la póliza con el otorgamiento de garantías inmobiliarias, la Caja tras los estudios sobre la situación económica en que se encontraba la deudora, las cuentas anuales del ejercicio 2007, el informe de gestión y el informe de auditoría elaborado por Deloitte a 31 de julio de 2008 (documental a los folios 267 a 304), que aconsejaba que se refinanciase la deuda para que la sociedad pudiese continuar con el normal desarrollo de sus actividades (documental folio 268 de las actuaciones, que es el folio 3 del informe de Deloitte), accedió al otorgamiento de la refinanciación solicitada, mediante la firma de dos escrituras de préstamos hipotecarios por importes de 261.000 # y 458.000 # respectivamente el 26 de septiembre de 2008. Posteriormente se produjo una ampliación de 35.000 # el 17 de abril de 2009. En estas escrituras se hipotecaron ocho fincas, de las cuales sólo sobre una se constituyó primera hipoteca, ostentando el carácter de segunda sobre las siete fincas restantes.
CUARTO.-Tras una ponderada valoración de las circunstancias que acontecieron en el proceso de refinanciación de la deuda dimanante de la Póliza de Crédito suscrita el año 2006, la Sala llega a la conclusión de que, en este caso, la constitución de las garantías hipotecarias no fue un acto que perjudicase el patrimonio de la deudora y, por tanto, una vez declarado el concurso que fuese en perjuicio de la masa activa, ni fue en detrimento de la pars conditio creditorum. Entendemos que la renovación de la financiación con la constitución de garantías hipotecarias estaba económica y jurídicamente justificada.
En efecto, la Póliza de crédito de un millón de euros estaba vencida, era líquida y exigible en julio de 2008, habiendo anunciado la Caja su intención de no prorrogarla el 27 de mayo anterior, pudiendo, por tanto, haber ejecutado judicialmente la misma, obteniendo el embargo de bienes de la deudora. Sin embrago, tras la petición de la deudora, que había realizado una ampliación de capital, y previo estudio de su situación económica, con informe de auditoría, la Caja de Extremadura, en el ejercicio de su actividad mercantil principal, cual es la de conceder financiación, en lugar de ejecutar la deuda que podía haber cobrado mediante el embargo y realización de bienes inmuebles de Novaindes (téngase

en cuenta que hasta más de año y medio después no se declara el concurso), otorgó unos préstamos hipotecarios, mediante los que aplazó el cobro de la deuda, concedió un periodo de carencia de cuatro meses, se estableció un tipo de interés del 7'23%, inferior al que hubiese obtenido la acreedora de ejecutar la Póliza de crédito, el cual era del 18 % en situación de mora. Ciertamente ello se hizo con la constitución de unas garantías hipotecarias, pero ello tiene una total justificación económica, porque se trataba de una refinanciación de la deuda, la entidad de crédito renunciaba a reclamarla de inmediato, aplazándola y reduciendo el interés, y porque la correcta gestión de la entidad de crédito obligaba a sus administradores a proveerse de medidas que asegurasen el reembolso de la deuda refinanciada.
Por otro lado, cuando se conceden los préstamos hipotecarios, la entidad de crédito conoce y toma en consideración la situación económica de la deudora según las cuentas de 2007, formuladas a 31 de julio de 2008, así como un informe de auditoria independiente que aconsejaba la renovación de las operaciones de financiación. En ese momento la situación económica de la entidad deudora distaba mucho de tener el deterioro que se produjo el año 2008 y el 2009, que fue lo que determinó la situación concursal de Novaindes, influida sin duda por la profunda crisis económica que sufre la economía nacional y que comenzó aquellos años. Prueba de ello es que el concurso de Novaindes no se declaró hasta año y medio después de la concesión de los prestamos hipotecarios, lo que viene a poner de relieve que en aquellos momentos la situación económica de Novaindes no era insotenible ni insalvable, no hacía previsible el concurso, y que la refinanciación ayudó a la empresa a continuar su actividad mercantil durante un largo periodo de tiempo más. En definitiva, la constitución de las hipotecas permitió a la entidad deudora mejorar su situación financiera, por el aplazamiento en el pago, el periodo de carencia y la disminución de intereses, y continuar su actividad mercantil durante año y medio, tiempo en el que probablemente pudo haber solventado las dificultades económicas que la sociedad tenía en 2008, de no haber sido finalmente arrastrada, como tantas sociedades del sector inmobiliario, por la grave y aguda crisis económica general que padecemos.
Parece claro que si Caja de Extremadura no hubiese concedido la refinanciación de la deuda, con la constitución de unas hipotecas que en siete de ocho inmuebles eran de segundo rango, y hubiese optado por la ejecución de la Póliza de crédito en 2008, habría embargado bienes, los hubiese realizado, y ello además de empeorar la situación económica de la entidad deudora, hubiese supuesto una minoración de activos del patrimonio de Novaindes.
Por todo lo cual entendemos que la constitución de los préstamos hipotecarios de 26 de septiembre de 2008 y 17 de abril de 2009 estaba justificada económica y jurídicamente, y que de esta operación no puede concluirse que hubiera un perjuicio para la masa activa, pues la alternativa que tenía Caja Extremadura en el momento de decidir refinanciar la deuda hubiera supuesto una afectación sobre inmuebles de la deudora, la ejecución y salida de los mismos de su patrimonio, y un deterioro de la situación económica que hubiese determinado también un perjuicio patrimonial que le hubiese abocado al concurso posiblemente mucho antes, y posiblemente también con una menor masa activa.
QUINTO.-Por todo lo cual el recurso de apelación debe prosperar. Y con revocación de la Sentencia apelada, procede la desestimación de la demanda formulada por la Administración concursal de NOVAINDES S.A, no habiendo lugar a la rescisión de los contratos de préstamo hipotecario solicitada en la demanda.”: SAP Sevilla (Sección 5) 20.09.2013 (Sentencia 422/2013; Rollo 4154/2013)

AP Valladolid

“CUATRO: Si analizamos el caso de la constitución de hipotecas a favor de obligaciones preexistentes, que aquí nos ocupa, debemos comenzar afirmando que la constitución de una carga real como es la hipoteca afecta necesariamente, por su propia naturaleza, a la "par condictio creditorum" debido a su eficacia real (ius persequendi) y personal (ius prelationis). Es más, incluso en términos puramente cuantitativos y económicos, es obvio que no tiene el mismo valor un bien grabado con hipoteca que un bien libre de esa carga.
Ahora bien, incluso también en este caso hemos de plantearnos si ese acto de constitución de hipoteca tiene una justificación jurídica y económica, pues si el legislador hubiera querido aplicar automáticamente las consecuencias de la reintegración a dicha constitución de garantía real, habría previsto una presunción "iuris et de iure" y no una presunción "iuris tantum", como ocurre en este caso (artículo 71.3.2º LC).
Por ello, compartimos el parecer de ALCOVER GARAU (en los Comentarios a la Legislación Concursal Concursal dirigidos por Juana Pulgar y otros), al que se refiere el apelante, cuando afirma que "el negocio de renegociación es en principio oneroso, y será más o menos perfecto según cuál sea el valor de cada prestación. Así, habrá que analizar en relación a la prestación del acreedor el rango de la garantía y los bienes sobre que recae; y en relación a la prestación del acreedor, la calidad de la deuda refinanciada y su posibilidad de cobrarla: si era o no muy anterior en el tiempo, si constaba en título ejecutivo, si estaba total o parcialmente garantizada con hipoteca u otras garantías, si en el momento de su vencimiento se podían agredir bienes libres.... De ahí que el negocio pueda llegar a ser más lucrativo que oneroso, y ello tanto a favor del acreedor como a favor del deudor(...). No obstante el legislador estima, seguramente con buen criterio, que lo normal será que el negocio haya favorecido al acreedor y, en consecuencia, presume iuris tantum el perjuicio".
Evidentemente, esa presunción iuris tantum, implica que ha de ser la parte que alega la validez del acto, la que ha de acreditar esa justificación, y no la que postula su rescisión.
La SAP Barcelona de 6 de febrero de 2.009 adopta este mismo criterio cuando afirma que el juicio sobre el perjuicio exige que haya existido un autentico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada

por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.
En esa resolución se analizan posibles causas de justificación en el otorgamiento de una hipoteca constituida para garantizar, siquiera en parte, una obligación preexistente. Concretamente se valora el hecho de que se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto.
QUINTO: De conformidad a este criterio, debemos analizar las circunstancias de la operación realizada.
Por un lado, la hipoteca que se constituye es de tercer rango, sobre un bien inmueble respecto al que pesan dos hipotecas precedentes.
A cambio, la deudora obtuvo un aplazamiento en el pago, lo que le permitió continuar su actividad empresarial.
Por otro lado, el crédito a favor de la Hacienda Pública, ha de considerarse, desde un punto de vista económico, como de calidad alta, pues está legalmente privilegiado.
Además en este caso se había dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, por lo que en principio, el procedimiento de apremio podría continuar a pesar de la declaración del concurso, tal y como dispone el artículo 55.1.2º párrafo LC.
Con estos datos, consideramos que la operación obedeció a un justo equilibrio de contraprestaciones y resultaba jurídica y económicamente justificado. No existió perjuicio en el sentido a que el artículo 71.1 LC se refiere y en consecuencia, la operación no debe ser rescindida.
El hecho de que la operación no esté amparada, por razones temporales, en la excepción relativa a créditos de derecho público que contempla el actual artículo 71.5.3º LC, según la redacción dada por el RD 3/2009, no es obice para que el resultado sea el mismo si se constata, como en este caso, que no ha existido perjuicio patrimonial. ": SAP Valladolid (Sección 3) 28.10.2010 (Sentencia 301/2010; Rollo 234/2010)

"SEGUNDO.- Planteada en tales términos esta segunda instancia, el art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. El perjuicio, cuya concurrencia ordinariamente debe ser acreditada por la administración concursal, se presume salvo prueba en contrario en el aptdo) 3 de dicho precepto, invirtiéndose la carga de la prueba de manera que deberá ser el deudor y/o el adquirente del bien o derecho quienes prueben la ausencia de perjuicio, en el supuesto de que se constituyan garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de otras que las sustituyan.
Ese perjuicio es un concepto jurídico indeterminado difícil de integrar con precisión, si bien desde la entrada en vigor de la ley concursal en la jurisprudencia mercantil de las Audiencias Provinciales se impuso una tesis amplia del perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto). Sin embargo de seguirse un criterio demasiado laxo habrían de rescindirse prácticamente todos los actos realizados por el deudor en el periodo sospechoso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial del tráfico mercantil que no es otro sino la seguridad jurídica. La propia Exposición de Motivos de la LC exterioriza el deseo del legislador de apartarse del régimen de la nulidad absoluta que caracterizaba el régimen anterior. Pues bien, en la progresiva precisión de dicho concepto y para evitar su ampliación excesiva, conviene no perder de vista cual es el fundamento de dicha presunción de perjuicio. Y este no es otro sino la sospecha que proporciona el otorgamiento a posteriori y en un contexto próximo a la declaración de concurso de garantías no exigidas al contraer la primitiva obligación, sin sacrificio, contraprestación añadida u onerosidad alguna para el acreedor, que así ve favorecida su posición al transformarse el simple derecho personal de crédito que ostentaba en otro con garantía real privilegiada, lo que le llevaría a eludir el sometimiento a la "par condicio creditorum". Por ello los Tribunales entienden han de tomarse en consideración todas las circunstancias concurrentes en cada caso y cada negocio jurídico en concreto, refiriendo el concepto de perjuicio patrimonial al de "sacrificio patrimonial injustificado", aludido por el el TS en su sentencia de 27 de octubre 2010. Tal reformulación o progresiva revisión del concepto de perjuicio indirecto al que nos venimos refiriendo viene también abonada por la reforma operada en las presunciones del art. 71 LC por la ley 38/2011.
En tal sentido entendemos que la constitución de una garantía real constituye un sacrificio patrimonial para el constituyente y comporta una merma del valor del bien, en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación y ello trasciende sobre todo a la hora de enajenarlo o gravarlo de nuevo. El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse en principio injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par conditio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado, ordinariamente al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores. Ahora bien, a la hora de evaluar si dicho sacrificio se halla injustificado y por tanto es hábil para fundamentar la rescisión, han de analizarse las concretas circunstancias que en el caso concurran, a fin de deslindar si a cambio de la constitución de esta novedosa garantía el acreedor ha realizado a su vez un verdadero sacrificio que lo justifique y por el que en buena lógica aspiraría a ser

compensado, o si por el contrario nos hallamos ante un negocio jurídico meramente encaminado a favorecer a ese acreedor en perjuicio del resto sin contraprestación clara alguna por su parte. Y tal análisis habremos de referirlo a la situación económica y relaciones jurídicas que existían en el momento de realizarse el negocio jurídico cuya rescisión hoy se pretende.
TERCERO.- Trasladando tales consideraciones generales al caso que nos ocupa nos encontramos en primer lugar con que el préstamo hipotecario en cuestión se firmó el 18 de septiembre de 2003, es decir un año y casi siete meses antes de que se declarase en concurso a la Comunidad de Bienes. Tal y como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de Abril de 2012 "es cierto que la ley proyecta la presunción de perjuicio indiferenciadamente sobre todo el periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso, no podemos obviar la consideración de que se trata de un lapso de tiempo ciertamente extenso que exige focalizar la atención sobre la concreta fase del mismo en la que se celebra el negocio -constitución del gravamen- presuntivamente perjudicial, y ello con un claro objetivo: discriminar los supuestos en los que el acreedor ha asumido un sacrificio real de aquellos otros en los que sólo asume un sacrificio aparente. Pues innecesario resulta aclarar que no es lo mismo que ese negocio se celebre al inicio del periodo, supuesto este en el que el acreedor cuenta con un margen de dos años dentro del cual podría verosímilmente iniciar una ejecución singular y ultimar la vía de apremio sobre los bienes del deudor, que constituir el gravamen al final del plazo cuando esa posibilidad deviene ilusoria y cuando a lo más que podría aspirar el acreedor que se convirtiera en ejecutante sería a obtener una anotación preventiva de embargo que, una vez declarado el concurso, quedaría jurídicamente diluida dentro de la masa pasiva al perder su titular toda preferencia sobre el bien embargado. Sólo en el primer caso podría afirmarse con cierta seguridad que, al disponer de la posibilidad real de apremiar los bienes del deudor, el acreedor realiza objetivamente un sacrificio económico al renunciar a hacerlo. En cambio, en el segundo caso el sacrificio sería sólo imaginario porque, aun cuando se hubiera negado al otorgamiento de nuevo plazo para el pago de la deuda vencida, el acreedor quedaría, en todo caso, integrado en la masa del concurso sin el menor privilegio. En otras palabras, carecería objetivamente de aquel poder cuya renuncia pudiera conceptuarse como sacrificio patrimonial, con lo que el aplazamiento de la deuda no comportaría para el deudor -ni, consiguientemente, para su círculo de acreedores- una ventaja susceptible de ser compensada mediante la constitución del gravamen, lo que significaría, en definitiva, que ese gravamen no estaría llamado a compensar o retribuir cosa alguna". Pues bien, en el presente caso con ese préstamo hipotecario se refinanciaron otros dos también con garantía hipotecaria, respecto de los que el juzgador ha desestimado la rescisión, y al mismo tiempo los otros 65.000 euros de principal se trasfirieron a una cuenta donde se asentaba el saldo impagado de una póliza de financiación y cobertura de riesgos de operaciones de comercio exterior que presentaba un saldo negativo de 18.5000 euros y al pago de dos cheques descontados que fueron devueltos e impagados por el librador y que no pudieron asentarse en dicha cuenta por carecer de fondos al efecto. En su consecuencia, la Caja de Ahorros demandante a cambio de obtener una garantía real para estos dos créditos realizó un primer sacrificio real, no ilusorio o imaginario, cual fue refinanciar los débitos renunciando a ejercitar por aquel entonces las acciones ejecutivas que le competían frente a la Comunidad de Bienes deudora, cuando le hubiere sido perfectamente factible el iniciar una ejecución singular con claras posibilidades de ultimar la vía de apremio en los mas de dieciocho meses que restaron por delante hasta que se produjo su declaración en concurso. Ciertamente la concesión del préstamo que nos ocupa no supuso una inyección de efectivo en la tesorería de la Comunidad de Bienes, mas otro dato abona el sacrificio asumido por la entidad de crédito a cambio de obtener para la deuda la garantía real que hoy se cuestiona, cual es que la deuda ya vencida y devengando elevados intereses de demora se refinanció no a un plazo breve, sino nada menos que a veinte años, pactándose en el nuevo préstamo hipotecario unos intereses tanto remuneratorios cuanto moratorios muy inferiores respecto de los que afectaban a aquellas deudas precedentes.
En su consecuencia un análisis frío y objetivo en relación a los tiempos, a una ponderación razonable de las posibilidades reales de actuación sobre el patrimonio del deudor con que contaba la entidad de crédito en la época en la que se llevó a cabo la operación de refinanciación controvertida y la comparativa entre las condiciones pactadas en la refinanciación y las que afectaban a la deuda refinanciada, nos hace concluir que a cambio del sacrificio que supuso para el patrimonio del deudor la constitución de la nueva garantía la entidad de crédito asumió a su vez un sacrificio proporcionado que lo justificaba. La refinanciación supuso un notable aplazamiento de la deuda en condiciones mucho mas favorables, permitiendo a la Comunidad de Bienes subsistir operando en el tráfico jurídico durante mas de año y medio, por mas que en este lapso de tiempo las condiciones siguieran desfavorables y llevaran a la inevitable declaración de concurso.
En nada entendemos empece a lo antedicho el que meses después de otorgarse el préstamo hipotecario que hoy nos ocupa los integrantes de la Comunidad de Bienes realizasen lo que la Administración Concursal califica de venta simulada de otro de sus inmuebles en favor de sus hijos, que acto seguido procedieron a hipotecarlo en garantía de un nuevo préstamo concedido a aquella. Si dicho negocio jurídico verdaderamente ha sido simulado, deberá en su caso ser rescindido o declarado nulo, y en tal sentido así se ha hecho en otro procedimiento seguido al efecto, más ello en absoluto vicia o contamina el negocio jurídico precedente que aquí se enjuicia y que se otorgó en las condiciones antes comentadas.”: SAP Valladolid (Sección 3) 08.10.2012 (Sentencia 294/2012; Rollo 56/2012)

“SEGUNDO.-La acción rescisoria ejercitada por la Administración Concursal en el concurso voluntario de la Entidad Mercantil Ovoibérica Producciones Ganaderas, S.L. se dirige a la constitución de una

Hipoteca de Máximo, a la amortización anticipada de un préstamo no vencido en el momento de la declaración del concurso y a la satisfacción de determinadas deudas realizadas a favor de la entidad financiera demandada efectuada por la concursada pocos días antes de declararse el concurso.
Comenzando por la constitución de la Hipoteca de Máximo que garantizaba determinadas operaciones realizadas por el BBVA.
Hay que tener presente dos fechas claves, 24 de junio de 2.011 fecha de la Declaración de concurso voluntario de OVOIBÉRICA por parte del Juzgado, y 16 de julio de 2.009 fecha de constitución de la Hipoteca de Máximo. Es decir, entre una y otra fecha hay más de veintidós meses de diferencia.
La hipoteca se constituye sobre dos fincas:
a) Parcela de terreno denominado con la letra E, en la Horca, término de Simancas, de 8.740 m2, sobre el que se encuentra construido un edificio destinado a gallinero, otro edificio con el mismo destino y una caseta. La finca tiene el número 7294 y está gravada con hipoteca a favor del BBVA.
b) Tierra en término de ALDEA DE SAN MIGUEL, de 5.190,35 m2, que consta se seis naves-gallineros en mal estado. Tiene el número 5181 y en la escritura consta que había sido adquirida ese mismo día por compra a "IBERICA DE TEC NO LOGÍA AVÍCOLA, S.A.".
Manifiesta la parte apelante que no es objeto de acción rescisoria el proceso de reestructuración de la deuda. No pone en cuestión la concesión de un préstamo por importe de 2.500.000 euros percibido por la concursada y la correlativa cancelación de una serie de operaciones que se encontraban abiertas, incluidos las correspondientes a dos swaps, ni tampoco pone en tela de juicio las nuevas condiciones financieras aunque fueran más gravosas que las primeras, ni que la reestructuración de la deuda supusiera notables costes económicos.
Lo que es objeto de rescisión es la constitución de una garantía real, la constitución de la hipoteca sobre un bien de la concursada, negocio jurídico accesorio, reforzando las garantías previamente concedidas a favor del BBVA, con el nuevo préstamo que se concierta y que sustituía a otros, algunos de los cuales no tenían ni esa garantía ni otra garantía.
Y concretamente se refiere la Administración Concursal a la constitución de la hipoteca sobre la finca nº 5181, que hasta entonces carecía de carga hipotecaria. La explicación no puede ser más sencilla. Hasta ese momento OVOIBÉRICA no había hipotecado la finca porque no era de su propiedad. Fue adquirida el mismo día 16 de julio de 2.009. Su adquisición entraba en todo el entramado de la reestructuración de la deuda, reestructuración no combatida por el recurrente.
Se indica que en aquellas fechas la situación de la concursada era de insolvencia. No se ha acreditado tal extremo. Pero no sería tan mala cuando se procedió a la adquisición de la finca nº 5181.
Múltiples eran los préstamos que por aquellas fechas tenía la concursada con la entidad bancaria, algunos de ellos ya vencidos y que estaban gravados con un interés del 29%. Por ello no es de extrañar que se produjera una renegociación, y ello pasaba por la constitución de una hipoteca sobre el nuevo bien adquirido. Hasta entonces el Banco había garantizado sus préstamos sobre los bienes de que poseía la concursada, la finca nº 7294 y determinados productos financieros. La incorporación al patrimonio de la concursada de la finca nº 5181 suponía también que la entidad bancaria asegurara sobre ella el préstamo que en esos momentos estaba realizando.
No hay indicio alguno, sobre todo si tenemos en cuenta el plazo de más de veintidós meses hasta la Declaración de Concurso que lo que se pretendiera fuera perjudicar al resto de los acreedores.
Esa operación fue para Ovoibérica un "balón de oxígeno" que le permitió seguir con su producción y de forma desahogada para hacer frente a sus pagos.
Es notorio que en cualquier negociación con una entidad bancaria lo primero que ésta pide son las garantías del deudor para la devolución del préstamo. Y la garantía fundamental son los inmuebles. Así lo habían hecho desde el principio y por ello la finca nº 7294 estaba gravada con hipoteca desde un primer momento. La adquisición de otra finca la nº 5181 supuso la extensión a ella de la hipoteca al elevarse la cuantía de los préstamos.
No nos imaginamos que el BBVA no hubiera exigido la extensión de la hipoteca a la nueva finca. Es un planteamiento que queda fuera de toda operación bancaria.
La solución que propone la Administración ante la situación que planteaba Ovoibérica en julio de 2009 es la de liquidar la empresa, pues si procedía a la venta de sus inmuebles para el pago de todas sus deudas ello conllevaba el cierre, pero la empresa realizó la operación contraria, adquirir un nuevo inmueble y gravarse más. No conocemos a través del presente incidente la situación económica de la empresa, pero lo que hizo fue una solución, perfectamente viable, aunque con posterioridad se demostró que no fue la adecuada.
Por todo ello desestimamos la rescisión planteada en la demanda.
TERCERO.-Rescisión del préstamo nº 047482 de 21/02/2007. El préstamo era de 500.000 euros y su fecha de vencimiento era el 21 de marzo de 2.012, fecha posterior a la declaración del concurso. Estaba garantizado mediante la pignoración de participaciones de fondos de inversión. El 20 de julio de 2.009 fue amortizado anticipadamente, produciéndose un pago a la entidad bancaria de 288.254,11 euros.
En orden a la cancelación hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones:
a) Aún cuando tiene carácter diferente entendemos que la cancelación del préstamo (20 julio), dada su proximidad con la concesión del préstamo de 2.500.000 euros (16 julio) entraba dentro de la operación global, sobre todo si tenemos en cuenta que fue cancelado con dinero procedente del préstamo del 16 de julio.
b) El préstamo estaba suficientemente garantizado, al contar con garantía real sobre participaciones de fondos de inversión.

c) En el momento de su cancelación no se encontraba el prestatario al corriente en el pago de las cuotas.
La Administración concursal no ve impedimento alguno en la cancelación del préstamo en el supuesto de que los fondos de inversión que le garantizaban hubieran quedado liberados, pero lo cierto es que no fueron liberados sino que se pignoraron a favor del BBVA para garantizar el préstamo nº 138941 por importe de 2.500.000 #. Pues precisamente ello coincide con la exposición que hemos hecho de que todo ello entraba dentro de la operación de la reestructuración de deuda de Ovoibérica con el BBVA de 16 de julio de 2009, y que hemos dado como válida y legal y que no ha vulnerado el derecho del resto de los acreedores, por lo que entendemos que no es rescindible.": SAP Valladolid (Sección 3) 16.12.2014 (Sentencia 233/2014; Rollo 216/2014)

AP Vizcaya

"PRIMERO.-Frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Mercantil, que estima la demanda incidental formulada por la Administración Concursal de Umaran, Sociedad Cooperativa, frente al Banco de Vasconia S.A., ahora Banco Popular Español, y Umaran Sociedad Cooperativa, en la que ejercita acción rescisoria de la hipoteca que se constituyó en escritura pública con fecha 25 Nov. 2005 sobre la finca nº 20.587 del Registro de la Propiedad nº 4 de Bilbao, a favor del Banco Vasconia, en garantía de las obligaciones derivadas del crédito en cuenta corriente con límite de 625.000 euros, (al amparo de lo dispuesto en el art. 71.1 de la Ley Concursal), al considerar que la hipoteca, supone un perjuicio para la masa activa de la quiebra y que además el acreedor beneficiado actúo con mala fe, se alza la demandada con la pretensión de que se desestime la demanda por no haber comportado la constitución de la hipoteca perjuicio para la masa y, subsidiariamente, que se decrete la rescisión únicamente respecto a la suma de 274.848,48 euros, que es el importe del crédito que ostentaba frente a la concursada antes de que se formalizase la operación.
SEGUNDO.-El art 71.1 de la Ley Concursal dispone que serán rescindibles los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso que sean perjudiciales para la masa activa aunque no hubiera existido intención fraudulenta. Así, el fundamento de la rescisión, que supone la existencia de un acto válido, radica en la existencia de perjuicio para la masa activa, efecto que no es susceptible de definición en el sentido que no responde a una noción única aplicable en cualquier supuesto, sino que debe valorarse en función de las circunstancias que en el caso acredite quien ejercita la acción rescisoria, excepto en aquellos actos en los que la Ley Concursal, a semejanza del Código Civil, establece la presunción iuris et de iure de perjuicio, que son los que se contempla en el número 2 del art. 71, que no admiten prueba en contrario, y en aquellos otros en los que la norma alivia la carga de la prueba del perjuicio del acto mediante el establecimiento la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial para la masa activa, que son los actos que se relacionan en el número 3 del art. 71, en apartado 2º se incluye "La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas", que es el supuesto invocado por la Administración Concursal para solicitar la rescisión de la hipoteca que constituyó la concursada antes de la declaración de concurso a favor del Banco Vasconía y que es conveniente insistir que admite prueba en contrario.
Así, al efecto de la decisión respecto a la acción resolutoria ejercitada debe determinarse si en el caso el perjuicio que comporta para la masa activa la constitución de una garantía real en cuanto que atribuye al crédito del acreedor beneficiario de la garantía el carácter privilegiado con la inexorable disminución del valor la masa patrimonial de la ulteriormente declarada en concurso, tiene contrapartida en una contraprestación a cargo del acreedor cuyo crédito se garantiza con el acto impugnado.
Pues bien, es indiscutido que la cooperativa Umaran, representada por D. Gian Franco Ghiro Alonso, constituyó una hipoteca a favor del Banco Vasconia en escritura nº 2384 del Protocolo, de fecha 25 Noviembre de 2005, ante el Notario de Galdacano, D. Cesar García Morales, sobre la finca nº 20.587 del Registro de la Propiedad nº 4 de Bilbao, en garantía de un crédito en cuenta corriente con un límite de 625.000 euros, a devolver el veinticinco de Noviembre del año siguiente, con un interés nominal del 3,50% sobre los saldos deudores de la cuenta y que del importe del crédito, del que dispuso la Concursada en su totalidad, la suma de 168.422,43 euros se aplicó al pago de débitos anteriores de la cooperativa con Banco Vasconía (cuenta de crédito y descubierto en cuenta corriente) y 106.426,05 euros al importe de un efecto con cargo a Infroman cuya devolución solicitó la concursada antes de la fecha y el resto, 350.136,31 euros, se aplicó por la concursada a la realización de diversos pagos de obligaciones ajenas al Banco Vasconía, entre otros el IVA de la finca que se gravó con la hipoteca. Y desde que se concertó el nuevo crédito y se constituyó la hipoteca hasta la declaración de concurso transcurrió año y medio (15 Mayo 2007)
Así, la obligación preexistente a la constitución de la hipoteca era de importe notablemente inferior a la que se garantizó con la hipoteca pues la suma de la parte del nuevo crédito que se destino al pago de los debitos por diversos conceptos con el Banco Vasconía no llegaba a la mitad del importe total del nuevo crédito y por otra parte el débito preexistente con Banco Vasconía resultó beneficiado con la concertación del nuevo contrato de crédito en cuenta corriente pues su exigibilidad se aplazó un año y quedo sujeto al interés mas ventajoso establecido en el nuevo contrato de crédito.
En tales circunstancias, la constitución de la hipoteca en garantía de una operación que posibilitó a la deudora mejorar las condiciones del débito preexistente y continuar su actividad durante más de un año en el que tal vez podría haberse modificado la trayectoria del negocio, dieciocho meses antes de la declaración de concurso, se considera justificada. Y en este sentido se considera oportuno indicar

que la SAP de Barcelona, Sección Decimoquinta, de fecha 6 Febr. 2009, en un supuesto semejante al de autos, en el que la diferencia entre el crédito destinado a cancelar la obligación anterior y la de nueva constitución garantizada con hipoteca era inferior a la de autos -las dos terceras partes del crédito garantizado con hipoteca se destinaron a cancelar la deuda anterior y el lapso entre la concertación del negocio y la declaración del concurso fue menor -seis meses-considero justificado el acto de disposición que supone la constitución del concurso y excluido el perjuicio.
En consecuencia, procede desestimar la acción rescisoria ejercitada en la demanda.“: SAP Vizcaya (Sección 4) 30.07.2010 (Sentencia 658/2010; Rollo 239/2010)

JM-1 Bilbao

“1. LA RESCISIÓN DE LAS OPERACIONES DE REFINANCIACIÓN. DOCTRINA GENERAL.
Las operaciones de refinanciación en condiciones normales de mercado no son rescindibles. Porque, aunque constituyan un sacrificio patrimonial, al comprometer la paridad del trato de los acreedores y, a veces también, el valor de los bienes de la masa activa, dicho sacrificio resulta justificado para procurar la viabilidad empresarial. Dicho en términos concursales, no concurre el perjuicio a la masa activa o pasiva del concurso que justifique la rescisión de las garantías otorgadas para obtener la refinanciación. Así se ha entendido por la jurisprudencia al resolver casos similares, de los que son claro ejemplo las resoluciones oportunamente traídas a colación por la defensa técnica de la entidad bancaria demandada.
La SAP de Barcelona, secc. 15ª, de 06.02.09 (pon. IGNACIO SANCHO GARGALLO), donde se acuña el concepto de “sacrificio patrimonial injustificado” para interpretar el perjuicio exigido en el art. 71 para rescindir actos o negocios jurídicos válidamente celebrados, se enfrenta al siguiente supuesto de hecho: hipoteca acordada el 25/10/06 a favor del BBVA, en garantía de una póliza de crédito por un límite máximo de 1.000.000 de euros, de los cuales 631.653 euros fueron destinados a cancelar el saldo deudor de otra póliza de crédito que la concursada tenía con el BBVA, vencida desde el 29.09.06 (f.d. 4º). La respuesta de la Audiencia Provincial fue entender justificado el perjuicio en este caso, en atención a las circunstancias concurrentes: (i) la hipoteca no se constituye enteramente para garantizar una obligación preexistente, sino que algo menos de dos terceras partes del crédito garantizado con la hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior, vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación del crédito; y (ii) respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses de descubierto, en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto. Concluye el razonamiento fáctico diciendo que “*ambas circunstancias, en el contexto en que se renegoció la deuda…seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio*” (f.d. 4º).
Y la SAP de Pontevedra, secc. 1ª, de 31.05.13 (ponente JACINTO JOSÉ PÉREZ BENITEZ), confirma la valoración del JM3 de Pontevedra, en S. de 10/12/12 (JOSÉ MARÍA BLANCO SARALEGUI), que se desestima la pretensión rescisoria de la AC porque, entre otras razones, tras la refinanciación, los costes financieros de la reestructuración del pasivo se redujeron de forma considerable para el concursada, el acuerdo determinó la ampliación del plazo de amortización de la deuda existente, la operación introdujo una cantidad relevante de dinero nuevo, representado esencialmente por la renovación y nueva concesión de diversas líneas de financiación del circulante, y no era cierto que la operación precipitara el concurso, que tardó más de un año en ser declarado (f.d. 2º). Dice la AC que “*se trata de indagar si los términos de esta refinanciación, en su conjunto, pueden considerarse perjudiciales para la masa activa*”. Y, tras exponer detalladamente los términos de la refinanciación examinada, afirma que: “*nada se ha argumentado por la parte actora (la AC) sobre la proporcionalidad de las garantías o sobre su otorgamiento en condiciones anormales de mercado”…”tampoco vemos fundamento en la crítica general de que las entidades financieras, a diferencia, por ejemplo, de los acreedores comerciales o instituciones, intervinieran en la refinanciación con conocimiento de la existencia de una situación de crisis estructural que anunciara la insolvencia como inevitable, que situara el problema en términos de una actuación contraria a la buena fe”…”el acuerdo de refinanciación presentaba menores costes financieros” dado que “el elevado porcentaje de deuda vencida refinanciada no solo facultaba a los acreedores al ejercicio de acciones individuales de ejecución forzosa, sino que habría de devengar los habituales intereses de demora, de cuantía superior a los previstos en el acuerdo… por tanto la comparación no debe realizarse sobre la base del interés remuneratorio de los préstamos, como sostiene la recurrente, sino en atención a la falta de devengo de nuevos intereses moratorios por la posición deudora de las operaciones refinanciadas”…”el acuerdo permitía la refinanciación de parte de la deuda a largo plazo”…”permitía la financiación a corto plazo del circulante”…”el porcentaje de deuda vencida nos parece relevante…el saldo de deudores comerciales representaba un importante porcentaje del activo circulante”… Remarca la AP que “el acompañamiento de la operación por un plan de pagos y por un plan de viabilidad empresarial otorgaba credibilidad al pago… (insistiendo) en que no se ha demostrado ni la coacción…ni ninguna situación de connivencia por parte de la entidad autora del plan*”. Finalmente la AP afirma que “*no se ha acreditado que el importe de los gastos, comisiones y honorarios de las operaciones enjuiciadas resultara abusivo o fuera de mercado*”. Y concluye diciendo que “*en nuestro criterio el conjunto de circunstancias concurrentes y el contenido de los pactos acordados entre la deudora y el pool de acreedores financieros no resultaba perjudicial para el activo de (la concursada) en la fecha en que fue concertado, ni suponía gravar a éste ni al resto de acreedores no participantes*

con un sacrificio patrimonial injustificado por la constitución de garantías cuya rescisión pretendía la AC".

2. APLICACIÓN AL CASO ENJUICIADO.

Del mismo modo, en este caso, "las circunstancias concurrentes" y "el contenido de los pactos acordados" llevan a quien ahora resuelve a valorar como "justificado" el sacrificio patrimonial que conllevó la constitución de las dos hipotecas para garantizar las operaciones de refinanciación cuya rescisión se pretende por la AC.

Las "circunstancias concurrentes" las expone con total claridad y sin que su criterio haya sido puesto en cuestión de ninguna forma, el propio administrador social de la concursada, M. A. (accionista-propietario de la empresa familiar), que es interrogado en el juicio. Dice que (cuando se firmó la refinanciación, en diciembre de 2.011) "*la empresa era viable…y lo sigue siendo en la actualidad*", que atravesaba una "*crisis financiera, porque los bancos cortan el crédito*", que "*fue el banco el que le llamó para proponerle la solución*", que "*no tenía otra salida*", y "*entendió justificadas (las operaciones discutidas) para continuar con la actividad"*. Continúa diciendo que, en la actualidad su empresa sigue siendo "*viable*", y que ha redactado una propuesta de convenio para solucionar el concurso de acreedores.

Y el "contenido de los pactos" en el que la AC fundamenta su demanda de rescisión es el que resume su defensa técnica en el trámite de conclusiones: solo parte de la deuda estaba vencida (500.000 euros de la primera operación, y 385.000 de la línea de descuento, dice la AC), y los intereses remuneratorios pactados en las dos operaciones de refinanciación eran superiores (6,72, frente al Euribor más 1,8, en la primera operación; y 5,55 % frente al 8,25 TAE de la línea de descuento). A estos datos de la operativa discutida debe añadirse que, 1.704.153,34 euros fueron destinados al pago de deudas preexistentes (según la demanda de la AC). Además, BBVA certifica, y no se ha puesto en cuestión (doc. 4), que "HONA HIERROS, con posterioridad al 28.12.11 ha anticipado el cobro de créditos y créditos comerciales y/o comunicados telemáticamente o en soporte magnético por un total de 961.837,35 euros tal como se acredita en la documentación adjunta". El concurso de acreedores fue declarado el 15/10/12, casi once meses después de la operación de refinanciación. Y todavía la empresa sigue siendo viable: está en elaboración una propuesta de convenio con los acreedores (en su mayoría financieros), según dice el administrador social.

Así las cosas, el perjuicio queda descartado. Con toda precisión, la defensa técnica del BBVA detalla en el trámite de conclusiones los elementos a valorar para llegar a esta conclusión. Ciertamente (i) se trata de operaciones enmarcadas en la viabilidad empresarial: así lo reconoce el administrador social, que declara a instancias de la propia AC; y así lo demuestra también la inyección de descuentos por importe cercano al millón de euros tras las operaciones, y hasta la presentación de la comunicación del art. 5 bis (doc. 4 de la contestación); (ii) la hoy concursada obtuvo mejores condiciones financieras, si se compara, como debe hacerse, los nuevos intereses remuneratorios pactados (de mercado) con los de demora y costas de la reclamación de las deudas vencidas; (iii) la nueva financiación acordada cubría las necesidades de financiación que había utilizado hasta entonces la concursada (hecho afirmado por el BBVA que no ha sido puesto en cuestión por prueba alguna); y (iv) el concurso tardó casi un año declararse.

En conclusión, en este caso, la refinanciación se ajustaba a las condiciones de mercado y estaba justificada por las circunstancias concurrentes. (Aunque, ciertamente no puede decirse que las soluciones jurisprudenciales mantengan una misma línea resolutiva, valorando circunstancias y pactos similares: por ejemplo, la SAP de Barcelona, secc. 15ª, de 15/04/13 estima "estima injustificada" la merma patrimonial derivada de la constitución de 2ª hipoteca, con una reducción sustancial de tipos y ampliación del plazo de devolución; o la propia SAP VIZCAYA, de 14/10/2010, citada por el demandante, que estima parcialmente la rescisión respecto de la cantidad destinada al pago de deudas preexistentes). La demanda debe ser íntegramente desestimada, por no concurrir el perjuicio exigido en el art. 71 de la LC para el éxito de la acción, según la interpretación contenida en las sentencias citadas en el fundamento jurídico primero de esta resolución.

3. A MAYOR ABUNDAMIENTO.

La concursada, como dice su administrador social, ha venido sufriendo una crisis financiera, escenario en el que su situación económica no permite la obtención de *cash-flow* suficiente para retribuir a los agentes que aportan bienes o servicios necesarios para la continuidad empresarial. Y, coherentemente, se emplean los remedios tradicionales para resolver las crisis de este tipo: renegoció a finales del 2.012 los contratos de financiación, luego presentó la solicitud del art. 5 bis de la LC, para intentar un acuerdo de refinanciación con el pool bancario que al final no tuvo éxito lastrado por las garantías hipotecarias que mantienen dos entidades bancarias (NOVAGALICIA y BBVA). Ahora, con el procedimiento concursal, busca una restructuración de sus pasivos basado en el sacrificio de los acreedores financieros (propuesta de convenio) y apoyado, se supone, en el valor de liquidación empresarial, en su capacidad competitiva en el sector y en la solvencia del propio empresario. Nunca se ha pretendido hasta ahora, según vuelve a repetirse, la propia declaración del empresario, una estrategia reductora o regresiva de retirada del mercado, con liquidación de la empresa.

Pero, la solución concursal no puede llegar (salvo que la ley lo permita, y no es así), a anular las garantías hipotecarías válidamente constituidas (y justificadas en interés de la empresa, como reconoce en el juicio su propietario), aunque sea con la finalidad de salvamento empresarial, que es lo que persigue con esta demanda la AC. Entre otras razones, por seguridad jurídica, para fomentar la inversión y la refinanciación, buscando la continuidad del tejido empresarial, no la viabilidad a toda costa de la empresa en concurso.": SJM-1 Bilbao 02.10.2013 (Incidente 630/2013)

JM-1 Cádiz

“PRIMERO. La administración concursal ejercita acción de reintegración, respecto de la hipoteca de máximo constituida, el 21 de marzo de 2012, sobre la finca nº 15088 del Registro de la Propiedad del Puerto de Santa María, propiedad de la concursada, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Cádiz D. Carlos A. Cabrera Barbosa, con el número 191 de su protocolo, a favor de la entidad bancaria codemandada. Alega la administración concursal, en apoyo de su pretensión, que se trata de la constitución de una garantía real a favor de obligaciones preexistentes, puesto que se constituyó en garantía del préstamo concedido a la concursada por la entidad bancaria codemandada, el 21 de marzo de 2012, por importe de 60.000 euros, préstamo cuya finalidad, sin embargo, era hacer frente a la deuda surgida de una póliza de crédito anterior, de fecha 15 de septiembre de 2011, con un límite de 60.000 euros, de los que la concursada dispuso en su totalidad, y vencimiento el 15 de marzo de 2012. Solicita que se acuerde la ineficacia de la hipoteca, que se condene a “Caixabank S.A.” a reintegrar a la masa el importe de 60.000 euros entregado a la concursada, y que se subordine su crédito, por existir mala fe.

“Urbano Valdés S.L.” contestó a la demanda. Alega que no tuvo más opción que aceptar la constitución de la garantía hipotecaria, si quería obtener un aplazamiento, o resignarse a no obtenerlo, es decir, que se trató de un contrato de adhesión. El préstamo era, además, necesario para el funcionamiento diario de la empresa, que necesitaba dicha financiación para hacer frente al pago de las deudas corrientes, por lo que no se ocasionó perjuicio alguno a la masa. Por todo ello sostiene, además, que no existe mala fe por su parte.

“Caixabank S.A.” se opuso a las pretensiones ejercitadas en la demanda. Alega, en primer lugar, que no existió perjuicio alguno para la masa. Señala que la póliza de crédito se venía renovando por la concursada anualmente, desde hacía varios años, para hacer frente a sus deudas corrientes, y que, una vez vencida la póliza de crédito suscrita el 15 de septiembre de 2011, en lugar de reclamar la restitución inmediata del importe dispuesto, y puesto que no se iba a renovar la póliza, como otras veces, porque la entidad bancaria estimaba que la concursada le daba un uso inadecuado para un producto de sus características (la utilizaba para financiar deudas a largo plazo, en vez de a corto plazo, para lo que resulta más adecuado, por ejemplo, un préstamo, con vencimiento más diferido), se optó por refinanciar la deuda, mediante la concesión del préstamo, por el mismo importe, de modo que la concursada podía pagarla en un plazo mucho mayor (el préstamo vencía el 10 de abril de 2019), con un período de carencia de doce meses, durante el cual sólo habría de abonar intereses, y con un interés más bajo, del 6,808%. En segundo lugar indica que no procede la restitución del dinero prestado, puesto que no se ha impugnado el préstamo, sino tan sólo la constitución de hipoteca. Por último niega que actuara de mala fe, puesto que desconocía que la concursada se hallara en situación de insolvencia.

SEGUNDO. La acción ejercitada en la demanda se basa en los arts. 71 a 73 de la Ley 22/03, de 9 de julio, Concursal. Señala el art. 71.1 LEC que “declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”. En cuanto al perjuicio, conforme al apartado 2 del mismo precepto se presume, sin posibilidad de prueba en contrario, cuando se trate de actos a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente. Conforme apartado 3 se presume, salvo prueba en contrario, cuando se trate de actos a título oneroso realizados con alguna persona especialmente vinculada al concursado, de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquélla, o de los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. Conforme al apartado 4, el perjuicio deberá ser probado, en todos los demás casos. Como señala la SJMer Alicante de 9 de marzo de 2010, la Ley concursal actual no anuda la ineficacia a la nulidad, como acontecía en el derecho derogado (art. 878.II CCo), cuyos efectos han sido objeto de profunda crítica doctrinal, de la que se hace eco la última jurisprudencia recaída al efecto (STS de 5 y 13 de diciembre de 2005), sino que opta por acciones especiales cuyos elementos esenciales son la existencia de perjuicio para la masa y su realización en el período sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso, prescindiendo del elemento subjetivo, ya que procede «aunque no hubiere existido intención fraudulenta» (art. 71.1 LC), completando la delimitación del elemento objetivo (el perjuicio para la masa) con una serie de presunciones, en un caso iuris et iure (disposiciones a título gratuito y pagos o extinciones de obligaciones intempestivas, art. 71.2) y en otro iuris tantum (disposiciones a título oneroso realizados a favor de personas allegadas y garantías reales sobrevenidas, art. 71.3), tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales, por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva, y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.

TERCERO. En el presente caso, no plantean ninguna duda ni el elemento subjetivo ni el temporal. En cuanto al primero, es claro, y así se desprende de la propia escritura de constitución de hipoteca, que fue un acto realizado por la concursada, a favor de la entidad bancaria codemandada. En cuanto al segundo, el concurso fue declarado el 25 de septiembre de 2012, tal y como señala la administración concursal (y no han negado las demás partes), y la hipoteca se constituyó mediante escritura de fecha 21 de marzo de 2012. Por lo que se refiere al perjuicio, ya hemos visto que el apartado 3 del art. 71 LC

lo presume, salvo prueba en contrario, cuando se trate de garantías reales constituidas a favor de obligaciones preexistentes. En el presente caso, es cierto, y así lo admiten tanto la concursada como la entidad bancaria codemandada (por ello a este hecho debe aplicarse lo dispuesto por el art. 281.3 LEC, es decir, debe tenerse por cierto, sin necesidad de prueba, si bien se desprende, a mayor abundamiento, del documento nº 3 de los aportados junto con la demanda, extracto de cuenta, así como del documento nº 4, escritura de constitución de hipoteca), que el préstamo, en cuya garantía se constituyó la hipoteca, fue concedido para refinanciar, entre otras (que no se especifican en la escritura de constitución de hipoteca, si bien en el extracto sí consta que, de los 60.000 euros recibidos en virtud del préstamo, se abonaron 55.168,19 euros para saldar la deuda derivada de la cuenta nº...2, hemos de señalar que ya se habían cobrado previamente, el 15 de marzo de 2012, es decir, por tanto, al margen del préstamo, los 5.392,67 euros restantes), la deuda nacida de la póliza de crédito suscrita el 15 de septiembre de 2011, que no contaba con garantía real alguna, sino tan sólo con el aval de D. A, (documento nº 1 de la demanda). Es decir, la obligación surgida del préstamo vino a sustituir a la anterior, nacida de la póliza de crédito, y en garantía de la misma se constituyó la hipoteca, por lo que, efectivamente, la misma garantiza una obligación preexistente. Insisten, sin embargo, tanto la concursada como la entidad bancaria en que no existió perjuicio para la masa, puesto que, a cambio de hipotecar la finca, la concursada obtuvo ventajas patrimoniales, concretamente mejores condiciones para el pago de la mencionada deuda, cuyo vencimiento se aplazó considerablemente, con un interés menor, estableciéndose, además, un período de carencia. Visto el contenido del art. 71.3 LC, corresponde a las demandadas probar este extremo.
CUARTO. En cuanto al perjuicio, tal y como señala la SAP Barcelona, de 6 de febrero de 2009, el perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado (es decir, a cambio del cual no recibe la concursada un beneficio que pueda considerarse equivalente), que requiere una minoración del valor del patrimonio sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. Pero, tal y como destaca la SJMer Alicante, de 9 de marzo de 2010, la mayoría de la doctrina va más allá, y entiende que el concepto de “sacrificio patrimonial” no ha de ser interpretado en sentido estricto, como disminución del activo patrimonial por la realización del acto (o no incremento como consecuencia de la omisión), sino en sentido amplio, atendiendo al carácter colectivo del procedimiento y a la finalidad del mismo de que se respete el principio de paridad del trato, de manera que el perjuicio se refiere al conjunto de los acreedores, cuyo interés ha de primar sobre el interés individual de un acreedor particular. Así, existe perjuicio cuando el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, beneficiando a un solo acreedor. Los supuestos del artículo 71. 2 y 3 patrocinan esta interpretación, dado que los mismos contemplan actos que no necesariamente implican disminución del patrimonio del deudor, sino que llevan aparejada simultánea disminución de activo y pasivo, y por tanto, mantenimiento de neto patrimonial.
QUINTO. En el presente caso, las circunstancias revelan que no ha existido tal perjuicio patrimonial. De la documental aportada, concretamente de la póliza de crédito (documento nº 1 de la demanda), se desprende que la obligación dimanante de ésta estaba ya vencida, en la fecha en que se constituyó la hipoteca (concretamente desde el 15 de marzo de 2012, a los seis meses del otorgamiento de la póliza de crédito en cuenta corriente). Tal y como se desprende del extracto bancario aportado como documento nº 3, prácticamente la totalidad de la cantidad recibida en virtud del préstamo, 55.168,19 euros, se destinó a la cancelación del saldo deudor derivado de dicha póliza. Es claro, pues, como ya hemos dicho, que el préstamo se concedió, fundamentalmente, para el pago de la obligación anterior, a la que, por tanto, sustituye, y que se constituyó una hipoteca en garantía del mismo, pero también es cierto que, a cambio, la concursada recibió ventajas patrimoniales nada desdeñables. Así, la concesión de dicho préstamo supuso el aplazamiento del pago de la deuda, que vencería el 10 de abril de 2019, abonándose en varias cuotas (documento nº 2 de la demanda). Es decir, se transformó una deuda vencida en otra que no lo era, y que permitía fraccionar y dilatar considerablemente en el tiempo su pago. Además se pactó un período de carencia, durante el cual sólo se pagarían intereses, de doce meses. Por otra parte el interés ordinario era algo inferior (6,808% anual, documento nº 2, frente al 7% anual de la primera póliza, conforme acredita el documento nº 1). Vemos, así, que la constitución de la garantía hipotecaria fue la contrapartida, sobre todo, de un importante aplazamiento en el pago, que obviamente concedió a la concursada un respiro, en lo que a liquidez se refiere, al no tener que hacer frente, inmediatamente, al pago de la deuda. Hemos de tener en cuenta, por lo demás, que, tal y como muestra la escritura, a la fecha de su otorgamiento la finca que se ofreció en garantía ya tenía constituida una primera hipoteca, a favor de “Banco Pastor S.A.”, en garantía de un crédito de 70.000 euros, de modo que las posibilidades de que entidad bancaria hoy demandada llegara a cobrar su crédito con cargo al producto de la misma no eran demasiado elevadas. Debemos entender, por ello, acreditado que no existe perjuicio para la masa, y desestimar, en consecuencia, la pretensión relativa a la ineficacia de la hipoteca. El resto son accesorias, por lo que deben ser igualmente desestimadas.”: SJM-1 Cádiz 25.02. 2013 (Incidente 1007/2012; Concurso 613/2012)

JM-1 Granada

PRIMERO.- La ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de LAMARINA MARYSAL S.L, declarada en concurso por auto de este Juzgado de 30 de marzo de 2009, señala en su demanda que la concursada concertó con fecha 5 de diciembre de 2005 una línea de crédito con el BANCO

ANDALUCÍA S.A (hoy BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A) logrando una disponibilidad en su cuenta de 192.000 euros y fijando como fecha de vencimiento el 5 de diciembre de 2006. Sin embargo, ante el impago de dicho crédito una vez dispuestas por la concursada esas sumas, con fecha 27 de marzo de 2008 se suscribió con la entidad demandada una escritura de préstamo (nº 718 del protocolo del Sr. Notario D. Javier Oyarzun) por la suma de 236.000 euros y con vencimiento a 4 de abril de 2018, préstamo destinado expresamente a la refinanciación de las deudas de la concursada y garantizado con hipoteca sobre dos fincas propiedad de la misma - registrales nº 29.065 y 29.067, dos bajos comerciales en Motril, en una promoción identificada en la demanda como Varadero - que fueron tasados exactamente por el importe del principal prestado, todo ello con un interés anual del 7'125 %. El importe de este préstamo hipotecario de destinó a cancelar la línea de crédito tanto en su principal como en lo que respecta a sus intereses y gastos derivados. Se solicita por tanto la rescisión de esta garantía, con cancelación de todos los asientos registrales derivados y declaración de mala fe de la entidad bancaria, pasando a subordinado su crédito.
Allanada la concursada, BANCO POPULAR se opone a lo anterior, afirmando que la operación fue beneficiosa y no causó perjuicio alguno a la entidad deudora, a la que se alivió sustituyendo una obligación líquida, vencida, exigible y lista para una ejecución singular, por un pago fraccionado a muchos años garantizado por hipoteca, lo que en aquello momento suponía mayor apoyo para la continuación de su actividad empresarial. Rechaza en todo caso la existencia de mala fe.
SEGUNDO.- Resulta importante destacar qué acto concreto es objeto de la pretensión rescisoria: la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL señala en su demanda que el préstamo hipotecario concedido por el BANCO POPULAR no fue otra cosa que un especial modo de proteger el riesgo de la entidad ante la insolvencia de LAMARINA MARYSAL, obteniendo sumas que permitieron cancelar anticipadamente la deuda de esta sociedad mercantil merced a un evidente perjuicio para la masa activa de la prestataria, que ve cómo la entidad financiera mantiene su condición crediticia pero grava dicha masa con un privilegio especial, y con ello, de posible ejecución separada. Sin embargo, no es objeto de la rescisión el préstamo concedido, sino estrictamente la garantía prestada por la concursada. En casos como el presente, por tanto, al aplicar el artículo 71 de la LC y procederse a la reintegración de la masa activa por actos perjudiciales para la misma realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración, la rescisión debe centrarse en el otorgamiento de garantías contrarias a la par conditio creditorum, dejando incólume el préstamo contratado por la parte concursada. Comparto la tesis de aquella parte de la doctrina y aquellos Juzgados que, como señaló de modo muy razonable el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en su sentencia de 2 de diciembre de 2009 - en un caso en que el banco afectado se allanó a la pretensión rescisoria pero no a la subordinación de su crédito, entendiendo que no concurrió por su parte la mala fe que contempla el artículo 73.3 de la LC -, entienden que la presunción de perjuicio que dicho precepto contempla va referida exclusivamente a la constitución de la garantía real, sin que se proyecte sobre las obligaciones preexistentes que se garantizan, lo que produce el efecto de que no exista derecho alguno de restitución a cargo de la concursada, de entender que la rescisión es viable y oportuna.
TERCERO.- En ese contexto general, por tanto, surge la cuestión de la existencia o no de perjuicio para la masa activa. En este sentido, dejando a un lado disquisiciones doctrinales sobre su carácter rescisorio, revocatorio, anulatorio o estrictamente de reintegración, debe recordarse que la acción de reintegración concursal es una acción que nada más nace y se desarrolla en el seno de los procedimientos concursales, y que tiene por objeto conseguir que se dejen sin efecto aquellos actos de disposición o gravamen de bienes realizados por el concursado dentro del plazo de los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de declaración del concurso que han resultado perjudiciales para la masa activa, retrotrayendo la situación al momento anterior a aquél en el que se ejecutó el acto de disposición o gravamen, con independencia de que el deudor tuviere o no intención de perjudicar y estuviese o no en situación de insolvencia, y de que existan a disposición de los acreedores otros recursos legales para obtener el cobro.

A este efecto, el artículo 71.1 de la Ley Concursal dispone: "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". De esta forma, al identificarse la tipología de los hechos susceptibles de "rescisión" mediante un término tan amplio como el de los actos jurídicos perjudiciales, cabe incluir cualquier comportamiento voluntario al que Ley anude unas consecuencias jurídicas perjudiciales para la masa activa, sea cual sea su naturaleza. En todo caso, es precisa la concurrencia de dos requisitos: 1) Que exista una actuación perjudicial para la masa activa del concurso. 2) Que la actuación lesiva se haya ejecutado dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de declaración del concurso.
En la reintegración concursal la intención fraudulenta se tiene en cuenta al tratar de las consecuencias de su estimación, pero no para la procedencia de la acción, ya que el artículo 71.1 de la LC no exige que los actos se hayan realizado "en fraude" de los derechos de los acreedores ni "con ánimo" de defraudar o de perjudicar. La norma prescinde de cualquier matiz subjetivo y tan solo exige el eventus damni o concurrencia objetiva de un perjuicio para la masa activa del concurso (STS 29 de octubre de 2010). Tampoco es necesario que el deudor, aunque sea jurídicamente insolvente en el momento de la declaración de concurso, ya que en otro caso la declaración de concurso hubiera sido denegada, se halle en estado de insolvencia en el momento de la ejecución del acto perjudicial o que se coloque en tal estado como consecuencia del mismo (entre otras muchas, SAP Barcelona Secc. 15ª 22 de mayo de 2008).

La pieza nuclear de este sistema de rescisión concursal, por tanto, es la existencia de un perjuicio para la masa activa. La LC, en efecto, se refiere a los actos perjudiciales para "la masa activa" y no para "los acreedores" por lo que, aunque no faltan sentencias (por ejemplo, SSAP Murcia 23 de mayo de 2008 o Alicante 9 de abril de 2008) que mencionan el perjuicio "a los acreedores" para referirse al perjuicio para la "masa activa", creo que es necesario diferenciar ambos conceptos y seguir la tesis de aquellos autores que ponen de relieve que acreedores hay antes y después de la declaración de concurso, pero masa activa nada más después: para que proceda la acción de reintegración concursal es necesario un perjuicio para una masa activa futura, inexistente en el momento de ejecutar el acto perjudicial; el perjuicio para los acreedores ya existentes en el momento de ejecutar el acto lesivo es lo que exige el Código Civil para que proceda la acción revocatoria extraconcursal, jurídicamente distinta y perfectamente diferenciada por el legislador en el artículo 71.6. En el primer caso, no es precisa la insolvencia del deudor; en el segundo caso, el acto lesivo sí aparece vinculado a la insolvencia del deudor en el momento de ejecutar el acto perjudicial.
Teniendo en cuenta lo anterior, que muestra cómo el objeto del perjuicio no es meramente el patrimonio, sino la masa activa posterior, el perjuicio no puede ser entendido de modo particular, es decir, tomando en consideración exclusivamente si el concreto acto que se analiza implica una disminución en el patrimonio del deudor o por el contrario el patrimonio ha permanecido incólume y el acto contemplado fue neutro, sino que debe concebirse en términos más amplios, atendiendo a si el acto repercutió de tal forma en el patrimonio que impide o dificulta un convenio de continuación o determina que los bienes que restan por liquidar tengan un valor menor, y sobre todo, si la desaparición de bienes y derechos sobre los que está llamada a obtener satisfacción la colectividad de acreedores conlleva la infracción del principio de paridad de trato, en cuyo caso el perjuicio para la masa derivaría de la alteración de la "par conditio creditorum" (por ejemplo, SAP Barcelona Secc. 15ª 11 de junio de 2007 u 8 de enero de 2009, Madrid Secc. 28ª 19 de diciembre de 2008).
Este concepto de perjuicio es fácilmente detectable en lo que la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15ª, ha llamado el sacrificio patrimonial injustificado, que pivota, no tanto sobre la existencia de un sacrificio del patrimonio sobre el que luego se constituirá la masa activa, sino en la injustificación de dicho sacrificio (SS. 2 de mayo de 2006 o 6 de febrero de 2009).
Para ello, el momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial o no ha de ser el de la realización del acto en cuestión, y no el de la apertura del concurso o el de ejercicio de la acción rescisoria: la determinación de la existencia de un perjuicio para la masa ha de prescindir de las circunstancias producidas con posterioridad a la realización del acto que hubieran podido incrementar el valor del bien o derecho que abandonó el patrimonio del concursado o que hubieran podido alterar la posición del acreedor que fue modificada. Debe tenerse en cuenta que, según el artículo 73 de la LC, se atiende al momento del acto para determinar cuando hay mala fe, por lo que será en ese momento cuando haya que ver si el acto es o no perjudicial. Hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva al momento de ejecución del acto, y analizar con esta nueva perspectiva si en dicho momento el acto se habría considerado perjudicial para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiese existido.
En otro orden de cosas, y aunque según el artículo 217.2 de la LEC corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, el Legislador facilita la prueba del carácter perjudicial de ciertos actos mediante las presunciones de los apartados 2 y 3 del artículo 71, obligando en caso contrario a acreditar el perjuicio a quien acciona en el artículo 71.4:
2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:
1º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria".
Ello supone que quien demanda la reintegración de un determinado acto por lesión a la masa activa dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, no estando incluido ese acto en ninguna de las presunciones reseñadas, corre con la carga de demostrar que el acto es perjudicial para la masa activa, y en caso de que no se demuestre el perjuicio la demanda deberá ser desestimada.
CUARTO.- En el caso que nos ocupa, las documentales aportadas no evidencian, en mi opinión, la existencia de una operación perjudicial para la masa activa del concurso de LAMARINA MARYSAL: es cierto que la concursada y la entidad financiera demandada sustituyeron una obligación preexistente por una nueva obligación garantizada con hipoteca, lo que tiene encaje en el artículo 71.3.2º de la LC, y de esta forma, genera una presunción de perjuicio para la masa activa. Pero son las circunstancias del caso las que permiten o no enervar dicha presunción, pues en ocasiones la garantía prestada operaba en su favor en aquel momento, por más que a posteriori resultara ineficaz como medio para evitar la insolvencia de la prestataria. Así, hipotecas de "refinanciación" concedidas inmediatamente antes del concurso, o suscritas por la concursada pero en garantía de deudas ajenas, por ejemplo,

pueden ser rescindidas como perjudiciales pues resultan actos absolutamente gratuitos, cuyo carácter perjudicial presume la LC con carácter absoluto, o bien simplemente lesivos para la masa activa al no recibir la concursada ningún tipo de contraprestación relevante.
En nuestro caso, sin embargo, la deuda que se trataba de cubrir con la operación a la que alude la demanda es de fecha de vencimiento de 5 de diciembre de 2006, estando completamente liquidada, vencida y exigible en 2008. Ello colocaba al BANCO POPULAR en la posición de poder ejecutar judicialmente su derecho como acreedor, lo que probable y lógicamente se hubiera concretado en el embargo de bienes de la entidad deudora en cuantía suficiente para satisfacerlo, incluyendo intereses y costas. La sustitución de una obligación vencida de la misma hipotecante por una deuda aplazada pero garantizada por hipoteca no debe, per se, ser entendida como perjudicial, pues resultaba mucho más fácil en marzo de 2008 que la concursada lograra pervivir en su actividad de dicha forma que minorando su patrimonio en virtud de ejecutorias judiciales. Un año antes de la presentación y declaración del concurso, al menos en este caso concreto y en este incidente, según la prueba aportada, no se advierte que la concursada estuviera ya del todo imposibilitada de pagar las cuotas hipotecarias, tratando así simplemente el banco de sustituir una deuda por otra logrando en el cambio una garantía antes inexistente. Más al contrario, la demanda acredita los pagos destinados al préstamo constituido a lo largo de 2008, siendo declarada en concurso en marzo de 2009.
Con estos mimbres, por tanto, no existe base bastante para entender que la garantía otorgada en aquél momento resultó perjudicial, o empleando las palabras ya mencionadas de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dicho sacrificio patrimonial no estuviera entonces justificado.”: SJM-1 Granada 08.02.2011 (Sentencia 40/2011; Incidente Concursal 130/2009)

JM-5 Madrid

“TERCERO Innecesario resulta, pues, a la vista de lo precedentemente razonado, entrar en el análisis relativo a la presencia o ausencia de mala fe en la entidad prestamista. En todo caso se ha de indicar, a mayor abundamiento, que en presencia de obligaciones que se encontraban vencidas a principios de 2008 y que BBVA pudo libremente someter a ejecución singular si lo hubiera deseado, la operación consistente en el otorgamiento de un préstamo -esta vez con garantía hipotecaria- tendente a cancelar las deudas preexistentes no puede considerarse como una operación presidida por la mala fe de la que habla elArt. 73-3 de la Ley Concursal, especialmente si se tiene en cuenta que la exigencia de mayores garantías por parte de la entidad bancaria se produce en un periodo caracterizado -según resulta notorio- por una profunda crisis del mercado inmobiliario. De hecho, no es ya que no se aprecie mala fe sino que, de no ser por el allanamiento de BBVA a la pretensión rescisoria de la hipoteca, resultaría francamente cuestionable que la constitución de dicha garantía represente verdaderamente un acto "perjudicial para la masa activa" de los previstos en elArt. 71-3,2º de la Ley Concursal. Téngase en cuenta que, según resulta generalmente admitido, la presunción "iuris tantum" que dichoprecepto contempla es una presunción de perjuicio en la medida en que -por referencia al apartado 2 del mismo precepto- comporta una presunción de gratuidad. Sin embargo, en una operación como la ahora analizada no nos encontramos ante una hipoteca constituida gratuitamente, es decir, en garantía de obligaciones preexistentes aún no vencidas, sino que estamos ante un negocio oneroso en aquella medida en que el deudor obtiene, a cambio de la constitución del derecho real, una contraprestación clara que se corresponde con un correlativo sacrificio para el acreedor: el aplazamiento de la deuda y la evitación de una ejecución singular inmediata -las obligaciones se encontraban vencidas- con la consiguiente ventaja representada por la posibilidad de remontar la situación económica adversa por la que atravesaba, y ello por más que finalmente, casi cuatro meses mas tarde de la formalización de la operación, dicha entidad no lograse tal objetivo y presentase su solicitud de concurso voluntario. Y en tal sentido apunta la recienteSentencia de la Sección 15ª (Especializada en materia mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009 (JUR 2009, 172445). De ahí que, como se ha indicado y sin que ello implique valorar la cuestión en profundidad a falta de un análisis más afinado de la misma (téngase en cuenta que ese análisis no resulta preciso en vista del allanamiento de la demandada a la pretensión rescisoria), resulte dudoso incluso que la hipoteca constituida onerosamente en provecho de la prestataria tuviera carácter perjudicial para la masa activa.”. SJM-5 Madrid 02.12.2009 (Sentencia 379/2009; Incidente Concursal 537/2009; Concurso 341/2008)

JM-2 Murcia

“SEGUNDO.- Concepto de perjuicio patrimonial
El art. 71 LC expresa, en la redacción aplicable a este procedimiento, que "1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. 2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones, cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso. 3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; 2º. La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. 4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los

dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria".

En el presente caso se solicita la rescisión de la escritura pública de 2 de noviembre de 2009 de préstamo hipotecario en cuanto a la garantía hipotecaria asumida por el concursado como hipotecante y a los pagos efectuados con el capital prestado. En virtud de dicho documento, D. JMS junto con otras personas físicas —el otro administrador mancomunado de Proycon Construcciones y Rehabilitaciones, S.L., la esposa del Sr. DP y el hijo del concursado-concertaban un préstamo con garantía hipotecaria constituida sobre una finca de su propiedad, por importe de 91.000 euros. La finalidad del préstamo era el pago de las cuotas debidas derivadas del préstamo hipotecario concertado por el Sr. JMS en fecha 2 de octubre de 20()7 y novado en la misma fecha 2 de noviembre de 2009. El capital de 91.000 euros se aplicó en importe de 65.660 euros al pago de una póliza de cuenta de crédito concedida a favor de Proycon y avalada por sus administradores manconunados y las cuotas debidsas por un contrato de arrendamiento financiero donde era arrendataria Proycon y fiadores solidarios sus administradores mancomunados. El importe restante se aplicó a la finalidad pactada, exceptuando las cantidades aplicadas a los gastos de la operación.

El concursado se ha allanado, sin más explicaciones, a la demanda.

El centro del debate es el concepto de perjuicio patrimonial. Se menciona en el apartado 1, se presume iuris et de iure para los actos previstos en el apartado 2 y se presume iuris tantum respecto los actos enumerados en el apartado 3. Ésto tiene

relación con la carga de la prueba y quién tendrá que probar la concurrencia del perjuicio, pero si la presunción no admite prueba en contrario el acto es perjudicial por disposición legal, que es lo que alega la Administración Concursal en primer lugar.

Sobre el concepto de perjuicio patrimonial se ha pronunciado la jurisprudencia, destacando la SAP Barcelona, Sección 15, de 6 de febrero de 2009, que manifiesta *"El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos be disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificaciòn en un contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación.*

En este caso, debemos valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de una garantía real, pues contrariamente a lo argumentado por el Banco, constituye una merma del valor del bien en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien. El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par conditio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores.

Corno se plasma en la sentencia reproducida, la constitución de garantías reales sobre bienes del concursado, por definición, supone un perjuicio patrimonial, pues merma el valor del bien gravado y altera el principio par conditio creditorum, sustancial al procedimiento concursal. Sin embargo, como la misma Sentencia continúa exponiendo, en ocasiones concurren circunstancias que justifican la realización de un sacrifico patrimonial, que benefician al concursado y hacen desaparecer el concepto de perjuicio.

TERCERO.- Concurrencia de perjuicio este caso. Pagos de deuda propia y equivalencia de prestaciones

En el presente procedimiento, con carácter previo a determinar qué supuesto del art. 71 LC aplicable, en su caso, hay que dirimir la existencia de un perjuicio patrimonial en el acto impugnado.

Resulta que en la escritura pública de 2 de noviembre de 2009 (doc. 2 de la demanda) consta la finalidad del préstamo hipotecario, descrita en las cláusulas financieras, pacto primero bis, cuenta especial "Del total capital del préstamo concedido, la parte deudora ingresa la cantidad de 91.000 euros en una cuenta especial, condicionada y sin interés, abierta a su nombre en "la Caixa".

La parte prestataria instruye a "La Caixa" para que, sin previo requerimiento ni consentimiento, sólo durante el periodo de disposición, disponga del saldo disponible de la cuenta especial al único objeto de atender el pago puntual del 0,00% del importe de cada una de las cuotas mixtas, comprensiva de capital e intereses, de la Primera Operación que venzan a partir del día de hoy hasta agotar dicho saldo.

En cumplimiento de la referida instrucción, "La Caixa" abonará dichas disposiciones, las cuales se efectuarán en la misma fecha de vencimiento de la cuota mixta cuyo pago parcial deba atender, en la cuenta domiciliataria, en cada momento, de la Primera Operación con el único objeto de satisfacer el pago indicado. Es por ello que el importe abonado en la cuenta domiciliataria en ningún momento se entenderá disponible para el titular de la misma ni podrá ser utilizada para otro fin distinto que el pactado en esta cláusula (..)

En todo caso, ni la depositante ni nadie en su nombre, ni terceros en ejercicio de sus derechos, podrán disponer ni retener en todo ni en parte el saldo de la cuenta especial, el cual queda afecto, exclusivamente, al pago de las referidas cuotas mixtas en la proporción indicada".

El concursado adeuda la primera operación (doc. 1 de la demanda, por importe de 60.000 euros), es titular de la finca registral gravada con hipoteca —la segunda operación grava la misma finca registral que la primera operación - es fiador solidario de la póliza de crédito de 11 de abril de 2006 (doc. 5 de la contestación), fiador solidario del contrato de arrendamiento financiero (doc. 7 de la contestación) y es administrador mancomunado de la mercantil Proycon. Eso significa que el capital de este préstamo hipotecario se destina a pagar deuda propia en su totalidad. Los pagos efectuados con el capital prestado beneficiaban directamente al patrimonio del concursado, pues era_cleudor en nombre propio respecto el primer préstamo hipotecario y, en virtud de los incumplimientos de la póliza de crédito y del arrendamiento financiero, también respondía en calidad lie fiador solidario. De hecho, las cuotas del primer préstamo hipotecario Lbs incumplimientos de la póliza de crédito y del contrato de arrendamiento se estaban dirigiendo contra él.
Así lo prueba el doc. 2 de la contestación, que es el auto despachando ejecución hipotecaria contra el concursado por el incumplimiento del primer préstamo hipotecario por importe de 59.062,26 euros de principal; y el doc. 6 de la contestación, que es el auto despachando ejecución contra el concursado, entre otros, por el incumplimiento de la póliza de crédito. El doc. 3 de la contestación es el auto de terminacion del procedimiento de ejecución hipotecaria por "circunstancias sobrevenidas", que consistieron en la refinanciación operada por el nuevo préstamo hipotecario de 2 de noviembre de 2009.
Por tanto, tratándose de deuda propia, no es cierto que esos pagos causaran perjuicio en su patrimonio en el sentido que satisficieran deuda ajena. Esta afirmación descarta la aplicación del art. 71.2 LC y la existencia de un acto gratuito".
La cuestión no radica en relación al perjuicio, con carácter principal, en que la entidad no haya aplicado el importe prestado a la finalidad pactada en la escritura pública, sino si los pagos efectuados con dicho importe se han aplicado a deudas ajenas al concursado, de forma que no hayan repercutido en el patrimonio del concursado. Como he expuesto anteriormente, no es cierto que se abonaran deudas ajenas sino que todos los pagos efectuados eran relativos a deudas propias dól concursado. Si bien es cierto que el capital prestado nunca entró en el patrimonio del concursado —porque nunca estuvo disponible-, el concursado tuvo contraprestación porque se abonaron deudas vencidas, exigibles- y que estaban siendo judicialmente reclamadas, incluso iniciando un procedimiento contra la finca regístral gravada.
Pues bien, llegados a este punto, el segundo argumento de la demanda es que estamos en presencia de un supuesto de hecho incardinable en el art. 71.3.2 LC. La demanda considera que estamos en presencia de una deuda nueva que sustituye otras anteriores (póliza de crédito y arrendamiento financiero) beneficiándose la entidad mediante la constitución de garantía real y faltando a la verdad porque no se destinó el capital a la finalidad pactada entre las partes.
La entidad bancaria ya disponía de una garantía hipotecaria sobre la finca registral 32.900 del Registro de la Propiedad de La Unión por valor de 60.000 euros, en virtud de la escritura pública de préstamo hipotecario de 2 de octubre de 2007. La operación de 2 de noviembre de 2009 constituye, pues, segunda hipoteca sobre la misma finca registral por importe de 91.000 euros.
La primera hipoteca estaba siendo ejecutada judicialmente por un principal de 51012, 26 euros (doc. 2 y 3 de la contestación) y dicho procedimiento se concluyó por la refinanciación de la operación.
Estos hecho acreditan que la entidad bancaria no constituyó una hipoteca sobre un bien libre de cargas y gravámenes sino sobre un bien que ya estaba gravado con una primera hipoteca a su favor. Por otro lado, en la novación modificativa del préstamo anterior, en fecha 2 de noviembre de 2009 (doc. 2 de la demanda), no se incrementa la hipoteca. Siendo cierto que esta segunda hipoteca minora el valor del bien, también lo es que la entidad bancaria no ha mejorado su posición en el concurso de acreedores ni ha vulnerado el principio par conditio creditorum, pues no existía ningún otro acreedor que ostentara privilegio especial respecto dicha finca registral. Por otro lado, la minoración del valor del bien suponía un sacrificio patrimonial justificado porque evitaba la inmediata ejecución hipotecaria del bien, que ya se encontraba en sede judicial.
Este análisis concluye que no existió perjuicio patrimonial en la constitución de la garantía hipotecaria en escritura pújbhlica de 2 de noviembre de 2009, ni respecto la minoración del patrimonio ni respecto el principio par conditio creditorum.
Ciertamente la operación de 2 de noviembre de 22009 refinanciaba deudas anteriores, vencidas y exigibles. Por un lado, el préstamo hipotecario de 2 de octubre de 2007 por importe de 59.062,26 euros (doc. 2 de la contestación), una póliza de crédito por importe de 45.240,93 de principal (doc. 6 de la contestación) y un arrendamiento financiero por importe de 38.000 euros. La suma de estos importes es manifiestamente inferior al capital prestado de 91.000 euros y los dos primeros estaban siendo ejecutados judicialmente. El capital se aplicó al pago y extinción de la póliza de crédito y del arrendamiento financiero y al pago parcial del préstamo hipotecario anterior, concluyendo ejecuciones judiciales en curso (doc. 3 de la contestación), ampliando los plazos de cumplimiento y evitando el devengo de intereses de demora del 20,5%, e incluso entró algún pequeño importe de liquidez en el patrimonio del concursado.
Desde esta perspectiva, tampoco la refinanciación de deudas vencidas, exigibles y pendientes de procedimientos ejecutivos causa un perjuicio patrimonial al concursado cuando suponen la extinción de procedimientos judiciales, cesa el devengo de elevados intereses de demora y amplían el plazo de devolución. Con más razón si estas condiciones se relacionan con la hipoteca que constituye segunda hipoteca sobre el mismo bien anteriormente gravado y por un importe cuya suma es inferior a las deudas refinanciadas.

Podemos afirmar que existió equivalencia de prestaciones en relación al sacrificio patrimonial. Significa que existe justificación para dicho sacrificio cuando el incremento de pasivo produce algún beneficio patrimonial en sentido amplio (liquidez, cese de intereses de demora elevados, ampliación del plazo de devolución, etc.) de forma que hay proporción en las prestaciones que asume cada parte. En el presente caso, Caixabank, S.A. presta 91.000 euros, que se aplican a cancelar sus deudas vencidas, exigibles y judicialmente en curso, de carácter ordinario y privilegiado, derivadas de una póliza de crédito -judicialmente reclamada- y un contrato de arrendamiento financiero -vencido e impagado- en cuantía de 65.660 euros, de los que respondía el concursado, aplicando el resto al pago de las cuotas vencidas e impagadas nacidas del présfamo hipotecario concertado por el Sr. JMS en fecha 2 de octubre de 2007, donde el concursado debía prácticamente el principal completo.
En consecuencia, se puede hablar de equivalencia de prestaciones cuando el concursado ha gravado su patrimonio con un importe idéntico al prestado (91.000 euros) y ha tenido beneficios en sentido amplio en la forma ya descrita.
En conclusión, afirmo que no existió perjuicio en relaciòn al préstamo hipotecario de fecha 2 de noviembre de 2009 respecto el destino dado al capital recibido, que se aplicó exclusivamente al pago de deuda propia. En conclusión, descarto también la aplicación del art 71.3.2 LC.
Desaparecidas las presunción del perjuicio en estos actos, la actora no ha presentado prueba que acredite la existencia e perjuicio (art. 277.2 LEC en relación con el art. 71.4 LC).": SJM-2 Murcia 25.10.2013 (Sentencia 368/2013; Concurso 290/2009; Incidente 1-I72)

JM-3 Pontevedra

"PRIMERO -La pretensión de la parte demandante, debidamente depurada, queda configurada en similares términos respecto a la que en su día ejercitó la AC solicitando la ineficacia por rescisión de las devoluciones del préstamo sindicado contraído con los hoy demandados a favor de Promalar SL, que dieron lugar al incidente concursal 341/10, hoy pendiente de recurso de apelación; baste apuntar, por ahora, que a diferencia de los fundamentos que se esgrimen en el cuerpo de la demanda- donde se hace referencia a la presunción de perjuicio del artículo 71.2 LC provocada por la constitución de garantías reales a favor de nuevas obligaciones constituidas en sustitución de las anteriores-, el suplico de la demanda no pretende la rescisión de la garantía real constituida- hipotecas-, sino que ataca al negocio jurídico en su integridad objeto de aquella- préstamos-, pretendiendo la rescisión de aquellas únicamente como efecto colateral de la rescisión del negocio principal. Eso supone desconocer que la presunción de perjuicio del artículo 71.2 afecta únicamente a la constitución de la garantía, y no al negocio garantizado-SJM 2 de Madrid, 2-12-09-, y que los efectos de la rescisión de una garantía real que se estime perjudicial para la masa suponen únicamente la cancelación de ésta a costa de la entidad financiera, al no ser aplicables las normas restitutorias del artículo 73 LC por no tratarse de contratos con obligaciones recíprocas- SJM Granada 11-1-11, SAP Alicante, sección 8ª, 28-1-08, entre otras muchas-.
Antes de examinar las posiciones de las partes, conviene poner de manifiesto los hechos que son objeto de la acción rescisoria.
Con fecha *29 de abril de 2008* se otorgó escritura de préstamo sindicado con garantía hipotecaria por importe de 35 millones de euros, correspondiendo 15 a Caixanova-banco agente-, 10 al Banco Popular y otros 10 al Banco de Galicia. El destino de dicho préstamo era al cancelación de la deuda con garantía hipotecaria que gravaba la finca registral 14661 del Registro de la Propiedad de Vilagarcía; financiar el crecimiento del capital circulante de Bernardo Alfageme SA- en adelante BASA-, para lo cual, y dado que tanto dichas entidades como Promalar ya habían anticipado fondos, se destinaban 24,7 millones de euros para cancelar las deudas con aquellos; 7 millones de euros se destinaban a la adquisición de un terreno para ubicar la futura planta industrial y otras inversiones en las instalaciones actuales. En escrituras de de fecha *10 y 11 de diciembre de 2008* se modificó el destino de estos 7 millones, permitiéndose que fueran destinados indistintamente a financiar inversiones de la actividad empresarial o necesidades de circulante
El prestatario podía disponer del importe del préstamo durante 18 meses; el resto de las condiciones- liquidaciones, amortización y garantías- constan en la escritura que consta en la demanda. A juicio de la demandante, más de 24 millones de euros de los 35 prestados fueron destinados a satisfacer deudas antiguas, aunque omite decir que 11,8 millones de ese pago de dinero viejo fueron destinados a la devolución del préstamo contraído con Promalar, rescindidos por sentencia de este mismo juzgado.
Con fecha *3 de abril de 2009* contrae el concursado sendas pólizas de préstamo de 4,5 millones de euros cada una, y una hipoteca de máximo por importe de 14 millones de euros; las garantías y contragarantías se explicitan en la demanda. Sólo 4 millones de euros de esos nueve son destinados, a juicio de la actora, a financiar circulante.
SEGUNDO -La doctrina discrepó, en un inicio, respecto a qué debía entenderse por perjuicio para la masa activa. Una parte sostenía un criterio estricto, limitando el concepto de masa activa al concepto concursal de "conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado" que define el artículo 76 LC principio de universalidad-, de tal forma que sólo serían perjudiciales, y por tanto rescindibles, aquellos que suponen su merma o disminución.
Otro sector de la doctrina, hoy mayoritario y a mi juicio más acorde con la regulación que nos proporciona la norma legal, entiende el concepto de perjuicio para la masa activa en un sentido más amplio, más relacionado con el principio de la *par conditio creditorum* o igualdad de trato entre acreedores; el perjuicio se produce no sólo si lo es para la masa activa sino también si se produce

para la masa pasiva como conjunto de acreedores en tanto que el acto beneficia a unos sobre los otros.
Si adoptáramos la tesis estricta, no serían rescindibles algunos de los actos a los que la ley concede presunciones de perjuicio. Como ejemplo, la constitución de una garantía real sobre un bien inmueble propiedad del concursado no perjudica a la masa activa, en tanto que dicho inmueble no sale del patrimonio; pero en tanto que constituida en el periodo sospechoso, sí altera el principio de paridad, por conceder un privilegio en el concurso- privilegio especial-al acreedor que la constituye del que, de otra forma, no disfrutaría.
TERCERO -El primero de los puntos que ha de determinarse es si concurre la presunción *iuris tantum* de perjuicio que el actor considera existente sobre la base del artículo 71.3.2 LC, que dispone que "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas"
Muy lejos de las tesis de la actora, que consideró en su informe oral que los únicos acuerdos de refinanciación irrescindibles son los explícitamente celebrados al amparo de la anterior DA 4ª introducida por RDL 3/09 - hoy ubicados, con la reforma operada por ley 38/11, en el artículo 71 LC - es comúnmente aceptada la definición de perjuicio que instauró la SAP Barcelona, sección 15ª de 6-2-09 como " *sacrificio patrimonial no justificado* "; esa falta de justificación es la que hace presumir el perjuicio; presunción que, al ser iuris tantum, admite prueba en contrario; la prueba ha de ceñirse, precisamente, a la justificación del sacrificio. Son acuerdos de refinanciación denominados atípicos- por no estar expresamente contemplados por la norma-, cuya bondad o perjuicio para la masa sólo pueden examinarse en el caso concreto.
¿En qué basa dicha sentencia, y las demás que con posterioridad se pronuncian sobre el tema siguiendo su senda, la justificación del sacrificio? En algo exactamente igual a lo aquí acontecido, una vez más si se observan las cosas con desprejuicio: se pasan deudas de corto a largo a plazo, y se inyecta dinero nuevo: "En este caso, debemos valorar si estaba o no justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de una garantía real, pues contrariamente a lo argumentado por el Banco, constituye una menea del valor del bien en la medida en que se afecta al cumplimiento de una obligación, lo que se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien. El mero hecho de conceder una garantía real, en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone unte alteración injustificada de la par condicio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien gravado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores. *Ahora bien, en el presente caso concurren una serie de circunstancias que deber ser valoradas:*
primero, que la hipoteca no se constituye enteramente para garantizar una obligación preexistente -en este caso una nueva que sustituye a otra anterior-, sino que algo menos de dos terceras partes aproximadamente del crédito garantizado con la hipoteca se destina a cancelar otra deuda anterior, vencida y exigible, y algo más de una tercera parte es una ampliación de crédito: y, segundo, que respecto del crédito preexistente, se transforma una deuda inmediatamente exigible, que por estar en cuenta corriente genera elevados intereses al descubierto en una deuda a largo plazo, un año, a un interés menor que el propio del descubierto. Atabas circunstancias, en el contexto en que se renegoció la deuda, en octubre de 2005, seis meses antes de que se instara el concurso de acreedores, justifican el acto de disposición que supone la constitución de la hipoteca, lo que excluye el perjuicio "
La comparación con nuestro caso es evidente; el préstamo se destina al pago- no se olvide- de deuda vencida y exigible en una parte muy importante; de no haberse acometido la reestructuración del pasivo, se hubieran generado importantes cantidades adicionales en concepto de intereses y costas si las entidades bancarias acreedoras hubieran iniciado los procedimientos para su exacción forzosa; aunque se trate de "dinero viejo", no se observa que la alternativa a la reestructuración de de la deuda a cambio de garantías reales fuera mucho más halagüeña; y hay una cantidad ingente de dinero nuevo o "fresh Money"; del primero de los préstamos sindicados, de 35 millones el propio perito de la demandante reconoce que sólo 19 se dedican a refinanciar, siendo los 16 restantes dinero nuevo, debiendo destacarse el expreso reconocimiento del perito propuesto por la parte demandante Sr. Dimas - documento 5 de la demanda, cuyo informe tiene como principal objeto justificar la realización de las devoluciones a Promalar- de ese porcentaje de dinero nuevo del total, incluido, a preguntas de Banco Popular, un millón de euros concedidos por la demora en el cobro de determinadas cantidades del préstamo sindicado.
El demandante realiza un juicio de valor basado en la *simetría* de las situaciones: si la demanda de retroacción de la AC prosperó, ¿por qué no va a hacerlo la interpuesta por Uwais Ingeniería si los presupuestos son los mismos? Pues bien, la situación no puede ser más rotundamente asimétrica, a poco objetivo que se muestre cualquier observador no parcial en la operación- y el demandante es profundamente parcial, no sólo como factótum de las operaciones de reestructuración que acometió, sino hasta el punto de que ni un solo acreedor de los 586 que constan en los textos definitivos ha estimado pertinente atacar tal operación de refinanciación-.
Ya decíamos en la sentencia de la acción rescisoria interpuesta por la Administración concursal de fecha 28-1-11 que no cabía desconocer que "no puede equipararse la situación de los acreedores profesionalescuyo objeto social es, esencialmente, prestar dinero a cambio de un precio y de una garantía de devolución del mismo, lo que permite en el marco de su actividad ordinaria actos de refinanciación y constante novación de las obligaciones contraídas con sus clientes- con la de un

financiador no profesional, dedicado a la promoción inmobiliaria, y plenamente inserto, a través de participaciones recíprocas que terminaron por la plena adquisición accionarial de BASA, con una explícita vinculación familiar entre todas ellas.
De esta suerte, si el concursado hubiera acreditado que las disposiciones del préstamo le hubieran permitido saldar obligaciones contraídas con otros acreedores diversos- fundamentalmente comerciales-, poco importaría que el grueso de la financiación pasara a reducir el importe del negocio familiar; de la misma manera, si los pagos se hubieran realizado fuera del periodo sospechoso- el de los dos años anteriores a la declaración de concurso-, el legislador hace abstracción de su destinatario y lo considera un modo lícito de extinción de obligaciones singulares por parte del deudor, con las salvedades propias de las acciones rescisorias del artículo 71.6.". Dichas consideraciones son absolutamente obviadas por el demandante, en su legítimo derecho de estar disconforme con las mismas, pero ninguno de los argumentos expuestos en contra son mínimamente atendibles; la igualdad de trato sólo puede producirse ante situaciones iguales, y no cuando la desigualdad es nítida.
En suma, se pretende equiparar la actuación de un consorcio de bancos- que realiza ambas operaciones de préstamo, no se olvide, a instancias del concursado- con la restitución de una importante cantidad de dichos préstamos a saldar favor de persona especialmente relacionada con el mismo; se pretende, con la rescisión, desnaturalizar el préstamo mercantil hasta hacerlo prácticamente gratuito, pues no puede olvidarse que los acreedores profesionales no prestan sólo a cambio de los intereses pactados, sino a cambio de tener garantías suficientes de recuperación; y se pretende atacar una operación que no se hace irrescindible por nueve días: la situación de la empresa era crítica pero el intento del concursado era reflotarla reestructurando su pasivo anterior acosta de gravar valiosos activos hasta entonces libres, fuente de financiación *propia* de la empresa y hasta entonces no utilizada; y el concurso tarda dos años en sobrevenir, lo que no puede ser equiparado a, en antesala concursal perfectamente conocida y aun propiciada por la entidad bancaria, reforzar las garantías con el único fin de procurarse una mejor calificación del crédito en el concurso, supuesto clásico y común de rescisión de garantías reales.
Por último, se prescinde de un elemento crucial: el proceso de compra y definitiva adquisición de BASA por parte de Promalar fue una operación empresarial arriesgada; lo saben los testigos y peritos que depusieron en el acto de la vista, y lo sabe el administrador del demandante, que conocían perfectamente que su situación financiera era deficiente y generaba pérdidas todos los años; contó con recursos cuasi propiosfinanciación por Promalar- y con recursos ajenos- financiación bancaria-, pero en todo caso la gestión de la empresa ha sido exclusivamente propia desde diciembre de 2007: pretender achacar de forma exclusiva a una insuficiente dotación de financiación-valorada por todos los testigos y peritos en 55 millones de euros frente a los 44 realmente obtenidos-todos los males de la empresa y la caída en concurso de acreedores, es eludir, acríticamente, las propias responsabilidades en la gestión empresarial, empezando por el uso del dinero nuevo para financiar circulante y tesorería, y acometer un plan industrial que permitiera reflotar la actividad.
CUARTO - En el caso concreto, al margen de las consideraciones generales arriba expuestas, respecto a la finca 6229/bis del registro de la propiedad nº3 de Vigo, la garantía se constituyó únicamente a favor del 30% del importe del préstamo sindicado- 10.500.000 euros en total-, teniendo en cuenta, además, que la tasación realizada a 6 de marzo de 2008 valoraba la finca en 49.835.888,72 euros, por lo que la detracción de valor del bien era mínima, y permitía a cualquier acreedor rehipotecar la finca con garantías; en el caso de Caixanova, además, el dinero prestado se destinó al pago de créditos que a su vez contaban con garantía hipotecaria; aunque ésta se ampliase y se contragarantizase- supuesto no examinable a efectos de la demanda rescisión por falta de legitimación-, la noción de perjuicio como desvalor o envilecimiento de la finca por la vía del gravamen es realmente exiguo en medida proporcional a su valor; y si de lo que se trata es comparar las posibilidades de exigir garantías reales de los acreedores profesionales frente a proveedores, trabajadores u otros acreedores no financieros, tal comparación siempre resultará odiosa a favor de los primeros, sin que ello los deslegitime para actuar en el mercado, por constituir la formalización del crédito en las condiciones menos riesgosas posibles parte importante de su objeto social; esto, que resulta de evidencia, parece que ha de ser explicado a la vista de las tesis de la actora.
En suma, no constatándose el carácter perjudicial para la masa activa, la pretensión ha de ser, sin lugar a dudas, desestimatoria. “:SJM-3 Pontevedra 10.11.2011 (Incidente 178/2011; Concurso 69/2010)

“SEXTO - Sobre el perjuicio.
En efecto, se presume iuris tantum el perjuicio en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas constituidas en sustitución de aquellas- artículo 71.3.2º LC -; el concepto de perjuicio quedó jurisprudencialmente instalado en la noción de "sacrificio patrimonial injustificado" que instauró la SAP Barcelona, sección 15ª en su sentencia de 6-2-09, generalmente asumido sin mayor discusión- STS 16-9 y 27-10 de 2010, con expresa acogida de esta tesis.
El perjuicio se presume, y sin embargo, cabe prueba en contrario, prueba que se ha practicado por los codemandados con suficiencia. En efecto, muy al contrario de lo que sostiene el concursado en su breve contestación a la demanda, quien pretendió la consecución de dicha refinanciación fue Maderas Iglesias, pues las entidades bancarias ostentaban deuda vencida y exigible en cantidad suficiente como para afectar, por vía ejecutiva, la práctica totalidad del patrimonio del deudor; cosa distinta es que las entidades bancarias puedan, e incluso deban, ante una solicitud de refinanciación de la deuda preexistente, ser cautelosos con la adopción de medidas favorables al deudor. De que sean excesivas o no dependerá la valoración de la onerosidad de la operación, pero no se puede esperar, en línea de

principio, que un acreedor profesional no aspire a garantizar la devolución de su deuda.
En efecto, cuando se contraen los acuerdos, el deudor se encontraba en situación de insolvencia actual, tal y como fue comunicado al juzgado el 28 de enero de 2011, comunicación que llevaba consigo la de que se iniciaban negociaciones con sus acreedores para la consecución de un acuerdo y que, a tenor de la fecha del informe de KPMG, que es de julio de 2010, se habían iniciado con bastantes meses de antelación-. Pero del tenor de los acuerdos, que evidentemente refuerza la posición acreedora de los bancos en el concurso posteriormente declarado, no se desprende una excesiva onerosidad en la posición deudora y se estima que el sacrificio patrimonial- en este caso, a través del gravamen de diversas fincas propiedad del deudor y de alguna de sus filiales- estaba plenamente justificado.
En primer lugar, el acuerdo de refinanciación llevaba incorporado un mandato de venta de la finca de Arteixo, propiedad de Vázquez Rey SA, filial del concursado también en concurso declarado por el juzgado mercantil número 2 de La Coruña y pendiente de remisión a este juzgado para su tramitación conjunta-unida al documento 6 de la demanda, con un precio mínimo de venta de 21.500.000 euros, que descendía hasta
20.000.000 de euros un año después-; esa venta formaba parte del plan de viabilidad, de tal suerte que, con la misma, se podía haber atendido el tramo "B" de la financiación, que era el único al que se establecía un plazo de pago de dos años, que se consideraron suficientes para formalizar la venta. La finca no sólo no se vendió, sino que BSCH aporta en la contestación-documentos 1 y 2- una revocación del mandato de venta a la inmobiliaria de la zona, sin que consten gestiones adicionales para la misma, siendo así que el concurso se solicita unos días después de la denuncia del contrato.
En segundo lugar, los costes financieros son menores en la operación que se contrae que en las sustituidas, si se tiene en cuenta en éstas, además, el devengo de intereses moratorios en la práctica totalidad de los casos por estar vencidas o poder darse el vencimiento anticipado por impagos-documento 2 y 4 de la contestación de Banco Popular-. Así, se establecían periodos de amortización trimestrales con Euribor +3,25 puntos la deuda del tramo A y Euribor +3 puntos la deuda del tramo B.
En tercer lugar, las condiciones de plazo, frente a la práctica totalidad de pasivo vencido, son infinitamente más ventajosas, al establecerse hipotecas a 20 años, con vencimiento final en 2026.
En cuarto lugar, no es cierto que no haya existido apenas dinero nuevo. El circulante se puede financiar no sólo a través de inyecciones directas de capital, sino también a través de otros instrumentos financieros. En este caso, se conceden 6 líneas de descuento por importe total de 3.862.475,32 euros y 6 pólizas de financiación a la exportación por importe de 4.720.803,16 euros, lo que viene a suponer un total de 18,83% de la cantidad que se refinancia.
Si la cantidad, en sí mismo considerada, no es pequeña, menos aún se puede calificar de esta forma si se tiene en cuenta que esas líneas de financiación operaban exclusivamente como límites de efectos descontados, de tal suerte que, en el caso de que los efectos presentados al descuento fueran convenientemente atendidos a su vencimiento por el obligado al pago, se renovaban en idéntica proporción. Varias de las contestaciones recogen, en su documental, la relación de efectos descontados, y en algunos de los casos se supera dicho importe. Así, NCG Banco SA pone de manifiesto que desde dicha fecha se negociaron documentos por importe de 4.840.010,55 euros, cuando el límite era 1.548.001,38 eurosdocumento1- y en su póliza de financiación a la exportación-concedida por un límite de 1.892.001,68 euros, se negociaron documentos por importe de 9.383.243,70 euros y 971.026,52 dólares-documento 2-. Igual ocurre con la documentación aportada por BSCH-documentos 3, 4 y 5 de su contestación-de donde se desprende un saldo favorable de 350.000 euros, o de Bankinter- documento 2 de su contestación- de donde se desprende que se negociaron efectos por el doble del importe de la póliza-1.052.993,27 euros, frente a un límite de
520.000 euros-. Pretender que los bancos no se reserven la posibilidad de no atender determinados efectos entra dentro de una política de seriedad en la financiación bancaria no siempre respetada; así, la reserva de no descontar papel de deudores en concurso, o que figuren en registros de impagados, supone una cautela mínima ante determinados riesgos, superiores al normal de cualquier operación crediticia; pretender que las entidades bancarias acepten el traslado acrítico de los riesgos de impago, sea reservándose la facultad de no aceptar determinados efectos, sea adoptando cautelas o costes adicionales es tanto como pretender que el descuento sea gratuito, o que los préstamos se conceden sólo por su remuneración, y no- al menos, tambiénpor las garantías de recuperación que pueda ofrecer el deudor.
En quinto lugar, a pesar de que la operación se realiza en estado de insolvencia y con el fin de removerla, las condiciones no son tan gravosas que supongan la precipitación inmediata al concurso. Así, éste tarda algo más de un año en ser presentado, y trece meses en ser declarado, operando mientras tanto la empresa con cierta normalidad.
Esa ausencia de proximidad al concurso, y demás circunstancias análogas al presente-refinanciación con garantías, nuevos plazos, mejores condiciones de financiación- fueron determinantes de la revocación parcial de la sentencia de rescisión dictada por este mismo juzgado por la SAP Pontevedra, sección 1ª, de 21-6-12, ponente Sr. Menéndez: "De igual modo, ante tal situación, no se considera que suponga un sacrificio injustificado o desproporcionado, añadir una garantía prendaría como la ya expuesta, atendiendo a lo que ha supuesto la operación en su conjunto, es decir, a cambio de un nuevo aplazamiento de la deuda, renunciando a reclamar de forma inmediata, lo que hubiera dado lugar, a buen seguro, dada la situación generalizada de crisis del sector económico en que se mueve la concursada. Debe así considerarse destruida la presunción iuris tantum de perjuicio recogida en el art. 71.3 LC.
Debe tenerse en cuenta que la valoración del perjuicio que se ha realizado se corresponde con una

valoración de las circunstancias que se daban en el momento de la realización de los actos cuestionados, que es al que debe atenderse. A una distancia de más de un año desde la operación examinada hasta la declaración del concurso, y valorando las circunstancias que se daban en relación con los intervinientes, la operación llevada a cabo aparece como razonable y no perjudicial para el patrimonio (ahora masa activa del concurso) de la ahora concursada, sino que se le permitió una beneficiosa refinanciación que consistió esencialmente en una aplazamiento de su deuda, y permitiéndole subsistir en el mercado con lo que ello conlleva, por más que un año después las condiciones siguieran desfavorables y llevaran a la inevitable declaración de concurso. Pero no puede examinarse desde la perspectiva actual y considerar que, ya en aquél momento, debió tenerse en cuenta el privilegio que se atribuida mediante garantía prendaria frente a los futuros acreedores concursales concurrentes. Sin perjuicio de que el principio de igualdad de trato puede tener su influencia en el concepto de perjuicio a que se refiere el art. 71 LC, sin embargo su interpretación debe ser restrictiva cuando no goza de una declaración legal expresa e implicaría establecer un concepto especialmente amplio de perjuicio a la masa, al patrimonio, que pudiera llegar a convertir cualquier acto o pago en rescindible" ":SJM-3 Pontevedra 10.12.2012 (Concurso 260/2012)

1.6 La rescisión de la garantía no afecta al préstamo ni a la eficacia de los pagos del préstamo, no rescindido

AP La Coruña

"QUINTO.- Se estima en parte el recurso de apelación por los siguientes motivos:
1- Son hechos de interés al caso los siguientes:
La existencia de un préstamo de 500 mil euros de principal de CAM a PROCORSA SL garantizado con primera hipoteca, además de la obligación de la segunda de aplicar a su reembolso el total importe de las rentas de los arrendamientos de la finca y el derecho de la primera de percibirlas a dicho fin (escritura 31/10/2007).
El contrato de crédito entre la las mismas partes con un límite de 300 mil euros, durante el plazo de un año prorrogable, un interés nominal del 3,414%, TAE 3,768 % anual, interés de demora 25%, y un exceso sobre el límite del 25% (póliza de 26/5/2006).
La prórroga del contrato de crédito y el impago posterior.
Para pago de la deuda derivada del contrato de crédito CAM y PROCORSA concertaron un préstamo de 230 mil euros de principal, con duración de 60 meses en cuotas trimestrales comprensivas de capital e intereses, interés fijo del 8% el primer año y variable para los sucesivos, TAE del 9,258 %, y moratorios automáticos del 25% anual, cuya devolución se garantizó mediante una segunda hipoteca sobre la misma finca, con una responsabilidad total hipotecaria de 350 mil euros, y, asimismo, con la garantía adicional de la fianza solidaria prestada por el administrador de la sociedad Sr. Casiano (escritura de 8/8/2008).
El importe del préstamo se aplicó a continuación (11/8/2008) a abonar en la deuda de la póliza de crédito (224.137,91 euros aparte provisiones y comisión).
PROCORSA fue declarada en concurso de acreedores el 11/9/2009.
2- El artículo 71 LC se refiere a las acciones de reintegración, disponiendo su apartado 1 que, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
El artículo 71.3 establece dos presunciones iuris tantum de perjuicio patrimonial, o sea salvo prueba en contrario, la segunda de las cuales consiste en los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Lo que supone atribuir la carga material de la prueba de la ausencia del perjuicio a quien sostenga la eficacia de tal contrato o negocio jurídico (art. 385 LEC).
Advierte el artículo 71.4 que, fuera de esos dos supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria. Lo que a su vez significa que será aquí la parte demandante la que habrá de pechar con la carga material de la prueba de este hecho (art. 317 LEC).
Aparte de ellos, el artículo 71 en su apartado 2 se refiere a presunciones iuris et de iure, o sea de las que no admiten prueba en contrario, y los apartados 5 y 6 sobre ciertos casos no rescindibles. Pero, al margen de la época de redacción de tales normas en relación a la fecha de la operación litigiosa, no son aplicables al pleito que nos ocupa.
El artículo 73 señala los efectos de la rescisión: 1- La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses. 2- Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o bajo protección legal, se condenará a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal, y si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa. 3- El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado.
3- Tiene razón la parte apelante en que la presunción iuris tantum del artículo 71.3-2º LC solo cubre la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en

sustitución de aquéllas, por cuanto tradicionalmente se ha considerado perjudicial para la masa al originarse durante un periodo sospechoso por su cercanía temporal a la declaración del estado de insolvencia concursal. En nuestro caso se aplicaría únicamente a la segunda hipoteca (escritura de 8/8/2008).

Pero no es predicable respecto de las deudas u obligaciones previas, las cuales lógicamente la Ley no las considera en principio perjudiciales, salvo que así se demuestre, e incluso pueden derivar de contratos o negocios jurídicos concertados con anterioridad al plazo retroactivo de los dos años respecto al inicio del concurso. Y tampoco la presunción legal de perjuicio patrimonial se refiere a las nuevas obligaciones contraídas en sustitución de otras anteriores.

Es por ello que, en el presente caso, no cabe en absoluto partir de perjuicio en cuanto a l préstamo de la escritura de 8/8/2008, y mucho menos las obligaciones derivadas de la póliza de crédito de 26/5/2006, sino tan solo la constitución de la segunda hipoteca en garantía de la devolución de un préstamo destinado a satisfacer la deuda crediticia anterior impagada que carecía de garantía real.

Así pues, independientemente de la hipoteca, el perjuicio del préstamo de que tratamos habrá de ser demostrado para poder ser rescindido, tal y como preceptúa el artículo 71.4 LC, correspondiendo a la parte actora la carga de su plena demostración y perjudicándole las dudas resultantes.

4- Es también verdad que los efectos de la estimación de la acción de reintegración rescisoria son los del artículo 73 LC, ya apuntados, y en especial la restitución de las prestaciones objeto de acto declarado ineficaz (73.1), y el tratamiento en el proceso concursal del derecho a la prestación correspondiente a los demandados a consecuencia de la rescisión como crédito contra la masa, a satisfacer simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos, excepto de apreciar la sentencia mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considera crédito concursal subordinado (73.4). Es por ello que muchas veces en la práctica no vale la pena ejercitar este tipo de acciones cuando va a resultar imposible o muy difícil restituir las prestaciones recibidas por el concursado.

5- En la demanda rescisoria origen del presente incidente concursal se pidió la rescisión del préstamo hipotecario de la escritura de 8/8/2008 en su conjunto y no solo de la garantía hipotecaria, con base en su carácter perjudicial y la presunción legal (art. 71.1 y 3-2º LC), y no se alegó mala fe por parte de CAM, cosa que tampoco la sentencia apreció sino expresamente su buena fe (Fundamento de Derecho Tercero-párrafo último), como tampoco la demanda dijo nada sobre la restitución al banco acreedor del dinero prestado en la operación a la posteriormente concursada PROCORSA como efecto de la ineficacia del préstamo hipotecario, sino la recalificación del crédito de privilegiado especial a ordinario en la cantidad de 254.925,57 euros, importe de la liquidación de este préstamo (además de sumarle los 14.791,27 euros impagados de la póliza de crédito, o del crédito subordinado de 3.102,06 euros por intereses, y el privilegiado de 507.406,42 euros del primer préstamo hipotecario de 2007).

La sentencia estimó la demanda y por ello no puede decirse que el problema sea de vicio de incongruencia ni realmente de motivación (art. 218 LEC), sino de incorrección jurídica al haber aplicado un régimen distinto propio de la ineficacia únicamente de la garantía hipotecaria (segunda hipoteca) en vez del correspondiente a la ineficacia, sin mala fe, de toda la operación del préstamo hipotecario en su conjunto, sentenciada, lo que sí habría legalmente de conllevar la restitución con cargo a la masa de las prestaciones recibidas, conforme a lo dispuesto en el artículo 73.4 LC.

Puede discutirse si sería o no conforme a Derecho y al principio de congruencia que la sentencia pudiese acordar la consecuencia restitutoria no pedida expresamente en la demanda, con base en la misma naturaleza reintegratoria de la acción ejercitada y como efecto de la estimación de la ineficacia del acto impugnado.

Lo cierto es que en el caso enjuiciado la sentencia de primera instancia no lo hizo, a lo que hay que añadir que en todo caso tampoco estamos conformes con su decisión rescisoria del préstamo, por cuanto no se acreditó ni es de apreciar aquí el necesario perjuicio patrimonial, aunque sí respecto de la garantía hipotecaria constituida. Y no habría incongruencia en aceptar la ineficacia de solo esto último, al encajar en una estimación parcial de la demanda, con la consecuente pérdida del privilegio crediticio y calificación como ordinario, pero sin afectar a la validez y eficacia del préstamo y por ello también de la fianza personal accesoria de la obligación principal.

6- Que no hay perjuicio en el préstamo a que nos referimos resulta tanto por no serle de aplicación la presunción invocada del artículo 71.3-2º LC, según lo más arriba explicado, como por no haberse demostrado, y porque en el momento de concederse el préstamo PROCORSA ya era deudora de CAM por el impago de la deuda vencida y exigible derivada del contrato de crédito de 2006, no cuestionable, y el objeto del préstamo era su abono, la cual efectivamente se canceló casi en su totalidad. No hace falta abundar más en este punto.

7- En cuanto a la ineficacia sobrevenida por motivo del concurso de la hipoteca en cuestión, es porque concurren los requisitos legales y no se dan los supuestos de exención (art. 71 LC), al tratarse de una garantía real sobre un importante activo inmobiliario de la sociedad concursada; constituida más cerca que lejos de los dos años anteriores a la declaración del concurso de acreedores; que resulta perjudicial para la masa activa, al minusvalorar y comprometer esa parte del patrimonio de la concursada, reservándola para la satisfacción del crédito de un solo acreedor (hipotecario), incluso separadamente, hasta el límite de la garantía, no obstante el estado de insolvencia y la pluralidad de acreedores respecto de la misma deudora común; además de afectar a la masa pasiva al suponer un trato desigual, preferente y privilegiado, respecto de los restantes acreedores, cuando aquí no se trató, por ejemplo, de una simple nueva operación de préstamo hipotecario, desvinculada de obligaciones preexistentes, ni para pagar siquiera a otro acreedor, que le permitiese seguir recibiendo suministros de los proveedores, etc, o conseguir de paso una financiación adicional o de mayor cuantía para otras

necesidades empresariales, sino para pago exclusivamente a la propia acreedora CAM de las obligaciones contraídas por la deudora, luego en situación de concurso, por razón del contrato de crédito instrumentalizado en la póliza de 26/5/2006, carente de garantía adicional y cuyo crédito tendría la condición de concursal ordinario; aunque no haya habido mala fe ni mucho menos intención fraudulenta, sino buena fe, o se realizase en circunstancias normales de mercado, pues el perjuicio a que se refiere la Ley es objetivo, y no solo eso sino que, en las circunstancias del caso examinado, precisamente lo que presume es el perjuicio, salvo cumplida prueba en contra (art. 71.3-2º LC), la cual no ha resultado suficiente para el Tribunal, atendido lo expuesto, perjudicando las dudas al respecto a la parte apelante.
En cuanto a las condiciones e intereses comparativos entre la póliza de crédito y el préstamo nos remitimos a lo apuntado más arriba en relación a lo dicho en el presente apartado. La póliza de crédito tampoco se prorrogó otra vez. Y si bien es cierto que una hipoteca segunda tiene un rango menos importante que una primera, no por ello carece de interés al fin examinado ni de contenido económico ni deja de ser un sacrificio y una garantía real que sujeta el inmueble hipotecado a la satisfacción del crédito garantizado, además de un privilegio concursal muy importante, pues no es lo mismo para la masa activa y para los restantes acreedores que una finca de la concursada tenga una sola hipoteca (con afección de rentas a su pago) que dos, todo ello con todos sus efectos y consecuencias en el caso de levantarse la primera hipoteca, que es lo que hay que pensar cuando se constituye la segunda, al objeto que nos ocupa, y no que las obligaciones de aquélla van a ser incumplidas (no obstante lo convenido en la escritura del préstamo hipotecario de 31/10/2007 sobre la percepción y aplicación de las rentas de los arrendamientos a su devolución) y será ejecutada la hipoteca con la cancelación de las cargas posteriores.
8- Dado el resultado del proceso y que la rescisión de la segunda hipoteca no afecta a la eficacia del préstamo, en modo alguno puede entonces declararse extinguida la fianza personal sin extinción de la obligación principal, lo que supone el mantenimiento de la obligación accesoria contraída por el Sr. Casiano en la escritura de 8/8/2008, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones. “:SAP La Coruña (Sección 4) 24.05.2013 (Sentencia 207/2013; Rollo 744/2011)

“PRIMERO: El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en esta alzada, por mor del recurso de apelación interpuesto, consiste en la demanda, que es formulada por la administración concursal, directamente encaminada a la obtención de un pronunciamiento judicial, y transcribimos literalmente que: "declare la rescisión y por tanto la ineficacia de la garantía real de prenda constituida a favor del BBVA y se condene a esta entidad a reintegrar al patrimonio de la concursada el total importe depositado con imposición a plazo fijo, incrementado con los intereses legales devengados desde la apertura de la cuenta hasta la reintegración a la masa", todo ello con declaración de "la mala fe de BBVA S.A: quedando la totalidad de su crédito con la calificación de subordinado o subsidiariamente como ordinario". El fundamento legal de la demanda se basaba en lo normado en los arts. 71.1 y 71.3.2º de la LC, conforme al primero de los invocados preceptos, declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta, operando, en el caso enjuiciado, la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial recogida en el segundo de los preceptos invocados, consistente en "la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas".
Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por mor de la cual el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, estimando parcialmente la demanda declaró la rescisión e ineficacia de la prenda otorgada por la concursada a favor del BBVA S.A., en anexo a la póliza de préstamo nº 3210581, formalizada ante el Notario don José Antonio Cortizo Nieto, proclamando que el crédito recogido en la lista de acreedores a favor del BBVA S.A., como crédito con privilegio especial pierde esta condición y quedará reconocido como crédito ordinario, desestimando la demanda en cuanto al resto de sus peticiones.
Contra la mentada resolución judicial se interpuso recurso de apelación por parte de la administración concursal, postulando la procedencia de la reintegración al patrimonio de la concursada del importe depositado como imposición a plazo fijo (sobre el que se constituyó la garantía rescindida), incrementado con los intereses legales devengados desde la apertura de la cuenta, como consecuencia natural y obligada de la previa declaración de ineficacia de la prenda constituida sobre la imposición a plazo fijo, pues en otro caso la estimación de la demanda, se razona, se convertiría en un "brindis al sol, sin virtualidad, ni trascendencia alguna, puesto que el BBVA ya se había hecho pago contra la prenda constituida con anterioridad a la declaración del concurso".
Por la entidad bancaria demandada se solicitó la desestimación del recurso de apelación interpuesto y correlativa confirmación de la sentencia apelada.
SEGUNDO: Consta en autos como la finalidad del préstamo concedido, cuya rescisión pretende en la alzada la administración concursal a través de la petición de devolución de su importe, no tenía otro destino que regularizar unas posiciones deudoras, que ostentaba LITONOR S.L. en la entidad demandada, de manera tal que, con la concesión del préstamo con garantía prendaria, se venía a conceder un aplazamiento de las deudas preexistentes, que en otro caso, hallándose próximas a vencer, serían susceptibles de ser ejecutadas contra el patrimonio de la deudora, al tiempo que, de esta forma, se posibilitaba igualmente que la prestataria continuara con su actividad en el tráfico mercantil, siendo unos 18 meses después cuando entró en situación concursal.
No podemos, por ello, apreciar mala fe, que no se presume sino que habrá de ser objeto de cumplida prueba, en la entidad bancaria demandada. Lo que sí es evidente que concurre, como señala la

sentencia apelada, la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial, no cuestionada en la alzada por el BBVA, en tanto en cuanto la constitución de la prenda convertía indirectamente créditos ordinarios en privilegiados del art. 90 de la LC, garantía que es la que, con acierto, rescindió el Juzgado de lo Mercantil.
TERCERO: Ahora bien, lo que no procede es la rescisión de la garantía prendaria y, además, la devolución del importe del préstamo, y ello por varias razones.
En primer lugar, porque, en el suplico de la demanda, no se solicitó la rescisión de tal negocio jurídico, sino únicamente la de la garantía real, invocando la presunción de perjuicio patrimonial referente a su constitución, con apoyo en el art. 71.3.2º de la LC. Por todo ello, el crédito garantizado debe subsistir, conservando su propio título, y extinguida la garantía, que le otorga privilegio concursal, ostentara la condición de crédito ordinario como declara la resolución apelada. No es, por lo tanto, un crédito de restitución, calificado como crédito contra la masa, ni subordinado.
En segundo lugar, dado que en tal caso habría que proceder a la restitución de prestaciones (art. 73.1 LC), y, por lo tanto, la devolución del importe del préstamo supondría que revivieran las posiciones deudoras amortizadas o extinguidas con la cantidad objeto de tal acto jurídico, incluso concertadas en peores condiciones, con lo que lejos de beneficiar a la masa de acreedores les generaría un perjuicio adicional para la satisfacción de sus créditos.
Y, por último, la rescisión de una garantía real no produce otro efecto jurídico que la extinción de la misma, sin que nada sea preciso restituir a la masa activa, que se beneficia por la liberación del bien, en este caso, con la pérdida de la condición de privilegiado del préstamo concertado a través del cual se venía indirectamente a aplazar las deudas de la entidad posteriormente concursada en condiciones más beneficiosas para ella e incluso para los otros acreedores, ya que con respecto a los cuales la restitución de las prestaciones, propia de la reintegración concursal (art. 73.3 LC), no les generaría beneficios en su posición jurídica.
En el sentido expuesto se ha manifestado recientemente la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia 100/2014, de 30 de abril, cuando señala: "El art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses». Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción. Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía. No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente".": SAP La Coruña (Sección 4) 10.07.2014 (Sentencia 236/2014; Rollo 221/2014)

AP Madrid

“SEGUNDO.- Nos parece importante aclarar, antes de abordar individualmente cada uno de los recursos de apelación, porque es un presupuesto que debe tenerse presente ante las alegaciones vertidas en ambos, que la rescisión interesada por la administración concursal de FIRMOGAS SA se concretó a la garantía hipotecaria constituida sobre dos inmuebles de dicha entidad y no se hacía extensiva a la operación principal, es decir, el préstamo que por 100.000 euros otorgó el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. a FIRMOGAS SA con fecha 18 de febrero de 2009
Resulta preciso discernir los aspectos reales de los obligacionales, pues lo que el precepto invocado en la demanda, el artículo 71, nº 3, 2º de la LC (norma cuya aplicación al caso explicitaremos más adelante), considera perjudicial, siempre salvo prueba en contrario (pues el acreedor podría demostrar que a cambio de la ventaja que supone la concesión de la garantía real a su favor habría realizado concesiones y sacrificios relevantes), es la constitución de garantías reales para el aseguramiento de obligaciones que anteriormente carecían de ellas o de las obligaciones nuevas que viniesen a sustituir a otras antiguas, porque el establecimiento de aquéllas implicaría una merma de valor del bien por razón del gravamen constituido sobre él y con ello un desplazamiento de esa parte de valor fuera de la esfera jurídico patrimonial del garante y además porque sólo esas garantías reales, en tanto en cuanto convierten en privilegiado al acreedor, serían capaces de alterar la "par conditio creditorum". En cambio, el simple préstamo renovador del preexistente, siempre que no comporte condiciones más gravosas y abstracción hecha del gravamen real superpuesto, nunca podría representar otra cosa que un acto de carácter neutro que no comportaría para la entidad prestamista la menor ventaja o preeminencia con respecto al resto de los acreedores concursales.
En el marco de una operación de préstamo con garantía hipotecaria, donde al componente estrictamente obligacional (préstamo) se superpone, a modo de derecho accesorio de garantía, un componente real (hipoteca), resulta jurídicamente correcto el ejercicio de la acción rescisoria contra uno solo de los elementos (la hipoteca) y no contra el otro (el préstamo). La idea de perjuicio patrimonial se concentra en la garantía y no en el negocio obligacional y de ahí que la eventual sentencia que acoja la acción rescisoria únicamente debiera comportar, en principio, que las primitivas posiciones acreedoras derivadas del préstamo quedasen subsistentes aunque desprovistas de la

garantía sobreañadida (ya no cabrá, por lo tanto, la ejecución separada del crédito favorecido con la garantía - artículo 90 en relación con el artículo 155 de la LC). El apartado 3 del artículo 71 configura una presunción "iuris tantum" de perjuicio indicando que "... Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:.. 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas...", y si algo evidencia la literalidad del precepto es que la presunción de perjuicio se encuentra referida exclusivamente a la constitución de la garantía real, sin que se proyecte sobre las obligaciones resultantes de la renovación de las preexistentes ni sobre la cancelación de éstas que se produce merced a la sustitución de la que son objeto por parte de las obligaciones nuevas.
La rescisión de la garantía hipotecaria no influye en el mantenimiento de la vigencia del préstamo (que produciría igual efecto al integrarse el crédito del prestamista en la masa pasiva del concurso y ser sometido al tratamiento concursal correspondiente). Es por ello que lo que nunca podría invocarse en el presente caso sería, como erróneamente se hace en la sentencia apelada (inducida a ello por un planteamiento equivocado en este concreto aspecto por parte de la administración concursal), la aplicabilidad de la previsión del artículo 73.3 de la Ley Concursal, que está concebida para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco, de manera que no podría aplicarse al propio capital del préstamo garantizado con la hipoteca rescindida, cuando es ésta última, como garantía accesoria, y no el propio contrato préstamo, lo que es objeto de la acción rescisoria.“: SAP Madrid (Sección 28) 01.03.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 330/2011)

AP Navarra

“SEXTO.-En la demanda incidental suplicó la administración concursal la condena al acreedor hipotecante codemandado a reintegrar a la masa la cantidad percibida de la concursada "como devolución parcial del préstamo" y correspondiente al precio de la venta a terceros de una de las fincas hipotecadas, sin mayor argumentación que la referencia a los arts. 71.2.3 º y 73 LC y sin alegaciones complementarias al respecto en el acto de la vista.
En la demanda incidental no se interesó la rescisión y consiguiente declaración de ineficacia del referido pago, si no tan solo la atinente a la "constitución de hipotecas sobre fincas de la concursada" con fundamento en lo dispuesto en el art. 71.2.3º LC
La sentencia desestimó la referida pretensión de condena por entender que el pago cuestionado es un "negocio jurídico independiente" aunque relacionado con otorgamiento de la garantía hipotecaria, único negocio cuya rescisión se pidió, sin que se alegaran los motivos por los cuales debiera procederse a declarar su ineficacia.
Recurre la administración concursal alegando:
-que se trata de un pago anticipado, atendido el aplazamiento de pago estipulado en la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca
-que dicho pago es una consecuencia de la constitución de la hipoteca declarada ineficaz y por ello un perjuicio "colateral y derivado" de la indebida constitución de la garantía hipotecaria.
Es claro que se trata de cuestiones nuevas no planteadas en la primera instancia y que por ello no pueden fundamentar la apelación pues se privaría a la parte contraria de su derecho de alegación y prueba durante la misma.
Pero en todo caso la pretensión no encuentra encaje en el art. 73 LC que regula los específicos efectos de la rescisión concursal, puesto que el pago parcial del préstamo efectuado por la concursada con el importe obtenido de la venta de una de las fincas hipotecadas no puede ser considerado como una "prestación" derivada de la constitución de la garantía real cuya ineficacia se declara en la sentencia impugnada, sino cumplimiento de la principal obligación del prestatario y, por lo tanto, sin instar y conseguir la declaración judicial de que dicho pago causó un perjuicio patrimonial concreto para la masa activa (cuyo fundamento no puede identificarse con el que informa la presunción legal del art. 71.2.3º LC) no cabe ordenar la restitución de su importe.
Por ello el recurso de la administración concursal se desestima.”: SAP Navarra (Sección 3) 04.10.2012 (Sentencia 148/2012; Rollo 151/2012)

AP Sevilla

“Sobre la base de estas consideraciones, si comparamos el suplico de la demanda yla parte dispositiva de la Sentencia, efectivamente, hemos de enteder que se ha producido esa incogruencia. Se concede, y no es objeto de disconformidad, las pretensiones referidas a la ineficacia de la ampliación de la garantía hipotecaria realizada mediante escritura pública de 8 de febrero de 2.008, y, consecuencia de la misma, la cancelación de los asientos registrales. Sin embargo, va más allá, y acuerda: "la retroacción del abono y los cargos verificados con el principal de la ampliación del préstamo concedido en 8/2/08, en los términos señalados en el fundamento de derecho tercero de esta resolución". Esta decisión bastaría para rechazarla, con realizar una mera labor comparativa con el suplico de la demanda, al exceder de la pretensión de la parte actora. Además, a dicha conclusión se llega si tenemos en cuenta que la parte actora jamás, a tenor de sus peticiones, ha pretendido atacar el contrato de préstamo por importe de 1.216.697,61 euros que, mediante escritura pública de 8 de febrero de 2.008, se formalizó. No se pone en solfa esta realidad contractual, ni la consecuente obligación de la concursada de devolución de la cantidad recibida, más los correspondientes intereses, sencillamente, podemos deducir, porque dicho contrato gozaba de plena eficacia, al reunir los requisitos exigidos por el artículo 1.261 del Código Civil. Este contrato no suponía ni representaba

ningún perjuicio para los demás acreedores, al no otorgar a la entidad demandada privilegio frente a aquellos, que es la idea y el fin que persigue la acción de reintegración. Con esta acción se pretende evitar que un acreedor determinado y singular resulte beneficiado en relación al conjunto de acreedores. Sin que sea necesario que estemos ante un perjuicio directo, que tiene lugar cuando se produce una disminución del patrimonio, ya que alcanza, también, cuado este es indirecto, como ocurre cuando se da un trato privilegiado a un acreedor, sin causa justificada. Lo cual, solo es posible deducir de la garantía hipotecaria, dado el evidente privilegio que otorga al acreedor frente a los demás, en orden a satisfacer directamente su derecho con el bien gravado. Por tanto, lo trascendente para un adecuado y equilibrado resarcimiento de los acreedores es anular esos privilegios, no la relación contractual cuya validez estará sometida al cumplimiento de los requisitos de consentimiento, objeto y causa. En cualquier caso, no es una cuestión objeto de la presente controversia, al no formular petición en ese sentido los actores, ni puede considerarse que es una cuestión intrínseca e inherente a las pretensiones explícitamente formuladas por los actores.": SAP Sevilla (Sección 5) 29.01.2013 (Sentencia 31/2013; Rollo 9224/2012)

1.6.1 Rescisión también del préstamo por ser perjudicial la garantía (?)

AP Salamanca

"Cuarto.-Centrándonos ya en el fondo del asunto, concretado en los motivos de apelación segundo, tercero y cuarto, un examen de conjunto de la operación concertada entre BANCO DE SANTANDER S.A. y el concursado, Sr. D. Diego, así como de los actos llevados a cabo por este en los dos días posteriores al ingreso de la cantidad del préstamo en una cuenta corriente de su titularidad, permite apreciar la existencia de una operación orquestada por el banco y el concursado consistente en el préstamo de dinero encaminado a satisfacer deudas pendientes por el concursado y su grupo de sociedades unipersonales con el mismo banco prestamista, consiguiendo éste a cambio un garantía real " ex novo " sobre la vivienda del concursado que serviría para mejora sus posición frente al resto de acreedores en caso de un hipotético (más bien previsible, si no inminente, a la vista de la situación financiera del Sr. Diego al tiempo de cerrarse la operación de préstamo) concurso del prestatario.
De la actuación del Sr. Diego, disponiendo de forma inmediata de las cantidades prestadas por el banco con fecha de 24 de noviembre de 2008 para abonar deudas pendientes con el mismo banco de las sociedades de la que es socio único así como descubiertos en sus cuentas particulares del mismo Banco Santander, se desprende con meridiana claridad una situación de confusión de patrimonios entre el Sr. Diego y las sociedades PUNTO DE INFORMACIÓN S.L. y PROYECOM HERNÁNDEZ ALBARRÁN S.L de las que era socio único y administrador; y también, sin ningún género de dudas, que el Sr. Diego, negoció el préstamo hipotecario con BANCO DE SANTANDER S.A. preferentemente para enjugar las deudas de sus sociedades unipersonales, además de un descubierto en su cuenta corriente personal.
No consta, efectivamente, prueba alguna de que la concesión del préstamo por el BANCO DE SANTANDER S.A. estuviera vinculada al pago de deudas preexistentes con el mismo Banco por el propio Sr. Diego o por sus sociedades unipersonales. Sin embargo, un examen de la prueba documental (transferencias y pagos desde la cuenta corriente donde se ingresaron las cantidades del préstamo) de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permite deducir que el BANCO DE SANTANDER S.A. tenía que conocer necesariamente la asfixiante situación financiera del Sr. Diego y de su grupo de sociedades, y que negoció con este un préstamo hipotecario orientado a sufragar las deudas pendientes de sus sociedades y de su cuenta personal con el mismo banco, obteniendo a cambio una nueva garantía hipotecaria que, aunque de difícil si no imposible realización (por ser la tercera hipoteca constituida sobre el mismo bien), le aseguraría la condición de acreedor con privilegio especial en el hipotético concurso del prestatario; concurso que finalmente se produjo pocos meses después, el 4 de septiembre de 2009.
No se trata, por tanto, de un caso de dinero fresco o nuevo (" fresh money ") que permitiera al prestatario disponer de dicho dinero como mejor conviniera a su interés sin condición alguna por parte del Banco. Los hechos desmienten radicalmente esta hipótesis y demuestran que el dinero se concedió con la condición oculta de que se abonaran las deudas pendientes que el Sr. Diego y sus sociedades unipersonales mantenían con el banco prestamista. Lo que el banco apelante presenta como un "mal negocio" (el hecho de conceder una tercera hipoteca sobre el mismo bien inmueble cuando difícilmente podría realizar ese bien en caso de impago, ante el mejor derecho del banco que concertó las dos hipotecas anteriores, el cual, finalmente, se adjudicó el bien) se vuelve en su contra. BANCO DE SANTANDER S.A. sabía perfectamente que muy difícilmente podría realizar la vivienda hipotecada y aun así constituyó la tercera hipoteca en garantía del préstamo concedido, con la finalidad clara de obtener una garantía hipotecaria formal que le aseguraba una posición de privilegio en el concurso del Sr. Diego; como sucedió finalmente, pues tras la declaración de concurso, el BANCO DE SANTANDER S.A. comunicó a la Administración Concursal un crédito derivado del referido préstamo hipotecario por importe de 89.074,91 #, atribuyéndole la condición de crédito con privilegio especial. Resulta así ingenuamente falsa la afirmación de la recurrente en el sentido de que, al conceder una tercera hipoteca y resultar adjudicada finalmente la vivienda en pública subasta el banco que concedió las dos hipotecas anteriores, el BANCO DE SANTANDER S.A. quedó "sin garantía alguna". Conocida la elevada cuantía de las dos hipotecas anteriores sobre el mismo bien, el BANCO DE SANTANDER S.A. no habría concedido un préstamo hipotecario si no fuera con la intención de saldar las deudas que el Sr. Diego y sus sociedades mantenían con el Banco y de

asegurarse una posición privilegiada en caso de que el Sr. Diego fuera declarado en concurso; todo lo cual sirve para demostrar la mala fe del BANCO DE SANTANDER a la hora de conceder el crédito hipotecario cuya rescisión ahora se pretende.
Arguye además la entidad bancaria recurrente en apelación, que no se ha producido en el caso concreto un auténtico sacrificio patrimonial injustificado en el patrimonio del deudor, en tanto en cuanto no ha tenido lugar una minoración efectiva del activo sobre el que, una vez declarado el concurso, se constituiría la masa, ni tampoco una mejora de la posición crediticia del BANCO DE SANTANDER S.A. susceptible de alterar la " par condictio creditorum ".
En la STS de 26 de octubre de 2012 el Alto Tribunal admite que, a la hora de interpretar el art. 71.1 LC, el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores (en general, y no sólo en aquellos casos en que estos tengan el carácter de personas especialmente relacionadas con el concursado), los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa.
Cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no dispone de liquidez ni de activos suficientes para convertir en dinero con la finalidad de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, o bien prevé que no podrá cumplir en breve, no está justificado que el pago de deudas se realice sin respetar los criterios de la comunidad de pérdidas por los que ha de regirse una situación de insolvencia; y menos aún si se utiliza dinero nuevo, obtenido de un préstamo hipotecario, no para pagar sus propias deudas como persona natural, sino para enjugar las deudas de sociedades de las que es socio único o socio de control, confundiendo así su patrimonio personal con el de las personas jurídicas cuyo control y dirección ostenta.
Cada sociedad unipersonal tiene personalidad jurídica y, por tanto, patrimonio independiente, constituyendo un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. No puede afirmarse la existencia formal de un "patrimonio de grupo" ni un principio de comunicación de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las sociedades y de sus socios, más allá de los supuestos excepcionales en que un Juez o Tribunal decida levantar el velo de la personalidad jurídica ante situaciones contrastadas de abuso de derecho o fraude de acreedores, como puede suceder en casos de confusión de patrimonios (cfr. STS de 30 de abril de 2014).
Cuando el BANCO DE SANTANDER S.A. concede un préstamo hipotecario (en tercera hipoteca sobre un mismo bien del deudor) al Sr. Diego lo hace con la finalidad de que éste salde las deudas que él mismo y sus dos sociedades unipersonales tenían contraídas con el mismo banco, asegurándose además una garantía real que mejore su posición crediticia ante una hipotética declaración de concurso del prestatario. No estamos, por tanto, ante un caso de dinero fresco, sino ante una operación orquestada, pactada entre banco y cliente, para sufragar las deudas pendientes que éste y sus sociedades tenían contraídas y pendientes con la entidad bancaria, con lo cual el deudor estaría utilizando unos fondos ingresados en su patrimonio personal para hacer frente a las deudas de sus sociedades unipersonales, y el banco prestamista conseguiría saldar esas deudas y conseguir una posición privilegiada frente al resto de acreedores del deudor en caso de ser declarado en concurso de acreedores.
Así las cosas, más allá de que las transferencias de fondos realizadas por el Sr. Diego a favor de sus dos sociedades unipersonales, PUNTO DE INFORMACIÓN S.L. y PROYECOM HERNÁNDEZ ALBARRÁN S.L., como los pagos para la amortización anticipada de préstamos deban ser rescindidas en estricta aplicación de lo dispuesto en el art. 71.2 LC, al tratarse de actos de disposición a título gratuito, la operación acordada entre el BANCO DE SANTANDER S.A. y el Sr. Diego consistente en la concesión de un préstamo hipotecario para hacer frente a las obligaciones preexistentes del propio Sr. Diego y de sus dos sociedades unipersonales entra de lleno en la presunción " iuris tantum " del art. 71.3,2º LC, dada la situación de total confusión entre el patrimonio personal del prestatario, Sr. Diego, y sus dos sociedades unipersonales, PUNTO DE INFORMACIÓN S.L. y PROYECOM HERNÁNDEZ ALBARRÁN S.L.; siendo así que tanto el prestatario como el prestamista consideraron las deudas de las sociedades unipersonales como si fueran propias del socio único, otorgando el banco un préstamo por una cantidad suficiente para saldar las deudas que con la misma entidad tenía pendientes el prestatario y sus dos sociedades unipersonales.
Quinto.-Los hechos coinciden sustancialmente con los enjuiciados por esta misma Sala en el incidente concursal planteado por la misma Administración Concursal contra el concursado Sr. Diego y el BANCO POPULAR S.A., resuelto mediante Sentencia de 14 de mayo de 2014 en la que se acabó declarando la rescisión del crédito hipotecario otorgado por el banco así como la mala fe de éste, que determinó su calificación como subordinado ex art. 73.3 LC.
Mala fe que también se aprecia en el caso de autos, pues los hechos demuestran que el BANCO DE SANTADER S.A. tenía conocimiento de la difícil situación financiera del Sr. Diego y de sus sociedades unipersonales, concediendo un préstamo hipotecario en la cuantía necesaria para saldar las deudas que prestatario y sociedades tenían pendientes con el mismo banco asegurándose al mismo tiempo una posición privilegiada en caso de que el Sr. Diego fuese finalmente declarando en concurso.
En definitiva se produce un perjuicio patrimonial injustificado en el patrimonio del deudor, Sr. Diego, en la medida en que utiliza las cantidades prestadas para enjugar sus deudas personales y las de sus sociedades unipersonales pendientes con el mismo banco prestatario, perjudicando con ello al resto de sus acreedores personales. Y por otra parte, el banco prestamista se asegura una posición

privilegiada en el concurso del prestatario, Sr. Diego, alterando así torticeramente la paridad de trato con el resto de acreedores.
Debemos pues confirmar íntegramente la sentencia recurrida, y en su consecuencia, además de rescindir las transferencias y pagos realizados por el Sr. Diego a favor de sus dos sociedades unipersonales, procede también declarar la rescisión del préstamo hipotecario concedido por el BANCO DE SANTADER S.A., al Sr. Diego con amparo en la presunción establecida en el art. 71.3,2º LC, calificando como subordinado el crédito que el BANCO DE SANTANDER S.A. ostenta contra el concursado, en aplicación de lo dispuesto en el inciso final del art. 73.3 LC": SAP Salamanca (Sección 1) 20.02.2015 (Sentencia 81/2015; Rollo 10/2015)

AP Zaragoza

"ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.-Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 15 de noviembre de 2012, cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: Que estimando la demanda interpuesta por la administración concursal de PIELES TURIASO, SA, en las personad de Don Nicolas, Don Valentín y don Isaac contra la concursada PIELES TURIASO, S.A, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Gutiérrez Andréu y contra CAJA RURAL DE NAVARRA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO,.representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Ortega Alcubierre, acuerdo declarar la nulidad de la escritura de constitución de préstamo hipotecario y garantía pignorativa otorgada ante notario de Tudela don Victor Gonzalez de Echavarri Diaz, en fecha 6 de octubre de 2009, nº de protocolo 1204 entre la concursada PIELES TURIASO, SA y CAJA RURAL DE NAVARRA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, ordenando la restitución de las prestaciones derivadas de la escritura mencionada, con anulación de todos los cargos y abonos efectuados como consecuencia de la misma así como declarar la nulidad e ineficacia de la hipoteca constituida sobre las fincas descritas en la escritura (nº NUM000 del tomo NUM001, libro NUM002 folio NUM003, nº NUM004 del tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM005 y nº NUM006 al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM007 del registro de la Propiedad de Tarazona). Una vez firme la sentencia procédase a expedir mandamiento al registro de la propiedad correspondiente a fin de que proceda a la anulación de la hipoteca sobre dichas fincas descritas y acordar la consiguiente modificación del informe de la administración concursal en la calificación de los créditos de Caja Rural de Navarra. No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales. (...)
FUNDAMENTOS DE DERECHO
SE aceptan LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO de la Sentencia apelada, y
PRIMERO.- Dice el artículo 71 de la Ley Concursal : " Acciones de reintegración. 1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. 2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1º- Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. 2º.- La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas". Es este precepto en su último apartado el que resulta aplicable al caso que se enjuicia en las presentes actuaciones, en el la concursada celebra un contrato de préstamo hipotecario con garantía de varias fincas de su propiedad, que destina al pago de otro préstamo ordinario contraído antes con la misma entidad, siendo declarada en concurso de acreedores al poco tiempo, realizado en periodo sospechoso cuando ya se preveía la próxima iniciación del concurso, dentro del plazo señalado en la Ley, convirtiendo así un préstamo ordinario en otro privilegiado, sin que exista causa que justifique este nuevo contrato, pues no se ha probado, como se debía y no se ha hecho, que este nuevo préstamo redundara en beneficio de la concursada, permitiendo su continuidad negocial, a través del pago de acreedores, abono de primas de seguros e impuestos, recibiendo a cambio ingresos por su actividad mercantil, como se dice en en el recurso, no apareciendo en modo alguno justificada las razones por las que se celebró este nuevo préstamo que vino a sustituir al anterior, a no ser la ya expresada de beneficiar a la caja de ahorros, pero perjudicando a los restantes acreedores ordinarios, cuyos legítimos créditos fueron pospuestos con este mecanismo, alterando así la ejecución ordenada que se pretende a través del procedimiento concursal -"Par conditio creditorum"--, al causar un perjuicio claro e innegable para aquellos, con un sacrificio patrimonial injustificado, "Sustrayendo su crédito a las incidencias del resto de los acreedores, en perjuicio de los mismos, privando al propio tiempo a la masa activa de una considerable suma de dinero e impidiéndole el cumplimiento de otras obligaciones", como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012, siendo suficiente con la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de los acreedores, todo ello prescindiendo de otras consideraciones, como por ejemplo,el del concepto que de este daño deba predicarse en el precepto que se ha citado, o que la nueva Ley se refiera a rescisión en lugar de nulidad, restando automatismo a su aplicación, debiendo estarse por el contrario a las concretas circunstancias del caso,cuando todas las que se han dicho abogan por la aplicación del señalado artículo al concurrir todos los requisitos que en el mismo se señalan, importando poco que el nuevo préstamo hipotecario pudiera tener su reflejo contable en una cuenta de crédito que estaba asociada a

una cuenta corriente, en beneficio indubitado de la recurrente, que es necesario afirmar al haberse modificado el título de su reclamación. Por lo demás, la resolución dictada por el Juzgado es conforme a la redacción del suplico de la demanda, por lo que nada ha de ser modificado ":SAP Zaragoza (Sección 5) 20.03.2013 (Sentencia 163/2013; Rollo 118/2013)

JM-1 Madrid

"PRIMERO.- Para una mejor comprensión del litigio que se plantea entre las partes debemos referirnos a ciertos antecedentes que se constituyen en soporte fáctico de la acción de reintegración que ejercita la Administración concursal de la entidad concursada Sistelcom Telemensaje, S.A. No es discutido por las partes: a) que en fecha 17 de diciembre de 2004 la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. suscribió con la entidad Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España escritura pública de concesión de un préstamo con garantía prendaria e hipotecaria por un importe de 1.373.810,56 euros seriándola el Notario del Iltre. Colegio de Madrid D. Antonio Pérez Coca con el número 1.491 de su protocolo (doc. núm. 1 de la demanda); b) que el importe obtenido consecuencia del aludido préstamo se destinó a cancelar los saldos deudores derivados de la cuenta de préstamo núm. 0131-8801-96-0380250434 suscrita entre las mismas partes (hecho no puesto en duda por la entidad Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España); y c) que la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. solicitó ser declarada en concurso en fecha 29 de diciembre de 2005 dictándose Auto en tal sentido el 6 de febrero de 2006.
SEGUNDO.- La Administración concursal, con la demanda, pretende fundamentalmente que se declare «la rescisión de la garantía real de hipoteca y prenda constituida a favor del Banco Espirito Santo, S.A., en virtud de la escritura pública otorgada con fecha 17 de diciembre de 2004, ante el Notario de Madrid, Don Antonio Pérez Coca Crespo bajo el número 1.491 de orden de su protocolo sobre la concesión administrativa del servicio de telecomunicaciones de valor añadido de radiobúsqueda de ámbito nacional y sobre los derechos de crédito que Sistelcom Telemensaje, S.A., ostente contra los abonados al servicio de radiobúsqueda». Para obtener dicha pretensión la Administración concursal ejercita la acción de reintegración regulada en el artículo 71.1 LC. Dice tal precepto que «declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta». De dicho precepto se desprende que para que pueda prosperar la acción de reintegración es menester que concurran los siguientes requisitos: a) la previa declaración de concurso; b) que se haya realizado un acto en perjuicio de la masa activa; y c) que tal acto se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración. Ninguna disputa se plantea en relación con los requisitos a) y c) que acabamos de relacionar puesto que -como hemos puesto de relieve- el concurso de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. fue declarado el día 6 de febrero de 2006 y el acto cuya rescisión se solicita fue realizado poco más de un año antes (17 de diciembre de 2004). La discusión gira, pues, en torno a si la constitución de garantías reales sobre deudas que carecen de tal aseguramiento puede ser calificado como de «acto en perjuicio de la masa activa».
TERCERO.- 1. Para resolver la cuestión nuclear que acaba de ser planteada debemos partir de que el artículo 71.3.2º LC dispone que «salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: (...)2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas». No puede haber discusión en relación a que nos hallamos ante un supuesto en que la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. y Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España constituyeron garantías reales -en este caso, prendaria e hipotecaria- sobre una obligación preexistente -en este caso, la deuda recogida en la cuenta de préstamo 0131-8801-96-0380250434- que adolecía de tal clase de garantías -este último extremo es pacífico en este pleito-. Por tanto la litis se ciñe a si se ha realizado en autos prueba que destruya la presunción de que la constitución de la garantía real hecha el 17 de diciembre de 2004 para asegurar el pago de la deuda ya vencida a favor del Banco, y plasmada en la cuenta derivada de otro préstamo sin garantías reales que fue seriada con el número 0131-8801-96-0380250434, constituye perjuicio para la masa activa.
2. A pesar de que -como acabamos de ver- la Ley Concursal presume perjuicio para la masa en supuestos tan paradigmáticos como el que se nos plantea -tan es así que tal caso cumple escrupulosamente con la previsión legal plasmada en el artículo 71.3.2º LC- se permite -como señala el tenor del mismo precepto- la práctica de prueba tendente a destruir tal presunción. Una parte importante del discurso de Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España se ha centrado en justificar la validez del contrato de préstamo con garantías reales suscrito el día 17 de diciembre de 2004 celebrado con Sistelcom Telemensaje, S.A., justificando los beneficiosos efectos de financiación que supuso en aquel momento la concesión del aludido préstamo. Sin embargo, conociéndose que las dificultades económicas de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. -de ahí que se hable de «balón de oxígeno» por parte del Banco codemandado- que la abocarían a una situación concursal se hicieron patentes antes del año 2005 la refinanciación de la deuda tuvo dos efectos destacables: a) la constitución de un privilegio especial a favor de Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España; y b) el aumento de la masa pasiva de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. Téngase en cuenta que si la declaración de concurso se hubiera solicitado el 17 de diciembre de 2004 el pasivo de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. no habría sido tan acusado como cuando realmente se solicitó. Decíamos que las dificultades económicas de Sistelcom Telemensaje, S.A. eran conocidas en el momento en que se concertó las garantías reales. Nótese que en la Memoria acompañada por la

propia entidad concursada con el escrito de solicitud (doc. núm. 1) se hace referencia a que « (...)el desarrollo del año 2004 quedaba marcado por graves factores de incertidumbre....» (pág. 7). Asimismo se expone que « (...)ya dentro del presente año 2005, la formulación de cuentas del cierre del ejercicio 2004, que se realizaría el 30 de marzo como plazo límite prescrito, nos iba a mostrar que el efecto en la cuenta de explotación del caso citado con Telefónica, unido al impacto de las "amortizaciones", por las técnicas contables aplicada en la etapa anterior (2001) supondría un fuerte impacto en la situación patrimonial al cierre del ejercicio» (pág. 8). El conocimiento que tales dificultades económicas podían -tarde o temprano- acarrear el concurso de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A., movió a la entidad Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España a blindar su crédito. Es en esta nueva realidad cuando Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España exige la constitución de las garantías reales. Son elocuentes las expresiones plasmadas en el expositivo I de la escritura pública otorgada el día 17 de diciembre de 2004 en el que se manifiesta que « (...)que Sistelcom Telemensaje, S.A. ha solicitado de Banco Espirito Santo, S.A. un préstamo (...)ofreciendo completar su responsabilidad personal solidaria e ilimitada con la específica garantía hipotecaria de la concesión administrativa que detenta...». Debe destacarse que se refleja que la voluntad de la concesión del nuevo préstamo es «COMPLETAR» la anterior garantía personal existente. De ahí que se denote que al constituirse las garantías prendaria e hipotecaria Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España persiguió asegurarse, cualquiera que fuera la situación que sobreviniera a Sistelcom Telemensaje, S.A., la percepción de la cantidad que había sido prestada. Y si bien ésta es una finalidad calificable inicialmente de legítima, no puede ocultarse que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario de más que probable insolvencia del deudor, a sabiendas de que el aseguramiento en el cobro de una cantidad irá en detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías. Y no es otra cosa la que ocurre como consecuencia de la constitución de las garantías prendaria e hipotecaria puestas en entredicho.

3. A mayor abundamiento, debe ponerse de relieve que aunque en los supuestos relacionados en el artículo 71.3 LC subyace la idea de consilium fraudis exigido para la rescisión de contratos [STS (Sala 1ª) de 17 de julio de 2006], al artículo 71 LC le es suficiente a fin de que pueda prosperar la acción de reintegración, con que se cause perjuicio a los acreedores. A pesar de lo cual en el caso de autos no se encuentra ausente la scientia fraudis a la que más arriba aludíamos. Y ello porque, de los hechos puestos de relieve, resulta que mientras que para la concesión del préstamo inicial a Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España le bastó la garantía personal e ilimitada de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A., el día 17 de diciembre de 2004 ya no fue así.

CUARTO.- La segunda petición de la Administración concursal es que «Se declare la mala fe del Banco Espirito Santo, S.A., declarando que el crédito que debe ostentar frente a Sistelcom Telemensaje, S.A., en el concurso voluntario de la misma ha de ser en la cantidad de UN MILLÓN TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS VEINTITRÉS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS (1.368.223,40 €)importe del crédito reconocido por la administración concursal en la lista por ella presentada y no impugnando con la calificación de crédito subordinado». Debemos tener en cuenta que el artículo 73.3 LC al regular los efectos de la rescisión dispone que «el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado». En el caso que se nos plantea, la consideración de que Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España ha actuado con la mala fe que permite evitar que la restitución de la prestación debe ser considerada como crédito contra la masa, se desprende de lo que ya hemos puesto de manifiesto en el punto 4 del fundamento jurídico anterior. De ahí que su crédito -incluido en la lista de acreedores por importe de 1.368.223,40 euros- deberá recibir el trato de crédito subordinado.

QUINTO.- Nada se dirá en relación con el reintegro de las cantidades que la entidad Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España pueda obtener como consecuencia de la ejecución de las garantías reales rescindidas puesto que las mismas devienen inejecutables como consecuencia de la declaración judicial.

SEXTO.- Dicho lo anterior lo que debe ser objeto de resolución es la cuestión relativa a la condena en costas. Sobre este punto el artículo 196.2 LC se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al respecto, el artículo 394.1 LEC recoge el principio objetivo de vencimiento salvo que sobre la cuestión existieren serias dudas de hecho o de derecho. Consideramos que la cuestión controvertida en el presente incidente es de aquellas sobre las que se pueden suscitar serias dudas de derecho, por lo que no se hará especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimando la demanda incidental formulada por la Administración concursal de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. declaro la rescisión de la escritura pública de concesión de un préstamo con garantía prendaria e hipotecaria por un importe de 1.373.810,56 euros otorgada por Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España y la entidad concursada ante el Notario del Iltre. Colegio de Madrid D. Antonio Pérez Coca quien la serió con el número de su protocolo 1.491; y asimismo declaro que el crédito reconocido a favor de la entidad Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España en el concurso de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. debe atribuírsele la calificación de subordinado. ":SJM-1 Madrid 21.05.2007 (Incidente Concursal 690/2006; LA LEY 92659/2008; Diario La Ley, Nº 7007, Sección Jurisprudencia, 8 Sep. 2008)

1.7 Inaplicabilidad: Inexistencia de obligación preexistente. Operación no exigible al amparo de la línea de riesgo

AP Madrid

“TERCERO.- Rechazado, pues, el argumento en cuestión, examinaremos a continuación la acción de reintegración propiamente dicha, acción que la Administración Concursal fundó tanto en la presunción "iuris tantum" de perjuicio patrimonial contemplada en el Art. 71-3, 2º de la Ley Concursal ("Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:...2º. La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas") como en una de las dos presunciones "iuris et de iure" que contiene el apartado 2 del mismo precepto legal ("El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso...").
No consideramos que resulte aplicable al caso la primera de dichas presunciones porque, como con acierto ha argumentado BANKINTER, la Administración Concursal incurre en un defectuoso entendimiento del concepto de "obligación preexistente" cuando considera como tal la totalidad del riesgo asumido por dicha entidad en virtud del contrato multilínea. En efecto, dicho contrato obedece al perfil característico de una operación de concesión de crédito por la que la entidad financiera concede a su cliente la posibilidad de endeudarse con ella hasta un determinado límite, lo que obviamente implica que el cliente se convertirá en deudor de la entidad solo en el caso -y también en la medida- en la que haga uso de esa facultad. La Administración Concursal no solo no refirió en su demanda que en la fecha en la que se constituye la prenda sobre el depósito (13 de noviembre de 2008) la hoy concursada CHPH mantuviera con BANKINTER alguna posición deudora por razón del contrato multilínea para cuya seguridad se constituyó la garantía, sino que, de hecho, lo que nos indica es lo contrario: que, examinada la contabilidad de la concursada, no existe deuda alguna derivada del contrato multilínea (Hecho 6º, 2.7 de la demanda). Ciertamente, esta afirmación es consecuente con la previa tesis que se mantiene en torno al apartamiento de los contratos de leasing del ámbito de cobertura del contrato multilínea, tesis que anteriormente hemos rechazado. Sin embargo, el primer contrato de leasing amparado por el multilínea es el de fecha 30 de diciembre de 2012 suscrito para la adquisición de la planta de hormigón, y esa fecha es posterior a la de constitución de la prenda. De la comunicación de créditos efectuada por BANKINTER en el concurso se desprende que, al margen de los créditos por razón de dos pólizas de cobertura de riesgo que no se encontraban incluidas dentro del contrato multilínea, existen otros créditos derivados de operaciones de leasing diferentes de la anteriormente mencionada. Sin embargo, ni en la lista de acreedores del informe de la Administración Concursal que a la demanda se adjunta (donde se dejó sin cubrir la casilla "F.Origen" en relación con los créditos derivados de leasing) ni en la propia demanda iniciadora del presente incidente se nos da noticia de las fechas en las que se pudieran haber suscrito esos otros contratos de leasing. No tenemos base, en consecuencia, para poder afirmar que en la fecha de referencia, 13 de noviembre de 2008 en que se constituye la prenda, CHPH mantuviera con BANKINTER posición deudora alguna por razón del contrato multilínea.
Por lo que se refiere a la segunda de las presunciones enunciadas, la cuestión de la existencia o inexistencia de gratuidad en el acto de constitución de la prenda sobre el depósito depende de la respuesta que merezca un interrogante previo: teniendo en cuenta que en virtud del contrato multilínea CHPH disfrutaba de una capacidad de endeudamiento con BANKINTER por razón de leasing de hasta 500.000 #, límite superior al importe de la deuda que CHPH iba a contraer por el contrato de leasing de 30 de diciembre de 2008, ¿se encontraba la hoy concursada en condiciones de exigir incondicionalmente de BANKINTER la financiación de dicha operación?, o, por el contrario ¿contaba BANKINTER con la posibilidad de negarse a brindar a CHPH ese apoyo financiero?. Si la respuesta afirmativa recayera sobre la primera de dichas preguntas, podríamos deducir que, en efecto, la constitución de la prenda habría supuesto un sacrificio patrimonial no necesario y, en consecuencia, un acto de disposición patrimonial en favor de BANKINTER que, en tanto que no compensado mediante ningún sacrificio por parte de esta entidad, podría ser calificado como gratuito.
La cobertura brindada por el contrato multilínea, vigente el 13 de noviembre de 2008, permitiría considerar en una primera aproximación al problema que a CHPH le asistía el poder jurídico de compeler a BANKINTER, sin necesidad de prestar garantía alguna, a proporcionarle la cobertura financiera que precisaba para la adquisición, vía leasing, de la planta de hormigón que fue objeto del contrato de 30 de diciembre de 2008. Sin embargo, esa consideración sería el fruto de un examen precipitado de las circunstancias concurrentes y del contenido del propio contrato multilínea.
En efecto, hay que tener en cuenta que el contrato multilínea no tenía una vigencia indefinida sino que, como se indicó en el primer ordinal de la presente resolución, su duración era tan solo de un año con posibles prórrogas tácitas salvo denuncia de cualquiera de las partes, lo que significa que, al acercarse el 19 de octubre de cada año, BANKINTER disponía de la posibilidad de decidir si continuaba o no brindando a CHPH la cobertura crediticia objeto del contrato multilínea (Estipulación III).
Además, debe tomarse en consideración que, con independencia de la facultad de negarse al otorgamiento de la prórroga anual, asistía también a BANKINTER la posibilidad de resolver el contrato de apertura de cuenta de crédito que cubría las operaciones del multilínea, entre otros supuestos, cuando la evolución de los resultados de explotación de CHPH sufriera una variación anual negativa significativa y/ o si la cifra de beneficios antes de impuestos del acreditado disminuyera de forma

sustancial respecto del ejercicio anterior (folio 23). En relación con esta cuestión, BANKINTER adujo en su contestación a la demanda que, de acuerdo con el informe de la Administración Concursal, el resultado del ejercicio 2007 fue para CHPH de cuantiosas pérdidas (1.260.000 #), dato este que no ha resultado controvertido en el proceso. Se ignora si BANKINTER ha conocido ese dato en el seno del actual proceso concursal o si lo conoció en su momento como fruto del cumplimiento por parte de la acreditada de la obligación de información (envío de copia de sus cuentas anuales) prevista en el contrato (folio 24), pero lo cierto es que, incumbiendo a la Administración concursal la carga de acreditar los elementos y datos fácticos fundamentadores de la acción rescisoria que ejercita, no solo no demostró sino que ni siquiera alegó que la concursada hubiera hecho llegar a BANKINTER la copia de sus cuentas del ejercicio 2007 con anterioridad al 19 de octubre de 2008 en que se iniciaba tácitamente un nuevo periodo anual de prórroga del contrato multilínea. Tampoco ha suministrado la Administración Concursal dato alguno sobre los resultados de ejercicios anteriores al 2007 pero, considerando que es en el año 2005 cuando BANKINTER consiente en otorgar crédito a CHPH hasta la nada desdeñable suma de 2.200.000 # y que es en el año 2006 cuando consiente también en ampliar, mediante dos cláusulas adicionales consecutivas, ese límite inicial de riesgo hasta un total de 3.000.000 #, no parece descabellado deducir que esa actitud complaciente de la entidad crediticia solo resulta consistente con un escenario en el que CHPH no habría tenido pérdidas en los expresados ejercicios previos, 2005 y 2006, o en el que, en el peor de los casos, sus posibles pérdidas habrían estado muy por debajo de la abultada cifra que arrojaron en 2007: 1.260.000 #. Esta circunstancia habría permitido, sin duda, a BANKINTER, pese a la formal vigencia de la última prórroga del contrato multilínea operada el 19 de octubre de 2008, negarse a financiar a CHPH la adquisición planta de hormigón por la vía indirecta de promover la resolución del propio contrato multilínea.
Resulta inconcuso, pues, que si a BANKINTER le asistía jurídicamente la facultad de rechazar, por vía directa o indirecta, la pretensión de CHPH de obtener financiación para la adquisición de la planta de hormigón mediante la operación de leasing que se suscribió finalmente el 30 de diciembre de 2008, el condicionamiento de dicha financiación al otorgamiento, casi dos años antes de la declaración de concurso, de una garantía suplementaria que, cual la aquí examinada, ni siquiera permitía cubrir la totalidad del riesgo que BANKINTER asumía, no nos permite alcanzar la conclusión de que la pignoración del depósito constituyó un acto gratuito en la medida en que, a cambio de ese sacrificio patrimonial, CHPH obtuvo la financiación que, de otro modo, BANKINTER se encontraba en disposición material de negarle. Tales consideraciones determinan, pues, en su conjunto, el fracaso del recurso de apelación interpuesto ya que, al margen de los argumentos analizados, la Administración Concursal no hizo valer ningún otro alegato que, aun desprovisto de apoyo presuntivo en el Art. 71-2 y 3de la Ley Concursal, tuviera por objeto justificar el carácter perjudicial de la operación.”: SAP Madrid (Sección 28) 29.12.2013 (Sentencia 354/2013; Rollo 495/2012)

1.8 La venta en garantía o fiducia cum creditore es equiparable a una garantía real a los efectos de esta presunción

AP Murcia

“TERCERO Por otro lado y como derivación de todo lo expuesto en el precedente Fundamento de Derecho, entendemos que también concurre el requisito del perjuicio para la masa activa, como consecuencia del acto de referencia realizado por el concursado, objeto de rescisión.
Con respecto a la determinación de tal presupuesto de acto perjudicial, el propioartº. 71 de la Ley Concursal, establece una serie de presunciones. Unas son "iuris et de iure" en aquellos casos de disposición a título gratuito, y otras se califican como presunciones "iuris tantum" en relación con determinados actos de disposición a título oneroso. En general habrá perjuicio para la masa activa siempre que se acredite por la administración concursal que en caso de no haberse realizado el acto objeto de rescisión, la composición de la masa tendría un mayor valor, es decir cuando el acto objeto de impugnación afecte al denominado "interés del concurso".
Entre esos actos de disposición favorecidos por presunción "iuris tantum" se encuentran, conforme alartº. 71.3.2º, los referidos a "la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas". Y es precisamente en estos actos donde se incardina la operación objeto de rescisión llevada a cabo por la concursada y "Sun World Properties" S.L., pues en definitiva el concepto de garantía real que menciona la norma no constituye un "numerus clausus", sino que por el contrario goza de mayor amplitud al comprender junto a los propios derechos reales de garantía, cualquier acto u operación con una finalidad de garantía real, entre las que cabe incluir el contrato fiduciario "cum creditore" o "venta de garantía" (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Junio de 1999 (RJ 1999, 4474) y 26 de Abril de 2001 (RJ 2001, 2037)).
Y es que como con acierto se dice en la sentencia apelada, el perjuicio para la masa activa, deriva tanto del efecto inherente a la garantía real que otorga al acreedor una posición privilegiada en el concurso frente a los demás acreedores con clara alteración de la "par condictio creditorum", como del detrimento económico sufrido por la masa activa derivado del sobreprecio antes comentado, unido asimismo al relativo a la asunción por ACM de las obras y mejoras de los inmuebles. Es decir una clara afectación directa al denominado "interés del concurso".”: SAP Murcia (Sección 4) 23.03.2009 (AC 2009/768; Sentencia 187/2009; Rollo 81/2009)

JM Córdoba

“QUINTO Es más, el hecho de que se entreguen bienes como pago aparente de una deuda, pero al mismo tiempo se arrienden al propio cedente, por un tiempo largo y una renta no demasiado elevada, y se pacte una opción de compra, apromixa mucho el acto jurídico celebrado bajo la apariencia de una dación en pago a un negocio fiduciario («fiducia cum creditore»). Por cuanto parece que lo que se pretende no es tanto la adquisición de unos inmuebles por «Nanta», actividad que no se adecua a su objeto social ni a su ramo de actividad, máxime si no va a poder disponer de ellos durante un largo período de tiempo, como el garantizar su crédito mediante la transferencia formal de la propiedad (titularidad fiduciaria), reteniendo el transmitente la «propiedad material» (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1998 [RJ 1998\ 5413], 26 de julio de 2004 [RJ 2004\ 6633] y 17 de febrero de 2005 [RJ 2005\ 1413]). En cuyo caso, existe unanimidad en doctrina y jurisprudencia al considerar que los negocios fiduciarios que cumplen esta finalidad (los llamados «cum creditore») son equiparables a aquellos negocios que tienen la misma virtualidad que la constitución de una garantía real, dado que su eficacia práctica es la misma: asegurar el pago de un crédito con un bien inmueble. Y siendo así, la operación sometida a revisión por la acción de reintegración no sólo sería rescindible por la vía ya tratada del artículo 71.3.1º, sino también por la del 71.3.2º («La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas»), en el entendimiento de que el concepto de garantía real a que se refiere el precepto no se corresponde con un elenco tasado, ni es equivalente a los supuestos en los que se reconoce la condición de crédito privilegiado (artículo 90), sino que incluye no sólo los derechos reales de garantía, sin también cualesquiera operaciones con una finalidad de garantía real, entre las que evidentemente se encuentran los negocios fiduciarios.
La propia «Nanta, SA» reconoce implícitamente el carácter fiduciario de la operación al calificarla en su contestación a la demanda como «lease-back» (hecho cuarto, parágrafo ii), pues no hay duda que el «lease-back» o leasing de retorno es un negocio fiduciario, en cuanto que instrumento de financiación y garantía que posibilita al empresario obtener liquidez de forma inmediata, mediante el abandono provisional de la propiedad de un inmueble o bien de equipo. Precisamente, la doctrina ha advertido del riesgo de este tipo de operaciones, por cuanto pueden ser instrumentos para eludir la prohibición de pacto comisorio que proclama el artículo 1.859 del Código Civil, pues el «lease-back» es una operación susceptible de encubrir un préstamo con transmisión fiduciaria de la propiedad como garantía, incluso de un crédito anterior concedido por un banco o entidad financiera del mismo grupo que la sociedad arrendadora, con lo que podría utilizarse para frustrar las expectativas de los terceros acreedores y alterar la par conditio creditorum, especialmente en previsión de futuras situaciones concursales -que es lo que ha sucedido en este caso- (estos problemas quedan esbozados, aunque no resueltos, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1995 [RJ 1995\ 2422], y se estudia con más detenimiento la figura del «lease-back» y su carácter fiduciario en las Sentencias del mismo Alto Tribunal de 22 de junio y 17 de julio de 2001 [RJ 2001\ 6860] y 11 de febrero de 2005 [RJ 2005\ 1666]).“: Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)

1.9 Préstamo hipotecario a la concursada, cuyo importe se transfiere a terceros vinculados a ésta, que lo destinan a cancelar deudas propias frente al mismo acreedor

AP Alicante

[Sin poner en duda el perjuicio, no parece que literalmente sea aplicable sin mayores razonamientos el art. 71.3.2, que implícitamente se refiere a deudas preexistentes de la concursada y no de terceros,]

“Constituyen, por tanto, exclusivo objeto de apelación los pronunciamientos atinentes a la declaración de ineficacia de la hipoteca constituida a favor del BBVA el 10 de abril del 2003, sobre una finca propiedad de INMODATIL, SL; al efecto que se anuda a dicha declaración, en orden a la modificación de la calificación del crédito a favor de dicha entidad bancaria y la no imposición de las costas de la primera instancia, que ha sido recurrida por la administración concursal.
SEGUNDO Pocas veces la función revisora de la segunda instancia se ve tan facilitada por la resolución dictada en la primera: en el caso que nos ocupa, el magistrado, tras delimitar con precisión casi quirúrgica lo que constituía realmente el objeto del procedimiento, obviando alegaciones que no debían ser discutidas en su seno, da cumplida y razonada respuesta a lo que, realmente, era el núcleo litigioso.
Incidamos, no obstante, en algunos puntos de interés, para lo cual partiremos de los "hechos relevante" que se tuvieron por probados en la primera instancia (expuestos, de modo harto detallado y exacto en el fundamento cuarto de la resolución recurrida), en tanto no han sido discutidos en modo alguno en el trámite de interposición del recurso de apelación.
Por la administración concursal se ejercitaron sendas acciones de reintegración, de las previstas en el art. 71 LC; acciones que se fundan, como el propio título del capítulo se encarga de remachar, en la existencia de actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro del plazo de dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, aún cuando no existiera intención fraudulenta. Tales actos serán rescindibles, con los efectos civiles propios de la rescisión.
Ciertamente, la constitución de un derecho real de hipoteca puede ser perjudicial para la masa activa. Por ello, el art. 71.3.2º establece la presunción, iuris tantum, de que dicho perjuicio se presume cuando se ha producido la constitución de una garantía real a favor de obligaciones preexistentes, o a favor de obligaciones nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
En este segundo supuesto nos movemos en el caso que nos ocupa.

Efectivamente, el 10 de abril del 2003 se constituyó una hipoteca sobre un inmueble propiedad de INMODATIL, SL, con la finalidad de garantizar el préstamo de 360.000 ? que le era concedido por el BBVA.
El destino que se dio a esa cantidad acredita que la constitución de la hipoteca tenía por finalidad garantizar la devolución de la nueva obligación (devolución de los 360.000 ?, con los intereses correspondientes), en sustitución de obligaciones que ya existían con anterioridad.
De ese modo, el mismo día de abono de la reseñada cantidad en la cuenta de INMODATIL, SL, se produjo una transferencia de 82000 ?, sin causa probada, a favor de SHAROM MODA, SL. Esta cantidad fue destinada por esta sociedad a pagar al propio banco prestamista, BBVA, una deuda que, con anterioridad, mantenía con él, por anticipos de operaciones en moneda extranjera. Ha de destacarse que la propia INMODATIL, SL era avalista solidaria de SHAROM MODA, según la póliza concertada con el BBVA.
El día siguiente, 22 de abril del 2003, se produjo otra transferencia, de 210.000 ?, sin causa probada, de la cuenta de abono del préstamo hipotecario a una cuenta de CALZADOS LA CALAHORRA, SL. Esta cantidad fue destinada por esta sociedad a pagar al propio banco prestamista, BBVA, una deuda que, con anterioridad, mantenía con él. Ha de destacarse que la propia INMODATIL, SL era avalista solidaria de CALZADOS LA CALAHORRA, según la póliza concertada con el BBVA.
Estas dos sociedades, CALZADOS LA CALAHORRA, SL y SHAROM MODA, SL, tal y como se indica en la sentencia apelada, y no ha sido objeto de discusión en esta alzada, mantienen una estrechísima vinculación personal con la concursada INMODATIL, SL, hasta el punto de que el magistrado llega a calificarlas como de "una unidad".
No cabe duda, por tanto, de que la hipoteca se contrajo para garantizar una nueva obligación que sustituía a otras preexistentes, que fueron canceladas mediante su pago. Y con esa hipoteca se vinculaba, desde un punto de vista real, la finca de INMODATIL, SL al pago de la nueva obligación; vinculación que, obviamente, antes no existía.
El perjuicio patrimonial ha existido, sin que sea preciso entrar en mayores disquisiciones, dada la claridad del supuesto de hecho planteado. Cierto es que, en abstracto, y como dice la apelante, la concesión de créditos con garantía hipotecaria forma parte muy importante de la financiación de las sociedades mercantiles, y no necesariamente tiene porqué ser perjudicial para la masa activa la constitución de esos derechos reales de garantía. Pero no menos cierto es que la Ley presume el perjuicio en casos como el que nos encontramos: cuando sobre la sociedad pesaban deudas preexistentes y constituye garantías reales a favor de obligaciones nuevas que se contraen en sustitución de aquéllas.
Este Tribunal, como ya se ha anticipado, se remite al respecto al contenido de la contundente resolución recurrida, que se da por reproducido a fin de evitar inútiles reiteraciones.”: SAP Alicante 30.01.2007 (AC 2007/1091)

1.10 Rescisión sólo parcial de la hipoteca, subsistiendo en cuanto garantía de deuda no preexistente

AP Albacete

“SEGUNDO.-En la escritura de 12 de mayo de 2.010 se incluyen varios negocios jurídicos: un préstamo de 1.807.000 # concedido por CCM, la constitución de una garantía hipotecaria sobre el mismo, la pignoración de parte de su importe (807.000 #) y su aplicación a la cancelación de deudas de la prestataria y de las sociedades codemandadas frente a la prestamista, CCM, hoy Banco CCM.
En la sentencia recurrida no se declara la rescisión parcial de esta segunda hipoteca, sino la de los negocios posteriores, en concreto la amortización de los créditos que Banco CCM tenía frente a "Proadygesa, S.A.", "Desarrollos Energéticos Castellano Manchegos, S.L.", "Air Señor, S.L." y "Viviendas El Lago, S.L." con cargo a una parte del préstamo (807.000 #).
Según la Juez de lo Mercantil, la razón de no rescindir la hipoteca está en la indivisibilidad de la misma según los arts. 1860 del Cc y 122 de la Ley Hipotecaria.
Y como consecuencia de la rescisión que acuerda (que no afecta al préstamo concedido ni a la garantía hipotecaria del mismo) establece la consideración de ordinario del crédito de 807.000 # resultante a favor de Banco CCM. Esto último no se comprende, ya que la consecuencia de la rescisión de los actos de "aplicación" de la parte del importe del préstamo pignorada a la cancelación de las deudas de la concursada y de las codemandadas sería, de un lado, el renacimiento de esas deudas, y de otro la devolución a la concursadas del importe del préstamo, y, subsistiendo la hipoteca, ello implicaría la existencia de un crédito de Banco CCM con privilegio especial frente a la concursada.
TERCERO.-El administrador concursal insiste, con su recurso, en la procedencia de la rescisión parcial (por importe de 807.000 #) de la garantía hipotecaria.
Contemplado el negocio reflejado en la escritura de 12 de mayo de 2.010 en su conjunto, en lo referente a los 807.000 #, es claro que procede su rescisión, pues lo que la Caja de Castilla la Mancha (hoy Banco CCM) consiguió con él fue convertir en deudas garantizadas con hipoteca unas deudas preexistentes de la concursada y de las codemandadas que no gozaban de esa garantía, sin hacer entrega de ningún efectivo a cambio.
Ello encaja en lo previsto en los arts. 71.2 y 71.3,2º de la Ley Concursal.
Hay que analizar, no obstante, si los arts. 1860 del CC y 122 de la Ley Hipotecaria impiden la rescisión parcial de la hipoteca (ya se ha dicho que el otro 1.000.000 de # objeto del préstamo hipotecario fue destinado a pagar la deuda de la concursada frente a un tercero, y que en esa parte no es rescindible

el negocio).
Lo que pretendía la Administración Concursal no era la liberación de alguno de los bienes hipotecados dentro de un grupo de ellos, sino la minoración de la garantía hipotecaria afectante a un bien único. Y ello resulta posible, como establecen la STS de 13 de diciembre de 2.010, Aranzadi RJ 2011\140, la SAP de Valencia (Sección 9ª) de 19 de abril de 2.012, Aranzadi AC 2012\1797, y la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 14 de octubre de 2.010, Aranzadi AC 2010\1786.
Procede, por ello, con estimación del recurso, la rescisión de los negocios jurídicos documentados en la escritura de 12 de mayo de 2010 en cuanto a los 807.000 # repetidamente aludidos: préstamo, constitución de garantía hipotecaria, pignoración y aplicación al pago de deudas de la concursada y de las codemandadas, con todos los efectos a ello inherentes.": SAP Albacete (Sección 1) 30.07.2014 (Sentencia 179/2014; Rollo 67/2014)

AP Palencia

"PRIMERO.-El Juzgado de lo Mercantil de esta ciudad dictó sentencia que acordaba la rescisión y nulidad parcial de dos garantías reales hipotecarias, que recaían cada una de ellas en dos fincas propiedad de la entidad SADECOR; y contra la misma se alza la representación de Banco de Santander, Sociedad Anónima, en recurso del que conferido traslado a la contraparte fue objeto de oposición con el resultado que obra en autos.
Es origen del incidente concursal de que dimana el rollo de sala en que se dicta la presente resolución, la demanda presentada por la Administración Concursal de SADECOR, en la que se pedía la rescisión de la garantía hipotecaria que recaía sobre una finca propiedad de la aludida empresa, y así también la declaración de nulidad parcial de garantía hipotecaria distinta que recaía también sobre finca distinta. En dicha demanda se decía que las garantías hipotecarias se habían acordado y otorgado en la pertinente escritura otorgada para ello en fecha 10 febrero 2010, que la empresa SADECOR fue declarada en concurso en fecha 14 de junio de 2010, y que en consecuencia y por aplicación del artículo 71. 3 de la Ley Concursal, entendía la procedencia de lo solicitado dado el evidente perjuicio patrimonial que los negocios jurídicos en cuestión producían a la masa del concurso. El escrito de demanda decía que las garantías hipotecarias lo eran para garantizar un préstamo que en un 76% de su contenido sustituía a una deuda anterior que la empresa concursada tenía con la ahora recurrente, y por ello solicitaba la rescisión de una de las garantías hipotecarias en su integridad, pero no así de la segunda de la que sólo pedía la nulidad parcial, precisamente porque consideraba que la parte de hipoteca que garantizaba el préstamo en lo que excedía de la antigua obligación, hacía improcedente tal petición.
La sentencia de instancia estimó íntegramente los pedimentos a que nos hemos referido, aplicando el artículo 71.3 de la Ley Concursal, considerando que la obligación garantizada por las dos hipotecas objeto del procedimiento, sustituía parcialmente a otra deuda preexistente.
Banco de Santander no está de acuerdo con lo resuelto y por eso plantea el recurso que ahora se resuelve, en el que después de incidir en que el crédito garantizado mediante las dos garantías hipotecarias aludidas, sustituye a otro que ya había vencido, dice que no tenía como finalidad propiamente sustituir a este último, sino hacer una operación crediticia ventajosa para la empresa, puesto que de un lado hacía desaparecer una deuda preexistente, que al fin y a la postre no era sino una rémora evidente para la marcha de la misma; y que además el préstamo nuevo servía para ayudar a la empresa en la gestión de la misma, ya que el mismo era superior a la obligación crediticia que SADECOR mantenía con la recurrente. (...)
En relación al concepto de perjuicio se hace una correcta consideración en la resolución recurrida, que aquí se asume, y por eso se hace constar que el perjuicio, en un concepto amplio, debe de entenderse concurrente cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales; y en un concepto más restringido, que es aquel que dé lugar a un auténtico sacrificio patrimonial para la masa activa, esto es, cuando el negocio fuera oneroso y la prestación realizada por el deudor no tuviera su justificación en una contraprestación patrimonial equivalente para dicha masa. Sea que asumamos un concepto u otro el perjuicio en el caso concurriría, puesto que no sólo es que las garantías hipotecarias que se cuestionan cuando menos dificulten la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sino que también su asunción ha dado lugar a un auténtico sacrificio patrimonial para la masa, en tanto que nos encontramos ante un negocio oneroso y en la medida en que el nuevo préstamo es concurrente con la obligación a la que viene a sustituir, no encuentra contraprestación en la entidad ahora recurrente, pues se viene a sustituir una deuda por otra, pero atribuyendo a la segunda mayores garantías de cobro, sin contrapartida, y además es evidente que va en perjuicio de otros acreedores concursales.
En todo caso se debe de considerar que la ley presume, con presunción " iuris tantum", la existencia del perjuicio por el mero hecho de la constitución de garantías reales en favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, situación ante la que nos encontramos, y que precisamente por ello es a quien defiende la inexistencia de perjuicio a quien le corresponde la carga de la prueba de que éste no se ha producido, lo que no ha sido el caso. Por más que se quiera nos encontramos ante la sustitución de una deuda por otra dotando a esta segunda de mayores garantías, y el exceso de préstamo que se concede es de evidente escasa significación si atendemos al total de su cuantía. A mayor abundamiento, en relación a la garantía de este exceso de préstamo nada se ha pedido. Por otra parte es indiferente que la deuda primigenia ya estuviese vencida, pues lo cierto es que su cancelación y la concesión de un nuevo préstamo se producen en una secuencia temporal que evidencia la sustitución entre la antigua y la nueva. Todo ello quiere decir

que ninguna de las circunstancias que se consideran justifican la no existencia de perjuicio.”: SAP Palencia (Sección 1) 12.06.2012 (Sentencia 168/2012; Rollo 154/2012)

AP Vizcaya

“PRIMERO.-El 14 de julio de 2.006 la mercantil Umaran Sociedad Cooperativa constituyó hipoteca sobre finca de su propiedad, a favor de Vitro Cristalglass SL, en garantía del importe total de 200.000 euros, de los cuales 163.389,95 euros se adeudaban por suministros de mercancías y representan obligaciones pendientes de pago, y el resto de 36.610,05 euros garantizaban las compraventas de nueva mercancia necesaria para terminar la obra iniciada en Ideco, siendo que la Sociedad Umaran Sociedad Cooperativa SL fue declarada en concurso el 15 de mayo de 2.007.
La Administración Concursal de Umaran Sociedad Cooperativa ejercita la acción rescisoria por perjuicio de la masa activa, a que se refieren los arts. 71 y ss de la Ley Concursal, dictándose sentencia estimatoria en la primera instancia, acordando rescindir, con cancelación registral, la hipoteca constituída con fecha 14 de julio de 2.006, declarando que el crédito que figura en la lista de acreedores de la empresa concursada a favor de la entidad Vitro Cristalglass SL por importe de 200.000 euros tiene la calificación de crédito ordinario.
Contra la misma se ha interpuesto recurso de apelación por la demandada Vitro Cristalglass SL alegando como motivos de impugnación, primero, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia al amparo del art. 218.2 de la LECn y una errónea valoración de la prueba no ajustada a las reglas de la lógica y la razón, segundo, vulneración del art. 71 de la Ley Concursal por ausencia de perjuicio para la masa activa, tercero y subsidiariamente, interesa la rescisión parcial de la hipoteca en el importe correspondiente a las obligaciones preexistentes por importe de 163.389,95 euros, quedando subsistente por el resto del importe de 36.619,05 euros, y, cuarto, en todo caso, peticiona que no se efectúe especial pronunciamiento sobre las costas procesales de la primera instancia ya que el concepto de perjuicio para la masa activa es polémico en la doctrina y la jurisprudencia, distinguiendo entre los seguidores de la concepción tradicional y los que defiende la postura mantenida en este recurso, en cuyos términos ha quedado planteada la presente alzada.
SEGUNDO.-En primer lugar, denuncia la parte apelante que el Magistrado de lo Mercantil incurre en error al considerar acreditado que la hipoteca garantiza una deuda no existente para la obtención de nueva mercancía, por importe de 36.610,05 euros, necesaria para terminar la obra iniciada con las primeras, en relación a los suministros ya realizados por importe de 163.389,95 euros, insistiendo en que los suministros a realizar garantizados eran indispensables para terminar lo iniciado con los primeros suministros.
Tiene razón la parte apelante cuando efectúa dicha precisión fáctica, puesto que de la facturación que se refleja en la escritura de hipoteca, que fue adjuntada con la demanda, en la que se reseña la obra a que van destinados los suministros, ninguna contiene la referencia de Ideko, por lo que los primeros suministros fueron para diferentes obras a la de Ideko. Y, examinando ahora las facturas aportadas con la contestación a la demanda, con posterioridad a la hipoteca se suministró material por importe de 37.259,28 euros para la obra de Ideko.
En segundo término, la parte apelante pone de relieve la equivocación contenida en el Fundamento Segundo de la sentencia cuando se recoge que Umaran tenía para con Vitro Cristalglass SL, al momento de la firma de la hipoteca, una deuda de algo más de 136.000 euros, y lo que hace es constituir una hipoteca para garantizar el pago y conseguir unos suministros posteriores por importe de 36.000 euros también garantizados hipotecariamente.
Efectivamente de la propia lectura de la escritura de hipoteca se constata que la deuda existente a la fecha de la hipoteca era de 246.001,05 euros de deuda vencida y de 163.389,95 euros de deuda pendiente de vencimiento, y que existían pedidos para diferentes obras por importe de 215.000 euros, por lo que se garantizó con la hipoteca la deuda pendiente de pago y una parte ínfima de los previstos suministros futuros que se dicen apalabrados. Ahora bien parece que omite la parte apelante que en el informe de la Administración Concursal de Umaran S. Cooperativa consta que con fecha 3 de julio de 2.006 se había suscrito la cesión de crédito que vencía el 28 de agosto de 2.006 de Goiti SCL en pago de deuda por importe de 246.001,05 euros, por lo que la hipoteca garantizaba todas las deudas preexistentes que no se incluían en la cesión y las que podía generarse por la nueva mercancía pendiente de suministrar.
Por último, la recurrente niega la afirmación contenida en el Fundamento de Derecho Segundo, párrafo tercero, de que conocía, a la firma de la hipoteca, la situación de dificultad económica con previsión de insolvencia por parte de la futura concursada.
Comprobando las alegaciones de las partes y el material probatorio desplegado, no existe prueba acreditativa de que Umaran tenía intención de presentar concurso a la fecha de firmar la hipoteca ni que hiciera partícipe a Vitro Cristalglass SL de dichas intenciones. Tampoco cabe inferir dicha conclusión por prueba de presunción atendiendo a la mera alegación de la cesión del crédito en pago de deuda, lo que es frecuente en el tráfico mercantil, ni a la constitución de hipoteca en garantía de la deuda a generar por pedidos de material; ya que, por otro lado, debemos tener en cuenta el plazo de un año que casi media entre la constitución de la hipoteca y la declaración del concurso de acreedores, que la hipoteca implicaba continuar las relaciones comerciales de suministro de mercancía, pese a la deuda pendiente, y que la constituída era la segunda hipoteca con una primera a favor del Banco Vasconia por importe de 500.000 euros.
Ahora bien, como dice la parte apelada, ninguna de estas correcciones y puntualizaciones han tenido transcendencia para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas, y que se vuelven a

reproducir en esta alzada, en torno al concepto de "acto perjudicial para la masa activa" y a la apreciación de la rescisión parcial de la hipoteca constituída.
TERCERO.-Como segundo motivo de apelación se alega infracción del art. 71 de la Ley Concursal en relación con el art. 3.2 del Código Civil, porque falta la existencia de perjuicio para la masa activa. Expone que del art. 71.1 de la LECO hay que desterrar la concepción tradicional de considerar actos rescindibles los que suponen un reforzamiento del crédito frente a otros acreedores, colocándose en situación de ventaja con quiebra de la "par conditio creditorium", cuando dichos actos desde el punto de vista económico resultan indiferentes o incluso beneficiosos para el patrimonio del perjudicado, con cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2.009, siendo que el representante de Umaran D. Pedro Enrique declaró que la hipoteca concertada fue beneficiosa pues permitió en aquel momento continuar la relación comercial y obtener suministro de vidrio para continuar con las obras en marcha (suministro de vidrio por importe de 37.259,28 euros para la obra de Ideko, que permitieron terminar la obra y emitir certificado por importe de 173.882,12 euros), así como que esta hipoteca no recortó la posibilidad de obtener financiación con cargo a dicho inmueble, porque sobre el mismo pesaba una primera hipoteca a favor del Banco Vasconia por importe de 500.000 euros. La parte apelante afirma que la hipoteca no ocasionó perjuicio económico alguno al patrimonio de Umaran, resultando, en contra, altamente beneficiosa, por lo que rechaza las argumentaciones contenidas en la sentencia recurrida para afirmar la existencia de perjuicio para la masa activa.
El nuevo ordenamiento concursal ha optado por un sistema de ineficacia funcional a la hora de configurar la reintegración de la masa activa, que ahora se logra mediante la categoría de la rescisión, sustituyendo el criterio técnico del acto fraudulento por el de acto perjudicial para la masa activa, referido en todo caso a un negocio válido y eficaz. De este modo, el art. 71.1 LC establece que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta", estableciendo a continuación una serie de supuestos en que el perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario, y seguidamente otros en los que la presunción de perjuicio admite prueba en contrario.
El presupuesto objetivo es, por tanto, la existencia de un acto perjudicial para la masa activa, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, momento éste en el que, ex post, se determinará si el acto en cuestión ha supuesto una disminución o quebranto del patrimonio del deudor que, una vez declarado el concurso, integra dicha masa activa, y que sirve de garantía para el cobro de los créditos concursales en el seno del procedimiento.
La norma, sin embargo, admite una noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro. En este sentido el perjuicio es presumido por la Ley en el apartado 2 (con carácter iuris et de iure) y en el apartado 3 (aquí iuris tantum) del art. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso
o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes (además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado).
Por lo tanto, se confirma la sentencia recurrida en cuanto acuerda la rescisión de la constitución de la hipoteca en garantía de una deuda preexistente de la concursada, puesto que constituye un acto que debe presumirse perjudicial para la masa activa, contemplado en el art. 71.3.2ª de LECO, generado de forma indirecta por quebrantamiento del principio de la paridad de trato, o "El mero hecho de conceder una garantia real, en este caso una hipoteca, para garantiza una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado pues además de la merma de valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la par condicio creditorum, al conceder a un acreedor el derecho a satisfacerse su crédito con lo obtenido de la realización del bien grabado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores"
Ahora bien, se revoca la sentencia de instancia en cuanto que no se ha demostrado que la constitución de la hipoteca para garantizar los pedidos de material pendientes de entrega hubiera sido perjudicial en los términos del art. 71.4 de la LECO, puesto que estaba justificado el sacrificio patrimonial que comporta la concesión de la garantía real por el hecho de que la Sociedad Umaran tenía que abastecerse de vidrio para poder terminar las obras pendientes de entrega final, que estaba obstaculizado por la deuda contraída con la proveedora, para así poder continuar su actividad empresarial y asumir las obligaciones contraídas sin consecuencias jurídicas adversas.
CUARTO.-En base a lo expuesto, se estima la petición subsidiara de la parte apelante sobre la aplicación de la rescisión parcial, al considera que la rescisión por la presunción de la existencia de perjuicio para la masa activa del art. 73.3.2º de la LECn únicamente afecta al importe de 163.389,95 euros, con la consecuencia de declarar que el crédito garantizado con dicha hipoteca hasta el importe referido tiene la calificación de crédito ordinario, por lo que debe quedar subsistente el importe de 36.619,05 euros de la hipoteca y su calificación como crédito con privilegio especial, en aplicación del art. 71.1 de la LECO al ser un acto que no resulta perjudicial para la masa activa y por el art. 71.4 del

mismo Texto, que exige prueba cumplida el perjuicio por parte de quien ejercite la acción rescisoria, prueba que no se ha cumplimentado.
Como hemos recogido en la Sentencia 12 de junio de 2.008 dictada por esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia : "Por todo ello, esta Sala considera procedente acordar la rescisión parcial de la garantía, dentro de los límites establecidos en el artículo 456.1 LEC para el recurso de apelación, aunque, como denuncia el apelado, el recurrente sólo haya formulado, con carácter subsidiario, esta petición en apelación, y no en la instancia. Esta posibilidad, la de la rescisión parcial, ha sido reconocida, en abstracto, por la doctrina y jurisprudencia del TS para la acción de rescisión por fraude de acreedores regulada en el párrafo 1º del artículo 1297 CC, aplicable por analogía al caso que nos ocupa, al señalar que la rescisión no puede ir más allá de donde llega el perjuicio efectivamente causado, por lo que cabe la rescisión parcial, siempre que, atendiendo a las circunstancias concretas, aquélla sea posible, tal y declara, entre las más recientes, la STS de 21 de noviembre de 2006, rec. 116/2000 y otras, de fecha más antigua, que allí se citan; y para la acción rescisoria concursal, la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 1 de febrero de 200, rec. 524/2006. Cierto es que algunas sentencias del TS se han pronunciado en el sentido de que no cabe rescisión parcial de la hipoteca, cuyo razonamiento sería extensible a la prenda, cuando la garantía recae sobre un determinado bien, como declara la sentencia anteriormente citada de 21 de noviembre de 2006, o incluso cuando se constituyen varias hipotecas sobre distintas fincas cuando los contratos tuvieran, como un todo, finalidad única, como señala la STS de 10 de diciembre de 2002, rec. 1339/1997. Ahora bien, la doctrina de las sentencias citadas no es de aplicación al caso que nos ocupa, ya que se refieren a supuestos en los que las hipotecas cuya rescisión parcial se pretende son, en su totalidad, perjudiciales para los acreedores, por haberse constituido "ex novo" en favor de obligaciones preexistentes, lo que constituye la "ratio decidendi" de estas sentencias, al considerar que la rescisión afecta, como un todo a la garantía; mientras que en el supuesto aquí enjuiciado, la constitución de la prenda, no es, por su total importe, un acto perjudicial para la masa de acreedores". “:SAP Vizcaya (Sección 4) 14.10.2010 (Sentencia 776/2010; Rollo 117/2010)

1.11 Aplicabilidad al caso de asunción de deuda ajena preexistente y constitución de hipoteca por el concursado

AP Barcelona

“III. Entrando por tanto en la cuestión de fondo, y abordando en primer lugar la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca de julio de 2004, compartimos los argumentos de la sentencia recurrida. La primera cuestión que aflora al examinar el negocio jurídico realizado es determinar si realmente existe la deuda que Memorial decía tener con su socia Mirtra 2005, sobre todo porque meses más tarde se vuelve a hacer una cesión de nuevas deudas de la primera con la segunda, esta vez por un importe superior a los 930.000 euros. El Sr. D. J.M.S. asu-mió voluntariamente la deuda reseñada de julio y, ya en octubre y como adminis-trador y socio único, con su esposa, de Memorial, reconoció y pagó la segunda. Sin embargo, y como bien señala el magistrado *a quo*, la asunción voluntaria por el deu-dor concursado de una deuda que le era ajena es un hecho objetivamente perjudi-cial para la masa activa y apara el resto de sus acreedores, que ha sido demostrado por quien ejercitaba la acción rescisoria, según el art. 71.4 LC.
A ello cabe añadir que esta asunción de deuda fue acompañada por la constitu-ción de una hipoteca, para el pago de la misma, que gravó una finca propiedad de los concursados, por lo que es incardinable en el art. 71 LC, que después de indicar que, en efecto, declarado el concurso *“serán rescindibles los actos perjudicialespara la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a lafecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”*, espe-cifica en su tercer apartado que *“(s)alvo prueba en contrario, el perjuicio patrimo-nial se presume cuando se trate de los siguientes actos: (…) 2º La constitución degarantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídasen sustitución de aquéllas.”* En contra de lo que mantiene el recurso, para el cual la deuda era anterior al 22 de julio de 2004 pero no era del Sr. D. J.M.S., sino de Memorial, por lo que para el concursado la obligación que se garantizaba no era preexistente, sino que se generaba en ese mismo momento, no es un requisito sus-tancial de esta presunción *iuris tantum* que las obligaciones preexistentes sean las anteriores originarias del concursado, pues no se aprecia razón por la que una obli-gación que preexistía, esto es, se había generado con anterioridad, y que el concur-sado adquiere derivativamente para, a continuación, gravar su patrimonio con una garantía real que asegure su pago, deba ser excluida de la presunción de perjuicio que establece la norma.
Que esta asunción de deuda ajena y posterior constitución de garantía real sobre el patrimonio del concursado es presuntivamente perjudicial para la masa no admite demasiadas dudas, partiendo de un concepto amplio de perjuicio, sancionado juris-prudencial y doctrinalmente, que escapa a una lectura restrictiva que ciña el con-cepto a la reducción del patrimonio del concursado, para acoger también aquellos casos en los que el acto impugnado impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva del resto de los acreedores, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro. Habiendo acreditado la demandante que el negocio jurídico celebrado se incardina en este precepto (sin perjuicio, como hemos dicho, de que la asunción de una deuda ajena antes del concurso puede ser esgrimida igualmente como perjuicio por el art. 71.4 LC) y que está comprendido en los límites temporales del art. 71.1 LC, correspondía a los demandados acreditar que no existió perjuicio para la masa, lo que éstos han quedado lejos de hacer. El recurso, pues, debe decaer en este punto.”: SAP

Barcelona (Sección 15) 11.06.2007 (Rollo 320/2006)

1.12 Inaplicabilidad: crédito para la financiar la compra de acciones, con obligación de pignorarlas

AP Valencia

“PRIMERO.- El Juzgado Mercantil 2 de Valencia dictó sentencia con fecha 4/10/12, aclarada por auto ulterior, que acordaba estimar la demanda incidental promovida por los administradores concursales de OCIOLAND SL, contra BANCO BANIF SA, declarando la rescisión de la garantía sobre las acciones de Telefónica constituida por OCIOLAND a favor de BANIF en contrato de prenda suscrito entre la concursada y la entidad bancaria el 7 de mayo de 2010, en documento notarial, y en consecuencia, que se restablezca la situación al momento anterior, quedando liberados los bienes pignorados en aquel, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración, y reconociendo a la entidad BANIF SA un crédito de 938.390'59 Euros, calificándose como ordinario, sin expresa condena en costas.
Frente a dicha resolución recurrió la entidad BANIF SA, que alegó los motivos de recurso que seguidamente, en forma sintética, pasamos a exponer:
La financiación y las garantías nacieron simultáneamente, no se trató de constitución de garantía sobre deuda preexistente ni de una nueva en garantía de aquella. Se suscribieron en el mismo acto tanto la póliza de crédito como el pacto de "contrahendo". Se puso a disposición de la deudora el dinerario con el que fueron adquiridos los valores, la concesión del crédito pendía del cumplimiento del pacto, consistente en la compra de aquellos y su pignoración, pretendiéndose ahora convertir al banco demandado en fiador solidario "de facto". La documental no ha sido correctamente valorada, deduciéndose de la misma que la obligación no nace de una dualidad contractual, sino como garantía, o cláusula más, del único contrato. Invoca al efecto sentencia de esta Sala de 10-4-12, y concluye en definitiva, con cita asimismo de sentencia del TS de 17.12.08 que si no se hubiese concedido a OCIOLAND SL el crédito, no habría adquirido las acciones pignoradas, por lo que ambas actuaciones son simultáneas y dependientes entre sí. (...)
TERCERO.- Discrepa la Sala, en tal aspecto, de la argumentación de la sentencia recurrida, que viene a acoger la tesis de la administración concursal.
Nos hallamos, en el presente supuesto, ante un contrato de crédito nacido y suscrito el 16 de Marzo de 2010, con la modificación, en documento público de la misma fecha, de las condiciones de contratación en cuanto, ya en ese momento, se preveía, sin concretarla, la constitución de una garantía prendaria, sobre determinados elementos patrimoniales que, en cuanto aquí es objeto de litigio -las acciones de TELEFONICAse concretaría, también en instrumento público, el 7 de Mayo siguiente.
Teniendo en cuenta que el concurso se declaró el 16 de Junio de 2011 y que sobre tales fechas, que resultan también documentalmente acreditadas, no hay discusión, tratándose de hechos admitidos por ambas partes, resulta obvio, desde el punto de vista temporal, que los actos anteriormente aludidos entran en el período de retroacción del artículo 71 LC.
Ahora bien, lo que consideramos no acreditado es el acto perjudicial para la masa, por las siguientes razones:
-Contrariamente a lo que se afirma por la administración concursal y se acoge en la sentencia, no se ha constituido una garantía posterior para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la póliza de crédito, sino que el crédito, precisamente en la misma fecha en que se suscribió la póliza, se hizo depender de la constitución de un derecho real de prenda, sin concreción en ese momento, que después -el 7/5/10- se concretó en determinadas acciones de Telefonica que son objeto de litigio.
-No se privilegia, en forma determinada a un acreedor perjudicando al resto de la masa pasiva. Las acciones se adquieren con cargo, precisamente, al crédito de la demandada, y sirven para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.
-La administración concursal ha admitido la calificación como crédito con privilegio especial de la demandada, sin discusión sobre la prenda constituida.
-La póliza suscrita es de crédito, por lo que, no habiendo finalizado -al tiempo de constituir la prendael período contractualmente convenido, y no constando su incumplimiento, no existía deuda en sentido propio, sino que el contrato -cfr. Movimientos obrantes folio 99 de las actuaciones- se hallaba en período de cumplimiento ordinario.
En tal sentido, traemos a colación lo resuelto en la sentencia, citada supra, de esta Sala de 10/4/12, en que, entre otros extremos se argumentaba lo que sigue:
"La cuestión relativa a la existencia o no del privilegio se suscita en el ámbito del concurso de acreedores, y al respecto no cabe olvidar que la Ley Concursal es Ley especial cuya aplicación prevalece sobre la norma general, de manera que el artículo 90.1.6 en su redacción vigente al tiempo de promoverse la cuestión no exigía para el reconocimiento del privilegio que la prenda sobre créditos (sin distinción entre ordinario
o sin desplazamiento) estuviese inscrita en Registro alguno, siendo suficiente para gozar del privilegio su constancia en documento con fecha fehaciente; lo que se cumple en el supuesto enjuiciado.
Sin perjuicio de la problemática que ha supuesto la interpretación del artículo 54.3 de la LHMyPSD a los distintos operadores jurídicos y las entidades bancarias en orden al carácter o no constitutivo del requisito del registro de las prendas sobre créditos futuros y su calificación como prenda sin desplazamiento, lo cierto es que a los efectos del concurso de acreedores el legislador ha seguido

manteniendo la especialidad para reconocer el privilegio a la prenda sobre créditos futuros con la mera constancia en documento fehaciente. Ello se concluye de la actual redacción del precepto, pues si la prenda sobre créditos futuros se constituye antes de la declaración del concurso no requiere para surtir el efecto de su reconocimiento como privilegio especial el de la inscripción en el Registro, sino que sólo se exige esta inscripción para el supuesto en que el nacimiento del crédito garantizado sea posterior a la declaración del concurso, lo que constituye una excepción a la regla general y refuerza la tesis sostenida por esta sección en orden a que la falta de inscripción en el Registro de Bienes Muebles - per se - no priva de eficacia a la garantía objeto de controversia pues no tiene carácter constitutivo sino de mera noticia o publicidad.

No obstante, la norma aplicable al caso que se somete a nuestra consideración no es la resultante de la Ley 38/2011 -criticada por su confusa redacción -, de manera que en la redacción vigente al tiempo de suscitarse la controversia no se exigía el requisito de la inscripción en ningún caso, esto es, con referencia al momento del nacimiento del crédito garantizado - ex ante o ex post al concurso -. Y puesto que el precepto no hacía referencia alguna al momento del nacimiento del crédito, no cabe establecer ahora la distinción, pues donde la norma no distingue no puede distinguir el intérprete.

Dice laSentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007que "La cuestión de si los créditos pueden ser objeto de prenda ha sido estudiada y resuelta por la jurisprudencia de esta Sala en un sentido positivo. [...]. Ha de resaltarse, además, que esta jurisprudencia ha encontrado su respaldo en la Ley Concursal de 9 de julio de 2.003, que reconoce la aptitud de los créditos para ser objeto de derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial del acreedor pignoraticio sobre ellos (art. 91.1.6º) [...]"...El art. 1.861 CC dice que la hipoteca o la prenda pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria. El crédito futuro puede ser considerado jurídicamente como sometido a la condición suspensiva de que llegue a existir, y la garantía quedará entonces condicionada de la misma forma. Además, si la ley admite la hipoteca en garantía de créditos futuros (art. 142 Ley Hipotecaria) y la fianza por deudas futuras (art. 1.825 CC), no hay obstáculo que impida la constitución de una prenda en garantía de tales obligaciones".

La prenda es accesoria a la obligación principal (Art. 1857.1 del C. Civil) de manera que cuando nace el crédito a favor del pignorante, los efectos se retrotraen a la fecha de su constitución, a tenor del contenido del artículo 142 de la Ley Hipotecaria en relación con la regulación de la condición suspensiva del artículo 1120 del C. Civil, de aplicación analógica (la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 afirma, como se ha indicado anteriormente, que el crédito futuro puede ser considerado jurídicamente como sometido a la condición suspensiva de que llegue a existir). En relación a este precepto, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 12 de marzo de 1993 y 18 de julio de 2005 declara que "si la condición es suspensiva, una vez cumplida, los efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de su constitución (art. 1120), pues desde la perfección son queridos y el cumplimiento de la condición confirma el derecho que existía en estado latente o expectante desde la celebración del contrato, lo cual implica que la consolidación de los efectos se produce en quien era titular, al momento de la perfección del contrato sometido a condición suspensiva."; y todo ello sin perjuicio de los efectos de la aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria en relación con la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor añadido, tras la reforma del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal.

Consecuencia de lo que precede, será la estimación, en tal aspecto del recurso planteado. El crédito se constituyó en el momento acreditado, sujeto a la modificación de su garantía ulterior, en la misma fecha. De modo que, no constando incumplido al tiempo de la concreción de la garantía prendaria, ni vencido anticipadamente, no se produce la alteración, por esta vía, de la condición de aquel crédito, que se afirma, por pasar a ser privilegiado uno que no lo era, pues, como se ha dicho, ya se concedió con esa condición, no había crédito o relación precedente con la recurrente, y no había sido liquidado, propiamente, sino que se hallaba en curso de cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo.

Procede, por lo expuesto, considerar que no se ha cumplido tal presupuesto, y, en consecuencia, desestimar la demanda, manteniendo la calificación anterior del crédito reconocida y recogida anteriormente en los textos definitivos por la administración concursal. Se estima el recurso y se revoca la sentencia dictada en primera instancia. “:SAP Valencia (Sección 9) 08.05.2013 (Sentencia 146/2013; Rollo 104/2013)

1.13 Prenda paraguas

AP Valencia

“PRIMERO.- El Juzgado de Mercantil 3 de Valencia dictó sentencia con fecha 26 de Octubre de 2012 que estimaba íntegramente la demanda incidental promovida por la mercantil BM3 OBRAS Y SERVICIOS SAU, en ejercicio de la acción de rescisión, contra BANCO POPULAR SA, declaraba la rescisión/ineficacia de la prenda contenida en la póliza de pignoración de valores en garantía de operaciones de fecha 2.2.11 suscrita por las codemandadas y que como consecuencia de la declaración expuesta se condene a Banco Popular a reintegrar a la masa de la entidad concursada BM3 obras y servicios SA, participaciones titularidad de la concursada en el Fondo EV GARANTIZADO CESTA SELECCIÓN, que fueron pignoradas a la firma de la póliza de pignoración de participaciones en garantía de operaciones referida al cuerpo del presente escrito, y en el supuesto de que la entidad demandada no pudiese reintegrar la totalidad o parte de las anteriores participaciones por haberlas realizado se le condene a entregar a la concursada el valor que tenían dichos bienes al tiempo de su realización, más el interés legal correspondiente, determinando que el crédito de la

codemandada Banco Popular SA se califique como ordinario.
Interpone recurso de apelación la entidad bancaria que mantiene, contrariamente a la tesis planteada por la demandante y aceptada por el Juzgado -es decir, que únicamente garantiza las obligaciones derivadas del aval 504-127 ante las mercantiles TALEDORENO SL y CANTOJUN SL formalizado el 2-2-11 por importe de 308.943'52 Euros-, que dicha prenda garantiza además del referido aval, y tal y como expresa textualmente la póliza, cualesquiera otras operaciones de crédito, préstamo, descuentos comerciales y cualquiera otra de carácter mercantil y/o financiero y naturaleza similar que pudieran contraerse en el futuro por BM3 OBRAS Y SERVICIOS SL, de tal modo que cuando se produzca un supuesto incumplimiento de las obligaciones garantizadas con la prenda, el banco puede -como así hizo- proceder a la ejecución de la prenda y aplicar el importe obtenido al cobro de dichos incumplimientos, de acuerdo con lo expresamente pactado en el clausulado de la póliza, que igualmente se reproduce literalmente. La administración concursal considera que de tal modo operaciones realizadas por la concursada, sobre las que inicialmente no existía garantía real alguna, las dota de dicho privilegio hasta el límite de valoración de las participaciones pignoradas, lo que es perjudicial para el concurso, y atentaría contra la par condictio creditorum, en beneficio de quien ostentando un crédito concursal ordinario ha visto convertido este en un crédito con garantía real, lo que implica un beneficio de la entidad bancaria frente al resto de acreedores. Sin embargo, alega la parte demandada y recurrente que la operación entra en el ámbito del artículo 71,5 LC. La actora no acredita el perjuicio para la masa activa, porque no existe el mismo, ni que se haya realizado en fraude de acreedores, siendo la constitución de dicha prenda un acto ordinario y normal de la actividad del concursado, razonable, necesario y justificado en el momento en que se produjo, para recabar el apoyo financiero de una de sus entidades bancarias de referencia y poder continuar con su actividad. Se destinó a la obtención de recursos y se concedió, con ello crédito a la concursada para continuación de su actividad, lo que resulta probado por la prueba documental aportada por dicha parte, que no ha sido valorada, aduciendo la sentencia una inexistencia de prueba que realmente, no concurre. Solicitó la estimación del recurso, y, en consecuencia, la desestimación de la demanda formulada, con imposición de costas a la parte demandante. (...)
TERCERO.- Entrando propiamente en la cuestión central sometida a nuestra consideración, esta Sala ACEPTA y comparte la argumentación jurídica de la sentencia recurrida, en que, seguidamente, se incidirá, valorando los motivos del recurso planteados, si bien cabe puntualizar que la sentencia de primera instancia está plenamente fundamentada y nada se argumenta que desvirtúe sus razonamientos, por lo que bastaría para su confirmación la mera reproducción de aquellos, por cuanto es conocida y reiterada la doctrina jurisprudencial que afirma que si una resolución se halla suficientemente fundamentada es admisible la motivación por remisión, siempre que con ello no se conculque el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que ello comporte, indudablemente, la exigencia de determinada extensión en la resolución ni una respuesta pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes (SSTC 174/87, 184/88, 146/90, 27/92, 11/95, 115/96 y 116/98). Por su parte el Tribunal Supremo, como recuerda, entre otras la Sentencia de 16 de Diciembre 2010 (ROJ: STS 6694/2010) también admite la motivación por remisión e incluso que determinadas pretensiones puedan considerarse implícitamente rechazadas a la vista del conjunto de los fundamentos de la sentencia de que se trate (p. ej. STS 16-3-10 en rec. 2044/05), anula no obstante aquellas sentencias de apelación que no permitan conocer las razones de la decisión del tribunal sobre la cuestión nuclear del pleito (así, SSTS 29-4-05 en rec. 4535/98, 14-3-05 en rec. 3938/98 o 27-10-04 en rec. 2851/98).
No podemos compartir la tesis de la recurrente, que en síntesis afirma que la prenda garantiza además del referido aval, y tal y como expresa textualmente la póliza, cualesquiera otras operaciones de crédito, préstamo, descuentos comerciales y cualquiera otra de carácter mercantil y/o financiero y naturaleza similar que pudieran contraerse en el futuro por BM3 OBRAS Y SERVICIOS SL, de tal modo que cuando se produjera un supuesto incumplimiento de las obligaciones garantizadas con la prenda, el banco puede -como así hizoproceder a la ejecución de la prenda y aplicar el importe obtenido al cobro de dichos incumplimientos, de acuerdo con lo expresamente pactado en el clausulado de la póliza, que igualmente se reproduce literalmente.
La póliza es, efectivamente, anterior a las operaciones controvertidas -descuento de diversos efectosy estas operaciones, sin duda, aportaron, en su momento liquidez a la entidad hoy concursada, pero consideramos, al igual que el Juzgador "a quo", que si bien podría teóricamente considerarse que las mismas pudieran incluirse en las operaciones referidas como sometidas a aval correspondiente, ello hubiera precisado tanto de la solicitud como de la aprobación expresa de tal garantía, lo que recoge el clausulado y que, en modo alguno, puede entenderse cumplido con la mera constancia de los hechos, pues una cosa es la concurrencia de un "incumplimiento" y otra cosa distinta que "cualquier" incumplimiento tenga cabida, como obligación garantizada por la prenda, máxime porque la que efectivamente sí lo estaba (el aval) quedaba perfectamente determinado, identificado y de forma destacada en la póliza, y, obviamente, cualquier operación ulterior debía haberse reseñado en la misma forma. Esto, precisamente, no resulta acreditado respecto de las operaciones controvertidas, lo que implica que la conclusión obtenida sea correcta y la Sala no aprecie elemento probatorio alguno no tomado en consideración o valorado erróneamente que lleve a otra conclusión distinta.
En cuanto a la falta de acreditación del perjuicio a la masa activa, entendemos que resulta evidente, como también la posible alteración de la pars condictio creditorum, pues, de este modo, podrían verse vulnerados derechos preferentes respecto de la operación a que la entidad bancaria aplicó la garantía prendaria, lo que sustrae, a su vez, un determinado importe de la masa activa del concurso; ello exige, por tanto, especial cautela en cuanto a la aplicación de privilegios específicos y garantías concretas

respecto de determinados débitos, lo que, igualmente, nos lleva a ratificar la sentencia recurrida, desestimando el recurso interpuesto en su totalidad": SAP Valencia (Sección 9) 09.07.2013 (Sentencia 198/2013; Rollo 157/2013)

1.14 Inaplicabilidad: pagarés que sucesivamente sustituyen, según van venciendo, a los inicialmente pignorados, a tenor de lo pactado

AP La Coruña

"TERCERO.-Para la resolución de las demás cuestiones objeto del recurso son relevantes los hechos que a continuación se resumen y que resultan de la documentación aportada a los autos: (...)
2.- Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la acreditada, además de la garantía personal prestada por los fiadores y como superpuesta a esa y a cualesquiera otras, mediante anexo a la póliza de crédito de la misma fecha inicial (14 de noviembre de 2007) IRPR constituyó garantía prendaria sobre pagarés emitidos por BANCO PASTOR S.A. inscritos en los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en fecha 5 de diciembre de 2006, representados por anotaciones en cuenta, que según la certificación emitida por la Central de Valores del Banco son activos financieros (63.000 títulos) por importe nominal de sesenta y tres millones de euros (63.000.000,00 #) de la titularidad de IRPR, con vencimiento para el 14 de febrero de 2008. La garante autorizó al banco para sustituir por otros los pagarés que fueran venciendo durante el periodo de vigencia de la póliza y mientras subsista la obligación garantizada, consintiendo también su pignoración en los mismos términos que la de los títulos inicialmente afectos. Esa sustitución y renovación tuvo lugar en la forma prevista en fechas 14 de febrero de 2008, 15 de mayo de 2008, 1 de septiembre de 2008, 5 de diciembre de 2008 y 17 de marzo de 2009 (en esta última, el vencimiento de los activos pignorados se estableció para el 13 de noviembre de 2009). (...)
CUARTO.-Valoración jurídica de los hechos probados desde la perspectiva de la acción de reintegración concursal. (...)
4.- En cuanto a las sucesivas renovaciones de los activos financieros pignorados, de las que sólo las tres últimas se sitúan dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, no son más que actos de conservación de la garantía pignoraticia en los términos inicialmente convenidos, coetáneos al periodo durante el cual el contrato de cuenta de crédito estuvo vigente y la acreditada pudo disponer de los fondos. Se trata, además, de actos debidos para el garante acreditado, realizados en cumplimiento de la previsión de la estipulación II del Anexo a la póliza de 14 de noviembre de 2007, a tenor de la cual "llegada la amortización de los pagarés pignorados, caso de que subsistiese la obligación principal garantizada, el dueño de la prenda faculta al Banco, expresa e irrevocablemente para que pueda sustituir dichos pagarés pignorados por otros de idéntico importe y similares características, tantas veces como fuera preciso hasta la total cancelación de las obligaciones garantizadas, quedando dichos pagarés igualmente afectos con carácter pignoraticio en garantía de la póliza de crédito".: SAP La Coruña (Sección 4) 20.05.2015 (Sentencia 169/2015; Rollo 409/2013)

1.15 Inaplicabilidad: nueva garantía simultánea a la modificación de la obligación en términos beneficiosos para el deudor

AP Barcelona

"CUARTO.-El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, "serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, "cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). En concreto y por lo que se refiere al supuesto enjuiciado, el apartado segundo del artículo 71.3º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial en "la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas". En los demás casos, esto es, de no concurrir alguna de las circunstancias reseñadas, el perjuicio debe ser probado (artículo 71.4º).
En cuanto al concepto de perjuicio, en nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 (RJ 1485/2009) señalamos que se trata un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una disminución injustificada de su patrimonio, o un sacrificio patrimonial injustificado, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial (perjuicio directo, particular o estricto). Asimismo tiene acogida en el precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de la par condicio creditorum.
QUINTO.-Aplicada la anterior doctrina al presente caso, no podemos compartir los argumentos de la sentencia apelada. En primer lugar, la actora no prueba, en absoluto, los hechos que sustentan su reclamación. BANKIA alegó, como primer motivo de oposición, que desconocía el tema del IVA y que

se limitó a cargar en la cuenta de la concursada las cuotas del préstamo hipotecario. Esa misma respuesta dio a la administración concursal cuando fue requerida al efecto (hecho segundo de la demanda).
No podemos tener por acreditado, por tanto, que BANKIA percibiera las rentas del arrendatario con exclusión de otros acreedores. La administración concursal se limitó a aportar con la demanda la póliza (documento uno) y el requerimiento que practicó a la demandada reclamándole 17.658,60 euros en concepto de IVA (documento dos). Frente a ello, BANKIA aportó el extracto de la cuenta en donde, efectivamente, se han cargado las cuotas del préstamo -junto con otros muchos movimientos- (documento tres). Hubiera bastado con el testimonio del arrendatario (MANUFACTURAS LOEWE) para constatar si, como sostiene la administración concursal, la garantía se realizó, haciendo valer BANKIA su privilegio. Como afirma la recurrente no consta que BANKIA ejecutara la prenda (la demandada lo niega). Y tampoco podemos distinguir de los documentos que obran en el incidente qué cantidad corresponde al IVA y cuánto importan las rentas.
SEXTO.-Pero es más, tampoco se acredita, de ningún modo, el perjuicio para la masa activa del concurso. En la demanda la administración concursal se expresa en términos muy vagos y confusos -se han reproducido en el fundamento primero de esta sentencia-, deduciendo el perjuicio del mero hecho de constituir la prenda, de extenderla al IVA, de la preferencia en el cobro frente a otros acreedores y de la incidencia de la garantía en la buena marcha del negocio (hecho quinto). Sólo muy de pasada la demanda alude a la "constitución de un derecho de prenda sobre derechos de cobro en garantía de crédito preexistente". Ni tan siquiera menciona la presunción del artículo 71.3º de la Ley Concursal. Hasta tal punto pasa desapercibida esa alusión, que la sentencia de instancia no la tiene en cuenta.
En cualquier caso, entendemos que no concurre la presunción del artículo 71.3º, apartado segundo, de la Ley Concursal, y que la administración concursal debería haber acreditado el perjuicio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 71.4º, lo que no ha hecho. En efecto, en la demanda se omiten hechos muy relevantes que no se pueden soslayar para conocer el verdadero alcance de la operación. Son los siguientes (constan acreditados documentalmente y la apelada no los niega en su escrito de oposición).
1º) El mismo día 18 de noviembre de 2011 (fecha de la póliza de pignoración de rentas) las partes firmaron, ante el notario Don Miguel Benet Mancho, una escritura pública de novación modificativa del préstamo hipotecario que gravaba las fincas arrendadas -también la de la calle Roc Boronat 20 de Barcelona(documento cuatro de la contestación). Se amplió el plazo, se concedió un periodo de carencia de doce meses de amortización de capital y se redujo el tipo de interés.
2º) No es controvertido que INDUSTRIAS BEC S.A. en esa fecha había incumplido el contrato de préstamo y, en consecuencia, que BANKIA estaba facultada para ejecutar la hipoteca y obtener directamente las rentas de los arrendamientos.
No estamos, por tanto, ante la mera constitución de una garantía real sobre una obligación preexistente, sino que esta obligación se modificó en términos beneficiosos para el deudor. Tampoco se discute -consta en el informe de la administración concursal- que el periodo de carencia, sin realizar los inmuebles hipotecados, permitió a la concursada continuar su actividad durante el año 2012.
Al no concurrir la presunción de perjuicio patrimonial del artículo 71.3º, a la administración concursal incumbía la carga de acreditar que el sacrificio patrimonial inherente a la ampliación de las garantías fue injustificado (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Dado que nada se ha probado en tal sentido, debemos estimar el recurso, revocar la sentencia apelada y absolver libremente a la parte demandada.”: ”: SAP Barcelona (Sección 15) 30.06.2014 (Sentencia 233/2014; Rollo 496/2013)

1.16 Improcedencia de la rescisión de prenda de depósito que se extinguió por compensación con otra obligación distinta de la garantizada

AP Barcelona

“PRIMERO.- Presenta la Administración Concursal demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción de reintegración ex art. 71 LC frente a la concursada Técnicas Modulares e Industriales SA (Temoinsa).
Se funda la acción en el art. 71.3, 2º LC. Dicho precepto en su apartado 1 establece que declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Y en el apartado 3, que salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:... 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.
Expone la demanda que Temoinsa y Banco Guipuzcoano (actualmente Banco Sabadell) concertaron en fecha 31/7/2008 una póliza de crédito por importe de 2.300.000 euros sin garantías adicionales y que en fecha 22/4/2009 (casi medio año antes de la declaración del concurso) se constituye anexo a dicha póliza para hacer constar que en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas, Temoinsa pignora a favor del Banco su crédito a razón del contrato Atomic Range Accrual Tarn que tiene suscrito con el propio Banco, por un importe de 500.000 euros. Este planteamiento de la acción se reitera en idénticos términos en diversos pasajes de la demanda - primero, antecedentes; segundo, identificación del acto impugnado; quinto, perjuicio patrimonial, último párrafo -. El relato se completa con el hecho de la cancelación de forma anticipada, notificada el 15 de octubre de 2009, del depósito

Atomic Range y la comunicación posterior del 12 de enero de 2010 en que se determina el saldo después de la aplicación del importe del depósito cancelado.
SEGUNDO.-Esta exposición, según la sentencia de primera instancia "debería hacer creer que se cumple la normativa aludida", pero se añade que "del resto de los datos del procedimiento no resulta dicho extremo, ni el perjuicio a que se alude".
Y es así. Además del contrato de crédito existía otro, de préstamo personal, concedido el día 23 de abril de 2009, un día después de la constitución de la garantía pignoraticia sobre el primero. Este contrato de préstamo resultó impagado en sus amortizaciones y, en virtud de la cláusula novena, se dio por vencido. La siguiente cláusula décima facultaba al Banco, en virtud de la autorización expresa de la prestataria, a compensar, en cualquier momento y en los importes necesarios, cualesquiera cantidades o bienes que la misma mantuviera o acreditara en sus oficinas. En virtud de esta facultad, el Banco procedió a cancelar el contrato Atomic Range y a aplicar su importe de 500.000 euros a la deuda por el préstamo. Así lo comunicó en fecha 15/10/2009 y lo confirmó en 12/1/2010.
Por eso la sentencia dice que resulta irrelevante que el primer contrato, el de crédito de 2008, fuera garantizado por una carga real, si lo que se dio por vencido fue el segundo contrato, el de préstamo, concedido el día 23 de abril de 2009.
No se ejecutó la garantía sobre el contrato de crédito sino que se efectuó compensación entre el de préstamo y el contrato de depósito Atomic Range puesto en garantía sobre el de crédito. La cancelación de este depósito no fue por ejecución de la garantía del contrato de crédito ni su importe fue destinado a este. La cancelación y destino fue por razón y a cargo del contrato de préstamo y no fue por el juego de la garantía - este contrato de préstamo no estaba garantizado por el depósito Atomic Range - sino por el de la compensación de posturas deudora y acreedora de Banco y cliente, compensación contemplada en la cláusula décima del contrato de préstamo y permitida, salvo que se impugne si concurre motivo para ello con base en el art. 58 LC, cosa que no ha hecho la AC en este caso.
Si se diera lugar a lo que pide la AC en su demanda, que se declare la invalidez y rescisión de la garantía pignoraticia, y que reitera pertinazmente en el recurso, resultaría irrelevante pues, borrado todo rastro de la garantía y satisfecho formalmente el mandato del art. 71.3,2º, seguiría existiendo el contrato de depósito, sin garantizar nada y en concreto el contrato de crédito de 2008, pero susceptible, por su mera existencia, de operar por compensación con cualquier otro entre las partes, como sucedió con el de préstamo. Por ello, no se podría producir tampoco el efecto solicitado en el punto segundo del suplico de la demanda, de restituir a la masa activa del concurso los bienes o el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor. Para que eso pudiera suceder, la AC debería haber planteado la demanda en torno a la impugnación de la compensación del importe del depósito Atomic Range con el saldo deudor del contrato de préstamo, pero ello sería objeto de un proceso distinto.": SAP Barcelona (Sección 15) 16.07.2014 (Sentencia 246/2014; Rollo 194/2014)

Art. 71.3.3º

- 3.ºLos pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

[Nuevo apartado 71.3.3º introducido en la nueva redacción general del art 71 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).
Se corresponde con el nuevo último inciso del art 71.2]

1. Cuando la garantía real es de tercero no se aplica esta presunción sino la del art. 71.2

AP Albacete

"SEGUNDO.-El primer motivo de recurso reitera las alegaciones contenidas en el escrito de contestación a la demanda de que el Sr. Norberto, administrador de la mercantil concursada, actuó de buena fe al realizar las amortizaciones anticipadas del préstamo hipotecario suscrito con BBVA que es objeto de la demanda de reintegración. Afirma que la disminución del activo de la empresa llevó consigo una correlativa disminución del pasivo y que, a su entender, ese crédito tenía la condición de privilegiado especial con arreglo a lo dispuesto en el art. 90 de la Ley Concursal, como crédito que era garantizado con hipoteca. Discrepa de la sentencia pues el invocado art. 71.2 de la Ley Concursal excepciona de esa presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial a los pagos de vencimiento posterior a la declaración de concurso si cuentan con garantía real como era el caso.
El motivo se desestima. Como bien se dice en la sentencia recurrida el art. 71 de la Ley Concursal establece que "1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. 2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente ". Como se ve, el precepto es claro al señalar que aunque no exista mala fe -que en ningún

momento se ha afirmado en la actuación del administrador- en todo caso se presume iuris et de iure ese perjuicio patrimonial cuando dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración se han hecho pagos de obligaciones que tuvieran su vencimiento con posterioridad a la declaración del concurso. Eso es justamente lo que hizo el Sr. Carlos Alberto con el préstamo hipotecario suscrito en enero de 2.008 con BBVA, realizó amortizaciones anticipadas de ese préstamo dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso de la empresa a través de auto de fecha 27 de junio de 2.013, de modo que la procedencia de la rescisión de dichas cancelaciones resulta evidente pretensión a la que, dicho sea de paso, se allanó también BBVA.
TERCERO.-Y a esta evidencia no empece el hecho de que el mismo art. 71.2 excluya de esa presunción aquellos supuestos en que los pagos anticipados se realicen de obligaciones con garantía real porque dicha previsión no tiene carácter abstracto o absoluto sino que para que opere la garantía debe recaer sobre bienes o derechos de la propia empresa, como literalmente establece el art. 90.1.1º de la misma ley especial, cuando califica de créditos con privilegio especial " Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados ". La razón de ser del precepto es clara, otorgar solo la condición de créditos privilegiados especiales a los créditos cuya garantía real o hipotecaria son los propios bienes de la empresa, condición que no concurría en el crédito que nos ocupa, en que la garantía se constituyó sobre bienes propiedad de los administradores. Por ello, la amortización anticipada no protegía la ejecución de bienes de la mercantil concursada sino de sus administradores y, por ese motivo, dicho crédito no puede tener la condición de privilegiado especial que sostiene la apelante.
Pero es que, además, aún siguiendo el discurso de la apelante, la condición de acto rescindible perjudicial para la masa activa de esos pagos se apreciaría incluso de considerar que se trataba de un crédito con garantía real excluido de la presunción iuris tantum del art. 71.2 porque el mismo art. 71.3 también dice que "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: (...) 3º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso". Es decir, aún tratándose de obligaciones con garantía real, si se adelantan pagos se presume -ésta vez con presunción iuris tantum- que existe el perjuicio para la masa activa y por ello son rescindibles. Y desde luego, si la garantía real de esos créditos no recaía sobre bienes o derechos de TRANSPORTES HUEDO S.L., subsiste la presunción de que la amortización anticipada de dicho crédito perjudicó el patrimonio de la misma.”: SAP Albacete (Sección 1) 26.05.2014 (Sentencia 126/2014; Rollo 44/2014)

2. Inaplicabilidad venciendo la obligación antes de la declaración de concurso. Inexistencia de perjuicio

AP La Coruña

“TERCERO.-Para la resolución de las demás cuestiones objeto del recurso son relevantes los hechos que a continuación se resumen y que resultan de la documentación aportada a los autos:
1.- La cuenta de crédito Número 439438 de fecha 14 de noviembre de 2007, formalizada por IRPR como acreditada, con la garantía personal de los demás demandados (don Mateo, doña Sandra, INMOBILIARIA CUBELA S.A., PROMOCIONES NAIGUATA S.L., GRUIMPRO S.L., LANGOMA S.L. y CONSERVERA CELTA S.A.), se convino por plazo de un año prorrogable por dos anualidades más y con liquidaciones trimestrales de intereses, con el límite de ochenta millones de euros. La prórroga anual se regula en la cláusula quinta de la póliza en los siguientes términos: "el crédito se considerará automáticamente prorrogado, con la periodicidad y el número máximo de periodos señalado, si no hubiese sido denunciado por cualquiera de las partes mediante comunicación fehaciente a la otra, con quince días de antelación a la fecha de vencimiento inicialmente pactada, o de cualquiera de las prórrogas".
El crédito fue prorrogado, en las mismas condiciones (salvo en la del importe de la comisión por renovación del riesgo, que pasó del 0,25% al 0,50%) y con las mismas garantías personales y reales, tras la primera anualidad, estableciéndose así como fecha de vencimiento el 14 de noviembre de 2009.
2.- Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la acreditada, además de la garantía personal prestada por los fiadores y como superpuesta a esa y a cualesquiera otras, mediante anexo a la póliza de crédito de la misma fecha inicial (14 de noviembre de 2007) IRPR constituyó garantía prendaria sobre pagarés emitidos por BANCO PASTOR S.A. inscritos en los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en fecha 5 de diciembre de 2006, representados por anotaciones en cuenta, que según la certificación emitida por la Central de Valores del Banco son activos financieros (63.000 títulos) por importe nominal de sesenta y tres millones de euros (63.000.000,00 #) de la titularidad de IRPR, con vencimiento para el 14 de febrero de 2008. La garante autorizó al banco para sustituir por otros los pagarés que fueran venciendo durante el periodo de vigencia de la póliza y mientras subsista la obligación garantizada, consintiendo también su pignoración en los mismos términos que la de los títulos inicialmente afectos. Esa sustitución y renovación tuvo lugar en la forma prevista en fechas 14 de febrero de 2008, 15 de mayo de 2008, 1 de septiembre de 2008, 5 de diciembre de 2008 y 17 de marzo de 2009 (en esta última, el vencimiento de los activos pignorados se estableció para el 13 de noviembre de 2009).

3.- IRPR adquirió los activos financieros pignorados con fondos propios que había obtenido de HIERROS AÑÓN S.A., entidad con la que había concertado un préstamo participativo en fecha 30 de octubre de 2007, en el marco del cual había recibido a noviembre de 2007 sesenta y tres millones de euros.
4.- Mediante acta notarial de fecha 10 de septiembre de 2009, BANCO PASTOR S.A. notificó a la acreditada su oposición a la prórroga automática de la póliza de crédito a su vencimiento, previsto para el 14 de noviembre del mismo año. Asimismo notificó al acreditado que el crédito se hallaba excedido en 447.398,48 #, como consecuencia de la última liquidación trimestral de agosto de 2009, requiriendo de pago de dicha suma bajo advertencia de que en caso contrario procedería a declarar anticipadamente vencida la póliza al amparo de su cláusula novena y a la ejecución de las garantías.
5.- Al día siguiente, 11 de septiembre, el Sr. Marcos, como administrador único de IRPR, compareció ante el mismo Notario requirente. Reconoció su imposibilidad de atender al pago del exceso producido en la póliza y ordenó "con carácter irrevocable e inmediato, que se proceda a la aplicación de la garantía pignoraticia al saldo de la póliza, cediendo a tal efecto al Banco todos sus derechos sobre el objeto pignorado, para que con su importe se minore la cuantía adeudada y se proceda a reducir el límite de la póliza al saldo que resulte una vez efectuada la aplicación". Añadió en sus manifestaciones que era su intención negociar con el Banco posteriormente la posible prórroga de la operación.
6.- Aplicado el importe de los activos financieros pignorados en fecha 14 de septiembre, el saldo deudor de la cuenta de crédito, que era de 80.447.398,48 #, quedó reducido a 17.636.553,77 #, según se lee en el extracto de la cuenta 439438 aportado con la contestación a la demanda, del que también se deduce que la póliza fue renovada en febrero de 2010, si bien no consta en qué términos (la entidad financiera demanda dice que con el nuevo límite de 17.080.000,00 #).
CUARTO.-Valoración jurídica de los hechos probados desde la perspectiva de la acción de reintegración concursal.
1.- No es exactamente cierto que la deudora en concurso realizara un pago anticipado de la obligación garantizada. Los activos financieros de su titularidad estaban inmovilizados y afectos a la seguridad de la obligación principal; y puesto que ya había dispuesto de la póliza de crédito hasta incluso superar su límite, ante el requerimiento del banco sólo cabían dos opciones: o bien aguardar al vencimiento de la póliza (14 de noviembre de 2009) o a la iniciativa del banco de declararla vencida anticipadamente, con el resultado en ambos casos de la segura ejecución de la garantía, de la posibilidad de que el banco aplicara cualesquiera otros fondos o activos de la acreditada a saldar la operación (para lo que estaba autorizado en los términos de la cláusula sexta de la póliza) y de la ejecución judicial del título; o bien consentir la ejecución anticipada de la garantía para aplicar su producto a reducir el saldo de la cuenta de crédito e intentar su renovación, que es lo que finalmente se hizo.
2.- En todo caso, como ya resalta la sentencia de instancia, la presunción legal de perjuicio del artículo 71 3 3º de la LC sólo es de aplicación en los casos de pagos u otros actos de extinción de obligaciones que cuenten con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; en este caso la operación vencía el 14 de noviembre de 2009, según estaba convenido y por la advertida negativa del Banco a la prórroga automática, es decir, en fecha anterior a la de la declaración del concurso.
3.- Coincidimos también con la sentencia de instancia en que no hay en este caso perjuicio que pueda derivarse para la masa activa, o alteración de la regla de la paridad de trato en el concurso, porque la extinción parcial de la obligación contraída se hizo mediante la aplicación de activos financieros que ya estaban pignorados a favor del banco acreedor, de inminente y segura ejecución incluso en caso de que el concurso fuera declarado antes de iniciarla. Por el contrario, tras disponer en los dos años anteriores de los fondos que le habilitó el contrato de apertura de crédito (ochenta millones de euros) la compañía acreditada aun pudo seguir disponiendo de crédito en los meses siguientes y, sobre todo, evitó una ejecución inminente que sin duda habría ido más allá de la mera realización de la prenda, puesto que mayor era el importe de la deuda y más amplias las facultades adicionales de que el banco disponía para defender su crédito y agredir el patrimonio de la deudora y sus fiadores.
4.- En cuanto a las sucesivas renovaciones de los activos financieros pignorados, de las que sólo las tres últimas se sitúan dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, no son más que actos de conservación de la garantía pignoraticia en los términos inicialmente convenidos, coetáneos al periodo durante el cual el contrato de cuenta de crédito estuvo vigente y la acreditada pudo disponer de los fondos. Se trata, además, de actos debidos para el garante acreditado, realizados en cumplimiento de la previsión de la estipulación II del Anexo a la póliza de 14 de noviembre de 2007, a tenor de la cual "llegada la amortización de los pagarés pignorados, caso de que subsistiese la obligación principal garantizada, el dueño de la prenda faculta al Banco, expresa e irrevocablemente para que pueda sustituir dichos pagarés pignorados por otros de idéntico importe y similares características, tantas veces como fuera preciso hasta la total cancelación de las obligaciones garantizadas, quedando dichos pagarés igualmente afectos con carácter pignoraticio en garantía de la póliza de crédito"..": SAP La Coruña (Sección 4) 20.05.2015 (Sentencia 169/2015; Rollo 409/2013)

4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los ~~dos~~ tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

[Nueva redacción del art. 71.4 resultante de la nueva redacción general del art 71 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)

En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).Se corresponde con el nuevo último inciso del art 71.2 y nuevo apartado 71.3.3º]

Art 71.4

1. Inaplicabilidad de este apartado cuando concurren las presunciones legales de perjuicio

"Añade la TGSS para justificar su oposición que tanto el apartado 4 como el 5 del art. 71 le amparan. Sin embargo no es aplicable el art. 71.4 LC puesto que dispone una norma que sólo rige "*cuando no se trate de actos comprendidos en los dos supuestos del apartado anterior*". Es decir, el art. 71-4 LC opera si los actos dispositivos se realizan a favor de personas no especialmente relacionadas con el concursado, si las garantías reales no se constituyen a favor de obligaciones preexistentes o nuevas contraídas en sustitución de las primeras, o en otros casos no previstos en la norma.
En nuestro caso nos encontramos con un supuesto claramente identificado en el art. 71-3-2 LC, porque se constituye una garantía añadida que trata de asegurar una deuda que ya existía y que no contaba con ese *plus* de seguridad para el acreedor que supone la hipoteca, por lo que, sencillamente, no puede operar la previsión del art. 71.4 LC.": SJM-1 Bilbao 03.10.2007 (Incidente Concursal 30/2007, Sentencia 442/2007)

2. Perjuicio no probado, mera invocación de la par conditio creditorum

AP Guipúzcoa

"Respecto a la rescisión de la cancelación de la deuda que la concursada mantenia con Banco Guipuzcoano por importe de 63.500 euros, la apelante reconoce que tal operación no puede encuadrarse en ninguna de las presunciones establecidas por la ley, pero que pese a ello puede declararse su rescisión si se demuestra que resultó perjudicial para la masa. Y como prueba de ello, se limita a señalar que el perjuicio se produce al satisfacerse el crédito a un acreedor en detrimento de los demás. Criterio que no podemos compartir, por cuanto incumbiendo a quien lo alega acreditar la realidad del perjuicio (art. 71.4), debe tenerse en cuenta el criterio de la jurisprudencia, conforme al cual, el perjuicio se probará normalmente mediante la justificación de que no ha existido equivalencia de prestaciones, entre la realizada por el concursado y la obtenida a cambio. Situación que no concurrió en la deuda que Comercial Composites y Derivados mantenia con Banco Guipuzcoano, y que al provenir de la falta de pago de las amortizaciones de un crédito en cuenta corriente, obligaba a la deudora a cancelar la operación, so pena de provocar la ejecución de las sumas pendientes por parte del banco, lo que hubiera determinado gastos añadidos a la cantidad que Comercial Composites abonó para la cancelación de su deuda": SAP Guipúzcoa (sección 2) 30.09.2009; Sentencia 2310/2009; Rollo 2183/2009.

Art. 71.5

Redacción inicial

5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

Redacción desde 10.04.2009

[Redacción según art. 8-dos del REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA TRIBUTARIA, FINANCIERA Y CONCURSAL ANTE LA EVOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA (BOE 09.04.2009), en vigor desde el día 10.04.2009.
Los casos de los nuevos apartados 71.5.1º y 71.5.2º son literalmente los mismos que ya resultaban de la redacción inicial del art. 71.5.

Según la Disposición transitoria cuarta, Reintegración de la masa y acuerdos de refinanciación, del REAL DECRETO-LEY 3/2009, esta nueva redacción será de aplicación" a los procedimientos concursales que estén en tramitación a su entrada en vigor, salvo que a esa fecha se hubiera interpuesto demanda de rescisión contra las garantías constituidas que se resolverá conforme a la regulación sustantiva anterior. "]

Redacción por Ley 38/2011

[La redacción del art 71.5 ex Ley 38/2011 es idéntica a la preexistente ex REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, con la única salvedad de la referencia al Fondo de Garantía Salarial en el art 71.5.3º, ahora al FOGASA: 3.ºLas garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.]

5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:

1º. Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

Art. 71.5.1º - Actos ordinarios realizados en condiciones normales

1. Doctrina general

Tribunal Supremo

"8. El recurrente también argumenta que el pago constituye un acto ordinario, realizado en condiciones normales, para eludir los efectos de la rescisión concursal, tal y como prevé el art. 71.5 LC.
El art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.
En este caso, podemos entender que para una sociedad como la deudora concursada, que explota un negocio de fabricación de aparatos de telefonía móvil, el pago de los servicios de reparación y asistencia técnica, como son los prestados por Postventa, es un acto normal ligado a su actividad empresarial. Pero no cabe concluir que fuera realizado en condiciones normales, pues está reconocido que el pago del crédito se hizo después de que la acreedora hubiera solicitado su concurso de acreedores, para conseguir el desistimiento, y sin que ello evitara que al cabo de pocas semanas se volviera a pedir el concurso, esta vez a instancia de la propia deudora. ": STS 26.10.2012 (Sentencia 629/2012; recurso 672/2010)

"SEXTO.- Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales
El último argumento impugnatorio es que la sentencia recurrida infringe el art. 71.5 de la Ley Concursal pues se trata de actos de giro ordinario de la concursada.
El citado precepto establece en su primer inciso que «en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales [...]». Como ha recordado la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 740/2012, de 12 de diciembre, recurso núm. 1336/2010, el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993).
Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.
La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.
Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.
La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.
Teniendo en cuenta lo expuesto, la decisión de la Audiencia Provincial de no considerar aplicable la excepción del primer inciso del art. 71.5 de la Ley Concursal es acertada. La justificación de esta previsión legal, proteger la confianza del tercero en la eficacia de los actos en que se manifiesta la actividad normal del deudor, carece de sentido en actos como los que son objeto de enjuiciamiento. Tanto más cuando una de las causas de que se prevea el carácter subordinado de los créditos de los socios relevantes es, como se ha expuesto, que esta financiación suele encubrir supuestos de infracapitalización, en los que lo correcto hubiera sido una aportación suficiente de capital social para que la sociedad pudiera acometer su actividad gozando de un patrimonio suficiente que sirviera de garantía frente a sus acreedores.
Por lo expuesto, el reembolso de estas cantidades al socio mayoritario y administrador único en los dos años anteriores a la declaración del concurso, en perjuicio de otros acreedores, no puede considerarse como un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales a efectos de

hacerlo inatacable en el sistema de las acciones de reintegración del concurso.”: STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011)

“Como afirmamos en la sentencia de 629/2012, de 26 de octubre, "(e)l art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".
La remuneración de los administradores, supeditado estatutariamente a la obtención de beneficios y en función de los mismos, no forma parte de la actividad empresarial de la sociedad. No constituye ningún acto propio de su giro y tráfico, ni puede considerarse consustancialmente ligado de forma ordinaria a su desarrollo. Ni mucho menos cabe entender que ha sido realizado en condiciones normales, cuando no han existido ganancias y, por lo tanto, se han pagado apartándose de la previsión estatutaria que lo justificaba.”:.”: STS 24.07.2014 (Sentencia 428/2014; Recurso 2912/2012)

“En el motivo segundo se alega infracción del art. 71.5 por entender el recurrente que la operación llevada a cabo por el Banco con la concursada, de la que no es ajena Torrevisa, S.A., es un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
El motivo debe ser desestimado.
Como señala la *STS 69/2012, de 26 de octubre,* el precepto exige la concurrencia de una doble condición: *"deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".*
Las *STS núm. 487/2013, de 10 de julio,* que siguió la STS núm. 740/212 de 12 de diciembre, ya señalaba que el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída en el *art. 878.II del Código de Comercio* que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocio que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran perjuicio. Como advierte la *STS citada núm. 487/2012* : *"para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocio extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional...*
<< La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística,... Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate....
<<Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales". STS 17.02.2015 (Sentencia 41/2015; Recurso 1893/2012)

“ Recurso de casación.
5. *Formulación del motivo primero.* El motivo denuncia la infracción de las normas aplicables al caso, en concreto, del *art. 71.5.1 LC,* pues la ampliación del crédito hipotecario y, posteriormente, los pagos realizados con cargo a parte de los fondos obtenidos se encuadraban dentro de la actividad ordinaria de la compañía, y, por lo tanto, quedaban dentro de la protección que otorga el *art. 71.5 LC.*
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
6. *Desestimación del motivo primero.* El *art. 71.5 LC,* ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso que, por formar parte de su giro y tráfico ordinario, se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.
No puede entenderse que la financiación de una promoción inmobiliaria, mediante la ampliación de un préstamo hipotecario, y el destino de una parte de los fondos a cubrir las deudas derivadas de tres pólizas de descuento y otra de crédito, sea un acto ordinario de la sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria.
Aunque las empresas inmobiliarias necesiten financiación para desarrollar su actividad empresarial, la promoción inmobiliaria, y no siempre se puede obtener mediante recursos propios, la obtención de un préstamo hipotecario o su ampliación, en sí mismo, no es un acto ordinario a los efectos del *art. 71.5.1 LC,* como tampoco lo es destinar parte del préstamo a pagar las deudas financieras que pudiera tener la promotora con una entidad de crédito, derivadas en este caso del impago de los efectos descontados con cargo a una póliza de crédito de descuento.”: STS 10.03.2015 (Sentencia 105/2015; Recurso 1502/2013)

“NOVENO.- Segundo motivo de casación. Actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor realizados en condiciones normales. (…)
3.- Dada la estimación del submotivo referido a la constitución de la hipoteca, únicamente trataremos ya en la

resolución de este segundo motivo casacional las alegaciones referidas a la cesión de créditos.
Decisión de la Sala :
1. El art. 71.5 LC exige una doble condición para que los actos realizados por el concursado queden exentos de la rescisión: que sean actos ordinarios ligados a su actividad empresarial o profesional y que se hayan realizado en condiciones normales. Las sentencias de esta Sala núm. 740/212 de 12 de diciembre, 487/2013, de 10 de julio, y 488/2016, de 14 de julio, señalaron que el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.2 CCom, que en su formulación más reciente excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran perjuicio. Como advierte la sentencia núm. 41/2015, de 17 de febrero, con cita de la indicada 487/2013 :
«[p]ara ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional.
»La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate.
»Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales».
2. Desde esta perspectiva, la cesión de créditos para pagar a unos de los acreedores, no puede considerarse un acto ordinario en los términos que hemos expresado, dadas las condiciones en que se realizó y que ya hemos explicado: sin que fuera un modus operandi habitual en la empresa, cuando ya estaba en insolvencia y para beneficiar a un acreedor que ya tenía garantizado su crédito con una hipoteca. Y no solo no fue un acto ordinario, sino que se realizó en un momento y de una forma que no puede calificarse de normal. La dación en pago es legítima, pero no es un acto ordinario, y llevada a cabo tres días antes de la solicitud de concurso, muestra que la satisfacción del crédito no se hizo en condiciones normales.
3. Por lo que este segundo motivo casacional ha de ser desestimado. ":STS 26.10.2016 (Sentencia 642/2016; Recurso 966/2014)

AP Barcelona

"Fuera de esos supuestos que describen losapartados 2 y 3 del art. 71 LC, el perjuicio a la masa activa, generado de forma indirecta por quebrantamiento del principio de la paridad de trato, se habrá de probar por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC), y no deriva, simplemente, de que el deudor haya atendido, en el período de antelación legal, algunas obligaciones y otras no.
En tales supuestos, de pago de deudas vencidas en dicho período, no puede aceptarse en puridad un perjuicio patrimonial directo o en sentido estricto, ya que la disminución del activo que supone el pago total o parcial de la deuda va acompañada, correlativamente, de la disminución del pasivo en la misma proporción, por lo que el patrimonio neto no se resiente. El perjuicio se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada (y de ahí la apreciación del perjuicio, indirecto, a la masa activa).
En todo caso debe tenerse presente el límite del acto ordinario, que recoge elart. 71.5: "En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (...)", dentro de los cuales se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria. **(...)**
Puede ser discutible la incardinación de los pagos al acreedor financiero en el concepto de actos ordinarios a que se refiere elart. 71.5 LC, ya que la norma contrae tal calificación, literalmente, a los actos propios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, sin alusión a los pagos o actos de amortización regular de la financiación externa. Si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos.
En cualquier caso, sin necesidad de entrar en el ámbito objetivo del límite, podemos descartar en este caso el presupuesto objetivo de perjuicio para la masa activa por alteración del principio de trato paritario.": SAP Barcelona (Sección 15) 08.01.2009 (AC 2009/1180; Sentencia 3/2009; Rollo 497/2008) y, en términos prácticamente idénticos, SAP Barcelona (sección 15) 22.09.2010; (Sentencia 280/2010; Rollo 260/2010).

"NOVENO.-Los recurrentes también argumentan, para eludir los efectos de la rescisión concursal, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.5º de la LC, que los pagos constituyen actos ordinarios de la actividad realizados en condiciones normales. En sentencia de 27 de enero de 2011 (ROJ 1765/2011) dijimos que entre ellos *"se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del*

giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.
Hemos señalado en anteriores sentencias que si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos."
En el presente caso, la obligación de la concursada frente las demandadas tuvo su origen en la actividad ordinaria de la concursada. Sin embargo los contratos impugnados y los pagos se realizaron en circunstancias extraordinarias, como venimos exponiendo, cuando la concursada se encontraba en situación de insolvencia y cuando las demandadas habían instado la declaración de concurso. Sólo el propósito perseguido con los acuerdos (el desistimiento de la solicitud de concurso necesario) justificó la entrega de unas cantidades que no se hubieran atendido dentro del proceso concursal y respetando el principio de la *par condicio creditorum*.": SAP Barcelona (Sección 15) 16.06.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 249/2013)

"CUARTO.-Los recurrentes también argumentan, para eludir los efectos de la rescisión concursal, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.5º de la LC, que los pagos constituyen actos ordinarios de la actividad realizados en condiciones normales. En sentencia de 27 de enero de 2011 (ROJ 1765/2011) dijimos que entre ellos *"se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.*
Hemos señalado en anteriores sentencias que si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos."
Es evidente, por tanto, que los pagos al administrador en el año 2012, en cuantía muy superior a los realizados en el ejercicio precedente y cuando la concursada se encontraba en situación de insolvencia, no forman parte del giro o tráfico del deudor y, por tal motivo, pueden ser objeto de rescisión concursal": SAP Barcelona (Sección 15) 21.07.2014 (Sentencia 256/2014; Rollo 181/2014)

AP Cáceres

"Respecto a la exclusión de la reintegración por tratarse de actos ordinarios, extremo en el que tanto insisten las concursadas recurrentes, es cierto que la exégesis del precepto pone de manifiesto que deben concurrir acumuladamente dos circunstancias: 1º) Que se trate de actos ordinarios de la actividad profesional
o empresarial del deudor, y 2º) Que se trate de actos realizados en condiciones normales.
Ahora bien, según la doctrina y la jurisprudencia, para tener encaje en esta categoría de "actos ordinarios" es necesario que se trate de operaciones que conforman el tráfico cotidiano y habitual de la empresa, como por ejemplo pagos de salarios, de suministros de energía o materiales imprescindibles para la marcha de la mercantil, o las operaciones de descuento al ser propia del tráfico (STS 12 noviembre 1977).
Según la STS de 26 de octubre de 2012 "Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto, no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.": SAP Cáceres (Sección 1) 09.03.2015 (Sentencia 59/2015; Rollo 19/2015)

"NOVENO.-Más recientemente y, en estrecha relación con el supuesto que se ha sometido a la consideración de este Tribunal en este segundo motivo del Recurso, interesa destacar que Tribunal Supremo, Sala 1ª, en Sentencia de fecha 17 de Febrero de 2.015, ha establecido que: "Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 69/2.012, de 26 de Octubre, el precepto exige la concurrencia de una doble condición: "deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".
Las Sentencias del Tribunal Supremo número 487/2.013, de 10 de Julio, que siguió la Sentencia del Tribunal Supremo número 740/2.012 de 12 de Diciembre, ya señalaba que el origen de este precepto está en la Jurisprudencia recaída en el artículo 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocio que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran perjuicio. Como advierte la Sentencia del Tribunal Supremo citada número 487/2.012 : "para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocio extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional (...)

La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, (...) Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate. (...)
Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales".
(...) 1.El artículo 71.1 de la Ley Cambiaria declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 629/2.012, de 26 de Octubre, siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo número 622/2.010, de 27 de Octubre, el perjuicio para la masa activa, como concepto indeterminado, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo y, además, carecer de justificación.
La falta de justificación subyace en los casos en que el artículo 71.2 de la Ley Concursal presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio; los supuestos del apartado 3 del propio artículo, presume el perjuicio, admitiendo prueba en contrario, a cargo del demandado; fuera de los supuestos presuntivos, el siguiente apartado 4 establece que el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria".": SAP Cáceres (Sección 1) 08.05.2015 (Sentencia 130/2015; Rollo 169/2015)

AP Castellón

"Las consecuencias perturbadoras referidas, que incluso pudieren llegar a ser perniciosas en algunos casos dada la extensión del periodo sospechoso antes reseñado, debe considerarse que vienen enervadas por la disposición delart. 71.5 antes transcrito, que supone propiamente tomar en cuenta las circunstancias concurrentes a que precedentemente se hacía mención, en tanto en cuanto establece que no pueden ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. De la citada disposición cabe desprender que son aceptables los actos extintivos de obligaciones vencidas al tiempo de la declaración de concurso realizados durante el periodo sospechoso siempre que reúnan las dos condiciones que marca: actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor por un lado y, por otro, que se hayan verificado en condiciones normales.
De esta forma y por mandato legal se confiere justificación a una serie de actos que, en otro caso, deberían estimarse injustificados por alterar la igualdad de trato al privilegiar a determinados acreedores en relación a otros, permitiendo además que se valoren todas las circunstancias concurrentes, como puede ser la proximidad a la declaración de concurso, las características de la prestación del acreedor e, incluso, si de ésta se ha derivado algún beneficio para la concursada, en tanto en cuanto en este caso pudiere no concurrir el perjuicio patrimonial exigido legalmente en función del rendimiento obtenido e incidencia efectiva en la paridad de trato.
Además, de lo expuesto puede colegirse la necesidad de que conste, para rescindir un acto extintivo de una obligación vencida en las condiciones reseñadas, no solo el perjuicio patrimonial en el sentido definitivamente establecido sino la anormalidad que determine la ausencia de justificación conforme alart. 71.5, bien por la naturaleza de la operación, bien por las condiciones o medios en que se ha verificado, sin perder de vista que aun concurriendo un perjuicio al principio de la paridad de trato, si la operación se ajusta a los términos del precepto legal referido la misma no será rescindible, debiendo en tales casos acudirse, en su caso y de estimarse que ha existido una intención fraudulenta en relación con aquel principio, a la acción rescisoria común con arreglo a las previsiones delart. 71.6.
En definitiva, con carácter general, el acto extintivo de obligaciones vencidas al tiempo de la declaración de concurso y producido durante los dos años anteriores a la misma que se considera rescindible en el marco estricto de la Ley Concursal por causar un perjuicio patrimonial a la masa activa es aquel que, alterando la par conditio creditorum, carece de justificación por no comprenderse dentro de la actividad ordinaria del deudor o haberse realizado en condiciones anormales.": SAP Castellón (Sección 3) 29.10.2010 (JUR 2011/65135; Sentencia 337/2010; Rollo 332/2010)

AP Granada

"En definitiva la sentencia apelada, negando los recurrentes, entre otras cuestiones el perjuicio patrimonial, rescinde los pagos, sin estimarlos amparados tampoco por el artículo 71.5 de la Ley Concursal, al no tratarse de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales, porque, fundamento jurídico séptimo "La concursada pierde las fincas y no recibe nada o muy poco a cambio, liquida sus deudas con la UTE y las demandas obtienen un pago que sería bastante improbable en los meses posteriores"
SEGUNDO. -Inexistencia de actos ordinarios.
Debemos comenzar rechazando que las operaciones cuestionadas no puedan ser objeto de rescisión, por virtud de lo dispuesto en el articulo 71.5 LC, ya que pese a no concretar tal precepto que debemos entender por "actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", excluidos de la posibilidad de rescisión, coincidiendo con la doctrina mas autorizada, para encontrarnos en tal situación, es necesario que el acto se encuentre comprendido en la actividad empresarial o profesional de índole ordinaria, realizado en condiciones normales, enmarcado en la actividad habitual y normal de la empresa en el sector del tráfico en la que está inmersa.
Por ello es verdaderamente difícil que en este ámbito puedan integrarse las operaciones extraordinarias que aquí examinamos, realizadas en una situación excepcional, como señala la sentencia recurrida, tanto por las

condiciones internas de la concursada, con un fuerte enfrentamiento en su entramado social, como sobre todo por llevarse a cabo y venir motivadas por las dificultades de soportar la financiación de parte de su actividad normal de promoción inmobiliaria, impidiéndole continuarla, viéndose obligada por ello a su enajenación, que desde luego debe considerarse como extraordinaria, cuando precisamente conducía al abandono de su actividad habitual, en cuyo desenvolvimiento, como señalan las recurrentes, se llevaron a cabo los actos objeto de rescisión. Por tanto el artículo 71.5 de la LC, no puede impedir el éxito de la acción rescisoria.": SAP Granada (Sección 3) 20.04.2012 (Sentencia 177/2012; Rollo 793/2011)

AP La Coruña

"SEGUNDO.- La Ley Concursal en su capitulo IV del Titulo III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (limite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.
Tratándose de acciones rescisorias especiales o concursales por cuanto tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.": SAP La Coruña (Sección 4) 30.12.2013 (Sentencia 450/2013; Rollo 43/2013)

AP Madrid

"IV- Acto ordinario de la actividad empresarial del deudor
La prestamista considera que la constitución de la fianza por deuda ajena constituye una operación ordinaria para el desarrollo de la actividad empresarial de la concursada y, por tanto, excluida de la rescisión concursal en aplicación del artículo 71.5º de la Ley Concursal.
El argumento carece de consistencia pues no puede considerarse como actividad ordinaria de la concursada el otorgamiento de una garantía por deuda ajena cuando no realiza actividad alguna y tampoco, aun cuando realizara todas o algunas de las actividades que integran su objeto social, pues no puede considerarse como tal la concesión de una fianza en garantía de deuda ajena.
Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2013, con cita de la de 28 de octubre de 1986, ésta última a propósito del Derecho Concursal derogado, señala que tales actos ordinarios serían: «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa».
La referida sentencia de 10 de julio de 2013 añade: "Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.
La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.
Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.
La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.".
La aplicación de la anterior doctrina al supuesto de autos permite descartar por completo la alegación analizada.": SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 229/2014; Rollo 769/2012)

"TERCERO.- La prestamista apelante considera que el préstamo sin interés otorgado a favor de la entidad luego concursada no es susceptible de rescisión en aplicación del artículo 71.5º.1º de la Ley Concursal al considerar que se trata de un acto ordinario de una empresa.
En este particular tanto la sentencia de primera instancia como el apelante no aciertan a distinguir cuál es el acto impugnado en tanto que no lo es el préstamo sino la devolución parcial del mismo por importe de 180.000 euros, por lo que la valoración del carácter ordinario del acto impugnado y si se efectuó en condiciones normales debe referirse al pago y no al préstamo.

En todo caso, sobre esta cuestión el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2013, con cita de la de 28 de octubre de 1986, ésta última a propósito del Derecho Concursal derogado, señala que tales actos ordinarios serían: «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa».
La referida sentencia de 10 de julio de 2013 añade: "Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.
La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.
Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.
La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.".
En similar sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014, con cita de la de de 26 de octubre de 2012, recuerda que: "(el) art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".
El pago de una deuda no exigible no puede considerarse en ningún caso como un acto realizado en condiciones normales y, naturalmente, es susceptible de rescisión.”: SAP Madrid (Sección 28) 17.10.2014 (Sentencia 285/2014; Rollo 826/2012)

“Como señala la STS de 10 de julio de 2013, citando su sentencia de 12 de diciembre de 2012, el origen del artículo 71.5.1º LC está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993).
Añade la sentencia que como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial. Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales. Y concluye destacando que la finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.”: SAP Madrid (Sección 28) 27.10.2014 (Sentencia 303/2014; Rollo 77/2013)

“Por su parte el artículo 71.5.1º de la Ley Concursal excluye de la rescisión concursal los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
El Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2013, con cita de la de 28 de octubre de 1986, ésta última a propósito del Derecho Concursal derogado, señala que tales actos ordinarios son: «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa».
No se discute que la contratación de un jugador de fútbol por parte de una sociedad deportiva o la prórroga del contrato para el caso de que el equipo ascendiera a primera división es un acto ordinario de la actividad del deudor.
La cuestión es si, además, se realizó en condiciones normales.
La referida sentencia de 10 de julio de 2013 señala que para que el acto ordinario no sea rescindible: "Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.
La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la

actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.".
En similar sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014, con cita de la de de 26 de octubre de 2012, recuerda que: "(el) art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales". “:SAP Madrid (Sección 28) 16.01.2015 (Sentencia 11/2015; Rollo 60/2013)

“CUARTO.- Los apelantes consideran que el pago no es susceptible de rescisión en aplicación del artículo 71.5.1º de la Ley Concursal al considerar que se trata de un acto ordinario realizado en condiciones normales.
El Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2013, con cita de la de 28 de octubre de 1986, ésta última a propósito del Derecho Concursal derogado, señala que tales actos ordinarios serían: «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa».
En similar sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014, con cita de la de de 26 de octubre de 2012, recuerda que: "(el) art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".
El pago de una deuda vencida y exigible derivada de una compraventa en desarrollo de una actividad que forma parte del objeto social de la concursada debe calificarse como actividad ordinaria del deudor, pero el abono de esa deuda efectuado el día 17 de octubre de 2008, pocos días antes de la solicitud de concurso el día 3 de noviembre de 2008 y en estado de insolvencia actual, cuando, además, la deuda había vencido y era exigible desde el 31 de diciembre de 2005, no puede considerarse realizada en condiciones normales. “:SAP Madrid (Sección 28) 22.05.2015 (Sentencia 144/2015; Rollo 389/2013)

AP Murcia

“El primer motivo de recurso se concreta en la vulneración de lo dispuesto en elapartado 5 del artº. 71 de la Ley Concursal, por entender la recurrente que la cuestionada pretensión reintegradora resultaría inviable frente a aquellos..."actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", lo que acontece con la relación contractual objeto de rescisión en estos autos.
Con respecto a esta cuestión, que ya se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.
En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos "actos ordinarios" deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.
Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de "habitualidad", es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad, como con acierto así se manifiesta por la administración concursal.
Y es lo cierto, que en este caso, no puede sustentarse con éxito la pretensión de la mercantil recurrente. Y ello porque la misma, en su discurso, parte de una interpretación amplia y extensiva de las operaciones comerciales excluidas, conforme alartº. 71.5 de la L.C., de la correspondiente reintegración concursal, al identificarlas erróneamente con las propias del objeto social de la concursada.
Entendemos que tal interpretación no se corresponde con la finalidad perseguida por el legislador, como certeramente se expone por la Juzgadora de instancia, que es precisamente la de evitar cualquier riesgo de bloqueo o parálisis de la vida económica de la sociedad, derivado del temor a una futura reintegración concursal. Por eso y con la perspectiva histórica de aquellos efectos de nulidad absoluta y radical de las operaciones de la quebrada realizados en el correspondiente período de retroacción, la nueva ley concursal

contempla ahora las denominadas acciones de rescisión, apartándose así de aquél rigorismo jurídico, y por tanto otorgando carta de naturaleza a aquélla jurisprudencia que ya excluía del alcance de la retroacción, las ordinarias y usuales actividades de la empresa de contenido necesario e ineludible para su desarrollo cotidiano que resultan adecuadas y normales conforme a su situación social y económica. No cabe duda que en esa valoración de cuáles sean tales ámbitos de actividad económica excluidos de toda pretensión impugnatoria, desempeña un papel fundamental el momento temporal de realización de dicha operación y en consecuencia su relación temporal o no con determinados periodos de dificultad económica de quien después es declarada en concurso y reconocida así su insolvencia.
Obsérvese que, en este caso, la cuestionada operación objeto de rescisión, de incuestionable envergadura económica, y ajena al usual equilibrio de las contraprestaciones, como después se dirá, se lleva a cabo en un período temporal de serias dificultades y problemática económica de "ACM Investimets" S.L., máxime cuando unos meses después se presenta la solicitud de concurso. Por otro lado las propias características y naturaleza de los contratos de compraventa y de constitución de hipoteca objeto de rescisión, detalladamente analizados en la sentencia de instancia, nos pone de manifiesto que bajo tal apariencia contractual de enajenación de bienes inmuebles, se esconde en realidad una clara operación de financiación, que no se corresponde con el objeto y tráfico propio de la concursada y tampoco con esa parcela de operaciones cotidianas necesarias e ineludibles para la vida de la empresa, al amparo de toda acción impugnatoria.": SAP Murcia (Sección 4) 23.03.2009 (AC 2009/768; Sentencia 187/2009; Rollo 81/2009)

"TERCERO.-Idéntica suerte desestimatoria cabe atribuir al siguiente motivo de apelación referido al pretendido error en la valoración de la prueba en relación con el carácter ordinario de la operación. La parte recurrente fundamenta dicho motivo en que la venta de los inmuebles por una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria, como lo es la concursada, se realizó a precio de mercado y en base a previas tasaciones actualizadas y que la obligación financiera ordinaria extinguida con el producto de esa venta estaba vencida e iba a generar importantes intereses de demora, gastos y costas a cargo de la deudora.
Se alude, por tanto, a la infracción de lo dispuesto en el artº. 71.5 de la Ley Concursal, por entender la recurrente que la cuestionada pretensión rescisoria resultaría inviable frente a aquellos..."actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", lo que acontece con la relación contractual objeto de rescisión en estos autos.
Con respecto a esta cuestión, que se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige, como este Tribunal ya mencionaba en su sentencia de 23 de marzo de 2009, la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.
En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos " actos ordinarios " deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.
Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de " habitualidad ", es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad, como con acierto así se manifiesta por la administración concursal.
Y es lo cierto, que en este caso, no puede sustentarse con éxito la pretensión de la mercantil recurrente. Y ello porque la misma, en su discurso, parte de una interpretación amplia y extensiva de las operaciones comerciales excluidas, conforme al artº. 71.5 de la L.C., de la correspondiente reintegración concursal, al identificarlas erróneamente con las propias del objeto social de la concursada.
Entendemos que tal interpretación no se corresponde con la finalidad perseguida por el legislador, que es precisamente la de evitar cualquier riesgo de bloqueo o parálisis de la vida económica de la sociedad, derivado del temor a una futura reintegración concursal. Por eso y con la perspectiva histórica de aquellos efectos de nulidad absoluta y radical de las operaciones de la quebrada realizados en el correspondiente período de retroacción, la nueva ley concursal contempla ahora las denominadas acciones de rescisión, apartándose así de aquél rigorismo jurídico, y por tanto otorgando carta de naturaleza a aquélla jurisprudencia que ya excluía del alcance de la retroacción, las ordinarias y usuales actividades de la empresa de contenido necesario e ineludible para su desarrollo cotidiano que resultan adecuadas y normales conforme a su situación social y económica. No cabe duda que en esa valoración de cuáles sean tales ámbitos de actividad económica excluidos de toda pretensión impugnatoria, desempeña un papel fundamental el momento temporal de realización de dicha operación y en consecuencia su relación temporal o no con determinados periodos de dificultad económica de quien después es declarada en concurso y reconocida así su insolvencia.
Y es lo cierto, que en este caso y como se indica en la sentencia apelada, la operación de referencia se lleva a cabo en un período temporal (noviembre de 2008), en el que la deudora, después concursada, atravesaba, como hemos señalado en el precedente Fundamento de Derecho, serias y fundadas dificultades económicas determinantes de su insolvencia, que meses después, en el año 2010, le es reconocida al ser declarada en concurso. Por otro lado, se trata de una operación que no podría incluirse entre las propias de la actividad ordinaria de la deudora, la promoción inmobiliaria, y además, porque no gozaría de la exigencia de

"habitualidad" que hemos mencionado. Obsérvese, en efecto, que a través de la misma no se efectúa una compraventa real de inmuebles, sino la de proceder a la liquidación de determinados créditos titularidad de Banesto, que es quién promueve e impulsa la operación.
Se trataría en definitiva, como se indica por la propia concursada en su escrito de oposición al recurso de adverso, de una operación que no deja liquidez, pues se realiza en pago de créditos no vencidos y a través de una operación previa claramente fiduciaria y simulada que oculta una dación en pago, que como decíamos en la sentencia antes citada de 23 de marzo de 2009, excluye que la operación pueda gozar del carácter ordinario que la recurrente le atribuye y aún en mayor medida cuando la singularidad de la misma excluye asimismo el requisito de " habitualidad" que también se exige al respecto.
Por todo lo expuesto procede la desestimación de este motivo de recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 25.07.2013 (Sentencia 479/2013; Rollo 412/2013)

"CUARTO.-En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos con respecto al siguiente motivo de apelación planteado relativo a que la operación realizada se incardinaria en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor.
Con respecto a esta cuestión, que se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige, como este Tribunal ya mencionaba en su sentencia de 23 de marzo de 2009, la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.
En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos " actos ordinarios " deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.
Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de " habitualidad ", es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad.
Se alega por la parte recurrente que la dación en pago derivada del acuerdo transaccional alcanzado, respondía al cumplimiento de un originario contrato de permuta que constituye un negocio habitual en el sector inmobiliario al que pertenece la mercantil deudora.
Sin embargo este Tribunal no comparte tal pretensión.
Y es lo cierto, que en este caso y como con acierto se argumenta en la sentencia apelada, el acto impugnado no se incardinaría en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial de la mercantil deudora. Es cierto, en efecto, que la deuda contraída que se pretendía saldar con la dación en pago, respondía a un originario contrato de permuta.
Sin embargo, entendemos, ratificando lo manifestado en la sentencia de instancia, que, en efecto, el acto impugnado, dada la forma y hechos concurrentes en su realización, responde a una actuación extraordinaria de la mercantil deudora, llevada a cabo, además como antes hemos afirmado, en un momento temporal de notable dificultad económica e insolvencia de la misma. Obsérvese que en esa deficitaria situación empresarial se obliga a los socios a aportar capital para la adquisición del bien objeto de la dación en pago y por tanto para saldar únicamente la citada deuda. Por tanto, "Mundo Gestión Inmobiliaria" S.L., inmersa en la referida situación preconcursal, realiza una operación que favorece a un solo acreedor. Satisface su crédito y le excluye del posterior e inminente concurso otorgándole así un trato de favor injustificado. Es en definitiva una operación de carácter extraordinario y específicamente diseñada con esa concreta finalidad, dada la forma y hechos concurrentes en su realización, ajena a ese marco de actos ordinarios propios de la actividad empresarial de la mercantil deudora en los términos que antes hemos examinado.
En consecuencia y con ratificación de la sentencia de instancia, procede la desestimación del presente recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 24.04.2014 (Sentencia 252/2014; Rollo 219/2014)

"CUARTO.-En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos con respecto al siguiente motivo de apelación planteado relativo a que la operación realizada se incardinaria en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor.
Con respecto a esta cuestión, que se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige, como este Tribunal ya mencionaba en su sentencia de 23 de marzo de 2009, la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.
En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos " *actos ordinarios* " deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe

olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.
Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de " *habitualidad* ", es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad. ": SAP Murcia (Sección 4) 08.05.2014 (Sentencia 275/2014; Rollo 221/2014)

"CUARTO.-En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos con respecto al siguiente motivo de apelación planteado relativo a que la operación realizada se incardinaria en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor.
Con respecto a esta cuestión, que se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige, como este Tribunal ya mencionaba en su sentencia de 23 de marzo de 2009, la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.
En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos " *actos ordinarios* " deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.
Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de " *habitualidad* ", es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad." : SAP Murcia (Sección 4) 08.05.2014 (Sentencia 274/2014; Rollo 220/2014)

"CUARTO.-En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos con respecto al siguiente motivo de apelación planteado relativo a que la operación realizada se incardinaria en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor.
Con respecto a esta cuestión, que se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige, como este Tribunal ya mencionaba en su sentencia de 23 de marzo de 2009, la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.
En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos " *actos ordinarios* " deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.
Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de " *habitualidad* ", es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad..": SAP Murcia (Sección 4) 20.05.2014 (Sentencia 275/2014; Rollo 221/2014)

"El otro motivo de apelación es la inaplicación del apartado 5 del artículo 71 LC según el cual "En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales..."
Se trata de una excepción que aparece en el derecho concursal anglosajón donde se configura como uno de los factores negatorios de las "fraudulent preferentes" y de la que se ha hecho eco la doctrina y la jurisprudencia al aplicar el derecho de quiebras derogado por LC para suavizar el rigor de la sanción de nulidad.
Como ha dicho esta Sala en previa sentencia de 23 de marzo de *2009 "esos "actos ordinarios" deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad"* "": SAP Murcia (Sección 4) 07.05.2015 (Sentencia 247/2015; Rollo 488/2014)

AP Orense

“No es de aplicación la, invocada en el recurso, prohibición contenida en el artículo 71.5.1º LC a cuyo tenor "en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional
o empresarial del deudor realizados en condiciones normales". La finalidad de la excepción, cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia recaída en torno al artículo 878.II del código de comercio, es proteger a los terceros que contrataron con el deudor, posteriormente declarado en concurso, confiados en la plena eficacia de los negocios jurídicos realizados en la actividad normal del deudor y en las condiciones habituales de mercado (STS 17 de febrero de 2015 y las en ella citadas de 26 de octubre de 2012 y 10 de julio de 2013), condiciones que obviamente no se dan en el supuesto ahora enjuiciado. Basta señalar que el incremento de los servicios prestados por la apelante vino dado por la situación de insolvencia de la concursada, lo cual excluye la subsunción en el precepto de que se trata.”: SAP Orense (Sección 1) 24.04.2015 (Sentencia 140/2015; Rollo 270/2015)

AP Oviedo

“Es cierto que el art. 71-5 L.C. declara en su ordinal 1º como operaciones excluidas del ámbito de la acción de reintegración a "Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", habiendo señalado la STS 26 octubre 2012 que "con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor". Lo cierto no obstante es que la norma no solo requiere que nos hallemos ante un acto ordinario de la actividad de que se trate, sino además que se trate de un acto realizado en condiciones normales, debiendo recordar aquí que la señalada STS 26 octubre 2012 ha venido a declarar que el acto impugnado no puede ser tenido como realizado en condiciones normales en aquellos casos en que, por el momento en que aconteció, cabe presumir que ya concurría en el deudor la situación de insolvencia que después le llevó a ser declarado judicialmente en concurso de acreedores "pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto".“: SAP Oviedo (Sección 1) 10.06.2013 (Sentencia 195/2013; Rollo 449/2012)

AP Pontevedra

“No concreta elart. 71.5 LC el concepto de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial. Hace una concreción mayor en elart. 44.2 LC cuando alude a actos propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial del deudor para referirse a los actos autorizados con carácter general para la continuidad de la empresa en caso de intervención. Ciertamente el escenario en que se aplicará la norma es una vez declarado el concurso, no antes como es el supuesto que nos ocupa, pero sin embargo puede servir de orientación. No obstante, la mejor doctrina viene a coincidir en exigir la concurrencia de dos características, a saber, que el acto se encuentre comprendido en la actividad empresarial o profesional de índole ordinaria, y que el acto sea realizado en condiciones normales. Así se dice que se trata de aquellos actos de mantenimiento ordinario sin cuya realización se paralizaría en un corto periodo la actividad ordinaria de la empresa. Lo que ofrece pocas dudas es que el acto debe enmarcarse en la actividad habitual y normal de la empresa en el sector del tráfico en la que está inmersa la empresa.
Por ello es verdaderamente difícil que en este ámbito puedan integrarse las garantías, por más que sea habitual para el deudor acudir al crédito externo como forma de financiación. Así, salvo supuestos concretos que puedan integrar la concertación de hipotecas en su tráfico ordinario (promotor inmobiliario para financiar sus promociones), resulta improcedente su contemplación en la exclusión que tratamos. En el caso que nos ocupa la actividad empresarial de la concursada nada tiene que ver con el mercado inmobiliario o similar, siendo su actividad ordinaria o habitual, su giro o tráfico empresarial, muy alejado de la concertación de garantías hipotecarias, por más que en alguna ocasión se vea en la necesidad de acudir a este sistema de financiación. Y menos cuando la garantía hipotecaria sobre un bien propio se realiza a favor de deuda ajena.”: SAP Pontevedra 18.11.2009 (AC 2010/34; Sentencia 570/2009; Rollo 632/2009)

“El propio artículo 71 LC, en su apartado 5 contempla un supuesto de justificación al establecer que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional del deudor realizados en condiciones normales.
Pues bien, por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica la SAP Barcelona de 8 de enero de 2.008. Para determinar la existencia de "condiciones normales", debemos examinar la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio. Teniendo ello en cuenta es lo cierto que se cumplen tales parámetros toda vez que no existe constancia de otras operaciones simultáneas del mismo

tipo, lo cual implica su singularidad o carácter extraordinario ante el concurso inminente, en relación a una discriminación con el resto de los acreedores, lo cual constaba al concursado que presentó acto seguido el concurso voluntario": SAP Pontevedra 21.03.2011 (JUR 2011/155064; Sentencia 145/2011; Rollo 865/2010)

"SÉPTIMO. - Finalmente, parece que la parte apelante pretende introducir las operaciones cuestionadas en el concepto de actos ordinarios de la actividad empresarial que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión conforme al art. 71.5.1º LC. No concreta el art. 71.5 LC el concepto de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial. Hace una concreción mayor en el art. 44.2 LC cuando alude a actos propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial del deudor para referirse a los actos autorizados con carácter general para la continuidad de la empresa en caso de intervención. Ciertamente el escenario en que se aplicará la norma es una vez declarado el concurso, no antes como es el supuesto que nos ocupa, pero sin embargo puede servir de orientación. No obstante, la mejor doctrina viene a coincidir en exigir la concurrencia de dos características, a saber, que el acto se encuentre comprendido en la actividad empresarial o profesional de índole ordinaria, y que el acto sea realizado en condiciones normales. Así se dice que se trata de aquellos actos de mantenimiento ordinario sin cuya realización se paralizaría en un corto periodo la actividad ordinaria de la empresa. Lo que ofrece pocas dudas es que el acto debe enmarcarse en la actividad habitual y normal de la empresa en el sector del tráfico en la que está inmersa la empresa.
Por ello es verdaderamente difícil que en este ámbito puedan integrarse las garantías, por mas que sea habitual para el deudor acudir al crédito externo como forma de financiación. Así, salvo supuestos concretos que puedan integrar la concertación de hipotecas en su tráfico ordinario (promotor inmobiliario para financiar sus promociones), resulta improcedente su contemplación en la exclusión que tratamos. En el caso que nos ocupa la actividad empresarial de la concursada nada tiene que ver con el mercado inmobiliario o similar, siendo su actividad ordinaria o habitual, su giro o tráfico empresarial, muy alejado de la concertación de garantías hipotecarias, por más que en alguna ocasión se vea en la necesidad de acudir a este sistema de financiación.": SAP Pontevedra (Sección 1) 23.01.2012 (Sentencia 19/2012; Rollo 806/2011)

"Ante la falta de concreción en el art. 71-5-1º LC del concepto de actos ordinarios del deudor, la mejor doctrina viene a coincidir en exigir la concurrencia de dos características, a saber, que el acto se encuentre comprendido en la actividad empresarial o profesional de índole ordinaria, y que el acto sea realizado en condiciones normales. En relación a este último aspecto, el profesor Florentino, en el manual "La Ley Concursal" de la Revista del Poder Judicial, señala en orden a su apreciación que ha de ponderarse una serie de factores, cuales los de si se corresponden con la manera habitual de llevar a cabo ese tipo de actos, si no hay nada que los singularice por su objeto, volumen, coste o condiciones, etc..., así como el momento de su realización, en el sentido de ver difuminada su característica de normalidad cuando los actos dispositivos vienen a tener lugar hallándose el deudor en una situación de insolvencia o de serias dificultades económicas.": SAP Pontevedra (Sección 1) 08.03.2012 (Sentencia 103/2012; Rollo 717/2011)

"No concreta el art. 71.5 LC el concepto de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial. Hace una concreción mayor en el art. 44.2 LC cuando alude a actos propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial del deudor para referirse a los actos autorizados con carácter general para la continuidad de la empresa en caso de intervención. Ciertamente el escenario en que se aplicará la norma es una vez declarado el concurso, no antes como es el supuesto que nos ocupa, pero sin embargo puede servir de orientación. No obstante, la mejor doctrina viene a coincidir en exigir la concurrencia de dos características, a saber, que el acto se encuentre comprendido en la actividad empresarial o profesional de índole ordinaria, y que el acto sea realizado en condiciones normales. Así se dice que se trata de aquellos actos de mantenimiento ordinario sin cuya realización se paralizaría en un corto periodo la actividad ordinaria de la empresa. Lo que ofrece pocas dudas es que el acto debe enmarcarse en la actividad habitual y normal de la empresa en el sector del tráfico en la que está inmersa la empresa.
Por ello es verdaderamente difícil que en este ámbito puedan integrarse las garantías, por más que sea habitual para el deudor acudir al crédito externo como forma de financiación. Así, salvo supuestos concretos que puedan integrar la concertación de hipotecas en su tráfico ordinario (promotor inmobiliario para financiar sus promociones), resulta improcedente su contemplación en la exclusión que tratamos. En el caso que nos ocupa la actividad empresarial de la concursada nada tiene que ver con el mercado inmobiliario o similar, siendo su actividad ordinaria o habitual, su giro o tráfico empresarial, muy alejado de la concertación de garantías hipotecarias, por más que en alguna ocasión se vea en la necesidad de acudir a este sistema de financiación": SAP Pontevedra (Sección 1) 21.06.2012 (Sentencia 358/2012; Rollo 915/2011)

"TERCERO. -Finalmente en relación con la alegación de que se trata de un acto ordinario de la actividad empresarial que no podría ser objeto de rescisión conforme al art. 71.5 LC, no debe olvidarse que con tal prohibición, como señala la STS 26 octubre 2012, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. La seguridad jurídica es vital para el funcionamiento del mercado y el tráfico jurídico mercantil. Dice la STS de 10 de julio de 2013 que: *la finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse*.": SAP Pontevedra (Sección 1) 09.04.2014 (Sentencia 134/2014; Rollo 78/2014)

AP Tenerife

“Finalmente, (...) hay que hacer referencia a la excepción contenida en el apartado 5o del artículo 71, "en ningún caso podrá ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales...".
El concepto de actos ordinarios implica que ha de tratarse de operaciones ordinarias o corrientes propias de la actividad empresarial o profesional, operaciones ineludibles para el ejercicio de dicha actividad, y no operaciones coyunturales por criterios de oportunidad, y debe anadirse que siendo operaciones ordinarias o corrientes, no impliquen un perjuicio patrimonial. La referencia a condiciones normales debe partir del carácter ordinario de dichas operaciones y, por tanto, de lo usual de dicha operación respecto del deudor, siendo apreciable, tanto desde una perspectiva jurídico-negocial, como de una perspectiva económica, de tal forma que atenderemos tanto al equilibrio de las contraprestaciones como a la habitualidad en el ejercicio de este tipo de operaciones, considerando que deben cumplirse ambas perspectivas; y debe contemplarse también desde un punto de vista comparativo, tanto en cuanto a las operaciones habituales realizadas por el deudor como por el sector de la actividad económica en que se desenvuelva su propia actividad, y, finalmente, han de tenerse en consideración la circunstancias coyunturales anteriores concomitantes y posteriores que rodean la citada operación.”: SAP Tenerife (Sección 4) 09.10.2012 (Sentencia 386/2012; Rollo 249/2012) y, en idénticos términos, SAP Tenerife (Sección 4) 10.10.2012 (Sentencia 389/2012; Rollo 249/2012)

AP Valladolid

“El propio artículo 71 LC, en su apartado 5 (en la redacción anterior al RD 3/2009) contempla un supuesto de justificación al establecer que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional del deudor realizados en condiciones normales.
Por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica la SAP Barcelona de 8 de enero de 2.009.
Para determinar la existencia de "condiciones normales", tal y como dijimos en la Sentencia de 7 de mayo de 2.009, ya citada, debemos examinar la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio.: SAP Valladolid (Sección 3) 28.10.2010 (Sentencia 301/2010; Rollo 234/2010)

“QUINTO. El artículo 71.5 de la Ley Concursal, que también invoca el recurrente en su favor, ciertamente establece una excepción al principio general que proclama en su apartado primero y por el que considera rescindibles "los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración aunque no hubiese existido intención fraudulenta " ahora bien, como tal excepción, debe ser objeto de una interpretación restrictiva y no extensiva, atendiendo como es lógico al caso concreto y a las particularidades concurrentes. Así y por lo que se refiere a la expresión "actos realizados en condiciones normales" o al concepto de "normalidad", no ha de atenderse exclusivamente a si se da o no un equilibrio en las prestaciones de las partes o se hace en condiciones de mercado, sino si además se corresponde con una manera lógica, razonable y constante de llevar a cabo estos actos en el momento y contexto en que se producen, de modo que, deben valorarse una serie de circunstancias, tales como, la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos, su excepcionalidad respecto de otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa, la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación, la incompatibilidad de la forma del acto con las usuales en el tráfico de la empresa, la inmediatez de la realización del acto con la solicitud del deudor de ser declarado en concurso, y en fin el propio conocimiento que este pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras. Pues bien, en el supuesto presente, si bien el pago hecho por la concursada al Banco recurrente, lo fue para satisfacer unos créditos vencidos y líquidos, sin embargo no puede decirse que reuniera las condiciones de normalidad exigidas, por el mentado precepto, dada la excepcionalidad que representa tanto el hecho de que se hubiera efectuado con el importe obtenido como precio de venta de la nave en que la concursada sus actividades como el hecho de que se hubiera beneficiado a un acreedor concreto con evidente agravio y discriminación de todos los demás.”: SAP Valladolid (Sección 3) 12.12.2011 (Sentencia 424/2011; Rollo 405/2011)

“Consideran las demandadas que el acuerdo por ellas acordado es un acto de carácter ordinario. Volvemos nuevamente a mirar a nuestra sentencia 7/5/09 : "Por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica la SAP Barcelona de 8 de enero de 2.009.
El concepto de "normalidad" no puede quedar reducido al de equilibrio en las prestaciones de las partes o al de pago en condiciones de mercado. Antes bien, es necesario analizar el momento y contexto en que se realizan los actos susceptibles de rescisión.
Para ello, debe examinarse la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la

empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio.”: SAP Valladolid (Sección 3) 13.03.2012 (Sentencia 100/2012; Rollo 445/2011)

“Consideran las demandadas que el acuerdo por ellas adoptado es un acto de carácter ordinario. Volvemos nuevamente a mirar a nuestra sentencia 7/5/09 : "Por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica la SAP Barcelona de 8 de enero de 2.009.
El concepto de "normalidad" no puede quedar reducido al de equilibrio en las prestaciones de las partes o al de pago en condiciones de mercado. Antes bien, es necesario analizar el momento y contexto en que se realizan los actos susceptibles de rescisión.
Para ello, debe examinarse la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio.“: SAP Valladolid (Sección 3) 14.03.2012 (Sentencia 102/2012; Rollo 586/2011)

“Como antes decíamos y también expresábamos en nuestra sentencia de 23 de marzo de 2009, el análisis de concepto de normalidad no parece deba efectuarse desde una perspectiva jurídico negocial, es decir, si en el acto se produce o no un equilibrio en las prestaciones de las partes. Mas bien habrá de hacerse desde una perspectiva económica, es decir si se corresponde con la manera habitual de llevar a cabo ese tipo de actos en ese sector del tráfico. Y ello en un análisis conjunto del negocio jurídico en cuestión, ponderando, si existe o no elemento o característica que lo singularice en relación tanto al modo de realizarse este tipo de operaciones en ese sector del mercado cuanto a la propia operativa observada previamente por esa concreta empresa. También habrán de pesar en tal ponderación otros factores como son la inmediatez o no de la realización del acto con la solicitud de declaración concursal, la situación económica en que se encontrase la empresa, las relaciones o vinculaciones que esta mantuviera con otras partes o afectados en el negocio, su excepcionalidad respecto de otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa, la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación, el propio conocimiento que el deudor pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras, etc.
Desde tal óptica nos encontramos en primer lugar con que el negocio jurídico en cuestión se firma un mes antes de la declaración de concurso, siendo ambas partes perfectamente conscientes de que la constructora se encontraba ya en una situación de práctica insolvencia, desatendiendo los pagos a sus proveedores desde hacía meses. Así lo admite la promotora en su contestación a la demanda y fruto de ello se había venido produciendo frente a la misma el ejercicio de la acción directa por parte de dichos proveedores desde meses antes. En segundo lugar ambas entidades formaban parte de un mismo grupo de empresas, tal y como anteriormente se ha analizado. A mayor abundamiento tampoco cabe considerar como condiciones de normalidad el que en la operación litigiosa se procedan a compensar créditos de la promotora frente a la constructora que aun no se hallaban vencidos ni resultaban exigibles, y ello por una importantísima cantidad que asciende nada menos que a 5.448.159,23 euros. Por otra parte no consta ni tan siquiera se alega se hubieren realizado por ambas entidades negocios jurídicos similares, con ocasión de otras obras que tanto entre ambas cuanto con algún tercero hubieren promovido o ejecutado. No cabe por tanto reputar que esta segunda parte del negocio jurídico analizado pueda ser calificada como de acto ordinario de la actividad empresarial realizado en condiciones normales. “:SAP Valladolid (Sección 3) 30.10.2012 (Sentencia 319/2012; Rollo 146/2012)

JM-1 Alicante

“Quinto.- Los actos excluidos de reintegración
Frente al parecer de los demandados, no se considere que el acto impugnado - acuerdo social de reparto de dividendos- tenga encaje en el art apartado 1º del artículo 71.5 LC y esté excluido de la reintegración por ello, pues ese negocio no se trata de "actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".
Acerca de este apartado en sentencia de este Juzgado de 18 de marzo de 2008 se dijo que la exégesis del precepto pone de manifiesto que deben concurrir acumuladamente dos circunstancias: 1º) Que se trate de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor y 2º) Que se trate de actos realizados en condiciones normales.
Se trata de un excepción que aparece en el derecho concursal anglosajón donde se configura como uno de los factores negatorios de las "fraudulent preferentes" y de la que se ha hecho eco la doctrina (entre otros Sancho Gargallo o Rojo) y la jurisprudencia al aplicar el derecho de quiebras derogado por LC para suavizar el rigor de la sanción de nulidad. Así la STS de 28 de octubre de 1996 excluye de tal sanción de nulidad, *"por mor de quedar fuera de la lógica de aquel concepto los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa y los que muestran que las operaciones en cuestión no fueron perjudiciales para la masa de acreedores".*

Aunque no debe perderse de vista que tales consideraciones nacen en un marco normativo distinto, se pone de relieve en todo caso que las mismas no han de ser perjudiciales para la masa, apuntando la STS de 30/3/2006, con invocación argumental del Art. 71LC, que los remedios reintegradores tienen como misión asegurar la «par conditio creditorum» y preservar la integridad del patrimonio del quebrado, encuadrándose en esta categoría de "actos ordinarios" por los comentaristas las operaciones que conforman el tráfico cotidiano y habitual de la empresa, sobre todo refiriéndose a pagos de salarios, de suministros de energía o materiales imprescindibles para la marcha de la mercantil, o las operaciones de descuento al ser propia del tráfico (STS 12/11/1977).
Estas consideraciones se pueden completar con las contenidas en la llamada jurisprudencia menor, como la SAP de Murcia de 23/03/2009 que señala que *"esos "actos ordinarios" deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad"*, en tanto que la SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009 da un sentido más amplio al indicar que " *Por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica la* SAP Barcelona de 8 de enero de 2.009.
En este sentido, podemos admitir que el pago a un proveedor de un crédito vencido y exigible puede considerarse un acto ordinario. Cuestión diversa es que ese pago se haya hecho en "condiciones normales".
Respeto del presupuesto de "normalidad" la SAP de Murcia citada lo identifica con las operaciones " *usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad* " en tanto que la SAP de Valladolid, con apoyo en previa sentencia de 23 de marzo de 2.009 apunta que " *el concepto de "normalidad" no puede quedar reducido al de equilibrio en las prestaciones de las partes o al de pago en condiciones de mercado. Antes bien, es necesario analizar el momento y contexto en que se realizan los actos susceptibles de rescisión.*
Para ello, debe examinarse la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio."
En este caso, aun cuando el acto impugnado *[reparto de dividendo]* pueda ser ordinarios en la vida societaria, no parece que pertenezcan al ámbito de la actividad empresarial del deudor, y en todo caso, en el caso concreto, no se realiza en condiciones de normalidad, según se ha expuesto, atendida su singularidad y excepcionalidad según los hechos antes descritos que se dan por reproducidos para evitar inútiles reiteraciones.": SJM-1 Alicante 15.04.2012 (Sentencia 109/2012; Incidente 574/2011)

"Quinto.- La exclusión de la reintegración por tratarse de actos ordinarios
Acerca de esta delimitación negativa de la acción de reintegración concursal en sentencia de este Juzgado de 18 de marzo de 2008 se dijo que la exégesis del precepto pone de manifiesto que deben concurrir acumuladamente dos circunstancias: 1º) Que se trate de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, y 2º) Que se trate de actos realizados en condiciones normales.
Se trata de un excepción que aparece en el derecho concursal anglosajón donde se configura como uno de los factores negatorios de las "fraudulent preferentes" y de la que se ha hecho eco la doctrina (entre otros Sancho Gargallo o Rojo) y la jurisprudencia al aplicar el derecho de quiebras derogado por LC para suavizar el rigor de la sanción de nulidad (entre otras STS de 28 de octubre de 1996),encuadrándose en esta categoría de "actos ordinarios" por los comentaristas las operaciones que conforman el tráfico cotidiano y habitual de la empresa, sobre todo refiriéndose a pagos de salarios, de suministros de energía o materiales imprescindibles para la marcha de la mercantil, o las operaciones de descuento al ser propia del tráfico (STS 12 noviembre 1977) La sentencia mentada de 26 de octubre de 2012 del Tribunal Supremo expone que "Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.
En este caso, podemos entender que para una sociedad como la deudora concursada, que explota un negocio de fabricación de aparatos de telefonía móvil, el pago de los servicios de reparación y asistencia técnica, como son los prestados por Postventa, es un acto normal ligado a su actividad empresarial. Pero no cabe concluir que fuera realizado en condiciones normales, pues está reconocido que el pago del crédito se hizo después de que la acreedora hubiera solicitado su concurso de acreedores, para conseguir el desistimiento, y sin que ello evitara que al cabo de pocas semanas se volviera a pedir el concurso, esta vez a instancia de la propia deudora."
En el caso presente, no parece que el pago de los servicios profesionales de letrado se pueden calificar como "actos ordinarios "de una promotora/contratista de obras, máxime si atendemos a precedentes de la llamada jurisprudencia menor, como la SAP de Murcia de 23/03/2009 que señala que "esos "actos ordinarios" deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial"

En todo caso, aun asumiendo una lectura amplia como la patrocinada por la SAP de Valladolid de 7 de mayo de 2009 según la cual " Por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica la SAP Barcelona de 8 de enero de 2.009.
En este sentido, podemos admitir que el pago a un proveedor de un crédito vencido y exigible puede considerarse un acto ordinario" es difícil admitir que se trate de un acto realizado en condiciones de normalidad, que supone, según la SAP de Murcia citada, la exclusión "...de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad". Y ello porque se presenta como excepcional modo de asegurar el pago de los servicios profesionales del letrado reconvenido, ya que no se ha conseguido probar, ni siquiera se alega, que fuera habitual en la práctica negocial con CASTELLO (que es la relevante a estos efectos) la realización de provisiones de fondos ni mucho menos, de la cesión para pago de créditos litigiosos, ni tampoco con otros prestadores de servicios, al no existir prueba alguna al respecto, por lo que las alegaciones sobre la cesión de créditos como mecanismo habitual de pago en el sector no dejan de ser alegaciones abstractas desconectadas del caso concreto que nos ocupa En definitiva, nos encontramos ante un acto que escapa a la normalidad, y cuya singularidad se aprecia tanto atendiendo respecto a la dinámica negocial anterior entre las partes (no consta precedentealguno) como acudiendo a la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores (no consta idéntico trato a otros), unido a la forma de llevarse a cabo (cesión para pago de un créditolitigioso) en un contexto preconcursal, con conocimiento de la situación de insolvencia del deudor, o cuanto menos de sus evidentes dificultades para atender de manera ordenado y regular el pago de sus obligaciones “SJM-1 Alicante 23.12.2014 (Sentencia 223/2014; Incidente 339/2014)

JM-1 Málaga

“TERCERO: Corresponde, como hemos señalado, a las demandadas, probar que no existe ese perjuicio patrimonial que la ley presume y para ello señalan dos argumentos importantes: por un lado que se trata de un negocio realizado dentro de la actividad ordinaria de la sociedad y de su objeto y que por ello le sería aplicable el apartado 5 del artículo 71 en que se señala que " en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales..."; y por otro que no se ha producido un perjuicio para la masa activa dado el valor de venta y la efectividad del pago realizada para obtener liquidez.
Respecto del primero cabe señalar que la correcta interpretación del precepto se ha realizado por la doctrina teniendo en cuenta, como no puede ser de otro modo, dos circunstancias. 1º. Por un lado el concepto de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor; 2º. Por otro el concepto de condiciones normales.
No es desconocido en nuestro derecho de quiebras la excepción de determinados actos del quebrado en función de la categoría de actos ordinarios de su actividad (SSTS de 28 de octubre de 1996 o 20 de junio de 1996). Dicho concepto no es desconocido tampoco en derecho comparado del que probablemente se beba en la fuente: así el derecho anglosajón habla de "fraudulent preferentes" a modo de factores negatorios de la rescisión o retroacción para referirse a operaciones ordinarias de la actividad negocial. Pero entendemos que dichas operaciones deben encuadrarse bajo los siguientes requisitos:
Ha de tratarse de operaciones ordinarias o corrientes propias de la actividad empresarial o profesional.
Debe tratarse de operaciones ineludibles para el ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional y no de operaciones coyunturales por criterios de oportunidad. Estas últimas deben ser analizadas en función del segundo de los requisitos: condiciones normales.
Debe referirse a operaciones que, siendo ordinarias o corrientes, no impliquen un perjuicio patrimonial tanto en su activo fijo como en su activo circulante.
A los efectos del segundo de los elementos señalados hemos de tener en cuenta que las condiciones normales vendrán marcadas, también, por otros elementos distintos:
La referencia a condiciones normales debe partir del carácter ordinario de dichas operaciones y, por tanto, de lo usual de dicha operación respecto del deudor.
Es apreciable tanto una perspectiva jurídico-negocial como una perspectiva económica de tal forma que atenderemos tanto al equilibrio de las contraprestaciones como a la habitualidad en el ejercicio de este tipo de operaciones considerando que deben cumplirse tanto la primera como la segunda de dichas perspectivas.
Debe contemplarse desde el punto de vista comparativo tanto en cuanto a las operaciones habituales realizadas por el deudor como por las del sector económico en que se desenvuelve.
Ha de tenerse en consideración las circunstancias coyunturales anteriores, concomitantes y posteriores que circundan a la citada operación.
El último requisito a tener en cuenta es el momento temporal de dicha operación, pues si bien la norma establece un supuesto genérico de dos años anteriores a la declaración de concurso, ha de estudiarse la operación en atención a su posible relación temporal con la insolvencia ya declarada y el comienzo de las dificultades económicas. “:SJM-1 Málaga 08.06.2007 (Incidente Concursal 248/2005)

2. Aplicabilidad

2.1 Ingresos en cuenta de crédito, reduciendo saldo dispuesto

AP Barcelona

“PRIMERO La sentencia recurrida acuerda la rescisión de un pago de 279.356'20 euros realizado por la concursada a favor de BANCO POPULAR ESPAÑOL, por entender que dicho pago, que se hizo con aportaciones realizadas a la compañía por uno de los socios, "es perjudicial para la masa en cuanto que supone una disminución de su activo en beneficio de un solo acreedor, el Banco Popular, y en perjuicio de los demás acreedores".

La sentencia es recurrida tanto por la concursada como por el BANCO POPULAR. Ambos coinciden en sus respectivos recursos en argumentar que el acto rescindido no es en realidad un acto dedisposición de la concursada, pues los pagos impugnados fueron efectuados por terceros, aunque lo fueran para satisfacer una deuda de HERGAR; y, en todo caso, no concurre el requisito del perjuicio.

SEGUNDO Elart. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. El acto de disposición que ha sido objeto de rescisión es un pago de un crédito que la concursada tenía con el Banco Popular, por un importe de 279.356'20 euros. La controversia en esta alzada gira en torno a dos cuestiones: la primera, si el pago de esta deuda lo hizo HERGAR, esto es si el acto impugnado era un acto dedisposición del deudor o, si por el contrario, se trata del pago hecho por un tercero. Esta primera cuestión no se irrelevante, pues el objeto de la acción rescisoria concursal recae sobre los actos dedisposición de la concursada, no de terceros. La segunda cuestión versa sobre la valoración del perjuicio, teniendo en cuenta que el acto de disposición es un pago de una deuda debida.

Ambas cuestiones las resolveremos mejor si tenemos presente los hechos relevantes que han resultado acreditados.

En primer lugar, HERGAR había concertado con el Banco Popular una póliza de cuenta de crédito por un límite de 85.000 euros, que se instrumentó en la c/c 0075-1455-9105 0000 1960 (ff. 12 y ss.). Esta póliza tenía un vencimiento de fecha 28 de febrero de 2007. En el extracto de la referida cuenta queda constancia de que entre los días 11 de noviembre y 1 de diciembre de 2006, se hicieron seis ingresos en dicha cuenta por un importe total de 278.356,20 euros (ff. 16 y 17). Si examinamos con detalle esa cuenta, se advierte que con ella operaba la sociedad, y que estos ingresos sirvieron para reducir el saldo deudor dentro del límite de disposición, pues con frecuencia se había traspasado este límite, y de hecho, tras el último ingreso el saldo se situó en - 84.994,08 euros, y cuando se cerró la cuenta, tras su vencimiento, el 5 de marzo de 2007, el saldo era de -83.755,48 euros.

La administración concursal aporta un extracto del Libro Mayor de la compañía, de la cuenta de socios 5530000, en la que aparecen las mismas cantidades que fueron objeto de ingreso en la cuenta de crédito del Banco Popular como aportaciones a la sociedad del socioCalixto (f. 18).

Por su parte, el Banco Popular acredita documentalmente que los seis ingresos realizados en la cuenta de crédito antes indicada de HERGAR provenían de seis transferencias o ingresos: la primera, de 48.400 euros, la habría realizadoCalixto el 17 de noviembre de 2006 desde una cuenta corriente abierta su nombre (f. 86); la segunda, de 145.500 euros, realizada por PRO RUCAST, S.L., también el 17 de noviembre de 2006, desde una cuenta propia (f. 87); la tercera, de 3.000 euros, fue realizada por Calixto, el 18 de noviembre de 2006 (f. 88); la cuarta, de 74.700 euros, realizada por PRO RUCAST, S.L. el 24 de noviembre de 2006, desde una cuenta propia (f. 89), y las otras dos, de 7.621,20 euros y 135 euros, realizadas porCalixto, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006 (ff. 90 y 91).

Conviene no perder de vista que los actos impugnados son los pagos de estas cantidades, que ascienden a un total de 278.356,20 euros, a favor del Banco Popular, realizados dentro del periodo sospechoso. Podría discutirse, como hacen las partes, si a la vista de la reseñada documentación, hubo primero una aportación dineraria porCalixto a favor de la sociedad, ingresando estas cantidades en la cuenta que tenía en el Banco, o si se trató de un pago realizado por tercero de la deuda que HERGAR tenía con el Banco, pero esta cuestión deviene al final irrelevante, pues la materialidad del pago, aunque conviniéramos que fue realizada por la propia concursada, no constituye un perjuicio para la masa activa del concurso.

Aunque los pagos hechos con anterioridad a la declaración de concurso constituyen lógicamente una disminución del haber del deudor, y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello podremos considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Por supuesto que los pagos indebidos, o que no pueda justificarse la obligación vencida y exigible a que se imputan, son por si mismos perjudiciales, porque conllevan un sacrificio patrimonial injustificado. Si no se demuestra la concurrencia de otra causa, habría que concluir que es la mera liberalidad, propia de los negocios gratuitos. Por su parte, los pagos anticipados por su propia naturaleza resultan injustificados, cuando existen otros créditos vencidos y exigibles, razón por la cual el legislador presume el perjuicio sin prueba en contrario (art. 71.2 LC).

Fuera de estos caso, para que pueda rescindirse un pago debido, vencido y exigible, será preciso que suponga al mismo tiempo una alteración de la par condicio creditorum. Es en atención a que suponen el favorecimiento de uno o varios acreedores que, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto, se verán libres de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar sus créditos, por lo que se pueden llegar a considerar perjudiciales. Pero para que constituyan una vulneración de la par condicio creditorum será necesario que, al tiempo de ser realizados, el deudor ya esté en estado de insolvencia, y por lo tanto obligado a presentar el concurso (arts. 5 y 2.2 LC), y que el pago no pueda considerarse "acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias", en la medida en que está excluido expresamente por elart. 71.5 LC.

Antes de entrar a analizar estas circunstancias, en el presente caso concurre otra que condiciona la rescindibilidad del acto de disposición, cual es que el pago se hizo por compensación, como puede verse del propio extracto de la cuenta en que se ingresaron esas cantidades. En realidad, al margen de la causa por la queCalixto y la sociedad PRO RUCAST, S.L. hicieran esos ingresos en la cuenta de HERGAR, que podría ser la propia de las aportaciones del primero, socio de HERGAR, a la sociedad, lo verdaderamente relevante es que al ingresarse en la cuenta corriente de crédito que dicha sociedad tiene abierta en el BANCO POPULAR,

por virtud del contrato de apertura de crédito, dichas cantidades se compensaron automáticamente con el saldo deudor.
El juicio sobre el perjuicio que pueda entrañar la satisfacción de un crédito por medio de la compensación no coincide con el realizado para el caso del pago, pues aunque no deja de ser una forma de extinción de una obligación de pago -a costa de un crédito a favor de la concursada (arts. 1195, 1196 y 1202 CC)-, tiene un tratamiento concursal especifico. Dentro del concurso, el tratamiento de estos dos modos de satisfacción de un crédito concursal no es idéntico: mientras que no cabe el pago del crédito concursal, sino es de acuerdo con las soluciones concursales (en el convenio o en la liquidación y pago) y de acuerdo con la par condicio creditorum, la prohibición de compensación no es absoluta. Elart. 58 LC admite la compensación practicada con posterioridad a la declaración de concurso siempre que sus requisitos hubieren existido con anterioridad a la declaración. Por lo que, para no hacer de peor condición la compensación realizada antes del concurso, que la posterior, el juicio sobre el perjuicio debe quedar reducido en principio a la concurrencia de los requisitos de la compensación. Esto es el pago por compensación realizado durante el periodo sospechoso estará justificado, y por lo tanto no cabra apreciar perjuicio, siempre que para entonces se cumplieran los requisitos exigidos para su validez.
En nuestro caso, la compensación practicada por el Banco Popular con el ingreso de aquellas seis cantidades en la cuenta de crédito abierta a nombre de la sociedad concursada no fue legal sino convencional, y se practicó al amparo del acuerdo de compensación automática contenido en la propia póliza de crédito, de forma que al tiempo que minoraban el saldo deudor del acreditado, se incrementaba el saldo crediticio disponible. En un caso muy similar al presente, en que los ingresos y la compensación se practicaron una vez declarado el concurso, como consecuencia de ingresos en la cuenta de crédito y, en concreto, de la gestión de cobro de efectos comerciales y otras operaciones, concluimos que no estaba afectada por la prohibición delart. 58 LC [sentencia de 21 de mayo de 2007 (RA 54/2007)]. Vale la pena traer a colación lo que entonces argumentábamos al respecto: "No cabe comprender en la prohibición delart. 58 LC la compensación que tiene lugar por el tracto sucesivo de una relación contractual que sigue en vigor tras la declaración del concurso y cuya operativa técnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática por acuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la dinámica contractual, como es el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan las disposiciones e ingresos del acreditado. El tal supuesto, como es el presente, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda sustraída de la prohibición legal, porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto...". Si a este régimen hubieran quedado afectados los ingresos posteriores a la declaración de concurso, que se compensaban automáticamente con el saldo deudor de una póliza de crédito instrumentada en la cuenta corriente en que se practicaron los ingresos, con mayor motivo y, como un efecto reflejo delart. 58 LC, hemos de considerar que la compensación automática realizada antes de la declaración de concurso, cumpliendo con todos los requisitos de validez, no puede ser objeto de una rescisión concursal aduciendo la posible vulneración de la par condicio creditorum.
TERCERO Pero, además, este acto puede considerarse que está excluido de la rescisión concursal por virtud delart. 71.5 LC, por tratarse de "acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias". El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente concertado por HERGAR con BANCO POPULAR servía no sólo para requerir crédito hasta el límite pactado, 85.000 euros, cuando lo necesitara HERGAR, sino también para realizar reembolsos totales o parciales sobre las cantidades recibidas, con la finalidad de poder ser nuevamente utilizado en la medida en que era reintegrado, lo que tiene gran importancia si, como es el caso, HERGAR utilizaba también los servicios de caja, como se desprende del extracto de la cuenta. Los reintegros practicados como consecuencia de estos seis ingresos fueron encaminados a reducir la deuda a los límites del crédito concedido, y así se desprende del propio extracto de la cuenta, donde se aprecia que cada ingreso vino precedido y, por ello, motivado por una situación de exceso en la disposición del crédito por encima de lo pactado, y la consecuencia de tales ingresos fue reducir el crédito dispuesto a una cifra muy poco inferior al límite pactado (84.994,08 euros), y así cuando se canceló la póliza el saldo deudor era de -83.755,48 euros. Se trata de un acto ordinario, si se dispone de una póliza de crédito en cuenta corriente a través de la que se realizan cobros y pagos, derivados de su actividad mercantil, pues va encaminada a mantener la póliza dentro del límite pactado y evitar la resolución anticipada por el Banco, lo que redundaría en el vencimiento anticipado de la deuda y su inmediata exigibilidad; y fue realizado en condiciones ordinarias, pues se hizo a través de ingresos de terceros y no pretendió la amortización anticipada del crédito, sino tan sólo conservar el mismo reduciendo el saldo deudor por debajo del límite de disposición pactado.”: SAP Barcelona (Sección 15) 30.03.2009 (JUR 2009/411292; Sentencia 106/2009; Rollo 696/2008)

2.1.a Reintegro parcial anticipado de préstamo hipotecario ejercitando facultad contractual

AP Badajoz

“SEGUNDO.-El recurso, como dijimos tiene que prosperar, pues es necesario poner en relación la escritura de constitución de hipoteca de 26/1/07; y su ampliación de 6/3/09 y subsanación del 23 de marzo del propio año, con la escritura de prenda sobre derechos de crédito derivados de seguro, de la misma fecha de 6 de marzo de 2009, todos ellos celebrados entre "Banco de Santander, S.A." y "FARME, S.A."; porque ésta última escritura constituye una garantía adicional de las obligaciones y responsabilidades que FARME, SA tiene contraídas en virtud del préstamo hipotecario formalizado el 26/1/07, ampliado el 6/3/09. Y precisamente, en cuanto tal garantía adicional, la deudora pignorante, solicitó de la Acreedora, la aplicación del importe del rescate de los tres derechos de crédito que a su favor derivaban del producto "SIDOS" instrumentado en tres pólizas de seguro, y su aplicación a la amortización parcial del capital del préstamo hipotecario mencionado, según así consta en correo electrónico remitido a Banco de Santander, el 8/7/2010; lo que así hizo, en efecto, la entidad

bancaria, el 20/7/2010. Facultad ésta de reembolsos anticipados parciales del préstamo hipotecario, que la escritura de préstamo reconoce expresamente a favor del prestatario en la estipulación segunda. Dato importante a tener en cuenta es que el reembolso parcial efectuado en julio de 2010, tuvo como consecuencia la disminución del importe de la cuota trimestral de amortización, que pasó de 20.016,69 # a 16.386,16 #.
Consiguientemente, no puede caber ninguna duda de que ese pago o reintegro parcial anticipado de 140.301,90 # constituyó un acto ordinario de la actividad empresarial de "FARME S.A.", como así lo preveía la propia escritura de constitución del préstamo y además ningún perjuicio causa a la Masa Activa. Y así, en efecto vemos cómo ni la Administración Concursal, ni muchos menos, la sentencia apelada, razonan, ni argumentan dónde se encontraría o cómo se habría producido o en qué consiste ese perjuicio para la Masa Activa del Concurso, que denuncia la Administración Concursal y como asume, sin ninguna motivación mínimamente razonada, la resolución hoy impugnada; ¿cómo es posible entender que se ha producido un perjuicio para la masa activa, por el hecho de que, en julio de 2007, se hubiera procedido a un reintegro parcial mínimo (de 140.000 #) en relación a un préstamo con garantía hipotecaria (pero también con garantía pignoraticia adicional) por importe de más de 880.000 #, en el que el inmueble objeto de la garantía se tasó en más de un millón de euros?; ¿en qué medida la aplicación de la cláusula contractual prevista, de reintegro parcial anticipado, a instancias de la deudora hipotecante, ha podido perjudicar la Masa Activa de ese mismo deudor cuyo concurso voluntario se declaró en 9 de mayo de 2012, máxime cuando ese reintegro parcial se hizo mediante la aplicación del importe de tres pólizas de seguro rescatadas, objeto de pignoración?. Ninguna explicación, ni ningún argumento se aporta en la resolución hoy apelada, a esos efectos. Ni tampoco se alude por la A.C. demandante a que el reembolso parcial se destinó a reducir las cuotas de amortización, no el plazo de amortización, como ya antes se dijo.
TERCERO.-Por otra parte, la sentencia hoy apelada funda su decisión en un precepto que, en ningún momento, invocó el hoy apelado, o sea, la Administración Concursal, para fundamentar el éxito de la acción rescisoria ejercitada; pues mientras en la demanda de incidente concursal se cita el art. 71.1 y 2 de la Ley Concursal, sin embargo, la sentencia basa su decisión en el art. 71.3.3º de la misma Ley, variando de esa forma la causa de pedir.
En cualquier caso, ninguno de tales preceptos -ni los citados por la Administración Concursal, ni el que sirve de apoyo a la decisión judicial- son aplicables a nuestro supuesto, por cuanto, en relación al nº 1 del art. 71, como ya hemos dicho no existe acto perjudicial alguno para la Masa Activa, realizado -aunque fuese sin intención fraudulenta- dos años antes del 9 de mayo de 2012; y, en relación al nº 2 del art. 71 no es posible presumir -con presunción "iuris es de iure"- tal perjuicio, porque ni se trató de acto de disposición a título gratuito; ni de pago o acto extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior al 9 de mayo de 2012, toda vez que el reintegro a que se refiere la Administración Concursal, no extinguió la obligación hipotecaria.
Y, en lo que se refiere al art. 71.3.3º no puede ser que se refiriese a los apartados 1 ó 2, pues ni aparece involucrada persona alguna especialmente relacionada con el concursado; ni se ha tratado de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de obligaciones nuevas contraídas en sustitución de las preexistentes; pues la escritura pública de penda sobre los derechos de crédito derivados de seguro, es de fecha 6 de marzo de 2009, fecha de la ampliación del inicial préstamo hipotecario. Y tampoco se ha tratado de un acto de extinción de obligaciones con garantía real, de vencimiento posterior al 9/5/12, porque el préstamo hipotecario no se extinguió con el reembolso parcial de 140.000 #.
Finalmente, el apartado 4 del art. 71 de la Ley Concursal obligaba a la Administración Concursal a probar el perjuicio patrimonial, desde el momento que se trataba de actos no comprendidos en los tres supuestos del apartado 3.
Y, en fin, es que para agotar el tema, el apartado 5 del mismo art. 71, ya se cuida de dejar bien claro que no son rescindibles los actos ordinarios de la actividad profesional e empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni los actos comprendidos en el ámbito de Leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos.”: SAP Badajoz (Sección 2) 20.09.2013 (Sentencia 226/2013; Rollo 253/2013)

2.2 Actos ordinarios incluidos en el servicio de caja que prestaba a sus cuentacorrentistas la cooperativa de crédito concursada

JM-1 Santander

“TERCERO.- En el presente caso, la administración concursal realiza en su contestación una perfecta descripción de la actividad de la concursada que, en cambio, no es tenida en cuenta ni en la demanda ni en la contestación realizada por ésta. En ella señala que la concursada en una cooperativa con sección de crédito, que tenía abierta una cuenta a su único y exclusivo nombre en la entidad BBVA cuyo objeto principal era prestar a los clientes de la cooperativa los servicios propios del contrato de cuenta corriente bancaria. Así, en ella se cargaban facturas, recibos y demás efectos de los clientes, y la cooperativa, a su vez, los cargaba en la cuenta del cliente. Como tales, aún cuando los estatutos preveían que sólo los socios podían participar en las actividades de la cooperativa, del informe de la administración concursal y de la propia memoria presentada junto a la solicitud de concurso con la concursada, se extrae que tenía abierta cuentas con clientes que no reunían la condición de socios, admitiéndose dicho funcionamiento.
La descripción que se ha efectuado más arriba concuerda perfectamente con lo reflejado en el informe de la administración concursal y hasta el momento se ha planteado como un hecho no discutido. La propia concursada, en la memoria que presentó junto a la solicitud de concurso, claramente la describe en su página segunda al señalar que "la sección de crédito ha desarrollado, como decía, la actividad más importante por volumen y cuantía económica. A través de la misma la cooperativa ha actuado como intermediaria financiera de los socios, captando fondos de éstos en concepto de depósitos en cuenta corriente, libreta de ahorro o imposiciones a plazo y concediendo crédito a los mismos, mediante contratos de préstamo….En fin, prestaba a

sus cuentacorrentistas el servicio de caja característico del contrato de cuenta corriente bancaria, a cuyo fin la cooperativa tiene en la actualidad abierta, a su vez, una cuenta corriente en el BBVA, S.A.... en la que abonan los recibos, facturas, efectos, etc., girados contra o a favor de los cuentacorrentistas de la cooperativa, así como los cheques librados por estos, y posteriormente, la cooperativa carga o ingresa en la cuenta de cada cuentacorrentista los recibos, facturas, efectos, etc. que a cada uno corresponda". Idéntico texto se reitera en la página 13 de la memoria. Insiste en la utilización de la figura de cuentacorriente en la página 17. Lo anterior posee especial relevancia atendiendo a que en los meses transcurridos desde la solicitud de concurso ha resultado notorio y evidente que la actividad fundamental de la concursada tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo era la correspondiente a ésta sección de crédito, a pesar de que estaba configurada legalmente como cooperativa del campo. En consecuencia, los extremos relativos a dicha sección han de considerarse como esenciales en el concurso y la información dada sobre ellos en la memoria (que ha de ser veraz tal y como se extrae de las consecuencias que la ley concursal anuda a la inexactitud grave) fundamental en orden a la justificación de las actividades llevadas a cabo por la concursada. Por ello sorprende que en la contestación a la demanda la concursada niegue tajantemente en su página 5 que la cooperativa prestase el servicio de caja a pesar de que en la memoria describió dicho servicio como uno de los desarrollados por la concursada principalmente.

Sin embargo, a pesar de lo reflejado en dicha contestación, resulta notorio de lo actuado en el concurso del que dimana el presente incidente que la concursada prestaba un auténtico servicio de caja de manera ordinaria, cargando en la cuenta de su exclusiva titularidad que tenía abierta en la entidad BBVA, facturas, recibos y otros efectos de sus clientes y repercutiendo estos posteriormente en la cuenta de cada uno de ellos. Todo ello, sin perjuicio de que formalmente el vinculo contractual que unía a la cooperativa con sus clientes no pudiese identificarse con el contrato de cuenta corriente, puesto que resulta claro que el contenido de las obligaciones por una y otros asumidas era idéntico al de dicha figura contractual, obligándose la cooperativa a prestar el servicio de caja a sus clientes. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que tal circunstancia no es inane, como se entiende por la concursada, sino que conlleva la inatacabilidad del acto que se ajuste a dichos parámetros aún cuando resulte perjudicial para la masa.

CUARTO.- La actuación realizada por la concursada en los hechos que nos ocupan se integra exactamente en la descripción anterior. Una factura girada por RUIZ TORRE MATERIALES DE CONSTRUCCION, S.L. contra CONSTRUCCIONES Y OBRAS RIBADEDEVA, S.L. de una cuantía moderada fue cargada en la cuenta abierta por la cooperativa en la entidad BBVA y la concursada posteriormente repercutió dicho cargo en la cuenta que CONSTRUCCIONES Y OBRAS RIBADEDEVA, S.L. tenía a su vez abierta en la cooperativa.

Por otro lado, coincide exactamente con una pluralidad de actos realizados en los que han intervenido los tres demandados, siendo habitual que Ruiz Torre cargase los recibos de Construcciones Ribadedeva en la cuenta abierta por la Cooperativa en el BBVA y que ésta, posteriormente, los cargase en la cuenta abierta a nombre de Construcciones Ribadedeva, tal y como se extrae de los documentos obrantes en autos.

QUINTO.- Lo anterior permite entender que el acto atacado constituye un acto ordinario de la actividad empresarial. No es óbice para ello que CONSTRUCCIONES Y OBRAS RIBADEDEVA, S.L. tuviese un descubierto muy elevado en la cuenta abierta en la cooperativa puesto que aún teniendo en cuenta esa circunstancia, el acto atacado continúa identificándose con los que habitual y ordinariamente realizaba la concursada en el desarrollo de su actividad. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, puede extraerse, por acción u omisión, de la autorización de descubiertos tan elevados como el de la demandada, ya que resulta claro que la concursada ha adolecido de una muy relevante falta de control que ha tenido como consecuencia que haya autorizado descubiertos de tal entidad.

Por otro lado, de la prueba documental obrante en autos se extrae que el cliente demandado no es el único que cuenta con un saldo deudor sino que hay otros que contaban, igualmente, con un saldo negativo, a pesar de lo cual se continuó prestando el servicio de caja respecto a ellos.

Cierto es que la deuda que pesa sobre CONSTRUCCIONES Y OBRAS RIBADEDEVA es muy elevada tanto con relación a la existente a cargo del resto de los deudores como atendiendo al volumen total de la actividad de la concursada pero conviene reiterar lo señalado anteriormente. Esta circunstancia no resta de habitualidad al acto que en sus parámetros se desarrolla de manera idéntica a como se presta el servicio de caja al resto de los clientes, esto es, cargo de un efecto en la cuenta de la cooperativa y posterior repercusión en la cuenta del cliente, y las condiciones en que por sí mismo se realizan son las normales. La existencia de un elevadísimo saldo negativo no priva de normalidad a la operación realizada por la concursada sino que obedece, tal y como se extrae del informe de la administración concursal cuyo conocimiento del funcionamiento de la concursada resulta privilegiado, a una irregular gestión del crédito con una notabilísima ausencia de control de todo orden, admitiéndose por acción u omisión la concesión de un crédito excesivo, pero que en su conjunto se desenvuelve en lo que ha sido la actuación habitual de la sección de crédito.

SEXTO.- El empleo, en su caso, de la figura contractual con la que ordinariamente operaba la sección de crédito de la concursada para la comisión de hechos delictivos, que no son objeto de este procedimiento no excluye el carácter ordinario del pago. La existencia de un procedimiento penal abierto en el que aparece como imputado uno de los aquí demandados ni, en su caso, la acreditación de la comisión de hechos delictivos en dicha operativa restan el carácter de ordinario del acto atacado. En este sentido, debe distinguirse entre actos ordinarios y comisión de hechos delictivos puesto que de haberse producido estos, se han amparado en actos ordinarios que se han autorizado por acción u omisión. Téngase en cuenta que si tal comisión de hechos delictivos fuese la determinante del carácter perjudicial y no ordinario del acto atacado, hubiese sido preciso la suspensión del presente procedimiento por prejudicialidad penal, a la espera de la resolución del procedimiento que tiene por objeto depurar las posibles responsabilidades de dicho orden.

Todo lo anterior sin perjuicio de la posible responsabilidad en que puedan haber incurrido los intervinientes directa o indirectamente en el hecho que nos ocupa.

SÉPTIMO.- Ha de señalarse que el pago atacado no puede considerarse como acto de disposición a título

gratuito, circunstancia que le privaría del carácter ordinario. Se trata de un acto derivado del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la cooperativa al ofrecer el servicio de caja a sus clientes que tiene su contraprestación en el cargo realizado en la cuenta del cliente demandado. Esto sin perjuicio de que por la inexistencia de fondos haya generado un crédito puesto que tal circunstancia, como se ha reiterado, obedece a la irregular gestión del crédito y ausencia con la que operaba la concursada.
OCTAVO.- Para concluir la cuestión, el fundamento último de la demanda y contestación de la concursada es la rescisión de un acto que resulta perjudicial para la masa porque ha supuesto un desembolso para la concursada sin que se haya restituido la suma pagada originando un crédito en una operación que difícilmente va a ser satisfecho y que resulta anormal por la cuantía de la deuda de Construcciones y Obras Ribadedeva.
Ya se ha señalado que el acto, en sí mismo, se integra dentro de los ordinarios de la actividad de la concursada. Igualmente, se ha destacado la ausencia de control de que adolecía la concursada así como la irregular gestión del crédito, permitiéndose la prescripción de deudas. En estas últimas circunstancias, expuestas por la administración concursal en el segundo párrafo del fundamento tercero de la demanda así como en las propia naturaleza de la concursada, cooperativa del Monte, cuyos órganos de administración estaban conformados, en general, por no profesionales, y su carácter, a pesar de su volumen, cuasifamiliar, ha de analizarse la normalidad del pago, resultando claro a la vista de ellas que el pago atacado es un acto realizado en las condiciones normales de la cooperativa. Todo ello, sin perjuicio de que las consecuencias negativas que para la masa hayan podido tener tales actos puedan ser resarcidas acudiendo a otros mecanismos legales aptos para ello depurando las posibles responsabilidades.
NOVENO.- En consecuencia, siendo la actuación idéntica a las ordinarias de la concursada, no pudiéndose considerar el pago como anormal por no ser Construcciones y Obras Ribadedeva socia de la cooperativa puesto que de la prueba documental obrante en autos se extrae que el demandado no es el único cliente no socio, ni siendo relevante la existencia de un saldo negativo, por todas las razones expuestas, debe desestimarse a demanda por considerar que el pago cuya declaración de ineficacia se solicita es un acto ordinario derivado de la actividad de la concursada realizado en condiciones normales.”: SJM-1 Santander 29.03.2007 (Incidente Concursal 678/2006)

2.3 Caso de concurso de persona física sin actividad empresarial o profesional

JM-1 Alicante

“Hay, pues, que cotejar el valor patrimonial del activo que sale de su patrimonio con el valor patrimonial de la contrapartida recibida, teniendo en cuenta que al ser una persona física que no queda adverado que desarrolle ningún tipo de labor profesional o empresarial, no entra en juego el límite del artículo 71.5 según el cual no puede ser objeto de rescisión "los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales" porque como ya se dijo en otro asunto en este mismo concurso, el acto impugnado no se engloba en la actividad normal de la deudora al no desarrollar actividad profesional o empresarial que no cabe confundir con ostentar la titularidad de acciones o participaciones de una mercantil. Una persona física parece que podría invocar este precepto respecto aquellos gastos imprescindibles y ordinarios para su propio sostenimiento y el de su familia, como los de alimentos, ropa, educación… pero que es totalmente distinto al supuesto que aquí se plantea.”: SJM-1 Alicante 10.10.2007 (Incidente Concursal 235/2007)

2.4 Endoso de pagaré por operación mercantil ordinaria

AP Oviedo

“TERCERO.- Por lo que se refiere al primer motivo del recurso, alega el apelante que el endoso que discute está dentro de lo dispuesto en el apartado 2 del nº 3, del art 71 LC, por tratarse de “constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o nuevas contraídas en sustitución de aquéllas”. Parece que sale al paso del contenido de la sentencia en que se apunta la dificultad de encuadrar la acción ejercitada en algunos de los supuestos que recoge el art. 71 LC.
Ahora bien, entender que el endoso de un pagaré supone la constitución de una garantía real desborda por completo la propia naturaleza contractual a la que se reduce ese negocio, de manera tal que ya por este motivo debería desestimarse el recurso.
No obstante lo cual, es conveniente el examen de algunos otros aspectos: el endoso en cuestión es de un pagaré por importe de 34.305´88 euros, con vencimiento el 30 de junio de 2005, librado por la empresa promotora de la construcción de una serie de edificios, en el marco de las relaciones comerciales del contrato de ejecución de obra concertadas con la incidentante. Una de las facturas, la nº 59/2005, por materiales a emplear la concursada en la realización de puertas y ventanas de dicha obra, es por el mismo importe que el pagaré, que fue endosado, en primer lugar a RENUSER SL, y por ésta, en segundo lugar a CRISTALERÍA INDUSTRIAL SA (CRISA). Es más, la entidad demandante contabilizó la factura, de fecha 3-2-2005, por el importe del pagaré en cuestión (folio 21). Establecida la operación de esta forma, el libramiento y endosos sucesivos del pagaré supone una operación ordinaria de comercio, de cualquier sociedad mercantil como medio de agilizar el tráfico de esta naturaleza. No puede olvidarse que se acreditó fehacientemente que las empresas en cuestión lo suelen emplear con enorme frecuencia, y así constaba en el informe pericial realizado. Pero es que, una vez que la actora contabiliza la factura y se emite el pagaré, quien está obligado a su pago es quien en estos momentos pretende la rescisión y al tiempo se niega a abonarlo, siendo así que dicha contabilización presupone el reconocimiento de que la parte de la obra a que se refiere se considera correctamente ejecutada.

En consecuencia, es el apartado 5 del mismo art. 71 LC, el que hace acto de presencia en este punto. Su redacción es tan contundente como: “en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales”. Claro que la parte que plantea el incidente considera que no se trata de un acto ordinario de la actividad del deudor, tampoco realizado en condiciones normales, y ni siquiera que se trate de una mera actuación obligacional. Sin embargo, la ausencia de prueba sobre estas apreciaciones, conducen necesariamente a la desestimación del recurso para llegar a la misma conclusión en relación con la acción rescisoria.
Pero es que, para concluir, tampoco se ha probado, y existen serias dudas en relación con la existencia de verdadero perjuicio patrimonial para la concursa (si bien deben señalarse los diversos criterios a propósito del perjuicio para la masa activa). Pues bien, en el presente caso, un pagaré en pago de una concreta factura comprensiva de una parte de la obra contratada, al parecer debidamente realizada como se deriva de la contabilización por la parte apelante, ejecución de puertas y ventanas a emplear en ella, es puesta en circulación, primero se endosa a REVUELTA NÚÑEZ Y SERVICIOS (RENUSER SL), y más tarde a CRISA. De la concursada existía un débito con la primera endosataria, y de ésta con la segunda, de modo y manera que con la circulación del pagaré se redujo en toda su cuantía el débito de la concursada, de modo y manera que no es cierto que se haya producido perjuicio patrimonial para la masa activa de TALLERES REVUELTA Y FERNÁNDEZ SL.
Para terminar, no puede olvidarse que gran parte de las argumentaciones pretendidas manejar en el recurso tratan por igual a las tres empresas demandadas, y desde luego la tercera, y actual legítima tenedora del pagaré –CRISA-, no aparece vinculada, más que desde el punto de vista mercantil –y las relaciones comerciales entre ellas están debidamente acreditadas-, motivo por el cual no puede, como al parecer pretende también el recurso, presuponer una conducta ajena a la buena fe.”: SAP Oviedo 24.05.2007 (Rollo 92/2007, Sentencia 230/2007)

2.5 Pagos recurrentes de deuda aplazada

AP Guipúzcoa

“Ergobia Composites sotiene que el pago de 20.000 euros hecho por al concursada a Mariskone S.A., el dia 23 de febrero de 2005, para la cancelación de una deuda pendiente con dicha mercantil, no puede incluirse en el supuesto del apartado quinto del art. 71 de la L. Concursal, que excluye de la rescisión a aquellos actos de la actividad profesional o empresarial del deudor, realizados en condiciones normales, puesto que el juez se ha limitado a otorgar validez a las simples manifestaciones de Mariskone en tal sentido.
No podemos estar de acuerdo con tal afirmacion, puesto que el juez fundamenta las razones que le llevan a declarar que el pago en cuestión se realizó en el ámbito de las relaciones comerciales que unían a la concursada con Mariskone, considerando tal hecho acreditado, no solo en base a las manifestaciones de dicha acreedora, sino principalmente en base a la documental aportada por Mariskone (copia del Libro Mayor correspondiente a la concursada referente a los años 2004 y 2005, respecto a la que no hizo objeción Ergobia Composites), demostrativa de las relaciones comerciales entre ambas empresas, y de los pagos que venían haciéndose y que continuaron durante el ejercicio 2005, de modo que el que es objeto de discusión (20.000 euros pagados el dia 23 de febrero de 2005), no pasó de ser uno más de los efectúados dentro de esa relación comercial.
Por ello, el pago se realizó cumpliendo los dos requisitos exigidos en el apartado quinto del art. 71 : fué un acto ordinario de la actividad empresarial del deudor; y se realizó en condiciones normales, dada la sucesión de pagos realizados por la deudora, antes y despues de aquel cuya rescisión se solicita. SAP Guipúzcoa (sección 2) 30.09.2009; Sentencia 2310/2009; Rollo 2183/2009.

“Y así,respecto del primero de los casos frente a los cuales se ejercita la acción de rescisión esto es los pagos realizados frente a Mariskone con fecha 27 de mayo de 2005, 30 de junio de 2005 y 1 de agosto de 2005 por importe de 15.000, 14.363,56 y 14.363,56 debe tomar en cuenta el contenido de los apartados 4 y 5 del articulo 71. "Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
En ningún caso podrá ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados. "
La sentencia de instancia mantiene el criterio de que tratándose de un pago ordinario:"no es ningún acto aislado, sino uno más de los pagos que se hicieron durante el ejercicio 2005". ha de rechazarse la pretension rescisoria.Dicha sentencia señala que la concursada mantenía una deuda con Mariskone producto de sus relaciones comerciales la cual se iba abonando mediante la entrega de cantidades a cuenta.
Pues bien. con relación a dicho pago y una vez examinadas las actuaciones podemos precisar que el contenido de la prueba documental, apunta a que en el presente caso, fruto de la relación comerciales existentes entre Mariskone y Ergobia Composite se generaban débitos realizándose pagos a cuenta de la cantidad total adeudada. De modo que la cantidad respecto de la cual se ejercita la acción rescisoria no fue sino un pago más del conjunto de pagos realizados con anterioridad al mismo e incluso después de aquel,así en el libro Mayor de 2005 se constata los pagos realizados a Mariskone SA (folio 58).
Por otro lado en el informe de la Administración Concursal (folio 48) se recoge la existencia de importes aplazados pendientes de vencimiento como algo normal ante la situación que atravesaba la concursadas abocada necesariamente a su disolución, y en todo caso no podemos ignorar el hecho de que en el informe de la administración concursal (folio 55) se llega a la conclusión de que el presente concurso de acreedores debe calificarse como fortuito y que en el sobrevenido estado de insolvencia del deudor no ha intervenido ningún

factor que haga pensar que se debió al ejercicio de una conducta contraria a lo que es el habito en las relaciones comerciales. Es más en ese mismo sentido el administrador concursal concluye que "la actuación del administrador de Comercial Composites y Derivados S.L. ha sido correcta y siempre tendente a mantener la empresa viva y productiva. Examinando el conjunto de créditos no se ha observado perjuicio a los acreedores, sino más bien al contrario, ya que entre el 31 de diciembre de 2003 y el mes de noviembre de 2005 se redujo la deuda en 650.482,41 euros.
En cuanto a los pagos realizados a Banco Guipuzcoano S.A. con fecha 17 de octubre de 2005 por importe de 26.855, la sentencia de instancia rechaza igualmente, la pretensión rescisoria al estimar que "nos encontramos ante operaciones de amortizaciones de deuda vencida, lo cual se puede considerar como un acto ordinario en la actividad del deudor, además dicho pago no estaría en ninguno de los supuestos de presunciones ya sea "irui et de iure" o "iuris tantum" del articulo 71. " Y ciertamente a la vista de la documentación aportada debemos concluir en idénticos términos,puesto que ha quedado probado que las cuotas de los créditos se fueron pagando con evidente retraso y fuera de plazo hasta que se produce la reclamación de los mismos, y el anuncio de realización de la garantía hipotecaria.
En vista de todo ello llegamos a la conclusión de que con respecto a la partida que se analiza, no dándose los presupuestos precisos para aplicar lo dispuesto en el articulo 71 de la L.C. respecto a las presunciones de perjuicio patrimonial y no habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial al que se refiere el articulo 71.4 de la L.C. habrá de mantenerse en todos sus términos el tenor de la sentencia de instancia. ": SAP Guipúzcoa (Sección 2) 23.04.2010 (Sentencia 16/2010; Rollo 2059/2010)

2.6 Formalización de transmisiones preexistentes por concursado promotor

AP Burgos

"PRIMERO.-Se ejercita en los presentes autos a través del incidente concursal una pretensión de la administración concursal dirigida a la rescisión de una operación de venta de viviendas que la concursada Construcciones y Reformas Algas SA llevó a cabo el mismo día en que se solicitó la declaración de concurso el día 16 de mayo de 2008, vendiendo ese día a la demandada Roypisa un total de 10 viviendas libres de cargas. El Juzgado de lo Mercantil estima la demanda y condena a Roypisa a reintegrar a la masa activa del concurso una de las 10 viviendas, y el valor de las otras nueve que han pasado a poder de terceros de buena fe, por lo que se condena a Roypisa a abonar la cantidad de 1.296.818,61 #.
SEGUNDO. El Tribunal de instancia estima la demanda porque considera que la venta de las viviendas constituye un acto perjudicial para los acreedores del concurso, además de no poder calificarse como una operación de las ordinarias de la actividad del deudor y realizada en condiciones normales, por la fecha en la que se llevó a cabo y por la cantidad que se pudo pactar como contraprestación.
No estamos de acuerdo con la calificación que la sentencia hace de la operación que es objeto de la acción rescisoria. Lo primero que no se comparte es la fecha que el Magistrado tiene en cuenta para incluir la operación como aquellas realizadas en los dos años anteriores a la declaración del concurso. Ciertamente la venta de las 10 viviendas se realizó el mismo día de la declaración del concurso. Pero esta venta solo constituyó el último eslabón de una operación de permuta que se inició por contrato privado de 29 de diciembre de 2004, luego escriturada el 15 de julio de 2005, y por lo tanto con más de dos años de antelación a la fecha del concurso. Mediante la escritura de permuta la concursada recibió un solar que era propiedad de Roypisa, pactándose como contraprestación la entrega de 10 viviendas que habrían de entregarse antes del 29 de diciembre de 2006. Y por el retraso en la ejecución de la obra por parte de Construcciones y Reformas ALGAS, la entrega se fue demorando hasta casi dos años depués de lo pactado. Por lo tanto la entrega de las viviendas se produjo en cumplimiento de una obligación anterior en más de dos años a la fecha del concurso.
En segundo lugar no estimamos que la operación haya producido un perjuicio a los acreedores. Además de las 10 viviendas que la concursada debía entregar libres de cargas a Roypisa la concursada podía construir en el solar otras 19 viviendas de las que podía disponer libremente, y de las que de hecho dispuso el mismo día de la solicitud del concurso, vendiendo cada una por un precio aproximado de 150.000 #, de las cuales ya había recibido aproximadamente la mitad del precio de los compradores, subrogándose estos por el resto del precio en el préstamo hipotecario. Luego gracias a la operación de permuta la concursada pudo llevar a cabo una importante operación inmobiliaria, ingresando el dinero del precio procedente de las 19 viviendas. Sin embargo, la administración concursal no pide la rescisión de la venta de estas 19 viviendas, a pesar de que también se realiza el mismo día de la solicitud del concurso, y de que en este caso las viviendas sí podían retornar a la masa activa del concurso al no considerarse terceros los compradores que adquieren directamente de la concursada. Solo pide la rescisión de las 10 viviendas entregadas a Roypisa, con lo que la rescisión de la venta produciría a este acreedor no solo la pérdida de las viviendas sino también del solar. Desde luego toda la operación parece diseñada para causar a este acreedor un perjuicio importante en menoscabo de lo que son sus legítimos derechos obtenidos en virtud de un contrato de permuta que es válido y eficaz.
Finalmente la operación entra dentro de los actos ordinarios de la actividad profesional del deudor realizada en condiciones normales. La contraprestación que la concursada recibió por la entrega de las viviendas fue importante, pues recibió a cambio el solar y pudo disponer libremente de otras 19 viviendas; luego se trata de una operación en la que existió desde el principio la necesaria reciprocidad y equivalencia de las prestaciones, por lo que no puede estimarse realizada en condiciones desfavorables para el concursado o motivada por una situación de necesidad. Incluso el concursado obtuvo prestaciones adicionales a las pactadas en el contrato de permuta, pues además de no exigir Roypisa ninguna penalización por el retraso en la entrega de las viviendas, satisfizo determinadas cantidades, como el pago al Ayuntamiento de 9.651,02 # para garantizar la realización de la urbanización y permitir el otorgamiento de la licencia final de obra. ":SAP Burgos (Sección 3) 30.04.2010 (Sentencia 202/2010; Rollo 90/2010)

AP Lugo

“PRIMERO.- El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que declarado el concurso serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa efectuada por el concursado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración y el apartado 5 dispone que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizada en condiciones normales. El acto que se pretende rescindir se encuentra entre los que se consideran actos ordinarios y normales dentro del ámbito de aplicación de la actividad empresarial de la concursada según resulta del objeto social de la misma.
SEGUNDO.-En el año 2.004 y dentro del ámbito ordinario de su actuación y sin que se haya probado que exista simulación o acto fraudulento los demandados "Promociones Inmobiliarias Villa de Amanecer, SL." Y los hermanos Alfredo y Daniel llevaron a cabo un contrato de promesa de venta por el que aquella vendía una serie de unidades de obra a éstos especificándose toda las condiciones (con un ligero cambio posterior las plazas de garaje nªs. 21 y 22 por las 28 y 29) de las mismas como el precio que se confiesa recibido, con entrega de aval bancario por parte de los compradores si no se entregasen los inmuebles. Por tanto, estamos ya ante un auténtico contrato que tiene por objeto celebrar otro futuro conteniendo el proyecto de este, siendo su régimen jurídico distinto de la compraventa como resulta de la referencia que se efectúa a las obligaciones y contratos con carácter subsidiario en caso de incumplimiento, por tanto sus efectos son los mismos que los de un contrato ya perfeccionado y las obligaciones de la parte no derivan de la escritura de 30 de enero de 2.009 sino de la anteriormente citada del 2.004 por lo que la pretendida rescisión ya no podría prosperar por el plazo temporal señalado, muy superior a la fecha de declaración del concurso que tiene lugar en el mes de Marzo del año 2.009, pero ya no es solo eso sino que se trata de un acto realizado dentro del ámbito de su actividad profesional con características de normalidad en el momento de su realización no existiendo prueba fehaciente de un posible carácter fraudulento y cuya rescisión está prohibida por el citado apartado 5 del artículo 71 de la Ley Concursal. Las especulaciones sobre la no entrega del precio en su día o que esta fuera inferior al de mercado no pasan de ser meras especulaciones sin apoyo probatorio y mas si tal entrega tuvo lugar en escritura pública autorizada por notario en la que se dice que se entrega en este acto y en cuanto al precio debe señalarse que hablamos del año 2.004 y los inmuebles fueron adquiridos sobre plano. Debe tenerse en cuenta asimismo que el precio ya fue entregado por la parte compradora y lo que tuvo lugar en el año 2.009 fue la formalización de la entrega de los inmuebles vendidos como obligación pactada en el contrato de promesa de venta y en las mismas condiciones establecidas, por tanto no existe en el presente asunto una disposición patrimonial sino en todo caso una formalización de la obligación contraída en el año 2.004, por lo que no existe una disposición patrimonial nueva que perjudique a otros acreedores o sea contraria a la "pars conditio creditorum", con independencia de la efectiva o no entrega de los inmuebles. Debe asimismo tenerse en cuenta que los codemandados hermanos Daniel Alfredo son acreedores concursales por razón de la obligación adquirida con los mismos en su momento por la codemandada y concursada Promociones Inmobiliarias Villa del Amanecer S.L. y aunque no sea excesivamente transcendente dado lo expuesto tampoco debe olvidarse que los hermanos citados codemandados disponían del aval bancario entregado por el Banco de Galicia (folio 438 de las actuaciones) por lo que la afirmación de que los mismos conocían la mala situación económica de la empresa concursada no tiene respaldo probatorio fehaciente, por todo lo cual y sin necesidad de mayores argumentaciones se está en el caso de desestimar el recurso formulado y confirmar la resolución recurrida por sus propios y acertados fundamentos. ”: SAP Lugo (Sección 1) 12.07.2011 (Sentencia 396/2011; Rollo 378/2011)

2.7 Concesión de fianza personal para obtener crédito para la empresa

JM-2 Pontevedra

“Por último, las razones que acaban de exponerse se completan con la consideración de que se opera dentro del ámbito de la excepción del art. 71.5, como acierta a exponer el banco demandado. La concesión de una fianza personal para obtener crédito para la empresa supone actuar dentro del ámbito ordinario de la actividad empresarial de dos deudores que ejercitan el comercio, participando de una manera directa en la actividad del riesgo empresarial, de la que obtienen su medio de vida.
Cabe concluir la línea de razonamiento que conduce a la desestimación de la demanda reparando en las consecuencias que habría de producir, en el tráfico jurídico y económico, la tesis demandante. El efecto de la rescisión es la restitución de prestaciones, con sus frutos e intereses, consecuencia de la declaración de la ineficacia del acto impugnado. Cabría preguntarse qué efecto se pretende en el presente supuesto, además de la liberación de la vinculación del patrimonio de los concursados con la deuda garantizada. Parece claro que no se piensa en que el deudor principal haya de devolver las disposiciones recibidas y que el banco restituya las prestaciones de restitución parcial, por lo que la solución del problema no puede ser más inicua y perjudicial para el tráfico jurídico: la pura y simple liberación del fiador concursado por el solo hecho de haber concedido garantías, -se insiste, en las concretas circunstancias del caso-, en los dos años anteriores a la declaración del concurso. De esta suerte, el acreedor ve perjudicado, sin beneficio alguno, su derecho, viendo como el crédito concedido se ve menoscabado con la pérdida de unas garantías que, sin lugar para la duda, estuvieron en la causa de la prestación de su consentimiento.”: SJM-2 Pontevedra 10.11.2008 (Incidente Concursal 310/2008)

2.8 Préstamo hipotecario para obtener tesorería

AP Sevilla

“PRIMERO.- Por Don Adrian, Don Elias y Don Justo, Administradores Concursales en el Concurso voluntario de la entidad Gestiones y Edificaciones, S.L., se ejercitó acción rescisoria contra la propia concursada y Banco Pastor, S.A., interesando la rescisión de la póliza de préstamo y de la garantía prendaría sobre los derechos de arrendamientos de los inmuebles propiedad de la concursada, sito en CALLE000 núm. NUM000, NUM001 planta, letras NUM002 y NUM003, de Sevilla, fincas registrales NUM004 y NUM005 del Registro de la Propiedad núm. 12, que se formalizó el día 15 de enero de 2.009. La entidad Banco Pastor, S.A., única que compareció, se opuso. Entre otras razones, alegaba que no concurrían los requisitos legales. Por parte del Juzgado, tras la oportuna tramitación, se dictó Sentencia que desestimó la demanda, interponiéndose recurso de apelación por parte de los Administradores Concursales que reiteraron sus pretensiones. (...)
TERCERO.- En el supuesto analizado en la presente litis, no estamos ni en un supuesto de presunción iure et de iure, ni iuris tantum, de modo, que la Administración Concursal viene obligada a demostrar que ciertamente ha tenido lugar ese perjuicio patrimonial. No es posible encuadrarla en la segunda de las presunciones iuris tantum, referida a la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas en sustitución de aquellas. Para ello sería necesario que estuviésemos ante supuestos idénticos, que no es el caso, ya que la póliza anterior se había cancelado con fecha 28 de diciembre de 2.008, momento a partir del cual, podía haber instado la acreedora, ante la falta de satisfacción voluntaria por parte de la deudora, el oportuno amparo judicial en satisfacción de su derecho, incluidas medidas preventivas que lo garantizasen, y, sin embargo, decide formalizar un nuevo préstamo en el que obviamente exige mayores garantías, que no solo se limita a la prenda, sino a la constitución de una fianza. Estaríamos más bien, como acertadamente razona el Juez a quo, ante actos ordinarias de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, que el párrafo quinto del artículo 71 de la Ley Concursal excluye expresamente de que puedan ser objeto de rescisión. Claramente se trata de necesidad de tesorería, para la que se acude a un préstamo, pero respecto del que la entidad prestamista exige garantías adicionales, como es una garantía real.
Es evidente que ha existido la oportuna prestación por parte del prestamista, es decir, la entrega una cantidad de dinero concreta y determinada, que el prestatario ha de devolver. Obligación de restituir que nace desde la perfección del contrato de préstamo, bien en su integridad, bien en la cuantía y plazos que se hayan pactado en cumplimiento de la obligación que establece el artículo 1753 del Código Civil. No se pone en duda tampoco la obligación de restituir la suma recibida más los interese pactados.
Es cierto que tanto el préstamo como la garantía real se formalizaron en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, porque se formalizó el préstamo y se constituyó la garantía real, con intervención Notarial el día 15 de enero de 2.009, y aquel se declaró el día 14 de septiembre de 2.009.
De estos hechos deduce la parte actora que hubo un pacto para conceder garantías adicionales al importe adeudado, de ahí que se otorgue la garantía real, cuya rescisión se pretende en los presentes autos. Sin embargo, no se ha realizado el menor esfuerzo para acreditar este concierto de voluntades, esa intención de beneficiar a la demandada, en su condición de acreedora de la concursada. No existe una prueba que así lo permita deducir inequívocamente, máxime cuando podía haber sorteado todos estos inconvenientes no accediendo a formalizar el nuevo préstamo, sino exigir el cumplimiento del ya vencido.
No se aporta prueba que al momento de constituirse esa garantía real, la concursada estaba en una situación en la que fundadamente era presumible que se vería abocada a un concurso, y de este modo, se trataba de favorecer a un acreedor frente a los demás.
Por todas estas consideraciones, no procede acoger la pretensión de los recurrentes.”: SAP Sevilla (Sección 5) 10.09.2012 (Sentencia 422/2012; Rollo 4393/2012)

2.9 Pago de deudas vencidas a personas especialmente relacionadas que son acreedores por operaciones comerciales ordinarias y sin mediar insolvencia en el momento del pago

AP Barcelona

“PRIMERO. 1. La administración concursal (AC) de Faus y Sala, S.L. promovió, a instancias de un acreedor (Sr. Ramón) antiguo socio de la concursada y al amparo de lo dispuesto en el art. 71 LC, la acción rescisoria frente a la concursada, Projectes e Inversions Faus Barredo, S.L. (en adelante, Projectes) y Dicarba Associats, S.L. (en adelante, Dicarba). La declaración de concurso voluntario de Faus y Sala, S.L. tuvo lugar mediante Auto de fecha 4 de julio de 2011.
2. La resolución recurrida recoge en su Fundamento Jurídico Cuarto la "valoración de las alegaciones de las partes y resolución de las cuestiones planteadas" entendiendo que:
-El pago de las cantidades a Projectes y Dicarba por parte de la concursada el 31 de diciembre de 2009 tuvo lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
-Tal pago produjo un claro perjuicio a la masa activa del concurso puesto que, si bien se trata de disposiciones a título oneroso, las mismas se realizan a personas especialmente relacionadas con el deudor (la concursada, Projectes y Dicarba formaban un grupo de empresas), vulnerando así la regla de la *par condicio creditorum* y suponiendo un sacrificio patrimonial injustificado a la concursada por lo que procede la reintegración del pago de acuerdo con el art. 71.3.1º LC. La disminución de activos impidió hacer frente al resto de acreedores, con claro perjuicio para ellos.
-La cuestión no radica en que el pago se base en una serie de trabajos y servicios, aunque exista documentación de los mismos y de su justificación, sino en que tales pagos, aun cuando puedan calificarse de onerosos y de actos ordinarios de la actividad empresarial de la concursada, fueron realizados a personas especialmente relacionadas con el deudor en el momento de su realización, vulnerando la igualdad de trato entre los acreedores. Ello al margen de que se pagasen otras cincuenta y cuatro facturas durante los dos años anteriores a la declaración del concurso y en un momento en que puede considerarse de preconcursalidad de la concursada ya que en octubre de 2009 se procede a la venta de la promoción de Sant Cugat a favor de

Cetactius, S.L, del grupo de Caixa Tarragona, en la actualidad, Catalunya Caixa. El Sr. Jesús Manuel declaró que el importe de esta venta era para cubrir la hipoteca y el IVA. No obstante, el IVA no se pagó y se pagó a industriales, entre las que figuraban las codemandadas siendo que Projectes carecía de personal y que el precio de los servicios puede considerarse por encima del precio de mercado normal incluso en esos tiempos de bonanza económica.
Y justifica la procedencia de la reintegración sobre la base de los siguientes motivos que considera acreditados:
Projectes y Dicarba eran en el momento del pago personas especialmente relacionadas de acuerdo con el art. 93.2 LC.
Si bien las cantidades adeudadas eran líquidas, vencidas y exigibles y se basaban en trabajos realizados en las promociones de la concursada, el pago vulnera la *par condicio creditorum* pues se producen con alteración de la regla del vencimiento y dejando de pagar otros conceptos como el IVA de la venta de la promoción de Sant Cugat del Vallès.
La situación de la concursada el 31 de diciembre de 2009 era de insolvencia y lo era, al menos, desde octubre de 2009, momento en el que se vende la mencionada promoción.
La posterior aportación patrimonial de Projectes no impide la reintegración puesto que tal aportación no es devolución de la cantidad cobrada el 31 de diciembre de 2009.
Los trabajos realizados por Projectes y Dicarba, si bien son trabajos ordinarios en relación con una promoción inmobiliaria, no se han acreditado en su totalidad y, en todo caso, el precio facturado no se encuentra en condiciones normales de mercado, con la agravante de que Projectes carecía de personal en plantilla.
Parte de los trabajos facturados se refieren a promociones que ni siquiera llegaron a realizarse, por lo que difícilmente tuvieron un resultado.
Ni los conceptos ni el cálculo del precio de los trabajos está convenientemente explicado o explicitado en las facturas abonadas.
Si bien pudiera ser que los trabajos realizados más allá de los dos años anteriores a la declaración de concurso, se pagan mucho tiempo después, justo después de recibir el precio por la venta de la promoción de Sant Cugat y dentro, en todo caso, de esos dos años en una situación de insolvencia. (...)
6. Para resolver el presente caso debe recordarse la doctrina sentada por el Tribunal Supremo a propósito de la procedencia y excepciones de la acción rescisoria, en relación con los pagos efectuados por el concursado con anterioridad a la declaración de concurso. Así, la sentencia de 26 de octubre de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100641) establece: " *El recurrente también argumenta que el pago constituye un acto ordinario, realizado en condiciones normales, para eludir los efectos de la rescisión concursal, tal y como prevé el art. 71.5 LC. El art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales. En este caso, podemos entender que para una sociedad como la deudora concursada, que explota un negocio de fabricación de aparatos de telefonía móvil, el pago de los servicios de reparación y asistencia técnica, como son los prestados por Postventa, es un acto normal ligado a su actividad empresarial. Pero no cabe concluir que fuera realizado en condiciones normales, pues está reconocido que el pago del crédito se hizo después de que la acreedora hubiera solicitado su concurso de acreedores, para conseguir el desistimiento, y sin que ello evitara que al cabo de pocas semanas se volviera a pedir el concurso, esta vez a instancia de la propia deudora* ".
7. La anterior doctrina jurisprudencial conduce, en el presente caso, a determinar si los pagos realizados por la concursada a las sociedades codemandadas (Projectes y Dicarba) con anterioridad a la declaración de concurso quedan excluidos de la rescisión concursal por reunir los requisitos del art. 71.5.1º LC. Esto es, si tales pagos se realizaron dentro de la actividad empresarial de Jesús Manuel y Sala, S.L y en condiciones normales.
En este contexto, debe precisarse que el momento relevante, a efectos de aplicar el artículo 71.5.1º LC, no es el de la realización de los trabajos para la concursada, sino el del pago de los mismos (entre el 29 de octubre y el 31 de diciembre de 2009). Por tanto, todos los pagos efectuados por la concursada en esta fecha a Projectes y a Dicarba han de ser tenidos en cuenta a la hora de valorar los presupuestos normativos, al margen de la fecha en que se realizaron.
8. En relación con el primero de los presupuestos de exclusión de la rescisión esto es, el de que los pagos efectuados por la concursada Faus y Sala, S.L. a Projectes y a Dicarba sean pagos ordinarios dentro de la actividad de la concursada, su concurrencia no se discute por las partes y lo recoge la propia sentencia dentro de los motivos acreditados para la procedencia de la acción de reintegración.
9. La cuestión se centra, por tanto, en determinar si tales pagos fueron realizados en condiciones normales. Y es en esta sede donde procede analizar las circunstancias en que fueron realizados los mismos.
En primer lugar, debe señalarse que, en sede del nº 5, 1º del art. 71 LC, el encaje de la relación de la concursada con las codemandadas en alguno de los supuestos del art. 93 LC (personas especialmente relacionadas con el concursado) no determina *per se* que los pagos efectuados a dichas codemandadas hayan de presumirse fraudulentos y productores de un perjuicio patrimonial, a diferencia de lo que ocurre en sede del nº 3, 1º del art. 71 LC. Ha de atenderse al resto de circunstancias que rodearon dichos pagos para determinar si los mismos están o no exentos de la rescisión.
En el presente caso, las cantidades abonadas por la concursada a las sociedades codemandadas eran líquidas, vencidas y exigibles; junto con esas cantidades, se abonaron otras muchas a otros tantos acreedores

y los pagos se efectúan como consecuencia de la venta de la promoción de Sant Cugat del Vallés a Cetactius, SL, lo que revela la voluntad de la concursada de hacer frente a sus obligaciones.
En este contexto, resulta trascendente conocer la situación patrimonial en la que se encontraba la concursada en el momento de efectuar tales pagos. Y lo cierto es que la sentencia apelada no justifica adecuadamente la supuesta situación de insolvencia en la que dice hallarse la concursada en 2009, tampoco que los precios facturados a las codemandadas fueran superiores a los del mercado en ese tiempo.
La AC, en su demanda señala que el informe provisional del art. 74 LC, presentado el 9 de febrero de 2012, pone de manifiesto una masa activa de 1.047.509, 76 euros y una masa pasiva de 1.189.794,72 euros, lo que supone un déficit patrimonial de 142.284,96 euros y que esta situación patrimonial es la misma que la existente antes de la venta de la promoción de Sant Cugat (octubre de 2009, pidiendo así rectificar el informe provisional). Lo cierto es que de la documentación obrante en autos y de la prueba practicada en la vista, no se desprende con claridad que, en el momento en que la concursada realizó los pagos, ésta se hallaba en situación de insolvencia (habiendo debido solicitar la declaración de concurso, según la AC). La concursada continuaba su actividad con proyectos a la vista y atendiendo pagos a resultas de la venta de la promoción de Sant Cugat del Vallés. Projectes, además, realizó aportaciones patrimoniales a la concursada. Y es la propia concursada, no sus acreedores, quien solicita la declaración de concurso y el auto que lo declara es de fecha 4 de julio de 2011 que no está próxima al momento en que se realizan los pagos.
TERCERO. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas de ninguna de las dos instancias, atendidas las dudas de hecho y de derecho existentes.

FALLAMOS
Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Faus y Sala, S.L y Projectes e Inversions Faus Barredo, S.L., contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona de fecha 10 de junio de 2013, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca en el sentido de declarar improcedente la reintegración a la masa activa de la concursada Faus y Sala, S.L., de los pagos por importe de 219.240 euros y 532.738,76 euros realizados a Projectes e Inversions Faus Barredo, S.L. y a Dicarba associats, S.L., respectivamente y sin que proceda hacer imposición de las costas devengadas en esta alzada y ordenamos la devolución del depósito consignado. ":SAP Barcelona (Sección 15) 20.01.2015 (Sentencia 10/2015; Rollo 298/2014)

AP Pontevedra

"PRIMERO. La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda presentada por la administración concursal ejercitando acción de reintegración respecto de los pagos y compensación realizados por la concursada FRIO GARRIDA S.A. en relación con PESCADOS JOSE EDUARDO S.L. en el primer semestre del año 2010.
La primera operación que se rescinde por la sentencia es lo que la demanda interpuesta por la Administración concursal conceptúa como devolución anticipada de deudas a largo plazo por importe de 745.444,38 euros, considerando la sentencia que tal operación realizada apenas seis meses antes de presentar solicitud de concurso voluntario y tratándose de un acreedor que, declarado el concurso, tendría la consideración de subordinado, y que además era el partícipe mayoritario de la concursada manteniendo a su voluntad su actividad, es claramente perjudicial para la masa activa, en una interpretación amplia del concepto de perjuicio que debe incluir la vulneración del principio de la *par conditio creditorum* o igualdad de trato de los acreedores. Parece fundamentar también el pronunciamiento rescisorio en la presunción iuris tantum que recoge el art. 71.3.1º LC, es decir, tratarse de actos dispositivos a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
La segunda operación que es objeto de rescisión es una compensación por importe de 293.818,31 euros. Parte la sentencia de que en la compensación realizada concurren todos y cada uno de los requisitos propios de dicha institución extintiva de las obligaciones, así como que los mismos concurrían antes de declararse el concurso, por lo que, en principio, podría resultar de aplicación el art. 58 LC para validar la misma. Sin embargo considera que ello no hace inmune la operación si se prueba el perjuicio al amparo del art. 71.4 LC. A tal efecto distingue la sentencia si la compensación convencional el acuerdo tiene lugar antes o después del nacimiento de las obligaciones compensadas. En el segundo caso considera que es rescindible si causa perjuicio a la masa activa cuando el crédito, de otro modo, se vería ya afectado por las soluciones concursales. Y así lo considera en el presente caso, al haberse realizado la última de las compensaciones apenas un mes antes de solicitar el concurso, el 30 noviembre 2010, por importe de 103.670,87 euros. Entendiendo que estos pagos por compensación también están en la dinámica de reforzar la posición acreedora de su socio mayoritario en detrimento de otros acreedores.
Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por FRIO GARRIDA S.A. y PESCADOS JOSE EDUARDO S.L..
SEGUNDO. En relación con la primera operación alega la parte apelante que no se trataba de una operación a largo plazo que no fuera exigible al menos hasta el 1 enero 2011, contra lo que viene a sostener la sentencia de instancia, pues se trataba de deudas derivadas de operaciones comerciales ordinarias inmediatamente exigibles. E invoca la prohibición de rescisión de los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, tal y como dispone el art. 71.5 LC.
Ciertamente la sentencia de instancia convierte la deuda en deuda a largo plazo con fundamento en la propia contabilidad de la concursada. Sin embargo la propia sentencia reconoce que la deuda tuvo en su día carácter comercial, sobre lo que no existen dudas, así como que la deuda se convirtió en inexigible a corto plazo, al menos contablemente, por un pacto de no exigibilidad verbal que no está acreditado. Siendo así, no solo el fundamento del carácter de deuda a largo plazo, mutando en una especie de préstamo/aplazamiento, sino su inexigibilidad inmediata, es un argumento débil, sino que además en la sección sexta sobre calificación se ha dictado sentencia calificando el concurso como culpable por irregularidades contables, precisamente por contabilizar como deuda a largo plazo, su deuda con la matriz derivada de operaciones comerciales de compraventa que sería exigible a corto plazo, en relación precisamente a las operaciones cuya rescisión ahora se acuerda.
No puede admitirse esta contradicción interna del proceso concursal. El concurso de acreedores en cuanto proceso universal, global y único, a pesar de la complejidad que imprime al previsión de múltiples piezas, secciones e incidentes que se desarrollan de forma simultánea en el tiempo, fuera de la tradicional sucesión de actos ordenados temporalmente en el proceso singular, no puede contener resoluciones judiciales que sean contradictorias entre sí, sino que en aras de la seguridad jurídica y en último término de la tutela judicial efectiva, las resoluciones que se dicten y estén o deban relacionarse entre sí, deben guardar la debida coherencia interna en una suerte de cosa juzgada *intra* procesal. De forma que si la operación que ahora nos ocupa ha sido considerada en la sección de calificación, con los matices sancionadores que conlleva, como operaciones comerciales a corto plazo e inmediatamente exigibles, y con base en ello se ha considerado el concurso culpable, la misma consideración de tales operaciones debe tenerse para resolver este incidente sobre reintegración concursal en que vuelven a ser examinadas.
Partiendo por lo tanto de que se trata de operaciones comerciales de compraventa, ordinarias, propias del tráfico jurídico que era propio entre la concursada y su matriz, podría devenir en aplicación el art. 71.5.1º LC según el cual no podrán ser objeto de rescisión, en ningún caso, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

TERCERO. La STS 26 octubre 2012, insiste en la doctrina sobre el concepto de actos perjudiciales a la masa activa del art. 71.1 LC que, si bien guarda relación con el principio de paridad de trato de los acreedores, sin embargo no puede identificarse con el mismo so pena de provocar una extensión desmedida del concepto y, por otro lado, oriente sobre la interpretación de los actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor. Así señala la meritada sentencia respecto del concepto de actos perjudiciales contra la masa que:

El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, más o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso.

El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.

Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.

La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art.

71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

Y concreta dicha sentencia que, en el caso de los pagos, supuesto que es el que nos ocupa: *aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.*

Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio

para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum.

Al respecto, cabría aplicar analógicamente la doctrina contenida en la sentencia 855/2007, de 24 de julio, donde el Tribunal Supremo niega la concurrencia del fraude en un supuesto de acción pauliana en que el deudor, con las cantidades percibidas, había atendido obligaciones con otros acreedores. En esta sentencia argumentábamos que "el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)". De esta forma, un corolario moderno de este principio, proyectado sobre la rescisión concursal, que se funda en el perjuicio y no en el fraude, como criterio justificativo de la rescisión, sería que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido.

En el presente supuesto, por lo ya dicho, no puede cuestionarse que los pagos realizados lo fueran para hacer frente a créditos reales, vencidos y exigibles con fundamento en operaciones comerciales de compraventa habituales entre las partes. El problema radica en que las circunstancias que rodean al pago puedan poner en evidencia su falta de justificación.

La sentencia considera que la condición de subordinados de los créditos del acreedor, si se declarara el concurso, dada la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor (art. 93.2.1º LC) al ser titular del 86/60% del capital social de la concursada, coincidiendo además en la misma persona física la

administración única de ambas sociedades, y la cercanía a la fecha de solicitud de concurso, unido a que se observa ya una infracapitalización desde el año 2007, lleva a considerar injustificados los pagos, al considerarse a todas luces perjudicial.
Sin embargo la consideración de que los pagos se realizaran en favor de un acreedor que, en caso de concurso, tendría la consideración de subordinado, no es un elemento por sí mismo sospechoso de fraude o perjuicio, pues lo contrario llevaría a hacer a estos acreedores también de peor condición antes de declararse el concurso si los pagos que se les pudieran realizar cayeran también bajo la sospecha del perjuicio a la futura masa activa, lo que no está desde luego expresamente regulado y debe ser interpretado restrictivamente. La cercanía a la solicitud del concurso en el presente caso unos seis meses, es más bien relativa, pues es un periodo de tiempo suficientemente laxo sobre todo si se tiene en cuenta que en años anteriores la dinámica de operaciones de pago entre las mismas partes era similar, por lo que se mantiene en parámetros de normalidad.
Y, finalmente, el dato de la supuesta infracapitalización desde el año 2007,que debería ser fundamental a la luz de la doctrina jurisprudencial sentada por el TS, si bien puede ser un indicio sobre una posible situación de insolvencia, no pasa de ahí, hasta tal punto que en la sentencia que pone fin a la sección de calificación, ese mero indicio no se ha considerado suficiente para poder fundamentar una situación de insolvencia anterior a la solicitud de concurso voluntario que pudiera justificar la aplicación de la presunción iuris tantum de dolo o culpa grave en orden a la calificación como culpable con fundamento en el art. 165.1 LC, concluyendo la meritada sentencia que *no se identifica cual es el momento concreto, siquiera por aproximación, en que el concursado comienza a desatender regularmente sus obligaciones ordinarias*.....Deben darse por repetidas las consideraciones hechas respecto de la coherencia interna de las resoluciones concursales.
Siendo así, la sola condición del deudor que recibe unos pagos habituales entre las partes, que responden a operaciones comerciales ordinarias, más allá de seis meses antes de que se solicite el concurso, es insuficiente para enervar la prohibición de rescisión de los actos ordinarios de la actividad empresarial. No debe olvidarse que con tal prohibición, como señala la STS 26 octubre 2012, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. La seguridad jurídica es vital para el funcionamiento del mercado y el tráfico jurídico mercantil. Dice la STS de 10 de julio de 2013 que: *la finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse*.": SAP Pontevedra (Sección 1) 09.10.2013 (Sentencia 371/2013; Rollo 396/2013)

2.10 Pagos periódicos de cuotas de préstamos bancarios de importe no significativo y sin que existiese insolvencia

AP Sevilla

"TERCERO.- En el supuesto analizado en la presente litis, no estamos ni de presunción iure et de iure, ni iuris tantum, de modo, que la Administración Concursal viene obligada a demostrar que ciertamente ha tenido lugar ese perjuicio patrimonial.
Del tenor de los hechos, estaríamos, como acertadamente razona el Juez a quo, ante actos ordinarias de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, que el párrafo quinto del artículo 71 de la Ley Concursal excluye expresamente de que puedan ser objeto de rescisión. Claramente se trata de necesidad de tesorería, para la que se acude a un préstamo, de ahí que la parte actora no interese la rescisión de los contratos de préstamos, además porque se trata de negocios jurídicos celebrados con anterioridad al plazo bianual que establece el artículo 71. Tan solo realiza su petición respecto de las cuotas abonadas en el periodo que la concursada comunicó al Juzgado que estaba en trámites de negociación con sus acreedores, -24 de abril de 2.010-, y la declaración de concurso, 2 de marzo de 2.011, por entender que hubo una suspensión generalizada en el pago a los acreedores, sin embargo, se realizaron los pagos a las entidades mencionadas.
Es evidente que ha existido la oportuna prestación por parte de las prestamistas, es decir, la entrega una cantidad de dinero concreta y determinada y que el prestatario ha de devolver. Obligación de restituir que nace desde la perfección del contrato de préstamo, bien en su integridad, bien en la cuantía y plazos que se hayan pactado en cumplimiento de la obligación que establece el artículo 1753 del Código Civil. No se pone en duda tampoco la obligación de restituir la suma recibida más los interese pactados.
Es importante significar que estamos ante sumas ciertamente residuales e insignificantes, a tenor de la actividad de la concursada, dado que se trata de 12.967,29 euros y 4.892,66 euros, Si examinamos la documentación aportada por la concursada, singularmente el informe emitido por la entidad BDO Auditores, S.L., folio 35 y siguiente de los autos, aportado al concurso, y que según la Administración Concursal fue ratificado en la pieza de medidas cautelares, autos 544/11, y que la misma utiliza y esgrime en esta alzada para sustentar sus pretensiones, nos encontramos que esa situación de impago o sobreseimiento generalizado en el pago de sus acreedores por parte de la concursada, en el mencionado periodo, no es real. No ponemos en duda que hubiera habido un descenso marcado y evidente en el ritmo de pagos de deudas, pero reducirlo y singularizarlo en los pagos a las entidades demandadas, no es lo que se deduce de dicho informe. En concreto, al folio 49 de los autos, se recoge un cuadro de pagos, en el que se distingue los pagos a Mondisa, empresa vinculada a la concursada, y el resto de acreedores, a los que abona en el citado periodo la suma de 184.706,82 euros. Por tanto, no nos encontramos con ese impago generalizado y prácticamente completo que esgrime la Administración Concursal, en orden a considerar que supone una situación singular, de evidente

privilegio a las entidades demandadas frente al resto de acreedores, consiguientemente perjudicando a estos. A título de ejemplo, nos encontramos que en el mes de mayo de 2.010, la concursada abonó la suma de 70.756,29 euros, mientras que la cuota abonada a Caixabank en ese mes, ascendió a 523,66 euros, y a Barclays 376,66 euros. En el mes de marzo de 2.011 abonó la suma de 12.541,96 euros, mientras que a Caixabank abonó la suma de 524,03 euros y a Barclays la suma de 33,84 euros.
En definitiva, no se ha acreditado ese perjuicio respecto de los demás acreedores, quebranto de la "par condicio creditorum",es decir, de la igualdad de condición de los acreedores, ya que no se trata de una privación a la generalidad de acreedores de un activo para poder satisfacer sus créditos, sin atenerse a las reglas concursales, de modo que se les favoreció, ya que se les evitó tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos. Quizás hubiera sido distinto el análisis si se hubiera aportado el oportuno cuadro comparativo entre los acreedores con los que se siguió cumpliendo las obligaciones asumidas, y aquellos a los que no se abonó nada, reflejando sus respectivos derechos, y, desde luego, se hubiese ejercitado la oportuna acción frente a todos aquellos, no singularizando en determinados acreedores que precisamente no resaltan por el importe abonado de sus deudas.
En consecuencia, ha de rechazarse la pretensión del recurrente.": SAP Sevilla (Sección 5) 20.06.2013 (Sentencia 316/2013; Rollo 2862/2013)

2.11 Pago deuda vencida. Caso singular.

AP Baleares

"La regla general del artículo 71 establece que serán impugnables los actos del deudor realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso que cumplan un único requisito: ser perjudiciales para la masa activa, perjuicio que, tal como dispone el apartado 4 de este artículo, debe probar como regla general la administración concursal, que es en principio la que ejerce la acción en virtud de lo dispuesto en el artículo 72.
Cuándo un acto es perjudicial para la masa activa en principio hay que entender que habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar, la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general.
En efecto:
a) Habrá un perjuicio de tipo particular si el concreto acto que se analiza implica disminución en el patrimonio del deudor, lo que, en lo básico, puede acontecer, ser el acto gratuito o, tratándose de un negocio oneroso, por tener la prestación del deudor un mayor valor que la contraprestación que recibe de la contraparte; mayor valor que también puede provenir por ser aquélla de cumplimiento inmediato y ésta estar aplazada.
b) Habrá un perjuicio de tipo general si, por ejemplo, el deudor vendió a precio de mercado la única unidad verdaderamente productiva que tenía o el elemento aglutinador de su organización empresarial así, una patente o una marca-, de forma que la ya actual del concursado impide o dificulta un convenio de continuación o determina que los bienes que restan por liquidar tengan un valor menor.
En consecuencia, no es impugnable aquel acto del deudor que, aunque cause un perjuicio a la masa activa, cumpla estas dos condiciones: ser un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor y haber sido realizado en condiciones de mercado.
Una de las consecuencias de la regla del segundo inciso del apartado 5 es la de poder concluir con claridad que no son impugnables los pagos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores que correspondan a deudas vencidas.
Y procede adicionar que los trabajos ejecutados a favor de la concursada, dedicada a varias actividades, entre ellas la inmobiliaria, prácticamente lo fueron a modo de trabajo personal, habiéndose conocido multiplicidad de pleitos en que aquélla ha intervenido como demandante o como demandada.
En cambio, sí se discute tal pago fue realizado en condiciones normales; y, por el contrario de lo reseñado por la Juzgadora "a quo", este Tribunal sostiene que afirmativamente, por cuanto:
a) el importe abonado es muy inferior al de los bienes ya embargados.
b) el pago no perjudica, pues, gravemente, la masa activa del concurso, ni implica un sacrificio patrimonial injustificado.
c) La deuda es propia de la concursada, y no de terceros.
d) el crédito era debido y exigible, y de naturaleza ordinaria.
e) cierto es que el pago se hace próximo a la declaración de concurso (12-Marzo-12) pero aún se discutía el estado de insolvencia.
f) la Sra. Clara fue declarada en estado de Concurso a 3-Abril-2012, previa solicitud de Necesario, habiéndose opuesto a tal declaración, y admitida a trámite el 29-Noviembre-2011.
g) el crédito de los ahora recurrentes es de vencimiento muy anterior al del acreedor-instante del concurso.
h) en fecha 14-Enero-2011, al amparo del art. 5.3. de la Ley Concursal, hizo constar su propósito de alcanzar acuerdos con los acreedores, entre ellos con " DIRECCION000, CB".
i) la deuda con " DIRECCION000 CB" deviene de fecha 29-12-2006, por contrato de obras y por factura, pero terminadas el 1-Junio-anterior; cuyo crédito fue reconocido por Sentencia de fecha 2-Julio-08, alcanzando firmeza el 20-Noviembre siguiente, despachada ejecución por Auto de día 26; y no fue hasta el 3-Marzo-09, que el embargo de bienes fue practicado por el Juzgado
j) con el pago que se pretende rescindir quedaban sin efecto el embargo sobre:
1) las cantidades a percibir del INSS por la expedición de fármacos (Ibsalut).
2) Los frutos y rentas del negocio de farmacia.
3) La finca registral nº NUM000 (solar en Bendinat), cuyo valor excede sobremanera el importe de aquél.

k) constan otros bienes inmuebles, intitulados a favor de la concursada (ad exemplum las fincas registrales nº NUM001, NUM002, NUM003, NUM004, NUM005, NUM006, NUM007, NUM008, NUM009, NUM010, NUM011 y NUM012).
l) la ejecución sobre el inmueble nº NUM000, y la baja expeditiva por la venta en subasta, habría sido mayor quebranto, que el pago efectuado a un acreedor ordinario; por anotado el 1-Septiembre-09, y máxime ante unas mejoras de embargo, decretadas el 14- Julio-2011 y 20-Febrero-2012 que hacían peligrar, aún más, la ejecución de los otros inmuebles, con la correlativa disminución de la masa activa.
Consiguientemente, el pago de una deuda acreditada y exigible desde el 1-Junio-2006, es decir, de casi seis años anteriores a la declaración de concurso, amén de efectuada en el tráfico ordinario de la concursada, debe reputarse realizado en condiciones normales, tras una dilatada ejecución de sentencia, y a tenor de las circunstancias excepcionales concurrentes en este supuesto específico. ":SAP Baleares (Sección 5) 13.12.2013 (Sentencia 492/2013; Rollo 471/2013)

2.12 Pago mediante cesión de derecho de crédito frente a la AEAT

AP Baleares

"PRIMERO.-La demanda instauradora de la presente litis la interpuso la Administración concursal en ejercicio de la acción al amparo del artículo 71 de la Ley Concursal. Solicitó con carácter principal, una acción tendente a obtener un pronunciamiento por el que se declare la ineficacia del contrato de cesión de crédito celebrado en fecha de 25 de junio del año 2010 entre la ahora concursada y GLOBAL RED BALEAR S.L, así como el pacto alcanzado entre estas dos y AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA y por el que ésta pagó a GLOBAL RED BALEAR S.L. la cantidad de 45.028,60 euros que debía satisfacer a la concursada; derivado de ello, se postula la condena solidaria de GLOBAL RED BALEAR S.L. y AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA al pago de aquella cantidad con sus frutos y rentas.
Subsidiariamente, se solicitó la rescisión del negocio de cesión celebrado entre la concursada y GLOBAL RED BALEAR S.L, con condena a esta a abonar la cantidad de 45.028,60 euros con frutos y rentas.
Se fundamenta la pretensión en que, en el mes de junio del año 2010, la ahora concursada ostentaba frente a AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA crédito en importe de 72.826,42 euros por razón de IVA del ejercicio 2009; en fecha de 25 de junio del año 2010 la concursada cedió a la codemandada GLOBAL RED BALEAR S.L. aquel crédito en pago parcial de la deuda que mantenía con ésta. GLOBAL RED BALEAR S.L. solicitó de la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA la compensación de aquel crédito con la deuda que con ella mantenía, procediendo a su descuento. Entiende que los actos de que se trata son perjudiciales para la masa activa del concurso al privar a esta de un derecho de crédito y alterar la igualdad de trato entre los acreedores. (...)
Centrando el debate en la cuestión de fondo, esta se sustenta en los siguientes hechos no controvertidos:
-La concursada se constituyó el 2 de febrero de 2009.
-Su actividad era la explotación del restaurante sito en la calle San Miguel nº 63 bajos, la franquicia NORDSEE AG.
-Para la explotación del negocio la concursada alquiló un local y con carácter previo al ejercicio de la actividad encargó obras por importe de 160.000 euros.
-Las obras las llevó a cabo el hoy apelante y el pago al mismo se realizó mediante la cesión de un crédito que la concursada ostentaba frente a la administración tributaria: esto es la AEAT recibió el pago aquí discutido de una deuda de GLOBAL RED BALEAR "de parte de" MAR DEL NORTE.
-El concurso se declaró el 19 de abril de 2011.
-La factura de la que procede el pago rescindido se giró el 4 de diciembre de 2009 por los trabajos que se habían hecho *para poder abrir el restaurante* : consta detalle de los trabajos en las facturas obrantes al folio 121 y ss copia de la comunicación de créditos por importe de 32.591,86 euros de los 78.220,46 de la factura final numero 09-075.
De la prueba practicada consideramos que las obras de las que trae causa la deuda pagada en junio de 2010 fueron imprescindibles para el ejercicio de la actividad ordinaria.
La apertura del local está ineludiblemente unido a dicha actividad por lo que el pago cuya rescisión se pretendía puede ser calificada como actividad ordinaria a los efectos del art. 71.5 LC.
Es un claro ejemplo de antecedente lógico de "actividad ordinaria" y más aun cuando efectivamente el restaurante abrió y estuvo funcionando más de un año.
Entre las obras ejecutadas cuyo precio se pagó y detalla la factura constan por ejemplo las de apertura de hueco en la puerta de acceso para minusválidos, demolición de baño, preinstalación de aire acondicionado, colocación de cristales y espejos, formación de armario para contadores, montajes sofás, barra y encimera con suministro de material y herrajes, puertas abatibles, etc....
Es por ello que entendemos que está acreditada que la naturaleza del contrato que dio lugar a la deuda justifica el pago, en el sentido indicado por la sentencia del TS ya citada por la Juzgadora, y por ello -en cuanto actividad ordinaria- permite declarar acto no rescindible el pago cuya rescisión se reclamaba. Veremos después si el mismo se hizo en condiciones normales.
Así la sentencia núm. 487/2013 de 10 julio. RJ 2013\4998 del Tribunal Supremo en su fundamento SEXTO razona sobre:
" **Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.**
El último argumento impugnatorio es que la sentencia recurrida infringe el art. 71.5 de la Ley **Concursal** (RCL 2003, 1748) pues se trata de actos de giro ordinario de la concursada.
El citado precepto establece en su primer inciso que «en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos

ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales [...]». Como ha recordado la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 740/2012, de 12 de diciembre (RJ 2013, 373), recurso núm. 1336/2010, el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio (LEG 1885, 21) que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre SIC (RJ 1996, 7434), recurso núm. 197/1993).
Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, *en una consideración de conjunto,* tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues *respondan a la forma usual de realizar tales actos* tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.
La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor *es ciertamente casuística,* sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, *así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial*.
Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.
La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse." (el subrayado es nuestro).
Sentado que el acto de mantenimiento -en este caso adecuación del local alquilado- es propio de la actividad ordinaria resta por analizar si el pago se hizo en condiciones normales.
La sentencia censura que la cesión del crédito para pagar a la AEAT no es un pago en condiciones normales (fundamento sexto de la sentencia) porque revela carencia de liquidez.
Dado que se admitió como prueba la resolución judicial que declaró el concurso fortuito habría un principio de prueba sobre que la Administración Concursal no valoró como tardía la solicitud en marzo de 2011, 9 meses después del pago.
A ello añadimos que la situación de desbalance no implica necesariamente la insolvencia (cfr folio 53 sobre patrimonio neto en relación con la STS 1 de abril de 2014) y que hasta junio de 2010 no es hecho discutido que el restaurante estaba en funcionamiento, ello permite presumir el pago corriente de las obligaciones (alquileres, proveedores, publicidad...).
El "pago por tercero" realizado por la concursada tuvo lugar en el mes de junio de 2010 mientras que el análisis de los textos definitivos (doc 6 de la demanda. cfr folio 49)) informa de la existencia de aportaciones de los socios hasta septiembre de 2010, también las rentas del local se estaban pagando en el momento de la cesión del crédito (la demanda de desahucio fija en el mes de julio el primer impago de renta, si bien el pago del mes de junio fue parcial (cfr doc folio 35). La valoración conjunta de estos hechos permite considerar que el pago (la cesión del crédito) no se hizo con conocimiento de insolvencia actual.
Por otra parte, como corolario de la información sobre la concursada, la propia AEAT ha corroborado que no le constaba ningún indicio de insolvencia por todo ello se declara el pago en condiciones normales sin que la cesión del crédito frente al pago en metálico sea lo relevante sino el conocimiento de la situación de insolvencia cuando se hizo el pago, dato que no consta acreditado respecto a un concurso solicitado en 2011 y declarado fortuito.
Es por ello que, procede estimar el recurso pues el pago realizado en junio de 2010 se corresponde con "Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".
TERCERO.-Con el fin de resolver las demás cuestiones controvertidas (STS 1 de abril de 2014), sobre el recurso interpuesto por la Administración Concursal contra la desestimación de la pretensión frente a la AEAT, resuelta la cuestión de la competencia del juez del concurso -desde esta perspectiva- si el acto no es susceptible de rescisión concursal, la forma en la que se hizo el pago, en lo que respecta a la codemandada absuelta, tampoco el acuerdo derivado de la solicitud de compensación de deudas lo es.”: SAP Baleares (Sección 5) 05.09.2014 (Sentencia 239/2014; Rollo 264/2014)

3. Inaplicabilidad

3.1 Acto ordinario pero en condiciones anormales (pago deuda vencida ya en estado de insolvencia)

Tribunal Supremo

“8. El recurrente también argumenta que el pago constituye un acto ordinario, realizado en condiciones normales, para eludir los efectos de la rescisión concursal, tal y como prevé el art. 71.5 LC.
El art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos

anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.
En este caso, podemos entender que para una sociedad como la deudora concursada, que explota un negocio de fabricación de aparatos de telefonía móvil, el pago de los servicios de reparación y asistencia técnica, como son los prestados por Postventa, es un acto normal ligado a su actividad empresarial. Pero no cabe concluir que fuera realizado en condiciones normales, pues está reconocido que el pago del crédito se hizo después de que la acreedora hubiera solicitado su concurso de acreedores, para conseguir el desistimiento, y sin que ello evitara que al cabo de pocas semanas se volviera a pedir el concurso, esta vez a instancia de la propia deudora. ": STS 26.10.2012 (Sentencia 629/2012; recurso 672/2010)

AP Barcelona

"NOVENO.-Los recurrentes también argumentan, para eludir los efectos de la rescisión concursal, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.5º de la LC, que los pagos constituyen actos ordinarios de la actividad realizados en condiciones normales. En sentencia de 27 de enero de 2011 (ROJ 1765/2011) dijimos que entre ellos *"se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.*
Hemos señalado en anteriores sentencias que si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos."
En el presente caso, la obligación de la concursada frente las demandadas tuvo su origen en la actividad ordinaria de la concursada. Sin embargo los contratos impugnados y los pagos se realizaron en circunstancias extraordinarias, como venimos exponiendo, cuando la concursada se encontraba en situación de insolvencia y cuando las demandadas habían instado la declaración de concurso. Sólo el propósito perseguido con los acuerdos (el desistimiento de la solicitud de concurso necesario) justificó la entrega de unas cantidades que no se hubieran atendido dentro del proceso concursal y respetando el principio de la *par condicio creditorum*.": SAP Barcelona (Sección 15) 16.06.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 249/2013)

"9. El art. 71.5 LC establece un límite a la acción de reintegración al disponer que: "en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (...)", dentro de los cuales se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.
No es este el caso, porque no se trata de un acto (pago) ordinario realizado en condiciones normales. Es un pago a un acreedor realizado en estado de insolvencia, sin más finalidad que la extintiva de la deuda financiera pendiente, para finiquitarla, y que no permitirá la continuación de la actividad de la sociedad pagadora, sino únicamente brindar un trato de favor a ese acreedor para que eluda el tratamiento concursal de sus créditos en el inminente procedimiento de concurso.": SAP Barcelona (Sección 15) 02.07.2014 (Sentencia 234/2014; Rollo 99/2014)

AP Cádiz

"PRIMERO.-Vuelven a reiterarse en esta alzada cuantos argumentos se expusieron en la instancia por los recurrentes de cara a conceptuar como normal, dentro del tráfico ordinario de la empresa, el pago a Doña Lorenza de la cantidad de 30.000,35 euros, en concepto de prestaciones salariales, alejado dicho concepto del invocado por la administración concursal, de acto perjudicial para la masa activa.
Como ya ha tenido ocasión de señalarse en la resolución recurrida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010, se declaró que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores].
La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el

pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado.

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

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

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

SEGUNDO.-En el supuesto que examinamos, no se duda en principio de que la apelante prestaba sus servicios en el Hotel Guadalete y que también, en principio, le eran debidos salarios correspondientes al año 2010 como certeramente señala la Juez a quo. El pago en enero de 2011 pudiera haber sido calificado como una actividad normal dentro del giro o tráfico de la empresa si ello lo hubiera sido en condiciones normales más como también con acierto se establece en la sentencia de instancia, ya al momento de efectuarse dicho pago la empresa estaba en situación de insolvencia, razón por la que se alteraba la " *par condicio creditorum* ", y para dicha calificación no es óbice el que aún no se hubiera solicitado el concurso pues debió haberlo sido, no ya por las deudas de la Seguridad Social y AEAT sino también por el impago de las operaciones inmobiliarias que se especifican por la administración concursal. A ello añádase que la trabajadora a quien se han satisfecho los salarios debidos es hija del administrador de la Concursada, Antonio, y además Consejero de "Proyectos y Desarrollos del Sur, S.L. socia única de la concursada, según consta por la nota informativa del Registro Mercantil acompañada a la demanda, y además se han adelantado, salarios aún no devengados, por lo que no se puede decir que estemos ante un acto del giro o tráfico normal de la empresa realizado en condiciones normales. El artículo 71.5 de la Ley Concursal establece que *«en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales [...]».* Señala la STS de 10 de julio de 2013, " *Como ha recordado la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 740/2012, de 12 de diciembre, recurso núm. 1336/2010, el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993).*

Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.

La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas.

Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.

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

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

Es obvio, por lo expuesto, que las características de la operación aquí examinada la hace extraña a dicho concepto, razón por la que ha de compartirse tanto el análisis como la conceptuación que de perjudicial para la masa activa lleva a cabo la Juez de lo Mercantil, por lo que remitiéndonos a las consideraciones jurídicas que en dicha resolución se llevan a cabo, la confirmamos íntegramente.": SAP Cádiz (Sección 5) 22.05.2014 (Sentencia 288/2014; Rollo 422/2013)

AP Granada

"TERCERO: En cuanto al argumento impugnatorio, relativo a la infracción del artículo 71.5 de la Ley Concursal pues, según el apelante, se trata de actos de giro ordinario de la concursada, comenzaremos por indicar que el citado precepto establece en su primer inciso que *«en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales [...]»*.
Como señala la STS de 10 de julio de 2013, tales actos ordinarios serían los « *los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993). "Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere*."
Por tanto, a la luz de la doctrina señalada, las transferencias realizadas al letrado asesor de la concursada, para hacer frente, selectivamente, a pagos de la sociedad, tras detectarse su insolvencia, sin límite o traba previsible por la situación de insolvencia, no pueden considerarse como actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor. No estamos ante actos relacionados con su objeto social,
o ante los propios del giro típico de su actividad empresarial, y menos aún presentan la característica *"de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales*" (STS 10 de julio de 2013).
No cabe estimar que el letrado asesor de la entidad y del comité de dirección, deba estimarse protegido por esta excepción, que trata proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso, confiando en la plena eficacia de tales negocios jurídicos, en tanto que el aquí examinado no puede estimarse como manifestación de la actividad económica normal del deudor y realizado en las condiciones habituales del mercado.
Teniendo en cuenta lo expuesto, la decisión del Juzgado de no considerar aplicable la excepción del primer inciso del art. 71.5 de la Ley Concursal es acertada.": SAP Granada (Sección 3) 21.02.2014 (Sentencia 48/2014; Rollo 24/2014)

AP La Coruña

"SEXTO: De los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.-
No concurre este supuesto impeditivo de la declaración de rescisión concursal, contemplado en el art. 71.5.1º de la LC.
En efecto, dicha excepción se construye bajo un doble presupuesto normativo, cual es que se trate, en primer lugar, de un pago derivado de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, es decir los propios o característicos del giro o tráfico jurídico al que se dedica, y, en este concreto aspecto, no tendríamos reproche alguno que efectuar al pago de una deuda líquida, vencida y exigible, nacida de la ejecución de un campo de césped artificial para el entrenamiento y formación de las distintas categorías del DEPORTIVO.
Ahora bien, la ley exige un plus o requisito adicional, cual es que tal pago se lleve a efecto en condiciones normales, y éste concreto presupuesto normativo es el que no concurre en el caso que examinamos, pues como dice la tantas veces citada STS de 26 de octubre de 2012, sobre cuya doctrina y aplicación al caso presente radicó el presente recurso, "no cabe concluir que fuera realizado en condiciones normales, pues está reconocido que el pago del crédito se hizo después de que la acreedora hubiera solicitado su concurso de acreedores, para conseguir el desistimiento, y sin que ello evitara que al cabo de pocas semanas se volviera a pedir el concurso, esta vez a instancia de la propia deudora", a lo que podemos añadir, que tal pago se llevó a efecto en condiciones nada desdeñables para la entidad demandada, en atención a la grave situación de insolvencia en la que se encontraba el DEPORTIVO, que cobró una cantidad de 216.562,84 euros por intereses y costas, adicionalmente al principal de la deuda judicialmente declarada, anteponiéndose al resto de los acreedores, que incluso intentaban hacerlos efectivos por la vía de apremio, por la circunstancia de promover un concurso al que luego se desistió (y que no podría ser admitido a trámite sin abonar previamente la tasa correspondiente que se dejó pendiente de satisfacción), y que el deudor se vio obligado a promover escasos meses después, evitándose de esta forma la declaración del mismo como necesario y la suspensión de las facultades de administración y disposición de los legales representantes de la entidad deudora sobre su propio patrimonio (art. 40.2 LC).
Procede, por lo tanto, declarar la rescisión del pago, interesado que es el que constituye el objeto de la acción rescisoria dejando subsistente como no puede ser de otra forma el crédito de la apelada en cuantía de
365.000 euros postulado como ordinario por la administración concursal.
No es un problema de tutela judicial efectiva como indica la parte apelada, alegando el art. 24.1 CE, pues la efectividad de los créditos reconocidos en sentencia judicial afecta también a otros acreedores con créditos igualmente declarados en resolución judicial, amén de que tal derecho está sometido como es natural al ordenamiento jurídico, y, por lo tanto, en el caso de insolvencia del deudor al ordenado sistema de satisfacción

de las deudas, que fija el procedimiento concursal. Pretender liberarse de tal normativa, de obligado cumplimiento (art. 5 LC), no se encuentra amparada por el derecho fundamental alegado como lesionado. No constan tampoco las concretas condiciones del acuerdo transaccional para considerar el mismo beneficioso para la masa activa del concurso.”:.”: SAP La Coruña (Sección 4) 09.12.2013 (Sentencia 418/2013; Rollo 342/2013)

“La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado (STS 10/7/2013).
Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (STS 26/10/2012).
Su motivo es evidente si el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", por ello en tales circunstancias debe estimarse como un perjuicio para la masa activa.
Lo que se acepta en la sentencia apelada, y tal decisión y valoración de la prueba practicada por el Juzgador a quo la estimamos acertada, dadas las circunstancias concurrentes del caso. Así, partiendo, por evidentes razones, que la aquí entidad apelante por su condición de la asesoría que prestaba, conocía la deficiente situación económica y financiera de la entidad deudora, al menos desde principios del año 2011, que es la razón invocada del acuerdo que refiere llegaron las partes para aplazar el pago de las distintas facturas por la prestación de sus servicios jurídicos que se iban emitiendo desde aquel momento, hasta el punto que el pago de la mayor parte de la deuda vencida y exigible correspondiente a lo facturado en el año 2011 se lleva a cabo unos quince días antes de la presentación de la solicitud de concurso voluntario. Lo que es de todo punto un trato de favor no justificado, cuando con la presentación del concurso no se pretende o espera la viabilidad de la empresa para continuar con su actividad, desde el momento en que transcurridos los tres meses desde la comunicación al Juzgado a que se refiere el art. 5 bis LC, ante su situación de insolvencia actual, "Talleres Carral, S.L." decidió su disolución y la apertura de la liquidación de la sociedad, promoviendo expediente de extinción colectiva de contratos de trabajo el 11 de mayo de 2012, presentando la solicitud de declaración de liquidación concursal en fecha 25 de mayo de 2012, que así fue admitida y declarada en auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil en fecha 29 de junio siguiente. Por lo que, de tal modo existe perjuicio para la masa, cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estaba ya en un claro estado de insolvencia, de la que el acreedor era pleno conocedor de tal situación, beneficiándose de forma injustificada por el pago efectuado en tal momento de la mayor parte del importe de su crédito pendiente de abono, invocando una proporcionalidad de créditos con el resto de los acreedores de la concursada no acreditada. Y evidentemente si bien se trata de acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor, no se realiza en condiciones normales, por lo que no puede ser de aplicación el numeral 5 del art 71 LC.
La finalidad de esta excepción, como se indica en sentencia del Tribunal Supremo de 10/7/13, es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.
Teniendo en cuenta lo expuesto, la decisión sentenciada de no considerar aplicable al presente caso la excepción del primer inciso del art. 71.5 de la Ley Concursal es acertada, al no haber sido realizado el pago en condiciones normales, tal como antes hemos visto el acreedor era pleno conocedor al momento del pago de la situación de insolvencia de la deudora, asegurando de tal modo el cobro de la mayor parte del importe de su crédito, salvo 2.750 #, frente a otros de la entidad concursada, alterándose las preferencias de cobro, lo que supone de claro perjuicio para los demás, al obtenerse con aquellos actos un privilegio a favor de un acreedor en el concurso frente a los demás acreedores con clara alteración de la "par condictio creditorum".”: SAP La Coruña (Sección 4) 13.02.2014 (Sentencia 38/2014; Rollo 10/2014)

AP Madrid

“SEGUNDO.- SOBRE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 71.5 LC
4.- Sostiene la apelante que en los pagos de continua referencia concurren las dos circunstancias precisas exigidas en el artículo 71.5 LC para poder considerarlos excluidos de la rescisión concursal, a saber: son catalogables como actos ordinarios de la actividad empresarial de AIR COMET y fueron realizados en condiciones normales.
5.- La sentencia dictada en la anterior instancia niega incluso la concurrencia de la primera de las notas apuntadas. Así ha de entenderse cuando, no obstante señalar que la deuda a cuyo pago se trataba de atender con las entregas dinerarias controvertidas "derivaría de rentas de arrendamiento financiero, lo que arroja una cierta idea de acto ordinario", específica a continuación que, atendido el sector del tráfico en el que AIR COMET desarrollaba su actividad, únicamente resultarían subsumibles en el artículo 71.5 LC los contratos de

transporte celebrados con terceros, pero no aquellos otros que tuviesen como finalidad allegar los recursos precisos para el desenvolvimiento de la actividad negocial de la concursada.
6.- Compartimos los reparos de la parte apelante respecto de tal valoración. Señala el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de julio de 2013 en relación con el punto que nos ocupa lo que sigue (fundamento jurídico sexto):
"Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.
La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial".
Entendemos que, tratándose de una línea aérea que explota sus aparatos en régimen de leasing y del pago de las cuotas del mismo, está más que justificada la aplicación del criterio que en dicha resolución se predica de los actos relativos al mantenimiento del centro de actividad empresarial, pues no menos esenciales que estos según el patrón general resultan aquellos en el caso concreto para la continuación de la actividad empresarial de la concursada. En esta misma línea, cabe invocar la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012, al señalar (apartado 8 de los fundamentos jurídicos) que la finalidad que persigue el artículo
71.5 LC es "evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor".
7.- La sentencia recurrida también niega a los pagos en examen la nota de normalidad. El juzgador señala como elementos conducentes a tal juicio que con dichos pagos se trataba de hacer frente a cuotas atrasadas, no abonadas debidamente a su vencimiento y que cuando aquellos se efectuaron AIR COMET se encontraba ya inmersa en una situación de incumplimiento generalizado de sus obligaciones corrientes.
8.- HSH discrepa de tal valoración. Rechaza que la situación de insolvencia de AIR COMET al tiempo de efectuar los pagos deba tener el peso específico que en la sentencia se le atribuye, catalogándola como una más de las circunstancias a tener en cuenta a la hora de apreciar si aquellos se realizaron en condiciones normales. En esta línea, mantiene la recurrente que el conjunto de las circunstancias concurrentes abocarían a afirmar la normalidad de tales pagos, subrayando a tal fin: (i) que la deuda a la que se pretendía hacer frente con ellos derivaba de rentas arrendaticias, vencidas, líquidas y exigibles; (ii) que no existe motivo para pensar que se tratase precisamente del pago de rentas atrasadas, pudiendo igualmente pensarse que se trataba del pago de rentas actuales; (iii) que aun considerándose que se trataba de satisfacer deuda atrasada, ello no constituiría un indicador de la anormalidad de los pagos, habida cuenta de la irregularidad con que en el periodo relevante AIR COMET venía satisfaciendo las cuotas derivadas de los contratos de leasing; (iv) que no existe inmediatez temporal entre los pagos cuestionados y la declaración de concurso. Termina la parte recurrente enfatizando que los pagos que se le realizaron se hicieron en interés de AIR COMET, a fin de poder continuar con su actividad, y que no fueron los únicos que se practicaron en el periodo relevante, sino que también se hizo frente a los costes por otros conceptos que resultaban igualmente imprescindibles para la continuación de la actividad de la concursada.
9.- También en este punto ofrece guía apropiada la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013, ya citada, cuando, tras señalar que para que los actos ordinarios se beneficien de la exención establecida en el artículo 71.5 LC resulta preciso que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales, puntualiza: "La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse". Por su parte, la sentencia del Alto Tribunal de 12 de diciembre de 2012, en el marco de un proceso que traía causa del párrafo segundo del extinto artículo 878 del Código de Comercio (el cual, no obstante, es examinado a la luz del artículo 71.5 LC), establece que para que el pago de las rentas de las instalaciones donde el deudor desarrolla su actividad empresarial (ya señalamos con anterioridad la razón de analogía de tales pagos con los aquí controvertidos) pudiera considerarse excluido de la retroacción sin necesidad de entrar a analizar el perjuicio, es necesario que el pago de las rentas se haya realizado en condiciones de normalidad, esto es "de forma periódica y regular".
10.- En el presente caso, a la fecha de los pagos en discusión AIR COMET se encontraba instalada en una situación de incumplimiento generalizado de sus obligaciones corrientes. Así lo señala la sentencia impugnada, en la cual se afirma sin ningún margen de duda que AIR COMET padecía una situación de insolvencia actual. La apelante, por su parte, no lo discute. Como tampoco discute las fechas a las que se retrotraía dicha situación y el pasivo acumulado según la sentencia, que conforman un escenario de particular gravedad (falta de ingreso de las retenciones por el IRPF y de las cuotas de la Seguridad Social desde marzo de 2008, por un importe de más de 10.000.000 euros y 21.000.000 euros, respectivamente, e impago de nóminas desde julio de 2009, generándose por este concepto un pasivo de 14.000.000 euros).
11.- No podemos compartir el enfoque de la parte apelante, quien pretende que los pagos que nos ocupan sean objeto de consideración desconectados del contexto que acabamos de describir. Es así como se explica su énfasis al señalar el carácter vencido, líquido y exigible de la deuda para cuya satisfacción se hicieron los

pagos y en minimizar la significación de que el dinero entregado se destinase a cubrir cuotas atrasadas, desconociendo con ello la pauta reflejada en la segunda de las sentencias del Alto Tribunal de las que dimos cuenta en el precedente apartado 9 (abrimos aquí un paréntesis para señalar la postura ambivalente de la recurrente en este último punto, ya que, al mismo tiempo, muestra su disconformidad con lo afirmado en la sentencia en el sentido de que los pagos controvertidos se destinaron a cuotas atrasadas, pero sin explicitar otro argumento que el que pudiera ser así o no, haciéndonos de esta forma difícil dar cancha alguna a la recurrente en este otro planteamiento). No cabe entender, por otra parte, que la situación de AIR COMET no resultase manifiesta a los ojos de HSH: la propia apelante es la que da cuenta de la irregularidad con que se venían satisfaciendo las cuotas de leasing ya con antelación a las entregas dinerarias en examen.
12.- Entendemos por todo ello que, aún respondiendo a la tipología de actos ordinarios de la actividad de AIR COMET, los pagos cuestionados no se realizaron en condiciones normales, cual exige el artículo 71.5 LC como condición de exclusión de la rescisión concursal. Por lo tanto, el recurso debe ser rechazado en este extremo.”: SAP Madrid (Sección 28) 21.04.2014 (Sentencia 126/2014; Rollo 609/2012)

“CUARTO.- Los apelantes consideran que el pago no es susceptible de rescisión en aplicación del artículo 71.5.1º de la Ley Concursal al considerar que se trata de un acto ordinario realizado en condiciones normales.
El Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2013, con cita de la de 28 de octubre de 1986, ésta última a propósito del Derecho Concursal derogado, señala que tales actos ordinarios serían: «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa».
En similar sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014, con cita de la de de 26 de octubre de 2012, recuerda que: "(el) art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".
El pago de una deuda vencida y exigible derivada de una compraventa en desarrollo de una actividad que forma parte del objeto social de la concursada debe calificarse como actividad ordinaria del deudor, pero el abono de esa deuda efectuado el día 17 de octubre de 2008, pocos días antes de la solicitud de concurso el día 3 de noviembre de 2008 y en estado de insolvencia actual, cuando, además, la deuda había vencido y era exigible desde el 31 de diciembre de 2005, no puede considerarse realizada en condiciones normales. “:SAP Madrid (Sección 28) 22.05.2015 (Sentencia 144/2015; Rollo 389/2013)

AP Málaga

“TERCERO Losartículos 71, 72 y 73 de la Ley Concursal regulan los efectos de la declaración de concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa, proclamando el primer apartado del primero de estos artículos: "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta"; por lo que al caso de litis es de interés, en los dos siguientesapartados del mismo articulo 71 se establecen los actos que presumen perjuicio patrimonial, y el cuarto hace recaer la carga de la prueba del perjuicio patrimonial en quien ejercite la acción rescisoria cuando se trate de actos en los que dicho perjuicio no se presume. Estas normas tienen un doble efecto que no se recoge lo suficientemente claro en la sentencia y que provoca una profunda confusión argumental en el recurso pues, no existiendo dudas sobre la concurrencia del elemento temporal del articulo 71.1, para que la acción rescisoria ejercitada prospere solo se exige que la actora pruebe que el acto que pretende rescindirse es perjudicial para la masa activa, siendo indiferente a estos efectos que la parte que contrató con la concursada haya actuado o no con buena fe, pues esta circunstancia solo será relevante respecto de lo que haya de devolver(art. 73.2) o a la calificación de su crédito (art. 73.3). Esta regulación tiene su antecedente inmediato en el derogadoarticulo artículo 878 Ccom (LEG 1885, 21), en el que después de establecer que declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes, en el párrafo segundo dispone : «todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos», señalando al respecto la doctrina del Tribunal Supremo que la finalidad primordial de la quiebra es la de garantizar la par condictio creditorum, que unas veces de mala fe o con simple aprovechamiento desigual de los acreedores se produce y cuyo efecto principal es la devolución a la masa, siendo la declaración de invalidez que en términos tan contundentes expresa esta regla, en todo caso, una técnica de reintegración de la masa que se justifica, como han advertido de consuno jurisprudencia y doctrina, por la normal falta de coincidencia entre el momento en que se abre el procedimiento concursal y aquel otro en que se produjo, en realidad, la situación económica que implica su apertura, tratando de evitar las consecuencias de una actuación del deudor en beneficio de uno o varios acreedores y/o en perjuicio de la masa con anterioridad al pronunciamiento del órgano jurisdiccional (entre otras,Sentencias de 25 de mayo de 1944, de 25 de mayo de 1961, de 22 de febrero de 1963, de 28 de enero de 1985 (RJ 1985, 203), de 17 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2210), de 23 de febrero de 1990 (RJ 1990, 712), de 20 de septiembre de 1993), señalando la Sentencia de 13 Diciembre 2005 (RJ 2006, 328), que es preciso, pues, tener en cuenta, de una parte, que la razón de la invalidez de los actos se encuentra en la inhabilitación o desapoderamiento del quebrado; y de otra parte que la norma persigue la reintegración, lo que exige y presupone una disminución patrimonial, de modo que si no hubiere disminución patrimonial carece de

sentido que se utilicen las acciones que se dirigen a la reintegración, excluyéndose de la nulidad aquellos actos que, por corresponder al giro y tráfico ordinario del quebrado, el buen sentido tiene por válidos (pago de cuotas de la seguridad social, de recibos de suministros, de arrendamientos...Sentencias de 15 de octubre de 1976, de 12 de noviembre de 1977, de 8 de febrero de 1988, etc.), o, como indica laSTS 15 Marzo 2000 (RJ 2000, 1837), la institución de la retroacción de la quiebra pretende la reintegración a la masa de bienes del deudor afecto a la satisfacción de sus acreedores de todos los bienes que han salido por diversos actos o contratos.
CUARTO Sentado lo anterior, a la vista de los hechos no discutidos procede la confirmación de la sentencia por cuanto las alegaciones recurrentes sobre el origen de la deuda no tiene trascendencia jurídica, la situación de insolvencia de la concursada era clara cuando la propia recurrente instó la declaración de concurso de la misma un mes antes de que se le hiciera el pago, y éste no puede considerarse un acto ordinario dentro de la actividad empresarial en el sentido establecido en elartículo 71.5 de la LC pues según este precepto en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, y no se puede considerar que la deudora ostentaba esta normalidad empresarial cuando, como se ha indicado, un mes antes la acreedora estaba solicitando que se la declarara en concurso, en consecuencia, la ahora recurrente era conocedora de la situación de crisis de la mercantil que le hacía el pago, y correspondiendo a la demandante probar el perjuicio patrimonial(artículo 71.4 LC), en su demanda aporta esta prueba con el solo relato de la operación, la documental que lo acredita, y la afirmación que con ello se ha primado el derecho de cobro de un determinado acreedor frente al resto, correspondiéndole entonces a las demandadas alegar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos aportados por la actora(art. 217.3 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), sin embargo la codemandada ahora recurrente en su contestación a la demanda (momento procesal donde han de alegarse esos hechos) afirma la inexistencia de perjuicio patrimonial pero obvia los argumentos en que pueda basar dicha afirmación refiriéndose en sus alegaciones a cuestiones colaterales que no afectan al núcleo de la cuestión debatida, pues para analizar si la masa activa se ha visto perjudicada por el pago objeto de litis ha de examinarse si el activo y el pasivo han mermado en igual medida o bien ha sido el activo el mas perjudicado, conclusión ésta última la que ha de estimarse pues con esa operación se excluyó del patrimonio de la concursada el metálico con el que se hizo el pago a la recurrente.”: SAP Málaga (Sección 6) 09.12.2009 (AC 2010/132; Sentencia 680/2009; Rollo 923/2008)

AP Oviedo

“Es cierto que el art. 71-5 L.C. declara en su ordinal 1º como operaciones excluidas del ámbito de la acción de reintegración a "Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", habiendo señalado la STS 26 octubre 2012 que "con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor". Lo cierto no obstante es que la norma no solo requiere que nos hallemos ante un acto ordinario de la actividad de que se trate, sino además que se trate de un acto realizado en condiciones normales, debiendo recordar aquí que la señalada STS 26 octubre 2012 ha venido a declarar que el acto impugnado no puede ser tenido como realizado en condiciones normales en aquellos casos en que, por el momento en que aconteció, cabe presumir que ya concurría en el deudor la situación de insolvencia que después le llevó a ser declarado judicialmente en concurso de acreedores "pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto". Pues bien, en el caso presente encontramos que el acuerdo compensatorio por el cual el crédito que mantenía Horlacasa quedaba extinguido en la cantidad de 190.165,94 euros fue concertado -tal y como señala la Sentencia apelada, sin que la apelante impugne este dato- tan solo nueve días antes de la que la constructora presentara ante el Juzgado la comunicación del art. 5 bis L.C., lo que evidencia por si solo que la deudora se encontraba ya en aquel momento tratando de superar la situación de insolvencia que le aquejaba, intentos que no dieron resultado y que condujeron finalmente a que dos meses después se viera obligada a presentar ante el Juzgado la solicitud de concurso voluntario, todo lo cual viene a confirmar que el acuerdo compensatorio por el que se abonaba el crédito que titulaba Horlacasa se llevó a cabo en unas condiciones que vulneraban la par conditio creditorum.”: SAP Oviedo (Sección 1) 09.10.2014 (Sentencia 267/2014; Rollo 81/2014)

“Es cierto que el art. 71-5 L.C. declara en su ordinal 1º como operaciones excluidas del ámbito de la acción de reintegración a "Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", habiendo señalado la STS 26 octubre 2012 que "con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor". Lo cierto no obstante es que la norma no solo requiere que nos hallemos ante un acto ordinario de la actividad de que se trate, sino además que se trate de un acto realizado en condiciones normales, debiendo recordar aquí que la señalada STS 26 octubre 2012 ha venido a declarar que el acto impugnado no puede ser tenido como realizado en condiciones normales en aquellos casos en que, por el momento en que aconteció, cabe presumir que ya concurría en el deudor la situación de insolvencia que después le llevó a ser declarado judicialmente en concurso de acreedores "pues permite apreciar la vulneración de la par condicio creditorum, porque en esas circunstancias está más justificado la declaración de concurso y el sometimiento de todos los acreedores a la regla de paridad de trato, que el pago a uno de los acreedores, en detrimento de las perspectivas de cobrar del resto". Pues bien, en el caso presente encontramos que el acuerdo compensatorio por el cual el crédito que mantenía Horvalsa quedaba extinguido

en la cantidad de 81.100,99 euros fue concertado -tal y como señala la Sentencia apelada, sin que la apelante impugne este dato- tan solo nueve días antes de la que la constructora presentara ante el Juzgado la comunicación del art. 5 bis L.C., lo que evidencia por si solo que la deudora se encontraba ya en aquel momento tratando de superar la situación de insolvencia que le aquejaba, intentos que no dieron resultado y que condujeron finalmente a que dos meses después se viera obligada a presentar ante el Juzgado la solicitud de concurso voluntario, todo lo cual viene a confirmar que el acuerdo compensatorio por el que se abonaba el crédito que titulaba Horlacasa se llevó a cabo en unas condiciones que vulneraban la par conditio creditorum.": SAP Oviedo (Sección 1) 10.10.2014 (Sentencia 268/2014; Rollo 82/2014)

AP Pontevedra

"TERCERO. -Finalmente en relación con la alegación de que se trata de un acto ordinario de la actividad empresarial que no podría ser objeto de rescisión conforme al art. 71.5 LC, no debe olvidarse que con tal prohibición, como señala la STS 26 octubre 2012, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. La seguridad jurídica es vital para el funcionamiento del mercado y el tráfico jurídico mercantil. Dice la STS de 10 de julio de 2013 que: *la finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse*.
La dación en pago ni es forma habitual de pago, ni en el caso concreto puede incluirse entre los actos ordinarios de la empresa dadas las condiciones en que se ha realizado y que ya han sido expuestas en el fundamento anterior.
No se debe confundir la figura de la compensación con la dación en pago tratándose de modos de extinguir las obligaciones muy diferentes. Dice la parte apelante que lo ocurrido no es más que una compensación, lo que es totalmente incorrecto pues en la compensación no existe entrega de bien alguno, sino la mera extinción de créditos vencidos, exigibles y determinados, recíprocos (art. 1201 CC)": SAP Pontevedra (Sección 1) 09.04.2014 (Sentencia 134/2014; Rollo 78/2014)

AP Valladolid

"PRIMERO La representación procesal de la mercantil "LUIS PEREZ CAMINO S.L. "CAMINO TRASPORTES ESPECIALES, recurre en apelación la Sentencia de instancia que estima la demanda de rescisión formulada por la Administración concursal contra la misma y la concursada Caldererría Vallisoletana S.A y declara rescindido e ineficaz el acto efectuado pro dicha concursada y consistente en el pago efectuado a Transcamino S.L en fecha 23 de enero de 2007, condenando a esta ultima a que entregue a la masa activa del concurso la citada cantidad mas intereses legales desde la fecha mencionada, reconociendo a su favor la Administración concursa un crédito que se integrará en la masa pasiva con la calificación de ordinario delarticulo 89.3 de la Ley Concursal, e imposición de costas a las demandadas. Alega como motivos, en síntesis, infracción por interpretación errónea delarticulo 71 de la Ley Concursal e inaplicación del apartado 5 del citado precepto no habiendo producido el acto rescindido perjuicio alguno para la masa activa patrimonial. Pide por todo ello se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia y acuerde no haber lugar a la rescisión interesada con imposición de costas a la parte actora.
Se opone a este recurso la administración de la concursada Caldererría Vallisoletana S.A., solicitando la confirmación de la sentencia apelada.
SEGUNDO Un nuevo y detenido examen de todo lo actuado en la instancia junto con las alegaciones vertidas por la recurrente en su escrito de recurso, pronto permite adelantar la total desestimación del presente recurso. La cuestión controvertida- fundamentalmente de valoración e interpretación jurídica ha sido correctamente enfocada y resuelta por el Juzgador de Instancia, con argumentos que esta sala considera totalmente fundados y razonables y que por consiguiente, no puede sino asumir y respaldar, dándoles aquí por reproducidos en aras de la brevedad.
Considera la mercantil recurrente que la sentencia infringe lo dispuesto en elartículo 71 de la Ley Concursal y particularmente su apartado 5en el que señala que "en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales" siendo este el caso presente, pues no de otra manera puede calificarse el pago que se rescinde de 11.000 Euros, y que fue efectuado, tras haber alcanzado ambas partes un acuerdo extra-procesal de abono parcial de la deuda contraída por unos servicios de trasportes que efectivamente fueron prestados en agosto y septiembre de 2006 y para lo que previamente la concursada había librado un efecto bancario a tres meses vista que resultó impagado a su vencimiento motivando una reclamación judicial con medidas cautelares a consecuencia de lo cual se produjo la citada transacción con una rebaja aproximada de un 70% del importe inicial de la deuda que era de 15.886,20 Euros.
Insiste la recurrente, como ya lo hiciera en la instancia, en su tesis de que dicho pago fue realizado dentro de la actividad propia y ordinaria de ambas mercantiles, y en condiciones normales y que no perjudicó a la masa activa del concurso.
No comparte la Sala estas apreciaciones de la recurrente, pues no es fruto de un análisis desapasionado y completo de todas las circunstancias concurrentes sino de una parcial e interesada interpretación de algunas de ellas aparentemente favorables a su postura.
Elartículo 71.5 de la Ley Concursal establece una excepción al principio general de su apartado primeropor el

que considera rescindibles " los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración aunque no hubiese existido intención fraudulenta " y como tal excepción debe ser objeto de una interpretación restrictiva y no extensiva, atendiendo como es lógico, a las particularidades concurrentes al caso concreto. Así y por lo que se refiere a la expresión "actos realizados en condiciones normales" o el concepto de "normalidad" exigida para evitar la rescisión, no ha de atenderse exclusivamente a si se da o no un equilibrio en las prestaciones de las partes o se hace en condiciones de mercado, sino si además se corresponde con una manera lógica, razonable y constante de llevar a cabo estos actos en el momento y contexto en que se producen, de modo que, como bien dice la parte recurrida, deben valorarse una serie de circunstancias, tales como, la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos, su excepcionalidad respecto de otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anteriorioridad o posterioridad por la empresa, la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación, la incompatibilidad de la forma del acto con las usuales en el tráfico de la empresa, la inmediatez de la realización del acto con la solicitud del deudor de ser declarado en concurso, y en fin, el propio conocimiento que este pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras.
Pues bien, en el supuesto presente, el pago efectuado por la concursada a la recurrente y cuya rescisión se pretende, aunque pudiera ser considerado un acto ordinario de la actividad empresaria de la mercantil deudora, pues trataba de satisfacer a un proveedor un crédito vencido y líquido, sin embargo, no reúne las condiciones de normalidad exigidas como segundo de los requisitos, por el mentadoapartado quinto del artículo 71 de la ley Concursal.
Como datos determinantes de la citada anormalidad, destacamos; el hecho ciertamente de excepcional, de que se hubiera beneficiado a un acreedor concreto con evidente discriminación y perjuicio de todos los demás. Se desprende así de la contabilidad de la concursada (Libros mayor y Diario) que a la fecha del pago esta tenia numerosos proveedores (75) con créditos a su favor y sin embargo solo se satisface la deuda a tres de ellos, entre ellos a la recurrente, aunque fuera de forma parcial (68,12%) habiendo reintegrado los demás de forma voluntariamente a la masa, las cantidades percibidas en las mismas condiciones; el hecho, también excepcional, de que este pago se hubiera realizado a tan solo 20 días antes de que el deudor solicitara la declaración del concurso y 23 antes de que se dictara Auto declarándolo; e igualmente el hecho, altamente significativo de que dicho pago se hiciera cuando los administradores de la concursada que lo efectuaron, como el de la propia recurrente, eran plenamente conscientes y conocedores (así lo reconoce en el hecho cuarto de su demanda interpuesta frente a la concursada) de la grave situación insolvencia que en ese momento y dos meses antes se hallaba la concursada pues su situación era de paralización total de su actividad productiva,con huelga de sus trabajadores por impago de salarios, iniciación de un expediente de regularon de empleo, incluso ofrecimiento en venta de sus propias naves industriales, y así lo viene a reconocer la propia recurrente en el hecho cuarto de la demanda interpuesta en reclamación de la deuda. Ambas partes eran pues plenamente conscientes al momento de acordar extraprocesalmente el pago parcial de la deuda, de la situación de crisis e insolvencia que atravesaba la empresa deudora y de que con dicho pago, aunque fuera parcial, provocaba discriminación y agravio comparativo para los demás acreedores.": SAP Valladolid (Sección 3) 23.03.2009 (JUR 2009/207224)

"**PRIMERO** La administración concursal de CALDERERÍA VALLISOLETANA S.A. promovió incidente concursal contra la concursada y contra CIPRIANO HEREDERO MONGIL (MONTAJES INDUSTRIALES), al amparo de lo dispuesto en elartículo 71 de la Ley Concursal (LC), con el objeto de que se declarara la rescisión del pago que la concursada efectuó a favor de la codemandada en fecha 4 de enero de 2.007, por importe de 12.180 euros.
El pago en cuestión hace mérito a una parte del precio de la prestación de determinados servicios que fueron facturados en fecha 30 de noviembre de 2.006.
La demanda se sustenta en el trato discriminatorio que la concursada dispensó a la codemandada en perjuicio de sus acreedores, días antes de que fuera declarada en concurso el día 15 de febrero de 2.007.
Concretamente se indica que, del análisis de la contabilidad de la concursada se desprende que de un total de 75 proveedores con crédito a su favor el 1 de enero de 2.007, sólo se satisfizo a partir de dicha fecha la deuda íntegra de dos de ellos (2,67% del total) y la parcial de otro (1,33%). De una cantidad adeudada a los proveedores a fecha 1 de enero de 2.007, de 904.973,12 euros, se satisfacen a partir de esa fecha créditos por importe de 23.601,59 euros.
Con estos antecedentes, la sentencia de instancia estimó la demanda, pues se consideró acreditado que se había producido un perjuicio a la masa, al disminuir la solvencia o garantía universal de su patrimonio.
SEGUNDO DonCosmepresenta recurso de apelación alegando, en primer lugar, infracción de lo dispuesto en elartículo 71.5 LC, que contiene una excepción a la regla general, conforme a la cual, "en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional del deudor realizados en condiciones normales".
Por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica laSAP Barcelona de 8 de enero de 2.009.
En este sentido, podemos admitir que el pago a un proveedor de un crédito vencido y exigible puede considerarse un acto ordinario. Cuestión diversa es que ese pago se haya hecho en "condiciones normales".
Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión en lasentencia de 23 de marzo de 2.009 (JUR 2009, 207224), que resuelve un incidente concursal con un contenido análogo al que nos ocupa, y precisamente se dirige contra la misma concursada.
Entonces dijimos que el concepto de "normalidad" no puede quedar reducido al de equilibrio en las prestaciones de las partes o al de pago en condiciones de mercado. Antes bien, es necesario analizar el

momento y contexto en que se realizan los actos susceptibles de rescisión.
Para ello, debe examinarse la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio.
En el caso que nos ocupa, la discriminación a favor del codemandado resulta evidente, dado el escaso volumen de deuda y el reducido número de acreedores que obtuvieron un pago a su favor a partir de 1 de enero de 2.007.
La proximidad temporal a la declaración de concurso es igualmente innegable.
Tampoco puede negarse el conocimiento que los administradores de la concursada tenían sobre la grave situación de la empresa. Según refiere la administración concursal, la actividad productiva estaba paralizada, los salarios no se abonaban desde noviembre de 2.006, la empresa no estaba al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social desde el 2.004 y tampoco estaba al corriente en el pago de deudas tributarias desde el primer trimestre de 2.006; finalmente, la administración concursal expone que existían negociaciones para la venta total de los activos fijos de la empresa desde noviembre de 2.006, que fructificaron en la venta de naves, la totalidad de la maquinaria y el utillaje el día 31 de enero de 2.007.
Señala el recurrente que la concursada, en la memoria explicativa adjunta a la declaración de concurso, indica que en diciembre de 2.006 hubo una reunión entre los representantes de la empresa, el comité de empresa y dos representantes sindicales, en la que se llegó al acuerdo de vender una serie de bienes para pagar a los trabajadores, que hizo cobrar esperanza de que la situación podría resolverse positivamente.
Este razonamiento no es hábil a los fines pretendidos, pues por un lado se reconoce que los trabajadores no estaban al corriente en sus salarios y que la empresa pensaba vender activos; y por otro lado, también se admite que la situación no estaba en absoluto resuelta en ese momento, sino que existía alguna esperanza de que, quizá, podría resolverse en un futuro. En definitiva, es evidente que la situación no era en absoluto de "normalidad".
Se dice igualmente que el colapso empresarial y las cancelaciones de pedidos tuvieron lugar el 22 de enero de 2.007, que es un momento posterior al pago que aquí nos ocupa.
Este argumento tampoco puede acogerse, pues el hecho de que el colapso empresarial y las invocadas cancelaciones de pedidos tuvieran lugar en fecha posterior al pago, no quiere decir en absoluto que la situación fuera "normal" en los días precedentes.
En fin, se alega por el apelante que el inicio del expediente de regulación de empleo y la venta de las naves son de 24 y 31 de enero de 2.007 respectivamente, posteriores por tanto al pago cuya rescisión se pide.
Sin embargo, es obvio que esas operaciones tuvieron unos preparativos en fechas anteriores; y concretamente, la intención de vender activos, según reconoce el apelante, ya se fraguó en diciembre de 2.006.”: SAP Valladolid (Sección 3) 07.05.2009 (AC 2009/1161; Sentencia 124/2009; Rollo 52/2009)

3.2 Operaciones ajenas al tráfico ordinario de la deudora

AP Alava

“SEGUNDO. - Dando por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia debe confirmarse la misma en su integridad, por cuanto la Juzgadora hace una razonada y acertada valoración de la prueba, sentando los hechos de los cuales resulta ajustada a derecho la estimación de la acción de reintegración objeto del recurso, así como los demás pronunciaminetos de la sentencia que no son objeto de impugnación.
La recurrente reitera con insistencia que las distintas transferencias que constituyen el objeto de la acción de reintegración se enmarcan en la activida ordinaria industrial o devolución de cantidades entregadas en exceso, y por ello estarían excluidas de la acción de reintegración,
El art. 71 L.C. establece que "declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración"; y, añade: "aunque no hubiere existido intención fraudulenta". Con lo cual los actos rescindibles, que sean perjudiciales para la masa activa, deben deducirse de su propia conformación en el tráfico económico, pues si efectivamente se trata de "actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales" quedan excluidos de las acciones de reintegración.
Lo debatido en el presente recurso afecta precisamente a la naturaleza de los actos de disposición efectuados en el plazo de retroacción, lo cual se debe abordar desde la prespectiva de las presunciones "iuris tantum" que la misma norma establece. En concreto la presunción de perjuicio patrimonial deducida de actos "dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado".
Ésta última circunstancia resulta relevante y de especial transcendencia en autos, pues es un hecho acreditado las relaciones presocietarias que la propia recurrente mantuvo con la concursada, descritas en la sentencia de instancia, que básicamente se concretaban en un proyecto de adquisición de acciones de la concursada, para lograr la dirección de la empresa, previas operaciones de reducción y aumento de capital, que finalmente no se llegó a ejecutar, pero que sí dió lugar a una seríe de transferencias de carácter financiero, por importe reconocido de más de seis millones de euros, destinadas a mantener la actividad industrial y preparar el acceso a la titularidad de las acciones. En ese ámbito de las especiales relaciones de la recurrente y la concursada, y en la situación jurídica creada con el concurso, deben analizarse las acciones de reintegración.
Dos elementos de hecho ponen de relieve la clara y manifiesta falta de justificación de lo que la recurrente debe acreditar, cual es que efectivamente las transferencias constituían operaciones ordinarias de la actividad empresarial. El primero es la justificada y acreditada existencia de las referidas relaciones, y con ellas la

razonable afirmación de una efectiva influencia y relevancia del criterio de la recurrente en la adopción de determinadas decisiones de la concursada. En concreto y en lo que afecta a las cuestiones de autos, la determinación de que las puntas de liquidez fueran transferidas a la recurrente. Hecho deducido de la pericial, valorado por la Juzgadora, que se muestra relevante e incluso suficiente en orden a la acción de reintegración, sin necesidad de profundizar en la condición o no de administrador de hecho de la recurrente. Circunstancia que aprecia la Juzgadora de instancia con suficientes argumentos y que no puede rebatirse bajo al consideración de que en otro pleito, concretamente procedimiento ordinario nº 1464/09, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, se rechace esa administración de hecho, pues en éste la relaciones objeto del pleito se refiere a una reclamación de tercero sobre el cumplimiento de un contrato suscrito con la concursada que se pretende de cuenta de la recurrente, por tanto bajo una prespectiva fáctica distinta, que además en ese caso sustentaba la "causa petendi" pues la invocada administración de hecho constituía la base de la razón jurídica para la exigencia del cumplimiento del contrato. Sin embargo en autos la referencia a la "administración de hecho" es mero reflejo de una circunstancia, la notable y relevante influencia de la recurrente en la gestión de la concursada, que revela la existencia de esas "relaciones especiales" de la recurrente y la concursada, y que propicia la presunción de que efectivamente las transferencias dinerarias fueron perjudiciales para la masa pasiva.
El segundo hecho se concreta en la ausencia de una justificación suficiente de la efectiva, corriente y normal ubicación de las transferencia que refiere la recurrente en el ámbito del tráfico comercial o industrial de la concursada. A tal efecto es relevante y claro síntoma la falta de una más ajustada y clara correlación temporal, cualitativa y cuantitativa de las transferencias con las operaciones de tráfico que pretende justificar la recurrente. Ello sin perjuicio de que efectivamente pudieran darse tales relaciones entre ambas, pero desde luego lo que no ofrece dudas es que su tratamiento y gestión venían condicionas precisamente por esa relación especial más que por las normales y ordinarias relaciones entre comerciantes relacionadas con la frecuencia, descuento, cuentas etc. de las distintas operaciones propias de la actividad comercial e industrial. Por tanto cuando la Juzgadora reconoce que las transferencias no responden a esa actividad, no hace sino valorar y rechazar, como justificación, la prueba documental que la recurrente reprocha no haber sido valorada.
En concreto ningún argumento real y constatado permite deducir que la transferencia de 320.000 euros, efectuada el 5 de junio de 2008, respondía a la amortización de las cantidades adeudadas y menos que las transferencias efectuadas por la recurrente 24, 25 y 29 de julio de 2008, fueran reintegro de esa cantidad o constituyeran un nuevo préstamo. Del mismo modo que las transferencias de 18, 20 y 21 de noviembre, no pueden vincularse tampoco a operaciones de esa naturalza, pues no existe correlación en las cantidades ni en las anotaciones contables de ambas mercantiles. Finalmente el pagaré de BSCH tampoco puede encuadrarse, como pretende la recurrente, en una operación de devolución de cantidades prestadas, pues las explicaciones sobre la transferencia de su valor en favor de la concursada dos días después de su cobro, no se revelan razonables ni enmarcables en el ámbito estricto de la actividad industrial o comercial de la concursada y sí en el de las especiales relaciones mantenidas por ésta y la recurrente.": SAP Alava (Sección 1) 04.03.2011 (Sentencia 125/2011; Rollo 310/2010)

AP Cáceres

"Respecto a la exclusión de la reintegración por tratarse de actos ordinarios, extremo en el que tanto insisten las concursadas recurrentes, es cierto que la exégesis del precepto pone de manifiesto que deben concurrir acumuladamente dos circunstancias: 1º) Que se trate de actos ordinarios de la actividad profesional
o empresarial del deudor, y 2º) Que se trate de actos realizados en condiciones normales.
Ahora bien, según la doctrina y la jurisprudencia, para tener encaje en esta categoría de "actos ordinarios" es necesario que se trate de operaciones que conforman el tráfico cotidiano y habitual de la empresa, como por ejemplo pagos de salarios, de suministros de energía o materiales imprescindibles para la marcha de la mercantil, o las operaciones de descuento al ser propia del tráfico (STS 12 noviembre 1977).
Según la STS de 26 de octubre de 2012 "Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto, no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.
QUINTO.-En el supuesto sometido a nuestra consideración, podemos afirmar que para una sociedad como la deudora concursada, AKEX, que se dedicaba a la construcción de inmuebles, esencialmente viviendas, los préstamos que otorgaba a la promotora de los mismos inmuebles, URVICASA, empresa del mismo grupo, no puede considerarse como un acto normal ligado a su actividad empresarial, pues su objeto social no era al concesión de préstamos para financiar a la otra concursada.
Además, tampoco podemos afirmar que dichos préstamos se hubieran realizado en condiciones normales, pues está plenamente acreditado que URVICASA dejó de abonar los dos préstamos en cuestión, tan solo un mes antes de presentar el preconcurso, como también tenía pleno conocimiento que al otra sociedad del mismo grupo, AKEX, también iba a presentar un mes después el preconcurso, como así fue.
Reiteramos que, en el presente supuesto no parece que la concesión de préstamos de una mercantil a la otra del mismo grupo, se pueden calificar como "actos ordinarios "de una empresa constructora, pues "esos "actos ordinarios" deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, y ese no es el caso de AKEX. Se trataba de actos ajenos al giro o tráfico del deudor concursado; actos ajenos al mantenimiento de su centro de actividad y actos ajenos al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.
En conclusión, nos encontramos ante unos actos que escapan a la normalidad, y cuya singularidad se aprecia tanto atendiendo a la vinculación entre ambas mercantiles, concediendo los préstamos para financiar a la

mercantil promotora, unido a la forma de llevarse a cabo en el tiempo, en un contexto preconcursal, con conocimiento de la situación de insolvencia de ambas mercantiles, como lo evidencia que un mes después ambas presentaron preconcurso.”: SAP Cáceres (Sección 1) 09.03.2015 (Sentencia 59/2015; Rollo 19/2015)

AP Valencia

“No es de aplicación al caso el apartado 5 del artículo 71 invocado por la apelante en relación con el ordinal 4 del mismo precepto, ni puede reputarse el acto controvertido como "acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor" como defiende con ahínco. Téngase presente que la norma viene referida a la "actividad profesional o empresarial del deudor" por lo que el carácter ordinario del acto controvertido debe situarse en el marco propio de aquella actividad empresarial, que es la que resulta del objeto social de la concursada, entre los que se incluirían, según la doctrina científica los actos impositivos, laborales y suministros en general. Así resulta de la reciente Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2013 (Pte. Sr. Saraza Jimena, Roj: STS 4178/2013) cuando, con cita de las Sentencias de 28 de octubre de 1996 y 12 de diciembre de 2012 dice en interpretación del precepto: " *Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» [...] Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere. / La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial. / Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales. / La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse."* Esta misma Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia tuvo ocasión de declarar en la Sentencia de 17 de junio de 2013 (Pte. Sra. Gaitón Redondo, Roj: SAP V 3355/2013) que: " *Las consideraciones jurídicas hasta aquí expuestas impiden considerar que, como se afirma en la sentencia apelada, la hipoteca mobiliaria objeto de autos pueda ser considerada como un acto ordinario de la actividad profesional de la Sra. Tamara realizado en condiciones normales (art. 71.5. 1ª LC), pues lo que ha de considerarse como operaciones propias y normales de una oficina de farmacia es la venta de productos farmacéuticos a los clientes y no la constitución de una hipoteca mobiliaria de la propia oficina farmacéutica."* Finalmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de abril de 2013 (Roj: SAP M 5932/2013) rechaza la no aplicación de las acciones de impugnación a la prenda constituida en razón " *de su condición de operación propia de la normal actividad empresarial, necesaria y beneficiosa respecto de una obligación a punto de vencer o vencida",* en referencia a un anterior préstamo hipotecario concedido por la entidad bancaria”: SAP Valencia (Sección 9) 24.10.2013 (Sentencia 244/2013; Rollo 384/2013)

JM-1 Murcia

“CUARTO.- Resta por determinar si la operación *[compraventa de inmueble]* puede incardinase entre los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, actos que están legalmente excluidos de la rescisión concursal (art. 71.5 L.C.), lo que merece una respuesta negativa atendiendo al propio objeto social de la concursada según su escritura de constitución y su posterior modificación de fecha 15 de agosto de 2003, cuestión en la que no se estima preciso ahondar más dado el concienzudo análisis que hace al respecto la administración concursal en su escrito de demanda.
Por todo lo cual ha de concluirse que, tratándose de una operación extraordinaria y acreditándose por la administración concursal el discutido perjuicio para la masa activa, por cuanto que la renta conllevo una disminución del patrimonio realizable de la deudora común, que procede en consecuencia, su rescisión.”: Sentencia JM-1 Murcia 12.07.2005 (Incidente Concursal 127/2005)

JM-2 Bilbao

“Tercero. Karmann ha alegado que el acuerdo que se pretende rescindir es acto ordinario de la actividad empresarial del deudor realizados en condiciones normales, por cuanto se excluye de la especial rescindibilidad en art. 71.5 LECO.
Desde luego que en una exégesis amplia de esta proposición legal, salvo operaciones del todo ajenas al negocio, el objeto de acciones de reintegración sería ínfimo, y de suyo, entraría en la petición de principio que arropa la misma fundamentación de la contestación de Karmann, puesto una operación «en condiciones normales» del giro de una empresa no debiera ser perjudicial para el patrimonio del titular de ésta.
Lo que el art. 71.5 LECO establece no es que los actos ordinarios en condiciones normales no puedan sea perjudiciales, sino que los ctos ordinarios en condiciones normales no pueden ser objeto de rescisión concursal

--podrán invalidarse, revocarse, resolverse o rescindirse por las causas legales fuera de LECO--, y por ello, no pueden ser más que los conformadores la actividad cotidiana necesaria de puesta bienes y servicios en el mercado de la empresa insolvente, y no los otros muchos, pero no habituales e indispensables, que deben desenvolverse alrededor de dicha actividad.
Efectivamente, Matrinor fabrica troqueles, por lo que puede suministrarlos, montarlos, repararlos, ponerlos a punto, lo mismo que entregarlos a un cliente, y ello es su giro normal en el plano material productivo, del mismo modo que habitual de su giro es en el plano jurídico contratar los pedidos del caso con Karmann, y hacer modificaciones objetivas en cuanto plazos o precios, pero lo habitual es acabar el troquel, salvo que se ejerza una resolución de contrato. No puede concebirse un acto ordinario de su actividad industrial el acuerdo por el que se produce una novación de lo contratado y algo ajeno a la práctica de Matrinor, en tanto que se liquidan parcial y anticipadamente unos importantes pedidos, se desposee la ejecutante de los troqueles, y se prevé un acabado en la sede del cliente, en Alemania. Y Mucho menos puede concebirse un acuerdo tal que se produce el día anterior a que se solicite por Matrinor la declaración del concurso en los Juzgados de Bilbao, la cual evidentemente se ha tenido que preparar y documentar en paralelo a la confección del acuerdo de 31 de enero de 2006, el cual se ejecuta exactamente en el periodo que va desde tal solicitud y que este Juzgado notifique la declaración del concurso, esto es, en condiciones del todo anormales, cuando la administración social sabía que sus facultades, por lo menos, estaban en trance de quedar intervenidas.
Nada de ordinario tienen la operación que se solicita rescindir, ni en lo productivo, ni en lo jurídico, lo cual, se repite, para nada se debe analizar como nula o siquiera defectuosa, sino rescindible por lesión patrimonial. ": Sentencia JM-2 Bilbao 13.10.2006 (Incidente Concursal 131/2006)

JM-1 Málaga

"TERCERO: Corresponde, como hemos señalado, a las demandadas, probar que no existe ese perjuicio patrimonial que la ley presume y para ello señalan dos argumentos importantes: por un lado que se trata de un negocio realizado dentro de la actividad ordinaria de la sociedad y de su objeto y que por ello le sería aplicable el apartado 5 del artículo 71 en que se señala que " en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales..."; y por otro que no se ha producido un perjuicio para la masa activa dado el valor de venta y la efectividad del pago realizada para obtener liquidez.
Respecto del primero cabe señalar que la correcta interpretación del precepto se ha realizado por la doctrina teniendo en cuenta, como no puede ser de otro modo, dos circunstancias. 1º. Por un lado el concepto de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor; 2º. Por otro el concepto de condiciones normales.
No es desconocido en nuestro derecho de quiebras la excepción de determinados actos del quebrado en función de la categoría de actos ordinarios de su actividad (SSTS de 28 de octubre de 1996 o 20 de junio de 1996). Dicho concepto no es desconocido tampoco en derecho comparado del que probablemente se beba en la fuente: así el derecho anglosajón habla de "fraudulent preferentes" a modo de factores negatorios de la rescisión o retroacción para referirse a operaciones ordinarias de la actividad negocial. Pero entendemos que dichas operaciones deben encuadrarse bajo los siguientes requisitos:
Ha de tratarse de operaciones ordinarias o corrientes propias de la actividad empresarial o profesional.
Debe tratarse de operaciones ineludibles para el ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional y no de operaciones coyunturales por criterios de oportunidad. Estas últimas deben ser analizadas en función del segundo de los requisitos: condiciones normales.
Debe referirse a operaciones que, siendo ordinarias o corrientes, no impliquen un perjuicio patrimonial tanto en su activo fijo como en su activo circulante.
A los efectos del segundo de los elementos señalados hemos de tener en cuenta que las condiciones normales vendrán marcadas, también, por otros elementos distintos:
La referencia a condiciones normales debe partir del carácter ordinario de dichas operaciones y, por tanto, de lo usual de dicha operación respecto del deudor.
Es apreciable tanto una perspectiva jurídico-negocial como una perspectiva económica de tal forma que atenderemos tanto al equilibrio de las contraprestaciones como a la habitualidad en el ejercicio de este tipo de operaciones considerando que deben cumplirse tanto la primera como la segunda de dichas perspectivas.
Debe contemplarse desde el punto de vista comparativo tanto en cuanto a las operaciones habituales realizadas por el deudor como por las del sector económico en que se desenvuelve.
Ha de tenerse en consideración las circunstancias coyunturales anteriores, concomitantes y posteriores que circundan a la citada operación.
El último requisito a tener en cuenta es el momento temporal de dicha operación, pues si bien la norma establece un supuesto genérico de dos años anteriores a la declaración de concurso, ha de estudiarse la operación en atención a su posible relación temporal con la insolvencia ya declarada y el comienzo de las dificultades económicas.
A la vista de lo señalado conviene concentrar las características y circunstancias del negocio discutido:
Se trata de un contrato de compraventa realizado entre la concursada y otra sociedad perteneciente al mismo grupo empresarial. Es necesario tener en cuenta que aunque es negado por esta última fue reconocido-como ya hemos señalado- en el interrogatorio del letrado de la misma.
La venta de dicha parcela se realiza en virtud de escritura pública de fecha 1 de febrero de 2005, aportada a autos, por un precio alzado de cuatrocientos treinta y siete mil setecientos cincuenta euros (437.750 €)que se recoge como recibido completamente a la fecha de escritura pública.
Dicha parcela tenía una prospección urbanística ya planificada en virtud de lo señalado en el apartado quinto de dicha escritura pública.

Según los demandados la citada escritura pública tiene su origen en un contrato privado de compraventa que aportan de fecha 29 de octubre de 2004- a la que no se hace referencia en la escritura pública- (respecto de este último apartado es necesario tener en cuenta que fue preguntado el citado letrado representante de la compradora sin que acertara a contestar el porqué no se hacía tal referencia).
En el citado contrato privado se recoge un sistema de pago conforme a lo siguiente: 1º. Noventa mil euros que había sido abonado con anterioridad a dicha compraventa mediante transferencia de fecha 22 de octubre de 2004 sirviendo el contrato como carta de pago; 2º. Treinta mil euros que se abonan el día de la fecha del contrato (29 de octubre de 2004) mediante transferencia sirviendo la recepción de dicha suma en la cuenta bancaria de la vendedora como carta de pago; 3º. Trescientos diecisiete mil setecientos cincuenta euros, incrementado en el 16% de IVA que se abonarían antes del 31 de diciembre de 2004.
Al respecto de lo anterior la compradora ha aportado transferencias realizadas. Aporta certificado de Cajamar de fecha uno de enero de 2005 por el que consta transferencias realizadas por el importe de 480.000 euros. Ello es complementado por la concursada en su contestación a la demanda en que señala que se reciben "anticipos por la compra de terreno" (traducción al castellano del flamenco "voorschot aankoop grond"). Si analizamos el certificado de Cajamar vemos que realmente se ha recibido en la cuenta de B-Plus Villas España, por parte de B-Plus Estetiv NV una cantidad de 480.000 euros durante el periodo comprendido entre las fechas 20 de octubre de 2004 a 25 de enero de 2005. Las transferencias anteriores aportadas (no traducidas)recogen los siguientes:
Documento De fecha 18 de octubre de 2004 por cuantía de 90.036,30 euros. BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S.A. Medeleling: voorschot aankoop grond attalaja.
Documento de fecha 2 de noviembre de 2004. Importe total de 30.082,28 euros. Banco Cooperativo Español. Medeleling: Voorschot aankoop grond attalaja.
Documento de fecha 29 de noviembre de 2004. Cuantía de 250.041,14 euros. Banco Cooperativo Español. Medeleling: Voorschot aankoop grond attalaja.
Documento de fecha 17 de diciembre de 2004. Cuantía de 75.036,30 euros. Banco Cooperativo Español. Medeleling: Voorschot aankoop grond attalaja.
Documento de fecha 13 de enero de 2005. Cuantía de 10.000 euros. Banco cooperativo español. Medeleling: Voorschot aankoop grond attalaja.
Documento de fecha 25 de enero de 2005. Cuantía de 10.000 y 5000 euros con el mismo concepto.
Documento de fecha 12/00 con cuantía de 10.000 y 7.500 euros sin más datos identificables.
Documento de 10.000 euros de 28 de enero (sin identificación del año) con medeling: voorschot grond attalaja.
Documento de fecha 28 de enero (sin identificación del año) por cuantía de diez mil euros con el mismo concepto anterior. Bankier Begunstigde.
Documento de 28 de enero de 2005 por 7.500 euros con el mismo concepto anterior. Bankier Begunstigde.
A la vista de los pagos y del contrato privado aportado es evidente que no se han cumplido- de tener por ciertas las cantidades- las fechas de pago que inicialmente fueron pactadas.
Dando por cierto el documento privado también resultaría que a la cantidad (cláusula segunda) pactada de precio de 437.750 euros, habría que sumarle el 16% de iva lo que supondría una cantidad total de 521.131 euros frente a los 480.000 euros que se dicen han sido entregados.
La solicitud de declaración de concurso se presenta en fecha de 6 de septiembre de 2005, turnada en fecha de 7 de septiembre del mismo año y declarado en fecha de 27 de septiembre del mismo año.
La propia concursada reconoce en la memoria presentada (documento número 9 de la demandante) que en el "periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2004 y 31 de agosto de 2005 la solvencia de la sociedad ha experimentado un progresivo deterioro por falta de ingresos, derivados de la paralización de la actividad constructiva y el aumento del pasivo, derivado del devengo de nuevos plazos de devolución de préstamo hipotecario, salarios del personal y cuotas de la Seguridad social. Como consecuencia de todo ello, las pérdidas acumuladas por la sociedad a 31 de diciembre de 2004 ascendían a 1.467.694,09 euros y se han incrementado hasta un total de 1.722.167,64 euros).
La venta de dicho terreno se produce, según la concursada, para " mejorar la solvencia de la Sociedad mediante un aporte de liquidez". En dicha memoria señala que el total del precio fue ingresado, conforme se señala en la escritura pública, en una cuenta de la sociedad.
A la vista de dichas circunstancias no puede tenerse por ordinaria la compraventa realizada pues: por un lado no viene a ser desarrollo del objeto social reconocido por la propia concursada a través de dicha memoria en la que expresamente señala que lo es, coyunturalmente por tanto, para obtener liquidez; en segundo lugar no puede considerarse ordinaria la operación que parte de la adquisición de un terreno para construir (objeto social) y posteriormente se transmite obviando el objeto de la empresa y el objeto de adquisición; y en tercer lugar no puede ser considerada ordinaria dicha operación atendiendo al reconocimiento de la situación de "iliquidez" e incluso de " deterioro de su solvencia" pues la venta de dicha finca al precio pactado y dadas las cuantías referidas no eliminaban la situación de insolvencia produciéndose, por tanto, un perjuicio al conjunto de los acreedores que verían, por dicha compraventa, privado su derecho concurrencial en un más que presumible concurso en dicha fecha.
Teniendo en cuenta el contenido de dicho documento (integrante de la memoria) lo que realiza la concursada, al reflejar dicha operación es la complementación de la memoria (6.2.2º LC) con el apartado 6.3.2º LC y por tanto reflejar " los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor" lo que supone el mismo reconocimiento, junto a su solicitud, de que se trata de una operación que excede de este giro o tráfico ordinario que ahora se defiende. ": SJM-1 Málaga 08.06.2007 (Incidente Concursal 248/2005)

3.3 Operación de lease-back

AP Murcia

“El primer motivo de recurso se concreta en la vulneración de lo dispuesto en elapartado 5 del artº. 71 de la Ley Concursal, por entender la recurrente que la cuestionada pretensión reintegradora resultaría inviable frente a aquellos..."actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", lo que acontece con la relación contractual objeto de rescisión en estos autos.
Con respecto a esta cuestión, que ya se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.
En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos "actos ordinarios" deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.
Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de "habitualidad", es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad, como con acierto así se manifiesta por la administración concursal.
Y es lo cierto, que en este caso, no puede sustentarse con éxito la pretensión de la mercantil recurrente. Y ello porque la misma, en su discurso, parte de una interpretación amplia y extensiva de las operaciones comerciales excluidas, conforme alartº. 71.5 de la L.C., de la correspondiente reintegración concursal, al identificarlas erróneamente con las propias del objeto social de la concursada.
Entendemos que tal interpretación no se corresponde con la finalidad perseguida por el legislador, como certeramente se expone por la Juzgadora de instancia, que es precisamente la de evitar cualquier riesgo de bloqueo o parálisis de la vida económica de la sociedad, derivado del temor a una futura reintegración concursal. Por eso y con la perspectiva histórica de aquellos efectos de nulidad absoluta y radical de las operaciones de la quebrada realizados en el correspondiente período de retroacción, la nueva ley concursal contempla ahora las denominadas acciones de rescisión, apartándose así de aquél rigorismo jurídico, y por tanto otorgando carta de naturaleza a aquélla jurisprudencia que ya excluía del alcance de la retroacción, las ordinarias y usuales actividades de la empresa de contenido necesario e ineludible para su desarrollo cotidiano que resultan adecuadas y normales conforme a su situación social y económica. No cabe duda que en esa valoración de cuáles sean tales ámbitos de actividad económica excluidos de toda pretensión impugnatoria, desempeña un papel fundamental el momento temporal de realización de dicha operación y en consecuencia su relación temporal o no con determinados periodos de dificultad económica de quien después es declarada en concurso y reconocida así su insolvencia.
Obsérvese que, en este caso, la cuestionada operación objeto de rescisión, de incuestionable envergadura económica, y ajena al usual equilibrio de las contraprestaciones, como después se dirá, se lleva a cabo en un período temporal de serias dificultades y problemática económica de "ACM Investimets" S.L., máxime cuando unos meses después se presenta la solicitud de concurso. Por otro lado las propias características y naturaleza de los contratos de compraventa y de constitución de hipoteca objeto de rescisión, detalladamente analizados en la sentencia de instancia, nos pone de manifiesto que bajo tal apariencia contractual de enajenación de bienes inmuebles, se esconde en realidad una clara operación de financiación, que no se corresponde con el objeto y tráfico propio de la concursada y tampoco con esa parcela de operaciones cotidianas necesarias e ineludibles para la vida de la empresa, al amparo de toda acción impugnatoria.
Tal operación contractual encaja en el denominado negocio fiduciario en su modalidad de "fiducia cum creditore", pues con el contrato de 12 de Agosto de 2005, las partes no pretenden la adquisición de unos inmuebles por parte de "Sun World Properties" S.L., sino la formalización de un préstamo por el importe de la cantidad fijada aparentemente como "precio", 3.168.735,33 ?. El fiduciario se convierte así en mero propietario formal de los bienes (aparente comprador) y el fiduciante es el obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor. A su vez, sólo seis meses después, el contrato celebrado el 25 de Febrero de 2006, por el que aparentemente "ACM Investments" S.L., adquiere de "Sun World Properties" S.L., los mismos inmuebles, se alza en un evidente contrato o pacto de retro, habitual en los negocios fiduciarios, como con pleno rigor jurídico lo califica la Juzgadora de lo mercantil, al amparo de lo previsto en elartº. 1507 del Código Civil. Es el llamado "leasing de retorno", claro negocio fiduciario, al constituir un instrumento de financiación y garantía que permite en este caso a "ACM" obtener liquidez de manera rápida e inmediata, mediante el abandono temporal de la propiedad de unos inmuebles. Obsérvese como en ese pacto de retro (contrato de 26 de Febrero de 2006), el precio pactado es ya de 4.000.000 ?, que se corresponde con el pago del principal del préstamo más un interés de 831.000 ?, al tiempo que se constituye una hipoteca en garantía de dicho pago. El desequilibrio de las contraprestaciones no ofrece duda, sobre todo porque ese incremento del precio no se corresponde con el escaso tiempo que media entre ambos contratos y tampoco con las mejoras realizadas, abonadas precisamente por "ACM".

En consecuencia la viabilidad y éxito de la impugnación rescisoria resulta debidamente fundamentada, sin que pueda estimarse el alegado error de la Juzgadora en la valoración de la prueba en la interpretación delartº. 71.5 de la Ley Concursal. Por tanto resulta inaplicable el mencionado precepto por no incardinarse la operación mencionada objeto de rescisión, en las actividades económicas de la concursada amparadas de toda pretensión impugnatoria.
Y es que, tal operación desborda los límites de aquellas operaciones ordinarias de la concursada, acordes con su objeto social, constituyendo más acertadamente una operación puntual y coyuntural, presidida por criterios de oportunidad en orden a la obtención de financiación.": SAP Murcia (Sección 4) 23.03.2009 (AC 2009/768; Sentencia 187/2009; Rollo 81/2009)

3.4 Constitución de garantías

Tribunal Supremo

" QUINTO.- Desestimación del motivo segundo.
Vamos a tratar inversamente los motivos que fundamentan el recurso de casación. El segundo, para desestimarlo y, el primero, para estimarlo, en parte.
En el motivo segundo se alega infracción del art. 71.5 por entender el recurrente que la operación llevada a cabo por el Banco con la concursada, de la que no es ajena Torrevisa, S.A., es un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
El motivo debe ser desestimado.
Como señala la *STS 69/2012, de 26 de octubre,* el precepto exige la concurrencia de una doble condición: *"deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".*
Las *STS núm. 487/2013, de 10 de julio,* que siguió la STS núm. 740/212 de 12 de diciembre, ya señalaba que el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída en el *art. 878.II del Código de Comercio* que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocio que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran perjuicio. Como advierte la *STS citada núm. 487/2012* : *"para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocio extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional...*
<< La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística,... Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate....
<<Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales".
Con los presupuestos jurisprudenciales que se han dejado expuestos, no es difícil colegir que la operación concertada por la recurrente con la concursada ni es un acto ordinario de la actividad del deudor, ni mucho menos realizado en condiciones normales: una operación financiera consistente en anticipar unos pagarés avalados por el propio concedente del crédito, de los que era titular el acreditado que le habían sido entregados como pago de una participación social adquirida por quien sería su socio, Torrevisa, S.A., de una sociedad con domicilio en Brasil, y que para garantizar el coste de la obligación, el Banco toma en prenda el importe total de los intereses que iba a devengar a lo largo de seis años, así como los costes de la financiación (de la propia operación de crédito y/o de la prestación del aval, según unos u otros), en su conjunto, se aleja de la consideración de un acto ordinario de la actividad empresarial del deudor. En cualquier caso, la operación de crédito que permitió el anticipo del nominal de los pagarés estuvo al servicio de una operación compleja de venta de participaciones sociales.
Por tanto, la operación descrita no puede ni debe subsumirse en el supuesto de hecho previsto en el *art. 71.5 LC,* por lo que, su no aplicación al caso enjuiciado, respeta la norma, en su espíritu y en su literalidad.": STS 17.02.2015 (Sentencia 41/2015; Recurso 1893/2012)

" Recurso de casación.
5. *Formulación del motivo primero.* El motivo denuncia la infracción de las normas aplicables al caso, en concreto, del *art. 71.5.1 LC,* pues la ampliación del crédito hipotecario y, posteriormente, los pagos realizados con cargo a parte de los fondos obtenidos se encuadraban dentro de la actividad ordinaria de la compañía, y, por lo tanto, quedaban dentro de la protección que otorga el *art. 71.5 LC.*
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
6. *Desestimación del motivo primero.* El *art. 71.5 LC,* ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso que, por formar parte de su giro y tráfico ordinario, se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.
No puede entenderse que la financiación de una promoción inmobiliaria, mediante la ampliación de un préstamo hipotecario, y el destino de una parte de los fondos a cubrir las deudas derivadas de tres pólizas de

descuento y otra de crédito, sea un acto ordinario de la sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria.
Aunque las empresas inmobiliarias necesiten financiación para desarrollar su actividad empresarial, la promoción inmobiliaria, y no siempre se puede obtener mediante recursos propios, la obtención de un préstamo hipotecario o su ampliación, en sí mismo, no es un acto ordinario a los efectos del *art. 71.5.1 LC,* como tampoco lo es destinar parte del préstamo a pagar las deudas financieras que pudiera tener la promotora con una entidad de crédito, derivadas en este caso del impago de los efectos descontados con cargo a una póliza de crédito de descuento.": STS 10.03.2015 (Sentencia 105/2015; Recurso 1502/2013)

AP Baleares

"SEXTO.-Se sostiene por la recurrente que la garantía como fiador es un acto ordinario de la actividad del deudor. La Sala no comparte tal apreciación y ratifica la acertada argumentación del Juzgador de instancia, y tal como se indicó en la sentencia de esta Sala de 17.01.2012, el art. 71.5 LC dispone que "en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales" dentro de los que se encuentran los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de enero de 2009). En el supuesto enjuiciado, en caso de un concurso de persona física, no puede considerarse acto ordinario el prestar fianza en relación con una deuda de una sociedad que es de su íntegra titularidad, sin que conste que el demandante se dedique profesionalmente a prestar fianzas.": SAP Baleares (Sección 5) 15.03.2013 (Sentencia 99/2013; Rollo 38/2013)

"CUARTO.- Se sostiene por la recurrente que la garantía como fiador es un acto ordinario de la actividad del deudor. La Sala no comparte tal apreciación. Tal como se indicó en la sentencia de esta Sala de 17.01.2012, el art. 71.5 LC dispone que "en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales" dentro de los que se encuentran los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de enero de 2009). En el supuesto enjuiciado, en caso de un concurso de persona física, no puede considerarse acto ordinario el prestar fianza en relación con una deuda de una sociedad que es de su mayoritaria titularidad, sin que conste que el demandante se dedique profesionalmente a prestar fianzas.": SAP Baleares (Sección 5) 23.04.2013 (Sentencia 168/2013; Rollo 10/2013)

AP Castellón

"En relación al argumento de la parte recurrente de que nos encontramos ante un acto ordinario, realizado en condiciones normales, lo que excluiría la aplicación de la rescisión, de conformidad con el artículo 71.5.1º de la LC, debe indicarse que el citado precepto excluye expresamente de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. El precepto exige, según la doctrina jurisprudencial (STS de fecha 26 de octubre de 2.012) la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.
En el presente caso no puede afirmarse que la constitución de una hipoteca en garantía de deudas preexistentes constituya un acto ordinario de una empresa dedicada a la industria cerámica, ni tampoco puede decirse que se haya realizado en condiciones normales, cuando, como anteriormente se ha expuesto, la concursada había cerrado su fábrica en Onda el 31 de marzo de 2.008, y la de Castellón el 31 de enero de 2.009. ": SAP Castellón (Sección 3) 26.02.2013 (Sentencia 93/2013; Rollo 763/2012)

"Ciñéndonos a los aspectos sustantivos del debate, en el escrito de apelación alega la recurrente inadecuada aplicación del art. 71.4 de la Ley Concursal sobre la necesidad de probar el perjuicio patrimonial, como también la del art. 71.5 LC relativo a que no pueden ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, todo ello en relación con el error en la interpretación de la prueba en que dice ha incurrido el juez de primer grado.
Como destaca la STS de 8 de Noviembre del 2012 (ROJ: STS 7746/2012), nuestro vigente sistema concursal ha superado el perturbador mixto de retroacción de los actos de administración y disposición realizados por el quebrado desde fecha que -sin perjuicio de la evolución que este extremo ha experimentado en la moderna jurisprudencia- en su interpretación clásica y mayoritaria era determinante de la nulidad *ipso iure* sin necesidad de ánimo fraudulento ni lesión para la masa activa del concurso, y se combina con acciones rescisorias cuyo éxito con la reintegración concursa, exigía que los actos del concursado fueran lesivos para la masa activa. Así lo dispone hoy, de forma contundente, el art. 71.1 LC, a cuyo tenor serán rescindibles " *los actos perjudiciales para la masa activa* ".
En efecto, tras disponer el citado art. 71.1 LC que una vez declarado el concurso, son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, presume el perjuicio patrimonial, sin admisión de prueba en contra, en los actos de disposición a título gratuito y en los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (ap. 2). Presume el perjuicio, admitiendo ahora

prueba en contra, en los actos de disposición onerosos a favor de los especialmente relacionados con el concursado, constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (ap. 3), debiendo probarse el perjuicio en los demás casos (ap. 4). No obstante, no pueden ser objeto de rescisión, en cuanto ahora interesa, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (ap. 5.1º).
No se discute que los actos litigiosos fueron otorgados dentro del período de los dos años previos a la declaración de concurso, que tuvo lugar el día 8 de marzo de 2011.
"Tal como consta en los folios 8 y siguientes, el día 20 de marzo de 2010 la concursada constituyó hipoteca sobre una finca de su propiedad " *en seguridad y garantía del buen fin y completo pago* " a la recurrente del precio de las ventas de barnices y similares que desde el mismo día y durante siete años efectuara Barnices, Pinturas y Derivados EQ SL a Dipolack S.L., hasta un máximo de 500.000 euros (pacto Quinto, folio 16 vto).
Siendo tres las clases de hipotecas de máximo o en garantía de obligación futura (la de los art. 142 y 143 LH, la en garantía de apertura de saldo de cuenta corriente del artículo 153 y las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis LH), la litigiosa es la de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, que prevén la constitución de hipoteca en garantía de obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1861 del Código Civil que dice que « *los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria* », de modo similar a lo que con carácter general establece el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, al permitir que la hipoteca pueda constituirse en garantía de toda clase de obligaciones. A su vez, el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, también prevé que se pueda constituir hipoteca en garantía de obligaciones cualquiera que sea la naturaleza de éstas, siempre que se identifiquen debidamente y se exprese su plazo de duración (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de junio de 2012).
Esta es la hipoteca que se constituye en el presente caso, para garantizar el pago por la concursada del precio de las pinturas y barnices que la recurrente le sirviera en los siete años siguientes y hasta 500.000 euros.
No es un acto de disposición a título gratuito, sino la constitución de una garantía del pago de obligaciones derivadas del suministro de productos, por lo que no es aplicable la presunción legal sobre el carácter perjudicial del acto impugnado. Tampoco la que, admitiendo prueba en contra, se contempla en el art. 71.3 LC.
Por lo tanto debe probarse el perjuicio (art. 71.4 LC) y ha de tenerse en cuenta que no pueden ser rescindibles los actos ordinarios de la actividad del concursado (art. 71.5 LC).
En términos generales, puede decirse que la hipoteca, mediante la que se constituye una garantía inmobiliaria para el pago de obligaciones, es perjudicial para la masa activa del concurso. Da lugar a la directa sujeción del bien hipotecado al pago del crédito (art. 155 de la LC) y otorga al acreedor hipotecario un derecho de ejecución separada (arts 55 y 56 LC) de suerte que, además de privilegiar a un acreedor sobre la masa, tiene la consecuencia de minorar ésta en el valor del bien hipotecado.
En el presente caso se constituyó la garantía inmobiliaria a fin de garantizar el pago de los suministros a efectuar por la ahora recurrente a la concursada y, por lo dicho, puede afirmarse su carácter perjudicial.
Dice la recurrente que se trató de un acto ordinario que, realizado en condiciones normales, no puede ser objeto de rescisión, con arreglo al art. 71.5.1 LC.
Como señala la STS de STS 10 de Julio del 2013 (ROJ: STS 4178/2013), recordando la STS *núm. 740/2012, de 12 de diciembre,* el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el *art. 878.II del Código de Comercio* que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los « *negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa* » (*sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993*).
Sigue diciendo la citada STS de 10 de julio de 2013 que
" *para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.*
La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.
Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.
La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse ".
Pues bien, tomando como referencia los criterios aproximativos apuntados en la citada STS para ponderar el carácter ordinario del acto, no cabe duda de que la compra de pinturas y barnices efectuada a Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L. por la concursada Dipolack, S.L tiene relación con el objeto social de ésta y es

propio de su tráfico, por lo que desde esta perspectiva es ordinario.
Pero no se olvide que la rescisión que se cuestiona no recae sobre la compraventa de mercancías, sino sobre la constitución de una garantía real inmobiliaria en garantía del pago de las obligaciones asumidas por la concursada frente a su proveedora. Desde esta perspectiva, no creemos que la constitución de la garantía fuera un acto ordinario de la actividad de la concursada.
Dice la recurrente, tanto en el escrito de oposición a la demanda, como en el de recurso que la constitución de la garantía fue un acto previo y necesario para el inicio de relaciones comerciales entre las partes, que en otro caso no las habrían entablado, pues la proveedora no se hubiera prestado a ello. Se viene así a negar que con anterioridad las mismas empresas hubieran concertado suministros sin garantizar el pago del precio por parte de Dipolack SL mediante la constitución de una garantía real.
No es esto lo que resulta del contenido de la escritura. Por el contrario, dijeron las otorgantes en el exponendo I de la misma que " *la mercantil Dipolack SL viene manteniendo relaciones comerciales con la mercantil Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S.L consistentes en la compra, por la primera a la segunda, de distintos tipos de barnices para la madera y productos similares* " (folio 11 vto). Resulta, por lo tanto, que antes de la constitución de la garantía las mismas empresas mantenían relaciones de la misma naturaleza, sin que se hubiera constituido ninguna hipoteca en garantía del pago por la ahora concursada de sus obligaciones, lo que da lugar a que no pueda configurarse el negocio discutido como ordinario o realizado en condiciones normales. Ni consta que la concursada hubiera antes constituido similar garantía a favor de la empresa apelante, ni tampoco que hubiera hecho otro tanto con cualquier otro proveedor.
Por lo tanto, acreditado el perjuicio y desvirtuado el alegado carácter ordinario de la operación, debe confirmarse la decisión judicial recurrida.": SAP Castellón (Sección 3) 17.01.2014 (Sentencia 18/2014; Rollo 508/2013)

AP Lugo

"No puede aceptarse la declaración contenida en la sentencia de instancia relativa a que dicho negocio jurídico de transacción se pueda subsumir en el artículo 71.5.1º LC en el que se establece que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, puesto que ninguna de dichas circunstancias se da en la transacción enjuiciada en la que se otorgan diferentes garantías para conseguir el aplazamiento de una deuda declarada judicialmente, pues no entra en el concepto de acto ordinario de la actividad empresarial ni viene referido a las condiciones normales en que se desarrolla tal actividad pues ya parece constatar o prever una situación de insolvencia.
Al respecto merece destacarse la doctrina contenida en la sentencia TS (1ª) 10-07-2013 en la que se establece en su fundamento jurídico sexto, bajo la rúbrica Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, que " El citado precepto establece en su primer inciso que «en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales [...]». Como ha recordado la *sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 740/2012, de 12 de diciembre, recurso núm. 1336/2010, el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993).*
Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.
La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.
Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.
La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse."
Por el contrario, en el caso enjuiciado, la transacción judicial que permite el aplazamiento de una deuda, a la que ha sido condenada la deudora ahora concursada en virtud de sentencia judicial, consistente en sustituir las garantías formadas por los embargos de bienes inmuebles de su patrimonio por la venta con pacto de retro de un inmueble con subrogación de hipoteca y estableciendo una cláusula penal para el supuesto de que se incumpliese el pago del precio aplazado en dos ocasiones ni pertenece a los actos propios del giro o tráfico de la sociedad, dedicada a la construcción y promoción de edificios, ni se acredita la habitualidad de su práctica por lo que difícilmente podía generarse una confianza entre las contratantes relativa a que dichos actos no podrían ser objeto de rescisión concursal en la hipótesis de que la deudora fuera declarada en concurso.": SAP

Lugo (Sección 1) 04.02.2014 (Sentencia 46/2014; Rollo 584/2013)

AP Lleida

“TERCERO.-Insiste también la apelante en el hecho que estamos ante actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, por lo que, de acuerdo con el Art 71.5 LC, estamos ante una operación irrescindible.
La cuestión ha sido analizada de forma pormenorizada por el juzgador de instancia, compartiendo la Sala la conclusión a la que llega a la vista de la documental obrante en autos, resultando evidente que ni la constitución de la prenda ni de las imposiciones a plazo, en una empresa con dificultades económicas, pueden ser consideradas ni ordinarias ni habituales.
Insiste también la apelante en que pese a que la nulidad que se solicita es de la prenda, debe tenerse en cuenta la totalidad de la operación, que está ligada a un préstamo. Dicha cuestión ha sido analizada también con total acierto por el juzgador a la vista de la jurisprudencia existente sobre la materia, debidamente reflejada en la resolución recurrida, que no rebate la recurrente en su recurso, siendo que además las alegaciones vertidas por ésta no desvirtúan para nada el hecho que la constitución de la prenda no es un acto ordinario de la empresa.
Efectivamente, tal y como pone de manifiesto la Administración Concursal en su escrito de oposición al recurso, la jurisprudencia menor al analizar la prohibición de rescisión contenida en el artículo 71. 5.1º LC, viene exigiendo no sólo que el acto sea ordinario, sino también realizado en un contexto de normalidad, requisito del que prescinde por completo la apelante en su recurso y que no concurre en el supuesto de autos por cuanto ni la constitución de la prenda, ni la de las imposiciones a plazo pueden ser consideradas ni ordinarias ni habituales.”: SAP Lleida (Sección 2) 14.11.2014 (Sentencia 488/2014; Rollo 383/2014)

AP Madrid

“TERCERO.- Sobre el alegado carácter habitual de la operación.
El artículo 71.5.1º de la Ley Concursal (LC) exige dos premisas para dar amparo a un acto como excluido de la rescisión concursal: que la actuación realizada lo sea de carácter ordinario en la actividad profesional o empresarial del sujeto luego concursado y que haya sido realizado en condiciones normales en el curso de ella.
No podemos considerar, sin embargo, que la prestación a favor de la sociedad administrada de garantías personales por parte del administrador de una entidad mercantil forme parte, precisamente, de las actividades propias del desempeño de su cargo. Ente los deberes que legalmente incumben al administrador de una sociedad capitalista no se encuentra ese, ni tampoco forma parte consustancial de las labores de gestión y representación de la entidad que son las que orgánicamente ha de realizar.
Tampoco podemos entender, por otro lado, que el otorgamiento de garantías por parte del Sr. Marino respondiera a una actuación en condiciones normales, sino que mas bien todo parece indicar, a tenor de los hechos que hemos tenido ocasión de relatar con anterioridad, que si éstas se constituyeron fue por la existencia de una situación extraordinaria que llevó a la entidad financiera a no conformarse con el soporte de responsabilidad que pudiera brindarle el patrimonio de la propia entidad contratante, exigiendo que además se afectase como garantía directamente el patrimonio personal del propio administrador. El que en un contexto de dificultad el Sr. Marino comprometiese su patrimonio personal no puede considerarse como una actuación ordinaria de su actividad empresarial que pudiera hacer inmune tal actuación ante la rescisión concursal. Como más adelante precisaremos con más detalle ni tan siquiera en el contexto del propio contrato marco que vinculaba a AHORRO CORPORACIÓN FINANCIERA SV, SA con UNIÓN DE CAPITALES SAU estaba prevista la prestación de garantías personales, por lo que la excepcionalidad de la actuación resulta mayúscula.”: SAP Madrid (Sección 28) 14.06.2013 (Sentencia 192/2013; Rollo 214/2012)

“Por otro lado, no puede considerarse excluida tal operación de la posibilidad de ejercicio de la acción concursal, al amparo del artículo 71.5.1º de la Ley Concursal (LC), como parece insinuar la recurrente, pues es obvio que la constitución de tal garantía real en favor de tercero no era algo inherente a la actividad ordinaria de la entidad que luego resultó concursada. No creemos que resulte preciso un especial esfuerzo de elocuencia para convencer a ningún observador objetivo que una entidad con el objeto social de PULPI SL no se dedica habitualmente a este tipo de negocios (en este sentido, la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2013). “:SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 232/2014; Rollo 859/2012)

AP Navarra

“TERCERO.-En su segundo motivo de recurso el acreedor hipotecario demandado alega que la constitución de la hipoteca no puede ser objeto de rescisión porque fue un "acto de la normal actividad empresarial" de la entidad más tarde declarada en concurso, pues se otorgó para asegurar el cumplimiento de las obligaciones restitutorias de la previa financiación prestada por el apelante, sin ofrecer singularidad alguna en términos jurídicos o económicos.
La alegación no es atendible.
Son dos los requisitos que deben concurrir cumulativamente para que entre en juego la prohibición de rescisión del apartado 5 del art. 71 LC : 1º) Que se trate de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor y 2º) Que se trate de actos realizados en condiciones normales.

Es claro a nuestro juicio que la constitución de garantías reales o similares en favor de los financiadores, en determinados ámbitos de la actividad empresarial y siempre que así se pruebe, pudieran considerase como "ordinarios" en tanto que habituales por las propias exigencias del mercado crediticio; sin embargo, tal consideración no es razonable predicarla cuando de lo que se trata es del otorgamiento una garantía hipotecaria en favor del acreedor con crédito ya vencido que antes no disfrutaba de aquélla. Y no es solo que si así se entendiera se vendría a dar al traste, de forma generalizada, con la presunción de perjuicio que la ley prevé para estos casos, sino que difícilmente podrá tacharse de acto ordinario al que o bien obedece al designio de favorecer al concreto acreedor al que se garantiza ahora el cobro con la afectación de concretos bienes o bien responde a la propia imposición o exigencia del acreedor previamente defraudado en sus expectativas de cobro tempestivo.
De ser este último nuestro caso, como en definitiva (aunque con otra meta) viene a postular la parte apelante, lo que no cabe duda es que no concurría el segundo de los presupuestos que cumulativamente exige el precepto referido, pues no se trataría de "actos realizados en condiciones normales" sino precisamente provocados por no ser normales las condiciones: se exige y constituye la garantía porque el deudor no pudo pagar a tiempo y para conjurar la amenaza de que el acreedor proceda a exigir judicialmente el pago y a embargar activos. Estas condiciones o circunstancias puede que sean frecuentes en empresas en dificultades, que no tienen más remedio que hipotecar bienes para conseguir tiempo durante el que superar la situación que les impide pagar un crédito ya vencido, pero ese no es el concepto de normalidad que prevé la norma y hace razonable el veto legal a la rescisión, sino precisamente el contrario, esto es, tratarse de actos propios del giro o tráfico de la empresa no mediatizados por circunstancias externas que incidan en su carácter gravoso y que, de no concurrir aquéllas, o no se hubieran realizado o lo hubieran sido de otro modo más beneficioso. “:SAP Navarra (Sección 3) 04.10.2012 (Sentencia 148/2012; Rollo 151/2012)

AP Palencia

SEGUNDO.-Respondiendo a la primera de las cuestiones que se suscitan, esto es la de si el artículo 71.5 de la Ley Concursal impide en el caso de rescisión de las garantías hipotecarias, se advierte de que a la misma no se la puede dar una respuesta positiva.
El artículo 71.5 de la Ley Concursal dice que "en ningún caso podrá ser objeto de rescisión:
1º los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales", y su interpretación exige considerar que SADECOR desarrolla su actividad profesional en el ámbito del textil, en concreto de la corsetería o confección de prendas íntimas.
El artículo aludido, en efecto, protege los actos ordinarios de la actividad profesional o mercantil, pero del deudor, es decir del concursado, y que además se realicen en condiciones normales; por tanto en el caso no se trata de considerar aquí cuál es la actividad ordinaria del Banco de Santander, por otra parte bien sabida, sino de la concursada, que es a la que nos hemos referido.
Surge así la pregunta de si las operaciones crediticias forman parte o se constituyen en actividad ordinaria de SADECOR, y la contestación a tal pregunta parte de considerar que por tales operaciones debemos de entender las que son ordinarias o corrientes en la actividad empresarial o profesional de la aludida empresa, operaciones que además siendo ordinarias no impliquen un perjuicio patrimonial tanto en su activo fijo como en el circulante. La petición de préstamo de la que nacen las garantías hipotecarias litigiosas, sin embargo, se constituye como un acto de financiación de una entidad crediticia en favor de la después concursada, pero no en una actividad ordinaria de esta, por más que la operación crediticia la ayude al desarrollo de su actividad empresarial y comercial. Precisamente por eso no puede estimarse el recurso en este extremo, puesto que no nos encontramos ante una situación en que SADECOR haya ejecutado un acto de su actividad ordinaria, ya que no lo es la petición de crédito, y al respecto se advierte que el artículo que se ha transcrito no puede ser objeto de una interpretación extensiva, pues en caso contrario, y de admitirse la tesis de la recurrente, se reducirían ostensiblemente los supuestos de negocios irrescindibles, que además y por lo que se refiere a las garantías hipotecarias, las harían inatacables.”: SAP Palencia (Sección 1) 12.06.2012 (Sentencia 168/2012; Rollo 154/2012)

AP Pontevedra

“CUARTO Siguiendo un orden metodológico, la segunda cuestión a examinar es el último motivo del recurso, es decir, la invocación por la parte apelante de la aplicación directa delart. 71.5 LC al considerar que la constitución de la garantía hipotecaria es una acto ordinario de la actividad empresarial de la concursada.
Precisamente la norma recogida en elart. 71.5 LC que niega la rescisión de los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normas, es una de las exclusiones al régimen de la rescisión o reintegración, también de las garantías reales en el concurso. Así en leyes especiales existen excepciones como la antes examinada recogida en elart. 10 Ley del Mercado Hipotecario, o las Leyes que regulan los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados, o la nueva exclusión añadida por el RDLey 3/2009, de 27 de marzo que incluye un tercer apartado en el art. 71.5 LC: Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.
Procede por lo tanto su examen prioritario dado que de poder incardinarse el supuesto enjuiciado en el ámbito de la exclusión, resultaría ya innecesario examinar el resto de cuestiones, y más concretamente si se trata de un supuesto de disposición a título lucrativo que sin más debe presumirse causante de perjuicio patrimonial a la masa activa.
El objeto social de la concursada, según la constancia en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria cuestionado, se ciñe a la prestación de servicios auxiliares (intermediación) de contratación de

personal humano para todo tipo de empresas, almacén de coloniales, y la manipulación y congelación, venta, almacenamiento, importación y exportación de productos del mar (pescados y mariscos).
No concreta elart. 71.5 LC el concepto de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial. Hace una concreción mayor en elart. 44.2 LC cuando alude a actos propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial del deudor para referirse a los actos autorizados con carácter general para la continuidad de la empresa en caso de intervención. Ciertamente el escenario en que se aplicará la norma es una vez declarado el concurso, no antes como es el supuesto que nos ocupa, pero sin embargo puede servir de orientación. No obstante, la mejor doctrina viene a coincidir en exigir la concurrencia de dos características, a saber, que el acto se encuentre comprendido en la actividad empresarial o profesional de índole ordinaria, y que el acto sea realizado en condiciones normales. Así se dice que se trata de aquellos actos de mantenimiento ordinario sin cuya realización se paralizaría en un corto periodo la actividad ordinaria de la empresa. Lo que ofrece pocas dudas es que el acto debe enmarcarse en la actividad habitual y normal de la empresa en el sector del tráfico en la que está inmersa la empresa.
Por ello es verdaderamente difícil que en este ámbito puedan integrarse las garantías, por más que sea habitual para el deudor acudir al crédito externo como forma de financiación. Así, salvo supuestos concretos que puedan integrar la concertación de hipotecas en su tráfico ordinario (promotor inmobiliario para financiar sus promociones), resulta improcedente su contemplación en la exclusión que tratamos. En el caso que nos ocupa la actividad empresarial de la concursada nada tiene que ver con el mercado inmobiliario o similar, siendo su actividad ordinaria o habitual, su giro o tráfico empresarial, muy alejado de la concertación de garantías hipotecarias, por más que en alguna ocasión se vea en la necesidad de acudir a este sistema de financiación. Y menos cuando la garantía hipotecaria sobre un bien propio se realiza a favor de deuda ajena.”: SAP Pontevedra 18.11.2009 (AC 2010/34; Sentencia 570/2009; Rollo 632/2009)

“PRIMERO. - La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda deducida por la administración concursal en orden a la rescisión e ineficacia de las hipotecas constituidas por la concursada EXXPAL TIMBER S.L. sobre la maquinaria descrita en los hechos primero y segundo de la demanda, en garantía de la deuda generada en el transcurso de sus relaciones comerciales con COMPONENTES LOSAN S.L. por importe de 81.956,96 euros.Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por COMPONENTES LOSAN S.L. alegando variados motivos. (...)
SÉPTIMO. - Finalmente, parece que la parte apelante pretende introducir las operaciones cuestionadas en el concepto de actos ordinarios de la actividad empresarial que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión conforme al art. 71.5.1º LC. No concreta el art. 71.5 LC el concepto de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial. Hace una concreción mayor en el art. 44.2 LC cuando alude a actos propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial del deudor para referirse a los actos autorizados con carácter general para la continuidad de la empresa en caso de intervención. Ciertamente el escenario en que se aplicará la norma es una vez declarado el concurso, no antes como es el supuesto que nos ocupa, pero sin embargo puede servir de orientación. No obstante, la mejor doctrina viene a coincidir en exigir la concurrencia de dos características, a saber, que el acto se encuentre comprendido en la actividad empresarial o profesional de índole ordinaria, y que el acto sea realizado en condiciones normales. Así se dice que se trata de aquellos actos de mantenimiento ordinario sin cuya realización se paralizaría en un corto periodo la actividad ordinaria de la empresa. Lo que ofrece pocas dudas es que el acto debe enmarcarse en la actividad habitual y normal de la empresa en el sector del tráfico en la que está inmersa la empresa.
Por ello es verdaderamente difícil que en este ámbito puedan integrarse las garantías, por mas que sea habitual para el deudor acudir al crédito externo como forma de financiación. Así, salvo supuestos concretos que puedan integrar la concertación de hipotecas en su tráfico ordinario (promotor inmobiliario para financiar sus promociones), resulta improcedente su contemplación en la exclusión que tratamos. En el caso que nos ocupa la actividad empresarial de la concursada nada tiene que ver con el mercado inmobiliario o similar, siendo su actividad ordinaria o habitual, su giro o tráfico empresarial, muy alejado de la concertación de garantías hipotecarias, por más que en alguna ocasión se vea en la necesidad de acudir a este sistema de financiación.SAP Pontevedra (Sección 1) 23.01.2012 (Sentencia 19/2012; Rollo 806/2011)

“TERCERO.- La segunda cuestión a examinar es la invocación por la parte apelante de la aplicación directa del art. 71.5 LC al considerar que la constitución de la garantía hipotecaria es una acto ordinario de la actividad empresarial de la concursada.
Precisamente la norma recogida en el art. 71.5 LC que niega la rescisión de los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales, es una de las exclusiones al régimen de la rescisión o reintegración, también de las garantías reales en el concurso. Así en leyes especiales existen excepciones como la recogida en el art. 10 Ley del Mercado Hipotecario, o las Leyes que regulan los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados, o la nueva exclusión añadida por el RDLey 3/2009, de 27 de marzo que incluye un tercer apartado en el art. 71.5 LC : Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.
El objeto social de la concursada, según la constancia en la escritura pública de hipoteca de máximo, es la realización de trabajos y servicios propios de un geriátrico, de una residencia socio-sanitaria, balneario, talasoterapia y la prestación de servicios relacionados con la rehabilitación y la salud.
No concreta el art. 71.5 LC el concepto de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial. Hace una concreción mayor en el art. 44.2 LC cuando alude a actos propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial del deudor para referirse a los actos autorizados con carácter general para la continuidad de la empresa en caso de intervención. Ciertamente el escenario en que se aplicará la norma es una vez declarado el concurso, no antes como es el supuesto que nos ocupa, pero sin embargo puede servir de orientación. No

obstante, la mejor doctrina viene a coincidir en exigir la concurrencia de dos características, a saber, que el acto se encuentre comprendido en la actividad empresarial o profesional de índole ordinaria, y que el acto sea realizado en condiciones normales. Así se dice que se trata de aquellos actos de mantenimiento ordinario sin cuya realización se paralizaría en un corto periodo la actividad ordinaria de la empresa. Lo que ofrece pocas dudas es que el acto debe enmarcarse en la actividad habitual y normal de la empresa en el sector del tráfico en la que está inmersa la empresa.
Por ello es verdaderamente difícil que en este ámbito puedan integrarse las garantías, por más que sea habitual para el deudor acudir al crédito externo como forma de financiación. Así, salvo supuestos concretos que puedan integrar la concertación de hipotecas en su tráfico ordinario (promotor inmobiliario para financiar sus promociones), resulta improcedente su contemplación en la exclusión que tratamos. En el caso que nos ocupa la actividad empresarial de la concursada nada tiene que ver con el mercado inmobiliario o similar, siendo su actividad ordinaria o habitual, su giro o tráfico empresarial, muy alejado de la concertación de garantías hipotecarias, por más que en alguna ocasión se vea en la necesidad de acudir a este sistema de financiación.": SAP Pontevedra (Sección 1) 21.06.2012 (Sentencia 358/2012; Rollo 915/2011)

AP Valencia

"Las consideraciones jurídicas hasta aquí expuestas impiden considerar que, como se afirma en la sentencia apelada, la hipoteca mobiliaria objeto de autos pueda ser considerada como un acto ordinario de la actividad profesional de la Sra. Tomasa realizado en condiciones normales (art. 71.5. 1ª LC), pues lo que ha de considerarse como operaciones propias y normales de una oficina de farmacia es la venta de productos farmacéuticos a los clientes y no la constitución de una hipoteca mobiliaria de la propia oficina farmacéutica.": SAP Valencia (Sección 9) 17.06.2013 (Sentencia 179/2013; Rollo 229/2013)

3.5 Pagos / Daciones

3.5.1 Cesión en pago de deudas en contexto de insolvencia

Tribunal Supremo

"NOVENO.- Segundo motivo de casación. Actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor realizados en condiciones normales. (…)
3.- Dada la estimación del submotivo referido a la constitución de la hipoteca, únicamente trataremos ya en la resolución de este segundo motivo casacional las alegaciones referidas a la cesión de créditos.
Decisión de la Sala :
1. El art. 71.5 LC exige una doble condición para que los actos realizados por el concursado queden exentos de la rescisión: que sean actos ordinarios ligados a su actividad empresarial o profesional y que se hayan realizado en condiciones normales. Las sentencias de esta Sala núm. 740/212 de 12 de diciembre, 487/2013, de 10 de julio, y 488/2016, de 14 de julio, señalaron que el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.2 CCom, que en su formulación más reciente excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran perjuicio. Como advierte la sentencia núm. 41/2015, de 17 de febrero, con cita de la indicada 487/2013 :
«[p]ara ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional.
»La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate.
»Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales».
2. Desde esta perspectiva, la cesión de créditos para pagar a unos de los acreedores, no puede considerarse un acto ordinario en los términos que hemos expresado, dadas las condiciones en que se realizó y que ya hemos explicado: sin que fuera un modus operandi habitual en la empresa, cuando ya estaba en insolvencia y para beneficiar a un acreedor que ya tenía garantizado su crédito con una hipoteca. Y no solo no fue un acto ordinario, sino que se realizó en un momento y de una forma que no puede calificarse de normal. La dación en pago es legítima, pero no es un acto ordinario, y llevada a cabo tres días antes de la solicitud de concurso, muestra que la satisfacción del crédito no se hizo en condiciones normales.
3. Por lo que este segundo motivo casacional ha de ser desestimado. ":STS 26.10.2016 (Sentencia 642/2016; Recurso 966/2014)

"SEGUNDO.- El escrito de interposición del recurso de casación contiene un único motivo, al amparo del artículo 477.2.3.°, por infracción del artículo 71.5 LC, en cuanto establece que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, centrando el interés casacional en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP.
En el número 2º alude al interés casacional basado en la oposición de lo resuelto en la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del TS, mencionando las STS de 12 de diciembre de 2012 (rec. 1336/2010) y de 10 de

julio de 2013 (rec. 440/2011).
El recurrente solicita que se declare infringida la doctrina jurisprudencial conforme a la cual están excluidos de rescisión o retroacción los actos o negocios que constituyen una operación propia del tráfico de la quebrada o concursada, por tratarse de operaciones ordinarias que en sí mismas no encierran ningún perjuicio y únicamente serán rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos, pero no los que reúnen esta condición en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda).
La sentencia recurrida habría infringido la doctrina expuesta al entender que, pese a estar en presencia de un acto ordinario de la actividad empresarial del deudor realizado en condiciones normales, la recurrente conocía la situación de insolvencia de la concursada en el momento en que se efectúa el pago, lo que a juicio del recurrente no deja de ser una mera afirmación gratuita sin que exista ninguna prueba objetiva sobre tal extremo.
TERCERO.- El motivo único del recurso incurre en causa de inadmisión por inexistencia de interés casacional al no existir oposición con la doctrina jurisprudencial aportada como contradictoria. En primer lugar señalar que la referencia que hace el recurrente a la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP debe ser entendida como un mero error, ya que después menciona el elemento de la oposición a la jurisprudencia del TS y alude a dos sentencias de esta sala, aunque en su desarrollo posterior introduzca una tercera sentencia de fecha 26 de octubre de 2012 (rec. 672/2010) a la que no hace referencia en el encabezamiento del motivo.
La STS de 12 de diciembre de 2012 (rec. 1336/2010), analiza el pago de unas rentas acumuladas, quince días antes de solicitar la suspensión de pagos, para lograr la novación del contrato de arrendamiento, y concluye que no puede considerarse que dicho pago haya sido realizado en condiciones normales.
La STS de 10 de julio de 2013 (rec. 440/2011) que analiza el pago hecho al administrador único y socio mayoritario de la concursada, alude a que la jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles, de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa; y señala que también se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal, y se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa.
Por último, la de 26 de octubre de 2012 (rec. 672/2010), alude a las circunstancias que rodean el pago, que en el caso concreto que analiza ponen en evidencia su injustificación.
Por su parte, la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho cuarto, dice:
«Se comparte la decisión adoptada en la sentencia apelada que analiza y valora de forma certera las circunstancias de hecho que concurren en el caso: fecha de otorgamiento de la escritura de cesión de crédito a favor de la ahora recurrente (el día 23 de octubre de 2012) y solicitud de concurso de Temane SL (el día 31 de octubre de 2012), sin que se aprecie un lapso de tiempo que desvirtúe el conocimiento que ya se podía tener de la situación de la empresa posteriormente abocada al concurso, sin olvidar también el montante económico de la cesión del crédito (67.600 euros) en relación con las cuantías de la masa y de los créditos ordinarios que recoge la demanda inicial (hecho cuarto) presentada por la administración concursal.»
Y concluye:
«La sentencia recurrida se apoya en jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita en el fundamento segundo, corroborado ello por la doctrina jurisprudencial que se ha expuesto también anteriormente y que lleva a resolver, en el caso, dada la cercanía entre la escritura de cesión de crédito a favor de Ferrobierzo SL y la solicitud de concurso, dadas las relaciones comerciales existentes entre ambas empresas (ya la Administración Concursal alude a vinculaciones entre la concursada, la recurrente y otras empresas), lleva a
compartir la conclusión que alcanza el Juzgador "a quo" sobre el conocimiento de la situación de insolvencia de la concursada por parte de la ahora recurrente».
La sentencia recurrida, por lo tanto, analiza el caso concreto, y aplica la doctrina jurisprudencial señalada al considerar que el pago se hizo estando ya la sociedad en estado de insolvencia, por lo que no estaría justificado al no respetar los criterios concursales y por ello se considera que se ha producido un perjuicio para la masa.
La sentencia de esta sala de fecha 5 de abril de 2016, recurso n° 696/2014, sostiene que el interés casacional conlleva un conflicto jurídico que se produce por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un «interés casacional» que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha.
En este supuesto no concurre el interés casacional que se pretende, prescindiendo el recurrente de la base fáctica y la razón decisoria de la sentencia recurrida para plantear un interés casacional artificioso, lo que determina la inadmisión del recurso.”: ATS 18.01.2017 (Recurso 347/2015)

AP Burgos

“Cuarto.- Por ultimo, la recurrente considera que la cesión y compensación de créditos por deudas (entendida en el contexto de grupo de empresas) es una operación ordinaria o corriente propia de la actividad empresarial - supone una forma valida y legal de pago al contemplarse como suficiente para la extinción de obligaciones en el código civil -, es una operación ineludible - supuso el cobro de unos créditos, sin realizar gestiones de cobro, procurando liquidez a la empresa- y no implica un perjuicio patrimonial tanto en su activo fijo como e n su activo circulante.
El artículo 75.1 de la LC dispone que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1. Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales. (STS de 26.10.2012)
Tratándose de una cesión de un crédito ya existente, no puede entenderse como operación habitual de la sociedad, ni está recogido en su objeto social que es la construcción de obras publicas, viviendas o construcciones, promoción, construcción y trafico de urbanizaciones, edificios, construcciones y demás bienes inmuebles, entre otros fines. Además la jurisprudencia ha establecido que la interpretación de que es un acto ordinario realizado en circunstancias normales debe realizarse de una manera restrictiva ya que una interpretación amplia del precepto llevaría a la imposibilidad de retroacción de las operaciones (entre otras SAP Valladolid de 7 de mayo de 2009 y Juzgado Mercantil Madrid nº 5 de 7.10.2010).
Tampoco se trata de un acto realizado en condiciones normales ya que el momento de realizarse es apenas unos meses antes de la presentación del concurso, por lo tanto el deudor realiza la cesión del crédito ante una situación de insolvencia inminente. La jurisprudencia determina que las condiciones normales no se dan cuando la empresa comienza su eventual insolvencia (SAP Cáceres 22.1.2013, SAP Pontevedra 8.3.2012 y Mercantil nº 1 de Málaga de 8.6.2006). La cesión del crédito no solo no soluciona el problema de la insolvencia sino que aumenta al ceder un derecho de cobro y, por lo tanto disminuir la masa activa.”: SAP Burgos (Sección 3) 04.04.2013 (Sentencia 113/2013; Rollo 369/2012)

“Únicamente añadir que no se está en el caso del art. 71-5 LC, como argumenta la sentencia de instancia, a cuya fundamentación jurídica nos remitimos, tanto para su interpretación restrictiva, cuanto que los contratos litigiosos se puedan comprender en la categoría de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial, realizados en condiciones normales. No son operaciones usuales o habituales de efectuar pago mediante la cesión de bienes de su inmovilizado, ni realizados en condiciones normales, sino en el contexto de unas circunstancias, de insolvencia e iliquidez que se han dejado expuestos, para eludir una cesación general en los pagos como una ordenada liquidación de los bienes.”: SAP Burgos (Sección 3) 20.09.2013 (Sentencia 227/2013; Rollo 155/2013)

“Sexto.-No obstante, previamente, la parte apelante plantea la calificación de estos actos *[la entrega de materiales, en concepto de dación en pago o venta y posterior compensación]* como ordinarios en condiciones normales, por lo que no podrían ser objeto de rescisión, conforme al art. 71-5-1º de la Ley Concursal.
Este precepto establece que "5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
1º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial de deudor realizados en condiciones normales".
Se alega que atender obligaciones de pago vencidas, líquidas y exigibles, o utilizar el activo circulante como medio de pago o compensación es un acto habitual en el tráfico jurídico ante dificultades de tesorería, salvaguardando el inmovilizado y la finalización de obras, ante la crisis económica y financiera.
El criterio de su calificación aunque tenga un substrato económico, es eminentemente jurídico. El concepto de acto ordinario de una actividad profesional o empresarial, y su realización en condiciones normales, integran conceptos jurídicos.
Para la sentencia de instancia, estos actos, en cuanto que suponen una excepción al régimen general, han de ser objeto de una interpretación restrictiva; y en este caso concreto, el Juez de Instancia entiende que, la cesión de bienes para pago de la deuda mantenida con la Sociedad demandada, no se incluye entre los actos mencionados.
Desde luego el pago realizado con bienes afectos a la actividad empresarial, o por compensación por el importe de su precio, no es una operación ordinaria de la actividad empresarial de la concursada, no es realizado en condiciones normales.
La parte apelante asimila a la condición de normal, una situación de crisis económica y financiera. Es una reacción que puede producirse en esa situación que, desde un criterio jurídico legal, no es el de unas "condiciones normales".
Los actos litigiosos no son manifestaciones de la normal o natural actividad económica del deudor; no son objeto de su actividad empresarial ni la forma habitual de operar en el mercado para pagar sus deudas, sino que, en el presente caso, se hizo, para aquietar las protestas de la codemandada por impago de facturas y que aumentara su crédito en beneficio del activo de la concursada. Se trataba de dar una solución singular ante la falta de liquidez en la que se encontraba la deudora, de modo que el contexto en el que se producen estos actos es excepcional -y la compensación en un estado de insolvencia de la sociedad deudora-. Se trata de una cantidad importante que se pretende saldar en un momento en el que, al menos, existía una incapacidad para atender los pagos con regularidad -se admite la preexistencia de facturas impagadas-.
Por tanto, ni eran actos ordinarios de la actividad empresarial, no se realizaron en condiciones normales.”: SAP Burgos (Sección 3) 30.10.2013 (Sentencia 265/2013; Rollo 196/2013)

“CUARTO.-En el siguiente motivo de impugnación, se alega una apreciación errónea de la prueba documental aportada por esta parte, que funda la aplicación del art. 71-5 LC que señala que en ningún caso serán objeto de rescisión "los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales"; justificándose por la crisis económica y no perjudicar las obras de la Concursada, aceptándose el endoso de efectos como medio de pago, en los años 2011 y 2012.
Como argumenta la Sentencia de instancia, las circunstancias en las que se lleva a cabo el pago de la deuda -subrayadas en esta resolución antecedentemente- realizada, singularmente, en estado de insolvencia "son anormales", es decir, no son actos ordinarios realizados en condiciones normales- nótese que la solicitud preconcursal, se presenta el 24 de junio de 2011-.
Aunque, estos conceptos -acto ordinario de una actividad profesional o empresarial, y su realización en condiciones normales- tienen un substrato económico, integran conceptos jurídicos, y al ser excepciones al régimen general, han de ser objeto de una interpretación restrictiva.
No se puede asimilar a una condición normal una situación de crisis económica y financiera. Puede ser una consecuencia o reacción frente a la misma, pero actuando de forma distinta a la habitual, porque no es una situación o condición normal.
Modo de actuar que se produce en los años 2011 y 2012, en las circunstancias dichas. Desde un criterio legal, no son unas "condiciones normales", ni son manifestaciones negociales de la normal o natural actividad económica del deudor, ni son objeto de su actividad empresarial, ni la forma habitual de operar en el mercado para pagar sus deudas.
Se trataba de dar una solución singular ante la falta de liquidez e insolvencia en la que se encontraba la deudora; por tanto, en una situación no normal, de incapacidad para atender los pagos con regularidad.”: SAP Burgos (Sección 3) 20.11.2013 (Sentencia 284/2013; Rollo 284/2013)

AP Murcia

“Se trataba, pues, de una deuda preexistente contraída por la entidad Promociones y Edificaciones Fortun, S.L., para cuyo pago se formalizó la dación en pago del bien inmueble, operación esta que en sí misma considerada, y al margen del origen remoto de la deuda, no se considera amparada en lo dispuesto en el articulo 71.5.1º LC, pues dicho acto de dación en pago no es un acto ordinario de la actividad empresarial de la entidad deudora, y además, dicha operación, aunque redujera el pasivo de la sociedad, luego declarada en concurso, resultaba perjudicial para la mercantil cedente y para el resto de los acreedores, en cuanto suponía una disminución del activo patrimonial, ya que la dación en pago, estrictamente consideraba, y aunque hubiera tenido lugar a raíz de acuerdo surgido con motivo de un procedimiento judicial, no consta acreditado que reportara algún beneficio para la actividad empresarial de la cedente, con la circunstancia además de que el acto dispositivo se produjo en una fecha en la que ya existían datos significativos en orden a la crisis financiera de la entidad, Promociones y Edificaciones Fortun, S.L., pues que en el año 2011 era notoria la situación de crisis por la que atravesaba el sector inmobiliario, así como por el impago y los incumplimientos que venía arrastrando la mercantil referida.”: SAP Murcia (Sección 4) 27.03.2014 (Sentencia 201/2014; Rollo 990/2013)

“CUARTO.-En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos con respecto al siguiente motivo de apelación planteado relativo a que la operación realizada se incardinaria en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor.
Con respecto a esta cuestión, que se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige, como este Tribunal ya mencionaba en su sentencia de 23 de marzo de 2009, la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.
En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos " actos ordinarios " deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.
Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de " habitualidad ", es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad.
Se alega por la parte recurrente que la dación en pago derivada del acuerdo transaccional alcanzado, respondía al cumplimiento de un originario contrato de permuta que constituye un negocio habitual en el sector inmobiliario al que pertenece la mercantil deudora.
Sin embargo este Tribunal no comparte tal pretensión.
Y es lo cierto, que en este caso y como con acierto se argumenta en la sentencia apelada, el acto impugnado no se incardinaría en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial de la mercantil deudora. Es cierto, en efecto, que la deuda contraída que se pretendía saldar con la dación en pago, respondía a un originario contrato de permuta.
Sin embargo, entendemos, ratificando lo manifestado en la sentencia de instancia, que, en efecto, el acto

impugnado, dada la forma y hechos concurrentes en su realización, responde a una actuación extraordinaria de la mercantil deudora, llevada a cabo, además como antes hemos afirmado, en un momento temporal de notable dificultad económica e insolvencia de la misma. Obsérvese que en esa deficitaria situación empresarial se obliga a los socios a aportar capital para la adquisición del bien objeto de la dación en pago y por tanto para saldar únicamente la citada deuda. Por tanto, "Mundo Gestión Inmobiliaria" S.L., inmersa en la referida situación preconcursal, realiza una operación que favorece a un solo acreedor. Satisface su crédito y le excluye del posterior e inminente concurso otorgándole así un trato de favor injustificado. Es en definitiva una operación de carácter extraordinario y específicamente diseñada con esa concreta finalidad, dada la forma y hechos concurrentes en su realización, ajena a ese marco de actos ordinarios propios de la actividad empresarial de la mercantil deudora en los términos que antes hemos examinado.
En consecuencia y con ratificación de la sentencia de instancia, procede la desestimación del presente recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 24.04.2014 (Sentencia 252/2014; Rollo 219/2014)

"CUARTO.-En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos con respecto al siguiente motivo de apelación planteado relativo a que la operación realizada se incardinaria en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor.
Con respecto a esta cuestión, que se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige, como este Tribunal ya mencionaba en su sentencia de 23 de marzo de 2009, la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.
En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos " *actos ordinarios* " deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.
Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de " *habitualidad* ", es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad.
Se alega por la parte recurrente que la dación en pago derivada del acuerdo transaccional alcanzado, respondía al cumplimiento de un originario contrato de permuta que constituye un negocio habitual en el sector inmobiliario al que pertenece la mercantil deudora.
Sin embargo este Tribunal no comparte tal pretensión.
Y es lo cierto, que en este caso y como con acierto se argumenta en la sentencia apelada, el acto impugnado no se incardinaría en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial de la mercantil deudora. Es cierto, en efecto, que la deuda contraída que se pretendía saldar con la dación en pago, respondía a un originario contrato de permuta.
Sin embargo, entendemos, ratificando lo manifestado en la sentencia de instancia, que, en efecto, el acto impugnado, dada la forma y hechos concurrentes en su realización, responde a una actuación extraordinaria de la mercantil deudora, llevada a cabo, además como antes hemos afirmado, en un momento temporal de notable dificultad económica e insolvencia de la misma. Obsérvese que en esa deficitaria situación empresarial se obliga a los socios a aportar capital para la adquisición del bien objeto de la dación en pago y por tanto para saldar únicamente la citada deuda. Por tanto, "Urbanilor" S.L., inmersa en la referida situación preconcursal, realiza una operación que favorece a un solo acreedor. Satisface su crédito y le excluye del posterior e inminente concurso otorgándole así un trato de favor injustificado. Es en definitiva una operación de carácter extraordinario y específicamente diseñada con esa concreta finalidad, dada la forma y hechos concurrentes en su realización, ajena a ese marco de actos ordinarios propios de la actividad empresarial de la mercantil deudora en los términos que antes hemos examinado.
En consecuencia y con ratificación de la sentencia de instancia, procede la desestimación del presente recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 08.05.2014 (Sentencia 275/2014; Rollo 221/2014)

"CUARTO.-En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos con respecto al siguiente motivo de apelación planteado relativo a que la operación realizada se incardinaria en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor.
Con respecto a esta cuestión, que se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige, como este Tribunal ya mencionaba en su sentencia de 23 de marzo de 2009, la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.
En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos " *actos ordinarios* " deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en

atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.
Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de " *habitualidad* ", es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad.
Se alega por la parte recurrente que la dación en pago derivada del acuerdo transaccional alcanzado, respondía al cumplimiento de un originario contrato de permuta que constituye un negocio habitual en el sector inmobiliario al que pertenece la mercantil deudora.
Sin embargo este Tribunal no comparte tal pretensión.
Y es lo cierto, que en este caso y como con acierto se argumenta en la sentencia apelada, el acto impugnado no se incardinaría en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial de la mercantil deudora. Es cierto, en efecto, que la deuda contraída que se pretendía saldar con la dación en pago, respondía a un originario contrato de permuta.
Sin embargo, entendemos, ratificando lo manifestado en la sentencia de instancia, que, en efecto, el acto impugnado, dada la forma y hechos concurrentes en su realización, responde a una actuación extraordinaria de la mercantil deudora, llevada a cabo, además como antes hemos afirmado, en un momento temporal de notable dificultad económica e insolvencia de la misma. Obsérvese que en esa deficitaria situación empresarial se obliga a los socios a aportar capital para la adquisición del bien objeto de la dación en pago y por tanto para saldar únicamente la citada deuda. Por tanto, "Inversiones Ricamar" S.L., inmersa en la referida situación preconcursal, realiza una operación que favorece a un solo acreedor. Satisface su crédito y le excluye del posterior e inminente concurso otorgándole así un trato de favor injustificado. Es en definitiva una operación de carácter extraordinario y específicamente diseñada con esa concreta finalidad, dada la forma y hechos concurrentes en su realización, ajena a ese marco de actos ordinarios propios de la actividad empresarial de la mercantil deudora en los términos que antes hemos examinado.
En consecuencia y con ratificación de la sentencia de instancia, procede la desestimación del presente recurso.”: SAP Murcia (Sección 4) 08.05.2014 (Sentencia 274/2014; Rollo 220/2014)

“CUARTO.-En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos con respecto al siguiente motivo de apelación planteado relativo a que la operación realizada se incardinaria en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor.
Con respecto a esta cuestión, que se planteaba también con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en la ya derogada legislación sobre quiebras, conviene precisar en su justa interpretación, que tal excepción a la acción reintegradora de referencia, exige, como este Tribunal ya mencionaba en su sentencia de 23 de marzo de 2009, la concurrencia de dos presupuestos: de un lado, que la operación a rescindir se incardine en la denominada categoría de actos ordinarios de la actividad de la concursada, lo que comporta la determinación de su alcance y ámbito y por otra parte, que tales actos ordinarios sean de los realizados por el deudor en condiciones normales.
En cuanto a la primera exigencia, entendemos que esos " *actos ordinarios* " deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad.
Por otro lado, el segundo presupuesto mencionado, exige un requisito previo de " *habitualidad* ", es decir, que siendo tales operaciones las propias de la actividad ordinaria de la mercantil en los términos antes mencionados, sean además las usuales o habituales en su proceder, con exclusión, por tanto, de aquellas meramente ocasionales o coyunturales precedidas por concretos criterios de oportunidad.
Se alega por la parte recurrente que la dación en pago derivada del acuerdo transaccional alcanzado, respondía al cumplimiento de un originario contrato de permuta que constituye un negocio habitual en el sector inmobiliario al que pertenece la mercantil deudora.
Sin embargo este Tribunal no comparte tal pretensión.
Y es lo cierto, que en este caso y como con acierto se argumenta en la sentencia apelada, el acto impugnado no se incardinaría en el marco de los actos ordinarios de la actividad empresarial de la mercantil deudora. Es cierto, en efecto, que la deuda contraída que se pretendía saldar con la dación en pago, respondía a un originario contrato de permuta.
Sin embargo, entendemos, ratificando lo manifestado en la sentencia de instancia, que, en efecto, el acto impugnado, dada la forma y hechos concurrentes en su realización, responde a una actuación extraordinaria de la mercantil deudora, llevada a cabo, además como antes hemos afirmado, en un momento temporal de notable dificultad económica e insolvencia de la misma. Obsérvese que en esa deficitaria situación empresarial se obliga a los socios a aportar capital para la adquisición del bien objeto de la dación en pago y por tanto para saldar únicamente la citada deuda. Por tanto, "Urbanilor" S.L., inmersa en la referida situación preconcursal, realiza una operación que favorece a un solo acreedor. Satisface su crédito y le excluye del posterior e inminente concurso otorgándole así un trato de favor injustificado. Es en definitiva una operación de carácter extraordinario y específicamente diseñada con esa concreta finalidad, dada la forma y hechos concurrentes en su realización, ajena a ese marco de actos ordinarios propios de la actividad empresarial de la mercantil deudora en los términos que antes hemos examinado.
En consecuencia y con ratificación de la sentencia de instancia, procede la desestimación del presente

recurso.”: SAP Murcia (Sección 4) 20.05.2014 (Sentencia 275/2014; Rollo 221/2014)

AP Navarra

“b) El recurso se desestima, dando por reproducidos los razonamientos de la sentencia apelada, no desvirtuados por las alegaciones de la apelante, para evitar repeticiones innecesarias.
Como señala la Administración Concursal en su escrito de oposición al recurso sólo pueden considerarse actos ordinarios aquellos "directamente propios de la actividad industrial, como por ejemplo efectuar cobros, pagos de salarios, compras imprescindibles para la continuidad de la actividad, etc", no siendo la cesión de créditos un acto ordinario de la actividad de la concursada y en este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de junio de 2012 (JUR 2012, 241974).
Por otro lado, como también señala la Administración Concursal, es intrascendente que hayan existido otros actos objeto de reintegración, con independencia de que haya ejercitado otras acciones de reintegración.”: SAP Navarra (Sección 3) 20.12.2013 (Sentencia 198/2013; Rollo 331/2012)

AP Vizcaya

“PRIMERO.-Mediante escritura pública otorgada el 17 de Noviembre de 2005, la mercantil Eretza 95, S.L. cedió a varios de sus acreedores (Repuestos Chilo, S.A., Chilo Excavaciones, S.L., Excavaciones Urchi, S.L. y Maquinaria J. Aurteneche, S.L.), en pago parcial de la deuda que tenía con cada uno de ellos, el crédito que ostentaba contra la mercantil Dragados, Obras y Proyectos, S.A., según facturas emitidas el 21 y el 25 de Octubre anterior, por importe conjunto de 247.321,51 euros, que habrían de abonarse mediante pagarés cuya fecha no consta, para que lo aplicaran, en distintos porcentajes, al pago parcial de las respectivas deudas, el importe d las cuales Eretza 95, S.L. cuantificó y reconoció en otra escritura de la firma fecha 17 de Noviembre de 2005 otorgada en momento inmediatamente anterior a la de cesión.
Se da la circunstancia que con fecha 2 de Diciembre de 2005, Eretza, 95, S.L. presentó en el Juzgado de lo Mercantil la solicitud de concurso voluntario, que al parecer fue declarado por auto dictado con fecha 22 del mismo mes; el día 1 de Diciembre de 2005, inmediato anterior por tanto a la solicitud del concurso, los acreedores antedichos, subcontratistas de Eretza, 95, S.L. requirieron a Dragados, Obras y Proyectos, S.A. el pago del crédito cedido, habiendo anunciado la misma el pago reclamado mediante carta de la misma fecha dirigida a Eretza 95, S.L.; los acreedores requirentes manifestaron luego que Dragados les pagó por medio de cheques de fecha 20 de Diciembre de 2005.
Con tales precedentes, se promovió demanda por la Administración Concursal de dicha mercantil en la que, al amparo de lo dispuesto en el artº 71 de la Ley Concursal, ejercitó la acción de reintegración a la masa activa del concurso del importe conjunto objeto de la cesión, interesando la rescisión de dicho acto como perjudicial para aquella y para el resto de los acreedores.
El juzgado de instancia dictó sentencia en los términos solicitados por la Administración Concursal; resolución que fue objeto de recurso por parte de tres de los acreedores cedidos, no por Maquinaria J. Aurteneche, S.L.
SEGUNDO.-Leído el escrito de interposición del recurso, se vierten en el mismo alegaciones carentes por completo de relevancia o contenido, en la medida que no discuten lo que es esencial en una acción de esta naturaleza y que la prueba acredita que se ha producido; esto es, la realización por la concursada de un acto perjudicial para la masa activa del concurso, en la medida que causó perjuicio al resto de los acreedores y que en esta ocasión consiste en la cesión de unos créditos contra tercero de la que sólo los apelantes se han beneficiado en detrimento del resto de los acreedores de Eretza 95, S.L., acto realizado además tan solo quince días antes de la solicitud del concurso.
La Administración Concursal ha acreditado, tal y como le corresponde conforme al artº 71-4 de la Ley Concursal, la concurrencia del perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso que ha supuesto la cesión del crédito y el cobro efectivo por los apelantes; sin que, de otra parte, concurra la excepción contemplada en el párrafo 5 del propio precepto, por ser evidente que la cesión que se rescinde no constituye en modo alguno un acto ordinario de la actividad empresarial del deudor realizado en condiciones normales. ”: SAP Vizcaya (Sección 4) 13.05.2010 (Sentencia 370/2010; Rollo 593/2009)

“La parte apelada argumenta que el pago constituye un acto ordinario, realizado en condiciones normales, para eludir los efectos de la rescisión concursal, tal y como prevé el art. 71.5 LC.
El art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.
En este caso, podemos entender que para una sociedad como la deudora concursada, el pago de los trabajadores es un acto normal ligado a su actividad empresarial. Pero no cabe concluir que fuera realizado en condiciones normales, pues dicha dación en pago se efectuó por cesión de certificaciones de obra expedidas por la concursada, y ello en relación con la STS de 10 de mayo de 2013 " es obvio que la dación en pago, ni es una operación propia del trafico ordinario, ni la que es objeto de examen estuvo realizada en condiciones de mercado " “: SAP Vizcaya (Sección 4) 09.04.2014 (Sentencia 250/2014; Rollo 707/2013)

3.5.1.1 A persona especialmente relacionada

AP Barcelona

“7. Para resolver el presente asunto es necesario valorar, puesto que es un hecho incontrovertido, que las daciones en pago realizadas el 5 de octubre de 2012 por la mercantil I.C. Voral, S.A a las ahora recurrentes encajan dentro del supuesto previsto en el art. 71.3.1º LC y, por tanto se ven afectadas por la presunción *iuris tantum* de actos perjudiciales para la masa activa, si el contexto en que se producen dichas daciones en pago permite eludir la rescisión concursal.
Dos son las alegaciones que las recurrentes realizan a tal fin:
Acreditan que se trata de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (art. 71.5 LC)
Acreditan la falta de perjuicio para la masa activa del concurso, destruyendo así la presunción legal del art. 71.3.1º LC.
8. Puesto que la primera de ellas supone una excepción a la norma general de la rescisión concursal, debe analizarse con carácter previo. En relación con la aplicación del nº 5 del artículo 71 LC, el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de octubre de 2012 ha establecido: " *El art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".*
Aplicando esta doctrina a las daciones en pago efectuadas por la entidad I.C. Voral, S.A. a las recurrentes, no puede sino concluirse que, aún siendo exigibles los créditos cuya satisfacción se pretende, ni su realización era necesaria para evitar la paralización de la actividad empresarial de la mercantil, ni, como señala la sentencia recurrida, las mismas pueden considerarse hechas en condiciones normales atendida la proximidad de la fecha de declaración del concurso de I.C. Voral, S.A. (auto de 15 de mayo de 2013, habiendo afirmado su situación de concurso por la vía del art. 5bis LC en diciembre de 2012). A ello debe añadirse, tal y como señala la AC, la proximidad, en el momento de la dación en pago, de las solicitudes de concurso”: SAP Barcelona (Sección 15) 02.06.2015 (Sentencia 145/2015; Rollo 377/2014)

3.5.2 Pago de préstamo a sociedad relacionada

AP Pontevedra

“Ante la falta de concreción en el art. 71-5-1º LC del concepto de actos ordinarios del deudor, la mejor doctrina viene a coincidir en exigir la concurrencia de dos características, a saber, que el acto se encuentre comprendido en la actividad empresarial o profesional de índole ordinaria, y que el acto sea realizado en condiciones normales. En relación a este último aspecto, el profesor Florentino, en el manual "La Ley Concursal" de la Revista del Poder Judicial, señala en orden a su apreciación que ha de ponderarse una serie de factores, cuales los de si se corresponden con la manera habitual de llevar a cabo ese tipo de actos, si no hay nada que los singularice por su objeto, volumen, coste o condiciones, etc..., así como el momento de su realización, en el sentido de ver difuminada su característica de normalidad cuando los actos dispositivos vienen a tener lugar hallándose el deudor en una situación de insolvencia o de serias dificultades económicas.
Pues bien, a tenor de las circunstancias concurrentes en el caso examinado y puestas de relieve por el Juez de lo Mercantil en su sentencia, esto es, de tratarse de actos dispositivos que en su conjunto alcanzan un elevado importe (de casi doce millones de euros), realizados por la deudora concursada en favor de un único acreedor ("Promalar S.L., cuyo administrador único don Hermenegildo es a su vez apoderado de la concursada BASA, por nombramiento conferido por su hijo don Prudencio en su condición de administrador único de BASA), con la finalidad de devolución de un préstamo que no precisamente de atender obligaciones para el desenvolvimiento del proceso productivo de la empresa, y en un momento (período Mayo - Diciembre 2008) en que la sociedad atravesaba dificultades económicas (cuál resulta del contenido de la Memoria jurídico
-económica acompañada con el escrito de solicitud de concurso, en donde se recoge para el ejercicio 2007 unas pérdidas en el ejercicio de la actividad de 6782000 euros con indicación de la existencia de un fondo de maniobra negativo, pérdidas que en el siguiente ejercicio 2008 pasan a ser del orden de 7582000 euros, todo lo cual pone de manifiesto la necesidad de la entidad de obtener financiación para no verse compelida a presentar la solicitud de concurso, al que finalmente terminó abocada la sociedad, cabe concluir el carácter no ordinario y de tampoco realización en condiciones normales (máxime teniendo en cuenta que el numerario empleado se obtuvo de un préstamo hipotecario) de las transferencias dinerarias llevadas a cabo por BASA en favor de "Promalar S.L." y objeto de litis. ”: SAP Pontevedra (Sección 1) 08.03.2012 (Sentencia 103/2012; Rollo 717/2011)

3.5.3 Pago a un acreedor con el importe de la venta de la nave

AP Valladolid

“QUINTO. El artículo 71.5 de la Ley Concursal, que también invoca el recurrente en su favor, ciertamente establece una excepción al principio general que proclama en su apartado primero y por el que considera rescindibles "los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración aunque no hubiese existido intención fraudulenta " ahora bien, como tal

excepción, debe ser objeto de una interpretación restrictiva y no extensiva, atendiendo como es lógico al caso concreto y a las particularidades concurrentes. Así y por lo que se refiere a la expresión "actos realizados en condiciones normales" o al concepto de "normalidad", no ha de atenderse exclusivamente a si se da o no un equilibrio en las prestaciones de las partes o se hace en condiciones de mercado, sino si además se corresponde con una manera lógica, razonable y constante de llevar a cabo estos actos en el momento y contexto en que se producen, de modo que, deben valorarse una serie de circunstancias, tales como, la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos, su excepcionalidad respecto de otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa, la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación, la incompatibilidad de la forma del acto con las usuales en el tráfico de la empresa, la inmediatez de la realización del acto con la solicitud del deudor de ser declarado en concurso, y en fin el propio conocimiento que este pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras. Pues bien, en el supuesto presente, si bien el pago hecho por la concursada al Banco recurrente, lo fue para satisfacer unos créditos vencidos y líquidos, sin embargo no puede decirse que reuniera las condiciones de normalidad exigidas, por el mentado precepto, dada la excepcionalidad que representa tanto el hecho de que se hubiera efectuado con el importe obtenido como precio de venta de la nave en que la concursada sus actividades como el hecho de que se hubiera beneficiado a un acreedor concreto con evidente agravio y discriminación de todos los demás.": SAP Valladolid (Sección 3) 12.12.2011 (Sentencia 424/2011; Rollo 405/2011)

3.5.4 Pago de la retribución estatutaria del administrador social

Tribunal Supremo

" 12. Los dos pagos percibidos por el Sr. Rogelio, como administrador de la sociedad, no pueden quedar excluidos de la rescisión concursal por virtud del art. 71.5.1º LC, como pretende el recurrente, pues la remuneración indebida de un administrador no puede constituir un acto ordinario de la compañía realizado en condiciones normales.
Como afirmamos en la sentencia de 629/2012, de 26 de octubre, "(e)l art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".
La remuneración de los administradores, supeditado estatutariamente a la obtención de beneficios y en función de los mismos, no forma parte de la actividad empresarial de la sociedad. No constituye ningún acto propio de su giro y tráfico, ni puede considerarse consustancialmente ligado de forma ordinaria a su desarrollo. Ni mucho menos cabe entender que ha sido realizado en condiciones normales, cuando no han existido ganancias y, por lo tanto, se han pagado apartándose de la previsión estatutaria que lo justificaba.":.": STS 24.07.2014 (Sentencia 428/2014; Recurso 2912/2012)

AP Madrid

"Desde otro punto de vista, el apelante ha postulado la aplicación en su favor de la excepción contemplada por el Art. 71-5,1º que excluye con carácter general la rescisión respecto de "los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales". La objeción no resulta asumible por dos razones:
1.- Porque olvida que dicha excepción está sometida a un condicionamiento doble, de manera que, aun cuando considerásemos que el pago de la retribución estatutariamente fijada a los administradores de una sociedad mercantil constituye un acto de naturaleza "ordinaria", sería también menester que dicho acto se hubiera realizado "en condiciones normales", normalidad que no podemos apreciar en una hipótesis como la que nos ocupa en la que se produce una pago acumulado e instantáneo de retribuciones correspondientes a cuatro anualidades y en provecho de un solo miembro del consejo de administración por expreso acuerdo de este, y todo ello a tan solo un mes de la presentación de la solicitud de concurso, es decir, de manera apresurada y en el inequívoco designio de eludir el sometimiento del derecho de crédito que pudiera asistir al Sr. Javier por razón de sus retribuciones al principio de comunidad de pérdidas propio del concurso y a su más que probable subordinación.
2.- Porque, en cualquier caso, como indica la reciente S.T.S. de 24 de julio de 2014, la remuneración de los administradores no forma parte de la actividad empresarial de la sociedad porque "...no constituye ningún acto propio de su giro y tráfico ni puede considerarse consustancialmente ligado de forma ordinaria a su desarrollo...".
Por lo demás, el acto que se rescinde es el abono de 600.000 # que tuvo lugar en bloque y precisamente en el mes de noviembre de 2009, de manera que, siendo las circunstancias que rodean a dicho abono las determinantes de su rescindibilidad, no cabe tampoco atender la pretensión del apelante de que se diversifique el pronunciamiento excluyendo de él a la parte de crédito que correspondería a retribuciones de anualidades anteriores al periodo de dos años que contempla el Art. 71-1 de la Ley Concursal.": SAP Madrid (Sección 28) 19.01.2015 (Sentencia 18/2015; Rollo 128/2014)

3.5.5 Pago anticipado de créditos bancarios

AP Zaragoza

"CATORCE. -Por lo tanto, estamos en el supuesto del art 71-2 L.C.: presunción iuris et de iure de perjuicio patrimonial. Sin que pueda obviarse tal calificación mediante la incardinación en el apartado 5-1º de dicho precepto.
No son actos ordinarios de la actividad empresarial el pago y cancelación anticipada de préstamos a entidades bancarias, en los que los socios de la empresa son fiadores a título personal y ello, precisamente, tres meses ante de entrar en concurso. Porque se protege así a dichos fiadores en perjuicio del reparto igualitario entre acreedores y privando a la masa activa de una importante cantidad de numerario.": SAP Zaragoza (Sección 5) 17.11.2014 (Sentencia 356/2014; Rollo 258/2014)

3.5.6 Pago de deudas de otra sociedad del grupo

AP Barcelona

"CUARTO. Sobre la concurrencia de la excepción del artículo 71.5.1º LC (actos ordinarios)
13. El recurso insiste en la alegación de que los actos impugnados no son reintegrables porque les resulta de aplicación la excepción prevista y regulada en el artículo 71.5.1.º LC, por tratarse de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
14. No podemos compartir tal apreciación. Que otra empresa del grupo, que actúa como contratista principal y que ha subcontratado parte de una obra, deba afrontar el pago de las deudas generadas a partir de la ejecución de la obra, no puede ser considerado un acto ordinario sino que es algo excepcional. Lo ordinario es que cada empresa abone sus propias deudas y no tenga que acudir para que se las abone a otra empresa del grupo. Por esa razón, tampoco la compensación, que hemos considerado como verdadero acto objeto de la impugnación, la podemos considerar como un acto ordinario.": SAP Barcelona (Sección 15) 01.12.2014 (Sentencia 388/2014; Rollo 380/2014)

3.6 Devolución de aportaciones o préstamos a los socios o administradores

Tribunal Supremo

"Teniendo en cuenta lo expuesto, la decisión de la Audiencia Provincial de no considerar aplicable la excepción del primer inciso del art. 71.5 de la Ley Concursal es acertada. La justificación de esta previsión legal, proteger la confianza del tercero en la eficacia de los actos en que se manifiesta la actividad normal del deudor, carece de sentido en actos como los que son objeto de enjuiciamiento. Tanto más cuando una de las causas de que se prevea el carácter subordinado de los créditos de los socios relevantes es, como se ha expuesto, que esta financiación suele encubrir supuestos de infracapitalización, en los que lo correcto hubiera sido una aportación suficiente de capital social para que la sociedad pudiera acometer su actividad gozando de un patrimonio suficiente que sirviera de garantía frente a sus acreedores.
Por lo expuesto, el reembolso de estas cantidades al socio mayoritario y administrador único en los dos años anteriores a la declaración del concurso, en perjuicio de otros acreedores, no puede considerarse como un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales a efectos de hacerlo inatacable en el sistema de las acciones de reintegración del concurso.": STS 10.07.2013 (Sentencia 487/2013; Rollo 440/2011)

AP Alicante

"Por último, tampoco compartimos el breve alegato de que los pagos que hizo el Club a sus directivos fueron actos ordinarios de la entidad, pues la excepción del art. 71.5 LC se refiere a los actos ordinarios de su actividad profesional o empresarial, y claramente la devolución de préstamos no merece esta calificación. No se trata de actos imprescindibles, o al menos necesarios, para la continuación de la actividad del Club; más bien, al contrario, pretendían favorecer a los directivos prestamistas (o aportadores de fondos) frente al resto de los acreedores de la entidad.": SAP Alicante (Sección 8) 25.02.2014 (Sentencia 45/2014; Rollo 308/2013)

AP Barcelona

"La administración concursal de Sant Vicenç-Can Ros SL instó, mediante el incidente concursal correspondiente, la rescisión del acto de disposición realizado por la concursada el 18 de julio de 2008, por importe de 30.000 euros, a favor de su socio, aquí codemandado, don Mariano. El Sr. juez mercantil estimó la demanda y contra su sentencia apelan ambos demandados, que solicitan su revocación, con la desestimación de la demanda de la Administración concursal.
La mejor comprensión de lo debatido aconseja relacionar los hechos relevantes del caso, que la sentencia del juzgado refiere, de forma clara y concisa, en el fundamento de derecho primero, y que no han sido discutidos -aunque sí su valoración- en apelación. Son, en síntesis, los siguientes:
1)Don Mariano es socio de la sociedad concursada, Sant Vicenç-Can Ros, S.L., con una participación en el capital social superior al 10 por ciento.
2)El día 16 de julio de 2008, el Sr. Mariano recibió de Sant Vicenç-Can Ros 30.000 euros.
3)Tres días después fue solicitado el concurso voluntario de Sant Vicenç-Can Ros, declarado por auto de 30 de

octubre de 2008.
4)Don Mariano era fiador solidario de la póliza de crédito de que era titular la sociedad concursada. Con la finalidad de atenderla a su vencimiento, hizo una aportación patrimonial de 33.000 euros el 18 de abril de 2008. Las aportaciones fueron realizadas por el concursado para financiar a la sociedad, falta de tesorería, de manera que ésta pudiera dar comienzo a dos promociones y pudiera obtener entonces crédito al promotor por parte de las entidades financieras.
5)El objeto de la deudora concursada es la promoción y construcción de viviendas.
(...)
6. Como se ha dicho -apartado e) del fundamento de derecho 4-, la parte apelante invoca el artículo 71.5 LC, primer inciso. Por razones sistemáticas atenderemos, en primer lugar, a este motivo de recurso. El precepto, en la redacción aplicable en el tiempo, establece que "en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales".
La sentencia descartó que el acto de la concursada pudiera incluirse en el marco del artículo 71.5 LC como acto propio del giro ordinario del deudor. Entendió que difícilmente puede concluirse que la devolución de aportaciones realizadas por los socios pueda configurarse como tráfico mercantil ordinario de la sociedad, por más que pueda constituir algo habitual en todo tipo de sociedades. El Sr. magistrado señaló que el acto no guarda relación con el objeto social de la entidad demandada ni constituye su tráfico ordinario ni puede concluirse que el precepto incluya en su tenor la amortización de la financiación cuando no se acredita que esté animada por las razones y finalidades de la previsión legal, que es la de asegurar la continuidad de la empresa. La restitución de cantidades debidas al socio no puede estimarse idónea, decía el juez, para contribuir a evitar la insolvencia y continuar generando ingresos por medio de la actividad que le es propia.
En su recurso de apelación, los demandados afirman que para incluir el acto de la concursada entre los ordinarios del artículo 71.5 no es necesario que deba tratarse de actos relacionados con el objeto social de la sociedad y basta que se trate, como es el caso, de una forma de actuar ordinaria de la concursada. Para apoyar su tesis, citan la sentencia de esta Sección 15ª, de 8 de enero de 2009.
Sin embargo, dicha sentencia se limitó a decir, por lo que respecta al tema aquí debatido que, dentro de los actos previstos en el artículo 71.5 LC, primer inciso, se comprendían "en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado, así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa, y los de gestión extraordinaria" y señaló que podía ser discutible "la incardinación de los pagos al acreedor financiero en el concepto de actos ordinarios a que se refiere el art. 71.5 LC, ya que la norma contrae tal calificación, literalmente, a los actos propios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, sin alusión a los pagos o actos de amortización regular de la financiación externa."
En el caso de autos, no se trata de una financiación externa, sino de la aportación de un socio a la sociedad, fuera del régimen de aportaciones al capital social regulado en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL) y fuera del régimen de los préstamos participativos, en que deberían consistir los actos ordinarios de financiación de la sociedad por los socios. Debemos compartir plenamente, por tanto, las consideraciones del juez mercantil y descartar que el de autos -esa devolución de la aportación del socio, efectuada tres días antes de la solicitud de concurso voluntario de la sociedad- constituya un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales. El acto no queda, por tanto, al margen de la rescisión por aplicación del artículo 71.5 LC.”: SAP Barcelona (Sección 15) 20.04.2011 (Sentencia 192/2011; Rollo 578/2010)

“4. Por último, en relación con el límite del acto ordinario que recoge el art. 71.5 LC ("En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales...)", la consideración de acto de giro ordinario en tal sentido queda excluida en este caso ante la aplicación del 71.3.1º LC.
No puede mercer la consideración de acto de giro ordinario realizado en condiciones normales, en el ámbito del art. 71.5 LC, el pago a un socio-administrador financiador o a dos de ellos en una época, muy próxima al concurso, en la que la sociedad ya ha cesado en su actividad y cuenta con un pasivo vencido y exigible considerable ante instituciones públicas, que luego dará lugar a la petición de concurso, con el resultado de favorecer a ese socio o socios permitiéndoseles eludir el tratamiento subordinado de sus créditos en la situación concursal inminente o previsible.”: SAP Barcelona (Sección 15) 01.03.2012 (Sentencia 84/2012; Rollo 532/2011)

AP Valladolid

“Por otra parte la consideración de tales reintegros como actos de giro o tráfico ordinario de la empresa, que excluiría la prosperabilidad de la acción de reintegración al amparo de lo dispuesto en el art. 71.5 LC, queda excluida en este caso ante la aplicación del 71.3.1º LC, al margen de su mas que dudosa aplicabilidad a los pagos en devolución de préstamo. Dicho precepto refiere la calificación de acto ordinario, literalmente, a aquellos propios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, sin alusión a los pagos o actos de amortización de la financiación externa que de forma escasamente ortodoxa se canalizó mediante la cuenta de socios y administradores. Mal cabe calificar por otra parte tales inyecciones de fondos como operaciones meramente puntuales de financiación para salvar transitorios y concretos problemas de tesorería, pues como antes se relató la cifra reintegrada en el primer cuatrimestre de 2008 asciende a mas de 300.000 euros y los ingresos en la cuenta citada por parte de dicho socio comenzaron a producirse y acumularse ya desde el año 2006. Como antes dijimos tampoco hay prueba alguna de que al tiempo de hacerse los pagos en cuestión la sociedad se hallara en una situación económica o patrimonial de normalidad

que justificara el reintegro de lo prestado al socio financiador sin eludir el tratamiento subordinado en una situación concursal inminente o previsible. Como antes se dijo ya en la propia Memoria del ejercicio en cuestión se detalla la falta de actividad durante el mismo y el negro futuro que se avecinaba de proseguir dicha situación. Vamos por lo tanto a revocar la sentencia apelada y a estimar el recurso y con ello la demanda que da origen al presente incidente concursal.": SAP Valladolid (Sección 3) 26.07.2011 (Sentencia 274/2011; Rollo 83/2011)

3.7 Venta por promotor de finca singular y en condiciones singulares

AP Barcelona

"QUINTO. 1. En cuanto a los motivos de fondo, la recurrente aduce que, aunque el precio de la compraventa pudiera considerarse inferior al de mercado, lo que no acepta, no sería procedente la reintegración concursal porque la impide el art. 71.5, 1º LC, atendido que la venta debe considerarse como un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en "condiciones normales".
No se cuestiona por las partes que la venta del inmueble cuya rescisión se interesa constituye un acto de la actividad profesional o empresarial de la concursada. El inmueble en cuestión formaba parte de una promoción que la concursada había llevado a cabo tres años antes, integrada por seis casas, de las que previamente había vendido las otras cinco (durante el mismo año 2004, en que finalizó su construcción).
3. En opinión de la recurrente, lo que se establece en el apartado 5 del art. 71 LC es una excepción a la regla general establecida en el apartado 1. La regla general es la rescisión de los actos perjudiciales a la masa realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso y la excepción que no serán rescindibles (aunque fueran perjudiciales para la masa) los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones ordinarias. También alega la parte que, para poder reintegrar la venta, es preciso que se acredite que se efectuó fuera de las condiciones normales y en el examen de las mismas no puede entrar la diferencia entre un supuesto valor de mercado y el precio, pues es el hecho que la ley excepciona. (...)
Debe compartirse con la recurrente que no es tarea fácil determinar lo que debe considerarse como <<actos realizados en condiciones normales. Y no es propósito de esta resolución aclarar ese concepto, sino exclusivamente determinar si puede considerarse que el acto objeto de la acción de reintegración puede considerarse realizado en condiciones normales y, por consiguiente, excluido de la reintegración concursal.
Como punto de partida, la simple lectura de la norma en examen permite llegar a una primera conclusión: que no todos los actos que tengan la condición de ser actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor pueden considerarse por ello excluidos de la reintegración, sino exclusivamente los que, además, ostenten la condición de haberse ejecutado en condiciones normales de mercado. Por consiguiente, es preciso examinar si el acto cuestionado cumple la doble exigencia legal: (i) ser un acto ordinario y (ii) realizado en condiciones normales de mercado.
Aunque pueda parecer irrazonable poner en cuestión el carácter de "acto ordinario" de la venta por una promotora inmobiliaria de un inmueble incluido en una de sus promociones, resulta dudoso que la excepción legal en examen esté pensada para supuestos como el que es objeto de consideración en esta litis. Dos circunstancias extraordinarias concurren en esta operación que hacen dudar de su carácter "ordinario":
(i) el extraordinario valor del activo y (ii) la gran distancia temporal con la venta de los demás inmuebles que integraban la misma promoción. El valor de la venta, según la propia estipulación que las partes fijaron en el contrato, supera el millón de euros y la actora le imputa un valor de aproximadamente el doble. Por otra parte, no se trata de una venta realizada con proximidad a la finalización de la propia promoción y dentro de un contexto de ventas generalizadas de los distintos inmuebles que la integraban, en cuyo caso no tendríamos dudas de calificar el acto como de ordinario, sino que se trata de una venta aislada, en un doble sentido: (i) porque no consta que la promotora aún tuviera otros inmuebles cuando la llevó a cabo; y (ii) porque las demás viviendas que integraban la promoción se vendieron (todas ellas) 3 años antes. Esas dos circunstancias son las que nos hacen dudar de que realmente se trate de un acto ordinario.
Por otra parte, también tenemos dudas de que pueda considerarse como un acto realizado en condiciones normales de mercado. Aunque pueda compartirse que a estos efectos no es determinante el precio pagado, atendido que el precio lo determina precisamente el mercado, tampoco puede ignorar que el abono de un precio que pueda reputarse muy inferior al que sería normal en el mercado puede ser un indicio de que la venta no se haya efectuado en condiciones normales de mercado. Este indicio concurre en el supuesto enjuiciado, sea por las causas que sean (justificadas o injustificadas), de manera que ello es suficiente para excluir que se esté ante una operación de venta realizada en condiciones normales de mercado.
A ello debe añadirse una segunda circunstancia que también nos hace dudar de que esta venta pueda considerarse efectuada en condiciones normales de mercado: que en el contrato que las partes firmaron se autorizó a la compradora a retener la cantidad de nada menos que trescientos mil euros, es decir, prácticamente todo lo que superaba el importe de la hipoteca constituida, en garantía por el levantamiento de una carga que pesaba sobre la finca, concretamente un expediente de restitución al dominio público promovido por la Generalitat de Catalunya, particularmente cuando el carácter de la misma dejaba prácticamente en manos del adquirente su efectivo levantamiento, al que la vendedora se había comprometido cuando ya existían resoluciones administrativas firmes.
Y una tercera circunstancia que incrementa las dudas de que se esté ante una operación realizada en condiciones normales de mercado procede del hecho de que en el propio contrato las partes incluyeran una condición que pretendía impedir el eventual ejercicio de la acción de rescisión por lesión ultra dimidium. Con independencia de la dudosa validez que tal cláusula pudiera tener, su propia existencia desvela la idea de que debía existir conciencia entre los contratantes de que el precio fijado era muy inferior al de mercado.

Por consiguiente, no concurre la excepción establecida en el art. 71.5, 1º LC, lo que determina que deba entrarse en el examen de las cuestiones propiamente de fondo que la acción rescisoria plantea.": SAP Barcelona (Sección 15) 17.03.2011 (Sentencia 121/2011; Rollo 481/2010)

3.8 Fondos bancarios retirados por el administrador sin justificacion suficiente

AP Pontevedra

"PRIMERO.-En el presente procedimiento de incidente concursal, promovido por la Administración concursal de la mercantil concursada "Sacos Ibéricos de Papel 2002 SL" contra dicha entidad concursada y la Sra. Tomasa, ésta última en su condición de Presidenta del Consejo de Administración de la sociedad, en ejercicio de una acción de reintegración a la masa activa del concurso de la cantidad de 24000 euros, que la Sra. Tomasa retiró en efectivo de una cuenta bancaria abierta a nombre de la concursada, a través de un cheque en ventanilla, en fecha 18/3/2009, esto es, una semana antes de ser la entidad declarada en situación de concurso voluntario, cuya solicitud tuvo entrada en el Juzgado en fecha 2/3/2009, frente a la sentencia de instancia estimatoria de la demanda incidental, en el sentido de venir a declarar la rescisión de la disposición dineraria efectuada por la Sra. Tomasa el día 18/3/2009, condenando a dicha demandada a restituir a la masa del concurso la suma de 24000 euros, recurre en apelación la demandada Sra. Tomasa.
En la resolución impugnada, la Juez de lo mercantil fundamenta su decisión en no haberse acreditado que dicha disposición dineraria responda al pago de ninguna deuda para con la Sra. Tomasa por abonos realizados por ésta con fondos propios para satisfacer obligaciones de la sociedad, con lo cual el reintegro de 24000 euros llevado a cabo el día 18/3/2009 por la citada señora de la cuenta bancaria titularidad de la mercantil concursada cabe ser conceptuado de perjudicial para la masa activa del concurso y a ésta ha de ser restituido.
SEGUNDO.-En su escrito de interposición de recurso de apelación, la demandada recurrente aduce en pro de la desestimación de la demanda incidental el haber justificado el destino dado al dinero retirado el 18/3/2009, consistente en: 1) gastos de viaje comercial a Asia, por importe de 8193,78 euros; 2) gastos judiciales correspondientes a la defensa de la compañía portuguesa "Sidepa-Sacos Ibéricos de Papel Lda", socia mayoritaria de la concursada, frente a la compañía italiana "Rotopress" ante la jurisdicción italiana, por importe de 2615 euros; y 3) en cuanto al resto del importe retirado, la recurrente no ha podido aportar justificantes de los pagos realizados por cuenta de la compañía portuguesa "Sidepa-Sacos Ibéricos de Papel Lda", ya que la referida compañía ha sido declarada en concurso por la jurisdicción portuguesa, y toda la documentación contable de la referida sociedad se encuentra en poder de la administradora del concurso, Dra. Julieta.
La operación atacada por la Administración concursal, a través del ejercicio de la acción de reintegración, no puede ser objeto de rescisión, puesto que la retirada de 24000 euros de la cuenta de la sociedad concursada por la Presidenta del Consejo de Administración se incardina en la categoría de actos ordinarios de la actividad de la Compañía, y, además, se trata de una operación usual o habitual dentro de dicha actividad.
Así pues, al haber invocado la recurrente el art. 71-5 de la LC, la Administración concursal demandante tendría que haber acreditado el carácter no ordinario de la operación atacada por la acción de reintegración, lo que no ha hecho.
TERCERO.-En relación a la presente materia, en anteriores sentencias de esta misma Sección, de fecha 22/9/2009 y 21/3/2011, se señaló:
" Que el art. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de "acciones de reintegración". Como afirma la Exposición de Motivos de la LC, "La ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro".
En consecuencia, la ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previgente, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del "perjuicio para la masa activa" se facilita con presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.
De otra parte, resulta difícil dar un concepto concreto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial de la seguridad jurídica. Sin embargo, es bien conocido cómo la jurisprudencia mercantil se está decantando, en abierta oposición a sólidas interpretaciones doctrinales, por el concepto amplio de perjuicio, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 y sentencia de 8 de enero de 2008, AP Barcelona, secc. 15 ª. El concepto de "perjuicio" no es puramente cuantitativo, sino que puede consistir en una disminución de la garantía de cobro, lo cual acontece cuando se hace un pago ignorando el principio de la "par conditio creditorum". Así se desprende del tenor de algunas de las presunciones que contiene el artículo 71 LC, en supuestos que no entrañan una disminución patrimonial, pero que no se consideran de carácter neutro, sino que resultan perjudiciales.
No obstante es claro que la disminución patrimonial, ya sea en sentido cuantitativo o cualitativo, es un requisito

necesario pero no suficiente para considerar producido el perjuicio. Es necesario, además, que se trate de un acto no justificado en términos jurídicos y económicos. Por eso, cualquier pago que se realice en período sospechoso no tiene por qué ser automáticamente rescindible. Ese automatismo únicamente podría predicarse de los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento sea posterior a la declaración del concurso. Sin embargo, en el resto de los casos no ocurre así, pues en éstos, es necesario apreciar la concurrencia de un detrimento patrimonial no justificado. El propio artículo 71 LC, en su apartado 5 contempla un supuesto de justificación al establecer que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional del deudor realizados en condiciones normales.
Pues bien, por "actos ordinarios" podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica la SAP Barcelona de 8 de enero de 2.008. Para determinar la existencia de "condiciones normales", debemos examinar la singularidad del acto en términos económicos y/o jurídicos; su excepcionalidad respecto a otras operaciones del mismo tipo que se hayan hecho con anterioridad o posterioridad por la empresa; la discriminación o agravio comparativo respecto de otros acreedores en idéntica situación; la forma de llevar a cabo el acto rescindible en relación a las habituales de la empresa; la proximidad temporal con la declaración del concurso; y en fin, el propio conocimiento que el concursado pudiera tener de su situación de insolvencia y dificultades financieras en el momento en que se lleva a cabo el cuestionado acto o negocio"
Sentadas las precedentes premisas, dado que la Administración concursal demandante pone ya de relieve la existencia de una evidente disminución patrimonial con el solo relato (objeto, por lo demás, de oportuna justificación documental) de la operación de retirada de 24000 euros llevada a cabo por la demandada Sra. Tomasa (presidenta del Consejo de Administración de la sociedad) de una cuenta bancaria de la entidad concursada -después de haberse presentado ante el Juzgado solicitud de declaración en situación de concurso voluntario de la referida entidad-, que la Sra. Tomasa niega se haya destinado a una provisión de fondos para el bufete de abogados "De la Fuente García Asesores", por aplicación del apartado 3 del art. 217 de la LEC pasa a incumbir a la parte demandada la prueba de que dicha disposición dineraria tenía por finalidad hacer frente a la satisfacción de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial de la concursada realizados en condiciones de normalidad (art. 71-5-1º de la LC), cuál resulta ser la postura mantenida por la demandada recurrente.
Pues bien, no es ya solo que no se acredite la realidad de tales obligaciones sociales, cuál correcta y minuciosamente se analiza en el fundamento de derecho segundo de la resolución recurrida, a cuyo contenido cabe remitirnos por no ser desvirtuado por la apelante en su recurso y en aras de evitar repeticiones innecesarias, sino también que respecto de buena parte de las operaciones que se indican sufragadas con cargo a la disposición de fondo de litis (pagos por cuenta de la compañía portuguesa Sidepa-Sacos Ibéricos de Papel Lda) no es posible la atribución a los mismos de la consideración de actos ordinarios de la entidad concursada "Sacos Ibéricos de Papel 2002 SL".
En consecuencia, se impone la desestimación del recurso de apelación y consiguiente confirmación de la sentencia de instancia impugnada.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 30.06.2011 (Sentencia 372/2011; Rollo 307/2011)

3.9 Reparto de dividendos

AP Cáceres

“SEPTIMO.-Finalmente, como tercer y último recurso, alega que estamos ante una actividad normal y ordinaria como es la compensación de créditos por compensación con cargo a reservas, no rescindible. Considera que ante las dificultades de financiación el acto cuya rescisión se pretende es ordinario y, por ende, no rescindible, en los términos que determina el artículo 71.5.1 de la Ley Concursal.
Ciertamente, incumbe a la concursada y ahora apelante, acreditar que estamos ante un acto ordinario propio de su actividad profesional o empresarial, realizado en condiciones normales, o que estaba justificado, como exige la jurisprudencia antes citada, más en el supuesto sometido a nuestra consideración, el negocio jurídico realizado entre la concursada y su único socio no es un acto ordinario, sino extraordinario, ajeno al tráfico propio de la actividad empresarial, por más que esté reconocido legalmente, y que no se ha realizado en condiciones normales, pues cuando se llevó a efecto la concursada ya se encontraba en estado de insolvencia, siendo obligación de la misma asegurar todos sus activos, entre ellos el crédito dinerario, vencido líquido y exigible, que ostentaba frente a su único socio Grupo La Summa, con independencia que pudiera pagarlo o no, pues es irrelevante.
Reiteramos, que el reparto de dividendos se acuerda por primera vez y además a favor del único socio que es precisamente el que tiene capacidad absoluta en la toma de decisiones dentro de la concursada, operando la presunción del perjuicio injustificado, pues el reparto de dividendos se efectúa a favor de persona especialmente relacionada, y no ha existido prueba de su justificación, antes al contrario, se efectuó en estado de insolvencia y se ha constatado que se efectuó con el único fin de extinguir un crédito dinerario, vencido y exigible.
El acuerdo del reparto de dividendos con cargo a reservas carecería de sentido en este caso, sin no fuera acompañado de la compensación de crédito que ostentaba la concursada; compensación que obviamente impide a ésta última su reclamación, con el consiguiente perjuicio para los acreedores.”: SAP Cáceres (Sección 1) 06.07.2015 (Sentencia 207/2015; Rollo 308/2015)

AP Tenerife

“Finalmente, el concepto de acto ordinario se explicó convenientemente en el fundamento de derecho noveno de la resolución recurrida (al que nos remitimos), sin que pueda considerarse que el reparto de dividendos entre en esa categoría, ya que tales actos se refieren en general a lo que constituye la actividad de puesta de bienes y servicios en el mercado por parte de la empresa insolvente, no los demás, y sin que los argumentos de la apelante estén apoyados en doctrina alguna más allá de su propia opinión. “:SAP Tenerife (Sección 4) 04.09.2012 (Sentencia 320/2012; Rollo 742/2011)

JM-1 Alicante

“En este caso, aun cuando el acto impugnado *[reparto de dividendo]* pueda ser ordinarios en la vida societaria, no parece que pertenezcan al ámbito de la actividad empresarial del deudor, y en todo caso, en el caso concreto, no se realiza en condiciones de normalidad, según se ha expuesto, atendida su singularidad y excepcionalidad según los hechos antes descritos que se dan por reproducidos para evitar inútiles reiteraciones.”: SJM-1 Alicante 15.04.2012 (Sentencia 109/2012; Incidente 574/2011)

3.10 Dotaciones de fondos o préstamos gratuitos

AP Barcelona

“QUINTO.-La concursada alega, por último, que los actos estarían excluidos de la reintegración conforme a lo previsto en el artículo 71.5º-1º de la Ley Concursal, que contempla como no rescindibles "los actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor realizados en condiciones normales". En sentencia de 27 de enero de 2011 (ROJ 1765/2011) dijimos que entre ellos *"se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria.*
Hemos señalado en anteriores sentencias que si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos."
La alegación tampoco puede prosperar. Los préstamos entre empresas de grupo, por habituales que sean, no integran la actividad ordinaria del deudor. Los actos han de analizarse desde la perspectiva de la concursada, cuyo objeto social no consta que comprenda entregar cantidades a préstamo sin interés. Es indiferente, en definitiva, el destino que pudiera darle la prestataria a la cantidad percibida.”: SAP Barcelona (Sección 28) 02.05.2013 (Sentencia 176/2013; Rollo 34/2013)

AP Zaragoza

“QUINTO.- Actos ordinarios del tráfico realizados en condiciones normales
Por último, parecen invocar los demandados y rechazar la resolución recurrida que se traten dichas transferencias de operaciones propias del tráfico jurídico formalizadas en condiciones normales. Tales actos no entran dentro del amplio objeto social de la concursada vinculado a la decoración e instalación de locales viviendas y edificios y todo tipo de operaciones sobre muebles y otros elementos auxiliares de decoración; en modo alguno tiene la misma un objeto social financiero o vinculado siquiera a la confección de prendas de vestir o su distribución y venta. De otra parte, la entrega de cantidades sin remuneración o beneficio alguno está lejos de ser una operación propia del tráfico normal de la sociedad, más bien parece referirse a operaciones extraordinarias y en modo alguno en condiciones normales, no lo son la gratuidad, no se ha acreditado otra cosa. Por ello, están lejos de la normalidad invocada en la operativa económica de la sociedad. El recurso, a la vista de los anteriores argumentos ha de ser íntegramente desestimado.”: SAP Zaragoza (Sección 5) 12.02.2013 (Sentencia 91/2013; Rollo 34/2013) y,en términos idénticos, SAP Zaragoza (Sección 5) 12.02.2013 (Sentencia 94/2013; Rollo 33/2013)

3.11 Operaciones de refinanciaciòn

AP Tenerife

“7. Insiste la parte apelante en que se trata de unas operaciones normales dentro de la actividad propia de la concursada, que habría que incluir en el art. 71.5 de la LC en su redacción en vigor en el momento en que se realizaron.
Sin embargo, ni las condiciones de la empresa eran de normalidad, como se desprende de lo señalado, ni cabe entender que se trate de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor. La sentencia apelada entiende que no es así con un escueto razonamiento en el que se limita a señalar "que el objeto de la sociedad concursada es la construcción y promoción inmobiliaria".
Ciertamente se trata de un argumento lacónico (pero que puede ser y es suficiente), como también es cierto

que la obtención de la financiación con la prestación de garantías hipotecarias es una actuación corriente en el ámbito de la promoción inmobiliaria. Pero esto es una cosa y otra es que esa financiación integre la actividad ordinaria de la deudora que necesariamente debe ponerse en relación con el objeto social que le es propio, como se pone en relación en la sentencia apelada que precisamente alude la objeto social para excluir las operaciones de la actividad propia de la concursada. Así lo entiende también la doctrina más autorizada (como, por ejemplo, la que cita la misma apelante mediante nota a pie de página en su recurso) en la que se señala que no puede "entenderse que ello concurra en una refinanciación que podrá ser un acto ordinario de la actividad del acreedor profesional, pues ello constituye parte de su objeto social, pero no del deudor debiendo referirse a éste el carácter de acto ordinario de la actividad para que opere la exención de la rescisión contemplada." Tampoco cabe, pues, estimar este argumento del recurso.". SAP Tenerife (Sección 4) 08.04.2013 (Sentencia 125/2013; Rollo 465/2012)

3.12 Situación de liquidaciòn de hecho

AP Cáceres

"Se dice por la apelante que dichos pagos realizados a alguno de los acreedores responden a una actividad ordinaria de la empresa realizada en condiciones normales, que está excluida de la reintegración al amparo de lo dispuesto en el art. 71.5.1º de la LC. Pues bien hemos de recordar, con la cita de la sentencia que venimos refiriendo, es decir, la STS 10-7-2013 en la interpretación de dicha norma jurídica que " *El citado precepto establece en su primer inciso que «en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales [...]». Como ha recordado la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 740/2012, de 12 de diciembre, recurso núm. 1336/2010, el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993).*
Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.
La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.
Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.
La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse".
Pues bien, frente a lo que se expone en el recurso, dichos pagos selectivos y anticipados a la situación clara de concurso tras el cese de actividad, no responden a una actividad ordinaria de la empresa realizada en condiciones normales, es decir, al supuesto de excepción a la reintegración que contempla el art. 71.5.1º de la Ley, y ello porque no es lo ordinario ni lo normal, la liquidación de hecho de la masa pasiva, sin ni siquiera haber operado la disolución de la entidad y procedido conforme a las normas de la liquidación societaria, siendo que además lo normal, dada la carencia de actividad y la inasumible masa pasiva que revelaba al menos una insolvencia inminente sino actual, hubiera sido la solicitud del concurso. Por tanto estamos ante un acto excepcional que no puede merece el calificativo de ordinario y que debe ser rescindido al representar un claro perjuicio para la comunidad acreedores." SAP Cáceres (Sección 1) 30.04.2014 (Sentencia 106/2014; Rollo 152/2014)

"Se dice por la apelante que dichos pagos realizados a alguno de los acreedores responden a una actividad ordinaria de la empresa realizada en condiciones normales, que está excluida de la reintegración al amparo de lo dispuesto en el art. 71.5.1º de la LC. Pues bien, hemos de recordar, con la cita de la sentencia que venimos refiriendo, es decir, la STS 10-7-2013 en la interpretación de dicha norma jurídica que "El citado precepto establece en su primer inciso que «en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales [...]». Como ha recordado la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 740/2012, de 12 de diciembre, recurso núm. 1336/2010, el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones

ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993).
Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.
La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.
Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.
La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse".
Pues bien, frente a lo que se expone en el recurso, dichos pagos selectivos y anticipados a la situación clara de concurso tras el cese de actividad, no responden a una actividad ordinaria de la empresa realizada en condiciones normales, es decir, al supuesto de excepción a la reintegración que contempla el art. 71.5.1º de la Ley, y ello porque no es lo ordinario ni lo normal, la liquidación de hecho de la masa pasiva, sin ni siquiera haber operado la disolución de la entidad y procedido conforme a las normas de la liquidación societaria, siendo que además lo normal, dada la carencia de actividad y la inasumible masa pasiva que revelaba al menos una insolvencia inminente sino actual, hubiera sido la solicitud del concurso. Por tanto, estamos ante un acto excepcional que no puede merece el calificativo de ordinario y que debe ser rescindido al representar un claro perjuicio para la comunidad acreedores, y ello con independencia que los negocios jurídicos que motivaron las facturas fueran anteriores a la declaración del concurso o al cierre de la empresa, porque los pagos fueron posteriores a referido cierre.”: SAP Cáceres (Sección 1) 06.05.2014 (Sentencia 113/2014; Rollo 166/2014)

3.13 Transferencias sin causa a sociedad del grupo

AP Murcia

“Quinto.- Acto no excluido de reintegración
El otro motivo de apelación es la inaplicación del apartado 5 del artículo 71 LC según el cual "En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales..."
Se trata de una excepción que aparece en el derecho concursal anglosajón donde se configura como uno de los factores negatorios de las "fraudulent preferentes" y de la que se ha hecho eco la doctrina y la jurisprudencia al aplicar el derecho de quiebras derogado por LC para suavizar el rigor de la sanción de nulidad.
Como ha dicho esta Sala en previa sentencia de 23 de marzo de *2009 "esos "actos ordinarios" deben referirse a aquellas operaciones de carácter necesario o de contenido ineludible para el ejercicio de la correspondiente actividad empresarial, siempre que las mismas no conlleven, ni determinen un perjuicio patrimonial para el activo de la concursada. Entendemos que la referencia a dicho perjuicio patrimonial se impone con carácter necesario en atención a que precisamente es ese perjuicio el fundamento básico de la rescisión concursal. Y es que no cabe olvidar que puede suceder perfectamente que ese perjuicio pueda concurrir en determinadas operaciones o actos que se encuentren correctamente integrados en la ordinaria actividad de la sociedad"*
En el caso presente desenfoca el prisma de análisis la apelante, ya que aquí no se impugnan pagos concretos realizados por la concursada en periodo sospechoso, sino transferencias realizadas por ésta en favor de una sociedad que en ese momento aparecía como socia mayoritaria. Y evidentemente el mecanismo de transferencia automático -como se aprecia en el extracto bancario- en ningún caso se puede tildar como un acto ordinario del deudor realizado en condiciones de normalidad, ya que lo normal es que los pagos los realice el deudor, y no a través de terceros
A mayor abundamiento, tales pagos a acreedores o proveedores, a salvo el reseñado a BBVA, no quedan adverados, por lo que huelga verificar si se trataban de pagos de créditos vencidos y exigibles hechos en "condiciones normales"”: SAP Murcia (Sección 4) 07.05.2015 (Sentencia 247/2015; Rollo 488/2014)

3.14 Uso mecanismos objetivamente no normales o artificiosos para canalizar fondos a personas relacionadas

AP Madrid

“SEGUNDO.- La apelante pretende esquivar los efectos de la acción rescisoria ejercitada por la administración

concursal aduciendo que los pagos realizados constituirían actos ordinarios de la actividad empresarial de la concursada IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL, fruto de la relación comercial que le vinculaba con PATRIMONIAL DIRAHESAN SL desde hacía años, la cual fue iniciada con mucha antelación a la declaración de concurso.
El artículo 71.5.1º de la Ley Concursal (LC) exige dos premisas para dar amparo a un acto como excluido de la rescisión concursal: que la actuación realizada lo sea de carácter ordinario en la actividad profesional o empresarial del sujeto luego concursado y que haya sido realizado en condiciones normales en el curso de ella. Lo que el legislador persigue con esta regla es preservar la seguridad del tráfico mercantil, de modo que lo que pueda estimarse como fruto de la actividad ordinaria del deudor que luego haya resultado concursado no pueda quedar afectado por los efectos de la rescisión concursal.
Ahora bien, lo que no puede estimarse como inherente a la actividad ordinaria del concursado, por más que se hubiera podido adquirir el hábito de actuar de ese modo, es el establecimiento de mecanismos artificiosos para conseguir el desvío de fondos, al margen de los cauces societarios establecidos al efecto (percibo de dividendos, fijación de retribuciones, etc), a favor de socios, administradores (de hecho o de derecho) o de personas jurídicas controladas por éstos. Precisamente, la derivación de dinero procedente de una sociedad para atender los intereses propios de sus socios o de sus administradores (en este caso, de unos importes mensuales que han oscilado entre 5.000 y 11.000 euros, que habrían sido percibidos a través de la interposición en el cobro de otra persona jurídica) constituye un supuesto prototípico de actuación no ordinaria de una persona jurídica, por más que ello pudiera haberse constituido en una prolongada costumbre asentada en la operativa que se pudiera estar desarrollando en el seno de la misma. El que ello no llamase la atención en otro tipo de coyuntura no puede eximir la consideración que merece tal actuación en sede concursal en la que existe una pluralidad de afectados que tienen derecho a que se tutelen sus derechos. En la medida en que tal conducta no puede ser considerada, desde el punto de vista de un empresario, como una actuación inherente al curso natural de la actividad de la concursada, no podemos admitir el calificativo de "normalidad" que la parte recurrente pretende atribuirle a esta dinámica de funcionamiento. Lo que ha de ser considerado como normal no lo puede establecer el criterio subjetivo del propio interesado, sino que lo que debe entenderse por "condiciones normales" es lo que en cada caso pueda apreciarse al respecto mediante un juicio objetivo e imparcial.”: SAP Madrid (Sección 28) 13.06.2014 (Sentencia 188/2014; Rollo 775/2012)

“SEGUNDO.- VALORACIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LAS CUESTIONES SUSCITADAS EN EL RECURSO
4.- Hemos de advertir que el recurso reproduce miméticamente las circunstancias del tramitado en este mismo tribunal con el número 775/2012, resuelto por sentencia 118/2014, de fecha 13 de junio de 2014. En el propio escrito de la demanda iniciadora del presente expediente se da cuenta (apartado sexto de los hechos) de que la misma situación que con CARRERA se plantea con PATRIMONIAL DIRAHESAN, S.L., que es quien en ese otro recurso figura como parte recurrente, subrayando las vinculaciones (sus administradores son hermanos, mismo domicilio social) y la similitud del modus operandi de las dos sociedades, así como de la concursada en relación con ellas. Ello justifica que nos limitemos aquí a reproducir el argumentario desplegado en nuestra anterior resolución, pues no exige otras adaptaciones que la relativa a la denominación de la sociedad a la que se hicieron los pagos controvertidos, dada, insistimos, la absoluta identidad de sustrato fáctico y circunstancias procesales (alegaciones, pruebas e íter procesal).
5.- En nuestra sentencia de 13 de junio de 2014 resolvimos las cuestiones que se plantean en el recurso señalando lo siguiente:
"SEGUNDO.- La apelante pretende esquivar los efectos de la acción rescisoria ejercitada por la administración concursal aduciendo que los pagos realizados constituirían actos ordinarios de la actividad empresarial de la concursada IBERCENTRO MATERIALES ELÉCTRICOS SL, fruto de la relación comercial que le vinculaba con PATRIMONIAL DIRAHESAN SL desde hacía años, la cual fue iniciada con mucha antelación a la declaración de concurso.
El artículo 71.5.1º de la Ley Concursal (LC) exige dos premisas para dar amparo a un acto como excluido de la rescisión concursal: que la actuación realizada lo sea de carácter ordinario en la actividad profesional o empresarial del sujeto luego concursado y que haya sido realizado en condiciones normales en el curso de ella. Lo que el legislador persigue con esta regla es preservar la seguridad del tráfico mercantil, de modo que lo que pueda estimarse como fruto de la actividad ordinaria del deudor que luego haya resultado concursado no pueda quedar afectado por los efectos de la rescisión concursal.
Ahora bien, lo que no puede estimarse como inherente a la actividad ordinaria del concursado, por más que se hubiera podido adquirir el hábito de actuar de ese modo, es el establecimiento de mecanismos artificiosos para conseguir el desvío de fondos, al margen de los cauces societarios establecidos al efecto (percibo de dividendos, fijación de retribuciones, etc), a favor de socios, administradores (de hecho o de derecho) o de personas jurídicas controladas por éstos. Precisamente, la derivación de dinero procedente de una sociedad para atender los intereses propios de sus socios o de sus administradores (en este caso, de unos importes mensuales que han oscilado entre 5.000 y 11.000 euros, que habrían sido percibidos a través de la interposición en el cobro de otra persona jurídica) constituye un supuesto prototípico de actuación no ordinaria de una persona jurídica, por más que ello pudiera haberse constituido en una prolongada costumbre asentada en la operativa que se pudiera estar desarrollando en el seno de la misma. El que ello no llamase la atención en otro tipo de coyuntura no puede eximir la consideración que merece tal actuación en sede concursal en la que existe una pluralidad de afectados que tienen derecho a que se tutelen sus derechos. En la medida en que tal conducta no puede ser considerada, desde el punto de vista de un empresario, como una actuación inherente al curso natural de la actividad de la concursada, no podemos admitir el calificativo de "normalidad" que la parte recurrente pretende atribuirle a esta dinámica de funcionamiento. Lo que ha de ser considerado como normal no lo puede establecer el criterio subjetivo del propio interesado, sino que lo que debe entenderse por "condiciones normales" es lo que en cada caso pueda apreciarse al respecto mediante un juicio objetivo e

imparcial. (...)”.”: SAP Madrid (Sección 28) 20.06.2014 (Sentencia 197/2014; Rollo 771/2012)

3.15 Contratación de abogado para la presentación de concurso voluntario

AP Madrid

“PRIMERO. La Administración Concursal de FERRIS HILLS, S.L. interpuso demanda de incidente concursal contra GESTIÓN LEGAL BALEAR, S.L., emplazándose también a la concursada, solicitando la restitución de 2.034.400 euros que resulta de la diferencia entre lo efectivamente cobrado (2.134.400 euros) y la suma que se considera adecuada y proporcionada a los servicios prestados (100.000 euros), interesando la imposición de costas a las demandadas que formalizasen oposición.
Se refiere la demanda a la denominada "Hoja de encargo profesional" acompañada a la demanda como doc. 1 (ff. 17 y ss.), de fecha 1 de septiembre de 2009. A través de la misma, el entonces representante legal de FERRIS HILLS, S.L., D. Arcadio, encarga a GESTIÓN LEGAL BALEAR, S.L. la dirección jurídica del procedimiento de concurso voluntario de FERRIS HILLS, S.L. y de cualquier otra sociedad del grupo, incluyendo la preparación y presentación de la solicitud de concurso, y todos los trabajos que se deriven del mismo en su tramitación e incidentes, a excepción de labores de índole económica, tributaria y empresarial, "sin perjuicio de prestar asesoramiento jurídico para la preparación de las preceptivas memorias y documentos que deben acompañarse con la solicitud". Se añade que la ejecución de dichos trabajos se efectuará en régimen de arrendamiento de servicios. (...)
SEXTO. El cuarto de los motivos del recurso sostiene que no existe perjuicio patrimonial y que se trata de actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales del mercado. (...)
Y debemos también rechazar la pretendida inclusión de la contratación a los efectos de presentar la solicitud de concurso entre los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, al margen de que nos refiramos posteriormente a las condiciones de dicha contratación. Como señala la STS de 10 de julio de 2013, citando su sentencia de 12 de diciembre de 2012, el origen del artículo 71.5.1º LC está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993).
Añade la sentencia que como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial. Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales. Y concluye destacando que la finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.
Atendiendo a las características expuestas no podemos incluir entre la actividad empresarial ordinaria del deudor la preparación del concurso.”: SAP Madrid (Sección 28) 27.10.2014 (Sentencia 303/2014; Rollo 77/2013)

3.16 Acto ordinario en condiciones anormales: contrato de trabajo con futbolista profesional novado hallándose el club en estado de insolvencia

AP Madrid

“QUINTO.- El apelante alega que el contrato cuya rescisión parcial se ha acordado en la sentencia no es susceptible de rescisión por ser un acto ordinario de la actividad empresarial del deudor realizado en condiciones normales.
El artículo 71.1 de la Ley Concursal permite, una vez declarado el concurso, la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
Por su parte el artículo 71.5.1º de la Ley Concursal excluye de la rescisión concursal los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
El Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2013, con cita de la de 28 de octubre de 1986, ésta última a propósito del Derecho Concursal derogado, señala que tales actos ordinarios son: «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa».
No se discute que la contratación de un jugador de fútbol por parte de una sociedad deportiva o la prórroga del contrato para el caso de que el equipo ascendiera a primera división es un acto ordinario de la actividad del deudor.
La cuestión es si, además, se realizó en condiciones normales.
La referida sentencia de 10 de julio de 2013 señala que para que el acto ordinario no sea rescindible: "Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser

considerados como realizados en condiciones normales.
La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.".
En similar sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014, con cita de la de de 26 de octubre de 2012, recuerda que: "(el) art. 71.5 LC, ya desde su originaria redacción, expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso, que se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor.
El precepto exige la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales".
El tribunal participa de la valoración efectuada en la sentencia apelada por la que se concluye que el acto impugnado no está excluido de la rescisión concursal a pesar de poder ser calificado como acto ordinario de la actividad empresarial del deudor al no haberse celebrado en condiciones normales.
No puede considerarse concluido en condiciones normales la prórroga automática del contrato suscrito con un jugador profesional para el caso de que el equipo ascendiera a primera división al término de la temporada 2010/2011 comprometiéndose a abonar unas muy importantes sumas de dinero cuando el contrato se suscribe estando el deudor en situación de insolvencia actual como se deduce del hecho de que muy pocos días después presentara ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid la comunicación previa del artículo 5.3 de la Ley Concursal, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, al haber iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, lo que implicaba el reconocimiento de su insolvencia actual.
Además, como admitió el propio apelante en su contestación a la demanda, al tiempo de la firma del contrato cuya rescisión parcial ha sido acordada, él mismo llevaba sin cobrar 8 meses, estando generalizada la situación de impago a los jugadores, cuerpo técnico y demás empleados del club.
Tampoco se ha controvertido en el recurso que el Juzgado de Instrucción nº 45 de Madrid, en el seno de un procedimiento penal iniciado por presuntos delitos contra la Hacienda Pública y de insolvencia punible, había acordado el 29 de junio de 2010 el embargo de los saldos e intereses de las cuentas de la sociedad.
Estos datos determinan la anormalidad de las circunstancias en las que se concluye el contrato e impiden apreciar su inmunidad frente a la acción rescisoria a pesar de ser un acto ordinario de la actividad empresarial del deudor, que suscribe un contrato del que era previsible surgieran, dada su situación de insolvencia actual, importantes créditos contra la masa, como así ocurrió, al estar ya declarada en concurso la sociedad cuando el contrato desplegó sus efectos al término de la temporada 2010/2011.
A los efectos de valorar la normalidad o anormalidad de las circunstancias en que se celebra el contrato no es relevante que el vínculo del jugador con la entidad concluyera el 30 de junio de 2011 o que la prórroga del contrato se condicionara al ascenso del equipo a primera división con el incremento de ingresos que ello generaría y menos cuando, como apunta la sentencia apelada, no consta que se alcanzase ningún otro acuerdo semejante con ningún otro jugador tal y como admitió en la prueba testifical el entonces gerente del club, don Emiliano, todo ello sin perjuicio de la incidencia que pudieran estas circunstancias desde el punto de vista del examen del perjuicio patrimonial que en el escrito de interposición del recurso de apelación se entremezclan confusamente con el carácter ordinario del acto -que nadie discute- y la alegada normalidad de las condiciones en que se realizó.": SAP Madrid (Sección 28) 16.01.2015 (Sentencia 11/2015; Rollo 60/2013)

3.16 Pacto de compensación ex post

AP Barcelona

"CUARTO. Sobre la rescindibilidad del acto
9. El artículo 71.1 LC establece que, «[d] eclarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta ».
La parte apelante invoca el artículo 71.5.1 LC, con arreglo al cual, en ningún caso podrán ser objeto de rescisión " los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales ".
10. No podemos compartir el punto de vista de la recurrente, ya que no creemos que los actos impugnados sean incardinables dentro de la excepción a la rescindibilidad del acto establecida en el artículo
71.5.1 LC. Aunque las deudas que se compensaron tuvieran su origen en el ejercicio ordinario de la actividad, ello no significa que el acto impugnado también sea un acto ordinario de la actividad profesional realizado en condiciones normales. Aunque no podemos cuestionar que es posible que las partes compensaran usualmente el saldo de sus relaciones recíprocas, no se ha practicado prueba que indique la existencia de un pacto en tal sentido. A ello debemos añadir que lo que está probado no es precisamente la existencia de un pacto ex ante sino que las partes pactaron la compensación por medio de dos pactos ex post, esto es, a los que llegaron una vez las deudas consecuencia de sus recíprocas relaciones habían alcanzado una entidad considerable, lo que es indicativo de que los pagos o extinción de las obligaciones se hicieron en condiciones extraordinarias.
Por consiguiente, creemos que nada impide, en principio, la rescindibilidad de los actos impugnados.": SAP

Barcelona (Sección 15) 03.04.2014 (Sentencia 113/2014; Rollo 403/2013)

2º. Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

Art. 71.5.2º - Sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

1. Las leyes reguladoras de la seguridad social no constituyen las leyes especiales a que se refiere este precepto

[Aunque a partir de la reforma de abril de 2009 pueden tener cabida en el nuevo art. 71.5.3º]

"En segundo lugar opone la TGSS que el art. 71.5 LC es de aplicación en tanto que dispone que no pueden ser rescindidos los actos "*comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados*". En ese precepto no se incluyen, en consecuencia, las leyes especiales de la seguridad social y en particular su Reglamento de Recaudación ejecutiva, como se afirma en la vista.
El precepto alude a los sistemas de compensación bancaria, que por razones de seguridad jurídica y económica han de ser irrevocables, como exige tanto la normativa comunitaria (Directiva 98/26/CE de 19 de mayo, de 1998, sobre firmeza de la liquidación de los sistemas de pago y liquidación de valores), como la nacional, contenida en la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores por las que se adapta esa directiva a nuestro ordenamiento interno, con sus reformas de los años 2000, 2004 y 2005, como por cierto reitera la DA 2ª.2.g) LC.
Esas previsiones y la referencia del art. 71.5 a leyes especiales no permiten incluir a la normativa especial de la Seguridad Social, que no es la mencionada por el precepto. No está por lo tanto abrigada la operación de constitución de garantía hipotecaria por la excepción y no cabe excusar la rescisión pretendida, cuyos requisitos concurren, en esa norma.": SJM-1 Bilbao 03.10.2007 (Incidente Concursal 30/2007, Sentencia 442/2007)

3º. Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del ~~Fondo de Garantía Salarial~~ FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

[Redacción ex Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).]

Art. 71.5.3º - Garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público

AP Sevilla

"OCTAVO.-Se dijo también por la AEAT, y se reiteró en el escrito de interposición del recurso de apelación, que, al ordenarse el reintegro de las cantidades percibidas en ejecución de una garantia del aplazamiento de deudas tributarias, implícitamente, se está rescindiendo también dicha garantía, en contravención de lo dispuesto en el número 3º del apartado 5 del mismo precepto, que señala que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión las garantías constituidas a favor de créditos de derecho público, pero, sin embargo, no puede compartirse ese criterio, puesto que se trata, simplemente, de la rescisión de unos pagos en lo que no estaba cubierto por esa garantía, al no respetar los límites de la misma. La garantía no se rescinde y sigue desplegando sus efectos, como lo pruebe el hecho de que, precisamente, en base a la misma, en el concurso, se hayan calificado como singularmente privilegiados los créditos de la AEAT."; SAP Sevilla (Sección 5) 11.06.2012 (Sentencia 298/2012; Rollo 3543/2012)

1. Sólo están protegidas las garantías constituidas a favor de créditos de derecho público otorgadas en sede de acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica

AP Madrid

"PRIMERO.- Los hechos que dan lugar a esta contienda se resumen en lo siguiente: en el seno de unas actuaciones inspectoras de índole fiscal que se seguían contra D. Ángel (como sucesor en las obligaciones tributarias pendientes de la entidad disuelta KRON SA), un tercero, como lo es la entidad KRON EUROPA SL, otorgó, en marzo de 2010, en garantía del pago de una deuda tributaria ajena de 240.709,67 euros de principal (por el concepto de sanción y actas de retención derivadas del impuesto de sociedades y retenciones del año 2004, según liquidaciones incursas en un expediente administrativo que se hallaba en sede de recurso ante el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid), más 67.398,71 euros calculados para intereses, una escritura de hipoteca unilateral a favor de la AEAT sobre la finca nº NUM004 del Registro de la Propiedad nº 2 de Torrejón de Ardoz, donde radica la nave industrial en la que dicha sociedad tiene su domicilio.
La administración concursal de KRON EUROPA SL, tras ser declarada en concurso dicha entidad en el año 2011, ejercitó acción rescisoria para atacar la referida garantía hipotecaria, al considerarla un acto a título

gratuito realizado a favor de tercero que perjudicaba a la masa activa. Esta iniciativa ha prosperado en la primera instancia.
La AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (AEAT) centra su recurso contra la resolución del juez del concurso en lo que considera que debería ser la correcta interpretación de lo previsto en el artículo 71.5.3º de la Ley Concursal, que dejaría, en su opinión, al margen de la posibilidad de rescisión cualquier garantía constituida a favor de un crédito de derecho público.
El tenor del precepto legal que genera la polémica es el siguiente: "5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión: (...) 3º Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica."
(...)
TERCERO.- El recurso de apelación de la AEAT se sustenta en defender que una interpretación literal del artículo 71.5.3º de la Ley Concursal a lo que debería conducir es a entender que ninguna garantía constituida a favor de un crédito de derecho público, con independencia de su origen o circunstancias, sería nunca susceptible de rescisión concursal. Para dicha entidad el intérprete no debería introducir matizaciones donde el legislador no lo ha hecho, por lo que no debería vincular esta previsión legal al marco de los acuerdos de refinanciación. Además considera la recurrente que sólo la mención al FOGASA es la que iría referida a ese condicionante, pues de otro modo la misma sobraría en la redacción del precepto.
Discrepamos de la postura defendida por la AEAT. En nuestra opinión, aunque la polémica suscitada al respecto no es baladí, la interpretación literal del precepto conduce más bien a la conclusión contraria: las garantías constituidas a favor de créditos públicos han de haberse otorgado en sede de acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica para estar exentas de cualquier posibilidad de rescisión.
En la letra de la ley la conjunción copulativa "y" está equiparando el tratamiento que merecen los dos casos que contempla para el establecimiento de garantías, que lo son tanto las que se constituyesen a favor de créditos de derecho público como a favor del FOGASA, ambos referidos al marco de los referidos acuerdos o convenios de recuperación.
En el caso de la AEAT la normativa de referencia, aplicable para el aplazamiento y/o fraccionamiento del pago de deuda tributaria, es la Ley 58/2003 General Tributaria (LGT), en concreto, las previsiones de sus artículos 65 y 82, y los artículos 44 a 54 del Reglamento General de Recaudación (RGR - RD 939/2005).
La mención explícita del FOGASA en el precepto legal no supone algo innecesario en este entendimiento de la norma, como se argumenta por la recurrente, sino que resulta indispensable para que también se favorezca dicha institución, con la conveniente amplitud, de esta previsión legal, ya que se trata de un órgano público, pero que, en este ámbito, puede albergar derechos de diversa índole: a) por cuotas debidas a dicho organismo (disposición adicional 21.2ª de la LGSS y artículo 83.1 RGSS), que serían créditos de carácter público; y b) merced, dada su función de cobertura, a la subrogación en créditos de los trabajadores contra la empresa que los empleó (artículo 33.4 del ET), por lo que el origen de los mismos no sería crédito público, aunque está también previsto que a este respecto puedan concluirse acuerdos de devolución de cantidades que impliquen aplazamiento de la deuda y la constitución de garantías para asegurar el cumplimiento de lo convenido (artículo 32 del RD 505/1985).
Por otro lado, la excepción a la rescisión concursal a la que nos estamos refiriendo fue incluida con ocasión de la reforma derivada del RDL 3/2009, cuya finalidad fue el otorgar protección, con determinadas cautelas, a los acuerdos que hubieran tenido por objeto la refinanciación del que luego resultó concursado. En ese contexto resulta coherente entender que lo que el legislador pretende es otorgar protección al acreedor público que concedió aplazamiento o fraccionamiento para el pago de un crédito preexistente y exigió para ello la constitución de una garantía, que va a quedar al margen del riesgo de ulterior rescisión por causa de un proceso concursal (y ello, porque por razones de política legislativa se considera que lo más adecuado es establecer un escudo protector a favor de las garantías constituidas sobre créditos públicos que hayan sido constituidas en las circunstancias explicadas, sin tener que sujetarse a los más exigentes requisitos que la ley exige al acreedor privado que facilitó refinanciación para poder quedar también a salvo de la acción rescisoria).
La garantía objeto de este litigio no resulta, sin embargo, incluible en la categoría que hemos explicado. De hecho la propia AEAT es consciente de ello y de ahí que defienda una interpretación de la exención legal que nosotros consideramos exorbitante. Es por ello que el recurso de dicha entidad no puede prosperar.”: SAP Madrid (Sección 28) 26.09.2014 (Sentencia 262/2014; Rollo 887/2012)

1.1 Tesis contraria: aplicabilidad con el único requisito de que se trate de créditos de derecho público

AP Castellón

“2. Denuncia también la recurrente infracción por inaplicación del art. 71.5.3 LC. Dice este precepto que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público.
Se trata de decidir si, con arreglo al texto legal que acaba de exponerse, introducido en la LC por el art. 8.2 de la reforma operada por el RDLey 23/2009, el crédito garantizado en el presente caso, ostentado por la Tesorería General de la Seguridad Social, es de derecho público y por ello la constitución de la garantía está legalmente blindada frente a la acción de rescisión ejercitada en la instancia con éxito.
Partimos, pues nadie insinúa lo contrario, de que el crédito generado en los meses de marzo a mayo de 2008 lo fue por el incumplimiento de la obligación de cotización de la empresa y, por lo tanto, en el ámbito del ejercicio por la TGSS de las funciones que le son propias (art. 4 TR de la Ley General de la Seguridad Social), no como consecuencia de algún negocio encuadrable en el ámbito del derecho privado; en dicho ámbito se concedió el aplazamiento de pago contemplado en el art. 20 TR LGSS.

Consideramos que el crédito en garantía de cuyo paso se constituyó la hipoteca impugnada es de naturaleza pública.
A) Dispone el art. 5 de la Ley General Presupuestaria de 26 de noviembre de 2003 que la Hacienda Pública estatal está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos. Añade que los derechos de la Hacienda Pública estatal se clasifican en derechos de naturaleza pública y de naturaleza privada y que son públicos los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas. La Tesorería General de la Seguridad Social, como caja única del sistema de la Seguridad Social, tiene encomendada la gestión recaudatoria de los recursos de ésta, según establece el art. 18.1 TRLGSS
B) La TGSS es un servicio común de la Seguridad Social, tutelado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica propia, donde por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única, se unifican todos los recursos económicos y la administración financiera del Sistema de la Seguridad Social. (art. 63.1 TR LGSS), Es, en definitiva, organismo público dependiente de la Administración del Estado (art. 1 Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado de 14 de abril de 1997). Y los créditos que ostenta en el puro ejercicio de su función pública, como es el caso, tienen dicha naturaleza pública y como tal deben ser regulados.
C) Abona también la consideración como público del crédito aquí garantizado con hipoteca el art. 13 L G Presupuestaria, que permite el aplazamiento o fraccionamiento, con el correspondiente interés de demora, de las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública estatal, en virtud de una relación jurídica de derecho público, en los casos, por los medios y a través del procedimiento establecido reglamentariamente, añadiendo que, con algunas excepciones, las cantidades cuyo pago se aplaza deben garantizarse. Desde esta perspectiva, el aplazamiento concedido en ejercicio de la facultad conferida por el art. 20 TRLGSS tuvo lugar en el ámbito configurado por el art. 13 LGP y con arreglo a ambos preceptos se constituyó la garantía hipotecaria.
D) El art. 91.4 LC, al enumerar los créditos con privilegio especial, se refiere a los " créditos tributarios y demás de derecho público, así como loscréditos de la Seguridad Social ". Pero no entendemos que esta dicción legal introduzca una diferencia entre créditos públicos (los tributarios y otros) y los de la Seguridad Social: en primer lugar, porque es clara la naturaleza pública de éstos, con arreglo a lo dicho en el párrafo anterior y, en segundo término, porque lo que hace el precepto citado es enumerar diversos créditos de naturaleza pública, entre los que se cuentan los de la Seguridad Social y respecto de éstos matiza que contempla los de la S Social que no gocen de privilegio especial del art. 90.1, ni del general del apartado 2 de este art. 91 LC
La consecuencia de lo dicho es que, siendo público el crédito garantizado con la hipoteca cuya constitución es objeto de la acción de reintegración, se encuadra en el ámbito del art. 71.5 LC citado. Por lo tanto, con independencia de la crítica que pueda suscitar la concesión del privilegio o inmunidad a favor del Estado frente a la acción de rescisión que, por otra parte, puede sustentarse en el interés público por el que debe velar el Estado, la demanda debe ser desestimada y, estimando el recurso, revocada la sentencia de instancia": SAP Castellón (Sección 3) 20.09.2013 (Sentencia 371/2013; Rollo 370/2013)

2. Aplicabilidad respecto de cualesquiera garantías, por deuda propia o ajena

AP Madrid

"PRIMERO. La Administración Concursal de MARÍTIMA TARFAYA, S.L. interpuso demanda de incidente concursal solicitando la rescisión de la hipoteca naval constituida por la concursada sobre el buque de su propiedad "Isabel del Mar", en garantía de una deuda de ISLEÑA MARÍTIMA DE CONTENEDORES, S.A., perteneciente al mismo grupo, que mantenía esta última frente a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
La pretensión se fundaba en la naturaleza gratuita, y por lo tanto perjudicial sin admitir prueba en contrario conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 LC, del acto de gravamen llevado a efecto por la concursada, ya que se garantizaba una deuda de otra sociedad perteneciente al mismo grupo frente a la TGSS. Subsidiariamente entendía la Administración Concursal que se trataría de un acto dispositivo oneroso entre sujetos especialmente relacionados, al que resulta de aplicación la presunción establecida en el artículo 71.3.1º LC.
La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó desestimatoria de la pretensión al entender que la constitución de la hipoteca naval quedaba excluida del ejercicio de acciones rescisorias a tenor de lo dispuesto en el artículo 71.5 LC. Considera la sentencia que se pretende proteger el contenido mismo del aplazamiento o fraccionamiento de la deuda tributaria en referencia a las garantías otorgadas para lograr el mismo y tutelar especialmente el crédito público.
Frente a dicha resolución se alza el recurso de apelación interpuesto por la Administración concursal.
Se funda el recurso en la no aplicación al caso de la excepción prevista en el artículo 71.5 LC, destacando que la expresión utilizada en dicho apartado no se refiere más que a las garantías constituidas por deuda propia y que la interpretación debe ser lógica y sistemática y no literal y rigorista, de manera que la finalidad pretendida por las acciones de reintegración es preservar la integridad del patrimonio del concursado, lo que únicamente permite comprender en la exclusión las garantías por deuda propia. De otro modo se despatrimonializa a la sociedad en beneficio de los acreedores de otras sociedades.
Añade que es constante la doctrina mantenida por el TS en orden a la interpretación de las normas prohibitivas.
Reitera finalmente el recurso que el acto realizado debe considerarse a título gratuito, puesto que el hipotecante no recibe contraprestación o beneficio alguno y, subsidiariamente, el perjuicio vendría determinado

por tratarse de un acto a título oneroso a favor de persona especialmente relacionada, al resultar ambas sociedades, deudora frente a la TGSS e hipotecante concursada, pertenecientes al mismo grupo.
En su escrito de oposición destaca la TGSS que la interpretación del artículo 71.5 LC no ofrece lugar a dudas y no cabe distinguir donde la ley no distingue. Se trata además de sociedades con intereses comunes, pertenecientes al mismo grupo, por lo que la deuda no sería ajena.
Por último añade que no cabe cuestionar si hay o no perjuicio patrimonial, pues se establece una excepción relativa a los créditos públicos.
SEGUNDO. El apartado 5 del artículo 71 LC, en la redacción modificada tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, establece que no podrán ser objeto de rescisión (3º): "Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica".
El artículo 20 de la Ley General de la Seguridad Social, al referirse a la posibilidad de conceder aplazamiento del pago de las deudas con la Seguridad Social, establece, en su apartado cuarto, que el cumplimiento del aplazamiento deberá asegurarse mediante garantías suficientes para cubrir el principal de la deuda, recargos, intereses y costas, considerándose incumplido si no se constituyesen los derechos personales o reales de garantía que establezca la resolución de concesión, en el plazo que ésta determine.
El citado apartado 5 del artículo 71 LC establece una serie de supuestos que quedan excluidos de la rescisión. De esta forma deben distinguirse dos planos perfectamente diferenciados. De un lado, las excepciones establecidas por el legislador frente a las acciones de reintegración, es decir, la exclusión del sistema de reintegración. De otro, los presupuestos de las acciones de reintegración, que se sustentan en la existencia de perjuicio patrimonial para la masa activa.
El recurso viene a mezclar ambos planos, de manera que acaba introduciendo en el primero el perjuicio patrimonial, valorando si nos encontramos ante un acto a título gratuito, en esencia perjudicial, u oneroso realizado a favor de persona especialmente relacionada, del que se presume el perjuicio, salvo prueba en contrario.
La excepción no depende de la existencia o inexistencia de perjuicio patrimonial, sino de la presencia de determinados intereses públicos que el legislador toma en consideración para establecer un escudo protector y, a tal efecto, atiende exclusivamente a la naturaleza de los créditos. El legislador puede considerar para establecer una excepción que determinados actos no van a resultar perjudiciales en ningún caso, pero también puede tomar en consideración otros factores para excluir dichos actos del sistema de reintegración, como es otorgar especial protección a las garantías constituidas sobre créditos públicos.
En consecuencia, basta que nos encontremos ante garantías constituidas a favor de créditos de derecho público para que las mismas no puedan quedar afectadas por acciones de reintegración. La concurrencia o no de perjuicio patrimonial solo puede apreciarse respecto de actos no excluidos de la reintegración y es aquí donde despliega sus efectos la finalidad de las acciones rescisorias o de reintegración, no en el primer plano que antes hemos diferenciado. En suma, la interpretación de la norma debe atender a la finalidad de la exclusión del sistema, no a los fines de la reintegración. Constituye una opción del legislador determinar qué tipo de actos quedan excluidos, y en este caso son las garantías a favor de créditos públicos lo que se protege, de manera que lo relevante es la naturaleza del crédito.": SAP Madrid (Sección 28) 24.02.2014 (Sentencia 66/2014; Rollo 623/2012)

Art. 71.6 (Redacción introducida por Ley 38/2011 y derogada por RDL 4/2014) Acuerdos de refinanciación

[Nuevo art 71.6 en virtud de la nueva redacción del art. 71 introducida por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 12 de octubre 2011 (Disposición final tercera, 2, Ley 38/2011, día siguiente a su publicación en el BOE), siendo aplicable para los acuerdos de refinanciación que se suscriban a partir de la fecha de su entrada en vigor (Disposición transitoria tercera, 2, Ley 38/2011).
El inicial art 71.6 pasa a ser el art 71.7]

[Derogada esta redacción por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014). La protección de los acuerdo de refinanciación –con cambios relevantes- pasa a regularse en el nuevo art. 71-bis
Entrada en vigor: el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014).
Régimen transitorio: "En los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de este real decreto-ley se estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la Ley Concursal, resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor, si el deudor ya hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, en la redacción dada por el presente real decreto-ley. (RDL 4/2014, Disposición transitoria única. Régimen transitorio)

[Se reitera la supresión del apartado 6 preexistente al RDL 4/2014 y la renumeración del apartado 7 preexistente al RDL 4/2014, ahora 6, por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014): Artículo Unico, trece:
"Trece. Se suprime el apartado 6 del artículo 71 y el apartado 7 pasa a ser apartado 6."
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]

Disposición transitoria: "En los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de esta Ley se estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor si el deudor ya hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten expresamente en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, en la redacción dada por la presente Ley." (Disposición transitoria primera. Régimen transitorio)

6. No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso:

1.º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

2.º El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente, que cumpla las condiciones del artículo 28, designado ~~a su prudente arbitrio~~ por el registrador mercantil del domicilio del deudor ~~conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil~~. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

Nueva redacción del art 71.6.2º por *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* (Capítulo V de su Título I, art. 21, Cuatro) (BOE 28.09.2013), con entrada en vigor el 19.10.2013:

" Disposición final decimotercera.*Entrada en vigor.*
Esta Ley entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante:
a) El Capítulo V del Título I entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Aplicable a los concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor:

"Disposición transitoria. *Régimen transitorio en materia concursal.*
Los concursos declarados antes de la fecha de entrada en vigor de esta norma, en cuanto a las normas establecidas en el Capítulo V del Título I, seguirán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley."

3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

0. La no concurrencia de estos requisitos no determina necesariamente la rescisión

Tribunal Supremo

"QUINTO.-Razones de la Sala para desestimar el segundo motivo del recurso de casación.
En primer lugar hay que señalar que el Real Decreto Ley 3/2009 es de fecha 26 de marzo, y el escrito de apelación de diciembre de 2011, por lo que plantear distintas cuestiones en el presente motivo supone introducir en el debate cuestiones nuevas, lo que está proscrito en el recurso de casación (SSTS 388/2012, de 26 de junio, 703/2012, de 14 de noviembre, entre otras).
Ello no obstante, como al final del motivo anterior apunta a una particular cuestión, especialmente, en relación a que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta la normativa sobre los acuerdos de refinanciación en las operaciones realizadas en abril de 2009 (vigente ya el RDL 3/2009), pues el plan de viabilidad sobre el que se concedieron los nuevos préstamos resultó no ser realizable para subvenir a la continuidad de la actividad profesional en el corto y medio plazo, entraremos a razonar determinados aspectos del motivo.
Ante todo, hemos de señalar que el RDL 3/2009 fue una norma que pretendía proporcionar una seguridad jurídica a las partes a determinadas operaciones de reestructuración y de financiación, o ambas, con el fin de que, si se daban ciertos requisitos, fueran irrescindibles frente a las acciones de reintegración. En modo alguno puede pensarse que la norma supuso que todos los acuerdos de

refinanciación o de reestructuración debían ajustarse a los requisitos que en la misma se establecen, so pena de poder ser rescindidos inevitablemente. Las mismas razones que llevaron y llevan a la jurisprudencia, en cada caso particular, tras su análisis y ponderación, a apreciar o no un sacrificio patrimonial injustificado por las operaciones descritas, también ahora, nada impide que pueda probarse que no ha existido perjuicio, destruyendo la presunción iuris tantum, que es lo que ha ocurrido en el presente caso y que la sentencia recurrida ha ponderado detenidamente. Por tanto, ni la norma que introduce los acuerdos de refinanciación (la DA 4ª del RDL 3/2009), ni las posteriores reformas concursales que los ha modificado (Ley 38/2011 y el RDL 4/2014) impiden que para los acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prescita recientemente en la disposición adicional 4 ª y en el art. 71.bis, deba seguir examinándose, caso por caso, si existe o no sacrificio patrimonial injustificado como venía haciéndose hasta ahora, pues aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas normas pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del art. 71 LC.": STS 09.07.2014 (Sentencia 363/2014; Recurso 2566/2012)

1. Doctrina general

AP Zaragoza

"PRIMERO.-Se plantea en esta segunda instancia el alcance de las acciones de reintegración regulada en los arts. 71 y sgs de la Ley Concursal, en relación con el fenómeno de la "Refinanciación" de las deudas de la empresa concursada, cuando el o los negocios jurídicos de "refinanciación" tienen lugar en fechas próximas a la declaración del concurso de acreedores de la "refinanciada".
Es preciso partir de la finalidad y esencia de la "acción de reintegración", novedad sustancial de la Ley Concursal. Es doctrina común la que viene a calificarla como de naturaleza "rescisoria", pues en su nacimiento el negocio jurídico sobre el que recaerá su efecto negativo no adolecía de defecto alguno. No hay, pues, nulidad de negocio, sino ineficacia funcional y sobrevenida, cuya misión es preservar la "par conditio creditorum" y la integridad de la masa activa del concursado (S.A.P. Madrid Secc. 28, de 10-junio-2008). De esta manera, únicamente se exige para acordar tal rescisión que el acto atacado sea "perjudicial para la masa activa", aunque no exista finalidad fraudulenta y que se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.
Facilita la Ley Concursal la calificación de acto perjudicial para la masa activa al recoger una serie de presunciones "iuris et de iure" e "iuris tantum". Entre esta última están los pactos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas (art. 71-3-2º).
En otro caso, quien ejercite la acción rescisoria habrá de probar tal perjuicio, que la propia L. C. (art. 71-5) considera que no existe cuando se trate de actos ordinarios propios de la actividad profesional o empresarial del concursado y realizado en condiciones normales. Así como los negocios específicamente excluidos de tal acción por leyes especiales relativas a medios de pagos y liquidaciones de deudas.
Es decir, se abre un portillo a la defensa de determinados modos de actuar del sistema financiero. Por considerarlo más digno de protección que el acreedor ordinario, por razones de estructura y funcionamiento del sistema financiero general.
SEGUNDO.-En este contexto y ante la realidad incuestionable de una "crisis financiera" generalizada y obvia, se aprueba el R.D. Ley 3/09, de 27 de marzo "de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica". Como recoge su E. de M., la L.C. no previó esa situación de la economía. Por ello, pretende conceder seguridad jurídica al fenómeno de la "refinanciación" de las empresas. Proceso técnicamente complejo, sobre todo cuando hay un conjunto de acreedores activando sus expectativas de cobro. Por ello, la protección especial a la "refinanciación" ha de tener en cuenta -como señala la E. de M. del R.D. ley 3/09 -que las dificultades financieras de la "refinanciada" "no hagan ineludible una situación de insolvencia". En otro caso la protección legal a esa excepcionalidad quedaría ausente de sentido y habría de volver a primar el genérico y estricto principio del "dividendo", como rechazo frontal de "privilegios" innecesarios.
La D.A.-cuarta de la L.C. la redacta el citado R.D.-ley, definiendo la "refinanciación" "como los acuerdos alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo". Y continúa, excluyendo tales acuerdos de las acciones de reintegración del art. 71 L.C., siempre que reúnan tres requisitos:
"a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
b) que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.
c) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores".
Pues bien, no existen datos en el incidente Concursal que pemitan hablar de "acuerdo de

refinanciación" como referido al negocio impugnado. El contrato de ampliación y novación del préstamo hipotecario de 14-marzo-2008 ni consta informado por experto independiente, ni se sabe que la C.A.I. ostente ella sola los 3/5 del pasivo del deudor.
Por lo que no puede ampararse en la restricción que dichos convenios poseen frente a las acciones de reintegración. ": SAP Zaragoza (Sección 5) 08.11.2010 (Sentencia 660/2010; Rollo 625/2010)

JM-1 Jaén

PRIMERO.- Disponía la disposición adicional cuarta vigente en la fecha de los hechos que:
"1. A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo. 2. En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley siempre que cumplan los siguientes requisitos:
a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.
c) Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.
3. Declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos".
SEGUNDO.- Esta disposición, hoy situada en términos parecidos en el art. 71.6 y 72 LC, ocasiona cierta perplejidad, pues si se establece que no pueden ser objeto de impugnación los acuerdos de refinanciación ¿cómo puede posteriormente decirse que la administración concursal está legitimada para impugnarlos? Entonces ¿son o no impugnables?
Si resulta que la administración concursal puede impugnar tales acuerdos pero cuando no reúnan los requisitos reseñados, entonces será que no es un acuerdo de la antigua disposición adicional y tendría legitimación también los acreedores para su impugnación. Si resulta que la restricción de la legitimación a la administración concursal es sólo cuando reúnan los requisitos de la Disp. Adic. 4ª ¿Cuándo prosperaría la rescisión? ¿cuando sea perjudicial para la masa?
El legislador, con este sí pero no, nos instala una vez más en la inseguridad jurídica. No es necesario profundizar en la génesis de este precepto, pero lo cierto es que se intenta asegurar que los préstamos realizados a una empresa en crisis no van a poder ser rescindidos; ya se justifique ello con una intención de permitir a la empresa en situación de angustia poder acudir a la refinanciación e intentar esquivar la crisis; ya responda a la intención de proteger y favorecer a
las entidades financieras. En todo caso, el resultado es que determinadas financiaciones otorgadas en situaciones de insolvencia o cercana a ellas, no puedan ser rescindidas pese a fracasar la supervivencia de la empresa. Siendo así, entiendo que los acuerdos que cumplen, o aparentan cumplir, los requisitos de la antigua Disp. Adic, sólo podrán ser atacados por la administración concursal, pero si concurrieran todos los requisitos que después se dirán, y aún cuando desde otro punto de vista pudieran resultar perjudiciales para la masa, no podrán ser objeto de rescisión (en igual sentido Nieto Delgado en "la reintegración de la masa" Congreso de Antequera, Editorial Civitas, Thomson). Por ello, y pese al profundo estudio que se realiza en la demanda, la causa de la refinanciación a los efectos de la rescisión es inoperante; si se cumplen los requisitos establecidos en la Ley, no cabe la rescisión e independientemente de que se consiga o no liquidez. Aceptar lo contrario será cuestionar el carácter o no de perjudicial de la refinanciación, que en definitiva es lo que se pretende y analiza en la demanda, y ello es precisamente lo que intentaba evitar la antigua disposición adicional y el actual art. 71.6; concurriendo los requisitos legales no procede más análisis, sea o no perjudicial, el acto no es rescindible. Y no se trataría de una ataque al principio de tutela judicial efectiva como se adujo en el acto del juicio, sino de una presunción legal iuris et de iure (similar a las del 71.2 LC o de las presunciones de culpa del art. 164.2) de tratarse de actos no perjudiciales y en consecuencia no rescindibles.
Pero es más, aún no concurriendo tales requisitos la refinanciación no será automáticamente rescindible sino que deberán concurrir las condiciones establecidos en los arts. 71 a 73 LC, en especial, que sean perjudiciales para la masa activa. Y además podrá ser objeto de impugnación vía el art. 71.7 pese a cumplir con los requisitos del actual art. 71.6 (evidentemente una refinanciación realizada por ejemplo con dolo o con violencia no puede estar amparada por la norma).": SJM-1 Jaén 07.12.2012 (Sentencia 206/2012; Incidente 558/2011)

1.1 Inexistencia de fraude o ilicitud por buscar la protección de la norma

JM-1 Jaén

"DÉCIMO.- Subsidiariamente se solicita que se declare nulo por vicios en su causa y/o haberse otorgado en fraude de ley el contrato de financiación de 9/6/10, en base al antiguo art. 71.6 (hoy apartado 7) que como se ha indicado al inicio de esta resolución, el blindaje proporcionado a la refinanciación no estaría amparado ante este tipo de acciones.
La causa en los contratos tiene carácter objetivo y está constituida por el fin que se persigue en cada especie contractual; considerada como un requisito esencial de los contratos, se presume su existencia y licitud mientras no se demuestre lo contrario conforme al art. 1.277 del Código Civil, y en caso de que falte la misma o sea ilícita se
produce la nulidad del negocio como determina el artículo 1.275 del citado Texto (STS 24/5/1988). Relacionado con la causa se habla de simulación que es el acuerdo o concierto 2 o más personas para dar a una cosa la apariencia de otra y estaremos ante un contrato simulado absolutamente (es decir, sin causa) cuando se finge la realización de un negocio mientras en realidad no se concluye ninguno buscando alcanzar algún fin extraño a los negociales con frecuencia fraudulentos (SSTS 25/6/1930 y 13/2/1958). Consecuencia de la simulación absoluta es que el negocio es nulo, no quedando nada de él, como si no hubiera existido, no operándose ningún cambio jurídico y quedando como antes la posición de las partes. La causa como se ha dicho se presume que existe, y corresponderá a quien alegue su falta probar lo contrario, prueba que habrá de basarse normalmente en indicios y presunciones dada la evidente dificultad que, para quien no ha intervenido en un negocio, supone la prueba de algo negativo, como es su falta de causa, o que pertenece a la conciencia de quienes lo otorgaron, como es la confabulación o fraude. En el supuesto de autos se indica que el negocio no respondió más que a un móvil fraudulento que sería violar la pars conditio creditorum y perjudicar a la masa. Claro es que no hay ausencia de causa, el negocio es real y válido, el crédito se concertó y las garantías se otorgaron, por lo que no hay una simulación absoluta como se pretende. Pero tampoco existe una causa ilícita, esto es, según se pretende la finalidad del contrato era perjudicar al resto de acreedores; y bien, ciertamente pueden haberse perjudicado a terceros en la medida en que hayan podido privilegiar los sindicados pero no se aprecia el fraude de ley que se aduce. Se indica que mediante el contrato los bancos apoyándose en la norma han buscado protegerse frente a acciones rescisorias y privilegiar sus créditos. El fraude de ley supone buscar el amparo de una norma para lograr un fin que la ley prohíbe. Pero en el supuesto de autos lo que se ha buscado es el amparo de la norma para buscar un fin que la ley pretende. Como se ha analizado: si se cumplen determinados requisitos el contrato no puede ser rescindido, e independientemente del perjuicio que pueda haberse ocasionado a la masa activa y pasiva. Los demandados evidentemente han buscado proteger el acuerdo frente a las acciones del art. 71 y han modificado las obligaciones y privilegiado su posición pero ello no es ilícito, sino que amparados en la ley han buscado el fin de la misma.": SJM-1 Jaén 07.12.2012 (Sentencia 206/2012; Incidente 558/2011)

2. "... a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas"

2.1 Basta la ampliación de la financiación "o" la ampliación del plazo

JM-1 Jaén

"CUARTO.- En lo referente al objeto del acuerdo de refinanciación debe consistir en un pacto que suponga:
a) Una ampliación significativa del crédito disponible (esto es, la entrada de liquidez o el tan traído "fresh money") o
b) Una modificación de sus obligaciones, y esto puede a su vez ser: 1/ Mediante la prórroga de su vencimiento, o 2/ mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas.
El blindaje frente a la rescisión de la refinanciación se produce cuando se cumple con una sola de las dos opciones anteriores (y la segunda además con otras dos posibilidades), o con ambas cumulativamente. Ello independientemente de cual fuera la finalidad de las partes pues la disposición adicional no se aplica en atención a lo que las partes persigan sino al cumplimiento de los requisitos que las misma contiene; no dice
la norma, "cuando se persiga la finalidad de…" sino cuando se proceda o cuando se cumplan determinados requisitos. Si las partes expresasen como finalidad la de conseguir que la empresa salga de la crisis y se sitúe como puntera en su sector, no por incumplirse tal objetivo deja de estar protegido legalmente el crédito.
Se ha discutido durante el juicio si se aporta o no liquidez en el acuerdo de refinanciación examinado; si el hecho de otorgar un aplazamiento supone ya otorgar liquidez, incluso si la liquidez venía derivada de lo que el experto denomina cuadernillos (que parece ser un factoring). Pero no es necesario decantarse por una u otra postura, es claro que el acuerdo supone una modificación de las obligaciones estableciéndose otras con un vencimiento además prorrogado al previsto y por lo tanto tiene cabida dentro del objeto de la refinanciación. Ciertamente, como señala el catedrático Jiménez Sánchez (obra ya citada) con la actual regulación "no se otorga un trato de favor a los que financian una actividad empresarial haciendo llegar al patrimonio del empresario
dinero fresco, sino que se privilegia a quienes refrescan o mejoran la situación de un dinero del cual anteriormente ya había dispuesto el empresario al que se había previamente facilitado"; esto es,

realmente puede no llegar crédito al empresario, y ser perjudicial para el resto de acreedores, pero es la posición que ha adoptado el legislador.
En el acuerdo en su cláusula tercera y cuarta y anexos I y II, se enumeran las financiaciones vencidas y por vencer (algunas de ellas impagadas por lo que no dejan de ser deudas existentes aún cuando todavía no se hayan exigido); se vencen todas, se reagrupan y se concede nuevo plazo (conforme a los tramos A, B y C) según las cláusulas 4 y 15. Se cumple pues el objeto que la Disp. Adic. exige para considerarlo como un acuerdo de refinanciación; e independientemente de la causa de refinanciación que detalladamente se analiza en la demanda y en la pericia que se acompaña, se cumple uno de los requisitos optativos que establece la norma como es la sustitución de
unas obligaciones por otras con un diferente plazo de vencimiento.". SJM-1 Jaén 07.12.2012 (Sentencia 206/2012; Incidente 558/2011)

3. "...siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo"

JM-1 Jaén

"QUINTO.- Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo. El hecho de que el acuerdo de refinanciación responda a un plan no significa que deba triunfar tal plan. Se trata de un requisito esencial, pero es, expresión tan de moda actualmente, una hoja de ruta que muy bien puede resultar fallida, sin que ello afecte a la inmunidad del acuerdo. De esta forma el acuerdo se hace enmarcado en un plan que debe de guiar la futura actividad empresarial para su continuidad en el corto y medio plazo.
En cuanto a lo que es corto y medio plazo, período de tiempo que variará para cada persona y situación, se ha preguntado la doctrina. Aznar Giner (en "Los acuerdos de refinanciación y la ley concursal" Ed. Tirant lo Blanch) recoge diversas opiniones de los autores y así indica que Piñel López, en base a "La gran enciclopedia de la Economía",
ha encontrado una definición del medio plazo que lo identifica con un periodo de tiempo de entre uno y tres años; y también alude a los Planes de la UNESCO, FAO Y OMS, que recogen el plazo medio referido a un periodo de seis años. Y entiende que por medio plazo debe entenderse un periodo de tres años, a la vista que es congruente tal plazo con el establecido en el art. 6.2 LC respecto de la memoria que debe presentar el deudor solicitante del concurso y, concretamente la actividad o actividades a que se haya dedicado en los últimos tres años.
Pulgar Ezquerra alude a la norma contable, Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Plan general de Contabilidad y entiende que si, según el Plan contable, el largo plazo es superior a un año, el corto y medio sería inferior a éste. Garrido Espá, y Giménez Bayón-Cobos, aluden a viabilidad a corto plazo para periodos entre seis y doce meses y, superponiéndose en parte al medio plazo, desde los seis meses hasta los dos o tres años.
Tal vez podría fijarse el corto plazo en un período inferior al año y el medio entre el año y los tres años. Pero en todo caso, la cuestión no es si la empresa gracias al acuerdo de refinanciación consigue durar más o menos, sino si el plan de viabilidad se hace para en previsión de ese plazo. Es por tanto indiferente si J Jiménez duró año y medio desde que firmó el acuerdo hasta que presentó el concurso, lo exigido es que el acuerdo que se hiciera con el plan de viabilidad para ese tiempo. Lo cual así se verificó debiendo en consecuencia tenerse por cumplido tal requisito.": SJM-1 Jaén 07.12.2012 (Sentencia 206/2012; Incidente 558/2011)

Art 71.6.1º - Suscripción por los acreedores

JM-1 Jaén

"SEXTO.- Respecto de la participación de acreedores se exige que el acuerdo sea suscrito por aquéllos cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor. En el dictamen pericial, y así se recoge en la demanda, se señala como de un total pasivo exigible de 37.553.704 euros correspondiente al grupo de empresas, el total del pasivo de las entidades del sindicado se eleva a 25.453.317 euros lo que representa el 67'78%. Ahora bien si se analiza sociedad por sociedad, se aprecia que de Productos J Jiménez representaría el 77'28% (19.715.720 euros de un total de 25.511.154), de
Turrones sólo el 42'08% (3.070.179 de 7.295.540) y de Solares el 56'19% (2.667.138 euros de 4.747.009). Y se entiende no cumplido el requisito del quórum necesario pues debe de alcanzarse el porcentaje de los tres quintos no sólo con relación al pasivo global del grupo sino también de cada una de las entidades.
Ello, no era exigido en el momento de realizarse el acuerdo, pero la reforma 3/11 si lo exige expresamente y así indica que en el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.
Podría indicarse que mal se puede cumplir un requisito que no existía en el momento de suscribirse el contrato. Sin embargo, como se indicará posteriormente, bien podría considerarse que sin ser una exigencia expresa de la norma si se podía deducir de la interpretación de la misma y en tal sentido la reforma no ha venido sino a poner sobre papel lo que lógicamente se deducía de la disposición.

Pero aún así se obvia que aplicando la actual regulación para el cálculo de este pasivo se debe de excluir los préstamos y créditos concedidos por las sociedades del grupo. Y así se aprecia como conforme al cuadro que se aporta con la pericial, Turrones tiene en el pasivo una cuenta corriente con entidades del grupo por importe de 3.320.195 por lo que descontado del pasivo total, la participación del sindicado en el pasivo de dicha empresa es superior al 60%. Y otro tanto respecto de Solares con una cuenta corriente con empresas del grupo de 1.416.657, elevándose también el porcentaje del pasivo de las prestamistas a más de los 3/5 si se elimina dicha partida. Tal vez estas cuentas no estén bien hechas, pero lo que si es cierto es que tampoco lo están las realizadas por la demandante; se ha cogido la norma actual únicamente en la parte que interesa, pero si se considera de aplicación lo debe de ser en toda su extensión y en consecuencia debió para hacerse el cálculo que se recoge en el primer párrafo de este fundamento, de haber excluido el pasivo intragrupo.": SJM-1 Jaén 07.12.2012 (Sentencia 206/2012; Incidente 558/2011)

Art 71.6.2º - Informe de experto independiente

0. Inaplicabilidad de la protección si el experto no se ha designado por el Registro Mercantil

JM-3 Pontevedra

"QUINTO - Sobre la irrescindibilidad del acuerdo.
Todos los codemandados parten de la base de que la operación observó "esencialmente" los parámetros de irrescindibilidad. Esta afirmación es, naturalmente, una verdad a medias. Lo primero que se debe traer a colación es qué norma resulta aplicable, lo que supone remitirnos a la DT 3ª 2 de la ley 38/11, que establece que los apartados 6 y 7 del artículo 71 y la nueva DA 5ª LC serán de aplicación para los acuerdos de refinanciación que se suscriban a partir de la fecha de su entrada en vigor. El acuerdo de refinanciación se firma un 25 de mayo de 2011, fecha en la que no había entrado en vigor la reforma concursal- 1 de enero de 2012-, por lo que dicho acuerdo se ha de someter a las previsiones de la DA 4ª LC, introducida por RDL 3/09, de 27 de marzo.
Dicho precepto, que titulaba "Acuerdos de refinanciación", era del siguiente tenor:
-. A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.
2. En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley siempre que cumplan los siguientes requisitos:
Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.
Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.
Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.
3. Declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos"
Y, en efecto, el acuerdo reúne varias de las condiciones exigidas, pues modifica el plazo de las obligaciones, está suscrito por un pool bancario que supera, aparentemente, los 3/5 del pasivo deudordesconocemos si lo superaba al tiempo de adopción del acuerdo de refinanciación-, y está formalizado en instrumento público-notarial-. Lo que falla, sin embargo, es un elemento esencial. Hay un plan de viabilidad elaborado por KPMG, que se acompaña con dicho acuerdo- acompañado al documento 6 de la demanda-, pero dicha consultora no es un experto independiente designado por el Registro Mercantil, sino una entidad pagada por el deudor para sustentar la negociación con las entidades bancarias. La intervención de experto independiente no era un requisito menor, pues era garantía- al menos parcial- de irrescindibilidad; y en todo caso, nada impedía a la administración concursal valorar el perjuicio para la masa en los casos de adopción de tales acuerdos; simplemente, se restringía a dicho órgano del concurso la legitimación para la acción rescisoria, impidiendo la de los legitimados subsidiarios propia del régimen común de las acciones de reintegración, prevista en el artículo 72 LC.
A todos los efectos, por tanto, estamos analizando una operación de refinanciación con riesgo de rescisión, y tendremos que analizar si la misma fue o no perjudicial para la masa. ":SJM-3 Pontevedra 10.12.2012 (Concurso 260/2012)

1. Validez, pese a que la fusión que prevé se hiciese formalmente con un nuevo proyecto de fusión

JM-1 Jaén

"En primer lugar tenemos su sujeto. El contrato de refinanciación de fecha 9/6/10, es suscrito por las entidades bancarias demandadas y por Productos J. Jiménez; Solares, Viviendas y Locales; y Turrones, Mazapanes y Dulces Sonseca.
La sociedad Productos J. Jiménez, hoy concursada, no es la misma pues la de hoy es fruto de la fusión con las tres anteriores; habiéndose producido tal reestructuración en fecha 15/4/11. En base a ello se indica que la protección de la disposición adicional no sería factible pues el informe del experto independiente se hace sobre Productos J Jiménez tras la fusión, lo cual es imposible pues dicho informe es de fecha 23/5/10, por lo tanto el acuerdo de refinanciación carece de un requisito formal constitutivo pues no va acompañado del informe.
Debe rechazarse tal argumentación considerándola sino artificiosa, si basada en rigurosos argumentos formales destinados únicamente a buscar la rescisión del contrato. Ciertamente, el informe del experto se basa en una sociedad de nueva creación fruto de la fusión, Productos J Jiménez que absorbería a las otras dos; fusión ésta que no se llevó a cabo por falta de requisitos formales pero verificándose al año siguiente conforme a proyecto de fusión de enero de 2011 y siendo coincidentes una y otra reestructuración (iguales sociedades intervinientes, fusión por absorción, igual capital social, igual número de participaciones y reparto, valor de las mismas,…). Es decir, que el informe del experto se realiza sobre una sociedad que va a nacer conforme a un proyecto que al final no se verifica pero resulta que en la realidad dicha sociedad nace y es además sobre la que informó el perito. Es más destaca éste como las operaciones de la nueva sociedad comenzaron según el proyecto de fusión con fecha 1/1/10, es decir, que de facto se estaba ya actuando como una sociedad única.
El hecho es que el "proyecto" de sociedad que firma el contrato, la sociedad que se prevé nacerá, es la misma que la que al final nace, aún cuando el nuevo proyecto de fusión, como no podía ser de otra forma, parta de unas cuentas anuales diferentes al ser las del año 2010 y no las del año 2009; pero siguen siendo las mismas sociedades que se unen de igual forma para dar a luz a la misma sociedad única. De esta forma el
informe del experto lo cierto es que se verifica sobre una sociedad que nace con las mismas características que tenía la que él informó; sociedad que ya venía operando así en el momento del informe y en el momento de su nacimiento formal. No es cierto que el informe parta de unos presupuestos que nunca llegaron a verificarse pues si se verificaron; y se firmó un crédito con relación a una futura sociedad que realmente nació conforme se proyectó aún cuando formalmente lo fuera según un nuevo proyecto de fusión.": SJM-1 Jaén 07.12.2012 (Sentencia 206/2012; Incidente 558/2011)

2. Caso de acuerdos de grupo

JM-1 Jaén

"SÉPTIMO.- El acuerdo de refinanciación debe ser informado por un experto independiente designado por el Registro Mercantil del domicilio del deudor; dado que son tres sociedades (que estaban en proceso de fusión y pertenecientes al mismo grupo como indican en el exponendo I) debió nombrarse igualmente otro experto de Madrid que era donde tenía su domicilio Turrones…
Hoy el art. 71.6.2 establece que si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. Pero claro, a la fecha del contrato no existía tal artículo salvo dotes adivinatorias, indica la administración concursal, no era posible conocer el sentido de la reforma.
Como se indicó anteriormente se acude a un excesivo rigor formalista con la finalidad de atacar la refinanciación. Aún cuando el informe haya sido emitido por un único experto, la ausencia de otro experto designado en Madrid que informase sobre otra de la sociedades del grupo (la menor de ellas) no puede tener la consecuencia buscada. La dicción de la norma no prohíbe que pueda ser un único experto el que realice el informe de un grupo de empresas pues más ilógico sería que deban informar varios expertos cuando se trata de refinanciar a un grupo; es más conforme a la interpretación que se pretende sería necesario un experto por cada deudor y en consecuencia el Registro de Jaén debería haber designado a dos. El artículo entonces podía interpretarse en el sentido de que cuando la refinanciación afectase a un grupo de sociedades bastaría que fuera un único experto (lógicamente nombrado por el Registro sede de la sociedad dominante) evitando una disparidad de dictámenes y unos gastos innecesarios. Y lo que ha realizado la reforma 3/11 no es una modificación de lo legislado sino una interpretación (doctrinalmente denominada interpretación auténtica) de la norma; donde ante la posibilidad de diversas interpretaciones, varios expertos o un único experto, aclara que como es lógico bastará solo uno de ellos.": SJM-1 Jaén 07.12.2012 (Sentencia 206/2012; Incidente 558/2011)

3. Cuestionamiento de la independencia del experto

JM-1 Jaén

“Siguiendo con el experto se cuestiona la independencia del agente, se aduce su proximidad con las acreedoras. Y así lo recoge en sus conclusiones el perito dudando no del conocimiento del experto pero si de su imparcialidad. Lo primero es que el informe pericial no puede extenderse a este extremo es más, resulta llamativo que lo haga, no se trata de un conocimiento técnico o científico que se aporte al juez del cual carece. En segundo lugar, la existencia del correo electrónico no significa por si sola una duda sobre la imparcialidad del informe; la independencia del experto no desaparece por comunicarse con las partes, ni por atender a sugerencias de la misma si las considera acertadas. Podría ser que el dictamen se hiciera al dictado de las acreedoras pero ese único mail no acredita este extremo.”: SJM-1 Jaén 07.12.2012 (Sentencia 206/2012; Incidente 558/2011)

4. Sobre la revisión del juicio técnico del experto

JM-1 Jaén

“OCTAVO.- Este informe debe de contener un juicio técnico: a) Sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor. b) Sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones antes definidas; y c) Sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma
del acuerdo.
Ahora bien ¿hasta dónde puede extenderse el examenjudicial? En el supuesto de autos el experto ha informado y emitido su juicio técnico sobre estos aspectos (además en sentido favorable lo cual no era requisito en aquella fecha aunque si lo es ahora); y evidentemente, pese a parecer razonable y realizable el plan de viabilidad, ha fracasado. Es decir, el experto se ha “equivocado” en su pronóstico sin embargo no por ello puede rescindirse la refinanciación. La ley quiere que se acompañe tal informe, pero no exige, ni podría exigir, que el pronóstico sea acertado. El juez no puede cambiar el criterio del experto por el suyo propio (o por el que le proporcione otro experto mediante prueba pericial), jugando además con la ventaja que ya conoce que la refinanciación fracasó. Deberá de analizar si ha cumplido su trabajo emitiendo los juicios técnicos, si el informe no es meramente un documento lleno de generalidades aportado únicamente para cumplir una formalidad, e incluso si tiene un carácter fraudulento (porque se le ha proporcionado una información falsa que haya conducido al experto a un juicio erróneo); la ley exige que se acompañe un informe sobre el carácter razonable y realizable pero no que sea más o menos acertado, que claramente no lo puede ser. Por ello, será válido el informe pese a lo más o menos erróneo del mismo, y únicamente en aquéllos supuestos en los que únicamente se quiera dar una apariencia para cubrir el requisito formal podrá tenerse por no cumplido. Lo contrario sería abrir por esta vía la puerta a la rescisión de todo tipo de refinanciaciones ante la irrealización del plan, lo cual es precisamente lo que se pretende evitar.
A ello deberá de añadirse la particular situación del concursado (en términos generales, y no concretando al supuesto de autos). El plan de viabilidad no es elaborado por el experto, ni por las financieras, sino por el deudor; éste en ese momento intentará resaltar los aspectos positivos de su negocio y las mejores perspectivas del mismo, minusvalorando los aspectos negativos. Por el contrario, tras la declaración del concurso, querrá hacer valer todo lo de quimérico que tenía la viabilidad y lo real que era la crítica situación económica. Quiero decir, que ni tan “maravillosas” eran entonces las perspectivas, ni tan “negras” eran viéndolas desde hoy. La administración concursal acusa, en razón de la falta del carácter razonable y realizable, así como la falta de proporcionalidad de las garantías; aduciendo que hay un error de partida las cuentas consolidadas a 31/3/10; se parte también de una hipótesis imposible como es el crecimiento al 5% anual; hay una omisión imperdonable como es la partida de existencias y el experto da por buena la que le proporciona la compañía; y se hace una elección sesgada que son los estudios de proyecciones de consumo a junio de 2010. Pero aún cuando así sea, el plan de viabilidad también analiza oportunidades, amenazas, puntos débiles y fuertes. Y así indica que el mercado navideño no es lo que era; que se debe de abandonar determinados productos y centrarse en sus vacas lecheras; que debe abrirse la fábrica de enero a junio; reducción de plantilla; las filiales de Argentina y México deben de venderse o importarse directamente le producto, eliminar el sistema de filial. Y al menos, que se conozca, todas estas recomendaciones no se han llevado a cabo. En definitiva, el informe del experto no es meramente formal, aún cuando puede ser erróneo (en gran parte por las propias informaciones de la concursada) pero ello no es motivo para considerar que no se ha emitido (que es la exigencia legal). E incluso, el error en el pronóstico no sólo está motivado por el desacierto del intérprete sino por la no ejecución del plan por el obligado. Por último, respecto de la proporcionalidad de las garantías la propia demandante reconoce que el informe del experto es técnicamente correcto pues ha emitido su opinión respecto de las garantáis prestadas por las sociedades que se refinancian (aún cuando intervienen terceros que prestan otras garantías como es la marca)”: SJM-1 Jaén 07.12.2012 (Sentencia 206/2012; Incidente 558/2011)

Art. 71.6.3º - Requisitos documentales

JM-1 Jaén

"NOVENO.- Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores. Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional cuarta, deberán aportarse la documentación que acredite:
.- El acuerdo por el que se proceda… a la modificación de sus obligaciones (que es lo producido en el presente supuesto)
.- Plan de viabilidad
.- Suscripción por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo
.- Informe del experto independiente que contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan y sobre la proporcionalidad de las garantías.
Estos son los documentos, y no más. Luego podrá acompañarse cuentas, peritaciones, informes y valoraciones; pero no puede exasperarse la norma pues al final se pediría
hasta la última factura a fin de acreditar el contenido del acuerdo. El acuerdo impugnado, a la vista está, contiene todos estos requisitos y es extenso y detallado, no requiriéndose que se acompañen todos los documentos que el experto tuvo a la vista sino el informe del mismo indicando que la documentación que se la exhibido es suficiente a su parecer.": SJM-1 Jaén 07.12.2012 (Sentencia 206/2012; Incidente 558/2011)

Art. 71.6 Tras RDL 4/2014 y Ley 9/2015

~~6.~~ ~~7.~~ 6. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el Juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente.

[El inicial art 71.6 pasó a ser el art 71.7 en virtud de la nueva redacción del art. 71 introducida por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011)
En vigor desde 12 de octubre 2011 (Disposición final tercera, 2, Ley 38/2011, día siguiente a su publicación en el BOE), siendo aplicable para los acuerdos de refinanciación que se suscriban a partir de la fecha de su entrada en vigor (Disposición transitoria tercera, 2, Ley 38/2011).

El art 71.7 en virtud de la nueva redacción del art. 71 introducida por Ley 38/2011 pasa a ser de nuevo el art 71.6 por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014): "Cuatro. Se suprime el apartado 6 del artículo 71 y el apartado 7 pasa a ser apartado 6"
Entrada en vigor: el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose en fecha 08.03.2014).

[Se reitera la supresión del apartado 6 preexistente al RDL 4/2014 y la renumeración del apartado 7 preexistente al RDL 4/2014, ahora 6, por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014): Artículo Unico, trece:
"Trece. Se suprime el apartado 6 del artículo 71 y el apartado 7 pasa a ser apartado 6."
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]
Disposición transitoria: "En los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de esta Ley se estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor si el deudor ya hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten expresamente en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, en la redacción dada por la presente Ley." (Disposición transitoria primera. Régimen transitorio)

6. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el ~~J~~juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo ~~siguiente~~ 72.

[Redacción por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Cuatro, 3.
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)

0. El fraude de acreedores como fundamento de la acción de nulidad por simulación, de nulidad por causa ilícita, y de la acción rescisoria o pauliana. Acumulabilidad

Tribunal Supremo.

"NOVENO.- Decisión de la Sala. El fraude de acreedores como fundamento de la acción de nulidad por simulación, de nulidad por causa ilícita, y de la acción rescisoria o pauliana
1.- La cuestión jurídica que se plantea en estos dos motivos del recurso de casación es si el fraude de acreedores puede ser esgrimido como fundamento del ejercicio de diversas acciones encaminadas a obtener la declaración de ineficacia del negocio o acto jurídico, o si solo puede servir de fundamento a la acción rescisoria

por fraude de acreedores (o a la acción de nulidad por simulación, admite también Indesur).La respuesta a esta cuestión debe ser que el fraude de acreedores no limita su virtualidad a servir de fundamento de la acción rescisoria, cuando se trata de un negocio efectivamente celebrado pero con la finalidad de defraudar a los acreedores de alguno de los contratantes, o a fundar la acción de nulidad por simulación contractual, cuando solo hay una apariencia de negocio jurídico destinada a defraudar a los acreedores. También puede fundamentar la acción de nulidad por causa ilícita.
Ciertamente, tales acciones no pueden ejercitarse en cualquier situación en la que se haya concertado, al menos aparentemente, un negocio jurídico y se haya producido un fraude para los acreedores, sino que dependiendo de la concurrencia de diferentes requisitos y de la naturaleza de ese "fraude de acreedores", podrán ejercitarse unas u otras, o hacerse alternativamente para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en una determinada acción respecto de los exigidos en otra.
2. Cuando existe una mera apariencia negocial porque las partes intentan encubrir con la celebración ficticia del negocio la persistencia de la situación anteriormente existente, de modo que tratándose de un negocio traslativo, no se produzca (ni haya propósito de que ello acontezca) la traslación patrimonial ni la realización de la contraprestación, nos encontramos ante una simulación absoluta. Siendo cierto que la causa de la simulación no tiene por qué ser necesariamente ilícita (puede ser la discreción, la jactancia, la confianza), es habitual que lo sea, y puede consistir en el propósito de defraudar a los acreedores mediante la disminución ficticia del patrimonio. Por tanto, existiendo simulación absoluta, que la "causa simulandi" [causa o motivo de la simulación] sea el fraude de acreedores no implica que sólo pueda ejercitarse por el acreedor defraudado la acción rescisoria. Declara al respecto la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 976/2006, de 16 de octubre :
«[...]la idea y la expresión de un fraude conviene también a los supuestos de simulación absoluta como expresión del propósito empírico de las partes que diseñan una operación aparente precisamente para evitar que el bien cuya transmisión se finge quede sometido a la ejecución entablada. Esto es, que la expresión o la constatación del fraude no conduce necesariamente al remedio de la acción revocatoria o pauliana, sino que, cuando además de producirse el intento fraudatorio, se hayan dado otras circunstancias, como es en el caso la inexistencia de causa, la falta de precio, puede decirse que, además de fraude, no hay contrato. La incompatibilidad señalada por la jurisprudencia entre una acción dirigida a establecer la nulidad y otra (la revocatoria o pauliana) que presupone la validez, pero en la que el fraude determina la ineficacia relativa (Sentencias de 10 de octubre de 2001, 7 de junio de 1990, 30 de mayo de 1997, 17 de abril de 1943, etc.) no puede llevarse al efecto de que una y otra no puedan ser ejercitadas en la misma demanda, si bien una con carácter principal y la otra, como corresponde a su naturaleza, subsidiaria (artículos 1291.3 º y 1294 CC; Sentencias de 14 de diciembre de 1993, 28 de junio y 5 de diciembre de 1994, 28 de diciembre de 2001, 31 de diciembre de 2002, etc.)».
El acreedor, en tanto ostenta un interés legítimo, puede ejercitar la acción de nulidad por simulación absoluta, que es imprescriptible, pues se trata de una nulidad *ipso iure* [por virtud del Derecho, por determinación de la ley], insubsanable y con efectos *erga omnes* [frente a todos] (sentencias de esta Sala de 23 octubre de 1992, RC núm. 1746/1990, y núm. 32/2003, de 21 de enero). El fraude de acreedores constituye en tal caso un elemento determinante de la legitimación, pues el acreedor está legitimado justamente por el hecho de haber sido defraudado mediante la simulación de un negocio traslativo que impidió trabar los bienes del deudor para la satisfacción de su crédito, y refuerza la justificación del régimen de nulidad contractual pues la misma se encontraría no solamente en el defecto interno derivado de la carencia de uno de los elementos esenciales del contrato (art. 1261 del Código Civil) sino también en el elemento defraudatorio que impide que pueda otorgarse protección jurídica a tal apariencia.
Así lo hemos declarado en la sentencia num. 265/2013, de 24 de abril.
3. En el caso de que no estemos ante una mera apariencia negocial pues las obligaciones contraídas por las partes y la voluntad de contraerlas son reales, puede acontecer que el fraude sea el propósito perseguido por ambas partes y que justifica la celebración del negocio.
Como afirmábamos en la sentencia num. 265/2013, de 24 de abril, en principio, la jurisprudencia considera como causa del negocio la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico. Pero esa conceptuación no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico. Es por eso que el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al art. 1275 del Código Civil (sentencias núm. 760/2006, de 20 de julio, 83/2009, de 19 de febrero, y 215/2013, de 8 de abril, entre otras) cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (sentencia núm. 426/2009, de 19 de junio, y las citadas en ella). Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico.
Como declara la sentencia de esta Sala núm. 83/2009, de 19 de febrero, con cita de otras dos anteriores, « *la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio (Ss. de 8-2-1963, 2-10-1972, 22-11-1979, 14-3 y 11-12-1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes (Ss. de*

22-12-1981 y 24-7-1993) ». En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la posterior sentencia núm. 215/2013, de 8 de abril, y 498/2014, de 23 de septiembre.
Este propósito fraudulento común a los contratantes, que constituye la causa ilícita invalidante del contrato, puede ser también el de defraudar a los acreedores. En tal caso, puede considerarse que el propósito ilícito común de defraudar al acreedor o acreedores se eleva a la categoría de causa ilícita, por contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 del Código Civil, y permite ejercitar la acción de nulidad del negocio. En estos casos, el fraude de los acreedores (o de algunos de ellos) no constituye la consecuencia de un contrato válido, sino la causa del contrato que, por su ilicitud, determina desde el inicio su ineficacia estructural.
En este sentido, la sentencia de esta Sala núm. 181/2000, de 1 de marzo, consideró que un determinado contrato de compraventa que se celebró « *con el fin de sustraer del patrimonio de los demandados y con ello provocar la inefectividad del crédito de la parte actora, [...] al configurarse en una causa ilícita -"fraude creditoris"-debe ser declarado nulo ».* La sentencia núm. 395/2007, de 27 de marzo, se planteaba que « *la pregunta que procede es si sólo el fraude da lugar a la rescisión o puede tratarse de una causa ilícita que produzca la nulidad, conforme al artículo 1275. La respuesta es positiva, en su segundo inciso. El propio artículo 1305 contempla la nulidad que proviene de la ilicitud de la causa, si el hecho constituye un delito o falta ». Y* la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 422/2010, de 5 de julio, afirmó que determinados supuestos de actos para defraudar constituyen un supuesto paradigmático de actos con causa ilícita y nulos, y que uno de tales supuestos era el del fraude de acreedores.
4.- En contraposición a lo anterior, el régimen de la acción rescisoria por fraude de acreedores se ha objetivado progresivamente, desplazándose el centro de gravedad desde el elemento intencional de defraudar al elemento objetivo del perjuicio para el acreedor. En ocasiones, el fraude se presume (art. 1297 del Código Civil) y en otros casos basta con el elemento del perjuicio, como es el caso de las acciones rescisorias concursales (art. 71.1 de la Ley Concursal). En estos casos, el fraude de acreedores no es el propósito común de los contratantes que, como tal, se eleva a la categoría de causa del contrato y que por su ilicitud determina su nulidad. Por el contrario, el contrato es válido, pero al tener como consecuencia el fraude de los acreedores, o de alguno de ellos, puede ser rescindido si dentro del plazo previsto en la ley se ejercita la acción pauliana por quien está legitimado para ello.
La defraudación que comete el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores no tiene por qué ser dolosa o intencional, bastando para el éxito de la acción rescisoria que se produzca el perjuicio por mera negligencia o impremeditadamente, sin que se precise un "animus nocendi" o de perjudicar a los acreedores (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 657/2005, de 19 de julio).
La exigencia del *consilium fraudis* [propósito defraudatorio] para el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora. El *consilium fraudis* se entiende de manera amplia como conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor. Basta que el deudor, enajenante, haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio. Se requiere la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata, pero para este conocimiento resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio, *scientia fraudis (*sentencia de esta Sala núm. 406/2010, de 25 de junio, con cita de numerosas sentencias anteriores).
Por tanto, para que tenga éxito la acción rescisoria ya no se exige necesariamente la prueba de una actividad intencionada y directamente dolosa, basta la simple conciencia de causar el daño al acreedor y así lo ha declarado esta Sala, llegando a alcanzarse cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación. Importa la diligencia para conocer más que al exacto grado de conocimiento. El elemento central de la acción pasa a ser el daño, consistente en el perjuicio del acreedor derivado de la minoración de la solvencia del deudor que le impide cobrar lo que éste le debe; en definitiva, la frustración del derecho de crédito (sentencias de esta Sala núm. 749/2006, de 17 de julio, y núm. 510/2012, de 7 septiembre).
5. Dada la dificultad de probar el elemento intencional del propósito común de defraudar los derechos del acreedor mediante la celebración del contrato, la acción rescisoria deviene especialmente útil para lograr la protección del derecho de crédito, aunque con las limitaciones que suponen su plazo de caducidad (cuatro años, art. 1299 del Código Civil) y el requisito de la subsidiariedad, pues solo puede ejercitarse cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso para obtener la reparación del perjuicio (art. 1294 del Código Civil), si bien tal requisito ha sido también flexibilizado por la reciente jurisprudencia, que no considera necesaria la acreditación de la insolvencia del deudor en un juicio previo y permite su prueba en el mismo proceso en donde se pretende la rescisión del acto o negocio fraudulento (sentencias de esta Sala de 18 de julio de 1991, y núm. 510/2012,de 7 de septiembre).
Por tanto, como se ha adelantado, es admisible que el ejercicio de estas acciones se realice acumuladamente (sentencias de esta Sala núm. 278/2008, de 6 de mayo, y 422/2010, de 5 de julio), siendo lo habitual que se ejercite con carácter principal la acción de nulidad y, de forma subsidiaria, la acción rescisoria, para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en la acción de nulidad (bien por simulación, bien causa ilícita) respecto de los exigidos en la acción rescisoria.
El hecho de que el contratante contra el que se dirijan las acciones se encuentre declarado en concurso no es obstáculo para el ejercicio de la acción de nulidad o de la acción rescisoria no concursal, ni para su ejercicio acumulado, puesto que el apartado 6º del art. 71 de la Ley Concursal prevé que « *[e]l ejercicio de las acciones rescisorias [concursales] no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el Juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente ».*
6. De lo expuesto se desprende que la sentencia recurrida no incurre en infracción legal alguna al estimar la nulidad de los actos y negocios jurídicos impugnados por concurrencia de causa ilícita al considerar que

responden a un propósito común de defraudar a los acreedores de Contratas Marcos mediante el traspaso de los activos de esta sociedad a sus socios”: STS 03.11.2015 (Sentencia 575/2015; Recurso 2328/2013)

1. Nulidad por simulación absoluta de contrato para dar cobertura a desplazamientos patrimoniales injustificados

AP Córdoba

“PRIMERO.- Ejercitándose en la demanda incidental una acción de recuperación de la posesión por la entidad “Agrícolas Miragenil, S.L.” contra la sociedad concursada, “Alcopalma, S.L.”, es desestimada por la sentencia apelada, al estimar la reconvención formulada por la administración concursal, que postulaba la nulidad del contrato de arrendamiento de industria sobre cuya base accionaba la demandante incidental. Y ya desde este inicio debe adelantarse que el recurso de apelación ha de fracasar y la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil ha de ser confirmada, puesto que pocas veces se plantearán ante los tribunales casos en que la nulidad contractual sea tan nítida y manifiesta. En efecto, el citado contrato, suscrito en el Puerto de Santa María el 2 de abril de 2007, entre “Alcopalma, S.L.”, como arrendadora, y “Agrícolas Miragenil, S.L.”, como arrendataria, y firmado simultáneamente en representación de ambas sociedades por José-Antonio Alconchel González, es nulo de pleno derecho por tres órdenes de razones o motivos: a) Desde un punto de vista concursal, porque se trata de un acto del deudor que perjudica fraudulentamente a sus acreedores, conforme al artículo 71.6 de la Ley Concursal; b) Por inexistencia y falsedad de la causa, conforme a los artículos 1.261 y siguientes del Código Civil; y c) Desde una perspectiva societaria, por tratarse de un supuesto de autocontrato prohibido por la existencia de conflicto de intereses. Siendo el elemento común a los tres motivos de nulidad la simulación contractual, puesto que el contrato se realiza sin causa lícita y con la única finalidad de aparentar que las instalaciones para la transformación y comercialización de frutas y hortalizas, principal activo de “Alcopalma, S.L.”, no estaban poseídas por ella, ante su inminente declaración de insolvencia; manteniendo de este modo la posesión el Sr. A.G., mediante la simulación del contrato y con abuso de sus funciones como administrador de ambas sociedades.

SEGUNDO.- Desde el punto de vista concursal, en el supuesto de simulación lo que se pretende es la nulidad del acto partiendo de que el deudor simula un acto jurídico con la finalidad de perjudicar a sus acreedores de tal forma que el mismo es fingido, frente al acto válido y verdadero de la acción rescisoria concursal por fraude de acreedores; y tradicionalmente ha venido siendo admitida por los tribunales el ejercicio conjunto de ambas acciones, aunque con carácter subsidiario (en tal sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero y 13 de abril de 1988), lo que se recoge positivamente en el artículo 71.6 de la Ley Concursal. La simulación parte de la concepción de hacer desaparecer los bienes y derechos del patrimonio del deudor, ya sea con el fin de hacer más gravosa la ejecución o de disminuir el valor de los que permanezcan en el patrimonio. Respecto del primero el supuesto típico es la apariencia de la transmisión a favor de un tercero probando que es simulada y, respecto del segundo, la asunción simulada de una deuda y posterior constitución igualmente simulada de una hipoteca sobre un inmueble o la aparente celebración de arrendamientos realmente carentes de causa. La existencia del vínculo de parentesco, amistad o dependencia o de personas especialmente relacionadas (artículo 93 de la Ley Concursal) llevan a indicios simulatorios, tal y como recoge un importante sector doctrinal y se deriva de la propia calificación de los créditos que recoge la Ley Concursal. Teniendo declarado la jurisprudencia la ilicitud de la autocontratación en perjuicio de acreedores (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2000 y 22 de abril de 2003). En este caso, es palmario que estando ya admitida a trámite la solicitud de concurso necesario de la entidad “Alcopalma, S.L.” y estando ya personada en el procedimiento dicha sociedad, el contrato celebrado a continuación y antes de que se dictara el auto de declaración del concurso, que suponía que la deudora se desprendía de la posesión de su principal activo (la industria con la que ejercía su objeto social) por un plazo de ocho años prorrogables por igual periodo, lo único que pretendía era evitar los efectos de la declaración de concurso y que la administración concursal pudiera hacerse cargo del principal activo. Y también es evidente que dicha maniobra perjudicaba objetivamente a los acreedores, pues tanto ante un posible convenio, como ante la perspectiva de una liquidación del patrimonio de la concursada, el que el principal activo patrimonial estuviera sujeto a un largo arrendamiento disminuía notablemente la valoración de la masa activa.

TERCERO.- Desde el punto de vista de las reglas generales del consentimiento contractual, tal y como se ha puesto de manifiesto en la doctrina y la jurisprudencia, la regulación del contrato simulado se encuentra en el artículo 1.276 del Código Civil, al tratar de la causa falsa, produciéndose la simulación absoluta cuando se crea la apariencia de un contrato pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica, estando afectado el contrato con simulación absoluta de nulidad total, tanto por la tajante declaración del propio artículo 1.276, como por lo dispuesto en los artículos 1.275 y 1.261-3, en relación con el 6.3, del mismo Código Civil. Asimismo, la jurisprudencia ha declarado que constituye la «simulatio nuda» una mera apariencia engañosa («substantia vero nullam»), carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1984), produciéndose el contrato simulado cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica (Sentencia de 1 julio de 1988), implicando la simulación un vicio en la causa negocial (Sentencia de 18 julio de 1989); de igual forma, reseñar que el negocio con falta de causa es inexistente (Sentencia de 23 mayo de 1980), así como que la falsedad de la causa equivale a su no existencia y, por consiguiente, produce también la nulidad del negocio, en tanto no se pruebe la existencia de otra verdadera y lícita (Sentencia de 21 de marzo de 1956). Y en fin, la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 21 de septiembre de 1998 (glosando otras muchas anteriores), establece que la simulación absoluta, que afecta al negocio de nulidad total, puede revelarse por pruebas indiciarias que lleven al juzgador a la apreciación de la realidad de una mera apariencia engañosa, carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge. Siendo copiosa la doctrina que establece que, ante las

dificultades que encierra la prueba directa y plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, se hace preciso acudir a la prueba indirecta de las presunciones, que autoriza el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
CUARTO.- En relación con lo cual, siendo el negocio jurídico aparentemente celebrado un contrato de carácter fundamentalmente oneroso (artículo 1.543 del Código Civil), es lo cierto que no aparece dicha onerosidad en las prestaciones a cargo de la cesionaria de los bienes, o mejor dicho aunque aparece dicha onerosidad en las cláusulas no consta que realmente se haya producido la misma y ello desde la propia firma del contrato. Aparte de que, como consta en las actuaciones,el precio convenido por el arrendamiento es netamente inferior al precio fijado para contratos similares incluso varios años antes, y se pacta sin cláusula de revisión anual, pese a la larga duración convenida. De modo tal que conforme a lo pactado en el contrato, la sociedad concursada tendría como único ingreso anual un céntimo de euro por kilo transformado, lo que ni siquiera serviría para hacer frente a los préstamos hipotecarios que gravan la nave industrial donde se albergan las instalaciones; mientras que la empresa arrendataria (también del Sr. A..) dispondría de largos años de las instalaciones, pudiendo cederlas o subarrendarlas a terceros, por mayor precio, siendo la auténtica beneficiaria de la explotación y evitando de paso los “engorrosos” efectos de la declaración de concurso. Dice el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 15 de febrero y 1 de abril de 1982, que la ilicitud de la causa no reside sólo en el objeto del contrato, sino también en aquellos contratos que aún no constando en sí elementos de manifiesta antijuridicidad, son ilícitos por el matiz moral o el fraude de ley que reviste la operación en su conjunto, destacando como elemento característico el ataque o lesión de un interés general en orden jurídico o moral; añadiendo la de 29 de abril de 1998, que es ilícita la causa cuando está viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualquiera que sean los medios empleados para lograr su finalidad (artículo 1.275 del Código Civil). Lo que es interpretado por la doctrina científica en el sentido de que la oposición a las leyes significa que el fin perseguido va en contra de lo dispuesto en una ley imperativa, lo que implica que admitir la validez del contrato suponga dejar sin efecto la sanción legal, al ser la finalidad del mismo precisamente contraria a la que la ley reconoce o permite, por lo que la causa se opone a la ley tanto si el contrato se celebra contra lo dispuesto en la misma (directamente o mediante un rodeo o fraude), como cuando vulnera principios inspiradores del ordenamiento. Y todas estas circunstancias se dan en el presente caso, puesto que el supuesto contrato de arrendamiento de industria no tenía otra finalidad que burlar o sortear las consecuencias de la declaración de concurso de “Alcopalma, S.L.”.
QUINTO.- Todo lo expuesto enlaza con la figura jurídica de la autocontratación, o contratación consigo mismo (artículos 1459 del Código Civil y 267 del Código de Comercio); figura jurídica a la que se hace referencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1994, y que puede manifestarse aún cuando existan dos intervinientes en el negocio jurídico, si uno, como ocurre aquí, mantiene plena y acreditada identidad de intereses (intereses compartidos) con la contraparte, que en realidad es el único protagonista del negocio jurídico, rompiendo la bilateralidad. Un supuesto específico de autocontratación es aquel en que un administrador social, que ejerce una doble o múltiple representación orgánica en relación a varios sujetos jurídicos, concierta un negocio entre ellos actuando como representante de cada uno de los implicados; puesto que se trata de un caso de conflicto de intereses que, por asimilación, queda igualmente sujeto al régimen correspondiente al autocontrato. El fundamento de esta calificación radica en que, en estos casos, una sola persona compromete simultáneamente los intereses de dos patrimonios cuya representación ostenta, de forma tal que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una de las voluntades negociales emitidas (en este sentido, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1989). En estos casos, el autocontrato es un acto jurídico en el que el administrador se excede de las facultades representativas conferidas por el representado, ya que actúa sin tener facultades para ello, habida cuenta que las mismas se entienden concedidas para actuar con terceros, no consigo mismo. Y como consecuencia de ello, el autocontrato provoca un supuesto de nulidad contractual, ya que no existe el consentimiento bilateral exigido por el artículo 1.261 del Código Civil. Lo que sucede plenamente en este caso, por cuanto –como ha quedado dicho- el Sr. A.G., representó en el contrato a las dos sociedades contratantes.
SEXTO.- En cuanto a las costas de la primera instancia, no sólo no cabe considerar que hayan existido dudas de hecho o de derecho, sino que la simulación contractual pretendida era tan grosera y burda que sólo cabía un pronunciamiento condenatorio, como dispone el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el 196.2 de la Ley Concursal.”: SAP Córdoba (Sección 3) 15.05.2008 (Rollo 75/2008)

“SEGUNDO.-En este caso, es objeto de la acción rescisoria concursal un reconocimiento de deuda por parte de la sociedad concursada, suscrito en escritura pública el 2 de abril de 2008 -por tanto, dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, lo que tuvo lugar por auto de 23 de julio de 2008-, por importe de 40.000 euros y la hipoteca mobiliaria constituida sobre un camión de su propiedad para garantizar esa misma deuda. Dicho reconocimiento de deuda, según los términos literales de la escritura pública, tendría su origen en un préstamo por importe de 60.000 euros que la compañía mercantil "Slimp 2003, S.L." habría concedido a la concursada el 31 de julio de 2007. Sin embargo, la sentencia apelada considera que no hay prueba alguna de la realidad de dicho supuesto contrato de préstamo, que únicamente está recogido en un documento privado aportado en el acto de la vista. Sobre el valor probatorio de dicho documento, es necesario dejar constancia de un reiterado cuerpo de doctrina del Tribunal Supremo con relación al valor probatorio de los documentos privados no adverados de contrario, que se contiene, entre otras Sentencias, en las de 13 de julio de 1.973, 27 de junio de 1.981, 16 de julio de 1.982, 23 de mayo y 2 de octubre de 1.985, 12 de junio de 1.986 y 4 de octubre de 1.994, en las que expresamente se dice que "el artículo 1.225 del Código Civil no impide otorgar la debida relevancia a un documento privado, aunque no haya sido adverado, conjugando su contenido con los demás elementos de juicio, lo que igualmente puede ser aplicado a la fotocopia no adverada de dicho

documento privado". De lo que se deduce que un documento privado no adverado, no sirve por sí solo como base para probar aisladamente un determinado hecho, pero sí conjugándolo con los demás elementos de juicio (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1.993 y 8 de octubre de 1.994). Doctrina que entronca con el pronunciamiento jurisprudencial general relativo a que los medios de prueba no pueden valorarse aisladamente, sino que la valoración ha de hacerse de forma conjunta, por lo que el valor probatorio de un documento privado resultará de su "conjugación con la resultancia general de la prueba" (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1983, 2 de junio de 1987, 8 de julio de 1988 y 6 de julio de 1989). Interpretación jurisprudencial que ha venido a ser reforzada por el artículo 326.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que cuando no se haya propuesto prueba alguna para acreditar o descartar la autenticidad del documento, "el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica".
TERCERO.-Asimismo, tampoco puede erigirse en prueba plena la constancia de la operación en los libros de la concursada, que también es una prueba documental que ha de ser valorada en conjunto. El artículo 327 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes, se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles", por lo que se efectúa una remisión a los artículos 31 a 33 del Código de Comercio, respecto de los cuales la jurisprudencia tiene establecido que la prueba de libros, en sí misma considerada, carece de valor probatorio autónomo, en tanto en cuanto no se produce en ella una comprobación por partidas de los soportes documentales facturas, contratos, albaranes, hojas de pedido, etc.- que dan lugar a los correspondientes asientos (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1986). Máxime si dichos libros no están legalizados, por lo que la regularidad de sus anotaciones queda completamente en entredicho.
CUARTO.-Partiendo de las anteriores consideraciones sobre la prueba documental, debe tenerse en cuenta que el camión hipotecado es el único bien realizable de la concursada, que entre las dos sociedades intervinientes en el negocio jurídico cuya rescisión se pretende existen vínculos económicos y societarios, puesto que ambas son fundadoras de la sociedad "Distribuciones Licores Genil, S.L." y que se da la circunstancia de que el socio único de la pretendida sociedad prestamista es el asesor laboralcontable de la sociedad concursada, según consta en la documentación obrante en autos. Por tanto, ante la falta de acreditación documental plena, con las circunstancias concurrentes anteriores y dándose incluso la circunstancia igualmente significativa de que la entidad en cuyo beneficio se constituyó la hipoteca mobiliaria ni siquiera ha recurrido la sentencia rescisoria, cabe considerar que el contrato de préstamo para cuya garantía se otorgó el mencionado gravamen fue un contrato simulado. Tal y como se ha puesto de manifiesto en la doctrina y la jurisprudencia, las reglas generales relativas al contrato simulado se encuentran en el artículo 1.276 del Código Civil, al tratar de la causa falsa, produciéndose la simulación absoluta cuando se crea la apariencia de un contrato pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica, estando afectado el contrato con simulación absoluta de nulidad total, tanto por la tajante declaración del propio artículo 1.276, como por lo dispuesto en los artículos 1.275 y 1.261-3, en relación con el 6.3, del mismo Código Civil. Asimismo, la jurisprudencia ha declarado que constituye la «simulatio nuda» una mera apariencia engañosa («substantia vero nullam»), carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1984), produciéndose el contrato simulado cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica (Sentencia de 1 julio de 1988), implicando la simulación un vicio en la causa negocial (Sentencia de 18 julio de 1989); de igual forma, reseñar que el negocio con falta de causa es inexistente (Sentencia de 23 mayo de 1980), así como que la falsedad de la causa equivale a su inexistencia y, por consiguiente, produce también la nulidad del negocio, en tanto no se pruebe la existencia de otra verdadera y lícita (Sentencia de 21 de marzo de 1956). Y en fin, la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 21 de septiembre de 1998, glosando otras muchas anteriores), establece que la simulación absoluta, que afecta al negocio de nulidad total, puede revelarse por pruebas indiciarias que lleven al juzgador a la apreciación de la realidad de una mera apariencia engañosa, carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge. Siendo copiosa la doctrina que establece que, ante las dificultades que encierra la prueba directa y plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, se hace preciso acudir a la prueba indirecta de las presunciones, que autoriza el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
QUINTO.-Los elementos que en este caso corroboran dicha simulación son múltiples y resumidamente son: a) El contrato privado del que derivaría el reconocimiento de deuda, cuya fecha real no ha sido acreditada, no fue aportado hasta el acto del juicio, pese a los requerimientos previos de la administración concursal; b) No consta que se hiciera la entrega efectiva del dinero objeto del supuesto préstamo; c) Se intenta adverar el documento privado con un asiento contable en un libro de comercio no legalizado; d) Entre las aparentes prestamista y prestataria existen vínculos económicos y societarios; e) La escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de la garantía real se otorga en fechas muy próximas a la declaración del concurso, por lo que, en relación con los datos anteriormente expuestos, resulta evidente que su exclusiva finalidad era sustraer de la masa el único activo realizable de la misma. Por las razones expuestas, concurriendo el requisito temporal previsto en el artículo 71 de la Ley Concursal, existiendo perjuicio para los acreedores, e incluso considerándose acreditado el "consilium fraudis" en cuanto a la simulación contractual expuesta, ha de considerarse correctamente estimada la acción de reintegración ejercitada por la administración concursal.": SAP Córdoba (Sección 3) 13.01.2011 (Sentencia 6/2011; Rollo 350/2010)

JM-3 Madrid

"PRIMERO.-A través de la demanda interpuesta la Administración Concursal de B. solicita la nulidad de los actas dispositivos que por importe de 371.001,71 euros se han efectuado en favor de la codemandada y E..En realidad se vienen a acumular dos tipos de acciones, la de nulidad de un lado y las acciones rescisorias

concursales de otro. De acuerda con la que establece el apartado sexto del articulo 71 de la Ley Concursal el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho. Para seguir un orden lógico será precisa hacer referencia en primer lugar a la nulidad, en cuanto la acción de nulidad parte de una apariencia contractual que, ante la carencia de cualquiera de los requisitos exigibles para su existencia y validez, necesita su declaración judicial con ineficacia "ex tunc o "ab initio" Por el contrario la acción rescisoria presupone un titulo inicialmente válido que en el ámbito concursal reviste caracteres especiales en cuanto no se requiere intención fraudulenta, y así lo establece el apartado primero del artículo 71 de la L.C

SEGUNDO.-Al margen de que en todo caso los actos realizados puedan considerarse perjudiciales para la masa es de observar que la Administración Concursal parte de la falta de justificación de los actos dispositivos efectuados en favor de E.. Por la concursada se mantiene que existía una relación entre ambas sociedades, B. y E, que se recoge en el contrato suscrito el lo de febrero de 2003, aportado como documento n° 1 de la contestación. Será necesario por la tanto examinar los actos dispositivos y el citado contrato para determinar si verdaderamente sustenta una relación real entre ambas sociedades o se trata de una mera ficción para dar cobertura dichos actos. (...)

CUARTO.-En la doctrina se ha puesto de manifiesto que en muchos casos no es preciso acudir al redimen previsto para las acciones rescisorias en la Ley Concursal "porque lo que la realidad demuestra es que cuando un deudor deshonesto está próximo a la insolvencia no se dedica a donar sus bienes a a venderlos a un precio menor que el de mercado sin un designio especial, sino que lo que suele hacer es simular ventas o vender bienes con la finalidad de defraudar a sus acreedores". En tales casos lo que el interés de la masa activa precisa es la declaración de simulación del negocio (ALCOVER GARAU, DERECHO CONCURSAL Dir Gª Villaverde -Alonso Ureba -Pulgar Ezquerra).En el mismo sentido GIL RODRÍGUEZ (Comentarios a la Ley Concursal Dir Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) señala que "lo mas corriente entre personas poco escrupulosas con las expectativas de sus acreedores, no será el contagio de una insólita fiebre de donar sino que, lógicamente abundarán las transacciones económicas perfectamente hueras cuya sola finalidad reside en guarecer aquellos bienes de la agresión legítima de los acreedores insatisfechos". Frente a estos comportamientos ir la reacción adecuada ha de encontrarse en la acción de nulidad absoluta, necesitada de la correspondiente prueba destructora de la apariencia, pero retribuida con la reposición de los elementos patrimoniales pertenecientes al deudor. Por lo demás, no hace falta advertir que la administración concursal podrá ejercitar ambas pretensiones en la misma demanda.".

Como vemos la falta de justificación de las disposiciones efectuadas en favor de E., utilizando como cobertura un contrato de prestación de servicios tiene su adecuado tratamiento en sede de nulidad absoluta, nulidad por otra parte apreciable de oficio. Como señala el Tribunal Supremo (entre otras en su sentencia de 27 de octubre de 1998) la función que nuestro Derecho atribuye a la causa consiste en la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones negociales, función que desde el punto de vista subjetivo se traduce en la finalidad que se pretende conseguir como resultado individual o social, en vista del cual se espera el amparo jurídico, de lo que se deduce que cuando el negocio que se pretende tutelado por el ordenamiento es irreal y solo trata de encubrir un fin ilícito o malicioso, surge la inexistencia del contrato por falta de causa, ya que este es uno de los requisitos exigidos ineludiblemente para la validez de todo vínculo negocial, como dispone el articulo 1261 del Código civil, y su falta determina, conforme al articulo 1275 del mismo Cuerpo Legal la invalidez y carencia de efectos del negocio. En análogo sentido la STS de 21 de octubre de 1998 establece que la simulación absoluta puede revelarse por pruebas indiciarias que lleven al Juzgador a la apreciación de la realidad de una mera apariencia engañosa, carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge, concretando que una de las formas utilizadas en la simulación absoluta es la disminución ficticia del patrimonio, con la sustracción de bienes a la inminente ejecución de los acreedores; siendo copiosa la doctrina que establece que ante las dificultades que encierra la prueba directa y plena de la simulación de los contratos, por el
natural empeño que ponen losa contratantes en hacer desaparecer los vestigios de. la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, se hace. preciso acudir a la prueba indirecta de presunciones (SSTS de 26 de noviembre de 1993, 25 de mayo de 1.995, 24, de noviembre de 1998 y 31 de diciembre de 1998)

En el caso que nos ocupa hemos comprobado que nos encontramos ante desplazamientos patrimoniales sin causa efectuados entre sociedades relacionadas entre si y ello en virtud de los distintos apartados que se han tratado ampliamente referidos a la contabilidad, a la ausencia de soportes contables, a la falta de rastro alguno de tan voluminosa y cuantiosa actividad, al examen del contrato que pretende dar cobertura a los desplazamientos, a la relación personal y subyacente a las sociedades y al control de las mismas, entre otros aspectos. De todo ello se ha de concluir en la nulidad pretendida de los actos dispositivos y la consiguiente reintegración a la masa de la cantidad de 371.001,71 euros.": Sentencia JM-3 Madrid 28.04.2005 (Sentencia 111/2005)

2. Se entiende ejercitada la rescisoria concursal, pese a que la demanda no lo explicita y cita equívocamente el art. 1290 CC

AP Alicante

"PRIMERO.- La demanda de la administración concursal directora del concurso de los cónyugesPlácidoyDaniela, se sustenta en la consideración de lesiva para la masa activa, de las operaciones de venta llevadas a cabo por la Sra.Danielaen fecha 14 de julio de 2005 a favor de la mercantil Exclusivas de Sanidad y Consumo S.L. en el entendimiento de que la venta, a consecuencia de la premura con que se efectúa, se hace por menor valor de mercado que el verdaderamente correspondía a los inmuebles objeto de

venta, al punto que si la venta, que se hace en globo, se cifra en 35.000 euros, la tasación que obtiene la administración concursal eleva dicho valor hasta 62.991,01 euros.
La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, tras concretar la naturaleza de la acción ejercitada como rescisoria concursal, alcanza la conclusión, a partir de la valoración de la prueba de autos, de que la venta de los inmuebles de que se trata es perjudicial porque se lleva a cabo por un precio inferior al valor objetivo de las fincas al tiempo de la operación, planteamiento sobre el que veremos, no hay cuestión, admitiéndose dialécticamente que el menor valor puede suponer desde la perspectiva que nos ocupa, el perjuicio que sustenta la pretensión final.
SEGUNDO.- Frente a la decisión de la instancia se articulan sendos recursos por los demandados, coincidentes en el punto relativo a la valoración de la prueba, que es a la postre, lo relativo a la valoración del valor de los inmuebles transmitidos. No obstante, la representación de Dª.Danielainicia su impugnación con la alegación relativa a la posible infracción delartículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civily la indebida aplicación delartículo 71-6 de la Ley Concursalen relación a losartículos 1290 y 1291 del Código Civil, que es el motivo que centra nuestra primerareflexión jurídica.
Lo que imputa en primer término la apelante indicada es un defecto de congruencia a la Sentencia ya que, aunque la resolución de la instancia entiende que la acción ejercitada es la de reintegración concursal y es en base a la concurrencia de los requisitos de esa acción que el pronunciamiento judicial es favorable a la actora, es lo cierto que la acción ejercitada es, por remisión delpárrafo 6º del artículo 71 de la Ley Concursal, una acción rescisoria delartículo 1290 del Código Civilque además entiende la apelante es, en concreto, al contemplada en el 1291-3 del Código Civil, es decir, la acción rescisoria por fraude de acreedores pues, según afirma, la demanda alude a que el acto cuya rescisión se pretende supone un perjuicio general para el conjunto de sus acreedores y, se dice, este concepto es el de fraude de acreedores.
El motivo se desestima.
Baste advertir que si el fundamento para el entendimiento de que la acción ejercitada por la administración concursal es la rescisoria del 1290 delCódigo Civil (por remisión del 71-6ºLC) es que la impugnación del acto es que se produjo en fraude de acreedores -intento comprensible dada la falta de otra posibilidad, una vez obviada toda referencia al ejercicio de una acción revocatoria o pauliana del 1111 CC-, ninguna razón atiende en realidad al impugnante. Y es que, como viene reiteradamente diciendo la jurisprudencia delTribunal Supremo en SS. 7 de febrero y 27 de noviembre de 1991, 6 de abril de 1992 y 10 de abril de 1995, hay fraude de acreedores a los efectos delartículo 1291-3º del Código Civilcuando el deudor efectúa una transmisión con intención de sustraer los bienes en perjuicio de acreedores y, además, tratándose de una enajenación a título oneroso, el adquirente conoce y colabora conscientemente en la finalidad defraudatoria seguida por el enajenante (consilium fraudis). Pues bien, es evidente que en absoluto es tal el argumento de la actora que muy al contrario, en el fundamento jurídico de su demanda que intitula PERJUICIO PATRIMONIAL, contiene la referencia clave de la cuestión, esto es, que el perjuicio patrimonial puesto de manifiesto por la diferencia de valor es objetivo respecto de la masa (activa) con independencia de las partes.Art 71 de la Ley Concursal, de donde resulta indubitado que su referencia es al primerode lospárrafos del citado artículo 71 LCdonde de forma específica, y como novedad del sistema, se establece la suficiencia de la perjudicialidad del acto para la masa activa, no siendo necesario que haya existido intención fraudulenta. Con tal referencia, la norma ha querido garantizar la integridad e integración de la masa activa del concurso, solventando de hecho uno de los obstáculos que de ordinario dificultan, en el ámbito civil no concursal, las acciones de reintegración donde se exige al actor que pruebe el fraude de quienes habían intervenido en la operación.
La referencia anterior lo que pone de relieve es que la demanda-art 399 LEC- identifica la acción no de forma explícita, no suficientemente al menos por la equívoca referencia alartículo 1290 del Código Civil, pero sí de manera implícita mediante la plena identificación del hecho jurídico del que nace la relación jurídica que tiene su expresión consecuencial en el petitum, en el caso, la revocación de la compraventa celebrada en fecha 14 de julio de 2005 entre los co-demandados por razón del menor valor patrimonial dados a los bienes transmitidos dentro del periodo de sospecha previo a la declaración del concurso. Sólo en el marco de la acción rescisoria concursal se comprende una pretensión revocatoria de un acto por la mera concurrencia de un objetivo perjuicio para la masa activa del concurso. En ese sentido se articulan los hechos, los fundamentos jurídicos y, de manera congruente con ellos, el petitum de la demanda.”: SAP Alicante (Sección 8) 14.02.2008 (JUR 2008/166951) (Rollo 31/2008)

“En relación con el primero de los motivos del recurso apuntado relativo a la incongruencia extra petita es cierto que en la súplica de la demanda se interesó como pronunciamiento principal la declaración de la ineficacia de la ampliación de capital suscrita y que en el apartado de la fundamentación jurídica relativo a la acción ejercitada se indica, de manera algo confusa, que "se ejercita la acción de rescisión de actos lesivos (art. 1.290 C.c.) o perjudiciales para la masa activa como norma excepcional a la regla de subsidiariedad contemplada en elartículo 71 y siguientes de la Ley Concursal". Sin embargo, de la lectura de la demanda (basta con ver el segundo párrafo del encabezamiento) se desprende que se está ejercitando la acción de rescisión de los actos perjudiciales para la masa, prevista en elartículo 71 de la Ley Concursal, contra la concursada DoñaAlmudenaal haber aportado cinco inmuebles como contravalor de la ampliación de capital de "Calzados Blay, S.L." cuyas nuevas participaciones fueron suscritas íntegramente por aquélla. En consecuencia, se descarta que la acción ejercitada fuese la revocatoria o pauliana prevista en losartículos 1.111 y 1.291.3º del Código civil.
La STC número 50/2007, de 12 de marzo, declara que "el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o

expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso".
Con independencia de los términos literales de la súplica de la demanda, la esencia de lo pedido y discutido en el pleito era la rescisión, por ser perjudicial para la masa activa, de la aportación por parte de la concursada de cinco inmuebles como contravalor de la ampliación de capital de la mercantil "Calzados Blay, S.L." y cuyas nuevas participaciones fueron totalmente suscritas por aquélla, debiendo las partes proceder como efecto legal inherente de la rescisión de la suscripción de las nuevas participaciones emitidas a la recíproca restitución de las prestaciones (devolución a la mercantil de las participaciones recibidas y reintegración de los cinco inmuebles a la masa activa de la concursada) y en el Fallo de la Sentencia recurrida, sin alteración de los hechos alegados en la demanda, se dio cumplida respuesta a la esencia de lo pedido y discutido en el pleito aunque literalmente no coincidiera con los términos expresados en la súplica de la demanda.
En conclusión, se rechaza la infracción delartículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civilal no apreciarse la incongruencia denunciada.": SAP Alicante (Sección 8) 14.02.2008 (JUR 2008/166965) (Rollo 33/2008)

"Ejercitada por la Administración concursal acción en la que se pretendía la declaración de nulidad de un contrato de compraventa concertado entre la concursada y Edificios Seyla, SL mediante escritura pública otorgada el 14 de julio del 2005, por haberse verificado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y ser perjudicial para la masa activa (art. 71 Ley Concursal), el magistrado de lo mercantil estima la demanda con el argumento, dicho sea en síntesis, de que, tras valorar el material probatorio reunido en el procedimiento, la venta se hizo por un precio sensiblemente inferior al valor objetivo que tenía la finca, realizándose dicha operación en una situación de liquidación de buena parte de los activos de la Sra.Marcelina.
La representación de Dª.Marcelina inicia su impugnación con la alegación relativa a la posible infracción delartículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civily la indebida aplicación delartículo 71-6 de la Ley Concursalen relación a losartículos 1290 y 1291 del Código Civil. Esta cuestión ha sido resuelta en lasentencia n.º 71/08, de 14 de febrero, con los razonamientos que se transcriben a continuación, que se dan por reproducidos en orden a la desestimación del motivo:
"Lo que imputa en primer término la apelante indicada es un defecto de congruencia a la Sentencia ya que, aunque la resolución de la instancia entiende que la acción ejercitada es la de reintegración concursal y es en base a la concurrencia de los requisitos de esa acción que el pronunciamiento judicial es favorable a la actora, es lo cierto que la acción ejercitada es, por remisión delpárrafo 6º del artículo 71 de la Ley Concursal, una acción rescisoria delartículo 1290 del Código Civilque además entiende la apelante es, en concreto, al contemplada en el 1291-3 del Código Civil, es decir, la acción rescisoria por fraude de acreedores pues, según afirma, la demanda alude a que el acto cuya rescisión se pretende supone un perjuicio general para el conjunto de sus acreedores y, se dice, este concepto es el de fraude de acreedores.
El motivo se desestima.
Baste advertir que si el fundamento para el entendimiento de que la acción ejercitada por la administración concursal es la rescisoria del 1290 delCódigo Civil (por remisión del 71-6ºLC) es que la impugnación del acto es que se produjo en fraude de acreedores -intento comprensible dada la falta de otra posibilidad, una vez obviada toda referencia al ejercicio de una acción revocatoria o pauliana del 1111 CC-, ninguna razón atiende en realidad al impugnante. Y es que, como viene reiteradamente diciendo la jurisprudencia delTribunal Supremo en SS. 7 de febrero y 27 de noviembre de 1991, 6 de abril de 1992 y 10 de abril de 1995, hay fraude de acreedores a los efectos delartículo 1291-3º del Código Civilcuando el deudor efectúa una transmisión con intención de sustraer los bienes en perjuicio de acreedores y, además, tratándose de una enajenación a título oneroso, el adquirente conoce y colabora conscientemente en la finalidad defraudatoria seguida por el enajenante (consilium fraudis). Pues bien, es evidente que en absoluto es tal el argumento de la actora que muy al contrario, en el fundamento jurídico de su demanda que intitula PERJUICIO PATRIMONIAL, contiene la referencia clave de la cuestión, esto es, que el perjuicio patrimonial puesto de manifiesto por la diferencia de valor es objetivo respecto de la masa (activa) con independencia de las partes.Art 71 de la Ley Concursal, de donde resulta indubitado que su referencia es al primerode lospárrafos del citado artículo 71 LCdonde de forma específica, y como novedad del sistema, se establece la suficiencia de la perjudicialidad del acto para la masa activa, no siendo necesario que haya existido intención fraudulenta. Con tal referencia, la norma ha querido garantizar la integridad e integración de la masa activa del concurso, solventando de hecho uno de los obstáculos que de ordinario dificultan, en el ámbito civil no concursal, las acciones de reintegración donde se exige al actor que pruebe el fraude de quienes habían intervenido en la operación.
La referencia anterior lo que pone de relieve es que la demanda-art 399 LEC- identifica la acción no de forma explícita, no suficientemente al menos por la equívoca referencia alartículo 1290 del Código Civil, pero sí de manera implícita mediante la plena identificación del hecho jurídico del que nace la relación jurídica que tiene su expresión consecuencial en el petitum, en el caso, la revocación de la compraventa celebrada en fecha 14 de julio de 2005 entre los co-demandados por razón del menor valor patrimonial dados a los bienes transmitidos dentro del periodo de sospecha previo a la declaración del concurso. Sólo en el marco de la acción rescisoria concursal se comprende una pretensión revocatoria de un acto por la mera concurrencia de un objetivo perjuicio para la masa activa del concurso. En ese sentido se articulan los hechos, los fundamentos jurídicos y, de manera congruente con ellos, el petitum de la demanda". : SAP Alicante (Sección 8) 15.02.2008 (JUR 2008/166801) (Rollo 32/2008

3. Legitimación activa principal exclusiva de la AC

AP Baleares

“En cuanto a la legitimación activa de la administración concursal.
BANCO SANTANDER S.A. niega la legitimación de la administración concursal para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores.
Nos encontramos ante un argumento novedoso, que irrumpe en el debate con ocasión de esta segunda instancia pero tal y como menciona la propia apelante, ello no debe constituir motivo para no abordarlo, habida cuenta de que se trata de una cuestión que resultaría apreciable incluso de oficio.
Lo que sucede es que el alegato de la parte recurrente carece de fundamento en la vigente ley concursal.
La inclusión de la acción a la que nos venimos refiriendo en el ámbito material del artículo 71.7 de la Ley Concursal vigente ya al tiempo de presentar la demanda en fecha 06.03.2012 -pese a las referencias de la misma y de la propia sentencia al art 71.6 LC legislación anterior a la reforma aprobada por la Ley 38/2011- literalmente dispone:
"7. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente."
La remisión que en el mismo precepto se hace a las normas de legitimación contenidas en el siguiente, y el claro literal de este último completan el razonamiento que implica la desestimación del primer motivo de apelación:
72.1: LC La legitimación activa para el ejercicio de *las acciones rescisorias* y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En este caso, en cuanto a los gastos y costas de los legitimados subsidiarios se aplicará la norma prevista en el apartado 4 del artículo 54.....
4. Las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal. Las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal "
Es por ello que este motivo no puede ser estimado.”: SAP Baleares (Sección 5) 30.05.2013 (Sentencia 238/2013; Rollo 612/2012)

“La administración concursal ostenta legitimación activa en el concurso para el ejercicio de la acción pauliana en el concurso de acreedores.
Así el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 18 de abril de 2013 razona : "6... Como recordábamos recientemente en la Sentencia 510/2012 de 7 de septiembre (RJ 2013, 2265), *la acción*
pauliana es "una acción personal que, con carácter general, posibilita a los acreedores para atacar la eficacia funcional de los actos fraudulentos celebrados por el deudor, en la medida en que dichos actos determinen su incapacidad patrimonial en orden a la satisfacción de los respectivos créditos".
Este carácter personal de la acción determina por una parte que, en principio, la legitimación para su ejercicio corresponda al acreedor perjudicado, y por otra que la ineficacia del acto impugnado sea relativa y parcial, pues la privación de eficacia del acto impugnado lo es sólo respecto del acreedor que acciona y en la medida estrictamente necesaria para subsanar el perjuicio sufrido [SSTS (1ª) 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8430), 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 6139) y 25/2004, de 30 de enero (RJ 2004, 440)]. De este modo, los efectos del ejercicio de la acción pauliana en caso de estimarse tan sólo benefician al acreedor que hubiera ejercitado la acción, quien lo hace en su nombre e individualmente; esto es, no se produce propiamente una reintegración de los bienes afectados al patrimonio del deudor, restaurando así la garantía patrimonial a favor de todos los acreedores, sino que sólo se consideran los actos impugnados como no ocurridos en relación con el acreedor actor, para posibilitar la ejecución de su crédito en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse concluido el acto de disposición impugnado.
7...Cuestión distinta es que, sin alteración de la naturaleza de la acción y de sus presupuestos, podamos entender que varían la legitimación activa para su ejercicio y el destino de la restitución. Esto es, el ejercicio de la acción pauliana deberá basarse en la defraudación de determinados derechos de crédito existentes al tiempo de la realización del acto impugnado, por lo que los efectos de la rescisión afectarán hasta el montante del perjuicio ocasionado a dichos derechos, pero lo obtenido se destinará a reintegrar la masa del concurso, para evitar una alteración de la par condicio creditorum. De ahí que la legitimación activa para su ejercicio no corresponda a los acreedores directamente afectados por el acto de disposición, sino a la sindicatura del concurso, como órgano que representa los intereses de la masa y los intereses colectivos de todos los acreedores que conforman la masa pasiva.
El art. 71 LC (RCL 2003, 1748), además de configurar una acción rescisoria propia, denominada concursal, basada en el perjuicio para la masa activa, prevé expresamente que su ejercicio "no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquellas contiene el artículo siguiente". Lógicamente, entre estas acciones de impugnación se encuentra la acción pauliana, sin que exista ninguna razón para excluirla. La remisión a las normas de legitimación previstas en el art. 72 LC determina que la legitimación para el ejercicio de cualquiera de estas posibles acciones de impugnación, una vez declarado el concurso, corresponderá a la administración concursal. Sólo excepcionalmente, "los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento".
8...Concurre además otra circunstancia que corrobora la legitimación de la sindicatura del concurso de acreedores: en nuestro caso, los créditos perjudicados con el acto objeto de impugnación son prácticamente todos los concursales reseñados en la lista de acreedores aportada con la solicitud de concurso, ya que todos

ellos existían al tiempo en que se realizó el acto impugnado (una transacción por la cual la concursada pagó 162.723,27.- euros para satisfacer una deuda ajena). El acto de disposición se realizó el 4 de abril de 2002 y la solicitud del concurso de acreedores es del día 16 de abril de 2002, que fue admitida a trámite el día 23 de abril. Es lógico que en estos casos el ejercicio de la acción, una vez declarado el concurso, corresponda a la sindicatura del concurso, en interés colectivo de todos los acreedores afectados."
De la sentencia mencionada concluimos que, en el caso del ejercicio de la acción paulina en concurso corresponde su legitimación a la administración concursal y debe tramitarse como incidente concursal pero ello no desvirtúa los demás requisitos de la acción.": SAP Baleares (Sección 5) 16.12.2013 (Sentencia 468/2013; Rollo 408/2013)

AP Madrid

"SEGUNDO.- En la resolución apelada se niega la legitimación de la Administración Concursal para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores y se sostiene que sólo estos últimos, de modo individual, podrían emprenderla. La parte apelante dicrepa de la corrección de este modo de razonar y no le falta fundamento para ello.
La acción rescisoria por fraude de acreedores (prevista en los artículos 1111 y 1291.4 del C. Civil) es una de las que pueden ser incluidas (junto a las de nulidad, etc) en el ámbito del artículo 71.6 de la Ley Concursal ("...otras acciones de impugnación de los actos del deudor que procedan conforme a derecho..."). Dicho precepto legal se remite a las normas contenidas en el artículo 72.1 de la LC, que dispone que la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá, precisamente, a la Administración Concursal. De manera que negársela no parece una decisión afortunada.
Aunque la legitimación en el ámbito extraconcursal incumbiría al acreedor, la razón de ser de tal previsión legal estriba en que, una vez declarado el concurso, es un órgano concursal el que asume la representacion del interés de la masa activa y con ello también del que los propios acreedores tienen en la optimización de la misma, porque de ese modo se refuerza la garantía de cobro de sus derechos de crédito. La coordinación de las posibles iniciativas al respecto a través de un órgano concursal es una solución bastante lógica y, en cualquier caso, es por la que de modo explícito se ha inclinado el legislador.
Por lo tanto, el fundamento de la desestimación de la demanda aducido en la resolucion apelada no fue el acertado": SAP Madrid (Sección 28) 12.06.2015 (Sentencia 169/2015; Rollo 375/2013)

AP Oviedo

"Frente a ello la apelante Caixabank sostiene en su recurso que la legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria general, al contrario de lo que ocurre con la acción de reintegración concursal, recae únicamente en los acreedores perjudicados por el acto a rescindir, tal y como lo entiende la doctrina civilista que se cita en el recurso y como lo entiende también la jurisprudencia que, con ocasión de la aplicación del derecho concursal ya derogado, había venido negando a los órganos de la suspensión de pagos o de la quiebra -sindicatura o interventor- la legitimación activa para el ejercicio la acción rescisoria general.
Ciertamente la acción pauliana aparece diseñada en nuestro ordenamiento como un instrumento de protección dirigido a cualquier acreedor individual que hubiera sufrido una lesión en un derecho nacido con anterioridad al acto o al negocio impugnado, de tal manera que el éxito de esta acción rescisoria llevará aparejado como efecto la ineficacia meramente parcial de aquel negocio, y ello en la medida estrictamente necesaria para subsanar el perjuicio sufrido por aquél, lo que se traduce además en que el destinatario de la reintegración no lo será el patrimonio del deudor sino tan solo el acreedor demandante que ha accionado en su propio nombre e individualmente, de tal manera que se considerarán los actos impugnados como no ocurridos en relación con el acreedor actor y ello para posibilitar que pueda ejecutar su crédito en las mismas condiciones en que se encontraba el patrimonio de su deudor antes de llevar a cabo el negocio impugnado. Sin embargo, esta configuración de la legitimación activa no puede ser mantenida cuando nos hallamos en un escenario concursal, pues en tal caso, y contrariamente a lo sostenido por la apelante en su escrito de recurso, la legitimación activa para el ejercicio de la acción pauliana pasa a ser asumida por la Administración concursal conforme los términos dispuestos en el art. 71-6 y 72-1 L.C. Por ello, y con la finalidad de evitar las disfunciones que de otro modo se venían generando, nuestro Alto Tribunal ha modificado en la STS 20 marzo 2013 el criterio que venía manteniendo a propósito de esta cuestión en relación con el régimen concursal previgente (suspensión de pagos y quiebra) para adaptarlo a la nueva regulación concursal, admitiendo de este modo que la legitimación activa para el ejercicio de la acción pauliana no corresponde a los acreedores afectados por el acto de disposición sino que se atribuye a la sindicatura del concurso, como órgano que representa los intereses de la masa y los intereses colectivos de todos los acreedores que conforman la masa pasiva. Y por lo que respecta al ejercicio de la repetida acción en sede del régimen concursal ahora vigente nuestro Alto Tribunal se encarga de recordar que "El art. 71 LC, además de configurar una acción rescisoria propia, denominada concursal, basada en el perjuicio para la masa activa, prevé expresamente que su ejercicio " no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquellas contiene el artículo siguiente ". Lógicamente, entre estas acciones de impugnación se encuentra la acción pauliana, sin que exista ninguna razón para excluirla. La remisión a las normas de legitimación previstas en el art. 72 LC determina que la legitimación para el ejercicio de cualquiera de estas posibles acciones de impugnación, una vez declarado el concurso, corresponderá a la administración concursal. Sólo excepcionalmente, " los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses

siguientes al requerimiento".": SAP Oviedo (Sección 1) 11.11.2013 (Sentencia 332/2013; Rollo 287/2013)

3.1Falta de legitimación activa (principal) de los acreedores

AP Burgos

"Tercero.- La impugnación que formula Urbelar Miranda SL sostiene que la demanda que ejercita es en calidad de "acreedor perjudicado" por una refinanciación realizada para saldar deudas de "Urbelar Viviendas SL" con Banca Cívica, con la connivencia del administrador D. Eduardo y Banca Cívica y que por ello la sentencia de instancia no es ajustada a derecho en su Fundamento Tercero cuando resuelve, con carácter previo, que concurre falta legitimación activa en la concursada, entendiendo que lo que se ejercita es una acción de reintegración de los artículos 71 a 73 de la LC, sin abordar el fondo del asunto, cuando lo que ejercita es la acción de rescisión de los artículos 1.111 y 1291.3 del Código Civil utilizando la vía procesal del artículo 54.2 de la LC. Además entiende que no hay falta de legitimación activa y que debería haberse resuelto el fondo del asunto, dado que la legitimación activa de la concursada fue cumplimentada por la administración concursal a tenor de lo manifestado en su escrito de 24 de febrero de 2012 en el que mostró la conformidad integra con la demanda planteada por la concursada.
Como dijo el AAP Barcelona, sección15ª, de 24 de octubre de 2008, ponente Sr. Sancho Gargallo, " El artículo 72.1 LC atribuye a la administración concursal la legitimación activa originaria para instar la rescisión concursal y cualquier otra acción de impugnación de actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso. En el caso de la rescisión concursal, su justificación radica en que la administración concursal constituye un órgano que representa tanto los intereses patrimoniales de la masa del concurso, como los intereses de los acreedores concursales, y las acciones de reintegración se ejercitan principalmente en interés de la masa activa del concurso y, por ende, en interés de los acreedores, que verán reforzada la garantía patrimonial de sus créditos. Esta legitimación originaria se atribuye en todo caso, y con independencia del alcance de las limitaciones acordadas por el auto de concurso al ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (artículos 40 y 21.1.2º LC) y, por lo tanto, al grado de representación de la masa activa por parte de la administración concursal. Se excluye de esta legitimación a cualquier acreedor por motivos de orden y seguridad jurídica, para evitar la pluralidad de acciones, de modo que su legitimación se articula a través de un órgano de representación, la administración concursal, y sólo cuando dicho órgano de administración deje de actuar, habiendo sido requerido para ello, podrá ejercitar el acreedor requirente la acción revocatoria que había sido objeto de requerimiento ".
En la misma línea se expresan otras resoluciones:
-La SSAP Valencia 9ª de de 3/2/2011 y 10/4/ 2012 afirma que la concursada carece de legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria (artículo 72.1), ostentado, sin embargo la pasiva (artículo 71.2).
-La SSAP Murcia 4ª de 14/10/2011 y 22/3/2012 dice que : no resulta admisible la interpretación extensiva que pretende la concursada para un supuesto excepcional como el comentado, en el que el legislador ha hecho una regulación especialmente restrictiva de la legitimación para plantear esta clase de acciones, y ello porque no cabe aplicar analógicamente las normas excepcionales (artículo 4.2 del C.civil).
-La SAP Huesca de 7/2/2008 también declara que : el art. 72 atribuye la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones a la Administración concursal, así como, en las condiciones determinadas en el propio precepto, a algunos de los acreedores, mas en ningún caso al propio deudor, que es precisamente la parte contra la cual, conforme al párrafo segundo del propio art. 72, deberá dirigirse la demanda de rescisión, por lo que, como ya apuntábamos en nuestra Sentencia de 30 de noviembre de 2007 - dictada, al igual que la presente, con ocasión de un incidente concursal promovido al amparo del art. 96 de la Ley 22/2003 por otro de los acreedores de quien hoy es apelante-, hay que entender que la concursada carece de legitimación para cuestionar la validez de las operaciones por ella misma concertadas, y también para pedir la paralización del procedimiento en función de acciones que a ella no le corresponden, sin que, en cualquier caso, sea éste el momento para determinar si lo que pudo lesionar a la masa fue el crédito obtenido o el destino al que la concursada lo aplicó. También la de 3 de abril de 2009.
Por otra parte, hay que decir que las acciones de reintegración que pueden ejercitarse dentro del concurso de acreedores no se agotan con la rescisoria concursal, regulada en los artículos 71 y ss de la LC,,pues el artículo 71.6 de la LC (actualmente apartado 7), permite ejercitar " otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho ", como en este caso la acción rescisoria por fraude de acreedores de los artículos 1.111 y 1291.3º del Código Civil.
Sin embargo las alegaciones de la recurrente son estériles por cuanto el propio artículo 71.6 de la LEC se remite a las normas de legitimación contenidas en el artículo siguiente (artículo 72.1: la legitimación para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal).
En consecuencia, sin necesidad de entrar a examinar los motivos sobre el fondo de la impugnación, debe confirmarse la sentencia apelada en cuanto declara la falta de legitimación activa de la entidad demandante concursada para el ejercicio de la acción extraconcursal prevista en el artículo 1.111 y 1291.3º del Código Civil.". SAP Burgos (Sección 3) 27.03.2013 (Sentencia 105/2013; Rollo 197/2012)

"En materia de legitimación, sobre lo que la citada sentencia de 30 de enero de 2004 hace notar que "la acción pauliana (artículo 1111 CC) se diferencia de las revocatorias concursales por su fundamento, características y efectos, lo que se traduce no solo en una distinta legitimación activa, en la primera cualquier acreedor perjudicado en su crédito, y para las segundas los interventores de la suspensión", también el problema aparece resuelto por el artículo 72 LC que atribuye legitimación a la administración concursal, y ello no solo para el ejercicio de la específica de reintegración sino también para el resto de las acciones impugnatorias. Luego lo normal es que dentro del concursos sea la administración concursal la que ejercite la acción

rescisoria, aunque al hacerlo deberá decir si la hace en defensa de los intereses de un determinado acreedor o en defensa de todos los del concurso.”: SAP Burgos (Sección 3) 01.12.2014 (Sentencia 280/2014; Rollo 246/2014)

4. Acción pauliana

4.1 Admisibilidad de la acción pauliana en caso de concurso

AP Burgos

“En relación con la acción rescisoria que se ejercita cuando está pendiente un procedimiento de insolvencia el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentencia de 30 de enero de 2004 sobre la compatibilidad de la primera con los segundos. "Aunque el tema es complejo y dificultoso, o al menos de no sencilla resolución, no se advierte argumento consistente para privar al acreedor de la acción pauliana -como medio legítimo para la defensa individual de su crédito- por el mero hecho de haberse constituido el deudor en situación de suspensión de pagos; o cuando menos no tienen tal consistencia las razones aducidas por la parte recurrida a lo largo de las actuaciones, ni las expuestas por las sentencias de instancia"
Por lo demás, el artículo 71.7 de la Ley Concursal viene a zanjar la controversia al establecer la compatibilidad de la acción especifica de reintegración con el resto de acciones de impugnación de actos de deudor que procedan conforme a derecho, entre as cuales es común la referencia a la acciones rescisorias.”: SAP Burgos (Sección 3) 01.12.2014 (Sentencia 280/2014; Rollo 246/2014)

AP La Coruña

“TERCERO.-La acción revocatoria en el marco del concurso de acreedores.
Está generalmente admitido que la referencia que el artículo 72 de la Ley concursal (LC) hace al ejercicio de las "demás (acciones) de impugnación" abarca a la acción revocatoria o pauliana que habrá de mantener su caracterización típica derivada de la normativa del Código civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo pero con la lógica adaptación al marco concursal en el que se promueve. La variación que este contexto impone se limita, como destaca la STS de 18 de abril de 2013 (ROJ STS 3009/2013), a la legitimación para su ejercicio, que la Ley asigna con carácter principal a la administración concursal, y al destino de la restitución, "esto es, el ejercicio de la acción pauliana deberá basarse en la defraudación de determinados derechos de crédito existentes al tiempo de la realización del acto impugnado, por lo que los efectos de la rescisión afectarán hasta el montante del perjuicio ocasionado a dichos derechos, pero lo obtenido se destinará a reintegrar a la masa del concurso, para evitar una alteración de la par condictio creditorum". “:SAP La Coruña (Sección 4) 29.04.2015 (Sentencia 137/2015; Rollo 541/2014)

“2.- Está generalmente admitido que la referencia que el artículo 72 de la Ley concursal (LC) hace al ejercicio de las "demás (acciones) de impugnación" abarca a la acción revocatoria o pauliana que habrá de mantener su caracterización típica derivada de la normativa del Código civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo pero con la lógica adaptación al marco concursal en el que se promueve. La variación que este contexto impone se limita, como destaca la STS de 18 de abril de 2013 (ROJ STS 3009/2013), a la legitimación para su ejercicio, que la Ley asigna con carácter principal a la administración concursal, y al destino de la restitución, "esto es, el ejercicio de la acción pauliana deberá basarse en la defraudación de determinados derechos de crédito existentes al tiempo de la realización del acto impugnado, por lo que los efectos de la rescisión afectarán hasta el montante del perjuicio ocasionado a dichos derechos, pero lo obtenido se destinará a reintegrar a la masa del concurso, para evitar una alteración de la par condictio creditorum". “:SAP La Coruña (Sección 4) 20.05.2015 (Sentencia 169/2015; Rollo 409/2013)

AP Zaragoza

“SEGUNDO.-Por lo que se refiere a la posibilidad de ejercitar la acción pauliana en el concurso, y su compatibilidad con la pura rescisión concursal regulada en el art. 71.1 L 22/2003, la jurisprudencia ya se ha decantado claramente por un criterio favorable, así, en su reciente STS nº 245/2013 :
"El art. 71 LC, además de configurar una acción rescisoria propia, denominada concursal, basada en el perjuicio para la masa activa, prevé expresamente que su ejercicio "no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquellas contiene el artículo siguiente". Lógicamente, entre estas acciones de impugnación se encuentra la acción pauliana, sin que exista ninguna razón para excluirla."
Por su parte, esta Sala ya ha admitido el ejercicio de la acción pauliana al amparo en el art. 71.7 L 22/2003 en sus SS nº 214/2013 y 217/2013 como remedio de hacer frente a los actos realizados por la concursada en fraude de los acreedores mas allá del lapso temporal contemplado en el art. 71.1 L 22/2003.
En tales resoluciones hemos dicho:
"Del examen de las actuaciones resulta meridianamente clara que la acción ejercitada en el presente supuesto es la acción revocatoria o pauliana de los arts. 1111 y 1291.3 del Cc, ejercitada por la AC, lo que expresamente parece autorizar del art. 71.7 de LC. A través de ella, cuyo plazo de ejercicio es de cuatro años (art. 1299 Cc), plazo más amplio que el previsto en para la rescisoria concursal, se trata de conseguir substancialmente los

mismos efectos que con esta última acción. (.....)
Respecto a la acción, no cabe duda que su competencia, procedimiento y legitimación en el ámbito concursal aparecen regulados en los arts. 71 y 72 de la LC al atribuir ante el Juzgado de lo Mercantil la posibilidad de ejercitar no solo la acción rescisoria concursal sino también "otras acciones de impugnación contra los actos del deudor que procedan con arreglo a derecho" y cuya legitimación se atribuye expresamente a la AC (art. 72 de la LC). “:SAP Zaragoza (Sección 5) 08.10.2013 (Sentencia 426/2013; Rollo 364/2013)

4.2 El dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad de 4 años no se altera por la circunstancia del concurso del deudor

AP Baleares

“La legitimación restringida a la administración concursal una vez declarado el concurso no justifica que comience un nuevo cómputo de plazo, más bien dada la naturaleza rescisoria de acto válido, evidentes razones de seguridad jurídica avalan que el plazo se inicie desde que razonablemente pudieron tener conocimiento del acto los perjudicados: los acreedores preexistentes. Lo único que "añade" el ejercicio de esta acción en el concurso de acreedores es la posibilidad de que la ejercite la administración concursal y que el producto obtenido con ella redunde en beneficio de todos los acreedores del concurso, no sólo de aquellos cuyos créditos delimitan la cuantía de los rescindible.”: SAP Baleares (Sección 5) 16.12.2013 (Sentencia 468/2013; Rollo 408/2013)

AP Madrid

“PRIMERO.- Antecedentes relevantes
1.- La presente litis trae causa de la demanda promovida por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE PROMOCIONES Y OBRAS TIZIANO, S.A. (en adelante, "ADMINISTRACIÓN CONCURSAL") interesando, al amparo del artículo 1291.3ª del Código Civil, la rescisión de las hipotecas constituidas sobre los inmuebles que se detallan en los antecedentes de hecho por la concursada a favor de BANCO PASTOR, S.A. en garantía de ciertos préstamos, por haberse otorgado en fraude de acreedores. Habida cuenta el contenido del recurso que se nos somete, han de retenerse los siguientes datos: las correspondientes escrituras públicas son todas de fecha 23 de julio de 2003, y la inscripción en el Registro de la Propiedad de todas también se produjo en la misma fecha de 3 de octubre de 2003; la demanda se interpuso el 8 de noviembre de 2007.
2. El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia desestimatoria, al apreciar que la acción había caducado, toda vez que cuando la demanda se interpuso se había sobrepasado el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1299 del Código Civil tomando como día inicial del plazo el de la fecha de inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. En su resolución el juzgador rechaza el argumento de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de que el plazo debería empezar a contarse desde que este órgano concursal se constituyó, por la incertidumbre que comporta dicho planteamiento en cuanto al inicio del plazo fijado en la Ley y el riesgo de que la rescindibilidad del negocio se mantuviese por tiempo indefinido, con menoscabo del principio de seguridad jurídica inspirador del instituto de la caducidad. Añade la sentencia que la condición del sujeto legitimado para ejercitar la acción de rescisión no puede constituir argumento para modificar la fecha de inicio del plazo fijado en la norma, toda vez que la administración concursal actúa en beneficio de los acreedores y estos pudieron promover el correspondiente juicio con anterioridad, desde que por la inscripción registral pudieron conocer la constitución de las garantías hipotecarias controvertidas.
3.- Disconforme con tal decisión, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL presentó escrito de recurso. La apelante pretende rebatir el juicio vertido en la resolución impugnada básicamente mediante la invocación de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002, exponente, se dice, del criterio jurisprudencial en pro de la "interpretación que más favorezca a la víctima del ilícito civil", que lleva a considerar como fecha inicial del plazo de ejercicio de la acción de rescisión aquel en el que "pueda tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y torticero que le produce el daño patrimonial". Siguiendo este criterio, indica la recurrente, habría que tomar como dies a quo del plazo de caducidad la fecha de toma de posesión de la administración concursal (4 de septiembre de 2006). En la misma línea, se sostiene, frente a lo argumentado en la sentencia, que "los otros legitimados para ejercitar la acción de rescisión", esto es, los acreedores de la concursada, solo pudieron tener "cabal y entero conocimiento del acto fraudulento que le ha producido el daño patrimonial" tras la publicación del informe de la administración concursal, el 10 de enero de 2007, fecha que, a pesar de la indicación anteriormente efectuada, se señala también como inicio del plazo para el ejercicio de la acción. En relación con este último extremo, remarca la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL la opacidad singular que ha rodeado la actuación de la concursada antes de solicitar la declaración de concurso, al solicitarlo y en el trámite subsiguiente.
SEGUNDO.- Día inicial del plazo de cuatro años, de caducidad, al que está sometida la acción ejercitada
4.- La jurisprudencia ha entendido, de forma unánime, que el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1299 del Código Civil es de caducidad. Este extremo no es combatido por el recurrente.
5.- La verdadera cuestión que se nos plantea es la relativa a la determinación del momento en que tal plazo debe empezar a computarse, habida cuenta el silencio que el precepto mencionado guarda al respecto fuera de los casos expresamente contemplados en el párrafo segundo. Este tema ha sido también abordado profusamente por la jurisprudencia, en la que, como después veremos, se ha asentado igualmente un criterio aquilatado en relación con los supuestos en los que la operación controvertida tiene reflejo en el Registro de la Propiedad. La sentencia impugnada resuelve con base en tal criterio, invocando una de las sentencias del Tribunal Supremo representativas del mismo (aun sin proporcionar sus datos identificativos; se trata de la sentencia 814/1995, de 4 de septiembre). La cuestión que, en definitiva, debemos examinar, es la virtualidad

de la doctrina reflejada en la sentencia del Alto Tribunal que trae a colación la parte recurrente en su proyección concreta sobre la presente contienda para no tomar como referente el indicado por el juez de la anterior instancia.
6.- La sentencia del Tribunal Supremo número 223/2003, de 8 de marzo (recurso nº 2356/1997) permite identificar los parámetros básicos de la cuestión que nos ocupa en los siguientes términos:
"El precepto del art. 1299 del Código civil, señala el plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción rescisoria o pauliana, y para la determinación del día a partir del cual había de contarse el plazo para ejercitar la acción rescisoria, el Código civil, se distanció del criterio que había seguido las Leyes de Partida, que se fijaba el día en que los acreedores tenían noticia del acto defraudatorio; en cambio, en el Código, es el del día de la celebración del contrato y así lo entendió la jurisprudencia más antigua, como lo pone de manifiesto la sentencia de 8 de mayo de 1903, que declara que el plazo para la prescripción de las acciones rescisorias se cuenta desde el otorgamiento de la escritura, y no desde la inscripción en el Registro de la Propiedad; pero es cierto, que esta doctrina jurisprudencial no se ha mantenido, pues aun reconociendo como se dice en la sentencia de 4 de septiembre de 1995 "que se puede ejercitar la acción rescisoria desde el acto fraudulento, más, si el mismo se oculta, desde el conocimiento que, como hablamos de 'posibilidad legal' siempre sería desde la inscripción en el Registro, como dies a quo para realizar el computo de tal plazo de caducidad, lo que compagina con la sentencia de 16 de febrero de 1993, que se refiere a dicho computo desde la inscripción registral, como fecha que legalmente, publica el acto fraudulento y vincula a la víctima acreedora, salvo que se acredite que la expresada víctima conoció con anterioridad de modo cabal y completo el acto impugnable".
7.- La sentencia del Alto Tribunal 104/2002, de 13 de febrero (recurso nº 3034/1996) resulta sumamente ilustrativa a la hora de expllicar el alcance de tal doctrina del siguiente modo:
"[.] Si bien el conocimiento anterior por el acreedor del negocio fraudulento -en el caso, la donación del padre a los hijos- posibilita el ejercicio de la acción rescisoria, lo decisivo es que -y éste es el sentido de la sentencia de 16 de febrero 1993 invocada por el propio Sr. Abogado del Estado- la inscripción en el Registro de la Propiedad ya garantiza el conocimiento pleno del acto fraudulento y, por lo mismo, el comienzo del plazo de caducidad de la acción, salvo prueba de conocimiento anterior, circunstancia que adelantaría el "dies a quo", ha de estarse a la fecha de inscripción (así, la sentencia de 4 de septiembre 1995) [.]".
8.- En esta línea, la jurisprudencia ha resuelto siempre la dicotomía que pudiera presentarse entre la toma como referente de la fecha del asiento de presentación y la de la inscripción a favor de esta última. Así, la sentencia 223/2003, de 8 de marzo (recurso número 2356/1997), ya citada, señala:
"La fecha a la que se atribuye la publicidad del acto fraudulento, según esta doctrina, es pues el de la inscripción del mismo en el Registro de Propiedad, y no se puede referir a otro, como podía ser el asiento de presentación, doctrina esta mantenida con reiteración por esta Sala, además de las dos citadas, entre otras, en las de 1 de diciembre de 1997, 17 de julio de 2000, de 12 y 13 de febrero y 27 de mayo de 2002, en las que se sostienen que la noticia cabal y completa del acto al que se atribuye naturaleza defraudatoria, lo tiene la parte perjudicada - salvo demostración en contrario- por la inscripción en el Registro de la Propiedad del acto o contrato defraudatorio, y en cuanto respecta al asiento de presentación no produce los mismos efectos de publicidad, como erróneamente se sostiene en la sentencia recurrida, invocando al respecto el art. 230 de la Ley hipotecaria, pues la publicidad que dicho precepto se refiere, solamente tiene virtualidad, como se ha sostenido en la sentencia de 14 de marzo de 1956 a efectos meramente hipotecarios [..]".
9.- Asimismo, la jurisprudencia ha solventado el aparente conflicto con el criterio apuntado que pudiera derivar del dictado del artículo 37 de la Ley Hipotecaria ("[.] no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta"), aclarando que este último precepto se concibe exclusivamente como mecanismo de protección del tercero hipotecario, dejando de operar cuando esta figura no concurre (por todas, sentencia del Tribunal Supremo 46/2006, de 31 de enero, recurso número 2104/1999).
10.- Con este trasfondo, el tema que debemos resolver es si la sentencia del Alto Tribunal de 27 de mayo de 2002 (la número 533/2002, dictada en el recurso número 3978/1996) que la recurrente invoca puede efectivamente ser utilizada a favor de sus tesis cuando señala que la pauta que ha de guiar la interpretación del artículo 1299 del Código Civil "[.] no puede ser otra que la que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil mediante la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1.969 del mismo Texto legal, dada la naturaleza y estructural semejanza de ambas instituciones, es decir, aquel día inicial en que de hecho acreditado o por disposición legal vinculante, pueda tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y torticero que le produce el daño patrimonial".
11.- En el recurso se transcribe parcialmente el fundamento jurídico segundo de la meritada sentencia, en concreto, la parte en que se sintetiza la argumentación del tribunal de apelación, el cual se acoge a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1993. El Alto Tribunal, en dicho apartado de la fundamentación jurídica, viene a hacer suyos los razonamientos de la Audiencia Provincial, abundando en ellos con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1997, la cual, a su vez se apoya (ya tendremos ocasión de verlo más adelante) en las de 29 de octubre de 1990 y 16 de febrero de 1993.
12.- Sin embargo, la ratio decidendi del caso la encontramos en el fundamento jurídico quinto, en los siguientes términos:
"QUINTO.- A la luz de los precedentes postulados, debe concluirse que la regla del artículo 37 de la Ley Hipotecaria es aplicable a los subadquirentes en los supuestos reseñados y en los términos que se han explicado, de manera que el cómputo de cuatro los años de la acción rescisoria ha de iniciarse "desde el día de la enajenación fraudulenta". Se establece, por tanto, una regla especial, limitada a los casos cuyo objeto y sujetos se han especificado. En los demás casos, (como ocurre en el presente) se sigue, en definitiva, la norma general del artículo 1.969 del Código civil, interpretada jurisprudencialmente, según el criterio de que la posibilidad del ejercicio de la acción nace con el conocimiento de los hechos básicos en que aquella se funda.

Por las razones expuestas, debe rechazarse el motivo examinado". Con ello se daba respuesta al primero de los motivos del recurso, por el que la parte recurrente pretendía que se aplicase en el cómputo del plazo de ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores el criterio establecido en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, tal como se especifica en el fundamento jurídico cuarto.
13.- En suma, carecemos de base para considerar que la sentencia en examen comporte un apartamiento de los criterios ya expuestos en apartados precedentes. La virtualidad que ha de atribuirse a la sentencia de 1 de diciembre de 1997 que en aquella se cita en punto a tal apartamiento ha de ser igualmente matizada, a la vista de lo que de su lectura se desprende.
14.- En efecto, la sentencia del Alto Tribunal 1067/1997, de 1 de diciembre (recurso número 1334/1997) prescinde en la resolución del caso de la fecha de inscripción de los negocios señalados como realizados en fraude de acreedores, una serie de donaciones efectuadas a favor de los recurrentes por su padre, para tomar como referente el momento en que se tuvo conocimiento de la insolvencia del padre. Sin embargo, el razonamiento que conduce a tal decisión, dando respuesta al primero de los motivos del recurso, en el que se aducía infracción, por no aplicación, del artículo 1299 del Código Civil, es el siguiente:
"Ahora bien, dicho precepto no establece la forma de empezar a computar dicho período de caducidad, cuando la base de la acción rescisoria es un fraude de acreedores, que es el que se contempla en la presente "litis".// Una parte de la actual doctrina civilista con base al artículo 37 de la Ley Hipotecaria, establece como punto de partida para el referido plazo de cuatro años, el instante mismo en que se produjo la enajenación fraudulenta. Pero puede ocurrir, de seguirse dicha teoría, que el plazo para ejercer tal acción de caducidad haya transcurrido en su totalidad cuando el actor-acreedor esté en condiciones o con posibilidad de acreditar la insolvencia del demandado-deudor, y por lo tanto de constatar la insolvencia de dicho deudor y los efectos dañinos, que dicha situación le ocasiona.// Por ello, sin duda, la actual jurisprudencia de esta Sala y con base a lo dispuesto en el artículo 1.969 del Código Civil, trata y consigue soslayar la antedicha injusta situación de otra manera, y así la sentencia de 29 de octubre de 1.990, establece que el inicio del computo de la acción rescisoria será a partir de la comprobación de falta de bienes con que satisfacer el crédito. Pero la que da la pauta emblemática es la sentencia de 16 de febrero de 1.993, que rechaza la fecha de la transmisión de los bienes como punto de partida para el cómputo del plazo y, argumenta que ha de acogerse el criterio que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil, por lo que estima que debe tomarse como día inicial aquel en que se pueda tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y fraudulento que le produce el daño patrimonial" (énfasis añadido).
Para concluir:
"Trasladado todo lo dicho al núcleo de la presente contienda, se puede decir que la fecha de inició del computo del plazo de caducidad de la actual acción con respecto a la ahora parte recurrida, lo fué cuando tuvo conocimiento de la insolvencia de E.C.B., padre de los ahora recurrentes, y ello acaeció cuando se le notificó el Auto de insolvencia dictado en el Juzgado de lo Social, con fecha 30 de abril de 1.990 [.]".
15.- Así pues, la sentencia atiende a la "pauta emblemática" que representa la sentencia de 16 de febrero de 1993 (número 141/93; recurso número 1322/1990). Lo que sucede es que el sentido de esta última, como ya señalara la de 13 de febrero de 2002 a la que aludimos en el precedente apartado 7, es que la inscripción en el Registro de la Propiedad ya garantiza el conocimiento pleno del acto fraudulento y, por lo mismo, el comienzo del plazo de caducidad de la acción, salvo prueba de conocimiento anterior. Así se desprende del fundamento jurídico nuclear de la resolución en este aspecto, cuya transcripción literal íntegra a continuación aparece justificada por la reiterada referencia que en la jurisprudencia ulterior se hace a esta sentencia como piedra de toque de la postura que debe adoptarse a la hora de interpretar el articulo 1299 del Código Civil, tal y como demuestra la continua cita que encontramos en las demás resoluciones del Alto Tribunal a las que hemos hecho referencia en precedentes apartados:
"TERCERO.- El motivo segundo al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 1.299-1 en relación con el artículo 3.1 del Código Civil y jurisprudencia cuyas sentencias invoca, citando también los artículos 37-4º párrafo 4º de la Ley Hipotecaria y 322 y 340 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, así como los artículos 1.166 y 1.301 del Código Civil por referencias y todo para llegar al convencimiento de que el cómputo inicial de los cuatro años de caducidad es a partir de la fecha de la enajenación (donación en este caso). Pues bien, hora es ya de que usando de la facultad atribuida a los Tribunales por el artículo 3.1 del Código Civil en punto a "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas" se haga un breve análisis del tema debatido en el que el Tribunal de instancia ha obrado con todo acierto, ya que en efecto si la acción rescisoria por fraude de acreedores está incuestionablemente establecida por las leyes en favor del acreedor burlado hasta el punto de que cuando la enajenación lo es a título gratuito el artículo 1.297 del referido texto legal lo presume con presunción "iuris et de jure", es decir que no admite prueba en contrario como preceptúa el artículo 643-2º del mismo Cuerpo legal cuando como en el caso presente no se han reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a la donación ya que a raíz de ello solicitó el donante su declaración concursal como sienta en sus conclusiones fácticas no desvirtuadas la sentencia combatida, decimos, que una interpretación teleológica del artículo 1.299-1 del Código Civil, ante su silencio específico del cómputo del tiempo de caducidad en el supuesto del fraude, en contraste con la especificación de su párrafo segundo respecto de otras acciones rescisorias, por lo que se debe tener en cuenta el principio de Derecho: "Inclussio unius, exlussio alterius", y por ello, no puede ser otro que el que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil y por ello ha de aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 1.969 del mismo texto legal, dada la natural y estructural semejanza de ambas instituciones, es decir aquel día inicial en que de hecho acreditado ó por disposición legal vinculante, pueda tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y torticero que le produce un daño patrimonial; y es el caso de que la escritura pública por mucha publicidad del negocio que constata (artículo 1.218 del Código Civil) para terceros no puede racionalmente proyectarla sobre ese cabal y entero conocimiento del mismo que únicamente encuentra su verdadero

acomodo y vinculación por la inscripción registral (artículos 2-1 º, 32 de la Ley Hipotecaria), de suerte que esas donaciones, textual é incuestionablemente no podían perjudicar al tercero que es el acreedor, sino desde la fecha de inscripción, de donde se sigue que ni la doctrina científica ni el derecho comparado pueden servir de contradicción a fundamentos de tamaña solidez, como tampoco es de aplicación el artículo 37-4º-4º párrafo de dicha Ley Hipotecaria con el sentido finalista que se pretende en razón de que su técnico sentido hipotecario se refiere (véase su primer párrafo) no al que se esgrime en el motivo sino al tercero de esa calificación (hipotecario) que es el subadquirente del donatario que inscribe su título oneroso otorgado a su favor por dicho donatario, lo que naturalmente no cuadra en la persona del acreedor ya que el donatario no puede estar por su propia condición de tal protegido por la fé pública registral. Por ello pues, civil, hipotecaria, teleológicamente y por sentido de justicia que evite la indefensión del ciudadano español que sea acreedor (artículo 24 de la constitución) ha de ser la fecha que legalmente publique el acto fraudulento y vincule a la víctima cual es el de la inscripción registral, salvo que en otro caso se acredite, -que aquí no acontece-, que dicha víctima acreedora lo conoció anteriormente cabal y enteramente. Y ello sin contar que el artículo 322 de la Compilación de Cataluña nada dice al respecto ni en la versión original ni en su redacción por Ley de 20 de Marzo de
1.984, ya que se refieren a rescisión por lesión, no por fraude de acreedores y el artículo 340 de la misma Compilación, silencia como el Código Civil la forma de computar el plazo de caducidad en punto al "dies a quo", debiendo advertirse la especialísima diferencia entre las dos acciones en lo atinente al plazo inicial puesto que en el supuesto de rescisión por lesión, el lesionado es parte del contrato lesivo, en tanto que en el de fraude acreedores no solo no es parte contratante sino víctima de un contrato entre terceros animados de la intención de que no se conozca por el acreedor la existencia del negocio ilícito civil. De todo lo cual se infiere no sólo el perecimiento de este motivo, sino de los motivos tercero, cuarto y quinto que con la misma cobertura casacional señalan la infracción de los artículos 1.969 y 3.1 del Código Civil y jurisprudencia al respecto; del artículo 1.218.1º del Código Civil; y del artículo 9 de la Constitución, respectivamente, ya que los alegatos de esos motivos concurren con el segundo en una misma tesis finalista que ha quedado racionalmente contradicha en la exposición que anteriormente se ha hecho, sin tener más que añadir, que precisamente la seguridad jurídica invocada por los recurrente exige una lealtad negocial y el operar con la buena fe que impone el artículo 7.1 del Código Civil, en el ejercicio de los derechos y obviamente en el cumplimiento de los deberes como es el de pagar las deudas contraídas" (énfasis añadido).
16.- Por su parte, la sentencia de 29 de octubre de 1990 (RJ 1990/8264) establece que "[.]el cómputo del plazo de cuatro años, que para posibilitar su ejercicio establece el artículo 1299 de dicho cuerpo legal sustantivo, ha de computarse a partir de la fecha en que se establezca acreditada la carencia de bienes con que hacer efectivo su crédito al acreedor[.]". Sin embargo, la significación que se deba atribuir a tal aserto a los efectos que ahora nos ocupan ha de ser convenientemente matizada a la luz de la justificación para establecerla que se brinda a continuación en la propia resolución, de la que se desprende que responde a la consideración que en el caso particular se presta a otras circunstancias de ineluctible concurrencia para la prosperabilidad de la acción rescisoria:
"[.]y así lo evidencia, de una parte, el indicado número 3.º del artículo 1291 cuando se refiere a que la rescisión no puede solicitarse hasta que el acreedor no pueda de otro modo cobrar lo que se le debe, dado que uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986\681), está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe, por el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama el artículo 1294 del precitado Código Civil para obtener reparación del perjuicio, y, de otra parte, debido a que, como pone de manifiesto el artículo 1111 de igual cuerpo legal sustantivo, la impugnación de actos por fraude de acreedor se produce en su posibilidad cuando, por evidencia de falta de bienes, se origina perjuicio de aquél, cual reconocen las sentencias de 12 de julio de 1940 (RJ 1940\701), 26 de abril de 1962 (RJ 1962\1709) y 9 de noviembre de 1966 (RJ 1966\4860)".
17.- Cierto es que la más reciente sentencia de 422/2010, de 5 de julio (recurso número 1748/2006) alude a que "[.] ante la constatación de que la realidad demuestra que una cosa es que una acción pueda "legalmente ejercitarse" y otra muy direrente que sea "realmente ejercitable" -lo que acontece cuando conociendo el "acto" ejecutado or el deudor se desconoce su carácter "lesivo"-mantiene la teoría de la insatisfacción -nichtebefriedlgunstheorie-, según la cual el cómputo del plazo de caducidad en la acción revocatoria por fraude no se inicia cuando se tiene noticia del hecho, que en sí puede ser neutro, sino cuando el derecho queda insatisfecho y se conoce la trascendencia lesiva del hecho [.]". Pero igual de cierto es que tales razonamientos no se integran en la ratio decidendi (lo que allí se plantea es la incidencia de la pendencia de una causa penal perseguible de oficio en el cómputo de la caducidad) y que los referentes que toma, además del artículo 122.5 del Código Civil de Cataluña, son las sentencias del Alto Tribunal de 27 de mayo de 2002 y 1 de diciembre de 1997, cuya significación hemos desentrañado en los precedentes apartados 10 a 13 y 16, respectivamente.
18.- Cuanto antecede nos lleva al rechazo de las tesis de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.
19.- Aun más cabe señalar, a efectos de apurar la argumentación, que en último término jugaría en contra del planteamiento que propugna la parte recurrente de diferir a la presentación del informe de la administración concursal el comienzo del plazo de caducidad de la acción ejercitada el dato de que todas las circunstancias que se aducen en la demanda para demostrar el carácter lesivo de los negocios atacados se extraen de la propia escritura pública en que se formalizaron los correspondientes préstamos (importe prestado, plazo de amortización), por lo tanto debidamente publicitadas a través del Registro desde el mismo momento de la inscripción de aquellas.
20.- Del mismo modo, la pretensión de tomar como hito inicial del plazo de caducidad la fecha en que la administración concursal se haya constituido se enfrenta con el obstáculo insalvable de que, a diferencia de lo que sucede con la acción rescisoria concursal, la legitimación sustitutiva que se concede a la administración concursal para el ejercicio del resto de las acciones impugnatorias (artículo 72.1 en relación con el 71.6 de la Ley Concursal) no es originaria, ni el ejercicio de las mismas está supeditada a la declaración del concurso. En

este punto, debemos compartir los acertados razonamientos del juzgador de la primera instancia, de los que ya nos hemos hecho eco en el apartado 2. “:SAP Madrid (Sección 28) 27.02.2013 (Sentencia 65/2013; Rollo 731/2011)

“CUARTO.- La excepción de caducidad impediría la posibilidad de éxito de la impugnación planteada contra las hipotecas que databan de octubre de 2006, y fueron inscritas en noviembre de ese mismo año, pues la acción emprendida contra ellas se ha ejercitado (el 12 de marzo de 2012) una vez superado el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1299 del C. Civil. Hay que tener en cuenta que nos estamos refiriendo a actuaciones que gozaron de publicidad, pues fueron inscritas en el Registro de la Propiedad, por lo que hemos de considerar que podían ser conocidas por los afectados por ellas y que éstos dispusieron desde entonces de la oportunidad de impugnarlas (artículo 1969 del C. Civil). El hecho de que la Administración Concursal no se constituyese hasta después de declarado el concurso no permite rehabilitar una acción que ya estuviese entonces caducada. Podrían haberla ejercitado antes, de modo individual, los acreedores interesados en ella, por lo que no puede sostenerse que hasta que no hubo Administración Concursal no existió tal posibilidad de accionar. Es más, si como se sostiene en la demanda el volumen de acreedores era importante desde los ejercicios precedentes al de la declaración de concurso ya podrían entonces haber emprendido las acciones en defensa de sus derechos los acreedores que, si peligraba el cobro de sus créditos, tuvieron la posibilidad de conocer el otorgamiento de las garantías hipotecarias a través de la publicidad que proporcionaba la inscripción registral.”: SAP Madrid (Sección 28) 12.06.2015 (Sentencia 169/2015; Rollo 375/2013)

AP Oviedo

“SEGUNDO.- Deteniéndonos primeramente en lo que atañe a la cuestión de la invocada caducidad de la acción, partimos en la presente litis del ejercicio por parte de la Administración concursal de la acción rescisoria general por fraude de acreedores o acción pauliana prevista en el art. 1291-3° C.Civil sobre la que pesa el plazo de caducidad de cuatro años previsto en el art. 1299 C.Civil. La Sentencia recurrida, tras argumentar que el único legitimado para el ejercicio de esta acción en el seno del concurso es la Administración concursal, concluye señalando que el dies a quo para el cómputo de aquel plazo no puede identificarse con la fecha de inscripción registral del negocio impugnado en cuanto que momento que despliega el público conocimiento de tal actuación -pues ello no se traduce en su conocimiento por parte de la Administración concursal dado que en aquella fecha todavía no había sido declarado el concurso- sino que debe entenderse referido al momento en que tiene lugar la aceptación del cargo por parte de dicho órgano pues es a partir de ese instante cuando nace la posibilidad de que la Administración concursal pueda ejercitar la acción, y más correctamente aún desde el momento en que se emitió el informe provisional, pues es entonces cuando adquiere cabal y completo conocimiento de la situación patrimonial y financiera de la concursada. Por ello, teniendo en cuenta que el presente concurso fue declarado judicialmente mediante Auto de 4 mayo 2009 y que la demanda que nos ocupa fue presentada el 31 mayo 2012, no puede entenderse transcurrido el plazo de caducidad conforme el criterio arriba expuesto. (...)

TERCERO.- Sentado lo anterior, mayores dudas plantea la cuestión relativa a si la declaración judicial de concurso puede suponer una alteración en cuanto a la aplicación de las reglas para el cómputo del plazo de caducidad de cuatro años que afecta al ejercicio de la acción pauliana por disposición del art. 1299 C.Civil. Sabido es que el instituto de la caducidad de las acciones se refiere a una facultad de configuración o modificación de una situación jurídica, la cual se encontrará en situación claudicante o transitoria en espera del transcurso del plazo para convertirse en definitiva, si antes no se ejercita aquel derecho potestativo.

Y a este respecto es criterio constante de nuestra jurisprudencia el que señala que dicho plazo comenzará a contar desde el momento mismo en que se lleva a cabo el acto fraudulento que es cuando se puede ejercitar la acción rescisoria, a salvo la posibilidad de que el acto se hubiera ocultado en cuyo caso habrá que estar a la fecha de su conocimiento pleno, lo que así vendrá garantizado cuando tenga lugar la inscripción en el Registro de la Propiedad (SSTS 16 febrero 1993, 4 septiembre 1995, 13 febrero 2002, 8 marzo 2003, etc.). Por otra parte los posibles conflictos que se derivan de la confrontación de este criterio con lo dispuesto en el art. 37 L.H., a cuyo tenor "no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta", aparecen también resueltos por nuestro Alto Tribunal en el sentido de que el precepto es protector exclusivamente del tercero hipotecario, sin que pueda extenderse a supuestos en que no exista esta figura (SSTS 27 enero 2004 y 31 enero 2006).

Es cierto por otra parte que esa misma jurisprudencia ha modalizado en ocasiones las exigencias para determinar ese dies a quo al señalar que "ha de acogerse el criterio que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil, por lo que estima que debe tomarse como día inicial aquel en que pueda tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y fraudulento que le produce el daño patrimonial" (así SSTS 16 febrero 1993 y 27 mayo 2002). Incluso ha admitido que "ante la constatación de que la realidad demuestra que una cosa es que una acción pueda "legalmente ejercitarse" y otra muy direrente que sea "realmente ejercitable" -lo que acontece cuando conociendo el "acto" ejecutado por el deudor se desconoce su carácter "lesivo"- mantiene la teoría de la insatisfacción - nichtebefriedlgunstheorie-, según la cual el cómputo del plazo de caducidad en la acción revocatoria por fraude no se inicia cuando se tiene noticia del hecho, que en sí puede ser neutro,sino cuando el derecho queda insatisfecho y se conoce la trascendencia lesiva del hecho" (STS 5 julio 2010).

En cualquier caso habremos de considerar en el caso aquí enjuciado que la acción se encontraba ya caducada en el momento en que tuvo lugar la presentación de la demanda en atención a las siguientes consideraciones:

Primero: Incluso las Sentencias más permisivas entre las arriba citadas continúan utilizando el criterio de la

fecha de la inscripción registral como momento de inicio para el cómputo del plazo de caducidad, siendo así que habiéndose inscrito el préstamo con garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad de Gijón n° 1 el día 1 junio 2007 es claro que el plazo de cuatro años ya había transcurrido cuando se presenta la demanda por la Administración concursal en ejercicio de la acción pauliana el día 31 mayo 2012.
Segundo.- La legitimación que ostenta la Administración concursal para el ejercicio de esta acción en sede concursal es una legitimación extraordinaria (art. 10 LEC) para la defensa de un interés ajeno del que no es titular, pues actúa en interés de la masa del concurso. Se trata por tanto de una legitimación derivativa que nace con la declaración de concurso y que no excluye, como es obvio, la posibilidad de que cualquiera de los acreedores perjudicados pudiera haber ejercitado con anterioridad la acción que les incumbía encaminada a impugnar el negocio fraudulento, y que estaba a su alcance desde el momento en que operó el público conocimiento de la operación tras haberse practicado la inscripción registral, habiendo sin embargo dejado transcurrir ese plazo de cuatro años sin acudir a solicitar tal reparación.
Tercero.- Pero es que en cualquiera de los casos lo que no parece admisible es que una acción que se encontraba ya caducada para el conjunto de acreedores por el transcurso del plazo de cuatro años pueda ser exhumada al socaire de la posterior declaración judicial de concurso de su deudor, pues ello atenta al interés general que supone la exigencia de una mínima certidumbre en las situaciones jurídicas como fundamento último de la seguridad del tráfico jurídico (recuérdese que esa protección de la seguridad del tráfico es el argumento en el que la jurisprudencia clásica hace descansar el fundamento del instituto de la caducidad de la acción, SSTS 27 septiembre 1950, 8 noviembre 1958, 18 diciembre 1984, 28 noviembre 2005).”: SAP Oviedo (Sección 1) 11.11.2013 (Sentencia 332/2013; Rollo 287/2013)

4.3 Inaplicabilidad de las reglas de la rescisoria concursal. Insuficiencia del mero perjuicio

4.3.1 Insuficiencia del mero perjuicio

AP Burgos

“PRIMERO.- Por la representación de la parte codemandada y apelante, Bankia S.A., se apela la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación y se desestime íntegramente la demanda de rescisión presentada por la administración concursal.
Esta parte apelante alega, como primer motivo de impugnación, la infracción del art. 71 Ley Concursal (en adelante LC).
La parte apelante argumenta que el art. 71.1 es inaplicable -la propia sentencia así lo dice, folio 311siéndolo el ap. 7 del artículo mencionado, otras acciones de impugnación (de subrogación, revocación o nulidad), siendo así que la sentencia recurrida no se funda en alguna de éstas, sino en el concepto de perjuicio, propio del art. 71-1 LC, conectado a un "sacrifico patrimonial injustificado".
No ofrece duda que no concurre la condición temporal de dos años que establece el art. 71-1 LC, pues los actos cuya resolución se solicita fueron realizados el día 11 de febrero de 2009, y el Auto de declaración del concurso, lo fue, con fecha 20 de mayo de 2011. Se trata de una cuestión jurídica y fáctica no controvertida.
SEGUNDO.- El art. 71.7 LC establece que "el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el Juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllos contiene el articulo siguiente".
La LC compatibiliza el ejercicio de las acciones rescisorias concursales con las acciones encaminadas a declarar la invalidez o ineficacia de los actos del deudor, conforme al régimen general de las normas sobre obligaciones y contratos - susceptibles de acumulación, pero no en el presente caso, por el aspecto temporal mencionado-.
Este régimen general impugnatorio puede fundarse en una acción de nulidad, anulabilidad o rescisoria, de los arts. 1290 y ss C.Civil, o revocatoria del art.1.111, inciso final, del C.Civil (en estos dos últimos casos deben concurrir el fraude a los acreedores).
Conviene precisar que es un hecho no controvertido que, el préstamo y crédito indicados no han sido rescindidos, habiéndolo sido las garantías reales, con la consecuencia de quedar los concursados como únicos fiadores del préstamo sindicado (con clara modificación en las garantías, a criterio de la Administración concursal).
TERCERO.- La sentencia de instancia funda el sentido de la resolución, su ratio decidendi, en una especie de rescisoria común, apreciando un perjuicio patrimonial injustificado con alteración del principio de la par conditio creditorum.
El art. 218-1, párrafo segundo, LEC, permite que el Tribunal resuelva conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido alegadas por los litigantes, pero sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos a los que las partes hayan querido hacer valer.
Por eso, es relevante jurídicamente, determinar la causa de pedir en la que se base la pretensión actora.
En el Hecho Previo de la demanda se expresa que se interpone la acción de rescisión de los derechos de garantía, "conforme a lo establecido en los arts. 71, 72 y 73 de la vigente Ley Concursal. Y mas en concreto, según lo previsto en el art. 71.7 de dicha norma...".
Luego, aunque se citan los arts. 71-2 y 71-3-2º LC, al estar vinculados al art. 71.1 LC, también serían inaplicables, por sí mismos; alegándose, además, la cláusula "rebus sic stantibus", la aplicación analógica del art. 71-3-2 º y 3º en relación al art. 71-1, ambos LC, ex art. 4 C.Civil, y aplicación del art. 1.852 C.Civil.
Nada se dice de las acciones fundadas en los arts. 1.111 y 1.290 del C.Civil, posiblemente, por la necesidad de concurrencia de fraude, que ni se alega ni se describe de alguna manera.
El Juez de Instancia no argumenta sobre estas cuestiones jurídicas, y aplica como fundamentación jurídica la

que correspondería a una acción rescisoria concursal, posiblemente, por analogía con el supuesto procesal -así analiza el concepto de perjuicio para la masa activa, acudiéndose a la finalidad de la normativa concursal, satisfacción de los intereses de los acreedores y en igualdad de trato; la alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de prestar las garantías personales (abstracción hecha de cuáles sean tales circunstancias), beneficio directo patrimonial que podían deparar para las concursadas, suponiendo un sacrifico patrimonial injustificado-. (...)
SEXTO.- Finalmente, procede analizar si cabe una aplicación analógica de la acción rescisoria concursal, como puede parecer que hace el Juez de Instancia, puesto que excluye expresamente la aplicación del art. 71-1 LC, pero admite la aplicabilidad de la regulación del art. 71-7 LC, concerniente a otras acciones de impugnación, y argumenta sobre la base de conceptos tales como perjuicio para la masa activa, sacrifico patrimonial injustificado, y otros, propios de una acción rescisoria concursal.
El art. 4-1 C.Civil dispone que "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto especifico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".
Desde luego, las acciones impugnatorias del art. 71-7 LC no pueden comprender las rescisorias concursales del apartado 1, ni por la vía de la analogía, no ya porque se eludiría su aplicación pertinente, con los requisitos legales que son inherentes, como el plazo, lo que no puede ser contradicho, ni hay falta de previsión normativa de acciones rescisorias al amparo del régimen general de las obligaciones y contratos arts. 1290 y siguientes C.Civil, o revocatoria del art. 1.111 C. Civil -; eso si, con la concurrencia de los requisitos correspondientes; las que no se ejercitan, ni, a efectos dialécticos, se aprecia la concurrencia de fraude -sin que sea suficiente la existencia de un perjuicio para la masa activa o sacrificio patrimonial injustificado-. “:SAP Burgos (Sección 3) 16.01.2014 (Sentencia 14/2014; Rollo 264/2013)

4.3.2 Inaplicabilidad de la subordinación de la contraprestación en caso de mala fe

AP Burgos

“Séptimo. En lo que deber revocarse la sentencia es en la subordinación que se hace del crédito de Caixabank. El artículo 72 de la Ley Concursal diferencia las acciones rescisorias, que son las del artículo 71, de las demás de impugnación, entre las que se encuentran las también rescisorias en fraude de acreedores, pero solo contempla la subordinación del crédito en caso de mala fe para la primera y no para las segundas. Por otra parte la mala fe de Caixabank no aparece suficientemente acreditada. Una cosa es que con la constitución de la hipoteca Caixabank tratara de proteger su crédito, en detrimento de los demás, y otra es que actuara con mala fe, lo que es muy diferente.”: SAP Burgos (Sección 3) 01.12.2014 (Sentencia 280/2014; Rollo 246/2014)

5. Aplicabilidad de la subordinación ex art 73.3 LC al caso de declaración de nulidad (?)

AP Barcelona

“PRIMERO.-La Administración Concursal de la Fundació Privada Institut d'Alta Tecnología PRBB, ejercita, al amparo del artículo 71.7 LC, acción de nulidad del contrato de cesión de la unidad productiva de la Fundación a la mercantil CRC Centre d'Imatge Molecular, SL, celebrado el 31/1/2008. Se dirige la demanda contra dicha entidad y contra la Fundación también indicada. De conformidad con el artículo 73, se solicita la condena a la restitución de las prestaciones objeto del contrato con sus frutos e intereses y, al haber concurrido mala fe, se solicita que el derecho de crédito que pudiera ostentar la demandada frente a la Fundación concursada como consecuencia de esa restitución, sea considerado concursal subordinado. Subsidiariamente ejercita la acción de rescisión en fraude acreedores con los mismos efectos.
La demandada no contestó la demanda. La Fundación se allanó a la acción principal de nulidad y mostró su disconformidad con la subsidiaria de rescisión.
La sentencia del Juzgado Mercantil estima la acción de nulidad ejercitada con carácter principal, con los efectos solicitados. Apela Centre d'Imatge Molecular, en adelante CIM o CRC CIM, y la Administración Concursal de la misma, en solicitud de que se resuelva declarar la no concurrencia de circunstancias que justifiquen la nulidad del contrato o, subsidiariamente la revocación parcial de la sentencia, en el sentido de que es titular de un crédito contra la masa frente a la Fundación concursada por importe de 4.322.533'3 euros. Se opone al recurso la AC.
SEGUNDO.-Se alega en la demanda, se justifica documentalmente y no ha sido discutido por la demandada que la Fundación fue constituida, con el objeto de diseño, gestión y explotación de un centro de excelencia de diagnóstico por la imagen e investigación, el 3/7/2001 por L'Institut Municipal d'Assistencia Sanitaria, organismo de carácter público, y por la mercantil CRC MAR. La representación de la Fundación en el contrato de autos fue ostentada por D. Teodulfo, vicepresidente primero de la misma. Se expone en la demanda que el Sr. Teodulfo, además de ostentar la vicepresidencia de la fundación y la presidencia del consejo ejecutivo de la misma, es el consejero delegado de la empresa CRC MAR, perteneciente al grupo CRC CORP (por Corporación), viniéndole de este cargo empresarial el carácter nato de los cargos en la Fundación. Por CRC CIM intervino en el contrato su administrador solidario D. Jose Ignacio, a la sazón y, según se sigue exponiendo en la demanda, vocal patrono de la Fundación a elección de CRC MAR, miembro del consejo ejecutivo de la fundación, y apoderado de CRC CORP, además de administrador solidario de CRC CIM.
Esta coincidencia de cargos en el conjunto empresarial CRC y en la Fundación, coincidencia trasladada al contrato, supone, según la AC, un evidente caso de autocontratación en que las personas intervinientes en el contrato defienden y representan en el fondo un único interés, el del grupo empresarial CRC, en perjuicio de los legítimos intereses de la Fundación. Se alega y razona en la demanda que se ha vulnerado la normativa

aplicable a las fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre y RD 1337/2005, cuyo artículo 34 exige la intervención del Protectorado de la fundación en aquellos casos en que los actos de los patronos puedan suponer una remuneración para los mismos o una contratación con la fundación, debiendo denegarse la autorización cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono o cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado. También se han vulnerado, según la AC, las normas y principios generales sobre autocontratación, que la prohíben "cuando a través de ella se realicen actos abusivos del representante por existir un conflicto de intereses, más o menos encubierto, que haga incompatible la actuación de una sola persona operando por sí misma y a la vez en representación de otras que tienen intereses contrapuestos, con peligro de parcialidad, en perjuicio de los representados." (SAP Barcelona, Sección 15ª de 4/1/1995).

En el particular caso de autos, para la AC, el provecho que trata de obtener la contratante, y que obtuvo por razón del contrato, se advierte en el hecho de que, de las cuatro ramas de actividades de la fundación, fueron objeto de cesión las realmente rentables comercialmente, a saber, las actividades de investigación y desarrollo para la industria farmacéutica, la asistencial y la industrial, así como los medios materiales y personales para ello, quedando en manos de la fundación la actividad académica. Una circunstancia significativa de trato de favor para la cesionaria es la del pago del precio estipulado, del que solo se fija el plazo de cinco años, pero sin cuotas ni plazos predeterminados, con posibilidad de realizar amortizaciones en las fechas y con la frecuencia que estime convenientes. Según la AC, se produjo un uso fraudulento por parte de las empresas del grupo CRC, tanto del patrimonio como del personal de la Fundación, dándole un uso comercial y postergando y despreciando el de investigación o docencia, en claro detrimento de los intereses de esta última, procediendo incluso a facturarle servicios cuando ya carecía de actividad por haberla traspasado a la cesionaria, lo que ha supuesto que se generara una deuda cuando no existía razón para ello, de forma que ya en el año 2008, y sin desarrollar actividad, la fundación generó unas pérdidas de 471.080'30 euros y en año siguiente de 1.783.092'32 euros.

También se expone en la demanda, y se presenta documentación al respecto, de un antecedente representado por el contrato de 2/4/2002, suscrito, también por los Sres. Teodulfo y Jose Ignacio, por el que la Fundación cedió a CRC Corporación Sanitaria el servicio de gestión de la Fundación, con facultad para obtener beneficios mediante la realización de pruebas médicas de diagnóstico por la imagen, a un precio de 300 euros cada una, cuando dichas pruebas debían realizarse con un ciclotrón que había sido adquirido a través de una subvención del Ministerio de Ciencia y Tecnología con la prohibición de destinarlo a uso comercial.

Es en el año 2011, y tras una actuación de la Generalitat en diciembre de 2010, cuando se detectan numerosas irregularidades respecto a cuentas, convocatorias de reuniones, renovación de cargos, cuando entran nuevos patronos en la Fundación y se adoptan medidas tendentes a su corrección.

Con base en estas consideraciones se presenta como primer motivo de la acción de nulidad el vicio insubsanable en el consentimiento de los contratantes, por no poder considerarse la existencia de dos consentimientos contrapuestos e independientes que exige todo contrato. Se alega también la inexistencia de facultades de representación del Sr. Teodulfo pues, por las insuficiencias e incumplimientos de las personas requeridas para presentación documental, no se ha acreditado que se hubiera producido una renovación de su cargo ya caducado, ni la existencia de la propia junta donde se autorizó la cesión, por lo que, en todo caso, tampoco habría mandato al mencionado Sr. Teodulfo para dicho acto ni observancia de las condiciones que se hubieran adoptado.

TERCERO.-La sentencia de primera instancia, a la vista de la prueba documental aportada con la demanda, que no ha sido impugnada en ningún momento por la falta de contestación de CIM y del allanamiento de la concursada, considera acreditados suficientemente los supuestos de nulidad de ausencia de facultades bastantes de la persona que suscribió el contrato en representación de la Fundación por ausencia de acuerdo legítimo y válido adoptado por la misma y por ausencia de autorización previa del protectorado que permitiera la transmisión.

En el escrito de recurso, la apelante denuncia en primer lugar insuficiencia de motivación de la sentencia, que se limita a exponer los dos supuestos o motivos de nulidad sin mayor explicación ni justificación. Tal denuncia no es merecida pues efectivamente, ante la ausencia de documento que reflejara la adopción del acuerdo por la Fundación -se ha aportado por la apelante con el escrito de recurso una mera copia sin fehaciencia ni dato alguno que permita atribuir de forma inequívoca su origen y autenticidad de un acuerdo del patronato de 21/12/2007 - la conclusión adoptada por la sentencia es lógica e inobjetable. En la documentación obrante en autos no constaba el acuerdo y la autorización y en la demanda se invocaba como motivo de nulidad tal ausencia.

No obstante, aun en el supuesto de dar por bueno el documento y por acreditada el acta y el consiguiente acuerdo y autorización, la conclusión no podría ser distinta de la alcanzada por la sentencia pues sigue concurriendo el segundo motivo de la misma, que coincide con el principal esgrimido en la demanda, es decir, el de falta de autorización del protectorado que enlaza con el tema de la autocontratación. La postura de la apelante es la de negar la existencia de autocontratación, lo que haría innecesario recabar la autorización del protectorado y a ello dedica únicamente el breve razonamiento del apartado 11 del escrito de recurso que se limita a decir que "CIM, Sociedad adquirente de la rama de actividad de la IAT, no guarda identidad con la IAT ni con CRC MAR, SA (patrono de la fundación). CIM es una sociedad independiente de la fundación y de sus patronos, controlada al 100% por CRC Corporación Sanitaria SA; sociedad accionista, no de control de CRC MAR, SA." Nada más se dice sobre el tema de la autocontratación. Algo más adelante, en el resumen de la postura, se añade que CRC Corporación Sanitaria SA, patrono industrial de la fundación, propuso constituir una sociedad, CIM, para llevar a cabo una explotación industrial de los equipos, transferir a la mercantil la rama de actividad y licenciar el uso de los equipos a la fundación, cosa que se hizo con el propósito de evitar a la Fundación la excesiva carga financiera que supuso la adquisición de los equipos. El resto del escrito de recurso versa sobre la falta de motivación de la sentencia, la existencia de acuerdo y autorización y la

inexistencia, en cualquier caso, de mala fe que justifique el efecto la pérdida de rango del crédito que pudiera ostentar la apelante.
CUARTO.-La autocontratación existe y no pueden desvirtuar esa insoslayable conclusión las sucintas y poco convincentes manifestaciones que efectúa la parte que se enfrentan a las circunstancias personales, materiales y funcionales de la contratación que afecta a la Fundación.
De los dos miembros que constituyeron y que integran la Fundación, CRC MAR, sociedad de la que es accionista CRC Corporación Sanitaria SA, es el único miembro del patronato que tiene carácter industrial, siendo el otro la entidad de carácter público Institut Municipal d'Assistencia Sanitaria, que no parece participar en los asuntos de gestión y explotación de la Fundación. Es CRC y las personas que ostentan cargos en ella o en las empresas del mismo grupo y que, por ello, los ostentan también en la Fundación, quienes de hecho y de derecho adoptan en exclusiva las decisiones sobre el desenvolvimiento y funcionamiento de esta.
Ya el primer contrato de prestación del servicio de gestión del año 2002, que ha sido mencionado y explicado en lo más significativo, fue suscrito en nombre de la Fundación por el Sr. Teodulfo, consejero delegado de CRC MAR, y por el Sr. Jose Ignacio, legal representante de la otra parte contratante CRC Corporación Sanitaria, empresa accionista de la anterior, según se reconoce - y no hacía falta decirlo para apreciar la obvia pertenencia al mismo grupo- en el escrito de recurso.
En el contrato de autos, de 31/1/2008, el contrato es suscrito por mismas personas físicas, el Sr. Teodulfo, en representación de la Fundación, y el Sr. Jose Ignacio, en este caso en representación de CRC Centre d'Imatge Molecular, CIM, que, como también se dice en el escrito de recurso, fue constituida "ad hoc" por la matriz, empresa madre o como se le quiera denominar CRC Corporación Sanitaria.
En la autocontratación a pesar de intervenir en el contrato una sola persona, hay dos voluntades, las de las personas o entidades representadas por esa única persona. El problema será que esa persona sepa mantener deslindadas las representaciones y los intereses derivados de ellas de forma que no entren en confusión y colisión, siendo la validez de la institución dependiente de que ello se consiga. Medio de comprobación y convencimiento de que esto se ha conseguido será el análisis de las condiciones de la contratación, de forma que resulten ponderadas en lo beneficioso y oneroso respecto a cada una de las partes contratantes, la que actúa directamente y la representada, sin agravio injustificado para esta última y sin confusiones y solapamiento en las posturas de las partes. La autocontratación no es en sí misma rechazable, solo debe establecerse vigilancia para que opere según las exigencias de ponderación, objetividad y equilibrio indicadas, de forma que lo que se realice por el conducto de una sola persona sea lo más aproximado posible a lo que se produciría si concurrieran materialmente dos partes materialmente diferenciadas.
Estas previsiones de imparcialidad, objetividad y claridad no se advierten en el caso del contrato de autos. En puridad, más que una persona que litiga en representación e interés de dos partes, hay una persona, la jurídica CRC, en cualquiera de sus variantes y derivaciones, que desarrolla una voluntad única y propia, voluntad formada y desarrollada a través de las personas a ella vinculadas y que ocupan los espacios de decisión de la Fundación. La decisión, formalmente bilateral, es única y propia de CRC pues son sus hombres los que la adoptan y, como veremos, en beneficio del Grupo. La fundación ha sido fagocitada por CRC, que es quien forma su voluntad y la exterioriza en contratos en que figura la Fundación solo como parte formal. Los contratos son obviamente favorables a quien toma la decisión y hay evidentes y abundantes muestras de ello.
-En cuanto al contrato que se impugna, lo que es objeto de cesión -las actividades o ramas productivas -y lo que residualmente queda en poder de la Fundación. Las condiciones de pago, absolutamente favorables a la cesionaria e inusuales en cualquier contrato oneroso.
-Partiendo de la hipotética realidad del acuerdo y autorización para la cesión (documento 1 aportado por la apelante), de su texto se refleja la búsqueda del beneficio e indemnidad de la Fundación, respecto a acreedores y así se dice y se establece también prestación de garantía de la cesionaria sobre el precio a pagar y las penalizaciones que pudieran suponer las devoluciones del crédito obtenido en su día del Ministerio de Ciencia y Tecnología. En el propio contrato también se contempla la eventualidad de que la cesionaria pague directamente a los acreedores de la cedente.
Sobre tales propósitos y garantías, no hay nada acreditado. En cuanto a la indemnidad de la Fundación, la realidad no parece ser precisamente esa, como lo prueba la generación de pasivo, según los datos de la AC.
La ausencia de observancia de los criterios y garantías en el acuerdo de cesión constituye un elemento negativo para la validez del propio contrato que no aparece acomodado a los términos del consentimiento establecidos en dicho acuerdo. Puede decirse que hay omisiones que afectan gravemente al requisito del consentimiento, elemento esencial del contrato.
-La AC ha aportado una sentencia laboral que pone fin a un proceso iniciado por un trabajador de la Fundación y que demanda a esta y a CRC Corporación Sanitaría y CRC Centre d'Imatge Molecular, entre otros. Esta sentencia es extraordinariamente significativa pues en sus hechos probados y posteriores consideraciones se refleja que dicho trabajador, contratado por la Fundación, realizaba también funciones para el grupo CRC, siendo la Fundación quien le pagaba. Su contrato de trabajo había sido subrogado a favor de CRC CIM. También se hace constar como hecho probado que había un organigrama en que las dos entidades se presentaban como una sola, lo que suponía indefinición en la contratación y adscripción funcional de otros trabajadores, con confusión de plantillas. Otro dato llamativo es que la Fundación, pese a verse relegada a las actividades académicas, desempeñaba funciones en las otras actividades cedidas a CIM, lo que supone confusión en las prestaciones, de las que se desprende la realización por parte de la Fundación de las que eran competencia y cargo de CIM. Más grave es aún la confusión de patrimonios, de manera que para la sentencia laboral consta probado que las facturas de mantenimiento se libraban a nombre de la Fundación, a pesar de tratarse de máquinas de CIM. En este orden de cosas, también consta probado que trabajadores de una y otra entidad hicieran pedidos para la otra y que la Fundación cargó con gastos de comidas de personal del grupo CRC. Para la sentencia, hay confusión en las personas, en las prestaciones realizadas y en patrimonios, lo que daba lugar a una apariencia de unidad empresarial y unidad de dirección, deduciéndose de

todos los elementos expuestos que las tres demandadas funcionaban como una sola empresa y que la distinción entre la Fundación y las otras dos era puramente formal, como resulta también de las actas de las reuniones donde se tratan conjuntamente todos los proyectos.
Sobre esta sentencia y su contenido nada ha dicho la apelante, manteniéndose subsistentes y sin merma las graves aseveraciones que se han expresado. La parte no solo no ha desmentido los aspectos negativos y perjudiciales de la relación para la Fundación sino que no ha apuntado ni un solo beneficio o provecho para la misma. El contrato aparece totalmente desviado a favor de la empresa demandada, según el designio e interés de personas que por su cargo ostentaban intereses contrapuestos a los de la Fundación y que, por las circunstancias y resultados que han quedado acreditadas, no velaron por los de esta.
QUINTO.-Por lo expuesto y razonado, debe confirmarse la conclusión de la sentencia de primera instancia, manteniendo, por consiguiente, la declaración de nulidad del contrato de 31 de enero de 2008 de la cesión de la unidad productiva de la Fundación Privada Institut d'Alta Tecnología PRBB a la compañía CRC Centre d'Imatge Molecular SL, con las consecuencias restitutorias que se establecen en dicha sentencia, incluida la de calificación del crédito que pudiera ostentar la referida demandada frente a la Fundación de concursal subordinado, por la concurrencia de mala fe en su actuación pues debe deducirse con todo fundamento y sin sombra alguna de duda la concurrencia de los dos aspectos que, según constante jurisprudencia, la conforman: el subjetivo, consistente en la conciencia de que con la propia actuación se afecta negativamente y se perjudica a la parte cuyos intereses jurídicos son dignos de protección, y el objetivo o valoración negativa y merecedora de repulsa ética en el tráfico jurídico. La posición y papel desempeñado por las personas pertenecientes al grupo CRC y más concretamente a las empresas del mismo que intervinieron en el contrato de autos no pueden merecer el calificativo de inocuo, neutro o casual, sino que solo pueden explicarse a partir de la concurrencia de una plena consciencia y una decisiva voluntad de concurrir al contrato, precisamente en los términos, alcance y resultado en que quedó configurado y que han quedado ampliamente expuestos.”: SAP Barcelona (Sección 15) 07.10.2014 (Sentencia 318/2014; Rollo 56/2014)

6. Diferencia entre los efectos de la rescisión concursal y la pauliana

Tribunal Supremo

“SEGUNDO. (…) 3. Efectos de la rescisión concursal. Aunque ambas acciones, la pauliana y la rescisión concursal, tienen naturaleza rescisoria, sus efectos no son los mismos.
El art. 73.1 LC expresamente prevé como efecto consiguiente a la estimación de la rescisión concursal la ineficacia del acto de disposición impugnado, así como la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.
Sin embargo, la estimación de la acción pauliana conlleva una ineficacia relativa y parcial del acto de disposición, tal y como razonamos en la sentencia 245/2013, de 18 de abril (con cita de las anteriores sentencias de 28 de noviembre de 1997, de 24 de julio de 1998 y 25/2004, de 30 de enero):
«(l)os efectos del ejercicio de la acción pauliana en caso de estimarse tan sólo benefician al acreedor que hubiera ejercitado la acción, quien lo hace en su nombre e individualmente; esto es, no se produce propiamente una reintegración de los bienes afectados al patrimonio del deudor, restaurando así la garantía patrimonial a favor de todos los acreedores, sino que sólo se consideran los actos impugnados como no ocurridos en relación con el acreedor actor, para posibilitar la ejecución de su crédito en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse concluido el acto de disposición impugnado.
»(E)ste carácter personal de la acción determina por una parte que, en principio, la legitimación para su ejercicio corresponda al acreedor perjudicado, y por otra que la ineficacia del acto impugnado sea relativa y parcial, pues la privación de eficacia del acto impugnado lo es sólo respecto del acreedor que acciona y en la medida estrictamente necesaria para subsanar el perjuicio sufrido».
Esta distinción tiene gran relevancia, pues la rescisión concursal no determina una ineficacia relativa del acto impugnado, sino total, con el consiguiente efecto de restitución a la masa de los bienes o derechos objeto del acto de disposición impugnado. Sólo si los bienes no pueden restituirse, el art. 73.2 LC impone a la contraparte, destinatario de los bienes objeto de disposición, la restitución por equivalente: el pago del valor de los bienes cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; y, en caso de mala fe en quien contrató con el concursado, también deberá indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa.
De tal forma que no cabe instar la rescisión concursal de la escisión sin dejar de pretender con ello su ineficacia.
Por el contrario, como veremos con mayor detalle, sí cabría que, caso de que la escisión se hubiera realizado para defraudar ilícitamente el derecho de crédito de algunos concretos acreedores existentes entonces, estos pudieran ejercitar una acción para pretender la satisfacción de sus créditos con los bienes transmitidos con la escisión, sin necesidad de dejar sin efecto la escisión.”:).”: STS 21.11.2016 (Sentencia 682/2016; Recurso 570/2015)

Artículo 71 bis

Redacción por Ley 14/2013 (derogada)

Artículo 71 bis. Nombramiento del experto por el Registrador.

[Nuevo art. 71 bis introducido por Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Título III, art. 31, Uno) (BOE 28.09.2013), con entrada en vigor el 29.09.2013:

" Disposición final decimotercera.Entrada en vigor.

Esta Ley entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». No obstante:

a) El Capítulo V del Título I entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Aplicable a los concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor:

"Disposición transitoria. Régimen transitorio en materia concursal.

Los concursos declarados antes de la fecha de entrada en vigor de esta norma, en cuanto a las normas establecidas en el Capítulo V del Título I, seguirán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley."]

Derogada esta redacción por por *Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014)*
Entrada en vigor: el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014).
Régimen transitorio: "En los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de este real decreto-ley se estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la Ley Concursal, resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor, si el deudor ya hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, en la redacción dada por el presente real decreto-ley. (RDL 4/2014, Disposición transitoria única. Régimen transitorio)

El nombramiento del experto independiente que hubiere de verificar los acuerdos de refinanciación se ajustará a las siguientes previsiones:

1. Será competente para su tramitación el registrador mercantil del domicilio del deudor. Si se tratare de un acuerdo de grupo y el informe hubiere de ser único, el experto será designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, de estar afectada por el acuerdo y, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.

2. La solicitud del nombramiento se hará mediante instancia firmada por el deudor, incluso antes de que esté concluido el acuerdo y redactado un plan definitivo, que puede ser cumplida telemáticamente y dirigida al registrador mercantil competente, suscrita por el solicitante o solicitantes del grupo y en la que expresarán las circunstancias siguientes:

1.º La denominación y los datos de identificación registral, en su caso, del solicitante o solicitantes, así como su respectivo domicilio. La solicitud precisará en todo caso el ámbito de las sociedades afectadas con suficiente indicación de las relaciones de grupo existentes así como un detalle suficiente del estado de las negociaciones pendientes o concluidas que permita formarse una idea del grupo de acreedores cuya adhesión se contempla.

2.º Los documentos necesarios para que el experto pueda pronunciarse. En el caso de que no se hubiera suscrito aún el acuerdo y estuviere pendiente su negociación deberá acompañarse un proyecto de acuerdo y del plan de viabilidad o, al menos, el acuerdo marco o pacto preliminar en que se fijan las condiciones de la negociación.

3.º Una relación de acreedores del deudor y de las entidades afectadas del grupo, por orden alfabético y en los términos previstos en el artículo 6 de la Ley Concursal.

3. El Registrador, antes de proceder al nombramiento, podrá solicitar varios presupuestos a uno o a varios profesionales idóneos y antes de decidirse sobre el más adecuado.

4. Son causas de incompatibilidad para ser nombrado experto las establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas. No puede ser nombrado experto independiente el auditor que lo fuere del deudor o de cualquiera de las sociedades del grupo afectadas ni tampoco quien hubiere elaborado el propio plan de viabilidad.

5. El informe deberá ser emitido en el plazo que hubiere señalado el solicitante y en todo caso en el de un mes, contado desde la aceptación del nombramiento y sin perjuicio de la posibilidad de prórroga o prórrogas sucesivas por causas justificadas. Si el informe no fuera emitido en plazo se entenderá caducado el encargo, procediéndose por el registrador a un nuevo nombramiento.

6. Podrá nombrarse al mismo experto en cualquier otra refinanciación que se plantee con posterioridad a la primera o anterior refinanciación acordada por el mismo deudor y grupo aunque cambien parte de los acreedores firmantes

Redacción por RDL 4/2014, Ley 17/2014 y Ley 9/2015

[Nueva redacción del art. 71 bis por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014).

Entrada en vigor: *el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014).*
Régimen transitorio*: "En los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de este real decreto-ley se estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la Ley Concursal, resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor, si el deudor ya hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, en la redacción dada por el presente real decreto-ley. (RDL 4/2014, Disposición transitoria única. Régimen transitorio)]*

La Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014), en su Artículo Unico, catorce, reitera la redacción introducida por RDL 4/2014, con la única salvedad de la mayúscula que se señala en rojo.
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]
Disposición transitoria: "En los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de esta Ley se estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor si el deudor ya hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten expresamente en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, en la redacción dada por la presente Ley." (Disposición transitoria primera. Régimen transitorio)

[Nueva redacción del art 71-bis-1.b).1º por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Cuatro, 3.
Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)
Régimen transitorio: "1. Lo dispuesto en los números 1 y 3 del apartado cuatro del artículo único, será de aplicación a las negociaciones previstas en el artículo 5 bis, que no hayan concluido o en las que no haya transcurrido el plazo de tres meses desde su comunicación al juzgado" (Disposición transitoria primera. Régimen transitorio aplicable a los procedimientos concursales en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley; apartado 1)

Nota:
Este precepto incorpora –aunque con cambios sustanciales- parte del régimen contenido en el anterior art 71.6 redactado según Ley 38/2011.Véase, en lo que proceda, la jurisprudencia recaída en aplicación de éste. Véase también la jurisprudencia sobre la antigua Disposición Adicional Cuarta en su redacción por RDL 3/2009.

Artículo 71 bis. Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación.

1. No serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando:

a) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y

b) Con anterioridad a la declaración del concurso:

1.º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

1.º El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. A los efectos del cómputo de esa mayoría de pasivo se entenderá que, en los acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.
En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo

[Nueva redacción del art 71-bis-1.b).1º por Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE 26.05.2015). Artículo único, Cuatro, 3.

Entrada en vigor: 27.05.2015 ("Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", Disposición final décima. Entrada en vigor.)
Régimen transitorio: "1. Lo dispuesto en los números 1 y 3 del apartado cuatro del artículo único, será de aplicación a las negociaciones previstas en el artículo 5 bis, que no hayan concluido o en las que no haya transcurrido el plazo de tres meses desde su comunicación al juzgado" (Disposición transitoria primera. Régimen transitorio aplicable a los procedimientos concursales en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley; apartado 1)

2.º Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

3.º El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

2. Tampoco serán rescindibles aquellos actos que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse al apartado anterior pero cumplan todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación:

a) Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.

b) Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.

c) Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la ~~d~~Disposición adicional cuarta.

d) Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.

e) Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.

Para verificar el cumplimiento de las condiciones a) y b) anteriores se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado, u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.
El cumplimiento de todas las condiciones anteriores deberá darse en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan los acuerdos.

3. Los acuerdos regulados en este artículo únicamente serán susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo siguiente.

4. Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.
El nombramiento de un experto independiente corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.
El nombramiento se hará entre profesionales que resulten idóneos para la función. Dichos expertos quedarán sometidos a las condiciones del artículo 28 y a las causas de incompatibilidad establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas.»

0. Exposición de motivos RDL 4/2014

"La Ley Concursal vuelve a la sistemática original regulando íntegramente en el artículo 71 las denominadas acciones de reintegración.
Lo que hasta ahora había sido recogido en el apartado 6 de dicho artículo como supuesto de no rescindibilidad se recoge separadamente en el artículo 71 bis junto con un nuevo supuesto.
Así, en el apartado 1, se mantiene en lo esencial la regulación de los hasta ahora previstos en el apartado 6 del artículo 71, si bien se clarifica su extensión, que comprenderá los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea su naturaleza, que permitan la ampliación significativa del crédito o la modificación o extinción de obligaciones. Dentro de ellos están incluidas, tal y como se ha venido reconociendo en numerosos pronunciamientos judiciales, las cesiones de bienes y derechos en pago o para pago. Adicionalmente, se elimina la necesidad de

informe de experto independiente, sustituyéndola por certificación del auditor de cuentas acreditativa de la concurrencia de las mayorías exigidas para su adopción.
En el apartado 2 del artículo 71 bis se introduce un nuevo supuesto en el cual los acuerdos alcanzados se declaran no rescindibles, sin necesidad de alcanzar determinadas mayorías de pasivo, constituyéndose en consecuencia un «puerto seguro» que permita la negociación directa del deudor con uno o más acreedores, siempre que signifiquen simultáneamente una mejora clara de la posición patrimonial del deudor, es decir, que no conlleven una merma de los derechos del resto de acreedores no intervinientes. Se configura de este modo una posibilidad más de acuerdo entre deudor y acreedor que es más restrictiva que la del apartado 1 del mismo artículo en cuanto a los supuestos pero más laxa en cuanto a los intervinientes. En efecto, si en el apartado 1 se exige la concurrencia de los tres quintos del pasivo pero se habla de forma más genérica de la mejora de condiciones de financiación, en el apartado 2, a cambio de no requerirse mayoría concreta de pasivo, se exigen requisitos muy estrictos para que los acuerdos no sean tampoco rescindibles por causas distintas al incumplimiento de las condiciones que el propio artículo establece. Sirva de ejemplo la letra c) que implicará en muchos casos por parte del acreedor interviniente la liberación de garantías (susceptibles de facilitar nueva financiación), que no resulta necesariamente exigible en el caso de los acuerdos colectivos de refinanciación.
Al no ser rescindibles, los acuerdos que reúnan las condiciones del artículo 71 bis no estarán sometidos a las presunciones de los apartados 2 y 3 del artículo 71 aun cuando impliquen actos de disposición de activo. Además, la legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria (que sólo podrá basarse en el incumplimiento material de los requisitos del artículo 71 bis por los acuerdos acogidos aparentemente al mismo) sigue estando restringida al administrador concursal y limitada a la ausencia de condiciones reguladas, respectivamente, en los dos primeros apartados del artículo 71 bis. También se limita al administrador concursal la legitimación para el ejercicio de las demás acciones de impugnación.”: (Exposición de motivos RDL 4/2014, IV)

00. La no concurrencia de estos requisitos no determina necesariamente la rescisión

Tribunal Supremo

“QUINTO.-Razones de la Sala para desestimar el segundo motivo del recurso de casación.
En primer lugar hay que señalar que el Real Decreto Ley 3/2009 es de fecha 26 de marzo, y el escrito de apelación de diciembre de 2011, por lo que plantear distintas cuestiones en el presente motivo supone introducir en el debate cuestiones nuevas, lo que está proscrito en el recurso de casación (SSTS 388/2012, de 26 de junio, 703/2012, de 14 de noviembre, entre otras).
Ello no obstante, como al final del motivo anterior apunta a una particular cuestión, especialmente, en relación a que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta la normativa sobre los acuerdos de refinanciación en las operaciones realizadas en abril de 2009 (vigente ya el RDL 3/2009), pues el plan de viabilidad sobre el que se concedieron los nuevos préstamos resultó no ser realizable para subvenir a la continuidad de la actividad profesional en el corto y medio plazo, entraremos a razonar determinados aspectos del motivo.
Ante todo, hemos de señalar que el RDL 3/2009 fue una norma que pretendía proporcionar una seguridad jurídica a las partes a determinadas operaciones de reestructuración y de financiación, o ambas, con el fin de que, si se daban ciertos requisitos, fueran irrescindibles frente a las acciones de reintegración. En modo alguno puede pensarse que la norma supuso que todos los acuerdos de refinanciación o de reestructuración debían ajustarse a los requisitos que en la misma se establecen, so pena de poder ser rescindidos inevitablemente. Las mismas razones que llevaron y llevan a la jurisprudencia, en cada caso particular, tras su análisis y ponderación, a apreciar o no un sacrificio patrimonial injustificado por las operaciones descritas, también ahora, nada impide que pueda probarse que no ha existido perjuicio, destruyendo la presunción iuris tantum, que es lo que ha ocurrido en el presente caso y que la sentencia recurrida ha ponderado detenidamente. Por tanto, ni la norma que introduce los acuerdos de refinanciación (la DA 4ª del RDL 3/2009), ni las posteriores reformas concursales que los ha modificado (Ley 38/2011 y el RDL 4/2014) impiden que para los acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prescita recientemente en la disposición adicional 4 ª y en el art. 71.bis, deba seguir examinándose, caso por caso, si existe o no sacrificio patrimonial injustificado como venía haciéndose hasta ahora, pues aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas normas pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del art. 71 LC.”: STS 09.07.2014 (Sentencia 363/2014; Recurso 2566/2012)

00.1 Pero sí, lógicamente, la inaplicación del régimen especial

AP Castellón

“TERCERO.-Como segundo motivo del recurso se alega la incorrecta valoración de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal. Argumenta la parte recurrente que la sentencia apelada vincula el cumplimiento de los requisitos previstos en la citada Disposición Adicional a la consideración de las operaciones como verdadera refinanciación. Sin embargo, entiende la parte recurrente que no cabe deducir que solo los Convenios o Acuerdos de refinanciación formalizados en estricto cumplimiento de los parámetros descritos en el artículo 71.6 de la Ley Concursal serán inmunes a la rescisión, ya que ello conduciría a las Entidades Financieras a no suscribir ningún acuerdo de refinanciación, con el consiguiente perjuicio para las empresas que carecieren de apoyo financiero, sino que se hará preciso analizar minuciosamente los términos de los acuerdos suscritos, resultando que el presente caso es consecuencia de un acuerdo global de refinanciación de la deuda de la sociedad.

El motivo del recurso debe ser desestimado por cuanto debe compartirse el razonamiento de la sentencia recurrida de que dicho acuerdo de refinanciación no reúne los requisitos del artículo 71.6 de la Ley Concursal, por lo que no puede acogerse la parte demandada al citado precepto para impedir la acción rescisoria.": SAP Castellón (Sección 3) 24.07.2014 (Sentencia 257/2014; Rollo 203/2014)

Artículo 72. Legitimación y procedimiento.

1. La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En este caso, en cuanto a los gastos y costas de los legitimados subsidiarios se aplicará la norma prevista en el apartado 4 del artículo 54.

Art. 72.1 Legitimación activa

1. Legitimación principal exclusiva de la AC

1.1 Legitimación de la AC pese a no mencionar el inventario la acción de reintegración ejercitada

AP Granada

"SEGUNDO: Las acciones de reintegración a las que se contrae el articulo 72.1 LC pueden ejercitarse por la Administración Concursal o en su caso por los acreedores, cumpliendo con el régimen de legitimación subsidiara establecido en la norma, en cualquier momento del proceso concursal, tan pronto se detecte la existencia de actos perjudiciales para la masa y se pueda aportar prueba que la sustente. No exige la norma, ni como requisito de procedibilidad, ni como dies a quo para su ejercicio, la inclusión de la acción en la lista anexa al inventario del elenco de acciones de reintegración que debieran promoverse- artículo 82.4 -; es más ni siquiera la presentación del informe se erige en presupuesto para su ejercicio, si atendemos a los términos del artículo 72.1 LC, tal y como además claramente resulta del artículo 197.4, contemplando el posible ejercicio de estas acciones durante la tramitación de la fase común.
Por otra parte, y partiendo de la posición prácticamente unánime de la doctrina y jurisprudencia, el inventario, aún aprobado judicialmente, no produce los efectos propios de un pronunciamiento declarativo judicial, no tiene eficacia constitutiva, y no otorga derechos frente a terceros, pudiendo ser modificado en virtud de múltiples circunstancias. Ni siquiera en el concurso cumple con la finalidad de determinar con seguridad la masa activa del concurso, ya que solo tiene una función esencialmente informativa, STS 28 de septiembre de 2010, así como las sentencias de la sección 15ª de la AP de Barcelona de 1 de junio de 2006, AP Pontevedra sección 1ª de 15 de noviembre de 2012, AP Las Palmas sección 4 de 15 de Febrero de 2013 y AP Alicante sección de 17 de enero de 2013, entre otras.
Por otra parte, la única posibilidad que reconoce la Ley Concursal, para la impugnación del inventario, en el artículo 96.2, hace referencia a la inclusión o exclusión de bienes y derechos, sin extender su alcance, teniendo en cuenta sus meros efectos informativos y que no produce efectos de cosa juzgada, al anuncio o no del ejercicio de acciones rescisorias incluidos en él.
Por tanto, no supeditando el contenido del inventario de la masa activa, el ejercicio de la acción de rescisión del artículo 71 LC, no siendo objeto de posible impugnación la información que en cuanto a su ejercicio se haya ofrecido u omitido, no estando condicionado su ejercicio a su mención expresa, por virtud de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Concursal, ningún obstáculo ni procedimental, ni temporal, puede apreciarse para su ejercicio y tampoco puede prosperar el segundo motivo del recurso.": SAP Granada (Sección 3) 06.09.2013 (Sentencia 265/2013; Rollo 287/2013)

AP Lugo

"PRIMERO.- El primer motivo del recurso, falta de legitimación de la administración concursal, no puede ser acogido. La administración concursal está perfectamente legitimada para actuar como lo hizo conforme a lo establecido elapartado primero del artículo 72 de la Leyconcursal que atribuye a aquella la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás acciones de impugnación, pudiendo hacerlo bajo las condiciones que establece el citado artículo y por tanto, en determinados supuestos asimismo los acreedores. No cabe confundir supuestos señalando que al no mencionar en el inventario la posibilidad de iniciar una acción de reintegración falta la legitimidad ya que son cuestiones diferentes, no siendo tampoco de aplicación elartículo 97 de la citada Leyque no afecta a la administración sino a quien no impugnase en tiempo y forma el inventario. Tampoco lo dispuesto en elartículo 82.4significa un impedimento de legitimación para el ejercicio de la acción. Las indicadas razones justamente con las expuestas en la sentencia recurrida que se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones lleva, como se dijo, a no poder acoger esta primera alegación.": SAP Lugo 19.12.2006 (JUR 2007/128096)

AP Madrid

"En su escrito de oposición reitera BANCO PASTOR las alegaciones que efectuó en la primera instancia.

Así, sostiene en primer lugar que la Administración concursal no puede ejercitar la acción impugnatoria que formula en su demanda, en cuanto en su informe debe señalar los casos que deben ser objeto de acciones de reintegración, por lo que constituye una exigencia legal que en el informe queden prefijadas y la Administración concursal no dio cumplimiento a dicha exigencia prevista en el artículo 82.4 LC. Añade que en el Informe se consideraron los préstamos hipotecarios perfectamente válidos y eficaces y no se cuestionó la prenda.
Añade que en la hipótesis de que se hubiera incluido en los casos a rescindir la acción estaría caducada al no haberse ejercitado en el plazo señalado en el artículo 86.2 LC.
El artículo 82 de la Ley Concursal se refiere a la formación del inventario, pero debe distinguirse lo que constituye el inventario mismo de las relaciones que se añaden al mismo, recogidas en el apartado cuarto de dicho precepto, de manera que la relación de posibles actuaciones que debieren promoverse a juicio de la administración concursal para la reintegración de la masa activa no se integra en el inventario y solo tiene el alcance de informar sobre la viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las actuaciones judiciales.
Lo mismo sucede con la relación de los créditos contra la masa y la lista de acreedores. Se trata de una relación separada, que no forma parte de la lista de acreedores, como tampoco la relación de posibles actuaciones para la reintegración de la masa forma parte del inventario, como con toda claridad se desprende del citado artículo 82.4 LC.
Tampoco el inventario impide que puedan incorporarse nuevos bienes a la masa. La inclusión de un bien en el inventario no cumple la finalidad de fijar con exactitud y de manera inatacable la masa activa, sino la de informar sobre ella a los acreedores o la de orientar la liquidación. En consecuencia, es posible que la masa activa quede integrada por nuevos bienes incluso una vez iniciada la fase de liquidación, como sucede en el caso en que se hubieren ejercitado acciones de reintegración o bien por el hecho de que no fuera conocida con anterioridad su existencia.
En definitiva, la finalidad meramente informativa de la relación de posibles actuaciones para la reintegración de la masa que se añade al inventario no impide que pueda la administración concursal ejercitar las acciones que estime oportunas, aun no incluidas en dicha relación. Las acciones de reintegración solo tienen como presupuesto los requisitos contemplados en los artículos 71 y 72 LC.
CUARTO. La segunda de las alegaciones de BANCO PASTOR, S.A. se refiere a los actos propios de la Administración concursal, de manera que se ve vinculada por el Informe, "no habiendo sido impugnados sus contenidos relativos a acciones de reintegración".
Añade que en la propia lista de acreedores esta "operación de prenda" aparece ya como inexistente, en cuanto que ejecutada y las cantidades pendientes han sido reclamadas "ejecutivamente en los procedimientos de ejecución hipotecaria". Reitera la validez de "los préstamos hipotecarios que ahora se pretenden impugnar" y señala que la Administración concursal solicitó que los bienes sujetos a esos préstamos se calificasen como afectos a la actividad de la empresa y "nunca aludió al carácter rescindible de los préstamos, ni sus saldos, ni sus garantías (incluida la prenda)".
La alegación constituye un auténtico totum revolutum. Ya hemos advertido que la relación de posibles actuaciones para la reintegración de la masa que se añade al inventario no impide que pueda la administración concursal ejercitar las acciones de reintegración que estime oportunas. La alegación acaba mezclando la constitución de la prenda, con su ejecución y a su vez esto con la obligación garantizada (el préstamo hipotecario) y los bienes sobre los que recae la hipoteca.
SAP Madrid (Sección 28) 05.04.2013 (Sentencia 97/2013; Rollo 66/2012)

AP Pontevedra

“En opinión de la codemandada, la administración concursal no estaría legitimada para el ejercicio de la acción al haber infringido lo dispuesto en los arts. 74, 82.4, 83, 84.8, 85.1, 95 y 97. Con ello, viene a decirse, se habría producido una suerte de preclusión de la acción rescisoria, al no anunciarse su ejercicio en el informe por parte de la administración concursal.
La Sala no comparte este razonamiento.
No es cierto que el art. 97 cierre el paso a cualquier acción que pretenda la alteración del informe. Una cosa es la pretensión de modificación del informe o del inventario, por el cauce previsto en el art. 96, -que habrá de tener por objeto bien la solicitud de inclusión o de exclusión de bienes o de sus avalúos, bien la inclusión o exclusión de créditos, la alteración de su cuantía o de su calificación-, y otra bien diferente es la acción de rescisión concursal, que tiene el objeto específico previsto en el art. 71.
La acción rescisoria concursal nace con la declaración de concurso y finaliza con su conclusión, por lo que, cabalmente, ni siquiera habría de quedar sujeta al plazo de caducidad cuatrienal de las acciones rescisorias comunes. Es cierto que la ley dicta normas tendentes a asegurar que los administradores concursales, -legitimados primarios para el ejercicio de la acción rescisoria-, cumplan fielmente con su obligación de rescindir los actos perjudiciales para la masa realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, estableciendo, entre otras cosas, la obligación de incluir en el inventario, -art. 82.4-, una previsión de las posibles acciones de reintegración de la masa, pero en ningún lugar establece que tales acciones deban ser ejercitadas en el plazo de diez días señalado para las pretensiones de impugnación del inventario y de la lista. La cuestión, por su claridad, no merece mayor razonamiento.”: SAP Pontevedra 22.07.2009 (Rollo 406/2009; Sentencia 369/2009)

AP Valencia

“Respecto al primer motivo de apelación, vista la contestación a la demanda se concluye que es novedoso para la alzada, pues nada se dijo sobre el mismo en la contestación, razón suficiente conforme al artículo 456-1 de

la Ley Enjuiciamiento Civil para su rechazo pues el juicio revisorio a efectuar por este Tribunal ha de limitarse a las cuestiones fácticas y jurídicas planteadas por las partes ante el Juzgado de lo Mercantil en sus escritos rectores y lo que ahora se denuncia en tal motivo no se planteó en la instancia. A mayor abundamiento es que el hecho de que en el informe emitido por la administración concursal ex- artículo 84.2 Ley Concursal no se mencionasen acciones rescisorias, no impide ni proscribe su planteamiento o ejercicio posterior.": SAP Valencia (Sección 9) 27.10.2011 (Sentencia 399/2011; Rollo 425/2011)

1.2 El poder de disposición sobre la acción corresponde a la AC. Transacción. Innecesariedad de intervención de los acreedores, aunque hubiesen comparecido en el incidente

AP Barcelona

"PRIMERO El auto recurrido homologa la transacción a la que, en el curso de los presentes autos de reintegración, llegaron por un parte la administración concursal y, por otra, los demandados Esmetro, S.L., Barcelonesa de Metales, S.A. yAntonia, por la que se dejaba sin efecto la compraventa objeto de rescisión y se precisaban las cantidades que la Sra.Antoniay la masa del concurso debían restituirse recíprocamente, acordándose igualmente la compensación hasta la suma coincidente. Este auto es recurrido por el Sr.Abelardo, por entender que era parte en el procedimiento y que como tal tenía que haber intervenido en el acuerdo transaccional. (…)
TERCERO Elart. 72.1 LCatribuye a la administración concursal la legitimación activa originaria para instar la rescisión concursal y cualquier otra acción de impugnación de actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso. En el caso de la rescisión concursal, su justificación radica en que la administración concursal constituye un órgano que representa tanto los intereses patrimoniales de la masa del concurso, como los intereses de los acreedores concursales, y las acciones de reintegración se ejercitan principalmente en interés de la masa activa del concurso y, por ende, en interés de los acreedores, que verán reforzada la garantía patrimonial de sus créditos. Esta legitimación originaria se atribuye en todo caso, y con independencia del alcance de las limitaciones acordadas por el auto de concurso al ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (arts. 40 y 21.1.2º LC) y, por lo tanto, al grado de representación de la masa activa por parte de la administración concursal. Se excluye de esta legitimación a cualquier acreedor por motivos de orden y seguridad jurídica, para evitar la pluralidad de acciones, de modo que su legitimación se articula a través de un órgano de representación, la administración concursal, y sólo cuando dicho órgano de administración deje de actuar, habiendo sido requerido para ello, podrá ejercitar el acreedor requirente la acción revocatoria que había sido objeto de requerimiento.
Una vez ejercitada la acción por la administración concursal, en puridad, no cabría intervención procesal de un acreedor o tercero interesado para actuar como coadyuvante del actor, como consecuencia de la restricción de legitimación activa a la que nos referíamos antes. Para poder intervenir es preciso gozar de un interés en el asunto que pudiera legitimar el ejercicio de la acción. Es por ello que tanto el ejercicio de la acción de reintegración como la formulación de la calificación concursal quedan excluidas de la intervención procesal, en la medida en que corresponde la administración concursal en exclusiva en el primer caso, y de forma compartida con el ministerio fiscal en el segundo, el ejercicio de esas acciones. Esta legitimación conlleva también la disponibilidad procesal, de forma que a la administración concursal le corresponde, en exclusiva, prestar su consentimiento a un posible acuerdo transaccional con las demandadas en un incidente de reintegración, sin perjuicio de la homologación del acuerdo por parte del juez del concurso y de la posible responsabilidad civil de los miembros de la administración concursal.
En el presente caso, además, el acuerdo transacción supone la aceptación por los demandados de la rescisión concursal a cambio de que no se declare la actuación de mala fe por parte de la Sra.Antonia, y por lo tanto que tenga derecho a ser reintegrada en las cantidades que le adeudaría la masa simultáneamente a la restitución por su parte de la finca, y que, consiguientemente, su crédito no se convierta en un crédito subordinado. Entra dentro de las facultades de disposición de que dispone la administración concursal en relación al ejercicio de la acción rescisoria la renuncia a que se declare que la demandada actuó de mala fe, máxime cuando se hace a cambio del avenimiento de los demandados a la rescisión, con el beneficio derivado de evitar la incertidumbre que provoca la demora en la resolución judicial y lograr al mismo tiempo la inmediata reintegración.": AAP Barcelona (Sección 15) 24.10.2008 (JUR 2009/35554)

AP Pontevedra

"PRIMERO. -Mediante la interposición del recurso de apelación (que si cabe en este caso conforme al art. 197.4 LC), se pretende impugnar el auto de 13 enero 2012 desestimatorio del recurso de reposición contra el auto de 17 noviembre 2011 por el que se homologa la transacción a que han llegado la concursada, la administración concursal y el Banco Popular Español S.A.
La parte apelante alega dos cuestiones, por un lado la falta de objeto de la renuncia que sirve de sustento a la transacción extrajudicial, pues la garantía de hipoteca naval a la que se renuncia ya no existía, y por otro lado, la falta de audiencia a otros interesados, incluida la apelante.
SEGUNDO.- Vaya por delante que la Sala considera inocuo tanto el auto impugnado como los efectos del resultado de este recurso, lo que evidencia la inutilidad del mismo. La renuncia a la garantía y a cambio de ella, el cambio de calificación que la administración concursal lleva a cabo dentro de sus competencias y su compromiso de no ejercitar acción rescisoria sobre el negocio, es algo que existe al margen de su homologación judicial.
En realidad, existiera la garantía real en el momento de la renuncia que se refleja en el acuerdo o no, no tiene

la trascendencia que parece pretender la parte apelante. Hemos de decir que la falta de constancia registral de la cancelación es suficiente para aparentar su vigencia. Pero además no cabe duda que el objeto del acuerdo es llevar la constancia de la renuncia de la garantía real al concurso, se produjera en ese momento o en otro anterior. Y, dejando en evidencia tal renuncia, convenir con las personas legitimadas para ello, en la improcedencia del ejercicio de posibles acciones rescisorias. En consecuencia, no se observa la falta de objeto que plantea la parte apelante.
Cuestión diferente es, si en realidad, en estricta técnica jurídica, procedería o no la homologación judicial de un acuerdo de esta naturaleza ya que, en principio y como reconoce el auto de 17 noviembre 2011, la homologación está prevista para la transacción o convenio que ponga fin al litigio, y en este caso, propiamente, aún no se ha planteado el correspondiente incidente sobre ejercicio de acción rescisoria. Curiosamente, finalmente dicho incidente fue instado por la parte apelante, lo que es contradictorio con la defensa de inexistencia de la garantía en este caso.
Sin embargo tal cuestión no es objeto de recurso y, además, debe señalarse que tal cuestión puede verse afectada por las peculiaridades del proceso concursal en cuanto proceso general o proceso de procesos, ya que es dentro del mismo en el que se desarrollan múltiples incidentes con variadas materias, entre ellas, el ejercicio de acciones rescisorias reguladas en los arts. 71 y ss LC, de forma que lo que se evita, con el acuerdo, es la apertura del correspondiente incidente dentro del proceso concursal.
TERCERO. -En lo que hace a la indefensión que se dice provocada por no haber sido siquiera oídos acerca de la homologación que se proponía, es necesario ratificar las acertadas consideraciones que realiza el juez del concurso sobre la legitimación principal para llevar a cabo el acto o negocio, siendo así que los que han intervenido, acreedor, deudor y administración concursal, que es la legitimada para el ejercicio de las acciones rescisorias, pueden llevar a cabo el acto sin ninguna otra intervención, por lo que no era necesario que ninguna otra persona fuera oída ya que la homologación lo es respecto del acuerdo tomado por quienes podían hacerlo. Nada más se exige. Que la homologación se pretenda en el ámbito de un proceso concursal nada añade a un trámite cuya intervención está limitada a los que tienen capacidad para intervenir en el mismo, salvo la impugnación de sus efectos en el concurso por quien se sienta perjudicado por dicho negocio o su homologación, pero ello lo será por las vías de impugnación propias del proceso concursal, no mediante la creación de una especie de incidente concursal que no se consideró oportuno seguramente por entender que se trataría de un exceso procesal, más ante la inutilidad de la cuestión como ya se expuso anteriormente.”: SAP Pontevedra (Sección 1) 17.10.2012 (Sentencia 516/2012; Rollo 581/2012)

2. Legitimación subsidiaria de los acreedores

2.1 Sobre la concreción de la acción a ejercitar

AP Pontevedra

“TERCERO.- El recurso de apelación intentando por la representación de la acreedora demandante, tras un proemio a modo de resumen para " *desmembrar el centro neurálgico del recurso* ", comienza combatiendo el pronunciamiento de contenido procesal que proclamó la falta de legitimación pasiva del IGAPE. La resolución de este primer motivo constituye un presupuesto para el análisis del resto de las cuestiones planteadas.
La LC, apartándose de los precedentes legislativos, no restringió la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de reintegración en el concurso a la administración concursal, sino que configuró en su art. 72.1 una legitimación subsidiaria, de segundo grado o por sustitución, en favor de los acreedores para litigar en interés de la masa, que somete a dos requisitos: a) requerimiento escrito a la administración concursal para el ejercicio de la acción rescisoria, con determinación del "acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello"; b) el transcurso del plazo de dos meses sin que la administración concursal ejercite la acción objeto del requerimiento. Es sabido que la reforma operada por el Real-Decreto ley 3/2009, con la introducción de la disposición transitoria cuarta, y luego la Ley 38/11 (con la inclusión del precepto en el texto articulado, art. 72.2), excluyen esta legitimación para la impugnación de acuerdos de refinanciación, normativa que no resulta aplicable por motivos temporales a los hechos sometidos a enjuiciamiento.
Como puede apreciarse, la ley no avanza más en los requisitos de la legitimación subsidiaria; sólo se precisa que el acreedor comunique por escrito a la administración concursal la concreta operación que pretende atacar y su fundamento, esto es, *petitum* y *causa petendi;* puede añadirse también, como exigencia lógica, que si lo que se trata es de dar la oportunidad a la administración concursal de valorar el ejercicio de la acción, deba identificarse la acción en sus tres identidades, comprendiendo también la de los sujetos legitimados pasivos.
Por tanto, resulta exigible, para apreciar la corrección de la legitimación activa, comparar los términos del requerimiento y los términos de la demanda, pues ésta no podrá basarse en fundamentos diferentes ni pretender atacar hechos, actos o negocios distintos a los identificados en el requerimiento.
El requerimiento, obrante a los folios 1343 y 1344 de las actuaciones, era del siguiente tenor:
"Muy Sr. mío:
Me dirijo a Ud. En calidad de administrador de la entidad "Uwais Ingeniería, SL", acreedor del Concurso de referencia, al objeto de solicitarle proceda a iniciar Procedimiento de Acción de Reintegración en los términos que a continuación le indico, en base a las siguientes consideraciones:
Consideramos necesario interponer DEMANDA DE INCIDENTE CONCURSAL sobre ACCIONES DE REINTEGRACION en base a la aplicación del art. 71 de la Ley Concursal, a tenor de la Escritura de Préstamo Sindicado con garantía Hipotecaria suscrito ante el Notario de Vigo D. Miguel Lucas Sanchez, Protocolo Nº 931, ya que la concursada, "Bernardo Alfageme SA" con fecha 29 de abril de 2.008, ante el Notario referido, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, suscribió escritura de PRESTAMO

SINDICADO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, con las entidades "PROMALAR SL"; "CAIXA NOVA", "BANCO POPULAR" y "BANCO DE GALICIA", por un importe de TREINTA Y CINCO MILLONES DE EUROS, habiéndose interpuesto procedimiento de Reintegración únicamente contra Promalar SL, a pesar de que las otras 3 sociedades financieras están en las mismas circunstancias.
En base a la aplicación del art. 71 de la Ley Concursal que establece: Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de: La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquélla, le solicito y requiero para que, en calidad de Administrador Concursal de "Bernardo Alfageme SA" presente Demanda Incidental de Reintegración, contra las siguientes entidades:
I/.-CAIXA NOVA con CIF G-36.600.369 y domicilio en Avenida García Barbón Nº 1-3 de Vigo.
II/.-BANCO POPULAR con CIF A-28.000.727 y domicilio en la calle Reconquista Nº 9 de Vigo.
III/.-BANCO DE GALICIA con CIF A-36.600.229 y domicilio en calle Policarpo Sanz Nº 23 de Vigo.
IV/.-"BERNARDO ALFAGEME SA", debiendo ser emplazada a través de su representación procesal en autos".
...Como le indico, así lo hemos solicitado expresamente al Juzgado en el referido escrito, requiriendo literalmente:
I/.-Tener por requerida a la Administración Concursal para que dentro del plazo de los próximos 2 meses interponga el procedimiento de Retroacción contra las entidades financieras recogidas en el documento de Demanda Incidental que acompaño al presente, por los actos concretos que se decide impugnar, y el fundamento en que se base.
II/.- Con carácter subsidiario a la solicitado anteriormente, dado el tiempo transcurrido desde que se inició el procedimiento Concursal, sin que la Administración Concursal haya interpuesto el referido procedimiento de Retroacción, y para el supuesto de que una vez requerida manifiesten su intención de no interponerlo, se proceda a dar curso a la demanda de Retroacción que adjunto, sin expirar el plazo de los dos meses señalados.
III/.- Que con carácter subsidiario a lo anterior, se nos dé trámite para evacuar la presentación de la Demanda de Retroacción cuya copia acompaño.
Por todo lo expuesto, le solicito interponga la demanda de Reintegración en los términos indicados en ésta notificación, así como en los términos reflejados en el escrito presentado en el Juzgado, o en su caso para el supuesto de que no tenga intención de interponerla, lo comunique antes de los 2 meses, para que sea éste acreedor el que lo ejercite".
La " *copia de la demanda que se interesa interponer* " no obra en las actuaciones ni consta que se comunicara a la administración concursal. Sin embargo nos parece que la comunicación cumplía los requisitos para habilitar la legitimación subsidiaria, pues se identificaban los actos que se pretendían rescindir (con expresa mención del préstamo sindicado con garantía hipotecaria de 29.4.2008) y se expresaban, siquiera en términos generales y por remisión, sus fundamentos, pues se hacía referencia a la acción rescisoria ya en curso formulada por la administración concursal contra PROMALAR por la misma operación y se citaban los preceptos de la LC que fundamentaban la acción. Es cierto que no se mencionaban las contragarantías que hacían intervenir al IGAPE en la operación, pero éstas formaban parte del préstamo sindicado, como se comprueba con la lectura del documento, por lo que el hecho de que la demanda se dirigiera también a pretender la rescisión de su constitución puede entenderse, sin forzar las cosas, como comprendida dentro de los requisitos generales de legitimación que, se insiste, la ley configura en términos amplios, sin que se vean motivos para fundamentar la rigurosa interpretación que sigue la sentencia, siendo que la finalidad de la norma nos parece que queda suficientemente atendida.
Se estima el motivo. Sin embargo, como se verá de inmediato, la estimación de la legitimación para soportar el ejercicio de la acción por parte del ente público no altera el pronunciamiento de fondo sobre el recurso. ":SAP Pontevedra (Sección 1) 10.07.2012 (Sentencia 390/2012; Rollo 205/2012)

2.2 Falta de legitimación fuera del caso subsidiario legalmente previsto

AP Tarragona

"PRIMERO El recurso de Pedro Miguel y Paulino, se alza contra la desestimación de su demanda de impugnación de los créditos de Filomena y Juan Enrique por falta de legitimación activa, al considerar la sentencia recurrida que ejercitaban la acción de reintegración del art. 71 de la LC sin cumplir con las exigencias del art.72, que atribuye la legitimación para su ejercicio a la administración concursal y solo subsidiariamente a los acreedores, por lo que, al no haber instado los demandante previamente a la administración, carecían de legitimación para el ejercicio de la referida acción, a lo que opone el recurso que la demanda no había ejercitado la acción del art. 71 sino que había impugnado los créditos al amparo del art. 96.3 de la LC.
Para resolver conviene señalar que, pese a la argucia de la apelación, lo cierto es que la demanda invocó como fundamento jurídico de su pretensión exclusivamente los artículos 71 y 72 de la LC, refiriéndose al 96 únicamente respecto del trámite procesal. Por otro lado en los hechos de su demanda se invoca que habrá que dudar de todos los créditos y de los contraídos en período inferior a dos años, referencia que reitera en varias ocasiones, y a ello debemos agregar que en la apelación se pretende fundamentar la impugnación de los créditos en la simulación de los créditos y el fraude de acreedores, acción la del art. 1111 de CC también comprendida en el art. 71.6 de la LC al referirse a otras acciones de impugnación de actos del deudor, precepto que remite su ejercicio al mismo régimen que la de reintegración por remisión a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente, por lo que procede

mantener la falta de legitimación de los apelantes, ya que también en este caso se ha dado la inobservancia de los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción.": SAP Tarragona 20.06.2008 (JUR 2008/355025)

2.3 Intervención como coadyuvantes

AP Baleares

"SEGUNDO.-En cuanto a la legitimación restringida del acreedor en las acciones rescisorias. La cuestión procesal planteada por REVESBO S.L.
Sobre la legitimación restringida de los acreedores en el ejercicio de la acción rescisoria baste la referencia al necesario requerimiento previo y en su caso a la inactividad de la administración concursal tal y como regula el art 72.1 Lc en la dicción del texto vigente aplicable al supuesto.
Según consta publicado en el Boletín oficial del Estado de 10 de junio de 2009 el concurso necesario abreviado nº 131/2008 fue declarado por auto de 28 de mayo de 2009.
El 24 de mayo de 2010 se presentó la demanda por la Administración concursal, la demanda presentada por la acreedora comienza en sus hechos alegando la inadmisión por auto de 27 de septiembre de 2010.La admisión a trámite de la presente acción rescisoria data del 27 de septiembre de 2010 también.
No consta requerimiento previo al administrador concursal ni la desatención del mismo al requerimiento.
Como se ha mencionado, la legislación aplicable al supuesto es la anterior a la reforma de la Ley 38/2011.En aplicación de la cual la Audiencia Provincial de Barcelona en resolución de fecha 24 de octubre de 2008 dispone: " *El art. 72.1 LC atribuye a la administración concursal la legitimación activa originaria para instar la rescisión concursal y cualquier otra acción de impugnación de actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso. En el caso de la rescisión concursal, su justificación radica en que la administración concursal constituye un órgano que representa tanto los intereses patrimoniales de la masa del concurso, como los intereses de los acreedores concursales, y las acciones de reintegración se ejercitan principalmente en interés de la masa activa del concurso y, por ende, en interés de los acreedores, que verán reforzada la garantía patrimonial de sus créditos. Esta legitimación originaria se atribuye en todo caso, y con independencia del alcance de las limitaciones acordadas por el auto de concurso al ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (arts. 40 y 21.1.2º LC) y, por lo tanto, al grado de representación de la masa activa por parte de la administración concursal. Se excluye de esta legitimación a cualquier acreedor por motivos de orden y seguridad jurídica, para evitar la pluralidad de acciones, de modo que su legitimación se articula a través de un órgano de representación, la administración concursal, y sólo cuando dicho órgano de administración deje de actuar, habiendo sido requerido para ello, podrá ejercitar el acreedor requirente la acción revocatoria que había sido objeto de requerimiento.*
Una vez ejercitada la acción por la administración concursal, en puridad, no cabría intervención procesal de un acreedor o tercero interesado para actuar como coadyuvante del actor, como consecuencia de la restricción de legitimación activa a la que nos referíamos antes. Para poder intervenir es preciso gozar de un interés en el asunto que pudiera legitimar el ejercicio de la acción "
LaAudiencia Provincial de Madrid Sección 28 en la sentenciadictada el 9 de marzo de 2012 razona sobre la condición de parte de los acreedores,si bien aquel supuesto se refiere a la sección sexta analiza la cuestión tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 2012 (RTC 2012, 18), que anuló unas actuaciones en las que se habían cercenado las posibilidades iniciales de intervención que, aunque con los efectos que han sido delimitados por el legislador, allí sí habían reconocido al interviniente.
" *La condición de parte significa la posibilidad de tener intervención en el proceso desde una determinada posición, asumiendo con ello derechos, cargas y obligaciones procesales, pero las posibilidades de actuación en el seno del mismo puedan estar configuradas de determinada manera por el legislador en función de la finalidad a la que responda el cauce procesal de que se trate. Así, pese a reconocerles la condición de parte (artículo 184 de la LC), resulta manifiesto que existen en la Ley Concursal tanto restricciones como condicionamientos impuestos a la actuación de los acreedores e interesados legítimos en el seno del proceso concursal, en función de las características peculiares de éste, en favor de los órganos concursales, a los que se confieren determinadas iniciativas. Esto no es algo que se muestre sólo en la sección de calificación, sino que tiene además múltiples manifestaciones a lo largo de articulado de la LC; verbigracia y sin vocación de exhaustividad: la legitimación para instar el embargo preventivo de los bienes de los administradores sociales incumbe en exclusiva a los órganos concursales - administración concursal, además de la iniciativa de oficio del juez-, tal como resulta del vigente artículo 48 ter de la LC (tratándose, por cierto, de una medida cautelar instrumental de la sección de calificación); la resolución de contratos en interés del concurso sólo incumbe promoverla a la administración concursal o al concursado, según el caso -artículo 61.2 de la LC; la legitimación para el ejercicio de acciones rescisorias incumbe con carácter principal a la administración concursal (sólo de modo subsidiario podría hacerlo un acreedor en muy determinadas circunstancias-artículo 72.1 de la LC) y de modo exclusivo en relación con los acuerdos de refinanciación (artículo 72.2 de la LC, en su versión por Ley 38/2011 (RCL 2011, 1847 y 2133)).....*"
Es por ello que, la posición del acreedor es dependiente de las pretensiones que ejercita quien ostenta la legitimación.
En este punto se mantiene el razonamiento de la sentencia, el acreedor no tiene una condición de parte autónoma, sino que su legitimación es subsidiaria y en el caso de la ejercite el administrador concursal sólo puede unirse a los motivos por el planteados.": SAP Baleares (Sección 5) 29.11.2012 (Sentencia 510/2012; Rollo 320/2012)

AP Barcelona

“PRIMERO El auto recurrido homologa la transacción a la que, en el curso de los presentes autos de reintegración, llegaron por un parte la administración concursal y, por otra, los demandados Esmetro, S.L., Barcelonesa de Metales, S.A. yAntonia, por la que se dejaba sin efecto la compraventa objeto de rescisión y se precisaban las cantidades que la Sra.Antoniay la masa del concurso debían restituirse recíprocamente, acordándose igualmente la compensación hasta la suma coincidente. Este auto es recurrido por el Sr.Abelardo, por entender que era parte en el procedimiento y que como tal tenía que haber intervenido en el acuerdo transaccional. (…)
TERCERO Elart. 72.1 LCatribuye a la administración concursal la legitimación activa originaria para instar la rescisión concursal y cualquier otra acción de impugnación de actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso. En el caso de la rescisión concursal, su justificación radica en que la administración concursal constituye un órgano que representa tanto los intereses patrimoniales de la masa del concurso, como los intereses de los acreedores concursales, y las acciones de reintegración se ejercitan principalmente en interés de la masa activa del concurso y, por ende, en interés de los acreedores, que verán reforzada la garantía patrimonial de sus créditos. Esta legitimación originaria se atribuye en todo caso, y con independencia del alcance de las limitaciones acordadas por el auto de concurso al ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (arts. 40 y 21.1.2º LC) y, por lo tanto, al grado de representación de la masa activa por parte de la administración concursal. Se excluye de esta legitimación a cualquier acreedor por motivos de orden y seguridad jurídica, para evitar la pluralidad de acciones, de modo que su legitimación se articula a través de un órgano de representación, la administración concursal, y sólo cuando dicho órgano de administración deje de actuar, habiendo sido requerido para ello, podrá ejercitar el acreedor requirente la acción revocatoria que había sido objeto de requerimiento.
Una vez ejercitada la acción por la administración concursal, en puridad, no cabría intervención procesal de un acreedor o tercero interesado para actuar como coadyuvante del actor, como consecuencia de la restricción de legitimación activa a la que nos referíamos antes. Para poder intervenir es preciso gozar de un interés en el asunto que pudiera legitimar el ejercicio de la acción. Es por ello que tanto el ejercicio de la acción de reintegración como la formulación de la calificación concursal quedan excluidas de la intervención procesal, en la medida en que corresponde la administración concursal en exclusiva en el primer caso, y de forma compartida con el ministerio fiscal en el segundo, el ejercicio de esas acciones. Esta legitimación conlleva también la disponibilidad procesal, de forma que a la administración concursal le corresponde, en exclusiva, prestar su consentimiento a un posible acuerdo transaccional con las demandadas en un incidente de reintegración, sin perjuicio de la homologación del acuerdo por parte del juez del concurso y de la posible responsabilidad civil de los miembros de la administración concursal.
En el presente caso, además, el acuerdo transacción supone la aceptación por los demandados de la rescisión concursal a cambio de que no se declare la actuación de mala fe por parte de la Sra.Antonia, y por lo tanto que tenga derecho a ser reintegrada en las cantidades que le adeudaría la masa simultáneamente a la restitución por su parte de la finca, y que, consiguientemente, su crédito no se convierta en un crédito subordinado. Entra dentro de las facultades de disposición de que dispone la administración concursal en relación al ejercicio de la acción rescisoria la renuncia a que se declare que la demandada actuó de mala fe, máxime cuando se hace a cambio del avenimiento de los demandados a la rescisión, con el beneficio derivado de evitar la incertidumbre que provoca la demora en la resolución judicial y lograr al mismo tiempo la inmediata reintegración.”: AAP Barcelona (Sección 15) 24.10.2008 (JUR 2009/35554)

AP Sevilla

“SEGUNDO.-La primera cuestión que debemos examinar y valorar en esta alzada, en relación al recurso de apelación interpuesto por la entidad Hudson Capital Properties Ltd, es si está legitimada, o no, para interponerlo.
Tradicionalmente se ha entendiendo que son partes del procesos aquellos que pretenden o frente a quienes se pretenden una tutela juridica, y que, como señala la doctrina, se van a ver afectados por el pronunciamiento Judicial correspondiente, asumen plenamente los derechos, cargas, y responsabilidades inherentes al proceso. De ahí que se entiende que, aunque ni siquiera se haya alegado, es posible apreciarse de oficio, al ser una cuestión de orden público, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia. En este sentido, se puede destacar la Sentencia de 14 de noviembre de 2.002, con cita de las Sentencias de 30 de junio de 1999, con cita de las de 13 de noviembre de 1985, 6 de mayo de 1997 y 24 de enero de 1998, que declara que: "es cuestión que puede ser examinada de oficio por los mismos (órganos jurisdiccionales). Los efectos de las normas jurídicas no pueden quedar a voluntad de los particulares de modo que se apliquen aún no dándose los supuestos queridos y previstos por el legislador para ello".
La legitimación ad causam, que viene referida a la atribución activa o pasiva de la acción, es decir, aquella que atendiendo al objeto puede conducir eficazmente el proceso concreto. La válida constitución de la relación jurídico-procesal supone que en todo proceso las partes han de estar legitimadas para intervenir en el mismo, tanto activa como pasivamente, es decir, que exista una atribución subjetiva del derecho y la obligación deducida en el proceso. Se trata de determinar quien puede conducirlo eficazmente, tanto en la faceta de actor, como de demandado, atendiendo a su objeto, porque para que produzca efecto la Sentencia necesariamente deben estar aquellos, ya que en caso contrario no podría tener el efecto interesado. En todo proceso necesariamente ha de haber dos partes, una que pide la actuación de la ley y otra, contra la que se pide, aunque con ello no se quiere decir que el demandado no pida la actuación de la ley, sino que la demanda como escrito inicial constituye la relación jurídica que se instaura. En este sentido, señala la Sentencia de 28 de febrero de 2002 : "La legitimación "ad causam" consiste en una posición o condición objetiva en conexión

con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La Sentencia de 31 de marzo de 1997, a la que sigue la de 28 de diciembre de 2001, hace especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido". En parecidos términos, la Sentencia de 20 de diciembre de 1.989 declara que: "en puridad, esta falta de legitimación activa "ad causam" del actor se diferencia de la "ad processum" en que según sentencia de 18 de mayo de 1962 : "Debiéndose distinguir, como establece la teoría científica, la legitimatio ad processum, de la legitimatio ad causam, según la terminología forense, aquella, como capacidad que es necesaria poseer para ser sujeto de una relación procesal y poderla realizar con eficacia jurídica, sin la cual no se puede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo; mientras que esta aparece en función de la pretensión formulada, requiriendo una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta, por obra de una relación en que las partes se encuentran, respecto a la cosa que es objeto del litigio; aquellas, denominaciones de contenido más expresivo, según los tratadistas procesales, que el conocido desde antiguo, como falta de personalidad y falta de acción, que la doctrina jurisprudencial admitía ya desde la sentencia de 22 de septiembre de 1860, en que así se declara, fecha desde la cual se viene diferenciando una y otra, no pueden ni deben ser confundidas, tanto por ser cosas distintas como por los efectos diversos que de ellas se derivan, ya que la primera hace relación a la forma, se ha de fundar en la falta de las condiciones y requisitos que para comparecer enjuicio se expresan en el núm. 2.º del art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ". En definitiva, como nos dice la Sentencia de 26 de abril de 1.993 : "se funda en la falta de acción, de razón y derecho que asiste al que litiga y afecta al fondo del asunto. Así la Sentencia de 10 de julio de 1982, citada por la de 24 de mayo de 1991, dice que "se trata de un instituto que tanto en sus manifestaciones de Derecho sustantivo, legitimatio ad causam, como adjetivo, legilimatio ad processum, constituye un concepto puente al servir de conexión entre las dos facultades o cualidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar (capacidad para ser parte y capacidad para comparecer en juicio) y la real y efectiva de disposición o ejercicio, constituyendo (la legilimatio ad causam), a diferencia de las primeras, que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar, dándose lugar a que mientras en el supuesto de las capacidades o de su falta, se habla de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo, se haga referencia a la acción o a su falta"".

TERCERO.-Es incuestionable que la recurrente se persona en los presentes autos no como parte en sentido estricto, sino que bajo la denominación de intervención adhesiva. Que se caracteriza porque participa en un proceso ya iniciado en el que las partes son conocidas y determinadas, tiene la consideración de tercero, en cuanto que si bien actúa movido por un interés propio, sin embargo, realiza su defensa bien de un modo directo o indirecto, pero mediante la defensa de los derechos de una de las partes, no es un representante de la parte, aunque bien es cierto que actúa en nombre propio para mantener un derecho de otro, de quien es parte, de modo que se puede afirmar que no pide la actuación de la ley para si, directamente, sino para quien es parte. Esa intervención puede ser voluntaria o provocada, y principal o adhesiva. La principal es cuando el interviniente introduce alguna pretensión contradictoria o incompatible con la que es objeto del proceso ya iniciado, y adhesiva cuando no difiere. En esta última, se suele distinguir entre la simple y la litisconsorcial. La diferencia se concreta en que esta última resulta que el interviniente pudo y debió ser parte del proceso, defiende derechos propios, y, consecuentemente la Sentencia que se dicte le va a afectar directamente, mientras que en aquél solo coadyuva a derechos de otros, y la Sentencia solo le va afectar de modo reflejo o indirecto. En definitiva, como señala la doctrina, si la cotitularidad es de la misma relación jurídico material que la llevada al proceso por una de las partes, se identifica como intervención litisconsorcial. Si la relación jurídico material en que participa el tercero resulta dependiente de la deducida en el proceso, de modo que ésta sea prejudicial respecto de aquella, es la denominada intervención adhesiva simple.

Si bien es cierto que esta figura no venía regulada de un modo singular en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, no era desconocida por la jurisprudencia. En este sentido, la Sentencia de 28 de junio de 2.011 declara que: "En primer lugar, respecto de la alegación del recurrente de que no cabe en este caso la aplicación del artículo 13 de la LEC 2000 y que la LEC 1881 en absoluto contempla la posibilidad de solicitud de intervención, debe recordarse que tal y como se ha pronunciado esta Sala (SSTS de 8 de abril de 1994 y 3 de diciembre de 2004), la intervención adhesiva no es una figura extraña a nuestro derecho, y ha sido admitida legalmente en el ámbito del proceso contencioso-administrativo y, por lo que concierne al civil, tiene precedentes en la Ley IV, Título XXIII, Partida 3ª ("Tomar pueden el alçada non tan solamente los que son señores de los pleytos, o sus Personeros quando fuere dado juyzio contra ellos, assi como mostramos; mas aun todos lo otros, a quien pertenece la pro, o el daño que viniese de aquel juyzio"; también, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 se refiere a esta figura en sus artículos 1276, párrafo tercero, 1328 y 1394 y la doctrina jurisprudencial la ha aceptado (SSTS 28 de diciembre de 1906, 21 de marzo de 1911, 6 de marzo de 1946, 17 de febrero de 1951, 17 de octubre de 1961, 3 de marzo de 1992 y 9 de octubre de 1992, entre otras muchas) y, aparte de otras, la STS de 22 de abril de 1987 ha declarado que si los efectos hacia tercero se ocasionan con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material les afecte con carácter prejudicial o indirecto, se podrá originar una intervención adhesiva.

De este modo, la intervención adhesiva del coadyuvante en lo civil, queda definida por estas notas esenciales: no le asiste la facultad de promover el juicio, ha de aceptar el resultado del proceso hasta el momento de su intervención, con efectos preclusivos para él, puede ayudar la gestión del litigante a quién se adhiera, contribuyendo al éxito de sus propios medios de defensa, o utilizando, en provecho común, aquellos de que esté especialmente asistido y, por obra de su intervención, queda vinculado a la resolución del proceso, no sólo con la parte a cuyos fines coadyuvó, sino también en relación con la contraria.

Así mismo, la sentencia de 9 de octubre de 1993, después de señalar la absoluta y censurable orfandad en que, en la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881) se padece respecto de esta cuestión, analiza la compleja figura de la intervención adhesiva de terceros en un proceso ya pendiente, que tradicionalmente ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 28-12-1906, 21-3-1911, 6-3-1946, 17-2-1951 y 17-10-1961, entre otras), señalando que han de tenerse en cuenta las consideraciones siguientes:
1ª.- Dando por supuesto que la intervención procesal, en su modalidad de intervención voluntaria adhesiva (no la principal, que aquí no interesa), se caracteriza por la entrada o incorporación de un tercero a un proceso ya pendiente entre dos litigantes (demandante y demandado originarios) para sostener y apoyar con alegaciones y pedimentos las pretensiones de alguna de las partes (actor o demandado originarios), la llamada intervención litisconsorcial (modalidad de la adhesiva, junto a la simple o coadyuvancia) viene determinada y justificada, esencial y fundamentalmente, por la circunstancia de que la Sentencia única que, en cuanto al fondo del asunto propiamente dicho, recaiga en el proceso seguido entre las partes originarias, haya de producir efectos directos (no reflejos) contra el tercero interviniente, con la consiguiente vinculación de éste a la cosa juzgada.
Ello presupone necesaria e inexcusablemente (refiriéndonos a la intervención del lado activo o del demandante, que es el que aquí nos ocupa) lo siguiente: a) que, teniendo el demandante originario legitimación activa (en el sentido expuesto en el Fundamento Jurídico Octavo de esta resolución), pueda entrarse a conocer del fondo propiamente dicho del asunto; b) en íntima relación con ello, que la sentencia que se dicte, en cuanto al fondo propiamente dicho, habrá de contener un pronunciamiento único (estimatorio o desestimatorio), el cual, además de referirse obviamente al demandante originario, habrá de afectar directamente también (no de modo reflejo) al interviniente litisconsorcial. De lo dicho se deduce que aún bajo la vigencia de la LEC de 1881 la figura de la intervención litisconsorcial adhesiva se encontraba plenamente aceptada". En parecidos términos se pronuncia la Sentencia 3 de diciembre de 2.004. Esta figura ha sido admitida en el ámbito contencioso, venia expresamente regulada en el artículo 30 de la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1.956, e incluso se ha admitido en el ámbito constitucional. En este sentido el Auto del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2.003 declara que: "Como tiene declarado este Tribunal, si bien la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no contiene previsión expresa sobre la posibilidad de admitir la intervención adhesiva a favor del demandante de amparo fuera del caso previsto en el art. 46,2 cuando el recurso se interpone por el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo, que, en cambio, si prevé para la intervención adhesiva del demandado, no existe obstáculo para su admisión (ATC 146/1996, de 10 junio, FJ único). Pero dado que la posición procesal del coadyuvante es subordinada a la del demandante de amparo y, por tanto, carece de autonomía, el coadyuvante "no puede esgrimir pretensiones distintas de las ejercitadas por aquél, ni mucho menos pretender el reconocimiento para sí de una situación jurídica individualizada, un derecho subjetivo... Su intervención adhesiva debe quedar limitada a la facultad de alegar (art. 52,1 LOTC) cuanto le conviniere sin restricción dialéctica alguna, siempre que no altere el planteamiento ni el objeto del proceso" (ATC 146/1996, de 10 junio, FJ único; en idéntico sentido STC 66/1989, de 17 abril, FJ 1)".
Ese interés indirecto o reflejo del coadyuvante supone que esté o asuma una posición procesal subordinada y dependiente de la parte principal a la que se adhiere. Es un mero colaborador del coadyuvado, al que apoya en su pretensión, de modo que ha de entenderse que se sitúa en un plano inferior y no puede considerarse parte en sentido estricto, es decir, de quien pide el amparo legal y ha de soportar las consecuencias que la decisión judicial adopte, de modo que no soportan los derechos, cargas, y responsabilidades inherentes al proceso.
Con base a lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el interviniente sería considerado, como señala el párrafo tercero, parte, y podría formular pretensiones, distintas y diferente a su coadyuvado, siempre que tuviere oportunidad procesal para ello, aunque aquél renuncie, se allane, desista o se aparte del proceso. Consecuente con ello, podrá interponer los recursos contra las resoluciones que estime perjudiciales para su interés, aunque aquél las consienta. Sin embargo, ello no es asumible en el presente supuesto, al ser aquí donde reside la principal diferencia con la figura bajo cuyo prisma actúa la entidad recurrente, porque en el supuesto contemplado en la citada norma, se parte de la premisa de que tiene legitimidad para ejercitar acción y sostener pretensión en nombre propio, desde luego, siempre que por el momento procesal de personarse pudiera hacerlo, lo cual, no ocurre en el presente supuesto. El artículo 72-1º de la Ley Concursal, es taxativos al determinar quien esta legitimado para ejercitar esta acción: "La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal". Por tanto, quien actúe como coadyuvante, en los términos previstos en el artículo 193-2º, estará siempre subordinado, en este caso, a la parte actora, y nunca podrá ejercitar las acciones en orden a conseguir la reintegración patrimonial, consecuentemente a realizar todos los actos tendentes a ese fin, como pudiera ser interponer un recurso frente a una resolución adversa. Es cierto que la citada norma establece un supuesto de legitimación subordinada para los acreedores, pero solo para iniciar el proceso cuando se trate de los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, -requisito que al parecer concurre en el presente supuesto-, si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En el presente supuesto, la administración concursal promovió el oportuno incidente concursal de reintegración, por tanto, es la única que tiene legitimación para sostener dicha pretensión. Podrá contar con el apoyo de quien sea acreedor, pero será en todo caso subordinado a la posición de dicha parte, y solo para fortalecer los actos de la misma, nunca para emprender una posición propia y autónoma, como pudiera ser sostener la pretensión actora en un recurso interpuesto contra una resolución contraria, que la propia parte ha consentido. En definitiva, en estos incidentes en los que está restringida la legitimación para promoverlos, el hecho de que se persone como coadyuvante, al amparo del artículo 193, no puede conllevar que se eluda esa restricción en cuanto a la legitimación activa en los supuestos de acciones de reintegración establecida en el artículo 72-1º, cuando no estamos ante el supuesto subsidiario que establece dicha norma.
No se puede pretender que se califique como un hecho similar, a ese supuesto de legitimación subsidiaria, que la administración concursal no interponga recurso de apelación, a no promover el incidente concursal,

sencillamente porque aquel supuesto parte de la premisa de que se ha dado cumplimiento al requisito establecido en dicha norma, de modo que quien únicamente está legitimado para promoverlo en la administración concursal, que será quien decida en qué términos se formula la pretensión, porque no está limitado y encorsetado con la excitación realizada por el acreedor o acreedores, es decir, que no está obligado a formular la acción de reintegración en los términos fijados por los acreedores. Por tanto, pudiera ocurrir que la pretensión formulada por la administración concursal tuviera matices diferenciales, que no podría corregir quien fuera coadyuvante. En esta tesitura si quien ha formulado la acción, quien únicamente está legitimado, está satisfecho con la decisión de primera instancia, no es posible que quien no tiene legitimación para promover el incidente, pueda sostener la pretensión inicialmente formulada por la administración concursal.
En consecuencia, ha de entenderse que la entidad Hudson Capital Properties Ltd, no tiene legitimidad para interponer recurso de apelación contra la Sentencia dictada en primera instancia. Esta causa de inadmisión, en este momento procesal, ha de convertirse en causa de desestimación del recurso.": SAP Sevilla (Sección 5) 17.01.2014 (Sentencia 36/2014; Rollo 5568/2013)

AP Valencia

"PRIMERO.- Por la representación de la entidad CAIXABANK S.A. se interpone recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia de 2 de junio de 2014 por la que se desestima la acción de reintegración instada por la Administración concursal, siendo coadyuvante la entidad CAIXABANK S.A frente a las entidades EDIFICIOS TRASIEGO SL y LUIS GARCIA RIVERO SL (LUGARI).
Contra la expresada resolución presentaron recurso de apelación la entidad CAIXABANK SA - tomo III folio 1803 y siguientes - y la Administración Concursal - folio 1834 -, que fue requerida para que procediera a la consignación del importe del depósito para recurrir por providencia de 14 de julio de 2014 (folio 1870) sin que lo verificase en el plazo concedido al efecto, recayendo Auto de fecha 8 de septiembre de 2014 por el que se acordaba la indmisión del indicado recurso de apelación, y deducida reposición frente al mismo, por Auto de 20 de octubre de 2014 se acordó su desestimación.
El recurso subsistente, por tanto, es el promovido por la representación de la entidad CAIXABANK SA (...)
Durante la sustanciación del rollo de apelación en la Secretaria de esta Sección de la Audiencia Provincial, las apeladas cuestionaron la legitimación de la entidad CAIXABANK para recurrir como consecuencia de la inadmisión del recurso planteado por la Administración Concursal por Auto de 8 de septiembre de 2014, a lo que CAIXABANK opuso la extemporaneidad de la alegación conforme al contenido del artículo 461 de la LEC.
SEGUNDO.- Delimitado el objeto de la apelación, la primera de las cuestiones que debe examinar este Tribunal es la relativa a la legitimación de CAIXABANK para recurrir en apelación atendido el tenor del artículo 72.1 de la LC, el hecho de que los codemandados no pudieran alegar la inadmisibilidad del recurso de apelación conforme al contenido del artículo 461 de la LEC por ser la causa denunciada posterior al expresado momento y el hecho de que la legitimación puede ser examinada de oficio por el Tribunal.
TERCERO.- El *artículo 72.1 de la LC dispone que "la legitimación para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En este caso, en cuanto a los gastos y costas de los legitimados subsidiarios se aplicará la norma prevista en el apartado 4 del artículo 54".*
La expresada norma ha sido interpretada por diversas resoluciones judiciales. La reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015 (Roj: STS 560/2015) lo hace con ocasión del examen de la legitimación "limitada y condicionada" de los acreedores en el marco de la calificación del concurso y su intervención como adyuvantes de la concreta petición formulada por los legitimados principales, determinante - tal intervención - de la imposibilidad para el acreedor de sostener pretensiones distintas de las sostenidas por quien ostenta la legitimación, así como de su actuación limitada durante el desarrollo del proceso o en sede de recursos. Y en el marco del análisis de la cuestión, indica que la legitimación que ostentan los acreedores en relación al artículo 72.1 de la LC es una legitimación "subsidiaria" de manera que únicamente pueden ejercitar la acción previa instancia efectuada a la administración concursal inatendida por ésta.
La Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Mallorca de 29 de noviembre de 2012 (Roj: SAP IB 2837/12) -con cita de las resoluciones de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de octubre de 2008 y de Madrid de 9 de marzo de 2009 - aborda el estudio de la legitimación restringida de los acreedores en el ejercicio de las acciones rescisorias, y destaca la necesidad de que los acreedores hayan verificado un previo requerimiento a la administración concursal y que haya operado la inactividad de dicha administración, de manera que, en puridad, una vez ejercitada la acción por la administración concursal, no cabría la intervención procesal del acreedor y producida esta "el acreedor no tiene una condición de parte autónoma" sino que "sólo puede unirse a los motivos" planteados por la administración concursal.
Finalmente, la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 17 de enero de 2014 (Roj: SAP SE 372/2014) analiza en profundidad la intervención adhesiva en el proceso civil y la cuestión concreta de la legitimación subsidiaria del acreedor en el ámbito de las acciones rescisorias (artículo 72.1), resultando de la misma, los siguientes argumentos:
1.- La subordinación del acreedor a la parte actora legitimada.
2.- La necesidad de que se haya instado a la administración concursal para el ejercicio de la acción rescisoria y ésta no la hubiera promovido en el plazo de los dos meses siguientes al requerimiento.
3.- Y en relación al caso concreto - en el que como en nuestro caso, fue la administración concursal quien promovió el proceso - asevera que es la administración concursal la única que tiene legitimación para sostener la pretensión y añade que ésta " *podrá contar con el apoyo de quien sea acreedor, pero será en todo caso subordinado a la posición de dicha parte, y sólo para fortalecer los actos de la misma, nunca para emprender*

una posición propia y autónoma, como pudiera ser sostener la pretensión actora en un recurso interpuesto contra una resolución contraria que la propia parte ha consentido. [...] No se puede pretender que se califique como un hecho similar, a ese supuesto de legitimación subsidiaria, que la administración concursal no interponga recurso de apelación, a no promover el incidente concursal, sencillamente porque aquel supuesto parte de la premisa de que se ha dado cumplimiento al requisito establecido en dicha norma, de modo que quien únicamente está legitimado para promoverlo es la administración concursal, que será quien decida en qué términos formula la pretensión, porque no está limitado y encorsetado con la excitación realizada por el acreedor o acreedores, es decir, que no está obligado a formular la acción de reintegración en los términos fijados por los acreedores. Por tanto pudiera ocurrir que la pretensión formulada por la administración concursal tuviera matices diferenciales, que no podría corregir quien fuera como coadyuvante. En esta tesitura si quien ha formulado la acción, quien únicamente está legitimado, está satisfecho con la decisión de primera instancia, no es posible que quien no tiene legitimación para promover el incidente, pueda sostener la pretensión inicialmente formulada por la administración concursal. " Y añade que la entidad acreedora no tiene legitimación para la interposición del recurso, de manera que la causa de inadmisión se convierte en causa de desestimación.
En lo que se refiere al supuesto sometido a nuestra decisión y como se desprende del Fundamento Primero, la acción de reintegración fue promovida por la Administración Concursal como legitimada (previo requerimiento de la entidad CAIXABANK SA, según se desprende del hecho segundo del escrito de demanda), sin que, tras el dictado de la Sentencia recaída en la instancia, dicha administración concursal haya mantenido el recurso al no proceder a la consignación del importe del depósito para recurrir previo el oportuno requerimiento (providencia de fecha 14 de julio de 2014, al folio 1870, debidamente notificada al folio 1877), propiciando su inadmisión por Auto de 8 de septiembre de 2014.
La doctrina que resulta de las resoluciones precedentes citadas, es de aplicación al supuesto que enjuiciamos, pues la entidad bancaria recurrente carece de legitimación para sostener el recurso de apelación de forma autónoma atendida su legitimación subsidiaria, con la consecuencia apuntada por la Audiencia de Sevilla de devenir la causa de inadmisión del recurso en causa de desestimación.": SAP Valencia (Sección 9) 14.04.2015 (Sentencia 100/2015; Rollo 863/2014)

2.4 Verwirkung. Desestimación, por retraso desleal, de la acción rescisoria instada por un acreedor relacionado con el deudor

JM-3 Pontevedra

"PRIMERO- Sobre la solicitud del demandante y el ejercicio intempestivo del derecho.
No han cambiado las circunstancias de legitimación en quien presenta la demanda, si comparamos las mismas con la que en su día – 27 de junio de 2011- interpuso el mismo actor, la compañía XXX, socio y administrador único coincidentes con uno de los administradores de YYY y el Consejero Delegado de la concursada, D. PANCRACIO - que a su vez a fecha de firma del préstamo sindicado era administrador único de BASA-. El Sr. Pancraciotiene perfecto conocimiento de las operaciones cuya rescisión insta desde el propio momento de su celebración; no en vano, se repite, D. Pancracio fue representante de YYY en enero de 2010, fecha de las operaciones cuestionadas- cumple anticipar aquí que sólo "parcialmente" cuestionadas-.
Las contestaciones de los codemandados ponen de manifiesto, desde puntos de vista coincidentes y complementarios, la eventual falta de legitimación activa del demandante para el ejercicio de la acción de reintegración, como ya hicieran en las contestaciones a la demanda del incidente a que se ha hecho referencia aunque, por esa misma razón, deben reproducirse los argumentos utilizados en aquella sentencia: "aunque todos esos argumentos se puedan dar por reproducidos- la vinculación familiar y societaria de XXX y D. Pancracio con la entidad concursada, ampliamente explicada no sólo en el informe de la administración concursal, sino en la propia historia jurídica presentada por el deudor con la presentación de concurso, y sintetizada en las contestaciones-, no deja de ser un hecho incontestable que dicha entidad ostenta un crédito subordinado contra YYY SA por importe de 19053 euros; ese crédito es ridículo en comparación con la masa pasiva del concurso, y su titular, obviamente, no litiga en beneficio de la masa, sino como un alter ego de sí mismo como deudor concursado; en palabras de la administración concursal, y en el fondo, sólo puede convenirse en que "solicita la rescisión quien ha suscrito el acto cuya rescisión se pretende", lo que se desvía ampliamente de las normas de legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria; ahora bien, dejar sin efecto por una convicción material de fraude las normas sobre legitimación subsidiaria del artículo 72 LC sobre la base de dichas relaciones personales y patrimoniales de la demandante con el concursado, casaría muy mal con la personalidad jurídica propia y autonomía patrimonial de las sociedades de capital; la demandante es una sociedad diferenciada- siquiera formalmente- de YYY, y es acreedora de la misma; el artículo 72 LC no establece restricción de ninguna clase, ni por su importe, ni por su calificación como subordinado, a ningún acreedor para ostentar legitimación para accionar, siempre y cuando, claro está, cumpla los requisitos que dicha norma exige"
SEGUNDO- Ocurre que, si ligamos estas circunstancias – coincidencia absoluta entre el órgano de administración de YYY SA y el sustrato personal y órgano administración de xxx- con el hecho de que, un año después de la declaración de concurso – que tuvo lugar, como ha de recordarse, en fecha 23 de abril de 2010- ya fuera interpuesta y desestimada por el juzgado y por la Audiencia Provincial una acción de reintegración subsidiaria por el mismo demandante contra otras operaciones de financiación realizadas por el deudor en el año 2008 sin que cuestionara las que hoy juzga "parcialmente rescindibles", sólo podemos llegar a la conclusión de que el ejercicio de la acción es manifiestamente tardío y abusivo, al

haberse interpuesto cuatro años más tarde del conocimiento pleno de su realización, y tras haber obviado las mismas en una demanda anterior, con el proceso liquidatorio concursal a punto de finalizar.
En estas circunstancias, aunque la jurisprudencia es unánime en que la acción de reintegración nace con el concurso y muere con él, el ejercicio del derecho que ahora se intenta es manifiestamente extemporáneo y contra cualquier exigencia de buena fe en su ejercicio, el llamado retraso desleal en el ejercicio de los derechos. Como afirma la STS 12-12-11, ponente Sra. Roca Trías, "El art. 7.1 CC establece que "los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". La buena fe ha sido interpretada como principio general o como cláusula abierta, aunque en definitiva debe considerarse como un principio positivizado que impone deberes a los titulares de los derechos. En el art. 7.1 CC se recoge uno de los aspectos principales de las consecuencias de la buena fe y comporta determinar lo que deba entenderse por retraso desleal en el ejercicio del derecho.
Se enuncia diciendo que "un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercitará el derecho". En el derecho alemán surge la figura de la Verwirkung en cuya virtud resulta inadmisible que el derecho se ejerza con un retraso objetivamente desleal.
Esta figura debe ajustarse a las tradicionales del derecho privado que se ocupan también, en cierto sentido, del aspecto del ejercicio retrasado y muy especialmente con la prescripción extintiva y la renuncia tácita. La doctrina indica que la figura del retraso desleal se distingue de la prescripción porque, si bien en ambas se requiere que el derecho no se haya ejercido durante un largo tiempo, en el ejercicio retrasado se requiere, además, que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor, de que el titular del derecho no lo ejercería como ha ocurrido en este caso. Por otra parte, la renuncia tácita requiere de una conducta cuya interpretación permita llegar a la conclusión de que el derecho se ha renunciado.
En el derecho europeo aparece la buena fe en el sentido que se ha aludido en el art. 1.7 de los Principios UNIDROIT, en los arts. 1:106 y 1:201 de los Principios del Derecho europeo de contratos y como señala el art. I.-1:103 (2) del DCFR (Draf of Common Frame of Reference), "en particular, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus previas declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas" (trad. propia). Así como en el Derecho alemán, en el que la doctrina del retraso desleal encuentra su encaje en el §242 BGB, referido a la buena fe.
Quinto.-.La doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho al proceso.
Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas sentencias acerca de la concurrencia del abuso en el ejercicio de acciones ante los tribunales.
Las reglas interpretativas que pueden deducirse de las sentencias pronunciadas en este tema son las siguientes:
1.ª La regla general consiste en que quien usa de su derecho, no ocasiona daño (qui iure sui utitur neminen laedit), aunque no obtenga una solución positiva a su demanda. Esta regla está relacionada con el derecho constitucional a la tutela judicial, de modo que esta Sala ha manifestado en diversas ocasiones que el abuso del derecho en relación al proceso debe ser cuidadosamente examinado para no coartar el ejercicio de acciones (STS 905/2007 y las sentencias allí citadas, así como las SSTS 1229/2004, de 29 diciembre y 769/2010, de 3 diciembre).
2.ª Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que se pueda producir un uso abusivo del proceso, que ocasione daños que deben ser objeto de reparación, teniendo en cuenta que algunas veces los litigantes perjudicados han utilizado para fundar sus demandas el art. 1902 CC y otras el art. 7.2 CC, que es el que se considera más adecuado en la STS 1229/2004, de 29 diciembre.
3.ª En cualquier caso deben concurrir los requisitos que se han exigido para que se constate la concurrencia de abuso o ejercicio desleal. Como afirma la STS 769/2010, de 3 diciembre "Se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkug): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios(SS por ejemplo, 16 febrero 2005, 8 marzo y 12 abril 2006, entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTS 17 junio 1988, 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas)". Y la STS 905/2007 dice que "la concurrencia del abuso o de la mala fe en la interposición del litigio debe probarse por el demandante (en cierto sentido, la sentencia de 21 diciembre 2005) [...]. Por lo tanto, para que exista daño que genere una obligación de indemnizar, quien litiga debe hacerlo de forma temeraria o caprichosa(STS de 6 julio 1990), o bien de forma abusiva(SSTS 17 marzo 1992 y 2 febrero 2001)".
4.ª Para que concurra este abuso o ejercicio desleal debe actuarse o bien de forma dolosa o bien con manifiesta negligencia, entendiendo la STS 905/2007, que "la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada, lo que significa la intención de dañar no existirá "cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima qui iure sui utitur neminem laedit salvo, claro esta, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa causa litigantis [...]".
TERCERO- En materia de costas el artículo 196. 2 LC remite tanto en su imposición como en su exacción a la LEC. De conformidad con el artículo 394 de la LEC, las costas en primera instancia se impondrán a las partes cuyas pretensiones sean totalmente rechazadas, salvo que razonándolo debidamente el juez

justifique su no imposición. No existen dudas que puedan justificar la [no] imposición de las costas a la parte demandante
Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.
FALLO
Que desestimo la demanda interpuesta por el procurador Sr. Vaquero en la representación acreditada, con expresa imposición a la actora de las costas causadas": SJM-3 Pontevedra 24.06.2014 (Concurso 69/2010; Incidente 3/2014)

> *[Sentencia confirmada por la SAP Pontevedra (Sección 1) 05.02.2015 (Sentencia 33/2015; Rollo 572/2014), transcrita en 2.5.2, aunque basándose más el abuso de derecho y el levantamiento del velo que en el retraso desleal]*

2.5 Falta de legitimación de sociedades del grupo de la concursada, aunque sean acreedoras

2.5.1 Falta de legitimación de la sociedad matriz del grupo de la concursada

AP Vizcaya

"PRIMERO. -La entidad Corporación TMP Inversores, S.A. interviene en este incidente concursal presentándose como uno de los acreedores de la sociedad en concurso Inmuebles Munguía, S.L.; ejercitó en forma directa la acción de reintegración prevista en el artº 71 de la Ley Concursal, al no haberla planteado la administración concursal de dicha entidad a quien le requirió a tal efecto; solicitó la rescisión de la hipoteca inmobiliaria constituída mediante escritura de 7 de Mayo de 2010 por suponer un perjuicio patrimonial para la masa activa del concurso de Inmuebles Munguía al tratarse de un acto dispositivo efectuado en favor de Prado Transformados Metálicos, S.A., que es otro acreedor de la concursada, por lo que mejoraba la posición de la misma, a efectos de calificación, en la liquidación del concurso, con violación por tanto del principio de la "par conditio creditorum"; tratándose, además, de entidades especialmente relacionadas entre sí, por lo que el perjuicio patrimonial se presume conforme al artº 71-3-1º Le. Co.; señalándose, por añadidura, que dicha constitución de garantía hipotecaria en favor de Prado Transformados Metálicos, S.A. dejó de tener razón de ser casi de inmediato al perder Inmuebles Munguía, S.L. la condición de acreedora de aquélla por la figura de la compensación de créditos, al comprometerse ésta, mediante escritura de 20 de Mayo de 2010, a atender a los compromisos deudores que Prado Transformados Metálicos, S.L. tenía con diversas entidades financieras acreedoras de ésta.
Quien mantiene todo lo anterior, se insiste, es Corporación TMP Inversores, S.A., entidad a la que el Juzgado de lo Mercantil que resolvió el asunto niega toda legitimación para promover la acción de rescisión y reintegración, de conformidad con el artº 72 de la Ley Concursal, al no ser acreedora de la sociedad en concurso sino, simple y llanamente, su propietaria al igual que lo es de Prado Transformados Metálicos, S.A., directamente o a través de los socios de ésta, controlando tanto una como la otra; resolución que es objeto de recurso de apelación por la citada demandante.
SEGUNDO.-Procede la desestimación del recurso.
En la Sentencia firme dictada con fecha 30 de Julio de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao en la Sección de calificación del concurso de Inmuebles Munguía, S.L., se determina como hechos probados los siguientes: "La entidad Inmuebles Munguía, S.L. fue declarada en concurso voluntario mediante Auto de fecha 7 de Septiembre de 2010;.....dicha entidad está integrada en un grupo de empresas conformado, además, por Prado Transformados Metálicos, S.A., Naves Industriales Prado, S.L. y Prado Desarrollos Inmobiliarios, S.L.; siendo matriz del mismo Corporación TMP Inversiones, S.A. como sociedad matriz; asimismo, D. Carlos José, D. Juan Ignacio, D. Amador y D. Blas son miembros del Consejo de Administración de las dos concursadas y de la citada matriz. Las acciones de Prado Transformados Metálicos,
S.A. pertenecen a la entidad Corporación TMP Inversiones, S.A., con excepción de una.....; e Inmuebles Munguía, S.L. titular de los inmuebles donde Prado Transformados Metálicos, S.A. desarrolla su actividad (a través de un contrato de arrendamiento) está participada por los Administradores Sociales de esta última D. Carlos José, D. Juan Ignacio, D. Amador y D. Blas. Todas las entidades citadas funcionan como una única empresa, con unidad de dirección llevada a cabo por los miembros de dicho Consejo de Administración y unidad de caja".
En la Sentencia firme dictada en la misma fecha de 30 de Julio de 2013 y por el propio Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao, pero esta vez en la sección de calificación del concurso de Prado Transformados Metálicos, S.A. se señalan, como hechos probados, los mismos que en el procedimiento anterior; y, además, en el fundamento jurídico tercero de dicha resolución se añadió lo siguiente:
"No se discute la existencia de un grupo de empresas entre las entidades Prado Transformados Metálicos, S.A. (manteniendo ésta la relación laboral con los trabajadores), Inmuebles Munguía, S.L., siendo matriz del mismo Corporación TMP como sociedad matriz"; a lo largo de dicha resolución se vierten afirmaciones de semejante tenor, se reitera la coincidencia de las mismas personas físicas en las tres empresas y se alude a las respectivas posiciones de deudores-acreedores entre ellas según los tiempos, finalizando que es un caso paradigmático de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Mayo de 2008.
Si esto es así (y tampoco se discute en el presente procedimiento) nos encontramos ante una verdad judicial que es imposible soslayar, siendo irrelevante que la calificación de uno y otro concurso haya sido diferente, fortuito y culpable respectivamente; por añadidura, en la propia demanda de reintegración se hace referencia al informe de la Administración Concursal en el concurso de Inmuebles Munguía, S.L. en el

sentido que tanto dicha empresa como Prado Transformados Metálicos, S.A. forman parte del grupo empresarial encabezado por Corporación TMP Inversiones, S.A.
La conclusión es obvia: dicha empresa no es un acreedor ordinario de la sociedad en concurso, sino que es su sociedad matriz; la operación que se pretende rescindir, escritura de hipoteca inmobiliaria otorgada el 7 de Mayo de 2010 en favor de Prado Transformados Metálicos, S.A., fue una más de las operaciones empresariales de todo el grupo, por lo que es forzoso presumir, salvo prueba en contrario que no consta, que fue orquestada y preparada por la entidad que lo encabeza, por lo que ésta carece de toda legitimación para pretender desbaratarla por la vía del artº 71 de la Ley Concursal, como acertadamente se concluye por el Juzgado de lo Mercantil, decisión que resulta forzoso ratificar.": SAP Vizcaya (Sección 4) 21.03.2014 (Sentencia 195/2014; Rollo 16/2014)

2.5.2 Abuso de derecho. Levantamiento del velo

AP Pontevedra

"PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda en que se ejercita acción de reintegración concursal cuestionando cuatro pólizas de crédito y las contragarantías en su favor, con fundamento en la existencia de un abuso del derecho al proceso dada la coincidencia absoluta entre el órgano de administración de la concursada BERNARDO ALFAGEME S.A. y el sustrato personal y órgano de administración de la demandante Uwaiss Ingeniería S.L., así como el retraso en el ejercicio de la acción, más de cuatro años, desde que se ejercitó otra de la misma naturaleza sin cuestionar estas operaciones.
Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la parte demandante.
SEGUNDO.- La parte apelante pretende mantener en su recurso el obstáculo de la diferente personalidad jurídica entre las sociedades en que existe coincidencia de sus administradores y del sustrato personal y defender que la legitimación se otorga a cualquier acreedor no en defensa de su crédito sino en defensa del interés general de la masa.
Debe tenerse en cuenta para resolver las cuestiones planteadas que el socio y administrador único de la demandante, D. Ramón, era uno de los administradores de la concursada y consejero delegado, habiendo participado además en su representación en algunas de las operaciones ahora parcialmente cuestionadas. Además, dicho administrador ha sido considerado persona afectada por la calificación de culpable del concurso de BERNARDO ALFAGEME S.A., con los consiguientes efectos condenatorios. De igual modo resulta relevante la desproporción entre el crédito de la parte apelante, 19.000 euros, calificado además como crédito subordinado, y el importe de las operaciones cuestionadas, que asciende a unos 2.300.000 euros, aunque se limite parcialmente a algo más de 700.000 euros, y en lo que pudieran cuantificarse las contragarantías prestadas por el IGAPE. La parte apelante ejercitó también acción rescisoria en el año 2011 sin que incluyera las operaciones que ahora, años después, cuestiona.
Lo cierto es que resulta de aplicación al caso la doctrina del abuso del derecho al proceso concretado en un claro acto de fraude procesal que justifican el levantamiento del velo de la personalidad jurídica que es lo que lleva a cabo la sentencia de instancia al identificar como accionante a una persona física que dirige a varias personas jurídicas, de forma que en realidad, resultando difícilmente entendible una sociedad que ejercita una acción de la que difícilmente obtendrá beneficio alguno, su actuación solo se justifica por esa relación personal que lleva a considerar que está actuando en realidad en interés de la propia concursada, obstaculizando el proceso concursal que ya se encuentra en avanzado periodo de liquidación, cuando claramente la concursada carece de legitimación para el ejercicio de acciones de reintegración (art. 72 LC). De esta forma, la concursada, a través de otra sociedad del grupo de empresas en el que se integra, con el sustrato orgánico y personal mencionado, pretende eludir esa norma, lo que no debe permitirse (art. 6.4 CC).
La mencionada doctrina fue recogida por múltiples sentencias de nuestro Tribunal Supremo, resultando emblemática la STS de 28 de Mayo de 1984, recogida, entre otras muchas, por la STS de 15-10-1997 que en su Fundamento Jurídico Tercero señala que: "que es la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona "disregard" y de la germana "durchgriff", que tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la S 28 mayo 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las SS 16 julio 1987 y 24 septiembre 1987, 5 octubre 1988, 20 junio y 12 noviembre 1991 y 12 febrero 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la S 3 junio 1991 se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros; lo que reiteran las SS 16 marzo y 24 abril 1992, 16 febrero 1994, y 8 abril 1996 que resume la doctrina jurisprudencial (en su f. j. 2º, pfo. 2). Por último, las tres sentencias más recientes reafirman y resumen la doctrina jurisprudencia; son las SS 31 octubre 1996, 10 febrero y 24 marzo 1997. La primera dice (f. j. 1º, pfo. 5): La teoría del "levantamiento del velo" -"lifting the veil"- creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas sean físicas o jurídicas; está, hay por hoy, plenamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia españolas, y a través de la misma se pretende evitar una simulación, en la constitución de una sociedad, que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la borla de la ley como protectora de derechos. Y en esa dirección hay que destacar la emblemática S de esta Sala 28 mayo 1984, cuando en ella se dice que "se ha decidido prudencialmente,

y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7,1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6,4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7,2 CC) La segunda reitera y reproduce la doctrina que exponen las SS 28 mayo 1984 y 1 diciembre 1995. La tercera reitera la misma doctrina, con base en la misma S 28 mayo 1984 y en la de 12 febrero 1993; su texto literal es: en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución Española (arts. 1,1 y 9,3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7,1 CC), la práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto- se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6,4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7,2 CC) en daño ajeno o de los "derechos de los demás" (art 10 CE).".
Doctrina que, como señala la STS de 11-9-2003, no puede utilizarse sin más que la invocación unilateral de fraude, pues en principio ha de mantenerse la personalidad de las entidades jurídicas, si no quiere que desaparezca en la vida real la actividad jurídica de las sociedades. Es doctrina reiterada y consolidada del TS el carácter excepcional de la aplicación de esta teoría (SSTS 11-9-2003 y 4-10-2002, entre otras).
En el caso que nos ocupa, entiende la Sala que concurren hechos incontrovertidos sobre los que apoyar sin dudas el ejercicio abusivo y fraudulento del ejercicio de la acción de reintegración que se desestima. Más que un retraso desleal (SSTS 19 febrero 2014 y 22 marzo 2013, entre otras), estamos ante el ejercicio abusivo de un derecho al actuar en fraude de ley.
TERCERO.- La parte apelante argumenta en su recurso que ella no ha tenido intervención alguna en las operaciones cuestionadas, por lo que no debe ser relacionada con ellas, así como que actúa no por interés propio sino por un interés común de todos los acreedores que debía haber ejercitado la propia administración concursal.
La relación entre la apelante y la concursada, así como su sustrato personal y componentes de los órganos de administración ya examinados, es lo relevante para la adopción de la decisión que se considera acertada. Que la parte apelante no interviniera como persona jurídica en las operaciones que cuestiona mediante el ejercicio de la acción de reintegración no elimina que su socio y administrador y socio único fuera a la vez administrador de la concursada y consejero delegado de la misma, interviniendo personalmente en representación de ésta en algunas de las operaciones ahora cuestionadas. Tales coincidencias obligan al levantamiento del velo para evidenciar el ejercicio contrario a la buena fe de la acción de reintegración, que en realidad no obedece a interés concreto alguno de la masa, por más que este sea el interés que justifica su existencia.
En realidad, son los administradores del concurso quienes no actúan en interés propio, ni en interés del concursado, sino de la masa activa del concurso, ponderando adecuadamente el beneficio o provecho que para la misma podría generar el ejercicio de la acción. A los acreedores se otorga una legitimación subsidiaria, pero tal legitimación no tiene tanto su fundamento en el interés del concurso, que es defendido por la administración concursal, como que con cargo a la masa los acreedores satisfarán sus créditos. Ciertamente el éxito de la acción puede revertir en interés de la masa y del resto de acreedores, pero es la condición de acreedor que aumenta las posibilidades de cobrar su crédito lo que justifica esta legitimación subsidiaria. De forma que, un acreedor por un importe de 19.000 euros clasificado como crédito subordinado, es decir, con muy escasas posibilidades de cobro, debilita claramente su interés en el ejercicio de la acción que, como hemos expuesto anteriormente, tienen en realidad otra finalidad totalmente distante del interés que justificaría el ejercicio de la acción": SAP Pontevedra (Sección 1) 05.02.2015 (Sentencia 33/2015; Rollo 572/2014)

3. Falta de legitimación del concursado

AP Alava

"Si cabe mayor abundamiento, debemos poner asimismo de relieve que la ampliación del contenido rescisorio de la acción ejercitada por al administración concursal que pretende la recurrente desborda su propia legitimación activa, pues sólo la administración concursal y los acreedores que lo hubieran solicitado a ésta, están legitimados actoivamente para elejercicio de las acciones rescisarias y demás de impugnación, como resulta de lo regulado en el art. 72 de la Ley Concursal, con lo cual a la demandada sólo le cabe oponerse a la demanda, pero no ampliar, ni ejercer acción rescisaria alguna. El citado art. 72 en su apartado 3 sitúa al deudor como demandado en las referidas acciones rescisorias.": SAP Alava (Sección 1) 26.05.2014 (Sentencia 134/2014; Rollo 144/2014)

AP Barcelona

"II. Conviene no perder de vista que la acción de reintegración fue interpuesta por la administración concursal, que es quien originariamente tiene atribuida la legitimación activa (art. 72.1 LC). Es cierto que en la demanda se solicitó no sólo la rescisión de la enajenación del referido local, sino también que el

derecho a la restitución del precio abonado por los adquirentes, al asumir el coste de la cancelación del leasing que pesaba sobre el inmueble (32.847'44 euros), fuera calificado de crédito subordinado, y que la sentencia, si bien acordó la rescisión, calificó como crédito contra la masa el correspondiente a la devolución de aquella cantidad. Pero también lo es que frente a este pronunciamiento, la única parte legitimada para impugnar la sentencia, la administración concursal, decidió no hacerlo, justificándolo incluso en el escrito de oposición al recurso interpuesto por Construcciones Deportivas de Viladecans SL.
Construcciones Deportivas de Viladecans SL [la concursada] intervino en este procedimiento como parte demandada, por haber sido parte en el negocio objeto de rescisión, gozando de esta legitimación pasiva en virtud del propio art. 72 LC. Pero esta legitimación pasiva, y la consiguiente condición de parte demandada, le impide impugnar la sentencia respecto de un pronunciamiento desestimatorio de la demanda, pues carece de interés legítimo reconocido por la Ley. Del mismo modo que no está legitimada para interponer la demanda de reintegración, tampoco lo está para recurrir la desestimación de alguna de las pretensiones ejercitadas por la administración concursal en el incidente de reintegración.": SAP Barcelona (Sección 15) 22.05.2008 (Rollo 646/2007)

AP La Coruña

"PRIMERO La concursada recurre en apelación contra elauto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña de 17/12/2009 que inadmitió a trámite su demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores y acción de reintegración en relación a las operaciones bancarias a que se refiere la misma. Se pretende en el recurso recabar determinada información al respecto y la retroacción y devolución de las cantidades percibidas con posterioridad a la declaración del concurso.
SEGUNDO El recurso no puede ser estimado. El alegato se circunscribe ahora a la rescisión y solo indirectamente a la impugnación de la lista. Pero no cabe duda que la impugnación de ésta tiene el plazo señalado en elartículo 96 de la Ley Concursal el cual precluyó, como bien consideró el auto apelado, por lo que mal cabría su admisión posterior. Y en cuanto a la acción de reintegración, al margen de si realmente se trata de una acción de rescisión u otra de impugnación de las contempladas en elartículo 71 y de los motivos a favor o en contra de su ejercicio, en todo caso es lo cierto que la apelante no es acreedora sino la deudora en concurso, además de carecer de autorización de la administración concursal, por lo que no se cumplen los presupuestos legales o no tiene legitimación activa (arts. 54, 71 y 72), siendo la resolución judicial apelada jurídicamente correcta.": AAP La Coruña (sección 4) 16.04.2010 (JUR 2010/203668; Auto 63/2010: Rollo 101/2010)

AP Huesca

"Por otra parte, y en cuanto a la acción restitutoria que dicha parte anuncia ejercitar, y que podría dar lugar, siempre según el recurso, a la anulación del título en que se funda la Sentencia apelada, motivo por el cual interesa la parte, bien que de modo subsidiario, la suspensión del curso del presente incidente hasta tanto caduque o se resuelva la referida acción restitutoria, debemos tener en cuenta que, si bien la vigenteLey Concursal permite en su art. 71que se ejerciten acciones de reintegración a fin de rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, también es cierto que, como parece lógico, elart. 72atribuye la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones a la Administración concursal, así como, en las condiciones determinadas en el propio precepto, a algunos de los acreedores, mas en ningún caso al propio deudor, que es precisamente la parte contra la cual, conforme alpárrafo segundo del propio art. 72, deberá dirigirse la demanda de rescisión, por lo que, como ya apuntábamos en nuestraSentencia de 30 de noviembre de 2007-dictada, al igual que la presente, con ocasión de un incidente concursal promovido al amparo delart. 96 de la Ley 22/2003por otro de los acreedores de quien hoy es apelante-, hay que entender que la concursada carece de legitimación para cuestionar la validez de las operaciones por ella misma concertadas, y también para pedir la paralización del procedimiento en función de acciones que a ella no le corresponden, sin que, en cualquier caso, sea éste el momento para determinar si lo que pudo lesionar a la masa fue el crédito obtenido o el destino al que la concursada lo aplicó.": SAP Huesca 07.02.2008 (JUR 2008\131186; Sentencia 33/2008; Rollo 277/2007)

"PRIMERO Como bien afirman las partes apeladas que han formulado oposición al presente recurso, y como este mismo Tribunal señaló enSentencia de 7 de febrero de 2008, dictada con ocasión de otro incidente que, al igual que el presente, dimana del concurso voluntario de la empresa Automoción Huesca S.L., esta última, en su condición de concursada, carece de legitimación para ejercitar las acciones de reintegración y de impugnación conforme alart. 72 de la Ley Concursal, de forma que difícilmente puede dicha empresa tener legitimación ahora para recurrir la Sentencia absolutoria dictada en primera instancia y solicitar la estimación de la demanda incidental, que es lo que ha hecho Automoción Huesca S.L. pese a no haber intervenido en este incidente como actora sino como codemandada allanada, lo cual es razón suficiente para rechazar su recurso sin necesidad de examinar la cuestión de fondo planteada. La circunstancia, por otra parte, de que el demandante incidental se haya adherido al recurso de la concursada en nada ha de influir en la decisión que merece dicho recurso, pues la representación de aquél se ha limitado a presentar un escrito de dos folios en el que simplemente se señala "que esta parte se adhiere plenamente y en todos sus términos al recurso de apelación formalizado por la concursada" y se suplica de la Sala que se sirva "tenerme por adherida al recurso de apelación" (folios 433 y 434), sin haber llegado, por tanto, a impugnar la Sentencia en los términos previstos en elart. 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.": SAP Huesca 26.03.2009 (JUR 2009/222186; Sentencia 49/2009; Rollo 225/2008)

“PRIMERO Como bien afirma la Administración concursal apelada en su escrito de oposición al presente recurso, y como este mismo Tribunal ha señalado en sussentencias de 7-II-2008 y 26-III-2009, dictadas con ocasión de otro incidente que, al igual que el que ahora nos ocupa, dimana del concurso voluntario de AUTOMOCIÓN HUESCA, S.L., la concursada carece de legitimación para ejercitar las acciones de reintegración y de impugnación conforme alartículo 72 de la Ley Concursal, por lo que tampoco puede tener legitimación ahora para recurrir la sentencia absolutoria dictada en primera instancia y solicitar la estimación de la demanda incidental, que es lo que ha hecho AUTOMOCIÓN HUESCA, S.L., pese a no haber intervenido en este incidente como actora sino como codemandada, lo cual es razón suficiente para rechazar su recurso sin necesidad de examinar la cuestión de fondo planteada. Por otra parte, como dijimos en lasentencia citada de 26-III-2009, el hecho de que el demandante incidental se haya adherido al recurso de la concursada en nada ha de influir en la decisión que merece dicho recurso, pues se ha limitado a presentar un escrito en el que simplemente señala "que esta parte se adhiere plenamente y en todos sus términos al recurso de apelación formalizado por la concursada" y solicita de la Sala que se sirva "tenerme por adherida al recurso de apelación", sin haber llegado, por tanto, a impugnar la sentencia en los términos previstos en elartículo 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La única peculiaridad que presenta este caso es que el Juzgado, porauto de fecha 23 de noviembre de 2007, desestimó el recurso de reposición interpuesto por el administrador concursal contra la providencia de 11 de octubre de 2007 y mantiene, en sus razonamientos jurídicos, que el actor tiene derecho a impugnar la sentencia, pero no da traslado de la supuesta impugnación, tal como prevé elapartado 4 del citado artículo 461, lo que nos debe llevar a reafirmar nuestro criterio frente al mantenido en los razonamientos de dicha resolución.”: SAP Huesca 03.04.2009 (JUR 2009\220908)

AP Murcia

“PRIMERO.- La mercantil Construcciones Ruipomar, S. L., declarada en situación de concurso, en el propio procedimiento concursal plantea incidente de impugnación de la lista de acreedores elaborada por los Administradores, en concreto para que el crédito reconocido como privilegiado a favor de Caja de Ahorros de Murcia por importe de 6.712.253#10 # sea declarado un crédito subordinado, y para que se declare que todas las operaciones de novación de los créditos hipotecarios al promotor sean declaradas de mala fe y rescindidas, devolviendo la citada entidad a la concursada la cantidad de 300.000 # o que éste importe se declare que es un crédito subordinado. Basa su pretensión en que las novaciones de los préstamos anteriormente existentes se han impuesto por la prestamista a la mercantil ahora concursada, previendo su actual situación, y haciendo más gravosas dichas obligaciones, de tal manera que se ha perjudicado al resto de acreedores y a la propia prestataria.
Tanto la Administración Concursal como la acreedora (Cajamurcia) se oponen a la demanda, denunciando falta de legitimación activa de la actora (no puede ejercitar la acción de reintegración al no permitirlo el art. 72 LC), aparte de que las novaciones fueron beneficiosas para la mercantil deudora, evitando el vencimiento de las deudas y permitiéndole mayores plazos para el cumplimiento de las obligaciones asumidas. También denuncian que no es posible acumular la acción de impugnación de la lista de acreedores con una acción rescisoria, por todo lo cual piden la desestimación de la demanda.
Tras denegar las pruebas solicitadas por la actora, se dicta sentencia que desestima la demanda porque la concursada carece de legitimación para ejercitar la acción de reintegración (art. 72 LC) y porque no cabe calificar como subordinado el crédito de Cajamurcia, ya que la actora no concreta en qué supuesto del art. 92 LC fundamenta su pretensión, y si fuera en el nº 6º, no puede prosperar porque no hay una sentencia previa estimatoria de una acción rescisoria. Impone las costas a la actora apreciando temeridad.
La demandante formula protesta, y tras concluirse la fase común prepara e interpone recurso de apelación en el que denuncia incongruencia al no haberse pronunciado la sentencia sobre sus argumentos de fundar su pretensión en la aplicación analógica de los arts. 71.1 y 72 en relación con el 96 todos ellos de la Ley Concursal, que permiten la legitimación activa del concursado para ejercitar la acción de reintegración. Por otro lado insiste en la mala fe de la entidad prestamista, quien aumenta sus garantías y consigue una situación de privilegio frente a los restantes acreedores, siguiendo una política de estrangular los créditos de los compradores, y retiene a su favor las cantidades que tenía la mercantil por las ventas de viviendas.
Del recurso se dio traslado a las otras dos partes personadas en este incidente, de las que sólo la Administración Concursal se ha opuesto, defendiendo la sentencia de primera instancia, poniendo de relieve que para modificar la calificación del crédito de Cajamurcia previamente se han de rescindir las escrituras de novación de préstamos al promotor con garantía hipotecaria, lo que ni se ha hecho ni tendría trascendencia, pues los préstamos originales novados también estaban garantizados con hipotecas y seguirían subsistentes. Por otro lado no puede la demandante ejercitar la acción de reintegración, al carecer de legitimación activa. (...)
Otra cosa sería que se hubiera denunciado que tal conclusión es contraria a derecho porque, según la recurrente, su legitimación para plantear la acción de reintegro venía autorizada por los artículos que comenta, pero ello no sería un supuesto de incongruencia, sino una incorrecta motivación, argumento que tampoco habría prosperado, pues la sentencia se pronuncia con contundencia sobre la falta de legitimación activa de la concursada para plantear acciones de reintegración, dado el tenor literal del art. 96 LC, que sólo autoriza a la Administración Concursal para plantear tales acciones y, de manera subsidiaria, a los acreedores, cuando tras comunicar el supuesto a la citada Administración, no la hubiera planteado al cabo de los dos meses.
No resulta admisible la interpretación extensiva que pretende la concursada para un supuesto excepcional como el comentado, en el que el legislador ha hecho una regulación especialmente restrictiva de la

legitimación para plantear esta clase de acciones, y ello porque no cabe aplicar analógicamente las normas excepcionales (art. 4.2 CC).
CUARTO.- Por último, la apelante sostiene que con la prueba documental ha quedado acreditada la mala fe de la entidad financiera, que ha impuesto una novación de las obligaciones que tenía la mercantil, ampliando las garantías, aumentando los tipos de interés y las condiciones de afianzamiento y consiguiendo una situación privilegiada frente al resto de acreedores, no concediendo créditos a los compradores de viviendas para subrogarse en las hipotecas y reteniendo cantidades para cobrar los intereses y comisiones.
Ahora bien, si lo que es objeto del incidente planteado es la calificación del crédito concursal (si es privilegiado o subordinado), no pueden plantearse en este procedimiento cuestiones diferentes como sería la validez de operaciones realizadas con anterioridad o el reintegro de cantidades obtenidas en dichas operaciones, entre otras razones por carecer de legitimación activa la concursada para algunas de tales acciones, según antes se ha visto.
Pero es que, incluso si pudiera entrarse en tal cuestión, debería ser desestimada pues, como evidencia la apelada, antes de las escrituras de novación de créditos garantizados hipotecariamente, la mercantil ya era deudora de créditos con tales garantías, por lo que la rescisión de los nuevos no implicaría nunca la de los anteriores, cuya validez no se combate, y el principal no ha variado en unos y otros, aparte de que la novación no puede considerarse perjudicial para la deudora desde el momento en el que se le concede mayor plazo para hacer frente a sus obligaciones, evitando la resolución de los contratos.
Por lo expuesto, debe rechazarse también este motivo del recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 14.10.2011 (Sentencia 487/2011; Rollo 416/2011)

"Primero.-La mercantil Promociones Framadal, S.L., promovió incidente concursal contra la Administración Concursal y contra el acreedor Caja de Ahorros de Murcia solicitando que se declarara que la operación de disposición de crédito hipotecario por valor de 445.279,14 euros de fecha 26 de febrero de 2009 se realizó con mala fe por Cajamurcia, se considerara rescindible y se procediera a la restitución de dicho importe a la concursada, y en todo caso se declarara como subordinado este crédito concursal de 445.279,14 euros.
Señalaba la actora que en el Concurso Ordinario nº 32/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia, la acreedora Caja de Ahorros de Murcia había actuado de mala fe cuando instó a Promociones Framadal, S.L., a la novación de los préstamos con garantía hipotecaria, ampliando las garantías y aumentando los tipos de interés y las condiciones de afianzamiento, con perjuicio no sólo para el resto de la masa de acreedores, sino incluso para el propio deudor, hoy concursado.
El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia desestimando la demanda, considerando en primer lugar que Promociones Framadal S.L. carecía de legitimación activa para el ejercicio de la acción de reintegración, en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley Concursal, que atribuye a la administración concursal la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación. La concursada aprovechó el trámite previsto en el artículo 96 de la Ley Concursal, relativo a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores para ejercitar indebidamente una acción de reintegración.
En cuanto a la calificación del crédito, que la actora pretendía que se calificara como crédito subordinado, entendió el Juzgado que Promociones Framadal S.L. parecía referirse al supuesto previsto en el artículo 92-6º de la Ley Concursal, según el cual son créditos subordinados lo que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.
Y en el presente caso no existía esa sentencia estimatoria de la acción de rescisión por actuar de mala fe el titular del crédito discutido.
Segundo.-Mediante el recurso de apelación interpuesto, pretende la representación de Promociones Framadal, S.L., que se revoque la sentencia apelada y se dicte otra que declare ajustada a derecho la solicitud formulada por la actora.
Sostiene la apelante que en su demanda incidental solicitó y propuso prueba testifical y pericial cuya práctica se desestimó, causándole indefensión. Sin embargo tal alegación nada tiene que ver con la falta de legitimación activa de la concursada, derivada de lo dispuesto en los artículos 71 y 72 de la Ley Concursal.
Pretende la representación de la apelante que se aplique el artículo 72 de la Ley Concursal con carácter analógico y se atribuya legitimación a la concursada para el ejercicio de la acción de reintegración, en relación con lo dispuesto en el artículo 96 respecto a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores; pretensión absolutamente improsperable al ser clara la disposición contenida en el artículo 72-1: La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.
Es evidente que la pretensión de la apelante va contra lo dispuesto en el artículo 72-1 de la Ley Concursal, por lo que no procede hacer la interpretación extensiva y contra legem que solicita Promociones Framadal, S.L.
En relación con la cuestión de fondo, las novaciones del crédito hipotecario otorgado por Caja de Ahorros de Murcia han tenido un destino directo a favor de la concursada, quien no puede ahora ir contra sus propios actos. En este sentido, se debe tener en cuenta, como manifiestan los Administradores Concursales de Promociones Framadal S.L., que durante la tramitación del procedimiento concursal se han producido multitud de ventas de viviendas, subrogándose los compradores en la hipoteca de Caja Murcia o cancelándola, lo que implica que se han validado las escrituras de novación, puesto que las escrituras de

compraventa han sido otorgadas con la intervención de los administradores legales de la concursada, de la Administración Concursal y de Caja Murcia, dando por buenas todas las escrituras de novación o modificación anteriores.": SAP Murcia (Sección 4) 22.03.2012 (Sentencia 199/2012; Rollo 317/2011)

"Primero.-La mercantil Promociones Framadal, S.L., promovió incidente concursal contra Caja de Ahorros del Mediterráneo y contra la Administración Concursal por haber calificado el crédito de la Caja de Ahorros del Mediterráneo por valor de 2.666.164,93 euros como crédito especialmente privilegiado, solicitando que se declarara dicho crédito como subordinado y que se declarara igualmente que las dos operaciones de disposición de crédito hipotecario de 26 de mayo de 2009 por valor de 370.000 euros, se realizaron con mala fe por la CAM y se consideraran rescindibles, restituyendo el importe a favor de la mercantil Promociones Framadal S.L., y en todo caso se declarara ese crédito concursal como subordinado.
El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia desestimando la demanda incidental, al considerar que la concursada había aprovechado intencionadamente el trámite previsto en el artículo 96 de la Ley Concursal para ejercitar indebidamente una acción de reintegración, acudiendo a un precepto para conseguir el efecto previsto en otro, a pesar de carecer Promociones Framadal, S.L., en su condición de concursada, de legitimación para ejercitar las acciones de reintegración y de impugnación, conforme al artículo 72 de la Ley Concursal.
En cuanto a la calificación del crédito, consideró el Juzgado que la actora parecía referirse al supuesto de subordinación previsto en el artículo 92-6º de la Ley Concursal, que califica de subordinados a los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado. Pero, en el caso enjuiciado, la sentencia no era estimatoria de la acción de rescisión.
Segundo.-Mediante el recurso de apelación interpuesto, pretende la representación de Promociones Framadal S.L. que se revoque la sentencia apelada y se acuerde la práctica de prueba testifical y pericial propuesta por la concursada, al objeto de no declarar nulidad de actuaciones y determinar ajustada a derecho la solicitud realizada por Promociones Framadal S.L.
Sin embargo, nada tienen que ver las pruebas propuestas por la apelante con los motivos de desestimación de la demanda. En efecto, el artículo 72-1 de la Ley de Concursal dispone que la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.
Y como ha declarado esta sección de la Audiencia Provincial en sentencia dictada en el rollo de apelación nº 317/2011 en un asunto similar donde también figuraba como apelante Promociones Framadal S.L., la pretensión de la concursada va contra lo dispuesto en el artículo 72-1 de la Ley Concursal, por lo que no procede hacer la interpretación extensiva y contra legem que solicita Promociones Framadal, S.L.
Respecto a la cuestión de fondo, señala la apelante que la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo no se opuso a la demanda incidental planteada, afirmación que es incierta puesto que consta que Caja de Ahorros del Mediterráneo (folios 111 a 139) contestó a la demanda formulada por Promociones Framadal, S.L., y solicitó su íntegra desestimación.
De cualquier forma, a solicitud de la entidad concursada, con fecha 10 de noviembre de 2010 se volvió a realizar una nueva modificación de la escritura inicial, con intervención de la Administración Concursal, los administradores legales de la concursada y la CAM, dando por buenas todas la escrituras de novación o modificación anteriores, lo que constituye un acto propio que obliga a desestimar el recurso de apelación. ": SAP Murcia (Sección 4) 29.03.2012

"En el escrito presentado en nombre de la mercantil Fermín Martínez García e Hijos, S.L., se alega la inadmisibilidad de la apelación, indicándose, como motivo, la falta de legitimación para recurrir, al haberse desestimado la demanda formulada contra la entidad apelante y concursada y contra la mercantil Fermín Martínez García e Hijos, S.L., con cita del artículo 72 de la LC; que también falta la capacidad procesal para recurrir de la apelante por la omisión de la autorización prevista en el artículo 54.2 de la Ley Concursal; que la entidad apelante incurre en fraude de ley, artículo 6.4 del Código Civil, al pretende obtener en segunda instancia la rescisión el negocio, para la que no estaba legitimada en instancia y, finalmente, que la admisión del recurso de apelación causa indefensión a la mercantil Fermín Martínez García e Hijos, S.L.
TERCERO.-Que a efectos de resolver sobre el motivo de inadmisión y la falta de legitimación para recurrir de la entidad URBANIZADORA INDUSTRIAL AGRÍCOLA, S.A., es conveniente referir los siguientes particulares: A) que por los administradores concursales se presentó demanda de incidente concursal en fecha 18 de febrero de 2011, en la que se ejercita acción rescisoria y de reintegración, con base en el artículo 71 de la Ley Concursal, contra las mercantiles Fermín Martínez García e Hijos, S.L., y Urbanizadora Industrial Agrícola, S.A., y en la que se solicita la ineficacia de la escritura de compraventa con pacto de retro y sujeta a condición suspensiva de fecha 12 de enero de 2009, celebrada entre Fermín Martínez García e Hijos, S.L., como compradora, y Urbanizadora Industrial Agrícola, S.A., como vendedora, y después declarada en concurso, así como la condena a estas mercantiles en los términos que se refieren en el suplico de la demanda y que se reproducen en el antecedente primero de la sentencia de instancia; B) Por providencia de 28 de febrero de 2011 se tiene por admitida la demanda contra las entidades mercantiles referidas en el anterior apartado, y en fecha 17 de marzo de 2011 se presenta escrito de contestación a la demanda en nombre de la mercantil Urbanizadora Industrial Agrícola, S.A., en la que se indica que la compraventa de fecha 12 de enero de 2009 era una operación de préstamo disimulada con un

negocio de compraventa, que el negocio traslativo fue perjudicial para la masa, se muestra la conformidad en que se declare la ineficacia del acto impugnado y la cancelación de la inscripción registral de la compraventa, y asimismo se indica que la entidad compradora, Fermín Martínez García e Hijos, S.L., actuó con mala fe. Se solicita que se tenga por evacuado el trámite de contestación a la demanda, oponiéndose a la demanda formulada de contrario, única y exclusivamente en lo que se refiere a la calificación del crédito que pudiera corresponderle a la entidad Fermín Martínez García e Hijos, S.L., que deberá entenderse como subordinado. Por providencia de fecha 28 de junio de 2011 se tuvo por contestada la demanda y, finalmente, C) la entidad demandada y concursada presentó recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 20 de enero de 2012, desestimatoria de la demanda formulada por la Administración Concursal. En el recurso de apelación se solicita la nulidad de actuaciones y, subsidiariamente, la ineficacia del acto impugnado a que se refiere la demanda, como se ha referido en el fundamento de derecho primero de la presente. No consta que la entidad demandada, URBANIZADORA INDUSTRIAL AGRÍCOLA, S.A., y concursada, hubiera solicitado autorización a la Administración Concursal para interponer el recurso de apelación.
En relación con el motivo de inadmisión alegado en el escrito de impugnación del recurso hay que diferenciar entre la legitimación para interponer el recurso de apelación y la legitimación para formular pretensiones en relación con la acción ejercitada en la demanda incidental. Y así resulta que la entidad apelante, Urbanizadora Industrial Agrícola, S.A., tiene la condición de parte demandada, de conformidad con el artículo 193.1 de la LC, en el que se establece " En el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora". Resulta, pues, que Urbanizadora Industrial Agrícola, S.A., está legitimada para la interposición del recurso de apelación previsto en el artículo 197 de la LC, y en este sentido se considera que la parte apelante ostenta legitimación para recurrir la sentencia y pretender la nulidad de actuaciones que se solicita en el apartado A) del suplico del escrito de interposición del recurso.
Sentado lo anterior, en el presente caso no puede prosperar la nulidad de actuaciones interesada, ya que no se consideran vulnerados los artículos que se refieren en el recurso de apelación, aceptándose, por consiguiente, los razonamientos que se exponen en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia, ya que en ésta no se tiene por no presentado el escrito de contestación a la demanda, sino la oposición que se formula en la misma a la demanda, en la que se pretende que se califique como crédito subordinado la prestación que en su caso debiera recibir la entidad codemandada Fermín Martínez García e Hijos, S.L., de prosperar la acción ejercitada, pues esta petición es distinta a la formulada en la demanda, en que la que se ejercita por la Administración Concursal la acción de reintegración con base en el artículo 71 de la LC, al tiempo que dicha petición es más gravosa para la codemandada, Fermín Martínez García e Hijos, S.L., ya que no se puede soslayar que la entidad apelante interviene en el procedimiento como demandada, por lo que puede allanarse a la demanda
o alegar hechos impeditivos, extintivos o excluyente de la acción ejercitada, pero no formular pretensiones derivadas de la acción ejercitada en la demanda y distintas a las solicitadas en ésta. En el presente caso la entidad apelante en el escrito de contestación a la demanda vino a reconocer la ineficacia del acto impugnado, sin embargo formula una oposición a la demanda, la cuál encubre una pretensión de calificación del crédito como subordinado en relación con la prestación que debiera recibir Fermín Martínez García e Hijos, S.L., para el caso de prosperar la acción ejercitada, petición esta que no es conforme a los preceptos de la LEC que se refieren en instancia, ni tampoco tiene cobertura en el artículo 193 de la LC. No procede, pues, declarar la nulidad de actuaciones, ya que no se han quebrantado los trámites del incidente concursal, por lo que no concurre el supuesto previsto en el artículo 238.3 de la LOPJ ni del articulo 225.3 de la LEC.
En cuanto a la legitimación para formular la parte apelante la ineficacia del acto impugnado y objeto de la acción de reintegración ejercitada con base al artículo 71 de la LC, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 72.1 de la LC. En este se establece "La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En este caso, en cuanto a los gastos y costas de los legitimados subsidiarios se aplicará la norma prevista en el apartado 4 del artículo 54". A tenor de lo dispuesto en este precepto resulta evidente que la apelante, demandada, declarada en concurso, y parte en la escritura de compraventa de fecha 12 de enero de 2009, objeto esta de la acción de reintegración, no está legitimada para el ejercicio de esta acción, por lo que no puede formular la pretensión que se refiere en el apartado B) del suplico del escrito de interposición del recurso, y ello una vez que la sentencia de instancia desestimó la acción de reintegración ejercitada por la Administración Concursal y que esta se ha aquietado con el pronunciamiento de instancia, en cuanto no interpuso recurso de apelación ni de impugnación contra la sentencia, debiéndose indicar, a mayo abundamiento, que tampoco la entidad apelante solicitó la autorización para la interposición del recurso de apelación, en los términos que prevé el artículo 54.2 de la LC.
Declarada la falta de legitimación de la entidad apelante para formulada la pretensión que se refieren en el apartado B) del suplico del recurso, procede la desestimación de éste, sin necesidad, por tanto, de entrar a examinar los motivos de fondo alegados en el recurso de apelación, aceptándose, por consiguiente, lo razonado en los fundamentos de derecho tercero a quinto de la sentencia de instancia. “:SAP Murcia (Sección 4) 27.12.2012 (Sentencia 856/2012; Rollo 934/2012)

AP Sevilla

“PRIMERO.-Don Cristobal y Don Gines, en su condición de Administradores Concursales de Doña Esperanza, presentaron demanda contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., en la que ejercitaron acción rescisoria respecto de la ampliación de garantía hipotecaria formalizada en escritura pública otorgada el día 8 de febrero de 2.008, al considerar que se había realizado en perjuicio de los demás acreedores. La entidad demandada se allanó, y la Sra. Esperanza interesó que se condenara a la codemandada a la restitución de las sumas de 695.823,48 euros y 155.221,20 euros, y que se calificase el crédito que ha de ostentar dicha entidad como subordinado. Tras los oportunos trámites, se dictó Sentencia que estimó la demanda, interponiéndose recurso de apelación por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y por Doña Esperanza. (...)
En cualquier caso, además, carecería de legitimación para ejercitar la acción de reintegración, al ser taxativo el artículo 72 de la Ley Concursal sobre las personas que están legitimadas para ejercitar la acción. Normalmente lo están los Administradores Concursales y en determinados supuestos los acreedores, nunca la concursada. Además, con carácter general, no podemos olvidar las consecuencias que la declaración de concurso conlleva a la concursada en cuanto a la limitación de facultades, artículo 40-1º de la Ley Concursal, ya que en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad, y no consta que esas pretensiones que formula inadecuadamente, pueda realizarlas, al haber cumplido el requisito que establece la mencionada norma.”: SAP Sevilla (Sección 5) 29.01.2013 (Sentencia 31/2013; Rollo 9224/2012)

AP Valencia

“1.- El recurso formulado por la entidad concursada no puede ser acogido por cuanto que la misma no está legitimada para interponerlo ni para pretender la revocación de la Sentencia absolutoria. Téngase presente, en primer término, su posición de demandada en el incidente concursal, y aún cuando al tiempo de ser emplazada se allanase a la demanda por compartir las tesis defendidas por la Administración Concursal, ello no le permite deducir recurso de apelación y pretender la condena de la codemandada, como han tenido ocasión de declarar con reiteración los Tribunales. Así resulta de lasSentencias de la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de septiembre de 2006 (JUR 2007, 140874) - que cita las del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8846), 3 de enero de 1990, 16 de abril de 1991, 17 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1262) y la de la Audiencia de Madrid de 27 de Febrero y 16 de Noviembre de 2006 (JUR 2007, 164838) - y la de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 Julio de 2009 (JUR 2009, 417189), entre otras.
Téngase presente, por otra parte, que la concursada carecía de legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria(art.72.1) ostentando, sin embargo, la pasiva (72.2) lo que abunda en lo expresado en el apartado anterior”: SAP Valencia (Sección 9) 03.02.2011 (Sentencia 52/2011; Rollo 691/2010)

“SEGUNDO.- Aún cuando el escrito de interposición del recurso de apelación se refiere a la cuestión relativa a la falta de legitimación activa de los demandantes, -que es apreciada por el Juzgador a quo-, indicando que como tal excepción no había sido alegada por el Administrador Concursal, lo que venía a significar para la parte apelante que dicha intimación se había llevado a la práctica y así lo había aceptado y admitido el propio Administrador, es lo cierto que del escrito de contestación a la demanda formulado por el Administrador Concursal de la mercantil CERÁMICAS ROSAGASO SL no resulta ninguna "aceptación" de tal legitimación activa en los términos pretendidos por la parte apelante, pues aquél se limita a reproducir la tesis ya expuesta en el Informe que en su día había presentado al Juzgado (21 de enero de 2010), y que se acompañaba como documento nº 1, en el que el Administrador se limita a exponer las discrepancias con la tesis mantenida por la Tesorería General de la Seguridad Social en relación con el sobrante de la subasta celebrada en el procedimiento administrativo seguido por dicha Tesorería; así pues, ninguna aceptación de la legitimación activa de los demandantes cabe apreciar en sede de este procedimiento incidental por parte de la Administración Concursal.
Pero es que, además, en el caso de autos la falta de legitimación activa "es la conocida como legitimación ad causam, relacionada con el fondo pero preliminar al fondo, debiendo entenderse su defecto como falta de acción, apreciable incluso de oficio, y no como una excepción procesal (SSTS 27-6-07, 19-1 -05, 29-12-03 y 4-7-01 entre otras muchas), ya que, como declaró la sentencia de 28 de febrero de 2002 (rec. 3109/96), la legitimación activa es la cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar, la adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido" (STS 21/12/2011). A tal efecto ha de tenerse en cuenta que el artículo 72 de la Ley Concursal establece que "la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento"; sin embargo, y como bien indica el Juzgador a quo, no consta en autos la existencia de tal intimación previa -y escrita se ha de añadira los efectos de habilitar a los aquí apelantes para el ejercicio de la acción, debiendo convenir también la Sala con el Juzgador en el hecho de que la legitimación que previene el citado artículo 72 LC, dada su naturaleza y finalidad, no resulta acomodo legal para la pretensión principal contenida en la demanda y que consistía en que se declarase "como de la propiedad de Cerámicas Rosagaso SL el sobrante existente tras la subasta celebrada a instancia de la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto de la nave que fue de su propiedad, en fecha 8 de marzo de 2007; tras ello, el derecho de mis mandantes (los actores) a ser reintegrados en la cantidad de noventa mil cuatrocientos ochenta euros".

Solo con carácter subsidiario se solicitaba la reintegración a la masa activa de la concursada de la cantidad indicada.
Así pues, y conforme a lo expuesto, se ha de confirmar la falta de legitimación activa de los demandantes conforme a lo prevenido en el artículo 72 de la Ley Concursal.“: SAP Valencia (Sección 9) 05.03.2012 (Sentencia 82/2012; Rollo 858/2011)

3.1 Falta de legitimación para apelar la sentencia desestimatoria

AP Barcelona

“3. La problemàtica de legitimació activa apreciada per la Sra. magistrada en la sentència impugnada s'ha agreujat en la segona instància. El recurs d'apel·lació contra la sentència no el va interposar l'AC, sinó els concursats. L'entitat apel·lada Unnim nega la legitimació dels apel·lants, Srs. Marcial, María Teresa, Ramón i Belinda, perquè no van ser ells els demandants de reintegració, sinó l'AC.
És cert. Els concursats, que van ser demandats davant el jutjat, tal com exigeix l' article 72.2 LC (les demandes de rescissió hauran de dirigir-se contra el deutor i contra els que hagin estat part en l'acte impugnat), van assentir a la demanda. Això no ha de suscitar, en principi, cap objecció. És una de les postures que pot adoptar el demandat i correspon, en general, al jutge, i, en particular, al jutge del concurs, conformement amb l' article 21.1 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), valorar si l'aplanament s'ha fet en frau de llei o suposa renúncia contra l'interès general o en perjudici de tercer. En el cas, subsistent la controvèrsia amb la resta de demandats, el judici va continuar amb el resultat expressat.
Els concursats no poden pretendre, en virtut de l'assentiment a la demanda en la primera instància, mutar en la segona instància la condició de demandats que la LC els assigna per la de demandants. L'article 72.1 és prou clar quan estableix que la legitimació activa per a l'exercici de les accions rescissòries i altres d'impugnació, correspondrà a l'AC. Juntament amb aquesta legitimació activa estableix una de caràcter subsidiari dels creditors, quan es donin uns pressupòsits que regula el mateix precepte. En cap cas poden ser demandants d'aquestes accions els concursats. Per tant, els Srs. Marcial, María Teresa, Ramón Belinda manquen de legitimació per recórrer contra la sentència que desestima la demanda d'aquest judici.
El recurs d'apel·lació no havia d'haver estat admès i això ha de determinar ara la desestimació. “:SAP Barcelona (Sección 15) 28.06.2012 (Sentencia 248/2012; Rollo 6600/2011)

AP Baleares

“TERCERO - Los recursos de apelación interpuestos por la concursada y el codemandado DON Roque como bien dice al codemandada apelada, no deben ser analizados por la falta de legitimación para recurrir de quien fue demandado y ha resultado absuelto.
Al respecto la reciente sentencia de Audiencia Provincial de Burgos del 27 de marzo de 2013 (ROJ: SAP BU 273/2013) compendia las resoluciones unánimes en las audiencias:
"- La SSAP Valencia 9ª de de 3/2/2011 y 10/4/ 2012 afirma que la concursada carece de legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria (artículo 72.1), ostentado, sin embargo la pasiva (artículo 71.2).
-La SSAP Murcia 4ª de 14/10/2011 y 22/3/2012 dice que : no resulta admisible la interpretación extensiva que pretende la concursada para un supuesto excepcional como el comentado, en el que el legislador ha hecho una regulación especialmente restrictiva de la legitimación para plantear esta clase de acciones, y ello porque no cabe aplicar analógicamente las normas excepcionales (artículo 4.2 del C.civil).
-La SAP Huesca de 7/2/2008 también declara que : el art. 72 atribuye la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones a la Administración concursal, así como, en las condiciones determinadas en el propio precepto, a algunos de los acreedores, mas en ningún caso al propio deudor, que es precisamente la parte contra la cual, conforme al párrafo segundo del propio art. 72, deberá dirigirse la demanda de rescisión, por lo que, como ya apuntábamos en nuestra Sentencia de 30 de noviembre de 2007 - dictada, al igual que la presente, con ocasión de un incidente concursal promovido al amparo del art. 96 de la Ley 22/2003 por otro de los acreedores de quien hoy es apelante-, hay que entender que la concursada carece de legitimación para cuestionar la validez de las operaciones por ella misma concertadas, y también para pedir la paralización del procedimiento en función de acciones que a ella no le corresponden, sin que, en cualquier caso, sea éste el momento para determinar si lo que pudo lesionar a la masa fue el crédito obtenido o el destino al que la concursada lo aplicó. También la de 3 de abril de 2009.
Por otra parte, hay que decir que las acciones de reintegración que pueden ejercitarse dentro del concurso de acreedores no se agotan con la rescisoria concursal, regulada en los artículos 71 y ss de la LC,,pues el artículo 71.6 de la LC (actualmente apartado 7), permite ejercitar " otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho ", como en este caso la acción rescisoria por fraude de acreedores de los artículos 1.111 y 1291.3º del Código Civil.
Sin embargo las alegaciones de la recurrente son estériles por cuanto el propio artículo 71.6 de la LEC se remite a las normas de legitimación contenidas en el artículo siguiente (artículo 72.1: la legitimación para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal).
En consecuencia, sin necesidad de entrar a examinar los motivos sobre el fondo"
Por ello, entre otros argumentos, no procede analizar la petición de que se revoque la sentencia desestimatoria solicitada por los codemandados apelantes que fueron parte en el negocio jurídico del que trae causa la garantía hipotecaria. La administración concursal,única legitimada salvo la excepción del art 72.1 LC in fine, litiga en beneficio de la masa de los acreedores.”: SAP Baleares (Sección 5) 07.03.2014 (Sentencia 64/2014; Rollo 12/2014)

“TERCERO.- Finalmente y por lo que se refiere a los motivos de impugnación alegados por los codemandados, ya dijimos en aquella resolución de 7 de marzo de 2014 " Los recursos de apelación interpuestos por la concursada y el codemandado DON Eleuterio Severiano como bien dice al codemandada apelada, no deben ser analizados por la falta de legitimación para recurrir de quien fue demandado y ha resultado absuelto.
Al respecto la reciente sentencia de Audiencia Provincial de Burgos del 27 de marzo de 2013 (ROJ: SAP BU 273/2013) compendia las resoluciones unánimes en las audiencias:
"- La SSAP Valencia 9ª de de 3/2/2011 y 10/4/ 2012 afirma que la concursada carece de legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria (artículo 72.1), ostentado, sin embargo la pasiva (artículo 71.2).
-La SSAP Murcia 4ª de 14/10/2011 y 22/3/2012 dice que : no resulta admisible la interpretación extensiva que pretende la concursada para un supuesto excepcional como el comentado, en el que el legislador ha hecho una regulación especialmente restrictiva de la legitimación para plantear esta clase de acciones, y ello porque no cabe aplicar analógicamente las normas excepcionales (artículo 4.2 del C.civil).
-La SAP Huesca de 7/2/2008 también declara que : el art. 72 atribuye la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones a la Administración concursal, así como, en las condiciones determinadas en el propio precepto, a algunos de los acreedores, mas en ningún caso al propio deudor, que es precisamente la parte contra la cual, conforme al párrafo segundo del propio art. 72, deberá dirigirse la demanda de rescisión, por lo que, como ya apuntábamos en nuestra Sentencia de 30 de noviembre de 2007 - dictada, al igual que la presente, con ocasión de un incidente concursal promovido al amparo del art. 96 de la Ley 22/2003 por otro de los acreedores de quien hoy es apelante-, hay que entender que la concursada carece de legitimación para cuestionar la validez de las operaciones por ella misma concertadas, y también para pedir la paralización del procedimiento en función de acciones que a ella no le corresponden, sin que, en cualquier caso, sea éste el momento para determinar si lo que pudo lesionar a la masa fue el crédito obtenido o el destino al que la concursada lo aplicó. También la de 3 de abril de 2009.
Por otra parte, hay que decir que las acciones de reintegración que pueden ejercitarse dentro del concurso de acreedores no se agotan con la rescisoria concursal, regulada en los artículos 71 y ss de la LC,,pues el artículo 71.6 de la LC (actualmente apartado 7), permite ejercitar " otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho ", como en este caso la acción rescisoria por fraude de acreedores de los artículos 1.111 y 1291.3º del Código Civil.
Sin embargo las alegaciones de la recurrente son estériles por cuanto el propio artículo 71.6 de la LEC se remite a las normas de legitimación contenidas en el artículo siguiente (artículo 72.1: la legitimación para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal)".
CUARTO.- En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso de apelación y de impugnación y confirmar la resolución apelada, con expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada a las partes apelante e impugnante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”: SAP Baleares (Sección 5) 17.03.2014 (Sentencia 75/2014; Rollo 9/2014)

“Los recursos de apelación interpuestos por la concursada y el codemandado DON Nicolas como bien dice al codemandada apelada, no deben ser analizados por la falta de legitimación para recurrir de quien fue demandado y ha resultado absuelto.
Al respecto la reciente sentencia de Audiencia Provincial de Burgos del 27 de marzo de 2013 (ROJ: SAP BU 273/2013) compendia las resoluciones unánimes en las audiencias:
"- La SSAP Valencia 9ª de de 3/2/2011 y 10/4/ 2012 afirma que la concursada carece de legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria (artículo 72.1), ostentado, sin embargo la pasiva (artículo 71.2).
-LaSSAP Murcia 4ª de 14/10/2011y22/3/2012dice que: no resulta admisible la interpretación extensiva que pretende la concursada para un supuesto excepcional como el comentado, en el que el legislador ha hecho una regulación especialmente restrictiva de la legitimación para plantear esta clase de acciones, y ello porque no cabe aplicar analógicamente las normas excepcionales (artículo 4.2 del C.civil).
-La SAP Huesca de 7/2/2008 también declara que: el art. 72 atribuye la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones a la Administración concursal, así como, en las condiciones determinadas en el propio precepto, a algunos de los acreedores, mas en ningún caso al propio deudor, que es precisamente la parte contra la cual, conforme al párrafo segundo del propio art. 72, deberá dirigirse la demanda de rescisión, por lo que, como ya apuntábamos en nuestra Sentencia de 30 de noviembre de 2007 - dictada, al igual que la presente, con ocasión de un incidente concursal promovido al amparo del art. 96 de la Ley 22/2003 por otro de los acreedores de quien hoy es apelante-, hay que entender que la concursada carece de legitimación para cuestionar la validez de las operaciones por ella misma concertadas, y también para pedir la paralización del procedimiento en función de acciones que a ella no le corresponden, sin que, en cualquier caso, sea éste el momento para determinar si lo que pudo lesionar a la masa fue el crédito obtenido o el destino al que la concursada lo aplicó. También la de 3 de abril de 2009.
Por otra parte, hay que decir que las acciones de reintegración que pueden ejercitarse dentro del concurso de acreedores no se agotan con la rescisoria concursal, regulada en los artículos 71 y ss de la LC, pues el artículo 71.6 de la LC (actualmente apartado 7), permite ejercitar "otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho", como en este caso la acción rescisoria por fraude de acreedores de los artículos 1.111 y 1291.3º del Código Civil.
Sin embargo las alegaciones de la recurrente son estériles por cuanto el propio artículo 71.6 de la LEC se remite a las normas de legitimación contenidas en el artículo siguiente (artículo 72.1: la legitimación para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal).
En consecuencia, sin necesidad de entrar a examinar los motivos sobre el fondo"
Por ello, entre otros argumentos, no procede analizar la petición de que se revoque la sentencia desestimatoria solicitada por los codemandados apelantes que fueron parte en el negocio jurídico del que trae causa la garantía hipotecaria. La administración concursal, única legitimada salvo la excepción del art 72.1 LC in fine,

litiga en beneficio de la masa de los acreedores.”: SAP Baleares (Sección 5) 24.03.2014 (Sentencia 86/2014; Rollo 487/2013)

AP Guipúzcoa

“Con carácter general, dentro de la regulación que acerca del sistema de recursos, se contiene en el Capítulo I del Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone el artículo 448 que, contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la Ley.
Tal lógica previsión viene a recoger de modo expreso una consolidada doctrina jurisprudencial por la que se proclamaba que la acción procesal, y por lo mismo todo recurso jurisprudencial, ha de estar sostenido por un fin e interés legítimo y justificado, careciendo, por tanto de legitimación para recurrir la parte que no.viene perjudicada ni gravada por la resolución que se impugna.
Así,la petición que se articula en el recurso formulado por parte de Bruesa Inmobiliaria, S.A.,codemanda, en el sentido de que se estimen en su integridad los términos de la demanda se realiza por quien no está legitimada para ello.
Bruesa Inmobiliaria, S.A. asumió en la primera instancia junto con Caixa D Estalvis del Penedés la condición de parte demandada de tal modo que,sin perjuicio del allanamiento formulado por la misma, lo cierto es que desde dicha condición carece de toda legitimación para actuar en esta Audiencia Provincial en los términos en que lo hace, esto es recurriendo la sentencia de primera instancia y postulando su revocación en idénticos términos a los que corresponderían a la parte demandante que es quien, en definitiva,ejercita la acción.
Bajo tales ineludibles condicionantes procesales resultan de aplicación las ya señaladas previsiones legales, que no pueden quedar orilladas por las circunstancia del allanamiento
Con independencia dle criterio a seguir a la hora de definir la legitimación de las partes como manifestación del interés de obrar, ya se le conceptúe como presupuesto procesal, bien elemento subjetivo del derecho sustancial o como una condición de la acción, la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada por lo que resulta manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir.
En consecuencia,dado que en este caso el recurso formulado por la representación de Bruesa Inmobiliaria SA no se fundaba en la existencia de un gravamen producido a la parte recurrente por la resolución que se impugna,pues dada su posición de parte demandada sus intereses aparece enfrentados a los de la parte actora, procederá concluir en el sentido de que dicho recurso nunca debió ser admitido
Llegados a este punto y enlazando con la actuación procesal de la parte actora administración concursal de Bruesa Inmobiliaria SA, debemos precisar que la inadmisión del recurso de apelación por ella formulado por carecer de legitimación desde su posición de parte procesal demandada conlleva necesariamente la imposibilidad de admitir la impugnación formulada por la administración concursal amparándose en el precitado recurso ya que,en este caso,aún partiendo del principio de interpretación extensiva de los preceptos reguladores de los recursos,lo cierto es que la inadmisión del recurso de apelación conlleva el rechazo de la admisión de la impugnación de la sentencia presentada por la parte actora,aprovechando dicho trámite para presentar su escrito
Por todo cuanto antecede debe considerarse indebidamente admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto por la representación de Bruesa Inmobiliaria SA, y asimismo consecuencia obligada de ello la impugnación de la sentencia formulada por la administración concursal De lo expuest se desprende la necesidad de declarar la improcedencia del recurso y de la impugnación formulada en este instancia.”: SAP Guipúzcoa (Sección 2) 21.11.2013 (Sentencia 282/2013; Rollo 2269/2013)

AP La Coruña

“Por otra parte, la entidad concursada carece de legitimación para ejercitar las acciones rescisorias y demás de impugnación, tal como establece el art. 72 de la Ley Concursal, que reserva a la administración concursal con carácter principal. Por lo que también carecen de legitimación para recurrir la sentencia apelada sus filiales también demandadas, en aquellas pretensiones que desestima la demanda incidental de rescisión formulada por la administración concursal, y que se interesa por vía de recurso de apelación su estimación.
En dichos procedimientos la entidad concursada sólo puede ser y tener la consideración de parte demandada, nunca actora, por lo que no puede pretender por vía de recurso lo que la ley le veda accionar en primera instancia, y ello aún cuando se hubiese allanado a la demanda, desde el momento que es la única parte, con sus filiales codemandadas, que se le admite a tramite recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, pretendiendo la revocación de la sentencia en lo que se refiere a pretensiones de la demanda rescisoria que vienen desestimadas en primera instancia.
Dichas razones impiden entrar a resolver sobre los motivos de fondo del recurso de apelación.”: SAP La Coruña (Sección 4) 04.10.2012 (Sentencia 397/2012; Rollo 251/2012)

“SEGUNDO: Un orden lógico de cosas conduce a entrar con carácter previo en la viabilidad del recurso de apelación interpuesto por los concursados, que pretenden impugnar el acto de disposición patrimonial, libremente celebrado por los mismos con el correspondiente asesoramiento legal, y todo ello sin cuestionarlo por la concurrencia de un vicio del consentimiento, que, en todo caso, debería hacerse valer por vía de acción

o reconvención (SSTS de 2 de noviembre de 2001, con cita de otras siete anteriores, 30 de septiembre y 20 de diciembre de 2002, 16 de diciembre de 2005 y 26 de septiembre de 2006, entre otras).
La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal (art. 73.1 LC). Se trata, en definitiva, de una legitimación por sustitución de los acreedores, que se atribuye a la administración concursal, como otrora se había concedido a los síndicos de la quiebra, como explica la STS de 10 de junio de 1991, que la califica jurídicamente de tal forma.
Los administradores del concurso no actúan pues en interés propio, ni corresponde hacerlo en interés de los concursados, que están asistidos de su propia dirección técnica, sino de la masa activa del concurso, ponderando adecuadamente el beneficio o provecho que para la misma podría generar el ejercicio de la acción rescisoria; pues de carecer de tal interés en la reintegración, lo correcto es adoptar una posición pasiva.
Las acciones de reintegración se consagran normativamente en beneficio de la masa de acreedores, que integra su capacidad para comparecer en juicio a través de la administración concursal, en este sentido es de aplicación el art. 7.5 de la LEC, cuando establece que por las masas de bienes comparecerán en juicio quienes con arreglo a la ley las administren.
No obstante el art. 73.1 también se la atribuye a los acreedores, siempre que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción de tal clase, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, en cuyo caso estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento
Por otra parte, la legitimación pasiva corresponde al deudor y aquéllos que hayan sido parte en el acto impugnado (art. 73.2 LC). No en vano el objeto del proceso consiste en la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
Por todo ello, lo que no es de recibo es que, desestimada la demanda formulada por la administración concursal, los deudores concursados se encuentren legitimados activamente para apelar la sentencia dictada e instar la rescisión del contrato voluntariamente concertado, considerando su propio proceder contractual como perjudicial para la masa. Vendría a suponer violar la doctrina que impide ir contra los propios actos, que veda el art. 7 del CC, y reconoce una nutrida jurisprudencia, de la que son simple expresión las SSTS de 2 de mayo y 18 de octubre de 2011, 8 de mayo y 5 de septiembre de 2012.
El recurso de apelación exige para su interposición la existencia de gravamen (art. 448.1 LEC), que difícilmente cabe apreciar en el demandado absuelto, que además carece de legitimación para instar la condena de un codemandado.": SAP La Coruña (Sección 4) 01.02.2013 (Sentencia 36/2013; Rollo 587/2012)

AP Madrid

"CUARTO. En su escrito de oposición al recurso señala en primer lugar CAIXABANK, S.A, la falta de legitimación de la concursada para recurrir la sentencia desestimatoria de la pretensión rescisoria, y ello a pesar de que se allanara a la demanda. Destaca que la legitimación activa corresponde a la Administración Concursal y subsidiariamente a los acreedores y la legitimación pasiva, en todo caso, al deudor, y el artículo 448 LEC exige para recurrir que la resolución cause un perjuicio al recurrente. La acción rescisoria se ejercita en interés y beneficio del conjunto de acreedores, no del deudor. A tal efecto cita diversas resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en relación a la ausencia de gravamen del deudor para interponer recursos frente a sentencias desestimatorias de la rescisión. (...)
QUINTO. Por razones de orden en relación a las cuestiones planteadas debemos referirnos en primer lugar a la falta de presupuestos para la admisión del recurso interpuesto por la concursada.
A tal efecto debemos señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante el ejercicio de acciones de reintegración de las previstas en el artículo 71 LC. Dichas acciones tienen por objeto la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa y afectan a actos estructuralmente válidos y eficaces realizados por el deudor. Las acciones se ejercitan en interés de la masa activa, no del deudor, de manera que la Ley Concursal confiere legitimación para ello a la administración concursal y subsidiariamente a los acreedores. Como quiera que se trata de la impugnación de un acto o contrato en el que interviene el deudor, éste debe ser demandado conjuntamente con quienes hayan sido parte en el acto impugnado. En consecuencia, la posición que ocupa la concursada en este tipo de procedimientos es la de parte demandada, conforme a lo dispuesto en el artículo 72.2 LC.
Configurada de tal modo la relación jurídico procesal, y con independencia de que la concursada se allane o no a la pretensión, la sentencia desestimatoria no permite advertir gravamen alguno para la concursada que permita interponer recurso de apelación, pues en este caso el único gravamen que puede apreciarse es el que resulta para la parte demandante. Lo que concurre en realidad es la ausencia de gravamen, que representa un obstáculo para la admisibilidad del recurso. Se produciría en este caso la paradoja de que la demandada pretendiera la condena propia y la de los codemandados. Este es el criterio mantenido en diversas resoluciones, como las SSAP Barcelona, Sec. 154 de 22 de mayo de 2008, Huesca, Sec. 12, de 3 de abril de 2009, La Coruña, Sec 44, de 16 de abril de 2010 o Valencia, Sec. 94, de 3 de febrero de 2011.
La existencia de gravamen constituye requisito inexcusable de admisibilidad del recurso (artículo 448 LEC), por lo que la causa de inadmisión se convierte en causa de desestimación del recurso de apelación interpuesto por EUROCOVILAR, S.A.": SAP Madrid (Sección 28) 14.07.2014 (Sentencia 223/2014; Rollo 914/2012)

"SEGUNDO.- IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA FORMULADA POR LA CONCURSADA.

Con carácter previo al estudio del recurso de apelación formulado por la administración concursal conviene analizar la admisibilidad de la impugnación de la sentencia formulada por la demandada concursada.
Entre los presupuestos de admisibilidad del recurso, que deben ser controlados de oficio por el órgano judicial, además de la comprobación de que la resolución en cuestión sea recurrible y de que el recurrente haya actuado dentro del plazo correspondiente (artículo 458.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), también se encuentra la constatación de la existencia de gravamen para la parte que pretende recurrir.
El artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para que las partes puedan interponer un recurso contra una resolución que aquélla les afecte desfavorablemente. Constituye, por lo tanto, una premisa del derecho a recurrir la constatación de la existencia de gravamen para la parte que pretende interponer recurso (artículo 448.1 y 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es decir, que la resolución judicial contenga pronunciamientos que resulten adversos para la parte recurrente. No hay que olvidar que los recursos se justifican contra la parte dispositiva de la sentencia, por lo que deberá atenderse a ésta, y no exclusivamente a los fundamentos que la preceden, para que pueda apreciarse si existe o no el gravamen para recurrirla.
En el supuesto de autos resulta patente que la concursada carece de gravamen para recurrir en tanto que la sentencia objeto del presente recurso de apelación no le afecta desfavorablemente desde el momento en que ningún gravamen puede causar una sentencia desestimatoria a quien ha actuado en el proceso como parte demandada, con independencia de que se allanara a la demanda, allanamiento que no le atribuye la condición de actora ni gravamen para recurrir una sentencia que le absuelve de los pedimentos contra ella deducidos.”: SAP Madrid (Sección 28) 18.07.2014 (Sentencia 229/2014; Rollo 769/2012)

AP Sevilla

“Segundo.- Pero con independencia de la falta de la más mínima base para el ejercicio de una acción de reintegración, lo cierto es que el artículo 72.1 de la Ley Concursal sólo otorga legitimación activa para el ejercicio de dicha acción a la Administración Concursal, debiendo dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado que, por tanto, son los que tienen legitimación pasiva. El hecho de que el deudor se allane a la demanda ni altera su posición procesal, ni le otorga legitimación activa para sostener el ejercicio de la acción. Por tanto carece de legitimación para recurrir en apelación una sentencia desestimatoria quien no ha ejercitado la acción. Nadie puede pretender su propia condena, ni la de un codemandado, si quien ejercita la acción no la sostiene. “:SAP Sevilla (Sección 5) 24.10.2012 (Sentencia 511/2012; Rollo 6417/2012)

“SEGUNDO.- Iniciamos el examen de los recursos formulados por la apelación que producen las codemandadas NOVAINDES Y ESTUDIOS TAER CORPORACIÓN. EL recurso ha de ser rechazado por la razones que pasamos a exponer.
Las dos entidades concursadas son parte demandada en este incidente concursal en el que se ejercitan acciones de reintegración al amparo del art. 71.1 LC. La demanda de la Administración concursal se dirigió contra ellas por cuanto NOVAINDES es quien concertó los préstamos con garantía hipotecaria los días 30 de junio de 2008 y 30 de julio de 2009 cuya rescisión se solicita por el actor, y ESTUDIOS TAER por cuanto hizo el 30 de junio de 2008 un pago de 1.500.000 # para cancelar el saldo de la Póliza de Crédito de 25 de mayo de 2005 suscrita por NOVAINDES Y CAIXA GALICIA (actualmente NCG BANCO). Siendo partes demandadas, y no habiendo formulado reconvención, en este incidente concursal no ejercitan pretensión alguna, siendo contra ellas frente a quienes se deducen los pedimentos de la parte actora.
Como las demandadas apelantes no ejercitan pretensión alguna en este procedimiento, habiéndose limitado en su contestación a la demanda a allanarse a la misma, no pueden en segunda instancia pretender la condena de otro codemandado ya que aquellas no han formulado acción alguna contra dicho codemandado, no pudiendo un codemandado que no interpuso reconvención en la instancia solicitar en la segunda instancia la condena de otro codemandado. Elementales principios procesales como el de rogación, el dispositivo y el de la inalterabilidad en la segunda instancia de los términos en que el debate quedó configurado (pendente apellatione nihil innovetur), resultan vulnerados por las pretensiones formuladas en el recurso interpuesto por las entidades demandadas. Sólo quien formuló la demanda, o en su caso la reconvención, ostenta legitimación para insistir en el recurso de apelación en su petición de condena de los demandados o, en su caso, de los reconvenidos. Ningún demandado puede solicitar en la segunda instancia la condena de otro codemandado, pretendiendo con ello alterar pronunciamientos desestimatorios de la demanda que no han sido recurridos por el demandante, único con legitimación para ello.
A lo que se une la incongruencia de introducir entre una de sus pretensiones la de pedir la rescisión y la restitución a la masa de la suma de 669.000 #, que fue otra de las disposiciones hechas para cancelar la Póliza de crédito de 25 de mayo de 2005 (cantidad dispuesta del préstamo de la promoción La Florida), cuando la Administración concursal no incluyó en su demanda de reintegración la rescisión de este pago (apartado A) del suplico de la demanda), quedando este acto de la concursada fuera del objeto de este incidente concursal.
Así pues, el recurso de apelación que interponen NOVAINDES Y ESTUDIOS TAER CORPORACIÓN ha de ser desestimado en su integridad, sin necesidad de entrar en el fondo de los motivos que sustentan el recurso, confirmándose la Resolución recurrida, que no ha sido combatida por la otra parte codemandada NCG BANCO S.A., excepto en el pronunciamiento 2º del fallo, como razonaremos a continuación al analizar la impugnación deducida por la Administración concursal contra la Sentencia.”: SAP Sevilla (Sección 5) 26.09.2013 (Sentencia 431/2013; Rollo 3850/2013)

“De acuerdo con el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que cabe perseguir en el recurso de apelación debe estar fundado en los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia. La entidad concursada en la primera instancia actuó como demandada y se limitó a allanarse a las pretensiones formuladas por la Administración Concursal. Por tanto no formuló pretensiones contra ninguna otra parte en el presente incidente, ni puede en consecuencia interponer recurso de apelación con base a que no se hayan estimado pretensiones formuladas en la primera instancia por otras partes, en el caso de autos, por la parte actora en el incidente que no es otra que la Administración Concursal.
Procede por tanto desestimar el recurso sin entrar en el fondo de las cuestiones planteadas.”: SAP Sevilla (Sección 5) 23.10.2013 (Sentencia 481/2013; Rollo 5075/2013)

AP Valencia

“TERCERO.-Sobre la impugnación de la Sentencia por PROMOCIONES NOU TEMPLE SLU.
El recurso formulado por la entidad concursada no puede ser acogido por cuanto que la misma no está legitimada para interponerlo ni para pretender la revocación de la Sentencia dictada en la Instancia.
Téngase presente, en primer término, su posición de demandada en el incidente concursal, y aún cuando al tiempo de ser emplazada se allanase a la demanda por compartir las tesis defendidas por la Administración Concursal, ello no le permite deducir recurso de apelación y pretender la condena de la codemandada, como pusimos de manifiesto en Sentencia de 3 de febrero de 2011, recaída en el Rollo de Apelación 691/2010.
En la indicada resolución nos remitimos a la doctrina de los Tribunales sobre la cuestión y hacíamos cita de las Sentencias de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de septiembre de 2006 - que cita las del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1989, 3 de enero de 1990, 16 de abril de 1991, 17 de febrero de 1992 y la de la Audiencia de Madrid de 27 de Febrero y 16 de Noviembre de 2006 - y la de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 Julio de 2009, entre otras.
Añadir a lo anterior -y como igualmente destacábamos en la resolución citada ut supra -que la concursada carecía de legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria (art.72.1) ostentando, sin embargo, la pasiva (72.2) lo que abunda en lo expresado en el apartado anterior y conduce a la conclusión expuesta por la representación de la CAM en orden a la falta de legitimación de la concursada para interesar a través de la impugnación de la Sentencia apelada, la estimación de una acción para la que carece de legitimación por su condición de concursada, demandada en el proceso y allanada a la pretensión instada por la Administración Concursal que ha consentido expresamente el pronunciamiento desestimatorio de la acción principal.”: SAP Valencia (Sección 9) 10.04.2012 (Sentencia 132/2012; Rollo 941/2011)

“PRIMERO.- Por la representación de la concursada TURISGESTION SL se interpone recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de Valencia de 27 de junio de 2012 por la que se desestima la demanda promovida por la Administración Concursal contra la anteriormente expresada y contra TRAVELPLAN SAU, IBEROTOURS SA y VIAJES HALCON SAU en los términos que resultan del antecedente primero de la presenta resolución, que se dan por reproducidos en evitación de innecesarias reiteraciones. (...)
Se adhiere el recurso la Administración concursal - folio 210 - y se oponen al mismo las codemandadas por las razones que constan en sus respectivos escritos unidos al proceso, interesando su desestimación.
SEGUNDO.- No podemos acoger el recurso de apelación al carecer la recurrente de gravamen para recurrir y no ser procedente la adhesión de la administración concursal atendido el iter procesal que seguidamente pasamos a exponer:
1.- La demanda fue presentada por la Administración procesal (parte actora) contra TRAVELPLAN SAU, IBEROTOURS SA, VIAJES HALCON SAU y contra la propia entidad concursada TURISGESTION SL, quienes ostentaron la posición procesal de parte demandada en el procedimiento.
2.- Resulta de las actuaciones la contestación a la demanda incidental efectuada por las respectivas representaciones procesales de TRAVELPLAN SAU, IBEROTOURS SA y VIAJES HALCON SAU, sin que lo hiciera la entidad concursada.
3.- Seguido el procedimiento por sus cauces, se dicta la Sentencia objeto de recurso, por la que se desestima íntegramente la demanda y se imponen las costas a la actora. Dicha resolución fue oportunamente notificada a las partes según se desprende de los folios 2084 y 2085 de las actuaciones.
4.- La administración concursal, única legitimada para formular protesta frente a la resolución dictada y para interponer recurso de apelación ulterior por razón de la desestimación de la demanda, no dedujo la oportuna protesta, precluyendo la posibilidad de hacerlo y consecuentemente de recurrir en apelación.
5.- Quien deduce protesta -folio 2086 -y ulterior recurso de apelación es la entidad demandada TURISGESTION, que había sido absuelta de las pretensiones deducidas contra ella y que ni siquiera tiene gravamen por costas, dado que se impuso a la demandante el pago de las mismas.
6.- La administración concursal ante el recurso presentado por la indicada entidad y con ocasión del traslado conferido para contestar al mismo, presentó escrito por el que adhiere al "escrito de oposición al recurso de apelación" presentado por la concursada, cuando la concursada lo que había presentado era el recurso de apelación.
De cuanto se acaba de exponer resulta la inadmisión del recurso de apelación por cuanto quien apela carece de gravamen para recurrir, sin que podamos entrar a conocer de las cuestiones planteadas por quien carece de la posibilidad de combatir la sentencia por razón del pronunciamiento favorable que representa, para quien ostenta la cualidad de demandada en el proceso, la parte dispositiva absolutoria de la demanda. Falta, por tanto, el presupuesto del "gravamen" que justificaría el planteamiento del recurso -

artículo 448 LEC - ya que la recurrente no dedujo pretensión que fuera rechazada en primera instancia, elemento que, en definitiva, impide que puede prosperar el recurso entablado, sin necesidad de ulterior razonamiento.”: SAP Valencia (Sección 9) 06.05.2013 (Sentencia 141/2013; Rollo 908/2012)

“PRIMERO. Desestimada por el Juzgado de lo Mercantil la acción rescisoria planteada por la Administración Concursal de la entidad Juponche SL (declarada en concurso) interpuesta contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA SA) y Juponche SL, se interpone recurso de apelación por la demandada Juponche SL solicitando la revocación de la sentencia por otra que estime la demanda.
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA SA) se opuso al recurso de apelación, alegando con carácter previo la inadmisibilidad del recurso de apelación por no tener legitimación la entidad apelante conforme al artículo 72 de la Ley Concursal.
SEGUNDO. La primera cuestión que ha de ser considerada por la Sala es la legitimación de la parte apelante que es parte demandada que se allanó a la demanda, para pedir una sentencia estimatoria de la demanda, pues si bien ello no es causa de privación del derecho al recurso, si en cambio es cuestión que afecta a la legitimación.
El artículo 72 de la Ley Concursal deja de forma clara y rotunda que la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias corresponde a la Administración Concursal. Al caso, el administrador concursal fue quien la planteó pero se ha conformado con la sentencia dictada desestimatoria de esa pretensión y por ende la concursada no puede solicitar la estimación de la acción rescisoria, cuando el administrador concursal ya no la mantiene, no solo por ser consustancial al proceso civil, en virtud del principio de rogación y dispositivo, la regla de que demandado carece de legitimación para pedir que se estime la demanda, mantenida en fase de apelación donde la parte apelante no puede interesar una pretensión que no ha deducido en la instancia, tal como impone el artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, cuando, además, el demandante ya no la interesa; sino, también, por no tener legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria y por ende, para solicitar un pronunciamiento de su estimación, razón sobrada y suficiente, sin necesidad de mayor tratamiento, para el rechazo del recurso de apelación.”: SAP Valencia (Sección 9) 04.02.2014 (Sentencia 40/2014; Rollo 738/2013)

“PRIMERO.- La Administración Concursal de la entidad COMPAÑIA LEVANTINA DE EDIFICIÓN Y OBRAS PÚBLICAS SA (CLEOP), formuló demanda en ejercicio de la acción de reintegración o rescisoria concursal contra la entidad concursada, CLEOP, y contra la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que fue desestimada por sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 3 de Valencia.
Contra dicha resolución interpone recurso de apelación la representación procesal de CLEOP, alegando la no aplicación del artículo 75.1 de la LC, por no haber aceptado la TGSS la hipotecar unilateral constituida por el deudor, la aplicación del artículo 141, párrafo 2º LH, en tanto lo que la administración concursal pedía realmente era la cancelación de la hipoteca, no la rescisión, debiendo tenerse como fecha del requerimiento a que se refiere dicho precepto el de la presentación de la demanda, y, en tercer lugar, la aplicación al caso del artículo 71 de la LC, en tanto se acrecentaría la masa activa del concurso.
La TGSS se opuso al recurso en los términos que constan en el correspondiente escrito unido a los autos.
SEGUNDO.- Es preciso valorar como cuestión previa y de oficio, la legitimación de CLEOP para interponer el recurso de apelación, en atención a las circunstancias concurrentes en autos.
La entidad CLEOP no fue parte demandante, sino demandada en el incidente promovido por la Administración Concursal y cuya resolución es objeto del presente recurso, allanándose expresamente aquella entidad a la demanda interpuesta por la administración concursal. Por tanto, y como se indicó por esta Sala, en la sentencia de fecha 15 de octubre de 2012 (R.A 424/12 Pte. Sra. ROSA MARIA ANDRES CUENCA), en la que concurría similar situación -la recurrente que se había allanado era la administración concursal-, "... su posición procesal fue la de parte demandada y allanada, no deduciendo en consecuencia "pretensión" alguna, como exige el artículo 456 LEC, en cuanto la revocación puede solicitarse con arreglo a las "pretensiones formuladas" en primera instancia, situación en que, obviamente, no se encuentra la administración concursal [en este caso CLEOP], aunque aceptara las planteadas por el concursado [aquí la administración concursal]. Así la cuestión, entendemos que faltaría el presupuesto del "gravamen" que justificaría el planteamiento del recurso - artículo 448 LEC - ya que la recurrente no dedujo pretensión que fuera rechazada en primera instancia, elemento que, en definitiva, ya impide que puede prosperar el recurso entablado".
Tales consideraciones jurídicas son de aplicación al caso, por lo que no cabe más que desestimar el recurso de apelación dada la falta de legitimación que para su interposición concurre respecto de la entidad CLEOP, y sin que, por ello, sea necesario entrar en el examen y resolución de los distintos motivos del referido recurso.”: SAP Valencia (Sección 9) 02.03.2015 (Sentencia 69/2015; Rollo 664/2014)

3.1.1. Idem respecto del fiador codemandado

AP Murcia

“TERCERO.-En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos en relación al siguiente motivo de apelación planteado con carácter subsidiario por la Sra. Sonia, referido a la nulidad del préstamo hipotecario y a la estimación de la acción rescisoria del mismo.
Y ello se afirma así por el Tribunal por cuanto la citada parte carece del necesario "gravamen" al respecto, en los términos que menciona el artº. 448.1 de la LEC. Por tanto, la Sra. Sonia al interponer el presente recurso de apelación estaría vulnerando dicho precepto. Y ello, como decíamos en la sentencia de esta Audiencia Provincial de 12 de marzo de 2012, porque no concurren los presupuestos objetivos para la

interposición del recurso. Es decir, es absolutamente necesario que la sentencia sea gravosa para los intereses de la parte. Téngase en cuenta que estamos en presencia de un presupuesto o requisito objetivo añadido a la legitimación, que constituye tradicionalmente, un elemento esencial de los recursos. Su presencia se encuentra justificada por cuanto sin gravamen no puede existir interés para recurrir.
En este caso, la Sra. Sonia ha ostentado la posición procesal de parte co-demandada. Además nunca se ha opuesto ni ha contradicho tal posición jurídico-procesal, por tanto, ningún "gravamen" o efecto adverso o perjudicial, puede causar una sentencia desestimatoria de la demanda a quién ha actuado en el proceso incidental como parte co-demandada. Este presupuesto de gravamen tiene el valor de un requisito de admisibilidad del recurso. Pero es que además, la ausencia de legitimación de la Sra. Sonia para recurrir los pronunciamientos judiciales desestimatorios de la acción rescisoria ejercitada, encontraría su fundamento en lo dispuesto en el artº. 72.1 de la L.C. Dicho precepto legitima expresamente y con carácter principal a la Administración Concursal para el ejercicio de las acciones rescisorias, así como en segundo grado a los acreedores concurriendo los requisitos que menciona el precepto. En este caso, la acción rescisoria ha sido ejercitada por la Administración Concursal, única parte que ostenta en la "litis" la posición procesal de parte demandante. Dicha parte, por tanto, sería la única legitimada para recurrir el citado pronunciamiento desestimatorio de la acción rescisoria concursal. Nos encontramos, como decíamos en las sentencias de este Tribunal de 14 de octubre de 2011 y 22 de marzo de 2012, en presencia de una regulación especialmente restrictiva de la legitimación para plantear esta clase de acciones que impide cualquier interpretación analógica de las mismas, como señala el artº. 4.2 del Código Civil.
Por otro lado, es también la propia ley concursal la que atribuye a la Sra. Sonia la posición procesal de parte demandada en esta "litis", dada su condición de fiadora solidaria en el contrato de préstamo cuya rescisión se pretende por la Administración Concursal al amparo del artº. 71 de la L.C. Así se expresa en el artículo 72.2 de la L.C., cuando dice que "...las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quiénes hayan sido partes en el acto impugnado". En este caso, la recurrente Sra. Sonia ostentaría por imperativo legal tal condición de parte demandada, por cuanto fue parte, como fiadora solidaria, en el contrato de préstamo impugnado. Por tanto carecería de legitimación para recurrir el pronunciamiento judicial desestimatorio de la citada acción rescisoria concursal, incluso aunque se hubiese allanado, como en efecto así efectuó, a la pretensión rescisoria de la Administración Concursal.
Procede la desestimación de este motivo de apelación planteado de forma subsidiaria.": SAP Murcia (Sección 4) 24.07.2014 (Sentencia 463/2014; Rollo 232/2014)

3.2 Legitimación para apelar la sentencia estimatoria

AP Zaragoza

"SEGUNDO.- Falta de legitimación para recurrir
Alega la apelada como primera cuestión que la concursada, aun siendo parte en la relación jurídico procesal, no tiene interés en recurrir la resolución recurrida pues la acción ejercitada en ningún momento le resulta perjudicial, mucho menos su administrador, contra el que ni siquiera se dirigía la acción.
Sin embargo, lo cierto es que la demandada en su contestación había solicitado la desestimación de la demanda, de ahí que el rechazo de la misma suponga un gravamen y, por ello, como dice la Sentencia de 12 de marzo de 2010 de la Sección Vigésimoctava de la AP de Madrid "entre los presupuestos de admisibilidad del recurso, que deben ser controlados de oficio por el órgano judicial, además de la comprobación de que la resolución en cuestión sea recurrible y de que el recurrente haya actuado dentro del plazo correspondiente (como se señala en el artículo 457.3 de la LEC), también se encuentra la constatación de la existencia de gravamen para la parte que pretende recurrir. Esta tarea debe acometerse de modo ineludible, puesto que constituye una premisa del derecho a recurrir (artículo 448.1 de la LEC) que solo puede ejercitarse por la parte a la que la resolución judicial le afecte desfavorablemente. Se trata de un requisito objetivo que, como tal, debería ser controlado incluso en fase de preparación del recurso de apelación, resultando posible hacerlo al ser preceptivo que el apelante exprese entonces los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 de la LEC)". Por tanto, ha de reputarse que la resolución causa un gravamen que legitima su impugnación por la recurrente, con independencia de que estime o no la AC que contraviene el propio interés de la concursada, pues no acreditado que la misma haya perdido su capacidad de disposición sobre la acción, es libre de estimar la conveniencia o inconveniencia de oponerse a una determinada pretensión procesal y, por ello, si se desestima su pretensión en virtud de resolución judicial alzarse contra ella en sede de recurso.
Por el contrario, la apelación por parte del administrador de la concursada y de la sociedad codemandada MUEBLES INFANTE es inoperante, por una evidente falta de interés y de gravamen, ya que no fue parte en el proceso en la instancia.": SAP Zaragoza (Sección 5) 12.02.2013 (Sentencia 91/2013; Rollo 34/2013)

"SEGUNDO.- Falta de legitimación para recurrir.
Alega la apelada como primera cuestión que la concursada, aun siendo parte en la relación jurídico procesal, no tiene interés en recurrir la resolución recurrida pues la acción ejercitada en ningún momento le resulta perjudicial.
Sin embargo, lo cierto es que la demandada en su contestación había solicitado la desestimación de la demanda, de ahí que el rechazo de la misma suponga un gravamen y, por ello, como dice la Sentencia de 12 de marzo de 2010 de la Sección Vigésimo octava de la AP de Madrid "entre los presupuestos de admisibilidad del recurso, que deben ser controlados de oficio por el órgano judicial, además de la comprobación de que la resolución en cuestión sea recurrible y de que el recurrente haya actuado dentro del plazo correspondiente (como se señala en el artículo 457.3 de la LEC), también se encuentra la

constatación de la existencia de gravamen para la parte que pretende recurrir. Esta tarea debe acometerse de modo ineludible, puesto que constituye una premisa del derecho a recurrir (artículo 448.1 de la LEC) que solo puede ejercitarse por la parte a la que la resolución judicial le afecte desfavorablemente. Se trata de un requisito objetivo que, como tal, debería ser controlado incluso en fase de preparación del recurso de apelación, resultando posible hacerlo al ser preceptivo que el apelante exprese entonces los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 de la LEC)". Por tanto, ha de reputarse que la resolución causa un gravamen que legitima su impugnación por la recurrente, con independencia de que estime o no la AC que contraviene el interés de la concursada, pues no acreditado que la misma haya perdido su capacidad de disposición sobre la acción, es libre de estimar la conveniencia o inconveniencia de oponerse a una determinada pretensión procesal y, por ello, si se desestima su pretensión en virtud de resolución judicial alzarse contra ella en sede de recurso. SAP Zaragoza (Sección 5) 12.02.2013 (Sentencia 94/2013; Rollo 33/2013)

AP Madrid

"TERCERO. Debemos analizar en primer lugar las cuestiones previas suscitadas por la Administración concursal en su escrito de oposición.
Por cuanto se refiere a la ausencia de gravamen de la concursada no debemos olvidar cual es la finalidad de la acción ejercitada y la legitimación pasiva que a tal efecto contempla la Ley Concursal.
La acción tiene por objeto la rescisión de aquellos actos que sean considerados perjudiciales para la masa activa. Nos encontramos aquí ante la cancelación de un préstamo personal avalado por el administrador de la concursada que se efectúa sin duda con la aquiescencia de la concursada, con independencia del modo empleado para la extinción de la obligación, en este caso por compensación mediante la utilización de la cuenta corriente de la sociedad.
La Ley Concursal establece que las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. La cuestionada operación de cancelación del préstamo personal afecta a quienes intervinieron en su concesión, que no son otros que la concursada, la entidad de crédito y el fiador. En consecuencia, la sentencia declara la rescisión de una operación que la demandada sostiene se realizó en condiciones normales y no resulta perjudicial para la masa por lo que no se puede dudar de la existencia de gravamen a los efectos de valorar la admisibilidad del recurso. Este efecto no puede confundirse con las consecuencias de la rescisión para los acreedores y en si, restituida la par condicio, se dará una mejor satisfacción de sus créditos, de lo que no se desprende que deje de existir gravamen para la recurrente en cuanto se rescinde un acto en principio válido y eficaz.": SAP Madrid (Sección 28) 15.03.2013 (Sentencia 85/2013; Rollo 33/2012)

3.2.1 Tesis contraria: falta de legitimación para apelar la sentencia estimatoria

AP Salamanca

"SEGUNDO. - Así las cosas, resulta que en su escrito de oposición a la apelación deducida por de la concursada Protec, única parte apelante pues la codemandada Rosaura, por razones que se desconocen, no ha recurrido por su parte aquel fallo de 13 de junio pasado, aquietándose al mismo pese a que la condena al pago de determinadas cantidades, la Administración Concursal interesa que con carácter previo y sin entrar a conocer del fondo de las cuestiones de la sentencia impugnadas de adverso, con apoyo y amparo en el tenor de los arts. 456. 1 y 448.1 de la LEC, se declare por este Tribunal la inexistencia de legitimación de parte de la concursada Protec para recurrir en apelación dicha sentencia, por inexistencia de perjuicio para dicha parte derivado de la condena en ella establecida, esto es, por inexistencia de "gravamen".
Se argumenta al respecto que dicha mercantil no reúne los requisitos del art 456 de la LEC para recurrir en apelación, pues, aunque la demanda inicialmente se formuló o interpuso contra las personas que formaban parte de los actos o negocios jurídicos cuya rescisión se interesaba (las susodichas concursada y la codemandada Rosaura, a la vez socia titular del 33, 33 % de las participaciones sociales de dicha sociedad en concurso e hija del administrador social de la primera), a la postre, dictada la sentencia y visto su resultado estimatorio, la concursada no ha sufrido por el mismo perjuicio real alguno, en cuanto que el pronunciamiento estimando la acción de reintegración entablada en su contra y condenando a Rosaura a devolver aquellas cantidades, con reconocimiento de un crédito en el concurso como crédito subordinado, etc., no conlleva, ni implica, cambio alguno en su situación patrimonial, que es idéntica a la precedente a la de la declaración de ineficacia de tales actos, sin asunción de nuevas obligaciones.
Dicho de otra manera: si como consecuencia de la estimación judicial de la demanda, de las pretensiones formuladas por la Administración Concursal es cierto que la masa pasiva del concurso se verá incrementada por la inclusión de un nuevo crédito en favor de Rosaura de cerca de 19.000 euros, también lo es que como, a su vez, su masa activa se verá incrementada por idéntico importe (suma que debe restituir la citada Rosaura) en nada afecta o perjudica dicha sentencia a la situación patrimonial y económica de la concursada, aun cuando se hayan aceptado los motivos de reintegración, no basados en la concurrencia de actos de mala fe o en fraude de acreedores, sino por la simple concurrencia o presunción de perjuicio para la masa, y sin que a ello sea óbice el tenor del art. 192 de la meritada Ley Concursal, citando al respecto, en un caso similar, el contenido de la sentencia de la AP de Toledo de 25-6-2013..., etc.
La resolución de esta cuestión previa que, de asumirse y estimarse por la Sala, haría innecesario entrar a ventilar la prosperabilidad de los motivos de impugnación de la sentencia contenidos en el recurso que nos

ocupa, requiere ponderar en este caso concreto la existencia o no de gravamen para recurrir, dado que entre los presupuestos de admisibilidad del recurso, que deben ser controlados de oficio por el órgano judicial, además de la comprobación de que la resolución en cuestión sea recurrible y de que el recurrente haya actuado dentro del plazo correspondiente (artículo 458.3 de la LEC), también se encuentra la constatación de la existencia de gravamen para la parte que pretende recurrir.
Sin dejar de desconocer la mayor laxitud de la LEC de 2000 en la conceptuación de "gravamen" para recurrir o para impugnar un recurso de apelación, en principio, el art. 448 de la misma, al regular el "derecho a recurrir", prevé que las partes pueden interponer recurso contra las resoluciones "que les afecten desfavorablemente", al igual que el art. 461.1 prevé que el apelado pueda impugnar la resolución apelada "en lo que le resulte desfavorable", de modo que es inconcluso que se erige como premisa indispensable del derecho al tal recurso la constatación de la existencia de gravamen para la parte que pretende interponerlo, es decir, que la resolución judicial contenga pronunciamientos que resulten adversos para la parte recurrente, que sean gravosos o perjudiciales bien en lo principal, o bien en lo accesorio, como, por ejemplo, en la condena en costas...
Es decir, el interés legítimo en el obrar, causa común de los actos procesales, cuando de la interposición de recursos se trata, se traduce en la necesidad de un presupuesto ligado con la legitimación, consistente en la existencia de un gravamen o perjuicio sufrido por el recurrente, consecuencia de la parte dispositiva de la resolución que se impugna, indispensable elemento que tiene el valor de un requisito de admisibilidad del recurso, y siendo el recurso un medio que el ordenamiento concede para impugnar una resolución a la parte que se estime por ella perjudicada, claro está que constituyendo el interés jurídico el móvil de la acción procesal, carece de legitimación para interponerlo la parte a quien la decisión no le haya ocasionado perjuicio alguno, por lo que resultaría inadmisible la apelación, sin que por ello se derive indefensión alguna... (por todas, SSTS de 29-6-1983, 29- 10-1990 y STC 591/2001, de 17 de diciembre).
De otra parte, no hay que olvidar que los recursos se justifican contra la parte dispositiva de la sentencia, por lo que deberá atenderse a ésta, y no exclusivamente a los fundamentos que la preceden, para que pueda apreciarse si existe o no el gravamen para recurrirla.
TERCERO.- En el supuesto de autos resulta patente para la Sala que la concursada Protec carece de "gravamen" respecto del pronunciamiento principal del fallo o parte dispositiva de la sentencia de instancia, por tanto, huérfana de legitimación ex art. 456 de la LEC, en tanto que se estima, por lo que se argumentará seguidamente, que no le afecta desfavorablemente la declaración de ineficacia de los pagos realizados por su parte a la codemandada Sra. Rosaura, en fechas 16 de marzo y 18 de abril de 2011 por un total de 18.896, 50 euros, así como la condena a la restitución a la masa del concurso de dicha cantidad, con inclusión en el pasivo de la masa de un crédito por ese mismo importe -calificado de subordinado- en favor de dicha codemandada; sin que, por otra parte, la concursada tampoco merezca, en realidad, la consideración de coadyuvante de tal parte codemandada, -sorprendentemente incomparecida, pese a contar inicialmente con idéntica representación procesal y defensa-, en el recurso con las consecuencias inherentes a dicha posición procesal (artículo 193.2 de la LC),
Dicho esto, por contra, se entiende que sí que le afecta desfavorablemente el pronunciamiento accesorio de la condena en costas procesales de la primera instancia y viene, consiguientemente, al menos legitimada para recurrir este aspecto de la sentencia impugnada, el que, ya anticipamos debe serle reconocido y admitido, por considerarse desacertado el criterio de condena en costas establecido en la misma.
Respecto de lo primero, han de acogerse íntegramente las consideraciones vertidas en el escrito de oposición al recurso por parte de la Administración Concursal, con apoyo en la jurisprudencia que transcribe y menciona, por resultar claro y meridiano que también en este caso el hecho de que la juez aquo haya declarado que los pagos efectuados por la mercantil, pocos meses antes de su declaración en situación de concurso, a la Sra. Rosaura merman y afectan negativamente al derecho de los acreedores en el concurso, ordenando su restitución y reintegro a la masa activa del mismo, ya en liquidación, no supone, ni implica para ella un perjuicio verdadero, dado que ni provoca un aumento del nivel de sus obligaciones pendientes, ni tampoco una disminución de su patrimonio, ni se constata deriven efectos del fallo que no deba soportar la sociedad concursada y que le confieran un derecho a impedir que los mismos no se produzcan, máxime si se tiene en cuenta o considera que, en este supuesto, quien con la mercantil concursada realiza o perfecciona el acto o actos o pagos cuya rescisión viene acordada es justamente quien posee, en condición de socio, un 33,33% de las participaciones sociales o acciones de aquélla.
Este simple razonamiento, expuesto en síntesis, determina, por incumplimiento de una de las premisas procesales ineludibles para poder recurrir, la desestimación del recurso de apelación de Protec en lo tocante a la pretensión, digamos principal o nuclear, referida a que se declare que los pagos que verificó a Rosaura resultan ajustados y conformes a lo previsto en el art 71.5. de la Ley Concursal; o bien, supletoriamente, al menos se considere ajustado a dicho precepto y, por tanto, no rescindible el pago de 16-3-2011, en tanto que se considere ineficaz y por ello restituible a la masa del concurso el pago de 18-4-2011, ascendente a
7.000 euros, decretando la inclusión en el pasivo de la concursada de este crédito de 7.000 euros en favor de aquélla con la calificación de ordinario y no de subordinado, etc.
Este es un razonamiento que, en alguna medida, se acoge o refrenda en el mismo recurso de apelación, en el que, al alegarse la vulneración del art. 71.5 de la LC por parte de la sentencia impugnada, aun lo sea desde otra perspectiva y en defensa de la legalidad de los actos rescindidos por ésta última, se pone de manifiesto que el perjuicio que legitimaría la declaración de su ilegalidad ha de apreciarse por referencia al conjunto de los acreedores o masa pasiva, como provocador bien de una disminución del patrimonio del deudor concursado, bien de un no incremento del mismo cuando éste pudiera haberse producido y, en general, bien de cualquier resultado que impida, disminuya o dificulte la satisfacción de los acreedores

concursales, o sea la alteración del clásico brocardo o principio de la par conditio creditorum.. ":SAP Salamanca (Sección 1) 27.11.2013 (Sentencia 398/2013; Rollo 337/2013)

AP Toledo

"PRIMERO: Se recurre en apelación la sentencia que en fecha uno de abril de dos mil once dictó el Juzgado de lo mercantil de Toledo por la que estimaba la demanda interpuesta por la administración concursal de Actuaciones Construcciones y Desarrollos y declaraba la rescisión del pago de ochenta y cinco mil euros que la citada mercantil había realizado a Fidel
Antes de pasar a examinar los motivos de recurso hemos de poner de manifestó que en relación con el recurso interpuesto por la propia mercantil concursada se ha de declarar su total falta de legitimación puesto que la sentencia en nada le perjudica, siendo que más parece actuar en defensa del Sr. Fidel que en busca de los intereses de la mercantil.
En efecto, el art. 456 determina que solo pueden recurrir en apelación una sentencia aquella o aquellas partes que han visto como algún pronunciamiento de la sentencia de instancia les perjudica, a sensu contrario, si no existe ese gravamen o perjuicio no tiene legitimación para recurrir por muy errónea o equivocada que sea la sentencia. En este caso el hecho de que por el juez a quo se haya declarado que el pago efectuado por dicha mercantil atenta contra el derecho de los acreedores, y por tanto ordene su reintegro a la masa activa del concurso, no supone perjuicio para Actuaciones Constructivas y Desarrollo S.L. dado ni se produce un aumento del nivel de obligaciones ni tampoco una disminución de su patrimonio.
A lo dicho no empece que el art. 192 de la Ley Concursal disponga que la demanda en que se pretenda la rescisión de un acto, con el fin de reintegración a la masa activa, haya de dirigirse contra quienes sean parte en el acto impugnado, que en este caso sería la sociedad misma, porque una cosa es que para establecer de modo correcto la litis sea preciso el demandar al socio y a quien con él ha celebrado el acto cuya rescisión se pretende y otra que una vez dictada sentencia el resultado de la misma sea desfavorable para alguno de ellos, porque puede no ser así, puede no ser gravoso para todos, con lo que no podrá impugnar la sentencia quien no se ve perjudicado.
Así se pronunció la sentencia 309/2007 de 9 de marzo " ha de recordarse que la legitimación para interponer cualquier clase de recurso contra resoluciones judiciales, entre ellos el de casación, se funda en la existencia de un gravamen producido a la parte recurrente por la resolución que se impugna (STS 25 de febrero de 2002). A este respecto ha insistido la Sala que la exigencia de legitimación para recurrir viene condicionada por la concurrencia de tres requisitos, cuales son ser parte en el proceso, la existencia de un gravamen o perjuicio y la no aceptación de la resolución perjudicial (SSTS de 10 de noviembre de 1981, 15 de octubre de 1984, 29 de junio de 1985, 19 de septiembre de 1989, 23 de octubre de 1990 y 1 de diciembre de 1999). Ahondando más en lo expuesto, establecía la Sentencia de 10 de noviembre de 1981 que, "la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate". Este principio se ha traducido ya en norma positiva, al contemplar el art. 448.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento 1/2000, de 7 de enero, el derecho a recurrir a las partes "contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente".
Y en el caso presente si bien la mercantil demandada ha sido parte en el procedimiento el contenido de la sentencia de instancia no le perjudica dado que, como se ha dicho, ni supone asumir más obligaciones ni ver reducido su patrimonio y tampoco pueden verse efectos derivados del fallo que no deba soportar la sociedad y que le confieran un derecho a impedir que los mismos no se produzcan
Es por ello por lo que entiende esta Sala que no ha de entrar a examinar tal recurso quedando solo el interpuesto por el Sr. Fidel como objeto de esta alzada.": SAP Toledo (Sección 1) 25.06.2013 (Sentencia 172/2013; Rollo 3/2013)

"PRIMERO: Se recurre en apelación, por la mercantil Actuaciones Constructivas y Desarrollos S.L. y Bienvenido, la sentencia que en fecha uno de abril de dos mil once dictó el Juzgado de lo Mercantil de Toledo por la que, estimando la demanda interpuesta por la administración concursal de la mercantil referida, declaraba la rescisión de determinados pagos que ésta realizó al codemandado.
Antes de pasar a examinar los motivos de recurso hemos de indicar que la mercantil apelante carece de toda legitimación para hacerlo puesto que la sentencia de instancia ningún perjuicio le causa. El objeto de este recurso guarda gran semejanza con el que fue resuelto por esta en sala en la sentencia 172/2013 de 25 de junio y en cuanto al particular que ahora se expone ya dijimos "el art. 456 determina que solo pueden recurrir en apelación una sentencia aquella o aquellas partes que han visto como algún pronunciamiento de la sentencia de instancia les perjudica, a sensu contrario, si no existe ese gravamen o perjuicio no tiene legitimación para recurrir por muy errónea o equivocada que sea la sentencia. En este caso el hecho de que por el juez a quo se haya declarado que el pago efectuado por dicha mercantil atenta contra el derecho de los acreedores, y por tanto ordene su reintegro a la masa activa del concurso, no supone perjuicio para Actuaciones Constructivas y Desarrollo S.L. dado ni se produce un aumento del nivel de obligaciones ni tampoco una disminución de su patrimonio.
A lo dicho no empece que el art. 192 de la Ley Concursal disponga que la demanda en que se pretenda la rescisión de un acto, con el fin de reintegración a la masa activa, haya de dirigirse contra quienes sean parte en el acto impugnado, que en este caso sería la sociedad misma, porque una cosa es que para establecer de modo correcto la litis sea preciso el demandar al socio y a quien con él ha celebrado el acto

cuya rescisión se pretende y otra que una vez dictada sentencia el resultado de la misma sea desfavorable para alguno de ellos, porque puede no ser así, puede no ser gravoso para todos, con lo que no podrá impugnar la sentencia quien no se ve perjudicado.
Así se pronunció la sentencia 309/2007 de 9 de marzo " ha de recordarse que la legitimación para interponer cualquier clase de recurso contra resoluciones judiciales, entre ellos el de casación, se funda en la existencia de un gravamen producido a la parte recurrente por la resolución que se impugna (STS 25 de febrero de 2002). A este respecto ha insistido la Sala que la exigencia de legitimación para recurrir viene condicionada por la concurrencia de tres requisitos, cuales son ser parte en el proceso, la existencia de un gravamen o perjuicio y la no aceptación de la resolución perjudicial (SSTS de 10 de noviembre de 1981, 15 de octubre de 1984, 29 de junio de 1985, 19 de septiembre de 1989, 23 de octubre de 1990 y 1 de diciembre de 1999). Ahondando más en lo expuesto, establecía la Sentencia de 10 de noviembre de 1981 que, "la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate". Este principio se ha traducido ya en norma positiva, al contemplar el art. 448.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento 1/2000, de 7 de enero, el derecho a recurrir a las partes "contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente".
Y en el caso presente si bien la mercantil demandada ha sido parte en el procedimiento el contenido de la sentencia de instancia no le perjudica dado que, como se ha dicho, ni supone asumir más obligaciones ni ver reducido su patrimonio y tampoco pueden verse efectos derivados del fallo que no deba soportar la sociedad y que le confieran un derecho a impedir que los mismos no se produzcan
Es por ello por lo que entiende esta Sala que no ha de entrar a examinar tal recurso quedando solo el interpuesto por el Sr. Bienvenido como objeto de esta alzada".": SAP Toledo (Sección 1) 17.09.2013 (Sentencia 200/2013; Rollo 4/2013)

3.3 Falta de legitimación para oponerse a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos un codemandado contra la sentencia estimatoria

Tribunal Supremo

“PRIMERO.- La Administración Concursal de Laboratorios Asociados Nupel S. L. promovió una demanda incidental en la que se ejercitaba acción de rescisión y reintegración de actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor - artículos 71 y 72 de la Ley Concursal - incidente que se tramitó siendo codemandadas la mercantil concursada y Bankia S.A.
El Juzgado de Primera Instancia número Dos de Lugo dictó Sentencia que acuerda: "Estimar la demanda incidental formulada por la Administración Concursal de Laboratorios Asociados Nupel S. L., contra la entidad Laboratorios Asociados Nupel S.L. y la mercantil Caja Madrid (hoy Bankia), con los siguientes pronunciamientos: 1º) Acordar rescindir y dejar sin efecto el pago por importe de 868.060,77 # realizado a favor de Caja de Madrid el 13 de mayo de 2011 por medio de compensación y a cargo de la suma ingresada por el IGAPE - en la cuenta corriente que expresa-. 2º) Condenar a la entidad Caja Madrid a reintegrar a la masa la suma de 868.060,77 # más el interés legal. Con imposición de las costas causadas en este incidente a la demandada Caja Madrid (en la actualidad Bankia S.A.)".
Interpuesto recurso de apelación por Bankia, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección Primera), desestima el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. y confirma la dictada en primera instancia.
Interpuestos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal por Bankia S.A. se personaron como recurridas, tanto la Administración Concursal demandante como la mercantil concursada codemandada "Laboratorios Asociados Nupel S. L."
Por auto de esta Sala se inadmitieron los recursos interpuestos con imposición de costas a la parte recurrente. El objeto del presente recurso se centra en determinar si la condena en costas a la recurrente alcanza a las devengadas por el letrado y procurador de la concursada.
SEGUNDO.- Esta Sala se ha pronunciado sobre esta cuestión en el reciente Auto de veintinueve de octubre de dos mil trece, recurso número 1067/2012, en relación también a un incidente concursal en el que se ejercitaba acción de resolución contractual del artículo 62.2 de la Ley Concursal. Los argumentos de la Sala contenidos en la referida resolución, de aplicación al presente caso, conducen a la estimación del recurso de revisión interpuesto:
El incidente concursal del que dimana el recurso de casación se ha iniciado a instancia de la administración concursal en interés del concurso. Es decir, la legitimación activa para el ejercicio de las acción de reintegración correspondía a la administración concursal. Los administradores del concurso no actuaban pues en interés propio, ni en interés del concursados, sino de la masa activa del concurso, ponderando adecuadamente el beneficio o provecho que para la misma podría generar el ejercicio de la acción.
Es la administración concursal, y no el concursado, la que, en consecuencia, tenía atribuida la legitimación para el ejercicio de la acción, así como su mantenimiento a lo largo del proceso, no solo porque el concursado demandado carece de legitimación para instar la condena de un codemandado (SSTS de 2 de diciembre de 1992 y 21 de marzo de 2000) en cuanto implica una alteración de la relación jurídica constituida por la demanda y contestación a la demanda, sino también porque ello supondría dar facultades de disposición al concursado sobre una acción para cuyo ejercicio no estaba inicialmente legitimado.

El concursado codemandado, siendo la sentencia estimatoria de la demanda, carece de legitimación para oponerse a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por el otro codemandado.
Como consecuencia de ello, deviene inoperante y superflua la intervención del concursado en el presente recurso, por carecer de legitimación para pedir que se mantenga la condena de un codemandado, que es, en definitiva, lo que se pretende con su concurrencia a los recursos extraordinarios. De manera que no puede solicitar la tasación de costas y que se pague por la codemandada, recurrente en casación, a su procurador y letrado. Por lo que procede, en aplicación del art. 243.2 Ley de Enjuiciamiento Civil, estimar el recurso de revisión y revocar el decreto recurrido, en el sentido de declarar partidas no debidas por la recurrente las correspondientes a la actuación procesal de la mercantil Laboratorios Asociados Nupel S. L. lo que determina la estimación de la impugnación formulada por este motivo contra la tasación de costas practicada el veintidós de mayo de dos mil trece.": ATS 11.02.2014 (Recurso 1772/2012)

4. Inoponibilidad por el obligado cambiario de la supuesta rescindibilidad por concurso del endosante

AP Madrid

"La circunstancia de que la endosante de los efectos haya sido declarada en concurso en fecha posterior a los endosos, en nada afecta ni puede afectar a la legitimación activa de "FIDECO INVERSIONES, S.L." para reclamar del librador (que no está en dicha situación) el importe de los pagaré como tenedor legítimo de los efectos. De admitirse la tesis de la parte apelante quebraría la seguridad jurídica del tráfico cambiario, y se privaría de valor de cambio a los títulos valores, pues nadie los aceptaría ante el riesgo de insolvencia sobrevenida de cualquiera de los obligados en vía de regreso.
TERCERO En cuanto al segundo de los motivos de recurso tampoco puede ser estimado. La Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiariay del Cheque, supuso un fortalecimiento de la posición jurídica del acreedor cambiario con correlativa limitación de los medios de defensa del deudor, estableciendo un régimen único de motivos de oposición en suartículo 67. Dicha norma no contempla como posible motivo de oposición del obligado cambiario, el que un endoso efectuado por una entidad, declarada posteriormente en situación de concurso, pueda ser o no perjudicial para la masa activa del concurso y, por tanto, eventualmente rescindible.
Como con acierto señala la sentencia recurrida, tal circunstancia, es ajena por completo a la relación cambiaria que nos ocupa, y "FIDECO INVERSIONES, S.L." carece de acción para esgrimirla frente a la tenedora legítima de los pagarés; serán en su caso la administración concursal o los acreedores en los casos a que se refiere elartículo 72 de la Ley 22/2003 de 9 julio 2003, quienes podrán ejercitar las acciones pertinentes si así lo estiman conveniente, de las que conocerá en todo caso el Juez del concurso.": SAP Madrid (Sección 20) 16.10.2008 (JUR 2009/26303; Sentencia 548/2008; Rollo 364/2007)

"PRIMERO La sociedad de responsabilidad limitada L & N Pinturas y Reformas presentó demanda de juicio cambiario contra la entidad Horizonte 2000 Urbanismo y Vivienda S. L.(en adelante Horizonte 2000) en reclamación de 140.000 euros de principal, que es la parte del pagaré nº 6.120.086-5 8201-4 de 173.233,89 euros que resultó impagado, pagaré, librado contra la cuenta corriente 2100-1902-11-0200082288 de la entidad LA CAIXA, que fue expedido el día 31 de agosto de 2008, con vencimiento el 30 de noviembre de 2008, a favor de la sociedad anónima Constructora Pedralbes, quien lo endoso a favor de la hoy demandante el día 23 de octubre de 2008.
La demandada presentó escrito de oposición al juicio cambiario, alegando que no podía admitirse la reclamación presentada ya que Constructora Pedralbes S.A. presento concurso de acreedores en el mes de octubre de 2008, que fue admitido porauto de 24 de noviembre de 2008 por el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona, por lo que no estaría legitimado el actor(artículo 67.2 de la Ley Cambiaria y del Cheque) por cuanto el endoso en virtud del cual detenta el pagaré deviene nulo de pleno derecho ya que se encuentra claramente dentro del periodo de retroacción del concurso de acreedores, pues como dispone elartículo 71 de la Ley Concursal, serán rescindibles los actos perjudiciales a la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración aunque no hubiese existido intención fraudulenta.
(…) Asimismo invocando elartículo 50 de la Ley Concursal solicitó que se decretara la nulidad de actuaciones.(…)
CUARTO Elartículo 50.1 de la Ley Concursal indica que "los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado"
Ahora bien para conocer de las materias de las que debe conocer el juez del concurso debemos acudir alartículo 8 de la propia ley que regula esta materia, donde veremos que el caso que nos ocupa es totalmente ajeno a la misma, pues solamente se alude a las acciones contra el patrimonio del concursado con trascendencia patrimonial, a toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado, a las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º, a las acciones contra los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad concursada y a las de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores de la sociedad concursada, tendentes a exigir responsabilidad civil por los perjuicios causados al concursado.

Para forzar la competencia del juzgado de lo mercantil nº 6 de Barcelona alude a que se desconoce la fecha del endoso, por lo que debe tomarse como adecuada el momento en que por la hoy demandada se hizo pago a la actora de la suma de 33.233,89 euros a cuenta del total del pagaré, en concreto el día 10 de diciembre de 2008 y que, por ello, se transmitió el pagaré cuando ya se había declarado el concurso(24 de noviembre de 2008). Por si mismo este hecho no altera la competencia aunque si pudiera tener influencia en la validez del endoso, por lo que pasaremos a analizarlo en el siguiente fundamento de derecho.
QUINTO Al tratar de la nulidad del endoso, que ya no se liga con la excepción de la falta de legitimación del tenedor sino que, aunque sin hacer referencia a una de las excepciones reguladas en elartículo 67 de la Ley Cambiaria, le da autonomía plena, introduce nuevos hechos y causas de pedir distintas. Así cuestiona la fecha del endoso, lo que no había realizado durante la primera instancia aceptando la que se derivaba del documento nº 2 aportada con la demanda, invoca la nulidad absoluta del endoso en función delartículo 878 del C. Comercio, pretensión nueva que, además, carece de todo fundamento al tratarse de un precepto derogado y denuncia haberse ignorado elartículo 40 de la Ley Concursal que regula la intervención de la administración concursal en el patrimonio del deudor, alegación también nueva y carente del mínimo sustento, pues no existe prueba alguna de que se endosase el pagaré después de declararse el concurso.
Como no se ha rescindido el negocio en virtud del cual se endosó el pagaré a favor de la parte actora, debemos señalar que el periodo que transcurre entre el endoso del efecto cambiario y el de declaración del concurso no tiene influencia alguna en este procedimiento ni en la legitimación del tenedor del pagaré que es lo que se había alegado sobre esta cuestión en el escrito de oposición al juicio cambiario.": SAP Madrid (Sección 14) 06.04.2011 (JUR 2011/227465; Sentencia 204/2011; Rollo 14/2011)

AP Ciudad Real

"PRIMERO.- Una adecuada resolución del recurso pasa por la necesidad de exponer una serie de consideraciones previas. El pagaré, como la letra de cambio, no nace a la vida jurídica ex novo, sino que surge como consecuencia de unas relaciones contractuales entre firmante/beneficiario o librador/librado, actos jurídicos antecedentes, extracambiarios, denominados contratos básicos o subyacentes, que supone la existencia de un crédito entre el librador del efecto y el obligado a su pago. Estos contratos subyacentes constituyen la causa de la letra o el pagaré. En correspondencia con lo anterior, en el ámbito de las excepciones que pueden ser alegadas por el deudor cambiario para defenderse frente a la pretensión que contra él dirige el tenedor hay que distinguir, según se trate de relación inter partes, cuando, en ausencia de circulación del título (letra o pagaré), la relación se circunscribe a las personas vinculadas por el negocio causal, o cuando, aún en el caso de circulación, quien pretende el pago ha elegido como deudor a la persona de quien adquirió el título, de un lado, o se trate de una relación inter terceros, de otro lado. Sólo en este último caso opera el principio de limitación de excepciones, que hace inoponibles las excepciones extracambiarias o causales a los terceros, siempre que estos reúnan las características de ser verdaderos terceros cambiarios y no dolosos; en el supuesto de relación inter partes rige el principio de la ilimitada oponibilidad de excepciones. Conforme reconocida doctrina científica, el sistema de la Ley Cambiaria parece dar al traste con el sistema del Código de Comercio, resaltando el carácter formal y abstracto de la obligación cambiaria, de lo que se deriva que el pagaré es una promesa de pago abstracta. En esta línea, elartículo 94 LC omite toda referencia al origen o causa del pagaré, obligándose el firmante frente al beneficiario por el simple hecho de la emisión, prescindiéndose de la causa. Sin embargo, este nuevo sistema no se lleva hasta sus últimas consecuencias, desnaturalizándose el carácter abstracto de la obligación por el juego de las excepciones causales, así en virtud de lo establecido en elartículo 67 LCCH, aplicable al pagaré por determinación delartículo 96, el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en su relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas del deudor. El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes: 1ª.- La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma. 2ª.- La falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en esta Ley. 3ª.- La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado. Frente al ejercicio de la acción cambiaria sólo serán admisibles las excepciones enunciadas en este artículo. Como afirma el T.S, es destacable el hecho de que la nueva Ley establece un régimen único de excepciones, oponibles tanto en el juicio ejecutivo como en el ordinario; cuyo enunciado se hace genéricamente y no en la forma detallada y rígida como lo hacía la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior. Ante todo, es preciso distinguir en el régimen legal las excepciones cambiarias, en sentido estricto y las extracambiarias. Las primeras son aquéllas que traen causa de la propia letra (de sus propios vicios, vicisitudes o de las obligaciones asumidas por los firmantes de la misma) y están recogidas en el párrafo 2º de este artículo. Las extracambiarias son las que están fundadas en las relaciones personales que puedan mediar entre el deudor demandado y el tenedor demandante, o entre aquél y el librado o los tenedores anteriores, y aparecen reguladas en el párrafo esgrimido en este artículo y en elartículo 20 de esta Ley. En cuanto a las excepciones cambiarias legalmente admitidas, y concretamente por lo que afecta a la excepción consistente en la extinción del crédito cambiario, si ello es debido a pago anotado en la letra o a prescripción, la excepción puede ser opuesta frente a cualquiera; pero en cuanto al pago o pago por compensación, si la remisión no han sido anotados en el título, solamente puede ser opuesta frente al que recibió el pago acordada la remisión o la novación (STS, 20 noviembre 2003).
La determinación de la legitimación activa en el ámbito del juicio cambiario no ofrece dificulta alguna, por lo que respecta al pagaré, por encontrarse predeterminada en la literalidad del título, habida cuenta que, tratándose de un título esencialmente nominativo, no teniendo cabida en la Ley Cambiaria la emisión de

pagaré al portador, elartículo. 94 de esta Ley impone, como requisito esencial del mismo la expresión del nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar, careciendo de la consideración de pagaré el título que carezca de este requisito(artículo 95 LC). Sólo el titular designado puede ejercer los derechos incorporados al título; así, producida la falta de pago del pagaré a su vencimiento, el beneficiario del título tiene contra el firmante del mismo la acción directa derivada del pagaré para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva, lo previsto en losartículos 58 y 59 de la LC (artículo 49 LC, aplicable al pagaré por determinación delartículo 96 LC). De lo que se desprende que la legitimación activa para el ejercicio de la referida acción directa por falta de pago del pagaré viene legalmente atribuida a la persona que aparece en el título como beneficiaria de la promesa de pago. En hipótesis de circulación del título, caso que nos ocupa, el principio general de la legitimación activa del tercero tenedor del pagaré para el ejercicio de las acciones cambiarias viene establecido en elartículo 19 LC (aplicable al pagaré por determinación delartículo 96 LC), en virtud del cual el tenedor de la letra de cambio se considerará portador legítimo de la misma cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en blanco. La legitimación activa en el pagaré, título a la orden, viene determinada por la ley de circulación del título y se produce por la coincidencia entre quien lo presenta y la persona que en él se designa como titular, que puede ser la que primero se designó o la que ésta o sucesivas poseedoras del título han indicado, debiendo existir en el título una cadena regular de endosos, que puede ser ilimitada. La legitimación para el ejercicio del derecho incorporado al título requiere, no sólo la posesión o tenencia material del título, requisito de legitimación común a todo los títulos valores, sino que se trate de una posesión legítima, justificada por una serie no interrumpida de endosos. Se pone así de manifiesto la función legitimadora que, junto a las otras funciones de transmisión de la letra y de garantía, cumple el endoso, como forma específicamente cambiaria de la circulación del título letra de cambio. Como contrapartida de lo anterior, sólo el pago efectuado a favor de la persona que aparece legitimada según el título tiene eficacia liberadora de la obligación de pago explicitada en el pagaré.
Así las cosas, en el presente caso consta que el título aparece endosado a favor de la Mercantil demandante, la que en virtud del endoso, que será analizado con posterioridad, ha adquirido el derecho autónomo incorporado al título, siendo la persona legitimada para ser destinataria de la promesa incondicionada de pago comprendida en el pagaré en virtud de la escritura de 29 de abril de 2008 de novación de obligaciones.
En este sentido, basta comprobar el dorso de los pagarés para constatar que se efectuó un endoso en blanco, previsto en elartículo 16 de la Ley Cambiaria y del Cheque, pues consiste "simplemente en la firma del endosante ", estando escrito al dorso del efecto, único requisito que exige el citado precepto para su validez, pues, como se deduce de las disposiciones contenidas en losartículos 17 y 18 de la citada Ley, el endosatario, en tal caso, ostenta los mismos derechos que cualquier otro que lo haya recibido completo.
Así pues, el demandante inicial ha de ser tratado en este proceso como verdadero acreedor cambiario.
SEGUNDO La Juzgadora de Instancia entiende que no se ha cumplido las formalidades necesarias del titulo cambiaria conforme a la Ley Cambiaria y del Cheque, al entender que se presentó para su cobro por el antiguo tenedor del endoso y no por el demandante, entendemos que en este caso nada de ello se ha acreditado, de hecho en al menos uno de los pagarés figura la firma de la administradora única de la entidad demandante, pero en modo alguno se ha acreditado que quien lo presentó fue quien lo endoso con anterioridad a la fecha del vencimiento, siendo presentado al cobro por ventanilla a la fecha de su vencimiento, sin que resulte acreditado por otros medios que no fue así. La demandada opuesta, no ha articulado prueba alguna tendente a acreditar, frente a todo lo expuesto, que el pagaré en cuestión, fue presentada al cobro por el endosante, es más al tratarse de un endonso en blanco como se puede observar tras examen de los dos pagarés, el tenedor del mismo es e legítimo acreedor cambiario, por lo vista la documental y examinado los propios efectos no procede sino estimar este motivo de apelación.
TERCERO La Juzgadora de instancia declarar la ineficacia de los endosos, basándose para ello en que, la entidad endosante, endosó los pagarés reclamados, dos meses antes de que aquella fuese declarada en concurso, al considerar que las disposiciones patrimoniables efectuadas por la Sociedad Antonio García Fernández eran fraudulentas conforme a al Ley Concursal.
Es cierto que la Ley Concursal prevé la reintegración de determinados activos cuando existen relaciones entre personas que podría ser calificadas como especialmente relacionadas con el concursado. A dicha conclusión se podría llegar dado que los representantes legales de cada una de las empresas endosante y endosataria son matrimonio. Ahora bien esta determinación de personas especialmente relacionadas con el concursado, no implica de forma automática que tales disposiciones patrimoniales efectuadas resulte ineficaces, sino que por el contrario hemos de acudir a su regulación contenida en elArt. 71.1 y 72 de la Ley Concursal, en este último determina a quien corresponde la legitimación pare el ejercicio de la acción de reintegración, así como contra quien se ha de efectuar, para finalizar que tales acciones rescisorias y demás impugnaciones se tramitaran por el cauce del incidente concursal. En congruencia con ello, la administración concursal está legitimada para el ejercicio de la acción de reintegración, así como cualquier acreedor en los dos meses siguientes de haber realizado el requerimiento a los administradores concursales, pero ello a través del incidente concursal. No como se pretende en el juicio cambiario, donde las excepciones oponibles son tasadas y limitadas y más como en el caso que nos ocupa donde se endosó en blanco.”: SAP Ciudad Real 11.02.2011 (JUR 2011/145890; Sentencia 43/2011; Rollo 221/2010)

AP Valencia

“PRIMERO.- Este procedimiento se inició por la demanda de juicio cambiario en base a tres pagares números: 9.931,501, 9.931.502 y 9931,503; con un importe total de 20.547,12 #. Opuesto el demandado

alegando la falta de legitimación activa del demandante, y tramitado el incidente, se dictó Sentencia en la que se desestimó la oposición, al concluir la Juez a quo que la legitimación activa de la demandada deviene de ser la legitima tenedora de los efectos, según la ininterrumpida cadena de endosos. Ante esta resolución, por la representación de la parte demandada se formuló recurso de apelación, alegando en síntesis: la sentencia considera a Sun Ventilación S.A. un tercero en el presente procedimiento obviando que el administrador de ésta es el mismo que el del Cadienvas S.L, se ha acreditado que cuanto se produjo el endoso ya se tenía conocimiento del procedimiento concursal, así debe presumirse que el endoso se realizó con el fin de perjudicar a los acreedores de la mercantil, por lo que resulta erroneo la conclusión de la Juzgadora, la seguridad del trafico jurídico se está quebrando el administrador de esas mercantiles, debiendo quedar fuera del ámbito tuitivo del derecho cambiario aquellas formas de circulación que se produzcan en el interés exclusivo del tradens, el demandado en todo caso ha seguido las instrucciones del administrador concursal.
SEGUNDO.- Este recurso no puede prosperar en tanto que el endoso, es la forma de transmisión de los derechos contenidos en el pagare (artículos 14 y 16 LCCH), confiriéndole al tenedor la condición de portador legitimo de aquél (artículo 19 de la LCCH), por lo que mientras éste no quede sin efecto y en virtud de su vigencia el demandante ostentará la legitimación activa que le otorga la tenencia de los pagares. Sobre las causas de oposición en el juicio cambiario el articulo 824 de la LEC remite al articulo 67 de la LCCH, que es aplicable al pagare en virtud de la remisión del artículo 96; en este ámbito, aunque el recurrente hace referencia a una serie de cuestiones centradas en la identidad del administrador de las empresas que transmiten por endoso el pagare y en la situación concursal de la empresa Cadienvas, S.L.; a juicio de la Sala, esas consideraciones no tienen la transcendencia que les dio el recurente, si se tiene en consideración que aunque la declaración del concurso necesario fue de 14 de octubre de 2011 (folios 38 a 44), no consta en el procedimiento ninguna actuación, en el ámbito del concurso, tendente a anular el endoso o a proceder a la retrocesión de los pagares, si como sostiene el recurrente aquél se efectuó en pejuicio de los acreedores. Entiende la Sala que toda la oposición del recurrente, en base a la falta de legitimación activa, carece de la eficacia pretendida en la media que el endoso es valido y por tanto transmitió al actor los derechos contenidos en los tres pagares.
Por ultimo, la comunicación del administrador concursal (folios 36 y 37) de fecha de 30 de noviembre de 2011, en la medida que se circunscribe a los pagos a la empresa Cadienvas, S.L., y no a los que nacen frente a la actora, no afecta a la acción cambiaria ejecutada; sin perjuicio, de la comunicación que en su día debió hacer la demandada sobre los pagares y la actuación que emprendiese respecto a estos la administradora concursal.": SAP Valencia (Sección 11) 16.05.2013 (Sentencia 227/2013; Rollo 905/2012)

Art. 72.2 Legitimación activa para impugnación de acuerdos de refinanciación

[Nuevo apartado 72.2 introducido por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011), renumerádose los iniciales 72.2 y 72.3 a 72.3 y 72.4. En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación en los concursos en tramitación, para el ejercicio de las acciones que no hubiesen sido objeto de previo requerimiento en los términos del artículo 71.1 de la Ley Concursal. (Disposición transitoria tercera, 2, Ley 38/2011)]

[Nueva redacción del apartado 72.2, con los cambios que se señalan, por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE 08.03.2014)
Entrada en vigor: el 09.03.2014 (RDL 4/2014, Disposición final undécima. Entrada en vigor, "Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»", publicándose el fecha 08.03.2014).
Régimen transitorio: "En los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de este real decreto-ley se estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la Ley Concursal, resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor, si el deudor ya hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, en la redacción dada por el presente real decreto-ley. (RDL 4/2014, Disposición transitoria única. Régimen transitorio)]

La Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE 1.10.2014), en su Artículo Unico, quince, reitera la redacción introducida por RDL 4/2014, con la única salvedad de la mayúscula que se señala en rojo.
Entrada en vigor: 2.10.2014 ("La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado", Disposición final Undécima)]
Disposición transitoria: "En los acuerdos de refinanciación que, a la entrada en vigor de esta Ley se estén negociando al amparo del artículo 71.6 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, resultará de aplicación el régimen anterior a dicha entrada en vigor si el deudor ya hubiera solicitado del registrador mercantil la designación de un experto independiente, salvo que las partes opten expresamente en el acuerdo de refinanciación por la aplicación del régimen contenido en el artículo 71 bis.1, en la redacción dada por la presente Ley." (Disposición transitoria primera. Régimen transitorio)

2. Sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo ~~71.6.~~ 71 bis. La acción rescisoria solo podrá

fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento. Para el ejercicio de estas acciones no será de aplicación la legitimación subsidiaria prevista en el apartado anterior

JM-1 Jaén

"TERCERO.- Procediendo al análisis de los diferentes requisitos, conforme a las alegaciones contenidas en la demanda, lo primero que ha de advertirse es que se trata de una pretensión que deduce la administración concursal y que sólo ella puede deducir. La posición de los demandados, de todos los demandados, es oponerse o allanarse, sin que puedan deducir nuevos argumentos en apoyo de las tesis de la actora pues ni su posición procesal se lo permite, ni estarían en ningún caso legitimados para pretender la rescisión al estar limitada a la administración concursal. Por lo tanto, no se van a analizar más argumentación de "ataque", ni por supuesto pretensión de condena, diferente a la instada por laadministración concursal": SJM-1 Jaén 07.12.2012 (Sentencia 206/2012; Incidente 558/2011)

~~2.~~ 3. Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral.

[Inicial art 72.2 renumerado a 72.3 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011), que introduce un nuevo apartado 72.2
En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 72.3 Legitimación pasiva

1.1 Litisconsorcio pasivo necesario

Tribunal Supremo

"TERCERO.- Estimación del recurso extraordinario por infracción procesal. El preceptivo emplazamiento al Banco.
1. Con carácter general, la Ley de Enjuiciamiento Civil en el art. 5.2 prescribe que las pretensiones de la demanda se formulen ante el Tribunal competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida. Y el art. 12.2 LEC señala que, cuando el objeto del juicio deba hacerse valer frente a varios sujetos conjuntamente, todos ellos habrán de ser demandados.
Específicamente, en el marco concursal, el art. 72.2 LC (actualmente renumerado con el apartado 3) establece que: "las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral".
En la demanda, la administración concursal describe tres operaciones concertadas entre el Banco de Santander y el nuevo titular de la finca cuya reintegración a la masa se pretende, realizadas con posterioridad a su transmisión, y pide la cancelación de las mismas como consecuencia de la rescisión de la compraventa. Es claro que la demanda debió dirigirse también frente al Banco de Santander, titular de los gravámenes que se pretenden cancelar como consecuencia de la rescisión de la compraventa.
Al no haberse demandado de forma expresa al Banco, se está infringiendo directamente el art. 72.2 LC.
2. Se trata de dar la oportunidad al Banco de Santander, como parte demandada, para que pueda demostrar que las tres operaciones realizadas en septiembre de 2009, descritas minuciosamente por la administración concursal en la demanda rectora, no han ocasionado perjuicio a la masa activa, o que, habiéndolo ocasionado, es un tercero hipotecario de buena fe protegido por el art. 34 LH, y todo ello con la finalidad de poder determinar el alcance de los efectos de la sentencia rescisoria (art. 73.2 LC).
Al no tener el Banco esta oportunidad, porque la demandada no se dirigió contra él, como era preceptivo, hay que declarar la nulidad de la sentencia y retrotraer las actuaciones, hasta su emplazamiento, para que conteste la demanda.": STS 15.09.2015 (Sentencia 495/2015; Recurso 2244/2013)

AP Alava

"PRIMERO.- Sobre la relación jurídico procesal.
Los numerosos motivos del recurso de apelación deben ser reordenados, porque se mezclan los procesales con los de fondo, y los primeros tienen prioridad ya que impedirían, de apreciarse, entrar en el fondo de la cuestión. Por lo tanto debe abordarse en primer lugar la denuncia de que la relación jurídico procesal no se constituyó correctamente a la vista de la redacción original del art. 72.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), vigente al tiempo de presentarse la demanda, actual art. 72.3 LC.

Es característico del sistema de reintegración concursal derivado de la citada norma que su rescincibilidad. Lo que los arts. 71 y ss LC disponen es que la masa activa puede nutrirse con la incorporación de aquéllos activos que hubieran salido del patrimonio del deudor dentro de los años anteriores a la declaración de concurso, aunque no medie vinculación alguna entre el acto que se impugna y la insolvencia causada, siempre que aquél resulte objetivamente perjudicial para la masa activa.
Dichos actos se realizaron por el deudor que ahora se encuentra declarado en concurso, junto con terceros que intervinieron en los mismos, provocando (incluso sin intención alguna) el perjuicio a la masa activa. Cono la acción rescisoria que se ejercita pretende dejar sin efecto tales actos, la administración concursal interesada o los acreedores subsidiariamente legitimados, deben llamar al procedimiento a la propia deudora concursada y a quienes con ella contrataron. Así se desprende rotundamente de la redacción originaria del art. 72.2 LC cuando disponía, igual que el vigente art. 72.3 LC, que "las demandas de rescisión deberán ser dirigidas contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado".
Nos encontramos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario previsto en los arts. 416.1.3º y 420.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), aplicable supletoriamente conforme a la DF 5ª LC, pues no puede prosperar la rescisión de un acto en el que no sean demandados quienes intervinieron en el mismo (art. 12.2 LEC), ya que supondría ocasionarles indefensión, al dejarlo sin efecto vulnerando el derecho de defensa de quienes participaron en el mismo. Así lo dispone la jurisprudencia que recogen, por ejemplo, las STS de 1 de marzo de 2011, ROJ STS 2012/2011, y 11 de mayo de 2011, ROJ STS 2908/2011, que entienden concurre esta figura cuando se genera un nexo común derivado de la comunidad de riesgo procesal, dicho nexo es inescindible, homogéneo y paritario y el ausente no ha mostrado su aquiescencia al demandante. Tal nexo se ha dispuesto en el art. 72 LC y no cabe escindirlo puesto que no solo la norma lo exige, sino que no podría rescindirse el acto sin que sus protagonistas tuvieran la oportunidad procesal de discutir en el incidente la procedencia de la pretensión.
Aunque en la sentencia impugnada no se explicitan los actos que se rescinden, sino que se opera por remisión a la demanda de la administración concursal, y al margen de la forma en que ésta se ha elaborado sobre lo que luego habrá que volver, lo cierto es que en el procedimiento no están llamados empresas como Movistar, Viajes Araba, algún restaurante, Halcón Viajes y otros numerosos proveedores cuyos actos con la concursada parece que, con esta técnica remisiva que tanta inseguridad jurídica ocasiona, habrían sido rescindidos.
La excepción de falta del debido litisconsorcio pasivo necesario debe por ello ser estimada, aunque no se opusiera en la contestación a la demanda en la instancia, pues puede ser apreciada de oficio en apelación, ya que la jurisprudencia lo admite incluso en casación (STS 30 abril 2008, ROJ STS 1713/2008, 21 diciembre 2010, ROJ STS 6947/2010). El motivo será estimado lo que supone la revocació del pronunciamiento rescisorio de actos por remisión a la demanda de la administración concursal por contratación entre deudora concursada y terceros no llamados al procedimiento incidental. (...)
TERCERO.- Sobre los pagos a los administradores sociales
Como la sentencia no expresa qué acto haya de rescindido sino que se remite a la demanda de la administración concursal, hay que analizar en ésta el apartado primero, que reclama la rescisión por el pago de la concursada de salarios, cuotas de autónomos a la Seguridad Social, planes de pensiones, seguros médicos profesionales, servicios profesionales a Hipoglass S.L. y retribuciones en especie.
De nuevo se aprecia en la solicitud de la demanda falta de concreción respecto de los actos cuya rescisión se solicita. Para delimitarlos, habrá que señalar que si la deudora abonó a la Seguridad Social cuotas de autónomos o planes de pensiones, o a Sanitas servicios médicos profesionales, debería traerse al procedimiento a quien percibió esos pagos, lo que no ha sucedido. No es posible utilizar la técnica de la rescisión concursal sin llamar al procedimiento a quienes realizaron los actos supuestamente perjudiciales, como se ha expresado en el primer ordinal de esta sentencia, por lo que no es posible estimar la demanda al no haberse constituido correctamente la relación jurídico-procesal.": SAP Alava (Sección 1) 17.11.2011 (Rollo 127/2011)

AP Córdoba

"PRIMERO.-Debe aclararse con carácter previo que el presente caso tiene gran similitud con el resuelto en la sentencia de esta misma Sección de 9 de abril pasado (Rollo de Apelación nº 99/13), referida a otra acción de reintegración ejercitada en el mismo concurso de acreedores, de la compañía mercantil "Hierros Pefran, S.L."; por lo que parte de las conclusiones expresadas en dicha resolución serán trasladables en buena medida a este caso. En el cual, la administración concursal formuló demanda de reintegración de la masa alegando resumidamente que, estando la concursada en fase preconcursal, al amparo del antiguo artículo 5.3 de la Ley Concursal, recibió en una cuenta que tenía con la entidad demandada, "Banco Popular, S.A.", asociada a un préstamo, un ingreso de 158.000 #, que el Banco traspasó a otra cuenta corriente, aplicándolos a la amortización del préstamo. Entendiendo la administración concursal que, al no estar resuelto el contrato de préstamo, su amortización anticipada perjudica al resto de los acreedores. A su vez, la concursada y la entidad bancaria prestamista se opusieron a dicha pretensión alegando que "Hierros Pefran, S.L." tenía dos operaciones con el Banco: una póliza de préstamo, por importe de 140.000 #, y una póliza de crédito, por importe de 120.000 #; afianzadas ambas personalmente por Martin y Tamara; y llegado el vencimiento de la póliza de crédito, la misma no fue atendida, presentando un saldo deudor de 120.655,71 #, que con los intereses moratorios corrientes alcanzó un montante de 138.000 #; momento en el cual los fiadores solidarios solicitaron la refinanciación de la deuda, a lo que el Banco accedió mediante la apertura de una nueva póliza a nombre de "Prefabricados del Genil, S.A.", por importe de 158.000 # figurando como fiadores solidarios los mismos Sres. Martin y Tamara y otros dos que se incorporaron a la operación, Virgilio y Crescencia; y con el importe de esta segunda póliza se regularizaron

las dos operaciones de "Hierros Pefran, S.L.", hasta el punto que el Banco ni siquiera ha comunicado crédito alguno en el concurso, al no considerarse acreedor de la concursada.
SEGUNDO.-Pues bien, examinando la documentación obrante en autos, podría coincidirse con los demandados en que no consta que se realizara la operación que se describe en la demanda con la intención de cancelar la póliza en perjuicio de otros acreedores, sino que lo que se deduciría de dicha prueba documental es que se produjo una operación de refinanciación de deudas de la concursada y que los fondos con los que se abonaron las deudas de la concursada no provenían de su acervo patrimonial, es decir de su masa activa (que es la que sería reintegrable), sino del peculio de terceros, en concreto de sus fiadores, para evitar ser ejecutados a virtud de su responsabilidad solidaria (artículo 1.831-2º del Código Civil). Sin embargo, tampoco se trata exactamente del pago hecho por un tercero ajeno al concurso, pues si bien dicho pago es, en principio, legítimo, tal tercero puede realmente no serlo, en tanto que ha comunicado un crédito por el mismo importe en el concurso y pudiera ser persona especialmente relacionada con la deudora. Por estas razones, como ya apuntábamos en la citada sentencia de 9 de abril de 2013 (aunque en la misma no teníamos estos datos), cuando el pagador pudiera ser persona especialmente relacionada con la deudora, en los términos del artículo 93 de la propia Ley Concursal y hubiera comunicado un crédito correlativo en el concurso, sería procedente su inclusión en el incidente de reintegración, conforme al artículo 72.3 de la Ley Concursal, puesto que al impugnarse la cancelación de la deuda indirectamente se está impugnando el pago realizado por el tercero que se aplicó a dicha cancelación.
TERCERO.-Lo expuesto en el fundamento anterior nos lleva a considerar que era procedente la alegación de litisconsorcio pasivo necesario alegada por la concursada y desestimada por auto de 3 de septiembre de 2012, por lo que, aunque no se haya reproducido en el recurso de apelación, tratándose de cuestión procesal apreciable de oficio, puede estimarse en esta alzada, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice: "cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa". Salvo algunos casos en que el litisconsorcio viene impuesto legalmente (verbigracia, las tercerías de dominio), lo más habitual es que el litisconsorcio provenga de la relación de derecho material que se va a dirimir en el proceso, que es a lo que se refiere el precepto transcrito cuando habla de lo que sea objeto del juicio. En estos casos, el fundamento del litisconsorcio necesario hay que buscarlo en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico materiales respecto de las cuales, independientemente del cual haya de ser el contenido de la sentencia estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerse frente a varias personas. Y en el supuesto que nos ocupa, dado que se trata de operaciones financieras interrelacionadas y puede ser que el deudor y el tercero que hace el pago -que, a su vez, se proclama acreedor de la concursada- tengan alguno de los vínculos a que se refiere el artículo 93 de la Ley Concursal, se aprecia dicha situación litisconsorcial. Por ello, como quiera que la falta de litisconsorcio puede ponerse de manifiesto por la partes, mediante la correspondiente excepción procesal (artículos 416.3 º, 420 y 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o ser apreciada de oficio por el juez o tribunal que entienda de la causa (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1991, 4 de febrero de 1993, 16 de julio de 1997 y 9 de julio de 2004), puesto que es materia de orden público examinar si la relación jurídico-procesal está bien constituida, debe hacerse en esta segunda instancia dicha apreciación de oficio; declarando la nulidad de lo actuado desde el mencionado auto de 3 de septiembre de 2012, a fin de que se emplace como parte demandada, no sólo al "Banco Popular, S.A." y a "Hierros Pefran, S.L.", sino también a "Prefabricados del Genil, S.L.", por cuanto la sentencia que recaiga en el incidente puede afectarle directamente.": SAP Córdoba (Sección 3) 29.07.2013 (Sentencia 132/2013; Rollo 207/2013)

AP Murcia

"PRIMERO.- En el concurso de la mercantil Cristalerías Corbalán, S. L., que se seguía ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia con el número 433/09, la Administración Concursal plantea demanda de reintegración de la masa activa contra la concursada y contra la mercantil Guardián Glass España. Central Vidriera, S. L. (en adelante Guardian) con la finalidad de que se acuerde la rescisión de todos los acuerdos recogidos en escritura pública de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca y la rescisión de la garantía hipotecaria prestada por Cristalerías Corbalán, S. L., carga que debía ser cancelada en el registro, reconociéndose a la mercantil hipotecante (Guardian) un crédito con privilegio especial de 662.630 #, uno ordinario de 1.998.684#30 # y otro subordinado de 236.441 #.
La concursada se allana, en tanto que la otra demandada (Guardian) se opone, invocando en primer lugar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y, en cuanto al fondo, inexistencia de perjuicio en la operación realizada (se trataba de una operación de refinanciación que benefició a la empresa y le permitió sortear durante casi dos años la situación de concurso).
La mercantil Cristalerías Corbalán, S. L, es la empresa matriz de un grupo de sociedades (Cristalerías el Cid, S. L., Cristalerías Corbalán Valencia, S. L., Cristalerías San Luis, S. L., Cristalerías Felanitx, S. L., Glassmur, S. L., y Biselados Albacete, S. L.) de las que todas, menos la última también están declaradas en situación de concurso y donde sus Administraciones Concursales han planteado igual demanda contra las concursadas y contra Guardian para obtener los mismos pronunciamientos que en el incidente contra la empresa matriz, concretados a cuantías diferentes en cuanto a los créditos a reconocer a la hipotecante.
A la hora de resolver los incidentes, se han acumulado todos ellos, celebrándose la vista conjuntamente, y se ha dictado sentencia por la que se desestima la demanda, sin costas, al apreciar la falta de

litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a la mercantil Biselados Albacete, S. L., que fue parte en el negocio jurídico impugnado y por tanto le afectarían los pronunciamientos solicitados.
Contra tales pronunciamientos plantean recurso de apelación los administradores concursales de las seis mercantiles en situación de concurso, entendiendo que no concurren los presupuestos de la excepción procesal admitida, pues el pronunciamiento que se pide no afecta de manera directa a la mercantil que no está en situación de concurso, respecto de la que no se solicita la rescisión de los acuerdos recogidos en la escritura pública, aparte de que esa empresa pertenece al grupo Corbalán y está dominada el 100 % por la matriz (Cristalerías Corbalán, S. L.), teniendo ambas el mismo administrador, y se ha allanado a la demanda. En cualquier caso entiende que la Juzgadora no debía haber desestimado la demanda sino que debió retrotraer las actuaciones o decretar la nulidad de la vista, llamando a Biselados Albacete, al ser posible la subsanación del defecto (art. 420.3 LEC). En cuanto al fondo, entiende que procede la acción de reintegración ejercitada, por existir un perjuicio claro para el resto de acreedores. Por todo ello pide la revocación de la sentencia y el dictado de otra que estime sus demandas incidentales, con condena en costas.
Al recurso se ha opuesto la demandada, Guardian, defendiendo la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandada Biselados Albacete, S. L., negando la aplicación del art. 420.3 al presente caso (sólo está prevista para el procedimiento ordinario) y, en cuanto al fondo, sostiene que la operación combatida no fue perjudicial, sino beneficiosa para las concursadas (se pactó calendario de pagos, se le concede un préstamo y se le mejoran las condiciones de pago con un generoso crédito por suministros, por lo que en ningún caso puede prosperar la demanda, solicitando la íntegra confirmación de la sentencia apelada, con costas.
SEGUNDO.- Sostiene la apelante que no concurre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, en primer lugar porque la mercantil que no ha sido traída al proceso, Biselados Albacete, S. L., no resulta afectada por el pronunciamiento que se pide en la demanda, en la que no se interesa las rescisión de los acuerdos por ella alcanzados con la demandada porque, al no estar en situación concursal, deben seguir vigentes, y como prueba de ello señala que la propia demandada (Guardian) así lo sostiene al contestar a la demanda.
Es cierto que dicha demandada, pese a plantear inicialmente la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por la no presencia en el procedimiento del resto de sociedades del mismo grupo empresarial, haciendo referencia a que no se ha demandado a "las seis sociedades restantes" (folio 83), luego (folio 89) afirma que la rescisión que interesa "nunca podría afectar a aquellas sociedades firmantes de la misma que no se encuentren en situación de concurso", y menciona que cree que Biselados Albacete, S. L., no está en dicha situación, concluyendo que en dicho caso "el art. 71 de la Ley Concursal no podría afectarle, por lo que sus obligaciones en relación con dicha escritura pública seguirían siendo plenamente válidas y vigentes", añadiendo que Biselados Albacete, S. L., "seguiría respondiendo de la deuda frente a mi mandante".
Ahora bien, como con acierto indica la sentencia de la primera instancia, ello no es sino una contradicción de la demandada, pues al plantear la excepción se mencionan los arts. 12.2 LEC y 72.2 LC, en los que se exige que la acción de reintegración se dirija "contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado", no contra los que están en situación concursal, y Biselados Albacete, S. L., ha intervenido en dicho negocio jurídico, por lo que los pronunciamientos que se dicten sobre su rescisión necesariamente le afectarán, de ahí que deba ser demandada.
No estamos ante un tercero al que el resultado del pleito le pueda afectar de forma indirecta, refleja, mediata o prejudicial por simple conexión, sino ante uno de los intervinientes en dicha escritura pública, y no debe perderse de vista que la demanda lo que está pidiendo es la rescisión de " todos los acuerdos recogidos en la escritura pública". La propia jurisprudencia mencionada por la parte apelante evidencia la distinción entre un tercero y un interviniente en el negocio jurídico, para circunscribir la excepción procesal a estos últimos, y no puede negarse que Biselados Albacete, S. L., intervino en la relación contractual que se pretende dejar sin efecto.
También se trata de atacar la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la pertenencia de Biselados Albacete al mismo grupo empresarial que el resto, y a tener el mismo administrador que la empresa matriz, la cual se ha allanado a la demanda planteada, pero ello no implica una confusión de personalidad jurídica, cada mercantil conserva la propia y no puede eludirse la necesidad de llamar a todos los afectados por la sentencia que pueda dictarse.
En conclusión, concurre en el presente caso la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido traída al procedimiento la entidad Biselados Albacete, S. L.
TERCERO.- La apelante, aunque no lo recoge expresamente en el suplico de su recurso, plantea la incorrecta actuación del Juzgado al haber resuelto la comentada excepción en sentencia, desestimando la demanda y evitando entrar en el fondo del procedimiento, cuando debía haber actuado permitiendo la subsanación del defecto, mencionando la STS de 17 de abril de 2012 que, sobre la base del art. 420.3 LEC, ordena retrotraer las actuaciones para permitir que se dirija la demanda contra la parte que debía haber sido demandada.
Sostiene la parte apelada que ello no es posible porque el comentado precepto y sentencia se refieren al procedimiento ordinario, y en el presente caso estamos ante un incidente concursal, en el que no existe el trámite de la audiencia previa.
Es cierto que en el incidente concursal no existía, a la fecha de la tramitación de este incidente, un trámite equivalente a la audiencia previa (hoy, tras la reforma por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, cuando en la demanda o contestación se plantean cuestiones procesales, el Juez debe resolverlas conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario), pero ello no es obstáculo alguno para dar un plazo de subsanación del defecto, porque en la legislación anterior había una remisión a los trámites del juicio verbal

para la celebración de la vista, cuando era procedente, y el art. 443.2 y 3 LEC preveía que, en el caso de que el demandado hubiera planteado cuestiones que pudieran obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, se oyera al demandante sobre tal cuestión procesal y se procediera a su resolución previa antes de seguir adelante con el procedimiento.
En este sentido esta misma Sala ya se ha pronunciado con anterioridad, en el auto de fecha 6 de noviembre de 2012 (Rollo de Sala 642/12), donde al haberse planteado en la contestación de un incidente concursal la falta de litisconsorcio pasivo necesario, la Juzgadora, conforme a los arts. 194 LC y 420 y 443 LEC, debió oír en la vista a las partes sobre tal cuestión y resolver al respecto, concediendo a la actora un plazo para la integración voluntaria de la litis, lo que el Juzgado no hizo, continuando el juicio y dictando sentencia donde apreció dicha excepción procesal, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo.
Entendía el auto de esta Sala que tal actuación suponía la infracción de los preceptos comentados y había causado indefensión a la actora, por lo que decretó la nulidad de actuaciones practicadas en el desarrollo de la vista del incidente concursal, retrotrayendo las mismas a dicho momento para que se subsanara tal defecto.
En la citada resolución se mencionaba la STC de 10 de junio de 1987 y del TS de 14 de marzo de 2003 donde se fijaban los cánones para apreciar la indefensión sufrida por la actora, así como se señalaba el principio que inspiraba tal legislación (al que califica de "una exigencia racional y constitucional de la efectividad de la tutela judicial efectiva") recogido el epígrafe XII de la Exposición de Motivos de la LEC en el que se indica la necesidad de resolver anticipadamente "...las eventuales cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, de modo que se eviten al máximo las sentencias que no entren en el fondo del asunto litigioso y cualquier otro tipo de resolución que ponga fin al proceso sin resolver sobre su objeto".
Procede, por todo ello, estimar este motivo de recurso y declarar la nulidad de lo actuado a partir del inicio de la audiencia previa y reponer las actuaciones a tal momento, aunque dando ya por resuelto el tema de falta de litisconsorcio pasivo necesario, dando a la actora un plazo para demandar a Biselados Albacete, S. L., continuando luego el procedimiento por sus trámites.“. SAP Murcia (Sección 4) 28.02.2013 (Sentencia 132/2013; Rollo 1075/2012)

AP Oviedo

“El motivo de apelación planteado en tales términos no puede sin embargo prosperar. Hemos de partir en el ámbito que nos ocupa que la integración del lado pasivo del proceso de reintegración concursal aparece legalmente configurada en elart. 72-2 L.C. cuando dispone que "las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado", estableciendo así lo que la doctrina ha denominado como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario propio, pues es la norma la que impone la necesidad de extender la demanda frente a varios sujetos. Pues bien, en el caso presente el negocio jurídico que se reintegra viene constituido por la compraventa en la que la transmisión de la finca encuentra como contraprestación la subrogación por parte de la compradora en el importe que mantenía hasta ese momento el principal del préstamo garantizado con garantía hipotecaria que pesaba sobre la finca, sin novación en cuanto a la forma y plazos de aquel préstamo hipotecario. Por el contrario, los fiadores cuya traída al pleito aquí se reclama se constituyen como tales para garantizar personalmente el nuevo préstamo que la entidad bancaria concede al comprador mediante una nueva ampliación de aquél en el que ya se había subrogado, de manera tal que el banco pasa así a ver reforzado su derecho de crédito no solo con la garantía hipotecaria que pesaba sobre la finca sino además con la nueva garantía personal que supone la presencia de los fiadores. Estamos por tanto en presencia de un negocio jurídico, el de la constitución de la fianza personal, que aparece totalmente desconectado y que goza de total autonomía respecto de que aquél cuya rescisión se pretende, de lo que se deriva que la llamada a la litis de los fiadores no solo resulta innecesaria sino improcedente ante la ausencia de cualquier vinculación material entre aquellos y la operación que nos ocupa. No cabe argüir en contra de tal conclución los posibles perjuicios que la eventual rescisión de esta operación podría deparar para su situación al ver empeorados los términos en los que su día se obligaron, pues habremos de recordar en este punto que en el ámbito de las acciones personales, y no reales, como la que nos ocupa, únicamente deberán ser demandados quienes fueron parte en el contrato (SSTS 27-10-98 (RJ 1998, 8256),8-7-99 (RJ 1999, 4989), etc.), sin que deban ser llamados terceras personas ajenas al negocio jurídico en discusión, pues conforme el principio de la eficacia relativa de los contratos consagrado en elart. 1257 C.Civil éstos tienen limitados sus efectos a las partes contratantes y a sus herederos. Debe además recordarse que, como también tiene declarado la jurisprudencia en el ámbito específico de las acciones rescisorias, "no justifican el acogimiento de la excepción de falta del debido litisconsorcio pasivo los efectos indirectos o reflejos que produzca la sentencia que resuelva el litigio, respecto de las relaciones jurídicas que alguno de quienes han sido parte en él mantengan con terceros" (STS 12 marzo 2007 (RJ 2007, 2578)”: SAP Oviedo (Sección 1) 03.03.2011; Sentencia 116/2011; Rollo 223/2010).

AP Valencia

“SEGUNDO.- En lo que a la cuestión objeto del presente recurso de apelación afecta, la Administración Concursal ejercitaba la acción rescisoria de los artículos 71 a 73 LC en relación a dos concretos negocios jurídicos. El primero, consistente en la escritura pública de fecha 28 de noviembre, de novación de un préstamo hipotecario que había sido otorgado en fecha 10 de julio de 2008: según resulta de ambas escrituras públicas, obrantes a los folios 92 y ss y 50 y ss, intervienen como parte prestamista la entidad BANKIA SA y como prestatario la entidad SOGESMED; pero además intervienen en dicho negocio jurídico como hipotecante no deudor la mercantil GAMO COMEX SL, y Augusto, Pilar y MASÍA DE SAN JOSE SL como fiadores personales.

El segundo negocio jurídico al que viene referido la acción rescisoria viene constituido por un préstamo con garantía hipotecaria otorgado en fecha 30 de diciembre de 2009 (f. 136 y ss), en el que, igualmente, interviene como prestamista la entidad BANKIA SA y como prestataria SOGESMED. En este caso, también intervienen en la escritura pública las entidades GAMO COMEX SL, MASIA DE SAN JOSÉ SL y los Sres. Augusto y Pilar, todos ellos en calidad de hipotecantes no deudores.
No obstante la relación de intervinientes que se da en las escrituras públicas referenciadas, la Administración Concursal dirigió la demanda solamente contra la mercantil concursada, MASIA DE SAN JOSÉ SL, contra la prestataria SOGESMED y contra BANKIA, sin dar lugar a la intervención como parte demandada del resto de los intervinientes en ambos negocios jurídicos, circunstancia procesal que claramente contraviene el tenor del artículo 72.3 de la LC, conforme al cual " *Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado".*
El tenor literal de dicho precepto resulta claro y lógico en su redacción, porque si lo que se pretende es dejar sin efecto un negocio jurídico, necesariamente habrán de ser parte en el procedimiento quienes fueron parte en dicho negocio. A propósito de dicho artículo la SAP de Barcelona de fecha 2 de mayo de 2006 señala: " *Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil, el litisconsorcio pasivo necesario constituía una figura de creación jurisprudencial, que respondía a la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa con el fin de evitar, por un lado, que pudieran resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias. Se pretendía evitar que a las personas que no habían sido parte en el proceso les alcanzaran los efectos que podían derivarse de la sentencia que se dictara en el mismo. Se preservaba así el principio de audiencia, proscribiendo la indefensión. Y, en definitiva, se trataba de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24 de la Constitución (SSTS 11 de diciembre de 1990, 7 de enero de 1992, 30 de enero de 1993 y 6 de abril de 1996; 12 de marzo de 1997 y 25 junio 1997).*
La nueva Ley de enjuiciamiento civil pasó a regular esta figura procesal, exigiendo que "cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados", tuvieran todos ellos que ser demandados (art. 12.2 LEC). Esta exigencia, por lo tanto, ya no viene determinada necesariamente por el riesgo de que de no cumplirse puedan llegar a dictarse sentencias contradictorias o puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron parte, pues para ello existen otros instrumentos, como son la prejudicialidad civil (art. 43 LEC) y la eficacia de cosa juzgada de las sentencias del art. 222 LEC, que se limita a quienes fueron parte en los procesos en los que fueron dictadas. El art. 12 LEC limita esta institución a los supuestos en los que la tutela perseguida exige necesariamente que sean demandadas conjuntamente esa pluralidad de personas. En ocasiones es la propia ley la que impone esta exigencia, como ocurre con las obligaciones mancomunadas indivisibles (art. 1139 LEC). Y en otras, es el objeto de controversia el que demanda este litisconsorcio pasivo necesario de todos los afectados, como ocurre con: la impugnación de las disposiciones testamentarias, la nulidad de un acto o contrato -respecto de quienes fueron parte en él- o determinadas situaciones de comunidad.
En el presente caso en que se ejercita una acción rescisoria concursal, la Ley especifica quien debe ser demandado, en atención a lo que es objeto de controversia, y así el art. 72.1 LC [habrá de entenderse 72.3] *tan sólo exige sean demandados quienes fueron parte en la transacción, y si alguno de los bienes y derechos hubieran ido a parar a un tercero, que no es el caso, también habría que demandar a este subadquirente si se pretende la restitución del bien o derecho".*
TERCERO.- Resulta de lo expuesto la necesaria estimación del primer motivo del recurso de apelación formulado por la representación procesal de la entidad BANKIA, consistente en la concurrencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario de conformidad con lo establecido en el artículo 72.3 LC, al no haberse formulado la demanda en la que se ejercita la acción rescisoria contra todos los intervinientes en el negocio jurídico, que en el caso de autos, además de los demandados, resultan ser la entidad GAMO COMEX SL y Don. Augusto y Pilar.
La consecuencia de tal excepción es la imposibilidad de que, en la presente resolución, este Tribunal valore y resuelva el resto de los motivos del recurso de apelación que afectan a la cuestión de fondo, pues como indica entre otras muchas la STS de 23 de noviembre de 2012, " *Afirma la sentencia 271/2008, de 17 de abril, que los tribunales han de cuidar que el litigio se ventile con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por el fallo, al tratarse de una cuestión de orden público que queda fuera del ámbito de rogación de parte, debiendo debe ser apreciado de oficio por los Tribunales, ya que de lo contrario se conculcaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio.*
33. Partiendo de tal premisa y con la finalidad de evitar la tramitación inútil de litigios, con sus importantes costes, e impedir que se dilapiden los recursos de toda índole que para el Estado comporta la administración de Justicia, el legislador impuso que la decisión sobre tal extremo se adopte en la audiencia previa al juicio, al disponer en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el tribunal debe resolver sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.
34. Sin embargo, la superación de la fase de audiencia previa no produce un efecto taumatúrgico, pues, de concurrir el defecto no precluye la posibilidad de que sea apreciado, incluso de oficio en fase de casación ya que, al tratarse de una cuestión de orden público, la defectuosa constitución de la relación procesal impide la decisión sobre el fondo del litigio (en este sentido, entre las más recientes,sentencia 400/2012, de 12 de junio).
35. La coordinación del derecho a la tutela efectiva de quien demanda, con el de ser oído de quien ha de verse afectado por la decisión del litigio, cuando este ya ha llegado a fase de sentencia, exige facilitar la subsanación del déficit de audiencia y contradicción mediante la retroacción de las actuaciones, habiéndose pronunciado en este sentido la jurisprudencia al declarar que el defecto de litisconsorcio necesario puede ser subsanado mediante el emplazamiento de los que debieron tener intervención en el proceso, lo que determina que las actuaciones se retrotraigan al momento procesal de la audiencia previa (en este sentido, sentencia 436/2012

de 28 junio)".
Por tanto, apreciándose la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y dada la tramitación propia del incidente concursal, la solución pasa por declarar la nulidad de la sentencia dictada en la instancia y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la admisión a trámite de la demanda, a fin de que la Administración Concursal dirija también la demanda en la que ejercita la acción de reintegración contra el resto de los intervinientes en los negocios jurídicos cuya rescisión pretende, sin perjuicio de mantener la validez de cuantos actos procesales sean independientes o cuyo contenido no pueda verse alterado de no haberse incurrido en la infracción procesal.": SAP Valencia (Sección 9) 14.07.2014 (Sentencia 216/2014; Rollo 79/2014)

AP Zaragoza

"OCTAVO.-Recurso de "Mare Nostrum".
Desde un punto de vista procesal lo primero que hay que analizar es la posible existencia de un defecto litisconsorcial. Es cierto que el art 72-3 L.C. señala que " las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado". También alguna resolución judicial ha entendido que en supuestos similares al que nos ocupa (cancelación de un préstamo personal) debían ser llamados la concursada, la entidad de crédito y el fiador (S.A.P. Madrid, secc 28, 15-3-2013).
Sin embargo, este tribunal considera que el Art 72-3 L.C. está pensando más bien en todos aquellos que participan en el hecho "rescindido", no en los afectados por la rescisión. Es decir, no en los que participaron en el otorgamiento del préstamo, sino en el negocio jurídico perjudicial para la "masa activa". Es decir, la cancelación de préstamos a cambio de la anticipación del pago total del principal. Y en esta operación no fueron parte los fiadores. El objeto del incidente concursal no es la validez del préstamo, sino la posible ineficacia jurídica de su cancelación (que en eso consisten las acciones de reintegración y rescisorias concursales).
Por lo tanto, no hay litisconsorcio pasivo necesario. Los fiadores sufrirán el efecto "reflejo" de dicha rescisión. Mas, no el directo.
NOVENO. -Siguiendo con el recurso de "Mare Nostrum", considera ésta que la rescisión de las cancelaciones de los préstamos deberían de hacer renacer las coberturas a ellas unidas. Las fianzas personales y la prenda que garantizaba el préstamo de 30-6-2011 (nº"...1705).
En lo atinente a las fianzas personales, no procede hacer otro pronunciamiento que el recogido en la sentencia apelada. No se discute en este incidente, ni es objeto del mismo la eficacia o ineficacia de tales garantías. En tal caso, sí deberían de haber sido llamados dichos fiadores. Ha de tenerse, además, en cuenta que el contrato de fianza lo es entre el acreedor y el fiador; el deudor fiado no es parte en él (art 1823 -2 y 1838 C.c.). Por lo tanto, la "causa de garantía" supone ampliar el poder de agresión del acreedor, mediante la accesión de otro crédito. El fiador asegura el cumplimiento de una deuda ajena, pero mediante la asunción de una deuda propia. Por esa "autonomía" jurídica resulta improcedente decretar nada al respecto, cuando exclusivamente se trata de devolver la eficacia de las obligaciones afianzadas.
Similares argumentos respecto al contrato de prenda de participaciones de un Fondo de Inversión pertenecientes a la concursada (f. 71 de los autos). Estamos ante una garantía mobiliaria autónoma, cuya eficacia jurídica tampoco se discute aquí. Más aún, cuando la concreta prenda que nos ocupa no sólo garantiza el préstamo sino, como dice en su cláusula segunda, el cumplimiento de cualesquiera obligaciones, incluso futuras, que tuviera con "Mare Nostrum".
Procede, pues, desestimar el recurso de "Mare Nostrum".": SAP Zaragoza (Sección 5) 17.11.2014 (Sentencia 356/2014; Rollo 258/2014)

1.2 No tiene legitimación pasiva, a título personal, el administrador de la concursada

AP Barcelona

"QUINTO: Al repasar la demanda de rescisión concursal se aprecia que si bien se pide la condena solidaria de las sociedades disponente y adquirente, así como de sus administradores, no se aporta ninguna justificación de la legitimación pasiva de estos administradores. Por otro lado, la sentencia de primera instancia que condena solidariamente a los administradores tampoco justifica su legitimación pasiva.
En relación con el único acto de disposición del deudor cuya rescisión ha sido confirmada (el pago de la suma de 661,20 euros a favor de PRATLICA, S.A.) conviene advertir que la legitimación pasiva correspondía únicamente a la deudora concursada que realizó el acto de disposición (CARRA, S.A.) y a la destinataria del pago (PRATLICA, S.L.), tal y como prevé el art. 72.1 LEC. Si el acto impugnado hubiera sido no un pago sino una transmisión de un bien o de un derecho, que a su vez hubiera sido transmitido a un subadquirente, los subadquierentes hubieran tenido también legitimación pasiva si se pretendiera de ellos la condena a restituir los bienes y derechos.
En cualquier caso quien no goza de legitimación pasiva es el administrador de la sociedad concursada disponente ni tampoco el administrador de la sociedad receptora del pago, a no ser que se argumente y justifique que en realidad fue alguno de ellos el receptor del pago, empleando para ello la pantalla de la sociedad. Pero para eso debería haberse alegado y acreditado esta circunstancia, lo cual no deja de ser difícil, pues deben reunirse los elementos necesarios para acordar el levantamiento del velo societario.
En consecuencia procede dejar sin efecto la condena de Eleuterio y Felix por falta de legitimación pasiva. SAP Barcelona (sección 15) 26.01.2010; Sentencia 13/2010; Rollo 276/2009.

AP Cáceres

"SEGUNDO.-Se impugnan en este incidente concursal los traspasos realizados por la concursada a favor de otra sociedad del grupo al que pertenece, sin que se discuta la realidad de dichas operaciones ni la existencia de una unidad de decisión o dirección. El administrador único de dichas sociedades es traído al procedimiento por considerar la administración concursal que es el único que estaba facultado para realizar los actos impugnados, sin que esta sea razón suficiente para justificar su legitimación pasiva, dado que ninguna responsabilidad se le está exigiendo en este procedimiento por dichos actos, lo único que se pretende es la rescisión de los mismos y que se dejen sin efecto, restituyéndose las cantidades que salieron de la masa activa de la entidad deudora en perjuicio de sus acreedores. Es decir, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción ejercitada, nada puede reclamarse al administrador societario, pues no intervino personalmente en los actos y no recibió nada de la entidad concursada que deba restituir como consecuencia de la acción de reintegración que se ejercita. Por ello, procede estimar la excepción de falta de legitimación pasiva invocada.": SAP Cáceres (Sección 1) 20.07.2011 (Sentencia 304/2011; Rollo 379/2011)

1.3 No tiene legitimación pasiva el mandatario que ejecutó una orden de pago sino quien lo percibió

AP Orense

"La administración concursal pretende que la condena incluya la suma total pedida en la demanda por pagos a terceros durante el ejercicio 2011. La pretensión ha de ser rechazada, sin entrar en el fondo, por defecto litisconsorcial y/o falta de legitimación pasiva. Si la cantidad de cuyo pago se absuelve a Asesoría y Gestión Castaño fue abonada por ésta como mera mandataria o gestora por orden del administrador de la concursada, lleva razón el juzgador de la instancia al sostener que dicha entidad no puede ser condenada a su pago. La pretensión tendría que haberse dirigirse contra los destinatarios de los pagos concretando el acto concreto impugnado y la razón de considerarlo rescindible por perjudicial para la masa activa en los términos del artículo 71 LC, existiendo, pues, una falta de legitimación de Asesoría y Gestión Castaño para soportar dicha pretensión. De otro lado, la llamada de cada uno de los acreedores resultaba inexcusable porque así lo exige el artículo 72 LC a cuyo tenor las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quién haya sido parte en el acto impugnado de modo que la pretensión incurre en defecto litisconsorcial. El posible desconocimiento de la identidad de los receptores de las cantidades pudo haberse salvado acudiendo a las diligencias preliminares previstas en el artículo 256 LEC.": SAP Orense (Sección 1) 24.04.2015 (Sentencia 140/2015; Rollo 270/2015)

1.4 No se justifica mala fe del subdadquirente

AP Alicante

"PRIMERO.-La demanda incidental que inicia el presente proceso tiene por objeto: i) la rescisión del endoso realizado por DESARROLLO, declarada en situación de concurso el día 28 de febrero de 2012, en el mes de noviembre de 2010 de cuatro pagarés (número 3.546.992-6-8299-4, vencimiento 16/11/2012, importe 100.000.- #; número 3.546.990-4-8299-4, vencimiento 16/11/2012, importe 60.000.- #; número 3.546.987-1-8299-4, vencimiento 16/12/2012, 150.000.- #; número 3.546.988-2-8299-4, vencimiento 16/12/2012, importe 100.000.- #) de los que aquélla era tenedora legítima en favor de T.U.M., fundando la rescisión, con carácter principal, en su carácter gratuito (artículo 71.2 de la Ley Concursal) y, subsidiariamente, en su carácter oneroso a favor de una mercantil perteneciente al mismo grupo (artículo 71.3.1º de la Ley Concursal) y; ii) la ineficacia de este endoso determinaría, a su vez, la ineficacia del endoso posterior realizado el día 24 de noviembre de 2011 por T.U.M. a favor de EXCAVACIONES en pago de unas deudas por ejecución de obra y; iii) la condena, al constar el cobro de los pagarés por EXCAVACIONES, a que restituyan solidariamente T.U.M. y EXCAVACIONES a la concursada el importe de 410.000.-
La Sentencia de instancia estimó la demanda al declarar la ineficacia del primer endoso realizado por DESARROLLO a favor de T.U.M. al ser un acto gratuito realizado en perjuicio de los acreedores de la concursada y, también, del segundo endoso realizado por T.U.M. a favor de EXCAVACIONES al mediar mala fe en esta última y condenó solidariamente a T.U.M. y a EXCAVACIONES a restituir a la masa activa de la concursada la suma de 410.000.- #, imponiendo las costas del incidente a DESARROLLO y a T.U.M pero no a EXCAVACIONES al apreciar serias dudas de hecho.
Frente a la misma solo se ha alzado la segunda endosataria, EXCAVACIONES, quien denuncia, de un lado, error en la valoración de la prueba al no haber mediado mala fe por su parte y; de otro lado, infracción de la Disposición adicional primera, artículos 72.2 y 73 de la Ley Concursal y de la legislación cambiaria que ampara al endosatario.
Significa, pues, que ha devenido firme la rescisión del primer endoso realizado por DESARROLLO en favor de T.U.M., mercantiles pertenecientes al mismo grupo, centrándose ahora la controversia en determinar si concurrió mala fe en EXCAVACIONES en su condición de subadquirente de los pagarés como consecuencia del segundo y sucesivo endoso que tuvo lugar el día 24 de noviembre de 2011.
El Magistrado de instancia si bien declara la concurrencia de mala fe en EXCAVACIONES aprecia serias dudas de hecho que le llevan a no imponer las costas a esta codemandada y actual apelante.
SEGUNDO.-En esencia, lo que cuestiona la apelante es su legitimación pasiva (artículo 72.3 de la Ley Concursal) frente al ejercicio de la acción rescisoria deducida por la Administración Concursal al concurrir buena fe, en su condición de subadquirente de los pagarés, en el momento de producirse el segundo endoso.

Sobre el concepto de mala fe en el ámbito de la acción rescisoria, la STS 7 de diciembre de 2012 manifiesta: *"La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.*
El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre).
[...]
Cuestión distinta es que, en realidad, en el presente caso hubiera existido mala fe, pues para su apreciación la Audiencia se basa en la mera conciencia por parte de la compradora de la situación de grave falta de liquidez por la que atravesaba la compradora, de que por el precio pactado realizaba un buen negocio y de que con la compraventa se podrían perjudicar los acreedores de la vendedora, que se desprendía del principal activo. Y, como advertíamos antes, era necesario un plus: que la conducta de la compradora fuera "merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre)."
De la prueba practicada en los autos se desprende que:
1.-) EXCAVACIONES era acreedora de T.U.M. a la fecha del segundo endoso en virtud de resoluciones dictadas por órganos judiciales al haber promovido distintos procedimientos (documentos números 7 a 15 de la contestación de EXCAVACIONES) dirigidos al cobro de los servicios prestados por aquélla en el ejercicio ordinario de su actividad.
2.-) a la fecha en que se produjo el segundo endoso, 24 de noviembre de 2011 (documento número 6 de la contestación de EXCAVACIONES), aún no se había declarado la situación de concurso de DESARROLLO, primer endosante, con quien EXCAVACIONES no consta que hubiera mantenido ninguna relación comercial.
3.-) no consta que EXCAVACIONES conociera que el primer endoso realizado por DESARROLLO a favor de T.U.M. obedeciera a la finalidad de defraudar a los acreedores de la primera ni tampoco conociera las relaciones internas del grupo en el que están integradas DESARROLLO y T.U.M.
4.-) mediante el segundo endoso de los pagarés, T.U.M. pagó las deudas líquidas, vencidas y exigibles que mantenía con EXCAVACIONES pudiendo calificarse como un acto ordinario de la actividad empresarial de aquélla realizada en condiciones normales.
5.-) cuando a la fecha del vencimiento de los pagarés no fueron abonados a EXCAVACIONES por la entidad domiciliataria, acreditó la tenencia legítima de los pagarés ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Orihuela donde se seguía el expediente de jurisdicción voluntaria instado por la Administración Concursal para su amortización por sustracción, extravío o destrucción.
En la Sentencia recurrida se consideran indicios vehementes de que EXCAVACIONES conocía la situación jurídica y económica de la operativa del grupo donde están integrados DESARROLLO y T.U.M. así como de la irregularidad del primer endoso de tal manera que el segundo endoso suponía defraudar a los acreedores directos de DESARROLLO: 1.-) la actitud de EXCAVACIONES ante el requerimiento de información por parte de la Administración Concursal; 2.-) la proximidad entre la fecha del segundo endoso (24 de noviembre de 2011) y la declaración de concurso de DESARROLLO (28 de febrero de 2012); 3.-) la intervención directa del Letrado de DESARROLLO y de T.U.M. en la gestión de cobro de los efectos por parte de EXCAVACIONES.
Respecto del primero de los indicios apuntados lo único que consta es que cuando EXCAVACIONES tuvo conocimiento de la existencia del expediente de Jurisdicción Voluntaria que impedía el cobro de los pagarés instado por la Administración Concursal, inmediatamente se personó en el mismo para acreditar la legítima tenencia de los mismos.
Respecto del segundo indicio tampoco puede prosperar porque, de un lado, no consta la existencia de relaciones comerciales entre EXCAVACIONES y DESARROLLO que permitieran conocer a EXCAVACIONES la situación de insolvencia del primer endosante y; de otro lado, no trasciende públicamente la solicitud de concurso necesario frente a DESARROLLO y el posterior incidente de oposición.
Por último, la intervención del Letrado de la concursada y de T.U.M. en la gestión de cobro de los pagarés por parte de EXCAVACIONES no responde necesariamente a una situación de connivencia fraudulenta sino que debe enmarcarse en la previa situación de conflicto judicial entre ambas mercantiles para el pago de los servicios prestados por EXCAVACIONES.
En conclusión, EXCAVACIONES tiene la condición de subadquirente de buena fe de los pagarés por lo que carece de legitimación pasiva frente a la acción rescisoria deducida por la Administración Concursal de conformidad con lo establecido en los artículos 72.3 y 73.2 de la Ley Concursal.
Así las cosas, se estima el recurso de apelación y se revoca la Sentencia de instancia en el sentido de absolver a EXCAVACIONES de las pretensiones deducidas frente a ella. ":SAP Alicante (Sección 8) 25.02.2014 (Sentencia 43/2014; Rollo 439/2013)

~~3.~~ 4. Las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal. Las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal.

[Inicial art 72.3 renumerado 72.4 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (BOE 11.10.2011), que introduce un nuevo apartado 72.2

En vigor desde 1 de enero de 2012 (Disposición final tercera, 1, Ley 38/2011), siendo de aplicación a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, 1, Ley 38/2011, no existiendo una transitoria específica).

Art. 72.4 Aspectos procesales

0. La atribución de la competencia al juez del concurso no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva

AP La Rioja

"SEGUNDO. -.Respecto de la alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la atribución de la competencia judicial al juez concursal y el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad
Establece el art. 35.1 LOTC que procederá el planteamiento de cuestión de << Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley >>.
El Tribunal Constitucional ha declarado repetidamente (sentencias de 12 de febrero de 2001, número 32/2001, y 9 de mayo de 1994, número 130/1994, y las que en ellas se citan) que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva de los órganos judiciales, puesto que el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no obliga al órgano judicial a plantear la cuestión cuando lo pida una parte, sino que el planteamiento sólo ha de producirse cuando el Juez o Tribunal considere que la norma de cuya validez depende el fallo a adoptar pueda ser contraria a la Constitución. El citado precepto no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el artículo 163 de la Constitución, sino únicamente la facultad de instarlo ante los órganos judiciales, a cuyo único criterio, sin embargo, la Constitución ha confiado el efectivo planteamiento de aquélla cuando, de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que deben resolver.
En el presente supuesto el Juez de instancia rechazó tal planteamiento en el propio acto del juicio y así consta en el acta levantada del mismo, criterio que debe ser mantenido en esta instancia, puesto que la cuestión alegada por la parte no supera el necesario control de que el fallo que haya de dictarse en el proceso "a quo" depende de la validez o falta de validez de la norma cuestionada.
En tal sentido señalar que es criterio legal que las acciones rescisorias y demás acciones de impugnación de actos perjudiciales para la masa activa se deben ejercitar ante el juez del concurso por el cauce del incidente concursal (artículos 71 a 73 de la LC 22/2003).
Esta acción rescisoria, ejercitada por la Administración concursal, nace y encuentra su fundamento en el art. 71 LC -que tiene por objeto rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso con la finalidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso -, y en este sentido la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona SAP 2-5-2006 tiene declarado que tal acción <<... nace con el concurso y se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes con la aprobación del convenio y la cesación de todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC), podrá ejercitarse mientras tanto sin estar sujeta a otro plazo específico, como pueden estarlo las acciones de reintegración extraconcursales...>>
Se trata por lo tanto de un mero criterio de competencia funcional conforme al cual y en virtud del art. 72.3 del mismo texto, las acciones rescisorias y demás de impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, "se tramitarán por el cauce del incidente concursal". Debe hacerse la precisión, de que expresado criterio legal intepretativo extraído del vigente art. 72.3 de la Ley Concursal no afecta en absoluto a la naturaleza del procedimiento a seguir (incidental u ordinario), sino a la determinación del órgano que ostenta competencia funcional, por conexidad, para conocer del procedimiento de nulidad.
Situación similar a la vis atractiva lo encontramos en el procedimiento de quiebra, atribuyendo la competencia para el conocimiento supuestos como el presente al Juzgado que se encuentra conociendo de referida quiebra siguiendo lo señalado por la sentencia del TS de 5-6-1.999, resolución que consideraba que, al no establecer la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior ningún procedimiento para declarar judicialmente la nulidad de los actos que lleva a cabo el quebrado comprendidos en el artículo 878.2 de dicha Ley, cuantas cuestiones litigiosas afecten a los mismos deberán ser resueltas dentro del procedimiento de quiebra y será competente el Juez que conozca de la misma, con base a la "vis atractiva" que se desprende de la situación de quiebra, lo que se encuentra avalado por el artículo 161.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior sobre acumulación de autos y por el artículo 1.322 de la misma ley procesal, cuando dice que la sección tercera de la quiebra incluirá las acciones a dé lugar la retroacción de la quiebra sobre los contratos y actos de administración del quebrado precedente a su declaración y que tiene refrendo, en la actual normativa concursal, sino que su Disposición Adicional Primera de la Ley Concursal, trata de armonizar, en la medida de lo posible, una y otra normativa, y al efecto establece que " los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta..." criterio, por ejemplo, mantenido por la Junta de Magistrados del orden civil de la Audiencia Provincial de Madrid, celebrada el 11-9-2008.

En atención a lo anterior debe desestimarse la cuestión pretendida.”: SAP La Rioja (Sección 1) 24.09.2012 (Sentencia 310/2012; Rollo 154/2012)

00. Competencia judicial para la rescisión cuando la contraparte también está en concurso

AP Alicante

“SEGUNDO.- El segundo motivo de ambos recursos se refiere a la falta de competencia objetiva del Juez del Concurso de DoñaAlmudenapara adoptar un pronunciamiento que afecta al acuerdo de ampliación de capital de una sociedad tercera, actualmente en situación de concurso en otro procedimiento distinto, por lo que se habrían infringido losartículos 86-ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8de la Ley Concursal.
Si ya hemos dicho que la pretensión deducida en la demanda es la de rescisión del acto perjudicial para la masa activa de la concursada DoñaAlmudenacomo es la aportación de cinco inmuebles como contravalor de la ampliación de capital de "Calzados Blay, S.L.", íntegramente suscrita por aquélla, necesariamente el Juez competente para conocer de la acción rescisoria ha de ser el Juez del concurso cuyo concursado ha ejecutado el acto perjudicial para la masa activa.
En este incidente no cabe pronunciarse sobre la validez o anulación del acuerdo de ampliación de capital de la mercantil "Calzados Blay, S.L.". Esta mercantil, en cuanto parte afectada por la rescisión, es llamada al proceso como exige elartículo 72.2 de la Ley Concursalal determinar la legitimación pasiva de la acción rescisoria concursal, a la que se extenderán los efectos legales que lleva aparejada la rescisión del acto perjudicial conforme dispone elartículo 73 de la misma Ley.”: SAP Alicante (Sección 8) 14.02.2008 (JUR 2008/166965) (Rollo 33/2008)

000. Caso de rescisión relativa a contrato de trabajo

AP Madrid

“SEGUNDO.- El tribunal comparte las razones expuestas en la resolución recurrida para rechazar la alegada falta de jurisdicción.
Al margen de que la falta de jurisdicción no fue hecha valer en la instancia precedente mediante la oportuna declinatoria en el plazo de los diez primeros días para contestar a la demanda (artículos 39 y 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y disposición final quinta de la Ley Concursal), lo que hubiera excusado al órgano judicial de efectuar razonamiento alguno en la sentencia para afirmar la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de las acciones ejercitadas, salvo que, precisamente, de oficio y por los trámites oportunos (artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), hubiera considerado su posible falta de jurisdicción, lo cierto es que ejercitada, en lo que ahora interesa, la acción rescisoria del artículo 71.1 de la Ley Concursal, no cabe sino afirmar la competencia del juez del concurso para el conocimiento de la demanda.
La modificación sustancial de las condiciones de trabajo es una decisión del empresario que puede adoptarla por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y que puede ser impugnada ante la jurisdicción social cuando el trabajador no opte por rescindir el contrato, en los supuestos que tiene derecho a ello, con la correspondiente indemnización (artículo 41 Estatuto de los Trabajadores).
En el supuesto enjuiciado ni el empresario -sometido al régimen de intervención- ha modificado las condiciones de trabajo del codemandado alegando razones económicas, técnicas, organizativas o de producción ni se pretende la revisión de una decisión empresarial inexistente ante el juez mercantil.
La acción ejercitada es la rescisoria concursal con declaración de ineficacia parcial del contrato por considerar la administración concursal que es perjudicial para la masa activa, acción cuyo conocimiento no corresponde a la jurisdicción social sino al juez del concurso por expresa disposición del artículo 71.6 de la Ley Concursal.
La acción rescisoria concursal nace con el concurso como efecto de su declaración sobre los actos perjudiciales para la masa activa y su conocimiento está atribuido al juez del concurso.”: SAP Madrid (Sección 28) 16.01.2015 (Sentencia 11/2015; Rollo 60/2013)

1. Medidas cautelares.

1.1 [Rescisión transmisión finca]. Procedencia anotación preventiva. Sin caución

AP Barcelona

“TERCERO: Apariencia de buen derecho.- Conviene aclarar que la medida cautelar acordada es de anotación preventiva de la demanda de reintegración, ejercitada en el concurso de acreedores de los señoresSoniayCarlos Ramón. La pretensión principal ejercitada por la administración concursal en dicho incidente concursal es la rescisión de dos actos de disposición realizados por los deudores concursados, dos años antes de la declaración de concurso, al amparo de la normativa contenida en losarts. 71 y ss. LC. Estos actos dedisposición se contienen en dosescrituras públicas: de una parte, la escritura de 22 de julio de 2004 por la que la entidad MEMORIAL TRANSPORTS, S.L. reconoce adeudar a MIRTRA 2005, S.L. la suma de 620.800 euros; el Sr.Carlos Ramónasume dicha deuda frente a MIRTRA 2005, S.L. y para garantizar su pago tanto él como su esposa,Sonia, constituyen una hipoteca sobre el inmueble de su propiedad sito en Hospitalet de Llobregat, en laCALLE000nºNUM000 (ff. 97 y ss.); y de otra, la escritura de 7 de octubre de 2004 por la

queMarcelino, MIRTRA 2005, S.L. yCristobalvenden sus participaciones en la sociedad MEMORIAL TRANSPORTS, S.L. a los señoresSoniayCarlos Ramón, quienes además para garantizar la obligación de pago asumida (631.087,95 euros, 61.994,85 euros y 94.663,19 euros) constituyen una hipoteca sobre la finca de su titularidad sita en Hospitalet de Llobregat, en laCALLE000nºNUM000 (ff. 125 y ss.).
Basta la simple lectura de la primera escritura para advertir que a través de ella uno de los dos cónyuges declarados en concurso lleva a cabo una asunción de deuda que una sociedad tiene frente a otra, sin que conste contraprestación alguna a su favor, por lo que se trata de un acto de disposición a título gratuito, al no manifestarse otra causa que la mera liberalidad (art. 1274 CC), lo que constituye a su vez una presunción de perjuicio, iuris et de iure, conforme alart. 71.2 LC. Además, y partiendo de esta consideración, ambos cónyuges,SoniayCarlos Ramón, constituyen una hipoteca sobre una obligación que la Sra.Soniano tenía, por lo que respecto de ella se trata igualmente de un acto de disposición a título gratuito, y que respecto del Sr.Carlos Ramónhabría sido previamente rescindida. En consecuencia, y por la misma razón, la ausencia de contraprestación que determina la causa gratuita del negocio de disposición que supone la constitución de la hipoteca, este último queda afectado por la presunción de perjuicio delart. 71.2 LC, lo que es a su vez suficiente para fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario a favor de la pretensión de reintegración ejercitada con la acción principal.
Bastaría lo argumentado hasta ahora para justificar la anotación preventiva de la demanda en la finca registral sobre la que se constituyó la referida hipoteca, siendo innecesario justificar que además existe una apariencia de buen derecho respecto de la acción rescisoria ejercitada frente al negocio dedisposición contenido en la segundaescritura, sin perjuicio de que la hipoteca en él constituida afecta a la misma finca. Pero también se constatan indicios de que este negocio aparentemente oneroso (pues a cambio de unas participaciones sociales se asume por parte de los señoresSoniayCarlos Ramónuna obligación de pagar un precio, y para garantizar el cumplimiento de esta obligación se constituye la hipoteca), carece cuando menos de equivalencia en sus prestaciones, en atención a las obligaciones de pago asumidas y al presumible escaso valor de las participaciones transmitidas a cambio, por corresponder a una sociedad que escasos meses después fue declarada en concurso.
Y de hecho, consta que el juzgado de lo mercantil resolvió por medio de sentencia el incidente de reintegración estimando la rescisión de ambos negocios o actos de disposición.
CUARTO: Peligro por la mora procesal
El periculum in mora en este caso viene justificado por la limitación de efectos que la sentencia de reintegración puede ocasionar para los terceros de buena fe que hubieran llegado a adquirir la finca o el derecho de crédito y la garantía real, de conformidad con elart. 73 LC. La forma más sencilla y menos lesiva de garantizar que no aparezca ningún tercero hipotecario, que pudiera hacer valer esta condición amparada en elart. 34 LHfrente a la administración concursal, y frustrar con ello la eficacia de una sentencia estimatoria de la pretensión rescisoria, es la publicidad registral de la demanda de reintegración.
El peligro por la mora procesal no queda enervado en este caso por la previsión contenida en elart. 56 LC, como pretende la parte apelante, pues la suspensión de la ejecución hipotecaria sólo procede cuando la garantía recaiga sobre un bien afecto a la actividad profesional o empresarial de los deudores, lo que no consta en los presentes autos, y en todo caso dicha suspensión sería temporal ("hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación"). Además, la aparición de un tercero de buena fe podría provenir no sólo por la ejecución de la garantía, sino también por la cesión de crédito garantizado con la hipoteca, por lo que también para cubrir esta posibilidad está justificada la anotación acordada cautelarmente por el juzgado mercantil.
QUINTO: Caución
Respecto de la caución, aun siendo en principio un requisito necesario de las medidas cautelares, su cuantificación queda afectada, entre otras razones, por la mayor o menor apariencia de buen derecho, y en el presente caso es tan clara esta apariencia y tan poco lesiva la medida (art. 728.2 LEC), que se aprecia justificada la decisión del juzgado de lo mercantil de no exigirla.": Auto AP Barcelona 16.01.2007 (JUR 2007/206097)

1.2 [Rescisión cesión crédito]. Procedencia retención pagos. Sin caución

JM-3 Barcelona

" HECHOS.- Primero.- El día 28 de septiembre de 2007 fue turnada en este Juzgado demanda de juicio incidental instada por la administración concursal de la entidad FIVESA BARCELONA SCP contra la propia concursada, la mercantil TUBOS Y COMPLEMENTOS MONCADA S.L., la mercantil EXCOVER S.A. y EXCOVER EDIFICACIÓN S.A.; en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron solicitaba que se rescindiera el contrato de cesión de créditos de 24 de enero de 2007. Por medio de otrosí solicitaba la adopción de las medidas cautelares consistentes en requerir a la mercantil EXCOVER S.A. y EXCOVER EDIFICACIÓN S.A. para que no realizara pagos vinculados a las facturas cedidas y consignara en el Juzgado la cantidad de referencia en las mismas. (…)
FUNDAMENTOS DE DERECHO.- 1. La demandada TUBOS Y COMPLEMENTOS DE MONCADA S.L. plantea una primera excepción de naturaleza procesal vinculada al hecho de que la administración concursal no ha ofrecido caución, infringiendo con ello el contenido del artículo 728.3 de la LEC. En este punto debe indicarse que la Ley concursal tiene algunos problemas de "ensamblaje" procesal que determina que en algunos supuestos la solución procesal prevista en la Ley concursal no se corresponda con el tratamiento que esas mismas cuestiones tienen en la Ley de Enjuiciamiento civil. De igual modo hay omisiones procesales en la norma concursal que difícilmente encajan en las instituciones de la LEC, por eso no siempre es sencilla la

aplicación de la Disposición Adicional quinta de la Ley Concursal que establece que en lo no previsto por la normativa de insolvencias habrá de aplicarse la LEC.
2. En el supuesto de autos el administrador concursal solicita – en el marco del incidente de una acción de reintegración – la adopción de medidas cautelares, no ofreciendo caución ni tan siquiera formalmente. El primer obstáculo que se observa es la absoluta falta de liquidez de la concursada unida a una situación de falta de activos realizables, circunstancia que determina que el administrador concursal no pueda ofrecer aquello de lo que no dispone. El segundo obstáculo sería de naturaleza legal puesto que si ofreciera fianza o caución lo tendría que hacer con cargo a la masa, circunstancia que determinaría la inclusión de esa disposición patrimonial grande o pequeña dentro de las previsiones del artículo 84.2 de la Ley Concursal; los créditos contra la masa se satisfacen a su vencimiento – artículo 154 de la Ley – por ello no sería razonable que quedara comprometido tan siquiera temporalmente una parte de los activos de la concursada para un hipotético cargo contra la masa sin tener en cuenta otros créditos contra la masa no satisfechos. El tercer obstáculo debe conectar con el hecho de que el administrador concursal no actúa en interés propio, sino en interés de la masa activa del concurso, interés colectivo que obliga a interpretar las exigencias legal en términos que permitan una efectiva protección de la masa y del concurso por encima de intereses particulares. El último obstáculo se engarza con la propia naturaleza de la acción de reintegración que tiene por objeto restablecer el "orden" concursal trayendo de nuevo al concurso bienes o derechos que han salido del mismo de modo incorrecto, las medidas cautelares son imprescindibles para garantizar el éxito de una futura sentencia estimatoria evitando que los bienes o contratos objeto de rescisión puedan pasar a terceras manos o ser consumidos de no establecerse cautela alguna. Los demandados de modo razonable pueden reclamar garantías para paliar los perjuicios que pudieran causarles medidas adoptadas sin finalmente se rechaza la pretensión principal, pero esos perjuicios habrían de quedar sometidos en cuanto a su exacción y pago a la disciplina del concurso y de los créditos contra la masa. Por ello se debe considerar que en los incidentes concursales la administración concursal no habrá, como norma general, prestar fianza o caución.
3. Los requisitos del artículo 728 de la LEC referidos a la apariencia de buen derecho y el peligro derivado de la mora procesal deben analizarse en el contexto de la acción ejercitada, específicamente concursal, en el que no es necesario considerar la voluntad de fraude de las partes, sino únicamente el perjuicio que suponga para la masa activa y la alteración del trato paritario a los acreedores.
4. El objeto de la acción principal es el de rescindir una cesión de facturas que la concursada realizó en favor de la mercantil TUBOS Y COMPLEMENTOS MONCADA S.L. para satisfacer el crédito pendiente, esas facturas se correspondían con trabajos realizados por la concursada por cuenta de las mercantiles EXCOVER S.A. y EXCOVER EDIFICACIÓN S.A.; la demandada TUBOS Y COMPLEMENTOS MONCADA S.L. considera que no hubo una verdadera cesión sino que se subcontrataron trabajos y que el derecho al cobro se deriva del ejercicio de acciones directas. La representación de EXCOVER niega que esas facturas se correspondan con trabajos efectivamente realizados y debidos anunciando el inicio de acciones penales por medio de una querella presentada pero todavía no admitida. En este contexto EXCOVER ya ha anunciado que no satisfará cantidad alguna en tanto en cuanto no se esclarezca la realidad de las facturas, TUBOS Y COMPLEMENTOS MONCADA S.L. ha iniciado acciones civiles contra EXCOVER ante los Juzgado de Vic.
5. La apariencia de buen derecho queda, por lo tanto, comprometida a las resultas de las actuaciones penales iniciadas por EXCOVER, aunque la finalidad de las medidas – evitar pagos a terceros – queda garantizada por la manifestación efectuada por el letrado de EXCOVER que advierte la negativa al pago hasta que no se esclarezcan los hechos.
En definitiva debe adoptarse únicamente la medida consistente en requerir a EXCOVER para que no realice pagos a terceros en tanto en cuanto no se resuelva de modo definitivo este incidente, sin perjuicio del resultado de las actuaciones penales que, en su caso, generarían una situación de prejudicialidad. ": Auto JM- 3 Barcelona 20.12.2007 (Incidente Concursal 597/2007)

1.3 Debe exigirse caución

AP Girona

"PRIMERO.-Se interpone recurso de apelación por la entidad CRIS COPA contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Girona de 6 de julio del 2.007, en el que, dentro del incidente de reintegración de la masa activa respecto de la venta de diversas fincas a favor de CRIS COPA, S.L., se acordó la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda, sin la prestación previa de caución, siendo este el pronunciamiento objeto del recurso de apelación.
SEGUNDO.-Visto el artículo 728.3 de la L.E.C. debe darse la razón a la parte recurrente de que era necesaria la prestación de caución, no teniendo base legal los argumentos del auto para eximir de tal prestación, pues es obvio que los administradores concursales no deben prestar la caución con su propio peculio, sino que lo deben hacer con el de la sociedad concursada. Y dicho precepto sólo establece la excepción a la prestación de la caución cuando expresamente se disponga otra cosa, lo cual no puede referirse más que a aquellos supuestos legales en los que se exima de la prestación de caución, no pudiendo el Juez a su libre arbitrio decidir si acuerda o no la prestación de caución. El cual sólo tiene facultades para determinar el importe de la caución, así como la forma y el tiempo en que debe prestarse, conforme dispone el artículo 735 de la L.E.C..
Por lo tanto, debe exigirse la prestación de caución, pero estimándose totalmente injustificada y sin sentido la cantidad propuesta por la recurrente, pues el perjuicio que le ha supuesto a la parte demandada ha podido ser nulo o mínimo, desde el momento en que arrendó las fincas a la concursada y su intención no era revenderlas a corto plazo, sino obtener un beneficio dinerario con dicho arrendamiento y, en su caso, una vez finalizado el arrendamiento, obtener la correspondiente plusvalía en el caso de su venta. Por lo tanto, se estima como caución la cantidad de 3.000 euros. ": AAP Girona (Sección 1) 25.03.2010 (Auto 74/2010; Rollo 640/2009)

AP Madrid

“TERCERO. La segunda de las alegaciones en que se sustenta el recurso considera que se ha vulnerado el artículo 728 LEC, al no exigirse caución, que ha de servir para responder "de los posibles daños y perjuicios que pueda causar en las demandadas la adopción de las medidas que les imponen una limitación dispositiva sobre las fincas".
A tal efecto señala la apelada que la caución fue ofrecida en la propia solicitud, y considera la especial naturaleza del concurso, el comportamiento de la deudora y las apelantes y la precariedad del activo en el concurso.
Conforme dispone el apartado tercero del artículo 728 LEC, "salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado".
La caución constituye un presupuesto de adopción de las medidas cautelares, de manera que solo puede ser excluido cuando exista previsión legal al respecto. La Ley Concursal no establece una excepción a la prestación de caución fundada en la naturaleza del concurso, como tampoco lo hace atendiendo a las acciones que pudiera ejercitar la administración concursal o al interés del concurso. Simplemente en unos casos no hace referencia a tal exigencia, como sucede en el caso del embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores sociales al amparo de lo dispuesto en su artículo 48.3, lo que se ha entendido como ausencia de tal requisito, y en otros permite al juez solicitar la prestación de fianza, como ocurre en el caso de solicitud de medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso - articulo 17.2 LC -. Se trata en definitiva de supuestos especiales que no son trasladables de forma genérica a cualquier clase de pretensiones que puedan sustanciarse en el seno del concurso, pues de otro modo el legislador habría previsto expresamente tal excepción en el ámbito del concurso, y no lo ha hecho. Es más, la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal establece que, en lo no previsto en la misma, será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que la solicitud de medidas cautelares en un incidente concursal debe cumplir los requisitos previstos en el artículo 732 LEC y su adopción depende de los presupuestos contemplados en su artículo 728.
Sentado lo anterior no debemos olvidar que la solicitante de las medidas, la Administración concursal, cumplió con el expresado requisito de ofrecimiento de caución por importe de 300 euros, por lo que la falta de exigencia de caución por la resolución que acuerda la adopción de determinadas medidas cautelares no puede dar lugar a que la medida sea rechazada, sino a que su mantenimiento se condicione a dicha prestación. Solo cabe el rechazo de la solicitud cuando el solicitante no ha cumplido con los requisitos impuestos por el artículo 732 LEC, lo que no es el caso. (...)
En conclusión de lo expuesto el recurso debe ser parcialmente estimado en el único extremo de exigir la prestación de caución a la administración concursal por importe de 300 euros en el plazo que determine el Juzgado y ante el mismo, quedando de otro modo sin efecto las medidas.”: SAP Madrid (Sección 28) 26.02.2012 (Sentencia 17/2012; Rollo 634/2011)

2. No cabe acumular la acción de responsabilidad societaria a un incidente concursal de reintegración

AP Oviedo

“SEGUNDO El problema que trae a esta alzada el recurso de la administración concursal es estrictamente jurídico, y ya ha dado lugar a enfrentamiento doctrinal y jurisprudencial. Consiste en el debate a propósito de si en el marco de un procedimiento concursal, en concreto en un incidente en el que se ejercita por la administración acción de reintegración por rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, pueden al mismo tiempo ejercitarse acciones como las de responsabilidad frente a los administradores de la misma sociedad concursada con la particularidad de que quien se encuentra en el lado activo de la relación jurídico procesal es la administración concursal.
El criterio del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo es contrario a dicha acumulación, y así lo había sostenido en su auto de fecha 13-12-2005, donde la acción exclusivamente de responsabilidad de administradores era ejercitada por un acreedor de la empresa ajeno a la sociedad en procedimiento declarativo ordinario, concurriendo la circunstancia de que la sociedad en cuestión había sido con anterioridad declarada en concurso. Por su parte, criterio opuesto aparece, por ejemplo, en la sentencia del Jº de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 29-12-2006, en supuesto análogo al del auto de Oviedo antes reseñado. Ambas resoluciones lo que establecen es que una vez dictado el auto declarando el concurso, y con independencia de si se plantea en el procedimiento concursal o en otro distinto, mientras el primero resuelve que no puede tramitarse ninguna acción individual de responsabilidad contra administradores de la concursada, independientemente de que lo sea en el proceso concursal o en otro distinto, el segundo lo autoriza. En esta polémica ha participado también la doctrina mercantilista con similar resultado de enfrentamiento.
Debe señalarse que en aquellas dos resoluciones las circunstancias que concurrían eran las siguientes: el actor era un acreedor; el procedimiento en el que se ejercitaba la acción era un declarativo ordinario; y la acción que se ejercitaba era la individual. Evidentemente, en el presente otras distintas son las que concurren: la parte demandante es la administración concursal; el procedimiento instado es un incidente concursal en el que se acumulan dos acciones: la de reintegración y la de responsabilidad de administradores; y, por último, no está nada claro si esta segunda es la individual o la social. Tratándose de un acreedor quien ejercita la acción, cierto es que aparece un problema inicial cuando se constata que los titulares de créditos contra el concursado deben comunicar dichos créditos en el concurso como requisito ineludible para su reconocimiento en la lista de acreedores, integrándose en la masa pasiva, y ello podría suponer alguna dificultad para permitirle al mismo tiempo el ejercicio de una acción de responsabilidad frente a los administradores de la entidad deudora. Es

indudable que frente a esa situación los criterios de los Juzgados de lo Mercantil de Asturias y de Bilbao son claramente opuestos, inclinándose el de esta Comunidad por resolver que mientras el procedimiento concursal no concluya no podrá tramitarse aquella reclamación (La resolución que esta misma Sección dictó al resolver la apelación contra el auto de 13-12-2005, con fecha 29-12-2006, no pudo decidir el problema desde el momento en que al analizar la cronología de los hechos hubo de constatar que la acción individual por responsabilidad de los administradores se había iniciado con anterioridad al auto que declaraba el concurso de la sociedad a la que éstos pertenecían, como consecuencia de lo cual el ejercicio de la acción no tenía obstáculo alguno). Por su parte la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao no veía inconveniente alguno para la tramitación simultánea del concurso y de la acción de responsabilidad porque no existía una disposición prohibitiva expresa de la ley, lo que no debía introducirse judicialmente; porque la interrupción del plazo para el ejercicio de esta segunda acción (art. 60. 2 LC) tampoco lo impide, dando a esta circunstancia una dimensión diferente a la señalada por Oviedo; y por las diferencias existentes entre las acciones de responsabilidad y la concursal del art. 172. 3 LC, habiéndose introducido también en la normativa del Concurso la posibilidad de que la administración concursal obtenga el embargo de bienes -algo que incluso de oficio podrá promover el Juez- (art. 48. 3 LC)- en evitación de esos perjuicios que se adivinan como muy posibles para el caso de permitir el ejercicio simultáneo de estas acciones con el trámite del concurso.
Pero llegados a este punto, debe insistirse en que la situación que concurre en el presente supuesto no es la contemplada en ninguna de las dos resoluciones antes reseñadas. Lo que en el caso que se resuelve se plantea, como antes quedó señalado, es que la administración concursal de PROMOCIONES VIELLA SL, una vez declarado el concurso y en el propio incidente concursal, ejercita la acción de reintegración del art. 71 LC, y pretende decir que además la de responsabilidad de administradores del art. 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, pese a que en ningún momento cita los arts 71 a 73 LECiv.
Se presenta como problemática la consideración de esta segunda acción como realmente ejercitada. En el escrito de demanda no se hace referencia a ella, dado que tan solo señala que "interpone demanda en rescisión de actos lesivos para la masa activa de la concursada" (folio 1); en la legitimación solo cita el art. 72 LC, es decir, la de la rescisoria (folio 9); tan solo en un tercer fundamento señala "de la responsabilidad solidaria de los administradores" (folio 12), pero con exclusiva cita del art. 133 LSA y de dos sentencias de Audiencias Provinciales en las que se resolvía única y exclusivamente la acción individual. Es decir, ni se señala el art. 48 LC, ni el 134 de la LSA. En el escrito de interposición de la apelación (folios 553 a 562) tampoco expresa con claridad cuál de las dos acciones es la que ejercita, pues aun cuando salva la omisión del art. 48 LC, vuelve a omitir el art. 134 LSA. Parece, no obstante estas reservas, necesario entender su ejercicio, puesto que así lo hizo desde el primer momento una de las demandadas, Dª Emilia, que se opuso a ella al contestar la demanda (folio 195).
El definitivo inconveniente a resolver es la posibilidad de acumular dicha acción a otra de reintegración en un incidente concursal. Pues bien, de conformidad con el precepto últimamente citado, es decir, el 48 LC, en el párrafo 2º del apartado 2 se señala que "corresponderá al Juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior". Ni que decir tiene que de ser posible una doble vía, es decir, el ejercicio de la acción en el declarativo correspondiente y en un incidente concursal, esa circunstancia debería haber sido señalada por el legislador; pero es que la específica atribución de competencia que hace lo que está indicando, con absoluta claridad, es que no es posible su planteamiento en este tipo de incidentes, para los que el único y exclusivo competente es el Juez del concurso, sino que lo será en el declarativo que corresponda, para lo que es preciso configurar la competencia, pues no se trata de tramitación estrictamente concursal. Desde otro punto de vista, también es cierto que la materia relativa a la responsabilidad de administradores de sociedades capitalistas, desde luego no es "concursal" en sentido estricto, y ese sería el motivo de fondo para rechazar el mecanismo utilizado por la administración concursal de PROYECCIONES VIELLA SL, que se une al rechazo procesal.”: SAP Oviedo 5.10.2007 (AC 2007/2006)

2.1 Tesis contraria: acumulación de acción social de responsabilidad

JM-1 Sevilla

“TERCERO.- Se plantea en primer lugar por las demandadas, la inadecuación del procedimiento para conocer la acción de responsabilidad del administrador, por cuanto la Ley Concursal la regula en sede de calificación, en el articulo 172.3. A este respecto no puede confundirse la acción social de responsabilidad. prevista en los artículos 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas, a la que se refiere el artículo 48.2 de la Ley Concursal y que se ejercita en este procedimiento. con la responsabilidad concursal que se regula en los artículos 172.3 y 48.3 de la Ley Concursal, dado que se trata de dos regímenes distintos de responsabilidad, que obedecen a supuestos y presupuestos distintos y que tienen distintas consecuencias, ya que en la responsabilidad social el administrador responderá del daño causado a la sociedad y en la concursal del déficit que resulte en la liquidación del patrimonio de le concursada. La posible responsabilidad concursal del administrador no excluye ni impide el ejercicio de las acciones de responsabilidad previstas en la Ley de Sociedades Anónimas, Por ello, no puede estimarse la excepción planteada, dado que no se está reclamando la responsabilidad concursal del administrador de la sociedad deudora. sino que se ejercita la acción de responsabilidad por los daños que ha causado a la concursada en el ejercicio de su cargo.
CUARTO.- Tanto la entidad FUNDICIONES CAETANO, S.A. como su administrador, Don A.C.B., alegan la indebida acumulación de acciones en que incurre la demanda, ya que, en primer lugar el procedimiento por el que deben ser tramitadas es distinto, correspondiendo a la de reintegración el cauce del incidente concursal y a la de responsabilidad, el juicio declarativo que corresponda (artículos 249.2 y 250.2 de la LEC) y, en segundo lugar, porque las acciones se excluyen entre si y por lo tanto son incompatibles, según lo dispuesto en el articulo 71.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley Concursal en su articulo 48.2 establece la legitimación de los administradores concursales para ejercitar las acciones de responsabilidad que asistan a al persona jurídica deudora contra sus administradores. auditores o liquidadores, sin necesidad de acuerdo de la junta o asamblea de socios, y establece la competencia del juez del concurso para el conocimiento de dichas acciones. No sólo se regula la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, sino que se modifica la competencia para el conocimiento de la misma, que con carácter general y según lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial correspondería al Juez Mercantil. La justificación de esta norma competencial se encuentra en la necesaria unidad procedimental y de decisión, que según la Exposición de Motivos de la ley, justifican que el juez del concurso conozca de forma exclusiva y excluyente todas las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor. aunque sean de naturaleza social. La intervención del juez del concurso supone la tramitación de la acción dentro del procedimiento concursal, aunque sea por los cauces de un procedimiento especial, autónomo pero vinculado al principal, que es el incidente concursal y que se establece en el articulo 192,1 como el cauce por el que se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada otra tramitación en esta ley, deberá sustanciarse por este procedimiento. No se establece en la Ley concursal que La acción de responsabilidad social deba ser tramitada por los trámites del juicio declarativo que corresponda, como si precisa para otros procedimientos que se acumulen al concurso (articulas 51 o 57).
Tampoco puede considerarse que las acciones ejercitadas se excluyan entre si. En el presente supuesto no se ejercitan dos acciones frente a las mismas personas (acumulación objetiva), la acumulación que realmente se plantea es una acumulación subjetiva de acciones, dado que la acción de responsabilidad se dirige frente al administrador de la sociedad, Don A.C.B., y la acción de reintegración, (acción rescisoria regulada en el artículo 71 de la Ley Concursa') se dirige frente a la concursada. pues tiene por objeto impugnar los actos que haya realizada en el periodo de tiempo señalado en la ley, que sean perjudiciales para la masa, interviniendo en el procedimiento quienes puedan resultar afectados por la decisión que se adopte, dado que de estimarse la pretensión, quedarían sin efecto, Por tanto, las consecuencias de una y otra acción son distintas, dado que, de estimarse la acción de responsabilidad el administrador social deberá abonar la indemnización que se fije en concepto de daños y perjuicios a la sociedad, y de estimarse la acción de reintegración, se declarará la ineficacia del acto impugnado y se condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, pudiendo resultar condenada la sociedad o el administrador dependiendo de quien haya intervenido en el acto. El único requisito que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil para la acumulación subjetiva de acciones es que entre ellas exista un nexo por razón del título o causa de pedir. entendiéndose que existe cuando los hechos sobre los que se fundan son los mismos (artículo 72 LEC). como ocurre en este caso.": SJM-1 Sevilla 27.04.2007 (Incidente Concursal 342/2006; Sentencia 54/2007)

3. Inexistencia de un específico plazo de preclusiòn o caducidad

AP Albacete

"SEGUNDO.-La apelante insiste por medio de su recurso en los mismos argumentos que empleó en la primera instancia, consistentes en sostener que la posibilidad de promover el incidente había precluído y en negar la procedencia de la rescisión.
Respecto de la preclusión la apelante sostenía y sostiene que el art. 58 de la Ley Concursal lleva a entender que la solicitud de compensación y la consiguiente promoción del incidente debe ser anterior a la terminación del plazo para comunicación de créditos, o como máximo antes del momento preclusivo del art. 97.1 y que pese a ello, en los informes efectuados por la Administración Concursal los créditos de Horpeyma Comercial y Horpreyma SL que ahora se señalan no aparecen recogidos como contingentes, sin que tampoco Hormigones Cebrián aparezca como deudor de Horpreyma o de Horpreyma Toledo SL, apareciendo en cambio únicamente como deudor de Horpreyma Toledo, por lo que en dichos informes la Administración Concursal configura como válida la compensación realizada.
La sentencia recurrida descartó la preclusión alegada, recordando, por una parte, que el incidente promovido no es el del art. 58 de la Ley Concursal, sino el de los arts. 71 y ss del mismo Cuerpo Legal, y razonando, por otra parte, que no se observaba ningún obstáculo para la interposición de la acción, dada la presunción de validez de la compensación operada antes del concurso, por lo que no existía obligación de la Administración Concursal de hacer constar en el informe los créditos como contingentes, dado que además en ese momento no se había interpuesto la demanda objeto del incidente.
En el recurso se insiste en la idea de que el incidente promovido es el del art 58 de la Ley Concursal, obviando que la pretensión de la Administración Concursal es de rescisión de los arts. 71 y ss, y que no afecta sólo a la compensación de crédito y deuda de Horpreyma Comercial, SL, sino también a los actos previos de cesión de créditos de Horpreyma y Horpreyma Toledo a la referida sociedad.
No procede, por ello, tener por precluída la acción rescisoria.": SAP Albacete (Sección 1) 05.07.2013 (Sentencia 131/2013; Rollo 362/2012)

AP Barcelona

"III. Caducidad de la acción. En atención a que la acción rescisoria concursal nace con el concurso y se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes con la aprobación del convenio y la cesación de todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC), podrá ejercitarse mientras tanto sin estar sujeta a otro plazo específico, como pueden estarlo las acciones de reintegración extraconcursales.

Aunque, en principio, la acción nace como consecuencia de la declaración de concurso, y, en concreto, por los efectos que produce para los actos comprendidos en el periodo sospechoso (arts. 71 y ss. LC), en la práctica habrá que esperar al nombramiento de los administradores concursales, legitimados originariamente para ejercitarla, y más en concreto a que este órgano concursal quede válidamente constituido, una vez haya aceptado el cargo la mayoría de sus miembros, pues será a partir de entonces cuando puedan conocer la existencia del acto perjudicial e instar su ineficacia.
Dentro del concurso, puede ejercitarse en cualquier fase, antes de su conclusión y no necesariamente durante la fase común. De hecho, el propio art. 82.4 LC advierte que el inventario, uno de los documentos que la administración concursal debe acompañar al informe y de cuya aprobación depende la conclusión de la fase común, deberá reseñar una relación de las acciones que debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa.
Ello no impide que, por la propia configuración de la acción rescisoria concursal, sólo pueda dirigirse contra actos de disposición de la deudora concursada realizados dos años antes de la declaración, operando este plazo limitado de tiempo como garantía de seguridad jurídica. Pero este periodo sospechoso no debe confundirse, como hace la administración concursal en sus alegaciones, con los plazos de caducidad o prescripción, pues en el primer caso el plazo es uno de los requisitos para el nacimiento de la acción, mientras que en el segundo caso el plazo comienza con el nacimiento de la acción y condiciona temporalmente su ejercicio.
De este modo, debido a su naturaleza concursal, la acción rescisoria prevista en el art. 71 LC no está sujeta a plazo específico de caducidad o prescripción, ya que la seguridad jurídica queda garantizada por el periodo sospechoso de dos años fijado por la Ley, y porque sólo podrá hacerse valer dentro del concurso. No cabe por lo tanto aplicarle otros plazos de caducidad o prescripción previstos a lo largo del ordenamiento jurídico para otras acciones impugnatorias extraconcursales, sin perjuicio de que cuando sean estas acciones las que se ejerciten dentro del concurso, sí queden afectadas por aquellos plazos de caducidad.
Por todo lo cual, en el presente caso, el plazo de caducidad de treinta días previsto en el art. 67 LPL para la acción de impugnación del acuerdo de conciliación no afecta a la acción rescisoria concursal, por esta naturaleza concursal que la sujeta al régimen específico antes expuesto. Y ello sin perjuicio de que esta acción rescisoria concursal se complemente con una acción meramente declarativa de simulación relativa, que no debe confundirse con la acción de nulidad, pues lo único que pretende es hacer constar que la causa del reconocimiento de un crédito a favor de la Sra. L.V. no era una indemnización por despido sino la mera liberalidad, por la ausencia de contraprestación real y efectiva.”: SAP Barcelona (Sección 15) 02.05.2006 (Rollo 47/2006)

AP Cáceres

“SEGUNDO.-Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, el primero de los motivos en los que aquél se sustenta denuncia -como se acaba de anticipar- la infracción del artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el ejercicio extemporáneo de la acción de reintegración y con el principio de preclusión, alegando la parte apelante, al efecto, que el hecho de que la Administración Concursal no hubiera anunciado en el momento de la presentación de los Textos Definitivos y dentro de los autos principales del Concurso la interposición de eventuales acciones de reintegración, ello tenía la consecuencia jurídico-procesal de la imposibilidad de hacerlo en posterior momento extemporáneo, insistiendo en la aplicación del artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este motivo -considerado como Excepción Procesal- fue resuelto por el Juzgado de instancia mediante Auto de fecha 21 de Mayo de 2.014, desestimándolo, con fundamento, básicamente, en que la Ley Concursal no señalaba plazo alguno de prescripción para el ejercicio de la acción de reintegración prevista en el artículo 71 de dicho Texto Legal, ni tampoco que sólo pudiera interponerse en la fase común del Concurso, y que, en todo caso, como plazo civil de caducidad, al tratarse de una acción de rescisión, se aplicaría el artículo 1.299 del Código Civil que fija el plazo de cuatro años; consideraciones jurídicas que este Tribunal admite y comparte al considerarse jurídicamente correctas.
Pero es que, además, el motivo incurre -a juicio de este Tribunal- en un significativo error de planteamiento desde el momento en que se residencia en la aplicación del artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que no es en absoluto aplicable (ni siquiera como aplicación supletoria) a los efectos que pretende la parte apelante. La extemporaneidad (o la preclusión) en el ejercicio de que la acción de reintegración que se ha ejercitado en la Demanda no es una cuestión procesal (que es a lo que se refiere el artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a los plazos y términos para el ejercicio o la realización de actos procesales), en la medida en que el ejercicio de la acción de reintegración no es un acto procesal, ni se le asemeja. Se trata de una pretensión sustantiva respecto de la que la oportunidad de su ejercicio no depende de la aplicación de una norma procesal, sino de que la acción no se encuentre perjudicada por el transcurso del tiempo. Por este motivo, la decisión sobre el momento de su ejercicio depende de que la repetida acción no se encuentre prescrita ni caducada, a salvo que una norma sustantiva o material (como sería, en este caso, la Ley Concursal) estableciera el momento en el que dicha acción tendría que ejercitarse, cuestión que omite el artículo 71 de la indicada disposición legal. Como acertadamente ha justificado el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida, no existe norma alguna que establezca que la acción de reintegración solo pudiera ejercitarse en la fase Común del Concurso, ni la Ley Concursal señala plazo alguno de prescripción de dicha acción, como, finalmente, tampoco habría transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años establecido en el artículo 1.299 del Código Civil al tratarse de una acción de rescisión, por lo que el ejercicio de la tan repetida acción, ni ha sido extemporánea, ni ha precluido plazo alguno para su ejercicio, no siendo viable en consecuencia- el primero de los motivos del Recurso (motivo al que, asimismo -y como el segundo de los

alegados-, se hace explícita referencia en la Impugnación de la Sentencia recurrida).”: SAP Cáceres (Sección 1) 28.11.2014 (Sentencia 294/2014; Rollo 419/2014)

AP Madrid

“Precisamente por no haberse opuesto en la primera instancia no vamos a detenernos en el alegato del banco apelante con el que alude a una supuesta actuación de la administración concursal fuera de plazo, sin explicar además ni a qué exigencia temporal se estaría refiriendo ni en qué fundamentaría tal alegato. Tal insinuación, que peca además, en cualquier caso, de tal falta de concreción que nos imposibilitaría darle contestación, no rebasa este primer filtro que debe dejar fuera de esta segunda instancia lo que sea pura y simplemente una alegación extemporánea; si bien no podemos resistirnos a exteriorizar una reflexión, cual es que la acción rescisoria concursal (artículos 71 a 73 de la LC -dejando al margen las acciones extraconcursales a las que se refiere el nº 6 del artículo 71) nace con el concurso y se extingue con él, por lo que podría ejercitarse durante todo el tiempo de duración del mismo, sin que le resulten aplicables las exigencias temporales que rigen para las acciones rescisorias extraconcursales.“: SAP Madrid (Sección 28) 01.03.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 330/2011)

AP Murcia

“Se alega inicialmente el ejercicio extemporáneo de la cuestionada acción rescisoria por entender que su planteamiento debió realizarse antes de la conclusión de la fase común del concurso y consiguiente apertura de la fase de convenio. Pero es lo cierto que tal pretensión no puede encontrar acogida por el Tribunal.
En este sentido hemos de tener en cuenta que la Ley Concursal no establece específicamente plazo alguno para el ejercicio de dicha acción, por lo que cabría acudir a lo dispuesto al respecto en elartº. 1.299 del Código Civil para la acción rescisoria común, que señala el plazo de cuatro años. La doctrina jurisprudencial afirma que se trata de un plazo de caducidad y que, en su caso habría de computarse a partir del momento en que la persona legitimada activamente para su formalización hubiese tenido conocimiento de la existencia del acto rescindible. Pero con independencia de tal plazo de caducidad, cabe afirmar además, que dicha acción puede ejercitarse durante el concurso, es decir, una vez declarado el concurso(artº. 71.1 de la Ley Concursal) y antes de su finalización, por lo que el hecho alegado relativo a la finalización de la fase común, como momento procesal último para su planteamiento, no constituye óbice alguno en tal sentido, dado que la citada acción de reintegración puede plantearse, como decimos, durante el concurso, y por tanto bien en la fase común, o en la de convenio o liquidación. Además elartº. 82.4 de la L.C., que menciona la sentencia de instancia, viene a corroborar dicho criterio interpretativo, dado que permite a la Administración Concursal que en el inventario puedan advertir la posibilidad del ejercicio de acciones de reintegración.
En consecuencia y con reiteración de lo expuesto al respecto en la sentencia apelada, procede la desestimación de este motivo de recurso, ya que la controvertida acción rescisoria concursal se ha ejercitado durante el concurso y además vigente el plazo de caducidad de cuatro años antes señalado.”: SAP Murcia 18.03.2011 (Sentencia 131/2011; Rollo 131/2011)

“SEGUNDO.- En primer lugar se plantea por esta apelante el tema de la caducidad de la acción de rescisión (sic), entendiendo el recurrente que el acto de disposición tuvo lugar el 16 de abril de 2009 (fecha del contrato de cesión de créditos) y que el concurso fue declarado por auto de 14 de junio de 2011, por lo que la actuación cuya rescisión se pretende había tenido lugar antes de los dos años del periodo de sospecha establecido en el art. 71.1 LC. Considera que el contrato que se pretende rescindir se perfeccionó el 16 de abril de 2009, cuando se firmó la cesión de créditos (denuncia como infringidos los artículos 1254, 1258, 1262 y 1271 CC), porque en ese momento el crédito a favor de los asegurados ya había nacido, pues el siniestro había tenido lugar con anterioridad (el último siniestro indemnizado es de fecha 3 de marzo de 2009). Además, entiende incorrectamente interpretado el art. 31.2 del Reglamento aprobado por RD 2329/79, pues conforme al mismo las fechas a tener en cuenta son la del contrato de cesión de crédito y la de la comunicación de la condición de beneficiario a la aseguradora (que en este caso fue el 13 de mayo de 2009).
La sentencia de primera instancia ha desestimado la caducidad de la acción ejercitada porque el contrato no se perfecciona hasta que se cobra la cantidad cedida, lo que tuvo lugar el 23 de julio de 2009.
Hay que señalar, en primer lugar, que no estamos ante un tema de caducidad de la acción, pues el plazo para el ejercicio de la acción de reintegración concursal no es el de dos años, ni siquiera el de cuatro que señala con carácter general el art. 1299 CC para toda acción de rescisión, pues recientemente la STS de 12 de diciembre de 2013 ha establecido que la "acción rescisoria concursal...es una acción concursal que nace y se extingue con el concurso", que está fundada en el perjuicio para la masa activa, por lo que no está sujeta a un especial plazo de caducidad, en la medida que se trata de una acción que nace con el concurso y se extingue la posibilidad de su ejercicio con la terminación de ese procedimiento.
Lo que establece el art. 71.1 no es un plazo de caducidad para ejercitar la acción, sino un periodo de posible retroacción del concurso, fijando un requisito temporal de los dos años anteriores a la declaración del concurso como el periodo en el que ha debido tener lugar el acto que se pretende rescindir, lo que se denomina periodo de sospecha.”: SAP Murcia (Sección 4) 27.03.2014 (Sentencia 198/2014; Rollo 35/2014)

AP Jaén

“De todas formas y a mayor abundamiento, debemos decir en cuanto al ejercicio tardío de la acción, que no constituye motivo de desestimación, salvo alegación y demostración de ejercicio abusivo del derecho, lo que ni siquiera se alega. Además de que como la propia Audiencia Provincial de Murcia cuya Sentencia se cita en el

recurso, dice en la de su Sección.4ª de 18 de marzo de 2011 : *"En este sentido hemos de tener en cuenta que la Ley Concursal no establece específicamente plazo alguno para el ejercicio de dicha acción, por lo que cabría acudir a lo dispuesto al respecto en el artº. 1.299 del Código Civil para la acción rescisoria común, que señala el plazo de cuatro años. La doctrina jurisprudencial afirma que se trata de un plazo de caducidad y que, en su caso habría de computarse a partir del momento en que la persona legitimada activamente para su formalización hubiese tenido conocimiento de la existencia del acto rescindible. Pero con independencia de tal plazo de caducidad, cabe afirmar además, que dicha acción puede ejercitarse durante el concurso, es decir, una vez declarado el concurso (artº. 71.1 de la Ley Concursal y antes de su finalización, por lo que el hecho alegado relativo a la finalización de la fase común, como momento procesal último para su planteamiento, no constituye óbice alguno en tal sentido, dado que la citada acción de reintegración puede plantearse, como decimos, durante el concurso, y por tanto bien en la fase común, o en la de convenio o liquidación. Además el artº. 82.4 de la L.C., que menciona la sentencia de instancia, viene a corroborar dicho criterio interpretativo, dado que permite a la Administración Concursal que en el inventario puedan advertir la posibilidad del ejercicio de acciones de reintegración." ":*SAP Jaén (Sección 1) 01.02.2013 (Sentencia 18/2013; Rollo 13/2013)

AP Salamanca

"Tercero.-Nada obsta, para el ejercicio de las acciones de reintegración concursal contempladas en el art. 71 LC, que en el Informe de la Administración Concursal no se haga constar la posibilidad de ejercer dichas acciones contra alguna o varias concretas operaciones, pues en el devenir del concurso pueden ir apareciendo nuevos datos que sirvan a la Administración Concursal para apreciar la existencia de actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.
Por lo demás, la Ley Concursal no señala un plazo específico para el ejercicio de las acciones de reintegración concursal o acciones rescisorias concursales propiamente dichas (el resto de acciones de impugnación de actos del deudor previstas en el art. 71.6 LC se regirán por su régimen jurídico específico). Este silencio ha llevado a parte de la doctrina científica a proponer la aplicación analógica del régimen jurídico común de las acciones rescisorias y, en el caso particular, el plazo de cuatro años previsto con carácter general en el art. 1299 párr. 1º CC; plazo de cuatro años (a contar, entendemos, desde la declaración de concurso al tratarse de acciones específicas concursales) que se califica habitualmente como plazo de caducidad para garantizar la seguridad de acreedores.
En el caso de autos es obvio que no ha transcurrido ese plazo de cuatro años por lo que ninguna trascendencia debe atribuirse a las alegaciones de la recurrente.": SAP Salamanca (Sección 1) 20.02.2015 (Sentencia 81/2015; Rollo 10/2015)

AP Sevilla

"Antes de entrar en el análisis de la acción, conviene valorar si dicha acción se ha ejercitado en plazo, dado que la entidad demandada entiende que se ha incumplido el plazo establecido en el artículo 86-2º de la Ley Concursal. Esta norma dispone que la Administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario, y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 53 y la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurado con garantía real. El plazo para emitir dicho informe viene establecido en el artículo 74, y es de dos meses desde la aceptación de dos de ellos. A priori, parece que dicho plazo ha transcurrido, aunque no consta ese acto de aceptación, sí que se ha emitido el informe, que tuvo lugar el día 16 de julio de 2.009. Si la demanda que encabeza los presentes autos se interpuso el día 6 de julio de 2.010, habría de concluirse que ha finalizado el plazo para ejercitar la acción rescisoria. Sin embargo, dicha norma entra en colisión con lo dispuesto en el artículo 82-3º, que al referirse a la formación del inventario, uno de los apartados del citado informe, dispone que: "Al inventario se añadirá una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa". Es decir, mientras aquella norma parece que impone que las acciones rescisorias se planteen en el citado plazo, en el establecido para emitir informe, en ésta solo refiere que se consigne qué acciones podrían plantearse para la reintegración de la masa activa. Dado que toda caducidad o prescripción ha de interpretarse restrictivamente, hemos de entender que no está fuera de plazo la acción ejercitada por la administración concursal, ya que la segunda norma prevé que se pueda ejercitar en otro momento posterior, teniendo en cuenta que quien esencialmente están facultados para ejercitar la acción rescisoria son los administradores concursales. Es cierto que pueden ejercitarla los acreedores pero con los requisitos consignados en el artículo 72-1º. En cualquier caso, la norma del artículo 86 entendemos que no es aplicable a la presente litis, porque no estamos ante la validez del crédito, es decir, no se trata de excluir una deuda, sino simplemente, mediante la acción ejercitada, lo que trata es de eliminar o dejar sin efecto la garantía real, el crédito seguiría existiendo y habría igualmente de encuadrarse en la masa pasiva, aunque no con el privilegio que supone la garantía real.
En consecuencia, la acción ha de entenderse ejercitada adecuadamente. ":SAP Sevilla (Sección 5) 28.05.2012 (Sentencia 277/2012; Rollo 2964/2012)

"TERCERO.-La alegación de prescripción, que se basa en el transcurso del plazo de 4 años que, para el ejercicio de la acción rescisoria en general, establece el artículo 1.299 del Código Civil, contado desde la fecha de las operaciones de cancelación de la deuda en cuestión, tampoco es de recibo, a juicio del tribunal. Y es que, tratándose de una acción rescisoria especial, que nace de la declaración de concurso, en defensa de la masa de los acreedores, para la que la Ley Concursal no contempla plazo alguno de ejercicio, parece lo más acertado considerar que puede ejercitarse mientras dure la situación de concurso, sin sujeción a plazo alguno.

En todo caso, de admitir la aplicación del plazo previsto en el Código Civil, no habría transcurrido en este caso, teniendo en cuenta que habría que computarlo, no desde la fecha de las concretas operaciones objeto de rescisión, sino desde la fecha de la declaración de concurso, a partir de la cual la acción tiene sentido y puede ejercitarse, conforme a lo dispuesto, sobre el inicio del computo de la prescripción, en el artículo 1.969 del Código Civil.": SAP Sevilla (Sección 5) 14.07.2014 (Sentencia 417/2014; Rollo 2239/2014)

AP Tenerife

"En el segundo motivo, se insiste en la caducidad de la acción. La cuestión fue tratada en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, a cuyos razonamientos nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones, en el que el tribunal de primera instancia aplica la doctrina mayoritaria que entiende que el plazo para poder ejercitar de la acción contemplada en el artículo 71 de la LC viene fijado por la aceptación del cargo por parte de los administradores concursales, mientras que el plazo final lo fija el auto que declara concluso el concurso, sin que este posicionamiento haya sido combatido con argumentos de peso o desvirtuado por las alegaciones de la apelante, ya que se limitan a insistir en los mismos argumentos esgrimidos en primera instancia, es decir, que al no fijar la LC un plazo para el ejercicio de esta acción habrá de aplicarse en cada caso el plazo de prescripción o caducidad de la acción concreta, según la naturaleza del acto impugnado, lo que a nuestro entender desvirtuaría completamente la naturaleza y finalidad del concurso. ":SAP Tenerife (Sección 4) 04.09.2012 (Sentencia 320/2012; Rollo 742/2011)

"PRIMERO.- El artículo 71.1 de la LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor dentro de los dos anos anteriores a la declaración del concurso. Con ello, la LC establece un novedoso sistema rescisorio amparado en los actos, sin necesidad de intención fraudulenta, que fueran realizados por el concursado en un marco temporal de dos anos anteriores a la fecha de declaración del concurso, que en el presente caso se produce el 31 de Julio de 2.007. Así pues, se crea una nueva acción de naturaleza rescisoria que nace como consecuencia de la declaración del concurso y que se extingue ordinariamente con su terminación, si no lo ha hecho antes con la aprobación del convenio y la cesación a todos los efectos de la declaración del concurso (art.133.2 LC), pudiendo ejercitarse mientras tanto sin estar sujeta a otro plazo especifico, como pueden estarlo las acciones de reintegración extraconcursales. Esa acción tiene su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso; en concreto, pretende preservar la integridad del patrimonio, que debe garantizar la efectividad de los créditos, así como salvaguardar la "par conditio creditorum", para evitar una discriminación arbitraria de los creedores a quienes se deba pagar. Esta acción tiene autonomía propia, aunque con caracteres comunes a la rescisoria del artículo 1291 del Código Civil, por ello, debido a su naturaleza concursal, no está sujeta a plazo específico de caducidad o prescripción, ya que la seguridad jurídica está garantizada por el periodo sospechoso de dos anos fijado por la Ley, y porque sólo podrá hacerse valer dentro del concurso.": SAP Tenerife (Sección 4) 09.10.2012 (Sentencia 386/2012; Rollo 249/2012) y, en idénticos términos,:SAP Tenerife (Sección 4) 10.10.2012 (Sentencia 389/2012; Rollo 249/2012)

AP Valencia

"Punto de partida del análisis de las cuestiones suscitadas en esta alzada ha de ser, pese al orden mantenido por el recurrente y por razones sistemáticas, la cuestión planteada en segundo lugar, en cuanto mantiene aquella parte el planteamiento extemporáneo de la acción del artículo 71 LC por la administración concursal, al haberse presentado los textos definitivos que, por tal razón, devienen inmutables, con la sola excepción de los supuestos del artículo 97 LC en ninguno de los cuales resulta incardinable el planteado.
En sentencia de esta misma Sala de 10 de Abril de 2012, dictada en rollo 941/11 abordábamos tal cuestión, afirmando que el ejercicio de esta acción no es incompatible con otras -en relación al reconocimiento de créditos- y por ello no puede considerarse extemporáneo su ejercicio porque ya haya textos definitivos.
Afirmábamos en aquel supuesto que no compartíamos " *la tesis de la parte recurrente en orden a que por razón de la resolución recaída en el incidente concursal...no le fuera posible a la Administración concursal cuestionar la eficacia de la prenda constituida en garantía del préstamo concedido a Promociones...SLU, ni es de aplicación al caso la doctrina de los propios actos que igualmente se alega.*
Como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de mayo de 2011 (Roj: STS 2905/2011; Pte. Sr. Salas Carceller) - con cita de la de 9 de diciembre de 2010 - destaca que "la doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables"... y que, sin embargo (...), el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla, pues constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla;...".
De lo actuado en el procedimiento y de lo alegado por las partes se desprende que la Administración Concursal no tenía certeza de los hechos alegados por la caja...en el incidente concursal...pues así se desprende del folio... de las actuaciones, y de facto, fue necesario promover ese incidente concursal para que reconocimiento de los créditos titulados por la actora y su calificación. Pero el reconocimiento del préstamo impuesto a la Administración Concursal por mor de la Sentencia de fecha 29 de mayo de 2009, no impide promover la acción dirigida a declarar la ineficacia de la obligación accesoria que constituye la garantía y que dota a la entidad

demandada del privilegio que se discute, máxime cuando la acción rescisoria no resulta incompatible con el ejercicio de otras acciones, a tenor de lo establecido - a sensu contrario - en el apartado 6 del artículo 71 de la LC.
Pero es que, a mayor abundamiento, la acción de reintegración no tiene establecido un plazo concreto de ejercicio en la LC por lo que, partiendo de lo anterior, parte de la doctrina y de las resoluciones judiciales, se han inclinado por aplicar el plazo genérico de cuatro años del Código Civil, y, en otros casos, incluso, se considera que pueden plantearse a lo largo de todo el procedimiento concursal y desde la declaración del concurso, puesto que la administración concursal tiene, entre otras, la obligación de incluir en el inventario una previsión de las posibles acciones de reintegración - artículo 82 LC - aunque no se establece concreto plazo de ejercicio.
La consideración y valoración conjunta de tales argumentos nos lleva a considerar que la acción ejercitada no lo ha sido en forma extemporánea, si bien no resulta ciertamente muy coherente el planteamiento sorpresivo del incidente por la administración concursal después de ser considerado el crédito, por la propia administración -en principio sin discusión alguna- por dos veces (a diferencia del supuesto examinado en la sentencia aludida) como crédito con privilegio especial. Ello no obstante, puesto que nos limitamos, en este momento a examinar la pertinencia, en forma genérica de la acción entablada, y no las concretas circunstancias en este caso concurrentes, entendemos que el motivo de recurso, en cuanto plantea la extemporaneidad de la acción ejercitada ha de ser rechazado, entrando en el concreto análisis de los requisitos exigibles conforme el artículo 71 LC. “:SAP Valencia (Sección 9) 08.05.2013 (Sentencia 146/2013; Rollo 104/2013)

JM-2 Pontevedra

“El primer argumento de oposición esgrimido por el banco prestamista, ante el silencio de la entidad codemandada, es el de considerar precluido el trámite de impugnación. Se habla de “excepción de extemporaneidad”, sin que se califique si el efecto del transcurso del tiempo merece la calificación de prescripción o de caducidad de la acción. La tesis de la contestación se fundamenta en la afirmación de que el art. 97 cierra el paso a cualquier acción que pretenda la alteración del informe.
No son así las cosas. De toda evidencia, una cosa es la pretensión de modificación del informe o del inventario, por el cauce previsto en el art. 96, que habrá de tener por objeto bien la solicitud de inclusión o de exclusión de bienes o de sus avalúos, bien la inclusión o exclusión de créditos, la alteración de su cuantía o de su calificación, y otra bien diferente es la acción de rescisión concursal, que tiene el objeto específico previsto en el art. 71. La acción rescisoria concursal nace con la declaración de concurso y finaliza con su conclusión, por lo que, cabalmente, ni siquiera habría de quedar sujeta al plazo de caducidad cuatrienal de las acciones rescisorias comunes. Es cierto que la ley dicta normas tendentes a asegurar que los administradores concursales, -legitimados primarios para el ejercicio de la acción rescisoria-, cumplan fielmente con su obligación de rescindir los actos perjudiciales para la masa realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, estableciendo, entre otras cosas, la obligación de incluir en el inventario, -art. 82.4-, una previsión de las posibles acciones de reintegración de la masa, pero en ningún lugar establece que tales acciones deban ser ejercitadas en el plazo de diez días señalado para las pretensiones de impugnación del inventario y de la lista. La cuestión, por su claridad, no merece mayor razonamiento.”: SJM-2 Pontevedra 01.04.2009 (Incidente Concursal 50/2009)

4. El previo incidente sobre clasificación del crédito no impide ni determina la viabilidad de la rescisión.

4.1 No existe “cosa juzgada”

Tribunal Supremo

“2.1. La cosa juzgada.
51. A lo expuesto, hay que añadir, como hemos declarado en la sentencia 360/2012, de 13 de junio, que la presunción histórica de que lo juzgado debía ser tenido por verdad -"quia res iudicata pro veritate accipitur" (porque la cosa juzgada se tiene por verdad) - y la ficción de que las sentencias transforman la realidad de las cosas para ajustarla a lo decidido -"sententia facit de albo nigrum, aequalat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat" (la sentencia hace de lo blanco, negro; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero)-, se ha reconducido en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido, por un lado, a impedir la repetición indebida de litigios mediante el llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material -"non bis in idem"- que no permite que una contienda judicial, ya dilucidada por sentencia firme sobre el fondo de la cuestión, pueda volver a plantearse (artículo 222.1 de la LEC) y, por otro, a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente por sentencia sobre el fondo, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos, mediante el efecto positivo o vinculante para los tribunales que hayan de conocer de un proceso posterior cuando lo resuelto aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto (artículo 222.4 de la propia LEC), que exige la concurrencia de los clásicos requisitos eadem personae, eadem res, eadem causa, (las mismas personas, la misma cosa, la misma causa).
2.3. Impugnación del inventario y la lista de acreedores vs. Acción rescisoria.
52. El motivo debe rechazarse ya que el juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso a que se refiere la sentencia 159/2011, de 10 de marzo, como operación precisa para

compulsar la paridad entre los dos litigios evidencia que mientras el incidente al que se refiere el artículo 96 de la LC, a tenor del apartado 3 "podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos", el regulado en el artículo 72 de la LC tiene por objeto la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, lo que, lógicamente, supone que se trata de créditos que aparecen reconocidos en la lista de acreedores. Máxime, cuando la rescisión, por esencia, afecta a actos estructuralmente válidos y eficaces, por lo que no hay base alguna para rechazar su inicial reconocimiento, a lo que añadiremos que el artículo 73 de la LC no se refiere a la modificación de la lista que la norma califica de "definitiva" ": STS 08.11.2012 (Sentencia 652/2012; Recurso 836/2010)

"SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal (…)*
2. Formulación del motivo segundo. El motivo se formula al amparo del ordinal 3° del art. 469.1 LEC y denuncia la infracción del art. 222 LEC, al no haber apreciado la sentencia recurrida la eficacia de cosa juzgada formal y material de la sentencia de 24 de mayo de 2012 del mismo juez mercantil de Badajoz que denegó la consideración de crédito con privilegio especial a los acreedores financieros que gozaban de una prenda en cuenta corriente, al considerar su constitución ilícita. Esta sentencia ganó firmeza y generaba efectos de cosa juzgada respecto de la rescisión de la realización de la prenda. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
3. Desestimación del motivo segundo. Nadie discute que la Sentencia del Juzgado Mercantil de Badajoz de 24 de mayo de 2012, dictada en el incidente concursal 218/2011, goce de cosa juzgada formal, pues no se niega su firmeza. Que la Audiencia no haya reconocido el carácter vinculante de lo resuelto con esta sentencia respecto de la acción rescisoria de la realización de la prenda por parte de Liberbank, como banco agente, en agosto de 2011, por un importe de 327.533,57 euros, no afecta para nada a ese efecto de cosa juzgada formal. En su caso afectaría al efecto de cosa juzgada material.
La cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el art. 222 LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto.
Como veremos a continuación, lo que se pretende por la recurrente y es lo que apreció la sentencia de primera instancia, luego revocada en este extremo por la de apelación, es el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo.
El efecto positivo de la de cosa juzgada material viene regulado en el art. 222.4 LEC, en los siguientes términos:
«Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal».
Se pretende que lo resuelto en la sentencia dictada por el propio juez del concurso en el incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores (incidente concursal 218/2011), en el que eran parte Liberbank y BBVA, vincule como antecedente lógico de la resolución de la segunda acción rescisoria ejercitada en el presente pleito, esto es, en la que afecta a la compensación que Liberbank practicó en agosto de 2011 del saldo que Caval tenía en las denominadas «cuenta de servicio del préstamo» y «cuenta de reserva» (327.533,57 euros), que estaba pignorado a favor del banco en el propio acuerdo de refinanciación.
En el previo incidente de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, Liberbank y BBVA pedían la inclusión en el inventario de la masa activa del saldo existente de 3.153,94 euros en la cuenta pignorada 2099.0141.81.00700121176, y respecto del mismo que se les reconociera un crédito con privilegio especial por gozar de una prenda que gravaba dicho saldo. La sentencia del juzgado mercantil desestimó la pretensión contenida en la impugnación de que se reconociera el crédito con privilegio especial sobre la suma gravada con la prenda, por considerar ilícita la constitución de una prenda sobre los saldos de una cuenta corriente.
Esta resolución no constituye, propiamente dicho, un antecedente del presente pleito por lo que veremos a continuación.
En primer lugar, el objeto de aquella sentencia fue denegar que BBVA y Liberbank gozaran de un crédito con privilegio especial por un importe de 3.153,94 euros, por negar validez legal a la prenda sobre saldos de cuenta corriente. El alcance de la eficacia de cosa juzgada de esta sentencia afecta exclusivamente a la denegación de la clasificación de créditos pretendida, al rechazar que este saldo de 3.153,94 euros pudiera ser pignorado.
La segunda acción rescisoria interpuesta con la demanda se refiere a la realización de una prenda constituida sobre saldos de dos cuentas corrientes, en agosto de 2011, en el periodo comprendido entre la solicitud y la declaración de concurso. Lo resuelto en aquella sentencia de impugnación de la lista de acreedores tan sólo afectaba a la concreta clasificación de créditos pretendida y denegada. A esos meros efectos vinculaba el razonamiento empleado en la sentencia para denegar el privilegio especial, que no cabía al negar validez a la prenda sobre los saldos de cuentas corrientes. La eficacia de cosa juzgada prevista en el art. 196 LC para las sentencias que resuelvan los incidentes concursales se ciñe en este caso a lo resuelto sobre la controvertida clasificación de aquel crédito de 3.153,94 euros.
La valoración jurídica sobre la validez legal de la prenda de saldos de cuenta corriente, empleada como *ratio decidendi* de la denegación del privilegio especial sobre ese crédito, no puede provocar el efecto de cosa juzgada respecto de cualquier otro litigio, en este caso una rescisión concursal**,** que afecta a prendas constituidas sobre saldos de cuenta corriente en el marco de un acuerdo de refinanciación de la DA4ª LC, ni menos aún sobre una realización de la garantía anterior a la declaración de concurso.
Además, tampoco existe una identidad subjetiva, pues en el incidente sobre impugnación de la lista de acreedores tan sólo fueron parte Liberbank y BBVA, mientras que en el incidente de rescisión lo son los bancos demandados que intervinieron sindicados en el acuerdo de refinanciación.

Por otra parte, el recurrente obvia que la prenda de créditos constituye una garantía financiera regulada por el RDL 5/2005 y que, de acuerdo con lo previsto en el art. 15, la realización de estas garantías, en este caso mediante una compensación, ni se ve afectada por la declaración de concurso ni es susceptible de rescisión concursal**.** Conforme al apartado 5 del art. 15, tan sólo cabía pedir la rescisión concursal de la constitución o aportación de las garantías financieras, bajo determinadas condiciones:
«Los acuerdos de garantías financieras o la aportación de estas, formalizados o aportadas, anteriores a la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa sólo podrán rescindirse o impugnarse al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la administración concursal**,** que tendrá que demostrar que se han realizado en fraude de acreedores».
La administración concursal ni impugnó la constitución de la garantía financiera, ni adujo ni acreditó la concurrencia de este especial requisito de haberse realizado en fraude de acreedores.”: STS 15.02.2017 (Sentencia 93/2017; Recurso 1229/2014)

AP Sevilla

“PRIMERO.-Por Don Mario, Administrador Concursal en el Concurso voluntario de la entidad San Juan 36, S.L., se ejercitó acción rescisoria contra la propia concursada y Banco Pastor, S.A., interesando la rescisión de la garantía hipotecaria constituida con fecha 8 de abril de 2.008, respecto de la finca sita en calle Zaragoza núm. 56, finca registral núm. 2065, del Registro de la Propiedad núm. 8 de Sevilla, en garantía de un préstamo por importe de 1.260.000 euros. La concursada se allanó, y la entidad Banco Pastor, S.A., se opuso. Entre otras razones, alegaba la existencia de cosa juzgada. Por parte del Juzgado, tras la oportuna tramitación, se dictó Sentencia que apreció dicha excepción, interponiéndose recurso de apelación por parte del Administrado Concursal.
SEGUNDO.-La primera cuestión que en esta alzada debe analizarse, obviamente, en la excepción de cosa juzgada apreciada en primera instancia, decisión contra la que se alza el Administrador Concursal.
En relación a la citada excepción, debemos recordar que constituye la vinculación de la parte dispositiva de la Sentencia, que produce en otro proceso. Como afirma la doctrina, es la declaración de la existencia o inexistencia del efecto jurídico pretendido, lo que conlleva que planteándose la cuestión en un segundo proceso, el juez está vinculado con lo resuelto en el primero. Su fundamento se encuentra en la necesidad de conseguir estabilidad, de dar seguridad jurídica, evitando la reproducción indefinida de litigios e impedir que se dicten resoluciones contradictorias, de ahí que sea apreciable de oficio. En este sentido, la Sentencia de 8 de octubre de 1.998 declara que: "En primer lugar porque fue alegada, por esta parte, en momento procesal oportuno y en segundo lugar porque la teoría de la alegación de parte para la prosperabilidad de esta excepción en su aspecto positivo está suficientemente superada por la Jurisprudencia en Sentencias de 26 y 28 de Febrero de 1.990, 23 de Marzo de 1.990, 2 de Julio de 1.992 y 23 de Marzo de 1.993, señalando que "la cosa juzgada material cuando es notoria su existencia y en cuanto afecta al inmediato fin del proceso así como a la seguridad jurídica y al prestigio de unos órganos estatales, los jurisdiccionales, corresponden a la esfera del dominio público debiendo en consecuencia ser apreciada de oficio por los Tribunales y ha de tenerse en cuenta que el fundamento de la cosa juzgada material radica en la necesidad evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica". Como señala la Sentencia de 31 de diciembre de 1.998 : "En el ámbito procesal la institución de cosa juzgada ha de estimarse como uno de los fundamentos esenciales de la actividad jurisdiccional y que determina la irrevocabilidad de la sentencia. A pesar de la antedicha importancia, la normativa en nuestro ordenamiento jurídico, es absolutamente nimia o escasa, pues salvo el artículo 1.252 del Código, los demás preceptos de dicho Cuerpo legal o de la ley de Enjuiciamiento Civil, tratan el tema de una manera colateral.
Por ello no es de extrañar que haya tenido que ser la doctrina procesalista y la jurisprudencia la que ha efectuado la construcción de la teoría de la cosa juzgada, llegándose a la conclusión de que la cosa juzgada es el principal objeto del proceso. Esta falta que se observa en el área de la "lege data", ha provocado, incluso, teorías sobre los límites temporales de la cosa juzgada, ya que sin ser llevada a sus últimos extremos, puede suponer la quiebra total y absoluta de esta importantísima y esencial institución procesal desde el punto de vista de la actividad jurisdiccional.
Manifestado lo anterior, hay que afirmar que en la presente contienda judicial, se han planteado una cuestión de cosa juzgada material (esencialmente la única existente), de función negativa, basado en el brocardo "ne bis in idem", y que impide la iniciación de un nuevo proceso sobre la misma pretensión, y que es la que se refiere el mencionado artículo 1.252 del Código Civil.
Pues bien, es doctrina pacífica y consolidada emanada de la jurisprudencia de esta Sala, la que establece que es preciso que se den tres identidades clásicas en los elementos personal, real y causal operantes en los dos procesos (el sentenciado y el que está en tramitación), con la necesidad esencial que tal triple identidad sea total (S.S. de 18 de abril de 1.959, 21 de julio de 1.988, 3 de abril de 1.990, 1 de octubre de 1.991, 31 de marzo de 1.992 y 27 de noviembre de 1.993, entre otras)". En parecidos términos agrega la Sentencia de 9 de marzo de 1.968 que: "en su sentido material que es el único que ahora interesa, cosa juzgada significa simplemente la imposibilidad de apertura de nuevos procesos en un mismo asunto para evitar decisiones judiciales que, como dijo la doctrina de esta Sala (especialmente contenida en las sentencias de 1 de diciembre de 1954, 6 de febrero de 1965 y 1 de julio de 1966, entre otras muchas) pudiesen contradecir a otras anteriores, lo que implica la inatacabilidad de los resultados procesales definitivos".
La cosa juzgada no va a suponer exclusivamente que el primer proceso excluya el segundo, ello ocurrirá cuando ambos litigios coincidan estrictamente, pero puede que el primer proceso respecto del segundo, sea condicionante o prejudicial, se trata de los dos efectos de la cosa juzgada, es decir el negativo o preclusivo y el positivo o prejudicial. En este sentido, la Sentencia de 1 de diciembre de 1.997 declara que: "La cosa juzgada material puede producir uno de estos dos efectos; el positivo, vinculante o prejudicial y el negativo o preclusivo.

El primero de ellos implica que no puede resolverse en un proceso ulterior un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes, pues lo resuelto por la sentencia firme recaída en el proceso anterior, con respecto a dicho tema o punto litigioso, tiene efecto vinculante o prejudicial en el segundo proceso entre las mismas partes.
El segundo de los referidos efectos (el negativo o preclusivo) comporta que no puede seguirse un proceso ulterior sobre el mismo objeto litigioso que ya fue resuelto por sentencia firme en un proceso anterior entre las mismas partes ("non bis in idem"). La triple identidad (de personas, cosas y causas de pedir) que, entre los dos procesos, indudablemente ha de concurrir, ha de determinarse u homologarse, por lo que al primero de dichos efectos se refiere (el positivo, vinculante o prejudicial), supuesta la identidad de personas (cualesquiera que sean las posiciones procesales que ocupen en cada uno de los dos procesos) y de cosas, ha de determinarse u homologarse, repetimos, entre el concreto tema o punto litigioso que ya quedó resuelto en el proceso anterior y el que nuevamente se trae a debate en el segundo proceso, aunque los objetos litigiosos de ambos sean distintos, ya que si fueran exactamente los mismos, el efecto que produciría la cosa juzgada sería el negativo o preclusivo del proceso ulterior y no el positivo, vinculante o prejudicial".
TERCERO.-Con respecto a las requisitos, que necesariamente han de concurrir para que se aprecie la cosa juzgada material, se exige la concurrencia de tres, como declara la Sentencia de 9 de marzo de 1.968 : "en primer lugar la subjetiva ("eadem personae") señalada por nuestro Legislador en un doble aspecto al desdoblar y verdadero y único límite personas en la llamada igualdad física relativa a la persona de los litigantes que habrán de ser los mismos y en la jurídica, o sea, la condición o calidad con que actuaron en el proceso; en segundo, término la real u objetiva ("eadem res"), que nuestro Código concreta impropiamente en las cosas y que en puridad se refiere al objeto, considerado como bien en sentido jurídico, pudiendo ser material -Cosa o inmaterial; y finalmente, la causal relativa a la causa o razón de pedir ("eadem causa petendi") entendida no ya como los simples hechos y su correspondiente calificación jurídica, sino también, y ante todo, como el fundamento o razón en Derecho, diferente de la acción en cuanto modalidad procesal que es necesario ejercitar para que aquélla tenga efectividad y distinta, asimismo, de los meros medios de prueba con los que pueda hacerse valer, según proclamó la doctrina de esta Sala contenida, entre otras muchas, en las sentencias de 15 de febrero de 1921, 4 de julio de 1932, 7 de junio de 1934, 11 de abril de 1940, 12 de mayo de 1942, 12 de julio de 1951 y 26 de septiembre de 1962 ".
En relación al elemento causal la jurisprudencia ha definido la causa de pedir, como aquella situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir por parte del órgano judicial competente, la tutela jurídica solicitada. De dicha definición se desprende la existencia de dos elementos, cuya identidad es precisa, como son: a) un determinado "factum" y b) una determinada consecuencia jurídica en la que se subsanen los hechos, Sentencia de 31 de diciembre de 1.998.
No es óbice para su apreciación que se trate de procesos de distinta naturaleza, siempre que el conflicto sea idéntico, y su determinación ha de realizarse mediante un juicio comparativo entre la Sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo, Sentencia de 30 de julio de 1.996.
Dentro de los denominados límites objetivos de la cosa juzgada se afirma por la doctrina que alcanza no sólo a las cuestiones explícitamente declaradas en la Sentencia, sino a todo aquello que está implícitamente negado por la afirmación contenida en la parte dispositiva y lo que en el mismo sentido está afirmado por lo negado en la Sentencia, SSTS de 10-5-82, 11-3-85, 17-9-87 y 26-2-91, entre otras.
Igualmente alcanza no sólo a lo deducido sino también a lo deducible, es decir, una vez que se establece en una Sentencia una determinada y concreta relación jurídica entre las partes, todas las razones, tanto las que se alegaron como las que se pudieron y debieron alegar quedan cubiertas por los efectos de la cosa juzgada. Con ello se trata de evitar nuevas y reiteradas demandas que planteen nuevos argumentos que pudieron esgrimirse en el anterior. En definitiva, se pretende que la cosa juzgada cubra no sólo lo realmente juzgado, sino todo aquello que, sin límite, sobre todo temporal, se pudo juzgar. No se trata de evitar Sentencias contradictorias, sino más bien una reiteración de procesos, cuando toda la cuestión litigiosa se pudo ventilar en un solo proceso. En este sentido, la Sentencia de 21 de julio de 2006 declara que: "El núcleo central, en lo que coinciden ambos puntos de vista, se encuentra, según una autorizada opinión que tiene fuertes apoyos en la jurisprudencia, "en la declaración contenida en la parte dispositiva de la sentencia al resolver (para conceder o denegar) la concreta tutela jurídica pedida", de modo que puede decirse que "permanece inmutable con vinculación para los Jueces de futuros procesos la concreta cuestión sustantiva sometida a litigio y decidida definitivamente por el órgano jurisdiccional", con la doble eficacia de excluir un nuevo proceso (función negativa) o de obligar al Juez del segundo proceso a resolver conforme a lo que ha sido juzgado (función positiva)". El problema no consiste en comprender bajo el efecto de la cosa juzgada las cuestiones deducidas, lo que claramente se admite por todos, sino que gira en torno a la extensión de la cosa juzgada a cuestiones deducibles, y en concreto a las llamadas cuestiones lógicas o prejudiciales, lo que también se admite (Sentencias de 28 de febrero de 1991, 22 de marzo de 1985, 6 de junio de 1998) siempre que se entienda como deducible una cuestión que haya podido ser planteada dentro del límite temporal del período de alegaciones y que, además, pueda encuadrarse dentro de los límites objetivos que enmarquen la causa de pedir de la acción efectivamente ejercitada (Sentencias de 20 de marzo de 1998, 11 de octubre de 1991, 12 de mayo de 1992, 11 de octubre de 1993, etc.) y, más precisamente, "cuestiones que son presupuesto o pre-juicio de la resolución final" (Sentencias de 15 de julio y 27 de noviembre de 1992, 26 de enero de 1990, 21 de julio de 1988, entre otras), según la apreciación que cabe hacer mediante una interpretación de la parte dispositiva a través de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo (Sentencias de 23 de noviembre de 1983, 17 de julio de 1986, 30 de diciembre de 1986, 20 de mayo de 1982, etc.)". Como declara la Sentencia de 11 de mayo de 1.976 la acción no se altera: "por la nueva circunstancia de que los litigantes aduzcan argumentos o razones que no esgrimieron en el primero, pero que ya existían en la fecha de la interpelación judicial".

En orden a perfilar la definición de cosa juzgada, a efecto de determinar y concretar esa necesaria identidad que ha de existir entre ambos procesos para apreciarla, nos dice la Sentencia de 6 de mayo de 2.008 que: "están protegidas por la cosa juzgada, tanto si han sido expresamente resueltas como si no habiendo sido objeto de resolución pueden estimarse implícitamente resueltas, por hallarse comprendidas en el thema decidendi". Más adelante declara que es: "imprescindible que la primera sentencia contenga pronunciamiento decisivo sobre el asunto que constituye el fondo del pleito ulterior (STS de 21 de octubre de 1949). Y existe identidad objetiva cuando lo reclamado en el nuevo juicio se hace por título sólo aparentemente distinto pero en realidad por el mismo concepto matriz; de modo que, cual ocurre en el supuesto ahora contemplado, la identidad entre el petitum y causa petendi supone una absorción del primero en el segundo o una relación de medio a fin entre ambos procesos (STS de 4 de abril de 1952, 3 de abril y 5 de junio de 1987). En la misma dirección se había pronunciado esa Sala en sus sentencias de 13 de enero de 1928, 8 de febrero de 1951, 11 de mayo de 1976 y 22 de marzo de 1985, citadas por Isabel Tapia Fernández en su trabajo sobre el objeto del proceso (La Ley, 2000, pág. 156). En algún caso la Sala Primera se ha mostrado disconforme con el principio de que la cosa juzgada cubre no sólo lo deducido en el litigio sino además lo deducible. Cita la STS de 20 de marzo de 1998, pero la discrepancia es más aparente que real, ya que en esta resolución la Sala invoca el principio dispositivo que rige el proceso civil que «hace factible que cualquier titular de derechos pueda ejercitarlos en su totalidad o parcialmente, o sea, solicitar todas o parte de las consecuencias de tal ejercicio». La jurisprudencia deja muy claro que la extensión de la cosa juzgada a lo «deducible » en el primer proceso exige que se trate de un fallo sobre el asunto que constituye el «fondo» del pleito ulterior, de modo que existe extensión cuando «lo reclamado en el nuevo juicio se hace por título sólo aparentemente distinto, pero en realidad por el mismo concepto matriz». En cambio, la STS de 20 de marzo de 1998 refiere que en el primer proceso se ejercitó una acción para exigir el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato de obra que no tiene nada que ver con una acción de petición de indemnización, aunque ésta hubiese podido ser ejercitada conjuntamente con la anterior. Cita la STS de 6 de junio de 1998, en la que se resuelve sobre un supuesto en que se habían producido dos demandas de indemnización por unos perjuicios causados por un mismo hecho causal, parte de los cuales, a pesar de decirse producidos con anterioridad a la primera demanda, fueron omitidos y objeto de la segunda demanda. Y la Sala confirmó el fallo de instancia que había absuelto con base en la cosa juzgada, pues de no ser así podría darse lugar a una interminable formulación de reclamaciones que pudieron haberse planteado desde el primer momento. Y añadió la Sala que en esta dirección el Tribunal Supremo ha declarado que la decisión de la cuestión principal por el juez produce la eficacia de cosa juzgada, tanto positiva como negativamente, respecto de ulteriores procesos en relación a las cuestiones deducibles y no deducidas y están protegidas por la cosa juzgada tanto si han sido expresamente resueltas como si pueden estimarse implícitamente solventadas por hallarse comprendidas en el thema decidendi (STS 28 de febrero de 1991). Esta fundamentación es asumida por esta Sala, que en su sentencia de 30 de julio de 1996 afirma que está claro que no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado y requiere el rechazo de los tribunales según el art. 11 LOPJ, toda vez que constituye evidente fraude procesal".

Trascendente será, no tanto la acción que se ejercita, sino, como nos dice la Sentencia de 15 de noviembre de 2.011 : "lo que conforma la "causa petendi", son los hechos decisivos y concretos -también cabe reputarlos relevantes- o los títulos que conforman el derecho reclamado y avalan la tutela judicial que se postula, integrando la razón de pedir", es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, STS 26-9-11. En definitiva, crucial será que las cuestiones planteadas sean substancialmente coincidentes, STS 3-11-1993. En fin, la cuestión que se trata de evitar, como ya hemos señalado, es que un mismo problema se siga planteando indefinidamente ante los Tribunales.

A modo de resumen, nos dice la Sentencia de 31 de diciembre de 2002 que conviene: "recordar las directrices jurisprudenciales que sobre la cosa juzgada, especialmente en lo concerniente a la causa de pedir, sintetiza la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2002 (recurso núm. 3887/96) en los siguientes términos: "A) La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal (SSTS 11-3-85 y 25-5- 95). B) La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS 3-5-00) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS 19-6-00 y 24-7-00) o título que sirve de base al derecho reclamado (SSTS 27-10-00 y 15-11-01). C) La identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (STS 27-10-00). D) No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios
o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30-7- 96, 3-5-00 y 27-10-00). E) La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS 28-2-91 y 30-7-96), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC. F) El juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida,

comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo (SSTS 3-4-90, 31-3-92, 25-5-95 y 30-7-96)."

Teniendo en cuentas estas consideraciones generales, resulta que se alega y se pretende que se aplique por la parte demandada Banco Pastor, S.A., y así se acoge en la resolución recurrida, la excepción de cosa juzgada en relación a un proceso anterior, autos 368/09 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, en el que fue parte actora la entidad Banco Pastor, S.A., y en el que se impugnó el inventario y la lista de acreedores. La primera cuestión que ha de resaltarse y que causa extrañeza y perplejidad a esta Sala, es que, en ningún momento, se ha aportado testimonio de los citados autos, ni tan siquiera de la resolución definitiva que en el mismo se ha dictado, a los efectos de poder realizar la necesaria labor comparativa entre uno y otro proceso. Partiendo del principio de que lo que no está en los autos no es posible valorarlo, quod non est in Actis, non est in mundo, no comprendemos como se admite dicha excepción, además, en los términos escuetos y sucintos que se acogen en la resolución recurrida, sin un mínimo estudio comparativo de los parámetros de uno y otro proceso. Del denodado esfuerzo que esta Sala ha tenido que realizar para determinar si procede apreciar dicha excepción o no, la conclusión que se obtiene, es que es evidente que no puede acogerse. Y no puede admitirse, porque en el citado pleito la parte actora es la entidad, que es demandada en los presentes autos, que parece que discute, no tanto la calificación de los créditos que tiene frente a la concursada, sino más bien sus cuantías. Parece que la Administración Concursal reconoció un crédito, en total, a favor de la entidad bancaria por importe de 2.493.456 euros, como crédito especial, sin limitación alguna, que coincide con la petición que realiza la acreedora, pero si sumamos los tres préstamos hipotecarios que se incluyen, en las cuantías que se recogen en los folios 63 y 64 de los autos, parece que la Administración Concursal los incluyó pero con menor cuantía, a que ascienden, en total, a 2.751.819,22 euros. Al menos, eso es lo que se deduce del relato que realiza la demandada, en su escrito de contestación a la demanda, único acto procesal donde se hace un relato más o menor pormenorizado de lo ventilado en el citado proceso.

En cualquier caso, se está pretendiendo que la demandada en aquel proceso, es decir, la Administración Concursal, ejercitara todas y cada una de las acciones que pudieran derivarse de dichas relaciones contractuales, sobre la base de entender que, en ese proceso, es donde debió formular la reclamación a que se contrae la presente litis, mediante la oportuna reconvención, es decir, parece una aplicación de lo deducido y de lo deducible, criterio que esta Sala no comparte porque, de conformidad con la doctrina jurisprudencial señalada, ello ha de referirse a la cuestión planteada en la anterior litis, en función de la acción ejercitada. No puede referirse a cuestiones que no son objeto del citado proceso. Entendemos que ello no es asumible ni admisible desde el momento en que nadie puede ser obligado a litigar, de ahí que se ha de apreciar el litisconsorcio pasivo cuando no se ha demandado a todas aquellas personas a quienes puede afectar una determinada y concreta resolución, mientras que no es apreciable el litisconsorcio activo. En este sentido, declara la Sentencia de 19 de diciembre de 2.000 nos dice: "Como ya han señalado, entre otras, las sentencias de esta Sala de 10 de noviembre de 1992, 4 de julio y 12 de noviembre de 1994 no pueden equipararse la situación de litisconsorcio activo con la del pasivo, ni calificarse ambas de litisconsorcio necesario, por cuanto si bien es evidente que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, no es menos cierto el principio de que nadie puede ser obligado a litigar, ni aislada ni conjuntamente con otros, a menos que la disponibilidad del demandante sobre la cosa reclamada no pueda ejecutarse, sino en forma conjunta y mancomunada con otro, lo que se traduciría en falta de legitimatio ad causam, que al carecer de un presupuesto preliminar de fondo, basado en razones jurídico materiales, debiera conducir a una sentencia desestimatoria. Mas ello no acontece en este caso, en que los perjuicios reclamados por los actores no les obliga a una reclamación conjunta y mancomunada con los demás, porque pueden incluso no haberlos sufrido, haberlos reparado privada y extrajudicialmente el deudor o simplemente no desean reclamarlos". En idéntico sentido señala la Sentencia de 28 de julio de 1.995 que: "tiene declarado esta Sala (Sª de 22 de Diciembre de 1993, con cita de anteriores) "que la figura del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, inspirado por el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído; en efecto, como nadie puede ser obligado a litigar, ni solo ni unido a otros, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino en forma conjunta y mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa (legitimatio ad causam)"".

Se trata de la aplicación del principio dispositivo, que halla su fundamento en la naturaleza privada y disponible de los derechos, que como regla general se hacen valer en esta clase de procesos. Supone determinar el cuándo y sobre qué ha de versar la controversia que ha de ventilarse en el proceso, que queda a disposición de las partes, sin olvidar los poderes del órgano jurisdiccional dado el carácter público del proceso y la función constitucional que ejercita. Como afirma la Sentencia de 13 de junio de 2.007 : "la Sentencia de 7 de diciembre de 2002 de esta Sala "el principio dispositivo, mejor poder dispositivo, significa que en el campo del proceso civil, las partes disponen del objeto del proceso, en el sentido de ejercitarlo o renunciarlo a su voluntad. Comenzando, respecto al demandante, con la libertad de accionar y en cuanto a la elección de oportunidad del momento de realizarlo, limitado en el orden temporal a la prescripción de la acción y asimismo, iniciado el proceso con el poder de disposición sobre la pretensión, renunciándola o transigiendo y en cuanto al demandado con la libertad de comparecer o no y de allanarse o transigir la pretensión adversa. En íntima relación con tal principio, pero con independencia o al menos autonomía, figuran los de justicia rogada y de aportación de parte, el primero en cuanto que el actor determina la iniciación del proceso ("ne procedat iudex ex officio" y "nemo iudex sine actore") y puede desistir. En cuanto al de aportación de parte, significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al Juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición"". En parecidos términos, declara la Sentencia de 2 de diciembre de 1.987 que: "Desde un punto de vista puramente procesal, puede afirmarse que el proceso civil tiene como finalidad la actuación del ordenamiento jurídico privado; impera el principio dispositivo, en el que ha de integrarse el de rogación, y la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, su iniciación, no se produce de

oficio, sino que aparece entregada al titular del derecho sustantivo, que puede ejercitarlo o no en juicio, siendo libre incluso para renunciarlo o desistir de la acción entablada, delimitando su libérrima voluntad el estricto contenido del proceso, que ha de versar sobre lo por él querido, con los límites por él señalados, de tal manera que la sentencia que ponga fin al procedimiento ni puede dar más, ni cosa distinta a aquella pedida en la demanda, en congruencia también con las pretensiones del demandado".
A nadie se le puede obligar a litigar, sobre la base del aforismo de nemo invitus agere cogatur, es decir, nadie puede ser obligado contra su voluntad a proponer la acción, STS 28-3-84.
Sobre la base de estas consideraciones, es evidente que la parte actora en los presentes autos no estaba obligada y constreñida a ejercitar la acción a que se contrae los presentes autos, cuando se promovió el proceso anteriormente mencionado, primero porque a nadie se le puede exigir que ejercite su derecho privado, y, segundo, porque habría de realizarse un examen de las circunstancias concomitantes para determinar que pudo y debió plantear la acción rescisoria, en base a entender que tenía a su disposición y conocía todos factores que indicaban la naturaleza fraudulenta de la garantía real constituida. Como nos dice la Sentencia de 20 de marzo de 1.998 : "mientras no exista una norma preclusiva que obligue al titular de varias acciones a ejercitarlas en concurso contra el oportuno demandado, no surtirá efectos de cosa juzgada la resolución de una de esas acciones, respecto a un ejercicio futuro de las otras. Además doctrina consolidada derivada de la jurisprudencia de esta Sala, establece que para que exista cosa juzgada ha de darse una contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de modo que no pueda existir armonía entre dos fallos (S.S. 3 de abril de 1.990, 1 de octubre de 1.991, 16 de marzo de 1.992, 3 de noviembre de 1.993 y 30 de julio de 1.996, entre otras)".
Por ello, y por no darse esa identidad causal, procede rechazar dicha excepción.": SAP Sevilla (Sección 5) 28.05.2012 (Sentencia 277/2012; Rollo 2964/2012)

AP Valencia

"5.1. Sobre la excepción de cosa Juzgada.
No podemos acoger las alegaciones que realiza la representación de la CAM relativa a la concurrencia de cosa Juzgada, y no podemos acogerla por las razones que seguidamente pasamos a exponer:
5.1.1. En el escrito de contestación a la demanda incidental se alegó la excepción de cosa Juzgada respecto de la pretensión principal -que ha sido desestimada -y respecto de la que ahora constituye el objeto de la apelación lo que invocó (folio 129, punto 3) fue la preclusión de la alegación de la ineficacia de la prenda, por entender que la administración concursal tuvo ocasión de alegarlo en el incidente seguido bajo el número 125/2009, sin que entonces lo hiciese. La recurrente, en el primero de los motivos de su recurso de apelación - folios 310 y siguientes de las actuaciones -extiende la excepción invocada en su día a la pretensión subsidiaria acogida en la sentencia al argumentar que " no resulta posible discutir de nuevo la eficacia de la garantía pignoraticia otorgada por NOU TEMPLE a favor de la CAM y por tanto la calificación del crédito, por cuanto el juicio relativo a la eficacia de la garantía y su consecuente calificación ya fue efectuado por la Administración Concursal cuando confeccionó la lista de acreedores, juicio que mantuvo en el referido incidente nº 125/2009,..." Y añade a lo anterior las oportunas reflexiones de concurrencia de los presupuestos para acoger la cosa Juzgada, con cita de los artículos 222 y 400 de la LEC y examen de la identidad subjetiva, de la causa petendi y objetiva, para concluir que la pretensión subsidiaria se ha visto afectada no sólo por el efecto preclusivo inicialmente invocado, sino también por los efectos de la cosa juzgada consecuencia del incidente concursal 125/2009.
La extensión de los efectos de la cosa juzgada a la pretensión subsidiaria representa una alteración de las iniciales alegaciones efectuadas en la instancia.
5.1.2. A mayor abundamiento, no concurren los presupuestos para que la excepción pueda ser acogida, pues el incidente concursal 125/2009 (en el que recayó Sentencia de 29 de mayo de 2009, al folio 200 y los siguientes de las actuaciones) y el incidente de que trae causa la apelación no tienen el mismo objeto. En aquel se ventilaba el reconocimiento y calificación de créditos titulados por la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO - no exclusivamente el préstamo garantizado por la prenda litigiosa - por diferentes cantidades y calificaciones (Fundamento Jurídico Segundo de aquella resolución, folio 201 de las actuaciones), mientras que aquí lo que se examina es la eficacia de la garantía accesoria al préstamo. No concurre, por tanto, la identidad objetiva necesaria para la apreciación de la cosa Juzgada, que fue correctamente rechazada por el magistrado "a quo" en la Sentencia objeto de la presente revisión.": SAP Valencia (Sección 9) 10.04.2012 (Sentencia 132/2012; Rollo 941/2011)

4.2 No hay contravención de actos propios

AP Valencia

"No compartimos la tesis de la parte recurrente en orden a que por razón de la resolución recaída en el incidente concursal 125/2009 no le fuera posible a la Administración concursal cuestionar la eficacia de la prenda constituida en garantía del préstamo concedido a Promociones Nou Temple SLU, ni es de aplicación al caso la doctrina de los propios actos que igualmente se alega.
Como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de mayo de 2011 (Roj: STS 2905/2011; Pte. Sr. Salas Carceller) - con cita de la de 9 de diciembre de 2010 - destaca que " la doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables"... y que, sin embargo (...), el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no

podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla, pues constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla;... ".
De lo actuado en el procedimiento y de lo alegado por las partes se desprende que la Administración Concursal no tenía certeza de los hechos alegados por la CAM en el incidente concursal 125/2009 pues así se desprende del folio 203 de las actuaciones, y de facto, fue necesario promover ese incidente concursal para que reconocimiento de los créditos titulados por la actora y su calificación. Pero el reconocimiento del préstamo impuesto a la Administración Concursal por mor de la Sentencia de fecha 29 de mayo de 2009, no impide promover la acción dirigida a declarar la ineficacia de la obligación accesoria que constituye la garantía y que dota a la entidad demandada del privilegio que se discute, máxime cuando la acción rescisoria no resulta incompatible con el ejercicio de otras acciones, a tenor de lo establecido - a sensu contrario - en el apartado 6 del artículo 71 de la LC.
No concurren, por tanto, los presupuestos para la aplicación de la doctrina de los actos propios que resultan de la resolución citada ut supra.": SAP Valencia (Sección 9) 10.04.2012 (Sentencia 132/2012; Rollo 941/2011)

4.3 Ni tampoco un previo incidente de resolución del contrato

AP La Rioja

"PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño se dictó sentencia de fecha 6 de mayo de 2011, aclarada posteriormente por auto de 29 de noviembre de 2011, por la que se estimó la demanda presentada por la Administración Concursal de "Ferrallas Haro S.L." en ejercicio de una acción de reintegración a la masa, declarando la ineficacia del contrato firmado entre las partes en fecha 31 de julio de 2009, condenando a "Deys-Lan Proyectos S.L." a reintegrar a la masa 79.440 euros más intereses y a emitir facturas rectificativas y declarando expresamente su mala fe.
Contra esta resolución se presentó por la representación procesal de "Deys-Lan Proyectos S.L." recurso de apelación, interesando que se revoque la sentencia y se desestime la demanda presentada de contrario. Insiste en que debe apreciarse la concurrencia de cosa juzgada material en este incidente, en relación con el incidente anterior en el que se pretendía, y así se declaró, la resolución del contrato de arrendamiento de servicios que ahora se pretende rescindir. En cuanto al fondo, advierte de que el contrato que se pretende rescindir responde a la realidad de lo en él reflejado y que la propia administración concursal así lo reconoció al incluirla en la lista de créditos contra la masa devengados y no pagados y al instar su resolución, lo cual determina que reconocieron la eficacia y validez de ese contrato. Por último, entiende que no cabe declarar la mala fe de la apelante.
Por la administración concursal de "Ferrallas Haro S.L." se presentó escrito oponiéndose a la estimación del recurso.
SEGUNDO.-Por lo que se refiere a las alegaciones de cosa juzgada material reiteradas por la apelante, esta Sala entiende que deben ser desestimadas. Nos encontramos ante un procedimiento distinto en el que existe distinta causa de pedir y distinta acción ejercitada (resolución y rescisión) con efectos distintos tal y como pone de manifiesto el Juez "a quo": ex nunc en el caso de la acción resolutoria y ex tunc en el caso de la acción rescisoria.
La petición de rescisión en este incidente se fundamenta en el perjuicio que se causa a terceros con el contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre la concursada y la apelante, en el que claramente se aprecia una duplicidad injustificada en la prestación de esos servicios por la demandante cuando los mismos servicios son prestados por la mercantil "Ganuza Napal S.L." en virtud de otro contrato de arrendamiento de servicios, habiendo sido antedatado fraudulentamente el suscrito con la apelante tal y como se advierte en la sentencia recurrida, resultando además que los servicios eran prestados por la misma persona, el Sr. Maximino, quien además era el administrador de la concursada.
No debe perderse de vista la especialidad de la regulación concursal y de los procedimientos en ella regulados, así como su finalidad de protección de la masa acreedora evitando actuaciones fraudulentas que impidan el cobro de sus créditos. Y a este respecto, pese a la solicitud de resolución del contrato de arrendamiento de servicios de la concursada con la apelada, cabe destacar que la administración concursal desde el principio hizo reserva de las acciones de reintegración (así en la alegación segunda de su escrito de demanda, al folio 238 de las actuaciones, advierten: "estamos ante un contrato de prestación de servicios claramente perjudicial para la masa activa que puede y va a ser objeto de reintegración por parte de la Administración Concursal), a lo que nada objetó la ahora apelada; más al contrario el incidente concursal por la resolución instada ni siquiera tuvo lugar porque hubo un allanamiento de la demandada (aquí apelante) a que tuviera lugar tal declaración resolutoria (folios 275 y 276 de las actuaciones).
Con la resolución se conseguía detener la producción de efectos por el contrato, no devengándose más la obligación de pago por la concursada de los honorarios por los servicios supuestamente prestados de modo continuado y sucesivo por la apelada; créditos contra la masa y en claro perjuicio para los intereses del concurso. Pero con la rescisión ahora pretendida se busca la ineficacia del contrato desde el principio y la reintegración a la masa activa de lo que injustificadamente salió del patrimonio de la concursada en perjuicio y fraude de los acreedores.
Teniendo en cuenta lo antedicho y la especialidad de la regulación concursal, entiende esta Sala que no cabe estimar en este caso, dadas las circunstancias, la excepción de cosa juzgada material alegada por la apelante.
TERCERO.-Por lo que se refiere a las cuestiones de fondo, la apelante únicamente alega que ya la administración concursal reconoció la eficacia y validez del contrato, al incluir su crédito en la lista de créditos

contra la masa. Pero debe partirse de que la inclusión en esa lista no impide su posterior revisión, máxime si, como se deriva claramente de la documental obrante en autos, se observa una duplicidad en los servicios supuestamente contratados y con ello una duplicidad de pagos hechos fraudulentamente en perjuicio de los acreedores.
Además, como se ha señalado antes, la administración concursal junto con la resolución del contrato para detener los efectos continuados del contrato, advirtió desde el principio del ejercicio de acciones de reintegración.”: SAP La Rioja (Sección 1) 03.12.2012 (Sentencia 401/2012; Rollo 92/2012)

5. Incongruencia

5.1 Solicitada sólo la rescisión de la garantía no cabe rescindir además el préstamo

AP Oviedo

“CUARTO.- Los motivos del recurso en relación con las condenas de pago son tres: el reintegro por parte de HOSTELERÍA CASA FAUSTO de 127.165?83 euros a BANCO SIMEÓN; el reintegro de 172.834?17 euros por parte de D.Aurelioa la misma entidad; y la condena al abono de los gastos que puedan derivarse de la cancelación registral de la hipoteca rescindida, por partes iguales, a los dos condenados. Se pretende se excluyan los dos primeros pronunciamientos y que la condena de dichos gastos se imponga a la entidad bancaria.
Señala el recurso que son pronunciamientos no pedidos y que incurren en incongruencia los dos primeros (destaca que CAIXA GERAL SA pedía desestimación íntegra de la demanda y, subsidiariamente, se declare no ser objeto de la acción de reintegración la garantía real respecto de la cantidad de 172.834?17 euros), y aun cuando pudiera pretenderse su cobertura en elart. 73. 1 LCcuando dice que la sentencia "condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel (se refiere al acto impugnado), con sus frutos e intereses", ni es correcto por exigirse interpretación restrictiva de dicho precepto, ni la acción originaria afecta al préstamo, sino tan solo a las garantías, el aval personal y solidario y la hipoteca sobre el inmueble, ambas asumidas por el concursado. En consecuencia, concluye su argumento, la reintegración se refiere en exclusiva a dichas garantías y no al préstamo.
Ciertamente, la demanda hace referencia a las garantías ofrecidas por el concursado, D.Aurelio, y en los hechos 4º, 5º y 6º, así lo señala expresamente. Es más, en el suplico solicita la rescisión de la hipoteca y del aval personal y solidario, con la consiguiente cancelación del asiento registral, sin referencia alguna al préstamo. Por su parte, también la entidad bancaria demandada, con carácter subsidiario, pedía que la parcial estimación dejara fuera de la reintegración la cantidad que consideraba haberse destinado a cancelar una hipoteca anterior.
Situadas así las cosas, debe reconocerse que la acción rescisoria o de reintegración de losarts. 71 a 73 LCpretende la ineficacia del acto concreto al que se refiera, con la finalidad de volver atrás las actuaciones que se consideran perjudiciales para los acreedores, una vez declarado el concurso en el término de los dos años anteriores a haber tenido lugar aquél; lo que supone la restitución de las recíprocas prestaciones en forma simultánea, es decir al patrimonio del deudor concursado lo que salió de él, y al de quien contrató con él lo entregado por dicho concursado. Puesto que la acción de reintegración es la que determina el acto que se impugna por considerarlo fraudulento y consiguientemente ineficaz, la resolución que lo resuelva deberá atenerse a lo que se pida en la correspondiente demanda. Pues bien, en el caso presente el acto que se considera ineficaz no es el préstamo otorgado por la entidad bancaria a HOSTELERÍA CASA FAUSTO (que no es quien fue declarado en concurso en el procedimiento nº 422/05), sino las medidas de garantía para dicho préstamo en que se embarcó la persona física, esta sí declarada en concurso porauto de 14-10-2005en el proceso reseñado, es decir el aval personal y solidario y la hipoteca sobre finca propiedad del avalista. Desde este punto de vista, es manifiesto que no se puede declarar la ineficacia de un contrato ausente en la demanda. Pero es que además, debe señalarse que el presente incidente concursal nace en el procedimiento nº 422/05 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, relativo, no a HOSTELERÍA CASA FAUSTO SA, sino a D.Aurelio, quien no es el prestatario en la operación celebrada el 23-3-2005, sino avalista e hipotecante, como consecuencia de lo cual la sentencia no podrá afectar a aquel contrato y sí tan solo a estas medidas de garantía, extremo éste en el que también el recurso ha de ser estimado.”: SAP Oviedo 17.07.2008 (JUR 2008/353716; Sentencia 245/2008; Rollo 8/2008)

AP Sevilla

“Sobre la base de estas consideraciones, si comparamos el suplico de la demanda yla parte dispositiva de la Sentencia, efectivamente, hemos de enteder que se ha producido esa incogruencia. Se concede, y no es objeto de disconformidad, las pretensiones referidas a la ineficacia de la ampliación de la garantía hipotecaria realizada mediante escritura pública de 8 de febrero de 2.008, y, consecuencia de la misma, la cancelación de los asientos registrales. Sin embargo, va más allá, y acuerda: "la retroacción del abono y los cargos verificados con el principal de la ampliación del préstamo concedido en 8/2/08, en los términos señalados en el fundamento de derecho tercero de esta resolución". Esta decisión bastaría para rechazarla, con realizar una mera labor comparativa con el suplico de la demanda, al exceder de la pretensión de la parte actora. Además, a dicha conclusión se llega si tenemos en cuenta que la parte actora jamás, a tenor de sus peticiones, ha pretendido atacar el contrato de préstamo por importe de 1.216.697,61 euros que, mediante escritura pública de 8 de febrero de 2.008, se formalizó. No se pone en solfa esta realidad contractual, ni la consecuente obligación de la concursada de devolución de la cantidad recibida, más los correspondientes intereses, sencillamente, podemos deducir, porque dicho contrato gozaba de plena eficacia, al reunir los requisitos

exigidos por el artículo 1.261 del Código Civil. Este contrato no suponía ni representaba ningún perjuicio para los demás acreedores, al no otorgar a la entidad demandada privilegio frente a aquellos, que es la idea y el fin que persigue la acción de reintegración. Con esta acción se pretende evitar que un acreedor determinado y singular resulte beneficiado en relación al conjunto de acreedores. Sin que sea necesario que estemos ante un perjuicio directo, que tiene lugar cuando se produce una disminución del patrimonio, ya que alcanza, también, cuado este es indirecto, como ocurre cuando se da un trato privilegiado a un acreedor, sin causa justificada. Lo cual, solo es posible deducir de la garantía hipotecaria, dado el evidente privilegio que otorga al acreedor frente a los demás, en orden a satisfacer directamente su derecho con el bien gravado. Por tanto, lo trascendente para un adecuado y equilibrado resarcimiento de los acreedores es anular esos privilegios, no la relación contractual cuya validez estará sometida al cumplimiento de los requisitos de consentimiento, objeto y causa. En cualquier caso, no es una cuestión objeto de la presente controversia, al no formular petición en ese sentido los actores, ni puede considerarse que es una cuestión intrínseca e inherente a las pretensiones explícitamente formuladas por los actores.": SAP Sevilla (Sección 5) 29.01.2013 (Sentencia 31/2013; Rollo 9224/2012)

5.2 Rescisión aplicando presunción distinta de la alegada

AP Castellón

"SEGUNDO.-Partiendo de dichos extremos en relación con los arts. 456.1 y 465.5 de la LEC, consideramos que asiste la razón a la parte actora en la infracción procesal que denuncia, habida cuenta que apreciamos que el Juez de primer grado se ha salido de los límites en que quedó planteado el debate litigioso apreciando el carácter perjudicial del acto discutido por una circunstancia diversa a la aducida en la demanda, incurriendo por ello en un vicio de incongruencia conforme al art. 218.1de la LEC por apartarse de la causa de pedir (como dice el párrafo segundo de dicho precepto legal, " *El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes* ").
Téngase en cuenta al respecto que para que sea rescindible un acto del concursado en el marco del art. 71 de la Ley **Concursal** debe reunir dos requisitos: haber tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración de concurso y ser perjudicial para la masa activa. Mientras el presupuesto temporal no suele plantear especiales dificultades de comprobación, no acontece lo mismo con el segundo, a lo que no es ajeno el legislador, y de ahí que intente favorecer su fijación con una serie de presunciones acerca de su concurrencia, que en unos casos no admiten prueba en contrario (las del art. 71.2) y en otras sí (las del art. 71.3), debiendo acreditarse en cualquier otro caso el perjuicio por la parte demandante.
En la demanda se viene a aducir que el acto es perjudicial por ser gratuito al radicar en la constitución de una hipoteca en garantía de una deuda ajena sin constancia de percepción de remuneración o traspaso de activo alguno, alegándose además que concurre un perjuicio en todo caso por esa afectación del bien hipotecado, sin referencia alguna a que con aquella hipoteca se garantizaban obligaciones preexistentes o nuevas contraídas en sustitución de las mismas, que es el supuesto que expresamente dice el Juez de primer grado que concurre.
Consecuentemente con ello y al margen de la opinión que se sostenga acerca del papel de los fundamentos jurídicos en la configuración de la causa petendi, en modo alguno integraban los hechos constitutivos de la misma la constitución de la garantía a favor de deudas preexistentes o las que las sustituían, lo que impedía tomar en consideración dicha circunstancia conforme al art. 218 reseñado por razones de congruencia para sentar el éxito de la pretensión, suponiendo lo contrario, como así ha sido, alterar los términos del debate en perjuicio de la parte demandada con la consiguiente indefensión que de ello se deriva.
Por ello no pueden compartirse las alegaciones vertidas por la parte demandante en su escrito de oposición para negar esta variación de la causa petendi, dado que como en toda acción rescisoria concursal ya se parte de la necesidad de que concurra un perjuicio (razón de la ineficacia que se pretende), pero su producción debe delimitarse a través de una relación fáctica que configura el objeto del proceso y determina la razón por la que se pide la reintegración, siendo ajena a la misma en el presente caso todo hecho conectado con el supuesto contemplado en el art. 71.3.2º de la Ley Concursal, sin que nada cambie por las referencias expresas al perjuicio derivado de la operación por su naturaleza de requisito general a toda rescisión concursal, máxime cuando se centran en el perjuicio en sentido estricto (salida de un elemento patrimonial sin contraprestación) en lugar del amplio que toma como referencia el precepto legal antedicho (alteración de la par condicio creditorum) por mucho que exista alguna referencia genérica al mismo en los pasajes de resoluciones judiciales que se transcriben, sin olvidar en todo caso que se dijo expresamente en la demanda que se ejercitaba la acción de reintegración del art. 71.2 de la Ley Concursal (esto es, en meritos a la consideración como acto gratuito de la constitución de la hipoteca)
El art. 218 de la LEC es suficientemente expresivo al respecto, sin que nada cambie el principio iura novit curia como viene a alegarse en el recurso, dado que, como dice el Tribunal Supremo (Sentencia de 1 de octubre de 2010), " *autoriza al tribunal para encontrar el derecho aplicable a la solución del caso aunque la parte no lo haya alegado, pero no para alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones*".
En esta línea, aunque poniendo más el énfasis en el aspecto relativo a los fundamentos de derecho que en los fácticos dentro del marco de la causa petendi, podemos citar las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 26 de septiembre y 19 de diciembre de 2007, que en supuestos en que se adujo la existencia de perjuicio en los actos impugnados por aplicación de presunciones previstas en el art. 71.3 de la Ley Concursal se señaló la improcedencia de aplicar la presunción del art. 71.2 de la misma Ley porque no se invocó en la demanda (la cuestión esencialmente es la misma pero al contrario, porque aquí se aplica el art. 71.3 no invocado en la demanda que solo refirió el art. 71.2 y de ahí la incongruencia, mientras que en los

reseñados se invocó el art. 71.3 pero no el art. 71.2 que devenía aplicable o cuya aplicación se postulada extemporáneamente en la alzada). Así, dice la primera de las sentencias citadas que " *Descartado el perjuicio por aplicación del art. 71.3.2º LC se agota el enjuiciamiento del litigio en estricta congruencia con la causa de pedir, ya que la demanda no ofrecía otro fundamento de la rescisión que el supuesto de hecho, inaplicable como hemos visto, que contempla ese precepto, sin alusión alguna a otros supuestos constitutivos de una presunción legal de perjuicio, como podría ser la gratuidad del acto de disposición o gravamen (art. 71.2 LC), contemplando el perjuicio a las respectivas masas activas de las personas hipotecantes.*
A esta fundamentación acude la Administración Concursal en el escrito de oposición al recurso de apelación, sustentando la rescisión en la presunción absoluta del art. 71.2 LC, por el carácter gratuito de los respectivos actos de constitución del gravamen. (.....). *Pero la demanda no planteaba un debate en tales términos y, por ello, una causa de pedir así configurada, sobre el carácter gratuito de los actos de constitución de las hipotecas que determina un perjuicio patrimonial a las respectivas masas activas, independientes, de cada hipotecante, no puede ser atendida en la segunda instancia tras su planteamiento en el escrito de oposición al recurso de apelación, porque padecería el mandato de congruencia recogido en el art. 218.1.2º LEC, que a la postre tiende a evitar la indefensión. Así debe estimarse ya que el tribunal debe resolver el litigio sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. La causa de pedir que fundamentaba la rescisión se integraba, en el plano fáctico, por los negocios que documentan las referidas escrituras en el contexto en que se otorgaron, pero el fundamento de derecho se hizo radicar única y exclusivamente en la presunción del art. 71.3.2º LC, y ello ha impedido, como se ha dicho, un debate y una defensa sobre la concurrencia del supuesto de hecho que prevé la norma tardíamente invocada, el art. 71.2 LC, en particular sobre el carácter gratuito del acto*,....."
De ahí que nada cambie por las resoluciones judiciales invocadas por la parte apelada en su escrito de oposición (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de julio de 2012 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, S.28, de 5 de octubre de 2012), máxime cuando en las mismas viene a sentarse una ausencia de alteración de los límites del debate y de los hechos que sustentaban la pretensión acerca de cuya procedencia se debatía (a diferencia de lo aquí acontecido), sin que deba confundirse como ya ha sido apuntado la invocación del perjuicio como requisito preciso en todo acto que quiera rescindirse conforme al art. 71 (a valorar en todo caso en función de los hechos aducidos, actividad probatoria desplegada y reglas distributivas de la carga atinente a la misma) con su específica configuración fáctica en contemplación a uno de los supuestos expresamente contemplados en dicho precepto legal con desprecio de los restantes, proceder éste que es el que se ha seguido por la parte demandante y que no ha tenido en consideración el Juez de primer grado incurriendo en el vicio denunciado y apreciado, que posiblemente no hubiera sido tal de haber existido una referencia, por mínima que fuere, en la relación fáctica de la demanda a hechos que permitieren incardinar también la operación litigiosa en la presunción de perjuicio contemplada expresamente en la resolución impugnada (esto es, una deuda anterior preexistente o sustituida por otra con la adición en cualquiera de los casos de la garantía real) con alegación sobre su base de un específico perjuicio al principio de igualdad de trato, lo que no acaba de comprenderse porque no se adujo, no solo por el conocimiento que debía ostentarse por las funciones que se desarrollan dentro del marco del proceso concursal, sino porque en la propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria se refiere que el destino del préstamo es refinanciar una deuda. En este sentido cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 13 de diciembre de 2011. ":SAP Castellón (Sección 3) 26.09.2013 (Sentencia 376/2013; Rollo 171/2013)

AP Toledo

"SEGUNDO: Se tacha a la sentencia de instancia de incongruente porque, se dice, la acción que se ejercita por la administración concursal es la prevista en el art. 71,2 de la Ley concursal, por haberse hecho pago de una obligación con vencimiento posterior a la fecha de declaración del concurso, y el Juez a quo a estimado la demanda sobre la base de una causa prevista en el art. 71,3, por haberse hecho pago a una persona vinculada con la sociedad, lo que implicaría, a juicio del recurrente, una congruencia extra petita.
Conocida es la doctrina jurisprudencial acerca de lo que supone este vicio procesal. Así la sentencia 488/2008 de 28 de mayo recuerda "Con relación a la doctrina sobre la incongruencia extra petitum, señala la misma Sentencia de 5 de mayo de 2004, con cita de las de 11 de abril de 2000, 13 de mayo de 2002, 8 de noviembre de 2002 entre otras muchas, que la del Tribunal Constitucional 182/2000, de 10 de julio dice literalmente que «La incongruencia por exceso o extra petitum es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso. En tal aspecto constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al juzgador, en el proceso civil, donde ahora nos movemos, pronunciarse sobre aquellas peticiones que no fueron esgrimidas por las partes, a quienes se atribuye legalmente la calidad de verdaderos domini litis y conformar el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial». Doctrina que ha sido reiterada en resoluciones posteriores, como la 26/2010 de 11 de febrero que señala "Una de las modalidades de incongruencia es la incongruencia extra petita [fuera de lo pedido] que se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la causa petendi [causa de pedir] fuera de lo que permite el principio iura novit curia [el tribunal conoce el Derecho], el cual autoriza al tribunal para encontrar el Derecho aplicable a la solución del caso aunque la parte no lo haya alegado, pero no para alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones"
Partiendo de ello hemos de dar parcialmente la razón a la parte recurrente puesto que la administración concursal de Actuaciones Constructivas y Desarrollo S.L. solicitó que el pago de ochenta y cinco mil euros efectuado por la mercantil a Fidel fuera rescindido, por perjudicar a la masa del concurso, porque el mismo se

realizó para dejar saldada una obligación con vencimiento posterior a la fecha de declaración del concurso, y citó de modo expreso el art. 71,2 de la Ley concursal como norma en que sustentar su pretensión. Sin embargo la sentencia estima que procede la rescisión del pago, y obligación de devolución de los ochenta y cinco mil euros, porque el Sr. Fidel es una persona vinculada con la sociedad, posibilidad que se contempla en el art. 71,3 1º de la citada ley.
Con esa alteración se impidió que la parte hoy recurrente pudiera alegar si se daban o no las condiciones que el citado precepto exige, en concreto si existía o no una relación entre el Sr. Fidel y Actuaciones Constructivas y Desarrollo que hiciese que el pago debiera ser presumido perjudicial para el resto de acreedores.
Sin embargo la incongruencia no es total puesto que el propio juez a quo afirma, tras estimar que el codemandado Sr. Fidel es persona especialmente relacionada con la mercantil concursada, que no se ha probado que la devolución del préstamo fuese una obligación vencida en el momento de presentarse la demanda, ya que se ha aportado, para acreditarlo, un documento privado que no hace fe ni de la fecha, ni de su contenido; es decir, que tras valorar la prueba documental estima que no quedan probados, frente a terceros, aspectos esenciales del negocio. Y desde luego la parte apelante lo ha tenido en cuenta desde el momento en que, como segundo motivo, denuncia un error en la valoración de la prueba porque se ha procedido a invertir la carga del hecho. Y tal vez todo lo que la misma expone acerca de las vinculaciones del Sr. Fidel con la concursada tenga más que ver con las consecuencias que tiene la consideración de buena o mala fe en su actuación y que, conforme al art. 73, determina las consecuencias que para su crédito se van a producir, si es acreedor de buena fe se tratará de un crédito contra la masa pero si no lo es su crédito deberá calificarse como subordinado
En definitiva la sentencia no es incongruente ya que, con acierto o error, con mayo o menor amplitud en la argumentación, y sin perjuicio de haber añadido otros aspectos que no eran necesarios ni siquiera oportunos, ha resuelto conforme a lo que se ha pedido.”: SAP Toledo (Sección 1) 25.06.2013 (Sentencia 172/2013; Rollo 3/2013)

5.3 Solicitada la rescisión de un contrato, no cabe rescindir en su lugar los pagos derivados del mismo

AP Valencia

“No obstante el tenor literal del suplico, habida cuenta que la declaración del concurso de OCIOLAND se produjo en fecha 16 de septiembre de 2011, y no poniéndose en cuestión la fecha del contrato de cuentas en participación a que se refiere la demanda, se indicaba en este escrito que "lo determinante a efectos de la reintegración es el momento concreto en que el capital invertido en el proyecto que no se ha llevado a cabo salió del activo de la concursada y se dirigió al activo de Colectivo FAM". Pues bien, con independencia de las alegaciones complementarias que en el acto de la vista formuló la AC de Ocioland, y dado el tenor del artículo 412 de la LEC (prohibición del cambio de demanda), el Juzgador a quo debió resolver con arreglo a la pretensión contenida en el suplico de la demanda, que no era otro que estimar o desestimar la acción rescisoria respecto del contrato de 2 de enero de 2009; sin embargo, como quiera que éste se encuentra fuera del plazo de los dos años de retroacción a que se refiere el artículo 71 LC y ello determinaba la imposibilidad de rescindir tal contrato -como expresamente se indica en el fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada-, la solución por la que se opta no es la de desestimar la demanda, en lógica consecuencia con el suplico de tal escrito y que antes ha quedado transcrito, sino la de declarar la rescisión de los pagos de 15 y 10 millones de euros efectuados "a consecuencia del contrato de cuentas en participación suscrito entre las codemandas con fecha 2/01/2009", contrato que, se ha de insistir, no ha sido declarado rescindido en la sentencia.
Resulta así incontestable el defecto de incongruencia de que adolece la sentencia de la instancia, pues solo una pretensión se formuló en la demanda sin pretensiones alternativas o subsidiarias que justificasen otro pronunciamiento, y a esa concreta petición debió darse contestación en la resolución que ahora se apela, por lo que no cabe más que estimar el primer motivo del recurso de apelación formulado por OCIOLAND.
TERCERO.- De cuanto hasta aquí se ha dicho resulta, de plano, la desestimación de la demanda, pues si no se estima la acción de rescisión respecto del contrato de cuentas en participación de 2 de enero de 2009 por no concurrir el requisito del plazo temporal de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso (16 de junio de 2011) que establece el artículo 71 LC -cuestión ésta que no impugnada en la alzada por la parte demandante y su coadyuvante-, resulta de imposible estimación la petición de restitución de las cantidades pagadas por razón de dicho contrato en tanto la misma iba indefectiblemente anudada a la declaración de rescisión, en lógica consecuencia con la naturaleza de esta acción y según el propio tenor literal del suplico de la demanda ("como consecuencia de la rescisión del contrato").
Para salvar dicho obstáculo la sentencia de la instancia acude a valorar los requisitos propios de la acción rescisoria del artículo 71 LC respecto de los pagos realizados por razón del contrato de 2 de enero de 2009, verificados, estos sí, en el ámbito temporal de dicho precepto - en concreto el 19 de junio y el 30 de julio de 2009-, fechas éstas que, necesario es destacar, resultan del cumplimiento en los términos convenidos del contrato de cuentas en participación, al haberse establecido en su cláusula segunda que la aportación económica "deberá hacerse efectiva antes del 30 de julio de 2009". Sin embargo no es posible compartir el planteamiento que se sigue en la resolución apelada, conforme al cual pudiendo predicarse el carácter rescindible de actos aislados siempre que concurran los requisitos del artículo 71 LC considera como "actos aislados" los antedichos pagos, pese a que éstos, como ya se ha indicado, no son más que consecuencia del cumplimiento de una obligación contractual. Es decir, los pagos realizados por Ocioland a Colectivo Fam SL el 19 de junio y el 30 de julio de 2009 no son actos aislados, sino actos que materializan el cumplimiento de la obligación de pago establecida en un contrato plenamente válido y eficaz en consonancia con lo establecido en el artículo 1258 del Código Civil (los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces

obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley).
Procede, por tanto, y sin necesidad de entrar a resolver respecto del resto de los motivos del recurso de apelación, revocar la sentencia dictada en la instancia, declarando no haber lugar a la rescisión del contrato de cuentas en participación de fecha 2 de enero de 2009 por no concurrir el requisito del plazo de los dos años que señala el artículo 71 LC, ni haber lugar, en consecuencia, a pronunciamiento condenatorio alguno en contra de las mercantiles demandadas.": SAP Valencia (Sección 9) 09.12.2013 (Sentencia 282/2013; Rollo 606/2013)

5.4 Inexistencia

Tribunal Supremo

"Recurso extraordinario por infracción procesal
11. El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, que se formula tanto al amparo del ordinal 2º como del 4º del art. 469.1º LEC, cuestiona que la acción rescisoria concursal fue formulada sobre la base de lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, y la sentencia de instancia ha condenado aplicando los arts. 71.1 y 71.4 LC. Tal y como se formula el recurso, se denuncia que la sentencia resuelve una acción, la prevista en los apartados 1 y 4 del art. 71 LC, distinta de la realmente ejercitada, la prevista en los apartados 2 y 3 del mismo precepto legal. Esto es, para el recurso, la sentencia habría alterado las razones aducidas que justificarían la rescisión solicitada, incurriendo en el vicio de incongruencia.
Este motivo debe ser desestimado pues, a la vista de la demanda, puede apreciarse que la rescisión de los reseñados pagos, realizados por Vitelcom a favor de Postventa, se basaba en los mismos hechos considerados relevantes por la sentencia recurrida para apreciar la rescisión, y por las mismas razones jurídicas, pues expresamente argumenta que "(...) la justificación del perjuicio patrimonial para la masa activa que impone el nº 4 del citado artículo (art. 71 LC) queda acreditada por el hecho de percibir cantidades a cuenta sin someterse al principio de la " par condicio creditorum " y sustrayendo su crédito a las incidencias del resto de los acreedores, en perjuicio de los mismos, privando al propio tiempo a la masa activa de una considerable suma de dinero e impidiéndole el cumplimiento de otras obligaciones..."
Conviene aclarar que toda acción rescisoria concursal presupone, ya se invoque expresamente o no, la aplicación del art. 71.1 LC, sin perjuicio de que la causa petendi venga condicionada por los hechos narrados para justificar el carácter perjudicial o la aplicación de alguna de las presunciones de perjuicio previstas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC. En nuestro caso es claro que la sentencia recurrida resuelve la acción ejercitada, sin separarse de la causa petendi esgrimida en la demanda.". STS 26.10.2012 (Sentencia 629/2012; recurso 672/2010)

AP Baleares

"SEXTO.- Por último apuntar que dado que la parte apelante también invoca la incongruencia de la sentencia al considerar que aún cuando se considerase que se trataba de una acto oneroso, concurriría el supuesto regulado en el artículo 71.3.1º de la Ley Concursal, alegando a tal fin en su recurso que tal extremo no fue planteado ni debatido en el proceso, lo que le origina indefensión, baste para rechazar tal motivo impugnatorio señalar que tal incongruencia no se aprecia desde el momento en que, en primer lugar, efectivamente el perjuicio como elemento esencial de la acción de rescisión, fue objeto de un amplio debate entre las partes y la incongruencia, en la modalidad de extra petita, sólo se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones no formuladas por las partes más allá de lo que permite el principio iura novit curía; en segundo lugar la sentencia recurrida no ha modificado la causa de pedir, al decidir sobre la petición de rescisión basada en ese perjuicio patrimonial, que el legislador presume iuris et de iure, en todo acto gratuito, y en caso de onorosidad bajo una presunción iuris tantum; y en tercer lugar, porque en la propia resolución la juzgadora de instancia, llega a la conclusión de que el acto denunciado era gratuito, tal y como se alegaba por la administración demandante, siendo que tan sólo y a mayor abundamiento contempla como posibilidad de que aún apreciándose su carácter oneroso, no quedaba desvirtuada con la prueba practicada, aquella presunción de acto perjudicial para la masa activa del concurso.
En definitiva, como bien afirma la parte apelada, la sentencia de instancia no se aparta de la causa de pedir, pues se basa en el artículo 71, la especialidad de apartado 3, tan sólo se refiere a un tema de presunciones, y la propia parte recurrente ha podido efectuar y ha efectuado todas las alegaciones que ha tenido por conveniente sobre la existencia o no del perjuicio alegado.": SAP Baleares (Sección 5) 02.11.2012 (Sentencia 465/2012; Rollo 317/2012)

"SEGUNDO.-Centrados los términos del debate debemos precisar que la acción rescisoria sólo se ejercitó invocando que el acto era gratuito sin que proceda analizar ahora las demás causas que podían haberse alegado y probado.
A la parca fundamentación de la demanda añade la Administración Concursal en el escrito de oposición al recurso de apelación, que sustenta también la rescisión en la presunción absoluta del art. 71.3.2. de la LC. Pero la demanda no planteaba un debate en tales términos, se limitó a una sola causa de pedir así configurada, sobre el carácter gratuito de los actos de constitución de las hipotecas que determina un perjuicio patrimonial a la masa activa, independiente, de la concursada hipotecante no deudora.
Por lo que ningún otro argumento puede ser atendido en la segunda instancia tras su planteamiento en el escrito de oposición al recurso de apelación, porque padecería el mandato de congruencia recogido en el art. 218.1.2º LEC, que tiende a evitar la indefensión.

Así debe estimarse ya que el tribunal debe resolver el litigio sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.
La causa de pedir que fundamentaba la rescisión se integraba, en el plano fáctico, por los negocios que documentan la referida escritura en el contexto en que se otorgaron, pero el fundamento de derecho se hizo radicar única y exclusivamente en la presunción del art. 71..2º LC (El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.
Ello ha impedido, como se ha dicho, un debate y una defensa sobre la concurrencia del supuesto de hecho que prevé la norma tardíamente invocada, el art. 71.3.2 LC, en particular sobre el carácter de constitución de la garantía real a favor de una obligación preexistente que resulta muy discutible, porque la hipotecante no tenían obligación alguna con HETERONIMIC ni preexistente ni de ninguna clase.
En la ratio del art. 71.3.2º LC se da por presupuesto que la deuda preexistente, en cuya garantía se constituye la hipoteca, lo es frente al acreedor a quien se beneficia con la carga real, pues es precisamente en ese contexto donde cobra sentido el fundamento de la presunción de perjuicio para la masa activa (del deudor concursado hipotecante).
La ineficacia, por rescisión concursal, que pudiera lograrse de los pagos efectuados por el concursado a favor de terceros con el dinero obtenido de la entidad financiera, o en general, la posible rescisión de los negocios de aplicación del préstamo recibido, es otra cuestión, ajena al objeto del litigio. Una cosa es la operación de gravamen sujeta a la presunción de dicho precepto, concurriendo las circunstancias legales, y otra, sometida a tratamiento distinto, aún dentro del ámbito de la rescisión concursal, es el destino que se da por el deudor al dinero recibido por virtud de la operación crediticia (pagos a acreedores u otros negocios), que podrán ser rescindibles conforme a la LC según los casos.
Tampoco resulta de aplicación la declaración de la hipoteca como perjudicial por aplicación de la presunción iuris tantum relativa a las personas especialmente relacionadas de la que consta la referencia de la sentencia al final del fundamento de derecho quinto y que no había sido objeto de alegación ni de prueba a instancia de la parte que pretendía la rescisión.
La sentencia apelada es congruente pues no ha resuelto según una acción no invocada tal y como censura la apelante.": SAP Baleares (Sección 5) 17.04.2013 (Sentencia 161/2013; Rollo 72/2013)

"SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos de la presente alzada este Tribunal revistado nuevamente el contenido de los autos, no puede sino compartir, por acertada, la totalidad de los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida y que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, le han llevado a la desestimación de la demanda, de modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar la totalidad de los motivos de impugnación alegados por las partes recurrentes y con ello a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada, pues es sabido que, como entre otras ha indicado la STS de 9 de junio de 2000, es compatible la fundamentación por remisión con el mandato del artículo 120.3 según reiteradamente ha sido declarado por el Tribunal Constitucional (SSTC 174/1987, 24/1996, 115/1996, 184/1998, 206/1999, 13/2001, entre otras).
Aún, mas como ya tuvo ocasión de señalar este mismo Tribunal, en otro incidente similar y derivado del mismo concurso de acreedores, en resolución de fecha 7 de marzo de 2014 "Para decidir esta cuestión debemos citar dos sentencias del Tribunal Supremo cuyo contenido extractamos en lo que a estos autos se refiere.En primer lugar la Sentencia núm. 361/2012 de 18 junio. RJ 2012\6854 razona en su fundamento jurídico séptimo: *" La causa de pedir, por tanto, tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez de aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio iura novit curia (STS 7-10-02 (RJ 2003, 357) en rec. 923/97) descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por demás resulta del art. 218 LEC al disponer que el tribunal resuelva conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.*
Así, esta Sala ha advertido incongruencia en la apreciación de una servidumbre cuya declaración no se pedía en la demanda (STS 24-10-00 (RJ 2000, 8053), rec. 3043/95); en la condena a otorgar una escritura de donación no pedida en la demanda (STS 23-10-00 (RJ 2000, 9198), rec. 3066/95); en la condena de administradores sociales con base en el art. 262LSA de 1989 cuando se hubiera pedido con base en su art. 135 (SSTS 20-7-01 (RJ 2001, 6863), rec. 1495/96, y 28-9-06, rec. 4971/99); en resolver desde el punto de vista de la accesión no sometido a debate (STS 24-9-01 (RJ 2001, 7488), rec. 1749/96); en acordar una indemnización por resolución unilateral de un contrato cuando se pidió por incumplimiento (STS 13-5- 02 (RJ 2002, 5595), rec. 3913/96) o por incumplimiento cuando la cantidad se pidió en concepto de devolución de parte pagada del precio (STS 26-2-04, rec. 1061/98); en declarar nulos unos acuerdos sociales por una causa no invocada en la demanda (STS 25-4-05, rec. 4311/98); en condenar por competencia desleal si solo se demandó por infracción del derecho de marca (STS 6-3-07 (RJ 2007, 1536), rec. 2118/00); en conceder una indemnización por clientela si la demanda del agente no se fundó en el art. 28 de la Ley sobre Contrato de Agencia (RCL 1992, 1216) (STS 21-3-07 (RJ 2007, 2620), rec. 1483/00); en declarar nulo un contrato no por el error alegado en la demanda sino por faltar los requisitos de una donación (STS 18-7-02 (RJ 2002, 6260), rec. 451/97); o en acordar la extinción de un contrato por mutuo disenso cuando lo pedido fue su resolución por incumplimiento (STS 27-12-02 (RJ 2003, 329), rec. 1861/97).
Hay que reconocer, no obstante, que la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y las normas aplicables por el juez conforme al principio irua novit curia no siempre es clara. Por eso el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia (STS 3-4-01 (RJ 2001, 10326), rec. 669/96), consistirá, dada la dimensión constitucional de la

congruencia como inherente a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión (art. 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836)), en *determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa como, por ejemplo, proponer excepciones procesales o la de prescripción en función de la acción ejercitada en la demanda* (SSTS 23-12-04, rec. 3393/98, y 5-3-07 (RJ 2007, 1538), rec. 1412/00)."
Precisamente por eso esta Sala ha respetado en casación el plazo de prescripción de la acción sometido por ambas partes a debate, aunque no fuese el aplicable al caso según su propia jurisprudencia (SSTS 20-2-06, rec. 2124/99, y 7-10-10 (RJ 2010, 7317), rec. 2192/06), o la redacción del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro considerada aplicable por ambas partes aunque tampoco fuera la verdaderamente aplicable al caso según su jurisprudencia (STS 24-11-10 (RJ 2011, 578), rec. 94/07).
Finalmente, la doctrina jurisprudencial pertinente a este caso ha de completarse con la que, también en materia de congruencia, declara que las partes deben asumir las consecuencias de sus respectivos planteamientos, sin descargarlas sobre la parte contraria ni sobre el juez cuando estos se atengan precisamente a esos planteamientos (SSTS 20-10-04, rec. 2712/98, y 18-3- 10 (RJ 2010, 3914), rec. 2621/05)."
En segundo lugar, respecto a las acciones rescisorias concursales el Alto Tribunal en Sentencia núm. 629/2012 de 26 octubre. RJ 2012\10415 fundamento jurídico 11 concluye:
"El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, que se formula tanto al amparo del ordinal 2º como del 4º del art. 469.1º LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), cuestiona que la acción rescisoria concursal fue formulada sobre la base de lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC (RCL 2003, 1748), y la sentencia de instancia ha condenado aplicando los arts. 71.1 y 71.4 LC. Tal y como se formula el recurso, se denuncia que la sentencia resuelve una acción, la prevista en los apartados 1 y 4 del art. 71 LC, distinta de la realmente ejercitada, la prevista en los apartados 2 y 3 del mismo precepto legal. Esto es, para el recurso, la sentencia habría alterado las razones aducidas que justificarían la rescisión solicitada, incurriendo en el vicio de incongruencia. Este motivo debe ser desestimado pues, a la vista de la demanda, puede apreciarse que la rescisión de los reseñados pagos, realizados por Vitelcom a favor de Postventa, se basaba en los mismos hechos considerados relevantes por la sentencia recurrida para apreciar la rescisión, y por las mismas razones jurídicas, pues expresamente argumenta que "(...) la justificación del perjuicio patrimonial para la masa activa que impone el nº 4 del citado artículo (art. 71 LC) queda acreditada por el hecho de percibir cantidades a cuenta sin someterse al principio de la " par condicio creditorum " y sustrayendo su crédito a las incidencias del resto de los acreedores, en perjuicio de los mismos, privando al propio tiempo a la masa activa de una considerable suma de dinero e impidiéndole el cumplimiento de otras obligaciones..."
Conviene aclarar que toda acción rescisoria concursal presupone, ya se invoque expresamente o no, la aplicación del art. 71.1 LC, sin perjuicio de que la causa petendi venga condicionada por los hechos narrados para justificar el carácter perjudicial o la aplicación de alguna de las presunciones de perjuicio previstas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC. En nuestro caso es claro que la sentencia recurrida resuelve la acción ejercitada, sin separarse de la causa petendi esgrimida en la demanda."
Atendidos los precedentes jurisprudenciales expuestos aplicables a los hechos y fundamentos de la presente demanda, la decisión del Juez "a quo" es inatacable.
La acción ejercitada pretende la rescisión de la garantía hipotecaria invocando la presunción iuris tantum que previene el art 71.3.2 LC que en su caso atenúa la acreditación de la prueba del perjuicio, elemento clave para la estimación la pretendida ineficacia funcional de un acto válido. Ello implica que si existe el hecho base, esto es *"la garantía real constituida a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquella"* será la demandada quien deba probar que el acto identificado como objeto de rescisión no fue perjudicial.
En el presente supuesto la administración concursal describe parcamente el negocio jurídico en el que se enmarca el acto a su juicio rescindible, de la causa de la constitución de la garantía real cuya cancelación solicita sólo sabemos que dio lugar a que la concursada fuera avalista e hipotecante.
Cuando alguien es avalista en principio no es deudor hasta que se produzca el incumplimiento que, en su caso, de lugar a la responsabilidad por la deuda ajena. Así la sentencia num. 10/2012 de la Audiencia Provincial de Córdoba : "sin negar la nota de subsidiariedad en la fianza solidaria, ello no debe implicar necesariamente que el crédito contra un fiador solidario declarado en concurso haya de reconocerse como contingente, puesto que habrá de examinarse si ha existido incumplimiento por el deudor principal, y sobre todo, la exigibilidad de la deuda en función de su vencimiento; *entre otras cosas, porque no se debe confundir el principio de "subsidiariedad de deudores", que hace referencia a un cierto orden en la responsabilidad, con los principios de "subsidiariedad o solidaridad en la ejecución o en la reclamación* "; y que, conforme al artículo 1.144 del Código Civil (LEG 1889, 27) (aplicable a la fianza solidaria por la remisión contenida en el artículo 1.822-2 del propio Código), en caso de fianza solidaria, es posible dirigirse contra cualquiera de los obligados."
Aun en ese supuesto, el del incumplimiento del deudor principal, en el momento de constitución de la hipoteca no consta que DOÑA Gemma Graciela tuviera con anterioridad deuda alguna con la entidad bancaria; en principio es hipotecante no deudora.
Los razonamientos de la administración concursal impugnante confunden la existencia de deudas preexistentes con que las mismas fueran de la concursada. Este hecho, que las deudas eran de otros, no ha sido ni tan siquiera negado.
Es por ello que no procede estimar el recurso interpuesto en la impugnación toda vez que no concurre el hecho base, presupuesto necesario para aplicar la presunción del art 71.3.2 LC y en congruencia con lo peticionado en la demanda -dado que quien ostenta la legitimación activa no ejercita otra acción- no se puede analizar si concurriría o no el perjuicio, el sacrificio patrimonial injustificado, desde el punto de vista de las demás acciones rescisorias previstas en el art. 71 LC ".
En el caso, lo único que se desprende de lo actuado y ni tan siquiera fue objeto de controversia entre las partes, es que la hipoteca denunciada se constituyó en garantía de un préstamo conferido a la propia

concursada, por lo que al igual que en aquel supuesto, y con independencia de cual fuera el destino dado a la suma obtenida por la propia concursada, como bien refiere al juez a quo, no puede ser objeto de análisis si concurre una acción de reintegración distinta a la planteada (pago de deudas ajenas), so pena de incurrir en vicio de incongruencia.
En similar sentido la SAP de Castellón de 26 de septiembre de 2013, con cita a resolución de otros tribunales, refiere "asiste la razón a la parte actora en la infracción procesal que denuncia, habida cuenta que apreciamos que el Juez de primer grado se ha salido de los límites en que quedó planteado el debate litigioso apreciando el carácter perjudicial del acto discutido por una circunstancia diversa a la aducida en la demanda, incurriendo por ello en un vicio de incongruencia conforme al art. 218.1 de LEC por apartarse de la causa de pedir (como dice el párrafo segundo de dicho precepto legal, " El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes ").
Téngase en cuenta al respecto que para que sea rescindible un acto del concursado en el marco del art. 71 de la Ley Concursal debe reunir dos requisitos: haber tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración de concurso y ser perjudicial para la masa activa. Mientras el presupuesto temporal no suele plantear especiales dificultades de comprobación, no acontece lo mismo con el segundo, a lo que no es ajeno el legislador, y de ahí que intente favorecer su fijación con una serie de presunciones acerca de su concurrencia, que en unos casos no admiten prueba en contrario (las del art. 71.2) y en otras sí (las del art. 71.3), debiendo acreditarse en cualquier otro caso el perjuicio por la parte demandante.
En la demanda se viene a aducir que el acto es perjudicial por ser gratuito al radicar en la constitución de una hipoteca en garantía de una deuda ajena sin constancia de percepción de remuneración o traspaso de activo alguno, alegándose además que concurre un perjuicio en todo caso por esa afectación del bien hipotecado, sin referencia alguna a que con aquella hipoteca se garantizaban obligaciones preexistentes o nuevas contraídas en sustitución de las mismas, que es el supuesto que expresamente dice el Juez de primer grado que concurre.
Consecuentemente con ello y al margen de la opinión que se sostenga acerca del papel de los fundamentos jurídicos en la configuración de la causa petendi, en modo alguno integraban los hechos constitutivos de la misma la constitución de la garantía a favor de deudas preexistentes o las que las sustituían, lo que impedía tomar en consideración dicha circunstancia conforme al art. 218 reseñado por razones de congruencia para sentar el éxito de la pretensión, suponiendo lo contrario, como así ha sido, alterar los términos del debate en perjuicio de la parte demandada con la consiguiente indefensión que de ello se deriva.
Por ello no pueden compartirse las alegaciones vertidas por la parte demandante en su escrito de oposición para negar esta variación de la causa petendi, dado que como en toda acción rescisoria concursal ya se parte de la necesidad de que concurra un perjuicio (razón de la ineficacia que se pretende), pero su producción debe delimitarse a través de una relación fáctica que configura el objeto del proceso y determina la razón por la que se pide la reintegración, siendo ajena a la misma en el presente caso todo hecho conectado con el supuesto contemplado en el artículo 71.3.2º de la Ley Concursal, sin que nada cambie por las referencias expresas al perjuicio derivado de la operación por su naturaleza de requisito general a toda rescisión concursal, máxime cuando se centran en el perjuicio en sentido estricto (salida de un elemento patrimonial sin contraprestación) en lugar del amplio que toma como referencia el precepto legal antedicho (alteración de la par condicio creditorum) por mucho que exista alguna referencia genérica al mismo en los pasajes de resoluciones judiciales que se transcriben, sin olvidar en todo caso que se dijo expreamente en la demanda que se ejercitaba la acción de reintegración del artículo 71.2 de la Ley Concursal (esto es, en meritos a la consideración como acto gratuito de la constitución de la hipoteca).
El art. 218 de la LEC es suficientemente expresivo al respecto, sin que nada cambie el principio iura novit curia como viene a alegarse en el recurso, dado que, como dice el Tribunal Supremo (Sentencia de 1 de octubre de 2010), " autoriza al tribunal para encontrar el derecho aplicable a la solución del caso aunque la parte no lo haya alegado, pero no para alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones".
En esta línea, aunque poniendo más el énfasis en el aspecto relativo a los fundamentos de derecho que en los fácticos dentro del marco de la causa petendi, podemos citar las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 26 de septiembre y 19 de diciembre de 2007, que en supuestos en que se adujo la existencia de perjuicio en los actos impugnados por aplicación de presunciones previstas en el art. 71.3 de la Ley Concursal se señaló la improcedencia de aplicar la presunción del art. 71.2 de la misma Ley porque no se invocó en la demanda (la cuestión esencialmente es la misma pero al contrario, porque aquí se aplica el art. 71.3 no invocado en la demanda que solo refirió el art. 71.2 y de ahí la incongruencia, mientras que en los reseñados se invocó el art. 71.3 pero no el art. 71.2 que devenía aplicable o cuya aplicación se postulada extemporáneamente en la alzada). Así, dice la primera de las sentencias citadas que " Descartado el perjuicio por aplicación del art. 71.3.2º LC se agota el enjuiciamiento del litigio en estricta congruencia con la causa de pedir, ya que la demanda no ofrecía otro fundamento de la rescisión que el supuesto de hecho, inaplicable como hemos visto, que contempla ese precepto, sin alusión alguna a otros supuestos constitutivos de una presunción legal de perjuicio, como podría ser la gratuidad del acto de disposición o gravamen (art. 71.2 LC), contemplando el perjuicio a las respectivas masas activas de las personas hipotecantes.
A esta fundamentación acude la Administración Concursal en el escrito de oposición al recurso de apelación, sustentando la rescisión en la presunción absoluta del art. 71.2 LC, por el carácter gratuito de los respectivos actos de constitución del gravamen. (.....). Pero la demanda no planteaba un debate en tales términos y, por ello, una causa de pedir así configurada, sobre el carácter gratuito de los actos de constitución de las hipotecas que determina un perjuicio patrimonial a las respectivas masas activas, independientes, de cada hipotecante, no puede ser atendida en la segunda instancia tras su planteamiento en el escrito de oposición al recurso de apelación, porque padecería el mandato de congruencia recogido en el art. 218.1.2º LEC, que a la postre

tiende a evitar la indefensión. Así debe estimarse ya que el tribunal debe resolver el litigio sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. La causa de pedir que fundamentaba la rescisión se integraba, en el plano fáctico, por los negocios que documentan las referidas escrituras en el contexto en que se otorgaron, pero el fundamento de derecho se hizo radicar única y exclusivamente en la presunción del art. 71.3.2º y ello ha impedido, como se ha dicho, un debate y una defensa sobre la concurrencia del supuesto de hecho que prevé la norma tardíamente invocada, el art. 71.2 LC, en particular sobre el carácter gratuito del acto,....."
De ahí que nada cambie por las resoluciones judiciales invocadas por la parte apelada en su escrito de oposición (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de julio de 2012 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, S.28, de 5 de octubre de 2012), máxime cuando en las mismas viene a sentarse una ausencia de alteración de los límites del debate y de los hechos que sustentaban la pretensión acerca de cuya procedencia se debatía (a diferencia de lo aquí acontecido), sin que deba confundirse como ya ha sido apuntado la invocación del perjuicio como requisito preciso en todo acto que quiera rescindirse conforme al art. 71 (a valorar en todo caso en función de los hechos aducidos, actividad probatoria desplegada y reglas distributivas de la carga atinente a la misma) con su específica configuración fáctica en contemplación a uno de los supuestos expresamente contemplados en dicho precepto legal con desprecio de los restantes, proceder éste que es el que se ha seguido por la parte demandante y que no ha tenido en consideración el Juez de primer grado incurriendo en el vicio denunciado y apreciado, que posiblemente no hubiera sido tal de haber existido una referencia, por mínima que fuere, en la relación fáctica de la demanda a hechos que permitieren incardinar también la operación litigiosa en la presunción de perjuicio contemplada expresamente en la resolución impugnada (esto es, una deuda anterior preexistente o sustituida por otra con la adición en cualquiera de los casos de la garantía real) con alegación sobre su base de un específico perjuicio al principio de igualdad de trato, lo que no acaba de comprenderse porque no se adujo, no solo por el conocimiento que debía ostentarse por las funciones que se desarrollan dentro del marco del proceso concursal, sino porque en la propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria se refiere que el destino del préstamo es refinanciar una deuda. En este sentido cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 13 de diciembre de 2011 ". SAP Baleares (Sección 5) 17.03.2014 (Sentencia 75/2014; Rollo 9/2014)

“Centrado de este modo los términos de la presente alzada este Tribunal revistado nuevamente el contenido de los autos, no puede sino compartir, por acertada, la totalidad de los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida y que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, le han llevado a la desestimación de la demanda, de modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar la totalidad de los motivos de impugnación alegados por las partes recurrentes y con ello a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada, pues es sabido que, como entre otras ha indicado la STS de 9 de junio de 2000, es compatible la fundamentación por remisión con el mandato del artículo 120.3 según reiteradamente ha sido declarado por el Tribunal Constitucional (SSTC 174/1987, 24/1996, 115/1996, 184/1998, 206/1999, 13/2001, entre otras).
Aún, mas como ya tuvo ocasión de señalar este mismo Tribunal, en otro incidente similar y derivado del mismo concurso de acreedores, en resolución de fecha 7 de marzo de 2014 "Para decidir esta cuestión debemos citar dos sentencias del Tribunal Supremo cuyo contenido extractamos en lo que a estos autos se refiere. En primer lugar la Sentencia núm. 361/2012 de 18 junio. RJ 2012\6854 razona en su fundamento jurídico séptimo: *" La causa de pedir, por tanto, tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez de aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio iura novit curia (STS 7-10-02 (RJ 2003, 357) en rec. 923/97) descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por demás resulta del art. 218 LEC al disponer que el tribunal resuelva conforme a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.*
Así, esta Sala ha advertido incongruencia en la apreciación de una servidumbre cuya declaración no se pedía en la demanda (STS 24-10-00 (RJ 2000, 8053), rec. 3043/95); en la condena a otorgar una escritura de donación no pedida en la demanda (STS 23-10-00 (RJ 2000, 9198), rec. 3066/95); en la condena de administradores sociales con base en el art. 262 LSA de 1989 cuando se hubiera pedido con base en su art. 135 (SSTS 20-7-01 (RJ 2001, 6863), rec. 1495/96, y 28-9-06, rec. 4971/99); en resolver desde el punto de vista de la accesión no sometido a debate (STS 24-9-01 (RJ 2001, 7488), rec. 1749/96); en acordar una indemnización por resolución unilateral de un contrato cuando se pidió por incumplimiento (STS 13-5-02 (RJ 2002, 5595), rec. 3913/96) o por incumplimiento cuando la cantidad se pidió en concepto de devolución de parte pagada del precio (STS 26-2-04, rec. 1061/98); en declarar nulos unos acuerdos sociales por una causa no invocada en la demanda (STS 25-4- 05, rec. 4311/98); en condenar por competencia desleal si solo se demandó por infracción del derecho de marca (STS 6-3-07 (RJ 2007, 1536), rec. 2118/00); en conceder una indemnización por clientela si la demanda del agente no se fundó en el art. 28 de la Ley sobre Contrato de Agencia (RCL 1992, 1216) (STS 21-3-07 (RJ 2007, 2620), rec. 1483/00); en declarar nulo un contrato no por el error alegado en la demanda sino por faltar los requisitos de una donación (STS 18-7-02 (RJ 2002, 6260), rec. 451/97); o en acordar la extinción de un contrato por mutuo disenso cuando lo pedido fue su resolución por incumplimiento (STS 27-12-02 (RJ 2003, 329), rec. 1861/97).
Hay que reconocer, no obstante, que la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y las normas aplicables por el juez conforme al principio irua novit curia no siempre es clara. Por eso el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia (STS 3-4-01 (RJ 2001, 10326), rec. 669/96), consistirá, dada la dimensión constitucional de la congruencia como inherente a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión (art. 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836)), en *determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de*

defensa como, por ejemplo, proponer excepciones procesales o la de prescripción en función de la acción ejercitada en la demanda (SSTS 23-12-04, rec. 3393/98, y 5-3-07 (RJ 2007, 1538), rec. 1412/00)."
Precisamente por eso esta Sala ha respetado en casación el plazo de prescripción de la acción sometido por ambas partes a debate, aunque no fuese el aplicable al caso según su propia jurisprudencia (SSTS 20-2-06, rec. 2124/99, y 7-10-10 (RJ 2010, 7317), rec. 2192/06), o la redacción del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro considerada aplicable por ambas partes aunque tampoco fuera la verdaderamente aplicable al caso según su jurisprudencia (STS 24-11-10 (RJ 2011, 578), rec. 94/07).
Finalmente, la doctrina jurisprudencial pertinente a este caso ha de completarse con la que, también en materia de congruencia, declara que las partes deben asumir las consecuencias de sus respectivos planteamientos, sin descargarlas sobre la parte contraria ni sobre el juez cuando estos se atengan precisamente a esos planteamientos (SSTS 20-10-04, rec. 2712/98, y 18-3-10 (RJ 2010, 3914), rec. 2621/05)."
En segundo lugar, respecto a las acciones rescisorias concursales el Alto Tribunal en Sentencia núm. 629/2012 de 26 octubre. RJ 2012\10415 fundamento jurídico 11 concluye:
"El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, que se formula tanto al amparo del ordinal 2º como del 4º del art. 469.1º LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), cuestiona que la acción rescisoria concursal fue formulada sobre la base de lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC (RCL 2003, 1748), y la sentencia de instancia ha condenado aplicando los arts. 71.1 y 71.4 LC. Tal y como se formula el recurso, se denuncia que la sentencia resuelve una acción, la prevista en los apartados 1 y 4 del art. 71 LC, distinta de la realmente ejercitada, la prevista en los apartados 2 y 3 del mismo precepto legal. Esto es, para el recurso, la sentencia habría alterado las razones aducidas que justificarían la rescisión solicitada, incurriendo en el vicio de incongruencia. Este motivo debe ser desestimado pues, a la vista de la demanda, puede apreciarse que la rescisión de los reseñados pagos, realizados por.... a favor de..., se basaba en los mismos hechos considerados relevantes por la sentencia recurrida para apreciar la rescisión, y por las mismas razones jurídicas, pues expresamente argumenta que "(...) la justificación del perjuicio patrimonial para la masa activa que impone el nº 4 del citado artículo (art. 71 LC) queda acreditada por el hecho de percibir cantidades a cuenta sin someterse al principio de la "par condicio creditorum" y sustrayendo su crédito a las incidencias del resto de los acreedores, en perjuicio de los mismos, privando al propio tiempo a la masa activa de una considerable suma de dinero e impidiéndole el cumplimiento de otras obligaciones..."
Conviene aclarar que toda acción rescisoria concursal presupone, ya se invoque expresamente o no, la aplicación del art. 71.1 LC, sin perjuicio de que la causa petendi venga condicionada por los hechos narrados para justificar el carácter perjudicial o la aplicación de alguna de las presunciones de perjuicio previstas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC. En nuestro caso es claro que la sentencia recurrida resuelve la acción ejercitada, sin separarse de la causa petendi esgrimida en la demanda."
Por otra parte, este Tribunal hace propias, por acertadas, las consideraciones expuestas por el Juzgador de instancia en los fundamentos jurídicos 2º, 3º y 4º de la resolución impugnada, y las da por reproducidas. Véanse, a los mismos efectos, el encabezamiento, antecedentes de hecho segundo, fundamento jurídico 4º y suplico, y los escritos de recursos de apelación.
En el caso, lo único que se desprende de lo actuado y ni tan siquiera fue objeto de controversia entre las partes, es que la hipoteca denunciada se constituyó en garantía de un préstamo conferido a la propia concursada, por lo que al igual que en aquel supuesto, y con independencia de cual fuera el destino dado a la suma obtenida por la propia concursada, como bien refiere al juez a quo, no puede ser objeto de análisis si concurre una acción de reintegración distinta a la planteada (pago de deudas ajenas), so pena de incurrir en vicio de incongruencia.
En similar sentido la SAP de Castellón de 26 de septiembre de 2013, con cita a resolución de otros tribunales, refiere "asiste la razón a la parte actora en la infracción procesal que denuncia, habida cuenta que apreciamos que el Juez de primer grado se ha salido de los límites en que quedó planteado el debate litigioso apreciando el carácter perjudicial del acto discutido por una circunstancia diversa a la aducida en la demanda, incurriendo por ello en un vicio de incongruencia conforme al art. 218.1 de LEC por apartarse de la causa de pedir (como dice el párrafo segundo de dicho precepto legal, " El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes ").
Téngase en cuenta al respecto que para que sea rescindible un acto del concursado en el marco del art. 71 de la Ley Concursal debe reunir dos requisitos: haber tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración de concurso y ser perjudicial para la masa activa. Mientras el presupuesto temporal no suele plantear especiales dificultades de comprobación, no acontece lo mismo con el segundo, a lo que no es ajeno el legislador, y de ahí que intente favorecer su fijación con una serie de presunciones acerca de su concurrencia, que en unos casos no admiten prueba en contrario (las del art. 71.2) y en otras sí (las del art. 71.3), debiendo acreditarse en cualquier otro caso el perjuicio por la parte demandante.
Consecuentemente con ello y al margen de la opinión que se sostenga acerca del papel de los fundamentos jurídicos en la configuración de la causa petendi, en modo alguno integraban los hechos constitutivos de la misma la constitución de la garantía a favor de deudas preexistentes o las que las sustituían, lo que impedía tomar en consideración dicha circunstancia conforme al art. 218 reseñado por razones de congruencia para sentar el éxito de la pretensión, suponiendo lo contrario, como así ha sido, alterar los términos del debate en perjuicio de la parte demandada con la consiguiente indefensión que de ello se deriva.
Por ello no pueden compartirse las alegaciones vertidas por la parte demandante en su escrito de oposición para negar esta variación de la causa petendi, dado que como en toda acción rescisoria concursal ya se parte de la necesidad de que concurra un perjuicio (razón de la ineficacia que se pretende), pero su producción debe delimitarse a través de una relación fáctica que configura el objeto del proceso y determina la razón por la que se pide la reintegración, siendo ajena a la misma en el presente caso todo hecho conectado con el supuesto

contemplado en el artículo 71.3.2º de la Ley Concursal, sin que nada cambie por las referencias expresas al perjuicio derivado de la operación por su naturaleza de requisito general a toda rescisión concursal, máxime cuando se centran en el perjuicio en sentido estricto (salida de un elemento patrimonial sin contraprestación) en lugar del amplio que toma como referencia el precepto legal antedicho (alteración de la par condicio creditorum) por mucho que exista alguna referencia genérica al mismo en los pasajes de resoluciones judiciales que se transcriben, sin olvidar en todo caso que se dijo expresamente en la demanda que se ejercitaba la acción de reintegración del artículo 71.3.2 de la Ley Concursal (esto es, en meritos a la consideración como acto gratuito de la constitución de la hipoteca).
El art. 218 de la LEC es suficientemente expresivo al respecto, sin que nada cambie el principio iura novit curia como viene a alegarse en el recurso, dado que, como dice el Tribunal Supremo (Sentencia de 1 de octubre de 2010), "autoriza al tribunal para encontrar el derecho aplicable a la solución del caso aunque la parte no lo haya alegado, pero no para alterar los hechos fundamentales en que las partes basan sus pretensiones".
En esta línea, aunque poniendo más el énfasis en el aspecto relativo a los fundamentos de derecho que en los fácticos dentro del marco de la causa petendi, podemos citar las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 26 de septiembre y 19 de diciembre de 2007, que en supuestos en que se adujo la existencia de perjuicio en los actos impugnados por aplicación de presunciones previstas en el art. 71.3 de la Ley Concursal se señaló la improcedencia de aplicar la presunción del art. 71.2 de la misma Ley porque no se invocó en la demanda (la cuestión esencialmente es la misma pero al contrario, porque aquí se aplica el art. 71.3 no invocado en la demanda que solo refirió el art. 71.2 y de ahí la incongruencia, mientras que en los reseñados se invocó el art. 71.3 pero no el art. 71.2 que devenía aplicable o cuya aplicación se postulada extemporáneamente en la alzada). Así, dice la primera de las sentencias citadas que " Descartado el perjuicio por aplicación del art. 71.3.2º LC se agota el enjuiciamiento del litigio en estricta congruencia con la causa de pedir, ya que la demanda no ofrecía otro fundamento de la rescisión que el supuesto de hecho, inaplicable como hemos visto, que contempla ese precepto, sin alusión alguna a otros supuestos constitutivos de una presunción legal de perjuicio, como podría ser la gratuidad del acto de disposición o gravamen (art. 71.2 LC), contemplando el perjuicio a las respectivas masas activas de las personas hipotecantes.
A esta fundamentación acude la Administración Concursal en el escrito de oposición al recurso de apelación, sustentando la rescisión en la presunción absoluta del art. 71.2 LC, por el carácter gratuito de los respectivos actos de constitución del gravamen. (.....). Pero la demanda no planteaba un debate en tales términos y, por ello, una causa de pedir así configurada, sobre el carácter gratuito de los actos de constitución de las hipotecas que determina un perjuicio patrimonial a las respectivas masas activas, independientes, de cada hipotecante, no puede ser atendida en la segunda instancia tras su planteamiento en el escrito de oposición al recurso de apelación, porque padecería el mandato de congruencia recogido en el art. 218.1.2º LEC, que a la postre tiende a evitar la indefensión. Así debe estimarse ya que el tribunal debe resolver el litigio sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. La causa de pedir que fundamentaba la rescisión se integraba, en el plano fáctico, por los negocios que documentan las referidas escrituras en el contexto en que se otorgaron, pero el fundamento de derecho se hizo radicar única y exclusivamente en la presunción del art. 71.3.2º y ello ha impedido, como se ha dicho, un debate y una defensa sobre la concurrencia del supuesto de hecho que prevé la norma tardíamente invocada, el art. 71.2 LC, en particular sobre el carácter gratuito del acto,....."
De ahí que nada cambie por las resoluciones judiciales invocadas por la parte apelada en su escrito de oposición (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de julio de 2012 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, S.28, de 5 de octubre de 2012), máxime cuando en las mismas viene a sentarse una ausencia de alteración de los límites del debate y de los hechos que sustentaban la pretensión acerca de cuya procedencia se debatía (a diferencia de lo aquí acontecido), sin que deba confundirse como ya ha sido apuntado la invocación del perjuicio como requisito preciso en todo acto que quiera rescindirse conforme al art. 71 (a valorar en todo caso en función de los hechos aducidos, actividad probatoria desplegada y reglas distributivas de la carga atinente a la misma) con su específica configuración fáctica en contemplación a uno de los supuestos expresamente contemplados en dicho precepto legal con desprecio de los restantes, proceder éste que es el que se ha seguido por la parte demandante y que no ha tenido en consideración el Juez de primer grado incurriendo en el vicio denunciado y apreciado, que posiblemente no hubiera sido tal de haber existido una referencia, por mínima que fuere, en la relación fáctica de la demanda a hechos que permitieren incardinar también la operación litigiosa en la presunción de perjuicio contemplada expresamente en la resolución impugnada (esto es, una deuda anterior preexistente o sustituida por otra con la adición en cualquiera de los casos de la garantía real) con alegación sobre su base de un específico perjuicio al principio de igualdad de trato, lo que no acaba de comprenderse porque no se adujo, no solo por el conocimiento que debía ostentarse por las funciones que se desarrollan dentro del marco del proceso concursal, sino porque en la propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria se refiere que el destino del préstamo es refinanciar una deuda. En este sentido cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 13 de diciembre de 2011 ".
Idem, según Sentencias de esta Sala, de fechas 17-marzo y 7-marzo-2014.”: SAP Baleares (Sección 5) 24.03.2014 (Sentencia 86/2014; Rollo 487/2013)

AP Barcelona

“9. Tampoco consideramos que la resolución recurrida haya incurrido en incongruencia al fundar o justificar la estimación de la demanda. Es cierto que el art. 218.1, pfo. 2.º LEC impide que el tribunal pueda apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos a los que las partes "hayan querido hacer valer". Lo que no compartimos es que el tribunal se haya apartado de la causa de pedir invocada en la demanda por el hecho de haber acudido a un apartado distinto del art. 71 del citado en la demanda, porque la

invocación contenida en el último de los párrafos de los fundamentos jurídicos de la demanda, como toda la demanda, es muy poco rigurosa y no la podemos considerar como realmente indicativa de la concreta voluntad del demandante de invocar la presunción iuris et de iure del art. 71.2 LC. La demanda cita ese apartado del artículo 71 como podría haber citado cualquier otro, esto es, sin que guarde relación alguna con los hechos que fundan la acción ejercitada. Por consiguiente, y atendido que, en este caso, son los hechos los que consideramos que encierran la voluntad de la parte actora (no los fundamentos jurídicos), no podemos considerar que el juzgado haya incurrido en incongruencia cuando del relato fáctico de la demanda se deriva que la razón por la que se considera que los pagos eran reintegrables es porque aparecían en la contabilidad de la concursada como partidas pendientes de aplicación, esto es, porque su destinatario no había dado cuenta a la concursada de los conceptos a los que esos pagos se habían aplicado. “:SAP Barcelona (Sección 15) 18.12.2012 (Sentencia 428/2012; Rollo 510/2012)

AP Jaén

*“TERCERO.-*Se sostiene por el recurrente en el apartado correlativo al presente, que la sentencia vulnera el principio dispositivo al aplicar de oficio la presunción contenida en el artículo 71 de la Ley Concursal, incidiendo en incongruencia.
No estimamos que concurra tal defecto en la sentencia.
En primer lugar debemos acudir nuevamente a la doctrina jurisprudencial sobre la congruencia. Dice la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2012 : *" En relación al tercer motivo hay que señalar, conforme a lasentencia de 18 de mayo de 2012, que:"... Constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico- jurídica (STS de 14 de abril de 2011, ROJ 2898, 2011).El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva - dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada. (ST de 13 de junio de 2005, RJ 2005, 5462) De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988, RJ 1988, 2572 y 20 de diciembre de 1989, RJ 1989, 8846). En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte. (STS de 4 de octubre de 1993, RJ 1993, 7454). En esta línea, y en términos generales, también hay que señalar que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales (SSTS de 10 de diciembre de 2004 RJ 2004, 7876 y 5 de febrero de 2009 RJ 2009, 1366). Con lo que la incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de iura novit curia, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones (SSTS de 6 de octubre de 1988 RJ 1988, 753 y 1 de octubre de 2010 RJ 2010, 7303)".*
Pues bien, la sentencia se basa en los hechos alegados por las partes, y desde luego no altera la acción ejercitada.
El artículo 71.3 de la Ley Concursal facilita la prueba del perjuicio, en caso de transmisiones onerosas, mediante el establecimiento de una serie de presunciones «iuris tantum», entre las que se encuentra que el acto dispositivo se haya realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; lo que, a su vez, remite al artículo 93.2 de la propia Ley, en el que, siendo el concursado una persona jurídica, atribuye tal carácter, entre otros, a los administradores de hecho o de derecho y a los apoderados generales.
El que en la sentencia se acuda a la regulación específica sobre la carga de la prueba en las acciones de rescisión, y aplique la concreta regla referida, no es sino aplicación de la ley al hecho alegado por la actora y no negado por la parte demandada; la cual desde luego no se puede amparar como pretendía al contestar la demanda y ahora pretende, en que en aquella no se aludía expresamente a que la carga de probar que no existía perjuicio le correspondía a la parte demandada, para que deje de aplicarse la regla legalmente establecida sobre la carga de la prueba. La demanda además de describir la operación onerosa realizada en el período previsto en la ley cuya rescisión pretende por existir perjuicio patrimonial, explica los motivos de los que deduce el perjuicio patrimonial, y ello desde luego no excluye la posibilidad de que el Juzgador aplique la norma legal, pues es un hecho objetivamente constatado y no negado que la operación onerosa se realiza entre el demandado, presidente y consejero delegado de la sociedad, y ésta. No hay mutación de la causa de pedir ni infracción alguna del principio dispositivo. Y si se produjo esa indefensión que se alega, será exclusivamente por causa imputable a la propia parte, pues no puede desconocer las normas sobre la carga de la prueba contenidas en el artículo 71 de la LC; de hecho en su contestación a la demanda y ahora en el recurso sigue manteniendo la inexistencia de perjuicio patrimonial a consecuencia de la operación, achacándolo no a ésta sino al desplome inmobiliario.”: SAP Jaén (Sección 1) 01.02.2013 (Sentencia 18/2013; Rollo 13/2013)

AP Lleida

“CUARTO. - Se alega asimismo que la sentencia es incongruente al hacer aplicación del articulo 71.4 en relación al 71.1 cuando en realidad, la administración concursal, pidió la aplicación del articulo 71.1y 71.2.
Pues bien, sobre el principio de congruencia la jurisprudencia ha venido estableciendo que impone la racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos, pero no la absoluta concordancia de modo que el juzgador está facultado para establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada, pudiendo aplicar normas distintas e incluso no invocadas por los sujetos del pleito, condicionadas por el componente fáctico esencial de la acción ejercitada y la no alteración de dicha causa petendi.
Al respecto el TS en S. 7/4/2000 dispone: " *Como dice la sentencia de 6 de octubre de 1998, el principio de congruencia impone la racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos objeto de las mismas, pero no la absoluta concordancia de manera que con el debido respeto al componente jurídico de la acción y al soporte fáctico ofrecido por los litigantes, el Juzgador está facultado para establecer su juicio critico de la manera que entienda más ajustada, y de ahí que, en atención al principio "iura novit curia", en conexión con el de "da mihi factum, dabo tibi ius", pueda aplicar normas distintas e, incluso, no invocadas por los sujetos del pleito, a la situación real establecida por los mismos, pero la observancia de esta máxima nunca se efectuará de forma libre e ilimitada, pues siempre ha de condicionarse al componente fáctico esencial de la acción ejercitada, constituido por los hechos alegados por los litigantes, así como a la inalterabilidad de la "causa petendi", ya que lo contrario vulneraría el principio de contradicción y, por ende, el derecho de defensa, lo que ha sido ratificado reiteradamente por esta Sala, aparte de otras, en sentencias de 30 de junio de 1983, 10 de mayo de 1986, 7 de octubre de 1987 y 9 de febrero de 1988* ".
En parecidos términos se ha pronunciado la jurisprudencia menor y al respecto SAP Vizcaya, sec. 5ª,14/2/2006 que dispone: " *SEGUNDO.- Conforme a lo que constituye el objeto de la presente resolución procede analizar, con carácter previo al haberse denunciado tal defecto, si la sentencia dictada en la instancia y objeto de revisión en esta alzada es nula o no, por entender la parte apelante que la sentencia es incongruente al valorar y estimar una excepción que no fue mantenida y no fue por lo tanto objeto del debate.*
Como ha declarado esta Sala en reiteradas resoluciones, entre otras sentencia 6 de julio de 2.001 y 30 de julio de 2.003; "la congruencia exigible a toda sentencia por virtud de lo dispuesto en el art. 24 C.E., 11 LOPJ comporta inexcusablemente una adecuada correspondencia y correlación de su parte dispositiva o fallo no sólo con las peticiones deducidas por las partes, esto es sus pretensiones procesales, sino también con el soporte fáctico de las mismas, sin que sea lícito al juzgador alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones objeto del debate por otras, pues de hacerlo produce indefensión a las partes e incurre en vicio de incongruencia, vulnerando el principio dispositivo rector del proceso civil, más en tal defecto no se incurre por la circunstancia de que el juzgador haciendo uso de los aforismos clásicos "iura novit curia y da mihi "factum" dato tibi ius", y respetando los hechos probados en el pleito, aplique las normas jurídicas que estime procedentes y modifique los fundamentos jurídicos de las pretensiones, siempre que la resolución que recaiga este en el ámbito de las peticiones de las partes y no supere lo que efectivamente conformó la contienda judicial (T.S. 10-7, 15 y 27 de noviembre de 1.995 entre otras)."
En igual sentido el tribunal constitucional ha establecido de modo reiterado que el derecho fundamental a la tutela judicial obliga a los órganos a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que aparezcan planteados (art. 218 LECv, 11 y 248.3º LOPJ) por lo que el vicio de incongruencia puede suponer una denegación técnica de justicia, y por lo tanto, una vulneración del art. 24 CE que de causar indefensión con relevancia constitucional daría lugar a la nulidad de la sentencia y a su devolución al juzgador a quo para la resolución de la cuestión debatida.
Ítem mas y en referencia a el caso de autos, dice el TS ante una alegación semejante y en su sentencia antes señalada de 28 de octubre de 2012 que *" 4. Conviene aclarar que toda acción rescisoria concursal presupone, ya se invoque expresamente o no, la aplicación del art. 71.1 LC, sin perjuicio de que la causa petendi venga condicionada por los hechos narrados para justificar el carácter perjudicial o la aplicación de alguna de las presunciones de perjuicio previstas en los apartados 2 y 3 del art. 71 LC. En nuestro caso es claro que la sentencia recurrida resuelve la acción ejercitada, sin separarse de la causa petendi esgrimida en la demanda*.
El motivo pues debe también de ser desestimado ya que no se observa la incongruencia que se denuncia.”: SAP Lleida (Sección 2) 27.11.2014 (Sentencia 512/2014; Rollo 548/2014)

AP Madrid

“TERCERO.- Se aduce asimismo por la parte recurrente que la sentencia apelada habría incurrido en incongruencia, por cuanto la administración concursal habría aducido en su demanda que los pagos realizados a los demandados habrían consistido en disposiciones a título gratuito, invocando la presunción del artículo 71.2 de la LC (presunción de perjuicio patrimonial, que no admite prueba en contra, cuando se tratase de un acto de disposición a título gratuito realizado en el período de dos años anteriores al fecha de la declaración de concurso), y sin embargo el juez habría aplicado en su sentencia la presunción no alegada del artículo 71.3.1º de la LC (presunción de perjuicio, contra la que cabe prueba en contra, en los casos de actos dispositivos a título oneroso realizados entre quiénes se hayan inmersos en una especial relación con el concursado).
Debemos recordar que la congruencia procesal (artículo 218.1 de la LEC) consiste en la correlación que debe guardar el fallo de la resolución con lo suplicado en los escritos rectores del proceso, entendida, además, de forma racional y flexible (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2001 y 1 de marzo de 2.007). La concordancia entre las pretensiones aducidas en la demanda y la parte dispositiva de la sentencia no debe ser literal y rígida, bastando que se produzca la racionalidad necesaria y la adecuación sustancial, lo que viene facultado por la necesaria flexibilidad de las sentencias (de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 4 de noviembre y 28 de octubre de 1994, 18 de julio de 2005 y 25 de septiembre de 2006),

siempre que se respete la causa de pedir (es decir, según la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 mayo de 2008, el "conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión"). El deber de congruencia no alcanza a los razonamientos de las partes ni del tribunal, del mismo modo que no puede confundirse la incongruencia con la discrepancia con las razones de hecho y de derecho que sustentan el pronunciamiento judicial.
Atendiendo a lo expuesto, no consideramos que la sentencia incurriese en un defecto de incongruencia, pues resolvió la acción rescisoria sin desapegarse ni de lo que se suplicaba en la demanda ni de los hechos relevantes que soportaban la acción emprendida y aunque invocase en su fundamentación jurídica la posibilidad de resolver el caso con aplicación de la presunción iuris tantum del artículo 71.3.1º de la LC, analizó además, y se explayó en ello, por qué consideraba que, en opinión del juez "a quo", concurría el requisito de perjuicio patrimonial que exige el artículo 71.1 de la LC para que operase la rescisión concursal. Podrán o no compartirse sus argumentos, pero con el análisis de ese requisito no se apartó de los términos del debate, no abandonándose a la mera invocación de una de las presunciones previstas en la ley, que no constituyen sino una de las vías que ésta contempla para poder concluir la existencia o no de perjuicio para la masa.": SAP Madrid (Sección 28) 05.10.2012 (Sentencia 275/2012; Rollo 70/2012)

6. Demanda rescisoria fundamentada en documentos obrantes en otras secciones

AP Oviedo

"Tercero: (…) Frente a tales consideraciones la apelante alega que la Administración concursal no ha conseguido demostrar ninguno de los hechos en los que funda sus pretensiones, pues aporta como única prueba documental junto con su escrito de demanda la escritura de compraventa y la subrogación en la hipoteca. En este sentido sostiene que para fundamentar la calificación de la compradora como "persona especialmente relacionada con el concursado" no puede resultar suficiente la simple remisión al informe de la Administración concursal, pues el incidente concursal en el que se ventila esta pretensión se tramita como una pieza separada del procedimiento principal en el que obra aquella documentación.
La respuesta al motivo de apelación articulado en los anteriores términos pasa por recordar primeramente, como arriba se ha expuesto, que la parte ahora recurrente -que ha sido demandado en este incidente de reintegración por mandato del art. 72-2 L.C. en cuanto que ostenta la condición de parte en el acto impugnado- también se encuentra personado en el procedimiento principal del concurso y tuvo por tanto, o estuvo al menos en condiciones de tenerlo, perfecto conocimiento del contenido de cada una de las distintas secciones que lo integran, en las que figura el informe elaborado por la Administración concursal y la documentación que lo acompaña (art. 183 L.C.), siendo por tanto perfectamente posible que la demanda se apoye en el contenido que ya obra en dicha documentación pues ello no supone ni vulneración de las normas sobre la carga de la prueba ni una remisión susceptible de genera indefensión a la demandada. En este punto debemos traer a colación las consideraciones expuestas a este respecto por nuestro Alto Tribunal en su STS de 22 abril 2010 cuando señala a propósito de la prueba documental en los incidentes concursales que "Por lo demás, la prueba documental fue admitida, la parte recurrente no podía desconocerla dado que obraba en las actuaciones, y es de absoluta lógica que la Audiencia Provincial reclame las restantes actuaciones en que obran documentos para cumplir la función de valoración probatoria en segunda instancia. La exigencia de que se deban reproducir, para acompañar con el informe de los administradores, documentos que obran en otras secciones no es razonable, ni es conforme a la economía procesal al suponer un derroche de tiempo y coste económico absolutamente innecesario, sin que resulte afectado en modo alguno el derecho de defensa".: SAP Oviedo (Sección 1) 14.10.2010 (Sentencia 334/2010; Rollo 229/2010) y SAP Oviedo (Sección 1) 03.03.2011 (Sentencia 116/2011; Rollo 223/2010).

7. No acumulabilidad del incidente rescisorio al de calificación

AP Valladolid

"SEGUNDO.- Se postula en primer término por las apelantes, al amparo de lo dispuesto en el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la declaración de nulidad de lo actuado por infracción de la normativa procesal causante de indefensión. A tal efecto señalan que el 5 de mayo de 2010 Doña Macarena y su hermana formularon demanda de oposición a la calificación como culpable del concurso, en lo relativo a su declaración como cómplices y a la declaración de fraudulencia de las enajenaciones en las que ambas intervinieron, entre las que se encuentra la que en los presentes autos pretende rescindirse, demanda que fue registrada el siguiente día 19 sin admitirse a trámite en tanto no se subsanare un determinado defecto procesal. El día 24 del propio mes y año se admitió a trámite la demanda de reintegración que aquí nos ocupa y el 9 de junio siguiente se formuló oposición a la misma en la que se advertía de la intención de interesar la acumulación de ambos procedimientos en la pieza abierta como consecuencia de la oposición a la declaración de culpabilidad del concurso, lo que así se hizo el 30 de junio mas sin que dicha solicitud se proveyese, procediéndose directamente a dictar sentencia en el presente incidente el 2 de julio. Alega que la acumulación de ambos autos era procedente al amparo de lo dispuesto en el art. 76.1 nº 1 y 2 de la Ley De Enjuiciamiento Civil, pues no solo cabe la posibilidad de pronunciamientos contradictorios sino que la sentencia que en el presente se dicte puede producir efectos prejudiciales en la oposición a la declaración de culpabilidad del concurso, sin que se haya procedido a proveer dicha solicitud, con lo cual se ha resuelto la presente acción de reintegración sin poderse tomar conocimiento de diversas escrituras de compraventa otorgadas por la concursada dentro de los dos años precedentes a la declaración del concurso a favor de proveedores y en pago de los créditos que

estos ostentaban que sin embargo han sido dadas por buenas por la Administración Concursal.
Cabe decir al respecto que conforme a lo preceptuado en el art. 77.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es requisito imprescindible para la viabilidad de la acumulación de procesos que en ninguno de los que pretenden acumularse haya finalizado el juicio al que se refiere el art. 433 del propio texto legal, es decir extrapolándolo al incidente concursal que el mismo no se halle concluso para dictar sentencia. Pues bien, en el presente caso, tal y como resulta del examen de lo actuado y de la certificación emitida por la Sra. Secretaria del Juzgado de lo Mercantil como diligencia final, la parte hoy apelante interesó la acumulación en los autos incidentales de oposición a la declaración de culpabilidad del concurso en escrito presentado ante el Juzgado Decano el 2 de julio de 2010, el mismo día en que se dictó la sentencia que hoy se impugna en incidente por el que se sustanciaba la acción de reintegración, que había sido declarado concluso a tales efectos por providencia de fecha 25 de junio anterior. En su consecuencia la parte hoy apelante formuló su solicitud de acumulación de procesos extemporáneamente, cuando ya era inviable proceder a ella en función del estado que había alcanzado la tramitación de los autos que hoy nos ocupan, por lo que ya prima facie la indefensión que denuncia le ha ocasionado el no haberse proveído resultaría imputable a ella misma.
Por otra parte en todo caso entendemos no resultaría procedente admitir la viabilidad de la acumulación de ambos procesos, pues si bien se sustancian los dos por trámite homogéneo, el del incidente concursal, no es factible la acumulación de unos autos que se integran en diferentes secciones del concurso, con diferentes partes legitimadas para intervenir y con efectos solo muy parcialmente coincidentes. Si la parte entiende que la cuestión que constituye el objeto del presente proceso es trascendente cara a la resolución que en el incidente de oposición a la calificación haya de adoptarse, la solución hubiere sido hacer uso en su caso del instituto de la prejudicialidad civil que se contempla en el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Rechazamos en su consecuencia este primer motivo del recurso.": SAP Valladolid (Sección 3) 28.06.2011 (Sentencia 230/2011; Rollo 10/2011)

8. Estimación de defecto legal en el modo de proponer la demanda por inconcreción de las operaciones cuya rescisión se pretende

AP Alava

"SEGUNDO.- Sobre el defecto en el modo de proponer la demanda
Continuando con las defensas procesales de los apelantes, modificando de nuevo los motivos esgrimidos en el recurso de apelación, se afirma que hay un grupo de peticiones que se expresan como "operaciones potencialmente ajenas al tráfico de la empresa" que se han rescindido también sin que se concretaran en la demanda, habiéndose verificado más adelante. Efectivamente la administración concursal advertía en el otrosí digo de su demanda que había que reclamar documentación al deudor concursado, a través de sus administradores sociales, cierta documentación. De aquélla se dedujo luego la ampliación, que no se produce antes de que el demandado conteste la demanda, como previene para el juicio ordinario el art. 401.2 LEC, sino con posterioridad.
Nada se ha resuelto sobre esta cuestión en la sentencia, ni se ha concretado en su fallo qué actos son rescindibles. La remisión a la demanda tampoco permite superar el defecto denunciado, porque en aquélla no se determinan las operaciones potencialmente ajenas al tráfico de la empresa. Tampoco en la vista aquéllas se concretan, utilizándose una remisión general a las derivadas de la documentación aportada antes de la vista por la deudora concursada que impide conocer los concretos actos cuya rescisión se solicita.
El art. 416.1.5º LEC permite oponer la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, al que también se refiere el art. 424 LEC. De estas normas se desprende que han de solicitarse aclaraciones y si no se ofrecen o son insuficientes, ha de realizarse un esfuerzo de integración para tratar de subsanar el defecto. En este caso la documentación evidencia, en efecto, que se realizaron varias operaciones por la deudora, pero en absoluto puede determinarse cuáles sean las que la administración concursal demandante pretendió debieran rescindirse. No se identifica tampoco quienes sean los sujetos afectados además de la deudora concursada, por lo que se incurriría en el mismo defecto apreciado en el anterior ordinal. No se señalan qué cuantías han de reintegrarse, ni en qué supuesto legal se incardina la pretensión rescisoria. No hay datos suficientes porque no se han concretado los que eran objeto de la pretensión, que padece por ello un alto grado de inconcreción.
El sistema rescisorio que disciplina el procedimiento concursal no puede ser utilizado in genere, sin concretar los actos cuya rescisión se pretende, como tajantemente se desprende del art. 72.1 LC cuando para habilitar la legitimación subsidiaria de los acreedores les ordena señalar "... el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello". Igual que la administración concursal precisa conocer qué concreto acto es el que se pretende rescindir por los acreedores, exigiendo que se explique el fundamento de la pretensión, ésta tiene que verificar otro tanto respecto la deudora concursada y los eventuales litisconsortes, exigencia que no se ha atendido con la evanescente pretensión planteada en el apartado 2 de la solicitud de la demanda, que impiden la defensa de la deudora y sus litisconsortes, todo lo cual determina la estimación de este segundo motivo del recurso y, en consecuencia, la falta de rescisión de los actos a que pudiera afectar.": SAP Alava (Sección 1) 17.11.2011 (Rollo 127/2011)

9. El allanamiento del acreedor no enerva su acción contra los fiadores.

AP Alicante

“SEGUNDO.-En segundo lugar argumenta que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Concursal, referido a los convenios de quita y espera, y sí corresponde aplicar el artículo 1852 del Código Civil que establece que los fiadores quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. Es cierto que no nos encontramos en un supuesto de quita y espera por lo que no sería aplicable el artículo citado de la Ley Concursal, pero ello no nos lleva a estimar la demanda y declarar extinguido el derecho de crédito garantizado con fianza. El art. 1852 Código Civil se refiere a los perjuicios que el acreedor puede producir con el cambio de las condiciones de la obligación garantizada por medio de un actuación o una abstención, que produzca un perjuicio al fiador, ahora bien como recoge la sentencia de 8 de mayo 2002 del T.S interpretando el citado precepto, este artículo trata de evitar que por un acuerdo entre acreedor y deudor, se perjudique al fiador y acabe pagando la deuda ajena. En el supuesto que nos ocupa no se ha producido acuerdo entre acreedor y deudor, sino un allanamiento de la entidad bancaria en el incidente concursal para rescindir y declarar la ineficacia del contrato de préstamo de 27 de octubre de 2008 por la que se constituye garantías hipotecarias sobre el préstamo concedido por el Banco de Valencia

El hecho del acreedor que impide la subrogación y provoca la liberación del fiador no es un acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza, sino que es consecuencia de la declaración de concurso (artículo 71 de la L.C).

Como señala la A.P de Madrid de fecha Señalar de 16 de julio de 2010 que cita la STS de 14-6-04, que"....Esta Sala tiene declarado que el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda, que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino en la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de ésta, entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del convenio, desvirtúan la obligación resultante del aval y si la acreedora demandante tenía, o no, posibilidad de cobrar su crédito a través de la suspensión de pagos es indiferente a su derecho a reclamar su pago a los avalistas solidarios; y el mantener lo contrario a lo anteriormente dicho adolece de un error de base, consistente en prescindir de la propia finalidad de la fianza como garantía del acreedor frente a la insolvencia total o parcial del deudor (art. 1830 Cc), o frente a su mera liquidez cuando el fiador haya renunciado a la exclusión o se haya obligado solidariamente con el deudor (art. 1831 Cc 1), supuesto este último que, como declara la STS de 3-10-95 1995, el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime mas conveniente, incluido el fiador, añadiendo la misma, que no debe olvidarse que, si bien algún sector doctrinal mantiene la tesis de la liberación o reducción de la obligación del fiador cuando en los supuestos de concurso, quiebra y suspensión de pagos el deudor llegue a determinados acuerdos, con sus acreedores, sobre todo si el acuerdo consiste en una reducción de la cuantía de los créditos con extinción por el exceso, las sentencias, anteriormente citadas y transcritas demuestran que la jurisprudencia de esta Sala se inclina por el criterio, asimismo mantenido por prestigiosos autores de la doctrina científica, de que en tales casos subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza como por no ser verdaderamente incardinable el Convenio de la Suspensión de Pagos en el concepto de transacción, según el sentido del art. 1835 Cc., ya que el convenio se impone por una determinada mayoría de acreedores y no tiene porqué eliminar la garantía adicional que sobre el patrimonio del deudor, representa la fianza para aquel acreedor que pese a quedar vinculado por el convenio frente al deudor común, no renuncie expresamente a dicha garantía frente a su fiador singular". Argumentos que con mayor razón son aplicables al concurso, en el que la entidad bancaria se allanó en el incidente concursal nº 587/09l a rescindir y declarar la ineficacia de la garantía hipotecara sobre el préstamo, actuación que no fue voluntaria sino consecuencia de la declaración de concurso a instancia del demandante en nombre y representación de la mercantil P.A.R Servicios Turísticos S.L.

TERCERO.-No existe infracción de los 1852, ni de los artículos 1838 y 1839 del mismo texto legal, puesto que no pierde el derecho a reintegrarse de su crédito, pues así se deriva del contenido del art. 87-6º de la Ley Concursal que dispone que "los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero, se reconocerán por su importe sin limitación alguna, y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador". Es decir nada obsta a que el acreedor podrá comunicar el crédito en el concurso de acreedores y al mismo tiempo, reclamarlo ante el fiador, quién, si finalmente lo paga por razón de su fiador, podrá sustituir al acreedor en la titularidad del crédito.

En este caso además habrá que tener en cuenta las peculiaridades de hecho que concurren, esto es, la garantía hipotecaria respondía a una renovación de la financiación del préstamo anterior de 4 de junio, que ya se encontraba avalado por el Sr Eleuterio, siendo sustituido por otro del mismo importe con garantía hipotecaria, que beneficiaba, dadas las condiciones de su concesión beneficiaba al actor, y que a cambio ofreció la garantía hipotecaria y la fianza con el fin de obtener una refinanciación del préstamo preexistente con mejores condiciones económicas. También fue el propio demandante en nombre de la mercantil citada quién promovió el concurso voluntario dos meses y medio después, por lo que la entidad financiera, como aduce en la oposición al recurso, no sale beneficiada con la rescisión de la garantía hipotecara sino al contrario perjudicado al producirse una rescisión de un garantía hipotecaria, que probablemente de haberlo conocido, como manifiesta la demandada, no hubiera procedido a firmar el contrato de préstamo de fecha 27 de octubre de 2008. Por otro lado argumenta que el demandante como persona física no fue parte en el concurso, y por tanto debía de haber pedido la entidad bancaria una intervención provocada, alegación que tampoco puede acogerse pues en el allanamiento conforme recoge el auto del juzgado de lo mercantil no se aprecia fraude de ley ni perjuicio de tercero, no siendo correspondiendo a la parte el llamamiento de fiador, y máxime cuando el demandante era el administrador de la Sociedad Servicios Turísticos S.L, y por tanto tenía conocimiento tanto de la declaración del concurso como de los incidentes del mismo, y el juez no consideró necesaria su intervención.

En suma la petición del actor de que se deje sin efecto la fianza constituida en el préstamo pues ello derivaría que la garantía que para el cobro de las deudas la fianza representa, precisamente para el supuesto de insolvencia total o parcial del deudor principal, quedara vacía de contenido.”: SAP Alicante (Sección 5) 02.02.2012 (Sentencia 51/2012; Rollo 419/2011)

10. Condición procesal de la AC en los casos de legitimación subsidiaria

AP Córdoba

“TERCERO.-En cuanto a la legitimación pasiva del administrador concursal, nuevamente nos encontramos con que la parte actora-apelante combate un pronunciamiento (en este caso, una omisión de pronunciamiento) que no le compete, habida cuenta que quien tendría que invocar la falta de legitimación pasiva es la parte demandada que la alegó, en este caso el administrador concursal. No obstante, como es cierto que sobre dicha cuestión no se pronunció expresamente la sentencia recurrida, debe tenerse en cuenta que en los casos en que no es la administración concursal quien ejercita la acción de reintegración, sino un acreedor, en ejercicio de la legitimación subsidiaria que permite el artículo 72.1 de la Ley Concursal, la administración concursal no tiene legitimación pasiva en sentido estricto, al no estar incluida en el ámbito de legitimados pasivos previsto en el artículo 72.3 de la Ley; pero ello no es óbice para que deba ser tenida por parte en el incidente, dada la previsión general del artículo 184.1 de la Ley Concursal y, sobre todo, porque el úlitmo inciso del artículo 72.4 dispone que "las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal".”: SAP Córdoba (Sección 3) 17.06.2013 (Sentencia 112/2013; Rollo 124/2013)

11. Reconvención

AP Madrid

“PRIMERO.-El objeto de esta alzada lo constituye el análisis de la decisión de inadmisión por parte del juez de lo mercantil de la pretensión reconvencional planteada por la aquí recurrente, MUDANZAS HERNÁN S.A., con ocasión de la tramitación del incidente derivado del ejercicio de una acción de reintegración por parte de la administración concursal de GESTECA GESTIÓN SL. Por ésta se solicitó la rescisión de determinados extremos del contrato de 10 de febrero de 2011 que había sido suscrito entre GESTECA GESTIÓN SL y MUDANZAS HERNÁN S.A., en tanto que esta última, además de oponerse a ello, pretendió, en sede del mismo incidente concursal, exigir, vía reconvención, la resolución del referido contrato, aduciendo el incumplimiento del mismo por parte de GESTECA GESTIÓN SL.
El juez de lo mercantil no admitió a trámite la reconvención al considerar que no mediaba una conexión lógica entre ambas acciones, que tendrían bases diametralmente opuestas, y, sobre todo, por la carencia de acción, al amparo del artículo 62.1 de la LC, por no haberse aducido que el incumplimiento, que el juez subraya que debería haber sido relevante, se hubiera producido en fecha posterior a la declaración de concurso.
La entidad recurrente discute esas motivaciones del juez de lo mercantil y alega ahora en su escrito de recurso que el incumplimiento debe considerarse producido en una relación de tracto sucesivo, lo que le conferiría la posibilidad de accionar conforme al artículo 62.1 de la LC.
SEGUNDO.-En opinión de este tribunal el problema no podía resolverse desde la negativa a la conexidad del modo en que se apunta en la resolución apelada.
Por un lado, porque la conexidad que exige el artículo 406.1 de la LEC no excluye, a diferencia de lo que ocurre en materia de acumulación de acciones, el planteamiento de pretensiones que pudieran resultar incluso incompatibles entre la principal y la reconvencional.
Por otro lado, porque no bastaría con una contemplación en abstracto del muy diferente objeto que, de modo incuestionable, incumbe a la acción rescisoria concursal (artículo 71 de la LC) y a la acción resolutoria por incumplimiento contractual en sede concursal (artículo 62.1 de la LC), con olvido de lo que en concreto se planteaba en la demanda principal. En el presente caso existían muy peculiares pedimentos en ella, que, al margen de que pudieran incluso resultar exorbitantes en el seno de los efectos inherentes a la acción que se afirmaba ejercitar, tendían, en realidad, a exigir un particular modo de cumplimiento del contrato de 10 de febrero de 2011 (véase a este respecto el texto que reproducimos literalmente en los antecedentes de esta resolución judicial). Una pretensión de tal índole, con independencia de su viabilidad, supondría conexidad directa con una acción de resolución del referido contrato como la esgrimida por vía reconvencional.
TERCERO.-Ahora bien, nos parece de mucho mayor peso la segunda de las razones aducidas en la resolución recurrida para no admitir la demanda reconvencional. Nos referimos a la necesidad de que la acción resolutoria por el incumplimiento de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimento a cargo de ambas partes al tiempo de declarase el concurso sólo pudiera fundarse, y así debía explicitarse, en un incumplimiento que necesariamente fuese posterior a tal declaración. Tal es la exigencia que contempla el artículo 62.1 de la LC, por lo que el demandante reconvencional no podría (salvo la excepción a la que luego nos referiremos, relativa a contratos que no fuesen de tracto único) escapar a ella. Si el incumplimiento del concursado fuese anterior a la declaración de concurso los derechos que ello pudiera conferir a la contraparte "in bonis" no podrían hacerse valer por dicha vía, por más que se hubiese prolongado en el tiempo la situación de incumplimiento de la prestación debida por la concursada (en este sentido la sentencia de la Sala 1ª del TS de 25 de julio de 2013).
Hemos de recordar que el juez del concurso está dotado de especiales facultades a la hora de filtrar la admisión de demandas de incidente concursal (lo que puede hacerse extensivo a las pretensiones reconvencionales, que no dejan de suponer la interposición de otra demanda con ocasión de haber sido previamente demandado). En concreto, el juicio de pertinencia que contempla el artículo 194.2 de la LC,

referido a la cuestión con la que se pretende promover el incidente, el cual se configura como causa de no admisión "in limine litis" (a tenor de la regla general del artículo 403 de la LEC) de la demanda incidental (por lo que no peligra con ello el derecho a la tutela judicial cuya efectividad exige que sea garantizada el artículo 24 de la Constitución), da cabida no sólo al rechazo de plano de planteamientos faltos de relación con las actuaciones que incumben al proceso concursal sino que también faculta al juez del concurso, en aras a la más eficaz llevanza del mismo, para repeler de inicio aquellas pretensiones que resultasen claramente inidóneas. En consecuencia, al amparo de la previsión del artículo 194.2 de la LC puede el juez del concurso inadmitir una reconvención que respondería a una palmaria falta de acción por parte del accionante.: SAP Madrid (Sección 28) 18.10.2013 (Sentencia 148/2013; Rollo 369/2012)

12. Previa sentencia de calificación sobre los mismos hechos. Efecto prejudicial o positivo de la cosa juzgada

AP León

“CUARTO.- Efecto de cosa juzgada de sentencias firmes.
A/ Sentencia de calificación.
a.1.- Compatibilidad de los pronunciamientos de la sentencia de calificación y con los que se dictan en la presente sentencia.
La sentencia de calificación del concurso dictada condenó a D. Víctor y a Dª Beatriz, como cómplices, a reintegrar a la masa la suma 102.000 euros que, según se indica en el apartado 3 de su fundamento de derecho tercero, es la suma " *correspondiente al precio no abonado de las dos escrituras de compraventa de 25 de septiembre de 2008* " (). Excluye expresamente cualquier pronunciamiento sobre la venta de dos vehículos " *al contenerse el correspondiente a las acciones de reintegración en las sentencias de este juzgado de 25 de febrero y 8 de febrero de 2010* ". Nada dice sobre la acción de reintegración que nos ocupa (reintegración los inmuebles transmitidos ni sobre su equivalente dinerario), quizá por desconocimiento de la demanda que se presentó el día 3 de febrero de 2010 en tanto que la sentencia de calificación se dictó el día 22 de marzo de 2010.
Y respecto de las personas afectadas por la declaración de concurso solo acuerda la reintegración de la suma de 32.200 euros " *sustraídos de la cuenta de la concursada domiciliada en BANKINTER* ".
Del contenido de los pronunciamientos y fundamentos citados extraemos la clara conclusión de que no se emitió pronunciamiento alguno sobre la reintegración de los solares y del local que son objeto material de este procedimiento (o de su equivalente dinerario), y únicamente se emitió pronunciamiento, en relación con los cómplices, sobre el pago del precio no abonado que se califica como de "reintegración al patrimonio". Sin embargo, entiende este tribunal que no se puede reintegrar algo que no fue entregado por la concursada: se entregaron los solares y el local, que sí pueden ser objeto de la reintegración, pero el precio no pagado no es un activo que saliera del patrimonio de la concursada sino, en todo caso, un crédito de la concursada frente a los compradores de dichos bienes por la suma pendiente de pago.
El artículo 73 de la LC contempla los efectos de la rescisión: ineficacia del acto impugnado y restitución de las prestaciones (como regla general). En este caso, los actos de disposición que supusieron la distracción de los bienes de la concursada fueron los contratos de compraventa de los solares y el local, por lo que la reintegración se ha de referir a su ineficacia y a las consecuencias de tal declaración.
Por ello, el pronunciamiento emitido en la sentencia de calificación se ha de entender comprendido en el ámbito de la indemnización de daños y perjuicios a la que se alude en el artículo 172.2.3º de la LC (y también en el apartado 3 del citado art. 172 LC); indemnización a la que también se alude en la sentencia de calificación (primer párrafo del apartado 2 del fundamento de derecho tercero).
Así pues, con independencia de cómo se califique el pronunciamiento de condena contenido en la sentencia de calificación, su finalidad es claramente resarcitoria y directamente vinculada a la suma pendiente de pago, sin que en modo alguno la sentencia se pronuncie acerca de la eficacia o ineficacia de los contratos suscritos.
El citado pronunciamiento no resulta en modo alguno contradictorio con los pronunciamientos de reintegración que se acuerdan en la sentencia recurrida porque en la sentencia de calificación se parte de la eficacia de los contratos, sobre la que nada se acuerda. Y es lógico que así sea porque es en este incidente donde se plantea esa ineficacia. Como ya se ha indicado, el pronunciamiento de condena al pago de 102.000 euros se vincula al precio no abonado de las dos escrituras públicas: " *correspondiente al precio no abonado de las dos escrituras públicas* " (apartado 3 del fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida).
Esta responsabilidad, cuantificada en dinero, se fija precisamente porque nada se acuerda sobre la eficacia de los contratos. Téngase en cuenta que la rescisión prevista en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal constituye una categoría diferente de la de nulidad, por lo que el contrato que se rescinde es eficaz en tanto no acuerde su rescisión, por lo que es de todo punto coherente que la sentencia de calificación nada acordara sobre la eficacia de los contratos pero sí sobre el perjuicio evidente que resultaba de ellos en tanto aquella no se acordara; partiendo de la eficacia originaria del contrato todavía no rescindido el único perjuicio susceptible de declaración en ese momento era la parte del precio pendiente de pago y el hecho generador la ocultación del impago con una declaración en contrario sostenida en las escrituras públicas.
Por lo tanto, ninguna contradicción se produce si en esta sentencia se acuerda la rescisión del contrato porque, como pronunciamiento posterior a la sentencia de calificación, la ineficacia sobrevendrá desde que se dicte esta sentencia (si alcanzare firmeza). Y al poner fin a los contratos surge la obligación de restitución de los bienes y, caso de no ser posible, la de restituir su valor. Esta declaración de ineficacia sobrevenida, posterior a la sentencia de calificación, no supone contradicción alguna: cuando se dictó la sentencia de calificación los contratos eran eficaces y se contempló un efecto indemnizatorio (o de reintegración, si se prefiere, pero sobre la base de la validez de los contratos), pero su eficacia cesa desde que se acuerda su rescisión con los efectos

acordados conforme a lo legalmente previsto que, por lo tanto, se anteponen a cualquier otro efecto previsto o declarado (incluso judicialmente) con anterioridad. Téngase en cuenta que si la sentencia no hubiera acordado la rescisión de los contratos los pronunciamientos contenidos en la sentencia de calificación hubieran tenido pleno sentido, y por ello en su momento se acordó lo que procedía sobre las cuestiones controvertidas conforme a los hechos y situaciones jurídicas concurrentes al momento de dictar la sentencia.

a.2.- Efecto prejudicial de la cosa juzgada.

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 24 de junio de 2014 (recurso nº 957/2012) resume la Jurisprudencia al respecto: " *El Tribunal Supremo ha tratado como infracción procesal (art. 469.1.2º LEC) la denuncia de vulneración de las normas que regulan la cosa juzgada material en su aspecto prejudicial o positivo (art. 222.4 LEC) entre las más recientes, las sentencias núm. 789/2013, de 30 de diciembre, núm. 164/2011, de 21 de marzo y núm. 159/2011, de 10 de marzo, entre otras. El art. 222.4 LEC establece que "lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal". Como esta Sala ha precisado en la sentencia de 30 de diciembre de 2013 citada, siguiendo la STS núm. 307/2010 de 25 de mayo "el efecto prejudicial de la cosa juzgada vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991, 7 de mayo de 2007, RC 2069/2000*)".

En la sentencia de calificación no se resolvió sobre la reintegración de los bienes distraídos pero sí sobre los hechos en los que se sustentó la declaración de complicidad de D. Víctor y Dª Beatriz : "deben ser condenados [...] correspondiente al precio no abonado" (sentencia de primera instancia). Y se concretó aún más en la sentencia dictada para resolver el recurso de apelación conforme a lo indicado en el auto de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 8 de enero de 2013 (recurso nº 5/2012): "*Nos encontramos en este supuesto (el de la declaración de complicidad en una declaración de concurso como culpable) ante una cuestión eminentemente valorativa y que dependerá de las circunstancias del caso; y en el caso que nos ocupa, tanto el Juzgado de lo Mercantil en la sentencia de primera instancia como la Audiencia Provincial en la sentencia de apelación coinciden en que se ha acreditado la actuación conjunta de los administradores y los hoy recurrentes en la distracción de patrimonio de la concursada, por lo que procede la reintegración a la masa de las sumas establecidas, siendo además, de hacer constar que la sentencia de primera instancia declara no solo que los hoy recurrentes adquirieron fraudulentamente bienes propiedad de la concursada, sino que, además, lo hicieron sin abonar su importe* ".

Al analizar los criterios de imputación de complicidad de D. Víctor y Dª Beatriz expresamente se menciona expresamente que los recurrente adquirieron fraudulentamente y que no pagaron el precio de los bienes adquiridos (parte de dicho precio). En el incidente de calificación del concurso tuvieron intervención las mismas partes que han intervenido en este proceso, por lo que se colman las exigencias de la identidad subjetiva, y aunque el objeto de la controversia era diferente (calificación del concurso y sus consecuencias) los presupuestos para la declaración de personas afectadas por la declaración del concurso y cómplices son, al menos en parte (en el caso que nos ocupa se añade como fundamento la infravaloración de los bienes enajenados), coincidentes: distracción de bienes del patrimonio de la concursada en perjuicio de la concursada, con expresa referencia al comportamiento fraudulento y al impago del precio.

Así pues, opera efecto el prejudicial de la cosa juzgada: mismas partes y mismos fundamentos para sustentar los pronunciamientos.

La divergencia (y por ello no se da el efecto negativo o excluyente) radica en el objeto del procedimiento (en este caso, la rescisión de contratos y en el que tomamos como referencia la calificación del concurso y sus efectos), pero los fundamentos expresados para la declaración de personas afectadas por la calificación del concurso y de complicidad son los mismos que los que funda la rescisión de los contratos: actos realizados en perjuicio de la masa activa para detraer dos solares y un local sobre la base de un precio muy inferior al de mercado y ocultando el impago de parte del precio.

En sentido análogo al expuesto se manifiesta la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 14 de enero de 2015 (recurso nº 2432/2012): "*Por otra parte, y en parecidos términos, tampoco puede sostenerse que la excepción de cosa juzgada no opere, en el presente caso, con relación al presupuesto de la identidad de los sujetos participantes, toda vez que dicho extremo fue objeto de valoración por las anteriores resoluciones declarándose, entre otras cosas, que ambas mercantiles se identificaban en la práctica en un mismo ente, representadas por la misma persona y actuando con claro ánimo defraudatario respecto a terceros; hechos probados que, sin ser desvirtuados por la sentencia recurrida, constituyen un antecedentes lógico y necesario de su fallo; extrapolable también al plano sustantivo de la razón decisoria (ratio decidendi) en la medida en que el efecto prejudicial de la cosa juzgada también se extiende a los razonamientos de la sentencia, cuando constituyen el fundamento de la razón de decidir; caso que nos ocupa con la aplicación, tampoco desvirtuada, de la doctrina del levantamiento del velo* ".

Además, el efecto prejudicial de la sentencia de calificación fue reconocido por la parte apelante que solicitó la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil en relación con el incidente e calificación, como así se reseña en el antecedente de hecho del auto de fecha 14 de marzo de 2010 (folio 450 de los autos) que acordó la suspensión del incidente de reintegración " *hasta tanto recaiga resolución firme en el incidente de calificación 1661/09 seguidos ante este juzgado* " (se dice textualmente en la parte dispositiva). Una vez dictada sentencia firme, por lo tanto, produce efecto prejudicial en relación con lo que es objeto de este procedimiento. Bien entendido que no se trata de un efecto prejudicial negativo o preclusivo (impide dictar sentencia sobre lo que fue objeto de otro procedimiento) sino positivo o prejudicial (se ha de resolver sobre la base de los fundamentos que se solapan e incidente en lo que constituye la causa de pedir el procedimiento que nos ocupa).

a.3.- Efecto reflejo o indirecto de las sentencias firmes.

La precitada sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 24 de junio de 2014 (recurso nº 957/2012) también dice: " *La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003, 7 de mayo de 2007, RC n.º 2069/2000)* ".
Aun en caso de entender que no se produce el efecto prejudicial -que consideramos que sí concurrepodrían tomarse como acreditados los hechos reconocidos como probados en la sentencia de calificación por efecto reflejo o indirecto de cosa juzgada conforma a lo expuesto en la precitada doctrina.
QUINTO.-Valoración probatoria de la sentencia recurrida.

A/ Inexistencia de entrega del precio.
La sentencia de calificación declara que el precio no fue pagado, y se deja constancia de ello en el auto de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 8 de enero de 2013 que deniega la admisión del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de calificación: " *en que se ha acreditado la actuación conjunta de los administradores y los hoy recurrentes en la distracción de patrimonio de la concursada [...] siendo además, de hacer constar que la sentencia de primera instancia declara no solo que los hoy recurrentes adquirieron fraudulentamente bienes propiedad de la concursada, sino que, además, lo hicieron sin abonar su importe* ".
La sentencia de calificación, dictada en procedimiento seguido con todos los que también son parte en este procedimiento incidental, sí produce un efecto prejudicial de cosa juzgada que hasta fue admitido por los hoy recurrentes cuando solicitaron la suspensión de este hasta la finalización de aquel.
Además, la sentencia recurrida expone de manera rotunda los fundamentos valorativos en los que basa sus conclusiones:
1.- Declaración testifical de Pedro Miguel : manifestó que llevaba la contabilidad de esta y afirmó expresamente que "no creo que tuviera en efectivo 105.000#".
2.- Contabilidad de la empresa de los demandados: aunque la defensa del demandado afirma que los pagos cuestionados tienen su reflejo en la contabilidad de la empresa de compraventa de vehículos de ocasión que administra, la declaración testifical de Pedro Miguel la contradice al indicar que los ingresos por contabilidad no se reflejaban en contabilidad, por ser "dinero b".
3.- Extracto de movimientos de cuenta corriente aportados con la contestación a la demanda: presentan un descubierto de hasta 90.000#, lo que revela una clara falta de correspondencia con la existencia de una suma equivalente en caja.
4.- Falta de contestación al requerimiento de exhibición documental formulado por la administración concursal al amparo del artículo 328 de la LEC, relativo a la declaración de IRPF del ejercicio 2008: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 329 de la LEC faculta al juez (y al tribunal) para conferir valor probatorio a la versión que de dicha documentación ofrece la demandante, esto es, la falta de disposición de tesorería suficiente para hacer frente a aquellos pagos.
Se dice en el recurso de apelación que los pagos se contabilizaron y que no se impugnaron los documentos que se presentaron sobre contabilidad de la empresa. Que no se impugne la autenticidad de un documento no significa conformidad con el contenido y eficacia probatoria de los documentos aportados en cuanto a las operaciones que en ellos se reflejan. Una escritura pública notarial (con eficacia probatoria tasada) acredita que los hechos en ella reflejados (llámese contrato, declaración de voluntad o de otro modo) fueron declarados por las partes, pero no acredita frente a terceros la realidad y eficacia de los actos jurídicos que en ellos se reflejan. Es decir, los documentos "dicen lo que dicen" y nada hay que objetar, pero las menciones en ellos contenidas no tienen una presunción de veracidad, y menos aún frente a terceros. Al contestar a la demanda los hoy recurrentes presentaron fotocopias de algunas páginas de lo que dijeron que era el libro Mayor así como lo que denominaron libro Diario. Ni el uno ni el otro constan legalizados, por lo que incumplen con lo dispuesto en el artículo 27 del Código de Comercio y en el artículo 329 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. La eficacia probatoria de los libros de comercio está condicionada por su adecuada conformación, y un requisito esencial para ello es la legalización que contribuye a garantizar su fiabilidad: " *el cumplimiento tardío de la obligación de legalizar los libros equivale a incumplimiento porque se priva a la contabilidad de la garantía de cronología establecida en el artículo 25.1 del Código de Comercio. La contabilidad ha de llevarse en cada momento, por lo que la confección de cuentas o libros sin sujeción a unos principios cronológicos se presta a una manipulación de la contabilidad, ajustándola a conveniencia. Que la contabilidad se confeccione tardíamente no conlleva, necesariamente, una alteración de la realidad, pero sí la priva de la garantía de fiabilidad pretendida con la exigencia de legalización de los libros y, por ello, se vulnera lo dispuesto en el artículo 27.2 del Código de Comercio que exige su presentación para legalización en plazo no superior a 4 meses después del cierre del ejercicio*…" (sentencia de la Sección 1ª de la AP de León de fecha 24 de julio de 2012, recurso nº 299/2012).
En este caso, además, la legalización es esencial porque la realidad del pago del precio de la venta de los solares y del local ha sido puesta en cuestión, con lo que la comprobación del asiento contable de los pagos en el momento en el que se producen resulta determinante, máxime cuando en el acto del juicio quien llevaba la contabilidad admitió la divergencia entre la contabilidad que se llevaba y la que respondía a la actividad negocial. Así lo indicó el testigo D. Pedro Miguel que era quien la llevaba. Al ser preguntado por qué no se reflejaba el efectivo de caja en la contabilidad contestó: " *Ya. Ahí está* " (46:12 de la grabación de la primera sesión de juicio), seguido una pequeña mueca de risa ("je"). Y al ser preguntado por qué no todos los movimientos de compra y venta de vehículos se reflejan en la contabilidad apuntó a la posibilidad de dinero " *B* ", dijo: " *Pues... en cierto modo sí. Son dineros que no se declaran...* ". Estas afirmaciones y otras parecidas ponen en evidencia la nula fiabilidad de la contabilidad, lo que nos lleva a restar toda eficacia probatoria a las operaciones que se reflejan en los documentos aportados y que, por falta de legalización, no consta cuando fueron anotadas.
El artículo 217.7 de la LEC atribuye la carga de la prueba a quien tiene a su disposición la documentación precisa para acreditar un hecho, o le es fácil acceder a ella. Los recurrentes no aportaron en su momento los supuestos recibos de pago (que no han sido admitidos por su aportación extemporánea), la documental que se presenta como contabilidad no está legalizada y es de todo punto cuestionable ante los datos ya indicados que revelan su falta de fiabilidad, y cuando los recurrentes fueron requeridos para aportar liquidaciones del IRPF desatendieron el requerimiento. En el recurso de apelación se ofrece como justificación que "se declaran beneficios, no la liquidez". Si esto es cierto ¿por qué no han aportado las declaraciones solicitadas? La autoliquidación del IRPF tal vez no ofrezca datos concretos sobre el pago de una determinada suma de dinero,

pero sí ofrece datos acerca de amortización por inversión, como lo puede ser la compra de un inmueble para actividad empresarial.
En el recurso de apelación se indica que el pago del precio no se realizó con una única entrega sino que se hicieron pagos durante dos meses, lo que no concuerda, como se indica en la sentencia recurrida, con mantener un descubierto en la cuenta de crédito de hasta 90.000 euros en las fechas en las que el demandado dijo haber efectuado los pagos. No existe una correspondencia lógica entre un saldo en la cuenta de tesorería que permita efectuar pagos en efectivo por encima de 100.000 euros (aunque sea en dos meses) en tanto que se mantiene un saldo negativo en cuenta de crédito por importe aproximado de 90.000 euros, con los gastos financieros que ello conlleva.
En cualquier caso, tanto si había como si no había tesorería suficiente para atender al pago, lo cierto es que en primera instancia no se practicó prueba alguna de la que inferir la realidad del pago, descartando -como descartamos- la documental presentada como contabilidad de los recurrentes, por las razones apuntadas, así como toda eficacia probatoria a la testifical practicada porque el testigo que reconoció llevar la contabilidad no verifica la realidad de los supuestos pagos en efectivo y se limita a contabilizarlos, pero dadas las suspicacias que él mismo reconoce acerca de la fiabilidad de la contabilidad, no podemos sino negar toda eficacia probatoria a un testimonio que se limita a aludir a la contabilización de unos pagos sin que conste su soporte en autos (recibos de pago), sin que conste cuándo los contabilizó (la falta de legalización no permite saber si, como corresponde, el libro Diario se llevaba día a día, y tampoco nos da cuenta de ello el testigo) y sin que conste la existencia de saldo en tesorería de la empresa y la efectiva entrega de dinero.
En segunda instancia se reprodujo parte de la declaración prestada como imputado por D. Luis Antonio, que fue quien otorgó las escrituras públicas de compraventa en representación de Construcciones Pons Ferrata, S.L. De ella tampoco se puede inferir la realidad del pago:
1.- Porque la declaración no se emite bajo juramento, como testigo, sino como imputado y, lógicamente, interesado en su propia defensa.
2.- Porque aunque reconoció haber firmado unos recibos de pago no cabe esperar de él otra respuesta que atribuir veracidad a los hechos documentados. Si hubiera reconocido la firma y negado la realidad de los pagos a los muchos cargos que ya se le imputaban se añadiría el de falsedad en documento privado (utilizar un documento privado haciendo figurar un pago que no se realizó y en perjuicio de la sociedad que administraba).
3.- Porque al declarar el examinó muy someramente los documentos que se le exhibían pero afirmó muy rápido que se habían hecho los pagos, a pesar de que no pudo concretar ni las fechas en las que se hicieron ni, en general, las circunstancias en las que se produjo (ni siquiera pudo concretar donde se le pagó y solo dijo que creía recordar que en la oficina). Fue preciso en cuanto a la realización de los pagos en metálico, pero totalmente impreciso sobre cuándo, cuánto de cada vez y cómo: se limitó a un examen superficial de los recibos y no ofreció detalle alguno sobre los pagos. Cuando se le preguntó sobre ellos dijo que creía recordar que estaba todo en la oficina: " *No le puedo decir* ". Cuando se le preguntó sobre el lugar de pago dijo (sin convicción) que creía recordar que tuvo lugar en la oficina. Y cuando se le preguntó por las fechas dijo que no las recordada.
Por último, en la escritura pública de venta de los solares se alude a fechas de pago en metálico que no se corresponden en absoluto con los recibos que -eso sí- oportunamente sí coinciden con el libro Diario: en la escritura pública se dice entregada la suma de 50.000 euros el día 23 de septiembre de 2008, cuando en el libro Diario solo aparece anotado un pago de 20.000 euros a Construcciones Pons Ferrata, S.L., el día 23 de septiembre, en tanto que los otros dos pagos supuestamente tuvieron lugar los días 2 de septiembre, por importe de 20.000 euros, y 25 de septiembre (fecha del otorgamiento de la escritura pública), por importe de 10.000 euros. Por su parte, en la escritura pública de venta del local se alude a un pago de 52.000 euros el día 13 de agosto de 2008, a otro pago de 24.975,67 euros el día del otorgamiento de la escritura pública (25 de septiembre de 2008), y a otro pago, mediante cheque, por importe de 34.384,33 euros. Sin embargo, en el libro diario, como entregas en efectivo a Construcciones Pons Ferrata, S.L., con el concepto "ENTR. CTA LOCAL PONSF EFEC" aparece un pago el día 8 de agosto de 2008, por importe de 8.000 euros y otro de fecha 13 de agosto de 2008 por importe de 44.000 euros. Como se puede ver, ni coinciden fechas ni coinciden cantidades, contribuyendo con ella más -si cabe- a dudar sobre la existencia de los pagos en efectivo alegados.
Por todo lo expuesto, consideramos que no se ha acreditado el pago del precio en efectivo que alegan los recurrentes.
Reiteramos, finalmente, que la sentencia de calificación (la de primera instancia, integrada por la de segunda instancia que la confirma) produce un claro efecto prejudicial en relación con el hecho cuestionado: el pago del precio.
B/ Infravaloración del precio de venta.
b.1.- En relación con los solares.
Se dice en el recurso de apelación que la sentencia recurrida no dice nada al respecto. Aunque en ella no se emita valoración al respecto sí se ofrecen fundamentos en tal sentido en el escrito de contestación de la administración concursal (véase apartado 4º del fundamento de derecho segundo). Y la decisión del tribunal de apelación se delimita por los puntos y cuestiones plantados en el recurso de apelación " *y, en su caso, en los escritos de oposición* " (artículo 465.5 de la LEC). Como la alegación del escrito de oposición tiene su correspondencia con el correlativo alegato de la demanda incidental, el tribunal de apelación puede -y debe-, en tal ámbito de congruencia, resolver al respecto.
Acredita la demandante que el precio de mercado de los solares, según los Servicios de Valoración por Internet de la Consejería de Hacienda de la Junta de Castilla y León (folios 60 y 61) el precio asciende a 48.845,55 euros (el de 382 m2 de superficie) y a 47.655,39 euros (el de 361 m2), lo que supone un total por encima de de 96.500,94 euros. Sin embargo los locales se vendieron por importe de 50.000 euros (aproximadamente la

mitad del precio de mercado). Estas valoraciones son corroboradas por informe de tasación emitido por el arquitecto D. Joaquín que tasa los dos solares en 71.320,57 euros. Ateniéndonos a este precio, más moderado, resulta que la venta se efectuó con una reducción del 30% respecto del precio de mercado.
Las valoraciones que se aportaron con la contestación a la demanda por los hoy recurrente se limitan a fijar un precio sin indicación alguna de las bases en las que se sustenta tal valoración y carecen de toda fiabilidad técnica, como así se puede comprobar al examinar el interrogatorio del Sr. Rafael que reconoció no haber entrado en mediciones ni mayores detalles. Tanto es así, que en el recurso de apelación ni se hace mención a tales valoraciones salvo para indicar que vienen a coincidir con las expedidas por la Junta de Castilla y León que pretendían aportar los recurrentes y que no han sido admitidas. Como único motivo de impugnación se alude a la existencia de una servidumbre de paso y una construcción ilegalmente ejecutada sobre uno de los solares.
En relación con la servidumbre de paso no consta en absoluto su existencia. Es más, Don. Rafael dijo que su valoración la hizo sin tenerla en cuenta: " *Ignoraba que aquel paso pertenecía a este [...] Yo creía que era común a los 3 locales proindiviso* " (a partir del 24:08 de la grabación de la segunda sesión del juicio). Y como indicó el perito Sr. Luis Carlos, en la inscripción registral no consta la existencia de tal servidumbre, sino solo la colindancia con la calle. Pero aunque existiera tal servidumbre el valor no tiene por qué verse significativamente alterado porque la existencia de un paso puede tener una connotación negativa (menos superficie aprovechable) pero también otra positiva (accesibilidad). Todo depende de las dimensiones y trazado del paso, y sin olvidar, como se ha expuesto, que no consta la existencia de servidumbre.
También se alude en el recurso de apelación a una construcción ilegal que se ha debido de realizar, pero ya indicó Don. Luis Carlos que la valoración que ofrece es por el terreno, sin tener en cuenta la construcción: " *Yo lo valoro como terreno* " (14:55 de la grabación de la segunda sesión del juicio). En cualquier caso, esa construcción pudiera hasta añadir valor al terreno si, como parece ser, no se ha desarrollado actuación alguna por parte de la Administración competente y hubiera prescrito la infracción urbanística, quedando la edificación fuera de ordenación, con los efectos que ello conlleva de limitación de la posibilidad de obtener cualquier tipo de licencia de obra para su modificación. Sin entrar en tal cuestión, por la incertidumbre de la situación de urbanística de la construcción, sí afirmamos que Don. Luis Carlos solo valoró el terreno.
Entre un dictamen pericial emitido con mediciones y con todo el rigor exigido para las tasaciones y meras notas de valoración facilitadas a los demandados (hoy recurrentes) este tribunal no tiene duda alguna acerca de la opción por el primero de ellos que, además, se asienta sobre las valoraciones de la Junta de Castilla y León. Añadimos a todo ello que cuando se presentaron las escrituras públicas para determinar la cuota a pagar por el Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, la Delegación Territorial de León del Servicio Territorial de Hacienda valoró los solares en 70.135,20 euros según liquidación de fecha 29 de octubre de 2009 (folios 268 a 274), es decir, casi en el mismo importe que el fijado por Don. Luis Carlos.
Todo ello sin olvidar que lo que se analiza no es el valor que los solares pudieran tener en fecha actual
o en el año 2011 (en ese año se expidieron las certificaciones cuya inadmisión acordó este tribunal), sino el que tenían cuando se produjo la venta, el día 25 de septiembre de 2008. Fecha esta en la que la que todavía no se había desencadenado la crisis en el sector de la construcción o, al menos, se encontraba en fase muy incipiente, y los solares y edificaciones tenían un valor mayor que en años posteriores.
b.2.- En relación con el local.
En este punto sí se ofrece amplia motivación en la sentencia recurrida, que este tribunal comparte. Seguiremos la misma línea argumental expuesta en el apartado.
En las valoraciones de los Servicios de Valoración por Internet de la Consejería de Hacienda de la Junta de Castilla y León se fija un importe de 185.885,61 euros, y se valora en 133.753 euros en el informe pericial del Sr. Luis Carlos; único -por cierto- que tiene la consideración de tal en los presentes autos. Al presentar la escritura pública de compraventa para liquidar el Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, la Delegación Territorial de León del Servicio Territorial de Hacienda el local valoró el local en 166.031,45 euros según liquidación de fecha 14 de octubre de 2009 (folios 276 y 277). Y, sin embargo, el precio de venta se fijó en 96.000 euros, lo que supone una reducción del 28% respecto de la suma más moderada. Porcentaje ya muy significativo de reducción.
C/ Valoración conjunta de los fundamentos expuestos.
No solo consta una flagrante infravaloración de los precios, en caída libre, aprovechando la situación de insolvencia de la concursada, sino que tampoco consta pagado el precio del local, y solo una parte muy reducida de los solares.
Si la entrega del dinero se hace constar en la sentencia penal, a pesar de no tener incidencia en el proceso que nos ocupa por las razones expuestas, nada se dice sobre la infravaloración en el precio de venta, por lo que en modo alguno podría incidir un eventual efecto prejudicial por su parte. No obstante lo cual, nos remitimos a lo ya expuesto.
SEXTO.- Sobre la mala fe de los recurrentes.
Como ya se ha expuesto, la sentencia de calificación produce un claro efecto prejudicial porque en ella se determina la complicidad de Víctor e Beatriz sobre la base de una afirmación concreta: " *deben reputarse cómplices al haber adquirido fraudulentamente y sin abonar su importe bienes propiedad de la concursada* ".
Esta participación en la transmisión fraudulenta se reseña en el auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 8 de enero de 2013 cuando dice: " *tanto el Jugado de lo Mercantil en la sentencia de primera instancia como la Audiencia Provincial en la sentencia de apelación coinciden en que se ha acreditado la actuación conjunta de los administradores y los hoy recurrentes en la distracción de patrimonio de la concursada [...] siendo además de hacer constar que la sentencia de primera instancia declara no solo que los hoy recurrentes adquirieron fraudulentamente bienes propiedad de la concursada, sino que, además, lo hicieron sin abonar su*

importe ".
La buena fe se presume, pero la sentencia dictada en el incidente seguido para calificación del concurso, en el que han sido partes tanto la administración concursal como Víctor e Beatriz, es contundente al excluir tal mala fe y proclamar la connivencia en la distracción de activos patrimoniales como en su carácter fraudulento. Conducta fraudulenta que también se declara, en relación con el administrador de Construcciones Pons Ferrata, S.L., en la sentencia dictada en el proceso penal, dejando imprejuzgada la intervención de terceros, como lo son Víctor e Beatriz, cuya conducta ya fue enjuiciada en el proceso seguido para la calificación del concurso.
Además, la buena fe se excluye cuando al valorar la prueba en el presente procedimiento se llega a la conclusión de que los bienes se vendieron sensiblemente por debajo de su precio de mercado y sin pagar buena parte del precio estipulado. No haría falta añadir más, pero también fueron condenados los recurrentes a reintegrar a la masa un vehículo que también compraron al administrador de la concursada. Resulta ya irrelevante que los recurrentes supieran o no supieran de la situación de insolvencia de la concursada cuando adquieren a precios muy por debajo de los que corresponderían según mercado y no son capaces de ofrecer una prueba razonable acerca del pago del precio que hicieron constar en las escrituras públicas. Pero añadimos a todo lo expuesto que, como se indica en la demanda, y también lo dijo D. Luis Antonio al declarar como imputado, eran vecinos, y mantenían una relación de amistad o, al menos, tan cordial como para que aquel les dejara depositar sus vehículos en terrenos propiedad de la concursada. El cese de la actividad por parte de esta debía de ser notorio y evidente para ellos, máxime cuando ya se declaró a la sociedad en concurso en diciembre de 2008 (apenas unos tres meses después de las ventas realizadas) y cuando pocos días después de la venta se acordó la detención de D. Luis Antonio (auto de fecha 4 de octubre de 2008).
Reiteramos, no obstante, el efecto prejudicial de la sentencia de calificación.": SAP León (Sección 1) 12.03.2015 (Sentencia 41/2015; Rollo 343/2014)

13. Nulidad por ilícito penal / rescisión por perjuicio para la masa activa

AP León

"B/ Efecto de cosa juzgada de la sentencia dictada en el procedimiento abreviado 27/2014 seguido ante la Sección 3ª (Penal) de la Audiencia Provincial de León.
b.1.- Nulidad por ilícito penal/rescisión por perjuicio para la masa activa.
Cuando un contrato es instrumento para la comisión de un delito la causa es ilícita y, por lo tanto, no producen efecto alguno (artículo 1.275 del Código Civil. Por el contrario, el perjuicio para la masa activa que pueda suponer un contrato es solo una causa para su rescisión (artículo 71 de la Ley Concursal). En el primer caso el contrato es ineficaz desde el primer momento, aunque la nulidad se declare con posterioridad, y no es susceptible de convalidación, sin embargo, en el segundo caso, el contrato es inicialmente válido y su ineficacia deviene cuando se acuerda la rescisión, y puede llegar a convalidarse el contrato si finaliza el concurso y no se ejercita acción para impugnarlo.
La acción para pedir la nulidad del contrato y la de rescisión para reintegración se mueven en planos diferentes y atienden a criterios completamente diferentes, por lo que son compatibles: el tribunal del orden penal puede declarar la nulidad del contrato por ser instrumento de un delito y en el orden civil se puede acordar su rescisión por tratarse de un contrato realizado en perjuicio de la masa activa. Esa compatibilidad resulta de lo dispuesto en el artículo 71.1 de la LC que, al tratar sobre la rescisión dice: "aunque no hubiera existido intención fraudulenta". Es más, el concepto de fraude en el ámbito civil, entendido como concierto mendaz en perjuicio de un tercero, no tiene por qué encajar necesariamente en un tipo penal.
Tanto es así que tanto en el Código Penal (artículo 260.4) como en la Ley Concursal (artículo 189) se contempla una desvinculación de los planos penal y concursal. En concreto, en este último precepto citado se dice: " *1. La incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste* ".
Por lo tanto, es perfectamente posible que una sentencia penal declare nulo un contrato por ser instrumento de la insolvencia punible y en el procedimiento concursal se desestima la acción de reintegración, porque el tratamiento jurídico-valorativo es diferente.
En este caso, además, la compatibilidad es todavía mayor porque a pesar de que la nulidad y la rescisión son instituciones diferentes, e incluso los efectos jurídicos también pudieran serlo, en ambos casos se declara la ineficacia del contrato y sus efectos se retrotraen al momento en que se suscribió el contrato (en el caso de la nulidad por mero automatismo y en el caso de la rescisión por declaración judicial que lo acuerda).
b.2.- Efecto prejudicial de la cosa juzgada.
En relación con las sentencias penales condenatorias y su vinculación en el orden jurisdiccional civil, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 6 de octubre de 2010 (recurso nº 2137/2006) dice: " *el art. 114 LECrim. prohíbe que se siga pleito civil sobre el mismo hecho que sea objeto de un juicio criminal; que el art. 10.2 LOPJ establece la prevalencia de la decisión de la cuestión penal sobre todas las demás que guarden relación con ella y deban ser resueltas por otros órdenes jurisdiccionales; que la misma regla se desprendía de los arts. 362, 514 y 1804 LEC de 1881 bajo cuya vigencia se inició el presente litigio; que la jurisprudencia de esta Sala interpreta el art. 116 LECrim. en el sentido de que el juez civil queda vinculado a los hechos que una sentencia penal firme condenatoria haya declarado probados y sean integrantes del tipo (STS 17-5-04 en rec. 1972/98, que cita como precedente la de 10 de diciembre de 1992* ".
Ahora bien, el efecto de cosa juzgada de las sentencias penales, ya sea prejudicial ya sea preclusivo, se rige por lo dispuesto en el artículo 222 de la LEC, conforme a lo dispuesto en su artículo 4 (carácter supletorio de la

LEC en los procesos penales). El artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y lo previsto en sus artículos 3 a 8 constituyen la regulación en el ámbito del proceso penal de la interacción de cuestiones que pueden suscitarse en diversos órdenes jurisdiccionales. Pero dichos preceptos no agotan en modo alguno la regulación del efecto de cosa juzgada, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 222 de la LEC, en todo aquello que no contradiga lo dispuesto en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y un requisito básico del efecto de cosa juzgada es la identidad de partes, como así se indica en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 10 de octubre de 2003 (recurso nº 4145/1997): " *No cabe apoyar la desestimación de la acción reivindicatoria en que ya haya sido resuelta en el ejercicio de una acción penal y en el principio non bis in idem, sin citar más fundamento legal que los artículos 102 y 104 del Código penal anterior al vigente; ésta es la postura de la sentencia de primera instancia. No cabe tampoco fundar la desestimación en la presunción de cosa juzgada, artículo 1252 del Código civil, cuando los demandados en el presente proceso no fueron parte en el proceso penal; tal como reitera y explica con detalle la sentencia de esta Sala de 2 de julio de 2002 se precisa, para la apreciación de la cosa juzgada, identidad entre las personas de los litigantes con lo que*
fueron en ambos procesos, la misma pretensión civil, identidad de las "cosas" y coincidencia sustancial en la causa petendi; lo cual no se da en el presente caso; ésta es la postura de la sentencia de segunda instancia
". Por más que se atribuya prevalencia a la sentencia dictada en el proceso penal, tal prevalencia afectaría a quienes han sido partes en dicho proceso (en este caso el administrador de la concursada) pero no a quienes no han intervenido en él (la sociedad en concurso y los propios recurrentes). Es decir, la nulidad declarada y los hechos en los que se sustenta la nulidad afectan al acusado, pero no a Víctor ni a Beatriz ni tampoco a la sociedad en concurso (por su incidencia en la formación de la masa activa y en los intereses de los acreedores que, como masa pasiva, son representados por la administración concursal). Por eso en la sentencia penal, después de declarar la nulidad, se dice: " *En caso de que los referidos bienes pertenecieren a terceros de buena fe que los hubieren adquirido legalmente, los acusados Don Luis Antonio y Doña Nicolasa, deberán indemnizar...* ". Es obvio que la declaración de nulidad se dicta sin perjuicio de terceros, por lo que es en el ámbito de este procedimiento donde se dirime la controversia entre la administración concursal, por un lado, y las contratantes (sociedad concursada, como vendedora, y Víctor e Beatriz, como compradores) por otra. Es en este procedimiento donde se ha de resolver sobre esa "buena fe" a la que se alude en la sentencia penal que deja imprejuzgada cualquier acción que afecte a terceros, sin que -como se ha indicado- la sentencia penal pueda vincular a quienes no han sido parte en el procedimiento en el que aquella se dictó.
Añadimos a todo ello que, como también se ha indicado, la nulidad por infracción penal y la rescisión concursal son compatibles porque dan respuestas en planos diferenciados. Y aunque la nulidad vaya más allá que la rescisión en la ineficacia del contrato, los efectos que de una y otra se derivan serían compatibles, y si pudiera existir alguna contradicción siempre se podría salvar acudiendo a la institución que contemple un efecto más radical. Insistimos -no obstante- que la sentencia penal deja imprejuzgada la cuestión referida a la eficacia del contrato entre quienes no han sido parte en el proceso penal.
b.3.- Efecto reflejo o indirecto de las sentencias firmes.
La Jurisprudencia admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo. Ahora bien, este efecto no es preclusivo (no opera como presupuesto procesal) sino que se limita a otorgar eficacia probatoria en relación con determinados hechos. No opera, por lo tanto, con mero automatismo (como sí opera el efecto prejudicial), sino que ofrece un fundamento probatorio susceptible de valoración.
En este caso, el hecho relevante sería la entrega de dinero para pago del local y los solares. Este hecho se reconoce probado por conformidad de los acusados, pero no por el resultado de la actividad probatoria desplegada por las partes. Esta circunstancia debilita notablemente el efecto indirecto de la sentencia firme, y más todavía si se hace valer frente a quienes se encuentran dirimiendo acerca de ese hecho en un proceso civil iniciado antes incluso de la presentación del escrito en el que se fundan los hechos probados de la sentencia (escrito incluso posterior a la sentencia de calificación ya declarada firme).
La conformidad en el proceso penal es una excepción al principio general de indisponibilidad del proceso. Excepción regulada, matizada y sometido a control de legalidad por el tribunal. Pero los hechos probados no dejan de ser fruto de actos de quienes han sido parte en el proceso penal, por lo que no puede derivar como fundamento probatorio en un proceso civil en el que quienes contienden no han sido parte en aquel. Añadimos a todo ello que tampoco la supuesta entrega del dinero por parte de Víctor e Beatriz constituya un hecho integrante del tipo penal o determinante de la concurrencia del delito de insolvencia punible. La insolvencia no es consecuencia de la entrega del dinero o de su distracción por parte de los acusados, sino de la venta de los activos sin contraprestación o con contraprestación muy por debajo de su valor, de modo que el patrimonio de la sociedad se ve reducido con tales actos de disposición que conducen a la insolvencia. Podría alterarse completamente el relato de hechos probados y afirmar que el precio no se llegó a pagar y las consecuencias serían exactamente las mismas. Por lo tanto, el hecho controvertido en este procedimiento (el pago del precio) no es determinante del tipo penal, que concurriría igualmente si se establece el contrario: no se pagó una parte significativa del precio. Tanto un hecho (se pagó el precio y se distrajo la suma obtenida) como el contrario (no se llegó a pagar el precio) conducen al mismo resultado: la insolvencia.
A tenor de lo expuesto, procede excluir igualmente el efecto indirecto de la sentencia pernal firme.”: SAP León (Sección 1) 12.03.2015 (Sentencia 41/2015; Rollo 343/2014)

14. Inexistencia de litispendencia por hallarse en curso la calificación en la que se pretende la declaración de complicidad del acreedor

AP Lleida

"PRIMERO.- Tanto la concursada como la representación del Banco Mare Nostrum presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en que se resuelve el presente incidente de reintegración, por bien que al recurso de la concursada no se le dio tramite al no abonar la correspondiente tasa. Queda pues solo en esta alzada, el examen del recurso interpuesto por la representación de Banco Mare Nostrum. El citado recurso se fundamento en diversas alegaciones y que son, a saber: la primera alegación, nuevamente, es la de la existencia de litispendencia al resultar atentatorio al principio del non bis in idem, el ejercicio de la acción de reintegración y el que se actúa en la pieza sexta de calificación en que se solicita exactamente lo mismo en relación a los 922.901 # al pedir la administración concursal la declaración de complicidad del BMN y, en su consecuencia, la pérdida de cualquier derecho que pudiese tener como acreedor de la concursada; en segundo lugar se alega que no procede la acción de reintegración ya que no existe el perjuicio patrimonial al que se refiere el articulo 71.1 de la LC y que constituye requisito sine qua non para su estimación; en tercer lugar, se alega incongruencia de la sentencia en base a que la acción que se ejercita se funda en el articulo 71.1 y 71.2 y la sentencia condena en base al 71.4; finalmente se alega que, en todo caso, el cerdito habría de ser calificado como contra la masa a tenor de lo dispuesto ene l articulo 73.3 de la LC.
La administración concursal se opuso al recurso y solicito la íntegra confirmación de la sentencia de primera instancia.
SEGUNDO.-Así planteados los términos del debate en esta primera instancia habrá que examinar en primer lugar la excepción de litispendencia y que la parte apelante funda en el hecho de que en la pieza sexta ya se ha pedido su declaración de complicidad y con la consecuencia prevista en el artículo 172 de la LC, lo que constituiría un non bis in idem. Pues bien, el motivo ha de ser desestimado ya que como muy bien explica el juez a quo en su sentencia, no existe la identidad necesaria para que se de la litispendencia siendo que ambas acciones persiguen finalidades distintas y se fundamentan en hechos diferentes. La acción de reintegración persigue la vuelta al patrimonio del deudor y por ende a la masa del concurso, de aquello que indebidamente salio de el, siendo que con ello se pretende garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso, preservando la integridad del patrimonio que debe servir para la satisfacción ordenada de los créditos. Además el ejercicio de esta acción es independiente de la existencia o no de intención fraudulenta, siendo que su estimación coloca al afectado en la situación que le corresponde en el concurso según sea la preferencia de su crédito, crédito que no pierde sino que se sujeta a la par conditio.
Por contra la declaración de complicidad en la pieza sexta, parte de la base de que el concurso ha sido declarado culpable y su consecuencia será la perdida de los derechos que tuviera como acreedor concursal, a lo que se puede unir la indemnización de daños y perjuicios, que son por lo tanto dos cosas bien distintas aun cuando puedan afectar a una mismo crédito, ya que en un caso no se pierde y en el otro sí, por lo que no existe litispendencia.": SAP Lleida (Sección 2) 27.11.2014 (Sentencia 512/2014; Rollo 548/2014)

15. La desestimación de la rescisión concursal de la aportación de las garantías en el acuerdo de refinanciación es un pronunciamiento absoluto e indivisible por su naturaleza y beneficia a todos los acreedores que de forma sindicada fueron parte en el acuerdo de refinanciación, aunque no recurriesen

Tribunal Supremo

"SEGUNDO (…) *Formulación del motivo tercero.* El motivo se ampara en el ordinal 3° del art. 469.1 LEC y denuncia la infracción del art. 218 LEC, por inaplicación de la jurisprudencia que lo interpreta, «en lo relativo a la inexistencia de efectos expansivos del recurso de apelación a los condenados no apelantes, violando el derecho a la tutela judicial efectiva».
En el desarrollo del motivo se aduce que «la sentencia no ha tenido en cuenta al dictar el fallo absolutorio que, además de revocar totalmente el de primera instancia en lo que se refiere a la ilicitud de la prenda sobre los saldos existentes en las cuentas corrientes, que no todas las entidades demandadas y afectadas por la condena de la primera instancia formularon recurso de apelación sobre este extremo o se adhirieron a los recursos presentados por las otras partes codemandadas». Para que la sentencia que estimó los recursos de apelación fuera extensible a los bancos demandados que no formularon recurso de apelación (Banco de Sabadell y Caja Rural de Almendralejo), «hubiese sido imprescindible que hubiera existido un vínculo de solidaridad entre quienes estaban colocados en idéntica situación procesal de demandados en este proceso», y esto no ocurre en este caso. La escritura pública de 20 de mayo de 2010, por la que se constituyeron, entre otras garantías, la prenda impugnada sobre los saldos de las cuentas corrientes, muestra que se distribuyó la garantía entre las entidades prestamistas de acuerdo con las participaciones mancomunadas que tenían en el importe del préstamo sindicado, en atención a sus respectivos porcentajes de financiación.
Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
5. Desestimación del motivo tercero. El motivo se apoya en que de los bancos inicialmente demandados, hubo dos que no recurrieron en apelación, y sin embargo se han visto beneficiados por la estimación del recurso, que ha supuesto la desestimación de la rescisión de la aportación de garantías en el acuerdo de refinanciación.
El motivo debe desestimarse conforme a la jurisprudencia de esta sala sobre el efecto expansivo de la estimación del recurso de apelación al codemandado no recurrente, recordada recientemente por la sentencia

214/2016, de 5 de abril. En ella, después de la cita de las sentencias anteriores en las que se hacía referencia a esta doctrina, se transcribe la sentencia 712/2011, de 4 de octubre, que la expone con gran claridad:
«El principio general de que, en segunda instancia, no cabe favorecer la situación de quien no apela ni se adhiere a la apelación, ni es posible entrar en cuestiones consentidas por ese litigante que se ha aquietado a lo resuelto por la sentencia de primera instancia, quiebra en aquellos supuestos en que los pronunciamientos deban ser absolutos o indivisibles por su naturaleza y también en aquellos supuestos en los que exista solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal (SSTS de 29 de junio de 1990, 9 de junio de 1998, RC n.° 1039/1994).
»Este criterio -que la jurisprudencia ha descrito como la fuerza expansiva de lo decidido en el recurso a quienes, unidos por un vínculo de solidaridad con el recurrente, no fueron recurrentes- hace la salvedad de aquellos casos en los que la resolución del recurso se basa en causas subjetivas que afectan solo a la parte recurrente (SSTS de 13 de febrero de 1993, RC n.° 2458/1990, 8 de marzo de 2006, RC n.° 2586/1999, 24 de noviembre de 2005, RC n.° 1481/1999, 3 de marzo de 2011, RIP n.° 1865/2007)».
La estimación del recurso de apelación no se basaba en causas subjetivas de los bancos apelantes, sino en razones que afectan a la naturaleza del acuerdo de refinanciación y a su protección frente a la acción rescisoria en virtud de la específica regulación legal al amparo de la cual se alcanzó (DA4ª LC). El pronunciamiento, consecuencia de la estimación de la apelación, no admite división o distinción, de forma que la desestimación de la acción rescisoria, en la medida en que afectaba a un acuerdo de refinanciación y, en concreto, a las garantías concedidas a los bancos que además intervenían sindicados, no admite distingos. Esto es, no cabía mantener la cancelación de la hipoteca respecto de la parte proporcional que pudiera beneficiar a los bancos que no recurrieron en apelación, una vez se estima la apelación basada en la reseñada improcedencia de la rescisión concursal**.**
A estos efectos, la desestimación de la rescisión concursal de la aportación de las garantías en el acuerdo de refinanciación es un pronunciamiento absoluto e indivisible por su naturaleza, o existe o no existe y tiene, en su caso, una extensión única en el proceso. Razón por la cual beneficia a todos los acreedores que de forma sindicada fueron parte en el acuerdo de refinanciación, cuyos créditos, en la manera convenida en el acuerdo de sindicación se vieron beneficiados por la garantía, con independencia de que algunos de ellos, habiendo sido demandados, no hubieran apelado la sentencia que estimaba la rescisión concursal**.":** STS 15.02.2017 (Sentencia 93/2017; Recurso 1229/2014)

Artículo 73. Efectos de la rescisión.

1. La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.

Art. 73.1

1. ¿La rescisión opera ex nunc o ex tunc? Condena a frutos e intereses

AP Barcelona

"QUINTO: El allanamiento realizado por las demandadas a la rescisión concursal de las otras cuatro escrituras de constitución de hipoteca, lleva consigo su ineficacia. Es cierto que se trata de una ineficacia ex nunc, que opera desde la declaración, por lo que hasta entonces el negocio es válido y produce sus efectos. Es a partir de la resolución judicial que estima la rescisión cuando se declara la ineficacia de los actos impugnados, y surge para las partes la obligación de restituirse las prestaciones que fueron objeto del negocio o acto dispositivo, más los intereses y frutos, conforme a lo dispuesto en el art. 73.1 LC. No empece a esta naturaleza de los efectos ex nunc, el hecho de que la restitución incluya los intereses y frutos producidos desde la celebración del negocio, pues con ello más que tratar de borrar los efectos desplegados antes de la rescisión del acto, se pretende compensar los posibles daños y perjuicios ocasionados por el negocio. ". SAP Barcelona (Sección 15) 06.02.2009 (Rollo 607/2008)

AP Córdoba

"el artículo 73 de la Ley Concursal, al tratar los efectos de la rescisión, no establece el momento a partir del cual se producen tales efectos. Es decir, no resuelve expresamente si la sentencia que declara la rescisión tiene efectos "ex tunc", en cuyo caso la rescisión del contrato de prenda supondría la devolución de la totalidad del depósito; o por el contrario, sólo se producen efectos "ex nunc", en cuyo supuesto la rescisión sólo opera desde la sentencia y los actos realizados mientras tanto son válidos, entre ellos las disposiciones que ha realizado la concursada (no la acreedora pignoraticia, puesto que la prenda no se ha ejecutado). Como el citado precepto no aclara esta cuestión, habrá que estar a la teoría general sobre la rescisión de los contratos, y en particular a la interpretación del artículo 1.295 del Código Civil, respecto del cual si bien antiguamente la jurisprudencia venía considerando que los efectos eran "ex nunc" (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1904, 13 de abril de 1943 y 14 de junio de 1958, y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 1945), modernamente ha venido a establecer lo contrario, pues como dice la recientísima Sentencia de la Sala 1ª de 26 de marzo de 2012, con cita de las de 17 de junio de 1986, 5 de febrero de 2002 y 27 de octubre de 2005, "es opinión comúnmente aceptada, tanto por la

doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos "ex nunc" sino "ex tunc",lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1295 del Código Civil, al que expresamente se remite el art. 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el art. 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1123": SAP Córdoba (Sección 3) 08.06.2012 [Cita tomada de la SAP Granada (Sección 3) 23.06.2014 (Sentencia 162/2014; Rollo 285/2014)]

AP Girona

"La consecuencia propia de la acción rescisoria concursal, delart. 73 LC, es la reintegración de las prestaciones recibidas por las partes a causa del contrato que se rescinde, con sus frutos e intereses. Es decir, se declara la ineficacia del acto atacado por la reintegración concursal, declaración con efectos "ex tunc", por tanto, retrotrayendo sus consecuencias al momento de perfección del acto o contrato en cuestión, acorde con las reglas generales de la acción pauliana civil,arts. 1.295 y 1.298 CC, segúnSSTS de 27 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8157) y 6 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 236).": SAP Girona 20.03.2009 (AC 2009/1603; Sentencia 137/2009; Rollo 33/2009)

AP Granada

"PRIMERO: Debemos inicialmente establecer, que es incuestionable el efecto ex tunc que a la rescisión confieren las partes, con devolución de las cantidades que se abonaron por razón del establecimiento de la garantía hipotecaria rescindida, en línea con la argumentación de la Sentencia de la Sec. 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, de ocho de junio de dos mil doce, que hacemos nuestra, que establece que, *"el artículo 73 de la Ley Concursal, al tratar los efectos de la rescisión, no establece el momento a partir del cual se producen tales efectos. Es decir, no resuelve expresamente si la sentencia que declara la rescisión tiene efectos "ex tunc", en cuyo caso la rescisión del contrato de prenda supondría la devolución de la totalidad del depósito; o por el contrario, sólo se producen efectos "ex nunc", en cuyo supuesto la rescisión sólo opera desde la sentencia y los actos realizados mientras tanto son válidos, entre ellos las disposiciones que ha realizado la concursada (no la acreedora pignoraticia, puesto que la prenda no se ha ejecutado). Como el citado precepto no aclara esta cuestión, habrá que estar a la teoría general sobre la rescisión de los contratos, y en particular a la interpretación del artículo 1.295 del Código Civil, respecto del cual si bien antiguamente la jurisprudencia venía considerando que los efectos eran "ex nunc" (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1904, 13 de abril de 1943 y 14 de junio de 1958, y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 1945), modernamente ha venido a establecer lo contrario, pues como dice la recientísima Sentencia de la Sala 1ª de 26 de marzo de 2012, con cita de las de 17 de junio de 1986, 5 de febrero de 2002 y 27 de octubre de 2005, "es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos "ex nunc" sino "ex tunc",lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1295 del Código Civil, al que expresamente se remite el art. 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el art. 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1123"."*
Partiendo de ello, dado que no es BBVA, quien debe determinar de quien procede el importe de los abonos, reconocidos por ella, del préstamo rescindido, por importe de 5.417,06 euros (2.452,84 + 2.964,22), que en definitiva debe ser restituida a los concursados y a los codemandados con BBVA, aunque no se haya acreditado en este incidente que los soportasen las concursadas, debe tal entidad demandada, a consecuencia de la rescisión estimada, equiparada a la resolución, por ministerio de ley (STS 6 de octubre de 2006 y 11 de febrero de 2003, entre otras), reintegrar en la cuenta NUM004, la cantidad de 5.371,65 euros, para su distribución entre los prestatarios, a tenor del origen de los pagos que entre ellos se determine (con intervención o sustitución de las concursadas por la administración concursal), tras detraer de los abonos mencionados, 45,41 euros, que es la única cantidad que como "sobrante" del préstamo, según la terminología empleada por las partes, cabe establecer, como a continuación veremos.
Realmente nada deben las concursadas por la rescisión a BBVA, y ningún crédito contra la masa debe ser reconocido por ello.
Aunque no se impugno la sentencia recurrida por la oponente, y no cabe hablar de ningún crédito existente a favor de tercero, tras el pago realizado por BBVA a BBVA renting, por ella admitido, antes de la declaración de concurso, resultando improcedente condenar a las concursadas al pago en este momento de un crédito que solo es concursal, sí debe sin embargo reconocerse a BBVA el crédito por renting mencionado, partiendo las propias cuentas del recurso de la administración concursal, y admitido por ella en su demanda, ya que en otro caso nunca resultaría, frente a Terrón Ávila José 000176418Q SLNE, un crédito en el importe establecido en la demanda. Su admisión es forzosa en esta instancia, partiendo del propio recurso de apelación, ya que sin

suplir esta lamentable omisión, las cuentas de la apelación en ningún momento serían admisibles, partiendo realmente el planteamiento del recurso de la rectificación de tal error.
Por tanto, refinanciada una deuda de terceros, con la operación rescindida, por importe de 867.098,64, que evidentemente no deben restituir las concursadas, declarándose subsistente con cargo a la concursada la deuda contraída por ellas refinanciada, por importe de 571.066,47 euros, sumando a la cifra resultante la cantidad de 7.380,5 euros, por comisión de apertura, que la propia BBVA también reconoce que no deben restituir las concursadas, al rescindirse ex tunc la operación, sumando los gastos cargados por formalización, es decir 29.917,6 euros (folio 405 de las actuaciones), que tampoco deben soportar, máxime tras adquirir firmeza la condena a la codemandada D.ª Rafaela a restituir el anticipo recibido, sumando a tal cantidad el seguro cargado, 138,58 euros, y 452,80 euros, que la propia BBVA reconoce soportados por las concursadas y que también debe computarse en el préstamo, en definitiva, dado que de ello resulta una suma de 1.476054,59 euros, solo puede establecerse un sobrante de 45,41 euros, y dado que, según hemos explicado se llevaron a cabo después nuevos pagos, por cantidad superior, que debe reintegrar BBVA, tras descontar el sobrante señalado, nada deben reintegrar las concursadas.
En definitiva, en el apartado examinado debe estimarse el recurso de apelación de la administración concursal, en cuanto procede dejar sin efecto el crédito reconocido contra la masa en la sentencia apelada, que a su vez conlleva, la inherente estimación del reconocimiento a BBVA del crédito por renting admitido en la demanda, ordinario por el principal adeudado, y subordinado en cuanto a lo adeudado en concepto de intereses, frente a Terrón Ávila José 000176418Q SLNE, debiendo a su vez condenar a BBVA a reintegrar 5.371,65 euros en la cuenta NUM004.”: SAP Granada (Sección 3) 23.06.2014 (Sentencia 162/2014; Rollo 285/2014)

AP Jaén

“Pues bien, la consecuencia propia de la acción rescisoria concursal, según el artículo 73 de la Ley Concursal, es la reintegración de las prestaciones recibidas por las partes a causa del contrato que se rescinde, con sus frutos e intereses. Es decir, se declara la ineficacia del acto atacado por la reintegración concursal, declaración, según reiterada y mayoritaria jurisprudencia, con efectos "ex tunc", por tanto, retrotrayendo sus consecuencias al momento de perfección del contrato o acto en cuestión, acorde con las reglas generales de la acción pauliana civil, artículos: 1295 y 1298 del Código Civil, según las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005 y de 6 de noviembre de 2001 entre otras, y por tanto, aun cuando ciertamente el citado artículo 73 de la Ley Concursal, al tratar los efectos de la rescisión no establece el momento a partir del cual se produce tales efectos, debe rechazarse la pretensión de los apelantes de que la rescisión tiene efectos "ex nunc", en cuyo caso la rescisión solo operaria desde la sentencia y los actos realizados mientras tanto serian válidos.
En este sentido, aunque el acto o negocio rescindido sea valido y eficaz en un principio, la jurisprudencia de siempre ha señalado que la rescisión supone la destrucción de sus efectos "ex tunc" y no "ex nunc". Así la indicada sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005 declara que "es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligadoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir no con efectos "ex nunc" sino "ex tunc", lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el artículo 1295 del Código Civil.
En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Julio de 2001, refiriéndose concretamente a la acción rescisoria señala que la declaración de ineficacia del contrato que se rescinde se produce "ex tunc" con efectos retroactivos desde su perfección y produce la restitución de las prestaciones percibidas por cada contratante incrementadas con sus frutos e intereses.”: SAP Jaén (Sección 1) 19.01.2011 (Sentencia 8/2011; Rollo 410/2010)

AP Murcia

“Obsérvese que la rescisión contractual producida responde al ejercicio de la correspondiente acción de reintegración planteada por la Administración Concursal de "DG ASFALTOS" S.A., al amparo de lo previsto en el artº. 71 y siguientes de la LEC, que concluyó por sentencia firme de fecha 29 de septiembre de 2010, que declaró la ineficacia del contrato de arrendamiento de industria suscrito entre las partes litigantes desde la fecha de su celebración, que tuvo lugar el día 12 de diciembre de 2008, tal y como proclama el artº 73 de la LC. Nótese que los cuestionados efectos "ex tunc" de la ineficacia del acto impugnado se encuentran legalmente previstos en el mencionado precepto, que sólo prevé como tales efectos aquellos consistentes en la restitución de las prestaciones objeto del contrato rescindido, percibidas por cada contratante, con sus frutos e intereses. Ello, por supuesto, no constituye óbice alguno, como se dice en la sentencia apelada, para que los contratantes puedan reclamar, al margen del contrato rescindido, otros daños y perjuicios de distinta naturaleza.
CUARTO.-Es evidente, de conformidad con tal planteamiento jurídico-interpretativo avalado por la doctrina coincidente del Tribunal Supremo y de las diversas Audiencias Provinciales, que deben desestimarse las alegaciones impugnatorias formuladas en este recurso relativas, tanto a la ausencia de firmeza de la citada sentencia rescisoria, como a los pretendidos efectos "ex nunc" derivados de la citada rescisión contractual. Y ello se afirma así, porque la ausencia por parte de "Murciana de Mezclas Bituminosas" S.A., de la imprescindible "protesta procesal" que exige el artº. 197.4 de la LC, a los efectos de poder reproducir en la

denominada "apelación más próxima", su disconformidad con aquella sentencia rescisoria, determina la firmeza de la misma y por tanto la imposibilidad procesal de cualquier recurso o impugnación. Y ello teniendo en cuenta además, que dicho trámite procesal de "protesta" en el plazo legal señalado por dicha norma, resulta exigible, tanto con respecto al planteamiento del posterior recurso de apelación, como de una posible impugnación de la sentencia. Como decimos, la ausencia en este caso de dicha "protesta" determina procesalmente la declaración de firmeza de la sentencia.
Por otro lado, también se encontraría abocado al fracaso el motivo de apelación de la mercantil recurrente pretendiendo atribuir efectos "ex nunc" a la citada ineficacia del contrato de arrendamiento de industria rescindido. El hecho de la naturaleza del mismo como contrato de "tracto sucesivo", no constituye fundamento bastante que permita la declaración de tales efectos. Y ello porque, como antes hemos señalado, es la propia Ley Concursal la que en su artículo 73 atribuye específicamente a la ineficacia del acto impugnado, sin exclusión ni excepción alguna, unos efectos " ex tunc", es decir, sin producción de efecto alguno como si el contrato nunca se hubiera celebrado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo que antes hemos señalado confirma definitivamente, también sin excepción, los aludidos efectos "ex tunc".": SAP Murcia (Sección 4) 03.10.2013 (Sentencia 571/2013; Rollo 610/2013)

AP Valladolid

"CUARTO Por lo que atañe a los efectos de la rescisión, el apelante discute que los intereses de la condena puedan correr desde la fecha del pago rescindido, pues entiende que el cómputo debe hacerse desde la fecha de la sentencia.
El argumento esgrimido se centra en el hecho de que el acto impugnado es válido y eficaz en su nacimiento; y es la sentencia que condena a la reintegración, la que declara su ineficacia.
Elartículo 73.1 LC señala que la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses.
Esta regulación coincide con la que contempla elartículo 1.295 del Código Civil para la rescisión en general, por lo que habremos de estar a la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido ofreciendo sobre la materia.
El argumento expuesto por el apelante no puede prosperar puesto que, aunque el acto o negocio rescindido sea válido y eficaz en un principio, la jurisprudencia, de siempre, ha señalado que la rescisión supone la destrucción de sus efectos "ex tunc" y no "ex nunc".
Por ello, aunque los institutos como la resolución, rescisión, nulidad o anulabilidad mantienen sus diferencias conceptuales, el Tribunal Supremo ha asimilado estas figuras en este particular.
Así laSTS de 27 de octubre de 2.005 (RJ 2005, 7356), con cita de lasSentencia de de 17 de junio de 1986 (RJ 1986, 3554) y 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2884), declara que "es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos "ex nunc" sino "ex tunc", lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en elart. 1295 del Código Civil al que expresamente se remite elart. 1124del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en elart. 1303y para los supuestos de condición resolutoria expresa en elart. 1123"; por su parte, dice lasentencia de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1004)que "parando mientes en el otro aspecto de la cuestión resulta que el vendedor tiene a su vez que reintegrar el precio percibido con sus intereses legales, los cuales deben ser computados desde que efectivamente se hizo el pago, y no desde la celebración del contrato (sentencia de 12 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7919))".
En el mismo sentido laSTS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 8412), refiriéndose concretamente a la acción rescisoria señaló que la declaración de ineficacia del contrato que se rescinde se produce "ex tunc" con efectos retroactivos desde su perfección y produce la restitución de las prestaciones percibidas por cada contratante incrementadas con sus frutos e intereses": SAP Valladolid (Sección 3) 07.05.2009 (AC 2009/1161; Sentencia 124/2009; Rollo 52/2009)

"SÉPTIMO Respecto a la pretensión de que se condene a «Nanta, SA» a devolver a «Pavosol, SL» el importe de las rentas abonadas a virtud de los contratos de arrendamiento celebrados, parece sobreentenderse en la demanda que dichos contratos serían ineficaces como consecuencia de la ineficacia previa del contrato de dación en pago, de donde provendría la obligación de devolver las rentas (hecho octavo y último párrafo del fundamento de derecho cuarto). Si ambos contratos, el de dación en pago y los de arrendamiento inmediatamente posteriores, fueran autónomos e independientes entre sí, habría que plantearse que el artículo 73 de la Ley Concursal, al tratar los efectos de la rescisión, no establece el momento a partir del cual se producen tales efectos. Es decir, no resuelve expresamente si la sentencia que declara la rescisión tiene efectos «ex tunc», en cuyo caso si la dación en pago fue ineficaz, también debió serlo el contrato de arrendamiento, pues «Nanta» no podía arrendar lo que no había adquirido; o por el contrario, sólo se producen efectos «ex nunc», en cuyo supuesto la rescisión sólo opera desde esta sentencia y los actos realizados mientras tanto son válidos, entre ellos el arrendamiento. Como el citado precepto no aclara esta cuestión, tendríamos que remitirnos a la teoría general sobre la rescisión de los contratos, y en particular a la interpretación del artículo 1.295 del Código Civil, respecto del cual la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sostienen que la rescisión únicamente opera «ex nunc», porque la rescisión actúa sobre un contrato

válidamente celebrado, y dado su carácter excepcional y extraordinario, ha de limitarse a lo preciso para satisfacer los derechos del perjudicado (en este caso, de la masa); por ello, la jurisprudencia tiene establecido que, al no perder el negocio rescindido su condición de válido, no conlleva la ineficacia de los negocios que de él derivan (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1904, 13 de abril de 1943 y 14 de junio de 1958, y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 1945). Además, en la actual regulación concursal, el que la declaración de ineficacia no tenga efectos «ex tunc» se deduce de la imposibilidad de extensión de los efectos de la rescisión a los subadquirentes onerosos de buena fe o que gocen de irreivindicabilidad o de protección registral (artículo 73.2 de la Ley Concursal). Como consecuencia de ello, las rentas no serían reintegrables automáticamente, al no ser un efecto propio de la rescisión, y se abonaron cuando el contrato estaba todavía válidamente celebrado.
OCTAVO Sin embargo, como ha quedado expuesto en fundamentos anteriores, no se trata de negocios o contratos autónomos, sino de dos fases de una misma operación: primero dación en pago y después arrendamiento de los mismos bienes (llámesele negocio fiduciario de dación en pago y arrendamiento o «lease-back»). Y desde esta perspectiva, lo que procede no es la rescisión y consiguiente ineficacia de la primera fase (la dación en pago) y el mantenimiento de la segunda (los arrendamientos), pues ello sería plenamente incongruente con el sentido y finalidad de lo pactado y acontecido; sino la rescisión de la operación completa o en su conjunto. De donde, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73.1 de la Ley Concursal (restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses), resulta la obligación de «Nanta, SA» de devolver las rentas percibidas entre julio de 2003 y mayo de 2005, más las que se hayan abonado hasta la presente sentencia.”: **Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)**

1.1 Cauce para su reclamación si la sentencia no los liquida ni fija las bases

AP Badajoz

“PRIMERO.-Ciertamente que, en la demanda de ejecución dineraria, promovida por la Administración Concursal de la Mercantil "Construcciones Arsa, S.A. -que resultó inadmitida por providencia del Juzgado de instancia, de 11/4/2011- se suplicaba se despachase ejecución para la efectividad de la Sentencia de esta Sala nº 231/2008, de 2 de octubre y, en concreto, se suplicaba la ejecución contra bienes del demandado "Promociones Antón Ros, S.L." y otro, en cantidad suficiente para cubrir la suma de 41.800.- # de principal, 581,77 # así como los réditos que se devengaren durante la ejecución y las costas del proceso; y se suplicaba, igualmente, se procediera al embargo de bienes del ejecutado en cantidad bastante para cubrir la cantidad reclamada.
Pero no es menos cierto que, en el fallo de nuestra Sentencia nº 231/2008, -en congruencia con el suplico de la demanda promovida por la misma Administración Concursal, presentada el 17/11/2006 y que dio lugar a la incoación del Incidente Concursal de nulidad contractual nº 1037/2006- únicamente se condenaba -en lo que aquí y ahora interesa- a los allí demandados a, entre otros pronunciamientos, que revirtieran los bienes objeto del negocio impugnado, al patrimonio del deudor.
Por tanto, como se aprecia, en ese fallo no se contemplaba de manera expresa ninguna condena dineraria de cantidad concreta y determinada, ascendente a 41.800.- #; de donde que, en efecto, no podía despacharse ejecución para la efectividad de una condena al pago de esa cantidad dineraria especifica.
SEGUNDO.-Ahora bien, no es menos cierto que el apartado nº 1 del Art. 73 de la Ley Concursal, proclama, como una consecuencia necesaria e indeclinable, de la declaración rescisoria, la obligación de restitución entre los contratantes, de los frutos que la cosa que ha de restituirse, hubiera generado y de los intereses del precio abonado; lo que está en consonancia con lo preceptuado en el Art. 1.295 de CC. Que obliga a devolver los frutos junto con la cosa y los intereses junto con el precio.
Esto significa que existe obligación de devolver los frutos, pero una vez que exista determinación de los mismos, para lo que el cauce adecuado, al no consignarse en el fallo de nuestra Sentencia, la cantidad exacta de los mismos, ni los criterios para su determinación, habrá de ser el Art. 718 y ss. de la LEC.
En este mismo sentido, se pronunció la parte contraria -"Promociones Antón Ros, S.L." y "Construcciones Arsa S.A."- en su escrito de 30/11/2010, donde reconoce su obligación, derivada de la declaración rescisoria, de restituir la cosa junto con sus frutos, discrepando únicamente de la liquidación que practicó la Administración Concursal en su escrito de 15/11/2010, pues según aquellos los frutos a restituir sólo ascendía a 8.047,28 #, en lugar de los 41.800.- # que indica la Administración Concursal; y vuelve a manifestar su voluntad de restitución de frutos -salvo que previa su liquidación pertinente- en el escrito de 18/5/2011.”: SAP Badajoz (Sección 2) 31.01.2012 (Sentencia 45/2012; Rollo 526/2011)

1.2 Los interes pactados, aunque sean inferiores a los legales

AP Sevilla

“Primero.- El primero de los motivos del recurso que se interpone por BANCO DE VALENCIA, S.A. es el relativo a la incorrecta aplicación del artículo 73.1 de la Ley Concursal en Materia de intereses. La sentencia condena al pago del interés legal hasta la efectiva restitución de la cantidad objeto de la acción, mientras que la apelante considera que el interés que debe aplicarse es el que regía para la concursada antes de que la cantidad saliera de su patrimonio, el cual estaba fijado en el 0,10%.
El artículo 73.1, a la hora de de determinar los efectos de las acciones de reintegración, determina que serán la

ineficacia del acto impugnado y la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses. Por tanto de la literalidad del precepto resulta claro que de lo que se trata es de volver a la situación que altera el acto impugnado y que los frutos e intereses serán los propios de la prestación que se restituye una vez eliminados los efectos del acto impugnado. En el caso de autos lo que se declara ineficaz son una orden de traspaso, la constitución de una imposición a plazo fijo y la cancelación de un préstamo. Lo que viene a determinar la sentencia apelada es que el dinero debía haber continuado en el sitio donde estaba, es decir, en una imposición a plazo fijo a favor de CALDERINÓX, S.A. Si el acto impugnado no se hubiera llevado a cabo los intereses que hubiera producido esa cantidad a favor de la concursada son los pactados en esa imposición a plazo fijo que canceló el acto impugnado, por lo que, conforme a la dicción literal del preceptos ("sus intereses") esos serán y no otros los intereses que se habrán de restituir.
La fijación del interés en el 0,10% desde la fecha de la orden de traspaso que se anula hasta el efectivo reintegro supone la estimación parcial de la demanda interpuesta por la Administración Concursal, ya que en esta se solicitaba el interés legal del dinero, por lo que de acuerdo con el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer especial imposición de las costas procesales de la primera instancia, lo que supone la estimación del segundo de los motivos del recurso de BANCO DE VALENCIA, S.A., sin necesidad de entrar en el estudio de la motivación específica del mismo. “: SAP Sevilla (Sección 5) 04.12.2012 (Sentencia 592/2012; Rollo 7440/2012)

2. Iura novit curia y pronunciamiento sobre la restitución a cargo del concursado

AP Madrid

“SEXTO.- Las consecuencias de la rescisión, a tenor de lo previsto en el artículo 73 de la Ley Concursal, son la declaración de ineficacia del acto impugnado y la condena a la restitución de las prestaciones objeto del mismo. Lo que en el presente caso se traducirá en los siguientes efectos: 1º) DESARROLLO DE ACTIVOS INMOBILIARIOS SA (DETINSA) deberá reintegrar a la concursada el referido bien inmueble; y 2º) asimismo, de modo simultáneo, deberán serle devueltas a dicha entidad, con la consideración de créditos contra la masa del concurso de CANZANAL 95 SA, tanto la suma de 252.000 euros que efectivamente pagó como las cantidades que la citada DETINSA haya tenido que satisfacer al Banco de Vasconia SA, dentro del límite de 900.000 euros, en razón del préstamo con garantía hipotecaria que grava el citado inmueble.
Reconocemos que estas consecuencias no coinciden exactamente con las que fueron peticionadas en la demanda planteada por la Administración Concursal. Sin embargo, entendemos que los efectos que produce el éxito de la acción rescisoria concursal, ejercitada ésta sí a instancia de quienes están legitimados para ello según el artículo 72 de la LC, nacen de la ley (pues están perfectamente acotados en el artículo 73 de la LC) y no necesitan de petición expresa de las partes, en razón del principio “iura novit curia” (tal como ha dicho el TS a propósito de las consecuencias derivadas de la nulidad en la retroacción absoluta de los antiguos procesos de quiebra - sentencias de 24 de febrero de 1992, de 11 de febrero de 2003, de 20 de junio de 2001 y 13 de diciembre de 2005).
Además, lo que otorga este tribunal, con respecto a las consecuencias interesadas por el recurrente, supone un “minus” y no un “aliud”, por lo que se respeta el principio de congruencia, según exige el artículo 218.1 de la LEC.”: SAP Madrid (Sección 28) 19.12.2008 (Rollo 36/2008)

“Las consecuencias de la rescisión, a tenor de lo previsto en el artículo 73 de la Ley Concursal, son la declaración de ineficacia del acto impugnado y la condena a la restitución de las prestaciones objeto del mismo. Pese a que tales consecuencias no coinciden exactamente con las que fueron peticionadas en la demanda, debemos tener en cuenta que los efectos que produce el éxito de la acción rescisoria concursal, ejercitada a instancia de quienes están legitimados para ello según el artículo 72 de la LC, nacen de la ley (pues están perfectamente acotados en el artículo 73 de la LC) y no necesitan de petición expresa de las partes, en razón del principio "iura novit curia" (tal como ha dicho el TS a propósito de las consecuencias derivadas de la nulidad en la retroacción absoluta de los antiguos procesos de quiebra -sentencias de 24 de febrero de 1992, de 11 de febrero de 2003, de 20 de junio de 2001 y 13 de diciembre de 2005). Además, lo que otorga este tribunal, con respecto a las consecuencias interesadas por la recurrente, supone un "minus" y no un "aliud", y de ahí que lo resuelto respete el requisito de la congruencia exigido por el artículo 218.1 de la LEC. “:SAP Madrid (Sección 28) 28.09.2010 (Sentencia 214/2010; Rollo 2/2010)

JM-1 Alicante

“22. En cuanto al deber de devolución, este deriva del art. 73.1 LC, como efecto de la ineficacia, por lo que en caso de estimarse está y acordarse la reintegración, entiendo que es pronunciamiento que debe contener la sentencia, aunque el demandado no interese nada al respecto, abarcada por el principio iura novit curia. Es decir, se trata de un deber de restitución que nace de la Ley y no necesita petición expresa, tal y como ha venido entendiendo la jurisprudencia en interpretación del art. 1303 (Sentencias de 24 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1513], de 11 de febrero de 2003 [RJ 2003, 1004], de 20 de junio de 2001 [RJ 2001, 4346], entre otras) cuya ratio se considera aplicable, máxime cuando la satisfacción de esa contraprestación se eleva a condición para la efectiva reintegración (art. 73.3 LC). “: SJM-1 Alicante 05.05.2008 (AC 2008\1086; Sentencia 59/2008; Incidente Concursal 637/2007)

“25. En cuanto a b) (deber de devolución), este deriva del art 73.1 LC, como efecto de la ineficacia, por lo que en caso de estimarse está y acordarse la reintegración, entiendo que es pronunciamiento que debe contener la sentencia, aunque el demandado no interese nada al respecto, abarcada por el principio iura novit curia. Es decir, se trata de un deber de restitución que nace de la Ley y no necesita petición expresa, tal y como ha venido entendiendo la jurisprudencia en interpretación del art 1303 (Sentencias de 24 de febrero de 1992, de 11 de febrero de 2003, de 20 de junio de 2001, entre otras) cuya ratio se considera aplicable, máxime cuando la satisfacción de esa contraprestación se eleva a condición para la efectiva reintegración (art 73.3 LC)”: SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 598/2007; Concurso 811/2008)

3. Abono al adquirente de los gastos necesarios soportados

AP Córdoba

“ 3.- En cuanto a los efectos de la rescisión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 73.1 de la Ley Concursal, cuando se declara la ineficacia del acto impugnado, procede la restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses. Al margen de la literalidad del fallo, en relación a la mención a los frutos e intereses, que no debe ofrecer duda una vez que se integra con lo expresado en el fundamento jurídico quinto, la cuestión determinante en este caso es decidir si los gastos originados por la compraventa ahora rescindida tienen o no el carácter legal de frutos e intereses a estos efectos de restitución como crédito contra la masa. Ni la Ley Concursal ni la legislación civil general en materia rescisoria (artículo 1.295 del Código Civil) dan respuesta expresa al problema de si los gastos propios de la operación rescindida deben tener, respecto de la restitución, el mismo carácter que los frutos y rentas en sentido estricto. En los casos de rescisión en que el contratante no es calificado como de mala fe, la doctrina civilista mayoritaria considera que son de aplicación los artículos 453 y 454 del Código Civil, y por tanto al adquirente se le habrán de compensar, junto con los frutos y rentas, los gastos necesarios que haya tenido que soportar, salvo los que sean de mero lujo (así mismo, parecen inclinarse por esta solución las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1970 y 14 de junio de 1976); solución que, desde un punto de vista de justicia material, también parece aplicable a la rescisión concursal, al no existir prohición legal en contrario y ser el régimen del artículo 73.3 de la Ley Concursal básicamente asimilable a lo previsto en los artículos 1.295 y 1.303 del Código Civil. Téngase en cuenta que, según la jurisprudencia, con la restitución de prestaciones en caso de rescisión se pretende retrotraer la situación de los contratantes al momento anterior a la celebración del contrato que se rescinde (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1986). Las obligaciones de restituir tienen su fundamento en la ley, no en el contrato rescindido, y son consecuencia natural e ineludible de la declaración de rescisión, por lo que no requieren el ejercicio de una acción independiente de la principal de rescisión; de ahí que esta Sala no comparta la resolución del juzgador de instancia de reservar a la parte su derecho a reclamar en un procedimiento posterior los gastos generados por la compraventa. Razones por las cuales la sentencia de instancia ha de ser revocada en este concreto particular, a fin de declarar que los gastos necesarios que conllevó la compraventa rescindida también habrán de ser restituidos a “Construcciones Remesur, S.L.” con el carácter de crédito contra la masa. “:SAP Córdoba (Sección 3) 21.11.2007 (Rollo 252/2007)

4. La restitución inherente a la rescisión incluye:

4.1 Los gastos en que incurrió la concursada por constituir las hipotecas rescindidas

AP Barcelona

“QUINTO: El allanamiento realizado por las demandadas a la rescisión concursal de las otras cuatro escrituras de constitución de hipoteca, lleva consigo su ineficacia. Es cierto que se trata de una ineficacia ex nunc, que opera desde la declaración, por lo que hasta entonces el negocio es válido y produce sus efectos. Es a partir de la resolución judicial que estima la rescisión cuando se declara la ineficacia de los actos impugnados, y surge para las partes la obligación de restituirse las prestaciones que fueron objeto del negocio o acto dispositivo, más los intereses y frutos, conforme a lo dispuesto en el art. 73.1 LC. No empece a esta naturaleza de los efectos ex nunc, el hecho de que la restitución incluya los intereses y frutos producidos desde la celebración del negocio, pues con ello más que tratar de borrar los efectos desplegados antes de la rescisión del acto, se pretende compensar los posibles daños y perjuicios ocasionados por el negocio.
Y es bajo esta lógica que, en un supuesto como el presente en que el acto impugnado es unilateral de la concursada de constitución de una garantía hipotecaria a favor de una obligación que sustituye a otra preexistente, los efectos ordinarios de la rescisión alcancen no sólo a dejar sin efecto la hipoteca sino también a compensarle de los gastos que ocasionó a la deudora concursada la constitución de la garantía real declarada ineficaz. Se trata de un efecto consiguiente a la rescisión, pues pretende hacer efectiva la restitución del sacrificio patrimonial que supuso el acto de disposición impugnado.
Para que opere esta condena no es preciso declarar la mala fe del destinatario del derecho real de garantía rescindido, pues no se trata de un supuesto especial de restitución contenido en el art. 73.2 LC. Este precepto regula el supuesto en que el bien o derecho transmitido con el acto rescindido no pueda ser restituido por la contraparte, ya sea porque se ha consumido o extinguido, ya sea porque ha ido a parar a terceros subadquirentes que o bien no han sido parte en este incidente concursal, y por lo tanto no pueden ser condenados a devolver el bien, o bien lo han sido pero están protegidos por su condición de terceros de buena

fe o por la irreivindicabildad derivada de la forma en que adquirieron o de la inscripción registral (art. 73.2 LC). En estos casos, la imposibilidad de cumplir por el demandado, contraparte del negocio rescindido o adquirente del bien o derecho dispuesto por el deudor concursado, con la obligación de restituir la prestación recibida en su día, ya sea un precio o un bien o derecho, transforma esta obligación en otra sustitutoria de pago por equivalencia. En concreto, de abonar el valor del bien o derecho cuando fue enajenado más el interés legal. Y en este marco, sólo en el caso en que la imposibilidad de restituir el bien sea imputable a la mala fe de la contraparte, ésta podrá ser condenada a indemnizar a la masa activa del concurso los daños y perjuicios que esta imposibilidad de restitución le ocasione.
Como puede observarse no es nuestro caso, pues la restitución de los gastos de constitución de las hipotecas no son los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de restituir los derechos transmitidos, sino que pueden equipararse a la prestación que tuvo que realizar el concursado para constituir la hipoteca a favor de los demandados.“. SAP Barcelona (Sección 15) 06.02.2009 (Rollo 607/2008)

“TERCERO.-El recurso plantea, por tanto, si como consecuencia de la rescisión de una garantía hipotecaria, la demandada viene obligada a soportar los gastos asociados a su constitución. Aunque la cuestión suscita serias dudas de derecho, se viene entendiendo que la restitución de los gastos es un efecto implícito en la recíproca restitución de las prestaciones (artículo 73 de la Ley Concursal) y en la necesidad de restaurar la situación inmediatamente anterior al acto impugnado. Deben equipararse, a estos efectos, a los frutos e intereses a los que alude el apartado primero de dicho precepto.
Ahora bien, en el presente caso es un hecho no controvertido que el capital prestado comprendía la deuda preexistente (335.536,33 euros) y los gastos de constitución (25.550). Es decir, éstos no salieron directamente del patrimonio de la concursada anterior a la operación de préstamo, sino que se atendieron con el capital prestado. Y, lo que es más relevante, la sentencia de instancia declara, como efecto de la rescisión, que el BANCO DE SANTANDER pasará a ser acreedor ordinario, no por la totalidad del préstamo (360.000 euros), sino únicamente por la deuda preexistente, excluidos los gastos. Este pronunciamiento no ha sido impugnado, lo que determina, irremediablemente, que el recurso deba ser acogido. Al configurar así los efectos de la rescisión, criterio que estimamos razonable, en realidad se viene a reflejar que el préstamo importó la suma refinanciada -que es la que va a figurar en la lista sin el privilegio- y que la entidad de crédito soportó los gastos de constitución. Por todo ello debemos estimar el recurso.”: SAP Barcelona (Sección 15) 04.06.2013 (Sentencia 234/2013; Rollo 117/2013)

AP Castellón 2012

“Asimismo, en cuanto a la responsabilidad dineraria proporcional por los gastos de constitución de las hipotecas rescindidas tal como se fija en la resolución impugnada, lógicamente deberá excluirse la de aquellas compañías por las hipotecas a su favor que no se rescinden y asumir la concursada el importe de los gastos que hubiesen correspondido a las mismas en meritos al sistema escogido en la resolución impugnada y que por los términos de los recursos y de esta resolución en relación con nuestras posibilidades de decisión al respecto no podemos alterar (sentido en el que por tanto deberá entenderse este pronunciamiento dentro del marco genérico resultante del que ahora procederá adoptar fruto de los recursos acogidos)”: “:SAP Castellón (Sección 3) 12.07.2012 (Sentencia 368/2012; Rollo 371/2012)

AP Sevilla

“TERCERO.-La impugnación que deduce la Administración concursal en relación con la reintegración de los gastos de constitución de las dos escrituras de préstamo hipotecario rescindidas, por importe de 238.449'85 #, sí merece favorable acogida, por cuanto la Sentencia en este punto es incongruente con las peticiones deducidas por el demandante y porque realiza una indebida compensación con el crédito que NCG BANCO ostenta contra la concursada.
Los gastos que afrontó la concursada como consecuencia de la suscripción de los préstamos hipotecarios, representan una cantidad que ha disminuido el activo de la misma. Estimándose procedente que tales gastos sean abonados por la entidad bancaria, la cual es condenada a su reintegración, esta reintegración ha de hacerse mediante su abono a la masa activa del concurso, restituyendo a la misma unas cantidades que no debieron salir del activo de la concursada. Lo que es improcedente es que la condena se ejecute por vía de una compensación con el crédito que la entidad bancaria ostenta contra la concursada, con claro perjuicio de la masa activa del concurso y del resto de los acreedores concursales, prohibiendo expresamente el artículo 58 de la Ley Concursal la compensación de créditos y deudas del concursado.
Además se realiza por la Sentencia impugnada una compensación judicial que no fue solicitada por ninguna de las partes, lo que determina la incongruencia de este pronunciamiento, el cual vulnera el artículo 218 de la LEC.
Así pues, la impugnación de la administración concursal ha de ser acogida, debiendo condenarse a NCG BANCO a reintegrar a la concursada NOVAINDES los gastos de constitución de las hipotecas ascendentes a 238.449'85 #, los cuales devengarán el interés legal (art. 1108 del Código Civil) desde la fecha de presentación de la demanda hasta la de esta sentencia, y desde ésta hasta su efectivo pago el interés que establece el art. 576 de la LEC.”: SAP Sevilla (Sección 5) 26.09.2013 (Sentencia 431/2013; Rollo 3850/2013)

“Tercero.- Entrando en los motivos de fondo del recurso planteado por la Administración Concursal, el mismo debe ser estimado por cuanto la sentencia en este punto es incongruente con las peticiones deducidas por la

demandante e infringe los artículos 73.1 y 58 de la Ley Concursal.
Los gastos que afrontó la concursada como consecuencia de la constitución de las hipotecas y prendas que rescinde la sentencia apelada, representan una cantidad que ha disminuido el activo de la misma. La consecuencia de la rescisión de esas operaciones conforme al artículo 73.1 citado es no sólo la ineficacia del acto impugnado, sino la restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses que es lo que pidió la Administración Concursal. Este precepto implica que si los actos rescindidos por haberse llevado a cabo en beneficio del acreedor y en perjuicio de la concursada ocasionaron gastos que se cargaron a la concursado, tales gastos han de ser restituidos por la persona o entidad en cuyo beneficio se llevaron a cabo.
La sentencia apelada, en definitiva, reconoce la obligación de que la entidad bancaria se haga cargo de estos gastos, pero en lugar de ordenar su directa restitución, ordena la compensación con el crédito que la entidad bancaria ostenta contra la concursada, con claro perjuicio de la masa activa del concurso y del resto de los acreedores concursales, infringiendo no solamente el citado artículo 73.1, sino la prohibición expresa del artículo 58 de la Ley Concursal de compensar créditos y deudas del concursado. Y ello además sin que ninguna de las partes haya solicitado esa compensación judicial, lo que determina la incongruencia de este pronunciamiento, con vulneración del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Menos sentido tiene aún el que no se ordene la restitución y se lleve a cabo una compensación no pedida y prohibida por la Ley Concursal, con respecto a las cantidades de que se apropió la entidad bancaria por gastos que la sentencia considera como no justificados. Si tales gastos no estaban justificados, el pago de los mismos debe ser rescindido y las cantidades reintegradas a la masa activa con base a lo que se ha razonado en los párrafo precedentes.
Al respecto además la sentencia condena sólo a la restitución de 231.815,10 #, lo que es incongruente con lo que expone en el fundamento de derecho cuarto, en el cual considera que no se ha justificado el no ingreso a la concursada de esa cantidad, parte de un cheque emitido por BANCA CÍVICA, S.A. a favor de la concursada, y de la de 5.800 # que se corresponde con otro cheque bancario igualmente emitido por BANCA CÍVICA, S.A. a la concursada, en ambos casos como pago del IVA de una compraventa. Por tanto ha de rectificarse la sentencia condenando al reintegro de ambas cantidades.
Cuarto.- Debe pues condenarse a CAIXABANK, S.A., como sucesora de la acreedora BANCA CÍVICA, S.A., a que reintegre a la concursada los gastos de constitución de las prendas e hipotecas que se rescinden, que ascienden a la cantidad de 829.681,48 #, y de las cantidades de 231.815,10 # y 5.800 #, las cuales debieron ser ingresadas por la entidad bancaria a la concursada y no consta que se hiciese sin causa justificada.
Tales cantidades devengarán los intereses prevenidos en el artículo 1.108 del Código Civil desde la presentación de la demanda y los prevenidos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia.”: SAP Sevilla (Sección 5) 23.10.2013 (Sentencia 481/2013; Rollo 5075/2013)

AP Tenerife

“CUARTO.- 1. Finalmente, la entidad apelante sostiene que se le ha condenado indebidamente al pago de 150.000 # por los gastos de las operaciones, lo que únicamente sería procedente como indemnización de daños y perjuicios para el caso de haberse declarado la mala fe de la parte, declaración que en este caso no ha ocurrido.
2. A esta cuestión se da respuesta en la misma sentencia que cita la parte apelante a otros efectos (la de la Sección núm. 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009) y en la que de igual modo se funda (y transcribe) la parte apelada para oponerse a esta alegación del recurso.
Se señala en esta sentencia lo siguiente:
"Para que opere esta condena no es preciso declarar la mala fe del destinatario del derecho real de garantía rescindido, pues no se trata de un supuesto especial de restitución contenido en el art. 73.2 LC. Este precepto regula el supuesto en que el bien o derecho transmitido con el acto rescindido no pueda ser restituido por la contraparte, ya sea porque se ha consumido o extinguido, ya sea porque ha ido a parar a terceros subadquirentes que o bien no han sido parte en este incidente concursal, y por lo tanto no pueden ser condenados a devolver el bien, o bien lo han sido pero están protegidos por su condición de terceros de buena fe o por la irreivindicabildad derivada de la forma en que adquirieron o de la inscripción registral (art. 73.2 LC). En estos casos, la imposibilidad de cumplir por el demandado, contraparte del negocio rescindido o adquirente del bien o derecho dispuesto por el deudor concursado, con la obligación de restituir la prestación recibida en su día, ya sea un precio o un bien o derecho, transforma esta obligación en otra sustitutoria de pago por equivalencia. En concreto, de abonar el valor del bien o derecho cuando fue enajenado más el interés legal. Y en este marco, sólo en el caso en que la imposibilidad de restituir el bien sea imputable a la mala fe de la contraparte, ésta podrá ser condenada a indemnizar a la masa activa del concurso los daños y perjuicios que esta imposibilidad de restitución le ocasione.
Como puede observarse no es nuestro caso, pues la restitución de los gastos de constitución de las hipotecas no son los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de restituir los derechos transmitidos, sino que pueden equipararse a la prestación que tuvo que realizar el concursado para constituir la hipoteca a favor de los demandados" “:SAP Tenerife (Sección 4) 08.04.2013 (Sentencia 125/2013; Rollo 465/2012)

4.1.1 Sólo en caso de mala fe o impugnación autónoma

AP Pontevedra

“UNICO.- El objeto del proceso, -constituido por el ejercicio por parte del administrador concursal de la acción

rescisoria sobre la constitución de tres garantías hipotecarias-, viene notablemente reducido en esta alzada, al haberse aquietado la entidad financiera con el pronunciamiento de la primera instancia que estimó la demanda y canceló las garantías. El único objeto de discusión viene constituido por el pronunciamiento, que puede adjetivarse como de accesorio, relativo a la condena al banco a abonar a la concursada, por el concepto de daños y perjuicios, los gastos y otras cantidades necesarios para la formalización de los préstamos con sus respectivas garantías, por importe de 10.896,2 euros.
En la tesis del apelante no resulta admisible la afirmación contenida en la sentencia, relativa a que el efecto de la rescisión de las garantías obligue al prestamista a compensar al deudor de los gastos invertidos en su constitución, condena que califica como carente de fundamento y productora de un efecto injusto, tanto más cuanto que los pagos a que tales gastos se refirieron satisficieron a funcionarios y acreedores públicos.
Conviene recordar que la demanda rescisoria se justificaba, en este particular, en la exigencia de que la concursada hubo de abonar diversas cantidades en concepto de comisiones, gastos bancarios, notarias, fiscales, registrales y de gestión por importe de 17.457 euros.
La sentencia objeto de recurso dedica su fundamento jurídico quinto a analizar, para el caso, los efectos de la rescisión. Tras ilustrar sobre el concepto concursal de "perjuicio patrimonial", justifica su decisión de cancelar las garantías en el concepto amplio de perjuicio, firmemente asentado, -según es sabido-, en la jurisprudencia mercantil. Con respecto al concreto pronunciamiento recurrido, la sentencia razona en su fundamento jurídico sexto por remisión a lo declarado en la sentencia de la sección 15ª de la AP de Barcelona de 6 de febrero de 2009, transcribiendo íntegramente su fundamento jurídico quinto.
La cuestión no cuenta con una respuesta explícita en el ordenamiento positivo. La norma concursal sobre los efectos de la rescisión ni siquiera contempla, como es bien conocido, la posibilidad de rescindir la constitución de la garantía, al contemplar tan sólo el efecto de la rescisión sobre los actos de disposición del deudor que comportan la salida de activos de su patrimonio. Sin embargo, esta posibilidad se ha entendido rectamente incluida dentro del ámbito del art. 73 LC, pues las garantías no se restituyen sino que simplemente se extinguen, con el efecto imperativo de haber de dirigirse los correspondientes oficios al registro inmobiliario. Como se ha dicho con acierto, "la garantía se extingue, no se recupera", con el efecto de la liberación de los activos gravados.
Los gastos de cancelación de la garantía pueden considerarse sin dificultad como necesarios para la ejecución del pronunciamiento principal, por lo que la condena a su pago puede imponerse a quien constituyó la garantía (vid. sentencia AP Asturias de 10 de mayo de 2011, en línea con lo ya proclamado por dicho órgano en sentencia de 17 de julio de 2008. En idéntico sentido puede verse la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Alicante de 7 de mayo de 2010.)
El problema surge con respecto a los gastos que, en su momento, se invirtieron en la constitución de la garantía que, finalmente, queda rescindida por ser considerada perjudicial para la masa activa. Como aprecia el juez mercantil, con cita de la sentencia de Barcelona, la solución al problema no viene de la aplicación de la regla del párrafo 2, último inciso, del art. 73. No se está ante el supuesto de una imposibilidad de restitución de bienes por encontrarse en posesión de tercero de buena fe, y tampoco juega papel alguno para resolver el problema, desde esta perspectiva la consideración de si el que contrató con el deudor concursado actuó o no de buena fe, a efectos de determinar la procedencia de una condena a indemnizar perjuicios.
La sentencia considera la existencia de identidad de razón entre el supuesto enjuiciado y la norma que obliga a la restitución de los bienes que, con perjuicio para la masa, han salido del patrimonio del deudor, "con sus frutos e intereses". El argumento es como sigue: si bien se acepta que los efectos de la rescisión operan ex nunc, la obligación de abonar frutos e intereses opera como una suerte de condena a la indemnización de los perjuicios que la rescisión del acto ocasiona a los perjudicados, pretendiendo situar el patrimonio del deudor en las mismas condiciones que tendría si el acto rescindido no hubiera sido celebrado.
No compartimos el razonamiento. Los gastos de constitución de la garantía, en línea de principio, no corresponden necesariamente al deudor. No se aprecia analogía con la obligación de devolución de intereses y frutos del apartado primero del art. 73. El contrato de constitución de hipoteca podría en principio prever libremente que tales gastos fueran soportados por el acreedor o por el deudor. Que no se trata de una acción de reembolso resulta evidente, pues se trata de cantidades que, como apunta el recurrente, han ingresado en el patrimonio de terceros. Por tanto, los gastos de constitución de la garantía (entendido por tales los que son objeto de reclamación en el proceso: notario, registro, gestoría o tributos) no son un efecto que pueda compensarse con la obligación de "abonar frutos e intereses", en el sentido del apartado primero del art. 73. A ello se añade la evidencia de que tales gastos, -con excepción de los de registro-, van indisolublemente unidos al negocio garantizado, no afectado por el éxito de la acción rescisoria.
La rescisión es de interpretación estricta. Afecta a negocios válidamente celebrados, de ahí que sus efectos operen con carácter ex nunc. En el caso, su efecto típico es la extinción de la garantía, pero no necesariamente la de todos los negocios accesorios o relacionados con su constitución. Su efecto, pues, se limita a lo preciso para satisfacer al perjudicado, lesionado por el acto rescindido. Tampoco conlleva necesariamente la rescisión del negocio la ineficacia de todos los que de él se deriven. Como recordaba la antigua STS de 17 de abril de 1943, al subrayar las diferencias entre la acción de rescisión y la de nulidad, " la rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del marco creado, y sus consecuencias, o no afectan a todos los interesados, o se traducen en una indemnización que compensa la lesión sufrida ".
A criterio de la Sala, la cuestión de quién debe soportar los gastos necesarios para la formalización y ejecución del negocio jurídico rescindido opera, como en cualquier proceso de liquidación de estados posesorios, sobre la base de la existencia de la buena o mala fe del poseedor que se ve privado de la cosa. De este modo, como sucedería con la rescisión de negocios de disposición patrimonial, el reembolso de gastos necesarios para la perfección o la consumación del contrato sólo tendría sentido como efecto ligado a la proclamación de la mala

fe de quien celebró el contrato con el deudor en fraude de los derechos de los acreedores.
Dicho de otro modo: los desplazamientos de numerario realizados por el deudor para la constitución del negocio rescindido, a salvo de que fueran objeto de una acción autónoma de impugnación, no han de ser reintegrados por el acreedor como efecto necesario de la rescisión si no se proclama su mala fe.
En consecuencia, el recurso prospera y se revoca parcialmente la resolución recurrida.": SAP Pontevedra (Sección 1) 27.07.2011 (Sentencia 433/2011; Rollo 466/2011)

AP Segovia

"QUINTO. - El otro pronunciamiento recurrido, es la desestimación de la petición contenida en el apartado séptimo del suplico, la devolución, en relación con las garantías hipotecarias rescindidas, de los impuestos y gastos de Notaría, Gestoría y Registro, derivados del otorgamiento e inscripción de hipotecas reclamados; petición de la que indican los apelados que la Administración Concursal se limitó a interesar la rescisión de las garantías hipotecarias y por tanto la sentencia recurrida únicamente rescindió la hipoteca; pero no el contrato de préstamo, es decir las obligaciones garantizadas, en cuyo clausulado se pacta que todos los gastos e impuestos corren a cargo de la prestataria. Es cierto que no se interesan los derivados del préstamo, sino estrictamente los de la hipoteca; y si bien obra en autos en copia simple los devengados (documento 16), escrito que no ha sido impugnado y del cual partimos, resulta en su configuración, una inviable escindibilidad para esta Sala, para poder concluir que parte de esas cantidades corresponden al préstamo y cual a la garantía hipotecaria. Falta de concreción que impide su estimación
Además, respecto de los tributos, a tenor del invocado 95.1 RD 828/1995 (*cuando se declare o reconozca judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato, el contribuyente tendrá derecho a la devolución de lo que satisfizo por cuota del Tesoro...)*, en cuanto el contribuyente puede reclamarlo a la Administración, que es quien lo ha recibido, carece de justificación su petición en esta sede jurisdiccional civil. De otra parte, la única enriquecida de momento es la propia Administración, por lo que carecen de legitimación pasiva los demandados, en el enriquecimiento que se invoca.
De manera más detallada la SAP Pontevedra, Sección 1ª, 433/2011, de 27 de julio, analiza esta cuestión desde a perspectiva de la buena o mala fe:
La cuestión no cuenta con una respuesta explícita en el ordenamiento positivo. La norma concursal sobre los efectos de la rescisión ni siquiera contempla, como es bien conocido, la posibilidad de rescindir la constitución de la garantía, al contemplar tan sólo el efecto de la rescisión sobre los actos de disposición del deudor que comportan la salida de activos de su patrimonio. Sin embargo, esta posibilidad se ha entendido rectamente incluida dentro del ámbito del art. 73 LC, pues las garantías no se restituyen sino que simplemente se extinguen, con el efecto imperativo de haber de dirigirse los correspondientes oficios al registro inmobiliario. Como se ha dicho con acierto, "la garantía se extingue, no se recupera", con el efecto de la liberación de los activos gravados.
Los gastos de cancelación de la garantía pueden considerarse sin dificultad como necesarios para la ejecución del pronunciamiento principal, por lo que la condena a su pago puede imponerse a quien constituyó la garantía (vid. sentencia AP Oviedo de 10 de mayo de 2011, en línea con lo ya proclamado por dicho órgano en sentencia de 17 de julio de 2008. En idéntico sentido puede verse la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Alicante de 7 de mayo de 2010).
El problema surge con respecto a los gastos que, en su momento, se invirtieron en la constitución de la garantía que, finalmente, queda rescindida por ser considerada perjudicial para la masa activa. Como aprecia el juez mercantil, con cita de la sentencia de Barcelona, la solución al problema no viene de la aplicación de la regla del párrafo 2, último inciso, del art. 73. No se está ante el supuesto de una imposibilidad de restitución de bienes por encontrarse en posesión de tercero de buena fe, y tampoco juega papel alguno para resolver el problema, desde esta perspectiva la consideración de si el que contrató con el deudor concursado actuó o no de buena fe, a efectos de determinar la procedencia de una condena a indemnizar perjuicios.
La sentencia considera la existencia de identidad de razón entre el supuesto enjuiciado y la norma que obliga a la restitución de los bienes que, con perjuicio para la masa, han salido del patrimonio del deudor, "con sus frutos e intereses". El argumento es como sigue: si bien se acepta que los efectos de la rescisión operan ex nunc, la obligación de abonar frutos e intereses opera como una suerte de condena a la indemnización de los perjuicios que la rescisión del acto ocasiona a los perjudicados, pretendiendo situar el patrimonio del deudor en las mismas condiciones que tendría si el acto rescindido no hubiera sido celebrado.
No compartimos el razonamiento. Los gastos de constitución de la garantía, en línea de principio, no corresponden necesariamente al deudor. No se aprecia analogía con la obligación de devolución de intereses y frutos del apartado primero del art. 73. El contrato de constitución de hipoteca podría en principio prever libremente que tales gastos fueran soportados por el acreedor o por el deudor. Que no se trata de una acción de reembolso resulta evidente, pues se trata de cantidades que, como apunta el recurrente, han ingresado en el patrimonio de terceros. Por tanto, los gastos de constitución de la garantía (entendido por tales los que son objeto de reclamación en el proceso: notario, registro, gestoría o tributos) no son un efecto que pueda compensarse con la obligación de "abonar frutos e intereses", en el sentido del apartado primero del art. 73. A ello se añade la evidencia de que tales gastos, -con excepción de los de registro-, van indisolublemente unidos al negocio garantizado, no afectado por el éxito de la acción rescisoria.
La rescisión es de interpretación estricta. Afecta a negocios válidamente celebrados, de ahí que sus efectos operen con carácter ex nunc. En el caso, su efecto típico es la extinción de la garantía, pero no necesariamente la de todos los negocios accesorios o relacionados con su constitución. Su efecto, pues, se limita a lo preciso

para satisfacer al perjudicado, lesionado por el acto rescindido. Tampoco conlleva necesariamente la rescisión del negocio la ineficacia de todos los que de él se deriven. Como recordaba la antigua STS de 17 de abril de 1943, al subrayar las diferencias entre la acción de rescisión y la de nulidad, " la rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del marco creado, y sus consecuencias,
o no afectan a todos los interesados, o se traducen en una indemnización que compensa la lesión sufrida ".
A criterio de la Sala, la cuestión de quién debe soportar los gastos necesarios para la formalización y ejecución del negocio jurídico rescindido opera, como en cualquier proceso de liquidación de estados posesorios, sobre la base de la existencia de la buena o mala fe del poseedor que se ve privado de la cosa. De este modo, como sucedería con la rescisión de negocios de disposición patrimonial, el reembolso de gastos necesarios para la perfección o la consumación del contrato sólo tendría sentido como efecto ligado a la proclamación de la mala fe de quien celebró el contrato con el deudor en fraude de los derechos de los acreedores.
Dicho de otro modo: los desplazamientos de numerario realizados por el deudor para la constitución del negocio rescindido, a salvo de que fueran objeto de una acción autónoma de impugnación, no han de ser reintegrados por el acreedor como efecto necesario de la rescisión si no se proclama su mala fe.
Y ninguna prueba se ha invocado que acredite la mala fe de las demandadas.
SEXTO. - Aún cuando se desestima el recurso, dada la existencia de dudas de derecho previas y la falta de una doctrina jurisprudencial consolidada sobre los extremos debatidos, no procede expresa imposición de las originadas en esta alzada. “:SAP Segovia (Sección 1) 27.03.2014 (Sentencia 38/2014; Rollo 35/2014)

AP Castellón 2014

“CUARTO.-En cuanto a la discrepancia que mantiene la parte apelante con la condena dineraria impuesta en la sentencia referente al reintegro a la masa activa de la cantidad de 54.268,45 euros en concepto de comisión de apertura del préstamo y de 126.626,38 euros en concepto de gastos de constitución del mismo, debe distinguirse entre ambos conceptos, subsanando además seguidamente la absoluta carencia de justificación o motivación de dichos pronunciamientos condenatorios que la parte apelante ha puesto de relieve pero que como tal no afecta a la decisión que ahora adoptamos.
Respecto la comisión de apertura del préstamo, desde el momento en que viene determinada por este contrato propiamente y queda al margen como tal de la rescisión concursal siguiendo vigente, ninguna justificación en esta sede procesal encuentra la condena a su devolución por el mero hecho de la rescisión de las garantías del mismo, procediendo por tanto la estimación del recurso en este punto. Como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, S.9, de 18 de noviembre de 2013, " Si la comisión de apertura la genera la operación de préstamo y ésta no es objeto de rescisión, ningún motivo legal se da para que las entidades prestamistas vengan obligadas a su devolución por razón de la declaración de rescisión de las garantías hipotecarias constituidas ".
Más controvertida aparece la cuestión referente al otro concepto, atinente a los gastos de constitución del préstamo y que ambas partes vienen propiamente a conectar con los derivados de la formalización de las garantías rescindidas por los conceptos en que los desgajan, habida cuenta que un repaso a las resoluciones judiciales recaídas sobre la materia revelan que, en los casos de rescisión de los actos de constitución de garantías, no existe una opinión uniforme sobre si es factible la condena a su reintegro, con posiciones favorables por entender que su devolución se asimila por su naturaleza indemnizatoria al abono de los frutos e intereses que contempla el art. 72.1 de la Ley Concursal (" La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses ") y otras contrarias por considerar que no cabe dicha asimilación por no estar ante restitución de prestación alguna sino ante la mera anulación del acto de constitución de unas garantías que dista del supuesto de rescisión de negocios con obligaciones recíprocas en el que propiamente está pensando dicho precepto legal.
En el ámbito de la denominada jurisprudencia menor prevalece la primera opinión, pudiendo citar al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, S.1ª, de 10 de mayo de 2011; Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, S.5, de 26 de septiembre y 23 de octubre de 2013; y Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 6 de febrero de 2009, 15 de abril y 4 de junio de 2013, aunque ésta última ya refleja que la cuestión presenta serias dudas de derecho. Sigue la otra opinión la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, S.1, de 27 de julio de 2011.
Esta última posición es la que consideramos más ajustada a la regulación de la reintegración concursal y naturaleza de la acción rescisoria.
Por un lado, porque propiamente no cabe hablar de restitución cuando se trata del coste de una operación que tuvo un destino ajeno a las partes y no integró su asunción prestación alguna que tuviere como contrapartida otra interdependiente en la otra parte en consonancia con la naturaleza del acto a rescindir que no implica un contrato con obligaciones recíprocas que pudiere dar lugar a la devolución de prestaciones que contempla el art. 72.1 de la Ley Concursal. Es más, de pretender alguna equivalencia, la misma debería situarse en los gastos que puede suponer la cancelación de las garantías que se rescinden, tal como viene a contemplar en cierto sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, S.1ª, de 25 de enero de 2013, cuando dice que los gastos de cancelación quedan englobados dentro de la restitución de prestaciones. De hecho, si partimos de que la rescisión opera sobre negocios en principio válidos en orden a anular la situación derivada de su concertación no ha lugar a encontrar una justificación desde esa óptica a que tenga que asumir la entidad garantizada tanto el coste de constitución de las garantías como el de su cancelación que con carácter general se le impone en todo caso, rompiéndose así toda equivalencia en orden a la reintegración a la situación precedente.

Por otro lado, porque no estando ante un efecto derivado de la rescisión como tal según cabe colegir de las consideraciones precedentes, tampoco cabe una equiparación a los frutos e intereses que contempla el art. 72.1 de la LEC en relación con las consecuencias inmediatamente derivadas de dicho supuesto de ineficacia, no pudiendo más que situarse toda pretensión de imposición de dichos gastos en el ámbito de una indemnización de daños y perjuicios que nos conduce directamente a un ámbito diverso al que nos ubicamos,
Por lo tanto, deberá excluirse la condena de la apelante al abono de las cantidades dinerarias que han sido examinadas, sentido en el que debe estimarse consecuentemente el recurso.": SAP Castellón (Sección 3) 24.04.2014 (Sentencia 151/2014; Rollo 81/2014)

4.1.2 En ningún caso

AP Vizcaya

"CUARTO. -Procede referirse a continuación a las demás cuestiones reclamadas en la demanda incidental que no fueron abordadas por el Ilmo. Magistrado de lo Mercantil en razón a la desestimación de la demanda.
Solicitaba la Administración Concursal que el BBVA reintegre a la masa activa los gastos causados por ambas operaciones, por importe de 31.469,09 # y 11.619,80 # respectivamente.
La pretensión no se admite por la simple razón de que el BBVA no es deudor para con la masa activa de Hona Hierros, S.A. de los referidos importes; dichos gastos fueron una consecuencia inevitable de las operaciones hipotecarias antedichas, que ambas partes establecieron con plena libertad aunque luego se rescindan sólo por el devenir de los acontecimientos y por aplicación de la ley concursal a determinada situación sobrevenida (declaración de concurso antes de transcurrir los dos años siguientes) la que, en la fecha en que dichos gastos se causaron, se ignoraba si se iba a producir; por añadidura, esos importes no han ido tampoco en beneficio del BBVA sino para atender gastos de naturaleza fiscal, notarial, registral, etc.": SAP Vizcaya (Sección 4) 15.04.2014 (Sentencia 318/2014; Rollo 13/2014)

4.2 Los gastos de cancelación de la hipoteca rescindida

AP Castellón

"En cuanto a los gastos de cancelación de las hipotecas, su reintegro viene determinado por las propias consecuencias naturales de la rescisión en orden a atajar sus repercusiones económicas en los términos legales anulando los efectos perjudiciales del acto combatido sobre la masa que justifican la rescisión de manera que a la postre no se vea alterado por el mismo la situación patrimonial de la concursada al modo del restablecimiento propio de estos supuestos de ineficacia contractual, careciendo por ello de toda relevancia el argumento esgrimido por la parte recurrente, dado que nada tiene que ver con la buena o mala fe de quien contrató con la concursada y, por tanto, de las consecuencias previstas para este último caso en el art. 73.2 de la Ley Concursal, no debiéndose olvidar que la disposición general del art. 73.1 habla de la restitución de prestaciones con sus frutos e intereses. En este sentido, cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, S.3, de 21 de noviembre de 2007 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, S.15, de 6 de febrero de 2009. En consecuencia, no procede acoger el recurso en este punto.": SAP Castellón (Sección 3) 12.07.2012 (Sentencia 368/2012; Rollo 371/2012)

AP Oviedo

"QUINTO.- Último motivo del recurso hace referencia a la condena a la entidad bancaria prestamista y a la prestataria a pagar por mitad los gastos de cancelación del asiento registral de la reseñada hipoteca. Se pretende que sea condenada exclusivamente la entidad bancaria
En el párrafo último del fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia, conjuntamente se trata la condena de las tres cantidades a que antes se hizo referencia, dos de las cuales corresponden a la cuantía del préstamo (se acaba de señalar que deberán revocarse tales pronunciamientos al no formar parte de la demanda ni poder resolverse en incidente del concurso que no afecta al prestatario), y la tercera a tales gastos de cancelación. Pues bien, en la resolución no se argumenta esta tercera condena, dándose por consecuencia ineludible de la restante parte dispositiva, y de tal manera parece deducirse del apartado 3 de la parte dispositiva de la misma. Ahora bien, la condena a la prestataria no se recoge ni en la demanda ni en la oposición, si bien en el marco de la acción en la que nos encontramos, la de reintegración concursal, existen determinados efectos de la sentencia que vienen impuestos por la propialey, a través del art. 73LC, lo que determina también la inexistencia de indefensión de la parte que, como HOSTELERÍA FAUSTO SA, se allanó a lo pedido en la demanda y no a un pronunciamiento que no era solicitado, así como no puede entenderse que traiga como consecuencia una aleatoria extensión de los efectos de la reintegración a terceros.
Esta cuestión deberá resolverse atendiendo a la dimensión delart. 73en cuanto a efectos necesarios pordisposición de la ley, en concreto del apartado 1de dicho precepto de la Ley Concursal. Dice así: "la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses". La pretensión en el caso que se examina consiste tan solo en el abono de los gastos de cancelación de la hipoteca, y ello porque no han existido otras prestaciones concretas en la hipoteca distintas de los gastos de constitución del gravamen; puesto que la ineficacia del mismo conlleva la cancelación registral que supone determinados gastos, debe resolverse a quién corresponderá ese pago. En la constitución de la hipoteca no tuvo intervención, desde luego, la prestataria, es

decir HOSTELERÍA CASA FAUSTO SA. Sí intervinieron, por el contrario, como prestamista la entidad bancaria, y como avalista el titular propietario del inmueble que se hipotecaba. Las posturas entre las que debe optarse en este instante son la condena a partes iguales del prestamista, BANCO SIMEÓN (hoy CAIXA GERAL SA) y la prestataria (HOSTELERIA CASA FAUSTO SA), que recoge la sentencia que se discute; la condena a partes iguales de los que intervinieron en el acto objeto de la acción (es decir la entidad prestamista y la persona física que avalaba e hipotecaba finca de su propiedad); o la condena en exclusiva de la entidad bancaria, postura que es la que pretende se concluya el recurso de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.
Primera conclusión que debe adoptarse es la exoneración de la empresa que no tuvo intervención alguna en la hipoteca, la prestataria que tampoco deberá verse con la carga de tales gastos. Mayores dificultades reviste la alternativa entra las otras dos opciones. Ahora bien, si los efectos de la rescisión a que se refiere elart. 73 LCes la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, con sus frutos e intereses, la cancelación arrastra consigo para la entidad que obtuvo la garantía del préstamo que se realice con todos los gastos a que haya lugar, como consecuencia de lo cual será la última de las opciones reseñadas con anterioridad la que deberá imponerse. Y ello sin que se haga necesario el análisis de la posible conducta con mala fe de la entidad prestamista.
Consecuentes con lo hasta aquí resuelto, deberá estimarse el recurso en cuanto a la exclusión de todo pronunciamiento sobre el préstamo, que continuará con vida propia en cuanto a la relación entre prestamista y prestatario; se ratifica la rescisión del aval y de la hipoteca en su integridad; y se revoca también la condena a prestataria y avalista a abonar los gastos de cancelación de la hipoteca, sustituyendo este último pronunciamiento por la condena a la entidad bancaria a dicho pago como efecto legal de la acción ejercitada.": SAP Oviedo 17.07.2008 (JUR 2008/353716; Sentencia 245/2008; Rollo 8/2008)

AP Pontevedra

"Los gastos de cancelación de la garantía pueden considerarse sin dificultad como necesarios para la ejecución del pronunciamiento principal, por lo que la condena a su pago puede imponerse a quien constituyó la garantía (vid. sentencia AP Asturias de 10 de mayo de 2011, en línea con lo ya proclamado por dicho órgano en sentencia de 17 de julio de 2008. En idéntico sentido puede verse la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Alicante de 7 de mayo de 2010.)": SAP Pontevedra (Sección 1) 27.07.2011 (Sentencia 433/2011; Rollo 466/2011)

4.3 Los gastos registrales de la transmisión

AP Alicante

"S e trata, pues, de actos perjudiciales y por todo ello, debe acordarse la rescisión e ineficacia del acto impugnado(artículo 73 de la Ley Concursal) con la restitución recíproca de las prestaciones que supone que la concursada PROMOTORA DE VIVIENDAS VENUS SL reintegre a MANTINLLOR SLU 30.050 participaciones amortizadas (las num 156.227 a 186.276 ai) y a PROMOCIONES BUDAPEST SL las otras 50.515 participaciones restantes (las num 84.191 a 103.461 y 136.443 a 167.688 ai) debiendo estos reintegrar al patrimonio de la concursada, por parte de MANTINLLOR SLU la finca nº 72.917 inscrita en el Registro de la Propiedad de Nº 1 de Orihuela, asumiendo los gastos derivados del cambio registral la entidad demandada directamente afectada (SAP de Asturias de 17 de julio de 2008 (JUR 2008, 353716) en un caso de cancelación de hipoteca) y por parte de PROMOCIONES BUDAPEST SL la devolución de 304.100,30€, con sus intereses.": SAP Alicante (Sección 8) 05.04.2011 (Sentencia 122/2011; Rollo 903/2010)

5. Restitución de la finca gravada por nueva hipoteca de tercero de buena fe. Compensabilidad del importe a percibir con cargo a la masa con el importe a satisfacer por causa de dicha carga

AP Alicante

"NOVENO El siguiente motivo de los articulados por los apelantes es el relativo a la presunta infracción del artículo 73-2 de la Ley Concursal.
Basan este motivo los apelantes en dos aspectos, a saber, uno primero en la alegación de que el Juez incurre en el error, con infracción del párrafo 2º del artículo 73 de la Ley Concursal, al estimar la rescisión y condenar a la reintegración no obstante lo cual, fija una indemnización de daños y perjuicios consistente en el abono del importe a satisfacer al titular de la hipoteca con cargo a la vivienda -finca registral NUM006- cuando, habiendo reintegración, no procede indemnización alguna. Y uno segundo relativo a los términos económicos de la indemnización.
La declaración de ineficacia del negocio tiene como consecuencia -art. 73-1 LC- la obligación de las partes del mismo a la restitución de las respectivas prestaciones. El tercero queda obligado a restituir a la masa activa lo que hubiera recibido del deudor con ocasión del negocio rescindido, y adquiere el derecho, de recibir lo que hubiera entregado al deudor como contraprestación.
A partir de este principio general, analizaremos en primer lugar lo relativo a la infracción del artículo 73-2 Ley Concursal.
Pues bien, advierte el Tribunal que en el caso se produce la situación particular consistente en que,

procediendo la restitución de la prestación, es decir, la devolución de la propiedad, se ha producido un cambio sustancial en el bien sobre el que se materializa dicho derecho al gravársele con una hipoteca en garantía de un préstamo hipotecario por importe de 113.000 euros. Y es que la hipoteca es un derecho de naturaleza real que pasa a integrar el patrimonio del acreedor garantizado y que, en consecuencia, no podrá ser ya menoscabado por la actuación posterior del constituyente, sea esta dispositiva o de endeudamiento; el dominio del bien hipotecado permanece en el patrimonio del constituyente, pero con la restricción en su contenido jurídico que implica el derecho real constituido, en cuya virtud la afección genérica de ese bien al pago de las deudas de su titular -inherente al principio de responsabilidad patrimonial universal- se operará ya sin perjuicio de su específica vinculación en favor del crédito garantizado hipotecariamente.
Siendo así, la cuestión plantea dudas, esto es, la articulación por medio de una indemnización «ex» art. 73-2 porque, como dicen los apelantes, dicha obligación está vinculada a la falta o imposibilidad de reintegración que, en el caso que nos ocupa, solo puede plantearse como hipótesis en beneficio de la ejecución futura. Pero sin embargo, sí parece que haya de tener cabida en el deber de restitución, la satisfacción de la hipoteca, lo que entendemos, puede fundamentarse por dos vías.
En primer lugar, en el concepto de prestación del párrafo primero del artículo 73 (la sentencia que estime la acción...condenará a la restitución de las prestaciones). El argumento que sustenta el deber de abono por los adquirentes la hipoteca constituida sobre inmueble dimana de la consideración de que el efecto natural y regular de la rescisión es la restitución de la prestación, restitución que ha de ser propia, es decir, de lo percibido en su día y por tanto, con devolución en identidad de estado, condiciones, naturaleza y valor, tanto jurídico y económico. Así lo exige la contraprestación a percibir ya que solo así se explica la obligación recíproca que la rescisión impone a las partes del contrato en el marco de la bilateralidad de la relación afectada que ha de responder, en este estadio, al principio de equilibrio entre las prestaciones y a la función reconstitutiva de la situación patrimonial del deudor antes del acto rescindido, lo que implica la identidad material o equivalente económico de lo dado y recibido que, desde luego, no se puede alterar por mor de actos propios -art. 1255, 1256 y 1258 CC -.
El segundo de los cauces que podrían justificar la entrega por los adquirentes, junto con la vivienda, del valor de la hipoteca es el de la previsión contenida en el párrafo segundo del mismo artículo 73. En efecto, y aunque dicho párrafo está dirigido para los casos en que la reintegración in natura no es posible, quedando sustituida por el valor equivalente, también puede entenderse respecto de los casos en que la imposibilidad de reintegración afecta, no a los bienes sino a derechos por pertenecer a tercero no demandado o gozar de protección registral. Así, podría entenderse que el derecho de propiedad que ha sido gravado con una hipoteca no puede restituirse y, por tanto, ha de ser compensado en el valor que tenía cuando era libre.
En todo caso el Tribunal se inclina por la primero de los cauces y ello supone que, dado que el gravamen que sujeta a la propiedad, constituido por los adquirentes, es de su exclusiva responsabilidad, el cumplimiento del deber de restitución adiciona una responsabilidad económica que dimana de aquella carga real, de modo que para que la restitución tenga lugar en modo equivalente a lo percibido en su día, deber no condicionado ni subordinado por la conducta sobre la prestación percibida, no cabe sino la satisfacción del valor del gravamen junto a la devolución del bien gravado. Por tanto, esa responsabilidad ha de liberarse con anterioridad al momento de la restitución de la vivienda y ello supone la cancelación de la hipoteca. De no ser así, la restitución de la vivienda deberá ir adicionada de la entrega del importe de la hipoteca y cuantos gastos conlleve su total liberación hasta la cancelación.
En el cumplimiento de esta obligación es dable, en apreciación de este Tribunal, y no obstante la dicción del artículo 58 de la Ley Concursal, la compensación, en su caso, con el importe de que pudiera hacerse entrega a los adquirentes como restitución de la prestación de la concursada en tanto mecanismo que simplifica el propio cumplimiento de lo impuesto con ocasión de la rescisión. Y es que entiende este Tribunal que cuando el artículo 58 de la Ley Concursal prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado una vez declarado el concurso (salvo si los requisitos de la misma hubieran existido con anterioridad a la declaración), se está haciendo referencia a créditos no derivados del propio concurso o de sus específicos mecanismos, sino a los generales del mercado jurídico, de modo que si la compensación encuentra su fundamento general en lo injusto y desleal que implica la reclamación del crédito por quien al tiempo es deudor, la fuente común en el nacimiento de las obligaciones de restitución a cargo de la masa y del tercero adquirente autoriza la superación de la excepción, justificada en el principio de la par conditio creditorum para el caso de las ejecuciones universales, que carece de sentido respecto de los terceros cuyo crédito la Ley califica de crédito contra la masa y no está afecto, por tanto, por aquél principio.
Debe por tanto admitirse la compensación in boni iuris en respuesta a las consecuencias del mecanismo rescisorio y a sus efectos legales.
Procede al fin, por los motivos y razonamientos aquí expuestos, confirmar la condena de pago de la hipoteca a cargo de los adquirentes.
DÉCIMO Plantea con buen criterio el Juez de instancia la posibilidad de que la reintegración de la vivienda no pudiera efectuarse. Las condiciones que impone la hipoteca y la posibilidad de ejecución antes de que tenga lugar la rescisión, no permiten desconocer la realidad de que el bien pase a tercero protegido registralmente.
Ahora bien, cuestionan los apelantes el que se condene a Ricardo y a Asunción a abonar 165.096 euros caso de no llevar a cabo la reintegración cuando no hay prueba de que el perjuicio padecido por la masa activa sea superior al derivado de la diferencia de precios y siendo así que lo pagado por la vivienda fue 90.000 euros y el precio fijado es de 165.0000, el perjuicio a satisfacer en su caso no puede ser superior a la diferencia entre lo pagado y el precio de mercado, que serían 75.000 euros.
La decisión de este motivo está condicionada por la estimación del relativo a la mala fe de los adquirentes.
El Tribunal ha considerado que no ha habido mala fe, que no está probada y por tanto, que en caso de no

poderse llevar a cabo la restitución del inmueble, el efecto previsto en el artículo 73-2 de la Ley Concursal será únicamente la devolución del valor que tenía dicha vivienda a la fecha de transmisión (julio de 2005), que está fijada en autos en 165.096 euros, importe que se incrementará con el interés legal. Sin embargo no se puede imponer a los adquirentes indemnización por daños y perjuicios causados a la masa activa porque no son adquirentes de mala fe. Por ello, de producirse la situación descrita de imposibilidad de restitución, debe admitirse también la compensación con el mismo fundamento que el ya indicado en relación con la restitución in natura entre las prestaciones de las partes demandadas, de modo tal que el importe efectivo a restituir sería la diferencia de aquello que se satisficiera simultáneamente hasta alcanzar el valor fijado al inmueble.
UNDÉCIMO Denuncian los apelantes en el último de sus motivos impugnatorios la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la doctrina relativa a la congruencia de las sentencias en relación con el apartado d) de la Sentencia donde se acuerda la condena a Ricardo y Asunción a abonar en concepto de daños y perjuicios el importe a satisfacer al titular de la hipoteca con cargo al inmueble num. NUM006 ya que, sin que se hubieran concretado, fijado y cuantificado los daños y perjuicios en el suplico de la demanda, los determina el Juez produciendo indefensión a las partes que no han podido formular alegaciones, oposición y proponer prueba.
Pues bien, en el caso, la cuestión, como hemos explicado al resolver el motivo desarrollado en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución, no estuvo acertadamente planteada por el Juez de lo Mercantil al integrar bajo la noción de daños y perjuicios, un concepto que afectaba en realidad a la integridad y regularidad de la obligación de restitución entendido como efecto natural de la rescisión en los términos del artículo 73-1 de la Ley Concursal, a lo que ha de añadirse que, como hemos resuelto, no apreciamos mala fe en los adquirentes del inmueble.
Consecuentemente, el motivo queda resuelto sobre la base de las argumentaciones ya expuestas con anterioridad pues, no habiendo mala fe, no ha lugar a fijar daños y perjuicios ni, por tanto, poderse plantear cuestión alguna sobre congruencia de la sentencia, sin perjuicio de que resulte procedente el pago de la hipoteca como parte de la restitución regular.”: SAP Alicante (Sección 8) 09.04.2008 (JUR 2008/189071)

JM-1 Alicante

“Sexto -Las consecuencias de la reintegración
20. Al tratarse de un acto perjudicial debe acordarse la rescisión e ineficacia del acto impugnado, con la restitución recíproca de las prestaciones objeto del mismo, con sus frutos e intereses (art 73.1LC) lo que supone: a) desde la óptica del demandado, el deber de reintegrar a la masa aquello que hubiera recibido del deudor (concursado) y b) desde la óptica del deudor (concursado), en contrapartida, el deber de devolver lo obtenido a consecuencia del acto declarado ineficaz
21. Respecto de a) la finca y nave objeto del negocio rescindido deben volver al patrimonio de la concursada. El problema es que la obligada a restituir ha constituido el 10/3/2008 una hipoteca a favor de BBVA sobre ellas así como se han visto gravados con una serie de embargos por deudas de AZNAR OBRAS Y CONSTRUCCIONES SL (doc num 2 y 3 de la contestación); carga hipotecaria y embargos que no tenia cuando salió indebidamente del patrimonio de la concursada, con el deterioro que implica y el riesgo para el caso de que se inste ejecución hipotecaria o se ejecuten esas trabas y se vea frustrada la finalidad de la reintegración por causa imputables a la obligada a reintegrar
22. La SAP de Alicante, Sección 8ª, de 9 de abril de 2008 se ha enfrentado al problema en un caso similar en los términos siguientes: “Pues bien, advierte el Tribunal que en el caso se produce la situación particular consistente en que, procediendo la restitución de la prestación, es decir, la devolución de la propiedad, se ha producido un cambio sustancial en el bien sobre el que se materializa dicho derecho al gravársele con una hipoteca en garantía de un préstamo hipotecario por importe de 113.000 euros. Y es que la hipoteca es un derecho de naturaleza real que pasa a integrar el patrimonio del acreedor garantizado y que, en consecuencia, no podrá ser ya menoscabado por la actuación posterior del constituyente, sea esta dispositiva o de endeudamiento; el dominio del bien hipotecado permanece en el patrimonio del constituyente, pero con la restricción en su contenido jurídico que implica el derecho real constituido, en cuya virtud la afección genérica de ese bien al pago de las deudas de su titular -inherente al principio de responsabilidad patrimonial universal- se operará ya sin perjuicio de su específica vinculación en favor del crédito garantizado hipotecariamente.
Siendo así, la cuestión plantea dudas, esto es, la articulación por medio de una indemnización «ex» art. 73-2 porque, como dicen los apelantes, dicha obligación está vinculada a la falta o imposibilidad de reintegración que, en el caso que nos ocupa, solo puede plantearse como hipótesis en beneficio de la ejecución futura. Pero sin embargo, sí parece que haya de tener cabida en el deber de restitución, la satisfacción de la hipoteca, lo que entendemos, puede fundamentarse por dos vías.
En primer lugar, en el concepto de prestación del párrafo primero del artículo 73 (la sentencia que estime la acción...condenará a la restitución de las prestaciones). El argumento que sustenta el deber de abono por los adquirentes la hipoteca constituida sobre inmueble dimana de la consideración de que el efecto natural y regular de la rescisión es la restitución de la prestación, restitución que ha de ser propia, es decir, de lo percibido en su día y por tanto, con devolución en identidad de estado, condiciones, naturaleza y valor, tanto jurídico y económico. Así lo exige la contraprestación a percibir ya que solo así se explica la obligación recíproca que la rescisión impone a las partes del contrato en el marco de la bilateralidad de la relación afectada que ha de responder, en este estadio, al principio de equilibrio entre las prestaciones y a la función reconstitutiva de la situación patrimonial del deudor antes del acto rescindido, lo que implica la identidad material o equivalente económico de lo dado y recibido que, desde luego, no se puede alterar por mor de actos propios -art. 1255, 1256 y 1258 CC.

El segundo de los cauces que podrían justificar la entrega por los adquirentes, junto con la vivienda, del valor de la hipoteca es el de la previsión contenida en el párrafo segundo del mismo artículo 73. En efecto, y aunque dicho párrafo está dirigido para los casos en que la reintegración in natura no es posible, quedando sustituida por el valor equivalente, también puede entenderse respecto de los casos en que la imposibilidad de reintegración afecta, no a los bienes sino a derechos por pertenecer a tercero no demandado o gozar de protección registral. Así, podría entenderse que el derecho de propiedad que ha sido gravado con una hipoteca no puede restituirse y, por tanto, ha de ser compensado en el valor que tenía cuando era libre.
En todo caso el Tribunal se inclina por la primero de los cauces y ello supone que, dado que el gravamen que sujeta a la propiedad, constituido por los adquirentes, es de su exclusiva responsabilidad, el cumplimiento del deber de restitución adiciona una responsabilidad económica que dimana de aquella carga real, de modo que para que la restitución tenga lugar en modo equivalente a lo percibido en su día, deber no condicionado ni subordinado por la conducta sobre la prestación percibida, no cabe sino la satisfacción del valor del gravamen junto a la devolución del bien gravado. Por tanto, esa responsabilidad ha de liberarse con anterioridad al momento de la restitución de la vivienda y ello supone la cancelación de la hipoteca. De no ser así, la restitución de la vivienda deberá ir adicionada de la entrega del importe de la hipoteca y cuantos gastos conlleve su total liberación hasta la cancelación"
23. En consecuencia y siguiendo el criterio indicado, corresponde a AZNAR OBRAS Y CONSTRUCCIONES SL liberar la responsabilidad hipotecaria concertada con BBVA con anterioridad al momento de la restitución, cancelando la hipoteca con la que gravó la finca, que no afecta a la otra carga hipotecaria que ya tenía pues era un compromiso derivado de un negocio que se declara ineficaz. Si no se verifica la cancelación, a la restitución se adiciona la entrega del importe de la hipoteca y cuantos gastos conlleve su liberación. Consideraciones trasladables si no se liberan los embargos con otros bienes de AZNAR OBRAS Y CONSTRUCCIONES SL para el caso de que sean agredidos por deudas ajenas a la concursada, ya que la ineficacia es ex nunc, que opera desde la declaración, por lo que hasta entonces el negocio es válido y produce sus efectos, como dice la SAP de Barcelona de 6/2/2009, que añade que "No empece a esta naturaleza de los efectos ex nunc, el hecho de que la restitución incluya los intereses y frutos producidos desde la celebración del negocio, pues con ello más que tratar de borrar los efectos desplegados antes de la rescisión del acto, se pretende compensar los posibles daños y perjuicios ocasionados por el negocio. Y es bajo esta lógica que, en un supuesto como el presente en que el acto impugnado es unilateral de la concursada de constitución de una garantía hipotecaria a favor de una obligación que sustituye a otra preexistente, los efectos ordinarios de la rescisión alcancen no sólo a dejar sin efecto la hipoteca sino también a compensarle de los gastos que ocasionó a la deudora concursada la constitución de la garantía real declarada ineficaz. Se trata de un efecto consiguiente a la rescisión, pues pretende hacer efectiva la restitución del sacrificio patrimonial que supuso el acto de disposición impugnado". Y ello al margen de que si el cumplimiento de la sentencia in natura no pueda llevarse a efecto por enajenación de la finca por terceros en ejercicio de sus derechos, en ejecución de sentencia, conforme al art 18LOPJ, se fije la indemnización consistente en el valor del bien inmueble en extensión analógica del art 73.2 LC": SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 598/2007; Concurso 811/2008)

6. Improcedencia de la pretensión de efectos ajenos a los restitutorios

AP Burgos

"Primero. Los hechos que sirven de base a la presente acción de reintegración son los siguientes:
1) La concursada Urbelar Miranda SL era beneficiaria de un préstamo promotor con garantía hipotecaria concedido por Banco Popular por importe de 2 millones de euros con un saldo deudor a fecha 30 de enero de 2009 de 859.584,19 #.
2) Asimismo tenía concedida una línea de crédito personal por importe de 200.000 # con un saldo deudor de 19.931,55 # cuyo plazo de devolución había vencido el 8 de mayo de 2007.
3) El 30 de enero de 2009 la concursada y el Banco Popular llegan al acuerdo de entregar seis viviendas construidas por Urbelar Miranda cancelando a cambio la deuda derivada del préstamo hipotecario y de la línea de crédito. Se fija un precio de la dación en pago de 879.515,70 #.
4) El 20 de abril de 2010 se declara el concurso de Urbelar Miranda SL.
5) Con estos hechos la administración concursal formula la presente demanda de reintegración en la que tan solo pide la rescisión del pago derivado de la línea de crédito por importe de 19.931,55 #, debiendo Banco Popular reintegrar la citada cantidad al activo del concurso, e incluyendo en el pasivo la misma cantidad como crédito del Banco Popular, con la condición de crédito concursal ordinario. El Juzgado estima la demanda en estos mismos términos.
Segundo. Mediante el ejercicio de la acción de reintegración se pretende la rescisión, que es la ineficacia, de aquellos actos realizados en perjuicio de los acreedores del concursado. Supone en primer lugar la realización de un acto que conlleva una disminución del patrimonio del concursado, dentro de los cuales se incluyen los pagos en su más amplia acepción, no solo salidas de dinero, sino todas las demás formas de extinción de las obligaciones, constitución de garantías, novación de obligaciones con fijación de nuevos plazos, etc... En segundo lugar se exige que el acto haya sido realizado en perjuicio de los acreedores; de ahí el juego de presunciones del artículo 71 de la Ley Concursal. Sin embargo, que el acto no esté comprendido en alguna de las presunciones legales, iuris tantum o iuris et de iure, ni significa que el acto no pueda calificarse de perjudicial si por las características del mismo, o por la forma en la que se realiza, se rompe el principio de la pars conditio creditorum, que exige un trato igual o parecido para todos los acreedores cuando el deudor se

encuentra en una situación comprometida para hacer frente a todas sus obligaciones económicas.
Cuando se dan estas circunstancias se puede pedir la rescisión, que es la ineficacia, del acto en cuestión, bien de todo el acto o de parte del mismo. En todo caso la rescisión deberá recaer sobre el acto concreto realizado, y su ineficacia supondrá la correspondiente reintegración del patrimonio del deudor. Sin embargo, no se puede buscar esta reintegración de otra forma distinta que no sea atacando el acto concreto que es el que da lugar a la acción rescisoria. Por eso el artículo 73.1 de la Ley Concursal dice que "la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses".
Tercero. En el supuesto de autos la administración concursal pide la rescisión de un acto que no es el acto que se ha producido. En ningún momento ha salido del patrimonio del deudor concursado dinero para pagar la deuda de la línea de crédito por importe de 19.931,55 #. Lo que se ha producido es una dación en pago de seis fincas mediante la cual se ha extinguido esta deuda y la derivada del préstamo hipotecario. El acto concreto que puede ser atacado es la dación en pago, que es la salida de bienes del deudor para hacer pago de unos concretos acreedores, y la devolución de todas o de parte de estas fincas es a lo que puede ser condenado Banco Popular. Pero la sentencia no puede condenar a la devolución de un dinero que no se ha recibido, porque nunca ha salido dinero del patrimonio del concursado para el pago de esta deuda. Sin embargo, la administración concursal, aun reconociendo que es la dación en pago el verdadero acto perjudicial, solo pide la devolución por el Banco Popular de la cantidad de 19.931,55 #. De ahí la procedencia de la desestimación de la demanda.": SAP Burgos (Sección 3) 21.11.2012 (Sentencia 420/2012; Rollo 325/2012)

7. Sobre la ineficacia de la subrogación en la deuda hipotecaria que era contraprestación en el negocio rescindidio

AP Baleares

"PRIMERO.- En esta segunda instancia ya no es objeto de controversia la procedencia de la rescisión en relación con la compraventa y cesión de crédito operada en escritura pública de 4.11.2.009 en virtud de la cual: A) La entidad ahora concursada, Drac Blanc SL adquiere en cesión un crédito por un importe de 96.123,16 euros del que es deudora la entidad Construcciones Sastre Romo 93 SL (también declarada en concurso acumulada al anterior y representada por el mismo administrador) y acreedora la entidad Electro Hidráulica Llevant SA (ahora, y tras una escisión, Electro Hidráulica SA). B) En pago de dicho crédito la entidad Drac Blanc enajena a Electro Hidráulica Llevant SA un inmueble sito en Cala Rajada, Avenida de Cala Agulla, piso 2 nº 5. El precio que se atribuye a dicho inmueble es de 150.260,52 euros, y como quiera que este piso en el aludido día tenía una carga hipotecaria por un importe de 54.137,36 euros, se convino que la aludida compradora se subrogaba en el préstamo con garantía hipotecaria por dicho importe a favor de Bancaja (ahora Bankia). C) Dicha Caja de Ahorros se avino a tal subrogación y un representante de la misma suscribió la aludida escritura.
La controversia se circunscribe a determinar los efectos de la rescisión que ya ha alcanzado firmeza en relación con la subrogación del préstamo hipotecario.
A tal efecto, la representación de Bankia sostiene:
-Que falta legitimación activa a la Administración concursal, por considerar que su cargo únicamente la faculta para ejercitar las acciones que competen a la concursada, no aquéllas que corresponden a terceros, como es la acción que corresponde a Electro Hidráulica Llevant SL, y también supondría la falta de legitimación pasiva de Bankia SA.
-Que la actora confunde acto con escritura pública, y alega que en la misma se otorgan dos negocios jurídicos perfectamente válidos e independientes entre sí, la cesión de crédito y la subrogación del préstamo hipotecario, de modo que la realización de uno no afecta a la validez y eficacia de otro.
-Falta del perjuicio a la masa activa, ya que la deuda se trasmite a un tercero, de modo que la masa pasiva se reduce y no afecta a la masa activa, ya que el bien sigue con la misma responsabilidad hipotecaria.
-En caso de que se estimase, la ausencia de mala fe en dicha entidad, Drac Blanc SL deberá abonarle el importe que deberá devolverse a Electro Hidráulica Llevant y recogerse como crédito privilegiado especial.
-En el suplico del escrito de oposición efectúa una petición subsidiaria: que si debe restituirse por Bankia las aludidas cantidades a Electro Hidráulica Llevant SA, "al no concurrir mala fe en la actuación de mi principal, y asimismo, acuerde que se reconozca el crédito de Bankia Sapor el importe pendiente del préstamo como privilegiado especial al tratarse de un préstamo con garantía hipotecaria sobre la finca objeto del presente procedimiento".
La sentencia de instancia declara que la rescisión afecta a la aludida subrogación, "declarando subsistente en idénticas condiciones a las en su día existentes el préstamo hipotecario concedido a Drac Blanc SL y en el estado en que se encontraba en el momento en que se realizó la subrogación, condenando a Bankia SA a devolver a Electro Hidráulica Llevant SA las cuotas hipotecarias abonadas desde el 4 de noviembre de 2.009, y consiguiente reconocimiento a favor de Bankia SA en el concurso de Drac Blanc SL de crédito con privilegio especial.". Se argumenta que "se trata de negocios celebrados entre distintas partes, pero integran un mismo acto jurídico, de suerte que la transmisión del inmueble se vincula a la sucesión en el préstamo, y que incluso, la parte del valor del bien que se transmitió y que excedía del crédito que se adquiría, se destinaba a la satisfacción del saldo pendiente del préstamo hipotecario pendiente del préstamo a dicha fecha. La ineficacia de la subrogación operada no actúa más que como consecuencia de la ineficacia del negocio de cesión de crédito, hallándose legitimada la Administración concursal para postular las que se derivan de su pretensión protectora de la masa activa.
Dicha resolución es apelada por la representación de Bankia SA, en petición principal de que se declare que la

rescisión no afecta a dicha entidad, y subsidiariamente, que no se le impongan las costas procesales en primera instancia. En cuanto a la petición principal, reitera su posición antes reseñada, y, añade que la subrogación ex artículo 1.205 CC no precisaba del consentimiento ni el conocimiento del deudor concursado, y no es un acto realizado por el deudor, y, por ello, la Administración concursal carece de legitimación activa; y la ausencia de perjuicio patrimonial. En cuanto a la petición subsidiaria, relativa a la imposición de costas, alega que a dicha entidad sólo le afectaba una parte de la demanda, no hay temeridad, y se sometió a la decisión del Tribunal; que la contestación a la demanda de Bankia se ha estimado parcialmente, y esa petición no consta ni en el suplico ni en el cuerpo de la demanda incidental, y no procedería la imposición de costas por aplicación del artículo 395.2 de la LEC.
Las representaciones de la Administración concursal y de la entidad Electro Hidráulica Llevant SL solicitan la confirmación de la sentencia recurrida. Se alega que la subrogación hipotecaria es una obligación accesoria que sigue a la principal, y que el negocio jurídico quedaría sin causa.
SEGUNDO.- La controversia de esta alzada se circunscribe a determinar la afectación de la rescisión al negocio jurídico de subrogación de préstamo hipotecario antes reseñado, esto es, a determinar hasta donde alcanzan los efectos de la rescisión del negocio jurídico de compraventa y de cesión de créditos.
A tal efecto, al art. 73.1 LC indica que "La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.". En su párrafo tercero el mismo artículo dispone que "El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado".
La aplicación de dicha norma al supuesto enjuiciado supone que deben restituirse las prestaciones a la situación existente el día 4 de noviembre de 1.999, y el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados, en este caso Electro Hidráulica Llevant SL tendrá la consideración de un crédito contra la masa. Con ello, estimamos improcedente que Bankia deba hacer el pago a dicha entidad de las cuotas hipotecarias con sus intereses, sino que Bankia deberá ingresar dicha suma en la cuenta del Juzgado. Las cuotas abonadas por la entidad Electro Hidráulica Llevant por la subrogación hipotecaria tendrán la consideración de deuda contra la masa, y deberán ser satisfechas por la Administración concursal por así disponerlo expresamente el artículo 73.3 LC. Quizás el matiz no tenga unos efectos prácticos muy relevantes, pues la obligación de Bankia de ingresar las cuotas hipotecarias (principal e intereses) desde la subrogación continúa subsistente, pero tal suma no debe ser entregada a Electro Hidráulica Llevant, sino a la Administración Concursal, y, posteriormente, ésta entregarla a la aludida codemandada deudora como crédito contra la masa. De este modo se produce la restitución de las prestaciones establecida en el artículo 73.1 LC.
En lo demás, la Sala ratifica la acertada argumentación de la sentencia de instancia, destacando que nos hallamos ante un mismo acto jurídico, en el cual, efectivamente, se recogen diversos negocios jurídicos distintos entre sí: una cesión de crédito, una compraventa en pago de un crédito (una cesión pro soluto), y una subrogación hipotecaria, de modo que la entidad compradora asume el pago del saldo pendiente de un préstamo con garantía hipotecaria que grava el bien adquirido. Es un hecho decisivo que la entidad Bankia conocía la existencia de los negocios jurídicos anteriores, pues un representante suyo estuvo presente en el otorgamiento de la tan referida escritura. La subrogación hipotecaria es totalmente conexa a la compraventa antes reseñada y estrechamente vinculada a la misma, y sin tal subrogación presumiblemente no se habría celebrado el íntegro acto jurídico, o se habría optado por otras posibilidades. La subsistencia de la subrogación hipotecaria cuando se rescinde el negocio jurídico que constituye su antecedente y soporte se considera inviable y se ve arrastrada por el efecto jurídico de la rescisión antes expresado.
Se comparten muchos de los argumentos expresados por el recurrente, pero no la consecuencia jurídica pretendida. Así, es evidente que se la subrogación no precisaba del conocimiento y consentimiento del deudor (pero en el caso concreto sí concurre ese conocimiento y consentimiento), que la solución propuesta por dicha entidad de que la entidad compradora no obstante se rescinda la compraventa deba asumir el préstamo hipotecario no comportaría ningún perjuicio para la masa activa; o que en dicha escritura se recogen dos negocios jurídicos perfectamente válidos e independientes entre sí. Consideramos que la rescisión de la subrogación hipotecaria es una consecuencia de la rescisión de la compraventa y cesión de créditos que constituye su antecedente y base, como efecto derivado del artículo 73.1 de la LC, e improcedente la subsistencia de una subrogación hipotecaria cuando se ha declarado la rescisión de la compraventa y cesión de crédito que le sirve de base, resaltando que lo esencial es que integra un mismo acto jurídico. Ante tal situación concurre legitimación activa de la Administración concursal para el ejercicio de la acción rescisoria, y efecto de la misma la afectación de la subrogación de la hipoteca. Es evidente que ante un inmueble con una carga hipotecaria que es enajenado caben muchas posibilidades, como la seguida en el caso que nos ocupa, o que con el precio obtenido el vendedor la amortice, y, en su caso, concierte un nuevo préstamo, etc.., y en el caso enjuiciado se ha seguido la de subrogación, y, además en la misma escritura, de modo que la entidad bancaria conocía el negocio jurídico ahora rescindido, y que la compraventa y cesión de créditos era su presupuesto previo.
Cabe recordar que este mismo criterio sigue la SAP Asturias, Sec 1, de 3 de marzo de 2.011, al señalar en un caso similar que "la subrogación hipotecaria -prestación convenida como precio de la compraventadeberá volver a su situación inicial, para lo cual deberá otorgarse nueva escritura e inscripción registral a tal efecto entre las partes contratantes de la compraventa, todo ello simultáneamente a la reintegración. De ello se deriva además otra consecuencia, cual es que el crédito que la entidad acreedora Cajamadrid pudiera tener reconocido en el concurso deberá recuperar la naturaleza de crédito con el privilegio especial que señala el art.

90-1-1º L.C al venir afectado a la garantía hipotecaria del préstamo un bien integrante de la masa del concurso. Y por lo que se refiere a los gastos derivados de la restitución recíproca de las prestaciones, cabe señalar que cada de una de las partes deberá asumir los que se correspondan a la prestación que a ella le incumbe restituir, conforme a la regla de intercambio de prestaciones señalada en el art. 73-1 L.C. Así los gastos notariales y registrales para devolver la finca a la titularidad de la concursada deberán correr por cuenta de la compradora "Socreas XXI, S.L.", por ser ella quien debe llevar a cabo tal devolución, mientras que los gastos notariales y registrales para dejar sin efecto la novación en el préstamo hipotecario deberán correr a cuenta de la concursada, pues de igual manera es a ella a quien le incumbe devolver el precio." En parecido sentido, la SAP Asturias, sec 1, de 14 octubre 2.010.
TERCERO.- En cuanto a la alegación de que se trata de un acto realizado por el deudor, y, por ello, la Administración concursal carece de legitimación activa, debemos apreciar que, ciertamente, no ha sido la entidad concursada la que ha realizado los pagos de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario tras la subrogación, sino la entidad codemandada Electro Hidráulica Llevant SL, y desde esta perspectiva la Administración Concursal carece de legitimación activa para imponer a una codemandada el pago a otra codemandada. No obstante, tampoco pueden olvidarse los efectos de una rescisión conforme a los artículos 71.1 y 71.3 LC, y la consecuencia de la restitución de las prestaciones, consideramos, como ya se ha reseñado en el fundamento anterior, que Bankia debe devolver el importe de las cuotas a la concursada, y la Administración concursal abonarlas como crédito contra la masa a Electro Hidráulica Llevant, y con tal efecto no se plantea ningún problema de legitimación activa. Ello supone la estimación parcial de este recurso de apelación.”: SAP Baleares (Sección 5) 23.01.2014 (Sentencia 19/2014; Rollo 530/2013)

8. Caso de rescisión de garantía ya ejecutada

Tribunal Supremo

“13. En cuanto a los efectos de la rescisión, en principio, como hemos declarado en otros casos en que ha prosperado la rescisión de un acto de disposición del deudor concursado que consistía en la constitución de una garantía hipotecaria, procedería dejar sin efecto la garantía. Así lo declaramos en la Sentencia núm. 100/2014, de 30 de abril :
«El art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».
»Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción.
»Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía».
Ahora bien, en los casos en que la finca hipoteca hubiera sido enajenada antes de la declaración de concurso, y por ello o no pudiera ya ser cancelada la hipoteca o con dicha cancelación no se reparaba el perjuicio ocasionado en su día, al tiempo de constituir la garantía para la deudora hipotecante y luego concursada, en ese caso, el efecto de la rescisión no puede ser su cancelación, pues con ello no se satisface el interés de la masa con la rescisión concursal en la medida en que el bien gravado no forma parte de la masa activa. Tampoco procede en estos casos, como pide la demanda, la declaración retroactiva de nulidad de todos los asientos posteriores a la constitución de la hipoteca objeto de rescisión, ni tampoco la nulidad de la ejecución hipotecaria, en la medida en que la rescisión es una ineficacia funcional y no opera ex tunc.
No siendo posible la cancelación de la hipoteca, como efecto consiguiente a la rescisión, la beneficiaria de la garantía debería restituir a la masa el importe de la deuda de la concursada que se cubrió con la constitución de la garantía, siempre que no conste que el valor de la garantía era inferior (en atención al valor de realización del bien en ese momento). Ese sería, de forma orientativa, el desvalor sufrido por el bien hipotecado, cuando se realizó el acto objeto de rescisión, que es la constitución de la hipoteca, y que debió ponerse de manifiesto al tiempo de enajenarse el bien hipotecado (6 de octubre de 2009), cuyo valor se vio minorado por la deuda garantizada.
En este caso, ya hemos declarado acreditado que el importe del crédito dispuesto al tiempo de la renovación del crédito el 25 de abril de 2008, con la garantía hipotecaria objeto de rescisión, era de 556.569,90 euros. Como no consta que al tiempo de realizar la garantía el banco no obtuviera un valor inferior, valoramos el perjuicio ocasionado con el acto rescindido en esta suma de 556.569,90 euros, a los efectos de condenar al banco a su reintegración a la masa del concurso, al no satisfacerse el interés de la rescisión con la cancelación de la garantía por las razones indicadas (la finca se había enajenado antes de la declaración de concurso, y más tarde Caixabank ejecutó la garantía)”:.”: STS 26.03.2015 (Sentencia 143/2015; Recurso 1546/2013)

AP Madrid

“CUARTO.- En la medida en que la sentencia apelada declara la obligación de CEMEX de restituir a la masa activa las cantidades que hubiere percibido en el ejercicio de la prenda objeto de litigio, considera dicha apelante que se vulnera la doctrina recaída en aplicación del Art. 73-1 de la Ley Concursal ("La sentencia que

estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses"). Y ello por entender que cuando el acto de disposición consiste en la constitución de una garantía real, la rescisión ha de afectar exclusivamente al negocio de garantía y no al negocio subyacente, sin que la rescisión pueda extenderse a actos subsiguientes al declarado ineficaz.
Compartimos con la apelante, desde luego, la idea de que en supuestos como el que nos ocupa el perjuicio patrimonial se concentra en la garantía y no en el negocio obligacional, de manera que la sentencia que acoja la acción rescisoria únicamente debiera comportar, en principio, que las primitivas posiciones acreedoras derivadas del préstamo queden subsistentes aunque desprovistas de la garantía sobreañadida que les procuraba el acto rescindido. Así lo entiende también la S.T.S. de 30 de abril de 2014 cuando señala que "Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía...".
Ahora bien, por su propio fundamento o razón de ser, ese planteamiento solo resulta aplicable a aquellos supuestos en los que la garantía real objeto de rescisión se encuentra, al ser rescindida, en estado de latencia y no cuando dicha garantía ha sido ya realizada mediante su ejecución porque, de seguirse en dichos supuestos ese mismo criterio, la propia acción rescisoria carecería de sentido y resultaría completamente inútil para la masa pasiva del concurso. De ahí que, la muy reciente S.T.S. 26 de marzo de 2015, después de reiterar el criterio general establecido por la anteriormente mencionada de 30 de abril de 2014, lleve a cabo la siguiente acotación:
"...Ahora bien, en los casos en que la finca hipoteca hubiera sido enajenada antes de la declaración de concurso, y por ello o no pudiera ya ser cancelada la hipoteca o con dicha cancelación no se reparaba el perjuicio ocasionado en su día, al tiempo de constituir la garantía para la deudora hipotecante y luego concursada, en ese caso, el efecto de la rescisión no puede ser su cancelación, pues con ello no se satisface el interés de la masa con la rescisión concursal en la medida en que el bien gravado no forma parte de la masa activa... No siendo posible la cancelación de la hipoteca, como efecto consiguiente a la rescisión, la beneficiaria de la garantía debería restituir a la masa el importe de la deuda de la concursada que se cubrió con la constitución de la garantía..." (énfasis añadido).": SAP Madrid (Sección 28) 25.05.2015 (Sentencia 152/2015; Rollo 413/2013)

9. Rescindido un reconocimiento de deuda formalizado en escritura pública, la AP declara la extensión de la rescisión a las actuaciones judiciales del procedimiento de ejecución de dicha deuda y a la adjudicación de determinadas fincas al ejecutante(?)

AP Cádiz

"I.- ANTECEDENTES DE HECHO.
1º.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 1de los de Cádiz, se dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 2014 cuyo fallo literalmente transcrito dice: " *QUE ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la ADMINISTRACION CONCURSAL DE GESTION AGROPECUARIA Y MEDIOAMBIENTAL LOS ALCORNOCALES, S.L., contra la concursada e IGLESIAS PERAL, S.L., y en consecuencia procede:*
-Rescindir la rescisión del documento de reconocimiento de deuda otorgado ante el Notario de Los Barrios, Don Ramón Corrales Andreu, el día 7 de Abril de 2.011, con el nº 602 de protocolo, así como el acuerdo del Consejo de Administración de GESTION AGROPECUARIA Y MEDIOAMBIENTAL LOS ALCORNOCALES, S.L., que lo precedió y lo permitió adoptado con fecha 5 de Abril de 2.0011.
-Condenar a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.
-Y ello sin pronunciamiento en materia de costas."
2º.- Contra la antedicha sentencia por la representación de D. Dionisio, de D. Gabriel, de D. Justiniano y de Gestión Agropecuaria y Medioambiental Los Alcornocales, S.L. se interpusieron en tiempo y forma recursos de apelación que fueron admitidos a trámite por el Juez "a quo" remitiendo las actuaciones a esta Audiencia Provincial, dándose traslado de los referidos escritos de apelación a la parte contraria por término legal para que pudiera formular escrito de oposición o impugnación, el cual una vez presentado fue unido a autos.
3º.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose solicitado la práctica de prueba en esta segunda instancia, se señaló para votación y fallo, tras lo cual se hizo entrega al Iltmo. Sr. Ponente, para dictar la resolución procedente.
II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.
1º.- Se plantea en esta apelación por parte de la Administración Concursal, plenamente legitimada para el ejercicio de la acción de reintegración y del recurso, sin necesidad de realizar abono de tasas, como fue establecido por auto del juzgado, cuales sean las consecuencias o efectos a adoptar o declarar en el presente supuesto.
Declarada la rescisión del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración y de la escritura de reconocimiento de deuda, lo cual es firme al no haber sido objeto de recurso, unicamente se plantea cual deba ser la consecuencia de ello, ya que la sentencia de instancia nada adopta en tal sentido remitiendo a las partes a un recurso de revisión. El art 73 de la LC establece que "1. La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses. 2. Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de

los daños y perjuicios causados a la masa activa".
Los presupuestos de la acción de reintegración concursal presentan algunas particularidades, que la convierten en una acción rescisoria especial, así la acción rescisoria concursal comparte, en primer lugar, el presupuesto genérico de las acciones rescisorias, que es la existencia de un negocio válido (el negocio no es nulo, ni siquiera anulable), pero que se pretende hacer ineficaz, como consecuencia de su carácter perjudicial. La acción rescisoria concursal no exige la concurrencia de ningún elemento intencional. Para eliminar cualquier duda en relación con el elemento subjetivo, se precisa que la rescisión procede aunque no haya existido intención fraudulenta. Como sucede con las acciones rescisorias, el efecto esencial de la acción de reintegración supone siempre que sea traída o reintegrada a la masa activa del concursado una serie de bienes, derechos o créditos que han salido de la misma en perjuicio de la masa de acreedores. La sentencia que estime la acción de reintegración ha de declarar la ineficacia del acto impugnado (no su nulidad ni anulabilidad) y condenar a la restitución de las recíprocas prestaciones, con sus frutos e intereses.
No obstante, en ciertos casos que no es posible llevar a cabo dicha restitución, bien por haber pasado a pertenecer dichos bienes a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia goce de irreivindicabilidad o de protección registral, tampoco queda desprotegida la masa activa del concursado pues se condena a quien haya sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más intereses.
En el presente supuesto, como consta acreditado, la parte demandada la entidad Iglesias Peral SL, es aquella en cuyo favor se adoptó por parte del Consejo de Administración la decisión de otorgar reconocimiento de deuda, quien se benefició de la escritura realizada en tal sentido y quien al día siguiente de la escritura inició el ejercicio de acciones ejecutivas, que dieron lugar a la adquisición por la misma de las fincas de la concursada.
No consta transmisión de dichas fincas a tercero protegido por la fe publica registral, sino que la demandada permanece en la posesión y titularidad de las mismas, por lo cual y en el ejercicio de la acción de reintegración, y de acuerdo con las consecuencias normales ordinarias de tal acción es procedente acordar la restitución o reintegración de las mismas al patrimonio de la concursada, para así proceder a la distribución entre los diversos acreedores en base al principio "pars conditio creditorum", ya que no existe tercero implicado que haya debido ser demandado, sino que unicamente dicha demandada es quien ha sido y debe ser parte en el procedimiento, pues es a la única que afecta la resolución que se dicte. No es obstáculo para ello que las fincas hayan sido inscritas a nombre de la demandada, pues precisamente por dicha circunstancia y por haber tenido oportunidad de defenderse plenamente, no existe indefensión alguna, y debiendo acordar asimismo la ineficacia de la inscripción de dichas fincas en el registro de la propiedad y la ineficacia del decreto que acordó la adjudicación de dichos bienes, pues el juez del concurso es precisamente quien tiene competencia para acordar todas las cuestiones relativas al mismo, y en concreto las acciones de reintegro, con las consecuencias derivadas de dicha declaración, ya que en otro caso resultarían inútiles gran parte de las acciones ejercitadas en los concursos, con el consiguiente perjuicio de los acreedores, que es lo que se pretende evitar.
Pero asimismo, las sentencias deben recoger no solo lo pedido expresamente sino deben adoptar las medidas o pronunciamientos necesarios para que el efecto jurídico previsto en la ley se pueda producir, y en el presente supuesto, con la mera declaración de rescisión del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración y de la escritura de reconocimiento de deuda, nada de ello se produce, siendo una mera sentencia declarativa, pero ajena al reintegro de la masa que es lo que el legislador previó y estableció en la normativa concursal, sin que la remisión a otro procedimiento (recurso de revisión) sea correcta, pues el único procedimiento adecuado para resolver las cuestiones planteadas, es el incidente concursal que se tramita en las presentes actuaciones, por todo lo cual y en su consecuencia es procedente la estimación del recurso presentado por la Administración Concursal y demás recurrentes, acordando la revocación parcial de la sentencia recurrida, estimando íntegramente la demanda presentada, todo ello con imposición a la demandada, ntidad Iglesias Peral SL de las costas de la instancia, sin hacer expresa imposición de las producidas en esta alzada.
VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.
FALLAMOS
Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Administración Concursal de la entidad Gestión Agropecuaria y Medioambiental los Alcornocales SL,, así como de D. Gabriel, D. Justiniano y de Gestión Agropecuaria y Medioambiental Los Alcornocales S. L, todos contra la sentencia dictada por el Iltmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Cádiz en los autos de que este rollo trae causa, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, y en su consecuencia y estimando íntegramente la demanda presentada por la Administración Concursal de la entidad Gestión Agropecuaria y Medioambiental los Alcornocales SL contra la entidad Iglesias PeraL SL, y contra la concursada Gestión Agropecuaria y Medioambiental los Alcornocales SL (quien se allanó a las pretensiones), debemos acordar y acordamos haber lugar a la acción de reintegración y en su consecuencia debemos declarar y declaramos además de las rescisiones del acuerdo del Consejo de Administración de la entidad Gestión Agropecuaria y Medioambiental los Alcornocales SL de 6-4-2011, y la de la escritura de reconocimiento de deuda de fecha 7-4-2011, acordadas en la primera instancia, debemos dejar sin efecto el Decreto de 23-11-2011 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de los de Algeciras en autos de Ejecución 771/11, que adjudicó a la demandada las fincas propiedad de la entidad Gestión Agropecuaria y Medioambiental los Alcornocales SL números NUM000, NUM001 y NUM002 del Registro de la Propiedad nº 2 de los de Algeciras, así como debemos dejar sin efecto las inscripciones realizadas en el registro a nombre de la demandada, Iglesias Peral SL, acordando el reintegro de dichas fincas a la masa activa de la concursada Gestión Agropecuaria y Medioambiental los Alcornocales SL, todo ello con imposición a la demandada, la entidad Iglesias Peral SL, de las costas de la instancia, sin hacer expresa imposición de las producidas en esta alzada, acordando la devolución de los depósitos

constituidos.”: SAP Cádiz (Sección 5) 12.05.2015 (Sentencia 208/2015; Rollo 660/2014)

10. Caso de rescisión de venta con subrogación en hipoteca preexistente y habiéndose trabado embargo en ejecución contra el adquirentre

AP Cantabria

“PRIMERO.- Por la Administración Concursal de Desarrollos Cántabros Patrimoniales S.L. se interpone recurso de Apelación contra la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda: declaró que la hipoteca constituida a favor del Banco Santander, en escritura pública de 10 julio de 2009 sobre la finca, vivienda unifamiliar señalada con el número 1, al sitio de Somocuevas, en el pueblo de Liencres, Ayuntamiento de Pielagos, inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Santander al Tomo NUM001, Libro NUM002 del Piélagos, folio NUM003 Finca nº NUM004, es perjudicial para la masa activa y acuerda su rescisión e ineficacia; declara que la venta con subrogación de hipoteca llevada a cabo en escritura pública de 10 septiembre de 2009 otorgada ante el Notario Sr. Ramos González nº de protocolo 3211 es perjudicial para la masa activa de la concursada y acuerda la rescisión e ineficacia del contrato condenando a Fundisan S.L. a la restitución de la finca nº NUM000 vivienda unifamiliar al sito de Somocuevas, pueblo de Liencres y Ayuntamiento de Piélagos, inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Santander tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003, finca NUM004; ordena cancelar la inscripción registral de hipoteca a favor del Banco Santander y de compraventa con subrogación; declara la existencia de un crédito contra la masa a favor de Fundisan S.L. por importe de 251.262,19 Euros. (...)
TERCERO.- El siguiente motivo del recurso son las consecuencias que la sentencia no admite, derivadas de la rescisión e ineficacia de las operaciones recogidas en el fallo de la sentencia.
Respecto al levantamiento del embargo sobre la vivienda unifamiliar nº 1 de Somocuevas, acordado a favor del Gobierno de Cantabria por deudas de Fundisan. Procede confirmar la sentencia de instancia en este punto. El embargo, como medida cautelar, no fue acordado por el Juzgado de lo Mercantil, sino por otro Juzgado, único competente para alzar la medida acordada. Segundo porque rescindida la compraventa y volviendo el inmueble a la propiedad de la concursada, es de aplicación el art. 55 LC.
Respecto a las cantidades pagadas por Fundisan S.L. a Caixabank, por el préstamo hipotecario de Desarrollos Cántabros Patrimoniales S.L., no se trata de pagos que afecten a la masa activa de la concursada, ella no pagó; se trata de pagos hechos por un tercero. Por ello no procede que la entidad bancaria reintegre a la masa dichas cantidades. Además los préstamos hipotecarios de titularidad de la concursada se han visto disminuidos en las cantidades pagadas por dicho tercero, Fundisan S.L., por lo que no se ha producido ningún perjuicio patrimonial a la concursada.”: SAP Cantabria (Sección 4) 04.03.2015 (Sentencia 93/2015; Rollo 293/2014)

“PRIMERO. Por la Administración Concursal de Desarrollos Cántabros Patrimoniales S.L. Y por El Abogado del estado en representación de la AEAT se interpone recurso de Apelación contra la sentencia de instancia que estimo parcialmente la demanda: declaro que la compraventa con subrogación de hipoteca realizada el 10 de septiembre de 20009 ante el notario D. Julio Ramos González, bajo el número de protocolo 3212 esa perjudicial para la masa activa y acordó la rescisión e ineficacia del referido contrato, condenando a Fundisan S.L. a la restitución de las fincas descritas en el fundamento de derecho primero. Ordeno cancelar las inscripciones registrales de compraventa con subrogación derivadas de dichas declaraciones, declaro la existencia de sendos créditos contra la masa a favor de Fundisan S.L. uno por importe de 136.246,13 Euros y por la cantidad de 22.000 Euros abonadas por ella en concepto de cuotas de préstamo hipotecario constituido a favor de Barclays. Sin hacer imposición de las costas procesales de la 1ª instancia, e imponiendo las costas derivadas de la demanda dirigida por los administradores concursales contra Barclays Bank S.A.a dicha parte demandante. (...)
TERCERO. El segundo motivo del recurso interpuesto por la administración concursal es que se estime la acción dirigida contra la entidad bancaria Barclays Bank S.A.
Las cantidades pagadas por Fundisan S.L. a barclays bank S.A., por el préstamo hipotecario de Desarrollos Cántabros Patrimoniales S.L., no se trata de pagos que afecten a la masa activa de la concursada, está no realizó ningún pago desde la declaración del concurso; se trata de pagos hechos por un tercero. Por ello no procede que la entidad bancaria reintegre a la masa dichas cantidades. Además el préstamo hipotecario de titularidad de la concursada se han visto reducido en las cantidades pagadas por dicho tercero, Fundisan S.L., por lo que no se ha producido ningún perjuicio patrimonial a la concursada.”: SAP Cantabria (Sección 4) 04.03.2015 (Sentencia 95/2015; Rollo 297/2014)

“PRIMERO.-La sentencia estima la acción de reintegración rescindiendo la venta de vivienda hipotecada en Benidorm en 2009 de la hoy concursada a COMERCIAL FUNDISAN SL; sin embargo desestima que también se rescinda la hipoteca que garantizaba un crédito de 2006 a favor de Banco Pastor SA y deudora la hoy concursada.
Desestima también el levantamiento del embargo de la misma finca acordada por el J. de Instrucción nº 2 en 2010 a favor de FUNDISAN.
Desestima también la pretensión de la Agencia Tributaria de calificar el crédito de Fundisán como subordinado y lo califica contra la masa. La agencia pide se aplique el art 73 LC al mantener que hubo mala fe, en cuanto una misma persona- D. Leovigildo - realizó todas las operaciones actuando a través del testaferro
D. Jose Ramón. (...)

b) Plantea también la AC en la misma filosofía que el motivo anterior, que el Gobierno de Cantabria debe anular la anotación de embargo y el embargo mismo producido en pleito en que dicho Gobierno reclama frente a Fundisán y producido sobre la vivienda litigiosa. Si cabe levantar los embargos o la anotación de embargo sobre la finca producida a instancia del Gobierno de Cantabria(se pide en la demanda).. O si se ha de acordar por el Juzgado que lleva la reclamación de dicho Gobierno por deuda de Fundisan.
A juicio de la Sala es el Juzgado que tramita el pleito(principal) quien es el competente para adoptar la medida cautelar, modificarla o alzarla con las excepciones o particularidades contenidas en su regulación, art 721 y ss LEC. No se cita norma especial por parte de la recurrente que venga en apoyo de su recurso en la L.Concursal que derogue la norma general contenida en la LEC. Y de los arts 71 a 73 en relación con el art 55 hemos de entender aplicando el principio general que la de afectar al Registro el acto o contrato que anula el juez. El embargo no es un acto hecho por el deudor(se produce en la relación entre Fundisan y un tercero)
Desestimamos el motivo.
c) Se refiere también esta apelante a las cantidades que Fundisan ha de recuperar como efecto de la acción de reitegración.
Que las cantidades, que desconoce la AC, abonadas por Fundisán desde la declaración del concurso al Banco Pastor como amortizaciones parciales sean devueltas por el Banco a la masa activa del concurso.
Esta Sala, dentro de la dificultad del tema, entiende que esas cantidades, amortizaciones parciales del préstamo, no fueron abonadas por la masa de acreedores de la concursada, por tanto no se produjo un perjuicio ni tiene derecho a recuperar unas cantidades no abonadas por la masa activa de concursada. Técnicamente podemos afirmar que en las relaciones concursada prestataria-Banco prestamista quien pagó fue un tercero -Fundisán-.
Y la Sala, además, añade un segundo argumento en contra de la postura de la AC, y es que esos abonos de cantidades amortizaciones parciales del préstamo no perjudican a la concursada en cuanto más bien la favorecen en lo que supone las amortizaciones parciales correlativas del préstamo con cada cuota abonada.”: SAP Cantabria (Sección 4) 05.03.2015 (Sentencia 96/2015; Rollo 295/2014)

“NOVENO.- Expuestas estas seis consideraciones, resolveremos ahora brevemente los diferentes motivos de recurso. El interpuesto por los administradores concursales, aunque extenso, incide una y otra vez en un sólo motivo de recurso, basado en la existencia de perjuicio para el concurso que derivaría de de que la concursada no quedó liberada de las obligaciones nacidas del contrato de préstamo hipotecario concertado con BANCAJA, hoy BANKIA, el día 18 de mayo de 2007, y ello con fundamento en que ésta no habría aceptado la sustitución de un deudor por otro ("subrogación", lo llama la apelante). El recurso debe prosperar y ser estimada la acción de rescisión, con la consecuencia de volver a la masa los bienes inmuebles que salieron del patrimonio de la concursada el día 27 de agosto de 2009, con la consiguiente cancelación de la inscripción registral mediante la que trasladó al Registro de la Propiedad esa transmisión.
DÉCIMO.- Los administradores concursales reiteran en vía de recurso la pretensión de que se cancele el embargo trabado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Santander, en fecha 10 de marzo de 2010, con fundamento en que la ineficacia de la venta conllevaría la cancelación de la inscripción registral a favor de COMERCIAL FUNDISAN, S.L., y por tanto del embargo anotado por virtud de las responsabilidades haya exigibles. El motivo debe decaer con fundamento en las acertadas razones que se contiene en el fundamento de derecho cuarto de la resolución recurrida, que no son ni siquiera mencionadas o atacadas en el recurso, y que se dan aquí por reproducidas. Debe recordarse otra vez a la administración concursal que el efecto propio de la acción rescisoria no es la invalidez absoluta del negocio, como si este nunca hubiera tenido existencia, sino una ineficacia relativa que se limita a las partes que concertaron el negocio causante del perjuicio al acreedor o al concurso. De manera que los terceros embargantes, como es el caso del Gobierno de Cantabria, no se ven afectados por la declaración de ineficacia del contrato.
UNDÉCIMO.- Los administradores concursales también reiteran la pretensión de reintegración, a la masa, de las cantidades que COMERCIAL FUNDISAN, S.L., haya pagado a BANCAJA por título de amortización del préstamo hipotecario que ésta concertó con DESARROLLOS CÁNTABROS PATRIMONIALES, S.L., el 18 de mayo de 2007; pretensión que debe merecer la misma respuesta negativa que la dada en nuestra reciente sentencia de 4 de marzo de 2015, dictada en el rollo de apelación número 297/2014, y ello con fundamento en que "no se trata de pagos que afecten a la masa activa de la concursada, está no realizó ningún pago desde la declaración del concurso y se trata de pagos hechos por un tercero. Por ello no procede que la entidad bancaria reintegre a la masa dichas cantidades. Además, el préstamo hipotecario titularidad de la concursada se ha visto reducido en las cantidades pagadas por dicho tercero, Fundisan S.L., por lo que no se ha producido ningún perjuicio patrimonial a la concursada". “:SAP Cantabria (Sección 4) 09.03.2015 (Sentencia 97/2015; Rollo 294/2014)

“En el segundo motivo se propugna que las cantidades que Fundisan abonó al Banco prestamista desde el concurso sean devueltas por el Banco. Ya benefició a la masa pasiva del concurso los pagos amortizadores hechos por Fundisan, al disminuir su deuda.Y en su caso(al margen los alquileres, que se trata de otro concepto y otro tratamiento jurídico) si de deshacer lo hecho se trata con la acción que se ejercita, sería Fundisan quien tendría derecho a la devolución no la concursada..
Reproducimos lo expuesto en el rollo 295-14 al responder a cuestión semejante:
" Que las cantidades, que desconoce la AC, abonadas por Fundisán desde la declaración del concurso al Banco Pastor como amortizaciones parciales sean devueltas por el Banco a la masa activa del concurso.
Esta Sala, dentro de la dificultad del tema, entiende que esas cantidades, amortizaciones parciales del préstamo, no fueron abonadas por la masa de acreedores de la concursada, por tanto no se produjo un

perjuicio ni tiene derecho a recuperar unas cantidades no abonadas por la masa activa de concursada. Técnicamente podemos afirmar que en las relaciones concursada prestataria-Banco prestamista quien pagó fue un tercero -Fundisán-.
Y la Sala, además, añade un segundo argumento en contra de la postura de la AC, y es que esos abonos de cantidades amortizaciones parciales del préstamo no perjudican a la concursada en cuanto más bien la favorecen en lo que supone l amortizaciones parciales correlativas del préstamo con cada cuota abonada."
El tercer motivo
En el que se propugna la cancelación de la anotación de embargo a favor del Gobierno de Cantabria.
Este punto también fue resuelto en el referido rollo 295-14, con el siguiente texto, que reproducimos:
"Plantea también la AC en la misma filosofía que en el motivo anterior que el Gobierno de Cantabria debe anular la anotación de embargo y el embargo mismo producido en pleito en que dicho Gobierno reclama frente a Fundisán y producido sobre la vivienda litigiosa. Discute si cabe levantar los embargos o la anotación de embargo sobre la finca producida a instancia del Gobierno de Cantabria en este procedimiento o si se ha de acordar por el Juzgado que lleva la reclamación de dicho Gobierno por deuda de Fundisán.
A juicio de la Sala es el Juzgado que tramita el pleito (principal) quien es el competente para adoptar la medida cautelar, modificarla o alzarla con las excepciones o particularidades contenidas en su regulación, art 721 y ss LEC. No se cita norma especial por parte de la recurrente que venga en apoyo de su recurso en la L. Concursal que derogue la norma general contenida en la LEC. Y de los arts 71 a 73 en relación con el art 55 LC hemos de entender aplicando el principio general que ha de afectar al Registro el acto o contrato que anula el juez. El embargo no es un acto hecho por el deudor (se produce en la relación entre Fundisán y un tercero)".
Desestimamos el motivo.": SAP Cantabria (Sección 4) 21.04.2015 (Sentencia 166/2015; Rollo 292/2014)

11. Rescindido un pago por compensación contable, no procede la restitución de efectivo realmente no percibido

AP Barcelona

"8. El recurso imputa incongruencia a la resolución recurrida en dos de sus motivos: (i) de forma clara y directa, en el cuarto, en el que denuncia la indebida condena a la reintegración de cantidades, con infracción del artículo 73.1 LC y del artículo 218 LEC; (ii) de forma indirecta en el primero, en el que imputa a la resolución recurrida error en la fijación de la posición de cada una de las partes para afirmar que la demanda de la AC no interesaba la reintegración de pago alguno sino solo de unas operaciones contables, razón que no permite explicar la condena al pago de cantidades.
9. Tiene toda la razón la recurrente cuando imputa incongruencia a la resolución recurrida. La condena al pago de una cantidad no se puede justificar de ninguna forma desde la perspectiva formal que sigue la demanda, y que sustancialmente es la misma que acoge la sentencia, respecto a cuál es el acto impugnado, esto es, los asientos contables. Habría que explicar por qué razón de la cancelación de unos asientos se deriva que la demandada deba hacer el pago de una cantidad, lo que no creemos que resulte tarea fácil, y desde luego que la resolución recurrida no lo explica y se limita a considerar que el pago es un efecto de la rescisión de los asientos.
10. A ello debemos añadir que tampoco desde la perspectiva sustancial a la que hemos hecho referencia en el fundamento anterior, esto es, la de que lo impugnado no son realmente los asientos sino las operaciones de compensación que los mismos reflejan, podemos llegar a una conclusión distinta. Aún aceptando que la compensación es improcedente por ser perjudicial para la masa, la consecuencia no es la condena al pago sino exclusivamente la necesidad de reconocer en el inventario un crédito a favor de la masa y en contra de Retineo.
11. Tiene razón la recurrente cuando alega que la vía del incidente del artículo 71 LC no permite justificar una condena dineraria, salvo en la medida que lo justifique el artículo 73.1 LC. De manera que, para que hubiera estado justificada la condena, hubiera sido preciso que el acto impugnado hubiera sido un pago, lo que no es el caso, al menos de forma directa.": SAP Barcelona (Sección 15) 01.12.2014 (Sentencia 388/2014; Rollo 380/2014)

AP Madrid

"TERCERO.- Establecido cuanto antecede, consideramos que existe un aspecto de la problemática tratada en el que asiste la razón al recurrente. Según el apartado 1 del Art. 73 de la Ley Concursal, regulador de los efectos de la rescisión, "La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses". Pues bien, si tenemos en cuenta que, en lo referente a la suma de la que ahora tratamos (600.000 #), no existió transferencia dineraria alguna en provecho del Sr. Javier sino una simple anotación contable que reducía en tal cantidad el saldo deudor que dicho señor mantenía con la sociedad, es claro que la rescisión nunca podría consistir en la restitución de prestación alguna desde el momento en que ninguna prestación fue efectuada. Por tal motivo, el éxito de la acción de reintegración en relación con dicho concepto solo puede consistir, tal y como señala el referido Art. 73-1, en la declaración de ineficacia del acto impugnado, esto es, en la desaparición de la vida jurídica tanto del asiento contable por el que se abonó a dicho apelante la suma de 600.000 # como -con independencia del tratamiento fiscal que corresponda- del correlativo asiento de cargo de 210.000 # simultáneamente practicado en razón al I.R.P.F. que habría generado el mencionado abono, de tal suerte que la situación de la hoja contable en cuestión vuelva al mismo estado en que se encontraba con anterioridad a la práctica de ambos asientos. Y ello con las consecuencias que esa rescisión deba tener tanto en relación al

inventario como en relación con la composición de la lista de acreedores del informe de la Administración Concursal.
De no ser así, esto es, de admitirse la posibilidad de condena al Sr. Javier a la restitución de una cantidad que realmente no ha percibido mediante el acto impugnado y rescindido, nos encontraríamos ante una consecuencia extraña al éxito de una acción rescisoria: ese pronunciamiento condenatorio sería más bien el correspondiente al hipotético ejercicio exitoso de una acción de reclamación de cantidad de la concursada frente a su deudor de las previstas en el Art. 54 de la Ley Concursal, acción que ni es la que ha alcanzado éxito en la sentencia apelada (esta se limita a estimar la acción rescisoria del Art. 71 de la Ley Concursal en pronunciamiento que ha sido consentido por la Administración Concursal), ni obedece a los mismos presupuestos -incluso de carácter competencial- que la acción rescisoria propiamente dicha.": SAP Madrid (Sección 28) 19.01.2015 (Sentencia 18/2015; Rollo 128/2014)

12. Rescisión de acuerdo de quita y pago parcial

AP Barcelona

"DÉCIMO.-Por cuanto antecede, debemos confirmar que los contratos resultaron perjudiciales para la masa activa, pese a las quitas pactadas y, en consecuencia, procede su rescisión. La rescisión alcanza a los contratos en su conjunto y no sólo a los pagos, como erróneamente sostiene la sentencia de instancia en su fundamento cuarto. Así lo solicitó la administración concursal en su demanda y así debe ser, pues en caso contrario únicamente se rescindiría aquello que perjudica a la masa, dejando incólume lo que le beneficia (las quitas y las esperas).
Como efecto de la rescisión, habrá que restaurar la situación inmediatamente anterior al acto impugnado (artículo 73 de la Ley Concursal). Las demandadas deberán reintegrar a la masa las cantidades percibidas y sus créditos deberán incluirse en la masa pasiva del concurso en su totalidad, esto es, sin tomar en consideración las quitas pactadas, a las que también alcanza la ineficacia sobrevenida como consecuencia de la rescisión concursal. Este último efecto no fue postulado en la demanda y no se reconoció en la sentencia, alcanzando a todas las demandadas, incluidas quienes no han recurrido.": SAP Barcelona (Sección 15) 16.06.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 249/2013)

2. Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

Art 73.2

1. Irreivindicabilidad. Mala fe. Condena a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

AP La Rioja

"QUINTO.- Respecto de la mala fe.
Establece el art. 73 Ley Concursal los efectos de la rescisión estableciendo en su primer apartado como norma general que los mismos consistirán en declarar la ineficacia del acto impugnado y condenar a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses; en su segundo apartado este articulo dispone: " *Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.* "
Esa mala fe no se presume nunca por lo que habrá de demostrarse, correspondiendo su carga al que pretenda extraer consecuencias favorables de tal declaración, es decir en el presente supuesto la parte actora, la Administración concursal de M.A. Corral S.L, y es sabido que para ello en la mayoría de las ocasiones debe desvelarse la intención de los contratantes mediante pruebas indirectas o de indicios.
También y de cara a entender la mala fe que debe demostrarse conviene señalar que la STS de 16-9-2010 indica que " *La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico* ". Doctrina que se reitera en la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27-10-2010, al decir " *La apreciación de mala fe a los efectos del artículo 73.3, in fine, no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores* " y de las circunstancias concurrentes cabe deducir la existencia de esa mala fe, en una maniobra que buscando el amparo de la escritura pública de compraventa lo que realiza es

una mera ficción de enajenación en perjuicio de los acreedores de la concursa.
Para llegar a tal conclusión cabe tener en cuenta las siguientes consideraciones.
En primer lugar debe atenderse al ya indicado perjuicio económico que supone para la masa del concurso el mero hecho de la existencia de la compraventa en la manera formalmente realizada.
En segundo lugar cabe señalar que no se ha procedido a realizar abono alguno por parte de Carvallo Estructuras S.L, en cumplimiento de los propios términos el contrato puesto que señalado el precio en 2.026.415,37.-euros para su pago se contemplaba que (f.-66) "... *la sociedad compradora se subroga en todas las cargas reseñadas en el particular de cargas de la presente escritura, y en los importes de las rentas pendientes de pago de los contratos de arrendamiento financiero que se reseñan en la estipulación "A" anterior; liberando a la parte vendedora de toda responsabilidad por dichas cargas y contratos*..." sin haber realizado pago alguno por tales conceptos ya a lo titulares de las cargas (f.-144-147 requerimiento de pago por Primarco France al domicilio que figuraba como de la sociedad siendo desconocido y finalmente a la dirección de C/ Ercilla 20, 6º Bilbao dejado aviso f.-148-151) ya a los titulares de los arrendamientos financieros respecto de los cuales tampoco consta que se comunicara en modo alguno la subrogación, ni mucho menos que estos prestaran su conformidad (152 y ss y declaración Sr. Urbano).
En tercer lugar debe atenderse a la propia naturaleza de la mercantil adquirente puesto que no en vano Carvallo Estructuras S.L, fue creada en fecha 16-10-2007 (f.-133 Registro Mercantil) con un capital social de 3.006.-euros, con unas cuentas anuales correspondientes al año 2007 con un resultado de 0 euros, en un marco de inactividad (f.-141-142), y sin que se hayan llegado a depositar tan siquiera la cuentas del año 2008 (f.-134) según consulta realizada el 20-1-2010, pese a la adquisición realizada en virtud de la escritura pública de 10-12-2008, es decir en modo alguno se ha llegado a acreditar capacidad económica alguna para hacer frente a los compromisos adquiridos.
En cuarto lugar no cabe menos que señalar la cuando menos la "curiosa" situación que se ofrece de una empresa que se ha vendido en su totalidad pero respecto de la cual el padre del titular que vendió, Sr. Federico continúe yendo a las instalaciones objeto del contrato señalando que la finca está "a la venta".
Por lo tanto cabe concluir entendiendo que se ha estimado de manera adecuada la concurrencia de mala fe.
En la demanda (f.-1-20) se contempla petición indemnizatoria de indemnización de daños y perjuicios por vía del art. 73 LC "... *en la totalidad de los de los daños y perjuicios causados a la masa activa* ".
Se comparte el criterio del Juzgado de lo Mercantil atendiendo a los perjuicios ciertos que se originan como consecuencia de la inexistencia de relación de maquinaria y utillaje al momento del contrato y ello debido a la actitud manifestada tanto por Carvallo Estructuras S.L como por Urbano como Administrador único de la mercantil Miguel Ángel Corral S.L al momento del contrato y que origina una evidente situación de perjuicio para la masa al *no* poder disponer de elementos necesarios para su valoración. De igual manera se considera respecto de la enajenación en atención al valor fijado para la venta de la finca
Por parte del Juzgado de lo Mercantil se realiza una cuantificación de los mismos que se fijan en la cantidad de 435.345,65.- euros, cantidad a la que asciende la diferencia entre el precio de la venta de la finca y su valoración a efecto de subasta una vez deducido el importe de las cargas hipotecarias, en base a la prueba documental obrante en la causa.”: SAP La Rioja (Sección 1) 24.09.2012 (Sentencia 310/2012; Rollo 154/2012)

AP Lleida

“Per últim i en relació a la declaració de responsabilitat subsidiària del Banc de Sabadell, tampoc podem donar la raó a la part apel·lant. Efectivament l' article 73.2 de la LC sí és aplicable al cas present. Fa l'esmentat precepte " Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa". Sosté la part apel·lant que a l'haver estat el Banc de Sabadell part demandada no li és aplicable el precepte ja que aquest es refereix a "... no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado". Resulta però que el Banc de Sabadell en aquest procediment té una doble posició, la de demandat, però també la de hom que va contractar amb el concursat ja que LEDECO va percebre de Europromociones Bali, S.L els diners que aquell li devia i que varen passar a integrar el seu patrimoni, desprès varen sortir d'aquell en favor de societats del grup i d'aquestes novament a favor de Banc de Sabadell, autèntic beneficiat de l'operació i que, com la pròpia l'entitat clarament sosté, no s'hagués concedit el crèdit hipotecari si no s'hagués assegurat prèviament el Banc de que els diners obtinguts anirien destinats a cobrir descoberts de LEDECO i empreses del grup que mantenien amb el propi Banc el que fa que pugui apreciar-se mala fe en el Banc, o com diu el precepte esmentat. si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa".”: SAP Lleida (Sección 2) 05.01.2013 (Sentencia 39/2013; Rollo 583/2012)

“SEXTO.-. Con respecto al préstamo hipotecario de 550.000 #, la ineficacia abarca no sólo a la garantía real de hipoteca, sino también al préstamo garantizado por aquella, que deberá ser restituido por las sociedades del grupo que recibieron parte de su importe de Tractomotor, sin que pueda existir impedimento procesal porque también han sido parte demandada en este procedimiento. Y a tenor de lo establecido en el art. 73.2 de la LC, en caso que dichas sociedades no puedan restituirlo (pues también se encuentra en situación de concurso o en liquidación o ya liquidadas), deberá ser restituido su importe por la prestamista Banco Popular, por cuanto ha sido parte en la operación que se rescinde y, además, ha sido la receptora final del importe del préstamo, pues

se destinó por las sociedades del grupo a satisfacer sus deudas con Banco Popular. Esta obligación de restitución se extiende también a las cantidades destinadas al pago de deudas que aquellas sociedades del grupo mantenían con acreedores distintos de Banco Popular, por así resultar del contenido del art. 73.2. Debe precisarse que no procede efectuar ningún tipo de declaración de mala fe ni efectuar pronunciamiento sobre daños y perjuicios causados a la masa activa, como dispone el precepto citado, por no haber sido solicitado por la AC demandante.": SAP Lleida (Sección 2) 05.12.2014 (Sentencia 523/2014; Rollo 501/2014)

"SEGUNDO.-Analizando en primer lugar el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal, combate el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia, relativo a la absolución de BNM en cuanto a las peticiones formuladas contra la misma, al considerar que concurren los requisitos necesarios para apreciar mala fe en su conducta, de modo que la misma debe ser condenada a restituir a la masa activa, solidariamente con la sociedad SERGESPROM, SL, la cantidad de 131.500 #, tal y como solicitaban en el escrito de demanda.
Alega que el juzgador ha incurrido en un error en la valoración de la prueba por cuanto en la conducta de BMN se aprecia el aspecto objetivo de la mala fe, siendo "merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico".
Pone de manifiesto igualmente que el juez equipara la mala fe de la persona que contrata con la concursada (SERGESPROM, SL) con la buena o mala fe del tercero subadquirente, en este caso BMN, lo que no resulta en modo alguno ajustado a derecho. Concreta que en este caso BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente, sin que resulte exigible la existencia del aspecto objetivo al que hace referencia la sentencia recurrida, por cuanto dicha entidad era plenamente conocedora de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión, tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
La cantidad que es objeto de reclamación a la entidad financiera BMN tiene su origen en la operativa llevada a cabo entre la concursada, PROMOINVERSIONS 2003, SL y BMN en fechas 23 de mayo y 14 de junio de 2012, inmediatamente antes de presentar la solicitud del concurso en fecha 31 de julio de 2012, cuando se formalizaron cuatro compraventas con subrogación de hipoteca de cuatro inmuebles (dos a favor de la mercantil TERRES I PROJECTES, SLU y otros dos a favor de CARPINTERIA DEL PALLARS GROUP, SL) que la propia concursada tenía gravados con cargas hipotecarias a favor de BMN.
A raíz de dichas compraventas con subrogación hipotecaria, se generó un IVA por importe de 2.261.889,40 euros, que se ingresó en una cuenta aperturada a nombre de la concursada en la entidad BMN. Sin embargo, dicho importe no se ingresó a la Hacienda Pública, tal y como la legalmente exigible, sino que se destinó, mayoritariamente, a saldar deudas que tenían diversas sociedades del grupo empresarial Ondara, del que formaba parte PROMOINVERSIONS, con la propia entidad financiera BMN. En concreto, y por lo que aquí interesa, la operativa que fundamenta la acción de reintegración es la siguiente:
-En fecha 23 de mayo de 2012, tras la firma de las compraventas con subrogación hipotecaria, se efectúan dos traspasos desde la cuenta de PROMOINVERSIONS aperturada en la entidad BMN a la cuenta de la socia única y sociedad matriz SERGESPROM, SL, aperturada también en la misma entidad, por importes de 51.500 y 80.000 #.
-Acto seguido, esas cantidades transferidas, son destinadas a pagar dos préstamos que tenía suscritos SERGESPROM con BMN, saneando de este modo la posición financiera de la misma.
De la prueba practicada resulta que toda esta operativa se orquestó bajo las exigencias de BMN, hasta el punto que el administrador de la concursada y de SERGESPROM, Sr. Florencio, en el acto de la vista, manifestó que nunca tuvo disponibilidad de la cantidad percibida en concepto de IVA, refiriendo que la entidad bancaria le exigió el pago de préstamos que tenían concertados con la entidad bancaria otras sociedades del grupo, llegando incluso a firmar las órdenes de transferencia en Vilafranca del Penedés, donde estaba la sede de Caixa del Penedés, tras realizarse los dos primeros compraventas, para asegurarse que el dinero iba a cancelar deudas de PROMOINVERSIONS y también de otras sociedades del grupo, circunstancias que han sido recogidas por juzgador en la sentencia recurrida.
Concretada la operativa, resaltar que este Tribunal se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la buena o mala fe de los intervinientes en la operación. En concreto en la reciente resolución de fecha 5 de diciembre de 2014 se establece: *"Sobre este particular hemos dicho en nuestra sentencia de 27-9-12 que: "En l'àmbit concursal la Sala 1ª del TS (Sentència del Ple de 16 de setembre de 2010), a l'abordar el concepte de mala fe de l'article 73 de la LC ha assenyalat, a l'al·ludir a l'aspecte subjectiu subjacent per justificar aquest tipus d'accions, que a més del coneixement de la situació d'insolvència del deutor, el que cal no és que es tingui intenció de danyar, sino que ni ha prou amb la consciència de que s'afectarà negativament - es causarà perjudici- als demés creditors, de manera que a l'agreujar o endurir la situació econòmica del deutor s'està debilitant notòriament l'efectivitat enfront a aquells titulars de drets sobre aquell.*
Diu concretament l'expressada sentència "...La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico."
En el mismo sentido se pronuncia la STS 27-10-10 : "Efectivamente, como sostiene la parte recurrente, la apreciación de mala fe a los efectos del Art. 73.3 "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores".
En parecidos términos también la STS 7-12-2012 dispone: *"La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida*

de hechos concluyentes para su apreciación.
El Art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre)".
Efectivamente, tal y como establece el juzgador, en este caso concurre el elemento subjetivo de la mala fe por cuanto BMN tiene absoluta conciencia que con el reparto del único ingreso efectivo que tiene en caja PROMOINVERSIONS, el IVA devengado por operación de venta, se afecta negativamente a los demás acreedores, reparto del cual el último beneficiario es la propia entidad, que trata con ello de reducir su riesgo empresarial con el conjunto el grupo.
Pero es que además comparte la Sala los argumentos vertidos por la Administración Concursal en el recurso interpuesto, en cuanto las circunstancias concurrentes revelan la concurrencia de una conducta que, en un aspecto objetivo, complementario de los presupuestos subjetivos expresados, merece la repulsa ética en el tráfico jurídico y la sanción pretendida por la recurrente.
En tal sentido, hay que tener presente que BMN conocía perfectamente la situación precaria en la que se encontraba el denominado grupo Ondara y especialmente PROMOINVERSIONS hasta el punto que hacía tiempo que la concursada no atendía el pago de las cuotas hipotecarias, como puso de manifiesto el legal representante de la misma, Sr. Florencio, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. De hecho, las cuatro compraventas con subrogación hipotecaria se efectuaron precisamente porque la concursada no podía hacer frente a las cuotas hipotecarias que se devengaban, meritándose elevados intereses de demora. Dichas compraventas se llevaron a cabo además a favor de empresas designadas por la propia entidad financiera, una de ellas, TERRES I PROJECTES,SLU, filial de BMN y la otra, FUSTERIA DEL PALLARS, SL, sociedad indicada por la entidad financiera.
Procede resaltar igualmente que a raíz de la citada operativa, lo único que pretende la entidad financiera es beneficiarse a sí misma en detrimento del resto de acreedores.
Destacar también que en lugar de dar a ese IVA generado por importe de 2 millones # el destino legal que le correspondía, por exigencias de BMN, se destina a sanear la posición financiera de SERGESPROM y de otras sociedades del grupo, que no había intervenido en modo alguno las compraventas con subrogación hipotecaria.
Resulta igualmente trascendente el hecho que BMN era consciente que el único activo líquido con el que contaba la concursada era precisamente el IVA que se generó a raíz de esas compraventas y buena prueba de ello es que las cuentas de PROMOINVERSIONMS arrojaban saldo 0 cuando se llevaron a cabo las dos primeras compraventas, tal y como se desprende del documento 6 de la demanda y el resto de bienes de la propia concursada eran fincas con importantes cargas hipotecaria sin atender, extremos que puso de manifiesto también el legal representante de la concursada, Sr Florencio, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. Pese a ello la entidad exige que el único activo de la concursada se destine a saldar deudas de terceros ajenos a la operación de compraventa con la propia entidad financiera.
A raíz de todo ello el IVA desaparece por completo, restando únicamente la cantidad de 153.000 # con el que debe atenderse a los acreedores que no gozan del privilegio especial, cuyos créditos ascienden a un total de 2.704.915, 52 #, lo que frustra por completo sus expectativas de cobro e infringe el principio de la "pars condictio creditorum".
Alega la apelada que no concurre ni el elemento subjetivo, ni el objetivo de la mala fe por cuanto la operación debe valorarse en su conjunto, habiendo quedado acreditado que la misma fue beneficiosa para el concurso pues la concursada se desprendió de unos activos cuyo valor nada tenían que ver con el valor por el que se constituye la hipoteca, disminuyendo en una cantidad nada desdeñable su pasivo financiero.
Como ya se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de fecha 27 de noviembre del corriente, resolviendo otro incidente del mismo concurso de PROMOINVERSIONS : "Efectivamente se dice que hay que contemplar aquella operación en su conjunto, pero es lo cierto que lo que aquí se pretende reintegrar no es la operación de compraventa sino el destino dado a parte del dinero percibido por aquella, y mas concretamente el dinero que se pago por IVA y que se ingresó en la cuenta que la concursada tiene en BMN. Hay que recordar que ello se realiza pocos días antes de que sea declarado el concurso y cuando la insolvencia de la concursada es ya evidente. De hecho cuando se efectúa la operación de venta el saldo de las cuentas de la concursada es inexistente".
Comparte también la Sala las alegaciones de carácter jurídico vertidas por la Administración Concursal en el segundo de los motivos del recurso, relativas a la distinción que prevé la Ley Concursal en cuanto a legitimación pasiva de los demandados en el ejercicio de la acción rescisoria, distinguiendo claramente entre la persona que contrató con la concursada, que en el caso de autos es SERGESPROM, y el tercero subadquirente, en este caso BMN, el cual sólo será demandado si se pretende destruir la presunción de buena fe en su adquisición.
Sobre dicho particular puntualizar en primer lugar en ningún caso estamos ante un hecho nuevo introducido en esta alzada, como esgrime la apelada en su oposición al recurso.
La Administración Concursal en su escrito de demanda, dirige acción frente a la entidad BMN, interesando se declare la existencia de mala fe por su parte en la recepción de los pagos relacionados en el hecho cuarto de

dicha demanda efectuados en fecha 23 de mayo de 2012 y se condene a la misma a restituir a la masa activa, solidariamente con SERGESPROM, la cantidad de 131.500 euros, más intereses.
La cuestión planteada en esta alzada por la AC se ciñe, pues, a cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son rectores del proceso, sin que supongan modificación alguna de los términos de la demanda (prohibición de la "mutatio libelli", STS 26 de diciembre de 1997), ni cambio del objeto del pleito en segunda instancia,
Realizada dicha salvedad, la acción rescisoria que ha dado lugar al presente incidente se interpuso contra SERGESPROM como "persona que ha sido parte del acto impugnado", pues es quien recibe la transferencia de la concursada y quien efectúa el pago a BMN. Por su parte BMN fue demandado en su calidad de "tercero subadquirentes", pues al margen de haber participado en la operativa que generó el IVA, es el destinatario final del importe transferido desde la cuenta de PROMOINVERSIONS a la cuenta de SERGESPROM.
Tercero adquirente es, pues, la persona que recibe el bien o derecho de quien, a su vez, había sido contraparte en el acto perjudicial impugnado del deudor concursado. No lo es la contraparte del acto o negocio impugnado por la rescisión contractual, adquirente del bien dispuesto por el concursado o beneficiario de la garantía, y sí que lo es el subadquirente, esto es, quien no lo recibió directamente del deudor concursado, sino de aquél a quien el concursado se lo había trasmitido. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, cuando se refiere a la noción de tercero, que excluye siempre a la contraparte del negocio o acto impugnado y en tal sentido Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 30 de mayo de 1997.
En un segundo plano, el de la segunda y sucesivas transmisiones, en las que ya no es parte el deudor concursado, la rescisión del negocio o acto por el que adquirió quien ahora es transmitente ocasionará la ineficacia de esta segunda transmisión sólo el caso en que el subadquirente haya sido demandado (para que restituya el bien o derecho subadquirido) y no hubiera actuado de buena fe o no se vea favorecido por una situación legal de irreivindicabilidad del bien o de protección registral. En este segundo plano, la ausencia de buena fe se exige tan sólo para el subadquirente, y no para la adquirente, que a su vez es transmitente en esta segunda transmisión.
Efectivamente, de un análisis de la sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en las que se analiza la mala fe en el artículo 73 LC, se desprende que se refieren exclusivamente a la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado, sin que hagan ninguna referencia a la mala fe del tercero subadquirente. Todas ellas hacen referencia a lo dispuesto en el Art. 73. 3 de la LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, esto es, a la declaración de mala fe ex Art 73.3 LC
Partiendo de la distinción que ofrece la Ley Concursal, resulta evidente que no se puede equiparar la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado y la mala fe del tercero subadquirente, por cuanto las consecuencias de la rescisión concursal para uno y otro son distintas.
Al efecto, para quien ha sido parte en el acto impugnado (En este caso SERGESPROM) y ha obrado con su mala fe, la consecuencia es la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido y la subordinación del crédito.
Para el tercero subadquirente (en este caso BMN, que ha recibido los ingresos de SERGESPROM, que previamente, se transfirieron de la cuenta de la concursada), la restitución del bien o derecho y la ineficacia del negocio o acto adquisición. A cambio, el tercero subadquirente no tendrá ningún derecho frente a la masa del concurso, pues quien le transmitió a él el bien o derecho que ahora ha tenido que reintegrar a la masa fue el primer adquirente. Con la sentencia que rescinde el negocio y obliga a restituir el bien a la masa, podría el subadquirente dirigirse contra su respectivo transmitente para exigir la restitución del precio o la contraprestación abonada en su día para la adquisición del bien o derecho, más los intereses con frutos producidos desde entonces.
Tal y como pone de manifiesto la Administración Concursal en su recurso, en tal sentido se ha pronunciado el Magistrado del Tribunal Supremo, especialista en asuntos propios de lo mercantil, Sr. Jose Ramón (que es precisamente el ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de diciembre de 2012 antes referidas), en el Tratado Judicial de la Insolvencia, en el que realiza un minucioso examen de las acciones de reintegración. Hace referencia también al concepto de mala fe que resulta exigible al tercero subadquirente, afirmando: "carece de buena fe el tercero subadquirente cuando al tiempo de adquirir el bien/derecho conocía o podía conocer las circunstancias en que había adquirido quien a él le transmitía. Esto es, si al tiempo de practicarse la segunda transmisión conocía de la situación de insolvencia del deudor concursado cuando enajenó el bien/derecho, y/o la naturaleza y circunstancias de esta primera transmisión, que la hacen susceptible de rescisión una vez declarado el concurso. Si el subadquirente conocía o podía conocer esta vulnerabilidad de la primera transmisión de la que trae causa su adquisición, entonces carecería de la condición de buena fe".
Precisamente ello es lo que subyace en las sentencias dictadas por este Tribunal, relativas a acciones de reintegración del Art 71 y ss de la LC, en las que se ha analizado la concurrencia de la mala fe.
En concreto, es muy ilustrativa la Sentencia 39/2013, de 25 de enero de 2013, que analiza un supuesto análogo al de la autos, y que dispone: *"Per últim i en relació a la declaració de responsabilitat subsidiària del Banc de Sabadell, tampoc podem donar la raó a la part apel·lant. Efectivament l'article 73.2 de la LC sí és aplicable al cas present. Fa l' esmentat precepte "Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa". Sosté la part*

apel·lant que a l'haver estat el Banc de Sabadell part demandada no li és aplicable el precepte ja que aquest es refereix a "...no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado". Resulta però que el Banc de Sabadell en aquest procediment té una doble posició, la de demandat, però també la de hom que va contractar amb el concursat ja que LEDECO va percebre de Europromociones Bali, S.L els diners que aquell li devia i que varen passar a integrar el seu patrimoni, després varen sortir d'aquell en favor de societats del grup i d'aquestes novament a favor de Banc de Sabadell, autèntic beneficiat de l'operació i que, com la pròpia l'entitat clarament sosté, no s'hagués concedit el crèdit hipotecari si no s'hagués assegurat prèviament el Banc de que els diners obtinguts anirien destinats a cobrir descoberts de LEDECO i empreses del grup que mantenien amb el propi Banc el que fa que pugui apreciar-se mala fe en el Banc, o com diu el precepte esmentat "si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa".
Citar igualmente la reciente sentencia 523/2014, de 5 de diciembre de 2014, en la que al efecto, disponemos: "*No cabe duda que en este supuesto concurre la mala fe alegada, pues en un mismo día se constituyen las dos garantías hipotecarias litigiosas que en su casi integridad se destinan a satisfacer deudas de otras sociedades que, aunque sean del mismo grupo, producen el efecto de incrementar significativamente la responsabilidad patrimonial de la deudora. La acreedora Banco Popular persigue obtener a toda costa mayores garantías de cobro, tanto de sus créditos contra la concursada como, sobre todo, contra sociedades del grupo, sin importarle la consiguiente postergación de los acreedores propios de Tractomotor respecto a la posibilidad de realización de sus créditos a costa de los inmuebles de su deudora que resultan gravados con las nuevas hipotecas, por lo que no puede haber duda alguna sobre la conciencia de que, con esa actuación, los restantes acreedores de Tractomotor se colocaban en una más que evidente peor perspectiva de recuperación de sus créditos, en beneficio de Banco Popular, quien logra esquivar así los efectos de la "pars conditio creditorum".*
En consecuencia, hay que concluir que efectivamente BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente. Cuando recibió el pago por parte de SERGESPROM que es objeto de la presente acción rescisoria, era plenamente conocedora y de hecho, como afirma el juzgador, era la artífice, de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión (transferencia de PROMOINVERSIONS a SERGESPROM), tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
Ello determina que proceda estimar el recurso de apelación y condenar a BMN a la restitución a la masa activa, solidariamente con SERGESPROPM, de la cantidad de 131.500 #, al haber actuado con mala fe.”: SAP Lleida (Sección 2) 19.12.2014 (Sentencia 548/2014; Rollo 515/2014)

“SEGUNDO.-Analizando en primer lugar el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal, combate la absolución de BNM en cuanto a las peticiones formuladas contra la misma, al considerar que concurren los requisitos necesarios para apreciar mala fe en su conducta, de modo que la misma debe ser condenada a restituir a la masa activa, solidariamente con la sociedad Habitatges Agramunt, SL, la cantidad de 228.396,45 #.
Alega que el juzgador ha incurrido en un error en la valoración de la prueba por cuanto en la conducta de BMN se aprecia el aspecto objetivo de la mala fe, siendo "merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico".
Pone de manifiesto igualmente que el juez equipara la mala fe de la persona que contrata con la concursada (Habitatges Agramunt, SL) con la buena o mala fe del tercero subadquirente, en este caso BMN, lo que no resulta en modo alguno ajustado a derecho. Concreta que en este caso BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente, sin que resulte exigible la existencia del aspecto objetivo al que hace referencia la sentencia recurrida, por cuanto dicha entidad era plenamente conocedora de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión, tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
La cantidad que es objeto de reclamación a la entidad financiera BMN tiene su origen en la operativa llevada a cabo entre la concursada, PROMOINVERSIONS 2003, SL y BMN en fechas 23 de mayo y 14 de junio de 2012, inmediatamente antes de presentar la solicitud del concurso en fecha 31 de julio de 2012, cuando se formalizaron cuatro compraventas con subrogación de hipoteca de cuatro inmuebles (dos a favor de la mercantil TERRES I PROJECTES, SLU y otros dos a favor de CARPINTERÍA DEL PALLARS GROUP, SL) que la propia concursada tenía gravados con cargas hipotecarias a favor de BMN.
A raíz de dichas compraventas con subrogación hipotecaria, se generó un IVA por importe de 2.261.889,40 euros, que se ingresó en una cuenta aperturada a nombre de la concursada en la entidad BMN. Sin embargo, dicho importe no se ingresó a la Hacienda Pública, sino que se destinó, mayoritariamente, a saldar deudas que tenían diversas sociedades del grupo empresarial Ondara, del que formaba parte PROMOINVERSIONS, con la propia entidad financiera BMN. En concreto, y por lo que aquí interesa, la operativa que fundamenta la acción de reintegración es la siguiente:
-En fecha 23 de mayo de 2012, tras la firma de las compraventas con subrogación hipotecaria, se efectúan dos traspasos desde la cuenta de PROMOINVERSIONS aperturada en la entidad BMN a la cuenta de Habitatges Agramunt, SL, aperturada también en la misma entidad, por importe de 260.987 #.
-Acto seguido, esas cantidades transferidas, son destinadas 228.396,45 # a saldar deudas que tenía Habitatges Agramunt SL con BMN, saneando de este modo la posición financiera de la misma.
De la prueba practicada resulta que toda esta operativa se orquestó bajo las exigencias de BMN, hasta el punto que el administrador de la concursada y de Habitatges Agramunt, Sr. Imanol, en el acto de la vista, manifestó que nunca tuvo disponibilidad de la cantidad percibida en concepto de IVA, refiriendo que la entidad

bancaria le exigió el pago de préstamos que tenían concertados con la misma otras sociedades del grupo, llegando incluso a firmar las órdenes de transferencia en Vilafranca del Penedés, donde estaba la sede de Caixa del Penedés, tras realizarse los dos primeros compraventas, para asegurarse que el dinero iba a cancelar deudas de PROMOINVERSIONS 2003 y también de otras sociedades del grupo, circunstancias que han sido recogidas por juzgador en la sentencia recurrida.
Concretada la operativa, este Tribunal se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la buena o mala fe de los intervinientes en la operación. En concreto en la reciente resolución de fecha 5 de diciembre de 2014 se establece: "Sobre este particular hemos dicho en nuestra sentencia de 27-9-12 que: "En l'àmbit concursal la Sala 1ª del TS (Sentència del Ple de 16 de setembre de 2010), a l'abordar el concepte de mala fe de l'article 73 de la LC ha assenyalat, a l'al·ludir a l'aspecte subjectiu subjacent per justificar aquest tipus d'accions, que a més del coneixement de la situació d'insolvència del deutor, el que cal no és que es tingui intenció de danyar, sino que n'hi ha prou amb la consciència de que s'afectarà negativament - es causarà perjudici- als demés creditors, de manera que a l'agreujar o endurir la situació econòmica del deutor s'està debilitant notòriament l'efectivitat enfront a aquells titulars de drets sobre aquell.
Diu concretament l'expressada sentència "...La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico."
En el mismo sentido se pronuncia la STS 27-10-10 : "Efectivamente, como sostiene la parte recurrente, la apreciación de mala fe a los efectos del Art. 73.3 "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores".
En parecidos términos también la STS 7-12-2012 dispone: "La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.
El Art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre)".
Efectivamente, tal y como establece el juzgador, en este caso concurre el elemento subjetivo de la mala fe por cuanto BMN tiene absoluta conciencia que con el reparto del único ingreso efectivo que tiene en caja PROMOINVERSIONS, el IVA devengado por operación de venta, se afecta negativamente a los demás acreedores, reparto del que es último beneficiario la propia entidad, que trata con ello de reducir su riesgo empresarial con el conjunto el grupo.
Pero es que además comparte la Sala los argumentos vertidos por la Administración Concursal en el recurso interpuesto, en cuanto las circunstancias concurrentes revelan la concurrencia de una conducta que, en un aspecto objetivo, complementario de los presupuestos subjetivos expresados, merece la repulsa ética en el tráfico jurídico y la sanción pretendida por la recurrente.
En tal sentido, hay que tener presente que BMN conocía perfectamente la situación precaria en la que se encontraba el denominado grupo Ondara y especialmente PROMOINVERSIONS hasta el punto que hacía tiempo que la concursada no atendía el pago de las cuotas hipotecarias, como puso de manifiesto el legal representante de la misma, Sr. Imanol, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. De hecho, las cuatro compraventas con subrogación hipotecaria se efectuaron precisamente porque la concursada no podía hacer frente a las cuotas hipotecarias que se devengaban, meritándose elevados intereses de demora. Dichas compraventas se llevaron a cabo además a favor de empresas designadas por la propia entidad financiera, una de ellas, TERRES I PROJECTES,SLU, filial de BMN y la otra, FUSTERIA DEL PALLARS, SL, sociedad indicada por la entidad financiera.
Procede resaltar igualmente que a raíz de la citada operativa, lo único que pretende la entidad financiera es beneficiarse a sí misma en detrimento del resto de acreedores.
Destacar también que en lugar de dar a ese IVA generado por importe de más de dos millones de euros el destino legal que le correspondía, por exigencias de BMN, se destina a sanear la posición financiera de Habitatges Agramunt y de otras sociedades del grupo, que no había intervenido en modo alguno las compraventas con subrogación hipotecaria.
Resulta igualmente trascendente el hecho que BMN era consciente que el único activo líquido con el que contaba la concursada era precisamente el IVA que se generó a raíz de esas compraventas y buena prueba de ello es que las cuentas de PROMOINVERSIONS arrojaban saldo cero cuando se llevaron a cabo las dos primeras compraventas, tal y como se desprende del documento 9 de la demanda (folio 131 de las actuaciones) y el resto de bienes de la propia concursada eran fincas con importantes cargas hipotecaria sin atender, extremos que puso de manifiesto también el legal representante de la concursada, Sr Imanol, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. Pese a ello la entidad exige que el único activo de la concursada se destine a saldar deudas de terceros ajenos a la operación de compraventa con la propia entidad financiera.
A raíz de todo ello el IVA desaparece por completo, restando únicamente la cantidad de 153.000 # con el que debe atenderse a los acreedores que no gozan del privilegio especial, cuyos créditos ascienden a un total de

2.704.915, 52 #, lo que frustra por completo sus expectativas de cobro e infringe el principio de la "pars condictio creditorum".
Alega la apelada que no concurre ni el elemento subjetivo, ni el objetivo de la mala fe por cuanto la operación debe valorarse en su conjunto, habiendo quedado acreditado que la misma fue beneficiosa para el concurso pues la concursada se desprendió de unos activos cuyo valor nada tenían que ver con el valor por el que se constituye la hipoteca, disminuyendo en una cantidad nada desdeñable su pasivo financiero.
Como ya se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2014, resolviendo otro incidente del mismo concurso de PROMOINVERSIONS : "Efectivamente se dice que hay que contemplar aquella operación en su conjunto, pero es lo cierto que lo que aquí se pretende reintegrar no es la operación de compraventa sino el destino dado a parte del dinero percibido por aquella, y mas concretamente el dinero que se pago por IVA y que se ingresó en la cuenta que la concursada tiene en BMN. Hay que recordar que ello se realiza pocos días antes de que sea declarado el concurso y cuando la insolvencia de la concursada es ya evidente. De hecho cuando se efectúa la operación de venta el saldo de las cuentas de la concursada es inexistente".
Comparte también la Sala las alegaciones de carácter jurídico vertidas por la Administración Concursal relativas a la distinción que prevé la Ley Concursal en cuanto a legitimación pasiva de los demandados en el ejercicio de la acción rescisoria, distinguiendo claramente entre la persona que contrató con la concursada, que en el caso de autos es Habitatges Agramunt SL, y el tercero subadquirente, en este caso BMN, el cual sólo será demandado si se pretende destruir la presunción de buena fe en su adquisición.
Sobre dicho particular puntualizar en primer lugar en ningún caso estamos ante un hecho nuevo introducido en esta alzada, como esgrime la apelada en su oposición al recurso.
La Administración Concursal en su escrito de demanda, dirige acción frente a la entidad BMN, interesando se declare la existencia de mala fe por su parte en la recepción de los pagos relacionados en la demanda efectuados en fecha 23 y 31 de mayo y 6 de junio de 2012 y se condene a la misma a restituir a la masa activa, solidariamente con Habitatges Agramunt, la cantidad de 228.396,45 #, más intereses.
La cuestión planteada en esta alzada por la AC se ciñe, pues, a cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son rectores del proceso, sin que supongan modificación alguna de los términos de la demanda (prohibición de la "mutatio libelli", STS 26 de diciembre de 1997), ni cambio del objeto del pleito en segunda instancia.
Realizada dicha salvedad, la acción rescisoria que ha dado lugar al presente incidente se interpuso contra Habitatges Agramunt como "persona que ha sido parte del acto impugnado", pues es quien recibe la transferencia de la concursada y quien efectúa el pago a BMN. Por su parte BMN fue demandado en su calidad de "tercero subadquirente", pues al margen de haber participado en la operativa que generó el IVA, es el destinatario final del importe transferido desde la cuenta de PROMOINVERSIONS a la cuenta de Habitatges Agramunt.
Tercero adquirente es, pues, la persona que recibe el bien o derecho de quien, a su vez, había sido contraparte en el acto perjudicial impugnado del deudor concursado. No lo es la contraparte del acto o negocio impugnado por la rescisión contractual, adquirente del bien dispuesto por el concursado o beneficiario de la garantía, y sí que lo es el subadquirente, esto es, quien no lo recibió directamente del deudor concursado, sino de aquél a quien el concursado se lo había trasmitido. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, cuando se refiere a la noción de tercero, que excluye siempre a la contraparte del negocio o acto impugnado y en tal sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1997.
En un segundo plano, el de la segunda y sucesivas transmisiones, en las que ya no es parte el deudor concursado, la rescisión del negocio o acto por el que adquirió quien ahora es transmitente ocasionará la ineficacia de esta segunda transmisión sólo el caso en que el subadquirente haya sido demandado (para que restituya el bien o derecho subadquirido) y no hubiera actuado de buena fe o no se vea favorecido por una situación legal de irreivindicabilidad del bien o de protección registral. En este segundo plano, la ausencia de buena fe se exige tan sólo para el subadquirente, y no para la adquirente, que a su vez es transmitente en esta segunda transmisión.
Efectivamente, de un análisis de la sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en las que se analiza la mala fe en el artículo 73 LC, se desprende que se refieren exclusivamente a la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado, sin que hagan ninguna referencia a la mala fe del tercero subadquirente. Todas ellas hacen referencia a lo dispuesto en el Art. 73. 3 de la LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, esto es, a la declaración de mala fe ex Art 73.3 LC
Partiendo de la distinción que ofrece la Ley Concursal, resulta evidente que no se puede equiparar la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado y la mala fe del tercero subadquirente, por cuanto las consecuencias de la rescisión concursal para uno y otro son distintas.
Al efecto, para quien ha sido parte en el acto impugnado (En este caso Habitatges Agramunt) y ha obrado con su mala fe, la consecuencia es la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido y la subordinación del crédito.
Para el tercero subadquirente (en este caso BMN, que ha recibido los ingresos de Habitatges Agramunt, que previamente, se transfirieron de la cuenta de la concursada), la restitución del bien o derecho y la ineficacia del negocio o acto adquisición. A cambio, el tercero subadquirente no tendrá ningún derecho frente a la masa del concurso, pues quien le transmitió a él el bien o derecho que ahora ha tenido que reintegrar a la masa fue el primer adquirente. Con la sentencia que rescinde el negocio y obliga a restituir el bien a la masa, podría el subadquirente dirigirse contra su respectivo transmitente para exigir la restitución del precio o la contraprestación abonada en su día para la adquisición del bien o derecho, más los intereses con frutos

producidos desde entonces.
Tal y como pone de manifiesto la Administración Concursal en su recurso, en tal sentido se ha pronunciado el Magistrado del Tribunal Supremo, especialista en asuntos propios de lo mercantil, Sr. Candido (que es precisamente el ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de diciembre de 2012 antes referidas), en el Tratado Judicial de la Insolvencia, en el que realiza un minucioso examen de las acciones de reintegración. Hace referencia también al concepto de mala fe que resulta exigible al tercero subadquirente, afirmando: "carece de buena fe el tercero subadquirente cuando al tiempo de adquirir el bien/ derecho conocía o podía conocer las circunstancias en que había adquirido quien a él le transmitía. Esto es, si al tiempo de practicarse la segunda transmisión conocía de la situación de insolvencia del deudor concursado cuando enajenó el bien/derecho, y/o la naturaleza y circunstancias de esta primera transmisión, que la hacen susceptible de rescisión una vez declarado el concurso. Si el subadquirente conocía o podía conocer esta vulnerabilidad de la primera transmisión de la que trae causa su adquisición, entonces carecería de la condición de buena fe".
Precisamente ello es lo que subyace en las sentencias dictadas por este Tribunal, relativas a acciones de reintegración del Art 71 y ss de la LC, en las que se ha analizado la concurrencia de la mala fe.
En concreto, es muy ilustrativa la Sentencia 39/2013, de 25 de enero de 2013, que analiza un supuesto análogo al de la autos, y que dispone: "Per últim i en relació a la declaració de responsabilitat subsidiària del Banc de S., tampoc podem donar la raó a la part apel·lant. Efectivament l'article 73.2 de la LC sí és aplicable al cas present. Fa l' esmentat precepte "Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa". Sosté la part apel·lant que a l'haver estat el Banc de S. part demandada no li és aplicable el precepte ja que aquest es refereix a "...no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado". Resulta però que el Banc de S. en aquest procediment té una doble posició, la de demandat, però també la de hom que va contractar amb el concursat ja que LEDECO va percebre de Europromociones Bali, S.L els diners que aquell li devia i que varen passar a integrar el seu patrimoni, desprès varen sortir d'aquell en favor de societats del grup i d'aquestes novament a favor de Banc de S., autèntic beneficiat de l'operació i que, com la pròpia l'entitat clarament sosté, no s'hagués concedit el crèdit hipotecari si no s'hagués assegurat prèviament el Banc de que els diners obtinguts anirien destinats a cobrir descoberts de LEDECO i empreses del grup que mantenien amb el propi Banc el que fa que pugui apreciar-se mala fe en el Banc, o com diu el precepte esmentat "si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa".
Citar igualmente la reciente sentencia 523/2014, de 5 de diciembre de 2014, en la que al efecto, disponemos: "No cabe duda que en este supuesto concurre la mala fe alegada, pues en un mismo día se constituyen las dos garantías hipotecarias litigiosas que en su casi integridad se destinan a satisfacer deudas de otras sociedades que, aunque sean del mismo grupo, producen el efecto de incrementar significativamente la responsabilidad patrimonial de la deudora. La acreedora Banco P. persigue obtener a toda costa mayores garantías de cobro, tanto de sus créditos contra la concursada como, sobre todo, contra sociedades del grupo, sin importarle la consiguiente postergación de los acreedores propios de T. respecto a la posibilidad de realización de sus créditos a costa de los inmuebles de su deudora que resultan gravados con las nuevas hipotecas, por lo que no puede haber duda alguna sobre la conciencia de que, con esa actuación, los restantes acreedores de T. se colocaban en una más que evidente peor perspectiva de recuperación de sus créditos, en beneficio de Banco P., quien logra esquivar así los efectos de la "pars conditio creditorum".
En consecuencia, hay que concluir que efectivamente BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente. Cuando recibió el pago por parte de Habitatges Agramunt que es objeto de la presente acción rescisoria, era plenamente conocedora y de hecho, como afirma el juzgador, era la artífice, de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión (transferencia de PROMOINVERSIONS a Habitatges Agramunt), tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
Ello determina que proceda estimar el recurso de apelación y condenar a BMN a la restitución a la masa activa, solidariamente con Habitatges Agramunt, de la cantidad de 228.396,45 #, al haber actuado con mala fe.": SAP Lleida (Sección 2) 23.01.2015 (Sentencia 27/2015; Rollo 554/2014)

"PRIMERO.-Las cuestiones que se plantean en este rollo de apelación son idénticas a las que Sala ha tenido ocasión de examinar y resolver en nuestras sentencia de fecha 19-12-14 y 23-1-2015, a raíz de los incidentes concursales nº 268/2013 y 349/13, que al igual que el que incidente que ahora nos ocupa también dimanaban del concurso voluntario nº 414/2012. Por tanto, son coincidentes las partes, a excepción de la codemandada Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L., obedeciendo la controversia que se suscita a la misma operativa que examinamos en aquellas dos recientes resoluciones. Por tanto, debemos seguir ahora los mismos criterios y razonamientos contenidos en las referidas sentencias, por ajustarse al objeto de la controversia planteada y por no apreciarse elemento significativo alguno que conduzca a cambiar del criterio adoptado allí. (...)
SEGUNDO.-Analizando en primer lugar el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal, combate la absolución de BNM en cuanto a las peticiones formuladas contra la misma, al considerar que concurren los requisitos necesarios para apreciar mala fe en su conducta, de modo que la misma debe ser

condenada a restituir a la masa activa, solidariamente con la sociedad Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L., la cantidad de 6.400 #.
Alega que el juzgador ha incurrido en un error en la valoración de la prueba por cuanto en la conducta de BMN se aprecia el aspecto objetivo de la mala fe, siendo "merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico".
Pone de manifiesto igualmente que el juez equipara la mala fe de la persona que contrata con la concursada (Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L.) con la buena o mala fe del tercero subadquirente, en este caso BMN, lo que no resulta en modo alguno ajustado a derecho. Concreta que en este caso BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente, sin que resulte exigible la existencia del aspecto objetivo al que hace referencia la sentencia recurrida, por cuanto dicha entidad era plenamente conocedora de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión, tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
La cantidad que es objeto de reclamación a la entidad financiera BMN tiene su origen en la operativa llevada a cabo entre la concursada, PROMOINVERSIONS 2003, SL y BMN en fechas 23 de mayo y 14 de junio de 2012, inmediatamente antes de presentar la solicitud del concurso en fecha 31 de julio de 2012, cuando se formalizaron cuatro compraventas con subrogación de hipoteca de cuatro inmuebles (dos a favor de la mercantil TERRES I PROJECTES, SLU y otros dos a favor de CARPINTERIA DEL PALLARS GROUP, SL) que la propia concursada tenía gravados con cargas hipotecarias a favor de BMN.
A raíz de dichas compraventas con subrogación hipotecaria, se generó un IVA por importe de 2.261.889,40 euros, que se ingresó en una cuenta aperturada a nombre de la concursada en la entidad BMN. Sin embargo, dicho importe no se ingresó a la Hacienda Pública, tal y como la legalmente exigible, sino que se destinó, mayoritariamente, a saldar deudas que tenían diversas sociedades del grupo empresarial Ondara, del que formaba parte PROMOINVERSIONS, con la propia entidad financiera BMN. En concreto, y por lo que aquí interesa, la operativa que fundamenta la acción de reintegración es la siguiente:
-En fecha 23 de mayo de 2012, tras la firma de las compraventas con subrogación hipotecaria, se efectúa un traspaso desde la cuenta de PROMOINVERSIONS aperturada en la entidad BMN a la cuenta de Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L., aperturada también en la misma entidad, por importe de 6.400 #. (también se efectuó otro traspaso al cuenta de GTC desde la cuenta de la concursada aperturada en la entidad Cajamar por importe de 82.600 #)
-Acto seguido, esa cantidad transferida se destinada a pagar las deudad que tenía Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L con BMN, saneando de este modo la posición financiera de la misma.
De la prueba practicada resulta que toda esta operativa se orquestó bajo las exigencias de BMN, hasta el punto que el administrador de la concursada y de Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L Sr. Alexis, en el acto de la vista, manifestó que nunca tuvo disponibilidad de la cantidad percibida en concepto de IVA, refiriendo que la entidad bancaria le exigió el pago de préstamos que tenían concertados con la entidad bancaria otras sociedades del grupo, llegando incluso a firmar las órdenes de transferencia en Vilafranca del Penedés, donde estaba la sede de Caixa del Penedés, tras realizarse los dos primeros compraventas, para asegurarse que el dinero iba a cancelar deudas de PROMOINVERSIONS y también de otras sociedades del grupo, circunstancias que han sido recogidas por juzgador en la sentencia recurrida.
Concretada la operativa, resaltar que este Tribunal se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la buena o mala fe de los intervinientes en la operación. En concreto en la reciente resolución de fecha 5 de diciembre de 2014 se establece: *"Sobre este particular hemos dicho en nuestra sentencia de 27-9-12 que: "En l'àmbit concursal la Sala 1ª del TS (Sentència del Ple de 16 de setembre de 2010), a l'abordar el concepte de mala fe de l'article 73 de la LC ha assenyalat, a l'al·ludir a l'aspecte subjectiu subjacent per justificar aquest tipus d'accions, que a més del coneixement de la situació d'insolvència del deutor, el que cal no és que es tingui intenció de danyar, sino que ni ha prou amb la consciència de que s'afectarà negativament - es causarà perjudici- als demés creditors, de manera que a l'agreujar o endurir la situació econòmica del deutor s'està debilitant notòriament l'efectivitat enfront a aquells titulars de drets sobre aquell.*
Diu concretament l'expressada sentència "...La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico."
En el mismo sentido se pronuncia la STS 27-10-10 : "Efectivamente, como sostiene la parte recurrente, la apreciación de mala fe a los efectos del Art. 73.3 "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores".
En parecidos términos también la STS 7-12-2012 dispone: *"La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.*
El Art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre

Efectivamente, tal y como establece el juzgador, en este caso concurre el elemento subjetivo de la mala fe por cuanto BMN tiene absoluta conciencia que con el reparto del único ingreso efectivo que tiene en caja PROMOINVERSIONS, el IVA devengado por operación de venta, se afecta negativamente a los demás acreedores, reparto del cual el último beneficiario es la propia entidad, que trata con ello de reducir su riesgo empresarial con el conjunto el grupo.
Pero es que además comparte la Sala los argumentos vertidos por la Administración Concursal en el recurso interpuesto, en cuanto las circunstancias concurrentes revelan la concurrencia de una conducta que, en un aspecto objetivo, complementario de los presupuestos subjetivos expresados, merece la repulsa ética en el tráfico jurídico y la sanción pretendida por la recurrente.
En tal sentido, hay que tener presente que BMN conocía perfectamente la situación precaria en la que se encontraba el denominado grupo Ondara y especialmente PROMOINVERSIONS hasta el punto que hacía tiempo que la concursada no atendía el pago de las cuotas hipotecarias, como puso de manifiesto el legal representante de la misma, Sr. Alexis, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. De hecho, las cuatro compraventas con subrogación hipotecaria se efectuaron precisamente porque la concursada no podía hacer frente a las cuotas hipotecarias que se devengaban, meritándose elevados intereses de demora. Dichas compraventas se llevaron a cabo además a favor de empresas designadas por la propia entidad financiera, una de ellas, TERRES I PROJECTES,SLU, filial de BMN y la otra, FUSTERIA DEL PALLARS, SL, sociedad indicada por la entidad financiera.
Procede resaltar igualmente que a raíz de la citada operativa, lo único que pretende la entidad financiera es beneficiarse a sí misma en detrimento del resto de acreedores.
Destacar también que en lugar de dar a ese IVA generado por importe de 2 millones # el destino legal que le correspondía, por exigencias de BMN, se destina a sanear la posición financiera de Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L y de otras sociedades del grupo, que no habían intervenido en modo alguno las compraventas con subrogación hipotecaria.
Resulta igualmente trascendente el hecho que BMN era consciente que el único activo líquido con el que contaba la concursada era precisamente el IVA que se generó a raíz de esas compraventas y buena prueba de ello es que las cuentas de PROMOINVERSIONS arrojaban saldo cero cuando se llevaron a cabo las dos primeras compraventas, tal y como se desprende del documento 8 de la demanda, y el resto de bienes de la propia concursada eran fincas con importantes cargas hipotecaria sin atender, extremos que puso de manifiesto también el legal representante de la concursada, Sr Alexis, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. Pese a ello la entidad exige que el único activo de la concursada se destine a saldar deudas de terceros ajenos a la operación de compraventa con la propia entidad financiera.
A raíz de todo ello el IVA desaparece por completo, restando únicamente la cantidad de 153.000 # con el que debe atenderse a los acreedores que no gozan del privilegio especial, cuyos créditos ascienden a un total de 2.704.915, 52 #, lo que frustra por completo sus expectativas de cobro e infringe el principio de la "pars condictio creditorum".
Alega la apelada que no concurre ni el elemento subjetivo, ni el objetivo de la mala fe por cuanto la operación debe valorarse en su conjunto, habiendo quedado acreditado que la misma fue beneficiosa para el concurso pues la concursada se desprendió de unos activos cuyo valor nada tenían que ver con el valor por el que se constituye la hipoteca, disminuyendo en una cantidad nada desdeñable su pasivo financiero.
Como ya se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2014, resolviendo otro incidente del mismo concurso de PROMOINVERSIONS : "Efectivamente se dice que hay que contemplar aquella operación en su conjunto, pero es lo cierto que lo que aquí se pretende reintegrar no es la operación de compraventa sino el destino dado a parte del dinero percibido por aquella, y mas concretamente el dinero que se pago por IVA y que se ingresó en la cuenta que la concursada tiene en BMN. Hay que recordar que ello se realiza pocos días antes de que sea declarado el concurso y cuando la insolvencia de la concursada es ya evidente. De hecho cuando se efectúa la operación de venta el saldo de las cuentas de la concursada es inexistente".
Comparte también la Sala las alegaciones de carácter jurídico vertidas por la Administración Concursal en el segundo de los motivos del recurso, relativas a la distinción que prevé la Ley Concursal en cuanto a legitimación pasiva de los demandados en el ejercicio de la acción rescisoria, distinguiendo claramente entre la persona que contrató con la concursada, que en el caso de autos es Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L, y el tercero subadquirente, en este caso BMN, el cual sólo será demandado si se pretende destruir la presunción de buena fe en su adquisición.
Sobre dicho particular puntualizar en primer lugar en ningún caso estamos ante un hecho nuevo introducido en esta alzada, como esgrime la apelada en su oposición al recurso.
La Administración Concursal en su escrito de demanda, dirige acción frente a la entidad BMN, interesando se declare la existencia de mala fe por su parte en la recepción del pagoo relacionados en la demanda efectuados en fecha 23 de mayo de 2012 y se condene a la misma a restituir a la masa activa, solidariamente con Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L la cantidad de 6.400 euros, más intereses.
La cuestión planteada en esta alzada por la AC se ciñe, pues, a cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son rectores del proceso, sin que supongan modificación alguna de los términos de la demanda (prohibición de la "mutatio libelli", STS 26 de diciembre de 1997), ni cambio del objeto del pleito en segunda instancia,
Realizada dicha salvedad, la acción rescisoria que ha dado lugar al presente incidente se interpuso contra Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L como "persona que ha sido parte del acto impugnado", pues es quien recibe la transferencia de la concursada y quien efectúa el pago a BMN. Por su parte BMN fue

demandado en su calidad de "tercero subadquirentes", pues al margen de haber participado en la operativa que generó el IVA, es el destinatario final del importe transferido desde la cuenta de PROMOINVERSIONS a la cuenta de Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L.
Tercero adquirente es, pues, la persona que recibe el bien o derecho de quien, a su vez, había sido contraparte en el acto perjudicial impugnado del deudor concursado. No lo es la contraparte del acto o negocio impugnado por la rescisión contractual, adquirente del bien dispuesto por el concursado o beneficiario de la garantía, y sí que lo es el subadquirente, esto es, quien no lo recibió directamente del deudor concursado, sino de aquél a quien el concursado se lo había trasmitido. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, cuando se refiere a la noción de tercero, que excluye siempre a la contraparte del negocio o acto impugnado y en tal sentido Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 30 de mayo de 1997.
En un segundo plano, el de la segunda y sucesivas transmisiones, en las que ya no es parte el deudor concursado, la rescisión del negocio o acto por el que adquirió quien ahora es transmitente ocasionará la ineficacia de esta segunda transmisión sólo el caso en que el subadquirente haya sido demandado (para que restituya el bien o derecho subadquirido) y no hubiera actuado de buena fe o no se vea favorecido por una situación legal de irreivindicabilidad del bien o de protección registral. En este segundo plano, la ausencia de buena fe se exige tan sólo para el subadquirente, y no para la adquirente, que a su vez es transmitente en esta segunda transmisión.
Efectivamente, de un análisis de la sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en las que se analiza la mala fe en el artículo 73 LC, se desprende que se refieren exclusivamente a la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado, sin que hagan ninguna referencia a la mala fe del tercero subadquirente. Todas ellas hacen referencia a lo dispuesto en el Art. 73. 3 de la LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, esto es, a la declaración de mala fe ex Art 73.3 LC
Partiendo de la distinción que ofrece la Ley Concursal, resulta evidente que no se puede equiparar la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado y la mala fe del tercero subadquirente, por cuanto las consecuencias de la rescisión concursal para uno y otro son distintas.
Al efecto, para quien ha sido parte en el acto impugnado (En este caso Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L) y ha obrado con mala fe, la consecuencia es la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido y la subordinación del crédito.
Para el tercero subadquirente (en este caso BMN, que ha recibido los ingresos de Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L que previamente, se transfirieron de la cuenta de la concursada), la restitución del bien o derecho y la ineficacia del negocio o acto adquisición. A cambio, el tercero subadquirente no tendrá ningún derecho frente a la masa del concurso, pues quien le transmitió a él el bien o derecho que ahora ha tenido que reintegrar a la masa fue el primer adquirente. Con la sentencia que rescinde el negocio y obliga a restituir el bien a la masa, podría el subadquirente dirigirse contra su respectivo transmitente para exigir la restitución del precio o la contraprestación abonada en su día para la adquisición del bien o derecho, más los intereses con frutos producidos desde entonces.
Tal y como pone de manifiesto la Administración Concursal en su recurso, en tal sentido se ha pronunciado el Magistrado del Tribunal Supremo, especialista en asuntos propios de lo mercantil, Sr. Eleuterio (que es precisamente el ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de diciembre de 2012 antes referidas), en el Tratado Judicial de la Insolvencia, en el que realiza un minucioso examen de las acciones de reintegración. Hace referencia también al concepto de mala fe que resulta exigible al tercero subadquirente, afirmando: "carece de buena fe el tercero subadquirente cuando al tiempo de adquirir el bien/derecho conocía o podía conocer las circunstancias en que había adquirido quien a él le transmitía.
Esto es, si al tiempo de practicarse la segunda transmisión conocía de la situación de insolvencia del deudor concursado cuando enajenó el bien/derecho, y/o la naturaleza y circunstancias de esta primera transmisión, que la hacen susceptible de rescisión una vez declarado el concurso. Si el subadquirente conocía o podía conocer esta vulnerabilidad de la primera transmisión de la que trae causa su adquisición, entonces carecería de la condición de buena fe".
Precisamente ello es lo que subyace en las sentencias dictadas por este Tribunal, relativas a acciones de reintegración del Art 71 y ss de la LC, en las que se ha analizado la concurrencia de la mala fe.
En concreto, es muy ilustrativa la Sentencia 39/2013, de 25 de enero de 2013, que analiza un supuesto análogo al de la autos, y que dispone: *"Per últim i en relació a la declaració de responsabilitat subsidiària del Banc de Sabadell, tampoc podem donar la raó a la part apel·lant. Efectivament l'article 73.2 de la LC sí és aplicable al cas present. Fa l' esmentat precepte "Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa". Sosté la part apel·lant que a l'haver estat el Banc de Sabadell part demandada no li és aplicable el precepte ja que aquest es refereix a "...no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado". Resulta però que el Banc de Sabadell en aquest procediment té una doble posició, la de demandat, però també la de hom que va contractar amb el concursat ja que LEDECO va percebre de Europromociones Bali, S.L els diners que aquell li devia i que varen passar a integrar el seu patrimoni, desprès varen sortir d'aquell en favor de societats del grup i d'aquestes novament a favor de Banc de Sabadell, autèntic beneficiat de l'operació i que, com la pròpia l'entitat clarament sosté, no s'hagués concedit el crèdit hipotecari si no s'hagués assegurat prèviament el Banc de que els diners obtinguts anirien destinats a cobrir descoberts de LEDECO i empreses del grup que mantenien amb el propi Banc el que fa que pugui apreciar-se mala fe en el Banc, o com diu el precepte*

esmentat "si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa".
Citar igualmente la reciente sentencia 523/2014, de 5 de diciembre de 2014, en la que al efecto, disponemos: "*No cabe duda que en este supuesto concurre la mala fe alegada, pues en un mismo día se constituyen las dos garantías hipotecarias litigiosas que en su casi integridad se destinan a satisfacer deudas de otras sociedades que, aunque sean del mismo grupo, producen el efecto de incrementar significativamente la responsabilidad patrimonial de la deudora. La acreedora Banco Popular persigue obtener a toda costa mayores garantías de cobro, tanto de sus créditos contra la concursada como, sobre todo, contra sociedades del grupo, sin importarle la consiguiente postergación de los acreedores propios de Tractomotor respecto a la posibilidad de realización de sus créditos a costa de los inmuebles de su deudora que resultan gravados con las nuevas hipotecas, por lo que no puede haber duda alguna sobre la conciencia de que, con esa actuación, los restantes acreedores de Tractomotor se colocaban en una más que evidente peor perspectiva de recuperación de sus créditos, en beneficio de Banco Popular, quien logra esquivar así los efectos de la "pars conditio creditorum".*
En consecuencia, hay que concluir que efectivamente BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente. Cuando recibió el pago por parte de Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L que es objeto de la presente acción rescisoria, era plenamente conocedora y de hecho, como afirma el juzgador, era la artífice, de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión (transferencia de PROMOINVERSIONS a Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L.), tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
Ello determina que proceda estimar el recurso de apelación y condenar a BMN a la restitución a la masa activa, solidariamente con Gabinet Técnic de la Construcció GTC S.L de la cantidad de 6.400 #, al haber actuado con mala fe.": SAP Lleida (Sección 2) 29.01.2015 (Sentencia 42/2015; Rollo 582/2014)

"PRIMERO.-Las cuestiones que se plantean en este rollo de apelación son idénticas a las que ya tuvimos ocasión de resolver primero en nuestra sentencia de fecha 19-12-14, a raíz del incidente concursal 268/2013, y posteriormente en la sentencia de fecha 23-1-15, a raíz del incidente concursal 349/2013, que al igual que el presente, también dimanaban del concurso voluntario 414/2012. Por tanto, son coincidentes las partes, a excepción de ONDARA 2000, SL, obedeciendo la controversia que se suscita a la misma operativa que examinamos en ambas ocasiones.
En consecuencia, debemos seguir ahora los mismos criterios y razonamientos contenidos en las mencionadas resoluciones, por ajustarse al objeto de la controversia planteada y por no apreciarse elemento significativo alguno que conduzca a cambiar del criterio adoptado en ellas. (...)
SEGUNDO.-Analizando en primer lugar el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal, combate el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia, relativo a la absolución de BNM en cuanto a las peticiones formuladas contra la misma, al considerar que concurren los requisitos necesarios para apreciar mala fe en su conducta, de modo que la misma debe ser condenada a restituir a la masa activa, solidariamente con la sociedad ONDARA 2000, SL, la cantidad de 11.500 #, tal y como solicitaban en el escrito de demanda.
Alega que el juzgador ha incurrido en un error en la valoración de la prueba por cuanto en la conducta de BMN se aprecia el aspecto objetivo de la mala fe, siendo "merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico".
Pone de manifiesto igualmente que el juez equipara la mala fe de la persona que contrata con la concursada (ONDARA 2000, SL) con la buena o mala fe del tercero subadquirente, en este caso BMN, lo que no resulta en modo alguno ajustado a derecho. Concreta que en este caso BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente, sin que resulte exigible la existencia del aspecto objetivo al que hace referencia la sentencia recurrida, por cuanto dicha entidad era plenamente conocedora de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión, tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
La cantidad que es objeto de reclamación a la entidad financiera BMN tiene su origen en la operativa llevada a cabo entre la concursada, PROMOINVERSIONS 2003, SL y BMN en fechas 23 de mayo y 14 de junio de 2012, inmediatamente antes de presentar la solicitud del concurso en fecha 31 de julio de 2012, cuando se formalizaron cuatro compraventas con subrogación de hipoteca de cuatro inmuebles (dos a favor de la mercantil TERRES I PROJECTES, SLU y otros dos a favor de CARPINTERÍA DEL PALLARS GROUP, SL) que la propia concursada tenía gravados con cargas hipotecarias a favor de BMN.
A raíz de dichas compraventas con subrogación hipotecaria, se generó un IVA por importe de 2.261.889,40 euros, que se ingresó en una cuenta aperturada a nombre de la concursada en la entidad BMN. Sin embargo, dicho importe no se ingresó a la Hacienda Pública, tal y como la legalmente exigible, sino que se destinó, mayoritariamente, a saldar deudas que tenían diversas sociedades del grupo empresarial Ondara, del que formaba parte PROMOINVERSIONS, con la propia entidad financiera BMN. En concreto, y por lo que aquí interesa, la operativa que fundamenta la acción de reintegración es la siguiente:
-En fecha 23 de mayo de 2012, tras la firma de las compraventas con subrogación hipotecaria, se efectúa un traspaso desde la cuenta de PROMOINVERSIONS aperturada en la entidad BMN a la cuenta de otra sociedad del Grupo Ondara, ONDARA 2000, SL, aperturada también en la misma entidad, por importe de 11.500 #.
-Acto seguido, esa cantidad transferida, es destinada a saldar las deudas que tenía ONDARA con BMN, saneando de este modo la posición financiera de la misma.
De la prueba practicada resulta que toda esta operativa se orquestó bajo las exigencias de BMN, hasta el punto que el administrador de la concursada y de ONDARA 2000, SL, Sr. Luis Enrique, en el acto de la vista, manifestó que nunca tuvo disponibilidad de la cantidad percibida en concepto de IVA, refiriendo que la entidad

bancaria le exigió el pago de préstamos que tenían concertados con la entidad bancaria otras sociedades del grupo, llegando incluso a firmar las órdenes de transferencia en Vilafranca del Penedés, donde estaba la sede de Caixa del Penedés, tras realizarse los dos primeros compraventas, para asegurarse que el dinero iba a cancelar deudas de PROMOINVERSIONS y también de otras sociedades del grupo, circunstancias que han sido recogidas por juzgador en la sentencia recurrida.
De la declaración testifical prestada por la directora de la sucursal de BMN en Tárrega, Sra. Soledad, se desprende que a continuación ambos se desplazaron a las oficinas de dicha sucursal, en las que se efectuó el ingreso del cheque y acto seguido se ordenaron las transferencias que posibilitaron que el dinero sirviera para saldar créditos de BMN.
Concretada la operativa, resaltar que este Tribunal se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la buena o mala fe de los intervinientes en la operación. En concreto en la reciente resolución de fecha 5 de diciembre de 2014 se establece: *"Sobre este particular hemos dicho en nuestra sentencia de 27-9-12 que: "En l'àmbit concursal la Sala 1ª del TS (Sentència del Ple de 16 de setembre de 2010), a l'abordar el concepte de mala fe de l'article 73 de la LC ha assenyalat, a l'al·ludir a l'aspecte subjectiu subjacent per justificar aquest tipus d'accions, que a més del coneixement de la situació d'insolvència del deutor, el que cal no és que es tingui intenció de danyar, sino que ni ha prou amb la consciència de que s'afectarà negativament - es causarà perjudici- als demés creditors, de manera que a l'agreujar o endurir la situació econòmica del deutor s'està debilitant notòriament l'efectivitat enfront a aquells titulars de drets sobre aquell.*
Diu concretament l'expressada sentència "...La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico."
En el mismo sentido se pronuncia la STS 27-10-10 : "Efectivamente, como sostiene la parte recurrente, la apreciación de mala fe a los efectos del Art. 73.3 "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores".
En parecidos términos también la STS 7-12-2012 dispone: *"La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.*
El Art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre.
Efectivamente, tal y como establece el juzgador, en este caso concurre el elemento subjetivo de la mala fe por cuanto BMN tiene absoluta conciencia que con el reparto del único ingreso efectivo que tiene en caja PROMOINVERSIONS, el IVA devengado por operación de venta, se afecta negativamente a los demás acreedores, reparto del cual el último beneficiario es la propia entidad, que trata con ello de reducir su riesgo empresarial con el conjunto el grupo.
Pero es que además comparte la Sala los argumentos vertidos por la Administración Concursal en el recurso interpuesto, en cuanto las circunstancias concurrentes revelan la concurrencia de una conducta que, en un aspecto objetivo, complementario de los presupuestos subjetivos expresados, merece la repulsa ética en el tráfico jurídico y la sanción pretendida por la recurrente.
En tal sentido, hay que tener presente que BMN conocía perfectamente la situación precaria en la que se encontraba el denominado Grupo Ondara y especialmente PROMOINVERSIONS hasta el punto que hacía tiempo que la concursada no atendía el pago de las cuotas hipotecarias, como puso de manifiesto el legal representante de la misma, Sr. Luis Enrique, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. De hecho, las cuatro compraventas con subrogación hipotecaria se efectuaron precisamente porque la concursada no podía hacer frente a las cuotas hipotecarias que se devengaban, meritándose elevados intereses de demora. Dichas compraventas se llevaron a cabo además a favor de empresas designadas por la propia entidad financiera, una de ellas, TERRES I PROJECTES, SLU, filial de BMN y la otra, FUSTERIA DEL PALLARS, SL, sociedad indicada por la entidad financiera. Se ha aportado también bajo documento 10-A de la demanda el comunicado que en febrero de 2012 entregó a la oficina de Caixa Penedés de Tárrega el administrador de PROMOINVERSIONS, Sr Luis Enrique, en el que informaba de la delicada situación económica en la que se hallaba PROMINVERSIONS a raíz de la financiación de diversas sociedades del grupo.
Procede resaltar igualmente que a raíz de la citada operativa, lo único que pretende la entidad financiera es beneficiarse a sí misma en detrimento del resto de acreedores.
Destacar también que en lugar de dar a ese IVA generado por importe de 2 millones # el destino legal que le correspondía, por exigencias de BMN, se destina a sanear la posición financiera de ONDARA 2000, SL y de otras sociedades del grupo, que no habían intervenido en modo alguno en las compraventas con subrogación hipotecaria.
Resulta igualmente trascendente el hecho que BMN era consciente que el único activo líquido con el que contaba la concursada era precisamente el IVA que se generó a raíz de esas compraventas y buena prueba de ello es que las cuentas de PROMOINVERSIONMS arrojaban saldo 0 cuando se llevaron a cabo las dos

primeras compraventas, tal y como se desprende del documento 6 de la demanda, y el resto de bienes de la propia concursada eran fincas con importantes cargas hipotecaria sin atender, extremos que puso de manifiesto también el legal representante de la concursada, Sr Luis Enrique, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. Pese a ello la entidad exige que el único activo de la concursada se destine a saldar deudas de terceros ajenos a la operación de compraventa con la propia entidad financiera.
A raíz de todo ello el IVA desaparece por completo, restando únicamente la cantidad de 153.000 # con el que debe atenderse a los acreedores que no gozan del privilegio especial, cuyos créditos ascienden a un total de 2.704.915, 52 #, lo que frustra por completo sus expectativas de cobro e infringe el principio de la "pars condictio creditorum".
Alega la apelada que no concurre ni el elemento subjetivo, ni el objetivo de la mala fe por cuanto la operación debe valorarse en su conjunto, habiendo quedado acreditado que la misma fue beneficiosa para el concurso pues la concursada se desprendió de unos activos cuyo valor nada tenían que ver con el valor por el que se constituye la hipoteca, disminuyendo en una cantidad nada desdeñable su pasivo financiero.
Como ya se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de fecha 27 de noviembre del corriente, resolviendo otro incidente del mismo concurso de PROMOINVERSIONS : " *Efectivamente se dice que hay que contemplar aquella operación en su conjunto, pero es lo cierto que lo que aquí se pretende reintegrar no es la operación de compraventa sino el destino dado a parte del dinero percibido por aquella, y mas concretamente el dinero que se pago por IVA y que se ingresó en la cuenta que la concursada tiene en BMN. Hay que recordar que ello se realiza pocos días antes de que sea declarado el concurso y cuando la insolvencia de la concursada es ya evidente. De hecho cuando se efectúa la operación de venta el saldo de las cuentas de la concursada es inexistente".*
Comparte también la Sala las alegaciones de carácter jurídico vertidas por la Administración Concursal en el segundo de los motivos del recurso, relativas a la distinción que prevé la Ley Concursal en cuanto a legitimación pasiva de los demandados en el ejercicio de la acción rescisoria, distinguiendo claramente entre la persona que contrató con la concursada, que en el caso de autos es ONDARA 2000,SL, y el tercero subadquirente, en este caso BMN, el cual sólo será demandado si se pretende destruir la presunción de buena fe en su adquisición.
Sobre dicho particular puntualizar en primer lugar en ningún caso estamos ante un hecho nuevo introducido en esta alzada, como esgrime la apelada en su oposición al recurso.
La Administración Concursal en su escrito de demanda, dirige acción frente a la entidad BMN, interesando se declare la existencia de mala fe por su parte en la recepción del pago objeto de la presente acción rescisoria y, en consecuencia, se le condene a restituir a la masa activa, solidariamente con ONDARA 2000, SL, la cantidad de 11.500 euros, más intereses.
La cuestión planteada en esta alzada por la AC se ciñe, pues, a cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son rectores del proceso, sin que supongan modificación alguna de los términos de la demanda (prohibición de la "mutatio libelli", STS 26 de diciembre de 1997), ni cambio del objeto del pleito en segunda instancia,
Realizada dicha salvedad, la acción rescisoria que ha dado lugar al presente incidente se interpuso contra ONDARA 2000, SL como "persona que ha sido parte del acto impugnado", pues es quien recibe la transferencia de la concursada y quien efectúa el pago a BMN. Por su parte BMN fue demandado en su calidad de "tercero subadquirentes", pues al margen de haber participado en la operativa que generó el IVA, es el destinatario final del importe transferido desde la cuenta de PROMOINVERSIONS a la cuenta de ONDARA 2000, SL.
Tercero adquirente es, pues, la persona que recibe el bien o derecho de quien, a su vez, había sido contraparte en el acto perjudicial impugnado del deudor concursado. No lo es la contraparte del acto o negocio impugnado por la rescisión contractual, adquirente del bien dispuesto por el concursado o beneficiario de la garantía, y sí que lo es el subadquirente, esto es, quien no lo recibió directamente del deudor concursado, sino de aquél a quien el concursado se lo había trasmitido. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, cuando se refiere a la noción de tercero, que excluye siempre a la contraparte del negocio o acto impugnado y en tal sentido Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 30 de mayo de 1997.
En un segundo plano, el de la segunda y sucesivas transmisiones, en las que ya no es parte el deudor concursado, la rescisión del negocio o acto por el que adquirió quien ahora es transmitente ocasionará la ineficacia de esta segunda transmisión sólo el caso en que el subadquirente haya sido demandado (para que restituya el bien o derecho subadquirido) y no hubiera actuado de buena fe o no se vea favorecido por una situación legal de irreivindicabilidad del bien o de protección registral. En este segundo plano, la ausencia de buena fe se exige tan sólo para el subadquirente, y no para la adquirente, que a su vez es transmitente en esta segunda transmisión.
Efectivamente, de un análisis de la sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en las que se analiza la mala fe en el artículo 73 LC, se desprende que se refieren exclusivamente a la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado, sin que hagan ninguna referencia a la mala fe del tercero subadquirente. Todas ellas hacen referencia a lo dispuesto en el Art. 73. 3 de la LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, esto es, a la declaración de mala fe ex Art 73.3 LC
Partiendo de la distinción que ofrece la Ley Concursal, resulta evidente que no se puede equiparar la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado y la mala fe del tercero subadquirente, por cuanto las consecuencias de la rescisión concursal para uno y otro son distintas.
Al efecto, para quien ha sido parte en el acto impugnado (En este caso ONDARA 2000, SL) y ha obrado con su mala fe, la consecuencia es la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido y la

subordinación del crédito.
Para el tercero subadquirente (en este caso BMN, que ha recibido los ingresos de ONDARA 2000, SL, que previamente, se transfirieron de la cuenta de la concursada), la restitución del bien o derecho y la ineficacia del negocio o acto adquisición. A cambio, el tercero subadquirente no tendrá ningún derecho frente a la masa del concurso, pues quien le transmitió a él el bien o derecho que ahora ha tenido que reintegrar a la masa fue el primer adquirente. Con la sentencia que rescinde el negocio y obliga a restituir el bien a la masa, podría el subadquirente dirigirse contra su respectivo transmitente para exigir la restitución del precio
o la contraprestación abonada en su día para la adquisición del bien o derecho, más los intereses con frutos producidos desde entonces.
Tal y como pone de manifiesto la Administración Concursal en su recurso, en tal sentido se ha pronunciado el Magistrado del Tribunal Supremo, especialista en asuntos propios de lo mercantil, Sr. Cesareo (que es precisamente el ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de diciembre de 2012 antes referidas), en el Tratado Judicial de la Insolvencia, en el que realiza un minucioso examen de las acciones de reintegración. Hace referencia también al concepto de mala fe que resulta exigible al tercero subadquirente, afirmando: "carece de buena fe el tercero subadquirente cuando al tiempo de adquirir el bien/ derecho conocía o podía conocer las circunstancias en que había adquirido quien a él le transmitía. Esto es, si al tiempo de practicarse la segunda transmisión conocía de la situación de insolvencia del deudor concursado cuando enajenó el bien/derecho, y/o la naturaleza y circunstancias de esta primera transmisión, que la hacen susceptible de rescisión una vez declarado el concurso. Si el subadquirente conocía o podía conocer esta vulnerabilidad de la primera transmisión de la que trae causa su adquisición, entonces carecería de la condición de buena fe".
Precisamente ello es lo que subyace en las sentencias dictadas por este Tribunal, relativas a acciones de reintegración del Art 71 y ss de la LC, en las que se ha analizado la concurrencia de la mala fe.
En concreto, es muy ilustrativa la Sentencia 39/2013, de 25 de enero de 2013, que analiza un supuesto análogo al de la autos, y que dispone: *"Per últim i en relació a la declaració de responsabilitat subsidiària del Banc de Sabadell, tampoc podem donar la raó a la part apel·lant. Efectivament l'article 73.2 de la LC sí és aplicable al cas present. Fa l' esmentat precepte "Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa". Sosté la part apel·lant que a l'haver estat el Banc de Sabadell part demandada no li és aplicable el precepte ja que aquest es refereix a "...no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado". Resulta però que el Banc de Sabadell en aquest procediment té una doble posició, la de demandat, però també la de hom que va contractar amb el concursat ja que LEDECO va percebre de Europromociones Bali, S.L els diners que aquell li devia i que varen passar a integrar el seu patrimoni, desprès varen sortir d'aquell en favor de societats del grup i d'aquestes novament a favor de Banc de Sabadell, autèntic beneficiat de l'operació i que, com la pròpia l'entitat clarament sosté, no s'hagués concedit el crèdit hipotecari si no s'hagués assegurat prèviament el Banc de que els diners obtinguts anirien destinats a cobrir descoberts de LEDECO i empreses del grup que mantenien amb el propi Banc el que fa que pugui apreciar-se mala fe en el Banc, o com diu el precepte esmentat "si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa".*
Citar igualmente la reciente sentencia 523/2014, de 5 de diciembre de 2014, en la que, al efecto, disponemos: " *No cabe duda que en este supuesto concurre la mala fe alegada, pues en un mismo día se constituyen las dos garantías hipotecarias litigiosas que en su casi integridad se destinan a satisfacer deudas de otras sociedades que, aunque sean del mismo grupo, producen el efecto de incrementar significativamente la responsabilidad patrimonial de la deudora. La acreedora Banco Popular persigue obtener a toda costa mayores garantías de cobro, tanto de sus créditos contra la concursada como, sobre todo, contra sociedades del grupo, sin importarle la consiguiente postergación de los acreedores propios de Tractomotor respecto a la posibilidad de realización de sus créditos a costa de los inmuebles de su deudora que resultan gravados con las nuevas hipotecas, por lo que no puede haber duda alguna sobre la conciencia de que, con esa actuación, los restantes acreedores de Tractomotor se colocaban en una más que evidente peor perspectiva de recuperación de sus créditos, en beneficio de Banco Popular, quien logra esquivar así los efectos de la "pars conditio creditorum".*
En consecuencia, hay que concluir que efectivamente BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente. Cuando recibió el pago por parte de ONDARA 2000, SL que es objeto de la presente acción rescisoria, era plenamente conocedora y de hecho, como afirma el juzgador, era la artífice, de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión (transferencia de PROMOINVERSIONS a ONDARA 2000, SL), tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
Ello determina que proceda estimar el recurso de apelación y condenar a BMN a la restitución a la masa activa, solidariamente con ONDARA 2000, SL, la cantidad de 11.500 #, al haber actuado con mala fe.": SAP Lleida (Sección 2) 26.02.2015 (Sentencia 89/2015; Rollo 583/2014)

"PRIMERO.- Las cuestiones que se plantean en este rollo de apelación son idénticas a las que Sala ha tenido ocasión de examinar y resolver en nuestras recientísima sentencia de fecha 29 de enero del año en curso así como en las de 19-12-14 y 23-1-2015, a raíz de los incidentes concursales nº 353/13, 268/2013 y 349/13, que

al igual que en el incidente que ahora nos ocupa también dimanaban del concurso voluntario nº 414/2012. Por tanto, son coincidentes las partes, a excepción de la codemandada, obedeciendo la controversia que se suscita a la misma operativa que examinamos en aquellas tres recientes resoluciones, por bien que en dos de ellas no nos llegamos a pronunciar sobre el recurso de la concursada por no haber satisfecho la tasa y deposito correspondiente y no haber sido admitido a tramite su recurso, como de hecho sucede también en este caso. Por tanto, debemos seguir ahora los mismos criterios y razonamientos contenidos en las referidas sentencias, por ajustarse al objeto de la controversia planteada y por no apreciarse elemento significativo alguno que conduzca a cambiar el criterio adoptado allí. (...)
SEGUNDO.- Así planteados los términos del debate en esta segunda instancia y partiendo de la base que el recurso, en esta alzada, queda circunscrito al examen del presentado por la administración concursal y la impugnación del Banco Mare Nostrum, analizaremos a continuación el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal. Pues bien, cabe decir que este combate la absolución de BMN en cuanto a las peticiones formuladas contra la misma, al considerar que concurren los requisitos necesarios para apreciar mala fe en su conducta, de modo que la misma debe ser condenada a restituir a la masa activa, solidariamente con la sociedad, INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL, la cantidad de 2.100 #.
Alega que el juzgador ha incurrido en un error en la valoración de la prueba por cuanto en la conducta de BMN se aprecia el aspecto objetivo de la mala fe, siendo " merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico".
Pone de manifiesto igualmente que el juez equipara la mala fe de la persona que contrata con la concursada (INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL) con la buena o mala fe del tercero subadquirente, en este caso BMN, lo que no resulta en modo alguno ajustado a derecho. Concreta que en este caso BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente, sin que resulte exigible la existencia del aspecto objetivo al que hace referencia la sentencia recurrida, por cuanto dicha entidad era plenamente conocedora de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión, tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
La cantidad que es objeto de reclamación a la entidad financiera BMN tiene su origen en la operativa llevada a cabo entre la concursada, PROMOINVERSIONS 2003, SL y BMN en fechas 23 de mayo y 14 de junio de 2012, inmediatamente antes de presentar la solicitud del concurso en fecha 31 de julio de 2012, cuando se formalizaron cuatro compraventas con subrogación de hipoteca de cuatro inmuebles (dos a favor de la mercantil TERRES I PROJECTES, SLU y otros dos a favor de CARPINTERIA DEL PALLARS GROUP, SL) que la propia concursada tenía gravados con cargas hipotecarias a favor de BMN.
A raíz de dichas compraventas con subrogación hipotecaria, se generó un IVA por importe de 2.261.889,40 euros, que se ingresó en una cuenta aperturada a nombre de la concursada en la entidad BMN. Sin embargo, dicho importe no se ingresó a la Hacienda Pública, tal y como la legalmente exigible, sino que se destinó, mayoritariamente, a saldar deudas que tenían diversas sociedades del grupo empresarial Ondara, del que formaba parte PROMOINVERSIONS, con la propia entidad financiera BMN. En concreto, y por lo que aquí interesa, la operativa que fundamenta la acción de reintegración es la siguiente:
-En fecha 23 de mayo de 2012, tras la firma de las compraventas con subrogación hipotecaria, se efectúa un traspaso desde la cuenta de PROMOINVERSIONS aperturada en la entidad BMN a la cuenta de INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL, aperturada también en la misma entidad, por importe de 2.100 #.
-Acto seguido, esa cantidad transferida se destinada a pagar las deudas que tenía INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL, con BMN, saneando de este modo la posición financiera de la misma.
De la prueba practicada resulta que toda esta operativa se orquestó bajo las exigencias de BMN, hasta el punto que el administrador de la concursada y de INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL, Sr. Cristobal, en el acto de la vista, manifestó que nunca tuvo disponibilidad de la cantidad percibida en concepto de IVA, refiriendo que la entidad bancaria le exigió el pago de préstamos que tenían concertados con la entidad bancaria otras sociedades del grupo, llegando incluso a firmar las órdenes de transferencia en Vilafranca del Penedés, donde estaba la sede de Caixa del Penedés, tras realizarse los dos primeros compraventas, para asegurarse que el dinero iba a cancelar deudas de PROMOINVERSIONS y también de otras sociedades del grupo, circunstancias que han sido recogidas por juzgador en la sentencia recurrida.
Concretada la operativa, resaltar que este Tribunal se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la buena o mala fe de los intervinientes en la operación. En concreto en la reciente resolución de fecha 5 de diciembre de 2014 se establece: " Sobre este particular hemos dicho en nuestra sentencia de 27-9-12 que: " En l'àmbit concursal la Sala 1ª del TS (Sentència del Ple de 16 de setembre de 2010), a l'abordar el concepte de mala fe de l'article 73 de la LC ha assenyalat, a l'al·ludir a l'aspecte subjectiu subjacent per justificar aquest tipus d'accions, que a més del coneixement de la situació d'insolvència del deutor, el que cal no és que es tingui intenció de danyar, sinó que ni ha prou amb la consciència de que s'afectarà negativament - es causarà perjudici- als demés creditors, de manera que a l'agreujar o endurir la situació econòmica del deutor s'està debilitant notòriament l'efectivitat enfront a aquells titulars de drets sobre aquell.
Diu concretament l'expressada sentència "...La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico."
En el mismo sentido se pronuncia la STS 27-10-10 : " Efectivamente, como sostiene la parte recurrente, la apreciación de mala fe a los efectos del Art. 73.3 "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores".
En parecidos términos también la STS 7-12-2012 dispone: " La mala fe va referida a la realización del negocio.

Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.
El Art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre)
Efectivamente, tal y como establece el juzgador, en este caso concurre el elemento subjetivo de la mala fe por cuanto BMN tiene absoluta conciencia que con el reparto del único ingreso efectivo que tiene en caja PROMOINVERSIONS, el IVA devengado por operación de venta, se afecta negativamente a los demás acreedores, reparto del cual el último beneficiario es la propia entidad, que trata con ello de reducir su riesgo empresarial con el conjunto el grupo.
Pero es que además comparte la Sala los argumentos vertidos por la Administración Concursal en el recurso interpuesto, en cuanto las circunstancias concurrentes revelan la concurrencia de una conducta que, en un aspecto objetivo, complementario de los presupuestos subjetivos expresados, merece la repulsa ética en el tráfico jurídico y la sanción pretendida por la recurrente.
En tal sentido, hay que tener presente que BMN conocía perfectamente la situación precaria en la que se encontraba el denominado grupo Ondara y especialmente PROMOINVERSIONS hasta el punto que hacía tiempo que la concursada no atendía el pago de las cuotas hipotecarias, como puso de manifiesto el legal representante de la misma, Sr. Cristobal, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. De hecho, las cuatro compraventas con subrogación hipotecaria se efectuaron precisamente porque la concursada no podía hacer frente a las cuotas hipotecarias que se devengaban, meritándose elevados intereses de demora. Dichas compraventas se llevaron a cabo además a favor de empresas designadas por la propia entidad financiera, una de ellas, TERRES I PROJECTES,SLU, filial de BMN y la otra, FUSTERIA DEL PALLARS, SL, sociedad indicada por la entidad financiera.
Procede resaltar igualmente que a raíz de la citada operativa, lo único que pretende la entidad financiera es beneficiarse a sí misma en detrimento del resto de acreedores.
Destacar también que en lugar de dar a ese IVA generado por importe de 2 millones el destino legal que le correspondía, por exigencias de BMN, se destina a sanear la posición financiera de INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL y de otras sociedades del grupo, que no habían intervenido en modo alguno las compraventas con subrogación hipotecaria.
Resulta igualmente trascendente el hecho que BMN era consciente que el único activo líquido con el que contaba la concursada era precisamente el IVA que se generó a raíz de esas compraventas y buena prueba de ello es que las cuentas de PROMOINVERSIONS arrojaban saldo cero cuando se llevaron a cabo las dos primeras compraventas, tal y como se desprende del documento 8 de la demanda, y el resto de bienes de la propia concursada eran fincas con importantes cargas hipotecaria sin atender, extremos que puso de manifiesto también el legal representante de la concursada, Sr Cristobal, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. Pese a ello la entidad exige que el único activo de la concursada se destine a saldar deudas de terceros ajenos a la operación de compraventa con la propia entidad financiera.
A raíz de todo ello el IVA desaparece por completo, restando únicamente la cantidad de 153.000 # con el que debe atenderse a los acreedores que no gozan del privilegio especial, cuyos créditos ascienden a un total de 2.704.915, 52 #, lo que frustra por completo sus expectativas de cobro e infringe el principio de la " pars condictio creditorum".
Alega la apelada que no concurre ni el elemento subjetivo, ni el objetivo de la mala fe por cuanto la operación debe valorarse en su conjunto, habiendo quedado acreditado que la misma fue beneficiosa para el concurso pues la concursada se desprendió de unos activos cuyo valor nada tenían que ver con el valor por el que se constituye la hipoteca, disminuyendo en una cantidad nada desdeñable su pasivo financiero.
Como ya se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2014, resolviendo otro incidente del mismo concurso de PROMOINVERSIONS : " Efectivamente se dice que hay que contemplar aquella operación en su conjunto, pero es lo cierto que lo que aquí se pretende reintegrar no es la operación de compraventa sino el destino dado a parte del dinero percibido por aquella, y mas concretamente el dinero que se pago por IVA y que se ingresó en la cuenta que la concursada tiene en BMN. Hay que recordar que ello se realiza pocos días antes de que sea declarado el concurso y cuando la insolvencia de la concursada es ya evidente. De hecho cuando se efectúa la operación de venta el saldo de las cuentas de la concursada es inexistente".
Comparte también la Sala las alegaciones de carácter jurídico vertidas por la Administración Concursal en el segundo de los motivos del recurso, relativas a la distinción que prevé la Ley Concursal en cuanto a legitimación pasiva de los demandados en el ejercicio de la acción rescisoria, distinguiendo claramente entre la persona que contrató con la concursada y el tercero subadquirente, en este caso BMN, el cual sólo será demandado si se pretende destruir la presunción de buena fe en su adquisición.
La acción rescisoria que ha dado lugar al presente incidente se interpuso contra INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL, como "persona que ha sido parte del acto impugnado", pues es quien recibe la transferencia de la concursada y quien efectúa el pago a BMN. Por su parte BMN fue demandado en su calidad de "tercero subadquirentes", pues al margen de haber participado en la operativa que generó el IVA, es el destinatario final

del importe transferido desde la cuenta de PROMOINVERSIONS a la cuenta de INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL.
Tercero adquirente es, pues, la persona que recibe el bien o derecho de quien, a su vez, había sido contraparte en el acto perjudicial impugnado del deudor concursado. No lo es la contraparte del acto o negocio impugnado por la rescisión contractual, adquirente del bien dispuesto por el concursado o beneficiario de la garantía, y sí que lo es el subadquirente, esto es, quien no lo recibió directamente del deudor concursado, sino de aquél a quien el concursado se lo había trasmitido. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, cuando se refiere a la noción de tercero, que excluye siempre a la contraparte del negocio o acto impugnado y en tal sentido Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 30 de mayo de 1997.
En un segundo plano, el de la segunda y sucesivas transmisiones, en las que ya no es parte el deudor concursado, la rescisión del negocio o acto por el que adquirió quien ahora es transmitente ocasionará la ineficacia de esta segunda transmisión sólo el caso en que el subadquirente haya sido demandado (para que restituya el bien o derecho subadquirido) y no hubiera actuado de buena fe o no se vea favorecido por una situación legal de irreivindicabilidad del bien o de protección registral. En este segundo plano, la ausencia de buena fe se exige tan sólo para el subadquirente, y no para la adquirente, que a su vez es transmitente en esta segunda transmisión.
Efectivamente, de un análisis de la sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en las que se analiza la mala fe en el artículo 73 LC, se desprende que se refieren exclusivamente a la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado, sin que hagan ninguna referencia a la mala fe del tercero subadquirente. Todas ellas hacen referencia a lo dispuesto en el Art. 73. 3 de la LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, esto es, a la declaración de mala fe ex Art 73.3 LC
Partiendo de la distinción que ofrece la Ley Concursal, resulta evidente que no se puede equiparar la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado y la mala fe del tercero subadquirente, por cuanto las consecuencias de la rescisión concursal para uno y otro son distintas.
Al efecto, para quien ha sido parte en el acto impugnado (En este caso INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL) y ha obrado con mala fe, la consecuencia es la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido y la subordinación del crédito.
Para el tercero subadquirente (en este caso BMN, que ha recibido los ingresos de INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL) que previamente, se transfirieron de la cuenta de la concursada), la restitución del bien o derecho y la ineficacia del negocio o acto adquisición. A cambio, el tercero subadquirente no tendrá ningún derecho frente a la masa del concurso, pues quien le transmitió a él el bien o derecho que ahora ha tenido que reintegrar a la masa fue el primer adquirente. Con la sentencia que rescinde el negocio y obliga a restituir el bien a la masa, podría el subadquirente dirigirse contra su respectivo transmitente para exigir la restitución del precio o la contraprestación abonada en su día para la adquisición del bien o derecho, más los intereses con frutos producidos desde entonces.
Tal y como pone de manifiesto la Administración Concursal en su recurso, en tal sentido se ha pronunciado el Magistrado del Tribunal Supremo, especialista en asuntos propios de lo mercantil, Sr. Raimundo (que es precisamente el ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de diciembre de 2012 antes referidas), en el Tratado Judicial de la Insolvencia, en el que realiza un minucioso examen de las acciones de reintegración. Hace referencia también al concepto de mala fe que resulta exigible al tercero subadquirente, afirmando: " carece de buena fe el tercero subadquirente cuando al tiempo de adquirir el bien/derecho conocía o podía conocer las circunstancias en que había adquirido quien a él le transmitía.
Esto es, si al tiempo de practicarse la segunda transmisión conocía de la situación de insolvencia del deudor concursado cuando enajenó el bien/derecho, y/o la naturaleza y circunstancias de esta primera transmisión, que la hacen susceptible de rescisión una vez declarado el concurso. Si el subadquirente conocía o podía conocer esta vulnerabilidad de la primera transmisión de la que trae causa su adquisición, entonces carecería de la condición de buena fe".
Precisamente ello es lo que subyace en las sentencias dictadas por este Tribunal, relativas a acciones de reintegración del Art 71 y ss de la LC, en las que se ha analizado la concurrencia de la mala fe.
En concreto, es muy ilustrativa la Sentencia 39/2013, de 25 de enero de 2013, que analiza un supuesto análogo al de la autos, y que dispone: "Per últim i en relació a la declaració de responsabilitat subsidiària del Banc de Sabadell, tampoc podem donar la raó a la part apel·lant. Efectivament l'article 73.2 de la LC sí és aplicable al cas present. Fa l' esmentat precepte " Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa". Sosté la part apel·lant que a l'haver estat el Banc de Sabadell part demandada no li és aplicable el precepte ja que aquest es refereix a "...no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado". Resulta però que el Banc de Sabadell en aquest procediment té una doble posició, la de demandat, però també la de hom que va contractar amb el concursat ja que LEDECO va percebre de Europromociones Bali, S.L els diners que aquell li devia i que varen passar a integrar el seu patrimoni, desprès varen sortir d'aquell en favor de societats del grup i d'aquestes novament a favor de Banc de Sabadell, autèntic beneficiat de l'operació i que, com la pròpia l'entitat clarament sosté, no s'hagués concedit el crèdit hipotecari si no s'hagués assegurat prèviament el Banc de que els diners obtinguts anirien destinats a cobrir descoberts de LEDECO i empreses del grup que mantenien amb el propi Banc el que fa que pugui apreciar-se mala fe en el Banc, o com diu el precepte esmentat " si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado se le condenará a indemnizar

la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa".
Citar igualmente la reciente sentencia 523/2014, de 5 de diciembre de 2014, en la que al efecto, disponemos: "No cabe duda que en este supuesto concurre la mala fe alegada, pues en un mismo día se constituyen las dos garantías hipotecarias litigiosas que en su casi integridad se destinan a satisfacer deudas de otras sociedades que, aunque sean del mismo grupo, producen el efecto de incrementar significativamente la responsabilidad patrimonial de la deudora. La acreedora Banco Popular persigue obtener a toda costa mayores garantías de cobro, tanto de sus créditos contra la concursada como, sobre todo, contra sociedades del grupo, sin importarle la consiguiente postergación de los acreedores propios de Tractomotor respecto a la posibilidad de realización de sus créditos a costa de los inmuebles de su deudora que resultan gravados con las nuevas hipotecas, por lo que no puede haber duda alguna sobre la conciencia de que, con esa actuación, los restantes acreedores de Tractomotor se colocaban en una más que evidente peor perspectiva de recuperación de sus créditos, en beneficio de Banco Popular, quien logra esquivar así los efectos de la " pars conditio creditorum".
En consecuencia, hay que concluir que efectivamente BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente. Cuando recibió el pago por parte de INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL que es objeto de la presente acción rescisoria, era plenamente conocedora y de hecho, como afirma el juzgador, era la artífice, de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión (transferencia de PROMOINVERSIONS a INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL.), tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
Ello determina que proceda estimar el recurso de apelación y condenar a BMN a la restitución a la masa activa, solidariamente con INMOBILIARIA LLARS DE PONENT SL, de la cantidad de 2.100 #, al haber actuado con mala fe.”: SAP Lleida (Sección 2) 05.03.2015 (Sentencia 104/2015; Rollo 555/2014)

“PRIMERO.-Las cuestiones que se plantean en este rollo de apelación son idénticas a las que Sala ha tenido ocasión de examinar y resolver en nuestras sentencias de 5 de marzo y 29 de enero de 2015, y en las 19-12-14 y 23-1-2015, a raíz de los incidentes concursales nº 355 y 353/13, y 268/2013 y 349/13, que al igual que el que incidente que ahora nos ocupa también dimanaban del concurso voluntario nº 414/2012. Por tanto, son coincidentes las partes, a excepción de la codemandada Intereix de Promocions S.L.U, obedeciendo la controversia que se suscita a la misma operativa que examinamos en aquellas dos recientes resoluciones.
Por tanto, debemos seguir ahora los mismos criterios y razonamientos contenidos en las referidas sentencias, por ajustarse al objeto de la controversia planteada y por no apreciarse elemento significativo alguno que conduzca a cambiar del criterio adoptado allí. (...)
SEGUNDO.-Analizando en primer lugar el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal, combate la absolución de BNM en cuanto a las peticiones formuladas contra la misma, al considerar que concurren los requisitos necesarios para apreciar mala fe en su conducta, de modo que la misma debe ser condenada a restituir a la masa activa, solidariamente con la sociedad Intereix de Promocions S.L.U, la cantidad de 312.012 #.
Alega que el juzgador ha incurrido en un error en la valoración de la prueba por cuanto en la conducta de BMN se aprecia el aspecto objetivo de la mala fe, siendo "merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico".
Pone de manifiesto igualmente que el juez equipara la mala fe de la persona que contrata con la concursada (Intereix de Promocions S.L.U.) con la buena o mala fe del tercero subadquirente, en este caso BMN, lo que no resulta en modo alguno ajustado a derecho. Concreta que en este caso BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente, sin que resulte exigible la existencia del aspecto objetivo al que hace referencia la sentencia recurrida, por cuanto dicha entidad era plenamente conocedora de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión, tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
La cantidad que es objeto de reclamación a la entidad financiera BMN tiene su origen en la operativa llevada a cabo entre la concursada, PROMOINVERSIONS 2003, SL y BMN en fechas 23 de mayo y 14 de junio de 2012, inmediatamente antes de presentar la solicitud del concurso en fecha 31 de julio de 2012, cuando se formalizaron cuatro compraventas con subrogación de hipoteca de cuatro inmuebles (dos a favor de la mercantil TERRES I PROJECTES, SLU y otros dos a favor de CARPINTERIA DEL PALLARS GROUP, SL) que la propia concursada tenía gravados con cargas hipotecarias a favor de BMN.
A raíz de dichas compraventas con subrogación hipotecaria, se generó un IVA por importe de 2.261.889,40 euros, que se ingresó en una cuenta aperturada a nombre de la concursada en la entidad BMN. Sin embargo, dicho importe no se ingresó a la Hacienda Pública, tal y como la legalmente exigible, sino que se destinó, mayoritariamente, a saldar deudas que tenían diversas sociedades del grupo empresarial Ondara, del que formaba parte PROMOINVERSIONS, con la propia entidad financiera BMN. En concreto, y por lo que aquí interesa, la operativa que fundamenta la acción de reintegración es la siguiente:
-En fecha 23 de mayo de 2012, tras la firma de las compraventas con subrogación hipotecaria, se efectúa un traspaso desde la cuenta de PROMOINVERSIONS aperturada en la entidad BMN a la cuenta de Intereix de Promocions S.L.U,, aperturada también en la misma entidad, por importes de 216.320 y 79.900 #, y a día siguiente, 24 de mayo un tercer traspaso de 16.143 #)
-Acto seguido, esa cantidad transferida se destinada a pagar las deudas que tenía Intereix de Promociones S.L.U, con BMN (excepto dos cargos por importes de 71,79 y 278,98 euros a favor de Endesa y Schindler S.A.), saneando de este modo la posición financiera de la misma.
De la prueba practicada resulta que toda esta operativa se orquestó bajo las exigencias de BMN, hasta el punto que el administrador de la concursada y de Intereix de Promocions S.L.U, L Sr. Federico, en el acto de la

vista, manifestó que nunca tuvo disponibilidad de la cantidad percibida en concepto de IVA, refiriendo que la entidad bancaria le exigió el pago de préstamos que tenían concertados con la entidad bancaria otras sociedades del grupo, llegando incluso a firmar las órdenes de transferencia en Vilafranca del Penedés, donde estaba la sede de Caixa del Penedés, tras realizarse los dos primeros compraventas, para asegurarse que el dinero iba a cancelar deudas de PROMOINVERSIONS y también de otras sociedades del grupo, circunstancias que han sido recogidas por juzgador en la sentencia recurrida.
Concretada la operativa, resaltar que este Tribunal se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la buena o mala fe de los intervinientes en la operación. En concreto en la reciente resolución de fecha 5 de diciembre de 2014 se establece: *"Sobre este particular hemos dicho en nuestra sentencia de 27-9-12 que: "En l'àmbit concursal la Sala 1ª del TS (Sentència del Ple de 16 de setembre de 2010), a l'abordar el concepte de mala fe de l'article 73 de la LC ha assenyalat, a l'al·ludir a l'aspecte subjectiu subjacent per justificar aquest tipus d'accions, que a més del coneixement de la situació d'insolvència del deutor, el que cal no és que es tingui intenció de danyar, sino que ni ha prou amb la consciència de que s'afectarà negativament - es causarà perjudici- als demés creditors, de manera que a l'agreujar o endurir la situació econòmica del deutor s'està debilitant notòriament l'efectivitat enfront a aquells titulars de drets sobre aquell.*
Diu concretament l'expressada sentència "...La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico."
En el mismo sentido se pronuncia la STS 27-10-10 : "Efectivamente, como sostiene la parte recurrente, la apreciación de mala fe a los efectos del Art. 73.3 "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores".
En parecidos términos también la STS 7-12-2012 dispone: *"La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.*
El Art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre
Efectivamente, tal y como establece el juzgador, en este caso concurre el elemento subjetivo de la mala fe por cuanto BMN tiene absoluta conciencia que con el reparto del único ingreso efectivo que tiene en caja PROMOINVERSIONS, el IVA devengado por operación de venta, se afecta negativamente a los demás acreedores, reparto del cual el último beneficiario es la propia entidad, que trata con ello de reducir su riesgo empresarial con el conjunto el grupo.
Pero es que además comparte la Sala los argumentos vertidos por la Administración Concursal en el recurso interpuesto, en cuanto las circunstancias concurrentes revelan la concurrencia de una conducta que, en un aspecto objetivo, complementario de los presupuestos subjetivos expresados, merece la repulsa ética en el tráfico jurídico y la sanción pretendida por la recurrente.
En tal sentido, hay que tener presente que BMN conocía perfectamente la situación precaria en la que se encontraba el denominado grupo Ondara y especialmente PROMOINVERSIONS hasta el punto que hacía tiempo que la concursada no atendía el pago de las cuotas hipotecarias, como puso de manifiesto el legal representante de la misma, Sr. Federico, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. De hecho, las cuatro compraventas con subrogación hipotecaria se efectuaron precisamente porque la concursada no podía hacer frente a las cuotas hipotecarias que se devengaban, meritándose elevados intereses de demora. Dichas compraventas se llevaron a cabo además a favor de empresas designadas por la propia entidad financiera, una de ellas, TERRES I PROJECTES,SLU, filial de BMN y la otra, FUSTERIA DEL PALLARS, SL, sociedad indicada por la entidad financiera.
Procede resaltar igualmente que a raíz de la citada operativa, lo único que pretende la entidad financiera es beneficiarse a sí misma en detrimento del resto de acreedores.
Destacar también que en lugar de dar a ese IVA generado por importe de 2 millones # el destino legal que le correspondía, por exigencias de BMN, se destina a sanear la posición financiera de Intereix de Promocions S.L.U, y de otras sociedades del grupo, que no habían intervenido en modo alguno las compraventas con subrogación hipotecaria.
Resulta igualmente trascendente el hecho que BMN era consciente que el único activo líquido con el que contaba la concursada era precisamente el IVA que se generó a raíz de esas compraventas y buena prueba de ello es que las cuentas de PROMOINVERSIONS arrojaban saldo cero cuando se llevaron a cabo las dos primeras compraventas, tal y como se desprende del documento 8 de la demanda, y el resto de bienes de la propia concursada eran fincas con importantes cargas hipotecaria sin atender, extremos que puso de manifiesto también el legal representante de la concursada, Sr Federico, en el interrogatorio practicado en el acto de la vista. Pese a ello la entidad exige que el único activo de la concursada se destine a saldar deudas de terceros ajenos a la operación de compraventa con la propia entidad financiera.
A raíz de todo ello el IVA desaparece por completo, restando únicamente la cantidad de 153.000 # con el que

debe atenderse a los acreedores que no gozan del privilegio especial, cuyos créditos ascienden a un total de 2.704.915, 52 #, lo que frustra por completo sus expectativas de cobro e infringe el principio de la "pars condictio creditorum".
Alega la apelada que no concurre ni el elemento subjetivo, ni el objetivo de la mala fe por cuanto la operación debe valorarse en su conjunto, habiendo quedado acreditado que la misma fue beneficiosa para el concurso pues la concursada se desprendió de unos activos cuyo valor nada tenían que ver con el valor por el que se constituye la hipoteca, disminuyendo en una cantidad nada desdeñable su pasivo financiero.
Como ya se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2014, resolviendo otro incidente del mismo concurso de PROMOINVERSIONS : "Efectivamente se dice que hay que contemplar aquella operación en su conjunto, pero es lo cierto que lo que aquí se pretende reintegrar no es la operación de compraventa sino el destino dado a parte del dinero percibido por aquella, y mas concretamente el dinero que se pago por IVA y que se ingresó en la cuenta que la concursada tiene en BMN. Hay que recordar que ello se realiza pocos días antes de que sea declarado el concurso y cuando la insolvencia de la concursada es ya evidente. De hecho cuando se efectúa la operación de venta el saldo de las cuentas de la concursada es inexistente".
Comparte también la Sala las alegaciones de carácter jurídico vertidas por la Administración Concursal en el segundo de los motivos del recurso, relativas a la distinción que prevé la Ley Concursal en cuanto a legitimación pasiva de los demandados en el ejercicio de la acción rescisoria, distinguiendo claramente entre la persona que contrató con la concursada, que en el caso de autos es Intereix de Promocions S.L.U, y el tercero subadquirente, en este caso BMN, el cual sólo será demandado si se pretende destruir la presunción de buena fe en su adquisición.
Sobre dicho particular puntualizar en primer lugar en ningún caso estamos ante un hecho nuevo introducido en esta alzada, como esgrime la apelada en su oposición al recurso.
La Administración Concursal en su escrito de demanda, dirige acción frente a la entidad BMN, interesando se declare la existencia de mala fe por su parte en la recepción de los pagos relacionados en la demanda efectuados en fecha 23 y 24 de mayo de 2012 y se condene a la misma a restituir a la masa activa, solidariamente con Intereix de Promocions S.L.U, la cantidad de 312.012,43 euros, más intereses.
La cuestión planteada en esta alzada por la AC se ciñe, pues, a cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son rectores del proceso, sin que supongan modificación alguna de los términos de la demanda (prohibición de la "mutatio libelli", STS 26 de diciembre de 1997), ni cambio del objeto del pleito en segunda instancia,
Realizada dicha salvedad, la acción rescisoria que ha dado lugar al presente incidente se interpuso contra Intereix de Promociones S.L.U, como "persona que ha sido parte del acto impugnado", pues es quien recibe la transferencia de la concursada y quien efectúa el pago a BMN. Por su parte BMN fue demandado en su calidad de "tercero subadquirentes", pues al margen de haber participado en la operativa que generó el IVA, es el destinatario final del importe transferido desde la cuenta de PROMOINVERSIONS a la cuenta de Intereix de Promocions S.L.U.
Tercero adquirente es, pues, la persona que recibe el bien o derecho de quien, a su vez, había sido contraparte en el acto perjudicial impugnado del deudor concursado. No lo es la contraparte del acto o negocio impugnado por la rescisión contractual, adquirente del bien dispuesto por el concursado o beneficiario de la garantía, y sí que lo es el subadquirente, esto es, quien no lo recibió directamente del deudor concursado, sino de aquél a quien el concursado se lo había trasmitido. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, cuando se refiere a la noción de tercero, que excluye siempre a la contraparte del negocio o acto impugnado y en tal sentido Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 30 de mayo de 1997.
En un segundo plano, el de la segunda y sucesivas transmisiones, en las que ya no es parte el deudor concursado, la rescisión del negocio o acto por el que adquirió quien ahora es transmitente ocasionará la ineficacia de esta segunda transmisión sólo el caso en que el subadquirente haya sido demandado (para que restituya el bien o derecho subadquirido) y no hubiera actuado de buena fe o no se vea favorecido por una situación legal de irreivindicabilidad del bien o de protección registral. En este segundo plano, la ausencia de buena fe se exige tan sólo para el subadquirente, y no para la adquirente, que a su vez es transmitente en esta segunda transmisión.
Efectivamente, de un análisis de la sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en las que se analiza la mala fe en el artículo 73 LC, se desprende que se refieren exclusivamente a la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado, sin que hagan ninguna referencia a la mala fe del tercero subadquirente. Todas ellas hacen referencia a lo dispuesto en el Art. 73. 3 de la LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, esto es, a la declaración de mala fe ex Art 73.3 LC
Partiendo de la distinción que ofrece la Ley Concursal, resulta evidente que no se puede equiparar la mala fe de la persona que ha sido parte en el acto impugnado y la mala fe del tercero subadquirente, por cuanto las consecuencias de la rescisión concursal para uno y otro son distintas.
Al efecto, para quien ha sido parte en el acto impugnado (en este caso Intereix de Promocions S.L.U,) y ha obrado con mala fe, la consecuencia es la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido y la subordinación del crédito.
Para el tercero subadquirente (en este caso BMN, que ha recibido los ingresos de Intereix de Promocions S.L.U, que previamente, se transfirieron de la cuenta de la concursada), la restitución del bien o derecho y la ineficacia del negocio o acto adquisición. A cambio, el tercero subadquirente no tendrá ningún derecho frente a la masa del concurso, pues quien le transmitió a él el bien o derecho que ahora ha tenido que reintegrar a la masa fue el primer adquirente. Con la sentencia que rescinde el negocio y obliga a restituir el bien a la masa,

podría el subadquirente dirigirse contra su respectivo transmitente para exigir la restitución del precio o la contraprestación abonada en su día para la adquisición del bien o derecho, más los intereses con frutos producidos desde entonces.
Tal y como pone de manifiesto la Administración Concursal en su recurso, en tal sentido se ha pronunciado el Magistrado del Tribunal Supremo, especialista en asuntos propios de lo mercantil, Sr. Ruperto (que es precisamente el ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de diciembre de 2012 antes referidas), en el Tratado Judicial de la Insolvencia, en el que realiza un minucioso examen de las acciones de reintegración. Hace referencia también al concepto de mala fe que resulta exigible al tercero subadquirente, afirmando: "carece de buena fe el tercero subadquirente cuando al tiempo de adquirir el bien/ derecho conocía o podía conocer las circunstancias en que había adquirido quien a él le transmitía. Esto es, si al tiempo de practicarse la segunda transmisión conocía de la situación de insolvencia del deudor concursado cuando enajenó el bien/derecho, y/o la naturaleza y circunstancias de esta primera transmisión, que la hacen susceptible de rescisión una vez declarado el concurso. Si el subadquirente conocía o podía conocer esta vulnerabilidad de la primera transmisión de la que trae causa su adquisición, entonces carecería de la condición de buena fe".
Precisamente ello es lo que subyace en las sentencias dictadas por este Tribunal, relativas a acciones de reintegración del Art 71 y ss de la LC, en las que se ha analizado la concurrencia de la mala fe.
En concreto, es muy ilustrativa la Sentencia 39/2013, de 25 de enero de 2013, que analiza un supuesto análogo al de la autos, y que dispone: *"Per últim i en relació a la declaració de responsabilitat subsidiària del Banc de Sabadell, tampoc podem donar la raó a la part apel·lant. Efectivament l'article 73.2 de la LC sí és aplicable al cas present. Fa l' esmentat precepte "Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa". Sosté la part apel·lant que a l'haver estat el Banc de Sabadell part demandada no li és aplicable el precepte ja que aquest es refereix a "...no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado". Resulta però que el Banc de Sabadell en aquest procediment té una doble posició, la de demandat, però també la de hom que va contractar amb el concursat ja que LEDECO va percebre de Europromociones Bali, S.L els diners que aquell li devia i que varen passar a integrar el seu patrimoni, desprès varen sortir d'aquell en favor de societats del grup i d'aquestes novament a favor de Banc de Sabadell, autèntic beneficiat de l'operació i que, com la pròpia l'entitat clarament sosté, no s'hagués concedit el crèdit hipotecari si no s'hagués assegurat prèviament el Banc de que els diners obtinguts anirien destinats a cobrir descoberts de LEDECO i empreses del grup que mantenien amb el propi Banc el que fa que pugui apreciar-se mala fe en el Banc, o com diu el precepte esmentat "si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa".*
Citar igualmente la reciente sentencia 523/2014, de 5 de diciembre de 2014, en la que al efecto, disponemos: " *No cabe duda que en este supuesto concurre la mala fe alegada, pues en un mismo día se constituyen las dos garantías hipotecarias litigiosas que en su casi integridad se destinan a satisfacer deudas de otras sociedades que, aunque sean del mismo grupo, producen el efecto de incrementar significativamente la responsabilidad patrimonial de la deudora. La acreedora Banco Popular persigue obtener a toda costa mayores garantías de cobro, tanto de sus créditos contra la concursada como, sobre todo, contra sociedades del grupo, sin importarle la consiguiente postergación de los acreedores propios de Tractomotor respecto a la posibilidad de realización de sus créditos a costa de los inmuebles de su deudora que resultan gravados con las nuevas hipotecas, por lo que no puede haber duda alguna sobre la conciencia de que, con esa actuación, los restantes acreedores de Tractomotor se colocaban en una más que evidente peor perspectiva de recuperación de sus créditos, en beneficio de Banco Popular, quien logra esquivar así los efectos de la "pars conditio creditorum".*
En consecuencia, hay que concluir que efectivamente BMN actuó con la mala fe que se requiere al tercero subadquirente. Cuando recibió los pagos por parte de Intereix de Promocions S.L.U, que es objeto de la presente acción rescisoria, era plenamente conocedora y de hecho, como afirma el juzgador, era la artífice, de las circunstancias que rodeaban ese pago y de la vulnerabilidad y dudosa legalidad de la primera transmisión (transferencia de PROMOINVERSIONS a Intereix de Promocions S.L.U.) tratándose de un acto de disposición a título gratuito efectuado cuando la concursada se hallaba en una clara, evidente y manifiesta situación de insolvencia, susceptible de reintegración.
Ello determina que proceda estimar el recurso de apelación y condenar a BMN a la restitución a la masa activa, solidariamente con Intereix de Promocione S.L.U, de la cantidad de 312.012,43 #, al haber actuado con mala fe.": SAP Lleida (Sección 2) 16.03.2015 (Sentencia 125/2015; Rollo 516/2014)

JM-2 Bilbao

"Por consiguiente, el fallo que procedería es el que se pide en las conclusiones del juicio por la administración concursal: reintegro de los troqueles que salieron de Matrinor en base al acuerdo de 31 de enero de 2006, y la subordinación de lo pagado a cambio, como crédito concursal de art. 92.6.º LECO de Karmann.
Sin embargo, no es lo que se fallará, puesto que nada hay peor para el procedimiento que quiera solucionar una viabilidad del proyecto empresarial de un concursado que una sentencia con deberes de dar cosas inejecutables. Una especialidad legal para las consecuencias de la rescisión es cabalmente que no quepa la

restitutio por pertenecer las cosas o derechos a un tercero que, o bien no está afectado por la cosa juzgada, o bien conforme a ésta, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral.
Pues bien, si a mediados de abril de 2006 la administración concursal podía entender que los troqueles era dable que volvieran a ser acabados en Erandio, después del cruce de llamadas telefónicos y mensajes de correo electrónico del mes de marzo, actualmente están acabados en posesión, con buena fe presunta, de terceros, que no han sido demandados, por más que entidades desconocidas para los demandantes, e ignoradas las condiciones en que han recibido tales bienes muebles --en todo caso, en el marco de relaciones de comercio--. Debe asumirse que ahora no puede condenarse a una devolución física que tendría que provenir de personas no afectadas por esta sentencia, y ni siquiera por el concurso de acreedores, y que en principio, habrían adquirido onerosamente de buena fe.
Dicha imposibilidad física de afectar a terceros al incidente, obviamente procurada por quien sí es parte obligada, Karmann, se resuelve ex art. 73.2 «in fine» LECO, para alguien que contrató con Matrinor de mala fe, en los términos glosados, con la condena a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.
Y si se tiene en cuenta que la ganancia bruta de la masa activa está tasada en el precio total contratado para los troqueles acabados, del precio básico pactado de 10.573.133,52 euros, la fórmula de indemnizar el lucro cesante por la no restituibilidad de los troqueles, es tan simple como descontar la parte del precio ya percibida de 9.973.133,51 euros, esto es, reparar hasta 2.927.781,67 euros, y devolver los avales bancarios prestados para una ejecución que ya es inviable a cargo de Matrinor, y podría dar lugar a un reconocimiento autónomo de deuda por el avalista sin causa.
Parecería que esta ganancia bruta dejada de percibir tuviera que depurarse en una ganancia neta, puesto que lo mismo que Matrinor ha incurrido en unos gastos por haber perdido los troqueles, hubieran incurrido en otros, mayores, para acabarlos en condiciones y entregarlos a Karmann, pero ello dimana de una hipótesis, acabado de los troqueles en Erandio, de la que injustamente Karmann ha deseado huir, y precisamente la rescisión frente a la parte «in bonis» de mala fe conlleva que la masa relativamente mejora, en la medida que el condenado de reintegración empeora relativamente en su patrimonio --ingresa en la masa un activo a canje de un crédito de futuro y/o dudoso cobro--. Habiendo deseado escapar de los efectos del concurso, a sabiendas de su inminencia, con perjuicio para la masa, experimenta el acreedor de mala fe una ultraactividad de tales efectos, alzaprimando dicha masa en favor de acreedores privilegiados y ordinarios a la hora de cobrar, o soslayándole del voto de un convenio. Cuando por los bienes extraídos de la masa no pueden volver a la misma, siendo de mala fe quien los extrajo, su obligación supera la mera reparación de su valor actualizado, y encierra la indemnización de todo el lucro cesante.”: Sentencia JM-2 Bilbao 13.10.2006 (Incidente Concursal 131/2006)

2. Cancelación de los embargos posteriores que gravan la finca cuya transmisión se rescinde. No protección ex 34 LH

AP Jaén

“Primero.-Contra la sentencia dictada en la instancia por la que se estima la demanda formulada se alza tanto la Agencia Tributaria como la Tesoreria General de la Seguridad Social, impugnando ambas únicamente el extremo que les afecta por entender que estimada la acción rescisoria ejercitada por la administración concursal, no se pueden admitir los efectos reconocidos, debiendo mantenerse las anotaciones de embargo de las que son titulares respectivamente las recurrentes, manteniéndose por la Tesorería General de la Seguridad Social que los efectos de la acción rescisoria deben ser ex nunc, que opera desde la declaración por lo que considera que hasta entonces el negocio es valido y produce sus efectos y debe mantenerse las embargos trabados los cuales no pueden verse afectados por dicha acción, al gozar su crédito de la protección registral; y por otra parte por la Agencia Tributaria igualmente se impugna la eficacia de la acción rescisoria, cuya viabilidad no se cuestiona, respecto de las actuaciones preventivas de embargo trabadas, entendiendo que aun cuando tenga efectos retroactivos "ex tunc", ello no conlleva negar la validez del acto o negocio jurídico rescindido y sus efectos en el tráfico sobre todo respecto de terceros y que además la anotación preventiva de embargo goza de protección registral conforme al artículo 37 de la Ley Hipotecaria, y constituye una excepción de los efectos de la acción rescisoria, por lo que en definitiva interesaba de ambas recurrentes la revocación de la sentencia recurrida y se dicte otra que declare la ineficacia de la acción rescisoria respecto de las anotaciones preventivas de embargo respectivamente a su favor; recursos de apelación que dado la identidad de los motivos de impugnación alegados se analizaron conjuntamente y respecto a los cuales ya se adelanta, deberán ser desestimados, estimándose la sentencia impugnada totalmente ajustada a derecho.
Ciertamente, insta la administración concursal la rescisión de los actos de enajenación, la ineficacia de la adjudicaciones en pago de las reseñadas fincas registrales, por considerarlos perjudicial para la masa, disponiéndose en el artículo 71-1 de la Ley Concursal que serán rescindibles los actos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, si son perjudiciales para la masa, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. Por tanto se trata de una acción autónoma, con caracteres propios, que se asemeja a la rescisoria del artículo 1291 del Código Civil, pero en la que basta demostrar el perjuicio producido a la masa de acreedores, sin que sea exigible, ni el conocimiento de que se origina un perjuicio ni, por supuesto, la concurrencia del animo defraudatorio; y como consecuencia de todo ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 73-1 de la citada Ley Concursal, debe declararse la ineficiencia del acto impugnado, condenado a la restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, conforme concluye el juzgador de instancia es palmario que la entidad concursada enajenó dichas fincas, parte de su patrimonio a favor de unos terceros, lo que implica un perjuicio patrimonial directo y grave para la concursada, el cual ha tenido lugar dentro, precisamente, de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso en los términos previstos en el citado artículo 71.
Pronunciamiento con el que se aquietan las partes ya que las alegaciones de las recurrentes se reconducen a los efectos de dicha acción, esto es a la eficacia de la acción rescisoria ejercitada respecto a las anotaciones de embargo trabadas a su favor; alegaciones que no deberán prosperar ya que por una parte esos derechos no pertenecen al objeto del litigio y porque ello en ningún caso haría desaparecer la perjudicialidad para el patrimonio de la concursada, único elemento contemplado en la norma del artículo 71, y por tanto no son atendibles los pretendidos efectos que las recurrentes quieren darle en el presente caso a la acción rescisoria ejercitada, ya que no son acreedores de la concursada, sin que ostente por ello ningún crédito contra la masa.
Pues bien, la consecuencia propia de la acción rescisoria concursal, según el artículo 73 de la Ley Concursal, es la reintegración de las prestaciones recibidas por las partes a causa del contrato que se rescinde, con sus frutos e intereses. Es decir, se declara la ineficacia del acto atacado por la reintegración concursal, declaración, según reiterada y mayoritaria jurisprudencia, con efectos "ex tunc", por tanto, retrotrayendo sus consecuencias al momento de perfección del contrato o acto en cuestión, acorde con las reglas generales de la acción pauliana civil, artículos: 1295 y 1298 del Código Civil, según las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005 y de 6 de noviembre de 2001 entre otras, y por tanto, aun cuando ciertamente el citado artículo 73 de la Ley Concursal, al tratar los efectos de la rescisión no establece el momento a partir del cual se produce tales efectos, debe rechazarse la pretensión de los apelantes de que la rescisión tiene efectos "ex nunc", en cuyo caso la rescisión solo operaria desde la sentencia y los actos realizados mientras tanto serian válidos.
En este sentido, aunque el acto o negocio rescindido sea valido y eficaz en un principio, la jurisprudencia de siempre ha señalado que la rescisión supone la destrucción de sus efectos "ex tunc" y no "ex nunc". Así la indicada sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005 declara que "es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligadoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir no con efectos "ex nunc" sino "ex tunc", lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el artículo 1295 del Código Civil.
En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Julio de 2001, refiriéndose concretamente a la acción rescisoria señala que la declaración de ineficacia del contrato que se rescinde se produce "ex tunc" con efectos retroactivos desde su perfección y produce la restitución de las prestaciones percibidas por cada contratante incrementadas con sus frutos e intereses.
Este criterio resulta de aplicación, a los efectos de rescindir negocios jurídicos en principio eficaces y aunque se hubiesen realizado sin intención fraudulenta con cierta proximidad a la manifestación externa de la insolvencia, antes de los dos años anteriores a la declaración de concurso, cuando como consecuencia de aquellas se satisfizo tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés conjunto de los acreedores, que comprueban como se disminuyo el activo que a todos interesaba a costa de atender el interés particular de uno de ellos.
Se trata de una interferencia que el derecho concursal introduce en el principio de seguridad del tráfico, de mucho menos entidad, que el antiguo principio de retroacción absoluta de la quiebra, en aras a garantizar la recuperación de aquellos bienes que hubiesen salido del patrimonio del deudor en un tiempo inmediatamente anterior a la declaración de concurso con la finalidad de posibilitar un trato mas justo e igualitario el colectivo de afectados por la situación concursal mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal y el efecto natural y regular de la rescisión es la restitución de la prestación, restitución que ha de ser propia, es decir, de lo percibido en su día y por tanto, con devolución e identidad de estado, condiciones y naturaleza y valor, tanto jurídico como económico, debiendo de tenerse en cuenta que las referidas anotaciones de embargo se produjeron tras la transmisión de las fincas que deben ser restituidas y que en este caso no son irrevindicables y que aun cuando les ampare la fe pública registral no confieren la condición de terceros hipotecarios a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria aquellos cuyo favor están inscritas.”: SAP Jaén (Sección 1) 19.01.2011 (Sentencia 8/2011; Rollo 410/2010)

2.1 [Registral] Improcedencia de su cancelación si los titulares de las anotaciones no han sido parte demandada en el incidente rescisorio

AP Alicante

Primero.-Por la representación procesal de la demandante Área Litoral Urbana S.L. En liquidación se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia que, desestimó la demanda interpuesta contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 12 de marzo de 2014.
Pretende la actora la cancelación de cargas sobre las fincas nº 39.185 y 44.595 bis del Registro de la Propiedad nº 3 de Alicante.
Los hechos que dan lugar a la interposición de la demanda son los siguientes, debiendo matizarse que no existe controversia entre las partes en cuanto a los hechos que dan lugar a la interposición de la demanda,

puesto que, la cuestión a resolver es estrictamente jurídica, si bien para una exposición clara del recurso es imprescindible realizar una narración de los hechos.
Por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante (con sede en Elche) se dictó sentencia nº 38-13 en el incidente concursal planteado por la Administración Concursal de la mercantil Área Litoral Urbana
S.L. Estimando la demanda planteada por la Administración Concursal de Área Litoral Urbana S.L. Declaró la rescisión de las aportaciones de inmuebles realizadas por la Mercantil Área Litoral Urbana S.L. A la constitución de la mercantil Murcifran Inversiones S.L., condenando a esta última mercantil a reintegrar a la masa activa las fincas nº 39.185 y 44.595 bis del Registro de la Propiedad nº3 de Alicante.
Se solicitó del Juzgado de los Mercantil nº 3 de Alicante la expedición de mandamientos dirigidos al Registrador de la Propiedad nº 3 de Alicante y Registro Mercantil para que se dejasen sin efecto las anotaciones registrales de los actos cuya ineficacia declaró la sentencia mencionada.
El registrador de la Propiedad denegó la cancelación de las cargas existentes sobre las fincas, siendo interpuesto recurso contra la calificación negativa del Registrador de la Propiedad nº 3 de Alicante, la Dirección General de los Registros y del Notariado emite resolución en fecha 12 de marzo de 2014 confirmando la calificación del Registrador y desestimando el recurso interpuesto por la hoy apelante.
La cuestión a resolver en el presente recurso como se ha expuesto se centra en una cuestión estrictamente jurídica, esto es, si para cancelar una anotación de embargo basta con la personación en el procedimiento concursal en el que se ha resuelto el incidente sobre reintegración a la masa activa de la mercantil concursada de las fincas sobre las que pesa las cargas a cancelar, postura que es la mantenida por la apelante, o si por el contrario y como sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado es necesario que los titulares de las cargas hubiesen sido partes en el procedimiento incidental a fin de que hubiesen podido alegar lo que a su derecho convenga.
En el procedimiento concursal los titulares de la cargas cuya cancelación solicita el recurrente, constan como personados en el mismo, si bien los mismos no han sido emplazados ni citados, constando la notificación de la demanda incidental en la que se solicitaba la reintegración a la masa del concurso de las fincas cuyas cargas se pretende cancelar, el recurrente considera que esto es suficiente a los efectos de no ocasionar indefensión a los titulares de la cargas conforme al artículo 193 de la Ley Concursal que establece:
Artículo 193. Partes en el incidente.
1. En el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora.
2. Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria.
3. Cuando en un incidente se acumulen demandas cuyos pedimentos no resulten coincidentes, todas las partes que intervengan tendrán que contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención lo permitiese, y expresar con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten. De no hacerlo así, el juez rechazará de plano su intervención, sin que contra su resolución quepa recurso alguno.
La Dirección General de los Registros y del Notariado a pesar de lo establecido en el precepto citado considera que dado que la Ley Concursal contempla en el título III y dentro del capítulo IV dedicado a los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa, el ejercicio de la acción de reintegración que tiene por objeto traer a la masa aquellos bienes que salieron en perjuicio de los acreedores, estas de conformidad con el articulo Artículo 72.3 que establece:
"Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral."
Estableciendo la propia ley concursal las consecuencias de que no haya sido así al establecer en el artículo 73.2 :
"Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa."
La Sala en una interpretación conjunta de los preceptos mencionados, considera que sin un emplazamiento directo de los titulares de las cargas en condición de demandados según establece el artículo 72.3 de la Ley Concursal, no puede considerarse que no hayan sufrido indefensión por la simple personación en el procedimiento concursal, o bien con la notificación de la demanda incidental para solicitar el reintegro a la masa del concurso de las fincas cuya cargas se pretende cancelar, el articulo 72.3 establece el traslado de la demanda a terceros en caso de haberse transmitido la finca a un tercero, por ello los titulares de cargas sobre los bienes deben ser citados en su condición de demandados a los efectos de que la sentencia que se dicte pueda tener efectos sobre las cargas de las que son titulares conforme a la legislación hipotecaria.
De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son de imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas.”: SAP Alicante (Sección 6) 29.04.2015 (Sentencia 85/2015; Rollo 50/2015)

3. Inaplicabilidad del precepto para exigir la restitución de un pago a persona distinta de quién lo percibió

AP Madrid

"SEGUNDO.- Consideramos oportuno reproducir aquí cuál era el tenor de lo convenido en la letra e del número primero del contrato suscrito el 17 de febrero de 2009:
" La sociedad PROYECTOS INMOBILIARIOS ELITE SL mantenía igualmente una deuda con el proveedor JUHER SL por importe de CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL EUROS (158.000.- Eur), como consecuencia de los trabajos de electricidad efectuados por JUHER SL en la construcción objeto del presente contrato.
MULTIRREFORMAS MERCHÁN SL se ha hecho cargo de dicha deuda y por lo tanto, ALISEDA SA se compromete a abonar a MULTIRREFORMAS MERCHÁN SL la cantidad de 158.000.- Eur contra la presentación por parte de esta última de la factura a cargo de PROYECTOS INMOBILIARIOS ELITE SL a la que habrá de acompañar el correspondiente finiquito firmado por la sociedad JUHER SL como consecuencia de las obras de electricidad realizadas en dicha construcción."
Tal estipulación no entraña acto de disposición a título gratuito, ni tan siquiera podría ser considerado perjudicial para la masa activa, en la medida en que lo que a tenor de la misma se estaba pactando no era que la ulteriormente concursada MULTIRREFORMAS MERCHÁN SL tuviera que asumir, a cambio de nada, una deuda ajena, sino que era ALISEDA SA la que se comprometía a efectuar un pago a MULTIRREFORMAS MERCHÁN SL para que ésta (que era la contratista de la obra de construcción efectuada en Ocaña - Toledo), dada su posición intermedia, no acabase soportando el pago de una deuda contraída por otro (el promotor de la obra - PROYECTOS INMOBILIARIOS ÉLITE SL) con un tercero, la entidad JUHER SL, que fue la proveedora de la instalación eléctrica para la obra.
No cabe, por lo tanto, fundarse en la presunción "iuris et de iure" del artículo 71.2 de la LC para rescindir, como se hace en la resolución apelada, dicha estipulación contractual, pues no se dan los presupuestos previstos en dicha norma legal para que pudiera operar aquélla.
TERCERO.- Además, si lo que se pretende, en definitiva, es rescindir un pago efectuado por quien luego ha acabado en concurso, a quien debería exigirse la devolución del importe de aquél es precisamente al que lo percibió, no a un tercero (artículo 72 de la LC, en su nº 3, según la numeración resultante tras la reforma por Ley 38/2011). De manera que no resulta sostenible un pronunciamiento de condena como el efectuado en la primera instancia contra ALISEDA SA, cuando lo que se pretendería rescindir sería un pago que habría sido efectuado por la concursada MULTIRREFORMAS MERCHÁN SL a un tercero, como lo es la entidad JUHER SL.
CUARTO.- Tampoco puede enfocarse el problema aludiendo a una operación que pudiera resultar beneficiosa para ALISEDA SA a costa de MULTIRREFORMAS MERCHÁN SL, puesto que en la demanda, aunque es cierto que ello no se compadece estrictamente con la literalidad de lo que estaba estipulado (según el texto contractual que antes hemos reproducido), se alegaba por la administración concursal (e incluso así lo respaldó también al ser interrogado al respecto en el acto del juicio el representante legal de la concursada, que admitió haberlo recibido) que el dinero pagado por ésta a un tercero procedía precisamente de aquélla. En esos términos todavía tendría menos sentido que se exigiese a ALISEDA SA, como se hace en el pronunciamiento apelado, que volviera a entregar nuevamente ese mismo importe a la concursada. Como ya hemos dicho, si el pago a tercero se rescindiese la restitución habría de efectuarla el que lo hubiese percibido. La invocación del nº 2 del artículo 73 de la LC que se efectúa en la sentencia resulta improcedente, pues lo que ese precepto está previendo (en relación con lo señalado en el nº 3 - en su numeración tras la reforma por Ley 38/2011 del artículo 73 de la LC) es la solución para poder hacer efectiva la restitución, mediante el pago de su valor, para el caso, que no es precisamente el que nos ocupa, de que el demandado hubiese, a su vez, transmitido a un tercero el bien o derecho objeto de la acción de reintegración.": SAP Madrid (Sección 28) 19.09.2014 (Sentencia 253/2014; Rollo 898/2012)

3. El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado.

Art. 73.3

Tribunal Supremo

"El art. 73.1 LC dispone que la estimación de la acción rescisoria concursal lleva consigo la ineficacia del acto impugnado y la consiguiente obligación de restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses.
En el presente caso, la compraventa que ha sido objeto de rescisión tenía por objeto 25 fincas, que se transmitían libres de cargas, en la medida en que el precio se calculó de esa forma y una parte del mismo fue destinado a amortizar el préstamo hipotecario y a cancelar las hipotecas. De este modo, la compradora recibió las fincas libre de cargas. Es por ello que al acordarse más tarde la rescisión de la compraventa, está obligada a restituir las 25 fincas, con sus frutos, a cambio de percibir a su vez el precio abonado.
En principio, el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde es un crédito contra la masa (art. 84.2.8º LC), y debe ser abonado por la administración concursal " simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto

rescindido " (art. 73.3 LC). Esta referencia a la consideración de crédito contra la masa es para diferenciarlo de los créditos concursales y, por lo tanto, para legitimar la obligación impuesta a continuación de que la restitución sea simultánea, y para que, en el hipotético caso en que la contraparte hubiera restituido la prestación por ella recibida sin obtener a cambio la suya, se le permita reclamar su satisfacción inmediatamente, y, en cualquier caso, con la preferencia respecto de los créditos concursales derivada de lo dispuesto por los arts. 48.3 y 154 LC.
Excepcionalmente, para el caso en que la contraparte hubiere actuado de mala fe, el art. 73.3 LC prevé la transformación de su crédito en concursal, y, dentro de éstos, en crédito subordinado (art. 92.6º LC), con la consiguiente postergación en el cobro, caso de liquidación, y el régimen de participación y vinculación, en caso de convenio. Si es un crédito concursal, entonces cesa el derecho a ser cobrado simultáneamente a la entrega de su prestación. ":STS 07.12.2012 (Sentencia 723/2012; Recurso 1057/2010)

1. "El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa"

1.1. Rescisión sin contraprestación como deuda de la masa ni posible subordinación por mala fe cuando el acto rescindido consistía en una prestación unilateral de la concursada

Tribunal Supremo

"3. Transformación de la restitución en liquidación.
3.1. Posición de la recurrente.
Sostiene la recurrente que la rescisión comporta en todo caso la restitución de prestaciones, lo que no puede tener lugar si no se rescinde simultáneamente la venta de la rama de actividad enajenada por la concursada.
3.2. Valoración de la Sala.
34. El argumento debe ser desestimado por las siguientes razones:
1) Los efectos de la rescisión no se extienden a otros actos o contratos que, aunque estén relacionadas, no se declaran rescindidas, pero es que, además, la recurrente no reconvino y no está legitimada para interesar la rescisión de la compraventa de rama de actividad entre la concursada y un tercero que no fue suplicada por la administración concursal.
2) En contra de lo pretendido en el recurso, no siempre la rescisión comporta restitución de prestaciones, sino tan solo en aquellos casos en los que la liquidación de la situación resultante de la rescisión así lo exija a fin de mantener el equilibrio de prestaciones, pero no en aquellos en los que la reintegración se sustenta en la ausencia de contrapartida o en la falta de equilibrio determinante del perjuicio.
3) Como hemos apuntado en el anterior apartado 29 de esta sentencia, caben respuestas liquidatorias y no restitutorias de la relación contractual, afirmando la sentencia 681/1998, de 10 de julio que "si, en principio y por regla general, los efectos de la resolución contractual se producen «ex tunc», colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirientes de buena fe, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera «ex nunc», produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual". ": STS 12.04.2012 (Sentencia 210/2012; Rollo 482/2009)

"Efectos de la rescisión concursal de un pago
9. El segundo motivo de casación se basa en la infracción del art. 73.3 LC, como consecuencia de que estimada la rescisión del pago, se ha dejado sin efecto, sin acordar la restitución de los servicios prestados por Postventa que constituían la contraprestación del pago.
El motivo debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.
10. El recurrente confunde los efectos derivados de la rescisión de un negocio bilateral, con los efectos de la rescisión del acto unilateral que supone el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio. Lo que fue objeto de la acción rescisoria no fue el contrato o negocio sino el acto de pago de la beneficiaria del servicio de reparación y asistencia técnica.
La previsión contenida en el apartado 3 del art. 73 LC (" El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado "), invocado por el recurrente como infringido, presupone que, conforme al apartado 1, que regula los efectos de la rescisión del acto impugnado, se hubiera condenado " a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses ".
Si se hubiera rescindido en contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el

cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito.”: STS 26.10.2012 (Sentencia 629/2012; recurso 672/2010)

“PRIMERO.-*Resumen de Antecedentes.*
Sucintamente son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:
La Administración Concursal de EMBUTIDOS SADISA S.L. promueve demanda incidental solicitando la rescisión del contrato celebrado entre EMBUTIDOS SADISA S.L. y GRUPO ALIMENTARIO ARGAL S.A. (en adelante ARGAL) el 29 de octubre de 2009 en el que se da, en pago de deuda, una máquina loncheadora. A su vez, solicita que el crédito de la demandada, de importe 547.953,86.-# fuera calificado de subordinado, por el perjuicio grave ocasionado a la demandada, que impidió el funcionamiento de la empresa, y por haber infringido con la operación, el principio de la *par conditio creditorum.* La demandada se opuso a la demanda y reconvino instando la validez del contrato y, para el caso de rescisión, se considera su crédito como crédito contra la masa.
La sentencia de primera instancia declaró la rescisión del contrato con los efectos del art. 73.1 LC, y calificó el crédito como ordinario. El Juez de primera instancia basó su decisión en el hecho de que, si se calificara el crédito como crédito contra la masa se estaría privilegiando a un acreedor frente al resto de acreedores por la celebración de un contrato declarado perjudicial para la masa activa y, pese al tenor literal del art. 73.3 LC, una interpretación coherente y lógica del sistema, le lleva a considerar el crédito como ordinario. Desestimó la reconvención e impuso las costas a ARGAL, S.A.
La Audiencia Provincial de Teruel aplicó el tenor literal del art. 73.3 LC y consideró que se trataba de un crédito contra la masa, debiendo satisfacerse simultáneamente a la reintegración del bien, objeto del acto rescindido, el importe del crédito de ARGAL, S.A. Según señala la sentencia, hay conformidad de las partes en la no existencia de mala fe por parte de ARGAL, S.A., puesto que no ha recurrido la administración concursal tal pronunciamiento de la primera instancia; y, por otra parte, las partes están de acuerdo en la cuantificación del crédito a favor de ARGAL, S.A.
La Administración Concursal interpone recurso de casación por interés casacional basado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en torno a la aplicación del art. 73.3 a los contratos de dación en pago. Trata también de justificar la vigencia inferior a cinco años con las reformas de la Ley Concursal, pero estas reformas no afectaron al contenido del artículo supuestamente infringido.
SEGUNDO.-*Formulación del motivo único del recurso de casación.*
La administración concursal de EMBUTIDOS SADISA, S.L. interpone recurso de casación por aplicación indebida del art. 73 LC a contratos no bilaterales.
En realidad el recurrente quiere denunciar que el art. 73.3 LC sólo es aplicable a los contratos bilaterales, no a los que no lo son, como sucede en la dación en pago de deuda, considerando que es una forma de extinción de obligaciones, o, lo que es lo mismo, pago de una obligación preexistente a la fecha de declaración del concurso. La sentencia, dice, ha errado en la aplicación de dicho artículo en la rescisión de la operación de la dación en pago. Como consecuencia de lo anterior, el crédito debía haberse calificado de concursal ordinario y no como crédito contra la masa.
En otra línea, distinta de la ahora recurrida, se encuentran las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª de 29 de octubre de 2010 y 27 de abril de 2009, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª de 15 de junio de 2011 y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 3ª de 22 de octubre de 2008.
En la línea contraria, al igual que la sentencia recurrida, se encuentra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª, de 17 de noviembre de 2011 y no puede aportar otra de la propia Audiencia Provincial de Teruel porque sólo se han tramitado nueve concursos de acreedores en los que no se ha planteado ésta cuestión.
TERCERO.-*Estimación del recurso.*
La STS de 3 de octubre de 2012, RC 672/2010, no aplicó el art. 73.3 LC a un supuesto de pago unilateral por el deudor antes del concurso, por lo que, en el supuesto planteado ahora en el recurso, se podría estar en línea con lo defendido por la parte recurrente. La argumentación de la STS fue la siguiente: " *si se hubiera rescindido el contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito".*
La dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que éste consiente recibir, con carácter solutorio, un *aliud pro alio* (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria. Negocio que, como ha recordado esta Sala, es complejo, pues participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación.
En el presente caso, la resolución de la dación en pago (que no se ha discutido) hace ineficaz los efectos solutorios del pago de una obligación preexistente. La restitución impone " *que el bien retorne a la masa "y" que el [acreedor] vuelva a ser titular de un crédito... por el importe que ostentaba con anterioridad a la dación en pago, como crédito concursal* " (SSTS núm. 393/2013, de 2 de julio, y las anteriores de 28 de febrero de

2013 y, de 11 y 12 de marzo de 2013, entre otras muchas).
Por tanto, el recurso se estima, y declaramos que, rescindida la operación de dación en pago, el crédito que ostenta ARGAL, S.A. es concursal ordinario.”: STS 09.04.2014 (Sentencia 175/2014; Recurso 812/2012)

1.1.1 Caso de pago/dación en pago de deuda preexistente: inclusión de crédito concursal

Tribunal Supremo

“Efectos de la rescisión concursal de un pago
9. El segundo motivo de casación se basa en la infracción del art. 73.3 LC, como consecuencia de que estimada la rescisión del pago, se ha dejado sin efecto, sin acordar la restitución de los servicios prestados por Postventa que constituían la contraprestación del pago.
El motivo debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.
10. El recurrente confunde los efectos derivados de la rescisión de un negocio bilateral, con los efectos de la rescisión del acto unilateral que supone el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio. Lo que fue objeto de la acción rescisoria no fue el contrato o negocio sino el acto de pago de la beneficiaria del servicio de reparación y asistencia técnica.
La previsión contenida en el apartado 3 del art. 73 LC (" El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado "), invocado por el recurrente como infringido, presupone que, conforme al apartado 1, que regula los efectos de la rescisión del acto impugnado, se hubiera condenado " a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses ".
Si se hubiera rescindido en contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito.”: STS 26.10.2012 (Sentencia 629/2012; recurso 672/2010)

“TERCERO.-*Estimación del recurso.*
La STS de 3 de octubre de 2012, RC 672/2010, no aplicó el art. 73.3 LC a un supuesto de pago unilateral por el deudor antes del concurso, por lo que, en el supuesto planteado ahora en el recurso, se podría estar en línea con lo defendido por la parte recurrente. La argumentación de la STS fue la siguiente: " *si se hubiera rescindido el contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito".*
La dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que éste consiente recibir, con carácter solutorio, un *aliud pro alio* (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria. Negocio que, como ha recordado esta Sala, es complejo, pues participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación.
En el presente caso, la resolución de la dación en pago (que no se ha discutido) hace ineficaz los efectos solutorios del pago de una obligación preexistente. La restitución impone " *que el bien retorne a la masa "y" que el [acreedor] vuelva a ser titular de un crédito... por el importe que ostentaba con anterioridad a la dación en pago, como crédito concursal* " (SSTS núm. 393/2013, de 2 de julio, y las anteriores de 28 de febrero de 2013 y, de 11 y 12 de marzo de 2013, entre otras muchas).
Por tanto, el recurso se estima, y declaramos que, rescindida la operación de dación en pago, el crédito que ostenta ARGAL, S.A. es concursal ordinario.”: STS 09.04.2014 (Sentencia 175/2014; Recurso 812/2012)

“CUARTO. Estimación del primero de los motivos.
Como se ha expuesto, el Tribunal de apelación consideró que las cuarenta plazas de aparcamiento no se transmitieron por RP Properties, SL a Los Tres Monos, SL, sino a Instalaciones Climat Nova, SL, y no con causa en una compraventa, sino en ejecución de una dación en pago.
Consiguientemente, de la rescisión de tal subrogado del pago ningún derecho a la prestación resultó a favor de Instalaciones Climat Nova, SL. En realidad, lo que de la ineficacia se deriva es, simplemente, la conclusión de que la acreedora no ha cobrado.
Por tal razón, la estimación de la acción ejercitada en la demanda había de producir, exclusivamente, la ineficacia de la dación y la devolución por la acreedora de los inmuebles que le habían sido entregados, claro

está, con subsistencia del crédito de la " accipiens ", sobrevenidamente insatisfecho.
Declaramos en la sentencia 175/2014, de 9 de abril - con cita de otras -, que la dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que éste consiente en recibir, con fines solutorios, un " aliud " respecto de lo inicialmente debido, con el efecto de extinguir la obligación originaria, de modo que su ineficacia se extiende al cumplimiento de la obligación preexistente.
En conclusión, la rescisión de la dación en pago provocó que los bienes transmitidos deban retornar a la masa del concurso y, consiguientemente, que la insatisfecha acreedora siga siendo titular de un crédito contra la concursada, cuya calificación será la que le hubiera correspondido en el trámite destinado a ese fin.
Cierto que, según la norma del apartado 3 del artículo 73 de la Ley 22/2003, la estimación de la acción rescisoria normalmente provoca, " ex lege ", una calificación del crédito de la adquirente de los bienes - contra la masa o subordinado, en sus respectivos casos -. Pero tal calificación sólo es precisa, como la propia norma establece, cuando, como consecuencia de la rescisión, surja a favor de una de las partes del acto rescindido el derecho a una prestación.
Este no es el caso, como se ha dicho, por lo que hay que entender que la decisión de calificar, en la sentencia que rescindió la dación en pago, el crédito de Instalaciones Climat Nova, SL contra RP Properties, SL no se sigue de las premisas utilizadas como fundamento del fallo recurrido.
Y, llevada la cuestión al ámbito procesal que corresponde al recurso, habrá que tener en cuenta que la calificación del crédito no había sido pedida, para tal caso, por nadie ni venía impuesta por la Ley - en el artículo 73, apartado 3 -, por lo que ha de dejarse sin efecto en cuanto decisión incongruente.”: STS 26.12.2014 (Sentencia 715/2014; Recurso 802/2013)

AP Baleares

“QUINTO.-Declarara la rescisión de la dación en pago procede resolver sobre los efectos, la ineficacia del acto impugnado y a la restitución de prestaciones - artículo 73 LC -; en el caso que nos ocupa, donde se deduce la ineficacia in totum del negocio jurídico, la Administración concursal ha solicitado las consecuencias que se exponen en el suplico. No procede añadir las de la acreedora coadyuvante por las razones expuestas en el Fundamento Jurídico Segundo.
Según la escritura pública de 15 de febrero de 2008,
-la finca se valoro en 156.000 euros cantidad a la que debía añadirse la de 24.960 euros en aplicación de IVA;
-la diferencia de 59.144,12 euros entre el valor de la finca mas IVA y la deuda que se saldaba se retiene por la adquirente en garantía del cobra de cantidades presupuestadas par nuevos suministros de material y mano de obra pendientes de realizar.
Ahora bien, la mala fe no puede ser aplicable al supuesto que comentamos, ya que se trata de un acto unilateral del concursado, como es la dación en pago, no entrando en juego, en estos supuestos, el art. 73.3 de la ley (SAP de Barcelona, sección 15º, de 15 de junio de 2011). Ello es debido a que este precepto está concebido para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco (SAP de Madrid, sección 28ª, de 20 de abril de 2012), y la dación en pago no lo es, por lo que no surge prestación a favor de la codemandada.
En consecuencia, los efectos de la rescisión se concretaran en la devolución de todos los bienes y derechos recibidos en la dación en pago, con abono de los frutos y rentas que hubiere obtenido. Y en la medida que se rescinde la dación en pago resurge el derecho de crédito que ostentaba la codemandada, que se deberá reconocer como crédito concursal. “:SAP Baleares (Sección 5) 29.11.2012 (Sentencia 510/2012; Rollo 320/2012)

AP Barcelona

“7. Pero la anterior disquisición resulta, a la postre, irrelevante, pues ya hemos apreciado perjudicial la dación en pago en atención al desequilibrio de las prestaciones, y a la ausencia de justificación. En consecuencia, procede confirmar la rescisión de la dación, que conforme al art. 73.1 LC da lugar a la restitución del vehículo entregado en pago. En cuanto al crédito satisfecho, tan sólo podemos dejar sin efecto el pago y por lo tanto declarar la persistencia del crédito, sin que proceda en esta sede su clasificación.
Conviene advertir que la dación en pago tan sólo originó una prestación unilateral del concursado, que entregó un vehículo en pago de una deuda preexistente. Por este motivo no resulta de aplicación el art. 73.3 LC : de la misma manera que el adquirente del vehículo, una vez rescindida la dación en pago, al tiempo de restituirlo carece de derecho a reclamar contra la masa el importe de su crédito, porque este ya existía antes de la dación en pago; tampoco cabe aplicar la regla de su conversión en subordinado, caso de apreciarse mala fe en el adquirente.
De este modo, se estima parcialmente el recurso de apelación, pues se confirma la rescisión de la dación en pago, así como la condena a restituir el vehículo a la masa del concurso, pero se deja sin efecto la clasificación del crédito de agemont.”: SAP Barcelona (Sección 15) 15.06.2011 (Sentencia 260/2011; Rollo 593/2010)

“11. No es pot acollir la petició de l'AC de declaració de mala fe de Climat Nova, mancada de funció davant la inaplicabilitat al cas de l' article 73.3 LC invocat per la part demandant.
En matèria d'efectes de la rescissió, l' article 73.1 LC estableix que la sentència que estimi l'acció de rescissió declararà la ineficàcia de l'acte impugnat i condemnarà a la restitució de les prestacions que n'eren objecte, amb els fruits i interessos. És això el que s'acorda en aquesta resolució.

La norma de l' article 73.3 LC (el dret a la prestació que resulti a favor de qualsevol dels demandats com a conseqüència de la rescissió tindrà la consideració de crèdit contra la massa, que haurà de satisfer-se simultàniament a la reintegració dels béns i drets objecte de l'acte rescindit, tret que la sentència aprecïi mala fe en el creditor, en el qual cas es considerarà crèdit concursal subordinat) està previst per casos diferents del que ens ocupa. Com hem dit en ocasions anteriors (per totes, sentència de 19 d'octubre de 2011), el crèdit que, en cas de mala fe, se subordinaria no és qualsevol crèdit de la demandada contrapart de la concursada en l'acte rescindit, sinó només el dret a la prestació que resulti a favor seu com a conseqüència de la rescissió, és a dir, la norma legal es refereix a la rescissió de contractes bilaterals amb obligacions recíproques. En el nostre cas, la rescissió recau sobre un negoci jurídic unilateral, una dació en pagament, tot i que instrumentada de la manera descrita, mitjançant un doble negoci.
La ineficàcia del pagament, per la rescissió, comporta la restitució de les places de pàrking indegudament entregades (o el valor, si l'entrega no fos possible). El crèdit per execució d'obra de Climat Nova subsisteix en l'estat que li corresponia al declarar-se el concurs, que era, com va al·legar l'AC en la demanda incidental (fet tercer, in fine) un crèdit concursal ordinari.": SAP Barcelona (Sección 15) 15.01.2013 (Sentencia 10/2013; Rollo 374/2012)

"15. Tiene razón la recurrente cuando afirma que no existen razones que puedan justificar la subordinación de su crédito. Efectivamente, lo que permite el artículo 73.3 LC es subordinar lo que en otro caso hubiera sido un crédito contra la masa, en el caso de que se aprecie la mala fe en el contratante. Pero en el supuesto que enjuiciamos, como la propia resolución recurrida ha advertido, el crédito que se debe reconocer a Banco Santander no tendría en ningún caso el carácter de crédito contra la masa (caso de no apreciarse mala fe) sino el de un crédito concursal, ya que la rescisión de la cancelación anticipada del préstamo comporta la rehabilitación de este contrato y de ello se deriva la necesidad de reconocer en el concurso el crédito derivado del saldo que presentaba en el momento de su cancelación. El reconocimiento de ese crédito es consecuencia del éxito de la rescisión, pero lo que no tiene ese crédito es el carácter de contraprestación a favor de los demandados como consecuencia de la rescisión, que es lo que el artículo 73.3 LC permite que pueda ser subordinado como sanción por la actuación de mala fe del acreedor.
16. En suma, si como consecuencia de la rescisión no nace prestación alguna con cargo a la masa, como en el supuesto enjuiciado ocurre, no es necesario analizar la buena o mala fe de los demandados, tal y como decíamos en nuestra Sentencia de 6 de marzo de 2013 (ROJ: SAP B 2735/2013) o en la de 15 de enero de 2013 (Sentencia núm. 10/2013).
17. Por consiguiente, el crédito de Banco Santander, derivado del contrato de préstamo rehabilitado como consecuencia del éxito de la rescisión, debe ser calificado en el concurso como crédito concursal y clasificado como el AC estime procedente en función de las garantías que estime que le puedan afectar, cuestión sobre la que no nos podemos pronunciar en este procedimiento porque no ha sido objeto del mismo, y particularmente cuando ello puede afectar, al menos indirectamente, a derechos de terceros que no han sido parte en el mismo.": SAP Barcelona (Sección 15) 16.07.2014 (Sentencia 253/2014; Rollo 95/2014)

""PRIMERO. 1. La Administración Concursal de Limit Time, S.L. (en lo sucesivo, AC) ejercitó una acción de reintegración contra la concursada y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) frente a un acto de la concursada consistente en la cancelación anticipada el día 9 de enero de 2013 de un préstamo cuyo vencimiento se alargaba hasta el 21 de octubre de 2015.
2. BBVA se opuso a la demanda alegando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y cuestionando la existencia de perjuicio para la masa, así como la imposibilidad de rescindir los actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor realizados en condiciones normales de mercado.
3. La resolución recurrida desestimó la excepción procesal opuesta y estimó en parte la demanda acordando la rescisión del acto impugnado con el efecto de condenar a BBVA a la devolución a la masa de la cantidad abonada, si bien reconociéndole un crédito contra la masa.
4. El recurso del AC se limita a impugnar la resolución en el punto relativo a los efectos de la rescisión, que no pueden justificar el reconocimiento de un crédito contra la masa sino de un crédito concursal, ya que lo rescindido no es un acto bilateral sino un acto unilateral (el pago anticipado de una obligación preexistente).
SEGUNDO. 5. Tiene razón la AC recurrente. El acto rescindido, el pago anticipado de una obligación preexistente, es estrictamente unilateral. Por consiguiente, es preciso analizar los efectos de la reintegración de forma distinta a como lo hace la resolución recurrida, que aplica los efectos propios de la rescisión de un acto bilateral. La STS de 26 de octubre de 2012 (ROJ: STS 7265/2012), que cita el recurso, lo explica muy bien en su argumentación cuando dice: «(*e)l recurrente confunde los efectos derivados de la rescisión de un negocio bilateral, con los efectos de la rescisión del acto unilateral que supone el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio. Lo que fue objeto de la acción rescisoria no fue el contrato o negocio sino el acto de pago de la beneficiaria del servicio de reparación y asistencia técnica.*
La previsión contenida en el apartado 3 del art. 73 LC ("El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado"), invocado por el recurrente como infringido, presupone que, conforme al apartado 1, que regula los efectos de la rescisión del acto impugnado, se hubiera condenado " a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses".
Si se hubiera rescindido en contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como

es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente ».
TERCERO. 6. Es cierto que la demanda nada dijo de forma concreta sobre el particular que pretende el recurso pero ello no solo resulta de aplicación al reconocimiento del crédito de BBVA como crédito concursal sino que también incluiría su reconocimiento como crédito contra la masa. No obstante, el silencio que guarda la demanda sobre ese particular no puede conducir a que no se reconozca a favor de BBVA derecho de crédito alguno y menos aún a que se le reconozca un derecho abiertamente contradictorio con el régimen de los efectos propios de la reintegración concursal sino que consideramos que el juzgado mercantil estaba facultado legalmente para suplir el silencio de la demanda en este punto y disponer los efectos concretos derivados del acto rescindido. Esa misma atribución legal la ostenta el tribunal de la segunda instancia cuando de lo que se trata es simplemente de revisar el régimen de esos efectos.”: SAP Barcelona (Sección 15) 09.12.2014 (Sentencia 398/2014; Rollo 387/2014)

AP Burgos

[caso de rescisión de pagos anticipados] “TERCERO. La demanda sin embargo no se estima en cuanto a la petición que se hace en el suplico de que "el derecho a la prestación que resulte a favor de MD Proycon como consecuencia de la rescisión tenga la consideración de crédito concursal subordinado". Es obvio que esta previsión del artículo 73 in fine no es aplicable al supuesto de autos pues aquello está previsto si, como consecuencia de la rescisión, la concursada tuviera a su vez que devolver lo recibido por ella. Sin embargo aquí lo único que se rescinde es un pago unilateral; la única que viene obligada a devolver es Proycon, no la concursada. La concursada está obligada a devolver los préstamos, pero esta obligación es independiente de la acción rescisoria.”: SAP Burgos (Sección 3) 21.09.2011 (Sentencia 279/2011; Rollo 207/2011)

AP Cáceres

“CUARTO.-En el último motivo de apelación se formula subsidiariamente recurso para el supuesto de estimación de la acción, denunciándola infracción de lo dispuesto en el art. 73.3 LC y error en la valoración probatoria respecto de la consideración del crédito a favor de la apelante, que no sería el crédito con el correlativo reconocimiento a su favor y con la clasificación que le corresponda, como se indica en la sentencia, sino crédito contra la masa al no existir mala fe.
Pues bien, dicho motivo de apelación debe ser claramente rechazado por cuanto el crédito de la apelante no es una prestación que resulte a favor de la demandada como consecuencia de la rescisión, ya que se trata de un crédito existente con anterioridad al acto rescindido, de manera que mediante el acto rescindido lo único que se hace es otorgar un carácter muy distinto al crédito ya existente, de una manera fraudulenta y en perjuicio de la masa de acreedores, de ahí que se declare tal acto rescindido.
Y es que no tendría sentido, por tanto, declarar que el negocio jurídico rescindido es un acto claramente perjudicial para la masa, y a la vez, como consecuencia de la rescisión, otorgar al crédito litigioso un carácter más privilegiado que el que ostentaba con anterioridad al negocio jurídico que se rescinde. En definitiva, el apartado 3 del artículo 73 se refiere a aquellos supuestos en los que por virtud del negocio jurídico rescindido el o los demandados han realizado un acto de disposición patrimonial que debe serles restituido, de manera que a los efectos de dicha restitución se considera al crédito en qué consiste ese desplazamiento patrimonial llevado a cabo por causa del negocio jurídico rescindido como un crédito contra la masa.
Por eso, fue correcto lo que hizo el juez a quo: rescindir el negocio jurídico tras la estimación de la reintegración y acordar la devolución de la cantidad satisfecha con el correlativo reconocimiento de un crédito a favor del acreedor por el mismo importe y con la clasificación que corresponda. Es verdad que el juzgador al entender existente el grupo de empresas puede determinar que la clasificación de dicho crédito conduzca a la subordinación aunque no lo dice de manera expresa y en todo caso no deberá ocurrir, pues esta Sala ha descartado la existencia de ese grupo de empresas. Como no hay esa referencia y en todo caso se descarta la mala fe por la vía del art. 73 es por lo que la decisión debe ser confirmada, pues es plenamente correcto afirmar como se indica en el fallo que debe reconocerse el crédito "con la clasificación que le corresponda", lo que habrá de hacer la administración concursal con ulterior revisión judicial.”: SAP Cáceres (Sección 1) 30.04.2014 (Sentencia 106/2014; Rollo 152/2014)

“QUINTO.-Finalmente, alega el apelante que el Juzgador de instancia confunde los efectos de la sentencia de reintegración. Esto es porque parece obviar, como ya dijimos, lo que establece imperativamente el artículo 73.3 de la Ley Concursal. Refiere la Sentencia apelada que los efectos propios de la sentencia de reintegración son el de la obligación de restituir lo pagado y afectado por la reintegración a favor de la masa y el reconocimiento a favor de Lufercomp de un crédito correlativo que deberá clasificarse como corresponda. Dice que no ha quedado probada la mala fe, por lo que no puede subordinarse por este motivo "sino por otros motivos de clasificación" ello es así, continúa, porque de igual manera no puede clasificarse el crédito de Lufercomp como contra la masa por su buena fe, sino volver al statu quo anterior al acto jurídico rescindido.
Establece, sin embargo el artículo 73.3 de la ley Concursal que el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto

rescindido, salvo que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado. En consecuencia, entiende que si no hay mala fe el crédito que nace a favor de la demandada será contra la masa y de satisfacción simultánea a la reintegración.
Este motivo también fue planteado y resuelto en el anterior procedimiento, respecto de la consideración del crédito a favor de la apelante, que no sería el crédito con el correlativo reconocimiento a su favor y con la clasificación que le corresponda, como se indica en la sentencia, sino crédito contra la masa al no existir mala fe.
Decíamos en la anterior sentencia que este motivo tampoco podía prosperar, "por cuanto el crédito de la apelante no es una prestación que resulte a favor de la demandada como consecuencia de la rescisión, ya que se trata de un crédito existente con anterioridad al acto rescindido, de manera que mediante el acto rescindido lo único que se hace es otorgar un carácter muy distinto al crédito ya existente, de una manera fraudulenta y en perjuicio de la masa de acreedores, de ahí que se declare tal acto rescindido.
Y es que no tendría sentido, por tanto, declarar que el negocio jurídico rescindido es un acto claramente perjudicial para la masa, y a la vez, como consecuencia de la rescisión, otorgar al crédito litigioso un carácter más privilegiado que el que ostentaba con anterioridad al negocio jurídico que se rescinde. En definitiva, el apartado 3 del artículo 73 se refiere a aquellos supuestos en los que por virtud del negocio jurídico rescindido el o los demandados han realizado un acto de disposición patrimonial que debe serles restituido, de manera que a los efectos de dicha restitución se considera al crédito en qué consiste ese desplazamiento patrimonial llevado a cabo por causa del negocio jurídico rescindido como un crédito contra la masa".
"Por eso, fue correcto lo que hizo el Juzgado de instancia: rescindir el negocio jurídico tras la estimación de la reintegración y acordar la devolución de la cantidad satisfecha con el correlativo reconocimiento de un crédito a favor del acreedor por el mismo importe y con la clasificación que corresponda. Es verdad que el juzgador al entender existente el grupo de empresas puede determinar que la clasificación de dicho crédito conduzca a la subordinación aunque no lo dice de manera expresa y en todo caso no deberá ocurrir, pues esta Sala ha descartado la existencia de ese grupo de empresas. Como no hay esa referencia y en todo caso se descarta la mala fe por la vía del art. 73, es por lo que la decisión debe ser confirmada, pues es plenamente correcto afirmar como se indica en el fallo, que debe reconocerse el crédito "con la clasificación que le corresponda", lo que habrá de hacer la administración concursal con ulterior revisión judicial".
En definitiva, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia. ": SAP Cáceres (Sección 1) 06.05.2014 (Sentencia 113/2014; Rollo 166/2014)

AP Castellón

"CUARTO.-En cuanto a la petición subsidiaria, que recordamos de nuevo, pretendía que se calificara el crédito resultante de la reintegración como crédito contra la masa, por no concurrir mala fe, tampoco puede prosperar.
Se alega como fundamento de esta pretensión la vulneración del contenido del artículo 73-3 y 84-2-8 de la Ley Concursal. En el primero de estos preceptos lo que se establece es que *"El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado".* Y acorde con esto el segundo de estos artículos establece que tendrán la consideración de créditos contra la masa *"El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado".*
Pero lo que ocurre en el caso enjuiciado es que el crédito que se debe reconocer a la demandada no lo es como consecuencia de la rescisión decretada, sino que ese crédito ya existía con anterioridad y no se ha generado como consecuencia de lo acordado en la resolución recurrida, por lo que es correcta su calificación, sin que debamos entrar a decidir sobre la mala fe del titular del crédito.
Este ha sido el criterio seguido por la Sentencia que hemos citado, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 26 de octubre de 2012, en cuanto argumenta que *"El recurrente confunde los efectos derivados de la rescisión de un negocio bilateral, con los efectos de la rescisión del acto unilateral que supone el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio. Lo que fue objeto de la acción rescisoria no fue el contrato o negocio sino el acto de pago de la beneficiaria del servicio de reparación y asistencia técnica.*
La previsión contenida en el apartado 3 del art. 73 LC ("El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado"), invocado por el recurrente como infringido, presupone que, conforme al apartado 1, que regula los efectos de la rescisión del acto impugnado, se hubiera condenado "a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses".
Si se hubiera rescindido en contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe

en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito. "
En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Sección 15, de Barcelona, núm. 253, de fecha 16 de julio de 2014, (ROJ: SAP B 8229/2014), Recurso: 95/2014, explica que " *15. Tiene razón la recurrente cuando afirma que no existen razones que puedan justificar la subordinación de su crédito. Efectivamente, lo que permite el artículo 73.3 LC es subordinar lo que en otro caso hubiera sido un crédito contra la masa, en el caso de que se aprecie la mala fe en el contratante. Pero en el supuesto que enjuiciamos, como la propia resolución recurrida ha advertido, el crédito que se debe reconocer a Banco Santander no tendría en ningún caso el carácter de crédito contra la masa (caso de no apreciarse mala fe) sino el de un crédito concursal, ya que la rescisión de la cancelación anticipada del préstamo comporta la rehabilitación de este contrato y de ello se deriva la necesidad de reconocer en el concurso el crédito derivado del saldo que presentaba en el momento de su cancelación. El reconocimiento de ese crédito es consecuencia del éxito de la rescisión, pero lo que no tiene ese crédito es el carácter de contraprestación a favor de los demandados como consecuencia de la rescisión, que es lo que el artículo 73.3 LC permite que pueda ser subordinado como sanción por la actuación de mala fe del acreedor.*
16. En suma, si como consecuencia de la rescisión no nace prestación alguna con cargo a la masa, como en el supuesto enjuiciado ocurre, no es necesario analizar la buena o mala fe de los demandados, tal y como decíamos en nuestra Sentencia de 6 de marzo de 2013 (ROJ: SAP B 2735/2013) o en la de 15 de enero de 2013 (Sentencia núm. 10/2013)."
Podemos citar en el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1, núm. 192, de fecha 13 de junio de 2014 (ROJ: SAP GI 593/2014), Recurso: 551/2013. Y también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1, núm. 106, de fecha 30 de abril de 2014 (ROJ: SAP CC 297/2014), Recurso: 152/2014.
Procede en consecuencia rechazar la petición subsidiaria, porque el crédito de la apelante no resulta a favor de la demandada como contraprestación consecuencia de la rescisión, ya que se trata de un crédito existente con anterioridad al acto rescindido.": SAP Castellón (Sección 3) 29.10.2014 (Sentencia 300/2014; Rollo 416/2014)

"SEXTO Una vez sentada la procedencia de la rescisión de la dación en pago litigiosa deberán fijarse sus efectos, materia que es objeto delart. 73 de la Ley Concursal, que establece como consecuencia general que "la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses". En consecuencia, procederá decretar la ineficacia de la dación en pago y condenar a Actia Inciativas SL a restituir las finca litigiosas que le fueron adjudicadas, sin que haya lugar a prestación alguna con cargo a la masa por la naturaleza de la dación en pago, que implica una mera sustitución de la prestación debida por otra, en este caso, la transmisión de unas fincas, por lo que, como ya expusimos con anterioridad, no surge prestación alguna a favor de la demandada antedicha, sino solo la consecuencia lógica de la ineficacia de la dación en pago consecuente con la propia rescisión: reposición de las cosas al estado que tenían en el momento de formalizarse la operación con la modulación derivada de la declaración de concurso, esto es, reconocimiento en la lista de acreedores del crédito extinguido en virtud de la dación en pago conforme a la clasificación que le corresponda en virtud de la Ley Concursal, en este caso un crédito concursal por importe de 434.084,40 euros con la calificación de ordinario como también expusimos previamente y, de hecho, se recoge en la demanda de manera subsidiaria para el caso de que no se estime pertinente su subordinación por la concurrencia de mala fe.": SAP Castellón (Sección 3) 29.10.2010 (JUR 2011/65135; Sentencia 337/2010; Rollo 332/2010)

AP Girona

"CUARTO.-Efectos de la rescisión.
Sentada la procedencia de la acción de reintegración es preciso pronunciarse sobre sus efectos. Así lo impone la LC en el artículo 73.1 de la LC establece que "La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.".
Determinar los efectos de la estimación de la acción de reintegración no es pues un pronunciamiento potestativo, sino que el juez viene obligado a realizarlo en el caso de que estime la acción rescisoria y ello es así porque la rescisión pretende compensar a la masa el perjuicio sufrido como consecuencia de la realización del acto impugnado.
La sentencia estimatoria debe en primer término declarar la ineficacia del acto impugnado, para a continuación disciplinar las consecuencias de la misma en consonancia con su naturaleza. Los efectos de la estimación de la acción serán distintos si la declaración de ineficacia se refiere a un acto unilateral del concursado o a un acto bilateral.
La LC regula en el precepto transcrito las consecuencias de la declaración de ineficacia de un acto bilateral, es por ello que se refiere a la restitución de las prestaciones realizadas en ejecución del acto declarado ineficaz, obligando a las partes a la mutua y simultánea restitución de las entregadas y recibidas. Es evidente que cuando el acto rescindido sea unilateral no ha lugar a acordar la restitución de prestaciones y sí la restitución de lo indebidamente percibido por el acreedor a la masa, junto con el reconocimiento, en su caso, del derecho del que era titular al tiempo de realizarse el acto rescindido.
En el presente supuesto ha sido objeto de rescisión el pago de determinadas cantidades por parte de la concursada a uno de sus acreedores. Estamos ante un acto unilateral del deudor, por lo que no es procedente la restitución de prestaciones, pues lo rescindido es el acto del pago, pero no el negocio del que éste trae causa (la compraventa de derechos sobre las mercancías) cuya validez y eficacia no se ve alterada por la rescisión acordada. No cabe hablar de restitución mutua de prestaciones y sí de restitución por el acreedor de

la cantidad indebidamente percibida, con reconocimiento a su favor del derecho de crédito que le corresponda frente a la concursada.
Resolviendo un supuesto en el que fue objeto de reintegración, al igual que en este caso, un pago, la STS de 26 de octubre de 2012 señala "Si se hubiera rescindido un contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente.".
Este Tribunal no puede estar conforme con el pronunciamiento segundo de la sentencia recurrida en tanto, como efecto de la ineficacia del pago que declara en el primer pronunciamiento, condena a la concursada a reintegrar los pagarés. Tal pronunciamiento resulta incongruente con la naturaleza del acto rescindido, pues se trata de un acto unilateral. Rescindido el pago, el receptor del mismo debe reintegrar a la masa del concurso la cantidad percibida, como solicitó la Administración Concursal en la demanda, pero la concursada nada debe devolver, pues nada ha recibido a cambio, siendo el efecto de la rescisión el reconocimiento a la demandada de la condición que hubiera ostentado en el concurso de no haber mediado el acto rescindido, es decir, la de acreedora por un crédito ordinario concursal. El juez a quo yerra al considerar que los pagarés se entregaron en contraprestación al pago cuando, como se ha señalado ya, el libramiento y entrega se produce en ejecución de un nuevo contrato de compraventa de mercancías, una vez se ha dejado sin efecto el anterior,
o en ejecución, si así se hubiera alegado y probado, del pacto de favor. Pero en cualquier caso, la validez y eficacia del negocio jurídico del que trae causa la entrega de los pagarés no han sido cuestionadas en este pleito y en nada puede afectarles la sentencia que en el mismo recaiga.
Por otra parte COBALTRON, en virtud del libramiento del pagaré y su entrega a la concursada, se está obligando al pago de su importe frente a cualquier tenedor. Teniendo en cuenta que los pagarés han sido descontados y sus importes entregados a la concursada en virtud del contrato de descuento, así como que no fueron pagados a su vencimiento, es evidente que se encuentran en este momento en poder de un tercero, la entidad descontante, que puede legítimamente reclamar su importe a COBALTRON en ejercicio de la acción cambiaria. La sentencia de reintegración, recaída en un procedimiento en el que no fue parte, no puede privar a la entidad financiera de tal derecho. Tampoco la validez del libramiento del pagaré y la obligación de pago del mismo que asume COBALTRON frente a cualquier tenedor puede verse afectada por la acción de reintegración.
En definitiva este Tribunal entiende que, siendo el pronunciamiento sobre los efectos de la reintegración de carácter imperativo, aun cuando el contenido en la sentencia no ha sido expresamente combatido en los recursos, procede en este caso modificar la sentencia en cuanto a los efectos de la rescisión acordada y ello con el fin, tanto de salvaguardar los intereses del conjunto de acreedores, como de ajustar los efectos de la ineficacia declarada a la naturaleza del acto rescindido. Con ello se evita que la sentencia adolezca de incongruencia interna en tanto acuerda la ineficacia de un acto unilateral, pero extiende sus efectos más allá del ámbito del acto rescindido, afectando a negocios jurídicos, como el contrato de compraventa de derechos y el contrato de descuento, que no han sido objeto de rescisión y cuya validez se mantiene inalterada. A mayor abundamiento, conviene señalar que el fallo en su actual redacción resulta ser de imposible ejecución, pues consecuencia del contrato de descuento la concursada entregó los pagarés a la entidad de crédito que es su actual tenedora.
En virtud de cuanto se expone en los párrafos anteriores respecto de los efectos de la rescisión, procede con estimación parcial del recurso, modificar los efectos de la declaración de ineficacia del pago realizado, de tal forma que, aunque no se concede lo pedido en el recurso - que era la desestimación de la demanda- es obligado reconocer a la recurrente COBALTRON, una vez haya dado cumplimiento a la condena y reintegrado a la masa activa del concurso la cantidad indebidamente percibida, un derecho idéntico al que tendría de no haberse realizado el acto rescindido, dejando sin efecto la condena a la concursada a entregar los pagarés. Con ello se disciplinan los efectos de la ineficacia que se declara de acuerdo con la naturaleza del acto rescindido, a la vez que no se perjudica a la apelante en tanto la entrega de los pagarés, además de incongruente con la acción ejercitada, resulta imposible al no encontrarse en poder de la concursada.”: SAP Girona (Sección 1) 14.05.2013 (Sentencia 201/2013; Rollo 81/2013)

“CUARTO.-Efectos de la rescisión.
Sentada la procedencia de la acción de reintegración es preciso pronunciarse sobre sus efectos. Así lo impone la LC en el artículo 73.1 de la LC establece que "La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.".
Determinar los efectos de la estimación de la acción de reintegración no es pues un pronunciamiento potestativo, sino que el juez viene obligado a realizarlo en el caso de que estime la acción rescisoria y ello es así porque la rescisión pretende compensar a la masa el perjuicio sufrido como consecuencia de la realización del acto impugnado.
La sentencia estimatoria debe en primer término declarar la ineficacia del acto impugnado, para a continuación disciplinar las consecuencias de la misma en consonancia con su naturaleza. Consecuencias que serán distintas si la declaración de ineficacia se refiere a un acto unilateral del deudor o a un acto bilateral.
La LC regula en el precepto transcrito las consecuencias de la declaración de ineficacia de un acto bilateral, es por ello que se refiere a la restitución de las prestaciones realizadas en ejecución del acto declarado ineficaz, obligando a las partes a la mutua y simultánea restitución de las entregadas y recibidas.

Es evidente que cuando el acto rescindido sea -como en este caso- unilateral, no ha lugar a acordar la restitución de prestaciones y sí la restitución a la masa de lo indebidamente percibido por el acreedor, junto con el reconocimiento, en su caso, del derecho del que era titular al tiempo de realizarse el acto rescindido. Así lo ha señalado la STS de 26 de octubre de 2012 resolviendo un supuesto análogo al presente en que se rescindió un pago "Si se hubiera rescindido un contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente.".
En el presente supuesto ello ha de suponer la condena al Sr. Andrés a devolver a INFO COBRO las existencias recibidas en pago de su crédito, o en caso de que eso no fuera ya posible, el equivalente en dinero (8.948.324,55 euros), así como la inclusión en el inventario de los créditos que la concursada ostentaba frente al administrador de la sociedad por los importes recogidos en el fundamento segundo de esta resolución y el reconocimiento a favor del Sr. Andrés en la lista de acreedores de un crédito subordinado [por ser persona especialmente relacionada] por importe de 21.237.751 euros.": SAP Girona (Sección 1) 29.05.2014 (Sentencia 164/2014; Rollo 554/2013)

AP Granada

"Por tanto, debe confirmarse la sentencia apelada, trasladando mutatis mutandi los efectos que respecto de la rescisión examinada estableció en este caso la Sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de15 de junio de 2012, en situación idéntica a la examinada de modo que *" Al margen de que ninguna de las partes lo solicitó, la rescisión de los pagos o entregas dinerarias hechas por la sociedad al administrador no puede dar lugar, como efecto de la ineficacia, a una prestación a favor de éste, de acuerdo con el art. 73.3 LC, que contempla el supuesto de rescisión de contratos bilaterales. Fue sin duda un error material pues la acción de rescisión ejercitada por la AC no tenía por objeto un contrato bilateral (de cuya ineficacia surgen recíprocas obligaciones de restitución) sino un acto unilateral, el pago o entrega dineraria, efectuado por la concursada a su socio único y administrador":* SAP Granada (Sección 3) 08.11.2013 (Sentencia 360/2013; Rollo 453/2013)

AP La Coruña

"TERCERO.-Sin cuestionar en modo alguno el hecho de que INGESPROGA S.L. conocía sin duda la insolvencia de su deudora y la comunicación que de su estado había hecho al Juzgado, como igualmente era consciente de que con los pagos de mayo/junio de 2012 trataba de eludir, siquiera parcialmente, las consecuencias del concurso de su deudora, no podemos coincidir con las consecuencias que de la mala fe de la acreedora deduce la sentencia apelada, que acoge también en este punto la demanda.
El artículo 73. 3 de la LC se refiere a los efectos de la rescisión de un acto o negocio dispositivo a título oneroso, en virtud del cual salió de la masa un bien o derecho a cambio de una prestación que satisfizo el que fue parte, con el deudor, en dicho negocio; al rescindirlo, la sentencia debe ordenar la devolución a la masa del bien transmitido y la restitución a la otra parte de lo que por él pagó (salvo mala fe, en cuyo caso el crédito restitutorio será considerado como subordinado). Así se deriva también, con claridad, del artículo 84 2 8º, que asigna la consideración de créditos contra la masa a los que, en casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el titular de este crédito. El crédito al que la Ley atribuye la consideración de crédito contra la masa es, por lo tanto, el crédito restitutorio del contratante de buena fe, sobre el dinero o los bienes que entregó a la deudora en el marco del negocio rescindido; y es ese mismo crédito el que, en caso de mala fe, ha de ser subordinado.
INGESPROGA S.L. nada entregó a la deudora en concurso que deba serle reintegrado a salvo, lógicamente, la restauración de la integridad de su derecho de crédito que es efecto directo de la rescisión del negocio unilateral en que el pago consiste. Como dice la citada sentencia del TS de 26 de octubre de 2012, fundamento jurídico 10, párrafo tercero, "si se hubiera rescindido un contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente".
El recurso debe ser, por ello, parcialmente estimado, con revocación del pronunciamiento de la sentencia apelada relativo a la mala fe y a la subordinación de los créditos de INGESPROGA S.L. (pues tal es el sentido del cuarto pronunciamiento declarativo de la sentencia del juzgado, aunque de su literalidad pudiera derivarse otra cosa, en cuanto estima íntegramente la demanda).": SAP La Coruña (Sección 4) 03.06.2015 (Sentencia 185/2015; Rollo 244/2015)

AP León

“Restaurado el crédito al prosperar la acción rescisoria, ha de ser calificado como concursal: un pacto de extinción de un crédito por dación en pago no conlleva un intercambio de prestaciones porque no hubo prestación alguna a favor de la concursada; la prestación es unidireccional (la concursada entrega mobiliario a la demandante para el pago y extinción de la deuda). Al no haber contraprestación alguna que haya recibido la concursada no se puede calificar el crédito como crédito contra la masa (artículo 84.2.8º LC); no se rescinde un contrato en el que uno de los contratantes (en este caso la demandante) ofrece al otro (en este caso, la concursada) una contraprestación cuya restitución permita calificar el crédito resultante como crédito contra la masa. Al declararse nulo el pacto suscrito el crédito que pretendía declarar extinguido se rehabilita y ha de ser calificado como concursal. Así fue entendido en la sentencia de Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 3 de octubre de 2012 (recurso nº 672/2010), que no aplicó el art. 73.3 LC a un supuesto de dación en pago que tuvo lugar antes del concurso:
" si se hubiera rescindido el contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito. En el presente caso, la resolución de la dación en pago (que no se ha discutido) hace ineficaz los efectos solutorios del pago de una obligación preexistente. La restitución impone " que el bien retorne a la masa "y" que el [acreedor] vuelva a ser titular de un crédito... por el importe que ostentaba con anterioridad a la dación en pago, como crédito concursal " (SSTS núm. 393/2013, de 2 de julio, y las anteriores de 28 de febrero de 2013 y, de 11 y 12 de marzo de 2013, entre otras muchas) ".
Y en el ámbito de los créditos concursales el crédito resultante de la rescisión ha de ser clasificado como ordinario al no poderse incardinar en ninguno de los supuestos de privilegio y tampoco en ninguno de los supuestos que regulan la subordinación por referencia a las características del propio crédito, y sin entrar a analizar la subordinación aplicada por sanción de conductas reprobadas, como ya se ha expuesto.”: SAP León (Sección 1) 05.11.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 296/2014)

AP Lugo

“TERCERO.-Con respecto a la calificación del crédito a favor de Onemons como ordinario, se comparte, también, el criterio de la inferior instancia, pues la demandada deberá restituir el bien adjudicado sin prestación alguna con cargo a la masa, puesto que tal entrega lo fue en pago de deudas, como advierte, acertadamente, la Juzgadora "a quo" en su Fundamento de Derecho Cuarto. “:SAP Lugo 23.09.2010 (Sentencia 481/2010; Rollo 261/2010)

AP Lleida

“QUINTO.-Finalmente se alega que se aplica indebidamente el artículo 73.3 ya que el apelante entiende que, como mínimo, el crédito de BMN debería tener la consideración de crédito contra la masa. No podemos estar de acuerdo ya que no estamos frente a una prestación derivada de una relación sinalagmática sino frente a un pago. En este sentido nuevamente habremos de citar la STS de 28 de marzo de 2012 que frente a una alegación semejante efectúa la siguiente interpretación del artículo 73.3 de la LC :
"9. El segundo motivo de casación se basa en la infracción del art. 73.3 LC, como consecuencia de que estimada la rescisión del pago, se ha dejado sin efecto, sin acordar la restitución de los servicios prestados por Postventa que constituían la contraprestación del pago.
El motivo debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.
10. El recurrente confunde los efectos derivados de la rescisión de un negocio bilateral, con los efectos de la rescisión del acto unilateral que supone el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio. Lo que fue objeto de la acción rescisoria no fue el contrato o negocio sino el acto de pago de la beneficiaria del servicio de reparación y asistencia técnica.
La previsión contenida en el apartado 3 del art. 73 LC (" El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado "), invocado por el recurrente como infringido, presupone que, conforme al apartado 1, que regula los efectos de la rescisión del acto impugnado, se hubiera condenado " a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses ".
Si se hubiera rescindido en contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe

en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito."
Nada debemos añadir a lo dicho y sí confirmar en todo la sentencia de primera instancia desestimando el recurso de apelación.": SAP Lleida (Sección 2) 27.11.2014 (Sentencia 512/2014; Rollo 548/2014)

AP Madrid

"CUARTO.- En cuanto a los efectos de la rescisión el apelante, rechazando la concurrencia de mala fe, pretende que se declare que su crédito tiene consideración de crédito contra la masa por importe de 200.000 euros y que debe abonársele de forma simultánea a la reintegración por su parte de los 180.000 euros a la masa y, subsidiariamente, que se declare que el importe "del crédito subordinado que debe reconocerse a mi mandante frente a la masa" es de 200.000 euros.
Al margen de que la subordinación solo es predicable de los créditos concursales, el apelante también confunde los efectos derivados de la rescisión de un negocio bilateral, con los efectos de la rescisión de un acto unilateral como lo es el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio.
Una vez más debemos recordar que lo que es objeto de la acción rescisoria no es el préstamo sino el pago parcial del mismo.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 y 24 de julio de 2014 analizan los efectos de la rescisión, interpretando el artículo 73 de la Ley Concursal, cuando el acto de disposición rescindido es un pago y señalan que: "si se hubiera rescindido un contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente".
Los efectos de la rescisión del pago de 180.000 euros supone que el acreedor reintegre a la masa el importe recibido con sus intereses y, como consecuencia de ello, que vuelva a ser titular de un crédito concursal por el importe que ostentaba con anterioridad a ese pago (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013, 11 y 12 de marzo de 2013, 2 de julio de 2013, citadas por la de 9 de abril de 2014).
La rescisión del pago -que no del préstamo- solo permite reconocer al acreedor un crédito, como efecto de la rescisión, de 180.000 euros y no de 200.000 -importe del préstamo- diferencia que en su caso debió ser insinuada y recocida en el concurso en tanto que debida al tiempo de su declaración y en caso de que no hubiera sido así correspondía al acreedor impugnar la lista de acreedores para el reconocimiento de la deuda derivada de la parte del préstamo entonces impagada (20.000 euros).
Ahora bien, lo que no cabe es subordinar el crédito del acreedor por mala fe al no ser aplicable a los actos de disposición unilaterales las previsiones del artículo 73.3 de la Ley Concursal (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 y 9 de abril de 2014) y, en consecuencia, procede dejar sin efecto este pronunciamiento de la sentencia apelada.": SAP Madrid (Sección 28) 17.10.2014 (Sentencia 285/2014; Rollo 826/2012)

"SEXTO.- En cuanto a los efectos de la rescisión el apelante, rechazando la concurrencia de mala fe, pretende que se declare que su crédito tiene la consideración de crédito contra la masa por importe de 480.890,68 euros y que debe abonársele de forma simultánea a la reintegración por su parte de ese mismo importe a la masa activa.
Las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 y 24 de julio de 2014 analizan los efectos de la rescisión cuando el acto de disposición rescindido es un pago y señalan, interpretando el artículo 73 de la Ley Concursal, que: "si se hubiera rescindido un contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. Y, consiguientemente, al no ser de aplicación el art. 73.3 LC, tampoco cabe apreciar mala fe en el destinatario del pago a los efectos de subordinar su crédito".
Los efectos de la rescisión del pago, como acertadamente destaca la sentencia apelada, supone que el acreedor reintegre a la masa el importe recibido con sus intereses y, como consecuencia de ello, que vuelva a ser titular de un crédito concursal por el importe que ostentaba con anterioridad a ese pago (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013, 11 y 12 de marzo de 2013, 2 de julio de 2013, citadas por la de 9 de abril de 2014),
Los razonamientos anteriores determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución apelada.": SAP Madrid (Sección 28) 22.05.2015 (Sentencia 144/2015; Rollo 389/2013)

AP Murcia

"TERCERO.- También cuestiona el apelante los efectos que debe producir dicha rescisión, en un doble sentido: Con carácter principal, que la restitución de contraprestaciones que tal pronunciamiento conlleva, debe suponer que se le reconozca como un crédito contra la masa el de 49.001 # que era objeto de extinción por la dación en pago. Subsidiariamente, que no se califique como crédito subordinado.

En cuanto a la calificación como crédito contra la masa del que era objeto de la dación en pago, entiende el apelante que la obligación de restituirse mutuamente las contraprestaciones recibidas que se deriva de la rescisión de los contratos, de tal forma que queden las cosas en el estado anterior al negocio rescindido, implica que el precio recibido se devuelva con sus intereses y con la calificación que proceda según la LC, incorporándolo a la lista de acreedores, pero como crédito contra la masa.
El propio apelante, en su escrito de apelación reconoce que ese crédito cuya devolución interesa se debe incorporar a la lista de acreedores, con la calificación que le corresponda, a la vez que afirma que ya viene reconocido por la Administración Concursal en el concurso (folio 304) como ordinario (folio 62), por lo que no se alcanza a entender por qué, si ya está reconocido como crédito ordinario, debe pasar a tener la consideración de crédito contra la masa (en el recurso nada se justifica sobre ese particular, limitándose a decir que "no es admisible la interpretación que se contiene en la sentencia").
Claramente si se parte de que estamos ante un acto gratuito, como sostiene la sentencia de primera instancia, no existirá contraprestación alguna que devolver al Sr. Santos, según el mismo reconoce en su recurso.
Pero la sentencia no se limita a ampararse en la gratuidad del acto (por la gran diferencia entre el valor de los bienes dados en pago y la deuda que se pretende saldar), sino que entra a considerar que tampoco cabría restitución alguna si fuera un acto oneroso, y para alcanzar esa conclusión invoca jurisprudencia que, en el caso del art. 73.3 LC, contempla casos de negocios en los que no surgen obligaciones recíprocas para las partes, como sería el de la dación en pago, en el que esas obligaciones ya existían con anterioridad, por lo que la rescisión lo que determina es que se vuelva a la situación previa, esto es, que siga existiendo el crédito y la deuda que ya tenían vigencia antes del acto rescindido. Por lo tanto, como sólo el deudor ha asumido obligaciones en la dación en pago, esa es la única actuación que ha de quedar sin efecto, devolviendo el acreedor lo recibido, y manteniéndose su crédito como estaba anteriormente, lo que en el presente caso ha tenido lugar, pues la Administración Concursal ha reconocido al acreedor, entre otros, su crédito de 49.001 #, como crédito ordinario.
En consecuencia, debe rechazarse que proceda su calificación como crédito contra la masa.": SAP Murcia (Sección 4) 26.06.2014 (Sentencia 398/2014; Rollo 305/2014)

AP Oviedo

"Para centrar el objeto del debate habremos de hacer una consideración preliminar, cual es que la reintegración ejercitada aparece dirigida frente a una transmisión de bienes con efectos solutorios de una deuda anterior, esto es, se dirige a atacar una dación en pago en cuanto que medio extintivo de las obligaciones, tratándose por lo tanto de un acto unilateral solvendi causa que es llevado a cabo por quien se dice deudor en esa relación obligatoria. Lo anterior deviene relevante por cuanto la reintegración de un acto solutorio como el que nos ocupa, consistente en una prestación unilateral a cargo tan solo de la parte concursada, no puede comportar por su misma naturaleza ningún tipo de efecto restitutorio de prestaciones -al contrario de lo que sucedería con la rescisión de un negocio bilateral con contraprestaciones a cargo de una y otra parte intervinienteslo que conlleva a su vez la inaplicación al caso de lo dispuesto en el art. 73-3 L.C. (como señala la ST 26 octubre 2012) y por lo tanto la irrelevancia de la discusión planteada en esta alzada acerca de si existió o no buena o mala fe en la contraparte del concursado.": SAP Oviedo (Sección 1) 07.02.2013 (Sentencia 39/2013; Rollo 547/2012)

AP Málaga

"TERCERO.- En la alegación segunda, si bien comparte la Entidad apelante el razonamiento de la Sentencia relativo a la ausencia de mala fe en la conducta de la demandada, discrepa, no obstante, en el hecho de no haber acogido el juzgador la solución ofrecida por el artículo 73.3 LC, es decir, considerar el crédito cedido como crédito contra la masa, siendo de considerar al respecto que, con la decisión de rescindir el contrato, se está extinguiendo un contrato válidamente celebrado y con los efectos cumplidos, con lo cual la solución que ofrece el artículo 73.3 LC es coherente con la que se ofrece para el supuesto de resolución de contrato en interés del concurso en el artículo 61.2 LC. A ello la parte apelante, en la alegación tercera, añade que la cesión de créditos de la administración es un contrato bilateral con causa, resultando de aplicación los artículos 1.274 y 1.536 del Código Civil. Pues bien, partiendo de la consideración del juzgador de instancia relativa a la no apreciación de mala fe en la demandada (fundamento de derecho cuarto), en lo que esta Sala no puede entrar, pues es cuestión pacífica en la alzada, las consecuencias que de ello pretende se deriven la parte apelante, no pueden ser acogidas por esta Sala, por cuanto que la cesión lo fue en pago de deuda preexistente, siendo de acoger al respecto los fundamentos que sobre este particular expone el juzgador de instancia, plenamente compartidos por este tribunal de apelación, en la medida que, mantener la tesis del apelante sería tanto como posibilitar la apertura de una puerta al fraude, dando aquí por reproducida la fundamentación del juzgador al objeto de evitar reiteraciones innecesarias, lo que nos lleva a concluir que el crédito de la apelante debe ser calificado como ordinario, pese a no concurrir mala fe en su actuación, por cuanto es evidente, a mayor abundamiento, que el crédito que ostenta la entidad apelante no es una prestación que resulte a favor de dicha parte como consecuencia de la rescisión, toda vez que, insistimos, se trata de un crédito ya existente con anterioridad al acto rescindido, y por tanto no cabe aplicar el apartado 3 del artículo 73 de la LC, como con acierto resolvió el juzgador de instancia en la Sentencia apelada que, conforme a todo lo expuesto, ha de ser íntegramente confirmada y, consecuentemente, desestimado el recurso de apelación.": SAP Málaga (Sección 6) 12.11.2013 (Sentencia 636/2013; Rollo 414/2012)

JM-2 Barcelona

"CUARTO La rescisión, como se ha indicado, determina, además de la ineficacia del acto impugnado, la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses. Por tanto, la demandada deberá restituir las fincas adjudicadas *[en pago de deuda preexistente]*, sin prestación alguna con cargo a la masa, dado que la transmisión lo fue en pago de deudas. Debe descartarse que los gastos de la adjudicación deban ser soportados por la masa, dado que dicho efecto no está contemplado en el artículo 73 de la LC como propio de la rescisión dicho precepto solo habla de «frutos e intereses». Ahora bien, la entidad demandada deberá figurar en la relación de acreedores, incluyéndose su crédito como ordinario, dado que no se aprecia mala fe. La administración concursal no ha logrado acreditar connivencia del deudor con la demandada ni justifica porqué el crédito debe ser calificado como subordinado. No consta que la adjudicataria tuviera conocimiento de la situación de insolvencia y de la inminencia del concurso. La operación que se impugna, en situaciones extraconcursales, no merecería reproche alguno; se trataría, en definitiva, de un recurso lícito al que acude quien quiere percibir su crédito. ": Sentencia JM-2 Barcelona de 25.02.2005 (AC 2005/534)

JM-1 Alicante

"SÉPTIMO.- Las consecuencias de la reintegración *[el concursado, fiador, cedió una finca en pago de la deuda afianzada]*
20. Al tratarse de un acto perjudicial debe acordarse la rescisión e ineficacia del acto impugnado, con la restitución recíproca de las prestaciones objeto del mismo, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC) lo que supone: a) desde la óptica del demandado, el deber de reintegrar a la masa aquello que hubiera recibido del deudor (concursado) y b) desde la óptica del deudor (concursado), en contrapartida, el deber de devolver lo obtenido a consecuencia del acto declarado ineficaz, teniendo en cuenta, que esa determinación de los efectos de la rescisión viene acotada, no solo por la previsión legal del artículo 73, sino también por los términos del suplico, al encontramos ante justicia rogada, sobre todo una vez abandonado por el legislador la categoría de la nulidad absoluta como técnica para obtener la reintegración de la masa
21. Respecto de la reintegración, el art. 73.2 LC indica que "Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa". Aquí no se pide la reintegración "in natura" del bien inmueble, que no cabe al pertenecer a tercero no demandado, por lo que entra en juego la reintegración por equivalente, y en consecuencia procede condenar a SALVADOR SAPENA SL a abonar el valor del bien cuando salió-133.750 € -, más el interés legal
22. En cuanto al deber de devolución, este deriva del art. 73.1 LC, como efecto de la ineficacia, por lo que en caso de estimarse está y acordarse la reintegración, entiendo que es pronunciamiento que debe contener la sentencia, aunque el demandado no interese nada al respecto, abarcada por el principio iura novit curia. Es decir, se trata de un deber de restitución que nace de la Ley y no necesita petición expresa, tal y como ha venido entendiendo la jurisprudencia en interpretación del art. 1303 (Sentencias de 24 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1513], de 11 de febrero de 2003 [RJ 2003, 1004], de 20 de junio de 2001 [RJ 2001, 4346], entre otras) cuya ratio se considera aplicable, máxime cuando la satisfacción de esa contraprestación se eleva a condición para la efectiva reintegración (art. 73.3 LC).
23. Sentado lo anterior, y dado que se discrepa de lo dicho en la demanda acerca de la gratuidad del acto jurídico declarado ineficaz, la declaración de ineficacia de la dación en pago implica que INMODATIL SL sigue siendo deudora de SALVADOR SAPENA SL, pues como se dijo por la fianza no solo responde sino que también debe (Diez Picazo), y precisamente por ello responde. Por tanto, habrá que reconocer a SALVADOR SAPENA SL la condición de acreedor concursal ordinario en la suma total afianzada (64.000 €) al no aportarse dato alguno que permita apreciarse privilegio o subordinación
24. Se considera que es ésta la calificación procedente y no la de crédito contra la masa conforme al art. 73.3 ("El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado") por cuanto su origen no es la rescisión sino el título de crédito preconcursal originario (el afianzamiento).
25. Tal solución se considera más ajustada al art. 73.1 y al principio de la pars condictio creditorum. La ineficacia supone dejar a las partes en la situación anterior al acto perjudicial, por lo que SALVADOR SAPENA SL debe ser reconocido acreedor, pero en igual categoría que todos aquellos a los que INMODATIL debía antes de la declaración de concurso, esto es, como acreedor concursal. De lo contrario, si se cataloga como crédito contra la masa (compensable con lo que debe abonar al no aplicarse el art. 59) implicaría la satisfacción integra de su crédito, con quiebra de la paridad de trato que el concurso implica como comunidad de pérdidas.
26. Parece justo que la restitución debe ser tratada de distinto modo según el tipo de acto que se considere, pues, no es lo mismo declarar ineficaz por perjudicial un pago que realizar tal declaración de ineficacia respecto de un contrato que haya implicado recíprocas prestaciones (que es la hipótesis en la que parece pensar el legislador) porque en el primer caso juega con todo intensidad el principio par condicio creditorum, que ha de vedar que se conceda ventaja o beneficio a un acreedor frente a los demás por vía de pago o de compensación, en tanto que en el segundo, la restitución no afecta a la igualdad de condición de los

acreedores sino al principio de justicia conmutativa, que ya aparece en el art. 1295 CC y que trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, sin causar empobrecimiento indebido a la parte in bonni ":SJM-1 Alicante 05.05.2008 (AC 2008\1086; Sentencia 59/2008; Incidente Concursal 637/2007)

"26. Sentado lo anterior, la declaración de ineficacia de la dación en pago implica que la concursada AKRA LUZ sigue siendo deudora de AZNAR OBRAS Y CONSTRUCCIONES SL, como viene a decirse en la demanda al folio 4, por lo que "retorna " a ésta su crédito y por ende habrá que reconocerle la condición de acreedor concursal ordinario en suma equivalente a la que se redujo en su día la deuda, que asciende a 210.167,17€ (148.107,17 € + 62.060 €, doc num 5 y 6) frente a los 211.500 € que se dicen por AKRA LUZ, al no aportarse dato alguno que permita apreciarse privilegio o subordinación
27. Como ya ha dicho este Juzgado en otras ocasiones, se considera que es ésta la calificación procedente y no la de crédito contra la masa conforme al art 73.3 ("El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado") por cuanto su origen no es la rescisión sino el título de crédito preconcursal originario (el afianzamiento).
28. Tal solución se considera más ajustada al art 73.1 y al principio de la pars condictio creditorum. La ineficacia supone dejar a las partes en la situación anterior al acto perjudicial, por lo que AZNAR OBRAS Y CONSTRUCCIONES SL debe ser reconocido acreedor, pero en igual categoría que todos aquellos a los que AKRA LUZ debía antes de la declaración de concurso, esto es, como acreedor concursal. De lo contrario, si se cataloga como crédito contra la masa (compensable con lo que debe abonar al no aplicarse el art 59) implicaría la satisfacción integra del crédito, con quiebra de la paridad de trato que el concurso implica como comunidad de pérdidas.
29. Parece justo que la restitución deba ser tratada de distinto modo según el tipo de acto que se considere, pues, no es lo mismo declarar ineficaz por perjudicial un pago que realizar tal declaración de ineficacia respecto de un contrato que haya implicado recíprocas prestaciones (que es la hipótesis en la que parece pensar el legislador) porque en el primer caso juega con todo intensidad el principio par condicio creditorum, que ha de vedar que se conceda ventaja o beneficio a un acreedor frente a los demás por vía de pago o de compensación, en tanto que en el segundo, la restitución no afecta a la igualdad de condición de los acreedores sino al principio de justicia conmutativa, que ya aparece en el art 1295 CC y que trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, sin causar empobrecimiento indebido a la parte in bonni": "26. Sentado lo anterior, la declaración de ineficacia de la dación en pago implica que la concursada AKRA LUZ sigue siendo deudora de AZNAR OBRAS Y CONSTRUCCIONES SL, como viene a decirse en la demanda al folio 4, por lo que "retorna " a ésta su crédito y por ende habrá que reconocerle la condición de acreedor concursal ordinario en suma equivalente a la que se redujo en su día la deuda, que asciende a 210.167,17€ (148.107,17 € + 62.060 €, doc num 5 y 6) frente a los 211.500 € que se dicen por AKRA LUZ, al no aportarse dato alguno que permita apreciarse privilegio o subordinación
27. Como ya ha dicho este Juzgado en otras ocasiones, se considera que es ésta la calificación procedente y no la de crédito contra la masa conforme al art 73.3 ("El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado") por cuanto su origen no es la rescisión sino el título de crédito preconcursal originario (el afianzamiento).
28. Tal solución se considera más ajustada al art 73.1 y al principio de la pars condictio creditorum. La ineficacia supone dejar a las partes en la situación anterior al acto perjudicial, por lo que AZNAR OBRAS Y CONSTRUCCIONES SL debe ser reconocido acreedor, pero en igual categoría que todos aquellos a los que AKRA LUZ debía antes de la declaración de concurso, esto es, como acreedor concursal. De lo contrario, si se cataloga como crédito contra la masa (compensable con lo que debe abonar al no aplicarse el art 59) implicaría la satisfacción integra del crédito, con quiebra de la paridad de trato que el concurso implica como comunidad de pérdidas.
29. Parece justo que la restitución deba ser tratada de distinto modo según el tipo de acto que se considere, pues, no es lo mismo declarar ineficaz por perjudicial un pago que realizar tal declaración de ineficacia respecto de un contrato que haya implicado recíprocas prestaciones (que es la hipótesis en la que parece pensar el legislador) porque en el primer caso juega con todo intensidad el principio par condicio creditorum, que ha de vedar que se conceda ventaja o beneficio a un acreedor frente a los demás por vía de pago o de compensación, en tanto que en el segundo, la restitución no afecta a la igualdad de condición de los acreedores sino al principio de justicia conmutativa, que ya aparece en el art 1295 CC y que trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, sin causar empobrecimiento indebido a la parte in bonni": SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 598/2007; Concurso 811/2008)

1.1.1.1 Tesis contraria: subordinación del crédito (que no es prestación derivada de la rescisión) (?)

AP Granada

“PRIMERO.- El administrador de la concursada, entonces solo apoderado, D. Arsenio y su esposa, D. ª Africa, firman, el 29 de noviembre de 2007, una escritura publica de dación en pago, por cuya virtud la sociedad AGF Mayoral SA, transmite a la segunda, meses antes de la declaración de concurso de la entidad, un vehículo de alta gama, para extinguir una deuda de 69.231,41 euros. (...)
“Pese a considerar -en vía de hipótesis -que existiera la deuda, la misma debería calificarse como subordinada, por mala fe de la Sra. Africa, perfectamente consciente de que con esa venta se sustraía un activo de la futura concursada (art. 73 LC), con quiebra lógica de los derechos de los acreedores, ya que la mala fe a que se refiere el precepto citado, solo requiere la conciencia de que se afecta negativamente a los demás acreedores, de modo que conociendo la esposa del apoderado de la entidad, antes y después administrador, ya la imposibilidad de hacer frente a los pagos a los acreedores (baste con citar el de Viajes Ecomar), al tiempo de la dación en pago, sabiendo además, como reconoció en el acto del juicio, que en otro caso nada iba a recuperar, y por tanto que tampoco podrían hacerlo otros acreedores, debe estimarse concurrente la mala fe a que se refiere el apartado tercero del articulo 73 LC, concurrente también de modo objetivo, cuando la conducta del acreedor, es merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico, sin olvidar en este punto, que el negocio además implicaba un pago de sumas, claramente no adeudadas en su totalidad (Viajes Ecomar), y realizado, sin prueba suficiente de la deuda respecto del resto, a favor la esposa de persona especialmente relacionada con la concursada. Por ello, necesariamente, debemos también confirmar la mala fe apreciada en la resolución recurrida, y en definitiva, desestimar el recurso interpuesto. ”: SAP Granada (Sección 3) 04.04.2011 (Sentencia 145/2011; Rollo 33/2011)

“QUINTO: Resta por analizar la subordinación del crédito al que se destinaron los pagos rescindidos, en atención a la mala fe apreciada en la sentencia recurrida.
En primer lugar debemos rechazar la incongruencia alegada, obviando el apelante del contenido del apartado c) del suplico de la demanda, del que tampoco prescindió la apelante en el acto de la vista.
Por otra parte, en cuanto a la denegación de medios de prueba, nada se ha solicitado sobre su práctica en esta instancia, y por tanto por ello tampoco cabe concluir en los términos señalados por el apelante.
Con la documentación de la demanda y contestación, como hemos visto en el primer fundamento, teniendo en cuenta la aportada por la propia concursada, no solo cabe establecer el mero conocimiento de la situación de insolvencia, así como la conciencia de quien recibía tales pagos de que con ello otros acreedores no podrían satisfacer sus deudas con los fondos recibidos, sino además, en los términos fijados en la STS de 7 de diciembre de 2012, apreciamos un plus en la conducta del asesor jurídico que recibió transferencias y entregas en metálico en situación de insolvencia, "merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico", cuando tal transmisión sirvió para la realización de pagos selectivos, incluidos los suyos, eliminando la traba previsible que para la disponibilidad de la tesorería y el metálico de la sociedad aparecerían previsiblemente en situación de insolvencia, quedando así indebidamente a su elección los créditos a los que se aplicarían, preferentemente propios, incluso vencidos y exigibles después del concurso.
En consecuencia, dado que tampoco en este apartado puede prosperar el recurso, debemos concluir desestimándolo, confirmando los pronunciamientos de la sentencia recurrida.”: SAP Granada (Sección 3) 21.02.2014 (Sentencia 48/2014; Rollo 24/2014)

AP Salamanca

“Segundo.-Ciertamente, los hechos probados de los que debe partirse para la solución del presente conflicto, hechos cuya realidad y verdad ni siquiera ha discutido la parte apelante son los siguientes:
-que el día 7 de abril de 2008 se otorgó por Horpresa a favor de Horpecasa una escritura pública de "reconocimiento de deuda y cesión de crédito, en la cual la primera reconocía adeudar a la segunda la cantidad de 1.046.015,58 euros, como consecuencia de efectos comerciales devueltos, y como pago le cedía todos los derechos de cobro de clientes por importe de 2.435.339,21 euros:
-que el día 23 de septiembre 2008 se declaró el concurso de acreedores de Horpresa, la cual como consecuencia de la cesión de créditos antes mencionada, vio reducido el total de su activo de 2.858.480,21 # a 423.141 #. (...)
E, igualmente, es claro que el crédito debe ser reconocido en el presente concurso y, ciertamente, con el carácter de crédito subordinado, por cuanto Horpecasa ha actuado de mala fe. La cual, conforme a la jurisprudencia antes citada, no requiere la intención de dañar, sino que basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico (cfr. STS Sala 1ª, de 16-9-2010). En el supuesto de autos, con una mínima diligencia la acreedora demandada, Horpecasa, habría apreciado que la solución adoptada con ella para el pago de su crédito resultaba perjudicial para el resto de la comunidad de acreedores, puesto que su situación de pago, solucionada con la cesión de crédito ahora anulada, debió ponerle en alerta acerca de que veía liquidada su deuda con una especial diligencia, extraña desde la perspectiva de la situación económica calamitosa en que se encontraba el deudor. En definitiva, la demandada Horpecasa con una mínima diligencia habría advertido que con la cesión de los créditos se disminuía drásticamente el activo de Horpresa, con el consiguiente grave perjuicio para el resto de los acreedores. Sin que Horpecasa pueda alegar ignorancia de la situación económica lamentable de la concursada, cuando en la propia escritura que recoge el

negocio jurídico anulado se hace referencia indirecta a la situación de pago generalizado de deudas por Horpresa, al afirmarse que con el sobrante de la deuda cedida que se cobre por Horpecasa se satisfará la deuda contraída con la entidad Coimavilla SL, lo que ponía de manifiesto la existencia de más créditos contraídos por la concursada. En definitiva, concurren en el presente caso los dos requisitos que deben darse para que pueda apreciarse la mala fe del acreedor cuyo negocio jurídico se rescinde, a saber:
-la conciencia del perjuicio, es decir, de que se afecta negativamente a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos, pues en el presente caso mediante el negocio que se rescinde se redujo prácticamente a la quinta parte el valor del activo del deudor concursado, en favor de uno solo de sus acreedores y, por consiguiente, en perjuicio del resto de los mismos y del trato igual conforme a la Ley a que éstos tienen derecho;
-y el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico", como así sucede en el presente caso, donde apenas unos meses antes de la declaración del concurso, un acreedor recibe casi cuatro quintas partes del activo del deudor para hacerse cobro de su crédito lo que, a la postre, hace ilusorias las funciones que inmediatamente después debía cumplir la Administración Concursal dirigidas esencialmente al pago de los créditos del deudor con todo su patrimonio universal y con respeto del esencial principio de la " pars conditio creditorum", en contra, pues, de los más elementales principios de igualdad y de proporcionalidad entre crédito y deuda, esenciales desde el punto de vista ético en todo tráfico mercantil.": SAP Salamanca (Sección 1) 01.07.2011 (Sentencia 297/2011; Rollo 739/2010)

AP Toledo

*[caso de rescisión de pago anticipado, no del préstamo] "*QUINTO: Solo queda ya examinar si en el recurrente se puede o no apreciar mala fe con el fin de que se pueda calificar su crédito.
El Tribunal Supremo, en supuestos de rescisión de actos realizados en el periodo de retroacción del concurso, ha estimado que existe mala fe cuando el acreedor conoce las dificultades económicas de la empresa, así sentencias 92/2013 de 28 de febrero y 380/2013 de 4 de junio, siendo en función de los hechos que resulten probados como pueda o no apreciarse.
Pues bien, estima esta Sala que en este caso el recurrente no puede ser considerado como acreedor que ha actuado de buena. Se reconoce por la propia parte demandada, y así resulta del propio documento, que el préstamo se realizó ante las dificultades económicas que en enero de dos mil ocho tenia Actuaciones Constructivas y Desarrollos S.L., situación que difícilmente podía mejorar habida cuenta el negocio a que se dedicaba. El acudir a un préstamo fuera de las vías normales de financiación, implica que no existía entidad bancaria o crediticia que lo concediera. No consta si con ese aporte económico se pretendía terminar alguna obra que pudiera, de forma razonable, suponer el cobro de su coste. Además el prestamista resulta ser persona ligada por lazos e parentesco con el administrador, según se reconoce en el recurso.
Todo ello nos conduce a estimar que no existía buena fe, entendida como desconocimiento de los riesgos que la realización del préstamo suponía al recurrente en el supuesto, bastante probable, de que la mercantil entrase en concurso y por tanto su crédito, y en ello acierta también el Juez a quo, ha de ser considerado como subordinado.": SAP Toledo (Sección 1) 25.06.2013 (Sentencia 172/2013; Rollo 3/2013)

1.1.1.2 Rehabilitación de la hipoteca que garantizaba el préstamo cancelado anticipadamente

AP Salamanca

"QUINTO.-Respecto de la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia, en términos formales, no existe tal incongruencia, habiendo procedido dictar un fallo, sustentado en una detenida fundamentación jurídica, acorde con lo realmente solicitado por los Administradores concursales en su demanda. Basta para ello con observar el suplico de la demanda y el contenido literal del fallo, al referirse ambos al reconocimiento del correspondiente crédito "con la calificación que corresponda, dentro de los textos definitivos, y/o de la rehabilitación de su hipoteca".
Sin embargo, es evidente que, una vez estimada en este punto la demanda, condenado el Banco Popular Español a reintegrar al patrimonio de la concursada la cantidad total de 664.255,60 #, correspondiente a la cancelación anticipada de las hipotecas, debe procederse por los Administradores concursales a calificar adecuadamente el crédito, procediendo a la rehabilitación de la hipoteca en la cuantía que corresponda.": SAP Salamanca (Sección 1) 04.12.2012 (Sentencia 649/2012; Rollo 526/2011)

1.1.1.3 Caso de rescisión de pago de deuda ajena con fondos de préstamo hipotecario no rescindido concedido al concursado

1.1.1.3.1.Subordinación del crédito (que no es prestación derivada de la rescisión) (?)

AP Salamanca

"PRIMERO.-A través del presente recurso de apelación pretende el Banco Popular Español la revocación de la sentencia de instancia a fin de que se deje sin efecto la rescisión de dos transferencias que realizó una persona declarada en concurso de una cuenta personal a otra cuenta de una mercantil de la que era

administrador único para que el importe de las transferencias pase a integrarse en la masa activa del concurso de dicha persona física, al propio tiempo que combate la declaración de mala fe de dicho Banco y la consiguiente declaración de crédito concursal subordinado del importe total de un crédito con garantía hipotecaria de dicho banco contra el concursado por dicha causa. Entiende el recurrente que la realización de dichas transferencias es onerosa y no gratuita y por tanto es lícita y válidas estimando debe dejarse sin efecto todo lo acordado en la sentencia. A dicho recurso se opone la Administración Concursal del particular que, por las razones que expone, considera acertada la sentencia cuya confirmación solicita.
SEGUNDO.- Para comprender el tema debatido ha de hacerse un breve resumen de las actuaciones y así Ruperto por Auto de 4-9-2009 fue declarado en concurso voluntario nombrándose administrador al Letrado D. Carlos Martín Palomero. El concursado el 11-5-2006 hipotecó una vivienda de su propiedad a favor del Banco de Castilla, hoy Banco Popular Español, y el 31-7-2007 como administrador único de la mercantil Punto de Información S.L.U. contrató una póliza de préstamo con el Banco Popular en la que fue avalista dicho Ruperto. El 15-10-2008 el mismo señor contrajo una segunda hipoteca sobre la misma vivienda particular con el Banco Popular y en los dos días siguientes transfirió del dinero recibido de esta segunda hipoteca en su cuenta particular a la cuenta de la póliza de préstamo de Punto de Información S.L.U. algo mas de sesenta y siete mil euros para cancelar la póliza de préstamo que venció el 1-8-2008 sin que estuviera abonada a esa fecha. Con esa transferencia quedó cancelada la cuenta o póliza de préstamo. Como quiera que esas dos transferencias de sesenta y siete mil y pico euros se realizaron dos años antes de la declaración de concurso que se repite fue el 4-9-2009 es por lo que el administrador concursal formula demanda para que ese dinero sea reintegrado a la masa activa lo que así acuerda la Jueza de instancia.
TERCERO.- En la Ley Concursal se prevé, cambiando la retracción de la Ley de quiebra anterior, la rescisión de ciertos actos realizados por el concursado que perjudican a la masa activa para que así esos importes sean reintegrados a la masa activa por considerarlos perjudiciales para la misma, siempre que hayan tenido lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y por ello es preciso la concurrencia de ser un acto perjudicial para la masa y el requisito temporal de haberse efectuado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Todo ello con la finalidad de evitar el perjuicio a la masa activa evitando la reducción dolosa del patrimonio en perjuicio de los acreedores o de los demás acreedores. En los actos o negocios onerosos existirá esa intencionalidad cuando no haya equivalencia de las prestaciones realizadas por las partes y ello sea en beneficio de quien contrata con el deudor lo que perjudica a la masa activa. Y en los actos gratuitos el perjuicio es claro pues el deudor no obtiene nada a cambio pero quien con él contrata sí obtiene beneficio. El articulo 71.2 de la Ley Concursal establece la presunción iuris et de iure por lo que no admite prueba en contrario de que existe perjuicio patrimonial para la masa cuando se trata de actos de disposición gratuita realizados en esos dos años anteriores a la declaración de concurso. El carácter de acto gratuito que estima la sentencia es combatido por la parte apelante por lo que pasamos a estudiarlo.
CUARTO.- El requisito temporal se cumple perfectamente en el supuesto de autos y a la vista de las pruebas practicadas se advierte claramente que el Banco Popular conocía perfectamente la difícil situación económica del señor Ruperto, que dicho sea de paso se ha allanado a las pretensiones del administrador concursal en el pleito presente, y así le concede una segunda hipoteca sobre la misma vivienda particular con la única finalidad de que saldara la cuenta de préstamo pendiente que había contraído como administrador de Punto de Información S.L.U. y asegurarse una garantía real para su cobro. De otra manera y con la gran cuantía de la primera hipoteca no hubiera concedido una segunda hipoteca por importe de sesenta y seis mil euros, importe casi exacto de la deuda de la póliza de préstamo que había contraído como administrador de Punto de Información y así al siguiente día de firmar la escritura y luego al otro día transfiere desde su cuenta personal a la del préstamo referido de la sociedad la total cantidad de 67.537,92 euros con lo cual ese préstamo quedaría cancelado y luego y como si no hubiera pasado nada se persona en el concurso abreviado en el que se declara en concurso al señor Ruperto para que se le reconozca la cualidad de acreedor por un crédito derivado de dicho préstamo hipotecario por 66.706,89 euros de principal mas 20.000 euros presupuestados para intereses y costas de la ejecución. Es clara lo que se puede llamar "la jugada", cancela un préstamo cobrándolo y obtiene la calificación de acreedor por el segundo crédito hipotecario y luego el 18-11-2011 se adjudica la vivienda de la primera hipoteca por 210.000 euros. Por tanto sabía la crítica situación financiera del señor Ruperto al que fuerza a pedir un nuevo crédito con garantía de segunda hipoteca sobre la misma vivienda para que el dinero lo traspase a la cuenta de préstamo de Punto de Información lo que demuestra la mala fe del Banco Popular y de ahí que en aplicación del articulo 73.3 de la Ley Concursal su crédito ha de ser subordinado por todo lo cual el recurso ha de ser desestimado.”: SAP Salamanca (Sección 1) 14.05.2013 (Sentencia193/2013; Rollo 32/2013)

1.1.2 Rescisión de garantía: el crédito no puede ser subordinado ni contra la masa, no siendo prestación derivada de la rescisión, con independencia de la buena o mala fe

Tribunal Supremo

“SÉPTIMO.- Los efectos de la acción rescisoria concursal
1.-La recurrente impugna también la consecuencia que la sentencia recurrida, confirmatoria de la dictada por el juzgado, ha atribuido al éxito de la acción rescisoria, consistente en la cancelación de la hipoteca constituida en garantía del préstamo concedido por CAIXA CATALUNYA a SOFA CONFORT.
Alega la recurrente que la consecuencia de la estimación de la acción rescisoria concursal debería ser la vuelta al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiere concluido pues no puede desligarse la hipoteca del negocio jurídico subyacente, el préstamo al grupo empresarial, y debe declararse la resolución (sic) de toda

la operación y la obligación de la concursada de restituir a CAIXA CATALUNYA, de forma simultánea, las sumas recibidas con sus intereses.
2.-El art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».
Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción.
3.-Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía.
No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente. Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo, que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real.
Esta solución de la escisión no es excepcional en el régimen de reintegración del concurso, puesto que la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal.
El préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es declarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante.
4.-Por otra parte, no puede accederse a la pretensión de la recurrente en el sentido de que la masa del concurso restituya al acreedor el importe del préstamo garantizado con la hipoteca, puesto que el origen del crédito garantizado no se halla en el acto rescindido, y el concursado no era el obligado a devolver tal préstamo, por lo que la rescisión no justifica el nacimiento de una deuda restitutoria en el concurso del garante. Además, acordar tal restitución como efecto de la rescisión puede suponer incluso un empeoramiento de la condición del garante respecto de la situación anterior a la rescisión que pugna con la naturaleza y finalidad del régimen de reintegración del concurso.
5.-Los argumentos que se oponen a que, a efectos del ejercicio de la acción rescisoria concursal, pueda escindirse la garantía del negocio respecto del que se constituye, afirmando que se afecta a la base del negocio puesto que se alteran los presupuestos sobre los que el acreedor prestó el consentimiento, ya que no habría otorgado crédito sin obtener la garantía, no son relevantes en una situación como la concursal, en la que las soluciones a adoptar son diferentes de las que procederían si no se hubiera declarado el concurso, pues se alteran gravemente las relaciones jurídicas que afectan al concursado, y sus acreedores resultarán por lo general perjudicados de un modo o de otro. Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre deuda ajena, e impone que para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito garantizado.
Además, otro tanto podría afirmarse de los acreedores que ven afectado severamente su derecho de crédito como consecuencia de la declaración del concurso, que son la mayoría, cuando no la totalidad, de los acreedores concursales, que lógicamente tampoco habrían prestado su consentimiento a la celebración del negocio si hubieran sabido que el deudor sería declarado en concurso.
6.-El perjuicio para la masa, porque el patrimonio del deudor sufrió un sacrificio patrimonial injustificado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso o se afectó injustificadamente la par condicio creditorum, se erige en un criterio fundamental para privar de eficacia a negocios jurídicos y actos que de otro modo serían plenamente eficaces, en aras del interés del concurso.
El acreedor que ve rescindida su garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando frente a su deudor las medidas que sean pertinentes con base en la obligación principal, desprovista de la garantía rescindida. Ello le supone un sacrificio evidente, pero la declaración de concurso conlleva sacrificios a los acreedores del concursado y, en general, a quienes ostentan frente a él algún derecho.”: STS 30.04.2014 (Sentencia 100/2014; Recurso 745/2012)

“FUNDAMENTOS DE DERECHO
PRIMERO.- Resumen de antecedentes.
1. El 11 de marzo de 2009, Banco de Santander S.A. concedió un préstamo a la compañía mercantil Mediterráneo Hispa Group S.A., por importe de 9.000.000 €; el cual se garantizó con una hipoteca sobre las fincas registrales NUM003, NUM008, NUM013, NUM018, NUM023, NUM025, NUM029, NUM033 y NUM035 del Registro de la Propiedad n.° 2 de Molina de Segura, y la finca registral NUM038 del Registro de la Propiedad n.° 1 de Cieza, todas ellas propiedad de la prestataria. Dña. Esperanza, administradora de la sociedad prestataria, intervino como fiadora solidaria, por cuantía de 2.500.000 €. El préstamo tuvo como finalidad la refinanciación de otras deudas que la prestataria mantenía con la misma entidad financiera.
2. La prestataria, Mediterráneo Hispa Group S.A., fue declarada en concurso voluntario por el Juzgado de lo

Mercantil núm. 2 de Murcia, por auto de 30 de junio de 2010.
3. La administración concursal presentó una demanda contra la entidad prestamista, la concursada y la fiadora solidaria, en la que solicitó la nulidad del préstamo y de las garantías hipotecarias por falta de causa; y subsidiariamente, la rescisión concursal de tales operaciones.
4. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la pretensión subsidiaria, declaró la rescisión e ineficacia de las garantías hipotecarias sobre las fincas antes indicadas, calificó como subordinado el crédito de 9.000.000 € a favor del Banco de Santander y condenó a esta entidad a indemnizar a la masa del concurso en 323.473 €.
5. Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por el Banco de Santander y la fiadora, e impugnada por la administración concursal, fue confirmada por la Audiencia Provincial. SEGUNDO.- Recurso de casación. Subordinación del crédito resultante de la rescisión concursal. Planteamiento:
1. Banco de Santander interpuso recurso de casación, conforme al art. 477.2.3° LEC, en su modalidad de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el que alegó infracción del art. 73.3 de la Ley Concursal (en adelante, LC). Citaba como infringidas las sentencias de esta sala de 26 de octubre de 2012 y 9 de abril de 2014.
2. En el desarrollo del motivo alegó, resumidamente, que resulta contradictorio que no se rescinda el préstamo y, sin embargo, se subordine el crédito derivado de su concesión. Se adujo, asimismo, que la sentencia incurre en varios errores: a) La supuesta sanción que se establece para los casos de mala fe no se agota en la subordinación del crédito que nace de la rescisión; b) La subordinación del crédito no puede extenderse a un supuesto de hecho no previsto por la norma; c) Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el art. 73.3 LC solo se aplica a aquellos créditos que nazcan como consecuencia de la rescisión, no a los existentes con anterioridad al acto rescindido; d) Las normas sancionadoras deben interpretarse restrictivamente.
Decisión de la Sala:
1. Como regla general, el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde, como consecuencia de una acción de reintegración de la masa, es un crédito contra la masa (art. 84.2.8° LC), y debe ser abonado por la administración concursal «simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido» (art. 73.3 LC). Como advertimos en la sentencia 723/2012, de 7 de diciembre, esta referencia a la consideración de crédito contra la masa se hace para diferenciarlo de los créditos concursales y, por lo tanto, para legitimar la obligación impuesta a continuación de que la restitución sea simultánea, y para que, en el hipotético caso en que la contraparte hubiera restituido la prestación por ella recibida sin obtener a cambio la suya, se le permita reclamar su satisfacción inmediatamente, y, en cualquier caso, con la preferencia respecto de los créditos concursales derivada de lo dispuesto por los arts. 84.3 y 154 LC.
Excepcionalmente, para el caso en que la contraparte hubiere actuado de mala fe, el art. 73.3 LC prevé la transformación de su crédito en concursal, y, dentro de éstos, en crédito subordinado (art. 92.6° LC), con la consiguiente postergación en el cobro, en caso de liquidación, y el régimen de participación y vinculación, en caso de convenio. Además, al ser un crédito concursal, cesa el derecho a ser cobrado simultáneamente a la entrega de su prestación.
En la sentencia antes citada, así como en las sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre, se aclara que la mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.
2. Cuando el art. 73.3 LC regula las consecuencias de la mala fe en la contraparte del concursado, exige algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores. La mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo no requiere la intención de dañar, sino la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos, y se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico.
3. En este caso, resulta determinante que no se haya declarado la ineficacia de la obligación garantizada, el préstamo, sino únicamente de la garantía hipotecaria. Por ello, como dijimos en la sentencia 173/2014, de 9 de abril, debe distinguirse entre la ineficacia o rescisión de actos de disposición que constituyen negocios con obligaciones recíprocas, de aquellos actos de disposición que carecen de esta condición. En el primer caso, rige la regla de que la rescisión o ineficacia conlleva la recíproca restitución de prestaciones (art. 73.1 LC) y el derecho a la prestación que resulte a favor de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá, en principio, la consideración de crédito contra la masa. Pero en el supuesto que nos ocupa no nos encontramos propiamente en este caso, sino en el de la constitución de una garantía real a favor de una obligación nueva, contraída en sustitución de otra anterior, que carecía de esta garantía, respecto de la que la rescisión o ineficacia conlleva dejar sin efecto la mencionada garantía.
Desde ese punto de vista, la apreciación de la mala fe, en los términos del art. 73.3 LC, viene referida al acto rescindido, según se desprende del propio tenor literal del precepto, pero no a otro diferente. Y en este caso, el crédito del Banco de Santander no surge de la rescisión, puesto que el préstamo no ha sido rescindido, sino del propio contrato de préstamo; y una vez declarada ineficaz la garantía, tendrá la consideración de crédito concursal ordinario.
Como bien se dice en el recurso, la sanción a la mala fe de quien contrató con el concursado no consiste en este caso en la subordinación del crédito, dada la inaplicabilidad del art. 73.3 LC, sino en la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa (art. 72.2 in fine LC), como de hecho se hace en la

sentencia de primera instancia y confirma la sentencia recurrida.
4. En consonancia con lo expuesto, el recurso de casación debe ser estimado y, al asumir la instancia, debe estimarse en parte el recurso de apelación del Banco de Santander, a fin de revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y dejar sin efecto la subordinación del crédito a favor de dicha entidad financiera, por importe de 9.000.000 €, derivado del préstamo de 11 de marzo de 2009, el cual debe ser reconocido como ordinario. Confirmándose la sentencia del juzgado de lo mercantil en sus demás pronunciamientos.
“: STS 30.03.2017 (Sentencia 206/2017; Recurso
2503/2014)

AP Albacete

““PRIMERO.-La Administración concursal de "Proy Eurosistemas, SL, en concurso" promovió incidente concursal contra "Banco de Santander Central Hispano, SA", "Proy Eurosistemas, SL" y Bernabe solicitando la rescisión de la garantía hipotecaria constituida mediante la escritura pública otorgada el 6 de mayo de 2009.
Ambas demandadas se allanaron a la pretensión descrita, y mediante la sentencia apelada, dictada el día 10 de junio de 2011, se estimó la misma. Pero la juez de lo Mercantil consideró que, aunque ello no le había sido solicitado, debía incluir en el fallo los efectos que entendió que la Ley anudaba a la rescisión, y así incluyó un pronunciamiento reconociendo a Banco de Santander, SA un crédito contra la masa por el importe al que se contraía la garantía, 135.000 #.
Ese último pronunciamiento constituye el objeto del recurso de apelación que ahora se resuelve, entendiendo la apelante, la Administración concursal, que debe dejarse sin efecto.
SEGUNDO.-Mediante la escritura de 6 de mayo de 2009, Banco de Santander concedió a "Proy Eurosistemas SL" un préstamo hipotecario de 135.000 #, destinado a sufragar los saldos deudores de otro préstamo hipotecario anterior, formalizado el 29 de septiembre de 2006 entre las mismas partes.
Por lo tanto, la garantía hipotecaria nueva encajaba con la dicción del art. 71 de la Ley Concursal, que presume "iuris tantum" el carácter perjudicial, a los efectos de su rescisión, de los actos de constitución de garantías reales a favor de las nuevas obligaciones contraídas en sustitución de otras preexistentes. Y como la constitución de la hipoteca tuvo lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, conforme al apartado 1 del indicado precepto era un acto rescindible aunque no hubiera existido intención fraudulenta.
La aplicación del indicado art. 71 de la Ley Concursal, junto con la ausencia de prueba en contra de la presunción del carácter perjudicial del acto de constitución de la garantía y el allanamiento de los demandados llevó a la Juez, acertadamente, a la estimación de la pretensión de la demanda incidental.
TERCERO.-El problema, a juicio de este Tribunal, es que se confundió el acto o contrato de préstamo con el de constitución de la hipoteca. Lo que fue objeto de rescisión fue el segundo, no el primero.
El artículo 71,1 de la Ley Concursal establece: "Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta".
Y el apartado 3, en su punto 2º dice que "salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de" actos como "la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas".
Este último apartado no se refiere como objeto de posible rescisión a las obligaciones contraídas en sustitución de las preexistentes, sino a las garantías reales constituídas en su favor.
Por ello la aplicación del art. 73 al caso enjuiciado no tiene las consecuencias que se expresan en la sentencia recurrida.
El aludido precepto establece:
"1. La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.
(...)
3. El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado".
Pues bien, no puede decirse que la entrega de los 135.000 # fuera la contraprestación de la constitución de la hipoteca rescindida. La entrega del dinero por parte del Banco era la prestación propia del préstamo, y la concursada asumió como contraprestación la obligación de devolver el dinero con los intereses correspondientes. Y siendo ello así, no habiéndose rescindido el préstamo, no es procedente que haya de devolverse dicha prestación en la forma indicada en la resolución apelada.”: SAP Albacete (Sección 1) 14.06.2013 (Sentencia 113/2013; Rollo 202/2012)

AP Burgos

“Por otra parte aun cuando no se declare la mala fe de la entidad financiera no puede considerase que su crédito deba calificarse como crédito contra la masa (artículo 73.3 de la LC). Esta norma que está concebida para los casos en que la prestación resultante a favor del demandado, sea la contrapartida de un acto de reintegración que éste último debe llevar a cabo en provecho de la masa, se aviene mal con una hipótesis como la contemplado por el artículo 71.3.2º (rescisión de garantías reales). En este caso, el derecho de Bankia al cobro de las sumas prestadas, no nace de la presente rescisión sino que nace de la relación obligacional subyacente respecto de la cual el derecho real de hipoteca no fue otra cosa que una garantía superpuesta de

carácter accesorio. En otras palabras el derecho de la prestamista a recobrar la cantidad prestada hubiera existido aun cuando la obligación no se hubiera garantizado mediante hipoteca, por lo que huelga indicar que la rescisión de la hipoteca no altera aquel derecho ni hace que nazca "ex novo" un derecho que no existiere con anterioridad esa misma rescisión. En ese sentid, citamos, entre otras, la SAP 28ª Madrid 20.4.2010 y la doctrina que en ella se menciona. Por lo tanto el crédito del prestamista debe calificarse como concursal.": SAP Burgos (Sección 3) 04.04.2013 (Sentencia 112/2013; Rollo 202/2012)

"Octavo. La parte apelante hace una petición al final del recurso de que "subsidiariamente, y para el supuesto de que el tribunal estimara la acción rescisoria planteada declare la buena fe de mi mandante, acuerde la restitución de prestaciones a cargo de la masa de tal forma que el crédito a favor de Caixabank se califique como crédito contra la masa ex artículo 84.8º de la Ley Concursal pagadero de inmediato".
La petición es claramente improcedente. Aquí no hay nada que devolver como consecuencia de la rescisión. Lo que se rescinde es la hipoteca, no el contrato de préstamo. Por lo tanto el crédito de Caixabank se mantiene en el concurso como crédito ordinario.": SAP Burgos (Sección 3) 01.12.2014 (Sentencia 280/2014; Rollo 246/2014)

AP Granada

""SEGUNDO: Ya hemos visto que nada deben restituir las concursadas por la operación de préstamo con garantía hipotecaria suscrita el 21 de abril de 2009, volviendo a la situación anterior a su concertación, quedando excluidos de la masa pasiva cualquier pago derivado de ella, incluidos los créditos de terceros.
En definitiva, no abarcando el pronunciamiento rescisorio, a la deuda anterior contraída por las concursadas, única que se declara subsistente, sino en cuanto a ella, respecto a la constitución o en su caso ampliación del derecho real de garantía derivado de la hipoteca de 21 de abril de 2009, no resulta en consecuencia aplicable el apartado 3 del citado Art. 73 a cuyo tenor " *El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado.".* La norma parece concebida para los casos en que la prestación resultante a favor del demandado sea la contrapartida de un acto de reintegración que este último debe de llevar a cabo en provecho de la masa, y no siendo este el caso, donde como hemos visto nada hay que reintegrar, no procede la aplicación del precepto citado y la subordinación solicitada por la administración concursal.
La aplicabilidad del precepto, se encuentra expresamente supeditada a que ese derecho a la restitución haya nacido como consecuencia de la rescisión, y dado que el derecho de BBVA, respecto de la deuda refinanciada, no surge por la rescisión, sino que existía, aun cuando la operación rescindida no se hubiese formalizado, sin que aquí nazca "ex novo" un derecho que existía con anterioridad a la misma rescisión, reiterando que aquí nada hay que restituir por las concursadas, ninguna subordinación cabe establecer.
Es claro que con la rescisión de la nueva garantía, y la de los pactos gratuitos de asunción de deuda de terceros por parte de las concursadas (sin demostrar BBVA, como reconoce, que con ellos se beneficiaran las concursadas), se agotan los efectos que esta sentencia debe producir (a salvo eventuales mandamientos de cancelación que sea preciso emitir para asegurar su efectividad, y restituciones a cargo de BBVA), y en consecuencia no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 73 LC en cuanto a la restitución de las prestaciones. Como establece la reciente STS de 30 de abril de 2014 *"cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción".*
En definitiva, dado que debemos distinguir, STS 9 de abril de 2014, *"entre la ineficacia o rescisión de actos de disposición que constituyen negocios con obligaciones recíprocas de aquellos actos de disposición que carecen de esta condición"*, siendo este último nuestro caso, dado que de acuerdo con la última Sentencia, solo en el primer caso, rige la regla de que la rescisión o ineficacia conlleva la recíproca restitución de prestaciones (art. 73.1 LC) y la subsiguiente calificación del derecho a la prestación que resulte a favor de los demandados como consecuencia de la rescisión, dado que el artículo 73.3 no resulta aplicable en la situación examinada en ninguna de sus dos vertientes, ni para considerar el crédito como crédito contra la masa, en la hipótesis ordinaria de ausencia de mala fe en el acreedor, ni para subordinarlo en caso de mala fe, como en situación similar también establece la Sentencia de la sec.8ª de la AP de Alicante de 28 de enero de 2008, debemos reiterar la desestimación del recurso interpuesto por la administración concursal, dirigido a la subordinación de los créditos reconocidos a favor de BBVA.": SAP Granada (Sección 3) 23.06.2014 (Sentencia 162/2014; Rollo 285/2014)

AP La Coruña

"CUARTO.- La entidad recurrente alega infracción de normas y garantías procesales por vicio de incongruencia omisiva de la sentencia apelada, por cuanto si bien en la sentencia apelada al no apreciar mala fe considera que no procede la subordinación de los créditos que ostenta frente a la concursada, no se pronuncia sobre la calificación del crédito, que entiende debe ser como crédito contra la masa, y además que la hipoteca no podría rescindirse hasta que el Banco cobrase su crédito, sobre la base de lo dispuesto en elart. 73.3 de la Ley Concursal.

Ciertamente en la sentencia apelada no se pronuncia expresamente sobre tal cuestión, defiriendo la calificación a la administración concursal. En todo caso, suplimos nosotros tal omisión, entrando a resolver sobre la misma, que debe entenderse desestimada en la sentencia apelada.
Y ello, por cuanto si bien los efectos de la estimación de la acción de rescisión es la declaración de ineficacia del acto impugnado y la condena a la restitución de las prestaciones objeto de aquel con sus frutos e intereses, con ello se contempla supuestos de actos de disposición, lo que no puede tener aplicación en casos de rescisión de la constitución de una garantía real, como aquí acaece una hipoteca sobre un activo de la concursada, que se hace para garantizar la devolución del capital objeto de un préstamo, por lo que no tratándose de obligaciones reciprocas para las partes que permitan su reintegración, los efectos se limitan a la ineficacia de la garantía constituida, su cancelación, liberando el activo de tal gravamen, no siendo de aplicación al caso lo dispuesto en elart. 73.3 de la Ley Concursal, manteniéndose el crédito subsistente desprovisto de aquella garantía y por ello debe tener la calificación de concursal, cuando se desestima en la sentencia apelada, al no apreciar mala fe, su calificación como subordinado, pero nunca puede tener la consideración que se pretende de crédito contra la masa.”: SAP La Coruña (Sección 4) 14.04.2011 (JUR 2011/198589; Sentencia 168/201; Rollo 656/2010)

“por último, la rescisión de una garantía real no produce otro efecto jurídico que la extinción de la misma, sin que nada sea preciso restituir a la masa activa, que se beneficia por la liberación del bien, en este caso, con la pérdida de la condición de privilegiado del préstamo concertado a través del cual se venía indirectamente a aplazar las deudas de la entidad posteriormente concursada en condiciones más beneficiosas para ella e incluso para los otros acreedores, ya que con respecto a los cuales la restitución de las prestaciones, propia de la reintegración concursal (art. 73.3 LC), no les generaría beneficios en su posición jurídica.
En el sentido expuesto se ha manifestado recientemente la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia 100/2014, de 30 de abril, cuando señala: "El art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses». Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción. Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía. No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente".”: SAP La Coruña (Sección 4) 10.07.2014 (Sentencia 236/2014; Rollo 221/2014)

AP Lugo

“TERCERO.-Se señala por la parte apelante Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria que su crédito debe tener el carácter de crédito contra la masa ya que en su actuación no tuvo mala fé y el artículo 73 de la Ley Concursal contempla que tenga tal carácter y efectivamente así es si bien el citado artículo contempla una excepción consistente en que en la sentencia se aprecie mala fé en el acreedor en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado pero como bien se mantiene en la sentencia apelada lo que aquí se acuerda con la rescisión del contrato en donde se constituía la hipoteca es la ineficacia de dicha garantía hipotecaria pero no tiene lugar la rescisión de los préstamos y, en consecuencia, dichos préstamos se integran en la correspondiente lista de créditos concursales de conformidad con la calificación que corresponda, es decir, ordinarios respecto del principal y subordinado respecto de los intereses. Lo mismo cabe decir con respecto a la entidad también apelante Iberaval S.G.R. que considera que su crédito debe ser considerado como privilegado con privilegio especial sin que quepa la acción de rescisión, pero ya establecido que esta si procede, como se dijo anteriormente, no existe ningún derecho de reintegración por cuanto los préstamos no han sido rescindidos sino solamente la garantía hipotecaria que puede implicar lo que aparte de entrañar la cancelación de las inscripciones correspondientes a las mencionadas hipotecas que fueron constituidas sobre bienes que son propiedad de la entidad concursada Interpanel, S.L., lleva a que los préstamos carentes de la garantía hipotecaria tengan la consideración en la lista de créditos concursales de acuerdo con la calificación que legalmente les corresponde, como ya se dijo ordinarios respecto al principal y subordinado respecto a los intereses (artículos 89 y siguientes de la Ley Concursal).”: SAP Lugo (Sección 1) 03.07.2014 (Sentencia 268/2014; Rollo 242/2014)

AP Lleida

“QUINTO.-Por lo que hace a los efectos de la acción de reintegración, la AC pretende la declaración de ineficacia de las hipotecas, con su cancelación registral, la ineficacia de los préstamos, la declaración de mala fe de la entidad bancaria de forma que su crédito sea subordinado (art. 96.6 de la LC). Con respecto a los efectos de la acción rescisoria concursal, indica la citada STS de 30-4-14 que: *"El art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».*

Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción.
3.- Tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía.
No puede aceptarse que la garantía cuya rescisión se solicita y el negocio jurídico garantizado son inescindibles, como alega la recurrente. Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a favor de tercero, el préstamo, que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real.
Esta solución de la escisión no es excepcional en el régimen de reintegración del concurso, puesto que la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal.
El préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es declarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante.
4.- Por otra parte, no puede accederse a la pretensión de la recurrente en el sentido de que la masa del concurso restituya al acreedor el importe del préstamo garantizado con la hipoteca, puesto que el origen del crédito garantizado no se halla en el acto rescindido, y el concursado no era el obligado a devolver tal préstamo, por lo que la rescisión no justifica el nacimiento de una deuda restitutoria en el concurso del garante.
Además, acordar tal restitución como efecto de la rescisión puede suponer incluso un empeoramiento de la condición del garante respecto de la situación anterior a la rescisión que pugna con la naturaleza y finalidad del régimen de reintegración del concurso.
5.- Los argumentos que se oponen a que, a efectos del ejercicio de la acción rescisoria concursal, pueda escindirse la garantía del negocio respecto del que se constituye, afirmando que se afecta a la base del negocio puesto que se alteran los presupuestos sobre los que el acreedor prestó el consentimiento, ya que no habría otorgado crédito sin obtener la garantía, no son relevantes en una situación como la concursal, en la que las soluciones a adoptar son diferentes de las que procederían si no se hubiera declarado el concurso, pues se alteran gravemente las relaciones jurídicas que afectan al concursado, y sus acreedores resultarán por lo general perjudicados de un modo o de otro. Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre deuda ajena, e impone que para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito garantizado.
Además, otro tanto podría afirmarse de los acreedores que ven afectado severamente su derecho de crédito como consecuencia de la declaración del concurso, que son la mayoría, cuando no la totalidad, de los acreedores concursales, que lógicamente tampoco habrían prestado su consentimiento a la celebración del negocio si hubieran sabido que el deudor sería declarado en concurso.
6.- El perjuicio para la masa, porque el patrimonio del deudor sufrió un sacrificio patrimonial injustificado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso o se afectó injustificadamente la par condicio creditorum, se erige en un criterio fundamental para privar de eficacia a negocios jurídicos y actos que de otro modo serían plenamente eficaces, en aras del interés del concurso.
El acreedor que ve rescindida su garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando frente a su deudor las medidas que sean pertinentes con base en la obligación principal, desprovista de la garantía rescindida. Ello le supone un sacrificio evidente, pero la declaración de concurso conlleva sacrificios a los acreedores del concursado y, en general, a quienes ostentan frente a él algún derecho".
Por tanto, con respecto a la garantía real de hipoteca de máximo, sólo procede su ineficacia y subsiguiente cancelación registral.": SAP Lleida (Sección 2) 05.12.2014 (Sentencia 523/2014; Rollo 501/2014)

AP Madrid

"CUARTO.- Cuanto antecede abona la decisión del juzgador de la anterior instancia declarando ineficaz la disposición de 648.000 euros llevada a cabo por PROMETHEUS a favor de DENA y ordenando la restitución de dicha suma a la masa. Carece de fundamento, sin embargo, el pronunciamiento por el que se declara el carácter de subordinado del crédito que a favor de DENA pudiese derivar del contrato de servicios informáticos en su día suscrito con PROMETHEUS, al apreciarse que aquella actuó con mala fe en el episodio enjuiciado en el presente expediente. Para establecerlo así basta con observar que el artículo 73.3 LC en el que dicho pronunciamiento habría de basarse circunscribe tal efecto al crédito que como consecuencia de la restitución de prestaciones inherente a la declaración de la ineficacia del acto impugnado hubiera de reconocerse a la parte de mala fe, situación que no se da en el caso que nos ocupa, en el que ninguna disposición hubo por parte de DENA y por tanto nada había que restituirle.": SAP Madrid (Sección 28) 27.01.2012 (Sentencia 25/2012; Rollo 529/2011)

“Debemos intuir, ya que nada concreto se nos indica, que la preferencia mostrada por la apelante hacia la primera de esas dos soluciones obedecería a la aspiración de obtener para su crédito el tratamiento de crédito contra la masa que el artículo 73.3 de la Ley Concursal dispensa al derecho de cada contratante a obtener la restitución de lo entregado. Pero de ese modo soslaya que dicha norma está concebida para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco, de manera que no podría aplicarse al propio capital del préstamo garantizado con la hipoteca rescindida como no fuera contrariando frontalmente el sentido y la lógica de las acciones de reintegración, pues, de aceptarse esa solución, el éxito de la acción rescisoria haría al acreedor frente al que la misma ha prosperado de mejor condición (crédito contra la masa) que la que tenía antes de su ejercicio (crédito dotado de privilegio especial).
Debe aclararse al respecto que desde la promulgación de la Ley Concursal la redacción del artículo 73 de la Ley Concursal ha sido objeto de críticas en el terreno doctrinal porque, al señalar su apartado 1 que la sentencia que estime la acción de reintegración condenará a la restitución de las prestaciones objeto de acto impugnado, la norma toma la parte por el todo, centrando su disciplina en el ámbito de la rescisión de contratos con obligaciones recíprocas y dejando fuera del mismo otros supuestos distintos de rescisión (vgr., la rescisión de garantías reales). El apartado 3 del citado precepto establece que "El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado". Pues bien, lo primero que se advierte tras su simple lectura es que dicho precepto no resulta aplicable al supuesto ahora examinado en ninguna de sus dos vertientes: ni para considerar el crédito como contra la masa en la hipótesis ordinaria de ausencia de mala fe en el acreedor, ni para subordinarlo en caso de mala fe. En efecto, la norma, concebida para los casos en que la prestación resultante a favor del demandado sea la contrapartida de un acto de reintegración que este último debe de llevar a cabo en provecho de la masa, se aviene mal con una hipótesis como la contemplada por el ya examinado artículo 71.3.2º (rescisión de garantías reales). Precisamente por ello, la aplicabilidad del precepto, en cuanto conceptúa el derecho del demandado como crédito contra la masa, se encuentra expresamente supeditada a que ese derecho haya nacido "... como consecuencia de la rescisión.", lo que es tanto como decir que, de no ser por la rescisión operada, tal derecho no habría nacido. Pues bien, en un caso como el ahora examinado el derecho de las apelantes al cobro de las sumas prestadas no nace de la presente rescisión sino de la relación obligacional subyacente respecto de la cual el derecho real de hipoteca no fue otra cosa que una garantía superpuesta de carácter accesorio. En otras palabras: el derecho de la prestamista a recobrar la cantidad prestada hubiera existido aun cuando la obligación no se hubiera garantizado mediante hipoteca, por lo que huelga indicar que la rescisión de la hipoteca ni altera aquel derecho ni hace que nazca "ex novo" un derecho que no existiera con anterioridad a esa misma rescisión.
En tal sentido, se ha puesto de relieve en la doctrina que la rescisión no hace nacer derecho alguno de prestación a favor del acreedor que sobrevenidamente recibió una garantía real, porque sus posiciones acreedoras traían causa de un negocio anterior a la rescisión y la sentencia que acoge la rescisión no viene a operar sobre el negocio jurídico "in totum", puesto que el perjuicio y el consiguiente reproche se concentran en la garantía y no en el negocio obligacional, y de ahí que la sentencia de rescisión únicamente comporte que aquellas primitivas situaciones de crédito, que quedan subsistentes, se declaren desprovistas de la garantía sobreañadida (en tal sentido, el Prof. GIL RODRIGUEZ, en "Comentarios a la Ley Concursal", Ed. TECNOS, pag, 899, coordinada por el Prof. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO). En el mismo sentido, señala CURIEL LORENTE (en "La reintegración en el concurso de acreedores", Ed. Aranzadi, 2009, pag. 214, obra dirigida por el Prof. GARCIA CRUCES) que los efectos de la sentencia estimatoria no pueden consistir, sin más, en una recíproca restitución de prestaciones por no haber nada que restituir, de manera que, como quiera que el crédito no es originado por la rescisión, conservará su propio título y, extinguida la garantía, su condición de ordinario. Y, comentando el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, el Prof. MASSAGUER indicaba ya en 1986 que los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de la constitución o ampliación de gravámenes por deudas preexistentes no vencidas no pueden materializarse en devolución alguna y solamente se traducirán en una cancelación de la inscripción que se hubiera practicado ("La reintegración de la masa en los procedimientos concursales", Ed. Bosch, 1986, pag. 148, MASSAGUER FUENTES).”: SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 120/2012; Rollo 376/2011)) y, en términos prácticamente idénticos, SAP Madrid (Sección 28) 20.04.2012 (Sentencia 122/2012; Rollo 377/2011)

“SEGUNDO.- Nos parece importante aclarar, antes de abordar individualmente cada uno de los recursos de apelación, porque es un presupuesto que debe tenerse presente ante las alegaciones vertidas en ambos, que la rescisión interesada por la administración concursal de FIRMOGAS SA se concretó a la garantía hipotecaria constituida sobre dos inmuebles de dicha entidad y no se hacía extensiva a la operación principal, es decir, el préstamo que por 100.000 euros otorgó el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. a FIRMOGAS SA con fecha 18 de febrero de 2009
Resulta preciso discernir los aspectos reales de los obligacionales, pues lo que el precepto invocado en la demanda, el artículo 71, nº 3, 2º de la LC (norma cuya aplicación al caso explicitaremos más adelante), considera perjudicial, siempre salvo prueba en contrario (pues el acreedor podría demostrar que a cambio de la ventaja que supone la concesión de la garantía real a su favor habría realizado concesiones y sacrificios relevantes), es la constitución de garantías reales para el aseguramiento de obligaciones que anteriormente carecían de ellas o de las obligaciones nuevas que viniesen a sustituir a otras antiguas, porque el establecimiento de aquéllas implicaría una merma de valor del bien por razón del gravamen constituido sobre

él y con ello un desplazamiento de esa parte de valor fuera de la esfera jurídico patrimonial del garante y además porque sólo esas garantías reales, en tanto en cuanto convierten en privilegiado al acreedor, serían capaces de alterar la "par conditio creditorum". En cambio, el simple préstamo renovador del preexistente, siempre que no comporte condiciones más gravosas y abstracción hecha del gravamen real superpuesto, nunca podría representar otra cosa que un acto de carácter neutro que no comportaría para la entidad prestamista la menor ventaja o preeminencia con respecto al resto de los acreedores concursales.
En el marco de una operación de préstamo con garantía hipotecaria, donde al componente estrictamente obligacional (préstamo) se superpone, a modo de derecho accesorio de garantía, un componente real (hipoteca), resulta jurídicamente correcto el ejercicio de la acción rescisoria contra uno solo de los elementos (la hipoteca) y no contra el otro (el préstamo). La idea de perjuicio patrimonial se concentra en la garantía y no en el negocio obligacional y de ahí que la eventual sentencia que acoja la acción rescisoria únicamente debiera comportar, en principio, que las primitivas posiciones acreedoras derivadas del préstamo quedasen subsistentes aunque desprovistas de la garantía sobreañadida (ya no cabrá, por lo tanto, la ejecución separada del crédito favorecido con la garantía - artículo 90 en relación con el artículo 155 de la LC). El apartado 3 del artículo 71 configura una presunción "iuris tantum" de perjuicio indicando que "... Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:.. 2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas...", y si algo evidencia la literalidad del precepto es que la presunción de perjuicio se encuentra referida exclusivamente a la constitución de la garantía real, sin que se proyecte sobre las obligaciones resultantes de la renovación de las preexistentes ni sobre la cancelación de éstas que se produce merced a la sustitución de la que son objeto por parte de las obligaciones nuevas.
La rescisión de la garantía hipotecaria no influye en el mantenimiento de la vigencia del préstamo (que produciría igual efecto al integrarse el crédito del prestamista en la masa pasiva del concurso y ser sometido al tratamiento concursal correspondiente). Es por ello que lo que nunca podría invocarse en el presente caso sería, como erróneamente se hace en la sentencia apelada (inducida a ello por un planteamiento equivocado en este concreto aspecto por parte de la administración concursal), la aplicabilidad de la previsión del artículo 73.3 de la Ley Concursal, que está concebida para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco, de manera que no podría aplicarse al propio capital del préstamo garantizado con la hipoteca rescindida, cuando es ésta última, como garantía accesoria, y no el propio contrato préstamo, lo que es objeto de la acción rescisoria.
Debe aclararse al respecto que desde la promulgación de la Ley Concursal la redacción del artículo 73 de la Ley Concursal ha sido objeto de críticas en el terreno doctrinal porque, al señalar su apartado 1 que la sentencia que estime la acción de reintegración condenará a la restitución de las prestaciones objeto de acto impugnado, la norma toma la parte por el todo, centrando su disciplina en el ámbito de la rescisión de contratos con obligaciones recíprocas y dejando fuera del mismo otros supuestos distintos de rescisión (vgr., la rescisión de garantías reales). El apartado 3 del citado precepto establece que "El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado". Pues bien, lo primero que se advierte tras su simple lectura es que dicho precepto no resultaría aplicable al supuesto ahora examinado en ninguna de sus dos vertientes: ni para considerar el crédito como contra la masa en la hipótesis ordinaria de ausencia de mala fe en el acreedor, ni para subordinarlo en caso de mala fe. En efecto, la norma, concebida para los casos en que la prestación resultante a favor del demandado sea la contrapartida de un acto de reintegración que este último debe de llevar a cabo en provecho de la masa, se aviene mal con una hipótesis como la contemplada por el ya examinado artículo 71.3.2º (rescisión de garantías reales). Precisamente por ello, la aplicabilidad del precepto, en cuanto conceptúa el derecho del demandado como crédito contra la masa, se encuentra expresamente supeditada a que ese derecho haya nacido "... como consecuencia de la rescisión.", lo que es tanto como decir que, de no ser por la rescisión operada, tal derecho no habría nacido. Pues bien, en un caso como el ahora examinado el derecho al cobro de la suma prestada no nacería de la rescisión concursal sino de la relación obligacional subyacente respecto de la cual el derecho real de hipoteca no fue otra cosa que una garantía superpuesta de carácter accesorio. En otras palabras: el derecho de la prestamista a recobrar la cantidad prestada hubiera existido aun cuando la obligación no se hubiera garantizado mediante hipoteca, por lo que huelga indicar que la rescisión de la hipoteca ni altera aquel derecho ni hace que nazca "ex novo" un derecho que no existiera con anterioridad a esa misma rescisión.
En tal sentido, se ha puesto de relieve en la doctrina que la rescisión no hace nacer derecho alguno de prestación a favor del acreedor que sobrevenidamente recibió una garantía real, porque sus posiciones acreedoras traían causa de un negocio anterior a la rescisión y la sentencia que acoge la rescisión no viene a operar sobre el negocio jurídico "in totum", puesto que el perjuicio y el consiguiente reproche se concentran en la garantía y no en el negocio obligacional, y de ahí que la sentencia de rescisión únicamente comporte que aquellas primitivas situaciones de crédito, que quedan subsistentes, se declaren desprovistas de la garantía sobreañadida. Los efectos de la sentencia estimatoria no pueden consistir, sin más, en una recíproca restitución de prestaciones por no haber nada que restituir, de manera que, como quiera que el crédito no es originado por la rescisión, conservará su propio título y, extinguida la garantía, su condición de ordinario. Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de la constitución o ampliación de gravámenes por deudas preexistentes no vencidas no pueden materializarse en devolución alguna y solamente se traducirán en una extinción de la garantía real y en consecuencia en la cancelación de la inscripción que se hubiera practicado de la misma.

Valgan estas consideraciones previas para centrar el estudio de ambos recursos y comprender, de inicio, que, con independencia de lo que resolvamos respecto a los restantes, el pronunciamiento contenido en el punto nº 2 del fallo de la resolución apelada resulta desacertado. ":SAP Madrid (Sección 28) 01.03.2013 (Sentencia 63/2013; Rollo 330/2011)

AP Murcia

"SEXTO.-Idéntica suerte desestimatoria cabe atribuir al siguiente motivo de apelación, relativo a la pretensión de la recurrente tendente a que la declaración de ineficacia de la operación realizada, tendría que haber determinado la vigencia de las operaciones sustituidas.
Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en precedentes sentencias, afirmando que el artº. 73.3 de la LEC, cuando declara como efectos de la estimación de la acción de rescisión, la ineficacia del acto impugnado y la restitución de las prestaciones objeto de aquél con sus frutos e intereses, sólo resultaría de aplicación y gozaría de viabilidad en los casos de existencia de obligaciones recíprocas, pero no, como aquí acontece, en los supuestos de rescisión de la constitución de una garantía real hipotecaria cuyo objeto es asegurar la devolución del capital objeto de un préstamo y por tanto ajeno a cualquier reciprocidad de prestaciones. Por tanto los efectos se limitan, como así declara la sentencia apelada, a la declaración de ineficacia del acto impugnado y su cancelación, con exclusión de tal gravamen, si bien se reconocen sus créditos como ordinarios.
Procede su desestimación." SAP Murcia (Sección 4) 14.11.2013 (Sentencia 669/2013; Rollo 710/2013)

AP Pontevedra

"Por lo tanto, queda por considerar si la verdadera calificación de los créditos anteriores a la declaración del concurso, una vez rechazada la de créditos con privilegio especial por la rescisión de la prenda de créditos, tiene un carácter ordinario, como pretende la parte apelante, o subordinado, como pretende la administración concursal y la propia concursada.
La sentencia de instancia rechaza la tesis de la parte apelante, si bien no por aplicación de la tesis sostenida por la administración concursal que entiende aplicable elart. 92.5 LC en relación alart. 93.2.1º LC que considerar aplicables a los supuestos de créditos entre socios que forman una UTE, sino por entender aplicable elart. 73.3 LC, precepto que se refiere a la consideración de crédito concursal subordinado el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión regulada en losarts. 71 y ss, cuando en sentencia se apreciara mala fe.
Sin embargo, en el presente caso en que la garantía rescindida de prenda de créditos que no conlleva ninguna restitución de prestaciones por cuanto ni tiene un coste en sí misma, ni se percibe que puede ser origen de un incumplimiento del contrato subyacente que, a su vez, pudiera originar una devolución de prestaciones por resolución como efecto cuasidirecto de la misma rescisión, sino que únicamente se produce la extinción de la garantía, recuperando el crédito derivado de una relación preconcursal su calificación originaria. No debe olvidarse que la garantía se establece en realidad sin contraprestación real, y alterando las relaciones consorciales de las sociedades, claramente especificadas en sus estatutos que expresamente contemplan esta situación, precisamente no para regular las relaciones entre ellas sino desde la perspectiva de terceros acreedores y los efectos que concurso de acreedores que se presentaría al día siguiente, iba a provocar en los créditos de la concursada.": SAP Pontevedra 15.03.2011 (JUR 2011/167838; Sentencia 134/2011; Rollo 880/2010)

AP Salamanca

"Primero. -La parte apelante fundamentó su recurso en el error cometido en la sentencia y auto impugnados, por cuanto mediante el auto aclaratorio se comete una incongruencia con respecto a dicha sentencia, ya que en la demanda a la que se allanó el demandado se solicitaba la calificación del crédito litigioso como ordinario y además ordenaba la inmediata reintegración de las cantidades indebidamente percibidas, mientras que el auto aclaratorio, pese al allanamiento del demandado, reconoce el crédito como crédito contra la masa.
La parte apelada se opuso a dicho recurso.
Segundo. -Ciertamente, el artículo 73 de la Ley Concursal, regulador de los efectos de la rescisión, establece en su apartado 1 que la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses. A continuación en el apartado 2 regula nuestro legislador el destino de los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor en virtud del acto que se rescinde. Y, finalmente, en el apartado 3 del mismo artículo se regula lo relativo al derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión, señalándose que "tendrá la consideración de crédito contra la masa que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado".
Pues bien, con independencia de que resulta a todas luces extraño que en un supuesto como el presente donde en la demanda inicial no se solicitaba nada respecto a la consideración de las prestaciones que resulten a favor de los demandados como crédito contra la masa, y pese a ello la parte demandada se allanó a la demanda, solicitando que, no obstante, se declarase su crédito como crédito contra la masa, lo cual fue concedido sin discusión alguna sobre la existencia de buena o mala fe por su parte, mediante un simple auto aclaratorio de la sentencia definitiva; con independencia de lo extraño de todo ello, por cuanto al tratarse de

una cuestión esencial, la determinación del carácter del crédito del acreedor demandado y previo a ello la declaración de la buena o mala fe en su proceder, al tratarse, decimos, de una cuestión esencial, debió haberse resuelto de forma contradictoria, y no mediante un simple auto aclaratorio; con independencia de todo ello, insistimos, lo cierto e incuestionable para esta Sala es que en el presente caso la aplicación del apartado 3 del artículo 73 de la Ley Concursal al crédito de la entidad bancaria demandada supone todo un fraude de ley, proscrito por el artículo 6.4 CC. En efecto, en la demanda que dio origen al presente incidente, a la que se allanó la parte demandada, como hemos dicho, se afirmaba en su hecho primero que la concursada, "Casas y Viviendas Cabrera SL", era titular de una póliza de crédito, intereses de demora y comisión de apertura en la entidad Banco Caixa Geral SA. De suerte que ante el impago por parte de la concursada de la póliza de crédito, las partes suscribieron una escritura pública del préstamo hipotecario de fecha de 27 de marzo 2009, por medio de la cual las partes cancelaron la póliza de crédito mediante el abono de 160.000 # en la cuenta corriente de la concursada en dicha entidad bancaria, estableciendo una garantía hipotecaria para responder de ese importe y llevaron a cabo asimismo la cesión de un crédito cierto, la renta del local propiedad de la ahora concursada, para asegurar el pago de la correspondiente cuota hipotecaria. De manera que lo que las partes hicieron, se dice en la demanda inicial a la que se allanó la entidad demandada, no fue sino sustituir "un crédito ordinario a efectos concursales, por un crédito privilegiado". Por tanto, las partes no llevaron a cabo ninguna prestación real y cierta, sino que lo que hicieron fue llamar de otra manera a la deuda ya existente. Es decir, no hubo un desplazamiento patrimonial nuevo y diferente a la fecha de la escritura pública, sino que lo que en ella se hizo fue declarar solemnemente que la cantidad adeudada, 160.000 # ahora lo era con el carácter de deuda con garantía hipotecaria, dejando de ser una simple póliza de crédito. Si como consecuencia del presente proceso se ha declarado la rescisión de este negocio jurídico mediante el que se constituye una garantía hipotecaria y se lleva a cabo la cesión de un crédito cierto, lo correcto es que, en efecto, como manda el artículo 73 de la Ley Concursal, se condene a la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado que se rescinde. Ahora bien, en virtud de ese acto impugnado que se ha rescindido, el negocio jurídico mediante el que se constituyó una garantía hipotecaria y se llevó a cabo la cesión de un crédito cierto, solamente ha habido una prestación real objeto y consecuencia del mismo, cuál ha sido la cesión del crédito cierto perteneciente a la concursada en favor de la entidad bancaria, concretamente se le cedió la renta de un local propiedad de la ahora concursada, para que mediante esa renta la entidad bancaria se hiciese pago de la cuota hipotecaria, eludiendo así la "pars conditio creditorum" respecto a los derechos sobre dicha renta del local. Por consiguiente, por aplicación del artículo 73, la entidad bancaria debe ser condenada a la restitución de las prestaciones recibidas en virtud de esa cesión de crédito que se ha rescindido. Por el contrario, lo que no puede hacerse es aplicar el apartado 3 del artículo 73 para considerar como crédito contra la masa el crédito existente en favor de la entidad bancaria demandada, por cuanto dicho crédito no es una prestación que resulte a favor de dicha demandada como consecuencia de la rescisión, toda vez que se trata de un crédito ya existente con anterioridad al acto rescindido, de manera que mediante el acto rescindido lo único que se hace es otorgar un carácter muy distinto al crédito ya existente, de una manera fraudulenta y en perjuicio de la masa de acreedores, de ahí que se declare tal acto rescindido, y ello además no se olvide con el allanamiento y asentimiento, por lo tanto, de la propia demandada, la cual no es de recibo que por la vía de un simple auto aclaratorio consiga que se le otorgue a su crédito un carácter incluso más privilegiado que el se derivaría de la propia escritura pública de constitución de hipoteca que ha sido rescindida, cuál es la consideración de crédito contra la masa. El único crédito real existente en el presente caso en favor de la demandada es el que existía antes del negocio jurídico hipotecario rescindido, es decir el crédito derivado de la póliza de crédito, intereses de demora y comisión de apertura que mantenía la concursada en la entidad demandada, por lo que al rescindirse por ilegal y fraudulento el negocio jurídico hipotecario que modificó el carácter de dicho crédito, la demandada no tiene derecho a ninguna prestación como consecuencia del acto rescindido, puesto que ninguna contraprestación como consecuencia de ese acto rescindido realizó ella, ya que los 160.000 # que se ingresaron en la cuenta corriente de la concursada ya existían como débito de dicha concursada a favor de la entidad bancaria demandada, por lo que rescindido el negocio jurídico hipotecario por fraudulento, no procede sino restaurar y otorgar al crédito de la entidad demandada el carácter que en un principio tuvo y que es el que legalmente le corresponde, cuál es el de crédito ordinario derivado de la póliza de crédito normal y corriente.

"El mero hecho de conceder una garantía real", como se dice en el último párrafo del fundamento de derecho IV de la demanda a la que se allanó la entidad bancaria demandada, citando una sentencia de la audiencia Provincial de Barcelona de 9 de septiembre de 2005, "en este caso una hipoteca, para garantizar una obligación preexistente o una nueva que sustituya a otra anterior, debe considerarse injustificado, pues además de la merma del valor que supone para el patrimonio del concursado, en relación con el posterior concurso de acreedores, supone una alteración injustificada de la "par conditio creditorum", al conceder al acreedor el derecho a satisfacer su crédito con lo obtenido con la realización del bien grabado y, ordinariamente, al margen del concurso o, cuando menos, con preferencia al resto de los acreedores".

No tendría sentido, por tanto, declarar que el negocio jurídico rescindido es un acto claramente perjudicial para la masa, y a la vez, como consecuencia de la rescisión otorgar al crédito litigioso un carácter más privilegiado que el que ostentaba con anterioridad al negocio jurídico que se rescinde. En definitiva, el apartado 3 del artículo 73 se refiere a aquellos supuestos en los que por virtud del negocio jurídico rescindido el o los demandados han realizado un acto de disposición patrimonial que debe serles restituido, de manera que a los efectos de dicha restitución se considera al crédito en qué consiste ese desplazamiento patrimonial llevado a cabo por causa del negocio jurídico rescindido como un crédito contra la masa. Ahora bien, en el presente caso en virtud del acto o negocio jurídico rescindido la entidad bancaria demandada no llevó a cabo ningún desplazamiento patrimonial, sino que dicho desplazamiento patrimonial había sido ya anterior, y derivaba de la

póliza de crédito, intereses de demora y comisión de apertura que la ahora concursada tenía concertada desde tiempo atrás con la entidad bancaria demandada, póliza de crédito en virtud de la cual la concursada adeudaba al banco demandado la cantidad de 160.000 #. En virtud del acto o negocio jurídico rescindido, no se llevó a cabo ningún desplazamiento patrimonial, sino que se modificó la naturaleza del crédito ya existente que pasa de ser ordinario a crédito hipotecario, es decir crédito garantizado con una hipoteca sobre bien inmueble. En consecuencia si se rescinde, como así se ha hecho, y además con el allanamiento de la parte demandada, el negocio jurídico en virtud del cual se le da o se le otorga carácter hipotecario al crédito ya existente, no hay que hacer nada respecto al desplazamiento patrimonial llevado a cabo por la entidad bancaria por causa del negocio jurídico rescindido, ya que, como se ha dicho, por virtud de dicho negocio jurídico rescindido la entidad bancaria no ha llevado a cabo ningún desplazamiento patrimonial, sino que este desplazamiento patrimonial o crédito existía ya desde años atrás en virtud de la póliza de crédito pactada con la entidad ahora concursada. Por consiguiente, si la entidad bancaria no ha llevado a cabo ningún desplazamiento patrimonial como consecuencia del acto rescindido, no cabe otorgar el carácter de crédito contra la masa a ese desplazamiento patrimonial que no ha tenido lugar. Y lo único que cabe hacer es,una vez rescindido el negocio jurídico perjudicial para la masa, el negocio jurídico de constitución de hipoteca y cesión de crédito, que la entidad bancaria devuelva las cantidades que ha recibido en virtud de esa cesión de crédito rescindida, y dejar sin efecto la garantía hipotecaria constituida, de manera que el crédito ya existente recobrará sin más su carácter originario de crédito ordinario, como así se manda hacer.”: SAP Salamanca (Sección 1) 23.05.2011 (Sentencia 222/2011; Rollo 665/2010)

AP Toledo

“TERCERO: En relacion a la cuestion subsidiariamente planteada la Sala comparte el criterio de la sentencia apelada acerca de que la deuda subsistente desprovista ya de la garantia hipotecaria tenga la consideracion de credito ordinario a favor de la apelante (subsidiario respecto de intereses). Efectivamente el art 73,3 de la LC en los efectos del triunfo de la accion de reintegracion, establece que tendran la consiieracion de credito contra la masa las deudas nacidas de la rescision que habran de satisfacerse simultaneamente a la reintegracion de los bienes y derechos del acto rescindido, salvo que se aprecie mala fe en el acreedor. La Sala considera con las sentencias de la A.P. Madrid de 20.4.12 o 20.1.12 o de la Audiencia de Pontevedra de 23.1.12 entre otras que casos como el presente no se corresponden con aquellos para los que el citado precepto fue creado. Como señala la citada St. A.P. Madrid de 20.4.12 "dicha norma esta concebida para regular las consecuencias de la rescision de obligaciones que tengan carácter reciproco de manera que no podria aplicarse al propio capital del prestamo garantizado con la hipoteca rescindida cuando no fuera contrariando frontalmente el sentido y la logica de estas acciones de reintegracion pues de aceptarse esta solucion el éxito de la accion rescisoria haria al acreedor frente al que la misma ha prosperado de mejor condicion (credito contra la masa) que la que tenia antes de su ejercicio (credito privlegiado)". Considera esta Sala que este supuesto del art 73,3 en que se ampara el recurso determinaria que el derecho del apelante fueraa un credito contra la masa si este derecho del que es titular hubiera nacido "como consecuencia de la rescision" que es lo que literalmente determina este precepto pero ello no se cumple en el presente caso pues el apelante era titular, con garantia hipotecaria o sin ella, antes de la rescision y no solo como consecuencia de esta, de un derecho a cobrar el importe ya citado de 105.894,62 euros, derecho nacido para el mismo del prestamo concertado antes de la rescision y que no se ha cancelado por virtud de esta, sino solo su garantia hipotecaria. Es asi el contrato de prestamo el que le concede el derecho al cobro de esta suma no la rescision que lo unico que supone por si misma es que este derecho a cobrar ya no cuente con garantia hipotecaria con sus consecuencias propias, pero con rescision o sin ella el derecho de credito del apelante existia antes de la rescision y no nace como nuevo derecho de este de la rescision y el apelante es acreedor del concursado hubiera mediado o no el procedimiento de rescision. En conclusion, como la rescision para el apelante no ha determinado la obtencion de un derecho al cobro de esta cantidad que antes no ostentara ya no es aplicable el art 73,3 citado.”. SAP Toledo (Sección 1) 12.09.2012 (Sentencia 232/2012; Rollo 22/2011)

AP Valencia

“PRIMERO.-La Administración concursal de la entidad Avlas Inversiones SL presentó demanda de incidente concursal contra la concursada Avlas Inversiones SL, Aromatex SL y Textil A.G.B. SA solicitando la rescisión del contrato por el que se constituyó en escritura notarial de 16-9-2009 la prenda sobre 135 participaciones sociales de la que es titular Avlas Inversiones SL de la Cía. Parc Empresarial Alcoi XXI SL, por ser perjudicial para la masa activa del concurso y ello con apoyo tanto en el artículo 71-2 y 71-3-2ª de la Ley Concursal. (...)
Se interpone recurso de apelación por la entidad Textil A.G.B. SA alegando como motivos : (...) 3º) Deber calificarse de crédito contra la masa la prestación a restituir conforme al artículo 73-3 de la Ley Concursal (...)
Por último la invocación del artículo 73.3 Ley Concursal es igualmente novedosa para la alzada y además inaplicable al ser el negocio de prestación de garantía unilateral en cuanto no existe contraprestación al mismo.”: SAP Valencia (Sección 9) 27.10.2011 (Sentencia 399/2011; Rollo 425/2011)

AP Vizcaya

“Solicitaba asimismo la Administración Concursal la declaración de mala fe por parte del BBVA en estas operaciones para obtener, por aplicación del artº 73.3 de la Le. Co. que los créditos finalmente existentes a su

favor se califiquen como créditos concursales subordinados. en lugar de créditos contra la masa.
Procede, asimismo, rechazar dicha solicitud y ello por un doble motivo; la mala fe no basta intuirla y suponerla a la vista de determinados acontecimientos, una vez producidos los mismos y visto todo "a posteriori"; cuando se ejecutaron las operaciones hipotecarias, lo único que tal vez podía saberse era que la situación económica de Hona Hierros, S.A. no era especialmente boyante; pero la posibilidad de caer en situación concursal, antes de transcurrir dos años, exigía facultades adivinatorias; la mala fe contractual debe de interpretarse de forma restrictiva y debe de ser debidamente acreditada, lo que en este caso no ha ocurrido.
El segundo motivo es que la demanda no persigue la reintegración de ninguna prestación en favor del BBVA sino, simplemente, dejar sin efecto las garantías hipotecarias constituídas en su favor para garantizar el préstamo y la línea de crédito de que se trata, por lo que el artº 73-3 Le. Co. es ajeno a la antedicha pretensión.": SAP Vizcaya (Sección 4) 15.04.2015 (Sentencia 318/2014; Rollo 13/2014)

JM-1 Alicante

"Séptimo. Las consecuencias de la reintegración
El legislador toma como hipótesis los actos de disposición que comportan la enajenación de activos del deudor, indicando que la sentencia declarará la ineficacia del acto impugnado, condenando a la " restitución " de las prestaciones con sus frutos e intereses (art. 73.1) y la "reintegración "en la masa de los bienes (artículo 73.3). Ello provoca, como ya se ha dicho en otras ocasiones, problemas a la hora de aplicar tales preceptos al caso de las garantías, ya en la garantía no se enajenan los bienes sino que se sujetan a un determinado crédito. Por ello la garantía revocada y cuya ineficacia se declara podemos decir que se " extingue " en todos sus efectos, pero no se "reintegra". Ello no quiere decir que no tenga trascendencia, sino que lo que produce es liberar los activos gravados y modificar la categoría de los créditos garantizados, que dejan de ser privilegiados especiales.
En consecuencia, el banco que presta 30.000 € sigue siendo acreedor, y en cuanto titular de ese crédito contraído antes de la declaración del concurso, acreedor concursal. Ahora bien, la calificación será la de ordinario, ya que ese crédito, privado de la garantía declarada ineficaz, no es crédito privilegiado ni tampoco crédito contra la masa (del art. 73) ya que su origen no será la rescisión sino el título de crédito preconcursal originario (el préstamo), por la no confusión entre préstamo e hipoteca
Por ello la declaración de ineficacia de la hipoteca debe conllevar: a) esa calificación del crédito de BS que debe tenerse en cuenta a la hora de efectuar las operaciones de liquidación, pero no lo interesado en la demanda en la que se peticiona un ingreso a la masa activa de 23.363,09 €, pues ello sería tanto como imponer ahora al BS una nueva aportación de numerario en esa cifra y b) la cancelación registral de la hipoteca" :SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 1275/2009; Concurso 591/2009)

"En cambio, no procede la declaración de subordinación por mala fe por dos motivos: i) ello solo tiene sentido si hay derecho a la prestación a favor del demandado a consecuencia de la rescisión (art 73.2 y 3 LC) y en el caso de rescisión de garantías ello no ocurre. Aquí no se genera a favor de BS crédito alguno derivado de la rescisión, por lo que no se puede degradar de crédito contra la masa a subordinado, pues el crédito que tiene es anterior a la declaración de concurso y ii) en todo caso no se aporta prueba de esa mala fe, que no se puede derivar sin más de la realización del supuesto fáctico del art 71.3.2. LC ni se puede extraer del dato de que tolerase de manera continuada los descubiertos cuando siquiera hay prueba contundente de que el comportamiento respecto de esa cuenta corriente escape de lo que es habitual en el tráfico mercantil en relaciones comerciales que se remontan a más de una década 1997, sin que sea equivalente este concepto de mala fe del art 73LC a otros previstos en la legislación especial a la que se refiere la DA 2ª de la LC ":SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 1275/2009; Concurso 591/2009)

"Sexto. Las consecuencias de la reintegración - El legislador toma como hipótesis los actos de disposición que comportan la enajenación de activos del deudor, indicando que la sentencia declarará la ineficacia del acto impugnado, condenando a la " restitución " de las prestaciones con sus frutos e intereses (art. 73.1) y la "reintegración "en la masa de los bienes (artículo 73.3). Ello provoca, como ya se ha dicho en otras ocasiones, problemas a la hora de aplicar tales preceptos al caso de las garantías, ya en la garantía no se enajenan los bienes sino que se sujetan a un determinado crédito. Por ello la garantía revocada y cuya ineficacia se declara podemos decir que se " extingue " en todos sus efectos, pero no se "reintegra".
Ello no quiere decir que no tenga trascendencia, sino que lo que produce es liberar los activos gravados, sin que ello afecte a la operación de préstamo concertada entre la caja e ICASA, sin que se aprecie ruptura de las prestaciones cuando dicho préstamo no implica nueva aportación de capital sino refinanciación de deuda preexistente.
Finalmente y a modo aclaratorio, dado que el beneficiario del préstamo no es OCCA ni esta se compromete a su devolución no es deudora por lo que la declaración de ineficacia de la hipoteca no conlleva alteración del crédito, que no existe respecto de OCCA":SJM-1 Alicante 07.05.2010 (Incidente Concursal 980/2009; Concurso 10/2009 bis)

JM-1 Granada

"SEGUNDO.- Objeto de la rescisión: estrictamente las garantías reales prestadas.
Resulta importante destacar qué acto concreto es objeto de la pretensión rescisoria: la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL señala en su demanda que los préstamos hipotecarios concedidos por el BBVA no fueron otra cosa

que un especial modo de proteger el riesgo de la entidad ante la insolvencia de las sociedades participadas y avaladas por los concursados, D. ANTONIO y Dña. MARÍA obteniendo sumas que permitieron cancelar anticipadamente las deudas de esas sociedades mercantiles merced a un evidente perjuicio para la masa activa de los prestatarios. Sin embargo, no son objeto de la rescisión los préstamos efectuados, sino estrictamente las garantías prestadas por los concursados. La lógica de esta pretensión es evidente: las deudas que el BBVA logró saldar eran atribuibles a las mercantiles PARKING PUERTA REAL S.L, INVERSIONES HOTELERAS MAYORAL S.A y ANTONIO GARCÍA FERNÁNDEZ MAYORAL S.A, ya que fueron las posiciones deudoras de estas personas jurídicas en los diferentes préstamos, líneas de crédito y descuento y descubiertos bancarios con la demandada las que ésta logró eliminar anticipadamente; así se pretendía hacer, según las mismas escrituras de 30 de noviembre de 2007. La posición que la entidad adoptaba de esta forma ante la previsible insolvencia de alguna de las entidades deudoras podría suponer un perjuicio para la masa activa de esas mercantiles (de hecho, poco después entraría en concurso AGF MAYORAL S.A), pero es en la valoración de la insolvencia de las mismas donde debe valorarse la incidencia de esas cancelaciones anticipadas: en el presente concurso, el de los avalistas y socios Sres. ANTONIO y MARIA, el perjuicio, dado que el dinero ingresó nominalmente en sus cuentas pero jamás llegó a integrar su patrimonio al destinarse al pago de deudas ajenas, deriva de las garantías reales concedidas, que gravaron parte de su patrimonio inmobiliario y otorgaron a la entidad un privilegio real sobre esos inmuebles.
En casos como el presente, por tanto, al aplicar el artículo 71 de la LC y procederse a la reintegración de la masa activa por actos perjudiciales para la misma realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración, la rescisión debe centrarse en el otorgamiento de garantías contrarias a la par conditio creditorum, dejando incólume el préstamo contratado por la parte concursada. Comparto la tesis de aquella parte de la doctrina y aquellos Juzgados que, como señaló de modo muy razonable el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en su sentencia de 2 de diciembre de 2009 - en un caso en que el banco afectado se allanó a la pretensión rescisoria pero no a la subordinación de su crédito, entendiendo que no concurrió por su parte la mala fe que contempla el artículo 73.3 de la LC -, entienden que la presunción de perjuicio que dicho precepto contempla va referida exclusivamente a la constitución de la garantía real, sin que se proyecte sobre las obligaciones preexistentes que se garantizan, lo que produce el efecto de que no exista derecho alguno de restitución a cargo de la concursada, como se verá.(…)

SEXTO.- Las consecuencias de la rescisión de las garantías reales.

En coherencia con la configuración de la acción de reintegración concursal como una categoría de ineficacia negocial autónoma, la Ley Concursal se ha ocupado de sus específicos efectos, sin expresas remisiones a los preceptos del Código Civil que regulan los efectos de las distintas categorías de ineficacia en él contempladas, si bien éstos se aproximen en buena medida a los de la rescisión por lesión o por fraude de los artículos 1295 y 1298 del Código Civil. Según el artículo 73 de la Ley Concursal:

"1. La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses.

2. Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

3. El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado".

En nuestro caso, por tanto, afirmada la rescindibilidad de las hipotecas otorgadas por los concursados sobre su patrimonio, el efecto no puede ser otro que la ineficacia de las mismas, lo que nos deja un préstamo concedido a los concursados, que no ha sido atacado por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y genera un crédito a favor de la entidad demandada, desprovisto sin embargo de su privilegio especial y que, por ello, tiene la condición de crédito ordinario. La rescisión produce por tanto dos consecuencias: la principal es la liberación y desafección de los inmuebles dados en garantía respecto de dicho crédito bancario, que pasa a ser clasificado como ordinario; la segunda, la obligación de la entidad demandada de devolver a los concursados el importe pagado por todos los gastos derivados de la constitución de las hipotecas rescindidas, pues sólo de esta forma, como señala la SAP Barcelona secc. 15ª de 6 de febrero de 2009, es posible hacer efectiva en su integridad la restitución de todo el sacrificio patrimonial que supuso para los concursados el acto de disposición impugnado. No obstante, este segundo efecto no podrá ser concedido en este caso, pues la ADMINISTRACION CONCURSAL no lo ha interesado, no pudiendo vulnerarse el principio dispositivo por el que se rige este incidente.

Los concursados demandados, sin embargo, nada tienen que restituir. Y ello hace irrelevante la discusión sobre la mala fe del BBVA, pues la pretensión de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de que su crédito no se califique como ordinario, según se ha dicho, sino como subordinado, está ligado en el artículo 73.3 a la existencia de una prestación a favor de alguno de los demandados, es decir, al nacimiento de una nueva obligación a cargo de la parte concursada como consecuencia de la rescisión, lo que en la rescisión de las garantías reales no se da por concepto. Como ha señalado la doctrina, al señalar el artículo 73.1 que la sentencia que estime la acción de reintegración condenará a la restitución de las prestaciones objeto de acto impugnado, la norma toma la parte por el todo, centrando su disciplina en el ámbito de la rescisión de contratos con obligaciones recíprocas y dejando fuera del mismo otros supuestos distintos de rescisión, como ocurre con la rescisión de una garantía real. Por esa razón, el artículo 73.3 no resulta aplicable al supuesto ahora

examinado en ninguna de sus dos vertientes: ni para considerar el crédito como crédito contra la masa en la hipótesis ordinaria de ausencia de mala fe en el acreedor, ni para subordinarlo en caso de mala fe.
El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en su sentencia de 2 de diciembre de 2009, dictada en un caso atinente igualmente a la entidad aquí demandada, lo expresaba así: "*En efecto, la norma, concebida para los casos en que la prestación resultante a favor del demandado sea la contrapartida de un acto de reintegración que este último debe de llevar a cabo en provecho de la masa, se aviene mal con una hipótesis como la contemplada por el ya examinado art. 71-3.2º (rescisión de garantías reales). Precisamente por ello, la aplicabilidad del precepto, en cuanto conceptúa el derecho del demandado como crédito contra la masa, se encuentra expresamente supeditada a que ese derecho haya nacido "como consecuencia de la rescisión…", lo que es tanto como decir que, de no ser por la rescisión operada, tal derecho no habría nacido. Pues bien, en un caso como el ahora examinado el derecho de BBVA al cobro de las sumas prestadas a ORPLACO no nace de la presente rescisión sino que nace de la relación obligacional subyacente respecto de la cual el derecho real de hipoteca no fue otra cosa que una garantía superpuesta de carácter accesorio. En otras palabras: el derecho de la prestamista a recobrar la cantidad prestada hubiera existido aun cuando la obligación no se hubiera garantizado mediante hipoteca, por lo que huelga indicar que la rescisión de la hipoteca ni altera aquél derecho ni hace que nazca "ex novo" un derecho que no existiera con anterioridad a esa misma rescisión".*
Comparto enteramente esta afirmación, sustentada en la jurisprudencia (por ejemplo, la STS de 27 de septiembre de 2007, favorable a la disgregación del contrato de préstamo y la constitución de la hipoteca de cara a valorar su perjuicio para la masa en un supuesto de quiebra), y por la doctrina (por ejemplo, MASSAGUER, GIL RODRIGUEZ y CURIEL LORENTE), la cual, en efecto, insiste en que la rescisión no hace nacer derecho alguno de prestación a favor del acreedor que sobrevenidamente recibió una garantía real, porque sus posiciones acreedoras traían causa de un negocio anterior a la rescisión y la sentencia que acoge la rescisión no viene a operar sobre el negocio jurídico, puesto que el perjuicio y el consiguiente reproche se concentran en la garantía y no en el negocio obligacional, y de ahí que la sentencia de rescisión únicamente comporte que aquellas primitivas situaciones de crédito, que quedan subsistentes, se declaren desprovistas de la garantía sobreañadida.": SJM-1 Granada 11.01.2011 (Incidente Concursal 132/2009)

JM-5 Madrid

"TERCERO Consecuencias de la reintegración.- Ya hemos dicho que debe acordarse la rescisión e ineficacia de las hipotecas. Con arreglo alart 73.1 de la ley debe acordarse la restitución recíproca de las prestaciones objeto del mismo, con sus frutos e intereses.
La restitución recíproca de prestaciones plantea problema cuando lo que se rescinde es una hipoteca, es decir, un derecho de garantía real. En este sentido, debe señalarse que no se ha producido la rescisión del préstamo, sino de la garantía, y por ello no existe prestación recíproca que devolverse, sino solo la restitución. La consecuencia que conlleva la rescisión e ineficacia de la garantía (derecho real), es que ésta desaparece permaneciendo el derecho de crédito, sin que se pueda invocar la consideración de crédito contra la masa del art 73.3 de la ley, y ello porque como hemos visto en la constitución del derecho real no hay reciprocidad de obligaciones (la constitución de la hipoteca no las conlleva), por lo que al producirse la rescisión de la garantía no hay prestaciones recíprocas que devolverse. La ineficacia conlleva dejar a los contratantes en la situación anterior al acto rescindido, y la situación anterior era la de acreedor ordinario, porque no había privilegio alguno.
En este sentido, podemos traer a colación lo establecido por laSAP de Alicante, sección 8ª, de 28 de enero de 2008 que señala que "...simplemente, lo que se pone de manifiesto es que elartículo 73 de la Ley Concursal parte de la hipótesis de que el acto rescindible es un contrato bilateral o sinalagmático por lo que deberá producirse la recíproca restitución de prestaciones entre las partes una vez declarada la ineficacia del contrato rescindible. Por el contrario, cuando se trata de un derecho real de garantía, al no existir un contrato con prestaciones recíprocas, la ineficacia del acto rescindible se concretará en la extinción del derecho real de garantía manteniendo el acreedor la titularidad de su derecho de crédito, ahora ya sin ninguna garantía. Por otro lado, las dos Sentencias (por cierto, dictadas por Juzgados de lo Mercantil, no por las Audiencias Provinciales como se dice en el recurso) que invoca el apelante no hacen referencia al mismo supuesto de hecho que estamos enjuiciando pues en ambos consta el pago de cantidades por parte de la concursada." ": SJM-5 Madrid 29.07.2009 (JUR 2010/95380: Sentencia 123/2009; Incidente Concursal 644/2008)

"PRIMERO Al amparo delArt. 71 de la Ley Concursal ("Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.."), la Administración Concursal ejercita acción de reintegración contra la concursada ORPLACO, S.A. y contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., todo ello con la finalidad de que se declare la rescisión de la hipoteca constituida en garantía de una préstamo otorgado en escritura pública el día 1 de abril de 2008 y con la específica pretensión de que se subordine el crédito dimanante del préstamo en cuestión.
ORPLACO, S.A. se allanó íntegramente a ambas pretensiones y BANCO BILBAO VIZCAYA SA se allanó a la pretensión rescisoria pero no a la subordinación de su crédito, entendiendo que no concurrió por su parte la mala fe que contempla elArt. 73-3 de la Ley Concursal.
Importa destacar que la acción de reintegración ejercitada aparece exclusivamente casualizada en aquél particular delapartado 3 del Art. 71 en el que se establece que "..Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:.. 2º La constitución de garantías reales a favor

de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas...". Y es evidente que la presunción de perjuicio que dicho precepto contempla va referida exclusivamente a la constitución de la garantía real, sin que se proyecte -por obvias razones- sobre las obligaciones preexistentes que se garantizan ni sobre las nuevas que las sustituyan y que igualmente han de ser objeto de la garantía real objeto de la acción. De ahí que, pese a la relativa imprecisión que se advierte en la súplica de la demanda, donde no se habla de la rescisión de un contrato sino -más impropiamente- de la rescisión de una "escritura", sin distinguir el contenido obligacional del contenido real de la misma, debamos entender, por pura coherencia con el contenido y fundamento de la acción ejercitada (en la que nunca se ha argumentado que el propio préstamo haya constituido un acto perjudicial para la masa y sin que ese carácter se encuentre cubierto por presunción alguna), que el pronunciamiento rescisorio ha de abarcar solamente, en virtud del allanamiento, aquél particular de la escritura por el que se constituye un derecho real de hipoteca sobre determinadas fincas y no el propio contrato de préstamo para cuya seguridad se constituyó el mencionado derecho real como garantía accesoria.
SEGUNDO La controversia subsistente entre la Administración Concursal y la entidad prestamista BBVA estriba, pues, en determinar si, una vez eliminada la garantía real, el crédito de dicha entidad debe o no considerarse subordinado en aplicación delArt. 73 de la Ley Concursal.
Debe indicarse al respecto que desde la promulgación de la Ley Concursal la redacción del precepto en cuestión ha sido objeto de críticas en el terreno doctrinal porque, al señalar su apartado 1 que la sentencia que estime la acción de reintegración condenará a la restitución de las prestaciones objeto de acto impugnado, la norma toma la parte por el todo, centrando su disciplina en el ámbito de la rescisión de contratos con obligaciones recíprocas y dejando fuera del mismo otros supuestos distintos de rescisión (vgr., la rescisión de garantías reales).
Viene al caso elapartado 3 del citado Art. 73 a cuyo tenor "..El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado..". Pues bien, lo primero que se advierte tras su simple lectura es que dichoprecepto no resulta aplicable al supuesto ahora examinado en ninguna de sus dos vertientes : ni para considerar el crédito como crédito contra la masa en la hipótesis ordinaria de ausencia de mala fe en el acreedor, ni para subordinarlo en caso de mala fe. En efecto, la norma, concebida para los casos en que la prestación resultante a favor del demandado sea la contrapartida de un acto de reintegración que este último debe de llevar a cabo en provecho de la masa, se aviene mal con una hipótesis como la contemplada por el ya examinadoArt. 71-3,2º (rescisión de garantías reales). Precisamente por ello, la aplicabilidad del precepto, en cuanto conceptúa el derecho del demandado como crédito contra la masa, se encuentra expresamente supeditada a que ese derecho haya nacido "..como consecuencia de la rescisión..", lo que es tanto como decir que, de no ser por la rescisión operada, tal derecho no habría nacido. Pues bien, en un caso como el ahora examinado el derecho de BBVA al cobro de las sumas prestadas a ORPLACO no nace de la presente rescisión sino que nace de la relación obligacional subyacente respecto de la cual el derecho real de hipoteca no fue otra cosa que una garantía superpuesta de carácter accesorio. En otras palabras : el derecho de la prestamista a recobrar la cantidad prestada hubiera existido aun cuando la obligación no se hubiera garantizado mediante hipoteca, por lo que huelga indicar que la rescisión de la hipoteca ni altera aquél derecho ni hace que nazca "ex novo" un derecho que no existiera con anterioridad a esa misma rescisión.
En tal sentido, se ha puesto de relieve en la doctrina que la rescisión no hace nacer derecho alguno de prestación a favor del acreedor que sobrevenidamente recibió una garantía real, porque sus posiciones acreedoras traían causa de un negocio anterior a la rescisión y la sentencia que acoge la rescisión no viene a operar sobre el negocio jurídico "in totum" puesto que el perjuicio y el consiguiente reproche se concentran en la garantía y no en el negocio obligacional, y de ahí que la sentencia de rescisión únicamente comporte que aquellas primitivas situaciones de crédito, que quedan subsistentes, se declaren desprovistas de la garantía sobreañadida (en tal sentido, el Prof. GIL RODRIGUEZ, en "Comentarios a laLey Concursal", Ed. TECNOS, pag, 899, coordinada por el Prof. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO). En el mismo sentido, señala CURIEL LORENTE (en "La reintegración en el concurso de acreedores", Ed. Aranzadi, 2009, pag. 214, obra dirigida por el Prof. GARCIA CRUCES) que los efectos de la sentencia estimatoria no pueden consistir, sin más, en una recíproca restitución de prestaciones por no haber nada que restituir, de manera que -añade más adelante- como el crédito no es originado por la rescisión, conservará su propio título y, extinguida la garantía, su condición de ordinario. Y, comentando el Anteproyecto deLey Concursal de 1983, el Porf. MASSAGUER indicaba ya en 1986 que los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de la constitución o ampliación de gravámenes por deudas preexistentes no vencidas no pueden materializarse en devolución alguna y solamente se traducirán en una cancelación de la inscripción que se hubiera practicado ("La reintegración de la masa en los procedimientos concursales", Ed. Bosch, 1986, pag. 148, MASSAGUER FUENTES).
Por lo demás, esa conclusión vendría avalada también, mediante criterios de interpretación sistemática, a través de un argumento de reducción al absurdo : si elArt. 155-2 de la Ley Concursal confiere a la Administración Concursal la potestad de decidir la cancelación con cargo a la masa de los créditos hipotecarios (y demás créditos dotados de privilegio especial), entonces ¿ qué sentido tendría acudir a una enojoso litigio como el presente para la obtención de una pronunciamiento rescisorio que comportase la obligación de pagar el crédito garantizado con cargo a la masa si ese mismo resultado pragmático puede obtenerse directamente y por un simple acto de voluntad de la Administración Concursal ?
Inaplicable, pues, elArt. 73-3 por no adecuarse el supuesto examinado a las características conceptuales de la hipótesis que el mismo define, y, no existiendo por tanto base alguna para conceptuar el derecho subsistente de BBVA como un crédito contra la masa ni para subordinarlo en aplicación de la citada norma, es patente que

ese derecho de naturaleza personal, una vez desprovisto de la garantía hipotecaria, habrá de recibir el tratamiento propio de un crédito ordinario en cuanto al capital prestado y, en su caso, subordinado en la parte correspondiente a intereses u otros conceptos eventualmente incardinables en elArt. 92 de la Ley Concursal.”: SJM-5 Madrid 02.12.2009 (Sentencia 379/2009; Incidente Concursal 537/2009; Concurso 341/2008)

JM-1 Pontevedra

“QUINTO.- Cuestión no menos debatida son las consecuencias de la rescisión acordada, para lo que debe partirse del objeto de la petición actora, al que el Juzgador está vinculado de acuerdo con los artículos 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que deben determinarse de acuerdo con lo que ya se ha anticipado, acogiendo ahora sí en buena medida las pretensiones de las demandadas. Y lo que se suplica a este respecto es la ineficacia de la hipoteca constituida, así como los pagos de deuda efectuados con fondos provenientes de la ampliación de capital, pero en ningún caso la rescindibilidad del préstamo. La ineficacia es efecto directo de la rescisión, pero respecto de las restituciones, es doctrina pacífica (por didáctica, SAP Alicante de 28/1/2008) que cuando se trata de un derecho real de garantía, al no existir un contrato con prestaciones recíprocas, la ineficacia del acto rescindible se concretará en la extinción del derecho real de garantía manteniendo el acreedor la titularidad de su derecho de crédito, ahora ya sin ninguna garantía. No se ha combatido el préstamo en sí mismo, pese a denunciarse que respondería a la presión de las prestamistas, ni tampoco consta cuál sería el motivo por el que el crédito por sí solo, desprovisto de la hipoteca, habría de resultar perjudicial para la masa activa del concurso; como tampoco cabe predicar esta circunstancia del pago de deuda efectuado con fondos provenientes de la ampliación de capital, como no quiera entenderse (lo que en absoluto resulta posible) una suerte de impugnación genérica del plan de viabilidad, extendiendo los efectos que tan sólo se derivan naturalmente de la garantía real. Por otra parte, la imposibilidad de acordar la subordinación de "las cantidades debidas bajo el préstamo sindicado" deriva de la misma circunstancia: lo que podría subordinarse de acuerdo con el invocado artículo 73 de la Ley Concursal es el derecho a la prestación que resultase a favor del acreedor como consecuencia de la rescisión. No existiendo más efecto directo que la ineficacia de la hipoteca, nunca cabe hablar de subordinación de crédito alguno, sin necesidad de examinar ninguna forma de mala fe. El único efecto posible a la par que necesario es que, desaparecida la garantía real que le otorgaba el privilegio, el crédito pase a reconocerse como ordinario ex arts. 89 y 90 LC; y como consecuencia ineludible de la ineficacia declarada, la nulidad de los asientos registrales constitutivos de la garantía y su cancelación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, de forma lógica a cargo de quien debe reintegrar, de forma solidaria a la vista de que el abono en su día de los gastos de inscripción se hizo de forma única por la concursada en favor de todos los prestamistas. “:SJM-1 Pontevedra 05.12.2011 (Sentencia 168/2011; Incidente 104/2011)

1.1.2.1 Tesis contraria: subordinación del crédito (que no es prestación derivada de la rescisión) (?)

AP Murcia

“SEXTO.-En idéntico sentido desestimatorio hemos de pronunciarnos también en relación con el siguiente motivo de apelación planteado por "Banco Santander" S.A., referido a la falta del presupuesto previsto en el artº. 73.3 de la L.C., para subordinar el crédito que ostenta. Se alega que dicho crédito no nace, ni trae causa de las garantías hipotecarias rescindidas.
Sin embargo este Tribunal no comparte tal pretensión.
Es cierto, que conforme a lo dispuesto en el artº. 73.3 de la L.C., su aplicación se encuentra subordinada a que ese derecho de prestación haya nacido como consecuencia de la rescisión. En este caso y así lo dice la sentencia apelada, la declaración de validez del préstamo, al no estimarse la acción rescisoria del mismo, determina que no nazca un derecho a la restitución de ninguna cantidad. Eso conllevaría que el crédito, al no tener su origen ni surgir de la rescisión de las garantías hipotecarias, conservaría su propio título y extinguida la garantía, mantendría su calificación primitiva de ordinario.
Entendemos, por tanto, que entonces la mala fe del acreedor en estos casos de rescisión de garantías hipotecarias, carecería de la sanción que la norma establece con carácter imperativo subordinando el crédito.
Este Tribunal no comparte tal interpretación. Es cierto que el crédito no surge, ni nace como consecuencia de la rescisión de la garantía hipotecaria, pero sin embargo, la citada rescisión ha puesto de manifiesto una evidente y acreditada actuación de mala fe del Banco prestamista, en los términos antes mencionados, con la finalidad de conseguir un cambio esencial en la naturaleza de su primitivo crédito, situándose en una posición de privilegio de la que carecía, que le hace merecedor de la sanción de subordinación de dicho crédito que ahora cuestiona en esta apelación.
Procede la desestimación de este motivo de apelación.”: SAP Murcia (Sección 4) 24.07.2014 (Sentencia 463/2014; Rollo 232/2014)

1.1.3 Caso de rescisión de compensación

AP Oviedo

“Nada de lo anterior concurre en el caso presente, pues la Administración concursal silencia tal planteamiento en el cuerpo jurídico de su escrito rector y en cuanto al suplico se limita a solicitar la rescisión y consiguiente declaración de ineficacia de la operación impugnada, lo que se traduce en el vicio de incongruencia ultrapetita

en que ha incurrido la Sentencia apelada al haber apreciado que Inmoviur ha actuado con mala fe, procediendo por ello revocar la recurrida en este punto. Ahora bien, lo anterior no supone que el crédito que recobra Inmoviur frente a la concursada vaya a gozar de la naturaleza de crédito contra la masa conforme señala el inciso primero del art. 73-3 L.C., pues no estamos en presencia de una restitución de prestaciones sino de una compensación que ha quedado sin efecto. La consecuencia de la postura procesal mantenida por la Administración concursal al sostener la validez del repetido crédito, en lugar de solicitar su nulidad por simulación, será que Inmoviur deberá recobrar su titularidad como crédito concursal frente a la "Cedur, S.L." y con la clasificación que le sea propia según el reconocimiento que a tal efecto deberá realizar la Administración concursal": SAP Oviedo (Sección 1) 02.07.2010 (Sentencia 252/2010; Rollo 172/2010) y, en términos prácticamente idénticos, SAP Oviedo (Sección 1) 02.07.2010; (Sentencia 250/2010; Rollo 166/2010) y SAP Oviedo (Sección 1) 15.07.2010 (Sentencia 267/2010; Rollo 218/2010);

1.1.4 Caso de rescisión del pago de dividendos y/o del acuerdo social de repartirlos

Tribunal Supremo

" 22. En la Sentencia 629/2012, de 26 de octubre, interpretamos el art. 73 LC, que regula los efectos de la rescisión concursal, en el caso de que el acto de disposición rescindido fuera un pago: "si se hubiera rescindido un contrato bilateral, en ese caso, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo este efecto de restitución de ambas prestaciones, pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente".
El efecto de la rescisión de los pagos de los dividendos es pues la restitución de lo cobrado. Ni en este caso, ni tampoco cuando lo que se rescinde es el acuerdo por el que nace el derecho de crédito al dividendo, el efecto de la rescisión conlleva, como pretende el recurrente, la devolución de las aportaciones de los socios, pues no guardan entre sí la relación de reciprocidad que justificaría, a la luz del art. 73.1 LC, el efecto de la recíproca restitución de prestaciones.
El derecho al cobro de los dividendos, si bien se apoya en la condición de socio y guarda relación con el grado de participación en el capital social, depende para su nacimiento de que se hayan dado los presupuestos legales, entre los que se encuentra la obtención de beneficios por parte de la sociedad, de tal forma que el derecho al dividendo no nace sino con el acuerdo de reparto de dividendos. Como declaramos en la Sentencia 60/2002, de 30 de enero, el accionista tiene un derecho abstracto a participar en los beneficios que deviene en derecho concreto al dividendo cuando éste se determina en acuerdo de la junta general. En el momento en que se rescinde este acuerdo, queda sin efecto el derecho al cobro de tales dividendos y la devolución de lo ya cobrado no está condicionada a la restitución de las iniciales aportaciones, porque como ya hemos apuntado no guardan entre sí una relación de reciprocidad.": STS 24.07.2014 (Sentencia 428/2014; Recurso 2912/2012)

AP Tenerife

"Sobre la inaplicación del artículo 73 de la LC, como senala la sentencia apelada, probado el perjuicio para la masa de un acto realizado en el periodo sospechoso, tiene lugar la rescisión, con la debida reintegración de las prestaciones de las partes más sus frutos e intereses, pero en este último aspecto hay que diferenciar la rescisión de un contrato, donde existen contraprestaciones que salen y entran de la masa, y la rescisión de actos -como es el caso- en el que al no haber contraprestación, hay un reintegro a la masa pero sin contraprestación al afectado, siendo ello lo que se deduce de una interpretación lógica del apartado 3 del citado precepto legal. Por ello, hay que concluir que los socios de Concasa favorecidos por el reparto de dividendos no tienen crédito alguno frente a la concursada derivado de la rescisión del acuerdo, ni ordinario ni subordinado.": SAP Tenerife (Sección 4) 04.09.2012 (Sentencia 320/2012; Rollo 742/2011)

1.1.5 Caso de negocio transaccional complejo con garantía de venta con pacto de retro

AP Lugo

"En atención a lo expuesto procede estimar el recurso formulado y en consecuencia revocar la sentencia de instancia y, en su lugar, dictar otra que estime la acción de reintegración formulada con los efectos que le son inherentes sin que, en el presente supuesto, sea necesario enjuiciar si la conducta de las contratantes incurre en mala fe por cuanto el mantenimiento del crédito ordinario por importe de 150000 euros a favor de la concursada no resulta de la rescisión de la compraventa, sino de la sentencia judicial que lo reconoce y, por ello, no habrá de corresponderle el carácter de subordinado que solo predica el artículo 73 LC para el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión.
El apartado 3 del citado precepto establece que "El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado". Pues bien, en el caso enjuiciado la entidad SOCONGA deberá entregar el inmueble objeto de la compraventa que se rescinde pero al no haber recibido la concursada ningún precio, como contraprestación,

no está obligada a devolverlo y, por tanto, no tendrá la consideración de crédito contra la masa o subordinado, según haya concurrido o no mala fe.
Y entrando en los efectos de la rescisión que vienen referidos al aplazamiento de pago de la deuda reconocida a Soconga SL, se mantendrá el reconocimiento a favor de esta de un crédito ordinario por importe de 150000 euros y deberá rescindirse la compraventa de la finca 11865 del Registro de la Propiedad núm. 6 de A Coruña así como la subrogación en la hipoteca que la grava y los compromisos complementarios y accesorios de esta otorgados en escritura pública de 26.03.2012, declarando su nulidad y la correspondiente cancelación de asientos registrales con restitución de prestaciones recíprocas.”: SAP Lugo (Sección 1) 04.02.2014 (Sentencia 46/2014; Rollo 584/2013)

1.1.6 Caso de rescisión cláusula penal

AP Segovia

“QUINTO.-La ya citada STS de 12 de abril de 2012, reflexiona que " no siempre la rescisión comporta restitución de prestaciones, sino tan solo en aquellos casos en los que la liquidación de la situación resultante de la rescisión así lo exija a fin de mantener el equilibrio de prestaciones, pero no en aquéllos en los que la reintegración se sustenta en la ausencia de contrapartida o en la falta de equilibrio determinante del perjuicio".
Si en este momento declarásemos que las cantidades percibidas por la demandada como parte del precio de compra, han de reintegrarse a la masa activa de la concursada, y condenásemos a la demandada AVIGARE S.C.L. a tal reembolso, significaría dar por resuelto el contrato celebrado en abril de 2007 sin que exista causa para ello. Ya hemos negado en anteriores ordinales, que tal efecto pueda derivar del ejercicio de la acción pauliana. Tampoco alcanzaría a la compraventa una posible acción de reintegración, al excederse el plazo de dos años que prevé el apartado primero del art. 71 del la Ley Concursal. Y desde luego, lo que no podemos hacer es suplantar la voluntad de la parte cumplidora del contrato, la vendedora, quien no ha planteado las acciones derivadas del art. 1124 CC.
En definitiva, la acción regulada en el art. 71.1 de la Ley Concursal, en cuanto aplicada a la cláusula penal objeto de análisis, sólo alcanza a declarar su rescisión y consiguiente ineficacia, por suponer un claro desequilibrio -y por ende resultar perjudicial para la masa activa de la concursada- en caso de resolución del contrato de compraventa. Pero no a la condena de la vendedora al reembolso del precio ya pagado en una compraventa perfectamente válida y eficaz.
O dicho de otro modo. No puede haber un reembolso de prestaciones porque no hubo intercambio de las mismas como consecuencia del acto jurídico o pacto que ahora se rescinde.”: SAP Segovia (Sección 1) 18.02.2014 (Sentencia 20/2014; Rollo 9/2014)

1.2 Importe pagado para cancelar cargas de la finca adquirida mediante la dación en pago rescindida: no es crédito contra la masa derivado de la rescisión sino crédito concursal

AP Castellón

“PRIMERO La administración concursal de la mercantil Vasari Hispania S.L. planteó demanda de reintegración, solicitando se declare la ineficacia de la dación en pago de deuda realizada por Vasari Hispania S.L. a favor de Unisan XXI S.A., de la finca registral nº 14.025, reintegrándola al patrimonio de la primera y que como contraprestación nazca el derecho de crédito ordinario de Unisan XXI S.A. frente a Hispania S.L. y por el valor dado en su día a la finca, 285.294'70 ?, ordenando su debida anotación en el Registro de la Propiedad.
Por su parte la representación de Unisan XXI S.A. se opuso a la demanda y formuló demanda reconvencional de forma que solicitaba que si no se desestimaba la demanda, con carácter subsidiario, se le reconociera como créditos subsistentes contra la masa de la entidad concursada el de 474.484'69 ? por la deuda origen de la dación en pago, 60.000 ? por el pago efectuado al Banco Popular y 20.000 ?, por el pago efectuado a la empresa Estructuras y Placas S.L.
El Juez Mercantil estimó parcialmente la demanda y declaró la ineficacia de la cesión de la finca, ordenando su restitución a la masa activa de la concursada y que Unisan XXI S.A. figurara en la lista de acreedores con un crédito ordinario por importe de 447.484'69 ?.
Interpone recurso de apelación la mercantil Unisan XXI, S.A. (…) y alega igualmente la infracción delartículo 73 de la Ley Concursal, de forma que si se mantuviera la estimación de la demanda, se añadan como créditos contra la masa, además del admitido por el Juez de instancia, el de 60.000 ? pagados al Banco Popular por el alzamiento del embargo que pesaba sobre la finca registral y la de 20.000 ? pagados por el levantamiento de la hipoteca constituída sobre esa finca (…)
Procede por ello rechazar también este segundo motivo del recurso y entrar en el examen del tercero de los en el que se denuncia la infracción delartículo 73 de la Ley Concursal, exponiendo haber acreditado que los tres negocios jurídicos se realizaron el mismo día, la dación en pago, con condonación de un crédito litigioso por importe de 474.484'69 ? que es la deuda que ha estimado el Juez Mercantil que debe reconocerse a la empresa Unisan XXI S.A. y también el levantamiento de un embargo del Banco Popular, que gravaba esta finca por importe de 60.000 ? y la cancelación de una hipoteca igualmente existente sobre la misma por importe de 20.000 E, entendiendo que también concurre la necesaria vinculación e interdependencia de negocios jurídicos, de forma que estos dos créditos también deben reconocerse como créditos contra la masa.

Esto no fue estimado en esta forma por el Juez Mercantil que argumenta que se omitió toda mención a esos pagos por tercero en la escritura de dación en pago, no consignándose ninguna interdependencia a la manera de los contratos recíprocos, tratándose de deudas avaladas solidariamente por personas vinculadas directamente a la sociedad, siendo la finalidad la de liberar la finca de toda carga o gravamen, cuestión que expuso atañe al interés del adquirente, debiendo someterse su reconocimiento a las normas generales atinentes a todos los créditos y a las cargas dispuestas legalmente al efecto.
Tales consideraciones las entendemos acertadas ya que si bien es cierto que las tres operaciones tienen una coincidencia respecto a la fecha en que tuvieron lugar, no apreciamos la interrelación que pretende el recurrente, tratándose de una forma de liberar el bien que les era transmitido de las cargas que tenía, sin que dichos pagos tengan relación directa con la dación en pago realizada, sin perjuicio de su reconocimiento en el procedimiento concursal, de acuerdo a las normas generales que afectan al resto de créditos del concurso, sin que podamos estimar que se trata de un derecho a una prestación que resulta como consecuencia de la rescisión, de forma que a los efectos previstos en elartículo 73 de la Ley Concursal deban considerarse por esa razón, créditos contra la masa.": SAP Castellón (Sección 3) 27.04.2009 (JUR 2009/304131; Sentencia 134/2009; Rollo 586/2008)

1.3 Crédito subordinado, no por mala fe sino por serlo el crédito concursal cuyo pago se rescinde, por especial relación con el deudor

AP Oviedo

"CUARTO : El recurso de apelación formulado por la Administración concursal se dirige a atacar el pronunciamiento por el que se declara el derecho a favor de "Elige Tu Viaje, S.L." como un crédito ordinario, pues el Juzgado de lo Mercantil entendió que cuando se suscribió el contrato de regularización y se procedió a la devolución de aquellas cantidades "Elige Tu Viaje, S.L." ya no era socia de la concursada. Frente a ello sostiene la apelante que el origen del crédito es muy anterior al mencionado contrato, limitándose este documento a reflejar la realidad operativa de la relación comercial mantenida entre ambos y a liquidar las relaciones habidas entre ellas en el curso del año natural del 2009, motivo por el cual el crédito debe entenderse nacido cuando menos el último día de este año, es decir el 31 diciembre 2009, y no en la fecha en que se formalizó el repetido documento, siendo así que durante ese año 2009 "Elige Tu Viaje, S.L." mantuvo en todo momento la condición de socia de la concursada con una participación superior al 30% de su capital social, hasta que llegado el 19 enero 2010 procedió a vender íntegramente dicha participación al administrador social de la concursada.
Para la solución de este recurso habremos de partir como premisa inicial que la consecuencia que lleva aparejada para el accipiens la reintegración de un pago, en cuanto que acto de disposición unilateral, no es otra que la de la obligación que surge para el receptor de restituir a la masa el dinero recibido, con los intereses correspondientes, naciendo correlativamente a su favor un derecho de crédito que al haberse generado con anterioridad al concurso tendrá la naturaleza de crédito concursal y la clasificación que le hubiera correspondido en un escenario en que el pago ahora rescindido no hubiera tenido lugar y, por tanto, si hubiera gozado de la oportunidad de comunicar tempestivamente su crédito en el concurso. Efectivamente, el acreedor no pudo comunicar su crédito en aquel momento porque su derecho ha nacido con posterioridad, precisamente como consecuencia del presente pronunciamiento que declara la ineficacia del pago recibido, motivo por el que la Sentencia de reintegración deberá reconocer a su favor el crédito que le corresponda enjuiciado bajo la perspectiva temporal señalada.
Pues bien, en el caso presente las partes firmaron un documento el 29 abril 2010 en cuyo pacto primero exponen que "Hotel Longoria Avenida, S.L." reconoce haber recibido de "Elige Tu Viaje, S.L." durante el ejercicio 2009, como entregas a cuenta de la facturación de la temporada, pagarés de la Caja Rural de Asturias por importe total de doscientos cuarenta y cinco mil euros (245.000 #)" disponiendo seguidamente una serie de regularizaciones en los pagos para acomodar dicho saldo de lo cual resulta finalmente el pago realizado a favor de la Agencia por los 177.819,92 euros. De lo anterior se desprende que el derecho de crédito que titula "Elige Tu Viaje, S.L." había nacido como consecuencia de las aportaciones dinerarias realizadas al Hotel durante el ejercicio 2009, siendo así que durante ese período la acreedora había mantenido su condición de socia de "Hotel Longoria Avenida, S.L." con una participación superior al 30% de su capital social, y ello con independencia de que se desprendiera de dicha participación en el mes de enero del ejercicio 2010 pues lo relevante en aquellos supuestos de vinculaciones personales no permanentes viene a ser el dato de que dicha vinculación exista "en el momento del nacimiento del derecho de crédito", tal y como reza el art. 93-2-1º L.C. tras la reforma introducida por el RDL 3/2009, por lo habiendo nacido el crédito a su favor al finalizar el ejercicio 2009 su clasificación debería ser degradada a la clasificación de subordinado por aplicación del art. 92-5º L.C. Es cierto que la nueva reforma operada por la Ley 38/2011 excluye de la subordinación crediticia (conforme la nueva redacción otorgada al art. 92-5 º L.C.) a "los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican", lo que obligaría a examinar si la aportación dineraria realizada por parte de "Elige Tu Viaje, S.L." obedeció realmente a una financiación encubierta de la concursada, tal y como sostiene el Juez de lo Mercantil. Sin embargo la Disposición transitoria primera de la Ley 38/2011, de 10 octubre, precisa que la reforma en esta materia únicamente se aplicará a "las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor", siendo así que al haber sido presentada la solicitud de concurso el 24 noviembre 2010 y al haberse declarado el concurso de "Hotel Longoria Avenida, S.L." el 27 enero 2011, todo ello con antelación a la entrada en vigor de la reforma, no podrá

resultar de aplicación al caso presente el nuevo régimen establecido, debiendo tener presente además que las reglas de subordinación crediticia no participan de la naturaleza de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos -en cuyo caso podría plantearse efectivamente su aplicación retroactiva- sino que se trata de una consecuencia propia del régimen de graduación o clasificación de créditos característico de toda ejecución colectiva. En definitiva, las razones expuestas conducen a clasificar el crédito de "Elige Tu Viaje, S.L." como subordinado en cuanto que persona especialmente relacionada con el deudor por aplicación de lo dispuesto en el art. 93-2-1º L.C., procediendo en consecuencia el acogimiento del recurso en este extremo.": SAP Oviedo (Sección 1) 10.06.2013 (Sentencia 195/2013; Rollo 449/2012)

1.4 Caso de rescisión de la hipoteca y también del préstamo: crédito concursal y no contra la masa aunque no haya mala fe

AP Alicante

"SÉPTIMO.- Por lo dicho, se accederá a la pretensión de rescisión del préstamo con garantía hipotecaria.
Pretende la administración concursal que el prestamista actuó de mala fe, con lo que, en aplicación del art. 73.3 LC, su crédito debería ser calificado como concursal subordinado. Su mala fe se residencia (folio 11 de la demanda) en que se aprovechó de la situación de crisis empresarial, planteando una operación financiera que no guardaba relación alguna con el plan de viabilidad de la empresa y pactando un valor de subasta de los bienes ridículo.
En primer lugar, no entendemos que la mala fe del prestamista haya quedado acreditada.
Como ha dicho la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre del 2012, *" el art. 73.3 LC, cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores (...) la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico"* (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre) ".
Ello ya lo había dicho este Tribunal en sentencia de 9 de abril del 2008, en la que razonábamos *"...que hay mala fe solo cuando la intervención en el negocio rescindido se ha producido conociendo que se está participando en un acto destinado a causar perjuicio a los acreedores de la contraparte en el negocio. Dicho de otro modo, resulta insuficiente para apreciar mala fe que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza aquél con intención de perjudicar a sus acreedores, esto es, de que lo que se quiere es sustraer bienes en perjuicio de acreedores. Hay pues mala fe en el tercero partícipe en el acto que se declara ineficaz en virtud de una acción rescisoria concursal cuando la parte -de ordinario, el adquirente-, conoce y, conociendo, colabora con el deudor, en la finalidad defraudatoria seguida por éste. Hay mala fe cuando existe un consilium fraudes ".*
El simple conocimiento de la situación de crisis de la sociedad prestataria, y el hecho de que se concertaran garantías exageradas, no constituyen, al entender del Tribunal, datos que permitan colegir la mala fe del prestamista.
De cualquier modo, la cuestión de la buena o mala fe es irrelevante a los fines de la calificación del crédito del prestamista. La rescisión del préstamo garantizado genera la obligación a cargo de la concursada de devolver el capital prestado, sin que sea de aplicación el art. 73.3 LC (" El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado "). Esta norma está concebida para regular las consecuencias de la rescisión de obligaciones que tengan carácter recíproco, de manera que no puede aplicarse al propio capital del préstamo garantizado con la hipoteca también rescindida como no fuera contrariando frontalmente el sentido y la lógica de las acciones de reintegración, pues, de aceptarse esa solución, el éxito de la acción rescisoria haría al acreedor frente al que la misma ha prosperado de mejor condición (crédito contra la masa) que la que tenía antes de su ejercicio (crédito dotado de privilegio especial). Téngase en cuenta que el contrato de préstamo está configurado en nuestra legislación civil como un contrato unilateral, que solo produce obligaciones para el prestatario (mutuario, la de devolver otro tanto igual a la cosa prestada, a la extinción del préstamo, y, en caso de que se haya estipulado, la de pagar el interés previsto) pero no para el prestamista (mutuante), que no tiene obligación alguna en reciprocidad o contraprestación de aquélla.
No se entendería, por fin, que ejercitada la acción por la administración concursal (y que, obviamente, se encuentra presidida por el favorecimiento del interés del concurso) el crédito del prestamista pudiera verse, por mor de la rescisión, catalogado con el tratamiento de crédito contra la masa (dicho sea de paso, esta cuestión no ha sido objeto de debate alguno, pues tampoco fue suscitada por el codemandado).
En definitiva, y en lo que ahora interesa, no se accederá a la petición de que el crédito sea calificado como subordinado.": SAP Alicante (Sección 5) 21.12.2012 (Sentencia 545/2012; Rollo 257/2012)

JM-2 Barcelona

"Por todo ello debe estimarse la demanda, condenando a Don Tomás a que restituya a la masa la cantidad percibida con ocasión del acto impugnado -38.773,13 euros-, sin contraprestación alguna con cargo a la masa. Ello no obstante, atendida la buena fe del demandado, pasará a figura en la lista de créditos por dicho importe como acreedor ordinario. ": Sentencia JM-2 Barcelona 25.02.2005 (AC 2005/535)

1.5 Vinculación de la AC a la (improcedente) calificación como crédito contra la masa solicitada en la demanda, no siendo cuestión de orden público

AP Zaragoza

"DECIMO.-Recurso de la A.C Plantea la modificación de la calificación del crédito de las entidades prestamistas, que considera que debe de ser el de concursal y no de crédito contra la masa.
Un primer óbice a tal pretensión en la segunda instancia es, precisamente, que la propia A.C solicitó en su demanda la calificación como créditos contra la masa, amparándose en los arts 73-3 y 84-2 8º L.C.
Antes de resolver la cuestión procesal que plantea el art 456 LEC, procede adelantar que dichos preceptos están pensados en la rescisión de negocios jurídicos con prestaciones recíprocas. Es decir, que en el momento al que retrotrae el efecto rescisorio cada parte en el negocio devolverá a la otra lo recibido, para reequilibrar patrimonios. Por eso lo que haya de devolver el concursado será crédito contra la masa: inmediatamente restituible.
Pero en los supuestos de préstamos, como el que nos ocupa, la prestamista ha de devolver la indebida cancelación anticipada, retrotrayéndonos al momento de dicho acto declarado infeficaz, en cuyo instante la prestataria no ha de devolver nada, sino recuperar su obligación deudora del pago de las cuotas periódicas. Las cuales tendrán la calificación que proceda. Pero no necesariamente "contra la masa", porque no es el supuesto contemplado en el citado 73-3. No debe dinero alguno la concursada en ese momento, como consecuencia de la " rescisión ", sino como derivado de su recuperada posición de prestatario. En este sentido: S.s.T.S. 3-7-2013, 30-4-2014, S.A.P. Madrid, secc. 28, de 20-4-2012 y 28-1-2013 y SAP Toledo, secc 1ª, de 12-9-2012.
ONCE.-Llegados a esta conclusión es preciso plantearse si resulta posible la estimación del recurso de la A.C..
Su pretensión resulta clara, aunque no esté explícitamente recogida en el suplico de su demanda, pero sí en su fundamento jurídico IV.
Por otra parte, la calificación de los créditos no constituye norma de orden público que obligue a una actuación "ex oficio" de los tribunales, en garantía del interés público concursal. Esto supone la vinculación a los límites procesales.
Y, ciertamente que el art 456 LEC y el concepto de "gravamen", necesario para recurrir, impiden a la A.C. pedir por vía de recurso que se le conceda algo distinto de lo que ha pedido y que le fue dado en sentencia. Tampoco la A.C. puede recurrir sus propias calificaciones, como ya dijo esta sección 5ª en su sentencia 709/07, de 17 de diciembre.
Por lo que procede desestimar el recurso planteado.": SAP Zaragoza (Sección 5) 17.11.2014 (Sentencia 356/2014; Rollo 258/2014)

1.6 Caso en que la prestación de nuevas garantías sustituyó a otras que se cancelaron: deben restituirse con cargo a la masa como efecto legal inherente a la rescisión

Tribunal Supremo

"SEGUNDO. Recurso de casación
1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 73 LC, porque la sentencia recurrida «fundamenta su decisión de no acceder a restituir las reservas de dominio -que en la fundamentación jurídica reconoce que fueron previamente constituidas y posteriormente novadas por las hipotecas cuya ineficacia ha sido declarada-, so pretexto de que dicha solicitud no fue realizada en la instancia (...). Este pronunciamiento vulnera la consolidada jurisprudencia sobre el carácter ex lege subsiguiente a la rescisión de las obligaciones contractuales, por cuanto se refiere al régimen legal establecido para los efectos propios de la declaración de nulidad de los contratos, que imperativamente procede aplicar, aún sin que medie postulación expresa, por remisión al principio general iura novit curia. Así mismo resulta contrario a la normativa legal específica en materia concursal, referente a las consecuencias derivadas de la rescisión de obligaciones contractuales establecida en el art. 73 de la Ley Concursal ».
Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.
2. Estimación del motivo. Conforme al art. 73.1 LC, el efecto legal consiguiente a la rescisión de un acto de disposición es la «ineficacia del acto impugnado» y la condena «a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses».
Bajo esta regulación legal, el alcance de los efectos de la rescisión concursal va a depender del acto de disposición que sea objeto de impugnación.
i) Está claro que cuando el acto objeto de impugnación es un contrato con obligaciones recíprocas, la rescisión concursal conllevara la condena de las partes a la restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses. Para estos casos tiene sentido la previsión del art. 73.3 LC, que regula cómo debe realizarse esta restitución recíproca de prestaciones:

«El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado»

La condena a la restitución de prestaciones es consiguiente a la rescisión, sin que la demandada, contraparte en el negocio objeto de rescisión, para que se cumpla con la previsión del art. 73.3 LC tenga que solicitarlo en su contestación. La condena a la restitución recíproca de prestaciones y el derecho de la contraparte a que se le restituya su prestación es un efecto legal consiguiente a la rescisión del contrato bilateral.

ii) Cuando lo que se impugna es un acto unilateral, como puede ser el pago, es jurisprudencia que la rescisión no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación que se pretende satisfacer con el pago, sino tan sólo la ineficacia del pago y la obligación de restituir a la masa la suma percibida, sin perjuicio de que, si el pago era debido, renazca aquel crédito cuyo impago se impugna, que deberá ser objeto de reconocimiento como crédito concursal:

«La rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal» (STS 100/2014, de 30 de abril, que recoge la doctrina formulada en la STS 629/2012, de 26 de octubre).

Si el acto objeto de impugnación es la constitución de una o varias garantías reales, y la impugnación no afecta al nacimiento de la obligación garantizada, la rescisión provoca la ineficacia de la garantía, siempre que con ello se resarza el perjuicio ocasionado a la masa.

«(C)uando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción» (STS 100/2014, de 30 de abril).

Por otra parte, «en los casos en que la finca hipoteca hubiera sido enajenada antes de la declaración de concurso, y por ello o no pudiera ya ser cancelada la hipoteca o con dicha cancelación no se reparaba el perjuicio ocasionado en su día, al tiempo de constituir la garantía para la deudora hipotecante y luego concursada, en ese caso, el efecto de la rescisión no puede ser su cancelación, pues con ello no se satisface el interés de la masa con la rescisión concursal en la medida en que el bien gravado no forma parte de la masa activa. Tampoco procede en estos casos, como pide la demanda, la declaración retroactiva de nulidad de todos los asientos posteriores a la constitución de la hipoteca objeto de rescisión, ni tampoco la nulidad de la ejecución hipotecaria, en la medida en que la rescisión es una ineficacia funcional y no opera ex tunc.

»No siendo posible la cancelación de la hipoteca, como efecto consiguiente a la rescisión, la beneficiaria de la garantía debería restituir a la masa el importe de la deuda de la concursada que se cubrió con la constitución de la garantía, siempre que no conste que el valor de la garantía era inferior (en atención al valor de realización del bien en ese momento). Ese sería, de forma orientativa, el desvalor sufrido por el bien hipotecado, cuando se realizó el acto objeto de rescisión, que es la constitución de la hipoteca, y que debió ponerse de manifiesto al tiempo de enajenarse el bien hipotecado (...), cuyo valor se vio minorado por la deuda garantizada» (STS 143/2015, de 26 de marzo).

3. A la vista de lo expuesto en el apartado anterior, es preciso aclarar cuáles fueron los actos de disposición sobre los que se pidió la rescisión concursal. Son los relativos a la constitución de las hipotecas que garantizaban las obligaciones refinanciadas y que sustituían a las originarias garantías, las reservas de dominio sobre los vehículos cuya adquisición se financiaba por Fce Bank.

El propio tribunal de instancia, al razonar la existencia del perjuicio, admite que existió una novación de los originarios contratos de financiación y que por ello se convino también la sustitución de las originarias garantías, las reservas de dominio, por otras garantías más consistentes, en concreto, las hipotecas inmobiliarias cuya rescisión se pide. De tal forma que resulta lógico que si el acto de disposición objeto de rescisión consiste en la sustitución de una originaria garantía, que se califica de más débil, por otra, que se considera más consistente, el efecto de la rescisión previsto en el art. 73 LC no sea la mera cancelación de las hipotecas, sino que también alcance a la rehabilitación de la reserva de dominio. Sin perjuicio de que la imposibilidad de restituir estas reservas de dominio sobre los vehículos pueda transformarse en una restitución por equivalencia, mediante el pago del importe de aquellas garantías (las reservas de dominio) al tiempo en que se dejaron sin efecto como consecuencia de la constitución de las hipotecas, el 29 de diciembre de 2003.

Es cierto que, en otras ocasiones, hemos declarado que el efecto consiguiente a la rescisión de una hipoteca es, ordinariamente, su cancelación (STS 100/2014, de 30 de abril), en la medida en que se trata de un acto unilateral.

Pero este no es el caso, ya que en el presente la constitución de las hipotecas por el posteriormente declarado en concurso estaba ligada a que la financiadora levantara las garantías de las reservas de dominio. No estamos ante un acto estrictamente unilateral, por lo que la rescisión alcanza del mismo modo a la constitución de las hipotecas que a la reposición de las reservas de dominio.

4. Como ya hemos razonado en el apartado anterior, se trata de un efecto legal consiguiente a la petición de rescisión del acto objeto de impugnación, razón por la cual debería haberse acordado en la sentencia de primera instancia al estimarse la acción rescisoria. Por ello, la demandada estaba legitimada para recurrir la sentencia de primera instancia por una aplicación indebida de los efectos de la rescisión y el tribunal de apelación debió haber admitido este extremo de la apelación.

En consecuencia, estimamos el recurso de casación y modificamos la sentencia de apelación, en el sentido de estimar en parte el recurso de apelación y acordamos como efecto consiguiente a la rescisión de las escrituras de constitución de las hipotecas inmobiliarias, la restitución de las garantías originarias, las reservas de dominio sobre los vehículos.": STS 04.11.2016 (Sentencia 654/2016; Recurso 679/2014)

2. "… que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido …"

AP Oviedo

"Nada de lo anterior concurre en el caso presente, pues la Administración concursal silencia tal planteamiento en el cuerpo jurídico de su escrito rector y en cuanto al suplico se limita a solicitar la rescisión y consiguiente declaración de ineficacia de la operación impugnada, lo que se traduce en el vicio deincongruencia ultrapetita en que ha incurrido la Sentencia apelada al haber apreciado que "Socreas XXI, S.L." ha actuado con mala fe, procediendo por ello revocar la recurrida en este punto. La consecuencia de lo anterior será que la prestación que resulta a favor de la compradora "tendrá la consideración de crédito contra la masa que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido", según dispone elart. 73-3 L.C., por lo que la subrogación hipotecaria -prestación convenida como precio de la compraventa- deberá volver a su situación inicial, para lo cual deberá otorgarse nueva escritura e inscripción registral a tal efecto entre las partes contratantes de la compraventa, todo ello simultáneamente a la reintegración. De ello se deriva además otra consecuencia, cual es que el crédito que la entidad acreedora Cajamadrid pudiera tener reconocido en el concurso deberá recuperar la naturaleza de crédito con el privilegio especial que señala elart. 90-1-1º L.C. al venir afectado a la garantía hipotecaria del préstamo un bien integrante de la masa del concurso. Y por lo que se refiere a los gastos derivados de la restitución recíproca de las prestaciones, cabe señalar que cada de una de las partes deberá asumir los que se correspondan a la prestación que a ella le incumbe restituir, conforme a la regla de intercambio de prestaciones señalada en elart. 73-1 L.C. Así los gastos notariales y registrales para devolver la finca a la titularidad de la concursada deberán correr por cuenta de la compradora "Socreas XXI, S.L.", por ser ella quien debe llevar a cabo tal devolución, mientras que los gastos notariales y registrales para dejar sin efecto la novación en el préstamo hipotecario deberán correr a cuenta de la concursada, pues de igual manera es a ella a quien le incumbe devolver el precio.": SAP Oviedo (Sección 1) 03.03.2011 (Sentencia 116/2011; Rollo 223/2010).

JM-1 Alicante

"22. En cuanto al deber de devolución, este deriva del art. 73.1 LC, como efecto de la ineficacia, por lo que en caso de estimarse está y acordarse la reintegración, entiendo que es pronunciamiento que debe contener la sentencia, aunque el demandado no interese nada al respecto, abarcada por el principio iura novit curia. Es decir, se trata de un deber de restitución que nace de la Ley y no necesita petición expresa, tal y como ha venido entendiendo la jurisprudencia en interpretación del art. 1303 (Sentencias de 24 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1513], de 11 de febrero de 2003 [RJ 2003, 1004], de 20 de junio de 2001 [RJ 2001, 4346], entre otras) cuya ratio se considera aplicable, máxime cuando la satisfacción de esa contraprestación se eleva a condición para la efectiva reintegración (art. 73.3 LC). ":SJM-1 Alicante 05.05.2008 (AC 2008\1086; Sentencia 59/2008; Incidente Concursal 637/2007)

2.1 Caso sui generis

AP Murcia

"PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia desestima en su integridad la acción de incidente concursal ejercitada por la sociedad actora "Murciana de Mezclas Bituminosas" S.L., contra los demandados, la Administración Concursal de la mercantil DG Asfaltos S.A. y la propia concursada, tendente a que se acuerde el cumplimiento y ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia nº 384/2010 de 29 de septiembre, que declaraba la rescisión del contrato de arrendamiento de industria suscrito entre ambas sociedades con restitución simultánea de las prestaciones objeto del mismo y que por tanto se condene a los co-demandados al pago a la actora en concepto de crédito contra la masa, de la cantidad de
340.000 # abonados como arrendamiento, o subsidiariamente en caso de imposibilidad de devolución de esa cantidad, que se declare el mantenimiento y vigencia del referido contrato de arrendamiento de industria con inmediata restitución a la actora en el uso de las instalaciones arrendadas.
La sentencia de instancia desestima la demanda, con fundamento en la inexistencia de liquidez de la concursada para realizar dicho pago y desestima a su vez la petición subsidiaria, de un lado, por considerar imposible o de extrema dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución, ya que la liquidación ya iniciada de la concursada resultaría muy perjudicada y, de otro lado, por el propio interés del concurso.
La mencionada sociedad actora muestra su disconformidad con el referido pronunciamiento judicial e interesa su revocación por entender que la sentencia infringe el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales previsto en el artº. 18 de la L.O.P.J. Se alega asimismo la nulidad de pleno derecho de la sentencia por vulneración de las normas que rigen la ejecución de la sentencia.
SEGUNDO.-Concretadas en los indicados términos las cuestiones impugnatorias suscitadas en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que no asiste razón a la mercantil

recurrente en las pretensiones que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.
Se pretende, a través de la acción ejercitada en estos autos, que se de cumplimiento efectivo a las consecuencias jurídicas derivadas de la sentencia nº 384/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia, que declaró la rescisión del contrato de arrendamiento de industria suscrito entre la actora y la concursada. En concreto se solicita, de conformidad con lo dispuesto en el artº. 73.3 de la L.C., la restitución simultánea de las prestaciones y específicamente la devolución por la concursada, DG Asfaltos S.A., a "Murciana de Mezclas Bituminosas" S.L., como crédito contra la masa, la cantidad de 340.000 # abonada en concepto de dicho arrendamiento.
La desestimación de dicha pretensión ejecutiva por las razones jurídicas anteriormente expuestas, ha determinado la discrepancia de la actora con tal pronunciamiento, mediante la alegación de los dos motivos de recurso antes señalados.
El primero de ellos se fundamenta en la infracción del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales.
Y es lo cierto que en este caso, la sentencia de instancia, al no acceder a la devolución de la prestación antes citada por la situación de iliquidez de la concursada, incursa en fase de liquidación, no vulneraría dicho principio de intangibilidad. Y tampoco lo haría al no estimar la pretensión alternativa de la demanda consistente en el mantenimiento de la vigencia del contrato rescindido.
Hemos de tener en cuenta la existencia en este caso de distintas circunstancias de interés. De un lado, el hecho de que la actora, como consecuencia de la rescisión, no ha tenido que realizar ningún acto de entrega en favor de la concursada, ya que las instalaciones objeto de arrendamiento se encontraban ya en posesión de la misma, lo que sin duda incidiría en lo dispuesto en el artº. 73.3 de la L.C., y por tanto en la correspondiente reciprocidad de las prestaciones. De otro lado, el hecho de la situación concursal de DG Asfaltos S.A., y más concretamente la fase de liquidación en que se encuentra dicho concurso unido ello a que los bienes integrantes del arrendamiento se corresponden casi en su totalidad con los bienes sujetos a liquidación, por lo que la pretensión alternativa planteada (vigencia del contrato rescindido) resultaría gravemente perjudicial para la liquidación ya en marcha, como en efecto ya había declarado la sentencia incidental rescisoria. Y finalmente, que la Administración Concursal tiene reconocido en sus textos definitivos el citado crédito contra la masa cuya reclamación se pretende en esta "litis".
Asiste razón por ello al Juzgador de instancia cuando, en atención a esta serie de circunstancias declara que no cabría aceptar la prevalencia del artº. 73.3 de la L.C., sobre el propio interés del concurso y por tanto tampoco esa alegada naturaleza especial del crédito contra la masa objeto de ejecución, cuya satisfacción no quedaría sujeta a las reglas generales de pago de los créditos contra la masa.
En atención a todo lo expuesto, cabe afirmar que la sentencia de instancia con la decisión que adopta y que ahora ratificamos en esta apelación, no infringe el cuestionado principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales.
Procede su desestimación.
TERCERO.-En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos con respecto al siguiente motivo de recurso referido a la pretendida nulidad de la sentencia por haber sido dictada prescindiendo de las normas procesales que rigen la ejecución de sentencia.
Se alega que la negativa del Juzgador a despachar la ejecución solicitada carece de amparo legal e infringiría por tanto las correspondientes normas de ejecución, con los siguientes perjuicios que conlleva.
Sin embargo entendemos que tal motivo de recurso debe desestimarse.
En este sentido cabe reiterar los mismos argumentos contenidos en el precedente Fundamento de Derecho, y en especial las distintas circunstancias extraordinarias que concurren en este caso. Téngase en cuenta, en efecto, que la pretendida restitución del contrato de arrendamiento de industria que solicita la recurrente, dada la actual iliquidez de la concursada, afectaría de modo muy grave a la marcha de la fase de liquidación ya iniciada. Obsérvese, que de esta manera, que conllevaría la constitución de un importante gravamen sobre los bienes objeto de liquidación, resultarían seriamente perjudicadas las posibles operaciones de venta de dichos bienes, que como antes decíamos se corresponden prácticamente en su totalidad con los que formarían parte del arrendamiento cuya vigencia se solicita, afectando directamente al derecho de los acreedores al cobro de sus créditos, y por tanto también al derecho de la recurrente "Murciana de Mezclas Bituminosas" S.L.
Es evidente, en consecuencia, que los graves problemas e inconvenientes que surgirían en los términos expuestos de aceptar la alegada vigencia del contrato de arrendamiento de referencia habría determinado la aplicación en su caso de la causa de oposición a la ejecución provisional prevista en el artº. 528.2.2º de la LEC, como en efecto, así se afirma en la sentencia de instancia, dada la extrema dificultad que conllevaría restaurar la situación anterior a dicha ejecución.
En definitiva, por tanto, cabe afirmar que la cuestionada decisión de la sentencia de instancia, no resultaría infractora por los motivos expuestos de las reglas referentes a la ejecución de las resoluciones judiciales, ni determinaría la producción de perjuicio alguno para la parte actora.
Por todo lo argumentado y con reiteración de los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, procede la desestimación del presente recurso. ":SAP Murcia (Sección 4) 21.11.2013 (Sentencia 686/2013; Rollo 619/2013)

3 "… salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor …"

3.1 Concepto de mala fe a estos efectos

Tribunal Supremo

“El hecho de que el art. 73.3 LC prevea la calificación del crédito concursal como subordinado de apreciarse mala fe en el acreedor no genera ninguna cuestión en el motivo, porque éste basa su impugnación en la existencia del hecho normativo de la mala fe. De ahí que la cita como infringido de dicho precepto legal sea en la perspectiva del presupuesto de recurribilidad meramente artificiosa o instrumental.
Aparte de ello, incluso deteniendo la atención en el examen de la concurrencia o no de la mala fe, debe decirse: a) que la apreciación de la situación fáctica de la que se deriva la significación jurídica al respecto no es cuestionable en casación, en cuyo recurso no cabe traer a colación la hipotética infracción de preceptos procesales como los invocados en el motivo; y, b) que carece de sustento la alegación del motivo relativa a una supuesta falta de base fáctica en la sentencia recurrida para apreciar la mala fe, pues, entre otras alusiones, en el fto. de dº. quinto, B, ap. 4) se hace referencia a que La Caixa actuó a sabiendas de la delicadísima situación financiera de los concursados individuales y de la entidad concursada, y en el mismo fto., ap. 10, se afirma que La Caixa conocía sobradamente al contratar la insolvencia de los concursados; y si bien es cierto que para declarar la existencia de mala fe ex art. 73.3 LC no se estima suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia, sin embargo, en el caso, dadas las demás circunstancias concurrentes en la operación, ya aludidas, cabe considerar justificada la apreciación de la resolución recurrida. La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico.”: STS 16.09.2010 (Sentencia 548/2010; Recurso 1924/2006)

“NOVENO.-En el motivo tercero se denuncia infracción de los artículos 71.1, 73.3 y 92.6 de la Ley Concursal.
En el cuerpo del motivo se plantean cuatro cuestiones que se examinan con independencia pero que se dirigen a combatir la apreciación de existencia de mala fe en Opcions y Promociones Inmobiliaries Avant,
S.L. y, como consecuencia, excluir la calificación del crédito en el concurso como subordinado.
La primera cuestión se refiere a la declaración de mala fe respecto de AVANT, S.L. Efectivamente, como sostiene la parte recurrente, la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3, "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores. Pero tales presupuestos concurren en el caso. Así lo declara el Juzgador de 1ª Instancia -"hay dos datos (dice) que ponen de manifiesto la mala fe de los compradores, es decir, que los mismos eran conscientes de la grave crisis económica de la empresa y del perjuicio que podían sufrir el resto de los acreedores"-; así lo admite la de apelación; y, en cualquier caso, claramente se deducen ambos presupuestos de los hechos. Por otro lado, las diversas circunstancias concurrentes revelan que, con la compraventa a un precio notablemente más bajo del valor de mercado, al tiempo que se perjudica el patrimonio de la sociedad, se beneficia a una entidad, Avant, de la que el socio Dn. Benito es un importante acreedor de ESTUDIO, y en cuya sociedad se efectúa una operación de ampliación de capital para que entrasen a formar parte los hijos del Sr. Juan Manuel, precisamente administrador y socio único de la vendedora, ESTUDIO, lo que supone una conducta que, en un aspecto objetivo, complementario de los presupuestos subjetivos expresados, merece la repulsa ética en el tráfico jurídico, y la sanción adoptada.
La segunda cuestión que se plantea se refiere a que de la interpretación conjunta de los arts. 71 y 73.3 LC se deriva que la mala fe determinante de la conversión del crédito en subordinado únicamente puede darse en los supuestos segundo y tercero de dicho artículo 71, pero en ningún caso en el supuesto del art. 71.1 LC. La alegación carece de fundamento alguno. No tiene ningún sentido que si se prueba el perjuicio (sin necesidad de presunción) no quepa apreciar mala fe, y, en cambio, si no se prueba, pero se presume, sí. La referencia del art. 71.1, inciso final, a "aunque no hubiere existido intención fraudulenta" tiene carácter general y significa que la acción de reintegración, si bien requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, no precisa que haya el ánimo o propósito de defraudar.
La tercera cuestión se resume en que tanto la sentencia de primera instancia como la de la apelación prescinden de un circunstancia esencial tanto para calificar la conducta de AVANT -la recurrente-cuanto para la exclusión de cualquier perjuicio derivado de la mala fe de comprador y vendedor: la cancelación en fecha inmediatamente posterior a la venta de las dos hipotecas que gravaban la finca [hay que entender las fincas], actuación que es incompatible con la mala fe declarada en la sentencia se primera instancia y confirmada en la de segunda instancia.
La alegación se desestima por razones formales y de fondo. En la primera perspectiva el propio recurrente no advierte que está planteando en casación una cuestión de forma "per saltum", pues no consta denunciada en apelación la omisión de tratamiento en la Sentencia de primera instancia, y tal modo de proceder viene vedado por reiterada doctrina de esta Sala. En cualquier caso, a mayor abundamiento, desde la óptica de fondo, también debe rechazarse el motivo, dado que la recurrente retuvo una parte del precio para hacer efectivos los préstamos que garantizaban dichas hipotecas, y, por otro lado, no cabe olvidar que las cargas se cancelaron después de declarado el concurso con lo cual no se toma en cuenta la posibilidad de paralización de ejecución de garantías reales ex art. 56 LC.
Por último, se aduce que la declaración de subordinado del crédito de la demandada recurrente produce un enriquecimiento injusto para la masa del concurso, alegación que no cabe aceptar por ser novedosa, e inconsistente dado lo razonado anteriormente, y que, además, no se aviene con lo dispuesto en la ley al respecto -argumento que por esencia excluye la doctrina invocada-.”: STS 27.10.2010 (Sentencia 662/2010; Recurso 10/2007)

“La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.
El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre).
“:La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.
El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre).
(...)
Cuestión distinta es que, en realidad, en el presente caso hubiera existido mala fe, pues para su apreciación la Audiencia se basa en la mera conciencia por parte de la compradora de la situación de grave falta de liquidez por la que atravesaba la compradora, de que por el precio pactado realizaba un buen negocio y de que con la compraventa se podrían perjudicar los acreedores de la vendedora, que se desprendía del principal activo. Y, como advertíamos antes, era necesario un plus: que la conducta de la compradora fuera "merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre).
Pero como el único recurso admitido fue el formulado por Amalgama de Espacios más Conceptos, S.L., que no cuestiona la apreciación de la mala fe de quien contrató con la deudora concursada, no cabe ahora revisar este extremo de la sentencia recurrida.”: STS 07.12.2012 (Sentencia 723/2012; Recurso 1057/2010)

“DUODÉCIMO.- Formulación del segundo motivo del recurso de casación. 1.- El epígrafe de este último motivo es el siguiente:
«Recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción, por indebida aplicación, del artículo 73.3 LC, en su modalidad de interés casacional, por errónea apreciación de la mala fe en el acreedor e indebida subordinación de su crédito restitutorio, en el hipotético caso de que por desestimación del motivo de recurso contenido en el apartado anterior se mantuviese el pronunciamiento rescisorio de la operación de préstamo con garantía hipotecaria tantas veces repetida. La sentencia de apelación se opone a la jurisprudencia del Alto Tribunal, reflejada en sentencia de fecha 16/09/2010, Pleno, recurso 1924/2006, ponente Corbal Fernández, Jesús; así como en Sentencia Sala Primera de fecha 7/12/2012, recurso 1057/2010, ponente Sancho Gargallo, Ignacio».
2.- En este motivo, la recurrente cuestiona la apreciación de la existencia de mala fe en el acreedor, CIB, hecha por la Audiencia Provincial, que ha determinado que el crédito de restitución del importe del préstamo haya sido calificado como subordinado y haya sido excepcionado de la regla de la simultaneidad de la restitución. Manifiesta que el hecho de conocer la comprometida situación económica de la prestataria, o carecer de la condición de entidad financiera, no supone haber incurrido en mala fe. Según la recurrente, la sentencia de la Audiencia Provincial no se ajustaría a la jurisprudencia de esta Sala, que ha exigido el cumplimiento de un presupuesto objetivo y otro subjetivo para la apreciación de la mala fe en aquel contra el que se ejercita la acción de reintegración concursal.
DECIMOTERCERO.- Decisión de la Sala. La mala fe en la reintegración concursal. 1.- En la sentencia 723/2012, de 7 de julio, declaramos:
«La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.
»El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
»Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre)».
2. La trascendencia de que concurra mala fe en la acreedora hipotecaria cuando se acuerda la rescisión del préstamo hipotecario por estimarse la acción de reintegración concursal, consiste en que se excepciona la regla de la simultaneidad en las restituciones que sean consecuencia de la rescisión, prevista como regla

general en el art. 73.3 de la Ley Concursal, puesto que el crédito del acreedor de mala fe no tendrá la consideración de crédito contra la masa, cuya satisfacción ha de ser simultánea a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, sino que se considerará crédito concursal subordinado, como prevé el último inciso de ese precepto legal.
3. En el proceso del que proviene este recurso, como ya se ha expuesto, se planteó una controversia entre dos versiones muy distintas del negocio cuya rescisión se solicitó en la demanda. Mientras que CIB alegó que se había tratado de una refinanciación a través de una operación puente, la administración concursal demandante mantuvo que se trató de una operación orquestada por los dos consejeros delegados de Socotherm España (que aportaron, a través de una sociedad, 500.000 euros a CIB, que cedió parte del crédito a dicha sociedad de la que eran titulares los citados consejeros delegados), confabulados con CIB, para forzar a la matriz a venderles la sociedad, mediante la constitución de una hipoteca sobre la totalidad de los inmuebles e instalaciones de Socotherm España en garantía de un préstamo por una cantidad que era insuficiente para solucionar los problemas de liquidez de esta entidad pero que por la brevedad del plazo de devolución, nueve meses, dicha entidad no podría devolver por lo que CIB podía iniciar la ejecución hipotecaria sobre todo este patrimonio inmobiliario de Socotherm España.
Los tribunales de instancia, al valorar las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas a su instancia, admitieron como cierta la tesis sostenida por la administración concursal.
4. Sentado lo anterior, los datos relativos al conocimiento de la situación comprometida de la deudora, o que CIB no era una entidad financiera, no pueden tomarse como datos aislados puesto que, por sí solos, no son determinantes de la existencia de mala fe en la prestamista. Se trata de dos aspectos que, junto con los demás a que se ha hecho referencia, configuran una situación en la que concurren los dos elementos necesarios para que pueda apreciarse mala fe, el elemento subjetivo, consistente en la conciencia de que se está agravando la situación económica del deudor y, con ello, se está afectando negativamente a los demás acreedores y debilitando notoriamente la efectividad frente al deudor de los derechos ajenos de esos otros acreedores, y el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que esta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico (sentencias de esta Sala 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, y 723/2012, de 7 de diciembre).
Por lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.”: STS 05.04.2016 (Sentencia 211/2016; Recurso 2799/2013)

AP Alicante

“CUARTO.- En la última alegación de los recursos se impugna la apreciación de la mala fe imputable a la mercantil "Calzados Blay, S.L." y la aplicación de lo dispuesto en elartículo 73.3 de la Ley Concursal.
Igual suerte desestimatoria ha de correr esta alegación si atendemos a las siguientes circunstancias: 1.-) la concursada, antes de la ampliación de capital, era socia de la mercantil "Calzados Blay, S.L." detentando el 50% de su capital; 2.-) el administrador de "Calzados Blay, S.L." es el esposo de la concursada; 3.-) la concursada era avalista o fiadora solidaria de "Calzados Blay, S.L." en distintas pólizas destinadas a su financiación y concertadas con entidades de crédito; 4.-) tras la aportación de las cinco fincas en concepto de contravalor de la ampliación de capital, la concursada, como avalista o fiadora solidaria, carece de patrimonio con el que poder atender las reclamaciones de los acreedores de la sociedad; 5.-) la aportación de las cinco fincas de la avalista al patrimonio de la sociedad disminuye las posibilidades de satisfacción de los derechos de crédito de las entidades de crédito cuya satisfacción se aseguraba con el patrimonio de la avalista; 6.-) las entidades financieras, como acreedores de la sociedad (deudora principal), en el caso de no accederse a la rescisión, deberían repartir el líquido obtenido tras la realización de los inmuebles aportados con otros acreedores que carecían de la garantía del patrimonio de la concursada.
En conclusión, la mercantil "Calzados Blay, S.L." no podía desconocer que con la aportación de las cinco fincas al patrimonio social se perjudicaba las posibilidades de cobro de los acreedores que tenían garantizado su crédito con el patrimonio de la concursada al ser avalista de las operaciones de financiación, careciendo de relevancia cuál fue la supuesta real intención de las partes en el momento de acordar la aportación de las fincas al patrimonio social.”: SAP Alicante (Sección 8) 14.02.2008 (JUR 2008/166965) (Rollo 33/2008)

“OCTAVO El siguiente motivo de crítica a la Sentencia del Juez de lo Mercantil viene referido a la apreciación de mala fe en los adquirentes e infracción del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
El motivo se estima.
Dice el apelante que resulta admisible, por no ser ilógico, que los lazos familiares de los compradores [descendiente y cónyuge] con la vendedora les permitieran conocer su calidad de socia de la mercantil Calzados Blay, SL y Biviel Internacional, SL, que como tal, hubiera tenido que avalar operaciones de esas mercantiles frente a entidades bancarias y además, se admitió por los compradores que conocían por la Sra. L. que las mercantiles estaban en crisis. Pero lo que no es admisible es afirmar que con la operación de compra se conocía que se estaba produciendo una situación insolvencia de aquella que, en todo caso, no sería cierta al tiempo de esa operación.
Ciertamente, la mala fe no se presume y por tanto, quien ejercita la acción de rescisión, debe probarla, teniendo en cuenta que la mala fe (como la buena fe), es un concepto jurídico que se apoya en una conducta que ha de ser deducida de los hechos (Sentencias de 22-10-1991 [RJ 1991, 7234], 12-3-1992 [RJ 1992, 2172], 9-10-1993 [RJ 1993, 8174], 8-6-1994 [RJ 1994, 4905] y 10 de julio de 2001 [RJ 2001, 5150]). Por tanto, resulta preciso determinar qué se entiende por mala fe en el específico perímetro de las acciones rescisorias concursales porque, en función de la noción que tengamos de ella, el reproche será más o menos extenso.

Pues bien, entiende el Tribunal que la mala fe que se requiere para agravar las consecuencias de la estimación de una acción rescisoria frente a los terceros condenados a la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado (condenándole a indemnizar daños y perjuicios en caso de no poder restituir la prestación in natura y calificando el derecho de crédito que dimane de la prestación a que se tenga derecho como crédito concursal subordinado -art. 73-2-3 LC - se debe construir, partiendo de la objetividad con que se construye y fundamenta el sistema rescisorio concursal -art. 71-1 in fine LC -, a partir del artículo 1298 Código Civil y, por tanto, adicionando un particular dolo a la conducta negocial del tercero con ocasión del acto declarado ineficaz, ello en el sentido de entender que hay mala fe solo cuando la intervención en el negocio rescindido se ha producido conociendo que se está participando en un acto destinado a causar perjuicio a los acreedores de la contraparte en el negocio. Dicho de otro modo, resulta insuficiente para apreciar mala fe que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza aquél con intención de perjudicar a sus acreedores, esto es, de que lo que se quiere es sustraer bienes en perjuicio de acreedores.
Hay pues mala fe en el tercero partícipe en el acto que se declara ineficaz en virtud de una acción rescisoria concursal cuando la parte -de ordinario, el adquirente-, conoce y, conociendo, colabora con el deudor, en la finalidad defraudatoria seguida por éste. Hay mala fe cuando existe un consilium fraudis.
Pues bien, y partiendo de dicho concepto resulta que en el caso no existe prueba de mala fe ya que en realidad toda la argumentación de la resolución de instancia se sustenta sobre la relación familiar, que conforma la presunción de perjuicio -art. 71-3- pero no de fraude -art. 71-1-, con lo que no basta per se, para construir la mala fe, tanto más cuando no hay prueba que con la compraventa la vendedora quedara en situación de insolvencia, estando documentado al contrario que son operaciones posteriores las que completan el vaciado del patrimonio de la Sra. Asunción. Y desde luego no hay prueba alguna, salvo la que quisiéramos presumir a partir de la relación familiar, de que los adquirentes tomaran parte, conociendo, en una operación global y estratégica de la vendedora destinada a perjudicar a sus acreedores.
En conclusión, no cabe negar, porque es hecho reconocido, que los adquirentes conocían la situación de crisis en que se producía la transmisión, por bajo precio, de los inmuebles, pero en absoluto puede afirmarse que su actuación lo fuera con intención de perjudicar a los acreedores o que al menos, conocieran que aquella actuaba con esa intención. Incluso las circunstancias concurrentes, esto es, el que fueran ocupantes ya antiguos de la vivienda, que era su domicilio habitual, permite concluir que la adquisición era para ellos un medio de adquirir propiedad a buen precio en atención a las necesidades del vendedor, al que se le paga, como consta acreditado, sin que en ello hubiera disimulo o engaño, y sin que, por tanto, pueda derivarse de una operación de esta índole, connivencia con el vendedor a causar perjuicio a terceros acreedores que, objetivamente sin embargo, acabaron viéndose perjudicados tal y como hemos comentado a la hora de apreciar la concurrencia del elemento objeto de la acción rescisoria concursal.": SAP Alicante (Sección 8) 09.04.2008 (JUR 2008/189071)

"PRIMERO - La cuestión a que se ciñe el recurso de apelación en relación a la acción rescisoria delartículo 71 de la Ley Concursal deducida por la Administración concursal, queda reducida a la concurrencia o no de mala fe en el adquirente, el codemandado Ebcon Partk Gandía S.L. que, allanado a la rescisión, se opuso sin embargo a tal calificación, obteniendo un pronunciamiento judicial favorable que constituye, precisamente, el objeto de impugnación de la administración concursal.
El análisis de la cuestión exige traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre el concepto de mala fe en el ámbito de la rescisión concursal.
La mala fe, obvio es decirlo, no se presume y por tanto, quien ejercita la acción de rescisión, debe probarla, teniendo en cuenta que la mala fe (como la buena fe), es un concepto jurídico que se apoya en una conducta que ha de ser deducida de los hechos (Sentencias de 22-10-1991 (RJ 1991, 7234), 12-3-199 (RJ 1992, 2172), 9-10-1993 (RJ 1993, 8174), 8-6-1994 (RJ 1994, 4905) y 10 de julio de 2001 (RJ 2001, 5150)). Por tanto, resulta preciso determinar qué se entiende por mala fe en el específico perímetro de las acciones rescisorias concursales porque, en función de la noción que tengamos de ella, el reproche será más o menos extenso.
En relación a esta cuestión, hemos dicho en nuestraSentencia de fecha de 9 de abril de 2008 (JUR 2008, 189071)que la mala fe que se requiere para agravar las consecuencias de la estimación de una acción rescisoria frente a los terceros condenados a la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado (condenándole a indemnizar daños y perjuicios en caso de no poder restituir la prestación in natura y calificando el derecho de crédito que dimane de la prestación a que se tenga derecho como crédito concursal subordinado-art 73-2-3 LC -) se debe construir, partiendo de la objetividad con que se construye y fundamenta el sistema rescisorio concursal-art 71-1 in fine LC-, a partir delartículo 1298 Código Civil y, por tanto, adicionando un particular dolo a la conducta negocial del tercerocon ocasión del acto declarado ineficaz, ello en el sentido de entender que hay mala fe solo cuando la intervención en el negocio rescindido se ha producido conociendo que se está participando en un acto destinado a causar perjuicio a los acreedores de la contraparte en el negocio.
Dicho de otro modo, resulta insuficiente para apreciar mala fe que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza aquél con intención de perjudicar a sus acreedores, esto es, de que lo que se quiere es sustraer bienes en perjuicio de acreedores.
Hay pues mala fe en el tercero partícipe en el acto que se declara ineficaz en virtud de una acción rescisoria concursal cuando la parte -de ordinario, el adquirente-, conoce y, conociendo, colabora con el deudor, en la finalidad defraudatoria seguida por éste. Hay mala fe cuando existe un consilium fraudis.

SEGUNDO - Pues bien, y partiendo de dicho concepto resulta que en el caso no existe prueba de mala fe. Ni el precio de adquisición ni el resto de circunstancias avalan esta tesis.
En efecto, afirma la administración concursal que el precio de adquisición está por debajo del valor de mercado. Para ello, no sólo se desdice (como pone de manifiesto el apelado) respecto del criterio sostenido en la demanda incidental, sino que desprecia sin argumentos, el valor probatorio de la tasación atendida por elJuez de lo Mercantil, tasación que confiere a la finca un valor de 1.819.700euros, acudiendo el recurrente para construir el argumento, no solo a los tratos preliminares al negocio de transmisión -cuyo valor jurídico no se alcanza- sin valorar sus circunstancias sino, especialmente, a una serie de elementos accesorios a la propiedad transmitida que, sin razón objetiva (prueba) alguna, son calificados como "costosas instalaciones", obviando además las circunstancias urbanísticas que afectaban al terreno, apreciadas también por el Juez, para desconsiderar el dato del precio como indicio de mala fe al entender ajustado al mercado el precio fijado por las partes.
Se aduce en segundo lugar, tras apuntar genéricamente sobre el conocimiento de la adquirente de que la operación perjudicaba a los acreedores y de la crítica situación financiera por la que pasaba la concursada, que en absoluto se prueba ni directa ni indiciariamente, que la forma de pago demuestra que el precio pagado fue sólo de 300.000 euros ya que con el resto se retenía el precio de las garantías reales o gravámenes de esta naturaleza, que pesaban sobre la finca, si bien, y dado que se trataba de préstamos hipotecarios, no había obligación de amortización inmediata, por lo que, a parte de unos embargos por importe superior a los 370.000 euros, el resto podía ser abonado a los vencimientos de los plazos de los créditos garantizados.
El argumento resulta insostenible.
Negar el valor económico sobre el precio fijado del importe de los gravámenes en atención al pacto sobre la forma de satisfacción de los mismos, resulta inaceptable a efectos del pago en relación al valor de la cosa. Es claro que el precio se desembolsa en su integridad en el modo que las partes pactan con perfecta armonía entre el precio pactado y la forma de pago ya que, o se retiene el importe de los gravámenes por el comprador o se extinguen por el vendedor con el importe percibido. Como resulta del propio sistema de venta judicial-art 666 y concordantes LEC - el valor del bien es el resultado de su valor autónomo menos las cargas y gravámenes del bien. Este es el parámetro utilizado por las partes en la forma de pago y, con ser perfectamente lícito, no es factible deducir indicio alguno de fraude.
El tercero de los argumentos de la recurrente es que existe una discrepancia sobre el pago del IVA en relación a una cuantía de 210.000 euros que concluye, es demostrativa de que en realidad dicha cuantía es un pago en "negro" que per se es demostrativo de connivencia o consilium fraudis
Siendo evidente que la entrega de dinero no declarado o manifestado no constituye sino formas de elusión de impuestos y tributos y no estadíos de fraude de acreedores, en el caso resulta ser que hay constancia del pago, que está documentado. Ignoramos a partir de tal dato, porqué vía alcanzan los recurrentes la conclusión de que hay un pago en dinero no declarado y que siendo así, hay indicios de fraude a acreedores distintos a la hacienda pública.
Respecto del hecho de que los pagarés se efectuaran a nombre del letrado D. Juan Ivars, no podemos menos que estar de acuerdo con la Sentencia sobre la irrelevancia del dato. Pretender que con ello se dificulta la persecución por parte de otros acreedores, resulta no sólo alegación no probada sino irrelevante respecto del comprador que cumple con su obligación, librando los documentos oportunos en el modo previsto o solicitado por el vendedor.
La obligación es de pago, y la preocupación del adquirente es la constancia del pago. Por lo demás, existe una contradicción in natura con el hecho de que el pago efectivo supone un importe mínimo en relación con el valor total de la operación por razón de los gravámenes de la cosa. Dicho de otro modo, si hay ocultación, lo será del vendedor respecto de sus acreedores y no del comprador frente a aquellos si no hay prueba directa o bastante que así lo acredite y, desde luego, el dato del destinatario del precio, un letrado que actúa en nombre de su cliente, no es en absoluto, dato cierto de fraude.
En conclusión, y aun cuando fuera hecho reconocible para los adquirentes la situación de crisis de la vendedora al tiempo en que se producía la transmisión, a deducir de la existencia de las cargas y gravámenes del bien adquirido, en absoluto tal dato nos lleva a la conclusión de que la adquisición del inmueble a precio de mercado tuviera intención de perjudicar a terceros acreedores o que al menos, que conociera que aquella, la vendedora, actuaba con esa intención. No consta ni disimulo ni engaño, sin que por tanto, pueda derivarse de una operación de esta índole, connivencia con el vendedor a causar perjuicio a terceros acreedores.": SAP Alicante (Sección 8) 10.06.2008 (JUR 2009/18076; Sentencia 221/2008; Rollo 71/2008)

"QUINTO.- Tampoco puede prosperar la alegación subsidiaria de la ausencia de mala fe en la compradora porque concurren una serie de hechos indiciarios (artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que nos permiten concluir que la mercantil MIJESAGA conocía no solo la situación de próxima insolvencia de la concursada sino que con la compraventa perjudicaría a sus acreedores al disminuir el valor de su patrimonio pues recibió una contraprestación de valor inferior al del bien enajenado.
Los hechos indiciarios son los siguientes:
En primer lugar, consta al documento número 10 de la demanda la declaración del que fue Administrador único de la concursada hasta el día 6 de junio de 2008 donde afirma que Don Gabino también fue administrador de hecho de la concursada en la que también adoptaba decisiones sobre su actividad empresarial.
En segundo lugar, Don Gabino fue fiador solidario con otros dos más en la escritura de constitución de préstamo hipotecario concedido a ALIMAR EUROPA, S.L. otorgada el día 10 de agosto de 2006, que gravaba tres embarcaciones, una de ellas fue la que es objeto de la compraventa rescindida en este proceso.

En tercer lugar, Don Gabino fue Administrador mancomunado de la mercantil VALLELITORAL ESP, S.L. hasta el mes de junio de 2008, mercantil que también se encuentra en situación de concurso, cuya tramitación se sustancia conjuntamente con el concurso de ALIMAR EUROPA, S.L.
En cuarto lugar, Don Gabino es esposo de Doña Laura, socia única administradora única de la mercantil compradora MIJESAGA.
En quinto lugar, Don Gabino es apoderado de la mercantil MIJESAGA.
En sexto lugar, la supuesta intención de adquirir una embarcación para sustituir una antigua que había vendido no es incompatible con el conocimiento de que la adquisición de la embarcación se hacía en perjuicio de los acreedores de ALIMAR EUROPA, S.L. al ver disminuido el valor de su patrimonio social.
En conclusión, se mantiene la concurrencia de mala fe imputable a MIJESAGA y, consiguientemente, la declaración de crédito subordinado a su favor respecto de la parte del precio abonado y las sumas amortizadas del préstamo. ": SAP Alicante (Sección 8) 13.10.2011 (Sentencia 408/2011; Rollo 217/2011)

"SÉPTIMO.- Por lo dicho, se accederá a la pretensión de rescisión del préstamo con garantía hipotecaria.
Pretende la administración concursal que el prestamista actuó de mala fe, con lo que, en aplicación del art. 73.3 LC, su crédito debería ser calificado como concursal subordinado. Su mala fe se residencia (folio 11 de la demanda) en que se aprovechó de la situación de crisis empresarial, planteando una operación financiera que no guardaba relación alguna con el plan de viabilidad de la empresa y pactando un valor de subasta de los bienes ridículo.
En primer lugar, no entendemos que la mala fe del prestamista haya quedado acreditada.
Como ha dicho la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre del 2012, *" el art. 73.3 LC, cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores (...) la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico"* (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre) ".
Ello ya lo había dicho este Tribunal en sentencia de 9 de abril del 2008, en la que razonábamos *"...que hay mala fe solo cuando la intervención en el negocio rescindido se ha producido conociendo que se está participando en un acto destinado a causar perjuicio a los acreedores de la contraparte en el negocio. Dicho de otro modo, resulta insuficiente para apreciar mala fe que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza aquél con intención de perjudicar a sus acreedores, esto es, de que lo que se quiere es sustraer bienes en perjuicio de acreedores. Hay pues mala fe en el tercero partícipe en el acto que se declara ineficaz en virtud de una acción rescisoria concursal cuando la parte -de ordinario, el adquirente-, conoce y, conociendo, colabora con el deudor, en la finalidad defraudatoria seguida por éste. Hay mala fe cuando existe un consilium fraudes ".*
El simple conocimiento de la situación de crisis de la sociedad prestataria, y el hecho de que se concertaran garantías exageradas, no constituyen, al entender del Tribunal, datos que permitan colegir la mala fe del prestamista.": SAP Alicante (Sección 5) 21.12.2012 (Sentencia 545/2012; Rollo 257/2012)

AP Almería

"SEGUNDO.-En el ámbito de lo concursal la Sala 1ª del TS (sentencia de Pleno de 16 de septiembre de 2010), al abordar el concepto de mala fe del artículo 73 de la LC, ha señalado, al aludir al aspecto subjetivo que ha de subyacer para justificar este tipo de acciones, que además del conocimiento de la situación de insolvencia del deudor, lo que hace falta no es que se tenga intención de dañar, sino que basta con la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor se está debilitando notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos.
En una situación de insolvencia, que ha de considerarse manifiesta cuando se muestra próxima la declaración de concurso, el "consilium fraudis" supone operar con conciencia de que la hipoteca constituida interferirá en la efectividad del pago de lo debido a los otros acreedores comunes, pues los terceros favorecidos por la garantía hipotecaria ganarán jerarquía al pasar sus créditos de ordinarios a privilegiados.
La jurisprudencia viene pronunciándose en orden al "consilium fraudis" en el sentido recogido por la sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 23 de marzo de 2011, con cita de otras muchas resoluciones: "La sentencia de esta Sala de 25 junio 2010 afirma que el propósito de defraudar ("consilium fraudis") ha de concurrir tanto en el que enajena como en quien adquiere la cosa objeto de la enajenación (sentencia de 20 octubre 2005), pero tal exigencia ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora (sentencias de 12 de marzo, 21 de abril y 13 de mayo de 2004; 19 de julio y 25 de noviembre de 2005; y 25 de marzo de 2009, entre las más recientes). El"consilium fraudis" -continúa dicha sentencia- se entiende de manera amplia como "conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor" (sentencias de 31 de diciembre de 2002; 12 de marzo y 21 de junio de 2004; 25 de noviembre de 2005; 19 de noviembre 2007). Basta que el deudor -enajenante- haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio (sentencias de 31 de diciembre de

2002, 30 de octubre de 2006, 19 de noviembre de 2007, entre otras), pero se requiere también la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata (sentencia de 20 de octubre de 2005), resultando suficiente para este conocimiento la conciencia de causar daño o perjuicio -"scientia fraudis"- (sentencias de 15 de marzo de 2002; 17 de julio de 2006; 30 de abril y 19 de noviembre de 2007; 19 de mayo y 20 de junio de 2008; y 28 de mayo de 2009).".
En el ámbito de la reintegración concursal el indicado estado de conciencia debe objetivarse por la presencia, en la fecha de constitución de la hipoteca impugnada, de una situación que, haciendo verosímil el desenlace concursal más o menos próximo de la hipotecante, permita a la entidad bancaria optar de por una fórmula que, no suponiendo para ellas un perjuicio perceptible, las situase en una situación de privilegio en relación con los restantes acreedores, contrariando así el principio concursal de la paridad de trato.
En el presente supuesto la operación de refinanciación de que tratamos era una operación de contenido económico, que se muestra favorable a los intereses de la mencionada entidad bancaria, BBVA,S.A., respecto de asegurarse el cobro del préstamo y sus intereses, siendo la fecha de la Escritura Pública de Préstamo Hipotecario y Pacto de Afianzamiento de fecha tres de febrero de 2.009 y la de la presentación de la solicitud de Concurso Voluntario por MONTUBACERO,S.L. el día tres de abril de 2.009, lo que significa que la situación económica por la que pasaba la indicada mercantil era conocida por BBVA, S.A., más aún cuando las entidades bancarias cuentan con sofisticados y altamente especializados servicios de asesoramiento que ordinariamente les posibilitan un cálculo afinado de los riesgos inherentes a cualquier operación de concesión de crédito, no parece fuera de la lógica entender que en un supuesto como el que ahora examinamos se habría extremado el celo tendente a conocer con exactitud la situación real de la hipotecante, de la que se habría deducido la próxima declaración de concurso de MUNTUBACERO, S.L.. tan solo unos meses después del otorgamiento de la hipoteca, y con un alto grado de posibilidad de tener que acudir a la situación concursal, lo que supone la circunstancia enmarcada dentro del contexto se la situación que lleva a una deducción de certeza sobre el grado de conciencia de la situación con el que operó en su momento la entidad hoy apelante, bastando con acudir a la escritura de préstamo hipotecario para comprobar que en la misma se consigna que la misma se corresponde íntegramente con la oferta de préstamo que le ha hecho el Banco, lo que supone que había valorado la situación de la mercantil hipotecante.”: SAP Almería (Sección 2) 11.09.2012 (Sentencia 166/2012; Rollo 306/2011)

“CUARTO.-En el presente caso, como ya hemos indicado, la controversia en la segunda instancia queda ceñida a la base de la estimación de la demanda, esto es, a la existencia de perjuicio patrimonial por haberse realizado la enajenación de las participaciones sociales de "Altos de Aguadulce, S.L." con un precio sensiblemente inferior al factible de mercado. En este sentido, el examen de la prueba practicada lleva a concluir que, según los datos que la misma proporciona, se aprecia en efecto una notable distancia entre el precio total de 40.000 euros pagado por las participaciones sociales y el valor de la sociedad en sí. "Aruka-Sur, S.L." adquirió las participaciones en 2007 por un valor de más de 1.500.000 euros, a lo cual ha de sumarse el patrimonio inmobiliario de la sociedad, representado por dos fincas cuya millonaria carga hipotecaria, como indica el Juzgado, pone de manifiesto su importante valor, que es claramente muy superior al fijado en el contrato por más que haya sido afectado por la crisis económica sufrida; además, en las cuentas anuales del ejercicio 2010 figuran unos fondos propios de 423.217,55 euros, y a ello ha de añadirse la existencia de la sentencia dictada el día 12 de abril de 2011, pocas semanas antes de la venta objeto de la litis, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de El Ejido en autos 1008/2009, sentencia que condenaba a una determinada sociedad a abonar a "Altos de Aguadulce, S.L." más de 3.000.000 euros, a cuyo respecto consta documentalmente (f. 356) que, con posterioridad, el 8 de marzo de 2012, dichas partes formalizaron un acuerdo transaccional computando definitivamente el crédito a favor de "Altos de Aguadulce, S.L." en 1.650.000 euros más IVA. Todo ello lleva a considerar el precio de 40.000 euros muy inferior a los márgenes que hubieran correspondido al negocio jurídico controvertido, infravaloración ésta que evidentemente redunda en perjuicio de la masa activa del concurso y que, por tanto, lleva a confirmar la rescisión acordada conforme al art. 71.1 de la Ley Concursal. Por todo ello y por el resto de los argumentos que expone el Juzgado, que la Sala comparte en esencia y a los que nos remitimos, el motivo debe ser desestimado.
QUINTO.-Razonan los recurrentes que la sentencia aplica erróneamente el derecho puesto que, pese a no apreciar que los compradores sean personas especialmente vinculadas al concursado ni que se trate de donación encubierta por precio vil, sin embargo les reconoce sólo un crédito subordinado en lugar de un crédito contra la masa.
Con arreglo a lo dispuesto en el art. 73.3 de la Ley Concursal, " el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado "; en concordancia con ello, el art. 92.6º cataloga como subordinados " los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado ". En el supuesto enjuiciado, la sentencia aprecia mala fe en los compradores por ser claro que eran conscientes de la infravaloración del objeto vendido y, lógicamente, del perjuicio que ello conllevaba para la vendedora, de manera que la calificación correcta del crédito es la que lleva a cabo la sentencia recurrida en consonancia con lo pretendido en la demanda.“: SAP Almería (Sección 2) 15.01.2015 (Sentencia 1/2015; Rollo 102/2013)

AP Baleares

“SEGUNDO Para poder llegar a una convicción fundada de la existencia de una actuación impregnada de mala fe por parte de quienes actuaron en la compraventa (y arrendamiento) de autos que la haría merecedora de una decisión consistente en que quedaran rescindidos aquellos negocios jurídicos, es preciso analizar los datos concurrentes en el caso, que sean en su conjunto significativos y reveladores de haber realizado una contratación haciendo caso omiso de lo que resultaba patente: que ello supondría un perjuicio para los acreedores sociales.

Uno de estos datos puede constituirlo el factor temporal, consistente en que la compraventa (y el arrendamiento) se llevó a cabo el 14-X-2005 y la presentación del concurso voluntario de uno de los contratantes: Yanko S.A., fue a los dos días (fol.31 y ss) :el 26-X-2005,según reza el cajetín del Servicio de Reparto del Decanato de los Juzgados de Palma. Esta circunstancia, por sí sola, podría resultar carente de suficiente fuerza para fundamentar la existencia de una mala fe de los compra-vendedores, aunque ya de por sí resulta cuando menos chocante, por ello hay que arañar mas en el terreno de lo acontecido para comprobar si surge algún otro dato que unido al temporal, y quizás a otros mas, puedan servir de base a la consideración de que efectivamente concurrió en el caso mala fe.

Pues bien, que el único inmueble de la entidad posteriormente concursada fuera el que se vendiera en período de tiempo tan comprometido, resulta también impactante, máxime teniendo en cuenta que era el local en el que la empresa Yanko S.A. fabricaba los zapatos de mujer objeto principal de la industria a la que se dedicaba, o, por mejor decirlo, único, lo cual suponía prácticamente un cierre del negocio. Es cierto que debido a haberse concertado el mismo día en que se llevó a cabo la compraventa de la nave en cuestión (desde luego que con la parcela sobre la que estaba erigida) un contrato de arrendamiento (fol.114 y ss),la entidad Yanko S.A. podía seguir su andadura empresarial en Llucmajor como arrendataria, y por lo tanto la venta de autos no tendría por qué suponer un indicio mas de actuación de mala fe, pero el período de tiempo pactado como duración del arriendo - algo mas de 5 meses - hace que deba mantenerse el indicio máxime teniendo en cuenta que, según se ha explicado por la parte demandada, se consideraba que éste era el tiempo necesario en el que Yanko S.A. tenía que buscar un local mas pequeño en el que reinstalarse y continuar la fabricación de calzado,pero no consta que hubiera desplegado actividad precisa para hacerlo sino que, como se ha dicho, a los dos días presentó el concurso voluntario.

El precio pagado por Cesgarden para la adquisición del inmueble es un elemento mas a tener en cuenta para dirimir la cuestión planteada en esta alzada por cuanto, si se considerara que el precio pagado por Cesgarden era el adecuado teniendo en cuenta en esencia a) las circunstancias concurrentes en el inmueble objeto de la venta : población en la que se ubicaba, lugar dentro de esta población en el que se situaba, posibilidades urbanísticas que ofrecía (en este caso, posibilidad de construir legalmente 39 viviendas),extensión del terreno, todo lo cual repercutía en el valor de la parcela y nave en cuestión; y, b) el factor económico del momento: bonanza económica con precios al alza en el mercado inmobiliario y buena disponibilidad de los bancos para financiar, nos encontraríamos ante un dato favorable a la tesis de las demandadas consistente en que en absoluto la compraventa pudo ser viciada de mala fe,pero,si se considera que se pagó un precio muy por debajo del valor del inmueble, este hecho abundaría la tesis de la AC consistente en constituir éste un dato mas de que las partes intervinientes en la negociación jurídica de referencia tenían que saber que se podía causar un perjuicio a los creedores de la sociedad vendedora, pues se encontraba en una mala situación económica de tal forma que a los dos días hizo que presentara el concurso voluntario. Es cierto que el Sr.Jose Pablo, representante de Cesgarden dijo en el acto del juicio que él no sabía que la vendedora pasara o que pasaría de inmediato por un proceso de insolvencia, pero la verdad es que ello no se compadece con el hecho de que una buena parte del pecio que pagaba se destinaba -como ya se ha dicho mas arriba - a pagar una deuda que la vendedora tenía con pendiente con una entidad bancaria, deuda que consistía en un préstamo hipotecario que gravaba la finca objeto de la compaventa, siendo además que el Sr.Jose Pablo por mor de esta operación se puso en contacto con el Director General del banco en cuestión (así lo reconoció en el juicio) y recibió información sobre lo relacionado con el gravamen que pesaba sobre la finca de autos y la deudora. Pero es que también en el acto del juicio el representante de Yanko S.A. manifestó haber informado Don.Jose Pablo de la mala situación económica que atravesaba su empresa, de premura en vender y de efectuar una reducción del precio si se realizaba la operación sin demora.

Los supuestos de los que hay que partir ahora son esencialmente : Que la parcela (sobre la que hay una nave-almacén edificado) objeto de la compraventa tiene una extensión de casi 2.000 m2, concretamente 1.968,65 m2.Que la edificación mide 720 m2.Que está en el casco urbano de Llucmajor, y aunque no se encuentra en el centro de la localidad tampoco está en las afueras. Que la fachada principal da a la C/ Pere Antoni Mascaró y le fueron adjudicados los nºs 12 a 38,lindando asimismo por la derecha con la C/Grupo Escolar y por la izquierda con la C/ del Historiador Terrasa. Que se pueden edificar en dicha finca 39 viviendas. Que el precio pactado según escritura (fol.27) fue el de 1.350.000 ?.,abonándose 350.000 ? con anterioridad al otorgamiento de la escritura notarial,siendo que el 1.000.000 ? restante los retenía en su poder Cesgarden para hacer pago ella misma a la acreedora hipotecaria de forma directa de la hipoteca que pesaba sobre la finca, liberando con ello a Yanko S.A. de cuantas obligaciones y responsabilidades derivaran del préstamo en cuestión.Que como consecuencia de esta obligación de pago Cesgarden tenía que abonar 3124 ? + IVA las cuotas de la hipoteca,cuya cantidad se correspondía con la renta del arrendamiento que el mismo día de la compraventa Cesgarden S.L. había concertado con Yanko S.A. y que recaía sobre la nave de autos. Que la compraventa se realizó en un momento de bonanza económica y estando al alza los precios del mercado inmobiliario. Que Yanko S.A. había adquirido el 30-XII-2004 a Promocavi S.A. la nave que ahora vendía a Cesgarden por precio de 1.050.000 ?,con hipoteca concedida por la Caja de Ahorros de Baleares.

Así las cosas, y pudiendo valorar los técnicos correspondientes las bases mencionadas, se practicaron pruebas periciales : Don.Jose Pablo (perito judicial),de la Sra.Josefina,Raquel y del Sr.Alfonso,y la testifical de persona perita en cuestiones de valoraciones de inmuebles :el Sr.Cirilo,de la entidad Tinsa.
Las partes han valorado de distinta manera las periciales y es que basan esa valoración en lo que, de lo que dijeron los peritos, favorecía a sus respectivos posicionamientos en el juicio, por ello a veces citan en sus escritos de recurso o de oposición concretas frases que los peritos pudieran haber mencionado en un interrogatorio largo y lleno de matizaciones en el que por ejemplo uno de los peritos llegó a decir que se había liado.Y es que en este tipo de interrogatorios, a menudo correosos, se deja entrever una habilidad en llevar al perito o testigo al terreno del que pregunta para beneficio de la postura que se sustenta y desde luego en beneficio del cliente. Pero entresacar frases o citar un interrogatorio sesgado no puede constituir probanza plena. En el caso, el Juzgador de instancia ha puesto de manifiesto las contradicciones de los peritos,ha destacado las coincidencias y ha justificado el porqué se ha decantado por lo manifestado por el testigo (perito) Don.Cirilo, representante de Tinsa, empresa que realizó una valoración del inmueble de autos con anterioridad al presente procedimiento e incuso antes de la compraventa de autos. Téngase en cuenta la jurisprudencia del T.S. sobre esta temática pudiéndose destacar la st. de suSala 1ª de fecha 3-VII-1995 que enseña.
El Proceso valorativo de las pruebas es incumbencia de los órganos juzgadores y no de las partes que litigan, a las que les está vedado toda pretensión tendente a sustituir el criterio objetivo de los jueces por el suyo propio, conforme consolidada doctrina del T.S.1ª.Y la sentencia de la mismaSala de 1-III-204 conforme a la cual según reiterada jurisprudencia, prevalece la valoración que de las pruebas realicen los órganos judiciales por ser mas objetiva que la de las partes, dada la mayor subjetividad de éstas por razón de defender sus particulares intereses.
Mas recientemente se han pronunciado en similar sentido lassentencias del referido Alto Tribunal de 20-XI-2002 y de 2-IV-2003.
En estas circunstancias, y teniendo en cuenta el Juzgador de instancia los desajustes que pudiera haber entre las periciales practicadas, valora las mismas y explica los motivos por los que entiende que adolecen de probanza débil, pero razona también aquello que puede aprovecharse de ellas por ser coincidente, pero, claro está, el núcleo de la cuestión no es otro que el de la constatación de si al venderse el inmueble de autos en octubre de 2005 el precio estaba muy por debajo de lo que era su valor real; por ello, acudir a una testifical seria, de personas conocedoras del mercado inmobiliario pues son promotores de obras, es razonable; y de esa testifical resulta claramente que el precio pagado por Cesgarden en la compraventa objeto de este pleito esta muy por debajo del valor real toda vez que ellos lo habrían comprado -y de hecho lo propusieron sin ambages a la AC - por algo mas de 1.800.000 ?.También es importante destacar que según estos 3 testigos (que se manifestaron con claridad y evidenciando conocimientos sobre la materia debido a su profesión) el valor de los terrenos a finales de 2005 había aumentado mas que el de las viviendas coincidiendo con lo que había manifestado también al respecto el representante de Tinsa.
Así las cosas, habiéndose desprendido de todo lo expuesto y de lo actuado incursión de Cesgarden en mala fe con ocasión de participar en la contratación de autos, la consecuencia de calificar su crédito como subordinado es ajustado a derecho. De otro lado, y habiendo resultado que el precio pagado estaba muy por debajo del valor del inmueble vendido habida cuenta de lo que se ha motivado mas arriba, la fijación de indemnización por perjuicio también debe de actuar, considerando la Sala al respecto que la cantidad razonada y concretada por el Juzgadora quo ha de mantenerse.”: SAP Baleares (Sección 5) 22.10.2009 (JUR 2009\476376; Sentencia 359/2009; Rollo 332/2009)

AP Barcelona

“La dificultad radica en precisar qué se entiende por mala fe, a estos efectos, y, después, en valorar si concurren indicios suficientes en este caso para apreciar su concurrencia.
Hemos de partir de la consideración de que para la rescisión concursal resulta irrelevante que hubiera existido o no intención fraudulenta, ni en el deudor que realizó el acto de disposición ni en la contraparte, pues se funda en un elemento objetivo que es el perjuicio, conceptuado por esta Sala como un "sacrificio patrimonial injustificado". Ello es compatible con que la Ley, al regular los efectos de la rescisión, imponga una sanción a la contraparte que hubiera actuado de mala fe, postergando el cobro de crédito a la restitución de su contraprestación.
El carácter sancionador de esta norma, que va más allá de los equitativos efectos jurídicos ligados a la rescisión de un negocio (la recírproca restitución de las prestaciones), tanto en la acción pauliana como en la rescisión concursal, es el que nos lleva a exigir un pequeño plus al "consilum faudis", tal y como viene siendo apreciado por la jurisprudencia, cuando lo objetiva como mero conocimiento de las circunstancias en que se realiza el negocio.
Parece que el art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado, ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los eventuales efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores, en concreto un cierto animus nocendi al aceptar y con ello querer dichos efectos. Sin perjuicio de que su acreditación pueda hacerse a través de prueba indiciaria, como así ha hecho en nuestro caso el juez mercantil.
Aunque la mala fe, que supone ausencia de buena fe, va referida a la realización del negocio, en este caso la compraventa, los hechos anteriores y los posteriores pueden también contribuir a aflorar este elemento subjetivo.
Los mismos hechos que han servido para apreciar el perjuicio, pueden servir también para advertir la mala fe de la contraparte, sobre todo el precio de la compraventa, que es muy inferior a la mitad de su valor real de

mercado, y la proximidad en el tiempo entre la venta (26 de noviembre de 2007) y la solicitud de concurso de acreedores (28 de mayo de 2008). Estos hechos unidos a la circunstancia acreditada de que la adquirente era una sociedad constituida tres meses antes de la compraventa, administrada por un antiguo empleado de la transmitente, y a que el inmueble vendido es el local donde operaba la concursada y donde, después de la compraventa, ha seguido operando, bajo la cobertura de un contrato de arrendamiento, permiten concluir que BRIMER no sólo era consciente de que hacía un buen negocio, marcado por el principio de oportunidad, sino que con ello se pretendía distraer el principal activo de SANIGA con vistas al posterior concurso de acreedores, para evitar que llegara a formar parte de la masa activa. Y de hecho, transcurridos unos meses de la declaración de concurso, BRIMER, renunciando a reclamar el crédito derivado de las supuestas rentas impagadas, instó el desahucio de los locales, medio idóneo para hacer efectiva la distracción del bien.
El precio pactado y abonado (300.000 euros) es tan desproporcionado en relación con el valor de mercado (850.000 euros, según el informe pericial aportado a los autos -ff. 33 y ss-), que por sí solo ya destila el fumus de la mala fe. Este fumus se vuelve más intenso con la ausencia de una razón que pudiera, si no "justificar" la operación, por lo menos dotarle de cierta razonabilidad empresarial. Y adquiere la condición de realidad acreditada al advertirse el resto de circunstancias concurrentes: que la compradora se constituyera tres meses antes de la compraventa contribuye a pensar que lo fue con vistas a esta compraventa; la previa vinculación laboral entre el administrador de BRIMER y la transmitente, que en otros casos carecería de relevancia, en éste, por lo argumentado hasta ahora, y por cómo se comportó después la compradora, muestra la connivencia con el trasmitente para distraer el único activo del próximo concurso, que fue instado seis meses después; y la firma del contrato de arrendamiento que ofreciera cobertura formal a SANIGA para seguir ocupando sus oficinas, sin que existiera por BRIMER un interés real en cobrar las rentas, manifestado en la dejación de este derecho ante la administración concursal, sin perjuicio de servirse del impago "provocado" para, renunciando a las rentas, materializar la distracción del inmueble a través del desahucio, acaba de poner en evidencia que BRIMER adquirió de mala fe, con la intención de distraer el único bien de la concursada":. SAP Barcelona (Sección 15) 09.07.2010 (Sentencia 215/2010; Rollo 171/2010)

"por la concurrencia de mala fe en su actuación pues debe deducirse con todo fundamento y sin sombra alguna de duda la concurrencia de los dos aspectos que, según constante jurisprudencia, la conforman: el subjetivo, consistente en la conciencia de que con la propia actuación se afecta negativamente y se perjudica a la parte cuyos intereses jurídicos son dignos de protección, y el objetivo o valoración negativa y merecedora de repulsa ética en el tráfico jurídico. La posición y papel desempeñado por las personas pertenecientes al grupo CRC y más concretamente a las empresas del mismo que intervinieron en el contrato de autos no pueden merecer el calificativo de inocuo, neutro o casual, sino que solo pueden explicarse a partir de la concurrencia de una plena consciencia y una decisiva voluntad de concurrir al contrato, precisamente en los términos, alcance y resultado en que quedó configurado y que han quedado ampliamente expuestos.": SAP Barcelona (Sección 15) 07.10.2014 (Sentencia 318/2014; Rollo 56/2014)

AP Burgos

"En cuanto a la mala fe por la constitución de garantías reales, tampoco procede. En todo caso las únicas garantías reales que aquí se rescinden son las de 25 de julio de 2008, por lo que la subordinación derivada de la mala fe solo procedería de lo que a fecha de hoy se debiera de los saldos vencidos de los préstamos hipotecarios. Sin embargo sobre la mala fe del acreedor en los casos de constitución de garantías reales resulta interesante la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 de Madrid, Sentencia de 2 Dic. 2009 Nº de sentencia: 379/2009 Nº de recurso: 537/2009. La sentencia parte de un supuesto en que la Administración Concursal ejercita acción de reintegración contra la concursada ORPLACO, S.A. y contra BBVA, S.A., todo ello con la finalidad de que se declare la rescisión de la hipoteca constituida en garantía de una préstamo otorgado en escritura pública el día 1 de abril de 2008, y con la específica pretensión de que se subordine el crédito dimanante del préstamo en cuestión. ORPLACO, S.A. se allanó íntegramente a ambas pretensiones, y BANCO BILBAO VIZCAYA SA se allanó a la pretensión rescisoria pero no a la subordinación de su crédito, entendiendo que no concurrió por su parte la mala fe que contempla el Art. 73-3 de la Ley Concursal. Dice la sentencia que "Innecesario resulta, pues, a la vista de lo precedentemente razonado, entrar en el análisis relativo a la presencia o ausencia de mala fe en la entidad prestamista. En todo caso se ha de indicar, a mayor abundamiento, que en presencia de obligaciones que se encontraban vencidas a principios de 2008 y que BBVA pudo libremente someter a ejecución singular si lo hubiera deseado, la operación consistente en el otorgamiento de un préstamo -esta vez con garantía hipotecaria- tendente a cancelar las deudas preexistentes no puede considerarse como una operación presidida por la mala fe de la que habla el artículo 73-3 de la Ley Concursal, especialmente si se tiene en cuenta que la exigencia de mayores garantías por parte de la entidad bancaria se produce en un periodo caracterizado -según resulta notorio- por una profunda crisis del mercado inmobiliario". A mayor abundamiento puede decirse que la posible mala fe del acreedor ya se tiene en cuenta para rescindir la garantía real dejando subsistente la obligación preexistente; pero en la creación de esta no hubo mala fe, sino tan solo concesión de un préstamo o crédito, los cuales no deben declararse subsistentes y a la vez declarar su subordinación, si cuando se concedió el crédito o se dio el préstamo la conducta del entidad bancaria fue por el contrario presidida por la buena fe.": SAP Burgos (Sección 3) 10.10.2012 (Sentencia 357/2012; Rollo 259/2012)

"Quinto.- También se pretende en el recurso de apelación se deje sin efecto la declaración de mala fe en la actuación de Caja Rioja que contiene la sentencia de instancia y la consiguiente calificación del crédito de la

prestamista como crédito subordinado, aspecto sobre el que ninguna petición evacuó la administración concursal en su escrito de demanda y sobre el que nada dice en su escrito de oposición al recurso.
La sentencia apelada justifica la mala fe en que la entidad financiera conocía la situación económica de la deudora, puesto que para la formalización del préstamo recabó información económica de la concursada (documento nº 2 de la contestación de la concursada Ábside 3 SL) en la que se constata que en el año 2007 el activo a corto plazo ascendía a 53.227,39 # y el pasivo a 2.033.254,61 #, y contaba con existencias por importe de 4.919.366 #.
Como dice la STS de 16 de septiembre de 2010 para declarar la mala fe ex artículo 73.1 de la LC no se estima suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia y deben valorarse las circunstancias concurrentes en la operación. Y en el presente caso no puede afirmarse la mala fe que señala la sentencia apelada teniendo en cuenta que de los 2.000.000 # prestados, 650.000 # quedan como tesorería de la empresa y porque la situación de insolvencia no era inminente dado que el concurso no fue declarado hasta un año y nueve meses después de la operación financiera, y extraña que contando con cualificados asesores no hubiese barajado la posibilidad al formalizar la garantía hipotecaria, ya en pleno auge de la crisis del sector inmobiliario y la proliferación de procesos concursales, de la posible rescisión de la operación hipotecaria.": SAP Burgos (Sección 3) 04.04.2013 (Sentencia 112/2013; Rollo 202/2012)

"Séptimo. En lo que deber revocarse la sentencia es en la subordinación que se hace del crédito de Caixabank. El artículo 72 de la Ley Concursal diferencia las acciones rescisorias, que son las del artículo 71, de las demás de impugnación, entre las que se encuentran las también rescisorias en fraude de acreedores, pero solo contempla la subordinación del crédito en caso de mala fe para la primera y no para las segundas. Por otra parte la mala fe de Caixabank no aparece suficientemente acreditada. Una cosa es que con la constitución de la hipoteca Caixabank tratara de proteger su crédito, en detrimento de los demás, y otra es que actuara con mala fe, lo que es muy diferente.": SAP Burgos (Sección 3) 01.12.2014 (Sentencia 280/2014; Rollo 246/2014)

AP Cantabria

"PRIMERO.- Por la Administración Concursal de Desarrollos Cántabros Patrimoniales S.L. se interpone recurso de Apelación contra la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda: declaró que la hipoteca constituida a favor del Banco Santander, en escritura pública de 10 julio de 2009 sobre la finca, vivienda unifamiliar señalada con el número 1, al sitio de Somocuevas, en el pueblo de Liencres, Ayuntamiento de Pielagos, inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Santander al Tomo NUM001, Libro NUM002 del Piélagos, folio NUM003 Finca nº NUM004, es perjudicial para la masa activa y acuerda su rescisión e ineficacia; declara que la venta con subrogación de hipoteca llevada a cabo en escritura pública de 10 septiembre de 2009 otorgada ante el Notario Sr. Ramos González nº de protocolo 3211 es perjudicial para la masa activa de la concursada y acuerda la rescisión e ineficacia del contrato condenando a Fundisan S.L. a la restitución de la finca nº NUM000 vivienda unifamiliar al sito de Somocuevas, pueblo de Liencres y Ayuntamiento de Piélagos, inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Santander tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003, finca NUM004; ordena cancelar la inscripción registral de hipoteca a favor del Banco Santander y de compraventa con subrogación; declara la existencia de un crédito contra la masa a favor de Fundisan S.L. por importe de 251.262,19 Euros.
El primer motivo del recurso es la calificación del crédito contra la masa a favor de Fundisan S.L. por importe de 251.262,19 Euros, que solicita que sea calificado como crédito subordinado al existir fraude o mala fe.
Fundisan S.L. y D. Juan Ramón alegan en su oposición al recurso que se trata de una cuestión nueva no solicitada en la demanda.
El art. 73 LC establece: 1. que la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél con sus frutos e intereses, 3. El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará el crédito concursal subordinado.
Es decir, estimada la acción de rescisión si existiese un crédito frente a cualquiera de los demandados, la sentencia está obligada a calificarlo como crédito contra la masa, o, si aprecia mala fe, como crédito concursal subordinado. Por tanto, no es una cuestión sometida al principio rogatorio. Aunque la demanda no aluda a la existencia de mala fe, el juzgador al estimar la acción rescisoria debe analizar si existe o no mala fe para calificar el crédito a favor del demandado.
SEGUNDO.- Procede examinar si existe o no mala fe en la entidad Fundisan S.L..
El Tribunal Supremo en sentencia de 27 octubre de 2010 dice:" efectivamente como sostiene la parte recurrente, la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3 In fine, no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores".
La sentencia del Tribunal Supremo de 7 diciembre de 2012 dispone:" la mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone la ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.
El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.

Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino " la conciencia de que se afecta negativamente-perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos" y " se completa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico"
Se ha acreditado una especial vinculación entre vendedora, la concursada Desarrollos Cántabros Patrimoniales S.L., y la vendedora, Fundisan S.L., ambas sociedades se integran en un grupo societario dirigido por un único administrador, Juan Ramón.
En el contrato de compraventa se trata de ocultar la relación entre ambas empresas. Se hace constar que los socios de Fundisan son el Sr. Anselmo y su cónyuge, y Don. Anselmo asumía la administración; el 21 febrero de 2011 se efectúa inscripción en el Registro Mercantil, donde Don. Anselmo y su cónyuge ratifican el reconocimiento judicial efectuado de que la titularidad jurídica y material de Fundisan corresponde únicamente a Juan Ramón, que era el socio y administrador único de dicha sociedad. Juan Ramón, en un poco espacio de tiempo, entre julio y diciembre de 2009, no sólo realiza las operaciones cuya rescisión se pide en este procedimiento sino otras muchas, de forma que Fundisan S.L. llega a figurar como titular de hasta 21 inmuebles, procedentes del grupo dirigido por Juan Ramón. No sólo se producen cambios en la titularidad de inmuebles sino también cesiones a Fundisan de certificaciones titularidad de vehículos y maquinaria. Se produce una descapitalización de la concursada.
Del conjunto de la prueba llegamos a la conclusión que Juan Ramón, administrador y socio único de Fundisan S.L. y administrador único de Desarrollos Cántabros Patrimoniales S.L. no sólo conocía sino que tenía conciencia de que con las operaciones objeto de rescisión en el presente procedimiento se afectaba negativamente a los demás acreedores. Por ello el crédito de Fundisan S.L. debe calificarse como subordinado.”: SAP Cantabria (Sección 4) 04.03.2015 (Sentencia 93/2015; Rollo 293/2014)

“PRIMERO. Por la Administración Concursal de Desarrollos Cántabros Patrimoniales S.L. Y por El Abogado del estado en representación de la AEAT se interpone recurso de Apelación contra la sentencia de instancia que estimo parcialmente la demanda: declaro que la compraventa con subrogación de hipoteca realizada el 10 de septiembre de 20009 ante el notario D. Julio Ramos González, bajo el número de protocolo 3212 esa perjudicial para la masa activa y acordó la rescisión e ineficacia del referido contrato, condenando a Fundisan S.L. a la restitución de las fincas descritas en el fundamento de derecho primero. Ordeno cancelar las inscripciones registrales de compraventa con subrogación derivadas de dichas declaraciones, declaro la existencia de sendos créditos contra la masa a favor de Fundisan S.L. uno por importe de 136.246,13 Euros y por la cantidad de 22.000 Euros abonadas por ella en concepto de cuotas de préstamo hipotecario constituido a favor de Barclays. Sin hacer imposición de las costas procesales de la 1ª instancia, e imponiendo las costas derivadas de la demanda dirigida por los administradores concursales contra Barclays Bank S.A.a dicha parte demandante.
En primer lugar procede examinar la calificación del crédito contra la masa a favor de Fundisan S.L. por importe de 136.246,13 Euros y 22.000 Euros, que ambas partes recurrente solicitan que sea calificado como crédito subordinado al existir fraude o mala fe.
SEGUNDO. El Tribunal Supremo en sentencia de 27 octubre de 2010 dice:" efectivamente como sostiene la parte recurrente, la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3 In fine, no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores".
La sentencia del Tribunal Supremo de 7 diciembre de 2012 dispone:" la mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone la ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.
El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino " la conciencia de que se afecta negativamente-perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos" y " se completa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico"
Se ha acreditado una especial vinculación entre vendedora, la concursada Desarrollos Cántabros patrimoniales S.L., y la vendedora, Fundisan S.L., ambas sociedades se integran en un grupo societario dirigido por un único administrador, Leonardo.
En el contrato de compraventa se trata de ocultar la relación entre ambas empresas. Se hace constar que los socios de Fundisan son el Sr. Benjamín, Empleado del Sr. Leonardo, y su cónyuge, y Don. Benjamín asumía la administración; el 21 febrero de 2011 se efectúa inscripción en el registro mercantil, donde Don. Benjamín y su cónyuge ratifican el reconocimiento judicial efectuado de que la titularidad jurídica y material de Fundisan corresponde únicamente a Leonardo, que era el socio y administrador único de dicha sociedad. Leonardo, en un poco espacio de tiempo, entre julio y diciembre de 2009, no sólo realiza las operaciones cuya rescisión se pide en este procedimiento sino otras muchas, la propia demandada Fundisan S.L. reconoce que la concursada le transmitió 9 inmuebles. Dicho inmuebles de la concursada están en alquiler; No sólo se

producen cambios en la titularidad de inmuebles sino también cesiones a Fundisan de certificaciones, titularidad de vehículos y maquinaria. Se produce una descapitalización de la concursada.
Del conjunto de la prueba llegamos a la conclusión que Leonardo, administrador y socio único de Fundisan S.L. y administrador único de Desarrollos Cántabros patrimoniales S.L. no sólo conocía sino que tenía conciencia de que con las operaciones objeto de rescisión en el presente procedimiento se afectaba negativamente a los demás acreedores. Por ello el crédito de Fundisan S.L. debe calificarse como subordinado.": SAP Cantabria (Sección 4) 04.03.2015 (Sentencia 95/2015; Rollo 297/2014)

"PRIMERO.-La sentencia estima la acción de reintegración rescindiendo la venta de vivienda hipotecada en Benidorm en 2009 de la hoy concursada a COMERCIAL FUNDISAN SL; sin embargo desestima que también se rescinda la hipoteca que garantizaba un crédito de 2006 a favor de Banco Pastor SA y deudora la hoy concursada.
Desestima también el levantamiento del embargo de la misma finca acordada por el J. de Instrucción nº 2 en 2010 a favor de FUNDISAN.
Desestima también la pretensión de la Agencia Tributaria de calificar el crédito de Fundisán como subordinado y lo califica contra la masa. La agencia pide se aplique el art 73 LC al mantener que hubo mala fe, en cuanto una misma persona- D. Leovigildo - realizó todas las operaciones actuando a través del testaferro
D. Jose Ramón.
SEGUNDO.- APELACIÓN DE LA AEAT.
Está de acuerdo con la rescisión,pero no con las consecuencias que la sentencia deriva.
Entiende que desde luego la concursada y Fundisán son sociedades vinculadas, y se ha de presumir el perjuicio patrimonial(art 71.3.1º LC), amén del hecho objetivo de que mediante tal venta la concursada traslada la propiedad de una vivienda (eso sí, hipotecada) a Fundisán y ésta no abona el precio(sólo una mínima parte) sino que asume la obligación de ir abonando las amortizaciones periódicas de la deuda garantizada por la hipoteca, que ha incumplido esencialmente.
Por otra parte la concursada era la deudora frente al Banco Pastor SA, en cuya garantía se hipotecó en su día la vivienda de la concursada.
A nuestro juicio al tratarse de un derecho real, resulta que la hipoteca siempre está vinculada a la vivienda cualquiera que sea en cada momento el titular de ésta. Y en esto parece estar de acuerdo la AEAT, pues en lo que la apelante discrepa es en la conclusión de la sentencia de no apreciar actuación fraudulenta, con el corolario de calificar el crédito de Fundisán como crédito contra la masa y no como subordinado(art 73.3 LC)
Objetivamente no se hubiera producido perjuicio si en contraprestación a la entrega de la vivienda hipoteca se hubiera ido abonando al tercero(Banco Pastor) la deuda garantizada por la hipoteca. NO se hizo y,por tanto, prácticamente(salvo el cheque) no se contrapone un precio.
TERCERO.-Sobre la existencia de mala fe, art 73 LC, hemos afirmar su existencia con base en ciertos hechos de trascendencia. Resumidamente estos hechos son:
1.Vinculación, grupo de sociedades manejadas por Leovigildo, cuatro de ellas concursadas.
2.Ocultación inicial de los anteriores datos.Se consiguieron en sede penal.
3.Traslado de activos, certificaciones de obra, maquinaria, vehículos, ingresos en metálico desde el grupo a Fundisán.
4.Todo ello en lapso temporal concreto, año 2009.
Es evidente que D. Leovigildo era conocedor, como único administrador del conjunto societario, de la situación real de cada sociedad, de la insolvencia presente o próxima y del perjuicio que con esa transmisión se producía en los acreedores de la futura concursada.
En conclusión, producida la rescisión de esa compraventa, se ha de reintegrar la vivienda hipotecada a la masa activa del concurso.
Fundisán tiene derecho a que se le devuelva la parte del precio pagado y, en su caso las cuotas que pudiera haber ido pagando al acreedor, Banco Pastor.
Estas prestaciones a que tiene derecho Fundisán como restitución se han de calificar y calificamos como crédito SUBORDINADO, pues declaramos la MALA FE en Fundisán (art 73 LC).
TIENE RAZÓN, PUES, LA AEAT-, SE HA DE CALIFICAR DE SUBORDINADO.
Estimamos su recurso.": SAP Cantabria (Sección 4) 05.03.2015 (Sentencia 96/2015; Rollo 295/2014)

"SEGUNDO.- APELACIÓN DE LA AEAT.
Está de acuerdo con la rescisión, pero no con las consecuencias que la sentencia deriva.
Entiende que desde luego la concursada y Fundisán son sociedades vinculadas, y se ha de presumir el perjuicio patrimonial (art 71.3.1º LC), amén del hecho objetivo de que mediante tal venta la concursada traslada la propiedad de una vivienda y garaje (eso sí, hipotecada) a Fundisán y ésta no abona el precio (sólo una mínima parte) sino que asume la obligación de ir abonando las amortizaciones periódicas de la deuda garantizada por la hipoteca, que ha incumplido esencialmente.
A nuestro juicio al tratarse de un derecho real, resulta que la hipoteca siempre está vinculada a la vivienda cualquiera que sea en cada momento el titular de ésta. Y en esto parece estar de acuerdo la AEAT, pues en lo que la apelante discrepa es en la conclusión de la sentencia de no apreciar actuación fraudulenta, con el corolario de calificar el crédito de Fundisán como crédito contra la masa y no como concursal subordinado (art 73.3 LC)
Objetivamente no se hubiera producido perjuicio si en contraprestación a la entrega de la vivienda hipoteca se hubiera ido abonando al tercero (Banco Pastor) la deuda garantizada por la hipoteca. NO se hizo y, por tanto, prácticamente (salvo el cheque) no se contrapone un precio.

TERCERO.- Sobre la existencia de mala fe, o fraude en la venta de los inmuebles art 73 LC, hemos afirmar su existencia con base en ciertos hechos (indicios) de trascendencia que lógicamente concatenados permite dar por acredito el hecho, esto es, la conciencia de que con tal operación se desprotegía a los acreedores y se cobijaba el patrimonio en sociedad del propio D. Gerardo. Esta sección ha tenido ocasión de decidir sobre hechos prácticamente idénticos. Y ocn tal bagaje fáctico podemos sintetizar los indicios que la propia recurrente acertadamente esgrime:
1. Vinculación, grupo de sociedades manejadas por Gerardo, cuatro de ellas concursadas.
2. Ocultación inicial de los anteriores datos. Se consiguieron en sede penal.
3. Traslado de activos, certificaciones de obra, maquinaria, vehículos, ingresos en metálico desde el grupo a Fundisán, y con ello estamos expresando que se trata de un modus no de un hechos aislado o anecdótico. Mientras que no observamos las prestaciones en sentido contrario que ofrecieran el deseado equilibrio económico en toda compraventa, máxime cuando quien vende no está en situación de casi regalar sino de incorporar activo en momento negativo
4.Todo ello en lapso temporal concreto, año 2009
Es evidente que D. Gerardo era conocedor, como único administrador del conjunto societario, de la situación real de cada sociedad, de la insolvencia presente o próxima y del perjuicio que con esa transmisión se producía en los acreedores de la futura concursada.
En definitiva y siendo conscientes las partes del criterio de esta Sala sobre el motivo, entendemos que no es menester sumar más argumentos para estimar el recurso y revocar la sentencia en el sentido de que el crédito declarado en la sentencia a favor de FUNDISÁN SL es CONCURSAL SUBORDINADO.”: SAP Cantabria (Sección 4) 21.04.2015 (Sentencia 166/2015; Rollo 292/2014)

AP Castellón

“Puede colegirse también de lo expuesto que no apreciamos la concurrencia de la mala fe defendida por la administración concursal en la medida en que aduce unos indicios que son insuficientes para poder desprender como es debido que el acreedor conociera la pronta solicitud de concurso y en meritos a la misma se desencadenara la operación, máxime cuando la misma se ubica en el marco de un conflicto, con incidencias penales inclusive, y las relaciones entre las partes del negocio eran tensas, lo que permite excluir todo concierto con la intención de perjudicar al resto de acreedores, por mucho que no pudiere desconocerse la comprometida situación económica de la deudora. En este sentido debe señalarse que tanto doctrinal como jurisprudencialmente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, S.8, de 10 de junio de 2008) se defiende que hay mala fe solo cuando se interviene en el negocio rescindido conociendo que se participa en un acto realizado por la otra parte con la intención de causar perjuicio a sus acreedores y, por tanto, colaborando al efecto, siendo preciso por ello la existencia de ese consilium fraudis que en el presente caso no consta por las circunstancias antedichas.”: SAP Castellón (Sección 3) 29.10.2010 (JUR 2011/65135; Sentencia 337/2010; Rollo 332/2010)

AP Girona

“Frente a todo ello es indiferente la existencia o no de mala fe, pues la mera existencia de un acto susceptible de ser sometido a las acciones de reintegración de la masa activa, conforme alart. 71 LC, no implica por sí la existencia de mala fe concurrente a tal acto, ya que el fundamento de las acciones rescisorias es, como se expuso, puramente objetivo. Dicha mala fe, según elart. 73 LC, supone un plus de desvalor subjetivo del acto jurídico rescindido, que acarrea consecuencias jurídicas más gravosas que la mera obligación de restituir, general de la reintegración. No obstante, no se fija en la LC qué debe entenderse por tal mala fe, ni siquiera se anuda esa calificación a los actos realizados entre personas especialmente relacionadas. Atendiendo, por tanto, a criterios fijados por la jurisprudencia sobre la acción rescisoria del Derecho civil, (arts. 1.291 y ss. CC), dada su evidente analogía con la acción rescisoria concursal, puede entenderse esa mala fe como equivalente al ánimo fraudulento o intención defraudadora de los derechos de los acreedores, ya actuales ya potenciales. Esto es, se requiere en el "consilium fraudis", como elemento cognitivo, un conocimiento directo por los intervinientes en el acto de obrar en fraude de derechos ajenos legítimamente tutelados, y la directa voluntad de ejecutar el acto con tal intención, como elemento volitivo, sin que para ello sea exigible la directa intención de dañar, sino que basta con la previsión de disminuir la posibilidad de cumplimiento de la propia obligación, todo ello según SSTS de 20 de octubre de 2005 (RJ 2006, 1961), 14 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7628), 25 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 9839), o 1 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1860), entre otras.”: SAP Girona 20.03.2009 (AC 2009/1603; Sentencia 137/2009; Rollo 33/2009)

AP Granada

“Pese a considerar -en vía de hipótesis -que existiera la deuda, la misma debería calificarse como subordinada, por mala fe de la Sra. Africa, perfectamente consciente de que con esa venta se sustraía un activo de la futura concursada (art. 73 LC), con quiebra lógica de los derechos de los acreedores, ya que la mala fe a que se refiere el precepto citado, solo requiere la conciencia de que se afecta negativamente a los demás acreedores, de modo que conociendo la esposa del apoderado de la entidad, antes y después administrador, ya la imposibilidad de hacer frente a los pagos a los acreedores (baste con citar el de Viajes Ecomar), al tiempo de la dación en pago, sabiendo además, como reconoció en el acto del juicio, que en otro caso nada iba a recuperar, y por tanto que tampoco podrían hacerlo otros acreedores, debe estimarse concurrente la mala fe a que se

refiere el apartado tercero del articulo 73 LC, concurrente también de modo objetivo, cuando la conducta del acreedor, es merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico, sin olvidar en este punto, que el negocio además implicaba un pago de sumas, claramente no adeudadas en su totalidad (Viajes Ecomar), y realizado, sin prueba suficiente de la deuda respecto del resto, a favor la esposa de persona especialmente relacionada con la concursada. Por ello, necesariamente, debemos también confirmar la mala fe apreciada en la resolución recurrida, y en definitiva, desestimar el recurso interpuesto. ": SAP Granada (Sección 3) 04.04.2011 (Sentencia 145/2011; Rollo 33/2011)

AP Guipúzcoa

"SEXTO.- No puede, por el contrario, estimar la petición tambien formulada por la Administración Concursal de D. Gabino y Dª. Sofía en su escrito de demanda en el sentido de que se declare la mala fe de la entidad Banco Popular Español, S.A., declarando asimismo que el crédito que debe de ostentar frente a los concursados tenga la calificación de subordinado, por cuanto que si bien es cierto que las actuaciones practicadas evidencian que la mencionada entidad tenía sin duda alguna conocimiento de la situación económica en la que se hallaba la empresa Kakueta, S.A., de la que los concursados eran administradores, así como la privilegiada situación en la que se colocaba, sin embargo no se ha justificado por la demandante que conociera con toda exactitud la situación económica en la que dichos administradores se encontraban, así como la proximidad del concurso de los mismos, que fue declarado 6 meses después de la constitución de la garantía hipotecaria controvertida, ni, por ello, la posición ventajosa en la que se colocaba con su actuación y el claro perjuicio claro que con la misma ocasionaba a otros acredores.
Desde luego, el art. 73 de la Ley Concursal determina que "El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de créditos contra la masa que habrá de satisfacerse simultáneanente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado", siendo así que con base en él ha formulado la demandante la petición que se ha mencionado, pero no sólo se da la circunstancia de que la mala fe es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en conductas que han de ser deducidas de hechos concluyentes para su apreciación, sino que, además, se da la circunstancia de que la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha establecido, en lo que afecta a esta materia que nos ocupa, que cuando el citado precepto hace referencia a la mala fe, está exigiendo algo más que un simple conocimiento de la situación de insolvencia del deudor o de la proximidad de la misma, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión puede ocasionar a los acreedores, y más puntualmente que la conducta desarrollada por el acreedor sea merecedora de una repulsa ética en el tráfico mercantil.
Y, puesto que se da la circunstancia de que no ha quedado suficientemente justificado en las actuaciones que la conducta desarrollada por la entidad Banco Popular Español, S.A. en lo que a este procedimiento hace referencia, en concreto en el momento de proceder a la constitución de esa garantía hipotecaria controvertida, en sustitución de las obligaciones preexistentes de la entidad Kakueta, S.L., que afianzaban los concursados, sea digna de una repulsa ética tal, que conlleve la sanción pretendida por la Administración Concursal de D. Gabino y Dª. Sofía, por las razones que ya previamente han quedado expuestas, es por lo que dicha petición formulada por la misma en el escrito de su demanda, iniciador de este procedimiento, ha de ser desestimada.": SAP Guipúzcoa (Sección 2) 30.07.2014 (Sentencia 133/2014; Rollo 2155/2014)

"SEXTO.- No puede, por el contrario, estimarse, como ya se ha indicado tambien en la citada previa resolución, la petición tambien formulada por la Administración Concursal de D. Porfirio y Dª. Flor en su escrito de demanda en el sentido de que se declare la mala fe de la entidad Banco Popular Español, S.A., declarando asimismo que el crédito que debe de ostentar frente a los concursados tenga la calificación de subordinado, por cuanto que si bien es cierto que las actuaciones practicadas evidencian que la mencionada entidad tenía sin duda alguna conocimiento de la situación económica en la que se hallaba la empresa Kakueta, S.A., de la que el concursado era administrador, así como la privilegiada situación en la que se colocaba, sin embargo no se ha justificado por la demandante que conociera con toda exactitud la situación económica en la que dicho administrador se encontraba, así como la proximidad del concurso de ambos, que fue declarado 6 meses después de la constitución de la garantía hipotecaria controvertida, ni, por ello, la posición ventajosa en la que se colocaba con su actuación y el claro perjuicio claro que con la misma ocasionaba a otros acredores.
Desde luego, el art. 73 de la Ley Concursal determina que "El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de créditos contra la masa que habrá de satisfacerse simultáneanente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado", siendo así que con base en él ha formulado la demandante la petición que se ha mencionado, pero no sólo se da la circunstancia de que la mala fe es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en conductas que han de ser deducidas de hechos concluyentes para su apreciación, sino que, además, se da la circunstancia de que la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha establecido, en lo que afecta a esta materia que nos ocupa, que cuando el citado precepto hace referencia a la mala fe, está exigiendo algo más que un simple conocimiento de la situación de insolvencia del deudor
o de la proximidad de la misma, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión puede ocasionar a los acreedores, y más puntualmente que la conducta desarrollada por el acreedor sea merecedora de una repulsa ética en el tráfico mercantil.

Y, puesto que se da la circunstancia de que no ha quedado suficientemente justificado en las actuaciones que la conducta desarrollada por la entidad Banco Popular Español, S.A. en lo que a este procedimiento hace referencia, en concreto en el momento de proceder a la constitución de esa garantía hipotecaria controvertida, en sustitución de las obligaciones preexistentes de la entidad Kakueta, S.L., que afianzaba el concursado, sea digna de una repulsa ética tal, que conlleve la sanción pretendida por la Administración Concursal de D. Porfirio y Dª. Flor, por las razones que ya previamente han quedado expuestas, es por lo que dicha petición formulada por la misma en el escrito de su demanda, iniciador de este procedimiento, ha de ser desestimada.": SAP Guipúzcoa (Sección 2) 30.07.2014 (Sentencia 134/2014; Rollo 2168/2014)

AP Jaén

"SEGUNDO Por otra parte se alega que no resulta probada la mala fe declarada por la sentencia, motivo que es igualmente alegado en el recurso interpuesto por la representación procesal del Sr.Efrain y la Sra.Antonia, por lo que se procederá analizar conjuntamente.
En efecto, la actual regulación no exige fraude en la conducta del deudor, sino que basta el perjuicio, aunque la concurrencia o no de la mala fe desplegara distintos efectos a la hora de la ineficacia del acto o contrato, ya que el hecho de actuar o no con buen fe, será relevante respecto de lo que haya de devolver,artículo 73-2 o a la calificación de su crédito, artículo 73-3 de la Ley Concursal, efecto que en este caso se recoge suficientemente claro en la sentencia.
Ciertamente, la mala fe no se presume y por tanto, quien ejercita la acción de rescisión, debe probarla, teniendo en cuenta que la mala fe, como la buena fe, es un concepto jurídico que se apoya en una conducta que ha de ser deducida de los hechos (sentencias del Tribunal Supremo de 22-10-91,12-3-1992, 9-10-1993,8-6-1994 y 10 de folio de 2001).
La mala fe que se requiere para agravar las consecuencias de la estimación de una acción rescisoria frente a los terceros condenados a la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado, condenándole a indemnizar daños y perjuicios en caso de no poder restituir la prestación in natura y calificando el derecho de crédito que dimana de la prestación a que se tenga derecho como crédito concursal subordinado,artículo 73-2-3, se debe construir, partiendo de la objetividad con que se construya y fundamenta el sistema rescisorio concursal,artículo 71-1 in fine, y hay mala fe en el tercero partícipe en el acto que se declara ineficaz en virtud de una acción rescisoria concursal cuando la parte conoce, y conociendo, colabora con el deudor, en la finalidad defraudatoria seguida por éste.
Partiendo de dicho concepto resulta que en el caso que nos ocupa, ha resultado probada la mala fe en ambas partes demandadas hoy recurrentes, pues ambas conocían la situación de crisis económica, por un lado los demandados Sr.Luis Francisco y Sr.Antonia, ésta ultima administradora de Construcciones Aunova, conocían la mala situación económica de dicha entidad, y a pesar de ello con dinero de la sociedad citada se liberan de sus propias deudas y por otro, la entidad bancaria recurrente también conocía la situación económica Don.Luis Francisco y de la Sra.Antonia, los cuales no podrán pagar sus deudas y con las transferencias realizadas se garantiza el pago privilegiándose respecto a los demás acreedores, y sin que para la existencia de la mala fe, que supone un plus de desvalor subjetivo del acto jurídico, que acarrea consecuencias jurídicas más gravosas que la mera obligación de restituir, general de la reintegración, sea exigible la directa intención de donar, sino que basta con la previsión de desminuir la posibilidad de cumplimiento de la propia obligación, todo ello según lassentencias del Tribunal Supremo de 20-10-2009,14-11-2005,25-11-2009 y1-3-2006 entre otras.": SAP Jaén 24.09.2010 (JUR 2011/66584; Sentencia 192/2010; Rollo 227/2010)

""Ciertamente, la cuestión que sin duda planteará problemas será la relativa a determinar si el acto que se pretende impugnar es o no perjudicial para la masa. La doctrina científica considera que pueden ser impugnados todos aquellos actos del deudor que impliquen una disminución de su patrimonio. El presupuesto básico de la acción de reintegración es la existencia de un perjuicio para la masa activa, sin que sea necesaria la existencia de relación de causalidad entre el acto del deudor (concursado), y la situación del insolvencia.
En la apreciación de si ha existido o no perjuicio, se debe atender al sacrificio patrimonial que deben soportar los acreedores concursales como consecuencia de la insolvencia del deudor. Existirá perjuicio cuando se produzca una disminución de la masa activa y cuando el acto concreto impida, disminuya o dificulte la satisfacción de los acreedores concursales, es decir, cuando se beneficie a determinados acreedores en perjuicio de los demás. La simple infracción de la "par conditio creditorum", aún cuando no implique desproporción en las recíprocas contraprestaciones, puede ser objeto de reintegración.": SAP Jaén 23.11.2010 (AC 2011/702; Sentencia 273/2010; Rollo 389/2010)

"Igual suerte desestimatoria debe correr la impugnación efectuada por la recurrente respecto a que el juzgador declara el crédito comunicado en su día como ordinario, en este sentido, téngase en cuenta que el artículo 73-3 de la Ley Concursal establece que lo que debe probarse es la mala fe de la contraparte del concursado, pero no es preciso analizar la conducta del deudor, lo que hace, ociosa cualquier consideración sobre el comportamiento de la entidad concursada. En cuanto al concepto en si, la norma no define que se entiende a estos efectos por mala fe, pero si relacionamos la acción de reintegración con lo establecido por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias respecto de las acciones rescisorias y revocatorias civiles, ha de considerarse que existe mala fe si se prueba que quien contrató con el concursado sabia o debía saber, dicho negativamente, no podría ignorar, cuando realizo tal contratación que el negocio era perjudicial y que se realizó cuando el deudor estaba en una situación económica comprometida, por lo que estaba haciendo la contraparte era avenirse a realizar un acto perjudicial para los acreedores. Y aunque la Ley no lo diga expresamente, es en relación al

conocimiento de la situación económicamente comprometida del deudor donde debe traerse a colación a las personas especialmente relacionadas con el deudor y las presunciones que respecto de ellas establece la norma. En este caso, ambos administradores de las referidas empresas, eran cuñados, por lo que el hoy recurrente estaba en una situación privilegiada, tanto por posibilidad de información como por capacidad de decisión para conocer perfectamente que con la dación en pago se disminuía el activo patrimonial de forma mas que notable, desminuyendo correlativamente las garantías de que podían disponer los demás acreedores para el cobro de sus créditos. Ahora bien, dado que la Administración concursal no ha logrado acreditar connivencia del deudor con la demandada apelante, ni justifica el por qué el crédito debe ser calificado como subordinado, dicha demandada deberá aparecer en la relación de acreedores, como así se hizo en su día al comunicarse por la misma el crédito, incluyéndose su crédito como ordinario. ": SAP Jaén (Sección 1) 25.10.2011 (Sentencia 248/2011; Rollo 294/2011)

AP La Coruña

"CUARTO.- Se alega también en el recurso de REY CARRO y ESTRATEGIAS error en la valoración de la prueba testifical sobre la mala fe de las adquirentes, al no ser bastante para apreciar "consilium fraudis" con los indicios tomados en la sentencia: el testimonio de dos ex trabajadores de la concursada, con tacha de interés y enemistad con la empresa, que dijeron haber visto en varias ocasiones al Sr. Pedro en las instalaciones de la concursada, y el conocimiento que tendrían las aquí apelantes de las dificultades económicas de Maderas Betanzos en una localidad de dimensión escasa. Se estima el motivo del recurso, por lo argumentado en el mismo y lo siguiente:
La sentencia estableció que el artículo 73 se refiere a la mala fe como equivalente del ánimo fraudulento o intención defraudatoria de los derechos de los acreedores ("consilium fraudis"), presumiendo el mismo de los indicados indicios y que la venta perjudicial se efectuó una semana antes de la presentación de la solicitud del concurso, comportando, sino la indemnización de daños y perjuicios no demostrados, que las mejoras efectuadas en el inmueble no hayan de ser restituidas al poseedor (ex art 453 Código Civil) y la calificación como subordinado del crédito restitutorio en vez de crédito contra la masa (art. 73.3 LC).
A diferencia del anterior régimen más riguroso, la Ley Concursal exige para el éxito de la acción examinada que se trate de actos perjudiciales para la masa activa (además de realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso), sin requerir intención fraudulenta (art. 71.1), aunque la mala fe tenga importantes consecuencias esfavorables. Pero la mala fe no se presume nunca sino la buena fe, por lo que habrá de demostrarse. Aunque un acuerdo o convenio defraudatorio normalmente trate de ocultarse quedando en el fuero interno de los intervinientes en el negocio, y por ello deba en la mayoría de las ocasiones de desvelarse mediante pruebas indirectas o de indicios, en todo caso el hecho ha de quedar cumplidamente demostrado, correspondiendo la carga de tal prueba a la parte demandante que pretende extraer consecuencias favorables del mismo, perjudicándole las dudas. No basta con cualesquiera indicios de significado diverso y no solo en el sentido pretendido de la mala fe. Esto es lo que sucede en el presente caso. Los indicios son muy escasos y de ellos no cabe extraer racionalmente la inequívoca convicción o una conclusión de alta probabilidad como la sentenciada, no siendo suficiente con la sola posibilidad de que así también pudiera ser. Aparte de la tacha concurrente en los testigos, su número es solo de dos y no se indican datos o circunstancias concretas, sino solo que le vieron en diferentes ocasiones en las instalaciones de la concursada, algo demasiado genérico y que no dice mucho que digamos (incluso pudo ser, simplemente, para concertar la compraventa litigiosa que no para confabularse). Por otro lado, que la vendedora enajenase las fincas rápido y a precio inferior al que hubiese deseado no significa necesariamente que la parte compradora estuviese concertada para defraudar a los acreedores, ni que supiese de que iba a presentar concurso. Se echan de menos algunos indicios más al fin sentenciado en primera instancia, por lo que debe revocarse la decisión del Juzgado de lo Mercantil en este extremo.": SAP La Coruña (Sección 4) 23.12.2011 (Sentencia 5607/2011; Rollo 298/2011)

AP León

"CUARTO: Se comparte la decisión adoptada en la sentencia apelada que analiza y valora de forma certera las circunstancias de hecho que concurren en el caso: fecha de otorgamiento de la escritura de cesión de crédito a favor de la ahora recurrente (el día 23 de octubre de 2012) y solicitud de concurso de Temane S.L. (el día 31 de octubre de 2012), sin que se aprecie un lapso de tiempo que desvirtúe el conocimiento que ya se podía tener de la situación de la empresa posteriormente abocada al concurso, sin olvidar también el montante económico de la cesión del crédito (67.600 euros) en relación con las cuantías de la masa y de los créditos ordinarios que recoge la demanda inicial (hecho cuarto) presentada por la administración concursal.
Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo para apreciar la mala fe contemplada en el caso, basta la conciencia de que se actúa en perjuicio de los demás acreedores, no siendo necesaria la intención de dañar. Al respecto es oportuno citar, como ya hacíamos en nuestra anterior sentencia de 29 de julio de 2104, dictada en el Rollo de Apelación nº 212/2014, el criterio que sobre pago de un crédito (aplicable igualmente a la cesión) mantiene el TS en la Sentencia de fecha 10 de julio de 2013 :
" En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010, se declaró que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que

no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores]". Y añade: "La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado".
La sentencia recurrida se apoya en jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita en el fundamento segundo, corroborado ello por la doctrina jurisprudencial que se ha expuesto también anteriormente y que lleva a resolver, en el caso, dada la cercanía entre la escritura de cesión del crédito a favor de Ferrobierzo S.L. y la solicitud de concurso, dadas las relaciones comerciales existentes entre ambas empresas (ya la Administración Concursal alude a vinculaciones entre la concursada, la recurrente y otras empresas), lleva a compartir la conclusión que alcanza el Juzgador "a quo" sobre el conocimiento de la situación de insolvencia de la concursada por parte de la ahora recurrente. Desestimándose los motivos de recurso relativos a que el pago de la deuda se debió a la actividad empresarial ordinaria de la concursada, confirmando la sentencia apelada.”: SAP León (Sección 1) 24.09.2014 (Sentencia 211/2014; Rollo 216/2014)

AP Lugo

“Finalmente señalar que la actuación del Banco apelado puede ser considerada de mala fé al no desconocer la incorrección de los traspasos efectuados y el estado de insolvencia de la entidad Conservas de Burela SA., dado su condición de acreedor principal, lo que lleva a que la calificación del crédito como subordinado y la denegación de los intereses moratorios a que se refieren los puntos 3º y 4º del fallo de la sentencia recurrida deban mantenerse como lo restante de lo establecido en la misma.”: SAP Lugo 19.12.2006 (JUR 2007/128096)

AP Lleida

“CINQUÈ.-El darrer dels motius de recurs fa referència a la bona o mala fe dels intervinents en l'operació. En l'àmbit concursal la Sala 1ª del TS (Sentència del Ple de 16 de setembre de 2010), a l'abordar el concepte de mala fe de l' article 73 de la LC ha assenyalat, a l'al·ludir a l'aspecte subjectiu subjacent per justificar aquest tipus d'accions, que a més del coneixement de la situació d'insolvència del deutor, el que cal no és que es tingui intenció de danyar, sinó que ni ha prou amb la consciència de que s'afectarà negativament - es causarà perjudici- als demés creditors, de manera que a l'agreujar o endurir la situació econòmica del deutor s'està debilitant notòriament l'efectivitat enfront a aquells titulars de drets sobre aquell.
Diu concretament l'expressada sentència *"...La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se efecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico. "*
Doncs bé, en aquest extrem, també haurem de confirmar les conclusions a les que arriba el jutge a quo atès que l'operació és clarament un buidat de l'actiu de Ferrolleida i tots els participants ho sabien. El Banc de Sabadell perquè s'avé a fer una operació en que clarament el comprador no està apoderat, la compradora és una societat que no ha operat mai i que s'ha constituït ex proces amb un capital de 3000 # per aquesta operació. El seu nivell de crèdit és evident que és inexistent, i si el Banc acorda fer l'operació no és més que perquè el B. Sabadell sap que NDP arrendarà amb posterioritat la nau a Ferrolleida, la qual li atorgarà una garantia exagerada que a la vegada li serveix a Banc de Sabadell com a garantia davant de NDP. Per tant, interposa en el negoci a un tercer enlloc de fer l'operació directament amb Ferrolleida, i segurament amb l'obscura intenció d'evitar els perniciosos efectes que podria tenir per l'operació un posterior concurs de Ferrolleida, com de fet s'ha produït, sabedora com era el BS de la delicada situació econòmica de Ferrolleida, deutora del BS.
La mala fe en la participació de la resta de demandats apel·lants és, si cal, més clara, i tots ells des d'un inici són sabedors de les conseqüències patrimonials per Ferrolleida ja que tots saben que la venda es produeix per un preu per davall del de mercat, i obtenen de l'operació un clar benefici en perjudici de la concursada, alterant la pars conditio. No és en absolut creïble que es prepari una operació d'aquesta envergadura creant una societat ex proces per a l'operació i tot sense que ningú estigui ni tan sols informat de la situació d'uns i altres i en especial de la delicada situació econòmica per la que estava travessant Ferrolleida que la va portar a una situació de concurs en dades molt properes a l'operació. No cal oblidar tampoc les relacions societàries de tots ells i la confluència d'interessos en altres societats que fan de tot punt insostenible la tesis de que no estaven al cas del que succeïa.”: SAP Lleida (Sección 2) 27.09.2012 (Sentencia 353/2012; Rollo 261/2012)

“Per acabar i pel que fa a la bona o mala fe dels intervinents en l'operació, haurem també de ratificar la sentència en aquest extrems atès que cal recordar que estem enfront d'una operació de transmissió d'un bé de la societat valorat en més de 88.000 # en la que intervenen el Sr. Faustino en la seva condició de soci, apoderat general i administrador de fet de la societat concursada, i el pares d'aquest, operació de venda realitzada amb posterioritat a la comunicació de la insolvència actual de Promohabitat 98 SL al jutjat mercantil a l'empara de l' article 5.3 de la LC. No s'havia iniciat encara cap tràmit d'execució hipotecaria i el Sr. Faustino era perfectament coneixedor de que la promotora del Sr. Faustino estava en situació d'insolvència. Per tant han participat en una operació de canvi de titularitat d'un bé propietat de la societat simulant efectuar una compravenda en que el preu no és el que val el local, amb clara infracció de la par condició i en benefici propi, el que ens ha de menar a la desestimació del recurs d'apel·lació”: SAP Lleida (Sección 2) 14.02.2013 (Sentencia 73/2013; Rollo 414/2012)

“SÉPTIMO.-La AC solicita que el crédito que pudiera resultar a favor de Banco Popular a raíz del préstamo hipotecario de 550.000 # sea declarado como crédito subordinado por existir mala fe, lo que vendría exigido por los arts. 73.3 y 92.6 de la LC. Sobre este particular hemos dicho en nuestra sentencia de 27-9-12 que: "En l'àmbit concursal la Sala 1ª del TS (Sentència del Ple de 16 de setembre de 2010), a l'abordar el concepte de mala fe de l'article 73 de la LC ha assenyalat, a l'al·ludir a l'aspecte subjectiu subjacent per justificar aquest tipus d'accions, que a més del coneixement de la situació d'insolvència del deutor, el que cal no és que es tingui intenció de danyar, sino que ni ha prou amb la consciència de que s'afectarà negativament -es causarà perjudici- als demés creditors, de manera que a l'agreujar o endurir la situació econòmica del deutor s'està debilitant notòriament l'efectivitat enfront a aquells titulars de drets sobre aquell.
Diu concretament l'expressada sentència "...La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se efecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico."
En el mismo sentido se pronuncia la STS 27-10-10 : "Efectivamente, como sostiene la parte recurrente, la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3, "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores".
No cabe duda que en este supuesto concurre la mala fe alegada, pues en un mismo día se constituyen las dos garantías hipotecarias litigiosas que en su casi integridad se destinan a satisfacer deudas de otras sociedades que, aunque sean del mismo grupo, producen el efecto de incrementar significativamente la responsabilidad patrimonial de la deudora. La acreedora Banco Popular persigue obtener a toda costa mayores garantías de cobro, tanto de sus créditos contra la concursada como, sobre todo, contra sociedades del grupo, sin importarle la consiguiente postergación de los acreedores propios de Tractomotor respecto a la posibilidad de realización de sus créditos a costa de los inmuebles de su deudora que resultan gravados con las nuevas hipotecas, por lo que no puede haber duda alguna sobre la conciencia de que, con esa actuación, los restantes acreedores de Tractomotor se colocaban en una más que evidente peor perspectiva de recuperación de sus créditos, en beneficio de Banco Popular, quien logra esquivar así los efectos de la "pars conditio creditorum". “:SAP Lleida (Sección 2) 05.12.2014 (Sentencia 523/2014; Rollo 501/2014)

AP Madrid

“QUINTO.- Que reconozcamos la rescincibilidad de la operación, a tenor de lo establecido en el artículo 71 de la LC, no significa que tengamos por que efectuar la imputación de actuación de mala fe hacia los demandados, como la que se pretende obtener por la Administración Concursal de CANZANAL 95 SA. Para el éxito de la acción rescisoria concursal basta, junto al elemento temporal (que el acto esté comprendido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), el componente objetivo de la producción de un perjuicio, sin que sea preciso la concurrencia de un elemento subjetivo (intención fraudulenta). Éste solo resultaría relevante a la hora de graduar los efectos de la rescisión, que son más gravosos para el implicado en la operación rescindida si se apreciase que medió mala fe por su parte (artículo 73 de la LC, en sus números 2 y 3).
Hemos comprobado que la operación objeto de este incidente se estipuló a precio de mercado, y que su finalidad, aunque incluyese como parte de la misma la satisfacción del derecho de un acreedor concreto, podía estimarse legítima (salida de activo contra reducción de pasivo). Y no advertimos un ánimo específico de lucrarse a costa de contribuir a despatrimonializar al deudor, pues la compradora aceptó que se pactase la participación de la vendedora en el beneficio que pudiera deparar una ulterior reventa, lo que no concuerda demasiado con un desmedido ánimo de lucro por parte de aquélla. Además, no se habían todavía cerrado ni, por tanto, publicado las cuentas de 2004 de CANZANAL 95 SA., por lo que la compradora podía ser conocedora de algunas de las dificultades de aquélla, mas no necesariamente consciente de la drástica situación económica que se iba a hacer pública de inmediato. Por lo que carece de solidez la imputación de mala fe que se preconiza en la demanda. La venta se rescinde por estimarla perjudicial para la masa activa, interpretada de modo coherente con el principio de la “par conditio creditorum”, mas no porque estimemos que se trata de una operación orquestada de mala fe.”: SAP Madrid (Sección 28) 19.12.2008 (Rollo 36/2008)

“CUARTO.-Ahora bien, como también se razonó en la resolución parcialmente transcrita *[se refiere a la SAP Madrid (Sección 28) 19.12.2008 (Rollo 36/2008)]*, el hecho de que reconozcamos la rescincibilidad de la operación a tenor de lo establecido en el artículo 71 de la LC no significa que debamos apreciar también la

concurrencia de mala fe en los demandados, tal y como se pretende en la demanda. Para el éxito de la acción rescisoria concursal basta, junto al elemento temporal (que el acto esté comprendido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), el componente objetivo de la producción de un perjuicio, sin que sea preciso la concurrencia de un elemento subjetivo (intención fraudulenta). Éste solo resultaría relevante a la hora de graduar los efectos de la rescisión, que serían más gravosos para el implicado en la operación rescindida si se apreciase que medió mala fe por su parte (artículo 73 de la LC, en sus números 2 y 3).
Pues bien, no justificada la insuficiencia del precio pactado, tampoco se ha puesto de relieve en el proceso elemento alguno que permita llevarnos a la convicción de que en la operación hubiera mediado mala fe por parte de la compradora, por cuyo motivo carece de solidez la imputación de mala fe que se preconiza en la demanda. La venta se rescinde por estimarse perjudicial para la masa activa, interpretada de modo coherente con el principio de la "par conditio creditorum", mas no porque consideremos que se trata de una operación orquestada de mala fe. “:SAP Madrid (Sección 28) 28.09.2010 (Sentencia 214/2010; Rollo 2/2010)

“Y es precisamente en este aspecto -el de la conciencia- en el que hay que situar el tema de la mala fe. Para aquilatar ese concepto no podemos prescindir de la doctrina jurisprudencial recaída en torno a las acciones pauliana y rescisoria de los Arts. 1.111 y 1.291.3º del Código Civil, la cual, después de una larga evolución, ha terminado consolidándose sobre la idea de que la apreciación del elemento subjetivo (fraude) no precisa de la prueba de una intención especial -intención de perjudicar o "animus nocendi" -sino que se satisface con un simple estado de conciencia que abarque la posibilidad de originar perjuicio a terceros. El concepto de fraude no exige un específico designio de hacer inefectivos los créditos de los acreedores sino que lo determina el que el resultado perjudicial para ellos o bien era conocido que podía producirse o cuando menos debió ser conocido por los implicados en el "consilium fraudis". Recientemente, la sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 23 de marzo de 2011 ha condensado, con cita de otras muchas resoluciones, esa ya apuntalada doctrina del siguiente modo: ".La sentencia de esta Sala de 25 junio 2010 afirma que el propósito de defraudar ("consilium fraudis") ha de concurrir tanto en el que enajena como en quien adquiere la cosa objeto de la enajenación (sentencia de 20 octubre 2005), pero tal exigencia ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora (sentencias de 12 de marzo, 21 de abril y 13 de mayo de 2004; 19 de julio y 25 de noviembre de 2005; y 25 de marzo de 2009, entre las más recientes). El "consilium fraudis" -continúa dicha sentencia- se entiende de manera amplia como "conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor" (sentencias de 31 de diciembre de 2002; 12 de marzo y 21 de junio de 2004; 25 de noviembre de 2005; 19 de noviembre 2007). Basta que el deudor - enajenante- haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio (sentencias de 31 de diciembre de 2002, 30 de octubre de 2006, 19 de noviembre de 2007, entre otras), pero se requiere también la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata (sentencia de 20 de octubre de 2005), resultando suficiente para este conocimiento la conciencia de causar daño o perjuicio -"scientia fraudis"- (sentencias de 15 de marzo de 2002; 17 de julio de 2006; 30 de abril y 19 de noviembre de 2007; 19 de mayo y 20 de junio de 2008; y 28 de mayo de 2009)." (énfasis añadido). Doctrina que no difiere en esencia de la que, para aquilatar el concepto de la mala fe a los efectos de aplicar la consecuencia prevista en el Art. 73-3 "in fine" de la Ley Concursal, ha establecido la S.T.S. (de Pleno) de 16 de septiembre de 2010.
En el presente caso, la existencia de un estado de conciencia que, desde el inicio y como "causa" o finalidad de la propia operación, iba referido al destino material de la suma prestada es algo que no solo fue expresamente invocado en la demanda sino que lo reconoce la apelante BANCO POPULAR de una manera explícita, con lo que no parece aventurado suponer que era también consciente de que de ese modo se causaría agravio al círculo de acreedores de Don Nicolas ante un escenario de insolvencia, pues se trata de una deducción obvia que, por supuesto, hemos de considerar al alcance de una entidad bancaria de renombre como lo es BANCO POPULAR, dotada sin duda de eficaces servicios de evaluación de riesgos.”:.”: SAP Madrid (Sección 28) 07.05.2012 (Sentencia 140/2012; Rollo 331/2011)

“CUARTO.- También se comparten las razones que la sentencia expone para afirmar la mala fe de la entidad prestamista y que determinan la subordinación del crédito de restitución y la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados.
El artículo 73 de la Ley Concursal señala que si la sentencia aprecia mala fe en quien contrató con la concursada se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios y, además, el derecho a la prestación que resulte a su favor tendrá la consideración de crédito concursal subordinado.
Como indicamos en nuestras sentencias de fecha 20 de abril y 7 de mayo de 2012, para aquilatar el concepto de fraude no podemos prescindir de la doctrina jurisprudencial recaída en torno a las acciones pauliana y rescisoria de los artículos 1.111 y 1.291.3º del Código Civil, la cual, después de una larga evolución, ha terminado consolidándose sobre la idea de que la apreciación de ese elemento subjetivo no precisa de la prueba de una intención especial -intención de perjudicar o "animus nocendi" - sino que se satisface con un simple estado de conciencia que abarque la posibilidad de originar perjuicio a terceros. El concepto de fraude no exige un específico designio de hacer inefectivos los créditos de los acreedores sino que lo determina el que el resultado perjudicial para ellos o bien era conocido que podía producirse o cuando menos debió ser conocido por los implicados en el "consilium fraudis".
La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 ha condensado, con cita de otras muchas resoluciones, esa ya apuntalada doctrina del siguiente modo: ".La sentencia de esta Sala de 25 junio 2010 afirma que el propósito de defraudar ("consilium fraudis") ha de concurrir tanto en el que enajena como en

quien adquiere la cosa objeto de la enajenación (sentencia de 20 octubre 2005), pero tal exigencia ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora (sentencias de 12 de marzo, 21 de abril y 13 de mayo de 2004; 19 de julio y 25 de noviembre de 2005; y 25 de marzo de 2009, entre las más recientes). El "consilium fraudis" -continúa dicha sentencia- se entiende de manera amplia como "conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor" (sentencias de 31 de diciembre de 2002; 12 de marzo y 21 de junio de 2004; 25 de noviembre de 2005; 19 de noviembre 2007). Basta que el deudor enajenante- haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio (sentencias de 31 de diciembre de 2002, 30 de octubre de 2006, 19 de noviembre de 2007, entre otras), pero se requiere también la complicidad
o el conocimiento de la persona con quien se contrata (sentencia de 20 de octubre de 2005), resultando suficiente para este conocimiento la conciencia de causar daño o perjuicio -"scientia fraudis"- (sentencias de 15 de marzo de 2002; 17 de julio de 2006; 30 de abril y 19 de noviembre de 2007; 19 de mayo y 20 de junio de 2008; y 28 de mayo de 2009)." (énfasis añadido).
Ya en el ámbito concursal la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010 señala que: ". la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3, "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores", añadiendo la de Pleno de la Sala 1ª de16 de septiembre de 2010 que: "La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico", sin que sea suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia.
Este panorama jurisprudencial se completa con la sentencia de 7 de diciembre de 2012, que insiste en que para apreciar la mala fe se exige no sólo "el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor" sino, también, la concurrencia de dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo está integrado por el conocimiento de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores, estos es, no se requiere la intención de dañar, sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos". El elemento objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consiste "en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico".
En el supuesto de autos, como señala la sentencia apelada, la operación de préstamo se articula con dos personas físicas cuando materialmente el beneficiario del préstamo era la sociedad, hecho que expresa y reiteradamente se reconoce en la contestación a la demanda, señalando la ahora apelante, por ejemplo, que: "La refinanciación se realiza a solicitud de la concursada y su marido y con el único fin de facilitarles las cosas en un momento de dificultad de su empresa para que pudieran seguir importando" o "Si mi mandante tuvo alguna intención fue única y exclusivamente facilitar mediante la refinanciación el uso de la línea de comercio exterior de la empresa Esomag en un momento de dificultad". Que la finalidad del préstamo era la refinanciación de la sociedad se deduce de la propia escritura de préstamo cuando se precisa que el préstamo se otorga "para refinanciación de deuda anterior".
No es cierto que la sentencia apelada no dé ninguna razón que sostenga la afirmación de que la entidad financiera conocía que el préstamo era una operación de refinanciación de la sociedad pues con meridiana claridad indica en su tercer fundamento de derecho que: ". ello se desprende no sólo de la escritura notarial del préstamo, donde habla ya de la necesidad de refinanciación (en el "Exponen, ap. II), sino incluso de la propia contestación a la demanda (art. 405.2 LEC)".
Reconocido que la causa o finalidad del préstamo era otorgar financiación a la sociedad a la que materialmente aquél estaba destinado, resulta patente que la entidad financiera debía ser consciente de que, ante un escenario de insolvencia, dicha operación causaba perjuicio a los demás acreedores de la prestataria hipotecante hasta el punto de que no sólo se incrementaba su pasivo sino que se obtenía un privilegio sobre el principal activo de la deudora que postergaba a los demás acreedores.
Por lo demás, no es discutido que la concursada es ama de casa y que carece de fuente de ingresos para atender el préstamo concedido por la apelante, estando casada en régimen de separación de de bienes, destacando que poco tiempo después de concederse el préstamo (18 de diciembre de 2008) la deudora presentó el día 14 de abril de 2009 la comunicación del entonces vigente artículo 5.3 de la Ley Concursal (documento nº 13 de la demanda) que implica el reconocimiento de su estado de insolvencia actual. La proximidad de tal hecho a la concesión del préstamo unida a la falta de recursos de la deudora para atender las obligaciones contraídas con la apelante y la posterior comunicación del artículo 5.3 y declaración de concurso de la propia sociedad (documentos nº 19 y 20 de la demanda, efectuadas, respectivamente, el 3 de abril y 6 de noviembre de 2009) e incluso del esposo, también declarado en concurso, evidencian la situación de insolvencia de la deudora al tiempo de concederse el préstamo.
La apelante mantiene que en la fecha en que se otorgó el préstamo, "NI EXISTÍA EL CONCURSO lo que carece de relevancia- NI NADA PODÍA HACER PRESUMIR A MI REPRESENTADA QUE EXISTÍAN VISOS DE QUE EXISTIESE EN EL FUTURO. Si la prestataria falseó sus datos económicos es obvio de quién es la responsabilidad en el presente supuesto". Los datos antes expuestos ponen de manifiesto, precisamente, lo contrario y, además, dadas las intensas relaciones financieras habidas entre la sociedad y la prestamista debe presumirse que ésta, como profesional del crédito, conocía perfectamente el estado financiero de la sociedad, sus socios y fiadores, contando con los medios y recursos necesarios para analizar los riesgos, sin que se

haya acreditado en modo alguno que la prestataria falseara los datos económicos facilitados a la entidad, es más, ni siquiera han sido aportados los datos que supuestamente presentó la prestataria para obtener el préstamo que, como hemos reiterado, estaba destinado desde el mismo momento de su concesión a la sociedad de la que era socio y administrador su esposo.
La conducta de la demanda, a la vista de las circunstancias descritas, vinculando como prestataria a una persona física y logrando la garantía hipotecaria sobre un bien de su propiedad con el objeto predeterminado y conocido por la prestamista de financiar a una sociedad, verdadera destinataria del préstamo, ejecutándose la operación en un entorno de insolvencia tanto de los prestatarios como de la sociedad beneficiaria del mismo, es merecedora de ese plus que viene exigiendo la jurisprudencia como requisito objetivo y que se condensa en que la operación es merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico.
Por último, el hecho de que la apelante pudiera haber articulado el préstamo directamente con la sociedad, obteniendo la garantía de la titular del inmueble como hipotecante no deudor, en nada obsta a la apreciación de mala fe que también cabría apreciar en dicho supuesto.
Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada. “:SAP Madrid (Sección 28) 11.01.2013 (Sentencia 4/2013; Rollo 640/2011)

AP Málaga

“CUARTO Se interesa en la demanda, y así se acoge en la sentencia de instancia, que se califique de subordinado el crédito de Conextran S.L. por haber actuado de mala fe, siendo éste -el haber actuado de mala fe- el principal pronunciamiento combatido tanto en el escrito de contestación a la demanda como en el recurso y la cuestión a la que la sentencia dedica la mayoría de sus razonamientos. Como tiene reiterado la jurisprudencia, la buena o mala fe es concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos (entre otrasSTS 22 octubre 1991 y 17 febrero 1998), y en el caso presente la conducta de mala fe de la recurrente tiene su apoyo en los hechos acreditados en las actuaciones pues siendo acreedor de la concursada, tres meses antes de la declaración de concurso, contrata con ella consiguiendo subrogarse en su posición de arrendataria financiera resultando que los bienes afectados eran precisamente el único bien de la concursada y en los que ejercía su actividad de tal forma que la cesionaria no toma posesión material de los mismos hasta días después de la declaración del concurso, de lo que se deduce que la adquirente conocía perfectamente la situación de crisis de la cedente consiguiendo con esa operación una consecuencia fundamental como es (en palabras del Tribunal Supremo) la falta de coincidencia entre el momento en que se abre el procedimiento concursal y aquel otro en que se produjo, en realidad, la situación económica que implica su apertura, buscando su exclusivo beneficio en perjuicio de los demás acreedores con vulneración del principio «par condictio creditorum».”: SAP Málaga (Sección 6) 26.03.2009 (JUR 2009/274183)

AP Murcia

“QUINTO.-Finalmente, también debemos desestimar el último motivo de apelación formulado relativo a la injustificada atribución de mala fe a la entidad bancaria recurrente. La sentencia de instancia fundamenta la existencia de dicha mala fe en el hecho de que la tan repetida operación se realizó conociendo Banesto la situación de iliquidez de la concursada.
La recurrente discrepa de tal declaración alegando la ausencia de prueba que permita sustentar con éxito el conocimiento por ella de la citada situación de insolvencia, máxime teniendo en cuenta que la mala fe no se presume.
En este sentido, hemos de partir del contenido de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 16 de septiembre de 2010 en la que se aborda, en el ámbito de lo concursal, el concepto de mala fe del artº. 73 de la Ley Concursal. Se afirma en dicha resolución que para la apreciación de esa mala fe se requiere además del conocimiento de la situación de insolvencia del deudor, la conciencia de que con la operación a realizar se afecta negativamente, es decir, se causa perjuicio, a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica de la entidad deudora, se está debilitando al mismo tiempo de manera notoria la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos.
Y es lo cierto, que en este caso concurren los citados presupuestos. La situación de insolvencia ya ha quedado analizada en los precedentes Fundamentos de Derecho, y en modo alguno una entidad bancaria como Banesto podría alegar su desconocimiento. Además las propias características de la operación en los términos que se mencionan con acierto en la sentencia de instancia, su sutileza y extrema rapidez, sin solución de continuidad en su ejecución, y en definitiva la operación de dación en pago que la misma encubría, constituyen datos determinantes que vendrían a reforzar el conocimiento por Banesto de la insolvencia de "Mediterráneo Hispa Group" S.A., al tiempo que también justificarían esa conciencia de la entidad bancaria de que con dicha operación se estaría afectando negativamente a los demás acreedores.”: SAP Murcia (Sección 4) 25.07.2013 (Sentencia 479/2013; Rollo 412/2013)

“El art. 73.3 LC prevé "El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará como subordinado".
Con carácter general se ha venido entendiendo (con relación al fraude), por la jurisprudencia (STS de 23 de marzo de 2011) que "... la sentencia de esta Sala de 25 junio 2010 afirma que el propósito de defraudar ("consilium fraudis") ha de concurrir tanto en el que enajena como en quien adquiere la cosa objeto de la

enajenación (sentencia de 20 octubre 2005), pero tal exigencia ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora (sentencias de 12 de marzo, 21 de abril y 13 de mayo de 2004; 19 de julio y 25 de noviembre de 2005; y 25 de marzo de 2009, entre las más recientes). El "consilium fraudis" -continúa dicha sentencia- se entiende de manera amplia como "conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor" (sentencias de 31 de diciembre de 2002; 12 de marzo y 21 de junio de 2004; 25 de noviembre de 2005; 19 de noviembre 2007). Basta que el deudor - enajenante- haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio (sentencias de 31 de diciembre de 2002, 30 de octubre de 2006, 19 de noviembre de 2007, entre otras), pero se requiere también la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata (sentencia de 20 de octubre de 2005), resultando suficiente para este conocimiento la conciencia de causar daño o perjuicio -"scientia fraudis"- (sentencias de 15 de marzo de 2002; 17 de julio de 2006; 30 de abril y 19 de noviembre de 2007; 19 de mayo y 20 de junio de 2008; y 28 de mayo de 2009)..."
Se requiere, por tanto, el conocimiento de la situación económica del deudor en conexión con la proximidad de su declaración en concurso de acreedores; es decir, para que entre en juego el art. 73.3 LC se tiene que acreditar por el impugnante del acto que la contraparte conocía la situación económica de la deudora, que el acto se realiza en perjuicio de los acreedores (sustrayendo bienes de la masa activa o alterando la regla de la igualdad de trato) y además que exista una proximidad temporal con la declaración de concurso. Se entiende que el tercero conoce la situación económica difícil por la que atraviesa la actora, que probablemente desembocará en insolvencia y para garantizarse un privilegio en el futurible concurso exige el establecimiento de una garantía o realiza un acto que de ordinario y en condiciones normales a lo mejor no hubiera exigido o realizado; de esta forma la proximidad a la declaración del concurso agrava esa posible presencia de mala fe. Pero en todo caso para apreciar la mala fe es necesario acudir al caso concreto y examinar las particularidades de la operación.
En materia concursal, dice la STS de 27 de octubre de 2010 que "... la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3, "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores. Pero tales presupuestos concurren en el caso. Así lo declara el Juzgador de 1ª Instancia -"hay dos datos (dice) que ponen de manifiesto la mala fe de los compradores, es decir, que los mismos eran conscientes de la grave crisis económica de la empresa y del perjuicio que podían sufrir el resto de los acreedores"-; así lo admite la de apelación; y, en cualquier caso, claramente se deducen ambos presupuestos de los hechos."
En el caso que se examina en esta apelación consta la existencia de la mala fe, porque tanto la concursada como el codemandado, D. Santos, conocían la situación económica de la concursada, ya que el propio apelante reconoce que aportaba capital ante las dificultades económicas de la luego concursada, prestando dinero o asumiendo avales ante entidades financieras. El propio contrato de préstamo celebrado entre las partes prevé, como modo de intervenir en la empresa, que se le devolvería el dinero prestado en participaciones de la mercantil no inferiores al 40 % las mismas. La propia configuración de la dación de pago, junto a la operación de arrendamiento que inmediatamente hace el que recibe en pago la maquinaria a la empresa que le transmite la propiedad, es un contrato típicamente fiduciario, a modo de garantía real para garantizar el cobro de esas cantidades. Las estrechas relaciones del Sr. Santos en la empresa viene ratificada por los dos ex trabajadores de las misma que declararon como testigos en las diligencias penales (folios 270 a 276), una de ellas la que llevaba la contabilidad, que refiere que las entregas de dinero que hacía el Sr. Santos las contabilizaba como aportaciones de socio. Por lo tanto, en aquél momento en que tiene lugar la dación en pago, el ahora apelante no sólo conocía la difícil situación económica de la empresa, sino que tenía una clara participación en la misma como socio importante, con un alto porcentaje de hecho (al menos el 40 %) de las participaciones. De ello se desprende, por un lado el conocimiento de la insolvencia y por otro la conciencia de perjudicar a los restantes acreedores.": SAP Murcia (Sección 4) 26.06.2014 (Sentencia 398/2014; Rollo 305/2014)

"QUINTO.-En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos con respecto al siguiente motivo de apelación formulado por "Banco Santander" S.A., relativo a la infracción del artº. 73 de la L.C., al declarar la sentencia apelada la actuación de mala fe del Banco. La parte recurrente fundamenta su pretensión en que la sentencia de instancia, al declarar la existencia de dicha mala fe, prescinde del análisis de los requisitos subjetivos y objetivos que deben concurrir conforme a la doctrina jurisprudencial.
En este sentido hemos de tener en cuenta el criterio jurídico-interpretativo mantenido al respecto por el Tribunal Supremo. Así la sentencia de 27 de octubre de 2010 señala que: *"...la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3, "in fine", no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores",* añadiendo la del Pleno de la Sala 1ª de 16 de septiembre de 2010, que *: "La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico",* sin que sea suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia.
Este panorama jurisprudencial se completa con la sentencia de 7 de diciembre de 2012, que insiste en que para apreciar la mala fe se exige, no sólo *"el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor* " sino, también, la concurrencia de dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo está integrado por el conocimiento de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a

los acreedores, esto es, no se requiere la intención de dañar, sino *"la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos".* El elemento objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consiste *"en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico"*.
Y es lo cierto, que en este caso y contrariamente a lo pretendido por la entidad recurrente, concurre la mala fe de "Banco Santander" S.A.
Téngase en cuenta, como hemos señalado en el precedente Fundamento de Derecho, que la cuestionada operación de refinanciación se lleva a cabo en el marco de una delicada y deficitaria situación económica de insolvencia de "Mediterráneo Hispagroup" S.A. Tal estado económico aparece debidamente constatado en los autos y así lo hemos puesto de manifiesto en dicho fundamento jurídico, a tenor de los documentos contables que se mencionan: cuentas de pérdidas y ganancias, balance de situación y memoria abreviada de dicha mercantil de los años 2008 y 2009. Es evidente que "Banco Santander" S.A. conocía tal situación. Téngase en cuenta, que la citada entidad bancaria en esa época protagonizaba con la sociedad concursada unas determinadas operaciones de refinanciación de las deudas del grupo empresarial en el que "Mediterráneo Hispagroup" S.A. es la sociedad capital o dominante. Entre esas operaciones que se desarrollaban se integra la referida a la suscripción del préstamo de 9.000.000 #, objeto de estos autos.
Efectivamente, como señala la doctrina jurisprudencial, no basta para apreciar esa mala fe, con el mero conocimiento de dicha situación de insolvencia. Se exige algo más. En concreto la conciencia de que con la operación financiera, se afecta negativamente a los demás acreedores. "Banco Santander" S.A., era consciente, en ese momento, de tal elemento subjetivo. Obsérvese que ambos contratantes, prestamista y prestatario, pactan con carácter permanente e irrevocable, como así consta documentado, el destino del importe del préstamo. Ese destino se dirige de forma exclusiva, en más del 50%, a la satisfacción de las deudas ajenas a la concursada, vencidas y exigibles, contraídas con dicha entidad bancaria por los accionistas y administradores de las sociedades filiales y por terceros que no forman parte del citado grupo de sociedades. De esta manera y conforme al referido pacto, el importe del préstamo tenía un único beneficiario, la propia entidad bancaria que con dicho comportamiento cancelaba esas deudas carentes de garantía, al tiempo que se constituía en acreedora hipotecaria ostentando un nuevo crédito con privilegio especial. Ese *"destino exclusivo"* del préstamo, que responde a la libre voluntad de los contratantes, es exponente de la concurrencia de ese elemento subjetivo de la mala fe: la conciencia de que se perjudicaba a los demás acreedores y se agravaba la situación económica de "Mediterráneo Hispagroup" S.A.
Por otro lado, tal conducta de "Banco Santander" S.A., comprende también el elemento objetivo determinante de la mala fe que exige la jurisprudencia. Y ello porque atendidas las circunstancias concurrentes, en los términos mencionados, ese comportamiento es merecedor también del reproche ético en el tráfico jurídico.
Por lo expuesto, procede la desestimación de este motivo de recurso.": SAP Murcia (Sección 4) 24.07.2014 (Sentencia 463/2014; Rollo 232/2014)

"TERCERO.-El tercer motivo se refiere a la inexistencia de la mala fe, indicándose que no se tiene en cuenta el elemento objetivo preciso para afirmar la mala fe. Que desde enero de 2012, en que se emitieron las certificaciones, Cubiertas y Fomento de Obras, S.L. conoce la deuda por los trabajos realizados, pero ello no supone que conozca que en aquellos momentos la empresa se encontraba en situación de insolvencia; que no se puede presumir que la sociedad fuera insolvente en enero de 2012, pues hasta finales del ejercicio 2012 la concursada contaba con fondos propios y que en el verano de 2012 los administradores de la concursada, Obras Inversiones, S.L. manifestaron que estaban haciendo gestiones ante Cajamurcia para refinanciar la deuda.
La sentencia recurrida considera que existió mala fe por parte de la mercantil Cubiertas y Fomento Obras S.L. Se indica que la codemandada conocía que se le adeudaba dinero por certificaciones desde enero de 2012; que ya conocía la situación de insolvencia en dicha fecha y que el administrador de la codemandada era también el administrador mancomunado de Elite Consulting, que llevaba la contabilidad de la concursada, circunstancias estas que corroboran el conocimiento de la insolvencia.
El art. 73.1 LC dispone que la estimación de la acción rescisoria concursal lleva consigo la ineficacia del acto impugnado y la consiguiente obligación de restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses.
La STS de 7 de diciembre de 2012 refiere: *"En principio, el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde es un crédito contra la masa (art. 84.2.8º LC), y debe ser abonado por la administración concursal "simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido" (art. 73.3 LC). Excepcionalmente, para el caso en que la contraparte hubiere actuado de mala fe, el art. 73.3 LC prevé la transformación de su crédito en concursal, y, dentro de éstos, en crédito subordinado (art. 92.6º LC), con la consiguiente postergación en el cobro, caso de liquidación, y el régimen de participación y vinculación, en caso de convenio. Si es un crédito concursal, entonces cesa el derecho a ser cobrado simultáneamente a la entrega de su prestación.*
La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación. El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta

negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre)".
El anterior motivo debe desestimarse, aceptándose lo razonado en instancia, pues, en efecto, se considera que, en el presente caso, la entidad apelante era conocedora al tiempo de efectuarse la cesión del bien objeto de la acción de reintegración, 30 de agosto de 2012, de las dificultades económicas y de iliquidez que atravesaba la concursada, afirmación esta que se deduce del hecho de que el representante de la entidad apelante había sido hasta pocos meses antes socio y administrador de la concursada y además era socio administrador de la entidad Elide Consulting, S.L., que llevaba las cuentas y administración de la concursada. Se considera, pues, que existió mala fe por parte de la apelante, ya que la cesión de la finca registral 45.459 se hizo con la única finalidad de salvaguardar los intereses de Cubiertas y Fomento Obras S.L.": SAP Murcia (Sección 4) 15.01.2015 (Sentencia 27/2015; Rollo 749/2014)

"CUARTO.-El tercer motivo se refiere a la mala fe que se atribuye a la entidad apelante. Se indica que la resolución recurrida se limita a suponer la concurrencia del elemento subjetivo pero omite toda referencia al elemento objetivo; que es cierto que desde enero de 2012, Cubiertas y Fomento de Obras, S.L., conocía que es acreedor de una importante cantidad de dinero derivado de los trabajos ejecutados, pero ello no supone que conociera que en aquellos momentos la empresa se encontrara en situación de insolvencia; que lo único que conocía Cubiertas y Fomento de Obras, S.L., es que no disponía de liquidez, pero no que fuera insolvente; que el informe provisional de la AC no determina el momento concreto en que se viene a considerar a la concursada en situación de déficit. Se hace mención a las cuentas anuales de la mercantil Obralia Inversiones, S.L., de las que se desprende que hasta finales del ejercicio 2012 la concursada contaba con fondos propios. Se hacen alegaciones en relación con el hecho de que el administrador de Cubiertas y Fomento de Obras, S.L., fuera administrador mancomunado de la sociedad que llevaba la contabilidad de la concursada y, finamente, se indica que es cierto que con la salida del bien quedaban menos bienes para satisfacer las deudas, pero que Cubiertas y Fomento de Obras, S.L., ha ejecutado trabajos que han incrementado el valor del activo, habiéndose llegado a ejecutar obras que han alcanzado mas del 80% del porcentaje de ejecución material.
La sentencia recurrida reconoce a Cubiertas y Fomento de Obras, S.L., un crédito subordinado por importe de 544.960,70 # por concurrencia de mala fe en el acreedor en relación con los actos rescindidos. Se refiere el artículo 73 LC; se indica que la codemandada conocía que se le adeudaba dinero por certificaciones emitidas en enero de 2012, por lo que ya conocían la situación de insolvencia de la sociedad desde dicha fecha; que el administrador de la codemandada era también administrador mancomunado de Elite Consulting, que llevaba la contabilidad de la concursada, circunstancia esta que corrobora que conocía la situación de dificultades económicas de la concursada, estimándose acreditada la existencia de mala fe.
El art. 73.1 LC dispone que la estimación de la acción rescisoria concursal lleva consigo la ineficacia del acto impugnado y la consiguiente obligación de restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses.
La STS de 7 de diciembre de 2012 refiere: *"En principio, el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde es un crédito contra la masa (art. 84.2.8º LC), y debe ser abonado por la administración concursal "simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido" (art. 73.3 LC). Excepcionalmente, para el caso en que la contraparte hubiere actuado de mala fe, el art. 73.3 LC prevé la transformación de su crédito en concursal, y, dentro de éstos, en crédito subordinado (art. 92.6º LC), con la consiguiente postergación en el cobro, caso de liquidación, y el régimen de participación y vinculación, en caso de convenio. Si es un crédito concursal, entonces cesa el derecho a ser cobrado simultáneamente a la entrega de su prestación.*
La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación. El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.
Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre)".
El anterior motivo debe desestimarse, aceptándose lo razonado en instancia, pues, en efecto, se considera que, en el presente caso, la entidad apelante era conocedora, al tiempo de efectuarse la constitución de la hipoteca, 30 de agosto de 2012, objeto de la acción de reintegración, de las dificultades económicas y de iliquidez que atravesaba la concursada, afirmación esta que se deduce del hecho de que el representante de la entidad apelante había sido hasta pocos meses antes socio y administrador de la concursada y además era socio y administrador de la entidad Elide Consulting, S.L., que llevaba las cuentas y administración de la concursada. Se considera, pues, que existió mala fe por parte de la apelante, ya que la constitución de la hipoteca sobre las fincas registrales 45.460 y 45.451 se hizo con la única finalidad de salvaguardar los intereses de Cubiertas y Fomento Obras S.L.": SAP Murcia (Sección 4) 29.01.2015 (Sentencia 49/2015; Rollo 884/2014)

AP Oviedo

"QUINTO Por último, se discute en el recurso el pronunciamiento de la sentencia en relación a la apreciación que en ella se hace en cuanto a la mala fe de la actuación de la entidad ahora apelante, a los efectos delart. 73. 3 de la Ley Concursal, al considerar crédito concursal subordinado el derecho a la prestación que resulte de la rescisión cuando se apreciare dicha mala fe en el acreedor.
Si bien es cierto que, como dice la apelante, la buena fe se presume, tal presunción queda vencida en el presente caso, pues partiendo de que lo que debe valorarse es que quien contrató con el concursado debía conocer la difícil situación económica de éste y que el negocio era perjudicial, existen datos suficientes que aparecen probados en la sentencia, tales como la importante diferencia que existe entre el precio real del inmueble y el que efectivamente se pagó, el hecho de que tal operación se realizase el 12 de mayo de 2005, tan solo tres meses antes de que el concursado presentase su solicitud de concurso voluntario (según lasentencia el 12 de agosto de 2005) y por último que en la misma fecha de la compraventa del inmueble, ante el mismo Notario y con número correlativo de protocolo, como señala la Administración concursal, por parte de HUEVOS LEÓN-ASTURIAS S.L. procedió a cancelar la deuda que por importe de 28.370,32 tenía la entidad Distribuciones Cárnicas Rojo S. L. de la que el concursado era administrador único y poseía el 97,50 % del capital social, datos todos ellos que evidencian que la situación ya debía de ser conocida por la entidad compradora del inmueble.": SAP Oviedo 04.03.2009 (JUR 2009/187097)

AP Pontevedra

"PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda deducida por la administración concursal en orden a la rescisión e ineficacia de la dación en pago que se realizó en su día entre la concursada y la codemandada ROEIRASA S.A., mediante la entrega de unas existencias de repuestos y accesorios de automóvil que se llevó a cabo el día 20 mayo 2009.
No se cuestiona ahora la procedencia de la rescisión concursal con fundamento en el art. 71 LC, sino la apreciación de la mala fe en el cesionario, es decir, la codemandada ROEIRASA S.A., en el citado negocio solutorio, lo que provoca la subordinación de su crédito conforme a lo dispuesto en el art. 73.3 LC.
La sentencia de instancia considera acreditado el conocimiento por parte de la apelante de la situación de insolvencia de la concursada cuando se procede a la dación en pago para liquidar una deuda ya vencida entre la apelante y la ahora concursada. Y deduce la mala fe no sólo de tal conocimiento sino de la cercanía entre la fecha de la operación y la solicitud de concurso voluntario que se produce unos días después, el 10 de junio, y se declara mediante auto de fecha 7 julio 2009. De ahí deduce la sentencia de instancia que la apelante era consciente de que tal operación podría perjudicar pagos incluso anteriores a los suyos, de otros acreedores, perjudicando por lo tanto a éstos, eludiendo el principio concursal de par conditio creditorum.
La codemandada se alza contra el pronunciamiento que declara su mala fe con el efecto de la subordinación de su crédito según dispone el art. 73.3 LC. Entiende que se ha producido un error en la valoración de la prueba de forma que, de la documental e interrogatorio de testigos lo único que se evidencia es que tenía conocimiento de la situación de crisis económica de la ahora concursada, pero desconocía que fuera a declararse en concurso, sino que pensaban que iba a ser reflotada por Recalvi (entidad especialmente relacionada con la concursada), procediendo a la regularización de la situación, saldando sus deudas, pero no que ante la situación de insolvencia era inminente la declaración de concurso de acreedores. Sostiene que se aceptó la entrega porque no se consideró sospechosa de nada. A ello añade que en todo momento ha estado y está dispuesta a la devolución de las existencias que le fueron entregadas en su día.
Al recurso de apelación se opone la administración concursal.
SEGUNDO.- Es lo cierto que las alegaciones de la parte recurrente en eso se quedan, sin soporte probatorio alguno que permita concluir una interpretación errónea por parte de la juzgadora de instancia sobre la prueba practicada.
La valoración de elementos subjetivos siempre es compleja y raramente se obtiene una prueba directa, pero ello no es óbice a la obtención de pruebas indiciarias que señalan en la misma dirección. Así ocurre en el presente caso en que la parte apelante era consciente de la situación de insolvencia de la ahora concursada, precisamente llevaba meses sin suministrarle mercancía (la empresa estaba ya en realidad sin actividad alguna desde finales de 2008), concretamente desde noviembre 2008 a junio de 2009, limitándose a reclamarle de forma reiterada su deuda. En pago de dicha deuda, al menos de parte de la misma, se procede a la entrega como dación en pago de cierta mercancía, días antes de que se presente la solicitud de concurso voluntario (20 de mayo y 10 de junio, respectivamente), y el testigo que ha declarado en el acto de la vista sostiene que se trataba de material caducado y obsoleto. Dato que permite deducir el conocimiento de la apelante de la situación de insolvencia y la admisión en pago con tales existencias a pesar de considerarlas de escaso valor comercial, con la intención de obtener de alguna manera una cierta satisfacción de su crédito, lo que evidentemente implica una disminución de las posibilidades de cobro de otros posibles acreedores. Ni las consideraciones que la parte apelante realiza en orden a sus creencias sobre la intervención de Recalvi o la situación de la concursada, ni la referencia a documentos muy posteriores a las fechas que interesan para valorar la mala fe de la parte apelante, ayudan a variar el criterio y valoración sobre el material probatorio.
En esta tesitura hemos de poner de manifiesto que, ante la ausencia de mayor determinación sobre la aplicación del concepto de la mala fe a la acción de reintegración concursal, hemos de inclinarnos por una interpretación restrictiva, ante tal silencio legal y el carácter cuasi sancionador de los efectos que conlleva tal calificación.

En esta línea señala la STS 27 octubre 2010 que, efectivamente, la apreciación de mala fe a los efectos del art. 73.3 LC in fine, no requiere intención fraudulenta, pues basta el conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de dañar o perjudicar a los demás acreedores. También la STS 16 septiembre 2010 que aunque no estima suficiente a los efectos del art. 73.3 LC el mero conocimiento de la insolvencia, debe estarse a las concretas circunstancias. La mala fe no requiere la intención de dañar, pero basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores. Partiendo de estas consideraciones, de la prueba practicada cabe concluir, con la juzgadora de instancia, la existencia de firmes elementos para deducir el conocimiento que la apelante tenía de la situación de insolvencia de la ahora concursada, así como que el pago que obtenía mediante la entrega de determinadas existencias suponía a la par que un beneficio para ella, un perjuicio para el resto de acreedores al disminuirse bienes con los que hacer frente al pago de sus créditos con evidente posibilidad de alterar prelaciones y preferencias.": SAP Pontevedra (Sección 1) 16.12.2011 (Sentencia 645/2011; Rollo 734/2011)

""PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión.
En el presente procedimiento se ejercita por la Administración concursal de la empresa "Belypa Construcciones, S.L." una acción de reintegración de la masa contra la citada sociedad y contra D. Maximiliano, con base en los siguientes hechos:
1º El 18 de enero de 2008, la sociedad "Belypa Construcciones, S.L." compró a D. Remigio, por un precio de 91.954,85 #, el inmueble que se describe como:
"CASA compuesta de planta baja a bodega y piso a vivienda, que mide cinco metros con veinte centímetros de frente, por nueve metros con doce centímetros de fondo, que hacen cuarenta y siete metros cuadrados cuarenta y dos decímetros cuadrados (47,42 m2) en planta. Sita en la CALLE000 número NUM004, de la ciudad de Tui, Linda: Norte, cada de Benedicto; Sur, casa de Don Cipriano; Fondo u Oeste, patio de Don Cipriano; y Frente o Este, CALLE000 ".
2º Entre los años 2010 y 2011, la entidad "Belypa Construcciones, S.L." realizó obras de reforma en el citado inmueble.
3º Mediante escritura pública de 2 de septiembre de 2011, la entidad "Belypa Construcciones, S.L." vendió el inmueble a D. Maximiliano, hijo del administrador de hecho de aquella sociedad, D. Fausto, por un importe de 60.000 #, a pesar de que, según tasación realizada tres meses después, su valor ascendía a 100.438,80 #.
4º En la escritura de venta se estipuló que la vendedora retenía del precio la suma de 25.000,02 # para hacer frente al préstamo hipotecario que gravaba la finca, y el resto se reconoció como pagado con anterioridad, 13.939,98 # en metálico y 21.060,00 # mediante ingreso bancario en la cuenta de "Belypa Construcciones, S.L.".
5º La cantidad que se dice abonada en efectivo fue satisfecha con fondos procedentes de la contabilidad "B" de "Belypa Construcciones, S.L.", mientras que el ingreso bancario se hizo por cuenta de la misma entidad, que poco más tarde, en virtud de auto de 28 de diciembre de 2011, fue declarada en concurso voluntario de acreedores.
Con base en estos hechos y al amparo del art. 71 de la Ley Concursal, la Administración concursal postula la rescisión de la compraventa celebrada argumentando que "Belypa Construcciones, S.L." procedió a vender un inmueble de su propiedad al hijo del administrador de hecho, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso y por un precio equivalente a la cuarta parte de su valor, con el consiguiente perjuicio para la entidad concursada.
Los demandados D. Maximiliano y la entidad "Belypa Construcciones, S.L." niegan tanto la existencia de personas especialmente vinculadas con la empresa al ser el padre de aquél un simple cargo intermedio, como la existencia de perjuicio alguno para la entidad dado que la tasación que se aporta no responde a las concretas circunstancias del inmueble y el precio fue satisfecho en su totalidad en la forma estipulada.
Tras examinar la finalidad y requisitos de la acción de reintegración prevista en el art. 71 LC, el Juzgado "a quo" analiza la prueba practicada y concluye, primero, que el inmueble se vendió por un precio muy inferior al de mercado, puesto que, estando valorado en 100.438,80 # según la tasación aportada por la parte demandante -y que considera más ajustada al ser más próxima en el tiempo a la fecha de la compra-, y, segundo, que no se ha probado que el comprador haya abonado la totalidad del precio pactado de 60.000 # y, más concretamente, las partidas de 13.939,98 # y 21.060,00 #, por lo que entiende que nos hallamos ante un acto dispositivo realizado a favor de persona especialmente vinculada a la sociedad concursada, y, por ende, los hechos deben subsumirse en el art. 71.3.1º LC, lo que comporta la estimación íntegra de la demanda.
Frente a esta resolución se alza la parte demandada (en realidad, el codemandado D. Maximiliano, ya que "Belypa Construcciones, S.L. no llegó a personarse en esta alzada), reiterando por vía de recurso los motivos alegados al contestar a la demanda; en particular, la adecuación del precio estipulado y el completo pago del mismo en la forma contemplada en la escritura de compra, lo que determinaría la ausencia de perjuicio alguno y, en consecuencia, de ilicitud de ninguna clase en la operación realizada.
SEGUNDO.- La acción de reintegración de la masa y la necesidad de perjuicio.
El art. 71 de la Ley Concursal regula la denominada acción de reintegración, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada en relación con la aplicación del antiguo art. 878.II del Código de Comercio, en los siguientes términos:
"1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.
2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo

vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.
3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:
1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.
4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.
5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:
1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.(...)"
Como se desprende de la redacción transcrita, el art. 71 LC distingue entre los actos de disposición a título gratuito, en los que presume en todo caso la existencia de perjuicio, los actos de disposición a título oneroso, en los que presume el perjuicio salvo prueba en contrario, y el resto de operaciones o actuaciones del deudor concursado, con relación a las cuales atribuye la prueba del perjuicio a quien ejercite la acción rescisoria. Pero en todo caso es consustancial al éxito de la acción de rescisión la idea de perjuicio para la masa del concurso, según resulta del párrafo 1º, que declara rescindibles *"los actos perjudiciales para la masa...".*
En este sentido ya se había venido pronunciando reiteradamente la jurisprudencia que, aunque inicialmente se inclinó por una interpretación literal del art. 878 CdC *("todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos")* y llegó a afirmar la nulidad absoluta de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados (cfr. SSTS de 17 de marzo de 1958; 22 de febrero de 1963; 26 de marzo de 1974; 17 de marzo de 1977; 13 de julio de 1984; 24 de octubre de 1989; 15 de noviembre de 1991; 19 de diciembre de 1991; 11 de noviembre de 1993; 28 de octubre de 1996; 26 de marzo de 1997; 2 de diciembre de 1999; 22 de mayo y 12 de junio de 2000; 8 de febrero de 2001; 3 de abril y 30 de septiembre de 2002; 28 de febrero de 2003; 29 de enero y 26 de marzo de 2004), ya había reconocido como excepción de la ineficacia del acto impugnado los casos de clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (SSTS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977).
En el ámbito de las operaciones inmobiliarias, entremezcladas con la mayoría de sentencias que seguían manteniendo la tesis de la nulidad absoluta, aparecieron otras que relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo la existencia de un fraude (STS de 12 de marzo de 1993) o de un perjuicio (STS de 20 de septiembre de 1993), hasta llegar a declarar expresamente que el art. 878.II no podía interpretarse literalmente, sino que la ineficacia debía supeditarse a la concurrencia del perjuicio, que vendría representado por un detrimento patrimonial o disminución del haber de la masa.
En definitiva, las acciones que contempla el art. 71 LC bajo la denominación de "acciones de reintegración" se integran en la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en el perjuicio que, tratándose actos de disposición a título oneroso, realizados dentro de los daños anteriores a la fecha de declaración del concurso, se presume salvo prueba en contrario siempre que se hayan realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, entre las que el art. 93.2 LC incluye, además de los socios, a los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
TERCERO.- El perjuicio en la compraventa celebrada en el supuesto de autos.
Como se ha anticipado al inicio, el debate se centra en determinar si la operación supuso o no un perjuicio para la sociedad concursada; perjuicio que la Administración concursal, en postura asumida por el Juzgado "a quo", sitúa en el hecho de que la vivienda se hubiera vendido por un valor notoriamente inferior al de mercado y que ni siquiera se llegó pagar, al menos en gran medida.
El valor del inmueble propiedad de "Belypa Construcciones, S.L.".
La sociedad concursada adquirió la finca sita en la CALLE000 núm. NUM004 de Tui por un precio de 91.954,85 #, en virtud de contrato celebrado en fecha 18 de enero de 2008 (cfr. el documento privado de compraventa -folio 26-).
El citado inmueble había sido pericialmente tasado con fecha 14 de diciembre de 2007 en la cantidad de 87.900 # (véase el certificado de tasación emitido por "Alia Tasaciones, S.A." y no impugnado por ninguna de las partes -folios 27 y 28-).
Para valorar la adecuación del precio estipulado en el contrato de compraventa cuya rescisión se pretende por la Administración concursal (60.000 #), con el verdadero valor del edificio, se han aportado dos certificaciones del mismo órgano, la Consellería de Facenda de la Xunta de Galicia: en la primera, presentada por la demandante y datada en fecha 28 de diciembre de 2011, se valora en 100.438,80 # (folio 25), mientras que en la segunda, acompañada con el escrito de contestación a la demanda y fechada el 31 de diciembre de 2013, se tasa en 43.375,06 # (folio 74).
La diferencia obedece a que la primera toma como referencia una superficie destinada a vivienda de 88 m2, es decir, la suma de la planta baja y el piso, en tanto que la segunda tasación distingue entre la planta baja, destinada a almacén, y la primera planta, destinada a vivienda.
La Sala no puede aceptar ninguna de las valoraciones puesto que, por una parte, si el inmueble se describe como compuesto de planta baja a bodega y piso a vivienda, la tasación del todo como destinado a vivienda no

responde a la realidad, y, por otra parte, es inverosímil que, tasado pericialmente el bien en 87.900,00 # en fecha 14 de diciembre de 2007 y habiéndose abonado por el mismo un precio de 91.954,85 # en fecha 18 de enero de 2008, ahora, cinco años después, se valore en menos de la mitad.
En estas condiciones y como referente más próximo, la Sala considera que debe estarse al precio que las partes fijaron libremente en el contrato de compraventa de 18 de enero de 2008, esto es, 91.954,85 #, por representar el valor de mercado real en dicho momento. Si se aplica a esta cifra el factor de corrección que supone la variación del Índice de Precios de la Vivienda entre 2008 y 2011, publicado por el Instituto Nacional de Estadística (cfr. folio 75), esto es, un (-) 12,8%, obtenemos un resultado de 80.184,63 # que, si bien es genérico en la medida que no consta con exactitud el impacto de la crisis económica en la localidad en que se hallaba situado el inmueble, sí que parece más ajustado para dilucidar el verdadero precio de mercado.
Si el inmueble tenía un valor de 80.184,63 # y se vendió en 60.000 #, es evidente que la operación, aun cuando pudiera explicarse por la necesidad de inyectar capital debido a la difícil situación económica de la vendedora, implicaba un perjuicio claro para esta última al entrañar un desvalor del 25%.
El pago del precio pactado.
En la escritura pública de compraventa de 2 de septiembre de 2011 se estipuló que el pago del precio sería abonado de la siguiente forma: 13.939,98 # se reconocieron abonados en metálico el 17 de agosto anterior, 21.060,00 # mediante ingreso bancario en la cuenta 0500105987 efectuado el 19 de agosto de 2011, y los restantes 25.000,02 # que correspondían al saldo pendiente de amortizar del préstamo hipotecario que gravaba la finca y que se retuvieron por la vendedora (folios 31 y ss.).
La Administración concursal afirma que el comprador únicamente abonó la cantidad de 25.000,02 #, mediante subrogación en la hipoteca, ya que la partida de 13.939,98 # salió de la contabilidad "B" de "Belypa Construcciones, S.L." y la partida de 21.060,00 # fue ingresada por el administrador de dicha sociedad, D. Artemio, y no por el comprador.
El examen de la documentación aportada no permite estimar acreditada tal afirmación.
En efecto, de las libretas de ahorro presentadas por la parte demandada se desprende que, primero, con fecha 19 de agosto de 2011, se produjo un traspaso de 28.000 # desde la cuenta nº NUM005 (titularidad de la menor Ángeles y en la que estaba autorizado su padre D. Fausto), a la cuenta NUM006 (titularidad de la menor Ángeles y de su hermano D. Maximiliano, y en la que estaban autorizados sus padres D. Fausto y Dña. Diana), ambas abiertas en la oficina del Banco Popular en Tui. Y, segundo, que en la misma fecha, 19 de agosto de 2011, se produjo un reintegro de 21.060,00 # en esta última cuenta.
Si estas operaciones se ponen relación con el resguardo de ingreso de efectivo por importe de 21.060,00 #, efectuado el mismo día 19 de agosto de 2011 a favor de "Belypa Construcciones, S.L." (folio 62), cabe fundadamente suponer que, con independencia de que el dinero proviniera de D. Maximiliano o de su padre
D. Fausto, salió de una cuenta de ahorro ajena a la sociedad concursada y fue ingresado en la cuenta que esta última tenía abierta en el Banco Popular.
Se alega que en el mencionado resguardo de ingreso no se indica el concepto en que se realiza y que en todo caso se hace por cuenta de "Belypa Construcciones, S.L" y no del comprador. Sin embargo, la revisión del documento evidencia que el ingreso no se hace "por cuenta" sino "a favor de "Belypa Construcciones, S.L.", y, aun cuando la mención "concepto" no aparece cubierta, ese documento se aportó y quedó unido a la escritura de compraventa, por lo que no hay motivo para dudar ni sobre la autoría ni sobre el concepto en que se hizo el ingreso.
Por lo que se refiere a la partida de 13.939,98 #, se aporta un recibí fechado el 17 de agosto de 2011 y firmado por D. Artemio, administrador de "Belypa Construcciones, S.L.", en virtud del cual se reconoce que *"BELYPA CONSTRUCCIONES, S.L." ha recibido de D. Maximiliano D.N.I. NUM007 la cantidad de TRECE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS CON DOS CENTIMOS (13.939,98) EUROS en concepto de Entrega en efectivo y a cuenta por compra de vivienda de planta baja y piso vivienda en CALLE000, NUM004 - TUI (Pontevedra)"* (cfr. folio 61).
Y junto con este documento se acompaña un resguardo de entrega de efectivo por importe de 13.939,98 #, a favor de "Belypa Construcciones, S.L." en la cuenta 050/****1-23, en fecha 12 de septiembre de 2011. Entrega que en el documento se dice realizada por D. Maximiliano, si bien quien materialmente hizo la entrega fue D. Artemio (cfr. folio 61), lo cual, por otra parte, resulta lógico, ya que si el dinero se pagó el 17 de agosto, quien lo tenía en su poder, y, por tanto, llevó a cabo el ingreso, sería el administrador de la sociedad que lo había recibido. Que la operación se ejecutara de la forma expuesta obedece probablemente a un intento de elusión fiscal o a la existencia de la contabilidad "B" que se afirma por la Administración concursal, pero no al hecho de que no se abonase el importe pactado.
Si a lo expuesto se las referidas operaciones fueron contabilizadas en las indicadas fechas en la contabilidad de la sociedad (cfr. las copias aportadas a los folios 83 y ss.), forzoso es concluir que no se ha demostrado en absoluto el pretendido fraude que denuncia la Administración concursal.
CUARTO.- Los efectos de la rescisión.
Una vez acreditada que la actuación descrita ocasionó a la sociedad concursada un perjuicio, materializado en la venta del inmueble por un precio inferior al valor de mercado, a una persona especialmente vinculada con aquélla, y, por ende, la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para acordar la rescisión de la operación, la discusión se reconduce a determinar las consecuencias que se derivan.
El art. 73 de la Ley Concursal establece a este respecto:
"1. La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.
2.Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de

irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.
3. El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado."
Ninguna duda resta sobre la procedencia de declarar la ineficacia de la compraventa y condenar a la restitución de las respectivas prestaciones, con sus frutos e intereses, y, caso de que no fuera posible, a entregar el valor que tenía la finca cuando se vendió, es decir, la cantidad de 80.184,63 #.
El problema surge a la hora de valorar la conducta del comprador, pues la aplicación del art. 71.3 LC dependerá de si se aprecia o no mala fe en su actuación.
La sentencia recurrida argumenta que *"(E)n el presente asunto a enjuiciar, las demandadas han realizado actos que han contribuido a defraudar los derechos de los acreedores, aflorando la mala fe en su actuación. Por lo tanto, se entiende que el eventual crédito que pudiere ostentar el comprador se clasifique como crédito subordinado".*
La Sala no comparte este argumento, al menos con la rotundidad que exige un pronunciamiento de condena de tal naturaleza. De entrada, conviene recordar que la buena fe es un principio general de actuación que se presume siempre en las relaciones jurídicas, de manera que quien afirma la mala fe debe probarla.
Descartado el fraude en el pago del precio, el único dato del que podría deducirse una actuación desleal
o falta de probidad es la cuantía del precio que se estipuló por la finca. Sin embargo, aun admitiendo que se trata de un indicio relevante, no puede valorarse al margen de otros, como son el haber abonado las cantidades pactadas, haber amortizado la hipoteca a principios de 2012 o mantener la propiedad y uso del inmueble en lugar de enajenarlo a un tercero, todo lo cual impide aseverar más allá de toda duda razonable que hubo una actuación maliciosa y, en consecuencia, aplicar el último inciso del art. 71.3 LC.": SAP Pontevedra (Sección 1) 19.06.2014 (Sentencia 227/2014; Rollo 253/2014)

AP Salamanca

"E, igualmente, es claro que el crédito debe ser reconocido en el presente concurso y, ciertamente, con el carácter de crédito subordinado, por cuanto Horpecasa ha actuado de mala fe. La cual, conforme a la jurisprudencia antes citada, no requiere la intención de dañar, sino que basta la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico (cfr. STS Sala 1ª, de 16-9-2010). En el supuesto de autos, con una mínima diligencia la acreedora demandada, Horpecasa, habría apreciado que la solución adoptada con ella para el pago de su crédito resultaba perjudicial para el resto de la comunidad de acreedores, puesto que su situación de pago, solucionada con la cesión de crédito ahora anulada, debió ponerle en alerta acerca de que veía liquidada su deuda con una especial diligencia, extraña desde la perspectiva de la situación económica calamitosa en que se encontraba el deudor. En definitiva, la demandada Horpecasa con una mínima diligencia habría advertido que con la cesión de los créditos se disminuía drásticamente el activo de Horpresa, con el consiguiente grave perjuicio para el resto de los acreedores. Sin que Horpecasa pueda alegar ignorancia de la situación económica lamentable de la concursada, cuando en la propia escritura que recoge el negocio jurídico anulado se hace referencia indirecta a la situación de pago generalizado de deudas por Horpresa, al afirmarse que con el sobrante de la deuda cedida que se cobre por Horpecasa se satisfará la deuda contraída con la entidad Coimavilla SL, lo que ponía de manifiesto la existencia de más créditos contraídos por la concursada. En definitiva, concurren en el presente caso los dos requisitos que deben darse para que pueda apreciarse la mala fe del acreedor cuyo negocio jurídico se rescinde, a saber:
-la conciencia del perjuicio, es decir, de que se afecta negativamente a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos, pues en el presente caso mediante el negocio que se rescinde se redujo prácticamente a la quinta parte el valor del activo del deudor concursado, en favor de uno solo de sus acreedores y, por consiguiente, en perjuicio del resto de los mismos y del trato igual conforme a la Ley a que éstos tienen derecho;
-y el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico", como así sucede en el presente caso, donde apenas unos meses antes de la declaración del concurso, un acreedor recibe casi cuatro quintas partes del activo del deudor para hacerse cobro de su crédito lo que, a la postre, hace ilusorias las funciones que inmediatamente después debía cumplir la Administración Concursal dirigidas esencialmente al pago de los créditos del deudor con todo su patrimonio universal y con respeto del esencial principio de la " pars conditio creditorum", en contra, pues, de los más elementales principios de igualdad y de proporcionalidad entre crédito y deuda, esenciales desde el punto de vista ético en todo tráfico mercantil.": SAP Salamanca (Sección 1) 01.07.2011 (Sentencia 297/2011; Rollo 739/2010)

"CUARTO.- El requisito temporal se cumple perfectamente en el supuesto de autos y a la vista de las pruebas practicadas se advierte claramente que el Banco Popular conocía perfectamente la difícil situación económica

del señor Ruperto, que dicho sea de paso se ha allanado a las pretensiones del administrador concursal en el pleito presente, y así le concede una segunda hipoteca sobre la misma vivienda particular con la única finalidad de que saldara la cuenta de préstamo pendiente que había contraído como administrador de Punto de Información S.L.U. y asegurarse una garantía real para su cobro. De otra manera y con la gran cuantía de la primera hipoteca no hubiera concedido una segunda hipoteca por importe de sesenta y seis mil euros, importe casi exacto de la deuda de la póliza de préstamo que había contraído como administrador de Punto de Información y así al siguiente día de firmar la escritura y luego al otro día transfiere desde su cuenta personal a la del préstamo referido de la sociedad la total cantidad de 67.537,92 euros con lo cual ese préstamo quedaría cancelado y luego y como si no hubiera pasado nada se persona en el concurso abreviado en el que se declara en concurso al señor Ruperto para que se le reconozca la cualidad de acreedor por un crédito derivado de dicho préstamo hipotecario por 66.706,89 euros de principal mas 20.000 euros presupuestados para intereses y costas de la ejecución. Es clara lo que se puede llamar "la jugada", cancela un préstamo cobrándolo y obtiene la calificación de acreedor por el segundo crédito hipotecario y luego el 18-11-2011 se adjudica la vivienda de la primera hipoteca por 210.000 euros. Por tanto sabía la crítica situación financiera del señor Ruperto al que fuerza a pedir un nuevo crédito con garantía de segunda hipoteca sobre la misma vivienda para que el dinero lo traspase a la cuenta de préstamo de Punto de Información lo que demuestra la mala fe del Banco Popular y de ahí que en aplicación del articulo 73.3 de la Ley Concursal su crédito ha de ser subordinado por todo lo cual el recurso ha de ser desestimado.": SAP Salamanca (Sección 1) 14.05.2013 (Sentencia193/2013; Rollo 32/2013)

AP Tarragona

"Finalmente, por lo que respecta a la mala fe, para aquilatar el concepto de fraude no podemos prescindir de la doctrina jurisprudencial recaída en torno a las acciones pauliana y rescisoria de los artículos 1.111 y 1.291.3º del Código Civil, la cual, después de una larga evolución, ha terminado consolidándose sobre la idea de que la apreciación de ese elemento subjetivo no precisa de la prueba de una intención especial -la de perjudicar o "animus nocendi"- sino que se satisface con un simple estado de conciencia que abarque la posibilidad de originar perjuicio a terceros. El concepto de fraude no exige un específico designio de hacer inefectivos los créditos de los acreedores sino que lo determina el que el resultado perjudicial para ellos o bien era conocido que podía producirse o cuando menos debió ser conocido por los implicados en el "consilium fraudis".
La sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 23 de marzo de 2011 ha condensado, con cita de otras muchas resoluciones, una doctrina del siguiente tenor". La sentencia de esta Sala de 25 junio 2010 afirma que el propósito de defraudar ("consilium fraudis") ha de concurrir tanto en el que enajena como en quien adquiere la cosa objeto de la enajenación (sentencia de 20 octubre 2005), pero tal exigencia ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora (sentencias de 12 de marzo, 21 de abril y 13 de mayo de 2004; 19 de julio y 25 de noviembre de 2005; y 25 de marzo de 2009, entre las más recientes). El "consilium fraudis" -continúa dicha sentencia- se entiende de manera amplia como "conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor" (sentencias de 31 de diciembre de 2002; 12 de marzo y 21 de junio de 2004; 25 de noviembre de 2005; 19 de noviembre 2007). Basta que el deudor -enajenante- haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio (sentencias de 31 de diciembre de 2002, 30 de octubre de 2006, 19 de noviembre de 2007, entre otras), pero se requiere también la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata (sentencia de 20 de octubre de 2005), resultando suficiente para este conocimiento la conciencia de causar daño o perjuicio -"scientia fraudis"- (sentencias de 15 de marzo de 2002; 17 de julio de 2006; 30 de abril y 19 de noviembre de 2007; 19 de mayo y 20 de junio de 2008; y 28 de mayo de 2009)".
En el ámbito de lo concursal la Sala 1ª del TS (sentencia de Pleno de 16 de septiembre de 2010), al abordar el concepto de mala fe del artículo 73 de la LC, ha señalado, al aludir al aspecto subjetivo que ha de subyacer para justificar este tipo de acciones, que además del conocimiento de la situación de insolvencia del deudor, lo que hace falta no es que se tenga intención de dañar, sino que basta con la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor se está debilitando notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este criterio jurisprudencial se completa con la sentencia de la Sala 1ª del TS de 7 de diciembre de 2012, que remarca que para apreciar la mala fe se exige no sólo "el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor" sino, también, la concurrencia de dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo está integrado por el conocimiento de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores, estos es, no se requiere la intención de dañar, sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos". El elemento objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consiste "en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico".
Por tanto, en un contexto de insolvencia como el que se encontraba PREINDSA, (que ha de considerarse manifiesto cuando media proximidad a la declaración de concurso) el "consilium fraudis" supone operar con conciencia de que el negocio acordado (compraventa y posterior arrendamiento de la finca por parte del comprador a la concursada) interferirá en la efectividad del pago de lo debido a los otros acreedores comunes, como es evidente que ocurre en el presente caso, al suprimir del activo de la concursada, y con pleno conocimiento de la situación de insolvencia de un activo de especial relevancia patrimonial para la satisfacción de las deudas. Este conocimiento resulta palmario cuando se pondera el hecho de que el Sr. Pascual desde el

año 2005 trabajó en la concursada con funciones gerenciales o directivas, habiendo constituido con anterioridad (en 1997) una sociedad él y su esposa con miembros de la familia Gervasio Casimiro una sociedad denominada PROPITA, S.L., para dedicarse a la actividad inmobiliaria, siendo designada su esposa en marzo de 2006 administradora única de la sociedad apelante, CSB, S.L., ostentando su esposo plenos poderes de dicha sociedad hasta que pasó a tener poderes generales de PREINDSA, manteniendo un 24% del capital social de CSB, y su esposa un 25%, que permite, por el grado de conocimiento e implicación negocial con los Sres. Casimiro, administradores de CSB, concluir que existía una intención evidente de conseguir el resultado impugnado en el presente procedimiento y el correlativo perjuicio que con ello se iba a ocasionar a los acreedores de la concursada.": SAP Tarragona (Sección 1) 05.07.2013 (Sentencia 247/2013; Rollo 213/2012)

AP Valencia

"TERCERO.-Distinta suerte ha de correr, sin embargo, el segundo motivo del recurso de apelación, pues ciertamente no resulta de los autos prueba que permita apreciar la mala fe del Banco de Valencia al otorgar la escritura pública objeto de autos.
El artículo 73.3 LC determina que en el supuesto de dar lugar a la rescisión se considerará crédito subordinado el derecho a la prestación que resulte a favor del demandado si se apreciare en éste la mala fe. A propósito de dicha cuestión, y recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo, la SAP de San Sebastián de fecha 30 de julio de 2014 indica lo siguiente: "...no sólo se da la circunstancia de que la mala fe es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en conductas que han de ser deducidas de hechos concluyentes para su apreciación, sino que, además, se da la circunstancia de que la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha establecido, en lo que afecta a esta materia que nos ocupa, que cuando el citado precepto hace referencia a la mala fe, está exigiendo algo más que un simple conocimiento de la situación de insolvencia del deudor o de la proximidad de la misma, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión puede ocasionar a los acreedores, y más puntualmente que la conducta desarrollada por el acreedor sea merecedora de una repulsa ética en el tráfico mercantil".
En el presente caso ninguna prueba se ha practicado a instancia de la parte actora en orden a acreditar una actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad Banco de Valencia, ya que la Administración Concursal demandante se limitó a alegar a este respecto, y así lo viene a recoger la sentencia apelada, la mera cercanía entre la fecha del otorgamiento de la escritura, la de la comunicación del artículo 5 bis de la LC y la ulterior solicitud y declaración del concurso, siendo que dicha circunstancia temporal no es más que definidora de uno de los presupuestos de la acción de reintegración sin que, per se, pueda determinar una actuación de mala fe.
Como ya se ha indicado antes, la operación de préstamo con garantía hipotecaria revela una operación de refinanciación, que en principio ha de entenderse dirigida a intentar conseguir la viabilidad de la empresa, y en este sentido la entidad bancaria demandada debió conocer la situación financiera de INVERSIONES al momento de concederle el préstamo, pero, como ya se ha indicado, la mala fe exige algo más que un simple conocimiento de la insolvencia del deudor o de la proximidad de la insolvencia. No concurriendo en autos otros datos que los señalados, no es posible apreciar la mala fe en la actuación del Banco de Valencia, por lo que ha de revocarse el pronunciamiento que al respecto contiene la sentencia apelada.": SAP Valencia (Sección 9) 09.12.2014 (Sentencia 347/2014; Rollo 571/2014)

AP Valladolid

"CUARTO.- Los efectos de la rescisión del contrato: fraude del recurrente
El apartado 3 del art. 73 LC establece que *"el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado"*.
Sostiene el recurrente que no concurre mala fe, por falta de prueba al respecto, mientras que el juzgador justifica la existencia de ella por la diferencia entre el valor del vehículo y el precio pagado por la adquisición de los derechos. Es cierto que el juzgador se refiere a la masa fe "procesal" del acreedor, atribuyéndole la condición de administrador de la concursada, lo que no resulta acreditado en el caso de autos. No obstante, tal consideración no resulta relevante pues, como dijimos, el carácter fraudulento de la operación lo fundamenta principalmente en la diferencia de valor de las prestaciones, y no en la condición de administrador social del recurrente.
Así las cosas, coincidimos con el juzgador de instancia en que el valor de las prestaciones (cesión de la posición jurídica a favor del Sr. Germán y el pago de 2.261,75 # por éste a la concursada), es absolutamente desproporcionado, siendo difícilmente asumible que el recurrente no se percatara de esta circunstancia y de la posición de ventaja que a través del negocio jurídico estaba obteniendo en perjuicio de la sociedad.
En relación con el concepto de fraude podemos traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al fraude exigible para la acción pauliana (art. 1.291.3 CC). Así, en su sentencia de Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2014 se afirma que *"el carácter fraudulento que exige este precepto para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4º de la Ley Concursal. El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude.*

3.- La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, ha evolucionado hasta considerar que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (sentencias de esta sala núm. 191/2009, de 25 de marzo, y núm. 406/2010, de 25 de junio, y las que en ellas se citan).
4.- Tanto el "animus nocendi", en cuanto intención o propósito, como la "scientia fraudis", en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan".
En el presente supuesto concurren indicios más que suficientes para colegir que el Sr. Germán era consciente de que el negocio jurídico suscrito con la ahora concursada era, no solo beneficioso para sus intereses, sino extremadamente perjudicial para la concursada, pues se veía desprovista de unos derechos de adquisición sobre un vehículo valorado en unos 32.000 # (vehículo de gama alta con poco más de dos años de antigüedad), a cambio de poco más de 2.000 #. Por ello, estimando correctamente valorada por el juzgador la prueba y circunstancias concurrentes, procede confirmar también en este extremo la decisión de subordinación crediticia acordada en la sentencia recurrida.”:.”: SAP Valladolid (Sección 3) 08.05.2015 (Sentencia 91/2015; Rollo 324/2014)

AP Vizcaya

“Solicitaba asimismo la Administración Concursal la declaración de mala fe por parte del BBVA en estas operaciones para obtener, por aplicación del artº 73.3 de la Le. Co. que los créditos finalmente existentes a su favor se califiquen como créditos concursales subordinados. en lugar de créditos contra la masa.
Procede, asimismo, rechazar dicha solicitud y ello por un doble motivo; la mala fe no basta intuirla y suponerla a la vista de determinados acontecimientos, una vez producidos los mismos y visto todo "a posteriori"; cuando se ejecutaron las operaciones hipotecarias, lo único que tal vez podía saberse era que la situación económica de Hona Hierros, S.A. no era especialmente boyante; pero la posibilidad de caer en situación concursal, antes de transcurrir dos años, exigía facultades adivinatorias; la mala fe contractual debe de interpretarse de forma restrictiva y debe de ser debidamente acreditada, lo que en este caso no ha ocurrido.
El segundo motivo es que la demanda no persigue la reintegración de ninguna prestación en favor del BBVA sino, simplemente, dejar sin efecto las garantías hipotecarias constituídas en su favor para garantizar el préstamo y la línea de crédito de que se trata, por lo que el artº 73-3 Le. Co. es ajeno a la antedicha pretensión.”: SAP Vizcaya (Sección 4) 15.04.2014 (Sentencia 318/2014; Rollo 13/2014)

JM-1 Alicante

“Aunque entiendo que al tratarse de restituir prestaciones "in natura" (las participaciones sociales y las fincas) no resulta relevante determinar si hubo o no mala fe en la mercantil CALZADOS BLAY SL a los efectos del art 73.3 LC, en todo caso lo que sí parece evidente es que esta última mercantil era conocedora que con esa operación patrimonial Remedios se colocaba en una situación de impotencia patrimonial para asumir sus compromisos con sus acreedores; compromisos que obedecían a la condición de fiadora o avalista de la citada mercantil y otra también relacionada con la misma (BIVIEL INTERNACIONAL SL) de manera que cuando se llevó a cabo la operación que aquí ahora se deja sin efecto eran perfectamente conscientes todos los implicados que con la misma se impedía a los acreedores personales de Remedios que vieran satisfechos sus créditos con el patrimonio de Remedios, por lo que la mercantil es cooperadora necesaria en el perjuicio causado.
Hay, pues, que considerar que existió mala fe al conocer (o cuando menos posibilidad de conocer con la diligencia media exigible) que con ello se provocaba la insolvencia, máxime cuando además de estas operaciones se realizaron simultáneamente otras dirigidas a vaciar el activo inmobiliario de la concursada (doc num 12 a 15) y de las que no puede manifestar desconocimiento la mercantil codemandada por los vínculos personales existentes (además de la condición de socia en 50% antes de la ampliación, la gerencia se desarrollaba por su esposo) y porque parte del numerario procedente de esas enajenaciones se entregó a la mercantil (objeto de otra acción de reintegración)
Por tanto, aunque en vía de hipótesis se entendiese que la acción planteada es la pauliana del CC, la respuesta estimatoria sería la misma
Décimo.- La anterior conclusión no se ve desvirtuada por las alegaciones defensivas de los codemandados, que se rechazan indicando al respecto, pues como ya se dijo en otra acción de reintegración planteada en este concurso que son centros de imputación jurídica totalmente distintos los de la persona física aquí concursada y los de las mercantiles de las que es socia, aunque ostente en ellas la mitad de la participación social. No nos encontramos ante el concurso de una persona comerciante sino ante el de una persona física que es socia de una mercantil o varias, cada una con su propia personalidad jurídica, y en consecuencia, desde el punto de vista patrimonial, con su propio activo y su propio pasivo. Si así eligieron actuar en el mundo jurídico y mercantil, no se puede pretender ahora destruir tal realidad.
El que se haya dispuesto por la socia de su patrimonio (en todo o en parte, discrepan las partes) a favor de la SL de la que son también acreedores los mismos que de la persona física aquí concursada, de manera que se mantienen que en el concurso de la SL puedan ver satisfechos sus créditos conforme a la pars condictio

creditorum no es obstáculo para el éxito de la acción rescisoria concursal entablada ya que: i) aquí no se trata de enjuiciar la actuación de los administradores o de los socios, sino de comprobar si se produce un perjuicio a los acreedores de la deudora Remedios, y evidentemente se produce: los bienes pasan al patrimonio de terceros que tienes un pasivo muy elevado por lo en todo caso las posibilidades de cobro son infinitamente más reducidas; ii) como afirma la Audiencia Provincial de Alicante al resolver la oposición a la declaración del concurso en auto de 14 de junio 2007 " entre las obligaciones del fiador o garante personal no contempla el Código Civil el incremento patrimonial del deudor en garantía de capacidad económica frente al acreedor, sino en su caso, la facultad de pago al acreedor- artículo 1838 CC -con derecho de reembolso contra el deudor porque todo caso, la fianza genera como obligación del fiador la de pagar o cumplir por tercero- artículo 1882.1º CC - en caso de no hacerlo este, de manera que se trata postre de un contrato por el que una parte-fiador-asume la obligación de cumplir la contraída por otro -fiado-en caso de no hacerlo éste, y tal obligación no desaparece por más que vincule su patrimonio al del deudor porque es un obligación distinta y separada de la de aquél, aunque sometida a los avatares de la de aquél. Como dice la sentencias del TS de 16 de junio de 1999, ellos, a pesar de la solidaridad de la fianza, tienen personalidad distinta de la obligada principal. Precisamente, en eso consiste la garantía", pues como ya se apuntó por este Juzgado en la anterior sentencia de reintegración recaída en este concurso ante semejantes alegaciones "el que los acreedores de la concursada lo sean también de la mercantil BIVIEL INTERNACIONAL no afecta a la estimación de la acción de reintegración. Esa situación de existencia de deudores solidarios en concurso dará lugar a la aplicación del artículo 161, pero en ningún caso es incompatible con la estimación de la acción que nos ocupa": SJM-1 Alicante 10.10.2007 (Incidente Concursal 235/2007)

“En cambio, no procede la declaración de subordinación por mala fe por dos motivos: i) ello solo tiene sentido si hay derecho a la prestación a favor del demandado a consecuencia de la rescisión (art 73.2 y 3 LC) y en el caso de rescisión de garantías ello no ocurre. Aquí no se genera a favor de BS crédito alguno derivado de la rescisión, por lo que no se puede degradar de crédito contra la masa a subordinado, pues el crédito que tiene es anterior a la declaración de concurso y ii) en todo caso no se aporta prueba de esa mala fe, que no se puede derivar sin más de la realización del supuesto fáctico del art 71.3.2. LC ni se puede extraer del dato de que tolerase de manera continuada los descubiertos cuando siquiera hay prueba contundente de que el comportamiento respecto de esa cuenta corriente escape de lo que es habitual en el tráfico mercantil en relaciones comerciales que se remontan a más de una década 1997, sin que sea equivalente este concepto de mala fe del art 73LC a otros previstos en la legislación especial a la que se refiere la DA 2ª de la LC “:SJM-1 Alicante 09.03.2010 (Incidente Concursal 1275/2009; Concurso 591/2009)

JM-2 Barcelona

“La entidad demandada deberá figurar en la relación de acreedores, incluyéndose su crédito como ordinario, dado que no se aprecia mala fe. La administración concursal no ha logrado acreditar connivencia del deudor con la demandada ni justifica porqué el crédito debe ser calificado como subordinado. No consta que la adjudicataria tuviera conocimiento de la situación de insolvencia y de la inminencia del concurso. La operación que se impugna, en situaciones extraconcursales, no merecería reproche alguno; se trataría, en definitiva, de un recurso lícito al que acude quien quiere percibir su crédito. ”: Sentencia JM-2 Barcelona de 25.02.2005 (AC 2005/534)

“CUARTO Sobre la existencia de mala fe
A) La mera existencia de una acto susceptible de ser sometido a las acciones de reintegración de la masa activa, conforme al art. 71 LC, no implica por sí la existencia de mala fe concurrente a tal acto, ya que el fundamento de las acciones rescisorias es, como se expuso, puramente objetivo. Dicha mala fe, según el art. 73 LC, supone un plus de desvalor subjetivo del acto jurídico rescindido, que acarrea consecuencias jurídicas más gravosas que la mera obligación de restituir, general de la reintegración. No obstante, no se fija en la LC qué debe entenderse por tal mala fe, ni siquiera se anuda esa calificación a los actos realizados entre personas especialmente relacionadas. Atendiendo, por tanto, a criterios fijados por la jurisprudencia sobre la acción rescisoria del Derecho civil, arts. 1.291 y ss. CC, dada su evidente analogía con la acción rescisoria concursal, puede entenderse esa mala fe como equivalente al ánimo fraudulento o intención defraudadora de los derechos de los acreedores, ya actuales ya potenciales. Esto es, se requiere en el consilium fraudis, como elemento cognitivo, un conocimiento directo por los intervinientes en el acto de obrar en fraude de derechos ajenos legítimamente tutelados, y la directa voluntad de ejecutar el acto con tal intención, como elemento volitivo, sin que para ello sea exigible la directa intención de dañar, sino que basta con la previsión de disminuir la posibilidad de cumplimiento de la propia obligación, todo ello según SSTS de 20 de octubre de 2005 (RJ 2006, 1961), F. 4º, pte. Sr. Seijas Quintana, S. 14 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7628), F. 2º, pte. Almagro Nosete, S. 25 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 9839), F. 3º, pte. Auger Liñan, o S. 1 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1860), F. 1º y 3º, pte. Sr. Xiol Rios.
Por tratarse de un presupuesto de carácter subjetivo o interno, habrá de ser acreditado mediante prueba de indicios, art. 386 LECiv, es decir, de forma indirecta, mediante inferencia de otros hechos externos. En este caso ha de atenderse a los siguientes:
1º. El bien raíz enajenado por la concursada era su principal activo, y además, y de modo particular, constituía el local donde venía desarrollando su actividad empresarial. Es decir, era soporte fundamental de su empresa.
2º. Dicho local, lugar donde se realizaba, como se ha dicho, se desarrollaba la actividad de la concursada, había sido adquirido en el año 2002 a un precio excelente de mercado, documentos núm. 1 y 2 de la demanda,

por lo que resulta de toda lógica mantener en el seno de la propia empresa la titularidad dominical del local de negocio, adquirido en propiedad por un precio más que razonable. Y lo es por que gozar de tal bien en propiedad es una garantía de solvencia para la empresa, ante la financiación de futuras operaciones empresariales, y por que, según consta en la nota registral incluida en el documento núm. 3 de la demanda, sobre tal finca pesaba una hipoteca de 156.250? de principal más 18.750? de intereses ordinarios, con un plazo de amortización de 180 meses, lo que supone una cuota mensual muy asequible.
3º. Frente a esa cómoda situación patrimonial, la concursa decida enajenar tal bien, por precio notablemente inferior a su valor, y acto seguido pasa a ser su arrendataria, del mismo local que ya ocupaba, y a pagar por ello una renta mensual de 2.400? al mes, siendo precisamente la arrendadora la nueva propietaria, Eco Pelmar, todo ello según informe pericial de la Sra. Mercedes, de 2 de octubre de 2006. Es decir, la concursada enajena la finca, local de su negocio, que tenía en propiedad, como principal activo de su solvencia, la que había adquirido a un precio bajo y por la que pagaba una razonable hipoteca, para, sin solución de continuidad, pasa a ser inquilino de tal local, por una renta mensual probablemente superior a las cuotas mensuales del préstamo hipotecario que pagaba. Y todo ello enajenando la finca a un precio muy inferior al de su valor.
4º. La entidad Eco Pelmar no tenía actividad empresarial antes de la adquisición del local en cuestión, dedicándose luego al arrendamiento de tal local, en tanto que la entidad concursada sí desarrollaba una verdadera actividad empresarial, como es la asistencia médica especialidad ocular, según consta en el informe de la perito judicial Doña. Mercedes, de fecha 2 de octubre de 2006.
5º. Tal irrazonable decisión fue tomada precisamente por unas mismas personas físicas, que actuaban conformando la voluntad tanto de la sociedad vendedora como de la compradora, al controlar dichas mismas personas físicas tanto el órgano de administración como la junta de socios de ambas sociedades, según se ha expuesto ya en el F. 2º de esta sentencia.
B) Ha de inferirse de la irracionalidad del tal acto empresarial, dada la falta de toda explicación lógica aportada al proceso, que la única finalidad de tal compraventa fue extraer del patrimonio de la concursada su principal activo, con un contravalor de precio muy inferior, lo que suponía poner a resguardo de los acreedores de la empresa que realmente realizaba una actividad empresarial, y por tanto estaba sujeta a riesgos empresariales, como era la concursada, su principal activo empresarial, y traspasarlo a una segunda sociedad, perteneciente a los mismos socios mayoritarios, cuya actividad se limita a la tenencia del local. A ello se añade la descapitalización paulatina de la concursada, con una arrendamiento del mismo local por una suma considerable al mes, superior a la hipoteca antes pagada. Tal actuación constituye una maniobra fraudulenta, integradora de la mala fe del art. 73 LC.": SJM-2 Barcelona 13.10.2006 (AC 2007/670)

JM-2 Bilbao

" Con respecto a los datos de conocimiento en Karmann sobre la insolvencia de Matrinor, se ha preguntado a los testigos empleados en dicha entidad, ya que la representante orgánica Sra. S. no tuvo intervención personal en la operación, y las respuestas han sido más bien vagas en los Sres. G. y P., aunque en la línea de saber de la crisis financiera de Matrinor, de sus incumplimientos, y de la conflictividad laboral. Los testigos empleados en Matrinor, Sra. P. y Sr. G. afirmaron el conocimiento de la crisis patrimonial, aunque no saben que se les avisara de la presentación de la solicitud del concurso. El Sr. T. admitió que corrían «rumores de concurso».
Si la prueba de fuente personal no puede ser directamente demostrativa, es menester, pues, emplear la prueba indiciaria, indirecta, circunstancial o presuntiva de art. 386.1 LEC, a través del «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» entre hechos admitidos y demostrados y los presumidos judicialmente. La virtualidad del mecanismo reside en dos presupuestos para utilizar máximas de experiencia en el razonar lógico: a) La pluralidad de indicios o hechos-base que puedan relacionarse o «cruzarse»; y b) La inmediatez y fluencia de lo que se infiere de aquéllos. Sólo así se acierta «ad homini», porque lo que no concluye un hecho aislado, lo concluye cuando se relaciona con una pluralidad, siempre que no se requiera hacer suposiciones o dar saltos lógicos. Aquí contamos con el conocimiento de la crisis financiera y «rumores de concurso» por personal cualificado de Karmann (1); los incumplimientos de Matrinor con respecto a los plazos regulares de entrega de troqueles, acabados y con los requisitos de calidad homologada --coincidentes los tres testigos de Karmann-- (2); el acuerdo de 26 de julio de 2005 (3); la salida de los troqueles inacabados durante seis meses (4); la situación de conflictividad de los trabajadores de Matrinor --con noticias en prensa de Bilbao, e incluso con paros de los desplazados a Alemania, según testificó el Sr. G.-- (5); el acuerdo de 31 de enero de 2006, cuando se prepara la solicitud del concurso (6); la salida de todos los demás troqueles inacabados en el «interim» de que el concurso se declara (7); la ausencia de cualquier acuerdo posterior, ni para pagos, ni para devoluciones de avales, ni para liquidar el contrato (8). Conectando esos datos probados, sin que en un razonar prudente, con arreglo a reglas de experiencia, pueda obtenerse otro, el hecho-consecuencia es el conocimiento por Karmann en el verano de 2005 la crisis financiera de Matrinor, y ya en enero de 2006, y del conflicto laboral y la inminencia del concurso por insolvencia, en la noción legal, cuya solicitud hubo necesariamente que prepararse de manera simultánea al acuerdo final que propició la salida de los troqueles.
(…) *"Quinto.* Los efectos de la rescisión concursal en el nuevo sistema legal --dado que en la jurisprudencia histórica hubo una vacilación, por la que no se reintegraba la masa activa de la quiebra, sino que se «arreglaba» la masa pasiva, ya que no se le reconocía derecho contra aquélla a quien contrató y sucumbía a la retroacción automática, sepultándole en la masa--, consisten en que, ineficaz el acto impugnado, se condene a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses, lo cual es equivalente al efecto rescisorio genérico del Derecho Civil (art. 73.1 LECO).

Para que opere realmente una reintegración por puro objetivo perjuicio patrimonial a la masa del deudor, ésta debiera quedar tal y como estaba con anterioridad al acto o negocio ineficaz, es decir, en el caso de autos, devolver a la masa lo que de ella no debió salir, los troqueles inacabados al 31 de enero de 2006 remitidos a Alemania, y al tiempo, reducir la masa en lo que entró indebidamente, que fueron con arreglo al acuerdo rescindido, 1.809.302,25 euros, pagados como liquidación parcial anticipada a la vista. En una relación bilateral conmutativa con prestaciones recíprocas, por un lado la fabricación de unos troqueles a cargo de Matrinor, y el pago de un precio alzado a cargo de Karmann, supondría, para que se conciliara el nuevo régimen con los intereses de los acreedores y la seguridad jurídica, el derecho a la prestación correlativa para el demandado de rescisión genera conforme art. 73.4 LECO un crédito contra la masa (Cfr. art. 84.2.8.º LECO), que habría de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, esto es, a la devolución de los troqueles.
Ahora bien, ello sin que intervenga más que un desapercibido perjuicio al concursado, ya que la excepción a este principio viene de que esta sentencia aprecie mala fe en el acreedor *in bonis*, porque si la apreciara la consecuencia sería que su crédito por la contraprestación de la reintegrable se convierta en un crédito concursal subordinado de último rango (art. 92.6.º LECO).
Consecuentes con todo lo indicado a propósito del sistema vigente, fundado en la acción rescisoria, limitada temporalmente, por el perjuicio económico, y sin funcionalidad represiva, no basada en la incapacidad del deudor en un momento oficialmente establecido, la mala fe en este plano reside en el conocimiento o posibilidad diligente de conocer la insolvencia justificativa del concurso cuando se contrata con el concursado. No se precisa, pues, tener por probada una connivencia de Karmann con la codemandada Matrinor en cuanto a sustraerse de la situación que avecinaba a todos los acreedores concurrentes, que de inmediato serían concursales, y en esto parece unánime la praxis de los Juzgados de lo Mercantil. Se trata sencillamente la mala fe de art. 73 LECO de saber, o deber saber con la diligencia propia del empresario, que el deudor aqueja lo que es presupuesto del concurso, esto es, una impotencia para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.
El ordinal noveno y último del *factum* representa, pues, el dato en que afirmar la mala fe de Karmann, y como valoración fáctica se ha desarrollado. No puede dejarse de reseñar, en abundancia, que el pago verificado por Karmann el 31 de enero de 2006, como atestiguó Gonzalo G., actual gerente de Matrinor y anterior jefe de contabilidad, permitió pagar la nómina de los trabajadores de ese mes, inmediatamente a presentar la solicitud de concurso, siendo todos los demás compromisos evanescentes, y que en el lapso entre que el Juzgado substanciaba la declaración del concurso y tomaron posesión de sus cargos los administradores concursales nombrados, un activo fundamental de la masa desapareció camino de Alemania. Bien puede decirse que no sólo el acuerdo perjudicial se firmó a la luz de la insolvencia, sino en atención a la misma, y teniendo en cuenta que simultáneamente se preparaba la fórmula para llevarla al Juzgado como concurso voluntario, para lo cual, dados los problemas con la plantilla, había, de un lado, que reestructurar la dirección empresarial, y de otro, conseguir una liquidez, aunque fuera a cambio de asumir una determinada valoración de los troqueles inacabadas, y la desposesión. ·: Sentencia JM-2 Bilbao 13.10.2006 (Incidente Concursal 131/2006)

JM-1 Córdoba

"En lo que atañe a la calificación del crédito resultante del derecho a la prestación que procede a favor de «Nanta, SA», la administración concursal pretende que se haga como subordinado, por la mala fe de dicha sociedad, al amparo del artículo 73.3 de la Ley Concursal. Téngase en cuenta que el precepto establece que lo que debe probarse es la mala fe de la contraparte del concursado, pero no es preciso analizar la conducta del deudor, lo que hace ociosa cualquier consideración sobre el comportamiento de «Pavosol, SL». En cuanto al concepto en sí, la norma no define qué se entiende a estos efectos por mala fe; pero si relacionamos la acción de reintegración con lo establecido por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias respecto de las acciones rescisorias y revocatorias civiles, ha de considerarse que existe mala fe si se prueba que quien contrató con el concursado sabía o debía saber (dicho negativamente, no podía ignorar) cuando realizó tal contratación que el negocio era perjudicial y que se realizó cuando el deudor estaba en una situación económica comprometida, por lo que lo que estaba haciendo la contraparte era avenirse a realizar un acto perjudicial para los acreedores. Y aunque la Ley no lo diga expresamente, es en relación al conocimiento de la situación económicamente comprometida del deudor donde debe traerse a colación a las personas especialmente relacionadas con el deudor y las presunciones que respecto de ellas establece la norma. En el caso que nos ocupa, cuando se firma la escritura de dación en pago de las dos fincas «Nanta, SA» lleva más de un año administrando de hecho a «Pavosol, SL» en ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito por ambas entidades el 31 de mayo de 2002, y dos personas de su absoluta confianza tienen poderes generales amplísimos para actuar, junto con un miembro de la administración de «Pavosol, SL» en representación de esta compañía. En el tiempo en que se decide realizar la dación en pago, es «Nanta, SA» quien decide la estrategia empresarial de «Pavosol» y la asesoría jurídica del grupo «Nutreco» (conglomerado societario al que pertenece Nanta) quien redacta las minutas de las escrituras públicas de diversos negocios jurídicos (concesión por los socios de «Pavosol» de una opción de compra a favor de «Nanta» sobre la totalidad de las participaciones sociales de «Pavosol»; constitución de una prenda a favor de «Nanta» sobre las partipaciones de «Pavosol»; cancelación de una hipoteca sobre una de las fincas a favor del «Banco Pastor, SA») que desembocan en la escritura de dación en pago de las dos fincas. Es decir, «Nanta» estaba en una situación privilegiada, tanto por posiblidad de información, como por capacidad de decisión, para conocer perfectamente que con la dación en pago se disminuía el activo patrimonial de «Pavosol» de forma más que notable, disminuyendo correlativamente las garantías de que podían disponer los demás acreedores para el cobro de sus créditos y reorientando el

principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil en su favor y en detrimento de los demás acreedores. Lo que, además, queda confirmado por el hecho de que la dación en pago no se otorga para cancelar la deuda previamente contraída y garantizada con hipoteca mediante escritura pública de 4 de mayo de 2002, sino para pagar deudas contraídas posteriormente; de modo que se opta por cubrir la deuda menos gravosa, dejando subsistente la más perjudicial, que podía acarrear una ejecución hipotecaria. Y también estaba en mejores condiciones que nadie para saber que la situación de «Pavosol» era si no de insolvencia actual, sí de insolvencia inminente, pues bastaba con que «Nanta» le cortara el suministro (de mercancía o de crédito) para que su situación de imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones quedara puesta de manifiesto.
Por tanto, en este caso concurren de pleno todos los requisitos para que deba calificarse a «Nanta, SA» como contratante de mala fe, lo que acarrea la calificación de su crédito resultante del derecho a la prestación como consecuencia de la rescisión como subordinado, según determina el artículo 73.3 de la Ley Concursal. Y no se nos diga que esta conclusión supone volver a la misma situación que implicaba la retroacción de la quiebra, pues ello podría predicarse del subadquirente de buena fe que se veía afectado por los devastadores efectos de la nulidad radical establecida por el artículo 878.2 del Código de Comercio, pero no de quien ha contratado directamente con el insolvente, manejando a su antojo su actividad empresarial y decidiendo unilateralmente y en su favor qué negocios realizar y cuándo celebrarlos. “: Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)

JM-1 Madrid

“PRIMERO.- Para una mejor comprensión del litigio que se plantea entre las partes debemos referirnos a ciertos antecedentes que se constituyen en soporte fáctico de la acción de reintegración que ejercita la Administración concursal de la entidad concursada Sistelcom Telemensaje, S.A. No es discutido por las partes: a) que en fecha 17 de diciembre de 2004 la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. suscribió con la entidad Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España escritura pública de concesión de un préstamo con garantía prendaria e hipotecaria por un importe de 1.373.810,56 euros seriándola el Notario del Iltre. Colegio de Madrid D. Antonio Pérez Coca con el número 1.491 de su protocolo (doc. núm. 1 de la demanda); b) que el importe obtenido consecuencia del aludido préstamo se destinó a cancelar los saldos deudores derivados de la cuenta de préstamo núm. 0131-8801-96-0380250434 suscrita entre las mismas partes (hecho no puesto en duda por la entidad Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España); y c) que la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. solicitó ser declarada en concurso en fecha 29 de diciembre de 2005 dictándose Auto en tal sentido el 6 de febrero de 2006.
SEGUNDO.- La Administración concursal, con la demanda, pretende fundamentalmente que se declare «la rescisión de la garantía real de hipoteca y prenda constituida a favor del Banco Espirito Santo, S.A., en virtud de la escritura pública otorgada con fecha 17 de diciembre de 2004, ante el Notario de Madrid, Don Antonio Pérez Coca Crespo bajo el número 1.491 de orden de su protocolo sobre la concesión administrativa del servicio de telecomunicaciones de valor añadido de radiobúsqueda de ámbito nacional y sobre los derechos de crédito que Sistelcom Telemensaje, S.A., ostente contra los abonados al servicio de radiobúsqueda». Para obtener dicha pretensión la Administración concursal ejercita la acción de reintegración regulada en el artículo 71.1 LC. Dice tal precepto que «declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta». De dicho precepto se desprende que para que pueda prosperar la acción de reintegración es menester que concurran los siguientes requisitos: a) la previa declaración de concurso; b) que se haya realizado un acto en perjuicio de la masa activa; y c) que tal acto se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración. Ninguna disputa se plantea en relación con los requisitos a) y c) que acabamos de relacionar puesto que -como hemos puesto de relieve- el concurso de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. fue declarado el día 6 de febrero de 2006 y el acto cuya rescisión se solicita fue realizado poco más de un año antes (17 de diciembre de 2004). La discusión gira, pues, en torno a si la constitución de garantías reales sobre deudas que carecen de tal aseguramiento puede ser calificado como de «acto en perjuicio de la masa activa».
TERCERO.- 1. Para resolver la cuestión nuclear que acaba de ser planteada debemos partir de que el artículo 71.3.2º LC dispone que «salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: (...)2º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas». No puede haber discusión en relación a que nos hallamos ante un supuesto en que la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. y Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España constituyeron garantías reales -en este caso, prendaria e hipotecaria- sobre una obligación preexistente -en este caso, la deuda recogida en la cuenta de préstamo 0131-8801-96-0380250434- que adolecía de tal clase de garantías -este último extremo es pacífico en este pleito-. Por tanto la litis se ciñe a si se ha realizado en autos prueba que destruya la presunción de que la constitución de la garantía real hecha el 17 de diciembre de 2004 para asegurar el pago de la deuda ya vencida a favor del Banco, y plasmada en la cuenta derivada de otro préstamo sin garantías reales que fue seriada con el número 0131-8801-96-0380250434, constituye perjuicio para la masa activa.
2. A pesar de que -como acabamos de ver- la Ley Concursal presume perjuicio para la masa en supuestos tan paradigmáticos como el que se nos plantea -tan es así que tal caso cumple escrupulosamente con la previsión legal plasmada en el artículo 71.3.2º LC- se permite -como señala el tenor del mismo precepto- la práctica de prueba tendente a destruir tal presunción. Una parte importante del discurso de Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España se ha centrado en justificar la validez del contrato de préstamo con garantías reales suscrito el día 17 de diciembre de 2004 celebrado con Sistelcom Telemensaje, S.A., justificando los

beneficiosos efectos de financiación que supuso en aquel momento la concesión del aludido préstamo. Sin embargo, conociéndose que las dificultades económicas de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. -de ahí que se hable de «balón de oxígeno» por parte del Banco codemandado- que la abocarían a una situación concursal se hicieron patentes antes del año 2005 la refinanciación de la deuda tuvo dos efectos destacables: a) la constitución de un privilegio especial a favor de Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España; y b) el aumento de la masa pasiva de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. Téngase en cuenta que si la declaración de concurso se hubiera solicitado el 17 de diciembre de 2004 el pasivo de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A. no habría sido tan acusado como cuando realmente se solicitó. Decíamos que las dificultades económicas de Sistelcom Telemensaje, S.A. eran conocidas en el momento en que se concertó las garantías reales. Nótese que en la Memoria acompañada por la propia entidad concursada con el escrito de solicitud (doc. núm. 1) se hace referencia a que « (...)el desarrollo del año 2004 quedaba marcado por graves factores de incertidumbre....» (pág. 7). Asimismo se expone que « (...)ya dentro del presente año 2005, la formulación de cuentas del cierre del ejercicio 2004, que se realizaría el 30 de marzo como plazo límite prescrito, nos iba a mostrar que el efecto en la cuenta de explotación del caso citado con Telefónica, unido al impacto de las "amortizaciones", por las técnicas contables aplicada en la etapa anterior (2001) supondría un fuerte impacto en la situación patrimonial al cierre del ejercicio» (pág. 8). El conocimiento que tales dificultades económicas podían -tarde o temprano- acarrear el concurso de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A., movió a la entidad Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España a blindar su crédito. Es en esta nueva realidad cuando Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España exige la constitución de las garantías reales. Son elocuentes las expresiones plasmadas en el expositivo I de la escritura pública otorgada el día 17 de diciembre de 2004 en el que se manifiesta que « (...)que Sistelcom Telemensaje, S.A. ha solicitado de Banco Espirito Santo, S.A. un préstamo (...)ofreciendo completar su responsabilidad personal solidaria e ilimitada con la específica garantía hipotecaria de la concesión administrativa que detenta...». Debe destacarse que se refleja que la voluntad de la concesión del nuevo préstamo es «COMPLETAR» la anterior garantía personal existente. De ahí que se denote que al constituirse las garantías prendaria e hipotecaria Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España persiguió asegurarse, cualquiera que fuera la situación que sobreviniera a Sistelcom Telemensaje, S.A., la percepción de la cantidad que había sido prestada. Y si bien ésta es una finalidad calificable inicialmente de legítima, no puede ocultarse que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario de más que probable insolvencia del deudor, a sabiendas de que el aseguramiento en el cobro de una cantidad irá en detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías. Y no es otra cosa la que ocurre como consecuencia de la constitución de las garantías prendaria e hipotecaria puestas en entredicho.”:
3. A mayor abundamiento, debe ponerse de relieve que aunque en los supuestos relacionados en el artículo 71.3 LC subyace la idea de consilium fraudis exigido para la rescisión de contratos [STS (Sala 1ª) de 17 de julio de 2006], al artículo 71 LC le es suficiente a fin de que pueda prosperar la acción de reintegración, con que se cause perjuicio a los acreedores. A pesar de lo cual en el caso de autos no se encuentra ausente la scientia fraudis a la que más arriba aludíamos. Y ello porque, de los hechos puestos de relieve, resulta que mientras que para la concesión del préstamo inicial a Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España le bastó la garantía personal e ilimitada de la entidad Sistelcom Telemensaje, S.A., el día 17 de diciembre de 2004 ya no fue así.
CUARTO.- La segunda petición de la Administración concursal es que «Se declare la mala fe del Banco Espirito Santo, S.A., declarando que el crédito que debe ostentar frente a Sistelcom Telemensaje, S.A., en el concurso voluntario de la misma ha de ser en la cantidad de UN MILLÓN TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS VEINTITRÉS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS (1.368.223,40 €)importe del crédito reconocido por la administración concursal en la lista por ella presentada y no impugnando con la calificación de crédito subordinado». Debemos tener en cuenta que el artículo 73.3 LC al regular los efectos de la rescisión dispone que «el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado». En el caso que se nos plantea, la consideración de que Banco Espirito Santo, S.A. Sucursal en España ha actuado con la mala fe que permite evitar que la restitución de la prestación debe ser considerada como crédito contra la masa, se desprende de lo que ya hemos puesto de manifiesto en el punto 4 del fundamento jurídico anterior. De ahí que su crédito -incluido en la lista de acreedores por importe de 1.368.223,40 euros-deberá recibir el trato de crédito subordinado.”: “:SJM-1 Madrid 21.05.2007 (Incidente Concursal 690/2006; LA LEY 92659/2008; Diario La Ley, Nº 7007, Sección Jurisprudencia, 8 Sep. 2008)

JM-5 Madrid

“SEGUNDO Mala fe.- Ya hemos indicado que el allanamiento ha sido parcial y que solo se extiende a la ineficacia de la constitución de la hipoteca, pero no a la concurrencia de mala fe, lo que exige, para que puedan entrar en juego las consecuencias que atribuye elart 73 de la LC, que la parte que la invoca la pruebe, y ello porque la buena fe se presume
Se entiende por mala fe en la parte contratante, según doctrina autorizada, el conocimiento de la situación económica del deudor en conexión con la proximidad de declaración del prestatario en concurso de acreedores; es decir, para que entre en juego se requiere que se acredite por el impugnante del acto que la contraparte conocía la situación económica de la deudora, que el acto se realiza en perjuicio de los acreedores (sustrayendo bienes de la masa activa o alterando la regla de la igualdad de trato) y además que exista una

proximidad temporal con la declaración de concurso. Se entiende que el tercero conoce la situación económica difícil por la que atraviesa la actora, que probablemente desembocará en insolvencia y para garantizarse un privilegio en el futurible concurso exige el establecimiento de una garantía o realiza un acto que de ordinario y en condiciones normales a lo mejor no hubiera exigido o realizado; de esta forma la proximidad a la declaración del concurso agrava esa posible presencia de mala fe, mientras que si ha transcurrido mucho tiempo (dentro claro de los 2 años anteriores) esa conducta reprochable se difumina, ya que en esos casos es más difícil presuponer que la deudora va a acabar en concurso. Pero en todo caso para apreciar la mala fe es necesario acudir al caso concreto y examinar las particularidades de la operación.
En este punto son ilustrativas las consideraciones de la SAP Alicante, sección 8ª, de 9 de abril de 2008 (JUR 2008, 189071) que establece:
"Ciertamente, la mala fe no se presume y por tanto, quien ejercita la acción de rescisión, debe probarla, teniendo en cuenta que la mala fe (como la buena fe), es un concepto jurídico que se apoya en una conducta que ha de ser deducida de los hechos (Sentencias de 22-10-1991 (RJ 1991, 7234), 12-3-1992 (RJ 1992, 2172), 9-10-1993, 8-6-1994 (RJ 1994, 4905)y 10 de julio de 2001 (RJ 2001, 5150)). Por tanto, resulta preciso determinar qué se entiende por mala fe en el específico perímetro de las acciones rescisorias concursales porque, en función de la noción que tengamos de ella, el reproche será más o menos extenso.
Pues bien, entiende el Tribunal que la mala fe que se requiere para agravar las consecuencias de la estimación de una acción rescisoria frente a los terceros condenados a la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado (condenándole a indemnizar daños y perjuicios en caso de no poder restituir la prestación in natura y calificando el derecho de crédito que dimane de la prestación a que se tenga derecho como crédito concursal subordinado-art.73-2-3 LC -) se debe construir, partiendo de la objetividad con que se construye y fundamenta el sistema rescisorio concursal-art.71-1 in fine LC -, a partir delartículo 1298 Código Civil y, por tanto, adicionando un particular dolo a la conducta negocial del tercero con ocasión del acto declarado ineficaz, ello en el sentido de entender que hay mala fe solo cuando la intervención en el negocio rescindido se ha producido conociendo que se está participando en un acto destinado a causar perjuicio a los acreedores de la contraparte en el negocio. Dicho de otro modo, resulta insuficiente para apreciar mala fe que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza aquél con intención de perjudicar a sus acreedores, esto es, de que lo que se quiere es sustraer bienes en perjuicio de acreedores.
Hay pues mala fe en el tercero partícipe en el acto que se declara ineficaz en virtud de una acción rescisoria concursal cuando la parte -de ordinario, el adquirente-, conoce y, conociendo, colabora con el deudor, en la finalidad defraudatoria seguida por éste. Hay mala fe cuando existe un consilium fraudis.
Pues bien, y partiendo de dicho concepto resulta que en el caso no existe prueba de mala fe ya que en realidad toda la argumentación de la resolución de instancia se sustenta sobre la relación familiar, que conforma la presunción de perjuicio -art.71-3 - pero no de fraude-art.71-1 -, con lo que no basta per se, para construir la mala fe, tanto más cuando no hay prueba que con la compraventa la vendedora quedara en situación de insolvencia, estando documentado al contrario que son operaciones posteriores las que completan el vaciado del patrimonio de la Sra. Asunción. Y desde luego no hay prueba alguna, salvo la que quisiéramos presumir a partir de la relación familiar, de que los adquirentes tomaran parte, conociendo, en una operación global y estratégica de la vendedora destinada a perjudicar a sus acreedores.
En conclusión, no cabe negar, porque es hecho reconocido, que los adquirentes conocían la situación de crisis en que se producía la transmisión, por bajo precio, de los inmuebles, pero en absoluto puede afirmarse que su actuación lo fuera con intención de perjudicar a los acreedores o que al menos, conocieran que aquella actuaba con esa intención. Incluso las circunstancias concurrentes, esto es, el que fueran ocupantes ya antiguos de la vivienda, que era su domicilio habitual, permite concluir que la adquisición era para ellos un medio de adquirir propiedad a buen precio en atención a las necesidades del vendedor, al que se le paga, como consta acreditado, sin que en ello hubiera disimulo o engaño, y sin que, por tanto, pueda derivarse de una operación de esta índole, connivencia con el vendedor a causar perjuicio a terceros acreedores que, objetivamente sin embargo, acabaron viéndose perjudicados tal y como hemos comentado a la hora de apreciar la concurrencia del elemento objeto de la acción rescisoria concursal
En este sentido es necesario analizar si ha concurrido la conducta de la mala fe en los intervinientes, y para ello debemos examinar si CAJA DE AHORROS DE CASTILLA LA MANCHA conocía la situación económica de la concursada, en aquel entonces deudora, en relación con la proximidad temporal, y si además conocía que el acto se hizo para perjudicar a los acreedores. Ya hemos visto que la constitución de las hipotecas se produjo el día 26 de julio de 2006. No consta que la Caja conociera la situación económica de la deudora, pero se entiende que a la vista de las garantías exigidas, y del equipo de riesgos de operaciones que tienen, se hizo un estudio de la viabilidad de la operación, por lo que conocimiento de la situación económica tenían. Sin embargo ese conocimiento ha de ponerse en relación con la proximidad de la declaración del concurso, debiendo recordarse que la lejanía dentro del periodo de los 2 años anteriores difumina la posible mala fe. Así si la declaración de concurso se produjo el día 22 de enero de 2008, el plazo de dos años anteriores sería el 22 de enero de 2006, es decir, había transcurrido un año y 6 meses entre la constitución de la hipoteca y la declaración de concurso. No consta, por otro lado, que la entidad deudora constituyera las hipotecas con intención de defraudar a los acreedores, prueba por otro lado de difícil consecución, pero tampoco existen indicios que nos puedan llevar a esa conclusión. Si se hubiera acreditado que en el momento de la constitución de la garantía se conocía que la situación económica de la deudora eras difícil y que su concurso iba a ser inminente, y era conocida por la prestataria, se podría entender que concurría la mala fe, pero esos extremos no han sido acreditados. En consecuencia, a la vista de las circunstancias concurrentes, y debido al periodo de

tiempo transcurrido entre la constitución de la garantía y la hipoteca no es posible apreciar mala fe.”: SJM-5 Madrid 29.07.2009 (JUR 2010/95380: Sentencia 123/2009; Incidente Concursal 644/2008)

JM-1 Málaga

“CUARTO En función de lo anterior y por los efectos solicitados, es necesario entrar en el análisis de la "mala fe" del acreedor cesionario y codemandado, partiendo de que el mismo afirma que el Ayuntamiento no ha pagado todavía la deuda (cuestión no probada).
La demandada señala que desconocía la situación de la sociedad y que no obró de mala fe en tanto incluso después de la celebración del contrato siguió suministrando mercancías tal y como se desprende de las facturas de fecha 31 de julio y 31 de agosto de 2006.
Si bien es importante señalar que el concurso se solicita en fecha de 31 de julio y se declara en fecha de 5 de octubre de 2006 y que curiosamente, en función de las facturas aportadas, y desde agosto de 2005 la codemandada había venido prestando dos o tres suministros que no se producen ni en septiembre, ni en octubre de 2006. En octubre de 2005 se computan hasta cuatro suministros frente a ninguno en octubre de 2006.
La demandada, asimismo y como ella reconoce en su escrito, conocía la situación societaria en tanto el administrador único de la misma también lo es de otras dos acreedoras. Como señala en su demanda conocía el impago de la concursada y conscientemente firma un documento que se estructura en fechas tan cercanas a la solicitud como se demuestra en el hecho de que pasaron pocos días hasta que esto se produjo.
Tal y como señala la STS de 27 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7769) (Ponente Romero Lorenzo), en estos supuestos en los que existe una situación de impago y que de pronto se solucionan con una propuesta de pago (en este caso de cesión) es necesario, por la parte que ve liquidadas sus deudas una especial diligencia entendiendo que "esta circunstancia hace exigible una elemental diligencia a quienes como los demandados son personas acostumbradas a realizar operaciones mercantiles, al recibir la proposición de una compraventa (en este caso cesión) que iba a implicar una llamativa interferencia en la normal evolución de la crisis económica de la entidad vendedora, a fin de asegurarse de que con tal contrato no se causaría perjuicio a los acreedores de ésta." Por ello es evidente que se produce una actuación de mala fe en tanto no se procura esta especial diligencia atendiendo al capital social de dicha sociedad, a las cuentas depositadas en el Registro Mercantil, a los impagos referidos y a la cesión realizada anticipando igualmente aquellas deudas que no habían vencido.
Es evidente que no puede existir animus nocendi en supuestos en los que un acreedor pretende garantizarse el pago de sus créditos frente a un deudor que no paga. Sin embargo también lo es que ello no puede motivar, como en el presente caso, que dicha circunstancia motive el adelantamiento de pagos que todavía no han vencido y que por ello si debe partirse de dicho animus en cuanto el acreedor es consciente de que con ello se pueden perjudicar pagos de vencimientos anteriores a los suyos, de otros acreedores, frente a los que se coloca de forma artificial y anticipada. Ello conlleva una "scientia fraudis", esto es, un conocimiento de que tal situación futura era muy probable y con tal garantía se perjudicaría a los terceros acreedores, y se eludiría el principio concursal de la "par conditio creditorum" (SAP de Baleares de 28 de septiembre de 2000 [JUR 2000, 302053]).”: SJM-1 Málaga 12.10.2007 (JUR 2008/148575)

“Tal y como señala la STS de 27 de octubre de 2003 (Ponente Romero Lorenzo), en estos supuestos en los que existe una situación de impago y que de pronto se solucionan con una propuesta de pago es necesario, por la parte que ve liquidadas sus deudas una especial diligencia entendiendo que “esta circunstancia hace exigible una elemental diligencia a quienes como los demandados son personas acostumbradas a realizar operaciones mercantiles, que iba a implicar una llamativa interferencia en la normal evolución de la crisis económica de la entidad vendedora, a fin de asegurarse de que con tal contrato no se causaría perjuicio a los acreedores de ésta.” Por ello es evidente que se produce una actuación de mala fe en tanto no se procura esta especial diligencia atendiendo al capital social de dicha sociedad, a las cuentas depositadas en el Registro Mercantil, a los impagos referidos y a la cesión realizada anticipando igualmente aquellas deudas que no habían vencido.
Es evidente que no puede existir animus nocendi en supuestos en los que un acreedor pretende garantizarse el pago de sus créditos frente a un deudor que no paga. Sin embargo también lo es que ello no puede motivar, como en el presente caso, que dicha circunstancia motive el adelantamiento de pagos, a sabiendas de la situación de insolvencia, y que por ello si debe partirse de dicho animus en cuanto el acreedor es consciente de que con ello se pueden perjudicar pagos de vencimientos anteriores a los suyos, de otros acreedores, frente a los que se coloca de forma artificial y anticipada. Ello conlleva una “scientia fraudis", esto es, un conocimiento de que tal situación futura era muy probable y con tal garantía se perjudicaría a los terceros acreedores, y se eludiría el principio concursal de la "par condicio creditorum. (SAP de Baleares de 28 de septiembre de 2000)”: SJM-1 Málaga 21.04.2008 (Incidente Concursal 63.3.1/2007)

JM-1 Santander

“Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el precepto anterior establece que si se apreciase mala fe en el acreedor se considerará como crédito concursal subordinado la prestación que corresponda a los demandados. En el presente caso, se aprecia mala fe puesto que atendiendo a las funciones propias de Polo, especialmente las relativas a la preparación del concurso (la propia concursada ha aludido a su colaboración con su Letrado para preparar el mismo), resulta materialmente imposible que desconociese la inminencia de la solicitud, la

efectiva situación de insolvencia, las consecuencias de la mismas (por los conocimientos que se le presumen) y la consecuencia de dicho acto, anteponerse a otros acreedores impagados, sin que resulte verosímil que el pago se adelantó por la irregularidad de los mismos que se realizaban cuando se disponía de tesorería, atendiendo a las fechas en que se realizaron pagos de mensualidades anteriores, en todos los casos tras el vencimiento, por lo que se aprecia mala fe, lo que en aplicación del precepto señalado y del artículo 92.6º LC supone la calificación como subordinado del crédito señalado.": SJM-1 Santander 18.10.2006 (AC 2007/1905)

3.2 No cabe apreciación de oficio de la mala fe no alegada ni aplicar la subordinación no peticionada

AP León

"SEXTO.- Sobre la clasificación de los créditos.
El artículo 92 de la LC define los supuestos en los que los créditos han de ser clasificados como subordinados. Algunos de ellos se delimitan de forma objetiva por referencia a sus características intrínsecas (créditos por multas y demás sanciones pecuniarias, por ejemplo) y otros por referencia a conductas reprobadas (créditos que como consecuencia de rescisión contractual resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado, por ejemplo). En este último caso la subordinación tiene carácter sancionador porque la degradación del crédito es consecuencia de un tipo definido legalmente como conducta reprobada.
En el caso que nos ocupa, la administración concursal solicitó la rescisión del contrato pero no pidió que el crédito resultante del acto rescisorio fuera clasificado como subordinado, y si aludió a "connivencia para favorecer la recuperación del material por parte de FRIGORÍFICOS MIGÁN en perjuicio del resto de acreedores" -como se indica en la sentencia recurrida, tal afirmación se incardina en el contexto de la acción rescisoria ejercitada y no en relación con la clasificación del crédito que pudiera resultar de la rescisión. Al acordar la rescisión de un acto perjudicial para la masa activa el Juez debe determinar las consecuencias jurídicas que de aquella se derivan, pero no puede apartarse de las peticiones de las partes hasta el extremo de atribuir una subordinación a un crédito, de carácter sancionador, sin que no haya sido solicitada. El Juez no puede omitir reconocer el crédito resultante de la rescisión, incluso aunque no se haya solicitado, pero no puede ir más allá de la delimitación objetiva del crédito considerando las circunstancias que lo definen, pero no las que concurren en el acreedor que puedan originar un efecto sancionador.
(...) La calificación del crédito por sus propias características objetivas es mera labor valorativa que puede realizarse de oficio por el tribunal al tener que resolver sobre las consecuencias de la rescisión del contrato, pero la subordinación del crédito por conductas imputadas al acreedor comporta una sanción legal que excede de la mera calificación del crédito ya que supone no solo una valoración objetiva de las características del crédito sino la valoración de una conducta reprobada que tiene como consecuencia legal una sanción (la degradación del crédito). Por ello, el crédito por subordinación (no el crédito subordinado en sentido estricto) se rige por el principio dispositivo y no se puede inferir de alegaciones que se realizan para fundar la acción rescisoria sin expresa vinculación alguna con la clasificación del crédito. Podría hasta admitirse la subordinación del crédito si de las alegaciones de la demanda resultara de manera clara, concluyente y expresa la intención de clasificar el crédito como subordinado, incluso aunque expresamente no se solicitara en el suplico de la demanda, pero cuando no se solicita la subordinación en el suplico y en la demanda no se hace mención alguna a la clasificación del crédito no se puede inferir tal subordinación de hechos en los que únicamente se pretende fundar la rescisión del contrato. Además, los términos " connivencia " o " perjuicio del resto de los acreedores " pueden fundar la acción rescisoria pero no necesariamente la subordinación del crédito: pueden servir como calificativos que identifiquen " actos perjudiciales para la masa activa " a los que se refiere el artículo 71.2 de la LC y, sin embargo, no necesariamente servir para fundar que una de las partes " haya sido declarado de mala fe en el acto impugnado ", conforme prevé el apartado 6º del artículo 92 de la LC. Para que se subordine un crédito en este último supuesto es precisa una expresa declaración de mala fe que no puede emitirse sin que haya sido solicitada, y que no tiene por qué derivarse de la connivencia (todo pacto conlleva connivencia y no por ello se ha de calificar de mala fe) y no todo acto en perjuicio de los acreedores, incluso aunque sea intencional, se puede calificar como mala fe porque en tal caso cualquier pago realizado antes del concurso podría calificarse como de mala fe por el solo hecho de que el acreedor pudiera sospechar que el deudor se encontraba en situación de insolvencia, aunque tuviera como finalidad extinguir una deuda líquida, vencida y exigible cuyo cobro es legítimo pensar que sea pretendido por el acreedor que no tiene por qué saber o sospechar que en más o menos breve plazo se va a solicitar la declaración de concurso del deudor. Una cosa es que la proximidad a esta justifique calificar como acto perjudicial para la masa el pago realizado, y se rescinda, y otra, diferente, que la conducta del acreedor encaminada al cobro de su crédito se califique como de mala fe.": SAP León (Sección 1) 05.11.2014 (Sentencia 212/2014; Rollo 296/2014)

AP Murcia

"SEGUNDO.-La pretensión formulada en el recurso de apelación se basa en el artículo 73.3 LC. En este se establece *: "3. El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado".*
La sentencia SAP Asturias, Sección 1ª, de fecha 15 de julio de 2010, declara: *"Ya entendamos que la mala fe de que trata la norma equivale al mero conocimiento por parte del tercero acerca de que la situación de*

insolvencia que aqueja a la persona con quien está contratando, o ya exijamos un elemento añadido que pueda venir dado por el ánimo de defraudar el derecho de los demás acreedores o incluso un concreto ánimo de sustraer determinados bienes o derechos de la masa en perjuicio del resto de aquéllos, lo bien cierto es que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, como es sobradamente conocido, es la presunción de la buena fe, esto es, que se ha respetado el estándar jurídico entendido como conducta socialmente exigible conforme al imperativo ético dado. Es por ello que el pronunciamiento judicial que declare la existencia de mala fe en cualquiera de los intervinientes en un negocio jurídico deberá obedecer necesariamente a la previa rogación por la parte legitimada que actúe una pretensión en tales términos y a la demostración que consiga realizar en el proceso, pues como señala nuestro Alto Tribunal "la buena fe o, en su caso, la mala fe, es concepto jurídico que se apoya en una conducta deducida de los hechos" (STS 10 julio 2001 y las que en ella se citan)". La SAP de Barcelona, Sección 15ª, refiere:" No obstante, para que la sentencia recogiera una referencia al fraude o a la mala fe, con vistas a cualquiera de ambas finalidades, nunca para que prosperara la acción rescisoria, sería necesario que previamente se solicitara en la demanda, lo que no ha ocurrido en el presente caso".

En el último párrafo del fundamento de derecho segundo de la demanda se indica: *"Ahora en virtud de la presente demanda procederá que se califique el crédito relativo al préstamo como ordinario en cuanto al principal y subordinado en cuanto a los intereses, siempre y cuando no haya una oposición a esta demanda, pues en otro caso habrá de calificarse todo el crédito como subordinado por ambos conceptos, y ello conforme al art. 73 de la Ley Concursal, lo que queda solicitado expresamente mediante la presente a los efectos de la interpretación otorgada por la Sentencia de la A.P. de Asturias (S. 1ª), de 14 de octubre de 2010 ". En el apartado a) del suplico de la demanda se indica " (...) subsistiendo el préstamo que será calificado como de ordinario en cuanto al principal y subordinado respecto de los intereses y en caso de oposición crédito subordinado tanto el principal como los intereses"*.

Que no obstante lo referido en la demanda y antes apuntado, lo cierto es que no se solicitó de manera expresa que se apreciara mala fe en la entidad acreedora y demandada ni se hizo mención a hechos o circunstancias en base a las cuales se pudiera apreciar la mala fe de la entidad interviniente en las operaciones de constitución del préstamo con garantía hipotecaria y de prenda, por escritura pública de 2 de diciembre de 2009, y objeto de la acción de reintegración. Se considera, pues, que no hubo una petición de declaración de mala fe en la actuación de la entidad financiera y demandada a los efectos de calificar el crédito de que era titular de subordinado, y en este sentido se acepta lo afirmado en instancia.

Por otra parte, y aún en el supuesto de estimarse que existió una petición implícita de declaración de mala fe, hay que manifestar que la simple oposición a la demanda que se refiere por la parte demandante, no es suficiente para apreciar la mala fe y tener por desvirtuada la presunción de buena fe, entendiéndose, además, que en el presente caso no se ha desvirtuado ésta, ya que el préstamo garantizado con hipoteca fue destinado casi en su totalidad a satisfacer deudas ya vencidas y que estaban siendo reclamadas judicialmente, y que el depósito sobre el que se constituyó la prenda se hizo con cargo a la cuenta donde se ingresó el préstamo hipotecario, por lo que la simple formalización de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria y constitución de prenda son insuficientes para considerar que la entidad financiera y demandada actuó de mala fe, con ánimo de perjudicar y defraudar los derechos de los demás acreedores, no concurriendo en el presente caso las circunstancias contempladas en la sentencia de esta Sección IV, de la Audiencia Provincial de Murcia, de fecha 24 de enero de 2013.

Procede, pues, desestimar el recurso de apelación, de acuerdo con lo sostenido en el escrito de impugnación al recurso formulado por la representación de la entidad Cajamar Caja Rural, S.C.C ":SAP Murcia (Sección 4) 21.11.2013 (Sentencia 694/2013; Rollo 634/2013)

AP Oviedo

"CUARTO : Distinta suerte debe correr sin embargo el recurso en el extremo referido a la infracción del principio de justicia rogada al haber acogido de oficio el juzgador de primera instancia la existencia de mala fe en el actuar de la codemandada Inmoviur, calificando en consecuencia como crédito concursal subordinado el que a esta última le corresponde frente a la concursada en aplicación de lo dispuesto en el art. 73-3 L.C. Ya entendamos que la mala fe de que trata la norma equivale al mero conocimiento por parte del tercero acerca de que la situación de insolvencia que aqueja a la persona con quien está contratando, o ya exijamos un elemento añadido que pueda venir dado por el ánimo de defraudar el derecho de los demás acreedores o incluso un concreto ánimo de sustraer determinados bienes o derechos de la masa en perjuicio del resto de aquéllos, lo bien cierto es que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, como es sobradamente conocido, es la presunción de la buena fe, esto es, que se ha respetado el estándar jurídico entendido como conducta socialmente exigible conforme al imperativo ético dado. Es por ello que el pronunciamiento judicial que declare la existencia de mala fe en cualquiera de los intervinientes en un negocio jurídico deberá obedecer necesariamente a la previa rogación por la parte legitimada que actúe una pretensión en tales términos y a la demostración que consiga realizar en el proceso, pues como señala nuestro Alto Tribunal "la buena fe o, en su caso, la mala fe, es concepto jurídico que se apoya en una conducta deducida de los hechos" (STS 10 julio 2001 y las que en ella se citan). Nada de lo anterior concurre en el caso presente, pues la Administración concursal silencia tal planteamiento en el cuerpo jurídico de su escrito rector y en cuanto al suplico se limita a solicitar la rescisión y consiguiente declaración de ineficacia de la operación impugnada, lo que se traduce en el vicio de incongruencia ultrapetita en que ha incurrido la Sentencia apelada al haber apreciado que Inmoviur ha actuado con mala fe, procediendo por ello revocar la recurrida en este punto." SAP Oviedo (Sección 1) 02.07.2010 (Sentencia 252/2010; Rollo 172/2010) y en términos prácticamente idénticos, SAP Oviedo (Sección

1) 02.07.2010 (Sentencia 250/2010; Rollo 166/2010); SAP Oviedo (Sección 1) 15.07.2010 (Sentencia 267/2010; Rollo 218/2010); SAP Oviedo (Sección 1) 14.10.2010; (Sentencia 334/2010; Rollo 229/2010) y SAP Oviedo (Sección 1) 03.03.2011 (Sentencia 116/2011; Rollo 223/2010).

AP Valencia

"TERCERO.- No obstante lo expuesto, ha de darse razón a la parte apelante en lo que se refiere a la infracción del artículo 218 LEC -incongruencia extra petita-, al haberse pronunciado el Juzgador a quo respecto de pretensiones no planteadas en la demanda inicial.
Señala la STS de 30 de Abril de 1991 que « para apreciar la misma (sic. la incongruencia) es necesario, entre otros supuestos, que se dé una evidenciada discrepancia o divergencia, entre la solicitud de la parte actora, contenida en el suplico de la demanda, creadora del pleito y la respuesta judicial, plasmada en la parte dispositiva de la resolución, es decir que concurra disensión entre lo pedido y lo concedido y por ello se produzca la no precisa adecuación con la «causa petendi» de la demanda, esencia principal de la pretensión, no procediendo así con respecto a la fundamentación jurídica ya que el principio de derecho «iura novit curia», autoriza a los Tribunales a aplicar, en la construcción jurídica de sus resoluciones, los preceptos del Ordenamiento vigente, que estimen adecuados, para la resolución de las controversias procesales ».
Pues bien, tal defecto interno de la sentencia dictada en la instancia es de apreciar en este caso: el escrito de la demanda incidental formulado por la AC ninguna referencia tiene a la existencia de mala fe en la operativa negocial objeto de autos, limitándose a solicitar, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 LC, que se declare que la hipoteca formalizada el 29 de octubre de 2010 es perjudicial para la masa activa del concurso, procediendo sus rescisión; que se declare la ineficacia de la garantía real; que se ordene la realización de actos y formalidades necesarios para que la extinción del acto rescindido surta plenos efectos; y que se declare que las fincas objeto de la hipoteca están afectas a la actividad profesional y empresarial de la concursada. Sin embargo, la sentencia apelada, con cita de la SAP de Córdoba de 3 de diciembre de 2010, aprecia la mala fe de la entidad bancaria al constituir la garantía hipotecaria, lo que, en su caso, requeriría tanto la alegación como la prueba de que la entidad acreedora -CAIXABANK- tenía conocimiento de la insolvencia del deudor y la conciencia de perjudicar al resto de los acreedores; en consonancia con aquella apreciación el Juzgador a quo lleva a la parte dispositiva de su resolución la consecuencia de declarar la existencia de mala fe por parte de la entidad CAIXABANK, con los efectos genéricos que para dicho caso establece el artículo 73 CC, y también la declaración de que el derecho de prestación que resulte a favor de dicha entidad relacionado con la operación rescindida se considere, a todos los efectos como crédito concursal subordinado.
Como se ha puesto de manifiesto, no resulta del escrito de demanda alegación alguna relativa a la mala fe de la entidad bancaria, ni, en consecuencia, consta en autos autor prueba de la que pueda mantenerse tal aserto, lo que permite concluir la existencia del defecto de incongruencia exta petita en que, en relación con dicho pronunciamiento, incurre la sentencia de la instancia; de ello resulta la necesaria revocación del mismo.": SAP Valencia (Sección 9) 30.12.2013 (Sentencia 310/2013; Rollo 695/2013)

AP Valladolid

"Por último y en cuanto a los créditos que pudiere ostentar la promotora hoy recurrente frente a la concursada por los pagos efectuados a los proveedores de esta reseñados en el Anexo II de la escritura que documenta el negocio jurídico que se rescinde, acuerda su consideración como subordinados, conforme a lo dispuesto en el art. 92.5º en relación con el art. 93.2.3º de la LC. Considera al efecto que dicha promotora es persona jurídica especialmente relacionada con la constructora concursada, al formar parte del mismo grupo que esta y sus socios. Eso es lo que fundamenta la consideración como subordinados de dichos créditos cuya titularidad ostenta la promotora hoy recurrente frente a la concursada como consecuencia de los pagos que haya realizado a sus acreedores por cuenta de esta, sobre la concurrencia de esa especial relación que une a ambas entidades ya nos hemos pronunciado precedentemente, siendo cuestión sobre la que ninguna duda cabe el que la promotora era perfectamente consciente de la situación económica que atravesaba la constructora tanto antes como después de que esta fuera declarada en concurso. Nada tiene que ver con ello la existencia o no de mala fe en el proceder de la promotora, circunstancia que justificaría la subordinación de sus créditos conforme a lo dispuesto en el art. 73.3 LC, mas que no ha sido alegada en la demanda ni por tanto analizada en la sentencia pues lo veda la obligada congruencia. La especial relación entre acreedor y concursada y la mala fe del acreedor son circunstancias que de manera independiente se toman en consideración en los nº 5 º y 6º respectivamente del art. 92 LC para clasificar el crédito como subordinado y que por tanto operan también independientemente. No es preciso a tal efecto que concurran ambas simultáneamente y por ello vamos a confirmar en este extremo también la sentencia apelada.": SAP Valladolid (Sección 3) 30.10.2012 (Sentencia 319/2012; Rollo 146/2012)

3.2.1 Extemporaneidad de su alegación en la vista del incidente

AP Sevilla

"Tercero.- El segundo de los motivos del recurso que interpone la Administración Concursal es el relativo a que no se hace pronunciamiento alguno sobre la mala fe de BANCO DE VALENCIA, S.A., lo que justifica la sentencia en que tal declaración no fue objeto de la demanda, sino que se planteó extemporáneamente en el acto de la vista.

El motivo debe ser desestimado por cuanto que el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es claro cuando dice que "establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente". Lo único que se permite con posterioridad son alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario (artículo 426.1) y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas, ni sus pretensiones (artículo 426.2). En ningún caso se permite introducir alegaciones y pretensiones nuevas. Por tanto era improcedente el planteamiento de esta nueva pretensión en el acto de la vista y ello no queda subsanado por la circunstancia de que la otra parte haya tenido oportunidad de rebatirla en dicho acto. ":SAP Sevilla (Sección 5) 04.12.2012 (Sentencia 592/2012; Rollo 7440/2012)

3.2.2 Tesis contraria: apreciación de oficio

JM-1 Málaga

"Ahora bien, la apreciación de " mala fe" en la operación no debe ser considerada necesariamente dispositiva con solicitud de la demandante puesto que la rescisión del negocio debe contemplarse desde la prueba practicada y ello conlleva la aplicación, de oficio, de criterios hermenéuticos, para determinar la intencionalidad en dicha compraventa como elemento de la acción de rescisión. Por ello procede declarar la ineficacia del acto impugnado apreciando la mala fe en quien contrató con la concursada y de la propia concursada determinando la apreciación del crédito que deriva a favor de la compradora como concursal subordinado en los términos del artículo 73.3 LC": SJM-1 Málaga 08.06.2007 (Incidente Concursal 248/2005)

3.2.3 Interpretación flexible

AP Madrid

"En relación con las consecuencias de la rescisión, la apelante atribuye a la sentencia apelada vicio de incongruencia al haber acordado la subordinación del crédito a su favor resultante de la rescisión en base a la apreciación de un elemento subjetivo cual es el de la mala fe que contempla el Art. 73-3, último inciso, de la Ley Concursal, sin que, desde su punto de vista, tal elemento haya sido invocado. Pues bien, no compartimos la afirmación de la apelante relativa a la ausencia de actividad alegatoria de la demandante a este respecto, pues, si bien es cierto que no utilizó la expresión "mala fe" ni invocó explícitamente el Art. 73-3 de la Ley Concursal, no lo es menos que son varias las referencias que en la demanda se efectúan a la conciencia de la entidad bancaria en relación con el destino proyectado respecto de la suma de 291.000 euros, y, aunque con expresión no extremadamente feliz, también se pide en el apartado 4 de la súplica que el tribunal lleve a cabo cuantos pronunciamientos resulten coherentes con la rescisión que en la demanda se solicita.": SAP Madrid (Sección 28) 07.05.2012 (Sentencia 140/2012; Rollo 331/2011)

3.3 Esta mala fe sólo puede declararse en el incidente rescisorio

AP Barcelona

"PRIMERO El actor del incidente concursal promovió el mismo para impugnar la lista de acreedores contra la masa, pues en ella se incluye indebidamente un crédito a favor deAraceli, consecuencia de la transacción alcanzada en un incidente de reintegración. Este crédito es la contraprestación que la masa debe restituir, como consecuencia de la rescisión concursal y, por ende, de la reintegración de una finca a la masa del concurso. Según el impugnante, en aplicación delart. 73.3 LC, ese crédito no debe tener la consideración de crédito contra la masa porque su titular actuó de mala fe. El juzgado acordó el sobreseimiento al apreciar litispendencia, ya que esa cuestión es objeto del procedimiento de reintegración. Esta última resolución es ahora recurrida por el Sr.Héctor, quien argumenta que no se cumplen los presupuestos de la litispendencia y además se ha infringido lo previsto en elart. 73 LC.
SEGUNDO En el presente caso la calificación del crédito deAraceliguarda relación con la acción de reintegración ejercitada por la administración concursal, que ha concluido con un acuerdo transaccional merced al cual se deja sin efecto una transmisión patrimonial, la Sra.Aracelidebe restituir un inmueble y unas cantidades de dinero a la masa y ésta última asume la obligación de pagar o restituir otras determinas sumas de dinero. Conforme alart. 73.3 LC este crédito del adquirente del bien que se ve obligado a restituirlo a la masa como consecuencia de la rescisión concursal es, en principio, un crédito contra la masa, y debe satisfacerse simultáneamente a la restitución del bien. Sólo si la sentencia que declara la rescisión dispone que el adquirente actuó de mala fe, su crédito contra la masa se convertirá en un crédito subordinado. De tal forma que la calificación de crédito contra la masa o subordinado es consecuencia de esta decisión. En un supuesto en que la administración concursal alcanzó un acuerdo transaccional con los demandados, que accedieron a la rescisión del negocio y convinieron las cantidades que debían restituirse recíprocamente, de conformidad con elart. 73.3 LC, el crédito de la Sra.Aracelitendrá la consideración de crédito contra la masa, sin que ninguna otra resolución dictada en el concurso pueda variar esta calificación, pues ésta deriva única y exclusivamente de lo resuelto en la rescisión concursal. Desde esta perspectiva, tiene sentido la resolución ahora recurrida, al apreciar que la controversia suscitada en esta impugnación de la lista de créditos contra la masa es la misma que se ha suscitado en el incidente de reintegración, y procede apreciar el sobreseimiento fundado, mientras no sea firme la resolución que homologa la transacción, en la litispendencia y, una vez firme aquella resolución,

en la eficacia de cosa juzgada en sentido material (art. 222 LEC).”: AAP Barcelona (Sección 15) 28.10.2008 (JUR 2009/146424)

3.4 No cabe que el juez mitigue la subordinaciòn aplicándola sólo a una parte del crédito

Tribunal Supremo

“Resumen de antecedentes
1. El 16 de noviembre de 2005, la entidad Buenos Liberto, S.A., representada por Paulino y Roque, vendió 25 naves industriales, que se corresponden con 25 fincas registrales, a la sociedad Cris-Copa, S.L., que había sido constituida el 7 de septiembre de 2005, y cuyo administrador único era Jose María.
Estas naves industriales estaban hipotecadas en garantía de la devolución de un préstamo hipotecario que le había concedido el Banco Sabadell a Buenos Liberto, S.A., que estaba, a su vez, afianzado por Roque.
La compraventa se formalizó en escritura pública, en la que consta que el precio pactado era 4.200.000 euros. También consta que de esta cantidad, 3.528.000 euros fueron abonados mediante la entrega de cuatro cheques bancarios y el pago del resto, 672.000 euros, quedó aplazado al día 15 de febrero de 2006.
Con el precio abonado se amortizó anticipadamente un préstamo hipotecario y se cancelaron las garantías hipotecarias sobre las fincas y el afianzamiento de Roque.
El mismo día 16 de noviembre de 2005, Cris-Copa, S.L. arrendó las naves a Buenos Liberto, S.A., por doce meses y por una renta mensual de 36.000 euros, constituyéndose una fianza de 72.000 euros. También se pactó una opción de compra por las 25 naves, a favor de Buenos Liberto, S.A., por un plazo de dos años y por un precio de 4.500.000 euros, si se ejercitaba la opción dentro del primer año, y por 4.715.000 euros si se ejercitaba dentro del segundo año. La prima abonada por la opción fue de 12.000 euros.
2. A principios del año 2007 y antes de que se hubieran cumplido los dos años de la compraventa, se declaró el concurso de acreedores de la sociedad Buenos Liberto, S.A. La administración concursal inició un incidente concursal de reintegración, en el que interesó la rescisión concursal de la compraventa y, entre los efectos consiguientes, pidió que se calificará como crédito subordinado el que la compradora Cris-Copa,
S.L. tenía por la devolución del precio abonado (4.200.000 euros), por haber actuado de mala fe.
3. La sentencia dictada en primera instancia acordó la rescisión de la compraventa de las 25 fincas, al entender acreditado el perjuicio para la masa activa por el desequilibrio de prestaciones, ya que el precio de la compra era notoriamente inferior al valor de las fincas. Además, declaró subordinado el crédito que la compradora Cris-Copa, S.L. tenía por la devolución del precio abonado en su día por la compraventa
(4.200.000 euros), al entender que actuó de mala fe
En un auto aclaratorio, el Juez mercantil también acordó la rescisión del contrato de arrendamiento y de opción de compra; y condenó a Cris-Copa, S.L. a devolver las cantidades percibidas en concepto de renta
(198.000 euros) y la fianza entregada en su día (72.000 euros).
4. Recurrida la sentencia en apelación por Cris-Copa, S.L., la Audiencia Provincial confirmó la rescisión de la compraventa, al apreciar la existencia de perjuicio para la masa activa, pues el precio de la venta
(4.200.000 euros) era notoriamente inferior a la valoración de las fincas que le constaba al Consejo de Administración de la sociedad vendedora en aquel momento (5.472.806 euros) y al precio por el que la junta de accionistas, en su reunión de 15 de septiembre de 2005, había acordado sacar a la venta las fincas
(6.000.000 euros). Además, la Audiencia argumenta que, si bien la sociedad deudora estaba pasando por graves dificultades de liquidez, la decisión de venderlo y hacerlo en las condiciones en que se hizo no solucionó los problemas, pues no impidió que en poco tiempo se pidiera el concurso de acreedores de la vendedora, y además afectó a las posibilidades de cobro del resto de los acreedores, ya que "desapareció" el principal activo de la compañía.
Respecto de la calificación del crédito de la compradora a la devolución del precio, la Audiencia analiza el concepto de "mala fe" a que se refiere el art. 73.3 LC, y parte de la consideración de que no se presume, sino que debe ser probada, si bien no es necesario acreditar que existió "engaño, malicia o ardid, sino que basta con la demostración de que se ha actuado de una forma contraria a las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico y que la prueba directa es siempre difícil de probar, por lo que cabe acudir a la prueba de presunciones".
La Audiencia analiza el caso y entiende que existió mala fe por el Sr. Jose María, que actuaba por la sociedad compradora, pues si bien no existió intención de engañar, actuó con conocimiento pleno de que realizaba un buen negocio, aprovechándose de la grave situación de falta de liquidez en que se encontraba la vendedora.
No obstante lo anterior, la Audiencia modera la sanción que supone la subordinación del crédito de la compradora respecto del precio que abonó en la compraventa rescindida. La moderación tiene su justificación en que la restitución de prestaciones no se va a realizar totalmente, pues las fincas se van a restituir sin cargas hipotecarias, lo que, a juicio de la Audiencia, justifica que la parte del precio que se destinó a la amortización del préstamo hipotecario y, consiguientemente, a la cancelación de las cargas (2.400.000 euros) se califique de crédito contra la masa y el resto (1.800.000 euros) como crédito subordinado.
5. El único recurso admitido frente a la sentencia dictada en apelación fue el interpuesto por la sociedad Amalgama de Espacios más Conceptos, S.L., que justificó la procedencia del recurso de casación por la concurrencia de interés casacional.
El único pronunciamiento afectado por la casación es el que considera que el crédito de la compradora Cris Copa, S.L. a la devolución del precio de la compra, hasta la cuantía de 2.400.000 euros tiene la consideración de crédito contra la masa, pues es la parte del precio que se destinó por la concursada a cancelar un crédito hipotecario que gravaba las finas recuperadas, para evitar un enriquecimiento injusto.

El recurso argumenta que, una vez apreciada la mala fe del adquirente de los bienes enajenados, procede aplicar el art. 73.3 LC y calificar el crédito correspondiente a la devolución de la contraprestación de dicho adquirente (el comprador de las fincas) como crédito subordinado, sin que el referido precepto admita moderación alguna.

Efectos de la rescisión concursal

6. Aunque el recurso se refiere exclusivamente al apartado 3 del art. 73 LC, no podemos obviar que la previsión contenida en dicho apartado presupone la aplicación previa del apartado 1 del mismo artículo.

El art. 73.1 LC dispone que la estimación de la acción rescisoria concursal lleva consigo la ineficacia del acto impugnado y la consiguiente obligación de restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses.

En el presente caso, la compraventa que ha sido objeto de rescisión tenía por objeto 25 fincas, que se transmitían libres de cargas, en la medida en que el precio se calculó de esa forma y una parte del mismo fue destinado a amortizar el préstamo hipotecario y a cancelar las hipotecas. De este modo, la compradora recibió las fincas libre de cargas. Es por ello que al acordarse más tarde la rescisión de la compraventa, está obligada a restituir las 25 fincas, con sus frutos, a cambio de percibir a su vez el precio abonado.

En principio, el crédito de la contraparte a recibir la contraprestación entregada al deudor concursado al perfeccionar el negocio que se rescinde es un crédito contra la masa (art. 84.2.8º LC), y debe ser abonado por la administración concursal " simultáneamente a la reintegración de los bienes o derechos objeto del acto rescindido " (art. 73.3 LC). Esta referencia a la consideración de crédito contra la masa es para diferenciarlo de los créditos concursales y, por lo tanto, para legitimar la obligación impuesta a continuación de que la restitución sea simultánea, y para que, en el hipotético caso en que la contraparte hubiera restituido la prestación por ella recibida sin obtener a cambio la suya, se le permita reclamar su satisfacción inmediatamente, y, en cualquier caso, con la preferencia respecto de los créditos concursales derivada de lo dispuesto por los arts. 48.3 y 154 LC.

Excepcionalmente, para el caso en que la contraparte hubiere actuado de mala fe, el art. 73.3 LC prevé la transformación de su crédito en concursal, y, dentro de éstos, en crédito subordinado (art. 92.6º LC), con la consiguiente postergación en el cobro, caso de liquidación, y el régimen de participación y vinculación, en caso de convenio. Si es un crédito concursal, entonces cesa el derecho a ser cobrado simultáneamente a la entrega de su prestación.

La mala fe va referida a la realización del negocio. Es un concepto jurídico que supone ausencia de buena fe y se apoya en una conducta que debe ser deducida de hechos concluyentes para su apreciación.

El art. 73.3 LC cuando se refiere a la mala fe en la contraparte del concursado ha querido exigir algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores.

Así lo ha entendido esta Sala cuando afirma que la mala fe esta compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo "no requiere la intención de dañar", sino "la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos", y "se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre).

7. En principio, una vez apreciada la mala fe de la contraparte, debe operar la sanción que supone la subordinación de su crédito, sin que pueda mitigarse este efecto aplicándolo sólo a una parte del crédito. Desde esta perspectiva, no cabe distinguir, como hace la Audiencia, entre una parte del crédito que corresponde a la compradora Cris-Copa, S.L. por la devolución del precio abonado con la compraventa de las 25 naves industriales (1.800.000 euros) y otra (2.400.000 euros), para aplicar a la primera la sanción de subordinación y mantener respecto de la segunda su carácter de crédito contra la masa.

La discrecionalidad judicial alcanza a la apreciación de la mala fe en la conducta de quien contrató con la concursada, pero no permite mitigar el rigor de la sanción de subordinación, pues la dicción del art. 73.3 LC no lo admite, ya que se refiere a la totalidad del crédito afectado por derecho a la restitución, sin que pueda valorarse otra circunstancia o criterio que no sea la mala fe.

Por otra parte, no existe el enriquecimiento injusto invocado por la Audiencia para no subordinar una parte del crédito, pues con la restitución de las fincas libre de cargas no se ha producido ningún beneficio injustificado para la masa, ya que, en la práctica, las fincas se vendieron libre de cargas, porque el precio que tuvo que pagar la compradora, que es el crédito que tiene derecho que se le restituya, incluía una parte que fue destinada a la cancelación del crédito hipotecario.

Cuestión distinta es que, en realidad, en el presente caso hubiera existido mala fe, pues para su apreciación la Audiencia se basa en la mera conciencia por parte de la compradora de la situación de grave falta de liquidez por la que atravesaba la compradora, de que por el precio pactado realizaba un buen negocio y de que con la compraventa se podrían perjudicar los acreedores de la vendedora, que se desprendía del principal activo. Y, como advertíamos antes, era necesario un plus: que la conducta de la compradora fuera "merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico" (Sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, y 662/2010, de 27 de octubre).Pero como el único recurso admitido fue el formulado por Amalgama de Espacios más Conceptos, S.L., que no cuestiona la apreciación de la mala fe de quien contrató con la deudora concursada, no cabe ahora revisar este extremo de la sentencia recurrida. “: STS 07.12.2012 (Sentencia 723/2012; Recurso 1057/2010)

LICENCIA

Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5 España

Licencia

LA OBRA (SEGÚN SE DEFINE MÁS ADELANTE) SE PROPORCIONA BAJO LOS TÉRMINOS DE ESTA LICENCIA PÚBLICA DE CREATIVE COMMONS ("CCPL" O "LICENCIA"). LA OBRA SE ENCUENTRA PROTEGIDA POR LA LEY ESPAÑOLA DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y/O CUALESQUIERA OTRAS NORMAS RESULTEN DE APLICACIÓN. QUEDA PROHIBIDO CUALQUIER USO DE LA OBRA DIFERENTE A LO AUTORIZADO BAJO ESTA LICENCIA O LO DISPUESTO EN LAS LEYES DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

MEDIANTE EL EJERCICIO DE CUALQUIER DERECHO SOBRE LA OBRA, USTED ACEPTA Y CONSIENTE LAS LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DE ESTA LICENCIA. EL LICENCIADOR LE CEDE LOS DERECHOS CONTENIDOS EN ESTA LICENCIA, SIEMPRE QUE USTED ACEPTE LOS PRESENTES TÉRMINOS Y CONDICIONES.

1. Definiciones

a. La **"obra"** es la creación literaria, artística o científica ofrecida bajo los términos de esta licencia.

b. El **"autor"** es la persona o la entidad que creó la obra.

c. Se considerará **"obra conjunta"** aquella susceptible de ser incluida en alguna de las siguientes categorías:

   i. **"Obra en colaboración"**, entendiendo por tal aquella que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores.

   ii. **"Obra colectiva"**, entendiendo por tal la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre y que esté constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.

   iii. **"Obra compuesta e independiente"**, entendiendo por tal la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última.

d. Se considerarán **"obras derivadas"** aquellas que se encuentren basadas en una obra o en una obra y otras preexistentes, tales como: las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales y, en general, cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica, salvo que la obra resultante tenga el carácter de obra conjunta en cuyo caso no será considerada como una obra derivada a los efectos de esta licencia. Para evitar la duda, si la obra consiste en una composición musical o grabación de sonidos, la sincronización temporal de la obra con una imagen en movimiento ("synching") será considerada como una obra derivada a los efectos de esta licencia.

e. Tendrán la consideración de **"obras audiovisuales"** las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, así como las composiciones musicales, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.

f. El **"licenciador"** es la persona o la entidad que ofrece la obra bajo los términos de esta licencia y le cede los derechos de explotación de la misma conforme a lo dispuesto en ella.

g. **"Usted"** es la persona o la entidad que ejercita los derechos cedidos mediante esta licencia y que no ha violado previamente los términos de la misma con respecto a la obra, o que ha recibido el permiso expreso del licenciador de ejercitar los derechos cedidos mediante esta licencia a pesar de una violación anterior.

h. La **"transformación"** de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Cuando se trate de una base de datos según se define más

adelante, se considerará también transformación la reordenación de la misma. La creación resultante de la transformación de una obra tendrá la consideración de obra derivada.

i. Se entiende por **"reproducción"** la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.

j. Se entiende por **"distribución"** la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

k. Se entenderá por **"comunicación pública"** todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. A efectos de esta licencia se considerará comunicación pública la puesta a disposición del público de la obra por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de la obra de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que elija.

l. La **"explotación"** de la obra comprende su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

m. Tendrán la consideración de **"bases de datos"** las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos propiamente dichas que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos.

n. Los **"elementos de la licencia"** son las características principales de la licencia según la selección efectuada por el licenciador e indicadas en el título de esta licencia: Reconocimiento de autoría (Reconocimiento), Sin uso comercial (NoComercial), Sin obras derivadas (SinObraDerivada).

2. Límites y uso legítimo de los derechos. Nada en esta licencia pretende reducir o restringir cualesquiera límites legales de los derechos exclusivos del titular de los derechos de propiedad intelectual de acuerdo con la Ley de Propiedad Intelectual o cualesquiera otras leyes aplicables, ya sean derivados de usos legítimos, tales como el derecho de copia privada o el derecho a cita, u otras limitaciones como la derivada de la primera venta de ejemplares.

3. Concesión de licencia. Conforme a los términos y a las condiciones de esta licencia, el licenciador concede (durante toda la vigencia de los derechos de propiedad intelectual) una licencia de ámbito mundial, sin derecho de remuneración, no exclusiva e indefinida que incluye la cesión de los siguientes derechos:

a. Derecho de reproducción, distribución y comunicación pública sobre la obra.

b. Derecho a incorporarla en una o más obras conjuntas o bases de datos y para su reproducción en tanto que incorporada a dichas obras conjuntas o bases de datos.

c. Derecho de distribución y comunicación pública de copias o grabaciones de la obra, como incorporada a obras conjuntas o bases de datos.

Los anteriores derechos se pueden ejercitar en todos los medios y formatos, tangibles o intangibles, conocidos o por conocer. Los derechos mencionados incluyen el derecho a efectuar las modificaciones que sean precisas técnicamente para el ejercicio de los derechos en otros medios y formatos. Todos los derechos no cedidos expresamente por el licenciador quedan reservados, incluyendo, a título enunciativo pero no limitativo, los derechos establecidos en la sección 4d.

4. Restricciones. La cesión de derechos que supone esta licencia se encuentra sujeta y limitada a las restricciones siguientes:

a. Usted puede reproducir, distribuir o comunicar públicamente la obra solamente bajo los términos de esta licencia y debe incluir una copia de la misma, o su Identificador Uniforme de Recurso (URI), con cada copia o grabación de la obra que usted reproduzca, distribuya o comunique públicamente. Usted no puede ofrecer o imponer ningún término sobre la obra que altere o restrinja los términos de esta licencia o el ejercicio de sus derechos por parte de los cesionarios de la misma. Usted no puede sublicenciar la obra. Usted debe mantener intactos todos los avisos que se refieran a esta licencia y a la ausencia de garantías. Usted no puede reproducir, distribuir o comunicar públicamente la obra con medidas tecnológicas que controlen el acceso o uso de la obra de una manera contraria a los términos de esta licencia. Lo anterior se aplica a una obra en tanto que incorporada a una obra conjunta o base de datos, pero no implica que éstas, al margen de la obra objeto de esta licencia, tengan que estar sujetas a los términos de la misma. Si usted crea una obra conjunta o base de datos, previa comunicación del licenciador, usted deberá quitar de la obra conjunta o base de datos cualquier crédito requerido en el apartado 4c, según lo que se le requiera y en la medida de lo posible.

b. Usted no puede ejercitar ninguno de los derechos cedidos en la sección 3 anterior de manera que pretenda principalmente o se encuentre dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o la remuneración monetaria privada. El intercambio de la obra por otras obras protegidas por la propiedad intelectual mediante

sistemas de compartir archivos no se considerará como una manera que pretenda principalmente o se encuentre dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o la remuneración monetaria privada, siempre que no haya ningún pago de cualquier remuneración monetaria en relación con el intercambio de las obras protegidas.

c. Si usted reproduce, distribuye o comunica públicamente la obra o cualquier obra conjunta o base datos que la incorpore, usted debe mantener intactos todos los avisos sobre la propiedad intelectual de la obra y reconocer al autor original, de manera razonable conforme al medio o a los medios que usted esté utilizando, indicando el nombre (o el seudónimo, en su caso) del autor original si es facilitado, y/o reconocer a aquellas partes (por ejemplo: institución, publicación, revista) que el autor original y/o el licenciador designen para ser reconocidos en el aviso legal, las condiciones de uso, o de cualquier otra manera razonable; el título de la obra si es facilitado; de manera razonable, el Identificador Uniforme de Recurso (URI), si existe, que el licenciador especifica para ser vinculado a la obra, a menos que tal URI no se refiera al aviso sobre propiedad intelectual o a la información sobre la licencia de la obra. Tal aviso se puede desarrollar de cualquier manera razonable; con tal de que, sin embargo, en el caso de una obra conjunta o base datos, aparezca como mínimo este aviso allá donde aparezcan los avisos correspondientes a otros autores y de forma comparable a los mismos.

d. Para evitar la duda, sin perjuicio de la preceptiva autorización del licenciador, y especialmente cuando la obra se trate de una obra audiovisual, el licenciador se reserva el derecho exclusivo a percibir, tanto individualmente como mediante una entidad de gestión de derechos, o varias, (por ejemplo: SGAE, Dama, VEGAP), los derechos de explotación de la obra, así como los derivados de obras conjuntas o bases de datos, si dicha explotación pretende principalmente o se encuentra dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o la remuneración monetaria privada.

e. En el caso de la inclusión de la obra en alguna base de datos o recopilación, el propietario o el gestor de la base de datos deberá renunciar a cualquier derecho relacionado con esta inclusión y concerniente a los usos de la obra una vez extraída de las bases de datos, ya sea de manera individual o conjuntamente con otros materiales.

5. Exoneración de responsabilidad

A MENOS QUE SE ACUERDE MUTUAMENTE ENTRE LAS PARTES, EL LICENCIADOR OFRECE LA OBRA TAL CUAL (ON AN "AS-IS" BASIS) Y NO CONFIERE NINGUNA GARANTÍA DE CUALQUIER TIPO RESPECTO DE LA OBRA O DE LA PRESENCIA O AUSENCIA DE ERRORES QUE PUEDAN O NO SER DESCUBIERTOS. ALGUNAS JURISDICCIONES NO PERMITEN LA EXCLUSIÓN DE TALES GARANTÍAS, POR LO QUE TAL EXCLUSIÓN PUEDE NO SER DE APLICACIÓN A USTED.

6. Limitación de responsabilidad.

SALVO QUE LO DISPONGA EXPRESA E IMPERATIVAMENTE LA LEY APLICABLE, EN NINGÚN CASO EL LICENCIADOR SERÁ RESPONSABLE ANTE USTED POR CUALQUIER TEORÍA LEGAL DE CUALESQUIERA DAÑOS RESULTANTES, GENERALES O ESPECIALES (INCLUIDO EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE), FORTUITOS O CAUSALES, DIRECTOS O INDIRECTOS, PRODUCIDOS EN CONEXIÓN CON ESTA LICENCIA O EL USO DE LA OBRA, INCLUSO SI EL LICENCIADOR HUBIERA SIDO INFORMADO DE LA POSIBILIDAD DE TALES DAÑOS.

7. Finalización de la licencia

a. Esta licencia y la cesión de los derechos que contiene terminarán automáticamente en caso de cualquier incumplimiento de los términos de la misma. Las personas o entidades que hayan recibido obras conjuntas o bases de datos de usted bajo esta licencia, sin embargo, no verán sus licencias finalizadas, siempre que tales personas o entidades se mantengan en el cumplimiento íntegro de esta licencia. Las secciones 1, 2, 5, 6, 7 y 8 permanecerán vigentes pese a cualquier finalización de esta licencia.

b. Conforme a las condiciones y términos anteriores, la cesión de derechos de esta licencia es perpetua (durante toda la vigencia de los derechos de propiedad intelectual aplicables a la obra). A pesar de lo anterior, el licenciador se reserva el derecho a divulgar o publicar la obra en condiciones distintas a las presentes, o de retirar la obra en cualquier momento. No obstante, ello no supondrá dar por concluida esta licencia (o cualquier otra licencia que haya sido concedida, o sea necesario ser concedida, bajo los términos de esta licencia), que continuará vigente y con efectos completos a no ser que haya finalizado conforme a lo establecido anteriormente.

8. Miscelánea

a. Cada vez que usted explote de alguna forma la obra, o una obra conjunta o una base datos que la incorpore, el licenciador original ofrece a los terceros y sucesivos licenciatarios la cesión de derechos sobre la obra en las mismas condiciones y términos que la licencia concedida a usted.

b. Si alguna disposición de esta licencia resulta inválida o inaplicable según la Ley vigente, ello no afectará la validez o aplicabilidad del resto de los términos de esta licencia y, sin ninguna acción adicional por cualquiera

las partes de este acuerdo, tal disposición se entenderá reformada en lo estrictamente necesario para hacer que tal disposición sea válida y ejecutiva.

c. No se entenderá que existe renuncia respecto de algún término o disposición de esta licencia, ni que se consiente violación alguna de la misma, a menos que tal renuncia o consentimiento figure por escrito y lleve la firma de la parte que renuncie o consienta.

d. Esta licencia constituye el acuerdo pleno entre las partes con respecto a la obra objeto de la licencia. No caben interpretaciones, acuerdos o términos con respecto a la obra que no se encuentren expresamente especificados en la presente licencia. El licenciador no estará obligado por ninguna disposición complementaria que pueda aparecer en cualquier comunicación de usted. Esta licencia no se puede modificar sin el mutuo acuerdo por escrito entre el licenciador y usted.

Creative Commons no es parte de esta licencia, y no ofrece ninguna garantía en relación con la obra. Creative Commons no será responsable frente a usted o a cualquier parte, por cualquier teoría legal de cualesquiera daños resultantes, incluyendo, pero no limitado, daños generales o especiales (incluido el daño emergente y el lucro cesante), fortuitos o causales, en conexión con esta licencia. A pesar de las dos (2) oraciones anteriores, si Creative Commons se ha identificado expresamente como el licenciador, tendrá todos los derechos y obligaciones del licenciador.

Salvo para el propósito limitado de indicar al público que la obra está licenciada bajo la CCPL, ninguna parte utilizará la marca registrada "Creative Commons" o cualquier marca registrada o insignia relacionada con "Creative Commons" sin su consentimiento por escrito. Cualquier uso permitido se hará de conformidad con las pautas vigentes en cada momento sobre el uso de la marca registrada por "Creative Commons", en tanto que sean publicadas su sitio web (website) o sean proporcionadas a petición previa.